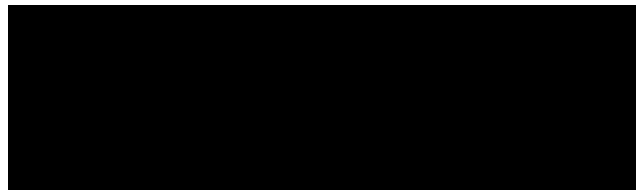


意見書

2022年5月9日
立命館大学名誉教授
法学博士
二宮 周平



はじめに

被告国は、婚姻について定めた民法・戸籍法の諸規定（以下「本件諸規定」）の目的に関して、「一人の男性と一人の女性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特に法的保護を与えることにあると解するのが相当である」と主張する（大阪地方裁判所平成31年（ワ）第1258号損害賠償請求事件、被告第5準備書面〔令和3年9月24日〕22頁）。本件訴訟において重要な争点の一つは、本件諸規定の立法目的である。私見は、先に提出した意見書において示しているところではあるが、この点に特化してより詳細に述べたい。

1 「目的」概念の解釈手法

本件では、本件諸規定の目的が問われているのだから、①法制度としての婚姻の目的であり、法が予定し期待する役割という意味での目的である。それは、法規定に明記されていない限り、立法の経緯や婚姻に関する法の規定全体から解釈により明らかにされるが、法制度である以上、上位の法である憲法と整合するものでなければならない。

他方で、①を明らかにする場合には、婚姻は社会の中で人々が営む生活形態であることから、②これまで婚姻が果たしてきた役割、③その社会で暮らす個々の人々が期待する役割、④社会の多数派が期待する役割（社会通念）、⑤国が統治のために期待する役割（家族政策、社会政策）を踏まえる必要があり、これらを見無視してはならない。しかし、「目的」という言葉は多義的だから、無意識のうちに、あるいは意識的に②～⑤が入り込んだり、混同される。本件事案では、あくまでも①法制度としての婚姻の目的なのだから、憲法の要請に反することがらや、法の規定から導き得ないことがらを「目的」として位置づけることはできない。憲法を含む法が何を求め何を期待しているかという観点から、具体的には、立法の経緯や法規定、また関連する憲法の規定から論証されなければならない。

そのために、まず、家族の機能と婚姻法の存在意義を確認する必要がある。家族の機能や婚姻法の存在意義を、法制度としての婚姻の目的と混同しないようにするためである。家族法学者、深谷松男は、核家族論の創始者ジョージ・マードック（『社会構造～核家族の社会人類学』（原著は1949年、日本での翻訳書刊行は、内藤莞爾訳、新泉社、1978〔新版2001〕）の核家族（夫婦と未婚の子から成る家族）の4つの機能（性的機能、経済的機能、生殖的機能、教育的機能）を参照して、核家族の機能の意義と相互関連を整理した（『現代家族法〔第4版〕』（青林書院、2001）5頁）。それによると、核家族の機能は、家族の構成員に対しては、性愛の充足、生殖哺育、共同的生活保障（主として消費の共同）、教育、保護・休息・情緒安定、社会に対しては、性関係の規制、種族保存、労働力の再生産（次世代労働力生産も含む）、文化の伝承・保持、社会の安定化である。

今日の視点からは、こうした家族の機能は核家族に限定されるものではなく、また、いずれかの機能が不十分になった場合には、政府・地方自治体・民間団体等が支援するようになり、家族だけが担うものではなくなっている。さらに、家族構成員の変化（子の成長や自身の老い、離婚・再婚等）によりその機能も変化する。しかし、一般的に見て、これらの機能は人間や社会にとって必要不可欠なものであり、家族がこうしたさまざまな機能を発揮することを、国は統治のために期待する。そこで、家族を形成する基礎となる婚姻を法律上の制度とし、婚姻適齢、重婚や近親婚の禁止など婚姻の成立要件を定め、公的機関に登録させるとともに、一定の権利や義務を付与し、一方的な離婚を制限して、婚姻＝家族の安定化を図ろうとする。こうして婚姻法が生成される。

以上のような家族の機能論と婚姻法の存在意義（生成理由）を踏まえると、例えば、生殖哺育を法制度としての婚姻の目的とすることは、家族の多様な機能の一部を取り出し強調することであり、そこには、特定の時代、社会において国が家族に期待する役割が反映

している。①法制度としての婚姻の目的は、往々にして④社会の多数派や⑤国の期待する役割としての目的にすり替えられることがある。本件諸規定の「目的」の解釈に際して、この点に注意する必要がある。

2 憲法が要請する婚姻法

憲法24条の制定経過については、前回の意見書で記述したので、ここでは、24条の意味を再確認し、憲法が要請する婚姻法とは何かを明らかにする。

24条の構造に関して、憲法学説によれば、24条1項の「婚姻の自由」は、両性の自由かつ平等な意思決定により、婚姻が成立することを意味し、「夫婦が同等の権利を有すること」を求め、「婚姻」に関する性別による差別を禁止する。さらに同条2項は、「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」に関する内容が「両性の本質的平等」に適合することを求め、広く家庭生活における両性の平等を定めているとする（渡辺康行・宍戸常寿・松本和彦・工藤達朗『憲法I 基本権』（日本評論社、2016）454頁〔宍戸〕）。

24条の意義に関して、若尾典子は、家制度を否定し、特定の家族像の強制を許さないとするにとどまらず、個人の尊厳と両性の本質的平等に依拠する家族関係の実現という規範を提示し、女性差別撤廃条約に表現されている今日的な家族理想への展望も含んでいるとする（「女性の人権と家族～憲法24条の解釈めぐって」名古屋大学法政論集213号（2006）138頁）。樋口陽一は、「憲法24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ったが、他方では、『個人の尊厳』に言及～近代憲法の究極の理念としての『個人』にいわば総論的に言及した13条のほかにあえてここで一個所～したことによって、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。家族の問題について『個人』を徹底的に貫

こうとすれば、24条は後述するワイマール憲法の家族保護条項とは対照的に、近代家族解体の論理をも含意したものとして読むことができるだろう」と指摘する（『憲法〔第4版〕』（勁草書房、2021）279頁）。

ここで指摘される近代家族を法的に考察すると、法律婚主義、異性愛規範、嫡出親子原理として制度化された法的家族像であり（三成美保「『近代家族』を超える」二宮周平・風間孝編『家族の変容と法制度の再構築』（法律文化社、2022）179頁）、社会的には、性別役割分業を前提とし、経済力を背景に男性＝夫を家長として位置づける家族像である。

以上のように、憲法が要請する婚姻法は、婚姻の自由と夫婦同等の権利を保障するものであり、個人の尊厳と両性の本質的平等に適合する制度である。「個人の尊厳」の明記により、家父長制家族と性別役割分業の強制を否定し、家族の中で個人が尊重されることを求めている。24条には、法制度としての婚姻の目的を生殖哺育とする手掛かりは存在しない。

ところで被告は、「憲法24条は、一人の男性と一人の女性の人格的結合関係である婚姻及びそれを前提として営まれることになる共同生活関係である家族について明文で規定し、このような婚姻及び家族に関する事項について立法上の配慮を求めているところ、夫婦間に実際に子がなくとも、又は子を産もうとする意思や子が生まれる可能性がなくとも、夫婦間の人格的結合関係を前提とする家族が自然的かつ基礎的な集団単位となっているという社会的実態とこれに対する社会的な承認が存在することに変わりがないこと」と指摘している（被告第5準備書面27頁）。

すなわち、被告も、憲法24条が婚姻を人格的結合関係と捉え、家族をそれを前提として営まれる共同生活関係と捉えていることを認め、生殖哺育を法制度としての婚姻の目的とする解釈を導く根拠とはしていない。他方で、社会的実態と社会的な承認を理由に、家族を自然的かつ基礎的な集団単位と位置づける。

しかし、樋口は、夫婦同氏制の憲法適合性が争点となった最大判平27〔2015〕・12・16の多数意見について、「判決は夫婦同氏規定を合憲とする理由の中で、家族を『社会の自然かつ基礎的な集団単位』と認定している。家族についてのその表現は国際人権A B規約の文言にほぼ対応する……が、判決文ではあえて『集団』単位という二字がつけ加えられている。多くの人びとの日常生活の中で受け入れられてきたそのような家族観がかりに社会通念だとしても、それを裁判所の判決が、憲法24条2項に明記されている『個人の尊厳』との緊張において説明することなしに確認してしまっている」と批判する（前掲書280頁）。

被告の指摘する「人格的結合関係」とは、人と人との関係性であり、何らかの組織的な団体、集団を意味しないのだから、家族を自然的かつ基礎的な集団単位と捉える解釈は、憲法24条2項に反するおそれが高い。何より憲法には「家族」の定義はなく、そもそも民法には「家族」という概念すら存在しない。民法親族・相続編は、夫と妻、親と子、親族相互、相続人の個人間の権利義務関係を定める。個人の尊厳は、家族という集団的規制を許さないからである。法概念として定義されないもの、さらには存在すらしないものを、法解釈において単位とすることはできない。

憲法24条2項は、立法の指針であり、立法裁量の限界を画したものであると同時に、解釈の指針でもある。民法2条は、「この法律は、個人の尊厳と両性の本質的平等を旨として、解釈しなければならない」と定める。本件規定の目的を解釈する場合にも、「個人の尊厳」に適うかどうか問われるのである。

3 民法の要請する婚姻法の目的

被告は、民法の婚姻の成立要件、婚姻の無効、取消、離婚という婚姻関係の解消等の要件、婚姻の効果に関する諸規定を列举し、「夫婦間の権利義務を定めることによって、婚姻をした夫婦（一人の男性と一人の女性の人格的結合関係）について、身分関係の発生に伴

うものを含め、種々の権利を付与するとともに、これに応じた義務も負担させて、夫婦の一方の死亡後も見据えた夫婦関係の長期にわたる法的安定を図っている」とし、続けて「婚姻した夫婦間に生まれた子について、嫡出の推定、父母の氏を称すること等を定めるが、これは異性間に認められる制度としての婚姻を特徴づけるものであるということが出来る（最三小判平25・12・10の寺田逸郎裁判官の補足意見参照）」とする（被告第5準備書面21頁）。

そして、「本件規定の立法経緯及び規定内容」から、「本件規定に基づく婚姻は、人が社会生活を送る中で生成されうる種々の、かつ多様な人的結合関係のうち、一人の男性と一人の女性との人的結合関係とその間に生まれる子との人的結合関係を制度化し、夫婦に身分関係の発生に伴うものを含め、種々の権利を付与するとともに、これに応じた義務も負担させることによって、夫婦関係の長期にわたる円滑な運営及び維持を図ろうとするものである。すなわち、本件規定の目的は、一人の男性と一人の女性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特に法的保護を与えることにありと解するのが相当である」という結論を導く（同22頁）。

しかし、なぜ「一人の男性と一人の女性との人的結合関係」に「その間に生まれる子との人的結合関係」が加わるのか、その理由は説明されていない。「異性間に認められる制度としての婚姻を特徴づけるもの」として、嫡出推定と父母の氏を称する規定が挙げられただけである。もともと民法には、生殖能力を婚姻の成立要件としたり、生殖不能を婚姻の無効・取消原因や離婚原因とする規定は存在しない。したがって、被告が列举した規定のほとんどは、夫婦関係の長期にわたる法的安定に関する規定である。挙げられた2つの規定は、夫婦が子をもうけた場合に、嫡出推定によって法律上の親子関係を確立し、父母の氏を称するとして親子同氏を図るものであり、出生後の子の法的地位に関する規定である。この規定を持って、「子を産み育てながら共同生活を送ること」を本件規定の目的とすることには、飛躍があり、恣意的な解釈と言わざるを得ない。したがっ

て、上記の結論を導く過程（22頁）では、嫡出推定等に言及していない。

そこで被告は有力な根拠として、大村敦志『家族法〔第3版〕』（有斐閣、2010）の記述、「二人の人間が子どもを育てることを含意して共同生活を送るという点に婚姻の特殊性を求めるならば、同性のカップルには婚姻と同様の法的保護までは認められないことになる。このようにいうと、不妊の男女カップルや子どもをもつ気のない男女カップルの関係は婚姻ではないのかという疑問が提起されよう。しかし、ここでいう『目的』は抽象的・定型的な目的であり、具体的・個別的な目的とはされていないまでも、婚姻の要件は充足されると考えるべきである」（同書286頁）を引用し、「現行民法が子を作る能力や意思の有無でその法的地位を区別していないことと、現行民法が抽象的・定型的に子を産み育てることを目的とする男女の共同生活に対して法的保護を与えることをその目的としていることは、何ら矛盾するものではない」とする（被告第5準備書面24頁）。

しかし、大村の解釈論は、ある仮定の下に結論を導く手法であることに注意する必要がある。例えば、婚姻の意思に関して、大村は「実際に共同生活を継続することが可能であることを前提とした具体的な意思である必要はなく、抽象的な意思で足りるとすれば、臨終婚は有効であるということになる」とする（前掲書131頁）。臨終婚を有効とするために、「抽象的な意思で足りるとすれば」という仮定を設定する。同様に、婚姻の目的に関する記述も、同性カップルに婚姻と同様の法的保護を認めるか否かについて、「二人の人間が共同生活を営むという点のみに着目すれば、その二人が異性であるか同性であるかは必ずしも重要ではないかもしれない。しかし、二人の人間が子どもを育てることを含意して共同生活を送るという点に婚姻の特殊性を求めるならば、」と続ける。「婚姻の特殊性を求めるならば」という仮定の下での解釈論という記述の仕方、同性カップルに婚姻と同様の法的保護を認めるべきでないという

結論を導くことができることを示すものである。つまり、ある結論を導くにはどのような解釈論がありうるかを示す手法にとどまり、「抽象的・定型的に子を産み育てることを目的とする男女の共同生活に対して法的保護を与えることをその目的としている」ことを根拠づける解釈論ではない。したがって、被告も根拠としてではなく、矛盾なく説明できる解釈として引用するにとどめている。

以上から明らかなように、被告は、子を産み育てるという目的を民法の規定から導くことができていない。したがって、目的の解釈として、②これまで婚姻が果たしてきた役割、④社会の多数者が期待する役割、⑤国が統治のために期待する役割としての目的に依拠せざるをえない。それは次の記述から明らかである。「我が国において、一人の男性と一人の女性の人的結合関係が、今後の社会を支える次世代の子を産み、育みつつ、我が国の社会を構成し、支える自然的かつ基礎的な集団単位である家族をその中心となって形成しているという実態があつて、当該実態に対して歴史的に形成されてきた社会的な承認が存在していることに鑑みると、このような立法目的が合理性を有することは明らかである」（被告第5準備書面22頁）とする。

問題は、この解釈が、3で指摘した憲法24条の要請する婚姻法に適うかどうかである。24条の要請する婚姻法は、個人の尊厳と両性の本質的平等に適合する制度であり、特定の家族像を強制することを否定する。婚姻をして法的な権利義務関係が生じることは、すべての婚姻当事者に共通する。その権利義務を取捨選択することはできない。その意味では、被告の指摘する「パッケージとして構築される婚姻及び家族に関する制度」（23頁。なおその出所は、夫婦同氏強制の憲法適合性が争われた第2次夫婦別姓訴訟の最大判令3

〔2021〕・6・23の補足意見）である。しかし、出産し子をもうけ育てることは、すべての婚姻当事者に共通するものではない。身体的な事情で子をもうけることができない夫婦もいれば、ライフスタイルとして子をもうけない夫婦もいるにもかかわらず、これを婚姻

の制度としての目的とすることは、権利義務の総体であるパッケージとしての婚姻に特定の家族像（子を産み育てる家族像）を付加し、強制することにほかならない。

確かに被告は、「本件諸規定は、その立法目的が夫婦間の生殖及びそれによる子の養育を要素とするものであるからといって、婚姻をした夫婦に子を産み育てることを強制したり、義務付けたりするものではない」とするが（同24頁）、抽象的・定型的にせよ、子を産み育てることを法制度としての婚姻の目的とすることは、制度である以上、その目的の規範化につながり、事実上強制することに等しい。それは、子どもをもうけることのできない夫婦、特に不妊の女性に対して抑圧的な作用をもたらす。子どものいる家庭が幸せな家庭、夫の子を産むことは妻の役割などのプレッシャーの下で、長期間不妊治療を継続したにもかかわらず出産に至らなかった女性たちの苦悩を再生産する結果となる。まさに人の生き方を大きく左右するものであり、憲法24条の「個人の尊厳」に反する。

24条の要請する婚姻法に即した婚姻制度の目的は、すべての当事者に共通するものとして、人格的結合関係とそれに基づく共同生活関係の安定化である。前述のように被告も、「夫婦の一方の死亡後も見据えた夫婦関係の長期にわたる法的安定を図っている」（同21頁）、「本件諸規定に基づく婚姻は……夫婦関係の長期にわたる円滑な運営及び維持を図ろうとするもの」（同22頁）と記述している。その上に「子を産み育てながら共同生活を送る」という出産哺育を加えることは、憲法24条2項の要請に反する解釈である。

おわりに

フランスは、2013年以降、異性、同性を問わず、婚姻、PACS（パートナー登録制度）の利用を認めている。2020年の統計によれば、同性カップルは、全婚姻の3.0%、全PACSの4.6%である。2019年から同性カップルの婚姻登録を認めた台湾においても、2021年までの累計で同性婚は全婚姻の1.94%である。比率は極めて少数である。

同性婚を認めたからとていって、異性カップルの婚姻が不利益を被るわけではない。誰にも迷惑はかからない。むしろ婚姻により共同生活が安定することは、当事者にとっても、そこで生活する子どもがいれば、子どもにとっても利益になり、結果的に社会も安定する。

それにもかかわらず、憲法24条の要請に反して、本件諸規定の目的を「一人の男性と一人の女性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特に法的保護を与えること」と捉え、同性婚を認めていない現行法規を正当化することに、どのような意味があるのだろうか。

札幌地判令3〔2021〕・3・17が述べた判決理由が継承されることを祈ってやまない。

略歴

- 1979年3月 大阪大学大学院法学研究科博士課程単位取得退学
- 1979年4月 松山商科大学経営学部専任講師、のち助教授
- 1985年4月 立命館大学法学部助教授、のち教授
- 1991年3月 法学博士学位授与（大阪大学）
- 2004年4月 立命館大学法科大学院教授
- 2008年4月 立命館大学法学部教授
- 2009年4月 立命館大学法学部長・学校法人立命館常任理事（2012年3月）
- 2015年4月 立命館大学図書館長（2017年3月）
- 2017年3月 立命館大学定年退職
- 4月 立命館大学特任教授（2022年3月）
- 2022年4月 立命館大学名誉教授

学会活動

第5期ジェンダー法学会理事長（2011年12月～2014年12月）、日本離婚再婚家族と子ども研究学会会長（2021年3月～現在）、日本学術会議連携会員（2008年10月～現在）など。

主著

- ・単著『事実婚の現代的課題』（日本評論社、1990）
- ・単著『事実婚の判例総合解説』（信山社、2006）
- ・単著『家族法〔第5版〕』（新世社、2019）
- ・単著『多様化する家族と法 I、II』（朝陽会、2019、2020）
- ・編著『新注釈民法（17）親族（1）』（有斐閣、2017）
- ・編著『性のあり方の多様性～一人ひとりのセクシュアリティが大切にされる社会を目指して』（日本評論社、2017）
- ・編集代表『現代家族法講座 全5巻』（日本評論社、2020、2021）
- ・論文「日本民法の展開（3）判例の法形成～内縁」広中俊雄・星野英一編『民法典の百年 I 全般的考察』（有斐閣、1998）341頁

- ・論文「事実婚の多様性と法的保護の根拠」家族<社会と法>27号
(2011) 20頁
- ・論文「家族法～同性婚への道のりと課題」三成美保編『同性愛をめぐる歴史と法～尊厳としてのセクシュアリティ』(明石書店、2015)
122頁
- ・論文「パートナーシップ証明制度の意義と展開～札幌市と台湾を例に」戸籍時報759号 (2017) 14頁
- ・論文「事実婚・パートナーシップの死亡解消と『相続』・財産承継」家族<社会と法>34号 (2018) 75頁
- ・論文「同性カップルの事実婚としての法的保護～二つの事例を素材として」法学新報127巻3・4号 (2021) 449頁
- ・論文「同性婚導入の可能性と必然性」立命館法学393・394号 (2021)
610頁
- ・論文「LGBTQの諸相と民法上の『配偶者』の再定義～解釈論と立法論」社会保障研究37号 (2021) 89頁