

日本国憲法における同性婚の位置

榎 透

はじめに

I 婚姻に関する現行制度

- 1 現行法とそれによる同性カップルの不利益
- 2 渋谷区男女平等及び多様性を尊重する社会を推進する条例

II 日本国憲法の3つの条文と同性婚

- 1 日本国憲法24条と同性婚
- 2 日本国憲法14条1項と同性婚
- 3 日本国憲法13条と同性婚

III 24条, 14条1項, 13条の3者関係

- 1 24条, 14条1項, 13条の3者関係
- 2 24条, 14条1項, 13条の3条文と同性婚

むすびにかえて

はじめに

日本国憲法は、何よりも個人を大切なものと考え、種々の人権を規定する。このことは日本社会が多様性を尊重する社会であることを求めている。しかし、実際の日本社会はその「メインストリーム」から外れるマイノリティにとっては生きにくい社会である。LGBTの問題は、その代表的なものの中の1つである。LGBTとは、“Lesbian”（レズビアン、女性同性愛者）、“Gay”（ゲイ、男性同性愛者）、“Bisexual”（バイセクシュアル、両性愛者）、“Transgender”（トランスジェンダー）という、セクシュアル・マイノリティ（性的少数者）の総称とされる。セクシュアル・マイノリティ

に対する差別などは、日本をはじめ他国でも問題とされるが、本稿では日本における婚姻に注目したい。

婚姻は、通常、好きな相手とするものであろう。日本において異性愛者が法律上の婚姻を望む場合には、さしあたり大きな問題はない。しかし、性的少数者が自分と同じ性の者と法律上の婚姻を望む場合には、日本では法律の壁が立ちはだかる。同性婚を望むカップルは役所で婚姻届を受理されない。しかし、同性婚については近年、法律上のそれを認める国も増加している。中でもアメリカ合衆国の *Obergefell v. Hodges*¹⁾ は、日本でも広く紹介や分析が行われている²⁾。日本国憲法のもとで同性婚（同性間による法律上の婚姻）が容認されるべきか否かは解決の必要な課題である。

日本国憲法の下では、従来、憲法24条は「両性」の婚姻を想定していることから、同性婚を容認していないと理解されてきた。しかし、現在では、日本国憲法と同性婚との関係は、そのような理解にとどまらない。そこで本稿では、憲法学説を整理しつつ、日本国憲法が同性婚に対してどのような態度をとっているのか（禁止しているのか、容認しているのか、それとも要請しているのか）を検討する。

1) 576 U. S. ___, 135 S. Ct. 2584 (2015).

2) 多くの論稿があるが、駒村圭吾「同性婚訴訟と憲法解釈：Obergefell v. Hodges 事件判決をめぐって」[2016-2] アメリカ法209-234頁、紙谷雅子「Obergefell v. Hodges について：アメリカ法の立場から」[2016-2] アメリカ法235-262頁、根本猛「同性婚とアメリカ合衆国憲法」静岡法務雑誌 8号（2016年）5頁以下、小竹聡「Obergefell v. Hodges, 135 S. Ct. 2584 (2015) 判決（2015年6月26日）」法学セミナー749号（2017年）8-12頁、上田宏和『「自己決定権」の構造』（成文堂、2018年）231頁以下など。

I 婚姻に関する現行制度

1 現行法とそれによる同性カップルの不利益

(1) 現行法の規定

婚姻に関する現行法の主要な規定は次の通りである。

憲法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。

民法750条 夫婦は、婚姻の際に定めるところに従い、夫又は妻の氏を称する。

日本国憲法24条が規定する「婚姻」とは、法律婚を指すと理解されている。同条1項は、「両性」や「夫婦」の言葉を用いていることから、同性婚を想定していないと読むことができる。そして同2項は、婚姻や家族に関する法律については「個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚して」制定されることを示している。これを受けて、日本の現行民法は、法律上の婚姻を異性間にだけ認め、同性間には認めていない。ゆえに、同性どうしのカップルが役所に婚姻届を提出したいと思っても、役所がその届を受理することはない。

(2) 現行法により同性カップルが受ける不利益

同性カップルが法律婚をできないことによる不利益とは、何であろうか。『同性婚 だれもが自由に結婚する権利』³⁾を参考にしてまとめると、次の

3) 同性婚人権救済弁護団編『同性婚 だれもが自由に結婚する権利』（明石書店、2016年）99頁以下。他にも、大阪弁護士会・人権擁護委員会・性的指向と性自認に

ようなものである。それは、①パートナーの財産を相続する権利がない、②遺族としての年金等の社会保障が約束されていない、③医療現場において配偶者であれば受けられる説明を受けられないことや、可能な面会や緊急手術の署名ができないことがある、④離婚の際にある財産分与が法的に保障されていない、⑤住宅の購入や借りが難しい、⑥子育てをする場合に、共同での親権の行使が難しい、⑦パートナーが外国人のとき、「日本人の配偶者等」でないと在留資格が得られない、帰化しにくい、在留特別許可が認められにくい、⑧保険金や家族対象の民間サービス、職場の福利厚生を受けられない、といった不利益である。

相続の権利を1つの例として説明しよう。民法は「被相続人の配偶者は、常に相続人となる」と定めている（890条）。しかし、同性カップルは法律上の婚姻を認められていないことから、この条文に言う「配偶者」に該当せず、亡くなった者の遺産をそのパートナーが相続する権利は直ちに発生しない。亡くなった者が生前に遺言をしておけば、そのパートナーは一定の範囲で財産を受け継ぐことができる。また、相続に係る税金も、法律婚のカップルと同性カップルの場合とは異なる。配偶者には相続税額の軽減控除が認められている（相続税法19条の2）が、同性パートナーはこの恩恵を受けない⁴⁾。

現行法が法律婚主義を採用していることから、法律婚をしているカップルとそうでない同性カップル⁵⁾の間には、ある事柄において取り扱いの

関するプロジェクトチーム『LGBTsの法律問題Q&A』（LABO、2016年）や、LGBT支援法律家ネットワーク出版プロジェクト編『セクシュアル・マイノリティQ&A』（弘文堂、2016年）にも、LGBTに関わる多くの法律問題が示されている。

4) 同性婚人権救済弁護団編・前掲注3)100-104頁、LGBT支援法律家ネットワーク出版プロジェクト編・前掲注3)230-232、238-240頁。

5) 本文中で「法律婚のカップルと同性カップル」と書いたが、後者は同性カップルに限定されない。これは法律婚カップルと事実婚カップルの差異であり、法律婚主義の採用に基づく両者の差異が憲法上許容されるのか、という論点ともなる。法律婚カップルと事実婚カップルとの間の差異こそ問題の核心であると考えられる立場から

差異が生じているのである。

2 渋谷区男女平等及び多様性を尊重する社会を推進する条例

日本では、地方公共団体が同性カップルの不利益を解消する努力を始めている。

その代表的な例は渋谷区であろう。渋谷区は、2015年4月から「渋谷区男女平等及び多様性を尊重する社会を推進する条例」⁶⁾を施行した。この条例に基づいて、渋谷区は男女平等と多様性を尊重する社会を推進する施策を行う。この条例は、パートナーシップを「男女の婚姻関係と異ならない程度の実質を備える戸籍上の性別が同一である二者間の社会生活関係」と定義し、区は該当する同性カップルに対し「パートナーシップに関する証明」を発行する。

2015年3月3日渋谷区議会定例会（第1回）での桑原敏武・渋谷区長答弁によれば、「このパートナーシップ証明については、民法上の婚姻制度とは別の制度であり、相続や配偶者控除などの法的効果はありませんが、住宅の入居、病院での入院、手術などの際に、この証明によりパートナーとの関係が理解され、手続が円滑に進むことを期待しております。」「この証明を契機として二人の関係が周囲へ公表され、社会の理解が一層進むことを期待する」というものである⁷⁾。渋谷区の他にも、世田谷区で「世田谷区パートナーシップの宣誓の取扱いに関する要綱」⁸⁾を策定するなど、

は、同性カップルに法律上の婚姻を認めない現行法の問題性を論点化する手法には異論が出されよう。

6) https://www.city.shibuya.tokyo.jp/assets/detail/files/kusei_jorei_jorei_pdf_danjo_tayosei.pdf なお、本稿注釈に記した URL の最終確認は、2018年12月12日に行った。

7) 平成27年 渋谷区議会会議録 第3号。

8) http://www.city.setagaya.lg.jp/kurashi/101/167/1871/d00142701_d/fil/youkou300401.pdf

複数の地方公共団体がパートナーシップ宣誓制度を導入している⁹⁾。

しかし、パートナーシップ制度が男女平等と多様性を尊重する社会の推進に一定の役割を担うとしても、その効力は法律婚と同じでない。大島梨沙が指摘するように、「パートナーシップ証明を得たとしても、それによって得られる利益は婚姻夫婦と同じではない点、そもそもどのような具体的効果が発生するか明らかでない点、強制力が弱い点、渋谷区内でしか効果を持たない点に、パートナーシップ証明の限界がある」¹⁰⁾。

II 日本国憲法の3つの条文と同性婚

日本国憲法は、同性婚をどのように位置づけているのであろうか。禁止しているのか、沈黙しているのか、それとも、要請しているのか。同性婚に関係する日本国憲法の3つの条文——24条、14条1項、13条——を順に検討する。

1 日本国憲法24条と同性婚

(1) 24条と家族

日本国憲法24条は、「婚姻は、両性の合意のみに基いて成立」すること、婚姻・家族に関する「法律は、個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚して」制定されるべきことを定めている。この規定は、個人主義を徹底し、女性の地位が男性と同等であることを示し、家族に対する戸主の支配権を

9) 久禮義一「同性パートナーシップ制度について～地方行政を中心に～」人権をかんがえる21号(2018年)89頁以下。

10) 大島梨沙「渋谷区同性パートナーシップ条例の意義と課題」法学セミナー727号(2015年)3頁。この条例の問題点として、同居カップルの入居拒否といったパートナーシップを証明された者に対する扱いが、性的指向を理由とした差別であるか否かわからない、という指摘もある。山下純司「渋谷区条例の意義——パートナーシップから同性婚へ」ジュリスト1485号(2015年)67頁。

定めた、戦前の旧民法の定める「家制度」を明確に否定したものである¹¹⁾。もっとも、そこで想定される「家族」とは何かが問題となろう。それは、男と女からなる夫婦とその子どもからなる家族であるのか、それとも、「個人の尊重」を徹底することで、多様な結びつきを肯定する現代的な家族像を許容するのか¹²⁾。このような家族像の違いは、同性婚を考える上でも異なる結論を導く可能性があると言えよう¹³⁾。

判例は憲法24条について、夫婦別姓訴訟大法廷判決¹⁴⁾の中で次のように述べている。

氏に、名と同様に個人の呼称としての意義があるものの、名とは切り離された存在として、夫婦及びその間の未婚の子や養親子が同一の氏を称するとすることにより、社会の構成要素である家族の呼称としての意義があるとの理解を示しているものといえる。そして、家族は社会の自然かつ基礎的な集団単位であるから、このように個人の呼称の一部である氏をその個人の属する集団を想起させるものとして一つに定めることにも合理性があるといえる。

憲法24条は、1項において「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。」と規定しているところ、これは、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と解される。……ある法制度の内容により婚姻することが事実上制約されることになっていることについては、婚姻及び家族に関する法制度の内容を定めるに当たっての国会の立法裁量の範囲を超えるものであるか否かの検討に当たって考慮すべき事項であると考えられる。

婚姻及び家族に関する法制度を定めた法律の規定が憲法13条、14条1項に違反しない場合に、更に憲法24条にも適合するものとして是認されるか否かは、当該法制

11) 清水伸編『逐条 日本国憲法審議録(2)』(有斐閣、1962年)481頁以下。

12) 辻村みよ子『ジェンダーと人権』(日本評論社、2008年)233頁参照。

13) 長谷部恭男編『注釈日本国憲法(2)』(有斐閣、2017年)499頁 [川岸令和執筆]。

14) 最大判平成27年12月16日民集69巻8号2586頁。

度の趣旨や同制度を採用することにより生ずる影響につき検討し、当該規定が個人の尊厳と両性の本質的平等の要請に照らして合理性を欠き、国会の立法裁量の範囲を超えるものとみざるを得ないような場合に当たるか否かという観点から判断すべきものとするのが相当である。

最高裁は「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」として、憲法24条1項から婚姻の自由を導くことができるとする。その上で、「婚姻及び家族に関する法制度」を定めることについては国会の立法裁量があることを示しつつ、当該裁量を超えるものについては憲法24条違反になりうることを示している。そして、ここで示される家族像は、「社会の自然かつ基礎的な集団単位」としての「夫婦及びその間の未婚の子」や「養親子」から構成されるものである¹⁵⁾。ここからは、最高裁が同性婚のような形態を憲法上の典型的な家族ではない、と捉えている可能性を読み取れよう。

しかし、本来、家族にはさまざまな形があっても良いはずである。例えば、それは男女の夫婦と子どもからなる家族、同性のペアが同居する家族、同性のペアと子からなる家族である。日本国憲法は、婚姻など家族に関する事項に関して、「個人の尊厳と両性の本質的平等」に立脚するのであるから、さまざまな形態の「家族は等価として考えられるべきであり、同等に尊重擁護されなければならない。その中の一つの形態だけが望ましいとする視点は、必ずや国家による個人生活の統制をもたらしことになる¹⁶⁾。これは婚姻についても同様であろう。さまざまな人的結合があり得る現代

15) 渡辺康行は「(近代型)『家族の解体』あるいは『現代型家族』について語られる現在の状況のなかで、こうした『近代的小家族』観の自然性を、最高裁があえて書き込んだ意図」を問うている。渡辺康行「憲法判例のなかの家族——尊属殺重罰規定違憲判決と婚外子法定相続分規定違憲決定——」駒村圭吾編『テキストとしての判決——「近代」と「憲法」を読み解く——』(有斐閣、2016年)103頁。

16) 横田耕一「日本国憲法からみる家族」法学セミナー増刊・これからの家族(1985年)94頁。

社会において、国家が異性カップルという特定の結びつきにのみ法的承認を与えることは、国家による個人生活への統制を生じさせることになるであろう。

(2) 24条から見る同性婚

憲法24条は、その1項で「婚姻は、両性の合意のみ成立する」と規定し、婚姻の自由について定めていると理解されているが、同性婚——同性カップルの婚姻の自由についてどのように捉えていると理解するべきであろうか。

第1に、憲法24条の「婚姻」は、異性間の婚姻であって、同性婚を想定していないことから、同性間の婚姻の自由を保障していないとの見解である¹⁷⁾。例えば、工藤達朗は、「憲法はあらゆる結合を『婚姻』としているわけではない。『両性』や『夫婦』の言葉からも、男と女の1対1の結合だけを婚姻としているのである」とし、ゆえに「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」¹⁸⁾。このように「婚姻は両性の

17) 高橋和之は、「婚姻の自由については憲法24条が保障しているが、近年議論され始めた同性間の結婚まではカバーしていないというのが通説である」と説明する。高橋和之『立憲主義と日本国憲法 第4版』（有斐閣、2017年）153頁。また、樋口陽一も「憲法24条は……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。もっとも、『夫婦』の同権と『両性』の本質的平等という言葉が普通にうけとるならば、同性のあいだの結合をも『家族』とみとめるほどには革命的ではない、とつけ加えたほうがよいであろうが」と述べており、憲法24条の「婚姻」には同性婚が含まれていないと解している。樋口陽一『憲法と国家』（岩波書店、1999年）110頁。

18) 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』（有斐閣、2005年）153-154頁。もっとも、「同性のカップルや一夫一婦制以外の男女の結合は」憲法24条1項で保障されないとしても、「憲法13条の問題である」としている。また、工藤は「もし婚姻を制度的保障であると説明すれば、その対象と

合意のみに基いて成立」するとの「両性」とは、男性と女性という意味であるから、男と女の1対1の結合だけを婚姻の対象としている。憲法24条の文言は、同性婚を認めることについて不利に作用している側面があると考えるのである¹⁹⁾。

もっとも、ここから「わが国では同性婚は法的に認められない。結婚に『相当する関係』とも認められていない。憲法24条も結婚を『両性』の合意によるし同性婚を排除している²⁰⁾と考える論者は少ないであろう。多くは、異性婚と同性カップルの結合を含むそれ以外の人的結合とでは、憲法上保障される程度が異なりうると考え、同性婚を認めることは憲法の文言上困難であると理解しているように思われる。例えば、長谷部恭男は、24条は「仮に男女が法律上の『婚姻』として法的に承認され、各種の便益を受けうるような結合関係を取り結ぼうとするのであれば、その内容については、夫婦の同権と相互の協力が必要であることを示すものである。逆に言えば、それ以外の家庭のあり方は、法によって承認され、保護される対象とはならない。『両性の合意』という文言からすると、憲法は同性愛

なる制度は、歴史的・伝統的に形成された、既存の制度でなければならない。……制度的保障は伝統的な制度を凍結するものではないが、男女の1対1の結合が婚姻であることは、制度の核心部分に含まれているので、同性カップルなどを婚姻と取り扱うことはできない、ということになる」とも述べている。同154-155頁。

19) 高井裕之「同性結婚の拒否と州憲法上の平等原則 Baker v. State of Vermont, 744 A. 2d 864, 1999 Vt. LEXIS 406 (1999)」ジュリスト1177号(2000年)221頁、植野妙実子「第二十四条 家族の権利と保護」法学セミナー545号(2000年)85頁など。

20) 八木秀次「日本の家族観に基づく法判断を」<https://www.sankei.com/column/news/150302/clm1503020001-n2.html> なお、2015年2月18日の第189回国会参議院本会議において、安倍晋三首相は、同性カップルの保護と憲法24条との関係について「憲法24条は、婚姻は、両性の合意のみに基づいて成立すると定めており、現行憲法の下では、同性カップルに婚姻の成立を認めることは想定されておられません。同性婚を認めるために憲法改正を検討すべきか否かは、我が国の家族の在り方の根幹に関わる問題であり、極めて慎重な検討を要する」と発言していた。第189回国会 参議院本会議 第7号。

者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に思われる²¹⁾と述べている。また、渋谷秀樹は「憲法24条1項は、婚姻が両性の合意のみに基づく契約関係であることを要求している」ところ、この両性とは「当時の社会規範からして男女を意味すると解せざるをえない」として、「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」と述べている²²⁾。とはいえ、こうした考え方によれば、同性カップルに対して、法律婚には至らないものの、国がパートナーシップのような制度を整えることは憲法上許容されていると言えよう²³⁾。

その一方で、第2に、憲法24条の「婚姻」が異性間の婚姻を想定しているとしても、同条は同性婚を否定しないとの見解がある。というのは、憲法24条が「婚姻は両性の合意のみに基いて成立」するとの趣旨は、旧民法に定められていた戸主の同意権の否定であって、同性婚の排除ではないことから、「24条が同性婚を禁止していると解するべきとまでは言えないだろう」というものである²⁴⁾。また、「24条が要求する結婚生活・家族生活

21) 長谷部恭男『憲法 第7版』（新世社、2018年）187頁。

22) 渋谷秀樹『憲法 第3版』（有斐閣、2017年）462-463頁。もっとも、この「両性」の理解については、同性婚やそれに準ずる関係を認める国が増加していることは「従来の社会通念の根本的な見直しを迫っている」とも指摘する。

23) 憲法24条2項がパートナーシップ制度は要請していると考える学説も存在する。「24条2項が『法律は、個人の尊厳に……立脚して制定されなければならない』……と規定していること」等からすると、「パートナーシップのような制度を創設することによって同性カップルに対する保護を与えるということは、……24条2項によって（たとえ暫定的なものであったとしても）ある程度積極的に要請されると解することはできないだろうか」。羽瀨雅裕「同性婚に関する憲法学的考察——Lawrence v. Texas, 539 U. S. 558 (2003) を契機として——」帝塚山法学10号（2005年）56頁。

24) 大野友也「日本国憲法と同性婚」月報全青司452号（2017年）13頁。同旨・清水雄大「日本における同性婚の法解釈<下・完>」法とセクシュアリティ3号（2008年）4頁、角田由紀子『性の法律学』（有斐閣、1991年）210-211頁、松井茂記

における両性の平等は、既存の性別役割に拘束されない対等な配偶者を前提としている」のであって、性別によって役割が与えられていたことが否定され、「24条は、性別役割から解放された互換的な配偶者像への転換こそをめざしているはずである。……女であるか男であるかによって配偶者の権利義務が法律上異なることが原則のはずだ」²⁵⁾。ゆえに同性カップルに法律婚を認めても憲法上の問題はない。この見解からは、24条が同性婚を法律婚とすることを要請していないことを前提に、同性婚に法的地位を与えるか否かは法律に委ねられているとの立場²⁶⁾や、憲法の他の条文の解釈を勘案して同性婚に法的地位を認める立場がある。

また、憲法24条が異性間の婚姻を前提としつつも、「当事者の合意（当事者主義）」「同権」「相互の協力」「個人の尊厳」「両性の本質的平等」という24条が「婚姻と家族に関して打ち立てた普遍的な原則」は、「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」って、同性間の婚姻であっても24条が許容していると考えべきであるとする見解がある²⁷⁾。この見解は、憲法24条のみで同性婚を許容する論理を展開しているものと言えよう²⁸⁾。

このように憲法24条からは同性婚を否定する見解と許容する見解が存在する。ただし、前者の場合でも、同性間の婚姻が異性間の婚姻と同程度に

『LAW IN CONTEXT 憲法』（有斐閣、2010年）5頁、小竹聡「憲法と同性婚」法学セミナー737号（2016年）11頁など。

25) 齊藤笑美子「同性カップルは結婚できない？◆家族と個人」石崎学・笹沼弘志・押久保倫夫編『リアル憲法学（第2版）』（法律文化社、2013年）93頁。

26) 木下智史・只野雅人編『新・コンメンタール憲法』（日本評論社、2015年）288頁 [木下智史執筆]。

27) 中里見博「現代改憲論における家族条項改変問題」法律時報77巻9号（2005年）88頁。

28) 婚姻や家族に関わる問題について、憲法24条による立法裁量の統制力を追求する論稿に、井上嘉仁「憲法二四条は立法裁量を強力に統制するか——社会的ジェンダー構造の司法的統制に向けて」広島法学40巻3号（2017年）276頁以下。

保障されないとしても、同性カップルの人的結合を憲法上保障する余地を残す学説は多いと思われる。

2 日本国憲法14条1項と同性婚

(1) 不合理な差別

憲法14条1項は「すべて国民は、法の下に平等であつて、人種、信条、性別、社会的身分又は門地により、政治的、経済的又は社会的関係において、差別されない。」と定めている。国家が不合理な差別をすることは、この条項によって許されない。「人種、信条、性別、社会的身分又は門地」という後段列举事由は、例示列举と解されているので、これら以外の事由による不合理な差別も禁止されている。とはいえ、異性カップルに婚姻を認め、同性カップルにそれを認めないという法律上の婚姻制度が憲法14条1項に抵触するか否かで問題となりうるのは、後段列举事由の「性別」、または、「社会的身分」である。

(2) 「性別」に基づく差別と同性婚

法律で異性婚を認め、同性婚を認めないことは、「性別」による差別と言えるだろうか。学説では、積極・消極の両見解がある。大野友也は、「性別以外の条件（年齢や収入など）が全く同じ男性Aと女性Bがいると仮定する。そして、両者が男性Cと婚姻したいと考えているとする。そしてCは、A、Bいずれからの求婚にも応える準備ができているとする。しかし日本の法実務上では、CはBと婚姻できるが、Aとは婚姻できない。……つまり、AとCが婚姻できないのは、Aの性別に基づくのである」²⁹⁾。ゆえに「同性婚が認められないのは、性別に基づく差別であるとの構成が可能になる」²⁹⁾と述べる。また、清水雄大によれば、同性婚を望む女性が

29) 大野・前掲注24)12頁。

「女と婚姻するという権利は、現行法上、男にのみ許された特権である——という意味において、同性婚の禁止は、婚姻をする権利……の制限にあたって性別を分類に用いた差別であると言える。……配偶者の選択に関する自由が、法によって性別に基づき形式的に分類され、制限されているということは……性別を理由とする差別である」³⁰⁾。両者に共通するのは、「性別」による不合理な差別と構成することである。

しかし、平等という発想は、「同じ状況にある者は、同じに扱う」というのが基本であろう³¹⁾。ゆえに差別的取り扱いの合理性を検討する際には、「まず『誰と誰』が差別されているかを明確にすることが必要である」。そして「自己と同じ地位・状況・境遇にある者と比較して、自己の権利・利益が不利に扱われていると主張しなければならない」³²⁾。通常、このように理解されているはずである。男性も女性も異性と法律婚をすることは認められ、どちらの性も同性と法律婚をすることは認められていないのであるから、性別を理由に男性あるいは女性が差別的取り扱いを受けているとは言えない。ここには、性別を理由に不利益が生じているわけではない。ゆえに現行法が同性婚を認めないことは、憲法14条1項の後段列挙事由の「性別」に基づく差別とは言えないと考えるべきであろう³³⁾。

(3) 「社会的身分」に基づく差別と同性婚①

それでは、法律で異性婚を認め、同性婚を認めないことは、「社会的身分」による差別と言えるだろうか。「社会的身分」には、その意味の広狭により3つの説がある。すなわち、「社会的身分」について、①広義説(判例)は「人が社会において一時的ではなしに占める地位」と、②中間

30) 清水・前掲注24)13頁。

31) 高橋・前掲注17)157頁。

32) 高橋・前掲注17)165頁。

33) 松井・前掲注24)4頁。

説は「人が社会において一時的ではなく占めている地位で、自分の力ではそれから脱却できず、それについて事実上ある種の社会的評価が伴っているもの」と、また、③狭義説は「自己の意志をもってしては離れることのできない固定した地位」と捉えている³⁴⁾。性的指向は、すなわち人の恋愛・性愛の対象がどの性別に向くのかというものであるから、広義説の言う「人が社会において一時的ではなしに占める地位（もの）」に該当し、この立場からすれば、法律で異性婚を認め、同性婚を認めないことは、「社会的身分」による差別と言えよう。

しかし、狭義説や中間説の立場になると、性的指向が「社会的身分」と言えるかは性的指向の理解による。性的指向が生来的なもの、自分の意思では容易に変更できないものと理解すれば、それは「社会的身分」に該当する傾向が高くなるが、他方で、性的指向が単なる個人の趣味のように変更できるものと理解すれば、それは「社会的身分」に該当すると考えるのは困難であろう³⁵⁾。清水雄大は、同性婚を法的に認めていない問題を「性的指向が異性に向かうか、同性（ないし両性）に向かうかに基づいた差別・区別であると捉え」られるとした上で、「性的指向が同性（ないし両性）の者に向かう要因が生来のものなのか、あるいは社会的に構築されるものなのかが若干問題となる」として、仮に生来的なものであることが明らかであれば、中間説でも狭義説でも性的指向は「社会的身分」に当たると言えるが、「現状においては、その要因は必ずしも定かにはなっていないため」、特に狭義説では「性的指向が『社会的身分』と言えるかどうか疑問が呈される」という一般的な説明を行う。もっとも、清水自身は、後段列挙事由の「信条」が「一般的には、生来のものというよりも、むしろ、自分の意思で選んだにも関わらず尊重されるべきものであり、それを理由として差別されてはならないといった類型」と理解し、「社会的身分」に

34) 芦部信喜（高橋和之補訂）『憲法 第6版』（岩波書店、2015年）136頁。

35) 松井・前掲注24)4-5頁。

についても、「先天性を強調」する必要はなく、「変更は困難であるばかりか変更を迫られるべきでもない」ものと理解して中間説で説明できることを示している³⁶⁾。

これらの説に対して、そもそも同性愛者や性的指向を「社会的身分」と見ることに否定的な意見もある。大野友也は、婚姻ができないのは「同性愛者だから」という理由ではなく、同性愛者であっても異性との結婚は可能であるし、また異性愛者であっても同性との婚姻はできないという理由で、同性愛者を「社会的身分」に基づく差別と構成するのは困難と説明する³⁷⁾。たしかに形式的平等という点からすると、たとえ同性の者との婚姻が制限されていたとしても、異性との婚姻ができるのであるから、「性的指向という社会的身分による差別は認められないこととなろう」³⁸⁾。しかし、両者には、自分が愛する者と法的な婚姻関係を結ぶことが、異性愛者では（異性との婚姻が）許されるが、同性愛者では（同性との婚姻が）許されない、という点で取り扱い上の差異が存在すると考えるべきである。

(4) 「社会的身分」に基づく差別と同性婚②

「社会的身分」の意義に関して広狭ある中で、いかなる説を採用するかは論者によって分かれる。学説は、「社会的身分」を含む14条1項の後段列挙事由に特別の意味を見出す立場に立ち、「社会的身分」につき中間説または狭義説を採用するものが多い。これは、後段の列挙事由による差別が、民主主義の理念に照らし、原則として不合理なものであると考えるか

36) 清水・前掲注24)14-15頁。なお、両性愛については数多くの因子が関係していることについては、サイモン・ルベイ（伏見憲明監訳）『クィア・サイエンス 同性愛をめぐる科学言説の変遷』（勁草書房、2002年）を参照。

37) 大野・前掲注24)12頁。

38) 清水・前掲注24)16頁。同頁注284は、この箇所について「性的指向が同性であるから結婚ができない、と法が定めているわけではないから、性的指向に基づいて形式的に差別されているわけではない、ということである」と説明する。

らである。

取り扱い上の差異の存在を認めれば、国家の行った差別が不合理なものとして憲法違反とされるか否かは、審査基準で決する。多くの学説は「社会的身分」につき中間説や狭義説を採用して、「社会的身分」に基づく差別的取り扱いが不合理なものか否かについて、厳格審査基準か中間審査基準で判断すべきであると考え。このように考える学説では、法律が異性間のみ婚姻を認め、同性間にはそれを認めないことについては厳格審査基準または中間審査基準で判断すべきであると考えよう。この場合には、「もし性的指向が生来のものであって、本人の自発的な選択によって変更できないようなものであれば、これを『社会的身分』にあたるということも可能であろう」³⁹⁾。しかし、自分の力ではそれから脱却できない点を重視すれば、清水が言うように、性的指向が同性へ向くことに対して、それが生来のものかを問うことなく、「社会的身分」の中間説に当たると解して、中間審査基準を用いることはできよう。その一方で、この問題を「社会的身分」による差別と理解しつつ、それを広義に解する判例の立場に基づいてその憲法適合性を判断する場合には、合理性の基準で審査される。

また、異性間のみ婚姻を認め、同性間には認めない法律が「社会的身分」による差別であると捉えることが困難な場合には、列挙事由に該当しなくても、同性婚否定は性的指向による同性愛者への差別であると考えることができる。この場合には、性的指向が「疑わしい分類」に該当するかが問われ、該当するのであれば厳格審査基準を用いることになる。

では、どう考えるか。「社会的身分」あるいは性的指向による差別は、本人の自発的な意思によっては簡単に変更できないものであるから、同性婚を認めない法律の憲法適合性判断については、中間審査基準を用いるべきであろう。法律婚制度の目的には、生殖の奨励や核家族の保護というも

39) 松井・前掲注24) 5頁。

のが考えられる。仮にこれらの立法目的が重要なものとして是認される——目的審査をパスする——としても、手段審査はパスできないと思われる。法律婚制度の目的と現行法の採用する区別との関係に実質的な関連性があるというのは難しいと考えるからである。この点について、齋藤笑美子は「法律婚制度の目的を生殖から形成される核家族の保護ととらえるならば、生殖不可能な高齢異性カップルや共同生活の可能性すらない臨終婚までも含む点で過大包含であり、目的をカップルの共同生活の人格的及び財産的側面の保護と考えるならば過小包含となり憲法違反となるのではないか」と指摘する⁴⁰⁾。筆者もこの見解に賛成する。現行法は、愛する者と法律上の婚姻をすることに関して、同性愛者と異性愛者とを区別している。しかし、この区別は不合理であって、当該区別を前提として異性婚しか認めない民法の規定は憲法14条1項に違反すると考えられる。

3 日本国憲法13条と同性婚

(1) 13条の射程と同性婚

日本国憲法13条は「すべて国民は、個人として尊重される。生命、自由及び幸福追求に対する国民の権利については、公共の福祉に反しない限り、立法その他の国政の上で、最大の尊重を必要とする。」と定め、憲法学説によれば、この13条の幸福追求権から自己決定権が保障されると理解し、この自己決定権から婚姻の自由や家族形成の自由を導き、同性婚に対する憲法的保障を導出する見解があり得る。

憲法13条が保障する幸福追求権から導き出される人権の範囲については、

40) 齋藤笑美子「家族と憲法——同性カップルの法的承認の意味」憲法問題21号(2010年)113頁。なお、同性婚を認めない現行法の憲法14条適合性については、清水・前掲注24)17頁以下、木村草太「憲法と同性婚」杉田敦編『岩波講座 現代 第4巻 グローバル化のなかの政治』(岩波書店、2016年)96-98頁、101頁注24、白水隆「同性婚と日本国憲法」初宿正典先生古稀祝賀『比較憲法学の現状と展望』(成文堂、2018年)608-609頁を参照。

したがって、自己決定権の射程については、憲法学説の中に一般的自由説と人格的利益説との対立がある⁴¹⁾。前者の一般的自由説は、広く一般的行為（あらゆる生活領域に関する行為）の自由を保障していると考えられる説である。自分がパートナーを選択するか否か、選択する場合に誰を選ぶのか、婚姻をするかしないか、婚姻をするとすれば誰と結婚をするのか、どのような家族形成をするのか、というのは、自らの生活領域に関わる自己決定の問題である。ゆえに、憲法13条の射程を広く一般的行為（あらゆる生活領域に関する行為）の自由と考える立場に立てば、上記の自己決定は憲法13条の保障の範囲内となる。

後者の人格的利益説は、個人の人格的生存に不可欠な利益を内容とする権利の総体と考える説である。その内容に何が盛り込まれるかは、論者によって異なる。例えば、芦部信喜は、①リプロダクションの自己決定権（子どもを産む・生まない自由、避妊、妊娠中絶など）、②ライフスタイルの自己決定権（髪型、服装など）、③生命・身体の処分に関する自己決定権（治療拒否、安楽死・尊厳死など）は含まれると解される⁴²⁾。また、佐藤幸治は、自己決定権（佐藤の言葉で言えば、再狭義の「人格的自律権」）の内容として、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、④その他の事柄が挙げられるとする⁴³⁾。そして、佐藤は「憲法24条の法的性格・内実をどう捉えるかに関係してくるが、24条の解釈が未だ必ずしも定まっていない中で、家族の形成・維持にかかわる事柄の根本は人格的自律権（自己決定権）にあることをまず確認しておきたいと思う」としている⁴⁴⁾。こ

41) 13条に関するこの2つの学説を概観するには、長谷部編・前掲注13)102-107頁 [土井真一執筆]を参照。

42) 芦部信喜『憲法学Ⅱ 人権総論』（有斐閣、1994年）394頁以下。

43) 佐藤幸治『日本国憲法要論』（成文堂、2011年）188-191頁。その他の事柄とは、将来にわたって、①から③に限定する趣旨でないという意味である。

44) 同191頁注48において、佐藤は「この点、24条1項は『婚姻の自由』（および離

の説は、一般的自由説よりも憲法13条の保障範囲は狭くなるものの、個人の人格的生存に不可欠な利益を内容とする事項は憲法13条で保障される。自分がパートナーを選択するか否か、選択する場合に誰を選ぶのか、婚姻をするかしないか、婚姻をすれば誰と結婚をするのか、どのような家族形成をするのかということは、個人の人格的生存に不可欠な利益を内容とする自己決定の問題である。ゆえに、憲法13条の射程を狭く人格的利益説の立場に立っても、上記の自己決定は憲法13条の保障の範囲内となると考えるべきである。

憲法13条の保障範囲をどのように理解するかは、さしあたり、本稿が取り上げる問題からは大きな差異はない。どちらの学説によっても、上記の自己決定は憲法13条の保障の範囲内となる。つまり、憲法13条によって、パートナー選択の自由や婚姻の自由、家族形成の自由という実体的な自由が保障されると理解することができる⁴⁵⁾。

(2) 法律上の婚姻の意味

国家権力の介入なく個人が自分のパートナーを選択することは、憲法13条によって保障される。そして、そのパートナーが同性であるか異性であるかということも、国家が干渉することではなく、憲法13条によって保障される。では、カップルが法律上の婚姻制度を利用することについては、どうであろうか。カップルが法律上の婚姻制度を利用できる状況の中で、利用しないと決断することについては、国家が干渉することではない。しかし、カップルが法律上の婚姻制度を利用したいときに、法律が同性カッ

婚の自由)を保障した自由権規定であり、憲法は一組の男女とその間に生まれる子どもからなる法律上の家族の保護を目的としていると解する立場に立てば(初宿正典)、それ以外の結合形態(同性ペアが同居する家族や未婚の母と子どもからなる家族など)は13条の問題として捉えられることになろう」と述べている。

45) 松井・前掲注24)6頁、清水・前掲注24)29頁以下。

プルにその利用を認めないことは憲法13条の点から許されるのであろうか。

この点については、まず、婚姻制度がなくても自由にパートナー選択が可能な状況である場合に、あえて法律上の婚姻をする自由を憲法上の人権として認める必要があるか、という問題がある⁴⁶⁾。これは、現に存在する法律上の婚姻制度を利用することによって得られる利益に関わる⁴⁷⁾。法律上の婚姻制度にこのような利益が存在しないのであれば、国が同性カップルには、パートナーシップ制度で対応することも許されると解することもできよう。

では、法律上の婚姻制度それ自体に利益が存在するのかという点である。I 1(2)で見たように、同性カップルが法律婚を認められないことによって受ける不利益が存在するということは、カップルにとって法律婚を選択する利益があることを示している。ゆえに単にパートナーを選ぶということだけでなく、法律婚をするという自己決定は憲法上保障されると理解すべきである。ただし、このように考えるならば、法律婚を認められないカップル（同性カップルを含む）が受ける不利益を立法によって解消し、同性のカップルに対して法律婚をしたカップルと同等の法的利益や効果を担保しさえすれば、そのようなカップルに法律婚を認める必要性も消滅する。このように法律婚と事実婚の差異をなくす方法は、法律婚自体の存在意義を問うことになる⁴⁸⁾。

婚姻制度は通常、2人の結合に社会的承認を与えるものと考えられてい

46) この点について、内野正幸は「事実婚であれ同性婚であれ、本人が好むような種類の家族をつくって維持する自由は、保障されなければならない。それは、幸福追求権の要求するところでもある」。「しかし、いろいろなタイプの家族に対等な法律上の保護を与えるべきかは、別問題である」と述べている。内野正幸『人権のオモテとウラ』（明石書店、1992年）161頁。

47) 松井・前掲注24) 7頁。

48) この点については、安念潤司「家族形成と自己決定」『岩波講座現代の法14 自己決定権と法』（岩波書店、1998年）129頁以下参照。

る。国家が法律によってそのような承認を行うのが法律婚であるから、法律婚という選択肢がないカップル（同性カップル）には法の承認を得られないという不利益が生じる。このように考えれば、法律婚をするという自己決定は憲法上保障されると理解するべきである。もっとも、そもそも法律上の婚姻制度に特別の価値を見出さない立場⁴⁹⁾からすれば、事実婚と法律婚との差異を問題視するのであって、法律上の婚姻をする自由を主張することはないと考えられる。

次に、法律上の婚姻の自由を同性カップルに認めないという現行の規制は、正当化されるのであろうか。婚姻の自由を制限する規定は、現行民法の中にも見られる。既に指摘されているところであるが、婚姻可能年齢（民法731条）、重婚の禁止（民法732条）、近親婚の禁止（民法734～736条）等が存在する。女性の再婚禁止期間に関わる制限を除けば、それら規制の違憲論は少ないように思われる⁵⁰⁾。それでは、婚姻の自由を制限し法律で同性婚を認めない理由は何であろうか。この問題に対しては、親密な人間関係の形成に関わることであるから、中間審査基準を用いるとすれば、以下で見るとような規制目的の重要性が仮に是認できるとしても、その規制目的と手段との実質的な関連は認められないと思われる。

ただ単に同性愛者や同性婚の存在が好ましくない、あるいは、正しい家族は「異性カップル」を基礎とするという理由や目的だけでは、目的の正

49) 井上治代『女の「姓」を返して』（創元社、1986年）84頁、二宮周平『事実婚を考える』（日本評論社、1991年）13-14頁。なお、「『事実婚にも法律婚と同等の保障を』と主張するような見解を見直さなくてはならない」と言い、婚姻や家族の脱中心化が「これからの民主主義社会における親密関係の保障を考えるうえで不可欠」とする論稿に、阪井裕一郎「事実婚と民主主義——視座の変容から考える現代的課題——」慶應義塾大学大学院社会学研究科紀要：社会学・心理学・教育学：人間と社会の探究74号（2012年）13-14頁。白水・前掲注40）602頁も参照。

50) 大野・前掲注24）7-9頁。また、女性の再婚禁止期間の制限（民法733条）については、憲法学からの批判は多い。例えば、辻村みよ子『憲法と家族』（日本加除出版、2016年）131-137頁。

当性は認められず、言うまでもなく、婚姻の自由に対する規制は認められない。また、考えられる婚姻制度の他の目的は、子どもの養育や、夫婦とその子どもという家族形態の保護というものである。子どもの養育ができない同性カップルに婚姻を認める必要はないというものである。しかし、このような考え方自体は現在において妥当な見解とは言えないように思われる。子どもをもうけるか否かは、異性のカップルにおいても本人たちの自由な意思によって決まるものであり、国家が家族形成の自由に干渉することは認められない。仮にこのような理解を婚姻制度の目的とするならば、子どもを作らない、あるいは、欲しくてもできないカップル、また、年齢等によって出産の可能性がないと思われるカップルについては法律婚を認める必要はない、ということにもなりかねない。また、同性カップルでも養子を育てるという選択をするのであれば、子どもの養育という婚姻制度の目的に合致することになるのであって、法律婚を認めない理由は存在しない。ゆえに子どもの養育や、夫婦とその子どもからなる家族形態の保護という目的のために、同性カップルに婚姻を認めないという手段を採用することは、憲法上許されないと思われる。

また、婚姻制度の目的は、2人の結合、言い換えれば、2人の人間の共同生活に法的承認を与えるという点に求める考え方があり得る。しかし、それだけの理由であるならば、その承認を異性間に限定する必要はない。同性間であっても、同様の法的承認を認めるべきである。旧民法が定めていた「『家』意識自体が、一對の夫婦（男女）を中心に権力関係を介在した異性愛の結合を基盤として創出され、維持されてきた……。同性間パートナーシップという結びつきは、その発想自体、そもそもがその制度からは排除されてきた」⁵¹⁾。異性カップルの婚姻のみに法的承認を与える発想

51) 堀江有里「同性間の〈婚姻〉に関する批判的考察——日本の社会制度の文脈から——」『社会システム研究』第21号（2010年）50頁。なお、巻美矢紀「憲法と家族——家族法に関する二つの最高裁大法廷判決を通じて」論究ジュリスト18号

は、このような意識を残存しているのであって、もはや現在においては許されないと考えるべきである。

婚姻の自由や家族形成の自由が憲法13条で保障されるとすれば、個人がそうした自由を行使する上で、同性カップルを異性カップルと区別する必要はない⁵²⁾⁵³⁾。個人が婚姻を希望する相手や家族形成に必須だと考える者を自由に選択できなければ、憲法がその個人に対して婚姻の自由を保障した意味はないと言えよう。

Ⅲ 24条, 14条1項, 13条の3者関係

1 24条, 14条1項, 13条の3者関係

同性婚に関連する憲法の条文に関する検討をまとめると、以下のよう

(2016年)95頁を参照。

- 52) この点に関して、二宮周平は次のように言う。「人が自己の性的指向に基づいて、パートナーと親密な関係を形成し共同生活を営むことを、個人の尊厳として保障すべきだとすれば、同性カップルを異性カップルと区別する必要はない。婚姻を認めることができるし、それがまだ社会的には承認され難いとすれば、登録制度を設けるべきだといえる」。二宮周平『家族法 第4版』(新世社, 2013年)31頁。
- 53) 婚姻は2人の結合であるという前提にも異論が提起されている。君塚正臣は次のような指摘をしている。「憲法24条の『両性』という語は、婚姻は生物学上の男女がすると予定しているように見える」。「もし同性婚が憲法上保障されねばならないのなら、何故、2名の関係が特別なのが不明となり、同性3名の共同生活……一夫多妻や一妻多夫」にも同様の保護をとという議論が生じるはずである。「そう考えると、同性婚保護の議論は、憲法論としては苦しい印象は拭えないであろう」。君塚正臣「憲法とジェンダー——日本国憲法は性別をどのように考えているのか」法律時報78巻1号(2006年)7頁。また、大野友也は、憲法13条の自己決定権から婚姻の自由や家族形成の自由を導出することについては、「近親婚や重婚までもが権利の射程に入りかねず、……制度の利用まで権利として主張できるかという難点が残る」と指摘する。大野・前掲注24)14頁。3人以上の人的結合、パートナー3人以上による共同生活というものに対して憲法上の保障が及ばないこと理由、または、規制される理由については、検証が必要であると思われる。

なる。憲法24条は婚姻の自由について定めるが、多くの学説の理解では、ここで言う婚姻の自由とは異性婚の自由に限定される。同性カップルの人的結合について、憲法は異性カップルと同様な婚姻までは許容していないと考える見解と、同性婚も許容していると考える見解が多い。しかし、同性婚に関連する憲法の重要な条文は、24条の他にも、法の下での平等を定める憲法14条1項と自己決定権を保障する憲法13条が存在する。14条1項からは、同性カップルに法律婚を認めないことは「社会的身分」(等)による不合理な差別と考えることができる。また、13条は、婚姻の自由や家族形成の自由を保障すると解釈することができる。しかし、日本国憲法における同性婚の位置を検討する上で、この3つの条文がどのような関係にあるのかを考えておかねばならない。

それでは、24条を軸に3つの条文の関係を検討していこう。24条と13条・14条1項との関係については、学説に2つの考え方がある。第1の立場は、憲法24条を平等権的に捉える立場である。憲法の概説書の中には、14条1項の平等の中で24条に言及するものも多い。例えば、芦部信喜は、「平等の大原則を謳う」14条1項を「具体化し明確化する」ものとして24条を位置づけていることから、24条に14条1項の平等原則の特別法的な位置づけを与えていると考えられる⁵⁴⁾。また、長谷部恭男も「平等」の章で24条を「差別禁止の制度的具体化」として説明する⁵⁵⁾。

第2の立場は、憲法24条を平等権と幸福追求権の両方の特別規定と捉える立場である。赤坂正浩は、多くの憲法概説書が、14条の平等の中で24条に言及することを指摘した上で、多くの憲法「学説が24条を14条にいわば吸収し、24条独自の規範意味を発展させてこなかった」とする。そして「24条は、個人の尊重、幸福追求権、法の下での平等を、家族の問題に具体化した条項という意味で、13条および14条の特則だと理解するのが自然だ

54) 芦部信喜『憲法学Ⅲ 人権各論(1) [増補版]』(有斐閣, 2000年) 53, 57頁。

55) 長谷部・前掲注21)187頁。

ろう」と述べる⁵⁶⁾。宍戸常寿も「憲法13条が家族の維持・形成に関わる自己決定を保障すると解する支配的見解を前提とすれば、憲法24条は憲法13条の特別法的規定と解される」し、「憲法24条1項は……『婚姻』に関する性別による差別を禁止する。さらに同2項は……広く家族生活における両性の平等を定めており、憲法14条1項の特別法的規定である」⁵⁷⁾と説明する。

婚姻や家族形成に関して13条が一定の内容を保障すると理解されていることから、第2説を是とすべきである。ただし、13条は、他の条文で個別具体的規定がない場合に用いられることから、同性婚に関する保障内容が14条1項や24条（この2つの条文の間でも、24条は14条1項に優先する）で十分であるならば、13条の出番はさしあたりない。13条が登場する場面があるとすれば、それは同条が14条1項や24条と異なる内容を保障するときである。

2 24条, 14条1項, 13条の3条文と同性婚

日本国憲法24条, 14条1項, 13条という3つの条文から、同性婚は日本国憲法上どのように位置づけられるのであろうか。これについては、大きく5つの立場があると言えよう。

第1の立場は、日本国憲法は同性婚はもちろんのこと、同性パートナーシップ制度のような制度も認めていない（つまり、同性婚は禁止されている）という立場である⁵⁸⁾。憲法24条に言う「婚姻」とは異性婚であり（そこで言う婚姻の自由は異性間の婚姻の自由）、「家族」とは異性からなる「夫婦」（と、その子ども）であるとして、日本国憲法が想定する法律上の「婚姻」をあくまで異性婚と理解し、ここから同性婚はもちろんのこと、

56) 赤坂正浩『憲法講義（人権）』（信山社、2011年）306頁。

57) 渡辺康行ほか『憲法I 基本権』（日本評論社、2016年）454頁 [宍戸常寿執筆]。

58) 八木・前掲注20)を参照。

同性パートナーシップ制度のような制度も認めないというものである。24条が13条と14条1項の特別法であると理解する場合でも、パートナーとの結合や家族に関する自由と平等は、特別法たる24条の効力が優先される。

第2の立場は、日本国憲法では同性婚は認められないと言えるが、同性パートナーシップ制度のような制度を認めることは可能であるという立場である⁵⁹⁾。憲法24条に言う「婚姻」とは異性婚であり（ここで言う婚姻の自由は異性間の婚姻の自由）、「家族」とは異性からなる「夫婦」（と、その子ども）であるとして、日本国憲法が想定する法律上の「婚姻」をあくまで異性婚と理解し、同性カップルの法的結合が異性カップルの法的結合と同程度に憲法上保障されると解することは困難であると理解する。そして、憲法13条からは性別に関わりなくパートナーを選ぶ自由は保障されるものの、同性カップルに関して法律婚をする自由まで保障されないというのである。同性カップルについての法的結合を承認するとしても、それはパートナーシップ制度等を設けることによって対応することになる。憲法14条1項は、「社会的身分」等による不合理な差別的取り扱いを禁じているが、同性カップルと異性カップルとを区別し、前者には法律婚を利用できないとすることは、憲法上の「婚姻」を異性婚に限定する同条の特別規定である24条があることから、合憲と理解されよう。13条と24条は一般法と特別法の関係にあり、婚姻の自由の根拠を24条と捉え、「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。……同性のカップルや一夫一婦制以外の男女の結合は……憲法13条の問題である」という見解は、この立場である⁶⁰⁾。

59) 工藤・前掲注18)、長谷部・前掲注21)、渋谷・前掲注22)、羽渕・前掲注23)を参照。

60) 工藤・前掲注18)153-154頁。なお、米沢広一も、24条が法律婚主義を採用した

第3の立場は、憲法24条にいう「婚姻」とは異性婚であり、そこで言う婚姻の自由は異性間のそれであるものの、日本国憲法が想定する法律上の「婚姻」を異性婚に限定する必要はなく、立法での同性婚を認める立場である⁶¹⁾。24条制定の趣旨から言えば、日本国憲法は同性婚を許容しており、立法で同性婚を認めさえすれば、他の条文に抵触しない限りにおいて、同性婚を認める。もちろん、13条や14条1項がその立法の存在を後押しするものとして理解されることもある。憲法24条は、その文言上、「異性間の婚姻を前提としているように読める。しかし、同性間婚姻を禁止する趣旨まで含むものではなかろう。そうだとすれば、憲法13条を根拠として、同性間婚姻を認めることが可能となろう」⁶²⁾。

第4の立場は、憲法24条に言う「婚姻」とは異性婚であり、そこで言う婚姻の自由は異性間のそれであるものの、日本国憲法が想定する法律上の「婚姻」を異性婚に限定する必要はないばかりか、日本国憲法は13条と14条1項（少なくともどちらか1つ）を根拠にして同性婚を要請するものと理解する立場である⁶³⁾。この立場は、13条によって同性カップルの婚姻の自由が保障されると理解し、14条1項によって性的指向による不合理な差別を許さないものであると理解することから、婚姻を異性婚に限定するこ

ものと解し、いかなる家族を法律で保護するかは、広い立法裁量が同条によって与えられ、「24条は法律上の家族とそれ以外の人的結合との別扱いを正当化」し、「14条に基づく平等保護の要請を、いわば、緩和する機能も果たしうる」と指摘する。米沢広一「憲法と家族法」ジュリスト1059号（1995年）8頁。この考え方によれば、憲法13条や14条1項が同性婚を許容しても、特別規定である24条が同性婚要請主義を緩和するのであれば、法律上の婚姻を同性に認めないことは憲法上問題がないことになろう。

61) 木下・只野編・前掲注26)を参照。

62) 安西文雄・巻美矢紀・宍戸常寿『憲法学読本 第3版』（有斐閣、2018年）118頁 [安西文雄執筆]。

63) 清水・前掲注24)を参照。なお、大野は、同性婚を認めない現行法は憲法14条1項後段列挙事由の「性別」に基づく差別であり違憲と主張する。大野・前掲注24) 14頁。大野がこの問題で憲法13条を用いない理由については、前掲注53)を参照。

とはこれら2つの条文を根拠に憲法違反となる可能性がある。つまり、13条や14条1項は、婚姻の自由や婚姻における平等についての一般法と言える規定であるが、24条は異性カップルに関する婚姻・家族形態の自由を特に規定したものと捉える。そして、同性カップルの婚姻の自由や婚姻については13条・14条1項によって保障され、24条は同性婚を禁止していないと理解するのである。

第5の立場は、憲法24条に言う「婚姻」をそもそも異性婚に限定する必要はないと理解する立場である⁶⁴⁾。同条の制定趣旨は家制度の解体であって、そこには同性婚を排除する発想はなく、当事者の意思を尊重する婚姻制度のあり方を追求できるというものである。この立場からすれば、13条や14条1項に依拠することなく、24条によって婚姻を異性婚に限定することが憲法違反となる可能性がある。

それでは、どの立場が妥当であるのか。憲法24条は「両性」「夫婦」と書かれているが、同条の制定趣旨からして同性婚を禁止している規定と読むべきではない。しかし、その一方で、24条の文言からすれば、男女1対1のカップルの婚姻が想定されていると読むのが自然である。ゆえに憲法24条は異性カップルの婚姻の自由を保障していると言えるが、同条が同性カップルの婚姻の自由、つまり同性婚を要請しているとまでは解すことはできないと思われる。

しかし、その一方で、憲法13条は婚姻の自由を保障すると理解できることから、同性カップルの婚姻の自由が24条で保障されなくても、13条で保障されると理解すべきである。また、婚姻に関する現行法をめぐる同性カップルと異性カップルの間の取り扱いの差異が、「社会的身分」等に基づく不合理な区別として、憲法14条1項で違憲と評価される可能性がある。

13条または14条1項に違反する可能性がある法律上の規定が、同条項に

64) 中里見・前掲注27)を参照。

違反するものとして評価されるためには、法律上の婚姻を異性間に限定することの正当性が問われることになる。しかし、Ⅱ 2(4)や3(2)で検討したように、法律婚という制度の目的が生殖の奨励や核家族の保護であっても、共同生活を営むことへの法的承認であっても、同性婚を認めない現行法はもはやその正当性が疑わしく、憲法13条、14条1項に違反すると考えられる。

むすびにかえて

日本の最高裁は、憲法24条1項について「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と解される」と述べた⁶⁵⁾。ここで言う「婚姻」は、これまで男女のカップルに限定されていた。しかし、もはや婚姻を男女のカップルに限定する理由は存在しないのではないだろうか。法律婚制度が現に日本社会において存在していることを前提とすれば、異性カップルと同様に希望する同性カップルにも法律婚をできるようにするべきである。同性婚を認めない現行法は、異性婚に関して規定する憲法24条には抵触しないが、憲法13条、14条1項に違反すると考えられる。

(付記) 本稿は、平成28年度専修大学研究助成・個別研究「研究課題 日本国憲法における同性婚の位置」の研究成果である。

65) 最大判平成27年12月16日民集第69巻8号2427頁。