

東京高等裁判所御中

意見書

2025年4月27日

駒村圭吾（慶應義塾大学法学部教授）

本意見書は、「結婚の自由をすべての人に訴訟」（以下、本件訴訟と略す）にかかる、昨年2024年から本年25年までの間に下された一連の高等裁判所判決を前提に、そこで展開された立法行為に関する国家賠償法1条の解釈についての公法学的考察を提示するものである。それを通じて、本件訴訟において同法1条の責任が成立し得ることを示したい。

本意見書の概要は下記の通りである。

1. 立法行為等に対する国賠法1条上の責任に関する従来の最高裁判例の展開を概観し、最高裁の同項の解釈が、事案に応じて重要な部分を適宜前面に出しながら、柔軟な運用を行ってきたこと等を指摘する。
2. 本件訴訟にかかる下級審判決、とりわけ近時連続してくだされた高等裁判所の違憲判決を中心に概観して、そこで採用されている国賠法1条解釈を、“明白な違憲性”要件と“長期の懈怠”要件の2点に関して、批判的に考察する。
3. 高裁判決の中に見られる、国賠法の適用に関する最高裁判所の役割についての言及の問題性を指摘して、意見書を閉じる。

1. 立法行為の国賠法1条上の責任に関する判例の展開

国賠法1条の「公権力」に立法権が含まれることは少なくとも学説上は早くから認めて

きた¹。が、立法行為について同条による請求が認められるか否かについての裁判例はそれほど多くなく、戦後、1960年代までの時期では、占領軍による違法行為に対する損害賠償請求や原子力爆弾投下に対する損害賠償請求を平和条約の締結によって放棄しながら、補償立法を怠ったことを問題にする訴訟²が提起されたが、いずれも請求は棄却された。多くは、戦後処理の過程と結びついた補償・代償政策の欠如という、ある意味特殊な政治的文脈が絡むものであったが、立法行為（立法不作為）の問題が付随的・周辺の論点として主張されるにとどまっている。

(1)在宅投票制廃止事件上告審判決

動向が大きく展開したのは、昭和60年（1985年）に下された在宅投票制廃止事件上告審判決（最1小判昭和60年（1985年）11月21日民集第39巻7号1512頁）の登場であった。同判決で示された、立法行為に対する国家賠償法1条の適用可能性についての判示部分を下記に引用する。同判決の論旨は次のように三つの段階に分かれていた。

【判示①】「国家賠償法1条1項は、国又は公共団体の公権力の行使に当たる公務員が個別に国民に対して負担する職務上の法的義務に違背して当該国民に損害を加えたときに、国又は公共団体がこれを賠償する責に任ずることを規定するものである。したがって、国会議員の立法行為（立法不作為を含む。以下同じ。）が同項の適用上違法となるかどうかは、国会議員の立法過程における行動が個別の国民に対して負う職務上の法的義務に違背したかどうかの問題であつて、当該立法の内容の違憲性の問題とは区別されるべきであり、仮に当該立法の内容が憲法の規定に違反する廉があるとしても、その故に国会議員の立法行為が直ちに違法の評価を受けるものではない。」（傍点筆者）

この【判示①】では、国賠法1条の「その職務を行うについて、故意又は過失によつて違法に他人に損害を加えたとき」の文言、そこで想定されている違法性の意味につき、いわゆる「職務行為基準説」と「公権力行使要件欠如説」の対立において³、前者を彷彿とさせる

¹ 古崎慶長『国家賠償法』（1971年、有斐閣）113頁。

² 前者につき、広島高判昭和41年（1966年）5月11日判時461号37頁、後者につき、東京地判昭和31年（1956年）8月20日下民7巻8号2239頁、東京高判昭和34年（1959年）4月8日下民10巻4号712頁、がある。

³ 国賠法1条の違法性につき、結果的にもたらされた被侵害法益の観点からそれを認定するアプローチ（結果不法説）ではなく、侵害行為の態様に着目するアプローチ（行為不法説）に立つのが趨勢である。後者のアプローチにおいて、「公務員として職務上尽くすべき注意義務を懈怠したこと」をもって違法性を認定する「職務行為基準説」と、公権力を

言葉遣いを、この時点ではしている（「職務上の法的義務に違背して…」）。職務行為基準説は、いわゆる「違法性相対説」に立つと解されている。これは、取消訴訟における違法性と国家賠償請求訴訟における違法性を別個のものと理解し、本来は、取消訴訟と比較して、国賠による被害救済を可能な限り広く認める、という方向に出るものであった。が、違法性相対説のネーミングからして明らかなように、この認定の相対性は逆に振れ得るものであった⁴。実際、本上告審判決の後述【判示③】に示されたように、違法認定は「容易に想定し難いような例外的な場合」に限局されることとなったのである。

職務行為基準説（そして公権力行使要件欠如説も）は、公権力が結果させた法益侵害に着目するのではなく、侵害「行為」の態様に違法性の認定をかからしめるものである⁵。したがって、【判示①】が明確に示しているように、「当該立法の内容」の違憲性と「国会議員の立法行為」の違法性を峻別している⁶。峻別しているが、しかし、「…直ちに違法の評価を受けるものではない」と含みを持たせてはいる。つまり、「当該立法の内容」の違憲性と「立法行為」の違法性が、例外的に、結びつく可能性を示唆するものであるが、後述の【判示③】に示されたように、「立法行為」に照準して違法性を判断する基本姿勢は、この在宅投票制廃止事件上告審判決では維持されている（その後の最高裁判例でも踏襲されている思考様式である）。

さて、次に、本件最判は、「国会議員の立法過程における行動が個別の国民に対して負う職務上の法的義務」の性質について、以下のように判示した。少々長いがフルで引用しておきたい。

【判示②】「そこで、国会議員が立法に関して個別の国民に対する関係においていかなる法的義務を負うかをみるに、憲法の採用する議会制民主主義の下においては、国会は、国民の間に存する多元的な意見及び諸々の利益を立法過程に公正に反映させ、議員の自由な討論を通してこれらを調整し、究極的には多数決原理により統一的な国家意思

発動するための法的要件が欠如していることをもって違法性を認定する「公権力発動要件欠如説」が対立している。宇賀克也『行政法概説Ⅱ〔第7版〕行政救済法』（2021年、有斐閣）450-451頁。もっとも、両者の対立も、ある意味で相対的であり、絶対に相いれないものではない。公権力行使の要件に欠けるところがないかを、職務上、常に注意を払い、要件欠如の有無の確認を怠らない義務が公務員には課されていると構成すれば、両者は整合的に理解されることになるだろう。宇賀克也・小幡純子編『条解・国家賠償法』（2019年、弘文堂）209頁〔宇賀克也執筆〕。

⁴ 宇賀・前注3）450頁。

⁵ 前注3）参照。

⁶ なお、「当該立法の内容」の違憲性と「立法行為」の違法性を峻別する思考様式がもたらす重要な憲法上の意義については後述する（「3. おわりに」参照）。

を形成すべき役割を担うものである。そして、国会議員は、多様な国民の意向をくみつつ、国民全体の福祉の実現を目指して行動することが要請されているのであつて、議会制民主主義が適正かつ効果的に機能することを期するためにも、国会議員の立法過程における行動で、立法行為の内容にわたる実体的側面に係るものは、これを議員各自の政治的判断に任せ、その当否は終局的に国民の自由な言論及び選挙による政治の評価にゆだねるのを相当とする。さらにいえば、立法行為の規範たるべき憲法についてさえ、その解釈につき国民の間には多様な見解があり得るのであつて、国会議員は、これを立法過程に反映させるべき立場にあるのである。憲法 51 条が、「両議院の議員は、議院で行つた演説、討論又は表決について、院外で責任を問われぬ。」と規定し、国会議員の発言・表決につきその法的責任を免除しているのも、国会議員の立法過程における行動は政治的責任の対象とするにとどめるのが国民の代表者による政治の実現を期するという目的にかなうものである、との考慮によるのである。このように、国会議員の立法行為は、本質的に政治的なものであつて、その性質上法規制の対象になじまず、特定個人に対する損害賠償責任の有無という観点から、あるべき立法行為を指定して具体的立法行為の適否を法的に評価するということは、原則的には許されないものといわざるを得ない。ある法律が個人の具体的権利利益を侵害するものであるという場合に、裁判所はその者の訴えに基づき当該法律の合憲性を判断するが、この判断は既に成立している法律の効力に関するものであり、法律の効力についての違憲審査がなされるからといつて、当該法律の立法過程における国会議員の行動、すなわち立法行為が当然に法的評価に親しむものとすることはできないのである。」(傍点筆者)

この【判示②】は、やや長文であるが、要するに、国会議員の立法行為がその本質において「政治的なもの」であることを論証し、したがって、本来的に「法規制の対象」になじまない、と説く。そして、違憲審査権と国賠法上の違法性判断の關係に説き及び、大要、違憲審査は「既に成立している法律の効力」についてなされるものである一方、たとえそこで違憲認定を成し得るとしても、だからと言って、「当該法律の立法過程における国会議員の行動」つまり「立法行為」が「当然に法的評価に親しむ」わけではない、と述べている。違憲審査は既存の法律の「効力」に対してなされるものであり、他方、国賠法上の違法認定は、立法行為の「責任」に対するものである、と理解するものと言えよう。

こうして、立法行為の本質的政治性を前面に打ち出す判旨であるが、しかし、政治的な行為を法的に評価してはならないという論理は、「原則的に」そうなのであつて、例外があり得ることを【判示②】は示唆している。それに加えて、判旨が立法行為の評価を政治過程に委ねているのは、上記引用箇所傍点を付した箇所から明らかなように、「議会制民主主義が適正かつ効果的に機能することを期するために」という前提に立つからである。逆に言え

ば、議会制民主主義が「適正かつ効果的に機能する」とは到底思えない場合は、立法行為の帰趨を政治過程に委ねることができないことを示唆するものと解し得る。

以上のような理路を経て、最判は、次のような国賠法上の違法性の判断枠組を示した。

【判示③】「以上のとおりであるから、国会議員は、立法に関しては、原則として、国民全体に対する関係で政治的責任を負うにとどまり、個別の国民の権利に対応した関係での法的義務を負うものではないというべきであつて、国会議員の立法行為は、立法の内容が憲法の一義的な文言に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、容易に想定し難いような例外的な場合でない限り、国家賠償法1条1項の規定の適用上、違法の評価を受けないものといわなければならない。」(傍点筆者)

この【判示③】は、本来は政治的責任のみを負う立法行為が法的評価(「違法の評価」)を受けるのは、(i)「立法の内容が憲法の一義的な文言に違反し」、かつ、(ii)「にもかかわらず国会があえて当該立法を行う」場合に限られる、とした。判旨が「容易に想定し難いような例外的場合」と述べているように、最判は、極めて限定された事態を想定している。ここでは、【判示①・②】が指摘していた「当該立法の内容」と「立法行為」の峻別論であるが、(i)に明らかなように、立法の内容の違憲性が立法行為の違法性認定に連結され、峻別論が結合論に転換されている。もっとも、(ii)においては「立法行為」が問題になっており、そこでは、立法内容の違憲性を認識しつつも「あえて当該立法を行う」ような場合に違法性が認定されると説いているので、国会議員による侵害行為の態様に焦点が当てられている⁷。

以上のように、かなり複雑な理路を通じ、また、いろいろな示唆が伏在している論理を展開しながら、最高裁は、国賠法1条の責任が成立する事案を、“らくだが針の穴を通る”ほどの極端に狭い事態に限定するかのような解釈を示したのである。

(2)在外国民選挙権事件上告審判決

このような国賠法1条の狭隘に見える射程を広げたのが、2005年(平成17年)に下さ

⁷ 「あえて当該立法を行う」という要件は、「故意」による侵害行為にのみ限定して、「過失」によるそれは国賠法1条の射程から外すかのような含意が見てとれる。また、「故意」という主観的要件を「違法性」認定の要素に組み込むかのような構成であり、違法性の認定と故意の認定が一元的に処理する方向も見えてとれる。が、在宅投票制廃止事件最判の【判示③】の判断枠組は、限界事例を念頭に定式化されたもので、そこで示された状況にのみ違法性認定が限定されることを判示したわけではない、と一般には考えられている(宇賀克也『国家補償法』(1997年、有斐閣)106-107頁)。

れた在外日本国民選挙事件上告審判決(最大判平成 17 年(2005 年)9 月 14 日民集第 59 巻 7 号 2087 頁)であった。国賠法 1 条の解釈について、本上告審判決は、まず次のように判示した。

【判示④】「国家賠償法 1 条 1 項は、国又は公共団体の公権力の行使に当たる公務員が個別の国民に対して負担する職務上の法的義務に違背して当該国民に損害を加えたときに、国又は公共団体がこれを賠償する責任を負うことを規定するものである。したがって、国会議員の立法行為又は立法不作為が同項の適用上違法となるかどうかは、国会議員の立法過程における行動が個別の国民に対して負う職務上の法的義務に違背したかどうかの問題であって、当該立法の内容又は立法不作為の違憲性の問題とは区別されるべきであり、仮に当該立法の内容又は立法不作為が憲法の規定に違反するものであるとしても、そのゆえに国会議員の立法行為又は立法不作為が直ちに違法の評価を受けるものではない。」

本件上告審判決のこの判示部分は、在宅投票制廃止事件にかかる昭和 60 年最判の【判示①】とほぼ同様に、同法 1 条は、公務員が「個別の国民に対して負担する職務上の法的義務に違背して当該国民に損害を加えた」ことを問題とするものであるから、立法との関係では、「国会議員の立法行為又は立法不作為が同項の適用上違法となるかどうかは、国会議員の立法過程における行動が個別の国民に対して負う職務上の法的義務に違背したかどうか」を判断するものであると解する。そして、昭和 60 年判決と同様に、「当該立法の内容」の違憲性と「国会議員の立法行為」の違法性を峻別する立場に立っている(本件平成 17 年最大判の使用する言葉では、「当該立法の内容又は立法不作為の違憲性の問題」と「国会議員の立法行為又は立法不作為が同項の適用上違法となるか」の問題との峻別ということになる。なお、ここで用いられている立法/立法行為/立法不作為のカテゴリーについては注に譲る⁸⁾。

⁸ 昭和 60 年最判は、「国会議員の立法行為(立法不作為を含む)」の国賠法上違法と、「当該立法の内容」の違憲性を峻別するという表現をとっていたが、平成 17 年最大判は、①「国会議員の立法行為又は立法不作為」の国賠法上違法と、②「当該立法の内容又は立法不作為」の違憲性を峻別するとしており、微妙に異なるカテゴリーを用いている。おそらく、平成 17 年最大判の①は、昭和 60 年最判と同じカテゴリーを用いたものであると解し得るが、問題は、むしろ、平成 17 年最大判の①と②における「立法不作為」の異同である。表現は同じでも、文脈からして、別の意味が与えられていると考えられる。ひとつの解釈は、①は、国家賠償法 1 条の文言と平仄を合わせる観点から、どちらも「行為」を指し、他方で、②の立法不作為は「行為」ではなく、「法令の存在様相」を指すものとして、両者を区別することであろう。つまり、「立法の内容」とは存在する法令を意味し、「立法不作為」は法令の不存在を意味するのではないか。そう解すれば、この峻別論にお

このように 1 条解釈の前提は 60 年最判を踏襲しつつも、平成 17 年最大判は、国賠法 1 条上の責任の成立可能性について次のように判示した。

【判示⑤】「しかしながら、立法の内容又は立法不作為が国民に憲法上保障されている権利を違法に侵害するものであることが明白な場合や、国民に憲法上保障されている権利行使の機会を確保するために所要の立法措置を執ることが必要不可欠であり、それ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これを怠る場合などには、例外的に、国会議員の立法行為又は立法不作為は、国家賠償法 1 条 1 項の規定の適用上、違法の評価を受けるものというべきである。最高裁昭和 53 年(オ)第 1240 号同 60 年 11 月 21 日第一小法廷判決・民集 39 卷 7 号 1512 頁は、以上と異なる趣旨をいうものではない。」(傍点筆者)

この【判示⑤】は、一読して、昭和 60 年最判の「立法の内容が憲法の一義的な文言に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、容易に想定し難いような例外的な場合…」を拡大していると言えるだろう。昭和 60 年最判と同じく、本判決も、「当該立法の内容」の違憲性と「立法行為」の違法性を峻別しつつも、例外的に、両者が結びつける(内容の違憲性が行為の違法性に連関させられる)アプローチを採用するが、その結びつく射程・範囲・事象は、昭和 60 年最判よりも明らかに広い。

ここで提示された国賠法 1 条上違法性が認定されるケースとは、【判示⑤】に書かれている「…場合」という言葉に照準すると、次の二類型に整理できる⁹。

【Ⅰ】「立法の内容又は立法不作為が国民に憲法上保障されている権利を違法に侵害するものであることが明白な場合」

【Ⅱ】「国民に憲法上保障されている権利行使の機会を確保するために所要の立法措置を執ることが必要不可欠であり、それ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これを怠る場合」

この定式については、【Ⅰ】は、主として、自由権規制立法や差別立法を念頭において、具体的な立法が存在すること、または、立法が存在しないこと(【Ⅰ】に言う「立法不作為」とは「立法不存在」という法令の存在様相を意味すると解される¹⁰)が憲法上の権利を侵害することが「明白な場合」は、国賠法 1 条上違法となることを意味するものと解される。

いて、昭和 60 年最判も平成 17 年最大判と同様の趣旨に出るものと言えるだろう。

⁹ 「…など」とあるので二類型だけに限定されるわけではない。

¹⁰ 前注 8) 参照。

【II】は、憲法上の権利を実現するために一定の立法措置を必要とする権利(“制度的権利”とでも言えようか)について、かかる措置を執ることが「必要不可欠」であり、かつ、それが「明白である」にもかかわらず、正当な理由なく、国会がこれを「長期にわたって怠る」場合に違法となることを意味する。

重要なのは、これらの定式を、文字通りに読む限り、【I】の侵害類型については、「正当な理由なく長期にわたってこれを怠る」こと(以下、「長期の懈怠」要件と言う)が求められていない。立法措置を必要不可欠とする制度的権利ではなく、自由権や平等が侵害される場合は、「長期の懈怠」要件は要求されない、あるいは、要求されるとしても「長期」ではなく極めて「短期」の懈怠にとどまる、ということを示唆するものと解される。

このように、平成 17 年最大判は、昭和 60 年最判の射程を拡げたものと解される。もっとも、前者も上記の【判示⑤】でも「例外的に」と書かれているように、両者とも、立法内容の違憲性が立法行為の違法性につながる場合は「例外的」であるとする点では同じである。が、“一義的な文言に違反”するような暴挙を“あえて”行うような場合に限定していた昭和 60 年最判と比べた場合、侵害や措置の必要が「明白である」こと等を要求するにとどまる平成 17 年最大判の方が、相当に緩やかな定式になっていること否めない。この点、平成 17 年最大判は昭和 60 年最判と「異なる趣旨をいうものではない」と言っているが、異なるものではないのはその趣旨だけであるという含意がそこにはあるように思われる。調査官解説も両判決の差異を認めるところである¹¹。

(3)再婚禁止期間事件上告審判決、旧優生保護法事件上告審判決

在外国民選挙権事件上告審平成 17 年最大判は、その後も、最高裁判例に継承された¹²。興味深いのは、2025 年(平成 27 年)に下された再婚禁止期間事件上告審判決(最大判平成 27 年(2015 年)12 月 16 日民集第 69 卷 8 号 2427 頁)である。本判決は、国賠法 1 条の解釈につき、次のように判示した。

¹¹ 調査官解説は、「昭和 60 年判決を維持しつつも、その射程を実質的に限定し、国会の立法又は立法不作為について国家賠償責任を肯定する余地を拡大したものであり、この点についても、その意義は極めて大きいものである」と述べている(最高裁判所判例解説民事篇平成 17 年度 603 頁、657-658 頁[杉原則彦執筆])。在宅投票制廃止事件最判の「射程」は、国賠法 1 条の違法性が確認されるケースのうち、極めて著しい事案に限定して明示したにとどまり、その結果として、国賠責任が成立する余地を拡大したことを、在外国民選挙権事件上告審平成 17 年最大判は、認めるものであると言えよう。

¹² 再婚禁止期間事件上告審判決(最大判平成 27 年(2015 年)12 月 16 日民集第 69 卷 8 号 2427 頁)、在外国民審査事件上告審判決(最大判令和 4 年 5 月 25 日民集第 76 卷 4 号 711 頁)、旧優生保護法事件上告審判決(最大判令和 6 年 7 月 3 日民集第 78 卷 3 号 382 頁)。

【判示⑥】「法律の規定が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ものであ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その改廃等の立法措置を怠る場合などにおいては、国会議員の立法過程における行動が上記職務上の法的義務に違反したもののとして、例外的に、その立法不作為は、国家賠償法 1 条 1 項の規定の適用上違法の評価を受けることがあるというべきである。」(傍点筆者)

本判決で重要なのは、まず、違憲判断の根拠となる権利について、在外国民選挙権事件上告審平成 17 最大判が「国民に憲法上保障されている権利」とだけ言及されていたが、上記【判示⑥】では、「憲法上保障され又は保護されている権利利益」と述べて、明らかにその射程対象が拡大している点である。それは、再婚禁止期間事件で問題となったのは、憲法 24 条の「婚姻をするについての自由」であったが、それは憲法上保障が確立した権利ではなく、「憲法 24 条 1 項の規定の趣旨に照らし、十分尊重に値する」レベルにとどまる権利利益であったことに起因すると言えよう。

他方で、在外国民選挙権事件上告審平成 17 最大判では、自由権規制立法・差別立法と、立法措置を必要とする制度的権利侵害を区別し、後者についてのみ「長期の懈怠」要件を要求する構成が取られていたが、本件【判示⑥】では、そのような区別への言及はなく、権利利益侵害立法一般について「長期の懈怠」要件を求めているように読める(「長期にわたってその改廃等の立法措置を怠る場合」とあるように、制度形成的な立法措置とともに、侵害状況を解消する制度廃止的立法が織り込まれている)。が、立法に関する国賠法 1 条の解釈をめぐる判例史を概観しても分かるように、国賠法 1 条上の違法性の認定枠組については事案に応じて強調すべき部分が異なっていて提示されていることもまた確かである。したがって、在外国民選挙権事件上告審平成 17 最大判【判示⑤】における【I】の定式は生きており、この【判示⑥】によって否定されたものではないと解するのが適当であろう。

そして、この最後の点に関して、旧優生保護法事件上告審判決(最大判令和 6 年 7 月 3 日民集第 78 卷 3 号 382 頁)が参照に値する。同事案では、周知のとおり、旧優生保護法の当該規定が「個人の尊厳と人格の尊重の精神に著しく反するもの」とされ、憲法 13 条(そして 14 条)に対する違反が認定されたが、これを前提に最高裁は国賠法 1 条の適用について、次のように述べている。

【判示⑦】「本件規定は、憲法 13 条及び 14 条 1 項に違反するものであったというべきである。そして、以上に述べたところからすれば、本件規定の内容は、国民に憲法上保障されている権利を違法に侵害するものであることが明白であったというべきであるから、本件規定に係る国会議員の立法行為は、国家賠償法 1 条 1 項の適用上、違法の評価を受けると解するのが相当である(最高裁平成 13 年(行ツ)第 82 号、第 83 号、

同年(行ヒ)第76号、第77号同17年9月14日大法廷判決・民集59巻7号2087頁参照。』

ここでは、「憲法上保障されている権利」を「違法に侵害するもの」であることが「明白」であれば、「長期の懈怠」を吟味することなく、国賠法1条上違法と判断されることを示している。

* * *

このように国賠法1条上の責任の成立に関する判断枠組は、在宅投票制廃止事件上告審昭和60年最判の狭隘できわめて例外的な事態のみを対象とするものに限局されているわけではない。その後の最高裁判例の展開を概観してみても、当該事案との関係で提示されるべき部分だけが前景に出ることによって狭隘に見えるだけであったり、また、従来の判断枠組の中に伏在していた部分が前景に出てきたりと、その含意・伏在されている部分を含めて考えればかなり柔軟に、かつ実務的必要を意識しつつ、展開されていたと言ってよい。上に観てきたように、多くの示唆と可能性を発見し得る判例法理であるが、中でも、救済の対象となる法益は、憲法上確立された権利のみならず、「憲法上…保護されている権利利益」(在外国民選挙権事件上告審判決の事案に照らせば、憲法の規定の「趣旨に照らし、十分尊重に値する」もの)をも含むという点、そして、「長期の懈怠」要件は必ずしも必須ではないという点は、本意見書にとって重要である。

2. 本件訴訟高裁判決に見る国賠法1条解釈の問題性

(1) 高裁判決の国賠法1条解釈

2025年4月15日現在、いわゆる本件訴訟に関しては、6つの地裁判決(札幌地裁(令和3年(2021年)3月17日)[違憲(14条)]、大阪地裁(2022年6月20日)[合憲]、東京地裁[1次訴訟](令和4年(2022年)11月30日)[違憲状態(24条2項)]、名古屋地裁(令和5年(2023年)5月30日)[違憲(24条2項+14条)]、福岡地裁(令和5年(2023年)6月8日)[違憲状態(24条2項)]、東京地裁[2次訴訟](令和6年(2024年)3月14日)[違憲状態(24条2項)]と、5つの高裁判決(札幌高裁(令和6年(2024年)3月14日)[違憲(24条1項+24条2項+14条)]、東京高裁[1次訴訟](令和6年(2024年)10月30日)[違憲(24条2項+14条)]、福岡高裁(令和6年(2024年)12月13日)[違憲(13条+24条2項+14条)]、名古屋高裁(令和7年(2025年)3月7日)[違憲(14条+24条2項)]、大阪高裁(令和7年(2025年)3月25日)[違憲(14条+24条2項)])、が下されている。大阪地裁の合憲判決を除き、他はすべて「違憲」判決または「違憲状態」判決であるが、24年から25年の間に立て続けに下された高裁各判決はいずれも「違憲」判

決である点は注目すべき事態であろう¹³。

しかし、すべての判決で一致しているのは国賠請求を棄却している点である。その基本的論旨を、東京高裁〔第1次訴訟〕判決（令和6年（2024年）10月30日）を素材に確認していきたい。同判決は、国賠法1条の違法性認定につき、在宅投票制廃止事件上告審昭和60年最判と（在外国民選挙権事件上告審平成17年最大判を踏襲した）在外国民審査事件上告審令和4年最大判を引用し、従来の最高裁の判断枠組を継承している。要するに、1で見てきた判断枠組を本件訴訟事案に適用したのである。東京高裁は、違憲判決であったので、当然のことながら、「現行の法令において、同性間の人的結合関係について配偶者としての法的身分関係の形成に係る規定が設けられていないことが、憲法14条1項、24条2項に違反することは、前記のとおりである」と、自らが判断したその権利侵害性を確認する。

その上で、次のように論旨によって、国賠法1条の適用上違法を否定した。

【判示⑧】「もっとも、憲法は、日本国憲法の制定時に既に制度化されていた男女間の婚姻については、憲法13条、14条に立脚した制度に改めることを憲法24条1項において明文で要請する一方、同性間の人的結合関係についても配偶者としての法的身分関係の形成に係る規定を設けるべきことについては、明文をもって要請してはいない。その要請は、近年の国内外における社会的認識の急速な高まりにつれて明らかになったものであり、その要請が憲法の規定自体から一義的に明白であったとはいえない。憲法上の要請である平等原則によりこのような帰結が導かれることが認識されるようになったのは、国際的潮流としても、我が国における議論の発展としても比較的最近のことであり、近時の複数の裁判例において概ね同旨の問題認識を示す判断が積み重ねられつつあるものの、その判断内容自体、これまでのところ必ずしも統一されておらず、最高裁の判断は未だ示されていない。そうすると、現時点までに、同性間の人的結合関係について配偶者としての法的身分関係の形成に係る規定を設けていないことが憲法14条1項、24条2項に違反することが、国会にとって明白となつていたということではできない。」（傍点筆者）

¹³ なお、本件訴訟のような事案において、「違憲」判決と「違憲状態」判決との実質的差異はほとんどないと言えるだろう。本件訴訟では、主として、同性カップルに婚姻等を認める法令がないこと（つまり法令の不存在）の権利侵害性を問題にしているので、現行法令を違憲と判断しその効力を排除することは必ずしも求められていない。立法の不存在が違憲状態にあることが判断されれば、違憲状態を解消するための何らかの立法措置が当然に求められることになるからである。むしろ、憲法81条が想定する「違憲」判決が下される場合、何らかの立法措置が要求されることはもちろん、現行法令は違憲かつ無効となるから、その際の「無効」の及ぶ範囲を、いわゆる部分無効の手法を用いて、画定する必要があるだろう。

上記【判示⑧】は、第1に、同性カップル¹⁴に婚姻を認めていない状況は憲法24条2項や14条に違反するものであるが、他方で、異性カップルと異なり同性カップルに配偶者として法的身分関係の形成を要請する「明文」の規定はなく、これらの規定がかかる要請を含意するものであるとの「社会的認識」が高まってきたのは、国内外ともに、近時の現象であり、「その要請が憲法の規定自体から一義的に明白であったとはいえない」と述べている。そして、第2に、本件訴訟の各裁判例がそのような解釈動向を積み重ねて（違憲と判断して）いるが、「その判断内容自体、これまでのところ必ずしも統一されておらず、最高裁の判断は未だ示されていない」と指摘する。

要するに、東京高裁判決の論旨は、①同性カップルにも配偶者としての法的身分関係を形成する立法をすべきであるとの憲法解釈とそれを支える社会的認識は、「比較的最近のこと」であること、②そのような解釈に立つ裁判例が複数積み上げられてはいるが、その「判断内容」は「必ずしも統一されて」いないこと、③そのような判断の多様性を整理する最高裁の判断が未だ示されていないこと、を理由に、憲法違反が国会にとって「明白」になっていたとは言えないとした。

このような“明白な違憲性”についての解釈は、他の高裁判決でも共有されている。福岡高裁判決（令和6年（2024年）12月13日）は、「幸福追求権としての婚姻の成立及び維持について法制度による保護を受ける権利」が憲法13条によって司法的救済可能な権利として保障されていることを前提に、同性のカップルについて婚姻を認めていない現行法令は、同権利を侵害するので、憲法13条、14条1項、そして24条2項に違反するため、「本件立法不作為すなわち本件諸規定を改廃等しないこと」は、国賠法上の責任を生じさせ得るものである、と判断した。が、その上で、次のように判示して、下級審の諸裁判例の判断内容の多様性を強調している。が、基本的な視点や枠組は東京高裁と同じである。

【判示⑨】「しかし、本件諸規定を巡る下級審裁判所の判決をみると、札幌地方裁判所が、令和3年3月17日、憲法14条1項に違反する旨を(甲 A215)、大阪地方裁判所が、令和4年6月20日、憲法に違反するものではない旨を(甲 A542)、東京地方裁判所が、同年11月30日、憲法24条2項に違反する状態にあるものの、同項に違反するとはいえない旨を(甲 A690)、名古屋地方裁判所が、令和5年5月30日、同項及び憲法14条に違反する旨を(甲 A691)、本件の原審が同年6月8日に、東京地方裁判所が令和6年3月14日、それぞれ同裁判所の上記の判示と同旨を(甲 A940)、札幌高等裁判所が、同日、憲法24条及び14条1項に違反する旨を(甲 A939)それぞれ判示しており、その判断内容は区々であり、最高裁判所による統一的判断は未だ示されていない。

¹⁴ 本意見書において、同性カップルとは戸籍上の性別が同じであるカップル、異性カップルとは戸籍上の性別が異なるカップルを指す。

この事情を踏まえると、本件立法不作為につき、国会議員に故意又は過失があると認めるのは困難である。したがって、本件立法不作為が国家賠償法 1 条 1 項の各要件を充足するとはいえない。」(傍点筆者)

また、大阪高裁判決(令和 7 年(2025 年)3 月 25 日)は、次のように判示している。少々長いが引用しておきたい。

【判示⑩】「婚姻は、歴史的、伝統的に男女間のものとして制度化され、我が国において明治民法によって法制化された婚姻も異性婚であり、憲法 24 条 1 項にも、婚姻当事者は異性同士であることを所与の前提として、そのような文言が用いられており、同性婚の法制化が憲法上の要請であるかは、憲法の文言上、一義的に明らかとはいえない。我が国において同性愛が障害や疾患でないとの知見が確立したのは平成 7 年であり、その後、性的指向に基づく差別が許されないとの国際人権法上の解釈が広がり、平成 14 年以降は、我が国の人権擁護施策に反映されるようになったものの、同性婚の法制化の実例は国際的にも平成 12 年以降である。我が国においても、平成 20 年に自由権規約委員会による定期報告の審査後の総括所見において、事実婚の異性カップルに付与されている便益を同様の同性カップルに対しても同等に付与することが勧告され(同性婚の法制化の勧告は令和 4 年 11 月である。)、平成 27 年以降、地方公共団体において登録パートナーシップ制度が導入され、その後、法律家による同性婚の法制化の提言、同性婚を認めないことが憲法に違反する人権侵害である旨の日本弁護士連合会の意見書、地方議会の議決、同性婚の法制化に賛同する民間企業等の動き、同性婚の法制化に賛成する各種世論調査結果の報道等により、同性婚を許容し、あるいはこれを推進する必要があるとの国民意識の高まりや社会情勢の変化はここ数年顕著であるものの、伝統的婚姻観を有する国民も相応に存在し、同性婚を認めないことが憲法に反するかどうかは、同種訴訟における下級審裁判例の判断も分かれており、最高裁判所における統一判断はされていない。これらのことからすると、現時点において、同性婚を法制化しないことは憲法 14 条 1 項及び 24 条 2 項に違反するものの、これが国会にとって明白であるとか、国会が正当な理由なく長期にわたって法制化を怠っていたということとはできず、上記立法不作為が、国家賠償法 1 条 1 項の適用上違法であるということとはできない。」

この【判示⑩】は、社会的認識の変化を具体的に摘示しつつ、「国民意識の高まりや社会情勢の変化はここ数年顕著である」とその趨勢が明らかになりつつあることを指摘するに至っている。しかし、他方で、「伝統的婚姻観を有する国民も相応に存在し…」という表現

を用いて、「顕著」さを相対化しようとしている（「ここ数年顕著である」ことの事実は複数
列挙するが、「伝統的な結婚観」が何であって、それを有する「国民」とは誰で、「相応に存
在」とは何を典拠にそう言うのか、に関する言明は欠如している）。そして、まさに顕著な
傾向を相対化する「伝統的婚姻観を有する国民」なるものが「相応に存在」することをもっ
て、本件法令が違憲であることを前提としつつも、その違憲性が「国会にとって明白である」
ことを否定し、かつ、「国会が正当な理由なく長期にわたって法制化を怠っていたというこ
と」も否定して、“明白な違憲性”要件のみならず、“長期の懈怠”要件についてのその充足を
肯定しなかったのである¹⁵。

以下、ここに展開された高裁判決の国賠法 1 条解釈について、論点ごとに批判的に考察
してみたい¹⁶。

（2）“明白な違憲性”の要件について

（i）基本前提

国賠法 1 条の解釈を行うに際して、いくつか憲法的な基本事項を確認しておきたい。

まず、第 1 に、国家賠償法は、憲法 17 条上の国民の権利である、公の賠償請求権を実現
するものである点が挙げられる。本条に定められた公の賠償請求権の保障には、被害者救済
機能に加えて、公権力の適法性を維持する機能があるとされている¹⁷。もちろん、本条の規
定ぶりはいわゆる法律事項規定であり、賠償請求のしくみや手続は国会の立法裁量にゆだ
ねられると解されるが、しかし、白紙委任ではなく¹⁸、本条の趣旨や賠償請求権の基本機能
など、制度の核心に触れる部分は立法によって変質させることはできない。

次に、第 2 に、国会議員の立法行為に対する憲法的統制の重要性についてである。1 で概
観した最高裁判例でも明らかなように、「当該法令の内容」の違憲性と「立法行為」の（国
賠法上の）違法性を区分する思考方法が一般に広く受容されている。現に存する法令の効力
の排除と法令を生み出す立法行為の法的統制とを峻別するのは、対象が「規範」であるのか
「行為」であるのかで、違いがあるとの前提に立つものである。しかし、この点、憲法 98
条 1 項は、「この憲法は、国の最高法規であつて、その条規に反する法律、命令、詔勅及び
国務に関するその他の行為の全部又は一部は、その効力を有しない」と定め、そこには「国

¹⁵ 札幌高裁判決（令和 6 年（2024 年）3 月 14 日）も同旨。

¹⁶ なお、「伝統的婚姻観を有する国民も相応に存在し…」という認定について、本文に記
した以上の意見はないので、それに対する統計資料などに基づく論駁は本意見書では扱わ
ない。

¹⁷ 宇賀・前注 7）5-6 頁、長谷部恭男編『注釈日本国憲法』（2017 年、有斐閣）245 頁〔大
戸常寿執筆〕。

¹⁸ 郵便法事件上告審判決（最大判平成 14 年 9 月 12 日民集第 56 巻 7 号 1439 頁）も同
旨。

務に関するその他の行為」とある。つまり、憲法は、国家の諸規範形式のみならず、国家権力の「行為」に対してもその統制を及ぼす趣旨に出ている。憲法は、さまざま国法形式(「規範」)も、さまざまな国家の「行為」も、憲法的統制の下に置こうとしているのである。

以上から、明らかなように、国賠法を解釈する場合、①同法が憲法上の権利(公の賠償請求権)を実定化したものであること、②同法には、被害救済機能だけでなく、公権力統制機能もあること、③憲法は国家の「行為」も憲法的統制に置こうとするものであること、に留意して解釈しなければならない。だとすれば、国賠法1条の解釈にあたっては、公権力に対する憲法的統制機能を重視し、条文や文言の射程を過度に狭隘化するのではなく、柔軟に解釈することが可能であるし、また、求められることになる。実際に、1で見た諸判例も、国賠法1条の解釈を事案に応じて柔軟に展開してきた。違法性認定の判断枠組の全体像もまだいろいろな可能性を伏在させていて、ケースに応じて必要な定式を判例ごとに顕在化させる手法を最高裁判例は採っている。

また、上記の①から③に照らせば、立法過程が多様な社会的・政治的要素を勘案するプロセスであることを過剰に評価して、その政治的性格を強調して、憲法的統制を必要以上に弱めるような解釈をしたりすることは避けるべきであろう。憲法的統制の機能を、民主的正統性に対する過度の遠慮を理由に、弱めてはならないのである。

(ii) 高裁判決における「明白な違憲性」の考え方の問題性

国賠法1条については「行為不法説」が通説的な見方であり、判例も、例外的に法令の違憲性が立法行為の違法性に連結されると考えているが、両者は、原則、峻別されると見ている。立法の成果物ではなく、「行為」に着目する以上、そこには行為主体が存在し、かかる行為主体の「認識」と「行動」が問われなければならない。前者の「認識」への問いが「明白な違憲性」の要件につながり、後者の「行動」への問いかけが「長期の懈怠」の要件につながっていく。

さて、「明白な違憲性」要件についてであるが、2で概観したように、本件訴訟の諸高裁判決は、国賠法1条の適用において、《下級裁判所の判断内容が分かれており、統一されていない》ことを理由に「明白な違憲性」要件を充たしていない、としている。果たしてこれは適切であろうか。

「明白な違憲性」と言う場合の「明白」とは何を意味するのか、これに関しては、さしあたり次の三つに分けて考えることができよう。すなわち、①違憲根拠が明白であること、②違憲状態が明白であること、③違憲状態の是正方法が明白であること、の三点である。

まず、いずれの点から見るにせよ、これらすべてについて「明白」の要請が、「何かが一義的に定まっており、議論の余地なく、単一の選択肢に特定されていること」を求めると理解するのは適切ではない。①から③の諸点が、裁判所によって、議論の余地のないほど一義的に定められていなければ「明白な違憲性」を認めることができないと強弁するのであれば、立法裁量のすべてを放棄するに等しい。それは、そもそも国が本件訴訟において婚姻制度の形成につき立法裁量が認められるべきことを主張してきたことと矛盾する。また、議論の余

地のないほど違憲判断の意味を詳細化することを司法に求めるのは、三権分立に照らしても適切でなく、さらに、そこまでの明確な指示が司法からなされない限り、違憲状態を解消して向かうべき方向を国会が構想することできないというのであれば、それは、最高機関性(憲法 41 条)ならびに憲法尊重擁護義務(99 条)の観点から問題である。

そのような視点に立ち、各別に見ていきたい。

まず、①違憲根拠の明白性である。違憲根拠には、違憲認定の根拠となる「条文」と「違反理由」に分かれる。が、それらに徹底した特定性・明確性を求めるのは無理である。条文を特定するといっても、競合的に違憲根拠になり得ることもあるし、条文が特定されとしても、どの文言かを特定することも時に曖昧なまま論旨が進むこともある¹⁹。違憲理由についても、その論旨で用いられた概念にも必ず曖昧さが残り、理路も複数立つ可能性がある。解釈的余地をなくすことはおよそ不可能であろう。

次に、②違憲状態の明白性についてである。本件訴訟の場合、「違憲」と「違憲状態」には決定的な差異があるわけではない。現行民法・戸籍法を「違憲」とストレートに判断すれば、それは当該法令を無効なものとして排除する効果が憲法 81 条から導かれることになるが、本件訴訟では、現行法令に基づいて既に認められている婚姻を無効にすることではなく、現行法令を修正し、同性カップルも婚姻ができるように根拠規定を整備することが求められている。その意味で、同性カップルに関してあるべき根拠規定の不存在の違憲性が問題とされているとも解される。そして、あるべき根拠規定が存在しないことが違憲であるにすぎないのであるから、現行法令に基づいて有効に認められている婚姻を無効にするわけにはいかない。同性婚訴訟の場合の「違憲」と「違憲状態」には、そのあたりの整理の違いがあるに過ぎない。あるいは、違憲状態判決とは、あるべき根拠規定が存在しない状態は違憲であり、立法措置によって直ちに解消されるべきであって、何もしないでいると国賠法上違法と評価される(留保されているのは国賠法上の違法性の方であり、後になって違憲性が確定

¹⁹ 性同一性障害特定法違憲決定(最大決令和 5 年(2023 年)10 月 25 日民集 77 巻 7 号 1792 頁)は、「憲法 13 条は、「すべて国民は、個人として尊重される。生命、自由及び幸福追求に対する国民の権利については、公共の福祉に反しない限り、立法その他の国政の上で、最大の尊重を必要とする。」と規定しているところ、自己の意思に反して身体への侵襲を受けない自由(以下、単に「身体への侵襲を受けない自由」という。)が、人格的生存に関わる重要な権利として、同条によって保障されていることは明らかである」と述べている。ここでは 13 条全体が引用されたうえで、その文言のどれに依拠するのかは明示されないまま、「自己の意思に反して身体への侵襲を受けない自由」が本条によって保障されるのは「明らか」であるとされている。「自己の意思に反して身体への侵襲を受けない自由」という定式は、意思の自由に対する侵犯を問題にするのか、身体の自由への侵犯なのかで、趣を異にするものであるが、それも含めて、以上の程度の特定性・明確性でも、最高裁は「明らかである」という評価をしているところに注目すべきだろう。

するわけではない)、ということを指すための表現かもしれない。他方、現行法令が「違憲」と断じられれば直ちに当該現行法令について必要な改廃措置が採られる必要がある。いずれにしても、両者は違憲判断がなされており、かつ、それを解消するための立法措置が求められている点では、差異はない。

それと関連するが、③の違憲状態の是正方法の明確性である。これが、是正方法の一択的特定がなされていることをもって「明白」であると解してしまうと、むしろ立法に対する過剰な司法介入をもたらす妥当ではない。さらに指摘すれば、立法不存在の場合は、立法が存在していないこと自体が違憲であるため、その後の立法措置の内容が合憲か否かは、また別に論じられるべき問題である。したがって、とるべき立法オプションが一義的に前もって決まっている必要はない。解消すべき違憲状態が存在し、是正方法についてもおよその方向性が定まっていれば、後は、国会が最高機関としての任務として法制局などを活用しながら、自らが最適だと思われる措置を果敢に採ることになろう。その結果制定された成果物たる立法が、憲法的にどのように評価されるかは、別の問題である。

以上、要するに、「**何らかの立法措置を取らなければ解消されない違憲状態があり、是正方法についてもおよその方向性が定まっていること**」をもって、「明白な違憲性」の要件は充足されると解すべきである。いたずらに司法による明白性を求め、明確化や特定化の不足を指摘するのは、違憲状態を放置することになり、国賠法の被害救済機能も公権力統制機能も損なうことになるだろう。明白性の過剰な追求は、国会に最高機関としての使命とその憲法尊重擁護義務の履行を阻害・放棄させてしまう。

このような視点に立ってみた場合、高裁判決の《下級裁判所の判断内容が分かれており、統一されていない》ことを理由に“明白な違憲性”要件の充足を否定したことは適切であったのか。

まず、下級審の諸裁判例は、大阪地裁判決を除いて、違憲あるいは違憲状態で一致している。確かに合憲判決が一点あることは間違いないが、それも、同性カップルの重要な法的利益が損なわれていること、国会は何らかの措置を採るべきであること、という二点で共約すれば、合憲判決である大阪地裁判決も含めて、すべての裁判例は一致しており、「判断内容が分かれ」ているわけではない（大阪地裁判決は、国会における民主的討議の過程に対する「期待」を根拠に違憲判断を回避しているように読める）。とは言え、違憲ないし違憲状態が趨勢であり、しかも高等裁判所レベルでは「違憲」の判断で一致しているのであって、《何らかの立法措置を採らなければ解消できない違憲状態》の存在は明白であると言えよう。

次に、違憲根拠の明白性であるが、諸裁判例が援用する違憲根拠は、14条1項、24条2項、24条1項、13条と確かに多様ではある。しかし、既に述べたように、違憲根拠の明白性を、根拠条文・文言・理由のすべてについて明白であることを過剰に追求するのは不適切である。そのような方向を高裁判決が採るのは、一致し得る共通部分を探るのではなく、どこかに差異を発見しようとするからである。差異の発見は際限がない。しかも、根拠条文の多様性・複数性が見られるとしても、それらは“競合”して援用されていると理解できる。《婚

姻等によって親密な人間的結合を保護・公認してもらう権利利益が損なわれている」という点では一致しているのである。実際、本件訴訟の裁判例のいくつかでも、また最高裁の判例の中でも、14条と24条2項が競合して援用されることは珍しくない。また、13条の個人の尊重や24条2項の個人の尊厳が、24条1項の解釈に有機的につながって援用されることもある。複数条文の競合は、違憲性の明白性を阻害するものではない。

なお、根拠条文の相違は、それに基づいて主張できる権利の相違でもある。確かに、本件訴訟で援用された権利は、判例によれば、憲法上確立された権利ではなく、重要な法的利益にとどまるものがほとんどである。しかし、この点は、既に1(3)で見たように、再婚禁止期間事件上告審最大判が「法律の規定が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」場合も請求の対象となるとしているので、確立した憲法上の権利未満の保護法益も十分に救済の対象となる。

さらに、違憲状態を是正する方法の明白性についても、その基本的方向性は定まっていると言えよう。違憲状態が明らかである以上、すくなくとも何かをしなければならず、かつすべき何かを検討することも必須である。採り得る立法措置は、列挙すれば、法律婚でフルスペックの保護と公認が与えられる異性カップルとゼロ保障である同性カップルの間の格差を是正する措置（札幌地裁判決）、「家族」（婚姻に限らない）を形成することを同性カップルに可能にする措置（東京地裁判決〔1次訴訟〕）、民法を改正して異性カップルと同性カップルと同じ婚姻制度で処遇する措置²⁰（札幌高裁判決、東京高裁判決、福岡高裁判決、名古屋

²⁰ ●札幌高裁判決（2024年3月14日）は、24条1項の婚姻の自由を「人と人との間の婚姻の自由」と解釈するなどして違憲判断を導き、異性愛者も同性愛者も憲法上同じ自由を共有するという前提に立つので、その法制度化も同じようにしなければならないことを示唆している。地裁段階では、婚姻類似制度やパートナーシップ制度での措置の余地もあったが、高裁判決では、判決末尾において、民法上同じ制度で処遇すべきことを念頭において立法措置を採るべきことが付言されている。●東京高裁判決〔第1次訴訟〕（2024年10月30日）は、婚姻制度と生殖能力は無関係であることを徹底的に論証した上で、民法の中に、同性カップルを処遇するため、同法739条に相当する「規定を新設する」ことを求めている。しかも、配偶者の身分に伴う財産的権利について、異性愛者と異なる規定を設けることは14条に違反するとしている。●福岡高裁判決（2024年12月13日）は、「婚姻が人にとって重要かつ根源的な営みで…あることに鑑みると、幸福追求権としての婚姻について法的な保護を受ける権利は、個人の人格的な生存に欠かすことのできない権利であ」として憲法13条を根拠に違憲判断をし、「同性のカップルに対し、端的に、異性婚と同じ法的な婚姻制度の利用を認めるのでなければ」違憲状態を解消できないと述べている。●名古屋高裁（2025年3月7日）は、民法を改正して異性愛者と同等の婚姻制度に変更するのは、それほど膨大な立法作業にならず、性別中立的な文言に改めればよいと述べて、民法改正の具体的提案をしている。●大阪高裁（2025年3月25日）は、婚姻

屋高裁判決、大阪高裁判決)と確かに多様ではある。しかし、これらの中からどれかを一択で指示されないかぎり、国会にとっては是正方法を同定して得ないと主張するのであれば、それは、繰り返しになるが、国会の任務怠慢であり、立法裁量を自ら放棄するに等しい。これらの立法措置の提案が、いずれも「婚姻等によって親密な人間的結合を保護・公認してもらう権利利益が損なわれている」という違憲状態を解消するために採られるべき措置であるという点では一致していることをよくよく認識した上で、国会が自らの責務と裁量で、いずれかを選択すればよい。

付言するに、違憲状態解消のために採り得る立法措置のオプションは、判決が出されるたびに狭まってきている点は注目に値する。特に、24年から25年にかけてくだされた高裁判決を概観するに、今や国会が採るべき立法措置は、異性カップルと同性カップルと同じ法律婚制度の中で処遇する民法等の改正に収斂している。その趨勢をどのように捉えるかを含めて、国会は立法措置に出るべきであり、その結果、制定された法令が、新たな憲法上の疑義を提起されるか否かは、国賠法1条の適用の問題とは別の問題である。

(3)“長期の懈怠”の要件について

この点については、在外国民選挙権事件上告審平成17最大判の判示を再掲しておく。

【Ⅰ】「立法の内容又は立法不作為が国民に憲法上保障されている権利を違法に侵害するものであることが明白な場合」

【Ⅱ】「国民に憲法上保障されている権利行使の機会を確保するために所要の立法措置を執ることが必要不可欠であり、それ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これを怠る場合」

この定式にあるように、憲法上の権利の行使を可能にするために一定の立法措置を執る必要がある場合は【Ⅱ】が適用され、そこにあるように“明白な違憲性”要件に加えて、“長期の懈怠”要件を充足することが求められる場合がある。そうではなく、既に存在する法令が憲法上の権利を侵害している場合や、立法の不存在が直ちに憲法上の権利を侵害する場合、“明白な違憲性”要件さえ充たされれば、国賠法1条の適用上違法と判断される(1(3))で見た、旧優生保護法事件上告審判決も同様である)。

本件訴訟の場合は、同性カップルに法律婚等を認めるには一定の立法措置が必要であるから、【Ⅱ】が適用されるケースである(なお、弁護団は現行民法の関連規定が、14条の平等、24条1項の婚姻の自由、24条2項の個人の尊厳、等の権利や要請を直接かつ明白に侵

以外の別制度は「新たな差別を生み出す」と述べ、同性婚の導入は、婚姻についての国民各人の価値観を損なうわけではないので、国民感情を同性婚法制化に反対する理由にすることはできない、と指摘している。

しているとも主張しているが、かかる主張に立てば、【Ⅰ】の適用を訴求するやり方も十分考えられるだろう)。

“長期の懈怠”がどのくらいのタイムスパンを想定したものかは一義的に画定することは難しい。しかし、札幌地裁判決がこの問題領域で初めて違憲判断を示したのが 2021 年で、それ以来 4 年間、違憲・違憲状態判決が頻発している。これを“長期”と見るか否かであるが、この点、考慮すべきは、まず第 1 に、国賠法の趣旨が、被害救済機能と公権力統制機能に求められること考えると、権利利益の制限を受ける国民の側の視点からこれを捉える必要がある。第 2 に、郵便法事件上告審判決（最大判平成 14 年 9 月 12 日民集第 56 巻 7 号 1439 頁）が、公務員の不法行為の責任制限についての合憲性判定基準につき、「公務員の不法行為による国又は公共団体の損害賠償責任を免除し、又は制限する法律の規定が同条に適合するものとして是認されるものであるかどうかは、当該行為の態様、これによって侵害される法的利益の種類及び侵害の程度、免責又は責任制限の範囲及び程度等に応じ、当該規定の目的の正当性並びにその目的達成の手段として免責又は責任制限を認めることの合理性及び必要性を総合的に考慮して判断すべきである」（傍点筆者）と述べていたことを想起すべきであろう。これは、免除・制限のみならず責任の成立に関しても配慮すべき事項であると解される。したがって、“長期の懈怠”要件の「長さ」や「意味」も「侵害される法的利益の種類と侵害の程度」を考慮すべきことになる。現状は、同性カップルの「婚姻等によって親密な人間的結合を保護・公認してもらう権利利益」が損なわれており、しかも異性カップルと比較すればゼロ保障である。「侵害される法的利益の種類」は憲法上保護された権利利益であり、「侵害の程度」はゼロ保障である。これらの諸点を加味すれば、4 年の時間経過は十分に“長期”と言えるのではないか。

また、もうひとつ重要な点としては、在外国民選挙権事件上告審判決の【Ⅱ】が「国会が正当な理由なく長期にわたってこれを怠る場合」と明確に述べているように、“長期の懈怠”には「正当な理由」が求められる。“明白な違憲性”の要件は充足したので、もはやその非明白性を「正当な理由」として援用することはできない。国の対応の現状は、判決が出るたびに、歴代の内閣総理大臣（かつ自民党総裁）あるいは官房長官が「裁判所の判断を注視する」と繰り返し述べるにとどまっている。“長期の懈怠”が容認されるのは、①立法という作業には時間がかかるからであり、②違憲状態の解消に努力しているから一定の猶予を認める必要があるからである。①については、名古屋高裁判決が、大要、性中立的な文言への書き換えまで提案して、民法の改正がそれほど膨大な立法作業にならないと指摘しているように²¹、

²¹ 名古屋高裁判決（2025 年 3 月 7 日）は、大要、「同性婚の法制化は戸籍制度の重大な変更をもたらすものではなく、民法の婚姻の効果に関する諸規定については、『夫婦』を『婚姻の当事者』、『夫又は妻』を『婚姻の当事者の一方』など性別中立的な文言に変更するといった法改正で足りる」として、別制度を作るよりも立法作業は膨大にならないと指摘している。

何年もかかるものではないことが指摘できる。②については、「注視」しているだけの現状は、違憲状態の解消に努力しているとは評価できない。猶予が認められるのは、違憲状態解消のために努力している場合であって、なんらアクションを起こしていない以上、猶予は認めることはできないし、認めることは有害である。“長期の懈怠”に一体いかなる「正当な理由」があるのかは厳しく問われなければならない²²。

3. おわりに

本意見書を閉じるにあたり、諸高裁判決が繰り返し強調している最高裁判所の役割について一言させていただきたい。繰り返しになるが、典型的な例を再掲しておく。

「…同性婚を認めないことが憲法に反するかどうかは、同種訴訟における下級審裁判例の判断も分かれており、最高裁判所における統一的判断はされていない。これらのことからすると、現時点において、同性婚を法制化しないことは憲法 14 条 1 項及び 24 条 2 項に違反するものの、これが国会にとって明白であるとか、国会が正当な理由なく長期にわたって法制化を怠っていたということはできず、上記立法不作為が、国家賠償法 1 条 1 項の適用上違法であるということとはできない。」(傍点筆者)(大阪高裁判決(令和 7 年(2025 年)3 月 25 日))

²² いわゆる LGBT 理解増進法(令和 5 年法律第 68 号)が制定されているが、これは“長期の懈怠”の認定を回避し得るものとしては評価できない。制定されて 2 年以上が経過するが、同法 4 条が国の役割として定める、国民の理解の増進に関する基本計画の策定すら未だに行われておらず、理解増進の実施の努力も果たされていない。同法の存在及び運用状況からすると、いわゆる同性婚の法制化に向けた国会の活動として評価できる事情は見当たらない。

【LGBT 理解増進法の条文抜粋】

(国の役割)

第四条 国は、前条に定める基本理念(以下単に「基本理念」という。)にのっとり、性的指向及びジェンダーアイデンティティの多様性に関する国民の理解の増進に関する施策を策定し、及び実施するよう努めるものとする。

(地方公共団体の役割)

第五条 地方公共団体は、基本理念にのっとり、国との連携を図りつつ、その地域の実情を踏まえ、性的指向及びジェンダーアイデンティティの多様性に関する国民の理解の増進に関する施策を策定し、及び実施するよう努めるものとする。

この言明は種々の問題性をはらんでいる。

第1に、違憲審査権は、憲法81条によれば最高裁判所のみがそれを保持するかのような定めになっているが、この点、違憲審査権は最高裁同様、下級裁判所も保持することは、最高裁判例自体が認めているところである²³。確かに、審級制がある以上、下級審の判断は上級審によって覆る可能性はあるが、それまでは下級の審級の判断であるにせよ、自身が下した憲法判断の権威性にもっと自信を持つべきではないか。少なくとも、上告審の判断に当該審級の判断が覆されることを前提とした言説は避けるべきであろう。下級審はむしろ自己の下した憲法判断が最高裁によっても支持されることを堂々と立言しなければならないのではないだろう。

第2に、最高裁の判断が出るまで、法令の、あるいは立法行為の、違憲性が確定せず、それをまって初めて国賠法1条の違法性を語り得るという構成を採るのであれば、論理的には、最高裁は国賠法1条の責任を法令等の違憲判断と同時に下せないことになる。しかし、これが先例と異なることは明らかであろう（在外国民選挙権事件上告審判決、在外国民審査事件上告審判決）。

第3に、ある意味で最も重大な点であるが、引用判示のような構成を採用してしまうと、最高裁の判断が出るまで法令/立法行為の違憲性は確定しないのであるから、解消すべき違憲状態がはっきりしない以上、最高裁判決が出るまで立法措置を採る必要はない、との誤解を生む、あるいは、立法作業を懈怠する口実を与えてしまいかねない。言うまでもなく、法令/立法行為の違憲性の問題と、国賠法上の違法性判断は、連動しはするが、別ものである。法令/立法行為が憲法に違反すること（あるいは憲法に違反する状態にあること）が確認された以上、憲法的には、それを解消する立法措置を採るべき義務が国会に生じるはずである（既に述べたように、各審級ごとに違憲審査権がある以上、違憲を指摘する判決文を真摯に受け止め、いかなる対応が必要かの検討を直ちに行う必要があるだろう）。国賠法は、立法措置を採る義務があるにもかかわらず、その懈怠が度を越えた場合、いわば“不法行為”を構成することになって損害賠償責任を発生させるものであり、違憲状態の解消義務とは別の責任問題である。

本件の場合、立法措置が求められているにもかかわらず、論点が多岐にわたるため検討に時間を要している場合でも、立法作業が膨大でそれに忙殺されている場合でもない。野党からいわゆる「婚姻平等法案」が2019年6月²⁴と2023年3月²⁵に提出され、委員会に回付されることはあっても、まったく審議に入らず廃案を繰り返している。要するに、国会審議は一向に進んでいないと言えよう。にもかかわらず、「注視」をするにとどまる現状は、司法の判断を深刻に受け止めている故に熟議に手間取っているからとは到底言えないだろう。

²³ 最大判昭和25年2月1日刑集4巻2号73頁。

²⁴ https://archive2017.cdp-japan.jp/news/20190603_1752。

²⁵ https://cdp-japan.jp/news/20230306_5554。

【有償配布 や Web(ホームページ, ブログ, facebook 等)へのアップロード・転載はお止めください】
【リンクはご自由にお貼りください】
東京一次訴訟上告審提出の書面です。

むしろ、それを無視しているというのが実態ではなかろうか。

近時の高等裁判所が、「違憲」を繰り返し説き、かつ、採るべき立法措置を民法改正一択に絞りつつあり、名古屋高裁判決においては立法提案までしているさまを見るにつけ、政治による司法判断に対する軽視に対して、裁判官たちの違和、さらには怒りを、感じざるを得ない。