

論説

同性婚訴訟判決についてのノート

——札幌地裁令和3年3月17日判決は同性婚を要請しているか

2019年度入学

今野 周

I. はじめに

(3) まとめ

3 小括

II. 事案の概要と判旨

- 1 憲法 24 条適合性（判決 2 (1) (2)）
- 2 憲法 13 条適合性（判決 2 (3)）
- 3 憲法 14 条 1 項適合性（判決 3）
 - (1) 婚姻の位置づけ（判決 3 (1) (2) ア）
 - (2) 区別取扱いの存在（判決 3 (2) イウ）
 - (3) 合理的根拠の有無（判決 3 (3)）

V. 判断枠組みをめぐる混乱

- 1 憲法 14 条 1 項適合性審査の判断枠組みと当てはめ
 - (1) 判断枠組み
 - (2) 当てはめ
 - (3) 問題の所在
- 2 「真にやむを得ない」基準は総合考慮か
 - (1) 判断枠組みの位置づけ
 - (2) 最高裁での用いられ方
 - (3) まとめ
- 3 本判決の判示は「真にやむを得ない」基準の適用であるか
- 4 本判決は判断枠組みの緩和に成功しているか
 - (1) 議論の順序
 - (2) 広範性の論証の失敗
 - (3) まとめ
- 5 小括
- 6 補論：内容面での積極説？

III. 今までの議論状況とその理由づけ

- 1 評釈において示されている理解
 - (1) （形式面での）消極説に立つもの
 - (2) 積極説に立つもの
 - (3) 立場を開いておくもの
 - (4) まとめ
- 2 消極説および積極説の根拠とその評価
 - (1) 消極説の根拠とその評価
 - (2) 積極説の根拠とその評価
 - (3) まとめ

IV. 憲法 14 条 1 項論と形式面での積極説の擁護

- 1 「法的利益」の分析
 - (1) 「法的利益」の内実
 - (2) 婚姻という「身分」と積極説
 - (3) 「法的利益」の理由づけと積極説
 - (4) まとめ
- 2 消極説への応答
 - (1) 「どのような制度を採用するか」の立法裁量？
 - (2) 異性婚のみを保護する憲法 24 条？

VI. 「婚姻」の尊重をめぐる問題

- 1 憲法 13 条と婚姻
 - (1) 憲法 13 条違反の構成
 - (2) 婚姻と制度
 - (3) まとめ
- 2 婚姻と愛
- 3 小括

VII. 結

I. はじめに

本稿は、札幌地判令和3年3月17日判時2487号3頁¹⁾(以下、「本判決」という。)について、その理由づけに分析を加えることで、結論のあるべき解釈を提示するものである。詳しくはⅡにおいて紹介するが、本判決は、現行法が同性婚を認めていないことについて、憲法24条および13条には違反しないものの、憲法14条1項に違反するとした。現在日本において重大な問題と考えられている同性婚について憲法判断をおこなった初の裁判例として、本判決は重要な意味を持っている²⁾。同性婚については、公益社団法人Marriage For All Japanが本訴訟のほかに、東京(第一次、第二次)、名古屋、大阪、福岡でも訴訟を提起しており、それらの訴訟においても本判決は論証および結論の参照点となると考えられる。それゆえに、本判決が下級審判決でありいまだ確定していないことを

考慮しても³⁾、本判決は検討に値する。さらに、本判決の論証は、憲法判断の枠組みのあり方や婚姻の趣旨といった、個別事案にとどまらない問題を提起しており(V, VIで後述)、その点でも検討する意義が認められる。

本判決の直後に、法学者が新聞などにコメントを寄せている。家族法学者の棚村政行は、「同性カップルや性的マイノリティーの人権を、たとえ少数でも守るべきものとして真摯(しんし)に受け止めた判決だ。」として評価する⁴⁾。また憲法学者の木下智史は「常識的で手堅くまとめられた判決」との評価を示している⁵⁾。他方で憲法学者の志田陽子は、「次はもう一步踏み込んで欲しい」として、24条による保障を同性婚に及ぼさなかったことは不十分であるとの認識を示す⁶⁾。総じて、その理由づけについては評価が分かれているが、結論には肯定的な評価が大多数を占める⁷⁾。その後、いくつかの評釈が公表された⁸⁾。そこでも、理由づけに疑問を呈するものもあるが、本判決を肯定的に評

1) 訴訟資料等は原告側がインターネットで公開している(https://www.call4.jp/info.php?type=items&id=I0000031#case_tab)。特記しない限り本稿が参照する準備書面や意見書も同ページの訴訟資料欄から閲覧したものである。

なお本稿が参照したウェブページは特記がない限りすべて2022年3月18日最終閲覧である。

2) 同性婚に関しては、本稿脱稿後に大阪地裁でも判決があった(大阪地判令和4年6月20日(平成31年(ワ)第1258号, LEX/DB 25592785), 結論合憲)。同判決について詳細な検討を加えることはできないが、本文末において追記として若干触れることとする。

3) 弁護士によると、「国会が動く様子を見せなかった」ため「同性間の婚姻制度を実現するためにより強いメッセージが必要であると判断」して控訴したという(皆川洋美「判批」法と民主主義558号44頁, 47頁(2021))。

4) 棚村政行「マイノリティー守る」朝日新聞朝刊名古屋本社版2021年3月18日, 35面。

5) 木下智史「区別する根拠ない」朝日新聞朝刊大阪本社版2021年3月18日, 36面。国際人権法学者の谷口洋幸も同様の評価をする(谷口洋幸「同性婚制度化への橋頭堡になるか 違憲判決の行方」(2021年3月25日)(<https://www.jiji.com/jc/v4?id=20210325iken0001>))参照。

6) 志田陽子「両性条文 本質は自己決定」朝日新聞朝刊東京本社版2021年4月21日, 13面。

7) 八木秀次は「極めて奇妙な判決」として本判決を批判し、一夫一婦制を擁護すべきであると主張しているが、こうしたコメントは法学者によるものとしてはごく少数に留まった(世界日報『『婚姻』はき違えた判決, 麗澤大学教授(憲法)八木秀次氏の話』(2021年3月18日)(<https://www.worldtimes.co.jp/picture/112578.html>))。

8) 本稿執筆時(2022年3月)現在、雑誌等に掲載された法学者によるものとして、新井誠「判批」WLJ判例コラム234号(2021)、大野友也「判批」鹿児島大学法学論集56巻1・2合併号17頁、西山千絵「判批」法セ798号54頁(2021)、中岡淳「判批」法セ増刊速報判例解説vol.29新・判例解説Watch15頁(2021)、中曾久雄「同性婚と憲法」ジュリ1561号82頁(2021)、毛利透「判批」法教492号127頁(2021)、渡邊泰彦「判批」法セ増刊速報判例解説vol.29新・判例解説Watch101頁(2021)が、弁護士による比較的詳しくそして批判的な紹介検討として、喜久山大貴「同性婚訴訟 札幌地裁の画期的判決をどう考えるか「同性婚の是非」という疑問問題を超えて」世界945号197頁(2021)および吉原秀「同性婚に関する憲法上の諸問題」第35回近畿弁護士会連合会大会シンポジウム第1分科会「婚姻制度における平等の実現に向けて～「同性婚」を考える～」報告書(2021年11月19日)(<http://www.kinbenren.jp/symposium/>)) (2021)がある。また渡邊泰彦「同性カップルによる婚姻・家族」法セ799号29頁, 34-35頁(2021)でも本判決が取り上げられている。

なお、本文脱稿後に本判決に関連する文献がいくつか公表されている。それらについては、一部は本文中に取り入れているが、基本的に本文末において追記として若干触れることとする。

価するものが多数である。

本判決の帰結に関して重要な問題は、本判決の違憲判断の理由から、違憲性解消のためにどのような措置が要請されるか、より具体的に言えば、同性婚の法制が必要か否かということであろう。この点については、論者によって解釈が分かれている⁹⁾。一方では、本判決は同性婚法制を要請しているとする理解があるが、他方で、同性パートナーシップなど婚姻と異なる制度で足としたという理解もある。既発表の評釈には、後者の理解を採用するものが多い。しかし筆者は、前者の理解が本判決の理解としてより支持できるものであり、それゆえに本判決には同性婚を要請した最初の裁判例という意義が与えられるべきであると考えている。

ところで、「同性婚を要請する」ということの内実には、①同性間の関係を（パートナーシップなどではなく）婚姻として規律することと、②同性間と異性間の規律で内容が原則として等しいこと、の2つがありうる。本稿では①を肯定する立場を「形式面での積極説」、そうではなくて同性間の関係を婚姻ではなくパートナーシップなどとして規律するのでよいとする立場を「形式面での消極説」と呼び、②を肯定する立場を「内容面での積極説」、そうではなくて同性間の規律が異性間と原則等しいとは言えないとする立場を「内容面での消極説」と呼ぶことにする。

この用語法に従えば、本稿の第1の目的は、本判決を「形式面での積極説」に立ったものとして読むべきことの擁護である¹⁰⁾。本判決は3つの憲法条項について議論を展開しており、検討すべき点は多岐にわたるのであるが¹¹⁾、前述の目的のために本稿は、本判決の違憲という結論に直接結びついている憲法14条1項についての論述を中心的な検討対象とする。そしてその理由づけから形式面での積極説が支持されるということを示す。これに対して、内容面での積極説の検討には本論では立ち入らない。というのも、本判決が内容面についてどのような態度をとっているか、必ずしも明らかでないからである¹²⁾。

こうした検討によって、同性婚についての裁判例としての本判決の意義が明らかになる。しかし筆者は、本判決の論述に完全には賛同していない。本判決には、判断枠組みの定立と当てはめとの関係、および憲法14条1項違反の理由づけについて、疑問を呈する

こうした検討によって、同性婚についての裁判例としての本判決の意義が明らかになる。しかし筆者は、本判決の論述に完全には賛同していない。本判決には、判断枠組みの定立と当てはめとの関係、および憲法14条1項違反の理由づけについて、疑問を呈する

9) なお、本判決によって憲法24条の改正が必要になるという理解が国会議員から示されている（音喜多駿『同性婚できないのは憲法違反』報道はミスリード。同性婚実現と憲法改正の論点を整理する（2021年3月17日）<https://go2senkyo.com/seijika/143644/posts/219398>。）。しかし、本判決は憲法24条が異性婚のみを保護するとは述べたものの、憲法24条が同性婚を排除する趣旨であるとはしていない（谷口・前掲注5）や木村草太「札幌地裁判決を踏まえた意見書」4頁（2021年4月19日）（<https://www.call4.jp/file/pdf/202108/54dd5e8f8c4bf2f2e9382337b3db7f3e.pdf>。）も参照）。したがってこの見方は明らかな誤解であるので、本稿では取り上げない。

10) これは、本判決に関与した裁判官の意図についてではなく、本判決の説示からするとそのような読み方が妥当であるという主張である。

11) 例えば、本稿が取り上げない論点として、憲法24条の保護が同性間に及ばないとしたことの是非といった問題がある（吉原・前掲注8）13-15頁参照）。この点について、本判決が憲法24条を原意主義的に解釈したことが他の憲法解釈実践と整合しない上に原意主義自体に問題があること指摘するものとして、大野・前掲注8）28-30頁も参照。

12) 内容面での積極説を論じるのであれば、婚姻は内容的には「要件と効果を結びつける複数の法命題の束」（木村草太「同氏合意による区別と平等権——第二次夫婦別姓訴訟を素材に」法時93巻5号77頁，81頁（2021））であるから、婚姻を構成するそれぞれの規律について同性間と異性間で規律を異にすることが正当化されるかを考える必要があるだろう。ところが本判決が検討対象とする区別は「異性愛者のカップルは、婚姻することにより婚姻によって生じる法的効果を楽しむか、婚姻せずそのような法的効果を受けないかを選択することができるが、同性愛者のカップルは、婚姻を欲したとしても婚姻することができず、婚姻によって生じる法的効果を楽しむことはできない」（本件区別取扱い）というものであり、本判決は内容面での審査に明示的には立ち入っていない。

仮に本件区別取扱いの合理的根拠の有無について「その立法事実の有無・内容、立法目的、制約される法的利益の内容などに照らして真にやむを得ない区別取扱いであるか否か」という基準が内容面での審査にも妥当するとしても、本判決の実際の審査を見る限りではこの基準の内実も十分に明確ではない（V参照）。

余地があると筆者は考えている。本判決の公平な評価と理論的分析の深化のためにも、本判決の議論の問題点も指摘されなければならない。したがって、本判決の問題点を明らかにし検討することが、本稿の第2の目的となる。

以上から、本稿は2つの点で本判決の理解に寄与することができる。第1に、多くの評釈とは異なり本判決が同性間の関係を婚姻として規律しなければならないという意味で同性婚を要請するものであるという意義を、本判決の論証に依拠して明らかにする。第2に、同性婚を要請するという本判決の意義にもかかわらず、本判決の判断枠組みが十分に明確でないことに加え、本判決はその論理において正当な理由なく特定の生き方を特権化する思考と親和的な部分があり、その点は同性婚についての憲法判断の理論構成の困難さの現れでもあるという見方を提示する。

本稿の具体的な構成は以下の通りである。まず、同性婚についての最初の裁判例としての重要性に鑑み、本判決の判示を比較的细节に紹介する(Ⅱ)。続いて既存の評釈の議論状況を確認し、消極説と積極説の概要とそれぞれの理由づけを検討する(Ⅲ)。次に、本判決の理解として、形式面での積極説の擁護を行う(Ⅳ)。続いてⅤとⅥにおいて、本判決の論述についての2つの疑問点を指摘する。はじめに、本判決の判断枠組みは十分に明確でなく、判断枠組みの定立とその当てはめについても齟齬があると考えられることを指摘する(Ⅴ)。続いて、本判決の理由づけが、特定の生き方のみを特権化する議論へとつながる危険があることを論じる(Ⅵ)。

Ⅱ. 事案の概要と判旨

本件は、同性カップルである原告らが同性間の婚姻届の受理を拒まれたことに対して、同性婚を認めない民法および戸籍法の婚姻に関する規定(以下「本件規定」)が憲法13条、14条1項および24条に違反するとした上で、これについての立法不作為が国家賠償法1条1項の適用上違法であるとして精神的損害についての慰謝料を求めたものである。こ

れに対し、国は立法不作為の違憲性および国賠法上の違法性のいずれをも争った。

以下で本判決の議論を紹介する。なお、本稿は国賠法上の論点には立ち入らないため、国賠法についての判示は省略する。また、節分けやその表題は本稿によるものであり、判決原文とは異なる。

1 憲法24条適合性(判決2(1)(2))

婚姻および家族に関する事項は「国の伝統や国民感情を含めた社会状況における種々の要因を踏まえつつ、それぞれの時代における夫婦や親子関係についての全体の規律を見据えた総合的な判断を行うことによって定められるべき」である(最大判平成27年12月16日民集69巻8号2427頁を全面的に参照)。憲法24条2項はその「具体的な制度の構築を第一次的には国会の合理的な立法裁量に委ね」ていること、同条1項は婚姻に関する決定が「当事者間の自由かつ平等な意思決定に委ねられるべきである」という趣旨を明らかにしている。そして、婚姻には相続や子の嫡出性付与など「重要な法律上の効果」が伴い、「国民の中にはなお法律婚を尊重する意識が幅広く浸透していると考えられることを併せ考慮すると」、「婚姻をするについての自由は、憲法24条1項の規定の趣旨に照らし、十分尊重に値する」。ことを確認する。

しかし、憲法24条は同性婚に適用されない。明治民法制定以来、憲法の制定当時にとり、同性愛は「精神疾患である」とされていたために、「同性婚は当然に許されないものと理解されていた」。また、24条は「両性」や「夫婦」といった「異性同士である男女を想起させる文言を用いている」。これらを踏まえると、憲法24条は「異性婚について定めたものであり、同性婚について定めるものではない」と解されるのであって、同性婚の定めがないことが憲法24条1項および同2項に違反するとはいえない。

2 憲法 13 条適合性（判決 2（3））

憲法 13 条もまた、同性愛が精神疾患であり同性婚は当然認められないという理解のもとで制定されたのであるが、そもそも婚姻および家族に関する事項は「具体的な制度の構築」が「第一次的には国会の合理的な立法裁量に委ね」られているため、憲法 13 条によって「婚姻及び家族に関する特定の制度を求める権利が保障されていると解することはできない」。したがって、同性婚についても婚姻および家族に関する特定の制度として憲法 13 条によってそれを求める権利が保障されているとはいえない。

また、現行の婚姻に関する規定には生殖や親子関係を前提にした規定が存在するところ、「同性婚の場合には、異性婚の場合とは異なる身分関係や法的地位を生じさせることを検討する必要がある部分もある」ため、この観点からも「同性婚という制度を、憲法 13 条の解釈のみによって直接導き出すことは困難」というべきである。

3 憲法 14 条 1 項適合性（判決 3）

（1）婚姻の位置づけ（判決 3（1）（2）ア）

憲法 14 条 1 項は「事柄の性質に応じた合理的な根拠に基づくものでない限り、法的な差別的取扱いを禁止する趣旨」であると解される。他方で、婚姻については具体的制度形成が第一次的には国会の合理的な立法裁量に委ねられており、憲法 24 条および 13 条によって「同性間の婚姻をするについての自由や同性婚に係る具体的制度の構築を求める権利が保障されているものではないと解されること」をも考慮すると、「立法府は、同性間の婚姻及び家族に関する事項を定めるについて、広範な立法裁量を有していると解するのが相当である」。その結果現行法では、戸籍による身分関係の公証の仕組みが採用され、また民法上では婚姻は届出によって効力を生じ（739 条 1 項）、婚姻が効力を生ずると、親族関係の成立、親族の扶助義務、夫婦財産制、夫婦の同居・協力・扶助義務、夫婦の子

の嫡出推定、夫婦の子への親権、配偶者の相続権などの「その身分に応じた権利義務を伴う法的地位」が与えられる。

以上を踏まえると、「婚姻とは、婚姻当事者及びその家族の身分関係を形成し、戸籍によってその身分関係が公証され、その身分に応じた種々の権利義務を伴う法的地位が付与されるという、身分関係と結び付いた複合的な法的効果を同時又は異時に生じさせる法律行為であると解することができる」。

（2）区別取扱いの存在（判決 3（2）イウ）

そして「本件規定」が「異性婚についてのみ定めているところ、異性愛者のカップルは、婚姻することにより婚姻によって生じる法的効果を享受するか、婚姻せずそのような法的効果を受けないかを選択することができるが、同性愛者のカップルは、婚姻を欲したとしても婚姻することができず、婚姻によって生じる法的効果を享受することはできない」ため、現行法においては異性愛者と同性愛者の間には「区別取扱い」（以下、「本件区別取扱い」という。）が存在する。

これに対して本件訴訟において国は、本件規定のもとでの性的指向（本判決によれば「人が情緒的、感情的、性的な意味で人に対して魅力を感じること」）に基づく区別取扱いは存在しないと主張した。性的指向にかかわらずすべての人は異性と婚姻することができるからである。

しかし、婚姻の本質が「両性が永続的な精神的及び肉体的結合を目的として真摯な意思をもって共同生活を営むこと」（最大判昭和 62 年 9 月 2 日民集 41 巻 6 号 1423 頁を参照）にあるとされるところ、「性的指向と合致しない異性との間で婚姻することができるとしても、そのような婚姻が、当該同性愛者にとって婚姻の本質を伴ったものにはならない場合が多いと考えられ、そのような婚姻は、憲法 24 条や本件規定が予定している婚姻であるとは解し難い」。更に、「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」とであるとされる婚姻意思（最判昭和 44 年 10 月 31 日民集 23 巻 10 号 1894 頁を参照）が、「恋愛や性愛の対象とならない異性と婚姻」する場合には認められないおそれ

があり、「そのような婚姻が常に有効な婚姻となるのか、疑問を払拭できない。」。すると異性の相手と婚姻することができるとしても、同性愛者が「異性愛者と同等の法的利益を得ているとみることはできないのは明らか」であるから、国の主張は妥当ではなく、区別取扱いがあるといえる。

このように区別取扱いが存在するため、それが「合理的根拠に基づくものであり、立法府の上記裁量権の範囲内のものであるか」の検討が必要である。

(3) 合理的根拠の有無 (判決 3 (3))

a 検討の方針 (判決 3 (3) ア)

(1)の冒頭で述べたように、本件区別取扱いは合理的な根拠に基づくものでなければならぬ。本件では異性愛者に対して同性愛者が、婚姻による法的効果を受容できないという状況にあるため、性的指向が区別の指標となっている。性的指向は「自らの意思に関わらず決定される個人の性質」であるという知見が確立しており、「性別、人種などと同様のもの」であると評価できる。そして、「人の意思によって選択・変更できない事柄に基づく区別取扱いが合理的根拠を有するか否かの検討は、その立法事実の有無・内容、立法目的、制約される法的利益の内容などに照らして真にやむを得ない区別取扱いであるか否かの観点から慎重にされなければならない」。

b 重要な法的利益性 (判決 3 (3) イ)

まず、現在においても「法律婚を尊重する意識が幅広く浸透している」ことからすると、「婚姻することにより、婚姻によって生じる法的効果を受容することは、法的利益である」。そしてこの法的利益は、異性間には「憲法 24 条がその実現のための婚姻を制度として保障している」ため、「重要な法的利益」と評価できる。意思によって選択できない性的指向が異なるだけで「異性愛者と同性愛者との間で、婚姻によって生じる法的効果を受容する利益の価値に差異があるとする理由はな」いのであるから、この利益は「同性愛者

であっても、異性愛者であっても、等しく享有し得るもの」である。

c 本件規定の目的 (判決 3 (3) エ (ア))

現行法では婚姻と結びついて親子に関する規定も存在することから、「夫婦が子を産み育てながら共同生活を送るという関係に対して、法的保護を与えること」は本件規定の「重要な目的」である。しかし、子に関する事情による「夫婦の法的地位の区別」が存在せず、また「子を産み育てることは、個人の自己決定に委ねられるべき事柄」であり子を産むかどうかの「夫婦の選択」も尊重されるべきであることを踏まえると、「子の有無、子をつくる意思・能力の有無にかかわらず、夫婦の共同生活自体の保護も、本件規定の重要な目的である」と解される。

本件規定や憲法 24 条の規定振りと国

d 民意 (判決 3 (3) エ (イ) (ウ))

(エ)¹³⁾ オ、カ、キ)

「本件規定の目的は正当であるが、そのことは、同性愛者のカップルに対し、婚姻によって生じる法的効果の一切を享受し得ないものとする理由になるとは解されない。」。

共同生活の保護という本件規定の目的との関係では、「同性愛者であっても、その性的指向と合致する同性との間で、婚姻している異性同士と同様、婚姻の本質を伴った共同生活を営むことができる」。

そして、異性婚のみを規定する本件規定は、同性愛者が「上記婚姻の本質を伴った共同生活を営んでいる場合に、これに対する一切の法的保護を否定する趣旨・目的まで有するものと解するのは相当ではない。」。仮にそのような趣旨・目的で本件規定を理解するならば、同性愛が精神疾患であるという、現在からすると「誤った知見に基づいて同性愛者の利益を否定する規定」になってしまうからである。

近年、登録パートナーシップを導入する地方公共団体の増加など、「性的指向による区別取扱いを解消することを要請する国民意識

13) 内容が重複するため本文では直接引用しなかったが、同性婚が当然認められないとされたことは当時同性愛が精神疾患であると考えられていたためであり、現在ではそれは誤っていると考えられていることが判決 3 (3) ウにおいて指摘されている。

が高まっていること、今後もそのような国民意識は高まり続けるであろうこと」をうかがわせる事情が存在する。また、諸外国においても同性婚や同性登録パートナーシップの導入など「同性愛者のカップルと異性愛者のカップルとの間の区別取扱いを解消するという要請が高まっていること」をうかがわせる事情が存在する。これらは本件規定の合理的根拠の有無の検討において考慮されるべきである。

他方で、同性愛が精神疾患であるという理解は一定時期まで広く流布しており、「同性婚に対する否定的な意見や価値観……を持つ国民が少なからずいる」と考えられる。婚姻が「社会の風俗や社会通念によって定義される」ものであるとされてきたことからすると、この事情も同性婚についての立法裁量において斟酌されうる。しかし、こうした考えの基礎にある、同性愛は精神疾患であるという理解は、誤っているということが確立している。「圧倒的多数派である異性愛者の理解又は許容がなければ、同性愛者のカップルは、重要な法的利益である婚姻によって生じる法的効果を受取る利益の一部であってもこれを受け得ないとするのは、同性愛者のカップルを保護することによって我が国の伝統的な家族観に多少なりとも変容をもたらすであろうことを考慮しても、異性愛者と比して、自らの意思で同性愛を選択したのではない同性愛者の保護にあまりにも欠ける」。したがって、同性愛に否定的な考えの国民が存在することは、本件規定の合理的根拠の有無の検討においては、「限定的に斟酌されるべき」である。

e 婚姻の代替手段（判決3（3）ク）

国は、「契約や遺言により婚姻と同様の法的効果を受取ることができるから、不利益はない」と主張する。

しかし、婚姻は「婚姻当事者及びその家族の身分関係を形成し、戸籍によってその身分関係が公証され、その身分に応じた種々の権利義務を伴う法的地位が付与されるという、身分関係と結び付いた複合的な法的効果を同時又は異時に生じさせる法律行為」であって、婚姻による効果の本質は「身分関係の創

設・公証」および「その身分関係に応じた法的地位」の付与である。すると、「身分関係と関連しない」法律行為である契約や遺言は婚姻の代替となることができない。また実際の法的効果を見ても、遺贈には相続と異なり遺留分減殺請求を受ける可能性があることや、配偶者短期居住権と異なり契約には第三者対抗要件が備わらないことなど、差異がある。「同性愛者にはそもそも婚姻という手段がないのであって、同じ法的手段が提供されているとはいえないことは明らかである」。

f 立法裁量と結論（判決3（4））

以上の「諸事情を総合して」、「合理的根拠の有無」を検討する。既述のように、本件では性的指向に基づいた区別取扱いが問題となるため、合理的根拠の有無は「慎重な検討を要する」。そして、「婚姻によって生じる法的効果を受取る」という法的利益について、本件規定が同性愛者のカップルへの「一切の法的保護を否定する理由」とならないにもかかわらず、「本件規定により、同性愛者と異性愛者との間で、その性的指向と合致する者との間で婚姻することができるか否かという区別が生じ」ている。

もっとも、「同性間の婚姻や家族に関する制度は、その内容が一義的ではな」い上に、それが異性婚とまったく同じ制度になることは考えられない。それゆえに、「この点で、立法府の裁量判断を待たなければならない」。婚姻や家族に関する事項は「国の伝統や国民感情を含めた社会状況における種々の要因」を考慮して定められるため、同性婚に否定的な国民がいることをも「広範な立法裁量の中で」考慮し、「それぞれの時代における夫婦や親子関係についての全体の規律を見据えた総合的な判断」によって「本件規定を同性間にも適用するには至らないのであれば、そのことが直ちに合理的根拠を欠くもの」ということはできない。

しかし、婚姻に関しては性的指向によって「享有し得る法的利益に差異はない」こと、同性愛に否定的な国民が存在することは限定的に斟酌されるべきことをも踏まえると、「本件規定が、異性愛者に対しては婚姻という制度を利用する機会を提供しているにもか

かわらず、同性愛者に対しては、婚姻によって生じる法的効果の一部ですらもこれを享受する法的手段を提供しないとしていることは、立法府が広範な立法裁量を有することを前提としても、その裁量権の範囲を超えたものであるといわざるを得ず、本件区別取扱い、その限度で合理的根拠を欠く差別取扱いに当たる」。

したがって、本件規定は「上記の限度で」憲法 14 条 1 項に違反する。

Ⅲ. 今までの議論状況とその理由づけ

Ⅲにおいては、本稿執筆時までに公表されていた評釈を総覧し、議論状況（１）およびそれぞれの理由づけ（２）を確認する。

１ 評釈において示されている理解

本節では、既公表の評釈における、本判決の結論の理解をめぐる議論の概要を確認する。なお既存の評釈においては、形式面と内容面を明示的に区別するものは少ない。しかしその実質を見ると、本稿執筆時点で確認できた限りでは、一定の留保を付すものも含め形式面での消極説に親和的な評釈が多数を占めている。

（１）（形式面での）消極説に立つもの

形式面での消極説に立つ典型的な議論は、以下のようなものである。すなわち、『婚姻という制度利用の機会を確保できていないこと』自体も、やむを得ないこととして、憲法 14 条 1 項には抵触しないと理解するのは

ないか」とし、「法律上の『婚姻』制度から生じる法的効果を全部あるいは一部同じくした別の制度（たとえば、何らかのパートナーシップ制度）が、同性カップルのためだけに用意されることになりさえすれば、憲法 14 条 1 項に基づく取扱いの差異が解消されるという理解に繋がっていく可能性がある（強調原文）」と指摘するもの¹⁴⁾、また、「同性カップルに婚姻から生じる便益を部分的に提供できればオーケーということである。さらに、現行の婚姻制度と同じ便益をすべて同性カップルに対して提供する別の法制度が設けられれば、たとえそれを『婚姻』と呼ばずに既存の婚姻制度からなお同性カップルを排除したとしても、ゼロだった便益がフルスペックで認められたのであるからそれはそれで違憲性は解消される。民法で同性カップルを異性カップルと同等に扱うのではなく、同性婚特例法のような別類型を設けて、両者の区別を死守することも解決策の一つとなろう。これらが判決のもたらしうる結末である。（強調原文）」とするもの¹⁵⁾などである¹⁶⁾。これらは形式面および内容面の両方で消極説を示唆するものである。

また『共同生活自体』については、同性カップルにも異性カップルと同等の法的保護が求められると考えているようにも読み取れる。」と内容面での積極説に親和的な指摘をしつつ、形式面では「現在の婚姻と同等の制度として同性婚を導入することまでを求めたわけではない。」とする見解¹⁷⁾も存在する。

（２）積極説に立つもの

これに対して、積極説の立場に立つものは、少数にとどまる。

14) 新井・前掲注 8)9-10 頁。

15) 駒村圭吾「褪色する“家族の肖像” “の前に立ちすくむ憲法” 三田評論 online（2021 年 11 月 19 日）(<https://www.mita-hyoron.keio.ac.jp/featured-topic/2021/11-3.html>)。

16) 「同性カップルについて、パートナーシップ制度等の法律婚とは別個の制度を設け、法律婚の法律効果と一部重複する法律効果を法定しておけば、……そのような制度も合憲と解する余地が多分に残ることとなる。」と危惧する吉原・前掲注 8)21 頁も、同様の認識に基づいていると思われる。

なお吉原は同所において、「違憲状態の解消方法について立法府に事実上のフリーハンドを与えてしまつては、せっかくの違憲の説示も水泡に帰す可能性すらあるように思われる。」とし、本判決が同性カップルを法律婚から排除すること自体は良しとするのであれば、『結婚の自由をすべての人に』保障する途が半永久的に絶たれることになってしまうのではないかと、ということが「疑問の核心部分」であるとしている。

17) 毛利・前掲注 8)127 頁。また、本判決が「原告の求めている同性婚の承認には応じず、あくまでも実をとった」とする中曽・前掲注 8)86 頁も同趣旨と思われる。もっとも本判決の議論が「婚姻の法的保障が異性間のみならず同性間にも等しく妥当し、さらには、婚姻は異性間に限定されないということに繋がりが、結局のところ一夫

積極説を支持するものとして、本判決が「同性婚と異性婚の要件・効果、制度の名称などは原則として同じでなければならず、区別していいのは、どうしても区別する必要がある場合だけ、という方向」で書かれており、「判決によれば、同性婚を認めないのは違憲」であると論じている。立法裁量についても、「婚姻制度」の存続や内容の「選択肢」についてのものであり、「同性婚を立法しなくていいという意味」はなく、さらに「同性婚を二級の婚姻と位置づけるために、婚姻と別制度で立法する」といった「同性婚を貶めるための立法裁量」は認めていないとする理解がある¹⁸⁾。

この理解に従えば、立法裁量を踏まえたとしても、同性婚と異性婚はその内容や名称において同一であることが原則であり、「どうしても区別する必要がある場合」のみ異なる取扱いが許されるということになる。すなわち、この見解は形式面でも内容面でも積極説

の立場に立っていると考えられる。また、「どうしても区別する必要がある場合」の内実は詳らかにされていないが、そこにおいて異性婚と同性婚で異なる規律が妥当する可能性のあるものとして自然生殖に関する規定が挙げられていることからすると、この見解において「どうしても区別する必要がある場合」として認められるのは、同性婚または異性婚のいずれかにおいて物理的に生じ得ない事態を規律する場合など、限られた場合であると推測される¹⁹⁾²⁰⁾。

また、本判決が性的指向に基づく「区別取り扱い」は違憲が前提となり、よほど必要で不可欠でない限り正当化することはできない、という基準を示したものとし、「婚姻と同様、身分行為として保障すべきこと、異性カップルと同性カップルが与えられるべき法的利益は等しいこと、区別して取り扱うためには『真にやむを得ない』理由が必要であることなど、立法裁量にも一定の制限がある」

一婦を前提としてきた婚姻の意味合いを変えていくことになるのではないか」(86-87 頁)という見通しも示す中で、中曽は本判決の議論が将来的に積極説によって援用される可能性を示唆する。しかし同性婚は(限定されているとはいえ)「立法の裁量事項」(87 頁)であるとも述べていることからすると、なお本判決について積極説に立つものではないだろう。

なお中岡・前掲注 8)18 頁は、「場合によっては、婚姻とは別枠のパートナーシップ制度を導入することも合憲となり得る。」として形式面での消極説を示唆するが、「区別事由としての『性的指向』を平等審査の厳格化の要因として考慮していくと、異性間の婚姻と同性パートナーシップの法律関係における実質的差異はほぼ完全に失われていく。その結果として残るのは、異性間と同性間で利用できる制度の『名称』の違いだけである。」(18 頁)と指摘し、そうした方向性には批判的な態度を示していると読める。

18) 木村草太による以下のブログ、2021 年 3 月 25 日の記事を参照(以下、「木村解説」ということがある。)。木村草太「3 月 25 日 MARRIAGE FOR ALL JAPAN 集会」(2021 年 3 月 25 日)(<https://blog.goo.ne.jp/kimkimlr/e/79fcce9c7fd8150efffa5268ffcd8c66>)。なお当該記事の文章は、2021 年 3 月 25 日の MARRIAGE FOR ALL JAPAN 第 3 回マリフォー国会において木村が行った、本判決の解説である。

木村が本判決についてコメントしたものとしては、川島透「同性婚訴訟の違憲判断 憲法学者・木村草太氏に聞く判決のポイント」(2022 年 3 月 31 日〔初出 2021 年 3 月 19 日〕)(<https://news.livedoor.com/article/detail/22257922/>、2022 年 9 月 19 日最終閲覧)もある。しかし、同記事の内容は木村解説と概ね同趣旨であるため、本人の筆による木村解説を主として参照する。

なお、本判決を踏まえた意見書である木村・前掲注 9)では、憲法 24 条論を主として検討しているため詳細な記述はないが、本判決について同じ説示を引用しつつ「区別を設けるのは相当な理由がある場面に限られることを示唆している」(2 頁)と述べており、概ね同旨であるものの言い回しが若干異なっている。

また、本判決が「結婚という身分関係」から排除されていることそれ自体を問題としている」とする、志田陽子「同性婚訴訟の「違憲判断」、判決の「見事な点」と「物足りない点」わかりやすく解説します」(2021 年 3 月 27 日)(<https://gendai.media/articles/-/81602?imp=0>)も、具体的効果ではなく婚姻そのものに着目する点で木村と共通する。

19) 本件原告代理人の一人もおおよそ同旨のことを述べており、「異性カップルと同性カップルとで異なる制度を定めることは、同性愛者を異性愛者よりも劣った存在とみなすこと」になり、『真にやむを得ない』とはおおよそ認められないであろう。」という。加藤丈晴「同性婚をめぐる初の憲法判断とその影響——訴訟代理人の立場から札幌地判令 3・3・17 を読み解く——」判時 2487 号 19 頁, 21 頁(2021)。

20) 同性カップルについても嫡出推定を適用する可能性を論じるものとして、渡邊・前掲注 8) 新判解 104 頁。

という本判決の「趣旨を考えれば、一時的にせよ、別の制度を設けることに正当性を認めることは、かなり困難」であるという指摘もある²¹⁾。

(3) 立場を開いておくもの

なお、本判決について立場を開いたままにするものも見られる。本判決が「異性婚と同性婚とでは憲法上の位置づけが異なるとの理解」に立っているとして、「同性との婚姻を求める者が、異性との婚姻を求める者と同等の法的利益を得られないことについて、憲法の定める婚姻の趣旨に沿わないともい難くさせている。」と指摘する見解²²⁾や、「同性カップルに法律婚を認めないことをもって違憲といっているのではない。」として、本判決が同性婚を認めないことを違憲としたというとしても、それが「①同性間の法律婚、②婚姻とは異なる同性カップルのための制度（例えば同性登録パートナーシップ）のどちらの意味での同性婚であるかは、判決理由の解釈にかかっている。」とする見解²³⁾がこれにあたる²⁴⁾。

(4) まとめ

以上から、本判決が同性パートナーシップでもよいとしたものであると明示する駒村を筆頭に、形式面での消極説に親和的、少なくともその可能性を認める評釈が多いことがわかる。管見の限り本判決が同性婚を要請しているとするのは相対的に少数にとどまっている。

そこで次に、これらの評釈がいかなる理由によって形式面での消極説および積極説を支持しているかを確認する。

2 消極説および積極説の根拠とその評価

(1) 消極説の根拠とその評価

消極説の立場に立つ評釈は多いが、その理由を明示しないものも少なくない。ここでは、すでに公表された評釈から、消極説の根拠と考えられるものを読み取り、整理する。

a 判決の文言

消極説に立つ評釈においてある程度共通して意識されているのは、判決の結論において登場した、「法的効果の一部ですら」、「その限度で合理的根拠を欠く」といった文言であるように思われる。

例えば、最も明示的に消極説の立場を示す駒村は、婚姻による便益が「一切合切が一律に認められていない点が平等に反する〔強調原文〕」という理解を示しており、強調箇所からして、「一部ですら」という文言を重視していると考えられる²⁵⁾。同様に「一切の」という文言を強調するものは他にも見られ²⁶⁾、強調しないまでも本判決が「同性婚の承認」に「応じ」なかったとする評釈も、その直前に、「婚姻によって生じる法的効果の一部ですらこれを楽しむ法的手段を提供しないことが14条に反するとした」と述べ

21) 谷口・前掲注5)。

22) 西山・前掲注8)59頁。

23) 渡邊・前掲注8)法セ34頁。渡邊・前掲注8)判解103頁においても、本判決が「同性間の婚姻や家族に関する制度」が異性間のそれと異なるという前提に立っていることを踏まえて、本判決の判示する違憲性の解消手段として、「①婚姻によって生じる法的効果を楽しむ点につき、婚姻以外の制度で婚姻から生じる法的効果を提供する、②婚姻締結を含めて同性カップルに婚姻に関する規定が適用されない点につき、嫡出推定の規定を除く婚姻を認める」という2つの選択肢を提示している。

大野・前掲注8)34-35頁も、本判決が「登録パートナーシップ制度のような制度であっても許容するかのように見える」一方で「異性婚と同等の婚姻を同性愛者にも認めるべきだとメッセージを送っているとも解される」としており、渡邊と近い立場をとっているように思える。

24) なお、新井は結論として消極説に立つが、結論部分の「『…ですらも』の解釈が難しい」（新井・前掲注8)9頁）として、本判決の結論を、法的効果の一部を楽しむ手段を提供しないことに加えて「婚姻という制度利用の機会を確保できていないこと」も「立法府の裁量の範囲を超えている」と捉えることも、文言レベルでは読み方としてありうるとする（もっとも、婚姻制度の利用という観点を重視する点で、本稿の形式面での積極説の定式とは異なる。）。

25) 駒村・前掲注15)。

26) 「同性カップルに『一切の』法的保護が否定されていることが憲法違反だと強調して」いるとする毛利・前掲注8)127頁。

ている²⁷⁾。これらはいずれも判決の結論の文言を重視していると思われる。

b 立法裁量

本判決が婚姻について広い立法裁量を認めていることも、判決の文言と並んで評釈において指摘されている。

例えば、パートナーシップでも合憲となりうる理由として、「一部ですら」などの判決の文言とともに、『どのような制度を採用するか』も立法裁量に委ねられていると説示されていたこと²⁸⁾を指摘するものがある。また、本判決が「違憲状態の解消の仕方については広範な立法裁量がある」としたものであり、「立法府に事実上のフリーハンドを与えて」しまう懸念があると指摘するものもある²⁹⁾。

c 憲法 24 条

本判決が憲法 24 条のいう「婚姻」は異性婚であることに着目する見解もある。すなわち、「事の本質上、同性間での『婚姻』制度の利用という事態が、歴史的経過あるいは現状の法制度のもとでは観念され得ないという理解」に立っているとした上で³⁰⁾、「婚姻制度の使用ができない状態となっていることをただちに違憲だとしていないこと」から、『婚姻という制度利用の機会を確保できていないこと』自体も、やむを得ないこととして、憲法 14 条 1 項には抵触しないと理解するのではないかと、という見立てを示すものである³¹⁾。この見解は、憲法 24 条が婚姻を異性婚であるとしていることによって、同性カップルが「婚姻」できないことも正当化される可能性を示唆する。

d 理由づけの検討

消極説に立つ評釈においては、①判決の文言、②広範な立法裁量、③異性婚の規律としての憲法 24 条の 3 つの根拠が援用されている。

まず、①については、Ⅲ 1(3)で引用した渡邊の見解が指摘するように、それが消極説を

意味するのか、積極説まで意味するのかは、解釈次第である。というのも、法的効果を「一部でさえ認めていないことが違憲」ということから法的効果を「一部さえ認めれば合憲」ということを導出するのは論理必然ではないからである。

もっとも、こうした導出は論理必然ではないにせよ、反対解釈としてしばしば行われており、それなりに自然なものとして受け入れられている。そして結論部分を読む限りでは、それを反対解釈して量的に一部の効果を認めれば合憲であるという理解も不自然ではない。したがってそれを覆す理由がないのであれば、そうした読み方をすることは認められよう。

しかし、本判決の議論を見ると、「異性愛と同性愛の差異は性的指向の違いのみであることからすれば、同性愛者であっても、その性的指向と合致する同性との間で、婚姻している異性同士と同様、婚姻の本質を伴った共同生活を営むことができる」(判決 3 (3) エ(イ))といった、同性カップルと異性カップルで保護に差異はないという積極説に親和的に読める説示も見られる。したがって、これらと結論を整合的に理解するという観点からすると、結論の判示の文言から当然に消極説が採用されるべきとまでは言い難いように思われる。

すると結局のところ問題は、この文言にもかかわらず本判決の議論全体から積極説を支持すべき理由があるかということになる。

次に、②と③は相互に関連した理由である。というのも、③は②に含まれる一要素として位置づけられるからである。本判決は確かに、憲法 24 条が異性婚のみを規律としたことを踏まえて、同性間に婚姻の規律を及ぼさないことが直ちに違憲であるとはしなかった(判決 2 (2))。しかし同時に、判決 3 (4)においては、憲法 24 条が異性婚のみを規律することを理由として、そこから直ちに

27) 中曾・前掲注 8)86 頁。

28) 中岡・前掲注 8)18 頁。

29) 吉原・前掲注 8)21 頁。

30) 新井・前掲注 8)8 頁。

31) 新井・前掲注 8)9 頁。

同性間に婚姻の規律を及ぼさないことが合憲であると結論づけてもいない。本判決の判示は、「立法府が、同性間の婚姻や家族に関する事項を定めるについて有する広範な立法裁量」において諸般の事情を考慮した結果「本件規定を同性間にも適用するには至らないのであれば、そのことが直ちに合理的根拠を欠くものと解することはできない。」というものであって、憲法 24 条への明示的な言及はない³²⁾。

したがって、本判決において、憲法 24 条が異性婚のみを規律するという事情が有意味であるとしても、それは広範な立法裁量において考慮される一要素に過ぎないことになろう。それゆえに、問題は本判決の立法裁量を強調する議論をどう理解するか、また立法裁量を認めた上で同性間に婚姻を認めないことも結局合憲となりうるか、ということになる。

e 小括と理由づけの評価

消極説を支持する理由としては、判決文の文言、広範な立法裁量、異性婚の規律としての憲法 24 条の 3 つが示されている。しかし、それらはいずれも決定的な理由とは言い難いように思われる。

まず、文言はそれ自体が解釈に開かれており決定的な理由にはならない。ところが消極説に立つ評釈では、判決の結論部分がもっぱら法的効果の量に関する判示であるということが自明視されており、本判決の議論全体との関係でその読み方が妥当であるという明示的な論証はほとんどなされていない。また、後二者の妥当性はあわせて広範な立法裁量を認める本判決の憲法 14 条 1 項論の理解によることになるが、憲法 24 条論や立法裁量の指摘はなされているものの、本判決の憲法 14 条 1 項論の内実を踏まえてなぜそうした要素が消極説を支持することになるのかについての議論は、消極説に立つ文献においてもなお十分に行われていないように思われる。

(2) 積極説の根拠とその評価

積極説に立つものとして、Ⅲ 1 (2) で紹介した議論を検討する。

a 「性的指向と「享受し得る法的利益」についての説示

木村解説と木村の意見書（前掲注 9）が着目するのは、「異性愛者と同性愛者の違いは、人の意思によって選択・変更し得ない性的指向の差異でしかなく、いかなる性的指向を有する者であっても、享受し得る法的利益に差異はない」という説示である（以下では「享受利益の説示」と呼ぶ）。この説示から木村は、本判決が「同性婚と異性婚の要件・効果、制度の名称など」は原則等しくあるべきであるとしたと主張する。

また木村解説によれば、立法裁量については、同性婚を認めないことが違憲であるという前提のもと、婚姻制度の内容について立法裁量を認める趣旨であり、「同性婚を認めないのは……合憲な選択肢ではありません。」とする。この点について、木村は特段判決文を引用していないため、具体的にどの判示によってそうした理解を導いているかは明らかではない。しかし、直前において本判決が「分離すれど平等」を否定しているとしてるところから、木村は本判決の平等についての判示を、スティグマ付与³³⁾の回避を含めた平等の貫徹を求める趣旨であると理解した上で、形式面および内容面の両方での積極説を主張しているように思える。

以上からすると、積極説に立つ木村の議論が成功しているか否かは、本判決の憲法 14 条 1 項論の理解、とりわけ異性愛者と同性愛者の等しい取扱いの要請と立法裁量との関係の理解によると考えられる。

b 「真にやむを得ない」という基準等

これに対してⅢ 1 (2) で紹介した谷口の見解は、内容面での積極説については「真にやむを得ない」か否かという基準を本判決が提示したことを、また形式面での積極説については「真にやむを得ない」か否かという基準に

32) 「憲法から同性婚という具体的制度を解釈によって導き出すことはできない」（判決 3 (4)）という判示は、憲法 24 条にも関係するが、最も直接には憲法 13 条についての判示を意識しているだろう。

33) 吉原・前掲注 8)23 頁は、「違憲状態の解消にあたっては、被差別者（同性カップル）に対する Stigma が残存しないようにする義務を立法府が負う」とすべきではないかと論じている。

加え、身分行為性、異性カップルと同性カップルでの法的利益の同等性を、それぞれ根拠としている。

ここでは区別について「真にやむを得ない」か否かという基準が重視されている。したがって、谷口の議論が成功しているか否かは、まずもって「真にやむを得ない」か否かという基準の内実が、谷口の論じるようなものであるかによると考えられる。

c. 理由づけの評価

以上の整理のもとで、積極説を支持する議論の理由づけについて検討する。

木村解説は短い講演の原稿であるから、必ずしも詳細な議論が展開されているわけではない³⁴⁾。しかし、公表されている部分に限って言えば、木村の議論は十分に基礎づけられていないように思われる。

確かに、享受利益の説示（およびそれと同一旨の説示）は、区別取扱いの有無の判断についての前提とされており（判決3(4)2段落目）、また区別取扱いが立法裁量によって合憲となりうることを述べたのちに再度享受利益の説示が繰り返されることから（同4段落目）、同性愛者と異性愛者で享受し得る法的利益が等しい状況が原則であり、差異がある状況は原則から外れていると本判決が考えていることが推認される³⁵⁾。その限りで木村

の指摘は正当であると考えられる。

しかし、本判決は木村が主張するよりも緩やかに原則からの逸脱を認めていると考えられる。判決3(4)において、本判決は広範な立法裁量を理由に、本件区別取扱いが合憲となる可能性を認めている。そこで本判決が考慮要素となり得ることを認めたのは、「同性婚に対する否定的な意見や価値観を有する国民が少なからず」いること、そして「国の伝統や国民感情を含めた社会状況における種々の要因」である。

これに対して、本稿が理解したところの木村の主張では、「どうしても区別が必要な場合」、すなわち規律対象の性質からして区別された規律が避けられない場合にのみ区別が認められる。例えば、嫡出推定は自然生殖を前提とした規定だと考えるならば、同性カップルには現状自然生殖の可能性がないため、嫡出推定の規定の適用の有無で同性婚と異性婚が区別されることは、木村の理解からも容認され得ると推測される。しかし、「同性婚に対する否定的な意見や価値観を有する国民」や「国の伝統や国民感情」は、規律対象の性質と関係がない考慮要素なのだから、それらを理由にした区別が「どうしても区別が必要な場合」にあたる余地はないはずである。これは本判決の説示とは明らかに異なる

34) 木村の同性婚についての詳細な議論は、木村草太「憲法と同性婚」杉田敦編『岩波講座 現代第4巻 グローバル化のなかの政治』（岩波書店、2016、81頁以降）において展開されている。そこでは、木村は婚姻を「①共同生活のための権利・義務を設定する共同生活契約としての効果、②共同生活契約の公証、③共同で親子関係を形成する資格の付与」（84頁）であると理解した上で、現状では同性カップルに②および③が認められていないとし、それらの要求は「婚姻保護請求権によるアプローチからは困難だが、平等権によるアプローチによれば十分に可能だろう」（98頁）と結論づけている。

もっとも、そこでは「婚姻とは」以上の「三つの法的効果からなる制度」であり、「同性間でも共同生活契約や相互相続分設定のための遺言を行うことは可能」であることから「①共同生活契約としての同性婚は認められている。」とする（95頁）。本判決については婚姻の要件効果のみならず「名称」についても異性間と同性間で等しくあるべきであるとするのに対して、木村の同論文ではもっぱら機能的な観点から婚姻が捉えられており、したがって本稿の用語法では形式面というよりは内容面での積極説に近い立場を示していたと考えられる。

この点は木村自身も認識しており、木村解説においても、「同性婚の問題は、婚姻の個々の効果の区別の合理性で検討すればよい」と考えていたところ、憲法24条の「同性婚禁止解釈に固執する人々を見て」、「同性婚の問題は差別問題として扱わざるを得ない」と考えるに至りました。」と述べている。なおここで木村が言う「差別」というのは、木村解説の言葉を用いれば、「類型に向けられた否定的な評価」のことである。

35) これについて、「異性愛者と同性愛者の差異は、性的指向が異なることのみ」であるという説示は、異性間と同性間で規律が変わらないために異性カップルが享受する法的効果は同性カップルも享受して然るべきであるという議論だと整理できる。他方で、「性的指向は人の意思によって選択・変更できるものではない」という指摘は、なぜ婚姻によって生じる法的効果を楽しむ利益が性的指向によらず享受されるべきであるという結論に結びつくのか、必ずしもはっきりしない。この要素は、平等審査の厳格度を定めるときに考慮されるべきであるように思える。

帰結ではないだろうか³⁶⁾。

なお「どうしても区別が必要な場合」に、同性婚に反対する国民がとても多い場合を含めるのであれば、本判決の説示と同じ帰結を導くこともできる。しかしだとすると、同性婚と異性婚で「要件・効果、制度の名称など」が異なる場合を広く認めうることになり、木村が主張するような強い平等からは離れてしまう。

木村は「要件・効果、制度の名称など」をひとまとめにして、それが異性間と同性間で区別されるのは「どうしても区別する必要がある場合」に限られるとした。しかし、本判決は明示的にこのような議論を行っていないし、また以上の議論からすると、木村が挙げる「享受利益の説示」によっても、そのような議論が本判決の行なったものであるとするのは困難であると考えられる。

同様のことは、谷口の議論にも当てはまる。すなわち、谷口も木村とは根拠として引用する箇所は異なるものの、区別が「よほど必要で不可欠でない限り正当化することはできない」という理解に立つと考えられるところ、それと伝統や国民感情などを考慮して区別取扱いが合憲となりうるとすることは、やはり明らかに異なっているように思われるからである。したがって、谷口の論じるような議論を本判決が行っていることにしてお躊躇いが残る。むしろ谷口の議論は、本判決が提示した判断枠組みの内実が谷口のいうようなものであるとすれば、本判決においては判断枠組みと実際の審査に齟齬があるのではないかということを暗示している（この点につきⅤで後述）。

また、身分行為性など「真にやむを得ない」

か否かという基準以外の根拠も谷口は挙げるが、なお根拠の列举に留まっており、それぞれがいかにして積極説を擁護しているか明らかにになっていない³⁷⁾。

身分行為性については、本判決の契約や遺言による婚姻の代替不可能性についての説示に依拠して、本判決が婚姻という制度からの排除を問題にしたという志田の指摘（注18を参照）は重要である。しかし、その説示が本判決の論証全体とどう関係づけられるかについての検討はなおなされていない（この点につきⅣ1で後述）。

(3) まとめ

以上の整理から、消極説と積極説の理由づけについて、一方で消極説は結論の文言と本判決が広範な立法裁量を強調したことを重視し、他方で積極説は本判決が異性愛者と同性愛者として享受し得る利益に差異がないとし、区別取扱いの正当化に厳格な基準を提示したと見えること、および婚姻が身分行為であることを重視していることが明らかになった。しかし、結論の文言はそれ自体では決定的な理由にはならず、また短評やコメントといった形式のものが多くもあって、消極説・積極説のいずれの議論にも不十分な点が残されている。したがって、大元である本判決の判示を手がかりとして、本判決の憲法14条1項論を改めて分析する必要がある。

そこで、Ⅳにおいて、本判決の憲法14条1項論を検討することで、消極説および積極説の本判決に基づいた擁護可能性を考察する。結論として、本稿は消極説に立つ評釈の理解と異なり、それらが指摘することを踏まえても本判決は形式面での積極説に立つものとして読むべきであると論じる。

36) 木村・前掲注9)7-8頁は、「同性婚に対する否定的な意見や価値観を有する国民」の存在という考慮要素について、「同性婚を社会的差別から守るための制度構築の可能性を認めたものである可能性が高い」とし、この斟酌を「限定的」としたのは「同性愛者の保護のための特別な考慮の場面にのみ『限定』する趣旨」であると理解したうえで、裁判所は「差別意識に迎合することはあってはならない」と明示すべきであるという。

木村の問題意識には同調するものの、本判決の理解としてこれが説得的かはお疑問が残る。本判決は上記の考慮要素を「同性愛者に対して、婚姻によって生じる法的効果の一部であってもこれを享受する法的手段を提供しないことを合理的とみるか否かの検討の場面」で「限定的に斟酌」としており（判決3(3)キ）、同性愛者の特別の保護のために考慮するという文脈では用いていないからである。

37) 本判決を踏まえた意見書である谷口洋幸「意見書」（2021年9月21日）（<https://www.call4.jp/file/pdf/202203/ba2d7d0cbdf138740255dbad7ce707ff.pdf>）では、もっぱら国際人権法の観点から本判決に分析を加えており、本判決の具体的な判示についての検討は少ない。

IV. 憲法 14 条 1 項論と形式面での積極説の擁護

本節では、本判決の憲法 14 条 1 項論を検討することで、形式面での積極説を支持すべきであることを論じる。本節の構成は以下の通りである。

まず、本稿は本判決の結論の判示自体ではなく、そこに登場する「婚姻によって生じる法的効果」という概念およびそれを享受することの法的利益性についての本判決の議論に注目する。ここではそれらの内実を検討することによって、本判決が形式面での積極説として理解されることを論じる（1）。積極説の一応の擁護ができたのちに、消極説の根拠を検討し、それが積極説の擁護を覆すには至らないことを確認する（2）。

1 「法的利益」の分析

本節では、本判決の「法的利益」についての説示を検討することによって、本判決の結論を形式面での積極説として擁護を試みる³⁸⁾。

本節では、まず(1)において、「法的利益」が婚姻という「身分」と結合していることを確認する。次に(2)において、本判決の述べる法的利益の根底に「婚姻」という「身分」があることから、形式面での積極説が擁護されるという議論を試みる。続いて(3)において、(2)の議論に異が唱えられたとしても、「法的利益」性の理由づけから形式面での積極説がなお擁護されるという議論を試みる。

(1) 「法的利益」の内実

ここでは法的利益の内実を確認し、それが婚姻という「身分」と結びつけられていることを確認する。

まず、本判決において何が法的利益とされているかを確認しよう。それは、「婚姻によって生じる法的効果を享受すること」である（判決 3（3）イ）。では「婚姻によって生じる法的効果」とは何か。それは「婚姻当事

者及びその家族の身分関係を形成し、戸籍によってその身分関係が公証され、その身分に応じた種々の権利義務を伴う法的地位が付与されるという、身分関係と結び付いた複合的な法的効果」である（判決 3（2）ア）。すなわち、婚姻によって生じる法的効果とは、身分関係の形成およびその公証、そして身分に応じた種々の権利義務関係を伴う法的地位の付与、である。ここから、本判決が婚姻についての法的利益を考えるに際して、それを「身分」と結びつけていることがわかる。

このことは、契約および遺言によっては婚姻を代替できないとする議論からも明らかになる（判決 3（3）ク）。すなわち、国が「契約や遺言により婚姻と同様の法的効果を享受することができるから、不利益はない」と主張したのに対して、本判決は（婚姻当事者には遺留分に関連する規定などがあるため）契約や遺言によって完全に婚姻と同様の状況を作出すことはできないという理由とともに、「婚姻は、契約や遺言など身分関係と関連しない個別の債権債務関係を発生させる法律行為によって代替できるものとはいえない」としてそれを退けている。したがって、本判決は婚姻が「身分関係」に関わることをその重要な意味として捉えている。

もっとも、本判決が「身分」について述べる趣旨は必ずしもはっきりしない。念頭に置かれているものとしては、例えば、①契約や遺言によって実現できない権利義務関係の存在、②契約や遺言ではそれぞれ法律行為を行わなければならないところ、婚姻では複数の法的効果が一括して生じること、あるいは③具体的な法的効果やその生じ方には還元されない、「婚姻」という関係それ自体、などが考えられる。

本判決が配偶者居住権の第三者対抗性や遺留分に関する規定など婚姻に関連する具体的な法的効果を挙げることは、①の理解に親和的である。他方で、「契約や遺言など身分関係と関連しない個別の債権債務関係を発生させる法律行為によって代替できるものとはいえない」という説示は、「個別の債権債務関

38) この点につき、矢野常寿教授より示唆を受けた。

係」という点を強調すれば②の理解に、「身分関係と関連しない」という点を強調すれば、具体的な法的効果と「身分」が異質のものであるという理解を示すものとして③の理解に親和的になる。

このような「身分」への言及は様々な問題を提起する。個々の法的利益とは異なる「身分」とは何か、そのような身分と結び付けられた婚姻がどのように位置づけられ評価されるかという問いは、理論的に検討するに値する。しかし、本判決が「身分」の内実について明確に論じていないため、これ以上本判決の「身分」論について踏み込むことはできない³⁹⁾。なお、本判決へのコメントでも「身分」に言及するものはあるが、上述のような多義的な理解可能性を反映してか、それぞれが想定するものは若干異なっているように思える⁴⁰⁾。いずれにせよ、ここで③の理解に立つ場合は、「婚姻」というタイトルの形式面が重視されていると考えられるのに対して、①および②の理解に立つ場合は、その主たる関心は婚姻によって生じる法的効果の内容（あるいはその生じ方）の方にあると考えられる。

そこで、まず(2)においては③の立場から、本判決がいう「法的利益」の基礎に「婚姻」という「身分」があることに基づいて、形式面での積極説の擁護を試みる。次に、(3)において①あるいは②の立場から、本判決が言う

「身分」が法的効果の方に重心があるものとしても、本判決の「法的利益」性の理由づけによって、なお形式面での積極説が擁護されるという議論を試みる。

(2) 婚姻という「身分」と積極説

繰り返しになるが、婚姻によって生じる法的効果の内実は「婚姻当事者及びその家族の身分関係」の「形成」、「戸籍によ」るその身分関係の「公証」、そして「その身分に応じた種々の権利義務を伴う法的地位」の「付与」である。

ここで注意すべきなのは、これらが一貫して「婚姻当事者及びその家族」の「身分関係」と結び付けられて述べられていることである。したがって、(パートナー間の規律に限れば)婚姻によって生じる法的効果はすべて「婚姻当事者」に関わることであるから、同性間に実現されるのがその一部であったとしても、少なくとも「婚姻当事者」としての「身分関係」の「形成」が前提として要請される。

ところで、「身分」を具体的な法的効果に還元されないものとして理解するならば、「身分関係」の「形成」のためには、具体的な法的効果の実現とは別に、「婚姻当事者」としての「身分」が与えられなければならない。「婚姻当事者」は「婚姻」のもとで成立するのであるから、したがって、同性間の関係は(実現される法的効果如何にかかわらず)「婚姻」として規律されなければならない。

39) 本判決(判決3(3)ク以降)では、「婚姻は、契約や遺言など身分関係と関連しない個別の債権債務関係を発生させる法律行為によって代替できるものとはいえない」と述べた後に、「加えて、婚姻によって生じる法的効果の1つである配偶者の相続権(民法890条)についていえば、……契約や遺言によって一定程度代替できる法的効果も婚姻によって生じる法的効果に及ぶものとはいえない」と論じている。したがって、この議論の順序からすると、本判決の重点は「婚姻」ができるか否か(③の理解)にあり、補完的に①の理解について論じているとも見ることができる。

40) 先行する論者による「身分」の内実の想定の違いは、以下のようなものである。

まず川島・前掲注18)において、木村は「判決は、婚姻は何よりも身分を作るための制度なのだと言っています。この箇所は、同居・相互扶助義務や相続分について、判決が配偶者同士の身分関係を作る『婚姻』として制度を整えることを立法府に求めていると読めます」とコメントしている。また大野・前掲注8)32頁は木村のそのコメントも参照して、「婚姻制度を利用できないということそれ自体から生ずる不利益を一体のものとして問題にした」とする。これらは、(特に具体的な法的効果に言及する木村に顕著だが)様々な法的効果が婚姻のもとで一括して規律されること、すなわち本文でいう①と②の両者を念頭に置いた理解をしていると思われる。

これに対して、志田・前掲注18)は本判決の論理を「包括的に見て、同性カップルの人たちが、婚姻という制度に拒否されていることは差別である」というものであると理解する。明言はされていないが、志田が具体的な規律と区別して「婚姻という制度」に言及することからすると、志田の理解は「婚姻」というタイトルを重視しており、本文でいう③に近いものと推測される。

以上のような差異が看取されるのであるが、しかしいずれにおいてもこうした違いと本判決の理解との関係は明示的には検討されていない。

以上のように、形式面での積極説が擁護されるという議論が考えられる。

もちろん現行の婚姻法が実子や自然生殖に関する規定も婚姻に関する規定として含んでいる以上、異性婚と同性婚が全く同じになるとは必ずしもいえない。しかしこのことは、内容面での積極説／消極説に関係するものである。ここでの議論は、同性間に実現されるべき法的効果がなんであれそれは「婚姻当事者」という「身分」と結びつけられているが故に、同性間の関係も「婚姻」の名の下で規律されなければならないという、形式面での積極説であり、それは異性婚と同性婚の内容が異なり得るということによって何ら妨げられない。

(3) 「法的利益」の理由づけと積極説

前節では、婚姻の「身分」性が法的効果とは異質のものであるという理解のもと、法的利益の内実が全て婚姻という「身分」と結びついていることから、実現が要請されているのが法的利益の一部であったとしてもそれは「婚姻」として実現されなければならないという議論を試みた。

これに対しては、(1)での検討によれば、本判決が「身分」を持ち出した理由は、「婚姻」というタイトルそれ自体ではなく、現行の婚姻によって生じる法的効果を婚姻以外の契約や遺言といった手段によっては実現できないこと（遺贈を受けたときに遺留分減殺請求を受ける可能性の有無や、居住権の第三者対抗可能性など）あるいは法的効果の一括性を強調するためであるという可能性もある。これによれば、そうした法的状況が実現されれば本判決がいうところの「身分」の意義は果たされるのであり、それが「パートナーシップ当事者」という名のもとでも構わないとも

考えられる。

しかし本節では、本判決の法的利益性の理由づけを検討することによって、なお「婚姻」としての規律が求められることを論じる。まず、本判決が婚姻についての現行法の趣旨を当事者の共同生活の保護に（も）求めていることを確認する（a）。そして、それにもかかわらず、本判決が婚姻についての規律の内容ではなく、社会における「婚姻」の尊重を理由として法的利益性を認めていることを示す（b）。最後にそうした理由づけのゆえに、「身分」を法的効果に着目するものと理解しても、結局「婚姻」としての規律が求められるという議論を試みる（c）。

a 婚姻についての現行法の趣旨

身分関係の形成、公証およびそれに結びついた権利義務を伴う法的地位の付与という現行法の仕組みは、どのような目的のためにあるのだろうか。現行法には同性婚に関する規定はないが、異性婚に関する規定には婚姻当事者に関する規定のほかに、親子に関する規定がある。

このうち、同性婚についての規定がないことは、同性婚を否定する積極的論拠にはならないという。なぜなら、現行法が制定されたときには、同性愛は精神疾患であるという誤った知見がその背景にあったからである（判決3(3)エ(イ)、(ウ)）。

他方、親子の規律が含まれていることについては、本判決は率直に「夫婦が子を産み育てながら共同生活を送るという関係に対して、法的保護を与えることを重要な目的としていると解することができる」ことを認める。学説においては、婚姻の趣旨を子を産み育てることに求め⁴¹⁾、そこから同性婚に否定的な立場も見られる⁴²⁾。

41) 大村敦志『家族法（第3版）』141頁（有斐閣、2010）は、婚姻には「ヒトには男女の異なる性があり、その交配により種の再生産がなされる」という意味での「自然」に「もとづく側面」があるとし、「婚姻は種の再生産のためのものであったはず」と論じる。もっとも大村もこうした「婚姻の自然としての側面」が「今日では自明のことではなくなっている」ことを認めている。

42) 例えば、「婚姻は2人の間に子が出生する可能性のある点が決定的である制度であると考え、婚姻は異性間にしか認めないという立場をとりあえず前提にする」という水野紀子「性同一性障害者の婚姻による嫡出推定」松浦好治ほか編『市民法の新たな挑戦——加賀山茂先生還暦記念』626頁（信山社、2013）など。また大村・前掲注41)286頁は、「二人の人間が子どもを育てることを含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。」という。

なお、水野紀子「婚姻の意義を考える」法教490号89頁、92頁（2021）においては、「婚姻法に拘束されない

しかし、本判決はそのような理解を採らない。「夫婦の法的地位」が子の有無によって変わらないこと、また民法の学説史的にも「子を産み育てることが婚姻制度の主たる目的」とはされていなかったことを指摘して、「夫婦の共同生活自体の保護」も「本件規定の重要な目的である」とする(判決3(3)エ(ア))。このように考えると、婚姻によって生じる法的効果を享受する利益は「同性愛者であっても、異性愛者であっても、等しく享有し得るもの」という理解が自然に導かれる⁴³⁾。

以上の理解によれば、婚姻当事者の共同生活を(も)保護するという目的で、本件規定は「身分」と関連した法的効果を生じさせているのだから、同性間で子が生まれ得ないとしても、その法的効果を同性間に及ぼすことを妨げるべき理由はない。本判決自身は、本件規定の目的を論ずる前に、異性愛者と同性愛者の差異が性的指向のみであることおよび、性的指向が意思によって変更できないことを理由として、この法的利益は同性愛者も享有し得るとしているが、実質的な考慮は本稿が示したとおりであろう。というのも、仮に婚姻が自然生殖や実子と不可分であるとすれば、婚姻によって生じる法的効果である婚姻の身分関係の形成も自然生殖や実子と不可分のものとして観念されるはずであって、その場合に同性カップルもそうした身分を占めてしかるべきであるという結論が導かれるとはいえない可能性があるからである。

以上から本判決が、本件規定が夫婦間の共同生活を(も)保護することを目的としてい

ることから、婚姻によって生じる法的効果が同性間に及ぼされてしかるべきであると論じていることを確認した。

b 法的利益性の根拠

では婚姻から生じる法的効果を享受することが法的利益であるのは、そもそもなぜだろうか。aでの議論から直ちに思いつくのは、婚姻によって生じる法的効果が(当事者にとって)重要だから、という理由づけであろう。Ⅳ1(1)において述べたように本判決で重視されている婚姻に関する「身分」の付与がなんらかの意味で重要であれば、そして現行法がその保護を趣旨とする婚姻による共同生活がなんらかの意味で重要であれば、そうした法的効果を享受することが法的利益であるという議論はごく自然に思える。

しかし本判決はそう論じていない。本判決は「現在においても、法律婚を尊重する意識が幅広く浸透している」ということを示した上で、「このことからすると、婚姻することにより、婚姻によって生じる法的効果を享受することは、法的利益である」と結論付けている(判決3(3)イ)。ここには、婚姻によって生じる法的効果の重要性は一切現れない。

この説示を素直に読むと、以下のように理解できる。すなわち、婚姻によって生じる法的効果を享受することが法的利益であるのは、社会において婚姻が尊重されているからである、と。婚姻と身分や共同生活の保護といった、身分あるいは権利義務に関する議論とは異なり、ここでは社会における事実的なダイナミクスが前面に押し出されている⁴⁴⁾。

そして、婚姻の内実そのものを直接扱わな

自由な結びつきにとどまることは、同性愛者にとって致命的だろうか。」として同性婚に否定的な口吻を示しつつも、「同性婚の成否については中立の立場」であると自己規定しており、さらに水野紀子「婚姻と民法——カップルの選択という構成」法時94巻6号26頁,31頁(2022)では「子が生まれるという要素がない同性婚については、平等化のために認める必要があるという判断を取るとしても、嫡出推定規定をはじめとして、異性間の婚姻とまったく同じというわけにはいかないだろう。」と述べている。水野はあくまでも婚姻と自然生殖の結合を重視しているようだが、同性婚も容認するように立場を徐々に変化させているように思える。

43) もっとも本判決は、「子を産み育てること」と「夫婦の共同生活自体の保護」のいずれをも婚姻の目的として認めており、両者の関係を論じていない。あくまで、婚姻の目的がもっぱら「子を産み育てる」ことにあるという議論を否定しているにとどまるものであると思われる。

44) 本判決がこの部分で引用する非嫡出子相続分違憲決定(最大決平成25年9月4日民集67巻6号1320頁)において、法律婚の尊重が平等要求に否定的に作用すると扱われたことからすると、本判決の論理は印象的である。本判決においては、法律婚の尊重があるからこそ、婚姻から生じる法的効果を享受することが、平等の検討の俎上に乗る法的利益になるのである。

いという姿勢は、この法的利益が「重要」であるとする議論にも現れている。本判決はこの法的利益が重要であることの理由を、婚姻によって生じる法的効果の重要性ではなく、憲法 24 条が異性カップルについてその実現のための制度を保障していることに求めている。憲法 13 条について、婚姻に関連する諸利益の重要性をまったく論じなかったのと同様に（Ⅵで後述）、法的利益の重要性を論じるに際しても、婚姻によって生じる法的効果の実質的な評価は表に出てこない。ここでも、婚姻の内容ではなく、（社会において、そして社会の情勢を一定反映している（憲）法において）婚姻がどのように扱われているかということが重視されているのである。

本判決に対しては、「同性愛者が婚姻から排除され、それがスティグマ（『個人の尊厳』の毀損）に直面している面を指摘するほうが、展望はあるように考える。」という指摘⁴⁵⁾や「同性カップルも異性カップルも同じカップルなのだと宣言することこそが最も重要なものではなからうか（その結果として、法律婚の枠内でやむを得ず異性婚と同性婚とで効果に差異が生じることは致し方ないのである。）」という指摘⁴⁶⁾がある。しかしこのスティグマという観点は、明示こそされないものの、婚姻が社会においてどう見られているかということを考慮する法的利益性の承認の議論に、実は伏在していたと考えられる。もっともⅥで触れるように、婚姻に対する社会的な特権を強化するという問題と呼び込む危険がこの戦略にあることにも、注意が必要

である⁴⁷⁾。

c 法的利益性の根拠と積極説

c では、b での法的利益性の理由づけから、形式面での積極説を擁護することを試みる。

本判決の認識によれば、異性愛者と同性愛者では、「婚姻によって生じる法的効果を享受する」という「重要な」「法的利益」を受けられるか否かという「区別取扱い」が生じている（判決 3 (3) イ）。そうであるならば、「婚姻によって生じる法的効果」の一部を同性愛者に認めることによってこの「区別取扱い」が合憲になるとすると、それがどのようなものであれそれは「重要な」「法的利益」を（その程度が異性愛者と同等であるかは別論としても）同性愛者が受けられるようにするものでなければならない。

ところで本判決は、婚姻によって生じる法的効果の重要性ではなく、婚姻が社会的に尊重されているということに注目して、婚姻によって生じる法的効果を享受することを法的利益であると認めた。すなわち、法的利益性の根底には、社会的に尊重される「婚姻」というタイトルが存在する。すると、同性愛者が「法的利益」を受けられるためには、同性愛者への規律にも社会的に尊重されるタイトルが与えられなければならない⁴⁸⁾。そして、同性カップルが少数者であり歴史的に差別されてきたことからすれば⁴⁹⁾、仮に法律上の効果が同一であったとしても、同性パートナーシップ制度は異性婚と同等の社会的尊重を得られず、異性婚よりも劣った関係として

45) 西山・前掲注 8)57 頁。

46) 吉原・前掲注 8)22 頁。『婚姻』という制度を同性間でも用いることができるという『承認』の契機を期待する当事者が少なからずいると思われる」とする新井・前掲注 8)10 頁も同旨。

47) 「承認は承認されざるものを不可避免的に必要とすることを、わたしたちは思い起こさなければならない。」という松田和樹の指摘が重要である（松田和樹「同性婚か？あるいは婚姻制度廃止か？——正義と承認をめぐるアボリア——」国家 131 巻 5・6 号 369 頁，398 頁（2018））。

加えて、喜久山・前掲注 8)200 頁は、「法律婚を尊重する意識が浸透しているのは、長年の差別政策の結果（家制度の残滓）に他ならない」と指摘する。日本の婚姻の歴史は本稿で扱うことができないが、喜久山の指摘は、婚姻の承認の問題性を日本独自の文脈と関連させて提示するものとして重要である。

48) もちろん、本判決は社会的な尊重のみが法的利益性の根拠であると述べたわけではないが、他の根拠を本判決が提示していない以上、社会的な尊重以外の根拠によって法的利益性を基礎づける議論を本判決から見出すのは困難である。

49) 同性愛が疾患であるという科学的に正しくない偏見に同性愛者が晒されてきたこと、そして、同性愛が精神疾患であるという科学的には誤った知見の流布を背景に同性婚に否定的な意見や価値観を持つ国民がなお「少なからず」存在すること（判決 3 (3) キ（ア））は、本判決自体が指摘するところである。

扱われる恐れがある⁵⁰⁾。このような考慮の下では、パートナーシップ制度は婚姻と社会的尊重において比肩すべきタイトルとはいえないのではないか。したがって、本判決の「法的利益」性についての理由づけの論理を展開すれば、少なくとも同性愛への偏見が十分に除去されたとは言えない現時点では、それはむしろ同性間の関係を、社会的に尊重される「婚姻」として規律することを要請しているものと解されるべきである。

このような議論は、(3)の冒頭で述べた身分理解によっても覆らない。というのも、設定される「身分」は、それが何であれ社会的に尊重されるものでなければならず、現状ではそれは「婚姻」において他はないからである⁵¹⁾。

(4) まとめ

(2)および(3)において、本判決の「法的利益」の検討によって、同性間の規律を婚姻として行わなければならないという意味での形式面での積極説を擁護することを試みた。違憲性の解消のために、「婚姻によって生じる法的効果」の一部は最低限実現しなければならないことは消極説と積極説で共有されているところ、(2)ではその法的効果が全て婚姻という「身分」と結びついていることから本判決は形式面での積極説として理解されるという議論を、(3)では法的効果を認めることによって同性愛者に実現される法的利益の根拠が社会的尊重にあるとしたことから本判決は形式面での積極説として理解されるという議論を、それぞれ行なった。

同性カップルの規律を「婚姻と同様、身分行為として保障すべきこと」を形式面での積極説の理由として挙げた谷口・前掲注 5) の議論は、以上のような趣旨として理解すれば支持できよう。またⅢ 2 (2) c で論じたように、享受利益の説示の存在のみから積極説を

擁護することは難しいとしても、ここで論じたように「法的利益」の内実と理由づけに遡って検討することによって、形式面での積極説には相応の根拠を見出すことができる。そこで、2 において消極説の根拠を再確認し、それに対して積極説が維持されるか否かを検討する。

2 消極説への応答

ここでは、Ⅲ 2 (1)で紹介した議論を参照しつつ、消極説の根拠に対して形式面での積極説が擁護されるかを検討する。もっとも既に述べたように判決の文言自体は必ずしも決定的な理由にならないため、ここでは立法裁量の強調と異性婚保護としての憲法 24 条理解が積極説を論駁できるかについて検討する。

(1) 「どのような制度を採用するか」の立法裁量？

ある評釈は、本判決が「どのような制度を採用するか」についても立法裁量に委ねていることから、婚姻ではないパートナーシップでも合憲になる余地があるとしていた⁵²⁾。これは 1 で論じた形式面での積極説を論駁できるだろうか。

この指摘に対しては、そもそもここで指摘される立法裁量が、婚姻かパートナーシップかを選択する立法裁量であるかも解釈が分かれ得ると言える。というのも、指摘される立法裁量の前に「同性愛者のカップルに対し、婚姻によって生じる法的効果を付与する法的手段は、多種多様に考えられるところであり、一義的に制度内容が明確であるとはいえず、(判決 4 (2)) と述べているため、このうち「制度内容が明確」でないことを強調すれば、この裁量は、「婚姻によって生じる法的効果」(1 での議論によればいずれにせよ婚姻として規律されるべきである)の具

50) 木村解説にも同趣旨の指摘がある。また、台湾においては同性婚を民法ではなく特別法で規律することも差別であると主張されていたという(鈴木賢「台湾の同性婚法制度化から何を学ぶか 第9回 台湾の同性婚法に残された課題」(2020年3月10日)(<https://trponline.trparchives.com/magazine/columnessay/17313/>), 参照)。

51) 新井・前掲注 8)11 頁は、「多様な形の家族・パートナーシップが前提となる世の中が到来するとき、そのなかで『婚姻』という意味秩序への内包を求めること自体の意義もまた変化してくるのかもしれない。」と述べ、将来的な「婚姻」の位置づけの変化可能性を指摘している。本稿の議論も、こうした将来の変化可能性を否定するものではない。

52) 中岡・前掲注 8)18 頁。

体的な内容についての裁量に過ぎないと解する余地があるからである。

仮に制度を選択する裁量だったとしても、1での議論はそれに対して維持される。1(2)の議論からすれば、付与されるべき法的効果は全て婚姻という「身分」と結びついているから、どのような制度を選択しようと、それは婚姻という「身分」に結びついたものでなければならず、結果としてパートナーシップを選択する余地はない。また1(3)の議論によれば、結果として選択された制度が社会的に尊重されていないければ、同性愛者に法的利益を受けさせるものと言えず、憲法14条1項の要請を満たさない。したがって、本判決が法的効果を一部でも同性カップルに認めるべきとするのであれば、その実現のために現状では婚姻を選択する他ない。

制度の内容がどのようなものか、あるいは異性婚との異同はどうかといったことは、内容面での積極説に関わることであり、同性間の規律を婚姻として行わなければならないという意味での積極説を論駁するものではない。

(2) 異性婚のみを保護する憲法24条？

では、憲法24条の言う「婚姻」が異性婚であることから、『婚姻という制度利用の機会を確保できていないこと』自体も、やむを得ないことであると判断され得るという議論はどうか⁵³⁾⁵⁴⁾。

再度確認すると、前提として、本判決が婚姻によって生じる法的効果の少なくとも一部は同性間に認められなければならないとしたことに異論はない。問題はその法的効果が

「婚姻」として実現されるかそうでなくともよいかという点である⁵⁵⁾。したがって、本判決が憲法24条から同性婚という制度を求める権利を導くことを否定したとしても(判決2(3))、それは形式面での積極説となんら矛盾しない。形式面での積極説は、その内容が特定されないとしても、婚姻から生じる法的効果の少なくとも一部を同性愛者に認める必要があり、かつそれは婚姻としてなされなければならないとするものだからである。

すると、この議論が1で論じた形式面での積極説を論駁するには、立法裁量を踏まえた憲法14条1項適合性審査の理解として、憲法24条が異性婚のみを保護しているということが、1(2)および(3)の議論のいずれかを覆すことができるとしなければならない⁵⁶⁾。

まず1(2)の議論については、憲法24条が異性婚のみを保護していることを理由に本判決が「婚姻」という身分を同性間に認めないとしている場合には、(2)の議論は失敗していると言える。しかし、そのような説示は本判決に見られず、却って「立法府は、同性間の婚姻及び家族に関する事項を定めるについて、広範な立法裁量を有している」(判決3(1))と述べていることからすると、本判決は同性間に「婚姻」があり得ることを前提としていると見ざるを得ない。したがって、この議論は(2)の議論を覆すことができない。

また1(3)の議論についても、本判決が憲法24条を理由に同性間には社会的に尊重されるタイトルを認めなくてよいとしていれば、(3)の議論は失敗していると言える。しかし本判決は、憲法24条が異性カップルのみを保

53) 新井・前掲注8)9頁。

54) なお憲法24条に関連して本判決の平等審査と先例との関係について、西山・前掲注8)59頁は、婚外子相続分違憲決定(最大決平成25年9月4日民集67巻6号1320頁)に類似するとしつつ、憲法24条違反がないとしたのちにそれとは別に「考慮すべき事項」と「限定的に斟酌すべき事項」を定め、「どの時点で本件区別取扱いが合理的根拠を欠くようになったのかの判断を曖昧なままにして、違憲審査を展開」している点で婚外子相続分違憲決定「ともかなり隔たりがあり、本判決の判断手法に問題がないとはいえない」と論じている。

もっとも、先例においては争点となる関係が憲法24条の規律対象となっていたのに対して、本件では、同性カップルに憲法24条の保護が及ぶかという問題と、本件区別取扱いが憲法14条1項に違反しないかという問題が別個に論じられているため、憲法24条違反がないことによって裁量権逸脱の範囲が縮減されるか(同59頁参照)についてはなお検討の余地がある。

55) Ⅲ2(1)dで述べたように、本判決は、憲法24条が異性婚のみを保護することを理由として、同性間に婚姻によって生じる法的効果を受取る法的利益を認めなくてよいということが正当化されるとは論じていない。

56) (2)および(3)の議論が憲法24条と独立に擁護されていることから、本判決の憲法24条についての判示が(2)または(3)の議論の否定と矛盾しないというだけでは、議論を覆すことは言えないことに注意されたい。

護しているとしても、「異性愛者と同性愛者の差異は、性的指向が異なることのみ」であり両方で「婚姻によって生じる法的効果享受する利益の価値に差異があるとする理由はな」と論じている(判決3(3)イ)。また、憲法24条は、同性カップルの不保護を否定するという文脈でもっぱら言及されている(判決3(3)エ(イ), 3(4)など)のであって、憲法24条が異性婚のみを保護することから同性間には社会的に尊重されるタイトルを認めなくてよいとした説示は見当たらない。したがってこの議論は(3)の議論を覆すことができている。

以上から、憲法24条が異性婚のみを保障すると本判決が述べたことに依拠する議論は、1で論じた形式面での積極説を論駁できていないといえる。

(3) まとめ

(1)および(2)の検討によって、評釈から読み取れる消極説の根拠は、形式面での積極説を覆すには至らないことが明らかになった。したがって本判決の判示の整合的な理解として、同性間の関係を(パートナーシップなどではなく)婚姻として規律するべきとしているという意味での積極説が擁護されるのである。

3 小括

本稿は、本判決が形式面での積極説として読まれるべきことを論じてきた。

本判決では最終的に「婚姻によって生じる法的効果の一部ですらもこれを楽しむ法的

手段を提供しないことを合理的とみるか否か」が検討されており、「本件区別取扱い」の内実であった「その性的指向と合致する者との間で婚姻することができるか否かという区別」は明示的に論じられていないように見え、その点に批判もある⁵⁷⁾。しかし本稿の検討によれば、本判決は、その文言から受ける印象とは異なり、実際には社会の尊重を受けるタイトルのもとで規律されるという意味で一貫して「婚姻」することの可否を論じていたと考えられるのである。

ここまでで形式面での積極説の擁護ができたため、VおよびVIでは、本判決に残された問題点を指摘する。本判決が憲法24条によって同性婚を保護しなかったことも大いに議論されるべきであるが、すでに吉原・前掲注8)13-15頁などによる詳しい批判的検討が存在するため⁵⁸⁾、本稿では取り上げない⁵⁹⁾。具体的に本稿では、Vにおいて本判決の判断枠組みの内実が不明確であることおよび判断枠組みの提示と実際の審査に齟齬があることを指摘し、VIにおいて本判決の社会的な尊重を根拠とする婚姻論が持つ理論的な難点を論じる。

V. 判断枠組みをめぐる混乱

III 2(2)cにおいて谷口の所論に関して若干触れたように、本判決の判断枠組みに関しては問題点がある。本判決がいう「真にやむを得ない」か否かという基準は相当に厳格な審査を要求するように見えるが、その内実が判決内部で十分に明確になっていないがため

57) 吉原・前掲注8)21頁は、「平等原則違反との関係では、『本件区別取扱い』の違憲性のみが問題なのであり、その結果として、異性カップルの婚姻の法律効果と同性カップルの婚姻のそれが全く同じでよいかといった点は問題とならない。」と指摘する。

58) なお憲法24条と同性婚については、木村草太は憲法24条1項の趣旨が同性カップルに類推適用されるべきとしていた。木村草太「意見書」11-12頁(2020年4月3日)(<https://www.call4.jp/file/pdf/202008/7b78e327018245da7a47260a10454e06.pdf>)。参照。また本判決後の意見書である木村・前掲注9)4-6頁でも同様の議論をしている。

また木村は本判決が憲法24条を同性間に直接に適用しなかったことについて、「これからの裁判、憲法学説の重要な争点」とであるとコメントしている(木村解説参照)。

59) また本判決は憲法24条が同性婚を保護していないことが、制定当時の同性愛についての誤った知見に基づくものであるとすることで、憲法24条が同性婚を禁止しているという解釈を退けている点にも意義が認められるが、「実際に同性婚が認められてこなかった理由を、同性愛の医学上の評価に帰着させることができるのかどうかには、疑問がある。」という指摘もある(毛利・前掲注8)127頁)。

憲法24条解釈と本判決との関係については、新井・前掲注8)6-8頁を参照。

に、実際に行われている審査との関係も不明瞭になっている。

敷衍すると、本稿の見立てでは、本判決が実際に行っているのは広範な立法裁量のもとでの総合考慮であるが、本来「真にやむを得ない」か否かという基準は総合考慮とは異なるはずであり、かつ本判決はそのように基準を変更することの論証に成功していない。これが本稿の考える、本判決の判断枠組みについての問題点である。

以上の点については2～4で論じるが、まず前提として1において本判決の判断枠組みの提示と当てはめを確認する。

1 憲法14条1項適合性審査の判断枠組みと当てはめ

本判決は、「異性愛者のカップルは、婚姻することにより婚姻によって生じる法的効果を楽しむか、婚姻せずそのような法的効果を受けないかを選択することができるが、同性愛者のカップルは、婚姻を欲したとしても婚姻することができず、婚姻によって生じる法的効果を楽しむことはできない。」という区別があること、より端的に言えば、「本件規定により、同性愛者と異性愛者との間で、その性的指向と合致する者との間で婚姻することができるか否かという区別が生じる結果となってしまう」という認識のもと、それが「性的指向による区別取扱い」であるとして、その合憲性を審査している。

ここではこの区別取扱いの構成の是非は一旦論じず⁶⁰⁾、それを前提として本判決の判断枠組み(1)と当てはめ(2)を確認する。

(1) 判断枠組み

本判決は先行する最高裁判例⁶¹⁾を引用しつつ、「憲法14条1項は、法の下での平等を定めており、この規定は、事柄の性質に応じた合理的な根拠に基づくものでない限り、法的な差別的取扱いを禁止する趣旨のものであると解すべき」とであるという理解を冒頭で提示し(判決3(1))、区別取扱いが「合理的根拠を有するといえるか」を検討している(判決3(3))。したがって、本判決の最も大きな判断枠組みは、区別取扱いがある場合に、それに合理的根拠があるか否かというものである。

しかし、婚姻に関する事項については、立法に「広範な立法裁量」があるとする。したがってこの時点で判断枠組みは、「本件区別取扱いが合理的根拠に基づくものであり、立法府の上記裁量権の範囲内のものであるか」であることになる(判決3(2)イ)。

これに続いて、本判決はより限定した検討を要求している。すなわち、性的指向が「人がその意思で決定するものではなく、また、人の意思又は治療等によって変更することも困難なものである」ことから、合理的根拠の有無は「立法事実の有無・内容、立法目的、制約される法的利益の内容などに照らして真にやむを得ない区別取扱いであるか否かの観点から慎重にされなければならない。」という(判決3(3)ア)。

以上をあわせると、本判決の判断枠組みは、本件区別取扱いが合理的根拠に基づくものであり、立法府の上記裁量権の範囲内のものであって、「真にやむを得ない」ものであるか否かということになる。これは相当に厳格な審査であるように思える⁶²⁾。

60) この構成にも批判はあり、西山千絵は、性的指向に基づく差別という本判決の議論は、「実質的にみて、本件規定が性的指向に基づく差別をしていることが問題なのか、あるいは同性愛者の大多数を不合理な理由によって現実には排除していることが問題なのか」が不明確であり、性的指向は「本件規定によって直接生じた区別に関する対比となりたく、同性カップルと異性カップルとの比較ではないのか〔傍点原文〕」(西山・前掲掲8)56-57頁)と論じている。そして現行法上婚姻の機会がない者には「多様性があり」、「同性カップルの婚姻の選択を性的指向の問題に収斂してよいのか」という問題を提起している(同57頁)。西山は、性的指向による区別とするのであれば、「同性との婚姻を希望する者のうち、性的指向が同性に向かう者が相当多数を占める」という統計的事実や、現に同性愛者の多数は婚姻していない事実を追加すべきではないかとする(同57頁)。

61) 最大判昭和39年5月27日民集18巻4号677頁、最大決昭和48年4月4日刑集27巻3号265頁、および最大判平成27年12月16日民集69巻8号2427頁(再婚禁止期間違憲判決)。

62) 吉原・前掲掲8)20頁は、本判決について「審査基準論の文脈でいえば、厳格な審査基準を打ち立てたもの

(2) 当てはめ

しかし本判決の当てはめは、必ずしも提示された判断枠組みを完全になぞるものではない。

本判決では種々の考慮要素を列挙した上で、これらの「諸事情を総合して」合理的根拠の有無が論じられる。まず、性的指向に基づく区別は「慎重な検討を要する」こと、婚姻によって生じる法的効果を楽しむ法的利益は同性愛者と異性愛者と等しく享受し得るものであること、婚姻に関する現行法の目的は正当であるが、現行法に同性カップル保護の規定がないのは同性愛についての誤った知見に基づいて制定されたためであり規定の不存在を「同性愛者のカップルに対する一切の法的保護を否定する理由」と捉えるべきではないことを指摘する。

続いて、「国の伝統や国民感情」等を広範な立法裁量において考慮した結果として本件区別取扱いが合憲となる余地があるとする。しかし、国内外で同性カップルを保護すべきとする意識や潮流が高まっていること、そして同性愛に否定的な国民が存在することは「同性愛者に対して、婚姻によって生じる法的効果の一部ですらもこれを楽しむ法的手段を提供しないことを合理的とみるか否かの検討の場面においては、限定的に斟酌すべき」であることが指摘され、「同性愛者に対しては、婚姻によって生じる法的効果の一部ですらもこれを楽しむ法的手段を提供しないとしていることは、立法府が広範な立法裁量を有することを前提としても、その裁量権の範囲を超えたものであるといわざるを得ず、本件区別取扱いは、その限度で合理的根拠を欠く差別取扱いに当たる」と結論づけられる(判決3(4))。

(3) 問題の所在

本判決の当てはめは以下の点で、判断枠組みと直ちには対応しないように思われる。第1に、最終的に「婚姻によって生じる法的効果の一部ですらもこれを楽しむ法的手段を

提供しないことを合理的とみるか否か」が検討されており、「本件区別取扱い」の内実であった「その性的指向と合致する者との間で婚姻することができるか否かという区別」は明示的に論じられていない。第2に、本判決の結論に至る部分(判決3(4))の冒頭において本判決は「諸事情を総合して、本件区別取扱いの合理的根拠の有無について検討する」と述べているが、この「諸事情を総合」という要素は判断枠組みの提示においては触れられていなかったため、この時点ですでに提示された判断枠組みと完全には対応していない。そして第3に、合理的な根拠の有無について「慎重な検討」を要するとはしつつも、「真にやむを得ない」か否かという検討を明示的には行っていない。

もっとも、第1の点については、Ⅳでの検討から本判決が「婚姻」としての規律を要請していると理解できるため、積極説の是非には強く影響しない。しかし第2、第3の点については、本判決の審査がどの程度厳格であるか不明確になっているため、詳しく吟味する必要がある。具体的には、確かに、「いかなる性的指向を有する者であっても、享受し得る法的利益に差異はない」という趣旨の説示が繰り返されており、同性カップルと異性カップルの等しい取扱いが原則であると本判決が考えていることは窺えるにしても、しかし広範な立法裁量の再度の強調により、その例外が緩やかに認められる余地があるように読める。そして本判決は考慮要素に重みづけをすると論じるが、いかなる考慮要素がどのように結論を支持しているかは明示されておらず、実質的にも審査の内実が分節化されない単なる総合考慮による審査を行っている疑いがあるのである。

以上の点を踏まえると、提示された「真にやむを得ないか」否かという判断枠組みと、「諸事情を総合」して検討するという当てはめで実際に行われている判断の関係については、以下のような可能性が考えられる。①

と考えられる」とする。また、審査基準論とは述べないものの、毛利・前掲注8)127頁は「性的指向……による区別の合憲性について厳格な審査を行う姿勢を示した点に特徴がある。」とする。他方で中曽・前掲注8)84頁は、「学説的な」厳格審査基準ではなく、「区別取扱いの合理的根拠の有無を判断する1つの手法」として理解すべきとする。中曽がこの基準の厳格度をどのようにとらえているかは明示されていない。

「真にやむを得ない」という基準は、広範な立法裁量のもとでの総合考慮と同じである、②「真にやむを得ない」という基準は、広範な立法裁量のもとでの総合考慮とは異なるが、本判決の広範な立法裁量を前提にした説示で述べられていることは、「真にやむを得ない」という基準の適用とも理解できる、③「真にやむを得ない」という基準は広範な立法裁量のもとでの総合考慮とは異なり、広範な立法裁量を強調することで「真にやむを得ない」という基準は実際には適用されておらず、緩和された総合考慮による判断枠組みが妥当している。

これらのうち、①および②は本判決が「真にやむを得ない」か否かという基準を適用したと考えるものであり、それによれば判断枠組みの提示と当てはめに齟齬はないことになる。結論との関係で言えば、国賠法上の違法性を検討するための前提として「婚姻によって生じる法的効果の一部ですらもこれを享受する法的手段を提供しない」限度で現行法が違憲であると論証すれば足りたために、このような結論になったと考えるものである。他方で③は実際には「真にやむを得ない」基準が適用されていないと考えるものであり、それによれば判断枠組みの提示と当てはめに齟齬があることになる。結論との関係で言えば、「一部ですらも」という文言は、緩和された基準のもとでも違憲という結論に至るために付加されたものであると考えられる。

そこで、以下では、2において「真にやむを得ない」か否かという基準について検討し、それが裁量を制約する形での審査を意味すると考えられることを論じる（①の否定）。続いて、3において、そのように提示される「真にやむを得ない」か否かという基準と、本判決の実際の当てはめが齟齬をきたしていることを指摘する（②の否定）。そして最後に4において、本判決は判断枠組みの緩和の論証に成功していないことを論じる。

2 「真にやむを得ない」基準は総合考慮か

ここで検討される判断枠組みを再度示す

と、「立法事実の有無・内容、立法目的、制約される法的利益の内容などに照らして真にやむを得ない区別取扱いであるか否か」というものであった（以下「真にやむを得ない」基準という）。ここでは、この基準が広範な立法裁量のもとでの総合考慮とは異なると理解すべきであることを論じる。

本判決は「立法事実の有無・内容、立法目的、制約される法的利益の内容などに照らして真にやむを得ない区別取扱いであるか否か」と述べるだけであり、「真にやむを得ない」というためにどのような要件が課されるかを明らかにしていない。しかし、(1)本判決の論述における判断枠組みの位置づけからしても、また(2)最高裁における「真にやむを得ない」という文言の使われ方からしても、「真にやむを得ない」基準は、広範な立法裁量のもとでの総合考慮とは異なると考える。

(1) 判断枠組みの位置づけ

本判決の大枠の判断枠組みを再掲すると、「同性間の婚姻及び家族に関する事項を定めるについて、広範な立法裁量」があることを前提に「本件区別取扱いが合理的根拠に基づくものであり、立法府の上記裁量権の範囲内のものであるか」というものである。つまり、文言上は本件区別取扱いが「合理的根拠に基づく」か否かということと、「立法府の上記裁量権の範囲内」か否かということが並んで問われている。もっとも合理的根拠がありかつ裁量権の範囲外という状況は考えにくい。結局は合理的根拠が存在するかということが問われていると考えられる。

そして性的指向に基づく区別取扱いの合理的根拠の有無は「真にやむを得ない区別取扱いであるか否かの観点から慎重に」検討されなければならないのであったのだから、結局のところ、広範な立法裁量を前提にしても本件区別取扱いが「真にやむを得ない」か否かが最終的な判断枠組みとなるべきである。すなわち、「真にやむを得ない」という基準は、立法裁量を総合考慮ではなくより限定的に検討する趣旨であると考えられる。

(2) 最高裁での用いられ方

最高裁判例において、「真にやむを得ない」ということが実質的に論じられたものは見当

たらない。しかし、近時の幾つかの少数意見が立法裁量との関係で「真にやむを得ない」という文言を用いて議論を展開しているため、それを参照しよう。

最大判令和2年11月18日民集74巻8号2111頁の宇賀反対意見は、「投票価値の平等の問題は厳格な司法審査に服さなければならず、選挙権平等原則からの逸脱は真にやむを得ない場合でなければ認められない〔強調引用者〕」とした上で、「1票の価値の平等」は「最優先の考慮事項として立法裁量を制約する」とする。

最大判平成18年10月4日民集60巻8号2696頁の泉反対意見は、投票価値の較差をもうけることの目的が「国民の意見を公正かつ効果的に国会に反映させるために真にやむを得ない合理的なものであるか〔強調引用者〕」が問われるとし、「国会に広範な裁量を認めるべきではない」とする。

以上のように、これらの反対意見は「真にやむを得ない」という文言を用いることでいづれも厳格な審査を志向している。とりわけ一票の格差訴訟においては、例えば最大判平成8年9月11日民集50巻8号2283頁などが「国会が具体的に定めたところのものがその裁量権の行使として合理性を是認し得るものである限り、それによって右の投票価値の平等が損なわれることになっても、やむを得ない〔強調引用者〕」と述べていたことと対比すれば明かなように、立法裁量に歯止めをかける趣旨で「真にやむを得ない」という文言が用いられていることが窺える。

このような最高裁判事の使用法に照らしてみると、単なる「やむを得ない⁶³⁾」ではなく「真にやむを得ない」という基準が用いられるのは、特定の要素が立法裁量を強く限定する場合であると考えられる⁶⁴⁾⁶⁵⁾。であるならば、本判決においても「真にやむを得ない

63) 本文でも一票の格差訴訟に関連して「やむを得ない」と述べた判例を参照したが、「やむを得ない」という文言は、その他の最高裁判例においても少なからず登場する。それは厳格度の高い審査に用いられることもあるが、必ずしも厳格な審査を意味するものではない。例えば、一方で最大判平成17年9月14日民集59巻7号2087頁では「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」とした上で、「そのような制限をすることなしには選挙の公正を確保しつつ選挙権の行使を認めることが事実上不能ないし著しく困難であると認められる場合でない限り、上記のやむを得ない事由があるとはいえない」としており、これは厳格な判断枠組みについて「やむを得ない」という文言が用いられた例である。

他方で、猿払事件最高裁判決（最大判昭和49年11月6日民集28巻9号393頁）は表現の自由の制約としては厳格な審査を行なったとは考えられていないが（安西文雄ほか『憲法学読本（第3版）』（有斐閣、2018）157頁〔穴戸〕参照）、その結論も「合理的で必要やむをえない限度を超えるものとは認められない」というものであったし、オウム真理教解散命令事件（最判平成8年1月30日民集50巻1号199頁）も相対的には緩やかな審査であると考えられるが（同書132頁〔安西〕参照）、「必要でやむを得ない法的規制」であると述べていた（強調引用者）。

なお、「やむを得ない」という文言については、千葉勝美最高裁判事の補足意見等を参照しつつ、『やむを得ない』との言説と厳格な基準との連関は、在外選挙判決に限られずより一般性をもつと言えるかもしれない。との指摘もある（木下昌彦「最高裁における憲法判断の現況——調査官解説を踏まえた内面的分析の試み」論ジュリ23号165頁、168頁（2017））。この見解に従うとしても、「真にやむを得ない」基準はより一層厳格な基準を志向するものであると位置づけられるから、本文の結論に影響はない。

64) 本文では立法裁量と関係するもの引用したが、具体的な憲法条項との関係で実質的に「真にやむを得ない」ということに言及するものは、LEXで筆者が調査した限りでは、それ以外にも以下のようなものがある。最判昭和49年6月18日集判192号639頁における天野反対意見は「条例にいう煽動者として自己の言動に対する責任を問われるべきことは、真にやむを得ないこととなるのであり、これを処罰したからといって、憲法二一条に反することにはならない」と述べた。これは厳格な審査を志向しているとは言い難いが、同判決は多数意見も違憲性について詳細な議論をしておらず、むしろ集団行動が無許可であったことについての被告人の認識の有無が争点となったものである。

他方で、最大判昭和49年11月6日民集28巻9号393頁（猿払事件上告審判決）における大隅ほか反対意見では、一般論としても「積極的な政治活動は……制限がされる場合には、その理由を明らかにし、その制限が憲法上十分の正当性をもつものであるかどうかにつき、特に慎重な吟味検討を施すことが要される」と論じており、また政治活動に刑罰を課すことについても「個人の政治活動の自由が憲法上極めて重大な権利であることにかんがみるときは、一般統治権に基づく刑罰の制裁をもつてするその制限は、これによつて影響を受ける政治的自由の利益に明らかに優越する重大な国家的、社会的利益を守るために真にやむをえない場合で、かつ、その内容が真に必要なやむをえない最小限の範囲にとどまるかぎりにおいてのみ、憲法上容認される」と論じる。

い」基準の内実が広範な立法裁量のもとでの総合考慮であるとは考えにくい⁶⁶⁾。

(3) まとめ

以上から、「真にやむを得ない」基準は総合考慮とは異なるはずであることが明らかになった。

むしろ、「立法事実の有無・内容、立法目的、制約される法的利益の内容などに照らして真にやむを得ない」か否かという基準は、立法裁量において同性愛者と異性愛者を区別しないことが原則であって、区別する場合には立法目的や被制約利益の内容などからその区別が正当化されるかを問うており、その正当化においては立法事実の提示⁶⁷⁾が求められると解する方が妥当ではないだろうか⁶⁸⁾。

3 本判決の判示は「真にやむを得ない」基準の適用であるか

本判決の当てはめを見ると、同性カップルと異性カップルの等しい取扱いが原則であると本判決が考えていることが窺える（Ⅲ 2(2)

cも参照)。すると2で論じたように総合考慮と「真にやむを得ない」基準が異なるとしても、同性間に法的効果を認めないことが「真にやむを得ない」基準も満たさないという議論として本判決を理解することはできるかもしれない。

しかしながら、結論としては本判決の議論をそのように理解することは難しいだろう。区別取扱いが合憲になる余地として本判決が示唆するのは、同性婚に否定的な国民がいることを含めた「国の伝統や国民感情を含めた社会状況における種々の要因を踏まえつつ、それぞれの時代における夫婦や親子関係についての全体の規律を見据えた総合的な判断を行う」ことである。

このような理由に基づいて同性愛者と異性愛者について婚姻によって生じる法的効果の享受に区別を設けることを、立法目的や被制約利益の内容から区別を正当化するという、本稿が理解するところの「真にやむを得ない」基準の枠組みにおいて説明するのは難しい。というのも、本判決が挙げる婚姻法制の立法

また、最判平成23年6月6日民集65巻4号1855頁における宮川反対意見は「厳格な基準」の内容として目的が「真にやむを得ない利益であるか」が基準であるとした。

以上のように、立法裁量を直接に扱わない場合でも、実質的に憲法適合性が争われている場合においては、「真にやむを得ない」という言葉は、一般に厳格な審査を志向するものであると考えられる。

65) なお、刑事法に関する判例では、「捜査上真にやむを得ない」という枠組みが登場する。最判平成11年12月16日刑集53巻9号1327頁は検証許可状による電話傍受について、重大犯罪性・十分な嫌疑・関連通話の蓋然性・他の方法による「重要かつ必要な証拠」獲得の著しい困難性のもとで「電話傍受により侵害される利益の内容、程度を慎重に考慮した上で、なお電話傍受を行うことが犯罪の捜査上真にやむを得ないと認められるときには、法律の定める手続に従ってこれを行うことも憲法上許される〔強調引用者〕」という。

これがどの程度の厳格度であるかは議論の余地があるが、嫌疑について緊急逮捕（刑訴法210条前段）と同等の程度が要求されていることを踏まえるならば、全体として要件は厳格化されているとは考えられよう。同判決および通信傍受法については、宇藤崇ほか『LEGAL QUEST 刑事訴訟法（第2版）』162-172頁（有斐閣，2018）をさしあたり参照。

66) もっとも、「真にやむを得ない」とする文言は最高裁の反対意見に現れるのみであるから、それが直接に本判決に影響したとまでいえるかは留保が必要である。

67) 立法事実に関連して、中曽・前掲注8)85-86頁は、「本件規定を支える立法事実が存在しないことを裏付ける資料やデータに基づき実証的な審査を行うべきであった」と本判決を批判する。

重要な指摘であるが、本稿の再構成による「真にやむを得ない」基準によれば、むしろ区別取扱いの合理性を基礎づける立法事実が存在することこそが論証の対象になると解する余地がある。「今後は〔同性婚立法の〕反対派が立法を妨げる理由を説明することが求められる」とする渡邊・前掲注8)判解102頁も参照。

68) この理解によれば、一般論として例えば立法目的が同性間の関係を認めることで実現できないことであるならば、それが立法事実によって基礎づけられる限りで、同性間にその規律を及ぼさないことが正当化される余地があることになる。

もっとも、本判決は「本件規定」の「目的」を、「本件規定」を含む法的規律の解釈として導出しようとしている。したがって本判決は、例えば「同性カップルと異性カップルとで、共同生活契約の公証制度の有無を区別する目的」は「構成することが難しいように思われる。」（木村・前掲注34)96頁）といった、本件区別取扱いが何のためにあるかという意味での立法目的を想定するという論証とはやや異なるようにも思える（この点も宍戸常寿教授より示唆を受けた）。

目的は、「夫婦の共同生活自体の保護」あるいは「夫婦が子を産み育てながら共同生活を送るという関係に対して、法的保護を与えること」であって、「国の伝統や国民感情」はそこに含まれていない⁶⁹⁾。また、婚姻によって生じる法的効果の享受については「いかなる性的指向を有する者であっても、享受し得る法的利益に差異はない」と論じるからには、被制約利益の内容に基づいて区別を正当化することも本判決の議論からは困難に思われる。

したがって、本判決の当てはめにおける議論は、「真にやむを得ない」基準には含まれない考慮要素によって区別取扱いが合憲になることを示唆しており、本判決の判示が「真にやむを得ない」基準の適用であるとは考え難い。

4 本判決は判断枠組みの緩和に成功しているか

以上の検討からすると、本判決の結論部分での広範な立法裁量を強調した総合考慮による判示は、本判決自身が定立した「真にやむを得ない」基準の適用と異なっている。逆に言えば、最終的に総合考慮を行うのであれば「真にやむを得ない」という文言を用いるべきではなかった。ところで、本判決が「真にやむを得ない」基準を貫徹しない理由を判決中で論じていれば、(判断枠組みが明確でないという批判は免れないにしても)本判決の判示が不当だということにはならない。

本判決が「真にやむを得ない」基準ではなく総合考慮による判断を行なっているとすれば、その理由として援用されているのは「広範な立法裁量」であると思われる。しかしこの議論は以下で述べるように2つの意味で失敗している。したがって本稿は、本判決の当

てはめでの議論は提示された判断枠組みに対して妥当ではないと考える。

(1) 議論の順序

第1に、2(1)でも述べたように、「真にやむを得ない」基準は広範な立法裁量についての言及に続いて提示されている基準であるから、広範な立法裁量を踏まえた検討自体を制限するものとして導入されている。したがって、「真にやむを得ない」基準を広範な立法裁量を理由に緩和することは議論の順序からして妥当ではない。

(2) 広範性の論証の失敗

第2に、本判決は立法裁量の広範性の論証に失敗している。本判決が立法裁量の広範性を基礎づけるものとして挙げる理由は、第1には、婚姻に関する事項は総合的判断を要するため「具体的な制度の構築を第一次的には国会の合理的な立法裁量に委ね」ているということであり、第2には、憲法24条および13条によって「同性間の婚姻をするについての自由や同性婚に係る具体的な制度の構築を求める権利が保障されているものではないと解されること」である(判決3(1))。

しかしそもそも、第1の理由は、立法裁量が存在すること自体の理由として繰り返されているものである(判決2(1)など)。そしてそこでの結論は、国会の「合理的な立法裁量」が存在することであって、広範な立法裁量が存在することではない⁷⁰⁾。したがって、第1の理由それ自体は、本判決の内部において、立法裁量の広範性を論証できていない。

そして第2の理由も、論証には失敗している。というのも、憲法13条が具体的な制度構築を求める権利を保障していないとされた理由は、まさに憲法24条が制度の構築を国会の合理的な立法裁量に委ねているからであった。つまり、第2の理由は、婚姻および家族に関する事項については合理的な立法裁量が

69) 加えて本判決は、「圧倒的多数派である異性愛者の理解又は許容がなければ、同性愛者のカップルは、重要な法的利益である婚姻によって生じる法的効果を楽しむ利益の一部であってもこれを受け得ないとするのは、同性愛者のカップルを保護することによって我が国の伝統的な家族観に多少なりとも変容をもたらすであろうことを考慮しても、異性愛者と比して、自らの意思で同性愛を選択したのではない同性愛者の保護にあまりにも欠ける」(判決3(3)キ(イ))とも論じており、共同生活の保護に対して国民意識等は劣後すると考えているようにも読める。

70) 西山・前掲注8)59頁は、本判決が再婚禁止期間違憲判決を参照しつつも「同判決での形容よりも立法裁量を強調」していることを指摘する。

あるため、広範な立法裁量がある、という構造になっている。したがって、この理由もそれ自体では立法裁量の広範性の論証にはなっていない。

(3) まとめ

以上のことから、本判決は「真にやむを得ないか」という基準を定立しつつも、それとは異なる総合考慮による審査を行なっていることがわかった。そして、「真にやむを得ないか」基準については、区別の指標である性的指向が「性別、人種などと同様に」に「人の意思によって選択・変更できない事柄」であるという根拠⁷¹⁾⁷²⁾を提示している一方で、「真にやむを得ない」基準を総合考慮へと緩和することを正当化する議論を本判決は提示できていない。したがって、本判決の判断枠組みに対して、当てはめの議論は妥当ではないと考えられる。

本件規定が同性間に適用されないことが「真にやむを得ないか」否かということを直接に論じることは、政治的インパクトが大きいことが予想される。同性婚についての先例

がない中で、こうした波及的な効果を避け、後退戦線を引くことで違憲という結論を堅固にしようという実践的な配慮は十分理解できる。しかし判断枠組みの提示とその結論の関係は齟齬をきたしており、憲法判断の構造が不分明になっているという点で、本判決の論述には問題があると言わざるを得ない。

5 小括

本判決は「真にやむを得ない」基準を判断枠組みとして提示したが、実際には広範な立法裁量のもとでの総合考慮の審査を行っていた。「真にやむを得ない」基準の内実は本判決において十分に明確化されていないが、議論の順序や最高裁での用語法を参照すると、それは総合考慮とは異なる基準であると理解すべきであり、本判決の判断枠組みの提示と実際の審査には齟齬がある。しかしながら、本判決はそうのように実際の審査を当初提示した判断枠組みと異ならせるための論証に成功していないのであった。

71) 同性婚と平等審査について、「性的指向が生来のものであって、本人の自発的な選択によって変更できないようなものであれば、これを『社会的身分』にあたるということも可能であろう」、「もし同性愛が社会的身分であると主張することが困難な場合は、たとえ列挙事由に該当しなくても、列挙事由と同等に疑わしい区分の場合には同じように厳しい審査が適用されるべきだと主張し、同性婚の否定は同性愛者に対する偏見に基づくもので、性的嗜好に基づく異なった取扱いも疑わしい区分として扱われるべきだと主張すべきことになる。」という指摘がある（松井茂記『LAW IN CONTEXT 憲法 法律問題を読み解く 35 の事例』5 頁（有斐閣、2010））。また、榎透「日本国憲法における同性婚の位置」専修法学論集 135 号 15 頁、31 頁（2019）は、性的指向が「本人の自発的な意思によって簡単には変更できないもの」であることから、中間審査基準を用いるべきとする。本判決の評釈でも、「性的指向は個人の意思では選択できない生来の属性とされるため、かかる差別事由の性格から、差別の違憲性を強く疑うこともできる。」という指摘がなされている（西山・前掲注 8)58 頁）。

比較法的にも、性的指向に基づく区別取扱いについて審査を厳格化させるものはしばしば見られる。例えば、台湾の司法院釈字第 748 号解釈はアジアで初めて同性婚の法制を要求したものであるが、そこでは性的指向〔性的傾向〕が「容易に改変できない個人的特徴」であることを理由の一つとして平等の審査基準を引き上げている（同解釈の紹介としてさしあたり鈴木賢「台湾における婚姻平等化からの示唆」法教 472 号 142 頁（2020）および今野周「台湾における婚姻の自由と同性婚法制——比較のための整理と若干の検討——」東京大学法科大学院ローレビュー 16 巻 105 頁（2021）、関与した元大法官によるものとして湯徳宗（徐行訳）「台湾大法官釈字第 748 号解釈に関する解説」北大法学論集 71 巻 6 号 287 頁（2021）を参照）。また、ドイツ連邦憲法裁判所は、異性婚と同性間の登録生活パートナーシップとの平等について、BVerfGE124, 199, BVerfGE126, 400, BVerfGE131, 239, BVerfGE132, 179, BVerfGE133, 377 といった一連の判決において、両制度の区別取扱いが性的指向によるものであるとして審査の厳格度を引き上げている。これらの判例については三宅雄彦「婚姻概念における憲法変遷と制度保障——ドイツ「万人の為の婚姻」法をめぐる」駒澤法学 21 巻 3 号 43 頁、46-47 頁（2022）および井上典之「平等保障による憲法規範の変容？——ヨーロッパ統合に導かれるドイツ基本法の『家族』についての変化——」阪本昌成古稀『自由の法理 阪本昌成先生古稀記念論文集』665 頁（成文堂、2015）も参照。ドイツにおける婚姻についての憲法判断の概要については、三宅雄彦「婚姻と同性カップル」鈴木秀美＝三宅雄彦編『〈ガイドブック〉ドイツの憲法判例』156 頁（信山社、2021）を参照されたい。

72) なお、制約される法的利益の内容およびその重要性は、真にやむを得ないか否かにおいてのみならず、むしろ審査の厳格度を決定するに際しても考慮されるべきではないとも考えられる。毛利・前掲注 8)127 頁は、「区別対象となる法的利益の重要性も指摘されているが、その趣旨は明確ではない。」と指摘する。

以上のように、本判決には、第1に「真にやむを得ない」基準は厳格な基準であるように見えるがその内実が十分に明確にされていないという点で、そして第2に提示された判断枠組みと実際の審査が（十分な理由づけなく）異なっているという点で、問題がある。本判決には「法解釈のあり方としても極めて論理的で順当な判決」という評価もあるが⁷³⁾、こうした評価は本判決の判断枠組みと当てはめの論述については割り引く必要があろう。

「真にやむを得ない」基準の内実が明確でない限り、それが単なる総合考慮へと崩壊し、その結果その基準によってどのような審査がされるかも曖昧になるおそれが常にある。本稿では「真にやむを得ない」基準についてその内容理解の1つを提示したが、そもそも判断枠組みの内実が判決文においてより明確に示されるべきである。こうした本判決の判断枠組みの運用の不安定さに鑑みると、憲法判断における判断枠組みの定立と運用についての研究が学説にも強く求められるといえよう。

ここまで本判決の判断枠組みをめぐる問題を指摘してきた。そこで、6において補論として判断枠組みと関連する内容面での積極説について若干ふれた後、VIにおいて本判決の形式面での積極説が持つ問題点の検討を行う。

6 補論：内容面での積極説？

本論では扱わないが、ここで内容面での積極説について付言しておこう。本判決では内容面での平等に言及がないため、本判決が直接に内容面について論じているとはいえない。しかしⅢ 2(2)cで述べたように、本判決は同性カップルと異性カップルの取扱いが等しいことを原則としているとも読める。そこでここでは、本判決の判断枠組みが内容面の平等にも妥当すると仮定する。結論として、本判決を内容面での積極説に立つものとして読むことは可能であるが、しかし本判決内

的に内容面での積極説を擁護することは形式面での積極説よりも難しいと本稿は考える。

まず、実際に本判決の当てはめで行われた総合考慮から内容面での積極説を擁護するのは困難である。というのも、本判決が同性愛者と異性愛者の規律が等しいことを原則としているように推測されるとはいえ、その原則と異なる事態についてどのような要素があれば合理的根拠が認められるかが明らかにならないからである。そして考慮要素の一部について重みづけの差異をつけたとしても、それは変わらない。合理的な根拠の存在を認めるためにどの程度の重みがあればよいかは明らかでないからである。例えば本判決において同性婚に否定的な国民の存在は、同性愛者に婚姻から生じる法的効果を全く認めないこととの関係では合理的根拠の存在を基礎づけるには足りなかったが、異性婚と等しい規律を認めないこととの関係では合理的根拠の存在を基礎づけるかもしれない。

次に、「真にやむを得ないか」基準から内容面での積極説は擁護されるだろうか。その内実は本判決において明示されていないが、本判決の議論の順序および近時の最高裁での用語法に照らして考えるならば、「立法目的、制約される法的利益の内容など」から区別取扱いが「立法事実」に基づいて正当化されるかを問うものと理解することは妥当であると考えられた（V 2(3)参照）。

それに従えば、個別の規律の差異について正当化の可能性をここで検討することはできないが、しかし少なくとも、その正当化には相応に高いハードルが設けられていると考えられる。そして本判決からそのハードルを超えられるような議論の端緒を見出すのは難しい。例えば本判決は婚姻についての規律一般についてはその「立法目的」について「子の有無、子をつくる意思・能力の有無にかかわらず、夫婦の共同生活自体の保護も、本件規定の重要な目的であると解するのが相当」としているため、同性間の関係を規律から排除するためには、これとは異なる、同性間の関係の排除がその実現のために求められる「立

73) 谷口・前掲注5)。

法目的」を示す必要がある。また婚姻から生じる法的効果を楽しむ利益一般については「異性愛者であっても同性愛者であっても、等しく享受し得る重要な利益」であるとしているのだから、同性間の関係を規律から排除するためには、同性間には保護されない利益がその規律について存在することを示さなければならない。

したがって、内容面での積極説は、本稿が再構成するところの本判決の「真にやむを得ない」基準が内容面についても適用されると考えるならば、おそらくは擁護されるだろうと考えられる。しかし、IV（とりわけ1）において論じたように本判決は形式面での議論に重点を置いており、そもそも本判決が内容面について論じているか定かではないことに加え、「真にやむを得ない」基準の内実を判決テキストのみから明確化できないことが、弱点として残っているのである。

VI. 「婚姻」の尊重をめぐる問題

IVまでで示したように、本判決は日本で初めて同性婚を要請した判決として大きな意義が認められる。しかし本判決には婚姻の実質的な根拠づけが存在しないという問題がある。

この問題を敷衍すると以下ようになる。本判決は、平等に絞って違憲性を論じたためか、婚姻それ自体がなぜ保護されるべきかということを論じていない。一方でその制度については立法に全面的に委ねるかのような説示を行うことで婚姻の実質的な基礎づけは回避されるが（1）、他方で婚姻は愛の共同体であり社会の尊重を受けるという濃厚なイメージが提示される（2）。このことによ

て、IV 1(3)bの末尾でも触れたように、本判決は特段の理由を示さずに、特定の生のあり方が特権的に尊重に値するというメッセージを発してしまうおそれがある。

1 憲法 13 条と婚姻

本判決は憲法 13 条について、同性婚という「特定の制度」を求める権利という構成を採用しそれのみを取り上げている。この点については、再婚禁止期間違憲判決を参照して、「婚姻をするかどうか、いつ誰と婚姻をするかについては、当事者間の自由かつ平等な意思決定に委ねられるべき」という趣旨の「婚姻をするについての自由が、同性間にも及ぶのかについて検討しなければならない」という問題設定をしているため、「特定の制度」を求める権利という構成はこの問題設定に直接答えていないという批判もあるところである⁷⁴⁾⁷⁵⁾。

ここでは(1)において「特定の制度」を求める権利以外の構成を採用していないことの意味を確認し、(2)において「特定の制度」を求める権利がないとした論証を検討することによって、本判決が婚姻制度を立法に大幅に委ねていることを示す。

(1) 憲法 13 条違反の構成

学説上では、同性婚と憲法 13 条を関連づける議論が有力に存在する。例えば西村枝美は、人格権を基点として、私的領域を形成し維持すべき法制度を制定するという義務をやむを得ない事由なくして怠ること（同性婚を認めないことはこれに含まれる）が憲法 13 条に違反すると論ずる⁷⁶⁾。また巻美矢紀は、結婚の権利を認めることは、特定の関係や集団に「国家のお墨付き」を与えそれ以外には

74) 吉原・前掲注 8)14 頁は、この点で議論が「すり替わっている（ように読める）」と批判する。また、「そこで想定されている『婚姻の自由』の意義は、特定の制度設置を求める権利ではあり得ない。というのも、憲法 24 条 1 項は、同条 2 項と併せ読めば、異性カップルに対してすら、婚姻の自由として、特定の制度設計を求める権利までは保障していない」と指摘する。

75) もっとも本判決は、「婚姻をするについての自由も、異性婚について及ぶものと解するのが相当」と述べることからして、「婚姻をするについての自由」は異性婚を保護する憲法 24 条によって保障され、憲法 13 条の問題ではないと考えているように思われる。

76) 西村枝美「同性婚の未規定性の憲法適合性—婚姻の自由ではなく人格権の問題として—」関西大学法学論集 69 巻 3 号 552 頁、585 頁以下（2019）を参照。

「スティグマ」を与えるという卓越主義の危険があると指摘しつつ⁷⁷⁾、婚姻の権利を対国家的自由とした「憲法 13 条説」を「本質をついている」と評価して、「親密な結合の相手の自律的な選択」について「国家からの自由としての婚姻の自由」として提示している（同性婚の否定は婚姻の自由の侵害と構成される）⁷⁸⁾。本稿では本判決を離れた同性婚についての憲法論⁷⁹⁾を展開することはしないが、このように、憲法 13 条は同性婚を要求する有力な起点となりうる⁸⁰⁾。

また本判決を見ても、「具体的な制度」を求める権利以外の構成は即座に思いつく。例えば、「婚姻によって生じる法的効果を享受する利益」は「同性愛者であっても、異性愛者であっても、等しく享有し得る」「重要な法的利益」としているのであるから、同性愛者についてもその「重要な法的利益」が保障

されるべきであり、同性婚を認めないことは、（同性婚という具体的制度の有無ではなく）こうした法的利益を受ける権利の侵害として、憲法 13 条違反になるのではないかと。あるいは、婚姻の本質の要素とされる「永続的な精神的及び肉体的結合を目的として真摯な意思をもって共同生活を営む」（状態を法的地位として享受する）ことについて、同性間にも憲法 13 条によって保障されるとはいえないだろうか⁸¹⁾。

これらの構成の終局的な成否はともかく、本判決はこうした構成を全く取り上げていない。そしてその理由が、①たまたま本件においてこうした憲法 13 条違反の主張がなされなかったために本判決でも取り上げられなかったからか⁸²⁾、あるいは②本判決が取り上げた構成がもっとも有力であると考えたからか⁸³⁾、はたまた③「憲法 13 条違反を支持

77) 巻美矢紀「Obergefell 判決と平等な尊厳」憲法研究 4 巻 103 頁, 107 頁 (2019)。

78) 巻・前掲注 77)113 頁。もっとも巻は自らの婚姻の自由をどの条文に基礎づけるかは述べていない。

79) その他、根拠を 13 条に求めるものとして中岡淳「同性婚の憲法的保護の可能性(1)～(3)完 Obergefell v. Hodges 事件判決における『対等な尊厳』と『婚姻』概念をめぐる」論叢 183 巻 1 号 91 頁, 183 巻 4 号 100 頁 (2018), 185 巻 1 号 38 頁 (2019) など, 13 条および 14 条 1 項に求めるものとして榎・前掲注 71) など, もっぱら 14 条によるべきとするものとして白水隆「同性婚と日本国憲法」初宿正典古稀『比較憲法学の現状と展望 初宿正典先生古稀祝賀』591-602 頁 (成文堂, 2018) などがある。

80) なお吉原・前掲注 8)17-18 頁は, 白水隆『平等権解釈の新展開—同性婚の保障と間接差別の是正に向けて—』100-101 頁 (三省堂, 2020) を引きつつ, 「同性婚を憲法 13 条の文脈で議論すること」には「法律婚と個人の尊厳 (あるいは人格権, 人格的自律) を結びつけることによって, 却って多様な家族観……が否定されることにつながるという dilemma」があるとし, 「憲法 24 条 1 項を根拠に, 同性カップルの婚姻の自由の保障を導く途も多分に残されていることからすれば, dilemma を抱えながら憲法 13 条論に躍起になる必要はないように思われる。」と論じる。

しかし, 集団によって与えられる法的利益が異なることに着目する憲法 14 条論ならばともかく, 憲法 24 条によってこの dilemma を克服できるとは考えにくい。憲法 24 条 2 項が婚姻について「個人の尊厳」に立脚して規律されるべきことを定めていることからすれば, 問題状況は憲法 13 条の場合とさして変わらないからである。

81) 中岡・前掲注 8)18 頁は, 24 条が異性婚について定めたものであるとしても, 「13 条による『同性婚』の補充的保障を想定することは可能」であり, 「むしろ, 特別法の適用範囲から漏れる同性婚を 13 条の補充的保障によって保護することは, 同条の制憲者の意図に沿う。」と論じる。大野・前掲注 8)31 頁も同旨。

82) 本判決の別紙 2 の 1(1)における「原告らの主張の要旨」では, 憲法 13 条違反の主張が明確に述べられておらず, それゆえに被告側の「新たな婚姻制度の創設を求める権利」という構成に乗って憲法 13 条を論じた可能性がある。吉原・前掲注 8)13 頁は, 本判決が憲法 24 条と 13 条を一体として論じていることについて, 「当事者の主張の構成自体に起因するところも大きい」と指摘する。もっとも, 原告の第 9 準備書面では, 本稿が紹介した西村・前掲注 76) や巻・前掲注 77) が援用されており, 裁判所としても本文中で述べた憲法 13 条論の構成を知らなかったわけではないだろう。

83) 仮にそうであるとなると, 本判決の沈黙は, 本判決がこれらの権利・自由は憲法 13 条によって保障される程度にはないと考えていたことを暗示するものととらえることもできる。現に, 本判決や本判決が引用する最高裁判例においても, 「婚姻をするについての自由」は「憲法 24 条 1 項の規定の趣旨に照らし, 十分尊重に値するもの」とされており, 憲法上の権利とまでは述べられていない (巻・前掲注 77)112 頁参照)。それに倣って, 上記のような権利・自由も, 憲法 13 条によって保障される憲法上の権利・自由とまでは言えないと本判決は考えたのかもしれない。しかしいずれにせよこうした説明は全くなされていない。

なお「婚姻をするについての自由」について, 巻美矢紀「救済を視野に入れた憲法上の実体的な権利の構成—同性婚訴訟を手掛かりとして」法時 94 巻 2 号 117 頁, 120-121 頁 (2022) は, 再婚禁止期間違憲判決の説示が婚

する学説も、まだ裁判所が採用を躊躇する段階にある⁸⁴⁾」という、議論状況を加味した実践的な思考によって憲法13条についての詳しい論述を避けたからなのかもはっきりしない。

しかしいずれにせよここで確認しておくべきなのは、これらの構成はそれぞれなぜ婚姻が保護されるかについて論じようとしたものだということである。したがってそれらを取り上げずらしなかった本判決の姿勢は、婚姻を保護すべき実質的根拠についての議論を回避したものであると評価することができる⁸⁵⁾。

(2) 婚姻と制度

では本判決が採用した「特定の制度」を求める権利という構成から、婚姻を保護すべき実質的根拠についての議論が見出せるだろうか。結論から言うとそれは、見出せない。それどころか、本判決は憲法13条との関係では婚姻の内容に触れることなく、その形成が立法に委ねられたパッケージとして婚姻を捉えている。

本判決が憲法13条違反の主張を退けた理由は2点ある。第1に、婚姻および家族についての「個別規定」である憲法24条が、「具体的な制度の構築を第一次的には国会の合理的な立法裁量に委ね」ていることである。第2に「実質的にも」、「同性婚の場合には、異性婚の場合とは異なる身分関係や法的地位を生じさせることを検討する必要がある部分もある」ということである⁸⁶⁾。

このうち、第2の理由づけには疑問が示されている。すなわち、「異性婚の場合に生じる身分関係や法的地位もただちに憲法13条

で保障される権利から導きだせるわけではないと仮に理解するとすれば、同性婚の場合だけ、憲法13条との関係性を希薄なものとする理由として、異性婚との身分関係や法的地位の違いをことさら取り上げる道理は成立しない」という⁸⁷⁾。

この指摘は正当であろう。しかし、第2の理由と第1の理由の両者を合理的に関連づけるためには、本判決が憲法13条による主張を退けた中心的理由は第一の理由、すなわち、具体的な婚姻制度は立法を待たなければならないということであり、第2の理由は第1の理由への異論に対する再反論であると考えべきである。以下で敷衍する。

第1の理由に対しては、次のような異論がありうる。すなわち、現状では既に立法の結果としての異性婚制度が存在する。それゆえ、婚姻を実現する制度の参照点として異性婚制度を具体的に指定することができるため、(パートナーレベルでの同性婚と異性婚との違いは当事者の性別の組み合わせ以外ほとんどないことから)立法を待たずとも同性婚制度の要求ができるのではないかという異論である。この異論を想定して初めて、第2の理由が意味を持つ。すなわち、異性婚制度は全体として見ると自然生殖や実子を前提とした規定をも含んでいるが、同性間にはこれらがそのまま妥当しないため、同性婚としてくられる総体は異性婚とは異なることが当然予想される。したがって、異性婚を参照点としても、なお同性婚の具体的な制度は憲法13条から直接導き出すことは困難であるということになるのである。以上のように整理するならば、2つの理由は相互に関連して意

姻の自由の「憲法上の位置付けや規範性を限定したものではない」とする最大決令和3年6月23日(判時2501号3頁)における三浦意見を援用しつつ、「人格の発展に重要」であることから「一般論としては端的に憲法上の権利として保障すべき」と論じる。

84) 西山・前掲注8)60頁。中曾・前掲注8)84頁は、「裁判所の主観的価値判断により憲法上の権利が創設されたのではないかという問題が提起される」だろうことから、「本判決が論争的な特定の憲法上の権利を認めなかったことにも納得がいく」とする。

85) 喜久山・前掲注8)199頁は、本判決がカップルを単位として保護を認めるかのような論じ方であることを批判し、「個人の自己決定権に依拠して憲法違反だと認定していたなら、婚姻する者だけでなく、婚姻しない者にも配慮の行き届いた新たな社会を構築する足掛かりともなったであろう。」と指摘する。いかにして自己決定権から婚姻の自由を構成するかという点は、今後の議論の進展がまたれるところであろう。

86) 渡邊・前掲注8)法セ34-35頁は、その違いは「嫡出推定ではないか」と指摘する。

87) 新井・前掲注8)8頁。

味のある理由づけとして理解することができ
る。

しかしこのような理由づけには、なお疑問
が生じる。現行の婚姻に関連する規定には、
婚姻当事者間の扶助義務や同居義務、日常家
事債務の連帯、配偶者の相続権、養子の規律
など、自然生殖や実子に関係のない規定も多
く含まれている。そのため、少なくとも生殖
や実子に関係のない規定の限度で、異性婚の
規定と同内容の規定が同性婚にあればよいと
いう議論は十分成り立つ⁸⁸⁾。それにもかか
わらず本判決が、憲法 13 条によって同性婚
を認めることはできないとしたのは、なぜな
のか。

これに回答するとすれば、婚姻のパッケー
ジ性を強調することになるだろう。このよう
なパッケージ的な婚姻観によれば、「異性愛
者と同性愛者の差異は、性的指向が異なるこ
とのみ」であって、それゆえ異性婚と同性婚
の差異は当事者の性別の組み合わせのみであ
り婚姻当事者間の規律が異性婚と同性婚で異
ならないことが予想されたとしても、裁判所
が具体的な制度を指定することはできない。
なぜなら、異性婚に含まれる規定と同性婚に
含まれる規定が異なることが予想される以
上、なお憲法 24 条の趣旨である「立法裁
量⁸⁹⁾」が認められ、全体としてパッケージ
としての同性婚が一意に定まらないからであ
る。

以上の検討によれば、本判決が憲法 13 条
によって想定していることは、具体的な制度

を求めることの可否であり、その対象となる
婚姻制度は立法によってパッケージとして提
示されるものだと考えられる⁹⁰⁾。ここでの
パッケージは立法によって作られているかい
ないかの二択であり、パッケージ内部の特定
の権利義務関係を括り出して憲法 13 条に
よって保障するという思考は排除されてい
る⁹¹⁾。この理解に従えば、仮に制度を求め
る権利が 13 条によって保護されるとしても、
それは事実上、現実の立法と全く同じ規律に
服することができる場合に限られるだろう。

(3) まとめ

以上から、本判決が一般的権利保護条項で
ある憲法 13 条の審査に際して、婚姻制度を
求める権利の問題であるとする事で婚姻保
護の実質的な基礎づけを回避し、さらに婚姻
制度についても立法によるパッケージである
とすることでその内容の直接の吟味を回避し
ていることがわかる。

これと、IV 1(3)b で論じた、婚姻によって
生じる法的効果を享受することの法的利益性
の根拠を、婚姻によって生じる法的効果の内
容ではなく婚姻が社会的に尊重されているこ
とに求めた議論とあわせて考えるならば、本
判決は婚姻の保護をその規律内容から基礎づ
ける議論を全くしていないことになる⁹²⁾。

2 婚姻と愛

他方で、本判決は婚姻に対して特定の濃厚
なイメージを持っているようにも思える。そ

88) 木村・前掲注 58)5 頁は更に進んで、「現行法の生殖関係保護効果を同性間に適用しても、実際に、それが使
われることがないだけで、何ら問題は生じないはずである」として、「端的に、同性間でも、異性間と同様の法律
婚を認めればよい。」としていた。

本文の議論と同様の発想として、台湾大法官は釈字第 748 号解釈において、同性婚を認める立法が期限内にな
されなければ、現行の民法の婚姻の規定によって同性婚が可能であるとしていた（さしあたり鈴木・前掲注 71)
および今野・前掲注 71) 参照）。

89) ここで立法裁量の広範性を強調すると、本判決内部で循環してしまう。というのも、本判決は憲法 14 条 1
項違反の有無を論じる文脈で、「同条〔24 条〕及び 13 条によって、同性間の婚姻をするについての自由や同性婚
に係る具体的な制度の構築を求める権利が保障されているものではないと解されること」にも照らして、「広範な立
法裁量」を肯定しているからである。

90) 婚姻をパッケージとして捉える発想は、夫婦同氏制が合憲であるとした最大決令和 3 年 6 月 23 日判時 2501
号 3 頁の深山・岡村・長嶺 3 判事による補足意見にも現れる。

91) この点が、婚姻を規律の束であるとしてそれぞれの区別の正当化を論じようとする木村ほかの学説と裁判
例の立場が大きく分かれるところであると思われる。

92) 本判決は婚姻当事者の共同生活の保護を婚姻の関する規定の目的として指摘するが、それも婚姻という大
枠についての説明にとどまり、いかなる規律がいかなる関係に対して妥当すべきかという議論はなされていない。

れは、本件区別取扱いが性的指向による区別ではないとする議論に反論する箇所では明らかになる。しかしながら、そうしたイメージを持ち出すことの正当化は本判決において行われていない。

同性婚ができないことは形式的には性別の組み合わせによる区別である。しかし本判決によれば、婚姻の本質が「両性が永続的な精神的及び肉体的結合を目的として真摯な意思をもって共同生活を営むこと」（最大判昭和62年9月2日民集41巻6号1423頁参照）であるとする、性的指向と合致しない者との婚姻は「当該同性愛者にとって婚姻の本質を伴ったものにはならない場合が多い」。さらに、「恋愛や性愛の対象とならない異性」との婚姻は、「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」としての婚姻意思があると「認め難い場合がある」と考えられ、そのような婚姻が常に有効な婚姻となるのか、疑問を払拭できない。」という（判決3（2）ウ）。要するに、婚姻の本質に「恋愛や性愛」と解される「精神的及び肉体的結合」が含まれることから、性的指向

と合致しない者との婚姻は、婚姻意思を欠き無効となるおそれがあり、無効とならないにしても婚姻の本質にかなうものとならない場合が少なからず想定される⁹³⁾ため、同性間で婚姻できないことは性的指向による区別といえるという議論である⁹⁴⁾。

1での議論とは対照的に、ここでの婚姻は恋愛や性愛といった濃厚な情緒の要素に彩られている。しかし、これらの判示を文字通り「恋愛や性愛」による関係こそが婚姻として保護されるべきであると捉えるならば、その根拠は十分に示されていない。まず本判決の参照する先例の事案は、別居が35年にもわたり「共同生活としての実体」を失っていたというものであり、この判例自身が「精神的及び肉体的結合」を「恋愛や性愛」と等置していたわけではない。するとこの等置の根拠は結局のところ、「社会通念⁹⁵⁾」であるように思われる。しかし社会通念の内容は明確ではなく、本判決はなぜ「恋愛や性愛」こそが婚姻にとって決定的であるかを明確にできていない⁹⁶⁾⁹⁷⁾。

93) 新井・前掲注8)9頁は、「当事者の性的指向に従ったライフスタイルのなかで婚姻制度を利用できないか、あるいは、それによって生じる法的利益の獲得さえも叶わないという、……パートナーシップに関する主観的価値を重視した実質的平等の視点」があると指摘している。

94) なお、異性と婚姻する同性愛者について（本判決の性的指向の理解からはその間に恋愛関係はありえないが）常に婚姻の本旨の充足や婚姻意思の存在が否定されるときまでは本判決は述べていない。「本判決は、恋愛や性愛の対象とならない性との間で婚姻することについて、いかなる意味でも婚姻の実態を欠くと踏み込むことを避け」たとする西山・前掲注8)58頁の指摘も同旨である。

95) なお社会通念を婚姻意思に持ち込むことは、同性間には社会通念上婚姻は成立せずそれゆえに同性婚についても婚姻意思がないとする理解を招きかねない。しかし、婚姻意思とは偽装婚を排除するために展開された議論であり、「法律上の婚姻の法的効果を、すべて引き受ける意思」とであると解し、これを満たす以上、同性婚について婚姻意思がないとして排除することはできないとする西村・前掲注76)594頁以下が説得的である。

96) 西山・前掲注8)58頁は、「単なる『共同生活』ではなく、『恋愛・性愛に基礎付けられた共同生活』の達成が、婚姻の法的保護の主な目的とされる必要があったであろう。」「『恋愛・性愛を基礎にした共同生活』に法的保護を与えることが現行民法の婚姻制度上どれほど重視されているかについて、本判決の論旨はより一層の補強を要する」と指摘する。このように十分な論証がない結果、本判決は「社会通念に支えられた婚姻制度を維持・強化しようとするものだともいえる」という評価もなされている（喜久山・前掲注8)202頁）。本判決の論証と関連づけてはいないが、志田・前掲注18)も、「婚姻制度に入ることが素晴らしい」という価値観を押し付ける発想に絡め取られないように注意しなければならない」と指摘する。

97) 西山・前掲注8)58頁は、本判決が憲法14条のみによって違憲という結論に至ったため、「本件規定の下での、夫婦としての共同生活に対する保護の基礎に、普遍的な〈愛〉という重みづけを明確に与えるほかに、類型的に生殖を伴う結合とこれを伴わない結合との同質性を導く途はなかったであろう。」とする。しかし本判決では原告らが「共通して同性愛者」であったという事案の特徴を踏まえて、「同性愛者に対する差別的取扱いの限りでその合理性に疑問を示」したものであると射程を限定すると考えれば（西山・前掲注8)56-58頁参照）、「恋愛や性愛」こそが婚姻の本質的要素であるとするのは過剰であるとも考えられる。

例えば以下のように議論するのでも本件では足りるのではないか。すなわち、相応のコストがかかる永続的あるいは持続的な共同生活を行おうとするに際しては、相手に対する何らかのコミットメントがある場合がほとんどであり、相手への「恋愛や性愛」はそうしたコミットメントの典型例であると考えられる。婚姻を規律する者

3 小括

1 および 2 の議論と IV 1 (3) b の議論を総合すると、婚姻を内容から正当化することは回避される一方で、本判決にとって婚姻は「恋愛や性愛」の共同体であり、それが社会的に尊重されていることから、婚姻によって生じる法的効果を楽しむことが法的利益として保護されるということになる。

この議論の不都合は、一見して明らかなように、「恋愛や性愛」による共同体こそが社会的尊重に値するという議論と親和的なことである。特定の生き方や関係に特権的な地位を与えるとすれば、「これまで異性間の婚姻

に付与されてきた『家族イデオロギー』が、同性間パートナーシップのなかにも規範として、もちこまれることになる。」(堀江有里「〈反婚〉試論 家族規範解体をめぐる覚書」現代思想 43 巻 16 号 192 頁, 198 頁 (2015))。

なぜ婚姻の名の下で特定の関係のみに利益が与えられるのかということについては、従来から批判的な検討が続けられている⁹⁸⁾⁹⁹⁾。婚姻の実質的な正当化を行わず、立法裁量と社会における位置づけによって同性婚を要請した本判決は、こうした批判への耐性を持たない。「婚姻以上に深遠な結びつきは存在しない」と述べて(称賛とともに)批判を受けた¹⁰⁰⁾ アメリカ連邦最高裁の *Obergefell v. Hodges* 判決と同様の理論的な脆弱性を本判

は当然そうしたコミットメントを想定していると考えられるため、婚姻の成否について区別をすることは、婚姻の基礎にあるコミットメントについて区別をすることでもあり、そこに「恋愛や性愛」が含まれる限りで、性的指向に基づいて区別をすることでもある。

この議論は、婚姻の趣旨として子の生育を考える場合にはより強く妥当する。というのも、子の出産の前提に典型的には性交渉が存在するところ、性的指向と合致しない相手との性交渉は典型的に想定されるものではないからである。婚姻が子の生育を想定しており、子の生育が性交渉を想定しており、性交渉は性的指向と合致する相手と行われることが想定されたとすると、婚姻は異性愛という特定の性的指向を想定していることになる。それゆえ、同性婚を認めないことは、性的指向による区別と言わざるを得ないことになる。

98) 松田和樹は「多様に善き生の構想を追求／形成する人々の性／生の在り方の中で特定の在り方のみを法が他の在り方とは異なるように取扱おうとするのなら、その取扱いはいかなる善き生の構想からも独立に導かれる理由によって正当化されなければならない」として、結論として婚姻制度の廃止を主張する(松田・前掲注 47)382 頁)。

これに対して、植木淳「日本国憲法と家族制度——法律婚批判の再考——」名城法学 71 巻 1 号 1 頁 (2021) は、この取扱いの差異という問題を意識した上で、婚姻制度の目的が「配偶者の保護」と「子の親の推定」に限定されたと論じ、そこから許容される婚姻の規律について考察している。

99) ドイツにおいては異性婚と同性の登録生活パートナーシップとの平等審査によってその異なる取扱いの多くが違憲とされたことにより、両制度の「法律関係における実質的な差異はほぼ完全に失われ」ていった(中岡・前掲注 8)18 頁)。これに関連して、「婚姻が憲法の特別の保護を享受するのは、国家の負担を軽減するようなパートナー的な援助と責任の共同体としての機能によってである。」とする、婚姻への利益付与の根拠を婚姻当事者間の扶養義務に見出す見解がドイツで示されている(*Frauke Brosius-Gersdorf, Schriftliche Stellungnahme, S.10* (2015)) (https://www.bundestag.de/resource/blob/389170/0f4dca827f7a9226ec0419093c33dd8c/brosius_gersdorf-data.pdf)。

それを含めたドイツでの議論の紹介として渡邊泰彦「同性婚による婚姻概念の変容—ドイツ連邦議会法務・消費者保護委員会公聴会より」同志社法学 68 巻 7 号 527 頁 (2017)、特に 546 頁を参照)。Brosius-Gersdorf の基本法 6 条理解は、Dreier/Brosius-Gersdorf, *Grundgesetz Kommentar*, Bd. 1, 3. Aufl., 2013, S.839ff. を参照。そこでは、婚姻と家族の必然的結合は否定され(Rn.43ff.)、婚姻の保護の根拠として配偶者相互の援助の義務によって国家の補助負担を軽減することが挙げられている(Rn.60)。

100) 「婚姻を個人の自律の視点からセレクトしているが、婚姻しない人は自律していないかのような響きがある」とし「婚姻という者の特権的位置づけをそのまま踏襲するもの」とする駒村圭吾「同性婚と家族のこれから——アメリカ最高裁判決に接して」世界 2015 年 9 月号 23 頁, 25 頁 (2015) (白水隆「オバークフェル判決を振り返る」立教アメリカンスタディー 38 号 123 頁, 128 頁 (2016) もそれに同調)や、「固定した、ちょっと保守的な婚姻イメージを同性カップルの婚姻に拡張することの問題は、婚姻制度を柔軟なモデルに基づいて拡張したならば、より多様な人々の間の親密な関係にも法律上、適切な保護が及ぶようになり、人々の親密な関係形成に関する選択肢が増え、さまざまな恩恵を享受できる可能性のある人々がいるにもかかわらず、現実には、それらの人々を阻害し、従来の婚姻を特権化したことにある。」とする紙谷雅子「*Obergefell v. Hodges* について——アメリカ法の立場から——」アメリカ法 2016 年 2 号 235 頁, 257–258 頁 (2016) など。またアメリカにおいても、*Obergefell* 判決を「平等な尊厳」の理論を打ち出したものとして高く評価しつつ、それが婚姻を特権化することに

決は抱えている¹⁰¹⁾。

そしてこのことは、同時に、「恋愛や性愛」の中でも婚姻に包含されるものだけが利益を受けるといふ問題も生じさせる¹⁰²⁾。婚姻外の関係に関して我が国では内縁あるいは事実婚について議論があるが、1対1ではなく3人以上で真摯な恋愛あるいは性愛関係を営む者たちは、そもそも現状では婚姻制度に参加する可能性がない¹⁰³⁾。本判決の延長線上には、こうした婚姻の本質をなすとされる（永続的な）「恋愛や性愛」関係を営んでいると言える人々にも婚姻としての保護を認めるか（認めないとすればなぜか）という問い¹⁰⁴⁾も待ち受けている¹⁰⁵⁾。

VII. 結

最後に本判決について本稿の理解をまとめよう。

本判決は、同性間に認められる規律が「婚姻」としてなされるべきという意味で同性婚を要請した判決であると理解でき、その意味で大きな意義を有する。その理由は、本判決が論じる婚姻によって生じる法的効果享受する利益について、法的効果が全て婚姻という「身分」と結びついているためいかなる規律であってもそれは「婚姻」と結びついたものであるはずだから、あるいは法的利益性の理由づけから同性間に認められる規律も社会

については「失望の大きな痛み」を感じるとする Lawrence H. Tribe, *Equal Dignity*, 129 HARV. L. REV. 16 (2015) (引用は 30 頁) などがある。アメリカでの Obergefell 判決に対する批判を紹介するものとして、巻末矢紀「自由と平等の相乗効果—— Obergefell 判決が開く憲法理論の新たな地平」樋口陽一ほか編『憲法の尊厳——奥平憲法学の継承と展開』359-369 頁, 375-376 頁 (日本評論社, 2017) も参照。

101) 本判決と Obergefell 判決の類似性については、西山・前掲注 8) 58 頁も指摘している。

102) 婚姻について批判的検討を続けている松田和樹は、最近「愛のために『結婚制度』はもう廃止したほうがいい、法哲学者の私がそう考える理由」という論考において、「あらゆる愛と家族を大切に思うからこそ、法は愛と家族から離れなければならない『ママ』。むしろ、人々が営む多様な関係のうち、特定の家族だけをとりだして特別扱いするような法こそ、家族を破壊してしまうだろう。実際、異性カップルだけを特別扱いする法制度は、同性カップルが築く家族を不当に引き裂いてきたのだ。法律に、『この家族はあの家族よりも大切だ』というような判断を、させてはいけない。」と論じている。婚姻制度への批判的な視点は松田・前掲注 47) と共通しつつ、「愛のため」論考では本判決が「愛」を持ち出していることにも触れつつ、直接に「愛」を主題として取り上げている。

103) こうしたポリアモリーと呼ばれるライフスタイルについては、深海菊絵『ポリアモリー 複数の愛を生きる』(平凡社新書, 2015) やデボラ・アナポール (堀千恵子訳)『ポリアモリー 恋愛革命』(河出書房新社, 2004) を参照されたい。

104) 『『婚姻は死を超えても存続するだろう愛情を体現するものだ』と考えるのなら、たとえば『ただ同年同月同日に死すことを願わん』という劉備・関羽・張飛の誓いの方が、数年で離別する異性婚よりはるかに（ここである）婚姻に近いということにはならないだろうか。』（安藤馨＝大屋雄裕『法哲学と法哲学の対話』204 頁〔大屋〕(有斐閣, 2017)）。

105) この問題は、本判決の論述に引きつけて言えば、「婚姻によって生じる法的効果享受する利益」を複数人の関係も享受して然るべきといえるかという問題でもある。すると、この問題に答えるためには、複数人の関係の規律と二者間の関係の規律の差異や、二者間の規律の趣旨や正当性といった、婚姻の内容に踏み込んだ検討が避けられないだろう。

新井・前掲注 8) 11 頁は、将来的には「近代的な家族公序の中心に据えられた婚姻制度自体、今後とも重要な公序として残していくのか、それとも人々の共同生活のあり方に関わる（婚姻に囚われない）新たな制度の模索をしていくのか、といった原理論が立ちはだかる……（婚姻制度が、そもそも憲法上で最大限に要請される秩序であるのかどうかという問いもその点に関わることになる）」。[傍点原文] という見通しを示す。あくまで一般論ではあるが、婚姻をめぐる原理的考察の必要性への意識を表す指摘と言えよう。また本判決に関連して、そもそも婚姻のパッケージ的な特権を批判的に検討する必要があるとする喜久山・前掲注 8) 203 頁も同様の問題意識を示すものであろう。

民法学においても、沖野眞已「同性カップルと婚姻」東京大学法学部「現代と法」委員会編『まだ、法学を知らない君へ』29 頁 (有斐閣, 2022) など、婚姻不要論や性的関係を持つカップル以外の（婚姻ではない家族としての）保護の可能性、身分公証における婚姻という「ラベリング」の社会的意味 (45 頁)、戸籍のあり方の是非など、幅広い問題意識から婚姻を論じているものがある。

また極端な例を通じて婚姻の原理的考察の必要を説くものとして、瀧川裕英「パソコンと結婚したい」自治実務セミナー 2018 年 4 月号 45 頁。

的に尊重される「婚姻」でなければならないから、ということに求められる。

しかし本判決には問題もある。まず本判決の判断枠組みの内実は十分に明確でなく、かつその提示と当てはめに齟齬があるため、本判決全体としてどのような審査を行うべきと考えているかが不明確になっている。そしてそれゆえに、仮に本判決の議論が内容面にも及ぶとしても、内容面での積極説は形式面での積極説ほど強く擁護されなかった。

内容面の積極説については別論としても、以上のように本判決は形式面での積極説に立つものと理解でき、それゆえに同性婚を要請する最初の判決としての意義が認められるのであるが、しかし、その理由づけにも問題がある。それは同性婚を認めない現行法の違憲性の論証において、婚姻保護の実質的根拠に立ち入った議論を回避し、立法裁量や社会通念、婚姻の社会的評価などのみに依拠したことである。このことによって、本判決には、十分な理由づけなく、「婚姻」こそが尊重に値する、「恋愛や性愛」こそが婚姻として尊重に値する、婚姻に含まれる「恋愛や性愛」こそが保護される、といった含意を生じさせる懸念がある。

本判決は全国で行われている同性婚についての訴訟のうち最初の判決であり、これから他の裁判所でも判決が出されていくと思われる。したがって、具体的な裁判との関係での同性婚を検討する作業は緒に就いたばかりである。本判決の分析によって明らかになった、判断枠組みの定立とその適用についての問題や、婚姻の保護をどのように理由づけるかという問題は、同性婚に関わる裁判において今後も問題になり続けるだろう。本判決は一裁判例であるが、それが提示する理論的問題は大きいといえよう。

一方で現行法は同性婚を拒絶し、他方で理論的には婚姻の正当性自体が批判的に論じられる。同性婚の要求はその狭間で、ある意味での二正面作戦を敢行しなければならない。本判決は同性婚の実現を後押しするという大きな意義を有すると同時に、婚姻をめぐる理論的な難題を暗示するものでもある。

* 本稿の完成に至るまでには、多くの方々のお力添えをいただいた。小島慎司先生および穴戸常寿先生からは、本稿の構想・草稿段階において多くの重要なお助言・ご示唆を頂戴した。また、小川亮氏および山本侑氏も、内容面にわたる有益なお指摘をくださった。さらに、表現や構成についても様々な方よりアドバイスを受けることができた。ここでお名前を尽くすことはできないが、これら全ての方々に深く感謝申し上げる。なお残る誤りや不備は全て筆者が責を負うべきものである。

* 本稿脱稿後に本判決に関連するいくつかの文献に接した。ここでは、それらについて若干のコメントを付しつつ紹介する。白水隆「判批」ジュリ 1570 号 16 頁は、本判決が憲法 14 条によるアプローチを採用したことを、婚姻の特権化を避けつつ差別という本件の本質的問題を解決するものとして支持し、憲法 24 条と 14 条の関係を論じる必要があると指摘する。また、本判決については「異性カップルと同等の権利を付与する制度を構築すればこと足り、婚姻を求める原告にとっては実質敗訴」と評価しており、形式面での消極説に立つものだと考えられる。

中岡淳「判批」論叢 190 巻 5 号 104 頁は、本判決を包括的に検討する評釈である。（総合考慮であるとする本稿とは異なり）同評釈は本判決の論証を目的手段審査として再構成し得るとしつつ、定式化や考慮要素の不明確さなどそこに含まれる問題も指摘している。本稿もこの問題意識を共有するものである。

吉田邦彦「判批」判評 757 号（判時 2508 号）152 頁（2022）は、婚姻懐疑論に対する「戦略的本質主義」への共感（154 頁）や、同性カップルの親子法など、広い視点から本件を分析しており興味深い。なお本判決については、「同性婚」を要求するものと考えているように思えるが、その理由づけは必ずしも明確ではない。

大島梨沙「同性婚」に付与されるべき法的効果とは何か——札幌地裁令和 3・3・17 判決を契機として」法教 502 号 22 頁（2022）は、本判決について（本稿の言葉を用いるな

らば) 内容面では消極説(一部でもよい)、形式面では「解釈が分かれうる」という立場を取り(23頁)、諸外国の例を参照しつつ、内容面について同性カップルに認められるべき効果(Ⅱ)および、保護されるカップルを「何と呼ぶか」(Ⅲ)について広く検討する(傍点原文)。「婚姻」と結び付けられた「法的効果」と「ラベル」をそれぞれ検討するという方法は本稿の問題意識と共通する部分があるが、それらについてより広く考察する論考として重要であるように思われる。

千葉勝美「同性婚認容判決と司法部の立ち位置」判時2506・2507合併号198頁(2022)は、憲法24条の文言から解釈すると同条は異性婚のみを婚姻として想定したものであると解すべきであるように思われるが、家制度などの差別的な規律を否定するという同条の趣旨と今日の状況を併せて考えると、両性などの異性間を含意する文言は「憲法変遷」によって当事者間一般を意味すると解釈すべきであるとする。千葉元判事の司法観と関連して本判決が分析されており独自の立場を示す。

これに対して、木村草太「憲法第24条1項の同性婚禁止解釈と差別」一冊の本2022年5月号24頁(2022)は、そもそも憲法24条が同性婚を否定すると読むことはできないとして、千葉の議論に逐一反駁している。また、同「婚姻と憲法——同性婚・別姓婚・非婚の共同親権を素材に」法教501号10頁(2022)においても、憲法24条が同性婚を排除すると解釈することはできないと論じている。本稿は本判決の憲法24条論を取り上げなかったが、これらは憲法解釈論とも関連して注目すべき議論であるように思われる。

さらに、木村草太「憲法上の権利総論：権利主体論の展開と個人の多様性——生殖関係なき異性カップルと同性カップルとの婚姻における不平等を素材に」憲法研究10号37頁(2022)は、同性婚の未規定性について、生殖関係ある異性カップル・生殖関係なき異性カップル・同性カップルの3者の差別的取扱いの正当性という観点から議論する。生殖関係なき異性カップルと同性カップルの区別には合理的理由がなく、また生殖関係ある異性

カップルと生殖関係なき異性カップルの区別は、生殖関係のないカップルが劣っているかのような感覚を生じさせ尊厳を毀損することから、それぞれ正当化されず、それゆえに同性カップルも婚姻に包摂されるべきであるとする。こうした立論には相応の説得力があり、裏側から婚姻の保護根拠を問うものとして重要であろう。もっとも、本判決において、生殖の有無という観点は明示的には採用されていないことには注意が必要である。

* 本稿脱稿後に言い渡された大阪地判令和4年6月20日(平成31年(ワ)第1258号、LEX/DB 25592785)について。ここで詳細な検討をすることはできないが、関連する裁判例であるため、簡単なコメントをしておく。

同判決は、同性婚が認められていないことについて、憲法24条1項、2項、13条、14条1項適合性を審査した上で、いずれにも違反しないと結論づけた。このように、結論を本判決と異にする点がまず目を引くが、その論証にも注目に値する点があるように思われる。

第1に、同判決は本判決と異なり、同性婚を認めていないことが憲法24条2項に違反する余地を認めている。したがって、同判決は、憲法24条1項の「婚姻」は異性婚のみを指すが、同2項の「婚姻」は、異性婚に限定されない、より一般的な婚姻を対象とするとして理解していることになる。仮にそうであるとすれば、本判決はおおよそ異性婚に限られない「婚姻」について、憲法24条2項による違憲審査を肯定したものであり、同項の適用範囲を大幅に広げる踏み込んだ判決として評価することができる。この議論は、「両性」などの言葉を使っていることから憲法24条全体が同性婚を排除しているという議論を退けている点でも意義が大きいと考える。

第2に、婚姻によってもたらされる利益のうち、「社会の中で公に認知されて安心して安定した共同生活を営むために必要な人格的利益である公認に係る利益」は「自己肯定感や幸福感の源泉といった人格の尊厳に関わる重要な人格的利益」であり、「個人の尊厳の

観点からは同性カップルに対しても公認に係る利益を実現する必要がある」としている点である。この点は、婚姻の趣旨の一端を明らかにするものとして重要であり、かつその利益の要保護性を格上げしたように理解できる点でも興味深い（もっとも、それが実際の審査にどの程度影響しているかは不明確であるが）。

他方で、同判決には問題も多くある。その一部を挙げると、第1に、本判決と同様に判断枠組みが立法裁量を前提とした総合考慮であり、十分に分節化されていない。憲法14条1項審査においても、「より慎重」な検討をするというが、実質的に反映されているようには見えず、言葉遣いと実態が乖離している点で問題がある。

第2に、憲法24条2項適合性審査においては、「永続的な精神的及び肉体的結合を目的として公的承認を得て共同生活を営むこと」を趣旨とする婚姻一般から区別して、現行の異性婚制度の趣旨を生殖関係の保護にあるとしたうえで、その現行法によって同性カップルを保護しないことの合憲性が審査されているように解される。これは、現行法が生殖の保護を趣旨としているかの論証に疑問を差し挟む余地があるほか、同性カップルの不保護という問題の一部のみを検討対象にしているという点で、原告の主張とは噛み合っていないように思われる。

第3に、同性婚についての議論が途上であることを理由に現行法で同性婚を定めないことの違憲性を否定しているが、こうした議論状況を違憲性判断で考慮するという判断方法は選挙定数訴訟など特殊で限られた事案でのみ用いられてきたのであり、同性婚について用いるべき理由は見いだせない。こうした事情は、国賠の判断において考慮すべきだったのではないか。

第4に、憲法24条2項と14条1項の関係において、後者は同性カップルの不保護一般の違憲性を判断するはずにもかかわらず、異性婚を定める憲法24条の「秩序」など、現行異性婚制度との関係で違憲性を論じている部分が混在しており、論証の一部が錯綜しているように思われる。

以上のように同判決は論証過程に少なからぬ疑問点があり、そのまま受け入れることはできないと思われるが、婚姻についての興味深い議論を提示しているものであるため、今後の分析が待たれる。なお、同判決については、木村草太「判批」法時94巻10号4頁(2022)および松原俊介「判批」法セ813号118頁(2022)がある。

*本稿の校正中に、同性婚についての東京地判令和4年11月30日（平成31年（ワ）第3465号）に接した。同判決は、同性婚を認めない民法及び戸籍法の諸規定について、憲法24条1項、14条1項、24条2項のいずれにも反しないとしたが、同性カップルが家族として法的に保護され社会的に公証される利益は「個人の尊厳に関わる重大な人格的利益」とありとし、「同性愛者についてパートナーと家族になるための法制度が存在しないことは、同性愛者の人格的生存に対する重大な脅威、障害であり、個人の尊厳に照らして合理的な理由があるとはいえず、憲法24条2項に違反する状態にある」と判示した。

同判決は、憲法24条のいう「婚姻」を異性間に留保し、自然生殖の保護によってその合理性を基礎づけるように見える一方で、婚姻をも包摂する「家族」によって同性カップルを保護しようとする点に特徴がある。こうした論理は札幌地裁判決や大阪地裁判決と共通する要素もありながら少しずつ異なっており、興味深い。東京地裁判決については、「婚姻」と「家族」の関係や、家族としての「保護」や「公証」の内実の更なる探究が、今後の課題となろう。

（こんの・あまね）