

# 介入・防御・正当化を基軸とした人権論の再構築

— 再婚禁止期間の憲法適合性を争う上告理由に着目して —

Reconstruction of Human Rights Based on Infringement, Protection and Justification:  
from the Reasons for Final Appeal against the Constitutionality of the Re-Marriage Prohibition Period

佃 貴 弘

Takahiro TSUKUDA

## 1. はじめに

近年、最高裁は、必要があれば違憲判決を出ようになり<sup>1)</sup>、過去に合憲と判断した先例も変更するようになった。たとえば、婚外子の法定相続分に関する違憲決定（平成25年）や女性の再婚禁止期間に関する一部違憲判決（平成27年）である。本稿では、そのなかから、再婚禁止期間に関する判決を扱う。

### 1.1 再婚禁止期間にかかる2つの事件

再婚禁止期間に関する憲法判例として、平成7年の合憲判決（最大判平成7年12月5日判時1563号81頁、判タ906号180頁：以下、「平成7年判決」と略記）と平成27年の一部違憲判決（最大判平成27年12月16日民集69巻8号2427頁：以下、「平成27年判決」と略記）がある。

これらの判決で、民法733条の憲法適合性が争われた。民法733条は、当時、次のように定められていた。このうち下線を引いた部分は、平成27年判決をきっかけに、民法の一部を改正する法律（平成28年法律71号）により改正されている。

（再婚禁止期間）

**第七百三十三条** 女は、前婚の解消又は取消しの日から六箇月を経過した後でなければ、再婚をすることができない。

**2** 女が前婚の解消又は取消しの前から懐胎していた場合には、その出産の日から、前項の規定を適用しない。

平成7年判決も平成27年判決も、女性が離婚後すぐに別の男性と再婚をしようとしたが、民法733条1項の定めがあるために、6か月間再婚を待たされたという事案である。

平成7年判決に関する事案には、次のような事情があった。離婚調停の直後に、未成年の子を連れて別の男性（のちの夫）と同居したが、婚姻していないことを理由に、家庭裁判所による未成年の養子縁組の許可（民法798条1項本文）が却下された。しかし、その男性と婚姻することは、民法733条1項により6か月待たされるので、婚姻届を提出しても受理されず、その間は養父・養子の関係を形成することができなくなっていた。

平成27年判決に関する事案には、裁判所が認定していない事実であるが、次のような事情があった<sup>2)</sup>。家庭内で暴力をふるう前夫と別居したが、離婚に応じないので離婚訴訟を提起した。別居から約2年が経過したときに、離婚に合意する訴訟上の和解が成立した。その別居後で離婚訴訟を提起中に、別の男性と知り合い、子を懐胎していた。夫婦の別居から2年が経過しているけれども、離婚後6か月を経過していないので、その男性との婚姻届を出すことができなかった。また、前夫と（別居後であるが）婚姻中に懐胎しているので、その子が前夫の子と推定される（民法772条1項）という問題が生じた。

（嫡出の推定）

**第七百七十二条** 妻が婚姻中に懐胎した子は、夫の子と推定する。

**2** 婚姻の成立の日から二百日を経過した後又は婚姻の解消若しくは取消しの日から三百日以内に生まれた子は、婚姻中に懐胎したものと推定する。

そこで、民法733条の定める再婚禁止期間が憲法に違反しているにもかかわらず、国会議員が同条を廃止・改正する立法的措置を講じていないことを理由として、損害賠償請求事件が提起された（国家賠償法1条1項に基づく「立法的不作為訴訟」）。

訴えの提起から平成7年判決・平成27年判決までの経緯として、原告（控訴人）の請求が第1審および控訴審で棄却され、控訴人が最高裁判所に上告した点が共通する。

## 1.2 平成7年合憲判決、平成27年違憲判決

平成7年判決も平成27年判決も、再婚禁止期間（民法733条1項）が憲法14条1項（および24条2項）に違反しているかどうかの主

要な争点である。なお、立法的不作為が国家賠償法1条1項の「違法」に該当するかについては、請求が認容されるための必要条件であるが、紙幅の都合で割愛する。

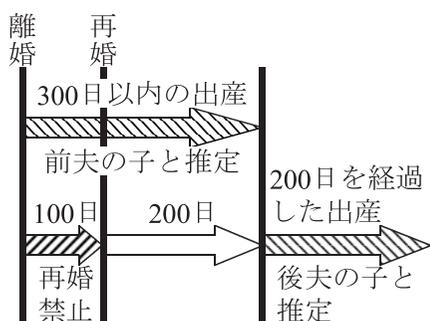
平成7年判決は、この点について、その例外的な場合にあたらないとして、上告を棄却した。「合理的な根拠に基づいて各人の法的取扱いに区別を設けることは憲法14条1項に違反するものではなく、民法733条の元来の立法趣旨が、父性の推定の重複を回避し、父子関係をめぐる紛争の発生を未然に防ぐことにあると解される」からである。

これに対し、平成27年判決の多数意見は、尊属殺人重罰規定違憲判決（前掲最大判昭和48年4月4日）で示された、「区別をすることの立法目的に合理的な根拠」があるか、「その区別の具体的内容が上記の立法目的との関連において合理性を有する」ものであるかという「二段構え」の判断枠組みを用いて、再婚禁止期間の憲法適合性を判断した。

平成27年判決の多数意見は、平成7年判決と同様の理由で、立法目的の合理性を認めている。しかし、再婚禁止期間に関する規定のうち「100日超過部分は、遅くとも上告人が前婚を解消した日から100日を経過した時点までには、婚姻及び家族に関する事項について国会に認められる合理的な立法裁量の範囲を超えるものとして、その立法目的との関連において合理性を欠くものになっていた」として、その部分について、憲法14条1項、憲法24条2項に違反すると述べた<sup>3)</sup>。

この判決の多数意見が「100日超過部分」を違憲としたのは、図①で示すように、再婚禁止期間が100日あれば、嫡出の推定（民法772条）が重複しないからである。100日より短くなれば、前夫の子とも後夫の子とも推定されるため、父性推定の重複が生じる。しかし、100日より長ければ、父性推定の重

複は生じないが、それだけ女性の再婚への制約が大きくなる。



図① 民法733条と民法772条の関係

平成27年判決は、再婚禁止期間の定めを合憲とした平成7年判決について判例変更し、「100日超過部分」を違憲と判断したものと位置づけることができる。それでは、平成7年判決と平成27年判決という結論の異なる2つの判決は、どのような原因に基づいてもたらされたのであろうか。

平成7年判決は、国会（国会議員）の立法不作為について、国家賠償法の違法に該当するかを判断したもので、民法733条の憲法適合性を正面から判断したものではないと理解されてきた<sup>4)</sup>。しかし、平成7年判決を「憲法判断の回避」という認識で説明することで満足すべきではない。平成7年判決における争点と平成27年判決における争点を比較対照すると、上告人が提起した憲法適合性に関する指摘が拙いものであれば、最高裁判所が十分な違憲性の判断を行わないこともありうるからである。

### 1.3 平成7年上告理由にみる違憲論の誤謬

本稿では、平成7年判決と平成27年判決の違いを見いだすために、上告理由に着目する。これらの上告理由を比較すると、展開された人権論に質的な違いがあるからである。そこで、判例雑誌に掲載された平成7年判決の

「上告理由」の部分（以下、「平成7年上告理由」と略記）<sup>5)</sup>と最高裁判所民事判例集に掲載された平成27年判決の「上告理由」の部分（以下、「平成27年上告理由」と略記）<sup>6)</sup>から、違憲の立論に問題点を検証したい。

もっとも、平成7年上告理由は、本人訴訟でありながら、かなりの分量（48,000字程度）で論じられ、当時の民法学説・憲法学説を整理して書かれていることが読み取れる。この上告理由を、法律の素人が書いた浅薄な議論であると、短絡的に批判すべきではない。

しかし、平成7年上告理由には冗長な表現が多いために、論旨が読み取りにくく、自家撞着もみられる<sup>7)</sup>。たとえば、「父性推定の重複を防止するため、再婚禁止期間を設ける以外他に方法がないのであれば、……男女共に再婚禁止期間を設けるべき」と述べ、民法733条を性差別であると論じる<sup>8)</sup>。それでは、再婚禁止期間により婚姻ができなかったという上告人の不利益を、自分で台無しにしまっている。この上告理由は、「男尊女卑」を強弁した、印象の悪さを感じられる。

平成7年上告理由は、立法目的の把握、人権の価値づけ、人権の相互調整という点を真剣に論じていないように感じさせる内容であった。平成7年上告理由が経済的自由の調整を論じたのにすぎないものであるとすれば、憲法判断を行ったとしても、立法目的に合理性があるという理由で憲法適合性が論じられ、平成7年判決と大差ない内容にしかなりえない。

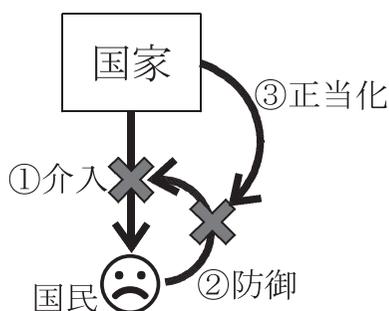
平成7年判決が合憲判断であったことの原因には、上告理由の立論に問題点があったと指摘できる。それが、基本的人権の原理を考察せずに、憲法の体系書に書かれた内容を技巧的になぞっただけの立論であったからである。

## 1.4 人権論を再構築する必要性

### 1.4.1 介入・防御・正当化の三段階審査

そこから脱却するには、人権の本質的内容から考え直す形で、人権論の再構築が必要である。「人権」として基本的な構造を備えているのは、国家の権力行使に対する防御権（消極的権利）である。ここでは、国家による介入と人権という防御権の把握とそれらの相互調整を図る形での検討が求められる。

このような形で検討する場合、図②で示すような、①法律に根拠づけられた国家の「介入」、②人権を行使することによる介入に対する「防御」、③その防御権行使によって保護される利益と介入によって保護しようとする利益との調整でもたらされる介入の「正当化」という三段階で人権論を考えるのが有効である。



- ①国家による法律に基づいた「介入」
- ②国民による人権という「防御」権の行使
- ③国家による介入の「正当化」

図② 介入・防御・正当化に基づく人権論

もっとも、このような考え方をするにあたり、ドイツの三段階審査論の影響を受けている<sup>9)</sup>。この議論は、保護範囲（Schutzbereich: Scope of Protection）・介入（Eingriff: Infringement）・正当化（Rechtfertigung: Justification）の順序で憲法適合性を論じるものであり、ディーター・グリム（フンボルト大学ベルリ

ン名誉教授、元ドイツ連邦憲法裁判所裁判官）による英語での解説も存在し<sup>10)</sup>、日本語による文献も多く存在している<sup>11)</sup>。

しかし、本稿において、ドイツにおける議論を展開する意図はなく、このドイツの議論を直輸入して日本の違憲審査制を論じるべきでない。抽象的違憲審査制を採るドイツの判断枠組みは、日本の付随的違憲審査制の枠組みにそのまま適合するものではないと考えるからである。ドイツの三段階審査制という判断枠組みを踏まえ、日本の違憲審査制の枠組みに適合するように組み替えるべきである<sup>12)</sup>。

### 1.4.2 要件事実論との類似性

1.4.1で述べた論証の流れは、①請求原因・②抗弁・③再抗弁という要件事実論の流れとよく似ている。錯誤無効（民法95条）<sup>13)</sup>に関わる要件事実の流れを、例に挙げて示そう。

XY間の売買契約において、①〔請求原因〕XY間で売買契約（民法555条）が成立していることが示されなければ、XもYもその契約に基づく債権を行使できない。また、その売買契約が成立していたとしても、②〔抗弁〕Xが自己の意思表示に「法律行為の要素」に錯誤があったことを示すことができれば、Xの意思表示は無効となり（同法95条本文）、その売買契約ははじめからなかったことになる。それでも、③〔再抗弁〕Xが錯誤したことに「重大な過失」があった場合、Yがそれを示すことができれば、②で示された錯誤無効の主張ができなくなる（同条ただし書）<sup>14)</sup>。

要件事実論における請求原因・抗弁・再抗弁の区別は、その事実が主張・立証されなかったときの不利益をどちらの当事者に課すか（主張責任・立証責任）という問題に関わっている。①XY間の売買契約（民法555条）が成立したという事実は、権利発生を主張す

る当事者（Xの債務については債権者Y）が主張・立証しなければ、その契約がないものとして扱われる。これに対し、②Xの錯誤無効（同法95条本文）の主張は、①の事実の発生を阻害しようとする当事者Xにその責任がある。さらに、③Xの「重大な過失」（同条ただし書）という事実は、②の事実の発生を阻害しようとする当事者に主張責任・立証責任がある。

要件事実論のこのような側面をみていけば、①国家の「介入」、②国民の「防御」権行使、③国家の「正当化」という権利の攻撃・防御の展開が見えるようになる。本稿で、①介入・②防御・③正当化という議論の流れで論じるべきと述べるのは、このような順序で考えれば、「人権」にある防御権の機能が見えやすくなるからである。

#### 1.4.3 類似性であって、同一性ではない

しかし、要件事実論が、憲法訴訟における人権論にそのままあてはまると考えるべきではない。要件事実論は、法律に定められた「権利」と「事実」との関係についての議論である。これに対し、本稿で議論する人権論は、「憲法が保障する権利」（あるいは人権）と「法律で保護された利益」との関係についての議論だからである。

これは、憲法訴訟論に対して向けられた「立証責任」という概念の理解についての批判と関連する。憲法訴訟の文脈で「立証責任」という言葉がしばしば用いられてきたが、それが訴訟法の用法と異なるために混乱を招いたという経緯がある<sup>15)</sup>。要件事実論との類似性に着目して、「立法責任」を論じれば、そこで批判されたことと同じ轍を踏むことになりかねない。

それでも、介入・防御・正当化に分けて平成7年上告理由を見直すと、いずれの段階に

おいても論証に問題のある部分がみられ、反面教師として参考になると考えられる。この点を論じていくために、本稿では、再婚禁止期間の憲法判断、とくにその上告理由を題材にして検討したい。

#### 1.5 本稿の目的と概要

本稿の目的は、再婚禁止期間に関する上告理由を題材に、「介入」・「防御」・「正当化」の流れで人権論を再構築することにより、憲法訴訟を用いた人権論について、より説得的な立論を促すことを目的としている。

そこで、本稿の2.では、国家による法律に基づいた介入（Eingriff）について扱う。

次に、本稿の3.では、国家の介入に対する防御権の役割をする人権について、その保護範囲（Schutzbereich）について扱う。

そして、本稿の4.では、防御権として行使された権利に対抗するために、国家による介入の正当化（Rechtfertigung）について扱う。それは、日本国憲法の解釈の文脈では、「公共の福祉」の概念をどのような意味で理解するかという議論として論じられてきた。

最後に、本稿の5.では、平成7年上告理由で展開された人権論の問題点を整理し、説得的な人権論の特徴をまとめる。

## 2. 国家による「介入」

### 2.1 法律による権利の「侵害」（法律の留保）

本稿の2.では、国家による「介入」を扱う。ここで根幹となる議論は、国家による介入——国民の自由と財産を侵害（Eingriff）する行為——について法律の根拠を必要とすることである。これは、公法学において法律の留保（侵害留保の原則）とよばれてきた原則である。ここで指摘しておくべき点は、法律の根拠が国民の自由をするための必要条件

になっているという点である<sup>16)</sup>。

もともと「法律の留保（Vorbehalt des Gesetzes）」とは、近代立憲主義の要請により、（国民の代表機関である）議会在が制定する法律を中心に据え、行政権・司法権は法律に準拠して行使されなければならないとした原則である。この原則は、明治憲法から採用されていたけれども、人権空洞化理論として使われてきてしまったために、憲法学において否定的な原理として紹介されてきた。

憲法学における問題関心は、法律の留保が（必要条件であるとしても）十分条件ではないという点にある。それは、明治憲法下において、「法律の範囲内」でみとめられた基本権が「法律で定めさえすれば」制限できるということへの反発からきている。そのため、「法律の留保」という言葉が否定的なニュアンスで説明されがちであった。

国民の自由を制限するには法律の根拠が必要であるが、その法律を制定する目的が憲法に適合したものでなければならない。そこでは、法律の根拠が必要とされない場面としたり、憲法に適合しない形で法律を制定したりすることで、国民の自由を容易に制限できることを防がなければならない。

そのためには、一定の目的を達成するために、どのようなルールを作成するのかといった考察が必要である。この考察には、立法実務家が行ってきた議論が参考になる。

## 2.2 立法実務に基づいた立法学的構成

元内閣法制局長官の山本庸幸は、法律案を作成するにあたり、①立法事実を整理し、②立案方針を建てて、③法律事項を抽出するという流れで考えることを述べている<sup>17)</sup>。

まず、立法事実とは、「法律の制定によって解決可能な課題を支える社会的事実」<sup>18)</sup>である。内閣提出の法律案では、この立法事実

について、政治的動向、行政の実態調査、統計資料の整理、判例や学説、諸外国の法令などの調査を、1年以上の期間をかけている<sup>19)</sup>。

次に、立法事実の把握後に行われるのが、立法政策と立案方針の策定である。それには、民事的な処理、行政上の措置（許可・認可）、刑事罰の制定などの組合せが考えられる<sup>20)</sup>。

このような形で立案方針が策定されれば、その策定内容から法律事項の抽出・特定を行う。法律事項とは「人に権利を与え、又は義務を課す規定」である。法律の条文案を作成する作業では、法律事項を組み立てていく<sup>21)</sup>。

法律事項の特定により、法律要件・法律効果が確定される。しかし、この特定作業は、単に法律要件・法律効果を定めさえすればよいのではない。憲法などとの適合性を図らなければならないからである<sup>22)</sup>。また、法律事項の抽出を試みたら、立案方針を改めて検討しなければならない場合もあるという<sup>23)</sup>。

## 2.3 立法で画定する裁量範囲、裁量権の濫用

立法事実→立案方針→法律事項という流れで作成された法律（とくに個別行政法）から法律事項を読み解くと、行政裁量の範囲を確認することができる<sup>24)</sup>。しかし、根拠となる法律で一定の行政裁量が認められるとしても、行政庁にフリーハンドの「自由」を認めるものではない<sup>25)</sup>。ある行政活動に裁量権の濫用があるとして、裁量権の行使として不当と評価されることがありうるからである。

本稿の2.の文脈で関わるのは、他事考慮（目的違反・動機違反）の場合である<sup>26)</sup>。本来の立法目的とは異なる目的で行政権が行使され、国民の自由に介入した場合、裁量権の濫用として争うことができる<sup>27)</sup>。そのためには、国家による権力行使の根拠となる法令を確認し、その立法目的（立法趣旨）をたどらなければならない。

## 2.4 立法事実の把握方法と回避すべき誤謬

法律の立法趣旨を調べる方法として、民法学者によるリーガル・リサーチの教科書を調べると、立案担当者の解説<sup>28)</sup>にあたるほか、体系書・注釈書などの二次資料を参照する方法が紹介されている<sup>29)</sup>。ただ、立法目的（立法事実）を把握するとき、民法の特定の条項に関する立法目的を調べる場合に、起草者の見解だけを調べるだけで満足してはならないことに注意を要する。一次資料を用いて起草者の意図だけを調べても、立法事実を正確に把握できないという弊害があるからである。

たとえば、法律そのものが全面改正された場合や法律の上位規範（憲法など）が改正された場合に、その立法目的が維持されているとは限らない。近年の内閣提出法案については、審議会などの公開の場で議論されており、その報告書も公開されている<sup>30)</sup>。

また、法律の文言そのものに変更がなかったとしても、それを支える立法事実（立法目的）が変化することもありうる。新たな立法目的・立案方針を実現しようと法律事項の抽出・特定を試みても、まったく同じ条項を使うことで実現可能である場合には、その条項の改正は行われ<sup>31)</sup>ない。この場合、条文の文言は同じでも、新たな立法目的が追加されるので、その解釈は変化しうるからである。

たとえば、平成23年の民法改正で、児童虐待防止に向けた親権制度の見直しが行われ、「子の福祉（利益）」を踏まえた形での親子関係のあり方が定められた。このような法改正がある場合、民法733条も「子の利益」を踏まえた解釈に変化する可能性がある。

したがって、民法733条の定めに基づいた行政処分の違憲性ないし違法性を争うには、民法733条（女性の再婚禁止期間）の立法目的を正確に把握することが第一歩となる。

## 2.5 注釈書が示す民法733条の立法目的

注釈書に示された民法733条の立法趣旨は、次のようなものである<sup>32)</sup>。（平成28年改正までの）現行民法733条1項の再婚禁止期間の定めは、（明治31年に公布された）明治民法767条の定めをそのまま引き継いだものである。明治民法施行前の再婚禁止期間（明治7年9月29日の太政官布告）は、300日となっており、明治民法の施行により6カ月に短縮された。

民法起草者による立案趣旨を確認すれば、その1人である梅謙次郎は、明治民法767条の規定は「血統ノ混乱ヲ避ケンカ爲メニ設ケタルモノナリ」と述べ、「法醫學者ノ意見ヲ聽キテ」6カ月に定めたと述べ<sup>33)</sup>、ヨーロッパでも父子関係の確定が主たる立法目的に変化したと法典調査会において述べている<sup>34)</sup>。

そのため、民法733条1項の立法趣旨を「道徳的な理由に基づいて寡婦に対し一定の服喪を強制するものである」と断言すれば、その立論には立法事実を正確に把握していない誤謬がある。これは、封建時代の立法趣旨であり、明治民法の立法趣旨として説明するのは不適切である<sup>35)</sup>。このことは、注釈書等で調べれば容易に知ることができる。

上記の立法趣旨は、大日本帝国憲法の下で成立している。日本国憲法の制定に伴い、憲法の趣旨に反する明治民法の定めは、その存在理由を失うことになる。とくに、憲法24条は、両性の本質的平等のほか、大日本帝国憲法体制の基礎を支えた「家」制度を否定し、その廃止を要求している<sup>36)</sup>。そのため、民法733条1項が性別を基準に再婚禁止期間の区別を設けているけれども、それが性差別や家制度を前提にした立法目的のみに基づくのであれば、憲法適合性を欠くことになる<sup>37)</sup>。

## 2.6 再婚禁止期間の趣旨に対する上告理由

### 2.6.1 平成7年 — 立法目的の恣意的理解

ここで、再婚禁止期間に関して合憲判断をした平成7年上告理由から、違憲性の立論を確認しておこう。

上告理由書の第一点では、主に民法学説に基づいて、憲法適合性がないことを論じている<sup>38)</sup>。そこには、民法学者・中川善之助の「理論的にも実際的にも好ましくない待婚期間の制度が、あまり非難をうけずに存続しているのは、やはり寡婦の再婚を好まないという古い父権的思想が一番深いところに潜んでいる」などの言及を参照しながら<sup>39)</sup>、「男尊女卑の儒教的道德観に基づき、女性の再婚禁止を嫌忌する父権的思想に依拠して女性に対して再婚を制限するもの」と論じてきた。これは、原告側が第1審の時点から一貫して主張してきた内容であった<sup>40)</sup>。

しかし、この論証には、立法目的を恣意的に選択して違憲性を論じた誤謬がある。事実と異なる立法目的を持ち出して違憲性を論じたり、都合のいい立法目的だけを選択して違憲性を論じたりすれば、誤った結論が導かれかねないからである。

1つの条項に複数の立法目的が存在する場合に、その立法目的の不合理性を論じるには、複数ある立法目的のすべてに対して不合理であることを論じなければならない。そのため、「父権的思想による性差別」だけを理由に憲法適合性を論じても、最高裁判所は、民法733条の「元来の立法趣旨が、父性の推定の重複を回避し、父子関係をめぐる紛争の発生を未然に防ぐこと」にあると説明すれば、憲法14条1項に違反しないと説明できてしまう。

### 2.6.2 平成27年 — 立法目的を不正確に把握

平成27年上告理由には、重要部分の欠落がある。そのため、その論旨を上告理由書だ

けで把握することが困難である<sup>41)</sup>。作花知志（上告代理人の弁護士）によると、再婚禁止期間が違憲であることの根拠として、3つの点を論じてきたという<sup>42)</sup>。このうち、再婚禁止期間が女性蔑視の思想に基づいた性差別であること、再婚禁止期間は100日あれば十分であること（これは本稿の4.で扱う）の2つは、平成7年上告理由で主張された内容と同じであり、2.6.1の議論と重複する。

残る1つは、平成7年上告理由とは異なる観点で、展開されている。それは、「現在の医療技術や科学技術の発達からすると、生まれた子の父が誰かということは、DNA鑑定などで容易に行うことができるのであるから、再婚禁止期間を全廃して嫡出推定が重なるようになったとしても、民法773条の『父を定める訴え』を柔軟に適用すれば父子関係をめぐる紛争は早期に解決するのであるから、再婚禁止期間を設ける必要性は認められない」という主張である。

平成27年上告理由におけるこの立論に対して、平成27年判決の多数意見は、「子の利益」の観点から反対する<sup>43)</sup>。父性の推定が重複する期間内に生まれた子は、法律上の父が確定できない状態に置かれることになるからである。

この点を見ると、平成27年上告理由においても、その立論が正確な立法事実を把握していないように考えられる。その上告理由の趣旨を踏まえると、性差別の強調に重点が置かれ、民法733条が「子の利益」を保護しようとしている点を真剣に検討していなかった問題がある。それでも、違憲判断が下されるのは、ある程度までの違憲性の主張がなされれば、裁判所側でも立法事実の調査が行われるからである<sup>44)</sup>。

### 2.6.3 平成27年判決における山浦反対意見

立法目的の正確な把握を示すために、平成27年判決の山浦反対意見を示しておこう<sup>45)</sup>。そこには、平成27年上告理由にはない立法事実の調査の跡が見られるからである。

まず、明治民法で再婚禁止期間の制度が定められた趣旨は「血統の混乱を防止」するためであったが、日本国憲法の制定により維持できなくなったので、「父性の推定の重複を回避」するためという形に立法目的が巧妙に差し替えられていると指摘する<sup>46)</sup>。

また、「子の利益」の観点は、明治民法の起草者意図にはないことを指摘し<sup>47)</sup>、「子の利益」が語られるようになったのは近年になってからであると述べる。近年、「子の利益」という観点から、民法733条の立法目的を再定義したのであれば、採用すべき立法内容の幅（立法裁量の幅）も変わりうるものであり、違憲性を論じるための有益な証拠となろう。

立法事実を正確に把握することによって、はじめてその違法性・違憲性を論じることができ、このような立法事実の調査が人権論の第一歩となり、詳細な調査であればあるほど、その違憲性の立論に説得力をもつであろう。

## 3. 人権 — 国家の介入に対する「防御」権

### 3.1 介入と防御（制限と保護範囲）の区別

本稿の2.では、立法目的そのものの存在・不存在およびその憲法適合性を論じてきた。そのためには、ある法律の立法事実の調査を行い、その立法事実から憲法に適合する立法目的であるのかを調べる必要がある。また、憲法に適合する立法目的であったとしても、その法律で定められた要件をみださない行為（重大な事実誤認）や立法目的から逸脱した法運用（目的違反・動機違反）などの「裁量

権の濫用」がないことの調査が求められる。

本稿の3.では、その目的が憲法に適合する形で存在していることを前提にして議論していく。つまり、そのような前提があってもなお、憲法に適合しない場面の有無について論じる。これは、伝統的な人権論が中心的に論じてきた内容であり、人権を行使することで国家の介入を「防御」できる保護範囲（Schutzbereich）を論じていくことになる。

### 3.2 伝統的な人権論の流れ

伝統的な人権論では、人権に対して一定の解釈を行わせないよう、議論の精緻化がなされてきた。とくに、人権保障を論じるにあたっては、次のような形で議論を進めるのが一般的であった。

まず、明治憲法（大日本帝国憲法）における権利保障との違いを明確にする。人権とは、君主から恩恵として与えられたものではない。「基本的人権の性質」として、人間であるがゆえに当然認められ（固有性）、侵害されることが許されず（不可侵性）、人種や性別に関わりなくあらゆる人間に認められる（普遍性）があることを論じてきた。

次に、人権に不可侵性があるとしても、無制限に人権が行使できるということではない。そこで、日本国憲法に定められた「公共の福祉」という概念に触れて、いかなる方法・形式で「基本的人権の限界」を認定するかといった議論を展開する。その際、政策的理由など人権の外部の事情によって課される制約（外在的制約）で考えると、明治憲法における「法律の留保」と同様に（2.1参照）、人権空洞化理論として「公共の福祉」が悪用されかねない。そのため、「公共の福祉」を基本的人権相互を調整する原理（内在的制約）として考えるように論じられてきた。

さらに、憲法14条以下に列挙された諸権利

（人権のカatalog）のみが人権として保護されるのだとすれば、人権規定の不備が原因で、保護に値する自由が不当に奪われることにもなりかねない。このような理解は、人権の原理から考えると正しくない。そこで、日本国憲法の解釈として、憲法13条を「包括的基本権」と位置づけ、新しい人権の根拠としてきた。

この内在的制約と新しい人権の議論が組み合わさると、新たにやっかいな問題が発生する。国家に都合のいい「新しい人権」をでっち上げることにより、既に保護されている自由を制限できてしまうためである。それでは、自由を保障しようと考えられてきた人権の議論が反故にされてしまう。そこで、憲法が保障する権利のなかで、精神的自由に優越的価値を与えて、その憲法適合性を厳格に判断するという二重の基準論が展開されてきた。

### 3.3 審査基準論の再検討

3.2では、憲法の標準的な教科書の流れに沿って、基本的人権の性質から「二重の基準」論に至る流れを説明した<sup>48)</sup>。この説明は、あまりにも素朴であるが、人権論における多くの誤謬を避けることに役立っている。

#### 3.3.1 「芦部基準図」に至る議論の流れ

「二重の基準」論といっても、憲法学説の蓄積に伴い、いくつかのバージョンがある。

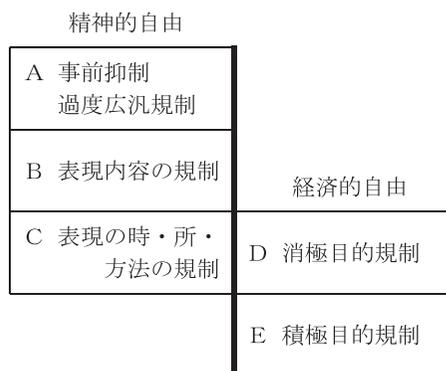
初期型の「二重の基準」は、「裁判所が違憲審査を行う際、経済的自由の規制立法の場合は、合憲性推定の原則を働かせて緩やかな審査基準で臨み、精神的自由（とくに表現の自由）の規制立法の場合は、合憲性推定原則を及ぼすことなく厳格な審査基準を適用すべきである」というものであった<sup>49)</sup>。

この「合憲性の推定」や違憲の「立証責任」という表現は、訴訟法の用法と異なる。憲法

訴訟で問題となるのは、この用語が対象とする事実問題ではなく、法律問題だからである。このような型の議論が役立たないことは「憲法訴訟」論を組み立てる立場からも認めており、「表現の自由を中心とする精神的自由を規制する立法の合憲性は、経済的自由を規制する立法よりも、とくに厳しい基準によって審査されなければならない」と説明するの一般的である<sup>50)</sup>。

さらに、精神的自由と経済的自由に加え、規制目的と規制手段に着目して、細かく準則化されている<sup>51)</sup>。たとえば、精神的自由については、(A) 事前抑制や過度広汎規制の場合は文面審査、(B) 表現内容規制は「明白かつ現在の危険」の基準、(C) 表現の時・所・方法の規制は「LRAの基準」という形で準則化され、経済的自由については、(D) 消極目的規制の場合は「厳格な合理性の基準」、(E) 積極目的規制の場合は「明白性の原則」という形で準則化されている。

このような準則化は、図③（芦部基準図）<sup>52)</sup>のような形で理解されている。



図③ 芦部基準図

#### 3.3.2 井上=長谷部論争

もちろん、この芦部基準図を基にした図式化だけでは、人権論を理解したことにはならない。実際に、この「二重の基準」論に対し

て、法哲学者・井上達夫による批判がある。

井上による「二重の基準」批判は、「精神的自由の優位」についての原理的な疑問であり、正確には「経済的自由の劣位」に対する批判である。つまり、経済活動が物欲の追求をイメージするとしても、地域振興のためにベンチャー・ビジネスを始める人の経済活動は物欲の追求とは言いがたく、名声を求めて小説を書く人の表現活動は物欲の追求ではないかという疑問があり、「経済的自由の劣位」は『『知識人』特有の偏見』ではないかというものである<sup>53)</sup>。

この井上による批判に対して、憲法学者・長谷部恭男による応答がある<sup>54)</sup>。表現活動（精神的活動）と経済活動（経済的活動）との間に本質的差異がないとしても、この関係と経済的自由と精神的自由の関係とは必ずしも一致しない。表現の自由を厚く保護すべきとするのは、情報の受け手の利益に着目した理由に基づくので、人権として保護に値すべき利益（人格的利益）を判断する規準が異なると反論する。

### 3.3.3 「二重の基準」をどう位置づけるのか

井上＝長谷部論争は、「どのような規準で、どのような人権に優越的価値を与えるのか」という人権の適切な価値づけという点に収斂する。それは、人権論のなかで表面的には現れにくい根本的価値を把握することであり、「個人の尊厳」の指し示す内容を原理的に考えることにより理解可能となる<sup>55)</sup>。

この論争のどちらの立場も、「二重の基準」を用いるときの一定の態度を批判している。それは、芦部基準図を機械的に当てはめるだけで何も考えていないような、図式的な人権論で満足してしまうという態度である。そういう意味での審査基準論は、井上による疑問提起に限らず、憲法学説からも強い批判がな

されている。

もっとも、この批判は、司法試験受験界における弊害であり、審査基準論の提唱者に対する批判にはならない。戸松秀典が日本公法学会で指摘したように、審査基準論は「判例法理において構築されたもので、権利・自由の個別の性格、制限禁止をする法令の内容、事案にみられる特性などを勘案して形成されたもので、一律に機械的に適用して答えがでてくる道具ではない<sup>56)</sup>」からである。

「二重の基準」論は、あらゆる人権問題を解決できる便利な道具ではなく、人権の適切な価値づけを論じなければ役に立たないものである。その有用性を確保するには、具体的な事案に着目し、どのような性質の権利が奪われているのかに着目しなければならない。

### 3.4 憲法が保障する権利の「保護範囲」

そこで、人権論の根底にある価値を教科書的記述から把握していこう。それは、立憲的意味の憲法が採用してきた基本原理に関わる。

人権のカタログのなかで精神的自由（表現の自由）が優越的地位にあるのは、個人が表現活動を通じて自己の人格を発展させる価値（自己実現の価値）と、自由な表現活動により国民が主権者として十分な政治的判断を可能にする価値（自己統治の価値）という2つの価値があるからである。このような価値があるため、精神的自由が正常な民主的政治過程に必要不可欠である。これに対し、経済的自由については、経済政策の当否に関わる情報が正しく伝わりさえすれば、国民の多数の意見を取り入れた立法府の判断を尊重することで十分保障できるからである<sup>57)</sup>。

このような精神的自由に優越的価値を与える理由づけは、人格的利益説を採用する理由づけでもある。「殺人の自由」を含むような「何をしてもよい自由」を（取りあえずのもの

のであれ)人権概念として想定してしまうと、人権が国家に対抗する防御権としての機能が弱められてしまうからである。そこで、個人の尊厳に関わるものだけを「新しい人権」として認める人格的利益説が支持される。個人の尊厳に基づく権利で防御権の性質がある権利だけを「人権」とすることで、「人権」にパンチ力を与えたいからである<sup>58)</sup>。

人権に国家に対抗する防御権としての機能を持たせようとするれば、「人権の性質」から論理必然的に、内在的制約に行き着く。人間であれば（固有性）・誰でも同じように（普遍性）・侵害できない（不可侵性）人権を有するのであれば、ある人権が行使されれば他の人権が制約されるという状態になるまではその行使が許されて、それ以上の人権行使は「人権の性質」と矛盾する結論を導くからである。それは、人権相互の矛盾・衝突を調整するという制約（内在的制約）を意味する。

このような調整は、あらゆる個人に対して「人間の尊厳」を認めるという、個人主義を前提にしなければ成立し得ない。人権を君主が恩恵として与えたもの（明治憲法の「臣民の権利」はそのような位置づけである）と捉えれば、内在的制約が導かれる論理的必然性は存在しない。また、全体（国家など）を絶対的優位に捉え、個人を全体の目標に総動員するような、全体主義の思想でも同様に導かれ得ない。また、自己の利害だけを規準として社会の利害を念頭に置かないという利己主義の考え方でも、内在的制約が導かれる論理的必然性は存在しない。個人主義が個人の利己心から出発して道徳原理を導くことはあるとしても、社会の利害を念頭に置かないという利己主義とは明らかに異なるからである。

このように、人権は、「人間社会における価値の根源が個人にあり、個人を尊重する」という個人主義の思想が根本的価値となって

いる。人権の価値論を正面から検討するには、個人の尊厳などの観点から人権の保護範囲を判断しなければならない。

### 3.5 人権の「保護範囲」を論じる実務的意味

3.4で人権の「保護範囲」について言及したが、それは「特定の自由に優越的価値があるのはなぜか？」といった根拠の探求である。その探求を突き詰めていくと、「個人の尊厳」といった人格的自律の考え方に行き着く。したがって、人権の「保護範囲」について論じるには、人権を支える根本的価値（人格的自律）に基づいて議論すべきである。

もっとも、この人格的自律という価値（人格的利益）で考えることに対しては、異論もある。有力に唱えられているのは、国家に対するあらゆる防御権という「一応の人権」（一般的行為自由）を設定して、「公共の福祉」という調整原理でバランスをとる、二段階画定アプローチ（量的拡張論）である<sup>59)</sup>。

しかし、二段階画定アプローチのような、「他人に迷惑をかけなければ何をしてもよい」という形での人権行使は、権利の衝突のバランスをとるために、公益による制約を容易に認めざるを得なくなる。このアプローチでは、権利の価値を十分に論じることなく、権利の相互調整を論じるために、人権というものの価値を自ら下げることにつながる。

「人格的利益」という価値で保護に値する自由を質的に限定するという一段階画定アプローチ（質的限定論）は、要件事実論のような関係で考えれば、重大な意味がある。人権は、国家の介入に対する防御権として、介入を防御する機能を有している。この防御権行使による介入からの防御を主張しなければ、憲法訴訟は成立しない。

人権を防御権として機能させるには、「多くの者に迷惑をかけることになっても、なお

保護すべき価値がある」という主張が立論の中で必要となる。それを怠れば、「経済的自由の保障を精神的自由に準ずる方向」になるどころか、精神的自由の保障を経済的自由並みに低下させることになりかねない<sup>60)</sup>。

### 3.6 再婚禁止期間に関する上告理由をみる

ここで述べた観点を踏まえ、平成7年上告理由と平成27年上告理由を確認しよう。

#### 3.6.1 平成7年上告理由 ― 図式的な人権論

平成7年上告理由は、本人訴訟でありながら、当時の憲法学における人権論を踏まえた内容で記述されている。

しかし、3.5で論じた内容を精査してみると、うわべだけの審査基準論になっていることが読み取れ、人権論の組立てに問題点がある。

まず、人権の「保護範囲」を論じるには、国家の介入によって制限された人権がどのような性質のものか明確にしなければならない。しかし、上告理由をみると、「婚姻の自由」や「再婚をする権利」が基本的人権であると述べるだけにとどまっている<sup>61)</sup>。性別による別異取扱いによって、どのような性質の権利が侵害されているのかが明らかでない。

また、上告理由では、LRAの基準（より制限的でない他の選びうる手段の基準）で判断すべきと述べる<sup>62)</sup>。ただ、この基準は、本来、表現の自由に対する時・場所・方法の制限で用いる違憲審査基準である<sup>63)</sup>。本件の場合、女性に一定期間の婚姻を禁止するという点で、時・場所・方法の制限であることに違いはない。しかし、この事案で保護されるべき権利が表現の自由をほぼ同価値であるということは、自明なことといえるであろうか。

日本国憲法が保障する権利について、伝統的な分類を試みても、憲法24条が保障する権利がどこに位置づけられるのかは明らかにさ

れていない。「婚姻の自由」は、憲法が保障する権利の分類からはうまく掬えない「取り残し部分」に該当する権利である<sup>64)</sup>。

平成7年上告理由をみても、性差別であることを強調するだけで、「婚姻の自由」を表現の自由と同価値におくことができる理由が示されておらず、「婚姻の自由」を精神的自由として位置づける理由も示されていない。性別による不平等を強調するだけでは、等しく不利益を課すという結論につながりかねないからである<sup>65)</sup>。

また、人権の「保護範囲」の論証を怠ると、上告人は経済的自由に関する不平等しか主張していないのではないかという疑念をもつ。民法は、再婚禁止期間中の事実婚までは禁止していないので、「事実上の再婚」をする自由を奪っていない。事実上の再婚が父子関係を不安定にするという立論がなされうる。しかし、この場合は「推定の及ばない子」として扱われるので、親子関係不存在確認の訴えで解決できるはずである。平成7年上告理由は、法律婚により発生する財産権が制限されていると主張しているだけではないのか。

「婚姻の自由は、経済的自由ではないのか」という疑念に対して、適切な反論をしておかなければならない。そこでいう「婚姻の自由」が婚姻による民法上の権利義務の発生を「選択する自由」というだけでは、それは経済的自由の域を脱しない。これが経済的自由に対する制限であると判断されてしまえば、合理性の基準で判断される。それでは、「簡単な三行判決」のような印象を受けるような、平成7年判決と同じ結論にしかならない<sup>66)</sup>。

#### 3.6.2 平成27年上告理由 ― 「個人の尊厳」

これに対して、平成27年上告理由では、婚外子の法定相続分に関する平成25年違憲決定を利用し、「個人の尊厳」論を展開した<sup>67)</sup>。「個

人の尊厳」に基づく権利の「保護範囲」を論じることが、人権論を展開することに重要な意味をもたらすと言える。

しかしながら、婚外子の法定相続分に関する平成25年の違憲決定における「個人の尊厳」を多用することは、人権論を空虚にしてしまうリスクもある<sup>68)</sup>。「個人の尊厳」を論じたとしても、「憲法に違反する」という表現を「基本的人権を侵害する」という表現に置きかえ、それをさらに『『個人の尊厳』を定める憲法に照らして検討・吟味すべき』と置きかえることで満足してしまうような陳腐な人権論を展開することにもなりかねないからである。

#### 4. 防御権行使に対する介入の「正当化」

##### 4.1 介入の「正当化」原理——公共の福祉

本稿の3.では、侵害される権利（人権）について、量的拡張論（二段階画定アプローチ）ではなく、質的限定論（一段階画定アプローチ）で考えるべきことを述べた。しかし、人権を真剣に論じるには、侵害する側の利益についても検討が必要である。

人権の範囲を人格的利益に関わるものに限定したとしても、「公共の福祉」による「介入の正当化」の論証が不要になるとはいえない。本稿の4.では、人権（防御権）に対する「正当化」について論じる。まず、憲法の標準的な教科書の流れに従って、伝統的な人権論を確認しておこう。

「公共の福祉」については、教科書的記述に従えば、次のように説明される。日本国憲法は、人権に「公共の福祉」による制約があるを定めている。そして、この「公共の福祉」に関して、①一元的外在制約説・②内在・外在二元的制約説・③一元的内在制約説が説かれ、公共の福祉を「人権相互の矛盾・衝突を

調整するための実質的公平の原理」と理解する③説（宮沢説）が通説的見解として確立した<sup>69)</sup>。このような流れで、〈公共の福祉＝内在的制約＝「人権相互の矛盾・衝突を調整するための実質的公平の原理」〉が通説的見解として定式化されるようになった<sup>70)</sup>。

この「内在的制約」を、日本国内の誰かの人権を侵害しなければ他の誰かの人権を保障することができない状態という意味で捉えれば、経済学でいうパレート効率性（パレート最適）と同じ意味になる。パレート効率性には資源の再配分原理がないため、公平な資源配分が必ずしも保障されず、配分済みの状態から公平な再配分を求めることもできない。

それゆえ、宮沢説（一元的内在制約説）は、自由国家的公共の福祉と社会国家的公共の福祉とに分けて論じることで、公平な再配分原理の内容も含ませている<sup>71)</sup>。しかし、宮沢説も「人権を制約する立法の合憲性を具体的にどのように判定していくのか」が明らかでないので、比較衡量論や「二重の基準」論によって憲法適合性の判断基準を明らかにすべきという流れで議論が展開された<sup>72)</sup>。

いずれにしても、少なくとも、「公共の福祉」の概念は、国家が「憲法が保障する権利」の制限を「正当化」（Rechtfertigung）するためのものとして機能していることを示すことができる<sup>73)</sup>。しかし、その内容は、保護対象となる権利の性質に応じて、具体的に検討する必要がある。

##### 4.2 判例から見た平等審査基準——二段構え

再婚禁止期間に関する争いは平等保護に関するものであるため、平等審査に関する憲法判例を確認しておこう。尊属殺重罰規定違憲判決では、刑法旧200条の立法目的に合理的な根拠を欠くとはいえないが、法定刑が「その立法目的達成のため必要な限度を遥かに超

え」憲法14条1項に違反するという「二段構え」の審査を行っている<sup>74)</sup>。再婚禁止期間に関する平成27年の違憲判決は、この判例の判断枠組みを踏襲したものである。

憲法判例は、①立法目的の合理的、②立法目的達成の必要性という「二段構え」で、法の下での平等にかかる違憲審査を行っている。この判断枠組みについて、三段階審査論に基づいた人権論から、「介入」と「正当化」の二段階で審査され、平等権には固有の「保護範囲」が存在しないことを指摘するものがある<sup>75)</sup>。しかし、「法の下での平等」にかかる憲法判断を、「保護範囲」を除いた二段階審査に整理してしまうことには、疑問がある。

日本における憲法14条違反とされた判例を確認すると、平等原則違反だけでなく、「比例原則違反」の問題も含めて考えていると捉えるべきである。尊属殺重罰規定においては法定刑が著しく高いことが憲法違反とし、再婚禁止期間においては「6か月」という期間の長さが憲法違反としているからである。これは、「不利益が過剰」という比例原則違反の問題である。それが比例原則の問題であるならば、憲法31条および36条に関わる議論ではないかという奥平康弘の指摘もある<sup>76)</sup>。

#### 4.3 平等原則違反と比例原則違反

憲法14条違反を争う事案に「比例原則違反」の問題が考慮されているのであれば、「保護範囲」の議論が必要である。別異取扱いによる「不利益」によって、どのような権利がどのくらい侵害されているのかを指摘しなければ、簡単な「正当化」の論証で憲法適合性を論じることができてしまうからである。つまり、憲法14条違反で争われたとしても、別異取扱いによって奪われる権利の性質に応じて、その取扱いの「正当化」を論じなければならない。

この点は、日本国憲法における「公共の福祉」という概念の捉え方に関わってくる。この概念を「戦前のような個人を超越した全体の利益」とする解釈を避け<sup>77)</sup>、〈国家の利益〉が全面に出された「むき出しの比較衡量論」を避けてきた。通説的見解が、一元的内在的制約説を採用し、二重の基準論（審査基準論）を展開してきたのは、そのような理由による。

しかし、それを理由にしても、比較衡量論に対する根本的な批判にならない。芦部説も、「同じ程度に重要な二つの人権（たとえば、報道の自由とプライバシー権）を調節するため、裁判所が仲裁者としてはたらくような場合」に限定して用いることを認めている<sup>78)</sup>。

また、内在的制約説を採用しても、〈国家の利益〉というものを観念せずに、議論を展開することが困難である。人権が国家による介入に対する防御権であるので、国民の人権同士の利害調整ではなく、〈憲法上の権利〉と〈他の国民の利益を実現する国家の利益〉との調整であると理解すべきという指摘もある<sup>79)</sup>。

#### 4.4 介入の「正当化」——人権の調整問題

平等保護違反を争う憲法訴訟で、人権の「保護範囲」が正面から議論されないのはそれなりの理由がある。その多くの場合が、経済的自由（居住・移転の自由、財産権）の別異取扱いを問題にしているためである。経済的自由とされる財産権は、一般論として、防御権の性質がある人権として論じるのが困難であり、人権の「保護範囲」としても厚いものではない。その場合、別異に取り扱う立法政策そのものの合理性を論じることで、議論が終わってしまう。

平等原則を判断する場合であっても、別異取扱いによって、重要な人格的利益が損なわれるという「保護範囲」を論じるべきである。

争われている立法目的が同じでも、単なる資源配分だけを論じるのではなく、防御権の性質がある人権を侵害していることを論じていれば、違憲性の立論に説得力が増す<sup>80)</sup>。

再婚禁止期間の憲法適合性についていえば、女性の「婚姻の自由」は人格的利益に関わるといった「保護範囲」の論証が不可欠である。そもそも、憲法24条は、精神的自由に該当しない可能性がある。憲法13条を根拠にするのであれば、それが人格的利益に関わる利益であるという論証が不可欠である。

しかし、女性の「婚姻の自由」が人格的利益に該当すると立論できても、それだけでは十分ではない。その「婚姻の自由」により他人の人格的利益を著しく侵害していれば、その自由を制約することが「正当化」されるからである。平成7年判決が示すように、民法733条には、「子の福祉」のために子を出生時から安定した父子関係におく必要があるという立法目的があるとされる。「婚姻の自由」を押し通すために、「子の福祉」という制約側の権利を無視すれば、不公平な形で権利の調整が図られることになりかねない。

人格的利益に関わる権利同士が相互に矛盾・衝突するのであれば、その利害調整が必要である。このような場合、どのような点に着目して、人権の「相互調整」を図るべきかが問題となろう。

#### 4.5 再婚禁止期間に関する「相互調整」

ここで、4.4で述べた観点から、平成7年上告理由と平成27年上告理由を確認しよう。

##### 4.5.1 平成7年——「子の利益」を軽視

平成7年上告理由は、制限される人権の「保護範囲」の立論が弱いものであった。再婚禁止期間（民法733条）によって侵害される権利が経済的自由と同程度で、社会的弱者

とされる「子の福祉」との調整を図るのであれば、同条による規制に合理性があれば憲法適合性があると判断されてもおかしくないものであった。たとえば、「事実上の再婚」を阻止することができないことを違憲性を論じる根拠の1つとしている<sup>81)</sup>。しかし、「事実上の再婚」を禁じていないのであるから、経済的自由を制限しているに過ぎないのではないか。それを否定するには、女性の人格的利益を強く侵害するという論証が必要ではなかったか。この点については、3.6.1で述べた。

もっとも、この上告理由が「子の福祉」に対する調整について言及していないわけではない。「子の福祉」に基づいて立法趣旨を説明した下級審判決に対して、逐一、反駁を試みているからである。その反駁のなかには、有益な指摘がないわけではない。しかし、それらに問題がなかったとはいえない。

平成7年上告理由は、「子の福祉」との調整について、合計特殊出生率の低さを根拠に「父性の混同が生じる可能性がほとんどない」と述べる<sup>82)</sup>。しかし、それは父子関係の確定を立法的にどう解決するかを棚上げした印象を受ける。また、DNA鑑定を用いれば親子関係をほぼ100%判定できると述べるが<sup>83)</sup>、これはDNA鑑定を過信している。この当時、「1,000人に1.2人」の確率で外れる精度(99.88%)のDNA鑑定を過信したために生み出された冤罪事件（足利事件）は、世間にまだ知られていない<sup>84)</sup>。

平成7年上告理由で共通してみられるのは、再婚禁止期間を性差別の問題として認識し、（再婚しようとする）母と（出生する可能性のある）子との利害調整の問題とする意識が希薄なことである。上告理由の第二点において、再婚禁止期間の定めが国際条約（女子に対するあらゆる形態の差別の撤廃に関する条約など）に適合しないという立論をして

いるが、国際連合においてなされた「子の福祉」を守るためという趣旨説明を持ち出して、「条約に違反する疑いのある性差別規定であって、その疑いが一見不合理をも推知」させるといった議論のすり替えがみられる<sup>85)</sup>。

#### 4.5.2 平成27年 ― 禁止期間の長さ に単純化

このように、平成7年上告理由には、性別による別異取扱いを問題にし、「子の福祉」を無視（あるいは棚上げ）していることが読み取れる。この立論では、社会的弱者とされる「子」の利益を理由にすれば、容易に制約を「正当化」できてしまう。

これに対して、平成27年上告理由は、「子の福祉」との調整を図ろうと、父を定める訴え（民法773条）を柔軟に適用すれば再婚禁止期間を全廃しても父子関係をめぐる紛争が解決すると主張した<sup>86)</sup>。もっとも、平成27年判決の多数意見は、それを否定した。「生まれてくる子にとって、法律上の父を確定できない状態が一定期間継続すること」が望ましくなく、「子の利益の観点」から、「父性の推定が重複することを回避するための制度を維持することに合理性」があるからとする<sup>87)</sup>。それでも、この上告理由の立論は、母子間の利益の相互調整という意味では、立論としてうまくいっていたと考えられる。

さらに、再婚禁止期間の長さを適切に設定することがそのまま利害関係（「子の福祉」と「女性の自由」）の調整問題の解決策となっていたことは、平成27年上告理由の立論がうまくいった理由として指摘できよう。

## 5. おわりに

### 5.1 平成7年上告理由の問題点

本稿の2.から4.までの論述では、平成7年上告理由で展開された人権論に、問題点が

あることを指摘した。

まず、憲法に適合しない立法目的で、法律の制定・適用は不可能であるが、その違憲性を論じるのに都合のいい立法目的のみを批判しても意味がない。違憲性の立論には、立法目的の正確な把握が求められる。

また、人権には国家の介入に対する防御権としての性質があるとしても、多くの人の利益を侵害してもなお保護に値する価値があることを論じなければならない。それを怠れば、財産権の侵害と同じ価値になってしまい、立論に説得力がなくなる。女性の「婚姻の自由」が民法上の財産権について言及しているに過ぎなければ、社会的弱者のために、その自由は容易に制限されてしまう。

そして、「公共の福祉」に基づいて相互調整を図るとき、違憲性を論じるのに都合の悪い権利（利益）を考慮の対象から外してしまうと、説得力を有する立論にならない。「女性の自由」を通すために、「子の自由」を考察の対象から切り捨てれば、「女性の自由」を保障して生じたデメリットを子に押しつけるという事実気づかないままになる。

さらに、憲法上の権利を用いて、権利の相互調整を行うとしても、その最適な状態が明確な形で示されなければ、憲法適合性を争う立論として説得力に欠ける。その状態を示す具体的な立法提案が示せなければ、現状のままでも、立法裁量の範囲内であるから問題がないという判断になりやすい。

この問題点を回避するには、民法733条の立法目的を正確に把握し、それによって侵害される利益と保護される利益を把握することが必要である。そのうえで、侵害される利益が（人権と言えるほどの）強い保護が必要であることを論じなければならない。それなしでは、人権を論じても、民法733条で保護される利益の相互調整を図ることができない。

## 5.2 平成27年上告理由の有効性と問題点

これに対し、平成27年の上告理由は、再婚禁止期間の長さに着目して母子相互の利害調整を図るという形で、これらの問題を克服することができた。

もともと、この立論は暫定的にすぎず、再婚禁止期間に関わる問題を正面からすべて論じたものではない。もともと、再婚禁止期間後直ちに再婚した後に子を出産した場合、その子に前婚の嫡出推定が及ぶことは、「子の福祉」の観点から問題にはならないという前提で考えられてきた。

しかし、この点について、嫡出の推定（民法772条）に関する議論を無視して論じることが不可能である。今回の事件では、再婚禁止期間（民法733条）の憲法適合性だけを争っているため、嫡出推定に深く言及すれば、争点とは関わりのない議論を展開することになる。

近年、そのような場合に前婚の嫡出推定が及ぶことを問題視する。大村敦志は、この背景には「再婚後に生まれた子は後夫の子として届け出られて当然、という意識が広がった」ことがあるのではないかと推測する<sup>88)</sup>。

そのような意識の変化は、平成7年判決の後に生じたと考えられる。ドメスティックバイオレンス（Domestic Violence: DV）という言葉が知られたのは、1996年（平成8年）頃からである<sup>89)</sup>。また、「300日問題」に起因する無戸籍児の問題が社会的に認識されるようになったのは、2007年頃からである<sup>90)</sup>。

平成27年判決にかかる事案も、無戸籍児の問題と密接に関わっていることが、上告代理人による判例解説から把握できる<sup>91)</sup>。当該事案が、2007年頃の離婚・出産事案であり、社会問題として認識された時期とも重なる。

## 5.3 立法的考察の有効性と必要性

平成27年上告理由は、再婚禁止期間の長さで議論を限定することで、一部違憲の判決を勝ち取ることができた。権利の相互調整を図った適切な立法的解決策を提示することができたからである。

このように見ていくと、説得的な人権論を展開するには、立法提案が具体的に見える形で立論していくことが求められる。立法府の視点を入れた形で人権論の再構築が必要であるが、これについては今後の課題としたい。

### 注

- 1) この点については、戸松秀典「憲法訴訟の現状分析 序論」戸松秀典・野坂泰司編『憲法訴訟の現状分析』（有斐閣、2012年）10-15頁、および大沢秀介「司法積極主義と司法消極主義」同書423-44頁を参照せよ。
- 2) 作花知志「再婚禁止期間違憲訴訟」法学セミナー 61巻3号（2016年）39頁。
- 3) なお、平成27年判決では、再婚禁止期間の定めが憲法14条違反であることを述べたが、国家賠償法1条1項の「違法」には該当しないと判断した。そのため、この判決の主文は、上告棄却である。
- 4) 最大判平成7年12月5日に関する判タ906号180頁のコメントなど。
- 5) 最大判平成7年12月5日判時1563号81頁 [83-102頁]、判タ906号180頁 [181-92頁]。なお、大きく5つに分かれた上告理由のうち、『判例時報』（判時）では第5点が省略され、『判例タイムズ』（判タ）では第1点と第2点が省略されている。
- 6) 最大判平成27年12月16日民集69巻8号2427頁 [2470-575頁]。
- 7) 大野正男（平成7年判決の裁判官の1人）は、長い上告理由書に対し、同義反復を含むことが多く、論理的には矛盾する傾向があり、口先だけで原判決を非難しても有害であると述べる。大野正男『弁護士から裁判官へ』（岩波書店、2000年）43-44頁。これは、特定の裁判に言及したものではないと付記する。

- 8) 最大判平成7年12月5日判時1563号81頁 [84-85頁]。
- 9) ドイツの三段階審査論については、ボード・ピエロート=バルンハルト・シュリンク (永田秀樹ほか訳)『現代ドイツ基本権』(法律文化社, 2001年)を参照せよ。
- 10) Dieter Grimm, "Fundamental Rights in the Interpretation of the German Constitutional Court," in *Constitutionalism*, ch. 7 (Oxford University Press, 2016). 本稿の英語タイトル作成では、この論文の英語表現を参照した。
- 11) ドイツの三段階審査論を日本国憲法に応用した議論については、次の文献を参照せよ。石川健治「憲法解釈学における『論議の蓄積志向』」樋口陽一ほか編著『国家と自由・再論』(日本評論社, 2012年)15頁。駒村圭吾『憲法訴訟の現代的転回』(日本評論社, 2013年)。小山剛『「憲法上の権利」の作法 第3版』(尚学社, 2016年)。渡辺康行・宍戸常寿・松本和彦・工藤達朗『憲法I 基本権』(日本評論社, 2016年)。木村草太『憲法の急所 第2版』(羽鳥書店, 2017年)。
- 12) 石川・前掲論文注11)に端を発し、駒村・前掲書注11)86-97頁で展開された、三段階審査の「順序問題」を参照せよ。
- 13) なお、第193回国会で審議されていた「民法の一部を改正する法律案」(第189回国会閣法63号)が、両議院で提出時法律案ほぼそのままで可決し、成立したので、錯誤の法律効果は、3年以内に「取消し」となる。
- 14) 民法95条の要件事実については、大江忠『図解要件事実 民法総則・物権』(第一法規, 2007年)47頁などを参照。
- 15) 安念潤司「憲法訴訟論とは何だったか、これから何であり得るか」論究ジュリスト2012年春号132頁などを参照。
- 16) 渡辺ほか・前掲書注11)69-70頁 [松本和彦]。
- 17) 山本庸幸『実務立法演習』(商事法務, 2007年)3頁。
- 18) 山本・前掲書注17)4頁参照。憲法訴訟の文脈では、「法律の制定を根拠づけ、法律の合理性を支える社会的・経済的・文化的な一般事実」と定義されている。戸松秀典『憲法訴訟 [第2版]』(有斐閣, 2008年)243頁。
- 19) 山本・前掲書注17)5頁。
- 20) 山本・前掲書注17)11頁。この点について詳しくは、大橋洋一『行政法I [第3版]』(有斐閣, 2016年)174-75頁を参照せよ。
- 21) 山本・前掲書注17)13-14頁。
- 22) 山本・前掲書注17)16頁。この場面での憲法適合性の問題とは、文面審査とよばれるものであり、「明確性の基準」によって審査される。これについては、戸松・前掲書注18)220-21, 328-31頁を参照せよ。
- 23) 山本・前掲書注17)13頁を参照。
- 24) 橋本博之『行政法解釈の基礎』(日本評論社, 2013年)91頁。
- 25) 櫻井敬子・橋本博之『行政法 [第5版]』(弘文堂, 2016年)104-07頁。
- 26) 裁量権の濫用として、重大な事実誤認・他事考慮・平等原則違反・比例原則違反の4つの類型があるとされる。塩野宏『行政法I [第六版]』(有斐閣, 2015年)147-49頁。櫻井=橋本・前掲書注25)115-18頁も参照。
- 27) 「父性推定の重複を回避」という立法目的を掲げながら、「父権的思想による性差別」に基づく実務運用がなされていたとすれば、裁量権の濫用にあたる。しかし、戸籍事務管掌者に裁量の範囲がほとんどなく、他事考慮となる状況が生じるとは考えにくい。
- 28) 平成23年の民法改正に関しては、飛澤知行編著『一問一答 平成23年民法等改正』(商事法務, 2011年)などがある。
- 29) 田高寛貴・原田昌和・秋山靖浩『リーガル・リサーチ&レポート』(有斐閣, 2015年)184-85頁 [田高寛貴]。なお、現行民法典の一次資料にあたる立法資料については、同書202-03頁 [秋山靖浩]を参照せよ。
- 30) 山本・前掲書注17)6-7頁注3を参照。
- 31) 山本・前掲書注17)14-15頁。この点については、井田良ほか『法を学ぶ人のための文章作法』(有斐閣, 2016年)112-13頁 [山野目章夫]も参照。
- 32) 青山道夫・有地亨編『新版 注釈民法 (21)』(有斐閣, 1989年)205-06頁 [上野雅和]。松川正毅・窪田充見編『新基本法コンメンタール 親族』(日本評論社, 2015年)26頁 [宮本誠子]。大村敦志『民法読解 親族編』(有斐閣, 2015年)28-29頁。
- 33) 梅謙次郎『民法要義 卷之4』(和仏法律学校,

- 1899年) 91-92頁。同書は、国立国会図書館デジタルコレクションで閲覧可能である。<http://dl.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/792147/51>
- 34) 第139回法典調査会議事速記録によれば、「欧羅巴ニ於テ此規定ノ起リマシタ原因ヲ原ネテ見ルト或ハ夫ノ喪ニアル中ニ婚姻ヲスルコトヲ禁ジタト同ジヤウナ徳義ノ關係カラ起ツタ方ガ舊トハ主デアツタカト思ハレマスガ今日デハ其方ハ第二ニ為ツテ居ツテ寧ロ胤ヲ亂ル余リ早く婚姻ヲ致シマスルト云フト先夫ノ子ヤラ後夫ノ子ヤラ分ラヌ」からである。『法典調査会民法議事速記録六』（商事法務、1984年）92頁〔梅謙次郎発言〕。『法典調査会民法議事速記録 第四拾六卷』（日本学術振興会）46ノ100頁。後者の版は、国立国会図書館デジタルコレクションで閲覧できる。<http://dl.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/1367573/103>
- 35) 中川善之助は、大宝律の「凡ソ夫ノ喪ニ居テ嫁娶スル傷者徒二年」と比較して、民法733条の立法趣旨と異なることを述べている。中川善之助『新訂 親族法』（青林書院新社、1965年）172頁。
- 36) 芹沢斉・市川正人・阪口正二郎編『新基本法コンメンタール 憲法』（日本評論社、2011年）211頁〔武田万里子〕。
- 37) 憲法14条1項後段に列挙された事由による区別については、違憲審査基準を厳しくすべきという見解がある。しかし、この見解をとるとしても、性別による区別が人種ほどの「疑わしい区分」とまではいえないため、中間審査で判断する見解が有力である。芦部信喜『憲法学Ⅲ』（有斐閣、1998年）27-32頁。その元となるアメリカ憲法判例も同様である。樋口範雄『アメリカ憲法』（弘文堂、2011年）441、468-480頁。
- 38) 最大判平成7年12月5日判時1563号81頁〔83-90頁〕。
- 39) 中川・前掲書注35) 175頁。この点に言及した部分として、最大判平成7年12月5日判時1563号81頁〔85頁〕。
- 40) 広島地判平成3年1月28日判時1375号30頁〔32頁〕。
- 41) 公式判例集には、原告側（上告人側）が提出した訴状などの内容が掲載されていないため、違憲の立論の一部が欠落しているからである。とくに、平成27年上告理由の冒頭が、「既に原審までにおいて行った主張に加えて、以下の主張を追加する」となっており、公式判例集の記述からでは、下級審で提出された書面の内容を知ることができない。
- 42) 作花・前掲論文注2) 41頁。
- 43) 最大判平成27年12月16日民集69巻8号2427頁〔2434-35頁〕。多数意見のこの部分について山浦反対意見があり、「近年の医療や科学水準を前提にすれば、生物学上の父子関係の判定は容易にできる」ので、民法773条の類推適用による解決でもそれほど不利益は生じないという。同〔2463-64頁〕。
- 44) 高橋和之「審査の方法と立法事実」（初出1983年）『憲法判断の方法』（有斐閣、1995年）115-16頁を参照した。
- 45) 最大判平成27年12月16日民集69巻8号2427頁〔2458頁〕。この反対意見とは、憲法14条1項に違反することに反対したのではなく、多数意見が国家賠償法1条1項の「違法」にあたらないうとした点に反対したという意味である。
- なお、山浦裁判官は、親子関係の事件で、示唆に富む個別意見を述べている。たとえば、私的なDNA親子鑑定に関する、最判平成26年7月17日民集68巻6号547頁〔553-58頁〕。また、山浦裁判官が弁護士時代に、親子関係が存在しないことを立証するエピソードを紹介するものとして、加藤新太郎編『民事事実認定と立証活動Ⅰ』（判例タイムズ、2009年）145-46頁〔山浦発言〕、加藤新太郎「リーガル・リテラシーの諸相 第1回事実を調べる」書齋の窓2016年5月号2-3頁がある。
- [http://www.yuhikaku.co.jp/static/shosai\\_mado/html/1605/00.html](http://www.yuhikaku.co.jp/static/shosai_mado/html/1605/00.html)
- 46) 最大判平成27年12月16日民集69巻8号2427頁〔2460頁〕。
- 47) 最大判平成27年12月16日民集69巻8号2427頁〔2461頁〕。
- 48) もちろん、これだけで人権論を網羅しているとはいえ、人権の享有主体・私人間適用などの論点ももれている。
- 49) 二重の基準の「初期型」として引用した表現は、佐藤幸治『日本国憲法論』（成文堂、2011年）661頁を参照した。この批判については、同書662頁以下に紹介されている。
- 50) また、二重の基準を根拠に、合憲性の推定が排除される（違憲性が推定される）という説

- 明が不適切であることについては、戸松・前掲書注18) 219頁などで指摘されている。芦部信喜(高橋和之補訂)『憲法 第六版』(岩波書店、2015年) 194頁も参照。
- 51) 芦部・前掲書注50) 194-97, 224-28頁。
- 52) 芦部信喜『憲法判例を読む』(岩波書店、1987年) 103頁などを参照せよ。
- 53) 井上達夫「司法的人権保障の現代的課題」(初出1991年)『法という企て』(東京大学出版会、2003年) 184-87頁。
- 54) 長谷部恭男「それでも基準は二重である!」(初出1995年)『比較不能な価値の迷路』(東京大学出版会、2000年) 100-07頁。
- 55) 詳しくは、安西文雄ほか『憲法学の現代的論点』(有斐閣、2006年) 257頁以下 [巻美矢紀]を参照せよ。
- 56) 戸松秀典『憲法訴訟の理論』公法研究71号(2009年) 55頁。
- 57) 芦部・前掲書注50) 104, 175, 193-94頁などを参照せよ。
- 58) 奥平康弘『憲法Ⅲ——憲法が保障する権利』(有斐閣、1993年) 24頁。
- 59) 辻村みよ子『憲法〔第5版〕』(日本評論社、2016年) 98-99, 140-41頁。なお、一段階画定アプローチ・二段階画定アプローチという表現は、樋口陽一によるものであり、質的限定論・量的拡張論という表現は、内野正幸によるものである。樋口陽一『憲法 第三版』(創文社、2007年) 203, 207-08頁。内野正幸「国益は人権の制約を正当化する」長谷部恭男編著『リーディングズ 現代の憲法』(日本評論社、1995年) 39頁。
- 60) これは、井上・前掲論文注53) 187頁の表現を逆さまにしたものである。
- 61) 最大判平成7年12月5日判時1563号81頁 [98, 101頁]、判タ906号180頁 [187, 190頁]。
- 62) 最大判平成7年12月5日判時1563号81頁 [101頁]、判タ906号180頁 [190頁]。
- 63) 戸松・前掲書注18) 321-25頁などを参照せよ。
- 64) 奥平・前掲書注58) 28-29頁。
- 65) 男性のみの丸刈りを強制する校則を不平等とするなら、女性にも丸刈りを強制すれば本当に解決するのか、という奥平の疑問がある。奥平・前掲書注58) 122-24頁を参照。
- 66) 大野正男は、「簡単な三行判決」に対し、弁護士時代は裁判所が深く考察していないと思っていたが、最高裁判事になってからは「むしろ細かいことに傾斜しすぎるくらいの検討をしているのではないか」と述懐する。この述懐は興味深い。大野・前掲書注7) 287頁。
- 67) 最大判平成27年12月16日民集69巻8号2427頁 [2545-67頁]。同判決の上告理由の提出時点(平成25年4月26日から2週間以内)では、婚外子の法定相続分に関して違憲判断(最大決平成25年9月4日民集67巻6号1320頁)なされる前で、大法廷回付にされたにすぎない。しかし、同規定を合憲とした平成7年7月5日の大法廷決定から、平成25年決定における大法廷回付(同年2月27日)までの裁判例から憲法論をまとめ上げ、「個人の尊厳」論を展開している。
- 68) この点をいち早く指摘するものとして、蟻川恒正「最高裁判例に現われた『個人の尊厳』」法学(東北大学)77巻6号763頁(2014年)を挙げておく。
- 69) 芦部・前掲書注50) 98-101頁参照。
- 70) 宍戸常寿『憲法 解釈論の応用と展開 第2版』(日本評論社、2014年) 5頁を参照。
- 71) 宮沢俊義『憲法Ⅱ〔新版〕』(有斐閣、1974年) 228-33, 235-36頁。
- 72) 芦部・前掲書注50) 101-04頁参照。
- 73) 渡辺ほか・前掲書注11) 73-78頁 [松本和彦]を参照。ドイツにおける三段階審査論の「正当化」の手法については、小山・前掲書注11) 70-71頁、宍戸・前掲書注70) 53頁、駒村・前掲書注11) 80-82頁を参照せよ。
- 74) 最大判昭48年4月4日刑集27巻3号265頁。
- 75) 小山・前掲書注11) 107頁。渡辺ほか・前掲書注11) 137頁 [渡辺康行]。
- 76) 奥平・前掲書注58) 138頁。
- 77) 小山・前掲書注11) 68頁。
- 78) 芦部・前掲書注50) 102頁。
- 79) 松井茂記『日本国憲法〈第3版〉』(有斐閣、2007年) 350頁、宍戸・前掲書注70) 9-10頁を参照。
- 80) たとえば、婚外子の法定相続分に関する平成25年違憲決定において、婚内子・婚外子という区別は両親が婚姻していたかという理由に基づき、「自らの意思や努力によって変えることはできない」と述べた抗告理由は、議論に説得

- 力がある。最大決平成25年9月4日民集67巻6号1320頁 [1341頁]。
- 81) 最大判平成7年12月5日判時1563号81頁 [95, 99頁]。
- 82) 最大判平成7年12月5日判時1563号81頁 [86頁]。
- 83) 最大判平成7年12月5日判時1563号81頁 [86頁]。
- 84) 足利事件（少女誘拐殺人事件）が発生したのは1990年であるが、DNA型再鑑定により冤罪と判明したのは2009年である。
- 85) 最大判平成7年12月5日判時1563号81頁 [90-91頁]。
- 86) 作花・前掲論文注2) 41頁。
- 87) 最大判平成27年12月16日民集69巻8号2427頁 [2434-35頁]。
- 88) 大村・前掲書注32) 29頁。
- 89) 「ドメスティックバイオレンス」を扱うCiNii Articles所収の雑誌論文として、戒能民江「ドメスティック・バイオレンスと法」法の科学21号132頁（1993）をはじめとして、1996年頃から論文が発表されている。
- 90) 「300日問題」を扱うCiNii Articles所収の法律雑誌論文として、本山敦「時の問題 いわゆる『300日問題』とは何か」法学教室325号6頁（2007年）、後藤博「離婚後300日問題」民事月報62巻10号3頁（2007年）、大村敦志「『300日問題』とは何か」ジュリスト1342号2頁（2007年）がある。
- 91) 作花・前掲論文注2) 39頁