

憲法 24 条が要請する同性婚の法制化に関する意見書

2025 年 1 月 12 日

国立大学法人室蘭工業大学大学院工学研究科教授 清末愛砂

愛知大学法学部教授 立石直子

1. 本意見書作成者の研究内容と関連業績

本意見書は、憲法・ジェンダー法の研究者である清末愛砂と民法（家族法）・ジェンダー法の研究者である立石直子が共同で作成したものである。

1.1 清末愛砂について

清末は、家制度廃止以後の憲法 24 条の意義や役割を多角的に考察する研究を行ってきた。憲法制定当時の憲法学界による同条に対する評価は、非常に限定的であった。同条は、1947 年の改正前の民法旧規定（いわゆる「明治民法」）にもとづいて導入された家父長的な「家制度」の廃止を導いた重要根拠条文である。その点に鑑みて、当時の通説は、女性を封建制から解放することを通して日本社会の民主化に寄与したという、一面的な狭い評価をしていたにすぎなかった。

本当にその価値しか見いだせないのであれば、同条の役割はすでに終わったということになる。しかし、決してそうではない。現実には、家制度は廃止されたものの、家族内ではジェンダー意識にもとづく性別役割分担や権力関係に起因するさまざまな暴力（DV や児童虐待等のファミリー・バイオレンス）を含む種々の問題が残存してきた。その状況を受け、これらの差別や暴力の根絶を目指すとともに、被害者を保護するための立法を進めることが、家制度廃止以後の同条の役割の 1 つとなった。その結果、例えば、2001 年には「配偶者からの暴力の防止及び被害者の保護等に関する法律」が制定される等、憲法の基本的人権の尊重原理に大きく貢献してきた。また、家制度が、全体主義的な帝国主義国家であった大日本帝国を土台から支え、軍事主義と密接なかかわりを有するものであった点に着目しながら、同制度の廃止をもたらしたことの意義を考えると、同条が憲法前文の平和的生存権や 9 条とともに、平和主義原理にも密接にかかわってきたことが浮き彫りになる。

本意見書で焦点を当てる 24 条には、このように憲法原理と明確に結びついた多面的な意義があることを先に示しておきたい。それを前提とする作成者による近年の主な関連業績としては、以下のものがある。

- ・ 「非暴力的な社会を構築するためのエッセンスとしての憲法 24 条」『家庭科学研究』（2023 年）374 号 4-9 頁
- ・ 「憲法 9 条の解釈を深化させる憲法 24 条の平和主義的意義—大規模な軍事拡張路線を踏まえて」『憲法研究』12 号（2023 年）91-101 頁

- ・ 「憲法 24 条 2 項に定める「個人の尊厳」を立法に生かす意義」『ジェンダーと法』19 号 (2022 年) 24-35 頁
- ・ 「非暴力平和主義の両輪－24 条と 9 条」、中里見博・能川元一・打越さく良・立石直子・笹沼弘志・清末愛砂著『右派はなぜ家族に介入したがるのか－憲法 24 条と 9 条』(共著、大月書店、2018 年)
- ・ 「家族と平等」谷口真由美編著『資料で考える憲法』(法律文化社、2018 年) 122-129 頁
- ・ 「重要条文・憲法二四条はなぜ狙われるのか」塚田穂高編著『徹底検証 日本の右傾化』(筑摩書房、2017 年) 182-201 頁
- ・ 「シンガポールー同性婚の法制化をめぐる現状」小川富之監修「アジアにおける同性婚に対する法的対応－家族・婚姻の視点から－ (2・完)」『福岡大学法学論叢』61 巻 3 号 (2016 年) 857-867 頁。

なお、清末は、2017 年から現在まで家事調停委員(札幌家庭裁判所室蘭支部)を務めてきたことから、実務面からも家事紛争にかかる多数の事例を見てきた。この経験も 24 条の理解を深めるにあたり、大きな学びとなっている。また、所属機関では、これまでの研究を活かして、2024 年度から学長補佐(ダイバーシティ担当)および男女共同参画推進室長を務めている。その他、憲法 24 条に関連する市民向けの講演を各地で多数行ってきた実績がある。

1.2 立石直子について

立石は、民法(家族法領域)を中心に、法や家族政策が前提とする家族像について追究してきた。日本では、明治民法の定める家制度の下、あるべき家族像や家族関係が国家によって作出されてきた経緯がある。そこには、性差別や世代差別(長幼の序)といった差別が内包され、さらに国家を支えるイデオロギーとも不可分であった。家制度は、本意見書で扱った戸籍制度を通じて確立され、戸籍は単なる国民・住民の登録制度以上の意味合いを有するのが日本の特徴である。日本国憲法の成立を踏まえ、1947 年の民法改正により家制度は廃止されたが、家制度にまつわる規定が完全になくなっているわけではない。国民には、道徳としての家意識も残っている。憲法 24 条の下、法や政策において多様な家族観が許容され、公序としての家族モデルが中立化される余地はあったと思われるが、法や政策においては、夫婦と未成年の子で構成される近代家族像が維持された。現代では、すでに多様化した家族の実態と法や家族政策における家族像の乖離は深刻であり、立石は、この点について批判的に検討してきた。

このような問題意識の下、2015 年以降、科学研究費や三菱財団からの研究助成等を受け、共同研究として性の多様性に関する研究に関わり、関連の業績がある。とくに、同性カップルが子をもうけることや子を育むことについての法的課題について研究してきた。性的マイノリティ当事者が自然生殖を望めない状況のなかで、生殖補助医療や

里親制度のあり方についても検討し、多様な家族と家族法制の距離感について考えてきた。関連する研究業績として、以下のものがある。

- ・ 「家族法における『家族』像と現実の家族」ジェンダー法学会編『ジェンダーと法』19 巻（日本加除出版、2022 年）36—46 頁
- ・ 「国家改造と家族：1990 年代から現在までの家族をめぐる動向を踏まえて」民主主義科学者協会法律部会機関誌『法の科学』51 巻（日本評論社、2020 年）14—23 頁
- ・ 「性の多様性と親子の相対化—里親・生殖補助医療などの視点から—」関西学院大学法学部『法と政治』69 巻 2 号 241—264 頁（2018 年）
- ・ 「オーストラリアにおける性の多様性に関する近年の動向と考察」浅倉むつ子・二宮周平編『ジェンダー法研究』第 5 号、123—136 頁、（信山社、2018 年）
- ・ 「『家』から憲法 24 条下の家族へ」『右派はなぜ家族に介入したがるのか—憲法 24 条と 9 条』（共著、大月書店、2018 年）77—100 頁
- ・ 「家族生活における人権保障の課題—DV 問題にみる夫婦の対称性と民法二条の可能性を考える」上田勝美・憲法研究所編『平和憲法と人権・民主主義』150—163 頁（法律文化社、2012 年）
- ・ 「家族関係の変容と人権論」『法律時報』第 79 巻 8 号（日本評論社、2007 年）91—95 頁

また、2017 年 10 月より、日本学術会議連携会員を務めている。2020（令和 2）年には、日本学術会議法学委員会「社会と教育における LGBTI の権利保障分科会」による提言「性的マイノリティの権利保障をめざして（Ⅱ）—トランスジェンダーの尊厳を保障するための法整備に向けて—」の作成に尽力した。

自治体においても、岐阜市男女共同参画推進審議会副会長（2019 年 10 月～2023 年 3 月）を務めたほか、2024 年には、名古屋市男女平等参画推進センター講座「私と家族を考える」の講師を担う等、家族の問題や親密圏におけるジェンダー問題に関して、社会に広く知見を提供している。

2. 本意見書の目的と概要

本意見書の目的は、憲法 24 条 1 項の立法目的、および同条 2 項の家族に関連する立法上の公序（立法行為に関する裁量権を有する立法府をも拘束する憲法原理にもとづく規範のこと）に着目しながら、同条が総体として「戸籍上同性の 2 人の中での婚姻」（いわゆる「同性婚」。以下「同性婚」とする。）の法制化を現に強く要請していることを示すことにある。そのために、以下の 5 点を解説する。

①明治民法が婚姻の自由を保障していなかった状況に鑑み、近代市民法の論理にもとづき、身分や性別を問わず（誰にとっても）婚姻の自由が保障されるために、憲法 24 条 1 項が導入されたこと。その際に、明治民法や家父長的社会規範により劣位に置か

れてきた女性が婚姻の当事者として軽んじられないために、24条1項にはあえて「両性」と明記したこと。

②しかし、憲法制定当時の婚姻観では、婚姻が戸籍上異性の2人の間で成立することを前提としていたために、意図していなかったとはいえ、戸籍上同性のカップルが婚姻の対象から外され、結果的に婚姻の自由が不徹底なまま現在にいたっていること。

③同性婚を求める当事者の声が強くなり、また日本の社会において性的マイノリティに関する立法等が進められていることに鑑みると、憲法24条1項の当初の目的である婚姻の自由にもとづき、同性婚の法制化が強く要請されること。

④婚姻の対象から外されていること自体が、同条2項に定める「個人の尊厳」を侵害していること。

⑤同性婚が法制化されていないがために、当事者にもたらされる弊害にはさまざまなものがあるが、とりわけ戸籍制度により公証されない不利益とは何か。

3. 家族の多様性を前提とする憲法24条と個人の尊厳

3.1 憲法24条1項の解釈―「契約の自由」の徹底とジェンダー平等

3.1.1 当事者の自由な意思にもとづく婚姻

憲法24条は、1項で婚姻成立にかかる憲法上の唯一の要件として「両性の合意のみ」を示すと同時に、夫婦が「同等の権利を有する」ことを規定する。続く2項で、家族に関連する立法上の公序として「個人の尊厳」と「両性の本質的平等」を明示することにより、選挙を通して国民の代表となった者から構成される立法府（憲法前文1段前半および同43条1項）、すなわち国会の裁量でなされる立法行為に対する憲法上の歯止めをかけている¹。

婚姻の要件を憲法24条1項で規定したことには、明確な理由がある。明治民法における親族編と相続編に規定される男性優位かつ年長優位の家制度の下では、家長としての戸主に、自らが統率する家の構成員の婚姻に対する同意権が付与されていた。また、男性は満30歳、女性は満25歳に達するまで、婚姻には「其家ニ在ル父母」すなわち同籍の父母の同意が必要とされていた。このような婚姻の自由を阻む規定を通して、婚姻の成立において、当事者以外の者による介入が可能であったことを受けてのことである。

婚姻が当事者の合意のうえに成立する以上、近代市民法の原則の1つである「私的自治の原則」に含まれる「契約の自由」にしたがえば、婚姻は、当事者間の自由な意思により決定されるべきものである²。したがって、婚姻に関する立法上の公序も、それを実

¹ 夫婦同氏制違憲訴訟最高裁判決(最大判平成27年12月16日民集69巻8号2586頁)、再婚禁止期間違憲訴訟最高裁判決(最大判平成27年12月16日民集16巻8号2427頁)、笹沼弘志「リベラリズム憲法学認識論的障害物」遠藤美奈＝植木淳＝杉山有沙編著『人権と社会的排除』(成文堂、2021年)247頁。

² 川島武宜「新民法と家事調停」『川島武宜著作集第11巻 家族および家族法2 家族

現できるようにつくられるべきである³。基本的人権の尊重を最重要基本原理とし、自己決定権を導く個人の尊重(憲法 13 条)を人権の包括的規定とする憲法の下では、それはなおさらである。憲法 24 条 1 項前半の婚姻の成立要件の意義は、こうした理解にもとづき、第一義的には近代市民法に沿って契約の自由を徹底させたことにある。法社会学者の川島武宜が指摘するように、「少なくとも成年者の結婚は、結婚する者自身の意思と責任とでなされるものとしなければならない」⁴からである。また、民法学者の我妻榮も 24 条に個人の尊厳や両性の本質的平等が立法秩序として盛り込まれた理由について、「近代法の私法の基本原則である自由と平等とが、わが国の家族関係には、なお十分に徹底しない部分があった」⁵からであると指摘している。川島も我妻も戦後の明治民法の改正作業にかかわった法学者である。

かくして、契約の自由に拮抗する、封建的な家制度に見られる「不自由さ」を否定したのである。憲法 24 条の草案起草者であるベアテ・シロタ・ゴードン(GHQ 民政局スタッフ)の手による元来の草案(18 条)および、それを受けての GHQ 案(23 条)はともに、婚姻の成立要件をあくまで「親の強制ではなく相互の合意」(upon mutual consent instead of parental coercion)としているのも、それゆえのことである⁶。

婚姻の自由については、再婚禁止期間違憲訴訟の最高裁判決(2015 年)においても、憲法 24 条 1 項の解釈として「婚姻をするかどうか、いつ誰と婚姻をするかについては、当事者間の自由かつ平等な意思決定に委ねられるべきであるという趣旨を明らかにしたものであることが示され、かつそのことが「十分に尊重に値する」とされている。これを踏襲して、本件の一連の訴訟の既決の判決においても、同様の解釈が示されてい

と法』(岩波書店、1986 年) 193 頁。

³ ヨーロッパ諸国の民法成立に影響を与えた、近代民法としての「1804 年民法典」(ナポレオン法典)には、夫権と父権により統率される家族を規定する家父長的規範が色濃く反映されていた。同法典は、内容面において明治民法に影響を与えたことがしばしば指摘される。一方、同法典は、婚姻成立の要件の 1 つとして当事者双方の合意を規定した(146 条)。こうして、近代市民法上の民事契約としての婚姻の原則が示されたのである。近代市民法の視点から婚姻の自由を理解する際には、この点にも留意されたい。このことは、本件の一連の訴訟における 2024(令和 6)年 10 月 30 日東京高判も「概していえば、近代国家における婚姻制度は、前近代的社会における家父長的な家族共同体の支配関係から離脱し、平等な意思主体間の自由な婚姻意思の合致によるものとして構成された」と指摘する(判決 23-24 頁)。

⁴ 川島武宜「新憲法と家族制度—民法改正要綱を中心として」川島武宜著作集第 11 巻家族および家族法 2』(岩波書店、1986 年) 7 頁。

⁵ 我妻榮〔遠藤浩・川井健補訂〕『民法案内 1 私法の道しるべ(第 2 版)』(勁草書房、2013 年) 78 頁。

⁶ ベアテ・シロタ・ゴードン(平岡磨紀子〔構成・文〕)『1945 年のクリスマス—日本国憲法に「男女平等」を書いた女性自伝』(柏書房、1995 年) 156 頁、高柳賢三=大友一郎=田中英夫編著「日本国憲法制定の過程—連合国総司令部側の記録による—I 原文と翻訳」(有斐閣、1972 年) 222-225 頁および 276-277 頁。

る(例えば、2024(令和6)年3月14日札幌高等裁判所判決：令和3年(ネ)第194号損害賠償請求控訴事件)。

3.1.2 憲法24条における「両性」の解釈

3.1.1 で述べたように、婚姻の自由は、近代市民法の原則におけるいわば当然の帰結であるといえるが、憲法上婚姻の自由を規定する24条1項では「両性」という文言が使われている。また、近代市民法が婚姻の自由を要請したときに、実際にはその前提となっていたのは、父母とその子からなる「近代家族」であった。そこで、両性がいかなる背景の下で、何を目的に用いられたのかについて論じる。

憲法24条1項において、「両性」という文言が用いられているのは、明治民法下の父権・夫権という性差別秩序—未婚のときは戸主の支配、婚姻後は戸主と夫(両者が同じ場合もある)の二重の支配—により、劣位に置かれた女性が総じて虐げられてきた歴史的経緯があることによる。すなわち、当事者のいずれかが劣位におかれなくようにするためである。この点は、ベアテ・シロタ・ゴードンが、人権にかかわる条項の草案を起草する際に、①日本が平和になるためには、性差別にあえいできた日本の女性たちを幸せにする男女平等が大前提となると認識していたこと、また②戦前の約10年間の日本滞在を通して、日本社会の封建制の根強さを十分に理解していたことから、この機会を使って、憲法にその基本を入れておかなければ、民法にも反映されることはないとの勘案していたことから明らかである⁷。

したがって、上記の近代市民法の原則と家制度の顕著な特徴である家父長制との間にある相克の解消に鑑みたく、婚姻の成立要件を見ると、憲法24条1項の規定する「両性の合意のみ」の部分の立法目的が明確になる。それは、婚姻が異性間でなされることを確定させたり、強調したりすることにはない。婚姻の当事者双方が、①平等な立場で合意することを至上のものとし、②他者による支配や介入を排することにある。言い換えると、両性とは、婚姻の当事者のいずれに対しても婚姻の自由が確保されるという意味で用いられているのである。上記の歴史的経緯上、そこには、とりわけ家父長的社会規範ゆえに女性の意思や当事者性が軽視されたり、無視されたりすることがないようにするための意味が込められ、両性とすることで、上述のように女性の意思や当事者性が軽視されたり、無視されたりしがちな日本社会において、対等な当事者の婚姻の自由を徹底させようとしたのである。これにより、基本的人権の尊重原理にもとづく、婚姻の自由に向けた改革のための大きな鉈が振り落とされたのである。

そうとはいえ、憲法制定当時の婚姻観は、戸籍上異性の2人の間でのみ成立することを疑いようもない前提としていたために、婚姻は戸籍上異性間のものとして制度化され

⁷ ベアテ・シロタ・ゴードン(平岡磨紀子[構成・文])、同上159頁、同＝村山アツ子＝高見澤たか子『ベアテと語る「女性の幸福」と憲法』(晶文社、2006年)44-45頁。

たのであった。これは時代制約性ゆえのことであるといえる。すなわち、婚姻の自由が不徹底なまま現在にいたったという結果がもたらされた。以上から、同性婚の法制化を禁止するために、憲法 24 条 1 項に両性という文言が用いられたわけではないことが明白である。

したがって、両性と書かれているからといって、憲法 24 条 1 項の下で戸籍上異性の 2 人の間での婚姻のみが法的に保護され、同性婚は保護対象とはならないと単純に解するのは、上記の背景や文脈を全く理解していない解釈であるといわざるを得ない。同様に、24 条 2 項の「配偶者の選択」等の列挙事項に関しても、1 項のいう両性が婚姻を異性間のものと確定したり強調したりする趣旨ではなく、対等な当事者の婚姻の自由を徹底する趣旨であったことを無視して、戸籍上異性の 2 人による婚姻や離婚を前提にしたものと解釈していくと、整合性に大きく欠けることになる。

上記にかかわる点は、木村草太氏（首都大学東京教授）による 2020 年 4 月 3 日付の「意見書」（8 頁以下）、駒村圭吾氏（慶應義塾大学法学部教授）による 2020 年 7 月 27 日付の「憲法 24 条 2 項についての意見書」（特に 8 頁、15 頁）でも指摘されているところである。また、上述の札幌高等裁判所判決も、条文解釈に関しては、立法当時の社会的背景とその理解にもとづく時代制約性があったとしても、その後の社会の変化に応じて、条文内で用いられている表現や文言のみにとらわれることなく、社会の状況に沿って立法目的に合わせた解釈をすることが相当であるとしている。

3.1.3 婚姻の自由と平和主義原理

戸主権と原則長男による家督相続を基軸とする家制度は、単純に大日本帝国の男性優位および年長優位の秩序から構成される封建制を体現するしくみであったわけではない。それは、教育勅語等を用いて進められた愛国・皇民化教育とともに、欧米の「列強」諸国に対抗して武力で海外に植民地を求めた帝国主義国家であった大日本帝国を土台から支える役割を果たした。その役割を通して、全体主義や軍事主義と密接なかかわりを有してきた⁸。戦争や武力行使は政治の世界の中だけで決定され、実行されるものではない。実行にいたる道筋をつくるためには、国民全体を巻き込んだ戦時体制の構築が必須とされる。例えば、1942 年 5 月に文部省が各知事に通牒した「戦時家庭教育指導要項」が顕著に示すように、戦時体制の強化のために家が大いに利用されたのである。

では、憲法 24 条が、そのような役割を持った家制度を解体し、婚姻の自由を徹底させるとともに、家族にかかわる立法において個人の尊厳と両性の本質的平等を基軸としたことは、憲法上、いかなる意味を持つといえるのであろうか。それは、国内外で数多

⁸ 木下智史・只野雅人『新・コンメンタール 憲法（第 2 版）』（日本評論社、2019 年）も「日本軍国主義の温床とみなされた『家』制度を解体して、家族関係に個人の尊厳と平等を確立することが、日本国憲法制定にあたっての課題であった」（木下智史、302 頁）ことを指摘する。

の戦争被害者を生み出した大日本帝国のありようを完全に否定し、異なる歩みを進めることを決意したことに他ならない。その姿勢は、「政府の行為によつて再び戦争の惨禍が起ることのないやうにすることを決意し」（憲法前文1段前半）たことと強い連関性がある。憲法学界において、この決意は平和主義の枠組から、平和的生存権（前文2段後半）および戦争や戦力の不保持等を定める9条と結びつける形で議論されてきた。しかし、政府により戦争の惨禍が引き起こされたことへの反省は、24条も抜本的な方向転換を図る形で示したのであるから、同条も平和的生存権や9条同様に平和主義を構成する重要条文として理解されるのが相当である。平和主義としての24条が描く家族は、為政者の都合や思惑に2度と利用されることがない家族である。そして、それを可能ならしめるのが、個人の尊厳と両性の本質的平等という立法秩序である。

次に、この議論を踏まえたうえで、憲法の平和主義の視点から見る婚姻の自由の意義を示す。憲法24条が家制度を廃止し、婚姻の自由の徹底を追求したことは、大日本帝国のような全体主義体制の下で国民が同一志向を強いられることから生じる、社会の〈均一性〉と決別したことを意味する。均一性と対極にあるのが、個人の尊厳が認める多様性である。一般に、社会の多様性はさまざまな方法で実現されるべきものである。それを前提としても、少なくとも個人の幸福追求（憲法13条）に重要な意味を持つと認識されることが多い婚姻の法制化にかかわる側面で、本来的に人の性は多様であるのに、婚姻が戸籍上異性の2人の間のみで成立するとされる限り、マジョリティとは異なるあり方を排除することを意味し続ける。それは全体主義に連なる、社会の均一性の継続を容認するものと指摘せざるを得ない。このように考えると、同性婚の法制化は、多様性により社会の民主化を促すことにとどまらない意味合いを持つ。それは、基本的人権の尊重原理と不可分な関係にある平和主義原理を徹底するために、大日本帝国が陥ったような全体主義的な国家と社会のあり方を否定するという、非常に重大な意義を有するのである。

3.1.4 個人の尊厳と「近代家族解体の論理」

これまでの議論の流れから再度整理をすると、憲法24条1項は、①性別の違いにかかわらず〈誰にとっても〉婚姻の自由を図ることを目的とする規定であり、それゆえに②同性婚の禁止条項ではないことが明白であり、かつこの2点は司法判断として、すでに広く受け入れられている解釈であるといえよう。一方、これまでの本件の一連の訴訟判決においては、札幌高等裁判所判決および福岡高等裁判所判決を除き、戸籍上同性の2人が〈当然にして〉婚姻制度の枠組に入る対象者／当事者であるとは明示していない。それだけでなく、24条2項にもとづく立法裁量により、例えば、「婚姻に類する制度」、「特別の規律」、「婚姻制度の代替」といった、婚姻制度とは別のしくみ（代替措置）を別途設ける可能性にも言及しつつ、社会的承認、伝統的価値観、生殖等、あるいは、「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（国会の合理的立法裁

量)」の名の下で、結果的に婚姻適齢にある戸籍上同性の2人が無条件で婚姻制度の枠組に入る当事者性を有することを否定している。

しかし、こうした排除は、憲法で個人の尊厳を唯一明記している24条2項により正当化され得ないものである。その理由は、個人や個人の尊厳、および近代家族の関係性の視点から24条の意味を理解しようとする、憲法学者の樋口陽一の以下の解釈から読み解くことができる。樋口は、24条が、

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（中略）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（中略）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」を徹底的に貫ぬこうとすれば、24条は（中略）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⁹

と指摘する。すなわち、3.1.3 で述べたように、確かに制定当時の憲法が、明治民法にもとづく旧家族制度（家制度）を否定するにあたり前提としていたのは、いわゆる近代家族であるが、他方で、憲法は24条2項によって、婚姻および家族に関する立法においては、個人の尊厳こそが最上位の価値であること、そして、家制度の廃止以後も個人の尊厳に反するような法制がある場合には、この個人の尊厳の価値によって正されねばならないことを明らかにしたのである。

これにもとづけば、人の性が多様であるのに婚姻の自由が戸籍上異性の2人による婚姻に対してのみ適用される現況は、依然として近代家族の概念に不当にとらわれていることを意味し、「近代家族解体の論理」すなわち「個人の尊厳」の要請に相反するといえる。3.2 で述べるように、憲法制定以前から日本では不可視化されたり、場合によっては可視化されたりしながら、実のところ家族の多様化は進んでいた。それにもかかわらず、マジョリティの形態とは「異なる」ことを理由に社会的に周縁化され、公的に異なる取り扱いをされることで尊厳を著しく傷つけられてきた人々がいる。憲法24条2項のいう個人の尊厳とは、このような状況を変えるために、これらの人々に対する法的救済を導く憲法上の根拠となるものである。そうであるからこそ、婚外子法定相続差別違憲訴訟最高裁決定（最大決平成25年9月4日民集第67巻6号1320頁）は、婚外子の相続分を差別する民法の規定について「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」として違憲としたのである。つまり、「尊厳と権利において平等である」（世界人権宣言1条）ことは、現代人権思想の根底にある。

なお、樋口は、憲法24条2項が『両性』の本質的平等と述べている点で、同性の結

⁹ 樋口陽一『憲法〔第4版〕』（勁草書房、2021年）279頁。

合による『家族』を憲法上の公序として想定することについて一般的な一致が見られるまでにはなっていないが¹⁰との留保をつけている。この点について補足をする、と、「一般的一致」は時代制約性にかかわる問題であり、それは社会の変化にともない変わり得るものである。その場合、憲法原理および立法目的によりかなう形で可能な限り積極的解釈が試みられなければならない。同性婚の法制化については、次に挙げるような例から、現段階においてはすでに、一般的一致の方向に向かって関連する施策が導入されたり、立法がなされたりしていることが明らかである。例えば、2000 年代以降に、性的指向および性自認に起因する人権侵害の防止施策が策定されるようになったほか、2023 年 6 月には「性的指向及びジェンダーアイデンティティの多様性に関する国民の理解の増進に関する法律」も成立している。また、自治体レベルで導入されている登録パートナーシップ制度も格段の広がりを見せている。すなわち、同性婚の法制化は、憲法上の公序として当然に想定すべき時代にもはや入っているというべき段階にある。

3.2 憲法 24 条草案の背景にある家族の多様性

前述のベアテ・シロタ・ゴードンは、日本では憲法 24 条の草案起草者としてその名が知られている。実際には、彼女は GHQ 民政局内に設置された憲法草案作成にかかる「人権委員会」(Civil Rights Committee) のメンバーの一人として、同委員会が作成した人権条項試案 41 か条のうち、24 条の草案 (18 条) を含む 8 条項 (ベアテ・シロタ草案) を起草した。しかし、GHQ 民政局内の憲法草案作成に関する「運営委員会」(Steering Committee) との協議の場で、24 条の草案以外の多くの部分は削除された経緯がある¹¹。

ベアテ・シロタ草案には、大日本帝国の様相をよく知っていたベアテ・シロタ・ゴードンが想定していた保護対象が明確に示されている。そのうち、下記に示す同草案 19 条¹²は、彼女がこの段階の日本社会の家族の姿をどのように理解していたかを顕著に反映するものである。

【ベアテ・シロタ草案】

第 19 条 妊婦と乳児の保育にあたっている母親は、既婚、未婚を問わず、国から守られる。彼女達が必要とする公的援助が受けられるものとする。

嫡出でない子供は法的に差別を受けず、法的に認められた子供同様に、身体的、知的、社会的に成長することに於いて機会を与えられる。

¹⁰ 同上。

¹¹ ベアテ・シロタ・ゴードン (1995 年)、脚注 6、182-188 頁。

¹² 同上 186 頁。

19 条を読む限り、日本社会にはこの段階ですでに、家族の多様性が前提になる諸々の事実（未婚の母や嫡出でない子の存在等）があり、それゆえに国家により保護されるべき家族像は多様であるという見地から、ベアテ・シロタ・ゴードンはそれにもとづいて保護対象を設定したと読み取ることができる。少なくとも、仮に保護対象は近代家族像が中心にあったとしても、社会に存在するそれ以外の家族の実像にもまなざしが向けられていたといえるだろう。19 条に限らず、他にも例えば「女性と子供、恵まれないグループの人々は、特別な保護が与えられる」¹³（29 条）とされていたこと等、彼女の視点は、「社会的に周縁化または迫害されてきたマイノリティに対し、思慮に満ちたまなざしを向け」¹⁴るものであり、「個人の尊厳」を掲げる憲法 24 条はこのような視点を背景に生まれた。上記の部分が削除されたのは、その内容が軽んじられたからではなく、根本原則を定める憲法上の規定としては詳細すぎ、憲法以下の各種法律で定めるべき内容と判断されたからである¹⁵。したがって、婚姻制度を含む家族について具体的に定める法律では、ベアテ・シロタ・ゴードンのこのような理念は現在においても、十分に活かされるべきであろう。

なお、家族の多様性に関連してもう一点指摘すると、日本の現行法は、憲法だけでなく、民法をはじめ、その下で立法化されている各法律においても、「家族とは何か」ということをいっさい定義していない。すなわち、特定の家族像・家族の形態を唯一の保護対象として規定していないこととなる。したがって、現に戸籍上同性の 2 人による婚姻を排除している現行の婚姻制度の違憲性を判断する際にはこの点にも留意すべきであろう。

3.3 憲法 24 条 2 項の個人の尊厳と法的救済

憲法 24 条 2 項に依拠して、現行民法はその解釈基準を「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」（民法 2 条）と規律している。これが示すように、24 条 2 項は、①家族に関する立法時のみならず、②私的な関係を規律する民法の各条文解釈時の公序を示すものと解される。個人の尊厳と両性の本質的平等という 2 つの公序は、同等に列挙されているように見えるが、個人の尊厳があえて先に置かれている点には意味がある。

先に論じた近代市民法が、個人の意思主義に力点を置いていること、またすべての個人の意思が平等に取り扱われること（憲法 13 条および 14 条 1 項）が前提になっていても、現実にはすべての個人が〈強い個人〉として、自由に自己決定権を行使できる立場

¹³ 同上 188 頁。

¹⁴ 清末愛砂「非暴力平和主義の両輪—24 条と 9 条」、中里見博＝能川元一＝打越さく良＝立石直子＝笹沼弘志＝清末愛砂著『右派はなぜ家族に介入したがるのか—憲法 24 条と 9 条』（大月書店、2018 年）141 頁。

¹⁵ ベアテ・シロタ・ゴードン（1995 年）、脚注 6、183 頁。

や環境に置かれているわけではない。外面的には平等な個人とはいうものの、社会ではさまざまに周縁化されてきた〈弱い個人〉が存在し、自己決定をかなえるためにアクセスできるしくみ／制度から排除されたり、その利用に制限を加えられたり、または権利上は制度を利用できる立場にあっても置かれている環境から生じるしがらみ等により、アクセス自体が困難である個人がいる。

家族にかかわるこうした排除や制限またはアクセスの困難さ等は、例えば、家父長的社会規範、生殖と結びついた近代家族主義、それらを基底にするマジョリティによる社会的承認等の理由を持ち出されて正当化されてきた。わかりやすい例としては、嫡出の子と嫡出でない子との「区別」や夫婦同氏を強いる法律婚制度、暴力にさらされながらも経済的不安から家を出ることをためらうDV被害者等がある。

このような状況を変えるためには、弱い個人に対する救済をもたらすための法的なしぐみが求められる。立法を通して、自己決定の主体でありながらも、しくみの対象から排除・制限されたり、アクセスを困難にさせられたりすることで尊厳が傷つけられていくことを防ぐ。それを導くのが憲法 24 条 2 項のいう個人の尊厳であり、それは「公権力が各人のニーズに沿った援助や選択肢、またそれを担保するしくみを法的救済として提供するための道を拓く、または公権力にその道を拓かせる憲法上の根拠」¹⁶としての役割を担うものとして解されるべきなのである。

既述のように、「個人の尊重」（憲法 13 条）は、権利主体である個人の自由な意思が尊重されるという意味から、個人の自己決定権を保障する根拠規定として位置づけられる。憲法学上、個人の尊重と個人の尊厳（憲法 24 条 2 項）は同義だと説明される傾向がある。事実、個人の自己決定と尊厳は密接不可分な関係にもあるために、両者には重なる点が多々あることは否定できない。一方、個人の尊厳は、自己決定の主体となる個人でありながらも、現実には家族内の規範や権力関係の文脈から、さまざまな脆弱性を強いられてきた弱い個人を法的に救済するための根拠規定としての役割を担っている。その点は個人の尊重と異なる。

しかし、そうであっても、個人の尊厳は、個人の尊重だけでなく、「平等原則」（憲法 14 条 1 項）とも互いに補完しあう関係にある。1つの人格を有する個人としての自己決定権が公平かつ平等に担保されなければ、自らが思い描く幸福の実現を追求することはできず、その実現に向けた道が閉ざされていけば、尊厳が傷つけられることになるからである。そもそも、憲法 24 条 2 項における立法時の憲法秩序は、不条理な、または差別的な社会規範や社会的承認等を排しながら、より客観的かつ網羅的に法的救済のしくみをもたらすことが要請される。ただし、家族に関連する立法において、「両性の本質的平等」だけが立法秩序になるのであれば、法的救済の対象となる人々が限定され、そ

¹⁶ 清末愛砂「憲法 24 条 2 項に定める「個人の尊厳」を立法に生かす意義」『ジェンダーと法』19 号（2022 年）33 頁。

これから抜け落ちるさまざまな個人（その中には、婚姻の対象から外されている同性婚を求める当事者も含まれる）が出てくることになる。これでは、網羅的な法的救済にはならない。3.1.4で指摘したように、両性の本質的平等の前に配置されている個人の尊厳こそが、家族に関連する立法秩序における最上位の価値であると解されるのは、時代に応じて派生しうる諸々の問題に対して、基本的人権の尊重原理にもとづいて適切に網羅できるようにするためである。

さて、先に議論したように、婚姻の自由を保障する憲法上の条項が存在するにもかかわらず、戸籍上同性のカップルの場合、民法や戸籍法といった現行法の下で、①婚姻を通じて家族の形成を求める個人の意思、および②相手方との双方の合意にもとづく婚姻の意思という2つの自己決定が排除されるという現実に瀕している。こうした状況は、憲法24条2項の個人の尊厳の名の下で、合理的な正当性を持つものとはいえないだろう。

民法は、婚姻の成立を当事者間の婚姻の自由な意思だけにもとづいてすべて認めているわけではない。婚姻障害事由として、婚姻適齢（民法731）、重婚の禁止（同732条）、近親婚の禁止（同734条から736条）が存在している。これらは一見、憲法24条1項の婚姻の自由を制限しているようにも見える。しかし、社会の安定性を図るための肉体的・精神的な成熟度、優生学上または倫理上の理由から許容されるものとされてきた。一方、婚姻をする者の性別については、実のところ現行民法は明文上何ら制限規定を設けていない。婚姻適齢（婚姻開始年齢）は男女ともに18歳であると定められているが、これは婚姻の当事者双方の性別が異ならなければならないことを意味するものではない。

3.4 小括—基本的人権の拡充のための積極的解釈

以上の説明を踏まえて小括する。憲法24条1項は、男性優位かつ年長優位の秩序から成り立っていた家制度を背景に、とりわけ女性が軽んじられていた点に着目し、婚姻の成立要件として「両性の合意のみ」を入れたが、その目的とするところは、顕著な性差別を是正することで、身分や性別を問わず〈誰にとっても〉婚姻の自由を保障しようとすることにあった。すなわち、婚姻の当事者双方が、①平等な立場で合意することを至上のものとし、②他者による支配や介入を排することを原理とする、婚姻の当事者主義の導入であった。そうであるからこそ、続く2項が掲げる家族にかかわる事項には、最初に「配偶者の選択」がおかれている。1項の婚姻の自由の趣旨と2項の配偶者の選択には、密接不可分な連続性がある。こうした改革は、性差別的な家父長的社会規範に着目し、婚姻の自由が侵害されないようにしたという意味で、婚姻にかかわる人権の拡充を図るための最初の鉤が振り落とされたという意味があった。

しかし、憲法制定当時、また1946年に新憲法の政府案に現行の24条が入ることを受けて始まった明治民法の改正当時の婚姻観は、戸籍上異性の2人の間で成立することを

前提としていた。それゆえ、その前提にもとづき、婚姻の自由の徹底を目指すことに何ら疑問が持たれるはずもなく、それがそのまま民法や戸籍法の改正に反映されることになった。したがって、戸籍上同性のカップルを婚姻の対象から外すことを意図するものではなかったが、現代的視点から見れば、婚姻の自由の徹底を目指したものの、不十分に終わったといわざるを得ない。そして、その状態は現在まで続き、戸籍上同性のカップルは婚姻の法的効果（詳細は下記 4.1 で詳述する）を享受できず、また平等に取り扱われないことにより、憲法 24 条 2 項の立法秩序が言及する個人の尊厳が侵害され続けている。

憲法 24 条 1 項が目指す婚姻の自由の趣旨に鑑みれば、同性婚の法制化がなされていないことで取り残された人々がいること自体が目的の達成に至っていないことを示している。したがって、立憲主義の観点からはそのような状態を正すために、改革のための鉈を再度振り落とすこと、すなわち同性婚の法制化による婚姻の自由の徹底が憲法 24 条 1 項によって求められている。また、その法制化は、同条 2 項の「配偶者の選択」を含む家族関連の立法秩序である「個人の尊厳」が強く求めるものでもある。個人の尊厳は、時代に応じて派生しうる家族に関連する諸問題に対して、基本的人権のさらなる拡充のために、目的によりかなうような形で積極的解釈をすることを要請する、網羅的な最上位の価値を有するのである。自己決定の主体である個人が婚姻の意思を示しているにもかかわらず、取り残される状態が続くことをこれ以上放置してはならない。憲法 24 条が当初から求めてきた婚姻の自由が不徹底に終わっていることを認識すべきであろう。

4. 日本における公証制度としての戸籍

4.1 婚姻の法的効果と戸籍

同性婚が法制化されていないがために、もたらされる弊害にはさまざまなものがある。以下ではそれらのうちで最も影響が大きいと考えられる戸籍制度により公証されない不利益とそれに伴う尊厳の侵害について述べていく。

民法上の婚姻には、法的効果として、姻族関係を発生させるほか、夫婦同氏（民法 750 条）、同居協力扶助義務（同 752 条）、法定夫婦財産制（同 760 条以下）、嫡出推定（同 772 条）、夫婦共同縁組（同 795 条）、特別養子縁組（同 817 条の 3）、婚姻中の父母の共同親権（同 818 条 3 項）、法定相続権（同 890 条）、配偶者居住権（同 1028 条以下）、遺留分権（同 1042 条）等、幅広い効果が設定されている。また、民法上の効果以外にも、配偶者控除や配偶者の相続税の優遇等、税や社会保障、出入国管理において、婚姻関係にあること（つまり配偶者の地位にあること）が、それぞれの分野で法的効果を発生させる要件となっている。したがって、これら種々の法的効果を享受するためには、原則として、公的機関、第三者に対し、戸籍上、婚姻関係にあることが登録され、かつ公証できる必要がある。

本件の一連の訴訟、大阪地裁判決においては、戸籍上同性の2人による人的結合関係が公的承認を受け、公証されることにより、社会の中でカップルとして公に認知されて共同生活を営むことができることについて「公認に係る利益」と定義し、それは「自己肯定感や幸福感の源泉といった人格的尊厳に関わる重要な人格的利益ということが出来る」と判断している¹⁷。「公的承認を受け、公証される」ためには、国、自治体等公的機関の関与が必須となり、異性である婚姻当事者の場合、それは婚姻の届出により戸籍に記載される形で実現される。大阪地裁判決だけでなく、本件の一連の訴訟においては、「公認に係る利益」として、戸籍への登録、戸籍を通じた公証という点が重視されている。

以下、公証制度として日本の戸籍の特徴や、戸籍が果たしてきた役割について述べていく。

4.2 日本の戸籍制度の特徴

いうまでもないが、戸籍は、人の出生・死亡・婚姻・離婚・養子縁組等、重要な身分関係を登録・公証する公文書である。すなわち、個人の家族関係や属性に関わる事実を登録し、これを公証する。戦後の戸籍法改正(1947)以来、戸籍は、日本における国民の登録簿として、「一組の夫婦と氏を同じくする子」の単位で編成されており、日本で暮らすなかで、社会生活において極めて重要な存在である。国際的にも、子どもの権利条約7条において「児童は、出生の後直ちに登録される。」(日本政府訳)とあり、登録により、出生時よりすべての子どもに名前と国籍が与えられるべきことが定められている。

公的機関への個人の登録の形態は、国によりさまざまである。①国籍証明の機能を持ち、国民であることを登録する国民登録のしくみ、②身分関係(親子や婚姻関係等)を登録するしくみ、③居住の実態を把握する住民登録のしくみ、また、④国籍、性別、人種、職業、銀行口座等、個人情報登録をする個人登録のしくみ、等の形態がある¹⁸。④の個人情報の登録の形態を採る場合、国民一人一人に付されるマイナンバーに個人情報が紐づけられ、情報が登録・管理されることが一般的である。このようなさまざまな登録が人口調査に利用され、統計処理されることを通じて、国家の政策に反映されることも多い。

¹⁷ 2022(令和4)年6月20日大阪地方裁判所判決：平成31年(ワ)第1258号損害賠償請求控訴事件。

¹⁸ 遠藤正敬『戸籍と無戸籍』(人文書院、2017年)においては、これに加え、「カテゴリー別登録」として、国家が一定のカテゴリーに属する者のみを限定的に捉え登録する仕組みについても説明する。例えば、日本では、外国人登録がこれに当たる。このようなカテゴリー別登録のしくみは、歴史的には、そこに登録された者を特権化、あるいは差別化する役割を果たしたことが説明されている。同書32頁以下参照。

欧米においては、③の住民登録の制度を持つ国は少なく、出生の報告を出発点とし、個人単位での登録が一般的である。この個人単位の登録簿に、出生、婚姻、死亡等、身分関係にかかる事件が記載されていく。これは、欧米での個人登録簿が、教会における出生、婚姻、死亡の登録を起源とすることに由来する。そのため、欧米における個人登録簿は、出生をはじめとする事件の証明に重きが置かれているといえる。

これに対し、日本の戸籍は、次の 4.3 で述べるような成立の経緯から、個人単位の登録ではなく家族単位（夫婦及びその夫婦と同じ氏の未婚の子）での登録となっており、その身分関係を登録し、公証する公文書となっている。ここでいう身分とは、封建社会における身分ではなく、出自をはじめとする法的地位（出生、婚姻、離婚、縁組等の事項）を指す。また、戸籍には本籍が設定され、戸籍の所在地が登録される。戸籍は本籍地の市町村で保管されている。

つまり戸籍は、日本国民としての登録、そして身分関係を公証するものであるといえ、また、親子、夫婦、兄弟姉妹等の親族関係を証明するものでもある。さらに、1952 年以降は、選挙人名簿の作成や自治体による住民サービスのために、居住関係を登録・公証するものとして住民票が存在するようになったが¹⁹、戸籍制度は維持された。両者は完全に独立することなく、例えば、住民票に本籍地と戸籍筆頭者氏名が記録されているような点からも、住民票と戸籍は相互に繋がっているともいえる。2015 年以降には、住民票を有する者全てに、いわゆるマイナンバー（個人番号）が付されたが、2023 年度以降、このマイナンバーと戸籍は紐づけられている。

このように、日本における戸籍制度の特徴は、国家への登録簿として、他国に類をみない重層的な機能を持つ点であり、また、それが家族単位で構成されている点である。民法学者の水野紀子は、日本の戸籍の神髄として、「戸籍が同時に、国民登録であり、親族登録であり、住民登録であること」と述べている²⁰。このことから、婚姻や養子縁組等の身分行為にかかわる手続の際には、戸籍は要件具備の確認のために使用されたり、相続の際には、相続人の確認のために利用されたりする。また、パスポート取得の要件に戸籍を有することが必要とされるが、外務省はその理由について、「日本国における申請者の国籍と身分関係を公証する唯一の手段は戸籍のみ」であるためと説明している。つまりは、戸籍を有すること、戸籍に記載される関係にあることは、日本人であること（日本国籍者であること）、また日本法にもとづく合法的な身分関係にあることを公証することにつながるのである。

¹⁹ 1952（昭和 27）年施行の住民登録法による。現行では、住民基本台帳法（1967（昭和 42）年）にもとづく。

²⁰ 水野紀子「戸籍制度」ジュリスト 1000 号（1992 年）163 頁。

4.3 日本人にとっての戸籍の精神性

古くは、軍事や課税のために、国民・住民把握の手段として戸籍に類するものの存在は見られるが、全国統一の戸籍としては、明治期の壬申戸籍（1872）が初めてのものである。この壬申戸籍は、前年に成立した戸籍法にもとづくもので、日本国民としての登録の機能を有し、これ以降、戸籍は、日本国民であることを公証する唯一のものとなる。明治政府は、戸籍を通じて、徴兵、徴税、警察による人民管理等を行っていたが、国民の側では、戸籍は日本人としての帰属につながり、戸籍を持つことはある意味、特権化されていたともいえる。戸籍法は明治初期 1871 年に成立していたが、わが国で初めての民法規定である明治民法（1898 年施行）に沿って、家制度と整合性を持つ形で大きく改正されている。その結果、戸籍は家の登録簿として確立されていた。すなわち、明治民法の成立によって家族制度としての家制度が確立し、その家を具現するものが戸籍となっていたため、国民の家意識と戸籍は切り離せない存在となったのである。

前述 3 で述べたとおり、家制度は、世代差別、性差別を内包する制度であり、現在では批判されるべき面も多い。また、天皇主権国家において、戸主権を通じ、他の家族構成員の恭順、服従心を養う役割を醸成したともいえる。民法学者の唄孝一は、戸籍について、家を「戸籍という紙の上に具現し、その横の構成も縦の継承も、紙の上の可視的なものとし、その可視的存在が、常に人々の意識を受けとめ、かつ、その意識にはたらしめかけることにより、抽象的存在としての家を実体化することに貢献していた」²¹と評している。

本来、国民や住民の登録のしくみは、さまざまな政策立案、および社会保障をはじめ公共サービスの便益を受ける国民のための制度として位置づけられるべきである。しかしながら、日本の戸籍は、上記のように、日本人であること、家制度にもとづく親族関係にあることを公証するものとなっていたため、戸籍に記載されることは、ある意味の「正当性」をもたらすことにつながった。明治民法が成立して以降、婚姻をはじめとする届出による身分行為の定着が見られ、戸籍に記載されることが、「道德律」となっていたのであり、その意識は、現在の日本人にもいまだ通底するものである。

このように、制度として「正当性」を備え、さらに「道德律」と化した戸籍を持たないこと、戸籍に記載されない関係にあることは、人々に、正当でないという感覚、また場合により、不道德である感覚さえもたらすのである。戸籍は、家制度が廃止され、法律上は家制度とは切り離されたはずの現在でも、人びとの意識の中で社会的承認の象徴として大きな意味を持っている。このような点からも、2022 年の改正前の民法 772 条に定められる嫡出推定制度の下、無戸籍者の問題がクローズアップされ、この問題への救済が迅速に行われたことは記憶に新しい。

²¹ 唄孝一「『氏』二題」（コラム）黒木三郎ほか編『家の名・族の名・人の名—氏—』（三省堂、1988 年）184 頁。

たしかに、私たちは、日々戸籍を手にしながら生活するわけではない。しかしながら、戸籍上同性であるカップルの当事者らは、自分たちの関係性が戸籍に記載されないことにより、人生の折に触れ、ダメージを受ける。税法上の優遇が受けられない不利益、法定相続が認められないことで家族としての公認が否定されているため遺言を作成しなければならないプレッシャー、入院時の手続や家族説明の際に関係性をどう説明するかという不安等、それらは生活のなかで常に無数に存在する。多方面からもたらされる不利益とそれにともなうダメージ（不安や惨めさ、怒り、不条理さ等の混在）が当事者の尊厳を侵害し続けるのである。

4.4 登録パートナーシップ制度による「公証の利益」の保障の限界

一般に、婚姻当事者にとって、公的機関への登録により、関係性を公認されることの利益は大きい。これらの登録は、公証の機能とつながっているため、当事者双方の関係性を他者に証明することが可能となり、日本の異性のカップルであれば、婚姻という身分変動を戸籍に反映することによって、互いに公認された配偶者であることを公証することができる。これは、カップルとしてのアイデンティティにつながる利益であるともいえよう。

上記で述べたように、公的機関への個人登録のしくみとして、現在の日本では、戸籍による登録と住民票による登録が併存している。自治体による登録パートナーシップ制度の一部では、住民票への記載を「異性の事実婚」と同じくすることを可能にしているが²²、これはあくまで、居住を証明する住民票上の記載にとどまる。すなわち、登録パートナーシップ制度では、カップルの関係性が戸籍に反映されることにはつながらないのである²³。なぜなら、戸籍は、その編製が「氏を同じくする（同一戸籍・同一氏の原則）」家族単位であること、また民法上の身分変動を登録・公証することを目的とするため、現段階で、法制度としての婚姻から排除される同性の2人の関係が、戸籍上の登録・公証につながる余地はないからである。

2015年に、東京都世田谷区、渋谷区において、いわゆる登録パートナーシップ制度が誕生して以来、全国の自治体において登録パートナーシップ制度を設ける動きが加速している。現在では、日本全国の人口カバー率 80%を超える自治体において登録パートナーシップ制度が存在する²⁴。それぞれの登録パートナーシップ制度には、自治体固有

²² 鳥取県倉吉市における「くらし安心ファミリーシップ制度」においては、「住民票同一世帯のパートナーは、住民票の写しの請求が同一世帯員とできます。また、希望があれば続柄を「妻(未届)」または「夫(未届)」とすることができます。」と説明されており、住民票において、事実婚と同様に続柄を「妻(未届)」 「夫(未届)」と記載することを可能としている。

²³ そもそも、戸籍法と住民基本台帳法では、国および自治体の権限の範囲が大きく異なっている。

²⁴ 「公益社団法人 Marriage For All Japan – 結婚の自由をすべての人に」HPによると、

の工夫が凝らされ、当該自治体における公営住宅への入居ができるほか、行政サービスの一部が民法上の婚姻関係にある夫婦に準じて設定されている。登録パートナーシップ制度の広がり、婚姻制度から排除される同性カップルに対し、何らかの救済が必要であるとの認識が、日本社会全体で共有されていることを示している。これは、同性婚の法制化に向けた十分な立法事実であると評価できる。一方で、この制度が自治体単位であることから、自治体レベルの行政サービス以上の公的効果をもたらすことは難しく、一部の民間企業との連携による民間サービスが享受できるにすぎない。

自治体による登録パートナーシップ制度の広がり、その先に、仮に登録パートナーシップ制度の法制化を期待するとしても、登録パートナーシップ制度による関係の承認は、婚姻制度を通じた身分変動が戸籍に記載されることから生じる公認の利益とはかけ離れている。それはあくまで、婚姻関係に準じた関係として、婚姻の効果の一部を享受できるにすぎないものと想定される。したがって、戸籍上同性のカップルに法律上の婚姻の道がひらかれない限り、その関係は戸籍記載によって公認され、公証を可能とする関係には昇華できないのである。

さらにいうと、仮に、民法上の婚姻と同等の効果をもたらす代替制度として、登録パートナーシップ制度が国家レベルで法制化された場合、問題は解決するのだろうか。この点是否定せざるを得ない。なぜなら、戸籍上異性のカップルと同じ制度が利用できないという点で、尊厳の侵害は不可避であり、解決にはいたらないのである。代替制度で甘受すべきとするのは、婚姻から当事者を排除することになり、権利の享受主体を二分化するものである。原告らは戸籍上異性間の婚姻と同じ制度を求めているのであり、異なるカテゴリーをもうけ、区別することに意味はない。くわえて、法律婚の夫婦においては戸籍という登録制度によって関係が公認され、公証されている。上記で述べた戸籍制度の特性から、登録パートナーシップ制度が国家レベルで実現した場合でも、その関係が戸籍に反映されることは想定しがたく、戸籍上同性のカップルが婚姻制度から排除されることの不利益は、著しく大きいのである。すでに述べた日本人にとっての戸籍の精神性の観点からも、戸籍に結びつく公的承認が得られないことは、婚姻を求める戸籍上同性の2人の尊厳にかかわる人格的利益の問題と結びついている。

5. 結論

以上の議論から、憲法 24 条 1 項が定める婚姻の成立要件は、当事者が平等な立場で合意することを至上のものとし、他者による支配や介入を排することを原理とする当事者主義をとることで、当初から身分や性別を問わず〈誰にとっても〉婚姻の自由を保障しようとするにその目的がおかれていたが、憲法の制定当時および明治民法の抜本的改正が行われた当時の婚姻観が戸籍上異性のカップルの間で成立することを前提と

していたために、婚姻の自由の徹底が不十分なままであることが明白である。したがって、同条1項の当初の目的に沿って、同性婚の法制化による婚姻の自由の徹底が求められる。

同時に同性婚の法制化は、同条2項の「配偶者の選択」を含む家族関連の立法秩序である「個人の尊厳」が強く求めるものである。個人の尊厳は、時代の流れの中で派生する家族に関連する諸問題に対して、基本的人権のさらなる拡充を目指して、目的によりかなうような形で積極的解釈をすることを要請する網羅的価値を有するからである。

すなわち、憲法24条1項および同条2項それぞれが同性婚の法制化を強く要請していると解される。

また、日本における戸籍制度の性質に照らすと、戸籍上同性のカップルがその関係を戸籍によって公認・公証されない不利益は甚大であり、したがって、憲法24条2項の個人の尊厳にもとづき、戸籍上同性のカップルに対して、戸籍に記載される婚姻制度がひらかれる必要があると考える。

なお、日本の戸籍制度のもたらす差別の問題については、種々指摘されているところであり、本意見書執筆者らがこの問題を軽視する立場ではないことを付言しておきたい。