

四十、共有物分割等請求事件

共有林之分割限制與財產權之保障—森林法共有林事件

最高法院昭和六十二年四月二十二日大法庭判決

昭和五十九年（才）八〇五號

翻譯人：朱柏松

判決要旨

本案最高法院判決的要旨，約可概述為下列四點：

一、與財產權保護有關之法規範之立法本質

1、財產權除了本身有其制約之作用外，立法機關基於社會全体利益之考慮，亦多會透過立法給予一定之規範，不過這些規範，由於財產權之種類、性質各異，對於財產權之所以要求加以規範之理由或目的，亦從社會公共便利之促進、經濟弱者之保護等之社會政策及經濟政策的積極作為，到對社會生活之保障或秩序之維持等消極的表現，而呈現多元。

2、法院的角色，因只在於尊重立法機關上述比較考量後之判斷而已，立法機關的法律制定，如果很明顯地不是出自於前述社會的理由或目的，而無法與公共福祉相互一致，或者是法規範之目的雖然是符合公共福祉，但其規範之手段，在上述目的之達成，很明顯地若欠缺必要性或合理性時，其因而所成立之立法機關的判斷（亦即法規本身），於其超越合理裁量之範圍時，該特定規範立法，即應屬有背憲法第二十九條第二項，此時，即使將之解為應否定其效力，亦應屬適當（藥事法違憲判決）。

二、「共有物分割請求權乃在於使各共有人，在近代市民社會當中可能成為原則的所有形態，亦即使其可能成為單獨所有，

因此，應將之認定為係共有的本質屬性」

三、森林法第一百八十六條之立法目的，乃在於透過防止森林之細分，以圖森林經營的安定，順便亦在圖森林的永續培養及森林生產力之增進，最後以達到對整個國民經濟之發展有所貢獻。上述森林法之立法目的很明顯地不能謂不符合公共福祉。

四、（1）森林法第一百八十六條所規定者，在共有人之間發生糾紛時，將使森林荒廢之事態流於永久持續。（2）同條文中並未就森林之範圍或期間之限定設以明文。（3）即使是現物分割，亦可能因應價格賠償等該當共有物之性質或狀態而為合理的分割，因此，即使為共有森林的現物分割，亦不能謂即已對森林構成細分。由以上之所述，森林法第一百八十六條關於分割請求權之限制，在與同條「立法目的」的關係上，很明顯地不足以肯定其有合理性及必要性。因此，同條（森林法第一百八十六條）應屬於違反憲法第二十九條而屬無效。

事 實

本件事實為兄弟二人在其父生前，由其父於以本件之山林地，各以應有部分二分之一的比例贈與二人，其後弟欲請求其兄分割該山林地，乃以其兄為被告訴諸法院以實現其目的。不過，由於森林法第一百八十六條規定，「森林之共有人雖符合民法第二百五十六條第一項之規定，亦不得請求分割共有林，但各共有人之應有部分額有超過其半數者，則無礙其請求分割」。由於有森林法本條規定之存在，本件兄弟二人各對共有林都僅止於一半，並未逾越半數之條件，致構成請求分割之障礙，是以森林法本條之規定，究否已構成違反憲法第二十九條之規定，而應被論斷為無效，則成為本案爭執的焦點。本案一審、二審原告（即弟）皆敗訴，第三審則廢棄原判決發回更審。

關 鍵 詞

財產權 公共福祉 共有人 共有物分割請求權 共有森林
共有部分 森林法

主 文

原判決中上訴人敗訴部分廢棄。
關於上訴部分，本件發回東京高等法院。

理 由

上訴（最高法院）代理人藤本猛的上訴理由

其論述簡而言之，係指以森林法第一百八十六條為合憲之原判決，應為錯誤適用憲法第二十九條，故屬於違法。

一、憲法第二十九條第一項規定，「財產權不可侵犯」，第二項則規定，「財產權之內容在符合公共福祉之限度內，依法律定之」。本條規定的目的並不僅在於私有財產制度之保障，同時亦在於說明，關於為社會經濟活動基礎的國民財產，亦以為基本的人權，基於社會全體利益之考慮，增大對財產權加以規範之必

要性，容許立法機關得以在適合於公共福利的限度內，對於財產權透過立法而加以限制。

二、財產權除其自身有內在的限制、規範外，如上面所述，基於社會全體利益之考慮亦可對之以規範加以約束，這種規範因財產權的種類、性質等呈現多種多樣，還有對財產權要求加以規範的社會理由及目的，亦會因社會公共方便上之促進、經濟弱者之保護等社會政策上及經濟的政策之積極要求，以及社會生活安全之保障或社會秩序之維持等消極面的需要而呈現多歧，因此，對於財產權所加諸之規範，究竟是否符合憲法第二十九條第二項所稱之公共福祉而應受到肯定，固應依照規範之目的、必要性、內容以及規範本身，比較財產權之種類、性質以及程度等之加以決定，但法院本身，鑑於立法機關仍應尊重、本諸前揭所為之比較考量而有所之判斷，因此，立法

規範之目的如係很明顯地未依前面所示一般之社會理由乃至於目的所出，而未與公共福祉相互一致，或規範目的雖與公共福祉相互合致，但規範之手段，在基於上述目的之達成，很明顯係欠缺必要性或合理性時，則本於此一前提，在立法機關之判斷係超越合理裁量之範圍的限度內，該當規範立法，即應屬違反憲法第二十九條第二項規定，其效力自當被加以否定（最高法院昭和43年（行ツ）第120號，昭和50年4月30日大法庭判決，民集294號572頁參照）。

三、森林法第一百八十六條關於共有森林方面規定，其應有部分價額二分之一以下之共有人（包含應有部分價額合計在二分之一以下之複數共有人，以下同），無民法第二百五十六條第一項所定之分割請求權。

關於此，吾人首先應觀察民法第二百五十六條之立法趣旨及目的。共有者，複數之主体共有目的物而有其所有權之謂也，共有人各自只有享有具有自体所有性質之應有部分權而已，因此，在只有共有關係，而且，在共有情形，由於彼此之應有部分

權係立於共有性質上相互制約之關係，與單獨所有相比，係處於無法充分考慮其物之利用或改善管理之狀態，另外，各共有人間關於共有物之管理、變更等，亦易生意見之對立以及紛爭，一旦各該意見相互對立紛爭引起，自對共有物之管理以及變更引來障礙，從而物的經濟價值亦陷於無法充分實現的境地。同條（民法第二百五十六條）基於除去該一弊害，使共有人得以自由處分標的物，從而使共有物得以充分發揮經濟上之效用，因此，使各共有人享有隨時得請求分割共有物之權利，而且，亦設有各共有人締結不分割共有物之期限上之限制，使不分割契約在超過該一期限上之限制時，不具有效力，這完全係屬於保護共有物之分割請求權之規定。因此，共有物分割請求權，乃是為了使各共有人邁向該當為近代市民社會原則的所有形態，亦即，單獨所有，並為實現上述公益目的而加以發展的一種權利，共有物分割請求權做為一個共有的本質屬性，與應有部分權之自由處分，同為民法典所加以承認。

因此，該當共有物在無性質不能分割的限度內，其否定共有

人之共有物分割請求權者，即屬於否認憲法之財產權限制，其設定該限制之立法在被解為應符合憲法第二十九條第二項所稱公共福利的要求下，共有森林之性質上不能加以分割，因不該當上列的要求，因此，關於共有森林，應有部分二分之一以下之共有人不具有分割請求權之森林法第一百八十六條之規定，於其不符合公共福祉時，該條規定，即屬違憲之規定，自應被認為不具有效力。

四、1、森林法第一百八十六條係繼受森林法（明治四十年法律第四三號）（以下稱明治四十年法）第六條規定，亦即，「民法第二百五十六條規定，不適用森林之共有，但各共有人應有部分之價格，超過其半數者不在此限」。明治四十年法第六條之立法目的，在立法過程中，政府官員之說明是，森林為需長年經營之事業，為期森林經營之安定，應有部分不及二分之一共有人禁止請求分割。參照政府官員此一說明之趣旨，顯然本條文之立法目的乃在於防止森林之細分化以維持森林經營之安定，至於該當森林水資源之涵養、國土之保

全以及保健保全等所謂公益機能之維持或增進，則很難謂其為同條直接立法目的所加以涵蓋。昭和六十年所制定之現行森林法並未變更明治四十年法第六條之實質內容，而只是做文字之修正，並將其規定之位置移列至第七章雜則，而為第一百八十六條之規定，殆無稍異。不過，如果就森林法第一條之規定，考慮至同法目的，結果亦可瞭解施行森林法之目的，係在於透過防止森林之細分化，圖森林經營之安定，從而求得森林的永續培養以及生產力的增進，最後達到發展國民經濟之目的。

森林法第一百八十六條之立法目的，一旦被做以上的認識，很明顯地，即很難不被解為係與公共福祉不相一致、脛合。

2、因此，森林法第一百八十六條關於森林共有否認應有部分二分之一以下之共有人的分割請求權，在基於達成同條立法目的的手段上，於其在欠缺合理性或必要性並非明確之限度內，即不能謂同條（即森林法第一百八十六條）係違反憲法第二十九條第二項之規定，以下，就此點加以檢討之。

（一）森林形成共有，並不

必當然使各共有人之間形成基於森林經營上之目的團體，而且，共有人關於該當森林之經營，亦不致於負有相互協力之權利、義務，因此，森林共有與森林之共同經營之間，並不具有直接關連。從而，關於共有森林之共有人的權利義務的規範，既使與森林經營之安定為直接目的，但與前揭森林法第一百八十六條之立法目的完全無關連性，亦即不能說有其合理的關連性。

森林法關於共有森林之保存、管理或變更，於其不容許應有部分二分之一以下之共有人請求分割之限度內，固係排除民法第三章第二節共有規定之適用，不過，除此之外卻很明白地，仍應有共有規定適用之餘地。共有人之間，特別是應有部分價額相等之兩共有人之間，關於共有物之管理或變更意見相互對立而生紛爭時，各共有人關於共有森林，只能本諸同法第二百五十二條但書規定而得為保存行為而已，其管理或變更行為則不被允許係屬於適法。結果所至，自只有招來該當森林的荒廢而已。同法第二百五十六條其實是基於防免發生此一事態而設之規定，這一點固已如前所示者一般，

不過，森林法第一百八十六條關於共有森林，排除應有部分二分之一價額以下之共有人上述民法規定之適用的結果，僅止於招來事態之永續化而已，對於該當森林經營之安定化，其實並不具作用，森林法第一百八十六條之立法目的，與同條關於共有森林應有部分價值二分之一以下之共有人間無分割請求權這一規定並無合理的關連性，這一點只要稍一思索即可知之甚稔。

(二) (1) 森林法並無絕對禁止分割森林之理由，我國森林面積之大半皆屬單獨所有之森林，此等森林皆被解為可得細分並加以分割後讓給第三人，共有森林亦應可以經由共有人的協議而為現物分割，以及由應有部分過半數之共有人（含應有部分價額之合計超過二分之一之數共有人的情形），本於分割請求權而加以分割，另外，亦可本於民法第九百零七條遺產之分割而被加以容許，其所未能被加以容許者乃應有部分價額二分之一以下之共有人，本於同法第二百五十六條第一項規定之分割請求而已。關於共有森林對應有部分價額二分之一以下之共有人認其有分割請求時，其因此所生之分

割結果，與上面所述容許讓與、分割，其所造成之結果相互比對，因為不能謂該當共有森林均會更形細分，其將森林法不能容許分割之情形，與容許分割之情形之區別基準，求諸於不屬於遺產之共有森林之應有部分價額是否超過二分之一之合理性，這點固有一疑問，不過，既使是以此點而言，在共有森林應有部分二分之一以下之共有人，本於民法第二百五十六條第二項之分割請求之情形，與其他情形相比，其認定防止該當森林細化，圖森林經營的社會必要性應強烈存在的依據，儘管無法從這地方予以找出，不過，森林法第一百八十六條由於未對於不允許分割之森林的範圍及期間之任何一點設有規定，則同條所定分割之禁止，自不能不謂係屬於超越必要限度之一種極其嚴格的規範。

首先基於森林安定經營之必要最小面積，既使會依該當森林之地域、位置、氣候、所植竹木的種類而有所不同，不過，因可得對之有所確定，因此，在對該當共有森林加以分割之情形，如果對於分割後森林面積是否低於必要最小限度之面積，即一律禁止現物分割者，顯然在達成該條

之立法目的之規制手段上應屬欠缺合理性，而不得不謂已超過必要之限度。另外，完全未考慮該當森林之採伐期或計劃造林之終止期，而無期限地禁止分割，從同條之立法目的，亦應可謂已超過限度而屬不必要的規範。

(2) 此外，既使依民法第二百五十八條共有物分割之方法加以考慮，在為現物分割時，由於須考慮該當共有物之性質、形狀、位置以及分割後之管理、利用關係，因此其分割雖然係本諸應有部分之價格而為之，但仍不免在共有人之中有取得現物與價格中之過與不及之事態，斯時，其取得超其應有部分價格以上之現物的共有人，即應對他共有人支付該當超過部分之對價，其關於過與不及之調整，亦為現物分割的一個態樣而應被加以許可。另外，為分割對象之共有物，如係為多數不動產之情形，在此等多數不動產之外形成一團時，固不待論，既使是已分為數個地方而存在時，其將之以一個單位為分割之對象加以分割，且以分割之各部分為各共有之單獨所有者，其以之為現物分割之一個方法者，自亦應為法所容許，不過，既使在這種方式之分割發生

有超過或不及之現象時，自亦應依上面所述而加以調整（最高法院昭和28年（才）第163號，昭和30年5月31日第三小法廷，民集9卷793頁，昭和41年（才）第648號，昭和45年11月6日第二小法廷判決，民集24卷111號1803號，在與上面所述相互抵觸之範圍內，改正之）。又，共有人如為多數人時，僅其中一人請求分割者，並不解為全部之共有關係立即告解消，僅對於該當請求之人，以其應有部分之限度內加以分割，其他人則被解為尚就殘存部分仍繼續其共有。

本於上面之所述，既使在現物分割，由於其依該當共有物之性質或共有狀態，為合理之分割係屬可能，因此，關於共有森林既使以現物加以分割，亦不能謂會立即帶來細分，此外，同條第二項亦規定有依拍賣而為價金之分割，依此方法一次地將共有物加以拍賣，亦不致使該當共有森林發生細分化之結果。因此，森林法第一百八十六條關於共有森林，一概否認應有部分價額二分之一以下之共有人的分割請求權者，應被認為已超過達成同條立法目的之必要限度的非必要規範。

五、如以上所述，森林法第一百八十六條關於共有森林，否認應有部分價額二分之一以下之共有人民法第二百五十六條第一項所定之分割請求權者，在與森林法第一百八十六條之立法目的之關係上，很明顯地，不論係在合理性或必要性之那一個角度，皆不足以肯定，關於這一點立法機關之判斷，自應謂已超出其合理的裁量範圍。因此，同條（即森林法第一百八十六條）應屬違反憲法第二十九條第二項，而屬無效，從而關於森林，其應有分二分之一以下之共有人，亦應有適用民法第二百五十六條第一項本文之餘地。

六、本件，原判決以森林法第一百八十六條並未違反憲法第二十九條第二項，且依森林法第一百八十六條之規定，本件森林，其僅有二分之一應有部分價額之上訴人無分割請求權，故排除本件分割請求權，該判斷因已錯誤解釋、適用憲法第二十九條第二項，則稱此點為違憲之論旨自有理由，從而原判決中上訴人敗訴之部分自應予廢棄。而且，上述部份由於係本於上訴人之分割請

求權，依民法第二百五十八條規定，謂應分割本件森林，故應將本件發回原審。

從而，依民事訴訟法第四百零七條，除法官坂上壽夫、法官林藤之輔有補充意見，法官高島義郎、法官大內恒夫、法官香川保一具反對之意見外，其餘法官全体一致為如主文所示之判決。

法官坂上壽夫之補充意見如下：鑑於香川法官之反對意見，茲本於我國森林所有之實態，表示個人意見：

香川法官之所說係從森林之共同經營之觀點，指出關於共有森林分割限制之合理性。誠然，在共同經營森林之時，突然在中途允許共有人進行分割，固然將因此會有不適當之情況發生。在以共同經營為目的而加以共有之限度，香川法官之見解確定是值得吾人加以傾聽的，不過，從本於自己之意思而共有森林一點而言，將一般以森林的共同經營意思而成立共有為前提加以立法視為當然時，則森林共有人當中，除因繼承而共有者外，其僅考慮因共有經營森林，而不考慮以自己之意思而共有森林者，究竟真的是適當嗎？另外，即使是本於

自己之意思而共有森林，但由於關於共有亦有種種型態，儘管亦有可能被認為不具有共同經營之意思而共有森林，但在討論共有森林時，是否可將此情形除去而不論。此外，從共同經營導致不善這個觀點來考慮，僅以應有部分不及二分之一之權利人不許享有分割請求權這樣的說明，僅在說明多數決的原理裡就無法獲得認同（如後面所加以述及者，如因分割而造成困擾時，其原因無寧僅是二分之一以下之少數權利人之問題吧！）。

然而，就森林經營之層面言，香川法官謂，「森林經營就相當規模之森林全体而言，係本於長期計劃，在數地區別上交互地、周期地施以竹木之植栽、生育以及採伐的，森林之土地全体大部被希望能廣大面積，而且其資本力、經營力乃至於勞動能力方面亦以愈大為必要，不過，就反面言，基於將來萬一森林經營不善，而圖分散經營之損失，其以森林有關之各法制加以規範，由多數之森林所有人之共同經營，亦較為合理的……而且與此相關連之共有森林……」，凡此見解從多數共同經營的困難點，以及麻煩處等個別加以探討，

其理論固然正確，不過，很遺憾地，所述似都有未符合我國森林所有實態的缺點。以下，基於正確議論之必要，我提出一些數據加以說明。這些數據是林野廳監修「林業統計要覽」，一九八六年版所載。依其中之一九八〇年世界農林業調查結果，在我國，森林保有係由共同所有者，除零點一公頃未滿之森林未為統計表所列者外，在零點一公頃以上者為限，總計有十六萬六千一百四十五個事業體，合計六十萬一千六百七十三公頃面積而已（此數字相信應包括因繼承而生之共有，至於其詳細則不明）。就面積比而言，為我國二千五百萬公頃多森林的百分之二·四，亦為一千四百七十萬公頃之私有森林全体面積之百分之四，而且，這其中屬於零點一公頃，或未滿零點一公頃之事業體（依農林水產省統計資料部「林家經濟調查報告」，在昭和五十九年度，其保有九點三公頃之林家林業粗收入額，包括薪炭生產以及菇菌生產收入共計為二十九萬五千圓，但與此相對之經費總額為十二萬七千圓，林業所得額為十六萬八千圓（平均值），換算一公頃亦不過僅值一萬八千圓而已。如以

此而言，其屬零點一公頃，或未滿零點一公頃之零細林家究有多少收入，可想而知）計九萬六千二百八十個事業體，約該當全部共同事業體之百分五十八，把這些合併至一至公頃（未滿）的事業體，共計達十四萬四千九百十六個事業體（為全國共同事業體之百分之八十七強）。另外，為香川法官所希望之「相當廣大面積」者，既使將之壓低至一百公頃以上（本件上訴人、被上訴人之共有森林，全地區合併時，可被納入該標準內），全國能符合其標準者計僅有五百五十七個事業體（為全國共同事業體之零點三強），與共有關的絕大部分森林，既使係為共同所有，但亦不以共同經營為名。

若係如此，從森林經營的觀點而言，討論共有並無太大意義。森林法第一百八十六條只為一少部分之森林共有體之經營上之便宜規定而已，而且僅為所有的森林共有體而已，而所有森林共有體之其中有部分的應有部分係在二分之一以下者，對這些人奪其分割請求權，敢謂之不合理？

本來，既使不是小到不適合為森林經營之小面積共有林，

從反面講，雖然是屬於小面積森林，但例如一旦加以分割，即非不可能對其採算發生顯然不利之情形，（例如讓大卡車可以走到的道路，由此其搬出的距離很長，其基於搬出而必須架設的線路設備就必要花去龐大經費），甚至在極端的情形，一旦分割，整個森林的賣價甚至於都不足以供全部分經費之所需（這就是多數意見所說，基於森林安定經營必要最小限度面積比例的情形吧）。香川法官所說共同經營論，亦顧慮上述情形，這一點固可得加以理解，不過，並不是一旦發生分割就必然會生這樣的結果。又，也許是畫蛇之論，但還是提出來加以說明吧，例如有四分之三應有部分與四分之一應有部分之共有人之情形，其分割可能由其四分之三應有部分之共有人而為之吧！因為擁有四分之三應有部分之權利人其所分到之森林，其單位面積之收益，儘管會比分割前來得不利，不過應仍大致還有獲利，反之，僅擁有四分之一應有部分之權利人，其僅靠所分得之森林，也許會發生難以維持經濟生活的情況。此時若欲謂不許其請求分割，其以之為係不超過應有部分二分之一共有

人者，恐怕是道理會說不通吧。無論如何在考慮經營效益時，關於共有森林之分割，其請求分割之不被允許雖應有相當之理由，但考慮森林之共同經營的人，只要在共同經營之時能有充分的決定（分收造林契約、分收育林契約、民法上之合夥或間伐時、採伐時之共同作業）即為已足，並不一定只限於發生共同經營合意上所生之結果，至於共有全般，則不被認為，依法律之規定來處理是否構成剝奪分割請求權之問題。

換言之，關於不承認分割請求之行使，如果其立場係在於防止森林的細分，因而期待森林經營之安定，並在於森林的保續培養，以及生產力的增進，最後達到發展國民經濟，從而與促進公共福祉之目的相結合的話，則如前面所述，共有森林面積為我國森林面積之百分二點四，其與私有森林面積相比，亦約僅占百分之四（如扣除因繼承而共有者，其比例當更小），對於這麼少的共有持分人限制其分割請求權，其理由何在？森林法第一百八十六條關於共有森林分割請求權之限制，到底無法讓人看出其有被加以首肯的理由。

法官林藤之輔補充意見如下：

我個人在結論以及理由方面所持與多數意見相同見解，不過，關於分割共有物之方法，則有下列補充。

多數意見以民法第二百五十八條第二項所謂現物分割，包括共有人中之一人取得較其應有部分為大之現物，而代之以對他共有人支付該當超過部分之對價，亦即，命以價格賠償代替分割這樣的一種分割方法，由於第二百五十八條係許可上述的分割方法，因此，既使承認共有人分割一部分之共有物未必會對森林帶來細分的命運，這與最高法院昭和二十八年（才）第一六三號，昭和三十年五月三十一日第三小法庭判決，民集第9卷6號793頁所持態度有所不同，我個人如上面所述，係贊同多數意見在上面的說法。上引小法庭判決係本於昭和二十二年法律第二二二號改正前之民法，針對遺產繼承後屬於共有之遺產分割，依上述改正法附則第三十三條之規定，準用改正後民法第九百零六條之案例所成立的判決，但判決文謂，關於遺產之共有及分割，民法第二百五十六條以下關於共有之規定應最初加以適用，而遺產之

分割原則上應現物分割，僅於依原物分割發生有明顯發生損害之虞時，始得命為拍賣而分割其價額，民法第九百零六條規定，不外乎只在於明示此一方針而已，然而家事法院關於遺產分割裁判之實務，卻不管上述判例，逕行廣泛地適用關於遺產分割方面之家事審判規則第一百零九條之規定，於有特別之事由時，使共同繼承人中之一個人或一部分人取得應繼分以上之現物，同時相對地亦使之對他共同繼承人所應負擔之債務而以現物代替分割，而且，所謂「有特別之事由者」，亦採相當寬緩之解釋，故所謂使負擔債務之分割，在其實際上不外乎就是多數意見所說之價格賠償而已。

然而，關於遺產分割民法特設為分割基準之第九百零六條外，程序上，關於通常共有物之分割則應依民事訴訟法上之訴訟程序而為之。不過這個共有物分割之訴係屬所謂的形成訴訟，只要當事人有求為對共有物加以分割之意旨即為已足，法院即使當事人只請求為現物分割，亦可以不必受其拘束，亦得以拍賣命為分割其價金以代替分割（最高法院昭和53年（才）第927號、第

928號，昭和57年3月9日第三小法庭判決，裁判集民事135號313頁）。此類訴訟為非訟事件，這一點與典型家事審判並無稍異。不過，儘管如此，通常之共有物分割使遺產分割之間在處理上之所以會有不同，乃是上述法律規定之方法有所不同由以致之。遺產分割係以被繼承人所屬之一切財產為分割之對象，包括動產、不動產、債權之外，還及於與此等權利相互結合的商店、醫院營業等形形色色的遺產，統統皆屬於可由同繼承人加以分配之對象，此外，例如先祖代代之土地建物、農地、家地這一類的營業，繼承人之中誰可為繼承人，一般意識上很難決定應交給何人加以繼承這一種類之財產，或性質上有不適用於分割的財產等，都包括在遺產而得為分割之列，不過，與此相對的，在通常之共有，通常係一個物之分割為其典型，分割亦是針對個個共有物，依其價格之比例，使共有人之應有部分權單獨所有權化這樣的角度加實現。不過，雖然如此，既使是在通常共有的情形，如多數意見所指出者，亦多有同一共有人間同時有多數而且性質相異之共有物而待分割之情形，此

外，亦有遺產分割之結果，共同繼承人中之數名共有人之財產進行再分割，這種類似實質遺產分割，或既使可以現物加以分割，但由於有顯著損害價格之情形發生，從而亦不能立即直接以現物加以分割，而如果很堅持地不依價格賠償之方式加以調整，自更使以現物分割的道路為之阻塞，斯時更不符合現實狀況。在建物的分割方面所以能夠依應有部分來加以分割，係因為既使為分割對象係屬多數，但有時各自有相當於應有部分價格的建物，有時雖然只有一棟建物，不過卻可以將之區隔為相當其應有部分價格之區分建物，此自便於其進行分割。但在土地的情形，其往往伴隨地形成道路的關係，甚至於與地上物的關係，而使依應有部分進行分割發生困難，從而常導致嚴重的價格損失。

關於共有物的分割，最應重視共有人間的公平。而且，以價格加以賠償時，其價格繫諸於法院認定，在觀念上，本於拍賣而定其價格，或許可以得到較公正之價格，然則，在現實上，拍賣價與時價相互乖離而流於低額的情形時而可見。民法第二百五十八條第二項雖規定，以現物分

割，在價格上有發生明顯損害之虞時，應依拍賣以拍得金進行分割，不過，依拍賣進行分割時，由於為了避免現物分割，在社會上既使能防免該物自身價格的減少，可是，從共有人接受分配之利益來看，難謂無受顯著損害之虞。做為現物分割的一個方式之一的，尚有併用價格賠償以進行分割，但既使以此方法分割共有物，也未必會比不依應有部分來分割現物來得好。依現物分割而得到各自獨立所有權之情形，一般所見似不斷增加，從當事人之利益而言，特別是在當事人所希望這種情形，依法院之認定等所認定之金額，去否定價格賠償，一般而言，應是無所依據的。

從以上之所述，我個人關於依民法第二百五十八條分割共有物，雖然亦贊成多數意見之所述，容許依價格賠償去調整過與不及之問題，不過，更進步，關於共有人數非常多，但僅其中極少數人請求分割時，則認為應依情況（多數意見認為包括於被認為有加以規範之必要之共有森林的採伐期，或者是在計劃造林終了期之前即請分割等類似情形，都是屬於適當之例子），以共有物殘留其所有權之人（即不請求

分割之人）之共有，即使依照由分割請求人受領應有部分相當額之對價給付這個方法，不管只是由上述極少數之分割請求權人受領對價，或將之視為全體，都應仍無妨將之視同以現物分割的一個類型，如此，以共有物共有人之中之一人或數人所單獨所有或共有，即使由此等人使他人支付價格之賠償而為分割，於共有非依該方法不可之特殊情事時，自應被認為非許之為現物分割之一種型態不可了。

法官大內恒夫之意見如下：

我個人對於本案採廢棄原判決而發回原審這樣一個多數意見，在結論上採相同意見。不過，在理由上面則有所不同。關於限制共有森林分割請求權之森林法第一百八十六條，其實並非全部違反憲法第二十九條第二項之規定，反而只是禁止由應有部分價額二分之一之共有人請求分割（本案該當於這種情形）這一點，係屬違反憲法上述條款之規定而已，以下僅就這一點陳述意見。

一、森林法第一百八十六條財產權之限制

森林法第一百八十六條關於

共有森林之分割，僅承認「依各共有人應有部分之價額，於其過半數者始可請求分割」，除此以外之應有部分二分之一以下之共有人，則禁止請求分割，不過森林法這樣的規定，卻對於應有部分二分之一以下之共有人剝奪其該當為民法共有人本權利之分割請求權，因此，本條規定自屬於憲法上經濟自由之一部分財產權所加之限制，此一限制自必須與憲法第二十九條第二項所規定之公共福祉相脗合。然而，經濟自由之規範之立法與精神自由之規範的情形有所不同，通常被認為有合憲性推定的作用，關於財產權規範之立法裡，於其該當合憲性之司法審查時，法院一旦認定規範的目的符合公共福祉，則關於其因此所生規範措施的具体內容以及其必要性、合理性，立法機關之判斷，於其合理裁量的範圍限度內，自應對之予以尊重。而且，同樣是屬於經濟自由之規範，於其係基於經濟的、社會的政策實施所為之者的情形（積極的規範），自應比因事物之性質上、社會生活安全保障上以及秩序維持而為之情形（消極的規範），被認為應有較廣泛的合理裁量的範圍，因此，關於上述積

極規範內容之立法，於其該當規範措施，基於達成規範之目的，如果在手段上並未明顯超越不合理的裁量權的限度內，通常並不會被解為有違憲法第二十九條第二項之規定的（最高法院昭和43年（行ツ）第20號，昭和50年4月30日大法庭判決，民集29卷4號572頁參照）。以下，本於上述的立場來判斷究竟森林法第一百八十六條是否構成違反上述憲法之規定。

二、森林法第一百八十六條之立法目的

森林法第一百八十六條為達成上述立法目的，因而承認只有超過應有部分價額二分之一之共有人（以下稱「過半數應有部分權人」）始有分割請求權，其應有部分價額在二分之一以下之共有人的分割請求權則不被加以承認。不過，在森林法係屬於該當為經濟自由之積極規範的前提下，雖應依前示之基準去判斷究否有憲法適合性，但所謂應有部分價值二分之一以下之中，其實包括二分之一未滿，以及二分之一這兩種情形，因此，以下更分此二情形加以檢討之。

1、應有部分價額未滿二分

之一之共有人分割請求之禁止

這是指他方共有人有過半數之應有部分權之情形。本條之所以否定二分之一未滿之共有人（以下稱「二分之一未滿之應有部分權人」）之分割請求權者，應被認係有下列理由，同條之這樣規範之內容，在其與立法目的之關係上，很明顯地不被認為係欠缺合理性及必要性的。

（一）徵諸舊森林法制定之際之議會審議，同法第六條政府原案僅規定，民法第二百五十六條之規定於共有之森林不適用之，在文字上應是關於共有森林，全部都禁止分割，不過，對於這樣的原案，貴族院有以共有人之分割請求權絕對地禁止行使，顯然對權利人過酷，至少在共有人過半數以上之人請求分割之情形，是否應考慮被加許可，本修正意見一提出即被加以接受，因而在原案上加上但書謂，「但依各共有人應有部分價格，以其超過半數者，無礙其請求分割」，從而完成本條立法。從上述本條立法過程以觀，舊林業法之立法，是從基於林業經營安定之目的這樣之立場，對於被視為有礙森林經營安定之民法第二百五十六條之分割請求權加

以介入。不過，儘管如此，舊森林法此際對上述分割請求權，卻也未採取全面加以否定之態度，反而只是採取對其加以一部分之限制，以及對於何人承認有分割請求權，對於何人否定其請求權而已，而最後在結論上，從尊重多數應有部分權人意思的角度，承認「僅依應有部分之價格之過半數者」，許其請求分割。現行森林法第一百八十六條既繼受舊森林法條文之規定，亦承繼其立法上的趣旨，故做如此之規定，亦在圖林業經營之安定，以及調和共有人之基本權利（分割請求權）。由此可見，同條文否定二分之一未滿應有部分權人之分割請求權者，依同條規定，因目的只在於圖林業經營之安定，因而限制民法第二百五十六條分割請求權，僅容許過半數應有部分權人有分割請求權，則森林法第一百八十六條上述規範之內容，與同條之立法目的之間，不能說沒有合理的關連性，另外，依條文規定容許過半數應有部分權人之分割請求權，禁止不滿二分之一應有部分權人之分割請求權，這一點從尊重多數應有部分權人之意思這樣合理的理由。其實亦是殊堪肯定的。

(二) 其次，就未滿二分之一應有部分權人之權利的限制而言，由於未滿二分之一應有部分權人可與過半應有部分權人之間經協議而進行分割，另外。在對過半數應有部分權人請求同意分割，或針對具體之分割方法，或對分割內容之確定等，在提起分割之訴上面，森林法第一百八十六條亦皆未對之設有任何禁止。因此，在結論上，所謂上述二分之一未滿之應有部分權人不能請求分割共有森林者，其實僅止於反於過半數應有部分權人之意思而請求分割之情形而已。何況，上述二分之一未滿應有部分權人，對於他共有人或第三人讓與其自己之應有部分之自由，由於並未受到任何之限制，因此，謂依森林法第一百八十六條否定分割請求權，對於上述二分之一未滿之應有部分權係屬不正當之權利限制，其實無甚道理的。

若係如此，同條之中，關於禁止應有部分未滿二分之一之人請求分割之部分，以基於達成前揭立法目的在手段上，謂係顯著不合理地逾越立法機關之裁量權者，自屬無法斷定，當然亦不能因此謂同條上述部分係違反憲法第二十九條第二項之規定。

2、應有部分價額二分之一之共有人（以下稱「二分之一應有部分權人」）請求分割時，其分割請求之相對人亦為二分之一應有部分權人，因此與上述之情形不同，並不存在過半數應有部分權人，不過，森林法第一百八十六條對於這種情形亦禁止請求分割。然而，上述最典型的情形是，共有人兩人（甲、乙），其應有部分各自相等。此際共有人之一個人甲之所以應依同條規定被禁止請求分割，乃只在於甲只不過存在有半數之應有部分，故並不具備應尊重多數應有權人之意思這樣的合理實質理由。而且，以未該當過半數應有部分權人這樣的理由而被禁止請求分割者，共有人之他方，亦即乙亦屬相同，儘管甲乙二人係立於對等之地位，但兩人中之任何一人皆被禁止行使分割請求權。結果所至，甲、乙二人（亦即全體共有人）之分割共有物之自由全被封殺，兩人間既使發生對立亦無法解消共有之關係，此事到底難找到合理的理由，因此，不能不說對於共有人權利之限制已走過頭了。本於此，森林法第一百八十六條雖然是從安定林業經營等之目的來限制共有人之分割請

求權，但也並非全部對此加以禁止，因此。關於二分之一應有部分權人之共有關係之解消產生上述之結果，其實應非是同條所加以期待。本於此，在結論上，同條中之二分之一應有部分權人之分割請求被加以禁止之部分，很明顯地，在達成前記立法目的之手段上，不能不說顯著不合理地擺脫立法機關之裁量權。因此，同條上述部分，自應屬違反憲法第二十九條第二項而被認為無效。

四、本案上訴人及被上訴人皆各自自其父親受領本件森林之贈與，因而兩人發生共有森林之關係，而且每人之應有部分平等，各為二分之一，由於已該當前面所述之情形，因此，應依上面所述之理由，容認上訴人之分割之請求。基於，上訴人之論旨有其理由，容認上訴人之分割之請求。上訴人之論旨亦應有其理由，故本件原判決（上訴人敗訴部分）應予廢棄而發回原審。

法官高島益郎與法官大內恒夫意見同旨

法官香川保一之反對意見如下：

民法關於共有之規定，原

則上為了使共有人很容易自共有關係加以脫離並解消共有，因此，關於各共有之應有部分之讓與不但不設限制，除了可經由共有人全體之協議加以分割者外，各個共有人隨時亦可不附任何條件地請求分割共有物（同法第256條第一項本文、第258條第一項），不過，在反面卻也限制共有人約定不分割共有物者，其不分割之期限不得超過五年，惟屆期仍得更新，但一次更新之期限，亦僅以五年為必要（同法第256條第一項但書、同條第二項，又同法第254條規定，不分割之契約，亦於特定繼承人生拘束之效果）。本條規定之趣旨，其實是在說明所有權之型態應是單獨所有較共有者為佳，因此，共有物之分割係隨時被加以承認的，同時亦在說明所有權人得以形成合目的法律關係。本於這個立場，鑑於發生共有關係之背景、目的、意圖、共有物之多種、多樣之性質或機能，所有人可以決定何時發生共有，或何時解消共有關係，亦可決定在一定條件下不解消共有關係。此外，依同法第二百五十四條，依照共有人間有關共有物使用、收益之特約，權利義務既使拘束共有

人之特定繼承人，不過，共有之權利義務仍必須考慮共有關係之目的、作用等之適當而來加以行使或負擔的。順便一提的是，數人基於共同經營事業之目的，共同出資成立合夥契約，其出資組成之合夥財產，固然屬合夥全體成員之共有（同法第668條），而且，在清算之前，依規範合夥財產之同法第二百五十六條第一項本文之規定，禁止請求分割共有物（同法第676條），這是為了避免共同事業之繼續發展受到阻礙，所必要加以存在之規定。而且，同法第二百五十六條第一項本文雖未特別規定共有之目的物，但在以標的物為限定對象去考察分割請求時，將很容易認識到依其標的物之種類、性質、機能，對於同項本文為若干之修正是有其必要的。

從以上的觀點而言，有關請求分割共有物之要件、方法、態樣，或者應為何種限制等之立法，係屬於經濟自由之規範而依經濟政策加以決定之事，憲法第二十九條第二項雖然規定應適合公共福祉，不過，其規範措施，則係為本於共有物種類、性質、機能、關係人相互間利害得失等相互關連之諸要素加以考量所

為判斷之政策立法，因此，應屬於立法機關廣泛裁量事項。本於此，其立法措施，除非很明白係屬甚不合理，而且亦擺脫立法機關之裁量權的話，尚難論之為違憲。

從而，在考量森林法第一百八十六條之際，自應認識本條與民法第二百五十六條第一項之規定有所不同，係屬於僅依應有部分之價額，在以有過半數之情形始得請求分割共有森林的一個規定。而森林法中所謂之森林係以具有下列性質為必要之財產權。

（一）集團生育竹木之土地及在該土地上所有之立木、立竹。（二）雖然係指供竹木集團生育之土地（森林法第二條第一項），但該森林性質上應有供竹木之植栽、生育、採伐，亦即應有供森林經營的本來機能，具體言之，森林即係供上述之使用、收益為其本質之財產權。正由於森林的意義如此，同法關於該森林之所有人即規定，「一般從事森林經營之人」（同法第8條、第10條之5、第10條之10、第11條、第14條），此處之森林所有人意義上當然包含森林共有人，此自屬當然之理。而且，所謂森林經營係指就相當規模

之森林全体，依長期計劃在數地區上交互地、周期地從事竹木的栽植、生育、採伐等業務。其中森林之土地全体當然希望是相當廣大面積，另外，關於其資本實力、經營力以及勞動力等能力方面亦以大為必要。不過在反面，為圖將來萬一經營失敗，能够分擔損失、風險，與森林有關之各法制，則多規定由多數之森林所有人之共同經營，應屬更為合理（森林法第18條、森林合夥法第1條，同法第三章生產森林合夥參照）。不過，與此相連之共有森林，一旦係供為森林之經營，則依民法第二百五十六條本文之規定，任何時間，而且亦無附任何條件，得任由共有人中之一人請求分割共有物，如此不但有招致森林經營小規模化之外，甚至於連上面所述，本於長期計劃交互的而且週期的森林業務都將受到顯著之損害，從而對其他之共有人帶來不測之損害，也為森林經營的安定化、活潑化，以及因此所可期待之國民經濟的健全發展帶來阻礙，對自然環境的保全亦有招致危機之虞。因此，森林法第一百八十六條從這樣的公共福祉之立場，對上述共有物之分割請求加以限制。雖然如此，

由於森林經營亦屬於私有財產制度下的營業，鑑於應尊重私法自治之原則，反而應從較為緩和之立場而不採對共有物分割請求全面禁止之立場，期待共有人間有合理的分配，也就是採取多數決的原則，以對森林經營具更多利害關係之應有部分價額過半數以上之共有人請求分割共有物之情形，始有被加以准許之可能。而且，共有物之分割請求，儘管本來係屬性質上之非訟事件，但現實上如仍應限於判斷資料，依訴訟加以審理，則本於森林經營之合理的分割裁判，決非是件容易的事，審理通常都具有長期化的特性，這中間當然可以想像到會碰到森林經營之停滯、森林荒廢等難予避免的負面效果，因此，在分割上吾人期待能透過由有應有部分價額過半之人來決定分割請求，同時考慮上述分割訴訟期限拖長所造成之負面效應，彼此之間之利害得失，而以合理的、妥當的共有人間的意思決定，以獲得解決。

如以上所述，森林法第一百八十六條，其立法目的係在適合於公共福利，這一點係甚為明確，從而謂其規範之內容有欠缺必要性之明顯不合理，而明顯地

脫逸立法機關之裁量權者，到底係屬不可能，因此，自不能論斷其違反憲法第二十九條第二項之規定。

對於此，多數意見在判決理由四之二之（一）中謂，「森林共有與森林之共同經營不能謂有直接關係」，所以森林法第一百八十六條其立法目的（森林經營之安定）及其規範之內容並無合理的關連性，森林共有（特別是應有部分相同之二人共有之情形）人間關於共有物之管理或變更，在意見相互對立時，儘管會導致森林荒廢之結果，但為解決此一事態，在手段上應排除適用民法第二百五十六條第一項本文。但在結果方面，並無法使森林荒廢轉化為永續，也無法於森林經營之安定化有所貢獻，因此，森林法本條規定在立法目的以及其手段之間很顯然地未有合理的關連性的。

然而，如前面所述及者一般，森林之性質及機能應係在於供森林之經營，該森林由業者以自己之意思與他人共有者，在所有人一般係有與他人共同經營森林之意思的前提下，其由立法機關採取立法措施者乃屬當然之理，森林法第一百八十六條即根

據該前提而始加以理解者。關於這一點，多數意思雖與我的見解有根本的差異，不過就多數意見所指述者，關於共有物之管理，如無法經營由過半數之決議，即不能管理者，即應預想民法第二百五十二條，以其自身為不得已，既使有若干不符合實際情形，即將之除去，但至少基於共有物現狀之維持，依同條但書，以各共有人皆能為保存行為，對於既存樹木之必要行為因該當為保存行為，因此，也未必不能防止森林之荒廢。另外，基於解決共有人間絕對不能解決管理或變更之問題，致使森林陷於荒廢，在其手段上，雖有以同法第二百五十六條第一項本文為其依據，惟此立場自身本即甚有疑問，無寧反而會導致請求分割共有森林，以阻礙森林經營、保有行為亦無得充分達到（由於請求分割，自己取得之部分既不甚明確，則期待各共有人為保存在行為，自屬甚為困難），這豈不是反而招來森林的荒廢嗎？關於共有森林之管理，共有人間意見不一致時，其有不欲共有關係繼續加以維持者，將其應有部分予以讓出，而退出共有關係者，其實亦非強人之所難也。

其次，多數意見判決理由四之二之（二）指出，在協議分割上，其屬於應有部分二分之一以下之請求分割之情形，顯然係強烈地基於防止森林細分上之社會必要性，這一點其實是無所根據，而且，在森林的安定經營需要上，法律上亦無最小限度面積之規定，請求分割受到限制之森林的面積及期間亦都未受有限制，特別是該當森林之採伐期或計劃森林之終了時期，並未有所考慮，而無期限之限制其請求分割者，其實是超越達成立法目的必要限度的。特別是，即便在請求分割係屬現物分割之情形，不論其係經由調整的價格賠償，考慮分割後之管理、利用上之便捷而為現物分割，或是由多數共有人中之一人請求分割共有物，對於請求分割之人給與應有部分之限度的現物，而由其他共有人為殘餘物之共有者，或為價金之分割，一次地依拍賣而分割其價金者，凡此，皆不足以造成共有物之細分，故上述分割請求之禁止規定，實在可以說是超過必要限度之不必要規範。然而森林法之所以不禁止依全體共有人之協議分割共有物，乃是基於私有財產制之尊重，懷疑禁止這樣的

分割究否係屬適當的一個結果。森林既以共同經營為前提，分割之可否以及可以分割的時候應如何分割，自當期待全體共有人合理的協議以求解決，這種期待亦應為立法態度所加以肯認吧。其次遺產之不被禁止分割，係因遺產分割應以遺產全部為對象始能加以分割，其僅就該當於其中一部分的森林為不同之處理，無寧對遺產分割之圓滑進行有造成阻害之虞。本來森林或其共有應有部分之共同繼承人，並非本於自己意思而進入共有關係，當然亦未必能謂就有共同經營森林之意思。對於此等分割之所以不設限制，應該說是有上面所述之相當理由的。只是如果這種分割是任何共有人皆可於任何時間為分割之請求，則勢將有背於多數共有人的意思而阻害有效之森林經營，是以設有有限制。其次對於請求分割，在森林的範圍以及期間並未設有有限制，特別是關於採伐時期、造林計劃之終了時期皆未加以考慮。無期限地限制其分割這點，其實，以法律限定經營森林之最小面積在實際問題上以及立法技術上有其困難之所在，特別是採伐、造林的時期，通常都是分別區域依交互週期而到來，

因此強行設定分割之期間以及限定分割之時期難到不會有其困難嗎？最後要說的是，既使不為分割請求之限制，雖然可以合理的現物分割，既使僅從防止現物之細分化，現物分割的結果亦尚可期待森林經營上之合理的規模，不過，分割之裁判由於需耗相當長之時間，因此，本於分割請求而由法院裁判分割，恐難避免對於森林之經營，在圓滑之作用上造成阻害，另外，以價金分割，在概括一次拍賣的情形，固然可以防止該當森林的細分化，不過概括一次拍賣之分割，乃是不得已而且是最後的分割方法，從防

止共有森林細分化的觀點而言，亦未必能依實價出賣森林，而經常試探以拍賣以求得價金之分割，終究是有其疑問的。因此，在有上述之分割方法情況下，對於森林法第一百八十六條分割請求，設定過度之限制，豈非屬於不必要？

如以上所述，多數意見以森林法第一百八十六條構成違憲，既使總括其論點，其理由亦僅在於該條文甚不合理，顯然逸脫立法機關之裁量權，因此，自應不能被加以允許。

因此，上訴人之論旨應無理由，本件上訴自應加以駁回。

四十一、女子再婚禁止期間之合理性事件

最高法院平成七年十二月五日第三小法庭判決

平成四年（才）二五五號

翻譯人：林秀雄

判決要旨

上訴人等主張民法第七三三條就再婚禁止期間設置男女間之差異，違反憲法第十四條第一項之文義，惟基於合理之根據，就各個人設置不同之法的處理，並不違反憲法第十四條第一項既然認為民法第七三三條之立法意旨乃在迴避父姓之重複推定，以事前防止關於親子關係紛爭之發生，則無法解為國會不改廢民法第七三三條，立即該當於前示之例外場合，乃屬明顯。因此，關於同條之國會議員之立法行為，應認為於國家賠償法第一條第一項之適用上，不受違法之評價。

事實

甲男乙女（原告、上訴人）現為夫妻，乙於昭和六三年十二月二日與前夫成立調解離婚後，即與甲同居，為事實上之夫妻。甲乙於平成元年二月七日為結婚之申報，但因違反民法第七三三條關於女子前婚姻解消後六個月禁止再婚規定，其申報未被受理。其後，甲乙於禁止期間經過後之六月二日結婚。為此，甲乙以民法第七三三條違反憲法及國際法（世界人權宣言・國際人權規約及女性差別撤廢條約），而國會或內閣卻將民法第七三三條立法或提案，且未修正或廢止該條之立法或提案，乃該當於國家賠償法第一條之違法行為，請求被禁止再婚之期間中所受精神痛苦之慰撫金，並預備地主張類推適用憲法第二九條第三項之規定，請求國家賠償。

關 鍵 詞

再婚禁止期間 父性推定 立法行為 國家賠償法

主 文

- 一、本件上訴駁回。
- 二、上訴費用由被上訴人負擔。

理 由

關於上訴人之上訴理由第一乃至第四點：

國會議員關於立法，對全體國民之關係上，原則上僅止於負政治責任，並不負擔對應之個別國民權利關係上之法的義務。國會乃至國會議員之立法行為（包括立法之不作為），若非屬於其立法內容違反憲法之文義，而國會仍然為該當立法之難以想像之例外場合，於國家賠償法第一條第一項之適用上，不受違法之評價，此乃本裁判所之判例（最高裁昭和五十三年（才）第一二四〇號同六十年十一月二十一日第一小法庭判決・民集三九卷七號一五一二頁、最高裁昭和五八年（才）第一三三七號同六二年六

月二十六日第二小法庭判決・裁判集民事一五一號一四七頁）。

就本件觀之，上訴人等主張民法第七三三條就再婚禁止期間設置男女間之差異，違反憲法第十四條第一項之文義，惟基於合理之根據，就各個人設置不同之法的處理，並不違反憲法第十四條第一項既然認為民法第七三三條之立法意旨乃在迴避父姓之重複推定，以事前防止關於親子關係紛爭之發生，則無法解為國會不改廢民法第七三三條，立即該當於前示之例外場合，乃屬明顯。因此，關於同條之國會議員之立法行為，應認為於國家賠償法第一條第一項之適用上，不受違法之評價。

如此，就立法擁有固有權限之國會乃至國會議員之立法行為，既不被認為違法，則對國會僅止於有法律之提案權之內閣之法律案不提出等之行為，應認為於國家賠償法第一條第一項之適用上，並不違法。

上訴論旨基於獨自見解而認

336 女子再婚禁止期間之合理性事件

為原判決之國家賠償法之解釋適用有所錯誤、或誤解原判決、或基於原審中未主張之事由而指摘原判決之不當，實無法採用。

關於第五點：

上訴人等所受之不利益，不該當於特別之犧牲，此對照本法院之判例趣旨，應屬明顯（最高裁昭和三十七年（あ）第二九二二號同四三年十一月二十七日

大法庭判決・刑集二二卷十二號一四〇二頁參照）。因此，與此同旨趣之原審判斷，應可認為正當，於原判決並無其所論述之違法，因此其論旨無法採用。

綜上論結，依民事訴訟法第四〇一條、第九五條、第八九條、第九三條，以裁判官全體一致之意見，判決如主文。