HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	憲法24条の要請としての同性婚の制度化
Author(s)	遠矢, 拓誠
Citation	北大法政ジャーナル, 71-107
Issue Date	2024-12-13
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/93777
Type	departmental bulletin paper
File Information	HouseiJournal_31_03_Toya.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

憲法24条の要請としての同性婚の制度化

遠矢拓誠（とおや たくみ）

目　次

序章…… 73
第１節　同性婚の制度化と憲法24条…… 73
第２節　同性カップルの保護の現状と下級審判決…… 74
第３節　本稿の構成…… 75
第１章　平成27年最高裁２判決と憲法24条の解釈…… 75
第１節　判決以前の状況…… 75
第２節　平成27年最高裁２判決とそれへの応答…… 76
第１款　婚姻をするについての自由…… 76
第２款　憲法24条２項の「要請、指針」…… 77
第３款　判例が想定する憲法上の家族？…… 79
第３節　「憲法24条の家族」理解と「公序」…… 81
第１款　「夫婦とその嫡出子」なのか …… 81
第２款　「公序」としての家族 …… 81
第３款　「公序」と憲法価値 …… 83
第２章　同性婚の制度化－憲法24条の要請の導出…… 83
第１節　従前の議論…… 83
第２節　下級審判決の憲法24条適合性審査…… 85
第１款　憲法24条１項についての判断…… 85
第２款　憲法24条２項についての判断…… 86
第３節　憲法24条の「婚姻」と同性婚…… 87
第１款　下級審判決の問題点…… 87
第２款　憲法24条の文言の解釈…… 87
第３款　「子の保護」と憲法24条の「婚姻」…… 88
第４款　憲法24条の「婚姻」の意義―「公私の連続性」…… 90
第４節　憲法24条の要請としての同性婚の制度化…… 91

第３章　現行法制の調整　…… 91
　第１節　同性婚の制度化と親子関係規定等　…… 91
　　第１款　養子縁組制度　…… 92
　　第２款　生殖補助医療　…… 92
　　第３款　嫡出推定　…… 93
　第２節　婚姻障碍事由の撤廃？　…… 94
おわりに　…… 95

序章

第 1 節　同性婚の制度化と憲法24条

本稿は、同性婚の制度化が憲法24条の要請するところであり、同性間の婚姻を認めていない現行の民法、戸籍法の諸規定が憲法24条に違反していることを述べるものである。本稿でいう「同性婚」とは、法律上の婚姻制度を同性カップルが利用することで成立する「婚姻」を指す。この「婚姻」は、現行婚姻制度のもとで成立する異性カップルの「婚姻」と等しいものであり、「パートナーシップ制度」の利用による同性パートナーシップは含まない。パートナーシップ制度の構築は同時に、同性カップルには婚姻を認めない、ということをも意味するが、これは同性カップルと異性カップルが本質的に異なるのでなければ正当化されない扱いである。しかし、実際には両者は本質的に異ならないと考えられ、同性婚の制度化[1]が求められるところ、日本国憲法がそれに対していかなる規範的命題を有しているか、問題となる。にもかかわらず、憲法は同性婚の制度化を許容しており、その実現の如何は立法裁量に委ねられている、というにとどまるのでは、その限りで「そこに生産的な議論は見いだしがたい」[2]。

従来、同性婚の憲法上の扱いを考えるにあたっては、憲法13条、14条１項、24条が関連する条文だと考えられてきた。憲法24条にいう「婚姻」に同性間の婚姻も含まれていると考えると、現行制度は、同性カップルが婚姻できない制度であることから、同条に違反することになる。また、同性婚の制度化が同条より要請される。本稿ではこのことを論じる。

憲法13条を根拠として同性婚の制度化の要請を導くことには、本質的な困難がある。憲法13条を根拠とする議論では、同条から導かれる個人の自己決定を支えるための、制度設営の作為請求の一内容として、同性婚の制度化があると考えられている[3]。しかし、論者自身が、「憲法一三条から制度の創設を求める作為請求権が導出し得るのかに関しては確立した学説のコンセンサスが存在するとは言い難い」[4]と認めている。加えて、最高裁は、憲法13条により裏付けられる人的結合構築の自由と、憲法24条にいう法制度しての「婚姻」を区別している、と指摘される[5]。すると、憲法13条を根拠として、同性婚の制度化の要請を導くことは、困難であるといわざるをえない。

また、異性カップルと同性カップルの間には、当事者の性別や自然生殖子誕生の可能性の有無といった差異がある。そのため、合理的区別を認める憲法14条１項のもとでは、必ずしも同性婚の制度化までは要請されず、パートナーシップ制度の構築をもって合憲とされる可能性がある。加えて、婚姻、家族制度について規定する憲法24条が、憲法上の「婚姻」を異性婚に限定しており、同性カップルを異性カップルと等しく扱わなくてもよいとする条項であるならば、異性間でのみ婚姻ができ同性間では婚姻ができない現状は、憲法自身が認める別異取扱いということになる。すると、同性婚を制度化し法律レベルで異性カップルと同等に扱うべきという要請を憲法14条１項のみから導くのは、困難となろう[6]。

仮に、パートナーシップ制度や、「婚姻」という名称であっても異性カップルによるものと内容の異なる同性婚制度が構築された場合には、ドイツにおける同性婚承認の過程についての研究[7]が示すように、平等の観点から、同性カップルが利用できるそれら制度と異性カップルが利用している制度との差異の縮小を図ることは考えられる。だが、それでは、同性婚が異性婚と等しく憲法上の「婚姻」として捉えられることにはならない。日本国憲法には、24条という「婚姻」について規定する条文が存在する。同性婚の承認が「対等な人格としての承認の「象徴」を求める闘争」[8]であるならば、同性間の婚姻が同条の「婚姻」として扱われることが肝要であろう。

同性婚の制度化が憲法の要請だとする論拠として、憲法13条、14条１項は十分でない。同性婚の憲法上の扱いを考えるにあたっては、「婚姻」について規定する憲法24条から直接に結論を導く必要があると考えられる。憲法24条が同性婚の制度

化についていかなる規範的命題を有しているかが、最重要な点である。

第２節　同性カップルの保護の現状と下級審判決

近時では、「同性カップルがまず直面する問題を市区町村レベルで改善しようとする」[9]パートナーシップ条例等が広がりをみせている[10]。また、世論も同性婚の制度化に賛成する方向に傾いているが、必ずしも投票行動に結びつくわけではない[11]。そして、国会においては、民法改正法案[12]が議員立法の形で提出されているものの、自民党内部の強硬な反対意見もあり、議論が進んでいない[13]。

司法の場においては、同性カップルが法律婚をできない現状を背景に、事実婚としてその関係の保護を求める動きも出てきている。判例、裁判例では、関係解消について不法行為に基づく損害賠償請求を認めたもの[14]や、犯罪被害者給付金法（昭和55年法36号）にいう「事実上婚姻関係と同様の事情にあつた者」に犯罪被害者と同性の者もあたるとしたもの[15]などがある。

このように、同性愛や同性カップルをめぐる立法や司法の対応が定まらないなかで、2019年、同性間で婚姻ができないことの違憲性を問う国賠訴訟が提起された（「結婚の自由をすべての人に」訴訟）。本稿執筆時点では、７つの判決（以下、７つを総称する際は「下級審判決」、６つの地裁判決を総称する際は「６地裁判決」とする。）が出されており、違憲とするものが３つ（札幌地裁判決[16]、名古屋判決[17]、札幌高裁判決[18]）、違憲状態とするものが３つ（東京一次判決[19]、福岡判決[20]、東京二次判決[21]）、合憲とするものが１つ（大阪判決[22]）と、判断が分かれた。また、結論のみならず、違憲ないし違憲状態とする条項やその理由付けも相異なるものであった。しかし、６地裁判決はすべて、憲法24条１項にいう「婚姻」は異性カップルによるものを指すとして、同項への違反を認めなかった。

本稿の関心からは、憲法24条の解釈について、下級審判決の判断が十分であるか、という点にある。憲法24条１項にいう「婚姻」が異性カップルによるもののみを指すのだとすると、同じ条のもとにある憲法24条２項においては同性婚の制度化が要請される、と結論することはできない、となるのではないか。あるいは、24条２項において要請される「同性婚」は、同条１項にいう「婚姻」とは必然的に異なるものとされるのではないか。この理解における「同性婚」とは、「婚姻」ではなくパートナーシップ制度を指すことになろうが、「婚姻」とパートナーシップ制度は異なるものである。「婚姻」として同性婚を制度化することが憲法上要請される、というためには、６地裁判決が共通して示した、憲法24条１項にいう「婚姻」は異性カップルによるものを指し、同性婚の制度化は同項より許容されるにとどまる、という解釈から脱却する必要がある。そのためには、憲法24条にいう「婚姻」に同性カップルによるものも含まれている、ということを論じる必要があると考える。また、札幌高裁判決は、同性間の婚姻が異性間の婚姻と同程度に憲法24条１項で保障されると解した。これは、以上に示した本稿の方向性と共通するものではあるが、その理由付けが十分であるか検討される必要がある。

なお、同性婚について考える際に、あらゆる性的少数者への視線を欠いてはならないという立場から、「異性愛者と同性愛者」という区分設定へ疑問を呈する見解がある[23]。だが、こと法律上の「婚姻」に関しては、同性婚の制度化により、そのような人々の抱える課題にも対応できると考えられる。すなわち、戸籍上の性別は出生届に基づいて男女に二分されるのであり（戸籍法49条２項１号、57条２項）、同性婚が制度化されると、自身および相手の戸籍性別にかかわらず、すなわち自身の性自認や性的指向にかかわらず婚姻ができるようになることになる。すると、この見解からも、同性婚の制度化は求めるべきものとされよう[24]。

第３節　本稿の構成

同性婚の制度化と憲法24条との関係について、本稿では議論を以下のように展開する。

まず、**第１章**、最高裁の憲法24条解釈とそれに関する学説を検討する。平成27年に出された再婚禁止期間一部違憲判決[25]、夫婦同氏制合憲判決[26]（以下、この２つの判決を総称する際は「平成27年最高裁２判決」とする。）は、憲法「24条固有の解釈論を提示し、学説の議論状況にも画期をもたらした」[27]。本稿では、判例と学説の整理から、憲法24条が有する規範を検討する。その規範は、同条が同性婚の制度化に対して有する規範的命題を検討する前提となる。

続いて、**第２章**では、同性婚の制度化が憲法24条１項から要請されることを導く。６地裁判決のうちには、憲法24条２項に関して、現行法が同性カップルの関係を保護する制度を、パートナーシップ制度も含めて何ら設けていないことが違憲、あるいは違憲状態だとしたものはある。しかし、上述のとおり、憲法24条１項に関しては、同項の「婚姻」は異性カップルによるものを指すとして、６地裁判決は同性カップルが現行婚姻制度を利用できないことについて、違憲とは述べなかった。だが、６地裁判決は、同性カップルが婚姻できない現行制度が憲法24条に違反する可能性を全く否定したとは解されない。また、札幌高裁判決も含めて、憲法24条についての論点をすべて示したとも思われない。本稿では、下級審判決では触れられていない、憲法24条が「婚姻」について規定することの意義について検討し、本稿の主題でもある、同性婚の制度化が憲法24条の要請するところである、という結論を得る。

最後に、**第３章**では、同性婚の制度化にともなう婚姻制度の他の部分の調整について考察する。同性婚の制度化にあたり、立法裁量に委ねられる部分がどの程度あるのか、問題となる。現行法は、婚姻当事者間の関係のみならず、親子関係をも規律している。その中でも特に嫡出推定規定は、一見同性カップルには関係なく、同性カップルに適用するかは立法裁量に委ねられるようにもみえる。しかし、憲法24条の規範は、親子関係規定にも及ぶ。ここから、同条の要請として、嫡出推定規定を含む親子関係規定も同性間の婚姻に適用されるべきであることを論じる。なお、同性婚の制度化が、他の婚姻障碍事由の撤廃に繋がるとする議論がある[28]。しかし、それは憲法24条の有する規範に照らし、都度検討されるべき事項であると思われるため、これを最後に論じる。

第１章　平成27年最高裁２判決と憲法24条の解釈

第１節　判決以前の状況

制憲議会となった第90回帝国議会で、「帝国憲法改正案」22条は、「個人の権威」となっていた部分が「個人の尊厳」とされたほかは、原案通り可決された[29]。その審議において、当初の政府側の態度は、改正案22条の「目指す所は所謂封建的遺制と考へらるる、或は封建的遺制と解せらるるものを払拭することが主眼であります、隨て戸主権、家族、相続等の否認は致しませぬ」[30]というものであった。しかし、臨時法制調査会、司法法制審議会が民法改正の方針を家制度の廃止においており[31]、その委員からの申入れ[32]もあったことで、政府の答弁は、「二十四条の結果、……戸主を中心とする家族制度と云ふものはなくなる、従つて民法の所謂戸主家族、あの章はなくなるものと確信して疑ひませぬ」[33]と、家制度の廃止を明確に述べるように変化した[34]。また、家族の保護については個別の立法に委ねられること[35]、母子の保護については改正案23条に盛り込まれていること[36]から、憲法24条に明記する修正はされなかった。

こうして成立した憲法24条について、初期の注釈書は次のように述べる。まず、旧憲法にはなかった家族に関する規定が憲法に盛り込まれたことについて、「国民の家族生活のあり方が、憲法の基調とする民主主義の完成に、重大な関係があると認められたからである」と説明される。すなわち、憲法24条は、家族が個人にとって最も身近な環境であるため、家族についての法規整は個人主義的

家族観に基づくことを要求し、民主主義の根底を固めようとしている、という。ここでは、家制度の廃止に尽きない憲法24条の意義が述べられているといえる。また、憲法24条は「第一三条の個人尊重及び第一四条の法の下の平等の立法を通じての私人間の身分関係、家族生活関係における発現にほかなら〔ず、〕それだけに又本条は、国民にとって消極的な自由権的人権を保障するに過ぎない」。そして、解釈として、配偶者の一方に氏の放棄を強制する民法750条、血縁関係のない姻族間等の婚姻を禁じる民法735条、736条、系譜等の単独相続を定めた民法897条、配偶者の直系尊属に対する犯罪をも加重の対象としていた刑法200条、205条２項、218条２項、220条２項（いずれも平成７年法91号による改正前）について、憲法24条違反の疑いを指摘している[37]。

しかし、憲法24条に関するその後の学説の議論は、それほど盛んではなかった[38]。家制度の廃止という大改正を経た「民法条文の合憲性は疑う余地もな」く、「憲法二四条の解釈論はなす意味がな」い[39]、という認識の強さ[40]や、判例、裁判例の少なさ[41]が影響していたと思われる。また、学説の多くは、憲法24条を平等の特別規定として整理しており、その記述も簡素であった[42]。さらに、憲法24条にはほとんど触れるところのないものも見受けられた[43]。

第２節　平成27年最高裁２判決とそれへの応答

このような状況のもとで出されたのが、平成27年最高裁２判決である。

第１款　婚姻をするについての自由

再婚禁止期間一部違憲判決は、学説でしばしば述べられていた「婚姻の自由」という表現ではなく、「婚姻をするについての自由」という表現を用いた[44]。

> 憲法24「条１項は、「婚姻は、両性の合意のみに基いて成立し、夫婦が同等の権利を有することを基本として、相互の協力により、維持されなければならない。」と規定しており、婚姻をするかどうか、いつ誰と婚姻をするかについては、当事者間の自由かつ平等な意思決定に委ねられるべきであるという趣旨を明らかにしたものと解される。……上記のような婚姻をするについての自由は、憲法24条１項の規定の趣旨に照らし、十分尊重に値するものと解することができる。」[45]

この「婚姻をするについての自由」とは、いかなる内容か。また、「婚姻の自由」とは異なるものなのか。これについて参考となるのが、民法学の議論である。民法学では、契約の自由と対比する形で、「婚姻の自由」には「形式的には、婚姻するとしないとの自由（締約の自由）、誰と婚姻するかの自由（相手方選択の自由）、どのような内容の婚姻をするかの自由（内容決定の自由）、どのようにして婚姻するかの自由（方式の自由）の四つの面」があるとされていた[46]。

再婚禁止期間一部違憲判決の説示からは、この「四つの面」のうち、「締約の自由」および「相手方選択の自由」について、「当事者間で自由に意思決定し、故なくこれを妨げられないという意味において、「婚姻をするについての自由」が保障されているということはできる」といえる[47]。憲法学でも、「何人も、自己の意に反する配偶者と婚姻を強制されず、また婚姻の成立にあたっては、当事者本人以外の第三者の意思によって妨げられない」[48]という「婚姻の自由」理解がされていた。この理解は、上記説示と平仄の合うものと考えられる。

また、民法739条が届出主義を採っていることから、「方式の自由」は認められていない。「婚姻をするについての自由」の説示でも、婚姻当事者が自由に方式を決めて婚姻をすることについては述べておらず、「方式の自由」を含んでいないと考えられる。他方、憲法学では、民法739条は婚姻の合意を制約するわけではないため、憲法24条に反しないと解されている[49]。これが、「方式の自由」が一応は「婚姻の自由」に含まれるという理解だとしても、少なくとも現行法についての議論

の実質的帰結は、「婚姻をするについての自由」との間で異ならないことになる。

「四つの面」のうち、残る「内容決定の自由」については、どうであろうか。夫婦同氏制合憲判決は、民法750条が婚姻の効力を定めたものであり、婚姻をすることについての直接の制約ではないとして、憲法24条１項違反を認めなかった。ここから、「婚姻をするについての自由」には、婚姻の効力を選択して婚姻をする自由としての「内容決定の自由」は、含まれていないと考えられる。また、同判決を強く批判する学説において問題とされているのは、婚姻当事者が婚姻制度の内容を決定して婚姻することができないことではなく、民法750条が実質的に「婚姻の要件」となっていることである[50]。婚姻の要件は、それを満たすかどうかが婚姻の成立／不成立を直接に決定するものであるから、「締約の自由」ないし「相手方選択の自由」の制約、すなわち、「婚姻をするについての自由」の制約となる可能性がある。このようにみると、夫婦同氏制合憲判決と、判決を批判する学説との分水嶺は、夫婦同氏制を婚姻の要件と考えるかどうかにある[51]、といえる。批判説は、「婚姻をするについての自由」が「内容決定の自由」を含んでいないことを問題としているわけではない。結局、婚姻の成立の場面では、判決にいう「婚姻をするについての自由」と、学説にいう「婚姻の自由」に、大きな差異はないといえる[52]。

では、「婚姻をするについての自由」は、憲法上どのように位置付けられると考えられるか。これについて、原則として強い保障が与えられるものではない、とする理解がある。すなわち、自然的な人的結合の自由の制約が問題ではないケースは、「如何なる人的結合関係を「婚姻」として承認するべきかという婚姻制度の内容形成の問題に帰着」するというのである。また、「婚姻に対する直接的な制約」が問題とされた再婚禁止期間一部違憲判決においても、「婚姻をするについての自由」は平等「審査を厳格化する要素の一つとして論じられているに過ぎない」として、「婚姻をするについての自由」の制約について防御権的構成は採られにくいものと解している[53]。

しかし、「婚姻をするについての自由」を、このように、憲法上の保障の程度が低いものと解するべきであろうか。再婚禁止期間一部違憲判決について検討すると、そもそも上告人の主張は、民法733条１項（平成28年法71号による改正前。以下同様。）が「法の下の平等を定めた憲法14条１項及び婚姻に関する両性の平等を定めた憲法24条２項に違反する」[54]という、平等の観点からのものであり、民法733条１項が婚姻障碍事由であることの憲法24条１項適合性を直接問うたものではなかった。そのため、再婚禁止期間一部違憲判決は、上告人の主張に対応して「平等原則違反の枠組みの中で考慮すべき要素として必要な範囲での判示」[55]をしたと考えられる。また、「婚姻をするについての自由」は、同判決千葉勝美補足意見において「憲法上の保護に値する」と述べられている[56]。確かに、判決の「十分尊重に値する」という文言は、博多駅事件決定[57]における「取材の自由」への言及に類似しており、判決は「婚姻をするについての自由」を、「端的な保障に比し一段階下の保障と位置づけ」[58]た、とも理解しうる。しかし、千葉勝美補足意見を前提に考えるならば、「婚姻をするについての自由」は、制度の利用についての自由であるという点で自然的自由と性質が異なる、という意味で「十分尊重に値する」と述べられたに過ぎないと考えられる[59]。すると、「婚姻をするについての自由」は、憲法上十分に保障されるものと解すべきであろう[60]。

ただし、「婚姻をするについての自由」が、法律上の婚姻をすることに関しての自由である以上、婚姻制度が法律として定められている必要がある。すると、憲法が婚姻制度の立法に際して、いかなる規範を有しているのかが重要となる。これについて、平成27年最高裁２判決の説示を、次に検討する。

第２款　憲法24条２項の「要請、指針」

再婚禁止期間一部違憲判決は、民法733条１項が「婚姻に対する直接的な制約を課す」規定だと

して、夫婦同氏制合憲判決は、憲法「24条１項に対する違反の問題について、正当化（規制目的や手段の審査）よりも以前の、保護領域あるいは制限の有無の段階で処理」[61]したうえで、憲法24条２項についてそれぞれ次のとおり説示した。

「婚姻及び家族に関する事項は、国の伝統や国民感情を含めた社会状況における種々の要因を踏まえつつ、それぞれの時代における夫婦や親子関係についての全体の規律を見据えた総合的な判断を行うことによって定められるべきものである。したがって、その内容の詳細については、憲法が一義的に定めるのではなく、法律によってこれを具体化することがふさわしいものと考えられる。」[62]

「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。」[63]

平成27年最高裁２判決は、「憲法24条の婚姻制度における立法府の合理的裁量の存在を前提にし」[64]ながらも、「個人の尊厳と両性の本質的平等」がそれに限界を画する「要請、指針」だと示した。さらに、この「要請、指針」には、憲法13条、14条１項、24条１項に関する説示で言及された、憲法24条２項「の審査において考慮するべき事項が含まれる」[65]。

「単に、憲法上の権利として保障される人格権を不当に侵害するものでなく、かつ、両性の形式的な平等が保たれた内容の法律が制定されればそれで足りるというものではないのであって、憲法上直接保障された権利とまではいえない人格的利益をも尊重すべきこと、両性の実質的な平等が保たれるように図ること、婚姻制度の内容により婚姻をすることが事実上不当に制約されることのないように図ること等についても十分に配慮した法律の制定を求めるものであり、この点でも立法裁量に限定的な指針を与えるものといえる。」[66]〔下線筆者。以下、下線部をまとめて「考慮するべき事項」とする。〕

管見の限り、憲法の解釈を示す場合に、最高裁が「要請、指針」という表現を用いた他の例は存在しない[67]。そのため、この語がいかなる規範的命題を表すのかが問題となる。

一つには、「指針」という語を重視した解釈を行う学説がある。すなわち、最高裁は憲法24条２項を、立法裁量を定めた規定だと理解し、そのために「個人の尊厳と両性の本質的平等」の重要性を希釈して、同項を立法の「指針」程度の抽象的な規定に過ぎないと解している、というものである[68]。この理解によると、「指針」に含まれる「考慮するべき事項」については、立法において総合的に考慮される要素の１つに過ぎず、その制約について手厚い正当化論証が求められるわけではないことになる、とされる[69]。その原因は、「要請、指針」という位置付けに求められている[70]。

しかし、夫婦同氏制合憲判決は、憲法24条は立法作用に対してあえて立法上の「要請、指針」を明示した、と述べている。さらに、立法に当たっては、同条１項の「婚姻をするについての自由」も前提とすることが求められている。すると、「憲法24条２項が認める立法裁量ははじめからかなりの程度限定されたもの」[71]と解すべきように思われる。そうであれば、「要請、指針」は、立法府を強く統制する根拠として読まれるべきではないか。「要請、指針」は、その内容が憲法上の要請であることを示す語であると解される。

では、なぜ最高裁は、単に「要請」と述べるのではなく、さらに「指針」という語をも用いたのか。これについては、「指針」が指す内容をみることで明らかになるように思われる。すなわち、夫婦同氏制合憲判決中、「要請、指針」という文言は４回出てくるが、それとは別に「要請」が単独で２回、「指針」が単独で１回登場する。ここで、「要請、指針」は「憲法24条」について述べ

られている[72]のに対して、「要請」は「個人の尊厳と両性の本質的平等」を受けて、それに照らして合理性があるか審査する場面で述べられる。そして、「指針」は、「考慮するべき事項」について向けられ、立法裁量を限定するものとして用いられている。「個人の尊厳と両性の本質的平等」は、憲法24条２項の明示要素であり、憲法上の「要請」である。しかし、それのみでは具体的な内容は不分明なため、立法裁量行使にあたって「憲法的制度設計指針の法意を明らかに」[73]するため、「指針」として「考慮するべき事項」を述べたと考えられる。そして、「指針」は「要請」の内容を明らかにするものであるため、立法裁量を限定的に画するものとされる[74]。憲法24条は、法律の合理性の審査基準としての「要請」と、立法裁量行使の方向性としての「指針」の双方を提供するものだとして、「指針」の語が足されたと考えられる。また、「考慮するべき事項」は、夫婦同氏制合憲判決が示した３つには限られない可能性があるため、判決でも、「〔考慮するべき事項〕等」〔傍点筆者〕とされていると考えられる。

以上、憲法24条２項は、「要請、指針」を示すことで、はじめからかなり限定されている立法裁量を認めているに過ぎない規定と解される。同時に、同項による事後的な立法裁量統制も、強いものとなることが考えられる[75]。

第３款　判例が想定する憲法上の家族？

ところで、夫婦同氏制合憲判決は、憲法13条適合性についての説示の中で、「家族は社会の自然かつ基礎的な集団単位」だと述べた。この表現は、民法における氏に関する規定を通覧し、氏の性質を論じるなかで出てきたものである。そして、氏を含め婚姻および家族に関する法制度は「憲法の趣旨を踏まえつつ定められる法制度」であるとされる。そのため、この「集団単位」としての家族は、「単なる民法解釈にとどまらず憲法解釈」として、「「個人の所属する集団」の中でも……特権的に扱われる」と解された、と指摘されている[76]。

さらに、夫婦同氏制合憲判決は、憲法24条適合性についての説示において、嫡出推定が婚姻の重要な効果であると述べた。そして、嫡出子には「いずれの親とも等しく氏を同じくすることによる利益」があるとして、夫婦同氏制を合理的と解した。そのため、最高裁は、「夫婦とその嫡出子」という家族形態を念頭に置いており、そのような家族形態を憲法上も保障されるものとした、という批判がなされている[77]。

最高裁が特定の家族形態を憲法上保障されるものと解しているのであっても、憲法24条がその家族形態を保障しているのだとすれば、それは正当化されよう。憲法24条が「男女」を出発点として婚姻や家族を捉えている、という前提を採るならば、「婚姻する男女の間には子どもが生まれることが想定されて」いるとして、「夫婦とその嫡出子」が憲法上の家族と想定される、という議論も成り立つ可能性はある。すなわち、「将来世代の育成を期待できる人的結合関係を保護・支援するためのインフラを整備するよう、憲法が国会を義務付ける」という意味において、憲法の想定する家族、というものの存在を肯定しうる[78]。

しかし、最高裁が特定の家族形態に憲法上の保障を与えているとして批判する議論にも、それを肯定的にみる議論にも、どちらにも二つの疑問が生じる。一つには、そもそも最高裁は特定の家族形態を憲法上保障されるものとして想定しているのか、いま一つには、学説においてもそのような保障があると考えられているのか、である。本款では１つ目について論じる。

最高裁が特定の家族形態に憲法上の保障を与えている、ということの、１つの根拠とされるのが、平成７年非嫡出子相続分合憲決定[79]と非嫡出子出生届記載合憲判決[80]である。前者は、憲法24条が婚姻を軸とした家族像を認めていることから、婚内・婚外関係の一線を超えない範囲での立法裁量行使として、非嫡出子の相続分を嫡出子の二分の一とすることは合憲とした、とされる[81]。平成７年非嫡出子相続分合憲決定は非嫡出子相続分違憲決定[82]により実質的に覆されているが、しかし、このことは最高裁の想定する家族が変化したこと

を示しているわけではないとされる。すなわち、非嫡出子出生届記載合憲判決は、出生届の「嫡出子又は嫡出でない子の別を記載する欄」について、「物的な不利益はもたらさず表現的な不利益としてのスティグマにとどまる区別は、そもそも憲法上問題視すべき有意の区別ではないとして合憲と判断し」[83]た。ここから、非嫡出子相続分違憲決定「も法律婚家族を前提に、あくまで物的な不利益につき婚外子を配慮したものと考えられる」というのである[84]。だが、このように判決を理解して、最高裁が特定の家族形態に憲法上の保障を与えていると解すべきであろうか。

最高裁がある家族モデルを想定している、という前提については、以上の議論と共有する見解がある。すなわち、平成７年非嫡出子相続分合憲決定の時点では、最高裁は「夫婦関係に親子関係を包含させた「家族」モデル」（モデルＡ）を有していたが、非嫡出子相続分違憲決定の時点では、最高裁の想定は「夫婦関係から親子関係を独立させた「家族」モデル」（モデルＢ）に転換している、というものである[85]。しかし、この転換は、結論を直ちには導かないとされる。「個別具体的な制度や規定――ここでは法定相続分――の趣旨に鑑みると、父母の婚姻関係や婚姻家族の有無によって、嫡出子と婚外子を区別して扱うことが合理的であると判断できる可能性があると考えられるからである」[86]。そうであるならば、最高裁がモデルの設定をしていると考える必要はないのではないか。すなわち、ここでは端的に、嫡出子と非嫡出子の別異取扱いに合理性があるかどうかによって結論が導かれているのであり、モデルが如何に想定されているかは直接関係していない[87]。

また、最高裁が特定の家族形態に憲法上の保障を与えているという議論は、さらに、平成27年最高裁２判決においても、最高裁の想定する家族は変化していないという。すなわち、平成27年最高裁２判決は、嫡出推定を核心として家族を捉えたのであり、この家族観を離婚後100日以内の再婚の自由や氏に関する利益等の憲法価値に優位させた、とする[88]。しかし、果たしてそうであろうか。

夫婦同氏制合憲判決は、「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」規定だと述べる。ここでの立法裁量は、**第２款**での検討のとおり、憲法24条の「要請、指針」によって最初から相当に限定されたものであるが、しかし、「要請、指針」の範囲内であれば、いかなる制度を構築するかは第一次的には立法府が決定することとしている。そして、この「要請、指針」には、モデルＡはおろかモデルＢについても、それを採らなければならないことは含まれていない。仮に最高裁が、モデルＡ（ないしモデルＢ）自体に憲法上の保障を与えているのであれば、そのモデルに沿った制度構築が憲法の要請であると述べるのではないか。最高裁が特定の家族形態に憲法上の保障を与えているという議論は、判決が第一次的な制度構築を立法裁量に委ねたことと矛盾するように思われる。

平成27年最高裁２判決の結論も、最高裁が特定の家族モデルを想定しているゆえのものではないと考えられる。100日の再婚禁止期間については、法律上の父が定まらない期間が継続することで子に生じる「種々の影響」ゆえに、夫婦同氏制については、通称使用の社会的拡大による不利益緩和のために、合憲と判断されたと解される。無論、それらに対する検討が十分にされていないという批判はできよう[89]。しかし、最高裁が特定の家族形態を憲法上保障している、という批判は、少なくとも非嫡出子相続分違憲決定以降は当たらないのではないか。

他方で最高裁は、民法上の「家族」を「夫婦とその嫡出子」と考えているとはいえよう。夫婦同氏制合憲判決が、「夫婦や親子関係についての全体の規律を見据え」るとしたうえで、婚姻の重要な効果として子が嫡出子となることを挙げるからである。しかし、それはあくまで民法の次元での話である。最高裁がそれを合憲なものとして受け容れるのは、「それが規格として社会の多数によって受け入れられている」ために「裁判所が特定の家族像にコミットする必要がない」からである[90]。「家族法を改正しない、という消極的な裁量

権行使を説明するために家族観を運用しているにすぎないのではないか」[91]という指摘のとおり、最高裁が特定の家族形態を憲法上保障されるものとしているとは解されない。

第３節　「憲法24条の家族」理解と「公序」

第１款　「夫婦とその嫡出子」なのか

では、最高裁が特定の家族形態に憲法上の保障を与えていないとして、学説においては憲法上の家族としていかなるものが考えられているのか。

夫婦同氏制合憲判決が「夫婦とその嫡出子」家族を憲法上の家族モデルとしている、という前提に立つうえではあるが、憲法24条も同じく「夫婦とその嫡出子」家族を想定している、とする議論がある。この議論は、上述のとおり、憲法24条が「男女」を出発点として婚姻や家族を捉えている、と解したうえで、「将来世代の育成を期待できる人的結合関係を保護・支援するためのインフラを整備するよう、憲法が国会を義務付ける」というのが、憲法24条の意義だとしている。すなわち、憲法24条にいう「婚姻」や「家族」は、「将来世代の育成の場」として捉えられている[92]。

しかし、仮に憲法の注意が「将来世代の育成の場」に向いているとしても、なぜそれが「夫婦とその嫡出子」という具体的な家族形態に限定されるのか、この議論では説明されていない。「夫婦とその嫡出子」が「将来世代の育成の場」であることは認められると考えても、それは１つの家族モデルから帰納的に導かれた結論であり、憲法24条の想定する家族が「夫婦とその嫡出子」家族に限られることの説明にはならない。また、このような限定は、「抽象的な憲法の次元で」家族モデルについて具体的な「基本形態を一義的に確定する」のは、「内容形成の広範な問題領域を視界の外に置いてしまう危険がある」という、論者自身の指摘[93]にも、適合しないように思われる[94]。

他方で、当事者の自己決定を重視し、重婚や近親婚も同性婚とともに容認されるという見解がある。これは、いわゆる「契約的家族観」[95]を参考にしていることからも、どのような形態の人的結合についても、婚姻として法規整することが許容ないし要請されると解しているようである。しかし、それは憲法13条から導かれる自己決定権の行使として考えられているのであり、そこでは憲法24条の規範との関係については触れられていない[96]。

以上、憲法の想定する家族について、片や「夫婦とその嫡出子」と狭く、片や何らの制約もないかのように広く、論じるものがある。しかし、前者については、憲法24条に明示されるでもない形態がなぜ措定できるのか、疑問である。さらに、その議論の前提となっている、「最高裁が想定する憲法上の家族モデル」についても、それが存在しないと考えられることを前述した（**第２節第３款**）。また、後者については、最高裁が家族観を「運用」することで、立法府の懈怠に対する審査に消極的な立場にとどまったのであれば、憲法24条が何らかの家族を想定しており、制度もそれに照らして検討される、と考える必要があるのではないか、と指摘できる。

そこで、次款では、憲法24条が想定する家族について、同条が「公序」を設定しているという樋口陽一の議論を参照し検討する。「公序」を参照するのは、憲法24条がそれを「強制」し、「公序に合致する家族を保護すべきことをも含意する」ものとされるからである[97]。「公序」として設定される家族は、まさに憲法24条が想定する家族そのものを指しているといえよう。

第２款　「公序」としての家族

「公序」の内実は、従来、「近代家族」と理解されていたように思われる[98]。そこでいう「近代家族」の意味は論者によって異なるように見受けられるが、家父長的意味を含意した「夫婦とその嫡出子」[99]、あるいは単なる「夫婦とその嫡出子」[100]のいずれかに整理できる。また、樋口の述べる「公序」を直接問うたものではないが、「性別分業を克服した対等、平等な夫婦とその嫡出子」が憲法24条の「公序」だとし、樋口の議論と接続する議論もある[101]。しかし、いずれにしても、「夫婦とその嫡出子」という特定の家族形態を「公序」と

想定したうえで、議論がなされている。そして、「公序」は、「個人の尊厳」と対立するものとして、放棄を迫られる、と結論される[102]。

だが、このような理解には疑問がある。まず、「個人の尊厳」と「公序」は、対立するものと設定されているのであろうか。樋口は、「「家」の制度を解体し、個人の尊厳（それは今日では当然に両性の平等をも要求する）を核心とする日本国憲法のもとでふさわしい公序を家族生活に強制する、という意味を持つのが、憲法二四条である」[103]と述べる。憲法が「個人の尊厳」を核心とし、それにふさわしい「公序」を設けているのであれば、「個人の尊厳」と「公序」は順接こそすれ対立するものではないであろう。すると、「夫婦とその嫡出子」という特定の家族形態が「公序」だという、議論の前提が誤っているのではないか。

樋口は、「憲法24条の解読として、近代家族の保護という方向と、反対に、それからも個人を解放するという方向」[104]があると述べる。この２つの「方向」は、一見したところ、その直前で述べられている「公序」と「家族解体の論理」に、それぞれ対応するかのようである。しかし、そうではないと思われる。樋口は、民法900条４号但書（平成25年法94号による改正前。以下同様。）について、「近代家族の保護のために、このようなルールがあった」とする。そして、この規定は「一四条だけでなく二四条にも反して違憲」だと断じる[105]。仮に、憲法24条の「公序」が「近代家族の保護」を意味するのであれば、「近代家族の保護」規定である民法900条４号但書が憲法24条に違反するとはいえないはずである。すなわち、「公序」と「近代家族の保護」は対応関係にはない。

以上のとおり、「公序」は、「夫婦とその嫡出子」という特定の家族形態を想定するものでも、「近代家族の保護」という意味でもない。では、実際には何が「公序」とされているのか。樋口の記述を再度検討すると、樋口は「個人の尊厳（それは今日では当然に両性の平等をも要求する）を核心とする日本国憲法のもとでふさわしい公序を家族生活に強制する」のが憲法24条の意味だと述べる。ここで、「公序」は、「日本国憲法のもとでふさわしい」ものであるとされている。また、別の箇所では、「憲法二四条は、何より、旧家族制度を否定して近代家族の理念を憲法上の公序として設定する意味を持」つとする[106]。ここで「公序」とされているのは、「近代家族」そのものではなく、「近代家族の理念」である。では、「日本国憲法のもとでふさわしい」「近代家族の理念」とは何か。それは、「「両性の本質的平等」と「個人の尊厳」という憲法価値」である[107]。家族生活が必然的に団体性を帯びるからこそ、家族内部で「個人の尊厳と両性の本質的平等」が毀損されることのないように、憲法24条がこのような憲法価値を「公序」として設定している、と考えることができる[108]。

ここで、上記の「家族解体の論理」が、「個人の尊厳と両性の本質的平等」という「公序」を断念させるものであるか、注意が必要とも思われよう。しかし、実際には「公序」と「家族解体の論理」は、同じことを述べているに過ぎないと説明できる。なぜならば、ここで解体される家族とは、“事実上家長個人主義であった近代家族”だからである。樋口は、憲法24条が「近代西欧家族の「個人」が、実は家長個人主義と言うべきものだったことへの、批判的見地を含んでいる」として、「家族解体の論理」を同条に見出している[109]。そのため、家族の領域で「個人」が貫かれるべきという見地を、「近代個人主義の最終的貫徹」とも、「近代個人主義の解体」とも捉えられる、とする[110]。前者は、憲法24条の「公序」たる「個人の尊厳と両性の本質的平等」の貫徹であり、後者は、家長個人主義の解体である、と理解すれば、両者は同一の事象であるといえよう。

「公序」の内容が「個人の尊厳と両性の本質的平等」だと考えられることを裏付けるのが、「同性の結合」に対する樋口の記述の変化である。これまで樋口は、「個人」を徹底的に貫こうとも、憲法24条は「「両性」の本質的平等とのべているかぎりで、同性の結合による「家族」を憲法上想定するほどには徹底してない」としていた[111]。しかし、現在この記述の後半は、「同性の結合によ

る「家族」を憲法上の公序として想定することについて一般的な一致が見られるまでにはなっていない」[112]とされている。これは、裏を返すと、「両性」の文言の解釈について、学界ないし社会における一般的な一致がみられさえすれば、同性カップルの「家族」についても憲法上の「公序」として想定されうる、ということだと考えられよう。「公序」が特定の家族形態を想定しているのであれば、そのような可能性はないであろう。「公序」が「個人の尊厳と両性の本質的平等」という憲法価値を内容としているからこそ、このような記述の変化が可能となったといえる。

第 3 款　「公序」と憲法価値

多様な家族が存在する中で「その中の一つの形態だけが望ましいとする視点は、必ずや国家による個人生活の統制をもたらす」[113]のであれば、憲法の想定する家族は特定の形態ではないであろう。この意味で、憲法24条が「個人の尊厳と両性の本質的平等」という「公序」を設定している、という結論には無理がなく、また、同条の文言からも自然である。さらに、平成27年最高裁 2 判決が、「個人の尊厳と両性の本質的平等」は法律に対する憲法24条の要請だと示したこと（**第 2 節第 2 款**）も、「公序」と整合的に捉えられよう。

このような「公序」の設定は、戦後早くからの憲法24条理解とも通底するといえる。すなわち、初期の注釈書においては、私生活の場面で封建的道徳風習が蔓延し、それを法律までもが支えていた結果、個人の尊厳と平等が毀損され、民主主義の成長の妨げになった、と述べられている[114]。そのために憲法24条は、個人主義的家族観に基づいた法規整を要求しているとするが、その要求は、憲法24条が個人主義的家族観を有していると解されるゆえに出されるものといえる。そして、「公序」は上述のとおり、近代個人主義の貫徹という一面を有している。「公序」は、制憲当初の理解とも軌を一にしている。

「公序」として設定される家族は、まさに憲法24条が想定する家族そのものといえる。憲法24条は、その有する個人主義的家族観を、法規整を通じて実現する規定である、ということができる。

第 2 章　同性婚の制度化－憲法24条の要請の導出

第 1 章では、平成27年最高裁 2 判決を基に憲法24条の解釈を検討してきた。続いて本章では、同条と同性婚の制度化との関係について直接判断した下級審判決について検討し、同条、特に同条 1 項から同性婚の制度化が要請されるという本稿の関心に焦点を合わせる。

第 1 節　従前の議論

まず、憲法24条と同性婚に関する従前の議論を簡潔に振り返る[115]。

憲法制定時、憲法24条の文言について同性婚との関係が問われることはなかった。戦後、憲法改正を審議した第90回帝国議会では、例えば、「一夫一婦の原則は、……是は全く世界通有の一大原則だと思ひます、どうしても一夫一婦でなければ相成らぬと考へて居ります」[116]や、「婚姻はどうしても此の男女が相寄り相助ける所に基礎があるのであります、男女の本当の意味の理解がなくして真の結婚生活はあり得ないと思ひます」[117]といった答弁がされている。これらは、一見したところでは、婚姻を異性間に限る趣旨に読めないこともない。しかし、その前後では、「妻〔筆者注：戦争未亡人〕の場合でも将来は恐らく夫の同意がありさへすれば其の家に入り得る」とか、「男性が其の目的〔筆者注：性欲生活など〕を達しない為に、凡ゆる手段を以て女性を冷遇し、時に其の家から出すと云ふ風な手段を執ることがある」という議論がされており、同性間の婚姻を認めないといった趣旨のものではない[118]。結局、同議会を通して、同性婚について言及した箇所は見受けられない[119]。

学説では、同性婚の憲法上の扱いを考えるにあたって、憲法13条、14条 1 項、24条との関係が問題となるとみられ、これらの適用関係からいくつ

かの説が主張されてきた。同性婚は「憲法上認めることができない」[120]とするごく少数の禁止説を除くと、憲法24条と同性婚の制度化との関係について、学説は、大きく３つの立場に分類することができる。

１つ目が、「「両性の合意」という文言からすると、憲法は同性愛者間の家庭生活を異性間のそれと同程度に配慮に値するものとは考えていない」[121]という見解である。この立場は、同性婚の制度化が憲法上禁じられるかには触れないものの、少なくとも憲法24条は、「婚姻」の局面では同性カップルを異性カップルと同等に扱うことを要請していない、という趣旨と考えられる。また、同時に、「人々が相互に親密な私的結合関係を取り結ぶことは、各個人の自由な意思によりなしうることであり、各結合関係の内容も各人の自由な意思にかかる」とも述べられており、同性カップルの関係はこの範疇にて保護される、という言及と考えられる。しかし、個人の自由な意思による親密な結合関係の構築というのは、従来、憲法13条が保障する人格的自律権の内容として語られてきたものである[122]。すると、ここでの言及は、あくまで婚姻とは異なる形での保護を想定したものといえよう。この立場は、消極的許容説と言い表せる。

この、消極的許容説は、他の論者にも見受けられる[123]。しかし、同性カップルに対する憲法24条による保障には消極的であっても、他の憲法条項において同様に考えるかには、論者によって違いが見受けられる。一方では、憲法24条１項は「国会が婚姻を他の人的結合よりも保護する法律を制定した場合、法律の合憲性を正当化する根拠とはなるが、積極的に保護する措置をとらなかったからといって直ちに違憲になるとはいえない」[124]として、憲法13条を根拠として、同性カップルに憲法24条によるものと同等の保護を与えることも、何ら問題ないとする見解がある。他方では、「憲法13条を根拠にライフスタイルについての自己決定権を最大限に認める場合には、24条との抵触が避けられないことがあ」[125]る、として、憲法24条にいう「婚姻」を、憲法13条を梃子に同性カップルにも認めることには慎重な立場もみられる[126]。

続いて、２つ目に、同性婚の制度化は憲法24条の趣旨から望ましいとする意味での許容説も唱えられている。その「趣旨」とは、「憲法24条は、戦前明治憲法下での民法の「家」制度の下で存在した性差別を否定する趣旨で設けられた規定であり、……当事者が異性であることまで求める趣旨だったのかどうか定かではない」[127]ことや、「人権条項については、人権を保障する方向で解釈するほうが望ましい」[128]というものである。この立場は、先の消極的許容説に対して、積極的許容説と言い表せる。

積極的許容説は、憲法24条による同性婚の制度化の要請までは導かないものの、他の条項による要請の可能性を考えている。まず、同性カップルと異性カップルの婚姻における別異取扱いを不合理として、憲法14条１項に違反する、と解する説がある。この説はさらに、端的に区別自体を不合理とするもの[129]、同性カップルの受ける実体的不利益の大きさに着目するもの[130]、スティグマ性を問題とするもの[131]などに展開するが、いずれにしても、「平等アプローチに依拠することは、憲法の想定する婚姻および家族という難問を回避する戦略としてだけでなく、本質に適している」[132]と述べられる。また、同性間で婚姻ができないことが、憲法13条と14条１項の双方に違反する、という説もある[133]。憲法14条１項については前説と共通し、さらに憲法13条で婚姻の自由が保障されることから、現行法はこちらにも違反する、というものである[134]。

３つ目に、少数ながら、憲法24条から同性カップルに対する保護の要請を導く説もある。アメリカで同性婚について争われた諸裁判例を分析した研究は、わが国にて同性婚の憲法的保障を語るには、憲法13条、14条１項、24条１項のいずれに依拠するにも問題があるとしたうえで、憲法24条２項によってパートナーシップ制度が暫定的に要請されるのではないか、とする[135]。また、憲法24条１項は、家族の中で各個人の意思を同等の価値の

あるものとみなすべしという法効果を持ち、憲法24条２項において「同性愛者の意思が婚姻でも異性愛者と同等に扱われるべしとされよう」として、同項により同性間の民事的結合が保障される余地があることを述べる見解もある[136]。ただし、いずれも、第一次的に念頭に置かれているのはパートナーシップ制度のようであり、同性婚の制度化が憲法24条２項から直ちに要請される、とするものではない。

以上が、憲法24条と同性婚の制度化との関係についての、概ねの議論状況である。憲法24条そのものについても議論の蓄積が多いとはいえなかった状況で、同性カップルへの何らかの保護の要請を憲法24条から導く学説は、少数であった。しかしそのことは、他の説が通説的地位を獲得していたことを意味しないと思われる。例えば、「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大方のところであろう」[137]として、消極的許容説が多数であると述べられることがある。一方で、「憲法学界では、近年では、第二四条の「両性」等の文理解釈を拡大しており、同性婚も禁止していないという許容説（但し要請はしていない）が大多数であるようにみえ」る[138]、という見解もある。消極的許容説が「両性の合意」という文言によって導かれていることを考えると、後者で「大多数」とされる許容説は、積極的許容説を指しているといえよう。この時点で、消極的許容説と積極的許容説のいずれが多数説かについて、一致をみることはできない。さらに、消極的許容説の立場について、それを許容説とは異なり禁止説に近いものと解し[139]、それを批判したうえで、同性婚を認めるかどうかは立法裁量に委ねられる、という説も唱えられる[140]が、この説は、消極的許容説と積極的許容説の中間に位置付けうる。「許容説の中にも「考え方にはグラデーションがある」」[141]のであり、通説と呼ぶことができるほどに一致した見解は、漠然とした「許容説」という以上にはなかったと考えられる[142]。

第２節　下級審判決の憲法24条適合性審査

憲法24条と同性婚の制度化との関係について、以上のとおり、確固たる学説があるとはいえない中で、下級審判決が出されることとなった。以下、下級審判決における、同性間の婚姻を認めていない現行民法４編２章および戸籍法の諸規定（以下、「本件諸規定」とする。）についての、憲法24条適合性判断を検討する。

第１款　憲法24条１項についての判断

再婚禁止期間一部違憲判決においては、「婚姻をするについての自由」の定式に「当事者」という価値中立的な文言が用いられており、そこでの「婚姻」に同性間の婚姻が含まれると解釈する余地があった[143]。

これに対し、６地裁判決は、憲法24条１項にいう「婚姻」は異性間の婚姻を指し、同性間の婚姻はそこに含まれないと解した。その根拠は判決により少しずつ異なるが、概ね、「両性」や「夫婦」という条文の文言が異性性を有すると解されること、制憲過程において同性婚についての議論がなく同項は同性婚を想定していないと考えられること、の二点に集約される。この根拠が妥当であるかは後に検討するが（**第３節第２款**）、６地裁判決は、上記のような解釈の余地を、否定する方向でなくしたといえる。また、大阪判決以降の各地裁判決は、現時点では同項の「婚姻」に同性間の婚姻が含まれるとの解釈変更がされるべきかについても検討した。そして、こちらも理由付けは判決によりやや異なるものの、自然生殖の可能性がないことが明らかな同性カップルに、一定の法的保護を超えて同性婚を認めるべきという社会的承認があるとまでは認め難い、として、現時点での解釈の変更を否定している。このことは、裏を返すと、社会的承認があると認められればこの解釈変更が妥当し、同性婚を制度化しないことが憲法24条１項に違反すると判断される可能性を残したことになる[144]。さらに、大阪判決以降の各地裁判決は、この解釈のもとにおいても、同項は同性婚の制度化を禁止するものではないとして、許容説

を採ることを明確にした[145]。

他方、札幌高裁判決は、個人の尊重が明確に認識されるようになってきた社会状況のもとでは、「性的指向及び同性間の婚姻の自由は、個人の尊重及びこれに係る重要な法的利益であるのだから、憲法24条１項は、人と人との間の自由な結びつきとしての婚姻をも定める趣旨を含み、……同性間の婚姻についても、異性間の場合と同じ程度に保障している」という。しかし、札幌高裁判決は、夫婦同氏制合憲判決を引いて、「性的指向及び同性間の婚姻の自由」は憲法13条の保障する人格権ではなく、憲法24条の定める立法裁量の範囲を超えるか否かの検討に当たって考慮すべき事項であるとも述べている。ここで、夫婦同氏制合憲判決が立法裁量の統制規定だとしたのは、憲法24条２項である。「性的指向及び同性間の婚姻の自由」を制約する本件諸規定が同項に違反するというのであればともかく、同条１項にいう「婚姻」に同性間の婚姻が含まれるとするには、説明が不足していると思われる。「同性間の婚姻の自由」が重要な法的利益であることと、「憲法24条１項は、人と人との間の自由な結びつきとしての婚姻をも定める趣旨を含」むことが、どのように繋がるのか、何らの説明もなされていない。

第２款　憲法24条２項についての判断

下級審判決の憲法24条２項についての判断は、概ね３つに分類できる。

まず、札幌地裁判決は、同条１項にいう「婚姻」が異性婚のことをいうため、同条２項についても同性間で婚姻できないことが違憲とはならないとしつつ、同項によって特定の制度の創設を求める権利が保障されているかについて判断した。この判断については、「「婚姻をするについての自由」とは異なる権利の認定可能性を論ずる必要があったものと推測される」[146]。結局、札幌地裁判決はこの権利を認めなかったが、「裁判所の主観的価値判断により憲法上の権利が創設されたのではないか」という懸念を避けるためと解される[147]。

他方、同性カップルの関係を、憲法24条２項にいう「家族に関するその他の事項」として位置付けることができなかったのか、という指摘[148]に応えたのが、東京一次判決、名古屋判決、福岡判決の３つである。これらは、同性カップルの関係を同項の「家族」として捉え、同性愛者について家族を形成し公証を受けるという人格的自律権の実現がまったく図られていない本件諸規定は、同項に違反する、ないし違反する状態にある、とした。いわば、「同性パートナーを「家族」問題として独自に再構成した」[149]〔傍点原文〕といえる[150]。

これについては、「憲法24条における「婚姻」が異性婚を前提としているのであれば、同２項にいう「家族」も、基本的には異性婚の夫婦およびその子を前提としているはずであり、同性カップルはそこに含まれないのではないか」という批判[151]がある。しかし、**第１章第３節**での検討のとおり、憲法上の「家族」は、特定の家族形態を想定するものではないと解される。だが、「家族」に関する事項として判断することで、「両性」のような異性性を有するとも目される文言に囚われる必要はなくなったものの、「婚姻」からは離れてしまっている。婚姻類似の制度による法的保護の付与でも解決策として認められると示唆したことについては、「問題のレベルが格下げされているといわざるをえない」[152]。

これに対し、大阪判決、東京二次判決、札幌高裁判決は、結論は相異なるものの、同性カップルの関係について「婚姻」として捉え、本件諸規定の２項適合性を判断したといえる。すなわち、大阪判決は同性カップルがカップルとして社会に認知されるという「公認に係る利益」が享受できていないことを、東京二次判決は婚姻ができないことによる民法上、税・社会保障上、事実上の不利益を、札幌高裁判決は婚姻による社会生活上の制度の保障を受けられないことやアイデンティティの喪失感等による個人の尊厳を成す人格の毀損を、２項適合性審査における考慮要素としている。

もっとも、同じ条のもとにおいては、各項は整合的に解釈されるのが通常であろう。１項における「婚姻」には同性間の婚姻が含まれないとした

大阪判決、東京二次判決が、２項適合性審査の場面で「婚姻」に係る利益を同性カップルについて別途考慮しうるのか、疑問は残ると思われる[153]。また、同性カップルの関係を「婚姻」として捉えながら、婚姻類似の制度の導入でも上記不利益等の解消になりうるとしたことは、「分離すれど平等」を容認することになる、という批判がある[154]。特に、憲法24条１項が同性間の婚姻も保障していると解した札幌高裁判決が、パートナーシップ制度を含む婚姻類似の制度を創設する立法裁量が存在する可能性を認めたことは、論理的に矛盾していると言わざるをえないと思われる。

なお、東京一次判決と福岡判決は、同性カップルの関係を保護等する法制度を構築する方法は同性婚の制度化に限られないため、立法裁量に委ねられるということを理由に、違憲状態という判断にとどめた。この判断については、このような事情は国賠請求の判断において検討されるべきではないかと思われる[155]。実際、憲法24条２項について違憲判断をした名古屋判決、札幌高裁判決では、国賠請求棄却の理由において立法裁量の存在が挙げられている。もっとも、「同性カップルを保護するための立法措置が何ら講じられていない“状態”が違憲であるという意味で違憲状態としたのであれば実質的に違憲判決と評価できる」[156]。

第３節　憲法24条の「婚姻」と同性婚

第１款　下級審判決の問題点

６地裁判決においては、同性婚の制度化は憲法24条の許容するところにとどまるとされた。同条１項にいう「婚姻」に同性間の婚姻は含まれないとされたために、同性カップルが被っている不利益、法的保護の欠缺等については、同条２項にいう「家族」に関する事項の１つとして考慮されるにとどまり、現行婚姻制度とは別の制度の構築による解決も容認されることになった。また、同性間の婚姻が憲法24条１項により保障されると解した札幌高裁判決が、にもかかわらず同性婚を認めるかどうかに立法裁量があるかのように述べたことは、論理が不明である。

上述のように、同性カップルを保護するための何らの立法措置も講じられていない現状が違憲と判断された、と大阪判決以外の各判決を読むことができるならば、現在はすでに「同性カップルへの保護の可否を論じる段階などではない。……もはや裁判所の整理を踏まえて、新たに導入されるべき婚姻（もしくは「婚姻類似の制度」の創設）の議論をする、次なる段階に入っている」[157]という、積極的な評価もありえよう。しかし、下級審判決の議論では、そこで導入されるべきとされる制度は、「婚姻」とは限らない。特に「家族」に関する事項として判断する場合には、「両性」のような異性性を有するとも目される文言に囚われる必要はなくなるものの、「婚姻」からは離れてしまうことになり、「問題のレベルが格下げされているといわざるをえない」[158]。パートナーシップ制度の創設は、婚姻に比して不十分な保障にとどまるのみならず、「「婚姻に類するが、それとは非なるもの」、あるいは「正規の婚姻の代替物」等と観念されるおそれがある。それが、登録パートナーシップ制度におけるパートナー当事者に対して、別の新たな差別・差別意識を生み出し、固定化されないであろうか、という懸念がある」[159]。

以上より、「婚姻」として同性婚を制度化することが憲法上要請される、というためには、憲法24条１項にいう「婚姻」に同性間の婚姻が含まれることを論証する必要があることが明らかになった、といえよう。そのように論証されれば、同性間の婚姻は異性間の婚姻と等しく「婚姻」として扱うことが、憲法上求められることになる。そこでまず、憲法24条１項にいう「婚姻」が異性カップルによるものを指すと６地裁判決が判断した根拠について、検討する。

第２款　憲法24条の文言の解釈

６地裁判決が、憲法24条１項にいう「婚姻」が異性カップルによるものを指すと理解した根拠は、「両性」や「夫婦」といった条文の文言が異性性を有していることと、制憲期に同性婚についての議論がなく、婚姻は男女でするものと当然に考え

られていたこと、の２つである。札幌地裁判決は、同性愛が精神疾患とされていたという当時の知見を述べるが、これは結局、後者に包含されよう。

そこでまず、「条文の異性性」について検討すると、この根拠は６地裁判決においてさえ、絶対的なものとは解されていない。すなわち、例えば大阪判決は、「「両性」という文言がある以上、憲法24条１項が異性間の婚姻を対象にしているということは否定できないとしても、……同性愛者にも異性愛者と同様の婚姻又はこれに準ずる制度を認めることは、憲法の普遍的価値である個人の尊厳や多様な人々の共生の理念に沿うものでこそあれ、これに抵触するものでない」として、「同性間の婚姻等の制度の導入について何ら法的措置がとられていないことの立法不作為が、将来的に憲法24条２項に違反するものとして違憲になる可能性はある」と述べる。条文の文言の異性性が絶対なのであれば、同性婚の制度化がされないことが、他の条項を措いて憲法24条２項に違反する可能性はないはずである。さらに、東京一次判決や福岡判決は、同性カップルを異性夫婦と同じ「婚姻」とすることの社会的承認が広がるならば、同性婚を制度化しないことが憲法24条１項に違反する可能性が生じることを認めたと解される[160]。これもまた、条文の文言の異性性を絶対とは解さないからこそ、生じた可能性だということができる。

以上より、「両性」や「夫婦」といった文言は、異性性を有するものと考えずに解釈することが可能だと考えられる。そのような解釈は、学説においても有力に述べられている[161]。

続いて、「制憲期の認識」について検討する。確かに、**第１節**で述べたとおり、制憲過程において、同性婚についての言及はなかった。しかし、「そのような一種の「原意」がどこまで解釈を拘束すると考えるべきなのだろうか」[162]。また、制憲期の「原意」に拘束されると解すると、憲法24条の解釈が日本国憲法の基底的価値から離れてしまう可能性がある。すなわち、同条２項にいう「本質的平等」という文言について、第90回帝国議会では、性別役割分業があることを当然として、それによる男女の区別は許される、という解釈が多くの議員から示されていた[163]。しかし、「本質的平等」は、男女に生理的、肉体的差異はあるとしても「社会を構成する人間としては、両者にまったく同じ価値をみとめるべき」[164]という意味であり、憲法14条１項の「平等権ないし平等原則の徹底化を図っている」[165]と解される。そのため、例えば、社会的、文化的ステレオタイプの影響と考えられる婚姻適齢の男女差（平成30年法59号による改正前の民法731条）に、合理性はないと考えられるようになっていた[166]。特に憲法24条においては、「原意」に依拠する解釈には慎重であるべきではないかと考えられる。制憲期に同性婚に関しての議論がなかった、という「原意」は、それを特別に重視して、憲法24条の「婚姻」に同性間の婚姻を含むものとの解釈を採りえない、とするほどに強く捉える必要はない、と解される。

しかし、以上は、憲法24条の文言に着目した、いわば形式的な根拠である。「両性」を「両当事者」と解釈することが可能であることは、「両当事者」に同性カップルを含めて考えることが可能であることまでは意味しても、含めなければならないことまでは直ちには意味しないと思われる。また、このような解釈の変更に対しては、「何故、その概念の拡張が要請されるのかを合理的に説明する、メタレベルの理論的な前提が必要となる」という指摘がなされている[167]。そこで、より実質的な根拠として、憲法がなぜ婚姻についての定めを置いているのかという点を検討し、憲法上の「婚姻」に同性間の婚姻が含まれることを述べる。

第３款　「子の保護」と憲法24条の「婚姻」

家族は、自律的機能を有するのであり、国家は家族内部に不当に介入してはならないとされる[168]。それにもかかわらず、憲法24条は、「個人の尊厳と両性の本質的平等」という個人主義的家族観を有していると解され（**第１章第３節**）、婚姻や家族についての法規整を認めている。そして、その法規整にあたっては、憲法24条がまず婚姻の成立について述べることから、婚姻を始点とする

ことを予定しているといえる。すると、婚姻に対して法が介入することに関して、憲法が想定する意義が何であるか、問題となる。

その意義としては、しばしば「子の保護のための国家介入」という必要が主張される。この立場では、子が自律的な主体としては未熟であることから、その保護、養育のために婚姻制度が存在し、子の福祉の観点から必要であれば法の介入が求められる、とされる[169]。しかし、「子の保護」といった説明は、憲法が「婚姻」について規定する意義として、妥当であろうか。「子の保護」というときには、子の存在が前提とされている。このことは、大きく二つの問題を招来する。

一つは、そもそも憲法24条は、子の存在を前提にして「婚姻」について規定しているのか、という点である。**第 1 章**で検討したように、憲法24条１項は「婚姻をするについての自由」を保障すべきという命題であり、同条２項は、「個人の尊厳と両性の本質的平等」という要請を示し、指針によって立法裁量を限定する規定である。特に同条２項は、「家族」に関する事項の立法に際しても、裁量の限界を画するものであるから、子の存在を想定しているとはいえる。しかし、子の存在を前提として、子の存在から「婚姻」を形付けるものではないであろう。さらに、同条の「公序」は、「個人の尊厳と両性の本質的平等」という憲法価値に適合的な家族を想定するものである。この「公序」は、特定の家族形態を想定したものではなかった。子の存在を前提とすることは、「子がいる家族」という特定の家族形態を想定するものであり、「公序」の観点からも説明ができない。

そして、もう一つは、憲法上の「婚姻」に子を含めて考えることのもたらす帰結である。一方で、子を育てている同性カップルについても、憲法上の「婚姻」として考えられるべき、とされるのならば[170]、結論の限りでは本稿と軌を一にしよう。もっとも、重婚関係や近親関係においても、子が育てられることはあり、これらも憲法上の「婚姻」として法規整される必要が生じよう[171]。しかし、真に問題と思われるのは、子がいない婚姻は、憲法上の「婚姻」とは考えられなくなる点である。すなわち、本件諸規定は子がいることや生殖能力があることを婚姻の要件とはしていないため、子がいない、あるいは生殖能力がない異性カップルであっても、婚姻をすることができる。しかし、憲法が「婚姻」について規定するのは、子の保護を図るという意義による、というのであれば、そのような異性カップルに婚姻を認めることは、憲法上の要請とまではいえなくなるのではないか。それでもなお、そのような異性カップルは養子縁組制度等を利用することにより、子を育てる場として機能することができるため、憲法24条は異性カップル全体が婚姻制度へアクセスできることを要請している、との反論がありうる[172]。しかし、この論理は、同じく子を育てる場となりうる同性カップルについては許容説が採られることと平仄が合わない[173]。

無論、民法上の制度としての婚姻制度が、子の存在を予定して構築されることは考えられる。上記のとおり、憲法24条２項の「家族」に関する事項としては、子の存在も含めた適切な立法が求められよう。しかし、憲法上の「婚姻」は、両性の合意のみに基づいて成立するのであるから、その意義を説明するのに子の存在を前提とする議論には、無理があるのではないか。６地裁判決についてみるならば、確かに、男女が子を産み育てながら共同生活を送ることが、婚姻制度の目的の１つだとされている。しかし、それは、本件諸規定を通覧して出された、民法上の「婚姻」の目的であり、その目的は憲法に違反しない、とされたに過ぎない[174]。憲法上の「婚姻」の意義を、子の保護や子を含めた共同生活に求めたわけではない。

結局、憲法が「婚姻」についての規定を置く意義については、子の有無に関わらない説明が必要となる。そこで、参考となるのが、「公私の連続性」という観点である。

第４款　憲法24条の「婚姻」の意義―「公私の連続性」

憲法学においては、リベラリズムの観点から、公的領域と私的領域を区分する議論がなされてきた。すなわち、公的領域に各個人の有する多様な善の構想が持ち込まれると、それらは比較不能な価値に関する対立として顕在化し、理性的な対話が不可能となる。そこで、公的領域と私的領域を区分することとした。各個人が、それぞれの善の構想を自由に追求することができる空間を、私的領域とし、そのような個人が、それぞれの善の構想を脇に置いて理性的な討論をする場を、公的領域としたのである。そして、このように形成された公的領域において選択された事項についてのみ、国家の行為は正当化される、とされる[175]。また、私的領域内部での生活様式の問題は、私的領域の存在意義と公私区分の重要性からして、公的領域での決定や規範によって補正されるべきではないとされる[176]。

しかし、憲法24条は、家族という私的領域内部でのそのような問題を放置しないことを求める規定ではないか。上記の議論では、公的領域での討論の場面においては、各個人は対等な存在であることが前提とされている。だが、事実として各個人は、そのような公的領域と、公的領域の目線からは問題とされうる生活様式が残る私的領域を、行き来する。「公私の連続性」という観点は、このことに着目する。すなわち、女性や被差別人種にも「法的には人格の平等が認められるものの、私的領域としての社会においては事実上不平等のままであり、それは公私の連続性から、公的領域にも事実上波及し、それが再び私的領域に波及するという、不平等の構造的再生産に陥る」[177]。私的領域内部での不平等などの問題に対し、それが私的領域であるがゆえに不干渉の態度をとることは、私的領域と公的領域を行き来する各個人によって、その問題が公的領域にも持ち込まれる結果となり、公的領域の存立の前提条件を掘り崩す、という指摘だと解される。憲法24条が婚姻、家族について規定する意義は、ここにあるのではないか。

例えば、民法750条は形式的平等を定めているのに対して、現実には、異性間の婚姻のうち96％では夫の氏が選択されている。この現実は、私的領域における「家制度の意識の残存」[178]だと指摘されるが、そうであれば「個人の尊厳と両性の本質的平等」という憲法価値からは問題がある状況だといえる。そして、このような私的領域の状況は、男女間でのみ特異的に形成されるものではなく、家族という私的領域では「親密性が抑圧性をともなうこと」[179]の表れであると考えられる。現行憲法施行後早くから、「国民の家族生活のあり方が、憲法の基調とする民主主義の完成に、重大な関係があると認め」[180]られていた。これは、「国民の家族生活」という私的領域が「個人の尊厳と両性の本質的平等」の守られない環境であるような場合には、公的領域における民主主義の実現にも悪影響がある、という指摘だと考えられる。裏を返すと、私的領域での憲法価値の実現が、公的領域での憲法価値の実現の必要条件である、ということになる。

以上より、憲法24条が「婚姻」について規定することには、次のような意義が認められよう。第一に、「婚姻」を「両性の合意のみに基いて成立」することとして、国家や他者の介入によらずに私的領域が成立することを保障する。すなわち、公私区分自体は放棄していない。しかし第二に、そうして成立した「婚姻」やそれに始まる「家族」という私的領域に関しても、公的領域において民主主義が機能するために、その前提条件の整備を求める。すなわち、親密な空間である家族内部が、私的領域であるということを隠れ蓑にして「個人の尊厳と両性の本質的平等」を蔑ろにする空間にならないよう、法規整を通して図る。そして、この法規整は、公的領域における個人の対等性を確保するために、また私的領域において「個人の尊厳と両性の本質的平等」が毀損されることのないように、対等な個人同士の結合を始点とする必要がある。この結合が、憲法上「婚姻」として捉えられる。

このように憲法24条が「婚姻」について規定する意義を捉えることで、子がいる場合には子も含んだ「婚姻」に始まる家族に対して法規整が求められるのであり、子の存在を等閑視することにはならず、それでいて憲法上の「婚姻」を子から形付けるわけではないため、上述のような問題も生じない。

第 4 節　憲法24条の要請としての同性婚の制度化

憲法が「婚姻」について規定する意義は、「公私の連続性」という観点から、対等な個人同士の結合に始まる私的領域で憲法価値が毀損されることのないよう、法規整を図ることに見出される。そして、このような私的領域は、憲法24条１項にいう「婚姻」として捉えられる。従来は、このような私的領域としては、異性カップルによって形成されるもののみが想定されていた、といえる。そのため、憲法24条１項にいう「婚姻」は異性カップルによるものを指す、と解されてきた。憲法制定当時、同性カップルの共同生活というものが考えられていなかったことは、下級審判決の述べるとおりであろう。

しかし、現在では、状況は大いに変化している。同性カップル当事者の共同生活については、一連の訴訟の原告らが体現しているほか、全国の地方自治体が設けるパートナーシップ条例等の利用が進んでいることからも、その存在がうかがえる。さらに、子を含む共同生活の事例も、新聞報道等で紹介されている[181]。また、児童福祉法に基づく里親に、同性カップルが認定された例もある[182]。このような私的領域は、対等な同性の個人同士の結合に始まるものである。よって、このような私的領域が抑圧的な空間とならないよう、同性カップルをその始端である「婚姻」として捉えて法規整を及ぼすことが、憲法24条１項より求められる。すなわち、同性婚の制度化は憲法24条１項の要請するところである。

憲法24条１項は、「婚姻をするについての自由」を保障するところ、本件諸規定のもとでは、同性間で婚姻をすることはできない。憲法上の「婚姻」である同性間の婚姻が、本件諸規定によって制度化されていないためにできないことは、「相手方選択の自由」、すなわち「婚姻をするについての自由」を侵害する立法欠缺として憲法24条１項に違反する。原初的に違憲であったということはできないが、遅くともパートナーシップ条例等が導入され始めた2015年、ないし法律上の制度である里親として同性カップルが初めて認定された2017年には、本件諸規定は違憲となるに至っていた、と考えられる。

第 3 章　現行法制の調整

第 1 節　同性婚の制度化と親子関係規定等

同性婚の制度化は、これまで論じたとおり、憲法24条１項の要請するところであり、同性間の婚姻を認めていない本件諸規定は同項に違反すると解される。そして、違憲性の解消のためには、同性カップルが異性カップルと同様に法律婚ができるよう、法改正を要する。ここで、憲法上、同性間の婚姻も異性間の婚姻も、等しく「婚姻」として考えられ、区別されないことから、法改正の方向が決定付けられる。すなわち、同性婚の制度化は、現在異性カップルが利用している現行婚姻制度への包含として、なされる必要がある。例えば、本件諸規定中、婚姻が異性間でなされることを想定している文言（「夫婦」や「父母」等）は同性間の婚姻を含むように（「婚姻の当事者」や「親」等）、それに従ってその他の関連法令も同性婚を予定するように、それぞれ改正ないし解釈されることが求められる183。

他方、現行婚姻制度は、親子関係についての規定等とも密接に関係している。嫡出推定は、誕生した子の母の夫をその子の法律上の父と推定する制度であり、生殖補助医療は、子を儲けることを技術的人為的に可能とするものである。そして、養子縁組制度は、縁組により擬制的親子関係を作出する制度である。これら規定等は、現在、自然生殖子誕生の可能性があることを前提として運用されている。すると、現行婚姻制度に同性カップ

ルを包含するに際して、自然生殖子誕生の可能性がない同性夫夫／婦婦[184]に、その可能性があることを前提とする親子関係規定等をそのまま適用すべきかどうか、問題となりうる[185]。

しかし、これらはいずれも、親子関係に関する事項であり、憲法24条２項の要請である「個人の尊厳と両性の本質的平等」に立脚して、同項の指針に従い立法される必要がある。また、「婚姻」の枠内で、異性夫婦と同性夫夫／婦婦を区別して取り扱うのであれば、憲法14条１項適合性についても疑いを生じよう。そこで、同性カップルについても、これら規定等が適用されるべきと考えられることを論じる。

なお、同性婚の制度化は、「理論的には、「婚姻＝男女１人ずつのペア」（一夫一婦制）という基本理解を改める」ことであるとして、「その論理的影響を考えておく必要がある」という議論[186]がある。そこでは、同性婚の制度化にともない、重婚や近親婚が許容されるのではないかと述べられる。しかし、重婚や近親婚が許容されるかは、同性婚の制度化の延長としてではなく、憲法24条の有する規範から都度検討すべき事項であると思われるため、これを最後に論じる。

第１款　養子縁組制度[187]

養子の目的はいくつか考えられるとされるが[188]、憲法24条からは、養子となる者の「個人の尊厳」が毀損されることのないような制度であることが要請される。そのため、同性カップルが類型として、子を育てる能力を欠くのであれば、少なくとも未成年者を養子とする形での制度の利用は、「子の利益」を毀損するとして認められないことになろう。しかし、少なくとも下級審判決においては、そのような事情は述べられておらず、むしろ東京一次判決は、子を含めた同性カップルの生活実態が男女の夫婦と異ならないとしている。ここからすると、同性夫夫／婦婦に養子縁組制度の利用を認めることが、典型的に「子の利益」に反する結果を招来するとはいえない。

また、「子の利益」については、それが真に子のためのものとして持ち出されているのか、慎重に検討される必要がある。この概念は柔軟なものであるため、「都合のいいように使われる余地が残る場合もある」[189]ためである。例えば、子の健全な成長には男女両性の親が関与することが必要条件と考えられる、というような主張は、同性愛嫌悪を「子の利益」に仮託したものではないか[190]。そうであれば、それは不当な理由であり、養親となる同性夫夫／婦婦に対する謂れなき差別とも解されよう。下級審判決の事実認定や、里親など前述した同性カップルと子による家族の実態を鑑みるに、同性夫夫／婦婦が養子縁組制度を利用することを否定しうるだけの「子の利益」は、見出し難いと思われる。同性夫夫／婦婦についてのみ養子縁組を不可能とするのであれば、それが真に子の利益に基づいた判断か、養親となる同性夫夫／婦婦への不合理な差別でないかについて、相応の論証が求められよう[191]。

第２款　生殖補助医療

同性カップルがその一方と血の繋がった子を望む場合、基本的には、第三者が関与する何らかの生殖補助医療を利用する必要がある。

そもそもわが国では、生命倫理が絡む分野での立法自体が満足でなく[192]、生殖補助医療についても行為規制立法は存在しない[193]。「生殖補助医療の提供等及びこれにより出生した子の親子関係に関する民法の特例に関する法律」（令和２年法76号）は、実質的にはこれまでの裁判例を確認し、親子関係法制の特則を定めたに過ぎない[194]。日本産科婦人科学会の会告[195]による自主規制には強制力はなく、原則禁止とされた代理懐胎さえ実施例がある[196]。

このような状況で、同性夫夫／婦婦のみを対象に生殖補助医療の利用の可否を考えることは、困難だと思われる。例えば、代理懐胎を原則禁止とする提言をまとめた日本学術会議の報告書[197]では、複数の理由[198]から規制の必要性が述べられているが、そのいずれもが、依頼者の属性によるものではなく、代理懐胎そのものの性質に由来するもの

である。この場合、代理懐胎は、同性夫夫／婦婦のみではなく[199]、万人についてその利用が禁止されるべき、と結論されよう。「子を持つ権利」、あるいは「子を持つ自由」が憲法上のものだとしても[200]、代理懐胎者や子が一方的に負わされうるリスク[201]の前に、生殖補助医療の利用自体が譲歩を迫られるという結論は、十分に考えられると思われる[202]。

その他の技術[203]についても同様に、まずはその技術自体を法で位置付けるのが先決だと思われる。そのうえで、同性夫夫／婦婦にのみ利用を許さないのであれば、その理由は同性夫夫／婦婦に類型として認められる事情に基づく必要があろう[204]。

第 3 款　嫡出推定

憲法24条は、婚姻制度の具体的内容については指示していない。そのため、養子縁組制度や生殖補助医療の利用とは異なり、自然生殖子が誕生することを前提とした規定である嫡出推定規定については、同性婦婦[205]には適用しない、とすることも考えられる。同性婦婦の一方が、生殖補助医療の利用等により子を出産した場合、その配偶者とは血の繋がりないことが明らかであるからである。そのため、同性間の婚姻には嫡出推定規定が適用されないことを、一応は肯定する説もみられる[206]。しかし、夫婦同氏制合憲判決は、民法上の婚姻の重要な効果として、夫婦間の子が嫡出子となることを挙げる。すると、「重要」とされる効果が同性婦婦には適用されないと簡単に結論して良いか、問題となると思われる。

現行民法772条１項は、「妻が婚姻中に懐胎した子は、夫の子と推定する」と定める。ここでの「夫」とは、生物学的な男性に限られないというのが、性別変更者嫡出推定規定適用決定[207]の立場だと考えられる[208]。しかし、同性婦婦はいずれも男性ではなく、男性と擬制もされないため、同項の直接適用はない[209]。

この点、一つには、「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」と述べる性別変更者嫡出推定規定適用決定を、そのまま同性婦婦に当てはめることが考えられる。同決定自体は同性婚について触れるところはないが、同性間でも婚姻が認められる以上、婚姻の主要な効果である嫡出推定規定の適用を認めないのは相当でない、という解釈はなしうるであろう。

もう一つには、嫡出推定を他方配偶者に及ぼすことが、憲法24条の要請として考えられる可能性がある。例えば、夫婦の「同等の権利」の解釈として、女子差別撤廃条約[210]に明記された諸権利が婚姻当事者双方に保障されるべきだとされる[211]。すると、同条約16条１項（ｄ）にいう「子に関する事項」として、同性婦婦双方が子に対して等しく法律上の親として扱われる必要がある、といえよう。また、親権の共同行使（民法818条）は、「相互の協力」の具体化とされるところ[212]、その前提として、同性婦婦の双方が法律上の親とされる必要がある。さらに、「両性の本質的平等」は、同性婦婦については「両当事者の本質的平等」と解されるところ、子の法律上の親となることに関して、生理的、肉体的差異は認められないことから、同性婦婦の双方に平等な法的地位が与えられることが要請されよう。以上のように考えられるならば、嫡出推定規定について同性婦婦への適用は、憲法上求められる事項ということになる[213]。

なお、「出自を知る権利」の保障[214]や、精子提供者による認知の可否[215]などについては、立法による相応の対応が必要となる。もっとも、これらは生殖補助医療の場合と同じく、同性婦婦に特有の問題ではなく、現行法制が存在しない問題でもある。すなわち、子の権利や第三者との関係についての問題として、別途検討されるべき事項と考えられる。

第２節　婚姻障碍事由の撤廃？

重婚を禁止する民法732条は、婚姻制度が一夫一妻制を採ることを定めたものだとされる[216]。そのため、同性婚の制度化により「一対の男女」という形態が絶対のものでなくなるなら、婚姻当事者が二人に限られる必然性もないのではないか、と主張される[217]。また、近親婚の禁止は、民法734条ないし736条に規定されるが、「近親婚を禁ずる理由の説明としては、近親婚の道徳的、社会倫理的事由と優生学的事由が漠然と挙げられるにとどまる」[218]とされる。優生学上の理由とされる民法734条はともかく、その問題を生じない人的関係に対する民法735条および736条の制約は、社会的タブーとしてのみ基礎付けられるとされる[219]。同性婚が認められない理由が、同じく社会的タブーに求められるのであれば、同性婚の制度化と同時に、これらの制約も再考される必要がある、ということになろう[220]。

多様な家族を区別なく法によって承認すべきという立場[221]や、当事者の自己決定を重視する立場[222]からは、同性婚、重婚、近親婚についての現行法の制約を、各々の立場が依拠する理屈によって等しく排除すべき、という行論が妥当とされよう。しかし、あらゆる家族を法に包含するのは際限がないように思われるし、当事者の自己決定を理由にすべてが正当化されるかのような議論には、疑問が残る。憲法24条は、家族生活の場面で「個人の尊厳と両性の本質的平等」が毀損されることのないよう、立法に対して要請、指針を示すのであるから、重婚や近親婚という関係が、「個人の尊厳と両性の本質的平等」に適合するものかどうかについて、検討が必要となる。

重婚の構成としては、一夫多妻のほかにも、一妻多夫、群婚などの類型が考えられる。しかし、実社会においては、重婚は一夫多妻と同義とされる。わが国の歴史を顧みると、「江戸時代には、表向きには一夫一妻の婚姻形態を維持しつつも、実際には多妾制によって男系の血統維持が図られて来た」[223]。明治初期には、太政官布告等によって、妾の存在が法制に現れた[224]。そして、法典編纂時に「妾」の文言は消滅するものの、民事上の一夫一妻制、刑事上の重婚処罰を定めながら、妾は正妻ではないので重婚にはあたらないと解された。さらに、離婚原因や姦通罪の適用において、男女間に著しい差が設けられた[225]。このように、わが国においても、実質的な一夫多妻のみが事実上容認されてきたといえる。そして、一夫多妻は、「女性にとって身体的にまた精神的に有害な制度である」とされる[226]。すると、重婚関係が憲法24条にいう「個人の尊厳と両性の本質的平等」を満たす関係である、と考えることは、困難であろう。

近親婚についても、同様に考えることができる。一方には、「子にも恵まれ、〔一方〕の死亡まで約42年間にわたり円満な夫婦生活を安定的に継続した」事例があり、このような近親関係の「反倫理性、反公益性は、婚姻法秩序維持等の観点から問題とする必要がない程度に著しく低」く[227]、通常の婚姻と同様の法的保障を受けるべきといえるかもしれない。しかしもう一方には、まさに「悲惨な抑圧や収奪」[228]の結果である、尊属殺重罰規定違憲判決[229]のような事案があるのである。前者が典型例なのであれば、後者のような「逆機能を起こした家族に……手を差し伸べる」[230]法的手段として、近親婚にも「婚姻」を用意する方途は考えられる。しかし、前者について最高裁が、「社会的、時代的背景の下に形成された三親等の傍系血族間の内縁関係」に射程を限定したように、「個人の尊厳」が確保される近親婚が類型として実現するわけではないのであれば、安易に結論を出すことはできないだろう。近親婚の実態についてはこれ以上立ち入らないが、特に「一親等内の婚姻は、明らかな力関係のある当事者同士でなされることが想定でき」る[231]。そうであるならば、近親関係については、婚姻とは異なる方法で弱者の保護を図ることが求められよう[232]。

構造的に「個人の尊厳と両性の本質的平等」に適合しない形態の婚姻は、法制度としての承認を禁止することが、憲法24条の要請と考えられよう。この点で、重婚や近親婚と、同性婚では、前提を異にしており、同性婚の制度化が必然的に重婚や

近親婚の承認に繋がるとは考えられない。もっとも、上記の結論は、重婚関係や近親関係が「個人の尊厳と両性の本質的平等」に適合しうるとされるならば、覆る可能性はある。同性婚の制度化の延長としてではなく、重婚や近親婚それ自体として、その禁止の憲法適合性が議論される必要があると思われる[233]。

おわりに

憲法24条は、従来、家制度の廃止を求めるものであるとして、現在では積極的意味を失った規定であるとも考えられてきた。しかし、公法たる憲法24条が私的領域の最たるものである「家族」に言及することには、それにとどまらない意義がある。それは、日本国憲法施行後夙に述べられていたように[234]、「家族」内部の環境の如何が、公的領域における民主主義の実現に大きく影響すると考えられたことにある。憲法24条は、「公私の連続性」という観点から、家族内部において「個人の尊厳と両性の本質的平等」が毀損されることのないよう、婚姻や家族に対する法規整を求めるものである。そのため、憲法24条は、現在でも重要な意味を持つ条文である。

そして、現在では、同性カップルも、対等な個人同士の結合に始まる私的領域を形成していることが、公知の事実となってきている。このような私的領域は、憲法上の「婚姻」と捉えられるものであり、その空間が「個人の尊厳と両性の本質的平等」を毀損する場とならないよう、法規整を通じて図るのが、憲法24条の意義である。この意義に照らし、同性婚の制度化は、現在では憲法24条の要請するところである。そして、国会には、本件諸規定の違憲性を解消し、同性カップルへの法的保障を十分なものとするため、第３章で検討した事項を含む、同性間での婚姻を可能とする立法を、直ちに行うことが求められる。

---

[1] 「同性婚の制度化」は、同性カップルが利用できる新たな制度の構築ではなく、現行婚姻制度を同性カップルも利用できるよう、民法、戸籍法その他の法令を改廃することを指す。それにより、同性カップルの関係にも、異性カップルと等しい制度的な保護を与えることが、憲法24条の要請であることを論ずるのが、本稿の主論である。（なお、本稿では、国家法制として法域全体で強制力を持つもののみを「パートナーシップ制度」と呼ぶ）。

[2] 白水隆「判批」令和３年度重要判例解説（2022年）16頁、17頁。

[3] 西村枝美「同性婚の未規定性の憲法適合性」関西大学法学論集69巻３号（2019年）552頁、579－588頁、中岡淳「同性婚の内容形成と平等原則（三）・完」法学論叢191巻５号（2022年）82頁、108-111頁。

[4] 中岡・前掲注３）107頁。

[5] 佐々木くみ「制度審査」大林啓吾＝柴田憲司編『憲法判例のエニグマ』（成文堂、2018年）223頁、225－226頁。

[6] 千葉勝美『同性婚と司法』（岩波書店、2024年）25－26頁、春山習「同性婚訴訟の分析」亜細亜法学58巻１号（2023年）182頁、146頁。

[7] 井上典之「平等保障による憲法規範の変容？」松井茂記ほか編『自由の法理』（成文堂、2015年）665頁。

[8] 巻美矢紀「憲法と家族」長谷部恭男編『論究憲法』（有斐閣、2017年）331頁、349頁。

[9] 大島梨沙「渋谷区同性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頁、１頁。

[10] 本稿において「パートナーシップ条例等」とは、国内地方自治体が導入している条例や要綱を指す。渋谷区と認定NPO法人虹色ダイバーシティの共同調査（https://nijibridge.jp、2024年１月31日最終閲覧）によると、2023年６月28日時点で328自治体が、パートナーシップ条例等を導入している。

[11] 飯田健「世論の立法過程への影響」法学教室510号（2023年）35頁、37－38頁。

[12] 第198回国会（2019年常会）に提出された「民法の一部を改正する法律案」（衆法15号）、第211回国会（2023年常会）に提出された「民法の一部を改正する法律案」（衆法３号、参法７号）。いずれも採決に至らず、衆議院では閉会中審査に付され、参議院では審議未了につき廃案となっている。

[13]「同性婚　司法が一石」朝日新聞2021年３月18日朝刊２面。自民党の政策パンフレット「性的指向・性同一性（性自認）の多様性って？」（https://storage.jimin.jp/pdf/pamphlet/20160616_pamphlet.pdf、2024年１月31日最終閲覧）には、同性婚容認は憲法24条と相容れないとの主張が明記されている（同３頁）。

[14] 東京高判令和２年３月４日判例時報2473号（2021年）48頁。

[15] 最高裁令和６年３月26日裁判所ウェブサイト（令和４年（行ツ）318号、同年（行ヒ）360号）。

[16] 札幌地判令和３年３月17日判例時報2487号（2021年）５頁。

[17] 名古屋地判令和５年５月30日裁判所ウェブサイト（平成31年（ワ）597号）。

[18] 札幌高判令和６年３月14日（令和３年（ネ）194号）。

[19] 東京地判令和４年11月30日判例時報2547号（2023年）47頁。

[20] 福岡地判令和５年６月８日裁判所ウェブサイト（令和元年（ワ）2827号）。

[21] 東京地判令和６年３月14日（令和３年（ワ）7645号）。

[22] 大阪地判令和４年６月20日判例時報2537号（2023年）43頁。

[23] 西山千絵「婚姻を求める同性カップルへの法的保護」法学セミナー798号（2021年）54頁、58頁。

[24] なお、ポリアモリーについては、単婚／重婚という区分の問題として整理される。重婚について、**第３章第２節**参照。

[25] 最大判平成27年12月16日民集69巻８号2427頁。

[26] 最大判平成27年12月16日民集69巻８号2586頁。

[27] 曽我部真裕「憲法24条と婚姻の自由」法学教室487号（2021年）100頁、102頁。

[28] 君塚正臣「憲法とジェンダー」法律時報78巻１号（2006年）４頁、７頁。

[29] 佐藤達夫（佐藤功補訂）『日本国憲法成立史第三巻』（有斐閣、1994年）参照。憲法24条の原案はベアテ・シロタによって起草されたものであるが、シロタの証言については、代表的なベアテ・シロタ・ゴードン（平岡磨紀子構成・文）『1945年のクリスマス』（朝日新聞出版、2016年）を含めて正確性に疑義がある場合が少なくない、とされる（鈴木敦「ヴァイマル憲法における婚姻・家族条項」毛利透ほか編『比較憲法学の現状と展望』（成文堂、2018年）107頁、108－109頁）。

[30] 第90回帝国議会衆議院議事速記録第６号81頁［吉田茂発言］。

[31] 堀内節編著『家事審判制度の研究』（中央大学出版部、1970年）247－261頁、和田幹彦『家制度の廃止』（信山社、2010年）141－145頁。

[32] 我妻榮編『戦後における民法改正の経過』（日本評論新社、1956年）15－16頁。

[33] 第90回帝国議会貴族院帝国憲法改正案特別委員会議事速記録第17号５頁［木村篤太郎発言］。

[34] 和田・前掲注31）38－74頁参照。

[35] 第90回帝国議会衆議院帝国憲法改正案委員会議録（速記）第３回27頁［金森徳次郎発言］、第90回帝国議会貴族院帝国憲法改正案特別委員会議事速記録第24号18－19頁［金森徳次郎発言］。

[36] 第90回帝国議会衆議院帝国憲法改正案委員会議録（速記）第15回276頁［金森徳次郎発言］。なお、改正案23条は現行憲法25条２項に相当する。

[37] 法学協会編『註解日本国憲法上巻（２）』（有斐閣、1953年）469－480頁。なお、同書は法学協会編『註解日本国憲法上巻』（有斐閣、1948年）の改訂版であり、憲法24条に関しての記述は、概ね1948年版230－240頁と同じである。本文に述べた事項も、1948年版にて、すでに述べられていた。

[38] 畑佳秀「判解」最高裁判所判例解説民事篇平成27年度（下）（2018年）708頁、748頁。

[39] 君塚正臣「日本国憲法二四条解釈の検証」関西大学法学論集52巻1号（2002年）1頁、15頁。

[40] 宮澤俊義『法律学体系コンメンタール篇1　日本国憲法』（日本評論新社、1955年）256－264頁は、戸籍登録方法について「個人の尊厳の精神の徹底という点から、問題がないこともない」としたほかは、「新民法は……差別待遇をいっさい廃止した」とか、「憲法の容認するところ」などと繰り返し述べ、新民法をほとんど肯定していた。なお、同書はしがき1－2頁で、同書第3章については芦部信喜「の原稿を土台とし」たと述べられている。

[41] 結婚退職制に関するいくつかの下級審判決を除くと、平成27年最高裁2判決以前に憲法24条適合性を問題とした判例は、夫婦別産制合憲判決（最大判昭和36年9月6日民集15巻8号2047頁）が目立つ程度である。同判決は、憲法24条について、「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婚姻および家族の関係について定めたものであり、男女両性は本質的に平等であるから、夫と妻との間に、夫たり妻たるの故をもつて権利の享有に不平等な扱いをすることを禁じたものであつて、結局、継続的な夫婦関係を全体として観察した上で、婚姻関係における夫と妻とが実質上同等の権利を享有することを期待した趣旨の規定」だと述べる。これについては、「憲法24条を夫婦の実質的平等の要請とした」（若尾典子「判批」長谷部恭男ほか編『憲法判例百選Ⅰ』（有斐閣、第6版、2013年）70頁、70－71頁）と評価されるものの、同条「の位置付けは必ずしも明らかではなかった」（畑・前掲注38）748頁）。

[42] 君塚・前掲注39）16－36頁参照。その後の議論で、憲法24条を平等の特別規定とするものとして、高野敏樹ほか『憲法』（不磨書房、第2版、2007年）82頁［吉野夏己］、川岸令和ほか『憲法』（青林書院、第3版、2011年）99－100頁［川岸］、野中俊彦ほか『憲法Ⅰ』（有斐閣、第5版、2012年）302頁［野中］、花見常幸＝藤田尚則『憲法』（北樹出版、改訂版、2012年）117頁［花見］、高橋和之『立憲主義と日本国憲法』（有斐閣、第3版、2013年）155－156頁、市川正人『憲法』（新世社、2014年）104頁、長谷部恭男『憲法』（新世社、第6版、2014年）183－184頁、青柳幸一『憲法』（尚学社、2015年）134－135頁、戸松秀典『憲法』（弘文堂、2015年）175－176頁など。

[43] 浦部法穂『憲法学教室』（日本評論社、全訂第2版、2006年）、阪本昌成『憲法2　基本権クラシック』（有信堂、第4版、2011年）など。

[44] 学説においては、「「婚姻の自由」の具体的内容や位置付けについてはなお幅がある」（加本牧子「判解」最高裁判所判例解説民事篇平成27年度（下）（2018年）642頁、667頁）とされたために、判決では「婚姻の自由」という表現を用いなかったと考えられる。

[45] 民集69巻8号2431－2432頁。民集69巻8号2592頁も同旨。

[46] 青山道夫＝有地亨編『新版注釈民法（21）』（有斐閣、1989年）176－177頁［上野雅和］。

[47] 加本・前掲注44）669頁。畑・前掲注38）750頁も同旨。

[48] 樋口陽一ほか『注解法律学全集2　憲法Ⅱ』（青林書院、1997年）132頁［中村睦男］、辻村みよ子『憲法と家族』（日本加除出版、2016年）122頁。

[49] 樋口ほか・前掲注48）133頁［中村睦男］、長谷部恭男編『注釈日本国憲法（2）』（有斐閣、2017年）500頁［川岸令和］。

[50] 高橋和之「同氏強制合憲判決にみられる最高裁の思考様式」世界879号（2016年）138頁、147頁、渡辺康行ほか『憲法Ⅰ　基本権』（日本評論社、第2版、2023年）486頁［宍戸常寿］。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（2016年）75頁、79頁は、「「すべての人にとって特別な負担なく婚姻の自由を行使することができる婚姻制度を構築すること」が憲法の要請」と述べているが、「特別な負担」

とは「婚姻するにあたっての不合理な要件」を指すと考えられ、高橋や宍戸と同旨と思われる。

[51] 齊藤笑美子「憲法と家族法」国際人権27号（2016年）11頁、12頁参照。加本・前掲注44）699頁、畑・前掲注38）750頁では、「法律婚の要件として不合理なものを規定すれば違憲の問題が生じ得」るとされている。夫婦同氏制合憲判決は、夫婦同氏制を婚姻の要件ではなく効力と解しており、令和３年夫婦同氏制合憲決定（最大決令和３年６月23日判例時報2501号（2022年）６頁）でもその認識は維持されている。

[52] 「婚姻の自由」を、婚姻制度へのアクセス権と解する説（長谷部恭男『憲法の理性』（東京大学出版会、増補新装版、2016年）133頁）も、批判説と述べることは同様と考えられる（曽我部・前掲注27）107－108頁、米村滋人「「婚姻の自由」に関する基本的な問題状況」法律時報94巻６号（2022年）７頁、10－11頁）。

[53] 篠原永明「「婚姻の自由」の内容形成」甲南法学57巻３・４号（2017年）793頁、800－804頁。

[54] 上告人訴訟代理人による大法廷での弁論要旨（作花弁護士事務所HP中、http://sakka-law-office.jp/cgi/cgi-file/info/103/file1.pdf、2024年１月31日最終閲覧）３頁。上告理由（民集69巻８号2470－2575頁）も参照。

[55] 加本・前掲注44）670頁。令和３年夫婦同氏制合憲決定三浦守意見も参照。

[56] 加本・前掲注44）669頁でも、「「婚姻をするについての自由」の価値は憲法上も重要なものとして捉えられるべきであり、少なくとも、憲法上保護されるべき人格的利益として位置付けられるべきものと解することは可能」とされる。

[57] 最大決昭和44年11月26日刑集23巻11号1490頁。

[58] 巻・前掲注８）337頁。

[59] 畑尻剛「制度か個人か」白門68巻５号（2016年）31頁、42頁。御幸聖樹「「尊重」の意味」大林啓吾＝柴田憲司編『憲法判例のエニグマ』（成文堂、2018年）91頁、100－101頁、106－107頁、曽我部・前掲注27）106－107頁も参照。

[60] 加本・前掲注44）669頁、畑・前掲注38）750頁。

[61] 小山剛「判批」平成28年度重要判例解説（2017年）21頁、22頁。

[62] 民集69巻８号2431頁。

[63] 民集69巻８号2592－2593頁。

[64] 加本・前掲注44）671頁。

[65] 山羽祥貴＝幡野弘樹「判批」法学協会雑誌135巻６号（2018年）1440頁、1445頁［山羽］。

[66] 民集69巻８号2593頁。

[67] 平成16年参議院議員定数不均衡訴訟判決（最大判平成16年１月14日民集58巻１号56頁）の滝井繁男追加反対意見は、投票価値の平等について立法裁量の限界があることを明示し、「立法における指針」を司法が明らかにすべきと述べる（同100頁）。立法裁量の行使の方向性、という意味にて「指針」の語が用いられており、本文にてこれ以降述べることと平仄が合うと思われる。

[68] 高橋・前掲注50）148頁、高橋和之「夫婦同氏強制合憲判決（最判平成27年12月16日民集69巻８号2586頁）にみられる判断手法の問題点」自由と正義67巻12号（2016年）78頁、80頁、中里見博「判批」法学教室431号（2016年）30頁、37頁。

[69] 高橋・前掲注50）148頁、篠原・前掲注53）808頁。

[70] 渡辺康行「憲法判例の動き」平成28年度重要判例解説（2017年）２頁、５頁。

[71] 佐々木・前掲注50）79頁。

[72] なお、最初の登場箇所では、直接には「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」という文言を受けているが、当該箇所は憲法24条２項のみでなく「同条１項も前提と」する場面であるから、本文のようにまとめることも許されると思われる。

[73] 駒村圭吾「判批」長谷部恭男ほか編『憲法判例百選Ⅰ』（有斐閣、第７版、2019年）66頁、67頁。駒村は、「考慮するべき事項」について、「かなり人権フレンドリーな３点」（同頁）だと述べる。

[74] 民集69巻８号2593頁。

[75] 上田健介「判批」法学教室430号（2016年）126

頁、126頁。

[76] 駒村・前掲注73）67頁。

[77] 巻・前掲注８）345－346頁、江藤祥平「判批」自治研究94巻５号（2018年）127頁、137頁。

[78] 篠原・前掲注53）817－818頁。

[79] 最大決平成７年７月５日民集49巻７号1789頁。

[80] 最判平成25年９月26日民集67巻６号1384頁。

[81] 石川健治＝大村敦志「判批」法学協会雑誌114巻12号（1997年）1533頁、1546－1549頁［石川］。

[82] 最大決平成25年９月４日民集67巻６号1320頁。

[83] 巻美矢紀「家族と公私区分」憲法問題29号（2018年）79頁、82頁。

[84] 巻・前掲注83）82頁。

[85] 木村敦子「婚外子相続分違憲決定に関する一考察」水野紀子編著『相続法の立法的課題』（有斐閣、2016年）81頁、98－100頁、中林暁生「婚外子法定相続分規定違憲決定」長谷部恭男編『論究憲法』（有斐閣、2017年）317頁、319－320頁。モデルＡ、モデルＢについては、石川＝大村・前掲注81）1566－1567頁［大村］。前掲注83）および注84）における巻の議論は、最高裁がモデルＡを想定し維持していると解したうえでの批判、とまとめることができる。

[86] 木村・前掲注85）100－101頁。

[87] 非嫡出子相続分違憲決定がその判断に「国民の意識」を挟んでいることについては、同決定が「家族法における他の憲法上の論点に直接波及しないようにしている」という説明と、「法が強いメッセージを送ってしまった結果、国民意識もこうなってしまったという問題と、夫婦別姓の問題とを分けるため」という説明が提示されている（高橋和之ほか「［座談会］非嫡出子相続分違憲最高裁大法廷決定の多角的検討」法の支配175号（2014年）５頁、11頁、22頁［宍戸常寿発言］）。

[88] 巻・前掲注８）346頁、巻・前掲注83）83－84頁。

[89] 100日の再婚禁止期間については、鬼丸かおる意見、山浦善樹反対意見が、子の利益が損なわれる状況はないと反論している。夫婦同氏制については、岡部喜代子ほか意見（山浦善樹反対意見が同調）、木内道祥意見が、通称の使用拡大自体に構造的欠陥があることを指摘している。

[90] 江藤祥平「夫婦の氏とデモクラシー」法律時報94巻６号（2022年）44頁、47頁。山羽＝幡野・前掲注65）1456－1457頁、1481－1482頁［山羽］における、「内容なき制度的思考」という議論も参照。

[91] 只野雅人＝上村都「秋季研究総会シンポジウムのまとめ」憲法問題29号（2018年）114頁、115頁［宍戸常寿発言］。

[92] 篠原・前掲注53）818頁。

[93] 篠原永明「婚姻・家族制度の内容形成における考慮事項とその具体的展開」甲南法学58巻３・４号（2018年）111頁、146－147頁。

[94] なお、篠原・前掲注93）113－114頁は、「夫婦とその子からなる集団」と表現しており、これは「夫婦とその嫡出子」とは区別される、より抽象的な概念であるかのようにも読むことができる。そのためか、篠原自身は、「夫婦とその子からなる集団」は「抽象的な家族モデル」だと考えているようである（同114頁）。しかし、篠原・前掲注53）818頁は、「夫婦とその子からなる集団」と、子が「夫婦の間の子」であることを傍点で強調している。また、同819－820頁では、嫡出子の氏の確定という利益からして、子が両親と氏を同じくできる夫婦同氏制は不合理とはいえないとする。すると「夫婦とその子からなる集団」は結局、「夫婦とその嫡出子」と同義だと解される。そして、「夫婦とその嫡出子」という家族モデルは、相当な具体性を有するモデルだと思われる。

[95] 安念潤司「家族形成と自己決定」岩村正彦ほか編『自己決定権と法』（岩波書店、1998年）129頁。

[96] 大野友也「日本国憲法と同性婚」月報全青司452号（2017年）６頁、６－11頁。松井茂記『LAW IN CONTEXT憲法』（有斐閣、2010年）135－136頁は、重婚の禁止と信教の自由との衝突を想定し、「一夫一妻制を維持する高度の必要性」の存在に疑いを投げかけている。ただし、

そこでいう「重婚」が、現行刑事法上の規制（刑法184条）、現行民事法上の規制（民法732条）、事実上の共同生活のいずれを指しているのかは、ややはっきりしない。

[97] 樋口陽一『憲法』（勁草書房、第４版、2021年）278頁。

[98] 若尾典子「女性の人権と家族」名古屋大学法政論集213号（2006年）113頁、138－139頁、木村草太「「近代／現代憲法」と「近代／現代民法」の交錯」法律時報95巻４号（2023年）91頁、93頁など。

[99] 若尾・前掲注98）139頁。

[100] 辻村みよ子『ジェンダーと人権』（日本評論社、2008年）256頁。巻・前掲注83）85頁も同じ。

[101] 髙井裕之「家族をめぐる憲法理論の分析」京都産業大学論集24巻４号（1994年）90頁、103頁。

[102] 若尾・前掲注98）140頁、中曽久雄「夫婦同氏規定と憲法」愛媛大学教育学部紀要67巻（2020年）201頁、205－206頁、木村・前掲注98）96頁。

[103] 樋口・前掲注97）278頁。なお、若尾・前掲注98）139頁は、「樋口氏の二四条論は、「個人の尊厳」の問題に限定され、「両性の平等」への言及はない」と批判するが、引用のとおり、樋口は、「個人の尊厳」が「両性の平等」を当然に含意するものとして論じている。

[104] 樋口陽一『国法学』（有斐閣、補訂版、2007年）57頁。

[105] 樋口陽一「“近代”にこだわる」法学セミナー489号（1995年）８頁、17頁。

[106] 樋口・前掲注97）278－279頁。さらに述べるならば、憲法24条が保護すべきは、「公序に合致する家族」であり、「近代家族」ではない（同278頁）。

[107] 樋口・前掲注104）145頁。

[108] 樋口・前掲注97）277－278頁。

[109] 従前は、単に「家族解体の論理」（樋口陽一『憲法』（創文社、第３版、2007年）278頁）と述べられていたが、最新の樋口・前掲注97）279頁では「近代家族解体の論理」と修正され、その趣旨が明瞭にされている。

[110] 樋口陽一『憲法と国家』（岩波書店、1999年）111頁。

[111] 樋口・前掲注109）278頁など。

[112] 樋口・前掲注97）279頁。

[113] 横田耕一「日本国憲法からみる家族」総合特集シリーズ31号『これからの家族』（日本評論社、1985年）85頁、94頁。

[114] 法学協会編・前掲注37）（1953年）470頁。

[115] これまでの議論をまとめたものとして、上田宏和「日本における同性婚容認の可能性」創価法学47巻１号（2017年）１頁、11－20頁、榎透「日本国憲法における同性婚の位置」専修法学論集135号（2019年）15頁、20－44頁も参照。

[116] 第90回帝国議会衆議院帝国憲法改正案委員会議録（速記）第７回103頁［木村篤太郎発言］。

[117] 第90回帝国議会衆議院帝国憲法改正案委員会議録（速記）第15回273頁［木村篤太郎発言］。

[118] 篠原永明「憲法24条の「婚姻」の意義と同性婚」判例時報2533号（2022年）106頁、110頁は、この質疑を引用し、「婚姻した男女には子を産み育てることが期待できるとし、婚姻を出発点に親子関係を連続的に捉え、「夫婦が子を産み育てながら共同生活を送るという関係」を保護する」という積極的な意味が、憲法24条の「両性」、「夫婦」には込められているとする。しかし、仮に「両性」、「夫婦」にそのような意味が認められるとしても、この質疑が根拠となるかは疑問である。この質疑は、重婚的内縁や妾、そこから生じる「庶子の入家」といったものを法的に認めない、という趣旨と考えられる（中林・前掲注85）322－323頁）。

[119] 清水伸編著『逐条日本国憲法審議録第二巻』（日本世論調査研究所PRセンター、増訂版、1976年）481－545頁。

[120] 長尾一紘『日本国憲法』（世界思想社、全訂第４版、2011年）87頁。

[121] 長谷部恭男『憲法』（新世社、第８版、2022年）188頁。なお、長谷部のこの記述は、初版である長谷部恭男『憲法』（新世社、1996年）183頁から一度も変化していない。

[122] 佐藤幸治『日本国憲法論』（成文堂、第2版、2020年）214－215頁、土井真一「判批」新・判例解説Watch30号（2022年）23頁、24頁、渡辺ほか・前掲注50）484頁［宍戸］。

[123] 工藤達朗「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）145頁、153－154頁、初宿正典『憲法2　基本権』（成文堂、第3版、2010年）315頁、辻村・前掲注48）127頁、大日方信春『憲法Ⅱ基本権論』（有信堂、第2版、2018年）111－113頁、君塚正臣『憲法』（成文堂、2023年）230頁など。なお、榎はここに、渋谷秀樹『憲法』（有斐閣、第3版、2017年）462－463頁も含めるが、渋谷はこの基本書の発行後、渋谷秀樹「憲法理論からみた同性婚の省察」判例時報2515号（2022年）103頁、112頁において、同書の「次の改訂では、「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」と改説したい」と明言しているため、ここでは除く。

[124] 工藤・前掲注123）155頁。

[125] 辻村・前掲注48）126頁。

[126] なお、辻村自身の見解には、変化があるように見受けられる。かつて辻村は、「憲法二四条は、個人の尊厳の徹底によって「近代家族」を克服するもの（その意味での「現代家族」像を追求するもの）であると同時に、将来は（同性カップル等からなる）「超現代家族」への展開にブレーキをかける方向に機能するものでもある」（辻村みよ子「憲法二四条と夫婦の同権」法律時報65巻12号（1993年）42頁、46頁）と断言していた。しかし、辻村・前掲注100）250頁では、後半部分が「近い将来（同性カップル等からなる）「超現代家族」への展開にブレーキをかける方向に機能することも十分に可能である」と可能性の提示にとどまるようになり、近時ではこの記述が削除された（辻村・前掲注48）87頁、142－143頁参照）うえで、「憲法制定時には同性婚はまったく念頭になかったと思われる反面、……状況の変化を理由とする今日の学説の変化も、個人の尊重や幸福追求権が重視される昨今では、あながち無理な解釈とは言えないのが現状である」（辻村・前掲注48）129頁）という評価に変わっている。この記述の変遷はそれぞれ、辻村が研究対象とするフランスにおける、1999年の民事連帯協約（PACS）導入、2013年の民法典改正を主とする同性婚法の成立、施行（服部有希「フランスの同性婚法」外国の立法258号（2013年）22頁）の後になされており、その影響とも思われる。さらに、最近の論稿では、「同性婚を禁止若しくは不許可にしている現状を、立法裁量の逸脱と捉えて〔筆者注：憲法24条2項に関して〕違憲と解することは可能かつ有効」（辻村みよ子＝齊藤笑美子『ジェンダー平等を実現する法と政治』（花伝社、2023年）202－203頁［辻村］）、札幌地裁判決について「憲法二四条違反……を明示しておらず、理論的にも課題が残っている」（辻村みよ子「現代家族の変容と個人の尊重」憲法理論研究会編『次世代の課題と憲法学』（敬文堂、2022年）67頁、77頁）と述べており、次にみる積極的許容説ないし憲法24条保障説に、現在では移行しているようにも見受けられる。

[127] 松井・前掲注96）5頁。

[128] 大野・前掲注96）13頁。

[129] 木村草太「憲法と同性婚」杉田敦編『グローバル化のなかの政治』（岩波書店、2016年）81頁、93－98頁。

[130] 齊藤笑美子「家族と憲法」憲法問題21号（2010年）108頁、112－113頁。

[131] 福嶋敏明「同性婚と憲法」時の法令1976号（2015年）52頁、54－55頁。

[132] 巻・前掲注8）349頁。

[133] 髙井裕之「同性結婚の拒否と州憲法上の平等原則」ジュリスト1177号（2000年）223頁、221頁、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（2008年）1頁、28頁、36頁、榎・前掲注115）43－44頁、西村・前掲注3）600頁。

[134] なお、簡素な言及にとどまるが、「憲法13条を根拠として、同性間婚姻を認めることが可能」

とする安西文雄ほか『憲法学読本』（有斐閣、第３版、2018年）118頁［安西］も参照。この記述からは、同性婚の制度化は、憲法上は許容され実現は立法裁量に委ねられるとするものか、憲法13条により要請されるとするものか、判然としない。後者であれば積極的許容説の一形態と位置付けうるが、前者であれば後掲注140）と同旨と考えられる。

[135] 羽渕雅裕「同性婚」『親密な人間関係と憲法』（帝塚山大学出版会、2012年）77頁、104－107頁。

[136] 富井幸雄「同性婚と憲法（二・完）」法学新報113巻３・４号（2007年）35頁、65－66頁。

[137] 長谷部編・前掲注49）510頁［川岸］。

[138] 辻村＝齊藤・前掲注126）201頁［辻村］。

[139] 田代亜紀「「家族」・「婚姻」の憲法学的意味を探る」愛敬浩二編『人権Ⅰ』（信山社、2022年）249頁、269頁。ただし、長谷部は、自身の立場を許容説に位置付けている（「同性婚と憲法「婚姻の平等」は実現するか　11月30日の東京地裁判決に注目」東京新聞Web版2022年11月22日（https://www.tokyo-np.co.jp/article/213130、2024年１月31日最終閲覧）［長谷部コメント］）。

[140] 木下智史＝只野雅人編『新・コンメンタール憲法』（日本評論社、第２版、2019年）307頁［木下］。

[141] 東京新聞Web版・前掲注139）［辻村みよ子コメント］。

[142] 各論者による説の位置付けに相違がみられることが、「学説に明確なコンセンサスが未だ存在していないことの一つの現れ」だとする、春山・前掲注６）180頁も参照。

[143] 巻美矢紀「法の下の平等と家族」宍戸常寿＝林知更編『総点検　日本国憲法の70年』（岩波書店、2018年）91頁、100頁、木村草太「婚姻と憲法」法学教室501号（2022年）10頁、11頁。ただし、渡辺康行ほか「［インタビュー］大橋正春・鬼丸かおる元最高裁判事に聞く」法律時報93巻２号（2021年）56頁、73頁では、「別にそういう〔筆者注：憲法24条１項が同性婚を少なくとも禁止するものではないという〕意味ではなくて、ごく普通の言葉として使った」［大橋発言］と述べられている。

[144] 石塚壮太郎「判批」法学セミナー819号（2023年）130頁、131頁、春山・前掲注６）175頁。

[145] 大阪判決について、木村草太「生殖関係なき異性婚と同性婚の区別の合憲性」法律時報94巻10号（2022年）４頁、５頁、匿名記事「判批」判例時報2537号（2023年）40頁、41頁。また、福岡判決までの５つの地裁判決について、白水隆「同性婚訴訟一審判決の比較検討」ジュリスト1588号（2023年）66頁、67頁。

[146] 中岡淳「判批」法学論叢190巻５号（2022年）104頁、111頁。村山美樹「判批」行政法研究42号（2022年）95頁、104頁。

[147] 中曽久雄「判批」愛媛法学会雑誌48巻１・２号（2021年）55頁、60頁

[148] 村山・前掲注146）104－105頁。

[149] 石塚・前掲注144）131頁。

[150] ただし、曽我部・前掲注27）108頁は、すでにこのような解釈を示していたし、羽渕・前掲注135）106頁も、「「家族に関する……事項」」としてのパートナーシップ制度の要請を説いていた。その意味では、東京一次判決等の全く独自の見解というわけではない。

[151] 春山習「判批」新・判例解説Watch32号（2023年）35頁、38頁。

[152] 春山・前掲注151）38頁。松原俊介「同性婚問題からみる平等の救済方法」法学セミナー818号（2023年）18頁、23頁も同旨。毛利透「判批」法学教室516号（2023年）107頁、107頁、白水・前掲注145）71頁も参照。

[153] 鈴木真理子「判批」訟務月報68巻12号（2022年）１頁、９頁参照。

[154] 松原俊介「判批」法学セミナー813号（2022年）118頁、119頁、木村・前掲注145）５頁、白水・前掲注152）68－69頁。

[155] 石塚・前掲注144）131頁。毛利・前掲注152）107頁も参照。また、今野周「同性婚訴訟判決についてのノート」東京大学法科大学院ローレ

ビュー17号（2022年）40頁、79頁の批判は、直接には大阪判決に向けられたものであるが、東京一次判決に対しても当てはまると思われる。

[156] 白水・前掲注152）68頁。

[157] 西山千絵「婚姻の自由の拡張か人的結合への自由か」ジェンダー法研究９号（2022年）27頁、39頁。

[158] 春山・前掲注151）38頁。毛利・前掲注152）107頁、白水・前掲注145）71頁も参照。

[159] 千葉・前掲注６）158頁。

[160] 石塚・前掲注144）131頁、春山・前掲注６）175頁参照。

[161] 大野・前掲注96）13頁、渡邉泰彦「同性カップルによる婚姻・家族」法学セミナー799号（2021年）29頁、33頁、棚村政行「国内初！　同性婚違憲訴訟判決の解説と社会・企業への影響」ビジネス法務21巻11号（2021年）137頁、138頁、千葉・前掲注６）142－146頁、西山・前掲注157）39頁、木村・前掲注145）４頁、樋口哲平「同性婚と法の下の平等に関する一考察」大学院研究年報（中央大学）52号（2023年）15頁、19頁など。なお、大野は「拡大して解釈」、千葉は「変遷」、木村は「類推適用」と述べるなど、論者によってその理屈はやや異なるように見受けられるが、意図するところはいずれも目的論的解釈で一致していると思われる。カナダにおける「生ける樹（Living Tree）理論」の参照とその課題を検討する、白水隆『平等権解釈の新展開』（三省堂、2020年）103－106頁も参照。

[162] 春山・前掲注６）145頁。

[163] 横田耕一「性差別と平等原則」岩村正彦ほか編『ジェンダーと法』（岩波書店、1997年）71頁、81－82頁。奥平康弘ほか編『テキストブック憲法』（有斐閣、第２版、1989年）154頁［陸路順子］も参照。川口かしみ「憲法二四条の「個人の尊厳」原理の存在意義」憲法理論研究会編『次世代の課題と憲法学』（敬文堂、2022年）83頁、90－91頁は、このような「特性論」とは異なる「普遍的な平等」として「本質的平等」を解釈した者として、金森徳次郎と北昤吉を挙げる。しかし、金森は、「両性と云ふものは其の本質に於きましては平等であります、併し色々な現し方に於きましては、必ずしも平等で有り得ない、それは生理的な必然、其の他社会的の事情もありますから、さう云ふ不平等と云ふものも考へられると思ひます、本質的平等と云ふことは、他面に於きましては、場合に依つては不平等のことも有り得ると云ふことを含むものと解して居る」（第90回帝国議会貴族院帝国憲法改正案特別委員会議事速記録第16号18頁）と述べており、むしろ「特性論」的理解をしていたように見受けられる。

[164] 宮澤俊義（芦部信喜補訂）『全訂　日本国憲法』（日本評論社、全訂版、1978年）266頁、木下＝只野・前掲注140）308頁［木下］。

[165] 芦部信喜（高橋和之補訂）『憲法』（岩波書店、第８版、2023年）136頁。

[166] 米沢広一『子ども・家族・憲法』（有斐閣、1992年）288－289頁、芹沢斉ほか編『新基本法コンメンタール憲法』（日本評論社、2011年）212－213頁［武田万里子］、木下＝只野・前掲注140）303頁［木下］など。

[167] 中岡淳「同性婚の憲法的保護の可能性（三）・完」法学論叢185巻１号（2019年）38頁、65頁。

[168] 米沢・前掲注166）274－275頁、近藤敦『人権法』（日本評論社、第２版、2020年）153－154頁。

[169] 吉田克己「家族における〈公私〉の再編」法哲学年報2000号（2001年）45頁、57－58頁、巻・前掲注８）347頁、森山浩江「婚姻への公的介入」法律時報90巻11号（2018年）18頁、19－20頁。

[170] 中岡・前掲注３）115－116頁。

[171] 春山・前掲注６）140頁参照。なお、重婚や近親婚についての本稿の議論は、**第３章第２節**を参照。

[172] 篠原・前掲注118）113頁。

[173] 齊藤・前掲注130）113頁、木村・前掲注145）５－６頁。

[174] 例えば、大阪判決は、「本件諸規定が異性間の婚姻のみを対象としているのは、……男女が共

同生活を営み子を養育するという関係に、……法的保護を与えようとする趣旨による」、名古屋判決は、「民法は、法律婚制度の構築に当たり、子孫の生殖を伴う男女の結合関係とそれを中核とする家族関係の安定化を少なくともその目的の一つとしていた」と述べる。

[175] 長谷部恭男『憲法学のフロンティア』（岩波書店、1999年）７－９頁、阪口正二郎「リベラリズムと討議民主政」公法研究65号（2003年）116頁、119－121頁。

[176] 長谷部・前掲注175）15頁参照。

[177] 安西文雄ほか『憲法学読本』（有斐閣、第３版、2018年）76頁［巻美矢紀］。富井・前掲注136）63－64頁、高橋・前掲注68）83頁も参照。

[178] 高橋・前掲注50）146頁。

[179] 中山茂樹「家族と憲法」比較憲法学研究31号（2019年）97頁、113頁。

[180] 法学協会編・前掲注37）（1953年）470頁。田上穣治『憲法要説』（白桃書房、新版、1963年）61頁も参照。

[181]「「家族と認めてもらえた」…同性カップルとその子ども、宣誓で公的「家族」に」読売新聞オンライン2021年７月１日（https://www.yomiuri.co.jp/national/20210701-OYT1T50131/、2024年１月31日最終閲覧）。

[182]「男性カップルが里親に」日本経済新聞2017年４月６日朝刊34面。当時の塩崎恭久厚生労働大臣は、会見にて、肯定的な受け止めをしている（厚生労働省HP「塩崎大臣会見概要」（https://www.mhlw.go.jp/stf/kaiken/daijin/0000161271.html、2024年１月31日最終閲覧））。厚生労働省の通知「里親希望者が単身、共働き、LGBT等である場合の取扱いについて」（令和元年10月１日付け子家発1001第１号厚生労働省子ども家庭局家庭福祉課長通知）は、里親希望者が同性カップルであるか否かにかかわらず、「里親の種類に応じた要件に沿って登録又は認定の可否が判断されるべきもの」としている。

[183] 本件諸規定のほかに、民法159条、728条２項、903条４項、地方自治法169条１項などが改正の対象として、「配偶者」概念や「事実婚」概念などが解釈の対象として、それぞれ考えられる。また、「性同一性障害者の性別の取扱いの特例に関する法律」（平成15年法111号）３条１項２号は、削除されることが相当であろう（南野知恵子監修『解説　性同一性障害者性別取扱特例法』（日本加除出版、2004年）88頁および最決令和２年３月11日裁判所ウェブサイト（令和元年（ク）791号）参照）。同項３号についても、本文にてこれ以降述べることからして、削除されることが相当と解される。

[184] 婚姻している男性カップルを「同性夫夫」、婚姻している女性カップルを「同性婦婦」とする。

[185] 東京一次判決および福岡判決でも、この３つを同性カップルに適用するかどうかが、検討すべき事項として挙げられている。もっとも、両判決は、これらが立法裁量に委ねられることをも理由として、同性婚の制度化が憲法上許容されるにとどまると結論している。同性婚の制度化が憲法上の要請であり、そのうえで憲法の射程がこれらに及ぶかを検討する本稿とは、議論の次元が異なる。なお、前掲注12）の各法案では、養子縁組制度は特別養子縁組を含め同性夫夫／婦婦でも利用可能としている。また、生殖補助医療のあり方（衆議院提出分のみ）および同性夫夫／婦婦の間に出生した者の身分については、法律施行後に検討すべき事項とされている。

[186] 櫻井智章「判批」法学教室510号（2023年）137頁、137頁。

[187] なお、本款で述べるところの「養子縁組」とは、現行法が同性婚を認めないために、現在同性カップル間で婚姻の代替としてなされている養子縁組のことでは、当然ない。ここでは、同性夫夫／婦婦の一方ともう一方の嫡出子との普通養子縁組（民法795条但書前半にいう、いわゆる連れ子養子）、および同性夫夫／婦婦による特別養子縁組を、典型として想定している。

[188] 窪田充見『家族法』（有斐閣、第４版、2019年）237頁。

[189] U.N. Document, CRC/C/GC/14 para.34 29

May 2013. 翻訳は平野裕二による（https://www.nichibenren.or.jp/library/ja/kokusai/humanrights_library/treaty/data/child_gc_ja_14.pdf、2024年1月31日最終閲覧）。

[190] *See* E.B. v. France, 43546/02 Eur. Ct. H.R. 22 Jan 2008 para.73. ただし、単身者の養子縁組として処理された事案であることに注意する必要はある。

[191] もっとも、そもそも同性カップルによる養子縁組自体、「国内では研究がない」（野辺陽子「同性パートナーシップと養子縁組」現代思想43巻16号（2015年）119頁、119頁）といわれる状況である。

[192] 辰井聡子「先端生命科学技術の規制」法律時報89巻9号（2017年）19頁参照。ほぼ唯一の立法が、「ヒトに関するクローン技術等の規制に関する法律」（平成12年法146号）である。

[193] 本山敦ほか『家族法』（日本評論社、第2版、2019年）90頁［羽生香織］。

[194] 稲葉実香「日本の生殖補助医療法の立法過程」金沢法学66巻1号（2023年）1頁、15頁参照。同法附則3条では、2年を目途として行為規制に関する検討、法制上の措置等を講じることとされたが、本稿執筆時点でも新法はできていない。

[195] 同会告をはじめ、省庁や日本学術会議の報告書等をまとめたものとして、町野朔ほか編『生殖医療と法』（信山社、2010年）参照。

[196] 根津八紘＝沢見涼子『母と娘の代理出産』（はる書房、2009年）277頁では、諏訪マタニティークリニックにおいて代理懐胎により誕生した子は、2009年10月末までに13人、同時点で妊娠中の代理母も2人いることが述べられている。

[197] 日本学術会議生殖補助医療の在り方検討委員会「代理懐胎を中心とする生殖補助医療の課題」（2008年）。

[198]「生命倫理に反する、自然生殖からの逸脱が大きい、医療の限界を超える、公序良俗に違反する、などの理由は、それのみで社会の介入を正当化するものではないであろう。しかし、代理懐胎者の負担、その生命・健康への重大な影響、出生した子に予想される精神的影響、医療者の裁量権の侵害など、代理懐胎がもたらす弊害の存在を考慮する場合には、代理懐胎を当事者間の契約や倫理の問題にとどめておくことはできない」（同報告書3（3）①）。

[199] そもそも同報告書は、同性カップルについて触れるところがない。

[200] 松井茂記『日本国憲法』（有斐閣、第4版、2022年）477頁。

[201] 水野紀子「生殖補助医療と子の権利」法律時報79巻11号（2007年）31頁、35頁。

[202] 辻村みよ子「リプロダクティヴ・ライツと国家の関与」『家族と憲法』（信山社、2022年）475頁、495－496頁。青柳幸一「生殖補助医療における自己決定と憲法」『憲法における人間の尊厳』（2009年）163頁、173－174頁、長谷部恭男ほか「［座談会］生殖補助医療」ジュリスト1379号（2009年）68頁も参照。

[203] 辻村みよ子『代理母問題を考える』（岩波書店、2012年）54頁参照。

[204] 水野は、「出生はこの世への強引な拉致」や「代理懐胎という母胎の搾取」（水野紀子「婚姻の意義を考える」法学教室490号（2021年）89頁、92頁）といった負の表現を用いながら、しばしば生殖補助医療利用の禁止の対象を同性カップルに限るかのような記述もする（水野紀子「性同一性障害者の婚姻による嫡出推定」松浦好治ほか編『市民法の新たな挑戦』（信山社、2013年）601頁、627頁、水野紀子「家族の自由と家族への国家介入」法律時報89巻9号（2017年）53頁、58頁など）。筆者には、AID（非配偶者間人工授精）をはじめ第三者の関与する生殖補助医療技術自体の許否を論じるべきとする羽生香織「夫婦になること。親子になること。」月報司法書士510号（2014年）90頁、91－92頁の議論のほうが、説得的に思われる。

[205] 同性夫夫の場合には、一方が出産することがないため、現行民法772条の解釈問題は生じない（大島梨沙「「同性婚」に付与されるべき法的効

果とは何か」法学教室502号（2022年）22頁、25頁）。代理懐胎の利用が認められるとしても、「分娩者＝母」ルールが変更されない限り、子を認知できるのは同性夫夫のうち一人のみである。同性夫夫の双方を、子の出生と同時に法律上の親とするには、婚姻当事者の一方の出産を前提としない規定が必要となる。なお、本文にてこれ以降述べることからすると、同性夫夫についても、子の共同親権者となることができるような制度は必要となろう。

[206] 大島・前掲注205）25－27頁、巻美矢紀「救済を視野に入れた憲法上の実体的な権利の構成」渡辺康行編『憲法訴訟の実務と学説』（日本評論社、2023年）157頁、170頁。

[207] 最決平成25年12月10日民集67巻９号1847頁。

[208] 鈴木伸智「判批」法学教室410号（2014年）78頁、82－83頁、山地修「判解」最高裁判所判例解説民事篇平成25年度（2016年）605頁、613頁。

[209]「性同一性障害者の性別の取扱いの特例に関する法律」３条１項に基づき、性別を男性から女性に変更した者は、同法４条および性別変更者嫡出推定規定適用決定の趣旨からして、この場面でも女性として取り扱われると推測される。

[210]「女子に対するあらゆる形態の差別の撤廃に関する条約」（昭和60年条約７号）。

[211] 辻村・前掲注48）123頁。

[212] 木下＝只野・前掲注140）304頁［木下］。

[213] もっとも、他方配偶者の呼称は「父」とは別に定める可能性があろう（渡邉泰彦「判批」新・判例解説Watch29号（2021年）101頁、104頁）。

[214] 渡邉・前掲注161）36頁。

[215] 大島・前掲注205）26頁。

[216] 二宮周平編『新注釈民法（17）　親族（１）』（有斐閣、2017年）110頁［高橋朋子］、松川正毅＝窪田充見編『新基本法コンメンタール親族』（日本評論社、第２版、2019年）26頁［宮本誠子］、松岡久和＝中田邦博編『新・コンメンタール民法（家族法）』（日本評論社、2021年）24頁［冷水登紀代］。

[217] 千葉・前掲注６）27－28頁、篠原・前掲注118）109頁。

[218] 有地亨「近親婚」中川善之助教授還暦記念家族法大系刊行委員会編『家族法大系Ⅱ（婚姻）』（有斐閣、1959年）43－60頁、44頁。

[219] 窪田・前掲注188）44－45頁。なお、窪田は、民法734条における優生学的理由付けについても、「自然科学の領域において、この点は、それほど明確なものとして確立しているわけではないようである」と述べる（同44頁）。

[220] 西山・前掲注157）37頁参照。なお、民法735条や736条については、同性婚の議論とは無関係に違憲の可能性が指摘されている。法学協会編・前掲注37）（1953年）476－477頁、米沢・前掲注166）287頁、棚村政行「遺族厚生年金受給権と近親婚的内縁の効力」早稲田法学80巻４号（2005年）21頁、48頁、辻村・前掲注48）136頁。

[221] 横田・前掲注113）94頁、田代・前掲注139）273頁も参照。

[222] 大野・前掲注96）８－９頁。

[223] 福田千鶴『大奥を創った女たち』（吉川弘文館、2022年）６－７頁。

[224] 髙妻新（田代有嗣監修）『体系・戸籍用語事典』（日本加除出版、新版、1992年）647－648頁。

[225] 西田真之『一夫一婦容妾制の形成をめぐる法的諸相』（日本評論社、2018年）32－68頁。同書では続いて、戦前の裁判例や社会における妾の捉えられ方も分析されている（同68－95頁）。

[226] 白水・前掲注161）106頁。また、仮に一妻多夫がみられるのであれば、それは「男性にとって身体的にまた精神的に有害な制度」だということになろう。

[227] 最判平成19年３月８日民集61巻２号518頁。

[228] 水野紀子「家族への公的介入」法律時報90巻11号（2018年）４頁、９頁。

[229] 最大判昭和48年４月４日刑集27巻３号265頁。

[230] 髙井・前掲注101）106頁。

[231] 白水隆「複婚及び近親婚禁止の憲法適合性についての覚書」千葉大学法学論集38巻１・２号（2023年）274頁、261頁。

[232] その例として、現行法では、「配偶者からの暴力の防止及び被害者の保護等に関する法律」（平成13年法31号）や、「児童虐待の防止等に関する法律」（平成12年法82号）などが挙げられよう。佐々木くみ「婚姻の自由の憲法理論的研究に関する覚書」山元一ほか編『憲法の普遍性と歴史性』（日本評論社、2019年）173頁、188頁は、2017年に新設された刑法179条（監護者わいせつ及び監護者性交等罪）にも着目する。

[233] そのような議論として、白水・前掲注231）。

[234] 法学協会編・前掲注37）（1953年）469－471頁。

（とおや　たくみ　北海道大学大学院法学研究科修士課程修了）