

憲法 24 条 2 項についての意見書

2020 年 7 月 27 日 慶應義塾大学法学部教授・駒村圭吾

I. 憲法 24 条 2 項の「位置づけ」について

1. はじめに —24 条 2 項と他の条項との構造的連関について

本意見書は、いわゆる同性婚訴訟事案を念頭に置きつつ、日本国憲法 24 条 2 項の解釈について述べるものである。婚姻および家族に関する問題については、ひとり同項のみの解釈で解明できるものではなく、同条 1 項はもとより、13 条および 14 条 1 項との構造的連関の中で検討されるべきことは、既に学説のみならず一部の最高裁判例の中でも明らかにされているところである。そこで、24 条 2 項固有の解釈論に入る前に、同項と 13 条・14 条 1 項・24 条 1 項との関係について略述しておくことにしたい。

2. 13 条

(1) 後段：幸福追求権

憲法 13 条は、「すべて国民は、個人として尊重される。生命、自由及び幸福追求に対する国民の権利については、公共の福祉に反しない限り、立法その他の国政の上で、最大の尊重を必要とする」と定める。本条の後段は、いわゆる包括的基本権としての幸福追求権を保障するものと解する点で学説は一致している。この幸福追求権と呼ばれる権利の内実につき、それを「人格的自律権」と捉える佐藤幸治学説が支配的な位置を与えられている点でも学説は一致していると言ってよい¹。さて、かかる幸福追求権の具体的な保障内容は種々のものが含まれるが、その中でも重要な保障類型を成すものが「(狭義の) 人格的自律権」と言われるものであり、通常「自己決定権」と換言されるものである²。要するに、幸福追求権とは、人格的自律権の発想を中軸とするものであり、かかる人格的自律の生にとって重要な事項を自分で決定できるという一連の権利があると構想である³。

¹ 佐藤幸治『日本国憲法論』(2011 年、成文堂) 172-177 頁。佐藤は、幸福追求権につき、「人格的自律の存在として自己を主張し、そのような存在であり続けるうえで重要な権利・自由を包括的に保障する権利(包括的基本権的人権)である」との定義を与えている(佐藤・同書 175 頁)。

² 佐藤・前注 1) 188 頁。

³ このように学説は自己決定権を承認し、その内実についても大筋において支配的見解が成立しているところである。他方、裁判例についてみれば、13 条が自己決定権を保障するものであることを明確に認めたものは見当たらないものの、同時に、明示的にも目次的にもそれを否定するものもまた見当たらない。この点、エホバの証人輸血拒否事件最高裁判決(最 3 小判平成 12 年 2 月 29 日民集 54 卷 2 号 582 頁)は、「患者が、輸血を受けるこ

人が人格的に自律した存在であるためになす重要な決定事項のひとつが、結婚あるいは家族形成であることは議論の余地がない。もちろん、旧来の結婚観・家族観も変質を迫られてきたし、現在の結婚・家族形成のあり方も将来にわたり不変である保証はどこにもない。結婚ないし家族のあり方は確かに相対化を迫られているが、それはこれらの概念が重要性を喪失しつつあることを意味しない。むしろ逆である。人的結合の新しい提案がなされているのは、結婚ないし家族と呼ばれる生の形式が人間にとって抜き差しならぬ重要性を持つものであるからこそ、人格的自律の生のあり方を的確に反映したものでなければならないからである。

人生の伴侶の選択、これを結婚と呼ぼうが婚姻と呼ぼうが、それが重要な自己決定であることは確かである。婚姻と家族形成については24条の管轄であり、とりわけ「婚姻の自由」は同条1項によって保障されていると見るのが、(その保障内容に異同はあるものの)学説・判例である。13条の保障する幸福追求権のひとつとして「婚姻の自由」を保障する場合、仮に24条1項の保障するそれを13条の保障する婚姻より意味と射程において限定された婚姻(狭義の婚姻)と理解したとしても、その結果として24条1項から除外される婚姻の形態についてはなお13条後段によって保障されると解すべきであって4、一切の憲法的保障を失うわけではない。そして、そうであるからこそ、13条によって24条1項の解釈が補正され、結果、同項の「婚姻の自由」の保護範囲も拡張されることになるのである(その意味で、原告が、同性間の婚姻についても24条1項の保障する婚姻の自由が妥当すると主張することには十分な理由があると言える。)

13条のレベル、つまり、人格的自律の存在として生きる上で重要な法益のレベル、で考えるなら、まず、親密な人的結合の自由(友人関係などとは次元を異にするもので、分かりやすく言えば「人生の伴侶の選択を行う自由」あるいは「(「婚姻」を含む)結婚の自由」)

とは自己の宗教上の信念に反するとして、輸血を伴う医療行為を拒否するとの明確な意思を有している場合、このような意思決定をする権利は、人格権の一内容として尊重されなければならない(傍点筆者)と述べており、人格権の根拠規程である13条と自己決定権の連動を示唆している。また、性同一性障害者特例法事件最判(・・)における鬼丸かおる・三浦守亮裁判官補足意見は、「このような手術〔性別適合手術による卵巣又は精巣の摘出―筆者〕を受けるか否かは、本来、その者の自由な意思に委ねられるものであり、この自由は、その意思に反して身体への侵襲を受けない自由として、憲法13条により保障されるものと解される」として13条に言及している。なお、近時でも、自己決定の言葉を明示しないが、13条をはっきりと援用して、「子を産み育てるかどうかを意思決定する権利は、これを希望する者にとって幸福の源泉となり得ることなどに鑑みると、人格的生存の根源に関わるものであり、上記の幸福追求権を保障する憲法13条の法意に照らし、人格権の一内容を構成する権利として尊重されるべきものである」と喝破する例が見られる(仙台地判令和元年5月28日判時2413・2314合併号3頁)。以上からして、裁判例の中には、自己決定の言葉を用いないものの、「意思決定する自由」等の表現で、本文で述べた趣旨と同一の地平に立つものがあると言える。

4 佐藤・前注1) 191頁、同頁脚注48。

が保障されていると見るべきである。これは第 1 次的には自由権であり、パートナーの選択とそれとの人的結合を国家によって妨げられないことの保障と理解される。が、結婚と呼ばれる人的結合は、その当事者にとっての人格的自律の発露であるだけでなく、精神活動・経済活動を支え、社会の基礎的構成単位を形成するものであるから、一定の「公的承認」と「法的保護」を与える必要がある。つまり、社会の構成要素として基礎的かつ重要な働きを担うには共同体からその基礎的単位を構成する結合として承認されることが必須であるとともに、基礎単位として安定的かつ実効的に機能するには一定の法制度による保護が不可欠になってくる。そのような公的承認と法的保護を与えられた人的結合関係を「婚姻」と呼ぶならば、親密な人的結合の自由（結婚の自由）は、「婚姻」という形式によって承認と保護を求めることができる請求権的な含意も有するはずである（「適切な婚姻制度を求める権利」）。幸福追求権が包括的基本権条項である以上、自由権に並んで、かかる請求権的な保護を提供し得ることは言うまでもない。

このような理路で、13 条の幸福追求権の結婚・家族形成の領域における発現として、①親密な人的結合の自由、②適切な婚姻制度を求める権利、のふたつが導き出される。そして、後者は婚姻という法的制度が問題になる以上、それを固有の管轄とする 24 条 2 項の規律を受けることになる。かかる構造的関係に 13 条と 24 条 2 項はあると言えよう。13 条は個別的な憲法上の権利を生み出す母体として、①②を原理的・背景的なレベルで保障しており、具体的な実定法制度に直接関わるレベルでは、24 条 1 項が「婚姻の自由」を、同条 2 項が適切な婚姻制度の形成を、それぞれ保障しているという構図になる（そして、13 条の原理的な解釈によって、24 条 1 項 2 項は、それぞれ同性愛者間の婚姻の自由と、同性婚の制度化を許容かつ要請するものと解釈することができる。）。

（2）前段：個人の尊重

前段の「個人の尊重」という原理の定めも重要である。「個人の尊重」の意味するところについては様々な考えがあるところであるが、重要なのは、個人が自律的生を精一杯生き抜いていく中で選択された自己決定を国家は可能な限り尊重すべきであるという原理ないし理念を示した条文であって、主観的権利を直接保障したものではない点である。この前段は他の憲法条文の解釈を誘導する、いわゆる規整的理念（regulative ideal）の役割を果たしている⁵。13 条の後段の幸福追求権や 24 条を含め、あらゆる憲法解釈を一定の方向に導く

⁵ 規整的理念は確立した定訳はなく、論者によって「規制」、「統制」、「統整」の訳を当てたり、また、用法も「規整的（規制的・統制的・統整的）原理」や「理性の規整的（規制的・統制的・統整的）使用」などと多様である。発想のオリジナルはエマニュエル・カントによるものであるが、カントの所論については、カント（中山元訳）『純粹理性批判 5』（2011 年、光文社）194-198 頁、参照。また、規整的理念のわかりやすい説明としては、（統制的理念の語を用いているが）、柄谷行人『柄谷行人 政治を語る』（2009 年、図書新聞）68-70 頁、参照。

のであって、婚姻制度の形成についても一定の憲法的規律を及ぼす。

この点、示唆に富むのが、同性愛者間の性行（ソドミー）を処罰する州法を違憲とした *Lawrence v. Texas* 事件合衆国最高裁判決（2003年）⁶の法廷意見の冒頭においてアンソニー・ケネディ裁判官が次のような理念的記述を行っている。

自由は、自宅およびその他の私的空間への正当な理由なき政府介入を禁ずる。…。そして、我々の人生や生存に関わる他の空間—つまり家の外—においても、州は支配的な存在であるべきではない。自由は空間的領域を超える。自由は、思想、信念、表現、および一定の親密な行為、これらを行う自由を包含する自己の自律（an autonomy of self）を前提とする。本件では、空間的次元、および、より超越的な次元の双方での個人の自由（liberty of the person both in its spatial and more transcendent dimensions）が問題となる。

また、同性婚を排除する州法を違憲とした *Obergefell v. Hodges* 事件合衆国最高裁判決（2015年）⁷の法廷意見においてもケネディ裁判官は、「自由」というものは、憲法に列挙された諸権利を包摂することはもちろん、「個人のアイデンティティと信条を形づくる親密な選択を含む、個人の尊厳と自律にとって核心的な意味を持つ一定の私的選択に及ぶ（certain personal choices central to individual dignity and autonomy）」と述べ、また、「婚姻に関わる人格的決定を行う権利は個人の自律という概念に固有のものといえる（inherent in the concept of individual autonomy）」と述べ、さらに、「婚姻を求め一対の同性カップルの紐帯に、そして、かかる深淵な決定を行った彼らの自律性にこそ、尊厳が宿るのである（There is dignity in the bond between two men or two women who seek to marry and in their autonomy to make such profound choices.）」と述べている。

ここにケネディ裁判官がちりばめた諸概念が我が国における13条解釈学説と多くを共有していることは明らかであると思われる。そして、婚姻、親密関係、同性愛の諸問題を裁判所が扱う場合、その法的行論の劈頭に、上述のような諸概念が織り成す理念的世界を設定することは、そのあとで展開される憲法解釈論を誘導する理念的・原理的方向性を示す作業として重要であり、そのような先例が海を越えてアメリカ憲法論において確認できるのである。それと同型の役割を、24条の解釈においても、13条は果たすであろう。

3. 14条1項、24条1項

14条1項の適用の仕方についての基本型は、尊属殺重罰規程違憲判決（最大判昭和48年（1973年）4月4日刑集27巻3号265頁）によって樹立された。それによれば、別異の取り扱いがなされた場合、直ちにそれが合理的な差別に当たるかどうかの審査がなされるというものであった。この点、同項後段に列挙された5事項をどう理解するのか（合理性の

⁶ *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003).

⁷ *Obergefell v. Hodges*, 135 S.Ct. 2584, 2593 (2015).

審査がこれらの事項に関連する別異取扱いの場合は審査の密度ないし強度が上がるのか、合理性の審査はこれら 5 事項に関連する場合に限定されるのか、といった論点) が問題になるが、同判決は 1 項後段列挙事由は「例示的」なものに過ぎないとも判示していた。総じて、合理性審査の枠組みが提示されたが、その審査の強度については語るところがなかったのである。その後、この点に関して、①差別が問題となる法的地位や法益が重要なものである場合、②それが本人の努力によってはいかんともしがたい事由によるものである場合であれば、最高裁は「慎重に検討することが必要である」と述べて、一定の厳格な審査をほのめかしたことは周知のとおりである（国籍法違憲判決（最大判平成 20 年（2008 年）6 月 4 日集民 228 号 101 頁））。

さて、同性婚の問題が 14 条 1 項問題として提起される場合どのような適用条文の構成になるだろうか。この点、平成 25 年の非嫡出子法定相続分差別違憲大法廷決定（最大決平成 25 年 9 月 4 日民集 67 卷 6 号 1320 頁）が参考になる。同決定は、「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、本事案を「相続制度」と「家族」に関わる事案であると理解した。これを受けて、憲法 24 条 1 項ならびに 2 項を同決定は明示的に引用し、法定相続分の決定は、「時代と共に変遷するものもあるから、その定め合理性については、個人の尊厳と法の下で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」（傍点筆者）とした。ここで明らかになったことは、最高裁は、相続制度（家族の問題）を 14 条 1 項の観点から審査する場合、24 条 1 項・2 項もその際に考慮し、同条 2 項の「個人の尊厳と両性の本質的平等」を明示的に引用しつつも、上に引いたように、そのような要請を「憲法」全体が定める「個人の尊厳と法の下での平等」として設定した。14 条 1 項からする合理性の審査は、それが相続・家族問題である場合、同時に 24 条の問題ともなり、それらを総合した結果、適用されるべき規範は「個人の尊厳と法の下での平等」とであると判断したのである。

また、平成 27 年の再婚禁止期間違憲判決（最大判平成 27 年 12 月 16 日民集 69 卷 8 号 2474 頁）は、「婚姻」に関わる問題が 14 条 1 項の観点から問題になったが、同判決は、14 条 1 項の合理性の審査にあたり、①24 条 2 項につき、「婚姻及び家族に関する事項について、具体的な制度の構築を第一次的には国会の合理的な立法裁量に委ねるとともに、その立法に当たっては、個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚すべきであるとする要請、指針を示すことによって、その裁量の限界を画したもの」との位置づけをし、加えて、②24 条 1 項が「婚姻をするについての自由」を保障していることにも言及し、双方を総合して、憲法適合性の審査をすとした。その上で、当該相続分差別を 14 条 1 項、24 条 1 項・2 項のすべてに違反すると判断した。

なお、同日に判断が下された夫婦同氏制合憲判決（最大判平成 27 年 12 月 16 日民集 69 卷 8 号 2586 頁）では、夫婦同氏制との関係で「婚姻」が問題になったが、13 条、14 条 1 項、24 条 1 項のそれぞれについて、それらの条項が直接適用される事案ではないものの、そこで残存する論点のすべてが 24 条 2 項に集約された。その上で、「婚姻及び家族に関す

る事項は、関連する法制度においてその具体的内容が定められていくものであることから、当該法制度の制度設計が重要な意味を持つものであるところ、憲法 24 条 2 項は、具体的な制度の構築を第一次的には国会の合理的な立法裁量に委ねるとともに、その立法に当たっては、同条 1 項も前提としつつ、個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚すべきであるとする要請、指針を示すことによって、その裁量の限界を画したものと見える」との解釈を示した（なお、本判決はそのような観点からの審査をした結果、夫婦同氏制を合憲と判断した。）。

4. 小括

以上から明らかであるように、13 条上の権利ないし原理が問題になる場合でも、14 条 1 項の平等が問題になる場合であっても、さらに、24 条 1 項の「婚姻をするについての自由」が問題になる場合であっても、以上の条文が単独で違憲を導くかどうかは別として⁸、事案が「婚姻」「相続」「家族」に関わる場合、結局は「婚姻」等の制度のあり方が問題にならざるを得ないので、事案の合理性ないし合憲性は、最終的には、これら「婚姻」等の制度化を直接規定している 24 条 2 項違反の問題が生ずることになる。最高裁判例もこのような方向を共有していると考えられる⁹。

II. 憲法制定過程から見た憲法 24 条 2 項

1. 24 条制定過程の概要とその基本的な傾向性

24 条の制定過程については既に種々言及されているところであるが、それを回顧することは最小限にとどめ、その議論過程から今日の同条の解釈にとって重要と思われる含意を明らかにすることに努めたいと思う。

現行憲法の起草過程の出発点となった総司令部案であるが、良く知られているように、現行 24 条の原型となるドラフトは、GHQ 民生局の若き女性職員、ベアテ・シロタ・ゴードンの筆になるものであった¹⁰。原案は、人権小委員会や運営委員会における審議を通じて修正を施され、昭和 21 年 2 月 10 日にマッカーサー連合軍最高司令官に提出され、同 13 日に

⁸ 違憲判断の条文根拠をどう設定するかは、いくつかのアプローチがあるように思われる。14 条を単独で違憲事由にした場合でも、合理的区別か否かの合理性判定において、24 条に言及する必要があるだろう。本文に触れたように再婚禁止期間違憲判決では、14 条と 24 条の両方を違憲判断の根拠としている。これを 14 条という条文を単独で引いたとしても、24 条に照らした婚姻制度の合理性判断は行われるのであれば、違憲事由を構成する条文につき、実質的には差異はない。また、法定相続分差別違憲決定のように、13 条・14 条・24 条を包含して「個人の尊厳と法の下での平等」という抽象度の高い規範に訴えるやり方もある。

⁹ 以上の家族に関する近時の憲法判例読解の詳細については、駒村圭吾「家族と憲法—『個人の尊厳』と『個人の尊重』に寄せて」辻村みよ子責任編集『憲法研究』第 4 号（2019 年）を参照されたい。

¹⁰ 田中英夫『憲法制定過程覚え書』（1979 年、有斐閣）132 頁。

日本政府に提示された総司令部案の該当条文（23 条）は次のようなものであった（当時の外務省仮訳）。

「①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 ②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 ③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的平等ニ立脚スル他ノ法律ヲ以テ之ニ代フヘシ」¹¹（①から②の番号は便宜的に筆者が付したものである。）

①の部分は、その法的意味が不分明であり、日本流の法文に合わないという理由で削除されるなど、本案は GHQ と日本政府との間で種々の修正を受けることになる。その委細については本意見書の趣旨とは重要な連関を持たないので、他の論稿¹²に譲りたい。同性婚訴訟への意見提示を目的とする本意見書の観点から、指摘しておくべき点は、まず第 1 に、上記の①にある「男女両性」という言葉であるが、削除されたものの、これは「両性」と「男女」が互換的に用いられていたことを例証するものである。また第 2 に、「婚姻」と「家族」という言葉の取扱も重要である。上に引用した総司令部案は第 2 次案であり、そこにある②は、当初案では「婚姻」に並んで「家族」が列挙されていたが、後者は議論過程で削除されている¹³。この点は、「婚姻」と「家族」が密接に関連するものと理解されつつも、「婚姻」について法定しておくことの方が「家族」に言及するよりも重要であるとの考え方が存在していたことを示唆している。

この後、総司令部案は日本政府との逐条審議を経て、3 月 5 日に成案を見、それを基に日本政府が手を入れて同 6 日に「憲法改正草案要綱」としてととのえられ、帝国議会に提示されたが、それらは次のようなものであった¹⁴。

【22 条（3 月 5 日案）】

1 項「婚姻ハ男女相互ノ合意ニ基キテノミ成立シ、且夫婦ガ同等ノ権利ヲ有スルコトヲ基本トシ相互ノ協力ニ依リ維持セラルヘキモトス」

2 項「配偶者ノ選択、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ニ関シ個人ノ威厳及両性ノ本質的平等ニ立脚セル法律ヲ制定スヘシ」

【22 条（憲法改正草案要綱（3 月 6 日））】

¹¹ 篠原光史「憲法第 24 条の制定過程について」白鷗法学第 8 号（1997 年）80-81 頁。

¹² 篠原・前注 8）の文献を参照のこと。

¹³ 高柳賢三ほか編『日本国憲法制定の過程Ⅱ 解説』（1972 年、有斐閣）170 頁。

¹⁴ 篠原・前注 8）84 頁。

1 項「婚姻ハ両性双方ノ合意ニ基キテノミ成立シ且夫婦ガ同等ノ権利ヲ有スルコトヲ基本トシ相互ノ協力ニ依リ維持セラルベキコト」

2 項「配偶者ノ選択、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ニ関シ個人ノ權威及両性ノ本質的平等ニ立脚セル法律ヲ制定スヘキコト」

両者を比較すると、「個人ノ威厳」が「個人ノ權威」に変更されたほか、本意見との連関では、「男女相互ノ合意」が「両性双方ノ合意」に改められた点が重要である。これは「男女」と「両性」が意味的に重合するということを示唆するものであるが、文言としては「男女」が明示されなくなったことは否定できない。したがって、制定者意思や制定過程の事情とは別に法文解釈が成立し得ることを考えれば、「両性」を「男女」に限定しそれ以外の可能性を排除する読み方を固持することは困難となるだろう。が、制定者意思ないし制定過程の事情を法文解釈に反映するとしても、実際に、「男女」ないし「両性」を改めて異性婚にのみに限定する含意を示唆する事実は、管見に属する限り、制定過程の全体を通じて、まったく発見できない。現行の「両性」を「男女」の意味と解したとしても、制定経緯が物語るのは、旧来の婚姻観に立つ性別配置を批判的に検討することも、また特に重視することもなく、無意識的な前提として議論がなされていただけであって、同性婚を排除するという含意、あるいは同性婚を導入することに憲法的な障害があるという含意を見て取ることを可能にする積極的コミットメントは存在しなかったと言えるだろう。

2. 家族観について

より重要なことは、当時、むしろ制定過程において焦点となっていた論争は、婚姻と家族観の関係、ないし、旧来の家制度が象徴してきた家族観の維持の可否、であった点である。

帝国議会の審議に入る前に行われた枢密院の憲法改正草案審査委員会において、先に引用した該当条文案につき、林頼三郎顧問官、佐藤達夫法制局次長、松本丞治国務大臣の間で次のようなやりとりがなされている（昭和 21 年 5 月 6 日）¹⁵。

林 22 条は個人主義を採用し、家族制度を廃止すると云ふ精神か。

佐藤 その主旨は個人主義になるが、家族制度を正面から否定すると云ふことにはならぬ。本質的平等であつて平面的平等ではない。

林 家族に関するその他の事項とは何か

佐藤 例へば戸主の同意権等を広く拾つて居る。

林 そうすると第 1 項両性の合意以外に同意等をも必要とするのか。

佐藤 第 2 項は第 1 項の婚姻を前提とする。婚姻に於て親の同意を要するとする立法が 2 項

¹⁵ 枢密院委員会記録

(https://www.ndl.go.jp/constitution/shiryō/04/111_1/111_1tx.html) (電子展示会「日本国憲法の誕生」(国立国会図書館))。

によつて批判を受けることになる。

松本 第1項によつて両性の合意以外に婚姻の成立要件を加へることはできない。しかし未成年の間は同意を要するとすることは差支へないと思ふ。又第1項自体についても、全然届出がなくてもよいと云ふ様なことではない。ある程度の要件を認め、しかしそれが成立要件になると云ふ様なことは出来ないと思ふ。例へば届出に際して親の同意書を附加させる。それが無いときに一応照会する。しかしそれを拒むことも出来ると云ふ様な風にしたいと私個人としては思つてゐる。それは第1項に反するものではないと思ふ。

ここでは、新たに導入される婚姻規定が「家族制度」を否定するものかどうか争点となっている。この点、法制局および担当大臣は、基本的には個人主義的要素の導入を認めつつも、立法裁量のどこかに旧家制度的な考え方が生き残り得る余地を示唆しており（戸主権や親の同意権）、ややあいまいな応答をしている。こうして、かつての封建的な家族制度の存続の余地をめぐる関心が本条の審議の主要争点となった。以下、いくつかの事例を拾い上げておきたい。

（1）衆議院

①鈴木義男委員の発言¹⁶（第90回帝国議会・帝国憲法改正小委員会（昭和21年7月29日））

○鈴木（義）委員 詰り22條は全體として見ると、男女と云ふものを平等、對等に置いて保護すると云ふことを規定して居る、それでまだ日本では男女を對等、平等に置いて保護する外に、家と云ふ集團的團體を一つの對象として保護して居る部面が澤山ある、斯う考へる譯であります、戸主権の問題をどうするか、或は相續の問題でも、是も男女の本質的平等と云ふことで盡されて居るやうなものですけれども、長子相續でなく均分相續にする、併し或る場合には、農家のやうに均分相續も出来ない、やはり或る程度の家族本位の相續制度を維持して行かなければならぬと云ふことになる、此の條文だけでは不十分だ、どつちにしても家族と云ふものを土臺にした一つの保護規定のあることが望ましい、さう云ふ意味で親子、兄弟、姉妹の關係等を調節する、男女と云ふ性の關係に於て保護するのではなく、家族と云ふ集團的關係に於て保護すると云ふことを約束して置くことが望ましい、「ドイツ」の「ワイマール」憲法のやうに家庭生活、血の純潔の保護とか、色々なことが規定されてありましたが、ああ云ふものと似た規定を、極く簡単な言葉で表現する積りなんです

鈴木委員は、「家族」を土臺にした保護規定や、ワイマール憲法に範を求めて「家庭生活、

¹⁶ 帝国議国会議録検索システム

(<https://teikokugikai-i.ndl.go.jp/#/detail?minId=009012530X00419460729¤t=1>)。

血の純潔の保護」に言及しつつ、これらの諸問題を「男女と云ふ性の關係に於て保護するのではなく、家族と云ふ集團的關係に於て保護すると云ふことを約束して置くことが望ましい」との主張を展開している。これに対しては、廿日出厩議員から同条2項が「家族に関する事項」と定めているから不要であるとの見解を示した。佐藤法制局次長は草案作成段階に拘わったものとして意見を述べ、「固より此の個人の權威と、兩性の本質的平等に立脚しなければなりませんけれども、是は平面的の事柄を言ふのではなくて、例へば家督相續權と云ふものを全面的に否認するとか、或は戸主と云ふものの立場を全然ここで否認すると云ふことになるかどうか、其の點に付ては多少考へる餘裕があるものと考へて居る」と枢密院の時と同様のあいまいな発言をした。この佐藤発言は、さらなる説明を求められた¹⁷。また、原夫次郎委員が佐藤発言に対して、家族集團を戸主が管理するようなことは兩性の本質的平等を規定する以上「何だかさう云ふことの出來ないやうな風にも考へられる」と批判的な指摘しているところである。これを受けて、佐藤は「然るべき政府委員なり大臣から御説明

¹⁷ 佐藤の追加説明は以下のとおり。「○佐藤（達）政府委員 此の點は主として司法省の當局者に考へて貰つたのでありますけれども、例へば家と云ふものを構成して居る家族に付ての個人の權威と云ふことを假に認めるとしますれば、一定の家團、家の集團と申しますか、家の集團生活と云ふものは是は認めて行かなければならぬ、そこで集團生活の「メンバー」として其の家に居り、或は其の家から出ると云ふやうな關係は、是は相當今の制度では拘束があるやうに思ひます、それ等の拘束は相當撤廢しなければならぬと云ふやうに此の精神からなる、併し全面的に家の集團と云ふものを法律見地から無視してしまふかどうかと云ふと、一つの考へ方としては、それを法律見地から無視する考へ方もありますけれども、それは必ずしも此の 22 條から來て無視すつと云ふ結果にはならないと思ひます、さうなつて來ると、家の集團と云ふやうなものを一應認めて、先程申しましたやうに、其の家の「メンバー」になることは、其の個人の自由意思に任せて行くと云ふことが一つの考へ方になる、さうすれば家の集團と云ふことを認めますと、そこに家の象徴と云ふものがあると云ふ立場から、例へば祖先の墓を守つて行くと云ふことは、やはり一つの家を單位として考へて行くと云ふことではないか、さう云ふことに引付けて來て、形式的な素朴なことを申しますけれども、祖先の墓を守つて行く爲の一つの手段としての財産、さう云ふものはやはり其の家の今までの家督相續と云ふやうな觀念で傳へて行くと云ふことが成立つてはいかぬと云ふやうな筋道を辿りまして、それは一番のぎりぎり結着な所を捉まへての考へ方ですが、それにどれだけの幅があるかと云ふことが研究問題だらうと思ひます、さう云ふ意味で全面的に今の戸主の立場、或は家督相續と云ふものは此の 22 條では認められないと云ふことになるかどうか、さうはならないのではないかと云ふことが、我々の事務的に考へて居つた所でありまして、此の間の委員會では正式に御答辨はしてなかつたと思ひますが、我々の氣持を申上げさせて戴けば、さう云ふ研究の過程にあつた譯であります。」(前注 13 参照)。

するやうに致しませうか」と述べて、芦田均委員長に引き取らせている。

②金森徳次郎国務大臣・芦田均委員長の発言¹⁸（第90回帝国議会・帝国憲法改正小委員会（昭和21年7月30日）

翌日の委員会において、金森徳次郎国務大臣より説明があった。委員会の関心は両性の本質的平等と家督相続の矛盾衝突に集中しており、この点について金森大臣はつぎのごとき、あいまいな説明を行った。

○金森国務大臣 大體此の憲法の22條の趣旨と云ふものは、今まで個人の尊重が足りなかつたと云ふことと、兩性が不合理に差等をつけられて居つたと云ふ2點に着眼をして、さう云ふ弊害を打破する、世俗的に申します封建制度の遺物的である弊害を打破すると云ふことを眼目にして此の規定が出来たものであります、隨て是等の文字は其の趣旨の下に解釋することが一番妥當であると考えて居る譯であります、そこで相續に關しては「法律は、個人の權威と兩性の本質的平等に立脚して、制定されなければならない」と云ふことは、決して家督相續其のものを否定すると云ふ意味は含んで居りませぬ、それがここにある條件に合ふやうに制定されなければならぬ、斯う云ふ趣旨だと思ひます（傍点筆者）

金森大臣は、現行22条2項の「個人の尊嚴」「兩性の本質的平等」という立法基準の規範的重要性を強調しつつも、家督相續そのものを否定するものではないと述べたが、しかし、それはかかる立法基準に従って制度化されなければならないという巧妙な回答を行っている。これに対してではどういう立法になるのかが問われることになるが、同大臣はそれは司法大臣が研究中だから自分からは回答できないとかわしている。

これを受けて、芦田均委員長は、委員の多数は、本規定の導入によって「今御話のやうな家督相續とか、戸主權と云ふ風なものが總て吹き飛んでしまつて、さう云ふ在來の家の思想に基く家督相續、若くは戸主權の如きものを殘して置くことが憲法第二十二條と正面衝突を起しはしないか、さうなつては餘りに行き過ぎだ」というような心配をしており、「此の點をもう一應確めて置きたいと云ふことが動機」に出ているので、「今の金森國務大臣の趣意は能く分りますが、併しさう云ふ規定を作ると云ふことが憲法第22條の規定に反しはしないか」を重ねて問うたが、金森大臣の回答は同様にあいまいなものであった¹⁹。芦田は前

¹⁸ 帝国議会会議録検索システム (<https://teikokugikai-i.ndl.go.jp/#/detail?minId=009012530X00519460730¤t=2>)。

¹⁹ この点、金森大臣と森戸辰男委員とのやりとりも重要である（帝国議会会議録検索システム (<https://teikokugikai-i.ndl.go.jp/#/detail?minId=009012530X00519460730¤t=2>)）。

「○金森國務大臣 私の申したことをどう云ふ風に御取り下さいましたか知りませぬが、憲法自身は家督相續を否定すると云ふ意味は持つて居ない、それから又兩性の特別なる差別、此の當該問題の場合に兩性と云ふことを區別して取扱を考へなければならぬ必要性があるならば、家督相續の順序等に付ても、男女は絶対の平等にしなければならぬと云ふ、

日の鈴木委員の提案に共感を示しており、本論点に関して、「先日の社会党の修正案に於ては、22 條の第 3 項に『國民の家庭生活は保護される』と云ふ字句を入れたい、斯う云ふ案で」であったが、「只今の金森國務大臣の御説明に依れば、此の 22 條は正に其の趣意であつて、他に家庭生活とか或は家督相續とか戸主權とか云ふ風な、從來の日本の家族主義の特色とする所を特に拜除する意味ではないのだ、斯う云ふ風な意見の表示があつたので」、さらに修正案が必要となお考えるかどうかを鈴木委員に問いただした。鈴木議員はよく考えてみるとのみ応えている。

なお、8 月 1 日の委員会において、ふたたび「家族生活」の保護についての明文導入が問題になったが、鈴木委員はせめて原案の「家族」に「生活」を加えて「家族生活」にしてほしいと提案したが、佐藤次長がその違いと趣旨が分からないと指摘され、結局、家族保護条項の導入は鈴木委員自らが撤回した²⁰。

さう云ふ權利を是は含んで居ない、是が私の第一次の説明です、そこで次に、それでは家督相續を現實に認めるか、或は相續の順位として男を先順位にするかと云ふことになる、之に基いて作らるべき法律の中味になることで、是は廣く研究の結果然るべく處置して戴かなければならないから、私は今はつきりした御答へをするだけの準備は出來て居ない、斯う云ふ趣旨であります」

「○森戸委員 私の質問は、二十二條は個人の尊嚴、兩性の本質的平等と云ふことに立脚して法律的生活が出來ると云ふのですが、是は個人の平等と云ふ建前が非常に強くて、協同生活と云ふ方面が後ろに隠れて居るやうに讀めるのであります、それかと云つて、私は封建的な色彩を帯びた家の制度、殊に「ファミリー・ポテスタス」のやうな權力を持つて居る封建的な家を否定した觀念であらうと思ひますが、所で個人と平等と云ふことだけでは團體生活、夫婦以外を含んだ團體生活のしつかりした規範としては不十分のやうにも思はれるので、さう云ふ點に付て何か少し足らぬやうな氣がするのですが、古い意味の家族制度を之に入れようと云ふ意圖は我々としては持つて居らぬのですけれども、唯團體生活の規範と云ふものが少し足らぬやうな氣もするのですが、其の點に付てはどう云ふ風に御考へですか」

「○金森國務大臣 此の憲法は兎に角當面の缺點、日本に於ける當面の社會秩序の中の缺點と云ふ所に特に留意を致しまして、そこで此の規定が出來た譯でありまして、ここに協同生活其のものの立場から來る原則を此の憲法が動かさうと云ふやうに考へなくて、さう云ふ方面は從來日本で相當尊重されたのでありますから、其の點に付ては力説しないで、直さなければならぬ點に付ては重きを置いて立法標準とした、斯う云ふ趣旨で出來て居ります」(傍点筆者)

金森大臣は、現行 24 は、日本社会の欠点を矯正するためのものであることを指摘し、「協同生活」そのものから來る原則を憲法は變動させようとはしていないと述べた。ここでは、家族制度や家督制度の維持ではなく、「協同生活」の原則という一定の普遍的意味を持ち得る言葉が用いられている。そして、現行 24 条という「立法標準」は「直さなければならぬ点」を矯正することに重点が置かれるとし、その直さなければならぬ点(欠点)には具体的に触れていない。要するに、民法等を法制化する段階で家督相續や戸主權が排除される可能性を残す発言となっている。

²⁰ 帝国議会議録検索システム (<https://teikokugikai-i.ndl.go.jp/#/detail?minId=009012530X00719460801¤t=5>)。

(2) 貴族院

①牧野英一委員・金森徳次郎國務大臣の発言²¹（第90回帝國議會・帝國憲法改正案特別委員會（昭和21年9月19日）

改正案24条（この段階で改正案22条は24条になっている。）について牧野英一委員は次のような提案をしている。

○牧野英一君 ……憲法が斯様に婚姻に付て特に原則を表はしましたに付ては、それと相並んで我々の家族生活の原則を憲法上明かにする、將來の立法に邪魔をしないやうに、否將來の立法を指導するやうな原則を簡単に掲げると云ふことが如何でござんせうかと云ふ意味に於て御質問申上げたい、…既に婚姻に付て斯くの如き規定を御設けになつた此の憲法の改正案として、家族生活に付ても、何か斯う穩かな一原則を掲げて戴く譯には行きますまいか、…。

牧野は、その規定の具体についてなかなか言及しようとしませんが、質疑の過程で次のような趣旨を開陳している。

「相互の協力により」と云ふ原則が此處に書いてございますが、婚姻には相互の協力が要り、親子には相互の協力は要らぬかと云ふ茶目が世の中には居りますので、そこで親子の協力が必要であり、又場合に依つては兄弟の間にも協力が必要である、之を具體的に申しますれば、此の點に付ては、例へば私の考では、扶養の義務の規定を書直さうと云ふやうな考を持つて居るのでありまして、今は戸主の婚姻に對する承諾の義務がありますけれども、是は扶養の義務とか、相續とかに誠に影響のあることで、民主的な平和的の家の制度を維持しながら家族生活を大切にすると云ふ趣旨の下に立案が出来るものと思ひます。

牧野委員や他の委員も同趣旨の懸念を表明した。封建的な家族制度の生き残りを直接企てるのではなく、一見すると家族的共同体そのものの維持を目指すような外装で迫りながら、その実、なかなか新憲法草案に適合しない旧弊をちらつかせる委員たちに対して、木村篤太郎司法大臣は、次のような普遍的家族観についてのみ新憲法は許容すると解される答弁を行った。

○國務大臣（木村篤太郎君） 親と云ふことに付ては、私は茲で管々しく申上げる必要はなからうかと思ひます、此の憲法の建前は、今申上げました通り個人の人格の尊嚴、之を基調にして規定されたのであります、従つて此の規定と云ふものは男女は平等であるぞと云ふ建前を茲に表はしたのでありまして、親と云ふ觀念とは別個の規定であります、親の意義と云ふことは別段茲に表はさなくても、是はもう人類として當然なことであるのであります、是は普遍的

²¹ 帝國議會會議録検索システム (<https://teikokugikai-i.ndl.go.jp/#/detail?minId=009002531X01719460919¤t=9>)。

原則であります（傍点筆者）

そして、金森國務大臣は今回はあいまいな表現ではなく、旧弊のこだわる委員たちに対してかなりきっぱりと次のように喝破した。

○國務大臣（金森徳次郎君） 従來のやうな所謂戸主と云ふ中心はなくなるだらうと思ひます、是は所謂封建的色彩が濃厚であると云ふ理由の下に従來批判されて居つたのであります、此の戸主中心主義の家族と云ふものはなくなるだらうと思ひます

このようにして、現行 24 条が持つ意味については、旧家族制度という旧弊の打破と、普遍的に想定される家族観の維持という方向に潮目が変わりつつあった。

②牧野英一委員・金森徳次郎國務大臣の発言²²（第 90 回帝國議會・貴族院本會議（昭和 21 年 10 月 6 日）

なおも牧野委員は食い下がり、10 月の本會議で次のような演説をした。

○牧野英一君 私の提案は第二十四條に第一項として「家族生活は、これを尊重する。」と云ふのを加へて戴きたいと云ふのであります、…誠に遺憾ながら極めて少數の差で可決を見ることが出来なかつたのであります、其趣旨に於ては各委員の方々から厚意を持つて戴けたと私は信じて居るのでございする、…此の憲法改正案には…不幸にして家族生活の全體に互る規定が漏れて居るのでございする、是は固より民法に規定を置けばそれで足りるのではないかと云ふ風にも考へられる次第でございするけれども、それならば婚姻に付ても同様と云ふことになり得るものではありませんまいか、而も婚姻に關する規定があつて、親子乃至家族生活全體に互る規定が缺けて居りまする爲に、既に世上の一部には誠に意外にも粗暴な言語を以て遺憾なる思想を發表する人達が、而もそれを憲法改正案の精神であるとして、公然放言して居ると云ふやうなことになつて居るかに聞き及んで居りまする、…茲に申す迄もなく「父母に孝に兄弟に友に夫婦相和し」と云ふことが家族生活の本質であり、本體であり其の一つを缺いても既に家族生活を理解すると云ふことは出来ないことと心得ます、…固より現行民法の戸主權中心の制度、是は所謂、封建的な色彩の濃厚なものでありまするし、又甚だしく實情に副はない點もありまするので、是は憲法が新たにせらるゝと共に、斷然改められねばならない譯でございするけれども、併し家族生活其のものは之を平和的に、之を民主的に保持し、矢張り依然十分之を尊敬し續けると云ふことがなければなりませんまい、是は我が國の美風として考へられるばかりではござりませぬ、先進諸國に於ても此の點は矢張りやかましく論ぜられて居るのでありまして、實に人類普遍の法則であると言はねばなりません、…。

²² 帝國議會會議録検索システム

(<https://teikokugikai-i.ndl.go.jp/#/detail?minId=009003242X04019461006¤t=1>)。

牧野委員は、当時の民法の封建的性格とりわけ戸主中心主義を明確に否定するには至ったが、「我が國の美風」を「人類普遍の法則」として尊重すべきであるとしてどうにかこれに命脈を残そうと考えた。これに対して、金森國務大臣は次のように応じている。

○國務大臣（金森徳次郎君） ……第 24 條の夫婦に關しまする規定は、是は全く憲法に書かなければ趣旨の貫かない規定でありまして、即ち婚姻に付ては合意のみに基礎を置く同等の權利を男女が持つて居る、或は又兩性の本質的なる平等と云ふやうな從來の思想と稍稍異なる所の權利をはつきり憲法に決める、斯う云ふ點に於て非常に意味があるのであります、處が、此の家族制度の尊重に付きましては、是は日本在來の考が傳統的に變化はありまするにしても變化の仕方を自然に適ふやうに維持しつゝ、自ら適當なる所に行くものであらうと思ひまするが故に、此の際之を憲法に特に採入れる迄の必要はないと考へて居る次第であります、大體仰せの通り家族制度を尊重しますること自身に付て、現在の所に於て政府に於て何等の反對の意見のないことは固よりでありまするが、問題は之を憲法の規定の中に採入れるが良いか悪いかと云ふ問題になる譯であります、今回御示しになりました案文に依りますると、家族生活を尊重すると云ふ御趣旨は誠に適當のやうに考へまするけれども、それが憲法の上にはつきりありまして、現在國民の持つて居る考と格別の差はないのであります、又それが憲法の中にありまして、將來の國民思想に對して確乎たる標準を與ふるだけの具體性はありませぬ、斯様な問題は之を法律其他の方法に依りまして、詳細に時代々々に適應して、今後十分なる規定を設けますることが妥當であると思つて居る次第であります、…。(傍点筆者)

金森大臣は、24 條は、「從來の思想と稍稍異なる所の權利」を導入するものであり、旧弊を打破するその意義を強調し、「家族制度の尊重」のあり方は変化するものであり、自ずから適當な所に落ち着くはずであると述べる。家族の形態は、法律の制定を通じて「時代々々」に適用するように定められるものであるとするのである。

3. 小括

以上の制定過程の概観から得られる示唆をまとめておきたい。

第 1 に、現行 24 條に存置された「両性」という言葉は「男女」の意味で用いられている。両者は互換的關係にあると言えよう。もちろん、法文は多かれ少なかれ制定過程や制定者意思から独立して解釈されるべきものであるけれども、仮に制定過程での議論に一定の重みを与えそれらを参酌したとしても、「両性」は「男女」の対を指すものと解されよう。しかし、重要なことは、制定過程を一貫して同性婚の可否というアジェンダは設定されておらず、また、婚姻を異性婚に限定するという積極的判断は全くなされていない、という点である。むしろ、制定者たちの関心の的は、婚姻の自由・平等が導入されることにより、旧來の家族観、なかんずく戸主中心主義や家督相続等の伝統が否定されるのではないかと懸念にあつ

た。だとすれば、24条は、かかる封建的家族観を排し、婚姻における自由・平等な結合形式を基礎に家族形成を考えるべきことを定めた条文として理解すべきであり、同性婚を憲法上排除するものと解釈することはできない。

第2に、24条は、「家族生活」をその構成要素として規定することなく、むしろ、新しい思想に基づく「婚姻」観念の新機軸を導入するものであった。個人の尊厳や両性の本質的平等といった立法指針は、これらに適合する普遍的な家族形態のみが憲法上許容されるべきことを要請している。戸主中心主義や家督相続等の旧弊は議論の余地なく否定されることが制定過程では明らかになった。これこそが24条制定の基本趣旨であることは疑いのないことがらであろう。

第3に、金森国務大臣が喝破したように、家族観は時代とともに変遷するものであり、それは時代に応じた形で立法によって制度化されるものである。金森の発言は、家族観を憲法レベルで固定化せず、むしろ時代状況に応じて立法により制度化してゆくべきことを示唆している²³。同性婚を排除する趣旨が本条の制定過程に存在しないという第1点で述べたことと、このことと併せ鑑みれば、同性婚の導入は制度化に開かれていると言えよう（制憲者意思は婚姻制度を開かれたものと考えていたことからすれば、同性婚にも導入のチャンスが開かれていることになり、かつ、それにとどまらず、後述の憲法論からすれば、導入すべきことが憲法上も要請されることになるだろう。つまり、①同性婚を排除する理由は制憲過程に見当たらず、②制憲者意思は婚姻制度を開いたものにしており、③近時の憲法解釈に展開からして、同性婚の導入が要請される、ということになる。）。

Ⅲ. 憲法24条2項の解釈

1. 概説

近年の最高裁判例の展開は24条2項の解釈に関して様々なことがらを明らかにしている。既にⅠで述べたように、13条や14条1項や24条1項の援用を、単独ないしは競合的に試みる場合、論点が婚姻制度や家族制度の形成のあり方に関わる場合は、24条2項の解釈が問題となる制度の合理性や必要性の判定に際して、重要な意味を持つことを判例の展開は示唆している²⁴。

憲法24条は次のような規定である。

- 1 婚姻は、両性の合意のみに基いて成立し、夫婦が同等の権利を有することを基本として、相互の協力により、維持されなければならない。

²³ もちろん、これは立法裁量に全面的に委ねることを全く意味しない。24条2項に組み込まれた憲法的要請や指針、そして、13条や14条からの憲法的要請に適合しなければならぬことは言うまでもなかろう。

²⁴ 詳細は、駒村・前注9)を参照されたい。

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

2項は1項が定める「婚姻」を含む家族に関する諸事項が法律事項であるとしている。その意味で、これらの制度形成については国会の立法裁量が認められると解されるが、それは決して広汎なものではない。この点、周知のとおり、先述した平成27年の再婚禁止期間違憲判決が次のように述べたことが重要である。

…婚姻及び家族に関する事項は、国の伝統や国民感情を含めた社会状況における種々の要因を踏まえつつ、それぞれの時代における夫婦や親子関係についての全体の規律を見据えた総合的な判断を行うことによって定められるべきものである。したがって、その内容の詳細については、憲法が一義的に定めるのではなく、法律によってこれを具体化することがふさわしいものと考えられる。憲法24条2項は、このような観点から、婚姻及び家族に関する事項について、具体的な制度の構築を第一次的には国会の合理的な立法裁量に委ねるとともに、その立法に当たっては、個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚すべきであるとする要請、指針を示すことによって、その裁量の限界を画したものと見える。(傍点筆者)

24条2項の「個人の尊厳と両性の本質的平等」は、国会の合理的な立法裁量を「限界」づける「要請、指針」とされ、明確な規範的役割を担ったものと解されるようになった。再婚禁止期間違憲判決では、100日を超える再婚禁止期間は合理性を欠く手段とされたが、それはかかる「要請、指針」のうち「両性の本質的平等」に反すると結論付けられ、民法733条1項は、14条1項と24条2項の双方に反し違憲であると判示されたのである。

このように憲法上重要な位置づけを与えられた24条2項の「要請、指針」には以下に見るように、大要、二つの機能があるように思われる。

2. 夫婦同氏制合憲判決より導かれる機能

先述した平成27年の夫婦同氏制合憲判決は、(1)氏名を人格権を構成するものとしたが、名とは独立した「氏」については人格権未満のものとし、ただ、家族制度を検討する際に「考慮すべき人格的利益」として24条の問題として論ずるべきであると判示し、(2)氏の選択は夫婦になろうとする者の協議に委ねているから、「それ自体に男女間の形式的な不平等が存在するわけではない」として14条1項違反を否定しつつも、それが「双方の真に自由な選択の結果によるものか」が検討されなければならないので、ここでも、それらの諸点の検討は24条の問題とされ、(3)さらに、24条1項の婚姻の自由に対する侵害が問題になるところ、問題の規定は「婚姻をすることについての直接の制約を定めたものではない」としてその侵害性を否定しつつも、「婚姻をすることが事実上制約されること」については、24

条2項の問題であるとした。結局、すべての争点の帰趨は、24条2項に集約されることとなった。では、24条2項、とりわけそこに定められた「個人の尊厳と両性の本質的平等」という「要請、指針」はどのような役割を果たすのであろうか。

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

ここに「個人の尊厳と両性の本質的平等」という原理について、本判決は、①「個人の尊厳」につき、「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」と、②「両性の本質的平等」につき、形式的平等では足りず「両性の実質的な平等が保たれるように図ること」、③そして、総じて、「事実上不当に制約されることのないように図ること」、という三つの規範命題にパラフレイズした。ここまで差別に切り込む切っ先をつくりながら、本判決は、「婚姻前の氏を通称として使用することが社会的に広まっている」ことから、同氏制がもたらす不利益は「一定程度は緩和され得るものである」との理由で同氏制を合憲と結論付けた（これに対しては強力な反対意見が付されている²⁵）。とは言え、最高裁が示した上記の法理はかなり人権に親和的な判断であったことは間違いないだろう。すなわち、憲法上直接保障された権利とまでは言えない法益（人格権未満の人格的利益）に対しても一定の保障が及び、政府はきちんとした正当化をなすべきことが説かれ、また、形式的には平等であっても、その実質に踏み込んで平等が保たれるようにすべきことを政府に求め、さらに、事実上の不利益についても憲法的判断において考慮される道を開いたのである。

なお、②の「両性の本質的平等」の法意についてであるが、上記では、そこに言う「本質的平等」が、形式的平等では足りず、実質的平等の確保をも要請することを指摘したところであるが、本意見書の観点からすれば、「両性の」の文言の意味についても一言しておきたい。この点、24条に規定された「両性」は、一对の男女を指すかのように思われるが、これは文字通り「一对の性」を指すものと解し得るし、またそう解すべきである（後述IV・2も参照）。既に見たように、24条の制定過程を精査してみても、①「両性」を男女に限定する意図は確認できないし、そのような限定を議論した形跡も存在しない、②制定過程における関心は、封建的家族制と決別し、婚姻を当事者間の合意に委ねる点にあったのであり、家

²⁵ この点、岡部喜代子裁判官の意見は、「そもそも通称使用は婚姻によって変動した氏では当該個人の同一性の識別に支障があることを示す証左なのである」と指摘する。通称使用の浸透という理屈はかなり脆弱である。

族観は可變的なものであつて、将来の変遷に開かれたものと見られていたこと、がむしろ理解できるのである(Ⅱ・2)。このように、「両性」は同性カップルをも包摂する概念であり、24条が併置する憲法原理である「個人の尊嚴」と合わせて解釈すれば、そのように解すべきである。さらに、このように解釈された「両性」につき、「本質的平等」を要請しているのであるから、同性カップルが、その生活実態において、なんら異性愛カップルと変わらない結婚生活を営んでいるにもかかわらず法制度から放逐されていることは、典型的な実質的平等違反、すなわち「本質的平等」違反となる。

3. 非嫡出子法定相続分差別違憲判決より導かれる機能

先述した平成25年の非嫡出子相続分差別違憲決定は、24条2項の解釈にとって重要な判断を下している。本決定は、まず、14条1項適合性の審査枠組みを次のように示した。

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つて、その国における婚姻ないし親子関係に対する規律、国民の意識等を離れてこれを定めることはできない。これらを総合的に考慮した上で、相続制度をどのように定めるかは、立法府の合理的な裁量判断に委ねられているものというべきである。(傍点筆者)

ここで、通例の14条1項適合性の審査方法である「合理性」の審査が採用されることを先例にならって明らかにしたが、相続制度が「家族」に密接にかかわることから、国の伝統や社会事情、とりわけ「国民の意識」を参照しながら、合理性を審査すると述べている。平成7年の合憲決定(最大決平成7年7月5日民集49巻7号1789頁)では明示的言及のなかった「国民の意識」を随所で多用するのが平成25年決定の特徴である。

では、この枠組みの中で、立法府の裁量判断の合理性はどのように審査されるのであろうか。この点、本決定は次のように言う。

法律婚主義の下においても、法定相続分をどのように定めるかということについては、前記2で説示した事柄を総合的に考慮して決せられるべきものであり、また、これらの事柄は時代と共に変遷するものでもあるから、その定め合理性については、個人の尊嚴と法の下で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

本決定は、「個人の尊嚴と法の下での平等」を「憲法」全体の要請とおき、他方で、立法府が判断する制度形成の際の考慮要素(「国民の意識」も含む。)が「時代と共に変遷するもの」とおいて、その「変遷」を「不断に検討」するための指針としてかかる「個人の尊嚴と法の

下の平等」を位置付けたのである²⁶。重要なのは、上記引用部分は、憲法 14 条 1 項と 24 条 2 項を引用したうえで語られているという点である。つまり、「個人の尊厳と法の下での平等」とは憲法そのものの要請として語られているが、本決定で展開された「個人の尊厳と法の下での平等」の法理は、24 条 2 項の「個人の尊厳と両性の本質的平等」についての法理でもあるという点である。

ここで検討の対象となった「変遷」について、同決定はこれに関して「重要と思われる事実」（傍点筆者）を多面的に概観する。個々について言及する余裕はないが、大要、「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」、「嫡出子と嫡出でない子の区別に関わる法制等の変化」、「判例における度重なる問題の指摘」等といった「事実」が検討されているのである。そして、これらが家族の多様性を示す事実として参照されつつも、問題の規定が改められていない当時の現状について、本決定は、「家族等に関する国民の意識の多様化がいわれつつも、法律婚を尊重する意識は幅広く浸透していると思われることが、上記理由の一つではないかと思われる」とした。「しかし」とおいて本決定は次のように言う。

しかし、嫡出でない子の法定相続分を嫡出子のその 2 分の 1 とする本件規定の合理性は、前記 2 及び (2) で説示したとおり、種々の要素を総合考慮し、個人の尊厳と法の下で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。（傍点筆者）

ここにおいて、当該規定の合理性は「個人の尊厳と法の下での平等」に照らして判断されるべき「法的問題」であって、事実の変遷や意識の変化、とりわけ「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」は「法的問題の結論」に直接影響をもたらさないとしたのである。

こうして、以上を総合した結果もたらされたのは次のような解釈であった。

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、……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し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

²⁶ 多様な根拠条文に言及しつつ、「個人の尊厳と人格価値の平等を尊重すべきものとする憲法の根本精神」（傍点筆者）を導出した尊属殺重罰規程違憲判決の田中二郎意見を彷彿とさせる。

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。(傍点筆者)

この部分こそが、法定相続分差別の合理的根拠を否定し、14条1項違反との結論を導いた言明である。本判決が14条1項違反の審査において、24条2項を引照しながら、決定の論理を誘導するために用いた先述の「個人の尊厳と法の下での平等を定める憲法」という規整理念の下で、「重要と思われる事実」の検討が遂行されることとなり、その結論が上記引用部分である。

このような論法について議論すべきことは種々にわたるが、最も重要な点は次のことからである。第1に、本決定は、家族の形態や国民の意識の変化をいわゆる「立法事実」の変化と見て国会の立法裁量の不合理性を指摘するのではなく、問題規定の合理性は、家族形態や国民の意識の変化を「個人の尊厳と法の下での平等」という規範（相続制度や家族制度を形成する立法に向けられた「要請、指針」）によって審査されるべき法的問題であるとした点である。第2に、本決定は、「国民の意識」を重視しつつも、「法律婚を重視する意識」を家族形態の多様性を受容する国民の意識に対して劣位においた。つまり、家族のあり方が多様になったにもかかわらず、法定相続分差別規定が改正されないのは「法律婚を尊重する意識」が依然として浸透しているからであるが、そのような国民意識の現状ないし重みは、「個人の尊厳と法の下での平等」という規範（要請、指針）によって退けられた。「国民の意識」が事実問題ではなく、法的判断の対象である以上、その規範的な重みは「個人の尊厳と法の下での平等」という規範よりも下位に置かれるということはっきりしめしたのは、画期的である²⁷。家族のあり方の多様化と法律婚の尊重というある意味で相反する二つの現象のうち、前者に軍配を上げたのは、事実認識の問題ではなく、上記の規範（要請、指針）による法的判断であったということである。この点こそが、24条2項の「個人の尊厳と両性の本質的平等」が果たすべき二つ目の機能である。

以上、「個人の尊厳と両性の本質的平等」という最高裁が用いている概念は、単なるお題目などではなく、制度の合理性判断において人権親和的な三つの規範命題を導き、相応の正当化論証を政府に求めるものであること（Ⅲ・2）、「家族形態や国民の意識の変化」においても規範として機能し、安易な法的判断を許さない役割を果たすこと（Ⅲ・3）、といった二つの役割を担っていると言える。

IV 同性婚を認めていない現行法の違憲性について

以上の検討を前提に同性婚を認めていない現行法制の違憲性について意見を述べておきたい。

²⁷ このことは、婚姻制度の合憲性判定において、国民感情や社会通念は決定打にならないことを示唆している。

1. 権利侵害の疑い

現行法制は、異性カップルと同性カップルを婚姻において別異に取り扱っている。憲法 14 条 1 項によればかかる別異の取り扱いがそれが合理的なものでなければ同項の禁ずる差別に該当することになる。

国籍法違憲判決によれば、①別異取扱いがなされている法益や身分が「重要な法的地位」である場合、②当事者の「自らの意思や努力によっては変えることのできない」事柄である場合には、区別の合理性の有無については、「慎重に検討することが必要である」と述べている。

(1) 別異の取り扱いがなされている身分は「重要な法的地位」である

これを本件について見るに、まず上記の①に関してであるが、そこで別異の取り扱いがなされている事柄は「婚姻」である。憲法 13 条は、人々が行う自己決定の中でも幸福追求の核心に関わるものとして親密な人的結合の権利を保障していると解されるどころ、「婚姻」は、かかる親密な人的結合に対して、第 1 に、一定の公的承認を与え、第 2 に、種々の義務とともにこれを法的に保護する身分関係の形成にあたる。個人の人格的自律にとって決定的な意味を持つ親密な人的結合を、社会的に公証しかつ保護する「婚姻」は、憲法上「重要な法的地位」と言えるだろう。

さらに、再婚禁止期間違憲判決が述べるように、憲法 24 条 1 項は「婚姻をするについての自由」を同項の「規定の趣旨に照らし、十分尊重に値するもの」と位置付けている。これは婚姻をいつ誰とするかしないかについての自由を言うものとされているが、この点、既に所与として存在する婚姻制度を利用するについての自由と狭く読み込むことは適切ではない。もしそうであれば、再婚禁止期間の設定も含めて既存の法制度を利用するかしないかの自由しかなく、再婚禁止期間の設定そのものを婚姻に対する「直接的な制約」と見て部分違憲を結論付けた同判決は成立し得ないからである。つまり、24 条 1 項の「婚姻をするについての自由」は所与の婚姻制度の合理性を吟味することも可能にするレベルの権利として理解されなければならない。そして、同性婚の否定は、かかる自由の直接的制約に外ならない。したがって、この自由が「規程の趣旨に照らし、十分尊重に値する」レベルのものあるとしても、制約強度は高いので、合理性の判断は慎重にされるべきであろう。

このように本件で差別が疑われる区別は、婚姻という重要な法的地位に関わるものであり、さらに、24 条 1 項が保障する「婚姻をするについての自由」に対する直接的制約を課すものであるがゆえに、その合理性に対しては厳格な審査で臨むべきである

なお、「婚姻をするについての自由」が異性カップルにだけに認められるという立場からはそもそも制約など存在しないとの批判があり得るところである。この立場はそこに言う「婚姻」を既存の婚姻制度に依拠して理解することを前提としている（そもそも憲法的に異性間に限定されるというのであれば、解釈的論議に開かれた主張となるだろう。）。この点、繰り返しになるが、最高裁はそもそも「婚姻をするについての自由」を既存の婚姻制度のみ

に還元されるものと見ていない。既存の制度から現時点で排除されている人たちにも婚姻に対する法益を認めている。そうであるからこそ、再婚禁止期間につき既存の制度的設定をうのみにすることなく、この制度によって婚姻そのものにアクセスできない女性の権利を問題にできたのである。つまり、現状の婚姻制度内にいる人たち、また、そこから排除されている人たちにも婚姻という制度へのアクセスする法益を潜在的に認めるからこそ、制度の合憲性を問うことが可能になるのである。その意味で、既存の婚姻制度から排除されている人たちから見れば、それは婚姻という制度に対するアクセスそのものを否定している以上、「直接的制約」と見なければならない。

(2) 区別の対象が、当事者の「自らの意思や努力によっては変えることのできない」事柄であること

次に、上記の②についてであるが、言うまでもなく、同性愛者であるということは、個人の性自認や性的指向性に深く関わる事柄であり、アイデンティティの根幹をなすものであるから、本人の意思や努力で変更できるものではないし、そもそも変更すべきものではない。

(3) 小括

以上から、本件における別異取扱いは国籍法違憲判決が示した考慮要素を充たし、その合理性の判断については厳格に審査する必要がある。

2. 24条2項のよる合理性の判定

このように14条1項の観点から本件の別異取扱いは厳格にその合理性が吟味されるべきことになる。もっとも、本件は婚姻制度のあり方に関わる問題である以上、24条2項の規定する立法要請ないし立法指針である「個人の尊厳」に照らして、慎重にその合理性を判定する必要がある。

重要なのは、ここで判断すべき合理性は、異性婚の合理性ではなく、同性婚を排除することの合理性である。異性婚であろうが同性婚であろうが、そこにおける一対の性が異なるか同じなのかという一点において両者には相違があるだけであり、その他の婚姻実態や婚姻が当事者にもたらす幸福にはまったく異なるところはない。しかも、現行法制が同性婚を排除することの合理的な根拠はほとんど見当たらない。が、おそらく、婚姻は異性間で行うべきものという伝統的観念、あるいは、婚姻は子を産み育てることを前提にすべきであるという観念、が挙げられる可能性はあろう（後者については婚姻を異性間に限定する理由としておよそ合理的とはいえず、また別な意味の憲法問題を惹起するので、ここでは割愛する。）。

では、婚姻は異性間で行うべきであるというこの観念は憲法上どのようにとらえられるのだろうか。

第1に、24条が「両性」「夫婦」と定めている点が問題となる。これはこの意見書Ⅱ1で制定過程を一瞥したように、「両性」は「男女」と互換的に用いられていたことからこれは

一对の男女を意味すると解される。が、制定過程において同性婚を排除する、あるいは婚姻を異性愛者間に限定するという議論は存在していない。それは当時の論争の焦点が、旧来の封建的家族制度を排することであり、当事者の合意についてのみで婚姻が成立し、かつそのような婚姻が家族のあり方を決める土台になるという憲法的要請の導入にあったからである（本意見書Ⅱ 2）。しかも、制定過程から明らかなのは、金森国務大臣が喝破していたように、家族のあり方は時代とともに変遷すると言う点である（本意見書Ⅱ 2（2）②）。これを切り札にして上述の論争は平定されて、現行憲法条文が確定されることになったのである。

さて、家族のあり方が時代とともに変遷するとして、それをどう捉えるべきだろうか。家族のあり方や同性愛に対する認識や制度のあり方の変化については原告代理人の主張立証に替えるとして、これらに対置されるべき「国民の意識」について述べておきたい。社会状況は性や婚姻の多様化に対する認識が深まっているとしても、いまだ同性婚が認められていないのは、依然として「婚姻は異性愛者間で行われるもの」という「国民の意識」が浸透しているからだ主張がなされる可能性がある。しかし、この点、既に指摘したように、非嫡出子法定相続分差別違憲決定が示唆しているように、24条2項の定める「個人の尊厳」に照らして立法をすべき義務が国会にある以上、かかる「国民の意識」は排されなければならない（本意見書Ⅲ 3）。しかも、同項が定める要請・指針は13条等他の権利条項が定める憲法上の人格権未満である法益についても立法府に対してこれを配慮することを要求するものである（本意見書Ⅲ 2）。

婚姻制度をめぐる最高裁が立てた要請・指針は「個人の尊厳」であり、「異性愛者の尊厳」ではない。したがって、人間生活や社会生活にとって重要であり、また個人の人生にとって大きな意義を持つ「婚姻」は、すべての「個人」に開かれなければならない。そして、婚姻というものの重要性を強調すればするほど、かかる重要で、人々の意識においても尊重されている結合関係の法制度から排除されている人たちの苦痛は倍化していくことになる。このような苦境は、「個人の尊厳」を否定することに等しい。日本国憲法は、「個人として尊重」と「個人の尊厳」を区別して規定している。前者は、自己決定等の個人の意思的行為に対する尊重を意味するが、後者は、個人の意思的行為とは別に、人間存在そのものに対する犯しがたい畏怖の根源となるものを指す²⁸。婚姻の重要性は誰しも否定できない。それは意思的行為としても最大級の決断であるだけでなく、その決断は人の全存在を左右し、人生そのものと同値される営みである。それを踏みにじることは「尊厳」を棄損する行為となる。

論証されるべきことは、婚姻を異性間に限定していることの合理性ではなく、同性間に否定していることの合理性、しかも、これだけ重要で人々に尊重されている法関係が否定されていることの論証である。さらに、Ⅲ・2で列挙したように、憲法上直接保障されたものではないにせよ、人格権未満の法益も考慮されると最高裁は明言し、実質的平等や事実上の不利

²⁸ 駒村圭吾「人格的自律権構想を振り返る一憲法とその外部」公法研究78号1頁（2016年）三2参照。

益にも配慮すべきことを宣言している。その実態において、なんら異性愛カップルと変わらない結婚生活を営んでいるにもかかわらず法制度から放逐されていることは典型的な実質的平等違反である。また、婚姻制度から除外されている現状が、同性愛者に対する公的承認を妨げ、各種の事実上に不利益を被っていることに目をつむることができない。これら、人生をかけたクレームを凌駕する合理性や必要性を見出すことは不可能である。

以上、本件で問題となる婚姻制度が、国民の「重要な法的地位」に関わり、「婚姻をするについての自由」に対する直接制約である以上、審査の手を緩めることはできないと考える。

3. 結論

個人の尊厳、両性の本質的平等に同性婚が違反するのであれば別段、そのようなことはありえない。それどころか、むしろ個人の尊厳からは導入が要請されるとすら考えられる。すくなくとも、同性カップルを婚姻制度から排除する合理的な理由はなく、したがって、現行制度は憲法 24 条 2 項に適合しないことは明らかである。当事者にとり、このような合理的理由なき別異取扱いは、その人生行路にとって切実な問題であり、一刻も早い解決が望まれるところである。つかの間の人生を生きる諸個人にとって、かかる人生を支える根本的な人的結合に対する公証と保護が否定され続けるとしたら、その人たちの人生とは何であったのだろうか。本件当事者たちの声は、婚姻を相対化し空洞化させるものではなく、婚姻が重要なものであるからこそその叫びであることを最後に指摘しておきたい。

以上