

憲法理論からみた同性婚の省察

渋谷 秀樹

立教大学名誉教授

はじめに

民法学の泰斗・我妻栄が、家族法の分野で残した体系書『親族法』（1961年）に、「〔親族的集団〕の起源を探ることは、不可能に近く、その将来を卜することは、夢に等しい」と記した（1頁）。この予言は、今、さまざまな家族のありようの中に顕在化しつつある。その1つが同性婚である。

1 恋愛関係さらに夫婦関係は男女の間のみに生じるのか？

憲法や民法に定義規定のない「婚姻」の概念について、我妻は「男と女の性的結合は、人類の永続の基礎である」（『親族法』9頁）としたうえで、「婚姻の成立」の実質的要件を叙述する中で「当事者の間に婚姻についての合意がなければならないことは、いうまでもない」とし、「婚姻をする意思（婚姻意思）とは、夫婦関係を成立させるという意味である。しからば、夫婦関係とは何か、といえ、その社会で一般に夫婦関係と考えられているような男女の精神的・肉体的結合というべきである」（同・14頁）とする。この文章に付された後注（1）にも「同性間の『婚姻』はこの意味で婚姻ではない（中川〔中川善之助『親族法』（1960年）〕・158頁参照）。」と記した。

ただし、この記述は、恋愛関係さらに夫婦関係が男女の間に成立すると考えられているという事実認識を示すのか、さらに当為にまで踏み込んで、そうあるべしという規範意識までを示すのかは明らかではない。

2 「婚姻の自由」の憲法上の根拠規定

「婚姻の自由」の根拠規定については、これまで憲法13条後段の「生命、自由及び幸福を追求に対する国民の権利」に求めるのが有力であった。憲法13条と他の人権規定との関係については、その配置からして、個別の人権を総称するものとする説もかつてはあった。しかし、現在は13条で規定された権利と14条以下で規定された個別的権利の関係について、13条は個別的権利と区別された別個独立した権利であるとする説（独立的権利説）もあるが、「生命、自由及び幸福追求」という文言の沿革および表現の一般性、そして人権規定の歴史性からして、個別的権利を包括するもので、個別的権利を特別法とし、この条項を一般法と位置付ける説（独立的保障説、補充説）が通説となった。

その内容として自己決定権と人格権を説くのが学説では一般的であり、自己決定権の具体的内容として「①子どもを持つかどうかなど家族のあり方を決める自由（断種、避妊、妊娠中絶などの問題）、②身じまい（髪形、服装）などライフスタイルを決める自由、③医療拒否、とくに尊厳死など生命の処分を決める自由」（芦部信喜『憲法』128頁〔高橋和之補訂、第7版、2019年〕）、あるいは「①自己の生命・身体の処分にかかわる事柄、②家族の形成・維持にかかわる事柄、③リプロダクションにかかわる事柄」について公権力から干渉されることなく、

自ら決定することができる権利」（佐藤幸治『日本国憲法』212頁〔第2版，2020年〕）とされる。この「家族のあり方を決める自由」または「家族の形成・維持にかかわる事柄……を自ら決定することができる権利」の中に婚姻の自由が含まれるとするのである。確かに，13条には婚姻を異性婚に限定するとも読める「両性」の文言はなく，その点で同性婚にまで婚姻の自由の外延を延ばすことができる。

異性婚とならんで同性婚を認めることは，現行憲法の人権規定の核心（＝基本理念，根本規範）を構成する13条前段の「すべて国民は，個人として尊重される（All of the people shall be respected as individuals）」とする規範との整合性も獲得することができる。個人(individual)とは自律的に判断できる人間をいい，尊重(respect)は自分と他者との関係概念であって，他者を肉体的に支配せず，また精神的にも支配せず，相互に性的指向の違いや価値観の違いを認めあうことを意味する。13条前段は，社会をこの基本理念に基づいて整序する諸法律を作ることとを国会に求め，また，そのように国会が作った諸法律をこの基本理念に忠実に運用することを内閣および行政各部のみならず裁判所にも求める規定である。

「個人の尊重」という憲法の基本理念は，同性婚が現行憲法制定時には想定外であったとしても，後述の非原意主義という憲法学の解釈方法論の主流（後述「5 憲法解釈のあり方」参照）からすると，想定外という空白を埋める規範として機能することになる。

最高裁は，女性のみにも再婚禁止期間を定める民法733条1項の合憲性が争われた事案において，「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，十分尊重するに値する」として，婚姻の自由の問題は，24条1項の解釈問題であるとした（最大判平成27年12月16日民集69巻8号2427頁）。そして，婚姻制度については，24条2項が明文で示した「配偶者の選択……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」ことはいうまでもない。

3 憲法制定時の考え方

日本国憲法（以下「現行憲法」または「憲法」）24条は以下の通りである。

第24条

- 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。
- 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。

その英訳は以下のとおりである。

Article 24.

- ① Marriage shall be based only on the mutual consent of both sexes and it shall be maintained through mutual cooperation with the equal rights of husband and wife as a basis.
- ② With regard to choice of spouse, property rights, inheritance, choice of domicile, divorce and other matters pertaining to marriage and family, laws shall be enacted from the standpoint of individual dignity and the essential equality of the sexes.

24 条の原型となった、総司令部案（いわゆる「マッカーサー草案」）〔1946 年 2 月 13 日〕は以下のとおりである。

Article XXII

The family is the basis of human society and its traditions for good or evil permeate the nation. Marriage shall rest upon the indisputable legal and social equality of both sexes, founded upon mutual consent instead of male domination. Laws contrary to these principles shall be abolished, and replaced by others viewing choice of spouse, property rights, inheritance, choice of domicile, divorce and other matters pertaining to marriage and the family from the standpoint of individual dignity and the essential equality of the sexes.

その日本語訳は以下のとおりである。

第 23 条

家庭は、人類社会の基礎であり、その伝統は、善きにつけ悪しきにつけ国全体に浸透する。婚姻は、両性が法律的にも社会的にも平等であることは争うべからざるものである〔との考え〕に基礎をおき、親の強制ではなく相互の合意に基づき、かつ男性の支配ではなく〔両性の〕協力により、維持されなければならない。これらの原理に反する法律は廃止され、それに代わって、配偶者の選択、財産権、相続、本居の選択、離婚並びに婚姻および家庭に関するその他の事項を、個人の尊厳と両性の本質的平等の見地に立って規制する法律が制定さるべきである。」

（高柳賢三＝大友一郎＝田中英夫『日本国憲法制定の過程Ⅰ原文と翻訳』277 頁〔1972 年〕による。）

この案が日本政府に提示された後、第 1 段が、日本の法文の体裁に合わないし、かつ必ずしも憲法の上に書く必要もないことであるとして削除され、第 2 段が、「婚姻は、両性の合意に基づいてのみ成立し、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」の文言に修正され、第 4 段の「これらの原理に反する法律は廃止され、それに代わって」の部分が、その趣旨は最高法規の章の条文に出ているので必要がないということで削除されたとされる（高柳賢三＝大友一郎＝田中英夫『日本国憲法制定の過程Ⅱ解説』170 頁〔1972 年〕）。このように第 4 段は削除されたが、その趣旨が否定されたわけではなく、憲法 24 条が、立法を強く統制する役割を託された憲法条項であることがわかる。

1946 年 6 月 20 日、帝国議会の衆議院に「帝国憲法改正案（＝内閣草案）」として勅書をもって提出されたものは、以下のとおりである。

第 22 条

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。

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、個人の権威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。

この案は、衆議院・貴族院における審議の結果、衆議院で 2 項にあった「個人の権威」が「個

人の尊厳」に修正され、現在の 24 条となった。

同性間の婚姻について、衆議院・貴族院の審議においてはまったく言及されていない（清水伸編著『逐条日本国憲法審議録〔増訂版〕』第 2 巻 481～545 頁〔1976 年〕）。

総司令部案には、「両性 (both sexes)」、「相互の合意 (mutual consent)」、「男性 (male)」とあることから、「婚姻 (marriage)」は、男性 1 人と女性 (female) 1 人の間で発生する出来事であることを想定していたとも考えられる。

このような条項となった原因は、現行憲法制定時に存在していた民法の婚姻に関する諸条項（明治民法〔明治 29 法 89〕755～792 条）にあると推測できる。これらの条項は、男女の間でのみ法的な婚姻関係が生じうるとしており、それを前提として現行憲法が制定されたからである。当時、一般社会でいう「結婚」のうち、法律で認められた「婚姻」と、法律では認められていない「結婚」、例えば婚礼はあげたものの、子どもが生まれるまでは籍はいれない、つまり「婚姻」関係にはないこともあった。同性同士の「結婚」が事実として存在していたか否かについては定かではないのである。一般社会でいう「結婚」は、明治民法や現行民法〔昭和 22 法 222〕にいう「婚姻」よりも広い概念と考えられるが、どちらの民法にも「婚姻」それ自体の定義規定はないので、以上のような包含関係も定かではない。

さらに、現行 24 条 2 項およびこの条項に相当する諸案の末尾にある「両性の本質的平等」の英文は、the essential equality of the sexes であり、1 項の「両性」の英文の both sexes ではない。ここでは「性」の単純な複数形となっていて、2 項全体の文脈からは「性」による差別禁止をいわんとする規定であるが、その中に、後述するように「性指向」による差別禁止が読み取れないわけでもない。市民的及び政治的権利に関する国際規約〔自由権規約〕2 条 1 項および 26 条の sex という文言については、オーストラリア・タスマニア州のソドミー法に関する個人通報事件において、sexual orientation つまり性指向も含むとの解釈が、1994 年 3 月 31 日、自由権規約人権委員会によって示されているからである。

いずれにしても、私人間の法的関係の一般法である民法も憲法の下位法に過ぎない。下位法の定めが、憲法の内容を決定するのは本末転倒である。ここで考えるべきは、そもそも憲法 24 条 1 項あるいは 13 条が想定している「婚姻」とは何かを考えなければならない。

4 憲法における規範命題の分類

憲法 24 条 1 項あるいは 13 条の定める規範命題の解明のためには、まず憲法における規範命題の分類を明確にしておく必要がある。

憲法上の規範は様々な視点から分類できる。統治組織に関する条項について組織規範か権限規範か、権利に関する条項について主観的規範（人権保障）か客観的規範（制度的保障）か、などの分類がそれである。

憲法に規定された規範の名宛人は、国の中央政府を構成する国会・内閣・裁判所および地方政府（地方公共団体）である。そして、条件プログラムとして定められた条項は、一定の仮定条件（=要件）が実際に充たされた場合、これらの政府機関がどのように振舞うべきか（=効果）を定めている。このような条項を、効果に着目する命題として分類すると、①「……しなければならない」として作為を命じる命題（以下「下命題」）、②「……してはならない」として不作為を命じる命題（以下「禁止命題」）、③「……してもよろしい」として作為・不作為のどちらも容認する命題（以下「許容命題」）の 3 種類に仕分けることができる。

組織規範に関する条項にも、条項自体が一定の裁量を認める場合もある。例えば、憲法 93 条 1 項は、「地方公共団体には、……その議事機関として議会を設置する」とするが、代表民主政より住民の意思をより直截に反映する直接民主政の制度を設けることを許容していると解されて、現に地方自治法 94 条は議会に代えて「町村総会」の設置を認める。しかし、このような理由付けが憲法の基本理念から導き出される場合以外は、下命命題あるいは禁止命題と考えるべきことになる。組織の編制やその権限について、法律が、憲法が設定した制度設計原理を恣意的に変更してはならないからである。

他方、人権に関する条項は、権利の多様性からして、容易に判別しづらいことも多い。例えば、生存権の性質をめぐって、プログラム規定説、抽象的権利説、具体的権利説などとして諸説が説かれていた（渋谷・前掲『憲法』274 頁以下〔第 3 版〕参照）のは、憲法 25 条の規範命題の位置付けに、さまざまな理解がありえたからである。

(1) 許容命題と解した判決

憲法上の権利の領域において、地方公共団体の長と地方議会の議員の選挙権（以下「地方選挙権」）を定住外国人にも保障しているかが争点となった事案において、最高裁は以下のように判示している（最 3 小判平成 7 年 2 月 28 日民集 49 卷 2 号 639 頁）。

【判示事項 1】「憲法 15 条 1 項……は、国民主権の原理に基づき、公務員の終局的任免権が国民に存することを表明したものにはほかならないところ、主権が『日本国民』に存するものとする憲法前文及び 1 条の規定に照らせば、憲法の国民主権の原理における国民とは、日本国民すなわち我が国の国籍を有する者を意味することは明らかである。そうとすれば、……憲法 15 条 1 項の規定は、権利の性質上日本国民のみを対象とし、〔この〕規定による権利の保障は、我が国に在留する外国人には及ばない。……憲法 93 条 2 項にいう『住民』とは、地方公共団体の区域内に住所を有する日本国民を意味するものと解するのが、相当であり、……我が国に在留する外国人に対して、地方公共団体の長、その議会の議員等の選挙の権利を保障したものということはできない」。

【判示事項 2】「憲法 93 条 2 項は、我が国に在留する外国人に対して地方公共団体における選挙の権利を保障したものとはいえないが、憲法第 8 章の地方自治に関する規定は、民主主義社会における地方自治の重要性に鑑み、住民の日常生活に密接な関連を有する公共的事務は、その地方の住民の意思に基づきその区域の地方公共団体が処理するという政治形態を憲法上の制度として保障しようとする趣旨に出たものと解されるから、我が国に在留する外国人のうちでも永住者等であってその居住する区域の地方公共団体と特段に緊密な関係を持つに至ったと認められるものについて、その意思を日常生活に密接な関連を有する地方公共団体の公共的事務の処理に反映させるべく、法律をもって、地方公共団体の長、その議会の議員等に対する選挙権を付与する措置を講ずることは、憲法上禁止されているものではないと解するのが相当である。しかしながら、右のような措置を講ずるか否かは、専ら国の立法政策にかかわる事柄であって、このような措置を講じないからといって違憲の問題を生ずるものではない」。

(2) 解題

この判決は、【判示事項 1】において、憲法 93 条 2 項の文言と国民主権の原理に照らすと、定住外国人の選挙権は保障していないとする。規範命題の視点から言い換えると、この条項は国会に定住外国人に対して地方選挙権を付与する法律の条項をつくる義務があるとする「下命命題」ではないことを確認している。ところが【判示事項 2】においては、憲法は「法律をも

って、地方……選挙権を付与する措置を講じることは、憲法上禁止されているものではない」、つまりこの条項は外国人に地方選挙権を付与することを禁止する「禁止命題」でもないことを明言する。そうした上で、地方自治において「日常生活に密接な関連を有する地方公共団体の公共的事務の処理に反映させる」必要性を説いて、憲法 93 条 2 項は、法律で定住外国人に地方選挙権を付与することを許容する条項である、つまり「許容命題」とであると結論付けるのである。このような結論に導いたものは、憲法の基本理念、ここでは民主主義の原理にはかならない。

5 憲法解釈のあり方

(1) 原意主義と非原意主義

アメリカ合衆国においては、合衆国憲法をめぐって、原意主義 (originalism) に依るべきか、それとも非原意主義 (non originalism) に依るべきかについて、学界さらには合衆国最高裁内部においても激しい論争があった(野坂泰司「憲法解釈の理論と課題」公法研究 66 号 1 頁〔2004 年〕等参照)。

原意主義は、解釈主義 (interpretivism) ともいわれ、裁判所が憲法解釈を行うに際しては、憲法の条文、制憲者の意思、憲法の構造に依拠すべきであり、それらを超えて憲法の意味を拡大すべきではないとする立場である。これに対して、非原意主義は、非解釈主義 (non interpretivism) ともいわれ、裁判所が憲法解釈を行うに際しては、憲法の条文、制憲者の意思、憲法の構造を超越して基本理念の実現を図ることが正当化されるとする。

そのほかに、この中間的な考え方もあるが、原意主義は少数説にとどまり、非原意主義が有力であると評されている。その理由は以下のように説明される。すなわち、憲法が制定された後、社会状況・経済状況は、その時には予想できなかったほどの変革をとげた。憲法制定時の考え方だけを墨守していたのでは、その変革には対応できない。そこで、それぞれの条文の背景にあって、基本的と考えられた理念あるいは価値はそもそも何であったか、にまで遡って考え、その基本理念に照らして、憲法の条文を解釈し、その解釈に抵触する法律の条項にも解釈または立法によって修正を施していくのが、合理的で正義にかなった結論を導き出すことができるとする。

(2) 日本の立法における非原意主義

日本においても、前述の地方自治法に設けられた「町村総会」も憲法 93 条 1 項の文言の枠を超えて、現行憲法の基本理念である民主主義原理に立ち返って法律の中に定められたものであり、立法時に非原意主義的措置を施したものと解することができる。

(3) 日本の判例における非原意主義

定住外国人の地方選挙権のケースも、憲法制定後、1952 年のサンフランシスコ平和条約の発効にともない、この条約には国籍に関する規定はないのに当時の法務府民事局長通達によって旧植民地出身者は日本国籍を喪失することになった。

しかし、多数のいわゆる在日コリアンなどが存在するという現実、ブラジルからの日系人の子孫の受け入れ、さらには国際的な人口の流動化現象という日本社会の変革に対応するため、国民主権の原理にいう「国民」を厳格に考える原意主義では対応できない現実を前にして、現行憲法になって地方自治がなにゆえに憲法上の規範性を獲得したのかという背景となった基本理念を探究する非原意主義的思考を用いて、憲法 93 条 2 項を許容命題と位置付けて、この現

象への対応を国会に迫った判決と考えられる。

6 憲法 24 条 1 項はどの規範命題か

(1) 文言からの理解

同性婚訴訟の焦点となった憲法 24 条 1 項はどの規範命題を設定していると理解すべきか。

憲法 24 条 1 項は、文言上は「両性」、つまり男性と女性の間の婚姻を保障しているように見える。そのように解すると、男性と女性の間の婚姻を禁止する法律を作ってはならないこと（「禁止命題」）、それと表裏の関係において、男性と女性の間の婚姻を整序する法律を作することを命じている（「下命命題」）と解されることになる。もっとも、文言上は異性間の婚姻の規定で、憲法制定当時は同性間の婚姻を想定していなかったと思われ、同性間の婚姻を明確に排除していると断定することはできない。そのような理解を前提とすると、同性間の婚姻も 24 条の射程に入るとも考えられ、以上の記述は、あくまで憲法制定当時に考えられていたと推定される命題の性質の理解にすぎないことを留保しておきたい。

歴史的には、明治民法が定めた条項の中で憲法 24 条と矛盾する点、例えば、家制度や男女の不平等などを修正する「日本国憲法の施行に伴う民法の応急措置に関する法律」（昭和 22 法 74）が、憲法施行日（1947 年 5 月 3 日）と同日に施行され、親族に関する条項を全面的に改正する現行民法は、1948 年 1 月 1 日に施行された。現行民法の婚姻に関する諸条項は、明治民法の関連条項を惰性的に継承したに過ぎず、男性と女性の間の婚姻（以下「異性婚」）以外の結婚、つまり男性と男性または女性と女性の間の結婚（以下「同性婚」）について、どの規範命題を憲法が選択したかを熟考することなく、現在に至っているというほかない。

(2) 制憲過程からの理解

「3 憲法制定時の考え方」においてみた資料をみるかぎり、同性婚は議論の俎上にすらのぼっていない。当時それは想定外の事柄であり、それゆえに議論されなかったと推測される。この「想定外」をどう理解すべきか。「同性婚を禁止すべし」とする禁止命題と断言できるかという、同性婚については制憲過程の議論に登場しないので、この設問に対しても明確に回答を導き出すことはできない。文言上は、あくまで空白のままである。

(3) 学説からの理解

学説をみると、我妻栄『親族法』18 頁脚注(1)に引用された、家族法研究の当時第一人者であった中川善之助の叙述からみると、同性婚は法律上の婚姻ではありえない、ということを前提にしているようにも見える。また、憲法学者の宮澤俊義のコンメンタール『日本国憲法』（1955 年）も 24 条 1 項の解説として「婚姻が有効に成立するための要件は、婚姻する男と女との合意だけであり、それ以外の要件を禁ずる意である」（257 頁）としているが、これは明治民法の下で婚姻の要件としての当事者以外の同意（戸主等）を置いた点を不要としたことに力点がある叙述と解される。法学協会編『註解日本国憲法』上巻（1953 年）には、夫婦の同氏強制について、「民法がその際配偶者は同一の氏を称しなければならないとして、その一方の氏の放棄を強制しているのは、単なる方式以上の実質的な制限を定めるもので行き過ぎではあるまいか」（474 頁）との注目すべき叙述はあるが、同性婚への言及はない。

以上のことからすると、文言、制憲過程そして従前の学説からは、憲法制定時から現在に至るまで、同性婚についてどの命題が確固として導き出されるかは不明であると解するほかない。

7 「婚姻」の定義とその流動性

憲法 24 条 1 項の規範命題の位置付けを定める前に、まず、この条項にある「婚姻」の定義を考察してみることにしよう。「婚姻」の定義に照らして「同性婚」についての規範命題に迫ることもできると考えるからである。

(1) 学説と判例

我妻栄の『親族法』本編の 1 頁の冒頭に、「人類は、男女の性的結合によって、子孫の増殖をはかり、集団を形成して、外敵と自然の暴威を防いで、その存続・発展を遂げてきた」とする。我妻は「男女の性的結合」と「子孫の増殖」を夫婦関係の必須要素としているとも読める。

最高裁が「婚姻」を正面から定義した判例として、1987 年の婚姻関係の破綻をめぐる大法廷判決がある。この判決は、「婚姻の本質は、両性が永続的な精神的及び肉体的結合を目的として真摯な意思をもって共同生活を営むこと」とした（最大判昭和 62 年 9 月 2 日民集 41 巻 6 号 1423 頁）。ここでも、婚姻が「両性」の間で生じること、「肉体的結合を目的」とすることを前提としている。

(2) 生殖作用は必須の要件か

夫婦関係の定義の要素の 1 つに子孫の増殖のための行為、つまり生殖作用があげられることが多い。しかし、婚姻と生殖作用とは、別問題であることは、旧民法〔明治 23 法 98〕制定の際の議論において、すでに決着済みである（熊野敏三・岸本辰雄『民法正義人事編巻之壺』192～193 頁〔1890 年〕等）。高齢者同士や、肉体上の問題で子どもが産めない夫婦に婚姻を認めないのは不条理であるから、生殖作用を婚姻の要件とすることはできないことは容易に理解できる。

婚姻の本質を突く、最もわかりやすい定義と感じたのは、私が東京大学法学部 4 年次在学中に履修した我妻栄の高弟の 1 人・星野英一教授の民法第 4 部〔親族・相続法〕の講義で聴いた「婚姻とは、テーブルとベッドを共にする関係」という定義である。その主語に「男女」はなかったように記憶している。

(3) 婚姻は結社の部分集合である

私が赤坂正浩教授と共著『憲法 1 人権』の初版を 2000 年に公刊した時、同性婚を承認する国（あるいは州）は少数にとどまったが、「婚姻」の問題を「Chapter16 集会・結社の自由/家族形成の自由」の中に位置付け、婚姻の自由を結社の自由の特別法として日本で初めて位置付けたと自負している。

憲法 21 条 1 項が保障する「結社（association）」を「2 人以上の人が共通の目的で一時的または継続的に団体を形成すること」と私は定義付けた。私の考える婚姻の現在の定義は、この意見書の最後に示すことにして、とりあえずは、結社の定義でいう「共通の目的」は、星野の定義を借りれば、「寝食を共にすること」であり、時間的な観点からは「継続的」な団体ということを経験して確認しておきたい。この定義には、性別を表す言葉も、生殖作用そのものを表す言葉も登場しない。

「はじめに」で引用した我妻『親族法』の「〔親族的集団〕の起源を探ることは、不可能に近く、その将来を卜することは、夢に等しい」との記述は、我妻であつても、夫婦の将来のあり方を予見することは不可能であることを予見している。この諦観ともいえる記述は、「婚姻」についての規範命題の流動性を語っていると読むことができる。

8 諸外国の動向

諸外国における同性パートナーシップの法的保障の始まりは、1989 年デンマークで導入された登録パートナーシップ制度である。その後 ノルウェー、スウェーデン、アイスランドなどがこの制度を導入したが、制度として同性婚を導入したのは、2000 年のオランダが最初である（施行は 2001 年）。その後、ベルギー、スペイン、カナダ、南アフリカ、ノルウェー、スウェーデン、ポルトガル、アイスランド、アルゼンチン、デンマーク、ウルグアイ、ニュージーランド、フランス、ブラジル、イギリス、ルクセンブルグが続いた。

そして、2015 年にアメリカ合衆国最高裁判所は、*Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. 644 (2015) において、婚姻の権利は合衆国憲法が保障する基本的権利（fundamental right）であり、その制限は同憲法第 14 修正 1 項が保障する適正手続（due process of law）に反すること、国の社会秩序の要となる婚姻につき同性婚と異性婚との間に違いはないこと、異性婚を不利に扱う行為は同項が保障する法の平等保護（equal protection of the laws）に反することを理由として、州政府が同性カップルに対し婚姻許可証を発給しないこと、他州で合法的に認められた同性カップルの婚姻を承認しないことを違憲として、アメリカ合衆国では同性婚を認めることが憲法上の下命命題であることが確立した。

さらに、アイルランド、コロンビア、フィンランド、マルタ、ドイツ、オーストラリア、オーストリア、台湾、エクアドル、コスタリカでも同性婚が導入されている。

台湾では、2017 年、憲法裁判所に該当する司法院が、同性婚を認めない同国民法の規定は憲法違反との解釈を示し、2019 年、同性婚を認める民法改正がなされた。

9 日本における意識調査

2015 年に全国 130 地点を調査地域とし 20 から 79 歳までの男女を対象に行われた意識調査（以下、「2015 年全国調査」という。）は、研究者グループによるものであり信頼性が高く、また、地域、年齢とも広範に対象としており日本での同性婚に対する意識を知る上で非常に有用である。2015 年全国調査によれば、「同性どうしの結婚を法で認めること」については、反対・やや反対を合わせた回答は 41.3%で、賛成・やや賛成を合わせた回答が 51.2%と上回り、過半数となった（『性的マイノリティについての意識—2015 年全国調査報告書』（釜野さおり・石田仁・風間孝・吉仲崇・河口和也 2016『性的マイノリティについての意識—2015 年全国調査報告書』科学研究費助成事業「日本におけるクィア・スタディーズの構築」研究グループ（研究代表者 広島修道大学河口和也）編）。

さらに、2019 年にも 20 から 79 歳までの男女を対象とする研究者グループによる同様の調査（調査地点は全国 275 地点に拡大）が行われた（『性的マイノリティについての意識:2019 年（第 2 回）全国調査報告会配付資料』JSPS 科研費（18H03652）「セクシュアルマイノリティをめぐる意識の変容と施策に関する研究」（研究代表者 広島修道大学 河口和也）調査班編）。2015 年の段階で既に、賛成・やや賛成を合わせた回答が 51.2%と過半数となっていたが、2019 年はさらに賛成・やや賛成が増え、賛成・やや賛成の合計は 64.8%となった。2015 年全国調査からは 13.6%も増加している。一方、反対・やや反対の合計は 30.0%で、11.3%減少した。

新聞紙などマス・メディアの調査の結果も、同性婚を賛成する割合において同様の傾向を示している（例えば、朝日新聞が 2021 年 3 月に公表した RDD 方式による世論調査結果によると、「同性婚を認めるべきだ」が 65%、「認めるべきではない」は 22%であった）。

10 解釈の決め手となるのは何か

(1) 諸外国の動向

以上、諸外国の動向と日本における意識調査を見てきた。確かにこれまでの最高裁が法令違憲の判断を示した国籍法非準正子差別違憲判決（最大判平成 20 年 6 月 4 日民集 62 卷 6 号 1367 頁）や非嫡出子法定相続分違憲判決（最大決平成 25 年 9 月 4 日民集 67 卷 6 号 1320 頁）は、非嫡出子に関する各国の処遇の変化に鋭敏に反応し、これらの事案で問題となった条項は、関連する法律の条項の制定時には合憲であったが、国際的な見直しの傾向を理由の 1 つとして、違憲となったと解すべきとした。

例えば、前者の判決は、「諸外国においては、非嫡出子に対する法的な差別的取扱いを解消する方向にあることがうかがわれ、我が国が批准した市民的及び政治的権利に関する国際規約及び児童の権利に関する条約にも、児童が出生によっていかなる差別も受けないとする趣旨の規定が存する。さらに、国籍法 3 条 1 項の規定が設けられた後、自国民である父の非嫡出子について準正を国籍取得の要件としていた多くの国において、今日までに、認知等により自国民との父子関係の成立が認められた場合にはそれだけで自国籍の取得を認める旨の法改正が行われている」とし、後者の判決は、「ドイツにおいては 1998 年（平成 10 年）の『非嫡出子の相続法上の平等化に関する法律』により、フランスにおいては 2001 年（平成 13 年）の『生存配偶者及び姦生子の権利並びに相続法の諸規定の現代化に関する法律』により、嫡出子と嫡出でない子の相続分に関する差別がそれぞれ撤廃されるに至っている。現在、我が国以外で嫡出子と嫡出でない子の相続分に差異を設けている国は、欧米諸国にはなく、世界的にも限られた状況にある」とした。

(2) 日本における意識調査の結果

日本における意識調査の結果は「9 日本における意識調査」でみたが、これが憲法解釈の決め手となるのか。憲法がカバーする領域、そのうちでもとりわけ人権の領域において、違憲か否かの判断において、国民意識の多寡を基準として用いることは、一般論として回避すべきであると私は考える。なぜならば、憲法裁判で人権侵害として問題となるのは法律（またはその中の個別の条項）である。法律案は、国会で原則として過半数の可決によって法律となる（憲法 59 条）。つまり、法律は、国民代表の多数派の意思によって制定される。しかし、そのような民主的プロセスの多数決原理を経て制定された法律によって、少数者の権利が不条理に抑圧されている場面が現実には起こりうる。現行憲法 81 条自体が、そのような場면을想定して、裁判所に法令の違憲審査権を与えたことを忘れてはならない。この問題は、例えばハンセン病にかかわる事案において如実に表れている。この状況に警鐘を鳴らしたのが、ハンセン病国家賠償訴訟・熊本地判平成 13 年 5 月 11 日判時 1748 号 30 頁であり、ハンセン病患者特別法廷違憲訴訟・熊本地判令和 2 年 2 月 26 日判例集未登載であった。

チャタレー事件・最大判昭和 32・3・13 刑集 11 卷 3 号 997 頁が判示したように、「相当多数の国民層の倫理的感覚が麻痺しており、真に猥褻なものを猥褻と認めないとしても、裁判所は良識をそなえた健全な人間の観念である社会通念の規範に従って、社会を道徳的頹廃から守らなければならない。けだし法と裁判とは社会的現実を必ずしも常に肯定するものではなく、病弊墮落に対して批判的態度を以て臨み、臨床医的役割を演じなければならぬのである」とする自覚は、この事案における判断の可否は措くとしても、憲法 76 条 3 項が「すべての裁判官は、

その良心に従ひ独立してその職権を行ひ、この憲法及び法律にのみ拘束される」と定めた内容と符合している。

この条項は、常に憲法の基本理念に基づく正義に従わなければならないことを裁判官に命じる下命命題で、憲法遵守義務を公務員一般に課す憲法 99 条を、さらに裁判官につき徹底させたものである。

しかしながら、一般論としては以上のように解すべきものと考えるが、とりわけすべての自然人が関係する家族に関する人権規定の解釈は、「わいせつ」の解釈とは異なり、人々がどのような価値観のもとで生活しているかの認定を避けて通ることはできない。24 条の中核（＝根本規範）は、対等な当事者を前提とした家族制度の創設、合意以外の婚姻要件の排除であるが、それ以上の 24 条の内容は、社会や時代の変化に応じた具体的な立法や憲法解釈によって具体化し、また変動しうると考えるべきである。

例えば、憲法 21 条の表現の自由に「知る権利」が含まれると解釈され（博多駅事件・最大決昭和 44 年 11 月 26 日刑集 23 巻 11 号 1490 頁、沖縄密約電文漏洩事件・最決昭和 53 年 5 月 31 日刑集 32 巻 3 号 457 頁等）、同条は明文にない「知る権利」に関しても下命命題の規定となった。また憲法 13 条に「私生活の自由」が含まれると解釈され（京都府学連事件・最大判昭和 44 年 12 月 24 日刑集 23 巻 12 号 1625 頁等）、さらにこれらの判例から「プライバシーの権利」が導かれる（外国人指紋押捺強制事件・最判平成 7 年 12 月 15 日刑集 49 巻 10 号 842 頁等）としている。

人権規定の解釈の変更を促す要素の 1 つと考えられる「社会の変化」の中に、裁判所のいう「国民意識の変化」が含まれる。婚姻や家族の捉え方が多様化している事実は、かつて中川善之助などの家族法研究者の一部が「同性同士の関係は婚姻に含まれない」とした時点とは「家族」「婚姻」の一般的国民の理解が異なっていることを上記の意識調査は顕著に示していて、現在の時点で、それを 24 条の解釈から排除することはできない。

(3) 立法事実

立法事実とは、法律の基礎を形成し、かつその合理性を支える社会的・経済的・政治的・科学的事実である。同性婚訴訟の場合、「諸外国の動向」は国際政治的事実の 1 つであり、「意識調査の結果」は社会的事実の 1 つである。民法で異性婚のみが法律婚であると認められる結果、民法その他の法律が保障する相続などの経済的利益は、法律婚ではない同性婚には認められないことによって生じている経済的事実である。以上の事実はいずれも重要であるが、同性婚と異性婚の差別が問題となっている本件訴訟においては、その差別に合理的根拠があるのか、重要な要素であり、差別の合理的根拠が精神医学上・心理学上論証されているのかに注目する必要がある。

本件訴訟では、現行民法が異性婚のみを法律婚と認めているが、果たしてこのように限定する立法事実が現在存在するのかをまず検証しなければならない。そのような立法事実が存在しなれば、それは翻って憲法 24 条 1 項の解釈内容、さらにはその規範命題の性質の確定に決定的な影響を及ぼすからである。

(a) 1972 年までの知見

日本では、戦前から憲法制定時を経て 1970 年ごろに至るまで、同性愛に関する精神医学・心理学における知見は、変態性欲の 1 つとされた。男の同性愛である鶏姦や女の同性愛である女子相姦は、精神異常者や性欲倒錯者に多くみられるとされ、精神医学的に病理とされた。

心理学においても、同性愛は性欲の質的異常とされ、異性愛への心理的成熟以前の、精神的・肉体的な同性愛経験によって後天的に定着した場合に生じるとされ、その後、異性愛者となる場合が一般的ではあるが、それが定着してしまうこともあるとして性的不適応の一種とされ、自己暗示・自己観察・原因探求などの心理療法の対象となると考えられた（小南又一郎『実用法医学綱要』83頁〔1946年〕、日本応用心理学会『心理学講座』18頁〔1953年〕、加藤正明「性欲の質的異常」井村恒郎ほか編『異常心理学講座第1部（D）性及び性格(2)』19頁〔1955年〕等）。

アメリカ精神医学会（American Psychiatric Association）が1952年に刊行した『精神障害のための診断と統計の手引き（Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders）』（第1版）（=DSM-I）および1968年に刊行した同書（第2版）（=DSM-II）において、同性愛は病理的セクシュアリティを伴う精神病質人格又は人格障害とされていた。

世界保健機構（WHO）が公表した『疾病及び関連保健問題の国際統計分類（International Statistical Classification of Diseases and Related Health Problems）』（国際疾病分類=ICD）においても、同性愛は性的偏倚と性的障害の項目に位置付けられていた。

(b) 1973年以降の知見の変更

ところが、アメリカ合衆国を中心に、第2次世界大戦の戦中・戦後から同性愛・同性愛者についての実証的研究が取り組まれ、同性愛を精神疾患とする従来の知見に実証的根拠がないことが明らかにされていった。このような知見が蓄積される中で、1970年前後からは同性愛を精神疾患から外すよう同性愛者らが働きかけ、アメリカ精神医学会は、1973年、同性愛を同学会の精神障害のリスト（DSM）から取り除くとの決議を行い、アメリカ心理学会も、この決議を支持し、同性愛それ自体では、判断力、安定性、信頼性、一般的な社会的能力または職業遂行における障害を意味しないとの決議を採択した。

アメリカ精神医学会は、1980年に刊行した『精神障害のための診断と統計の手引き』（第3版）（DSM-III）において、同性愛自体は精神疾患に該当しないことを前提に、同性愛者である患者が、同性愛的興奮の持続したパターンが嫌で、持続的な苦悩の源泉であったと訴える場合のみが、精神疾患に当たるものと改訂したが、これについても、1987年に刊行された第3版の改訂版（DSM-III-R）において削除され、いかなる意味でも同性愛は精神疾患とはされなくなった。

世界保健機構も、1992年、同性愛を疾病分類から削除した『国際疾病分類』改訂第10版（ICD-10）を発表し、あわせて同性愛はいかなる意味でも治療の対象とならない旨を宣明した。

日本では、1995年1月、厚生省がICD-10を政府の公式の疾病分類として採用した。そして、日本精神神経医学会も、ICD-10を採用すること、ICD-10に「性的指向は障害とみなされない」との規定を尊重することを明らかにした。日本においても、政府および学会は、同性愛を精神疾患とはみなさないことを明言したのである。

(c) 精神医学的・心理学的知見の変更の意味

以上の精神医学的・心理学的知見、つまり科学的知見の変更は、現行法律の評価、さらには憲法解釈に何をもたらすのか。

アメリカ合衆国で後に最高裁判事となったブランドイスが弁護士として活躍した時期に、女性労働者保護立法の合憲性を支持するために膨大な統計学上の資料を提出したことで知られる。女性労働者の最長労働時間を1日10時間に制限する州法の合憲性が争われた事件（Muller v.

Oregon, 208 U.S. 412 [1908]) において、ブランドイス弁護士の提出した上告趣意書は、伝統的な法律論には 2 頁をあて、残り 100 頁余りを長時間労働が女性の健康に与える悪影響についての医学的論証・証言・統計資料によって構成されていた。19 世紀末葉から 20 世紀初頭にかけて州議会が制定した労働時間制限法、最低賃金法などの労働者保護立法を契約の自由 (liberty of contract) を侵害するとして違憲とし続けた合衆国最高裁に対して、立法の根拠となった社会的・経済的・政治的・科学的事実に注目することの重要性を強調した斬新なスタイルの上告趣意書として有名になり、その後アメリカの憲法裁判で広く用いられるようになった。このような手法を用いる準備書面は、後にブランドイス・ブリーフ (ブランドイスの準備書面) と呼ばれるようになった。

前述のとおり、憲法 24 条 1 項が、少なくとも男女間につき婚姻を禁止する法律を作ってはならず (禁止規範)、さらに婚姻を整序する法律を作することを命じている (下命命題) ことについては争いがない。本件訴訟の争点は、同性婚を異性婚と並ぶ同等の法律上の婚姻と認めるか否かである。同性婚を法律上の婚姻と認めない現行民法および戸籍法の諸条項を支える立法事実は、同性愛が精神疾患あるいは性格異常と認める精神医学・心理学上の知見、世界の動向そして国民意識にあった。精神医学・心理学上の知見が、劇的に変化して同性愛が精神疾患あるいは性格異常であるとする従来の知見が否定され、さらに世界の動向そして国民意識が大きく変わった以上、婚姻に関する現行民法および戸籍法の諸条項を支える立法事実は根本から変わったと評価しなければならない。

(d) 同性婚に関する憲法 24 条 1 項の規範命題の変化

世界的にパートナーシップが認められはじめた時期は、この同性愛に関する精神医学・心理学における知見の変更が WHO の追認によって国際社会に浸透していった時期と符合する。この時期にやや遅れて、この制度や同性婚を認めた国においては、同性婚の法的承認が下命命題とされなかった時期から、許容命題へと移行していったと考えられ、法律によってそれを承認する国々が増加していった。

さらに、2008 年には、11 の国と地域、国連人権高等弁務官と 2 つの国連 NGO によって国連 LGBTI コアグループが結成され、国連において LGBTI の問題を中心的に推進するグループができた。コアグループの結成に構成国として加わった日本政府は、2008 年以降、国際社会に対して性的指向と性自認に基づく差別の撤廃に関して積極的に役割を果たすことを表明したといえる。

その後、2011 年と 2014 年には、国連人権理事会において、性的指向や性自認を理由とした差別と暴力に重大な懸念を表明する決議が採択され、日本政府はこれらに賛成している。また、2015 年には、アメリカ合衆国最高裁判所の前記判決 (Obergefell v. Hodges, 576 U.S. 644 [2015]) が出され、アメリカ合衆国内において同性婚を認めることが憲法上の下命命題であることが確立するという、国際社会においても重要な変化があった。

これらを踏まえると、日本においても、遅くとも Obergefell v. Hodges, 576 U.S. 644 (2015) が出された時点で、同性婚の法的承認は、許容命題から下命命題へと変化を遂げたといえることができる。

異性婚のみを法的に認める日本の民法および戸籍法の婚姻をめぐる諸条項は、その内容を肯定し支える立法事実が失われた以上、今やその合理性を支える基盤を失い、同性婚の保障は日本においても義務付けられる時期が訪れたのである。

社会の変化によって「知る権利」が 21 条における許容命題から下命命題と解されるようになったのと同様に、それまでの憲法 24 条 1 項の同性婚に対する態度は空白としかいいようがなく規範命題としての性質はあいまいであったが、現時点において、同項は、世界の動向、国民意識、そして医学上・心理学上の知見に支えられて下命命題としての位置付けを獲得したのである。

11 平等原則違反の問題

以上、本件で問題となる実体的権利としての「婚姻の自由」の観点から、同性婚の位置付けをみてきた。憲法上の権利の制約・侵害が問題となる事案において、実体的権利とともに、憲法上の権利さらにはその他の法的な利益・不利益に横断的に平等原則が問題となる。同性婚の保障が問題となったアメリカ合衆国最高裁判所判決（*Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. 644 (2015)）は、日本の憲法 13 条の機能を果たしている合衆国憲法第 14 修正 1 項の適正手続条項が婚姻の権利を実体的に基本的権利として保障するとした上で、異性婚を同性婚に比して不利に扱うことは同項の保障する法の平等保護にも違反するとした。本件の場合も、憲法上の論点としては、婚姻の自由という実体的権利と並んで異性婚に保障される法的権利・利益との不平等も問題となる。

「10 解釈の決め手となるのは何か」でみた①国籍法非準正子差別違憲判決（最大判平成 20 年 6 月 4 日民集 62 巻 6 号 1367 頁）と②非嫡出子法定相続分違憲判決（最大決平成 25 年 9 月 4 日民集 67 巻 6 号 1320 頁）は、いずれも非嫡子の処遇の憲法 14 条 1 項違反が争点となった事案である。①は実体的権利としては、国籍を届出という簡便な手続で獲得できるという法的利益と、平等原則としては準正子と非準正子との間の手続的ハードルの違いが問題となった。②は実体的権利としては、法定相続分という財産権と、平等原則としては準正子と非準正子との間の法的相続分の違いが問題となった。

①②の判決は、いずれも実体的権利については焦点を合わせず、平等原則に焦点を絞って結論を出している。非嫡出子という地位について、判決①は、「非嫡出子についてのみ、父母の婚姻という、子にはどうすることもできない父母の身分行為が行われない限り、生来的にも届出によっても日本国籍の取得を認めないとしている点は、今日においては、立法府に与えられた裁量権を考慮しても、我が国との密接な結び付きを有する者に限り日本国籍を付与するという立法目的との合理的関連性の認められる範囲を著しく超える手段を採用しているものというほかなく、その結果、不合理な差別を生じさせている」とした。また、判決②は、「子にとっては自ら選択ないし修正する余地のない事柄を理由としてその子に不利益を及ぼすことは許されず、子を個人として尊重し、その権利を保障すべきであるという考え方が確立されてきている」とした。

非嫡出子という地位は憲法 14 条 1 項に規定された「社会的身分」に該当する。同項に列举された 5 つの事由について、学説は、区別の基準がこれらに該当する場合には、裁判所においてその区別の合理性について、原則として厳格審査がなされるべきとする。これに対して、最高裁は、これら 5 つの事由は例示に過ぎないとするが（最大判昭和 25 年 10 月 11 日刑集 4 巻 10 号 2037 頁等）（以上については、渋谷・前掲『憲法』202～204 頁〔第 3 版参照〕、上記の判決・決定が示すように、自らの意思によっては変更できない地位に着目して、その地位による区別につき、最高裁は、学説にいう厳格審査をしたのと同等の審理をおこない違憲の判断

を下している。

性的指向は、科学的知見として、精神医学上治療の対象となる精神疾患でもなく、心理学上も後天的に形成された異常性格ではないと認められた。憲法 14 条 1 項列举事由でいうと、性的指向に基づく差別は、憲法 14 条 1 項の「性別」に基づく差別と解される。

憲法裁判の実務のあり方としては、司法試験の答案のように憲法上の論点、あるいは原告の主張すべての論点に対して回答する必要は必ずしもない。裁判はやはり結果が重要であり、違憲という結論がいずれかの論点につき導き出されるのであれば、それで足りるともいえるからである。ただ、本意見書は、本件における理論上の論点についての知見を示す必要があるので、詳細にわたることはできないが、平等原則についても最後に指摘しておくことにした。

むすび

私は、かつて著わした体系書において、同性間の婚姻を認める国の出現にふれ、従来の社会通念の根本的見直しが迫られていることや性的マイノリティの尊厳をいかに保障するかという課題がマジョリティに突きつけられていることに言及しつつ、なお、「同性間の婚姻が異性間の婚姻と同程度に保障されると解することは憲法の文言上困難である」（渋谷・前掲『憲法』463 頁〔第 3 版〕）とした。しかし、これは、異性間の関係だけが法的保護に値し同性間の関係は保護に値しない劣ったものとする社会通念を科学の面から支えていた精神医学と心理学において上記の知見の変更があったことを不覚にも知らずに記したものであった。この意見書をもって、この見解は誤りであったことを確認し、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。

以上の分析を踏まえて、「婚姻」を再定義すれば、「相互の指向と価値観を理解し共有し合える個人同士が互いを信じあって対等に生きる時間を分かち合うために創った結社」とすべきであろう。

2022 年 2 月 1 日