

令和3年4月19日

札幌地裁判決を踏まえた意見書

東京都立大学教授 木村草太

第1 はじめに

同性婚訴訟札幌地裁判決（札幌地判令和3年3月17日平成31年（ワ）第267号、以下、札幌地裁判決）は、同性カップルと異性カップルとの間の法律上の婚姻ができるか否かに関する民法・戸籍法上の区別を不合理なものとして、憲法14条1項に違反すると判断した。私も、意見書にてこの区別の違憲性を指摘した。私は、基本的に、札幌地裁判決の憲法14条1項の解釈・適用に関する判断を妥当と考えている。ただし、判決の論証は、憲法理論の見地からして改善の余地がないではない。

この点について、札幌地裁判決の控訴審、また、他の裁判所に係属する同性婚訴訟の判断に向けて意見を述べたい。

第2 札幌地裁判決の要旨

民法・戸籍法の各規定は、婚姻を異性同士の当事者で行うものと規定しており、同性同士の婚姻を認めていない。同性婚訴訟の原告らは、同性愛者であり、婚姻の合意をした相手が同性であるため、婚姻することができない。そこで、これらの規定が憲法24条・13条の保障する婚姻の権利の侵害であり、また、憲法14条の規定する平等権の侵害でもあるとして、同性婚を認める立法を怠ってきた立法不作為が違憲だとして国家賠償を請求した。

これについて、札幌地裁判決は、次のような論理で請求を棄却した。

まず、憲法24条は、「両性」・「夫婦」という文言から文理解釈すると「異性婚について定めたもの」で、同性カップルには同条の権利は適用されない（18頁）。また、一口に婚姻あるいは同性婚と言っても、その制度の内容は多様であり得るため、憲法13条から特定の制度の下で婚姻する権利を導くことは困難である（19頁）。

しかし、同性カップルと異性カップルの区別は不合理であり、憲法14条1項には違反する。憲法14条1項論のポイントは、次の五点だった。

第一に、国は同性愛者でも異性愛者でも異性と婚姻できる点で変わりはなく、区別はないとした。しかし、札幌地裁判決はそれを認めず、同性愛者と異性愛者との間には婚姻制度を利用できるか否かで区別があるとした（20～22頁）。

第二に、札幌地裁判決は、性的指向は意思によって変えることができないもので、それによる区別は人種や性別に基づく区別と同様、「真にやむを得ない区別取扱い」でないと許されないとした（22頁）。

第三に、国は、婚姻制度は自然生殖関係を保護するためのもので、そのような関係の成立しない同性カップルを婚姻から排除することには合理的な理由があると主張した。しかし、札幌地裁判決は、民法・戸籍法の婚姻関係規定は「夫婦が子を産み育てながら共同生活を送るという関係に対して、法的保護を与えることを重要な目的」とするのは確かだが、それに限らず「夫婦の共同生活自体の保護も」「重要な目的」としているとして述べ（25頁）、自然生殖関係の保護は婚姻の重要な効果だが全てではなく、それを理由に区別を正当化することはできないとした。

第四に、国は、婚姻制度の効果は、契約や遺言などで代替できるため、同性愛者が婚姻制度を利用できないことに大きな不利益はないとした。しかし、札幌地裁判決は、婚姻は「身分関係と結び付いた複合的な法的効果を同時又は異時に生じさせる法律行為」だと述べ、契約や遺言は婚姻の代替にならないことを指摘した（29～30頁）。さらに、婚姻によって生じる法的効果を享受する利益は、「憲法24条がその実現のために婚姻を制度として保障していることからすると、異性愛者にとって重要な法的利益であり、「異性愛者と同性愛者との間で、婚姻によって生じる法的効果を享受する利益の価値に差異があるとする理由はない」と述べ、婚姻できる利益は憲法上保護されるほどに強い利益だと認定した（23頁）。その上で、「異性愛者と同性愛者の違いは、人の意思によって選択・変更し得ない性的指向の差異でしかなく、いかなる性的指向を有する者であっても、享有し得る法的利益に差異はない」と述べ（31頁）、異性婚と同性婚は要件・効果・制度の名称などは原則同じでなければならず、区別を設けるのは相当な理由がある場面に限られることを示唆している。

第五に、札幌地裁判決は「同性婚に対する否定的意見や価値観を有する国民が少なからずいる」と述べるが、婚姻制度の立法にあたり、この要素の考慮は「限定的」であるべきで、同性愛者に対する婚姻の効果の付与を一切否定する理由には到底ならないと指摘した（32頁）。

このように札幌地裁判決は、立法不作為の違憲性を認めたが、それを「国会において直ちに認識することは容易ではなかった」ことから、国家賠償法上の違法性を認めることまではできないとして請求は棄却した（35頁）。

札幌地裁判決の判断のうち、特に、①異性愛者と同性愛者との間で婚姻制度における区別があることを明確に認めた点、②異性婚と同性婚との間で制度の内容に区別が生じ得ることを認めつつ、区別取扱いが許されるのは「真にやむを得ない」場合に限定した点、③婚姻制度の目的について慎重に検討を加えた上で、婚姻は自然生殖関係保護のためだけにあるのではなく、共同生活を保護するための制度でもあることを認めた点は、非常に意義深く、憲法14条1項の趣旨を十分に踏まえたものであり、控訴審においても維持されるべきであり、他の裁判所も同様に判断すべきである。

ただし、札幌地裁判決の憲法24条の解釈・適用と、「同性婚に対する否定的意見や価値観を有する国民が少なからずいること」という要素の考慮については、改善の余地がある。この二点について、以下、説明する。

第3 憲法24条の解釈・適用について

札幌地裁判決は、憲法24条にいう「婚姻」とは「異性婚」の意であるとして、同条は同性婚には適用されないとした。この判断は妥当だろうか。

1 憲法24条=自然生殖関係保護説?

まず、この判断が、「婚姻とは自然生殖関係のみを保護する制度」だという理解を前提に、同性婚に憲法24条を適用すべきでないとしたものなら、婚姻制度の趣旨を狭く理解しすぎであり不当である。この点、札幌地裁判決は、婚姻を自然生殖関係のみを保護する制度とは理解しておらず、そのような理解に基づくものではないと考えるのが妥当だろう。

2 憲法24条=女性保護条項説

この点、これまでの複数の憲法学説や政府の見解は、婚姻制度の趣旨を自然生殖関係の保護に限定する理解は必ずしも採らないものの、憲法24条の保護は同性婚には及ばないとしてきた。例えば長谷部恭男『憲法第7版』（新世社・2018年）187頁は「『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」ようだと述べ、同条の保護は同性婚には及ばないとしている。政府も、同条に言う「婚姻」が異性婚を指すという前提で、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（平成27年2月18日参議院本会議、安倍晋三首相答弁）。

では、憲法24条にいう「婚姻」が、自然生殖関係のみならず、愛情に基づく親密関係を保護する制度だと理解した場合に、同条の適用を異性婚に限定する理由は何か。

これは、憲法24条が、家庭内の男女平等を実現するために規定された沿革を重視するためだと理解できる。そもそも、旧憲法・旧民法の下では、婚姻において当事者、特に女性の意思がないがしろにされることが多かった。憲法24条1項は、婚姻が戸主や両親・親族会の強要・同意ではなく、「両性の合意のみ」で成立するものと規定し、当事者の意思があればそれだけで婚姻が成立すると定めた。「両当事者」でなく、あえて「両性」の文言を採用したのは、特に「女性」の意思を尊重すべきことを明確にするためと理解できる。また、同項は、家庭内においては「夫婦が同等の権利を有する」ことを定め、同2項は婚姻法制が「個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚」すべきことを求める。

これに対し、同性婚においては当事者同士に男女の不平等は存在しない。憲法24条を同性婚に適用すれば、同条の女性保護の理念が後退しかねないとの考えには一理ある。このように、同条を女性保護規定と捉える見解が、学説や政府が同条を同性婚に適用することに慎重だった前提にあると理解できる。

3 憲法24条の同性婚への適用

しかし、憲法24条には、男女平等の理念の他にも内容がある。まず、同1項は、婚姻における両当事者の意思の尊重を求める。両当事者の意思が尊重されるべきこと、他者の同意

を婚姻の成立要件にしてはならないことは、同性婚にも当然に当てはまると言える。また、家庭内の不平等の原因は、性別だけではない。同性愛者のカップルでも、年長者や経済力のある当事者が支配的になったりすることはあるし、腕力の強い側がDVを行うこともある。婚姻や離婚に関し平等の理念に基づく裁判所の関与やDV保護の制度を、同性婚のために用意しなくてよいということにはならない。同性婚の制度も「個人の尊厳」と両当事者の「本質的平等」に立脚すべきと言える。

また、憲法24条を同性婚に適用することは、判決の社会的影響の観点からも重要である。札幌地裁判決の「同条〔憲法24条・木村註〕は、異性婚について定めたものであり、同性婚について定めるものではないと解するのが相当である」（18頁）との記述は、法律の専門家が読めば「憲法が同性婚を禁じた」あるいは「憲法は同性婚の法制化を認めていない」といった意味でないことはすぐに分かる。しかし、同性婚訴訟は社会的に大きな注目を集めており、札幌地裁判決の判決文も、法律家だけでなく多くの一般市民やメディアの記者たち、政治家らに読まれた。その中には、今指摘した記述を、〈判決は憲法が同性婚を認めていないと言っている〉、〈判決文を前提にすると、同性婚には憲法上の根拠がなく、同性婚に憲法上の根拠を与えるには憲法改正が必要だ〉などと誤解し、それを広めようとする言説を発表する者もいた。こうした言説は、札幌地裁判決が〈憲法は同性婚を祝福していない〉と言ったかのような印象を与えるもので、性的指向を理由に差別を受けてきた原告及びこうした言説に接した多くの同性愛者たちが傷つく原因ともなった。

法律家の目から見れば、同性婚の根拠が憲法24条だろうと、憲法14条だろうと大差ないかもしれない。しかし、原告たちが受けてきた差別の解消という視点からすれば、憲法24条が同性婚を異性婚に優先させているかのような印象を与える憲法解釈よりも、同性婚が異性婚同様に憲法24条の祝福を受けるものであるとする解釈の方が、より適切である可能性は否定できない。

さらに、札幌地裁判決自身が、憲法14条1項の適用を行う中で、「憲法24条がその実現のために婚姻を制度として保障していることからすると、異性愛者にとって重要な法的利益」だと述べ、同条を根拠に婚姻をする利益の重要性を指摘している。法令の憲法14条1項適合性の判断においては、問題の区別がどれくらい重大な不利益をもたらしているかが重要な考慮要素となる。札幌地裁判決は、異性愛者の婚姻が憲法で保護されているとの理由で、婚姻できることは憲法で保護されるほどに重要な利益だと認定した。このことが、違憲性の認定の重要な根拠とされている。これは憲法14条1項の解釈・適用に際し憲法24条を参照し、婚姻できることは重要な法的利益だとする同条の趣旨を同性婚にも及ぼしたもので、憲法14条1項を介した憲法24条の間接適用と見ることができる。これはあり得る解釈手法で、結論も正しい。ただし、迂遠な間接適用をするよりも、同条を同性婚に適用する方が理論的には素直だ。

4 憲法上の権利条項の拡張解釈・類推適用

とすれば、憲法24条を同性婚に適用することには十分な理由がある。ただし、憲法24条

が「両性」・「夫婦」といった異性カップルを想起させる文言を採用しているのは事実だ。では、同条を同性婚に適用するにはどうすればよいか。この点は、先に提出した意見書でも指摘したが、改めて整理してみたい。

公権力は抑制的に用いられるべきで、憲法条項のうち、国家機関に権力を授権する条項（統治機構法）の安易な拡張・類推解釈は許されない。刑罰の謙抑性の観点から、刑事法の条文も同様である。他方、憲法上の権利規定は、個人の権利の適切な保障の観点から、必要に応じて柔軟に拡張・類推解釈を行うことが認められ、また求められてもおり、判例でもいくつかの例がある。

拡張解釈の例としては、憲法 22 条 1 項の「職業選択の自由」が挙げられる。同条の文言は職業の「選択」の自由を保障するのみだが、最大判昭和 50 年 4 月 30 日民集 29 卷 4 号 572 頁（薬事法違憲判決）は「職業は、ひとりその選択、すなわち職業の開始、継続、廃止において自由であるばかりでなく、選択した職業の遂行自体、すなわちその職業活動の内容、態様においても、原則として自由であることが要請されるのであり、したがって、右規定（憲法 22 条 1 項・木村註）は、狭義における職業選択の自由のみならず、職業活動の自由の保障をも包含しているものと解すべきである」として、「選択」の文言に職業の遂行・継続を含め、いわゆる営業の自由の保障を含めるとした。このような解釈に照らせば、憲法 24 条にいう「両性」には〈男性・男性〉、〈女性・女性〉の両性を含み、「夫婦」は広く異性婚・同性婚双方の両当事者を含むという解釈は十分に可能だろう。

他方、先に提出した意見書で論じたように、類推解釈も可能だ。憲法の文言が、特定の対象に権利を保障しつつ、それ以外への権利保障を規定しない形で不合理な区別をしているように見える場合、判例・通説は類推適用を行ってきた。著名なものとして二つの例がある。

第一が、憲法 31 条の「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」との規定だ。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こととする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。

第二に、憲法 14 条 1 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。

以上の例からすれば、憲法 24 条を同性婚にも直接適用ないし類推適用をすることを鮮明

にすることは可能であり、そうする理由も十分にある。

5 小括

この点、札幌地裁判決は、憲法 24 条を同性婚に適用しない趣旨や法理論を十分に説明しているとは言い難い。憲法 24 条の女性保護条項としての価値を強調し、同性婚への適用を避けるなら、少なくとも、その趣旨を明確にすべきであった。また、女性保護条項としての沿革を踏まえても、同条を同性婚に直接適用・類推適用するには十分な理由がある。とすれば、控訴審においては、同条を同性婚に適用することを鮮明にすべきと言える。

第4 同性婚に否定的な国民の意見の斟酌について

憲法 24 条とは別に、札幌地裁判決の記述には、もう一点改善すべき点がある。判決は、婚姻制度に関する立法裁量の行使にあたっては、「限定的」とはいえ「同性婚に対する否定的意見や価値観を有する国民が少なからずいる」ことを「斟酌」できると述べている。

この記述を根拠に、同性婚を認めるにしても、同性婚に否定的な国民に配慮するため、それをいわば「二級の婚姻」と位置付け、パックス・パートナーシップ・シビルユニオンといった名称で呼ぶことは許されると理解しようとする者もいる。

これは妥当な考え方なのだろうか。また、札幌地裁判決のこの記述は、いかなる意味のものとして理解すべきなのか。この点も考えておきたい。

1 「分離すれど平等」の差別性

まず、同性婚をあえて異性婚と別制度とすることは、アメリカ史における「分離すれど平等」と同様の発想になってしまっている可能性がある。「分離すれど平等」とは、アメリカで黒人奴隷が解放された後、学校や公共施設、鉄道やバスなどの公共交通機関において黒人用と白人用の施設や席が分離された制度である。この制度は、20 世紀前半ころまで合憲とされてきたが、20 世紀後半以降、差別的な制度として否定されていった。

「分離すれど平等」の制度は、まず、ロースクールやメディカルスクールなどの高等教育機関で違憲とされてきた。高等教育機関では、教授団の名声や蔵書数・大学の社会的評価などの点で「そもそも平等ではない」と言いやすかったからである。他方、初等・中等教育機関では、教員や施設などの点で不平等を認定するのは難しく、分離解消は遅れた。しかし、アメリカ連邦最高裁は、著名な *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954) において、初等・中等教育での分離を違憲とした。その根拠は、仮に施設等が同等だったとしても、人種で学校を分けるのは特定の人種の尊厳を傷つけ、取り返しのつかない影響を与えるものだということにあった。つまり、分離は差別意識・被差別感をもたらす制度であり、それを加味すれば到底、平等とは言い難いということだ。

2 同性婚への否定的意見・価値観の意味

これは、日本における同性婚の制度化を考える上でも示唆的である。

札幌地裁判決が斟酌を認めた「同性婚に対する否定的意見や価値観」とは、同性愛者の家

庭を正しい家庭と認めたくないとか、異性婚は同性婚に比して優位に立つ関係であり、それを同列に扱ってほしくないという感情だろう。他方、差別感情とは、人種や性別など人間の類型に向けられた否定的感情や蔑視感情を意味する。同性愛者は人間の類型の一つであり、その家庭を否定的に評価する感情は、差別感情の定義にあてはまる。とすると、「同性婚に対する否定的意見や価値観」とは、要するに、同性婚・同性愛者への差別感情である。

他方、憲法 14 条 1 項後段は、「差別されない」権利を保障している。この規定は、従来の通説では、憲法 14 条 1 項前段が保障する平等権の具体的な内容を示したものとされてきたが、文言を素直に読めば、国家が差別感情に迎合したり、国家機関が差別的意図に基づいて公権力を行使したりすることを禁止したものと理解できよう（私は、このような考慮から、憲法 14 条 1 項前段は〈立法目的への適合性〉を要請する平等原則・平等権を保障した規定であり、同条後段は前段の要請には解消し得ない〈差別抑制〉の要請に基づく非差別原則・差別されない権利を保障した規定と理解すべきと考えている。なお、このような解釈においても後段列举事由はあくまで例示列举と解すべきであり、同性愛・同性愛者も差別感情の対象となり得ることからすれば、同性愛・同性愛者であることに基づく差別も当然に同条後段により禁止されるべきこととなる。詳細は拙著『平等なき平等条項論』東京大学出版会 2008 年）。

また、平等権に基づく不合理な区別の禁止という観点から見ても、差別感情への迎合が、立法や区別取扱いを行う正当な目的となるとは理解できず、それに基づく区別取扱いは不当な目的に基づく不合理な区別と扱うべきである。

以上の考慮からすれば、同性婚・同性愛者に対する差別感情に配慮する立法は、憲法 14 条 1 項に明白に違反する。とすれば、同性婚を認めることを嫌悪する国民がいるという理由で、同性婚を認めなかったり、異性婚とあえて別制度の同性婚制度を設けたりするのは違憲の疑いが強く、そのような制度を作る立法裁量があるとは理解できない。

3 札幌地裁判決の真意の理解

この点、札幌地裁判決も、性的指向は意思によって変えることができないもので、それによる区別は人種や性別に基づく区別と同様、「真にやむを得ない区別取扱い」でないと許されないと述べており、同性婚を二級婚と位置付ける制度を作る立法裁量を認めているようには解されない。むしろ、上記の同性婚に否定的な国民感情の斟酌を認める記述は、同性婚を社会的差別から守るための制度構築の可能性を認めたものである可能性が高い。

同性愛者に対する差別の歴史は長い。同性婚が認められたとしても、差別を避けるため同性愛者であることを秘匿したいと考える者は一定数いるだろうし、開示・公表を避けたいとする意思は十分に保護されるべきである。同性婚が制度化された場合、同性婚をしている事実は、当然ながら当事者が同性愛者であるというセンシティブ情報を含んでいる。同性婚が認められた場合、それを表示する戸籍などは異性婚に比して慎重に取り扱う必要があるし、例えば、婚姻届を出す場合に周囲の市民から見られないような窓口を設けたり、同性婚戸籍の不適切な取扱いについて特別の罰則を付けたりする制度も考えられる。こうした制度は

「同性婚に対する否定的意見や価値観を有する国民が少なからずいる」ことを「斟酌」して作られる制度だが、十分な理由があり異性婚との区別が違憲とは言い難いだろう。

「限定的」との文言は、「同性婚に対する否定的意見や価値観を有する国民が少なからずいる」ことの「斟酌」を、そうした同性愛者の保護のための特別な考慮の場面にのみ「限定」する趣旨を示したものと理解できよう。

札幌地裁判決の記述は、今説明したような制度を想定した記述と読むべきだが、一読して、そのような趣旨であることが分かりにくいのも事実である。このままでは、立法者が同性婚に対する差別意識に迎合することを認めたかのように読まれてしまう恐れがある。控訴審や他の裁判所では、この記述を是正し、〈立法者が同性婚への差別意識に迎合することは許されないこと〉、〈立法の上で同性婚への差別意識を考慮してよいのは、同性婚を差別から守る特別の制度を設ける場合に限られること〉を明確にすべきである。

第五 おわりに

以上をまとめると次のようになる。

婚姻制度において異性婚と同性婚を不平等に扱う民法・戸籍法を憲法 14 条 1 項違反とした札幌地裁判決はおおむね妥当であり、控訴審においても維持されるべきだし、他の裁判所も同様の判断を行うべきである。

ただし、札幌地裁判決では、憲法 24 条を同性婚に適用する解釈に関する検討が十分でない。また、控訴審や他の裁判所では、立法者が同性婚に対する差別意識へ迎合することはあってはならないことをさらに明確にすべきだろう。

以上