

## IV 家族規定の合憲性——憲法の多様化に対応しているか？

現行法規に対する違憲訴訟の展開

### (1) 民法900条旧4号但書 婚外子差別規定

[第900条 同順位の相続人が数人あるときは、その相続分は、次の各号の定めるところによる。四 子、直系尊属又は兄弟姉妹が数人あるときは、各自の相続分は、相等しいものとする。ただし、嫡出でない子の相続分は、嫡出である子の相続分の二分の一とし、父母の一方のみを同じくする兄弟姉妹の相続分は、父母の双方を同じくする兄弟姉妹の相続分の二分の一とする。]⇒改正

### 2013[平成25]年9月4日最高裁違憲決定

←2008<年6月4日最高裁国籍法違憲判決、憲法14条1項(平等原則)違反

⇒2013年12月民法改正 但書赤字部分削除

## (2) 民法旧733条(再婚禁止期間規定)

- ▶ 「女は、前婚の解消又は取消しの日から6カ月を経過した後でなければ、再婚をすることはできない。」
- ▶ 「772条 婚姻の成立の日から200日を経過した後、又は婚姻の解消若しくは取消しの日300日以内に生まれた子は、婚姻中に懐胎したものと推定する。」 ⇒ 嫡出推定の重複を避ける目的(父子関係の混乱を防止) ⇒ 明治23年・明治31年旧民法(6カ月再婚禁止)

→ 再婚禁止期間違憲訴訟2015(平成27)年12月16日最高裁判決  
民法733条のうち、100日を超える部分が違憲、国家賠償請求は棄却  
⇒ 民法改正2016年6月1日可決・6月7日公布・施行(法律71号)

前婚の解消又は取消しの時に懐胎していなかった場合、前婚の解消  
又は取消しの後に出産した場合、100日以内でも再婚可

2022年2月1日法制審議会親子法部会報告(14日、民法改正案要綱)  
772条・774条改正、733条削除 ⇒ 2022年度中に民法改正予定

### (3) 民法750条：夫婦同氏原則：第一次訴訟

- ▶ 「夫婦は、婚姻の際に定める所に従い、夫又は妻の氏を称する。」(750条)
- ▶ 96%の夫婦で、夫の氏〔姓〕を選択。

#### 上告理由 1) 憲法13条： 包括的基本権（「新しい人権」）

人格権(氏名権)「氏の変更を強制されない権利」の侵害

2) 憲法14条：「実質的平等」(間接差別の禁止)に違反

3) 憲法24条1項：婚姻の自由を侵害

2項：「個人の尊厳と両性の本質的平等」に違反

4) 女性差別撤廃条約16条b・g「夫と妻の同一の個人的権利(姓および職業選択の権利を含む)に違反

▶ ⇒ 立法不作為(国会が民法改正を怠ったこと)が違法

# 2015(平成27)年12月16日最高裁判決

① 「氏の変更を強制されない権利」は憲法上の権利としての人格権ではない⇒13条違反ではない

② 14条1項違反ではない

③ 24条に違反しない（立法府の裁量）

⇒国家賠償請求は棄却（14対1）

- ▶ 10対5の合憲判決
- ▶ 女性裁判官3名＋木内・山浦裁判官＝違憲
- ▶ 海外の動き:ドイツ、タイ、スイス等でも別姓制を導入
- ▶ ←呼称の機能、同氏制のメリット、通称使用による不利益の緩和

# 2015年最高裁判決後の動向(第二次訴訟)

## 4種の訴訟: 第一次訴訟から13条違反の争点を除外

- 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)を問う裁判(原告: 青野慶久、代理人: 作花弁護士、東京地判平31.3. 25合憲→**最高裁決定**)
- ②民法750条・戸籍法74条1号の違憲訴訟3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、代理人: 榊原弁護士等弁護士団、東京地判令和1.10. 2合憲、東京地裁立川支部令和1.11. 14合憲、広島地判、令和1.11. 19合憲→**最高裁決定令和3. 6.23、令和4. 3. 22**)
- ③外国で別姓結婚した日本人夫婦による違憲確認/国賠訴訟(憲法24条違反、婚姻が日本で公証されないことの違憲性、東京地裁令和3.4. 21. 婚姻の成立を確認)
- 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条1項、24条違反、東京地判令和1.9. 30合憲)



# 2021(令和3)年6月23日最高裁大法廷決定

特別抗告事件 抗告棄却決定文 49頁中 多数意見1頁、補足意見5頁、個別意見(違憲論)43頁 (88%)

- 1) 多数意見: 2015年判決以降の状況は判例変更にとる「事情変更」にはあたらないとして2015年判決を踏襲。
- 2) 三浦裁判官 意見(10.5頁) 夫婦別姓の選択肢を設けてないことが憲法24条違反。
- 3) 宮崎＝宇賀反対意見((26. 5頁) 24条1項 婚姻の自由の制約、同氏強制は違憲。24条2項 立法裁量を逸脱しており、違憲。 女性差別撤廃条約16条1項G、「同一の権利」保障違反。⇒本件処分は違憲な処分。婚姻届の受理を命ずる審判となる
- 4) 草野反対意見 (6.5頁) 原決定破棄、抗告人らの婚姻届の受理を命ずるべき。  
← 選択的夫婦別氏制を導入することによって向上する国民の福利と減少する国民の福利を比較衡量。24条違反。

▶ 辻村「憲法と姓——民法750条違憲論の諸相」浅倉＝二宮責任編集『ジェンダー法研究第8号』(2021年12月、信山社刊)

# 第三次別姓訴訟にむけての課題

## 1) 理論的課題: ①憲法13条・14条・24条解釈

とくに14条論のありかた。「間接差別」該当性か  
木村説(カップル間の)信条差別か

第2次訴訟最高裁決定(2021年6月23日)

⇒ \* 上告理由の14条論の検討: \* 憲法学からの理論的貢献の必要

②選択的別姓制についての比較衡量論、LRA基準

③国賠法違反の要件の見直し「違憲合法論」

④抗告訴訟の解決方法、救済の可否

## 2) 家族・婚姻制度のあり方——日本社会と家族の変容

人権論の観点⇒個人の尊重か、制度の維持か？

例外を認めないことが憲法違反(木内裁判官、第二次三浦裁判官)

# 憲法学からの対応・判例批判(第一次訴訟最高裁判決後)

## A)13条・24条説

2016.5 辻村『憲法と家族』13条、24条1・2項違反。人格権(「氏の変更を強制されない権利」、婚姻の自由)の侵害、24条の立法裁量論批判

### ▶ 2018.5 江藤祥平・自治研究94巻5号

人格権の権利性を否定する論拠としては(法制度や身分関係を根拠とする議論は)不十分。利益レベルに格下げするにはそれ相応の理由が必要なのはであるが、この点も不明確。



## B)14条説a 間接差別・実質的平等論、立法裁量制約論

- ▶ 2016.5 高橋和之・世界879号←意見書  
間接差別も判断要素、実質的平等違反
- ▶ 2018.5 江藤祥平・自治研究94巻5号  
実質的平等の問題が困難だからといって、一括りに憲法14-1の埒外に追いやるのは行き過ぎ

## C)14条説b カップル間の差別

- ▶ 2016.6 木村草太「夫婦同姓合憲判決の意義」自由と正義67巻7号、同姓希望カップルと別姓希望カップル間の差別

Cf.14条説c: 弁護士:信条による差別⇒地裁も肯定、但し合憲

## D) 24条2項説—最高裁判決の論理内在的批判

- ▶ 2018.10 蟻川恒正「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、24条1項後段違反とまではいえない。同2項の「立法裁量の範囲を超えて違憲」⇒制度優先思考批判
- ▶ 2019. 5 駒村圭吾「家族と憲法」憲法研究第4号「合憲判断は文字通り薄氷の上に立つ  
きわどいもの」 + 憲法判例百選(第7版)  
⇒例外を認めないことの合理性を追及すべき(⇒LRA)

## E) 司法積極主義からの評価(大林)

## F) グローバル人権論からの批判

2016.7 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

\* 女性差別撤廃条約違反の論点重視

### 3) 選択的夫婦別姓制についての意識変化

①朝日新聞社2015年11月7・8日調査

選択的夫婦別姓に「賛成」52%、「反対」34%

夫婦別姓を選べるようになると家族の結びつきが弱まるという意見に対して「そうは思わない」57%、「その通りだ」35%

②内閣府2014年12月調査

賛成 35.5% 反対 36.4%

女性 20代賛成53.3%・反対16.1%、30代賛成48.1%・反対16.1%

③早稲田大学棚村研究室、市民団体「選択的夫婦別姓・全国陳情アクション」等調査

2020年11月(60代以下7000人調査)

- ▶ 「自分は夫婦同姓がよい。他の夫婦は同姓でも別姓でも構わない」 35・9%
- ▶ 「自分は夫婦別姓が選べるとよい。同」 34・7% 法改正（選択的別姓制）賛成派が7割
- ▶ 「自分は夫婦同姓がよい。他の夫婦も同姓であるべきだ」 14・4%のみ

## 2022年内閣府「家族の法制に関する世論調査」選択的夫婦別姓制度について

①同姓制度を維持

②現行制度を維持した上で旧姓の通称使用の法制度を設ける

③選択的夫婦別姓制度を導入 の3択で質問。

→前は導入賛成が過去最高だったが、一転して28.9%となった。

1位は②42.2%、。

⇒聞き方を変えた背景につき2022年3月30日国会で議論、

野田聖子大臣も「現実とかけ離れている」と批判

(回答者の半数近く、2880人中1300人が60歳以上、70歳以上が800人・28%、18～29歳以上は320人・11%)



## (4) 同性婚訴訟——現代家族をめぐる新たな課題 mariage pour tous, LGBTの権利

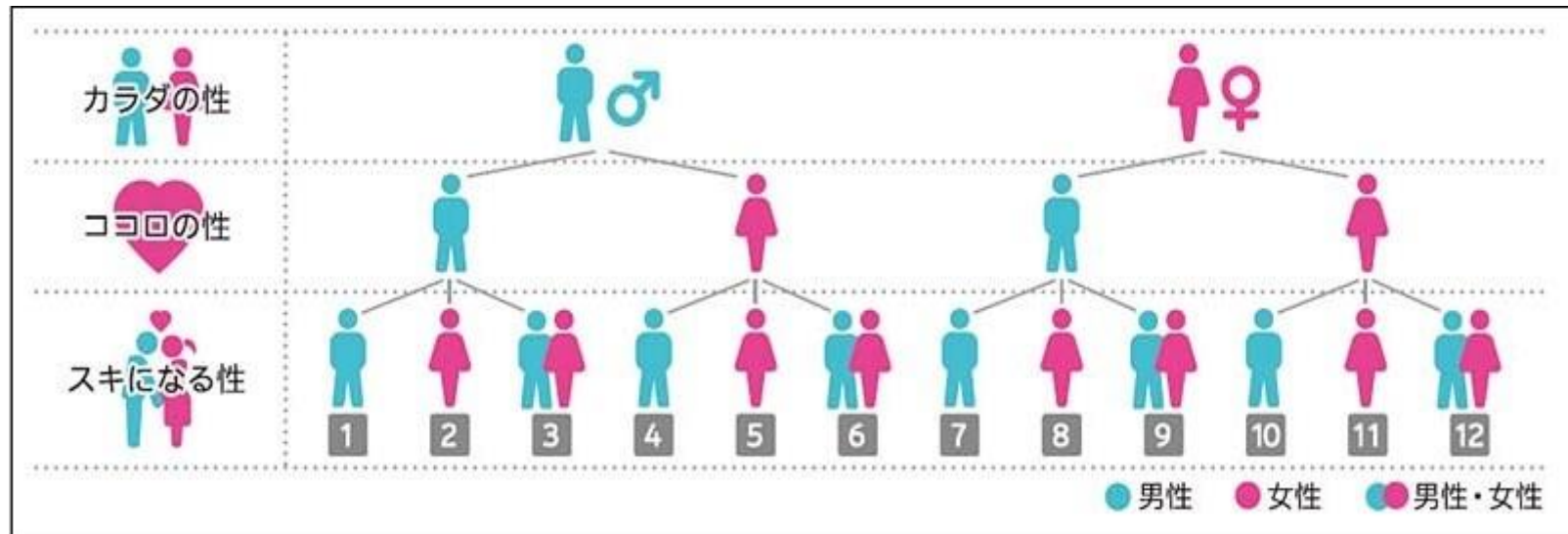
L: レズビアン、G: ゲイ、B: バイセクシュアル(両性愛者)

⇒性的指向(セクシュアル・オリエンテーション)

T: トランスジェンダー(性同一性障害)←WHOでは疾患と認めず

I: インターセックス(性分化疾患)

- ・ 電通2015年調査でLGBTは7.6% (2012年調査では5.2%)



- ・ 図: 電通ダイバーシティ・ラボ制作「セクシュアリティマップ」より引用
- ・ (従来、②と⑩のみが「正常」とされてきた)

# 同性婚を認める世界的潮流

1989年 デンマークで登録パートナーシップ制度開始

2000年オランダで同性婚容認

⇒2022年10月までに**世界32カ国・地域**で同性婚を容認

＜EMA日本のウェブサイト参照＞

（アジアでは、2019年5月台湾で施行、中国・日本は  
パートナーシップ容認国）

＊同性愛者の人権

婚姻の自由、婚姻の利益の享受、  
子ども（養子）を持つ権利

# 日本の現状

## 1) パートナーシップ制度導入

2015年から自治体が証明書発行⇒2022年10月までに

**238**自治体に増加

＜みんなのパートナーシップCOM参照＞

条例制定 （婚姻等の法的強制力なし）

⇒公正証書作成で法的効果担保、養子縁組

## 2) 同性婚法の憲法適合性

憲法24条・民法の「両性」「夫婦／夫・妻」の解釈

「同性婚は想定外」⇒同性婚を禁じているわけではない

2021年3月17日札幌地裁判決 憲法14条違反

## 3) L G B T理解増進法案 2021年5月自民党総務会反対⇒国会提出を断念

家庭、学校、地域、職場の差別・暴力激化の危惧？

# 日本の同性婚訴訟

## 1) 札幌地裁違憲判決(令和3年3月17日)「結婚の自由をすべての人に」訴訟 (marriage pour tous)

**争点1** 14条1項適合性 : 札幌地裁 立法府の裁量権の範囲を超えたものであり、区別とり扱いは合理的根拠を欠く差別取扱いに当たる。したがって、上記の限度で憲法14条1項に違反する。

**争点2** 憲法13条・24条適合性 : 札幌地裁 24条1・2項の文理解釈から、婚姻の自由は、異性婚について及ぶ⇒民法等が同性婚を認めてないことが、24条1・2項に反すると言えない。同性婚という制度を憲法13条の解釈のみによって直接導き出すことは困難(18頁)。したがって、同性婚を認めない規定が13条に反すると認めることはできない。

Cf. 学説: 24条「両性」等の文理解釈を拡大。⇒同性婚も禁止していない【許容説】  
(但し要請説は少数?)

## 2) 大阪地裁2022(令和4年)6. 20合憲判決

\* 憲法14条違反の点は慎重に検討すべき

\* 14条1項の許容する立法裁量の範囲、24条も同じ⇒合憲

### 3) 比較

| 争点       | 原告主張       | 札幌地裁 | 大阪地裁    | 最高裁2017(H15).12.16               |
|----------|------------|------|---------|----------------------------------|
| ①憲法13条   | 違憲         | 合憲   | 合憲      | 合憲(人格的利益は保障)                     |
| ②24条1・2項 | 違憲         | 合憲   | 合憲      | (合憲)制度優先思考                       |
| ③14条1項   | 違憲         | 違憲   | 合憲      | 【合憲】形式的平等論                       |
| 制度       | 現行婚姻制度に含める |      | 別制度も承認? | 同性の事実婚も承認2021.(令和3)3. 21最高裁第2小法廷 |

4) 諸外国等の動向(同性婚32か国、パートナーシップ制度)、  
日本の地方自治体(登録制度220以上) CF.フランスの例(段階的承認)

### 5) 今後の理論的課題

婚姻の自由(目的についての論議)、憲法14条と13・24条、人格的アプローチ



## V フランスにおける家族論の変容

(1) 大革命期の家族論(ナポレオン法典)

→日本の旧民法(近代家父長制)

(2) 1970年代からの家族法改革

(3) 1999年パクス(PACs)法

(4) 生殖補助医療とhomo-parentalité

(5) 2013年同性婚法

(6) 2021年8月 生命倫理法改正

(7) 2022年3月 氏の選択法

→日本の課題との比較—夫婦別姓訴訟、同性婚訴訟

# (1)フランス革命期 ——近代的人権の限界

1789年宣言：人権保障のために国家が存在

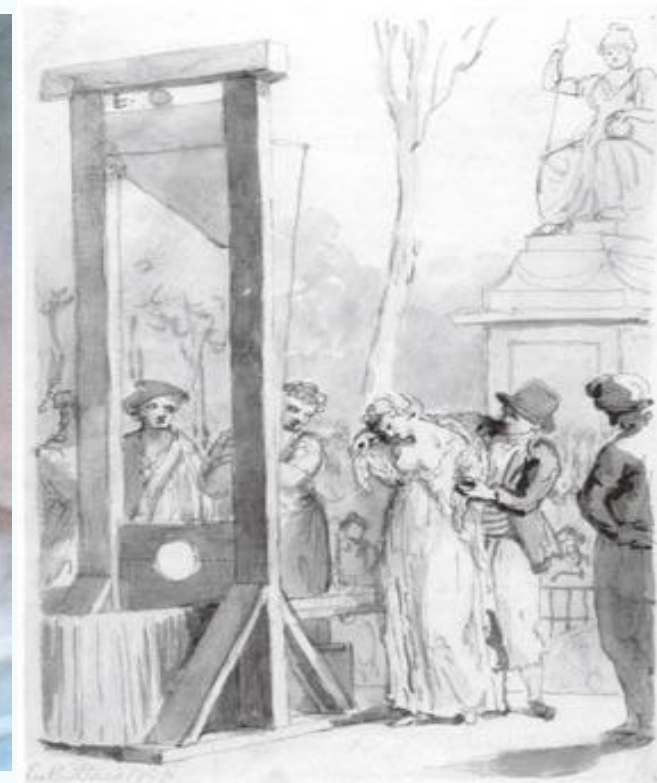
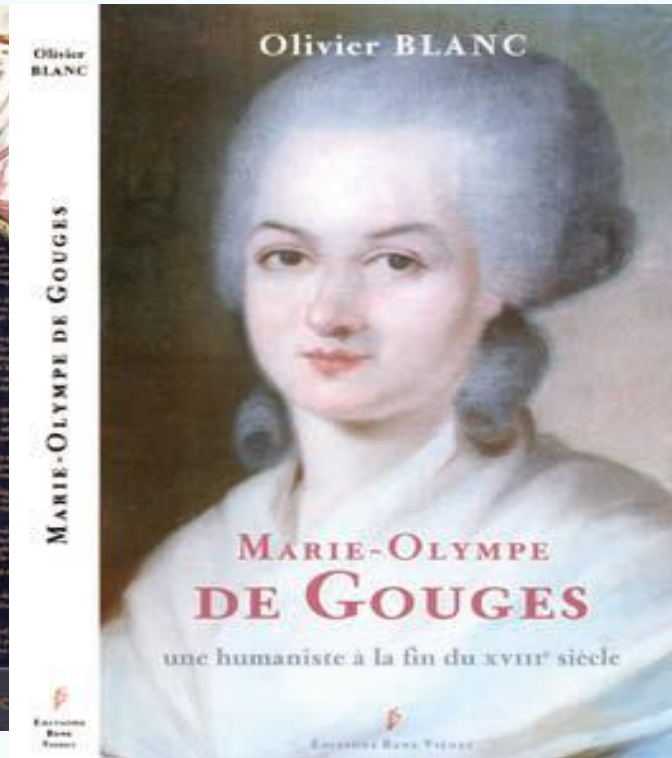
形式的平等、白人・ブルジョア・男性の権利

⇒ 中間団体の排除、公私二元論、国家対個人の関係における人権保障、私的領域における女性の無権利⇒ オランブ・ドゥ・

グーリュ 「女性と女性市民の権利宣言」(1791)

- ▶ 1791年9月3日憲法 婚姻の世俗化
- ▶ 1792年9月22日法 婚姻の世俗化、離婚承認 → 廃止
- ▶ 1804 ナポレオン民法典(妻の無能力)→王政復古
- ▶ 1940ー45年 ヴィシー政府(家族の血族的団結)
- ▶ 1946年憲法 前文 社会権保障、母子保護

# オランブ・ドゥ・グージュの権利宣言、 「男女の社会契約の形式」(1791)



「(表現の自由は)女性の最も貴重な権利である。それは、子と父の関係を確保するからである」「女性は処刑台に上る権利をもつ。同時に演壇に上る権利をもたなければならない」「財産は、婚姻していると否とにかかわらず、両性に属する」「どのベッドから生まれようとも、子どもに財産が帰属する」「差別なく、子は父母の名前を維持する権利をもつ」



## (2) 1970代以降の家族法改革←第二波フェミニズムの影響

- ▶ 1970年6月4日親権に関する法律(父権の廃止、父母の親権行使承認)
- ▶ 1972年1月3日親子関係に関する法律(嫡出子と自然死の区別の廃止)
- ▶ 1975年1月17日 人工妊娠中絶法(ヴェイユ法)
- ▶ 1975年7月11日 離婚に関する法律(相互同意離婚・破綻離婚・有責離婚)
- ▶ 1985年12月23日夫婦財産制に関する法律(夫婦平等の権利行使)
- ▶ 1987年7月22日 親権行使に関する法律(父母親権行使の事実婚への拡大)
- ▶ 1993年1月8日 共同親権等に関する法律(共同親権の一般原則化等)
- ▶ 1993年憲法院判決「正常な家族生活の権利」、1994年生命倫理三法
- 1999年6月15日 パックスと同棲に関する法律
- ▶ 2001年12月3日 相続法の現代化に関する法律(姦生子の差別廃止)
- ▶ 2002年3月4日 親権に関する法律(父母の権利・義務明確化、交互居住等)
- ▶ 2004年5月26日 離婚に関する法律(手続の簡素化・合意の重視)

### (3) パクス (PaCS 民事連帯契約) の成立

1999年6月15日法 Pacte civil de solidarité, 憲法院合憲判決

同性カップルの契約容認 (≠婚姻、相続権・年金受給権なし)  
(租税、社会保障、滞在許可等で婚姻に準じる扱いを受ける)

### (4) 生殖補助医療・「子を持つ権利」

→ 同性の親による親権・育児権 Homo-parentalité

### (5) 同性婚法 2013年5月17日法

オランダ大統領の公約、民法改正 Mariage pour tous

(6) 2021年8月 生命倫理法改正 → 生殖補助医療拡大

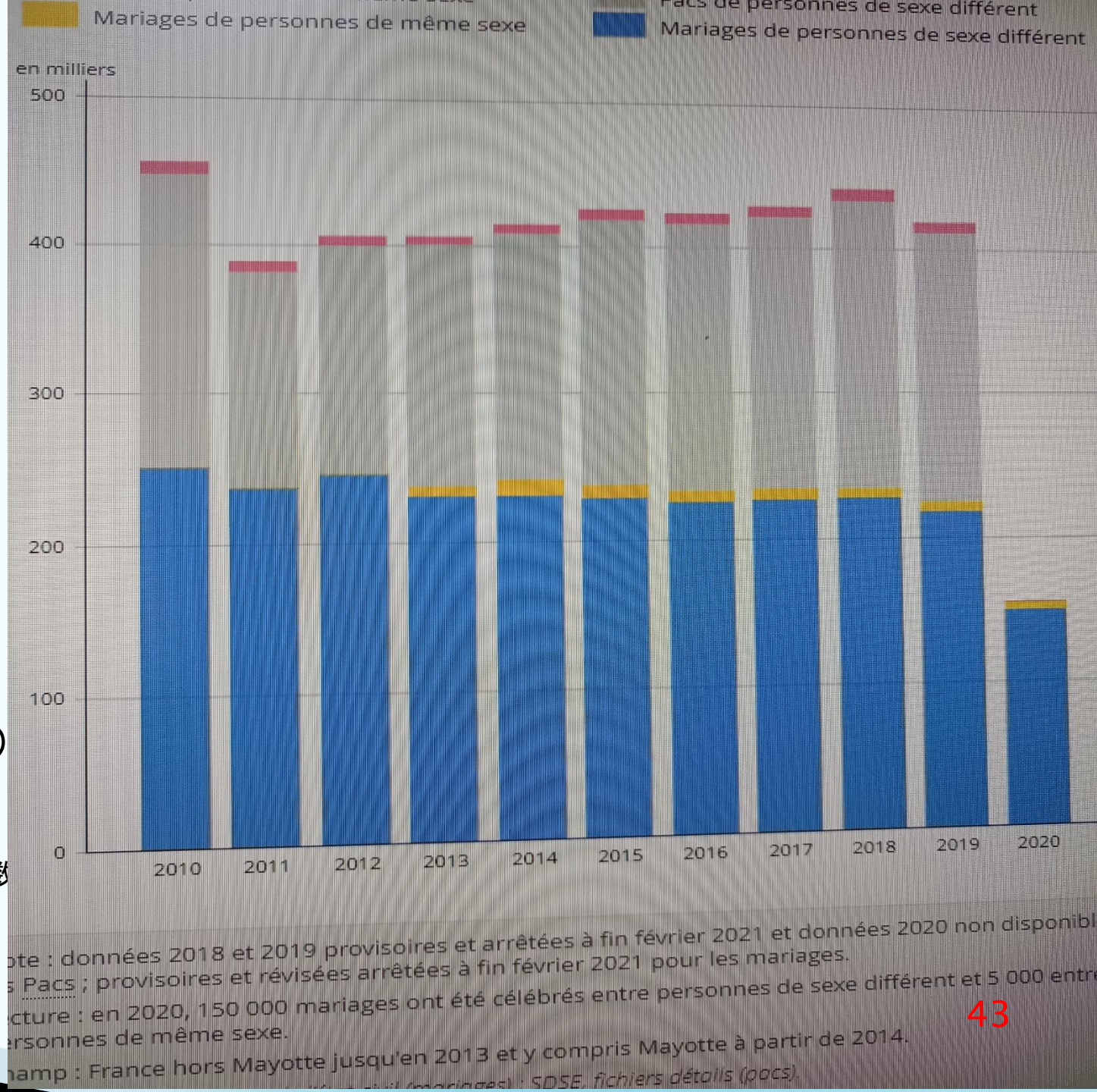
(7) 2022年3月 氏の変更を容易にする法律



# フランスのカップル

## 3つの選択肢: ×2異性・同性 (法律婚、パクス、事実婚)

- フランスの国立調査機関  
Insee「結婚・PACSのカップルの数推移」
- <https://www.insee.fr/fr/statistiques/2381498>
- <https://gendai.ismedia.jp/articles/-/82677> | FRaU (ismedia.jp)
- 青色 法律婚 Marriage 異性婚 52%
- 黄色 法律婚 Marriage 同性婚 1%
- 灰色 パクス PACS 異性間 47%
- 桃色 パクス PACS 同性間 2%
- (2019年度)
- フランスの国立調査機関 ined「同棲カップル、非同棲の数」
- [https://www.ined.fr/fr/tout-savoir-population/chiffres/france/couples-menages-familles/couples-menages\\_familles/](https://www.ined.fr/fr/tout-savoir-population/chiffres/france/couples-menages-familles/couples-menages_familles/)





# フランスにおける「氏の選択」問題

原則：生まれた時の氏を維持

婚姻時：夫の氏、妻の氏、結合氏のいずれも可

2005年法

第1子出産時：子の氏（家族の氏）の決定

父の氏、母の氏、結合氏のいずれも可

⇒家族の氏のほかに、通称(nom d'usage)も可

実際は、子の氏として父の氏を選択する慣行(85%)

⇒マクロン政権下で「氏の変更を容易にする「氏の選択」法」  
制定(2022.3. 2)⇒2022. 7. 1施行、18歳以降、裁判等によらず届出によって変更可、氏についての自己決定権・人格権を重視

## VI 日本の課題——個人の尊重のために

### ▶ ①家族の問題は人権問題

- ・個人の尊重/尊厳+平等と自己決定権の問題

⇒憲法13条、14条、24条の再確認

13条:氏の変更を強制されない権利

14条:民法750条と間接差別/実質的平等

### ・②家族の問題は、政治問題／憲法・立法政策問題

⇒男女共同参画、同性婚・生殖補助医療との接続

cf.フランスの展開

☆今後の課題としての総合的研究・国民的議論の必要

政治の重要性、選挙の争点にして議論すべき⇒民法改正への提言