

# 多様性社会における婚姻・家族と憲法上の問題 — 一憲法 24 条 2 項の「個人の尊厳と両性の本質的平等」と 立法裁量の統制 —

Verfassungsrechtliche Probleme über Ehe und Familie in der diversifizierten  
Gemeinschaft; “Würde des Individuums und wesentliche Geschlechtsleichheit” vom  
Art. 24 Abs. 2 der japanischen Verfassung und Kontrolle des legislativen Ermessen.

春 名 麻 季  
Maki HARUNA

## 1 はじめに—問題の所在—

2021年夏、新型コロナウイルス感染症（COVID-19）の影響での1年の延期を経て東京オリンピック・パラリンピック大会が開催された。そこでは、「スポーツには世界と未来を変える力がある」を大会ビジョンとし、「一人ひとりが互いを認めあい（多様性と調和）」がビジョンを具体化する基本コンセプトの1つとして掲げられていた<sup>1)</sup>。そして、その『多様性と調和』については、「人種、肌の色、性別、性的指向、言語、宗教、政治、障がいの有無など、あらゆる面での違いを肯定し、自然に受け入れ、互いに認め合うことで社会は進歩」するとの理念の下で、「東京2020大会を、世界中の人々が多様性と調和の重要性を改めて認識し、共生社会をはぐくむ契機となるような大会とする」ことが宣言されていた。

確かに、東京大会中には過去の大会と比較してもより多くの選手がLGBTQであることをカミング・アウトしたり、多様性を強調するような形で開会式等の大会イベントは実施され<sup>2)</sup>、外向けにはオリンピック憲章の趣旨に合致するように運営されていたが、大会延期期間中に当時の組織委員会の委員長がオリンピック憲章に規定されるオリンピズムの精神に反するような発言が取りざたされて辞任に追い込まれたり、そのあおりを受けて新たにオリンピック・パラリンピック担当大臣に就任した人物によるオリンピズムに反するような政治活動（多様性を否定するような内容に関する地方議会への圧力ともとれる活動）が物議をかもしなど、日本国内ではまだまだ多様性を容認するような社会・政治情勢にはなっていない現状を露呈するような事

---

1) この第32回オリンピック東京大会のビジョンおよび基本コンセプトについては、公益財団法人東京オリンピック・パラリンピック競技大会組織委員会のサイトに掲げられている。<https://olympics.com/tokyo-2020/ja/games/games-vision/> 参照。

2) 確かに開会式での旗手には6人のLGBTQのアスリートが務めたり、男子飛込の競技では編み物をしているアスリートが話題となるなど、ありのままの自分で大会に参加できることに喜びを伝える報道もなされていた。

態が現出する結果になっていた<sup>3)</sup>。

この「人間のすばらしさはまさに人とちがうところにあり、だからこそ、そのちがいをあたりに認めあい、受けいれよう<sup>4)</sup>」という多様性社会の根幹にある理念は、オリンピックやパラリンピックというスポーツの世界大会の期間中にだけ、外向けに実現されているようなふりをすればそれで十分というものではない。というのも、個々人の個性や違いを前提にそれを認めあう多様性を尊重する社会の実現は、みんながそれぞれ“ありのまま”に自分らしく生きられることを可能にする出発点でもあり、その保障こそが憲法の根幹となる原理・価値観でもあるといえるからである。一人ひとりの個性を認めあい、尊重することこそが、人間の共同体としての現代国家の存在意義でもあるといえるのである。

この第32回オリンピック東京大会の基本コンセプトをうけて、性的指向性・性的マイノリティーの理解増進に努めるよう方向付ける「性的指向及び性同一性に関する国民の理解増進に関する法律」案（以下、LGBT理解増進法案とする）の国会提出が、オリンピック開幕の約2か月前に与党自民党の意見集約の困難さから見送られるという事態が明らかになった。そこでは、「性自認や性的指向を理由とした差別は許されない」との一文が社会を混乱させるとか、裁判が多発するなどを理由として保守派議員によって否定的にとらえられて懸念が表明されたことから、党内での調整がつかなかったことが今回の見送りの原因と報道されている<sup>5)</sup>。さらに、最高裁判所では、長年にわたって憲法上の問題が議論され、日本も批准している「女子に対するあらゆる形態の差別の撤廃に関する条約（以下、女子差別撤廃条約とする）」に基づき設置された女子差別撤廃委員会からの改善勧告があったにもかかわらず、2015（平成27）年12月16日大法廷判決<sup>6)</sup>（以下、平成27年大法廷判決とする）の判断をそのまま「変更すべきものとは認められない」として違憲論を簡単に一蹴して民法750条の婚姻に際しての夫婦同姓の合憲判断を下した6月23日の大法廷決定<sup>7)</sup>（以下、令和3年大法廷決定とする）など、どうも実際には憲法の根本的な価値観と矛盾するのではないかと思われる日本国の現状が、オリンピックの精神とは反比例するかのように、とみに目に付くようになってきている。

そこで、本稿は、なぜ家族や婚姻という限定された人間社会の原子的単位となる領域においてさえ、近代立憲主義における憲法の最も基本となる「個人の尊重」や「法の下での平等」、あるいはそれをまさに具体的領域で示す「個人の尊厳と両性の本質的平等」の精神に適合するよう制度設計がなされないのか、なぜ簡単に既存の制度を合憲と判断し、少数者かもしれないが当該制度で苦しんでいる個人の痛みを理解しないのか、どうすれば理解してもらえるのかの一端

3) この点の指摘として、井上典之『スポーツを法的に考える I ——日本のスポーツと法・ガバナンス——』（信山社、2021年）215～216頁参照。

4) この表現は、井上典之『憲法の時間』（有斐閣、2016年）44頁（春名麻季執筆）参照。

5) この点に関しては、様々なホームページで関連記事が掲載されている。例えば、以下のアドレス <https://www.jiji.com/jc/article?k=2021052800707&g=pol> 参照。さらにこの点を文献において指摘するものとしては、渡邊泰彦「同性カップルによる婚姻・家族」法学セミナー799号（2021年）29頁参照。

6) 最大判2015（平成27）年12月16日民集69巻8号2586頁。

7) 最大決2021（令和3）年6月23日。これについては、裁判所ホームページを参照している。[https://www.courts.go.jp/app/files/hanrei\\_jp/412/090412\\_hanrei.pdf](https://www.courts.go.jp/app/files/hanrei_jp/412/090412_hanrei.pdf)

の検討を目的にする。筆者は、既に民法 750 条の憲法問題については、前記・最高裁の 2015 (平成 27) 年大法廷判決を素材に検討したことがある<sup>8)</sup>。その意味で、本稿は、その続編になることをここで予め付記しておく。

## 2 最高裁による選択的夫婦別姓のとりえ方と民法 750 条

### (1) 最高裁の憲法判断の理由づけ

平成 27 年大法廷判決の事案は、婚姻届上は夫の姓を選択し、それを戸籍上の婚氏としているが実生活では婚姻前の氏を通称として使用している者や、婚姻届で氏の選択をしなかったために事実婚の状態にある者らが原告(上告人)となり、夫婦同姓を定める民法 750 条は憲法 13 条、14 条 1 項、24 条および女子差別撤廃条約 16 条 1 項に違反するとして、当該民法規定を改正していないことが憲法に違反する立法の不作为に当たることを理由に国賠法 1 条 1 項に基づく損害賠償を求めたものであった。最高裁の多数意見は、この違憲の主張に対して、13 条の氏名に関する人格権侵害の有無、14 条 1 項の法的な差別的取扱いの有無、24 条の婚姻の自由や制度構築における立法裁量の合理性の有無というそれぞれの判断を区別しつつ、憲法 13 条問題、14 条 1 項問題そして 24 条 1 項および 2 項の問題について民法 750 条はすべて憲法に違反しないとの判断を下していた。ただ、そのような 10 人の裁判官による多数意見に対しては、当時の最高裁の女性裁判官 3 名は全員違憲とする少数意見(民法 750 条を違憲とする少数意見は男性裁判官 2 人を加えて 5 人)に与するというある意味では象徴的な判決になっているとの指摘<sup>9)</sup>を当時から受けていたのであった。

令和 3 年大法廷決定は、平成 27 年大法廷判決の事案とは異なり、婚姻届に「夫は夫の氏、妻は妻の氏を称する」旨を記載して婚姻の届出をした原告人らが、市長からこれを不受理とする処分を受けたため、当該処分が不当であるとして、戸籍法 122 条に基づき、同市長に上記届出の受理を命ずることを申し立てた事案である。ここで問題とされた不受理処分は、上記の届出が、夫婦が婚姻の際に定めるところに従い夫または妻の氏を称するとする民法 750 条の規定および婚姻をしようとする者が婚姻届に記載しなければならない事項として夫婦が称する氏を掲げる戸籍法 74 条 1 号の規定に違反することを理由とするものであったために、原告人は、それらの規定が憲法 14 条 1 項、24 条、98 条 2 項に違反して無効であると主張していた。しかし、令和 3 年大法廷決定の多数意見は、平成 27 年大法廷判決の多数意見を先例として「民法 750 条

8) これについては、春名麻季「人権の基底的原理としての『個人の尊重』についての一考察——夫婦別姓事件合憲判決を素材に——」浦部法穂先生古稀記念・門田孝・井上典之(編)『憲法理論とその展開』(信山社、2017 年) 371 頁以下参照。

9) この指摘については、春名・前掲注 8) 386 頁、斎藤一久「夫婦同氏原則を定める民法 750 条の合憲性」法学セミナー 735 号(2016 年) 108 頁参照。なお、平成 27 年大法廷判決の岡部喜代子裁判官の意見(櫻井龍子、鬼丸かおる裁判官が同調)の意見は、民法 750 条が憲法 24 条に違反するとは判断しているが、原告の国家賠償法に基づく損害賠償請求は棄却とする多数意見の結論には同調している。なお同じように、木内道祥裁判官の意見も民法 750 条の憲法 24 条違反の判断は示すものの、損害賠償請求は棄却するとの点は多数意見と同じであり、山浦善樹裁判官の反対意見だけが民法 750 条の違憲性を承認し、同条を改廃する立法措置をとらなかつた立法不作为は国家賠償法 1 条 1 項の適用上違法の評価を受けるべきものであるとしている。

の規定が憲法 24 条に違反するものでないことは、当裁判所の判例とするところ」とし、「平成 27 年大法院判決以降にみられる……諸事情等を踏まえても、平成 27 年大法院判決の判断を変更すべきものとは認められない」として、簡単に民法 750 条の定める夫婦同氏制を合憲と結論している。

それでは、平成 27 年大法院判決の多数意見の憲法判断はどのような内容だったのかを確認することが、令和 3 年大法院決定の多数意見を理解するためには必要になる。この点については、令和 3 年大法院決定の深山卓也、岡村和美、長嶺安政の 3 裁判官による補足意見が平成 27 年大法院判決の多数意見の内容を要約的かつ補足的に確認している<sup>10)</sup>。そこでの内容は以下の通りになる。

民法 750 条、戸籍法 74 条 1 号は「夫婦同氏とすることを婚姻の要件としており、婚姻に制約を加えるものということもできる」が、法律婚の「内容は、憲法 24 条 2 項により婚姻及び家族に関する事項として法律で定められることが予定されているものである」から、民法および戸籍法による法律婚の内容およびその仕組みとして夫婦同氏制、戸籍による公証のための届出婚主義を採用した結果、夫婦同氏が婚姻の要件になっているにすぎず、そこでの制約は、「婚姻の効力から導かれた間接的な制約と評すべきものであって、婚姻をすること自体に直接向けられた制約ではない」。また、「憲法 24 条 1 項は、婚姻をしようかどうか、いつ誰と婚姻をしようかについては、当事者間の自由かつ平等な意思決定に委ねられるべきであるという趣旨を明らかにしたものである」が、法律婚は「法制度のパッケージとして構築されるもの」であるから、「そのような法律婚制度の内容の一部である夫婦同氏制が意に沿わないことを理由として婚姻をしないことを選択することがあるとしても、これをもって、直ちに憲法 24 条 1 項の趣旨に沿わない制約を課したものと評価すること」はできず、民法 750 条、戸籍法 74 条 1 号は憲法 24 条 1 項に違反すると直ちにいうことはできない。さらに、憲法 24 条 2 項に違反するか否かは、夫婦同氏制の「趣旨や同制度を採用することにより生ずる影響につき検討し、個人の尊厳と両性の本質的平等の要請に照らして合理性を欠き、国会の立法裁量の範囲を超えるものとみざるを得ないような場合に当たるか否かという観点から判断すべきこととなる」。「婚姻及び家族に関する法制度の構築に当たり、国民の意識は重要な考慮要素の一つとなるものの、国民の意識がいかなる状況にあるかということ自体、国民を代表する選挙された議員で構成される国会において評価、判断されることが原則であると考えられ」、法制度をめぐる国民の意識のありようがよほど客観的に明らかといえる状況にあるとはいえない現状では、「女性の有業率の上昇等の社会の変化と併せ考慮しても」民法 750 条や戸籍法 74 条 1 号が、「憲法 24 条に違反すると評価されるに至ったとはいえない」<sup>11)</sup>。なお、「選択的夫婦別氏制を採るのが立法政策として相当かどうか

10) なお、多数意見も 3 裁判官の補足意見も直接触れていないが、平成 27 年大法院判決は、夫または妻の氏を称するものとする民法 750 条が定める夫婦同氏制は「それ自体に男女間の形式的な不平等が存在するわけではない」として、憲法 14 条 1 項違反の主張を退けており、本件多数意見もそれを繰り返す述べて憲法 24 条の「両性の本質的平等」に関する違反のなさに含めて判断しているように考えられる。

11) この点に関連して、一般論としては、婚姻に関するような「法制度の合理性に関わる事情の変化いかんによっては」、民法 750 条や戸籍法 74 条 1 号が「上記立法裁量の範囲を超えて憲法 24 条に違反すると評価されるに至ることもあり得る」ことは確認されている。

という問題と、夫婦同氏制を定める現行法の規定が憲法 24 条に違反して無効であるか否かという憲法適合性の審査の問題とは、次元を異にするものであって」、民法 750 条が憲法 24 条に違反しないという平成 27 年大法廷判決や本件の多数意見の判断は、「国会において上記立法政策に関する検討を行いその結論を得ることを何ら妨げるものではない」。

このように説明される多数意見に対して、三浦裁判官の意見は、民法 750 条や戸籍法 74 条 1 号が「婚姻の要件について、法が夫婦別氏の選択肢を設けていないことは、憲法 24 条に違反する」との見解を展開する。そこでは、まず、「婚姻の際に婚姻前の氏を維持することに係る利益は、それが憲法上の権利として保障されるか否かの点は措くとしても、個人の重要な人格的利益といえることができる」とし、憲法 24 条 1 項が婚姻の自由を保障する趣旨は、「個人の尊厳に基礎を置き、当事者の自律的な意思決定に対する不合理な制約を許さないことを中核とするといえることができる」と考え、憲法 24 条 2 項の「個人の尊厳は、法制度が立脚すべき基盤として立法の限界を画するものであり、立法裁量の指針や考慮要素にとどまるものではない」との判断を示す。さらに、「夫婦同氏制は、現実の問題として、明らかに女性に不利益を与える効果を伴っており、両性の実質的平等という点で著しい不均衡が」生じており、「婚姻の際に氏の変更を望まない女性にとって、婚姻の自由の制約は、より強制に近い負担となっているといわざるを得ない」し、女子差別撤廃委員会は、「繰り返し、女性が婚姻前の姓を使用し続けられるように法律の規定を改正することを勧告している」ことを踏まえ、「人権の普遍性及び憲法 98 条 2 項の趣旨に照らし、以上のような国際的規範に関する状況も考慮する必要がある」との事情を考慮すれば、「法が夫婦別氏の選択肢を設けていないことが、婚姻の自由を制約している状況は、個人の尊厳と両性の本質的平等の要請に照らし、本件処分の時点で既に合理性を欠くに至っているといわざるを得ない」との判断が下されることになる。但し、民法 750 条や戸籍法 74 条 1 号を違憲無効として、「法の定めがないまま、解釈によって、夫婦別氏の選択肢に関する規範が存在するということとはできない」から、原告人らの届出を受理するよう命ずる判決を下すことはできず、結論的には「原告人らの申立てを却下すべきものとした原審の判断」を是認する多数意見の結論は肯定することができるとしている。

この三浦裁判官の意見よりも踏み込んで、民法 750 条等は憲法 24 条に違反するから原告人らの婚姻の届出を受理するよう命ずるべきであるとするのが、宮崎裕子、宇賀克也の 2 裁判官による反対意見になる。そこではまず、「婚姻をするについての当事者の意思決定が自由かつ平等なものでなければならぬことは、憲法 13 条及び 14 条 1 項の趣旨から導かれると解されるから、憲法 24 条 1 項の規定は、憲法 13 条の権利の場合と同様に、かかる意思決定に対する不当な国家介入を禁ずる趣旨を含み、国家介入が不当か否かは公共の福祉による制約として正当とされるか否かにより決せられる」し、憲法 24 条 2 項が画する立法裁量の限界は、婚姻および家族に関する「法律が憲法 13 条、14 条 1 項に反するものであってはならないだけでなく、婚姻については憲法 24 条 1 項の趣旨に反するものであってもならず、また、これらの憲法の条項に反するとまではいえない場合であってもいずれの部分においても個人の尊厳と両性の本質的平

等の原則を侵す内容であってはならないことを意味すると解される」<sup>12)</sup>とする。そのうえで、「婚姻自体は、国家が提供するサービスではなく、両当事者の終生的共同生活を目的とする結合として社会で自生的に成立し一定の方式を伴って社会的に認められた人間の営みであり、私たちは、原則として、憲法24条1項の婚姻はその意味と解すべきである」との前提から、夫婦同氏制を定める民法750条をうけて婚姻届に「夫婦が称する氏」の記載を義務付ける戸籍法74条1号は、「原告人らに対して単一の氏の記載（夫婦同氏）を婚姻届の受理要件とするという制約を課す」ものであって、それは「原告人らの婚姻をするについての意思決定を抑圧し、自由かつ平等な意思決定を妨げるものといわざるを得」ず、「そのような制約は、婚姻をするについての直接の制約に当たると解することができる」。そして、氏に関する人格権は、「個人の尊重、個人の尊厳の基礎である人格の一内容と理解することができる」のであって、「夫婦同氏を婚姻成立の要件とすることは、婚姻をするについての意思決定と同時に人格的利益の喪失を受け入れる意思決定を求めることを意味すること、……婚姻後、夫婦が同等の権利を享有できず、一方のみが負担を負い続ける状況を作出させること、……夫婦同氏を婚姻成立の要件とすることによって婚姻をするについての自由かつ平等な意思決定が抑圧されること」といった問題から、上記人格権に対する制約を正当化し得る合理的な理由はなく、そのような制約は、「夫婦が同等の人格的利益を享受することを希望する者に対して夫婦同氏を婚姻成立の要件として当事者の婚姻をするについての意思決定を抑圧し、もって婚姻をするについての自由かつ平等な意思決定を侵害する」と考える。さらに、「婚姻届において夫婦同氏に同意しないことを明らかにしている者に対して夫婦同氏を婚姻成立要件として課すことは、婚姻をするについての当事者の意思決定を抑圧し、もって婚姻をするについての自由かつ平等な意思決定を妨げる不当な国家介入に当たり、憲法24条1項の趣旨に反するので、……法律が同項の趣旨に反する場合には、そのことのみをもって、かつその限度では、同条2項の個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚した法律とはいえず、立法裁量を逸脱していると考えられる」。なお、平成27年大法廷判決の多数意見の枠組みで憲法24条2項に関する判断を行ったとしても、夫婦同氏制は、氏名に関する人格的利益が「個人の人格の中核に関わるものであること」から、その点において「個人の尊厳と両性の本質的平等に反する結果をもたらす制度であるといわざるを得ない」し、「我が国が女子差別撤廃条約に基づいて夫婦同氏制の法改正を要請する3度目の正式勧告を平成28年に受けたという事実は夫婦同氏制が国会の立法裁量を超越するものであることを強く推認させる」<sup>13)</sup>。この違憲判断をうけて、婚姻届の受理を命ずべきか否かを検討すれば、「夫婦に同氏を強制し婚姻届に単一の氏の記載を義務付ける部分が違憲無効であるということになれば、本件処分は根拠規

12) なお、このような解釈は、夫婦別産主義に依拠した当時の所得税法が憲法24条に違反しないか否かが争われた1961(昭和36)年9月6日の最高裁大法廷判決(最大判昭和36年9月6日民集15巻8号2047頁)を先例としてそこでの24条1項の解釈に沿うものであると理由づけている。

13) なお、この女子差別撤廃条約に関連して、2裁判官の反対意見は、「婚姻に当たり夫婦が同氏となることを義務付ける我が国の夫婦同氏制のような法制度は、外国には見当たらないとし、「夫婦の平等と同一の個人的権利(としての姓を選択する権利)の確保が、我が国の憲法13条、14条1項、24条2項においても基礎とされている、人権尊重と平等原則という国際的に普遍性のある理念に基礎を置くものである」との見解が示されている。

定を欠く違法な処分となり、婚姻の他の要件は満たされている以上、市町村長に本件処分をそのままにしておく裁量の余地はなく、本件婚姻届についても、婚姻届不受理処分が違法である場合の一般の審判と同様、届出の日付での受理を命ずる審判をすべきことになる」として、ここでの「違憲判断を受けて国会が本件各規定の法改正をすべき義務を負うこととなる場合には、夫婦が別氏を称する婚姻を認めるだけでなく、子の氏や戸籍の取扱いなどの関連事項の改正も含めて立法作業を速やかに行う必要」があり、「国会においては、全ての国民が婚姻をするについて自由かつ平等な意思決定をすることができるよう確保し、個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚した法律の規定とすべく、本件各規定を改正するとともに、別氏を希望する夫婦についても、子の利益を確保し、適切な公証機能を確保するために、関連規定の改正を速やかに行うことが求められよう」との見解が付け加えられている。

さらに、宮崎裕子、宇賀克也の2裁判官による反対意見と同様に、草野耕一裁判官の反対意見も、民法750条および戸籍法74条1号が「憲法24条に違反するといわざるを得ない」がゆえに、「抗告人らの婚姻届の受理を命ずるべきである」とする見解を展開する。そこでは、「婚姻及び家族に関する法制度を定めた法律の規定が憲法13条、14条1項に違反しない場合に、更に憲法24条に適合するものとして是認されるか否かは、当該法制度の趣旨や同制度を採用することにより生ずる影響につき検討し、当該規定が個人の尊厳と両性の本質的平等の要請に照らして合理性を欠き、国会の立法裁量の範囲を超えるものとみざるを得ないような場合に当たるか否かという観点から判断すべきものとするのが相当である」とする平成27年大法廷判決の多数意見の判断枠組みを是認したうえで、「国会の立法裁量の範囲を超えるほど合理性を欠くといえるか否かを判断するに当たっては、現行の夫婦同氏制に代わるものとして最も有力に唱えられている法制度である選択的夫婦別氏制を導入することによって向上する国民各位の福利とそれによって減少する国民各位の福利を比較衡量することが有用であると考える」<sup>14)</sup>との判断が付け加えられる。そのうえで行われる比較衡量では、「夫婦同氏制は、婚姻によって氏を変更する婚姻当事者に少なからぬ福利の減少をもたらすものであり、この点を払拭し得る点において、選択的夫婦別氏制は、確実かつ顕著に国民の福利を向上させる」こと、選択的夫婦別氏制を導入したとしても夫婦同氏を選択する夫婦も少なからず輩出されるはずであるから、別姓を望むものの福利を増大させるだけで、同氏を望む者の福利を減少させることはなく、「選択的夫婦別氏制を採用することによって婚姻両当事者の福利の総和が増大することはあっても減少することはあり得ない」こと、親とは別人格の法主体である子どもについては、家族の一体感の減少などの一定の福利の減少をもたらすことは否定できないが、そのような減少は夫婦同氏制が標準になっていることを前提とするものであって、「選択的夫婦別氏制が導入され氏を異にする夫婦が世に多数輩出されるようになれば、夫婦別氏とすることが子の福利に及ぼす影響はかなりの程度減少するに違いない」こと、夫婦同氏の場合、氏を変更しない者の親族との一体感は強化されるが、氏を変更した者の親族との間に育んできた一体感は減少するが、親族との一体感

14) なお、ここでの「福利」とは、「国民各位が個人として享受する利益を意味するもの」であり、個人を離れた「社会全体の利益」や「特定の共同体又は組織の利益」は含まれないとの見解が括弧書きで付記されている。

という福利については、「婚姻は当事者たる二人が互いの人生を賭して行う営みである以上、氏を改めるか否かという問題に関する婚姻当事者の福利は親族の福利よりも優先的に考えられてしかるべき」であること、「選択的夫婦別氏制を導入したからといって夫婦を同氏とする伝統が廃れるとは限ら」ず、「選択的夫婦別氏制を導入した結果、夫婦同氏が廃れる可能性が絶対はないとはいえないとしても、それが現実のものとなった際に一部の人々に精神的福利の減少が生ずる可能性をもって、婚姻当事者の福利の実現を阻むに値する事由とみることはできない」ことを考慮すれば、「選択的夫婦別氏制を導入しないことは、余りにも個人の尊厳をないがしろにする所為であり、もはや国会の立法裁量の範囲を超えるほどに合理性を欠いているといわざるを得ず」、民法750条および戸籍法74条1号の各規定は「憲法24条に違反していると断ずるほかはない」と結論づけるのであった。

## (2) 最高裁の憲法判断の構造

令和3年大法院決定の多数意見は、3裁判官の補足意見が指摘する通り、「夫婦の氏についてのどのような制度を採るのが立法政策として相当かという問題と、夫婦同氏制を定める現行法の規定が憲法24条に違反して無効であるか否かという憲法適合性の審査の問題とは、次元を異にするものである」との判断から、もっぱら民法750条および戸籍法74条1号で示されている夫婦同氏制が憲法に違反するものか否かだけを審査している。この点は、当該各規定を違憲と判断する三浦裁判官の意見も宮崎裕子、宇賀克也の2裁判官の反対意見も変わりはない。合憲と違憲の判断を分けたのは、法律婚という法制度のパッケージの一要素としての夫婦同氏制の可否という構造で憲法判断を行うのか、個人の人格的利益を保護する個人の尊厳や両性の本質的平等という観点から他の選択肢を認めない夫婦同氏制というとらえ方から憲法判断を行うのかの違いとすることができる。これに対して、草野裁判官の反対意見は、最初からあり得べき立法政策の1つとしての選択的夫婦別姓との比較において夫婦同氏制を立法裁量の限界との関係で憲法判断を下すという構造になっている。ここに、憲法の定める実体的な問題のとらえ方の違いも示されることになる。すなわち、立法による憲法上の権利の具体化（法律婚制度の内容形成）の1つとしての夫婦同氏制（多数意見および補足意見）と、選択の余地を認めない制度が惹起する憲法上の権利の制約としての夫婦同氏制というとらえ方（三浦裁判官の意見および反対意見）である。

平成27年大法院決定は、「夫婦同氏制に加えて夫婦別氏制という選択肢を新たに設けない立法不作為……が国家賠償法1条1項の適用上違法の評価を受ける」<sup>15)</sup>か否かが争われたものであった。そのために、国家賠償責任に関する判断の前提に、「論理的には、憲法適合性に関する判断が違法性の有無の判断に先行する」と考え、「特に、憲法判断を責務とする最高裁の判決においては、……仮に国家賠償を棄却すべきものとする場合であっても」、国民生活に広く影響の及び得る家族法分野における問題であることも勘案して、「合憲又は違憲の判断を明示的に示す

15)この表現は、畑佳秀「最高裁大法院 時の判例」ジュリスト1490号（2016年）97頁参照。

必要性」<sup>16)</sup>があったとして民法750条の憲法適合性についての判断が下されたものということができる。そこでも、民法750条の合憲・違憲の判断を分けているのは、「そこで規定されている夫婦同姓そのものではなく、その制度に例外を認めていない」<sup>17)</sup>ことを問題とするという点にあった。これに対して令和3年大法廷決定の事案は、立法の不作为の違法性ではなく、まさに例外を認めない夫婦同氏制のために婚姻届けが受理されず、それを違法として受理を申し立てている事案である。その意味では、夫婦同氏制を定める民法750条や戸籍法74条1号が原告人の婚姻を妨げているという事案であり、問題となる夫婦同氏制の合理性とは「夫婦同氏に例外を許さないことの合理性の問題……、ひいては憲法24条の保障する個人の尊厳を侵害することの違憲性が問題」<sup>18)</sup>であるという点は、「権利の論理と制度の論理が交錯する場合に、自動的に権利を制度に従属させた」国家賠償訴訟の場合<sup>19)</sup>よりも明確であったはずである。この点を考慮に入れば、憲法判断の実体的構造は、多数意見や補足意見とは異なり、三浦裁判官の意見や反対意見の方に分があるということになるのではないだろうか。

ではなぜ、令和3年大法廷決定は、「法制度依存性を理由に、氏の変更については保護領域の段階で、婚姻については制限の段階で、権利論的構成から離れ、制度の論理に逃げ込んでいる」<sup>20)</sup>平成27年大法廷判決の多数意見の判断に再び逃げ込んだのかという点が問題になる。この点は、憲法学者よりも民法学者からの指摘が参考になる。民法学からは、民法750条の憲法適合性を考える場合に意識せざるを得ない点として、次の3点が挙げられる。第一は、民法750条を「違憲であり無効だとしても、その場合には、子の氏はどのように扱われるのか、すなわち、『嫡出である子は、父母の氏を称する』と規定する民法790条1項をどのように扱うのかといった問題が必然的に生ずることになる」。第二に、「民法750条を違憲であり、無効だとすることによって、夫婦同氏とする根拠は失われることになる。氏の変更手続等によって、別途何らかの措置を当事者が講ずるのではない限り、夫婦別姓のみが夫婦の氏を規律するものとして残されることになり、「民法750条を単純に違憲であり無効とすることは、ちょうどそれを裏返した問題状況を生じさせることになる」。第三に、「実際には多くの国民が受け入れている夫婦同氏を一方的に合理性がなく、許されないものだと判断することは困難なのではないか」。結局、「民法750条を違憲とし、無効だと判断するだけではなく、それに置き換わる制度設計の具体的内容までを司法に求めるとすれば、それは本来の司法の役割を超えることを求めるもので

16) 畑・前掲注15) 104頁参照。

17) 春名・前掲注8) 389頁参照。そこではこの点を合憲とした多数意見と違憲とした少数意見の違いとしている。

18) この指摘は平成27年大法廷判決に対してなされたものである。建石真公子「民法733条1項・750条の憲法適合性」判例時報2284号(2016年)57頁参照。

19) 平成27年大法廷判決をこのように評するものとして、小山剛「夫婦同氏制を定める民法750条の合憲性」ジュリスト1505号(2017年)23頁参照。

20) 小山・前掲注19) 22頁参照。なお、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——」論究ジュリスト18号(2016年)92頁では、このような平成27年大法廷判決の多数意見の憲法判断の構造を「制度優先思考」と呼び、それを「人権は具体的な制度の枠内においてのみ保障されるにすぎないとする思考」として批判的に検討している。

あるように思われる<sup>21)</sup>ということから、令和3年大法院決定の多数意見も、夫婦の氏に関する「制度の在り方は、平成27年大法院判決の指摘するとおり、国会で論ぜられ、判断されるべき事柄にほかならないというべきである」とし、3裁判官の補足意見も、「夫婦の氏に関する法制度については、子の氏や戸籍の編製等を規律する関連制度を含め、これを国民的議論、すなわち民主主義的なプロセスに委ねることによって合理的な仕組みの在り方を幅広く検討して決めるようにすることこそ、事の性格にふさわしい解決というべきであり……、国会において、この問題をめぐる国民の様々な意見や社会の状況の変化等を十分に踏まえた真摯な議論がされることを期待するものである」との見解が付記されるということになる。

以上のように、法制度のパッケージとしての法律婚制度の内容を構成する問題については、司法の役割を超える問題の解決を求めることになるという点を慮って、実際に様々な点での不利益に苦しむ個人の救済を放棄するに等しいような憲法判断を繰り返すのであれば、それは本当に法の支配の下で個人の権利保護の役割を担うべき司法の姿といえるのであろうか。裁判所が、法律によって制度化されていない問題に関して憲法判断を下すことは、あるべき制度設計にかかわるが故に司法の役割を超えることになり、許されないことになるのであろうか。そこで、裁判所において令和3年大法院決定の草野裁判官の反対意見のように制度設計を念頭に置いて憲法判断を実際に行った事例はないのかという点を含めて、本稿で次に取り上げるべき問題は、単純な制度論（内容形成論）に逃避するのではなく、憲法上の権利・自由から、特に婚姻・家族の法制度に関して憲法24条2項の「個人の尊厳と両性の本質的平等」を指針として法制度の憲法適合性を上げた事例を検討し、どのようにして司法の役割の限界を克服しているのかを考察することになる。

### 3 婚姻制度におけるもう1つの問題—同性婚の許容性

#### (1) 札幌地裁による画期的と評される憲法判断

「国会が動かない中、司法が画期的な判断を示してくれた<sup>22)</sup>と評される1つの下級審判決が、同性婚を認めていない民法などの規定が憲法14条に違反するとの判断を下した令和3年3月17日の札幌地裁の事案になる<sup>23)</sup>。この事件は、居住地において婚姻届を提出したが両者が同性であることを理由に不受理とされた3組のカップルが、同性の者同士の婚姻を認めていない民法739条1項および戸籍法74条1号の各規定が、憲法13条、14条1項および24条に違反す

21) この3つの問題点があることの指摘は、窪田充見「二つの最高裁大法院判決」判例時報2284号（2016年）60頁参照。なお、このような問題点の指摘にも関わらず、窪田教授は、「制度設計の問題については、選択的夫婦別姓を導入することが合理的であり、今後の社会の姿においても望ましい」とし、「自分自身は、夫婦同姓を選択するとしても、他の者にも夫婦同姓を強制することはしない、他の者が夫婦別姓を選択することは許容するというのは、法律家にとってはごくなじみやすい思考方法である」としている。同旨の問題点は、窪田充見「夫婦別姓」法学教室429号（2016年）11～12頁でも指摘されている。

22) このような評価を示すものとして西村奈緒美・荒ちひろ・鈴木春香の3名による記名記事「同性婚容認30の国・地域で」朝日新聞2021年3月30日夕刊・第8面参照。

23) 札幌地判2021（令和3）年3月17日判例時報2487号3頁。

るにもかかわらず、国が必要な立法措置を講じていないことが国家賠償法1条1項の適用上違法であると主張して損害賠償を求めたというものである。札幌地裁は、この事案で、関連する民法や戸籍法の規定が憲法24条および13条に違反するとの主張は退けたが、「同性愛者に対しては婚姻という制度を利用する機会を提供しているにもかかわらず、同性愛者に対しては、婚姻によって生じる法的効果の一部ですらもこれを享受する法的手段を提供しないとしていることは、立法府が広範な立法裁量を有することを前提としても、その裁量権の範囲を超えたものであるといわざるを得ず、本件区別取扱いは、その限度で合理的根拠を欠く差別取扱いに当たると解さざるを得ない」として、憲法14条1項に違反する不合理な差別であるとの憲法判断を示している<sup>24)</sup>。そこで、この札幌地裁の判断が、立法上存在しない制度を問題としていかに取り上げ、どのような観点から憲法適合性の判断を下しているのかについての理由づけを確認しておこう。

札幌地裁は、まず、「婚姻及び家族に関する事項は、国の伝統や国民感情を含めた社会状況における種々の要因を踏まえつつ、それぞれの時代における夫婦や親子関係についての全体の規律を見据えた総合的な判断を行うことによって定められるべきものである」から、「その内容の詳細については、憲法が一義的に定めるのではなく、法律によってこれを具体化することがふさわしい」といえ、「憲法24条2項は、このような観点から、婚姻及び家族に関する事項について、具体的な制度の構築を第一次的には国会の合理的な立法裁量に委ねるとともに、その立法に当たっては、個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚すべきであるとする要請、指針を示すことによって、その裁量の限界を画したものと見える」し、憲法24条1項は「婚姻をするかどうか、いつ誰と婚姻をするかについては、当事者間の自由かつ平等な意思決定に委ねられるべきであるという趣旨を明らかにしたものである」とあり、法律婚のような「婚姻をするについての自由は、憲法24条1項の規定の趣旨に照らし、十分尊重に値するものと解することができる」との平成27年大法廷判決<sup>25)</sup>の内容から出発する。そのうえで、明治民法下では同性愛は精神疾患とみなされ、同性婚は当然に許されないと解されていたこと、戦後においてもそのような理解は変わっておらず、同性愛について同様の理解の下に憲法「24条1項及び2項並びに13条が規定されたものであり、そのために同法24条は同性婚について触れるところがない」と解され、憲法24条1項が「両性」、「夫婦」という「異性同士である男女を想起させる文言を用いていることにも照らせば、同条は、異性婚について定めたものであり、同性婚について定めるものではないと解するのが相当である」として、憲法24条1項の「婚姻」とは異性婚のことをい

24) 但し、札幌地裁は、同性婚を認めないことによる不利益が「憲法に違反するものとなっていたといえるものの、これを国家賠償法1条1項の適用の観点からみた場合には、憲法上保障され又は保護されている権利利益を合理的な理由なく制約するものとして憲法の規定に違反することが明白であるにもかかわらず、国会が正当な理由なく長期にわたって改廃等の立法措置を怠っていたと評価することはできない」として、問題の民法や戸籍法の「規定を改廃していないことが、国家賠償法1条1項の適用上違法の評価を受けるものではない」との判断から、損害賠償に関する請求は棄却している。

25) 札幌地裁で確認されている内容は、平成27年大法廷判決と同日に下された再婚禁止期間の問題を取り上げた大法廷判決の方を引用している。それについては、最大判2015(平成27)年12月16日民集69巻8号2427頁。

い、「婚姻をするについての自由も、異性婚について及ぶものと解するのが相当であるから、本件規定（民法739条1項および戸籍法74条1号＝筆者）が同性婚を認めていないことが、同項及び同条2項に違反すると解することはでき」ず、婚姻及び家族に関する個別規定である24条の上記趣旨を踏まえて解釈すれば、「包括的な人権規定である同法13条によって、同性婚を含む同性間の婚姻及び家族に関する特定の制度を求める権利が保障されていると解するのは困難である」と同時に、「同性婚の場合には、異性婚の場合とは異なる身分関係や法的地位を生じさせることを検討する必要がある部分もあると考えられ、同性婚という制度を、憲法13条の解釈のみによって直接導き出すことは困難」であり、同性婚を認めない民法739条1項および戸籍法74条1号が「憲法13条に違反すると認めることはできない」とされることになる。

しかし、札幌地裁は、このような憲法判断とは別に憲法14条1項の問題を取り上げる。ここでは、民法や戸籍法の規定を勘案すれば、「婚姻とは、婚姻当事者及びその家族の身分関係を形成し、戸籍によってその身分関係が公証され、その身分に応じた種々の権利義務を伴う法的地位が付与されるという、身分関係と結び付いた複合的な法的効果を同時又は異時に生じさせる法律行為であると解することができる」として、異性愛者は婚姻するか否かによって法的効果を楽しむか否かの選択をすることができるが、同性愛者は、「婚姻を欲したとしても婚姻することができず、婚姻によって生じる法的効果を楽しむことはできない」のであるから、異性愛者と同性愛者との間には区別取扱いがあり、当該「区別取扱いが合理的根拠に基づくものであり、立法府の上記裁量権の範囲内のものであるかは、検討されなければならない」とされる。さらに、「人が情緒的、感情的、性的な意味で人に対して魅力を感じる」という意味での性的指向に基づき、それが「異性に対して向くことが異性愛、同性に対して向くことが同性愛」であり、婚姻の本質が「両性が永続的な精神的及び肉体的結合を目的として真摯な意思をもって共同生活を営むこと」にあると解し、民法742条1号の婚姻意思が「当事者間に真に社会観念上夫婦であると認められる関係の設定を欲する効果意思」とであるとすれば、「同性愛者が、恋愛や性愛の対象とならない異性と婚姻したとしても、婚姻意思を伴っているとは認め難い場合があると考えられ、そのような婚姻が常に有効な婚姻となるのか、疑問を払拭できない」。そのために、同性愛者が異性と婚姻できるとしても、そこに「異性愛者と同等の法的利益を得ているとみることはできないのは明らかであり、性的指向による区別取扱いがない」ということにはならない。そこで問題は、そのような区別取扱いが合理的根拠を有するか否かになる。

そこで、この区別取扱いの合理的根拠の有無についての判断になるが、まず前提として、同性愛は現在において精神疾患とはみなされておらず、性的指向の決定要因は解明されていないものの、人がその意思で決定するものではなく、また、人の意思または治療等によって変更することも困難なものであることは確立された知見に至ったといえることができるから、「人の意思によって選択・変更できない事柄に基づく区別取扱いが合理的根拠を有するか否か」は慎重に検討されなければならないとされる。「婚姻によって生じる法的効果を楽しむことは、法的利益である」といえ、憲法24条がその実現のための婚姻を制度として保障していることからすると、異性愛者にとっては重要な法的利益であるといえることができるが、「異性愛者と同性愛者との間で、婚姻によって生じる法的効果を楽しむ利益の価値に差異があるとする理由はなく、

そのような法的利益は、同性愛者であっても、異性愛者であっても、等しく享有し得るものと解するのが相当」であり、ここで問題の区別取扱い、そのような重要な利益享受について「人の意思によって選択・変更できるものではない」性的指向に基づくものになる。「夫婦の共同生活の法的保護」が現行民法の主要な目的であることは正当といえるが、関連する民法の諸規定について、「異性愛と同性愛の差異は性的指向の違いのみであることからすれば、同性愛者であっても、その性的指向と合致する同性との間で、婚姻している異性同士と同様、婚姻の本質を伴った共同生活を営むことができる」こと、同性愛者が異性愛者と同様に上記婚姻の本質を伴った共同生活を営んでいる場合に、これに対する一切の法的保護を否定する趣旨・目的まで有するものと解するのは相当ではない。なぜなら、仮にそのように解したときには、本件規定は、誤った知見に基づいて同性愛者の利益を否定する規定と解さざるを得なくなるからである。また、憲法 24 条は、「異性婚について定めるものであり、同性婚について触れるものではないことも併せ考慮すれば、同条は、同性愛者が異性愛者と同様に上記婚姻の本質を伴った共同生活を営んでいる場合に、これに対する一切の法的保護を否定する趣旨まで有するものとは解されない」。もっとも、「同性間の婚姻や家族に関する制度は、その内容が一義的ではなく、同性間であるがゆえに必然的に異性間の婚姻や家族に関する制度と全く同じ制度とはならない（全く同じ制度にはできない）こと」を考慮すれば、憲法から同性婚という具体的制度を解釈によって導き出すことはできない。「婚姻及び家族に関する事項は、国の伝統や国民感情を含めた社会状況における種々の要因を踏まえつつ、それぞれの時代における夫婦や親子関係についての全体の規律を見据えた総合的な判断を行うことによって定められるべきもの」であることから、この点で、「立法府の裁量判断」を待たなければならない。「我が国においては、同性愛者のカップルに対する法的保護に肯定的な国民が増加し、同性愛者と異性愛者との間の区別を解消すべきとする要請が高まりつつあり、諸外国においても性的指向による区別取扱いを解消する要請が高まっている状況があることは考慮すべき事情である一方、同性婚に対する否定的意見や価値観を有する国民が少なからずいることは、同性愛者に対して、婚姻によって生じる法的効果の一部ですらもこれを享受する法的手段を提供しないことを合理的とみるか否かの検討の場面においては、限定的に斟酌すべきものというべきである」。以上のことからすれば、問題の民法や戸籍法の各規定が、「同性愛者に対しては婚姻という制度を利用する機会を提供しているにもかかわらず、同性愛者に対しては、婚姻によって生じる法的効果の一部ですらもこれを享受する法的手段を提供しないとしていることは、立法府が広範な立法裁量を有することを前提としても、その裁量権の範囲を超えたものであるといわざるを得ず、本件区別取扱いは、その限度で合理的根拠を欠く差別取扱いに当たると解さざるを得ない」。したがって、本件各規定は、上記の限度で憲法 14 条 1 項に違反すると認めるのが相当である。

以上のように、札幌地裁は、法律上存在しない同性婚につき、同性愛者に法律婚を認めていない点を違憲（14 条 1 項違反）といっているのではなく、同性愛者のカップルが婚姻によって生じる法的効果を楽しむ利益の価値に異性愛者の場合と差異があるとする点に合理的理由はなく、そのような人の意思によって選択・変更できるものではない性的指向に基づく差異によって区別取扱いをすることが不合理な差別的取扱いになっているとしているのである。その点

で、同性婚も異性婚と同様に婚姻によって生じる法的効果を持つはずであるが、それを全く否定していることが不合理な差別になるとしているといえることができる<sup>26)</sup>。

## (2) 憲法が想定していないとされた同性婚

札幌地裁は、確かに同性婚と異性婚の間にある区別取扱いを14条1項違反としているが、同性婚を法律で認めていないことが憲法違反であると判断したわけではない。その意味で、令和3年大法廷決定の場合と同様に、婚姻制度としていかなるものが適切かという立法政策的判断を下したのではなく、現行の民法および戸籍法による法律婚の形態としての異性婚の内容についての憲法適合性を判定しているだけである。そして、日本国憲法制定当時の経緯を考慮すれば、憲法24条は、異性婚のみを念頭に置いて定められたものであり、そこでの「婚姻」は異性婚を意味し、同性婚を含むという点は想定がなく、したがって、24条の趣旨を勘案すれば、包括的人権規定である13条にも同性婚という具体的制度を根拠づける内容を解釈によって読み込むことができずとしている。結局、札幌地裁も、法律上存在しない同性婚の可否ではなく、「婚姻」を異性婚に限定している現行制度が立法裁量の範囲を逸脱するものではないと解しているといえるのである。

しかし、法律婚を異性婚に限定することに憲法違反がないからといって、その内容に差別が含まれている場合には、立法裁量に基づく法律婚の内容形成に違憲の問題が提起されるのはいうまでもない。札幌地裁は、その点を問題にして現行の法律婚制度を14条1項違反としている。そこでは、異性愛と同性愛の差異は性的指向の違いのみであって、同性愛者であっても、その性的指向と合致する同性との間で、婚姻している異性同士と同様、婚姻の本質を伴った共同生活を営むことができるし、異性愛者と同性愛者との間で婚姻によって生じる法的効果享受する利益の価値に差異があるとは考えられないことから、異性婚と同性婚の区別は人の意思によって選択・変更できるものではない性的指向に基づく差異によって生じる区別取扱いにすぎず、その両者取扱いの程度において一方には全く法的効果享受する手段を認めていない点が合理的根拠に基づかない誤った知見に基づいて同性愛者の利益を否定する規定と解されることが憲法上重大な問題を提起するとしている。すなわち、異性婚と同性婚を区別することは憲法違反ではないが、その区別に基づく取扱いの差異が合理的根拠に基づくものではないとしているのであった。

このような異性婚と同性婚の区別を前提に、その実態に違いがないとして憲法ではないにしても法的に保護を提供しようとする下級審の判断は、札幌地裁に限られるわけではない。例えば、同性婚といえるような共同生活に入った後に、同性カップルの一方が、第三者と不貞をはたらき、共同生活の解消に至った事案について、東京高裁は、2020（令和2）年3月4日の判決<sup>27)</sup>で、この事件での当事者は、「他人同士が生活を共にする単なる同居ではなく、同性同士で

26) 渡邊・前掲注5) 34～35頁参照。そこでも札幌地裁は、「同性カップルに法律婚を認めないことをもって違憲といっているのではない」として、「同性婚とは婚姻によって生じる法的効果を有しているが、婚姻とは異なる部分もあることを示している」との指摘もある。

27) 東京高判2020（令和2）年3月4日判例時報2473号47頁。なお、本件は、2021（令和3）年3月17

あるために法律上の婚姻の届出はできないものの、できる限り社会観念上夫婦と同様であると認められる関係を形成しようとしていたものであり、平成28年12月当時、男女が相協力して夫婦としての生活を営む結合としての婚姻に準ずる関係にあったということが出来る」ので、両当事者は「少なくとも民法上の不法行為に関して、互いに、婚姻に準ずる関係から生じる法律上保護される利益を有するものというべきである」との判断を下している。ここでは、確かに同性婚の問題は立法によって解決されるべきではあるが、「同性同士のカップルにおいても、両者間の合意により、婚姻関係にある夫婦と同様の貞操義務等を負うこと自体は許容されるものと解される」し、日本でも同性同士のパートナーシップ制度を条例で採用する地方公共団体が現れている「近時の社会情勢等を併せ考慮すれば」、本件関係が同性同士のものであることから「法律上保護される利益を有することを否定することはできない」とされるのである。この判断は、異性間の関係で展開されてきた内縁準婚理論を同性間の内縁にも用いている<sup>28)</sup>とされており、同性カップルによる異性間の場合と同様の内縁の保護を認めている<sup>29)</sup>。なお、ここでは、慰謝料について請求額よりも減額されている点について、東京高裁は、当事者間の関係が婚姻ではなく、婚姻に準ずる関係であることなどの事情を総合的に考慮したものであって、「性別によって差異を設けているのではなく、婚姻に準ずる程度とその保護の程度は、それぞれの関係の実態に基づいて判断」した結果であるとしている。

以上のように、同性カップルであっても異性間の関係と同じように取り扱おうとする裁判所の判断があれば、同じく下級審でそれとは全く逆の判断が下されている例もある。それが、名古屋地裁の2020（令和2）年6月4日の犯罪被害者等給付金に関する判決<sup>30)</sup>である。この事件は、同性で共同生活を送っていた一方当事者が殺害されたことから、殺害された者のパートナーであった者（原告）が、犯罪被害者等給付金の支給等による犯罪被害者等の支援に関する法律（以下、犯給法とする）5条1項1号にいう「婚姻の届出をしていないが、事実上婚姻関係と同様の事情にあった者」として同号所定の「犯罪被害者の配偶者」に該当すると主張して、遺族給付金（犯給法4条1号）の支給の裁定を申請したが、愛知県公安委員会によって同性のパートナーは「犯罪被害者の配偶者」とは認められないとして、遺族給付金の支給をしない旨の裁定がなされたことから、当該処分を取消を求めたものである。名古屋地裁は、「同性の犯罪被害者と共同生活関係にあった者が犯給法5条1項1号の『婚姻の届出をしていないが、事実上婚姻関係と同様の事情にあった者』に該当するためには、同性間の共同生活関係が婚姻関係と同視し得るものであるとの社会通念が形成されていることを要する」としたうえで、「本件処分当時においては、同性間の共同生活関係に関する理解が社会一般に相当程度浸透し、差別や偏見の解消に向けた動きが進んでいるとは評価できるものの、同性間の共同生活関係を我が国における婚姻の在り方との関係でどのように位置付けるかについては、いまだ社会的な議論の

---

日、最高裁で上告不受理の決定が下されている。

28)この点につき、森山浩江「同性パートナーシップと法的保護」ジュリスト1557号（2021年）63頁参照。

29)渡邊・前掲注5）32頁参照。

30)名古屋地判2020（令和2）年6月4日判例時報2465・2466号合併号13頁。

途上にあり、本件処分当時の我が国において同性間の共同生活関係を婚姻関係と同視し得るとの社会通念が形成されていたということとはできない」として、「同性の犯罪被害者と共同生活関係にあった者が、犯給法5条1項1号にいう『事実上婚姻関係と同様の事情にあった者』に該当するとまではいえ」ず、原告の請求は理由がないとの判断が下された。なお、この名古屋地裁の判断に関しては、札幌地裁や東京高裁の同性婚に関連する判断から検討すれば、婚姻してない異性カップルに認められる法的効果を、婚姻したくとも法律上それができない同性カップルに認めないことは、やはり14条1項の平等原則との関係で問題があるといえるのではないかという点は指摘できるのではないだろうか<sup>31)</sup>。

#### 4 まとめとして

平成27年大法廷判決で民法750条を違憲と断じた少数意見に与した櫻井龍子元最高裁判事は、令和3年大法廷決定について、「今回の決定も、(平成27年大法廷判決と=筆者)同じようにボールを投げたな、と思いました」として、夫婦同氏制のあり方については国会で判断すべき問題であることを確認する意見を述べている。ただ、令和3年大法廷決定は、平成27年大法廷判決が「どちらかという『国がやる話でしょ』と最高裁が逃げたような面」があったが、「今回は『国会の裁量権をちゃんと行使してください』という強いメッセージが込められて」<sup>32)</sup>いると指摘している。確かに、平成27年大法廷判決に関する評釈においても、国会が「『議論をしない』という態度を最後まで貫くとすれば、それは責任ある立法府の態度とはもはやいえない」<sup>33)</sup>と指摘されていた。最高裁による2度目の合憲判断で、国会、特に与党は夫婦同氏制に合憲のお墨付きをもらったとして再び何もしない可能性はある。このような場合、司法権の担い手である裁判所は、あるべき制度設計の内容の決定をいつまでも国会に丸投げしているだけでよいのだろうか。

この点に関して、憲法24条2項の「個人の尊厳は、法制度が立脚すべき基盤として立法の限界を画するものであり、立法裁量の指針や考慮要素にとどまるものではない」とし、多数意見で合憲とされた夫婦同氏制は「明らかに女性に不利益を与える効果を伴っており、両性の実質的平等という点で著しい不均衡が」生じているとして憲法違反と断ずる三浦裁判官の意見や、「婚姻自体は、国家が提供するサービスではなく、両当事者の終生的共同生活を目的とする結合として社会で自生的に成立し一定の方式を伴って社会的に認められた人間の営みであり、私たちは、原則として、憲法24条1項の婚姻はその意味と解すべきである」とする宮崎・宇賀2裁判官による反対意見は、確かに最高裁からの国会に対するキャッチボールとしては有効なボールの投げ方ということが出来る。ただ、多数意見のように「どんな制度がいいかという議論は国会の役割である、ということを明確」にするだけのボールの投げ方<sup>34)</sup>で本当に適切な司法権

31) 渡邊・前掲注5) 32頁参照。そこでは内縁に関する裁判所の判断に関して、このように平等原則との関係での問題が提起できるとしている。

32) 櫻井龍子「『議論がないなら違憲』の警告」朝日新聞2021年8月5日朝刊第11面参照。

33) 窪田「二つの最高裁大法廷判決」前掲注21) 61頁参照。

34) 櫻井・前掲注32) 参照。なお、そこでは令和3年大法廷決定の多数意見の二つの問題の区別の指摘は

の手法としてはよかったといえるのだろうか。確かに、「人権保障や憲法的価値の実現にとって必要なことは、問題解決の全責任を最高裁が負うこと」<sup>35)</sup>ではないという指摘はその通りであろう。しかし、民法750条の夫婦同氏制をめぐる最高裁の多数意見や合憲論を展開する補足意見は、「問題を民主主義に委ねようとするが、差別的な慣習などにより実質的に社会的な少数者に他ならない女性たちの、対等な人格としての承認の象徴を求める闘争であるから、二重の意味で、人格の平等性を前提に多数決で決める民主主義に委ねるべき問題ではない」<sup>36)</sup>という指摘は、ここで十分考慮に入れておかなければならないポイントとなるだろう。

同性婚をめぐる問題も同様のことが指摘できる。確かに、憲法24条は、明治民法下での「家」制度の解体を目指して、1項では夫婦となる当事者間での「両性の合意」のみに基づいて婚姻が成立するとし、婚姻・家族制度は「個人の尊厳と両性の本質的平等」に基づいて法律で内容形成されることを規定しているのであって、その制定の際には明治憲法下の婚姻や「家」制度を念頭に置いて構想されていたことは否定できず、その意味で現在のような多様化する婚姻・家族形態が想定されていなかったとはいえる。確かに、日本が多くの法制度の内容として参照するヨーロッパの国の中にも、宗教的伝統から同性婚やLGBTQといった性的少数者を排除しようとする国があることは指摘されている。そこでは、多様性が否定され、差別や偏見が助長されていることが、特にEUから問題視されている<sup>37)</sup>。これに対して、「日本では宗教的要素が希薄にもかかわらず法整備が進んでいない理由として、東アジアに共通する『伝統的家族観』への固執」<sup>38)</sup>が挙げられている。札幌地裁をはじめとする下級審では、例外もありながら、同性カップルについて異性カップルと同様の取扱いによる法的保護のあり方を模索するものが出現している。ところが、最高裁は、性同一性障害者特例法の性別変更要件に挙げられている非婚要件（同法3条1項2号）につき、「現に婚姻をしている者について性別の取扱いの変更を認められた場合、異性間においてのみ婚姻が認められている現在の婚姻秩序に混乱を生じさせかねない等の配慮に基づくものとして、合理性を欠くものとはいえないから、国会の裁量権の範囲を逸脱するものということ」はできないとして、同性婚を認めることになる点に関する消極的な判断を示している<sup>39)</sup>。ここでも、最高裁と政治部門との対話が成立する場面なのか否かは、「同性婚の承認は、かつては法的にも差別され、現在でも『二級市民』として社会的に差別されてい

---

「今回は『国会の裁量権をちゃんと行使してください』という強いメッセージがこめられています」と述べている。

35)この点の指摘は、人権保障や憲法価値の実現を最高裁と国家や政治部門との相互作用のプロセスとしてとらえる「対話」の視点から違憲審査制をとらえ直そうとする佐々木雅寿『対話的違憲審査の理論』（三省堂、2013年）218頁参照。

36)巻・前掲注20)95頁参照。

37)この問題については、井上典之『スポーツを法的に考えるⅡ——ヨーロッパ・サッカーとEU法——』（信山社、2021年）189～191頁参照。

38)西村・荒・鈴木の名による記名記事・前掲注22)参照。なお、ここでは、この固執が「宗教的信条と似ているところがある」と指摘している。

39)最判令和2年3月11日。これについては裁判所のホームページの以下のアドレス参照。[https://www.courts.go.jp/app/files/hanrei\\_jp/311/089311\\_hanrei.pdf](https://www.courts.go.jp/app/files/hanrei_jp/311/089311_hanrei.pdf)

る者たちが、自尊を回復すべく対等な人格としての承認の『象徴』を求める闘争」<sup>40)</sup>になる点を考慮しておかなければならない。

何を選択するか、その人の価値観に任せられることこそ、これからの時代に必要なことであろう。これを承認することもひとつの多様性ではないだろうか。婚姻と氏が変わることがセットとされて幸福の象徴であるように多数者がとらえているからといって、また、異性間のカップルだけが婚姻によって幸福を得られると多数者が考えているからという理由で、選択的夫婦別姓に反対し、また、同性婚を認めないというのは、多様性社会における時代錯誤的な固定的観念というほかないのではないだろうか。幸福とは各個人にとって異なる事柄である。そのために、日本国憲法は「幸福の権利」ではなく、「幸福を追求する権利」を「個人の尊重」原理の裏側で保障しているのである<sup>41)</sup>。自分が幸福であると考え事柄を押し付けるのではなく、他者にその人が幸福と考える事柄を追求できるよう容認することこそが、まさに「個人の尊厳と両性の本質的平等」を基軸とする多様性社会に生きる現代人の責務といえるのではないだろうか。

---

40) 卷・前掲注 20) 95 頁参照。

41) この点に関する説明の詳細については、井上『憲法の時間』・前掲注 4) 47～48 頁（春名麻季執筆）参照。