

令和二年四月三日

## 意見書

首都大学東京教授 木村草太

### 第1 はじめに

現行民法では、異性との婚姻に合意した者は、民法上の婚姻の効果を享受できる。他方、法律上の同性との婚姻に合意した者は、それを享受できない。本件では、この区別の合憲性が問題となっている。

法律上の婚姻には、異性カップル・同性カップルの別を問わず、愛情に基づく共同生活を営むために必要な効果が多く含まれている。しかし、同性愛者は、それらの効果へのアクセスから排除されてきた。では、排除が続いてきたのは、なぜなのか。

まず、同性愛者が、マイノリティであり、社会の多数派がその痛みを十分に理解できていないという理由が考えられる。

また、法律婚の効果の恩恵が、意外と認識されにくいという理由も考えられる。法律上の婚姻がなくても、同居したり、親密な関係を取り結んだりすることは可能である。法律上の夫婦でも、日常生活の中で、法律婚の効果を意識することは希であろう。しかし、法律婚には、生活に重要な意味を持つ効果が多く含まれている。

パートナーが重い病気になったとき、戸籍で配偶者であることを公証できるか否かは、病院等の対応に大きな影響を与える。養子を二人で育てるとき、共同で親権を行使できなければ不都合な場面は多い。また、パートナーと死別したときに、法律上の相続分・遺留分あるいは相続税法上の控除措置は、残された者の生活保障のために重要な意味を持つ。

異性カップルは、役所に赴き、用紙を一枚提出するだけで、これらの効果を簡単に享受できる。それゆえ、〈法律婚ができないこと〉の苦しみを理解するのは困難かもしれない。しかし、異性愛者も同性愛者も、愛するパートナーと共同生活を営みたいという思いに違いはない。

この訴訟によって、同性愛者が、何に困り、どのような痛みを抱えているかは可視化された。裁判所は、それを直視すべきである。以下、異性カップルと同性カップルとの間の法律婚ができるかどうかに関する区別（以下、本件区別）について、憲法14条1項適合性を検討する。

## 第2 民法上の婚姻に関する区別の合憲性について

### 1 憲法14条1項の解釈

憲法14条1項は、法の下での平等を定め、平等権を保障している。平等権とは、法令が不合理な区別を設けている場合に、その是正を要求する権利である。この点は、最高裁判例も何度も確認をしており、例えば、最大判平成27年12月16日民集69巻8号2586頁（選択的夫婦別姓訴訟上告審判決）は「憲法14条1項は、法の下で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ことは、当裁判所の判例とするところである（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）」と述べている。

平等権侵害で憲法14条違反とされる要件は、①法令が区別を設けていること、および②その区別が不合理であることとされる。また、②区別の合理性は、②A：区別の目的が正当であるか否か、また、②B：区別がその目的と合理的に関連しているか否か、という二つの観点から審査される。

また、有力な学説は、人種や性別などの、憲法14条1項後段が列挙する事柄を標識とする区別は、差別的意図が疑われるため、②A：目的が重要であり、かつ、②B：区別と目的が実質的に関連している、または区別が目的達成のために必要不可欠でない限り許されないとしている（芦部信喜『憲法学Ⅲ人権各論（1）増補版』有斐閣2000年23～24頁参照）。本件では、異性愛者と同性愛者の区別とは別に、〈男性は女性と婚姻できるのに、女性は女性と婚姻できない〉という区別、および〈女性は男性と婚姻できるのに、男性は男性と婚姻できない〉という区別が問題となっているという理解も可能である。これは、性別に基づく区別であり、有力説を前提にすれば、厳格審査の対象となろう。

### 2 ①法令上の区別の有無について

現行民法には、同性であることが婚姻障害となると規定した条文はない。しかし、婚姻当事者を「夫婦」と表現している規定（民法750条以下参照）から、婚姻実務・戸籍実務などにおいて、現行民法は、同性婚を認めていないと解釈されている。このため、本件では、同性カップルと異性カップルの区別、ないし性別に基づく区別が生じていることを否定することはできない。

また、法律婚の効果の中には、個別の契約や遺言で、同じ効果を導けるものもある。このため、同性カップルと異性カップルとの間に、婚姻の効果について、実質的な区別はないという反論も考えられなくはない。しかし、法律婚は、婚姻届を提出すれば成立するのに対し、個別の契約や遺言には大きなコストが必要となる。異性カップルは容易に婚姻の効果にアクセスできるのに対し、同性カップルはそうでないという区別は存在するだろう。

さらに、法律婚の効果の中には、相続における配偶者居住権、相続税の優遇や養子の共同親権など、個別の契約や遺言では得難い効果もある。

よって、①法令が区別を設けていること、の要件は充たされている。

### 3 ②区別の合理性について（1）：争点の整理

#### （1）効果ごとの検討の必要性

では、②本件で問題となる区別は合理的と言えるか。ここで、争点を整理する必要がある。

本件では、異性愛者は法律婚の効果を享受でき、同性愛者が享受できない区別が問題となっている。ただし、法律婚の効果は一つではない。このような場合、平等権の適用のあり方には注意が必要である。

平等権は、問題となる効果ごとに適用される。例えば、〈効果 A については、異性愛者と同性愛者で区別するのは合理的だが、効果 B についてはそうではない〉という場合、効果 A・効果 B 双方の区別が違憲ないし合憲と扱われるのではなく、効果 A の区別は合憲、効果 B の区別は違憲と扱われる。

この点は、過去の最高裁判例からも明らかである。一例を挙げよう。民法には、嫡出子／非嫡出子の区分があり、〈嫡出子であること〉・〈非嫡出子であること〉を要件として生じる効果が複数規定されている。そして、旧民法 900 条 4 号但書前段は、非嫡出子の法定相続分を嫡出子の 2 分の 1 と規定していた。最大決平成 25 年 9 月 4 日民集 67 卷 6 号 1320 頁は、この規定を違憲と判断したが、この判断は、あくまで同規定の効果だけを違憲無効とするのみで、嫡出子・非嫡出子に関するその他の区別や、相続制度・婚姻制度全体を違憲無効としたわけではない。

#### （2）法律婚の効果の整理

（1）を踏まえると、本件では、〈法律婚の可否〉という漠然とした問題設定では争点を正確に把握できないことが分かる。法律婚の複数の効果があり、それを整理してから議論をはじめめる必要がある。では、法律婚には、どのような効果があるのか。

第一に、民法第四編第二章第二節・婚姻の効力の章には、氏の統一（民法 750 条、751 条）、同居・協力・相互扶助の義務（民法 752 条）、夫婦間契約の取消権（民法 754 条）の規定がある。また、同第三節には、夫婦財産契約がない場合の婚姻費用分担（民法 760 条）、日常家事債務の連帯（民法 761 条）、夫婦間財産の共有推定（民法 762 条）の規定がある。

第二に、法律婚には、子についての効果もある。妻が懐胎した場合には、嫡出推定が及ぼされ（民法 772 条）、未成年養子は配偶者とともに行わねばならない（民法 795 条）。実子・養子ともに、婚姻中は共同親権となる（民法 818 条 3 項）。

第三に、相続に関する効果も重要である。法律婚の配偶者には、2 分の 1 という大きな法定相続分が設定され（民法 900 条 1 項）、その 2 分の 1 は遺留分として強く保護される（民法 1042 条）。税法上も、所得税について配偶者控除（所得税法 83 条）・配偶者特別控除（同法 83 条ノ 2）が設けられたり、配偶者からの相続には優遇がある（相続税法 19 条ノ 2）。これらの保護がない場合、一方が死亡したとき、もう一方が共同で使用していた住居を立ち

退かなくてはならなくなる事態が多くなる。さらに、令和2年4月からは、相続における配偶者居住権の規定（新民法1028条）が施行される。

最後に、戸籍等による公証にも、大きな意味がある。戸籍は、夫婦を単位として作成される（戸籍法6条）。住民票にも、世帯主と世帯主との続柄の表記があり（住民基本台帳法7条4号）、法律上の夫婦関係が表示される。法律婚には、当事者が共同生活を営んでいることを公示する機能がある。

このように、法律婚の効果は多様である。だとすれば、本件では、「氏統一効果を享受できるかの区別」、「同居義務を設定できるかどうかの区別」、「嫡出推定の効果を享受できるかどうかの区別」、「相続税の控除措置に関する区別」など、複数の区別が問題となっており、それぞれについて、憲法14条1項適合性を審査する必要がある。

以下、こうした争点の整理を踏まえて、区別の合理性を検討したい。

#### 4 ②区別の合理性について（2）：具体的な検討

##### （1）婚姻の効果の二つのグループ

では、②同性カップルと異性カップルとの間の法律婚ができるかどうかの区別の合理性を、どのように検討すればよいか。膨大な婚姻の効果を逐一検討しようとする途方に暮れてしまうかもしれないが、検討すべき問題は、実はシンプルである。

先ほど指摘した法律婚の効果は、二つのグループに分けることができる。

その第一が、男女の生殖関係（自然生殖関係を意味する。以下同様。）を保護するための効果である。夫婦の間の生物学的意味での子に対する嫡出推定（民法772条）が、その例である。

第二は、当事者の愛情に基づく親密な関係を保護する効果である。子とは関係のない婚姻の規定、例えば、配偶者相続分・遺留分の設定（民法900条、1042条参照）や、氏統一（民法750条）、相互扶助義務の設定（民法752条）などが、その例である。

以下、前者を生殖関係保護効果、後者を親密関係保護効果と呼ぶことにしたい。

##### （2）子に関する効果と生殖関係・親密関係

一見すると、子に関する効果は、すべて生殖関係保護効果に分類できるようにも思える。しかし、子に関する効果の中にも、生殖関係と無関係の規定が多く含まれている点に注意が必要である。

まず、夫婦と生物学的意味での血縁関係のない子を共同で養子にする資格（民法795条）などは、生殖関係とは無関係である。むしろ、夫婦の親密関係の中で、養子を共同で監護養育するための規定であり、これは親密関係保護効果に分類できよう。

また、嫡出推定にも、生殖関係とは関係しない効果が含まれる。嫡出推定が、生物学的意味での父が子と父子関係を結ぶためだけのものなら、生物学的意味での親子関係がないことが明らかな場合は、子を非嫡出子と扱うべきである。

この点、最一判昭和44年5月29日民集23巻6号1064頁は、離婚約2年半前から夫婦生活の実態を失っていて、離婚届が遅れた事例で、元妻が生んだ子について、「実質的には

民法七七二条の推定を受けない嫡出子」と扱うべきだとしている。この判決は、生殖関係を欠く場合でも、「推定を受けない」のは「実質」のみで、嫡出否認や親子関係不存在確認の手続がなされない限り、子は夫婦の嫡出子とすべきとしている。さらに、最決平成 25 年 12 月 10 日民集 67 卷 9 号 1847 頁は、戸籍上の性別を女性から男性へと変更した者が、女性と婚姻した事例で、妻が出産した場合は、嫡出推定が及ぶとしている。

そうすると、民法は、法律婚する男性に、〈生物学的親子関係のない妻の子を、自らの嫡出子として、扶養義務などを引き受ける地位〉を与える効果を規定していると言える。これも生殖関係とは無関係の効果であり、親密関係保護効果に分類できる。

### (3) 同性婚を認めないことの合理性

このように、民法上の婚姻には、生殖関係保護と親密関係保護という性質の異なる二つの効果が含まれる。

生殖関係保護に関する効果は、「同性間で自然生殖関係は成立しない」という理由で、異性愛者にそれを及ぼし、同性愛者にそれを及ぼさないことの説明が可能である。

しかし、同性間でも異性間と同様に親密関係は成立し得るから、親密関係保護効果は、そうした議論は成り立たない。そうすると、親密関係保護効果については、同性愛者と異性愛者とで区別をするのは不合理である。

### 5 小括：同性婚否定の合憲性

以上に議論したように、親密関係保護効果については、同性愛者／異性愛者で区別する理由は皆無である。

そうすると、現行法のうち、異性愛者にのみ認めることが合理的なのは、夫婦の生物学的意味での子に対する嫡出推定（民法 772 条）と、生物学的意味での子の法定相続分（民法 900 条 1 号）などに限られる。

他方、嫡出推定規定（民法 772 条）の効果のうち、当事者と生物学的意味での血縁関係のない子に対する嫡出推定の部分や、共同での養子縁組（民法 795 条）の規定などは、異性愛者／同性愛者で区別する理由はなく、不合理である。この区別は、平等権侵害であろう。その他の婚姻の効果も、やはり生殖関係とは無関係の親密関係保護効果であり、異性愛者と同性愛者の区別は不合理であり、憲法 14 条 1 項違反である。

では、違憲な区別をどのように解消すればよいか。この点、同性間に生物学的意味での子は生まれぬ。現行法の生殖関係保護効果を同性間に適用しても、実際に、それが使われることがないだけで、何ら問題は生じないはずである。だとすれば、端的に、同性間でも、異性間と同様の法律婚を認めればよい。

以上より、同性婚を認めない現行の民法および婚姻に関する効果を持つ諸法律は、憲法 14 条 1 項に違反していると言える。

### 第3 被告国の反論について

#### 1 被告国の主張（1）：法律婚に生殖関係以外の効果はない

第2に見たように、法律婚には、生殖関係の保護を目的とした効果と、親密関係の保護を目的とした効果があり、後者の効果を同性間の結合に及ぼさない合理的理由はない。原告らの主張は妥当である。では、この点について、被告国はどのように反論しているのか。

東京訴訟（東京地方裁判所平成31年（ワ）第3465号）の被告第2準備書面において、国は、次のように述べる。

……婚姻関係は、伝統的に生殖と結びついて理解されていたために男女間のもと考えられてきており、我が国においても、明治民法が制度化した婚姻は男女間の結合を前提としたものであり、そこでは同性婚の存在は想定されていなかった。日本国憲法の制定に伴って明治民法が全面的に改正され、現行民法が制定された際にも、現行民法の文言、改正案の提案理由及び改正時の国会審議の状況に照らせば、婚姻の当事者が男女であるという前提には変更がないといえる。

（東京訴訟被告第2準備書面5頁）

この主張は、要するに、〈現行法は、当事者が男女の場合しか婚姻を認めていないから、同性婚の否定は合憲だ〉という内容である。しかし、〈現行法がそう扱っていること〉は、当然のことながら、〈現行法が合憲である理由〉にならない。そのような理屈が成り立つなら、〈現行法は尊属殺を普通殺より重く処罰しているから、尊属殺重罰規定は合憲だ〉とか、〈現行法は嫡出子・非嫡出子の均分相続を想定していないから、相続分差別は合憲だ〉といった訳のわからない議論が成り立ってしまう。

被告国の準備書面の内容は不誠実極まるが、あえて好意的に読めば、この箇所は、次のようなことを述べていると解釈できる。

#### 【本件訴訟における国の主張】

命題①：法律婚の効果は、全て「生殖と結びついて」いる。

命題②：同性間では生殖関係は生じない。

命題③：よって、法律婚の効果を同性間に及ぼさないことには合理的な理由がある。

命題②は当然の事実なので、命題①が成り立てば、命題③は成り立つであろう。しかし、命題①が成立するかは疑問である。本意見書第2・4に述べたように、法律婚の効果には、生殖関係と結びつかない効果が非常に多くある。

例えば、生殖関係がなくても、親密な共同生活を営んでいる者同士が、同氏となり、戸籍や住民票で関係が公示されれば、社会に対しその関係を示しやすくなる。また、生殖関係が

なくても、配偶者相続分や配偶者居住権、遺留分などが設定されれば、パートナーの死亡の際に、円滑に財産を承継したり、居住を継続確保したりできる。このため、命題①は、成り立ちようがない。

そして、生殖関係保護以外の効果については、異性カップル・同性カップルで区別する理由がないことは第2に述べた通りである。

さらに、被告国は、第2準備書面で、婚姻が生殖関係保護のための制度であることを繰り返し強調するのみで、生殖とは結び付かない法律婚の効果について、異性間・同性間で区別する理由を全く説明していない。説明できる理由があれば、すでに、国は準備書面でそれを述べていたはずだろう。そうすると、被告国の準備書面は、親密関係保護に関する効果の区別を正当化できないことの証拠の一つとなっている。

## 2 被告国の主張（2）：憲法24条1項による区別の合理性の説明

### （1）札幌訴訟における主張

また、被告国は、札幌訴訟（札幌地方裁判所平成31年（ワ）第267号）の準備書面（被告第2準備書面）で次のように述べている。

……憲法24条が、異性間の婚姻についてのみ明文で規定して法制度の構築を要請している以上、その帰結として、異性間の法律婚についてのみ制度化され、同性間の法律婚については制度化されないという差異の生じることは当然に予期されることであるから、憲法全体について整合性のある解釈をすれば、憲法は異性間の法律婚のみが制度化され同性婚が制度化されていないことが憲法の他の条項に抵触する余地がないことを当然の前提としているということになる。

したがって、かかる差異の生じることは憲法が自ら容認するところであると解すべきであり、この差異をもって憲法14条1項に違反すると解する余地はないというべきである。（札幌訴訟被告第2準備書面19-20頁）

そもそも、この主張が何を意味しているかは分かりにくいですが、次のようなことを述べていると解釈できる。

### 【札幌訴訟における国の主張】

命題①：憲法24条1項に言う「婚姻」とは、男女間の結合を指す。

命題②：憲法24条1項は、国家に対し、「婚姻」（＝男女間の結合）を保護する制度の整備を要求している。

命題③：他方、憲法24条1項は、国家に対し、同性間の結合の保護を要求していない。

命題④：命題②と命題③は、法律婚の効果を同性間に及ぼさないことの原因になる。

しかし、この主張も成り立たない。この点を検討して行こう。

(2) 憲法 24 条 1 項の制定経緯

憲法 24 条は、次のように定める。

### 【日本国憲法 24 条】

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。

配偶者の選択、財産権、相続、住居の選定、離婚並びに婚姻及び家族に関するその他の事項に関しては、法律は、個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚して、制定されなければならない。

まず、この規定の制定経緯を確認しよう。旧憲法には、家庭内で個人を尊重したり、男女の平等を保障したりする条文は存在しなかった。このため、明治 31 年に制定された旧民法でも、婚姻法制は、「家」制度を採用し、個人や男女平等への配慮の稀薄な内容となっていた。具体的には、旧民法 750 条は「家族カ婚姻又ハ養子縁組ヲ爲スニハ戸主ノ同意ヲ得ルコトヲ要ス」として、婚姻に「戸主」の同意を要求していた。また、それだけでなく、同 772 条は「子カ婚姻ヲ爲スニハ其家ニ在ル父母ノ同意ヲ得ルコトヲ要ス但男カ満三十年女カ満二十五年ニ達シタル後ハ此限ニ在ラス」と規定し、一定年齢までは父母の同意も要求されていた。この規定の下では、婚姻当事者の意思は、しばしばないがしろにされた。

また、女性の意思が尊重されなかったケースも多く、両親や夫となる男性の一方的意思で婚姻の相手が決められたりする場合もあったとされる。

GHQ 案作成に関わったベアテ・シロタ氏はこの状況を憂い、男女両当事者の婚姻意思を尊重する条文を起草した。もともと、シロタ氏の起草した条文は、とても長いものだったが GHQ 内での議論を経て、「家族ハ人類社会ノ基底ニシテ其ノ伝統ハ善カレ悪シカレ国民ニ滲透ス婚姻ハ男女両性ノ法律上及社会上ノ争フ可カラサル平等ノ上ニ存シ両親ノ強要ノ代リニ相互同意ノ上ニ基礎ツケラレ且男性支配ノ代リニ協力ニ依リ維持セラルヘシ此等ノ原則ニ反スル諸法律ハ廃止セラレ配偶ノ選択、財産権、相続、住所ノ選定、離婚並ニ婚姻及家族ニ関スル其ノ他ノ事項ヲ個人ノ威厳及両性ノ本質ニ立脚スル他ノ法律ヲ以テ之ニ代フヘシ」(当時の日本政府訳) という形になった。

この条文では、婚姻が「両親の強要」ではなく、「相互同意」の上に成り立つものとされる。さらに、「男性支配」を排し、「男女両性ノ」「平等」が実現されねばならないとする。日本側もこの提案を受け入れた。ただし、日本の法律家は、条文がシンプルであることを好む傾向があり、GHQ 案の条文はさらに圧縮され、日本政府案では、「婚姻は、両性の合意のみに基いて成立」するという表現が採用された。

この条文は、同性婚を禁じることが目的とされたのではなく、「両当事者の合意」があれば、それだけで婚姻が成り立つことを示したものである。また、「両当事者」ではなく「両性」という表現が採用されたのは、男性・女性双方、特に女性の意思が尊重されねばなら

いことを示すためである。今になって考えると、GHQ案の方が、条文内容の明確さの点で優っているようにも思われるが、相互同意と男女両性の平等を最小限の言葉で表現する現行規定も独特の趣がある。

このような制定の経緯からすると、少なくとも、憲法24条1項は同性同士の婚姻を禁じる趣旨を持たない。同条が禁じるのは、当事者、特に女性の意思に反する婚姻である。

憲法学の通説もそう解する。例えば、最も権威ある憲法逐条解説書である法学協会『註解日本国憲法上巻』（有斐閣・1953年）474頁は、憲法24条は、婚姻が「第三者の意思に」「干渉されない」ことを示したとする。判例も、やはり同様の理解を示す。最高裁が、この条文についてまとまった解釈を示した最初の判例は、夫婦同氏違憲訴訟上告審判決（最大判平成27年12月16日民集69巻8号2586頁）である。この判決は、憲法24条は、婚姻が「当事者間の自由かつ平等な意思決定に委ねられるべき」ことを規定したものとした。

### （3）「婚姻」（憲法24条1項）＝生殖関係説

このように、憲法24条1項は、〈異性カップルと同性カップルとの間の法律婚に関する区別の合理的理由〉を提供するか。この点は、憲法24条1項に言う「婚姻」の意義が問題となる。

まず、ここで言う「婚姻」は、生殖関係を指すとの理解がある。例えば、札幌訴訟の準備書面では、長谷部恭男『憲法第7版』（新世社・2018年）187頁の『「両性の合意」という文言からすると、憲法は同性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」との記述が紹介されている。長谷部教授は、同項の解釈において「人間としてとても重要な問題の一つが子供を育てる、産んで育てるということ」だとしている（長谷部恭男・木村草太「特別座談会 憲法を使いこなす」早稲田大学LAW AND PRACTICE第9号2015年18頁）。

憲法24条1項に言う「婚姻」が生殖関係を指しているなら、同性間では生殖関係は成立しないため、国が札幌訴訟で引用した長谷部教授の教科書の記述は、〈憲法は同性間の生殖関係(?)を、異性間の生殖関係と同程度に配慮に値するものとは考えていない〉と述べる趣旨のものとして理解できる。ただし、長谷部教授自身は、憲法24条1項について「強い意見を持っていません」としており（上記座談会19頁）、この見解を積極的に主張しているわけではない。

このような理解は、政府の理解にも近い。政府解釈（平成27年2月18日参院本会議、安倍晋三首相答弁）は、同性間で憲法24条1項に言う「婚姻」が成立することは「想定できない」としてきた。同性間では生殖関係は成立しないから、生殖関係という意味での「婚姻」（憲法24条1項）の成立が「想定できない」とするのは理に適っている。

もっとも、このような理解に立ったとしても、被告国の期待するような結論は出てこない。憲法24条1項＝生殖関係保護説を前提に、札幌訴訟における国の主張を再構成すると次のようになる。

### 【憲法 24 条 1 項＝生殖関係保護説を前提にした国の主張】

命題①：憲法 24 条 1 項に言う「婚姻」とは、男女間の生殖関係を指す。

命題②：憲法 24 条 1 項は、国家に対し、「婚姻」＝生殖関係を保護する制度の整備を要求している。

命題③：他方、憲法 24 条 1 項は、国家に対し、同性間の生殖関係の保護を要求していない。

命題④：命題②と命題③は、法律婚の効果を同性間に及ぼさないことの理由になる。

本意見書で何度も強調しているように、法律婚には、生殖関係保護以外の効果が多数含まれている。上記の命題①～③は、生殖関係保護効果については、異性間の結合だけを保護する理由にはなるが、それ以外の効果については区別の理由にならない。このため、命題④が成立しない。

とすれば、憲法 24 条 1 項に言う「婚姻」が男女間の生殖関係を指すとの見解（生殖関係保護説）を前提に、同項から、本件で問題となる区別が合理的である理由を導くことは不可能である。

（４）「婚姻」（憲法 24 条 1 項）＝親密関係保護説

また、憲法 24 条 1 項に言う「婚姻」が、生殖関係を指すという見解は唯一絶対のものではない。ここに言う「婚姻」は親密関係を指すという理解（親密関係保護説）も可能であろう。こう理解する場合、憲法 24 条 1 項は、一見すると、〈男女（「両性」）間の親密関係には保護を与えつつ、同性間の親密関係には保護を与えない〉と規定した条文のように読める。

これを前提に、札幌訴訟における国の主張を構成すると次のようになる。

### 【憲法 24 条 1 項＝親密関係保護説を前提にした国の主張】

命題①：憲法 24 条 1 項に言う「婚姻」とは、男女間の親密関係を指す。

命題②：憲法 24 条 1 項は、国家に対し、「婚姻」＝親密関係を保護する制度の整備を要求している。

命題③：他方、憲法 24 条 1 項は、国家に対し、同性間の親密関係の保護を要求していない。

命題④：命題②と命題③は、法律婚の効果を同性間に及ぼさないことの理由になる。

しかし、親密関係保護説を前提にした場合、命題③が成立するかどうかは問題である。

憲法が、ある対象に特定の効果を与える条文を置いているとき、それ以外の対象にはその効果を及ぼさないことを積極的に規定する趣旨である場合もある。その場合は、憲法が、問題の区別について、平等原則・平等権の適用を排除していると解釈され、その区別が憲法 14 条 1 項違反と評価されることはない。

例えば、天皇の地位を「世襲」とした憲法 2 条は、常識的に解釈すれば、皇族以外の者に

皇位継承権を認めない規定である。このため、皇位継承資格に関する皇族とそれ以外の者の区別は、それが不合理だとしても、憲法 14 条 1 項違反にはならない。また、憲法 45 条・46 条は、衆参両院の議員で任期の区別を設ける。これも、国会に異なる性質の院を設ける趣旨であり、衆議院議員と参議院議員の区別に、平等原則・平等権は適用されない。さらに、地方公共団体の条例の差異の帰結としての区別も、憲法 93 条が、条例内容の自治を認めた結果である（このことは、最大判昭和 33 年 10 月 15 日刑集 12 卷 14 号 3305 頁が認めている）。

しかし、こうした解釈ができるのは、憲法が設ける区別の根拠を十分に説明できる場合に限られる。皇位継承資格の皇族限定には天皇制に対する制度体保障（憲法典以前に存在する特権的な身分団体を憲法上保障することを「制度体保障」と呼ぶ。天皇制と制度体保障の関係については、石川健治『自由と特権の距離（増補版）』日本評論社 2007 年 236 頁）、衆参両院議員の区別は二院制、条例の差異は地方自治と、それぞれ憲法上の制度の意義から、区別の根拠づけができる。

他方、憲法が設ける区別に根拠がなく、むしろ、憲法規定の効果を文言で規定された対象以外にも及ぼすべきときは、類推適用が要請される。

その典型的な例が、行政手続への憲法 31 条の類推適用である。憲法 31 条は、「何人も、法律の定める手続によらなければ、その生命若しくは自由を奪はれ、又はその他の刑罰を科せられない」と規定している。この規定は、「刑罰」を科す刑事手続のみを対象にしており、文言上は、行政手続を対象にしていない。しかし、行政処分の中には、刑罰に匹敵するような人権制約を伴うものもあり、行政手続であれば適正手続は不要だと解釈するのは適切でない。このため、同条は、行政手続に、憲法 31 条の保護を及ぼさない趣旨の規定とは解釈されていない。最大判平成 4 年 7 月 1 日民集 46 卷 5 号 437 頁は、憲法 31 条は、行政手続にも類推適用されるとしている。通説も、これを支持する。

また、憲法 14 条 1 項についても、同種の議論がある。同項の文言は、「法の下」の「平等」の保障対象を「国民」に限定しており、外国人に対しては平等原則・平等権を保障しないものになっている。しかし、例えば、国立大学が外国人の入学を拒んだり、あるいは特定の国籍の外国人にだけから差別的に高い税金を取り立てたりすることを憲法が認めているとは理解しがたい。このため、最大判昭和 39 年 11 月 18 日刑集 18 卷 9 号 579 頁は、憲法 14 条の趣旨は、特段の事情の認められない限り、外国人に対しても類推されるとしている。

このように、憲法の文言が、〈刑事手続に適正手続を要求して、行政手続には要求しない〉とか、〈国民に平等権を保障し、外国人には保障しない〉といった不合理な区別を規定しているように見える場合、類推適用によって、その区別を解消し、あるべき結論を導くのが一般的である。この点は、最高裁判例も複数の例で確認してきた。

そして、同性間でも、親密関係は成立する。そうすると、憲法 24 条 1 項に言う「婚姻」を親密関係ととらえた場合、同項の保障は、同性カップルに類推適用すべきである。そうすると、上記命題③は「憲法 24 条 1 項は同性カップルにも類推適用されるため、国家に対し、

同性間の親密関係の保護も要求している」と修正される。そうすると、憲法 24 条 1 項は、同性婚を保護しない合理的理由とはならず、逆に、同性婚に法律婚の効果を与えないことが違憲であることの理由になる。

(5) 小括

憲法 24 条 1 項は、生殖関係保護説を前提にすると、法律婚の生殖関係保護以外の効果で同性カップルを排除する理由にならない。他方、親密関係保護説を前提にすると、同性カップルにも、同項の趣旨を類推適用すべきことになる。この場合、同性婚に法律婚の効果を与えないことは、同項に違反に違反し、違憲となる。

したがって、憲法 24 条 1 項は、どちらの説で理解しても、法律婚について、同性カップルと異性カップルとで区別する理由にならない。

#### 第 4 おわりに

以上をまとめると次ようになる。

まず、現行法は、異性カップルと同性カップルとの間で、前者は法律婚の効果を楽しむことができるが、後者は楽しむできないという区別を設けている。法律婚の効果には、生殖関係保護のための効果と、親密関係保護のための効果がある。原告らは、親密関係保護効果の平等を求めている。

同性間で生殖関係は成立しないから、生殖関係保護効果の区別の合理性は説明できるかもしれない。しかし、同性間でも、親密関係は成立する。したがって、親密関係保護効果で区別を設ける合理的理由はない。よって、現行法が、同性カップルに、法律婚の親密関係保護効果を楽しむさせないことは、憲法 14 条 1 項に違反する。

また、憲法 24 条 1 項は、異性カップルと同性カップルとを区別する理由にならない。憲法 24 条 1 項＝生殖関係保護説を採用すれば、同項は、親密関係保護効果の不平等を説明する根拠にはならない。他方、憲法 24 条 1 項＝親密関係保護説を採用するなら、その趣旨は、同性カップルにも類推適用される。このため、現行法は、同項違反の評価を受ける。

国は、同性カップルが、現行法で異性カップルに認められた婚姻の親密関係保護効果を楽しむようにして、不合理な区別を解消する義務を負う。だとすれば、本件訴訟では、違憲な立法不作為があることを前提に、国家賠償法を適用すべきである。

以上