

国際人権活用法連続講座 第2回「ジェンダー・セクシャルマイノリティと国際人権」
(2019年(令和元年)10月17日)

「事実としての条約」の主張と再婚禁止期間違憲判決 弁護士 作花知志

第1 「事実としての条約」の萌芽(作花知志「国内裁判所における人権条約と個人通報制度—事実としての条約—」『国際人権』23号(信山社, 2012年)56頁)

1 法の解釈を促す存在は何か?

(1) 法の解釈と「社会的因子」

最高裁昭和57年7月16日決定における裁判官団藤重光の補足意見

わたくしは、もともと共謀共同正犯の判例に対して強い否定的態度をとっていた(団藤・刑法綱要総論・初版・302頁以下)。しかし、社会事象の実態に即してみるときは、実務が共謀共同正犯の考え方に固執していることにも、すくなくとも一定の限度において、それなりの理由がある。一般的にいつて、法の根底にあって法を動かす力として働いている社会的因子は刑法の領域においても度外視することはできないのであり(団藤・法学入門129-138頁, 206頁参照), 共謀共同正犯の判例に固執する実務的感覚がこのような社会的事象の中に深く根ざしたものであるからには、従来の判例を単純に否定するだけで済むものではないであろう。もちろん、罪刑法定主義の支配する刑法の領域においては、軽々しく条文の解釈をゆるめることは許されるべくもないが、共同正犯についての刑法60条は、改めて考えてみると、一定の限度において共謀共同正犯をみとめる解釈上の余地が充分にあるようにおもわれる。そうだとすれば、むしろ、共謀共同正犯を正当な限度において是認するとともに、その適用が行きすぎにならないように引き締めて行くことこそが、われわれのとるべき途ではないかと考える。・ ・

(2) 法律家に求められる才能と芸術家としての才能

四宮和夫・能見善久『民法総則』(弘文堂, 第8版, 2012年)182頁

「法律の解釈」という場合には、裁判などで、具体的事実関係に対して民法の条文などが適用されるか否かを判断するためには、法律条文の文言の意味を確定することが行われる。ここでの解釈は、立法者がその条文にどのような意味を与えたかという事実の探求(これも単純な事実の問題に尽きないが)だけでなく、どのような意味を法律に与えるべきかという価値判断が入る作業である。

○法律の解釈と絵画・音楽・文学との関係の類似点は？。

○法律そのものは紙に書かれた活字。法律の解釈には正解は存在しないはずなのに、裁判官が採用する解釈が存在し、社会が支持する解釈が存在するのはなぜか？。

2 憲法と条約の効力関係

○日本の国内法秩序において、条約は憲法よりも下位、法律よりも上位の効力が認められている。

- 国際人権条約の人権規定を憲法訴訟で引用し、憲法解釈を導きたい。
 - ただ、憲法が条約よりも上位の効力を有するのであれば、条約は横に置いて憲法解釈だけすればいい、と裁判官は考えていないか？。
 - 平成28年11月の国際人権法学会での出席者の発言「最高裁の思考過程は、法律→憲法→条約なのではないか。」
- 3 国際人権条約機関による日本政府に対する国内法改正を求める勧告意見の効力
- 条約機関による勧告意見は、あくまでも意見であり、法的効力を有しない。
 - 裁判における「意見」→裁判官「これはあくまでも〇〇さんの意見であり、私はこの立場を採りません。」
 - それに対し、「事実」であれば、それが小さな事実であっても、判決理由の前提とされる。「事実」そのものが即時に裁判所を拘束するわけではないが、裁判所は、「事実」が存在していることを前提として、法的判断を行わなければならない。法解釈に対する影響が与えられる。
- 4 「事実としての条約」へ
- 立法事実とは何か？。

戸松秀典『憲法訴訟』（有斐閣、第2版、2008年）243頁

「立法事実とは、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・文化的な一般事実のことをいう。・立法事実は、社会一般の現象として認められる事実であり、立法府が立法の資料として収集認定した事実である。・」

立法事実論の展開をみせる判例において、立法事実の変化を指摘する例が目立っている。最高裁判所がその指摘にどう対応しているかをみることは、立法事実論の動向を知るのに重要である。

まず、立法事実の変化を指摘して違憲判断を下した（そのことだけが違憲の結論の決め手となったわけではないが）在外日本人選挙権制限違憲判決（最高裁大法廷平成17年9月14日判決）がある。その判決で、最高裁判所は、「（公職選挙法の）改正後に在外選挙が繰り返し実施されてきていること、通信手段が地球規模で目覚ましい発達を遂げていることなどによれば、在外国民の候補者個人に関する情報を適正に伝達することが著しく困難であるとはいえなくなったものというべきである」と説いて、在外選挙を比例代表選挙に限ったことにかかる事情の変化を指摘している。

次に、1995年の非嫡出子相続分規定大法廷決定（最高裁大法廷平成7年7月5日決定）は、立法事実の変化が主要な争点の一つとされた代表例である。そこでは、立法事実に関及した個別意見をいくつかみることができるのである。・」

- 最高裁大法廷平成20年6月4日判決（国籍法違憲判決）
- 最高裁大法廷平成25年9月4日決定（非嫡出子相続分規定違憲決定）
- 「事実（立法事実）としての条約」とは何か？。
 - ・日本が国際人権条約を締結したこと。
 - ・その国際人権条約に人権保護規定が存在していること。
 - ・国際人権条約機関が日本政府に国内法改正を求める勧告意見を出したこと。

→いずれも、憲法（憲法解釈）に意味を与える「事実（立法事実）」である。

「法律の制定過程で国会において〇〇の説明が行われた」「法律の制定後、根拠とされた経済的データが〇〇に変化した。」などと同様の「事実（立法事実）」。

→「事実」として引用することで、最高裁の思考過程を「事実（事実としての条約）→法律→憲法→条約」へと変化させることができる。

→国際人権条約の効力の問題（2項）と国際人権条約機関の勧告意見に法的拘束力がない問題（3項）をいずれも、同時にクリアできる。

○「法の解釈」を支え、それを導く存在は何か？。

・正義観・公平感に支えられた「事実」こそが、「法の解釈」に影響を与える存在（社会的因子）である。

・そのような事実が存在し、さらに法律制定後に変化していることを積み重ねていくことで、裁判所の「法の解釈」を導くことができるのではないか。立法事実。事実（立法事実）としての国際人権条約もそこに含まれるのではないか。

第2 「事実としての条約」の実践

- 1 東備消防訴訟（岡山地裁平成21年10月15日判決，広島高裁岡山支部平成23年4月28日判決，最高裁上告不受理決定）（作花知志「国内裁判所における人権条約と個人通報制度—事実としての条約—」『国際人権』23号（信山社，2012年）56頁）

○地方公務員法52条4項「警察職員及び消防職員は、職員の勤務条件の維持改善を図ることを目的とし、かつ、地方公共団体の当局と交渉する団体を結成し、又はこれに加入してはならない。」

○ILO条約87号条約9条「1項 この条約に規定する保障を軍隊及び警察に適用する範囲は、国内法令で定める。」

○ILO条約委員会からの日本政府に対する地公法52条4項の改正を求める勧告意見の存在。それを訴訟でどう活かすべきか。

○岡山地裁における主張と判決。

○広島高裁岡山支部における主張と判決。

- 2 女性の再婚禁止期間違憲訴訟（岡山地裁平成24年10月18日判決，広島高裁岡山支部平成25年4月26日判決，最高裁大法廷平成27年12月16日判決）（作花知志「再婚禁止期間違憲訴訟」『法学セミナー』734号（2016年3月号）（日本評論社，2016年）39頁（訴訟の経緯をまとめたもの），作花知志「再婚禁止期間訴訟」『国際人権』28号（信山社，2017年）94頁（訴訟における国際人権法の役割についてまとめたもの））

○旧民法733条1項「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。」

○岡山地裁における主張と判決（判決において、「争いのない事実」として①国際人権条約への日本の批准と②国際人権条約機関の勧告意見が出されたことが引用された。）。

○広島高裁岡山支部における主張と判決（岡山地裁での「争いのない事実」における①②がそのまま広島高裁岡山支部判決でも「争いのない事実」として引用

された。)。→民事訴訟法321条1項「原判決において適法に確定した事実は、上告裁判所を拘束する。」

○最高裁大法廷への回付（平成27年2月18日）。最高裁大法廷での弁論（同年11月4日。弁論要旨は作花法律事務所HPに掲載している。）。

○最高裁大法廷平成27年12月16日違憲判決。

・違憲判決は外国法の変遷は引用。ただし国際人権条約そのものは引用していない。国際人権条約機関の勧告意見が女性の再婚禁止期間の全廃を求めるものであったのに対して、最高裁大法廷違憲判決は100日を超える期間を違憲とする立場であったことから、引用がしにくかったのではないか？。

・最高裁判事の個別意見では国際人権条約が引用されている。

・国際人権条約と国際人権条約機関の勧告意見の影響はあったと思われる。

○100日以内の違憲性の主張と国際人権条約が与えた影響

・「嫡出推定」についての2つの最高裁判例（最高裁平成25年12月10日決定と最高裁平成26年7月17日判決）と国際人権条約機関の勧告意見の引用。

・最高裁判事の内2人は100日以内も違憲としている。それに対する6名の共同意見の存在。

まきみさき

巻美矢紀「憲法と家族—家族法に関する二つの最高裁大法廷判決を通じて」長谷部恭男編『論究憲法』（有斐閣，2017年）335頁

「4 立法目的の検討

(1) 立法目的の比重の変化

本判決は再婚禁止期間のうち100日超過部分につき、立法事実の変化により、立法目的との関係で合理性が失われたとするもので、いわゆる手段違憲であるが、違憲判断の大きな要因は、立法事実の変化による立法目的の比重の変化にある。

本判決は、憲法24条2項を受けた民法大改正後にも引き継がれた本件規定の立法の経緯、および法律上の父子関係を早期に定める父性推定の仕組みにおける本件規定の位置づけから、立法目的につき、「父性の推定の重複を回避し、もって父子関係をめぐる紛争の発生を未然に防ぐこと」と解し、父子関係の早期明確化の重要性から、合理性を肯定する。

上記立法目的は、平成7年判決の判示と一見同じように見えるが、父性推定の重複回避と、紛争発生を未然防止とを、「もって」という文言により媒介し、千葉補足意見が指摘するように、前者が直接の立法目的であることを強調するとともに、父性推定の重複回避のために必要な手段は、民法772条2項を前提に100日で足りることを示唆するものと考えられる。

立法目的の巧妙な比重の変化は、立法事実の変化に対応するもので、このことは、手段との合理的関連性の検討において示される。それによれば、旧民法起草時に厳密に100日に限定せず一定の期間の幅を設けた趣旨は、当時の医療や科学技術の水準からすると、(a)前婚後に前夫の子が生まれる可能性を減少させることによる家庭不和の回避、(b)父性の判定を誤り血統に混乱が生じることの防止という「観点」から、すなわち父子関係をめぐる紛争の未然防止という目的のためであり、現行民法に引き継

がれた後も、それは国会の合理的な裁量の範囲内とされた。しかし、その後の医療や科学技術の発達により、上記「観点」からの正当化は困難になったとされる。こうして紛争の未然防止はあくまで父性推定の重複回避との関係で意味をもつにすぎなくなり、独自の意義を失い、またそれにより、立法の第一次的な受益者も子どもに限定されることになったのである。

上記立法目的のほか、平成期以降の再婚に対する制約の減少要請の高まり、それを示す事情の一つである諸外国での再婚禁止期間の廃止、さらに婚姻の自由の憲法上十分な尊重、そして妻が婚姻前懐胎子を産むことは再婚の場合に限られないことを総合して、本判決は100日超過部分につき、遅くとも上告人の前婚解消から100日後までに、手段としての合理的関連性が失われたと解し、憲法14条1項および24条2項違反と判断したのである。」

○最高裁大法廷平成27年12月16日違憲判決と3つの挑戦。

○平成28年3月の女性差別撤廃条約機関の勧告意見が与えた2つの影響。

○平成28年6月1日の国会による法改正。新民法733条。

- ・最高裁大法廷違憲判決は、100日を超える期間を違憲とした。それに対し、国会による法改正は離婚時に妊娠していない女性はずぐ再婚ができるものとした点で、最高裁大法廷違憲判決の立場をさらに進めたもの。

○では新民法733条は完全に合憲なのか？。

- ・離婚時に妊娠していない女性について。

- ・離婚時に妊娠している女性が100日の再婚禁止期間の適用があること。

→解決案としての解釈論（最高裁大法廷での弁論）と立法論（嫡出否認違憲訴訟（神戸地裁平成29年11月29日判決及び第二審である大阪高裁平成30年8月30日判決。現在最高裁に上告中。）。

これらの解決案については、作花知志「再婚禁止期間訴訟」『国際人権』28号（信山社、2017年）94頁にまとめた。

○国会における法改正では、3年後に全廃を含めた見直しが予定されている。

国会で成立した女性の再婚禁止期間の改正法（新规定）附則2条「政府は、この法律の施行後3年を目途として、この法律による改正後の規定の施行の状況等を勘案し、再婚禁止に係る制度の在り方について検討を加えるものとする。」

3 無戸籍児問題についての嫡出否認制度違憲訴訟

○神戸地裁平成29年11月29日判決及び大阪高裁平成30年8月30日判決は、日本が締約国となっている条約の内容や、その条約機関から日本に対して出された法改正を求める勧告が、日本国憲法の解釈に影響を与える立法事実として存在していることを、以下のように認めた（現在最高裁に係属中）。

「日本が締約国となっている条約・勧告の内容や諸外国における立法の内容が立法事実となり得ることは否定できない。」