

意見書

2015〈平成27〉年12月16日最高裁判決後の憲法学説の展開

辻村みよ子

I はじめに

家族をめぐる近年の判例の展開には目を見張るものがある¹。最高裁大法廷2008〈平成20〉年6月4日の国籍法違憲判決（民集62巻6号1367頁）の後、2013〈平成25〉年には、同年9月4日婚外子相続分差別違憲決定（民集67巻6号1320頁）のほか多くの判決・決定が出されて、「2013年は〈家族法の年〉²」とも言われた。合憲判断の基準や手法についても、その後、家族の形態や国民の意識の多様化などの状況変化（広義の「立法事実」）等を総合的に考慮する手法が用いられるようになった。

続いて2015〈平成27〉年12月16日には、民法733条再婚期間禁止規定違憲訴訟判決（民集69巻8号2427頁）と民法750条夫婦同氏強制違憲訴訟（いわゆる夫婦別姓訴訟）判決（民集69巻8号2586頁）の二つの大法廷判決によって、憲法13条・14条・24条と民法733条、750条との関係に関する初めての最高裁の判断が示された。しかしなお多くの理論的課題が残存しており、とくに後者について、判決の論理に内在する問題点も憲法学者等によって明らかにされつつある³。実際、同日の大法廷判決には15人中5人の裁判官の違憲意見、1人の反対意見が付されるなど、今後も絶えず見直しが迫られる論点が多い。

それにも拘らず、その後提起されたいわゆる夫婦別姓訴訟（夫婦同氏強制違

¹ 1990年代に「家族〔法〕の憲法化」が標榜されて以降「憲法と家族」の関係が問われ続け、近年の最高裁判決ラッシュにつながった。家族をめぐる違憲訴訟が提起されて憲法問題化した1990年代の状況は、辻村みよ子「憲法24条と夫婦の同権」法律時報65巻12号（1993年）、同「現代家族と自己決定権」同68巻6号（1996年）〔拙著『女性と人権』日本評論社（1997年）所収〕参照。

² 本山敦・法学セミナー706号2頁。最高裁では、戸籍法合憲判決（最一判2013〈平成25〉年9月26日民集67巻6号1384頁）、性別変更審判後の嫡出推定に関する決定（最三決2013〈平成25〉年12月10日民集67巻9号1847頁）など現行家族法の合憲性に関わる判断が示された。その後も、認知者による認知無効請求事件判決（最三判2014〈平成26〉年1月14日民集68巻1号1頁）、DNA鑑定に基づく親子関係不存在確認訴訟判決（最一判2014〈平成26〉年7月17日民集68巻6号547頁）等によって、嫡出推定制度と血縁主義との関係が問われた。

³ 辻村みよ子『「憲法と家族」をめぐる理論的課題——2015（平成27）年12月16日最高裁判決後の動向』浦田一郎先生古稀記念『憲法の思想と発展』（信山社、2017年287頁以下で、憲法学と民法学の動向を概観した。本意見書では、民法学の展開は後掲注(18)のほかは割愛し、憲法学のその後の判例評釈等を主な検討対象とする。

憲訴訟)の第二次訴訟(後述)国賠請求訴訟における2019〈令和元〉年10月・11月の東京地裁・広島地裁一審判決や同年3月・9月の東京家裁・広島家裁の家事審判事件却下および抗告棄却決定等(後述)では、いずれも大法廷判決をそのまま引用し、多くは広汎な立法裁量論によって合憲判決が導かれているようである。「制度」よりも個人を尊重した人権論の構築が望まれるなか、最高裁判決の「事実上の拘束」が長期にわたることは許されないであろう。

上記大法廷判決後のいわゆる夫婦別姓訴訟の原告代理人(以下、弁護団)が種々の「事情変更」を指摘していることを踏まえて、以下では、夫婦同氏原則をめぐる最高裁判決〔以下、2015〈平成27〉年最高裁判決と表記〕後の憲法学説における判例批判論の展開を検討し、憲法学からみた論点と課題について指摘することとしたい⁴。

Ⅱ 2015〈平成27〉年最高裁判決後の動向

(1) 立法動向等

2015〈平成27〉年最高裁判決後、国連女性差別撤廃委員会が、「2015年12月16日に最高裁判所は夫婦同氏を求めている民法第750条を合憲と判断したが、この規定は実際には多くの場合、女性に夫の姓を選択せざるを得なくしている」と指摘し、「民法を改正し、女性の婚姻適齢を男性と同じ18歳に引き上げること、女性が婚姻前の姓を保持できるよう夫婦の氏を選択に関する法規定を改正すること、及び女性に対する離婚後の再婚禁止期間を全て廃止すること」を求める再度の勧告を発した(2016年3月7日)⁵。これに対して、日本政府は2018年3月にコメント(仮訳)を発し、選択的夫婦別氏制度について、「10. 政府としては、この問題は、我が国の家族の在り方に深く関わるもので、国民の間に様々な意見があることから、最高裁判決における指摘や国民的な議論の動向を踏まえながら、慎重に検討する必要があるものと認識している。11. 引き続き、選択的夫婦別氏制度の意義等についてQ&A方式でまとめたものをHPに掲載するなど、の広報を通じ、国民的な議論が深まるよう周知に取り組んでいく。」と指摘している。

日本国内では、民法733条に関する上記一部違憲判決をうけて、判決当日夕

⁴ 本意見書は、辻村前掲論文(前掲注(3))をもとに、その後の憲法学の動向を補充して作成しており、内容に一部重複がある。

⁵ 女子差別撤廃委員会「日本の第7回及び第8回合同定期報告に関する最終見解」第12パラグラフ(c)、第13パラグラフ(a)参照。後者については2年以内の回答を日本政府に要求した。

http://www.gender.go.jp/international/int_kaigi/int_teppai/pdf/CO7-8_j.pdf

これに対する2018年3月の日本政府コメントは、内閣府男女共同参画局ウェブサイト

http://www.gender.go.jp/international/int_kaigi/int_teppai/pdf/commission_opinion_j_201803.pdf 2頁参照。

方に法務大臣が記者会見を行い、法律改正を待たずに婚姻解消後 100 日たった女性については婚姻届を受理することを公表し、全国の自治体に通知した。さらに運用による適用除外の拡大には問題があるため、民法一部改正案を 2016 年 3 月 8 日に衆議院に提出し、同年 6 月 1 日に参議院本会議において全会一致で可決された（同年 6 月 7 日公布・施行）。改正法では、民法 733 条 1 項および 746 条の定める期間を「前婚の解消又は取消しの日から六箇月」から「前婚の解消又は取消しの日から起算して百日」に改めた。また、民法 733 条 2 項を改め、女が前婚の解消若しくは取消しの時に懐胎していなかった場合又は女が前婚の解消若しくは取消しの後に出産した場合には、再婚禁止期間規定を適用しないこととした⁶。

他方、民法 750 条の夫婦同氏強制規定については、2015 年 12 月 16 日最高裁判決の多数意見が憲法 13 条・14 条・24 条に違反しないと判断したことから、マスコミでも合憲判決として大きく取り上げられた。本件は国家賠償請求訴訟であるため、山浦裁判官の反対意見（国賠請求認容）があるほか、裁判官全員一致で請求棄却の判決となった。寺田裁判官の補足意見、岡部裁判官の意見（櫻井龍子・鬼丸かおる裁判官が同調）、木内裁判官の意見があった。そのうち上記女性裁判官 3 名と木内・山浦裁判官の計 5 名の裁判官が明確に違憲判断を示し、木内裁判官の意見では「夫婦が同氏であることの合理性ではなく、夫婦同氏に例外を許さないことの合理性」が問題となることを明示した。また、多数意見のなかでも、「規制の程度の小さい、氏に係る制度（例えば、いわゆる選択的夫婦別姓制）」に「合理性がないと断ずるものではない」とあえて明示しており、今後の立法裁量にゆだねられた。

そこで、2016 年 5 月 12 日に超党派野党 4 党（民進、共産、社民、生活）が衆議院に選択的夫婦別姓を認める民法改正案を提出したが、継続審議となり、上記 733 条改正のみが成立した。その後、2018 年 6 月 14 日に超党派野党（立憲、国民、無所属の会、共産、自由、社民）が、衆議院に選択的夫婦別姓を認める民法改正案を提出し、同年 6 月 19 日に超党派の党（立憲、共産、希望の会（自由・社民）、沖縄の風）が参議院に選択的夫婦別姓を認める民法改正案を提出したが、これらも継続審議となった。2019 年 7 月 21 日の参議院選挙では、初めて選択的夫婦別姓が争点の一つになり、与野党の超党派有志らを中心に議論が

⁶ 法律第71号（平28年6月7日）参照。本法律案は、衆議院において、施行後3年を目途として、再婚禁止に係る制度の在り方について検討を加える旨の規定を附則に追加する修正が行われた。戸籍事務の取扱（民法733条2項に該当する旨の証明書等）については、「時の法令」2010号4頁以下参照。

続けられている⁷。

地方議会でも、三重県議会が「選択的夫婦別姓の法制化」を求める意見書を採択（2019年3月15日）し、東京都議会でも「選択的夫婦別姓の法制化を求める請願」が可決した（2019年6月19日）。このほか、2015〈平成27〉年最高裁判決後に地方議会で採択された意見書の数、2020年1月時点で66を超えている⁸。

他方、政府では、内閣府男女共同参画局、総理府、外務省等で、通称使用の問題点が再検討され、改氏を選択したことで種々の不利益や困難を抱える者（とくに多くの女性）たちの救済措置が取られている。例えば、平成28年度内閣府委託調査結果として「通称使用の状況に関する調査報告書⁹」が公表され、これ

⁷ 2020年2月14日には超党派有志の勉強会が衆議院第二議員会館で開かれ、与野党から約40人の国会議員が参加した。（弁護士ドットコムニュース

<https://headlines.yahoo.co.jp/hl?a=20200214-00010783-bengocom-soci> 参照）。

2020年1月22日の衆院代表質問で国民民主党の玉木雄一郎代表が「速やかに選択的夫婦別姓を実現させるべきだ」と述べた際に自民党議員から「それなら結婚しなくていい」というヤジがあり問題となった

（<https://www.asahi.com/articles/ASN1R6GR5N1RUTFK01G.html>）。この問題に関して同年1月23日の代表質問で、共産党の志位委員長は、選択的夫婦別姓を挿入すべきだと主張したが、安倍首相は、「国会の議論の動向を注視しながら慎重に対応を検討していく」との考えを示した。志位氏は、「安倍政権のもとで…ジェンダー平等に逆行する発言が繰り返される原因はどこにあると認識しているか」とも質問した。朝日新聞 2020年1月23日夕刊 参照。また同紙1面「素粒子」に「元局アナも、元俳優も。自民党でも「夫婦別姓」は一般的。率先して法制化を求めては。妙な野次を飛ばすより。」という投稿が掲載されたことは、意識変化の現状を示しているといえよう。

⁸ 令和元年（ネ）第365号 損害賠償請求控訴事件・控訴理由書4（事情の変更）2020年1月21日26-30頁の「意見書等一覧」参照。

⁹ http://www.gender.go.jp/research/kenkyu/pdf/mname_h28_gaiyo.pdf、調査結果では、旧姓を通称使用する理由は、「改姓前から付き合いのある仕事関係者に同一人物と認識してもらえるため」が72.5%と最も高く、次いで「取引先・顧客等社外の人に姓が変わったことを伝えなくてよいため」（37.8%）、「名刺やメールアドレスを変更しなかったため」（36.0%）である（概要版4頁）、旧姓を使用している範囲は、「名札、社員証」81.5%、「座席表」75.3%、

「社内名簿」71.3%、「名刺」70.5%、「メールアドレス」69.1%である（同3頁）。調査票を回収した4,695社のうち、「旧姓使用を認めている」は45.7%、「条件付きで旧姓使用を認めている」は3.5%で、何らかの形で旧姓使用を認めている企業は49.2%である（概要版7頁参照）。

に続いて、実際に住民票やマイナンバーカード、運転免許証等への旧姓併記が可能となった（それぞれ2019年11・12月から旧姓併記の運用開始）。さらに、旧姓による銀行口座等の開設に向けた金融機関への働きかけ（2019年12月に全国銀行協会等の団体に対して協力依頼を発出）や、旅券への旧姓併記の申請手続きの容易化に向けた検討、各種国家資格・免許等（保育士、介護福祉士、幼稚園教諭等、）への旧姓使用の拡大の検討・運用が順次進められている状況にある¹⁰。

しかしながら、調査の結果、多くの職域で通称使用の拡大が望まれていることが明らかになったことは、これまでに改氏した配偶者が被った不利益がいかにも甚大で深刻であったかを示すものでもあり、これを長期にわたり放置したことの立法府・行政府の不作為責任を示す証拠ともいえるものである。後述する憲法学研究者の判例批評の中には、この点を指摘するものも多く¹¹、今後も通称使用拡大と選択的夫婦別姓制導入との関係が問題になり続けるであろう（この点は、項を改めて後述する）。

（2）第二次訴訟等の展開

2018年以降、民法750条及び戸籍法74条の違憲性をめぐって、下記の4種類の裁判が展開されている¹²。

①外国人との婚姻等との対比から戸籍法の違憲性（憲法13・14・24条違反）を問う、いわゆる「ニュー選択的夫婦別姓訴訟¹³」（原告：青野氏、代理人：作花弁護士、2018（平成30）年1月提訴、東京地判2019（平成31）.3.25棄却（合憲）、東京高判2020（令和2）年2月26日棄却）。

②民法750条・戸籍法74条1号の違憲性を問う、いわゆる「第二次夫婦別姓訴訟」7件（憲法14条1項違反、信条による差別、24条2項違反、女性差別撤廃条約違反、自由権規約違反、代理人：榊原弁護士等弁護士団、2018年5月提訴、東京地判2019〈令和元〉年10月2日請求棄却判決、東京地裁立川支部同

¹⁰ 内閣府男女共同参画会議専門調査会等の資料による。2019年4月24日総務省提出資料6-1「住民票、個人番号カード等への旧氏の記載等について」

http://www.gender.go.jp/kaigi/senmon/jyuuten_houshin/sidai/pdf/jyu19-06-1.pdf

同日外務省提出資料6-2「旅券における旧姓併記について」

http://www.gender.go.jp/kaigi/senmon/jyuuten_houshin/sidai/pdf/jyu19-06-2.pdfなど

を参照。

¹¹ 後掲注（75）67頁駒村教授の指摘参照。

¹² 榊原富士子「夫婦別姓訴訟と憲法」辻村みよ子責任編集『憲法研究』第4号（2019年1月）187頁をもとに、その後の展開を追加している。

¹³ 詳細は、<https://sentakuteki.globa.com/> 参照。

年 11 月 14 日請求棄却判決、広島地判同年 11 月 19 日請求棄却判決。いずれも控訴審に係属中。これに先立ち 2018〈平成 30〉年 3 月 14 日広島家裁、東京家裁本庁、東京家裁立川支部に審判を申し立て、東京家裁本庁は 2019〈令和元〉年 3 月 28 日却下、抗告審の東京高裁は同年 11 月 25 日棄却、同年 11 月 29 日特別抗告。東京家裁立川支部 2 件はいずれも 2019〈令和元〉年 3 月 28 日却下、その抗告審の東京高裁は同年 11 月 25 日及び 2020〈令和 2〉年 1 月 23 日に棄却、いずれも特別抗告審に係属中、広島家裁は 2019〈平 31〉年 9 月 27 日に却下、現在広島高裁に係属中)。

②では第一次訴訟の最高裁判決を総括したうえで今後の課題を明確にし¹⁴、新たに婚姻届受理申立てを東京家裁、同立川支部、広島家裁に行い、国賠請求を東京地裁、同立川支部、広島地裁に提訴したものである。第一次訴訟の争点のうち、憲法 13 条（氏の変更を強制されない権利、婚姻の自由）違反の主張及び 14 条（性差別・間接差別）の主張を行わず、14 条（平等権侵害・差別禁止）違反と 24 条 2 項違反（実質的平等違反の立法裁量限定論）を主張した。とくに、別姓を希望する者と同姓を希望する者との間の「信条」による差別を主張し、東京地裁と同立川支部判決は、信条に当たると判断し、広島地裁は回避した。いずれも、民法 750 条は信条に着目しておらず、合理性を欠く制度ではないとして合憲判断が下された。3 件は、それぞれ東京高裁、東京高裁、広島高裁に 2019(令和元)年 10 月 15 日、11 月 19 日、11 月 28 日に控訴された¹⁵。

③外国（米国 NY 州）で 1997 年に別姓で婚姻した日本人夫婦（映画監督想田和弘と映画プロデューサーの柏木規与子）による違憲確認訴訟、いわゆる「夫婦別姓確認訴訟」（憲法 24 条違反、婚姻が日本で公証されないことの違憲性等を主張して東京地裁に 2018 年 6 月提訴した。慰謝料 20 万円を請求。第二次夫婦別姓訴訟の一環である）。

④双方に連れ子のいる再婚夫婦による違憲訴訟（外国人との対比により憲法

¹⁴ 弁護団長のコメントとして、榊原富士子「最高裁大法廷 2015(平成 27)年 12 月 16 日判決について」（2016 年 1 月 6 日）、http://www.asahi-net.or.jp/~dv3m-ymask/16_1_8_1.pdf 参照。ここでは、最高裁判決が評価される点として、①人格的不利益の認定、②憲法 24 条の裁判規範性の認定、③憲法 24 条の意義の明確化を指摘しているが、このような判決を引き出しただけでも第一次訴訟の意義は大きかったことがわかる。反面、問題点として、①氏の変更を強制されない自由を憲法 13 条上の権利であると認めなかったこと、②婚姻の自由につき上告人の主張に対する応答がなく、憲法上の権利であるか否かが明らかにされなかったこと、③嫡出でない子や親子別氏の嫡出子への配慮に欠けること、④家族の原則の形を強調しすぎる危うさ、⑤女性差別撤廃条約の無視、⑥憲法 24 条の判断基準（非常に緩やかな審査）等が指摘されている。

¹⁵ 経緯等の詳細は、別姓訴訟を支える会 <https://bessei2018.wixsite.com/bessei2018> 参照。

14条1項、24条違反を主張し、2018年8月に提訴した。東京地判2019（令和1）年9月30日は、「議論の高まりは見られることなどが認められる」としつつ、夫婦同姓規定が憲法に違反するといえるような事情の変化は認められないと判示して合憲判決を下し、東京高判2020（令和2）年3月26日は控訴を棄却した。上告予定とのことである）。

このほか、通称使用の権利について、東京都内の私立中高校の女性教諭が旧姓使用と損害賠償を求めた訴訟がある。ここでは、東京地裁は2016年10月11日、「職場で戸籍上の氏名を使用を求めることには合理性、必要性がある」などとして請求を棄却した¹⁶。控訴後和解が成立し、通称使用が認められた（2017年3月17日）が、通称使用の権利など、権利論の点でも今後の課題が残っている（後述）。

こうした近年の判例動向は、民法改正や憲法訴訟に多大な影響を与える点で注目されるが、残された憲法理論的課題も多い。憲法13条と「新しい人権」としての家族形成権・自己決定権論、憲法14条1項・24条2項の平等保障と間接差別論、憲法訴訟の類型や国家賠償請求訴訟における違法性判断の基準、制度をめぐる立法裁量と権利論の対抗などである。さらに改憲論議の中でも家族の在り方が問われており、広く学際的な視座を踏まえて「憲法と家族」の問題を検討することが喫緊の課題となっている¹⁷。

Ⅲ 2015（平成27）年12月16日最高裁判決後の憲法学からの評価

¹⁶ 東京地裁2016（平成28）年10月11日判決（労働判例1150号5頁 2017.4.1）全員男性の裁判官（小野瀬厚・中畑洋輔・小泉敬祐裁判官）によって下された本判決は、「旧姓が戸籍名と同じように使われることが社会で根付いているとまでは認められない」と判断した点で時代錯誤の判決と批判された。2015（平成27）年最高裁判決では通称使用が社会的に広まっていることから「不利益が一定程度緩和されうる」と解された点からしても、最高裁判決と整合しない点が問題となる。

¹⁷ 辻村『憲法と家族』日本加除出版（2016年）では、上記諸判決や家族に関する判例・学説等を分析して憲法学の立場から論点整理と問題提起を行い、比較憲法学等の広範な視座にたって問題点を明らかにしている。そこでは（i）家族をめぐる諸国の憲法には、世界の憲法をA 社会主義国型、B 先進資本主義国型、C 発展途上国型に分類する場合、A型では国家による家族の保護と一定の義務の強制、C型では貧困からの解放や社会権保障についての国家政策が重要課題であることから、家族や婚姻の保護、子ども・青少年等の保護を憲法上に明示することが特徴である。日本国憲法が属するB型では、社会福祉の観点から家族の保護を定めると同時に、個人の婚姻の自由や家族形成権、プライバシー、配偶者間の平等が強調され、個人主義原理が基調となり、近年では（同性カップルを含む）家族形成権が重視されている。このように家族の観念自体が変容しており、制度（公序）としての家族から、幸福追求の場としての家族への展開が認められることなどを指摘した（辻村『憲法と家族』6~20頁参照）。

2015〈平成27〉年12月16日最高裁判決後、憲法学・家族法学¹⁸・行政法学等からの批評が相次いで公表され¹⁹、種々の角度から問題提起が行われている。2018年5月の江藤祥平准教授の判例評釈（「自治研究94巻5号」131-139頁）では、本件最高裁判決に対して「学説は概ね批判的である²⁰」と結論づけている（例外として、判例評釈1点が例示されているが、この評釈では「憲法13・14条に反しない場合でも、24条に反する可能性を示唆した点」で評価を得ていることが指摘される²¹）。

判例批評の論点を分類すると、(A) 制度論的思考に対する批判、(B) 14条論（間接差別、カップル間の差別論、24条2項論、(C) 14条論及び24条2項論、(D) 13条論及び24条2項論、(E) グローバル人権論からの批判 (F) 司法積極主義からの評価、などにわけられるため、以下、順に概観する。

(A) 「制度論的思考」に対する批判

(1) 高橋和之教授の論評（2016年3月）・泉元最高裁判事の見解（2017年1月）

夫婦別姓訴訟上告審に意見書を提出していた高橋和之教授は、最高裁の合憲判決の「結論以上にその手法に失望」して「世界」2016年3月号に投稿した²²。

¹⁸ 家族法学からの判例批評としては、二宮周平の評論が、氏を家族の呼称と捉えて制度を人権よりも優先した多数意見を批判し、少数意見を支持する立場に立ちつつ、氏の変更を強制されない権利が人格権として憲法13条の保障を受ける点を重視している（二宮「最大判平27・12・15と憲法的価値の実現（1）」戸籍時報736号36-40頁参照）。また、水野紀子も、「社会の変化にもかかわらず、国家が家族を支援して家族内の弱者を保護する政策を採用してこなかったこと」を非難し、人格権としての氏名権を重視する立場から、「最高裁は、これほどの人権侵害規定は違憲であると判断すればよいのであって、その具体的な立法については国会に委ねることで足りる」と述べている点が注目される（水野「判批」家庭の法と裁判6号（2016年）21-22頁参照）。

¹⁹ 2015年12月16日最高裁判決後の評論・解説には、本稿引用の他にも多数がある。民法733条判決につき、笹田栄司・法学教室430号125頁、堀口悟郎・法学セミナー734号108頁、加本牧子・ジュリスト1490号88頁、朝田とも子・法学セミナー735号109頁、尾島明・法律のひろば69巻4号66頁、建石真公子・判例時報2284号53頁、窪田充見・判例時報2284号53頁、澤田省三・戸籍925号14頁、神橋一彦・法学教室430号133頁、中曾久雄・愛媛法学会雑誌42巻3-4号173頁がある。750条につき、建石・窪田前掲のほか、畑佳秀・ジュリスト1490号97頁、村重慶一・戸籍時報736号44頁、上田健介・法学教室430号126頁など多数がある。本稿では、750条に関するもののうち憲法学研究者による主要なものを検討対象とする。

²⁰ 江藤祥平「判批1046」行政判例研究「自治研究94巻5号」130頁。

²¹ 羽生香織・新判例解説watchのみ引用されている。但し筆者は民事法学専攻で「多様化する家族のあり方について、法は向き合わなければならない」として、子の氏、通称使用、戸籍制度の選択的別氏制の考慮事項を検討している。なお、評論として石崎学・新判例解説Watch18号34頁が引用されている。

²² 高橋和之「夫婦別姓訴訟——同氏強制合憲判決にみられる最高裁の思考様式」世界879号（2016年3月号）岩波書店、138-150頁。

一般向けの論考とはいえ、内容的にも理論的にも他を凌駕する重要な最高裁判決批判論となった。

高橋は、「家制度の残滓が、…無言の圧力となって女性に氏の変更を『強制』してきた」こと、「婚姻に際して妻が夫の氏を称するのは当然だとする意識」がこの社会的な差別構造と密接に結びついていることを喝破し、この点から今回の最高裁判決で3名の女性裁判官全員が同氏強制を違憲と判断したことは「決して偶然ではない」とした²³。

高橋説は、①憲法24条2項の「個人の尊厳と両性の本質的平等」の内容を明確に定義づけて該当性の判断を行う「定義づけ衡量」の手法を採用するが、本件最高裁判決はこれを採用せず、②氏の変更の強制を人権の制限と構成し、制限が正当かどうかを検討するアプローチによりつつ、「人権の保障内容は法制度により具体化されるのであるから、人権の保障範囲は制度の枠内に限定される」という「制度優先思考」をとったことを批判した。

また、憲法学者たちが企画して元最高裁判事泉徳治判事にインタビューした著書²⁴において、泉元判事は、下記のように指摘して「制度優先思考」を正面から批判している。

「選択的別姓を認めずに同一性を強制することを合憲とした多数意見を読むと、「個」がない、「個」が見えない判決だと思います。まず社会があり、社会の構成要素として家族があり、家族の中に個人がいるという発想です。…社会全体の便宜のためには、家族形態は規格的・画一的であるほうがよい、という発想です。しかし、まず、一個人の人間としての男と女があるのではないのでしょうか。…個人の尊重、個人の尊厳がまず最初に来るべきことです。多数決原理で個人の人権を無視することは許されないと思います。

「氏」は、婚姻または家族に関する法制度の一部として法律が具体的な内容を規律しているのだから、氏に関する人格権の内容も法律制度をまって初めて具体的に捉えられる。というのも間違いです。法律があって氏があるのではなく、憲法13条の個人の尊重から個人のアイデンティティの象徴としての呼称があり、憲法13条の下で法律が呼称に関する具体的制度を定めます。法律で定めるに当たっては憲法13条の拘束を受けます。ところが、大法廷判決は、…法律で婚姻により夫婦同氏を強制するように規定しているのであるから、氏の

²³ 高橋前掲論文141頁。多数意見を形成した全員男性の裁判官が、女性の怒りと痛みの本質をどこまで理解していたか、と問う視点にはジェンダー・バイアスについての理解が示されるが、憲法学界や法学界全体では、いまだ浸透していない。例えば、後述の木村草太教授の評論は、「裁判官の性別の強調といった表層的な分析は、却って問題の解決を遠ざけてしまう」と批判し、あくまで理論的分析を主張している。

²⁴ 泉徳治＝渡辺康行＝山元一＝新村とわ『一步前へ出る司法——泉徳治元最高裁判事に聞く』日本評論社（2017年）266－274頁参照。

変更を強制されない自由など憲法上認められないというのです。・ ・ ・ また、大法廷判決は、・ ・ ・〔憲法 24 条 2 項の規定は〕立法府に対する「要請、指針」であるとしておりますが、同項は、立法府に対し「個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚」することを命じたものです²⁵。」

（2）小山剛教授「判批」（2017 年 4 月）

小山剛教授の判例批評は、人格権としての「氏名」や「婚姻」の自由も、ドイツにおいて「法制度に依存した権利」であるとして、ドイツ連邦憲法裁判所の判例理論に基づく「三段階審査」論を基調として、〔i〕権利の保護領域の確定、〔□〕権利ないし保護領域の制限の有無、〔□〕制限の正当化の 3 段階に沿って、権利と法制度との関係を分析している。ここでは、最高裁は、①「氏の変更を強制されない自由」は人格権の一内容ではない、②氏の変更に付随する不利益も「人格的利益」として考慮されるにとどまる、□本件規定それ自体は差別的取り扱いを定めた規定ではない、□夫婦同氏強制は婚姻の自由を直接制約するものではない、として、憲法 13 条、14 条 1 項、24 条 1 項に違反しないとした。⑤24 条 2 項との関係でも、夫婦同氏制は合理性を欠く制度であると認めることはできない、とした。小山教授よれば、このうち①~□は、憲法違反の有無を検討するにあたって、「正当化（規制目的や手段の審査）よりも以前の、保護領域あるいは制限の有無の段階で処理している²⁶」。そして、文言上差別的要素を含んでいない規定について憲法 14 条違反を問うのは（上記③）相当敷居が高く、新しい憲法上の権利の基礎づけ（上記□）にも固有のハードルがある。

このため、残る①と□が「権利と法制度の切り分け」という問題を提起しており、「本判決は、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、制度の論理へと逃げ込んでいる。しかしながら、法制度への依存は、法制度への従属を意味するのではない²⁷」と指摘する。その上で、「本判決は、憲法 24 条 1 項にいう『婚姻』を、・ ・ ・ 法制度の枠内の婚姻を指すものとして理解し」、婚氏決定が法律婚の成立の前提条件であると認定したうえで、最終的に「法的構成としては、憲法上の婚姻の自由に対する下位法による制約と観念した方がむしろ素直であろう²⁸」と婉曲に批判している。

²⁵ 泉他前掲注（24）267-268 頁。

²⁶ 小山剛「判批」ジュリスト 1505 号（重判平成 28 年度憲法 7）22 頁。

²⁷ 小山前掲注（26）22 頁右列参照。

²⁸ 小山前掲注（26）23 頁左列参照。

本判決は、「権利と制度がせめぎあう憲法問題について、権利制限という構成を自覚的に退け、立法裁量の問題としてこれを審査した」が、「権利の論理と制度の論理が交錯する場合に、自動的に権利を従属させた感がある。・・・単純な制度論への逃避は、単純な権利論とおなじく益するところが少ない²⁹⁾」という批判的な結論に到達している。

現代ドイツ憲法理論に依拠した検討によっても、本判決の「制度優先思考」が批判された点は重要であろう。

(3) 石崎学教授の批評 (2016 年 4 月)

石崎教授の批評³⁰⁾でも、「制度と権利」の問題を重視し、「憲法学は、本判決に接して、そのような道筋³¹⁾よりもむしろ制度的権利と制度との関係の再検討をすべきであると筆者は考える」と指摘する。ここでは、奥平教授の見解を参考に、「制度の周縁にはめ込まれている『権利』の客観的存在意義」の分析を求めており、佐々木くみ准教授の見解（「婚姻に際して氏の変更を強制されない権利を『防御的権利』であるとする見解³²⁾」を参照している（佐々木准教授の見解につき後述 (4)）。

(4) 佐々木くみ准教授の論評 (2018 年 4 月)

本判決をめぐって、「憲法上の権利と制度の関係」が注目されていることを踏まえて「制度審査」（婚姻・家族制度構築の際の立法裁量権の有無の審査）」を検討する³³⁾。蟻川教授の言う「制度準拠的思考」（当該規定がその一部を構成する中間的制度として位置づけたうえで、当該既定の合憲性を審査する枠組み）に関して、本判決法廷意見と反対意見を比較した。その結果、とくに、前者が夫婦同氏を婚姻の効力とみなしているのに対して、後者が婚姻の成立要件とみなして婚姻の自由の直接的制約と認識していることから「夫婦同氏制が例外を認めていないことの合理性が直接に問われることになる³⁴⁾」とする。それに関連して、佐々木准教授は、「最高裁が土俵に乗りやすいのは、外在的批判・・・

²⁹⁾ 小山前掲注 (26) 23 頁右列参照。

³⁰⁾ 石崎学「判批」法セミ増刊、新・判例解説 Watch vol.18(前掲注 21)31 頁以下参照。

³¹⁾ 「そのような道筋」とは、憲法 24 条の文言を足がかりに客観的原則を見出す道であり、「憲法が想定する原則的な家族形態をめぐる議論と不可分な困難な道のり」であるとされる。前掲注 (30) 34 頁。

³²⁾ 法セミ増刊、新・判例解説 Watch vol.14(2014 年)29 頁参照。

³³⁾ 佐々木くみ「制度審査——制度審査とは何を審査するのか？」大林啓吾ほか編『憲法判例のエニグマ』成文堂 (2018 年) 223 頁以下参照。

³⁴⁾ 佐々木前掲注 (33) 237 頁。なお、佐々木准教授は、下級審判決に関する判例評釈の中で、例外を認めていないことをもって違憲と判断する LRA の基準論を示唆している。佐々木前掲注 (32) 27 頁参照。

よりも、最高裁の枠組みの中で内在的に裁量統制の手法を深化させてゆく方途なのではないか。」と述べて、最高裁に対して裁量統制の手法を進化させてゆく手法に期待し、通称使用の拡大が、今後の制度審査の結論をどちらの方向に導くことになるのかに注目している。

（５）江藤祥平准教授「判批」（2018 年 5 月）

江藤准教授も、「問題は、ある自由が憲法上の権利として保障されるか否かを知るにあたって、なぜ憲法の下位法である民法を参照するのかという点にある。本判決曰く『氏に関する人格権の内容も、・・・法制度をまって初めて具体的に捉えられるもの』だからである。しかし、この点に関する判示の論理構成は、明確なものとはいいがたい。³⁵⁾」として、判決の論理を批判する。「氏が一定の法制度を前提にすることはそのとおりであるとしても、そのことから直ちに憲法上の権利の内容が民法により規律されることにはならないはずだからである（小山剛³⁶⁾」。例えば憲法 25 条の生存権のような請求権的自由が問題になる場合にも「最低限度」の生活か否かの判断が、下位法に一任されるとは考えられていない、ことが例証される。

この点について、江藤准教授は「いずれにせよ、憲法の意味する家族の形を曖昧にしたまま、単に民法上の氏の呼称としての意義を強調するだけでは、憲法論としては不十分である³⁷⁾」と断じ、「本判決は、法制度や身分関係を根拠に議論を展開しているが、その内実は明確ではなく、氏の変更に係る人格権の権利性を否定する論拠としては不十分といえる³⁸⁾」と批判する。

例えば、「最高裁の先例として『みだりに指紋の押捺を強制されない自由』を憲法 13 条の権利として認めてきたことに照らせば、・・・『みだりに氏の変更を強制されない自由』という形で権利性を認める方が先例に即していたように思われる」からである。そして、「今回権利性を否定したことは、家族の呼称以上の実質的論拠を論じる最高裁の自信のなさの裏返しともとれる³⁹⁾」とする（後述、D-(4)）。

（６）蟻川恒正教授の論評（2018 年 10 月）

夫婦同氏強制問題を素材として選択的別姓制などの法制化の在り方を総合的に検討した蟻川論文⁴⁰⁾では、上記 2015（平成 27）年最高裁判決について「憲

³⁵⁾ 江藤前掲注（20）131 頁。

³⁶⁾ 小山前掲注（26）22 頁を引用。

³⁷⁾ 江藤前掲注（22）132 頁。

³⁸⁾ 江藤前掲注（22）133 頁。

³⁹⁾ 江藤前掲注（22）133 頁。

⁴⁰⁾ 蟻川恒正「家族への法的介入と憲法——夫婦同氏強制を素材として」法律時報 90 巻 11 号

法 13 条、14 条 1 項についての判断には再検討の余地がある上、憲法 24 条 2 項についての総合的考慮の枠組とその適用には、なおあいまいな部分が残る⁴¹⁾とする。その前提として、別稿座談会発言⁴²⁾のほか、別稿判例評釈⁴³⁾もふまえて、「制度準拠的思考」を批判する。「本判決が、民法 750 条の憲法 13 条適合性を判断するに当たって、制度準拠的思考をとることが適当であると考えたうえで、氏に関する前記「法制度」には一定の合理性があると考え、民法 750 条は憲法 13 条に違反しないと結論したのである。その判断には再検討の余地がある・・・⁴⁴⁾」からである。ただし、紙幅の関係上か「制度準拠法的思考」自体に対する批判論はそれ以上論究されていない。(他の論点につき、後述、D-2 参照)。

(B-1) 14 条論 (実質的平等・間接差別論)

(1) 高橋和之教授の論評——実質的平等・間接差別論

高橋教授は、平等権についても、今日では憲法が実質的平等を保障していると解すべきであり、合理的期間内に是正せずに放置した場合には違憲と解すべきであるとする。高橋説では、最高裁に提出された意見書⁴⁵⁾において、実質的平等論を担保する理論として欧米の間接差別論に言及しており、上告代理人たる弁護団もこの主張に依拠している。高橋意見書では、諸外国では「間接差別あるいは差別的インパクト (discriminatory or disproportionate impact) の問題」として議論していることを指摘し、アメリカの平等権に関する判例理論では、人種差別の正当性が「厳格審査」に服することから、正当化はきわめて困難であり、厳格審査を行うべき場合を適切に限定するために差別目的の論証を要求している、とする。これに対して日本の判例では、差別の合理性は「諸般の事情の総合判断により決定」し、差別の類型ごとに審査の厳格度を分けるという考え方はとっていないため、間接差別についても、法の運用実態において無視しえない程度の差別が生じている場合には、差別の存在を認め、それが合理的差別かどうかを「総合判断」により決めるというアプローチとなり、間接差別であるという事実はその総合判断における一判断要素と捉えることになる、と解する。「夫婦の氏の選択において性にに基づく差別は厳然たる事実として存在する」の

(2018 年 10 月号) 10-17 頁。

⁴¹⁾ 蟻川前掲注 (40) 12 頁。

⁴²⁾ 高橋和之=佐藤幸治=棟居快行=蟻川恒正「座談会=憲法 60 年——現状と展望」ジュリスト 1334 号 (2007 頁) 2 頁、24-26 頁 (蟻川発言) 参照。

⁴³⁾ 蟻川「夫婦同氏制の合憲性」民法判例百選□ (第 2 版) 2018 年 3 月、14-15 頁。

⁴⁴⁾ 蟻川前掲注 (40) 11 頁。

⁴⁵⁾ 高橋和之名誉教授の意見書は、別姓訴訟を支援する会のウェブサイト <http://www.asahi-net.or.jp/~dv3m-ymsk/takahasi.pdf> 参照。

であり、この差別を生み出している主要な原因は「戦前の家意識の残存」「国民の意識（婚姻に際して自己の氏の変更を望まない女性に対しても、抗うことの困難な心理的な圧力として作用している）」であり、「個人の尊厳と両性の本質的平等」（憲法24条2項）という基本価値とは整合しないと主張する。

（2）江藤祥平准教授の論評（2018年5月）

行政判例研究（自治研究94巻5号）に掲載した判例評釈において、江藤祥平准教授は、「実質的平等の問題が困難だからといって、これを一括りに憲法14条1項の埒外に追いやるのはやはり行き過ぎである。少なくとも、今回のように余りに著しい偏差が見られる場合には、規定の在り方自体から生じた結果に準ずるものとみて、平等違反の審査を行うべきだったように思われる⁴⁶」と指摘している。

その前提として、下記のような認識が示される。「形式的平等である以上、平等問題は存在しないという趣旨に読める」が、「最高裁は、文言上中立であるとの一事をもって平等問題は存在しないとはいってこなかったはずである。たしかに、サラリーマン税金訴訟判決では…税制法制そのものを違憲ならしめるものではないとのべている。しかし・・・氏の選択の不平等は夫婦同氏制を適正に執行した結果として生じたものであるから、両者を同列に論じることとはできないはずである。」「もっとも、最高裁の力点は、・・・偏りが個々の協議の結果として生じた点のほうにあるようにみえる。ただし、そういえるためには、その結果が当事者双方の「自由な選択」によるものであることが前提である。ところが、本判決はこの点は「実質的な平等」の問題であり、その実現は憲法14条1項の『趣旨に沿う』ことはあっても、要請はされていないとみる。しかしこの見方は、明らかに妥当ではない。これが平等問題でないとすると、規定の文言が中立でありさえすれば、力関係の不平等を利用することで、立法者はいかようにも差別的扱いを正当化することができてしまう。こうした事態を避けようと、アメリカの判例法理では、規則が不釣り合いな結果をもたらすというだけでは平等条項に反しないが、差別の意図や目的があれば違憲になり得ると解されている（*Washington v. Davis* 462 U. S. 229 (1976)）。・・・立法者はこの不利益が専ら女性に偏在していることを認識したうえでそれを放置しているのであるから、遅くとも現時点では国会は不作為によって性差別を助長する意図があるとみる余地は十分あるように思われる。立法事実の変化によって民法750条は違憲になったとする岡部意見の指摘は、この点で全く正しい⁴⁷」とする。

⁴⁶ 江藤前掲注（20）136-137頁。

⁴⁷ 江藤前掲注（20）135-136頁。

(B-2) 14 条論（夫婦同氏希望者と夫婦別氏希望者間の差別）

(1) 木村草太教授の論評——新たな対抗軸（同姓希望カップルと別姓希望カップル間の差別）の提示（2016 年 6 月）

2015 年 12 月判決直後に、民法 750 条違憲訴訟の上告人が国賠請求訴訟で闘ったことについて批判的なコメント⁴⁸を公表していた木村草太教授は、2016 年 6 月の評論において、平等権侵害について新たな視座を提起して再検討を試みている⁴⁹。実質的不平等として間接差別を認める高橋説の理解については、「実質的不平等自体を権利侵害とするのは射程を拡大しすぎた議論である」とし、「間接差別は、差別的意図に基づく行為と定義すべきであろう」として批判している。

この議論で特徴的なのは、新たな平等権侵害の視点から検討した点である。すなわち、民法 750 条で問題なのは男性と女性の中の「氏の変更を強制されるかどうか」に関する区別論ではなく、「同姓カップル」と「別姓希望カップル」との間の「法律婚をできるかどうか」の区別であるとし、従来の合理的関連性の審査基準に照らせば、氏の統一という目的とこの区別が関連性を持たないことから、違憲と判断されるという立論を示した。この議論は、14 条ないし 24 条の平等論で対処しようとする場合の新たな対抗軸を示し、法廷意見の矛盾を指摘するものとして今後の議論にとって有効性を持つように見える⁵⁰。

なお、上記の夫婦別姓訴訟第二次訴訟の弁護団では、憲法 14 条違反を主張するに際して、木村説の対立軸（「同姓希望カップル」と「別姓希望カップル」の差別論）と類似の視点から、夫婦同氏希望者と夫婦別氏希望者間の差別を問題として 14 条 1 項違反論を展開している。

(B-3) 第二次訴訟弁護団の主張および判例評釈

2018 年 5 月に東京地裁、同立川支部、広島地裁に提訴された第二次夫婦別姓訴訟（国賠請求訴訟）および同年 3 月提訴の家事審判では、原告代理人弁護団は、第一次訴訟とは異なり、憲法 14 条 1 項違反の論点として、「夫婦同氏を希望する者と夫婦別氏を希望する者との間に信条による差別的取り扱いが存在する」ことを主張した。ここでは、「法は、個人が法律婚をするに際して夫婦同氏を希望するか夫婦別氏を希望するかによって、別異な取扱いを行っている」とし、「夫婦双方が婚姻後も継続して生来の氏の継続使用を希望し、かつ互いのそ

⁴⁸ 木村草太「最高裁は選択的夫婦別姓に理解を示している」VIDEO NEWS (<http://www.videonews.com/>) ニュース・コメンタリー（2015 年 12 月 19 日）

⁴⁹ 木村「夫婦同姓合憲判決の意味——何の区別が問題なのか？」自由と正義 67 巻 7 号「憲法リレートーク 36」（2016 年）110-117 頁。

⁵⁰ 1947 年の状況下に実際に事実婚を選択する「別姓希望カップル」が存立しえていたのかという疑問など、筆者の私見は、前掲論文（前掲注 3）293-295 頁参照。

うした希望を尊重し合う夫婦として生きるか、あるいは夫婦の一方が氏を変更することによって不利益を被る面があるとしても同氏であることに一体感を感じ同氏夫婦として生きるかは、夫婦としての在り方を含む個人としての生き方に関する自己決定に委ねられるべき事項であり、憲法 14 条 1 項後段の「信条」に他ならない」と指摘している。さらに、民法 750 条及び戸籍法 74 条 1 号が憲法 24 条に反する旨を主張した。

これに対して、東京地裁 2019〈令和元〉年 10 月 2 日判決⁵¹は、①憲法 14 条 1 項後段の「信条」には、「宗教上の信仰のほか、政治や人生に関する信念・主義・主張を含む」と広く解し、「婚姻後も夫婦別氏を希望することは『信条』に当たる」と判示した。他方、判決は、②「夫婦同氏を希望する者と夫婦別氏を希望する者との二者に分類することはできるものではない」として民法 750 条は「信条」による間の差別的取り扱いでない（「形式的な不平等が存在するわけではない」として 14 条 1 項違反ではないとした。③憲法 24 条 2 項については、氏の選択が当事者間の協議に委ねられていること、通称使用により不利益が一定程度緩和されうることなどから、「直ちに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く制度とは認めることができず、国会の立法裁量の範囲を超えるものと見ざるを得ないような場合には当たらない」とした。④2015〈平成 27〉年最高裁判決後の事情変更に関連して、「平成 27 年最大判の正当性を失わせるほどの事情変更があったとみとめることはできない」とした。⑤最高裁判決では判断をさけた女性差別撤廃条約や自由権規約違反の点については、「原告ら主張の各権利が同条約により直接に個々の国民に保障されているとは認められない」として、条約違反の主張を退けた。こうして、民法 750 条と戸籍法 74 条 1 号が、憲法 14 条 1 項と 24 条に違反するものではない、とした。

2020 年 2 月以降、憲法研究者による判例評釈が公刊され始め、2020 年 3 月 1 日現在で、下記の 3 点の判例批評が行われている。

1) 巻美矢紀教授の評釈⁵²は、②の論点に関して判決が、民法 750 条は「夫婦別氏の希望を指標」として不利益処遇をするものではない、としたことについて、「たしかに信条に着目した差別意図の事情はうかがえないが、結果として、同規定により不利益を受ける者は上記信念をもつ者である」と指摘して、実質的平等違反を示唆している。また、④に関連して、「別氏希望者を無意識の偏見や社会的慣習により孤立した少数者ととらえず、民主主義に委ねた」ことを指摘する。この点では、巻教授自身が、本件の別氏希望者を上記のアンコンシャス・バイアスのもとで孤立した少数者と捉えてその権利保障を重視していることが窺える。

⁵¹ 平成 30 年(ワ)第 14572 号、第 21530 号損害賠償請求事件 LEX/DB25564040

⁵² 巻美矢紀「夫婦同氏制の合憲性」法学教室 473 号、2020 年 2 月、127 頁参照。

2) 池田晴奈准教授の評釈⁵³は、上記②の論点について、判決が「(同氏希望者と別氏希望者との) 二分にはならない」としたことに対して、原告の主張が、婚姻届内の「婚姻後の夫婦の氏」欄で「夫の氏」と「妻の氏」の選択を指しているのであろう、と解し、「そうであれば、・・民法 750 条は「信条」により婚姻が成立する者と成立しない者の区別を生み出す規定といえる」と考え、その区別を生み出すことの合理性を「裁判所が踏み込んで判断することが望まれよう」と指摘している。上記④について、「近年の判決において最高裁は、内容としては判例変更と考えられるものも判例変更を明示せずに違憲判断を下す傾向にある」⁵⁴ことを述べて、選択的夫婦別氏制に対する国民の意識の変化に注目している。

3) 浜口晶子准教授の評釈⁵⁵は、上記②の論点に関して、判決が、「信条」に拘らず民法 750 条では均等な取扱いをしており区別がないと解したことに対して「規定の目的に『信条に着目した区別』を明示しなければ 14 条 1 項に違反しないと述べているのに等しい」と批判している。また、2015 年判決とは異なって「本件で主張された被侵害利益は、相続権や嫡出推定・親権など法律婚で得られる法的利益等が得られないことであり、この点への言及が必要だったはずである」と正鵠を射た指摘を行っている。24 条違反の点についても、「2015 年最判当時と比較して」④の判断に至った判例に対して「なお合理的な説明を要するのではないか」と批判している。

いずれも、きわめて限られた紙幅のなかで、適切・有益なコメントが加えられていることが注目される。

(C) 14 条及び 24 条 2 項論

判例・通説では、従来、憲法 14 条の平等論は形式平等論で検討してきたが、2015〈平成 27〉年最高裁判決では、憲法 24 条 2 項の「両性の本質的平等」の解釈にあたって、実質的平等も、24 条の立法裁量を制約する基本原理になり得ると解し、実質的平等論も(14 条でなく 24 条で)認めていることが重要である(辻村、後述)。

なお、上記の高橋和之説においても、「間接差別が主として憲法の許容しない理由が原因となって生じている場合には、このことは総合考慮において重要な要素と扱われるべき」とされており、直接 14 条論違反と解されない場合も、24

⁵³ 池田晴奈「第 2 次夫婦別姓訴訟——民法 750 条夫婦同氏制の合憲性」新・判例解説 Watch・研究 No.165(2020 年 2 月 14 日掲載)

⁵⁴ 大林啓吾「憲法判例変更のパラドックス」法時 88 巻 4 号(2016 年)98-99 頁。

⁵⁵ 浜口晶子「判批」法学セミナー 781 号(2020 年 2 月) 118 頁参照。

条2項の判断要素とされて、24条違反が認定されうることを示唆している⁵⁶（後述）。

(D) 13条及び24条1項・2項論

(1) 辻村みよ子の見解——24条違反説・『憲法と家族』（2016年5月）ほか

憲法学説の中では2015（平成27）年最高裁判決後にいち早く単行本を刊行し、コメントしたのが辻村である⁵⁷。すでに、1990年代の著作以来、民法750条の夫婦同氏原則自体を、憲法13条及び24条1項および2項に違反するという違憲説を提示しており、別姓訴訟弁護団の上告趣意書や2015（平成27）年最高裁判決反対意見にも一定程度の影響を与えていることが伺える。2015（平成27）年最高裁判決の調査官解説でも、憲法24条1項適合性に関する学説状況に関連して、違憲説として、辻村『ジェンダーと人権』（2008年）を引用して、「夫婦が同氏を称することは、婚姻の成立のために不必要に荷重された要件となっており違憲であるとする見解である⁵⁸」と明示されている。また、24条2項について、「家族領域での実質的平等保障が憲法24条に委ねられることを指摘するものとして、辻村みよ子『ジェンダーと人権』245頁（平成20年）がある」のように同見解が引用されている⁵⁹。

さらに、2015（平成27）年最高裁判決直後の辻村『憲法と家族』では、判旨を紹介したうえで、①制度優先論、②13条、③14条、④24条1・2項との関係から多数意見への批判を行っている。私見は後に再論するため、ここでは、概要のみを示す⁶⁰。

①夫婦同氏制度に関する本件では、民法750条は両性に形式的平等を保障しつつ、実質的に女性に不利益が及んでいることから、上告人は、憲法13条の「氏の変更を強制されない権利」、24条1項の婚姻の自由、24条2項・14条1項の両性の実質的平等ないし間接差別を主張し、国賠請求をしたが、大法廷は、13条・24条1項の権利論自体を拒絶することによって違憲主張を退け、氏の決定方法を含む家族制度の在り方に対する立法裁量を許容することによって、立法不作為の国賠請求も棄却した。とくに、憲法13条違反に関連して現行法制度に

⁵⁶ 高橋意見書前掲注（45）3頁参照。

⁵⁷ 辻村前掲注（17）『憲法と家族』246—281頁参照。

⁵⁸ 畑佳秀「最高裁判例解説」法曹時報68巻12号3235頁（2018年）。

⁵⁹ 辻村『ジェンダーと人権』（「女性と人権」改訂版）日本評論社（2008年）245～247頁参照。
この2008年の見解は、実は、1997年（平成9）年の『女性と人権』日本評論社219～222頁に掲載したもので、初出は、辻村みよ子「憲法24条と夫婦の同権」法律時報65巻12号（1993年）である。このほか辻村『憲法』初版（2000年）から第5版（2016年）まで民法750条の違憲性について記載し、同第6版では、平成27年最高裁判決の概要を述べて批判点を記している（同174頁参照）。

⁶⁰ 辻村前掲注（17）『憲法と家族』276-281頁参照。

おける氏の性質等に鑑みると、「氏の変更を強制されない自由」が人格権の一内容であるとはいえないとする。しかし、権利と制度の関係において、制度を前提として権利の内容を決するという論理構造は逆である。本件では、婚姻に際しての改氏制度（夫婦同氏を強制する制度）の合憲性が争われているのであり、現行の氏の制度の合理性を安易に肯定して、権利を否定することは論理的ではない。木内意見も指摘するように、この制度自体が例外を認めない制度であり、そのこと自体が違憲であると批判されているのであり、その制度の合理性は十分論証されてないように見える。

②本件（最大判）で上告人が主張した「氏の変更を強制されない権利」は、人格の本質にかかわる権利であり、憲法 13 条によって保障されていると解することは論理的に十分可能な議論であることからすれば、多数意見が「13 条に違反するものではない」と結論付ける論証は十分ではない。実際、制度の合理性を認定したのは、身分関係の変動を自らの意思で選択することに伴って夫婦の一方が氏を改めるという場面であって「自らの意思にかかわらず氏を改めることが強制されるわけではない」という理由による。しかし、婚姻による身分変動については自由意思によるとしても、その際に、一方が婚姻時に改氏するのは夫婦同氏制が強制されているからであり、これは、自由意思によるというより、夫婦同氏制の強制の結果であると考えることができる。

③14 条違反について、本件（最大判）多数意見は、民法 750 条が夫婦にとって法文上形式的に平等な規定であるから、性差別的な取り扱いを定めているわけではない、と指摘する。その点は当然のこととしても、上告人はさらに形式的平等論を超えて、実質的平等論（ないし間接差別論）を主張している。間接差別論については、国際人権法の土俵ではすでに諸国で確立された法理であるとしても日本では学説・判例上も確立されてないため、私見ではこれを本上告審で主張することが有効であったかどうかについては疑問を持っており今後の課題であると解しているが、少なくとも、実質的に 96%もの女性が氏の変更を行っている背景には、夫婦同氏制の強制が関係している。岡部裁判官等の 3 裁判官の意見にあるように、「夫の氏を称することが妻の意思に基づくものであるとしても、その意思決定の過程に現実の不平等と力関係が作用しているのである。そうすると、その点の配慮をしないまま夫婦同氏に例外を設けないことは、多くの場合妻となった者のみが個人の尊厳の基礎である個人識別機能を損ねられ、また、自己喪失感といった負担を負うこととなり、個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚した制度とはいえない。」まさに、正鵠を射た指摘である。この点、婚姻制度における実質的平等の問題は、憲法 24 条 2 項の問題である。

④憲法 24 条について、本件多数意見はその保障内容や限界に関する重要な指摘を行っている。24 条 1 項の保障内容としての「婚姻の自由」について、最高

裁再婚禁止違憲訴訟判決では、「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」と述べており、本件においても、同様の理解があるものと解される。岡部裁判官らの意見では、「夫婦が称する氏を選択しなければならないことは、婚姻成立に不合理な要件を課したものである」として婚姻の自由を制約するものである」と断定しており、婚姻の自由の裁判規範性も認定していると解される。

24 条 2 項の保障内容と射程について、多数意見は、「憲法 24 条 2 項は、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、同条 1 項も前提としつつ、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だといえる。」とのべる。一方では婚姻の自由を「尊重に値する憲法上の利益」と解しておきながら、他方で、立法裁量との関係では、制度を尊重する立場からこの権利ないし利益の制約を安易に容認している点が批判に値すると考える。

(2) 蟻川恒正教授の論評——最高裁判決の論理内在的批判、24 条 1・2 項違反論 (2018. 10 月)

蟻川恒正教授は前掲①判例評釈 (民法判例百選Ⅲ親族・相続 (第 2 版)) および②論文「家族への介入と憲法—夫婦同氏強制を素材として」(法律時報 90 巻 11 号)において、繰り返し「判決の憲法論には再検討の必要がある」(①15 頁、②11 頁)ことを指摘する。とくに、憲法 13 条論については、「人格権と人格的利益の区別が元来判然としたものでない以上、割り切り過ぎの憾みがあるし」

(①15 頁)、14 条についても、「本件規定の性中立性が「見せかけの平等 (大村敦志『家族法 [第 3 版]』2010、46 頁)であることの違憲性の検討は、夫婦間の協議への差別的な意識等の影響を云々する前に、「夫ノ氏」(直前の案)を「夫又ハ妻ノ氏」に替えても実質的違いを生じないとして総司令部の意向を受け入れたとされる立法経緯の検証をこそ出発点とすべきであろう」と指摘する。

いずれにしても、蟻川説のポイントは、13 条違反、14 条違反でないとしても(「本判決の合憲論を以てしても」)「本件規定が憲法 24 条 1 項後段の趣旨に沿わず、ゆえに憲法 24 条 2 項の認める立法裁量の範囲を超えて違憲であると判断される余地は残る」として指摘するように、「憲法 24 条 1 項後段の趣旨に反し、24 条 2 項に反する」という 24 条 2 項違憲論にある。

憲法 24 条 1 項後段については、「夫婦の氏を決定する協議により、『真に自由な選択』可能になったとしても、また、氏の変更により生じる不利益が今後通称使用の著しい拡大などによって相当程度緩和されたとしても、夫婦のうち一方のみが氏の変更による何らかの不利益を引き受け、他方はそうした不利益から一切

免れているという配偶者間での不利益の不均衡を民法が『公序』として強制していることの問題性は解消されない。本件規定の最後の壁はここにある。・・・この不均衡の『公序』化は、婚姻は『夫婦が同等の権利を有すること基本として、相互の協力により、維持されなければならない』とする憲法 24 条 1 項後段の趣旨に沿わない可能性がある。本判決が示した夫婦同氏のメリットは、上記の『公序』を容認してもなお確保される必要がある利益としては論証されてないから、本判決の合憲論を以てしても、本件規定が憲法 24 条 1 項後段の趣旨に沿わず、ゆえに憲法 24 条 2 項の立法裁量の範囲を超えて違憲である」と判断される余地は残るという道筋を提示する⁶¹。

このような憲法 24 条 2 項違憲論は、以下のような検討に基づく。すなわち、本判決が、「憲法上直接保障された権利とまでいえない」として憲法 13 条適合性判断において考慮の外に置いた「人格的利益」や、・・・憲法 14 条 1 項適合性審査においては考慮の外に置いた「実質的平等」をも憲法 24 条 2 項適合性判断においては考慮要素として取り込むが、・・・「前提となる憲法 13 条、14 条 1 項についての判断には再検討の余地がある上、憲法 24 条 2 項についての総合的考慮の枠組みと適用には、なお曖昧な部分が残る」と蟻川教授は指摘する⁶²。そのうえで、「民法 750 条には違憲の瑕疵がある」として 24 条 2 項違憲説を解く理由として、夫婦が「対等な関係性の基盤の上に協力して婚姻生活を築く」として「相互の協力」を求める 24 条 1 項後段に照らして違憲である、すなわち「民法 750 条に定める夫婦同氏制の下では、そうした相互に自律的で対等な関係を構築することは困難になる蓋然性が高い」ことをあげ、最高裁判決の 24 条 1 項後段違憲論（「公序」の強制に関する上記）を示唆する。しかし結論的には、蟻川説は、24 条 1 項後段違憲とまでは言えず、「24 条 1 項後段の趣旨に沿わず、したがって、憲法 24 条 2 項の認める立法裁量の範囲を超えて違憲」という 24 条 2 項違憲説の立場にたつことを明らかにしている⁶³。

このような 24 条 2 項違憲論を前提に、次に立法論を検討し、制度化の選択肢としては、「氏の変更に際して夫婦の一方と他方とで不均衡を強制しない制度」が選択肢であることが指摘され、具体的には、①選択的別氏制 ②非選択

⁶¹ 蟻川前掲注（40）15 頁。

⁶² 蟻川前掲注（40）12 頁。

⁶³ 蟻川前掲注（40）15 頁。なお、同頁の脚注 11 では、蟻川説は、民法 750 条は夫婦に「同等の権利」を保障していると解する点で、憲法 24 条 1 項後段違憲説の辻村説〔辻村『憲法と家族』137-138 頁、本稿 23 頁〕とは異なることも明らかにしている。辻村説の方は、「不利益の不均衡を公序として強制している」という蟻川説の論点を超えて、「氏の変更されない権利」を夫婦が同等にもっているとしても、婚姻に際して氏を変更した一方の当事者はこの権利を侵害されているのに対して、変更しなかった当事者はこの権利を侵害されていないと解されるため、夫婦は同等の権利を行使できない構造になっており、この点で、24 条 1 項後段の夫婦同権原則に反していると解するものである。

的別氏制（双方とも変えない） ③新たな氏の創設、の3つが例示される。これら3つの選択肢か等の絞り込みは「憲法論の守備範囲を超える」ものであり、立法論の任務であるとしつつ、「最高裁が本稿の提案する違憲判断をしたと仮定した場合、最高裁の前記違憲判断からは・・・選択的別氏制〔①〕が最後に残る公算が大きい」という見通しを明らかにしている。

（3）小山剛教授の批評

前述〔A－（2）〕のように、小山剛教授は、最高裁判決の要旨を下記のようにまとめ、個別に検討した。「①「氏の変更を強制されない自由」は人格権の内容ではない、②氏の変更に伴随する不利益も「人格的利益」として考慮されるにとどまる、③本件規定それ自体は差別的取り扱いを定めた規定ではない、④夫婦同氏強制は婚姻の自由を直接制約するものではない、として、憲法13条、14条1項、24条1項に違反しないとした。⁶⁴」

このうち、憲法13条にかかる①の論点については、「氏の変更と人格権」について検討し、「本判決は、家族性の側面を重視し、人格権的構成を退けているが、氏に家族性があり、自分の変動に伴い氏が変わりうることは、権利論的構成それ自体を退ける理由にはならず、制約の正当化を容認する要素ではあっても、制約という性質自体を変えるものではないであろう」と批判する。また、「氏が法に従い、身分に応じて変動するものであるとしても、氏の決定と氏の変更は、別に考える余地がある。既得の氏を変更するルールには、より高度の正当化が要求されよう」とする。

さらに、「本判決は極めて具体的な『自由』を切り出しているが、憲法上の権利を観念するうえで、あまりに狭小な場面設定は、保護領域／制限の段階と、正当化の段階の際を消滅させることにもつながり、適切でない」と批判する。

②の婚姻の自由の論点についても、「本判決は、本件規定が『婚姻の効力の一つ』を定めたものであり、『婚姻をすることについての直接の制約を定めたものではない』とするが、婚氏決定は、婚姻届が受理され、法律婚が成立する前提条件である。また、夫婦同氏の強制は、婚姻それ自体に本質的に内在するものではなく（現に、〔選択的〕夫婦別氏制を採用する国が多数存在する）、家族を他者から識別するという、社会的・外在的な要請による。そうであれば、憲法上の婚姻の自由に対する下位法による制約と観念した方がむしろ素直であろう⁶⁵」と指摘する。民法750条が婚姻の自由という憲法上の自由を制約していることを認めるべきである、という率直な批判論であるといえる。

⁶⁴ 小山剛前掲注（26）ジュリスト1505号、22-23頁参照。

⁶⁵ 小山剛前掲注（26）23頁。

なお、2016年4月の齋藤一久准教授の判例評釈⁶⁶でも、上記小山教授の批評以前に、「たとえば三段階審査に依拠すれば、多数意見に立っても保護領域に含まれるとして捉えられ、正当化の審査で決着をつけることも可能である」と指摘して、「13条の保障が及ばないというのは理解しがたい」と指摘している。

（４）江藤准教授の批評

上記の小山教授の見解を引用して最高裁判決を批判する江藤准教授も、「氏が一定の法制度を前提にすることはそのとおりであるとしても、そのことから直ちに憲法上の権利の内容が民法により規律されることにはならないはずだからである⁶⁷」と指摘する。

前述（A-5）のように、「憲法の意味する家族の形を曖昧にしたまま、単に民法上の氏の呼称としての意義を強調するだけでは、憲法論としては不十分である」からである。最高裁の先例に照らせば、「容ぼうや指紋に優るとも劣らない重要性を有する氏についても、『みだりに氏の変更を強制されない自由』という形で権利性を認める方が先例に即していたように思われる」と指摘し、「逆に言えば、今回権利性を否定したことは、家族の呼称以上の実質的論拠を論ずる最高裁の自信のなさの裏返しとともとれる⁶⁸」というのである。さらに、最高裁判決は、氏を改めることで被る不利益を、「憲法上直接保障されたとまではいえない『人格的利益』にすぎないとする。しかし、本判決自身も述べる通り、氏の変更によって被る不利益は『アイデンティティの喪失』に結びつく以上、これを利益レベルに格下げするには、それ相応の理由が必要なはずであるが、この点も明確には示されていない⁶⁹」と批判する。

ここでは、本判決は、「法制度や身分関係を根拠とする議論を展開しているが、その内実は明確ではなく、氏の変更に関する人格権の権利性を否定する論拠としては不十分といえる⁷⁰」のであり、利益レベルに格下げするには根拠が不明確であると、一蹴されている。

（５）駒村圭吾教授の論評（2019年5月、10月）

2019年5月刊行の憲法研究第4号で、「家族と憲法」という論文⁷¹を公表して家族に関する最高裁判決を検討した駒村教授は、本判決（「夫婦同氏制合憲判決」）について、「合憲判断は文字通り薄氷の上に立つきわどいもの」とあるという認

⁶⁶ 齋藤一久「判批」法学セミナー2016年4月735号 最新判例演習室・憲法参照。

⁶⁷ 江藤前掲注（20）自治研究第94巻第5号131頁。

⁶⁸ 江藤前掲注（20）133頁。

⁶⁹ 江藤前掲注（20）133-134頁。

⁷⁰ 江藤前掲注（20）133頁。

⁷¹ 駒村圭吾「家族と憲法」憲法研究（信山社、辻村責任編集）2019年5月号133-149頁。

識を示した。最高裁が、氏名が人格権の一内容として憲法 13 条で保障されると示唆しつつ、本判決では、「突如として「氏名」から「氏」だけを切り離して、「氏」に関する人格権の内容は、「法制度をまって初めて具体的にとらえられるもの」であるとして、「制度的思考を 13 条にすべりこませた⁷²⁾」。「これを前提に、本判決は民法の定めをそのまま人格権の内容のすべてであるかのような読解を行い、・・・『氏の変更を強制されない自由』は、憲法上の権利として保障される人格権の一内容とはいえないので・・・本件規定は 13 条には違反しないとしたのである。」ところが、氏の変更から生じる不利益は「憲法上の権利である人格権未満のもので」、家族制度を検討する際の「考慮すべき人格的利益」である、24 条の問題として論ずるべきであるとしたことから、「かくして、すべての争点の帰趨は、24 条 2 項に集約されることになった。⁷³⁾」しかし、本判決がパラフレイズした 3 つの規範命題に即して検討した結果では、「24 条 2 項違反となるだけでなく、13 条違反や 14 条違反、そして 24 条 1 項違反すら、成立する可能性があり、合憲判断は文字通り薄氷の上に立つきわどいもの⁷⁴⁾」と言えるというのである。ここでは、『アイデンティティの喪失感』の保護という感情的利益が具体的な制度と事案に包囲され挫折や絶望に苛まれる個人の姿を想定したときに、権利論を経由せずして、救済すべき保護法益論に転嫁するのは、まさに、尊厳に対する『畏怖』の故であろう。そして、憲法が想定するのは、国家や家族や歴史伝統ではなく・・・あくまで、『個人』の存在に対する畏怖・畏敬である」という見解を示して、氏の変更の結果アイデンティティの喪失を招いた「個人」の尊厳を重視している。

他方、駒村教授は、別の判例批評⁷⁵⁾において、氏について一方で人格権の一部を構成するとしつつ、他方で、氏を「法制度の一部」とみて具体的制度によって内容が確定されるものと位置づけて「氏の変更を強制されない自由」を憲法上の権利とは認めないとした判決の論理について、「判決の理路はやや錯綜している⁷⁶⁾」と批判した。その理由として、氏については、「そもそも自由な設定・変更は許されないとして、“保護範囲からの除外”を導いた」が、その論証が「憲法解釈でもあったことになる」。すなわち、「憲法の趣旨をふまえつつ定められ

⁷²⁾ 駒村前掲注 (71) 145 頁。

⁷³⁾ 駒村前掲注 (71) 147 頁。

⁷⁴⁾ 駒村前掲注 (71) 147-148 頁。 14 条論についても、判決が「夫婦間に実質的平等が保たれるように図る」ことは・・・「憲法 14 条の趣旨に沿う」とすることに関して、「沿う」のならば 14 条 1 項問題として扱えばいいものの、・・・24 条の問題とされたことを批判している (146 頁)。

⁷⁵⁾ 駒村「夫婦同氏制の合憲性」憲法判例百選 (第 7 版、有斐閣、長谷部他編) 2019 年 66-67 頁。

⁷⁶⁾ 駒村前掲注 (75) 67 頁。

る法制度をまっぴらとして、憲法解釈は「明示的に語られてない」ことを指摘する。

また、「法制度としての『氏』に反映され得る『身分関係』の広がりもまた明確でない」と批判する。「一定の身分関係」とは、当該家族内にとどまるのか、親族の系譜をも含むのかを問い、「夫・妻いずれかの氏を選択させる現行法には、身分関係を親族の尺度で捉える発想が潜在していると思われる」とする。

さらに、最高裁判決が、「人権フレンドリーな3点」（「①権利未満の人格的利益の尊重、②実質的平等の保持、③事実上の制約の排除」）を示したにもかかわらず、「24条2項事案以外ではこれらの諸点は考慮されない可能性を開いた」という難点を示した。すなわち、「憲法13条、14条1項、24条1項に“残された課題”を自覚しながらも、挙げて24条2項に丸投げしている」と批判するのである。また、「フレンドリーな論理展開にもかかわらず、結局、通称使用の社会的拡大を理由に不利益は緩和されていると判断した」ことが、岡部裁判官等の反対意見に即して批判される。すなわち、「通称使用の拡大は、むしろ同氏制のもたらす不利益が深刻であることの証左とみるべき」だからである。

これらの検討を経て、「(原告は)本制度を『規制』と捉え、より規制の程度の小さい選択的別氏制というLRAを主張した。が、判決はそもそも、同氏制を規制とみていない。」として733条の判決とは異なることを指摘し、結語として、「審査の焦点設定」の問題であるとして、「例外を認めないことの合理性を追及〔ママ〕する必要があるだろう」と論じる。最高裁判決が、選択的別氏制について「合理性がないと断ずるものではない」との態度を示しつつ、「制度のあり方については国会の判断に丸投げした」ことをもって、「家族の憲法論の不在⁷⁷⁾」を問題にしている。

(E) グローバル人権論からの批判——山元一教授の「トランスナショナル人権法源論」からの批評

「法律時報」2016年3月号の法律時評として刊行された山元一教授の論評⁷⁸⁾では、婚外子相続差別訴訟最高裁判決に関する憲法学の評価（ドメスティックな視角）と自己の「トランスナショナル人権法源論」の視角とを対照させて論じ、2015年の「夫婦同姓強制規定合憲判決」法廷意見では、グローバル化した世界に目を閉ざしたドメスティックな傾向が際立つことを批判している。このような評論は、婚外子相続分差別規定最高裁違憲決定に関する日本憲法学の傾向を

⁷⁷⁾ 駒村前掲注(75) 67頁。

⁷⁸⁾ 山元一「トランスナショナルとドメスティックの間で揺れる最高裁」法律時報 88巻3号(2016年) 1-3頁。

批判する観点から提起されたもので⁷⁹、グローバルな国際人権論の展開に期待をかける新たな憲法学として貴重である。同時に、ドメスティックな法論理の枠内においてさえ、法理論上でなおも課題を多く含んでいることも無視しえない。憲法学からの憲法 13 条、14 条、24 条に関する理解をはじめ、判例理論の進展を望む前提としての理論的論究が不足している現状を直視し、論点をさらに精査することが課題となる。

(F) 司法積極主義からの評価——大林啓吾准教授の憲法訴訟論からの評価

アメリカの憲法訴訟論を研究テーマとする大林啓吾准教授は、再婚禁止期間違憲判決に至るまでに過去 15 年間に 5 件の法令違憲判決が出されたことを司法積極主義的の側面と解して評価する⁸⁰。夫婦別姓訴訟についても、憲法 24 条の趣旨や要請について詳細な判断を行い、「婚姻を直截制約しない場合でも制度設計に関する立法裁量に一定の歯止めをかけた」点は、「積極的な憲法判断を行ったという意味での司法積極主義に該当」するという。とくに、従来から国賠請求訴訟による憲法訴訟は立法行為の違憲判断のハードルが高く「憲法訴訟に不向きな感があった」のに対して、今後は「法令違憲を争う際の主軸になる可能性もあり、憲法訴訟のあり方に影響をもたらすことになる」。この意味でも、2016 年 12 月 16 日の両判決が、「憲法訴訟の転機になる可能性を秘めている⁸¹」と指摘する。

まず、国賠法に基づいて法律の違憲性を争う場合に、法律内容や立法不作為の合憲性の問題と、立法行為の合法性（国賠法上の合法性）を区別する手法（「区分論」）は 1985（昭和 60 年）の在宅投票制廃止訴訟判決⁸²で採用されて以来、2001 年のハンセン病熊本地裁判決⁸³や 2005 年在外邦人選挙権訴訟判決⁸⁴などで採用されてきた。大林は、この区分論を「明確な形で実践した」のは 2015 年の再婚禁止期間違憲判決が最初であると解する。同判決は、民法 733 条の一部のみを違憲と判断したが、「当該法律は違憲の宣言を受けたのも同然」となり、この「違憲宣言のインパクトは、きわめておおきい」と評価する。憲法訴訟法がない日本では、今後、国賠訴訟における違憲宣言の手法が、憲法訴訟において「大きな転機となりうる」からである。実際、付随的審査制を採用するアメリ

⁷⁹ 山元一『国憲的思惟』v.『トランスナショナル人権法源論』ジェンダー法学会編『ジェンダーと法』13 号（2016 年）23 頁以下参照。

⁸⁰ 大林啓吾「憲法訴訟の転機と司法積極主義の機材——契機としての再婚禁止期間違憲訴訟と夫婦別姓訴訟」法律時報 88 卷 7 号（2016 年）66-71 頁。

⁸¹ 大林前掲注(80)67 頁。

⁸² 最一判 1985<昭 60>年 11 月 21 日民集 39 卷 7 号 1512 頁、辻村みよ子『憲法（第 6 版）』日本評論社（2016 年）280 頁参照。

⁸³ 最大判 2005<平 17>年 9 月 14 日民集 59 卷 7 号 2087 頁、辻村前掲『憲法（第 6 版）』280、465 頁参照。

⁸⁴ 熊本地判 2001<平 13>年 5 月 11 日判時 1748 号 30 頁、辻村前掲『憲法（第 6 版）』111、465 頁参照。

力では、1934 年の宣言的判決法によってこの手法を認めてきた。日本では、違憲宣言の部分の傍論として位置づけるかどうか、先例拘束性を持たせるかどうか、政治部門を拘束するか、などについて検討の余地がある他、法律の合憲性と立法行為の合法性を区別する手法によって「判決内容と判決結果の間にねじれが生じることになる」点が問題であると指摘し、国賠請求訴訟の重要な理論的課題を提起する（後述）⁸⁵。

また、2016 年 12 月の再婚禁止期間規定違憲判決とは異なり、夫婦別姓訴訟判決のほうは、民法 750 条についての合憲判断を示したうえで、「合憲性を認めた結果立法行為も合法である」と判断した。ここでは「憲法判断に踏み込んだという意味での司法積極主義を実践している⁸⁶」と大林は評価するが、「そもそも司法積極主義が望ましいかにどうかについては本稿では取り上げない⁸⁷」として結論を留保している。司法積極主義の定義、憲法理論上の意義、憲法訴訟上のメリット論等についての理論的検討を踏まえた議論が課題となる⁸⁸。

IV 憲法学の理論的課題（私見）

今後の理論的課題には、グローバルな国際人権論の視座（前述 E）の他、憲法 13 条論、14 条論と間接差別、24 条論と家族制度の在り方、国賠訴訟の違法性の問題など、多くの論点がある。

筆者は、すでに拙著等⁸⁹で開陳したように、憲法 13 条が保障する人格権としての「氏の変更を強制されない権利」を中心にした構造的な権利論の確立が重要であると考えている。また、憲法 24 条と 13 条の個人尊重原則、並びに 14 条の平等保障との関係論を今後も深化させなければならない。そのため、以下では、2015（平成 27）年最高裁判決後の憲法学説の批判論の展開を踏まえて、1）憲法 13 条・24 条論と「制度優先思考」の問題 2）憲法 14 条論と実質的平

⁸⁵ 大林前掲注（80）69 頁。

⁸⁶ 大林前掲注（80）71 頁。

⁸⁷ 大林前掲注（80）67 頁、注 13 参照。

⁸⁸ 司法積極主義の定義について私見では、違憲判断積極主義・消極主義と合憲判断積極主義・消極主義の 4 つに区別したうえで、司法積極主義の概念を憲法判断（違憲判断・合憲判断）積極主義の意味に理解し、従来の日本では違憲判断消極主義と合憲判断積極主義が支配的であったと捉えている。付随的審査制をとるアメリカや日本では憲法判断回避原則など司法消極主義の傾向が強かったが、人権保障と憲法保障という重要な意義・機能を有する違憲審査制の本質からは、司法積極主義が望ましいという観点にたって論じることを支持したい。辻村前掲『憲法（第 6 版）』460 頁参照。

⁸⁹ 辻村前掲注（17）『憲法と家族』252-257 頁、275-281 頁、辻村前掲注（59）『ジェンダーと人権』（2008 年）245-247 頁、『女性と人権』（1997 年）219-222 頁参照。

等、3) 国賠違法論と違憲論の二分論に関する問題について、あらためて私見を提示しておくことにしよう。

1 憲法 13 条・24 条論と「制度優先思考」の問題

民法 750 条の憲法適合性をめぐる本件の憲法理論的争点としては、憲法 13 条に含まれる権利と制度との関係（立法裁量論の制約）が最も主要な課題であるといえよう。

その場合の権利論の構成に関しては、上記の「氏の変更を強制されない自由」と並んで、「婚姻の自由（婚姻する権利）」が重要であり、憲法 24 条 1 項および 13 条によって保障されていると解される。

(1) (i) 「氏の変更を強制されない権利」については、すでに、江藤准教授の評論についてみたように⁹⁰、最高裁はすでに憲法 13 条によって保障された権利として「みだりに容姿を撮影されない権利」や「個人に関する情報をみだりに第三者に開示又は公表されない権利」などを認めており、畑調査官解説によっても、憲法に触れずに人格権として明確に権利性を認めたものとして「他人から氏名を正確に呼称されること」など多くのものが指摘されている⁹¹。このため、明確な根拠なく、「氏の変更を強制されない権利」を、憲法上の権利から（憲法上の権利未満の利益に）一段格下げしたこと、およびその論拠が不足していることに対して、強い批判があてはまると思われる。すでに最高裁自身も氏名に関する人格権を認めているのであり（最三判 1988〈昭和 63〉年 2 月 16 日民集 42 巻 2 号 27 頁）、その場合の「他人から氏名を正確に呼ばれる権利・利益」と比べると、「氏を強制的に変更されない権利・利益」のほうが個人にとっては重要と考えられるからである。高橋教授も、氏名権を人格権として認める一方で、氏を氏名から切り離して、「家族の呼称としての意義」を認めて議論することに対して、「恣意以外のなにものでもない⁹²」と批判している。最高裁が、憲法上の権利と言えるかどうかは「権利や利益の憲法上の位置づけや性質、権利や利益の内容・・・、第三者の事情・・・といった点が総合的に考慮される⁹³」という立場にたっていることを認めるとしても、このような総合考慮の結果、2015〈平成 27〉年判決の時点で未だ憲法上の権利になり得てないという結論に至った理由は必ずしも明確ではない。そのうえ、社会の意識が急速に変わり、2020 年 1 月の世論調査によっても約 69%が選択的夫婦別姓制導入に賛成するようになった今日（大法廷判決後 5 年を経た現時点）でも同様であるかどうかは

⁹⁰ 江藤前掲注 (20) 133 頁参照。本稿 19 頁参照。

⁹¹ 畑佳秀調査官解説、法曹時報 68 巻 12 号 3219 (239) 頁—3223 (243) 頁。

⁹² 高橋前掲論文（前掲注 22）144 頁。

⁹³ 畑前掲注 (91) 3221 頁 (241 頁) 参照。

疑問と言えよう⁹⁴。そのうえ、仮に憲法上の権利として認められず、権利未満の利益に留まるとしても、その利益を保護しなければならないことは最高裁判決によっても求められているのである。その根拠条文として、憲法 13 条を直接用いることができない場合でも、憲法 24 条 1 項および同 2 項が問題となることは、すでに蟻川・駒村教授等によっても指摘されたところであり、この人格的利益の侵害を放置することは憲法 24 条 2 項の「個人の尊厳」の尊重原則に反することになる。

(□) また、2015 (平成 27) 年最高裁判決は、「氏に関する人格権も憲法上一義的ではなく、具体的な制度を離れて氏が変更されること自体を直ちに人格権を侵害したか否かを論じることは相当ではない」として制度の合理性を認定したうえで「氏の変更を強制されない自由」が人格権の一内容であるとはいえないとした。しかし、すでに指摘したように、権利と制度の関係においては、本来、制度は権利の制約として許容される範囲内で構築されなければならない、人権が制度によって限界づけられること自体が、本末転倒のそしりを免れない⁹⁵。それに加えて、本件では、憲法より下位法である民法上の制度を前提として、憲法上の権利の内容を決するという論理を採用しており、江藤准教授が指摘したように、その理論構成自体が誤っているようにみえる。本件では、婚姻に際しての改氏強制制度 (夫婦同氏を強制する民法上の制度) の合憲性が争われているのであり、家族制度の根源的な検討を経ることなしに夫婦同氏強制制度の合理性を安易に肯定することはできないことからしても、民法上の制度の合理性を理由に憲法上の権利性の否定を結論付けることは論理的に矛盾しているといわざるをえない。

(iii) 木内裁判官の「意見」も指摘するように、「夫婦同氏制度は、例外を許さないことに合理性があるとはいえず、裁量の範囲をこえるものであり」24 条 2 項に反するものと考えられる。このような「例外を許さない制度の合理性」の審査は、憲法理論上の違憲審査基準論のうち、「LRA (less restrictive alternatives, より制限的でない他の選びうる手段)」の基準に親和的である。すなわち、これは「立法目的を達成するため規制の程度より少ない手段・・・が存在するかどうかを具体的・実質的に審査し、それがありうると解される場合には当該規制立法を違憲とする基準である」⁹⁶。これに依れば、選択的夫婦別姓制という選択が

⁹⁴ 2020 年 1 月 25、26 日に朝日新聞社が実施した全国世論調査 (電話) で、選択的夫婦別姓について尋ねると、69% が「賛成」と答え、「反対」24% を大きく上回った。自民支持層でも 63% が賛成し、反対は 31% だったことが明らかにされた。
<https://www.asahi.com/articles/ASN1W65V0N1WUZPS002.html> (朝日デジタル 2020 年 1 月 27 日参照)。

⁹⁵ 辻村前掲注 (3) 307 頁参照。

⁹⁶ 芦部信喜 [高橋補訂] 『憲法 (第 7 版)』岩波書店 (2019 年) 210 頁参照。なお、芦部説では中間審査基準と解され、戸松秀典『憲法訴訟 (第 2 版)』有斐閣 (2008 年) 322 頁では、厳格審査

あり得るのにこれを認めない法制度は違憲ということになろう。この点は、多数意見では十分に検討されてないように見える。(寺田補足意見がこのような批判に配慮して回答しているように見えるが、それは、司法権の抑制論や判例理論の継続性など現実的な運営方針に由来するもので、論理必然的なものではないと思われる)。本件で上告人が主張した「氏の変更を強制されない権利」は、人格の本質にかかわる権利であり、憲法 13 条によって保障されていると解することは論理的に十分可能な議論である。この権利の制約の合理性を審査する場合の違憲審査基準として、(厳格審査基準(必要最小限の基準)とまではゆかずとも)せめて LRA の基準が妥当であると考えられる点からしても、多数意見が「13 条に違反するものではない」と結論付ける論証は十分ではない⁹⁷。さらに仮に 13 条違反でないという前提にたったとしても、24 条 2 項の「個人の尊厳」に反していないかについての論証が不足していることは、上記のように、高橋、小山、江藤、蟻川、駒村教授等が指摘するところである。

(iv) 24 条 1 項の「夫婦同権」の原則に反していないかについても、論証が欠落している。24 条 1 項違反の点については、上記蟻川教授の論評で言及されているが、私見では、夫婦の一方のみが「氏の変更を強制されない権利」を侵害されて不利益を負う制度になっており、氏の変更に関して夫婦の同権を認めてない点で、24 条 1 項に反するものと考えることができる⁹⁸。

(v) 婚姻改氏時の「自由意思」の認定についても問題がある。本判決多数意見が制度の合理性を認定したのは、身分関係の変動を自らの意思で選択していることから、「自らの意思にかかわらず氏を改めることが強制されるわけではない」という理由による。しかし、婚姻による身分変動については自由意思によるとしても、その際に、一方が婚姻時に改氏するのは夫婦同氏制が強制されているからであり、これは、自由意思によるというより、夫婦同氏制の強制の結果であると考えることができる。この点は岡部裁判官らの意見が明確に述べているため、ここでは繰り返すことは避ける。

(vi) 通称使用による不利益緩和可能性についても、岡部裁判官意見や木内裁判官意見によってすでに明確に反論されており、通称使用が本質的な救済にはなり得ず、量的な緩和策に過ぎないことが確認されよう。すなわち、岡部意見にあるように、「通称は便宜的なもので、使用の許否、許される範囲等が定まっているわけではなく、現在のところ公的な文書には使用できない場合があるという欠陥がある上、通称名と戸籍名との同一性という新たな問題を惹起することになる。そもそも通称使用は婚姻によって変動した氏では当該個人の同一

基準として理解されていることにつき、高橋和之『憲法訴訟』岩波書店(2017 年)234 頁注(23)参照。

⁹⁷ 辻村前掲注(17) 254 頁参照。

⁹⁸ 辻村前掲注(59)『ジェンダーと人権』245-246 頁、253 頁注(42)参照。

性の識別に支障があることを示す証左なのである。既に婚姻をためらう事態が生じている現在において、上記の不利益が一定程度緩和されているからといって夫婦が別の氏を称することを全く認めないことに合理性が認められるものではない。」からである。ここで指摘されるように、通称をパスポートなどの公的文書に使用できないという欠陥がある以上⁹⁹、それが研究者の場合には、憲法 23 条の学問の自由や 22 条の海外渡航・移動の自由、本件上告人の一人のように行政書士などの例では憲法 22 条が保障する職業選択の自由と営業の自由、海外渡航の事由等にも抵触する不利益であるといえる。

(vii) 2015〈平成 27〉年最高裁判決多数意見は、「夫婦同氏制を規制と捉えた上、これよりも規制の程度の小さい氏に係る制度（例えば、夫婦別氏を希望する者にこれを可能とするいわゆる選択的夫婦別氏制）を採る余地がある点についての指摘をする部分があるところ、上記・・の判断は、そのような制度に合理性がないと断ずるものではない。」として、上告人や学説が指摘する LRA の原則も容認しうることを認めていることに注意すべきである。このように、最高裁は、選択的別姓制も制度として視野に入れており、立法裁量において、これが容認された場合には、最高裁としてはこれを合憲判断しうる立場である事を認めたものと解されることは重要である¹⁰⁰。上告人の主張を全面的に否定するものではなく、選択的別姓制導入を含めた立法的解決を推進する方向が示唆されている点を重視すべきである。

(2)「婚姻の自由」については、憲法学説では、芦部説・佐藤幸治説によって、憲法 13 条の幸福追求権の内容に、婚姻・離婚・家族形成等に関わる自己決定権が含まれることが認められてきた¹⁰¹。畑調査官解説では、憲法 24 条 1 項を

⁹⁹ 通称使用には、パスポートなど公的証明文書の記載などに限界がある点については、外務省も認めており、現在の括弧書きによる旧姓併記の方法には外交上も根源的な限界があることは男女共同参画会議重点方針専門調査会 2019 年 4 月 24 日の配布資料 6－2 及び議事録 40－41 頁にも示されている。現状の括弧書きが何を意味しているかの説明がないため、入国審査時にトラブルになる可能性や、ビザの取得・航空券購入が不可能であり、論文の著者名・学会登録名(旧姓)で国際会議の登録等を行う場合の国際会議出席・報告、渡航上・ホテル滞在等で重大な支障があるなど、問題は限りなく多い。これらは通称使用の本質的限界を示すものであるといえる。

http://www.gender.go.jp/kaigi/senmon/jyuuten_houshin/gijiroku/pdf/jyu19-g.pdf
http://www.gender.go.jp/kaigi/senmon/jyuuten_houshin/sidai/pdf/jyu19-06-2.pdf

¹⁰⁰ 木村草太氏の VIDEO NEWS における指摘（前掲注 44）参照。

¹⁰¹ 芦部信喜『憲法学Ⅱ』有斐閣（1994 年）394 頁。佐藤幸治『憲法(第 3 版)』青林書院（1995 年）443 頁参照。ただし、憲法学での研究が十分でないことについては、高井裕之「家族をめぐる憲法理論の分析」京都産業大学論集 24 巻 4 号（1994 年）101 頁、辻村

根拠として「婚姻の自由」を導く見解が多いことを指摘しており、その中で「人格的自律権又は自己決定権の具体化と見る立場」として辻村みよ子「ジェンダーと人権」241頁を引用しているが、ここでは、「憲法13条が保障する幸福追求権の一環」として、「憲法上の人権としての位置づけを明確にしたもの」¹⁰²であり、憲法13条と24条1項が根拠条文となっている。

憲法24条1項について、民法733条（再婚禁止期間規定）に関する最高裁判決は、旧憲法下の戸主の同意要件等を排除して「婚姻をするかどうかや、いつ誰と婚姻するか」を当事者間で事由に意思決定する決定し、故なく妨げられないという意味において「婚姻をするについての自由」が保障されていると解した¹⁰³。そしてこの自由が「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」と述べて、明確な形で「憲法上の権利」と位置付けなかったが、国家が婚姻を一切禁止する法律を制定した場合にこの法律は異論なく憲法違反と解されるであろうことを想起すれば、婚姻の自由自体を、憲法上の権利と解するとしても問題はない¹⁰⁴。

さらに、誰と婚姻できるか等の婚姻の要件・婚姻制度（同性婚を認めるか等の問題を含む）の決定については、24条2項の基本原則（個人の尊厳と両性の本質的平等）に即して判断されることになる。これは、民法2条で「この法律は、個人の尊厳と両性の本質的平等を旨として、解釈されなければならない」とされている点で、すでに制約を受けており、立法裁量の結果による婚姻の自由の過度な制約や不合理な制約は認められない。そもそも権利を実現するために制度があることを前提とすれば、「制度優先の論理」が排されることは当然のことである。ただし、婚姻の自由については、憲法13条を根拠に、家族形成権、婚姻に関する自己決定権等の幸福追求権の内容として理論構成することも可能であることから、その内容と憲法24条から導かれる権利の内容との関係の調整が問題となる¹⁰⁵。とくに24条が想定している法律婚以外の、同性カップルやシングルマザーなどの権利利益、リプロダクションの自己決定権等の問題については、憲法13条に関する学説（人格的利益説と一般的自由説）をふまえた具体的な検討が必要であり、今後の課題であり続けている。

前掲注（17）『憲法と家族』101頁参照。

¹⁰² 畑前掲注（58）3221頁（241頁）参照。

¹⁰³ 調査官解説として、加本牧子・ジュリスト1490号「時の判例」90-91頁参照。

¹⁰⁴ 畑調査官解説前掲注（58）3235頁（255頁）でも、24条1項に関して、「例えば法律婚自体を廃止することは許されないであろうし、法律婚の要件として不合理なものを規定すれば違憲の問題が生じ得よう。したがって、少なくとも、婚姻をするかどうか、いつ誰と婚姻するか」を当事者間で自由に意思決定し、故なくこれを妨げられないというにおいて、「婚姻をするについての自由」が保障されているとはいえると考えられ、本判決はこの趣旨を明らかにしたものと思われる」とする。

¹⁰⁵ 憲法24条1項の保障内容は、婚姻の自由、夫婦同権、婚姻を維持する自由であり、憲法13条が保障する内容との関係が問題となることについては、辻村前掲注（17）『憲法と家族』121-130頁参照。

2 憲法 14 条論と実質的平等の保障

2015〈平成 27〉年最高裁判決多数意見は、民法 750 条が夫婦にとって法文上形式的に平等な規定であるから、性差別的な取り扱いを定めているわけではない、と指摘する。しかし、上告人や多くの学説は、形式的平等論を超えて、実質的平等論（ないし間接差別論¹⁰⁶）を主張している。実質的に 96%もの女性が氏の変更を行っている背景には、夫婦同氏制の強制が関係している。岡部裁判官等の 3 裁判官の意見が指摘したように、「夫の氏を称することが妻の意思に基づくものであるとしても、その意思決定の過程に現実の不平等と力関係が作用している」。「その点の配慮をしないまま夫婦同氏に例外を設けないことは、多くの場合妻となった者のみが個人の尊厳の基礎である個人識別機能を損ねられ、また、自己喪失感といった負担を負うこととなり、個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚した制度とはいえない」のである。この点は、婚姻制度における実質的平等の問題は憲法 24 条 2 項の問題として、さらに検討を深めるべきである。

また、第二次訴訟においては、原告代理人弁護団は、「夫婦同氏を希望する者と夫婦別氏を希望する者との間に信条による差別的取り扱いが存在する」ことを主張した。

信条による差別論は判例・学説上もはじめての理論構成であったが、東京地裁判決（令和元年 10 月 2 日）では、学説上の通説に即して広義説で理解し、憲法 14 条 1 項後段の「信条」には、「宗教上の信仰のほか、政治や人生に関する信念・主義・主張を含む」と広く解し「婚姻後も夫婦別氏を希望することは『信条』に当たる」と判示した。しかし、結論的には、民法 750 条は「信条の違いに着目した法的な差別的取り扱いを定めているものではないから、同規定の定める夫婦同氏制それ自体に、夫婦同氏を希望する者と夫婦別氏を希望する者との間の形式的な不平等が存在するわけではない」として、形式的平等論にたつて 14 条 1 項違反の主張を退けた。その理由として、「信条」に拘らず、民法 750 条では当事者の協議に委ねるなど、均等な取扱いをしており区別がないと解したことに対して、「規定の目的に『信条に着目した区別』を明示しなければ 14 条 1 項に違反しないと述べているのに等しい」と批判されていることは既にみたとおりである¹⁰⁷。形式的平等とは法的（均一的）取扱いの平等を意味し、法内容の差別を禁止する（立法者拘束説）と解する通説による場合には、民法 750 条に信条による差別禁止等が明示されていなくとも、同姓希望者のみ婚姻届受理を認め、別姓(旧姓使用)希望者には婚姻届受理を一律に認めない現行法制度は、後者を信条により差別していると解することは理論上も可能であろう（仮に、

¹⁰⁶ 高橋意見書前掲注（45）3 頁、本稿 14－15 頁参照。

¹⁰⁷ 江口前掲注（55）「判批」118 頁参照。

形式的平等論によって民法 750 条を性差別の条文と解さない場合も、信条差別が認められる可能性は否定できない)。また、形式的平等論ではなく、実質的平等論による場合には、夫婦の 96%において女性が改姓している場合、改姓した少数者の男性や、旧姓継続を希望したが認められない男女の当事者など、少数者の利益を保護する観点から、違憲審査基準を厳格にする(せめて、前記の LRA の基準により、選択的別姓制を認めないことが憲法 14 条違反である、という解釈が可能となろう。この場合、別姓希望カップルの権利(グループ・ライツ)に対する事実上の差別問題として構成するよりは、別姓希望カップルに属する個人の人格権(個人の権利)侵害もしくは法的差別問題として理論構成することが人権論の基礎原理に適合すると考えられるが、この点は、今後の検討課題であろう。いずれにしても、実質的平等論による場合は、仮に憲法 14 条違反とならない場合にも憲法 24 条 2 項違反になりうることは既にみたとおりである。

3 国家賠償法をめぐる課題——国賠法違法論と違憲論の区分論について

(1) 判例の展開

国家賠償法 1 条 1 項違反が問題になった憲法訴訟の最高裁判決として、1985 〈昭和 60〉年 11 月 21 日在宅投票制判決(最一小、民集 39 巻 7 号 1512 頁、以下①1985 年判決)、2005 〈平成 17〉年 9 月 14 日在外国民選挙権判決(最大判、民集 59 巻 7 号 2087 頁、以下②2005 年判決)、2015 〈平成 27〉年 12 月 16 日再婚禁止期間判決(最大判、民集 69 巻 8 号 2427 頁、以下③2015 年判決)の 3 判決が重要である。これらのうち①1985 年判決では「憲法の一義的な文言にも違反しているにもかかわらず国会があえて当該立法を行うというごとき」極めて例外的な場合をあげて、立法行為についての国賠責任を認める例がほとんどないことを示唆した。これに対して、②2005 年判決では、「立法の内容や立法不作為が憲法上の権利を違法に侵害する場合(権利侵害立法)」、「立法措置が必要不可欠で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これを怠る場合(立法不作為)」に例外を認めることとして、国賠請求を認めた。この過程で、とくに □ 2005 年判決において判例変更ないし違憲審査基準の変更があったかどうかは憲法学界で問題となった(後述)。その後、③2015 年再婚禁止期間判決でも民法 733 条の一部違憲を認定したが、国賠法違反の認定基準については□2005 年判決の要件を踏襲しつつ、「本件規定のうち 100 日超過部分が憲法に違反するものとなっていたものの、・・・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。したがって、本件立法不作為は、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いうべきである」と判示した。さらに、③と同日の本件夫婦同氏原則違憲訴訟判決(□

2015（平成 27）年最高裁判決、民集 69 卷 8 号 2586 頁）では、審査基準は□□と同様に解したうえで、「以上によれば、本規定を改廃しない立法措置をとらない立法不作為は、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」と判示した。

このような判例の展開については、違憲判断と違法判断の区分論の問題と例外の判断すなわち違憲判断基準の問題が課題となるため、それぞれ（2）および（3）で検討する。

（2）違憲判断と違法判断の区分論

当該法規の違憲性と立法行為の（国賠法上の）違法性を区別する手法（上記「区分論」）は、①1985 年判決以来一貫して採用されているが、そのうち①判決と□判決が合憲合法判決であったのに対して、□2005 年判決が違憲違法判決であり、□2015 年判決が違憲合法判決であった。このため、とくに上記③再婚禁止期間規定違憲判決には、いわば違憲合法論ともいえるべき問題点が含まれることになり、民法 733 条を違憲としつつ国賠法に違反しない（合法）とした「区分論」の手法自体を再検討すべきことが議論された¹⁰⁸。

このように国賠訴訟において違憲を認めつつ立法行為の違法性を認めない最高裁の区分論と違憲合法論は、違憲審査制の人権保障・憲法保障機能の重要性からしても再検討の余地があり、憲法の最高法規性、ひいては立憲主義の本質からすれば、法令違憲の場合には、違憲違法論が論理的な帰結であろうと思われるからである¹⁰⁹。ところが従来の判例理論では、(i) 国賠違法は、職務上の法的義務違反かどうかの問題であり、国会議員の義務違反が認められて初めて国賠法 1 条 1 項の違法が認められる（職務行為基準説）、(ii) 国賠違法は、立法行為に着目するものであり、立法の内容の違憲性の問題とは区別される、(iii) 立法行為に対する評価は原則として国民の政治的判断に委ねられるものであり、違憲であっても直ちに国賠法 1 条 1 項の適用上違法の評価を受けるものではない（違法の評価を受けるのは例外にとどまる）、という定式が成立してきた。

これに関する公法分野での議論は必ずしも十分とはいえないが、行政法学の立場からの判例評釈では、上記 3 点の「大枠」は、上記①1985 年判決、②2005 年判決、③2015 年判決の 3 判決で共通することが承認されている¹¹⁰。③2015 年判決では、提訴当時（2008 年）において民法 733 条の 100 日超過部分の違憲

¹⁰⁸ 辻村前掲注（17）『憲法と家族』240-241 頁。

¹⁰⁹ 行政法学説で「違憲即違法説」を原則と考える立場として、宇賀克也『国家補償法』有斐閣（1997 年）101 頁以下、同『行政法概説Ⅱ（第 5 版）』有斐閣（2015 年）435 頁参照。なお、宇賀「立法不作為の国家賠償法上の意義と効果」法の支配 183 号（2016 年）84 頁以下では、従来の判例学説の動向をふまえて本判決の論理と効果を分析し、違憲判断の効果を高く評価している（同 93 頁）。

¹¹⁰ 戸部真澄・新判例解説 Watch 行政法 No. 161 参照。判例動向は、西埜章『国家賠償法コンメンタール（第 2 版）』勁草書房（2014 年）289 頁以下参照。

性が「国会にとって明白であったということは困難である」として上記（iii）の国賠違法の評価を否定したが、「立法上の憲法遵守義務や事後改善義務等の行為規範を負った『立法者』としての国会像からはかけ離れる¹¹¹⁾」ことが批判される。私見では、1996（平成 8）年の民法改正案要綱によって国会の指針が明確になって以降「遅くとも平成 20 年の時点においては、正当な理由なく立法措置を怠ったと評価するに足る期間が経過していた」として国賠請求を認容すべきとする山浦裁判官の反対意見が支持される。判例評釈でも、「原告が婚姻を解消した平成 20 年時点における DNA 検査技術の発達、再婚禁止制度を廃止する諸外国の傾向等を勘案すると、国賠請求が認められる可能性もあったのではないか」と指摘されるとおりである¹¹²⁾。

（3）「例外的な場合」の例示

さらに、立法不作為の違憲判断基準に関わって、上記 3 判決のなかで違法となる「例外的場合」が例示されており、3 判決のそれぞれの例外認定基準が問題となる。1985 年判決では「憲法の一義的な文言にも違反しているにもかかわらず国会があえて当該立法を行うというごとき」例外的な場合をあげて、立法行為についての国賠責任を認める例がほとんどないことを示唆した。これに対して、2005 年判決では、(a) 立法の内容や立法不作為が憲法上の権利を違法に侵害する場合（権利侵害立法）、(b) 立法措置が必要不可欠で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これを怠る場合（立法不作為）に例外を認めることとして、国賠請求を認めた。

これにより、一般に、2005 年判決によって国賠請求責任を肯定する余地を拡大したことが、最高裁調査官によっても指摘された¹¹³⁾。学説では、実質的に違憲審査基準が厳格化されたと解する傾向があった。例えば、民法 750 条違憲訴訟（夫婦別姓訴訟）控訴審への戸波江二意見書は、一審判決を批判する脈絡で「2005 年判決は、…1985 年判決を否定し、…合憲性審査の厳格な基準をもって審査を行い、在外選挙不存在の立法不作為を違憲と判断している¹¹⁴⁾」と解した。野坂泰司教授の評釈も、「実質的には国賠責任の原則的否定の立場を緩和した¹¹⁵⁾」と解した。

③2015（平成 27）年判決との関係では、行政法学の朝田とも子教授も、例外的に違法となる判断基準を「平成 17 年判決が実質的に緩和しており、本判決が

¹¹¹⁾ 戸部前掲論文 4 頁。

¹¹²⁾ 朝田とも子・法学セミナー 735 号（2016 年）109 頁。上告代理人の同旨の主張につき、作花知志・法学セミナー 734 号（2016 年）39 頁、神橋一彦・法学教室 430 号判例セレクト（2016 年）133 頁参照。

¹¹³⁾ 杉原則彦・法曹時報 58 巻 2 号 328 頁参照。

¹¹⁴⁾ 戸波江二「意見書」（2013 年）9 頁。別姓訴訟を支える会のウェブサイト参照。 <http://www.asahi-net.or.jp/~dv3m-ymask/tonami.pdf>

¹¹⁵⁾ 野坂泰司・憲法判例百選（第 6 版）□（2013 年）324 頁参照。

それを確認した¹¹⁶⁾と解している。これに対して、③2015〈平成27〉年判決の千葉裁判官補足意見は、2005年判決と本判決とを対比して、本件は①1985年判決(a)(前段部分)と同様のケースであるが、一般的な判断基準を示しただけで②2005年判決を変更するものではないとした。他方で、(b)(後段部分)の「明白である」の用法に疑義を呈しつつも、(a)(b)を含めて、今回の本判決〈③判決〉で整理し直されたと指摘した。千葉補足意見は「今後は、この点の判断基準は、本件の多数意見の示すところによることとなろう」と述べるが、神橋一彦教授が指摘するように「議論の方向性はなお不透明¹¹⁷⁾」であり、今後の重要な理論的課題である。

V おわりに

本意見書では、2015〈平成27〉年12月16日最高裁判決後の憲法学者からの評論を中心に検討し、多くの学説が最高裁判決の論理に批判的であり、なお多くの理論的課題があることを指摘した。とくに憲法学では、これまで家族の問題について必ずしも十分な検討を行ってきたとはいえないものの、最高裁大法廷判決で憲法13条・14条・24条および国賠法等に関する重要な論点が提示されたことで、一気に学問的関心が高まった感がある。その中でも、憲法13条論、14条1項論、24条1項・2項論のそれぞれについて最高裁多数意見の見解には再検討や批判の余地があり、今後の立法論のみならず最高裁および下級審における解釈論・判例理論の変更や更新にむけての学問的営為が必要であることが明確に示されたといえる。ここでは内容について再論することは避けるが、立法府においては、木村草太教授が指摘したように、最高裁は選択的別姓制導入を合憲と考えていることを明確に意識して早期の法制度改革が望まれる。

そして、第二次訴訟の国賠請求訴訟・家事審判抗告審・特別抗告審等においては、大法廷の合憲判断を重視して過度に拘束されることなく、判決後の社会・政治状況の変化および学界動向における「事情変更」を直視して憲法24条2項の立法裁量の範囲について真摯に論究することが望まれる。

すでに多くの憲法学者が指摘しているように、仮に憲法13条・14条に違反しないという2015〈平成27〉年最高裁判決の見解を前提したとしても、なお、憲法24条2項に違反すると判断すべき必要性が大きいからである。

さらに本意見書では十分に検討できなかったが、女性差別撤廃条約等の国際規範を日本が遵守する義務を負っていることを直視し、同条約2条b項、16条g項との抵触が問題となる民法750条・戸籍法74条1号等の改正を勧告した2003

¹¹⁶⁾ 朝田前掲注(117)109頁。

¹¹⁷⁾ 神橋前掲注(117)133頁。

年・2009年・2011年・2013・2016年の女性差別撤廃委員会総括所見等¹¹⁸を日本政府と立法府が長期間に及んで無視し続けたことに対して、反省に基づいた法制度改革を速やかに断行することを期待するものである¹¹⁹。

同時に、司法府に対しては、冒頭で掲げた最高裁大法廷 2008〈平成 20〉6 月 4 日国籍法違憲判決、2013〈平成 25〉年 9 月 4 日婚外子相続分差別違憲決定、2015〈平成 27〉年 12 月 16 日民法 733 条再婚禁止期間規定一部違憲判決のいずれもが、家族をめぐる国内的・国際的な社会的環境の変化や意識の変化、家族の多様性や個人の尊重を重視し、憲法 24 条 2 項や 14 条 1 項等の保障内容を尊重して、従来の合憲判断を覆したことを想起していただきたい。今後も、残る民法 750 条・戸籍法 74 条 1 号等の合憲性審査において、上記諸違憲判決・決定を下した最高裁大法廷の英断と真摯な努力を決して無駄にすることなく、グローバル化時代の社会変化に即した真摯な憲法判断を行い、家族における個人の尊厳と両性の本質的平等、個人の尊重と法の下での平等（差別禁止）を重視した日本国憲法に基づく判決を下されることを、心より強く希望するものである。

¹¹⁸ 本稿 2 頁、前掲注（5）参照。

¹¹⁹ 辻村前掲注（17）『憲法と家族』281 頁参照。令和 2 年大 1233 号特別抗告提起事件「特別抗告理由書 2（条約論）」（2019（令和元）年 12 月 19 日参照）。

2020〈令和2〉年3月26日

明治大学法科大学院教授・
東北大学名誉教授・弁護士
内閣府男女共同参画会議員

辻 村 み 子

辻村みよ子 経歴及び主要業績

辻村（つじむら）みよ子〔旧姓・通称〕〔戸籍名 横山みよ子〕

I 学歴

- 1972（昭和47）年3月 一橋大学法学部法律学科卒業
- 1975（昭和50）年3月 一橋大学大学院法学研究科修士課程修了
- 1978（昭和53）年3月 一橋大学大学院法学研究科博士課程単位取得満期退学

II 職歴・公職等

- 1978（昭和53）年4月 一橋大学法学部助手（特別研究員）（～1980年3月）
- 1980（昭和55）年4月 東京女子大学、津田塾大学、成城大学文芸学部非常勤講師
- 1982（昭和57）年4月 成城大学法学部専任講師・助教授
- 1990（平成2）年8月 パリ第2大学在外研究（～1991年9月）
- 1992（平成4）年4月 成城大学法学部教授（～1999年3月）
- 1999（平成11）年4月 東北大学法学部教授（～2000年3月）
- 1999（平成11）年2月 パリ第2大学比較法研究所招聘教授（日本法〔憲法〕集中講義、2002年3月、2003年3月、2004年3月）
- 2000（平成12）年4月 東北大学大学院法学研究科教授（～2013年3月）
- 2000（平成12）年11月 法務省（旧・新）司法試験考査委員〔憲法〕（～2007年11月）
- 2003（平成15）年10月 日本学術会議会員〔第19・20・21・22期〕（～2014年9月）
- 2003（平成15）年12月 東北大学21世紀COE「男女共同参画社会の法と政策」拠点リーダー（～2008年3月）
- 2008（平成20）年4月 東北大学ディスティンディングイッシュト・プロフェッサー（～2013年3月）
- 2008（平成20）年6月 東北大学グローバルCOE「グローバル時代の男女共同参画と多文化共生」拠点リーダー（～2013年3月）
- 2013（平成25）年4月 明治大学法科大学院教授（～2020年3月）
- 2013（平成25）年4月 明治大学法科大学院ジェンダー法センター長（～現在）
- 2015（平成27）年4月 東北大学名誉教授（～現在）
- 2018（平成30）年7月 弁護士登録（東京弁護士会所属）さかきばら法律事務所（～現在）

III 学位・受賞

1990年7月 法学博士（一橋大学）

学位論文『フランス革命の憲法原理—近代憲法とジャコバン主義』日本評論社、1989年〔受賞〕

- 1）第7回渋沢・クロード賞〔1990年度〕＜日仏会館主催、フランス大使館・毎日新聞社共催＞『フランス革命の憲法原理—近代憲法とジャコバン主義』〔日本評論社、1989年〕
- 2）第2回昭和女子大学女性文化研究賞（坂東眞理子基金）〔2010年度〕

『憲法とジェンダー——男女共同参画と多文化共生への展望』 [有斐閣、2009 年]

3) 第1回 (平成 25 年度) 澤柳政太郎記念東北大学男女共同参画賞 [2013 年 8 月]

IV 主要業績

(1) 著 書 (単著・共編著) [☆印は単著]

- ☆ 『フランス革命の憲法原理 ——近代憲法とジャコバン主義』 日本評論社、1989 年
- ☆ 『「権利」としての選挙権——選挙権の本質と日本の選挙問題』 勁草書房、1989 年
- ☆ 『人権の普遍性と歴史性——フランス人権宣言と現代憲法』 創文社、1992 年
- ☆ 『女の人権宣言——フランス革命とオランプ・ドゥ・グージュの生涯』 岩波書店 [オリヴィエ・ブラン著/ 辻村訳・解説]、1995 年
- ☆ 『女性と人権——歴史と理論から学ぶ』 日本評論社、1997 年
- ☆ 『憲法』 日本評論社、2000 年 (第 2 版 2004 年、第 3 版 2008 年、第 4 版 2012 年、第 5 版 2016 年、第 6 版 2018 年)
- ☆ 『市民権の可能性——21 世紀の憲法・デモクラシー・ジェンダー』 有信堂、2002 年
- ☆ 『比較憲法』 岩波書店、2003 年 (新版 2013 年、第 3 版 2018 年)
- ☆ 『ジェンダーと法』 不磨書房、2005 年 (第 2 版 2010 年)
- ☆ 『自治体と男女共同参画——政策と課題』 イマジン出版、2005 年
- 『ジェンダー法学・政治学の可能性』 [辻村みよ子・山元一編] (21 世紀 COE ジェンダー法・政策研究叢書<辻村監修>第 3 巻)、東北大学出版会、2005 年
- Egalité des Sexes: La Discrimination Positive en Question* (M.Tsujimura et D.Lochak,dir.) Société de Législation Comparée, 2006.
- Gender and Law in Japan* (Miyoko TSUJIMURA and Emi YANO,eds.), Tohoku University Press, 2007.
- 『ジェンダーの基礎理論と法』 [辻村みよ子編] (ジェンダー法・政策研究叢書<辻村監修>第 10 巻) 東北大学出版会、2007 年
- ☆ 『ジェンダーと人権』 日本評論社、2008 年
- ☆ 『憲法とジェンダー』 有斐閣 [第 2 回昭和女子大学女性文化研究賞受賞]、2008 年
- International Perspectives on Gender Equality & Social Diversity*, Miyoko TSUJIMURA (ed.) Tohoku University Press, 2008.
- ☆ 『フランス憲法と現代立憲主義の挑戦』 有信堂、2010 年
- 『オランプ・ドゥ・グージュ——フランス革命と女性の権利宣言』 監訳・解説 [オリヴィエ・ブラン著 辻村みよ子監訳・解説] 信山社、2010 年
- 『ジェンダー平等と多文化共生——複合差別を超えて』 [辻村みよ子・大沢真理編] 東北大学出版会、2010 年
- Gender Equality in Multicultural Societies*, Miyoko TSUJIMURA and Mari OSAWA (eds.) Tohoku University Press, 2010.
- ☆ 『憲法から世界を診る——人権・平和・ジェンダー<講演録>』 法律文化社、2011 年
- ☆ 『ポジティブ・アクション——「法による平等」の技法』 (岩波新書) 岩波書店、2011 年

Gender Equality in Asia: Policies And Political Participation, Miyoko Tsujimura & Jackie F. Steele (eds.), Tohoku University Press, 2011.

- ☆ 『代理母問題を考える』（岩波ジュニア新書、知の航海シリーズ） 岩波書店、2012 年
- 『講座ジェンダーと法、第4巻 ジェンダー法学が切り拓く展望』（ジェンダー法学会編、辻村みよ子・吉田克己・安藤ヨイ子・松本克美編集委員）日本加除出版、2012 年
- ☆ 『人権をめぐる十五講——現代の難問に挑む』 岩波書店、2013 年
- ☆ 『概説 ジェンダーと法——人権論の視点から学ぶ』 信山社、2013 年（第2版 2016 年）
- ☆ 『比較のなかの改憲論』（岩波新書） 岩波書店、2014 年
- ☆ 『選挙権と国民主権——政治を市民の手に取り戻すために』 日本評論社、2015 年
- ☆ 『憲法と家族』 日本加除出版、2016 年
- 『政治変動と立憲主義の課題』 辻村編集代表、山元一・只野雅人・新井誠編、『政治・社会の変動と憲法（全2巻）』第1巻、信山社 2017 年
- 『社会変動と人権の現代的保障』 辻村みよ子編集代表、糠塚康江・建石真公子・大津浩・曾我部真裕編、『政治・社会の変動と憲法（全2巻）』第2巻、信山社、2017 年
- 『憲法研究・創刊号、憲法 70 年と国民主権・象徴天皇制』 辻村みよ子責任編集、2017 年 11 月 3 日号、信山社
- 『「国家と法」の主要問題』 辻村みよ子・長谷部恭男・石川健治・愛敬浩二編、2018 年 3 月、日本評論社〔座談会、あとがき〕、2018 年
- 『最新 憲法資料集——年表・史料・判例解説』 辻村みよ子編著、信山社、2018 年
- 『憲法研究・第2号、世界の憲法変動と民主主義』 辻村みよ子責任編集、2018 年 5 月 3 日号、信山社
- ☆ 『憲法改正論の焦点——平和・人権・家族を考える』 法律文化社、2018 年
- 『概説 コンメンタール憲法』 辻村みよ子・山元一編著、2018 年 6 月、信山社
- 『憲法研究・第3号、現代憲法とグローバル民主主義の課題』 辻村みよ子責任編集、2018 年 11 月 3 日号、信山社
- 『憲法研究・第4号「個人の尊重」と家族』〔辻村みよ子責任編集〕、2019 年 5 月 3 日号、信山社
- 『憲法研究・第5号、政治改革と選挙制度の課題』〔辻村みよ子責任編集〕、2019 年 11 月 3 日号、信山社

(2) 論文 略（総計 230）

（2020 年 1 月現在）