

〔論 説〕

オリンピックとLGB（中－3）

佐藤 義明

はじめに

- I オリンピック大会の招致・ホストについての説明責任
- II オリンピック大会の招致・ホストを正当化する試み（以上、第89号）
- III LGB個人の権利保障に関する現状と課題
 - (1)～(4)（以上、第90号）
 - (5)～(7)（以上、第91号）
 - (8) LGB個人の権利保障についての対外的ジェスチャー
 - (9) 日本政府による公的差別
 - (A) 個人としての差別
 - (a) 難民資格の認定
 - (b) パートナーと家族を形成する権利の保障
 - (i) 便宜的手段：普通養子縁組
 - (ii) 事実婚
 - (iii) 民事的結合
 - (iv) 婚姻（途中まで、本号）
 - (v) 婚姻要件具備証明書の発行
 - (c) 子と家族を形成する権利の保障
 - (B) 事実婚の構成員と同性カップルの構成員の差別
 - (C) 法律婚の構成員と同性カップルの構成員の差別
 - (D) 公的差別の不在・解消
 - (10) 条例の二面的機能：差別の維持と権利保障の試み

オリンピックとLGB（中-3）

- (11) 同性間性行為の規制対象化
- (12) 私的差別の政府による放置と対策
- (13) 差別の解消に向けた私的イニシアティヴ

IV オリンピック運動におけるLGB

おわりに

憲法解釈においては「歴史を尊重し歴史から学ぶものの、過去のみが現在を支配することを許さない」⁽¹⁾。

(8) LGB個人の権利保障についての対外的ジェスチャー

日本においてLGB個人の権利獲得が近年課題として浮上してきた1つの動因は、国連人権理事会、自由権規約委員会、社会権規約委員会(CESCR)、女子差別撤廃委員会(CEDAW)などの国際機関によるさまざまな勧告である⁽²⁾。

例えば、人権理事会は、日本の人権状況の定期的審査を2008年、2012年、そして2017年におこなった。その際に、LGBの問題について、理事国がそれぞれ3つ⁽³⁾、5つ⁽⁴⁾、そして10以上の勧告をおこなっている。2017年には、とりわけ、性的指向を理由とする直接的・間接的なあらゆる

(1) Obergefell v. Hodges, 576 U.S. __ (2015) [「同性婚を憲法上の権利として確立した米国最高裁判決——ケネディ裁判官の法廷意見全文」同性婚人権救済弁護団編『同性婚——だれもが自由に結婚する権利』(2016年)226, 235頁(猪子(ヒューイット)晶代訳)].

(2) これらの機関は、政府報告の審査の際に、NGOから提出されるカウンター=レポートを参照したり、ロビイングを受けたりする。LGB団体もそのような活動をおこなっている。自由権規約委員会とNGOとの関係について、谷口洋幸「自由権規約委員会第6回日本報告書審査の概要」国際女性27号(2013年)144頁参照。同145頁も参照(「建設的対話」は、政府と委員会との間でおこなわれるべきものであるが、委員会とNGOとの間でのみ成立しているようにみえたと指摘する)。

(3) See Report of the Working Group on the Universal Periodic Review: Japan, May 30, 2008, UN Doc A/HRC/8/44, pp. 7, 9, 17, paras. 19, 29, 60 (11).

(4) See Report of the Working Group on the Universal Periodic Review: Japan, Dec. 12, 2012, UN Doc A/HRC/22/14, pp. 16-20, paras. 147.34, 147.36, 147.65, 147.85, 147.89.

る態様の差別を包括的に禁止する法律の制定と⁽⁵⁾、同性カップル構成員に配偶者としての地位を承認するための法改正を勧告している⁽⁶⁾。審議の際に、日本は、性的指向を理由とする人権侵害は看過されるべきではなく、差別防止に引き続き努めると表明している⁽⁷⁾。しかし、勧告のいくつかについて善処する意向を表明したものの、そのほとんどについては留意 (take note) するにとどめた⁽⁸⁾。とりわけ、「国の水準で同性婚を許可することは日本における家族のあり方に大きな影響を与えうることから、慎重な考慮 (careful consideration) がなされるべきである」という留保を表明している⁽⁹⁾。「慎重な考慮がなされるべき」という用語は、しばしば考慮するまでもないという認識を表明するために利用される。後に述べ

(5) See Report of the Working Group on the Universal Periodic Review: Japan, Jan. 4, 2018, UN Doc A/HRC/37/15, p. 15, paras. 161.59, 161.61, 161.63, 161.65, 161.75. See also *id.* para. 161.58 (反差別法にはヘイト＝スピーチの禁止も含むべきであると指摘する)。Cf. *id.* pp. 15-16, paras. 161.70, 161.72, 161.74, 161.84.

(6) See *id.* p. 15, para. 161.71. See also *id.* pp. 15-16, para. 161.73 (地方自治体および私企業が性的指向を理由とする差別を撤廃することを奨励する)。日本の第3回報告として、Third National Report Submitted in Accordance with Paragraph 5 of the Annex to Human Rights Council Resolution 16/32: Japan, Aug. 31, 2017, UN Doc A/HRC/WG.6/28/JPN/1, pp. 11, 15, paras. 56, 79 (日本政府は、LGB個人にカウンセリングを提供したり、啓蒙活動をおこなったりしていると記載する)。

(7) See Report of the Working Group on the Universal Periodic Review: Japan, *supra* note 4, p. 10, para. 145.

(8) 2008年の審査の際の「『性的指向および性自認に基づく差別の撤廃のための措置 (カナダ政府)』を要請する勧告」を日本政府が「受諾」したとする記事がある。谷口洋幸「性同一性障害／性別違和をかかえる人々と家族生活・家族形成」家族「社会と法」27号(2011年)49, 59-60頁参照。しかし、管見のかぎり、日本政府は、当該勧告の記載されている第19段について、性的指向に関する勧告についてはコメントせず、アイヌに関する記載に留意し、近年の政策を説明しているにすぎない。See Report of the Working Group on the Universal Periodic Review: Japan: Addendum Conclusions and/or Recommendations, UN Doc A/HRC/8/44/Add.1, para. 1 (c)。なお、「UPR第2回日本政府審査・勧告に対する我が国の対応 (外務省仮訳)」が公表されている。

(9) See Report of the Working Group on the Universal Periodic Review: Japan: Addendum: Views on Conclusions and/or Recommendations, Voluntary Commitments and Replies Presented by the State under Review, UN Doc A/HRC/37/15/Add.1, p. 4.

るように、この問題を検討する機関を設定・指定し、「慎重な」検討を開始したという報道はまだない。実際に検討したうえで、従来の家族のあり方を維持すべき合理的理由が存在するという結論に至ったならば、それを説明すべきである。LGB個人の形成する家族を承認すべきであるのにそうしていないことが判明したならば、同性カップルに婚姻を開放することが家族のあり方に大きな影響を与えるとしても、それは望ましい影響に他ならず、その影響が大きければ大きいほど承認すべきことになるはずである。

日本は、性的指向を理由とする差別への対策について積極的姿勢をみせていないわけではない。例えば、日本は、2008年に10か国で発足した人権理事会のLGBTコアグループの構成国となった。他の原構成国は、アルゼンチン、ブラジル、クロアチア、フランス、イスラエル、オランダ、ニュージーランド、ノルウェー、合衆国である。もっとも、EUおよび国連人権高等弁務官（UNHCHR）事務所の参加も得て、2013年にこのグループが第1回閣僚級会議を開催した際に、合衆国やフランスなどの5か国は、国務長官などの閣僚を参加させたのに対して、日本は国連大使を参加させたにとどまった。2020年現在、このグループには、31か国、EU、国連人権高等弁務官事務所および2つのNGOが参加している。

また、日本政府は、2016年の主要国首脳会議（G7）倉敷教育大臣会合における「倉敷宣言」の採択を先導した。同宣言は、「困難な状況にいる子供」の例として「性的指向や性自認を理由とした差別に苦しんでいる子供」を挙げ、そのような「子供がさらされやすい排他や疎外、格差や不平等の解消が喫緊の課題であることを認識する」とする。そして、「それぞれのバックグラウンドや環境にかかわらずすべての若者が幸福感を抱き、生活や仕事に必要な知識やスキルを習得できるインクルーシブで公平な成果に届くための教育が保障されるよう最善の努力をする」、また、「個性や多様性が尊重され、全ての子供や若者が自らの可能性や長所を最大限に活かすことができるような教育環境を実現することを約束する」としている⁽¹⁰⁾。なお、文部科学省による日本語仮訳が「バックグラウンド」、「ス

(10) See G7 Kurashiki Education Ministers' Meeting in Okayama, May 2016, para. 15, available at www.mext.go.jp/component/a_menu/other/detail/_ics_files/afieldfile/2016/06/17/1370953_3_2.pdf（強調佐藤）。教育については、後に検討する。

キル」、「インクルーシブ」という英語のカタカナ表記を多用していることは、これらの概念を日本語で鑄造することができなかったこと、そして、それらを国内で定着させるためには相当な努力を必要とすることを示唆する⁽¹¹⁾。

日本の姿勢は、日本政府が国内におけるLGB差別の解消に向けた実効的措置をとっていないければ、単なる対外的ジェスチャーにすぎないことになる。とりわけ問題となるのは、政府が私人間差別の解消に十分取り組んでいるかどうか以前に、政府自身による公的差別を温存しようとしていないかどうかである。

(9) 日本政府による公的差別

対外的ジェスチャーと対照的に、日本は、LGB個人に対する法令上の差別を維持している。そこで、日本が対外的に表明した立場は「口先の方便」⁽¹²⁾に過ぎず、日本は「二枚舌」⁽¹³⁾を使っているといわれる。さらに、日本の立場は「国連の場面で明確に反対票を投じた決議が主張する内容、すなわち、伝統的価値の尊重や旧来からの家族制度の保持を根拠に、[国内での]人権保障の遅れを正当化する」ものであり、「国際的に明確な反対を表明した考え方に基づいて国内の法政策を正当化することは、二枚舌という表現を超えた極めて深刻な矛盾である」⁽¹⁴⁾ともいわれる。

日本では、「マイナスからプラスへの移行というダイナミックな動きではなく、法令上は原則とされるゼロの状態を社会的に実現するという内部的な安定化の動きが中心であった」のであり、「同性カップルの法的承認というプラスへの動きが」2015年以降表面化してきたといわれる⁽¹⁵⁾。し

(11) 国立国語研究所はスキルについては「技術・能力・習得技能」への言い換えを提案しているが、バックグラウンドおよびインクルーシブについては検討・提案していない。「『外来語』言い換え提案(第1回～第4回総集編)」、available at https://www2.ninjal.ac.jp/gairaigo/Teian1_4/iikaego.html.

(12) 谷口洋幸「セクシュアルマイノリティの人権に関する国連決議」SEXUALITY53号(2011年)68,72頁。

(13) 谷口洋幸「『同性婚』は国家の義務か」現代思想2015年10月号46,56頁。

(14) 谷口洋幸「LGBT/SOGIの人権と文化多様性」北村泰三、西海真樹編『文化多様性と国際法——人権と開発を視点として』(2017年)225,241頁(強調佐藤)。

(15) 渡邊泰彦「同性愛と法——ドイツにおける変遷について」陶久利彦編『性

かし、法令上のマイナスの存在が認識されてこなかっただけであり、法改正は「プラスへの動き」ではなく、マイナスからゼロへ平等を回復する動きというべきである。非嫡出子の差別に関して、日本の法制度は「世界の人権論や法制度のレベルから著しく後れを取ってしまった」と評される⁽¹⁶⁾。この言葉は、LGB個人の差別にも当てはまる。

2008年の自由権規約委員会の勧告は、自由権規約第2条1項および第26条に照らして、「LGBTの雇用、住宅供給、社会保障、健康、教育、その他、法により定められた分野（例えば、…配偶者暴力防止法が同性のパートナーによる暴力からの保護を排除している例にあるように）における差別に懸念を有する。締約国は、規約第26条に関する委員会の解釈に則って、差別を禁止する事由に性的指向が含まれるように法律を改正することを検討し、未婚の同棲している異性カップルと同棲している同性カップルが平等に扱われることを確保すべきである」⁽¹⁷⁾としていた。同委員会は同様の勧告を2014年にも繰り返している⁽¹⁸⁾。

この勧告が「同棲」をカップルとして保護されるかどうかを区別する基準としているならば、日本において同性カップルが住居を賃借し、同棲することが困難であるという実態を反映していない。渋谷区などのパートナーシップ証明制度は同棲を前提とするというよりも、まさにそれを可能にするための制度なのである⁽¹⁹⁾。もちろん、委員会が列挙した問題は網羅的なものではない。LGBT個人の直面する困難として264項目が挙げられることもある⁽²⁰⁾。

風俗と法秩序』（2017年）242, 243頁参照。

(16) 辻村みよ子『憲法と家族』（2016年）143頁参照。

(17) Consideration of Reports Submitted by States Parties under Article 40 of the Covenant: Concluding Observation of the Human Rights Committee: Japan, Dec. 18, 2008, UN Doc CCPR/C/JPN/CO/5, at 9, para. 29.

(18) See Human Rights Committee, Concluding Observations on the Sixth Periodic Report of Japan, Aug. 20, 2014, UN Doc CCPR/C/JPN/CO/6, at 1, 3 paras. 3, 10, 11.

(19) 大島梨沙「渋谷区パートナーシップ条例の意義と課題」法学セミナー 727号（2015年）1, 2頁注8参照。

(20) LGBT法連合会「性的指向および性自認を理由とするわたしたちが社会で直面する困難のリスト」『「LGBT」差別禁止の法制度って何だろう？——地方自治体から始まる先進的取り組み』（2016年）224-243頁参照。同性婚人権救済弁護団編『同性婚——だれもが自由に結婚する権利』（2016年）134-135頁

以下では、まず法令上の公的差別について、(A) 個人としての差別、(B) 事実婚の構成員と同性カップルの構成員の差別、(C) 法律婚の構成員と同性カップルの構成員の差別、そして、(D) 公的差別の不在・解消の問題を順に検討する。

(A) 個人としての差別

(a) 難民資格の認定

出入国管理及び難民認定法第2条3の2号は、1967年の「難民の地位に関する議定書」⁽²¹⁾第1条2項によって修正された1951年の「難民の地位に関する条約」⁽²²⁾第1条の定義に該当する者を難民とする。すなわち、「人種、宗教、国籍若しくは特定の社会的集団の構成員であること又は政治的意見を理由に迫害を受けるおそれがあるという十分に理由のある恐怖を有するために、国籍国の外にいる者であって、その国籍国の保護を受けることができないもの又はそのような恐怖を有するためにその国籍国の保護を受けることを望まないもの」である。この定義に合致する者は条約難民と呼ばれる。条約難民には該当しないが、国連難民高等弁務官事務所（UNHCR）が保護の対象とする「マンドート難民」を含めて、広義の難民と呼ばれることもある⁽²³⁾。日本は、難民条約の当事国として条約難民を保護する義務を負っているが、条約難民に該当しない者についても、人道的配慮などを理由として在留を特別に許可することがある。

問題は、LGB個人が「特定の社会集団の構成員である」か、その者に対する性的指向を理由とする差別が「迫害」に当たるかどうかである。これら2つの要件を満たすLGB個人を難民認定しないことは、難民条約に違反するとともに、他の「特定の社会集団」と比較してLGB集団を差別することにもなる。前者の要件については、性的指向が個人の意思で選択することのできない属性またはアイデンティティであることは一般に認め

も参照（加藤慶二執筆）。

(21) Protocol Relating to the Status of Refugees, Jan. 31, 1967, 606 U.N.T.S. 268 (1967).

(22) Convention Relating to the Status of Refugees, July 28, 1951, 189 U.N.T.S. 150 (1954).

(23) UNHCRは、国籍国の領域内にいる国内避難民の保護のために活動することもある。

られていることから、否定することはできないと考えられる。問題となるのは後者の要件である。

この点に関する先例は、8年以上在留期間を超えて滞在し、就労していた人が、不法滞在の容疑で逮捕され、退去強制手続が開始された後に、難民認定を申請した事件であった。2004年に東京地裁は、申請者は条約難民の資格をもたないとした⁽²⁴⁾。判決は、他国・国際機構・研究者による情報を検討したうえで、申請者の国籍国イランにおいてはソドミーが犯罪とされており、最高刑は死刑であるとしつつ、「それが公然と行われるのでない限り、それだけで刑事訴追を受ける危険性は相当に低い状況にある…同性愛者は、その意思により、訴追等の危険を避けつつ、同性愛者としての生活を送ることができる」⁽²⁵⁾とした。そして、「原告がイランで生活する場合、同性愛者の生活である程度の制約を受ける面があることを除けば、格別の不都合があるとは認められない」⁽²⁶⁾としたのである。申請者は、UNHCRによって条約難民の資格をもつ「極めて強い要素をもっている」と認定されていたが、東京高裁は、UNHCRと難民条約当事国の間で難民の資格該当性に関する判断が食い違うことはありうるとして、地裁判決を支持した⁽²⁷⁾。

この判決に対しては、ソドミーのみを理由として処罰される例は少ないとしても、それが他の罪と累積的に量刑で考慮されることは裁判所も認めていること、有罪とされるためには4名の証人が必要とされているなど有罪の認定を抑制する要因が存在するとされるが、それらは「法の適正手続」というには足りないことなどが批判されている。そして、難民認定申請を通じて国籍国にその性的指向とそれに係わる主張が知られることに

(24) 東京地判2004年2月25日、訟務月報51巻1号102頁。東京地判2015年1月22日は、同性愛者であるブラジル人が「人道的な配慮」による在留特別許可を請求した事件において、同国において同性愛者を被害者とする事件が発生したことがあるからといって、原告が被害に遭うと直ちにいうことはできないとして、原告の「生活上の安全性への懸念は、いまだ一般的、抽象的なものにとどまる」、そして、同性愛者の保護は「本来、国籍国の責任において検討されるべき問題である」としている。ブラジルにおける「ホモコースト」については、佐藤後掲論文(注108)111頁参照。

(25) 同148頁(強調佐藤)。

(26) 同151頁(強調佐藤)。

(27) 東京高判2005年1月20日。

なった申請者が本国送還後に迫害されないか「難民不認定の判断後も関係機関の責任においても注視し続けなければならない」と指摘される⁽²⁸⁾。

たしかに、同性間性行為を犯罪とする刑法が存在する場合に、その存在自体が直ちに迫害を構成するものではないとして、実際にそれが適用されているかどうかを重要な判断要素としたり⁽²⁹⁾、申請が遅延したという事実を難民認定に消極的な要素として考慮したり⁽³⁰⁾、滞在国における行動が難民該当性を高める目的でなされたと考えられる場合には、当該行動を考慮しないとしたりする国もある⁽³¹⁾。しかし、その国も、特定の社会集団に属することを表示する行為を公然とおこなうことによって危害を受ける可能性があれば迫害を構成すること、すなわち、自己の属性を隠匿せざるをえないこと自体が迫害に該当することは認めている⁽³²⁾。同性間性行為について、異性間性行為について要求されない慎重さを要求することは難民条約の趣旨に合致しないのである。「ジョグジャカルタ原則プラス10」も、性的指向を隠さなければならない事実が難民認定の根拠となることを強調している⁽³³⁾。なお、この文書は、「すべての地域からの専門家」の議論を経た「有権的な専門家の見解」であると自認する⁽³⁴⁾。たしかに、「ジョグジャカルタ原則」の署名者29名は、中東の者はいないものの、イスラーム圏であるトルコとパキスタンの者や中国の者も含んでおり、同一国籍の者は2名以下であった。これに対して、「ジョグジャカルタ原則プラス10」の署名者33人は、合衆国から5人、インドから4人、オーストラリアから3人を含むのに対して、中東のみならず北東アジアの者もおらず、すべての地域を代表しているということは困難である。申請の遅延、在留期間の徒過、滞在期間の行動が難民該当性を高めることなどは、難民

(28) 本間浩「同性愛者の難民該当性」ジュリスト1291号(2005年)284,286頁参照。もっとも、法務省にも裁判所にもこのような注視を担当する部局は存在しない。

(29) 浅川晃広『難民該当性の実証的研究——オーストラリアを中心に』(2019年)89頁参照。

(30) 同書88-89頁参照。

(31) 同書91頁参照。

(32) このような解釈は、オーストラリアにおいて、判例によって形成されたうえで、2014年の改正移民法に取り込まれている。同書92-94頁参照。

(33) The Yogyakarta Principles Plus 10, Nov. 10, 2017, at 22 (Principle 23, F).

(34) See *id.* p. 4.

認定を受ける権利の濫用に当たるような場合を除き、難民認定の障害事由とするべきではないと考えられる。

2004年の先例は、近年、乗り越えられようとしている。2019年になって、同性間性行為が禁錮刑の対象となる国籍国において、同性間性行為を理由として逮捕・収監された後、保釈中に出国し、日本に入国した者について、2018年に難民認定がなされたことが報道されている⁽³⁵⁾。

(b) パートナーと家族を形成する権利の保障

家族のあり方は変化しつつある。例えば、最高裁長官も、『『家族を大事に』という理念と同時に、家庭も個人の集まりで、権利主体としての個人を中心に置いて考えていくことが必要になります』⁽³⁶⁾と述べている⁽³⁷⁾。

現在、家族観はしばしば3つに大別される。例えば、「共同体アプローチ」・「契約アプローチ」・「権利アプローチ」、「[家族の社会への] 融合モデル」・「後見モデル」・「契約モデル」、「国家的・制度的な家族像」・個人主義的家族観のうち「契約的家族観」・「親密圏におけるカップルないし個人の権利に基礎づけられた家族観」、「国家主義的家族モデル」・「個人主義的家族モデル」・「共同体的家族モデル」などである⁽³⁸⁾。

このうち、「国家的・制度的な家族像」や「国家主義的家族モデル」は日本国憲法で否定されたが、社会的に強固に残存しているものである。そして、現在、法的保護に値すると考えられており、そのいずれが最も望ましいか議論されているのが、個人主義的=契約モデルか、それに代わる権利アプローチまたは共同体的モデルかである。いずれにしる、一方で、特権的な地位を占めてきた婚姻を、かつてのような「自然的・非合理的」なものではなく、「純粋に当事者の人格的な関係を安定させるための1つの

(35) 東京新聞 2019年7月2日朝刊 27面参照。

(36) 竹崎博允「激動の時代における司法の役割と裁判所の在り方を最高裁長官が語る」ジュリスト1436号（2012年）ii, v頁。

(37) 竹崎の約半世紀前に最高裁長官を務めた田中耕太郎の立場は対照的である。田中は極右国粹主義を批判しているが、その理由は「往々婚姻を自由主義に放任し、家庭生活の価値を強調」しないことであった。田中耕太郎「法の妥協的性質について」『法と道徳〔増補版〕』（1964年）71, 83-84頁参照。小林孝輔「田中耕太郎論——わが国における典型的保守イデオログの思想状況」法律時報33巻1号（1961年）19, 20頁も参照。

(38) 辻村前掲書（注16）54-62頁参照。

選択肢」にするという「婚姻の脱特権化」⁽³⁹⁾——または「家族の脱公序化、ないし個人化・私化」⁽⁴⁰⁾——が提唱されており、他方で、事実婚や次に述べる民事的結合などが「『不完全な制度』という同じ土俵にある」⁽⁴¹⁾状況である。

そのなかで、同性カップルが、「多様な家族の1つの形態」⁽⁴²⁾でありうるとする考え方が存在する。例えば、高校生向けに、「2人の男性と犬」の家族や「2人の女性」の家族がありうることを示唆する教材も刊行されている⁽⁴³⁾。

LGB個人がそのパートナーと形成した家族を法的に公認するためには、3つの方法がある。事実婚という地位の承認、民事的結合(civil union)や民事的協力関係(civil partnership)と呼ばれる婚姻に至らない地位の承認、そして、婚姻の承認である⁽⁴⁴⁾。日本においては、現在、この3つの方法のいずれも原則として採用されていない。G7構成国のうち民事的結合も婚姻も同性カップルに保障していないのは日本のみである⁽⁴⁵⁾。

(39) 二宮周平「家族法改正の展望」辻村みよ子編『ジェンダー社会科学の可能性第1巻——かけがえのない個から』(2011年)213, 218, 219頁。二宮周平「同性婚への道のりと課題」三成美保編『同性愛をめぐる歴史と法——尊厳としてのセクシュアリティ』(2015年)122, 126, 141-142頁参照。

(40) 吉田克己「家族における『公私』の再編」日本法哲学会編『『公私』の再構成』(2001年)45, 46, 47頁(同性カップルの法的公認は、「法が介入することによって公序が相対化される」例であり、「国家を人間の結合形態に関して中立的とすることによって、結合形態に関する人間の自由の拡大が志向される」と整理する)。

(41) 渡辺秀樹「現代日本のパートナーシップ——恋愛と結婚の間」柴田陽弘編『恋の研究』(2005年)305, 317-318頁。

(42) Report of the Working Group on the Issue of Discrimination against Women in Law and in Practice, UN Doc A/HRC/29/40, at 8, para. 23.

(43) 栃木県教育委員会事務局生涯学習課編『じぶん未来学——とちぎの高校生』(2016年)45頁参照(橋本紀子他編『ハタチまでに知っておきたい性のこと』(2014年)154頁を引用する)。

(44) 同性カップルを公認する制度は、婚姻のみを想定するか・それ以外の制度を想定するかという単層型/複層型と、同性カップルにそれを利用させるか・させないかという開放型/区別型という軸で整理されることがある。藤戸敬貴「同性カップルの法的保護をめぐる国内外の動向——2013年8月～2017年12月、同性婚を中心に」レファレンス805号(2018年)65, 87-89, 92頁参照。

(45) 鈴木賢「企画趣旨」比較法研究78号(2016年)234頁参照。

(i) 便宜的手段：普通養子縁組

同性カップルによる家族を法的に公認する方法が存在しない現状で、同性カップルは、法的関係を取り結ぶ便宜的手段として養子縁組を利用してきた。日本法は、養子縁組のために、普通養子と特別養子という2つの制度を用意している。民法第792条の下で認められる普通養子縁組の養親の要件は、原則として養子よりも年長であることであり、養子が15歳未満である場合にのみ、成年に達していることが加えられる⁽⁴⁶⁾。養親が婚姻している場合には、養子が15歳以上である場合には、共同縁組または配偶者の同意の下で単独縁組が可能であり、養子が15歳未満である場合には共同縁組のみが認められる。また、縁組の成立には、15歳以上である養子の同意または15歳未満の養子の法定代理人の同意——この同意による縁組を代諾縁組と呼ぶ——が必要とされる。縁組の解消は、養親と養子の同意によるか、家庭裁判所の決定によるかすれば可能である。普通養子縁組は、年間8万件から9万件程度利用されている。後に検討する特別養子縁組は、婚姻している夫婦にのみ認められている⁽⁴⁷⁾。

普通養子縁組は届出主義によっており、その届出は形式的な審査だけで受理される。それゆえ、それによって同性カップルは相続権や「家族としての地位」を獲得できるといわれる⁽⁴⁸⁾。また、同性婚によらなくとも契約を積み重ねれば婚姻類似の債権債務関係を同性カップルが設定しようといわれることもある⁽⁴⁹⁾。

しかし、この説明は誤解の原因となる。婚姻の効果をすべて個別に契約するコストはほとんど禁止的に高いからである。かりに婚姻が当事者間の契約で代替可能であるとすれば、異性カップルにとっても婚姻制度は不要なはずである。この点で想起されるのは、通称使用の社会的拡大を理由として夫婦同氏制の合憲性を肯定した最高裁判決に対して、その事実はむしろ同氏制の不利益が深刻であることの証左であるとする批判である⁽⁵⁰⁾。

(46) 婚姻による成年の場合を含む。

(47) 特別養子については、後に検討する。

(48) 水野紀子「日本家族法の特徴と婚姻の行方」国立国会図書館調査及び立法考査局『家族のダイバーシティ——ヨーロッパの経験から考える』（2017年）71, 73頁参照。上野雅和「家族の変貌と家族法——わが国における対応」ジュリスト828号（1985年）183, 187頁も参照。

(49) 内田貴『民法4——親族・相続〔補訂版〕』（2004年）75頁参照。

この批判と同じ視点は、パートナーシップ証明制度の増加と同性婚の未承認についても当てはまるといわれる⁽⁵¹⁾。さらに、同じことは、普通養子縁組の利用と同性婚の未承認についてもいえると考えられる。

最高裁は、夫婦同氏制の合理性の根拠として、子が両親と同氏の方が利益を享受しやすいことを挙げている。この理由づけについても、「具体的な利益との関係で論証されているわけではなく、しかも傾向性にとどまる（既に諸外国で選択的夫婦別姓制がとられているが、子どもの具体的な不利益は問題となっていない）」とする批判がある⁽⁵²⁾。具体的な不利益を問題とすることなく抽象的な可能性のみで立論する最高裁の理由づけに対するこの批判は、同性カップルに婚姻を認めなくとも養子縁組で十分であるとする立論についても当てはまると思われる。

実際に、養子縁組の効果は婚姻に相当するものではない。まず、親族などによって争われる場合に、このような養子縁組は有効な縁組意思を欠くという理由で、無効なものとして認定される可能性があるといわれてきた（民法第802条1号）。性的関係を含む関係を公認させようとする同性カップルの意思は、親子関係の創設という養子制度の本旨と相いれないとみなされる可能性があるからである⁽⁵³⁾。これに対しては、同性カップルによる養子縁組は、性的関係をカモフラージュする脱法目的ではなく、家族関係（family unit）の形成という正当な目的によるものであることから、有効であると判断されるべきであると反論されてきた⁽⁵⁴⁾。

この点について、東京高裁は2019年に、同性の受刑者間の養子縁組に

(50) 最大判2015年12月16日、民集69巻8号2586, 2605頁（岡部喜代子判事意見、櫻井龍子、鬼丸かおる判事同調）。

(51) 駒村圭吾「夫婦同氏制の合憲性」『憲法判例百選I〔第7版〕』（2019年）66, 67頁参照。

(52) 卷美矢紀「憲法と家族——家族法に関する2つの最高裁大法廷判決を通じて」長谷部恭男編『論究憲法——憲法の過去から未来へ』（2017年）331, 348頁参照。

(53) 鈴木伸智「成年養子縁組と同性愛」青山法学論集41巻1・2・3号（1999年）55, 83-84, 87頁参照。同論文69-70頁も参照（1984年にニューヨーク州の最上級裁判所であるCourt of Appealsが異性間・同性間いずれの場合も性的関係をともなう養子縁組は認めないとした判決を紹介する）。なお、日本法は近親相姦行為を禁止していない。

(54) 同論文84頁参照。梶村太市、棚村政行編『夫婦の法律相談〔第2版〕』（2010年）74頁も参照（棚村執筆）。

ついて、それが有効であるとする判決を下した⁽⁵⁵⁾。この事件は、同じ刑務所で知り合い、6か月交際し、一方が他の刑務所に移送された後で、養子縁組したものである。養子縁組後、一方が他方に親書を発信しようとしたところ、刑務所長が、当該養子縁組は外部交通を確保する目的でなされたものであるとして、発信を禁止した。この禁止処分について、東京高裁は、2人は同性愛関係にあり、互いに助け合ってともに生活しようという意思をもって養子縁組したものであり、親書発受の禁止を潜脱する目的でそうしたとは認められないとした。とりわけ、それ自体が不適法な「重婚的内縁関係の継続を動機・目的とする養子縁組」を試みる者の縁組意思は認めることができないのに対して、「同性愛関係の継続は、それ自体が不適法なものではな [い]」ことから、「同性愛関係を継続したいという動機・目的を持ちつつ、養子縁組の扶養や相続等に係る法的効果や、同居して生活するとか、精神的に支え合うとかなどといった社会的な効果の中核的な部分を享受しようとして養子縁組をする場合…縁組意思を肯定することができる」としたことが注目される。

とはいえ、かりに養子縁組の有効性が認められたとしても、配偶者と比べて、養親または養子は劣位に置かれる。例えば、養子が死亡した場合、養親は養子の財産の3分の1を相続し、出生時の両親が3分の1ずつ相続するものとされる(民法第900条4項)。それに対して、養子ではなく配偶者であれば、3分の2を相続し、出生時の両親は6分の1ずつ相続するにすぎないのである(同条2項)。

さらに、養親子関係にあった者は、たとえ離縁しても、婚姻することができないとされている(民法第736条)。そこで、かりに同性カップルに婚姻する権利が保障されるようになっても、特例として認められないかぎり、かつて養親子であった同性カップルが婚姻することはできない。オー

(55) 東京高判2019年4月10日。同判決について、矢野恵美「ジェンダーの視点から見た刑務所——男性刑務官の執務環境とセクシュアル・マイノリティ受刑者の処遇」山元一他編『憲法の普遍性と歴史性——辻村みよ子先生古稀記念論集』(2019年)357, 379-381頁参照(この判決は、「通常の婚姻ができない同性愛者が養子縁組を利用することの正当性」、および、異性婚の場合と同様、「愛情以外の利益を見込んでいたとしても」同性愛者による養子縁組意思が否定されないことを再確認したところ、ならびに、婚姻平等が達成された際には、「養子縁組の有効性が、婚姻関係の有効性に置き換えられる」ことによって、援用可能なものであるところに意義をもつと指摘する)。

ストリアでは、養子縁組を解消しても婚姻することは認められず、パートナー登録のみが可能であるとされている⁽⁵⁶⁾。なお、渋谷区パートナーシップ証明制度は、養親子であった同性カップルでも離縁すれば利用することができる⁽⁵⁷⁾。渋谷区の場合にかぎられないが、このような制度設計では、パートナーシップ証明制度を利用しようとする同性カップルは、養子縁組という法的関係を完全に手放したうえで、第三者に対して当事者の保護が十分ではない公正証書による法的関係に依拠せざるをえないことになる⁽⁵⁸⁾。

(ii) 事実婚

事実婚は、同性カップルを保護する可能性のある、民事的結合とならぶ婚姻未満の制度である。

事実婚は法律の規定に基づいて保護される。例えば、健康保険法第3条7項、厚生年金保険法第3条7項および国民年金保険法第5条8項などがそれを明文で規定している。法律で明記されていない場合にも、「配偶者」の保護を準用する解釈によって保護されることもある⁽⁵⁹⁾。しかし、事実婚は、原則として、法律婚が可能であるにもかかわらずその登録をしていないカップルの関係とされる。それゆえ、原則として、異性カップルのみが事実婚の地位を承認されている⁽⁶⁰⁾。

(56) 松倉耕作「登録パートナー婚に関するオーストリア新法について」名城ロースクール・レビュー 24号（2012年）53, 56, 72頁参照。

(57) 「渋谷区パートナーシップ証明——発行の手引き」4頁、available at <https://www.city.shibuya.tokyo.jp/assets/com/000033475.pdf>. 2015年10月16日渋谷区男女平等・多様性社会推進会議「男女平等と多様性を尊重する社会の推進に係る重要事項について（中間報告）」エスムラルダ、KIRA『同性パートナーシップ証明、はじまりました』（2015年）191, 193頁も参照。

(58) セクシュアルマイノリティ教職員ネットワーク編『セクシュアルマイノリティ〔第3版〕』（2012年）247頁参照（木村一紀執筆）。

(59) 法律婚、事実婚、現行法の下での同性カップルの関係に認められる事項の対照表として、杉浦郁子他編『プロブレムQ&A——パートナーシップ・生活と制度〔増補改訂版〕』（2017年）58頁参照（大島梨沙執筆）。

(60) 曾田多賀他編『内縁・事実婚をめぐる法律実務』（2013年）29-31頁参照（佐貫葉子執筆）（ただし、「配偶者からの暴力の防止及び被害者の保護に関する法律」が適用された例を挙げて、「個別・具体的な場面では、事実上の婚姻関係が認められ、一定の法的な保護が与えられる可能性もあります」とす

この原則には例外が認められている。例えば、最高裁は、婚姻が禁止されているおじとめいの関係を事実婚に相当するとして、おじが死亡した際にめいを「配偶者」に当たるとして厚生年金保険法に基づく遺族年金の支給を認めている⁽⁶¹⁾。この判例は、保障されるべき権利、2人の関係が発生した動機、家族・地域社会における夫婦関係の受容、安定的な継続性などを総合考慮したものである⁽⁶²⁾。このような例外が認められるならば、同性カップルについても、典型的に事実婚に当たるとしないまでも、個別的に総合考慮の結果として——とりわけ、「社会的承認よりも、現実の共同生活の実態に即した法的保護を優先」して——それを認めることは可能であると考えられる。事実婚を保護する理由が「財産の公平な分配と要保護状態にある者の保護」にあるとすれば、性的指向を理由としてカップルを保護するかどうかを区別する必要はない⁽⁶³⁾。

最高裁判例は、不貞行為が違法である理由は、婚姻によって形成されている共同生活の平和の維持という権利を侵害することであるとしている。このような判例の下で、下級審判決のなかには、事実婚関係の場合にも不貞行為をおこなった「配偶者」とその相手に不法行為責任を認めるものがある。そこで、「不貞行為が原因で同性パートナー関係を解消する際も、具体的な事情の下で損害賠償請求が認められる可能性はある」⁽⁶⁴⁾といわれてきた。

実際に、2019年9月18日に、宇都宮地裁真岡支部は、レズビアンカップルについて、事実婚に準じる関係であったと認定し、不貞行為による関係破綻について慰謝料の支払いを命じる判決を下した⁽⁶⁵⁾。この判決は、同性カップルに婚姻が保障されていない現状では、その関係は事実婚そのものではないと断りつつ、「婚姻届を提出することができるのに自らの意思により提出していない事実婚の場合と比べて、法律上婚姻届を提出した

る)。

(61) 最判2007年3月8日、民集61巻2号518頁。

(62) 二宮周平『家族法〔第5版〕』（2019年）151-152頁参照。

(63) 同書160-162頁参照。

(64) 東京弁護士会性の平等に関する委員会セクシュアル・マイノリティプロジェクトチーム編『セクシュアル・マイノリティの法律相談——LGBTを含む多様な性的指向・性自認の法的問題』（2016年）135頁参照。

(65) Available at https://www.courts.go.jp/app/files/hanrei_jp/944/088944_hanrei.pdf.

くても法律上それができない同性婚の場合に、およそ一切の法的保護を否定することについて合理的な理由は見いだし難い」、同性カップルであっても、「その実態を見て内縁関係と同視できる生活関係にあると認められるものについては、それぞれに内縁関係に準じた法的保護に値する利益が認められ、不法行為法上の保護を受け得る」としたのである⁽⁶⁶⁾。なお、従来の判例は、「不貞行為」を男性器の女性器への挿入行為に限定し、それ以外の性行為を「その他婚姻を継続し難い重大な事由」の原因行為としてきた⁽⁶⁷⁾。それに対して、男性器の挿入行為がなかった状況で「不貞行為」の成立を認めたこの判示は、「不貞行為」の主体を男女に限定してきた判例の前提を問い直す重要な意義をもつ。

事実婚を保護する法理が、婚姻などの法制度の外にある一定の関係について、立法的解決に先立って必要性に基づいて保護を与えるための法理であることにかんがみると、法律婚へのアクセスを拒否されている同性カップルの関係はまさに当該法理の中心的対象であるといえることができる⁽⁶⁸⁾。

(iii) 民事的結合

民事的結合は、婚姻に準じる法的効果を発生させる国の法律による制度であり、パートナーシップを公示する効果しかもたない地方自治体の条例または要綱によるパートナーシップ証明制度とは異なる。

婚姻制度は、種々の便宜を保障するだけでなく、夫婦を社会的に公認するという象徴的意義ももつ。「プレステイジとしての結婚」の重要性は失われないと考えられるのである⁽⁶⁹⁾。民事的結合などの制度が婚姻制度と実質的に同一であるとされつつ、それと区別して制定される理由は、まさにこの象徴的承認を対象カップルに与えることを拒否するところにある。「ある者に対してだけ『門戸が閉ざされている』という事実は、その者の存在価値を低落させるメッセージとなりうる」⁽⁷⁰⁾のである。

(66) 同判決13-14頁参照(強調佐藤)。

(67) 二宮周平編『新注釈民法(17)——親族(1)』(2017年)452,474頁参照(神谷遊執筆)。

(68) 梶村、棚村編前掲書(注54)65-66頁(棚村執筆)参照。

(69) 渡辺前掲論文(注41)316頁注5参照。

(70) 志田陽子「LGBTと自律・平等・尊厳——なぜ憲法問題なのか」法学セミナー753号(2017年)60頁。

そこで、民事的結合などは、「婚姻の亜流」⁽⁷¹⁾であり、婚姻に値しないと社会的に評価される関係に対する「残念賞」⁽⁷²⁾にすぎないと評される⁽⁷³⁾。このような制度の創設は、人種別学を正当化しようとして失敗した「分離すれども平等 (separate but equal)」状態を目指す試みであり、同性カップルを異性カップルよりも一段劣る「二級市民」とみなすものとして否定されなければならないといわれるのである⁽⁷⁴⁾。カナダの民事婚 (civil marriage) 法の前文も、「婚姻と区別された民事的結合は、[同性カップルに] 平等な機会を保障するものではなく、カナダ権利および自由憲章に違反して、人間の尊厳を侵害する」⁽⁷⁵⁾としている。合衆国最高裁も、ある州で承認された同性カップルの婚姻を連邦が婚姻として承認しないよう義務づけている婚姻防衛法 (DOMA) 第3条は、当該婚姻を「二級婚姻」という不安定なものとし、同性カップルやその下で養育されている子の尊厳を損なうとしている⁽⁷⁶⁾。それゆえ、同性カップルの要求が自分たちの「尊厳を侵害しないでほしいという申立」⁽⁷⁷⁾であることにかんがみれば、民事的結合ではなく婚姻の開放が必要であるとされることには理由があるのである。

(71) 谷口洋幸「法、人権、セクシュアリティのはざままで——性的マイノリティの法的諸問題」Law and Practice 1号 (2007年) 159, 182頁。

(72) 橋本有生「イギリス」棚村政行、中川重徳編『同性パートナーシップ制度——世界の動向・日本の自治体における導入の実際と展望』(2016年) 65, 72頁。

(73) 「婚姻の差別された形態」とも呼ばれる。ドイツ連邦憲法裁判所判事は、同性と「パートナー登録したのは地下にある暗い部屋だったが、異性カップルの結婚登録は明るいホールだった」とする。このエピソードは2つの制度の相違を象徴的に表すといわれる。陳昭如、辜知愚訳「婚姻における異性愛家父長制と特権——台湾の同性婚論争」女性史学 27号 (2017年) 39, 40頁参照。

(74) 三輪見義「同性婚と人権保障」法学セミナー 753号 (2017年) 17, 20頁参照。齊藤笑美子「憲法と家族——同性カップルの法的承認の意味」憲法問題 21号 (2010年) 108, 111頁も参照。

(75) Civil Marriage Act of Canada (SC 2005, c 33), available at laws-lois.justice.gc.ca/PDF/C-31.5.pdf.

(76) United States v. Windsor, 570 U.S. 744, 771, 775 (2013). See also Obergefell v. Hodges, *supra* note 1 [邦訳 239頁].

(77) 田代亜紀「現代『家族』の問題と憲法学」佐々木弘通、穴戸常寿編『現代社会と憲法学』(2015年) 73, 81頁。

たしかに、民事的結合の制度は、同性カップルに婚姻を開放する前に、それに対する社会的抵抗を緩和するという意義をもったともいわれる。パートナー登録制度の制定から婚姻の開放までに、デンマークで23年、ドイツで16年、ノルウェーで15年、フランスで14年かかっており、これらの国では「社会の意識改革が進むのに、相当な年月を要した」からである⁽⁷⁸⁾。しかし、オランダ、ベルギー、カナダなどでは、パートナー登録制度の制定から婚姻の開放までに3年しかかかっておらず、また、スペインは、パートナー登録制度を制定することなく2005年に婚姻を開放している。少なくとも、婚姻の平等が多くの国ですでに実現している現在では、同性カップルに婚姻を開放する前段階としての民事的結合は、その歴史的役目を終えたと考えられる。同性カップルが民事的結合にとどまらず婚姻を認められた国は、「国として崩壊していないし、暴動も起きていない。道徳的退廃も経験していない」⁽⁷⁹⁾ことを実証しているのである。

なお、婚姻未済の制度は、婚姻よりも広い関係の保護を可能とすることがある。例えば、イギリス法において、配偶者間の「床入り (consummation)」を伴わない婚姻は取消可能であるのに対して、2004年民事的協力関係法の下では、「床入り」を伴わないことは民事的協力関係の取消を可能とする原因であるとはされていない。また、離婚原因となる不貞は、民事的協力関係の解消原因とされていない。不貞が当事者間の関係を修復不可能なほどに破壊して初めて、解消原因となるのである⁽⁸⁰⁾。もともと、「性的不誠実 (sexual unfaithfulness)」は民事的協力関係の解消原因になることから、「実際には、違いは存しない」ともいわれる⁽⁸¹⁾。

(78) 辻村みよ子『憲法改正論の焦点——平和・人権・家族を考える』(2018年) 111, 115頁参照。

(79) 谷口洋幸「同性婚・パートナーシップ法の可能性——オランダの経験から学ぶ」法律時報86巻12号(2014年)104, 106頁(オランダの元国会議員の発言として紹介する)。

(80) 田巻帝子「イギリス——パートナーシップ制度と婚姻制度の並立」法律時報88巻5号(2016年)53, 54頁参照。橋本前掲論文(注72)69-70頁も参照。

(81) 捧剛「イギリスにおける同性愛者差別の撤廃とシヴィル・パートナーシップ」國學院法学48巻2号(2010年)1, 20頁参照。

(iv) 婚姻

①同性婚

同性婚という用語には注意を必要とする。それは、伝統的に認められてきた「異性婚をおこなう権利」に加えて新奇な「同性婚をおこなう権利」を創設するかどうかが問題であるかのような印象を与える。しかし、伝統的な法律婚は異性カップルに認められた特権であった⁽⁸²⁾。課題は、婚姻する権利を異性カップルと平等に同性カップルに認めるかどうかである。それを「婚姻の平等」・「婚姻の開放」・「婚姻する権利に関する差別の解消」などと呼ぶこともできる。同性婚という用語は、異性婚と対置される場合にのみ使用されるべきものである。

②政府見解

日本政府は同性カップルに婚姻する権利を保障することに消極的である。2015年に内閣総理大臣は、「現行憲法の下では、同性カップルの婚姻の成立を認めることは想定されていない」、「同性婚を認めるために憲法改正を検討すべきか否かは、我が国の家庭の在り方の根幹にかかわる問題で、極めて慎重な検討を要する」⁽⁸³⁾と答弁している。翌月に自由民主党幹事長も「いわゆる性的マイノリティの権利というような形で近頃しばしば議論される」問題にどのように対応するかは、日本のように「所帯単位とか家族単位などで制度を作っているという仕組みの国と、むしろ個人個人で制度を作っている国というようなところで…ずいぶん違っていると思う」⁽⁸⁴⁾と発言している⁽⁸⁵⁾。このような政府・与党の立場は現在まで維持されている。行政的にも、法務省は「戸籍事務は、同性婚を認めないとする民法に従って、処理される」としている（2016年10月7日付け法務省民一第949号）。そこで、同性カップルが婚姻届けを提出しようとしても窓口で受理されないことになる。しかし、後に述べるように、憲法が同性婚

(82) 北原零未「フランスにおける同性婚法の成立と保守的家族主義への回帰」中央大学経済研究所年報45号（2014年）13頁参照。

(83) 第189回国会参議院会議録第7号（2015年2月18日）27頁（強調佐藤）。

(84) 2015年3月27日「谷垣禎一幹事長記者会見（役員連絡会後）」、available at <https://www.jimin.jp/news/press/chief-secretary/127415.html>.

(85) この発言に対する批判として、谷口前掲論文（注14）240頁。谷口前掲論文（注13）46頁も参照。

の法的公認を禁止していることも、民法が同性婚を婚姻に含めていないことも自明ではなく、民法が同性婚を承認していないとする解釈の下で民法が憲法に適合することも自明ではない。

最高裁は、憲法が同性カップルに婚姻する権利を保障しているか、それを禁止しているか、許容しているか、判断したことがない。もっとも、上記2つの発言と同じ年に、「婚姻は、両性の合意のみに基づいて成立し、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」とする憲法第24条1項について、「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」ものであると判示している⁽⁸⁶⁾。この判示が「男女間の」という代わりに「当事者間の」という用語を採用したことは、憲法第24条1項が同性婚を禁止する趣旨ではないという解釈を示唆するともいわれる⁽⁸⁷⁾。

政府と裁判所の動きが鈍いなかで、同性カップルへの婚姻の開放について、いくつもの提言が公表されている。2016年には、「同性婚は国家レベルでも受容される」として、日本家族「社会と法」学会が民法改正を提唱している⁽⁸⁸⁾。また、2017年9月29日には、日本学術会議法学委員会社会と教育におけるLGBTIの権利保障分科会がカップルに多様な選択肢を保障するために、婚姻の「性中立化」に向けた民法改正を先送りするべきではないと提言している⁽⁸⁹⁾。さらに、2019年7月18日には、日本弁護士連合会が「同性の当事者による婚姻に関する意見書」を公表し、遅まきながら、「すべての国民は、個人として尊重される。生命、自由及び幸福追求に対する個人の権利については、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」とする憲法第13条、ならびに、「すべての国民は、法の下に平等であって、人種、信条、性別、社会

(86) 最大判2015年12月16日、民集69巻8号2586,2607頁(強調佐藤)。

(87) 木村草太「夫婦同姓合憲判決の意義」自由と正義67巻6号(2016年)110,116-117頁参照。ただし、この判決が「夫婦」に言及していることは、「当事者」が男女であることを前提としていると解釈することも可能である。

(88) 南方暁「婚姻法グループの改正提案——婚姻の成立」家族「社会と法」33号(2017年)96,98頁参照。

(89) 日本学術会議法学委員会社会と教育におけるLGBTIの権利保障分科会「性的マイノリティの権利保障を目指して——婚姻・教育・労働を中心に」(2017年)10頁参照。

的身分又は門地により、政治的、経済的又は社会的関係において、差別されない」とする第14条1項の下で、婚姻の自由と法の下での平等を保障するために、それを認めるべきであると提唱している。

③社会通念

同性カップルによる婚姻届に対する裁判所の判断として、唯一の先例は1999年の佐賀家裁審決⁽⁹⁰⁾である。同審決は、そのような婚姻届は「男女間における婚姻的共同生活に入る意思、すなわち婚姻意思を欠く無効なもの」としてとした。この判示は、婚姻意思が夫婦関係を設定する意思であるとしたうえで、「夫婦関係とは、習俗的標準にてらしてその社会で一般に夫婦関係と考えられる男女の精神的肉体的結合を意味する」⁽⁹¹⁾という判例を踏まえたものである。つまり、婚姻とは個人の自由の行使ではなく、時代とともに変化する「習俗的標準」を基礎とする社会的多数派の認識によって説明される制度であるというのである。

婚姻を個人の自己決定に基礎づけるのではなく、社会通念に従って婚姻とみられる関係であるとする見解は、学界においてもまれではなかった。例えば、1965年には、「学問を妻にするとか、芸術と結婚するというのが一片の比喩に過ぎなく、真の婚姻意思とは見られないのとまったく同様に、同性間の婚姻というようなものも婚姻的法律要件としては否認されなければならない」⁽⁹²⁾という驚くべき見解すら公表されている⁽⁹³⁾。この学説が公表された当時もLGB個人が存在していたことは明らかであったにもかかわらず、戦後20年たってもこのような記述が公刊されていたことは、当時の法学者の先入観がいかに強固であったかを示唆する。もっとも、「ゲイ解放運動」の象徴となった「ストーンウォールの反乱」は1969年のできごとであり、同性カップルが愛情に基づいて婚姻に相当する共同生活を送っていることをこの論者が想像できず、「比喩」としてしか理解できなかったことを現在の基準で批判することは公正ではないかもしれない。

(90) 佐賀家裁審判1999年1月7日、家庭裁判月報51巻6号71頁。

(91) 大阪高判1967年6月26日、民集23巻10号1916、1927頁。この判決は、上告審も支持している。最判1969年10月31日、民集23巻10号1894頁。

(92) 中川善之助『親族法〔新訂〕』（1965年）160-161頁。中川は戦後民法の起草委員であった。

(93) 我妻栄『親族法』（1961年）14頁注1参照。

しかし、このような学説が性的指向を理由とする差別の自明視をいっそう強固なものにする機能を果たしたことも記憶されるべきである。

このような見解は現在では克服されつつある。まず、習俗に従って婚姻といわれるものは、日本が継受した民法が前提とするキリスト教世界の婚姻にすぎず、日本の習俗であるか疑義が提起されている⁽⁹⁴⁾。明治政府によって戸籍制度が整備されるまで、異性装者である同性と「結婚」し、社会的に認められていた「夫婦」が存在したという事実が歴史家によって掘り起こされているのである⁽⁹⁵⁾。

また、かつての判決や学説で想定されていた社会通念が現在でも存続しているか疑義がある。日本において、婚姻を同性カップルに開放することを51.2%が支持し、41.3%が反対しているという調査があり⁽⁹⁶⁾、現在の社会通念はそれを支持しているということもできるのである。

もっとも、この調査からは、LGBTについて、「社会的には存在を認めつつも、身近な存在としては抵抗感がある」⁽⁹⁷⁾という個人が少なくないという結果も得られている。同性カップルによる婚姻を承認するべきであるという回答と、友人が同性愛者だったら「抵抗がある」とする回答が、ともに過半数なのである⁽⁹⁸⁾。このことは、差別の性質が、LGBTについて体裁のよい態度をとりつつ実生活から排除するという陰湿さの増したものになっていることを示唆するといわれる⁽⁹⁹⁾。日本における別の調査では、回答者の5.3%のみがLGB個人を個人的に知っているという回答している⁽¹⁰⁰⁾。

(94) 大島梨沙「法律上の婚姻とは何か(1)——日仏法の比較研究」北大法学論集62巻1号(2011年)29,42頁参照。

(95) 三橋順子「歴史の中の多様な『性』」アステイオン83号(2015年)16,17-21頁参照。

(96) 「日本におけるクィア・スタディーズの構築」研究グループ編「性的マイノリティーについての意識——2015年全国調査報告書」(2016年)16-17,152-153頁参照。同報告書178-179頁も参照(同時期の他の調査によれば、支持者対反対者は、1つの調査で44%対39%、他の調査で42.3%対52.4%であったと紹介する)。

(97) 同報告書14-17,96-104,123頁参照。

(98) 同報告書13,72-77頁参照。LGBT支援法律家ネットワーク編『セクシュアル・マイノリティ Q&A』(2016年)2頁も参照。

(99) 好井裕明「セクシュアリティの多様性と差別・排除」好井裕明編『セクシュアリティの多様性と排除』(2010年)7,10-11頁参照。

(100) 「日本におけるクィア・スタディーズの構築」研究グループ編前掲報告書

これに対して、2013年に16か国でおこなわれた調査では、LGBT個人を知っていると回答者は46%であった⁽¹⁰¹⁾。LGBT個人を知っている者は、知らない者よりもLGBTに対する嫌悪の程度が低い⁽¹⁰²⁾。社会的寛容は異質な他者との相互作用を通して学習されるので、他者との接触が多い者ほどそれを学習できる⁽¹⁰³⁾。当事者がLGBであることを前提とする相互作用をもたない人々は、LGB個人という異質な者に対する社会的寛容を学習する機会に欠けるのである。このような人々は、LGB個人のライフスタイルを想像できず、LGBであることを性行為と連想しがちとなる。両親や高齢の異性カップルなどについては性行為を連想しないのに、「同性カップルの関係性があたかも性行為を中核に構成されているかのような妄想」⁽¹⁰⁴⁾が存在するのはそれゆえである⁽¹⁰⁵⁾。同性愛嫌悪はLGB個人への嫌悪というよりも、性行為への嫌悪という性質が強いのかもしれない。しかし、このような固定観念は、1997年の「府中青年の家事件」判決においてすでに否定されたものである⁽¹⁰⁶⁾。

(注96) 13, 72-77 頁参照。

(101) 田亀源五郎「隣の『同性婚』を考える」現代思想 43 卷 16 号 (2015 年) 28, 29 頁 (同じ調査で、肯定した者は日本では5%であったとする) 参照。

(102) 「日本におけるクィア・スタディーズの構築」研究グループ編前掲報告書 (注96) 15, 117-123 頁参照。

(103) 小林哲郎、池田謙一「PCによるメール利用が社会的寛容性に及ぼす効果」社会心理学研究 24 卷 2 号 (2008 年) 120, 121, 123, 126-127 頁参照 (携帯メールの利用が多いと異質な他者に対して寛容でなくなるのに対して、異質な他者とのコミュニケーションの媒介となる PC メールの利用は寛容を進めるとする)。ハイネによれば「偉大な天才は他の偉大な天才たちと接触することで形作られるが、それは融和よりも摩擦による」。Cited in Scott E. Page, *Acknowledgments to The Difference: How the Power of Diversity Creates Better Groups, Firms, Schools, and Societies* (2007), at xix [スコット・ベイジ、水谷淳訳「謝辞」『多様な意見』はなぜ正しいのか——衆愚が集合知に変わる時』(2009 年) 3 頁]。See also *id.* p. 12 [邦訳 35 頁] (「多様な好みを持つ人々の集団は、意見を1つにした人々の集団よりも問題解決に優れていることが多い」として、「争いを好むものの効果的なチーム」が存在するとする)。

(104) 谷口前掲論文 (注71) 181 頁。

(105) 同性婚人権救済弁護団編前掲書 (注20) 86 頁参照 (原島有史執筆)。このような「貧困な偏見」は性教育と「性交教育」を同視することによる、性教育批判にもみられる。橋本他編前掲書 (注43) 21-22 頁参照 (田代美江子執筆)。

そもそも、社会通念は世論調査によって確定されるべきものではない。それは、憲法の下で裁判官が規範的に認定するべきものである。たしかに、国民投票によって同性婚を法的に公認するかどうかが決定した国もある。例えば、2015年に、アイルランドでは同性カップルへの婚姻の開放が肯定されたのに対して、スロベニアではそれが拒否された。スロベニアの例については、少数者の権利保障の問題を多数決で決定するという手続そのものに批判がある⁽¹⁰⁷⁾。日本国憲法の母法である合衆国憲法について指摘されているように、固定的少数者の保護は、立法府ではなく、人権保障を規定する硬性憲法の解釈・適用を担当する裁判所の役割と考えられるからである⁽¹⁰⁸⁾。日本においても、家族関係は「我が国の歴史、伝統、慣習、社会的諸事情、国民感情等を考慮しながらも、これにいたずらに追従するのではなく、個人の尊厳を重視したものでなければならない」⁽¹⁰⁹⁾といわれる。社会の多数者から差別されている人々は多数者の意識が変わるまで差別されていてよいという循環論法は、差別の解消を永遠に拒否する論法である⁽¹¹⁰⁾。規範的な吟味を通して、伝統は不断に取捨選択されなければならない。

現在では、婚姻意思是、習俗がその内容を確定する婚姻を形成する意思ではなく、法律に基づく婚姻を成立させる意思にすぎないと考えられている。実質的意思説は克服され、形式的意思説・法律的定型説が通説となっ

(106) 白水隆「同性愛者に対する公共施設宿泊拒否——東京都青年の家事件」『憲法判例百選I〔第7版〕』(2019年)68,69頁参照(同性婚の未承認が同性愛者を日本社会で下位に置く効果を生じさせていないかどうかを検討する際に、本判決は影響を与えると指摘する)。

(107) 渡邊泰彦「同性カップルによる婚姻から家族形成へ」法律時報88巻5号(2016年)73,75頁参照。

(108) 佐藤義明「オリンピックとLGB(中-2)」成蹊法学91号(2019年)97,103頁注26参照。最高裁は「『法律を制定する多数者』の恣意を阻止する反対党の役割を演じ、少数者の権利の擁護者として、憲法の基本的価値を具体化し維持するため積極的な姿勢をとることが必要」であり、その顧客(clientele)は「政治部門に代表されない『少数者』」である。芦部信喜「最高裁判所と憲法の原理」『最高裁判所』(法学セミナー増刊、1977年)2,14頁参照。

(109) 最判2003年3月31日、家庭裁判月報59巻9号53頁に対する深澤武久判事反対意見(56頁)。

(110) See Angioletta Sperti, *Constitutional Courts, Gay Rights and Sexual Orientation Equality* (2017), pp. 127, 133.

たのである。後者に従えば、婚姻は一定の要件を満たす場合に一定の権利義務を発生させる制度にすぎず、婚姻意思の要件として異性を相手にするという実質は必要ではない⁽¹¹¹⁾。この見解によれば、婚姻の効果である権利義務を発生させる意思をもつ同性カップルによる婚姻を排除するためには、異性カップルにそのような権利義務の発生を認める理由が同性カップルに存在しないことが説得的に根拠づけられなければならないことになる⁽¹¹²⁾。

有力な学説は、合衆国最高裁による司法審査の基準に倣い、法令の合憲性の審査にあたっては、目的を特定し、審査対象となる規定が当該目的を達成する手段として合理的であるかどうかを審査するなどの基準を採用するべきであるとする。これに対して、最高裁自身は、そのような目的・手段の審査ではなく、立法理由に合理的根拠があり、かつ、審査対象の採用する区別が立法理由との関連で著しく不合理でなければ違憲とはいえないとする「総合的な判断」によっている。そして、判例変更は、従来の判例の論理を否定することによってではなく、争われている「規定の合理性に関連する…種々の事柄の変遷」を理由としておこなっている。家族法分野では、「社会の動向」、日本における「家族形態の多様化やこれに伴う国民の意識の変化」、「諸外国の立法のすう勢」などの「総合的な判断」の結果として説明するのである⁽¹¹³⁾。このような理由づけは、従来の判例が明確化してこなかった立法目的を引き続き明確化しないまま、便宜的な理由づけで判例を変更するものであり、理論的課題を抱えていると批判されている⁽¹¹⁴⁾。しかし、重要なことは、最高裁の手法によるとしても、「種々の

(111) 鈴木伸智「同性婚と婚姻・婚姻意思」田井義信編『民法学の現在と近未来』（2012年）259, 266頁参照。

(112) 同論文 268-269頁参照。

(113) 最大判1995年7月5日、民集49巻7号1789頁に対して、その判断枠組を維持したまま結論を逆転した最大判2013年9月4日、民集67巻6号1320頁などが採用した解釈方法である。高井裕之「嫡出性の有無による法定相続分差別」『憲法判例百選I〔第7版〕』（2019年）61, 62頁参照。糠塚康江「女性の再婚禁止期間の合憲性」『憲法判例百選I〔第7版〕』（2019年）64, 65頁も参照。さらに、渡辺千原「平成期の最高裁判所——変わったこと、変わらないこと」市川正人他編『日本の最高裁判所——判決と人・制度の考察』（2015年）2, 17頁参照。

(114) 辻村前掲書（注16）143頁参照。

事柄の変遷」は明らかに同性カップルによる婚姻の承認に向かっていることである。例えば、「事柄の変遷」として渋谷区のパートナーシップ証明制度なども考慮されうると指摘される⁽¹¹⁵⁾。

④制度保障

家族は憲法第24条によって保護されているので、家族の形成・維持は、憲法第13条の保障する自己決定権の問題ではなく、第24条の問題であるとするれば足りるという見解がある⁽¹¹⁶⁾。公権力の介入を受けることなく私事を決定する権利である自己決定権の問題と、国の創設した婚姻という制度へのアクセスの問題とは別であるというのである⁽¹¹⁷⁾。2004年の参議院憲法審査会で発言した赤坂正浩も類似の解釈を採用していた。第24条1項の「両性の合意」にいう「両性」について、男女ではなく2個人と解釈し、同性カップルによる婚姻を承認することも禁止されていないとする解釈が存在することを認めつつ⁽¹¹⁸⁾、そのような「ラジカル」な解釈をとる者は「ごくごく少数」にすぎないとしたのである⁽¹¹⁹⁾。赤坂は、一方で、同性愛者であるというアイデンティティが第13条の保護を受けること、および、同性愛者であることが第14条1項にいう「社会的身分」に該当し、それを理由とする別扱いが厳格な司法審査に服することは認めてい

(115) 福嶋敏明「同性婚と憲法——渋谷区パートナーシップ証明制度を契機に考える」時の法令1976号(2015年)52,57頁参照。

(116) 松井茂記「自己決定権」長谷部恭男編『リーディングズ現代の憲法』(1995年)57,75頁参照。ただし、この記述の後で、松井は「基本的人権とはいえないような行為についても、不合理な差別を受けないという権利」を国民がもつとする。同頁参照。

(117) 松井茂記『Law in Context 憲法』(2010年)7頁参照。自己決定権の対象を私事に限定するという定義は自明ではない。現代社会では、自己決定の対象となる選択肢の整備(インフラストラクチャの構築)を国家が担うことは少なくないと考えられる。第13条と第24条は、「国家からの自由」と「国家による自由」という過度に単純化された類型で峻別されるべきではなく、婚姻の制度設計を規律する重疊の規定であると位置づけるべきであろう。

(118) 代表的見解として、角田由紀子『性の法律学』(1991年)210-212頁参照。赤坂の発言とは対照的に、この説は「有力に主張されている」と評されることもある。梶村、棚村編前掲書(注54)64頁(棚村執筆)。

(119) 第161回国会参議院憲法調査会会議録第4号(平成16年11月17日)19頁。

る⁽¹²⁰⁾。他方で、第24条の婚姻における両性の平等規定は一夫多妻制度を「敵対的な制度」として禁止するとしており⁽¹²¹⁾、同性婚も「敵対的な制度」に当たると主張しているようである。かりにそうではないとしても、ドイツにおける「独特」な「制度的基本権論」を参考にして、制度樹立は「個人の自由を可能なかぎり実質化するという目的の枠内で立法者にはふつつ広範な裁量権が認められる」⁽¹²²⁾として、LGB個人の自由を「可能なかぎり実質化するという目的の枠内で」も、同性カップルを婚姻から排除することは国会による裁量権の逸脱に当たらないと考えているようである。

また、第24条1項は特別法なので第13条という一般法に優越するという見解も存在する⁽¹²³⁾。さらに、憲法第24条は、同性間の家庭生活を異性間のそれと同程度の配慮に値するものと憲法が考えていないことを示唆するとする学説もある⁽¹²⁴⁾。

これらと類似の見解を詳細に紹介する著作がある⁽¹²⁵⁾。まず、憲法は「夫婦、親子からなる法律上の家族を社会や個人を支える基軸として措定」しているとする⁽¹²⁶⁾。そして、第24条は第14条による平等保護を「緩和する」ことから、「どの程度の同一扱いについては立法政策に委ねられた部分が少なくない」とする見解を紹介する⁽¹²⁷⁾。さらに、法的保護の対象を選択する「理論的線引きが困難であるから、または制度としての線引きが必要である」ことから、現行法の認める異性婚にその対象を限定

(120) 赤坂正浩「同性愛の自由——公共施設は同性愛者の宿泊を拒否できるか」棟居快行他『基本的人権の事件簿〔第5版〕』（2015年）28, 31, 33-34頁参照。

(121) 赤坂正浩「制度保障と人権」長谷部恭男編『リーディングズ現代の憲法』（1995年）17, 29頁参照。

(122) 同論文30頁。赤坂は日本の通説と同じく、「シュミット型制度保障論（とその日本版）は日本国憲法の解釈の場面では不必要」であることを認める。同論文31-34頁参照。

(123) 西村枝美「同性婚の未規定性の憲法適合性——婚姻の自由ではなく人格権の問題として」関西大学法学論集69巻3号（2019年）154, 159頁参照。

(124) 長谷部恭男『憲法〔第7版〕』（2018年）187頁参照。「同程度」ではないとすると、どの程度なのかという問題が残る。この記述だけでは、同性婚禁止説なのか許容説なのか明らかではない。

(125) 田代前掲論文（注77）84頁参照。

(126) 同論文85-86頁参照。

(127) 同頁参照。

することには意義があるとする。もっとも、その場合には、「正規の婚姻の標準形からもれ落ちる形態の当事者が差別されているような意識を持つことについての問題は残る」⁽¹²⁸⁾とするのである。

しかし、当事者の能力・意思・実際の行為いずれについても、生殖と育児は婚姻の条件とされていない。「夫婦、親子からなる家族」の特定の形態と婚姻とは関係づけられていない。また、線引きの困難さゆえに異性婚の優遇と同性婚の排除を放置したままにすることに意義があるというのは、単なる思考停止である。性的指向を問わないカップルによる婚姻を承認しつつ複婚を承認しないなどの線引きをおこなうことは不可能ではない。この思考停止は、残る問題が「差別されているような意識を持つ」という被差別者の主観的な問題にすぎないとする理解に象徴されている。法的に問題となる差別が客観的に存在するかどうかについて考察する必要はないというわけである。差別の存否を問題にしないという印象を「緩和する」ことを試みるかのように、この論文は、平等権の範疇で問題にするという立場もありうると付け加える。しかし結局、「回答は容易ではない。憲法学が、家族の現代的問題を直接に論じないように見えるのはここにも理由があるのかもしれない。その不可避性のみは…確認できた」⁽¹²⁹⁾とする。この著作も「家族の現代的問題を直接に論じない」ものの1つらしい。

憲法第24条の解釈は第13条および第14条と独立になされるとする理解には、日本国憲法の母法ではないドイツ憲法(学)の影響がうかがえる。日本国憲法の母法である合衆国憲法については、制度保障という概念は知られていない。ここで想起されるのは「比較は根拠にならない」⁽¹³⁰⁾という法諺である。婚姻に関するドイツ基本法第6条1項は「婚姻及び家族は、国家的秩序により特別な保護を受ける」⁽¹³¹⁾としており、日本国憲法第24条1項とまったく異なる。前者についてドイツの裁判所が制度保障という概念を採用したとしても、そのこと自体は日本の裁判所が後者について同じ構成をとると予測する根拠にも、当該概念を採用するべきであると

(128) 同論文 87 頁 (強調佐藤)。

(129) 同頁。

(130) 樋口陽一『比較の中の日本国憲法』(1979年)3頁。樋口は複数の著作で繰り返しこの成句に言及している。

(131) 高橋和之編『世界憲法集〔新版第2版〕』(2012年)170頁参照。

学説が主張する根拠にもならない⁽¹³²⁾。母法を参照する際にも、それを援用する理由が説明されるべきである。母法ではない法に関する判例と学説を参照する際には、いっそう丁寧にそのような理由が説明されなければならない⁽¹³³⁾。そして、少なくとも現在では、ドイツ法(学)に由来する制度保障の概念が日本国憲法の解釈にとって有用ではないことは、一般的な見解となっている⁽¹³⁴⁾——むしろ、有害である可能性さえある。さらに、

(132) ドイツ連邦憲法裁判所は、生活パートナーシップ法の合憲性を認めた際に、この条項は、婚姻を冷遇することを禁止しているが、婚姻類似の制度を導入しても婚姻が冷遇されなければよいと判示している。この判決の判断が日本国憲法第24条にも当てはまるといわれることがある。西村前掲論文(注123)200-201頁参照。しかし、憲法第24条は婚姻が「特別な保護」を受けると規定しておらず、前提の異なるドイツの裁判所の判断が「当てはまる」根拠は明らかではない。すなわち、憲法第24条が異性婚をそれ以外の形態の婚姻より冷遇することを禁止しているとする根拠は存在しない。

外国法研究は、日本法の解釈の発想を得るための基礎作業である。それを日本法の解釈に直結させることは、日本法が前提としていない法理を無自覚にもち込むことによって有害な場合が少なくない。すでに小野梓は「近時邦人の泰西の法を講ずる者を見るに、往々之を欣慕するに失し其玉石を択ぶに違なきが如し」としたうえで、「泰西の誤謬を指摘」しようとした。「民法之骨」早稲田大学大学史編集所編『小野梓全集第2巻』(1979年)233,236頁参照。小野の外国法の摸倣摂取に対する批判について、糠塚康江「『憲法と家族法』関係論——辻村憲法24条論の問題提起を受けて」山元一他編『憲法の普遍性と歴史性——辻村みよ子先生古稀記念論集』(2019年)195,200-201頁参照。

日本法の解釈は、日本社会の社会学的研究によって立法目的を発見し、「法と経済学」などをも含む方法で当該目的を達成する合理的手段を考案し、当該手段を判例や学説とできるかぎり整合的な解釈で説明するという作業であり、外国法研究はそこで間接的な役割を果たすにとどまる。外国法研究を日本法の解釈に接合するためには、法体系とその基盤となる社会と法文化の相違に自覚的でなければならない。この点で、法文化の比較研究とそれに基づく教育が看過されつつあるのではないかという懸念がある。例えば、東京大学法学部は、研究分野がフランス法、ドイツ法、中国法の専任教員(およびイベロアメリカ法の客員教員)が退職した際に、後任を補充せず、英米法の専任教員を3人から2人に減員している。もっとも、イスラーム法の教員が採用されていることは注目される。

(133) 比較憲法という枠組を基礎として、各国憲法の独自性を超える憲法一般論(憲法原論)を構想することが可能であるか、可能であるとして各国憲法の解釈にどのように接合するかは検討に値する課題である。

制度保障という概念を媒介として、第6条1項の保護する婚姻については第3条の平等保護の要請が排除されるという解釈は、ドイツの裁判所自身が克服している。すなわち、2009年7月7日にドイツ連邦憲法裁判所は、第6条1項に基づく婚姻の保護を理由とする性的指向に基づく区別の正当性を第3条1項の平等原則に照らして審査し、特別法である第6条1項が一般法である第3条1項に優越するとした2007年9月20日判決を覆したのである⁽¹³⁵⁾。

1995年に最高裁は、嫡出子と非嫡出子の法定相続分を差別する民法第900条4号但書について、「民法が法律婚主義を採用している以上、法定相続分は婚姻関係にある配偶者とその子を優遇してこれを定める」ことから、一定の法定相続分を認めて非嫡出子の保護を図るときに、それを嫡出子の2分の1にするという「立法理由にも合理的な根拠がある」と判断した⁽¹³⁶⁾。しかし、2013年に最高裁はこの判例を変更した。すなわち、「家

(134) 長谷部恭男「序論」長谷部恭男編『リーディングズ現代の憲法』（1995年）1, 3-4頁参照。

(135) 倉田賀世「ドイツにおける規範的『婚姻』『家族』概念の変容可能性——同性パートナーと子供により構成される共同体の取扱いをてがかりとした一考察」古橋エツ子他編『家族法と社会保障法の交錯——本澤巳代子先生還暦記念』（2014年）49, 63頁参照。倉田は結論において、親が異性カップルか同性カップルかによって児童福祉に差異が生じないとしても、「そのことのみを理由として、従来の解釈を素通りして夫婦と同性パートナーシップの完全な同権化がなされることは拙速に過ぎる…今後この問題を論じていく上では、基本法上の概念定義にも目配りをした、より緻密な議論が求められる」とする。同論文65頁参照。この記述は誰に向けられたものであろうか。ドイツの裁判官であるとする日本語で記述することが適切であるか問題となる。日本の裁判官・学者であるとする、その人々にドイツ法に関する議論のあり方を提言することにどのような意義があるか問題となる。日本法についての記述ではないはずであるが、かりに日本法にも関わりのある主張であるとする、従来の解釈が不十分であったことを認めて同権化を実現することが「拙速」である理由の説明が必要である。また、同権化自体がなされるべきではないというならばその理由の説明が、それがなされるべきであることを認めつつ「拙速に」なすことを戒めるならば、どのような手順で同権化に至るべきかに関する説明が必要である。

(136) 最大判1995年7月5日、民集49巻7号1789, 1795-1796頁（強調佐藤）。最高裁は、政教分離について、制度保障を直接の目的とし、信教の自由の保障を間接的な目的とした。最大判1977年7月13日、民集31巻4号533, 539-

族という共同体の中における個人の尊重がより明確に認識されてきたことは明らかであり、法律婚という制度自体は我が国に定着しているとしても…認識の変化に伴い…子を個人として尊重し、その権利を保障すべきであるという考えが確立されてきている」として、同但書を違憲であるとしたのである⁽¹³⁷⁾。この判決は、法律婚の保護を自己目的とするのではなく、個人の権利の保障という目的に照らして同但書の合理性を審査したものであり、制度保障という思考を克服したという意義をもつ。

制度保障という概念の採用は、手段を目的に転化する誤謬である⁽¹³⁸⁾。条件を付すことによって、当該概念を生き永らえさせる試みは存在する⁽¹³⁹⁾。しかし、それは思考経済に資する行為ではない。制度保障という概念に関するかぎり、すでに反論するコストを省略すべき過去の概念である。「府中青年の家事件」東京高裁判決について、「『特別な公法関係』の理論はもはや残滓すらない⁽¹⁴⁰⁾と評される。制度保障の概念についても、そのような段階にすみやかに至るべきであろう。

婚姻は単なる制度である。制度保障という概念によって、「婚姻観」と呼ばれるイデオロギーまたはそれになじまないものへの嫌悪をカモフラージュする立論は反論に値しない。異性婚主義の正当性は「いかなる婚姻観

540 頁参照。この判決に対しては批判が強い。樋口陽一他『憲法Ⅰ』（注解法律学全集1、1994年）401頁参照（浦部法穂執筆）。

(137) 最大判2013年9月4日、民集67巻6号1320、1330-1331頁参照。

(138) ニーチェは、ある課題を遂行しているうちに所期の目的を忘却してしまうことは「人間がしでかすばかげたことのなかで、最も頻繁にみられること」であると警告する。Cited in Lon L. Fuller, *The Morality of Law* (1964), p. 95 [L・L・フラー、稲垣良典訳『法と道徳』（1968年）128頁]。たしかに、「一旦制定せられたる法の理由はこれを討究すべきに非ず、然らざれば既に確立せる多数の規則は失効すべし」（ネラーチウス）という古言も知られている。春木一郎訳『ユスティニアヌス帝学説彙纂プロータ』（1938年）88頁参照。しかし、法の理由を追究した結果として失効するべきであると考えられる規則が多数となり、実際に失効することになるとしたら、それは法の改善というしかない。法的安定性は自己目的ではなく、法的安定性の考慮ゆえに法改正を段階的におこなうべき場合がありうることは否定されないとしても、法の理由の追究そのものを回避することは正当化されない。

(139) 芦部信喜、高橋和之補訂『憲法〔第7版〕』（2019年）86頁参照。

(140) 君塚正臣「同性愛者に対する公共施設宿泊拒否——東京都青年の家事件」『憲法判例百選Ⅰ〔第6版〕』（2013年）66、67頁。

を前提にするかに依存する」⁽¹⁴¹⁾といわれるとき、そこでいう「婚姻観」が婚姻の制度目的という意味ならばそのとおりであるが、「婚姻とはこのようなものである」という先験的な観念を意味するとすれば、それは異性婚主義を正当化するために十分な理由にはならないはずである。

⑤公序

辻村みよ子は、憲法第24条が「『公序』尊重の要素を内包する」⁽¹⁴²⁾として、第13条とは対抗関係にあり、抵触しうるとする⁽¹⁴³⁾。問題は、ここにいう「公序」の内容である。後に検討するように、それが複婚を排除するという意味ならば、一定の根拠があるかもしれない。しかし、それが異性婚の維持という意味ならば、それは支持されるべき解釈ではない。辻村自身が指摘するように、「第24条は、婚姻家族の存在自体を国家が保護することよりもむしろ、家族構成員の個人の（人間としての）尊厳という要請を重視した規定である」⁽¹⁴⁴⁾と考えない理由はない⁽¹⁴⁵⁾。近親婚の禁止のような「優生学的な理由でなく、親子関係の秩序維持や社会倫理上の配慮を立法趣旨とすることは、秩序や倫理を理由に個人の婚姻の自由や自己決定権を侵害することを認めるものであり、憲法24条・13条の趣旨からして違憲である」⁽¹⁴⁶⁾というべきなのである。

現行法が社会条件に対応するものでなければ、当該現行法を根拠として個人の権利を制約することは、「（権利を保障するために制度があることからして）本末転倒であり、制度から論じる従来の議論については今後見直すべき」⁽¹⁴⁷⁾といわなければならない。フランス社会について、『制度（公

(141) 福嶋前掲論文（注115）56頁参照。

(142) 辻村前掲書（注16）58頁。同書356頁も参照。

(143) 同書125-126頁。辻村前掲書（注78）130頁も参照。「『制度（公序）としての家族』が意味するところを辻村教授は明示してはいない」と指摘される。佐々木くみ「婚姻の自由の憲法理論的研究に関する覚書」山元一他編『憲法の普遍性と歴史性——辻村みよ子先生古稀記念論集』（2019年）173, 190頁参照。

(144) 辻村前掲書（注16）142頁。

(145) 憲法第24条は、「家族制度自体の保障よりも家族を構成する夫婦の平等や個人の尊厳を重視する観点にたっており、制度の強調はこれと相いれない」ともいわれる。辻村みよ子『憲法〔第5版〕』（2016年）102頁参照。

(146) 辻村前掲書（注16）136頁注136。

序)としての家族』から、『契約としての家族』、『個人の幸福追求権や性的指向をも充足させる共同生活空間としての家族』に変化した⁽¹⁴⁸⁾といわれる。この記述は、日本の婚姻にも当てはまる論理的な展開であろう。

ところが、辻村は、憲法第24条は「現代的家族観を『時代先取的』に容認している」としながら、「法律婚主義を基調とした家族制度の秩序」を公序であるとも主張している。そして、個人の尊重の観点から近代家族を克服する現代家族を異性婚に限定し、同性カップルの形成する家族は、現代家族ではなく「超現代家族」であるとして、憲法第24条は現代家族を追求しつつ「超現代家族」への展開を阻止する方向に機能する可能性があるとする1977年以来的の見解を2016年に至っても維持している⁽¹⁴⁹⁾。

しかし、性的指向にかかわらず、2個人の契約に基づいて形成される家族すべてを現代家族と呼ぶことも当然可能である。生殖の能力・意思・実際の行為がいずれも婚姻の要件ではないからには、性的指向を基準として現代家族と「超現代家族」とを区別することは、性的指向を理由とする差別以外の何ものでもない⁽¹⁵⁰⁾。憲法が「超現代家族」への展開を阻止する

(147) 同書47頁。「制度は人権を守るために存在するものであり、人権を守れない制度であれば制度を再検討すべき」であるともいわれる。同書191頁注44参照。

(148) 同書4頁。同書56頁も参照。辻村前掲書(注78)115頁も参照。なお、辻村によれば、フランス憲法は「先進資本主義型憲法の中心的な位置を占める」。同書(『憲法と家族』)20頁参照。「先進資本主義型憲法」を現状把握・整理のための概念ではなく、1つの範型と考えるとすれば、そのようなものを想定して議論することができるか問題となるであろう。本論文注133参照。その問題とは別に、合衆国憲法やその各州憲法ではなく(ドイツ基本法でもなく)フランス憲法が「中心的な位置を占める」かどうか問題である。例えば、性的指向の問題を考える場合には、その点で最先端である1996年の南アフリカ憲法(第9条3項)を参照するべきではないか問題になる。

(149) 辻村みよ子『ジェンダーと人権——歴史と理論から学ぶ』(2008年)250頁参照。辻村みよ子『女性と人権』(1997年)216頁も参照。さらに、辻村前掲書(注16)61頁参照。『ジェンダーと人権』は、2010年に「現時点での到達点」であると評されていた。齊藤前掲論文(注74)108頁注1参照。

(150) 毎日新聞2015年5月15日朝刊13面における水野紀子の発言について、「自然に子どもの生まれることのない同性婚には疑問がある」として「同性愛者が結婚し子を持つことを権利として認めることに疑問を呈する」とまとめ、たうえて、異性カップルも子をもてない・もたないことがある、および、同性カップルでも生殖補助医療や養子縁組で子をもてるとする反論は「議論が

歯止めとして働く可能性が論理的に存在することと、学説がそうあるべきであると主張することとは異なる。「阻止するべきである」という解釈をとるならば説得的な根拠が必要であるが、辻村自身の論理はそのような根拠を提供しているとは思われない。むしろ、単婚であるかぎり、性的指向による差別を禁止するべきであるとするのが一貫性をもつ結論であると考えられる。

そうであるならば、課題は、「結婚が避けることのできない社会的義務

かみ合っていない」とする分析がある。水野は「子を持つ権利を論じているのではなく、望むと望まざるとを問わず生まれてくる子に対する、親の責任を重視しているからである」。山下純司「渋谷区条例の意義——パートナーシップから同性婚へ」ジュリスト1485号（2015年）66, 70頁参照。

しかし、議論はかみ合っているようにみえる。上記反論の目的は、水野の発言の内的矛盾を指摘することだからである。親の責任の重視と「同性愛者が結婚し子をもつことを権利として認める」べきではないという主張には論理の断絶がある。親の責任を重視するならば、現に親となっている同性カップルに婚姻という地位を与え、婚姻制度の下で夫婦である親に要求されている責任と同じ責任を果たさせることが望ましいはずである。水野が「同性カップルが養子縁組により子を持つことには反対せず、愛情をもった家庭で育てられることは子のためにもなるとしている」（同論文71頁）ならば、それにもかかわらず同性カップルによる婚姻に反対する「信念」の根拠が問われるべきである。その根拠が嫌悪としてしか説明のつかないものであるとすれば、水野の発言「にも憲法的な価値が存在する」として対話の破綻を問題とするよりも、嫌悪に基づく表現も原則として表現の自由の枠内で保護されることを認めつつ、理性的な対話は不可能であることを率直に認めるべきであろう。

山下は結論で、同性カップルへの差別をなくすための議論はできるだけ素早く、「家族法の改正には、多元性と漸進性が必要」なので、「同性カップルに婚姻を認めるための議論」は「粘り強く、コンセンサスを得ていく必要がある」とする。同論文72頁参照。本稿は、逆に、私的差別の解消は漸進的に、婚姻する権利に関する公的差別は即時に解消するべきであると考える。こと家族法の改正には「多元性と漸進性が必要」であるとされたり、家族法学においては「漸進主義という意味での保守主義」が「原則」とであるとされたりする。大村敦志『家族法〔第3版〕』（2010年）376頁参照。そのような原則を先験的に主張することが妥当であるかは1つの問題であろう。かりにそのような考慮が必要であるとしても、それが漸進すら阻むことがあってはならないと考えられる。日本政府の「慎重な考慮」という概念が考慮するまでもないという認識の婉曲的表現であるという構造（先述201-202頁）は、一部の民法学者の信奉する「漸進主義」という概念にもあてはまるようにみえる。

でも、性に関わる許可と禁止の主要な基準でも、性別に関わる関係にとつての超えられない地平でもなくなった」という「脱結婚 (*démariage*)」という社会条件に婚姻法を適応させること⁽¹⁵¹⁾、そして、婚姻とは独立に親子関係法を現代の社会条件に適応させることであると直截に認めるべきであろう⁽¹⁵²⁾。

⑥原意主義と現意主義

憲法解釈の方法の1つに、制定者の意思に従うべきであるという原意主義 (*originalism*) が存在する。原意主義に立つとしても、憲法第24条1項の起草・審議において、婚姻を異性カップルに限定しようとする原意は存在しなかったことが明らかである。同条を起草したシロタ＝ゴードンによる原案は、該当部分を「親の強制ではなく相互の合意に基づき」としており、同条項の「文言の力点は『両性』ではなく『合意のみ』にある」と考えられるからである⁽¹⁵³⁾。シロタ＝ゴードンは後に、同性婚については「何も言うことを持ち合わせていない」と述べている⁽¹⁵⁴⁾。憲法起草者は同性カップルによる婚姻を意識していなかったのである⁽¹⁵⁵⁾。先に挙げた宇都宮地裁真岡支部判決は、この点を裁判所として初めて明言したことで⁽¹⁵⁶⁾、注目されている⁽¹⁵⁷⁾。

(151) See Irène Théry, *Mariage et filiation pour tous: une métamorphose inachevée* (2016), pp. 77-78 [イレース・テリー、石田久仁子、井上たか子訳『フランスの同性婚と親子関係——ジェンダー平等と結婚・家族の変容』(2019年) 115-116頁].

(152) See *id.* pp. 21, 76, 79 [邦訳 30, 113, 118頁].

(153) 中里見博「『同性愛』と憲法」三成美保編『同性愛をめぐる歴史と法——尊厳としてのセクシュアリティ』(2015年) 70, 85頁参照。シロタ＝ゴードンの人権思想については、中里見博「憲法24条の視座が拓く『個人の尊厳を擁護する政治』の実現」法と民主主義517号(2017年) 28頁参照。

(154) 和田幹彦「iPS細胞・卵子・精子——『同性間の実子』の限界と新たな可能性」法学志林110巻4号(2013年) 1, 38頁参照。

(155) 日本学術会議法学委員会社会と教育におけるLGBTIの権利保障分科会前掲提言(注89) 11頁参照。

(156) 宇都宮地裁真岡支部判決(注65) 13-14頁参照。

(157) 手嶋昭子「同性カップルの一方の不貞行為による関係破綻につき内縁関係に準じて損害賠償が認められた事案」WLJ判例コラム臨時号193号(2020年) 1, 3頁参照。

たしかに、意識されていない事項は、反対解釈 (*argumentum a contrario*) によって決定されるとして、第24条1項が同性カップルに言及しなかったことはその禁止を含意していると解釈することも不可能ではない。先に述べた内閣総理大臣答弁はこの立場に立つようにみえる。しかし、このような反対解釈に対して、明文で禁止されていないことは禁止されておらず、個人の自由が差別なく尊重されるべきであるとする逆の「反対解釈」も可能である。それゆえ、この反対解釈だけでは、他のありうる解釈よりも説得力が高いものということとはできない⁽¹⁵⁸⁾。

硬性憲法は改正が困難であるがゆえに、その意味内容を裁判所の解釈によって社会の変化に適応させることが必要になる。憲法はその性質として「概略のみを記し、重要な目的を示しておき、これらの目的を構成する・より重要でない目的の内容は、この〔重要な〕目的自体の性格から演繹されるべきもの」⁽¹⁵⁹⁾なのである。例えば、先に挙げた憲法調査会における赤坂の発言は、15年以上前のものである。同項の趣旨と社会の変化を反映させる現意主義（発展的解釈）に従い、かつ、後に述べる憲法の一体性（integrity）を尊重する解釈によれば、婚姻する権利を異性カップルと平等に同性カップルに保障するという解釈も十分可能である。原意主義に直接依拠することができず、文言の反対解釈にもっぱら依拠する解釈よりも、また別の反対解釈によって許容され、かつ、現意主義に依拠する解釈の方が説得力をもつであろう。

第24条1項の立法趣旨は、大日本帝国憲法の下でのイエが男性の支配と女性の抑圧を可能にしていたという認識から、異性婚を承認する法律の制定の義務づけではなく、そのような法律を制定する場合の条件を規定しているものと考えられる⁽¹⁶⁰⁾。イエを内実とする従来の異性婚を否定するために、異性婚を法制化する場合には、両親の合意は問題とならず、夫にな

(158) 樋口陽一『憲法』（2007年）278頁は、憲法は同性の結合による家族を想定していないとする。この記述は、憲法の制定過程にかんがみて、義務づけも禁止も決定されていないという意味であると考えられる。そうではなく、禁止を意味するという反対解釈であるとするならば、説得力をもたない。

(159) *McCulloch v. Maryland*, 4 Wheat. 316, 407 (U.S. 1819). 訳は田中英夫『英米法総論（上）』（1980年）245頁による。

(160) 安念潤司「『人間の尊厳』と家族のあり方——『契約的家族観』再論」岩村正彦他編『自己決定権と法』（岩波講座現代の法14、1998年）129, 131頁参照。

る男性の同意のみならず妻になる女性の同意が条件であることを「両性の合意」が規定しているのである。

憲法制定時点で、事実上の同性婚はまれに存在したが無視されていたことは疑いない。それゆえ、同性婚が法律で規定される場合の条件については規定しなかったと解釈される⁽¹⁶¹⁾。この点で、日本国憲法第24条1項よりいっそう明確に、「男女」が婚姻する権利をもつと規定するスペイン憲法第32条1項について、スペイン憲法裁判所が「憲法制定当時において、同性カップルの存在を考慮したうえで婚姻が定義されたのではないことを認め、異性愛ということは婚姻の重要な要素ではなく、むしろそのような考え方は、婚姻の『伝統的な考え方』に過ぎない」としたことが想起される⁽¹⁶²⁾。

⑦制度目的

法制度は公益を実現するための手段である。同性婚を排除し、異性婚のみを保障する制度は、性的指向を理由とする別扱いを正当化するやむにやまれぬ理由（compelling reason）が存在しなければ、憲法第14条1項によって禁止される差別に当たるはずである。「根本的には、社会制度としての婚姻という観点から目的解釈によって同性婚の許否は決せられるべきものである」⁽¹⁶³⁾がゆえに、日本における同性婚の承認を初めて提唱した論文以来「なぜ法律は婚姻を男女の結合に限るのか、そうすることによって法律は何を達成しようとするのか」⁽¹⁶⁴⁾と問われ続けてきた。この問いに対する説得力のある回答はまったく存在しない⁽¹⁶⁵⁾。

かつて、婚姻制度の目的は自然生殖と育児であるとする認識（perception）が存在したかもしれない。原則として契約によって規律される財産法に対して、身分関係法はそうではなく、「人の保族的本能に基づくもの

(161) 木村草太『木村草太の憲法の新手』（2017年）38-39頁参照。

(162) 佐久間悠太「同性婚をめぐる諸外国の動向」名古屋市立大学大学院人間文化研究科人間文化研究20号（2014年）135, 138頁参照。

(163) 石川稔「同性愛者の婚姻（その2）——同性婚は認められるか」法学セミナー356号（1984年）56, 60頁。

(164) 篠原光児「夫婦異性を考える」中西幸二編『イギリス文学と社会背景』（1996年）193, 205頁。

(165) 和田前掲論文（注154）32, 34-36頁参照。

で自然的・非合理的であり、弱者に対する私的保護たる側面をも持つ」⁽¹⁶⁶⁾と表明されたこともある。

しかし、これは実態に即した認識ではない。不妊症の人も高齢で生殖能力をもたない人も異性となら婚姻を承認されてきた。自然生殖する能力のある人が子をもつ意思をもたない場合にも、婚姻を承認されてきた。実際に自然生殖をおこなわなくても、婚姻の解消を強制されることはなかった。それどころか、「臨終婚」のように、共同生活の可能性が存在しない場合にすら、異性カップルならば婚姻を承認されてきた。「獄中婚」も承認されてきた⁽¹⁶⁷⁾。それに対して、自然生殖の能力はもたないとしても、生殖補助医療の利用や養子縁組によって子を得る意思をもち、実際に子を得て育児に従事し、共同生活を送っている同性カップルも存在する。それにもかかわらず、同性カップルを典型的に婚姻から排除する合理的根拠があるか、問われている⁽¹⁶⁸⁾。

婚姻外の生殖も存在し続けてきた。20世紀末までは、婚姻の目的はカップルの保護ではなく、父子関係の推定による子の保護であるとみなされていたかもしれない⁽¹⁶⁹⁾。しかし、先に述べたように、自然生殖・育児とかかわらない夫婦が少なくないことから、よくいって、それは婚姻制度の目的の一部を説明するだけである。現在では、婚姻の制度目的は、その当事者ではない子の保護ではなく、当事者であるカップルの保護であると考えられている⁽¹⁷⁰⁾。婚姻にとって、子の保護は副次的要素である。子の保護は、婚姻制度ではなく、子の保護自体を目的とする制度によって図られるべきである。たしかに、婚姻は子や高齢の家族などの「弱者に対する私的保護たる側面をも持つ」かもしれない。しかし、「私的保護たる側面」があるとすれば、それは同性カップルに婚姻の利益を享受させる根拠にはなっても、それを異性カップルにのみ与えられる特権とする理由にはならない。

(166) 三田地宣子「家族の法律」桜田勝義編『現代法学——転換期の法律問題』(1975年)111, 116頁。

(167) 三輪前掲論文(注74)19頁参照。

(168) 青山道夫、有地亨編『新版注釈民法21巻』(1989年)179頁参照(上野雅和執筆)。

(169) See Théry, *supra* note 151, pp. 55-56, 63 [邦訳83-84, 93頁]。

(170) See *id.* p. 21 [邦訳30頁]。

そもそも、後に述べるように、婚姻の形態は人類学的に多様であり、異性の単婚のみが人間の本能に基づくことは証明されていない。身分関係法は、「本能」という反証可能性の低い概念に依拠するべきではない。また、婚姻の目的は、「法定の手續に従って国家の設営する公簿に登載された婚姻のみを保護するという、婚姻の国家管理を自己目的化した説明を試みるしかならう」⁽¹⁷¹⁾などとして、制度目的の検討を放棄するべきでもない。次に述べるように、当事者の自己決定権に基づく契約的關係の保護を目的とするものと理解するべきである。そのとき、契約当事者の性的指向は、その關係を保護する必要性とは無關係であり、このような關係を構築する権利は、性的指向にかかわらず平等に保障されるべきであると考えられる。

⑧ 権利保障

婚姻の制度目的と関連する憲法の規定は、第24条1項および2項に加えて、第13条および第14条1項である。

最高裁は、憲法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」の規定であるとしている⁽¹⁷²⁾。合衆国において婚姻を同性カップルに開放した合衆国最高裁判決は、婚姻を自己決定することは合衆国憲法第14修正の保障する自由、すなわち、「個人の尊厳と自律の根幹となる個人の選択」をおこなう自由の一部であるとした⁽¹⁷³⁾。この判決は、婚姻が制度として保障されるべきとも、異性婚が公序であるとも表明していない。婚姻はあくまでも個人の自由を実現する手段とされている。この判決は、「婚姻は信仰に生きる者にとっては神聖なものであり、また世俗的な領域で婚姻に意義を見出す者に対しては唯一無二の満足感を与えるものである。婚姻の力は、2人が1人では見つけられなかった人生を見出すことを可能とする。なぜなら、婚姻は2人個人の和より、より大きな人生をもたらすからである」⁽¹⁷⁴⁾とするのである。

この判決は伝統的な婚姻の価値を踏襲したという点で保守的なものであ

(171) 安念前掲論文（注160）133頁参照。

(172) 最大判2015年12月16日、民集69巻8号2586、2592頁参照。

(173) See Obergefell v. Hodges, *supra* note 1 [邦訳235-242頁]。

(174) See *id.* [邦訳228頁]。

り、制度の内在的価値を共有する者だけに保護を認めるものであるとする指摘がある⁽¹⁷⁵⁾。また、婚姻の自由は「本当にそれほど市民の自由にとって基底的だろうか」と問われることもある⁽¹⁷⁶⁾。これらの留保と疑義に対しては、婚姻が市民の自由にとって基底的であると考える同性カップルが存在するかぎり、法律婚制度の恩恵を享受する異性カップルとの差別を法律婚の制度が廃止されるまで受忍するよう強いることは公正ではないと応えることができる。LGB個人の幸福追求の1つの形態として、そのような制度にアクセスしようとする自己決定は尊重されるべきものである⁽¹⁷⁷⁾。

憲法第14条1項だけに依拠しても、性的指向に基づく婚姻する権利の差別は禁止されていると考えることができる⁽¹⁷⁸⁾。国は、性的指向についても中立性の原則に服し、異性婚を相対化し、同性婚が不利益を受けないことを確保する方向に進むことが要求されるのである⁽¹⁷⁹⁾。

憲法第24条2項は、「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平等に立脚して、制定されなければならない」とする（強調佐藤）。この規定は、第13条および第14条1項の要請を憲法第24条1項が規定する婚姻について確認するものであると考えることができる。

これらの条文を整合的に解釈し、憲法の一体性を尊重しようとするならば、「個人の利益を否定するに足る合理的根拠ある強力な国家的ないし社会的利益が存在しない限り、個人の婚姻の自由を制約することは許されなくなる」ので、「婚姻は男女の結合でなければならないという命題も、必ずしも当然に合理的根拠があるとはいえなくなる」⁽¹⁸⁰⁾と考えられる。合理

(175) 駒村圭吾「同性婚と家族のこれから——アメリカ最高裁判決に接して」世界873号（2015年）23, 26頁参照。

(176) 西村前掲論文（注123）160頁参照。

(177) 谷口洋幸「同性間パートナーシップと法制度」部落解放736号（2017年）126, 133頁参照。谷口前掲論文（注79）109頁も参照。

(178) 谷口洋幸「『同性婚』の権利——欧州人権条約を中心に」国際人権28号（2017年）54, 58頁参照。木村前掲書（注161）40頁も参照（異性愛だけを保護する現行法は憲法14条1項が保障する差別されない権利を侵害し、違憲であるとする）。さらに、齊藤前掲論文（注74）113頁参照。

(179) 棚村政行「男女の在り方・男と女」ジュリスト1126号（1998年）20, 26頁参照。

(180) 青山、有地編前掲書（注168）179頁参照（上野執筆）。

的根拠が存在しないならば、同性カップルに婚姻する権利を拒否することはできない⁽¹⁸¹⁾。

家族の形成は、自己決定の原則に委ねられるべきであり、婚姻に関する法律の役割は、長期的で安定した当事者の人格的関係を保護するために必要な最小限に止め、各人の自由な合意に法的効力を認めるべきであるとする主張も存在する。すなわち、法律の役割は、「標準的な家族の形成を奨励することではなく、自由な合意を（無条件ではなく、選別的にもせよ）エンフォースすることに尽きる」という立場である。この立場によれば、パートナーが異性でなければならないという制限は存在しえない⁽¹⁸²⁾。この立場が20年以上前に提唱されたとき、この論理の純粋な帰結が「近い将来」実現する見込みは小さいといわれた⁽¹⁸³⁾。20年以上たって、非嫡出子の差別の解消という点では、この論理の帰結に一步近づいたといえるかもしれない。しかし、性的指向の点で「標準的な家族」から外れる家族が排除され続けているという点では、その帰結はまだ実現していないといわざるをえない。

先に挙げた辻村は、第14条1項と合わせて「3つの条文の関係が今後とも理論的な課題になる」⁽¹⁸⁴⁾とする。しかし、辻村は第24条1項が同性婚を禁止していないとする立場である。その論理を一貫させるならば、同性婚を許容する規定と自己決定権および平等権の保障を要求する規定とは、後者が貫徹されることによって完全に調和するものと考えられる。「仮に憲法24条で、同性婚が保障されていないと解釈する場合も、憲法13条では保障されると解される」⁽¹⁸⁵⁾のである。つまり、婚姻という形式で家族を形成するというLGB個人による自己決定は憲法第13条の下で保障され、それを排除していない第24条の下で婚姻が可能とされるべきであり、その権利を享受することが第14条1項の下で平等に保障されるべきもので

(181) See Sperti, *supra* note 110, pp. 127-128. 棚村政行「LGBTの法的保護とパートナーシップ制度」棚村政行、中川重徳編『同性パートナーシップ制度——世界の動向・日本の自治体における導入の実際と展望』（2016年）2, 6頁も参照。

(182) 安念前掲論文（注160）135-136頁参照。

(183) 同論文139, 141頁参照。

(184) 同頁。

(185) 辻村前掲書（注78）131頁。

あると結論されるのである。

⑨学説状況

2016年に至っても、「憲法13条論や新しい人権論が重要な研究テーマとして若手研究者の人気を集めている反面……同性カップルの人権ないし差別の禁止をそれ自体として研究しようとする機運は低調である」⁽¹⁸⁶⁾、さらに具体的に、同性カップルについての「憲法上・法律上の婚姻制度の導入等はまだほとんど論じられていない」⁽¹⁸⁷⁾といわれていた。2019年にも、「教科書では、同性婚の記述がそもそも存在しないものが多い」⁽¹⁸⁸⁾ことが確認されている。

しかし、実際には、近年、同性カップルの婚姻する権利については少なからぬ著書や論文が著されており、概説書などにおける言及も少なくない。そのなかで、憲法が異性カップルによる婚姻のみを承認し、同性カップルに婚姻を開放することを禁止しているとする学説は、管見のかぎり存在しない。憲法が同性カップルによる婚姻を禁止しているとする学説として挙げられるものは、1950年、1961年、1965年、1984年、1990年のすべて民法学者による文献であり、その後30年間に公刊された文献は1件も挙げられない⁽¹⁸⁹⁾。新しいコンメンタールに至っては、憲法第24条1項が同性婚を禁止しているとする学説を1つも挙げていない⁽¹⁹⁰⁾。たしかに、同性婚は容認されないというのが従来の通説であるとする記述は存在する。しかし、その場合にも、そもそも「『通説』を決められるほど議論されてはいない」⁽¹⁹¹⁾と断られているのである⁽¹⁹²⁾。現在の社会条件に照らし

(186) 辻村前掲書(注16)101頁参照。谷口洋幸「はじめに」谷口洋幸他編『セクシュアリティと法』(2017年) i頁も参照(同性愛と法という「イロモノは法学者がやることじゃない」と笑われた研究者がいたという逸話を紹介する)。

(187) 辻村前掲書(注145)111頁。同書152頁も参照(同性カップルの権利については「十分に論じられていない」とする)。

(188) 西村前掲論文(注123)158頁注7。

(189) 梶村、棚村編前掲書(注54)64頁注1参照(棚村執筆)。当事者が同性であることを民法が婚姻障害としているとする民法学者の学説としては、1995年と1997年の著作を挙げる。

(190) 辻村みよ子、山元一編『概説憲法コンメンタール』(2018年)155頁参照(糠塚康江執筆)。

て検討することなく30年以上前の学説に従う教科書などがかりに存在するとしても、それは「ごくごく少数」であろう。

たしかに近年でも、「婚姻とは『子どもを産み・育てる』ためのもの」という観念がある」として、民法が異性のカップルではないことを婚姻障害としているとする学説は存在する⁽¹⁹³⁾。しかし、民法の規定する制度を前提として憲法を解釈するのではなく、憲法第24条の趣旨こそが「私法関係においても基準にされなければならない」⁽¹⁹⁴⁾ことは明らかである。しかも、上記の「観念」は、国際人権法や憲法に基礎をもつものではない。むしろ、民法学者だけの通念または提唱者の個人的偏見であると考えられる。この「観念」の存在を主張する学者は、異性カップルならば子をもつ能力・意思をもたない場合にも婚姻障害はないとみなされることについて、生殖と育児は婚姻の「抽象的・典型的な目的」であるとする⁽¹⁹⁵⁾。しかし、制度目的とりわけ一定の事由に基づいて区別扱いをする制度の目的は、当該制度から排除される者の不利益を上回る具体的な利益によって正当化されなければならないと考えられる。「抽象的・典型的な目的」といわれるものは「一貫性がなく、立法目的として維持できない」ものにすぎない⁽¹⁹⁶⁾。

近年の学説に共通しているのは、憲法第24条1項が同性カップルによる婚姻を禁止していないとすることである。見解が相違しているのは、憲法がそれを許容するだけで、承認するかどうかを立法裁量に委ねていると

(191) 鈴木朋絵、森あい「『同性カップル』の日本での婚姻について」自由と正義67巻11号（2016年）29,30頁参照。同論文は「非許容説」として赤坂発言と長谷部前掲書（注124）を挙げる。しかし、いずれも「憲法では許されない」とまでは述べていない。

(192) 現行法では用意されていない同性間の関係をどのように法的に扱うべきかについて、「答えを持ち合わせていない」と率直に述べる教科書も存在する。窪田充見『家族法——民法を学ぶ〔第4版〕』（2019年）155頁参照。法学者が答えを探求することを怠っている間にもLGB個人が婚姻差別による不利益を受けていることに加え、この記述については、歴史的・社会的禁忌の存否を参照しないまでも、民法以外の現行法である国際人権法、憲法、さらには他国の憲法や民法などを参照して検討するべきではないかという疑義がある。

(193) 大村前掲書（注150）133頁参照。内田前掲書（注49）75頁も参照。

(194) 辻村前掲書（注16）355頁参照。

(195) 大村前掲書（注150）286頁参照。

(196) 西村前掲論文（注123）196頁参照。

するか、それを義務づけているとするかについてである。この問題を直接検討したわけではない教科書などの多数は前者を採っているようにみえる⁽¹⁹⁷⁾。しかし、後者をとる説は増加しているといわれており⁽¹⁹⁸⁾、少なくとも、この問題を直接検討する著作のほとんどは、憲法第24条2項、第13条、第14条1項のいずれに依拠するかまたはそれらの組み合わせに依拠するかの相違はあっても、後説をとっている⁽¹⁹⁹⁾。

⑩立法裁量

憲法第24条の下で同性カップルに婚姻を開放することが可能である場合にも、「憲法改正は不要としても、少なくとも、民法上には明文で明確に規定すべきである」として、政府の立場と同じく「個人の人権（性的指向）への配慮」を憲法上保障される権利ではないとする見解がある⁽²⁰⁰⁾。

しかし、ここには、民法が当該制度の「本質的属性」を認定することによって、憲法によって規律されるべき制度の内容の確定を民法に丸投げする発想が潜り込んでいるようにみえる⁽²⁰¹⁾。問題は、「配慮」ではなく、権

(197) 木下智史、只野雅人編『新・コンメンタール憲法』（2015年）288頁（木下執筆）；初宿正典『憲法2〔第3版〕』（2010年）315頁参照。二宮前掲書（注62）34, 161頁；辻村前掲書（注16）129頁も参照（同性婚が容認されるとする解釈も「あながち無理な解釈とは言えないのが現状である」とする）。

(198) 「増えているとはいえ、現在でも必ずしも多数派になったわけではない」ともいわれる。辻村前掲書（注16）57頁参照。同356頁も参照。

(199) 例えば、角田前掲書（注118）；齊藤前掲論文（注74）113頁；羽淵雅裕『親密な人間関係と憲法』（2012年）106-107頁（憲法第24条2項を根拠として、同性カップルへの保護が積極的に要請されるとする）；近藤敦『人権法』（2016年）149頁；鈴木、森前掲論文（注191）32頁；谷口前掲論文（注178）58頁；木村前掲書（注161）40頁；西村前掲論文（注123）190, 199, 202頁（同性カップルの排除は、憲法第13条および第14条の違反であるとする）。なお、富井幸雄「同性婚と憲法（2・完）——カナダの婚姻法（the Civil Marriage Act）を素材として」法学新報113巻3・4号（2007年）35, 65-66頁も参照（同性カップルの民事的結合は憲法第24条2項で保障される余地があると主張する）。

(200) 辻村前掲書（注16）356頁参照（強調佐藤）。

(201) 裁判所が民法の規定する「原形」を自明視し、それを制度の「本質的属性」とみなしたうえで、憲法がなぜそれを保障するのか説明することなく、憲法の保障する制度であると認定した例について、安念潤司「憲法が財産権を保護することの意味——森林法違憲判決の再検討」長谷部恭男編『リ-

利の平等な保障であり、「立法府の対応に期待したい」として問題を放置し続けることは責任のある態度ではないであろう。

先に述べたように、固定的少数者の保護は立法府ではなく裁判所の役割である。最高裁が離婚後100日を超える再婚禁止期間を違憲とした判決を下した後、国会による法改正に先んじて、法務省は行政指導によって100日を超える場合の婚姻届の受理を認めた⁽²⁰²⁾。政府は現在、民法が同性カップルによる婚姻を禁止しているという解釈を採用しているが、民法はそれを明文で禁止しているわけではないことから、その解釈は変更可能である。裁判所が同性カップルに婚姻する権利を保障しない民法の規定を違憲であると判断する前であっても後であっても、法務省が同性カップルによる婚姻届の受理を認めれば、婚姻する権利に関する公的差別は解消する。

憲法第14条1項に違反する公的差別は即時に解消されるべきである。そうでなければ、立法不作為というよりもいわば司法不作為——国際法上の裁判拒否にも比せられるべきもの——として、裁判所の責任が問われるべきである。たしかに、人間は全能な存在ではないので、現実を不断に吟味し、その段階で目指すべき目標を発見しつつ、それを1つずつ達成することのみが可能である。違憲状態の解消を合理的期間、立法府に猶予することは、このような法の進化の性質に原則として適う⁽²⁰³⁾。しかし、被差別者が差別を受けていることを自覚しやすい社会状況が成熟してくると、その精神的損害は意識されやすくなり、差別解消に向けた期待も高まることから、合理的期間は相対的に短縮されると考えられる。外国において性的指向を理由とする婚姻差別が解消され始めて約20年が経過し、日本と民事的結合の制度のみをもつイタリアを除くG7構成国すべてがそれを承認している状況は、このような社会状況であるといえるであろう。その意

ディングズ現代の憲法』(1995年)137,146-151頁参照。

(202) 辻村前掲書(注16)357頁参照。

(203) リバタリアンからは、異性婚と同性婚を平等に扱うように求めることは、自由を阻害する規制の廃止ではなくその緩和を求める段階主義であると批判される。橋本祐子「リバタリアニズムと同性婚に向けての試論——私事化の戦略」仲正昌樹編『法の他者』(2004年)97,106-107頁参照。しかし、段階主義は擁護されうると考えられる。「既存の制度への批判的視点と制度への平等なアクセスを問うことは特に矛盾しない」からである。齊藤前掲論文(注74)113頁参照。齊藤同論文111-112頁も参照。

味で、もはや立法不作為の放置が許容される時期は過ぎているというべきである。

同性カップルの婚姻は、2001年にオランダで初めて認められた⁽²⁰⁴⁾。2019年12月時点でそれが認められている国は26、同性カップルによる民事的結合などを保護する国が27（そのうち婚姻も認めている国が12）ある⁽²⁰⁵⁾。同性の婚姻を認める国々のGDP（国内総生産）は世界のGDPの60%以上に当たるともいわれる⁽²⁰⁶⁾。たしかに、東アジアにおいては、台湾（中華民国）を除いて、同性カップルに婚姻を開放する動きはほとんどみられない。「2015年1月には・・・ベトナムでも同性婚が容認され[た]」⁽²⁰⁷⁾といわれることがある。しかし、このときには、同性カップルが挙式をおこなうことに対する罰金をともなう禁止が撤廃されただけであり、同性カップルに婚姻する権利が保障されたわけではない⁽²⁰⁸⁾。

(204) オランダにおける経緯については、二宮前掲論文（注39「同性婚への道のりと課題」）128-130頁参照。

(205) See ILGA, *Sexual Orientation Laws in the World: 2019*, Dec. 2019, available at https://ilga.org/downloads/ILGA_World_map_sexual_orientation_laws_December2019.pdf. 「OECD [経済協力開発機構] 加盟国のうち『同性婚』の法制度をもたないのは日本だけ」であるといわれる。谷口前掲論文（注14）225頁参照。谷口洋幸「日本における同性カップルをめぐる権利保障運動の展開」日本ジェンダー研究19号（2016年）20頁も参照。しかし、OECD加盟国35か国のうち、チリ、チェコ、エストニア、ギリシア、ハンガリー、イスラエル、イタリア、ラトビア、ポーランド、スロバキア、スロベニア、韓国、スイス、トルコは性的指向を理由とする差別を婚姻制度について維持しており、そのうちラトビア、ポーランド、スロバキア、韓国およびトルコは民事的結合の制度ももっていない。なお、諸外国の状況をまとめた記事として、鳥澤孝之「諸外国の同性婚制度等の動向——2010年以降を中心に」調査と情報798号（2013年）1頁；鳥澤孝之「諸外国の同性パートナーシップ制度」レファレンス2010年4月号34頁参照。

(206) 神谷悠一他「『LGBT』差別禁止法で何を求めるか」LGBT法連合会編『「LGBT」差別禁止の法制度って何だろう？——地方自治体から始まる先進的取り組み』（2016年）29, 45頁参照（寺田和弘発言）。

(207) 棚村政行「LGBTと2020年の東京五輪」、available at <http://jsl-src.org/?=905>.

(208) 伊藤弘子「同性婚や同性パートナーシップ制度の可能性と課題——アジア諸国の動向」新・アジア家族法三国会議編『同性婚や同性パートナーシップ制度の可能性と課題』（2018年）133, 140頁参照。

台湾では、2017年に司法院大法官會議が、同性カップルに婚姻を認めないことは違憲であると認定し、違憲状態を解消するための猶予を2019年までとした⁽²⁰⁹⁾。2018年11月24日の「国民投票」では、民法の改正によって同性カップルの婚姻を承認することは禁止されたが、そのための特別法が制定され、2019年5月24日に施行された⁽²¹⁰⁾。

日本が同性カップルに婚姻の権利を保障していないことについて、「諸外国で同性婚が成立していて、日本では成立していないから、日本が『遅れている』と結論づけることは慎重にならなければなりません。とくに諸外国が経験してきた同性婚までの3段階の道のりと比較すると、問題の複雑さが理解できます」⁽²¹¹⁾といわれる。しかし、「3段階の道のり」をたどることは歴史の必然ではない。憲法が婚姻する権利を保障し、性的指向を理由とする差別を禁止しているならば、外国の経験がどうであれ、日本においても独自の道のりをたどって同性婚が認められるべきである。むしろ、「3段階」の最初の段階を踏む必要がない以上、世界に先駆けて同性カップルに婚姻の権利を保障していて不思議ではないはずである。それに成功していないならば、端的に日本は「遅れている」というべきである。

(209) 同解釈の紹介として、蔡秀卿「台湾でアジア初の同性婚の法的保障へ——民法が同性婚を認めていないことは違憲だとする大法官第748号解釈」法学セミナー753号（2017年）1頁参照。同解釈までに同性婚が30年以上追求され、同性婚を承認するための法案が初めて提出されてから10数年が経過していた。同論文3頁参照。

(210) 同日に、女性同士が341組、男性同士が185組、婚姻を届け出たといわれる。「同性婚、民法改正が課題に——ビジネスチャンスにも期待：台湾」時事通信2019年5月26日参照（血縁関係のない子を養子にできないことなどが残された課題であるとする）。

(211) 同性婚人権救済弁護団編前掲書（注20）211頁参照（谷口洋幸執筆）。