

## 同性婚と平等

安西文雄 (明治大学)

### 第1節 問題の所在

一 憲法24条1項は、「婚姻は、両性の合意のみに基いて成立」するとしている。ここにいう「両性」とは男性と女性のことであるから、憲法上は異性婚、つまり男性と女性間の婚姻が前提とされているように読める。これ以外の婚姻形態は憲法24条においては承認しない(特別の保護の対象とすることを拒絶する、あるいは、保護の対象とすることを求めない)という読みとりもあるかもしれないのである。そこで、こういった規定をもつ憲法の下、同性婚はそもそもどのように位置づけられるのか、考察を進めてみたい。

まず、当然のことであるが、条文の文言は重要な手がかりであるが、“決定打”ではないことがしばしばであることを確認しておきたい。

たとえば、憲法の第3章の表題は「国民の権利及び義務」とされている。ここで「国民」と規定されているので、人権享有主体は国民に限定されるかといえ、そうは解されていない。解釈上<sup>1</sup>、そして判例上<sup>2</sup>、外国人の人権享有主体性は肯定されている。

それでは憲法10条はどうであろうか。「日本国民たる要件は、法律でこれを定める。」と規定されている。ここで「法律で」といっていることから、法律以外の、たとえば命令などで国民たる要件を定めることは許されない。つまり「国籍法律主義を明らかに<sup>3</sup>」したものと解されている。

以上の例からすれば、文言の用い方としてふたつの選択肢がある。限定的な趣旨を伴う用法と、そういう趣旨を伴わない用法である。憲法10条の国籍法律主義に関わる「法律で」という文言は前者であろうし、憲法第3章の表題の「国民」という文言は後者ということになる。つまり、条文の文言の背後にある趣旨の解釈により、どちらの用法かが決まる。そうだとすれば、24条1項に「両性の合意」という文言があるから当然に限定的な趣旨を伴う用法だ、とみることは適切ではない<sup>4</sup>。

二 では、この24条はどのように解釈されるのか。まず憲法制定当時にまでさかのぼって、当時の状況を探ってみよう。

日本国憲法の条文が、当時のGHQ(連合軍総司令部)側の作成した原案に基づくことは周知である。GHQの内部で第1次試案、第2次試案とつくられ、特に人権の部分については第3次試案までつくられた。現在の24条のものは、第1次試案も第2次試案もほぼ同じであり<sup>5</sup>、その案の和訳が、高柳賢三ほか編著『日本国憲法制定の過程I〔原文と翻訳〕』に掲載されている。それによれば、次のようになっている<sup>6</sup>。

[1] 家庭は、人類社会の基盤であり、その伝統は、善きにつけ悪しきにつけ国全体に浸透する。

[2] それ故、婚姻と家庭とは、法の保護を受ける。

[3] 婚姻と家庭とは、両性が法律的にも社会的にも平等であることは当然である〔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

<sup>1</sup> たとえば、芦部信喜=高橋和之補訂『憲法〔第8版〕』94頁(岩波書店、2023年)。

<sup>2</sup> マクリーン事件最高裁判決、最大判昭和53・10・4民集32巻7号1223頁。

<sup>3</sup> 樋口陽一ほか『注釈日本国憲法〔上巻〕』207頁～208頁(青林書院、1984年)。

<sup>4</sup> 本文中にあげた例のほかに、憲法93条1項もあげられる。「地方公共団体には、……議事機関として議会を設置する」と規定されているが、地方自治法94条は議会ではなく、「選挙権を有する者の総会」を設けることができるとしている。民主主義の見地からして、憲法の条文が求める「議会」に限らず、こういった総会を認めるわけである。

<sup>5</sup> 参照、高柳賢三ほか編著『日本国憲法制定の過程II〔解説〕』169頁(有斐閣、1972年)。

<sup>6</sup> 高柳賢三ほか編著『日本国憲法制定の過程I〔原文と翻訳〕』223頁、225頁(有斐閣、1972年)。なお、原文については同著222頁、224頁を参照。また、[1]～[4]の区分けは高柳ほか編著・前出注(5)169頁に依拠している。

の) 協力に基づくべきことを、ここに定める。

[4] これらの原理に反する法律は廃止され、それに代って、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定める法律が制定されるべきである。

さて、憲法制定のプロセスにおいて、この条文案は変化していく。まずGHQの内部の検討により、[2]は削除された。「このようなことは憲法で規定するのが妥当であるかどうかは疑問であり、むしろ法律の規定にまつべきであると指摘されたため<sup>7</sup>」という。また、GHQ案が日本国政府に提示されてから、政府内部の検討の結果、[1]も削除された。さらに[3]は、より簡潔な文言に修正されて現在の24条1項となり、[4]は「これらの原理に反する法律は廃止され、それに代って」の部分が削除され、それに伴う文言上の修正の結果、現在の同条2項となっている<sup>8</sup>。

以上のような憲法原案の作成プロセスからすれば、「婚姻は、両性の合意のみに基いて成立」という現在の条文は、試案の[3]がいうように、「親の強制ではなく相互の合意」によることで、婚姻それ自体の伝統的な家からの解放を、そして「男性の支配ではなく[両性の]協力」によることで、婚姻両当事者間の平等を、それぞれ求めたこととなる。換言すれば、婚姻の対外的自律性と内部的平等性の趣旨が込められたわけであり、そこに同性婚を拒否し異性婚のみ認めようとする趣旨は存在しない。

草案作成後、当時の帝国議会における審議のプロセスに入るが、これについては駒村圭吾の丹念な研究がある。審議のプロセスにおいても、旧来の家制度との関係につき検討されたが、異性婚に限定する含意を示唆する事実はない<sup>9</sup>。審議にあたった第90回帝国議会、衆議院帝国憲法改正小委員会における金森徳次郎国務大臣の次のような発言が<sup>10</sup>、憲法24条に関する認識を示している。

「大體此の憲法22条(現在の24条、筆者注)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、両性が不合理に差等をつけられて居たと云ふ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。」

以上のようにみても、憲法24条1項について、同性婚を拒否し異性婚のみを認める、あるいは異性婚のみを保護し同性婚は保護しないとする趣旨は、憲法制定時においてはそもそも存在しない。したがって制定後の解釈によって、同性婚の憲法上の位置づけを探っていくしかないのである。

## 第2節 婚姻をするについての自由

一 同性婚の憲法上の位置づけを考察する前提作業として、そもそも婚姻とは何か、そして判例上<sup>11</sup>「憲法24条1項の規定の趣旨に照らし、十分尊重に値する<sup>12</sup>」と位置づけられる「婚姻

<sup>7</sup> 高柳ほか編著・前出注(5)169頁～170頁。

<sup>8</sup> 高柳ほか編著・前出注(5)170頁。

<sup>9</sup> 駒村圭吾「憲法24条2項についての意見書」8頁(2020)

(<https://www.call4.jp/file/pdf/202103/bf0980bee53168cfe5c88ef289f7559a.pdf>) (2023年12月22日閲覧)。

<sup>10</sup> 帝国議会会議録検索システム(第90回帝国議会、衆議院帝国憲法改正案委員小委員会、昭和21年7月30日)

(<https://teikokugikai-i.ndl.go.jp/#/detail?minId=009012530X00519460730&current=6>) (2023年12月22日閲覧)。

<sup>11</sup> 再婚禁止期間違憲訴訟、最大判平成27・12・16民集69巻8号2427頁。

<sup>12</sup> この意味につき、白水隆『平等権解釈の新展開——同性婚の保障と間接差別の是正に向けて』96頁(三省堂、2020年)は、「婚姻する権利を憲法上の権利として積極的に認めたものとはまではいえないが、立法裁量を統制するにあたり考慮すべき利益として尊重しなければならないという意味において、新たな判断枠組みを提示した」と評する。

をするについての自由」はいかなるものか、検討したい。

憲法の学説においては、伝統的に24条1項が保障しているのは自由であるとする考え方一般であった。たとえば、杉原泰雄編『〔新版〕体系憲法事典』(植野妙実子執筆)においては<sup>13</sup>、「24条1項が……結婚しようとする者の合意のみを婚姻成立の根拠とするものであることから、婚姻の自由を定めたものとみることができる」、とされる。また辻村みよ子『憲法と家族』は<sup>14</sup>、24条1項において、「『両性の合意』のみを要件とする婚姻の自由、およびその消極面としての非婚・離婚の自由を個人に保障する」、ととらえている。さらに初宿正典『憲法2基本権〔第3版〕』も<sup>15</sup>、「24条1項は、婚姻の自由(およびその消極的側面としての離婚の自由)を保障した自由権の規定である」と明言している。

以上のように一般に24条1項が保障するのは自由であると把握されるが、ここで留保が必要である。そもそも婚姻をするについての自由は、国家の設けた婚姻制度を前提としているはずである。とすれば純然たる“国家からの自由”とは性格が異なる。この点、長谷部恭男は<sup>16</sup>、「制度設営義務と対応する権利」というとらえ方を提示し、「婚姻は、それに関わる法制度の存在を前提としており、婚姻の自由とは、法の設定する様々な効果へのアクセスを保障する権利である」と論じている。

こうしてみるとこの自由は、純然たる私的領域での人格的結合の自由にとどまらない。婚姻制度へのアクセスの保障も含む。つまりこれら双方の側面を併有するものといえるわけである<sup>17</sup>。

二 さてここで、もう少しこの自由に関する考察を深めてみることにしたい。手がかりになるのはアメリカの憲法研究者 Cass R. Sunstein の論考、*The Right to Marry*<sup>18</sup>である。

アメリカにおいては、結婚の権利は憲法上の権利として認められている。この権利について Sunstein は<sup>19</sup>、私的領域における親密なアソシエーションの権利と、公的に設営される結婚の制度(そしてその下でのさまざまな便益・利益)へのアクセスの権利とが、併存的に含まれるものだととらえる。

前者の、私的領域における親密なアソシエーションの権利は、結婚生活を送ることにつき国家による介入から自由であることを意味する。参考になる典型的な例は、アメリカにおける *Loving v. Virginia*<sup>20</sup> であろう。ヴァージニア州においては異人種間結婚禁止法が制定されていた。異人種間の結婚が禁止されるのみならず、異人種である当事者双方が、結婚のため他州に赴き結婚し、のちヴァージニア州に戻って共同生活することも禁じられ、違反に対しては刑事制裁が科されていたのである。

*Loving* 夫妻(夫は白人、妻はアフリカン・アメリカン(黒人))は、コロンビア特別区に行って結婚し、のちヴァージニア州に戻って共同生活をしていたところ、これが刑事罰に問われた。この事件において連邦最高裁判所(以下、連邦最高裁)は当該州法を違憲と判断したが、ここで争点となっていたのは、私的領域における親密なアソシエーションといえよう。

では、結婚の制度が提供するさまざまな便益・利益へのアクセスの側面についてはどうか。

<sup>13</sup> 杉原泰雄編『〔新版〕体系憲法事典』468頁(青林書院、2008年)(植野妙実子執筆)。

<sup>14</sup> 辻村みよ子『憲法と家族』121頁(日本加除出版、2016年)。

<sup>15</sup> 初宿正典『憲法2基本権〔第3版〕』314頁(成文堂、2010年)。

<sup>16</sup> 長谷部恭男『憲法の理性〔増補新装版〕』133頁(東大出版会、2016年)。

<sup>17</sup> このように整理すると、木村草太「憲法と同性婚」杉田敦編『グローバル化のなかの政治』81頁、83頁(岩波書店、2016年)が指摘するように、「現在の日本法では、同性愛の自由の保障は確立している」ので、問題になるのは婚姻制度へのアクセスの保障の方になってくる。

<sup>18</sup> Cass R. Sunstein, *The Right to Marry*, 26 *CARDOZO L. REV.* 2081(2005).

<sup>19</sup> *Id.* at 2096.

<sup>20</sup> 388 U.S. 1 (1967).

Sunstein は<sup>21</sup>、こういった便益・利益は多様であり、有形のもの (material) のみならず無形のもの (expressive) にも及ぶという。

まず、有形のものである。これについてはさまざまなものが例示列挙される<sup>22</sup>。(a) 税法上の優遇(または負担)。(b) 資格の付与。たとえば配偶者の看護のため必要がある場合、労働を免除され休暇を取得する資格など。(c) 配偶者死亡の場合の相続など。(d) 所有権に関わる優遇措置。たとえば結婚後に取得した財産について配偶者間の共有と推定するなど。(e) 代理人として判断を行う権限。つまり配偶者の看護、住所、金銭面などについて判断する立場に立つことなど。(f) 証拠上の特権。たとえば婚姻関係上の一定事項について開示を拒否しうるなど。

では、無形のものかどうか。当事者がパートナー関係にあることについての「公的な適法化およびお墨付き付与<sup>23</sup>」(public legitimation and endorsement)である。当事者が法的に正当な結婚関係にあることを公的に認証するわけである。

Sunstein は以上のような便益・利益を列挙するが、それは結婚生活が有意義であるように、という趣旨から付与されるものといえよう。さらにいえば、法律以下の法令によりその具体的内容が確定されていくにしても、憲法レベルにおいても結婚生活をサポートするため、便益・利益提供をすべきことが抽象的ながら含意されているとみる立場もありえよう。

三 結婚についての以上の理解は、わが国の婚姻においても概要あてはまるし<sup>24</sup>、また近時の裁判例にそういった認識の一端をみることができる。

たとえば同性婚訴訟についての札幌地裁判決<sup>25</sup>は、次のように論じる。「婚姻とは、婚姻当事者及びその家族の身分関係を形成し、戸籍によってその身分関係が公証され、その身分に応じた種々の権利義務を伴う法的地位が付与されるという、身分関係と結び付いた複合的な法的効果を……生じさせる法律行為である。」判旨のうち、「その身分関係が公証され[る]」という部分は、婚姻に伴う便益・利益のうち無形のもの (expressive なもの) を指しており、「その身分に応じた種々の権利義務を伴う法的地位が付与される」という部分は、有形的なものを指し示している。

では最高裁はどうか。再婚禁止期間違憲訴訟の最高裁判所(以下、最高裁)大法廷判決<sup>26</sup>は、「婚姻は、これにより、配偶者の相続権(民法890条)や夫婦間の子が嫡出子となること(民法772条1項等)などの重要な法律上の効果が与えられるものとされているほか、……国民の中にはなお法律婚を尊重する意識が幅広く浸透していると考えられることをも併せ考慮すると、……婚姻をするについての自由は、憲法24条1項の趣旨に照らし、十分尊重に値する」としている。このうち、「重要な法律上の効果が与えられる」という部分は、婚姻に伴う便益・利益のうち有形のものを指す。そして「国民の中にはなお法律婚を尊重する意識が幅広く浸透している」という部分は、こういう状況の下で婚姻を公証することに意義があるとすれば、便益・利益のうち無形のものに関わっているといえよう。

四 以上、婚姻に伴う便益・利益が多様に存在することをみてきたが、ここからして、憲法は婚姻というものに特別の位置づけを与えたのか否かが問われる。

そもそも婚姻は、広い意味では身分上の契約のひとつである。契約の自由は憲法13条によって保障されている<sup>27</sup>。しかしながら、婚姻はあまたの契約のなかで one of them にすぎないというわけではない。特別の位置づけを保障されたものであり、だからこそとりたてて24条を設け

<sup>21</sup> Sunstein, *supra* note 18, at 2090.

<sup>22</sup> *Id.* at 2090-92.

<sup>23</sup> *Id.* at 2093.

<sup>24</sup> 参照、木村・前出注(17)84頁。

<sup>25</sup> 札幌地判令和3・3・17判時2487号3頁、14頁。

<sup>26</sup> 前出注(11)2431頁～2432頁。

<sup>27</sup> 参照、渡辺康行ほか『憲法I基本権〔第2版〕』132頁～133頁(日本評論社、2023年)(松本和彦執筆)。

て婚姻を規定したのだ、といえる<sup>28</sup>。さらに憲法24条2項は婚姻・家族に関することがらについて、その具体的内容を立法部に委ねながらも、婚姻にさまざまな便益・利益を付与すべきことを抽象的ながら指針として示しているのではなからうか。

視野を転ずれば、こういったことは他の人権領域でもみられる。たとえば学問の自由(23条)である。ポポロ事件最高裁大法廷判決が論ずるように<sup>29</sup>、学問の自由は「広くすべての国民に対して」保障される。しかし「大学が学術の中心として深く真理を探究することを本質としていることにかんがみて、特に大学におけるそれらの自由を保障」している。そのコロールリーとして大学の自治も加わる。ここにおいて、一般的に保障される学問の自由と、大学において「特に」高められた保障を受ける学問の自由という二段階の構造となっている。そしてなぜ大学において学問の自由が特に保障されるかといえ、その効用、すなわち「大学が学術の中心として深く真理を探究する」という点に求められるだろう。

婚姻の話に戻ろう。婚姻に特別の位置づけがあるとして、その根拠はどこにあるのだろうか。伝統的には、①夫婦の親密な生活の場であること、および②生殖と養育の場であること<sup>30</sup>、の双方があったといえよう。ところが人々の生活が多様化してきている現在、②は背景に退き、①こそが婚姻の核心的意義をなすものととらえられている。もちろん②は重要であり意義深いものである。しかし多様な婚姻形態のなかで、必須の要素とまでいえなくなっている。

実はここに、24条のとらえ方に関わる大きな対立点が存する。24条が婚姻に関わる規定であるにしても、その婚姻は何を核心的部分とするのか、ということである。

「男女1対1の結合<sup>31</sup>」という場合の特に「男女」が核心部分をなすととらえるならば(A説)、婚姻の特別の位置づけの根拠は、①および②だ、ということになる。男女双方がいなければ少なくとも当事者間での自然生殖は不能であるからである。そして24条1項の「両性の」という文言は限定的な趣旨を伴うものと解釈され、異性婚のみが24条1項にいう婚姻に該当する。

これに対し、婚姻の両当事者の「人格的つながり」が婚姻の核心的部分だとすれば(B説)、婚姻の特別の位置づけの根拠は①だ、ということになる。②は副次的である。そして24条1項の「両性の」という文言は、限定的な趣旨を伴わないものと理解され、異性婚のみならず同性婚も24条1項の婚姻に含まれてくる。

### 第3節 平等

一 同性婚の憲法上の位置づけに関わって、平等の観点からの議論が展開される。アメリカにおいて同性婚を認めた有名な判決 Obergefell v. Hodges<sup>32</sup>も、デュー・プロセス条項のみならず平等保護条項を援用する。そこで、この問題につきどうして平等が援用されるのか、その理由を探ってみよう。

第一に、婚姻にはさまざまな便益・利益が伴うことを指摘したが、それに関わって平等を論ずる必要があることが指摘される。そもそもアメリカにおいては、デュー・プロセス条項は国家か

<sup>28</sup> 工藤達朗「憲法における婚姻と家族」赤坂正浩ほか『ファーストステップ憲法』145頁、153頁～154頁(有斐閣、2005年)は、「婚姻の自由の根拠条文は、13条ではなく、24条である」とし、「どうして根拠条文にこだわるのか不思議だと思う人もいるだろうが、保障の程度に差が出てくる場合があるからである。私自身は、原則として個別的自由権の方が13条より保障の程度が厚いと考えべきだと思う」という。

ただし、「特別法にあたる24条1項の方が保障の程度は厚いと考えても、だからといって13条の行為を必ず低く取り扱う要請がなされているとは考えられない」(156頁)としていることには留意が必要である。

<sup>29</sup> 最大判昭和38・5・22刑集17巻4号370頁、371頁。

<sup>30</sup> この表現は、日弁連『同性の当事者による婚姻に関する意見書』4頁(2019年)に依拠した([https://www.nichibenren.or.jp/document/opinion/year/2019/190718\\_2.html](https://www.nichibenren.or.jp/document/opinion/year/2019/190718_2.html)) (2023年12月22日閲覧)。

<sup>31</sup> 工藤・前出注(28)155頁。

<sup>32</sup> 576 U.S. 644 (2015).

らの自由のみカヴァーするものという通念がある。そうだとすれば、異性婚に認められるもろもろの便益・利益が同性愛者に認められないということは、平等保護条項によって争点化するしかない。

第二に、権利・自由のなかには、その重要性ゆえに、もしその享有を認めなければ当該犠牲者は社会的に劣位の位置づけを押しつけられる、というものがある<sup>33</sup>。単なる権利・自由の問題にとどまらず、人の市民的地位に関わるものだ、という認識ゆえに平等を援用することがあるわけである。婚姻の地位などはまさにその例であり、これを拒否された人々は、社会的にはまともな存在ではないという劣位者扱いにつながりかねない。

第三に、当該争点のおかれた社会的脈絡との関係がある。同性婚を求める人々は同性愛者やトランスジェンダー等の性的少数者であり、社会におけるマイノリティである。彼らに対しては社会的に偏見が存在した。いや偏見をもってみられてきたというより、無視されてきたといった方がよい。そうだとすれば、同性婚問題それだけを切り取って検討するのではなく、社会的差別という大きな脈絡のなかでとらえようとするところから、平等が論じられるのである。もちろん社会において、人々の社会的地位に形式上の上下があるわけではない。しかし、一部のマイノリティ——同性愛者もそのなかに含まれる——の市民的地位は実質的にみて脆弱である。そのことへの配慮をなしつつ当該問題を検討することが必要だ、ということ平等という規範は訴えかけるわけである。

二 そこで、この平等という規範内容につき検討することとなるが、これが二重構造になっていることに留意したい<sup>34</sup>。そもそも、さまざまな権利・利益の分配、あるいは義務の分担において、ある者は有利に扱われ、他の者は劣遇される、という形で平等が問題になるのが一般だといえる。たとえば、一定の要件を満たす人々のみが年金・手当を支給され、それ以外の人々には支給されない、あるいは、ある種の人々に対してのみ自由が制約される、などである。われわれが日常的に見聞する問題事象であるが、これらはいわば、“権利・利益の分配レベルの平等問題”といえる。

ところが、こういったものの他にもうひとつ、たとえば人種差別や民族差別のように、深刻な差別問題とされるものがある。アメリカにおける例をあげるならば、人種による別学の合憲性が問題にされた、有名な *Brown v. Board of Education*<sup>35</sup> である。この事件において連邦最高裁は興味深い問題設定をした。白人とアフリカン・アメリカン(黒人)とで別々の学校に通うものとされているわけであるが、たとえ双方の学校の物的条件が同等であつても平等保護条項に反するのかと問い、結論的に同条項に反すると判断したのである。

判旨はいう。「人種のみを理由として [アフリカン・アメリカン(黒人)の] 子どもたちを隔離するとき、彼らの社会的地位に関わって劣等感を抱かせ、精神的に回復しがたい損失を与えうる<sup>36</sup>。」つまり、ここにおいては権利・利益の分配レベルを超えて、人種あるいは民族的マイノリティの社会における位置づけそのものの格下げにつながる害悪が認められている。いわば“地位のレベルの平等問題”である。

以上二つの平等問題をみてきたが、これらは次元が異なる。そして地位のレベルの平等が問われているときこそ、とりわけ注意深くその問題を審査していく必要がある。そういう観点から日本国憲法の条文をみるならば、14条1項後段において「人種、信条、性別、社会的身分又は門地」という区別事由に言及されていることが留意される。考えてみれば、これらを事由とする差別は、えてして地位のレベルの平等問題を惹起する。したがって憲法としてもそれをとりわ

<sup>33</sup> Kenji Yoshino, *A New Birth of Freedom?: Obergefell v. Hodges*, 129 HARV. L. REV. 147, 174 (2015) において言及された antisubordination liberty が想起される。デュー・プロセス上の権利を認めるか否かに際して、そのような自由を認めないと歴史的に従属的地位におかれた人々にどのようなインパクトを及ぼすか、を考慮するというのである。

<sup>34</sup> 参照、安西文雄ほか『憲法学読本〔第3版〕〕103頁～104頁(有斐閣、2018年)(安西執筆)。

<sup>35</sup> 347 U.S. 483 (1954).

<sup>36</sup> 347 U.S. at 494.

け要警戒であると考えるがゆえに、特に例示としてあげ注意を喚起したといえよう。

アメリカの憲法学において深刻な差別問題が検討される際、よく用いられることばが stigma (劣等の烙印の押しつけ)である。これは地位のレベルの平等が侵害されているとき、その差別の犠牲者が被る深刻な害悪を表現したものといえる。

第一に、さきに言及したように、区別事由による場合である。たとえば人種や民族にもとづいて当該マイノリティに対し不利益処遇をするなどがこれに該当する。このような人種差別や民族差別があるとき、問題は個々の権利・利益(あるいは義務)の分配上の不平等にとどまらない。人種的マイノリティ、民族的マイノリティに属する人々の社会における位置づけ、地位そのものの格下げ、二級市民扱いに至ってしまう。このようなことは、現代市民社会においてあってはならないこととして厳しい批判にさらされる。

問題状況を少しく別の視点からとらえるならば、これは公的行為の表現的(expressive)側面に焦点をあてたものといえる。公的にマイノリティに対し不利益処遇をするとき、当該マイノリティの人々に対し、その地位を格下げする旨のメッセージを発することになってしまう。簡潔に表現するならば、区別事由が主導するタイプの問題構造といえよう。

第二に、争点となっている権利ないし法的地位による場合である。権利や法的地位のなかにはさまざまなものがあるが、なかには当該権利ないし法的地位が認められることにより、それを前提としたもろもろの権利・利益の享有につながるものがある。論者によってはこれをゲートウェイの権利(gateway right)と表現する者がいる<sup>37</sup>。その門戸を開けば、もろもろの権利・利益の享有につながるというわけである。そしてもしこういったゲートウェイの権利ないし法的地位を否定されれば、あまたの権利・利益の分配における劣遇につながり、ひいては当該犠牲者の社会における地位の格下げにまで至るわけである。

ゲートウェイという表現を用いるか否かはともかく、このような役割を果たす権利ないし法的地位があることは、われわれが認識するところといえる。たとえば最高裁は、国籍法違憲判決において<sup>38</sup>、国籍は「我が国の構成員としての資格であるとともに、我が国において基本的人権の保障、公的資格の付与、公的給付等を受ける上で意味を持つ重要な法的地位でもある」と位置づけた。この点をも考慮に入れて、当該事件における平等問題につき「慎重に検討」としたのであるが、この国籍保有者という法的地位は、ゲートウェイとしての意味をもつものといえよう。

そして、婚姻によって得られる地位も、前節でみたようにもろもろの権利・利益の源泉をなすものでありゲートウェイとなる法的地位のひとつと位置づけうる。こういったゲートウェイに該当する権利ないし法的地位の問題は、有形的側面が主導するタイプの問題構造だということができるが、さきにみた区別事由が主導するタイプの問題構造と同様に、極めて深刻な平等問題としてとらえられる。

#### 第4節 立法裁量と争点の舞台

一 憲法24条1項は「婚姻は、両性の合意のみに基いて成立」と規定する。これについては既に本稿第一節において言及したように、限定の趣旨を伴う用法かそういう趣旨を伴わない用法か、が問われる。前者であれば憲法24条にいう婚姻は異性婚に限定されるが、後者であれば同条の婚姻は異性婚に限定されない。この点、憲法に関わる学説は分かれている。まず、24条1項の「両性の合意」は、限定的趣旨を伴う用法であるとみる見解であるが、それには、次のようなものがある。

たとえば長谷部恭男は<sup>39</sup>、「『両性の合意』という文言からすると、憲法は同性愛者間の家庭生活を異性間のそれと同程度に配慮するに値するものとは考えていないように思われる」と論じる。

<sup>37</sup> See Peter Nicolas, *Fundamental Rights in a Post-Obergefell World*, 27 YALE J.L. & FEMINISM 331, 351 (2016).

<sup>38</sup> 最大判平成20・6・4民集62巻6号1367頁、1372頁。

<sup>39</sup> 長谷部恭男『憲法〔第8版〕』188頁(新世社、2022年)。

また、工藤達朗は<sup>40</sup>、ドイツにおける議論を参酌しつつ、「婚姻の自由の根拠条文は、13条ではなく、24条である。ここで婚姻の自由とは、憲法24条1項が婚姻と呼ぶ結合関係に入る自由であり、それ以外の共同生活や人的結合の自由は、婚姻の自由に含まれない。男女の1対1の結合だけが、憲法24条1項で保障されているのである」と論ずる。ただし工藤は続けて<sup>41</sup>、「特別法にあたる24条1項の方が保障の程度は厚いと考えても、だからといって13条の行為を必ず低く取り扱う要請がなされているとは考えられない」としている。13条、14条によって同性婚を異性婚に近づけて保障することは可能とする立場だと思われる。

以上の見解に対して、24条の「両性の合意」につき、限定的趣旨を伴わない用法だとみる立場も有力である。たとえば駒村圭吾は、「24条の制定過程を精査してみても……『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」という。そして「家族観は可変的なものであって、将来の変遷に開かれたものと見られていた」のであり、「『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『個人の尊厳』と合わせて解釈すれば、そのように解すべきである<sup>42</sup>」と主張する。

また渋谷秀樹は、その体系書において「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<sup>43</sup>」と論じていたが、のち見解を修正し、「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<sup>44</sup>」と改説している。

さらに千葉勝美は<sup>45</sup>、実務家としての経験を背景にして、24条の文言への丁寧な対応をしつつ、司法部の役割を確認する。「同性愛者のような性的マイノリティーの人達が『婚姻』できないために損なわれている基本的人権に注視し、それを救済することは、多数決原理とは離れた法原理機関としての司法部の基本的役割・機能であり、そのことを国民から期待されている」という。そして、「司法部としては、憲法24条については、……同性婚を認めない根拠となっている文言」である両性ということばについて、意味が「変わってきているとして(すなわち、「当事者」、「双方」という意味であるとして)憲法判断を行うことが考えられよう」と論ずる。つまり、「憲法24条は、異性婚に限定せず、婚姻という法的な社会制度一般についての基本理念を示したものであって、同性婚を排除していない」と結論づけるのである<sup>46</sup>。

<sup>40</sup> 工藤・前出注(28)153頁～154頁。

<sup>41</sup> 工藤・前出注(28)156頁。

<sup>42</sup> 駒村・前出注(9)18頁～19頁。

<sup>43</sup> 渋谷秀樹『憲法〔第3版〕』463頁(有斐閣、2017年)。

<sup>44</sup> 渋谷秀樹「統治構造において司法権が果たすべき役割〔第3部〕憲法論からみた同性婚の省察」判時2515号103頁、112頁(2022)。

<sup>45</sup> 千葉勝美「統治構造において司法権が果たすべき役割〔第3部〕同性婚認容判決と司法部の立ち位置—司法積極主義の足音は聞こえてくるのか?」判時2506・2507合併号198頁、208頁(2022年)。

<sup>46</sup> 中里見博「現代改憲論における家族条項改変問題」法時77巻9号84頁、88頁(2005)は、24条のなかに「両性」「夫婦」のような「異性愛主義を背景にした文言」と、「個人の尊厳」「両性の本質的平等」という異性愛主義を「乗り越える原理」とが同時に存在するとする。

そして、「条文が許容する範囲内で、最大限人権拡張的に解釈されるべきである」とする。つまり「24条の普遍的な諸原則に反しない家族形成であるかぎり、たとえそれが同性によるものであっても24条はまさに『個人の尊厳』の観点から許容している」と説く。これなどは、条文が背景にしている基本的原則を重視することによって、形式的な文言の枠を取り払う試みだといえよう。

また、巻美矢紀「Obergefell 判決と平等な尊厳」憲法研究4号103頁、110頁(2019)は、ルールと原理の違いをここで応用しようとする。「『ルール』であれば、文言は絶対的であるが、『原理』において文言は、決定的な決め手にはならない。」そして、「憲法24条はあくまで『原理』であり、憲法13条の基底的原理もふまえれば、同性婚を禁止するものとは解されない」という。

二 以上のようにして、ふたつの選択肢が確認される。では、どちらが妥当か。

本稿は第二の選択肢、つまり「両性」には限定的趣旨はないとする立場をとるべきだと考える。その理由は次のとおりである。

第一に、そもそも憲法制定の過程において、異性婚に限定する趣旨を込めて「両性の合意」という文言が用いられたのではない。この点は本稿第一節で確認した。「両性」とは両当事者という意味であった。その文言を、同性愛者の人生において重要な意味をもつ婚姻の可能性に関わる判断において、本来の趣旨が全く予定していない方向で、つまり異性婚に限定する方向で、解釈の指針として用いることはできないと考える。

第二に、憲法制定後、時の流れとともに社会は変遷を遂げ、婚姻の本質についてのとらえ方も変化した。現在における婚姻の本質は、「パートナーとの人格的結びつきの安定化<sup>47</sup>」だといえよう。生殖と養育は大切であるが、婚姻の本質とまではいえない。このように婚姻の本質的意味づけが変化している以上、婚姻を異性婚に限定する趣旨は見いだしがたい。(もともと、憲法制定前も生殖の能力が婚姻の要件とされたことは無いし、後述のとおり、同性の当事者間でも子の養育はなされるし、生殖補助医療により子を迎えることも可能なことに注意すべきである)。

第三に、現在の先進諸国の趨勢をみても、同性婚の法的承認に大きく傾いてきている<sup>48</sup>。

以上のようにして、「両性」とは両当事者という意味であるとすれば、憲法24条1項の文言を理由として、同性婚が同条のカヴァーする領域から除外されるということはないこととなる。あとは、24条2項による「婚姻」制度に関する立法裁量上このような形態のもの(同性どうしによる婚姻)が許容されるか、実体に即して判断していくこととなる(「両性」とは両当事者という意味だとする立場をとるにしても、それは文言上の理由により同性婚が婚姻から排除されることはないといえるにとどまるのであって、同性婚自体が許容され憲法上の保護を受けうるかは、その実体に即してさらに検討されることを要する。それはたとえ異性婚であっても、婚姻適齢未満の者の結婚が婚姻として認められ保護されるかについて、実体に即して検討されることを要するのと同様である)。

では、かりにふたつの選択肢のうち前者、つまり「両性」という文言に限定的趣旨があると解する立場をとる場合はどうか。24条2項においては、「家族に関するその他の事項」についても立法裁量を認めている。同性婚の関係は、こちらの事項に関する裁量の問題として検討されることになるのではなかろうか<sup>49</sup>。

以下、ふたつの選択肢それぞれにつき、順次考察をしていきたい。

#### 第5節 「婚姻」についての立法裁量と同性婚

一 まず、24条1項の「両性」という文言が限定的趣旨を伴わないとする立場に立つとして、憲法24条2項につき検討を進めたい。

この条文の下で婚姻という制度につき立法裁量が認められるが、この裁量の上位にあって、裁量をコントロールする価値には、どのようなものがあるのだろうか。

まず、憲法24条自体が言及するものとして、「個人の尊厳と両性の本質的平等」がある。これらは13条、14条とオーバーラップするが、そもそも憲法の根本といえる価値でもある。

---

木下智史は、憲法のコンメンタール(木下智史=只野雅人編『新コンメンタール憲法〔第2版〕』307頁(日本評論社、2019年)において24条につき解説し、「本条は、あくまで婚姻の自由の保障規定であり、……同性婚を否定するものではない。同性婚に法律婚としての地位を与えるかどうかは、法律に委ねられているとみるべきである」と論じている。この論理は、24条1項にいう「婚姻」に同性婚は含まれるとするのか、「婚姻」に同性婚は含まれないが24条自体に同性婚を禁止する趣旨はない、とするのか、やや判然としない。

<sup>47</sup> 二宮周平「家族法——同性婚への道のりと課題」三成美保編著『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』122頁、126頁(明石書店、2015年)。

<sup>48</sup> 日弁連・前出注(30)18頁以下に諸外国・地域の状況が紹介されている。

<sup>49</sup> 同性婚訴訟に関する名古屋地判令和5・5・30(裁判所Web)は、『家族』に関する事項として、憲法24条2項に違反しないかを検討している。

次に、夫婦別姓訴訟最高裁大法廷判決の言及するように<sup>50</sup>、憲法13条、14条のような人権規範のみならず、「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」なども立法裁量をコントロールする。つまり、憲法上直接保障された権利と並んで、憲法上尊重に値する法益も考慮される。

さらに、性同一性障害特例法権訴訟において最高裁は<sup>51</sup>、「性同一性障害者がその性自認に従った法令上の性別の取扱いを受けること」につき、「個人の人格的存在と結び付いた重要な法的利益<sup>52</sup>」であるとしていることも留意される。これは性同一性障害特例法に関わって、それに適合的な表現がとられたものであるが、もう少し一般化すれば、各自の性自認、性的指向について、それを尊重した法的処遇を受けるべきことが、人格的存在と結び付いた重要な法的利益だ、ということとなろう。

まとめてみよう。憲法24条2項による立法裁量の上位にあつて裁量を枠付ける憲法的価値として、憲法13条関係では、いまみたもの、すなわち各自の性自認、性的指向について、それを尊重した法的処遇を受けるべきことがあげられる。また14条関係では、婚姻がゲートウェイの役割を果たす法的地位であるがゆえに、これをすべての人に等しく開かれたものとする方向で考えるべきこと、および社会において伝統的に無視されあるいは偏見をもたれてきた同性愛者に対して、その劣遇がなされる時深刻な差別問題を惹起するがゆえに慎重を期すべきこと、があげられる。

二 立法裁量それ自体の検討に入ろう。さきに言及したSunsteinの論考は<sup>53</sup>、結婚の権利につき、その“内容”(content)と“範囲”(scope)を分けており、これが考察の手がかりになる。結婚の権利が憲法上認められ、それを法律によって具体化する時、どのような権利内容としていくか、とりわけ結婚に伴ってもろもろの便益・利益が認められるが、それらをどれだけ認めるか。これが結婚の権利の内容の問題である。これに対し、結婚の権利をどの範囲まで認めるか、異性婚、一夫一妻婚は伝統的に認められてきたものであり、それは当然だとしても、では同性婚、一夫多妻婚、近親婚などは、結婚の権利の範囲に含まれるか。これが範囲の問題である。

さきに24条2項の下で立法裁量があると論じたが、その裁量が婚姻のどの側面を扱っているかにより、裁量の幅が異なるのではないかと考えられる。婚姻の内容についての立法裁量であれば、婚姻当事者にどれほどの便益・利益を付与するかが主たる問題となるため、ことの性質上、立法裁量は広いといえる。

これに対し、婚姻の範囲についての立法裁量の場合、範囲確定のあり方によっては、一部の性的指向の人々に対し婚姻を介しての人生設計を不可能にしてしまう。これは先にみた13条、14条関係の視点からして重大問題であり、したがってことの性質上、立法裁量は狭いといわざるをえない。

つまり、婚姻について立法裁量があるといっても、その裁量が一律に広いとするのは適切ではないのであって、ことがらの性質に応じて、広い裁量もあれば狭い裁量もあるというべきである。

ちなみに、このように同一の人権領域においても立法裁量に広狭の違いがあるということは、他の人権領域でも認められることを指摘しておきたい。たとえば生存権について現在の有力説(ほぼ通説)は二重構造的に把握し、最低生活権と快適生活権に区分する。そして快適生活権については立法裁量が広いが、最低生活権の場合、人間としての生活のギリギリのラインに関わっている以上、立法裁量は限定的にならざるをえないと解している<sup>54</sup>。また判例においても<sup>55</sup>、年

<sup>50</sup> 最大判平成27・12・16民集69巻8号2586頁、2593頁。

<sup>51</sup> 最大決令和5・10・25(裁判所Web、6頁～7頁)。

<sup>52</sup> なお、この判決における宇賀克也裁判官の反対意見は、「性同一性障害者がその性自認に従った法令上の性別の取扱いを受けること」について、端的に「憲法13条で保障される基本的人権といえる」とする。前出注(51)33頁。

<sup>53</sup> Sunstein, *supra* note 18, at 2082.

<sup>54</sup> たとえば安西ほか・前出注(34)232頁～233頁(巻美矢紀執筆)。

<sup>55</sup> 学生無年金訴訟、最2判平成19・9・28民集61巻6号2345頁、2355頁～2356頁。

金・手当の支給につき論ずる際、無拠出制の年金について、立法府は「拠出制の年金の場合に比べて更に広範な裁量を有している」、としている。これなども、拠出制の年金・手当に関する立法裁量と無拠出制の年金・手当に関するそれをともに念頭におき、後者の方がさらに裁量が広いとするものである。

三 婚姻のうち、その範囲に関する裁量に焦点をあてよう。この領域では立法裁量は限定されると論じた。つまり問題になっている形態のものを婚姻として認めれば、社会的または個人的に害悪があると確証される場合にのみ、それを婚姻として認めないことが許される。逆にいえば、害悪ないしマイナスがない、またはあっても希薄だという場合、それでも当該タイプのものを婚姻として認めないとはできない。それほどまでにフリーハンド的な裁量は認められないというわけである。こういった指針の下で、以下具体的に検討していこう。

たとえば婚姻適齢未満の者の結婚はどうか。現在、男女ともに18歳未満であれば婚姻適齢に達していないとして婚姻が認められない(民法731条)。婚姻の範囲からこの種のもので除外されている。考えてみれば、そもそも婚姻をするか否か、そして誰と婚姻するかは、人生における重大決定である。そうだとすれば、精神的にしかるべく成熟してから、そのような決定をすべきこととなろう。つまり未だ精神的に未成熟な者が不十分な判断能力にもとづいて人生の重大事である婚姻の決定を行い、結果的に取り返しのつかない結果に至るようなことのないよう、パターンリズムの見地からの限定だ、として是認することができよう。

では、一夫多妻はどうか。夫ひとりに対し妻が複数人となる。さらに多くの場合、複数人いる妻のうちで正妻と妾が区別されるであろう。このような形態の結婚においては、妻になる女性、とりわけ正妻ではない女性が劣位の位置づけを強いられるおそれがある。つまり性差別の温床となるわけであり、そのような害悪が認められるため、婚姻の範囲から除外すべきこととなる。

さらに、近親婚はどうか。現在民法734条により「直系血族または三親等内の傍系血族の間では、婚姻をすることができない」とされている。この近親婚の制限につき、伝統的には生物学的理由があげられてきた。近親者であるがゆえに両当事者は共通する遺伝子をもつ可能性が高い。よって両者の間に子どもが生まれた場合、遺伝病発症の可能性が比較的高い。したがって近親者間では婚姻を避ける必要があるというのである。

しかし、婚姻は両当事者間の親密な人格的つながりをもってそのコアとする。子どもの問題は、もはやコアに入れることはできなくなってきている。人生を伴侶とともに送りたいのであっても子どもをつくる年代ではないという熟年婚をみれば、それは分かる。そうだとすれば、近親婚を婚姻の範囲から除外する根拠は、現在においては既にグレーになっている。この点、今後検討されていくと思われる<sup>56</sup>。

四 そこで本稿の課題である同性婚である。これを婚姻の範囲に入れるべきか否か。社会的に差別の対象とされてきたマイノリティである同性愛者に対し、ゲートウェイの役割をもつ婚姻を認めるか否かの問題であるから、ここでの立法裁量は極めて強い緊張感を伴ったものとなる。

判断に際しては、同性婚を認めるときいかなる社会的ないし個人的害悪が生ずるかを問わなければならない。Sunsteinはこの点、そういった害悪の存在に疑問を呈する<sup>57</sup>。社会におけるマジョリティは異性愛者であり、したがって同性婚を認めればマジョリティは自らの伝統的な通念と異なるものを見出し違和感を抱くことはあろう。しかし、これは害悪とはいえない。むしろマジョリティ自身がそのような通念を克服すべきである。

子どもに対する害悪はどうか。現実にはそのような害悪はない。Sunsteinは注意深く<sup>58</sup>、かりに子どもに害悪があるなら、という仮定の下、そのような場合は養子縁組を制限すればよいという。つまり同性婚禁止の理由にはなりがたい。

以上の考察の結果、結論が導出される。憲法24条の婚姻の範囲から同性婚を除外することは、

<sup>56</sup> このようにたとえ異性婚であっても、立法裁量上、法律婚として認められないものがありうる。したがって、「裁判所が進歩的な解釈を行うことで、同性婚の問題が、複婚や近親婚といった問題に派生する」(白水・前出注(12)106頁)ことは回避できるのではないかと、思われる。

<sup>57</sup> Sunstein, *supra* note 18, at 2112.

<sup>58</sup> *Id.* at 2112-13.

立法裁量の濫用となり、許されないのである。

五 なお、こういった結論は最高裁の判例の流れにも沿うものと考えられる。再婚禁止期間違憲訴訟において最高裁は<sup>59</sup>、当時の民法733条について次のように言及した。「婚姻に対する直接的な制約を課すことが内容となっている本件規定については、その合理的な根拠の有無について……事柄の性質を十分考慮に入れた上で検討をすることが必要である。」

最高裁は以上のように論じて、結論的に当時6か月間あった再婚禁止期間のうち、100日超過部分を違憲としたのである。この判決は婚姻をするについての自由が6か月間、つまり暫定的に制限されることでも「直接的な制約」だとしている。そうだとすれば、同性婚問題は婚姻をするについての自由が暫定的どころか生涯にわたって否定されるわけであり、再婚禁止期間問題の比にならないほどの重い制約である。これを合憲と考えることはむずかしい。

#### 第6節 「家族に関するその他の事項」についての立法裁量と同性婚

一 本稿は既述のとおり、24条1項の「両性」という文言は限定的趣旨を伴わないとする立場に立つが、かりにこの文言が限定的趣旨を伴うとして、その場合の24条2項による立法裁量についても検討を行っておきたい。

同性婚関係は、安定的かつ親密な人間関係であり、当事者たちの人格的生存にとって重要な意味をもつ。したがって24条2項の「家族に関するその他の事項」に該当するといえよう。つまりこういった事項に関する立法裁量において同性婚は考慮されていくこととなる。

また、さきに「婚姻」に関する立法裁量に関して論じたように、この裁量の上位にあってそれを枠付けする憲法的価値として、13条関係および14条関係のものがあるが、それは同様に「家族その他の事項」に関する立法裁量においても当てはまる。

二 実際に検討してみよう。異性婚と同性婚とは、両者の親密な生活の場である点で同等である。また、生殖と養育の場である点に関しても、同性婚は少なくとも子どもの養育を行うことはできる。それは次の世代を担う者を育成するという、このうえなく尊いこととなり、この点の重要性を没却してはならない。そうだとすれば異性婚と同性婚とは、「家族に関するその他の事項」についての立法裁量上、基本的に同等の処遇を与える方向で考慮すべきである。

現在、国の法制度として異性婚に関しては「婚姻」として保護する方向で措置が取られているが、同性婚に関しては、「家族に関するその他の事項」につき何らの対応もなされていない。このような極端な格差は、たとえ立法裁量があるにしても、その濫用とみざるをえない。

さて、問題はその先である。同性婚に対し何らかの措置が取られ、たとえば国法上パートナーシップ制度が設定されたとしよう。かりにこのパートナーシップ制度がその内容上、婚姻に対しある程度劣ったものであった場合、裁量の行使として許されるものだろうか。

たとえば同性婚訴訟に関する令和4年東京地裁判決は<sup>60</sup>、「現行法上、同性愛者についてパートナーと家族になるための法制度が存在しないこと」について「憲法24条2項に違反する状態」としながら、「そのような法制度を構築する方法については多様なものが想定され」とし、したがって「同性間の婚姻を認めていない本件諸規定が憲法24条2項に違反すると断ずることはできない」という。しかし、かりに同性愛者間につき婚姻よりも一定程度劣る制度を設ければ、異性愛者と同性愛者の間に法的処遇の差異を設けることとなり、それは憲法14条1項の下で違憲と判断されるしかないのではなかろうか。

つまり、裁量の上位にある14条の規範的要請は、マイノリティに対する劣遇がなされる時、あるいはゲートウェイに該当する権利・法的地位が問題にされる時、慎重な検討を求める。すなわち、異性婚に対し劣った処遇を同性婚に対し与えることにつき、十分に説得的な理由づけがなければならない。ところがいろいろ検討しても、そういった理由づけはないのである。

そもそも市民的地位が実質的には脆弱なマイノリティ(同性愛者など性的マイノリティを含む)に対しては、政策的にアファーマティブ・アクションを行って、その地位の確保を図ることすらある。であるのに、マジョリティに比して劣遇するなどは、現在の人権認識において原則としてあってはならないことといえる。

つまり、「家族に関するその他の事項」についての立法裁量上、同性婚に対し異性婚と同等の

<sup>59</sup> 前出注(11)2432頁。

<sup>60</sup> 東京地判令和4・11・30判時2547号45頁、66頁。

処遇を与えること、換言すれば異性婚に対する場合と同じく法律上の婚姻としての位置づけを与えることしか、違憲を回避する方途はないのではないかと考えられる。この点、若干説明を加えるなら、異性婚は24条1項の「婚姻」であるがゆえに、24条の要請の下、法律上も婚姻として扱われることが義務づけられるのに対し、同性婚は24条1項の「婚姻」ではないが、14条の要請上、異性婚と同等に扱われるべきであるがゆえにやはり法律上は婚姻として扱われることが義務づけられる、という構成になるであろう<sup>61</sup>。さきに言及した令和4年東京地裁判決は、24条1項の「両性」を限定的趣旨に解したうえで、同条項が限定的に解される以上、別途24条2項によって婚姻が義務づけられることはないとの前提に立っているが、前述した憲法制定の経緯に照らしても、24条1項の守備範囲が異性間に限定的に解釈されるということと、憲法上の他の条項との関係で異性と同様の婚姻が義務づけられるか否かは別個の問題であり、判決のいうような積極的に憲法の保障を制約する趣旨を読み込む解釈は適切ではないと考えられる。

さらに付言すれば、このように結論として同性婚に法律上婚姻としての位置づけを与えざるをえないということは、そもそも24条1項の「両性」という文言につき限定的趣旨を伴うものと解することが適切でなかった、ということを示しているようにも思われる<sup>62</sup>。

#### 第7節 まとめにかえて

憲法24条のもと、同性婚を法的に婚姻と認めない場合、立法裁量の濫用となる、と論じてきた。もっとも24条2項による立法裁量をコントロールするものとして14条を位置づけるのであるから、14条および24条に反する、という結論になる。

ともあれ、この24条であるが、実はふたつの“顔”をもっていると思われることに言及して本稿の締めくくりとしたい。ひとつは、過去に対し向けられた“顔”である。旧家制度の下におかれてきた婚姻に対し厳しい批判を加え、そういった束縛から婚姻を解放しようとする。そして、日本国憲法の制定前においては異性婚しか社会制度上存在していなかったのであるから、「両性の合意のみ」ということばを用いたのは至極当然であった。

もうひとつは、将来に向けてよりよい婚姻を希求する“顔”である。それぞれの時代において賢明な立法裁量を行いつつ、人々が幸福追求をなしうる婚姻を制度として設営しよう求めている。そして現在、さまざまな性的マイノリティが社会に共存していることが広く認識されてきている。そうだとすれば、これらすべての人々が婚姻という制度を用いて人生設計をなしうるよう、考える必要がある。

<sup>61</sup> 木村・前出注(17)87頁における考察があわせ参酌されるべきである。木村は、「『憲法24条の婚姻』と『民法上の婚姻』とは別の概念である。同性愛者が『民法上の婚姻』を行うことは、同性愛者が『憲法24条の婚姻』ができないことと矛盾しない」と論じる。

<sup>62</sup> なお、小泉明子『同性婚論争——『家族』をめぐるアメリカの文化戦争』145頁～146頁(慶応大出版会、2020年)は、同性婚を認めることによるプラス面につき、「同性カップルに対する法的保護および権利利益だけではない。同性婚の実現による幅広い効果として、同性愛者の幸福度と自己肯定感の向上」があるとし、特に思春期の同性愛者の自死未遂率の低下を指摘する。