HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	出入国管理行政及び出入国管理及び難民認定法における同性カップル（１）：ヨーロッパ人権裁判所の判例を素材として
Author(s)	川崎, まな
Citation	北大法学論集, 74(4・5・6), 107-201
Issue Date	2024-03-29
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/91427
Type	departmental bulletin paper
File Information	lawreview_74_4・5・6_04_Kawasaki.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

論　　説

出入国管理行政及び出入国管理及び難民認定法における同性カップル（1）

―― ヨーロッパ人権裁判所の判例を素材として ――

川　崎　ま　な

目　　次

序章
1　はじめに～本稿の主題と目的
2　問題の所在及び本稿の意義
3　本稿の構成について

第１部　国内法、国内判例及び裁判例
4　憲法における同性カップル
4.1　憲法24条の「家族」について
4.2　民法における同性カップル
4.3　その他の社会的状況及び国民の意識等について
4.4　小括　国内法及びその他の社会的状況及び国民の意識等について
5　国内判例及び裁判例における同性カップル　（以上本号）
6　出入国管理及び難民認定法における同性カップル
7　第１部のまとめ　国内法、国内判例及び裁判例における同性カップル

第２部　国際人権法及び諸外国の状況
8　国際人権法における同性カップル
9　諸外国における同性カップル
10　ヨーロッパ人権裁判所の判例を検討する意義
11　第２部のまとめ　国際人権法及び諸外国おける同性カップル

終章

序章

1　はじめに～本稿の主題と目的

本稿の主題は、「出入国管理行政及び出入国管理及び難民認定法（以下、入管法とする）において同性カップルは如何に取り扱われるべきか」である[1]。

入管法においては、日本国籍者等のように日本と密接な関係にある者の異性パートナーについては、「日本人の配偶者等」の在留資格等が設けられるとともに、入管実務においても、異性パートナーとの関係性が考慮され在留特別許可が与えられる傾向にある。国内判例においても、異性パートナーとの関係が考慮される傾向にある。この様に、異性カップルは、本邦で共に暮らすことが、一定程度保障されているのが現状である[2]。

一方、同性カップルは、異性カップルと同様に、同性パートナーと親密な関係を形成し、本邦で共に暮らしているという実態があるにもかかわらず、その関係が法的に承認されていない為に、異性カップルには認められる権利等が認められていない状況にある。

そして、同性カップルの関係が法的に承認されていない為、出入国管理行政、入管法では、わずかな例外事例を除いて、同性パートナーとして本邦で共に暮らすことが保障されていない。また、国内裁判例では、同性パートナーの在留資格等が争点となった裁判例が少数ではあるものの存在するが、現時点では、本邦で同性カップルが共に暮らすことを異性カップルと同等のレベルで保障する裁判例は存在しない。

---

[1] 本稿で用いる同性カップルとは、事実婚状態にあるものの、現行制度上、法律婚が認められない同性カップルを想定している。

[2] 本邦で共に暮らすことが、一定程度保障されているが、それはあくまでも在留制度の枠内でしかなく、異性カップルの間でも子どもの有無等の諸事情により在留特別許可の認められやすさに差が生じているのが現状である。よって、一定程度という留保を付した表現とした。異性カップルの在留についても、入管法における外国人の人権の大きなテーマではあるが、本稿では同性カップルの在留問題を中心に据えるため、異性カップルの在留の問題について検討することはしない。

そこで、本稿では、前述した同性カップルが置かれている状況を問題視し、「出入国管理行政及び入管法において同性カップルは如何に取り扱われるべきか」を主題とする。そして、本稿は、「異性カップルと同様に、同性カップルも本邦において、共に暮らすことが保障されるべきである」ことを証明することを目的とするものである。

2　問題の所在及び本稿の意義

以下では、本稿において「出入国管理行政及び出入国管理及び難民認定法において同性カップルは如何に取り扱われるべきか」を検討する意義について、論じる。

2.1　性的マイノリティ及び同性カップルの実態について

以下では、日本国内における性的マイノリティの実態数及び同性カップルの実態数について検討し、日本国内に性的マイノリティ及び同性カップルが実態として存在することを示す。

⑴　性的マイノリティの実態数について[3]

日本国内に居住する性的マイノリティの実態数に関しては、政府機関等が作成する公式の調査は、2023年11月現在、存在しない。しかし、複

[3] LGBT は、性的マイノリティのうちの性的指向が同性に向くレズビアン、ゲイ、出生時の性別と性自認が異なるトランスジェンダーを示す用語であり、インターセックスやアセクシャルなどは、その対象とはなっていないという欠点がある。この欠点を補うものとして、近年、LGBT ではなく、LGBTQ 等と表現する動きもある。しかし、あえて本稿では、LGBT という用語を用いることとする。

その理由は、性的マイノリティよりも LGBT という用語の認知度が、株式会社電通が実施した『LGBTQ+ 調査2020』（https://www.dentsu.co.jp/news/release/2021/0408-010364.html（最終アクセス2023年11月2日））によると、80.1% とされ、一般的に広く浸透してきていること、政府機関等においても用いられていることによるものである。本稿で、LGBT 以外の性的マイノリティについて述べる際は、性的マイノリティという用語を使用することとする。

数の民間企業等で、実態調査が行われている[4]。

株式会社電通が実施した「LGBTQ＋調査2020」によると、LGBTQ＋層に該当すると回答した人は、8.9％であった[5]。電通グループが、2023年に実施した「LGBTQ＋調査2023」では、LGBTQ＋層に該当すると回答した人は、9.7％であった[6]。

また、LGBT・性的少数者に関する専門シンクタンクである株式会社LGBT 総合研究所が、2019年に実施した実態調査では、LGBT・性的少数者に該当する人は約10.0% とされている[7]。さらに、電通の「LGBT 調査2015」によれば、LGBT 層をターゲットとした商品･サービス市場は、レインボー消費と呼ばれ、その市場規模は5.94兆円とも言われている[8]。

これらの調査結果から、相当数の LGBT を初めてとする性的マイノリティの人々が日本国内に居住していることが分かる。

⑵　同性カップルの実態数について

政府機関が実施する世帯数調査としては、国勢調査が存在するが、同性カップルは、同調査の対象となっていない[9]。一方、「公的調査で同性カップルを把握している国は少なく」なく、「同性カップル世帯が全カップル世帯に占める割合は概ね〇・二～一・四％である」とされている[10]。

---

[4] 2017年の日本学術会議の提言によると、「日本でこれまでになされた公的調査としては、文部科学省「学校における性同一性　障害に係る対応に関する状況調査について」（平成26年6月）」があるとされている。https://www.scj.go.jp/ja/info/kohyo/pdf/kohyo-23-t251-4.pdf（最終アクセス2023年11月4日）。

[5] https://www.dentsu.co.jp/news/release/pdf-cms/2021023-0408.pdf（最終アクセス2023年11月4日）。

[6] https://www.group.dentsu.com/jp/news/release/001046.html（最終アクセス2023年11月4日）

[7] https://www.daiko.co.jp/dwp/wp-content/uploads/2019/11/191126_Release-1.pdf（最終アクセス2023年11月4日）。

[8] https://www.dentsu.co.jp/news/release/2015/0423-004032.html（最終アクセス2023年11月4日）。

[9] https://www.marriageforall.jp/blog/20200820/（最終アクセス2023年11月4日）。

[10] 菊地夏野・堀江有里・飯野由里子編著『クィア・スタディーズをひらく２　結婚、家族、労働』（晃洋書房、2022年）５頁。

民間の調査研究でも、同性カップルの実態数について調査したものは存在しないが、地方公共団体による同性パートナーシップ制度の交付件数及び弁護士会への人権救済申立人数から、その数をある程度推測することは可能である。同性パートナーシップ制度の交付件数は、2023年5月31日時点では、5171組とされている[11]。また、人権救済申立人数のうちカップルの申立人数は、142組であった[12]。しかし、同性カップルの実態数は、交付件数よりも多いと見るべきであろう。何故なら、自身の性的指向を周囲の人々にカミングアウトしていない所謂クローゼット状態にある性的マイノリティも少なくなく、同性パートナーシップ制度を利用したくとも出来ない同性カップルが相当程度いることが推測されるからである。また、同性パートナーシップ制度の導入自治体数が2023年6月には328、人口カバー率が70.9％と増加傾向にあることは[13]、各自治体において、パートナーシップ制度が求められるニーズがあるということを示している。また、同性カップルを対象とするサービスを導入する企業が増加傾向にあることも、日本国内に居住している同性カップルが相当数いることを示す事実であると言えよう。

⑶　同性カップルの関係が法的に承認されないことによる不利益

同性カップルは、その関係が法的に承認されないことにより、様々な場面において、不利益を被っている。それでは、具体的には、どんな不利益があるのであろうか。

清水雄大は、異性カップルが受けることが出来る利益や権利義務を法的側面、社会的側面、個人的側面、に分類した検討を行うことで、同性カップルの関係が法的に承認されないことによる不利益を明確化する[14]。

---

[11] https://nijibridge.jp/data/（最終アクセス2023年9月17日）。

[12] 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』（明石書店、2016年）13頁。

[13] https://nijibridge.jp/data/（最終アクセス2023年9月17日）。

[14] 清水雄大「日本における同性婚の法解釈〈上〉」Law and Sexuality2　51頁（2014年）。

法的側面では、①配偶者相続権、②税制・社会保障における優遇、③病気療養時などにおける権利・利益（緊急時の面会等）、④夫婦財産制、⑤パートナーシップ解消時の法的保護、⑥不法行為や犯罪による死亡時の損害賠償請求など（犯罪被害者給付金等）、⑦刑事法上の権利・利益（証言拒絶権）、⑧性同一性障害特例法の非婚要件、⑨外国人パートナーの在留資格・帰化、⑩子を育てる権利（共同親権等）、⑪その他家族法上の権利義務（同氏義務等）、が同性カップルには認められていないとされる。

社会的側面では、①住宅の確保（同性二人の場合、賃借時の入居を拒否される場合がある）、②勤務先からの手当支給、休暇取得、③生命保険金の受取人指定、④銀行取引、⑤その他身近なサービス（携帯電話料金の家族割引など）、が同性カップルには認められていないとされる。

個人的側面としては、「純粋に『結婚したい』という実益を伴わない感情が保障されること」、が同性カップルには認められていないとされる。

清水雄大の分析によると、同性カップルはその関係が法的に承認されない為に、以上の様な異性カップルが当然に与えられる利益や権利義務が認められていない。婚姻をしていない内縁関係にある異性カップルでさえ認められるものが、同性カップルには認められていないのが現状である。

外国籍と日本国籍からなる同性カップルの場合は、法的側面の⑨が認められないことにより、国内でその関係を継続することが困難である。また、国籍に関係なく、同性カップルが生活を共にし、人生を共に生きていくことを望んだ場合、社会的側面としてあげられた各利益は、生活を維持していく上で、重要な意味を持つ。また、パートナーの病気、死別など、人生において避けることの出来ないライフイベントが発生した際、法的側面として提示されたものが保障されないことにより生じる不利益は、極めて大きいものである。同性カップルは、これらの不利益に対し、養子縁組をするなどし、個人的に対応しているというのが現状である。法律婚をしている異性カップルが当然に手にすることが出来るこれらの権利利益を同性カップルは当然には手に出来ず、当事者の金銭的負担等により手にすることが出来たとしても、それは極めて限定的なものでしかない。

以上のように、同性カップルはその関係を法的に承認されないことにより、数々の困難に直面していることが明らかとなった。

2.2　出入国管理行政及び出入国管理及び難民認定法において同性カップルが置かれている現状について

2.2.1　異性カップルについて

⑴　異性カップルの実態数について

出入国在留管理庁が公表する2022年の「出入国在留管理」によると、「2021年末現在の中長期在留者数と特別永住者数を合わせた在留外国人数は276万635人」であり、「在留外国人数の我が国の総人口に占める割合は2.2％」とされ、「『日本人の配偶者等』の在留資格による中長期在留者数は14万2044人で、在留外国人全体の5.1％を占めている」とされる[15]。

在留資格「日本人の配偶者等」には、日本人の配偶者若しくは特別養子又は日本人の子として出生した者が対象となっており、同白書の数値は日本人と親密な関係にある異性パートナーに限定した数値ではないものの、同数値から日本人と法律婚をし、親密な関係にある異性パートナーが、相当数本邦に在留しているということが言える。

⑵　出入国管理行政及び入管法における異性カップルについて

異性カップルが本邦において共に暮らすことを望んだ場合、入管法には、在留資格「日本人の配偶者等」のように、日本人と親密な関係にある外国籍の者を対象とした在留資格が設けられている。仮に、それらの在留資格取得の要件を満たしていなかったとしても、異性パートナーには、特別在留許可が認められる場合がある。なお、国内判例も、異性パートナーの在留を保障する傾向にある。よって、異性カップルの場合、本邦において、共に生活することが、ある程度は保障されているのが現状である。

---

[15] 2022年版出入国在留管理 https://www.moj.go.jp/isa/policies/policies/03_00031.html（最終アクセス2023年11月4日）。なお、最も多い在留資格は、「永住者」であった。

2.2.2　同性カップルについて

⑴　同性カップルの実態数について

前述したとおり、日本国内に居住する同性カップルの実態数を示す調査は存在しない。同性カップル全体の実態数については、前述したとおり、ある程度の推測が可能であったが、同性カップルのうち、在留資格の取得が問題となる同性カップルについては、その実態数を推測し得るものは何もないのが現状である。在留資格の取得が問題となる同性カップルの実態数を明確化することは出来ないものの、在留資格の取得は、同性カップルが直面する困難として、各種文献等において取り上げられていることから、この問題に直面する同性カップルは少なくないということが言える[16]。在留資格は、外国籍の者が本邦に滞在する為に必要不可欠であり、同性パートナーも例外ではない。詳細については、後述するが、同性カップルの関係が考慮されない入管法及び入管法実務の現状では、同性パートナーは短期間の在留資格による滞在を余儀なくされる場合が多く、在留資格が更新されない為に、本邦で同性パートナーと暮らすことを断念し、別れに至る同性カップルも多いと言われている[17]。

⑵　出入国管理行政及び入管法における同性カップルについて

①　外国籍同士の同性カップルについて

法務省入国管理局入国在留課長による通知（平成25年10月18日付け法務省管在第5357号）により、外国で有効に成立した同性婚における配偶

[16] 永易至文『プロブレムＱ＆Ａ　同性パートナー生活読本』（緑風出版、2009年）88頁～91頁。杉浦郁子・野宮亜紀・大江千束『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】』（緑風出版、2016年）162頁～170頁。LGBT支援法律家ネットワーク出版プロジェクト編著『セクシャル・マイノリティＱ＆Ａ』（弘文堂、2016年）170頁～172頁。東京弁護士会 LGBT 法務研究部編著『LGBT法律相談対応ガイド』（第一法規、2017年）70頁～71頁。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』（明石書店、2016年）123頁。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著『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』（ぎょうせい、2016年）197頁～198頁。

[17] 同性婚人権救済弁護団編・前掲注16）123頁など。

者に対し、在留資格「特定活動」で入国・在留することが原則認められるようになった[18]。同通知は、入管法の「在留資格『家族滞在』『永住者の配偶者等』等にいう『配偶者』は、わが国の婚姻に関する法令においても有効なものとして取り扱われる婚姻の配偶者であり、外国で有効に成立した婚姻であっても同性婚による配偶者は含まれない」としている。同通知以降、2013～20年に少なくとも93件の付与例があったとされている[19]。

また、「実務上、『外交』及び『公用』については、同性婚配偶者が、本国において『同一の世帯に属する家族の構成員』（法別表１の１の表の外交の項の下欄、公用の項の下欄）として認められていれば、在留資格該当性を肯定され、『外交』又は『公用』の在留資格が付与」されているとともに、「パートナーシップ制度に基づく公的な登録を行った外国人間の同性パートナーは、パートナーシップ契約書や生活用口座の同一性等の社会的実体があるときは、『特定活動』（告知外特定活動）が認められること」があるとされる[20]。

この様に、外国籍同士の同性カップルについては、不十分ながら、一定程度、同性カップルとして本邦で暮らすことが保障されているのが現状である[21]。

---

[18] 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著『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』（ぎょうせい、2016年）197頁～198頁。

[19] https://jp.reuters.com/article/idJP2021032601001999（最終アクセス2023年11月4日）。

[20] 山脇康嗣『詳説　入管法と外国人労務管理・監査の実務　第３版』（新日本法規、2022年）715頁。

[21] 佐野秀雄、佐野誠『第５版　よくわかる入管手続　基礎知識・申請実務と相談事例』（日本加除出版、2017年）331頁では、「特定活動」の在留資格で入国・在留が認められる余地はあることが述べられるとともに、「難しいかもしれませんがチャレンジしてみてはいかかでしょうか。」との記述がなされている。同書の著者は、行政書士であり、同記述は、実際に行政書士法人に寄せられた質問をベースとしているとの説明がなされていることから、「特定活動」の在留資格を得ることは容易ではないことが推察される。

②日本国籍の者と外国籍の者からなる同性カップルについて

「日本人の配偶者等」等における「配偶者」とは、わが国において有効な婚姻の配偶者が対象となっているとされる。前述した平成25年10月18日管在5357号は、「配偶者」の意義について、民法において有効なものとして取り扱われる婚姻の配偶者を意味し、外国で有効に成立した同性婚による配偶者は含まれないとしている[22]。よって、婚姻届けを提出しても、受理されない同性カップルの同性パートナーは、現行入管法上は「配偶者」として、在留資格を取得できる余地はなく、本邦に安定的に在留することが困難な状況にある。

但し、「同性婚が認められている外国で日本人と結婚した外国人同性パートナーに、日本での在留資格を認める方向で検討に入った」と報道されており[23]、近い将来、同性婚が有効な国において日本国籍の者と同性婚をした外国籍の同性パートナーについては、在留資格「特定活動」が付与される可能性が高まっており、同性カップルの権利保障とっては、大きな前進と言える。しかし、外国で婚姻をする為に、当事者は、日本で形成した生活を手放すなどの代償を支払う必要がある。このように、同性カップルは、異性カップルであれば、支払う必要のない代償を支払うことを強いられることとなり、両者の間には依然として不等な区別が存在し続けることになる。よって、たとえ、在留資格「特定活動」が認められたとしても、同性カップルの権利が十分に保障されたとは言えないだろう。

2.3　先行研究の状況について

入管法における異性カップルからなる家族の権利保障ついては、各種の先行研究がある[24]。

---

[22] 通知における配偶者の解釈について、山脇・前掲注20）553頁では、入管法における『配偶者』の意義を「入管法独自に解釈するものといえます。」と評している。

[23] https://www.yomiuri.co.jp/politics/20210517-OYT1T50110/（最終アクセス2023年11月4日）。

[24] 家族生活を営む権利については、植野妙実子『基本に学ぶ憲法』（日本評論社、2019年）118頁、近藤敦『人権法』（日本評論社、第２版、2020年）153頁以下な

新井信之は、日本国憲法24条は「事実上を含めて家族という共同生活を行う自由すなわち生活共同体を形成しかつ営む権利を保障していると考えられる」とし、「日本国憲法は家族それ自体を明示的に憲法上の人権享有主体とは規定していないが、当然そのことを含意する趣旨である。」とするとともに、国際人権規約Ｂ規約23条が家族を権利の享有主体として認めていることから、憲法98条２項を通じて、家族の人権享有主体性を導くことが出来るとする[25]。さらに、新井信之は、「家族単位の憲法上の地位が認められるとするならば、」「とくに日本国民と実質的な家族関係が存在する者を単に法律レベルの解釈で一律に外国人として退去強制し、その結果として引き起こされる他の家族構成員の家族生活を侵害することは許されないことになる。」と論じる[26]。

植野妙実子は、憲法24条から「家族が引き離されず、共に暮らす権利、いわゆる通常の家族生活をおくる権利が考えられるとし、その中には家族を呼び寄せる権利が含まれるとしてる[27]。

近藤敦は、憲法24条に加え、自由権規約17条が「家族」生活への侵害禁止、23条１項が「家族の保護を受ける権利」を定めていること、子どもの権利条約３条が子どもの最善の利益を保障することに言及し、外国人の在留資格との関係において、家族の権利と子どもの権利が保障されるべきであるとする[28]。また、近藤敦は、「内縁関係・同性パートナー・親の呼び寄せ、離婚･死別･DV 被害者の場合の自律的な在留資格など、家族の多様なあり方に応じた法整備が望まれる。」とし、同性パートナーの権利保障についても言及している[29]。

奥野圭子は、「家族が引き離されない権利（家族とともに生活する権利）を、24条２項の趣旨に照らして解釈された13条（見方によっては25条）

どがあるが、これらの論稿では、同性カップルに対する言及がない。

[25] 新井信之『日本国憲法から考える現代社会・15講―グローバル時代の平和憲法』（有信堂高文社、2015年）163頁～ 164頁。

[26] 新井・前掲注25）165頁。

[27] 植野妙実子「家族と平等」杉原泰雄編『新版　体系憲法事典』469頁（青林書院、2008年）。

[28] 近藤敦『移民の人権－外国人から市民へ』（明石書店、2021年）60頁～ 61頁。

[29] 近藤・前掲注28）62頁。

によって保障される一つの憲法上の権利として構成し、それの侵害を問題とすることも、理論的には可能なのではないだろうか。」とする[30]。

なお、筆者は過去の拙稿において、ヨーロッパ人権裁判所の判例を素材に、国内入管法判例における「家族」を如何に扱うべきかを検討したが、異性カップルからなる家族が対象であり、同性カップルは検討の対象外となっていた[31]。

前述したとおり、異性カップルについては、各種の先行研究はあるものの、入管法における同性カップルからなる家族の権利保障については、その必要性に言及するものはあれど、詳細に検討した先行研究はほぼない状況にある[32]。

そもそも、LGBT を含む性的マイノリティが当事者となった裁判例の数が、数年前まで数えるほどしかなく、学術的に LGBT を含む性的マイノリティの人権保障が論じられるようになったのがここ数年であること、が先行研究の空白生んだと思われる。

2.4　本稿の意義

入管法等における同性カップルの現状を検討した結果、異性カップルと異なり、同性カップルの権利保障が不十分であることが判明した。また、入管法における同性カップルの権利保障について詳細に検討した先行研究はほぼない状況であることから、本稿において、「出入国管理行政及び出入国管理及び難民認定法において同性カップルは如何に取り扱われるべきか」を検討する意義及び必要性は、大いにあるものと思われる。

３　本稿の構成について

本稿の主題が、「出入国管理行政及び出入国管理及び難民認定法にお

---

[30] 奥野圭子「国境を超えて家族生活を営む権利（１）オーストラリア法と比較しての一考察」神奈川大学国際経営論集49巻93頁（2015年）。

[31] 川崎まな「退去強制事例における家族と子ども：ヨーロッパ人権裁判所の判例を素材として」北大法政ジャーナル18巻91頁（2011年）。

[32] 同性カップルにまで検討を及ぼしている論稿としては、奥野・前掲注30）87-98頁、奥野圭子「国境を超えて家族生活を営む権利（２）オーストラリア法と比較しての一考察」神奈川大学国際経営論集50巻109-122頁（2015年）がある。

いて同性カップルは如何に取り扱われるべきか」であることは、前述したとおりである。

この主題に対し、本稿は、「出入国管理行政及び出入国管理及び難民認定法において同性カップルは異性カップルと同等に扱われるべき」であることを結論として示すことを目的とする。この結論は、憲法13条及び24条により、同性カップルの関係が法的に承認され、その権利は保障されるべきであるのに、異性カップルと同じ状況にある同性カップルが入管法上その関係を保障されていないことは、憲法14条に違反することを論証することで、導き出されることとなる。

3.1　検討方法及び検討対象について

憲法13条及び24条により、同性カップルの関係が法的に承認され、その権利は保障されるべきであるのに、入管法上、同性カップルの関係が保障されていないことは、憲法14条に違反することを示すために、①国内法、その他の社会的状況及び国民の意識等、②国内判例及び裁判例の状況、③国際人権法の状況、④諸外国の状況、についての検討を行う。

これらを検討対象とする理由は、以下のとおりである。

第一に、国籍法違憲判決[33]において、最高裁は、諸外国の状況や人権条約等に言及し、「我が国における社会的、経済的環境等の変化」により、立法当時は、合憲であった国籍法を違憲とする判断を導いている。また、非嫡出子相続分差別違憲決定[34]では、「我が国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及び我が国が批准した条約の内容とこれに基づき設置された委員会からの指摘、嫡出子と嫡出でない子の区別に関わる法制等の変化」を指摘している。以上のことから、最高裁がこれらの要素を重視していると思われるからである。

第二に、最高裁の判断枠組みに則った検討をすることは、実務に資するところが大きく、結果として当事者の早期救済につながると思われるからである。何故なら、最高裁の判断枠組みに則った主張であれば、下

[33] 最大判平成20年6月4日民集228号101頁。

[34] 最大判平成25年9月4日民集67巻６号1320頁。

級審の裁判官にとって受け入れやすく、立証の仕方によっては、原告の主張が通りやすくなることもあるからである。

各検討対象と結論との関係については、下記のとおりである。

前述したとおり、本稿は、憲法13条及び24条により、同性カップルの関係が法的に承認されるべきであるにもかかわらず、入管法上、異性カップルと同じ状況にある同性カップルの関係が保障されていないことは、憲法14条に違反することを論証し、結論として入管法上、同性カップルは異性カップルと同様に扱われるべきことを示すことを目的としている。

憲法13条及び24条により同性カップルの関係が法的に承認されるべきであることは、上記①で憲法学説、民法学説及び社会的状況及び国民の意識等、上記②で国内判例、上記③で自由権規約等の日本が批准している人権条約、自由権規約委員会の見解及びヨーロッパ人権裁判所の判例、上記④で諸外国の状況、を検討することにより論証する。憲法学説及び民法学説を検討することで、憲法及び民法により、同性カップルの関係が法的に承認され、その権利が保障されるべきことを示すとともに、その他の社会的状況及び国民の意識等、国内判例、国際人権法、諸外国の状況、を検討することで、同性カップルの関係が法的に承認され、その権利が保障されるべきとする国内及び国際的な意識等が形成されつつあること、を示す。

入管法上、異性カップルと同じ状況にある同性カップルの関係が保障されていないことを、上記①で入管法及び入管実務、上記②で入管法判例、を検討することで論証する。そして、憲法、民法及びその他の社会的状況及び国民の意識等、国内判例が同性カップルの関係を法的に承認し、その権利を保障すべきとする流れにあることに反して、入管法、入管法実務及び入管法判例において、同性カップルの関係が保障されていないことを示す。

憲法14条に違反することについては、異性カップルと同じ状況にある同性カップルが異なる扱いを受けていることが上記①及び上記②で示され、その区別に合理性がないことが上記①、上記③及び上記④により、示されることとなる。

3.2　国内法、その他の社会的状況及び国民の意識等について

検討対象となる国内法、その他の社会的状況及び国民の意識等について、以下詳述する。検討の中心となる国内法は、憲法、民法、入管法である。憲法及び民法については、同性婚等に関連する学説を中心に同性カップルが如何に解釈されているかを検討する。同検討を通して、憲法学説及び民法学説では、同性カップルの関係が法的に承認され、その権利が保障されるべきであることが認容され、要請されつつあることを示し、入管法においても同性カップルの関係が保障されるべきことを示す。さらに、入管法及び入管実務の検討を通して、入管法及び入管実務における異性カップルの扱いを確認し、同性カップルとの異同を明らかにし、問題点を明確化する。

その他の社会的状況等及び国民の意識等についての検討対象は、①同性婚導入に対する意識調査、LGBT に対する意識調査などの各種調査[35]、②日弁連による人権救済申立、③日本学術会議による提言、④国会の院内集会、同性婚法案等の審議の状況、⑤地方公共団体による同性パートナーシップ制度等の取り組み、⑥民間企業の動き、である。これらを検討することにより、国民の意識、規範意識及び社会的状況が同性カップルの関係が法的に承認され、その権利が保障されるべきであるとする流れにあることを示す。

3.3　国内判例の状況について

検討対象となる国内判例は、家族の問題が争点となった最高裁判例、性的マイノリティ、同性カップルが当事者となった下級審判決及び入管法関連判決とする。

最高裁判例については、国籍法違憲判決、非嫡出子相続分差別違憲決定、再婚禁止期間規定違憲判決[36]、夫婦同氏規定合憲判決[37]、性同一性障害者につき性別の取扱いの変更の審判が認められるためのいわゆる「子

[35] なお、現時点において、公的な調査は実施されていないことから、本稿において対象とするのは、民間の各種団体の調査によることとなる。

[36] 最大判平成27年12月16日民集69巻８号2427頁。

[37] 最大判平成27年12月16日民集69巻８号2586頁。

なし」要件が憲法13条及び14条に違反するか否かが争点となったもの[38]等の検討をあわせて行う。

以上の検討を行うことで、第一に、最高裁の家族観が同性カップルの関係を法的に承認すること及びその権利を保障することを否定していないこと、第二に、国籍法違憲判決及び非嫡出子相続分差別違憲決定において、最高裁判例の判断にその他の社会的状況及び国民の意識、国際人権法、諸外国の状況等が影響を及ぼしていること、第三に、再婚禁止期間規定違憲判決及び夫婦同氏規定合憲判決を検討することで、憲法24条の解釈、を明らかにする。

性的マイノリティ、同性カップルが当事者となった判決ついては、同性パートナーに対する犯罪被害者給付金の不支給が争点となったもの[39]、同性パートナーの不貞行為に対する損害賠償請求が争点となったもの[40]、結婚の自由をすべての人に訴訟[41]等について検討を行う。これらの判例等の検討を通して、国内判例における同性カップルの位置づけを確認する。

入管法関連判決については、異性カップルの扱いを確認するとともに、性的マイノリティ、同性カップルが当事者となった裁判例を検討することで、両者の異同を明らかにする。

3.4　国際人権法の状況について

国際人権法における同性カップルについて、検討する。

まず、日本が批准している自由権規約、特に同規約23条及び26条にお

---

[38] 最判平成25年12月10日民集67巻９号1847頁。

[39] 名古屋地裁令和2年6月4日判決（判タ1482号131頁）。

[40] 宇都宮地方裁判所真岡支部令和1年9月18日判決（判時2473号51頁）。

[41] 本稿では、2019年2月14日に東京、大阪、名古屋、札幌に提起された同性間の婚姻を認めていない民法及び戸籍法の規定は違憲であるとする一連の訴訟を「結婚の自由をすべての人に訴訟」と呼称することとする。その理由は、同訴訟の当事者達が「同性婚訴訟」ではなく、「結婚の自由をすべての人に訴訟」とした意思を尊重する為である。当事者が呼称に込めた思いについては、加藤丈晴「『結婚の自由』をすべての人に－同性婚をめぐる日本初の憲法判断とその影響－」国際人権№33　60頁（2022年）を参照のこと。

ける性的マイノリティ及び同性カップルについて検討する。自由権規約を検討するのは、日本が批准している条約である為であり、同規約23条及び26条を中心に検討するのは、23条が、「家族は、社会の自然かつ基礎的な単位であり、社会及び国による保護を受ける権利を有する。」として家族に対する保護を定めていること、26条が法の前の平等を定めており、自由権規約委員会の見解において、同条により同性カップルの権利が保障されていることによる。

また、他の人権条約機関に比して、自由権規約委員会では、同性カップルの権利保障が争点となった事件が多く取り扱われていることから、同委員会に対する個人通報の見解も検討の対象とする。次に、自由権規約委員会等の条約機関から出される一般的意見、一般勧告、日本に対する改善勧告についても検討する。

以上の様に、人権条約機関の検討は、自由権規約及び自由権規約委員会が中心となる。その理由は、自由権規約委員会での取り扱いが多いこと及び自由権規約委員会による見解、一般的意見、勧告が、重要であることによる。

自由権規約委員会による見解等が重要であるのは、自由権規約委員会が「規約によって設置された履行監視機関であり、『高潔な人格を有し、かつ、人権の分野において能力を認められ』『個人の資格で職務を遂行する』18人の委員で構成」され「委員会は30年以上にわたって履行監視活動に従事してきた経験を有し、その実績は評価され」ており、「このような機関が、規約によって与えられた解釈権限を行使して示した解釈、少なくとも通報で示した解釈は、高い権威が認められてしかるべきであり、『有権（authoritative）解釈』とみなされてよい」とされていること、法的拘束力はないものの、締約国はそれを尊重すべきとされていることによる[42]。さらに、勧告については、いわゆる選択的夫婦別氏訴訟の最高裁令和3年6月23日判決[43]の宮崎・宇賀反対意見において、女性差別撤廃委員会による勧告を憲法24条２項違反の理由の一つとして位置付けて

[42] 岩沢雄司「自由権規約委員会の規約解釈の法的意義」世界法年報第29号62頁以下（2010年）。

[43] 最大判令和3年6月23日判タ1488号94頁。

いる様に、最高裁における勧告の活用が期待されるところであり、検討する意義は十分にあると言えるからである[44]。

これらの検討を通して、日本が批准している自由権規約等が、性的指向による差別を認めていないこと、同性カップルの権利を保障すべきとしていること、同性カップルの関係を法的に承認するよう求めていることを明らかにする。

最後に、ヨーロッパ人権裁判所の判例について検討する。

ヨーロッパ人権裁判所の判例では、性的マイノリティ及び同性カップルの権利保障に関連する判例、同性カップルの関係の法的承認に関連する判例、入管法関連の判例について検討する。これらの判例を検討するのは、ヨーロッパ人権裁判所の判例における性的マイノリティ及び同性カップルの権利保障の発展の歴史によるものである。

ヨーロッパ人権裁判所は、まず、性的マイノリティの権利を保障することを判例として確立させた後、居住権の承継などの同性カップルの権利が保障されることを判例として確立させた。そして、ついに、ヨーロッパ人権裁判所は、同性カップルの関係を法的に承認することは国家の義務であるとするに至った。これらの判例の発展を背景に、2016年、ヨーロッパ人権裁判所は、入管法判例において、同性カップルの関係は保障されるべきであるとの判断を示したのである。よって、ヨーロッパ人権裁判所判例の入管法上の同性カップルの権利保障を検討するに当たり、ヨーロッパ人権裁判所の判例における性的マイノリティの権利保障、同性カップルの権利保障、同性カップルの関係の法的承認に関する判例についても、検討を行うこととする。

これらの検討を通し、国際人権法上、性的指向による差別は許されないこと、同性カップルの関係が法的に承認されるべきであること、入管法上も同性カップルの関係が保障されるべきとされていることを示す。また、国際人権法上、同性カップルの権利が平等原則により保障される

[44] 松田浩道「国際法の国内的効力－宮崎・宇賀反対意見のインパクト」法律時報93巻11号84頁（2021年）では、「憲法判断の中で人権条約や人権条約機関の勧告を用いる際の一つのモデルとして、今後の実務において重要な指針を提供するであろう。」と評価されている。

ことが一般化していることを示す。

そして、最後に、ヨーロッパ人権裁判所の判例を検討する意義について論じる。ヨーロッパ人権裁判所の判例を検討対象とするのは、ヨーロッパ人権裁判所が、「性の多様性に関連する国際判例はそれほど多くない」中で「圧倒的な先駆に位置づけ」られていること、「普遍的な人権条約の解釈や国内裁判における解釈に対して強い影響を与えていること」及び「国際人権法上の解釈として権威的な正統性をもつ」ことによるところが大きいが[45]、本稿では、ヨーロッパ人権裁判所、ヨーロッパ人権条約の締約国、自由権規約委員会、日本（国会、下級裁判所、最高裁等）という４つのアクターの関係に着目した検討を行う。その検討を通して、ヨーロッパ人権裁判所が日本に影響を及ぼしていること及び最高裁とヨーロッパ人権裁判所の判断手法に親和性があること等を示し、国内裁判所においてヨーロッパ人権条約及びヨーロッパ人権裁判所の判例が活用され得ることを示すとともに、その活用方法についても検討を行うこととする。

3.5　諸外国の状況について

諸外国における同性婚の法制化の状況、性的指向に基づく差別への状況を確認することで、国際的には、同性カップルの関係を法的に承認する傾向にあり、性的指向による差別を禁止する傾向にあることを示す。なお、本稿では、諸外国における同性婚法制化についての判決等については言及するにとどめ、内容の分析は行わないこととする。

第１部　国内法、国内判例及び裁判例

４　憲法における同性カップル

日本国憲法中、同性カップルに関連すると思われる条文は、憲法13条、14条及び24条である。同性婚等に関する議論も、主にこれらの条文により展開されている。そこで、以下では、各条文における学説を整理し、

[45] 谷口洋幸「３国際人権法における性の多様性　性的指向・性自認（SOGI）と人権を中心に」二宮周平編『性のあり方の多様性』242頁（日本評論社、2017年）。

学説において同性カップルが如何に解釈されているのかを明らかにし、憲法学説上、性的指向による差別が認められないこと、同性カップルの関係が法的に承認されること、異性カップルと同様にその権利が保障されること、が認容され、要請されつつあることを示す。

4.1　憲法24条の「家族」について

⑴　憲法学説の状況

日本の憲法学における戦後の家族をめぐる議論について、辻村みよ子は、「当初は憲法24条を『消極的な自由権的人権を保障するにすぎない』と解する傾向が強かった」とし、1960年代後半からは、「憲法24条自体あるいは24・25条を統一的に把握して社会権的に理論構成する見解」も登場したが、「全体として、同条の位置づけと家族に関する憲法理論的研究は十分ではなかった」が、1990年代以降、「家族をめぐる憲法上の理論的課題を明らかにする試みが進められた」と評価している[46]。また、辻村は、24条について「個人尊重主義を徹底することによって」、近代型家族をも超越する「超（脱）近代的」で「多様な現代型家族を許容しうる時代先取り的性格」を有していることを指摘している[47]。

憲法学説においては、米沢広一が、「二四条は、夫婦、親子から成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」とし、同性カップルについては「憲法が法律上の家族と多様な人的結合体との全面的な同一扱いを要求している」とはいえないとする一方で[48]、安念潤司は、家族形成を契約自由の原則に委ねる契約的家族観に立脚し、婚姻相手は異性に限定されないとする[49]。

一方で、齊藤笑美子は、ある個人が法の家族に属しているか否かよりも、関係における個人の要保護性やニーズに基づき、必要に応じて法規制に取り込む方が適切であるとし、「『憲法の想定する家族像』や『家族

---

[46] 辻村みよ子『憲法と家族』（日本加除出版、2016年）88頁。

[47] 辻村・前掲注46）87頁。

[48] 米沢広一「憲法と家族法」ジュリストNo.1050、８頁（1995年）。

[49] 安念潤司「家族関係と自己決定」岩村正彦［ほか］　編『岩波講座現代の法14』（岩波書店、1998年）。

モデル』なるものの探索は、少なくとも憲法上は不要」と考えている[50]。

この様に、憲法24条により想定される家族については、各学説においてかなりの隔たりがあり、学説の議論状況は、成熟しているとは言えないのが現状である。

24条は、家族生活における個人の尊厳と両性の平等を定めているが、家族については、明確に定義していない。本条２項を受けて、民法が法律婚を採用し、子に対する規定を設けていることから、民法が夫婦と嫡出子を原則的な家族形態と考えていると言える。よって、憲法24条の家族には、夫婦と子どもが含まれることは間違いないと言えるが、本条における「家族」がそれ以外の家族を排除するものであるか否かについては判然とせず、本条の「家族」を24条の文言から明確化することもまた困難である。しかし、本条の制定趣旨が、家制度の否定であったことを鑑みると[51]、本条が許容しない家族については、明確化することは可能であろう。まず、大日本帝国憲法下における「家」制度の様に家族における個人よりも家族という集団を重視することは許されないだろう。また、児童・高齢者虐待、配偶者暴力のある家族は、「個人の尊厳」が保障されていると言うことはできず、本条が想定する家族ということはできないだろう。

今日、人々の家族に対する観念は多様化しており、同性カップルの様に、憲法の制定時には想定されなかった関係を如何に評価すべきかを検討する段階にあると言える。しかし、後述するように、同性婚の議論においては、憲法24条の「婚姻」に同性カップルが含まれるか否かが争点となっているが、憲法24条の「家族」に同性カップルが含まれるか否かについては必ずしも十分に論じられていないのが現状である。

⑵　最高裁判例における憲法24条と「家族」

平成27年12月16日の２つの最高裁判決において、最高裁は憲法24

---

[50] 齊藤笑美子「憲法・人権からみたジェンダーおよび親密圏」二宮周平・風間孝『家族の変容と法制度の再構築－ジェンダー／セクシュアリティ／子どもの視点から』233頁（法律文化社、2022年）。

[51] 野中俊彦ほか『憲法Ⅰ　第５版』（有斐閣、2012年）302頁。

条について下記の様に述べている。

①　夫婦同姓規定合憲判決[52]

「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。」

「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。」

②　再婚禁止期間規定違憲判決[53]

最高裁は、夫婦同氏規定合憲判決と同様に、24条２項について、婚姻及び家族に関する事項は一次的には国会にあること、24条２項は、国会の立法に際し、「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」と述べる。

さらに、24条１項については、「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。」としている。

③　小括

２つの平成27年12月16日最高裁判決（以下、平成27年最高裁判決）が出されるまで、最高裁は、24条の性質について、詳細に検討したことがなかったが、平成27年最高裁判決において、初めて24条の性質について

---

[52] 最大判平成27年12月16日民集69巻８号2586頁。

[53] 最大判平成27年12月16日民集69巻８号2427頁。

詳細な検討を行っている。

夫婦同氏規定合憲判決では、憲法13条、14条に違反しない場合であっても、憲法24条に違反する場合があることが示され、憲法24条の独自の意義が示されており、今後の判例の発展が期待されるところであるが、制度を前提に権利を評価している点には問題があると言えよう。

再婚禁止規定違憲判決では、24条１項により、「婚姻をするについての自由」が保障されることが示された。憲法学説上は、24条１項は「婚姻の自由」を保障しているとされているが、最高裁が「婚姻をするについての自由」と表現していること、そして「婚姻をするについての自由」は「十分尊重に値する」とされていることから、最高裁は博多駅事件[54]やレペタ訴訟[55]との類似性を見出し、尊重される権利の保障の程度が弱いと評価する論者もいる一方で[56]、博多駅事件やレペタ訴訟での「尊重」の用法が異なることを指摘し、権利の保障の程度は弱くないとする論者や「婚姻の自由」を憲法上の権利を認めたと理解する論者もいる[57]。同性カップルに関して言えば、再婚禁止規定違憲判決が、婚姻についてその主体を男女として表現するのではなく、「いつ誰と婚姻をするか」と表現したことに着目し、最高裁は、同性婚を禁止していないとの解釈を示す論者もいる[58]。

いずれにせよ、平成27年最高裁判決をもって、同性カップルの関係を法的に承認することもその権利を保障することが否定されているとも、明言することは困難であると思われる。

---

[54] 最判平成2年7月9日刑集44巻５号421頁。

[55] 最大判平成元年3月8日民集　43巻２号89頁。

[56] 佐々木雅寿「民法733条および民法750条の合憲性」月報司法書士532号76頁（2016年）。

[57] 御幸聖樹「『尊重』の意味－『尊重に値する』ことは権利が認められたことにはならないのか？」大林啓吾、柴田憲司編著『憲法判例のエニグマ』101頁（成文堂、2018年）は、権利の保障の程度は弱くないとする。石埼学「夫婦同氏訴訟」『新・判例解説 Watch　vol.18』31頁（2016年）は、「婚姻の自由」を憲法上の権利を認めたと理解する。

[58] 木村草太「夫婦同姓合憲判決の意味―何の区別が問題なのか？」自由と正義67巻６号、117頁（2016年）。

4.1.2　憲法学説における同性カップルについて

榎透の分類によると、同性婚について論じる学説には、５つの立場があるとされる。第一に、憲法上、同性婚は禁止されているとするもの、第二に、憲法上、同性婚は認められないが、同性パートナーシップ制度などは認められるとするもの、第三に、憲法24条の婚姻は異性婚であるが、立法で同性婚を認めることは可能とするもの、第四に、憲法24条の婚姻は異性婚であるが、13条と14条を根拠として同性婚は要請されるとするもの、第五に、憲法24条の婚姻は異性婚に限定されないとするもの、である。この様に、24条の婚姻に同性婚は含まれないとする学説であっても、同性カップルの関係を何等かの形で憲法上保障することまでを否定する学説はほぼないと言える[59]。

以下では、同分類に従い、憲法学説を概観することとする。

⑴　憲法上、同性婚は禁止されているとするもの

少数説ではあるが、憲法24条の婚姻は異性婚であり、24条の家族とは異性同士の夫婦とその子どもであり、同性婚はもちろんのこと同性パートナーシップ制度のような制度も認められないとする学説もある[60]。

仮に、憲法上、同性婚は禁止されており、同性パートナーシップ制度のような制度も認めないとすると、婚姻制度によりその関係を法的に承認される異性カップルと実態としては変わるところのない同性カップルの間に生じる区別が合理的であることが説明される必要がある。しかし、禁止説は、その根拠を憲法24条の「両性」という文言にのみ求めており、説得的であるとは言えない。

⑵　憲法上、同性婚は認められないが、同性パートナーシップ制度などは認められるとするもの

工藤達朗は、「憲法はあらゆる結合を『婚姻』としているわけではない。

---

[59] 榎　透「日本国憲法における同性婚の位置」専修法学論集第135号27頁（2019年）。

[60] 八木秀次（麗澤大学教授）「日本の家族観に基づく法判断を」https://www.sankei.com/article/20150302-SKUYXEXO2RMYPAXY5VKSNCI5RE/（最終アクセス2023年11月25日）。

『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。」とし、「それ以外の共同生活や人的結合の自由は、婚姻の自由に含まれない。男女の１対１の結合だけが、憲法24条１項で保障されているのである。」とする[61]。そして、「同性のカップルや一夫一婦制以外の男女の結合」は、憲法13条の問題であるとする。13条と個別的自由権は一般法と特別法の関係にあり、24条が同性カップルを婚姻としない以上、同性のカップルについては、憲法13条で論じるべきとする[62]。

長谷部恭男は、「男女の１対１の結合が婚姻であることは、制度の核心部分に含まれているので、同性カップルなどを婚姻と取り扱うことはできない、ということになる」としている[63]。

渋谷秀樹は、2017年の著作において、「憲法24条１項は、婚姻が両性の合意のみに基づく契約関係であることを要求」しており、両性とは「当時の社会規範からして男女を意味すると解せざるをえない」として、「同性間の婚姻が異性間の婚姻と同程度に保障されると解することは憲法の文言上困難である」と述べている[64]。

なお、これらの学説においても、同性カップルの権利を何らかの形で保障することを否定はされていない。

例えば、羽渕雅裕は、24条２項が法律は個人の尊厳に立脚して、制定されなければならないと規定していること、「現在においては同性婚を否定する理由は乏しいこと、むしろ同性婚を保護することが同性カップルの子どもの保護につながることを考えると、ドメスティックパートナーシップのような制度を創設することによって同性カップルに対する保護を与えるということは、単に憲法に違反しないというだけでなく、24条２項によって（たとえ暫定的なものであったとしても）ある程度積極的に要請されると解することはできないだろうか。」としている[65]。

---

[61] 工藤達郎「憲法における婚姻と家族」赤坂正浩ほか『ファーストステップ憲法』（有斐閣、2005年）153 ～ 154頁。

[62] 工藤達朗「結婚するって本当ですか？―憲法における婚姻と家族―」、法学教室276号30頁（2003年）。

[63] 長谷部恭男『憲法　第７版』（新世社、2018年）187頁。

[64] 渋谷秀樹『憲法　第３版』（有斐閣、2017年）462 ～ 463頁。

[65] 羽渕雅裕著『親密な人間関係と憲法』（帝塚山大学出版会、2012年）104 ～

⑶　憲法24条の婚姻は異性婚であるが、立法で同性婚を認めることは可能とするもの

24条は同性婚を想定していないとしながらも、24条は同性婚を禁止するものではないとする学説もある。

木下智文は、「本条は、あくまでも婚姻の自由の保障規定であり、前述の説明も、 同性婚に法律婚としての地位を与えることが要請されていないということにとどまり、同性婚を否定するものではない。同性婚に法律婚としての地位を与えるかどうかは、法律に委ねられているとみるべきである。」とする[66]。

⑷　憲法24条の婚姻は異性婚であるが、13条と14条を根拠として同性婚は要請されるとするもの

憲法24条の婚姻は異性婚であるが、13条と14条１項（少なくともどちらか１つ）を根拠として、憲法上同性婚が要請されるとする立場には、以下のものがある。

清水雄大は、憲法24条が「婚姻は両性の合意のみに基づいて成立する」とする趣旨は、旧民法において定められていた戸主の同意権を否定することにあり、同性婚を排除しているわけではないとする。よって、24条は同性婚を禁止していると解すべきとまでは言えないとし、13条によって同性カップルの婚姻の自由が保障され、14条１項により性的指向による差別は認められないとする[67]。

大野友也も、清水雄大と同様に、憲法24条の「両性」という文言は、「同性婚を排除するために採用された文言ではなく、女性が抑圧されていた状況を打開するべき採用された条項である。」とし、24条が同性婚を禁止していると解するべきとまでは言えないだろう。」とするが、「あくまで24条は同性婚を禁止していない、と主張するにとどまる『許容説』と

106頁。

[66] 木下智史・只野雅人編『新・コンメンタール憲法』（日本評論社、2019年）307頁。

[67] 清水雄大「日本における同性婚の法解釈〈下・完〉」法とセクシュアリティ３号４頁（2008年）。

いうことになりそうである。」としている[68]。

⑸　憲法24条の婚姻は異性婚に限定されないとするもの

①　中里見博

24条が、「異性愛主義を背景とした文言とそれを乗り越える原理とが同時に存在するという矛盾を抱え込んでいること」を指摘し、立法時の文化的背景や立法者意思だけによるのではなく、「条文が許容する範囲内で、最大限人権拡張的に解釈されるべき」であり、「二四条の普遍的な諸原則に反しない家族形成であるかぎり、たとえそれが同性によるものであっても、二四条はまさに『個人の尊厳』の観点から許容していると考えるべきである。」とする[69]。

②　渋谷秀樹

前述したとおり、2017年の著作において、渋谷秀樹は、同性婚は異性婚と同程度に保障されると解することは、困難であるとしていた。しかし、2022年の論文において、婚姻を「相互の指向と価値観を理解し共有し合える個人同士が互いを信じあって対等に生きる時間を分かち合うために創った結社」と再定義し、「憲法は同性間の婚姻にも異性間の婚姻と同程度に保障を与えている」とし、見解の変更を表明している[70]。

現行民法及び戸籍法の諸条項を支える立法事実は、「同性愛が精神疾患あるいは性格異常であるとする知見が否定され、さらに世界の動向そして国民意識が大きく変わった以上、婚姻に関する現行民法および戸籍法の諸条項を支える立法事実は根本から変わったと評価しなければならない。」とする。そして、日本においても「同性婚の法的承認は、許容命題から下命命題へと変化を遂げたとみるべきであろう。」とする。婚姻を「相互の指向と価値観を理解し共有し合える個人同士が互いを信じあって対等に生きる時間を分かち合うために創った結社」と再定義し、

---

[68] 大野友也「日本国憲法と同性婚」月報全青司452号13頁（2017年）。

[69] 中里見博「現代改憲論における家族条項改変問題」法律時報77巻９号88頁（2005年）。

[70] 渋谷秀樹「統治構造において司法権が果たすべき役割　第３部【第３回】憲法理論からみた同性婚の省察」判例時報2515号112頁（2022年）。

「憲法は同性間の婚姻にも異性間の婚姻と同程度に保障を与えている」とし、2017年の著作での見解の変更を表明している[71]。

なお、渋谷秀樹は、かつて自説において、憲法の文言上、同性間の婚姻を異性間の婚姻と同程度に保障されると解することは困難であるとしていたのは、「異性間の関係だけが法的保護に値し同性間の関係は保護に値しない劣ったものとする社会通念を科学の面から支えていた精神医学」と心理学における知見の変更を知らずに記した見解であったと説明している[72]。

③　木村草太[73]

憲法24条１項の「両性の合意のみ」の趣旨について、24条１項が定められた経緯が家制度の否定にあったこと及び文理解釈から、24条１項は、同性婚を禁止していると解することは出来ないとする。

憲法が同性婚を禁止していないとすれば、民法・戸籍法の同性間の婚姻の成立を否定した規定（同性婚否定規定）は、違憲となる可能性が出てくるとして、２つの違憲論を提示する。

一つ目の違憲論は、同性カップルの「婚姻する権利」の侵害と構成することである。しかし、同構成について、木村草太は、同性カップルと異性カップルとの不平等を問題に出来ない弱点があるとし、二つ目の違憲論として、婚姻合意をした相手の性別による区別を不平等として、平等権（憲法14条１項）の侵害を問題とすることを提案する。

一連の結婚の自由をすべての人に訴訟における国側の「婚姻制度の目的は生殖関係の保護」との主張に対し、木村草太は、民法が生殖関係があっても必ずしも婚姻を成立させるわけではないこと、民法が生殖関係のないカップルの婚姻を認めていることを指摘し、婚姻制度の目的は生殖関係の保護だとする国側の主張には説得力はないとする。そして、「婚姻制度の目的は、親密な共同生活関係の保護だと理解せざるを得ず、それが国民意識にも適う」とし、「同性カップルが異性カップルと同様に

---

[71] 渋谷・前掲注69）112頁。

[72] 渋谷・前掲注69）112頁。

[73] 木村草太「婚姻と憲法－同性婚・別姓婚・非婚の共同親権を素材に」法学教室№501、10頁以下（2022年）。

親密な共同生活を営んでいることからすれば、同性婚否定規定による区別は、婚姻制度の目的と関連性のない不合理な区別」だとし、憲法14条１項に違反するとする。

4.1.3　憲法14条と同性カップル

異性カップルによる婚姻を法的に認める一方で、同性婚等により同性カップルの関係を保護しないことについては、「性別」による差別とする学説、「社会的身分」による差別とする学説がある。以下では、これらの学説を整理、検討する。

⑴　性別による差別とする学説

性別による差別と構成するものとして、大野友也、清水雄大がいる。大野友也は、性別以外の条件が全て同じの男性と女性がいたと仮定すると、両者がある男性と婚姻を望んだ場合、前者は男性という性別であるがために、婚姻をすることが出来ないとし、これは性別に基づく差別に当たるとする[74]。清水雄大は、同性婚を望む女性がいた場合、現行法上は女性と婚姻をすることが出来るのは男性であるがゆえに、性別を理由とする差別に当たるとする[75]。

一方、松井茂記は、「通常の性差別は男性もしくは女性であることを理由に不利益が課されている場合を指す。」とし、女性が女性と婚姻を望んだとしても婚姻を認められないことは、「相手の性別が問題であって本人の性別が問題なのではない。したがって、同性婚の否定を通常の意味での性差別ということは難しいであろう。」とする[76]。

⑵　社会的身分による差別とする学説

松井茂記は、「おそらく同性婚の否定は、同性愛という個人の性的指

---

[74] 大野・前掲注68）13頁。

[75] 清水雄大「日本における同性婚の法解釈〈下・完〉」Law and Sexuality3（2008年）

[76] 松井茂記『LAW IN CONTEXT　憲法　法律問題を読み解く35の事例』（有斐閣、2010年）４頁。

向に基づく区別ととらえられそうである。」とし、これが憲法14条の列挙事由に当たるとすれば、社会的身分であろうとする。そして、社会的身分とするのであれば、「疑わしい差別というにふさわしいものに限定する必要があろう。おそらく本人ではどうすることもできないような特徴や生まれながらの特徴に限定するのが妥当かもしれない。」とし「もし性的指向が生来のものであって、本人の自発的な選択によって変更できないようなものであれば、これを『社会的身分』にあたるということも可能であろう。」とする。

4.1.4　憲法13条と同性カップル

現在の憲法学界全体として、教科書等で憲法13条と家族関係について明示しているものは少数であるとされる[77]。また、「1970年代からの佐藤幸治、竹中勲論文等で、自己決定権についての研究が進んだが、そこで指摘された家族形成権やリプロダクティブ・ライツについて、具体的に検討した論考は少なく」、今日の憲法学界でも、「女性の人権や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といわざるを得ない。」とされている[78]。

この様に、憲法13条において同性カップルの人権についての議論は現時点において盛んであるとは言えない状況にあるが[79]、憲法13条により、同性カップルの人権を論じようとするのであれば、憲法13条による自己決定権により、婚姻の自由や家族形成の自由を導き出し、同条により同

---

[77] 辻村・前掲注46）98頁。

[78] 辻村・前掲注46）101頁。

[79] 同性婚を13条の問題として扱う論稿として、西村枝美「同性婚の未規定性の憲法適合性：婚姻の自由として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552 ～ 602頁（2019年）、中岡淳「同性婚の憲法的保護の可能性(1) Obergefell v.Hodges 事件判決における「対等な尊厳」と「婚姻」概念をめぐって」法学論叢　183巻１号91-124頁（2018年）、中岡淳「同性婚の憲法的保護の可能性(2) Obergefell v.Hodges 事件判決における「対等な尊厳」と「婚姻」概念をめぐって」法学論叢　183巻４号100-145頁（2018年）、中岡淳「同性婚の憲法的保護の可能性(3) Obergefell v.Hodges 事件判決における「対等な尊厳」と「婚姻」概念をめぐって」法学論叢　183巻４号100-145頁（2019年）、がある。

性カップルを保護することが考えられる。

自己決定権の範囲については、一般的行為自由説と人格的利益説との対立がある[80]。前者によった場合、憲法13条の射程は、あらゆる生活領域に関する行為の自由と考えれることになり、婚姻の相手として同性を選択することも自己決定権に含まれることとなろう。後者によった場合は、論者によって、個人の人格的生存に不可欠な利益の内容につき違いはあるが、同性をパートナーとして選択し、婚姻をするということは、個人の人格的生存に不可欠な利益を内容とする自己決定とみることは可能であると思われる[81]。よって、いずれの説によってとしても、13条により同性カップルの権利保障を論じることは可能になると思われる。

4.1.5　小括　憲法学説における同性カップル

憲法学説における同性カップルを検討した結果、以下の点が明らかとなった。

第一に、憲法24条の婚姻に同性婚が含まれるか否かについては、学説において統一的な見解が確立しているわけではないことである。

第二に、ほぼ全ての学説において、根拠とする条文、保障の程度又は手段に違いはあれど、同性カップルの関係を法的に承認することを否定していないことである。ただし、「現時点で、憲法が同性婚を異性婚と同程度に保障しなければならないと命じているわけではないとの理解が

---

[80] 土井真一「§13【個人の尊重・生命、自由及び幸福追求権に対する権利・公共の福祉】」長谷部恭男編『注釈日本国憲法⑵国民の権利及び義務⑴』102頁（有斐閣、2017年）。

[81] 人格的利益説に立つ佐藤幸治は、『日本国憲法論』（成文堂、2011年）191頁の注48において「24条１項は『婚姻の自由』」および離婚の自由）を保障した自由権規定であり、憲法は一組の男女とその間に生まれる子どもからなる法律上の家族の保護を目的としていると解する立場に立てば（初宿正典）、それ以外の結合形態（同性ペアが同居する家族や未婚の母と子どもからなる家族など）は13条の問題として捉えられることになろう。」としている。よって人格的利益説に立ったとしても、同性カップルの権利保障について、13条により論じることは可能であると思われる。

大方のところであろう」との評価が妥当なのではないかと思われる[82]。

第三に、ここ十数年で学説の状況が変化してきており、憲法24条の婚姻に同性婚も含まれるとする見解が有力に主張されるようになっていることである。

学説の状況の変化を示すものとして、高橋和之の著作「立憲主義と日本国憲法」中の同性婚についての記述を挙げることが出来る。同書における同性婚の記述は、版を重ねるごとに変化している。例えば、2005年刊行の初版及び2010年刊行の第２版では、「結婚の自由については憲法二十四条が保障しているが、近年議論され始めた同性間の結婚まではカバーしていないというのが通説である。」とされていた[83]。2013年の第３版では、「しかし、ヨーロッパ諸国やアメリカの州では同性婚を認める例も増加してきている。」という一文が追加され[84]、2017年の第４版では、第３版では、「アメリカ合衆国最高裁は、二〇一五年六月二十六日判決で同性婚を禁止した州法を違憲と判断した」という補足説明が追加された[85]。最新の2020年の第５版では、「同性間の結婚まではカバーしていないというのが通説であった。」とされている[86]。現在、通説は許容説を採用しているが、いずれ憲法が同性婚を異性婚と同程度に保障しなければならないとする要請説となる日も来るものと思われる。

以上のことから、憲法学説では、同性カップルの関係を何らかの形で法的に承認することについて否定する学説はほぼないと言ってよいと思われる。よって、憲法の13条、24条、14条のいずれか又は全ての条文を根拠に、入管法上、異性カップルと同じ状況にある同性カップルの関係が何ら保障されていない現状を憲法に違反すると言うことが可能であると思われる。

なお、本稿がいずれの学説によるか等については、後述する第１部国

---

[82] 川岸令和「§24【家族生活における個人の尊厳と両性の平等】」長谷部恭男編『注釈日本国憲法⑵国民の権利及び義務⑴』510頁（有斐閣、2017年）。

[83] 高橋和之「立憲主義と日本国憲法」（有斐閣、2005年）126頁及び高橋和之「立憲主義と日本国憲法　第２版」（有斐閣、2010年）139頁。

[84] 高橋和之「立憲主義と日本国憲法　第３版」（有斐閣、2013年）145頁。

[85] 高橋和之「立憲主義と日本国憲法　第４版」（有斐閣、2017年）153頁。

[86] 高橋和之「立憲主義と日本国憲法　第５版」（有斐閣、2020年）156頁。

内法及び国内判例、第２部国際人権法及び諸外国の状況、の検討を経た上で、終章において論じることとする。

4.2　民法における同性カップル

同性婚については、明治民法の立法時には議論の対象とされておらず、その後も概説書等でも、近年に至るまで触れられることはなかったと言われている[87]。

しかし、同性婚を婚姻意思の問題としてとらえ、同性婚の場合には婚姻意思を欠くものとする議論は存在しており、議論が皆無であったわけではない。例えば、中川善之助は、婚姻意思の問題として「婚姻をなすとは、その時代の社会通念に従って婚姻と見られる関係を形成することであり、……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」とし[88]、我妻栄は、「婚姻をする意思（婚姻意思）とは、夫婦関係を成立させるという意思である。しからば、夫婦関係とは何か、といえば、その社会で一般に夫婦関係と考えられているような男女の精神的・肉体的結合というべきである」とし[89]、「同性間の『婚姻』はこの意味では婚姻ではない」としていた[90]。

だが、「1990年代半ば頃から現行制度上で「性中立化」を問う議論が積極的に見られるようになり、特にここ10年間に同性婚の禁止から容認（「禁止していない」を含む）へと全体的な解釈の変化がみられる。」ということが指摘されている[91]。また、概説書等においても、同性婚に関する記述が見られるようになっている。その多くは、当然の前提として民法は１組の男女からなる男女の結合を婚姻と解していることを指摘し、近年の民法上の問題として、同性婚を取り上げているにとどまる[92]中で、

---

[87] 大村敦志『民法読解　新続編』（有斐閣、2015年）32頁～ 33頁。

[88] 中川善之助『親族法　上巻』（青林書院、1960年）158 ～ 159頁。

[89] 我妻栄『親族法』（有斐閣、1961年）14頁。

[90] 我妻・前掲注88）18頁。

[91] 田巻帝子「婚姻の性中立化」二宮周平編『現代家族法講座　第２巻　婚姻と離婚』14頁（日本評論社、2020年）。

[92] 近年刊行された概説書で同性婚に関する記述があるものとして、以下のものがある。

窪田充見は、興味深い指摘を行っている。窪田は、「現在の一般的な理解によれば、同性間の婚姻は認められていない」ことを前提としつつ、同性の関係を論じる当たっては、「現在の婚姻法秩序が、こうした同性間の関係を排除しているものなのかという点が、重要なてがかり」となるとし、「現行民法が、異性間の関係のみを前提としていることから、ただちに答えが導かれる」わけではなく、「現行法では用意されていない、そうした同性間の関係をどのように位置付けて、法的に扱うべきか」が問題と指摘している[93]。

民法には、婚姻についての定義規定はなく、性的指向や同性同士で婚姻をすることが婚姻障碍事由とされていないことから、直接的には同性婚を禁止していないと理解されている[94]。しかし、現行民法の規定から同性婚を導き出す要素がないことから、日本家族〈社会と法〉学会は、婚姻の成立に関し「異性又は同性の二人の者は、婚姻をすることができる」とする条文の新設の提案をおこなっており、「夫婦」という文言を性中立的に「婚姻当事者」とすることを提案している[95]。同学会は、現役の家族法研究者の大半が会員であるとされていることから[96]、民法学において、現行民法を改正することで同性婚は実現可能とする見解が通説とはいかないまでも、有力になりつつあると言えると思われる。

我妻栄、有泉亨、遠藤浩、川井健、野村豊弘『民法３　親族法・相続法　第４版』（勁草書房、2020年）51頁、本山敦・青竹美佳・羽生香織・水野貴浩『家族法〔第３版〕』（日本評論社、2021年）24頁、本山敦編『逐条ガイド　親族法－民法725条～ 881条』（日本加除出版、2020年）12頁、松岡久和・中田邦博『新・コンメンタール民法（家族法）』（日本評論社、2021年）20頁、常岡史子『家族法』（新世社、2020年）42頁～ 43頁、床谷文雄・神谷遊・稲垣朋子・且井佑佳・幡野弘樹『新プリメール民法５〔第２版〕』（法律文化社、2020年）20頁、前田陽一・本山敦・浦野由紀子『民法Ⅵ　親族・相続　第５版』（有斐閣、2020年）50頁。

[93] 窪田充見『家族法－民法を学ぶ〔第４版〕』（有斐閣、2019年）154 ～ 155頁。

[94] 田巻・前掲注90）17頁。

[95]「家族法改正～その課題と立法　提案」家族〈社会と法〉33号（2017年）21 ～ 236頁。

[96] 二宮周平（2020年）「意見書」28頁。https://www.call4.jp/file/pdf/202008/75c6d7814cd45e67d8d40a879e85d235.pdf（最終アクセス2023年11月25日）。

4.3　その他の社会的状況及び国民の意識等について

以下では、国内判例以外における社会的状況を概観し、同性カップルを取り巻く社会的状況の変化を確認する。

⑴　国会

①　法案審議

立憲民主党、共産党、社民党の野党３党により、2019年6月3日、同性婚を可能とするために必要な法整備を行い婚姻の平等を実現するための民法改正案（婚姻平等法案）を国会に提出されているが、審議未了で廃案となっている[97]。

なお、衆議院法制局齋藤法制局参事は、令和3年2月25日の第204回国会予算委員会第三分科において、憲法24条の解釈について、「理論的に幾つかの解釈が成り立ち得ると考えますが、結論から申しますと、少なくとも、日本国憲法は、同性婚を法制化することを禁止はしていない、すなわち、認めているとの許容説は十分に成り立ち得ると考えております。」と答弁していることから[98]、法制局としては少なくとも禁止説に立つものではないと言うことが出来る。

自民党は、2016年5月に概要を取りまとめた「性的指向及び性同一性の多様性に関する国民の理解の増進に関する法律案」[99]を2020年6月に「性的指向・性自認に関する特命委員会」において条文化を進めるための要綱を了承し、法案の成立に向けた作業を進めていたが、2021年6月、自民党内での議論がまとまらず、通常国会への提出を断念した[100]。その後、通称「LGBT 法，LGBT 理解増進法，性的少数者への理解増進法」

---

[97] https://hourei.ndl.go.jp/#/detail?billId=119802015&searchDiv=2&current=7（最終アクセス2023年11月25日）。

[98] https://www.shugiin.go.jp/internet/itdb_kaigiroku.nsf/html/kaigiroku/003320420210225001.htm（最終アクセス2023年1月15日）。

[99] https://hourei.ndl.go.jp/#/detail?billId=119002057&searchDiv=2&current=1（最終アクセス2023年11月30日）。

[100] https://www.nhk.or.jp/politics/articles/feature/62170.html（最終アクセス2023年11月25日）。

として、2023年6月16日に国会で成立し、23日に施行された[101]。

②　院内集会

2019年から毎年、同性婚の実現を目的とした国会の院内集会が開催されており、2022年4月22日に行われた院内集会には、議員本人の参加者が、公明党４名、立憲民主党14名、日本共産党７名、国民民主党１名、社会民主党１名、日本維新の会１名、れいわ新選組１名等であったとされる[102]。

2023年には、「第５回目となる今回は、秘書の代理出席を含めて72名の国会議員にご参加いただき、過去最高」となり、議員本人の出席は、44名（自民党５名、公明党３名、立憲民主党21名、日本維新の会３名、共産党８名、れいわ１名、社民２名、沖縄の風１名）とされる[103]。

③　各党公約

例えば、2021年10月に行われた衆議院選挙では、自民党を除く各政党が、公約の中で同性婚に触れている[104]。立憲民主党は、性的マイノリティへの差別解消を図る平等法の制定、同性婚の実現を目指すとし、公明党は、同性のカップルを対象にした自治体のパートナーシップ制度の推進と、LGBT への理解を促進するための法案の整備にも取り組むとしている[105]。また、共産党は、同性婚を認める民法改正、LGBT 平等法の制定を[106]、日本維新の会は、同性婚を認め、LGBTQ など性的少数者が不当な差別をされないよう立法措置を講じるべきだとしている[107]。国民民主

---

[101] https://hourei.ndl.go.jp/#/detail?lawId=0000161546&searchDiv=2&current=5（最終アクセス2023年11月25日）

[102] https://www.marriageforall.jp/blog/20220422/（最終アクセス2023年11月25日）

[103] https://www.marriageforall.jp/blog/20230621_mfajkokkai5th/（最終アクセス2023年11月25日）

[104] https://www.nhk.or.jp/senkyo/database/shugiin/2021/pledge/policy/08/（最終アクセス2023年11月30日）。

[105] https://www.komei.or.jp/special/shuin49/wp-content/uploads/manifesto2021.pdf（最終アクセス2023年11月30日）。

[106] https://www.jcp.or.jp/web_policy/2021/10/post-888.html#_s02（最終アクセス2023年11月30日）。

[107] https://o-ishin.jp/policy/8saku2021.html（最終アクセス2023年11月25日）

党は、「LGBT 差別解消法案」の成立を目指すとし[108]、れいわ新選組は、LGBT などの差別解消や同性婚について法制化するとし[109]、社民党は、同性婚の導入、「LGBT 差別解消法案」を成立させるとし[110]、「NHK と裁判してる党弁護士法72条違反で」は、同性婚の合法化について国会での論議を積極的に求めていくとしている。

2022年の参議院選挙では、自民党及びれいわ新選組以外の主要政党は、LGBT について言及をしている。立憲民主党は、同性婚を可能とする法制度を実現するとし[111]、公明党は、性的指向、性自認に関する性の多様性を尊重する社会を築くことを掲げ[112]、日本維新の会は、同性婚を認め、LGBTQ などの性的少数者が不当な差別をされないための施策の推進を掲げ[113]、国民民主党は、性的マイノリティなどの子どもが互いを理解し、共に学ぶことが出来る「インクルーシブ教育」の環境をつくるとし[114]、日本共産党は、LGBT 平等法を制定し、同性婚を認める民法改正を行うとし[115]、社民党は、同性婚を法制化し、婚姻の自由を等しく保障するとし[116]、NHK 党は、同性婚の合法化について、国会での議論を積極的に求

---

[108] https://new-kokumin.jp/wp-content/themes/dpfp/files/DPFP-Policies-Pamphlet2.pdf（最終アクセス2023年11月25日）。

[109] https://reiwa-shinsengumi.com/reiwa_newdeal/newdeal2021_09/#s02（最終アクセス2023年11月25日）。

[110] https://sdp.or.jp/policies/（最終アクセス2023年11月25日）。

[111] https://elections2022.cdp-japan.jp/lifesecurity/09/（最終アクセス2023年11月25日）

[112] chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.komei.or.jp/special/sanin2022/wp-content/uploads/manifesto2022.pdf（最終アクセス2023年11月25日）。

[113] chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://o-ishin.jp/sangiin2022/ishinhassaku2022.pdf（最終アクセス2023年11月25日）。

[114] chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://new-kokumin.jp/wp-content/uploads/2022/06/aa56be5ada4f88075e277df648acde2e.pdf（最終アクセス2023年11月25日）。

[115] https://www.jcp.or.jp/web_policy/2022/06/202207-saninseisaku.html（最終アクセス2023年11月25日）。

[116] https://sdp.or.jp/information/priority-policy-2022/（最終アクセス2023年11

めていくとする[117]。

このように、自民党以外の各政党は、同性婚や性的マイノリティの差別解消法案等の政策について、積極的な姿勢を示している。

⑵　地方公共団体における取組み

2015年の東京の渋谷区と世田谷区のパートナーシップ制度を皮切りに、2023年6月時点で、328の自治体でパートナーシップ制度が導入されており、人口カバー率は70.9パーセントとなっている[118]。その内訳を見ると、大阪市、札幌市、さいたま市、横浜市、大阪市、福岡市のような人口100万人以上の大都市も含まれており、さらに、東京都、大阪府、茨城県、群馬県、三重県、佐賀県のように都道府県単位で導入している地方公共団体も存在している。また、2021年、明石市が同性カップルの関係だけでなく、子どもを含んだファミリーシップ制度を導入した。明石市以外でファミリーシップ制度を導入している地方公共団体は、東京都足立区、大阪市、名古屋市などがある。

⑶　民間企業の取り組み

①　婚姻の平等（同性婚の法制化）への賛同

「Business for Marriage Equality」によると、2022年12月23日時点で、337の企業・団体が、婚姻の平等（同性婚の法制化）への賛同を表明しているとされる[119]。賛同企業は、LIXIL グループ、丸井グループ、ライフネット生命、チェリオ、パナソニック、ソフトバンク、ウォルマート・ジャ

月25日）。

[117] https://syoha-senkyo.jp/policy/013/（最終アクセス2023年11月25日）。

[118] https://nijibridge.jp/data/（最終アクセス2023年11月25日）。

[119]「Business for Marriage Equality」とは、日本で活動する３つの非営利団体による、婚姻の平等（同性婚の法制化）に賛同する企業を可視化するためのキャンペーンである。公益社団法人　Marriage For All Japan(MFAJ)、NPO 法人　LGBT とアライのための法律家ネットワーク（LLAN）、認定 NPO 法人　虹色ダイバーシティが共同で運営し、同性婚の法制化への賛同企業を募る活動を行っている。http://bformarriageequality.net/info/detail/1918/（最終アクセス2023年11月25日）。

パン／西友などである。また、森・濱田松本法律事務所、アンダーソン毛利友常法律事務所、西村あさひ法律事務所といった最大手の法律事務所を含む24のグローバル・ローファームや16のグローバル金融機関、GE、アマゾン、コカ・コーラ、マイクロソフト、グーグル、IBM、ジョンソン・エンド・ジョンソン、Netflix、クラフトハインツなどが賛同しているとされる[120]。

②　同性カップルを対象とした商品

三井住友銀行は、2020年2月27日、住宅ローンの連帯債務型借入における配偶者の定義に、「事実婚の方々」のほか「同性パートナーの方々」を含める対応を開始した[121]。上記サービスの利用には、自治体の発行する同性パートナーシップ証明書またはこれに類する証明書を提出が必要とされている。同種のサービスは、ほかに千葉銀行も実施している。また、みずほ銀行、琉球銀行、三井住友信託銀行、三井住友銀行、横浜銀行、東日本銀行なども、住宅ローンに関する配偶者の定義を同性カップルにも拡大する取組みを実施している。

⑷　国民の意識

2019年に実施された性的マイノリティについての意識に関する全国調査では、同性婚の法制化に〈賛成〉は、2019年調査で64.8%、〈反対〉は30.0% であった。2015年と比べて〈賛成〉は13.6ポイント増加した。また、20代の〈賛成〉は、2019年調査で83.8% という高い割合になった[122]。

国立社会保障・人口問題研究所が2018年に実施した「第６回全国家庭動向調査」によると、「男性どうしや、女性どうしのカップルにも、なんらかの法的保障が認められるべきだ」の問いに対する賛成の割合は、

---

[120] http://bformarriageequality.net/accj/（最終アクセス2023年11月25日）。

[121] https://www.smbc.co.jp/news/j602017_01.html（最終アクセス2023年11月30日）。

[122] 釜野さおり・石田仁・風間孝・平森大規・吉仲崇・河口和也（2020年）『性的マイノリティについての意識：2019年（第２回）全国調査報告会配布資料』JSPS 科研費（18H03652）「セクシュアル・マイノリティをめぐる意識の変容と施策に関する研究」（研究代表者　広島修道大学　河口和也）調査班編
http://alpha.shudo-u.ac.jp/~kawaguch/2019chousa.pdf（最終アクセス2022年5月19日）。

75.1% であった。「29歳以下」と「30 ～ 39歳」では　90% を超え、それぞれ92.1% と90.5% という高い割合となった[123]。同研究所が、2022年に実施した同調査では、「男性どうしや、女性どうしの結婚（同性婚）を法律で認めるべきだ」への賛成割合は75.6% となり、2018年と比較して約６ポイント上昇している[124]。

⑸　弁護士会の提言

日弁連では、2019年7月18日付けで「同性の当事者による婚姻に関する意見書」を取りまとめ、7月24日付けで法務大臣、内閣総理大臣、衆議院議長および参議院議長宛てに提出している。

日弁連は、同提言の趣旨について、「我が国においては法制上、同性間の婚姻（同性婚）が認められていない。そのため、性的指向が同性に向く人々は、互いに配偶者と認められないことによる各種の不利益を被っている。これは、性的指向が同性に向く人々の婚姻の自由を侵害し、法の下の平等に違反するものであり、憲法13条、14条に照らし重大な人権侵害と言うべきである。したがって、国は、同性婚を認め、これに関連する法令の改正を速やかに行うべきである。」としている[125]。

⑹　日本学術会議の提言

2017年9月29日、日本学術会議法学委員会の社会と教育におけるLGBTI の権利保障分科会は、「性的マイノリティの権利保障をめざして―婚姻・教育・労働を中心に」という提言を行っている[126]。同提言では、「婚姻の性中立化（性別を問わないこと）に向けた民法改正の必要性」が

---

[123] 国立社会保障・人口問題研究所「2018年社会保障・人口問題基本調査　第6回全国家庭動向調査　結果の概要（2019年9月13日公表）」58頁 https://www.ipss.go.jp/ps-katei/j/NSFJ6/Kohyo/NSFJ6_gaiyo.pdf（最終アクセス2023年1月1日）。

[124] 「2022年社会保障・人口問題基本調査第７回全国家庭動向調査結果の概要（令和5（2023）年8月22日公表）」89頁（最終アクセス2023年11月25日）。

[125] https://www.nichibenren.or.jp/document/opinion/year/2019/190718_2.html（最終アクセス2023年11月30日）。

[126] https://www.scj.go.jp/ja/info/kohyo/pdf/kohyo-23-t251-4.pdf（最終アクセス2023年11月30日）。

提言されている。

⑺　在日米国商工会議所からの意見書

在日米国商工会議所は、2018年9月に、「日本政府に対して、LGBT（Lesbian（レズビアン）、Gay（ゲイ）、Bisexual（バイ セクシュアル）、Transgender（トランスジェンダー））カップルにも婚姻の権利を認めること」を提言した[127]。同提言の目的については、「LGBT カップルに婚姻の権利を認めることにより、日本でビジネスを行う企業が、生産性を最大化するための職場環境の基礎的要素である人材の採用や維持、そして多様な従業員の公平な処遇において直面している障害を取り除くことができる。」としている。

4.4　小括　国内法及びその他の社会的状況及び国民の意識等について

憲法学説及び民法学説を検討した結果、両学説ともに、同性カップルの関係を何らかの形で法的に承認し、その権利を保障することについて、認容、要請しつつあることが判明した。

国会における法案審議、院内集会、各党公約について検討した結果、立法府において、同性カップルの関係の法的承認が一つの争点となっているという事実が確認された。また、衆議院法制局は、憲法24条は同性婚の法制化を禁止していないと考えていることも明らかとなった。

地方公共団体におけるパートナーシップ制度の導入状況等を検討した結果、パートナーシップ制度の導入が一部地域に限定された現象ではなく、全国的な流れとなっており、その流れは拡大中であるという事実が確認された。

民間企業の取り組みを検討した結果、民間企業においても同性婚の法制化に賛同する企業が多数存在すること、各種商品の販売において、同性カップルを異性カップルと同様に配偶者として扱う動きがあるという事実が確認された。

---

[127] https://static1.squarespace.com/static/5eb491d611335c743fef24ce/t/5eca5ef6063db750f2664cd6/1590320893440/1806_marriage_equality__hrc__.pdf（最終アクセス2023年11月30日）。

各種調査の結果から、同性婚の法制化について、賛成であるとする割合が、６割を超えるという事実が確認された。

弁護士会及び日本学術会議の提言からは、司法及び学術の専門家においても、同性婚を法制化すべきであるという認識が確立され、提言として公表されているという事実が確認された。

以上の検討結果から、憲法学説、民法学説、その他の社会的状況及び国民の意識等においては、同性カップルの関係が法的に承認され、その権利が保障されるべきであるとする考えが確立しつつあるということが確認された。そして、このことから、入管法上、異性カップルと同性カップルを異なる扱いをする合理性がないことを示す事実があるということが言える。

５　国内判例等における同性カップル

5.1　最高裁判例における家族と同性カップル

最高裁判例において、同性カップルの権利及び「家族」とは何かが直接的に争点となったことはないが、「家族」に関する規定が争点となった事案から、最高裁判例における「家族」を推測すること及び同性カップルが如何に解されるかを推測することは可能である。

渡辺康行は、「尊属殺重罰規定の合憲性」と「婚外子法定相続分規定の合憲性」に関する訴訟を素材に「裁判所･裁判官はいかなる家族観をもって憲法判断を行ってきたのか。」を分析しているが[128]、本稿では、これらの判例に加えて、国籍法違憲判決、性同一性障害者の婚姻に関する平成25年最高裁判決及び夫婦同姓規定合憲判決[129]を加えた検討を行うこととする[130]。特に、非嫡出子相続分差別規定違憲決定に至るまでの最高裁判

[128] 渡辺康行「憲法判例のなかの家族－尊属殺重罰規定違憲判決と婚外子法定相続分規定違憲決定」、駒村圭吾編著『テクストとしての判決『近代』と『憲法』を読み解く』69頁（有斐閣、2016年）。

[129] 最大判平成27年12月16日民集69巻８号2586頁及び最大決令和3年6月23日（判時2501号３頁）。

[130] 春名麻季「最高裁の憲法判例に現れる家族制度―憲法的視点と欧州との比較―」四天王寺大学紀要第68号155頁（2019年）では、最高裁判例を３つのカテゴリー、つまり、第一に、生殖補助医療技術の進歩により提起される問題、第

例の変遷には注目すべき点が多く、重要である[131]。

⑴　尊属殺人重罰規定に関する判例

①　昭和25年10月11日最高裁判決[132]

「夫婦、親子、兄弟等の関係を支配する道徳は、人倫の大本、古今東西を問わず承認せられているところの人類普遍の道徳原理（下線筆者）、すなわち学説上所謂自然法に属するものといわなければならない。」

②　昭和48年4月4日最高裁判決[133]

「親族は、婚姻と血縁とを主たる基盤とし、互いに自然的な敬愛と親密の情によつて結ばれていると同時に、その間おのずから長幼の別や責任の分担に伴う一定の秩序が存し、通常、卑属は父母、祖父母等の直系尊属により養育されて成人するのみならず、尊属は、社会的にも卑属の所為につき法律上、道義上の責任を負うのであつて、尊属に対する尊重報恩は、社会生活上の基本的道義（下線筆者）というべく、このような自然的情愛ないし普遍的倫理の維持は、刑法上の保護に値するものといわなければならない。しかるに、自己または配偶者の直系尊属を殺害するがごとき行為はかかる結合の破壊であつて、それ自体人倫の大本に反し、かかる行為をあえてした者の背倫理性は特に重い非難に値するということができる。」

③　小括

①の最高裁判例では、家族における個人よりも、道徳的な家族としてのつながりを重視していることを指摘することができ、家制度の残滓が

二に、伝統的家族像に依拠して設けられている法律規定における「個人の尊重」・差別の問題、そして第三に、本来想定されていないにもかかわらず、既存の法律規定によって解決可能とされた問題に分類し検討を行っている。同論文でも、国籍法違憲判決、性同一障害者の婚姻に関連する判例を取り上げて、検討を行っている。

131　最高裁は、平成7年決定において、「現在の相続制度は、家族というものをどのように考えるかということと密接に関係している」としており、相続制度から、最高裁の「家族像」を見ることができると言える。

132　最高裁判所刑事判例集４巻10号2037頁。

133　最高裁判所刑事判例集27巻３号265頁。

うかがわれる。一方、②は、尊属殺重罰規定の立法目的に合理的な根拠があると認めながらも、その加重の程度が極端であり、普通殺に関する刑法199条の法定刑に比し、著しく不合理な差別的取り扱いであるとしている。

⑵　非嫡出子相続分差別規定違憲決定及び国籍法違憲判決

①　国籍法違憲判決[134]

「父母の婚姻により嫡出子たる身分を取得するか否かということは、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（下線筆者）父母の身分行為に係る事柄」であるとし、非嫡出子の被る不利益は看過し難いものであるとするなど、非嫡出子の立場への配慮が見られる。さらに、我が国おける社会的、経済的環境等の変化、家族生活や親子関係における意識の変化、家族生活や親子関係の実態の変化・多様化が指摘されている。

②　平成25年非嫡出子相続分差別規定違憲決定[135]

平成７年の合憲決定から平成25年の違憲決定に至るまで、多数意見は、同規定を合憲とし続けたが、反対意見の中には、憲法24条が相続において個人の尊厳を立法上の原則とすることを規定する趣旨に相容れないとする意見が見られた[136]。平成25年の違憲決定では、「その定めの合理性については、個人の尊厳（下線筆者）と法の下の平等を定める憲法に照らして不断に検討され、吟味されなければならない。」、「家族という共同体の中における個人の尊重（下線筆者）がより明確に認識されてきた」といった表現が用いられ、前述した反対意見において主張されていた「個人の尊厳」の影響が随所に見られるものとなった。

さらに、「子にとっては自ら選択ないし修正する余地のない事柄を理由としてその子に不利益を及ぼすことは許されず、子を個人として尊重（下線筆者）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

---

[134] 最大判平成20年6月4日民集228号101頁。

[135] 最大判平成25年9月4日民集67巻６号1320頁。

[136] 例えば、最大決平成7年7月5日民集49巻７号1789頁の裁判官中島敏次郎、同高橋久子、同尾崎行信、同遠藤光男の反対意見などがある。

きているものということができる。」とし、子どもを個人として尊重する姿勢も見られるものとなった。

③　小括

①及び②の「非嫡出子」の存在に着目し、渡辺康行は、前述した昭和48年4月4日の最高裁判決とは異なり、子どもを個人として尊重する傾向が形成されてきたこと、「『尊属に対する尊重報恩』を説いた昭和48年判決と、『法律婚の尊重』を自明の前提としつつ、『家族という共同体の中における個人の尊重』という認識の浸透を説いた平成25年決定との間では相当に変化している。」ことを指摘することが出来るとする[137]。

⑶　性同一性障害者の婚姻と子ども

平成25年12月10日最高裁判決[138]の多数意見及び寺田補足意見では、婚姻を夫婦と子どもからなるものとしている。

①　多数意見

「性別の取扱いの変更の審判を受けた者については、妻との性的関係によって子をもうけることはおよそ想定できないものの、一方でそのような者に婚姻することを認めながら、他方で、その主要な効果である同条による嫡出の推定（下線筆者）についての規定の適用を、妻との性的関係の結果もうけた子であり得ないことを理由に認めないとすることは相当でないというべきである。」

②　寺田補足意見

「現行の民法では、「夫婦」を成り立たせる婚姻は、単なる男女の（下線筆者）カップルの公認に止まらず、夫婦間に生まれた子をその嫡出子とする仕組みと強く結びついている」。「嫡出推定の仕組みこそが婚姻制度を支える柱」としている。ただし、上記は、現行法における理解を示したものであり、異なる立法論を否定するものではなく、基本的にすべて憲法の枠内で国会において決められることであるとしている。

寺田裁判官の意見で特徴的なのは、民法上のという前置きを置いて検討していること、上記以外の理解に基づく「家族」を新しく立法により、

137　渡辺・前掲注116）107頁。

138　最高裁判所民事判例集67巻９号1847頁。

創設することを否定していない点にある。

⑷　夫婦同姓規定合憲判決[139]

①　平成27年判決の多数意見

同判決では、家族について「家族は社会の自然かつ基礎的な集団単位」とし、「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」としている。

また、婚姻については、「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」とし、法律婚を重視しているように思われる。

このように、同決定において、最高裁は、「夫婦と嫡出子」からなる家族を想定しており、制度を前提に氏を理解しており、上告人が主張する憲法上の権利として保障される人格権の一内容である「氏の変更を強制されない自由」を認めていない点に特徴がある。

なお、令和３年判決の多数意見では、平成27年判決の様な家族及び婚姻についての言及は見られない。

②　平成27年判決の寺田補足意見

「男女間に認められる制度としての婚姻（下線筆者）を特徴づけるのは、嫡出子の仕組み（772条以下）をおいてほかにない」とし、多数意見よりも、「法律婚による夫婦と嫡出子」からなる家族が強く意識されている。特に、嫡出子の重要性が、顕著に表れている点に特徴がある[140]。

③　平成27年判決の岡部補足意見

「世の中の家族は多数意見の指摘するような夫婦とその間の嫡出子のみを構成員としている場合ばかりではない。民法が夫婦と嫡出子を原則的な家族形態と考えていることまでは了解するとしても、そのような家

[139] 最大判平成27年12月16日民集69巻８号2586頁及び最大決令和3年6月23日（判時2501号３頁）。

[140] 石綿はる美「『家族』の呼称としての氏と婚姻の効力としての夫婦同氏」、論究ジュリ№18、84頁（2016年）。

族以外の形態の家族の出現を法が否定しているわけではない。（下線筆者）」とし、多数意見に比して、多様な家族の存在を肯定している。氏についても、多数意見に比して、その重要性を認めており、「個人の尊厳」という文言を用いている点に特徴がある。

④　令和３年判決の深山卓也、岡村和美、長嶺安政の補足意見

憲法24条１項の婚姻は、「法律婚であって、これは、法制度のパッケージ（下線筆者）として構築されるものにほかならない。」

⑤　令和３年判決の三浦守の意見

「婚姻は、その後の生活と人生を共にすべき伴侶に関する選択であり、個人の幸福の追求について自ら行う意思決定の中で最も重要なものの一つ（下線筆者）である。婚姻が法制度を前提とするものであるにしても、憲法24条１項に係る上記の趣旨は、個人の尊厳に基礎を置き、当事者の自律的な意思決定に対する不合理な制約を許さないことを中核とするということができる。」

⑥　令和３年判決の宮崎・宇賀反対意見

「婚姻自体は、国家が提供するサービスではなく、両当事者の終生的共同生活を目的とする結合として社会で自生的に成立し一定の方式を伴って社会的に認められた人間の営み（下線筆者）であり、私たちは、原則として、憲法24条１項の婚姻はその意味と解すべきであると考える。」

「家族という概念は、憲法でも民法でも定義されておらず、その外延は明確ではない。社会通念上は、その概念は多義的である。」

「子の氏とその両親の氏が同じである家族というのは、民法制度上、多様な形態をとることが容認されている様々な家族の在り方の一つのプロトタイプ（法的強制力のないモデル）にすぎない（下線筆者）と考えられる。」

⑦　小括

平成27年判決と令和３年判決を検討した結果、家族については、大別すると、①一人の男性と一人の女性からなる夫婦とその子どもからなるものとするもの、②①の関係に限定せず、より広い範囲で家族を捉える考え方があるということが明らかとなった。

⑸　小括

最高裁判例を分析した結果、最高裁が想定する家族とは、法律婚によっ

て形成される男女の夫婦とその間に生まれた嫡出子ということであることが判明した。論者によっては、最高裁の多数意見が、「家族の形態として夫婦と嫡出子という１つの形態にこだわる向きが窺われる」と評する者もいるが[141]、最高裁はあくまで現行民法の規定する「家族像」を述べているにすぎず、民法が想定していない家族までも否定するという強固な「家族像」を表明しているわけではないと思われる。さらに、非嫡出子相続分差別規定違憲決定では、社会の変遷が決定に大きな影響を及ぼしていることから、家族に関する規定の解釈には、社会の変遷による影響も無視できず、今後最高裁の「家族像」が変容する可能性も否定できない。その証拠に、各判決の少数意見では、従来の最高裁が示してきた「婚姻」や「家族」と異なる解釈を示すものも増えてきている。

同性カップルについて言えば、再婚禁止期間違憲決定において、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を明らかにしたもの」と表現していることが注目に値する。同決定において、婚姻を表する際に、「男女」という文言は、使用されていないことから、最高裁は、同性婚容認の余地を残したとも解釈することもできるように思われる。

5.1.2　最高裁判例の考慮要素について

⑴　国籍法違憲判決

本件において、まず、最高裁は、「日本国籍は、我が国の構成員としての資格であるとともに、我が国において基本的人権の保障、公的資格の付与、公的給付等を受ける上で意味を持つ重要な法的地位でもある。」とし、日本国籍が重要な法的地位であることを確認した。

そして、非嫡出子という身分については、「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。」とし、「このような事柄をもって日本国籍取得の要件に関して区別

[141] 田代亜紀「憲法学における『家族』の位置づけに関する一詩論」山元一ほか編『憲法の普遍性と歴史性　辻村みよ子先生古稀記念論集』225頁（日本評論社、2019年）。

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。」とし、より厳しい審査を行うこととした。

次に、審査を行う際の考慮要素として、「我が国における社会的、経済的環境等の変化」、「社会通念及び社会的状況の変化」を指摘した上で、「諸外国においては、非嫡出子に対する法的な差別的取扱いを解消する方向にあること」、「我が国が批准した市民的及び政治的権利に関する国際規約及び児童の権利に関する条約にも、児童が出生によっていかなる差別も受けないとする趣旨の規定が存する。」ことを指摘した。

さらに、諸外国の状況については、「国籍法３条１項の規定が設けられた後、自国民である父の非嫡出子について準正を国籍取得の要件としていた多くの国において、今日までに、認知等により自国民との父子関係の成立が認められた場合にはそれだけで自国籍の取得を認める旨の法改正が行われている。」ことを指摘する。

そして、「以上のような我が国を取り巻く国内的、国際的な社会的環境等の変化に照らしてみると、準正を出生後における届出による日本国籍取得の要件としておくことについて、前記の立法目的との間に合理的関連性を見いだすことがもはや難しくなっているというべきである。」と結論付けた。

⑵　非嫡出子相続分差別規定違憲決定

まず、最高裁は、「相続制度は、被相続人の財産を誰に、どのように承継させるかを定めるものであるが、相続制度を定めるに当たっては、それぞれの国の伝統、社会事情、国民感情（下線筆者）なども考慮されなければならない。さらに、現在の相続制度は、家族というものをどのように考えるかということと密接に関係しているのであって、その国における婚姻ないし親子関係に対する規律、国民の意識等（下線筆者）を離れてこれを定めることはできない。」ということを確認する。ここで、最高裁は、考慮すべき要素として、「国の伝統」、「社会事情」、「国民感情」、「婚姻ないし親子関係に対する規律」、「国民の意識等」を挙げている。

次に、重要な事柄として、①昭和22年民法改正以降の婚姻や家族の実態の変化、その在り方に対する国民の意識の変化、②本件規定の立法に影響を与えた諸外国の状況が大きく変化し、我が国以外で嫡出子と嫡出

でない子の相続分に差異を設けている国は、欧米諸国にはなく、世界的にも限られた状況にあること、③日本が批准する自由権規約、子どもの権利に関する条約が子どもの出生による差別を禁止していること、④自由権規約及び子どもの権利委員会から本件規定に対して規定の削除の勧告、懸念が表明されていること、⑤我が国における嫡出子と嫡出でない子の区別に関わる法制等も変化し、差別的な取り扱いが改善されていること、⑦昭和54年の法務省民事局参事官室により法制審議会民法部会身分法小委員会の審議に基づくものとして公表された「相続に関する民法改正要綱試案」、平成６年の同小委員会の審議に基づくものとして公表された「婚姻制度等に関する民法改正要綱試案」、平成８年に法制審議会が法務大臣に答申した「民法の一部を改正する法律案要綱」平成22年にも国会への提出を目指して上記要綱と同旨の法律案が政府により準備されたこと、⑧最高裁判例による度重なる問題の指摘、を挙げる。

そして、「種々の要素を総合考慮し、個人の尊厳と法の下の平等を定める憲法に照らし、嫡出でない子の権利が不当に侵害されているか否かという観点から判断されるべき法的問題であり、法律婚を尊重する意識が幅広く浸透しているということや、嫡出でない子の出生数の多寡、諸外国と比較した出生割合の大小は、上記法的問題の結論に直ちに結び付くものとはいえない。」とする。

前述した事柄について、最高裁は、「本件規定の合理性に関連する以上のような種々の事柄の変遷等は、その中のいずれか一つを捉えて、本件規定による法定相続分の区別を不合理とすべき決定的な理由とし得るものではない。しかし、昭和22年民法改正時から現在に至るまでの間の社会の動向、我が国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及び我が国が批准した条約の内容とこれに基づき設置された委員会からの指摘、嫡出子と嫡出でない子の区別に関わる法制等の変化、更にはこれまでの当審判例における度重なる問題の指摘等を総合的に考察すれば、家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るといえる。そして、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、上記のような認識の変化に伴い、上記制度の下で父母が婚姻関係になかったという、子にとっては自ら選択ないし修正する余地のない事柄を理由としてその

子に不利益を及ぼすことは許されず、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ものということができる。」とした。

⑶　小括

国籍法違憲判決では、「我が国における社会的、経済的環境等の変化」、「社会通念及び社会的状況の変化」、「諸外国の状況」、「日本が批准した条約の規定」を指摘し、「我が国を取り巻く国内的、国際的な社会的環境等」が変化しているとし、国籍法が憲法14条に違反すると結論付けた。

非嫡出子相続分差別規定違憲決定では、「昭和22年民法改正時から現在に至るまでの間の社会の動向、我が国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及び我が国が批准した条約の内容とこれに基づき設置された委員会からの指摘、嫡出子と嫡出でない子の区別に関わる法制等の変化、更にはこれまでの当審判例における度重なる問題の指摘」等を総合的に考察している。

以上のことから、最高裁は、法律の違憲性審査に当たって、国内法、その他の社会的状況及び国民の意識等、国内判例の状況、日本が批准する人権条約、諸外国の状況を考慮しているということが言える。

5.2　下級審判決における同性カップル

数年前まで、性的マイノリティが当事者となった国内判決は、著名な東京都青年の家事件などの数件程度しか存在しない状況にあった[142]。

しかし、近年、下級審判決において、性的マイノリティが当事者となったもの、同性カップルの権利保障が争点となるものが出現している[143]。

---

[142] 東京高判平成9年9月16日判タ986号206頁。

[143] 性的マイノリティが当事者となったものとしては、東京地裁令和元年12月12日判決（LEX/DB25580421）がある。

本件は、経済産業省が、身体的性別及び戸籍上の性別は男性であるが自認している性別は女性である同省職員である原告（性別適合手術、特例法の審判をいずれも受けていない）に対し、執務室から２階以上離れた階の女性用トイレの使用しか認めなかったことなどに対し、国家賠償法１条１項に基づき慰謝料等を請求し、認容された事例。

これまで、国内において、同性カップルの権利保障が争点となったものは、皆無と言ってよく、近年の当事者運動の高まりとセクシャルマイノリティ問題に取り組む弁護士等の増加に伴い、未だその数は少ないものの、増加傾向にある[144]。しかし、下級審判決において統一的な見解が形成されるまでには至っておらず、同性カップルの権利を保障しようとするものもある一方で、同性カップルの権利を認めないものもあるが、これまで、可視化されていなかった同性カップルの権利問題が可視化されるようになったことにより、これからの発展が期待されるところである。

5.2.1　同性カップルの権利が争点となった判決

5.2.1.1　同性カップルの一方から不貞行為を行った同性パートナーへの慰謝料請求

⑴　宇都宮地裁真岡支部令和1年9月18日判決[145]

①　事案の概要

本件は、原告が、原告と同性カップルの関係にあった被告Ａ及び後に被告Ａと婚姻した被告Ｂに対し、被告らが不貞行為を行った結果、原告と被告Ａの同性の事実婚（内縁関係）が破綻したとして、共同不法行為に基づき損害賠償を請求した事案である。

②　判旨

「現在の我が国においては、法律上男女間での婚姻しか認められていないことから、これまでの判例・学説上も、内縁関係は当然に男女間を前提とするものと解されてきたところである。」

「しかしながら、近時、価値観や生活形態が多様化し、婚姻を男女間に

同性パートナーの権利保障については、大阪地裁令和2年3月27日判決（LEX/DB25570889）がある。

本件原告男性は、約45年同居し、一緒に事務所経営を行う同性パートナーがいたが、同性パートナーの親族らに同性パートナーの葬式の参列等を拒否されたことから、損害賠償等を請求した事案であるが、請求は認容されなかった。

144　東京弁護士会の会報誌 LIBRA2021年1 ～ 2月号の６頁には、同誌の2016年3月号で、性的マイノリティを特集してから「その後わずか数年間における裁判例の蓄積には目覚ましいもの」があると表現されている。

145　宇都宮地真岡支判令和1年9月18日判時2473号51頁。

限る必然性があるとは断じ難い状況（下線筆者）となっている。世界的に見ても、同性のカップル間の婚姻を法律上も認める制度を採用する国が存在するし、法律上の婚姻までは認めないとしても、同性のカップル間の関係を公的に認証する制度を採用する国もかなりの数に上っていること、日本国内においても、このような制度を採用する地方自治体が現れてきていることは、公知の事実でもある。かかる社会情勢を踏まえると、同性のカップルであっても、その実態に応じて、一定の法的保護を与える必要性は高いということができる（下線筆者）（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くても法律上それができないの場合に、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。）。また、憲法24条１項が「婚姻は、両性の合意のみに基いて成立し」としているのも、憲法制定当時は同性婚が想定されていなかったからにすぎず、およそ同性婚を否定する趣旨とまでは解されないから、前記のとおり解することが憲法に反するとも認められない。（下線筆者）

そうすると、法律上同性婚を認めるか否かは別論、同性の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解するのが相当である（下線筆者）（なお、現行法上、婚姻が男女間に限られていることからすると、婚姻関係に準じる内縁関係（事実婚）自体は、少なくとも現時点においては、飽くまで男女間の関係に限られると解するのが相当であり、同性婚を内縁関係（事実婚）そのものと見ることはできないというべきである。）」。

⑵　東京高裁令和2年3月4日判決[146]

「以上の事実に照らすと、控訴人及び被控訴人の上記関係（以下「本件関係」という。）は、他人同士が生活を共にする単なる同居ではなく、同性同士であるために法律上の婚姻の届出はできないものの、できる限り社会観念上夫婦と同様であると認められる関係を形成しようとしていた

[146] 東京高判令和2年3月4日判時2473号47頁。

もの（下線筆者）であり、平成28年12月当時、男女が相協力して夫婦としての生活を営む結合としての婚姻に準ずる関係にあったということができる（下線筆者）。したがって、控訴人及び被控訴人は、少なくとも民法上の不法行為に関して、互いに、婚姻に準ずる関係から生じる法律上保護される利益を有するものというべきである。」

「以上の事実に照らすと、控訴人及び被控訴人の上記関係（以下「本件関係」という。）は、他人同士が生活を共にする単なる同居ではなく、同性同士であるために法律上の婚姻の届出はできないものの、できる限り社会観念上夫婦と同様であると認められる関係を形成しようとしていたものであり、平成28年12月当時、男女が相協力して夫婦としての生活を営む結合としての婚姻に準ずる関係にあったということができる。したがって、控訴人及び被控訴人は、少なくとも民法上の不法行為に関して、互いに、婚姻に準ずる関係から生じる法律上保護される利益を有するものというべきである。」

⑶ 小括

第一審である宇都宮地裁真岡支部判決は、同性カップルの関係を内縁に準じる関係としている一方で、控訴審である東京高裁令和2年3月4日判決は、同性カップルの関係を「理念的には原審よりも同性間の内縁の保護をさらに進めたといえる」と評価されている[147]。また、宇都宮地裁真岡支部判決は、「憲法24条の基底にも反しないと踏み込んでいる点は、注目に値する。」と評価されている[148]。さらに、東京高裁判決では、同性婚を認めている国・地域、登録パートナーシップ等についても言及しており、「現代の社会情勢をより正確に認識していることが注目される。」と評されている[149]。また、同判決では、「同性カップルの共同生活関係は、『事実婚』としての法的評価を受けたといえる」とし、その評価の背景に

[147] 森山浩江「同性パートナーシップと法的保護」ジュリストNo.1557、63頁（2021年）。

[148] 新島一彦「同性カップルに対する法的保護の可能性－LGBTに関する最近の動向を踏まえて―」平成法政研究第25巻第２号262頁（2021年）。

[149] 新島・前掲注131）262頁。

は「控訴審がより正確に事実を指摘した近時の社会情勢に対する認識がある。」と評価されている[150]。

筆者としても、第一審が、当該同性カップルにも「内縁関係に準じた法的保護に値する利益」が認めれるとしたのに対し、控訴審が、当該同性カップルの関係を「婚姻に準ずる関係」とした点に注目したい[151]。いずれの判決もその程度に違いはあれど、同性カップルの関係が何らかの形で保護されるべきとされている点は、注目に値する。本件は、東京高裁に控訴された後、最高裁に上告されたが、令和3年3月17日に上告が棄却され確定している。

なお、2022年2月14日の報道によると、日本国籍の女性と６年間に渡り、日本で生活をした後に、関係を解消し別居したドイツ国籍女性が行った財産分与の申し立てについて、横浜家裁は、「日本の法律は婚姻および離婚の当事者を『夫婦』または『父母』と規定するなど異性間でのみ認めていることは明らかだ」などとしたうえで「婚姻の実質的要件を欠く場合にまで内縁の夫婦関係と認め、婚姻に関する規程を適用するのは現行の法律の解釈上困難だ」と指摘し、申し立てを却下したされる[152]。この様に、国内裁判例においては、未だ同性カップルを法的に如何に取り扱うかについては、定まっていない状態にある。

5.2.1.2　犯罪被害者給付金

⑴　名古屋地裁令和2年6月4日判決[153]

①　事案の概要

原告男性と共同生活を継続していた男性が、原告と交際していた別の男性（以下「本件加害者」という。）に殺害された。本件は、原告が、犯罪被害者等給付金の支給等による犯罪被害者等の支援に関する法律（以

[150] 二宮周平「同性カップルの事実婚としての法的保護」法学新報127巻３・４号、466頁（2021年）。

[151] 但し、第一審は慰謝料を110万としているのに対し、控訴審は慰謝料を100万円と評価していることから、第一審よりも控訴審の方が、明らかにより同性カップルの権利を保障しているとは言えないと思われる。

[152] https://www.tokyo-np.co.jp/article/160210（最終アクセス2023年11月26日）。

[153] 名古屋地判令和2年6月11日判タ1482号131頁。

下「犯給法」という。）５条１項１号にいう「婚姻の届出をしていないが、事実上婚姻関係と同様の事情にあった者」として同号所定の「犯罪被害者の配偶者」に該当するなどと主張して、遺族給付金（犯給法４条１号）の支給の裁定を申請したところ（以下「本件申請」という。）、愛知県公安委員会から、犯給法５条１項１号所定の「犯罪被害者の配偶者」とは認められないとして、遺族給付金の支給をしない旨の裁定（以下「本件処分」という。）を受けたことから、その取消しを求めた事案である。

②　判旨

「犯給法の目的が、社会連帯共助の精神に基づいて、租税を財源として（下線筆者）遺族等に一定の給付金を支給し，国の法制度全般に対する国民の信頼を確保することにあることに鑑みると，犯給法による保護の範囲は社会通念により（下線筆者）決するのが合理的である。」

「同性間の共同生活関係に関する理解が社会一般に相当程度浸透し、差別や偏見の解消に向けた動きが進んでいるとは評価できるものの、同性間の共同生活関係を我が国における婚姻の在り方との関係でどのように位置付けるかについては、いまだ社会的な議論の途上にあり、本件処分当時の我が国において同性間の共同生活関係を婚姻関係と同視し得るとの社会通念が形成されていたということはできないというほかない。（下線筆者）。以上のとおり、本件処分当時の我が国において同性間の共同生活関係が婚姻関係と同視し得るものであるとの社会通念が形成されていたとはいえず、本件処分当時においては、同性の犯罪被害者と共同生活関係にある者が、個別具体的な事情にかかわらず、「事実上婚姻関係と同様の事情にあった者」（犯給法５条１項１号）に当たると認めることはできないというべきである。」

⑵　名古屋高裁令和4年8月26日判決[154]

本件は、前述した名古屋地裁令和2年6月4日判決の控訴審である。

（判旨）

「同性間の共同生活関係に関する理解が社会一般に相当程度浸透し、差別や偏見の解消に向けた動きが進んでいるとは評価できるものの、同

[154] 名古屋高判令和4年8月26日判タ1506号48頁。

性間の共同生活関係を我が国における婚姻の在り方との関係でどのように位置付けるかについては、いまだ社会的な議論の途上にあり、本件処分当時の我が国において、犯罪被害者給付金制度を含む法体系全般において、同性間の共同生活関係を、異性間の共同生活関係ないし婚姻関係と同視することが要請されるとの社会的な意識が醸成されていたとは認め難い。（下線筆者）」とし、同性の犯罪被害者と共同生活関係にある者が、個別具体的な事情にかかわらず、「事実上婚姻関係と同様の事情にあった者」（犯給法５条１項１号）に当たると認めることはできないとした。

⑶　小括

両判決は、ともに同性パートナーは、事実上婚姻関係と同様の事情にあった者」（犯給法５条１項１号）に当たると認めることはできないとしている。

名古屋地裁令和2年6月4日判決では、同性カップルの関係が、犯罪被害者等給付金の支給等による犯罪被害者等の支援に関する法律（以下、犯給法）における「婚姻の届出をしていないが、事実上婚姻関係と同様の事情にあった者」に当たるか否かが争点となった。本件は、犯給法による保護の範囲は、社会通念により決するのが合理的であるとしている点に特徴がある。さらに、本判決は、原告が主張した事実（地方公共団体によるパートナシップ制度等）を消極的に評価し、本件処分当時の国内の状況からは、同性カップルの関係を婚姻関係と同視し得る社会通念が形成されていたとは言えないと結論付けている。しかし、社会通念を根拠とすることについては、疑問が呈されている[155]。

一方、名古屋高裁は、「憲法24条は（下線筆者）、憲法制定当時に同性婚が想定されていなかったため、このような定めとなっており、同性婚を禁止した趣旨とは解されない（下線筆者）。」とし、憲法上同性婚は禁止されていないとする。そして、性的指向については、「性的指向（性

[155] 二宮・前掲注133）470頁以下。渡邉泰彦「同性カップルが犯給法５条１項１号の『事実上婚姻関係と同様の事情にあった者』に該当するか」新・判例解説Watch28号128頁（2020年）。

愛を抱く相手が異性か同性か)、性自認（自分の性別についてのアイデンティティ）は、生物学的基盤によるものであると解されており、自らの意思や努力によって変えることのできない属性（下線筆者）であるというべきである。」とし、「このように自らの意思や努力によって変えることのできない生物学的基盤による属性の違いによって、結果的に別異の取扱いが生ずることについては、慎重であるべき（下線筆者）といえる。したがって、同性パートナーについて、婚姻自体は認めなくても、法的に様々な保護をする立法がされ、同性パートナーについて、異性パートナーないし異性婚姻関係と同視することが要請されるとの社会的な意識が醸成されていた場合には、犯罪被害者給付金の給付において、同性パートナーについて異なる扱いをすることが、立法府の合理的な範囲の裁量権を逸脱したと評価される可能性がある（下線筆者）。」とし、今後の社会的な意識如何によっては、憲法14条に違反する可能性があるとしている点が注目されるところである。

5.2.2　結婚の自由をすべての人に訴訟

5.2.2. 1　はじめに

⑴　検討判決について

同性間の婚姻を認めていない民法及び戸籍法の諸規定が、憲法13条、14条、24条１項、24条２項に違反するか否かが争点となった一連の「結婚の自由をすべての人に訴訟」の地裁判決を検討する。2023年11月現在、札幌地裁、大阪地裁、東京地裁、名古屋地裁、福岡地裁による判決が出されており、その全てを検討の対象とする。

検討する争点は、①憲法13条、②憲法14条、③憲法24条１項、④憲法24条２項、とし、国家賠償法に関する争点については検討しないこととする。

⑵　検討方法について

各地裁判決の検討順については、判決が出された順に行うこととする。その理由は、後続の地裁判決が先行の地裁判決の影響を受けていることによる。後述するように、東京地裁判決以降、その傾向が顕著に見られる。出された順に検討を行うことで国内裁判所の議論の発展状況が明確

となるとともに、国内裁判所の議論の傾向が示され、国内裁判所における判断基準を抽出することが可能となるはずである。

各争点の検討順については、①憲法24条１項、②憲法13条、③憲法14条、④憲法24条２項、とする。まず、24条１項から検討を開始する理由は、24条１項の「婚姻」の解釈が、憲法13条、14条、24条２項、の解釈に大きな影響を及ぼしているからである。上記①以降は、重要度が低いものから順に検討を行うこととした。重要度の判定は、各争点を検討した地裁の数、判決文中の重要度により決定した。上記②は、検討した地裁の数が最も少ないことから検討順位を２番手とした。上記④は、札幌地裁判決以外の４つの地裁判決において重点的に検討されていること、同性カップルを24条２項の「家族」として捉えることが持つ可能性、から最も重要な争点であると判断し４番手とした。

⑶　各判決の概要について

ここでは、各論点の検討に入るに当たり、各地裁判決の概要を整理する。

①　札幌地裁判決[156]

札幌地裁判決は、①憲法24条１項・２項、②憲法13条、③憲法14条という検討順序を採用している。残りの４地裁判決と異なり、①の検討は控えめなものとなっている一方で、③の検討を重点的に行い、憲法14条に違反するとした点に特徴がある[157]。憲法14条の判断においては、性的指向を「自らの意思に関わらず決定される個人の性質」であるとし、性別、人種などと同様のものとした上で、区別取扱いが合理的根拠を有するか否かは、「真にやむを得ない区別取扱いであるか否かの観点から慎重にされなければならない。」としている点が特筆に値する。

②　大阪地裁判決[158]

大阪地裁判決は、①24条１項、②憲法13条、③24条２項、④憲法14条

[156] 札幌地判令和3年3月17日判時2487号３頁。

[157] 同様の評価をするものとして、白水隆「異性婚限定制度違憲訴訟」ジュリストNo.1570　16頁（2022年）。

[158] 大阪地判決令和4年6月20日訟月68巻12号1563頁。

という検討順序を採用し、③の検討を重点的に行っている。婚姻によりもたらされる「公益に係る利益」を人格的尊厳に関わる重要な人格的利益とする点に特徴があるが、民主的過程における議論が途上であることを重視し、将来的に24条２項に違反する可能性を指摘しつつも、立法裁量の逸脱を認めなかった。また、性的指向を本人の意思や努力によっては変えることができない事柄である為、より慎重に検討される必要があるとしながらも、14条についても合理的な立法裁量を理由に違憲性を認めなかった。

③　東京地裁判決[159]

東京地裁判決は、①24条１項、②憲法14条、③24条２項という検討順序を採用し、③の検討を重点的に行っている。なお、13条については、原告が13条違反を主張していない為、検討対象外となっている。

本判決で特筆すべきは、札幌地裁判決及び大阪地裁判決では示されなかった同性カップルの関係を憲法24条２項の「家族」と捉えるという視点を示したことにある。同性カップルを24条２項の「家族」として捉える視点は、後続の名古屋地裁判決及び福岡地裁判決に引き継がれている。さらに、現行法上、同性カップルに対して家族となるための法制度が存在しないことを憲法24条２項に違反する状態であるとしたことも特筆に値する。

また、東京地裁判決では、認定事実中の「⑴性的指向、性的少数者に関する知見等」の「イ同性愛に関する知見の変遷」としてヨーロッパ人権条約及び自由権規約委員会等に関する言及がなされている点も注目に値する。

④　名古屋地裁判決[160]

名古屋地裁判決は、①24条１項、②24条２項、③憲法14という検討順序を採用し、②の検討を重点的に行っている。なお、13条については、原告が13条違反を主張していない為、検討対象外となっている。②の検討に当たっては、東京地裁と同様に同性カップルを24条２項の家族として捉えている。

159　東京地判令和4年11月30日裁判所ウェブサイト。

160　名古屋地判令和5年5月30日裁判所ウェブサイト。

本判決で特筆すべきは、５地裁判決において唯一、本件諸規定が憲法24条２項及び憲法14条に違反すると明示したことである。東京地裁判決は、同性愛者がパートナーと家族となる法制度については多様なものが想定され、それが立法裁量に委ねられており、その方法も現行の婚姻制度に限定されないことから、24条２項に違反しないとした。しかし、名古屋地裁判決は、「累計的には膨大な数になる同性カップルが現在に至るまで長期間にわたって」「重大な人格的利益の享受を妨げられている」ことを重視し、国会の立法裁量を超えるものと判断している点が特筆に値する。

また、本判決の特徴としては、国際人権法について言及している点にある。本判決は、認定事実中の「⑶性的少数者の権利保護をめぐる各種国際機関等の動向」として、国連の条約機関の動向等に言及している。東京地裁判決及び福岡地裁判決においても、認定事実中に国際人権法に関する言及が見られるが、その分量は、本判決が最多である。さらに、24条２項の違憲性判断においても、国連の条約機関等からの勧告について言及が見られる。

⑤　福岡地裁判決[161]

福岡地裁判決は、①24条１項、②憲法13条、③憲法14条、④24条２項という検討順序を採用し、④の検討を重点的に行っている。

④の検討に当たっては、東京地裁と同様に同性カップルを24条２項の家族として捉えている。本判決は、東京地裁判決と同様に、憲法24条２項に違反する状態にあるという判断を示した。検討順序や検討内容も東京地裁判決に近いものがある。

福岡地裁判決の特徴としては、24条２項の違憲性の判断において、国連の決議、自由権規約委員会、社会権規約委員会からの懸念、勧告を立法事実として参照していることにある。

5.2.2.2 「婚姻」及び「婚姻の本質」について

ここでは、各地裁判決における「婚姻」及び「婚姻の本質」について確認し、論じることとする。その理由は、各地裁判決の「婚姻」及び「婚

[161] 福岡地判決令和5年6月8日裁判所ウェブサイト。

姻の本質」の捉え方が各論点の解釈に影響を及ぼしていることによる。

⑴　札幌地裁判決

「婚姻の本質は、両性（下線筆者）が永続的な精神的及び肉体的結合を目的として真摯な意思をもって共同生活を営むこと（下線筆者）にあると解される（最高裁昭和61年（オ）第260号同62年9月2日大法廷判決・民集41巻６号1423頁参照）

「婚姻とは、婚姻当事者（下線筆者）及びその家族の身分関係を形成し、戸籍によってその身分関係が公証され、その身分に応じた種々の権利義務を伴う法的地位が付与されるという、身分関係と結び付いた複合的な法的効果を同時又は異時に生じさせる法律行為（下線筆者）であると解される」

⑵　大阪地裁判決

「婚姻の本質は、永続的な精神的及び肉体的結合を目的として公的承認を得て共同生活を営むこと（下線筆者）」

「婚姻とは、二当事者（下線筆者）の永続的かつ真摯な精神的・肉体的結合関係について法的承認が与えられる（下線筆者）とともに、その地位に応じて法律上の効果が生ずることにより様々な法的保護等の利益を享受し得る制度（下線筆者）」

⑶　東京地裁判決

「婚姻の本質は、当事者（下線筆者）が永続的な精神的及び肉体的結合を目的として真摯な意思をもって共同生活を営むこと（下線筆者）にある」

「婚姻は、その社会において「婚姻」とする旨の承認を得た人的結合関係（下線筆者）をいうものと解される」

⑷　名古屋地裁判決

「婚姻の本質は、両当事者（下線筆者）において永続的な精神的及び肉体的結合を目的として真摯な意思をもって共同生活を営むこと（下線筆者）にある」

「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（下線筆者）とされている」
「婚姻は、正当な男女の結合関係を承認するものとして存在し、男女の生活共同体として、その間に生まれた子の保護・育成、分業的生活共同体の維持を通じ、家族の中核を形成するものであると捉えられてきた」
「婚姻は、男女が共同生活を送りながら、子を産み育て、次世代へ承継していく営みにおいて、重要かつ不可欠な役割を果たしてきたもの」

⑸　福岡地裁判決

「婚姻の本質は、両当事者（下線筆者）が永続的な精神的及び肉体的結合を目的として真摯な意思をもって共同生活を営むこと（下線筆者）（最高裁判所昭和61年（オ）第260号同62年9月2日大法廷判決・民集41巻６号1423頁参照）」である。
「現行法上、婚姻とは、当事者（下線筆者）が永続的な精神的及び肉体的結合を目的として真摯な意思をもって共同生活を営むことを市町村長に届け出、市町村長がこれを受理することで、当事者間に各種の法的権利義務を伴う身分を発生させ、身分関係を公証し、これに公的な保護が与えられる制度（下線筆者）であると認められる。」

⑹　検討

①　札幌地裁判決と４地裁判決との違い

婚姻の本質に関する札幌地裁判決と残りの４地裁判決の大きな違いは、その主体にある。つまり、札幌地裁判決は、婚姻の本質の主体を「両性」と表現しているが、残りの４地裁判決は、「当事者」、「両当事者」とし、主体の性別を問題としていない。婚姻の本質の引用判例が明示されているのは、札幌地裁判決及び福岡地裁判決のみであるが、婚姻の主体以外の表現については、ほぼ全地裁判決で一致していることから、引用判例は共通しているものと思われる。なお、婚姻の本質について、大阪地裁判決では「公的承認」という文言が追加されている。

②　何故、婚姻の本質及び婚姻の主体を「両性」としなかったのか

仮に引用判例のとおり、婚姻の本質の主体を「両性」とした場合、婚

姻の本質を備えることが出来るのは異性カップルのみであるとする解釈が可能となり、同性カップルは、婚姻の本質を備えることは出来ないと結論付けられてしまう。そうなった場合、24条１項の「婚姻」には同性婚は含まれないとした以上、同性カップルの関係を婚姻又はその他の方法により、法的に保障する道は完全に断たれてしまうことになる。そうならない為に、あえて婚姻の本質の主体を「両性」としなかったのではないかと思われる。前述したとおり、札幌地裁判決は、婚姻の本質の主体を「両性」としているが、婚姻に関する記述においては「婚姻当事者」という文言を用いていることから、札幌地裁判決もまた、婚姻の本質において、「両性」は重要な要素ではないと解しているように思われるのである[162]。そうでなければ、14条違反とした結論との整合性がつかないからである。

筆者は、「婚姻の本質」の主体から「両性」を除いたことが、各地裁判決の24条の解釈等において重要な役割を果たしたと考えているが、詳細な検討については、後述することとする。

5.2.2.3　憲法24条１項の「婚姻」に同性婚は含まれるのか

⑴　札幌地裁判決

「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。」

⑵　大阪地裁判決

「憲法24条の文理や制定経緯等に照らすと、同条１項における『婚姻』は、異性間の婚姻のみを指し、同性間の婚姻を含むものではないと認めるの

[162] 同様の解釈をするものとして、中岡淳「判例研究　同性間に婚姻を認めない民法及び戸籍法の諸規定の憲法適合性」115頁。

が相当である。そうすると、憲法24条１項が同性間の婚姻について規定していない以上、同条により社会制度として設けることが求められている婚姻は異性間のもののみであるといえ、同項から導かれる婚姻をするについての自由も、異性間についてのみ及ぶものと解される。以上によれば、本件諸規定が憲法24条１項に違反するということはできないというべきである」

「憲法24条１項が異性間の婚姻のみを定めているからといって、同性間の婚姻又はこれに準ずる制度を構築することを禁止する趣旨であるとまで解するべきではない。そこで、本件諸規定については、憲法24条１項に違反しないとしても、同項の上記解釈を前提として、同条２項適合性を検討することが相当である」

⑶　東京地裁判決

「憲法24条１項が法律婚制度の構築を求めた同条の『婚姻』について、異性間の婚姻のみならず同性間の婚姻も含むものと解することができるかについて検討する。」

「まず、憲法24条１項は、『両性』、『夫婦』という男性と女性を示す文言を用いている。この点について、憲法24条の制定経緯をみると」「一貫して男性と女性を示す文言が用いられており、これを踏まえて最終的には『男女相互ノ合意』に代えて『両性の合意』という文言が用いられたことが認められる」「そうすると、これらの文言からは、同条にいう『婚姻』は、異性間の婚姻を指すものと解するのが自然である。」

「憲法制定時の帝国議会における審議の過程においても同性間の婚姻について議論が行われた形跡は見当たらず、婚姻は男女間のものであることが当然の前提とされていたことがうかがわれ、これは、憲法24条等の制定に伴い改正された現行民法の審議の過程においても同様である」

「そうすると、憲法24条にいう「婚姻」とは、異性間の婚姻を指し、同性間の婚姻を含まないものと解するのが相当である。」

「我が国においても、同性愛に対する差別・偏見を解消しようとする動き、同性カップルに一定の法的保護を与えようとする動きがあることは前述のとおりであるものの、現段階において、同性間の人的結合関係を異性間の夫婦と同じ「婚姻」とすることの社会的承認があるものとまで

は認め難いものといわざるを得ない。したがって、憲法制定時からの社会状況の変化等を踏まえても、現段階において、憲法24条の「婚姻」について、これに同性間の婚姻を含まないという前記ウの解釈が不当であり解釈を変更すべき状態となっているものということはできない。」

⑷　名古屋地裁判決

「憲法24条の文理や制定経過等によれば、少なくともその制定当時において、同性間に対して民法及び戸籍法等の法律によって具体化された法律婚制度を及ぼすことが、同条１項の趣旨に照らして要請されていたとは解し難い。」

「同条の主眼は、明治民法下の家制度を改め、戸主同意権を廃するなど、婚姻を含む家族生活について民主主義の基本原理である個人の尊厳と両性の本質的平等の原則を特に定める必要から設けられたものであると解される。そして、同性間の結合が「婚姻」に含まれるかについての議論がなされた形跡はないこと（認定事実⑵ウ（イ））を考慮すれば、同性間に対して現行の法律婚制度を及ぼすことが、同条１項の趣旨に照らして禁止されていたとまではいえないと解される。」

「婚姻制度は伝統的には男女の結合関係を前提としてきたものであり、婚姻制度の趣旨に対する理解において、依然として、自然生殖の可能性と完全に切り離されたとはいえない状況にある（前記オ）。そして、伝統的な制度及び価値観を重視する立場の国民も一定の割合を占めている中で（前記カ）、法律により具体化された現行の法律婚制度の対象をそのまま拡大させることにより、婚姻当事者以外の者や既存の婚姻制度の適用対象者に影響が生じ得るにもかかわらず（前記キ）、同性カップルを保護するために現行の法律婚制度以外の方法を選択するという可能性を排除して、憲法が一義的に、同性間に対しても現行の法律婚制度を及ぼすことを要請するに至ったとは解し難いといわざるを得ない。」

「現時点においても、現行の法律婚制度を同性間に対して及ぼすことが、憲法24条１項の趣旨に照らして要請されていると解することは困難であるから、婚姻をするについての自由が同性間に対して及ぶものであるとは認められず、同性間に婚姻を認めていない本件諸規定が、同条項に違反するものとはいえない。」

⑸　福岡地裁判決

「憲法24条１項が同性愛者間の婚姻の自由を保障するものといえるか否かについて検討すると、憲法24条１項の「両性」及び「夫婦」という文言からは、同条が男女の婚姻を想定しているものと解さざるを得ない。」

「憲法24条１項の制定時において同性婚は想定されていなかったものと認められ、当該規定は同性婚を禁止する趣旨であるとはいえないものの、同条でいう「婚姻」は異性間の婚姻を指し、同性婚を含むものではないと解するのが相当である。」

「婚姻についての社会通念や国民の意識、価値観は変遷し得るものであり、こうした社会通念等の変遷により同性婚が異性婚と異ならない実態と国民の社会的承認がある場合には、同性婚は「婚姻」に含まれると解する余地があると言い得る。」

しかし、「婚姻についての社会通念や価値観が変遷しつつあるとは言い得るものの、同性婚が異性婚と変わらない社会的承認が得られているとまでは認め難いところである。したがって、同性婚を憲法24条１項の「婚姻」に含むと解釈することは少なくとも現時点においては困難であり、原告らの上記主張を採用することができない。」

⑹　検討

全ての地裁判決において憲法24条１項の「婚姻」に同性婚は含まれないとする結論は、共通している。その理由も、24条の文言の意味の一般的な解釈及び制定経緯によっている点も共通している。さらに、憲法24条１項は、同性婚を禁止していないという点についても共通している。但し、福岡地裁判決は、社会通念等の変遷により、24条１項の「婚姻」に同性婚が含まれ得る点を指摘しており、注目される。

しかし、現時点では、国内裁判所においては、24条１項の「婚姻」に同性婚は含まれないとする解釈が確立していると見るよりほかにないと言える。

5.2.2.4　13条について

原告側から13条違反が主張されているのは、５地裁判決のうちの札幌、大阪、福岡の３地裁のみとなっている。ここでは、各地裁判決中の13条

に関する記述を抜粋し、検討を加える。

⑴ 札幌地裁判決

「憲法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、同条１項はその裁量権の限界を画したものと解されることは上記⑴において説示したとおりであり、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同法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。」

⑵ 大阪地裁判決

「婚姻及び家族に関する事項は、憲法24条２項に基づき法律によって具体的な内容を規律するものとされているから、婚姻及び家族に関する権利利益等の内容は、憲法上一義的に捉えられるべきものではなく、憲法の趣旨を踏まえつつ、法律によって定められる制度に基づき初めて具体的に捉えられるものである。そうすると、婚姻をするについての自由は、憲法の定める婚姻を具体化する法律に基づく制度によって初めて個人に与えられるか、又はそれを前提とした自由であり、生来的、自然権的な権利又は利益であるということはできない。」

「したがって、憲法24条が異性間の婚姻のみを定めており、これを前提とする婚姻制度しか存在しない現行法の下では、同性間で婚姻をするについての自由が憲法13条で保障されている人格権の一内容であるとはいえない。また、包括的な人権規定である同条によって、同性間の婚姻制度を含む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もできない。」

⑶ 福岡地裁判決

「婚姻とは当事者の意思を前提に各種法律によりその要件が定められ、

これを満たしたときに一律に権利義務が発生する法律上の制度であり、当事者の意思のみによってその要件や効果を決定できるものではなく、婚姻を基礎とした家族の形成も当事者の意思によりその要件や効果が全て定まるものではない。このように婚姻に関して、法律により要件が定められている理由は、婚姻自体が国家によって一定の関係に権利義務を発生させる制度であることからの当然の帰結であって、同性愛者の婚姻の自由や婚姻による家族の形成という人格的自律権が憲法13条によって保障されている憲法上の権利とまで解することはできない。したがって本件諸規定は憲法13条に違反しない。」

⑷　検討

いずれの地裁判決も、民法及び戸籍法の諸規定は、憲法13条に違反しないとする。そして、その理由付けにも共通性が見られる。つまり、婚姻とは制度であるから、憲法13条により同性愛者の婚姻の自由などは保障されないとするのである。婚姻は制度であるという理解は、夫婦同氏合憲判決で示されたものと同一であり、真新しさは感じられない。さらに、判決文中に占める分量からも、主たる争点にする気はないことを読み取ることが出来る。よって、13条を主軸とし、本件諸規定の違憲性を主張することには困難が伴うということが出来る。

5.2.2.5　14条について

14条違反については、全ての地裁において争点となっているが、検討の度合いには差がある。札幌地裁は、14条を主要な争点としているが、残りの４地裁は、主要な争点を24条２項としている。

⑴　審査枠組

①　札幌地裁判決

「憲法14条１項は、法の下の平等を定めており、この規定は、事柄の性質に応じた合理的な根拠に基づくものでない限り、法的な差別的取扱いを禁止する趣旨のものであると解すべきである（最高裁昭和37年（オ）第1472号同39年5月27日大法廷判決・民集18巻４号676頁、最高裁昭和45年（あ）第1310号同48年4月4日大法廷判決・刑集27巻３号265頁、再婚禁

止期間違憲訴訟大法廷判決等）。」

②　大阪地裁判決

「憲法14条１項は、法の下の平等を定めており、この規定は、事柄の性質に応じた合理的な根拠に基づくものでない限り、法的な差別的取扱いを禁止する趣旨のものであると解すべきである（最高裁昭和37年（オ）第1472号同39年5月27日大法廷判決・民集18巻４号676頁、最高裁昭和45年（あ）第1310号同48年4月4日大法廷判決・刑集27巻３号265頁、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頁等）。」

③　東京地裁判決

「憲法14条１項は、法の下の平等を定めており、事柄の性質に応じた合理的な根拠に基づくものでない限り、法的な差別的取扱いを禁止する趣旨であると解すべきである（最高裁昭和37年（オ）第1472号同39年5月27日大法廷判決・民集18巻４号676頁、最高裁昭和45年（あ）第1310号同48年4月4日大法廷判決・刑集27巻３号265頁、平成27年再婚禁止期間大法廷判決、平成27年夫婦同氏制大法廷判決等参照）」

④　名古屋地裁判決

「憲法14条１項は、法の下の平等を定めており、この規定が、事柄の性質に応じた合理的な根拠に基づくものでない限り、法的な差別的取扱いを禁止する趣旨のものであると解すべきである（最高裁昭和37年（オ）第1472号同39年5月27日大法廷判決・民集18巻４号676頁、最高裁昭和45年（あ）第1310号同48年4月4日大法廷判決・刑集27巻３号265頁等）」

⑤　福岡地裁判決

「憲法14条１項は、法の下の平等を定めており、この規定は、事柄の性質に応じた合理的な根拠に基づくものでない限り、法的な差別的取扱いを禁止する趣旨のものであると解される（最高裁判所判所昭和37年（オ）第1472号同39年5月27日大法廷判決・民集18巻４号676頁、同裁判所昭和45年（あ）第1310号同48年4月4日大法廷判決・刑集27巻３号265頁、同裁判所平成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頁参照）。」

⑥　検討

審査枠組は、全ての判決において共通であり、「憲法14条１項は、法

の下の平等を定めており、この規定は、事柄の性質に応じた合理的な根拠に基づくものでない限り、法的な差別的取扱いを禁止する趣旨のものであると解すべきである。」とする。そして、引用判例も共通しており、国籍法違憲判決、再婚禁止期間違憲判決、夫婦同氏制度合憲判決において引用された判例と再婚禁止期間違憲判決及び夫婦同氏制度合憲判決が引用される形となっており、審査枠組は定型的で独自性は見られず、審査枠組が各地裁判決の結論の違いを導いたとは言えない。

⑵　立法裁量

①　札幌地裁判決

「憲法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たものである。」「同条及び13条によって、同性間の婚姻をするについての自由や同性婚に係る具体的制度の構築を求める権利が保障されているものではないと解されることにも照らすと、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のが相当である。」

②　大阪地裁判決

「同法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との要請、指針を示すことによって裁量の限界を画したものであるから、婚姻制度に関わる本件諸規定が、国会に与えられた上記のような裁量権を考慮しても、そのような区別をすることに合理的な根拠が認められない場合に、当該区別は、憲法14条１項に違反するものと解するのが相当であるというべきである（最高裁平成24年（ク）第984号、第985号同25年9月4日大法廷決定・民集67巻６号1320頁参照）。」

③　東京地裁判決

「憲法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であ

るから、婚姻及び家族に関する事項についての区別取扱いについては、立法府に与えられた上記の裁量権を考慮しても、そのような区別をすることに合理的な根拠が認められない場合には、当該区別は、憲法14条１項に違反するものということができる（最高裁平成24年（ク）第984号、第985号同25年9月4日大法廷決定・民集67巻６号1320頁参照）。

④　名古屋地裁判決

「同条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である（再婚禁止期間大法廷判決、夫婦同氏制大法廷判決参照）。」

「そうすると、婚姻及び家族に関する事項についての区別取扱いについては、立法府に与えられた上記の裁量権を考慮しても、そのような区別をすることに合理的な根拠が認められない場合には、当該区別は、憲法14条１項に違反するものということができる（最高裁平成24年（ク）第984号、第985号同25年9月4日大法廷決定・民集67巻６号1320頁参照）。」

⑤　福岡地裁判決

「憲法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であるから、婚姻及び家族に関する事項についての区別取扱いについては、立法府に与えられた上記の裁量権を考慮しても、そのような区別をすることに合理的な根拠が認められない場合には、当該区別は、憲法14条１項に違反するものと解される（最高裁判所平成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頁参照）。」

⑥　検討

札幌地裁判決は引用判例が明示されていないが、大阪地裁判決、東京地裁判決、名古屋地裁判決は、平成25年9月4日の最高裁判決を引用している。福岡地裁判決は、平成27年12月16日の最高裁判決を引用しており、各地裁判決において大きな違いはない。

⑶　区別取扱について

①　札幌地裁判決

「本件規定は、異性婚についてのみ定めているところ、異性愛者のカップルは、婚姻することにより婚姻によって生じる法的効果を享受するか、婚姻せずそのような法的効果を受けないかを選択することができるが、同性愛者のカップルは、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、上記の点で区別取扱いがあるということができる（以下「本件区別取扱い」という。）。」

「以上のことからすると、立法府が、同性間の婚姻及び家族に関する事項について広範な立法裁量を有していることは、上記（1）で説示したとおりであるが、本件区別取扱いが合理的根拠に基づくものであり、立法府の上記裁量権の範囲内のものであるかは、検討されなければならない。」

②　大阪地裁判決

「婚姻の本質は、自分の望む相手と永続的に人的結合関係を結び共同生活を営むことにある以上、同性愛者にとっては、異性との婚姻制度を形式的には利用することができたとしても、それはもはや婚姻の本質を伴ったものではないのであるから、実質的には婚姻をすることができないのと同じであり、本件諸規定はなお、同性愛者か異性愛者かによって、婚姻の可否について区別取扱いをしているというべきであって、これを単なる事実上の結果ということはできない。」

「かえって、本件区別取扱いは、上記のとおり、性的指向という本人の意思や努力によっては変えることのできない事柄によって、婚姻という個人の尊厳に関わる制度を実質的に利用できるか否かについて区別取扱いをするものであることからすると、本件区別取扱いの憲法適合性については、このような事柄の性質を考慮して、より慎重に検討される必要がある（下線筆者）。」

③　東京地裁判決

「婚姻の本質は、当事者が永続的な精神的及び肉体的結合を目的として真摯な意思をもって共同生活を営むことにあるところ、同性愛者にとっては、異性との婚姻はこのような婚姻の本質を伴ったものにはならない

のであるから、形式的には異性との婚姻制度を利用することができたとしても、実質的には婚姻ができないことに等しい。そうすると、本件諸規定は、それ自体には性的指向についての要件等を設けておらず、性的指向について中立的な制度にはなっているものの、同性愛者が婚姻することを実質的には不可能としているものであり、このような効果は本件諸規定が婚姻を異性間のものに限っていることによって生じた結果であるといえるから、性的指向による区別取扱いに当たるものと認められる。」

④　名古屋地裁判決

「本件諸規定は、異性愛者であっても同性愛者であっても異性と婚姻することができるという意味で別異取扱いはなされていないが、婚姻の本質は、両当事者において永続的な精神的及び肉体的結合を目的として真摯な意思をもって共同生活を営むことにあるのであり、性的指向が向き合う者同士の婚姻をもって初めて本質を伴った婚姻といえるのであるから、性的指向が向かない相手との婚姻が認められるといっても、それは婚姻が認められないのと同義であって（異性愛者に同性との婚姻のみを認めるとしても意味がないのと同じことである。）、同性愛者にとって同性との婚姻が認められていないということは、性的指向により（下線筆者）別異取扱いがなされていることに他ならず、原告らの主張は採用できるものであり、これに反する被告の主張は採用しない。」

⑤　福岡地裁判決

「婚姻の本質は、両当事者が永続的な精神的及び肉体的結合を目的として真摯な意思をもって共同生活を営むことにあるところ、性的指向は人の恋愛・性愛の対象に関わるもので前記精神的及び肉体的結合の対象を定めるものであるから、同性愛者が異性と婚姻することができるとしても、そのような婚姻は、婚姻の本質を有さないものであり、同性愛者は異性に対して恋愛・性愛の対象が向かない以上、婚姻制度を利用することができないことになる。よって、同性同士の婚姻を認めない本件諸規定は、同性愛者が婚姻制度を利用できないという区別取扱いがあり、性的指向が婚姻の本質と結びついている以上、その結果は決して事実上ないし間接的なものということはできないから、被告の上記主張はいずれも採用することができない。」

「以上のとおり、本件諸規定は性的指向に基づく（下線筆者）区別取扱いをするものであるところ、前記第２の１(1)及び前記１(1)のとおり、ほとんどの場合性的指向は人生の初期か出生前に本人の意思とは関わりなく定まっており、性的指向を自己の意思や精神医学的療法で変えることは困難であることは、医学的に明らかになっており、このような本人にとって自ら選択ないし修正の余地のない事柄（下線筆者）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（下線筆者）。」

⑥　検討

全ての判決において、区別取扱いがあるとしている。よって、地裁レベルでは、本件諸規定により、同性カップルは、異性カップルと異なる扱いを受けている点については、確立した解釈であると言える。

⑷　本件区別取扱いが合理的根拠を有しているか

①　札幌地裁判決

「同性愛は、現在においては精神疾患とはみなされておらず、さらには、性的指向の決定要因は解明されていないものの、人がその意思で決定するものではなく、また、人の意思又は治療等によって変更することも困難なものであることは、確立された知見に至ったということができる（認定事実(1)ア、(6)）。そうすると、性的指向は、自らの意思に関わらず決定される個人の性質であるといえ、性別、人種などと同様のものということができる（下線筆者）。

このような人の意思によって選択・変更できない事柄に基づく区別取扱いが合理的根拠を有するか否かの検討は、その立法事実の有無・内容、立法目的、制約される法的利益の内容などに照らして真にやむを得ない区別取扱いであるか否かの観点から慎重にされなければならない（下線筆者）。」

「婚姻によって生じる法的効果を享受する利益（下線筆者）は、それが異性間のものであれば、憲法24条がその実現のための婚姻を制度として保障していることからすると、異性愛者にとって重要な法的利益（下線筆者）であるということができる。異性愛者と同性愛者の差異は、性的指向が異なることのみであり、かつ、性的指向は人の意思によって選択・

変更できるものではないことに照らせば､異性愛者と同性愛者との間で、婚姻によって生じる法的効果を享受する利益の価値に差異があるとする理由はなく、そのような法的利益は、同性愛者であっても、異性愛者であっても、等しく享有し得るものと解するのが相当である。」

「したがって、本件区別取扱いは、このように異性愛者であっても同性愛者であっても、等しく享有し得る重要な利益である婚姻によって生じる法的効果（下線筆者）を享受する利益について、区別取扱いをするものとみることができる。」

「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重要な目的としていると解することができる。」が、「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（下線筆者）も、本件規定の重要な目的であると解するのが相当である。」

「このような本件規定の目的は正当であるが、そのことは、同性愛者のカップルに対し、婚姻によって生じる法的効果の一切を享受し得ないものとする理由になるとは解されない。」

「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（下線筆者）と解される。」

「これに対する一切の法的保護を否定する趣旨・目的まで有するものと解するのは相当ではない。なぜなら、仮にそのように解したときには、本件規定は、誤った知見に基づいて同性愛者の利益を否定する規定と解さざるを得なくなるからである。」

「本件区別取扱いは、人の意思によって選択・変更できない事柄である性的指向に基づく区別取扱い（下線筆者）であるから、これが合理的根拠を有するといえるかについては、慎重な検討を要するところ、同イで説示したとおり、婚姻によって生じる法的効果を享受することは法的利益であって、同性愛者であっても異性愛者であっても、等しく享受し得る利益と解すべきであり、本件区別取扱いは、そのような性質の利益についての区別取扱いである。」

「本件規定の目的そのものは正当であるが、昭和22年民法改正当時は正しいと考えられていた同性愛を精神疾患として禁圧すべきものとする知

見は、平成４年頃には完全に否定されたことに照らせば、同性婚について定めていない本件規定や憲法24条の存在が同性愛者のカップルに対する一切の法的保護を否定する理由となるものではない。そうであるにもかかわらず、本件規定により、同性愛者と異性愛者との間で、その性的指向と合致する者との間で婚姻することができるか否かという区別が生じる結果となってしまっている。」

「異性愛者と同性愛者の違いは、人の意思によって選択・変更し得ない性的指向の差異でしかなく、いかなる性的指向を有する者であっても、享有し得る法的利益に差異はないといわなければならない。そうであるにもかかわらず、本件規定の下にあっては、同性愛者に対しては、婚姻によって生じる法的効果の一部ですらもこれを享受する法的手段が提供されていないのである。」

「本件区別取扱いの合理性を検討するに当たって、我が国においては、同性愛者のカップルに対する法的保護に肯定的な国民が増加し、同性愛者と異性愛者との間の区別を解消すべきとする要請が高まりつつあり、諸外国においても性的指向による区別取扱いを解消する要請が高まっている状況があることは考慮すべき事情である一方、同性婚に対する否定的意見や価値観を有する国民が少なからずいることは、同性愛者に対して、婚姻によって生じる法的効果の一部ですらもこれを享受する法的手段を提供しないことを合理的とみるか否かの検討の場面においては、限定的に斟酌すべきものというべきである。」

「本件規定が、異性愛者に対しては婚姻という制度を利用する機会を提供しているにもかかわらず、同性愛者に対しては、婚姻によって生じる法的効果の一部ですらもこれを享受する法的手段を提供しないとしていることは、立法府が広範な立法裁量を有することを前提としても、その裁量権の範囲を超えたものであるといわざるを得ず、本件区別取扱いは、その限度で合理的根拠を欠く差別取扱いに当たると解さざるを得ない。したがって、本件規定は、上記の限度で憲法14条１項に違反すると認めるのが相当である。」

②　大阪地裁判決

「本件諸規定は、憲法24条２項が、異性間の婚姻についてのみ明文で婚姻制度を立法化するよう要請していることに応じ、個人の尊厳や両性の

本質的平等に配慮した異性間の婚姻制度を構築したものと認められ、その趣旨目的は、憲法の予定する秩序に沿うもので、合理性を有していることは既に述べたとおりである。そして、本件諸規定が同性間の婚姻制度については何ら定めていないために本件区別取扱いが生じているものの、このことも、同条１項は、異性間の婚姻については明文で婚姻をするについての自由を定めている一方、同性間の婚姻については、これを禁止するものではないとはいえ、何らの定めもしていない以上、異性間の婚姻と同程度に保障しているとまではいえないことからすると、上記立法目的との関連において合理性を欠くとはいえない。したがって、本件諸規定に同性間の婚姻制度が規定されていないこと自体が立法裁量の範囲を超えるものとして憲法14条１項に違反するとはいえない。」

③　東京地裁判決

「本件諸規定は、婚姻の可否について性的指向による区別取扱い（下線筆者）をするものであるところ、これにより、同性愛者は、婚姻（法律婚）制度全体を利用することができない状況に置かれ、異性愛者とは異なり、婚姻によって生ずる様々な法的効果等を享受することができないという不利益を受けているということができる。」

「しかしながら、前述のとおり、憲法24条１項は、異性間の婚姻について法律婚としての立法を要請しているものと解すべきものであるところ、このように婚姻を異性間のものとする社会通念の背景には、夫婦となった男女が子を産み育て、家族として共同生活（下線筆者）を送りながら、次の世代につないでいくという古くからの人間の営みがあることは前述のとおりである。そうすると、本件諸規定が婚姻を異性間のものに限り、同性間の婚姻を認めていないことは、上記のような社会通念を前提とした憲法24条１項の法律婚制度の構築に関する要請に基づくものであって、上記区別取扱いについては合理的な根拠が存するものと認められる。

「したがって、本件諸規定が婚姻を異性間のものに限り同性間の婚姻を認めていないこと自体が、立法裁量の範囲を超え、性的指向による差別に当たるとして、憲法14条１項に違反するとはいえない。」

④　名古屋地裁判決

「婚姻及び家族に関わる立法として、本件諸規定は、性的指向という、

ほとんどの場合、生来的なもので、本人にとっては自ら選択ないし修正する余地のない事柄を理由として、婚姻に対する直接的な制約を課すことになっているのであり、その合理的な根拠の有無について以上のような事柄の性質を十分考慮に入れた上で検討をすることが必要である。」

「こうした事柄の性質を踏まえ、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点については、既に検討したとおり、本件諸規定が、同性カップルに対して、その関係を国の制度によって公証し、その関係を保護するのにふさわしい効果を付与するための枠組みすら与えていないという限度（下線筆者）で、このような場合に当たるというべきであるから、その限度で、憲法24条２項に違反すると同時に、憲法14条１項にも違反するものといわざるを得ない。」

⑤　福岡地裁判決

「憲法24条１項にいう「婚姻」は異性間の婚姻を指し、異性間の婚姻の自由は尊重されるべきものと解され、同条２項においては、異性間の婚姻についての立法を要請しているものと解することができる。」

「当時の婚姻制度の目的は、婚姻の法的効果や戸籍制度との関係上、その要件を明確にする必要があるところ、その範囲を生物学的に生殖可能な組合せに限定することで、国が一対の男女（夫婦）の間の生殖とその子の養育を保護することにあったと認められる。このような、生殖とその子の養育の保護という目的（下線筆者）は現在においても重要なものであるし、婚姻は男女によるものであるという当時の社会通念もまた、変遷しつつあるものの、現在においてもなお失われているということはできないのは前記のとおりである。」

「そうすると、憲法24条２項の異性婚の立法の要請に従って定められた本件諸規定は憲法のこうした要請に基づくものということができるから、本件諸規定の区別取扱いについては合理的な根拠が存するものと認められる。」

「したがって、本件諸規定が婚姻を異性間のものに限り同性間の婚姻を認めていないことが性的指向による区別取扱いに当たりその合理性には慎重な判断を要するとしても、立法裁量の範囲を超えるものとして、憲法14条１項に違反するとはいえない。」

⑸　検討

５地裁判決の共通点は、14条の審査枠組、立法裁量の解釈、本件諸規定により区別取扱が存在すると判断したこと、にある。

しかし、14条違反と判断したのは、札幌地裁判決及び名古屋地裁判決のみとなっている。そこで、以下では、各地裁判決の結論を分けたものが何であったのかを検討する。

「憲法14条１項の平等権制約に関する判例の基本判断枠組」については、①「差別される人権や利益が重要で自己のコントロールの及ばない要因に基づく法的区別の審査は比較的厳しくなる」とされ、②「差別を受ける人権の重要性、法律が差別を命じる場合、自己のコントロールの及ばない要因に基づく差別等が審査を厳しくする要素」で、③「広い立法裁量、法律が差別を直接命じていない場合（差別の回避可能性）等が審査を緩やかにする要素である。」と指摘されている[163]。

本件諸規定は、上記判断枠組で言うところの「差別を直接命じていない」ものであるが、全ての地裁判決において、区別取扱いがあるとされていることから、結論を大きく左右したとは言い難い。そうすると、残りの要素の判断が結論に大きな影響を与えていると言えそうである。

そこで、以下では、上記判例の基本的判断枠組に基づき各地裁判決の検討を試みる。

①　札幌地裁判決

札幌地裁判決は、「性的指向は、自らの意思に関わらず決定される個人の性質であるといえ、性別、人種などと同様のものということができる」とする。これは、札幌地裁判決が、性的指向を上記判例の基本的判断枠組でいうところの「自己のコントロールの及ばない要因」と捉えていると評価することが出来る。さらに、札幌地裁判決は、婚姻によって生じる法的効果を享受することは、「重要な法的利益」とする。これは、札幌地裁判決が上記判例の基本的判断枠組でいうところの「差別される利益が重要」と捉えていると評価すること出来る。

そして、札幌地裁判決は、区別取扱いが合理的根拠を有するか否かの判断は、「真にやむを得ない区別取扱いであるか否かの観点から慎重に

[163] 佐々木・前掲注54）76頁。

されなければならない」とし、最終的に札幌地裁判決は、立法府が広範な立法裁量を有することを前提としながらも、「合理的根拠を欠く差別取扱いに当たると解さざるを得ない。」とする。

以上のことから、札幌地裁判決では、性的指向を「自己のコントロールの及ばない要因」とし、婚姻によって生じる法的効果を「重要な法的利益」とし厳しい審査がなされたと言うことが出来ると思われる。

②　大阪地裁判決

大阪地裁判決は、性的指向を「本人の意思や努力によっては変えることの出来ない事柄」している。これは、大阪地裁判決が、性的指向を上記判例の基本的判断枠組でいうところの「自己のコントロールの及ばない要因」と捉えていると言えるが、「事柄」という文言から札幌地裁判決よりも低く見積もられていると言える。

また、大阪地裁判決は、婚姻によって得られる「公認に係る利益」は、個人の尊厳に関わる重要な利益であるとする。これは、大阪地裁判決が上記判例の基本的判断枠組でいうところの「差別される利益が重要」と捉えていると言える。しかし、大阪地裁判決は、婚姻をすることが出来ない不利益は、民法上の他の制度により相当程度解消されているとしていることから、札幌地裁判決と比して、差別される利益の重要性は低いと大阪地裁判決が考えていると評価することが可能であると思われる。

以上のことから、審査を厳しくする要素はあれど、札幌地裁判決よりも、それらが低く評価されていると言え、それが、札幌地裁判決と異なる結論を導いたと言える。

③　東京地裁判決

東京地裁判決は、性的指向を「本人の意思で変えることのできない事由」としている。「事由」という文言から、札幌地裁判決及び大阪地裁判決よりも低く見積もられており、審査を厳しくする要素としては強く機能していないように思われる。

一方、「婚姻により得ることができる、パートナーと家族となり、共同生活を送ることについて家族として法的保護を受け、社会的公証を受けることができる利益は、個人の尊厳に関わる重要な人格的利益」としていることから、差別される利益の重要性は認めている。

しかし、24条１項が異性婚を法律婚として要請していることを根拠に、

本件諸規定が同性婚を認めていないことには合理性があると結論付ける。

以上のことから、東京地裁判決では、審査を厳しくする要素の効果は低く、広い立法裁量が結論を左右したと言える。

④　名古屋地裁判決

名古屋地裁判決は、性的指向を「ほとんどの場合、生来的なもので、本人にとっては自ら選択ないし修正する余地のない事柄」とする。これは、名古屋地裁判決が、性的指向を上記判例の基本的判断枠組でいうところの「自己のコントロールの及ばない要因」と捉えていると言える。

さらに、名古屋地裁判決は、婚姻に得られる利益について、「両当事者の関係が国の制度により公証され、その関係を保護するのにふさわしい効果の付与を受けるための枠組みが与えられるという利益は、憲法24条２項により尊重されるべき重要な人格的利益」や「人の尊厳に由来する重要な人格的利益」とする。これは、名古屋地裁判決が上記判例の基本的判断枠組でいうところの「差別される利益が重要」と捉えていると評価すること出来る。

以上のことから、札幌地裁判決と同様に、名古屋地裁判決では、性的指向を「自己のコントロールの及ばない要因」とし、婚姻によって生じる法的効果を「重要な法的利益」とし厳しい審査がなされたと言うことが出来ると思われる。なお、名古屋地裁判決は、24条２項に違反するとの判断を前提に14条違反を導いており、その点は、札幌地裁判決と異なる。

⑤　福岡地裁判決

福岡地裁判決は、性的指向は、「自ら選択ないし修正の余地のない事柄」としている。このことから、名古屋地裁判決が、性的指向を上記判例の基本的判断枠組でいうところの「自己のコントロールの及ばない要因」と捉えていると言える。

一方、婚姻制度を利用出来ないことは、「個人の尊厳に照らして人格的利益を侵害するものとして到底看過することができない」としている。単なる人格的利益と表現していることから、差別を受ける利益の重要性は低く見積もられていると言える。

また、24条１項が異性の法律婚を要請している一方で、同性婚には同条の保護が及ばないこと等を根拠に立法裁量の範囲を超えず、14条に違

反しないとする

以上のことから、福岡地裁判決では、審査を厳しくする要素の効果は低く、立法裁量を広く解したことが結論を左右したと言える。

5.2.2.5　24条２項について

⑴　札幌地裁判決

「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。」

⑵　大阪地裁判決

「本件諸規定が異性間の婚姻のみを対象としているのは、婚姻を、単なる婚姻した二当事者の関係としてではなく、男女が生涯続く安定した関係の下で、子を産み育てながら家族として共同生活を送り次世代に承継していく関係として捉え、このような男女が共同生活を営み子を養育するという関係（下線筆者）に、社会の自然かつ基礎的な集団単位としての識別、公示の機能を持たせ、法的保護を与えようとする趣旨によるものと考えられる。このような婚姻の趣旨は、我が国において、歴史的、伝統的に社会に定着し、社会的承認を得ているということができる。」

「以上によれば、本件諸規定が異性間の婚姻のみを婚姻として特に保護する制度を構築した趣旨には合理性があるというべきである。」

「他方で、本件諸規定が異性間の婚姻制度のみを規定し、同性間の婚姻を規定していないため、異性愛者は自由に異性と婚姻をすることができるのに対し、同性愛者は望みどおりに同性と婚姻をすることはできないという重大な影響が生じている。」

「しかし、本件諸規定の下でも、同性愛者が望む同性のパートナーと婚姻類似の結合関係を構築、維持したり、共同生活を営んだりする自由が制約されているわけではない。さらに、婚姻によって生ずる法律上の効

果についても、」「他の民法上の制度等を用いることによって、一定の範囲では同等の効果を受けることが可能である。」

「以上のとおり、本件諸規定が異性間の婚姻のみを対象としていることについては、その趣旨には合理性があり、その影響も、これにより生ずる同性カップルと異性カップルの間の享受し得る利益の差は契約等により一定の範囲では緩和され得るということはできるものの、公認に係る利益のような個人の尊厳に関わる重要な利益を同性カップルは享受し得ないという問題はなお存在するということができる。」

「個人の尊厳の観点からは同性カップルに対しても公認に係る利益を実現する必要があるといえるものの、その方法には様々な方法が考えられるのであって、そのうちどのような制度が適切であるかについては、現行法上の婚姻制度のみならず、婚姻類似の制度も含め、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や、各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上で民主的過程において決められるべきものである。」

「以上の点を総合的に考慮すると、上記のような状況において、同性カップルの公認に係る利益の実現のためにどのような制度が適切であるかの議論も尽くされていない現段階で、直ちに本件諸規定が個人の尊厳の要請に照らして合理性を欠くと認めることはできない。よって、本件諸規定が、立法裁量の範囲を逸脱するものとして憲法24条２項に違反するということはできない（なお、上記のような国民的議論を経た上で、国会が本件諸規定を改廃し、同性間の婚姻制度を構築するという選択をすることも可能であることはいうまでもないが、このことと、本件諸規定が憲法24条に違反するか否かという憲法適合性の審査の問題とは、次元を異にするものである。）。」

⑶　東京地裁判決

「憲法24条は、本件諸規定が定める婚姻を同性間にも認める立法をすること、又は同性間の人的結合関係について婚姻に類する制度を法律により構築することなどを禁止するものではなく、上記のような立法は、その内容が個人の尊厳と両性の本質的平等に反し立法府に与えられた裁量権の範囲を逸脱するものでない限り、憲法24条に違反するものではない

ということができる。」

「同性愛者は、性的指向という本人の意思で変えることのできない事由により、本件諸規定により婚姻制度を利用することができない状態に置かれている。また、前記認定事実(4)アのとおり、一定数の地方公共団体がパートナーシップ証明制度を導入し、同性カップルをパートナーすなわち家族として公証することを行っているものの、これは地方公共団体ごとの取組みであって、国においてはこのような制度は存在しない。その結果、同性愛者は、そのパートナーとの共同生活について、家族として法的保護を受け、社会的に公証を受けること（下線筆者）が法律上できない状態にある。」

「憲法24条２項は、婚姻に関する事項のみならず、家族に関する事項（下線筆者）についても、その立法に当たり個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚すべき旨を示しているところ、このような状態が、憲法24条２項が掲げる個人の尊厳に照らして合理性を欠き、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点を踏まえ、本件諸規定の憲法24条２項適合性を検討する。」

「婚姻は、親密な人的結合関係について、その共同生活に法的保護を与えるとともに、社会的承認を与えるもの（下線筆者）である。このように親密な人的結合関係を結び、一定の永続性を持った共同生活を営み、家族を形成することは、当該当事者の人生に充実をもたらす極めて重要な意義を有し、その人生において最も重要な事項の一つであるということができるから、それについて法的保護や社会的公証を受けることもまた極めて重要な意義を持つものということができる。」

「同性愛者にとっても、パートナーと家族となり、共同生活を送ることについて家族としての法的保護を受け、社会的公証を受けることができる利益（下線筆者）は、個人の尊厳に関わる重大な人格的利益（下線筆者）に当たるということができる。」

「以上を踏まえ、本件諸規定を含む現行法上、同性間の人的結合関係について、パートナーと家族になり、共同生活を送ることについて家族としての法的保護を受け、社会的公証を受けるための制度（以下「パートナーと家族になるための法制度」という。）が設けられていないことについて、個人の尊厳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、本件諸規定の憲法24条２項適合性について検討する。」

「現行法上、同性愛者についてパートナーと家族になるための法制度が存在しないことは、同性愛者の人格的生存に対する重大な脅威、障害であり、個人の尊厳に照らして合理的な理由があるとはいえず、憲法24条２項に違反する状態にあるということができる。しかしながら、そのような法制度を構築する方法については多様なものが想定され、それは立法裁量に委ねられており、必ずしも本件諸規定が定める現行の婚姻制度に同性間の婚姻を含める方法に限られない（現行の婚姻制度とは一部異なる制度を同性間の人的結合関係へ適用する制度とする方法や、同性間でも利用可能な婚姻に類する制度を別途構築する方法を採ること等も可能である。）ことからすれば、同性間の婚姻を認めていない本件諸規定が憲法24条２項に違反すると断ずることはできない。」

⑷　名古屋地裁判決

「現行の法律婚制度を同性間に対して及ぼすことは、憲法24条１項の趣旨に照らし、禁止されてはいないが、要請されているともいえない。そして、同条２項は、同条１項を前提として、法律による婚姻制度の具体化を国会の合理的な立法裁量に委ねるとともに、国会に要請、指針を示す規定と解されるから、同条２項も、現行の法律婚制度を同性間に対して及ぼすことを要請していないと解するのが整合的であり、本件諸規定が同性間に現行の法律婚制度をそのまま適用することを認めていないことは、同項に違反するものでもないというべきである。」

「同性カップルは、本件諸規定が、同性カップルに対して法律婚制度の利用を認めず、他にこれを認める法令の規定が存しないことにより、法制度の下で、法律上及び事実上の多彩な効果を一体のものとして享受することができない状態となっており、異性カップルとの間に著しい乖離が生じている。同性カップルは、自然生殖の可能性が存しないという点を除けば、親密な関係に基づき永続性をもった生活共同体を構成しうる（下線筆者）という実態において、異性カップルと何ら異なるところはなく（原告ら本人、弁論の全趣旨）、現在の医学心理学の知見によれば、性的指向及び性自認は、ほとんどの場合、人生の初期又は出生前に決定

され、自らの意思や精神医学的な療法によって変更されるものではないとされている（認定事実⑴ア）点に照らせば、同性カップルが上記の状態に置かれている点が憲法上是認されるかどうかは、なお検討を要するというべきである。」

「そして、憲法24条２項は、婚姻のほか、「家族」についても、個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚した立法の制定を要請している。家族という概念は、憲法でも民法でも定義されておらず、その外縁は明確ではなく、社会通念上は、多義的なものである。上記のとおり、同性カップルにおいても、親密な関係に基づき永続性をもった生活共同体を構成しうることは、異性カップルと何ら異ならないのであるから、同性カップルの関係性について、家族の問題として検討することは十分に可能なはずである。」

「そこで、以下、同性カップルが上記の状態に置かれている点については、「家族」に関する事項として、憲法24条２項に違反しないかを検討する。」

「婚姻の本質が、両当事者において永続的な精神的及び肉体的結合を目的として真摯な意思をもって共同生活を営むこと（下線筆者）にあり、法律婚制度が、この本質に重要な価値を認め、これを具体化し実現し保護しようとしたことにあるためであると解される。そして、このような本質的な人間の営みは、法律婚制度が整えられる以前から歴史上自生的に生じたものと考えられる。したがって、法律婚制度を利用するについての自由が十分尊重に値するとされる背景にある価値は、人の尊厳に由来するものということができ、重要な人格的利益（下線筆者）であるということができる。」

「こうした両当事者の関係が国の制度により公証され、その関係を保護するのにふさわしい効果の付与を受けるための枠組みが与えられるという利益は、憲法24条２項により尊重されるべき重要な人格的利益（下線筆者）であると解される。」

「しかしながら、同性カップルは、制度上、このような重要な人格的利益を享受できていないのである。」

「憲法24条の適合性を審査するためには、本件諸規定により具体化された現行の「家族」に関する法制度の趣旨を検討する必要がある。」

「婚姻の本質は、両当事者において永続的な精神的及び肉体的結合を目的として真摯な意思をもって共同生活を営むこと（下線筆者）にあるのであり」、「婚姻の意義は、単に生殖と子の保護・育成のみにあるわけではなく、親密な関係に基づき永続性をもった生活共同体を構成することが、人生に充実をもたらす極めて重要な意義を有するもの（下線筆者）と理解されていたと解される。このような親密な関係に基づき永続性をもった生活共同体を構成することは、同性カップルにおいても成しうるはずのものである。」

「家族の形態として、男女の結合関係を中核とした伝統的な家族観は唯一絶対のものであるというわけではなくなり、同性愛を精神的病理であるとする知見が否定されるに至った状況で、世界規模で同性カップルを保護するための具体的な制度化が実現してきており、わが国でも同性カップルに対する理解が進み、これを承認しようとする傾向が加速しているということができる。そうすると、現行の家族に関する法制度における現行の法律婚制度はそれ単体としては合理性があるように見えたとしても、そこで重視されるべき価値に対する理解の変化に伴い、その享有主体の範囲が狭きに失する疑いが生じてきており、結果として、同性愛者を法律婚制度の利用から排除することで、大きな格差を生じさせていながら、その格差に対して何ら手当てがなされていないことについて合理性が揺らいできているといわざるを得ず、もはや無視できない状況に至っていると考えられる。」

「憲法24条の適合性を審査するためには、さらに、本件諸規定により具体化された現行の法律婚制度が採用されたことによる影響を検討する必要がある。」

「本件諸規定が、異性間に対してのみ現行の法律婚制度を設け、その範囲を限定することで、同性間に対しては、国の制度として公証することもなく、その関係を保護するのにふさわしい効果を付与するための枠組み自体を与えない状態としているが、婚姻制度の趣旨に対する国民の意識の変化に伴い、同性カップルが法律婚制度に付与されている重大な人格的利益を享受することから一切排除されていることに疑問が生じており、累計的には膨大な数になる同性カップルが現在に至るまで長期間にわたってこうした重大な人格的利益の享受を妨げられているにもかかわ

らず、このような全面的に否定する状態を正当化するだけの具体的な反対利益が十分に観念し難いことからすると、同性カップルの関係を保護するのにふさわしい効果としていかなるものを付与するかという点においては、なお、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く、国会の裁量に委ねられるべきものとしても、上記の状態を継続し放置することについては、もはや、個人の尊厳の要請に照らして合理性を欠くに至っているものといわざるを得ず、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というべきである。」

「したがって、本件諸規定は、同性カップルに対して、その関係を国の制度によって公証し、その関係を保護するのにふさわしい効果を付与するための枠組みすら与えていないという限度で（下線筆者）、憲法24条２項に違反するものである。」

⑸　福岡地裁判決

「本件諸規定が憲法24条２項にも適合するものとして是認されるか否かは、当該規定の趣旨や同規定に係る制度を採用することによ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ものとするのが相当である。」

「同性カップルの人的結合に関する事項は、憲法24条１項に基づく婚姻の自由は認められないものの、同性間の永続的な精神的及び肉体的結合を目的として真摯な意思をもって共同生活を営む意思（下線筆者）を婚姻及び家族に関する諸規定に照らしてどのように扱うべきかという問題であるから、同条２項の「婚姻及び家族に関するその他の事項」に該当するものということができる。そして、前記１（2）の起草過程のとおり憲法24条の根底にあった理念の一つは、個人の尊厳（下線筆者）であり、これは異性愛者であっても同性愛者であっても変わりなく尊重されるべきものであるから、同性カップルに関する事項についても、国会の立法裁量が与えられると同時に、憲法24条２項の裁量の限界にも画されると

解するべきである。」

「本件諸規定の下では、原告らは婚姻制度を利用できずこれによりもたらされる権利利益を享受する機会を得られず、法的に家族として承認されないことで重大な不利益を被っており、このような不利益は個人の尊厳に照らして人格的利益を侵害するものとして到底看過することができないもの（下線筆者）である。すなわち、婚姻は家族の単位の１つ（火炎筆者）であり、前記のとおり、永続的な精神的及び肉体的結合の相手を選び、公証する制度は、基本的には現行法上婚姻制度のみであるところ、同性カップルが婚姻制度を利用できず、公証の利益も得られないことは、同性カップルを法的に家族として承認しないことを意味するものである。そして、前記のとおり、婚姻制度を利用できるか否かはその者の生涯にわたって影響を及ぼす事項であり、国民の意識における婚姻の重要性も併せ鑑みれば、婚姻をするかしないか及び誰と婚姻して家族を形成するかを自己の意思で決定することは同性愛者にとっても尊重されるべき人格的利益であると認められるところ、原告らが婚姻制度を利用できない不利益は前記のとおり憲法13条に反するとまでは言えないものの、上記人格的利益を侵害されている事態に至っているといえる。」

「本件諸規定の下で原告ら同性カップルは婚姻制度を利用することによって得られる利益を一切享受できず法的に家族と承認されないという重大な不利益を被っていること、婚姻制度は異性婚を前提とするとはいえ、その実態が変遷しつつあること、婚姻に対する社会通念もまた変遷し、同性婚に対する社会的承認がいまだ十分には得られていないとはいえ、国民の理解が相当程度浸透されていることに照らすと、本件諸規定の立法事実が相当程度変遷したものと言わざるを得ず（下線筆者）、同性カップルに婚姻制度の利用によって得られる利益を一切認めず、自らの選んだ相手と法的に家族になる手段を与えていない本件諸規定はもはや個人の尊厳に立脚すべきものとする憲法24条２項に違反する状態にあると言わざるを得ない。」

「しかしながら、前記のとおり婚姻をするかしないか及び誰とするかを自己の意思で決定することは同性愛者にとっても尊重されるべき人格的利益ではあるものの、憲法上直接保障された権利とまではいえず（下線筆者）、そ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せられるものである。そして、憲法24条２項は「婚姻及び家族に関するその他の事項」について立法府の合理的裁量を認めているところ、上述の同性愛者らの重大な不利益を解消し、自己決定を尊重する制度の在り方については、様々な考慮をする必要がある。」

「婚姻の特徴を満たす法的制度としては、婚姻制度を適用する以外にも」、「諸外国で制度化されてきた同性間の人的結合に関する制度が複数あり、婚姻とほとんど同じ法的効果を同性カップルに与える登録パートナーシップ制度は、同性間の人的結合に法的権利義務や公証の利益を与えるものとして、その内容次第では婚姻制度の代替となり得るものであり、同性婚についてこのような婚姻制度と異なる制度を設けるか否かについても立法府における議論に委ねることが相当である。また、同性間の人的結合においては、生物学上の親子と戸籍上の親子が一致せず、これを前提にした規定が必要となること等から、嫡出推定の有無、養子縁組の可否、生殖補助医療の可否については、現行の婚姻制度と異なるものとする余地があり、このような制度設計や枠組みの在り方については、我が国の伝統や国民感情を含めた社会的状況における種々の要因を踏まえつつ、さらに、子の福祉等にも配慮するといった様々な検討・調整が避けられず、立法府における検討や対応に委ねざるを得ない。」

「また、前記のとおり、我が国において、国会で同性婚に関する質疑が行われ、地方自治体によるパートナーシップ制度が初めて導入され、同性婚に関する各種意識調査が開始されたのはいずれも平成27年以降であり、この頃に初めて同性婚に関する問題が我が国で本格的に議論され始めたものと認められる。近時の調査によっても、20代や30代など若年層においては、同性婚又は同性愛者のカップルに対する法的保護に肯定的な意見が多数を占めるものの、前記のとおり60歳以上の年齢層においては肯定的な意見と否定的な意見が拮抗しており、国民意識として同性婚又は同性愛者のカップルに対する法的保護に肯定的な意見が多くなったのは、比較的近時のことであると認められる。そうすると、立法府による今後の検討や対応に委ねることが必ずしも不合理であるとまでは言えない。」

「以上によれば、同性間の婚姻を認めていない本件諸規定が立法府たる

国会の裁量権の範囲を逸脱したものとして憲法24条２項に反するとまでは認めることができない。」

⑹ 検討

各地裁判決は、①24条２項に違反しないとする札幌地裁判決、大阪地裁判決、②24条２項に違反する状態にあるとした東京地裁判決、福岡地裁判決、③24条２項に違反するとした名古屋地裁判決、に分類される。

特筆すべきは、札幌地裁判決が憲法14条における判断で示した様に、残りの４地裁判決もまた、婚姻を子どもを産み育てるためだけではなく、共同生活を営む場として捉え、同性カップルが営む共同生活を何らかの形で保障しようとしていることである。これは、同性カップルが婚姻の本質を伴った共同生活を営むことが出来るとする事実認定が前提となっており、前述した各地裁判決における婚姻の本質及び婚姻の解釈がそれを裏付けている形となっていると言える。

東京地裁判決以降の３地裁判決で示された同性カップルを憲法24条２項の「家族」と捉えるという判断手法も特筆に値する。何故なら、憲法学説では、同性カップルを24条２項の「家族」として捉えるものがなく、この判断手法は東京地裁判決において初めて示されたものと言えるからである。よって、本論文では、同性カップルの関係を法的に保障する一つの手段として、同判断手法についても、検討を加えて行くこととする。

5.2.2.7 地裁判決から導かれること

地裁判決を大別すると、①14条のみに違反するとした札幌地裁判決型、②24条２項に違反する状態にあるとした東京地裁及び福岡地裁判決型、③憲法24条２項及び憲法14条に違反するとした名古屋地裁判決型、④全ての争点において違反しないとした大阪地裁判決型に分類することが出来る。

東京地裁判決以降、後続の２地裁判決が東京地裁判決の枠組みを追随していることから、主要な争点は24条２項となりつつあると言える。よって、同性カップルの関係が法的に承認されることの一つの手段として、同性カップルを24条２項の「家族」と捉えるアプローチは有効であると言える。

同性カップルを24条２項の「家族」と捉えるアプローチのメリットは、憲法24条１項の「婚姻」に同性婚が含まれることを前提としないことにある。５地裁判決全てにおいて、24条１項の「婚姻」に「同性婚」は含まれないとする解釈が示されていることから、裁判所を納得させ得る程度の24条の「婚姻」に同性婚が含まれることの証明のハードルは高いと言える。24条２項のアプローチは、この高いハードルを越えることを要求されないという点にメリットがある。また、同性カップルを「家族」と捉えるアプローチを採った場合、仮に、大阪地裁判決の様に、婚姻における子の養育が強調され、同性カップルの関係は異性婚とは異なるものであるから憲法14条等に違反しないとされたしても、24条２項により何らかの保障を導き出すことも出来ると思われる。

また、全ての地裁判決において、本論文が検討対象とする国内法、その他の社会的状況及び国民の意識等、国際人権法の状況、諸外国の状況を立法事実の変遷等の判断において参照されていることから、やはりこれらを検討対象とすることには、大いに意義があると言える。特に、東京地裁判決以降は、札幌地裁判決及び大阪地裁判決には見られなかった国際人権法に関する言及があったことから、国際人権法によるアプローチも検討していくべきであると考える。

そこで、本稿では、24条２項によるアプローチの検討に当たっては、後述するヨーロッパ人権裁判所の判例を参考とする。

ヨーロッパ人権条約では、12条において婚姻の自由を定め[164]、８条において「家族生活」の尊重を定めている[165]。ヨーロッパ人権裁判所は、12

---

[164] ヨーロッパ人権条約12条（婚姻についての権利）
婚姻することができる年齢の男女は、権利の行使を規制する国内法に従って婚姻をしかつ家庭を形成する権　利を有する。

[165] ヨーロッパ人権条約８条（私生活及び家族生活の尊重についての権利）
１項「すべての者は、その私的及び家族生活、住居及び通信の尊重を受ける権利を有している。」
２項「この権利の行使については、法律に基づき、かつ、国の安全、公共の安全若しくは国の経済的福利のため、また、無秩序若しくは犯罪の防止のため、健康若しくは道徳の保護のため、又は他の者の権利及び自由の保護のため民主的社会において必要なもの以外のいかなる公の機関による干渉もあってはなら

条の「婚姻」に同性婚は含まれないとしながらも、８条の「家族生活」に同性カップルは含まれると解釈することで、同性カップルの権利を保障している。よって、本稿では、ヨーロッパ人権裁判所の判例を検討した後に、憲法24条１項の解釈にヨーロッパ人権条約12条を、憲法24条２項の解釈にヨーロッパ人権条約８条を参照することにより、憲法24条２項の「家族」に同性カップルを含めるというアプローチを手段の一つとして提示することとする。

5.3　小括　国内判例における同性カップル

最高裁判例を検討した結果、最高裁が想定する家族とは、法律婚によって形成される男女の夫婦とその間に生まれた嫡出子ということであることが判明した。しかし、非嫡出子相続分差別規定違憲決定では、社会の変遷が決定に大きな影響を及ぼしていることから、家族に関する規定の解釈には、社会の変遷による影響も無視できず、最高裁の「家族像」が変容する可能性も否定できない。さらに、同性カップルについて言えば、再婚禁止期間違憲決定において、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を明らかにしたもの」と表現していることから、最高裁は、同性婚容認の余地を残したとも解釈することも可能であると思われる。

下級審判決を検討した結果、性的マイノリティ及びLGBTが当事者となった事例が増加していること、札幌地裁令和3年3月17日判決を筆頭に同性カップルの権利を保障する判決が出されているということを確認することが出来た。

特に、結婚の自由を全ての人に訴訟に関する一連の地裁判決では、５地裁中の２地裁判決が違憲判断、２地裁判決が違憲状態にあるとしたことが重要である。一連の地裁判決からは、国内判例において、同性カップルの権利を保障する動きがあり、その傾向が強まりつつあると言うことが出来る。さらに、いずれも憲法24条は同性婚等により同性カップルの関係を法的に承認することを禁止していないとしていることから、将

ない。」

来的には憲法24条１項の「婚姻」に同性婚が含まれると解釈される余地もあると言える。また、これらの地裁判決の傾向から、最高裁においても同性カップルの権利を保障する判断が出される可能性があると言えると思われる。最高裁は、同性カップルの権利が争点となった事案を未だ扱ってはいないものの、トランスジェンダーの権利が争点となった事案において、性的マイノリティの権利保障について積極的な姿勢を採っていることから[166]、同性婚についても、同様の姿勢を見せる可能性があると言える。

以上の検討結果から、①最高裁は、同性カップルの関係を法的に承認することについて否定的であるとは必ずしも言えず、むしろ積極的な姿勢を見せる可能性があること、②下級審判決においては、同性カップルの権利を保障する流れが生まれており、その傾向が強まりつつあること、③下級審判決において憲法24条が同性婚等による同性カップルの関係の法的承認を禁止していないとする解釈が確立されていること、を述べることが出来る。

これらの国内判例における状況から、入管法上、同性カップルを異性カップルと異なる扱いをすることの合理性が失われていることを示す国内の状況が存在するということが言える。

【付記】本稿は、北海道大学審査博士（法学）学位論文（2022年12月26日）「出入国管理行政及び入管法における同性カップル―ヨーロッパ人権裁判所の判例を素材として―」に加筆、修正を加えたものである。

[166] 最判令和5年7月11日裁判所ウェブサイト及び最大決令和5年10月25日裁判所ウェブサイト。