

論 説

同性婚訴訟の分析

—札幌、大阪、東京地裁判決を素材に—

春 山 習

I. 序

本稿は、いわゆる同性婚訴訟の憲法上の論点につき分析することを目的とする。日本国憲法の解釈論上、同性婚をどのように考えるべきかについては、これまでも議論がなかったわけではない。しかし、近年、公益社団法人Marriage For All Japan（結婚の自由をすべての人に）によって全国各地で訴訟が提起され、実際に裁判の場で憲法解釈が争われるようになってきている。それに応じて、学説の議論も活発になってきているようにみえる。現時点で、札幌地裁判決¹、大阪地裁判決²、東京地裁判決³の三つの判決が出されているところであるが、これらはどれも、憲法上の論点につき明確な立場を採用しているものであり、検討に値すると考えられる。そこで本稿はこれらの裁判例を主な素材として検討を行いたい。

II. 問題状況——判例と学説から——

裁判例を検討する前に、これまで同性婚につき、どのような憲法上の問題が存在し、それに判例および学説がどのように対応してきたのかを瞥見したい。それによって、この一連の訴訟で何が問題になっていたのか、どれほど議論が進展したのかが、より明確になるはずである。議論はこれまで主に三つの条文に集中してきた。順に整理したい⁴。

1 札幌地裁2021年3月17日判決（LEX/DB文献番号25568979）。

2 大阪地裁2022年6月20日判決（LEX/DB文献番号25592785）。

3 東京地裁2022年11月20日判決（LEX/DB文献番号25593967）。名古屋地裁判決、福岡地裁判決については〔付記〕を参照。

(2) 同性婚訴訟の分析

第一に、憲法24条である。憲法24条1項は婚姻の自由を保障するものと解されている。判例も、2015年の夫婦同氏制判決および再婚禁止期間違憲判決において、「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、十分尊重に値するもの」としており、保障の程度に議論はあるものの、国家が婚姻の自由を制約すれば違憲の可能性が生じることになる。もっとも、判例も含め、婚姻の自由は異性カップル間のものが前提とされていた。問題は、同性カップルにも婚姻の自由が認められるかである。

これまでの学説については、川岸令和が述べるように「現時点で、憲法が同性婚を異性婚と同程度に保障しなければならないと命じているわけではないとの理解が大方のところであろう」⁵。その根拠は憲法24条の「婚姻」や「夫婦」といった文言に求められている⁶。もっとも、だからといって憲法24条が同性婚の法制化を禁止しているとまで明確に主張する論者はほとんどみられない⁷。憲法は、同性婚を要請してはいないけれども、法律によって同性婚を可能にすることは許容している（いわゆる許容説）、と解するのが現在の学説の大勢といつてよいだろう⁸。

-
- 4 本稿は学説史研究ではないため、網羅的に学説を検討することはしない。本章は、比較的近年の学説を中心に、現在の学説状況と論点の整理を行おうとするものである。民法学者による民法の観点も含めた整理として田巻帝子「婚姻の性中立化」犬伏由子編『現代家族法講座第2巻 婚姻と離婚』第1章（日本評論社、2020）参照。憲法学のより詳しい学説の状況については君塚正臣「日本国憲法二四条解釈の検証：或いは『『家族』の憲法学的研究』の一部として」関西大学法学論集52巻1号1-72頁（2002）、榎透「日本国憲法における同性婚の位置」15-44頁（2019）参照。もっとも、後述するように、榎論文が発表された2019年よりも、学説はさらに許容説へと傾いているように思われる。田巻もまた「1990年代半ば頃から現行法制度上で「性中立化」を問う議論が積極的にみられるようになり、特にここ10年間に同性婚の禁止から容認（「禁止していない」を含む）へと全体的な解釈の変化がみられる」と評価している（同上論文14頁）。
- 5 長谷部恭男編『注釈日本国憲法（2）』510頁〔川岸令和〕（有斐閣、2017）。
- 6 たとえば芹沢斉ら編『新基本法コンメンタール憲法』212頁〔武田万里子〕（日本評論社、2011）、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』153-154頁（有斐閣、2005）。
- 7 川岸の記述も、許容説ないしはそこまで立場を明確にしていなかった説が多数説であるということの意味していると思われる。もっとも、川岸が代表例として

挙げる長谷部恭男は次のように述べているが、禁止説に立っているようにも読める。「それ〔引用者注：異性婚のこと〕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。」(長谷部恭男『憲法〔第8版〕』188頁(新世社、2022))。実際、たとえば榎透は長谷部の説について「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」(前掲「日本国憲法における同性婚の位置」25頁)と評価しており、法律による同性婚導入に否定的な説として理解しているようである。長谷部は憲法24条のように国家による制度設営義務とそれに対応する主観的権利を認める条文の解釈については、法律家共同体内部の共通理解によって立法裁量が画定されるとする立場を採用しているが(長谷部恭男『憲法の理性〔増補版〕』133-134頁(東京大学出版会、2016))、長谷部の概説書の記述は許容説として理解すべきであろう。なお、長谷部は①判決が出たことをうけての東京新聞の取材に、許容説に立つことを明確にしている(東京新聞Webサイト「同性婚と憲法「婚姻の平等」は実現するか 11月30日の東京地裁判決に注目【ニュースがわかるAtoZ】」<https://www.tokyo-np.co.jp/article/213130>：最終アクセス2023年4月9日)。

- 8 実際、近年この問題につき論じる者の多くは明確に許容説を主張している。渡辺康行ほか『憲法 I 基本権〔第2版〕』485頁〔戸冢常寿〕(日本評論社、2023)、木下智史・只野雅人『新・コンメンタール憲法〔第二版〕』307頁〔木下智史〕(日本評論社、2019)、安西文雄ら編著『憲法学読本〔第3版〕』118頁〔安西文雄〕(有斐閣、2020)、齊藤笑美子「性的マイノリティの人権」愛敬浩二編『講座立憲主義と憲法学〈第2巻〉人権 I』175頁(日本評論社、2022)、田代亜紀「「家族」・「婚姻」の憲法学的意味を探る」同上『講座立憲主義と憲法学〈第2巻〉』271頁などを参照。ただし齊藤は川岸の見解を許容説として位置づけ、自身の立場を補強するものとしているのに対し(同上脚注35)、田代は長谷部および川岸の見解を「現在の多数説的立場」としつつも、許容説とは異なる立場として位置づけているようである(同上269頁)。学説に明確なコンセンサスが未だ存在していないことの一つの現れであろうか。なお、規範が変化したことにより、現在では同性婚が法的に要請されているとする少数説として渋谷秀樹「憲法理論からみた同性婚の省察」判例時報2515号111-112頁(2022)がある。志田陽子も新聞インタビューにおいて要請説に立つことを明言している(2022年11月7日東京新聞12面)。また、憲法24条は同性婚を禁止しているとする少数説として千葉勝美「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

(4) 同性婚訴訟の分析

この解釈を前提にすると、法律によって同性婚やパートナーシップ制度を導入することは可能であるとしても、異性カップルのみが婚姻することのできる現行の婚姻制度それ自体は憲法24条1項には違反しないことになる。また、1項に違反しない以上、同性婚との関係では同条2項については特に論じられることもなかったようである。したがって、訴訟において憲法24条違反を主張する場合には、要請説に立つことが一つの戦略として考えられる。実際、訴訟において原告団はそうした主張を行っていた。

第二に、憲法14条1項である。平等原則に基づいて、現行婚姻制度が違憲であり、同性婚が要請されていると解する余地はあるかが問題となる。たとえば松井茂記は、現行制度は性的指向に基づく差別であり、憲法14条1項の社会的身分にあたる可能性を検討していた⁹。また、榎透も社会的身分による差別であって、学説上の中間審査基準を適用すれば、現行制度は違憲であると論じている¹⁰。他方で、大野友也は、アメリカの学説を参照しながら、同性婚を禁止する現行制度は、結局のところ当事者の性別で区別していることになるから、憲法14条1項の禁止する性差別に当たると主張していた¹¹。近年でも、たとえば木村草太によって、婚姻制度の機能のうち、「共同生活契約の公証制度」と「共同親子関係形成資格」につき同性カップルに認めないことは憲法14条1項に反するとの主張がなされている¹²。以上

聞こえてくるのか？」判例時報2506=2507号202頁（2022）。もっとも、千葉は憲法の変遷によって許容説として裁判所が解釈することが可能であるとしている（同207-208頁）。しかし、千葉の主張するように「両性」や「夫婦」を「当事者」や「双方」と解釈するとすれば、文理解釈上、なぜ要請ではなく許容にとどまるのか、の説明が必要になろう。

9 松井茂記『LAW IN CONTEXT憲法』2-10頁（有斐閣、2011）。ただし、松井は、憲法14条1項違反を主張するためには、まず憲法24条の「両性」が異性同士を意味するわけではないと主張しなければならない、という前提に立っているようであるが、後述するように必ずしもそのように考える必要はない。

10 榎・前掲注4）27-32頁。

11 大野友也「同性婚と平等保護」鹿兒島大学法学論集43巻2号17頁（2009）。ほか渋谷・前掲注5）111頁は性的指向に基づく区別は性別に基づく区別と解されるとする。

12 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）81頁以下。

のように、憲法14条1項に基づく違憲の主張は学説上も有力に唱えられていたと言ってよいだろう¹³。これらの学説では、同性婚が認められていないことが何らかの意味での区別取扱いであるということは前提となっていた。問題は、それがいかなる区別事由に基づくもので、かつ、どの程度の厳格度でそれを審査すべきかという点であった。本訴訟でも憲法14条論は主要な論点となった。

第三に、憲法13条である。伝統的には、家族形成・維持に関わる事柄については、憲法13条の自己決定権に含まれると解釈されてきた。同性パートナーと婚姻する自由も本条によって認められるとする学説がある¹⁴。もっとも、問題は単なる交際や共同生活ではなく、婚姻という法制度を利用できないことにある。この制度へのアクセスを「自己決定」で説明しうるのかについては疑問が呈されてきた¹⁵。判例においても憲法13条に基づいて何らかの制度へのアクセス権を認めるものはない。この点、ドイツの判例法理を参照し、同性婚制度の創設自体を求める権利ではなく、「より親密な個人的生活領域」の形成、維持を可能とする法制度を付与しないことが憲法13条に違反する、と主張する近年の西村枝美の見解が注目される¹⁶。西村は同時に憲法14条1項に基づく違憲性も主張しており、両者の組合せによって、結果的に同性婚が実現されるべきことを示唆している¹⁷。いずれにせよ、憲法13条単独で同性婚の違憲性を具体的に主張する学説は多くはなかったように思われる。本件訴訟でも、手厚い論証がなされているのは憲法24条と憲法14条であった。

13 学説の検討と評価につき白水隆『平等権解釈の新展開』第2部第3章(2020、三省堂)も参照。

14 榎・前掲注4) 32-38頁。ほか安西文雄ほか編著『憲法学読本 [第3版]』118頁 [安西文雄] (有斐閣、2018)。

15 白水・前掲注13) 100頁。さらに、判例において婚姻の自由と婚姻制度上の婚姻の自由が区別されているとの指摘について佐々木くみ「制度審査—制度審査とは何を審査するのか?」大林圭吾=柴田憲司編『憲法判例のエニグマ』225-226頁 (成文堂、2018) 参照。

16 西村枝美「同性婚の未規定性の憲法適合性」関西大学法学論集69巻3号588頁 (2019)。

17 西村・同上600-602頁。

(6) 同性婚訴訟の分析

Ⅲ. 裁判例の分析

本章では裁判例の検討を行う。以下便宜のため、判決日順に、札幌地裁判決を①判決、大阪地裁判決を②判決、東京地裁判決を③判決とする。結論だけをまとめれば、①判決は憲法14条1項に基づき、民法739条1項や戸籍法74条1号などの規定（以下、本件諸規定）が、同性愛者に対して「婚姻によって生じる法的効果の一部ですらもこれを楽しむ法的手段を提供しない」ことをもって違憲であると判断した。②・③判決は、本件諸規定は憲法14条1項には違反しないとするものの、婚姻に伴って得られる利益には法的利益だけではなく、「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の利益¹⁸」（以下、公認に係る利益）も含まれることに注目し、同性カップルがこうした人格的利益を得られないことが憲法24条2項に違反しないかどうかを審査した。②判決は合憲としたのに対し、③判決は、違憲状態であると判断したけれども、違憲状態を解消する方法は複数考えられるところ、その実現は立法裁量に委ねられるから、本件諸規定が憲法違反とはいえないと結論付けた。以下、Ⅱの整理を前提に、論点ごとに検討したい。

Ⅲ-1. 憲法13条について

憲法13条に基づいて同性婚という特定の制度を求める権利はないという点で裁判例は一致している。たとえば①判決は、憲法24条2項を参照し、婚姻及び家族に関する事項についての具体的な制度の構築は第一次的には国会の立法裁量に委ねられていることを確認した後、

18 この表現は②判決のものである。③判決は「社会内において家族として公に認知され、それにより家族として安定した共同生活を営むことが可能となるという効果」、「婚姻により得ることができる、パートナーと家族となり、共同生活を送ることについて家族としての法的保護を受け、社会的公証を受けることができる利益」という表現である。後述するように、③判決では家族という点に重点が置かれているが、社会的公証という点ではほぼ同趣旨であろう。

同性婚についてみても、これが婚姻及び家族に関する事項に当たることは明らかであり、婚姻及び家族に関する個別規定である同条の上記趣旨を踏まえて解釈するのであれば、包括的な人権規定である同法13条によって、同性婚を含む同性間の婚姻及び家族に関する特定の制度を求める権利が保障されていると解するのは困難である¹⁹。

と述べる。つまり憲法24条は憲法13条の特別法的規定であるところ、憲法24条は婚姻及び家族に関する事項を国会の立法裁量に委ねる趣旨なのであるから、同性婚という婚姻に及び家族に関する事項についての特定の制度を憲法13条によって主張することはできないというのである²⁰。②判決も、婚姻をするについての自由は婚姻を具体化する法制度によって初めて存在するのであって、異性婚しか定めていない現行制度のもとでは、同性婚をする自由というものが憲法13条によって保障されているとはいえないとする²¹。

そもそも原告の主張は、憲法13条独自の規範内容を主張するというよりも、憲法24条1項の「婚姻の自由が自己決定権の一内容として保障される」というものであり、婚姻の自由のいわば基礎づけとして憲法13条を援用するものであった²²。原告も憲法24条を憲法13条の特別法的規定として理解していたことになる。それを前提にすると、後述するように、裁判例は憲法24条の保護範囲には同性カップルは含まれないと考えるため、①判決のような応答は自然なものといえるだろう。

Ⅲ-2. 憲法24条1項について

再婚禁止期間違憲判決が「十分尊重に値する」とした憲法24条1項によ

19 裁判所ウェブサイト

(https://www.courts.go.jp/app/files/hanrei_jp/200/090200_hanrei.pdf) 18頁。

以下、①判決の引用は上記ウェブサイトで公開されている判決文から行う。

20 中岡「判批」法学論叢190巻5号112頁(2022)。

21 裁判所ウェブサイト

(https://www.courts.go.jp/app/files/hanrei_jp/334/091334_hanrei.pdf) 25-26頁。

以下、②判決の引用は上記ウェブサイトで公開されている判決文から行う。

22 ②判決44頁。

(8) 同性婚訴訟の分析

る「婚姻をするについての自由」につき、全ての判決が同項は異性婚のみを保護範囲としていると判断している。そのように解釈する根拠は同条制定の経緯および「両性」や「夫婦」という文言である²³。すなわち、「婚姻をするについての自由」は異性カップルにのみ認められる。

もっとも、②判決および③判決は、憲法24条1項の「両性」という文言を、社会的な変化を踏まえれば、今日においては「両当事者」と解釈すべきであるという原告の主張に一定の注意を払っている²⁴。特に③判決は、当該主張を「直ちに否定することはできない」とし、詳しく検討を行っている。結論としては、「現段階において、同性間の人的結合関係を異性間の夫婦と同じ「婚姻」とすることの社会的承認があるものとは認め難い」とするものの、同性婚が異性婚と同様であるという「社会通念や社会的な承認」があれば解釈が変更される余地を明らかに認めている²⁵。

このような余地が存在するのは、恐らく②・③判決の婚姻制度の理解による。②判決は、憲法24条2項解釈の文脈で婚姻の意義について次のように述べていた。

そもそも、人類には、古来から、男女が共同で生活を営み、自然生殖により子が生まれることにより子孫を残し、次世代へと承継してきた実態が歴史的・伝統的に存在していたところ、近代社会において、このような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た未成熟子から構成される家族が、社会を構成する自然かつ基礎的な集団単位として認識されるとともに、その家族の中心的存在である男女の人的結合関係が、特に婚姻関係として社会的に承認され、保護されるようになったものである²⁶。

23 ①判決18頁。

24 ②判決は「そのような社会的な認識の変化等があるとしても、上記で述べた文理や制定経緯等からすると、それのみで憲法24条1項が同性間の婚姻制度を設けることを要請していると解釈することはできない。」とする(24頁)。

25 逆にいえば、同性婚が「婚姻」であるという社会的な承認があれば憲法解釈の変更の余地があることになるだろう。石塚壮太郎「判批」法学セミナー819号131頁(2023)参照。

26 ②判決28頁。ほぼ同趣旨のことを述べている29頁も参照。

また、③判決は憲法24条1項解釈の文脈で次のように述べていた。

前記認定事実(2)アのとおり、婚姻とは、当事者間の親密な人的結合関係全般ではなく、その次代の社会通念に従って婚姻とみられるような関係、いわば社会的な承認を受けた人的結合関係をいうものと解されてきた……。

ここで言及されている、③判決の(2)アで認定された事実とは次のような婚姻制度の趣旨である。

歴史上、人間は男女の性的結合関係によって、子孫を残し、種の保存を図ってきたところ、この古くから続く関係を規範によって統制しようとするところに婚姻制度(法律婚制度)が生まれた。それぞれの時代、社会によって、どのような人的結合関係を婚姻として承認するかは異なるが、婚姻とは、いかなる社会においても、単なる当事者間の性愛に基づく結合ではなく、社会制度として、社会に承認された人的結合として存在するものと考えられ、ほとんどの社会において、婚姻の成立に一定の要件を定めている。そして、伝統的に、婚姻とは、単純な男女の性関係ではなく、男女の生活共同体として子の監護養育や分業的共同生活等の維持によって家族の中核を形成するものと捉えられてきた。

このように、②・③判決は、婚姻が単なる当事者間の親密な人的結合関係全般ではなく、社会通念上、婚姻とみなされている人的結合関係が婚姻である、という社会的な承認の要素を明確に組み込んでいる。憲法解釈論の文脈で述べられていることから、憲法上の「婚姻」概念の解釈とみてよいだろう。それによれば、男女の人的結合は、男女の生活共同体として、子を生子、監護養育することで、家族という概念の中核として社会的な承認を受けており、そえゆえに婚姻として法制度上保護されてきた。歴史を通じて異性カップルが社会的な承認を受けてきた積極的な意義が説明されている。逆にいえば、社会的な承認次第では、同性カップルにも憲法24条1項の婚姻するについての自由が認められる可能性が生じることになる。これに対して①判決は、確かに明治民法や1947年民法改正時の議論を参照して、夫婦関係は「社会通念」に規定されていたことを指摘するけれども、その趣旨は、同性愛は精神疾患の一種であるという誤った社会通念に基づ

(10) 同性婚訴訟の分析

いて否定されていたことを確認し、そして、そうした社会通念から自由に
なれば同性カップルも婚姻の本質を充足することができるはずだ、という
ことを主張するものである²⁷。①判決の「社会通念」は②・③判決のいう社
会的承認と同じ機能を果たしているわけではない。①判決が重きを置いて
いるのは、二人が性別に関わらず精神的及び肉体的結合を目的として真摯
な共同生活を営むことという「婚姻の本質」である。この点は憲法14条1
項の検討の際にまた触れることになるろう。

さて、以上のように憲法24条が異性婚保護規定であることは三判決の一
致した見解であるが、同条が同性婚を禁止する趣旨であるかについて、②
判決と③判決は明示的にこれを否定している²⁸。むしろ、②判決は

同性愛者にも異性愛者と同様の婚姻又はこれに準ずる制度を認めることは、憲
法の普遍的価値である個人の尊厳や多様な人々の共生の理念に沿うものでこそあ
れ、これに抵触するものでないといえることができる²⁹。

と述べ、③判決も

上記〔引用者注：パートナーシップ制度や同性婚制度〕のような制度を構築す
ることは、その同性間の人的結合関係を強め、その中で養育される子も含めた共
同生活の安定に資するものであり、これは、社会的基盤を強化させ、異性愛者も
含めた社会全体の安定につながるものということもできる³⁰。

としており、パートナーシップ制度や同性婚制度は許容される、という
消極的な立場ではなく、憲法の普遍的価値や社会の安定という観点から望

27 判決文23頁。毛利透「判批」法学教室492号（2021）127頁。

28 たとえば②判決は、憲法24条1項が異性婚保護規定であるということをもっ
て「直ちに、同項が同性間の婚姻を積極的に禁止する意味を含むものであると
解すべきとまではいえない。」（24頁）と明確に述べている。

29 ②判決24-25頁。

30 原告団であるMarriage For All Peopleがウェブサイトで公開している判決文
（<https://www.call4.jp/file/pdf/202211/4a8629d74409d0e9f4a874008c629f9d.pdf>）
52頁。以下、③判決の引用は上記ウェブサイトで公開されている判決文から行う。

ましいという積極的許容説ないしは推奨説といえよう。①判決もはっきりと述べているわけではないが、同性カップルに対する法的保護を要請していることから、禁止説に立っているとは考えにくい。許容説とみるべきであろう。

Ⅲ-3. 憲法24条2項について

①判決は、憲法24条1項に違反しない場合には必然的に同2項にも違反しないと解している。しかし②・③判決はそのようには考えておらず、憲法24条1項とは独立して同条2項違反を問うとする。②判決がこの点で依拠する2015年夫婦同氏制判決によれば、婚姻・家族に関する法規範は、憲法の各条項に違反しているとはいえない場合でも、憲法24条2項の立法裁量に反する可能性がある。すなわち、

当該法制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³¹。

この「当該法制度の趣旨」の検討において、先述したように、男女の共同生活において、子を産み、監護養育することで、それが家族として認識されること、その中心的存在として男女の人的結合が婚姻として社会的に承認されてきたことが認められるのである。こうした婚姻制度の認識によれば、男女の結合に限定する婚姻制度は十分に立法裁量の枠内に収まっているようにも思われるが、「同制度を採用することにより生ずる影響」において登場するのが「公認に係る利益」論である。

そもそも婚姻とは、二当事者の永続的かつ真摯な精神的・肉体的結合関係について法的承認が与えられるとともに、その地位に応じて法律上の効果が生ずることにより様々な法的保護等の利益を享受し得る制度であるところ、婚姻をした当事者が享受し得る利益には、相続や財産分与等の経済的利益等のみならず、当該

31 ②判決28頁。

(12) 同性婚訴訟の分析

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の利益（以下「公認に係る利益」という。）なども含まれる。特に、公認に係る利益は、婚姻した当事者が将来にわたり安心して安定した共同生活を営むことに繋がるものであり、我が国において法律婚を尊重する意識が浸透していることや、近年、婚姻に関する価値観が多様化していること等をも踏まえれば、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でき³²。

原告団の弁護士によれば、この公認に係る利益なるものは②判決が独自に考案したものだという³³。①判決では、憲法14条1項違反が問われたこともあり、焦点があたっていたのはあくまで「婚姻によって生じる法的効果を楽しむ利益」であった。それに対して②判決は、夫婦同氏制判決において示された、「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」という立法裁量を限定する指針を手がかりに、権利とはいえないが「人格的尊厳に関わる重要な人格的利益」であるという「公認に係る利益」を立法裁量の審査に取り入れている。この利益がいかなる性質のものかには慎重な判断を要するが、本件訴訟において原告たちが求めていたのは、婚姻の法的効果のみではなく、異性婚と同等の地位を承認されることであったことを踏まえると³⁴、また、個人の尊厳という概念が判例や学説においていまだ明確な輪郭を与えられていないことにも鑑みれば、こうした公認に係る利益が憲法24条2項の「個人の尊厳」に関わる利益だと位置づけられた点は、注目に値するだろう。

ところで、この公認に係る利益とは具体的に何を意味しているのだろうか。この利益は、婚姻という法制度を利用することによって社会的承認という利益が得られるというものであるから、法的効果そのものではないにせよ、そこから派生するところの、法制度を前提にした利益であることに

32 ②判決26頁。

33 三輪晃義「結婚の自由をすべての人に」訴訟」吉原秀編『代理人たちの憲法訴訟』162頁（弘文堂、2022）。

34 同上書139頁、判決文45-46頁の原告の主張の要旨、国見亮佑・たかし「原告当事者の思い（1）」、中谷衣里「原告当事者の思い（2）」ジェンダー法研究9号1頁、7頁（2022）を参照。

違いはない。他方で、「我が国において法律婚を尊重する意識が浸透していること」が前提になっていることを考えると、単に法制度があればいいわけではなく、それに伴う社会的な、いわば事実レベルでの承認も必要なものだろう³⁵。婚姻制度とそれに対する社会的承認があるからこそ、婚姻制度を利用できない者が社会的承認を得られないわけである。この利益は婚姻している異性カップルと婚姻したくてもできない同性カップルの比較を念頭に置いているように思われる。

このようにして、②判決は、現行制度が異性婚に限定されていることについては、子を生み育てる家族の中核としての男女の人的結合としての婚姻が社会的に承認されていることをもって合理性があるとして憲法24条1項に違反しないとすもの、「公認に係る利益のような個人の尊厳に関わる重要な利益を同性カップルは享受し得ないという問題はなお存在する³⁶」として同条2項違反の審査を行うのである³⁷。もっとも、結局のところ違憲性は否定された。②判決によれば、

このように、個人の尊厳の観点からは同性カップルに対しても公認に係る利益を実現する必要があるといえるものの、その方法には様々な方法が考えられるのであって、そのうちどのような制度が適切であるかについては、現行法上の婚姻制度のみならず、婚姻類似の制度も含め、国の伝統や国民感情を含めた社会状況における種々の要因や、各時代における夫婦や親子関係についての全体の規律を見据えた上で民主的過程において決められるべきものである。

以上の点を総合的に考慮すると、上記のような状況において、同性カップルの公認に係る利益の実現のためにどのような制度が適切であるかの議論も尽くされていない現段階で、直ちに本件諸規定が個人の尊厳の要請に照らして合理性を欠

35 他方で、「婚姻に関する価値観が多様化していること」がなぜ公認に係る利益の重要性の論拠になるのか、判然としない。婚姻が公認の利益を生じるということは、むしろ伝統的な婚姻観の帰結であるように思われる。婚姻が異性に限定されるという社会通念が変化し、どんな人でも婚姻することができるはずだ、という意識が広まったことによって、異性カップル以外のカップルにもそうした利益を認める必要性が生じてきたということだろうか。

36 ②判決31頁。

37 公認に係る利益の検討は本稿IV-4も参照。

(14) 同性婚訴訟の分析

くと認めることはできない。よって、本件諸規定が、立法裁量の範囲を逸脱するものとして憲法24条2項に違反するということとはできない³⁸。

「個人の尊厳の観点からは同性カップルに対しても公認に係る利益を実現する必要がある」というが、その具体的な手段は立法裁量に委ねられる。当該利益は「国の伝統」、「国民感情を含めた社会状況における種々の要因」、「各時代における夫婦や親子関係についての全体の規律」といった他の考慮要素との関係で、一定の調整や後退を迫られることもあり得るからであろう。とはいえ、「どのような制度が適切であるかの議論も尽くされていない現段階で」違憲性は認められないという判示は、少なくとも同性カップルの公認に係る利益を実現するための何らかの制度は必要であることを意味しているはずである。そもそも、個人の尊厳に基礎を持つ公認に係る利益を実現するために何らかの制度が必要であるにもかかわらず、どのような制度が適切であるかの議論を尽くしていないというのは、むしろ国会が立法裁量を逸脱しているという根拠になるのではないだろうか。

②判決が先例とする2015年夫婦同氏制判決では、立法裁量を逸脱していないこと有力な論拠として、通称使用が社会的に認められていることによって同氏強制の不利益が緩和されているという議論が存在した。一応、②判決も、夫婦同氏制判決に倣うかのように、同性愛者も望む相手と親密な関係を築く自由は制約されておらず、それ以外の不利益も、契約や遺言等を用いることによって一定程度解消されることを挙げ、婚姻できないことによる同性カップルの不利益は一定程度緩和されていると主張していた³⁹。しかし、契約や遺言は事前に行わなければならないことに加え、婚姻に伴う法的効果の全てを契約など民法上の制度によって実現することは困難である。さらに決定的なのは、判決も認めるように、仮にそうした不利益を個別立法や運用の改善によって解消したとしても、公認に係る利益を満すことはできないという点である⁴⁰。

この公認に係る利益が保障されていないという不利益を緩和する要素と

38 ②判決32頁。

39 ②判決30-31頁。

40 ②判決31頁。

して、地方自治体の登録パートナーシップ制度及び国民の理解の進展が該当するかどうかは微妙である。判決は地方自治体の登録パートナーシップ制度を公的承認の一つの方法として挙げているが⁴¹、自治体ごとに条件も異なる上に、同制度は法律上の制度ではないため、婚姻に伴う法的効果は一切生じない。少なくとも現状の登録パートナーシップ制度は公認に係る利益を満たすものとはいえない。また、同性カップルについて国民の理解が進んでいることも挙げられているが⁴²、単なる国民の理解と法的制度の裏付けがある公的承認とは質的に異なる問題である。両者とも不利益を緩和する要素とはいえないか、極めて僅かにしか緩和していないとみるべきである⁴³。

したがって、結局のところ「総合的に考慮」することで判断過程には曖昧さを残すものの、②判決が「同性カップルの公認に係る利益の実現のためにどのような制度が適切であるか」は国会の立法裁量に委ねられていると述べるとき、同時に、公認に係る利益を実現する何らかの制度が必要であることは憲法上要請されていると考えていると理解することができよう。もっとも、そうだとすれば、それについて国会が議論を尽くさず、何らの制度も設立する様子を見せない現状はやはり憲法に違反していると言わざるをえないのではないだろうか。木村草太も、本判決の評釈において、「問題」の解消方法をわざわざ論じるのは、現状が何らかの点で違憲であることを前提にしているはずであり、違憲評価を明示すべきだった」と指摘している⁴⁴。

このように、①判決に続き、②判決でも、同性カップルに少なくとも何らかのかたちで、法律上の保護を与えるべきことが示されたといえる。なお、「同性カップルの公認に係る利益の実現のためにどのような制度が適切であるかの議論」が尽くされていないと②判決は述べ、議論の必要性を指摘しているが、そこでいう「議論」とは、単に同性カップルに法的保護を

41 ②判決32頁。

42 ②判決32、40頁。

43 憲法14条1項についての考慮の文脈ではあるが、②判決が「仮に上記の差異の程度が小さいとはいえないとしても」と譲歩しているのはその証左である。

44 木村草太「判批」法律時報94巻10号5頁（2022）。

(16) 同性婚訴訟の分析

与えるべきかどうかなどというレベルのものではないことに注意が必要であろう。公認に係る利益論からしても、同性カップルを法的に保護する制度が求められるのであって、したがって必要なのは、西山千絵が指摘するように、「実務的・理論的検討のレベルの具体的な「議論」である⁴⁵⁾」。

しかし、国会では同性婚どころかそれに類する制度を設けるかどうかの検討すらほとんど行われていないのが現状である。そうした懸念に対応してか、②判決は、国会で同性婚について議論されるようになったのも比較的最近であること、世論調査では同性カップルの法的保護に否定的な見解を持つ国民が少なからず存在していることを挙げ、「国会における今後の議論がおよそ期待できないということではできない⁴⁶⁾」として立法裁量を逸脱しているとはいえないと結論づける。②判決は「今後の社会状況の変化によっては」、立法不作為が違憲になる可能性を認めているが、国会が何の「議論」もしていない現状を追認しているとも受け取られるものであり、違憲判断を明示した①判決と比較すると、そのメッセージ性は極めて弱いものといえるだろう。

以上が②判決の憲法24条2項論である。他方、③判決の構造も②判決のそれによく似ており、参考にしたことがうかがわれるが、重要な差異も存在する。

夫婦同氏制判決は、あくまで異性カップルの問題であることが前提であり、かつ、婚姻制度は利用できるし利用を望むけれども、その婚姻制度の一部である民法750条が憲法に違反するのではないかが争われた事例であった。本件は同性カップルの問題であり、そもそも婚姻制度が利用できないという事例である。②判決は当然のように夫婦同氏制判決を先例として援用するけれども、そもそも憲法24条1項の「婚姻」が異性カップルのそれに限定されるという解釈を採用する以上、同性カップルの問題は憲法24条の問題ではなく、許容説に立つにしても同条違反の可能性は生じないとして、いわゆる保護範囲のレベルで退けることも可能だったはずである。

③判決は恐らくこのような先例との距離を意識していたように思われる。

45 西山千絵「婚姻の自由の拡張か人的結合への自由か」ジェンダー法研究9号 39頁(2022)。

46 ②判決35-36頁。

そこで③判決は、憲法24条1項と憲法14条1項違反の主張を簡単に退けた後、憲法24条2項審査につき、次のように述べる。

憲法24条2項は、婚姻に関する事項のみならず、家族に関する事項についても、その立法に当たり個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚すべき旨を示しているところ、このような状態が、憲法24条2項が掲げる個人の尊厳に照らして合理性を欠き、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点を踏まえ、本件諸規定の憲法24条2項適合性を検討する⁴⁷。

憲法24条2項が「婚姻に関する事項のみならず、家族に関する事項についても」規律していることを強調するように、「家族」のレベルで同性カップルの問題を位置づけるのが③判決の工夫だと思われる。③判決は、夫婦同氏制判決を先例として、同様に「当該法制度の趣旨」と「同制度を採用することにより生ずる影響」について検討し、それ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かどうかを審査する。まず婚姻制度の趣旨については、「様々な法制度のパッケージ⁴⁸」であるとされ、種々の法的効果が挙げられた後、次のように評価される。

これらの規定の多くは、夫婦が共同生活を送り、場合によっては子を産み育てるにあたり、その家族関係を法的に保護する趣旨のものであるということが出来る。

また、このような明文による法的効果に限らず、婚姻により、その当事者は、社会内において家族として公に認知され、それにより家族として安定した共同生活を営むことが可能となるという効果も生ずる。

……このように、婚姻は、親密な人的結合関係について、その共同生活に法的保護を与えるとともに、社会的承認を与えるものである。このように親密な人的結合関係を結び、一定の永続性を持った共同生活を営み、家族を形成することは、当該当事者の人生に充実をもたらす極めて重要な意義を有し、その人生において

47 ③判決46頁。

48 ③判決47頁。

(18) 同性婚訴訟の分析

最も重要な事項の一つであるということが出来るから、それについて法的保護や社会的公証を受けることもまた極めて重要な意義を持つものということが出来る。……そうすると、婚姻により得ることが出来る、パートナーと家族となり、共同生活を送ることについて家族としての法的保護を受け、社会的公証を受けることが出来る利益は、個人の尊厳に関わる重要な人格的利益ということが出来る⁴⁹。

このように、③判決においては、婚姻が家族形成の一つの態様、方法として位置づけられている。婚姻は男女の人的結合関係であり、家族として認められ法律によって保護されるが、さらにそのカップルが子を産み育てる場合には、それも家族として認められ、法的保護を受ける。それによって社会的承認を受け、安定した家族生活を送ることが出来る。③判決の婚姻制度はこのようなイメージである。しかし、同性カップルには婚姻の道が閉ざされているため、家族となる手段が存在しない。③判決が前景化するのはこの点である。

このパートナーと家族になる利益は、性的指向にかかわらず何人にも認められるべき法的利益であって、かつ、個人の尊厳に関わる重要な人格的利益である。③判決は、このパートナーと家族になる利益が同性愛者に保障されていないことを問題視する。明示はされていないものの、親密な人的結合関係を結ぶ自由とその重要性についての説示は憲法13条に基礎を置いているように思われる。この点で婚姻とのアナロジーに基づく②判決とは異なっている。もっとも、この考え方においても、パートナーは一名、すなわちカップルにのみ当該利益が認められることは暗黙の前提になっているだろう。

現在、同性愛者には、パートナーと家族になることを可能にする法制度がなく、同性愛者は、その生涯を通じて、家族を持ち、家庭を築くことが法律上極めて困難な状況に置かれている。家族を持たないという選択をすることも当該個人の自由であることは当然であるが、特定のパートナーと家族になるという希望を有していても同性愛者というだけでこれが生涯を通じて不可能になることは、その人格的生存に対する重大な脅威、障害であるということが出来る⁵⁰。

49 ③判決48-49頁。

これが「同制度を採用することにより生ずる影響」にあたる検討だろう。ここでも強調されているように、問題は婚姻できないことそのものではなく、パートナーと家族になる手段が存在しないことである。こうして③判決は、同性婚が認められるべきかどうかの問題ではなく憲法24条2項の家族の問題として本件を位置づけ、夫婦同氏制判決を先例として用いようとしている⁵¹。

もっとも、夫婦同氏制判決は、「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⁵²」と述べており、「夫婦及びその間の未婚の子や養親子」のみを「家族」として認めているようにみえる。こうした家族観を前提にすると、同性カップルは、婚姻のレベルだけではなく、「家族」のレベルにおいても憲法24条の保護範囲に含まれない可能性があるが、③判決はこの点について説明していない。石塚壮太郎が指摘するように、少なくとも現行法の「家族」に同性カップルが含まれない以上、ここでいう「家族」がいかなる意味なのか、その範囲について明確にする必要がある⁵³。いずれにせよ、以上のような評価の後、③判決はより明確に違憲審査の対象を設定する。

以上を踏まえ、本件諸規定を含む現行法上、同性間の人的結合関係について、パートナーと家族になり、共同生活を送ることについて家族としての法的保護を受け、社会的公証を受けるための制度（以下「パートナーと家族になるための法制度」という。）が設けられていないことについて、個人の尊厳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、本件諸規定の憲法24条2項適合性について検討する⁵⁴。

②判決が、異性カップルの婚姻との比較における同性カップルの人的結

50 ③判決50頁。

51 拙稿「判批」『新・判例解説Watch』32号38頁（日本評論社、2023）。

52 民集69巻8号2586頁。

53 石塚・前掲注25）131頁。

54 ③判決50-51頁。

(20) 同性婚訴訟の分析

合に対する公認に係る利益を問題にしたのに対し、③判決は、婚姻とは別のレベルの、「家族」としての公認に係る利益を問題にしている。③判決はこの検討において、同性婚や登録パートナーシップ制度など複数の方法が考えられるところ、いかなる制度にすべきかは、「国の伝統や国民感情を含めた社会状況における種々の要因を踏まえつつ、子の福祉等にも配慮した上で、立法府において十分に議論、検討がされるべき」とする。そして結論として次のように述べる。

以上の点を総合的に考慮すると、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は、同性愛者の人格的生存に対する重大な脅威、障害であり、個人の尊厳に照らして合理的な理由があるとはいえず、憲法24条2項に違反する状態にあるといえることができる。しかしながら、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、それは立法裁量に委ねられており、必ずしも本件諸規定が定める現行の婚姻制度に同性間の婚姻を含める方法に限られない（現行の婚姻制度とは一部異なる制度を同性間の人的結合関係へ適用する制度とする方法や、同性間でも利用可能な婚姻に類する制度を別途構築する方法を採ること等も可能である。）ことからすれば、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⁵⁵。

本件諸規定が憲法24条2項に違反しないという結論は②判決と同様だが、③判決は、現状が同項に違反する状態であると述べた。もっとも、この「違憲状態」の法的含意は明確ではない。石塚壮太郎が指摘するように、違憲状態の解消に複数の手段がありうるのは珍しいことではなく、それだけをもって違憲とはいえないとすると、あらゆる訴訟について違憲判断を下せなくなってしまう恐れがある⁵⁶。③判決は、結局のところ国家賠償請求を棄却するのであるから、ここで違憲と判断しても結論には影響はなかったとの指摘もある⁵⁷。国家賠償法上違法かどうかの判断を憲法判断にスライドさ

55 ③判決52-53頁。

56 石塚・前掲注25) 131頁。

57 石塚・同上。同様の指摘は②判決にも妥当する。もっとも、再婚禁止期間違憲判決のような場合との比較検討が必要であろう。

せることによって、強引に「違憲とまではいえない」という結論を導いているようにみえるのである。

②判決も本件諸規定それ自体の違憲性は否定したが、同性カップルに公認に係る利益が保障されていない現状を鑑みて、何らかの法制度が同性カップルに必要であることは示唆していた。③判決もこの点では同様に、同じことを憲法24条2項に違反する状態と表現したのだと思われる。すなわち、②判決と③判決は、問題設定の仕方は異なるものの、同性カップルを保護する何らかの制度が必要であることは間違いがないが、その具体化は立法を通して行うべきだ、という結論であるといえる。

Ⅲ-4. 憲法14条1項について

②・③判決は憲法24条2項を中心に違憲審査を行ったのに対し、憲法14条1項に基づいて違憲の判断を下したのが①判決である。①判決を中心に検討したい。

まず、①判決は判断枠組みとして、「事柄の性質に応じた合理的な根拠に基づくものでない限り、法的な差別的取扱いを禁止する趣旨のものであると解すべきである」として、待命処分判決に並んで再婚禁止期間違憲判決を引用する。実際、①判決は、再婚禁止期間違憲判決と同様に、上記の一般的な平等審査の枠組みを定式化した後、本件が婚姻及び家族に関する事件であり、憲法24条2項がこの領域を規律することを踏まえて、若干の具体化を行っている。すなわち、

前記2(1)のとおり、婚姻及び家族に関する事項は、国の伝統や国民感情を含めた社会状況における種々の要因を踏まえつつ、それぞれの時代における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を行うことによって定められるべきものであるから、憲法24条2項は、婚姻及び家族に関する事項について、具体的な制度の構築を第一次的には国会の合理的な立法裁量に委ねたものである。このことに加え、前記2(2)及び(3)のとおり、同条及び13条によって、同性間の婚姻をするについての自由や同性婚に係る具体的制度の構築を求める権利が保障されているものではないと解されることにも照らすと、立法府は、同性間の婚姻及び家族に関する事項を定めるについて、広範な立法裁量を有していると解するのが相当である⁵⁸。

(22) 同性婚訴訟の分析

ここでは、憲法24条2項の趣旨と、同性婚の権利が同条及び13条からは引き出されないことから、「広範な」立法裁量が導かれている。この立法裁量の強調は再婚禁止期間違憲判決には存在しない⁵⁹。同判決は、憲法24条1項から「婚姻をするについての自由」を引き出し、再婚禁止期間を定める民法733条1項が当該自由を直接的に制約することから、「その合理的な根拠の有無について以上のような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」としていた。憲法上保障された権利ないしは自由への直接的な制約を観念しうるかどうかという点で審査の厳格度の変更されたと考えられる。これに対して本件では、そもそも婚姻をするについての自由は憲法24条解釈で否定されているため、少なくともこの段階では、被制約利益の重要性と権利制約の直接性のどちらも否定されており、それゆえ「広範な」立法裁量が導かれたのだろう。

続いて①判決は、本件諸規定について区別取扱いが存在するかの論点に移行する。被告の国は、同性愛者であっても異性間であれば結婚できるのであるから、性的指向に基づく区別もなければ性別に基づく区別もないと主張していた。これに対して①判決だけでなく②・③判決も「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にある」という有責配偶者からの離婚請求事件最高裁判決の定義を援用し、お互い同性愛者の異性カップルは婚姻の本質を満たすとは考えられないため、性的指向に基づく区別だとする⁶⁰。また、婚姻によって様々な法的効果が生じるため、その点で区別取扱いが生じるという。当然にも思える判断だが、従来判例では、法文上の形式的区別がない限り憲法14条1項違反の可能性を認めてこなかったことを考えると、実質を踏まえて区別を認定したことには意義がある⁶¹。

なお、西山千絵は、区別の認定につき、同性カップルの婚姻の問題を性的指向の問題に収斂してよいのか、と問題提起を行っている⁶²。確かに、た

58 ①判決19頁。

59 この点について西山・後掲注76) 59頁。

60 たとえば①判決21頁。

61 意義を強調するものとして白水隆「判批」『令和3年度重要判例解説』17頁(2022)。

たとえば異性愛者で性別取扱いの変更をしていないトランスジェンダーの場合、パートナーが居ても法的には性別が同じであるために婚姻することができない⁶³。したがって、本件諸規定は同性愛者のみを区別しているわけではない。①判決が性的指向に着目するのは、本件訴訟の原告が同性愛者であり、性的指向に基づく差別を訴えているからである。その意味で本件はあくまで同性愛者に射程が限定されると西山は評価する⁶⁴。それ自体は正当な指摘であるが、より包摂的な婚姻の「性中立化」を目指すうえで、同性愛者の婚姻が認められることがその重要な部分であることには違いはない⁶⁵。もっとも、同性婚を認めるべきとする議論が、それ以外のマイノリティを不当に排除するものになっていないかどうかは常に注意する必要があるだろう。

さて、こうした区別取扱いについて、①判決は合理的根拠を問うのであるが、ここで性的指向に基づく区別であることを理由に審査を厳格にすることを宣言している。

性的指向は、自らの意思に関わらず決定される個人の性質であるといえ、性別、人種などと同様のものといえることができる。

このような人の意思によって選択・変更できない事柄に基づく区別取扱いが合理的根拠を有するか否かの検討は、その立法事実の有無・内容、立法目的、制約される法的利益の内容などに照らして真にやむを得ない区別取扱いであるか否かの観点から慎重にされなければならない。

性的指向に基づく区別は自らの意思にかかわらず決定される個人の性質だということから、憲法14条1項後段の列挙事由である性別や人種と「同様のもの」と直ちに言えるかはなお敷衍が必要であるように思われるが⁶⁶、

62 西山・後掲注76) 57頁。同性婚という問題の定式化が多様な性のあり方にとっては部分的であることを強調する沖野眞己「同性カップルと婚姻」東京大学法学部「現代と法」委員会編『まだ法学を知らない君へ—未来をひらく13講』47頁（有斐閣、2022）も参照。

63 性別取扱いの変更についても性同一性障害者特例法3条1項3号は現に婚姻していないことを要件とする。

64 西山・後掲注76) 58頁。

65 性中立化について田巻・前掲注4) 参照。

(24) 同性婚訴訟の分析

そこから「真にやむをえない区別取扱いであるか否かの観点から慎重にされなければならない」という相当に厳格にみえる基準が設定されている。この厳格化は、性的指向という区別事由のみに基づいているように読める。憲法14条1項列举事由である性別や人種と同様のものであるという評価が要因だろう⁶⁷。

平等審査において審査を厳格にした判例として、「子にとっては自らの意思や努力によっては変えることのできない父母の身分行為に係る事柄」に基づく区別について違憲判断を下した国籍法違憲判決が挙げられる。もっとも、同判決は、当該区別事由のみならず、国籍が「重要な法的地位」であること、すなわち被区別利益の重要性も審査が厳格になった要因とされている。そしてその場合でも、「区別を生じさせることに合理的な理由があるか否かについては、慎重に検討することが必要である」と述べるにとどまっていた。

この点、中岡淳は、区別事由だけでなく被区別利益にも言及して審査密度の厳格化を行った国籍法違憲判決と比較し、「被区別利益の重要性にも言及すべきであったように思われる」⁶⁸と述べている。しかし、そもそも婚姻は異性婚に限定されると解釈する①判決にとって、性的指向によって婚姻できるかどうかには区別取扱いが生じているかどうかは自明ではなかったはずである。というのも、②・③判決が実際にこのように論じるのであるが、憲法の条項が区別の合理的理由をすでに提供しているとも考えられるからである。この問題を解決するのが、区別に合理的根拠があるかどうかの検討における被区別利益の議論である。すなわち、

異性愛者と同性愛者との間で、婚姻によって生じる法的効果を享受する利益の価値に差異があるとする理由はなく、そのような法的利益は、同性愛者であっても、異性愛者であっても、等しく享有し得るものと解するのが相当である⁶⁹。

66 従来学説では、性的指向が「社会的身分」にあたるかどうかは議論されていたが、それについては触れられていない。

67 中岡淳「判批」新・判例解説Watch Vol. 29 18頁（日本評論社、2021）4頁は、近時の判例の動向も踏まえ、列举事由と同類のものとして位置づけた点を「特筆に値する」と評価する。

68 中岡・前掲注20）117頁

したがって、本件区別取扱いは、このように異性愛者であっても同性愛者であっても、等しく享有し得る重要な利益である婚姻によって生じる法的効果を楽しむ利益について、区別取扱いをするものとみることができる。

被区別利益である「婚姻によって生じる法的効果を楽しむ利益」は、同性愛者であっても等しく享有し得るものであるから、本件では区別取扱いが存在するのである。「享受する利益の価値」に差異がないという表現は一見すると奇妙である。たとえば国籍という法的地位について、あるいは、一定の法定相続分を相続できることについて、それをAとBの間で「享受する利益の価値に差異がない」などとあえて確認する必要はない。当然のことだからである。あえて①判決がこのような確認をしなければならなかったのは、憲法24条において婚姻を異性婚に限定する解釈を採用したため、同性カップルについても婚姻の平等が認められることを論証しなければならないと考えたからではないか。つまり、①判決においては、被区別利益があることの論証自体が、本件が憲法14条1項の問題であることを示すために必要なものだったのであり、審査を厳格化させるものとして機能しているわけではないように思われる⁷⁰。

なお、ここでは「婚姻によって生じる法的効果」に焦点をあわせることで、②・③判決が主題化したような、いわゆる「公認に係る利益」、すなわち婚姻制度を利用することによる社会的な承認のような利益は考慮されていない。また、異性愛者と同性愛者で差異がないとするのが婚姻によって生じる法的効果のうち、どの範囲までかは明確ではない。特に子に関する法制度が同性カップルについては問題になる。実際、①判決も、民法や戸籍法などの「本件規定は、夫婦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、法的保護を与えることを重要な目的としていると解することができる」とする。したがって、どのレベルで平等な取扱いが認められるべきなのか、が問題となる。①判決はこの問題に対して、次のように答える。

しかしながら、現行民法は、子のいる夫婦といない夫婦、生殖能力の有無、子をつくる意思の有無による夫婦の法的地位の区別をしていないこと、子を産み育

69 ①判決23頁。

(26) 同性婚訴訟の分析

てることが、個人の自己決定に委ねられるべき事柄であり、子を産まないという夫婦の選択も尊重すべき事柄といえること、明治民法においても、子を産み育てることが婚姻制度の主たる目的とされていたものではなく、夫婦の共同生活の法的保護が主たる目的とされていたものであり（認定事実(3)ウ）、昭和22年民法改正においてこの点の改正がされたことはうかがわれないこと（認定事実(5)ウ）に照らすと、子の有無、子をつくる意思・能力の有無にかかわらず、夫婦の共同生活自体の保護も、本件規定の重要な目的であると解するのが相当である⁷¹。

婚姻制度の目的を主と従にわけ、主を「夫婦の共同生活」の保護、従を「子を産み育てること」の保護とし⁷²、そうした目的は正当であるが、「同性愛者のカップルに対し、婚姻によって生じる法的効果の一切を享受し得な

70 ところで、この説示を導くものとして、①判決は、世論調査や婚姻率の高さなどから、日本において法律婚が尊重されていることを示し、それによって「婚姻することにより、婚姻によって生じる法的効果を楽しむことは、法的利益であると解するのが相当である。」と論じている（22-23頁）。さらに憲法24条が婚姻制度を保障していることから、この利益は「重要な法的利益」だとされている。この部分の意味するところを理解するのは難しい。素直に読めば、婚姻それ自体が法的にプラスなのかマイナスなのかは、一般的に法律婚が尊重されているかどうかによって依存するが、日本では法律婚が尊重されている以上、それは単なる中立的な「法的効果」ではなく、利益をもたらす「法的利益」なのだ、ということだろう。逆にいえば、仮に婚姻が世の中で何の価値もないものとみなされていれば、本件では区別取扱いが存在しないことになる。しかし、法律婚が尊重されているかどうかとは別に法的効果の区別や差異を論じることは可能であり、あえてこのような判示をする理由が不明である。この点についての批判につき、喜久山大貴「同性婚訴訟 札幌地裁の画期的判決をどう考えるか」世界945号199-200頁（2021）参照。また、憲法24条が婚姻を保障しているから重要だ、という議論がどのような法的意義をもたらすのか、不明確である。毛利透「判批」法学教室492号127頁も「区別対称となる法的利益の重要性も指摘されているが、その趣旨は明確でない」と評価している。また、村山美樹「同性婚についての立法不作為と国家賠償」行政法研究42号106-107頁の検討も参照（2022）。

71 ①判決25頁。

72 篠原永明「憲法24条の「婚姻」の意義と同性婚」判例時報2533号108頁（2022）。

いものとする理由になるとは解されない」とする。婚姻制度の目的をこのように主と従に明確に分けられるかはともかくとして⁷³、確かに両当事者を念頭に置いた制度と、そこから生まれる、ないしは養子として迎え入れられる子のための制度を一応は区別することはできよう。したがって、

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にあるが、異性愛と同性愛の差異は性的指向の違いのみであることからすれば、同性愛者であっても、その性的指向と合致する同性との間で、婚姻している異性同士と同様、婚姻の本質を伴った共同生活を営むことができる⁷⁴と解される。

ここでいう「婚姻の本質」は、婚姻制度の主たる目的とされた「夫婦の共同生活」にあたるものだろう。そうすると、「子を産み育てること」については何も言及がない以上、少なくとも「夫婦の共同生活」についての差異は憲法14条1項違反とされるはずである。①判決の結論は次の通りである。

以上のことからすれば、本件規定が、異性愛者に対しては婚姻という制度を利用する機会を提供しているにもかかわらず、同性愛者に対しては、婚姻によって生じる法的効果の一部ですらもこれを享受する法的手段を提供しないとしていることは、立法府が広範な立法裁量を有することを前提としても、その裁量権の範囲を超えたものであるといわざるを得ず、本件区別取扱いは、その限度で合理的根拠を欠く差別取扱いに当たると解さざるを得ない。

したがって、本件規定は、上記の限度で憲法14条1項に違反すると認めるのが相当である。

目的は正当であるけれども、だからといって婚姻によって生じる法的効果の一部ですらも認めていないことは差別にあたるとする。この審査について、法律の目的に対する手段のレベルで違憲判断をしているものとする評価があ

73 沖野・前掲注62) 39-40頁。

74 ①判決25頁。

(28) 同性婚訴訟の分析

る⁷⁵。すなわち、婚姻制度から異性カップルが排除されていることそのものではなく、異性カップルがどれほど不利益を被っているかにつき審査を行っているというのである。これは「例外的」な審査であるとも評されるが⁷⁶、すでに述べたように、婚姻制度が異性婚に限定されているという立場を採用している以上、こうした手法を採らざるをえなかったと思われる。

なお、設定された審査基準であるところの「真にやむを得ない区別取扱いかどうか」に対応する文言はない。結論が違憲であることから「真にやむを得ない区別取扱い」ではなかったということになろう。しかし、婚姻制度の中でどれが真にやむを得ない区別取扱いで、どれがそうではなく平等に適用すべき条文なのかは不明確である⁷⁷。

それどころか、本判決は「国の伝統や国民感情を含めた社会状況」を踏まえた立法府の裁量によって合憲、違憲が左右される余地を認めており、そもそも設定された「真にやむを得ない」基準は実際には適用されておらず、総合考慮がなされているとする今野周の評価がある⁷⁸。確かに、合理性の判断において、世論が同性カップルに対する法的保護に肯定的になってきたことや諸外国での進展があることを考慮する一方で、それに否定的な世論は限定的に斟酌すべきことが述べられており⁷⁹、「真にやむを得ない」という基準にはそぐわないようにみえる。

実際のところ、①判決が目的手段審査か総合考慮審査かは不明確としか言いようがなく、どちらかに割り切って理解することに実益があるようには思われない。建前は目的手段審査を取りつつ、実際には融通無礙な判断が

75 中岡・前掲注20) 121頁。もっとも、中岡も指摘するように、判断の内実は明確とはいえない。西山千絵「婚姻を求める同性カップルへの法的保護」法学セミナー798号59頁(2021)も参照。

76 白水・前掲注61) 17頁。白水はこの点について「例外的な手法を採ってまでも同性婚禁止を違憲と導こうとする裁判所の強い意思も見て取れよう」と評価する。

77 中岡・前掲注20) 121頁。

78 今野周「同性婚訴訟判決についてのノート——札幌地裁令和3年3月17日判決は同性婚を要請しているか——」東京大学法科大学院ローレビュー17巻65-68頁(2022)。

79 ①判決28-29、32頁。

されているということだろう⁸⁰。とはいえ、本判決の特徴の一つとされる⁸¹、同性愛が精神疾患であるという誤った知見に基づいて異性婚に限定されていたという①判決の中心となる考え方に基づけば、時の経過を踏まえた総合考慮型の審査を行うのが判例の流れにも沿っていたように思われる。すなわち、婚姻制度を創設した時点においては一定の「国の伝統や国民感情」に鑑み、異性婚に限定する現行制度も合理性があったけれども、時の経過によって同性愛についての知見の誤りが明らかになったために、今日においては同性カップルに何らの保護も与えないことには合理性がなくなった、というような議論である。もっとも、時の経過論を用いたとしても、2013年非嫡出子法定相続分違憲決定⁸²がもっていた不明確性はそのまま引き継がれることになる⁸³。

結論として、「婚姻によって生じる法的効果の一部ですらもこれを享受する法的手段を提供しないとしている」限度で本件諸規定が違憲だと判断されているが、これまでの行論からすれば、「夫婦の共同生活」の保護を主たる目的とする婚姻制度の法的効果は、原則として全て同性カップルにも及ぼすべきものになるはずだろう⁸⁴。ただし、婚姻は異性婚に限定されているから、それを「婚姻」とする必要はなく、新たな別の制度、たとえば登録パートナーシップ制度を設立することで足りるとする見解が有力である⁸⁵。

80 前者とみる中岡も、後者とみる今野も不明確性を指摘している。中岡・前掲注20)、今野・前掲注79) 68頁。

81 毛利・前掲注27) 127頁。

82 民集67卷6号1320頁。

83 同決定の問題点につき、たとえば蟻川恒正「婚外子法定相続分最高裁違憲決定を読む」法学教室397号106頁(2013)。時の経過を踏まえた審査を行った2008年国籍法違憲判決についても同様である。

84 篠原・前掲注73) 108頁は、「夫婦の共同生活自体の保護に関する規定については、同性愛者のカップルにも同様の法的効果を及ぼすことが原則として要請されるということになるのではないだろうか」とし、具体的な条文を列挙する。中岡・前掲注20)は、「最低限、婚姻のうち、同性間に適用可能なその制度の核心部分に関しては立法者に制度形成を義務付けることは可能であったのではないか。」とする。ほか毛利・前掲注27) 127頁参照。

85 たとえば新井誠「判批」WLJ判例コラム234号10頁、毛利・前掲注27) 127頁、中岡・前掲注20) 18頁。

(30) 同性婚訴訟の分析

こうした見解に対して、今野周は、①判決は同性カップルに対して、登録パートナーシップ制度ではなく「婚姻」を要請していると読むべきであると主張している。その根拠は次のようなものである。①判決が区別取扱いがあるとする「婚姻によって生じる法的効果」は、婚姻当事者という「身分」の形成が前提となっており、それゆえ「身分」と不可分のものであるから、同性カップルにも婚姻という身分を——その内容は全く同じとはいえなくても——形成することが要請される⁸⁶。また、①判決は婚姻が法的利益であることの根拠として、社会で法律婚が尊重されていることを挙げる。そうだとすれば、婚姻という名称を付さなければ、同性カップルは異性カップルと同等に尊重されるとはいえない⁸⁷。これは一種のスティグマ論である。

確かに、婚姻には具体的な法的効果に還元されない利益があると考えられるから、それを「身分」に託す読解は戦略的なものとしても魅力的であり、このような可能性も否定できない。しかし、①判決のいう「身分」は、婚姻及び家族制度は基本的に婚姻当事者や親、子、親族などの身分関係を形成し、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」ものであるという一般論に過ぎないのではないか。そうだとすれば、①判決の「身分」への言及は、婚姻及び家族制度においては身分とそれに伴う種々の法的地位がセットであり、いかなる身分を設定するかが法的効果に連動することを強調するものだと考えられる⁸⁸。逆にいえば、法的地位が異なるのであれば、身分も異なりうる、そしてその呼称も異なりうるということになる⁸⁹。

実際、憲法13条論において「生殖を前提とした規定（民法733条以下）や実子に関する規定（同法772条以下）など、本件規定を前提とすると、同性婚の場合には、異性婚の場合とは異なる身分関係や法的地位を生じさせることを検討する必要がある部分もあると考えられ⁹⁰」と述べており、「同性婚」について「異性婚の場合とは異なる身分関係や法的地位」が設定される可能性を認めている。また、国家賠償法1条1項に違反するかどうかの検討において「同性愛者のカップルに対し、婚姻によって生じる法的効果

86 今野・前掲注79) 54-55頁。

87 今野・同上58-59頁。

88 このような理解の可能性を今野も認めている（同上56頁）。

を付与する法的手段は、多種多様に考えられるところであり、一義的に制度内容が明確であるとはいい難く、どのような制度を採用するかは、……国会に与えられた合理的な立法裁量に委ねられている⁹¹。」とも述べている。これは登録パートナーシップ制度も排除していないだろう。こうした理解は、本件規定が、同性愛者に対しては「婚姻という制度を利用する機会」を提供しているにもかかわらず、同性愛者に対しては「婚姻によって生じる法的効果の一部ですらも」これを享受する法的手段を提供しないとしていることが裁量権の範囲を超えたものであり、当該区別取扱いは「その限度で」合理的根拠を欠く差別取扱いに当たるとする結論とも整合するように思われる。

また、社会的に法律婚が尊重されているとする判示に一種のスティグマ論を見出し、婚姻という名称が付与されなければ結局のところスティグマを同性カップルに押し付けることになるという議論もそれとして重要である。しかし、そもそもそうした事実認識が法的にいかなる意味を持つのか明らかになっていない以上⁹²、また、それを明確に意識した法律構成でないことも踏まえると、①判決にスティグマ論を読み込むことには限界がある。スティグマ論については、今野論文の執筆後に出た判決ではあるが、

89 今野・前掲注79) 56頁は「現行の婚姻法が実子や自然生殖に関する規定も婚姻に関する規定として含んでいる以上、異性婚と同性婚が全く同じになるとは必ずしもいえない。しかしこのことは内容面での積極説／消極説に係るものである。」として、内容が異なるとしても「婚姻」という形式面では同性カップルも同じ扱いになるとする。しかし本稿の①判決の理解からすれば、内容が異なる法的地位であれば必ずしも「婚姻当事者」という身分にしくなくてもよい（もちろん婚姻当事者としてもよい）ということになろう。そもそも①判決は婚姻制度を利用できるかどうかの区別ではなく、「婚姻によって生じる法的効果」についての区別を審査する。これは婚姻制度に含まれる様々な法的効果がある程度個別的に検討するためではないだろうか。複数の目的を主と従に分ける議論なども含め、①判決には、婚姻制度と身分を不可分のものとして把握するというよりもむしろ婚姻制度を複数のレベルに切り分けようとする含意があるように思われる。

90 ①判決18頁。

91 ①判決34頁。

92 本稿脚注71参照。

(32) 同性婚訴訟の分析

②・③判決の「公認に係る利益」論の方が正面からそれを取り上げられる議論ではないだろうか。

さて、以上のような①判決に対して、②・③判決は憲法14条1項違反を認めなかった。②判決は、①判決とほぼ同様の理由で本件区別が性的指向に基づく区別であることを認めた上で「より慎重に検討」することを宣言する。すでに確認したように、②判決は、憲法24条1項の「婚姻」につき異性婚に限定されると解釈する。それによって、同性カップルに対して婚姻制度が規定されていないこと自体には合理性があり、憲法14条1項についての違憲性はないとするのである⁹³。もっとも、これは憲法24条1項解釈と同じことを繰り返しているだけであり、婚姻制度が異性婚に限定されていることの言い換えである。

そのうえで、②判決は、同性婚という制度が存在しないこと自体は憲法14条1項に違反しないとしても、婚姻制度によって得られる利益が同性カップルには閉ざされていることを審査する。

現時点の我が国においては、同性愛者には、同性間の婚姻制度どころか、これに類似した法制度さえ存しないのが現実であり、その結果、同性愛者は、前記のとおり、婚姻によって異性愛者が享受している種々の法的保護、特に公認に係る利益のような重要な人格的利益を享受することができない状況にある。したがって、このような同性愛者と異性愛者との間に存在する、自らが望む相手との人格的結合関係について享受し得る利益の差異の程度が、憲法14条1項の許容する合理的な立法裁量の範囲を超えるものではないかについてはなお慎重に検討すべきということができる。

同性婚という特定の制度がないことは合憲であるとしても、得られる利益の差が大きすぎるのではないか、ということである。こうした考え方は①判決と同様であるが、②判決は「法的保護」のみならず、「公認に係る利益」についての差別も違憲審査の対象としている。もっとも、この審査においても②判決の結論は合憲となった。その理由は次のとおりである。

93 ②判決43頁。

前記2(3)イのとおり、異性間の婚姻は、男女が子を産み育てる関係を社会が保護するという合理的な目的により歴史的、伝統的に完全に社会に定着した制度であるのに対し、同性間の人的結合関係にどのような保護を与えるかについては前記のとおりなお議論の過程にあること、同性愛者であっても望む相手と親密な関係を築く自由は何ら制約されておらず、それ以外の不利益も、民法上の他の制度(契約、遺言等)を用いることによって相当程度解消ないし軽減されていること、法制度としては存在しないものの、多くの地方公共団体において登録パートナーシップ制度を創設する動きが広がっており、国民の理解も進んでいるなど上記の差異は一定の範囲では緩和されつつあるといえること等(前記2イ)からすると、現状の差異が、憲法14条1項の許容する国会の合理的な立法裁量の範囲を超えたものであるとは直ちにはいい難い。

また、仮に上記の差異の程度が小さいとはいえないとしても、その差異は、既に述べたように、本件諸規定の下においても、婚姻類似の制度やその他の個別の立法上の手当てをすることによって更に緩和することも可能であるから、国会に与えられた裁量権に照らし、そのような区別に直ちに合理的な根拠が認められないことにはならない。

以上のとおりであるから、本件区別取扱いが憲法14条1項に違反すると認めることはできない。

要するに、現状の差異は憲法14条1項違反といえるほど大きくはないということだが⁹⁴、②判決が「差異は一定の範囲では緩和されつつある」とするのは、主に婚姻によって生じる法的効果についてである。②判決が重視していたはずの公認に係る利益についての差異についてはほとんど触れられていない。「国民の理解も進んでいる」ことが挙げられているが、すでに検討したように、公認に係る利益は、法制度に基づくものでなければならぬから、これは差異を緩和する要素にはならないと考えられる⁹⁵。

②判決は、自身の論証の不十分さを自覚してか、「仮に上記の差異の程度が小さいとはいえないとしても」と留保するが、差異の程度が小さいとい

94 松原俊介「判批」法学セミナー813号119頁(2022)。

95 ②判決の認識の不十分さを批判するものとして二宮周平「札幌地裁判決と大阪地裁判決の検討」ジェンダー法研究9号43-48頁(2022)。

(34) 同性婚訴訟の分析

えないとすれば、それは憲法14条1項に違反すると判断すべきではないか。違反しないとするのは、どのような制度が適切かについては立法裁量に委ねられるからである。そうすると、結局、②判決においては、憲法14条1項論は憲法24条2項論と同じ機能を果たしていることになる。これでは憲法14条1項の独自の規範的意義は存在しないことになる。②判決の憲法24条2項論と憲法14条1項論の関係は不明確である。

②判決の憲法14条1項論は、実質的な判断の最後に位置している。しかし、先例とする夫婦同氏制判決の判断枠組みは、「婚姻及び家族に関する法律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」憲法24条2項の立法裁量を審査するものであった。先例に従うのであれば、まず憲法14条1項につき審査すべきであった。実際、②判決の憲法24条2項論は、「公認に係る利益」が婚姻する異性カップルに比べて同性カップルには一切認められていないという現状を問題視するものであったから、平等によるアプローチでも十分展開することができたはずである。

これに対して、③判決は、先例としての夫婦同氏制判決に従い、憲法14条1項違反を退けたうえで、憲法24条2項違反を審査する。憲法14条1項について、③判決は次のように述べる。

しかしながら、前述のとおり、憲法24条1項は、異性間の婚姻について法律婚としての立法を要請しているものと解すべきものであるところ、このように婚姻を異性間のものとする社会通念の背景には、夫婦となった男女が子を産み育て、家族として共同生活を送りながら、次の世代につないでいくという古くからの人間の営みがあることは前述のとおりである。そうすると、本件諸規定が婚姻を異性間のものに限り、同性間の婚姻を認めていないことは、上記のような社会通念を前提とした憲法24条1項の法律婚制度の構築に関する要請に基づくものであって、上記区別取扱いについては合理的な根拠が存するものと認められる。したがって、本件諸規定が婚姻を異性間のものに限り同性間の婚姻を認めていないこと自体が、立法裁量の範囲を超え、性的指向による差別に当たるとして、憲法14条1項に違反するとはいえない。

③判決は非嫡出子法定相続分違憲決定を引きながら、婚姻及び家族に関する事項についての区別取扱いについては、憲法24条2項によって立法院

に与えられた裁量権を考慮してもそのような区別をすることに合理的な根拠が認められない場合には当該区別は、憲法14条1項に違反するという。

すでに確認したように、③判決は、憲法24条1項の解釈において、「婚姻」を異性婚に限定する。その理由は子を産み育てるという異性間で行われてきた慣習が社会的に承認されているからである。そうすると、憲法24条2項の立法裁量を踏まえれば、婚姻を異性間に限定する本件諸規定自体には合理的な根拠があり、憲法14条1項には違反しないことになる。③判決は、①・②判決と同様の理由で本件が性的指向に基づく区別であることを認めるものの、①・②判決と異なって、それによって審査基準を厳格化していない。①・②判決に比べてあっさりとは合憲判断を下している一つの要因であろう。

Ⅲ-5. 小括

ここまでの分析の結果をまとめておきたい。三つの判決文からは、以下のようなことが言えると考えられる。

まず憲法13条については、①・②判決どちらも同性婚という特定の制度を要求する権利ではないとして退けている（③判決では争われていない）。差異が生じるのは憲法24条および14条1項についてである。

①判決は、憲法24条1項は異性婚保護規定と解し、同条2項も含めていわゆる保護範囲のレベルで簡単に主張を退けた。他方で、憲法14条1項につき、性的指向による区別であることを認定し、性的指向による区別は人種や性別と同様の区別であるとして審査を厳格にしたうえで、婚姻によって生じる法的効果の一部ですら同性カップルには認められていないことが違憲であるとした。判断枠組みの設定において①判決が基本的に依拠している先例は再婚禁止期間違憲判決である。

②・③判決は、①判決と同様に憲法24条1項は異性婚保護規定と解する。しかし、①判決とは異なって、同性カップルに異性婚制度の法的効果を与えないという法制度には合理性があり、憲法14条1項には違反しないとす。②・③判決が重視するのは、人的結合の公認にかかわる利益という個人の尊厳に関わる重要な利益が同性カップルには認められていないという点である。この点につき、両判決は憲法24条2項における婚姻・家族に関する立法裁量を逸脱しているのではないかという問題を見出し、違憲審査

(36) 同性婚訴訟の分析

を行っている。もっとも、②判決は、異性カップルが享受できている当該利益を同性カップルも享受できるはずだという平等の発想が根底にあるのに対して、③判決は、憲法24条2項が家族についての法規範でもあることを強調し、婚姻は家族になるという法的利益を得るための一手段であると位置づけ、同性カップルには家族になる手段が存在しないことを憲法問題として設定している。いわば平等論と自由論のような対比になっているといえよう。判断枠組みの設定において②・③判決が基本的に依拠している先例は夫婦同氏制判決である。

②判決は、公認に関わる利益を実現するために何らかの制度は必要であるものの、同性婚以外にもさまざまな方法が考えられ、それは民主的過程で決定されるべきという基本的な立場から、具体的な制度設計は国会に委ねられるとし、現時点では憲法24条2項に違反しないと判断した。

これに対して、③判決は現状が憲法24条2項に違反する状態にあると判断した。③判決は、本件諸規定それ自体の違憲性ではなく、現在の同性カップルが置かれている現状の違憲性をまず審査した。③判決は、明確に「家族になる法的利益」のようなものを設定することで、社会的利益のほかに法的効果も含めて利益を勘案した点も②判決と比較した際の特徴である。②・③いずれの判決も、民法や戸籍法の諸規定それ自体が違憲というわけではなく、何らかの制度が存在していないという状態が問題ないし違憲状態と評価しており、本件諸規定自体の違憲性は否定されている。

IV. 残された問題

これまで判決文を分析してきたが、そこにはいくつかの理論的問題が存在するように思われる。本格的な検討は他日を期すほかないが、問題の所在とその意義や見通しについて整理しておきたい。

IV-1. 憲法24条と憲法14条1項の関係について

①判決は、憲法24条が異性婚保護規定と解したうえで、それに基づく婚姻制度につき、異性カップルに婚姻制度の法的効果が一切及ばないことを理由に憲法14条1項違反を認定している。これについて、中岡淳は、憲法24条から同性カップルを切り離しておきながら同条文を出発点に婚姻の法

的利益の重要性を同性カップルにも認めるという論証に整合性はあるのか、と疑問を呈している⁹⁶。また、千葉勝美は、異性婚と同性婚で区別取扱いが存在しているのは「憲法24条が、異性婚による婚姻を社会的な婚姻制度として位置付けており、それは、同性婚を婚姻制度外のものと考えているということになる」のであって、「そもそも、両者を比較して同性婚に対する区別取扱いが生じたとしても、それは、同じ土俵で比較し評価することができ」ないと主張している⁹⁷。憲法24条が憲法14条1項の特別法的規定だという理解に基づくものだろう。白水隆も憲法14条との整合性の問題を指摘する。なぜなら、「24条があくまで異性婚のみを対象としているのであれば、それにつき平等権違反が生じるのは、例えば、男女によって婚姻年齢が異なる規定の違憲性など、異性婚を前提とした中での不平等であり、同性婚を許容していないことをここで問題とする余地はないからである⁹⁸。」

確かに、平等取扱いの事例は、「等しく扱われるべきはずであるのに、等しく扱われていない」ことを主張しなければならないところ、本件についていえば「同性カップルも婚姻できるはずであるのに、婚姻することができない」という主張をしなければならない。しかし、憲法24条によって婚姻が異性婚に限定されるとするのであれば、そもそも前段の主張は成り立たず、憲法14条1項違反を主張することはできないようにも思われる。実際、②・③判決は、憲法24条が異性婚規定であることから、同性カップルに婚姻することについての法的利益が認められないのは合理的であるとして、憲法14条1項については合憲と判断している。また、③判決に性的指向に基づく区別が厳格な審査を要求する旨の判示も存在しないのはこうした事情にもよると思われる。この立場によれば、憲法24条が区別の合理的な理由を提供していると考ええる以上、憲法14条1項によって、婚姻それ自体を同性カップルに認めていないことが違憲とされる可能性は実質的に存在しないことになる。恐らく①判決も明示はしないものの、この問題を認識していたと思われる。それゆえ「異性愛者と同性愛者との間で、婚姻によって生じる法的効果を楽しむ利益の価値に差異があるとする理由はな」

96 中岡淳「同性婚の内容形成と平等原則（一）」法学論叢191巻1号36頁（2022）。

97 千葉・前掲注5）201頁。

98 白水・前掲注61）17頁。また、松井・前掲注9）も参照。

(38) 同性婚訴訟の分析

いことや、「婚姻の本質を伴った共同生活を営むことができる」点で同性カップルと異性カップルを等しいものとみなせることを強調していたのだろう。

しかし、憲法24条が同性婚も許容している（許容説）ということ踏まえれば、同条はあくまで異性婚という婚姻形態についてのみ立法を命じるものであって、その他の婚姻形態を排除していない。そうすると、その他の潜在的な婚姻形態、すなわち、未だ法的には認められていないけれども、既存の婚姻形態に比して法的保護の要請が同等に認められるべき婚姻の形態につき、すでに存在する婚姻形態との間に平等原則が及ぶと考えると差し支えはないだろう。憲法の趣旨からいって包摂されるべき婚姻形態はできる限り平等に保障されるべきであり、同性カップルはその筆頭にあるといえよう。

このような理解を前提に、同性カップルの婚姻が憲法上要請されていると裁判で主張することはどのようにすれば可能なのだろうか。言い換えれば、憲法の趣旨からいって包摂されるべき婚姻形態とはいかなるものであると主張できるのだろうか。これは本稿で扱える限界を超えた問題であるが、いくつかの考え方について試論的に示しておきたい。

IV-2. 憲法24条1項の解釈

第一に、そもそも憲法24条1項の「婚姻」に同性カップルの人的結合も含まれると解釈することである。裁判例および学説の圧倒的多数は異性婚のみが含まれると解するけれども、その根拠はさほど確かとはいえない。すなわち、「両性」および「夫婦」という文言と、制定経緯である。前者についていえば、木村草太が指摘するように、憲法14条の「国民」や憲法31条の適正手続の行政手続への準用など、法文にこだわらない解釈が最高裁判例においてもなされてきた⁹⁹。人権に関わる規定については、なるべく人権を保障する方向に解釈すべきである。また制定経緯についても、確かに同性婚について想定されていなかったのは事実であろうが、そのような一種の「原意」がどこまで解釈を拘束すると考えるべきなのだろうか。中岡淳が①判決の評釈で指摘するように、もし憲法24条の原意にこだわるので

99 木村草太「憲法上の権利総論：権利主体論の展開と個人の多様性」憲法研究10号48頁（2022）。

あれば、憲法14条についても制定当時は同性愛が精神疾患だとみなされていたのであるから、同性愛者に同条を適用することは想定されていなかったと考えられる¹⁰⁰。憲法24条の場合のみ制定経緯に殊更にこだわる必要はない。

あるいは、②・③判決が明示的に組み込んだ「社会的承認」の要素を用いることが考えられる。すなわち、憲法24条の「婚姻」の意義が時の経過に伴って変化し、同性カップルも婚姻として社会的承認をすでに得ているとも含むものとして解することができるという考え方である¹⁰¹。2021年の夫婦同氏制決定での宮崎裕子、宇賀克也反対意見はこうした見解を補強するものである。すなわち、

婚姻自体は、国家が提供するサービスではなく、両当事者の終生的共同生活を目的とする結合として社会で自生的に成立し一定の方式を伴って社会的に認められた人間の営みであり、私たちは、原則として、憲法24条1項の婚姻はその意味と解すべきであると考える¹⁰²。

この見地からは、両当事者の終生的共同生活を目的とする結合として社会的に認められていれば、同性カップルも憲法上の婚姻を認められるべきものになる。重要なのはその実態であろう。③判決が述べるように「同性愛者においても、親密な人的結合関係を築き、パートナーと共同生活を送り、場合によっては子供を養育するなどして、社会の一員として生活しており、その実態は、男女の夫婦と変わるところがない」ことは明らかである。問題は、時の経過による社会的承認をどのように認定するかであるが、非嫡出子法定相続分違憲決定が示したように「個人の尊厳と法の下での平等を定める憲法に照らして」、判断すべきであり、差別的な意識に基づく見解は斟酌すべきではない¹⁰³。裁判例も詳しく世論調査の動向を参照しており、

100 中岡・前掲注67) 4頁。

101 千葉・前掲注8) 207-208頁、渋谷・前掲注8) 111-112頁が具体的な議論を展開している。

102 判時2501号13頁。

103 カナダの例をもとに手がかりを探る白水・前掲注13) 104-106頁参照。

こうした方向性も有力だろう。

IV-3. 平等原則に基づく主張

第二に、婚姻をいくつかの要素に分割し、そのうちの一定の要素が憲法14条1項によって同性カップルにも認められるとする考え方である¹⁰⁴。木村草太によれば、婚姻は(1)共同生活契約(2)共同生活契約の公証(3)共同親子関係形成資格という三つの法的効果からなる制度であり、同性婚は(2)および(3)が認められていないことが問題だと整理される¹⁰⁵。沖野真巳も婚姻を(1)夫婦の共同生活(2)親子関係(3)身分関係の公証という機能に分け、それぞれ考察している¹⁰⁶。裁判例も、婚姻がこうした複数の側面があること、それらが一体となったものが婚姻という法制度であるという認識は一致している。

①判決はその中で夫婦の共同生活という点に「婚姻の本質」を措定し、同性カップルがそこから排除されてきたのは、同性愛が精神疾患であるという誤った知見に基づいていたのであり、同性カップルも婚姻の本質を満たすことができると論じている。しかし、この論理には批判が寄せられている。たとえば篠原永明は「憲法24条が異性婚についてのみ定めているのは、本当に同性愛に関する当時の誤った認識に基づいているに過ぎないのか」、「やはり「両性」・「夫婦」というように婚姻の対象として男女の人的結合関係に着目したことには、何らかの積極的な意義があったのではないか」と疑問を呈している¹⁰⁷。篠原によれば、制定過程や戦後初期の議論を参照すると、「夫婦が子を産み育てながら共同生活を送ること」が憲法24条の「婚姻」の意義と捉えられてきたという¹⁰⁸。

こうした見解は、②・③判決と共通する。すなわち、②判決は、一人の男性と一人の女性とその間の未成熟子から成る「家族の中心的存在である男女の人的結合関係が、特に婚姻関係として社会的に承認され、保護され

104 今野・前掲注79)の分類でいえば内容面での積極説である。

105 木村・前掲注12)94頁。

106 沖野・前掲注62)31-46頁。

107 篠原・前掲注73)110頁。毛利・前掲注27)127頁も同旨。

108 篠原・同上111-112頁。

るようになったもの」、③判決は、「婚姻とは、単純な男女の性関係ではなく、男女の生活共同体として子の監護養育や分業的共同生活等の維持によって家族の中核を形成するもの」との理解を示していた。①判決も、民法や戸籍法などの「本件規定は、夫婦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、法的保護を与えることを重要な目的としていると解することができる」との見解を示していたのであって、社会的承認の要素を除けば、婚姻制度全体の目的が、子を産み育てながら共同生活を送る男女に法的保護を与えるという点については一致しているのである。

①判決はそこから目的を主と従に分割するけれども、③判決が婚姻制度を「様々な法制度のパッケージ」と評するように、②・③判決は婚姻制度を目的ごとに複数の制度に分割するという発想はとっていないようにも見える。とはいえ、②・③判決も現行制度が性的指向に基づく区別であることを認定する際には、「婚姻の本質」を夫婦間の共同生活と解しているように、夫婦間の共同生活を念頭に置いた婚姻と親子関係を含めた婚姻を場面によって使い分けている。

①判決は婚姻制度の主目的を「夫婦の共同生活」の要素とすることで、それを「婚姻の本質」とした。この点で①判決が依拠する判例は、有責配偶者からの離婚請求に関する1987年の最高裁判決であるが¹⁰⁹、これは夫婦間に「未成熟の子が存在しない場合」に射程が限定されたものであった。また、①判決は、明治民法起草時に、子を残さない婚姻も有効といえるかという議論があり、必ずしも生殖のみが目的ではないとされたことに着目しているが、喜久山大貴が指摘するように、あくまで男女が子を産み育てる共同生活が「標準」であり、子を残さない婚姻は例外であるからこそ、わざわざそうした確認がなされたものと考えerほうが自然であるようにも思われる¹¹⁰。こうした問題に加えて、そもそも婚姻の「本質」なるものを認定しなければ平等原則違反の議論ができないかどうかにも疑問があるが、①判決のように夫婦の共同生活の要素を強調して、憲法14条1項の平等原則を適用するという考え方は有力だろう。

実際、ドイツでも平等条項の適用によって漸進的に異性婚との内容面で

109 民集第41巻6号1423頁。

110 喜久山・前掲注71) 201頁。

(42) 同性婚訴訟の分析

の同一化が進み、最終的には立法によって同性婚が認められるに至っている¹¹¹。この問題を研究した井上典之は、連邦憲法裁判所の判例には、「いったん立法者が一定の規律を行ったのであれば、類似する制度においてもそれと同じ規律を及ぼすことが首尾一貫しているとの基本法三条一項を梃子にした判断が潜んでいるといえる」と評価している¹¹²。もっとも、これはパートナーシップ制度が国会によって創設された後の展開である点に注意が必要である¹¹³。

また、子を産み育てることという要素を強調するとしても、それが必要かつ可能なのは異性カップルだけではなく、この要素によって同性カップルの排除を正当化できるとは限らない。現に子を養育する同性カップルは少なくないが、同性カップルは共同親権が認められず（民法818条3項）、特別養子縁組も利用することができない（民法817条の3）。同性カップルの子を養育する権利の観点からも、子の福祉の観点からも、法律婚カップルと比較して大きな不利益があることは間違いなく、それを正当化する根拠は見出しがたい¹¹⁴。この点につき、山下純司は、「法律婚カップルの関係は法によって安定性と継続性を最も保障されている関係である」という前提があることを指摘し、同性カップルも安定的で継続的な関係性を築くことができることを考えれば、「同性婚を認めるのかといった問題を考える際に、そのカップルが生物学的に子どもを産む能力を持つかという面だけに着目せず、より広い視野から議論をする可能性¹¹⁵」を指摘している。子の養育も同性カップルにとって切実な問題であり、「婚姻の本質」を夫婦の共

111 ドイツの議論については三宅雄彦「婚姻概念における憲法変遷と制度保障——ドイツ「万人のための婚姻」法をめぐる」駒澤法学21巻3号43-86頁（2022）、中岡淳「同性婚の内容形成と平等原則（一）・（二）（三・完）」それぞれ法学論叢191巻1号34頁以下（2022）、同191巻3号20頁以下（2022）、同191巻5号82頁以下（2023）参照。

112 井上典之「平等保障による憲法規範の変容？」松井茂記ほか編『阪本昌成先生古希記念論文集 自由の法理』683頁（成文堂、2015）。

113 中岡・前掲注111）「同性婚の内容形成と平等原則（三・完）」101-102頁。

114 中岡・同上115-116頁。

115 山下純司「婚姻外カップルの多様性と法的保護の論理」犬伏由子編『現代家族法講座第2巻 婚姻と離婚』52頁（日本評論社、2020）。

同生活のみに限定することによって、こうした問題を等閑視することがないようにしなければならないだろう。

なお、婚姻の本質ないしは中核を夫婦の共同生活の保護と理解し、同性カップルにも婚姻を認めるべきだという考え方に対しては、当事者間の親密な共同生活関係を保護することが婚姻の本質なのだとすれば、ポリガミー（三人以上の人間の婚姻）、近親婚、重婚も認めなければならないことになるのではないかと、という指摘がなされている¹¹⁶。もっとも、現行の婚姻制度の目的を「夫婦が子を産み育てながら共同生活を送ること」と解したとしても、ポリガミーや重婚を否定する論拠にはなっていない。つまりこうした批判は、婚姻が一对一の当事者であることを前提とする立場に対するものである。これに応じる議論の一つとして、婚姻は婚姻生活における「自由」と「対等性」の確保によって規範的に正当化されるため、特に後者を担保できるのは二者間に限定されるという中岡淳の議論がある¹¹⁷。あるいは、②・③判決のように「社会的承認」を求めるという方法もありえよう¹¹⁸。

さらに、そもそも婚姻制度を国家が設けることをどのように正当化できるのか、という論点も存在する¹¹⁹。より具体的には、同性婚を求める訴訟は、結局のところ婚姻の特権化し、婚姻していない人や何らかの理由で婚姻できない人にスティグマを押すものになるのではないかと、という問題である¹²⁰。内縁準婚理論とも関わる重要な問題であり、本稿で扱うことはできないが、結婚を脱道徳化し、ケアの関係を保護するものとして再構築しようとする

116 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見ているのか」法律時報78巻1号7頁（2006）、千葉・前掲注8）202頁。篠原・前掲注73）109頁、櫻井智章「判批」法学教室510号137頁（2023）。

117 中岡淳「同性婚の憲法的保護の可能性（三・完）」法学論叢185巻1号（2019年）39頁以下。

118 櫻井・前掲注116）137頁。もっとも、櫻井は、「社会的承認」や「社会通念」が同性婚を否定する論拠にも用いられる点に注意を促している。

119 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』129頁以下（岩波書店、1998）、松田和樹「同性婚か？あるいは婚姻制度廃止か？：正義と承認をめぐるアポリア」国家学会雑誌131巻5＝6号369-432頁（2018）

(44) 同性婚訴訟の分析

エリザベス・ブレイクの「最小結婚」論は注目に値するだろう¹²¹。実際、篠原永明は、①判決のいう「共同生活の保護」を目的とした場合の婚姻制度を具体的に構想している¹²²。

IV-4. 公認に係る利益の性質

第三に、公認に係る利益に基づく議論である。②・③判決は、婚姻制度から「公認に係る利益」を取り出した。これは身分関係の公証であり、個人の尊厳にかかわる利益だとされる。すでに分析したように、この「公認に係る利益」は、一定の法制度を前提にしたものであり、ある法制度に社会通念や社会的な承認のような事実上の効果が付随しているために、その制度を利用していない、できない者に不利益が及んでいる状態といえることができる。厳密な評価は今後委ねるほかないが、この不利益は学説にいうスティグマに近いものといえるのではないだろうか¹²³。

重要なのはこの「公認」がどの程度のものかである。すなわち、②・③判決はどちらも「公認」について、様々な制度が考えられるとして、同性婚も否定はしないものの、登録パートナーシップ制度の創設をも示唆していた。これは①判決も同様であろう。しかし、巻美矢紀が述べるように、同性婚を求める取組みは、「現在でも「二級市民」として社会的に差別され

120 特に婚姻を非常に価値ある権利として評価したアメリカ連邦最高裁の **Obergefell** 判決につきそのような懸念がみられる。同判決につき「卓越主義の危険」があるとする巻美矢紀「**Obergefell** 判決と平等な尊厳」憲法研究 4 号 103 頁以下や、駒村圭吾「同性婚と家族のこれから——アメリカ最高裁判決に接して」世界 873 号 23 頁以下 (2015) 参照。

121 エリザベス・ブレイク／久保田裕之監訳『最小の結婚』（白澤社、2019）。喜久山・前掲注 71）203 頁も、婚姻に対して「パッケージ化された特権を付与することをやめ、平等かつ多様な選択肢の中の一つとして再構築されることが求められているのではないだろうか」と主張する。

122 篠原・前掲注 73)。

123 白水隆は「尊厳という価値の観点から、婚姻制度が享受できない場合の権利・利益の重要性を考察することが求められる。すなわち、同性婚を認めないことは、原則、誰もが参加できる婚姻制度において、ある範疇に属する個人または集団を排斥することであり、同性カップルの尊厳を害するが故に平等権違反となると考えられる。」と指摘していた（白水・前掲注 13）107 頁）。

ている者たちが、自尊を回復すべく対等な人格としての承認の「象徴」を求める闘争¹²⁴」である。②判決の「公認に係る利益」が、まさにこの側面を捉えたものだとすれば、「婚姻」としての公認が求められるべきことになる¹²⁵。これに対して、③判決は、同性婚という手段を否定はしていないものの、あくまで「家族」になることで公認の利益が満たされるとする考え方を採る。とすれば、公認に係る利益を実現するには「家族としての公認」でも十分ということになる。

②判決が婚姻しているカップルを念頭に置いて公認に係る利益を論じているのは明らかである。もっとも、婚姻とは社会的な承認の結果であるという②判決の理解からすれば、婚姻によって「当該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」ることは当然である。逆にいえば、同性婚は社会的な承認を受けていないから婚姻として認められていないのであって、その結果として同性カップルが公認に係る利益を享受できないのは論理の上だけでいえば必然なのではないだろうか。②判決はこの点を十分に説明しているとはいえないが、恐らく、ここで同性カップルに認められていない社会的承認は、子を含んだ家族の中核としての両当事者ではないという意味での承認なのだろう。

したがって、「このような人格的利益の有する価値は、異性愛者であるか同性愛者であるかによって異なるものではない。」と②判決が述べるとき、憲法24条における「婚姻」、すなわち男女とその間に生まれる未成年子を含む家族概念の中の男女の人的結合ではなく、両当事者、二者間の人的結合関係の局面のみを切り出してイメージされている。ここで切り出された二者間の、すなわち同性間の人的結合関係は、憲法上の婚姻に与えられている社会的承認を欠いており、それゆえ婚姻には含まれないけれども、夫婦

124 巻美矢紀「憲法と家族」論究ジュリスト18号95頁（2016）。

125 裁判例で繰り返し法律婚が尊重されているという社会通念が強調されており、「多くの日本人には、結婚した事実を行政に届けることによって国や社会からの承認という象徴的な効果を得たいという意識はあるものの、具体的な法的帰結への関心は薄いのではないか」（大島梨沙「同性婚」に付与されるべき法的効果とは何か」法学教室502号28頁（2022））とさえ指摘されていることも踏まえると、「婚姻」という名はきわめて重要だろう。

(46) 同性婚訴訟の分析

間のレベルだけをみれば、婚姻している異性カップルと別異に取り扱う理由は存在しないのだから、同性カップルにも同様の人格的利益である公認に係る利益を認めるべきだ、という議論として理解できる。②判決は、異性カップルの婚姻をいわばベースラインにして、同性カップルの公認に係る利益を考慮しているといえよう。ここでは実質的に憲法14条1項が機能している。とすれば、公認に係る利益も、そのレベルのものでなければならないという要請が一応存在することになろう。

とはいえ、公認のための制度を創設する際の立法裁量を踏まえると、婚姻と同様の社会的承認が得られていない以上、公認に係る利益が婚姻している異性カップルと同程度のものになるべきかどうかは確定できないというのが②判決の趣旨であろう。夫婦間のみならず親子関係も含めた「婚姻」に与えられるべき公証と、カップル間のレベルに限定された公証は異なるものであるという議論もありえることになる。実際、②判決は、別の制度を設けることは差別や偏見を助長するという原告の主張に対し、民主的過程で議論される必要があること、自然生殖可能であることを前提にした規定もあるため、現行の婚姻制度をそのまま同性カップルに開放することが相当ではないこと、地方自治体での登録パートナーシップ制度の創設によっても差別や偏見が助長されているとはいえないことなどを挙げ、退けている¹²⁶。

しかし、公認に係る利益は、②判決によれば「我が国において法律婚を尊重する意識が浸透していること」を踏まえれば「自己肯定感や幸福感の源泉といった人格の尊厳に関わる重要な人格的利益」である。最高裁判例も含め、裁判例は法律婚の重要性と社会的に承認を受けていることを強調するけれども、そうであればなおさら、法律婚と同様の公認が得られなければ、同性カップルは事実上の不利益を被ることになる。つまり、問題はまさに法律婚という公証制度との比較における同性カップルの処遇であって、そこに差をつけることは憲法14条1項の守備範囲になろう¹²⁷。

同時に、親密な人的結合が法的保護を受け、公認されることは、人格的尊厳にかかわる人格的な利益であるから、憲法13条によって保障される権

126 ②判決33-35頁。

127 今野・前掲注79) 参照。

利であるというべきであろう¹²⁸。②・③判決は憲法上の権利として認めていないが、妥当ではない。もっとも、同性婚という特定の制度を憲法13条のみから引き出せるかは別の問題である¹²⁹。裁判例がいうように、そもそも婚姻制度をどのようなものとして理解し、同性カップルにどの程度適用すべきかについては様々な考え方があって、一つの制度には定まらないからである。いかなる制度にすべきかは、婚姻制度の趣旨も踏まえて、既存の法律婚との比較を丹念にすることによって定まるものであろう¹³⁰。

そうすると、同性カップルが少なくとも何らかの法的制度によって公認されるべきことは憲法13条、14条1項に基づく要請であるということが可能であるように思われる。裁判例が言うように、登録パートナーシップ制度のようなかたちの婚姻類似の制度も、いったんはその要請を満たす可能性はある。もっとも、一定の制度を設立すると、憲法14条1項に基づき、なぜ婚姻制度との間で区別が存在するのかについて合理的な根拠が求められることになろう¹³¹。中岡淳によれば、その場合に、①判決のように性的指向に基づく区別につき厳格な審査が求められるとすれば、ドイツと同様に「その結果として残るのは、異性間と同性間で利用できる制度の「名称」

128 西村・前掲注16) 552-588頁、中岡・前掲注111)「同性婚の内容形成と平等原則 (三・完)」107-110頁。西村はドイツの判例法理に依拠し、中岡は佐藤幸治およびJoseph Razに依拠しているが、ほぼ同旨と考えられる。もっとも、中岡は、より異性婚と同様の制度を要求する権利として構成している。

129 中岡・同上「同性婚の内容形成と平等原則 (三・完)」107頁。なお、中岡は「同性間の親密な関係形成を支えるための制度設営の作為請求権を「婚姻の自由」として憲法13条後段を根拠に推論することも可能であろう。」(109-110頁)と主張する。そのような作為請求権が憲法13条から導かれることには賛成するが、それを「婚姻の自由」とまで憲法13条のみからいえるのだろうか。結局のところ、そこでいう「婚姻」の内容が不明確であることが問題であるように思われる。憲法13条によって補充的に同性婚の自由が認められるとしても、そこでいう「同性婚」がいかなる制度なのか、なぜ婚姻と呼ぶのか、不明確であり、少なくとも既存の婚姻制度の比較なしには検討できないだろう。

130 そのような例として大島・前掲注125)、篠原・前掲注73) 参照。憲法24条の「婚姻」に同性カップルが含まれるとする解釈を採用しても同様の検討は必要であろう。

131 西村・前掲注16) 601頁。

(48) 同性婚訴訟の分析

の違いだけである¹³²。」とはいえ、公認に係る利益の観点からも厳格に審査すれば、名称の違いもまた、合理的な根拠のないものとして評価されることになる可能性が高いだろう。

IV-5. 訴訟形態

原告団は、立法不作為による国家賠償請求を行っている。訴訟形態につき、弁護団の三輪晃義によれば、様々な争い方を検討したが「テクニカルな問題が争点となると社会にとって非常にわかりにくい訴訟になってしまう」ことを避け、「訴訟を通じて社会に同性婚の必要性を訴えかける」ために立法不作為による国家賠償請求を選択することになったという¹³³。

立法不作為の違憲訴訟においては、判例を前提とすると、婚姻制度全体が違憲であるかどうかと、制度を改廃しない立法不作為が国家賠償法上違法かどうかの問題が区分され、かつ、前者が後者に先んじて審査されるかどうかは裁判所の裁量に委ねられているのが現状である。この訴訟戦略には学説から疑問が呈されている。櫻井智明は③判決の評釈において、「そもそも本件は違憲国賠訴訟であるため原告が勝訴しても、その判決によって同性婚が可能になるわけではなく、問題解決は立法を俟つほかない（直接に国籍の確認を求めている最大判平成20・6・4民集62巻6号1367頁とは異なる）。原告側の求めているものが、違憲国賠訴訟では適切に捉えられておらず、そのため裁判所の回答との間に齟齬が生じているように見える。立法を促すために国賠訴訟を用いることの限界ではないか」と指摘する¹³⁴。

確かに、本件訴訟では、違憲や違憲状態の判断はあるものの、結局のところは同性婚を認めることは否定されている。また、立法裁量を尊重することから登録パートナーシップ制度のような婚姻類似の制度の創設を示唆するにとどまっており、結局原告側の主張とは相容れないものになっている。③判決の「違憲状態」という一見不可解な判断もこの点に根差している可能性がある¹³⁵。

132 中岡・前掲注67) 4頁。

133 三輪・前掲注33) 142-144頁。

134 櫻井・前掲注116) 137頁。

135 ③判決の「違憲状態」の意味につき、石塚・前掲注2553) 131頁参照。

いかなる訴訟戦略を選択するかは悩ましい問題ではあるものの、立法不作為によって同性婚が認められていないこと、あるいは何らの法的保護も同性カップルに認められていないことにつき、公法上の法律関係に関する確認の訴えにより、違憲の確認を求めるという手段も考えられるだろう¹³⁶。本稿の扱った下級審裁判例にみられる傾向は、同性カップルに対して何らの法的保護も与えられていない現状が、どの条文に依拠するにせよ憲法に照らして問題であるけれども、その問題解決のために必要な制度は憲法から一義的に定まらないため、立法裁量を強調せざるをえないということである。そうだとすれば、裁判所としても、違憲の確認の訴えであれば、裁判所としては違憲であることの確認にとどめ、その解消方法は立法府に委ねることができるというメリットがある。

2022年5月25日の在外邦人国民審査権訴訟最高裁判決は、国外に居住する日本国籍の原告につき「国民審査法が在外国民に審査権の行使を全く認めていないこと」が憲法15条1項等に違反するとして、地位確認の訴えは棄却したものの、違法確認の訴えを認めた。本判決について、興津征雄は「現行の法令の特定部分を違憲無効とすることにより具体的な地位を導くことが可能であれば地位確認訴訟が選択され、現行の法令が憲法上の権利の実現を妨げている点で違憲だが、法令の特定部分を無効とするだけでは具体的な地位を導き出すことができず、新たな立法が必要な場合には違法確認訴訟が選択される」というのが「一応の基準」であると分析できるといえる¹³⁷。

本件訴訟においても、現行法が「夫」や「妻」などの文言を用いていることや、子に関わる規定など婚姻制度は複数の法令のパッケージであること、同性婚といっても内容が一義的ではないことなどから、現行の諸規定の解釈や、一部を違憲にすることによっては同性婚を認めることができないという点について裁判例は一致している。したがって地位確認訴訟では

136 松本哲治は同性婚訴訟にこうした訴訟を用いる可能性を示唆している。「不作為の違憲確認——在外日本国民最高裁判所国民審査権訴訟大法廷判決について」憲法研究11号218頁（2022）。

137 興津征雄「立法不作為の救済手段としての確認訴訟」ジュリスト1576号116頁（2022）。

なく、違法確認訴訟が選択されることになろう。

在外邦人国民審査権訴訟最高裁判決が前提とし、また強調していたのは、国民審査権という「基本的な内容等が憲法上一義的に定められている」憲法上の権利（憲法15条1項および憲法79条2項）であった。しかし、違憲状態判決を出した③判決は、パートナーと家族になるという利益について、明確に「憲法上の権利とはいえない」としており、違憲判決を出した①判決も「同性間の婚姻や家族に関する制度は、その内容が一義的ではな¹³⁸」いと述べていた。こうした裁判例からすると、同性カップルが置かれた状況は一義的に内容の定められる憲法上の権利とはいえないため、違法確認訴訟は認められないのだろうか。

この点に関する国民審査権違憲判決の判示は明確とはいえないが、まず、権利の内容の一義性は厳密に求められないと考えるべきであろう。憲法上の権利の一義的な明白性は、「個々の在外国民が有する憲法上の権利に係る法的地位に現実の危険が生じているということ」を論証するための、また、立法府の裁量を不当に侵害することがないという論拠の一つに過ぎない。違憲かどうかの実体的判断と、問題になっている権利の内容や憲法条項の意味が一義的に明白かは次元を異にする問題だろう。興津も、本判決は「決して憲法上の権利の一義的明白性がなければ違法確認訴訟が認められないと言っているわけではない¹³⁹」と指摘するところである。

次に、憲法上の権利とはいえない法的利益に基づいて違憲の確認を求めることができるのが問題である。①判決のように憲法14条1項に依拠するか、あるいは、すでに述べたように、親密な結合を法的に承認される権利が憲法13条に基礎づけられるとする立場をとれば、一応憲法上の権利に基づく主張といえよう。仮にそうではなく、③判決のように憲法上の権利とまではいえない法的な利益である「パートナーと家族になる利益」に依拠する場合はどうか。この点の検討は本稿筆者の能力を越えるが、「パートナーと家族になる利益」そのものが憲法上の権利とはいえないとしても、その利益が認められない結果として、③判決の言うように「人格的生存に対する重大な脅威、障害」が生じ続けており、憲法24条2項に違反する状

138 ①判決31頁。

139 興津・前掲注137) 116頁。

態にあるのだとすれば、法律上の争訟性を含め、当該利益に基づく違憲確認請求を否定する理由はないように思われる¹⁴⁰。

V. 結

現在までのところ、下級審裁判例は、憲法14条1項からのアプローチと夫婦同氏制判決を先例とした憲法24条2項からのアプローチに分かれている。もっとも、両者のアプローチが排他的なものとは思われない。憲法24条1項や憲法13条の解釈、争い方の選択も含めて、未だ理論的な可能性は広く残されているが、それは同時に解決すべき問題も山積していることを意味する。憲法、民法、行政法などさらなる分野横断的な検討が求められているといえよう¹⁴¹。

もっとも、結局のところ様々な考慮要素を踏まえて法制度を創設する必要があることからすれば、同性カップルの法的保護は立法を通じて実現するのが最も望ましい。そのことは三つの判決も認めるところであり、だからこそ判決文において立法者に何らかの制度の設立を促している。違憲判決や違憲状態判決のみならず、時の経過による法的意味の変遷の可能性の容認や、今後の立法不作為の可能性に関する判示も立法者に対するメッセージとして理解できよう。しかし、現状の国会、とりわけ与党である自民党がそれに反応する見込みは薄い。したがって、今後は、立法者が何の行動もとらないときに裁判所がいかなる立場を選択すべきかが問題であり、学説の取り組むべき課題ともいえるだろう。

140 少なくとも判例上は具体的な権利性を認められていない憲法25条に基づく生存権について、立法不作為の違憲性が認められる可能性を指摘する議論がある(尾形建「生存権保障」『憲法論点教室 [第2版]』164-165頁(日本評論社、2020))。本件についても同様に考えられるのではないか。

141 そのような取組みとしてジュリスト1577、1578号の特集「同性カップルの法的処遇〈1〉・〈2〉——論点整理のために」(2022)がある。

[付記]

2023年5月初旬の本稿脱稿後、5月30日に名古屋地裁判決、6月8日に福岡地裁判決が下された。これで第一次訴訟の一審判決が全て出揃ったことになる。詳細な分析は他日を期すとして、本稿の分析を踏まえて簡単にコメントしておきたい。なお、頁数はCall4 (<https://www.call4.jp/>) がウェブサイト上で公開している判決文に基づいている。

名古屋地裁判決は、憲法24条1項は異性婚保護規定であるとして従来の裁判例を踏襲したが、家族に関する法制度の平等が問題になる場合については、理論的な留保をつけつつも、憲法14条1項と憲法24条2項の保護法益が重なり合うものであるとして、違憲審査を実質的に統合している点が特徴的である(36-37頁)。また、憲法24条の審査において、同判決は、③判決と同様に本件は憲法24条2項の「家族」の問題であるとしつつも、あくまで法律婚可能な異性カップルとの対比を念頭に置いているようにみえる。そのほか、法律婚をする自由が人間の尊厳に由来することの説示や、同性カップルを公証するような制度を創設した際に具体的な弊害が考えにくいことなど、これまでの裁判例よりも一歩踏み込んで国会に立法を促していると考えられる。

本判決は憲法24条2項と憲法14条1項の双方につき違憲と判断したが、憲法14条1項の検討では、「[引用者注:憲法24条2項違反の審査において]既に検討したとおり」と述べて違憲としており、憲法14条1項違反が別個に検討されているわけではない。素直に読めば、前者が違憲であれば当然後者も違憲ということになるが、そのように言い切れるのだろうか。本件につき憲法14条1項独自の規範的意義は存在しないということだろうか。もっとも、憲法14条1項の部分では、本件諸規定が「婚姻に対する直接的な制約を課すことになっている」という注目すべき指摘が現れた(51頁)。しかし、憲法24条1項が異性婚保護規定であるという前提から、なぜ再婚禁止期間違憲判決において厳格な審査基準を導いたとされる婚姻に対する直接的制約という判断が導かれるのだろうか。仮にそうだとすれば、同性カップルのまさに「婚姻の自由」を保障すべきであって、登録パートナーシップ制度などは問題にならないのではないかと。いずれにせよ、憲法24条と14条の関係について一石を投じた判決といえよう。

福岡地裁判決は、構成や憲法の各条文についての結論はほぼ③判決と同

様であり、本件諸規定が憲法24条2項に違反する状態であると認めた。もっとも、本判決は、同性カップルに対する国民の理解が相当程度に浸透するようになったという事実をより重視しているようにみえる。たとえば、本件が憲法24条2項にいう「家族」の問題でありうることの論証において、同条の制定過程からして「家族」は夫婦及びその子の総体を中心とする概念であるとしつつも、「婚姻、家族の形態が多様化し、これに伴い婚姻、家族の在り方に対する国民の意識が多様化している現在においてはこれに限定される必要はな」としている(34頁)。また、憲法24条2項違反の認定においても「婚姻に対する社会通念もまた変遷し、同性婚に対する社会的承認がまだ十分には得られていないとはいえ、国民の理解が相当程度浸透されている[マ]ことに照らすと、本件諸規定の立法事実が相当程度変遷したものと言わざるを得ない」と述べている(37頁)。もっとも、社会的承認の要素はもともと③判決も有していたものであり、その延長線上のものとして理解することができるだろう。

地裁レベルとはいえ、少なくとも現状が違憲だという点でほぼ全ての裁判例は一致している。遅きに失したとはいえ、国会に具体的な行動が求められているといえよう。