220924TOKYO

2023
スタンダード論文答練【第１クール】

公法系１第１問

【科目別進行コース憲法第１問】

＜基本レジュメ＞

辰巳専任講師・弁護士

福田　俊彦 先生

辰巳法律研究所

※　本問の論点解説レジュメは、PDFにして受講者特典マイページにて掲載しております。

論文式試験問題集［公法系科目１第１問］

［公法系科目］

〔第１問〕（配点：１００〔〔設問１〕、〔設問２〕の配点割合は、５：３〕）

近年、同性婚を容認する国は増加傾向にある。２００１年４月にオランダで世界初の同性婚が認められた後、ヨーロッパを中心として容認の流れが広がっている。２０１９年には、台湾においてアジアで初めて法的に同性婚が認められた。

我が国では、民法第７３９条第１項は、婚姻は戸籍法の定めるところにより届け出ることによってその効力を生ずるとし、同法第７４条第１号は、婚姻をしようとする者は、夫婦が称する氏を届け出なければならない旨規定するなど、婚姻制度を定める民法及び戸籍法の諸規定が全体として異性婚のみを認めることとし、同性婚を認める規定を設けておらず、これら民法及び戸籍法の婚姻に関する諸規定（以下、総称して「本件規定」という。）は、異性間でなければ婚姻することができない旨規定している。

２００４年、国会において初めて同性婚が言及され、２０１５年に至り、国会で同性婚について議論がされるようになった。近年の同性婚を認める世界的な潮流を受けて、２０１５年の東京都渋谷区を皮切りに、同性カップルの関係を公的に認めるパートナーシップ制度を導入する自治体も、次第に増加してきている。

同性婚賛成派は、婚姻することができない同性カップルが受ける代表的な不利益として、以下のものを挙げている。すなわち、⑴パートナーの財産の相続権がない、⑵遺族年金・配偶者控除等の社会保障が受けられない、⑶医療現場において説明の同席や面会、緊急手術の際の署名等を拒否されることがある、⑷離婚の際の財産分与が法的に保障されていない、⑸住宅の購入や賃借りが難しい、⑹子育てをする場合に共同での親権行使が難しい、⑺パートナーが外国人の場合、「日本人の配偶者」でないとして在留資格が得られない、⑻保険金や家族対象の民間サービス、職場の福利厚生を受けられないといったものである。

それに対して、同性婚反対派は、（ア）そもそも同性婚は憲法第２４条第１項の文言に反するため保障されない、（イ）婚姻制度の目的は子どもの養育にあることから、同性婚に異性婚と同等の扱いや保護を与える必要はない、（ウ）同性婚は代理母や養子縁組の制度と整合しない、（エ）パートナーが外国人の場合、配偶者在留資格制度の適用を認めると、同制度が不法滞在の手段として利用されるおそれがあるといった意見を述べている。

２０１９年１月、同性カップルであるＸら１３組２６名は、居住地において婚姻届を提出したものの、婚姻を求める当事者が同性であったことから不受理となった。そこで、同年２月、Ｘらは、国に対し、本件規定は憲法に反するにもかかわらず、国が必要な立法措置を講じていないことが、国家賠償法（以下「国賠法」という。）第１条第１項の適用上違法であると主張して、国家賠償請求訴訟（以下「本件訴訟」という。）を提起した。

〔設問１〕

⑴　あなたは、国の代理人として、本件訴訟において、本件規定は、憲法第２４条第１項、同条第２項及び第１４条第１項に照らして合憲であると主張することとなった。国の主張に沿った訴訟活動を行うという観点から、どのような憲法上の主張が可能かを述べなさい。なお、本設問において、国が同性婚を認めていない本件規定を改廃しないことが国賠法第１条第１項の適用上違法であるか否かについては言及する必要はない。

⑵　小問⑴の憲法上の主張に対して想定されるＸらからの反論のポイントを簡潔に述べなさい。

⑶　小問⑴における国の憲法上の主張と小問⑵におけるＸらからの反論を踏まえつつ、あなた自身の見解を述べなさい。

無断複製・無断転載等を禁じます

本件訴訟の結果を受けて、２０ＸＸ年、与党は、同性婚を認める法案を国会に提出し、国会が立法措置を検討することとなった。

国会では、同性婚賛成派・反対派双方の意見と財政上の考慮等もされた結果、同性婚は認めるものの、同性婚反対派の意見が強かった①相続権（民法第８９０条など）、②共同親権（民法第８１８条第３項）等は認めないことを内容とする法案（以下「同性婚法案」という。同性婚法案の関連条文は、**【参考資料】**のとおり。）を制定することが検討されることになった。

なお、同性婚法案が①、②等を認めない理由としては、「前提として、少子高齢化の進む我が国としては、子孫繁栄のため異性婚を奨励する方針を有している。この方針の下、異性婚に経済的・社会的な特別の保護を与え、出産・育児を推進する政策を採用している。よって、この趣旨が妥当しない制度については、同性婚においてこれを採用しないが、同性婚自体を不利に扱う意図は存在しない。①相続権については、我が国では伝統的に女性が出産・育児で仕事を辞める場合が多いので、遺族としてその生活を保障する必要性が高いが、同性婚の場合には、出産しないため、その必要性は低い、②共同親権については、我が国では世襲制度・家制度をとっていた時代が長く、親子関係について血縁を重視するのが国民感情に合っているといえ、出産をしない同性婚には妥当しない。」と説明される予定である。

〔設問２〕

あなたは、国会から依頼を受けて、同性婚法案につき、法律家として、意見を述べることになった。同性婚法案が憲法第２４条第１項、同条第２項及び第１４条第１項に照らし合憲か違憲かという点について、あなた自身の意見を述べなさい。なお、同性婚法案第５条ただし書第１号及び第３号についてのみ論じること。また、設問１⑶のあなた自身の見解と異なる意見でもよい。

無断複製・無断転載等を禁じます

【参考資料】

○　同性婚法（案）（抜粋）

（目的）

第１条　この法律は、全ての国民の固有の尊厳を認め、両性の本質的平等を実現し、多様な結び付きを肯定するとともに、家族が社会の自然かつ基礎的な集団単位であることにかんがみ、子の成長及び福祉のため必要な保護及び援助が与えられ、子がその人格の完全なかつ調和のとれた発達のための家庭環境の下で成長すべきことを目的とする。

（定義）

第２条　（略）

（基本理念）

第３条　（略）

（国の責務）

第４条　（略）

（同性婚）

第５条　婚姻は、同性間であっても、これをすることができる。ただし、次に掲げる事項については、異性婚にのみ認められる。

一　配偶者の財産を相続すること

二　（略）

三　共同で親権を行使すること

四　（略）

無断複製・無断転載等を禁じます

【論　点】

１　憲法２４条１項は同性婚を保障しているか
２　婚姻及び家族に関する事項の立法裁量の限界
３　同性婚と憲法１４条１項
４　同性婚と憲法１４条１項後段列挙事由
（参考論点）立法不作為の違憲性

【出題趣旨】

＜総　論＞

夫婦同氏違憲訴訟（最大判平２７．１２．１６・民集６９－８－２５８６、憲百選Ⅰ〔７版〕２９事件）により憲法２４条１項の権利性が注目されることとなった。そして、同性婚訴訟(札幌地判令３．３．１７・判時２４８７－３)により、民法及び戸籍法の婚姻に関する諸規定の違憲性について判示された。

本問の解答に当たっては、これらの判例を参考とすべきである。しかし、問題となる条文は設問に明記し、制度趣旨など自説や反論で使用する要素も問題文中に記載した。

【答案の形で読む解説ダイジェスト】は、これらの判例に則した答案にした。しかし、憲法２４条１項から直接、同性婚法案５条ただし書各号に掲げられた事項が同性婚の場合にも保障されるかを論じることも考えられる（もっとも、結論は、厳しいであろう。)。同性婚の自由が憲法２４条１項で保障されるとしても、同性婚法案５条ただし書各号が同性婚の自由を制約しているといえるかが問題となり得る。制約については、同条各号が間接的制約になっているという認定をすることも考えられるが、判例は、制約が間接的であることをむしろ制約を緩める要素として用いており、扱いが異なるおそれがあるため、推奨はされないであろう。もっとも、近時の判例の深い知識が必要とされること、同性婚といういまだに判例のない事案であることから、一通りの解答ができるだけで十分であるといえる。

なお、学説上は、憲法２４条１項が同性婚の自由を保障するかについては、否定するものが主流である。

＜内容面＞

第１　設問１

問題文で誘導されているとおり、本件規定と憲法２４条１項、２項及び同法１４条１項との関係について論じる必要がある。

憲法２４条１項の婚姻の自由については､自由権として権利設定をすることも考えられるものの、前記夫婦同氏違憲訴訟は、憲法２４条は、婚姻・家族に関する法制度をどのように設計するかについて、一定の枠の中で国会の自由な判断に任せているとしつつ（立法裁量)、その枠として、憲法２４条２項に明記されている「個人の尊厳」と「両性の本質的平等」に基づくべきだとの要請、指針を示した規定であると判示した。このことからすれば、判例は、自由権というよりも、社会権に近いと考えていると思われる。

また、上述のように間接的制約の問題に留意してもらいたい。

憲法１４条１項については、判例は、平等権の審査基準につき、後段列挙事由に該当するかにかかわらず､合理的関連性の基準を採用しているといわれている。もっとも、国籍法３条違憲判決（最大判平２０．６．４・民集６２－６－１３６７、憲百選Ⅰ〔７版〕２６事件）において、国籍が重要な法的地位であることや、当該事案で問題となった事柄が、子にとっては自らの意思や努力によっては変えることのできない父母の身分行為に係る事柄であることから、慎重な検討を要求してお

無断複製・無断転載等を禁じます

り、実質的関連性の基準で審査したと評価する学説もあるが、明らかではない。

第２　設問２

同性婚法案５条ただし書各号が問題となるかの指摘と憲法２４条１項、２項及び同法１４条１項について論じることが重要である。

判例に沿って論じるにせよ、学説に従うにせよ、問題文中の具体的事実を指摘し、評価を加えて書き切れれば、十分に合格答案の中でも上位答案になるといえよう。

設問の分量が多いことから、配点割合に着目して、バランスの良い答案を作成することを心掛けたい。

＜作成の経緯等＞

法の下の平等（憲法１４条１項）は、近年の司法試験論文式試験においては正面からの出題がなく、そろそろ出題される可能性が高いと判断し、近時の話題性がある同性婚をテーマとして出題した。

また、司法試験論文式試験公法系科目第１問（憲法）においては、令和４年型と平成３０年型の設問形式があり得るところ、その双方に慣れて頂きたく、設問１を令和４年型、設問２を平成３０年型にして出題した。

なお、当初は、設問１で立法不作為の違憲性を問うことも検討したが、検討する量を考慮して言及しなくてよいものとし、参考論点に留めた。

【参考文献】

＜素材裁判例＞

・札幌地判令３．３．１７(判時２４８７―３)

＜参考判例＞

・最大決平２５．９．４（民集６７－６－１３２０、憲百選Ⅰ〔７版〕２７事件）
・最大判平２７．１２．１６（民集６９－８－２５８６、憲百選Ⅰ〔７版〕２９事件）
・最判昭６０．１１．２１（民集３９－７－１５１２、憲百選Ⅱ〔７版〕１９１事件）

＜参考文献＞

・加藤丈晴「同性婚をめぐる初の憲法判断とその影響―訴訟代理人の立場から札幌地判令３・３・１７を読み解く―」判例時報２４８７号P.19～22
・新井　誠「判批」《WLJ 判例コラム》第234号
・白水　隆「判批」令和３年重要判例解説（有斐閣、2021）P.16～7
・同「同性婚と日本国憲法」毛利透ほか編『比較憲法学の現状と展望　初宿正典先生古稀祝賀』（成文堂、2018）P.591～610
・中岡　淳「判批」法学論叢１９０巻５号P.104～125
・榎　透「日本国憲法における同性婚の位置」専修法学論集１３５号P.15～44
・有澤知子「同性婚とアメリカ合衆国憲法」工藤達朗ほか編『戸波江二先生古稀祝賀　憲法学の創造的展開』(信山社、2017）P.495～512
・上田宏和「日本における同性婚容認の可能性―アメリカ合衆国最高裁判所の同性婚容認判決の論理を示唆として―」創価法学４７巻１号P.1～31
・同「アメリカ憲法学における尊厳概念の具体化の試み―同性愛・同性婚判例を素材にして―」創価法学４８巻３号P.1～29
・畑　佳秀「最高裁大法廷　時の判例　民事１.民法７５０条と憲法１３条　２.民法７５０条と

無断複製・無断転載等を禁じます

憲法１４条１項　３.民法７５０条と憲法２４条[最高裁平成２７年１２月１６日大法廷判決]」ジュリスト１４９０号P.97～104
・芦部信喜『憲法』（岩波書店、第７版・高橋和之補訂、2019）P.129～153、397～9
・佐藤幸治『日本国憲法論』（成文堂、第２版、2020）P.221～242、687～692
・新井誠・曽我部真裕・佐々木くみ・横大道聡『憲法Ⅰ　総論・統治』（日本評論社、第２版、2021）P.204～6
・同『憲法Ⅱ　人権』（日本評論社、第２版、2021）P.62～80、226～232

無断複製・無断転載等を禁じます

【答案の形で読む解説ダイジェスト】

出題趣旨に基づいた解説を凝縮し、答案の形で示しました。問題の解説として、採点基準表に漏れなく触れた答案例として、いわばひとつの完全解答案です。

解説のダイジェストですから、試験現場で全てを同じように書くことが求められるものではありませんが、復習の際に各論点の規範や当てはめを充実させるための参考として有益です。

第１　設問１小問⑴

１　憲法（以下、省略する。）２４条１項について

⑴　２４条１項の「両性」との文言は、男女両方の性を指すことから、憲法の規定は、異性婚を前提としているといえ、異性婚のみを保障している。

⑵　したがって、２４条１項は、同性婚を保障しておらず、本件規定は２４条１項に反しない。

２　２４条２項について

⑴　２４条２項は、婚姻及び家族に関する事項について、具体的な制度の構築を国会の立法裁量に委ねるとともに立法裁量の限界を画する規定であり、同条項によって、婚姻及び家族に関する特定の制度を求める権利が保障されていると解することはできない。

⑵　したがって、本件規定は、２４条２項に反さない。

３　１４条１項について

⑴　１４条１項の「平等」とは形式的平等のみならず実質的平等をいい、合理的理由のない差別は禁止される。

⑵　本件規定は、異性婚についてのみ定めているところ、同性カップルは、婚姻を欲したとしても婚姻することができず、婚姻によって生じる法的効果を享受することはできない。そうすると、異性愛者と同性愛者との間には、上記の点で差別があるといえる。

⑶　「社会的身分」とは、人が社会において一時的でなく占める地位をいい、性的指向は、これに当たる。

２４条２項は、同性間の婚姻及び家族に関する事項を定めるについて、具体的な制度の構築を国会の合理的な裁量に委ねたものであり、同１項は同性間の婚姻をする自由を保障していないことからすると、立法府は、同性間の婚姻及び家族に関する事項を定めるについて、広範な立法裁量を有していると解する。

そこで、立法目的が正当であり、目的と手段との間に合理的関連性がある場合には、合理的理由があり、「差別」には当たらないと解する。

⑷　本件規定は、夫婦が子を産み育てながら共同生活を送るという関係に対して、法的保護を与えることを目的としている。この目的は、我が国の存続のため、正当といえる。

婚姻による法的効果に関する各規定は、このような婚姻制度の趣旨又は目的に沿って設けられていることから、本件規定が子をつくることができる異性間の夫婦関係を保護することとしているのは、目的との合理的関連性が認められる。

⑸　よって、本件規定は、１４条１項に反せず、合憲である。

第２　設問１小問⑵

１　２４条について

⑴　２４条は、婚姻の自由を保障している。

人と人の共同生活について、法律が要件と効果を定めて承認・公証する仕組みが法律婚である。民法も婚姻の特質に応じて、様々な法的・経済的利益を付与しており、当事者の関係は、これらの利益と義務により強められている。また、法律婚には、当事者の結び付きが法的・社会的に家族として承認され、そのことを通じて強められるという重要な役割がある。

無断複製・無断転載等を禁じます

このような価値や重要性は、同性の者にも同様に当てはまるものである。

また、２４条は、同性婚を禁止していない。

したがって、同性婚の自由は、本条の下、保障される。

⑵　本件規定は、同性婚を認めていないことから、２４条に反する。

２　１４条１項について

⑴　合理的な理由のない区別は、「差別」に当たる。

⑵　同性カップルは、婚姻を欲したとしても婚姻することができず、婚姻によって生じる法的効果を享受することはできない。そうすると、異性愛者と同性愛者との間には、上記の点で別異取扱いがあるということができる。

⑶　性的指向は自らの意思でコントロールできるものではないから、性的指向によって婚姻できるか否かが異なるという別異取扱いは、「性別」又は「社会的身分」（１４条１項後段）による差別といえる。別異取扱いの合理性は、厳格に判断すべきである。

また、そのような別異取扱いによって制約を受ける同性愛者の利益は、婚姻の自由という憲法上の権利であり、それが直接制約される場合である上、同性愛者は社会における圧倒的な少数者であり、民主制の過程で救済されないことから、やはりその別異取扱いの合理性は厳格に判断すべきである。

したがって、目的が重要であり、手段が目的と実質的関連性を有すると認められる場合に、本件規定は、合憲であると考える。

⑷　本件規定の目的は、男女が子を産み育てる共同生活関係を保護する点にあり、これは我が国の存続のため重要である。しかし、婚姻制度に親子関係の法的確定をするという目的が含まれているとしても、それのみが目的とされているものではない。むしろ、当事者間の精神的な結合に基づく永続的な共同生活関係が婚姻制度の中心にあり、そのような関係を公的に承認し、法的に規律し保護するのが婚姻の主たる目的であると解される。この目的は、重要といえる。

本件規定の主たる目的が、当事者間の精神的な結合に基づく永続的な共同生活関係の構築にあることからすれば、それは同性間にも妥当することから、異性間のみの婚姻に限るとするのは、手段が目的と実質的関連性を有すると認められない。

⑸　よって、本件規定は、１４条１項に反する。

第３　設問１小問⑶

１　２４条１項について

⑴　婚姻の自由は、保障されるか。

２４条１項は、婚姻をするかどうか、いつ誰と婚姻をするかについては、当事者間の自由かつ平等な意思決定に委ねられるべきであるという趣旨を明らかにしたものである。

また、婚姻は、重要な法律上の効果が与えられているほか、近年家族等に関する国民の意識の多様化が指摘されつつも、国民の中にはなお法律婚を尊重する意識が幅広く浸透している。

したがって、婚姻の自由は、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。

⑵　では、同性婚の自由は、保障されるか。

２４条が「両性」、「夫婦」という異性同士である男女を想起させる文言を用いていることにも照らせば、同条は、異性婚について定めたものであり、同性婚について定めるものではないと解するのが相当である。

そうすると、同条１項の「婚姻」とは異性婚のことをいい、婚姻をするについての自由も、異性婚について及ぶものと解する。

したがって、同性婚の自由は、保障されない。

⑶　よって、本件規定が同性婚を認めていないことは、２４条１項に反しない。

２　２４条２項について

無断複製・無断転載等を禁じます

２４条２項は、婚姻及び家族に関する事項について、具体的な制度の構築を第一次的には国会の合理的な立法裁量に委ね、その裁量権の限界を画したものと解されるものの、同条によって、婚姻及び家族に関する特定の制度を求める権利が保障されていると解することはできない。同性婚についてみても、これが婚姻及び家族に関する事項に当たることは明らかであり、婚姻及び家族に関する個別規定である同条の上記趣旨を踏まえて解釈するのであれば、包括的な人権規定である１３条によって、同性婚を含む同性間の婚姻及び家族に関する特定の制度を求める権利が保障されていると解するのは困難である。

３　１４条１項について

⑴　合理的な理由のない区別として、「差別」に当たるか、問題となる。

⑵　「社会的身分」とは、人が社会において一時的でなく占める地位をいい、性的指向は、これに当たる。

そこで、立法目的が正当であり、目的と手段との間に合理的関連性がある場合には、合理的理由があり、「差別」には当たらないと解する。もっとも、性的指向は、本人にとっては自らの意思や努力によっては変えることのできない事柄である。そうすると、このような事柄をもって婚姻の要件に関して区別を生じさせることに合理的な理由があるか否かについては、慎重に検討することが必要である。

⑶　本件規定は、夫婦が子を産み育てながら共同生活を送るという関係に対して、法的保護を与えることを目的としている。この目的は、少子化の進む我が国にとって正当といえる。

しかしながら、現行民法は、子のいる夫婦といない夫婦、生殖能力の有無、子をつくる意思の有無による夫婦の法的地位の区別をしていないこと、子を産み育てることは、個人の自己決定に委ねられるべき事柄であり、子を産まないという夫婦の選択も尊重すべき事柄といえることなどに照らすと、子の有無、子をつくる意思・能力の有無にかかわらず、夫婦の共同生活自体の保護も、本件規定の目的であるといえ、正当なものと認められる。

そして、同性愛者であっても、その性的指向と合致する同性との間で、婚姻している異性同士と同様、婚姻の本質を伴った共同生活を営むことができることからすれば、同性愛者に婚姻によって生じる法的効果の一部ですらも享受する法的手段を提供しないこととする本件規定は、目的と手段との間に合理的関連性が認められない。

⑷　よって、本件規定は、１４条１項に反する。

第４　設問２

１　同性婚法案（以下「法案」という。）５条ただし書１号及び３号は、同性カップルの婚姻する自由を侵害し、２４条１項に反し違憲ではないかが問題となるが、合憲である。

⑴　２４条１項の本質は、旧民法の戸主の同意を不要とする点にあるから、同性婚の自由は、本条の下、保障される。

⑵　法案５条は、同性婚自体は可能であるとしているから、上記自由を制約しているわけではない。

⑶　よって、法案５条ただし書１号及び３号は、２４条１項に反せず、合憲である。

２　法案ただし書５条１号及び３号は、２４条２項の立法裁量の限界を超え、違憲ではないかが問題となるが、合憲である。

⑴　２４条２項は、立法裁量の限界を画しているといえる。そこで、２４条２項との適合性は、当該法制度の趣旨や同制度を採用することにより生じる影響につき検討し、当該規定が個人の尊厳と両性の本質的平等の要請に照らして合理性を欠き、国会の立法裁量の範囲を超えるものと見ざるを得ないような場合に当たるか否かという観点から判断すべきである。

⑵　具体的検討

ア　法案５条ただし書１号について

たしかに、相続権の趣旨が被相続人と生計を共にした遺族の生活を保障する点にあるとす

無断複製・無断転載等を禁じます

ると、同性婚であっても配偶者である限り保障の必要性は変わらず、この趣旨が妥当するといえるから、同性婚の配偶者に相続権が認められない点は、個人の尊厳と両性の本質的平等に照らし、立法裁量の範囲を超える場合に当たるようにも思える。

しかし、相続制度は、異性間の子孫に財産上の権利義務を承継させるという要素が多分にあり、また、あくまで社会的な制度である。

イ　法案５条ただし書３号について

たしかに、同性婚にも共同親権を認め、両親として責任を負わせた方が共同親権の趣旨である子の福祉に資するとも思われる。

しかし、単独親権が直ちに子の福祉を低下させるとはいえず、個人の尊厳や両性の本質的平等を害するとはいえない。

したがって、上記の点は、個人の尊厳と両性の本質的平等に照らし、立法裁量の範囲を超える場合に当たらない。

⑶　よって、法案５条ただし書１号及び３号は、合憲である。

３　法案５条ただし書１号及び３号は、同性婚と異性婚を合理的理由なく差別するものであり、１４条１項に反し違憲ではないかが問題となるが、合憲である。

⑴　第３、３と同じ基準で判断すべきである。

⑵　具体的検討

ア　法案５条ただし書１号について

まず、相続権を異性婚にのみ認める同条ただし書１号の目的は、出産・育児で仕事を辞めた女性配偶者の生活を保障することで、出産・育児を奨励する点にあり、目的は正当である。

次に、手段は、異性の配偶者にのみ相続権を認めるものであるが、配偶者に相続権を認めることで、稼ぎ手である配偶者の死後も残された配偶者と子どもの一定の経済的保障がされ、間接的に出産・育児に対する障壁を減らすといえるから、目的との間に合理的関連性があるといえる。

したがって、合理的理由がある。

イ　法案５条ただし書３号について

法案５条ただし書３号の目的は、親子関係について血縁を重視する我が国の国民感情を尊重する点にあるといえる。民法をはじめとする諸制度が家族について血縁関係の有無を重視し、血縁を重視する家族形態が社会通念上一般的であることからすると、目的の正当性は失われていないといえる。

そして、手段は、共同親権を例外なく認めないものであるが、養子縁組により親権を獲得することは可能である。

したがって、目的との間に合理的関連性があるといえるから、合理的理由がある。

⑶　よって、法案５条ただし書１号及び３号は、「差別」に当たらず、合憲である。

以　上

無断複製・無断転載等を禁じます

ＭＥＭＯ

無断複製・無断転載等を禁じます

2023 スタンダード論文答練（第１クール）**公法系１第１問**

■ 合格スタンダード答案

（司法試験合格者も検討し、スタンダードな見解に依拠した上位合格レベルの解答例）

Memo

第１　設問１小問⑴

１　憲法(以下、省略する。)２４条１項について

⑴　２４条１項の「両性」との文言は、男女両方の性を指すことから、同条項は、異性婚を前提としているといえ、異性婚のみを保障し、同性婚を保障してはいない。

⑵　したがって、本件規定は、２４条１項には反しない。

２　２４条２項について

２４条２項は、婚姻及び家族に関する事項について、具体的な制度の構築を国会の立法裁量に委ねるとともに立法裁量の限界を画する規定であり、同条項によって、婚姻及び家族に関する特定の制度を求める権利が保障されていると解することはできない。

したがって、本件規定は、２４条２項には反さない。

３　１４条１項について

⑴　１４条１項の「平等」とは、形式的平等のみならず実質的平等をいい、合理的理由のない差別は禁止される。

⑵　本件規定は、異性婚についてのみ定めているところ、同性カップルは、婚姻を欲したとしても婚姻することができず、婚姻によって生じる法的効果を享受することはできない。そうすると、異性愛者と同性愛者との間には、上記の点で差別があるといえる

⑶　「社会的身分」とは、人が社会において一時的でなく占める地位をいい、性的指向は、これに当たる。

２４条２項は、同性間の婚姻及び家族に関する事項を定めるについて、具体的な制度の構築を国会の合理的な裁量に委ねたものであり、同条１項は同性間の婚姻をする自由を保障していないことからすると、立法府は、同性間の婚姻及び家族に関する事項を定めるについて広範な立法裁量を有していると解する。

そこで、立法目的が正当であり、目的と手段との間に合理的関連性がある場合には、合理的理由があり、「差別」には当たらないと解する。

⑷　本件規定は、夫婦が子を産み育てながら共同生活を送るという関係に対し、法的保護を与えることを目的としており、我が国の存続のため、正当といえる。

本件規定は、婚姻制度の趣旨又は目的に沿って設けられているから、子をつくることができる異性間の夫婦関係を保護することとしているのは、目的との合理的関連性が認められる。

⑸　よって、本件規定は、１４条１項に反しない。

第２　設問１小問⑵

１　２４条について

⑴　本条は、婚姻の自由を保障している。

人と人の共同生活について、法律が要件と効果を定めて承認・公証する仕組みが法律婚であり、当事者の関係は、これらの利益と義務により強められている。また、法律婚には当事者の結び付きが法的・社会的に家族として承認され、そのことを通じて強められるという重要な役割がある。このような価値や重要性は、同性の者にも同様に当てはまる。

また、２４条は、同性婚を禁止していない。

したがって、同性婚の自由は、２４条で保障される。

⑵　本件規定は、同性婚を認めていないことから、２４条に反する。

２　１４条１項について

⑴　合理的な理由のない区別は、「差別」にあたる。

⑵　同性カップルは、婚姻を欲したとしても婚姻することができず、婚姻によって生じる法的効果を享受することはできないという点で異性愛者のカップルとの間に別異取扱いがある。

⑶　性的指向は自らの意思でコントロールできるものではないから、性的指向によって婚姻できるか否かが異なるという別異取扱いは、「性別」又は「社会的身分」（１４条１項後段）による差別といえ、その合理性は厳

無断複製・無断転載等を禁じます

格に判断すべきである。

したがって、目的が重要であり、手段が目的と実質的関連性を有すると認められる場合に、本件規定は、合憲であると考える。

⑷　本件規定の目的は、男女が子を産み育てる共同生活関係を保護する点にある。しかし、婚姻制度の主たる目的は、当事者間の精神的な結合に基づく永続的な共同生活関係を公的に承認し、法的に規律し保護する点にあると解される。かかる目的は重要である。

本件規定の主たる目的が、当事者間の精神的な結合に基づく永続的な共同生活関係の構築にあり、それは同性間においても妥当することから、異性間のみの婚姻に限るとするのは、目的と実質的関連性を有するとは認められない。

⑸　よって、本件規定は、１４条１項に反する。

第３　設問１小問⑶

１　２４条１項について

⑴　２４条１項は、婚姻をするかどうか、いつ誰と婚姻をするかについては、当事者間の自由かつ平等な意思決定に委ねられるべきであるという趣旨を明らかにしたものである。

また、婚姻は、重要な法律上の効果が与えられているほか、近年家族等に関する国民の意識の多様化が指摘されつつも、国民の中にはなお法律婚を尊重する意識が幅広く浸透している。

したがって、婚姻の自由は、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。

⑵　では、同性婚の自由は、保障されるか。

２４条が「両性」、「夫婦」という異性同士である男女を想起させる文言を用いていることにも照らせば、同条は、異性婚について定めたものであり、同性婚について定めるものではないと解するのが相当である。

そうすると、２４条１項の「婚姻」とは異性婚のことをいい、婚姻の自由も、異性婚についてのみ保障されるものと解する。

したがって、同性婚の自由は、保障されない。

⑶　よって、本件規定が同性婚を認めていないことは、２４条１項に反しない。

２　２４条２項について

２４条２項は、婚姻及び家族に関する事項について、具体的な制度の構築を第一次的には国会の合理的な立法裁量に委ね、その裁量権の限界を画したものと解されるものの、同条によって、婚姻及び家族に関する特定の制度を求める権利が保障されていると解することはできない。同性婚についてみても、これが婚姻及び家族に関する事項に当たることは明らかであり、婚姻及び家族に関する個別規定である同条の上記趣旨を踏まえて解釈するのであれば、包括的な人権規定である１３条によって、同性婚を含む同性間の婚姻及び家族に関する特定の制度を求める権利が保障されていると解するのは困難である。

３　１４条１項について

⑴　合理的な理由のない区別として「差別」に当たらないか。

⑵　「社会的身分」とは、人が社会において一時的でなく占める地位をいい、性的指向は、これに当たる。

そこで、立法目的が正当であり、目的と手段との間に合理的関連性がある場合には、合理的理由があり、「差別」には当たらないと解する。もっとも、性的指向は、本人にとっては自らの意思や努力によっては変えることのできない事柄であるので、このような事柄をもって婚姻の要件に関して区別を生じさせることに合理的な理由があるか否かについては、慎重に検討することが必要である。

⑶　本件規定は、夫婦が子を産み育てながら共同生活を送るという関係に対して、法的保護を与えることを目的としている。この目的は、少子化の進む我が国にとって正当といえる。

しかしながら、現行民法は、子のいる夫婦といない夫婦、生殖能力の有無、子をつくる意思の有無による夫婦の法的地位の区別をしていないこと、子を産み育てることは、個人の自己決定に委ねられるべき事柄であり、子を産まないという夫婦の選択も尊重すべき事柄といえることなどに照らすと、子の有無、子をつくる意思・能力の有無にかかわらず、

無断複製・無断転載等を禁じます

夫婦の共同生活自体の保護も、本件規定の目的といえ、正当と認められる。

そして、同性愛者であっても、その性的指向と合致する同性との間で、婚姻している異性同士と同様、婚姻の本質を伴った共同生活を営むことができることからすれば、同性愛者に婚姻によって生じる法的効果の一部ですらも享受する法的手段を提供しないこととする本件規定は、目的との間に合理的関連性が認められない。

⑷　よって、本件規定は、１４条１項に反する。

第４　設問２

１　同性婚法案（以下「法案」という。）５条ただし書１号及び３号は、同性カップルの婚姻する自由を侵害し、２４条１項に反しないかが問題となるが、合憲である。

⑴　２４条１項の本質は、旧民法の戸主の同意を不要とする点にあるから、同性婚の自由は、本条の下、保障される。

⑵　法案５条は、同性婚自体は可能としているから、上記自由を制約しているわけではない。

⑶　よって、法案５条ただし書１号及び３号は、２４条１項に反せず、合憲である。

２　法案ただし書５条１号及び３号は、２４条２項の立法裁量の限界を超えて違憲ではないかが問題となるが、合憲である。

⑴　２４条２項は、立法裁量の限界を画しているといえる。そこで、２４条２項との適合性は、当該法制度の趣旨や同制度を採用することにより生じる影響につき検討し、当該規定が個人の尊厳と両性の本質的平等の要請に照らして合理性を欠き、国会の立法裁量の範囲を超えるものと見ざるを得ないような場合に当たるか否かという観点から判断すべきである。

⑵　具体的検討

ア　法案５条ただし書１号について

たしかに、相続権の趣旨が被相続人と生計を共にした遺族の生活を保障する点にあるとすると、同性婚であっても配偶者である限り保障の必要性は変わらず、この趣旨が妥当するといえるから、同性婚の配偶者に相続権が認められない点は、個人の尊厳と両性の本質的平等に照らし、立法裁量の範囲を超える場合に当たるようにも思える。

しかし、相続制度は、異性間の子孫に財産上の権利義務を承継させるという要素が多分にあり、また、あくまで社会的な制度である。

イ　法案５条ただし書３号について

たしかに、同性婚にも共同親権を認め、両親として責任を負わせた方が、共同親権の趣旨である子の福祉に資するようにも思われる。

しかし、単独親権が直ちに子の福祉を低下させるとはいえず、個人の尊厳や両性の本質的平等を害するとはいえない。

ウ　したがって、法案５条ただし書１号及び３号は、個人の尊厳と両性の本質的平等の要請に照らして合理性を欠き、国会の立法裁量の範囲を超えるものとはいえない。

⑶　よって、法案５条ただし書１号及び３号は、合憲である。

３　法案５条ただし書１号及び３号は、同性婚と異性婚を合理的理由なく差別するものであり、１４条１項に反し違憲ではないかが問題となるが、合憲である。

⑴　第３、３⑵と同じ基準で判断する。

⑵　具体的検討

ア　法案５条ただし書１号について

相続権を異性婚にのみ認める同条ただし書１号の目的は、出産・育児で仕事を辞めた女性配偶者の生活を保障することで、出産・育児を奨励する点にあり、目的は正当といえる。

手段は、異性の配偶者にのみ相続権を認めるものである。配偶者に相続権を認めることで、稼ぎ手である配偶者の死後も残された配偶者と子どもの一定の経済的保障がされ、間接的に出産・育児に対する障壁を減らすといえるから、目的との間に合理的関連性があるといえる。したがって、合理的理由があるといえる。

イ　法案５条ただし書３号について

無断複製・無断転載等を禁じます

目的は、親子関係について血縁を重視する我が国の国民感情を尊重することといえる。民法をはじめとする諸制度が家族について血縁関係の有無を重視し、血縁を重視する家族形態が社会通念上一般的であることから、目的の正当性は失われていないといえる。

手段は、共同親権を例外なく認めないものであるが、養子縁組により親権を獲得することは可能である。

したがって、目的との間に合理的関連性があるといえ、合理的理由があるといえる。

⑶　よって、法案５条ただし書１号及び３号は、「差別」に当たらず、合憲である。

以　上

無断複製・無断転載等を禁じます

2023 スタンダード論文答練（第１クール）**公法系１第１問**

◆ モニター答案　（司法試験受験生が事前モニターとして試験時間内に実際に書いた答案）

第１　設問１　小問⑴

１　本件規定は異性婚と同性婚を希望する者との間で区別が生じているが、憲法（以下省略）１４条に反せず合憲である。

２⑴　「法の下に平等」とは、絶対的平等を意味するのでなく、法適用のみならず法内容の平等まで含むとしなければ、真に平等を図ることが出来ないため、相対的平等を指す。そのため、合理的な区別も許さないとするものではない。

⑵　本件では異性間及び同性間のカップルにおける婚姻において、同性間カップルには婚姻を認める規定がない結果、パートナーの財産の相続権がないなどの区別が生じている。

⑶ア　では、本件区別は許されるか。

国籍法判決は①重要な法的地位に関する区別であるか②自助努力による脱却可能性があるかという観点から検討しているため、本件でも、かかる点から検討する。

イ　本件ではＸら同性カップルの婚姻の地位が問題となっているところ､婚姻をする権利は２４条１項より保障されており、婚姻に基づく相続権等についても、同条２項より保障されているため､憲法により保障された重要な権利であるといえる。

ウ　そして同性間で、婚姻するためには、婚姻を認める規定がなければ、行うことが出来ないため、自助努力により、婚姻できない地位から脱却することが出来ないといえそうに思える。

もっとも、配偶者の選択において異性の者を選べば婚姻することが出来るため、Ｘら個人の婚姻の自由を否定するものではない以上、脱却可能性はあるといえる。

エ　以上からすれば、区別が合理的であるか厳格に審査する必要はなく目的が重要で手段が実質的関連性を有していれば、区別は合理的であり、憲法１４条１項に反しないといえる。

⑷ア　本件で同性間において異性間同様に婚姻を認めない趣旨は、婚姻制度の目的が子どもの養育にあることから、子供を持つことが想定されない同性カップルに趣旨が及ばず婚姻による保護を与える必要がないためである。

そうだとすれば目的は婚姻制度の趣旨貫徹にある｡そして、婚姻は日本国民の家族の単位に影響を与えるものであって、かつ婚姻により、様々な社会保障をうける地位の取得を意味することから、慎重な運用が要求されるものであって、かかる制度の趣旨貫徹は重要である。

イ　また、同性婚は代理母や養子縁組の制度と整合しない点やパートナーが外国人の場合に配偶者在留資格制度が不法滞在の手段として利用されるおそれがある点をふまえれば、そのような社会的混乱を防ぐという目的も有するといえる。

かかる目的は安定した社会基盤を作ることにつながるため重要であるといえる。

ウ　以上より目的は重要である。

⑸　そして、同性婚を認めないという手段をとれば、婚姻制度の適切な運用を行うことができ、従来の運用である以上、社会的混乱を招くおそれもないため、適合性がある。

また、同性婚を認めた上で、何らかの手段により目的を図ることが出来ないか検討するも、そもそも同性婚を認めれば、他の制度と整合するように調整を図る必要があり、かつ憲法２４条の改正も行う必要があるため、国民投票を伴う大規模な変革を要する。

そのため、同性婚を認めないという手段が必要最小限度の手段であるといえ、必要性もある。

そしてパートナーシップ制度を導入する自治体もあることか

Memo

・問題意識で躓いた箇所はなく、純粋な知識と答案作成能力を問われたなと感じました。設問１では、あまり書いたことのない２４条についても問われており、２４条よりも１４条をきちんと書けるように時間を割こうと考えました。

・バランスよく書こうとはしたものの、小問１に時間を大きく割いてしまい、小問２・３が物足りない文章になってしまいました。

無断複製・無断転載等を禁じます

ら、婚姻と同様の保護ではないものの、同性カップルのための保護もあるといえ、相当性もある。

以上からすれば、本件規定は憲法１４条に反するとはいえない。

2⑴　また、本件規定は憲法２４条１項及び２項に反しないか問題となるが、婚姻は「両性の合意のみに」と規定され（１項）、配偶者の相続権等についても「両性の本質的平等に立脚して」と規定していることから、異性間においてのみ、婚姻の自由は保障されている。

⑵　本件では、Ｘらは同性カップルであって、異性間ではない以上、保障されているとはいえない。

よって、憲法２４条１項及び２項にも反しない。

第２　設問１小問⑵

1⑴　Ｘらの反論として、まず１４条において、自助努力による脱却可能性はないといえると主張する。

⑵　なぜなら、婚姻をする自由とは、２４条においても「合意のみに基づいて成立」とあるように、自由な意思に基づいて決定するものであるところ、本件でＸら同性カップルは自由な意思に基づいて同性パートナーを配偶者として婚姻することが出来なくなっている。そのため、自由な意思に基づく婚姻については、本件規定によって、全くできなくなっている以上、脱却可能性がない。

2　次に脱却可能性がない以上、厳格に審査すべきであって、同性婚を認める世界情勢に対応した手段を検討しないまま、同性婚を認めないという手段は、かえって、社会的混乱を招き、手段として必要性を欠くと主張する。そのため、違憲である。

3　また２４条についても「両性」という単語のみで保障されないと判断することは違憲であると主張する。

第３　設問１小問⑶

1　まず脱却可能性について、Ｘの主張通り、そもそも「合意」とは自由な意思決定に基づくものであることが前提である以上、異性間と婚姻するといった方法では、婚姻できない地位を脱却することは出来ないと考える。

2　そのため厳格に審査するところ、目的は重要であるものの、手段として、同性婚を認めないという手段では、かえって同性婚を望み、パートナーシップを導入する自治体も増えたとする日本における同性間カップルの婚姻を求める社会的需要に対応できず、社会的混乱を招いているといえる。

そして、他の制度との整合性についても、同性婚を認めるという変更と伴に、再度調整をすればよく、他の手段もあるといえる。

また、婚姻制度の趣旨貫徹についても、同性婚においても血縁関係のない子どもを育てることが可能である以上、他の養育制度を整えれば趣旨が及ぶといえる。

よって手段の適合性もない。

以上より違憲である。

また２４条についても、「両性」は明治民法下で用いられた表現をそのまま使用したのみであって、文言のみで保障をすべきでなく、違憲である。

第４　設問２

1　本件同性婚法案５条但し書き１号及び３号は、異性婚と同性婚との者の間で相続権及び共同親権を認めないという別異取扱いを認めるものであって、かかる区別は違憲である。

2⑴　前述から、合理的な区別は許される。

⑵　本件で婚姻は前述の国の主張通り重要である。

そして、前述の２つの権利は本件法案５条但書１号及び３号によって認められない以上、自助努力による脱却可能性もない。

そのため区別が合理的であるかどうかは、目的が重要で手段が実質的関連性があるか、厳格に判断する。

3⑴　本件で、相続権を認めないという目的は、同性において出産

・２４条は勉強において見落としがちでしたのでありがたいです。

無断複製・無断転載等を禁じます

を伴う子育てがない以上、遺族として生活を保障する必要性が低いという点から、遺産において、必要とされる社会的立場の者に分配するのが目的であるといえる。

かかる目的は必要な者に対する保護を図ることで国民の権利が保全する以上重要である。

しかし、相続は、死亡それ以前の生活状態の保護であって、女性などの出産をした者のみを保護する趣旨ではない以上、同性の配偶者に認めないというのは適合性を欠く。

⑵　また共同親権について、血縁を重視することは日本国民の安定した家族単位の形成を図るという目的があり重要であるが、かつての家制度を現代まで重視する必要性はなく、適合性を欠き、違憲である。

以　上

※本モニター答案作成時に、設問２の設問文に「同性婚法案が憲法第２４条第１項、同条第２項及び…」との文言がなかったことから、本答案では憲法１４条しか検討しておりませんが、この点、ご了承願います。

※本モニター答案につきましては、答案作成後に作成者がコメントを付してくれましたので掲載させていただきます。今後も答案作成者の協力が得られた場合にはコメントを掲載いたします。

無断複製・無断転載等を禁じます

2023スタンダード論文答練【第1クール】　公法系１第１問

【科目別進行コース憲法第１問】

＜論点解説レジュメ＞

辰巳専任講師・弁護士　福田　俊彦先生御担当
辰巳法律研究所

【論　点】

１　憲法２４条１項は同性婚を保障しているか
２　婚姻及び家族に関する事項の立法裁量の限界
３　同性婚と憲法１４条１項
４　同性婚と憲法１４条１項後段列挙事由
（参考論点）立法不作為の違憲性

【論点解説】

◆ 論点①　憲法２４条１項は同性婚を保障しているか ◆

１　問題の所在

憲法２４条１項は、「婚姻は、両性の合意のみに基いて成立」すると定めていることから、同性婚は同条項により保障されていないようにも思えるため、同性婚と同条項との関係が問題となる。

２　総　論

⑴　憲法２４条

第２４条（家族生活における個人の尊厳と両性の平等）
１　婚姻は、両性の合意のみに基いて成立し、夫婦が同等の権利を有することを基本として、相互の協力により、維持されなければならない。
２　配偶者の選択、財産権、相続、住居の選定、離婚並びに婚姻及び家族に関するその他の事項に関しては、法律は、個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚して、制定されなければならない。

ア　明治憲法にはこのような規定がなかった。

イ　趣　旨

本条は、憲法１３条、１４条から当然に導かれるものであるが、明治憲法下の男尊女卑思想に貫かれた「家」制度の解体と、新しい家族制度の構築を指示したものである。

ウ　意　義

１項は、婚姻の自由と夫婦の「同等の権利」をうたっている。本条により婚姻の自由は保障

無断複製・無断転載等を禁じます

されるが、民法は、一夫一婦制の維持、婚姻の届出制、直系血族間の婚姻の禁止、養親子関係者間の婚姻の禁止等を定め、婚姻の自由に一定の制限を設けている。

２項は、家族に関する法律は「個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚して」制定されるべきことを要求しており、これに反する法律等は効力を有しないことになる。

□　最大判昭３６．９．６（民集１５－８－２０４７、憲百選Ⅰ〔６版〕３３事件）

夫婦の一方が婚姻中の自己の名で得た財産はその特有財産とすると定めた民法７６２条１項の規定は、憲法２４条に違反しない。それゆえ、民法７６２条１項によるいわゆる別産主義に依拠している所得税法もまた違憲ということはできない。

エ　問題点

男女の婚姻適齢の区別（なお、平成３０年改正（令和４年４月１日施行）により、男女とも１８歳とされている。）、女子のみの再婚禁止期間の設定、夫婦別産制、夫婦同氏の原則などが問題となる。

⑵　判　例

□　最大判平２７．１２．１６（民集６９－８－２５８６、憲百選Ⅰ〔７版〕２９事件　夫婦同氏違憲訴訟）

〔事案の概要〕

上告人らは、夫婦が婚姻の際に定めるところに従い夫又は妻の氏を称すると定める民法７５０条の規定（以下「本件規定」という。）は憲法１３条、１４条１項、２４条１項及び２項等に違反すると主張し、本件規定を改廃する立法措置をとらないという立法不作為の違法を理由に、被上告人である国に対し、国家賠償法１条１項に基づき損害賠償を求めた。

〔判　旨〕

「第４　上告理由のうち本件規定が憲法２４条に違反する旨をいう部分について

１　論旨は、本件規定が、夫婦となろうとする者の一方が氏を改めることを婚姻届出の要件とすることで、実質的に婚姻の自由を侵害するものであり、また、国会の立法裁量の存在を考慮したとしても、本件規定が個人の尊厳を侵害するものとして、憲法２４条に違反する旨をいうものである。

２⑴　憲法２４条は、１項において『婚姻は、両性の合意のみに基いて成立し、夫婦が同等の権利を有することを基本として、相互の協力により、維持されなければならない。』と規定しているところ、これは、婚姻をするかどうか、いつ誰と婚姻をするかについては、当事者間の自由かつ平等な意思決定に委ねられるべきであるという趣旨を明らかにしたものと解される。

本件規定は、婚姻の効力の一つとして夫婦が夫又は妻の氏を称すること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。仮に、婚姻及び家族に関する法制度の内容に意に沿わないところがあることを理由として婚姻をしないことを選択した者がいるとしても、これをもって、直ちに上記法制度を定めた法律が婚姻をすることについて憲法２４条１項の趣旨に沿わない制約を課したものと評価することはできない。ある法制度の内容により婚姻をすることが事実上制約されることになっていることについては、婚姻及び家族に関する法制度の内容を定めるに当たっての国会の立法裁量の範囲を超えるものであるか否かの検討に当たって考慮すべき事項であると考えられる。

⑵　憲法２４条は、２項において『配偶者の選択、財産権、相続、住居の選定、離婚並びに婚姻及び家族に関するその他の事項に関しては、法律は、個人の尊厳と両性の本質的平等

無断複製・無断転載等を禁じます

に立脚して、制定されなければならない。』と規定している。

婚姻及び家族に関する事項は、関連する法制度においてその具体的内容が定められていくものであることから、当該法制度の制度設計が重要な意味を持つものであるところ、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といえる。

そして、憲法２４条が、本質的に様々な要素を検討して行われるべき立法作用に対してあえて立法上の要請、指針を明示していることからすると、その要請、指針は、単に、憲法上の権利として保障される人格権を不当に侵害するものでなく、かつ、両性の形式的な平等が保たれた内容の法律が制定されればそれで足りるというものではないのであって、憲法上直接保障された権利とまではいえない人格的利益をも尊重すべきこと、両性の実質的な平等が保たれるように図ること、婚姻制度の内容により婚姻をすることが事実上不当に制約されることのないように図ること等についても十分に配慮した法律の制定を求めるものであり、この点でも立法裁量に限定的な指針を与えるものといえる。

３⑴　他方で、婚姻及び家族に関する事項は、国の伝統や国民感情を含めた社会状況における種々の要因を踏まえつつ、それぞれの時代における夫婦や親子関係についての全体の規律を見据えた総合的な判断によって定められるべきものである。特に、憲法上直接保障された権利とまではいえない人格的利益や実質的平等は、その内容として多様なものが考えられ、それらの実現の在り方は、その時々における社会的条件、国民生活の状況、家族の在り方等との関係において決められるべきものである。

⑵　そうすると、憲法上の権利として保障される人格権を不当に侵害して憲法１３条に違反する立法措置や不合理な差別を定めて憲法１４条１項に違反する立法措置を講じてはならないことは当然であるとはいえ、憲法２４条の要請、指針に応えて具体的にどのような立法措置を講ずるかの選択決定が上記⑴のとおり国会の多方面にわたる検討と判断に委ねられているものであることからすれば、婚姻及び家族に関する法制度を定めた法律の規定が憲法１３条、１４条１項に違反しない場合に、更に憲法２４条にも適合するものとして是認されるか否かは、当該法制度の趣旨や同制度を採用することにより生ずる影響につき検討し、当該規定が個人の尊厳と両性の本質的平等の要請に照らして合理性を欠き、国会の立法裁量の範囲を超えるものとみざるを得ないような場合に当たるか否かという観点から判断すべきものとするのが相当である。

４　以上の観点から、本件規定の憲法２４条適合性について検討する。

⑴ア　婚姻に伴い夫婦が同一の氏を称する夫婦同氏制は、旧民法（昭和２２年法律第２２２号による改正前の明治３１年法律第９号）の施行された明治３１年に我が国の法制度として採用され、我が国の社会に定着してきたものである。前記のとおり、氏は、家族の呼称としての意義があるところ、現行の民法の下においても、家族は社会の自然かつ基礎的な集団単位と捉えられ、その呼称を一つに定めることには合理性が認められる。

そして、夫婦が同一の氏を称することは、上記の家族という一つの集団を構成する一員であることを、対外的に公示し、識別する機能を有している。特に、婚姻の重要な効果として夫婦間の子が夫婦の共同親権に服する嫡出子となるということがあるところ、嫡出子であることを示すために子が両親双方と同氏である仕組みを確保することにも一定の意義があると考えられる。また、家族を構成する個人が、同一の氏を称することにより家族という一つの集団を構成する一員であることを実感することに意義を見いだす考え方も理解できるところである。さらに、夫婦同氏制の下においては、子の立場として、いずれの親とも等しく氏を同じくすることによる利益を享受しやすいといえる。

加えて、前記のとおり、本件規定の定める夫婦同氏制それ自体に男女間の形式的な不平等

無断複製・無断転載等を禁じます

が存在するわけではなく、夫婦がいずれの氏を称するかは、夫婦となろうとする者の間の協議による自由な選択に委ねられている。

イ　これに対して、夫婦同氏制の下においては、婚姻に伴い、夫婦となろうとする者の一方は必ず氏を改めることになるところ、婚姻によって氏を改める者にとって、そのことによりいわゆるアイデンティティの喪失感を抱いたり、婚姻前の氏を使用する中で形成してきた個人の社会的な信用、評価、名誉感情等を維持することが困難になったりするなどの不利益を受ける場合があることは否定できない。そして、氏の選択に関し、夫の氏を選択する夫婦が圧倒的多数を占めている現状からすれば、妻となる女性が上記の不利益を受ける場合が多い状況が生じているものと推認できる。さらには、夫婦となろうとする者のいずれかがこれらの不利益を受けることを避けるために、あえて婚姻をしないという選択をする者が存在することもうかがわれる。

しかし、夫婦同氏制は、婚姻前の氏を通称として使用することまで許さないというものではなく、近時、婚姻前の氏を通称として使用することが社会的に広まっているところ、上記の不利益は、このような氏の通称使用が広まることにより一定程度は緩和され得るものである。

ウ　以上の点を総合的に考慮すると、本件規定の採用した夫婦同氏制が、夫婦が別の氏を称することを認めないものであるとしても、上記のような状況の下で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であるとは認めることはできない。したがって、本件規定は、憲法２４条に違反するものではない。

⑵　なお、論旨には、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⑴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。上記のとおり、夫婦同氏制の採用については、嫡出子の仕組みなどの婚姻制度や氏の在り方に対する社会の受け止め方に依拠するところが少なくなく、この点の状況に関する判断を含め、この種の制度の在り方は、国会で論ぜられ、判断されるべき事柄にほかならないというべきである。」

⑶　本問の素材裁判例

□　札幌地判令３．３．１７（判時２４８７－３）

〔判　旨〕

「⑴　婚姻及び家族に関する事項は、国の伝統や国民感情を含めた社会状況における種々の要因を踏まえつつ、それぞれの時代における夫婦や親子関係についての全体の規律を見据えた総合的な判断を行うことによって定められるべきものである。したがって、その内容の詳細については、憲法が一義的に定めるのではなく、法律によってこれを具体化することがふさわしいものと考えられる。憲法２４条２項は、このような観点から、婚姻及び家族に関する事項について、具体的な制度の構築を第一次的には国会の合理的な立法裁量に委ねるとともに、その立法に当たっては、個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚すべきであるとする要請、指針を示すことによって、その裁量の限界を画したものといえる。また、同条１項は、『婚姻は、両性の合意のみに基いて成立し、夫婦が同等の権利を有することを基本として、相互の協力により、維持されなければならない。』と規定しており、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解される。婚姻は、これにより、配偶者の相続権（民法８９０条）や夫婦間の子が嫡出子となること（同法７７２条１項等）などの重要な法律上の効果が与えられるものとされているほか、近年家族等に関する国民の意識の多様化が指摘されつつも、国民の中にはなお法律婚を尊重する意識が幅広く浸透していると考えられること

無断複製・無断転載等を禁じます

をも併せ考慮すると、上記のような婚姻をするについての自由は、憲法２４条１項の規定の趣旨に照らし、十分尊重に値するものと解することができる。（最高裁平成２５年（オ）第１０７９号同２７年１２月１６日大法廷判決・民集６９巻８号２４２７頁〔以下『再婚禁止期間違憲訴訟大法廷判決』という。〕）

ところで、憲法２４条１項は『両性の合意』、『夫婦』という文言を、また、同条２項は『両性の本質的平等』という文言を用いているから、その文理解釈によれば、同条１項及び２項は、異性婚について規定しているものと解することができる。そこで、上記のような婚姻をするについての自由が、同性間にも及ぶのかについて検討しなければならない。

⑵　同性愛は、明治民法が制定された当時は、変質狂などとされて精神疾患の一種とみなされ、異性愛となるよう治療すべきもの、禁止すべきものとされていた（認定事実⑵）。明治民法においては、同性婚を禁じる規定は置かれていなかったものの、これは、婚姻は異性間でされることが当然と解されていたためであり、同性婚は、明治民法に規定するまでもなく認められていなかった（認定事実⑶ア、イ）。また、同性愛は、戦後初期の頃においても変態性欲の１つなどとされ、同性愛者は精神異常者であるなどとされており（認定事実⑷ア）、このことは外国においても同様であった（認定事実⑷イ）。昭和２２年５月３日に施行された憲法は、同性婚に触れるところはなく、昭和２２年民法改正に当たっても同性婚について議論された形跡はないが、同性婚は当然に許されないものと解されていた（認定事実⑸ア～ウ）。

上記の事実経過に照らすと、まず、明治民法下においては、同性愛は精神疾患であることを理由として、同性婚は明文の規定を置くまでもなく認められていなかったものと解される。そして、昭和２２年民法改正の際にも、同性愛を精神疾患とする知見には何ら変化がなく、明治民法下と同様の理解の下、同性婚は当然に許されないものと理解されていたことからすると、昭和２１年に公布された憲法においても、同性愛について同様の理解の下に同法２４条１項及び２項並びに１３条が規定されたものであり、そのために同法２４条は同性婚について触れるところがないものと解することができる。以上のような、同条の制定経緯に加え、同条が『両性』、『夫婦』という異性同士である男女を想起させる文言を用いていることにも照らせば、同条は、異性婚について定めたものであり、同性婚について定めるものではないと解するのが相当である。そうすると、同条１項の「婚姻」とは異性婚のことをいい、婚姻をするについての自由も、異性婚について及ぶものと解するのが相当であるから、本件規定が同性婚を認めていないことが、同項及び同条２項に違反すると解することはできない。」

３　学　説

Ａ　否定説

（理由）

①　憲法２４条の文言上、同性婚が保障されていると解するのは困難である。

②　憲法は、あらゆる結合を「婚姻」としているわけではなく、「両性」や「夫婦」の言葉からも、男と女の１対１の結合だけを婚姻としている。

Ｂ　許容説

（理由）

①　憲法２４条１項が「婚姻は、両性の合意のみに基いて成立」するとする趣旨は、旧民法に定められていた戸主の同意権の否定であって、同性婚の排除ではない。

②　憲法２４条は、性別の役割から解放された互換的な配偶者像への転換を目指しているはずであるから、女であるか男であるかによって配偶者の権利義務が法律上異ならないことが原則のはずである。

無断複製・無断転載等を禁じます

※　Ｂ説の中でも、①憲法２４条のみで同性婚を許容する立場、②憲法２４条が同性婚を法律婚とすることを要請していないことを前提に、同性婚に法的地位を与えるか否かは法律に委ねられているとの立場や、憲法の他の条文の解釈を勘案して同性婚に法的地位を認める立場がある。

４　本件の事実関係に即した検討

結論はどちらでも構わないが、問題文中で述べられている、同性婚が憲法２４条１項の文言に反する点と同条項の趣旨の双方に言及してほしい。

無断複製・無断転載等を禁じます

2023スタンダード論文答練（第１クール）公法系１第１問

採点シート

受験番号	
答案作成者	様
総合得点	点
添削担当	

				配　点	あなたの得点
第１	設問１小問⑴				
	1	憲法２４条１項について			
		⑴	「両性」との文言	1	
		⑵	結論	1	
	2	憲法２４条２項について			
		⑴	本件規定が憲法２４条２項の立法裁量との関係で問題になることの指摘	1	
		⑵	立法に当たっては憲法２４条２項による制約があることの指摘及び審査基準の定立 ・　憲法２４条２項を指摘し、その趣旨に言及していること	3	
			【加点事項】	加点評価	
			※ 国籍法３条違憲判決（最大判平２０．６．４・民集６２－６－１３６７）・婚外子相続分違憲決定（最大決平２５．９．４・民集６７－６－１３２０）を踏まえた審査基準を定立している場合には、加点する	Ａ・Ｂ・Ｃ	
			★ *一般的な違憲審査基準を定立している場合には、１点を限度に配点する*		
	3	憲法１４条１項について			
		⑴	本件規定の指摘と区別の対象を明示していること	1	
		⑵	憲法１４条１項の解釈		
			ア　「平等」の意味	1	
			イ　「差別」の意味	1	
			ウ　「社会的身分」の定義	1	
		⑶	審査基準の定立	3	
			【加点事項】	加点評価	
			※ 国籍法３条違憲判決・婚外子相続分違憲決定を踏まえている場合には、加点する	Ａ・Ｂ・Ｃ	
		⑷	具体的検討		
			ア　目的の指摘	2	
			イ　目的・手段のそれぞれについて具体的事実の指摘・評価がされていること	3	
			ウ　結論	1	
第２	設問１小問⑵				
	1	憲法２４条１項について			
		⑴	保障	1	
		⑵	結論	1	
	2	憲法２４条２項について			
		⑴	検討	1	
		⑵	結論	1	

	3	憲法１４条１項について			
		⑴	本件規定の指摘と区別の対象を明示していること	1	
		⑵	審査基準の定立	3	
		⑶	具体的検討		
			ア 目的の指摘	2	
			イ 目的・手段のそれぞれについて具体的事実の指摘・評価がされていること	2	
			ウ 結論	1	
第３	設問１小問⑶				
	1	憲法２４条１項について			
		⑴	検討	2	
		⑵	結論	1	
	2	憲法２４条２項について			
		⑴	本件規定が憲法２４条２項の立法裁量との関係で問題になることの指摘	1	
		⑵	立法に当たっては憲法２４条２項による制約があることの指摘及び審査基準の定立		
			・ 憲法２４条２項を指摘し、その趣旨に言及していること	2	
			【加点事項】	加点評価	
			※ 国籍法３条違憲判決（最大判平２０．６．４・民集６２－６－１３６７）・婚外子相続分違憲決定（最大決平２５．９．４・民集６７－６－１３２０）を踏まえた審査基準を定立している場合には、加点する	Ａ・Ｂ・Ｃ	
			★ 一般的な違憲審査基準を定立している場合には、１点を限度に配点する		
	3	憲法１４条１項について			
		⑴	本件規定の指摘と区別の対象を明示していること	1	
		⑵	憲法１４条１項の解釈		
			ア 「平等」の意味	1	
			イ 「差別」の意味	1	
			ウ 「社会的身分」の定義	1	
		⑶	審査基準の定立	4	
			【加点事項】	加点評価	
			※ 国籍法３条違憲判決・婚外子相続分違憲決定を踏まえている場合には、加点する	Ａ・Ｂ・Ｃ	
		⑷	具体的検討		
			ア 目的の指摘	1	
			イ 目的・手段のそれぞれについて具体的事実の指摘・評価がされていること	2	
			ウ 結論	1	
第４	設問２				
	1	憲法２４条１項との適合性			
		⑴	同性婚法案５条ただし書１号・３号が婚姻の自由との関係で問題になることの指摘	1	
		⑵	保障 ・ 憲法２４条１項の本質は、旧民法の戸主の同意を不要とする点にあるとの主張の言及・評価	1	
			【加点事項】	加点評価	
			※ 夫婦同氏違憲訴訟判決（最大判平２７．１２．１６・民集６９－８－２５８６）に言及している場合には、加点する	Ａ・Ｂ・Ｃ	
			★ 後述の正当化の論点を保護範囲の問題として論じていても、同様に配点する		
		⑶	同性婚法案上は、同性婚の自由に対する制約がないことの指摘	1	
			★ 同性婚の自由に対する制約を認め正当化まで検討している場合には、説得的である場合に限り、配点する		
		⑷	結論	1	

2	憲法２４条２項との適合性				
	⑴	同性婚法案５条ただし書各号が憲法２４条２項の立法裁量との関係で問題になることの指摘		1	
	⑵	立法に当たっては憲法２４条２項による制約があることの指摘及び審査基準の定立 ・　憲法２４条２項を指摘し、その趣旨に言及していること		2	
		【加点事項】		加点評価	
		※　国籍法３条違憲判決（最大判平２０．６．４・民集６２－６－１３６７）・婚外子相続分違憲決定（最大決平２５．９．４・民集６７－６－１３２０）を踏まえた審査基準を定立している場合には、加点する		Ａ・Ｂ・Ｃ	
		★ 一般的な違憲審査基準を定立している場合には、３点を限度に配点する			
	⑶	具体的検討			
		ア	同性婚法案５条ただし書１号		
			㋐　相続権の趣旨の指摘	1	
			㋑　具体的事実の指摘・評価がされていること ・　趣旨の検討 ・　相続制度は社会的制度であること ・　遺言や生前贈与で対処が可能であること、など	3	
		イ	同性婚法案５条ただし書３号		
			㋐　共同親権の趣旨の指摘	1	
			㋑　具体的事実の指摘・評価がされていること ・　趣旨の検討 ・　現行民法が血縁を重視していることの評価 ・　養子縁組で対処できること、など	3	
	⑷	結論		1	
3	憲法１４条１項との適合性				
	⑴	同性婚法案５条ただし書各号の指摘と区別の対象を明示していること		1	
	⑵	憲法１４条１項の解釈		1	
		★ 学説を採用し、性的指向が「性別」と「社会的身分」のいずれに当たるかを論じている場合には、判例の立場を採用した場合と均衡を欠かない限度で、配点する			
		【加点事項】		加点評価	
		※　判例の立場を採用した場合に、反対説として学説に言及している場合には、加点する		Ａ・Ｂ・Ｃ	
	⑶	審査基準の定立 ・　判例の立場を採用した場合には、合理的理由の有無又は合理的関連性の基準を採用していること。学説を採用した場合には、性的指向の定義を明示し、「性別」又は「社会的身分」に当たるかを論じていること		3	
		【加点事項】		加点評価	
		※　国籍法３条違憲判決・婚外子相続分違憲決定を踏まえている場合には、加点する		Ａ・Ｂ・Ｃ	
	⑷	具体的検討			
		ア	同性婚法案５条ただし書１号		
			㋐　目的の指摘	1	
			㋑　目的・手段のそれぞれについて具体的事実の指摘・評価がされていること ・　目的の検討 ・　共働き世帯が増加しているなどの社会情勢の変化 ・　立法裁量が存在すること ・　出産・育児を促進するかなど、目的との関連性の評価、など	3	
		イ	同性婚法案５条ただし書３号		
			㋐　目的の指摘	1	
			㋑　目的・手段のそれぞれについて具体的事実の指摘・評価がされていること ・　目的の検討 ・　民法が血縁を重視していること ・　現代における家族形態・価値観の変化 ・　養子縁組が可能であること、など	3	

	⑸	結論	1	

第５	【その他加点事項】	加点評価
	※　上記【加点事項】以外でも、本問事案解決につき特記すべきものがある場合には、加点する	Ａ・Ｂ・Ｃ

基本配点分　**小計80点**	**点**
加点評価点　**小計10点** 添削シート中の【加点評価】を総合的に評価し点数を決めて下さい。目安はＡが半数以上であれば１０点、Ｂが半数程度であれば５点です。	**点**
基礎力評価点　**小計10点** 以下の項目は、「司法試験の方式・内容等について 」（令和元年１１月１１日司法試験考査委員会議申合せ事項）第４－２－（１）－エに掲載されている事項です。	**点**

あなたの得点（0～2点で評価）		
事案解析能力		
論理的思考力		
法解釈・適用能力		
全体的な論理的構成力		
文書表現力		

総合得点　合計100点	**点**

■　添削担当者からコメント
（本問の主要テーマである、設問１小問⑶については、必ずコメントして下さい。）