

[論 文]

日本における同性婚の法解釈 <上>

清水雄大

本稿は、日本の現行法下において同性婚が実現し得るかについて、家族法および憲法解釈を論じるものである。第一に、同性パートナーシップの法的保障の必要性について、主に婚姻異性カップルに付与される種々の権利・利益と対照することを通じて明らかにする。第二に、現行家族法に同性どうしの婚姻を禁じる規定がないことから、解釈により同性婚成立の可能性を探り、結論として成立は困難であることを論じる。第三に、家族法が同性婚を禁止しているとすれば憲法に違反する疑いがあり、特に「両性」との文言が使われる24条の意義、14条における近時の審査基準論、13条における自己決定権論を敷衍して論じ、現行法が違憲状態にあると結論づける。

第1章 はじめに

- 1.1 問題の所在
- 1.2 本稿の構成
- 1.3 用語の定義

第2章 同性パートナーシップを法的に保障する必要性

- 2.1 法的ニーズ
- 2.2 社会的ニーズ
- 2.3 個人的ニーズ
- 2.4 当事者ニーズ調査の紹介
- 2.5 小括

第3章 同性婚の家族法解釈論

- 3.1 婚姻の成立要件と同性婚
- 3.2 婚姻意思欠缺説
- 3.3 婚姻障害該当説
- 3.4 届出不受理説
- 3.5 小括

【以上、本号】

第4章 同性婚の憲法解釈論

- 4.1 24条
- 4.2 14条
- 4.3 13条

第5章 現行法解釈の結論と残る立法論的問題

- 5.1 現行法解釈の結論
- 5.2 残る立法論的問題点
- 5.3 むすびにかえて

【以上、本誌第3号】

第1章 はじめに

1.1 問題の所在

近年、欧米各国をはじめとする世界各地で同性パートナーシップの法的保障が進んでいる。アメリカ合衆国における 2004 年の大統領選挙では、同性婚の是非が大きな争点となり選挙結果を左右するほどであったと言われ、2008 年の次期大統領選挙でも同じく大きな争点となる見込みである。同性婚の法制化については、2001 年のオランダを皮切りに、2003 年にベルギー、2004 年にアメリカ・マサチューセッツ州、2005 年 6 月にスペイン、7 月にカナダ、2006 年 11 月に南アフリカ共和国で相次いで実現している。むろん、これらの国々にあっても、何の背景もなしに突如として同性婚が実現したわけではない。長年のセクシュアル・マイノリティーズ当事者による運動が、地道な社会への働きかけから始まり、登録パートナーシップなどのより弱い法的保障の実現を経て、ついに「婚姻」にまで到達したという理解の方が適切だろう。

日本においても、「府中青年の家事件」での原告勝訴¹、性同一性障害特例法²の成立、人権擁護法案³や宮崎県都城市の条例⁴における「性的指向」による差別禁止条項の挿

¹ 第一審（東京地判 1994 [平 6]・6・30 判タ 859 号 163 頁）、控訴審（東京高判 1997 [平 9]・9・16 判タ 986 号 206 頁）とも原告「動くゲイとレズビアンのかい」の請求を一部認容した。両判決は、「同性愛者は孤立しがちとなり、自分の性的指向に関し悩み苦しんでいたことがうかがわれる」などと同性愛者の一般的な状況を認定した上で、一般的に性行為に及ぶ可能性のみを理由に同性愛者団体の青年の家利用を拒否することは、「同性愛者の利用権を不当に制限し、結果的、実質的に不当な差別的取扱いをしたものであって」、違法であると断じた。さらに控訴審は、行政機関について、「少数者である同性愛者をも視野に入れた、肌理の細かな配慮が必要であり、同性愛者の権利、利益を十分に擁護することが要請されているというべきであって、無関心であったり知識がないということは公権力の行使にあたる者として許されない」などと説示している。

² 正式名、性同一性障害者の性別の取扱いの特例に関する法律。2003 年 7 月成立、翌年 7 月施行。解説書として、南野知恵子監修『解説性同一性障害者性別取扱い特例法』日本加除出版、2004 年を参照。また、立法の経緯、概要、問題点につき、谷口洋幸「法、人権、セクシュアリティのはざままで——性的マイノリティの法的諸問題——」『Law & Practice』1 号、2007 年、171-177 頁など参照。

³ 2002 年に国会に提出された人権擁護法案は、2 条 5 項で「人種等」の定義の内に「性的指向」を含めた上で、3 条で差別的取り扱いや差別的言動等を禁止し、37 条以下で救済手続を定めている。文言挿入の経緯などにつき、谷口洋幸「人権擁護法とパートナーシップ法制度」『にじ』通巻 4 号、2003 年、42-44 頁参照。なお同法案は、2003 年 10 月の衆議院解散で廃案となっており、執筆時点では未だに再提出されていない。

⁴ 2003 年に制定された都城市男女共同参画社会づくり条例は、2 条 1 号で「性別等」の定義を「性別又は性的指向」とした上で、3 条、12 条 3 項、14 条において差別的取り扱いの禁止等を規定していた。しかしながら、2006 年、近隣自治体との合併に伴う条例改正により当該条項は削除された。その理由につき行政当局は、「すべての人」の人権保障をなせば包括できるからだと説明しているが、社会的認知すら

入、などといった個別の事例においては前進が見られる。しかしながら、総じて言えば、同性パートナーシップの法的保障についての議論は、特に法律家の間での議論につき大きく立ち後れていると言わざるを得ない⁵——日本の当事者がおかれた法的・社会的状況は、欧米各国のそれとは若干異なるとはいえ、明らかな差別的取り扱いを受けているという点には違いがないにも関わらずである。例えば、パートナーの一方が事故などで入院した際、危篤患者との面会はしばしば伝統的な「家族」にしか許されず、大切なパートナーを看取ることすらできない、といった例は、法的（家族法）・社会的（病院側の対応）両面における同性愛への偏見を表す恰好の例であろう。その他、異性愛夫婦ならば当然に認められる配偶者相続権、税制や社会保障上の優遇措置など、具体的な例は枚挙にいとまがない。

以上のような背景をふまえ、本稿は、日本における同性婚の法解釈、すなわち、現行家族法および憲法の下で、同性どうしの婚姻が成立する可能性を探ろうとするものである。

1.2 本稿の構成

第2章では、議論の前提として、同性パートナーシップが法的に保障される必要性を論じる。異性カップルは婚姻ないし内縁／事実婚という形で法的に保障されているのに対し、同性カップルにそうした保障は一切及んでいない。まず、異性カップルに保障されているこうした法的な権利義務・利益の主要な部分を概観し、これらが同性カップルに保障されていないという事実を確認する。また、婚姻制度から排斥されていることで、法的な権利義務のみならず、社会的・個人的な事柄に至るまで不利益を受けているということを概観する。最後に、実際に同性パートナーシップ当事者は法的保障についていかなる考えを持っているのか、ニーズ調査の結果を紹介する。

第3章では、家族法において同性婚を明文で禁止する規定が存在しないために、現行法上でも同性婚が成立するのではないかという観点から、同性婚に関する家族法解

進んでいない日本のセクシュアル・マイノリティーズの現状を顧みた場合、ホモフォビアの発露と捉えるべきであろう。なお、谷口、前掲注2、165-166頁参照。

⁵ とはいえ、2006年には、同性パートナーシップの法的保障を考える全国リレーシンポジウム Rainbow Talk 2006 (<http://homepage2.nifty.com/rainbowtalk2006/>, 最終アクセス 2007年8月20日) が全国4都市5会場で開催され、当事者はもとより法律専門家の参加を得て盛り上がりを見せたほか、多くの研究者により、セクシュアリティと法についての議論の集積が徐々になされている。本稿は、それらの成果の上に成り立つものである。

積を論ずる。まず、同性婚が当然に成立しないと解する諸説——婚姻意思欠缺説、婚姻障害該当説——に対して批判を加える。しかしながら、やはり現行家族法の解釈論としては、原則として同性婚は成立しないと結論づける新たな説——届出不受理説——を提示する。

第4章では、家族法が同性婚を禁じていることを前提とし、それが憲法違反ではないのかという観点から、憲法解釈論的検討を行う。まず、憲法24条の「婚姻は、両性の合意にのみ基づいて成立し [...]」という文言により、憲法が同性婚を禁じているのではないのかとの解釈も生じ得るが、そのように解されるべきではないことを明らかにする。次いで、同性婚の禁止が平等原則を定める憲法14条に違反する規制ではないのか、近時の平等原則違反にかかる司法審査基準論に則って検討する。最後に、同性婚の禁止が婚姻の自由などを保障する憲法13条に違反するものではないのか、幸福追求権論や自己決定権論を敷衍しつつ論じる。

第5章では、家族法レベルでは同性婚は禁止されているが、憲法は同性婚の法制化を要請しており違憲状態にあるということを現行法解釈の結論として提示し、残る立法論的課題を概観する。

1.3 用語の定義

本稿における用語法の中で、一般的な定義とはやや異なるために混乱をきたす可能性のあるものを以下にあげておきたい。

1.3.1 「同性婚」

本稿において「同性婚」(same-sex marriage)とは、現在異性間に認められている「婚姻」が同性間に拡大されて認められる制度を指す。

そもそも同性間のパートナーシップの権利を擁護しようとする場合、婚姻以外の制度によることも可能であって、実際に諸外国で実施されている方策も婚姻制度によらないものが多い。例えば、①すでに日本でも実践例があると言われる、成年養子縁組制度を同性パートナーシップの法的保護を得るために便法的に利用しようとするアプローチ⁶、②各企業や団体等が、同性パートナーシップを営む構成員に対して、企業健

⁶ 民法792条以下。パートナーの一方(年長者)が他方(年少者)を養子とすることにより、相互に養親子関係を発生させる。かかる便法的活用の法的諸問題について、鈴木伸智「成年養子縁組と同性愛」『青山法学論集』41巻1/3号、1999年、55-88頁；星野茂「わが国における同性愛者をめぐる家族法上の

康保険や慶弔休暇などといった一定の利益を与える、いわゆるドメスティック・パートナーシップ (domestic partnership) のアプローチ⁷, ③国・地方レベルでの保障ではあるが、政府への登録制度を設けず、事実上の共同生活の存在に着目し、それを実定法や判例法等で保護しようとする内縁/事実婚保護のアプローチ⁸, ④登録制度は設けるものの、婚姻制度とは別の制度 (同性間のみで利用できるものもあれば、異性間でも利用できるものもある) を設ける、いわゆる登録パートナーシップ (registered partnership) のアプローチ⁹, ⑤一旦婚姻制度を廃止した上で、個人単位ないし別単位

諸問題」『法律論叢』69 巻 3・4・5 号, 1997 年, 257-258 頁; 棚村政行「事実婚・同性婚の法的保護」小野幸二教授古稀記念『21 世紀の家族と法』法学書院, 2007 年, 326-327 頁参照。なお、実際に養子縁組をしている同性カップルにインタビューしたものとして、赤杉康伸, 土屋ゆき, 筒井真樹子編著『同性パートナー——同性婚・DP 法を知るために』社会評論社, 2004 年, 36-58 頁参照。

⁷ 1984 年にカリフォルニア州のバークレー市がはじめて採択して以来, 2004 年の時点でフォーチュン 500 企業 (すなわち大企業) のほぼ半数が採用するなど, アメリカの 7,000 以上の企業・大学・自治体などの組織に広がっている。この制度の詳細につき, 棚村政行「家族的パートナーシップ制度」青山法学論集 33 巻 3・4 号, 1992 年, 109-156 頁; 杉浦俊哉「アメリカにおけるドメスティック・パートナーシップ制度」クィア・スタディーズ編集委員会編『クィア・スタディーズ'97』七つ森書房, 1997 年, 50-61 頁; ジョージ・チョーンシー (上杉富之, 村上隆則訳)『同性婚——ゲイの権利をめぐるアメリカ現代史』明石書店, 2006 年, 165-169 頁参照。

⁸ 既に非婚異性カップルにとられている方法を同性カップルに拡大するものであり, ボルトガル, オーストリア, ハンガリー, スロヴェニアなどでとられている (渡邊泰彦「ヨーロッパにおける同性カップルの法的保護」『東北学院大学論集法律学』63 号, 2004 年, 4-14 頁)。

⁹ シビル・ユニオン (civil union) とも言う。細かく分析すれば様々な保障方法が存在する。

(ア) **契約型**: 同性カップルがパートナーシップに関する契約を結び, それを公的に登録することで第三者効を持たせるもので, フランスの民事連帯契約 (PACS: pacte civil de solidarité. 1999 年～, ロランス・ド・ペルサン (斉藤笑美子訳)『バックス 新しいパートナーシップの形』緑風出版, 2004 年; 林瑞枝「パートナー関係法の展開—フランスの連帯民事契約が示唆するもの」『法律時報』74 巻 9 号, 2002 年, 33-38 頁など参照) が典型的である。

(イ) **独立規定型**: 婚姻とは独立した制度を設けるもので, 導入時に婚姻の権利義務の中からどれを採用するのかを考慮するため, 相対的に婚姻よりも弱い権利保障となる。ドイツの生活パートナーシップ法 (2001 年～, 渡邊泰彦「同性の生活パートナーシップとは? ——ドイツ生活パートナーシップ法成立をめぐる議論」『徳島文理大学研究紀要』62 号, 2001 年, 81-124 頁; 同「ドイツ生活パートナーシップ法施行後の状況——連邦憲法裁判所決定などの紹介」『徳島文理大学研究紀要』64 号, 2002 年, 53-63 頁; 同「生活パートナーシップ法条文仮訳」『東北学院大学法学政治学研究所紀要』13 号, 2005 年, 113-148 頁など参照), スイスの連邦パートナーシップ法 (2004 年～, 渡邊泰彦「スイス連邦登録パートナーシップ法草案」『徳島文理大学研究紀要』64 号, 2002 年, 65-86 頁; 同「スイスにおける同性登録パートナーシップ立法の状況」『東北学院大学法学政治学研究所紀要』13 号, 2005 年, 55-98 頁など参照) など。

(ウ) **婚姻規定準用型**: 婚姻とは別制度ではあるが, 内容に関しては婚姻の規定を準用するため, 婚姻と同等の権利保障がされる。デンマーク (1989 年～), ノルウェー (1993 年～), スウェーデン (1995 年～, 菱木昭八郎「スウェーデン同性婚法」『ジュリスト』1056 号, 1994 年, 137-40 頁; 同「スウェーデン・ホモ関係立法」『専修法学論集』87 号, 2003 年, 222-237 頁参照) など北欧諸国や, アメリカのヴァンモント州 (2000 年～, 鈴木伸智「同性のカップルに対する法的保護——From Baker to Baker

の新たな保障制度を構築する¹⁰、など、様々なアプローチが存在し¹¹、さらには、これらの制度いずれか単独によるわけではなく、複合的に組み合わせることも可能である（⑤のアプローチを除く）。

一般的には、これらの「婚姻類似制度」をもって「同性婚」と表現することも少ないが、本稿で「同性婚」と表現した場合には、「婚姻」そのものを指すこととする。この点、なぜ他のアプローチではなくあえて婚姻というアプローチが好ましいのか、といった政策論的ないし社会学的な問いについて本稿で立ち入ることはせず、別稿で論じることとする¹²。

1.3.2 「同性」「異性」

本稿において「同性パートナー（シップ）」「同性カップル」「同性の者」などと言うときの「同性」とは、特別な文脈におかれぬ限り、原則として、法律上の性別¹³における「同性」である。したがって、例えば、法的に同性であるレズビアン／ゲイの当事者どうしをはじめ、性別変更¹⁴していない MtF (male to female) トランスジェンダー（以下便宜上 MtF TG とする）どうしや、性別変更した MtF TG と法的に女性である者の間柄は「同性」である。これに対して、例えば、性別変更していない MtF TG と性別変更している MtF TG の間柄や、性別変更していない MtF TG と法的に女性である者

——』『青山法学論集』42 巻 4 号、2001 年、242-211 頁参照）などいくつかの州、イギリス（2005 年～、ギリアン・ダグラス（新島一彦訳）『2004 年シビルパートナーシップ法——同性パートナーは婚姻と同等かそれとも劣る 身分か？』小野幸二教授古稀記念『21 世紀の家族と法』法学書院、2007 年、690-708 頁参照）、ニュージーランド（2005 年～、床谷文雄「ニュージーランド家族法序説」小野幸二教授古稀記念『21 世紀の家族と法』法学書院、2007 年、656-659 頁参照）など。

¹⁰ 実際に採用した国は見当たらないが、例えば、伊田広行『シングル単位の社会論』世界思想社、1998 年；同『シングル単位の恋愛・家族論』世界思想社、1998 年；上野千鶴子（インタビュー伏見憲明）『フェミニズムの視点から考える結婚制度』クィア・スタディーズ編集委員会編『クィア・スタディーズ'97』七つ森書房、1997 年；マーサ・A・ファインマン（上野千鶴子ほか訳）『家族、積みすぎた方舟——ポスト平等主義のフェミニズム法理論』学陽書房、2003 年などは、かかる制度が望ましいという。

¹¹ 以上の分類方法は、渡邊、前掲注 8 によるところが大きい。なお、各国の法状況は刻々と移り変わっており、全容を把握するのは困難である。最新状況としてさしあたり、ゲイジャパンニュース（<http://gayjapannews.com/countrypenalty1.htm>）、Wikipedia 英語版（http://en.wikipedia.org/wiki/Same-sex_marriage）などを参照されたい（いずれも最終アクセス 2007 年 8 月 20 日）。

¹² 清水雄大「同性婚反対論への反駁の試み——『戦略的同性婚要求』の立場から」『ジェンダー＆セクシュアリティ』3 号（近刊）。

¹³ 戸籍法に基づき出生時に届出られた性別のことである（49 条 2 項 1 号。なお 57 条 2 項）。もっとも、戸籍には性別記載欄というものとは存在せず、長男、長女といった続柄記載からその性別を知ることとなる（13 条 4 号）。

¹⁴ 性同一性障害特例法に基づき、法律上の性別を変更したことを指す。以下同じ。

の間柄は、法的には異性であるので「同性」とは扱わない。というのも、同性パートナーシップの必要性を論じるにあたって、そもそも法的に異性である場合、婚姻という制度が現在でも利用可能だからである。むしろ、「同性」と扱わない＝婚姻制度利用可能ということは、そのパートナーシップを实践に支障がないということを必ずしも意味するものではない（次の「同性愛」の定義を参照）。逆に、「異性カップル」などという場合の「異性」は、法的に異性であることを指す。

1.3.3 「同性愛」「セクシュアル・マイノリティーズ」

本稿において「同性愛」(homosexuality)と使用する場合は、社会一般から見て同性の者どうしであると認識される者どうしが親密な関係を築く（そして多くは否定的な評価が付随する）こと、すなわち性的指向 (sexual orientation) が同性に向いている状態を指すこととする。ここでは法的な性別は問題とならない。「異性愛」(heterosexuality)はこの逆となる。

また、「セクシュアル・マイノリティーズ」(sexual minorities 性的マイノリティ)は、レズビアン (lesbian 女性同性愛者)、ゲイ (gay 男性同性愛者)、バイセクシュアル (bisexual 両性愛者)、トランスジェンダー (transgender 性同一性障がい者を含むより広い概念として用いる) など、従来から正常ないし規範的などとされている性 (ジェンダー／セクシュアリティ) のあり方の周縁に位置する人々の総称として用いることとする¹⁵。

第2章 同性パートナーシップを法的に保障する必要性

そもそも、なぜ、同性パートナーシップに関する法的保障をしなければならないのだろうか。いかなる必要性や緊急性が存するのだろうか。この問いは、法的保障の要否を論ずるにあたって、真っ先に検討しなければならないものであるはずであるところ、これまでの日本ではそれほど詳細に検討されてきていないように思われる。本章は、この問いに答えることを目的とするものである。

同性間のパートナーシップの法的保障の欠如は、まずもって異性間のそれと比較することで浮き彫りにされる。すなわち、異性どうしのカップルは、婚姻制度を利用することにより、パートナーシップの存続（または解消）に有用な利益や権利義務が自動

¹⁵ セクシュアル・マイノリティーズに関する概説書として、セクシュアルマイノリティ教職員ネットワーク編著『セクシュアルマイノリティ [第2版]』明石書店、2006年参照。

的に付与されるが、同性どうしの婚姻が認められていない現在では、同性どうしのカップルはこれらの利益や権利義務から排斥されている。そしてその利益・権利義務は、純粋に法的なそれに留まらず、社会的、あるいは個人的なものも含まれるのである。以下では、こうした利益・権利義務の主要な部分を、法的側面(2.1)、社会的側面(2.2)、個人的側面(2.3)の3つの面から概観した上で、当事者に対するニーズ調査の結果を紹介し(2.4)、同性パートナーシップに関する法的保障の必要性を確認する。なお、本章で触れるニーズの一覧表を次頁に付したので、参照されたい。

2.1 法的ニーズ

現行法上、相手方が「配偶者」であるというだけで、単なる「他人」とは違う特別な扱いがなされる場面は数多い¹⁶。異性カップルの場合は、婚姻届を出していればこれらの効力が自動的に発生するし(2.2.1)、届出をせずに(できずに)法的に婚姻をしていなくても、事実上夫婦と同様の共同生活の実体があれば、実定法上ないし判例法上、内縁／事実婚として、婚姻している者と同様の扱いが認められる場合がある(2.2.2)。これに対し、同性カップルの場合は、婚姻ないし内縁／事実婚としての保護の対象外にあり¹⁷、法的にはまさに「他人」どうしとして扱われることとなる。以下では、そうした効果の中で、当事者にとって影響の大きいものを中心に概観する。

¹⁶ 第一法規「現行法規」(<https://www.d1-law.com/>、最終アクセス 2007 年 8 月 20 日)で検索したところによれば、「配偶者」との文言が含まれる法令数は 504 件(条項単位だと 2,223 件)、これに「親族」も掛け合わせると 723 件(条項単位だと 3,231 件)にものぼる。これには地方自治体の条例等は含まれず、それらを含めればさらに膨大な数字となろう。

¹⁷ 内縁／事実婚の保護の法理は判例により形成されてきたものであり、裁判所が認めるのならば、同性カップルであっても、内縁／事実婚として法的に保護され得る。学説上も、積極的に解する説は存在するし(渡邊, 前掲注 8, 75-76 頁; 二宮周平『事実婚の現代的課題』日本評論社, 1991 年, 345 頁など。また、棚村, 前掲注 7 は、包括的な準婚保護の妥当性を疑問視する立場から、個別的に同性事実婚カップルに保護されるべき権利・利益を検討する)、私見としても積極的に解すべきであると考えている。しかし、現時点ではこの種の裁判例は存在せず、消極に解する説(大村敦志「性転換・同性愛と民法(下)」『ジュリスト』1081 号, 1995 年, 65 頁)も有力であり、ひとまず同性間の内縁／事実婚は成立しないという前提で検討を進める。なお、法的保障アプローチとしての内縁／事実婚保護の妥当性および問題点につき、清水, 前掲注 12 参照。

法的ニーズ (2.1)	●配偶者相続権（一） 遺言による遺贈は可能だが、複雑な手続や費用が必要であること、他の相続人から無効として争われる可能性があること、遺留分減損請求の可能性があること、高額な相続税・登録免許税などの問題がある ●税制・社会保障における優遇（二） 所得税・住民税上の配偶者控除・配偶者特別控除、寡婦（夫）控除、特定寡婦控除、医療費控除、各種保険料控除、扶養控除、国民年金の第3号被保険者制度、社会保険の遺族給付などの各種給付 ●病気療養時などにおける権利・利益（三） 緊急時の面会、治療方針決定、後見人・保佐人・補助人選任、医療費負担（健康保険の家族療養費、所得税・住民税上の医療費控除）、介護休業、介護給付、障がいを負っている場合の所得税・住民税上の障害者控除、同居特別障害者控除など ●夫婦財産制（四） 相互扶養扶助義務、婚姻費用負担義務、日常家事債務の連帯責任 ●パートナーシップ解消時の法的保護（五） 離婚の成立方法（協議・調停・審判・裁判）と効果（清算、離婚後扶養、慰謝料） ●不法行為や犯罪による死亡時の損害賠償請求権など（六） 損害賠償請求権の相続、固有の慰謝料請求権、犯罪被害者等給付金 ●刑事法上の権利・利益（七） 証言拒絶権、証人等被害給付、告訴権、再審請求権、親族相盗例、受刑者面会権、DV防止法、弁護士選任権、補佐人適格、勾留理由開示請求権、勾留取消請求権、保釈請求権、公判期日での意見陳述権など ●性同一性障害特例法の非婚要件（八） ●外国人パートナーの在留資格・帰化（九） ●子を育てる権利（十） 共同親権、未成年養子縁組の許可、生殖医療技術 ●その他家族法上の権利義務（十一） 同氏義務、同居義務、貞操義務、成年擬制、夫婦間の契約取消権など
社会的ニーズ (2.2)	□生活上の困難の解消のために（2.2.1） ●住宅の確保（一） 同性二人での賃借の困難性、公営住宅への入居資格 ●勤務先からの手当支給、休暇取得など（二） 家族手当（扶養手当）、単身赴任手当（別居手当）、慶弔休暇や慶弔手当、労働災害や公務災害に伴う遺族年金や遺族一時金 ●生命保険金の受取人指定など（三） 親族以外の者を受取人とするものの困難性、自らを受取人とした場合の遺贈の問題、所得税・住民税上の生命保険料控除 ●銀行取引など（四） 住宅ローン、クレジットカードの入会審査・限度額、家族カード ●その他身近なサービス（五） 携帯電話・NHKなどの家族割引、自動車保険の運転者家族限定特約 □同性愛者の社会的な承認のために（2.2.2） □家族・婚姻・ジェンダー秩序の変容のために（2.2.3）
個人的ニーズ (2.3)	純粋に「結婚したい」という実益を伴わない感情の保障

注： カッコ内は本文中の該当箇所を示す。法的・社会的ニーズは必ずしも判然と区別され得ず、便宜上、本来法的ニーズであるものを社会的なニーズとして紹介しているもの、またその逆もある。

表 同性パートナーシップの法的保障ニーズ

2.1.1 婚姻によって生じる効果

一 配偶者相続権

人が死亡すると相続が開始し¹⁸，死亡した者（被相続人）が遺言を作成していればその遺言に従った相続や遺贈などがなされるが，遺言を作成していない場合は法定相続分¹⁹に従って各相続人が相続することとなる．このとき，被相続人に配偶者がいる場合は，その配偶者は常に相続人となり，死亡したパートナーの財産を継承することができる²⁰．しかし，同性パートナーの場合には，異性の婚姻配偶者の場合とは違って当然に相続人になれるわけではなく，遺言がなければ財産を継承することはできない．

異性カップルの場合，婚姻届の提出という簡便かつ無償の手続を経れば，自動的に相互の相続権が付与される．これに対して同性カップルの場合，遺言をするためには一定の厳格な様式を踏まなければならない²¹，これには手間がかかり，法律知識も必要である．また，確実に遺言を執行しようとするのならば，弁護士等専門家に相談し，公正証書遺言を作成し，遺言執行者を選任するなどの必要が生じるが，それには少額とはいえ費用がかかる．しかも一般に，まだ死が身近でない若者が遺言を書くというのは現実的でなく，高齢となった時点で書くにしても，日本では遺言を書く習慣が定着しているとは言い難い²²．これらのことから，現実に同性どうしのパートナーシップを営んでいる当事者の多くは，いずれか一方が死亡したとしても，その財産を他方が承継できない状態にあることが予想される．

仮に同性パートナーに遺贈する旨の遺言が存在する場合であっても，他の相続人その他の利害関係者から，その遺贈自体が「公序良俗違反で無効と争われることも十分考えられ」²³，その法的安定性には疑問が残る．また，多くの同性カップル当事者は，

¹⁸ 民法 882 条

¹⁹ 民法 900 条

²⁰ 民法 890 条．なお，配偶者相続人以外には血族相続人があり，第 1 順位として被相続人の子もしくはその代襲相続人である直系卑属（同 887 条），第 1 順位の者がいない場合には，第 2 順位として直系尊属，第 2 順位の者もない場合には，第 3 順位として被相続人の兄弟姉妹が相続人となる（同 889 条）．

²¹ 法的安定性の観点から，法定された方式（自筆証書，公正証書，秘密証書のいずれか）に従わなければ遺言は成立しない（民法 967 条本文）．

²² 公正証書遺言以外の遺言書は裁判所の検認が必要であるが（民法 1004 条），2005 年の遺言書検認の新受件数は 12,347 件（最高裁判所事務総局『司法統計年報』）．また，2005 年の公正証書遺言作成件数（実際に執行された件数ではない）は 70,012 件（日本公証人連合会による）．なお，2005 年の年間死亡数は 1,083,796 人（厚生労働省『人口動態統計』）であるから，実際に遺言を残して死亡したのは全体の数%にすぎないであろうことがうかがわれる．

²³ 棚村政行「結婚の法律学 [第 2 版]」有斐閣，2006 年，170 頁．また，星野（茂），前掲注 6，253 頁

自らが同性愛者であるということを親族に伝えていない状態（クローゼット）におかれているが、同性愛の社会的な認知が進んでいない日本の状況で、遺言があるからといって、亡きパートナーの親族達に対して権利を主張することが現実的に可能なのかも疑わしい。さらに、遺留分権利者たる相続人（被相続人の法的な配偶者、子、直系尊属）が存在する場合で、当該遺贈が相続人の遺留分を侵害する場合、遺留分権者から遺留分減殺請求がなされ、死亡した同性パートナーが遺言に示した遺贈分が達成できない場合がある²⁴。しかも、相続に比べて税制上も不利である（次項で触れる）。

なお、相続人が存在せず、債権者や受遺者への清算を経た上で、なお相続財産が残る場合に、財産の分与を申立てることができる特別縁故者という制度がある²⁵。この場合、被相続人と生計を同じくしていたことや、被相続人の療養看護に努めたことなどが請求認容の条件となるが、被相続人の同性パートナーがこれらにあたる場合は認容されると思われる。ただし、この特別縁故者の申立ては、あくまでも相続人がいない場合の制度であり、相続人不存在を確定するまでの煩雑な手続²⁶を経た後、家庭裁判所に申立てをして特別縁故者にあたるかの審理をした上で、ようやく認められるものである。そもそも相続人が誰もいないということ自体がまれ²⁷であり、仮に誰もいない場合でも、上記のような財産分与までに長い期間と複雑な手続が必要である点、配偶者相続権に及ぶべくもない。

も「同性愛カップル当事者間で相互に包括遺贈をする場合、今日のところまだ人倫に反するないしは反道徳的として無効とされる可能性がないとはいえないのではなかろうか」と指摘する。もっとも、棚村、前掲注 6、323-324 頁は、「婚姻外関係の多様化、ライフスタイルの自由、社会のモラルの変化などにより、同性カップルの生活共同体に対する社会の寛容度も増し、たとえ不倫な関係でも民法 90 条違反とならないように思われる」とする。

²⁴ 民法 1028 条以下。もちろん法的な配偶者に対する相続・遺贈であっても、他の者（子や直系尊属）の遺留分を侵害する場合、減殺請求されることがあるが、その影響は同性パートナーへの遺贈と比して小さいことは明らかである。例えば、被相続人 X に子 A がおり、Y に対して遺産の全額を相続・遺贈させる遺言を遺していた場合で比べてみよう。このとき Y が法的な配偶者であるとすれば、A の遺留分は $1/2 \times 1/2 = 1/4$ であり、A が減殺請求すれば、Y の最終的な相続分は $3/4$ となる。これに対して、Y が法的には他人（同性パートナー）である場合、A の遺留分は $1/2$ であり、A が減殺請求すれば、Y の取り分は $1/2$ にすぎない。なお、A が直系尊属であったときも、概ね同様となる。

²⁵ 民法 958 条の 3

²⁶ 民法 951 条以下。具体的には、相続財産管理人の選任と公告、その 2 ヶ月以上後に債権者等の請求権申出の公告（2 ヶ月以上の期間）、債権者等に対する債務の弁済（清算）、さらに 6 ヶ月以上の期間の相続人搜索の公告を経て、ようやく相続人の不存在が確定する。

²⁷ 2005 年の相続人不明による相続財産管理人選任等事件の新受件数は 10,736 件、特別縁故者への相続財産分与事件は 822 件にすぎない（最高裁判所事務総局『司法統計年報』）。

二 税制・社会保障における優遇

異性カップルの場合は、法的に婚姻していれば、各種税制や社会保障上の優遇が自動的に付与されることがある。しかし、同性カップルは婚姻をすることができず、そうした利益を受けることはできない。例えば、死亡した同性パートナーが遺言を作成していれば、残された他方パートナーは遺贈を受けることができるというのは前述の通りであるが、この場合でも、相続ないし遺贈を受ける者が法定相続人である場合よりも税金が高い²⁸という難点がある——逆に言えば、法的な配偶者をはじめとする相続人は、「他人」よりも相続に関する税制において優遇されている。

また、所得税や住民税における配偶者控除・配偶者特別控除²⁹は、法律婚をした異性カップルのみの特典で、内縁／事実婚状態の異性カップルにすら適用されないとするのが判例であり³⁰、同性カップルに適用される余地は全くない。寡婦（夫）控除³¹や特定寡婦控除³²も同様であろう。こうした制度は、近年、性別役割分業を助長するものであり、シングルなどの多様な生き方を抑圧するものであるなどと批判されてきているものの³³、そうだからといって、当然に当該制度から同性カップルを排除してもよいという議論にはならないはずである。

その他、所得税・住民税上の軽減措置として、医療費控除、社会保険料控除、生命保険料控除、地震保険料控除（旧損害保険料控除）、扶養控除、障害者控除、同居障害者控除などがあるが、いずれも同性パートナーには適用されない（それぞれの該当箇所でも適宜触れる）。

²⁸ 例えば、相続税には基礎控除（5,000万円+1,000万円×法定相続人数、相続税法15条）や、配偶者控除（配偶者の法定相続分または1億6,000万円いずれか大きい方、同19条の2）が適用される。したがって、相続ないし遺贈を受ける者が配偶者をはじめとする法定相続人ならば、控除額が増大し、相続税を支払う額は少なくなる。これに対して、同性パートナーなど法定相続人ではない者が遺贈を受ける場合は、控除額が少ないのはもちろん、相続税額が2割加算される旨規定されており（同18条）、遺産額が大きい場合はかなりの負担となる。このほか、不動産の所有権移転登記の際に課される登録免許税の税率に関しても、法定相続人への相続・遺贈の場合は不動産価額の0.4%であるのに対し、それ以外の者への遺贈の場合は2%と定められている（登録免許税法2条、別表第一）。

²⁹ 所得税法83条、83条の2、地方税法34条1項10号、10号の2、314条の2第1項10号、10号の2

³⁰ 所得税法上の配偶者控除及び配偶者特別控除の規定における「配偶者」は、法律上の婚姻関係のある者に限られ、内縁／事実婚の相手方は含まれない（最判1997[平9]・9・9訟月44巻6号1009頁）。住民税につき同旨（東京地判2004[平16]・9・14判例集未登載LEX/DB28131415）。

³¹ 所得税法81条（寡婦（夫）の定義につき2条1項30号、31号）、地方税法34条1項8号、314条の2第1項8号（寡婦（夫）の定義につき23条1項11号、12号）

³² 租税特別措置法41条の17、地方税法34条3項、314条の2第3項

³³ 年金制度への批判も含め、辻村みよ子『ジェンダーと法』不磨書房、2005年、137-142頁参照。

その他の社会保障上の利益として、健康保険の家族療養費、家族訪問看護療養費、家族移送費、家族埋葬料、家族出産育児一時金³⁴、国民年金の第3号被保険者制度、遺族基礎年金、寡婦年金³⁵、厚生年金・共済年金の加給年金や遺族年金³⁶、共済年金の短期給付として、家族医療費、家族出産費、家族埋葬料、家族弔慰金³⁷、労働災害や公務災害における遺族年金や遺族一時金³⁸、公営住宅の入居資格³⁹などがあるが、これらいずれも同性パートナーの場合には認められない（なお、病気療養関連につき次項、労働関連の手当・休暇等につき2.2.1二、住宅の確保につき、2.2.1一参照）。

三 病気療養時などにおける権利・利益

パートナーの一方が傷病、入院といった緊急事態に陥った場合、他方パートナーが異性の配偶者ならば得ることができる権利・利益が、同性パートナーであるということでは得られないことがある（なお、生命保険につき、2.2.1三参照）。

（1）緊急時の面会や治療方針決定、後見人選任など

入院患者への面会については、法律上の根拠はないものの、重篤な患者の場合には親族に限ることが多いようである。また、緊急時の治療方法の選択や手術の承諾も「家族」に限られることが多いと言われる⁴⁰。

上記は、本来2節に紹介すべき社会的ニーズであるが、法的ニーズとしては、成年

³⁴ 健康保険法 110 条～114 条（被扶養者の定義につき、3 条 7 項）

³⁵ 国民年金法 7 条 1 項 3 号、94 条の 6、37 条の 2、49 条

³⁶ 厚生年金保険法 44 条、58 条以下（遺族の定義につき 59 条、3 条 2 項）。共済年金は組合によって異なるが、例えば国家公務員共済組合法 78 条、88 条以下（遺族の定義につき 2 条 1 項 3 号、同 2 号イ）参照。

³⁷ 例えば、国家公務員共済組合法 51 条以下参照。

³⁸ 労働者災害補償保険法 16 条以下、22 条の 4、国家公務員災害補償法 15 条以下、地方公務員災害補償法 31 条以下

³⁹ 公営住宅法 23 条 1 号

⁴⁰ 『『他人扱い』レズの私たち』朝日新聞 2000 年 8 月 27 日には、輸血承諾書のサインができないなど、療養看護時の苦難が書かれている（角田由紀子『性差別と暴力[補訂版]』有斐閣、2002 年、28-29 頁）。もっとも、自己決定権論に照らせば、本人が治療方針に関して同意をしている場合、本人以外の同意が必要であるという病院側の対応には法的根拠はないはずである。実際上も、近年のインフォームド・コンセントの広まりもあり、親族の承諾を無理強いされることはなくなりつつあるようである（「同性パートナーは入院・手術の承諾ができるか」『にじ』通巻 3 号 2-9 頁）。しかし、本人の意思が不明な場合にはやはり問題となる。この点、厚生労働省「終末期医療の決定プロセスに関するガイドライン」および「同解説編」（<http://www.mhlw.go.jp/shingi/2007/05/s0521-11.html>、最終アクセス 2007 年 8 月 20 日）は、「家族」が患者本人の意思を推定することにより、または医療チームが「家族」と話し合うことにより、患者本人にとって最善の治療方針をとるべきとする。「家族」は法律上の親族に限定されないと解説されており、同性パートナーも含まれるというべきであるが、やはり、配偶者であれば容易に「家族」と認められるであろうことと比して不利益であることは否めない。

後見制度において、同性パートナーの他方が成年後見人となり得るかという論点があげられる⁴¹。障がいなどで事理弁識能力を欠く常況となった者は、家庭裁判所の後見開始の審判を経て成年被後見人となり、成年後見人が付くことになる。成年後見人は、被後見人の日常生活上の行為を除く一切の法律行為の同意権を有するほか、療養看護も担当するため、治療方法の説明を受け、同意することも成年後見人の事務となる⁴²。したがって、法的な権限を持って、判断能力を失ってしまったパートナーの財産管理や身の回りの世話をし、医療上の説明を受け治療の同意をすることを主張する場合には、成年後見人に指定されることが必要となる。しかしながら、後見開始の審判の請求権は、本人、配偶者、4親等内の親族などに限られ、同性パートナー自身には請求権はない⁴³。他の者の請求によって審判が開始されたとしても、かつては身内優先であった成年後見人に同性パートナーが選任されるのはそう簡単なことではないとされる⁴⁴。保佐人や補助人⁴⁵の選任についても同様であろう。

この他正常解剖の際の献体や、臓器移植には「遺族」の承諾が必要である旨規定されているが、「遺族」の範囲に同性パートナーが含まれるか否かは明らかではない⁴⁶。

(2) 医療費負担

配偶者（内縁含む）に扶養されている者が病院にかかった場合、家族療養費として当該配偶者の健康保険の適用を受けることができるため医療費負担が軽減されるが、同性パートナー間の場合、仮に一方が他方に扶養されていたとしても、その者は自ら保険料を支払って加入しなければ健康保険の適用を受けることができない⁴⁷。

また、配偶者の医療費を負担した場合には、所得税や住民税において医療費控除が

⁴¹ 以下の記述は、主に、棚村、前掲注 23、167-168 頁に基づいている。

⁴² 民法 858 条

⁴³ 民法 7 条

⁴⁴ 成年後見人の選任には、成年被後見人自身の意見を含めた一切の事情を考慮しなければならない（民法 843 条 4 項）。こうした趣旨が「ノーマライゼーションにあり、本人の意思尊重にある以上、生前から遺産分割の前哨戦を繰り広げようと目論む親族よりは、同性愛パートナーを自らの保護者としようとする本人の意思を尊重すべき」（沼田幸雄「同性愛をめぐる家裁実務上の諸問題に関する一考察」鈴木經夫判事退官記念『新しい家庭裁判所をめざして』ルック、2000 年、63 頁）であるから、何らかの方法で成年被後見人の意思が明確に示されていれば、同性パートナーが成年後見人に選任されるというべきである。が、いずれにせよ、任意後見契約を事前に締結しておくことが望まれるという（棚村、前掲注 23、168 頁）。

⁴⁵ 民法 11 条以下、876 条以下

⁴⁶ 死体解剖保存法 7 条、献体に関する法律 4 条、および臓器移植法 6 条 1 項。詳細は、棚村、前掲注 23、169-170 頁；同、前掲注 6、324 頁参照。

⁴⁷ 健康保険法 110 条～114 条（被扶養者の定義につき、3 条 7 項）

適用され、結果として医療費負担が軽減されるが、同性パートナーの医療費負担には適用されない⁴⁸。

(3) 介護休業・介護給付

配偶者（内縁含む）が要介護状態になった場合、労働者は介護休業をすることができ、雇用保険または共済組合から介護休業給付を受けることができるが⁴⁹、仮に同性パートナーが要介護状態となったとしても、介護休業や給付を受けることはできない。自ら介護をしたいと願う場合には、職を失うか、転職を余儀なくされることもある。

(4) 障がいを負っている場合

婚姻夫婦の一方が障がいを負っており他方が扶養している場合には、所得税・住民税における障害者控除、特別障害者控除、同居特別障害者控除の適用があり、負担軽減策が講じられているが、同性間パートナーシップには適用されない⁵⁰。また、自治体が主体となり、障がい者を扶養している配偶者などが任意に加入できる保険制度があるが⁵¹、同性パートナーは加入できないであろう⁵²。

四 夫婦財産制

配偶者間の財産関係は、民法上の夫婦財産制によって規律される⁵³。これによれば、各自の財産は各自のものという別産制を基調としつつ⁵⁴、互いに扶養・扶助義務⁵⁵を負うことから、婚姻費用分担義務⁵⁶や日常家事債務の連帯責任⁵⁷を負う。これらの義務や

⁴⁸ 所得税法 73 条、地方税法 34 条 1 項 2 号、314 条の 2 第 1 項 2 号

⁴⁹ 育児介護休業法 2 条 4 号、11 条、雇用保険法 61 条の 7。なお、公務員につき、一般職の職員の勤務時間、休暇等に関する法律 20 条、人事院規則 15-14（職員の勤務時間、休日及び休暇）23 条。共済組合については、例えば、国家公務員共済組合法 68 条の 3 参照。

⁵⁰ 所得税法 79 条、租税特別措置法 41 条の 16、地方税法 34 条 1 項 6 号、同条 4 項、314 条の 2 第 1 項 6 号同条 4 項

⁵¹ 独立行政法人福祉医療機構「心身障害者扶養保険事業」(<http://www.wam.go.jp/wam/gyoumu/fuyou/index.html> 参照、最終アクセス 2007 年 8 月 20 日)。

⁵² 自治体ごとに根拠条例が異なるが、多くの自治体で事実上の配偶者又は事実上の親族に限っているようである。

⁵³ 以下に述べるのは、夫婦財産契約を締結していない場合の法定財産制の場合である（民法 755 条）。もっとも、夫婦財産契約は実際にはほとんど利用されていないため、多くの夫婦は法定財産制により規律される。

⁵⁴ 民法 762 条 1 項。帰属不明な財産のみ共有と推定される（同 2 項）。

⁵⁵ 民法 752 条

⁵⁶ 民法 760 条。配偶者各自は、生活費などの家庭生活にかかる費用を、各自の資産・収入その他一切の事情を考慮して分担する義務を負う。

⁵⁷ 民法 761 条

責任は、各自が独立した収入を持ち、関係性が円満な場合はあまり問題にはならないが、どちらかが収入がなく要扶養状態となった場合や、関係性が悪化した場合には問題となる。この義務・責任を配偶者が不当に負担しないなどということになれば、その義務の履行を裁判上で請求できるので、婚姻できる異性カップルはこの意味において保護されている。

これに対して同性パートナーシップの場合、仮にどちらかが扶養を要する状態になったとしても法的に扶養を求めることはできないし、仮に関係性が悪化してパートナーが生活費を不当に払わないという場合であっても裁判で請求することはできない。同性パートナーシップだからといって、必ずしも両当事者共に十分な収入があるというわけでもないし、力関係がないというわけでもない。法はそうした場合の弱者を救済すべきであるが、婚姻を利用できないということで、同性カップルはそうした救済の埒外におかれている。

五 パートナーシップ解消時の法的保護

パートナーシップの関係性が破綻した場合、何の制限もなく全く自由に婚姻を解消させるのでは不当な結果を生む場合がある。このため法は、離婚の成立方式（協議、調停、審判、裁判）および効果（清算、離婚後扶養、慰謝料）を規律しているが⁵⁸、同性カップルはこれらの制度を利用することはできない⁵⁹。特に後者について、例えば、同性カップルが共同で築いた財産があった場合でも、パートナーシップ解消の際に財産分与を申し立てることは、異性婚カップルのそれと比べて極めて困難であろうし⁶⁰、両者間に経済格差がある場合でも、異性婚カップルは離婚後も扶養を求めることができるのに、同性カップルはできない。また、どちらか一方の責任でパートナーシップ解消に至った場合でも、同性パートナーに慰謝料を請求することはできない。

六 不法行為や犯罪による死亡時の損害賠償請求権など

不法行為⁶¹によって死亡した場合、当該被害者の加害者に対する損害賠償請求権が相続人に相続されるが⁶²、前述の通り同性パートナーには相続権は認められず、損害

⁵⁸ 民法 763 条以下、および家事審判法。

⁵⁹ ただし、清算や離婚後扶養の規定を準用する形で、同性カップルの関係解消に伴う調停の可能性を論じるものとして、沼田、前掲注 44、58-59 頁参照。

⁶⁰ 潜在的な共有持分を主張し、共有物分割請求を行うといった方法が考えられるが、婚姻異性カップルに比べて立証は困難であろう。

⁶¹ 民法 709 条、710 条

⁶² 財産的損害につき大判 1926 [大 15]・2・16 民集 5 巻 150 頁。非財産的損害（慰謝料）については

賠償請求権を取得することはできない。

また、不法行為によって生命を侵害された「被害者の父母、配偶者及び子」は、加害者に対して、相続によるものとは別個の慰謝料の請求権を取得するが⁶³、同性パートナーは「父母、配偶者及び子」にはあたらないため、慰謝料請求権を取得できない。もっとも、内縁配偶者⁶⁴、さらには、死亡被害者の夫の妹⁶⁵であっても民法 711 条の類推適用により慰謝料請求を認めるのが判例であり、同性パートナーに関しても類推適用が認められる可能性もあろう⁶⁶。だがいずれにせよ、婚姻していれば当然に請求権を取得する配偶者と比して、不利益であることに変わりはない。

なお、犯罪によって死亡した場合であって、加害者からの損害賠償がされない場合は、その「遺族」は国からの給付金を受けることができるが、この「遺族」に同性パートナーは含まれないため⁶⁷、給付金の受給資格も発生しない。

七 刑事法上の権利・利益

刑事法は、もっとも典型的な国家権力たる刑罰権の発動の手續・要件等を定めるものであるが、かかる法規にあっても、法律婚の配偶者は、様々な権利・利益を付与されている。以下にそのうちの主なものを挙げる。

(1) 証言に関する権利

刑事裁判での証人は証言義務を有し、正当な理由がないのに証言を拒絶すると、10 万円以下の過料に処され、費用の賠償命令が出され、10 万円以下の罰金又は拘留（併科可）の刑事罰に処されることがあるが⁶⁸、この場合、自己の配偶者が刑事訴追を受け、または有罪判決を受けるおそれがある場合は、証言拒絶に正当な理由があるされる⁶⁹。すなわち、証言をすることで法的な配偶者が有罪になるかもしれない場合には証言拒

学説上争いがあるが、最大判 1967 [昭 42]・11・1 民集 21 巻 9 号 2249 頁の多数意見はこれを認める。

⁶³ 民法 711 条

⁶⁴ 大阪地判 1997 [平 9]・4・22 交民集 30 巻 2 号 568 頁ほか。

⁶⁵ 最判 1974 [昭 49]・12・17 民集 28 巻 10 号 2040 頁。民法 711 条にいう「父母、配偶者及び子」は限定的に解すべきものでなく、所定の者と実質的に同視できる身分関係が存し、被害者の死亡により甚大な精神的苦痛を受けた者であれば、類推適用が許されるという。本事案では、死亡被害者の夫の妹が「跛行顕著な」身体障がい者であるため、死亡被害者と長年同居し、当該被害者の「庇護のもとに生活を維持し、将来もその継続が期待されていた」などの事情がある。

⁶⁶ 棚村、前掲注 6、326 頁参照。

⁶⁷ 犯罪被害者等給付金の支給等に関する法律 5 条 1 項。配偶者（内縁配偶者含む）は第一順位である（同 1 号）。

⁶⁸ 刑事訴訟法 160 条、161 条

⁶⁹ 刑事訴訟法 147 条 1 号

絶権が与えられるのに対し、同性パートナーが有罪になるかもしれない場合には証言拒絶権は付与されず、証言拒絶罪による威嚇をバックに証言が強制されるか、それでも証言を拒めば刑罰が科せられる、ということとなる⁷⁰。

また、刑事裁判の証人や参考人として出頭・供述したことにより、配偶者（内縁含む）の身体・生命に害が加えられた場合には、国から当該被害者に対して給付が行われるが⁷¹、仮に同性パートナーに危害が及んだとしても、国からの給付は行われない。

（２）告訴権

告訴権者は原則として被害者本人であるが、被害者が死亡した場合、その配偶者等が告訴権者となる⁷²。しかし、同性パートナーは「配偶者」にはあらず、告訴権を取得することはない。多くの犯罪の捜査は必ずしも告訴を必要とせず、告発⁷³などの方法もあるものの、強制わいせつ、強姦、ストーカー行為などの犯罪は、いわゆる親告罪として告訴が公訴提起の条件となっており⁷⁴、問題となる。例えば、こうした犯罪の被害にあった後に被害者である同性パートナーが死亡した場合、告訴権者である法律上の家族の一存で起訴不起訴の是非が実質的に判断されることとなり、仮に他方パートナーが加害者に対する処罰を望んでいたとしても、法的な権限を持って関与する余地はない⁷⁵。

（３）再審請求権

有罪判決を受けた者が死亡または心神喪失状態にある場合、配偶者等は再審請求権を取得するが⁷⁶、同性パートナーは取得できない。つまり、有罪判決が確定した同性パートナーが死亡した後に無罪となるような証拠を発見したとしても、他方パートナーが名誉挽回のために再審請求するといったことはできない。

⁷⁰ なお、民事裁判や国会の証人喚問においても同様である（民事訴訟法 196 条 1 号、200 条により準用される 192 条及び 193 条、議院証言法 4 条 1 項 1 号、7 条）。

⁷¹ 証人等の被害についての給付に関する法律 3 条。なお、国会の証人喚問においても同様である（議院証言法 5 条の 4）。

⁷² 刑事訴訟法 231 条 2 項本文。配偶者のほかに直系親族、兄弟姉妹。ただし、名誉毀損罪にかかる告訴の場合は、233 条により、親族又は子孫。

⁷³ 刑事訴訟法 239 条 1 項。告発は「何人でも」可能。

⁷⁴ 刑法 180 条 1 項、ストーカー規制法 13 条 2 項。他にも、信書開封罪・秘密漏示罪（135 条）、過失傷害罪（209 条 2 項）、略取・誘拐罪の一定の場合（229 条本文）、名誉毀損罪・侮辱罪（232 条 1 項）、私用文書等毀棄罪・器物損壊罪・信書隠匿罪（264 条）などが親告罪とされる。

⁷⁵ もし告訴権者が存在しない場合には、検察官が利害関係人の申立により告訴権者を指定するため（刑事訴訟法 234 条）、被害者の同性パートナーが指定されるという可能性は存するが、その保障はない。

⁷⁶ 刑事訴訟法 439 条 1 項 4 号

(4) 親族相盗例

配偶者間など、一定の親族間で窃盗、詐欺、横領などの財産に対する罪を犯したとしてもその刑が免除されるが⁷⁷、同性パートナーは「配偶者」や「親族」にはあたらないとされるだろう。

(5) 受刑者の配偶者との面会など

刑事施設に収用されている受刑者に対する面会には制限があるが、受刑者の親族であれば原則として面会が許可される⁷⁸。つまり、配偶者（内縁含む）どうしの間柄ならば、その二人の面会は権利として認められるが、同性パートナーの場合、受刑者の改善更生に資する者などとして認められない限りは面会することはできない⁷⁹。

その他、受刑者は、親族との間では、保管私物・領地金品の交付や信書の発受を制限されない⁸⁰などの権利・利益を有するが、同性パートナーとの間には認められない。

(6) ドメスティック・バイオレンス (DV) 防止法

DV 防止法の保護対象に同性パートナーからの暴力は含まれないため、暴力をふるう同性パートナーに対して保護命令が出されることはない⁸¹。確かに DV は男女間の権力格差から生じがちであることが指摘されるが、同性カップル間にもまた権力格差が生じることはあるだろうし、親密性という名の下に行われる暴力という側面もまた DV の本質のひとつであろう。したがって、同性パートナーシップ当事者もまた DV 被害から保護されるべきであるが、法的に婚姻関係とは言えないため、現行 DV 防止法の埒外にある。

(7) その他刑事法上の権利・利益

被疑者・被告人の配偶者には、弁護人選任権、補佐人となる権利、勾留理由開示請求権、勾留取消請求権、保釈請求権などが認められる⁸²。犯罪被害者の配偶者には、被告人が被害者の配偶者に対して危害を加えるおそれがある場合の保釈等の制限⁸³、

⁷⁷ 親族相盗例（刑法 244 条、251 条、255 条）。なお、内縁配偶者には適用されない（最判 2006 [平 18]・8・30 刑集 60 巻 6 号 479 頁）。

⁷⁸ 刑事収容施設及び被収容者等の処遇に関する法律 111 条 1 項 1 号

⁷⁹ 同 3 号。なお、2 項の裁量許可も参照。

⁸⁰ 刑事収容施設及び被収容者等の処遇に関する法律 50 条 1 号カッコ書、128 条本文カッコ書。

⁸¹ 配偶者からの暴力の防止及び被害者の保護に関する法律 10 条。暴力をふるう配偶者（または元配偶者）に対して、6 ヶ月間以内の接近禁止命令（同 10 条 1 項 1 号）や、2 ヶ月間以内の住居退去命令（同 2 号）などが下される。

⁸² それぞれ、刑事訴訟法 30 条 2 項、42 条 1 項、82 条 2 項、87 条 1 項、88 条 1 項。

⁸³ 刑事訴訟法 89 条 5 号、96 条 4 号

被害者死亡時の公判期日における意見陳述権⁸⁴，死体解剖や墳墓発掘の際の通知受領権⁸⁵，犯罪捜査の際の配慮・通知・保護の請求権⁸⁶などが認められる．同性パートナーにはいずれも認められない．

八 性同一性障害特例法の非婚要件

2004 年 7 月から施行されている性同一性障害特例法によって，一定の要件を満たした者は，戸籍上の性別を変更できることとなったが，この要件のうちに「現に婚姻をしていないこと」が課されている点が問題となる⁸⁷．この規定は，「現行法の下で，同性婚が認容されていないことを考慮したもの」⁸⁸であり，同性婚が認められれば不要となる規定であるが，この規定によって，それまで平穩に結婚生活を営んでいた夫婦の一方が性別変更しようとする場合，たとえ夫婦双方に離婚をする意思がなくとも，（法的には）離婚を強いられるという不合理な結果をもたらすこととなる．

九 外国人パートナーの在留資格・帰化

外国人が日本国内に在留するには在留資格が必要であるが，日本人の配偶者である場合は 1 年または 3 年間の在留資格が生じ⁸⁹，さらに，その他の在留資格の場合より永住許可⁹⁰も出やすいようである．この点，日本人の同性パートナーが外国人である場合，当該パートナーは日本人の配偶者となることはできないため，その他の在留資格において在留する必要がある．この資格を失うと不法滞在となるため，外国人同性パートナーとの関係性の継続は，婚姻した異性カップルと比べると著しく困難である．

また，仮に当該外国人が日本国籍を取得（帰化）したいと考える場合でも，日本人を配偶者に持ち，一定要件を満たす場合に比べると，その要件が厳格である⁹¹．

十 子を育てる権利

成人ならば誰でも年少者を養子にすることができるが，未成年者を養子にする場合，原則として家庭裁判所の許可が必要となる⁹²．もし，婚姻している異性カップルが，

⁸⁴ 刑事訴訟法 292 条の 2

⁸⁵ 刑事訴訟規則 101 条．なお，犯罪捜査規範 156 条

⁸⁶ 犯罪捜査規範 10 条の 2，10 条の 3，11 条

⁸⁷ 性同一性障害特例法 3 条 1 項 2 号

⁸⁸ 大島俊之「性同一性障害に関する法的な諸問題」南野（知），前掲注 2 所収，44 頁．

⁸⁹ 出入国管理及び難民認定法 2 条の 2，別表第 2

⁹⁰ 出入国管理及び難民認定法 22 条

⁹¹ 一般の帰化の要件につき国籍法 5 条 1 項，日本人配偶者を持つ場合につき 7 条，また，5 条 2 項も参照．

⁹² 民法 792 条，793 条，798 条本文

他人の子である未成年者と養子縁組する場合、夫婦共同で縁組した上で共同親権を取得することとなるが⁹³、同性カップルは、共同で養子縁組をし、共同親権を取得することはできない。また、配偶者の子（いわゆる、連れ子）を養子とする場合には、その子が未成年であっても家庭裁判所の許可は必要なく⁹⁴、実親と養親とが共同親権者となると解されているが⁹⁵、同性パートナーの子を養子とする場合は、原則通り家裁の許可が必要となり、しかも、共同親権を取得することはできない⁹⁶。つまり、パートナー一方の連れ子をカップルで育てようと望んだとしても、養子縁組に際して家裁の許可が必要であるばかりか、仮にその許可が下りたとしても養親による単独親権となってしまう、かといって養子縁組をしなければ、連れ子と他方パートナーとは法律上赤の他人と扱われるため、同性カップル当事者が子を育てるのは、婚姻した異性カップルに比べて困難である（4.2.5 四参照）。

それでは、同性パートナーのいずれ一方が他人の未成年の子との養子縁組をする際や、同性パートナーの未成年の連れ子と養子縁組をする際に必要な家裁の許可は下りるのだろうか。この点、家庭裁判所により「当該縁組が養子となるべき未成年者の福祉に合致するかどうか」⁹⁷を基準に許可の可否を決することとなる。この際、養親となるべき者が同性愛者であるないしは同性パートナーを持つという事情が調査されるのかは定かではないし、仮に調査されたとして、その事情が子の福祉に否定的な要素と判断されるか否かも明らかではない⁹⁸。しかしながら、少なくとも、婚姻した異性カップルは、子を育てる適性があるとの強い事実上の推定を受けており、それに対照

⁹³ 民法 795 条本文、818 条 2 項、3 項

⁹⁴ 民法 798 条但書

⁹⁵ 民法 818 条 3 項。大村敦志『家族法 [第 2 版補正版]』有斐閣、2004 年、277 頁；二宮周平『家族法 [第 2 版]』新世社、2005 年、216 頁ほか通説。

⁹⁶ 民法 818 条 2 項により、養親の単独親権となり、実親は親権者ではなくなる。

⁹⁷ 二宮、前掲注 95、197 頁。

⁹⁸ 角田、前掲注 40、35 頁参照。さらに一步踏み込んで大村敦志は、「需給のアンバランスもあって、養親としての適格の審査はかなり厳格に行われている」フランスを例にとり、「日本においても、養親が独身者でありかつ同性愛者であるというケースでは、その事実が養子縁組の成立においてマイナス要因として作用することはありうように思われる」と指摘する（大村、前掲注 17、66-67 頁）。こうした否定的な見解に対して、家裁実務家からは、「我が国の未成年養子の許可基準についての実務の主流は、特別な弊害がなければ家裁は許可審判をすべきであるとの立場であり、」「養親が単に同性愛カップルであるからといって未成年養子縁組の許可申立てを却下すべき理由はなかるう」（沼田、前掲注 44、61 頁）との指摘もある。棚村政行も「子どもの福祉や利益を害するという直接かつ具体的な事情が証明されないかぎり、同性愛というだけで親としての権利が否定されることはない」（棚村、前掲注 23、178 頁）とする。

するかたちで、同性カップルをはじめ、非婚、シングルその他の者には、子を育てる適性に疑問が差し挟まれるという構造があるということと言えるだろう。

なお、法律上の規定はないが、日本産科婦人科学会の会告で体外受精は婚姻した夫婦間でのみ行うこととされているため⁹⁹、レズビアンをはじめとする婚姻していない女性が、自ら提供の卵子と第三者提供の精子を体外受精させ、その胚を移植し妊娠出産するという方法によっては、自らの子を持つことはできない。

十一 その他家族法上の権利義務

その他の婚姻に付随する家族法上の権利義務としては、同氏義務¹⁰⁰、同居義務¹⁰¹、貞操義務¹⁰²、成年擬制¹⁰³、夫婦間の契約取消権¹⁰⁴などがあげられるが、いずれも同性パートナーシップにおいては認められない。夫婦別姓を求める運動をあげるまでもなく、これらの規定の多くがその問題点が指摘されているところであるが¹⁰⁵、権利としての面があることを見過ごすことはできない。例えば、批判の多い夫婦同氏をとってみても、戸籍の上で同氏になるということを望む者がいないわけではなく、そういう者にとってみれば、婚姻という選択肢を持つ異性カップルは、正式に同氏になることができる特権を有しているとも言えるのである。

2.1.2 内縁／事実婚が保護される範囲

以上にあげた法的な利益や権利義務は、原則的に婚姻した者にのみ保障されているものであるが、判例・特別法は、婚姻意思と夫婦の共同生活の実体がある男女カップルに対して、たとえ婚姻届を出していない（出せない）としても、それらを婚姻に準ずる関係と位置づけ¹⁰⁶、これら法的利益のうちの多くを保障している。2.1.1 に則して

⁹⁹ 「体外受精・胚移植に関する見解」（1983〔昭58〕年10月制定 http://www.jsog.or.jp/kaiin/html/kaikoku/S58_10.html, 2006〔平18〕年4月改定 http://www.jsog.or.jp/about_us/view/html/kaikoku/H18_4_taigaijusei.html, いずれも最終アクセス2007年8月20日）。

¹⁰⁰ 民法750条

¹⁰¹ 民法752条

¹⁰² 条文に規定はないが、重婚禁止、同居協力扶助義務、不貞行為が離婚原因になることなどから、夫婦は相互に貞操義務を負い、違反した一方配偶者は、不貞の相手方と連帯して、他方配偶者に対して不法行為責任を負うとするのが通説・判例である（二宮、前掲注95, 60頁など参照）。

¹⁰³ 民法753条

¹⁰⁴ 民法754条

¹⁰⁵ 例えば、婚姻法改正を考える会編『ゼミナール婚姻法改正』日本評論社、1995年参照。なお、1996年に法制審議会で決定された民法改正要綱では、選択的夫婦別氏制を導入し、夫婦間の契約取消権は削除されているが、実現には至っていない。

¹⁰⁶ 準婚理論。まず学説で通説化していき、最高裁にも承認されている（最判1958〔昭33〕・4・11民

具体的に指摘するならば、二のうちの国民年金の第3号被保険者制度、厚生年金・労災などの遺族保障、公営住宅の入居資格、四（夫婦財産制）、五のうちの財産分与、六（損害賠償請求権等）、十一のうちの同居協力義務、貞操義務などである¹⁰⁷。

その一方、一（配偶者相続権）、二のうちの税制優遇、九（在留資格等）、十（共同縁組）、十一のうちの夫婦同氏、成年擬制など、客観的・一律的な制度については、内縁に適用されないとされている。その中でも、配偶者相続権は「法律婚主義の帰結」¹⁰⁸とされ、法的に婚姻していないと発生せず、たとえ内縁配偶者であっても相続権は認められないというのが通説・判例¹⁰⁹の立場である。

もちろん、あえて婚姻届を出さず、内縁としての保護を求めないという意思表示をしたカップル（事実婚、自由結合などと呼ばれる）には、原則としてこれらの保護は及ばないが、いざ法的保護が必要となった場合には、個別具体的事情に応じて内縁の効果の発生を主張することができるというべきである¹¹⁰。が、いずれにせよ、同性カップルには適用されないのが現状である。

2.2 社会的ニーズ

同性カップルは、婚姻できないということで、法的のみならず、社会的な困難も抱えている。本節では、同性カップルが婚姻できるなら得ることができるであろう社会的な利益につき検討する。

2.2.1 生活上の困難の解消のために

パートナーが同性であるというだけで、異性である場合と比べて、社会生活上不利な扱いを受けることがしばしばある。病院での看護等については2.1.1 三で指摘した通りであるが、以下では、その他の困難につき概観する。

集12巻5号789頁）。その経緯につき、大村、前掲注95、225-226頁参照。

¹⁰⁷ なお、今日の通説は、問題となっている法的効果に応じて、内縁としての成立要件を相対的に定めるべきであるとするため（相対的效果説）、これらは必ずしも全ての内縁カップルに保障されるわけではない（二宮、前掲注95、145-146頁）。

¹⁰⁸ 二宮、前掲注95、284頁。

¹⁰⁹ 相続権が認められないことを前提とした上で、通常の内縁解消時に認められる財産分与の規定が死亡時に準用できるかどうかに関して、学説・判例とも判断が分かれていたが、最決2000〔平12〕・3・10民集54巻3号1040頁は、内縁夫婦の一方の死亡による内縁解消の場合、財産分与に関する規定を類推適用することはできないとした。

¹¹⁰ 二宮、前掲注95、153-155頁。

一 住宅の確保

同性の者ふたりが住宅を借りるのには困難がつきまとう。

まず、民間の賃貸住宅について、若者の場合、いわゆるルームシェアの広がりもあり、最近でこそ借りやすくなってきているが、そういったことを売りにしている物件以外では、依然として同性のふたりに快く貸すところは少ないだろう¹¹¹。また、若者ならば節約のためなどと理由が付けられるが、ある程度の歳でそれなり収入もある場合、その歳で収入もあるのに同性どうして暮らすのかなどと貸主に怪訝に思われ¹¹²、まさか同性愛者であるとは言えず（逆にそういったら気味悪がられて断られる危険もある）、契約できないということもあるだろう。

もちろん、単独で契約し、他方パートナーが「ころがりこむ」ということも現実には可能であるが、賃貸借契約上、入居人数や入居人等の条件に関して虚偽の内容を記載したとされ、場合によっては契約解除ということにもなりかねないし、関係性が悪化した場合、名義人がパートナーを追い出すといった事態も考えられる。名義人であるパートナーが死亡したときには、残されたパートナーには相続権が認められないため賃借権を承継することができず——遺言があった場合でもそれが有効に機能するかは疑わしく（2.1.1 一）——二人の生活の本拠であった場所から、亡き名義人の相続人や貸主に追い出される危険にさらされる¹¹³。

また、公的機関から供給される住宅についても、同性カップルには、安価な公営住宅への入居資格はない¹¹⁴。

¹¹¹ 友人どうしならば、いずれどちらかが出ていってしまつて家賃の支払いに問題が発生するのではないかと、若者のたまり場になって部屋が荒れるのではないかと（特に男どうしの場合）、などと難癖をつけられることがあるという（動くゲイとレズビアン研究会編 1992『ゲイ・リポート』飛鳥新社、1992 年、202-205 頁、295-296 頁；伊藤悟、虎井まさ衛編著 2002『多様な「性」がわかる本——性同一性障害・ゲイ・レズビアン』高文研、2002 年、67-70 頁（そうわあつし執筆）；赤杉ほか、前掲注 6、21-22 頁など参照）。

¹¹² 動くゲイとレズビアン研究会、前掲注 111、296 頁。

¹¹³ この点、内縁異性カップルは、賃借権の承継に関して判例法により保護されている。すなわち、借地借家法 36 条 1 項は、相続人がいない場合には同居していた内縁配偶者が賃借権を承継する（ただし 1 ヶ月以内に賃貸人からの明渡請求がある場合を除く）としているにすぎず、法文上は、賃貸人や相続人からの明渡請求がある場合は立ち退かなければならないが、判例は、いずれの明渡請求も拒むことが出来るとしている（賃貸人からの明渡請求に関して、最判 1967 [昭 42]・2・21 民集 21 巻 1 号 155 頁、相続人からの明渡請求に関して、最判 1964 [昭 39]・10・13 民集 18 巻 8 号 1578 頁）。

¹¹⁴ 公営住宅法 23 条 1 号。ただし、公営住宅よりは高価な位置づけではあるが、都市再生機構（旧公団住宅）のハウスシェアリング制度は利用できるだろう。また、大阪府住宅供給公社も、2006 年 5 月 1 日から同種の制度を導入し、同性カップルの入居も認めている（<http://www.osaka-kousha.or.jp/news/060428/index.html>、最終アクセス 2007 年 8 月 20 日）。もっとも、これらの制度が利用できる物件は、

二 勤務先からの手当支給、休暇取得など

配偶者など親族を扶養している従業員に対して「家族手当」「扶養手当」といった名目で手当を支給している企業は 7 割を超え¹¹⁵、それは賃金の一部を構成するが¹¹⁶、仮に同性パートナーを扶養している場合でもこのような手当の支給はない。同様に、大企業を中心する多くの会社は、いわゆる単身赴任の際に「単身赴任手当」「別居手当」といった名目で手当を支給しているが¹¹⁷、転勤の際に同性パートナーが存在しても単身赴任としては扱われないであろう。国家公務員の場合にも、法律および人事院規則により、「扶養手当」および「単身赴任手当」支給の要件が定められているが、同性パートナーには認められない¹¹⁸。結果として、同一労働を提供し、同じく扶養あるいは共に生活をする者がいる状況にありながらも、低い賃金に甘んじなければならないことを意味する。

また、異性パートナーと結婚するときや、配偶者本人又は配偶者の一定の親族が死亡した場合などに、法律の規定にはないが、いわゆる慶弔休暇を認める民間企業は多い。国家公務員の場合には、法律および人事院規則により、有給の「特別休暇」としての慶弔休暇が認められる親族の範囲等が定められている¹¹⁹。なおその際に、共済組合などから結婚手当金、休業手当金などの名目で金銭が支給されることもあるようである。いずれも同性パートナーには認められないだろう。なお、介護休業や給付については既に述べた (2.1.1 三 (3))。

さらに、労働者や公務員が労働・公務に伴って死亡した場合には、労働災害・公務災害として、一定の要件を満たした遺族に対して遺族年金や一時金が支給されるが、同性パートナーには原則として支給されない¹²⁰。

全体のうちのごくわずかであることに注意が必要である。

¹¹⁵ 厚生労働省『平成 17 年就労条件総合調査』。

¹¹⁶ 同調査によれば、平均支給額は、月額 18,515 円におよぶ。なお、労働基準法 11 条参照。

¹¹⁷ 同調査によれば、全企業中では 16.1%であるが、企業規模 1,000 名以上では 70.2%もの企業が実施しており、その平均支給額は、全企業平均で 42,730 円におよぶ。

¹¹⁸ 扶養手当につき、一般職の職員の給与に関する法律 11 条、人事院規則 9-80 (扶養手当)。扶養する配偶者 (内縁含む) がいる場合、月額 13,000 円が支給される。また、単身赴任手当につき、同法 12 条の 2、人事院規則 9-89 (単身赴任手当)。交通距離に応じて、月額 23,000~68,000 円が支給される。地方公務員については、各自治体の条例等で規律されるが、同様であろう。

¹¹⁹ 一般職の職員の勤務時間、休暇等に関する法律 19 条、人事院規則 15-14 (職員の勤務時間、休日及び休暇) 22 条 5 号、12 号、別表第二 (なお、「配偶者」には、内縁も含まれる (人事院規則 15-14 第 23 条 2 号カッコ書))、人事院規則 15-15 (非常勤職員の勤務時間及び休暇) 4 条 5 号。地方公務員については、各自治体の条例等で規律されるが、同様であろう。

¹²⁰ 労働者災害補償保険法 16 条以下、22 条の 4、国家公務員災害補償法 15 条以下、地方公務員災害補償

三 生命保険金の受取人指定など

生命保険の保険金の受取人は、法律上は誰にでも指定できるはずであるが¹²¹、現実には、保険金詐欺の防止などの目的から、被保険者の一定の親族に限られる場合がほとんどである¹²²。このため、自らの死亡に備えた保険を契約し同性パートナーを受取人に指定するということはできず、自らの死亡に備えて自らを受取人とし、同時に遺言を作成して遺贈するといった方法をとらざるを得ないであろう。この場合、前述の通り(2.1.1 一)、遺贈の有効性の問題や、相続税額の問題が出てくる場合が予想される。

なお、配偶者を受取人とする生命保険の保険料を支払った場合には、所得税・住民税上、生命保険料控除の対象となる¹²³。しかし、同性パートナーには適用はなく、仮に同性パートナーを受取人とする保険契約を締結できたとしても、かかる税制上の優遇を受けることはできない。

四 銀行取引など

銀行で住宅ローンを組むなどといった際、法的に婚姻していれば配偶者の収入を合算することができ、より多くの額を借り入れることが可能になったり、審査が通りやすかったりといった扱いをするところが多いようである¹²⁴。しかし、法的に「他人」である同性パートナーの収入は合算することはできず、異性婚カップルと比して、ローン契約の際に不利である¹²⁵。クレジットカードなどの審査や限度額に関しても同様であろう。

これに関連して、キャッシュカードやクレジットカードのいわゆる「家族カード」

法 31 条以下。ただし、公務災害における遺族一時金については、死亡公務員により生計を維持していれば親族ではなくても「遺族」と扱われることがあるため、同性パートナーであっても受給資格が得られる可能性がある(国家公務員災害補償法 17 条の 5 第 1 項 3 号, 地方公務員災害補償法 37 条 1 項 3 号。なお、労災には該当規定なし。以下本注では略称法令名を用いる)。もっとも、遺族一時金は、遺族年金の受給資格者がいないなどの場合にはじめて受給される制度であり(国公災 17 条の 4 第 1 項, 地公災 36 条 1 項)、かつ、配偶者(内縁含む)は、たとえ死亡公務員により生計を維持していなかったとしても常に優先されるため(国公災 17 条の 5 第 1 項 1 号, 地公災 37 条 1 項 1 号)、やはり、配偶者としての権利に及ぶべくもない。

¹²¹ 商法 675 条 1 項本文

¹²² 「同性カップルとローン・生保」『にじ』通巻 7 号 34-38 頁参照。

¹²³ 所得税法 76 条, 77 条, 地方税法 34 条 1 項 5 号, 5 号の 2, 5 号の 3, 314 条の 2 第 1 項 5 号, 5 号の 2, 5 号の 3

¹²⁴ 「既婚者は夜逃げコストが高くなるので銀行ローンの査定や住居の賃貸借において有利である」という(安藤馨『家族制度』は本当に必要なのか)伏見憲明編『クィア・ジャパン・リターンズ Vol.0』ポット出版, 2005 年, 137 頁)。

¹²⁵ 前掲注 122, 36-37 頁参照。

も同性パートナーには発行されないであろうから¹²⁶、生活費の口座や決済を一元化しようとする際の不便・不利益が生じ得る。

五 その他身近なサービス

例えば携帯電話の割引サービスで、「家族」で同じ会社と契約すれば割引が受けられるなどというサービスがある。NHKの受信料にも同様のサービスがある。自動車保険の多くは、運転者を被保険者の「家族」に限定すれば、保険料の割引が受けられる。同性カップルはこうしたサービスをはじめ、法律上の親族関係を基礎とした身近なサービスが受けられないことがある。

2.2.2 同性愛者の社会的な承認のために

以上にあげたのは、社会で生活する上での実害をあげたものであるが、そもそもこれらの不利益の背景には、日本社会におけるホモフォビア (homophobia 同性愛嫌悪) の存在がある¹²⁷。ゲイ／バイセクシュアル男性を対象とした調査¹²⁸によれば、全体の69.7%が「ホモ・おかま・おとこおんな」といった性的指向に関わる言葉によるいじめを目撃しており、59.6%が実際にこうしたいじめにあっている¹²⁹。さらに、64%が自殺を考えたことがあり、15.1%が自殺未遂経験を持つという。このようなホモフォビアが生みだされる要因のひとつとして、異性カップルが法的に保護されているのとは対照的に、同性どうしの関係が法的に保護されていないという法的な取扱いの差異は、社会に少なからぬ悪影響を及ぼしていることが推測される(4.2.6参照)。このような観点から、同性婚の認容は、同性愛者の社会的な承認の一助となり、その生きにくさの解消に有用であるとして、ここに社会的なニーズの一つを見いだすことが可能であろう¹³⁰。

¹²⁶ 最近では、親族関係がない者に対しても、「代理人カード」として、複数枚のキャッシュカードを発行する銀行等も多いようである。

¹²⁷ ホモフォビアについては、前掲注 15, 179-222 頁；キース・ヴィンセント、風間孝、河口和也『ゲイ・スタディーズ』青土社、1997 年など参照。また、ホモフォビアに伴う社会生活上の困難に関するレズビアン／ゲイ当事者による手記として、伊藤ほか、前掲注 111, 61-134 頁；動くゲイとレズビアンの会、前掲注 111, 87-212 頁など参照。

¹²⁸ 日高庸晴「ゲイ・バイセクシュアル男性のメンタルヘルスに関するアンケート」(<http://www.joinac.com/tsukuba-survey/>, 最終アクセス 2007 年 8 月 20 日)。1999 年にインターネット上で行った調査で、有効回答数は 1025 人。なお、毎日新聞(夕刊)2001 年 7 月 26 日参照。

¹²⁹ なお、他のアンケートとして、動くゲイとレズビアンの会、前掲注 111, 303-305 頁, 373 頁も参照。

¹³⁰ 同性婚の法制化によりこのニーズが満たされるかについては、清水、前掲注 12 参照。

2.2.3 家族・婚姻・ジェンダー秩序の変容のために

現行の家族制度・婚姻制度には、性別役割分業の強制、個人性 (individuality) の抑圧など、ジェンダーの観点からみてさまざまな問題点があることはつとに指摘される。そしてレズビアン／ゲイをはじめとするセクシュアル・マイノリティーズの生きにくさも、この家族制度、ジェンダー秩序によるところが大きい。もちろん、そのような制度は、セクシュアリティにおいてはマジョリティである人々にとっても抑圧的でありうる。そのような中、同性カップルが婚姻制度の枠に入るということは、とりもなおさず、家族制度・婚姻制度やそれによって再生産されるジェンダー秩序の変容を促すひとつの契機となりえよう。ここに社会的ニーズの一つを見いだすことが可能である¹³¹。

2.3 個人的ニーズ

2.1, 2.2 と実益的なニーズに着目してきたが、この他にも純粋に「結婚したい」という実益を伴わない感情もあることを指摘しておきたい。自らの望む相手と付き合い (望まない相手とは付き合わず)、一生であっても生涯の一時期であっても共に生活する (あるいはひとりで生活する) ということは、異性愛・同性愛・両性愛・アセクシュアル¹³² など、セクシュアリティを問わず多くの人にとって、自分の人生を生きるという意味において重要であろう¹³³。そういった観点からは、仮に法的・経済的・社会的な利益がないとしても (実際にはそのような利益が多量にあるのだが)、そのような当事者の感情を切り捨てるべきではないだろうと考える。戦後実施された、「家」の婚姻から個人間の契約としての婚姻への転換ということもあいまって、こうした個人性の保障という機能を有しつつある婚姻¹³⁴を同性愛者は利用できないという現状に、同性婚への個人的ニーズを見いだすことができる。

¹³¹ 婚姻は、子の出生・養育機能を伴うことにより、異性愛主義 (heterosexism) とジェンダー秩序の維持・再生産と分ち難く関わっているところ、同性婚が法制化されることにより、この秩序を揺さぶる可能性がある (風間孝「同性婚のポリティクス」『家族社会学研究』14 巻 2 号, 2003 年, 32-42 頁)。この点についても、清水, 前掲注 12 で論じることとする。なお, 4.2.5 四, 5.2.3 参照。

¹³² 対象の性別を問わず、性的欲望がない (あるいはとても弱い) 人々のこと。

¹³³ すべての人がそうあるべきであるという決めつけをしているわけではない。共に生活する相手がいないがいまいが関係ないという考え方もあるだろう。

¹³⁴ 金田智之「同性婚は個人性を保障するために必要」伏見憲明編『クィア・ジャパン・リターンズ Vol.0』ポット出版, 2005 年, 135-136 頁。

2.4 当事者ニーズ調査の紹介

ここまで客観的に存在しうるニーズを検討してきたが、実際多くの当事者はどう考えているのだろうか。2004年に実施され、有効回答 683 件を得た「同性間パートナーシップの法的保障に関する当事者ニーズ調査¹³⁵」は、法的保障の必要性を訴える結果となっている。

まず、主に 2.1 であげた個別具体的な利益・権利義務について、入院時の看護面接権の 95.3%を筆頭に、医療上の同意権、生命保険の受け取り、介護休業権、相続権、公営住宅入居権について「非常に必要」「必要」と答えた人は、8 割を超える高い割合を示した。それに次いで、健康保険の扶養者扱い、税金の扶養者控除、家族手当が 7 割前後、相互扶助の義務が 55.9%であった。その一方で、貞操義務が約 4 割、同居義務が約 3 割、同氏義務が約 2 割という結果となり、諸権利間での明暗がはっきりとわかれている。なお、養子縁組をして子を持てる制度については 45.9%、精子バンク等を利用して子どもを持てる制度については 35.9%が、同性間のパートナーシップにも「非常に必要」「必要」と答えている。

また、将来同性間のパートナーシップを保障する新しい制度ができたら利用したいと答えた者は全体の 72.6%に及んだ。具体的に必要な制度の形態については、婚姻 34.7%、パートナーシップ法¹³⁶ 16.5%、事実婚保護 15.2%、婚姻廃止と個人単位の保障制度の創設 11.6%、パートナーシップ契約¹³⁷ 8.1%、などとなっている。

2.5 小 括

以上、本章では、同性パートナーシップの法的保障につき、法的・社会的・個人的なニーズが幅広く存在し、必要度緊急度が高い事項が複数含まれていることが確認できたことと思う。同性婚の法解釈においても、婚姻がこうした重要な権利・利益のパッケージであるということを念頭に置いた解釈がなされなければならないはずであり、

¹³⁵ 「血縁と婚姻を越えた関係に関する政策提言研究会」の有志により 2004 年に行われたもので、結果は Web で公表されている (<http://www.geocities.jp/seisakuken2003/tyosa/title.html>, 最終アクセス 2007 年 8 月 20 日)。回答者の 76.6%が 20~30 歳代。性的指向については、レズビアン (43.3%)、ゲイ (21.2%)、バイセクシュアル (23.0%)、などとなっている。

¹³⁶ 本稿に言う登録パートナーシップのうちの独立規定型および婚姻規定準用型である (前掲注 9 (イ)(ウ))。

¹³⁷ 本稿に言う登録パートナーシップのうちの契約型である (前掲注 9 (ア))。

二対の人間が同じ性別であるというだけで排除する必然性・合理性が存在するのかという姿勢が求められよう。次章以降は、こうした観点より家族法解釈及び憲法解釈を論じていく。

第3章 同性婚の家族法解釈論

婚姻もまた法律行為のひとつであるから、その成立の要件や効果が法定されているのが当然である。したがって、同性どうしの婚姻が成立しないとされるのならば、婚姻の要件として異性どうしでしか成立しないということが法定されていなければならないはずである。ところが、そのような要件を明確に定めている条文は、民法上には存在しない。このことから、現行法下でも同性婚は成立し得るのではないかという疑問が浮上するが、法律の解釈上、同性どうしの婚姻は成立し得ないものとされているので、日本では同性婚はできないということにされている。

以下では、まず婚姻の成立要件を概観し、なぜ同性婚が成立しないと考えられているのかを検討する(3.1)。次に、同性婚が成立しないとする2説に対して批判を試みる(3.2, 3.3)。その上で、これまでの2説は採用し得ないけれども、現行法の法解釈では、原則的にはなお同性婚は成立し得ないとする新たな説を提示し(3.4)、小括する(3.5)。

3.1 婚姻の成立要件と同性婚

3.1.1 婚姻の成立要件

そもそも法的な婚姻はどのような要件をもって成立するのだろうか。この点、民法は法文上では多くを定めていないが、一般には、実質的要件たる婚姻意思の存在と、形式的要件たる届出というふたつの成立要件を満たせば婚姻は法的に有効に成立すると解されている¹³⁸。これに加えて、婚姻障害が存在する場合は届出が受理されないため¹³⁹、婚姻障害の不存在も実質的要件と位置づけることができる¹⁴⁰。

ところで、この婚姻意思が何を指すのかについて、学説の判断は分かれている。通

¹³⁸ 民法 742 条、通説。これに対して、届出を効力発生要件と解する少数説もある。

¹³⁹ 民法 740 条。なお、婚姻障害とは、男 18 歳以上・女 16 歳以上でなければ婚姻できないといった婚姻適齢や、重婚禁止などといった規定に違反することを言う(731 条～737 条)。

¹⁴⁰ 以上、大村、前掲注 95、119 頁；二宮、前掲注 95、36-54 頁。

説・判例は、「社会生活上夫婦と認められる関係を作ろうとする意思」である実質的意思と、「婚姻届を提出しようとする意思」である形式的意思の双方が必要であるとする（実質的意思説）。その他の有力説としては、形式的意思のみで足りるとする説や（形式的意思説）、「届出をすることによって生ずる法的効果を欲する意思」である法的意思のみで足りるとする説（法的意思説）などが存在する¹⁴¹。

3.1.2 なぜ同性婚は成立しないとされるのか

現行法上、明文で同性婚を禁止する規定は存在しない。にも関わらず、現在の日本では同性婚は成立しないと考えられている。それでは、なぜそう考えられているのか。

第一の説は、婚姻意思に関して実質的意思説に立ち、同性間には「社会通念上の婚姻をする意思」たる婚姻意思が存在し得ないとして、婚姻が成立しないとするものである（以下、婚姻意思欠缺説と呼ぶ）。「学問を妻とするとか、芸術と結婚するというのが一片の比喻に過ぎなく、真の婚姻意思とは見られないのと全く同様に、同性間の婚姻というようなものも婚姻的法律要件としては否認されなければならない」¹⁴²などといった見解に代表され、現在の通説的な見解であるといって差し支えないだろう。

第二の説は、同性間でも婚姻意思が存在する可能性を認めつつも、同性婚は婚姻障害にあたり、無効であると解するものである（以下、婚姻障害該当説と呼ぶ）。「現行法は、文言の上からも『夫婦』、『夫』・『妻』という男女の別を示す語を用いており、また、婚姻法についても、親子法についても男女の夫婦とその間の子どもを前提に規定されているのであり、同性カップルをも保護の対象と考えて立法されているわけではない」ため、「明文の規定はないが、現行法上婚姻障害に当たる」¹⁴³などといった見解を唱えるものであり、近時の有力説といえる。

しかしながら、現行法上の解釈でも、同性婚は当然に否定されるべきものではないと考える。以下では、婚姻意思欠缺説（3.2）と婚姻障害該当説（3.3）双方に対する批判を試み、現行家族法下の同性婚成立の可能性について探る。

¹⁴¹ 以上、二宮、前掲注 95、43-45 頁。

¹⁴² 中川善之助『新訂親族法』青林書院新社、1968 年、160-161 頁。

¹⁴³ 星野（茂）、前掲注 6、246 頁。

3.2 婚姻意思欠缺説

3.2.1 概 要

同性間では婚姻意思は観念し得ないとする婚姻意思欠缺説は、婚姻意思について実質的意思説に立つことを前提として同性婚否定を導く。そこで、実質的意思説について検討することが必要となる。

繰り返しになるが、婚姻意思に関する実質的意思説は、届出をしようとする意思（形式的意思）に加えて、社会通念上夫婦と認められる関係を作ろうとする意思（実質的意思）が必要であるとする説であり、「各時代各社会にはいずれも習俗上一定の型が決っており、その型に嵌るものだけを婚姻と呼ぶように約束されているのであって、この約束された意味に従っての婚姻をなす意思だけが即ちここにいる婚姻意思なのである」¹⁴⁴などと唱えるものである。最高裁も 1969 年の判例で、婚姻意思とは「当事者間に真に社会観念上夫婦であると認められる関係の設定を欲する効果意思」を指すとして、実質的意思説を採用している¹⁴⁵。

そして、この「社会通念」「約束された意味」における婚姻とは、異性間でなされ、生殖もまた含意される。したがって、同性カップルの場合、「届出をしよう」との意思（形式的意思）は当然観念しうるものの、「同性婚をしよう」との意思は、「社会通念上の夫婦になろう」との意思（実質的意思）と同視できないため、婚姻意思を欠き無効であるとするのが、家族法における通説的見解である¹⁴⁶。

家庭裁判所の審判においてもこの説をとるものが現れている。日本人男性と結婚したフィリピン人が、後に MtF トランスジェンダー（法的に男性）であると判明、当該日本人が戸籍の訂正を求めた事件の判決で、佐賀家裁は、「日本法によれば、男性同士ないし女性同士の同性婚は、男女間における婚姻的共同生活に入る意思、すなわち婚姻意思を欠く無効なものと解すべき」として、申立てを認容した¹⁴⁷。

¹⁴⁴ 中川（善），前掲注 142，161 頁。

¹⁴⁵ 最判 1969 [昭 44]・10・31 民集 23 卷 10 号 1894 頁

¹⁴⁶ 中川（善），前掲注 142，161 頁；我妻栄『親族法』有斐閣，1961 年，18 頁など。なお，中川高男『新版親族・相続法講義』ミネルヴァ書房，1995 年，119 頁は，実質的意思説には立たないが，同性婚が婚姻意思を欠く一場合であるとする。

¹⁴⁷ 佐賀家審 1999 [平 11]・1・7 家月 51 卷 6 号 71 頁。ただし，当事者間に婚姻の有効無効について争いが無いという状況下で特別の論証もなく述べられたものであって，先例としての価値は疑わしい。

3.2.2 婚姻は常に「男女」により行われ「生殖」を伴うのか

一 婚姻の定義からして排除？

こうした考え方の背景には、そもそも婚姻とは、その定義からして男女間のものであり、本能に基づき生殖を伴うものである、といった前提があるように思われる。したがって、同性間には「婚姻をしよう」などとする意思は当然認めることはできないということであろう。

このような婚姻の捉えられ方は、社会におけると法律の世界におけるとを問わず、確かに一般的であるかもしれない。例えば、アメリカにおいて提起された世界初の同性婚訴訟として有名な *Baker v. Nelson*¹⁴⁸において、ミネソタ州最高裁判所は、ウェブスター辞書の結婚の定義を引用しつつ¹⁴⁹、「男性と女性の結合としての婚姻制度は、唯一家庭内での生殖および子の養育をともなうものであり、それは、創世記同様、長い歴史を有するものである」などとし、婚姻とはその定義上男女の結合であること、ほぼそれのみを理由として、原告の請求を退けている¹⁵⁰。また、日本においても、「二人の人間が子どもを育てることを合意して共同生活を送るという点に婚姻の特殊性を求めるならば、同性のカップルには婚姻と同様の法的保護までは認められないことになる」¹⁵¹として、婚姻が異性の者どうしにより生殖を伴うものであるから、同性婚は認められない（認められるべきではない）との主張がある。

二 近代以後の婚姻制度の恣意性

ところで、近代以後の婚姻は、近代国家成立に伴い婚姻・家族が法制化されていった中で培われてきたものであることを、家族社会学・歴史学・フェミニズムなどの研

¹⁴⁸ 291 Minn. 310, 191 N.W.2d 185 (1971), *appeal dismissed*, 409 U.S. 810 (1972).

¹⁴⁹ 結婚(marriage)の主要な定義を「夫あるいは妻として異性と結合している状態 (the state of being united to a person of the opposite sex as husband or wife)」としている *Webster's Third New International Dictionary*, 1966, p.1384 の定義を引用しつつ、法律上明言されずとも同性婚は禁止されているとする (291 Minn. at 311, 191 N.W.2d at 185-86).

¹⁵⁰ 鈴木, 前掲注 9, 239 頁参照。このように婚姻の定義から同性婚を否定する手法は, *Jones v. Hallahan*, 501 S.W.2d 588 (Ky. Ct. App. 1973) および *Singer v. Hara*, 522 P.2d 1187 (Wash. Ct. App. 1974) にも見られ, 1970 年代のアメリカにおける判決に共通する手法であった (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, 34-36 頁)。

¹⁵¹ 大村, 前掲注 95, 279-280 頁。ただし, 当該引用箇所では仮装婚を引き合いに出して婚姻意思の問題としているように読める一方, 129-130 頁では同性であるということを婚姻障害の一つとして掲げており, 大村が婚姻意思欠缺説によるのか婚姻障害該当説によるのかは必ずしも明らかではない。

究は指摘する¹⁵²。すなわち、婚姻は、「単なる個人的な『愛情の結実』や『性的な結合』ではなく、1つの社会制度」¹⁵³であり、近代以後の婚姻・家族の法制化によって、法的に保護されるべき社会的に正統な婚姻がどのようなものであるかが定義された。決して、その定義以前に正統な婚姻が存在していたわけではないのである¹⁵⁴。

この「法による婚姻の定義」のわかりやすい例を、アメリカ・ハワイ州同性婚訴訟 Baehr v. Lewin¹⁵⁵での原告勝訴を受けた、州による憲法・婚姻法の改正や連邦政府による婚姻防衛法 (DOMA: Defense of Marriage Act)¹⁵⁶の制定に見ることができる。まず、1993年、ハワイ州最高裁判所は、同性カップルへの婚姻許可状の発給拒否が性差別にあたり厳格審査に服されるべきとして巡回裁判所に差し戻し、1996年、同性婚禁止が違憲であると判示された¹⁵⁷。この裁判結果は、「単に同性カップルでは結婚の定義に妥当しないという理由だけでは拒否できないということである」¹⁵⁸ことを示すものであるが、問題はそれと並行した政府の対応に見いだすことができる。ハワイ州の同性婚訴訟敗訴を目の当たりにした連邦政府は、1996年に、あらゆる州は他州で認められた同性婚を婚姻として取り扱う必要はなく、連邦政府も同性婚を婚姻としては

¹⁵² 丸山茂『家族のメタファー』早稲田大学出版部、2005年、3-18頁；チョーンシー、前掲注7、97-128頁参照。また、善積京子「＜近代結婚＞の揺らぎ——スウェーデン社会から見た結婚の意義——」『家族社会学研究』14巻2号、2003年、44-45頁は、この近代以後に特徴的な婚姻のあり方を「近代結婚」と呼び、その理念型的特徴を、①男女のロマンティック・ラブに基づく当事者間の結婚の合意、②一夫一婦婚制度のもとでの婚外性関係の排除、③婚内子のみを正統視、④法律婚主義、⑤性別役割分業、の5点にまとめる。

¹⁵³ 善積、前掲注152、44頁。

¹⁵⁴ 日本では、江戸以前の庶民の身分関係は原則として放置されていた。明治維新後の1871[明治4]年、政府は、人民の把握と統制の手段として、戸籍法(壬申戸籍)を制定し戸籍制度(「戸」)を整備。その後、1898[明治31]年の明治民法で、「戸」は民法上の制度として再構成され「家」制度となった(以上、利谷信義「家族観の変遷と家族法」『法律時報』65巻12号、1993年、34-35頁；福島瑞穂「結婚と家族」岩波書店、1992年、23-25頁；二宮、前掲注95、4-5頁；大村、前掲注95、15-17頁)。こうした経緯は、江戸以前の庶民の間には、定型的な婚姻などというものは存在せず、明治維新をきっかけに、庶民の正統な婚姻が制度化されたということを示唆する。もちろん、法的な権利義務が婚姻に付随するのも明治以降のことであり、まして社会保障の権益が付属し始めるのはここ数十年のことにすぎない。

¹⁵⁵ 74 Haw. 530, 852 P.2d 44 (1993)。

¹⁵⁶ 1 U.S.C. § 7 and 28 U.S.C. § 1738C (1997)。

¹⁵⁷ Baehr v. Miike, No.91-1394, 1996 WL 694235 (Haw. Cir. Ct. Dec. 3, 1996)。差戻審における弁論開始は3年もの時間がかかっているが、これは、キリスト教右派や保守系州議会議員による介入によるものであるという(北丸雄二「彼らは何を恐れているのか?——アメリカにおける同性間結婚の行方」クィア・スタディーズ編集委員会編『クィア・スタディーズ'97』七つ森書房、1997年、67頁)。そして、露骨にも、弁論が開始した1996年9月10日は、婚姻防衛法が連邦上院を通過した日である(同68頁；チョーンシー、前掲注7、177頁)。なお、本訴訟は後述憲法論(4.2.6 二)において再論する。

¹⁵⁸ 風間、前掲注131、38頁。

認めない¹⁵⁹などと規定した婚姻防衛法を制定したのである。各州の政府もこれと連動して、「30以上の州が州憲法ないし州婚姻法を改正し、同性婚を明示的に禁止したり、あるいは『他州で婚姻とされる同性のものの関係を尊重し、法律、記録および司法手続を実施することを要求されない』、『婚姻という文言は夫と妻としての一男一女の法的結合を意味し、配偶者という文言は夫または妻である異性の個人のみを指す』などの規定をおい」た¹⁶⁰。ハワイ州においても1998年に「議会は、婚姻を異性カップルに留保する権限を有する」¹⁶¹といった条項が州憲法に挿入され、その後1999年、州最高裁は州側の上告を受入れ、原告敗訴の判決を下したのであった¹⁶²。こうした経緯はまさに、「家族の定義が自然や普遍の反映ではなく、一方の定義を採用し、他方を否定することによって恣意的に構築される事柄であること」¹⁶³の証左であると言えよう。

そして、法は、その恣意的であるはずの定義を、あたかも自然・普遍であると隠蔽する機能をも持ち合わせる¹⁶⁴。なぜならば、「実定法には、明らかに起源が存在し、絶対的なものであるはずがないにもかかわらず、実定法はその起源の正当性を問われることなく適用されるからこそ、法としての機能を果たしているから」¹⁶⁵である。自然・普遍であるから無批判に従わなければならない、という強制力が法を法たらしめているのであって、その正当性に疑義が生じてしまえば、法は法ではなくなるのである。したがって、以下に掲げる見解のように、婚姻制度の法解釈に携わる者が、現在の婚姻制度ができる以前にあたかも自然な状態が存在したかのように想定することは、「つねに現在の法の正当化を助けてしまう」¹⁶⁶ことを意味してしまう。

男と女の性的結合は、人類の永続の基礎である。いかなる社会でも、当該社会における典

¹⁵⁹ つまり、仮にある州で同性婚が実現して、その法律に基づき婚姻した同性カップルがいたとしても、他州の政府や連邦政府からは婚姻したものと扱われず、したがって、他州や連邦政府が保障する婚姻に付随する権利義務を得ることができない旨を定めるものである。

¹⁶⁰ 鈴木、前掲注9、229頁。

¹⁶¹ Haw. Const. art. I, § 23: The legislature shall have the power to reserve marriage to opposite-sex couples.

¹⁶² Baehr v. Miike, No.20371, 1999 Haw. LEXIS 391 (Haw. Dec. 9, 1999).

¹⁶³ 風間、前掲注131、39頁。

¹⁶⁴ 先述の日本の例に即せば、明治民法施行後、特に経済的にゆとりのない階層では、婚姻届の必要性自体が認識されておらず、内縁夫婦の割合はかなり高かったという(二宮、前掲注95、144頁)。これは、正統な婚姻と習俗の結婚とがいかに乖離していたかを示すものであろう。その後、現在に至るまで、届出主義が全国津々浦々に定着していくことは言わずもがなであるが、これも法のもつ恣意性の隠蔽機能によるものである、と捉えることもできるだろう。

¹⁶⁵ 岡野八代『法の政治学』青土社、2002年、14頁。

¹⁶⁶ 同前、71頁。

型的な結合関係を法規範によって肯認し、その維持につとめた。¹⁶⁷

すなわち、制度が同性婚を禁じているにも関わらずあたかも制度以前の自然が同性婚を禁じていたと捉えてしまうとすれば、同性婚を禁じている制度の現状を追認する以外の解釈を取り得えない循環論法に自ら陥らざるを得ないのである。かかる観点を持ち合わせるならば、現在そしてこれからの婚姻が当然にその定義上異性間のものであり生殖を伴うものであるから同性間では婚姻意思を持つことは不可能である、といった見解を維持することは困難であろう。少なくとも、「同性婚が当該社会で社会的に承認されるならば、当然法的保護の対象になる」¹⁶⁸と言わなければならない。

三 ゆらぐ「社会通念」

さらに、近代以後の婚姻においてもその定義にゆらぎが見られ、「社会通念」も大きく変貌し続けることでその歴史的相対性を明らかにしている¹⁶⁹。すなわち、近代以後の婚姻観の変遷は、婚姻も一つの法制度にすぎないこと、そして、その定義ないし本質につき可塑性があることを示している。

まず、「男女」という「本質」一つとっても、その内実は常に変遷している。例えば、男女であっても、アメリカでは、異人種間の婚姻が禁止されていた時代もあった¹⁷⁰。男女であっても、異教徒であれば婚姻を許さないとする法域は、現在に至ってもなお存在する¹⁷¹。また、男女であっても、結婚後の夫婦がその性役割に囚われることは、徐々にではあるが確実になくなってきている。すなわち、戦前の「家」制度の下では、結婚した女性は「良妻賢母」としての役割を強制され、法律上も無能力者¹⁷²とされ、姦通罪¹⁷³の規定が適用されるなど、婚姻夫婦の双方の間には歴然とした権利および役割の差が存在したが、戦後の法改正を経て多くの男女差別的規定は撤廃され、フェミ

¹⁶⁷ 大村，前掲注 17，64 頁に引用されている我妻，前掲注 146，9 頁。

¹⁶⁸ 有地亨『新版家族法概論〔補訂版〕』法律文化社，2005 年，73-74 頁。

¹⁶⁹ 以下では、「男女」「生殖」という点に着目して検討するが、制度的近代家族の相対化はこれらにとどまらず、継続性（離婚の増加）、婚姻外の親密な関係（同棲・事実婚・非婚の増加や、「不倫」の非ドラマ化）、婚姻外の子（婚外子やシングル・ペアレントの増加）、夫婦別姓の議論といった様々な側面で見られるものである（丸山，前掲注 152，特に 21-24 頁参照）。

¹⁷⁰ チョーンシー，前掲注 7，99-106 頁；北丸，前掲注 157 参照。4.2.3 二において後述する。

¹⁷¹ 異教徒間の婚姻を禁じるエジプト法は日本の公序に反すると判示した東京地判 1991 [平 3]・3・29 家月 45 巻 3 号 67 頁参照（なお，5.2.1 四参照）。

¹⁷² 民法旧 14 条（昭和 22 年法 222 号による改正前）

¹⁷³ 刑法旧 183 条（昭和 22 年法 124 号による改正前）

ニズムの進展もあり人々の性役割に対する意識も変化してきている¹⁷⁴。婚姻カップルにおける性別という属性は、機能的に見ればもはや重要なものではなくなり、その結果として、婚姻が男女により行われるという必然性は薄れていると言えよう¹⁷⁵。

そして、「生殖」という「本質」を見てみても、現実レベル・法適用レベルの両面において、「婚姻は生殖を伴うもの」といった「社会通念」はかなり相対化してきている¹⁷⁶。例えば、病気や高齢などで身体的に生殖ができないことが明らかな男女の婚姻も有効であるし、身体的には生殖ができるにも関わらず、生殖しないと明言している男女の婚姻も有効である¹⁷⁷。死の直前になされるいわゆる臨終婚も有効とされる¹⁷⁸。性同一性障害特例法は、生殖機能を欠くことなどを条件として性別変更を認めるが¹⁷⁹、変更後の性別から見た異性の者と婚姻することはなんら妨げられない¹⁸⁰。これら法的に有効な婚姻が、婚姻当事者どうしの生殖と結びつかないことは明らかであろう。さらに、生殖するには性行為を伴う（ことが多い）が、婚姻法は夫婦間の性行為に対して一切の関心を払わない¹⁸¹。したがって、生殖を伴う性行為をできない（例えば身体上の理由から）あるいはしない（例えば避妊）ことが明らかな当事者間の婚姻も有効である¹⁸²。もちろん、妊娠した女性の中絶は、たとえ当該女性が婚姻していようとも、既にひとつの権利として社会的・法的に承認されている¹⁸³。これらは当たり前のように見えるが、仮に婚姻の本質を生殖としてそれを徹底しようとするならば、異性間であっても、

¹⁷⁴ 「夫は外で働き、妻は家庭を守るべき」と考えについて、1979年の時点では賛成が7割を超えていたが、2004年には反対が賛成を上回った（内閣府「男女共同参画社会に関する世論調査（平成16年11月）」）。

¹⁷⁵ チョーンシー、前掲注7、106-111頁。

¹⁷⁶ 青山道夫、有地亨編『新版注釈民法（21）親族（1）』有斐閣、1989年、178-179頁（上野雅和執筆）参照。「結婚しても必ずしも子どもを持つ必要はない」という考え方に賛成する人は、2004年の調査では全体の4割を超える。特に、若年層における賛成の割合は高く、20代の6割以上、30代の過半数が賛成する（内閣府「男女共同参画社会に関する世論調査（平成16年11月）」）。

¹⁷⁷ 青山ほか、前掲注176、178頁（上野雅和執筆）。

¹⁷⁸ 最判1969〔昭44〕・4・3民集23巻4号709頁

¹⁷⁹ 性同一性障害特例法3条1項4号。なお、この規定自体は現代における断種法として批判されるべきである（谷口、前掲注6、176頁）。

¹⁸⁰ 性同一性障害特例法4条1項

¹⁸¹ 青山ほか、前掲注176、163-164頁（青山道夫、有地亨執筆）。

¹⁸² ただし、性交不能は婚姻を継続し難い重大な事由に該当し、離婚原因の一つとなり得るとされる。当事者どうしで性的な関係を予定していたにも関わらず、それができなかったのだとしたら、離婚原因とされるのも仕方ないかもしれない。ただ、重要なことは、生殖を伴う性的関係が存在し得ないとしても、当事者が離婚を切り出さない限り、婚姻は完全に有効であるということである。

¹⁸³ 憲法13条（通説。例えば、芦部信喜『憲法学II人権総論』有斐閣、1994年、394-395頁）、母体保護法14条。

生殖に結びつかない婚姻は全て禁止されるべきだし、一旦婚姻した女性の中絶は認められないということとなる。それがかれらのために許されないとすれば、既に生殖が、婚姻の本質としては相対化していることを示している。

四 「抽象的・定型的な」生殖の可能性？

それでもなお婚姻の本質を生殖に求める立場から、仮に男女カップルが具体的・個別的には生殖を目的としないとしても、抽象的・定型的には生殖を目的とすることができるために婚姻意思が認められるとする一方、具体的・個別的にはおろか抽象的・定型的にすら生殖を目的とすることができない同性カップルには婚姻意思が認められない、などとする見解も主張される¹⁸⁴。

この主張は、全ての男女カップルに関して、少なくとも抽象的・定型的には生殖を観念できることを前提としてしまっているが、しかし、それは必ずしも真ではないだろう。たとえば、異性カップルであるといっても、身体的理由から生殖が伴うべくもない異性カップルは、当事者間のみで子を持つことはありえず、まさに抽象的・定型的にすら生殖が起こらない——したがって、生殖は婚姻の目的たりえず、婚姻意思の存在が否認されてしまう——関係性なのではあるまいか。これに対しては、「男と女」という定型そのものが重要なのだといった反論も予想される。しかしその反論は、既に生殖を目的とするか否かという論点から離れてしまっており、原理的に「婚姻とは男と女のものである」と考えていることを自ら暴露してしまっている。

結局のところこの主張は、表面的には婚姻の是非の判断基準として「抽象的・定型的な生殖の可能性」を採用しているけれども、実質的には、同性カップルに対しては「生殖が不可能」であることを理由として婚姻を拒否し、かたや異性カップルに対しては「生殖が不可能」である異性カップルを含めて「抽象的・定型的な生殖の可能性」が存在するのだと言い張って婚姻を認容するというダブルスタンダードに基づいたものである¹⁸⁵。要するに、「単に、同性愛者であるというだけで」¹⁸⁶婚姻を拒否しようとする論理にすぎない。

¹⁸⁴ 大村，前掲注 95，279-280 頁；大村，前掲注 17，64-65 頁。

¹⁸⁵ 風間，前掲注 131，39 頁。

¹⁸⁶ 角田，前掲注 40，32 頁。

3.2.3 婚姻の現代的実質とは？

婚姻や家族が「制度的なもの」から「個人的な事柄」へと変容していく過程で¹⁸⁷、異性間であっても、「婚姻と生殖との不可分の結合関係が失われると、婚姻の成立および維持についての社会的利益も重要性を減じ、婚姻法は主として夫婦の個人的利益の保護を目的とするものになる」¹⁸⁸。結局のところ、婚姻の現代的実質は当事者どうしの共同生活の保障に見ることができ、「社会通念上の夫婦となろう」という実質的意思もまた、「当事者どうしで共同生活を営もう」という意思として位置づけるべきだろう。同性カップル当事者であっても、単に同性どうしであるからあるいは生殖可能性がないからという理由で実質的意思が否定されるべきではなく、「共同生活を営もう」との実質的意思ならば当然観念することは可能であって、仮に実質的意思説をとったとしても、現行法上、同性婚は有効に成立する余地が残されていると言うべきである。

3.2.4 法的意思説の可能性

なお、実質的意思を、共同生活を営もうとする意思として解した場合、共同生活を前提としない関係性が否定されうるのが問題である。この点、判例は実質意思説をとりながらも、共同生活の具体的可能性がない臨終婚を肯定しており、結論としては妥当であるが、理論としては矛盾を抱える。他方、婚姻の実質たる共同生活というのは、実のところ内容が不明確であるという点も問題である。特にライフスタイルが多様化した現在、それぞれの婚姻当事者にはそれぞれの共同生活が存在するはずであり、定型な共同生活は観念できない。

これらのことは、とりまなおさず、婚姻の有効要件たる実質的意思を論じる意味合いが希薄になっているということを示しているのではないだろうか。このことから、婚姻自体の実質ではなく、法的婚姻によって発生する法的効果に着目して、それを享受しようとする法的意思があればよいとする、法的意思説¹⁸⁹が妥当であると思われる。法的意思説をとれば、同性間・異性間に関係なく、「法的効果を享受しよう」という意思を観念できるため、少なくとも実質的婚姻意思の問題として同性婚が否定される可能性は理論上消滅するはずである。

¹⁸⁷ 丸山、前掲注 152、特に 15-17 頁。

¹⁸⁸ 青山ほか、前掲注 176、179 頁（上野雅和執筆）。

¹⁸⁹ 二宮、前掲注 95、44-45 頁；内田貴『民法Ⅳ 親族・相続〔補訂版〕』東京大学出版会、2004 年、58-63 頁（ただし内田は、「法的意思説」という呼称は用いない）など参照。

3.3 婚姻障害該当説

3.3.1 概 要

この説は、仮に同性間に婚姻意思は観念することができたとしても、現行法の解釈論上、同性婚は婚姻障害に該当するために実質的要件を欠き、婚姻としては成立しないとするものである。この見解は、①法文上「夫婦」「夫」「妻」といった男女の別を示す用語が用いられていることや、②現行家族法は異性カップルとその間の子を想定していて同性カップルは想定外であることを足がかりとして、明文上の規定はないが、同性の者との婚姻は婚姻障害にあたり無効であるとするものであり、近時の有力説である¹⁹⁰。

3.3.2 想定外ならば除外？

確かに上記 2 点は、婚姻法が同性カップルを想定していないことの表れではある。

しかし、②に関しては、異性カップルの中でも子を持たない／持たないカップルに対しても同様のことが言えるはずである。現行家族法が異性カップルとその間の子を想定しているからといって、子を持たない／持たない異性カップルが排除されないことがないということは 3.2.2 三で述べた通りである。

それでは、子を持たない／持たない異性カップルが付与される婚姻の利益の中で、同性カップルに付与されるべきではない利益などあるのだろうか。唯一考えられるのは、嫡出推定の規定であるが¹⁹¹、これも子を持たない／持たない異性カップルにおける「推定の及ばない子」法理¹⁹²と同様に、同性婚の下で生まれた子については、嫡出推定が及ばないと解すれば足りる。その他、仮に同性婚当事者に適用されるのに適切ではない規定が存在したとしても、婚姻の効果規範の一つたる嫡出推定が及ぶことによる不具合を退ける法解釈であるところの「推定の及ばない子」法理と同じく、同性婚当事者には適用されないとの法解釈をすれば足りるとも考えられる——もっとも、異性婚姻夫婦に適用がある規定であって同性カップルに適用すべきではないような規

¹⁹⁰ 星野（茂）、前掲注 6，246 頁；星野英一『家族法』放送大学教育振興会，1994 年，59 頁；松川正毅『民法 親族・相続』有斐閣，2004 年，24 頁；内田，前掲注 189，75 頁；大村，前掲注 95，129-130 頁（ただし大村は、婚姻意思欠缺説に近い見解も示す。前掲注 151 参照）など。

¹⁹¹ 民法 772 条。例えば女性どうしが婚姻している場合で、一方女性が他の男性との子を懐胎した場合、他方女性の子であると推定されてしまう恐れがなくはない。

¹⁹² 例えば、夫婦が別居しており性行為がないなど、夫婦間の子が生まれないことが明白な場合に、嫡出推定を排除するものである（二宮，前掲注 95，163-170 頁など参照）。

定は、婚姻の本質視を排するならば、ほとんど皆無であるように思われる(せいぜい、寡婦年金などといった規定くらいであろうか。5.2.3 参照)。

2章で概観したように、同性パートナーシップの当事者は、婚姻制度から排除されることにより多大な不利益を被っているのである。仮に、条文の構造上、同性カップルが想定外であるとしても、そのみで婚姻に伴う利益のすべてを拒否する合理性は存しないであろう。

3.3.3 明文にない婚姻障害？

ところで、婚姻適齢や重婚禁止といった婚姻障害は全て法文上で定められ¹⁹³、それに違反した婚姻に関する効果も定められている¹⁹⁴。これに対して、同性婚に関しては明文上の規定がないのに婚姻障害があるとし、しかも「同性カップルの婚姻につき誤って婚姻届が受理されたような場合には、その性質上、取消の対象となるのではなく、無効となる」¹⁹⁵と解する点、たとえ①男女の別の文言が使ってあったとしても、法解釈論としていささか無理がなかろうか。

そもそも、婚姻障害に該当した婚姻があったとしても、当該婚姻は当然に無効ではなく、取消の対象となるに過ぎない。未成年者の婚姻における父母の同意要件に至っては、取消の対象にすらならない¹⁹⁶。なお、取消の効力は婚姻開始まで遡って生じることはないため、取り消されるまでの婚姻は有効である¹⁹⁷。

民法は婚姻の無効に関して、婚姻意思や届出を欠く場合「に限り」無効であると規定する¹⁹⁸。また、取消に関しては、民法 744 条～747 条の規定「によらなければ」取り消すことができないと定める¹⁹⁹。これらは、婚姻を無効にしても共同生活などの事実関係は消し去ることができないことから、婚姻を無効にする場合を制限するために設けられた規定であると言われる²⁰⁰。このことから、明文上規定されていない婚姻障害を認め、ましてやその効果を無効であると解することはできないと言わざるを

¹⁹³ 民法 731～737 条

¹⁹⁴ 民法 744～746 条

¹⁹⁵ 星野(茂)、前掲注 6, 246 頁。

¹⁹⁶ 民法 744 条 1 項反対解釈

¹⁹⁷ 民法 748 条 1 項

¹⁹⁸ 民法 742 条

¹⁹⁹ 民法 743 条

²⁰⁰ 有地、前掲注 168, 82 頁。なお「民法総則では、公序良俗違反で当然に無効となるはずの重婚や近親婚などが取消しの事由とされていることにも注目しなければならない」(同, 83 頁)。かかる見解によれば、同性婚が公序良俗違反(民法 90 条)であり無効であると解することもできないと言わねばならない。

得ない。

3.3.4 小 括

やはり，婚姻障害該当説もまた，婚姻意思欠缺説と同様，婚姻は本質的に男女間のものであって生殖を伴うものであるから同性間での婚姻は定義上あり得ないとの前提を受入れた上での結論にすぎないというべきであって，採用することはできない。

3.4 届出不受理説

3.4.1 問題設定

婚姻の成立には，実質的要件として婚姻意思の存在と婚姻障害の不存在が，形式的要件として届出が必要であることは既に述べた。同性間でも婚姻意思は存在し(3.2)，同性間というだけでは婚姻障害とはならないこと(3.3)をこれまでの検討で論じたが，それでは残る届出という形式的要件を満たし，現行法上同性婚が成立することは可能であろうか。これに関しては，家族法解釈論としては否定的にならざるを得ない。

3.4.2 民法・戸籍法上の根拠

婚姻は「戸籍法 [...] の定めるところにより」届出を行うことによって成立する²⁰¹。また，届出という要件は婚姻届の受理の時点で満たされるが²⁰²，その受理に関して民法は，731条～737条規定の婚姻障害や，「前条[739条]第二項の規定その他の法令」に違反しないことを認めた後でなければ受理することができないと定める²⁰³。「その他の」は，法解釈上一般に，前の事項が後の事項の例示であることを示すものであり，一方「前条[739条]第二項」は，当事者及び成年の証人2人以上から，口頭又は署名した書面で届出しなければならないことを規定する条項である。したがって，「前条第二項の規定その他の法令」とは，法令の中でも特に届出（婚姻の形式的要件）にかかる法令を指すと解され，そのような法令——具体的には戸籍法や戸籍法施行規則——に違反した届出は受理されず，婚姻も成立しないということになる²⁰⁴。

それでは戸籍法はというと，婚姻の届出があったときは，「夫婦について」新戸籍を

²⁰¹ 民法 739 条 1 項

²⁰² 大判 1941 [昭 16]・7・29 民集 20 卷 1019 頁

²⁰³ 民法 740 条（[] 内筆者注）

²⁰⁴ 同旨，青山ほか，前掲注 176，282-283 頁（大原長和執筆）。

編製し²⁰⁵、戸籍には「夫婦については、夫又は妻である旨」を記載しなければならないと定めている²⁰⁶。このことから、婚姻にあたっては「夫」となるべき者と「妻」となるべき者を特定する必要がある、婚姻届には、「夫になる人」「妻になる人」の双方を記名しなければならない²⁰⁷。「日本語で「夫」は「男」を指し、「妻」は「女」を指すから、婚姻届は男と女によってのみ、なされることになる」²⁰⁸。したがって、仮に同性カップルが婚姻届を戸籍係に提出しても、「夫」と「妻」の特定を欠いた不適法なものとなるため、受理されることはなく、同性婚は成立しないと言わざるを得ない（これを届出不受理説と呼ぶこととする）。

3.4.3 届出不受理説に対する反論の可能性

一 「誤って」受理される可能性？

戸籍係が婚姻届を受領した際には、形式的審査権²⁰⁹に基づき、戸籍上の性別記載²¹⁰を参照し、「夫」が法的に男であり、「妻」が法的に女であることを確認した上で受理するはずであり、同性どうしの「違法な」婚姻届が受理されることはほとんどないと思われる。しかし、仮に「誤って」当該届出が受理された場合、届出不受理説の下では、当該同性婚は有効に成立するのだろうか²¹¹。

この点、違法な婚姻届の受理に関しては、当事者間に婚姻意思が存在せず無効であるなど「本質的な事項」にかかる違法の場合は届出の効力を生じないが、証人を欠く、婚姻障害に該当している、形式的要件を欠く場合などの「比較的軽微な違法」の場合には、「いったん受理された以上その効力を否定しない扱いである」²¹²とされる。し

²⁰⁵ 戸籍法 16 条 1 項本文

²⁰⁶ 戸籍法 13 条 6 号

²⁰⁷ 戸籍法 28 条、同施行規則 59 条、附録第 12 号様式。なお、やむを得ない事由があるときは届書の様式によらずに届出をすることもできるが（戸籍法 28 条 2 項但書）、この場合でも特に重要な事項を記載しない届書は受理されないため（同 34 条 2 項）、「夫」「妻」の特定がない届書が受理されることはないと解される。

²⁰⁸ 角田、前掲注 40, 26 頁。

²⁰⁹ 青山ほか、前掲注 176, 283-284 頁（大原長和執筆）。

²¹⁰ 前掲注 13 でも触れたが、戸籍には性別記載欄というものは存在せず、長男、長女といった続柄記載から性別を知ることとなる（戸籍法 13 条 4 号）。

²¹¹ なお、前掲佐賀家審も「誤って」同性どうしの戸籍記載がなされたケースについてのものであったが、そもそも婚姻意思欠缺説に立ち婚姻が無効であることを前提とした審判であって、ここでの議論には当てはまらない。

²¹² 高妻新（田代有嗣監修）『全訂体系・戸籍用語事典』日本加除出版、1989 年、220 頁。同旨、青山ほか、前掲注 176, 283-284 頁（大原長和執筆）。なお、3.3.3 参照。

たがって、同性どうしの婚姻届を「本質的な事項」につき違法があると解するか否かが判断の基準となる。同性どうしであっても婚姻意思が観念でき、婚姻障害に該当しない——すなわち実質的要件を備えている——ことを重くみる場合には、当該同性婚は「比較的軽微な違法」たる形式的要件を欠くにすぎず、受理は有効であったと解し得るけれども、現行戸籍法において「夫になる人」と「妻になる人」の特定こそが婚姻届の本質的な記載事項であると考えらるならば、同性どうしの婚姻届には「夫になる人」「妻になる人」の特定を欠くという意味で「本質的な事項」につき違法があり、受理自体が無効であったとも解し得る。前者の見解によれば、当該同性婚は——父母の同意や証人要件を欠いた婚姻届の受理のごとく——成立・存続するということができるが、後者の見解によれば、届出受理という形式的要件は満たしておらず、戸籍訂正の対象となり²¹³、当該同性婚は当初より（あるいは将来に向かって²¹⁴）無効と解することとなる。法解釈としては苦しいけれども、同性パートナーシップの権利擁護を重視し、前者の見解を是としたい。

二 戸籍と婚姻の成立

このように、同性どうしの婚姻の成立が届出の受理不受理にかかるとする解釈は、戸籍が「個人の家族関係や属性にかかわる事実を登録し、公証する制度」²¹⁵にすぎないはずであるところ、法的な家族関係の発生が戸籍如何によるということを意味し、戸籍制度の範疇を超えたものであるとの批判が寄せられよう。確かに、実体法たる民法によれば同性婚は制限されていないのに、手続法にすぎない戸籍法が同性婚を制限していると解することは、法解釈として不自然とも思われる。この点を意識してか、他の2説——特に、婚姻意思の存在可能性を肯定しつつも同性婚が成立しないと解する婚姻障害該当説——は、明文の規定がないながらも、実体法たる民法上にその根拠を求めている。

しかしながら、法文上明確に同性婚を制限しているのは戸籍法のみである。同性ど

²¹³ 戸籍法 24 条, 116 条。なお、前掲佐賀家審は、重大な身分事項については、真実の身分関係につき当事者間で明白で争いが無い場合に限り 113 条による戸籍訂正をすることができると判示しており（種村好子「判批」『判例タイムズ』1036 号 173-174 頁参照）、この観点からは、婚姻当事者以外の親族等の申立てによる 113 条訂正は許されないであろう。また、婚姻行為自体は無効とはいえ（同性間であっても婚姻意思の合致は存在する）、114 条によることはできないと解する。

²¹⁴ 無効な受理に基づいていたとはいえ、戸籍上の記載が存在することで当該カップルの法的関係は公証されており、その間の事実上の生活は否定し得ないことからすれば、当該同性婚の効力は戸籍訂正より将来に向かってのみ否定されると解することも不可能ではなからう。

²¹⁵ 二宮、前掲注 95, 269 頁。

うしであるからといって婚姻が当然に否定されるべきではないということを念頭に置くならば、明文上の規定がないにも関わらず、民法上に同性婚の否定事由を読み込むことはできないだろう。さらに、家族関係の発生が戸籍如何によるということを問題視するとしたら、届出が婚姻の成立要件であると解する通説そのものも問題視されなければならないこととなる。届出を婚姻の成立要件のひとつとして容認するならば、戸籍法上の文言によって同性婚は成立しないと解するのも不可能ではないと思われる。

もっとも、こうした議論は、民法も戸籍法も同性どうしの婚姻ということを想定していないがために生じるものであろう。本来、立法府が同性婚を禁止しようとするのなら、そのことを民法典に盛り込まなければならないし、そうしたことが民法典に認められない以上、戸籍法で同性どうしの婚姻が制限されるということはあってはならないはずである。同性婚の禁止につきいずれの家族法上の説をとるにせよ、憲法論にまで遡って、戸籍法が同性婚を制限していることが妥当であるのか否かが判断されなければならない(4章)。

3.4.4 届出不受理説の利点

現行法下での同性婚の否定という同じ結論であり、かつ上述のような批判が想定されるにも関わらず、他の2説ではなく届出不受理説をとることの利点は、以下の3点にある。

第一に、婚姻意思欠缺説とは異なり、婚姻意思は観念し得るため、同性カップルであっても内縁／事実婚として保護される可能性が生じる。すなわち、内縁が準婚関係として保護される要件として、婚姻意思の存在が必要であるから²¹⁶、同性どうしならば常に婚姻意思を欠くと解釈する場合には、内縁としての保護も常に否認されかねない。同性カップルであっても実質的婚姻意思を観念できると解することにより、当該カップルが内縁／事実婚として法的に保護される可能性をもたらす²¹⁷。

第二に、法文上に明確な根拠規定が存在しない婚姻障害該当説とは異なり、法文上に根拠があるという意味において、①法解釈的に無理がないばかりか、②現行法上のいかなる規定が同性婚を禁止しているのかということを特定できることで立法政策上・司法審査上の争点が明確化されるし、③婚姻が異性間のものであるといった本質視に陥る可能性も低い。

²¹⁶ 二宮、前掲注95、145頁。

²¹⁷ 判例法による同性カップルの内縁／事実婚としての法的保障の可能性につき、前掲注17参照。

第三に、たとえ既婚者であっても、性同一性障害特例法による性別変更が認容される素地を提供し得る。現在は、現に婚姻している者は性別変更をすることができないが(2.1.1 八)、この制限は、既婚者の性別変更によって「同性婚の状態という、現行法秩序において解決困難な問題が生じてしまうため」²¹⁸、設けられたものである。確かに婚姻意思欠缺説や婚姻障害該当説によれば、性別変更をもって、それ以降の婚姻は無効と解される恐れがあろう。しかし、届出不受理説によれば、届出という形式的要件を満たせないがために同性婚が成立しないということにすぎない。他方、性同一性障害特例法は、性別変更しても、それ以前に生じた身分関係や権利義務には影響を及ぼさない旨を規定する²¹⁹。したがって、性別変更前に婚姻届が受理されて有効に成立した異性婚は、一方が性別変更したからといって無効になるわけではないと解し得ることとなろう。この結果、特例法の非婚要件を廃止しさえすれば、同性婚が法制化されずとも、既婚者に性別変更が認められる可能性が生じると考える(もちろん、かかる婚姻につき一旦離婚してしまうと、その後法的に同性の者と婚姻することはできなくなるので、同性婚の実現こそが本質的な解決であることは明らかであるが)。

なお付言するに、①実体法たる民法が同性婚を必ずしも制限していないにも関わらず、手続法たる戸籍法や同施行規則が届出の受理を拒んでいるすぎないということ、②民法は個人の尊厳と両性の本質的平等を解釈の基準としなければならないこと²²⁰、③「夫婦」「夫」「妻」という文言を、婚姻当事者であるということを示すものにすぎないと解し得る余地があること²²¹、④2章であげた通り、同性カップルが著しい社会的困難を被っていること、⑤判例も、行政機関は「少数者である同性愛者をも視野に入れた、肌理の細かな配慮が必要であり、同性愛者の権利、利益を十分に擁護することが要請されている」としていること²²²、などからすると、現行法下で、届出受理の許否は行政裁量の範囲とされ、行政が受理を決断することは許容される余地があるのではないだろうか。もっとも、法解釈論として苦しいものであることは否めず、やはり憲法論における違憲審査の可能性(4章)を追求するほうが望ましいと言える。

²¹⁸ 南野(知), 前掲注2, 88頁。

²¹⁹ 性同一性障害特例法4条2項

²²⁰ 民法2条

²²¹ 「婚姻」が必ずしも異性間のものではないと論じてきたのと同様に、「夫婦」も異性間に限らず婚姻の双方当事者を指す文言として捉えることも可能ではないだろうか。歴史的に見ても、「夫」・「妻」(いずれも「つま」と読む)という文言には性別が含意されず、男女を問わず「配偶者」を指してきたのである(『広辞苑[第5版]』岩波書店, 1998年)。

²²² 東京高判1997[平9]・9・16判タ986号206頁(前掲注1参照)

3.5 小 括

以上、現行の家族法の解釈として、同性間であっても婚姻意思が観念でき(3.2)、同性間であるというだけでは婚姻障害には該当しないけれども(3.3)、戸籍法上、婚姻の届出が不受理とされるために(3.4)、原則的に同性婚は現行法上成立しないと解すべきであると論じた。そして、この届出不受理説をとることで、婚姻意思が必ずしも否認されることはなく、内縁／事実婚としての法的保障の可能性を提供するなどのメリットがあることを指摘した。

かかる解釈を前提として、次章では、同性婚を禁じている現行家族法の規律につき、憲法上いかなる問題が存在するのかを論じていく。

(以下、本誌第3号)

執筆者紹介（執筆順）

榎澤 幸広（憲法）中央学院大学ほか非常勤講師

紙谷 雅子（英米法）学習院大学大学院法務研究科教授

清水 雄大（ジェンダー・セクシュアリティと法実務）明治大学大学院法務研究科法務専攻

澁谷 知美（社会学）東京経済大学講師

田宮 遊子（ジェンダー社会政策論）神戸学院大学経済学部講師

齊藤 笑美子（憲法）一橋大学大学院法学研究科特任講師

谷口 洋幸（国際人権法）早稲田大学比較法研究所助手

建石 真公子（憲法）法政大学法学部教授

法とセクシュアリティ 第2号

Law and Sexuality

2007 年 9 月 5 日 発行

発行者 性的マイノリティと法研究会

編集主幹 谷口 洋幸

事務局 〒169-8050 東京都新宿区西早稲田 1-6-1
早稲田大学比較法研究所 谷口洋幸研究室内

ウェブサイト <http://www.sekuhou.jp/>

印刷 株式会社 早稲田総研インターナショナル

〒169-8050 東京都新宿区西早稲田 1-6-1
電話 03(3202)8419

ISSN 1347-5657

〔論 文〕

日本における同性婚の法解釈 <下・完>

清水雄大

- 第1章 はじめに
 - 1.1 問題の所在
 - 1.2 本稿の構成
 - 1.3 用語の定義
 - 第2章 同性パートナーシップを法的に保障する必要性
 - 2.1 法的ニーズ
 - 2.2 社会的ニーズ
 - 2.3 個人的ニーズ
 - 2.4 当事者ニーズ調査の紹介
 - 2.5 小括
 - 第3章 同性婚の家族法解釈論
 - 3.1 婚姻の成立要件と同性婚
 - 3.2 婚姻意思欠缺説
 - 3.3 婚姻障害該当説
 - 3.4 届出不受理説
 - 3.5 小括
- 【以上, 本誌第2号 45-91 頁】
- 第4章 同性婚の憲法解釈論
 - 4.1 24 条
 - 4.2 14 条
 - 4.3 13 条
 - 第5章 現行法解釈の結論と残る立法論的問題
 - 5.1 現行法解釈の結論
 - 5.2 残る立法論的問題点
 - 5.3 むすびにかえて
- 【以上, 本号】

第4章 同性婚の憲法解釈論

現行家族法の検討では、どの説をとっても原則的に同性婚は成立し得ず、現行法が同性婚を禁じていることを明らかにした。ところで、憲法は国の最高法規であり、家族に関する法令や行政行為もまた他の法令と同様、憲法の制約を受けることは当然である²²³。したがって、同性どうしの婚姻届を不受理とする行政行為について適用違憲、

²²³ 憲法 98 条

同性婚を排斥していると解される民法や戸籍法などの条文について法令違憲、あるいは、同性婚を法制化すべきにも関わらずしていないことについて立法不作為違憲、といった疑いをかけることは可能である。逆に、同性婚を認容する立法がなされ、あるいは市町村等の行政裁量によって同性どうしの届出が受理され、一旦同性婚が有効に成立したとしても、婚姻の要件に関する通説よれば同性婚は実質的要件を満たさずに違法であり、または憲法 24 条の「両性」「夫婦」という文言から違憲で無効であるなどと、国や法定相続人等の利害関係人から主張されるおそれもある。これらのことから、憲法論の検討は、同性婚の法的可能性を論じるにあたって、必要不可欠である。

本章では、まず同性婚を禁止していると読めなくもない 24 条について検討した上で、同性婚は憲法上禁止されているわけではないことを明らかにし (4.1)、次いで同性婚の禁止が 14 条に違反しないか (4.2)、13 条に違反しないかどうか (4.3) の検討を通じて、同性婚がむしろ憲法上要請されており、現行家族法は違憲状態にあると論じる。

4.1 24 条

4.1.1 問題設定

憲法 24 条は、「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」維持されるべきことを定める²²⁴。このことから、憲法は、婚姻が「両性」＝男女間の合意のみに基づいて成立することを要求しており、この要求を満たさない同性婚を禁止している、と読めなくもない²²⁵。しかし、憲法は本当に同性婚を禁止しているのだろうか。結論から言えば、憲法 24 条が同性婚を禁止するといった解釈は成り立ち得ず、むしろ 24 条は、家族法が憲法 13 条や 14 条の精神によるべきことを定めたものであり、憲法上、同性婚が要求されているということを読み出すきっかけにすらなり得ると考える。

4.1.2 学説の検討

24 条に関しては憲法学説上さまざまな解釈が点在し²²⁶、近年でこそ 14 条の平等原

²²⁴ 憲法 24 条 1 項 (傍点筆者)

²²⁵ このように解するものとして、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。

²²⁶ 憲法学説上の 24 条解釈を概観したものとして、君塚正臣「日本国憲法二十四条解釈の検証——或いは

則の特別法的位置にあるとする説が多数とはなっているものの²²⁷、どの学説も通説と言えるまでには至っていない。しかし、まずどの立場であっても共通している解釈は、24条の規定が、旧憲法下の家制度を否定するものであるということである。そのような学説の状況は、横田耕一による次のような記述に集約されると言ってよいだろう。

憲法がいかなる「家族」を否定しているかは明確である。言うまでもなくそれは大日本帝国憲法時代の「家」制度のもとでの家族である。²²⁸

24条に関する解釈論は、現行憲法制定から60年経過した現在でさえ高まっているとは言い難く、家制度の否定ということ以外の趣旨を見いだすのに苦慮している。その理由のひとつ²²⁹として、現行24条の制定過程をあげることができよう。現行24条の原案であるマッカーサー草案23条のルーツとなったベアテ・シロタによる草案においては、家族の保護に関する詳細な規定をおいており、まさに「社会権として位置づけられていた」²³⁰。ところが、その規定は、マッカーサー草案、日本政府案の審議、帝国議会での審議を経るに従い、その規定及び性格は曖昧なものとなっていったという。すなわち、一方では、家制度の存続を求める保守派、他方では、ベアテ草案のような家族の保護を訴えるリベラル派のせめぎ合いの中、現行24条の条文は曖昧なものとなり、政府答弁もまたその意味合いを明確にすることはできず、「最大公約数的なものとして、ひとえに反封建主義・家族制度廃棄を宣言するものとして考えられてきたのである」²³¹。

かくして、24条の政治妥協的な制定過程は、同条の解釈論を家制度の否定にのみに狭くとどめる要因となった。その一方で、この制定過程から、24条の新たな意味を読

「『家族』の憲法学的研究」の一部として——」『關西大學法學論集』52巻1号、2002年、16-36頁；有倉遼吉、時岡弘編『条解日本国憲法〔改訂版〕』三省堂、1980、211-216頁；植野、前掲注225、82-84頁参照。

²²⁷ 芦部信喜『憲法学III 人権各論(1)〔増補版〕』有斐閣、2000年、57頁ほか、学説状況につき、君塚、前掲注226、27-29頁参照。

²²⁸ 横田耕一「日本国憲法から見る家族」『これからの家族(法学セミナー増刊総合特集シリーズ31)』、1985年、86頁。

²²⁹ 他にも、私法の領域たる家族規定の、公法たる憲法上の位置づけに、公法学者が苦慮しているということがあげられる(君塚、前掲注226、16頁、35頁)。

²³⁰ 辻村みよ子「憲法24条と夫婦の同権——『夫婦の平等』論再構成の試み」『法律時報』65巻12号、1993年、43頁。

²³¹ 君塚、前掲注226、14頁。なお、最大判1969〔昭44〕・12・24民集23巻12号2595頁は、憲法13条、14条、24条が旧憲法下の家制度を否定するものであることを明言している。

み込む説を展開するのが辻村みよ子である²³²。辻村は、24 条の制定過程が、旧来の家制度下の家族の存続を拒否したばかりではなく、団体としての家族——夫婦とその子からなる近代家族——に対する国家保護の徹底化をも拒否したものであり、「団体主義・家族主義に対抗する個人の自律と平等の徹底 [...] の方向 [...]」を選択したことを重視²³³する（「近代家族」の克服と「現代家族」の追求）。その上で、24 条は、個人の尊厳／幸福追求権を定めた 13 条や、法の下での平等を定めた 14 条での原則を家族に関して具体化したものであるとし、具体的には、24 条 1 項は婚姻・非婚・離婚・妊娠・出産・堕胎の自由や、夫婦同等の権利とそれに基づく婚姻維持の自由を保障し、同 2 項は家族法の制定・改廃に関する立法府の義務につき定める、と解する。このように 13 条と 14 条を家族に関して具体化したものが 24 条であると解する説は、近時有力化しているといえよう²³⁴。

4.1.3 学説法理の同性婚への適用

それでは、以上のような 24 条解釈は、同性婚をどう捉え得るのだろうか。以下、同性婚に関して、24 条が同性婚を（一）禁止しているのか、（二）要請しているのか、（三）要請を緩和しているのか、という 3 つのステージに分けて考察する。

一 24 条は同性婚を禁止するか

まず、家制度廃止の使命を帯びた 24 条は、家どうしの結婚であった家制度を否定し、当事者どうしの意思を尊重した婚姻へ改革するという意味において、「婚姻は、両性の合意にのみ基づいて成立」するべきことを定めたというべきであろう。また、「両性」という文言に関しては、旧憲法下で女性の権利が制限されていたことに鑑み、「男女とも権利である」ということを強調するために用いられたものと考えることができる。さらには、同性婚ということ自体が憲法制定当時にはまったく想定されておらず、当然、この条文の制定過程においても、同性婚の可否といったことは論壇にあがることはなかった。これらのことから、この規定の力点は、「両性」という文言による「異性性」にあるのではなく、当事者どうしの「合意」や、「男女間の平等」にあることは明白である²³⁵。むしろ、「両性」「夫婦」という文言が用いられていることは、同

²³² 辻村、前掲注 230。最近の著作でも同様の解釈を提示している（前掲注 33、162-164 頁など）。

²³³ 辻村、前掲注 230、43 頁。

²³⁴ 君塚、前掲注 226、29-32 頁；有倉ほか、前掲注 226、210 頁など。

²³⁵ 角田由紀子『性の法律学』有斐閣、1991 年、210-211 頁に同旨。

性婚ということを制定当時の憲法が想定していないということの現れ²³⁶であることは否めないけれども、それをもって憲法が同性婚を禁止していると解することは到底できない。3.2.2 などにおいて検討したように、婚姻が本質的に異性どうしのものであるというステレオタイプを排せば、24条が同性婚を「否定も肯定もしていないと考えるのが素直」²³⁷という段階までには、少なくとも到達するはずである。

二 24条は同性婚を要請するか

それでは、24条は同性婚を要請しているとまで読み込むことは可能であろうか。この点、当事者どうしの「合意」の尊重という24条の趣旨は、むしろ同性婚に適合的である。当事者どうしの「合意」以外によって婚姻は制限されるべきではないとすれば、同性どうしであるからといって婚姻は制限されるべきではないという意味で、同性婚を肯定する要因となりうる（婚姻の自由との関連で、4.3.2において再度検討する）。

さらに、辻村説を含めた近時の有力説によれば、24条は、家族に関する諸規定が13条・14条の精神によるべきであることを定めるものである。法文の上でも、24条2項は、「配偶者の選択[...]並びに婚姻及び家族に関するその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」²³⁸と定めており、個人の尊重を定める13条や法の下での平等を定める14条の意を酌むべきことは明白である。したがって、同性婚の禁止が13条・14条に違反するものであることを以降に論じていくが、仮にそうであるとするならば、24条が同性婚を要請すると解することも可能なはずである。

ただし辻村自身は、24条には家族関係に関する一定の「公序」を強制する役割が内包されており、個人の尊厳の徹底によって「公序」との抵触を誘発する矛盾要因を含むために、「理論的には、憲法二四条が一三条と対抗的關係にたつ局面がある」と指摘し、以下の通り、24条解釈としては、同性婚には否定的である。

憲法二四条は、個人の尊厳の徹底によって「近代家族」を克服するもの（その意味での「現代家族」像を追求するもの）であると同時に、将来は（同性カップル等からなる）「超現代家族」への展開にブレーキをかける方向に機能するものでもある [...]。 ²³⁹

²³⁶ 横田，前掲注 228，85-86 頁参照。

²³⁷ 星野（茂），前掲注 6，243 頁。

²³⁸ 傍点筆者。

²³⁹ 辻村，前掲注 230，46 頁。

しかし、「公序」を強制する役割が 24 条に存するとしても、それが直ちに同性婚の否定に結びつくとは結論づけることは尚早ではないだろうか。24 条の「公序」の強制という機能に着目する樋口陽一は、「公序」の意味あいを次のように述べる。

政治的権力のいわば下請けとして、個人を圧迫するはたらきを演じた [...]「家」の制度を解体し、個人の尊厳（それは今日では当然に両性の平等をも要求する）を核心とする日本国憲法のもとでふさわしい公序を家族生活に強制する、という意味を持つのが、憲法二四条である。²⁴⁰

ここでも対照されるのは、旧憲法下の家制度である。そして、個人の尊厳や平等原則の徹底を家族にも強制するという意味で「公序」という文言を用いている。したがって、同性婚を禁ずる現行家族制度が個人を圧迫しており、13 条＝個人の尊厳や 14 条＝平等原則が貫徹されていないとすれば、「公序」の強制という考え方は、それを除去することをも要請するはずである²⁴¹。

もっとも、樋口も、かかる憲法上の「公序」は、『両性』の本質的平等とのべているかぎりでは、同性の結合による『家族』を憲法上想定するほどには徹底していない²⁴²との留保をつけている。しかし、この「両性」が婚姻を異性間に限定するために用いられたのではなく、当事者間の合意の強調のために用いられたことは既に指摘した。仮にこの「公序」に基づく家族を、「異性愛の夫婦とその生物学的な子という近代家族のありかたに限定されている」と解するのならば、「家族の多元性を過度に損なう」²⁴³ことを帰結し妥当ではなく、個人・平等の理念が家族を規律する法にも反映されることを要請する 24 条の趣旨に違背することを意味する。

このように考えれば、「公序」論を持ち出すことで、「超現代的家族」の実現可能性を疑問に付すことはできず、むしろ、家族が 13 条・14 条を中心とする「公序」によるべきという意味で、辻村の元来の主張を強めているとすら言える。したがって、同性婚を 13 条・14 条が要請しているとすれば (4.2, 4.3), 24 条もまた同性婚を要請するものであると捉えることが可能になろう。

²⁴⁰ 樋口陽一『憲法 [第 3 版]』創文社、2007 年、277 頁。

²⁴¹ 植野妙実子もまた、「二四条が一三条を受けていることから『公序』自体を拡大することも可能と思える」（植野、前掲注 225, 83-84 頁）と指摘する。ただし植野は同性婚に関しては否定的である（同、85 頁）。

²⁴² 樋口、前掲注 240, 278 頁。

²⁴³ 野崎綾子『正義・家族・法の構造転換』勁草書房、2003 年、75 頁。

三 24 条は同性婚の要請を緩和するか ～法律婚主義と同性婚～

24 条が同性婚を要請し得ると解する場合、次のような反論が予想される。すなわち、24 条が法律婚主義の採用を宣明した条項であると解し、いかなる家族を法律上保護すべきかにつき広い立法裁量を与えたものであることを前提に、「二四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、「一四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」²⁴⁴といった主張である。この見解によれば、仮に 13 条や 14 条のみを見れば同性婚が要請されていると考えられる場合でも、24 条が存在するために、現在の同性婚を禁止している立法が正当化され得ることとなる。

確かに「憲法が法律上の家族と多様な人的結合体との全面的な同一扱いを要求しているとまではみなし得ず、どの程度同一扱いするかは立法政策に委ねられた部分が少なくない」²⁴⁵という点はあるとも思われる。最高裁が、婚外子法定相続分差別に関して、法律婚主義の採用などを理由に、「相続制度をどのように定めるかは、立法府の合理的な裁量判断にゆだねられているものというほかない」とし、合憲判決を下していることにも沿うものであろう²⁴⁶。

しかしながら、こうした考え方は、立法府の政策を無条件に容認してしまいがちであることに注意しなければならない。2 章で概観したように、同性カップルは多大な法的社会的困難を抱えている。にもかかわらず、マイノリティである同性愛者が、立法府においてマジョリティを説得して同性婚の法制化を主張するのは、社会的な差別感情もあいまって、困難が伴う²⁴⁷。「社会における少数派であり、かならずしも政治過程において自己の利益の保護が得られない者」の権利保護に資することこそ、「裁判所の役割のうち最も期待される分野である」²⁴⁸のだから、このような状況の中、広大な立法裁量を容認することは、司法府としての役割を放棄するものと問題化されるべきである。以下に記す野崎綾子の主張に同調する。

憲法二四条二項は、[...] 法律上の家族と事実上の家族を区別する根拠を与えるものの解

²⁴⁴ 米沢広一「憲法と家族法」『ジュリスト』1059 号、1995 年、8 頁。

²⁴⁵ 米沢、前掲注 244、8 頁。

²⁴⁶ 最大決 1995 [平 7]・7・5 民集 49 巻 7 号 1789 頁（婚外子法定相続分差別合憲決定）。

²⁴⁷ 2007 年に行われた参議院選挙及び統一地方選挙では、自らがセクシュアル・マイノリティーズであることをカミング・アウトして選挙に臨んだ者が複数出馬した（「性的少数者相次ぎ出馬へ」東京新聞 2007 年 3 月 18 日 26 面など参照）。しかし、現に当選できたのは、世田谷区議会議員の上川あや氏ただ一人である。

²⁴⁸ 戸松秀典『平等原則と司法審査』有斐閣、1990 年、350 頁。

釈をとることも可能である。ただ、かかる区別の根拠を与えると解する以上、家族について定める法律については、立法裁量を相当限定して、法律上の家族の多元性を確保せねば、特定の形態の家族のみを法的に保護することにつながるおそれがある。²⁴⁹

こうした見解を採用するならば、仮に法律婚主義であることを強調しても、その内実たる婚姻を異性どうしのものと限定する立法府の裁量は——同性カップルの法的社会的困難を勘案すればなお——立憲主義の観点から許されるべきものではなく、24条の規定をもってしても「緩和」し得ないものであると言うべきであろう。

4.1.4 小 括

以上、まず 24 条が同性婚を禁じていると解することはできないということを確認した。したがって、立法政策ないし行政裁量によって同性婚を実現せしめることには、なんらの憲法上の支障はない。

また、家制度を廃し、当事者どうしの合意を重視した立法過程からすれば、同性どうしであっても合意を尊重されるべきという意味において、同性婚を肯定する要素となりうることも確認した。

さらに、24 条が、13 条・14 条の家庭生活への適用を定めたものであるという理解を前提とすれば、13 条・14 条如何では、同性婚は要請され得るものであることを論じた。その際、24 条が法律婚主義を採用したため、家族法に関しては立法裁量が認められるべきであると解した場合であっても、同性婚を否定する理由とされるべきではないということも指摘した。

以降では、14 条（4.2）、13 条（4.3）を検討し、同性婚が憲法上要請されていることを明らかにしていく。

4.2 14 条

4.2.1 問題設定

日本国憲法は 14 条 1 項において「すべて国民は、法の下に平等であって、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、平等原則を掲げる。このことから、異性どうしの婚姻は法的

²⁴⁹ 野崎、前掲注 243, 76 頁。

に認められる一方、同性どうしの婚姻が法的に認められないということが、当該条項に違反するのではないかという疑いが生じよう。

ところで、憲法上の「平等」とは、絶対的平等の意味ではなく、「等しいものは等しく、等しからざるものは等しからざるように」とのアリストテレスの命題がごとく、「同一の事情と条件の下では均等に取り扱う」相対的平等を意味するもので、合理的な理由に基づいた別異取り扱いは許されるとするのが通説・判例である²⁵⁰。したがって、問題となる差別・区別が「合理的」であるかどうかが憲法上の争点となるが、どのような区別が「合理的」で、どのような差別が「合理的」ではないのかを判断することは、決して容易なことではない。実際に平等原則違反が問われたケースにおいて、裁判所はこれまで安易に法令等の「合理性」の存在を認める傾向にあり、必ずしも積極的・効果的に司法審査権²⁵¹を行使してこなかった²⁵²。そこで、近時の憲法学説の多くは、二重の基準（double standard）理論²⁵³を出発点として、どのような権利が差別されており、またはどのような理由で差別されているかによって、「合理的」な区別であるのか否かを審査する基準の厳格度を変化させる旨を主張している²⁵⁴。こうした立場は、現在では通説化していると言って差し支えないだろう。

同性婚に関する 14 条論においても、こうした議論が妥当する。すなわち、従来の通説・判例のように「法上取扱いに差異が設けられる事項 [...] と事実的・実質的な差異 [...] との関係が、社会通念からみて合理的であるかぎり、その取扱い上の違いは平等違反ではない」²⁵⁵と解する場合、法的な婚姻が異性どうしにのみ許され、同性どうしには許されないということは、「社会通念」からみれば「合理的」であるので、憲法 14 条には違反しないということが安易に結論づけられてしまう。ところが、こうした結論は、法的に重要な権利たる婚姻及びそれに伴う権利義務の平等な保障、あるいは立法過程から必ずしも利益を得ることができない少数者の保護をその責務とす

²⁵⁰ 芦部，前掲注 227，20 頁；辻村みよ子『憲法 [第 2 版]』日本評論社，2004 年，199-200 頁など参照。

²⁵¹ 憲法 81 条。「違憲審査権」「法令審査権」など，論者・文脈によって呼称は異なる（野中俊彦，中村睦男，高橋和之，高見勝利 2006『憲法 II [第 4 版]』有斐閣，2006 年，259 頁（野中俊彦執筆））。

²⁵² 戸松，前掲注 248，315-322 頁；君塚正臣『性差別司法審査基準論』信山社 1996 年，119-123 頁など参照。

²⁵³ 精神的自由が経済的自由に優越的地位を占めるため，これらの法による制限が問われた場合，前者が後者よりも厳格な基準で司法審査されなければならないとするもの。元来アメリカの判例理論であったが，日本でも広く受け入れられている。詳しくは，芦部，前掲注 183，213-245 頁など参照。

²⁵⁴ 辻村，前掲注 250，204-205 頁；芦部，前掲注 227，24-32 頁など。代表的な著作として，戸松，前掲注 248 参照。

²⁵⁵ 芦部，前掲注 227，21 頁（傍点筆者）。

べき裁判所²⁵⁶が判示するものとして、あまりにも安易な結論付けであると言わざるを得ない。以下では上述の憲法学説上の有力説に則って、同性婚を禁止する法令により、いかなる権利が(4.2.2)、どのような事由に基づいて差別されているのか(4.2.3)の検討により、いかなる厳格度の司法審査基準を採用すべきであるか(4.2.4)を論じた上で、実際にその基準が適用された場合にどのような結論が導き出されるかを考察し(4.2.5)、判例傾向との共通点を見いだすことによりその実現可能性を探る(4.2.6)という段取りを踏み、憲法14条が同性婚の実現を要請するものである旨を論じる。

4.2.2 いかなる権利の差別なのか

一 基本的人権にかかる平等原則違反の司法審査基準論

上述した平等原則違反の審査基準に関する代表的な論者である戸松秀典は、アメリカ判例法上の基本的権益(fundamental rights/interests)法理²⁵⁷や、二重の基準法理を背景に、次のように述べる。

精神的自由やその他の基本的人権 [...] について、法が差別しているという主張がなされたときは、裁判所は、それが不快な差別に当たるとして、合憲性の推定を排除した厳格な審査を行うべき [...] である。²⁵⁸

なお、ここにいう「その他の基本的人権」の内容は、「個人の尊厳や民主制の擁護という人権保障の基盤をなす原理にてらし、また、二重の基準の法理を適用することによって」²⁵⁹、判例を通して確定されていくべきものであるという。最高裁は2005年に在外日本国民の選挙権制限に関して、「国民に対して投票をする機会を平等に保障している」と選挙権の平等保障について言及した上で、「国民の選挙権又はその行使を制限することは原則として許されず、国民の選挙権又はその行使を制限するためには、そのような制限をすることがやむを得ないと認められる事由がなければならない」と、かなり厳格な審査基準を定立し、違憲判決を導き出した²⁶⁰。平等に関して援用した条項は憲法14条ではなく選挙権の平等を定めた憲法44条但書であり、主として選挙権そのものの権利内容が吟味された結果であるけれども、こうした判例の態度は、戸松

²⁵⁶ 戸松、前掲注248、350頁参照。

²⁵⁷ 戸松、前掲注248、53-66頁参照。

²⁵⁸ 戸松、前掲注248、325頁。

²⁵⁹ 戸松、前掲注248、326頁。

²⁶⁰ 最大判2005[平17]・9・14民集59巻7号2087頁(在外日本国民選挙権制限違憲判決)

の主張と同調するものであると解することも可能であると思われる。

二 「婚姻する権利」は「基本的人権」か

さて、こうした見解をとる場合、婚姻をする権利が「基本的人権」にあたるか否かが問題となる。この点、第一に、4.1 で見たように、憲法 24 条が、婚姻に関して個人の尊厳・平等に基づくべきであることを定めていること。第二に、4.3 で後述するように、個人の尊厳を掲げる憲法 13 条によって、(同性間であっても) 婚姻する権利は保障されていると解されること。第三に、2 章で概観したように、法的な婚姻には、法的にはもちろん、社会的経済的にも重要な利益や権利義務が付随すること。そして第四に、日本の憲法理論が多大な影響を受けているアメリカ判例も結婚が基本的権益のひとつであると解していること²⁶¹、以上の 4 つの要素を考慮すれば、婚姻するという権利は、ここにいう「基本的人権」のひとつであると言うべきであり、この権利が法に差別されているとすれば、当該法は、裁判所による厳格審査に服されるべきであると考ええる。

三 法律婚主義と司法審査基準

法律婚主義の採用により家族法制に関する立法裁量は広いとし、裁判所による厳格審査はなじまないとする反論も予想されるが、4.1.3 三で指摘した通り、同性婚に関して言えば、立法裁量は相当限定されなければならないはずであり、裁判所による厳格審査を否定する理由にはならないと考える。

なお、仮に比較的広い立法裁量を容認し、厳格審査がなじまないとした場合であっても、それは単なる合理性の基準であってはならないだろう。戸松もまた、「立法裁量論による手法を用いざるをえない」ような種類の権利であったとしても、「憲法保障の重い役割を担う司法審査制のもとでは、単純に立法裁量論に依拠することは制度の意義を損なうことになるので」、「裁判所は、個別に、事件ごとに、単なる合理性の基準によらない厳格度を増した合理性の基準を採用すべき」であると説くところである²⁶²。婚姻には上記 4 点の要素が認められる以上、同性どうしであっても婚姻は基本的人権の一つであり、仮に厳格審査を斥けたとしても、少なくとも厳格な合理性の基準によ

²⁶¹ Loving v. Virginia, 388 U.S. 1 (1967) は、結婚する自由を「秩序ある幸福の追求に欠かせない重要な個人の権利のひとつ」であるとし、「結婚は『基本的な市民的権利』の一つであり、生存の基礎である」とした(南野佳代「結婚する権利——法は愛を語るのか」棚瀬孝雄編『法の言説分析』ミネルヴァ書房、2001 年、209 頁参照)。なお、戸松、前掲注 248、56 頁も参照。

²⁶² 戸松、前掲注 248、325-327 頁。

るべきであると言える。

4.2.3 どのような事由に基づく差別なのか

ー 14 条 1 項後段列举事由に基づく平等原則違反の司法審査基準論

平等原則の審査基準論は、どのような事由に基づく差別かによって、審査基準の厳格度を変化させるべきとも主張する。すなわち、憲法 14 条 1 項後段はその法文上「人種、信条、性別、社会的身分又は門地により、[...] 差別されない」と定めている。一見すると、憲法は、これらの事由による差別のみを禁じ、その他の差別は許容しているようにも読めるけれども（限定列举説）、「すべて国民は、法の下に平等であって」とする同前段の趣旨を重視して、後段列举事由に限らず、すべての不合理な差別を禁じていると解するのが通説・判例²⁶³である（例示列举説）²⁶⁴。この学説・判例の結論は妥当なものであった一方、「合理性」の判断の基準の曖昧さが、平等原則を裁判所が効果的に運用するのに支障となったことは前述の通りである。そこで、近時の学説の多くは——論者によって理由付けや効果において若干の違いはあるものの——後段列举事由に基づく差別の場合には、憲法が列举している以上原則として許されるべきではないことを憲法が要請していると解して、それ以外の事由に基づく差別の場合よりも厳格な司法審査を及ぼすべきと主張する（特別意味説）²⁶⁵。

特別意味説をとるとすると、後段列举事由のいずれか該当するのか否かが、司法審査基準を決定する上で——とりもなおさず 14 条違反にあたるか否かを考察するにあたって——重要な関心事となる。それでは、同性どうしでの婚姻の制限という差別・区別は、後段列举事由のいずれかに該当するのだろうか。

二 「性別」

まず、同性婚の制限は「性別」による差別にあたると考えられる。すなわち、同性の者との婚姻を望む女性にとってみれば、女と婚姻する権利が男のみに限られている

²⁶³ 最大判 1950 [昭 25]・10・11 刑集 4 巻 10 号 2037 頁（尊属傷害致死重罰合憲判決）

²⁶⁴ 高橋和之、大石真編『憲法の争点 [第 3 版]』有斐閣、1999 年、80-81 頁（手塚和男執筆）；芦部信喜（高橋和之補訂）『憲法 [第 4 版]』岩波書店、2007 年、129 頁；辻村、前掲注 250、200-201 頁など参照。

²⁶⁵ 戸松、前掲注 248、特に 325-329 頁；君塚、前掲注 252、特に 126-133 頁；高橋ほか、前掲注 264、80-81 頁（手塚和男執筆）；辻村、前掲注 250、204-205 頁；芦部、前掲注 227、22-23 頁など参照。なお、審査基準の厳格度の違い強調する場合、「二段の基準論」ないし「二段階審査基準」（論者によっては、「三段」「三段階」）などと呼ぶ。先述した「二重の基準論」にヒントを得ながらも、それとは異なる概念である（戸松、前掲注 248、334 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（および婚姻に付随する権利義務・利益）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（むろん、逆もしかりである）²⁶⁶。4.3.2 でも述べるが、婚姻において、配偶者として誰を選択するのかというのは、決定的に重要な事項であることは当然である。その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、とりもなおさず性別を理由とする差別である。

この立論のしかたには、男女問わず全ての者が同性の相手との結婚は許されないし、逆に、男女問わず全ての者が異性の相手との結婚は許されているという意味で、性別に基づいた差別といった問題を生じさせないのではないかと、といった疑問が呈されよう。しかし、日本国憲法の平等原則は、行政府・司法院が法を適用するにあたって人を差別してはならないという法適用の平等のみならず、立法府が定立する法そのものの内容も人を差別してはならないという法内容の平等をも要請している（法内容平等説・立法者拘束説）²⁶⁷。したがって、全ての者が同性の者との婚姻ができないということは、法適用において平等であると言えるけれども、法内容においても平等であるとは到底言えない。

ここで、アメリカの異人種間の婚姻について触れておきたい²⁶⁸。かつてのアメリカの多くの州では、人種隔離政策に基づき、異人種間の婚姻が禁じられていた。こうした法令の合憲性につき、1883年の *Pace v. Alabama*²⁶⁹ 連邦最高裁判決は、「異人種間婚姻禁止法はすべての人種に平等に適用されるのであり、白人も黒人も同様に他人種の配偶者を持ちえないのであるから、——分離していても平等であるから——平等保護条項に違反しない」²⁷⁰旨を判示していた。時を経て1967年、*Loving v. Virginia*²⁷¹ において連邦最高裁は判例を変更し、異人種間婚姻²⁷²を禁じるヴァージニア州法について、「白人支配維持のために考案された手段」であり、「人種の違いのみを理由とし

²⁶⁶ 1.3.2 の繰り返しになるが、ここでいう「男」「女」という性別は、法律上の性別であることに注意されたい。

²⁶⁷ 芦部，前掲注 227，14-17 頁。

²⁶⁸ ここでの記述は、南野（佳），前掲注 261，208-211 頁；北丸，前掲注 157；チョーンシー，前掲注 7，99-106 頁を参照している。

²⁶⁹ 106 U.S. 583 (1883)。

²⁷⁰ 南野（佳），前掲注 261，208 頁。

²⁷¹ 388 U.S. 1 (1967)。

²⁷² 白人を当事者とする異人種間婚姻のみが禁じられていた。

て結婚する自由を制限することは平等保護条項の中核的意味を侵害することは疑いが無い」²⁷³として、違憲判決を下した。こうした顛末は、婚姻の定義が時代を経て変化し得るものであることを示すものであると同時に、性別に基づく差別としての同性婚禁止を考えるに当たっても有益な視点を提供してくれる。すなわち、上記 2 判決で「異人種」であることを「同性」であることと読み替えることによって、同性婚の制限が性別による差別であるとの主張が突飛なものではないことが明らかになろう——婚姻が同人種間によるものであるという偏見を排したのと同様に、婚姻が異性間のものであるという偏見を排するならば。

三 「社会的身分」

(1) 学説の概要

また、同性婚禁止が、「社会的身分」に基づく差別にあたると解することは可能であろうか。「社会的身分」という文言の含意について、学説上、次にあげる 3 つの説が存在する。第一に、人が社会において、一時的ではなく継続的に占める地位と解するもの（広義説）、第二に、人が社会において一時的ではなく継続的に占める地位であって、容易には脱却できず、一定の社会的評価が伴うものと解するもの（中間説）、第三に、出生によって決定され、あるいは自己の意思で離れることのできないような、固定した社会的地位・身分と解するもの（狭義説）である。このうち、後段列挙事由につき特別意味説をとる場合は、中間説または狭義説が妥当するとされる²⁷⁴。

(2) 性的指向は「社会的身分」か

中間説または狭義説をとった場合、同性婚の制限は「社会的身分」による差別にあたるのだろうか。異性どうしの婚姻が許容される一方、同性どうしの婚姻が許容されないということは、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・区別であると捉えることもできるはずである。この点、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若干問題となる。仮に生来のものであることが明らかとなった場合には、中間説でも狭義説でも、その者の性的指向は「社会的身分」にあたるといえることができるだろう。しかし現状においては、その要因は必ずしも定かにはなっていないため²⁷⁵、

²⁷³ 南野（佳），前掲注 261，209 頁。

²⁷⁴ 以上，芦部，前掲注 227，47-52 頁；辻村，前掲注 250，206-207 頁。なお芦部は中間説を支持する。

²⁷⁵ 「現時点で最も広く受け入れられている意見は，『生物学的なもの・社会的なものの双方を含めて』数多くの因子が関与しているというものである」（サイモン・ルベイ（玉野真路，岡田太郎訳）『クィア・サ

特に狭義説を採用する場合に、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。

この問題は、当面、以下のように考えることが妥当であると思われる。まず、後段列挙事由をみると、「人種」「性別」に関してはおおむね生来のものであるということが出来るが、そこに「信条」が並列されていることは注目されてよいのではないか。

「信条」には、宗教上の信仰はもとより、広く思想上・人生上・政治上の主義・意見を含むと解されている²⁷⁶。仮に「自分の意思でない形で植え付けられた信念やいわゆる家の宗教のようなものと考えれば」²⁷⁷、生来のものであると解することもできるかもしれないが、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であると理解すべきだろう。したがって、「社会的身分」についても、先天性を強調して狭義説をとる必然性は薄れ、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という意味で、中間説が妥当するのではなからうか²⁷⁸。

これを性的指向について鑑みるに²⁷⁹、①生来のものか否かは判然としないが、少なくとも自らの意思で変更することはほぼ不可能な、一時的ではなく継続的な指向性であり²⁸⁰、②同性・両性への性的指向には否定的な社会的評価が付随しがちであって、かかる差別は根深く存在し、③同性・両性への性的指向を持つ者は社会の少数派で、そのスティグマともあいまって、立法過程で利益を得ることは困難であり²⁸¹、④4.3に述べるように、憲法 13 条の幸福追求権・自己決定権の精神によれば、自分の人生を生きるという意味においてセクシュアリティに関する自己決定は尊重されるべきで、

イエンス——同性愛をめぐる科学言説の変遷』勁草書房、2002 年、260 頁（〔〕内筆者注）。

²⁷⁶ 辻村、前掲注 250、205-206 頁；芦部、前掲注 264、130 頁；芦部、前掲注 227、35-37 頁。

²⁷⁷ 君塚、前掲注 252、163 頁。

²⁷⁸ これに対して、君塚正臣「同性愛者に対する公共施設宿泊許可——東京都青年の家事件」『憲法判例百選Ⅰ〔第 5 版〕（別冊ジュリスト 186 号）』有斐閣、2007 年、68-69 頁は、狭義説に立つことを前提に、同性愛の先天性を強調して「社会的身分」に含むことは可能であると論じ、結論を同じくする。しかし、性的指向に関する先天性には先述の通り疑問が残るし、そもそも先天的であるか後天的であるかのみを審査基準の厳格度を変化させる理由とすべきではないように思われるため、かかる解釈を提示するものである。

²⁷⁹ ここでの記述は、鈴木伸智「アメリカ合衆国における同性婚と家族（1）」『青山社会科学紀要』25 巻 2 号、1997 年、37-39 頁も参照している。

²⁸⁰ もっとも、こうした変更不可能性（immutability）を強調する場合、「同性愛者を『自然』とみなす限りにおいて、アーレントがこうえない危険とみなした、法の埒外への追放と同じ論理であることを忘れてはならない」との指摘がある（岡野、前掲注 165、63 頁）。

²⁸¹ 前掲注 247 参照。

それを理由として差別されてはならないはず²⁸²であることからすれば、中間説によれば「社会的身分」に該当するというべきである。

(3) 同性婚の禁止は性的指向に基づく差別か

もっとも、異性愛者も同性愛者と同様に同性の者との婚姻は禁止されるため、性的指向を分類基準として用いているものではない、といった、性別と場合と同様の反論が予想される。この場合、先ほどの性別は（少なくとも法的には）明確な属性であり、その属性に基づいて法が分類していることは、形式的に明らかであったけれども、かたや性的指向についてはその属性が明確ではなく、それに基づいて法による分類が行われているとは、形式的に見れば言い切れない。14 条 1 項は法律上の均一的扱いを意味する形式的平等を要請するにとどまるとするのが通説であり²⁸³、したがって形式的平等論においては、たとえ同性の者との婚姻が制限されていたとしても、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²⁸⁴。

ただし、「法の下での平等に言う『平等』の意味は、実質的平等の思想を抜きにして解することはできないので」、司法審査にあたっては「実質的平等の趣旨が最大限考慮されなければならない」²⁸⁵はずである。同性婚の禁止は、実質的には性的指向による分類・差別そのもの、すなわち、レズビアン／ゲイ／バイセクシュアル当事者たちが多大な不利益を被っている、いわゆる間接差別にほかならない。これが直接に裁判規範になることはないと解したとしても、審査基準の決定や目的・手段審査にあたって積極的に考慮されなければならないだろう。

4.2.4 司法審査基準の検討

以上、近時の司法審査基準論に則って、同性婚の制限を司法審査する際の基準につき考察してきた。①婚姻する権利は「基本的人権」のひとつであること、②14 条 1

²⁸² この点を強調すれば、「信条」による差別であるとの立論も可能かもしれない。

²⁸³ 辻村，前掲注 250，202-205 頁；芦部，前掲注 264，123-124 頁。これに対して実質的平等論を唱える論者も少なくない。

²⁸⁴ 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。Dean v. District of Columbia, 18 Fam.L.Rep. 1387 (D.C. Super. Ct. 1992)も次の通り判示する。「原告が自分たちの性的指向にもとづいて婚姻許可状の発給を拒否されたと主張するのは的確ではない。…婚姻許可状を求めるカップルが同性であれば、たとえ彼らの性的指向が異性愛指向であっても、同様に扱われる」(鈴木，前掲注 9，234 頁)。

²⁸⁵ 芦部，前掲注 264，124 頁。ただし、「実質的平等実現のための形式上の不平等を合理的差別として正当化するという消極的な意味をもつにとどまる」(辻村，前掲注 250，202 頁)といった見解によれば、司法審査にあたって考慮すらされない可能性もある。

項後段にいう「性別」による差別にあたること、③実質的には14条1項後段にいう「社会的身分」に該当すると解される性的指向による差別・区別にあたること、からすれば、同性婚の禁止が平等原則に違反しないかどうかの司法審査は、厳格審査によるべきであるとする。

なお、学説では、アメリカ判例にしたがって、「性別」による差別・区別が問われた場合の審査基準は、厳格審査基準よりも緩やかな「厳格な合理性の基準」(中間審査基準)によるべきであるとする説²⁸⁶を主張する論者も多いが、その根拠が不明確であることなどから、説得的ではないとする有力な批判がある²⁸⁷。本稿も、後者の批判に与し、「性別」に基づく差別は厳格審査によるべきであるとする説を採用したい。

また、法律婚主義から、司法審査基準に緩和が生じるとする立場によれば、厳格審査よりも緩やかな審査基準が適当するとされるかもしれないが、同性婚に関してその考え方が妥当であるとは言えないことは既に述べた(4.2.2三, 4.1.3三)。

仮にこれらの理由によって厳格審査よりも緩やかな審査基準が妥当であると解したとしても、単なる合理性の基準ではなく、厳格な合理性の基準によるべきであることは言うまでもないだろう。

4.2.5 司法審査基準の適用

一 概要

緩やかな合理性の基準の下では「立法目的が正当であり、目的と目的達成のための手段との間に合理的関連性がある」ことが求められるにすぎないが、厳格審査基準の下では「立法目的が必要不可欠(やむにやまれぬ公共利益を追求するもの)であり、目的達成のための手段が必要最小限度のものである」ことを、それらの中間にあたる厳格な合理性の基準の下では「立法目的が重要であり、目的と目的達成のための手段との間に事実上の実質的関連性がある」ことを求められる。このうち、後の二つの場合、通常立法に与えられる合憲性の推定が排され、合憲を主張する側(立法した国や自治体等)の責任で、当該立法の目的・手段が上記の基準を満たすということを挙証しなければならぬとされる(挙証責任の転換)²⁸⁸。それでは、厳格審査または厳格な合理性審査

²⁸⁶ 芦部, 前掲注 227, 30 頁など。

²⁸⁷ 君塚, 前掲注 252, 特に 123-142 頁; 辻村, 前掲注 250, 204-205 頁も同旨。

²⁸⁸ 以上, 芦部, 前掲注 227, 27-31 頁; 辻村, 前掲注 250, 204-205 頁; 高橋ほか, 前掲注 264, 80-81 頁(手塚和男執筆)。

の下で、同性婚を制限している国会の立法が憲法 14 条への適合性ありと判断されるのか否か、裁判所による目的と手段の審査を想定し、明らかにしてみたい。

二 同性愛者の発生・増加の阻止

まず、国は、同性婚を制限する目的として、同性愛者の発生・増加の防止といったことをあげてくるかもしれない²⁸⁹。

この目的はふたつの側面を持つ。その第一は、同性愛者の増加そのものの問題視である。すなわち、同性愛者の発生・増加を阻止することで、性道德の維持²⁹⁰を目的とするために同性婚を禁止しているという主張である。第二の側面は、同性愛者が増えることにより、生殖奨励の利益に悪影響を及ぼすため、それらを防止する目的をもって同性婚を禁止するという側面である。後者は次項でまとめて検討することとして、ここでは前者について検討しよう。

確かに、近年の自然科学の発達を持ってしても、人の性的指向が同性の者に向かう生物学的原因ははっきりしていない(4.2.3 三参照)。生物学的要因によることが明らかでない以上、社会や人間関係が要因である可能性も否定できない。このことから、同性婚の法制化という社会的要因が整備されるということは、同性愛者を増やす原因となるのではないかと懸念する声があるかもしれない。

しかし、同性婚が法制化されたからといって、同性愛者が増えるということは必ずしも明らかではない。むしろ、異性婚しか許されていない現在の社会状況のなかでも同性愛者が存在するのと同様に、同性婚が許されようとも異性愛者は存在し続けることは明らかではあろう。また、仮に表面上増えたように見えても、同性婚が法制化されてカミング・アウトする同性愛者が増えたということに過ぎないかもしれない。

そして、そもそも同性愛者が実際に増えた、あるいは表面上増えたように見えるからといって、何か不具合があるのだろうか。「社会の秩序 [...] が乱れるという漠たる不安」²⁹¹が存在するのかもしれないが、そもそもその「社会秩序」自体が異性愛・ジェンダー秩序を前提としており、セクシュアル・マイノリティーズを切り捨てていることに留意しなければならない。こうした考え方は、異性愛が正常・望ましい性のあり方であるとする一方、同性愛が異常・望ましくない性のあり方であるとする考え方で

²⁸⁹ 鈴木、前掲注 279, 41-42 頁参照。

²⁹⁰ 鈴木、前掲注 279, 40-41 頁参照。

²⁹¹ 角田、前掲注 40, 33 頁。

あって、自己決定権を含む憲法 13 条の趣旨に相容れないホモフォビックな議論に他ならず、正当な立法目的たり得ない。

三 生殖の奨励（種の存続・少子化対策）

（１）概 要

国としては、生殖の奨励という目的をもって同性婚を禁止していると主張することも可能であろう。すなわち、生殖の可能性のある異性カップルにのみ婚姻を許し特権を与える一方、当事者間のみでは子を産む可能性のない同性カップルには禁止することにより、生殖の奨励という利益を得るというものである。前項で述べた同性愛者の増加防止目的における第二の側面も、子を産むべくも無い人が増えることで生殖奨励の目的に反するとして結びつく。生殖奨励の主張には、人間という種の存続を維持達成するために同性婚を禁止する必要があるとする主張と、近時問題化している少子化の対策のために同性婚を禁じる必要があるとする主張との二種類が含まれよう。

（２）目的審査

確かに、生殖の奨励というのは、重要なし必要不可欠な立法目的であるといえるかもしれない。特に、真に人間という種の存続が本当に危ういとすれば、当然必要不可欠な立法目的があることになるだろう。少子化対策についても、その政策課題としての当否については議論があるものの、一般的には重要な目的であるというように捉えられていることは確かである²⁹²。

（３）手段審査

しかしながら、目的の為にとられる同性婚禁止という手段は、到底必要最小限なものとはいえず、事実上の実質的関連性も立証不可能であろう。すなわち、同性婚を許容したからといって、異性婚は今までと同じように保護されることには変わらないのである。にもかかわらず、異性カップルにおける出生率が、同性婚の法制化により減退するということは、通常考え難い。仮に同性婚の法制化により同性愛者の人口が増加するのだとすれば——これが真であるかは不明であることは先述した通りである——出生率が減少することもあるかもしれないが、少なくとも種の存続に影響を与えると到底思えず、この点には単なる合理的関連性すら存しない。少子化対策という面からも、同性愛者の人口増加及びそれと出生率低下との事実的因果関係に関する立証責任は国側にあるはずだが、その証明は不可能であろう。

²⁹² 男女共同参画社会基本法前文、少子化社会対策基本法など参照。

また、既に 3.2.2 で論じた通り、異性婚においても、生殖と婚姻との関連性は揺らいでいるのである。抽象的にも生殖がなし得ない異性どうしの婚姻が肯認される一方、同性婚を禁止する理由として生殖の奨励目的を掲げたところで、目的手段間の事実上の合理的関連性の存在は疑わしい。マサチューセッツ州最高裁も、かかる主張には単なる合理性すら認められないとするところである²⁹³。

(4) 補 論

以上、生殖の奨励目的では、手段審査をパスできないことが明らかとなったと思われるが、ここで、性道德の維持目的と生殖奨励目的とにまたがる問題を指摘しておきたい。すなわち、仮にレズビアン／ゲイ／バイセクシュアル当事者が、同性婚が法制化されていない中、事実上異性婚を強制されて、異性愛的社会秩序・性道德の維持や少子化対策に有用などとみなされるのならば、むしろそれこそが重大な人権侵害であるというべきなのである。実際、レズビアン／ゲイ／バイセクシュアル当事者が、家族その他周囲の人々の圧力によって、自らの希望とは反する異性の相手と結婚し、子をもうけざるを得ない状況に追い込まれるということは少なくないと言われる²⁹⁴。同性婚の認容によって、このような不幸なケースが減少することが期待されるが²⁹⁵、これはまったく望ましいことであって、有害なことではない。

四 子の福祉の増進

(1) 概 要

子の福祉の増進のために同性婚を禁止している、との主張はどうだろうか。すなわち、同性カップルどうしでは（少なくとも現在の技術では）子をもうけることはできないが、養子縁組やいわゆる連れ子、生殖医療技術の利用、あるいは事実上の養子といったような形で、同性カップルが子育てをするということはある。この点、同性婚

²⁹³ Goodridge v. Department of Public Health, 440 Mass. 309, 331-32, 798 N.E.2d 941, 961 (2003).

²⁹⁴ 「自ら希望して」異性と結婚するレズビアン／ゲイ／バイセクシュアル当事者も多いと思われるが、同性と結婚するという選択肢はもとより存在しない中、果たしてその選択をした者の全てが「自ら希望して」と言い切れるかどうかは疑問である。なお、300 人のゲイに対して行われたアンケート中の人生設計に関する項目では、結婚について言及したものうち、異性とは結婚しないとする回答が 44 件に対し、異性と結婚する・したいとする回答が 23 件にのぼった（動くゲイとレズビアンの会、前掲注 111, 320-326 頁, 372 頁）。やや古いアンケートであるが、最近でも状況はさほど変わらないものと思われる。また、杉浦郁子、矢島正見「同性愛者のライフスタイル」善積京子編『結婚とパートナー関係 問い直される夫婦』ミネルヴァ書房、2000 年、110-111 頁も参照。

²⁹⁵ もちろん同性婚の法制化のみでは、同性婚を家族に反対される、または、カミング・アウトを恐れるなどの事情から、結局同じこととなりかねず、不十分である。同性愛の社会的な承認も必要であろう。

当事者により子の養育がされる場合に、その子の成長に「悪影響」を及ぼすので、同性婚を認めるべきではないという主張があり得る。一般的には、子の福祉がもっとも尊ぶべき立法目的と考えられていることは確かであろう。

(2) 「悪影響」は証明不可能 ～アメリカの判例から～

しかしながら、仮に目的審査をパスしたとしても、手段審査はパスできないだろう。すなわち、同性カップルに育てられた子の成長に「悪影響」があるということは、未だもって証明されていない。むしろ、アメリカでの同性婚の裁判例は、育ての親が同性カップル、ないし同性愛者であることのみでは、「悪影響」がないということを明らかにしている。

先にも触れた(3.2.2) ハワイ州の同性婚訴訟では、同性婚の拒否は厳格審査に服されるべきであり、差戻審においてやむにやまれぬ政府利益の存在が州により証明されない限り違憲である旨が判示された²⁹⁶。そこで州は、その後の差戻審において、やむにやまれぬ政府利益のひとつとして「子どもの最適発育条件を守る」という利益をあげ、精神医学や社会学、心理学の専門家4人に証言を求めて証明を試みた。しかしながら、その証明は失敗に終わったばかりか、逆に、「家族には多様性があり、片親や子のいない家庭もあるし、同性婚下でも子どもは育成され得る」ことが裁判所に認定される結果となった²⁹⁷。1999年のバーモント州での裁判でも州側の主張は同様に斥けられ²⁹⁸、2003年、マサチューセッツ州最高裁も「子どもの福祉を保護することは州のもっとも重要な政策であるが、婚姻を異性間に限定することで子どもを最適の環境で養育するという政策は必ずしも促進されない」などとして、同様に斥けている²⁹⁹。

(3) 「悪影響」とは？

ところで、同性婚を許すと子の福祉に「悪影響」がある、と言われるときの「悪影響」とはいったい何を指すのだろうか。ここで、その「悪影響」と呼ばれるものの正体につき若干考察してみたい。

第一に、同性カップルによって育てられた子が、同性愛者になる可能性が高くなる

²⁹⁶ Baehr v. Lewin, 74 Haw. 530, 852 P.2d 44 (1993).

²⁹⁷ Baehr v. Miiike, No.91-1394, 1996 WL 694235 (Haw. Cir. Ct. Dec. 3, 1996). 君塚正臣「判批」『アメリカ法』1998-1号, 1998年, 94-98頁.

²⁹⁸ Baker v. State of Vermont, 170 Vt. 194, 744 A.2d 864 (1999). 鈴木, 前掲注9, 227-225頁; 風間, 前掲注131, 39-40頁参照.

²⁹⁹ Goodridge, 440 Mass. at 333-34, 798 N.E.2d at 962. 紙谷雅子「判批」『アメリカ法』2004-2号, 2004年, 278-89頁.

として、それを「悪影響」として懸念することが考えられるが、二で述べた通り、そのような考え方はホモフォビアにすぎない。

第二に、子が、同性カップルに養育されていることが原因で、社会的にいじめや差別を受ける可能性が高くなるとして、それを「悪影響」として懸念することが考えられる。しかし、それは被害者を罰せよという誤謬であり、そのようなホモフォビアに満ちた社会状況そのものが問題視されるべきである³⁰⁰。あるいは、同性婚が法制化されていないからこそ、そのような家族形態が差別の対象となるのである。

第三に、父母（男女）どちらかが存在しないということから、父性または母性を欠いた養育となり、標準的な男／女の役割モデルや、ジェンダー・アイデンティティ（gender identity 性自認）を身につけるのに困難が生じるとして、それを「悪影響」として懸念することが考えられる。しかし、それならば、シングル・ペアレントの家庭など、いわゆる標準家庭以外の家庭に育った子どもたちに、かかる「悪影響」が出ているというのであろうか³⁰¹。そして、フェミニズムが指摘してきている通り、そもそもジェンダー役割の固定化そのものが問題視されるべきである。ジェンダー・アイデンティティに関わる性同一性障がい者などのトランスジェンダーの社会的困難もまた、その固定されたジェンダー役割観から生じているところが多いと言われる。

こうして注意深く観察すると、子の福祉への「悪影響」と呼ばれるものは、異性愛主義とジェンダー秩序の維持という観点から見た「悪影響」にすぎないということがわかる。したがって、仮に、異性愛主義及びジェンダー秩序維持の利益を「子の福祉」と言い換えて同性婚禁止立法の目的としているのならば、そもそも目的審査すらパスしないというべきであろう。

（４）事実上のレズビアン／ゲイ／バイセクシュアル・ペアレント

むしろ、「子の福祉」を抽象的に捉えて目的に据えたとしても、手段審査をパスしないということはアメリカでの判例の物語るところである。ところで、同性婚が認容さ

³⁰⁰ アメリカにおいて異人種の人々で構成されている家庭の子どもは差別されやすいことは事実であるが、*Palmore v. Sidoti*, 466 U.S. 429 (1984)は、「法は、直接的であれ間接的であれ、かかる差別に実効性を与えてはならない」(*Id.* at 433) などとして、白人女性が白人男性と離婚後に黒人男性と同居ないし婚姻をしたからといって、そのことのみをもって当該女性の親権を剥奪することは憲法違反である旨判示した。かかる論旨は、レズビアン／ゲイ／バイセクシュアル・ペアレントにも応用されるべきである（チョーンシー、前掲注 7, 154-155 頁参照）。

³⁰¹ *Baehr v. Miike* では、皮肉にも州側の証人が「性のアイデンティティを持つことは同性婚下で育った子どもでも可能である」と証言した（君塚、前掲注 297, 95 頁）。

れていない現在の日本でさえ、同性カップルが事実上の親となり、子を育てているケースが存在する可能性は極めて高い³⁰²。例えばバイセクシュアルの女性が異性婚において子をもうけた後に離婚し、親権者に指定され、その後同性パートナーと同棲し、事実上ふたりで子育てをしている、などという場合が典型的な例だろう。

このとき、法的には、生物学的母と子との間のみに親子関係があるに過ぎず、他方パートナーと子との間にはなんらの法的関係は存在しないため、相互の相続権や扶養を求める権利などは発生しない。この不当な状況を回避しようと、仮に他方パートナーが子と養子縁組をしたとしても——これが許可されるかどうかはわからないことは既に述べた通りであるが——、今度は当該養親パートナーのみの単独親権となり、実親パートナーは（法律上の親子関係こそ失わないものの）子に対する監護教育の権利義務、財産管理権、代表権などといった親としての権利義務（裏返せば子にとっての権利義務でもある）³⁰³を失うこととなる（2.1.1 十参照）。もし、同性カップルに婚姻が認められるのならば、その縁組により共同親権が付与されるのだから、かかる子の福祉への悪影響は、同性婚が禁止されることにより生じている。また、同性カップルたる両親は、婚姻制度から除外されることにより社会生活に困難を抱えているのであるから、この観点からも子の福祉にとって悪影響が生じ得るのである。

このように考えると、子の福祉の増進のためには、むしろ同性婚が必要であるとも言えるのであって、子の福祉の増進という目的と同性婚禁止という手段との間の関連性・正確性ともに欠けることがより明らかとなろう³⁰⁴。

五 家族秩序の維持

家族秩序の維持という立法目的はどうだろうか。この点、1995 年の最高裁決定では、憲法 24 条が法律婚主義を採用したものであると解し、法律婚の保護・尊重が正当な立法目的であるとして認定されている³⁰⁵。法律婚主義を認容し、立法府が定めた

³⁰² 日本の調査は存在しないが、例えばオランダでは同性カップルの 9%が、ドイツでは 13%が子と同居しているという（渡邊泰彦「同性カップルの法的保護」水野紀子編『家族——ジェンダーと自由と法』東北大学出版会、2007 年、157 頁）。また、アメリカでは 100～900 万人の子どもに最低一人のレズビアンまたはゲイの親がおり（チョーンシー、前掲注 7、152 頁）、女性同性カップルの家庭の 34%、同じく男性の 22%に子どもがいるという（紙谷、前掲注 299、285 頁）。

³⁰³ 民法 820 条以下

³⁰⁴ Goodridge 判決も同様の指摘をするところである（See, 440 Mass. at 333-36, 798 N.E.2d at 962-64. 紙谷、前掲注 299、280-281 頁、285 頁；羽瀧、前掲注 150、48 頁；チョーンシー、前掲注 7、186-187 頁参照）。

³⁰⁵ 最大決 1995 [平 7]・7・5 民集 49 巻 7 号 1789 頁（婚外子法定相続分差別合憲決定）

家族法は尊重されるべきだとすれば、当該家族法により規律される家族秩序は維持されるべきものとなり、ある立法がそうした家族秩序の維持を目的とするならば、その立法目的は正当視されることとなろう。

しかしながら、法律婚主義に基づく家族法にも、個人の尊厳や平等原則が及ぶべきことを定めたということもまた 24 条の意義であることは、4.1 において既に指摘した。すなわち、法律婚主義といえどもあらゆる立法裁量を容認するものではなく、13 条・14 条に反する家族規定を法が持っている疑われたならば、それに対して司法による憲法審査は及ぶべきであることは、いわば当然なのである。

さて、このように考えた場合、果たして家族秩序——その内実は、法律婚した異性愛の男女カップルと、その婚姻の下で生まれた生物学的子どものみが法的に保護されるという秩序——の維持は、必要不可欠ないし重要な立法目的と言えるのだろうか。3.2.2 でも検討した通り、そういった「伝統的」家族観は、同性カップルに限らず異性カップルにおいても揺らいでいるし、そもそもそうした家族観は「伝統的」でも「自然」でもなく、近代以後に出現したものに過ぎない。漠然と「家族秩序の維持」が必要不可欠ないし重要な目的として認められたとしても、その内実は「異性愛主義的・伝統家族秩序の維持」に他ならず、そういった意味での「家族秩序の維持」は、もはや正当な目的たりえないはずである。

百歩譲って、漠然と「家族秩序の維持」を目的として捉え、「異性愛主義的・伝統家族秩序の維持」を目的として間接的に承認したとしよう。しかし、その目的の達成のために、婚姻から同性どうしの関係性を排斥するといった手段は、必要最小限ないし事実上の実質的関連性があると言えるのだろうか。仮に同性婚が許可されたからといって、異性どうしの婚姻は、同性どうしの婚姻と同様、これまでと変わりなく尊重されるし、婚姻異性カップルの間に生まれた生物学的子もまた尊重され続けるのである³⁰⁶。婚姻制度を同性カップルに解放したからといって、婚姻制度を現に利用し、これから利用しようとする異性カップルには何らの不利益はないはずである³⁰⁷。他方、同性カップル当事者にとっては、同性婚が認められないということにより、多大な法的社会的な不利益(2 章)を被っていることはもちろん、憲法上の権利たる婚姻の自由、パートナー選択に関する自由やライフスタイルに関する自己決定権(さらに社会保障上

³⁰⁶ 鈴木, 前掲注 279, 43 頁参照。また, Goodridge 判決も同様の指摘をする (See, 440 Mass. at 337, 798 N.E.2d at 964-65)。

³⁰⁷ 角田, 前掲注 40, 32-33 頁参照。

の権益に注目するとすれば生存権をも）が侵害されていることさえ認められる（4.3 参照）。したがって、家族秩序の維持という目的を達するために、同性婚の禁止という手段をとることは、必要最小限でもなければ実質的関連性も認められない。むしろ、同性婚の法制化によって、「政府は、『あらゆる』家族を奨励し、保持する利益を得る」³⁰⁸ための一步を踏み出すこととなろう。

六 小 括

以上に検討した他に、同性婚を禁止することで得られる、必要不可欠ないし重要な目的・利益などあるだろうか。厳格審査や厳格な合理性審査では、合憲を主張する国が目的・手段の基準適合性を立証しなければならないのである。したがって、それを立証できないとすれば、同性カップルの婚姻制限は憲法違反であると言わざるを得ない。

4.2.6 判例の検討

以上、平等原則違反にかかる司法審査基準を検討した上で、それを適用し、同性婚禁止が憲法 14 条違反と判断されるべきであると論じたが、こうした司法審査が実際に行われなければ、まさに机上の空論にすぎない。以下では、(一) 日本の判例、(二) アメリカ・ハワイ州の判例を検討して、上述の結論が、実際の判例動向と比較しても、さほどかけ離れたものではないことを確認する。

一 日本の判例

日本では平等原則違反の司法審査例が充実しているとは言えない。いくつかの判例においても、緩やかな合理性審査によって、安易にその合憲性を承認してきたことは既に述べた。もちろん、同性婚に関する裁判が提起されたことは、先述（3.1.2）の佐賀家裁の審判³⁰⁹を除いては、皆無である。

そうした中でも、前述の婚外子法定相続分差別に関する 1995 年最高裁決定における 5 裁判官の反対意見は注目に値する。当該反対意見は次のように論ずる。

婚姻を尊重するという立法目的については何ら異議はないが、その立法目的からみて嫡出子と非嫡出子とが法的相続分において区別されるのを合理的であるとするのは、非嫡出子が婚姻家族に属していないという属性を重視し、そこに区別の根拠を求めるものであつ

³⁰⁸ 鈴木、前掲注 279, 43 頁。

³⁰⁹ 佐賀家審 1999 [平 11]・1・7 家月 51 巻 6 号 71 頁。むしろ、この事例も、平等原則違反が問われたものでもなければ、同性婚が成立すべきと主張されたものでもない。

て、[...] 個人の尊厳を立法上の原則とすることを規定する〔憲法 24 条の〕趣旨に相容れない。[...] 出生について何の責任も負わない非嫡出子をそのことを理由に法律上差別することは、婚姻の尊重・保護という立法目的の枠を超えるものであり、立法目的と手段との実質的関連性は認められず合理的であるということとはできないのである。³¹⁰

当該反対意見は、婚姻尊重が立法目的であることを認めつつも、14 条違反の審査基準として厳格な合理性の基準（本稿の主張する厳格審査基準ではないが）を採用し、婚外子の法定相続分差別規定³¹¹が違憲であると断じたものである。こうした見解は、学説でも広く支持されているところであるが³¹²、当該反対意見から、同性婚禁止に対する司法審査の手がかりを得ることができるようと思われる。すなわち、かかる論理によれば、異性カップルと同性カップルとが婚姻する権利において区別されるということは、性別（ないし実質的に性的指向）という、個人では変更不可能な属性を重視し、そこに区別の根拠を求めるものである。そして、そのことを理由に法律上差別することは、婚姻の尊重・保護という立法目的の枠を超えるものであり、立法目的と手段との実質的関連性は認められず、合理的であるということとはできないのである。

また、反対意見は次のようにも指摘する。

「...婚外子の法定相続分が婚内子の 2 分の 1 とする」本件規定は、国民生活や身分関係の基本法である民法典中の一条項であり、強行法規でないとはいえ、国家の法としての規範性をもち、非嫡出子についての法の基本観念を表示しているものと理解される [...] 同じ被相続人の子供でありながら、非嫡出子の法定相続分を嫡出子のその 2 分の 1 と定めていることは、非嫡出子を嫡出子に比べて劣るものとする観念が社会的に受容される余地をつくる重要な一原因となっていると認められるのである。

かかる論理によれば、国民生活や身分関係の基本法である民法典（ないし戸籍法）が、同じ 2 人の人間でありながら、異性カップルの婚姻を許可する一方、同性カップルの婚姻が禁止しているということは、同性カップルを異性カップルに比べて劣るものとする観念が社会的に受容される余地をつくる重要な一原因となっていると言うべきで

³¹⁰ 最大決 1995 [平 7]・7・5 民集 49 巻 7 号 1789 頁，裁判官中島敏次郎，大野正男，高橋久子，尾崎行信，遠藤光男の反対意見（[] 内筆者注）。

³¹¹ 民法 900 条 4 号但書

³¹² 芦部，前掲注 227，50-51 頁；君塚，前掲注 252，326-332 頁；辻村，前掲注 250，213-214 頁など。

ある³¹³。

むろん、婚外子差別と同性愛者差別をパラレルに位置づけられるかという問題が残るものの、法律婚をした男女とその婚姻中に生まれた生物学的子を基礎とする家族秩序・法秩序の周縁に存在するという点において³¹⁴、同視し得ると言えるのではないだろうか。そして重要なことは、日本の裁判所も、家族法上の規定の合憲性に関して、法律婚主義による広大な立法裁量を安易に認めずに、13条・14条の趣旨にそった判決を下し得るということである。

二 アメリカ・ハワイ州の判例

日本では同性どうしの婚姻について裁判で争われたことは無いが、他国においてはいくつかの例がある。このうち、アメリカ・ハワイ州最高裁が1993年に下した判決 *Baehr v. Lewin*³¹⁵は、世界で初めて、同性婚の禁止が憲法違反の疑いありとして下級裁判所に差し戻したものである。すでに本稿でもたびたび引用しているが、ここに再度詳しく取り上げることとする(3.2.2 二, 4.2.5 四も参照)。

原告 *Baehr* ら3組の同性カップルは、当事者が同性どうしであるという理由のみに基づき婚姻を認めないということは、婚姻上の地位を条件とする様々な権利および利益へのアクセスを奪うもので、平等保護条項に違反するなど主張した。ハワイ州最高裁は、結婚を「両当事者がエネルギーと努力だけでなく経済的資源をももちよるパートナーシップ」と解釈し、原告の主張を認容。同性であるということのみに基づいて婚姻許可状の発給を拒否することは許されないとし、性別に基づく差別は厳格審査に服すべきであるとした。その上で、同性婚の制限がやむにやまれぬ州利益によって正当化され、憲法上の利益を不必要に剥奪しないように限定された手段であることが、州により証明されない限り、違憲と推定されると判示し、原審に差し戻した³¹⁶。

1996年、州巡回裁判所での差戻審 *Baehr v. Miike*³¹⁷で、ハワイ州政府は、やむにやまれぬ政府利益として、①子やその他の人々の健康と幸福を保障する(子の最適発育条件を守る)、②婚姻生活における生殖を奨励する、③他法域においてハワイ州の婚姻

³¹³ 篠原光児「夫婦異性を考える」中西幸二編『イギリスの文学と社会的背景』北樹出版、1996年、211-212頁は、同じく婚外子相続分差別を違憲とした東京高決1993[平5]・6・23高民集46巻2号43頁を引き合いに、同旨の議論を展開する。

³¹⁴ 前掲注152参照。

³¹⁵ 74 Haw. 530, 852 P.2d 44 (1993)。

³¹⁶ 以上、鈴木、前掲注9、232-230頁；鈴木、前掲注279、34-36頁；南野(佳)、前掲注261、218-220頁。

³¹⁷ No.91-1394, 1996 WL 694235 (Haw. Cir. Ct. Dec. 3, 1996)。

の承認を確実にする、④州財政を守る、⑤同性婚承認によって合理的に予見できる影響から市民的自由を守る、といった5つの利益（立法目的）をあげ、証明を試みた。しかしながら、州はいずれの目的・手段の証明にも失敗し、婚姻法における性別に基づく分類は、その文言および適用において違憲である旨が判示されたのである³¹⁸。

この裁判例により、以下のことを再確認できるはずである。第一に、3.2.2などで論じてきたように、婚姻の本質は異性どうしという点にあるのではなく、婚姻に付随した法的社会的な権利義務にあるということ。第二に、そう解した場合、同性婚の制限が、性別による差別にあたると解することができ、その審査基準は厳格審査基準が適当であること³¹⁹。第三に、同性婚禁止に関して厳格な審査基準が用いられた場合、政府は必要不可欠な立法目的の存在や、必要最低限の手段であることを立証することができないだろうこと³²⁰。したがって、同性どうしの婚姻を禁止する立法は平等原則に違反する違憲立法であり、憲法14条は同性婚の法制化を要請していること、である。

4.2.7 小 括

以上、近時の司法審査論に則って、同性婚制限が、いかなる権利の、いかなる事由による差別であるかを検討した結果、婚姻という基本的人権の、「性別」（実質的には「社会的身分」たる性的指向）に基づく差別であり、厳格審査（少なくとも厳格な合理性審査）に服するべきであることを論じた。そして、審査基準を適用し、同性婚の禁止は憲法14条に違反すると結論づけた。さらに、日本とハワイ州の判例の検討で、そうした結論が実際の司法上でも妥当性を持つことを裏付けることができたと考える。

³¹⁸ 以上、鈴木、前掲注9、230-229頁；君塚、前掲注297。もっとも、3.2.2二で述べた通り、この裁判の後の憲法改正によって議会が同性婚を禁止する権利を有することとされたため、ハワイ州では今でも同性婚は実現していない（それと引き換えに、登録パートナーシップは実現している）。

³¹⁹ なお、後述（4.3.3二）アラスカ州裁判所の *Brause v. Bureau of Vital Statistics*, No. 3AN-95-6562 CI, 1998 WL 88743 (Alaska Super. Ct. Feb. 27, 1998) も、傍論において「同性婚の禁止は、憲法上、性 (sex or gender) にもとづく分類の禁止を示唆する」としたが、司法審査基準は厳格な合理性の基準によるべきであるという（鈴木、前掲注9、228頁）。

³²⁰ さらに踏み込んで、前掲マサチューセッツ州の *Goodridge v. Department of Public Health*, 440 Mass. 309, 798 N.E.2d 941 (2003) は、そもそも同性婚禁止は緩やかな合理性の基準にすら合致しないため、厳格審査を採用するか否かを判断する必要はないとする（*See, Id.* at 331, 798 N.E.2d at 961）。

4.3 13 条

4.3.1 問題設定

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、幸福追求権を保障する。学説は当初、この 13 条を、人権一般の基本原則であると解し、具体的な権利が 13 条から導かれるとは考えていなかったが、今日では、14 条以下（論者によっては 15 条以下）に列挙されていない新しい人権の根拠となる包括的規定であるとする説が通説である³²¹。幸福追求権の具体的内容に関しては、個人の人格的生存・自律に必要不可欠な権利・自由の総体であると解する人格的利益説と、あらゆる生活領域に関する行為の自由の総体である解する一般的自由説とが激しく対立しているが、いずれの学説においても、婚姻の自由や自己決定権といった権利は導出されよう³²²。

ところで、4.2 では、異性婚が認容される一方で同性婚が禁止されることが、平等原則に反すると論じた。他方、権利の平等を論じる以前に、同性婚が禁止されることで、婚姻の自由などといった固有の法的な権利・自由が侵害されていると立論することも可能なのは当然である³²³。そしてその検討は、13 条固有の権利侵害の審査としての意義のほかに、14 条違反か否かを判断する際の補強材料としての意義もあり、重要である（4.2.2 参照）。以下では、憲法 13 条によって保護されるべき固有の権利としての婚姻の自由が、同性婚の禁止という立法によって侵害されていないかを検討することを出発点として、ライフスタイルの自己決定権論もふまえつつ総合的に検討する。

4.3.2 婚姻の自由

まず、同性婚の制限は、憲法上の権利である婚姻の自由を侵害するものではないのだろうか。学説は、憲法 13 条ないし 24 条 1 項が婚姻の自由を保障していると解し

³²¹ 以上、辻村、前掲注 250、188-190 頁、芦部、前掲注 183、329-341 頁、高橋ほか、前掲注 264、70-71 頁（高井裕之執筆）参照。

³²² 一般的自由説につき、戸波江二「幸福追求権の構造」『公法研究』58 号、1996 年、1-27 頁、人格的利益説につき、竹中勲「自己決定権の意義」『公法研究』58 号、1996 年、28-52 頁参照。

³²³ 例えば、前掲注 260 でも触れた在外日本国民選挙権訴訟が典型的である。すなわち、選挙権の平等の問題として、日本にいる国民と、国外にいる国民との間に、選挙権に関して居住地に基づいた差別が存在すると立論ができるのと同時に、選挙権そのものの問題として、国外にいる国民の選挙権が侵害・剥奪されているとの立論も可能なのである。

ており³²⁴、下級審判決においても、13条や24条などを参照し「配偶者の選択に関する自由、結婚の時期に関する自由等結婚の自由は重要な法秩序の形成に関連しかつ基本的人権の一つとして尊重される」³²⁵べきであるとするものがある。

この点、異性の者とは婚姻することができるため、婚姻の自由の侵害という問題を生じないという見解もあろう。しかし、上述判示にも示される通り、婚姻の自由の核心部分には、誰を配偶者として選択するのかという自由・自己決定が含まれることは疑いがない。誰と婚姻するのかを自ら選択できない「婚姻の自由」など存在し得ないはずである。またそれは、当事者の意思など顧みない家どうしのものであった婚姻を否定し、当事者どうしの意思の合致の重視を要請する、24条の法意にもそぐわない（4.1.3一参照）。したがって、同性であるという理由で婚姻が許されないとしたら、それはとりまなおさず、配偶者の選択に関する自由を内包する婚姻の自由の侵害であるはずである。

また、憲法の保障する婚姻の自由は「異性婚の自由」に他ならず、「同性婚の自由」を保障するものではないのではないかとの疑問も呈されよう。24条が「両性」という文言を用いていることから、24条により保障される婚姻の自由の範疇には同性婚は含まれないと解することも、あるいは可能かもしれない。しかしながら、4.1.3一で論じたように、24条は、「異性どうしでしか婚姻は成立しない」という趣旨ではなく、「当事者どうしによる合意によってしか婚姻は成立しない」という趣旨において規定された法文である。このように考えれば、婚姻の自由の中に、同性どうしでの婚姻が当然に含まれないと解することは失当であろう。また、「婚姻は男女のもの」といった本質視を排せば、「異性婚の自由」と「同性婚の自由」とを区別する必要性は、毛頭存しないはずである（3.2.2など参照）。したがって、同性婚を禁止する法律は、婚姻の自由を制限するものに他ならず、かかる制限に合理性が無いとすれば（後述4.3.4）、違憲であるというべきである。

アメリカ・マサチューセッツ州の同性婚訴訟でも、同性婚の禁止は、州憲法のデュー・プロセス条項により保障される、市民権（civil right）としての婚姻の権利を

³²⁴ 婚姻の自由は24条1項によって保障されると解する説が有力であるが（例えば、樋口陽一、佐藤幸治、中村睦男、浦部法穂『注釈日本国憲法上巻』青林書院新社、1984年、561頁（中村睦男執筆）。また、4.1.2参照）、その位置づけは「憲法一三条が保障する幸福追求権の一環としての個人の人格的自律権ないし家族に関する自己決定権 [...] の具体化」（辻村、前掲注230、44頁）であるとされ、また、24条には「両性」という文言の問題もあるため、ここで扱うこととする。

³²⁵ 東京地判1966〔昭41〕・12・20判時467号26頁（住友セメント結婚退職制解雇事件）

合理的な根拠なく侵害し(加えて平等保護条項にも違反し)、違憲であると州最高裁が判示している³²⁶。

4.3.3 新たな自由・権利としての同性婚の可能性

一 概要

以上では、同性婚の禁止は婚姻の自由の侵害であると論じたが、それでも「両性」という文言の異性性を重視し、24条の婚姻の自由の保障によっては、同性どうしの婚姻の自由が保障されないと解した場合、13条の幸福追求権により、新たな自由・権利の一類型・一内容として、同性どうしの者が婚姻をする自由・権利が導出されると解することは可能であろうか³²⁷。

人格的利益説を支持する芦部信喜は、幸福追求権からの新たな憲法上の権利の導出に関して、特定の自由・権利が個人の人格的生存に不可欠であることのほか、その自由・権利が長期間にわたり国民生活に基本的なものであったか(歴史的正当性)、多数の国民により行使され得るか(普遍性)、他人の基本権を侵害するおそれがないか(公共性)など、「種々の要素を考慮して慎重に決定しなければならない」と説く³²⁸。こうした条件について、一般的自由説に立つ戸波江二は、特に歴史的正当性や普遍性に関して「権利の生成の要件としてはかなり厳しい」として留保する態度を示すものの、「しかし、一般論としては、主張された権利を憲法上の人権として承認する社会意識の存在は、突飛な人権主張を斥けるためにも必要であると思われる」と述べ、新たな自由・権利の導出には「当該権利を憲法上の人権と評価するだけの社会的必要性が客観的に認められ、かつ、国民の間で一般的に権利性を肯定する社会意識が存在すること」が必要であると解する³²⁹。

これらを同性どうしの婚姻の自由・権利について検討すると、芦部説によれば、歴史的にみて基本的な権利であったとは言えず、少数者故に必ずしも多数の国民によっ

³²⁶ See, Goodridge.

³²⁷ 例えば、竹中、前掲注 322, 39-40 頁は次のように述べる。『『婚姻の自由』は二四条の『両性』という文言に照らして、『男女によるもの』に限定されると解すべきであるが、そうすると同性間の共同生活の自由・性的交わりの自由などが、」親密な交わり・人的結合に関する「自己決定権の内容として検討対象となる」。もっとも、この文面のみでは、同性間の「婚姻」の自由に関してどのように考えているかは不明である。

³²⁸ 芦部、前掲注 183, 348 頁。なお、高橋ほか、前掲注 264, 71 頁(高井裕之執筆)；戸波、前掲注 322, 13 頁参照。

³²⁹ 戸波、前掲注 322, 13 頁。

て行使され得るといった普遍性があるかも定かではない。戸波説によっても、2章に見たように社会的必要性は認められたとしても、そうした権利を肯定する社会意識が存在するとは言い難く、新たな人権としての同性婚の自由・権利の導出には困難がつきまとうように思える。

二 アメリカ判例の検討

こうした問題を考えるにあたって、アメリカの判例が参考になろう。まず、ワシントン DC で提起された同性婚訴訟 *Dean v. District of Columbia*³³⁰において、1992 年、コロンビア特別区上位裁判所は、「同性婚を認容した州が現在まで存在しないという事実および歴史的背景からも、基本的権利と位置づけられるほど市民の伝統と良識に深く根づいているとはいえず」、同性婚の自由・権利は、連邦憲法修正 5 条規定のデュー・プロセス条項からは導出されないと判断した³³¹。上述した日本における幸福追求権論は、当該裁判所の判断と同様の結論に至るものと思われる。

他方、*Dean* 事件とは違った結論を下すのが、アラスカ州での同性婚訴訟 *Brause v. Bureau of Vital Statistics*³³²である。1998 年、アラスカ州上位裁判所は次の通り判示し、同性婚の禁止が違憲であるとした³³³。

「同性婚は『容認されていない』し、また人々の『伝統や共通の良心に根づいていない』のは自明である」が、「問題は、同性婚が、それが基本的権利といえるほどわれわれの伝統に根づいているかどうかではなく、自分自身のライフ・パートナーを選択する自由が、われわれの伝統に根づいているかどうかであり、「ライフ・パートナーの選択は、プライバシー権の保護に服」し、「州が憲法上保護された権利を剥奪するのに必要なやむにやまれぬ利益を証明することができないかぎり、憲法は、これを容認しない」³³⁴

³³⁰ 18 Fam.L.Rep. 1387 (D.C. Super. Ct. 1992). なお、この判断は、*Dean v. District of Columbia*, 653 A.2d 307 (D.C. Ct. App. 1995)により支持されている。

³³¹ 鈴木、前掲注 9, 235-233 頁。

³³² No. 3AN-95-6562 CI, 1998 WL 88743 (Alaska Super. Ct. Feb. 27, 1998).

³³³ やはりアラスカ州でも同性婚を禁じる憲法改正がなされており (Alaska Const. art. I, § 25), ハワイ州と同じく同性婚は実現していない。

³³⁴ 鈴木、前掲注 9, 228 頁。なお、羽瀨、前掲注 150, 52-53 頁は、ソドミー法を合憲とした *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186 (1986) が「ソドミーを行うという基本的権利」を問題としてかかる権利は認められないとしたのに対して、*Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003)が「成人としての私的行為を行う自由」こそが問題であるとして違憲判決を導きだしたことに照らし、同性婚の権利の問題ではなくパートナー選択の権利の問題であるとした *Brause* 判決の構成を是とする。

確かに同性婚という自由・権利が社会的に容認されているとは考え難いけれども、自身のパートナーを選択する自由・権利と読み替えれば、それは広く社会に容認されていると考えることができる。日本においても、婚姻の実質を見出すとしたら、それは当事者どうして共同生活を営もうとする点に見出すべきであり、あるいは実際にそう見出せることを 3.2 など論じたが、それと方向性を同じくするものであろう。

三 自己決定権の一環としての「パートナー選択の自由・権利」

アラスカ州裁判所はプライバシー権の一保障内容として構成しているが、日本の権利構造論としては、自己決定権、特に、「親密な交わり・人的結合の自己決定権」³³⁵の一類型・一保障内容として、パートナー選択の自由・権利が構成可能であると思われる。すなわち、憲法 13 条の幸福追求権から導出される自己決定権は、人が誰かをパートナーとして選択し（あるいはシングルなどの選択をし）、法律婚をするか否かを決定して生活を営むという権利を保障しているはずであるが、同性婚が禁止される一方で、異性婚により異性カップルが優遇されているという法制度の下では、同性の者をパートナーとして選択したり、異性との法律婚を選択しないという選択肢をとることは困難である。実際に異性の者との婚姻を事実上強要され、同性の者をパートナーとして選択できないという事態が少なくないということを既に指摘したが（4.2.5 三（4））、このような事態が認められる以上、同性婚の禁止は、セクシュアリティやライフスタイルに関する自己決定権を侵害するものであるとして、問題化されるべきである。

こうした立論に対しては、いくつかの反論が予想される。まず、保守的な見解としては、「婚姻の相手方を選択する自由も近親婚や重婚の禁止によって制限されるのであるから、ライフ・パートナーを選択する自由もある程度の制限を受けるのではないか」³³⁶といったものが考えられる。しかしこの見解に対しては、近親婚や重婚の禁止もまた婚姻の自由、ないし、パートナー選択の自由に対する制約に他ならないのであり、司法府による司法審査の対象となる、と指摘すれば十分であるように思われる。近親婚に関しては優生学的な理由から、重婚に関しては近代婚姻の本質から説明されることが多いが³³⁷、それらに合理性が存するののかという問題が提起されたならば、同性婚と同様、司法府による判断が下されるべき事柄である。

³³⁵ 竹中，前掲注 322，39-40 頁。

³³⁶ 鈴木，前掲注 9，228-227 頁。

³³⁷ 青山ほか，前掲注 176，197-203 頁，210-221 頁（いずれも上野雅和執筆）参照。

また、同性婚の禁止は、直接的に自己決定権を侵害するものではないのではないかという疑問も呈されよう。もちろん、同性婚が禁止されているようにも、同性の者を事実上のパートナーとして選択することは不可能ではないし、異性婚をしないという選択肢をとることも一応はできる。しかしながら、「ある生活形態を選択することによって、著しい経済的不利益を受けたり、道徳的に戦わなければならないとすれば、その生活形態を選択することは事実上不可能になる」³³⁸ことに留意しなければならない。このように考えれば、同性婚が禁止されていることで、実質的にセクシュアリティやライフスタイルの自己決定が阻害されていると言いききなのである。これに対しては、「特定の『ライフスタイル』を禁止しそれに違反した者を処罰するような場合には、憲法一三条もしくは三一条（刑罰謙抑主義）違反を問題にする必要性が生じてくるが、」³³⁹そのような場合が認められない以上、憲法一三条違反という問題を生じない、といった見解も生じ得る。確かに、自己決定権の問題のみでは、現行の同性婚禁止の違憲を論じるにあたって論拠不足であろうことは否めない。しかし、「一四条違反の問題として捉え、同条の下での手段審査の段階で、人的結合の自由の問題も織り込んで検討すべき」³⁴⁰だとすれば、13条で保障されたセクシュアリティやライフスタイルに関する自己決定権を実質的に侵害しているという実態は、4.2で論じた14条の違憲審査にあたって積極的に考慮されるべき事項であるということは確実であろう。

もうひとつはジェンダー・セクシュアリティ理論からの見解であるが、南野佳代によれば、結婚の自由・パートナー選択の自由などを基本的権利として構成することは、「情緒、献身、相互依存、関係の継続性・排他性を強調することで、愛情に基づく結婚・家族という近代的モデルを賞揚」することにつながるという意味において、「ロマンチックラブから抜け出せていない言説」にすぎない³⁴¹。こうした見解に対して、南野は自ら答える形で、「パートナーに対して責任を負う権利」として構成することを提言する³⁴²。そうすることで「『結婚する権利』は、情緒そのものではなく情緒を含む関係の中かから生じる責任を基礎」とすることになり、「ジェンダー秩序としての家族に

³³⁸ 二宮，前掲注 95，155 頁。

³³⁹ 米沢，前掲注 244，7 頁。

³⁴⁰ 同前。

³⁴¹ 南野（佳），前掲注 261，223 頁。こうした見解をふまえるならば、婚姻の法的権利義務に着目し、その平等分配を問題化（4.2）する方が、そうした危険性は少ないと言えようか。ただし、同、220 頁は平等原則違反という構成に対する批判も展開する。

³⁴² 以下、南野（佳），前掲注 261，223-224 頁による。

も変化を迫る面があるだろう」と指摘するのである³⁴³。責任という点を強調するだけで、こうした変化が生じるか否かは議論の余地があるが、仮にこうした見解を採用するのならば、自己決定権の一類型・一保障内容として「パートナーに対して責任を負う権利」として権利構成することも不可能ではないだろう——むしろ、婚姻の本質視から逃れることができるという意味において、様々な関係性（例えば複数間、あるいは子の養育など）を法的に保障できる可能性を秘めるものとして評し得るかもしれない。

4.3.4 小括と司法審査基準

以上、まず同性婚の制限は「婚姻の自由」の制限に他ならないということを論じた。また、仮に「婚姻の自由」の保障範囲に「同性婚の自由」が含まれないと解した場合、「同性婚の自由」という権利を幸福追求権から導出することは困難であろうこと、しかし、「パートナー選択の自由」ないし「パートナーに対して責任を負う権利」といった権利ならば、幸福追求権から導出される自己決定権の一類型・一内容として保障され得るということを指摘した。

もっとも、これらの権利も無条件に保障されたものとは言えず、権利の制約が「合理的」であればその制約は許されるのであるが、14条の場合と同様に、その司法審査の実質化・有効化の観点からの司法審査基準論が展開されることとなる（4.2.1 参照）。具体的には、幸福追求権から導出される自由・権利のうち、人間の尊厳や人格的自律・生存の核心にかかわる自由・権利に関しては厳格審査基準が適用され、周辺部分の自由・権利に関しては緩やかな合理性審査基準が用いられるべきであるといった見解が有力に主張されている³⁴⁴。

この点、自ら望む者と婚姻し・親密な関係性を築き（望まない者とは婚姻せず・関係性を築かず）、あるいは相互に責任を負う（あるいは負わない）ということを決定的にすることが、「自らの」人生を生きるという意味において最も尊重されるべき自己決定のひとつであると捉えるならば、そのような自由・自己決定権は人の人格的自律に不可欠なものと考えることができ³⁴⁵、司法審査にあたっても厳格な審査がなされるべきということ

³⁴³ ただし、同時にジェンダーによる労働の分配の危険性が伴うことをも認め、「ジェンダー秩序の意識的改革とともに進められねばならないであろう」とする。

³⁴⁴ 辻村、前掲注 250, 195 頁。もっとも、人格的利益説からは、人格的利益に不可欠でない自由にも保障を及ぼすために、他方、一般的自由説からは、人間の尊厳に関わる自由・権利をより厚く保障しつつ、「人権のインフレ化と人権保障の相対的弱化」（戸波、前掲注 322, 17 頁）を阻止するために、といったアプローチの違いはある。なお、一般的自由説の論者によっては人格的な要素を一切認めない立場もある。

³⁴⁵ 野崎、前掲注 243, 124-125 頁、および 2.3 参照。

になろう。これに対して、人格的利益説に立つ竹中勲によれば、自己決定権の内容を①生命・身体のある方についての自己決定権、②親密な交わり・人的結合の自己決定権、③個人的な生活様式の自己決定権、の三類型に整理³⁴⁶し、「一般的・抽象的には、三類型につき、[①, ②, ③]の順で、厳格なものから緩やかなものが妥当する」³⁴⁷という。かかる見解からは、「婚姻の自由」や「パートナー選択の自由」といった内容の自己決定権の審査基準としては、中間的な審査基準（厳格な合理性の基準）が妥当することとなるうか。

いずれにせよ、単なる合理性の基準ではなく、厳格度が高められた審査基準が用いられるべきであるということはいえよう。そして、14条違反の審査において4.2.5で検討したように、厳格審査ないし厳格な合理性の審査によれば、同性婚の禁止という手段によって「婚姻の自由」ないし「パートナー選択の自由」を制限することは、憲法13条に違反するという結論が導かれるであろうと考える。仮に、特に後者について、形式的には当該権利・自由が侵害されていないとして斥けたとしても、14条の司法審査の過程において、基本的人権たる当該権利・自由が実質的に制限を受けているという事実は重視されなければならないはずである。

第5章 現行法解釈の結論と残る立法論的問題

以上、3章、4章と通じ、同性婚に関する現行家族法・憲法の解釈論的検討をしてきたが、以下では、その結論をまとめ(5.1)、残る立法論的問題を指摘した上で(5.2)、本稿を締めくくることがしたい(5.3)。

5.1 現行法解釈の結論

5.1.1 家族法論として

一 同性間であっても婚姻意思は観念し得る

婚姻の成立の実質的要件として実質的意思が必要であるところ、同性間に実質的意思を認めることが不可能であるから同性婚は成立しないとする婚姻意思欠缺説が通説

³⁴⁶ 竹中、前掲注 322, 38-41 頁。

³⁴⁷ 竹中、前掲注 322, 41 頁（□ 内筆者注）。もっとも、「なお、個別具体的に検討せざるを得ない」と留保をつけている。

的見解である。しかしながら、婚姻の定義自体の恣意性・可塑性を前提とすれば、婚姻は男女により生殖を伴うものであるとする本質視は当然には妥当せず、その現代の実質は当事者どうしの共同生活にみることができると、同性間であっても「共同生活をしよう」といった婚姻意思は存在し得る。また、法的効果を享受しようとする意思に注目する法的意思説によれば、もとより男女である必然性はない。かかる解釈をとることにより、同性カップルにも内縁／事実婚としての保護を及ぼし得るなどのメリットがある。

二 同性間であることのみをもって婚姻障害に該当するわけではない

また、婚姻成立の実質的要件として婚姻障害に該当する事由が無いことが必要であるところ、現行家族法は異性間の婚姻を想定しているため、同性間の婚姻は婚姻障害にあたり、同性婚は成立しないとする婚姻障害該当説も存在する。しかしながら、婚姻の本質視を排せば、想定外であれば当然に除外するという議論は妥当しないし、そもそも明文規定がなく、かつその効果が（他の婚姻障害とは異なり）当然無効であるとするような婚姻障害を認めることは困難である。

三 形式的要件（届出）の具備は困難

では、同性婚は現行法上成立するかというと、戸籍法上、「夫」「妻」になる人を特定した届出でなければ受理されないため、婚姻成立の形式的要件を具備することができず、原則として、同性婚は現行法上成立しない（届出不受理説。ただし、行政裁量として、婚姻届を受理し得る可能性を指摘した）。

5.1.2 憲法論として

一 同性婚は憲法上禁止されることはなく、許容される

24 条の「両性」という文言は、同性婚を禁止するために用いられたものではなく、むしろ当事者どうしの「合意」を強調するために用いられたものである。「公序」としての家族論は、家族法分野にも憲法 13 条・14 条の原則が及ぶべきであることを明らかにしたものであり、同性婚が憲法上禁止されるという主張には援用され得ない。したがって、憲法は同性婚を禁止するものではなく、少なくとも立法論としての同性婚の法制化は、憲法上許容される。

二 同性婚は憲法上要請される

憲法 14 条によれば、法による同性婚の制限は、婚姻・婚姻に付随する重要な權益

といった基本的人権の、「性別」に基づく差別にあたる。また、13条によれば、法による同性婚の制限は、人格的自律・自己決定をいう上で最も尊重されるべき婚姻ないしパートナー選択といった固有の権利の侵害にあたる。そして、かかる差別ないし権利の制限は、司法府による厳格審査（少なくとも厳格な合理性審査）に服され、その結果、憲法違反であると結論づけられるべきである。

したがって、①通説的見解である婚姻意思欠缺説に立ち、実質的婚姻意思が認められず同性婚が成立しないと解した場合、民法742条1号³⁴⁸をそのように解釈し適用する限りにおいて適用違憲、②婚姻障害該当説に立ち、不文の婚姻障害があるために同性婚が成立しないと解した場合、民法・戸籍法その他関連法規をそのように解釈し適用する限りにおいて適用違憲、③届出不受理説に立ち、戸籍法上「夫」「妻」を特定しなければ届出を受理することができないから同性婚は成立しないと解した場合、戸籍法上「夫」「妻」の特定を求める規定³⁴⁹につき法令違憲、ないし、「夫」を男、「妻」を女と解しそれを適用する限りにおいて適用違憲、といった疑いを惹起し、憲法はこれら同性婚を妨げる法令・法解釈を廃し、同性婚の成立を要請するはずである。

5.2 残る立法論的問題点

かくして憲法は同性婚を要請するということを論じたが、憲法学の通説によれば、たとえ違憲判決が下されても、当該法令が当然に無効となって一般的効力を持つわけではなく、国会によって改廃されなければ、その効力を失うことがない（個別的効力説）³⁵⁰。また、婚姻関係の有無に関わる法令は、2章で概観した通り非常に多岐に渡っているために、同性カップルが婚姻関係に参入することで法的安定性に不具合が生じる事柄もあり得る。こうしたことを裁判所が重視すれば、一定の期間を定めて国会に立法を促し、その期限経過までは当該違憲判決は効力を発しないということを宣言したり（将来効判決）、あるいは、当該適用や法令を無効とせず違憲の宣言だけに止めるといった手法（事情判決）³⁵¹を用いることも考えられる。他方、裁判所による判決以前に、

³⁴⁸ 「人違いその他の事由によって当事者間に婚姻をする意思がないとき」に当該婚姻を無効とする。

³⁴⁹ 戸籍法13条6号、14条1項、16条、同施行規則59条、附録第12号様式など。

³⁵⁰ 野中ほか、前掲注251、306-313頁（野中俊彦執筆）。もっとも、いったん違憲判決が下されたのなら、行政がそうした法解釈および適用をすることを、憲法は期待しているとみるべきである（芦部、前掲注264、373頁）。

³⁵¹ 将来効判決や事情判決については、野中ほか、前掲注251、313-315頁（野中俊彦執筆）参照。マサチューセッツ州のGoodridge判決も、180日間の将来効判決であった（紙谷、前掲注299、281頁参照）。

国会が自主的に同性婚の成立を認容するような立法をすることも当然可能であるし、そうすべきである。こうしたことから、以下では、同性婚の成立に関わるものなど、直ちに立法が必要な事項(5.2.1)や、外国人が同性婚の当事者となる場合についての国際私法上の問題(5.2.2)、その他速やかに検討されるべき事項(5.2.3)につき、若干の立法論的検討を加える。

5.2.1 直ちに立法が必要な事項

一 「夫」「妻」など性別特有の文言

違憲判決は一般的効力を持たないために、少なくとも戸籍法上「夫」「妻」の特定が求められるような法令の規定が改正されない限り、同性どうしの婚姻届が受理されることはなく(3.4 参照)、訴訟当事者以外の同性婚は実現しない。また、成立要件にかかる部分でなくても、法文中「夫」「妻」「夫婦」など性別が特定されている用語法は改正されるべきであり、将来的には憲法 24 条の「両性」「夫婦」という文言も改正されるべきであろう。「夫」「妻」「夫婦」に代わるジェンダー中立的な用語法としては「配偶者」「婚姻当事者」、24 条の「両性」に代わる用語法としては「両当事者」「両者」³⁵²といったものが考えられようか。

二 性同一性障害特例法の非婚要件

現に婚姻している者は特例法に基づく性別変更が認められないが(2.1.1 八参照)、同性婚が認められれば³⁵³不要の規定であり、撤廃すべきこととなる。

三 養親子間の婚姻障害

現行法上、現に養親子関係にある者どうしはもちろん³⁵⁴、過去に養親子関係にあった者どうしであっても(たとえ離縁したとしても)³⁵⁵、婚姻をすることができない。同性カップルが法的保障を求めて、便法的に成年養子縁組をするケースがあると言われるが³⁵⁶、仮に同性婚が実現したとしても、現にあるいは過去に養親子関係にあった同性カップルは、同性婚に転換できないこととなり、不合理である。

³⁵² なお、本稿では深く立ち入ることはできないが、婚姻が 2 人に限られるべきではないと指向するならば、単に「当事者」か。

³⁵³ 認められずとも不要であることは 3.4.4 で論じた。

³⁵⁴ 民法 734 条、809 条

³⁵⁵ 民法 736 条

³⁵⁶ 前掲注 6

法解釈論としては、そうした養子縁組が「真の親子関係」を創設しようとする意思がなく無効であったと主張することで³⁵⁷、過去に遡って養親子関係を無効とし、婚姻禁止も無効とするといった対処法は考えられる³⁵⁸。しかし男女間においても、過去に養親子関係にあった者どうしの婚姻を禁止することは「不倫への応報的意味はあっても、真に問題を解決することにはならない」として、「立法論としては、法的直系血族関係終了後の婚姻禁止は廃止するのが望ましい」³⁵⁹という説が有力である。私見も廃止説に与したい（立法論にとどまらず、憲法論としても違憲の疑いがあると考え³⁶⁰）。仮に廃止されないとすれば、少なくとも同性どうしの養親子関係から婚姻への転換を認める特別立法が必要である。

5.2.2 国際私法上の問題

仮に同性婚が日本で法制化された場合であっても、日本人と外国人、または外国人どうしの同性婚には問題が生じ得る。すなわち、婚姻の実質的要件は当事者の本国法によるため³⁶¹、当該外国人の本国法で同性婚が禁じられている場合、原則としては、日本国内においても同性婚が成立しないこととなる。ただし、このように本国法によるとされる場合であっても、本国法が日本の「公序」に反する場合には適用されないとされる³⁶²。仮に日本で同性婚が認められるに至った場合には、同性婚を認めるという「公序」が形成されたと解し、たとえ外国人の本国法によれば同性婚が成立しないと解される場合でも、日本法に基づき当該同性婚は成立すると解すべきであろう（許容的公序）³⁶³。

³⁵⁷ 皮肉にも同性カップルの法的保障を妨げようとする者の主張を援用する形ではあるが。

³⁵⁸ 赤杉ほか、前掲注 6、60 頁に同旨。

³⁵⁹ 青山ほか、前掲注 176、227-228 頁（上野雅和執筆）。また、渡邊泰彦「同性登録パートナーシップ試案」『同志社法学』53 巻 9 号、2002 年、157-158 頁、177 頁も同旨。

³⁶⁰ これに対して、大阪高判 1976 [昭 51]・9・7 家月 29 巻 11 号 83 頁は、民法 736 条が憲法 24 条に違反するものではないと判示する。しかし憲法論的には、家族秩序（親子秩序）の維持という目的が仮に正当であったとしても、過去に養親子関係にあった者どうしの婚姻を禁止するという手段は、目的に対して過大包摂の手段であり、すでに親子関係が終了していることからしても目的と手段の間に関連性がなく、社会的身分による差別ないし婚姻の自由を侵害する規制として、違憲の疑いがあると考え。本判決は、現行家族法の養親子関係は実親子関係に引き寄せて考えるべきであるとして、性的結合を本質とする婚姻と相容れないが故に近親婚を禁止する 734 条を引き合いに、その合理性を前提として合憲である旨判示するが、そもそも婚姻の本質が性的結合であると解し得ないことは既に 3.2.2 などで述べた通りであるし、近親婚の禁止についてもその合理性が問われなければならない（4.3.3 三参照）。

³⁶¹ 法の適用に関する通則法 24 条 1 項

³⁶² 法の適用に関する通則法 42 条

³⁶³ 「本国法が異教徒間・異人種間の婚姻を禁じる場合でも日本法によりその婚姻の成立は許される」（青

こうした見解に対して、外国人の日本在留資格や国籍取得に「悪用」されるおそれがあるとして、外国人を当事者とする同性婚を制限すべきとの主張が生じる可能性もある。しかし、そもそも異性婚の場合もそうした「悪用」のおそれはあるわけで³⁶⁴、同性婚だけが制限される合理性は存しないはずである。

5.2.3 その他速やかに検討されるべき事項

以上の事項を考慮すれば、日本における同性婚の実現に大きな支障はないと言えるが、この他にも、同性婚の認容は、婚姻制度自体の改革の必要性をも惹起するものでもある。

例えば、寡婦年金などといった制度³⁶⁵は、婚姻が男女によりなされることを前提とした上で、「夫」たる男を亡くした「妻」たる女にのみ認められている制度である。このように「夫」と「妻」とで効果が違い、同性婚当事者に適用されるべきではないと考えられる規定に関しては、ひとまず同性婚当事者には適用されないと解釈することで対処可能であると思われる。が、その一方で、このように同性婚当事者への適用が困難な法令があるとすれば、そうした法令には性別による分類が存在するということを示唆するものでもある。これを寡婦年金について言えば、こうした制度が必要となる背景には、「夫」＝男が労働で賃金を得る一方、「妻」＝女が家内労働を担うという、異性婚当事者間の性別役割分業が存在し、それに基づき、法が性別による分類しているということが言える。婚姻適齢³⁶⁶や再婚禁止期間³⁶⁷の男女差別に関しても、同様に

山ほか、前掲注 176, 191 頁 (上野雅和執筆))。東京地判 1991 [平 3]・3・29 家月 45 巻 3 号 67 頁も、異教徒間の婚姻を禁止するエジプト法の適用は、信教の自由、法の下での平等を保障する我が国の公序に反すると判示している。同性婚についてもこうした事例と同様に解すべきである。

³⁶⁴ 在留資格や国籍取得のみを目的とする場合には、いわゆる「仮装婚」として、婚姻意思に欠け無効であると解するのが実質的意思説である (大村、前掲注 95, 126 頁)。法的意思説によっても、当該婚姻が「婚姻意思は、法的婚姻に伴う法的効果を全面的に享受する意思とし、効果の一部だけを欲している場合も、結果として効果を全面的に生じさせても当事者に問題を生じない場合は、有効な婚姻と認める」(二宮、前掲注 95, 45 頁)といった基準にそぐわないと解される場合は無効となる。異性婚でとられているこうした解釈を同性婚の場合にも適用すれば足りる問題である。

³⁶⁵ 国民年金法 49 条。なお、国民年金における遺族基礎年金も子のある妻のみに認められ (国民年金法 37 条の 2)、厚生年金における遺族厚生年金、労災や公務災害における遺族補償も、夫を亡くした妻の方が、妻を亡くした夫よりも優遇される (厚生年金保険法 59 条、労働者災害補償保険法 16 条以下、22 条の 4、国家公務員災害補償法 15 条以下、地方公務員災害補償法 31 条以下)。

³⁶⁶ 民法 731 条は、男は 18 歳に、女は 16 歳にならないと婚姻をすることができないと定めるが、これを同性婚に適用すると、女どうしの場合は 16 歳で婚姻できるが、男どうしの場合は 18 歳にならないと婚姻できないということとなり、明らかに不合理である。

³⁶⁷ 民法 733 条 1 項は、女は離婚後 6 ヶ月経過しないと再婚できないと定める。これは嫡出推定の重複を防止するために設けられているとされるが、これを同性婚に適用すると、男どうしても女どうしても、

ある。同性婚の法制化によって、かかる性差別的な制度はその合理性に疑問符が付けられ、改変の必要性に迫られることとなろう。

嫡出推定の制度も、「推定の及ばない子」法理により、ひとまず、同性婚当事者には適用されないとすることで対処できることを 3.3.2 で指摘したが、そもそも嫡出推定という制度、ひいては子育ての枠組みそのものが問われなければならないはずである。すなわち、4.2.5 四で検討したように、男女の婚姻カップルと生物学的子という近代核家族が、子の福祉に最善であるという証拠はどこにもない。むしろ、少子化の急激な進展、あるいは離婚の増加などの家族の多様化に直面し、近代的子育ての枠組みはまさに見直しを迫られているとさえ言えるのである³⁶⁸。近代核家族に閉じられた子育てのあり方を見直す契機として、同性カップルの子育てへの参入は重要なものとなるのではないだろうか。こうした視点によれば、まず少なくとも、同性婚当事者にも養子縁組や生殖技術の利用は認められるべきこととなろう（2.1.1 十も参照）。

5.3 むすびにかえて

以上、本稿は、日本における同性パートナーシップの法的保障の必要性・緊急性を前提として、家族法および憲法というふたつのレベルにおける同性婚の法解釈を展開し、現行家族法は同性婚を禁止しているが、憲法は同性婚を要請していると結論づけた。この解釈論の実践には、やはり当事者が実際の訴訟に持ち込んで裁判所の判断を仰ぐことが必要となろう。例えば、同性どうしの婚姻届を役所に提出し、おそらく不受理とされるであろうから、その不受理を不服として、家裁に対する不服申立て³⁶⁹、不受理取消・受理義務付けの行政訴訟³⁷⁰、ないし、不受理による精神的・財産的損害

当事者どうしで子を持つべくもないにも関わらず、女どうしのカップルが離婚した場合、6ヶ月を経過しないと再婚できないということとなり、これも不合理である。

³⁶⁸ 本稿ではどのように子育て・家族と法が見直されていくべきかを論じることではできないが、様々な議論が交わされている。家族関係は正義によって制約された契約関係によるべきであり、親子関係（必ずしも生物学的なそれには限定されない）については「信託（信認）関係」として捉えられるべきであると論じるものとして、野崎、前掲注 234、52-151 頁参照。家族の多元主義を強調するものとして、丸山、前掲注 152 参照。二宮周平「家族の個人主義化と法理論——家族法理論の再検討」『法律時報』74 巻 9 号、2002 年、26-32 頁は、野崎や丸山の議論をふまつつも、なおも自己決定ができない分野があるなどとして、沼正也の「私的保護法」という概念を今日的に展開する。ファインマン、前掲注 10 は、法的カテゴリーとしての婚姻を廃止し、メタファーとしての母子関係（これも必ずしも生物学的なそれ限定されない）の保護をなすべきとする。

³⁶⁹ 戸籍法 118 条

³⁷⁰ 行政事件訴訟法 3 条 2 項、6 項

につき国家賠償請求訴訟³⁷¹を提起し、そこで家族法・憲法解釈を争うということが考えられる。同性婚を認容する立法を国会が怠ったとして、立法不作為を理由とした国家賠償請求もまた、理論上は可能であろう。

もちろん、同性婚の禁止が憲法に違反するという本稿の結論は、近時に主張されている憲法学説を筆者なりに敷衍して得たものにすぎず、憲法学説と裁判所が下す判決との乖離が著しい現在の日本の司法実務からすれば、本稿と同様の結論を得ることは困難かもしれない。しかしながら、仮に原告敗訴となったとしても、同性パートナーシップ当事者にとっては必ずしも不利な結果をもたらすわけではなく、むしろ、社会における理解が進むという副次的な効果は無視し得ない。例えば、ドイツでは「約 250 組もの同性カップルが全国で一斉に婚姻届を提出し」、そのことが登録パートナーシップ制度の制定のきっかけになったという³⁷²。アメリカにおいても、当事者からも社会一般からも同性婚の実現可能性が疑問視されていた中で提起されたハワイ州の訴訟において、同性婚に肯定的な判決が出されたことが「同性婚を全米レベルの重要な争点へと押し上げる契機となった」³⁷³。最終的には同性婚を禁じる憲法改正が行われて敗訴したものの、結果として、全米そして世界における同性パートナーシップの法的保障の議論をより深化させていることは厳然たる事実である。

このように書くと、本稿は、法解釈としては極端に挑戦的ないし政治的であるとの批判があるかもしれない。しかし、およそあらゆる法解釈が何らかの価値判断を前提とせずには成り立たない、よりよい法を見出す営みであるとすれば、筆者はかかる批判は甘んじて受け入れるものである。もとより、本稿の議論は未だ粗削りなものであって、賛否を聞き入れないとするわけではない。同調・反対の両論含めて忌憚なき議論が交わされ、セクシュアル・マイノリティーズの権利擁護が図られること強く希望し、本稿を締めくくることとしたい。

(2007 年 8 月 20 日脱稿)

〔付記〕 本稿は、2006 年 3 月国際基督教大学教授会提出学士論文「日本における同性婚実現に向けた法的検討～『戦略的同性婚要求』の立場から～」の一部を再構成し、加筆訂正したものである。

本稿脱稿後も、同性パートナーシップの法的保障をめぐる世界の動きはめまぐるしいものがあり、

³⁷¹ 国家賠償法 1 条 1 項

³⁷² 谷口洋幸「同性婚の可能性をさぐる」伏見憲明編『クィア・ジャパン・リターンズ Vol.0』ポット出版、2005 年、128 頁。

³⁷³ チョーンシー、前掲注 7、178-179 頁。

2008 年に入ってから主な動きとして、5 月 15 日にアメリカ・カリフォルニア州最高裁が同性婚禁止を違憲とする判決を下し、6 月 11 日にはノルウェーの議会が同性婚を認容する法案を可決した（2009 年より施行）。また日本でも、同性パートナーシップの法的保障と直接ではないにせよ重要な関連性がある動きとして、6 月 4 日、最高裁により国籍法の婚外子差別を違憲とする判決が下された。ここでは、日本における同性婚の法解釈という本稿のテーマに関わるものとして重要なカリフォルニア州と日本の最高裁判決について、それぞれ簡単に触れておきたい。

まずは、アメリカ・カリフォルニア州最高裁の、同性婚を禁止する州家族法が州憲法に違反すると断じた判決である（*In re Marriage Cases*, 43 Cal.4th 757, 183 P.3d 384 (2008)）。これにより、カリフォルニア州がアメリカで同性婚を容認する 2 番目の州となった。本判決は、同性婚の禁止が、婚姻の権利を侵害すると同時に平等保護条項にも反するとした。ここまでであればマサチューセッツ州の同性婚訴訟と同様であるが、本判決は、平等保護条項についてより踏み込んで、①同性婚の禁止は性別（sex or gender）に基づく区別を構成しない、②性的指向は州憲法の平等保護条項上の疑わしき分類（suspect classification）としてこれに基づく区別は厳格審査の対象となり、③同性婚の禁止は性的指向に基づく区別を構成し、厳格審査をパスできない、との判断を示したことが注目される。これに対して本稿は、日本の法解釈として、①同性婚の禁止は「性別」（憲法 14 条 1 項）に基づく区別を構成する、②性的指向は「社会的身分」（同）としてこれに基づく区別は厳格審査の対象となるが、③同性婚の禁止は形式的には性的指向に基づく区別を構成しない、と結論した（4.2.3 参照）。実質的平等説が少数にとどまる日本では、本判決の性的指向に基づく差別論に直ちに従うことは困難であろうことからして、ひとまず本稿の結論を維持したいと考えるが、本稿は他方で、同性婚禁止は実質的には性的指向に基づく差別に他ならず、「性別」に基づく区別や婚姻の自由侵害の合理性審査の事情として取り込んで判断されるべきと主張しており、本判決はむしろこの論旨を補強するものである（ただし、性別に基づく区別を構成しないとした判断には疑問がある）。

そしてもうひとつは、日本の最高裁が、国籍法 3 条 1 項の婚外子差別（未婚の日本人の父・外国人の母を持つ生後認知された子のうち、父母がその後婚姻した場合（準正子）には届出による簡易な国籍取得を認める一方、父母が未婚のままでは当該方法による国籍取得ができない）を憲法 14 条 1 項に違反すると断じた判決である（最大判 2008 [平 20] 年 6 月 4 日裁時 1464 号 3 頁）。本稿との関係では、憲法 14 条の審査基準定立にあたり、①国籍は人権保障等にもかかわる重要な法的地位であるということ、②準正子となるか否かということは「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」であるということからして、合理性の有無を「慎重に検討することが必要である」と判示したことが注目される（4.2.6 一と対照）。本稿の依拠した近時の司法審査基準論の考え方が色濃く反映され、審査基準が高められた結果、違憲判決に結実したといえる。また、国籍法 3 条 1 項を違憲として単純に同条項全体を無効とするのではなく、同条項の合憲的・合理的解釈を施して本件原告らの国籍取得を認め、積極的かつ柔軟な違憲審査権行使の姿勢が示された——しかもそれは、婚外子の法的地位という、家族法制に関わる事柄に関して示された——ことも重要である。

これらふたつの判決の登場により、日本における司法実践としても、同性婚禁止する現行法が違憲との主張が受け入れられる土壌がさらに整ったものと思量する。

執筆者紹介（執筆順）

清水雄大（ジェンダー・セクシュアリティと法実務）明治大学大学院法務研究科法務専攻

綾部六郎（現代法理論）北海道大学大学院法学研究科

池田弘乃（法哲学）東京大学大学院法学政治学研究科博士課程

石田 仁（社会学）国際基督教大学ほか非常勤講師

松井直之（憲法）早稲田大学比較法研究所助手

矢島正見（社会学）中央大学文学部教授

法とセクシュアリティ 第3号

Law and Sexuality

2008年9月5日 発行

発行者 性的マイノリティと法研究会

編集主幹 谷口洋幸

事務局 〒169-8050 東京都新宿区西早稲田 1-6-1
早稲田大学比較法研究所 谷口洋幸研究室内

ウェブサイト <http://www.sekuhou.jp/>

印刷 株式会社 早稲田総研インターナショナル

〒169-8050 東京都新宿区西早稲田 1-6-1
電話 03(3202)8419

ISSN 1347-5657