

平成31年（ワ）第597号 損害賠償請求事件

原告 大野利政、鷹見彰一

被告 国

第12準備書面

2022年（令和4年）9月20日

名古屋地方裁判所民事第8部合議A2係 御中

原告ら訴訟代理人 弁護士 山田 麻登

同 弁護士 堀江 哲史

同 弁護士 矢崎 暁子

原告ら訴訟復代理人 弁護士 水谷 陽子

同 弁護士 進藤 一樹

同 弁護士 砂原 薫

同 弁護士 石川 幸平

第1 本準備書面の目的

本準備書面では、渋谷秀樹立教大学名誉教授の意見書（甲A483）を踏まえ、現在の社会状況を前提として、現在の人権理解に基づき憲法24条を解釈すれば、憲法24条1項及び同2項は同性同士の婚姻の法整備を要請していると解釈すべきであることを述べる。

第2 憲法解釈のあり方

1 憲法の解釈は文言に拘泥することなくなされるべきこと

(1) はじめに

- ア 被告は、憲法24条1項および2項が「両性」の語を用いていることを強調し、「憲法24条1項（は）婚姻について異性間の人的結合関係のみを対象としており、同性間の人的結合関係を対象とすることを想定していない」等と主張する（被告第5準備書面6頁ほか）。
- イ しかし、憲法規定の解釈は、憲法の基本原理や各規定の趣旨等を踏まえて行われなければならない、単に「両性」との文言が用いられていることを理由として、法律上同性の者どうしのカップルに婚姻の自由の享受を否定することはできない。

憲法の、とりわけ人権規定の解釈においては、当該条項が個人の尊厳の原理といかなる関係に立ち、人が個人として尊重されるためになぜ憲法上の権利とされるに至ったのかを十分にふまえる必要があり、条項中の文言が持つ意味も、憲法がその条項に全体として何を託し、その文言は其中でどのような役割を託されているのかをふまえて解釈する必要がある。したがって、憲法の解釈は、単に憲法上の文言の辞書的意味を明らかにすればよいというものではない（横田耕一・高見勝利編『ブリッジブック憲法』（甲A139 [104頁]）。）。

学説では、古くから、憲法21条1項の明示する「表現の自由」から

「知る権利」を導いたり、憲法13条の「幸福追求権」が「プライバシー権」や「自己決定権」を保障するものであるとの解釈を示してきた。憲法制定時点では郵便事業や電信電話事業といった通信事業は国営であったが、現在は民営化されていることから、「通信の秘密」（憲法21条2項）の名宛人は国家ではなく民間企業へと変容している。

渋谷意見書（甲A483）・5（1）[6頁]も、非原意主義の立場から、基本理念に照らして、憲法の条文を解釈し、その解釈に抵触する法律の条項にも解釈または立法によって修正を施していくのが、合理的で正義にかなった結論を導き出すことができるとされていることを指摘する。

このような条文の文言の辞書的意味に拘束されない解釈は、憲法の他の条文をめぐる最高裁の態度にも表れている。

（2）「国民」と外国人

ア 日本国憲法制定にあたり、朝鮮や台湾といった植民地出身者の処遇をどうするかが問題となっており、マッカーサー草案には16条に「外国人は、法の平等な保護を受ける。」との条項が置かれていた（甲A484：高柳賢三ほか「日本国憲法制定の過程Ⅰ 原文と翻訳」[275頁]）。

しかし、日本政府は、政府案を作るにあたってこの条項を削除させ、また、マッカーサー草案13条（日本国憲法14条の元となった条文）の「すべての自然人」を「すべての国民」に、「カーストまたは出身国（national origin）」を「門地」と変えた（甲A485：高柳賢三ほか「日本国憲法制定の過程Ⅱ 解説」[156頁]）。

第90回帝国議会昭和21年8月26日貴族院本会議（甲A486）において、高柳賢三委員は、帝国憲法改正案について「第二十条其の他多くの規定に『何人も』とありますのは、第十二条其の他に『すべて国民は』とあるのに照して、日本人のみならず外国人をも含む天賦人権的なものとした趣旨でありますか」〔引用者注：旧字は現在の漢字に直した。下線は引

用者。以下同じ。]と質問した。これに対し、金森徳次郎大臣は「高柳君が一面に於て御指摘になりましたやうに、此の憲法は広く人間に当嵌まる所の権利規定と、日本国民に当嵌まる権利規定とを先づ区別して居ります、従つて『何人も、』と云ふ言葉を以て起しました権利規定は、是は独り日本人に当嵌まると限らないのであつて、如何なる人にも当嵌まるべき性質の規定であると云ふ趣旨を明かにして居るのであります、又『国民は、』とあります規定は、是は日本国民を目指して特に規定する必要のあるものである訳であります」と答弁した。このように、日本国憲法の草案を起草した政府は、「何人も」とある権利規定はいかなる人にも当てはまるが、「国民は」と規定する権利は日本国民を指すものとして、意図的に文言を使い分け区別していた。

イ しかしながら、最高裁は、このような文言による区別を否定している。すなわち、外国人に人権共有主体性が認められるか否かが問題となったマククリーン事件において、最高裁判所は、憲法第3章の表題が「国民の権利及び義務」とされ、憲法11条、12条及び13条の各条においても「国民」という文言が用いられているにもかかわらず、「憲法第三章の諸規定による基本的人権の保障は、権利の性質上日本国民のみをその対象としていると解されるものを除き、わが国に在留する外国人に対しても等しく及ぶものと解すべきであ[る]」と判示した（マククリーン事件判決・最大判昭和53年10月4日民集32巻7号1223頁）。

これは、憲法の人権規定は、人間の尊厳に由来するものであつて、人権が、人が人であるという理由のみで認められるものであるがゆえに（人権の固有性。芦部信喜・高橋和之補訂『憲法〔第七版〕』（甲A487〔80頁〕）、「国民」という文理をもって機械的に決することなく、また、憲法草案の起草者である日本政府の解釈を絶対視することなく、個人の尊重という憲法の基本原理に照らした解釈を採用したものである。

ウ また、マッカーサー草案の文言をわざわざ変更して「国民」の文言が入
れられた経緯を有する憲法14条についても、最大判昭和39年11月1
8日刑集18巻9号579頁は、同条は「直接には日本国民を対象とする
ものではあるが、法の下における平等の原則は、近代民主主義諸国の憲法
における基礎的な政治原理の一としてひろく承認されており、また既にわ
が国も加入した国際連合が一九四八年の第三回総会において採択した世界
人権宣言の七条においても、『すべて人は法の前において平等であり、ま
た、いかなる差別もなしに法の平等な保護を受ける権利を有する。』と定め
ているところに鑑みれば、わが憲法一四条の趣旨は、特段の事情の認めら
れない限り、外国人に対しても類推さるべきものと解するのが相当であ
る」とした。

エ 公職選挙法が地方公共団体の議会の議員及び長の選挙権者を日本国民た
る住民に限定していることをめぐり、憲法15条1項の「公務員を選定
し、及びこれを罷免することは、国民固有の権利である。」及び憲法93条
2項の「住民」の文言の解釈が問われた事件で、最判平7年2月28日民
集49巻2号639頁は、「公務員を選定罷免する権利を保障した憲法一五
条一項の規定は、権利の性質上日本国民のみをその対象とし、右規定によ
る権利の保障は、我が国に在留する外国人には及ばないものと解するのが
相当である。」としつつ、「我が国に在留する外国人のうちでも永住者等で
あってその居住する区域の地方公共団体と特段に緊密な関係を持つに至っ
たと認められるものについて、その意思を日常生活に密接な関連を有する
地方公共団体の公共的事務の処理に反映させるべく、法律をもって、地方
公共団体の長、その議会の議員等に対する選挙権を付与する措置を講ずる
ことは、憲法上禁止されているものではない。」と判示した。

上述のように、起草者はあえて「国民」の語を用いることにより、国民
のみに当てはまる権利規定として憲法15条1項を定めており、その文言

において国会議員選挙と地方議会議員選挙とを区別してはいないが、最高裁は、権利の性質に着目して、地方公共団体の議員に関する選挙権を付与することは憲法15条1項の「国民」の文言に違反しないと解釈した。

オ このように、憲法を制定した当時、「国民」の文言は、外国人と区別して日本国民を特に名宛人とする目的であえて用いられたのであるが、「国民」を名宛人とした条項についても、外国人にも適用されうると解されている。

(2) 「住居、書類及び所持品」とプライバシー

ア 被告人が複数の共犯者と共に犯したと疑われていた窃盗事件に関し、警察が、組織性の有無、程度や組織内における被告人の役割を含む犯行の全容を解明するための捜査の一環として、約6か月半の間、被告人、共犯者のほか、被告人の知人女性も使用する蓋然性があつた自動車等合計19台に、同人らの承諾なく、かつ、令状を取得することなく、GPS端末を取り付けた上、その所在を検索して移動状況を把握するという方法によりGPS捜査を実施したことについて、検証許可状を取得することなく行われたことが刑事訴訟法197条1項ただし書に反するとして争われた事件で、GPS端末を車両にとりつけて位置情報を取得するというGPS捜査が、令状を要する強制処分にあたるかどうかをめぐり、最高裁は憲法35条に言及し、次のとおり述べた。

すなわち、「憲法35条は、『住居、書類及び所持品について、侵入、搜索及び押収を受けることのない権利』を規定しているところ、この規定の保障対象には、『住居、書類及び所持品』に限らずこれらに準ずる私的領域に『侵入』されることのない権利が含まれるものと解するのが相当である。そうすると、前記のとおり、個人のプライバシーの侵害を可能とする機器をその所持品に秘かに装着することによって、合理的に推認される個人の意思に反してその私的領域に侵入する捜査手法であるGPS捜査は、個人の意思を制圧

して憲法の保障する重要な法的利益を侵害するものとして、刑訴法上、特別の根拠規定がなければ許容されない強制の処分に当たる」（最大判平29年3月15日刑集71巻3号13頁）。

イ 日本国憲法にはプライバシーを法的利益として保障する旨の文言はなく、憲法35条にも「住居、書類及び所持品に準ずる私的領域」への適用を認める文言はなく、もちろん憲法制定当時にGPSをもちいた「侵入」は想定されていなかったが、最高裁は、憲法35条の文言に拘泥することなく、条文を原理的に解釈した。

(3) 小括

このように、憲法の解釈は、条文の文言の辞書的意味に拘泥することなく、さらに憲法制定当時に想定されていた適用場面に限定することなく、当該条文がどのような価値を保護しようとしているのかという基本原理に立ち返ってなされなければならない。

第3 憲法の解釈は現在の規範意識に基づいてなされるべきこと

1 はじめに

後述するとおり、憲法の文言を辞書的意味で解釈したり、憲法制定当時の人権理解に基づいて解釈したりすると、現代において不適切な人権状況を是認する事態を生じうる。とりわけ少数者の権利が問題となっている場面で、憲法制定当時の人権理解に基づき憲法を解釈すると、過去の多数者の価値観に基づき司法が少数者の権利を否定することになるからである。

たとえば、アメリカ合衆国憲法の修正14条は法の下での平等を定めるが、同条項が制定された当時は南北戦争の直後で、奴隷制は廃止されたものの、有色人種に対する差別意識は極めて強く、修正14条を制定した当時の合衆国議会では有色人種の権利をどこまで拡大するかについては大いに意見が対立しており、公民権法に列挙された権利以外は認めるべきでないとする見解も強かつ

た。そのため、修正14条制定当時の人権理解に基づけば、通うことのできる公立学校を人種別に区分したり、鉄道会社において人種別に利用できる車両を区分したりすることは、全く憲法違反ではないこととなる。有色人種が多数派を握って憲法修正14条を改正しない限り、現代において人種別教育等を実施する法律が作られても肯定されてしまうのである。後述するように、日本国憲法制定当時には、非嫡出子の相続分差別を肯定する見解が多く、障害者には強制不妊手術を行うことが公益にかなうとの価値観がすう勢をしめていたのであって、これらを規定する法律が憲法14条や13条に違反するとは微塵も考えられていなかった。もし憲法14条や13条の保障範囲を、憲法制定時代に権利としての保障を要請されると理解されていた範囲に限ると解するならば、非嫡出子相続分差別や優生保護法に基づく強制不妊手術を違憲とする判決は出し得ないこととなる。

しかし、少なくとも日本国憲法は、個人の尊厳を究極的な価値とする原理の体系であり、各規定も、個人の尊厳に照らして解釈する必要がある。そして、社会の変化に応じて、個人にとっての善き生の構想は異なり、尊重されるべき人の自律的決定に関する理解は変化し、また、科学的・倫理的知見等の進歩によって、個人の尊厳を守るために必要な事項に関する理解も変化する。このような社会の変化を踏まえた憲法解釈は、「憲法も変転する社会の動静の下で『生ける法』であるから、憲法規範の本来の意味に変化が起こり、その趣旨・目的を拡充させるような憲法現実が存在すること、これは当然の現象で、とくに問題とする必要はない」（甲A487〔411頁〕）として、社会変化の影響を受けた憲法の実践と憲法の変遷とは区別されており、前者は肯定的に受け止められている。

したがって、科学技術の発展や倫理的知見が進歩し、人々の生活様式が変化し、何を「個人の尊厳」と考えるかという理解が変化していくに伴い、憲法の人権条項が新たに捕捉した価値は、各規定の解釈に反映されてしかるべきであ

る。

2 日本国憲法制定当時に否定されていた「人権」

(1) 子を産み育てるか否かの自由・リプロダクティブ権

ア 旧優生保護法（平成8年法律第105号による改正前のもの。以下「旧優生保護法」という。）は、優生思想に基づき昭和15年（1940年）に制定された国民優生法に代わり、日本国憲法施行後である昭和23年（1948年）に制定、施行された法律であり、「優生上の見地から不良な子孫の出生を防止するとともに、母性の生命健康を保護すること」（1条）を目的とし、本人の同意なく遺伝性の疾患を理由に実施する優生手術という名の強制不妊手術（4条）等の規定を置いていた。この法律のうち「不良な子孫の出生を防止する」という優生思想に基づく部分が障害者差別であるとして、平成8年（1996年）6月17日の法改正により優生思想に基づく諸規定が削除されるとともに、名称が母体保護法に改められた。

ナチス・ドイツだけでなく、我が国においても、明治時代以降、知識人階層を中心に優生思想が広まっており、日本国憲法施行後もながらく優生思想は当然視されていた。第2回国会の昭和23年（1948年）6月19日参議院厚生委員会（甲A488）において、後に日本医師会の会長をも務めた谷口弥三郎委員は、発議者を代表して、優生保護法の提案理由として、次のとおり述べた。すなわち、「我が国は敗戦によりその領土の四割強を失いました結果、甚だしく狭められたる国土の上に八千万からの国民が生活しておるため、食糧不足が今後も当分持続するのは当然であります。……然らば如何なる方法を以て政治的に対処するか。……第三の対策として考えらるることは産児制限問題であります。併しこれは余程注意せんと、子供の将来を考えるような比較的優秀な階級の人々が普通産児制限を行い、無自覚者や低脳者などはこれを行わんために、国民素質の低下即ち民族の逆淘汰が現われて来る虞れがあります。現に我が国においてはすでに逆淘汰の傾向が現わ

れ始めておるのであります。例えば精神病患者は昭和六年約六万人、人口一万に対し九・九八、昭和十二年約九万人、人口一万に対し一二・七七、失明者も同様で、昭和六年七千六百人、うち先天性が二千二百六十人、昭和十年は六千八百人で、うち先天性が四千二百三人という状態に増加し、又浮浪児にしても従前はその半数が精神薄弱即ち低脳であるといわれていたのが、先月九州各地の厚生施設を巡視した際、福岡の百道松風園及び佐賀の浮浪児收容所における調査成績を見ますと、低脳児はおのおの八〇%に増加しております。この現象は直ちに以て日本食糧の状況を示すものであると思います。従つてかかる先天性の遺伝病者の出生を抑制することが、国民の急速なる増加を防ぐ上からも、亦民族の逆淘汰を防止する点からいつても、極めて必要であると思いますので、ここに優生保護法案を提出した次第であります。」。

そして、第2回国会昭和23年6月23日参議院本会議（甲A489）において、谷口弥三郎委員から旧優生保護法案の立法趣旨について「第四章以下のいわゆる強制断種の制度は、これは社会生活をいたします上に、甚だしく不適応な者とか、或いは生きて行くことが第三者から見ても極めて悲惨な状況を呈する者に対しては、優生保護委員会の審査決定によつて、たとえ本人の同意がなくてもその者には優生手術を行い得るといふようにいたしておるのでございます。これは悪質な、強度な遺伝因子を国民素質の上に残さないようにというのが目的であるのでございます。」との説明がなされた後、何らの質問も意見も出されないまま、全会一致で可決成立した。

イ このように、日本国憲法が制定された直後に成立した旧優生保護法は、身体障害や知的障害その他の遺伝性疾患を有する者が増加すると食糧難が悪化し、国民の「素質が低下」し民族の「逆淘汰」が行われるとの観点から、もっぱら遺伝性疾患を有する者の出生を防止する目的で制定されており、子を産み育てる自由については全く想定されておらず、議論の俎上にも上げられなかった。それどころか、障害や遺伝性疾患を有する者がその

遺伝子を残すのを禁止することは、公益として積極的に肯定していた。こうした優生思想は長年にわたり国民意識に浸透し、1966年に兵庫県が「不幸な子どもの生まれない運動」として県費で障害者への強制不妊手術や出生前診断を推進する運動を始めると、全国に普及した（甲A490：論文『不幸な子どもの生まれない運動』と羊水検査の歴史的受容過程）。1972年には胎児に障害がある場合には中絶を認める「胎児条項」を新設する優生保護法改正法案が国会に提出されたこともあったほどであり、障害者は生まれるべきでない存在であるとする差別意識も露骨に示されていた。

ウ しかしながら、近年、旧優生保護法に基づき「優生手術」という不妊手術を受けた本人又はその配偶者が、旧優生保護法は人の性と生殖に関する権利であるリプロダクティブ・ライツ、自己決定権、平等権等を侵害する違憲なものであったとして国家賠償を求める訴訟が全国各地で提起されているところ、裁判所は、現在の人権理解に基づき憲法13条及び憲法14条を解釈し、「子を産み育てるかどうかを意思決定する自由」は憲法13条に根拠をおく憲法上の権利であるとの憲法解釈を示している。

仙台地判令元年5月28日判タ1461号153頁（甲A491）は、「人が幸福を追求しようとする権利の重みは、たとえその者が心身にいかなる障がいを負う場合であっても何ら変わるものではない。子を産み育てるかどうかを意思決定する権利は、これを希望する者にとって幸福の源泉となり得ることなどに鑑みると、人格的生存の根源に関わるものであり、上記の幸福追求権を保障する憲法13条の法意に照らし、人格権の一内容を構成する権利として尊重されるべきものである。」と判示し、旧優生保護法の規定は「リプロダクティブ権」を侵害するものであって憲法13条に違反し無効であるとした。

仙台地判令2年5月28日裁判所ウェブサイト（甲A492）は、「子ど

もを持つか持たないかを自ら決定する権利（リプロダクティブ権）は、個人の人生における重要事項の一つであり、人格的生存に不可欠な事項であるから、憲法13条により、憲法上の基本的権利として保障されるものである。そのため、国家がリプロダクティブ権に干渉することは、人間の存在そのものを否定することになるから、リプロダクティブ権は、その権利の性質上、国家による干渉を一切許さない絶対的なものであり、当該権利を侵害する法律は違憲無効となる。それにもかかわらず、原告らは、本件優生手術が本人の同意なく強制的に実施されたことにより、原告らのリプロダクティブ権が国家により永久に侵奪された。そして、本件優生手術は、特定の疾患や障がいを持っていることを理由として、その人を「不良」であるとみなして実施されたものであり、平等原則（憲法14条1項）に違反することも明らかである。」とした。

札幌地判令3年1月15日判タ1481号92頁（甲A493）は、「旧優生保護法の本件各規定は、憲法13条によって保障された、子を産み育てるか否かについての意思決定をする自由を侵害し、個人の尊厳を著しく傷つけるものであることが明らかであって、これを正当化する余地はおおよそないものといわざるを得ず、憲法13条に違反する。」と判示したほか、憲法14条1項にも違反すること、ならびに「子を産み育てるか否かというのは、家族の構成に関する事項でもあるところ、旧優生保護法の本件各規定は、精神病等の特定の疾患を有する者に対し、本人の同意を要件とせず、医師の申請及び都道府県優生保護審査会の審査のみで優生手術を行う旨定め、もって子を産み育てるか否かについての意思決定をする自由を侵害していたものであって、このような規定が個人の尊厳に立脚したものであることはできない」として憲法24条2項にも違反するとした。

大阪高判令和4年2月22日（甲A494）は、「旧優生保護法4条ないし13条の立法目的は、専ら優生上の見地から不良の子孫の出生を防止す

るといふもの（同法1条）であるが、これは特定の障害ないし疾患を有する者を一律に『不良』であると断定するものであり、それ自体非人道的かつ差別的であつて、個人の尊重という日本国憲法の基本理念に照らし是認できないものといわざるを得ない。本件各規定は、このように立法目的の合理性を欠いている上、手段の合理性をも欠いており、特定の障害等を有する者に対して優生手術を受けることを強制するもので、子を産み育てるか否かについて意思決定をする自由及び意思に反して身体への侵襲を受けない自由を明らかに侵害するとともに、特定の障害等を有する者に対して合理的な根拠のない差別的取扱いをするものであるから、公共の福祉による制約として正当化できるものではなく、明らかに憲法13条、14条1項に反して違憲である。」と判示した。

さらに、東京高判令4年3月11日（甲A495）もまた「特定の障害又は疾病を有することは憲法14条1項後段の列挙事由に含まれないが、同規定によって保護されるものと解される。優生保護法の優生条項は、優生思想に基づき、特定の疾病又は障害を有する者に対し、そのことを理由として優生手術を行う対象者として選定し、実施する旨を規定するものであり、不合理な差別的取扱いを定めるものであつて、法の下の平等に反し、憲法14条1項に違反することは明らかである。また、優生保護法の優生条項のうち、4条による優生手術及び12条による優生手術に係る部分は、本人及びその配偶者の同意を要しないものであり、子をもうけるか否かについて意思決定をする自由を一方的に奪い、その意に反して身体に対する侵襲を受けさせるものであるから、憲法13条に違反することは明らかである。」と判示した。

エ このように、子をもうけるか否かについて意思決定する自由は、憲法13条制定当時には全く想定されていなかったどころか、とりわけ障害者については公益のために生殖を禁止すべきと考えられていた。しかし、裁判

所は、現在の規範意識に基づき憲法13条を解釈し、子をもうけるか否かについて意思決定をする自由は同条に基づく基本的人権だと解釈している。

(2) 非嫡出子の権利

ア 憲法制定当時、非嫡出子の権利を嫡出子と同等に認めることは想定されていなかった。むしろ、正妻保護、法律婚保護の観点から非嫡出子の権利を嫡出子よりも劣後させるべきであるとの意見も唱えられていた。

日本国憲法施行後に開かれた第1回国会では、憲法に適合するように民法を改正するため議論が行われた。昭和22年(1947年)8月14日衆議院司法委員会(甲A496)において、中村俊夫委員の「庶子の名称が今般廃止されるのでありますが、その相続人はこの改正案の九百条の第四号にあります通りに、父母双方に対して嫡出子の二分の一とされておるのであります。従つて適法婚姻より生まれた子供と平等の待遇を受けておりません。これは憲法と(ママ)原則である個人の尊厳と平等の立場からどうであろうかと考えるのでありますが、御意見を承りたいと思います。」との質問に対し、政府委員の奥野健一司法事務官は、日本政府の憲法解釈として「その点もいろいろ語論があつたのでありますが、やはり正当の婚姻を重んずるという建前から、そういう結果になつてもやむを得ないのではないか。それからまた嫡出でない子に相続権を与えるかどうかということも現在法律によつてきめ得ることありますから、嫡出でない子供に嫡出である子供の半分の相続権を与えるということも、これは必ずしも憲法の平等の原則に反しない。たとえば配偶者を相続人のうちに加えるかどうかということも、法律をもつて初めてそういうことになるわけありますから、嫡出でない子供を相続のうちに加えるかどうかということ事体が、やはり法律に留保されてしかるべきであるという議論から、やはり正しい婚姻の子供を一正しい婚姻を尊重するという思想と、今言つた考えと両方の考えから、大体现行法のように嫡出で

ない直系卑属の相続人に半分ということにいたしましたわけであります。」と答弁した。

昭和22年8月20日衆議院司法委員会公聴会（甲A497）では、吉田三市郎公述人が、民法改正案中の嫡出子と非嫡出子の区別について「くどく申し上げるまでもなく、子供の両親が結婚の届を出していたとか、いないとかいうことは、子供には何の責任もないことです、そういう子供の責任のないことで、子供の名前を違えたり、少々でも区別をつけるということは、これは見ようによつては先ほど穂積君も言われたように、憲法においては人間は平等だ。こういう考えから言えば憲法違反とも言えるかもしれない。場合によればこういう法律をこしらえておくと、いわゆる嫡出子でない子供の方から、憲法違反だという苦情がでるかもしれないと思います。かような危険を冒してめんどろな問題をはらまして、そこにわずかばかりの区別をつける必要は少しもないと思います。」と述べたことに対し、政府委員である奥野健一司法事務官は「嫡出でない子に相続権を与えるべきではないという思想が、相当各国の立法例にあるのでありまして、むしろ正当な婚姻を尊重するという建前からいいまして、正当な婚姻の結果生れてきた子供と、そうでない正当でない子供との間において差等を設けるということは、これはむしろ妥当なんではないか、むしろそういう嫡出でない子供を相続人に入れることが一体よいかどうかということが問題になり、入れないという方が正当が（ママ）あるという議論さえあるくらいでありますから、入れるには入れたが、やはり正当な結婚の子供より一段少い相続分を与えるということを法律に入れるべきでないか、その意味において憲法違反でないという解釈であります。」と答弁し、正当な婚姻を尊重するという建前からすればむしろ非嫡出子の相続権を否定すべきだという議論があること、諸外国の立法例にも非嫡出子の相続権を否定する思想が相当みられることを理由として、相続分に区別を設けることは憲法違反でないとの解釈を示した。

実際、民法900条4号ただし書の憲法適合性は裁判により争われつづけたが、最大決平7年7月5日民集49巻7号1789頁（甲A498）をはじめ、最判平11年7月19日集民196号251頁、最判平12年1月27日集民196号251頁、最判平15年3月28日集民209号347頁、最判平15年3月31日集民209号397頁、最判平16年10月14日集民215号253頁、最決平21年9月30日集民231号753頁は、いずれも民法900条4号ただし書を合憲であると判断した。

イ しかしながら、最大決平25年9月4日民集67巻6号1320頁は、「昭和22年民法改正時から現在に至るまでの間の社会の動向、我が国における家族形態の多様化やこれに伴う国民の意識の変化、諸外国の立法のすう勢及び我が国が批准した条約の内容とこれに基づき設置された委員会からの指摘、嫡出子と嫡出でない子の区別に関わる法制等の変化、更にはこれまでの当審判例における度重なる問題の指摘等を総合的に考察すれば、家族という共同体の中における個人の尊重がより明確に認識されてきたことは明らかであるといえる。そして、法律婚という制度自体は我が国に定着しているとしても、上記のような認識の変化に伴い、上記制度の下で父母が婚姻関係になかったという、子にとっては自ら選択ないし修正する余地のない事柄を理由としてその子に不利益を及ぼすことは許されず、子を個人として尊重し、その権利を保障すべきであるという考えが確立されてきている」と述べて、社会の動向や国民意識の変化、諸外国の状況や、とりわけ個人の尊重を重んじる規範意識が確立してきていることを理由に、上記規定は遅くとも平成13年7月当時には憲法14条1項に違反していたと判示した。

ウ 憲法14条の制定当時の国民意識は、法律婚尊重のために非嫡出子が劣遇されてもやむを得ない、あるいは積極的に劣遇すべきというものであった。しかし、最高裁は、憲法14条を「子にとっては自ら選択ないし修正

する余地のない事柄を理由としてその子に不利益を及ぼすことは許され」
ないとする現在の規範意識に基づき解釈し、違憲審査を行った。

3 立法事実の変化

(1) はじめに

憲法解釈それ自体の変化ではなく、法律の憲法適合性判断が時代の変化に応じて変わることもある。判例では、社会の事情の変化によって、ある法律を正当化する立法目的が変化することを認めた例がある。また、社会の変化により、法律の立法目的や手段の合理性を支える根拠すなわち立法事実が失われたとして、当初合憲であった法律が違憲となったとした例もある。

(2) 公衆浴場距離規制

ア 法律の中心的な立法目的が変化したとした例として、公衆浴場距離規制をめぐる一連の最高裁判決が挙げられる。

公衆浴場法が公衆浴場の営業許可要件につき距離制限を定めていることについて、最大判昭30年1月26日刑集9巻1号89頁は、「公衆浴場は、多数の国民の日常生活に必要欠くべからざる、多分に公共性を伴う厚生施設である。そして、若しその設立を業者の自由に委せて、何等その偏在及び濫立を防止する等その配置の適正を保つために必要な措置が講ぜられないときは、その偏在により、多数の国民が日常容易に公衆浴場を利用しようとする場合に不便を来たすおそれなきを保し難く、また、その濫立により、浴場経営に無用の競争を生じその経営を経済的に不合理ならしめ、ひいては浴場の衛生設備の低下等好ましからざる影響を来たすおそれなきを保し難い。このようなことは、上記公衆浴場の性質に鑑み、国民保健及び環境衛生の上から、出来る限り防止することが望ましいことであり、従って、公衆浴場の設置場所が配置の適正を欠き、その偏在乃至濫立を来たすに至るがごときことは、公共の福祉に反するものであって、この理由により公衆浴場の経営の許可を与えないことができる旨の規定を設けるこ

とは、憲法二二条に違反するものとは認められない。」と判示し、その立法目的は、公衆浴場の偏在や濫立によって国民の健康や環境衛生が脅かされることを防止する点にあるとした。

これに加え、最判昭37年1月19日民集16巻1号57頁は「主として『国民保健及び環境衛生』という公共の福祉の見地から出たものであることはむろんであるが、他面、同時に、無用の競争により経営が不合理化することのないように濫立を防止することが公共の福祉のため必要であるとの見地から、被許可者を濫立による経営の不合理化から守ろうとする意図をも有するものであることは否定し得ない」として、既存業者を過当競争から保護するという立法目的も存すると判示した。自由な職業活動が社会公共に対してもたらす弊害を防止するための法規制、いわゆる消極目的の規制であるとする立法目的の解釈である。

これに対し、最判平元年1月20日刑集43巻1号1頁は、公衆浴場の公共的性格は認めつつ、「むしろ、公衆浴場の経営が困難な状況にある今日においては、一層その重要性が増している。そうすると、公衆浴場業者が経営の困難から廃業や転業をすることを防止し、健全で安定した経営を行えるように種々の立法上の手段をとり、国民の保健福祉を維持することは、まさに公共の福祉に適合するところである」と判示した。この判示内容の変遷については、平成元年度最高裁判例解説（刑事偏）[1頁～]（甲A499）によれば、公衆浴場をめぐる情勢が昭和30年以来大きく変化して、自家風呂の普及に伴って公衆浴場が激減していること、公衆浴場を必要とする者が少数派になったとはいえそれらの者にとっては日常生活に不可欠な公共的施設であること、公衆浴場業者に対しては様々な優遇措置をとる法制度が作られていることから、「公衆浴場をめぐる状況は、過当競争の防止から公衆浴場確保のための保護助成へと大きく変化している」と指摘し、「個々の既存業者の保護を超えて、公衆浴場の確保自体が重要な立

法目的とな」ったと説明される。

公衆浴場が公共的性格をもつという点には変わりはないが、社会状況が変化したことによって、公衆浴場を経営する業者の自由な職業活動を制限するという立法当初の目的は失われ、むしろ経営困難な業者を保護するという当初存在しなかった立法目的が現れている。

イ このように、法律が作られた当時からの社会情勢の変化により、当初想定されていた立法目的とは異なる立法目的へと変化することがありうる。

(3) 非嫡出子相続分

ア 上述のとおり、最大決平成25年9月4日は、昭和22年民法改正時から社会の動向や国民意識が変化し、諸外国の状況や、とりわけ個人の尊重を重んじる規範意識が確立してきていることを指摘しており、民法900条4号ただし書は当初は合憲であったものの、社会の変化により合理性を支える立法事実が失われて、平成13年時点では憲法14条に違反する状態となっていたと判示した。

イ 昭和22年民法改正当時の立法担当者は、その立法理由を法律婚の尊重と非嫡出子の保護の調整と説明しており、平成7年大法廷決定もそのように認定していた。この立法目的について、平成25年最高裁判例解説（民事篇）[356頁～]（甲A500）は、民法900条4号制定当時の政府委員の答弁は「言外に、婚姻していない男女間で子をもうけることに対する否定的評価にとどまらず、そのような子そのものに対する否定的評価が現れているように思われる。本決定〔引用者注：最大決平成25年9月4日〕は、昭和22年民法改正時の国会審議の状況に続いて、その後の我が国の婚姻や家族の実態、その在り方に対する国民の意識の変化について触れているが、これは、上記政府委員答弁の背景にあったといえる当時の国民意識について、その変化、変遷を検討する趣旨と思われる」と指摘する。

同解説でも指摘されているが、最大決平成25年9月4日の事案は、重婚的内縁のもとで出生した非嫡出子の事案であり、まさに立法当初に懸念されていた「法律婚の尊重と非嫡出子の保護との調整」が正面から問われていた。こうした事案において最高裁が具体的事情に言及することなく、割合の多寡も問題とせず、およそ一般的に非嫡出子相続分差別は違憲であるとしたことからすれば、平成25年大法廷決定は、相続分の割合により利益の調整を図るという立法目的自体が非嫡出子そのものに対する否定的評価に基づくものであったことを示唆し、国民の意識が変化した結果、そのような否定的評価を立法理由として維持できないと判断したものと理解できる。

(4) 再婚禁止期間

ア 最大判平27年12月16日民集69巻8号2427頁は、憲法24条1項を「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」としたうえで、民法733条1項が女性について6か月の再婚禁止期間を定める立法目的は「本件規定の立法目的は、女性の再婚後に生まれた子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にある」として、医療や科学技術の発達によってもその合理性は否定されないとしたが、「医療や科学技術が発達した今日においては、上記のような各観点から、再婚禁止期間を厳密に父性の推定が重複することを回避するための期間に限定せず、一定の期間の幅を設けることを正当化することは困難になったといわざるを得ない。」としたうえで、「昭和22年民法改正以降、我が国においては、社会状況及び経済状況の変化に伴い婚姻及び家族の実態が変化し、特に平成期に入った後においては、晩婚化が進む一方で、離婚件数及び再婚件数が増加するなど、再婚をすることについての制約をできる限り少なくするという要請が高まって

いる事情」や「世界的には再婚禁止期間を設けない国が多くなっていることも公知の事実」でありそのことは「再婚をすることについての制約をできる限り少なくするという要請が高まっていることを示す事情」であると認定して、100日を超えて再婚禁止を定める部分が憲法14条1項と憲法24条2項に違反するに至っていたと判示した。

イ この最高裁判決は、立法目的自体には変化はなく、科学技術の発達によってもその正当性は変わらないとしたものの、立法目的を実現する手段としての正当性が、社会状況及び経済状況の変化に伴う婚姻や家族の実態の変化、再婚をしやすくしたいという要請の高まりにより変化したと判断したものと見える。

4 まとめ

以上のとおり、我が国においては、憲法制定当時の人権理解は不十分であったため、障害者が権利利益の主体でないどころか存在自体を減らすべきと考えられていたり、非嫡出子を劣遇することを当然視したりしていた。したがって、憲法を解釈するにあたっては、文言や憲法制定当時の議論を参照すべきではあるものの、必ずしも憲法制定当時の制憲担当者の条文理解や、当時の価値観に基づいて解釈すべきではない。あくまでも、現在の規範意識に基づき解釈すべきである。

また、ある法令の定める要件が、当該法令の制定当時の社会状況や国民意識を反映して設けられたものであったとしても、その後の社会状況や国民意識の変化により、立法目的それ自体あるいは目的を実現するための手段の正当性が変化することがある。そのため、憲法適合性判断において法令の立法目的や手段との合理的関連性を審査する際にも、現時点において正当化可能な立法目的が存するか、存するとすれば何か、という観点から審査すべきである。

第4 憲法24条は法律上の性別や性的指向を限定せず婚姻する自由を保障してい

ると解釈すべきこと

1 個人の尊厳と婚姻

(1) 近代憲法のもと、人は、自らの人生の主人公としてどのような人生を送るのかを自らの責任で決定することが望ましいと考えられている。日本国憲法もまた、13条において幸福追求権を定めているところ、これは個々人が自らの人生において何を幸福な生、すなわち「善き生」とするかを個々人において決定し、追求することを基本的権利として位置づけている。この幸福追求権から、生活上の様々な局面での自己決定権が導かれると解されている。上記で引用した旧優生保護法に関する裁判例が、子を産み育てるか否かを決定する自由は人格的生存に必要不可欠なものとして日本国憲法13条に基づく基本的人権であると判示しているのも、その例である。

そして、人が自らにとって幸福な人生とは何かを見極めるためには、そもそも自分とは何者であるかの追求も不可欠である。自分とは何者であるという自己認識（アイデンティティ）に基づき、生まれながらにもつ様々な個性を発展させたり発見したり、新たに獲得したりし、さらに自らのもつ個性の捉え方から自己認識それ自体を形成し、変容させたり発展させたりしながら、自分にとっての善き生とは何かを考え、追求していくことが自己実現である。

(2) このような自己認識の形成維持発展は、人間が単独で行えるものではない。好むと好まざるとにかかわらず、人は、親きょうだいを含む他者とのかわりの中で、他者から褒められたり、褒めたり、信頼しあったり、批判しあったり、共感しあったりする営みを繰り返すことにより、個々人のアイデンティティを形成していく。他者との関わりが個々人の自己実現にとって必要不可欠であることから、日本国憲法は、表現の自由（憲法21条）や居住移転・職業選択の自由（憲法22条）等をも基本的人権として保障している。

個々人は、人種、性別、性的指向、出身地、成育歴、職業、思想信条、信教、健康状態など様々な属性を持ち合わせた総体として存在しており、そうした属性の総体たる存在として、ものを考え、意見を持ち、発言し、行動し、他者との人間関係を形成する。属性の中には、職業や思想信条、信教のように自らの意思で選びとるものもあれば、人種、性別や性的指向のように自らの意思で選択や変更のできないものもある。社会状況によっては多数者から虐げられる属性もある。様々な属性の総体たる存在として、自分自身を何者であると位置づけ、どのような生を送るか、どのように行動するかを自ら決定し、人生を形成できることが、日本国憲法の理想とする個人としての尊厳ある生であるといえる。憲法13条1項が「すべて国民は、個人として尊重される」と規定しているのは、個々人のもつ様々な属性を理由としてその人なりの善き生の追求を妨げられるべきでない、という趣旨であり、尊厳あるものとして個々人の人生を尊重するという意味である。

(3) では、個々人はどのようにして自らの人生を送るか。上述のとおり、人は他者との関わりの中で生活している。ただし、他者との関わりの中だけで人格を発展させることはできない。すなわち、政治や経済活動の場である社会的領域においては、人は、公民として、あるいは経済主体として他者と関わり、発言したり行動したりすることが期待されるが、そうした社会的領域だけでなく、親族や興味本位の大量からの監視や干渉、上司や取引先といった社会関係上の圧力の及ばない自分だけの静謐な私的領域があつてこそ、人は自由に思考し、心休まる相手とだけ交流し、安心してくつろいで生きることができる。人は、社会的領域と私的領域の双方を行き来する中で人格を形成発展させている。このような私的領域の保護は、日本国憲法においても、私生活上の自由ないしプライバシー権として憲法13条の幸福追求権に基礎をおく基本的人権であると考えられている。

そして、私的領域は、必ずしも一人で過ごすことのみを指すのではなく、

家族など特定の相手とだけ親密な人間関係をはぐくむ場をも包摂する。婚姻関係は、当事者双方がそれぞれの幸福な人生の追求の一環として共同で形成する私的領域のひとつである。私的領域もまた、個々人にとっての善き生、幸福な人生の追求の一環として形成されるものであるため、個々人のもつ私的領域がくつろげる場として機能するためには、その私的領域が他者から尊重される状態であることを要する。

(4) 我が国における婚姻関係とは、社会的に承認された排他的な性関係であり、相互に法的な権利義務を負う継続的關係である。婚姻は、当事者の意思の合致により成立するが、関係を解消するに際しても原則として当事者の意思の合致が必要であり、一方的に関係を破棄することは制限されている。第三者が当事者の意に反して適法な婚姻関係の形成を妨害し、解消させることもできない。当事者が相互に負う扶助義務は、司法手続により強制的に実現される法的権利義務である。また、単なる交際関係と異なって相互に法的な貞操義務を負い、不貞行為は慰謝料の発生事由であると同時に、婚姻関係の解消事由ともなる。

そのような強固な結びつきの共同生活関係に入ることは、相手に対し強い信頼を示す行為であると同時に、相手から強い信頼を示されることをも意味する。他者に対して信頼を示し、他者から信頼を示されることは、自らの存在価値に確信をもつことにつながり、自己実現に寄与する。たとえ職場や友人関係でトラブルが生じて、健康上の問題が生じて、死の危機に瀕した場合であっても互いに支えあい助け合う、と約束しあつた存在とともに共同生活を送ることで得られる安心感は、その約束が法的に保護された強力なものであればより一層強まる。

このように、婚姻とは、法制度により裏付けされた強固な人間関係という性質をもち、個々人が幸福な人生を追求する際に形成する私的領域のひとつである。したがって、性別や性的指向といった自らの意思で変更することの

できない属性にもとづき、婚姻という私的領域形成を阻害することは、個人の尊厳ある生に対する侵害である。

2 婚姻の自由

(1) 憲法24条1項は、人と人との親密な関係に基づく永続性を持った共同生活について、法律婚制度（法律が要件と効果を定めて保護を与えて承認・公証する制度）の存在を前提に、人が国家や第三者の干渉を受けることなく、望む相手との意思の合致のみで婚姻することができるという「婚姻の自由」を憲法上保障している。憲法24条2項は、配偶者の選択等に関する事項は個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚して法律で制定することと定める。

かつて、明治民法及び大日本帝国憲法のもとでは、個々人の人生に対する親や国家による介入が著しく、自己決定権は全く尊重されていなかった。これに対し、日本国憲法は13条により幸福追求権を定め、さらに、24条では婚姻に関する自己決定権を13条の特別規定として置き、誰と婚姻するか否かを自ら選び決定する自由を婚姻の自由として定めた。

憲法24条は、明治民法における「家」制度を中核として戸主に強い権限を付与し、男女差別的で身分制的な考え方に基づいて作られていた婚姻や家族に関する法制度を明確に否定し、憲法の基本的人権の保障の理念に基づく家族制度に作り直すことを宣言したものである。同条の規定は、個々人の選択により婚姻の相手を決めること、戸主や親等の他者から干渉を受けないこと、という自己決定権を本質とする権利であることを示し、また婚姻の当事者は対等な関係であって互いに等しく権利義務を負うものであるという平等に基づく権利であることを示している。つまり、憲法24条の定める婚姻の自由は、憲法13条及び憲法14条の性質を併せ持つ権利である。

(2) 憲法24条は、婚姻制度については異性同士の婚姻を想定した文言を用いているが、それは当時、同性同士の婚姻という制度が念頭になかったからであり、社会制度としての婚姻の定義を異性婚に限定する意図があったわけで

はない。上記で指摘したとおり、憲法制定当時に想定されていなかった権利利益であっても、現在の社会状況や規範意識を前提にすれば憲法により保障されていると解釈できることは、憲法13条、14条、21条等の人権条項について様々な裁判例や学説により示されているとおりであり、憲法24条に固有の問題ではない。

また、明治民法により婚姻制度が法制化されてから現在まで100年以上が経過していることに鑑みれば、婚姻制度のあり方を明治民法制定当時の国民意識に基づいて理解すべき必然性はない。明治民法制定当時はもとより、憲法24条制定当時であっても、障害者差別や非嫡出子差別を当然視する国民意識があり、当然、同性愛者に対する差別意識もあった。しかし、上述のとおり、憲法の解釈は、あくまでも現在の社会状況、国民の規範意識のもとで行わなければならないのであるから、憲法24条の解釈にあたっては、現在において性別又は性的指向により配偶者の選択に制限を加えることを憲法24条が認めているのかどうかを判断すべきである。

憲法24条1項の「両性」「夫婦」の文言は、同性愛もまた正常な性的指向のひとつであることが科学的に明らかになった現在、性別や性的指向といった個人の意思で選択や変更することのできない属性に基づき区別取扱いをすべきでないという個人の尊厳を重んじる国民の規範意識が強まっている現在においては、「当事者」「双方」の意味として解釈することができるし、そのように解釈すべきである。

- (3) 元最高裁判事の千葉勝美氏もまた、「同性愛者同士が自己の性的指向を踏まえた恋愛、性愛に従って、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んでいるという同性婚状態である場合であっても、異性同士の婚姻という制度による法的利益を享受できないという大きな不利益のほか、何よりも、婚姻という二人の個人の結合という制度における夫婦としての人格的で根源的な結び付きの喜び、精神的な充実感、相互の助け合いに

よる一種の運命共同体的な安心感や相互の心からの信頼関係の素晴らしさといった『掛け替えのない個人の尊厳に関わる喜び』を享受できないという深刻な状態に置かれているのである。このことは、13条の幸福追求の権利が損なわれている状態というべきである。」と述べる（甲A501：論文「同性婚認容判決と司法部の立ち位置－司法積極主義の足音は聞こえてくるのか？」）。

婚姻の自由が個人の尊厳にもとづく基本的人権であることを踏まえた重要な指摘である。

第5 結論

以上を踏まえると、憲法24条についても、「両性」「夫婦」の文言の辞書的意味に拘泥することなく、憲法13条及び憲法14条を指針としつつ、個人の尊厳といった憲法全体を貫く基本原理や、基本原理を母胎として生まれた関連規定を含む憲法の全体構造等をふまえて解釈しなければならない。

そうすると、憲法24条1項の規定の解釈は、同性愛等を異常とする見解には全く根拠が無いことが医学的に実証され、同性愛等についての科学的知見や法的・倫理的な知見が180度転換していることを踏まえ（詳細は、原告第4準備書面〔10～13頁〕を参照。）、また、個人の尊厳や真摯な意思に基づく共同生活の価値において、性的指向が異性に向く者と同性に向く者との間に何ら違いはないことを前提としてなされなければならない。そうである以上、憲法24条1項の解釈のあり方として、法律上同性の者どうしの婚姻の自由も保障されているとの解釈以外は取り得ない。

以上