日本最高裁判所2015.12.16二婚姻法憲法裁判譯介與省思（下）

文／闕銘富

（文接上期）

貳 女性再婚禁止期間之損害賠償請求事件（平成25(オ)1079）

主　　文

本件上訴駁回。

上訴費用由上訴人負擔。

判決要旨

女性再婚禁止期間6個月之民法第733條第1項規定，其超部100日部分，違反憲法第14條第1項及第24條第2項；但國會未將超過100日部分改廢之立法不作為，不受國家賠償法第1條第1項適用上違法之評價。

理　　由

關於上訴代理人作花知志之上訴理由：

一、案件之概要

（一）上訴人主張女性6個月之再婚禁止期間之民法第733條第1項規定（以下稱「系爭規定」）違反憲法第14條第1項及第24條第2項，以未採取改廢系爭規定之立法不作為（以下稱「本件立法不作為」）違法為理由，請求基於國家賠償法第1條第1項之損害賠償之案件。

依原審合法確定之事實關係，上訴人於平成20年3月00日與前夫離婚，同年10月00日與後夫再婚，該再婚因有系爭規定致遲延至原選定之日後才成立。上訴人主張應獲得為此而蒙受精神上損害之賠償，而對被上訴人請求給付165萬元及遲延利息。

（二）上訴人於原審主張系爭規定未有合理的依據，對女性為差別待遇，因此，違反憲法第14條第1項及第24條第2項，本件立法不作為應受違反國家賠償法第1條第1項適用上違法之評價。其主張之旨趣如下：

1. 系爭規定含有基於道德上之理由，強制寡婦為一定服喪之不當旨趣。系爭規定之立法目的縱在於迴避生父之重複推定，但鑑於近年依DNA檢查等可容易確定父子關係等狀況，只要擴大以決定生父為目的之訴訟（民法第773條）之適用對象等，應即可確定生父，若特意設置再婚禁止期間，限制女性婚姻自由，不具有合理性。

2. 又民法第772條規定自結婚日起經200日後，或婚姻解銷日起300日以內所生之子，推定為該婚姻之夫之子，因此若避開自前婚解銷日起300日以內，且後婚成立起經200日後生子之事實，即可迴避重複推定生父。為此，若設置100日之再婚禁止期間即可，因此，系爭規定中，再婚禁止期間超過100日部分（以下稱「超過100日部分」）係對女性婚姻自由之過度限制，不具合理性。

（三）對此，原判決判斷：系爭規定之立法目的在於避免重複推定生父，防患關於父子關係之紛爭發生於未然，其立法目的具有合理性，為達成其目的，具體上應以何種程度規定再婚禁止期間，乃國會謀求上揭立法目的與女性婚姻自由間如何調和，所應決定之問題。因此，難以逕認再婚禁止期間為6個月之系爭規定為過度之限制，本件立法不作為不符合國家賠償法第1條第1項適用上違法之評價，認為應駁回上訴人之請求。

上訴論旨，認為原判決對於憲法第14條第1項及第24條之解釋有誤。

二、關於系爭規定之合憲性：

（一）本院判例認為憲法第14條第1項規定在法律上平等，除依事物本質有合理的依據，否則，禁止法律為差別待遇（最高裁昭和37年（オ）第1472號同39年5月27日大法庭判決・民集18卷4號676頁；最高裁昭和45年（あ）第1310號同48年4月4日大法庭判決・刑集27卷3號265頁等）。系爭規定僅規定女性自前婚解銷或撤銷之日起6個月之再婚禁止期間，就再婚時之相關要件有男性與女性之區別，若此種區別未具依事物本質之合理依據時，即應認定系爭規定違反憲法第14條第1項。

然而，婚姻及家族相關之事項，除應依包含國家傳統或國民感情之社會狀況之種種因素，且應依各時代之夫婦或親子關係相關之整體規律綜合判斷，加以制定。從而，憲法不宜對其詳細內容作明確之規定，而應以法律加以具體化始為適當。憲法第 24 條第 2 項就婚姻及家族相關事項之具體制度的建構，第一次委諸國會合理的立法裁量，同時要求在立法時，也以同條第1項為前提，應立足於尊重個人及兩性本質之平等，宣示其方針，劃定其裁量之界限。又同條第1項規定「婚姻只能基於兩性之合意成立，以夫婦具有同等權利為其基本，必須依相互之協力予以維持。」明確宣示是否結婚、何時與誰結婚，應委諸當事人間之自由及平等之意思決定之旨趣。婚姻除賦予配偶者繼承權（民法第890條）或夫婦所生之子成為嫡生子（同法第772條第1項等）之重要法律上效果外，近來國民關於家族等之意識也呈多樣化，且鑑於尊重法律婚之意識業已相當深植於國民之中，上揭有關婚姻之自由，對照憲法第24條第1項規定之旨趣，應值得予以充分尊重。

因此，婚姻制度之相關立法，以課予婚姻直接限制為內容之系爭規定，有無合理的根據，必須充分考慮上揭事物之本質進行檢討。基於上述，本件訴訟應以系爭規定關於再婚時之要件區別男女，此區別之立法目的是否有其合理的根據；區別的具體內容與上揭立法目的之關連上，是否具有合理性之觀點，審查其合憲性方為妥適。爰檢討如下：

（二）系爭規定之立法目的

1. 昭和22年法律第222號民法部分修正（以下稱「昭和22年民法修正」），舊民法（明治 31 年法律第 9 號，下同）有關婚姻及家族之規定，因憲法第24條第2項宣示婚姻及家族之相關規定，應立足於個人尊嚴及兩性本質上平等予以制定，而大幅變更，除廢止未依循憲法旨趣之「家」制度外，同時依照上開立法方針，謀求夫婦平等而廢止妻無能力之規定，修正肯認基於父母對等立場共同行使親權等內容。其中，只對女性規定再婚禁止期間之舊民法第767條第1項及第2項規定、關於推定生父之舊民法第820條第1項及第2項規定，均為現行法所承繼。

2. 現行民法就嫡生子關係，規定妻於婚姻中懷胎之子推定為夫之子（民法第772條第1項），夫為否認子係嫡生子，必須提起否認嫡生之訴（同法第775條），此種訴訟必須自夫知悉子出生時起1年內提起（同法第777條），設置確認生父之架構，俾早日確定法律上之父子關係。然而，在上揭架構之下，女性自前婚解銷之日起隨即再婚而產子時，可能發生該子之父是前夫或後夫無法確定之情形，而父子關係之紛爭，當然會損及子之利益。

民法第733條第2項規定女性於前婚解銷之日前即已懷胎者，自該生產日起，無系爭規定之適用，且規定再婚後推定為前夫之子若未誕生，作為再婚禁止之除外事由。又同法第773條規定，違反系爭規定的再婚女性生產時，依同法第772條推定生父之規定不能確定該子之父時，由法院決定之，設置重複推定生父時，確定父子關係之程序。上開民法規定的前提，即在於避免重複推定生父。

3. 若從前揭立法經緯及嫡生親子關係相關之民法規定言，系爭規定之立法目的應在於迴避女性再婚後所生之子重複推定生父，俾防患發生父子關係紛爭於未然（最高裁平成4年（オ）第255號同7年12月5日第三小法庭判決・裁判集民事177號243頁【以下稱「平成7年判決】參照），鑑於父子關係早日確定之重要性，應認此一立法目的有其合理性。

4. 相對的，縱使重複推定生父，若擴大以決定生父為目的之訴訟（民法第773條）的適用對象，即可容易確定子之父，遂有非必須以禁止女性再婚期間來迴避重複推定生父之必要性的指摘。

近來醫療及科技發達，DNA檢查技術進步，且不會對身體造成侵害，可以極高正確率肯定或否定生物學上之親子關係，乃眾所周知之事實。但將父子關係之確定委諸科學判定時，在重複推定生父之期間內出生之子，在未經一定裁判程序前，不得不以法律上父未定之子看待。若未經該裁判程序，即處於不能確定其法律上之父的狀態。對於出生之子而言，此狀態持續一定期間可能發生種種影響，基於子之利益的觀點，在未經上揭裁判程序前，仍維持原為迴避重複推定生父之制度，應得肯認其合理性。

（三）從而，僅針對女性有6個月再婚禁止期間之系爭規定，其與立法目的之關連上，是否具有合理性，即值檢討：

1. 如上所述，系爭規定之立法目的在於迴避重複推定生父，俾防患發生父子關係紛爭於未然，民法第772條第2項規定「自婚姻成立之日起經過200日後，或婚姻解銷或撤銷之日起300日內出生之子，推定為婚姻中懷胎。」同條第1項規定「妻於婚姻中懷胎之子，推定為夫之子。」從而，女性再婚後所生之子，因計算上設有100日之再婚禁止期間，可迴避重複推定生父[1]。夫婦間之子為嫡生子，乃婚姻之重要法律上效果，為早日確定父子關係，謀求子之身分關係之安定，上揭女性100日之再婚禁止期間之規定，並未逾越國會就婚姻及家族相關事項為合理立法裁量之範圍，與立法目的之關連應具有其合理性。從而，系爭規定設置100日之再婚禁止期間部分，既未違反憲法第14條第1項，亦未違反憲法第24條第2項。

2. 相對的，本件規定中，超過100日部分，則不能認係為迴避民法第772條所定之重複推定生父之必要期間。

舊民法第767條第1項規定再婚禁止期間為6個月之根據，從舊民法起草人之說明，可知乃基於當時若懷胎後未經過6個月，即便是專家也難以確定有無懷胎，在醫療或科技尚未發達之狀況下，應儘量減少再婚後產下前夫之子之可能性，俾免家庭不和，或減少再婚後所生之子之父子關係爭執，以免發生誤判生父、混亂血統，未嚴格限定為迴避重複推定生父之期間，作為禁止再婚期間，而是意欲設置具有一定幅度之期間。且徵諸外國法律，亦有規定10個月之再婚禁止期間之法例。可知設一定之期間，與防患發生父子關係紛爭於未然，應亦有所關連，故規定6個月之再婚禁止期間，難謂有不合理之處。此規定為現行民法所承繼後，亦同。不能說有逾越國會合理的裁量範圍，要屬當然。

但在醫療及科技發達之今日，設一定之期間業難以稱正當化。此外，自昭和22年民法修正後，隨著社會及經濟狀況之變遷，婚姻及家族之實態已產生變化，尤其平成期以後，晚婚化已漸普遍，離婚及再婚相對增加，應儘量減少對再婚之限制的要求聲浪亦逐漸升高。過去明定再婚禁止期間之國家亦逐漸廢止之，依德國1998年（平成10年）施行之「親子法改革法」；法國2005年（平成17年）施行之「關於離婚之2004年5月26日法律」，均已廢止再婚禁止期間制度。而世界上亦有多數國家未設再婚禁止期間。雖然各國有關婚姻解銷或父子關係確定之制度均有不同，不能說外國有關再婚禁止期間之立法動向，會對我國再婚禁止期間制度的評價直接造成影響，但可說明儘量減少對再婚為限制之要求業已升高之趨勢。

婚姻自由，依憲法第24條第1項規定之意旨，本應充分受到尊重，以及妻生產婚姻前懷胎之子，並不限於只有再婚時才會發生，而基於儘量減少生產前夫之子的可能性、避免家庭不和之觀點，或基於減少爭執再婚後所生之子的父子關係，避免發生誤判生父、混亂血統之觀點，只就再婚之情形，為避免重複推定生父而設置禁止婚姻之期間，確實難有正當化之根據。此外，亦無其他足以正當化之根據，故應認系爭規定中，超過100日之部分，係欠缺合理性之過度限制。

綜合上述，系爭規定超過100日部分，

（文轉三版）

植根法律資訊 數位法律資訊
劃撥帳號：07929998 戶名：植根雜誌社有限公司 TEL:(02)2707-2848 FAX:(02)2708-4428
第二章 信託之稅捐義務 第四章 稅捐法規之司法審查各論 共825
訂購未滿 請自付郵
植根法律書
JUDICIAL 司法 訂閱辦法
本刊每 全年
費用新臺
如蒙 請郵政 帳 5005 帳
司法院司

花東遊記

文／潘鍾秀珍

由於嚮往後山的好山好水、美麗境界，曾利用初夏時節展開遠離塵囂的花東之旅。迎著晨曦從宜蘭進入蘇花公路，第一次走進這條工程艱辛浩大的蘇花公路，沿途青山綠水；行經清水斷崖，碧海藍天的太平洋與氣勢雄偉的斷崖美景盡收眼底。

車一路奔馳進入台東東河休閒農場，泰源幽谷環境清幽，峽谷地形中綠樹濃蔭敝天，林間有條紅色拱橋相映，寄情山水，想起古人隱居山林、與世無爭的情懷。

沿著公路前行，傍晚時到達台東小野柳露營區，繽紛的彩霞映照著黃昏的夕陽，遊客如織。招潮蟹在沙灘上高舉蟹肢，像似向人們招呼歡迎到花東來作客吧！以天為幕，以大地為床，就地搭起帳蓬，升起營火，炊煙裊裊，海風徐徐吹拂，海面上漁火點點，海浪不停拍打著岸邊風蝕的礁岩，激起層層浪花，似在訴說千年的滄桑。遠眺對岸的綠島，靜靜的躺在大海中，腦海中立即浮現「這綠島像一隻船，在月夜裏搖啊搖，姑娘唷，你也在我的心海中飄啊飄！」輝映著此情。仰望皎潔的夜空，滿天星光閃爍，與夜晚蟬鳴聲交織成那麼空靈、和諧的氛圍！

第四天車過太麻里，金針花海是著名的景點，可惜山谷中的金針花這時並未盛開，只見寥寥幾朵搖曳在風中，心中不免有些失望，村民們熱心的告訴我們賞金針花八、九月間最適宜，所幸一路蜿蜒的青山翠谷景緻，彌補了這一缺憾！

第六天清早，依依不捨離開了萬里晴空、山川秀麗的台東，準備往花蓮前進，沿途風光明媚，卑南原住民樸拙的原鄉風情，初鹿牧野乳牛在空氣清新、芳草如茵的草原上多愜意啊！關山夕照，池上的米香都另人難忘！最讓人感動的是卑南公路兩旁的老茄冬樹，伸展著茂密的樹幹，綠意盎然的為人們搭起一條綠色隧道，走在樹蔭下清涼舒適的感覺，全都寫在每位遊客的臉上。

沿途瀏覽花東縱谷宜人景色，中午來到了花蓮瑞穗的富源森林遊樂區，山明水秀，紅牆綠瓦的小木屋，點綴在山林間；渾然天成的原林自然美景，山徑古道有棵碩大形態皺僂的大巨石，林木參天，黃蝶飛舞，獼猴在樹欉中跳躍著，鳥兒自在飛翔；富源瀑布自高處潺潺流入馬蘭溝溪，一幅桃花源的情景，剎那間令人有避世絕塵之感。馬蘭溝溪源頭，溪水清澈見底，雨蛙、蝴蝶及各種鳥類棲息在青山綠水中，各種豐富的植物所散發出的生命力和流水形成的活力，讓人讚嘆大自然的神奇。

非常高興有一趟知性、感性的花東之旅，仿傚古人說的「行到水窮處，坐看雲起時」；山中多「勝事」的個中況味，唯有自己才能領會。

其實最大的空間並不是宇宙穹蒼，而是在自己的心靈中，偶而學著放下，放逐自己，浪跡天涯，暫且忘卻煩擾的工作，沉澱在青山翠谷、鳥語花香的大自然懷抱裏，驗證自己的體力、耐力；體驗簡單，更能了解人性，當我們從野外回到城市，終於發現了自己。但願大家也能有趟豐富的行旅，謹此與大夥共勉之。

（作者為台北地院退休人員）

（文接二版）

至遲在上訴人前婚解銷之日起經過100日之時點前，就婚姻及家族相關事項，應認已逾越國會合理的立法裁量範圍，與其立法目的之關連欠缺合理性。

3. 系爭規定超過100日部分不符憲法第24條第2項所稱之兩性本質上的平等，要屬明確，應認該部分業已違反憲法第14條第1項、第24條第2項。

三、關於本件立法不作為有無國家賠償法上之違法性：

（一）國家賠償法第1條第1項規定，國家或公共團體行使公權力之公務員，因違反對於國民應負擔之職務上法律義務損害國民時，國家或公共團體應負賠償責任。國會議員之立法行為或立法不作為是否構成同項之適用上違法，係國會議員在立法過程之表現是否違反對於國民應負擔之職務上法律義務問題，應與立法內容之違憲性問題加以區別。況對於上揭作為之評價，原則上應屬委諸國民政治判斷之事項，縱認該立法內容違反憲法規定，亦不能因此逕認國會議員之立法行為或立法不作為，應受國家賠償法第1條第1項之適用上違法之評價。

然而，法律若未有合理的理由，限制人民憲法上所保障或保護之權利、利益，即屬違憲，至臻明確；但國會無正當理由，長期懈怠於修法時，即應例外的認為國會議員之立法表現違反上揭職務上之法律義務，其立法不作為應受國家賠償法第1條第1項之適用上違法之評價（最高裁昭和53年（オ）第1240號同60年11月21日第一小法庭判決・民集39卷7號1512頁；最高裁平成13年（行ツ）第82號、第83號，同年（行ヒ）第76號、第77號.同17年9月14日大法庭判決・民集59卷7號2087頁參照）。

（二）因此，本件立法不作為是否應受國家賠償法第1條第1項之適用上違法之評價，檢討如下：

1. 系爭規定，於昭和22年民法修正當時，包含超過100日部分，均可認為具有一定之合理性；但隨著醫療及科技之發達及社會狀況的改變等，基於儘量減少再婚後產下前夫之子的可能性、避免家庭不和，或減少誤判生父之情形，系爭規定中，超過100日部分，已難說明其合理性。

2. 平成 7 年，本院第三小法庭在爭執不廢止或縮短再婚禁止期間之國會的立法不作為，是否應受國家賠償法第1條第1項之適用上違法之評價的案件上，宣示：國會未改廢民法第733條，不能逕認其立法不作為已構成違法之例外情況之判斷（平成 7 年判決）。從而，因平成 7 年判決既未判示該條違憲，故是否改廢系爭規定，在平成 7 年之時點，國會議員認為司法判斷已經宣示其應委諸立法政策，應屬可以理解。

又平成6年，基於法制審議會民法部會身分法小委員會之審議，法務省民事局參事官所公告之「婚姻制度等相關之民法改正要綱試案」，以及對前揭試案進一步檢討後，平成 8 年，在法制審議會答復法務大臣諮詢之「修正部分民法之法律案要綱」，雖曾提出將系爭規定之再婚禁止期間縮短為100日之修正案，但該修正案雖附有在現行嫡生推定之制度範圍內，謀求縮短禁止期間之說明，但未見係以超過100日部分為違憲之前提所進行之討論結果。

3. 對照婚姻及家族相關事項，其具體制度之第一次建構係委諸國會合理的立法裁量之事物本質，在平成 7 年判決後，就系爭規定中超過100日部分，未曾經是否違憲之司法判斷的狀況下，隨著醫療及科技發達及社會狀況之變化，在平成20年時，對國會而言，尚難期其確認本件規定中超過100日部分，違反憲法第14條第1項及第24條第2項。

（三）如上所述，系爭規定中超過100日之部分，雖已構成違憲，基於國家賠償法第1條第1項之適用觀點而言，若未有合理的理由限制憲法上所保障或保護之權利利益，亦已違反憲法之規定，要屬明確；但不能因此即逕評價國會未有正當理由，長期對於改廢之立法措置有所懈怠。從而，本件立法不作為不應受國家賠償法第1條第1項之適用上違法之評價。

四、結論

綜上所述，原審駁回上訴人請求之判斷，結論應予維持。

除山浦善樹法官有反對意見外，依全體法官一致之意見，判決如主文。惟另有櫻井龍子法官、千葉勝美法官、大谷剛彥法官、小貫芳信法官、山本庸幸法官、大谷直人法官等之補充意見；法官千葉勝美、木內道祥、鬼丸馨等法官之個人意見。（以下從略）

參 省思—代結論

關於夫妻之姓氏，我國自古以來，即有妻於婚後保留其本姓，而冠夫姓於本姓之上之習慣與法制，舊民法第1000條規定：「妻以其本姓冠以夫姓。贅夫以其本姓冠以妻姓。但當事人另有訂定者，不在此限。」該條文於87年6月經修正為「夫妻各保有其本姓。但得書面約定以其本姓冠以配偶之姓，並向戶政機關登記。」「冠姓之一方得隨時回復其本姓。但於同一婚姻關係存續中以一次為限。」學界認為夫妻之稱姓問題，關於夫妻同一性之認識，以及國民之感情應併予斟酌，上述之修正似未就此為統合之考慮，尚欠周全[2]；亦有認民法未規定夫妻之一方冠他方姓氏後，若離婚時，應如何處理冠姓之問題[3]。可知，我國民法雖無日本民法第750條之問題；但仍存在「冠姓」之相關問題。

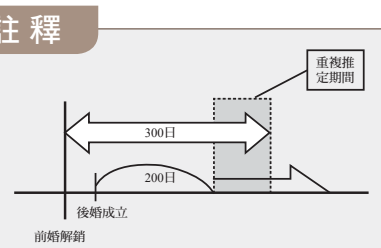
另關於再婚禁止期間之問題，我國民法第987條原規定「女子自婚姻關係消滅後，非逾六個月不得再行結婚。但於六個月內已分娩者，不在此限。」乃為防止子女之血統有混亂之虞，若違反上開規定，依同法第994條，得撤銷其婚姻。嗣於87年6月予以刪除，刪除之理由為：「一、現在醫學技術發達，以DNA進行血緣鑑定並不困難，並無血緣混淆之虞。二、依第994條但書，一旦懷孕也不得撤銷後婚，則會因違反第987條被撤銷婚姻者，必係再婚而未懷孕者，則其既未懷孕已無血統混淆之虞，其後婚竟遭撤銷，顯失公平。三、即使馬上結婚、懷孕致所生之子女受前後婚雙重之婚生推定，亦可提起確定其父之訴加以救濟。[4]」可知，台日雙方關於夫婦結婚後，姓氏如何稱謂，以及婚姻關係解銷後再婚時，女性再婚禁止期間之法制及論理，均有差異。此乃文化、傳統不同之所必然，不足為奇。

重要的是日本最高裁判所在2015年12月16日同一天，對 2 件傳統的婚姻事件，作出迥然不同的憲法判決，所啟發的意義，簡言之：一、同一法條規定中，可否有合憲與違憲部分之分別認定；二、司法機關認定法律之規定違憲，而立法機關懈怠為新的立法時，其立法不作為（立法懈怠）是否違憲；三、司法機關認定法律之規定違憲，是否可認其立法不作為構成國家賠償法之違法等，均是值得探討之課題。

社會科學沒有絕對的對、錯，只是順應時代、環境需求之價值衡量，什麼是時代所需要之正義、公平與良知，就是當代法律所追求之價值，但憲法保障人民基本權利之時代意義，是不應被打折扣的，任何時代均同，立法如是，行政如是，司法亦當如是！

（作者為最高行政法院法官）

註釋

1. 

2. 陳棋炎、黃宗樂、郭振恭著『民法親屬新論修訂第十一版』（三民、2013年）133頁。
3. 林秀雄『親屬法講義』（元照、2013年）第108頁。
4. 陳棋炎、黃宗樂、郭振恭著『民法親屬新論修訂第十一版』（三民、2013年）102頁。林秀雄『親屬法講義』（元照、2013年）第79頁。

法律網 的最佳平台
稅法解釋與司法審查（稅法總論第二冊增訂三版）
2015年12月（增訂三版）
著作人 黃茂榮 定價800
第一章 稅捐法之解釋 第三章 稅捐法規之司法審查總論 頁
1000元者 資 65 元
書城熱賣中
WEEKLY 周刊
周出刊 訂閱
幣400元
訂 閱
劃撥
號
4377
戶
司法周刊