

「婚姻の自由をすべての人に」訴訟 — 地裁判決の検討 —

相 澤 直 子

はじめに

1989年、同性間の人的結合に対して法律上その関係を公証し一定の地位や法的効果を付与する「登録パートナーシップ制度」が、デンマークにおいて世界で初めて導入された。以降、同様の制度は、ノルウェー（1993年）、スウェーデン（1994年）、オランダ（1998年）、フィンランド及びドイツ（2001年）等ヨーロッパ諸国を中心に続々と整備され、2001年にはオランダで同性間の婚姻制度が初めて導入されるに至っている。アメリカにおいても、連邦最高裁判所判決（*Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. 644）が、2015年に、州政府（オハイオ、ミシガン、ケンタッキー、テネシーの各州）が同性カップルに婚姻許可証を発給せず同性婚を承認しないことは、合衆国憲法修正第14条1項が定める適正手続及び平等保護条項に違反すると判断したことにより、全ての州で同性カップルについても異性カップルと同様に婚姻を認めるようになった。このように、同性間の人的結合関係の法的保護はもはや世界標準となりつつある。

我が国においても、自治体レベルでは、2015年の東京都渋谷区を皮切りに登録パートナーシップ制度の導入が拡大し、既に導入自治体は2023年6月14日時点で328、全人口カバー率にして7割を超えるに至っている¹。他方、国レベルの動きは上記世界的潮流から（国内自治体の動向からも）大幅に後れをとり、いまや日本は同性カップルを法的に保護する制度を有しないG7唯一の国となっている。日本に対する国連人権理事会普

1 「公益社団法人 Marriage For All Japan — 結婚の自由をすべての人に」調べ (<https://www.marriageforall.jp/marriage-equality/japan/> 参照)。

遍的定期的審査（UPR）²においても、複数回に亘り、性的指向に基づく差別の禁止と法的保護の強化が勧告されてきた³が、法改正を担うべき国会の反応は鈍い。このような状況に対して、司法の判断を得て国会の法改正を促すべく「結婚の自由をすべての人に」訴訟（いわゆる同性婚訴訟）が全国各地で提起され⁴、2023年6月8日の福岡地裁判決をもって地裁判決⁵がひととおり出揃った。そこで、本稿では、これら判決の妥当性を検討することを通じて、同性婚認容の可否、すなわち、現在、同性婚が法制度として認められていないことの違憲性について考察し、この問題に対する私見の提示を試みることにしたい。

事案の概要

一連の訴訟は、いずれも、同性当事者間での婚姻を希望し婚姻届を提出したが受理されなかった原告らが、同性間の婚姻を認めていない民法及び戸籍法の諸規定（以下、「本件諸規定」という）が憲法24条（同性カップルが婚姻制度にアクセスする権利としての「婚姻の自由」⁶）、13条（個人の尊重、自己決定権、人格的自律権）⁷及び14条1項（法の下での平等）に違反するにもかかわらず、国が必要な立法措置を講じていないため婚姻を

2 すべての国連加盟国が相互に人権状況を審査しあう制度。人権理事会創設（2006年）に伴い導入された。日本に対する普遍的定期審査は、2008年、2012年、2017年、2023年に実施されている。

3 特に、スイスやカナダは、国レベルで法律上の同性カップルの婚姻を承認するよう明示的に勧告している。

4 2019年2月14日に札幌、東京、名古屋、大阪、同年9月5日に福岡の各地裁に訴訟が提起された。

5 札幌地判令和3・3・17判時2487号3頁、大阪地判令和4・6・20裁判所ウェブサイト掲載判例（平成31年（ワ）第1258号）、東京地判令和4・11・30 LEX/BD:25593967、名古屋地判令和5・5・30判例集未登載（平成31年（ワ）第597号）（本稿における引用等については、D1-Law.com判例体系掲載判決文〔28311970〕参照）、福岡地判令和5・6・8裁判所ウェブサイト掲載判例（令和元年（ワ）第2827号（第一事件）、令和3年（ワ）第447号（第2事件））。

6 三輪晃義『「結婚の自由をすべての人に」訴訟』吉岡秀編『代理人たちの憲法訴訟』（弘文堂、2022年）146頁参照。

7 括弧内はそれぞれ順に北海道訴訟、大阪訴訟、福岡訴訟における原告の主張内容。なお、後述するように、東京訴訟及び愛知訴訟では、本条適合性は争われていない。

することができない状態にあると主張して、国家賠償法1条1項に基づき慰謝料等を求めたものである。

訴訟の争点に対する各裁判所の判断 — 比較と検討

1. 憲法24条1項適合性について

(1) 各判決の内容と特徴

まず、婚姻の自由については、いずれの判決も、憲法24条1項は、婚姻をするか否か、いつ誰とするかは「当事者間の自由かつ平等な意思決定に委ねられるべき」であるという趣旨を明らかにしたものであり、婚姻により付与される重要な法律上の効果や近年国民意識の多様化が指摘される中でも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、十分尊重に値するものと解することができる」（再婚禁止期間違憲訴訟平成27年12月16日大法廷判決・民集69巻8号2427頁参照）として婚姻の自由の重要性を認めている。

しかしながら、「両性」や「夫婦」という文言を用いる当該規定の文理解釈によれば、男女から成るものが「婚姻」として想定されているものと解するのが通常であること、また、婚姻に関する法制度をわが国で初めて確立した明治民法の下では、婚姻は終生の共同生活を目的とする男女間の法律的生存結合関係であって、同性間で婚姻することができないことは当然と考えられていたこと、さらに、憲法24条の起草過程においてもGHQ草案の「both sexes」を訳して「男女両性」や「男女」という文言が用いられ、同条の要請を受けた昭和22年民法改正の起草過程でも同性間の結合が婚姻に含まれるかが議論された形跡はないことを挙げて、憲法24条にいう「婚姻」は異性間の婚姻を指し、同性間の婚姻を含むものではないと解するのが相当である⁸とし、本件諸規定は憲法24条1項に違反するとはい

8 特に大阪地裁判決は、憲法24条1項の婚姻は、「異性間の婚姻のみを指し、同性間の婚姻を含むものではない」以上、「同項から導かれる婚姻をするにつ

えないと結論付けている⁹。

また、憲法制定当時は「婚姻」に対する理解が上記のとおりであったとしても、その後の婚姻や家族のあり方についての社会通念や国民の意識、価値観の変遷等、同性カップルを取り巻く社会状況に大きな変化があることに照らせば、今日では憲法24条の「婚姻」には同性間の婚姻も含まれると解すべきに至ったとする原告らの主張¹⁰についても、これを直ちに否定することはできないが、伝統的に、婚姻は、「男女の生活共同体として子の監護養育や共同生活の維持によって家族の中核を形成するものと捉えられてきた」¹¹のであり、その背景、根底には、「夫婦となった男女が子を産み育て、家族として共同生活を送りながら、次の世代につないでいくという社会にとって重要かつ不可欠な役割を果たしてきた事実がある」¹²こと、婚姻に関する調査結果によれば、婚姻と子を持つことを結びつけそこに婚姻の意義を見出す者が今なお一定の割合を占めており、依然相当数に上る同性婚への反対意見も婚姻や家族に対する伝統的な理解に基づくものと推察されること¹³からすれば、憲法制定時以来の社会状況の変化等を考慮し

いての自由も、異性間についてのみ及ぶ」（傍点筆者）とより限定的に述べている。しかし他方で、だからといって、同項が「同性間の婚姻又はこれに準ずる制度を構築することを禁止する趣旨であるとまで解するべきではない」（以降の判決もこの点につき同様）としており、名古屋地裁判決も、憲法24条について、「少なくともその制定当時において、同性間に対して民法及び戸籍法等の法律によって具体化された法律婚制度を及ぼすことが、同条1項の趣旨に照らして要請されていたとは解し難い」（傍点筆者）というにとどまる。

9 なお、東京地裁判決は、憲法24条1項を、法律婚制度構築に際しての立法府への要請（婚姻に係る事項を当事者の自己決定に委ねるべきことの要請）を定めたものと解したうえで、同様の結論を導いている。

10 いわゆる「憲法の変遷」の主張である（当該理論については、千葉勝美「統治構造において司法権が果たすべき役割 第3部【第1回】同性婚認容判決と司法部の立ち位置 — 司法積極主義の足音は聞こえてくるのか？」判例時報2506・2507合併号（2022年）207頁参照）。なお、札幌地裁判決においては当該主張及びその認否の判断は行われていない。

11 東京地裁判決。同様に、名古屋地裁判決も、婚姻制度は、「正当な男女の結合関係を承認するものとして存在し、男女の生活共同体として、その間に生まれた子の保護・育成、分業的生活共同体の維持を通じ、家族の中核を形成するものであると捉えられてきた」と述べている。

12 東京地裁判決。

13 東京地裁判決、名古屋地裁判決、福岡地裁判決。

たとしても、現段階において¹⁴、憲法24条の「婚姻」に同性間の婚姻を含むと解釈すべき状態に至っているとはいえないとされた。すなわち、判決においては、「婚姻」に関して、子を産み育て世代をつないでいくという男女間の人的結合にのみ可能な機能が重要な要素とされ、それゆえ、「自然生殖の可能性がないことが明らかである同性カップル」を「異性間の夫婦と同じ『婚姻』』とすることの社会的承認があるものとまでは認め難い¹⁵との判断に至ったもの¹⁶といえる¹⁷。

なお、名古屋地裁判決は、上記結論（「憲法が一義的に、同性婚に対して現行の法律婚制度を及ぼすことを要請するに至ったとは解し難い」こと）の理由として、さらに、現行の法律婚制度の規律内容では、同居、協力及び扶助の義務等の基本的に当事者間で完結する権利義務関係の発生のみならず、嫡出推定や養子制度を含む親子関係の規律、親族関係の発生といった第三者の地位、権利義務関係に影響を及ぼす事項のほか、様々な社会政策的判断により付与された権利義務に関わる事項など種々の効果の発生が一体的に予定されているため、「現行の法律制度が対象としてきた人的結合関係の範囲をそのまま拡張することは、当事者間の規律の問題にとどまらず、これにより直接影響を受ける第三者が想定されるほか、既存の異性婚を前提に構築された婚姻制度全体についても見直す契機となり得る

14 大阪地裁判決以降はいずれの判決でもこうした留保が付され、今後の社会状況や社会認識の更なる変化による将来の適用可能性が示されるようになっていく。

15 東京地裁判決。

16 但し、福岡地裁判決は、「同性婚が異性婚と変わらない社会的承認が得られているとまでは認め難い」（同性婚を異性婚と同一視できない）理由として、同性婚をめぐっては依然価値観の対立があり、その根底には反対者における「婚姻」の伝統的理解があると思われる旨指摘するものの、自然生殖の可能性の有無を明示的に挙げてはいない。

17 この論理は、確かに、「『社会的承認』を梃子に憲法上の『婚姻』概念が変遷しうること認め」ることにより、「『社会的承認』が前提になるとはいえ、同性婚を許容しなければ、憲法24条1項の婚姻の自由に違反する可能性が残されること」（石塚壮太郎「同性婚訴訟東京第一次訴訟〔東京地判令和4・11・30LEX/BD:25593967〕」法学セミナー 819号（2023年）131頁）を示したものともいえるが、婚姻の重要な要素として「自然生殖の可能性」、すなわち、子を産み育て次世代につなげる機能をいう限り、この「社会的承認」が確立する余地は極めて小さいように思われる。

ものであり、広く社会に影響を及ぼし、現行の法律婚制度全体の枠組みにも影響を生じさせることが避けられないと考えられる」こと、「自然生殖の可能性が存しない同性カップルに対して、いかなる保護を付与し、制度を構築するのが相当かについては、現行の法律婚制度をそのまま開放するのが唯一の方法とは限らず、当該制度とは別に、特別の規律を設けることによることも、立法政策としてはありうる」のであり、実際、同性婚を認める諸外国においても、その制定過程や内容は（子に関する制度について異性婚と差異を設ける、宗教的配慮がなされているなど）様々であることを挙げている。

（2）検討

各判決の本件諸規定の憲法24条1項適合性に係る判断は、同条の『婚姻』に同性間の婚姻を含むものと解することはできず、憲法24条1項が同性間の婚姻に関する立法に関して当事者間の自由かつ平等な意思決定に委ねられることとするを要請したものと解することはできない¹⁸とし、こうした憲法制定時以来の理解は、同性愛者等を取りまく種々の社会状況の変化が小さくないことを考慮しても、いまだ現段階においては、「同性間の人的結合関係を異性間の夫婦と同じ『婚姻』とすることの社会的承認がある¹⁹」と解すべきところまで変遷してはいないとする点で概ね一致している。そして、複数の判決が、この（解釈の変遷を否定する）判断に際して、現状では、「夫婦となった男女が子を産み育て、家族として共同生活を送りながら、次の世代につないでいくという古くからの人間の営みに由来する」「婚姻を男女間の人的結合関係と捉える伝統的な価値観²⁰」に根差した同性婚への反対意見や「子を産み育てることに婚姻の意義を見出す者²¹」が少なからず存在するところ、「婚姻制度と自然生殖の可能性が完全に切り離されたと見るのは困難である²²」ことを指摘しており、そこに

18 東京地裁判決。

19 東京地裁判決。

20 東京地裁判決。

21 名古屋地裁判決。

22 名古屋地裁判決。

は、現行の婚姻制度の目的は生殖関係を保護することであるとの理解²³がある（後にみるように、この認識は、したがって生殖の可能性がない同性カップルは婚姻制度を利用できないという区別も合理的であり法の下での平等に反しないとの結論に至る）ものと解される。

しかし、いずれの判決も認定しているとおり、同性婚を認めるべきとする者がもはや多数派となり、かつ、そうした賛成意見においては既に生殖関係の保護を婚姻制度の目的と捉える向きは弱いと推察されるのに対して、「少なくない」にせよもはや多数派でもないうえに減少傾向にある反対意見²⁴、すなわち、婚姻に係る伝統的理解を維持する者の存在をことさらに重視するのは疑問である。さらに、そもそも異性婚においても生殖関係は婚姻における必須の要素ではないことからすれば、婚姻制度の主な目的を生殖関係の保護とすることも説得的ではない²⁵。

また、現行法律婚制度の対象をそのまま拡張することによる種々・広範な影響²⁶をことさらに問題視し、同性婚には現行の法律婚制度とは別に特

23 後述するように、大阪地裁判決においては、憲法24条2項適合性判断の文脈で同様の認識がより明確に示されている。

24 福岡地裁判決の認定事実によれば、例えば朝日新聞社の有権者を対象とする世論調査では、同性婚を法律で認めることへの賛否は、平成29年は「賛成」49%に対して「反対」39%であった（既に賛成が上回っている）ものが、令和2年には「賛成」又は「どちらかと言えば賛成」は46%にとどまるものの、「反対」又は「どちらかと言えば反対」が23%と大幅に減少し、令和3年は「賛成」65%に対して「反対」22%、令和4年には賛成（「法的に認めるべきだ」）46%、「どちらとも言えない」37%、反対（「法的に認める必要はない」）16%という結果となっており、少なくとも反対派の減少傾向は一貫している。このように、近年においては、強固な反対派はもはや少数派といえる状況なのである。

25 「民法は、生殖関係があっても、必ずしも婚姻を成立させるわけではない。例えば、不貞の生殖関係に婚姻は成立しない。他方で、民法は、生殖関係のないカップルの婚姻を認めている」として、「婚姻制度の目的は生殖関係の保護だ、との説明に説得力はない」旨指摘するものとして、木村草太「婚姻と憲法 — 同性婚・別姓婚・非婚の共同親権を素材に」（以下、木村①）法学教室501号11頁。木村は、以上のほか、夫が生殖能力を明らかに欠く場合にも嫡出推定を適用した最高裁決定（最三決平成25年12月10日民集67巻9号1847頁）を根拠に、『子を産』む関係の不在は、異性カップルと同性カップルを婚姻において区別する理由にはならないとする（木村草太「生殖関係なき異性婚と同性婚の区別の合憲性 — 大阪地裁令和4年6月20日判決」（以下、木村②）法律時報94巻10号5頁参照）。

26 この点についても、「婚姻効果の大半は生殖関係と関係ない」と指摘されている（木村②・前掲注25）5頁参照）。

別の規律を設けるという方法もありうるとする²⁷名古屋地裁判決の指摘については、「婚姻」に同性婚を含めて解するのが憲法的要請であると解した場合、判決の言う現行の法律婚制度の対象拡張がもたらす広範な影響は、憲法的要請に対応していなかったこれまでの解釈の憲法適合的変更によるものとして違法・不当とはいええず、また、対象拡張によっても、異性カップルのみが対象となる現行の規定は排除されるわけではなく従来通り異性カップルに適用され、その他の部分について、必要に応じて、同性カップルを対象とするための補充的修正や同性カップルのみが対象となる規定の追加が必要になるととどまるであろう。すなわち、(作業としては量的・時間的に小さくないであろうが) 現行制度との関係で解消不能かつ決定的な相違・矛盾が生じるわけではなく、制度の廃止や(全くの)新設に相当するような抜本的改変が必要になるとは思われないうところ、対象拡張という解釈変更自体が否定されることにはならないと解される。同様に、現行制度とは別の同性婚制度新設という方法がありうるとしても、それは単に選択肢の一つとして想定され得るととどまるのであって現行制度の解釈変更(法律婚制度の対象の拡大)という方法を排除するものではなく、およそ同性婚は憲法24条の「婚姻」に含まれないとする根拠とはなりえない²⁸。そもそも法制度は憲法の要請に基づくものとしてこれを実現す

27 こうした理解は、あたかも不変・不動の制度が先行的に存在し、憲法はこれを追認するのみのようであるが、この点については、憲法「24条と民法の定める法律婚との関係は従来あまり自覚的に問い直されることがなく、24条の解釈も法律婚制度が採用されていることを前提になされてきた憾みがある。そのため24条は男女を一組とする法律婚を制度的に保障したもの、あるいは公序として定めたものにとらえる見方も存在した」との指摘が腑に落ちる(本号紀編『憲法講義〔第2版〕』(日本評論社、2018年)501頁〔大河内美紀執筆部分〕参照)。

28 むしろ、このように婚姻類似の別制度の可能性をもって本件諸規定の違憲性を否定する論法には、「同性婚を『二級の婚姻』と位置付ける」ことになり、「悪名高い『分離すれど平等』法理と同じで許されない」(木村②・前掲注25)5頁)という批判や、州法により認められる同性婚が連邦法(婚姻防止法)上婚姻と認められない状態について、同性カップルを「二級婚姻」という不安定な地位に置き、その尊厳を損なうとしたアメリカ連邦最高裁判所 Windsor 判決(United States v. Windsor, 133 S.Ct.2652 (2013))を踏まえてシンプルに考えれば、「同性カップルに法律婚と同様の権利や義務を認めながらも、法律婚とは区別された法的結合を認めるにとどまることは、平等権の侵害であるという帰結が導かれる」(田代亜紀「現代『家族』の課題と憲法学」佐々木弘道・宍戸常寿編著『現代社会と憲法学』(弘文堂、2015年)78頁参照)との指摘が

内容を備えるべきものであるから、憲法適合的とはいえ制度を変更することがもたらす影響ばかりを考慮して当該制度を維持しようとするのは本末転倒であろう²⁹。

他方、大阪地裁判決が、両性の「合意のみ」に基づいて婚姻が成立すると定める憲法24条1項の趣旨を、戸主等の同意が婚姻の要件となっていた明治民法の封建的家制度を否定し、「個人の尊厳の観点から、婚姻が、当事者間の自由かつ平等な意思決定である合意のみに委ねられることを明らかにする点にあった」とし、したがって「同項が同性間の婚姻を積極的に禁止する意味を含むものであると解すべきとまではいえない」とする理解を裁判所として初めて明らかにしたこと、婚姻の本質は、「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にあり、誰と婚姻をするかの選択は正に個人の自己実現そのものであることからすると、同性愛と異性愛が単なる性的指向の違いに過ぎないことが医学的にも明らかになっている現在」、「同性愛者にも異性愛者と同様の婚姻又はこれに準ずる制度³⁰を認めることは、憲法の普遍的価値である個人の尊厳や多様な人々の共生の理念に沿う」（以上、傍点筆者）と述べ、「個人の尊厳」を重視する姿勢を示した点は注目すべきであろう。この基本的観点は、後述の、婚姻制度により享受し得る利益には人格的尊厳に関わる重要な人格的利益としての「公認に係る利益」が含まれ、その価値は異性愛者

妥当する。この点、本件訴訟の原告らも、「同性カップルと異性カップルとを差別するもの」であり「憲法24条1項は、そのような保護態様を予定していない」と主張している。しかし、名古屋地裁判決は、同性カップルと異性カップルには自然生殖の可能性という点に差異があること、男女が共同生活を送りながら子を産み育て次世代に承継していく営みにおいて婚姻が果たしてきた重要かつ不可欠な役割や子を産み育てることに婚姻の意義を見出す国民が少なからず存在することを根拠に、「憲法が、現行の法律婚制度の開放を唯一の選択肢として、発生する効果に差を設けることを絶対に許さないとまで要請している」と解することはできないとする。

29 「私人間の法的関係の一般法である民法も憲法の下位法の一つ」に過ぎず、「下位法の定めが、憲法の内容を決定するのは本末転倒である」と指摘するものとして、渋谷秀樹「統治構造において司法権が果たすべき役割 第3部【第3回】憲法理論からみた同性婚の省察」判例時報2515号（2022年）105頁。

30 もっとも、このように婚姻とは別の「これに準ずる制度」の構築でも憲法の理念に沿うと解することには、前述したとおり大いに疑義がある。前掲・注28) 参照。

と同性愛者とは異なる点、本件諸規定の憲法24条2項適合性（国会の立法裁量を超えるものであるか）の検討において考慮すべきであるとする理解に繋がっている。

以上を踏まえて考察するならば、憲法24条1項は「婚姻をするについての自由」を異性愛者のみに保障して同性婚を禁止するものではなく、大阪地裁判決も指摘するように、その主眼は「婚姻が、当事者間の自由かつ平等な意思決定である合意のみに委ねられることを明らかにする」こと（封建的家制度の否定）にあり、かつ、婚姻の本質は「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」であり、婚姻に係る決定は「個人の自己実現そのもの」として「憲法の普遍的価値である個人の尊厳」にかかわる重要な事柄であるとすれば、同性愛者についても憲法24条1項による「婚姻をするについての自由」の保障を認め得るものと解される。このような解釈は、人権の享有主体性に関して必ずしも規定の文言にとらわれず権利の性質に照らして判断する理解³¹や規定の文言の拡張解釈ないし類推適用の手法³²が判例において採用されていることに照らし、また、憲法解釈のあり方として非原意主義³³を妥当と解するならば、同性愛や同性婚、婚姻一般をめぐる社会的状況や国民意識の変化等を待つまでもなく本来的に可能なものと思われるが、これらを重要な考慮要素とする場合でも、先に触れたように、今日においては当該解釈を可能と

31 マクリーン事件判決（最大判昭和53・10・4民集32巻7号1223頁）八幡製鉄政治献金事件判決（最大判昭和45・6・2民集24巻6号625頁）等参照。

32 「憲法上の権利に関する文言が、不当に保護範囲や保障対象を限定しているように見える場合」に採用されてきた手法であり、拡張解釈の例として営業の自由、類推適用の例として憲法31条の行政手続への適用等が挙げられる（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」（以下、木村③）憲法研究第10号（2022年）48頁参照）。

33 「裁判所が憲法解釈を行うに際しては、憲法の条文、制憲者の意思、憲法の構造に依拠すべきであり、それらを超えて憲法の意味を拡大すべきでない」とする原意主義に対して、「裁判所が憲法解釈を行うに際しては、憲法の条文、制憲者の意思、憲法の構造を超越して基本理念の実現を図ることが正当化される」とする立場であり、アメリカ合衆国最高裁内において有力とされる考え方である。我が国判例においても、これに依拠するものと考えられる判決（定住外国人地方選挙権に関する最三小判平成7・2・28民集49巻2号639頁）がみられる（渋谷・前掲注29）106頁参照）。

する（さらには要請する）様々な変化が既に生じていると解される³⁴。

2. 憲法24条2項適合性について

(1) 各判決の内容と特徴

①札幌地裁判決

札幌地裁判決は、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するのが相当」であり、同条1項の「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であるから、本件規定が同性婚を認めていないことが、同項及び同条2項に違反すると解することはできない」とする。これは、同条を全体として異性間の婚姻に限定した規定であるととらえ、したがって1項の婚姻の自由も、2項が婚姻に関して要請する立法も当然に異性婚のみを対象とするとする理解であろう。よって、この立場では同性カップルに同条を適用する余地はない。

②大阪地裁判決

以上に対して大阪地裁判決は、既にみたように、憲法24条1項について、同項における「『婚姻』は、異性間の婚姻のみを指し、同性間の婚姻を含むものではない」以上、「同項から導かれる婚姻をするについての自

34 千葉は、既に司法部においても、憲法24条の文言の「今日的解釈」として、同条は、「異性婚に限定せず、婚姻という法的な社会制度一般についての基本理念を示したものであって、同性婚を排除していない、すなわち、制度として取り込むことを許容していると解することができる」（よって、本件諸規定は、こうした憲法24条の趣旨、さらには憲法13条、14条にも反するものであり、是正のための立法措置を講ずる必要があると判断されることとなる）との憲法判断をなし得るとする（前掲注10）208頁）。渋谷も、現時点において、異性婚のみを法的に認める民法・戸籍法上の諸規定は、世界の動向、国民意識の変化、医学上・心理学上の知見の変更により、「その内容を肯定し支える立法事実が失われた以上、今やその合理性を支える基盤を失い、同性婚の保障は日本においても義務付けられる時期が訪れた」（前掲注29）111頁）とし、この分析を踏まえて、「婚姻」の概念についても、「相互の指向と価値観を理解し共有し合える個人同士が互いを信じあって対等に生きる時間を分かち合うために創った結社」（前掲注29）112頁）と再定義する。

由も、異性間についてのみ及ぶ」とする点においては札幌地裁判決と同様であるが、「同項が同性間の婚姻を積極的に禁止する意味を含むものであると解すべきとまではいえない」とも述べる。それゆえ、札幌地裁判決のように憲法24条1項・2項を一体的に判断せず、また、婚姻の本質は、「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にあり、誰と婚姻をするかの選択は正に個人の自己実現そのものであることからすると」、「同性愛者にも異性愛者と同様の婚姻又はこれに準ずる制度を認めることは、憲法の普遍的価値である個人の尊厳や多様な人々の共生の理念に沿う」との見地から、本件諸規定の同条2項適合性を別途検討している。そして、婚姻により享受し得る利益には「公認に係る利益」（「当該人的結合関係が公的承認を受け、公証されることにより、社会の中でカップルとして公に認知されて共同生活を営むことができることについての利益」）が含まれ、それは、「自己肯定感や幸福感の源泉といった人格的尊厳に関わる重要な人格的利益」として異性愛者であるか同性愛者であるかによってその価値が異なるものではないから、同性間で婚姻をするについての自由が憲法上保障されているとまではいえないとしても、「当該人的結合関係についての公認に係る利益は、その人格的尊厳に関わる重要な人格的利益として尊重されるべきもの」であり、「本件諸規定が憲法24条2項で認められている立法裁量の範囲を超えるものであるか否かの検討に当たって考慮すべき事項である」とする。

この「公認に係る利益」について考慮すべき程度を極めて大きなものと考えれば、同性婚に係る肯定的結論が期待されるところであるが、最終的に判決は、以下のように述べて本件諸規定は憲法24条2項にも違反しないとす。すなわち、判決は、同項は「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るとともに、その立法に当たっては、同条1項も前提としつつ、個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚すべきであるとする要請、指針を示すことによって、その裁量の限界を画したもの」であり、上記要請、指針は、「憲法上直接保障された権利とまではいえない人格的利益をも尊重すべきこと、両性の実質的な平等が保たれるように

図ること等についても十分に配慮した法律の制定を求めるものであり、この点でも立法裁量に限定的な指針」を示すものであるが、他方で、婚姻及び家族に関する事項は社会状況における種々の要因を踏まえつつ、各時代における夫婦や親子関係に係る全体の規律を見据えた総合的な判断によって定められるべきものである。「特に、憲法上直接保障された権利とまではいえない人格的利益や実質的平等は、その内容として多様なものが考えられ、その実現の在り方は、その時々における社会的条件、国民生活の状況、家族の在り方等との関係において決められるべきものである。」よって、「憲法24条の要請、指針に応じて具体的にどのような立法措置を講ずるかの選択決定が国会の多方面にわたる検討と判断に委ねられているものであることからすれば、婚姻及び家族に関する法制度を定めた法律の規定が憲法24条に適合するものとして是認されるか否かは、当該法制度の趣旨や同制度を採用することにより生ずる影響につき検討し、当該規定が個人の尊厳と両性の本質的平等の要請に照らして合理性を欠き、国会の立法裁量の範囲を超えるものとみざるを得ないような場合に当たるか否かという観点から判断すべき」である（夫婦同氏制事件平成27・12・16最高裁大法廷判決・民集第69巻8号2586頁参照）とする審査枠組を提示する。そして、本件諸規定が異性間の婚姻のみを対象とするのは、婚姻を単なる二当事者の関係としてではなく、「男女が生涯続く安定した関係の下で、子を産み育てながら家族として共同生活を送り次世代に承継していく関係」と捉え、このような関係に「社会の自然かつ基礎的な集団単位としての識別、公示の機能を持たせ、法的保護を与えようとする趣旨によるもの」であり、「このような婚姻の趣旨は、我が国において、歴史的、伝統的に社会に定着し、社会的承認を得ているといえることができる。」「以上によれば、本件諸規定が異性間の婚姻のみを婚姻として特に保護する制度を構築した趣旨には合理性がある」。子を持つか否かは本来個人の自己決定に委ねられるべきであり、民法も、子の有無や子をもうける意思の有無等により夫婦の法的地位を区別しておらず、また、家族や夫婦の在り方は近年多様化し、婚姻を子の養育のためではなく個人の自己実現や幸福追求に資す

るものとして位置付けようとする傾向も高まっているが、現在なお、「男女が安定した関係の下で共同生活をしながらその間に生まれた子を養育することを保護する婚姻の目的の意義は何ら失われているわけではないし、このような目的と、個人の自己実現等の手段としての婚姻とは矛盾するものではなく、互いに両立し得るもの」であり、歴史的、社会的意味を失っているとはいえない。同性カップルが他の民法上の制度等を用いることにより享受し得る利益は異性カップルが婚姻により享受し得る法律上の効果に及ばないのは確かであり、「公認に係る利益のような個人の尊厳に関わる重要な利益を同性カップルは享受し得ないという問題はなお存在する」が、公認に係る利益を実現する方法は、現行の婚姻制度の対象に同性カップルを含める方法に限られず、新たな婚姻類似の法的承認の制度の創設などによっても可能である。現行の婚姻制度を構成する本件諸規定も、単に異性間の婚姻制度を定めたというにすぎず、同性間について婚姻以外の婚姻類似の公的承認の制度を創設することを何ら妨げるものではない。「このように、個人の尊厳の観点からは同性カップルに対しても公認に係る利益を実現する必要があるといえるものの、その方法には様々な方法が考えられるのであって、そのうちどのような制度が適切であるかについては、現行法上の婚姻制度のみならず、婚姻類似の制度も含め、国の伝統や国民感情を含めた社会状況における種々の要因や、各時代における夫婦や親子関係についての全体の規律を見据えた上で民主的過程において決められるべきものである。」以上の点を総合的に考慮すると、「現段階で、直ちに本件諸規定が個人の尊厳の要請に照らして合理性を欠くと認めること」はできず、「立法裁量の範囲を逸脱するものとして憲法24条2項に違反するということはできない」としたのである。

もともと、判決は、「現段階で、直ちに」違憲ではないとするおりに、「今後の社会状況の変化によっては、同性間の婚姻等の制度の導入について何ら法的措置がとられていないことの立法不作為が、将来的に憲法24条2項に違反するものとして違憲性になる可能性はある」とも述べている。

③東京地裁判決

東京地裁判決は、憲法24条2項が定める事項のうちの「家族」に着目し、同性カップルの「家族としての法的保護と社会的公証」に焦点を当てて論じる点に新たな特徴がある。

まず、判決は、憲法24条の趣旨・主眼については大阪地裁判決と同様に解し、「同性間の婚姻を積極的に排除、禁止しようとしたものとはうかがわれない」とするとともに、「婚姻の本質は、当事者が永続的な精神的及び肉体的結合を目的として真摯な意思をもって共同生活を営むこと」にあり、このような共同生活を営むこと自体は「同性カップルにも等しく当てはまるものであるし、その性的指向にかかわらず、個人の人格的生存において重要なものである」とする。そして、「同性愛者は、性的指向という本人の意思で変えることのできない事由により」「婚姻制度を利用することができない状態」に置かれ、その結果、「パートナーとの共同生活について、家族として法的保護を受け、社会的に公証を受けることが法律上できない状態にある。」憲法24条2項は、婚姻に関する事項だけでなく「家族に関する事項についても、その立法に当たり個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚すべき旨を示しているところ、このような状態が、憲法24条2項が掲げる個人の尊厳に照らして合理性を欠き、立法裁量の範囲を超えるものとみざるを得ないような場合に当たるか否かという点を踏まえ、本件諸規定の憲法24条2項適合性を検討する」（以上、傍点筆者）とし、上記大阪地裁判決と同様の審査枠組を用いて以下のように述べる。

婚姻の法的効果に係る民法や戸籍法の規定の多くは、「家族関係を法的に保護する趣旨のものである」といえ、また、明文による法的効果に限らず、「婚姻により、その当事者は、社会内において家族として公に認知され、それにより家族として安定した共同生活を営むことが可能となるという効果も生ずる。」すなわち、婚姻は、「親密な人的結合関係について、その共同生活に法的保護を与えるとともに、社会的承認を与えるもの」であり、このような人的結合関係を結んで永続性を持った共同生活を営み、家族を形成することは、「当事者の人生に充実をもたらす極めて重要な意義

を有し、その人生において最も重要な事項の一つであるということが出来るから、それについて法的保護や社会的公証を受けることもまた極めて重要な意義を持つ。国民の意識や価値観が多様化するなかで依然として法律婚を尊重する考え方が浸透しているのも、「婚姻による法的効果や社会内での公証を受けられることについての意義、価値が大きいと考えられていることの証左」である。そうすると、婚姻により得ることができる「家族としての法的保護を受け、社会的公証を受けることができる利益は、個人の尊厳に関わる重要な人格的利益」（傍点筆者）といえる。同性カップルも、その実態は男女の夫婦と変わらず、「パートナーと法的に家族となることは、その人格的生存にとって極めて重要な意義を有するものということができる」から、同性愛者にとっても「家族としての法的保護を受け、社会的公証を受けることができる利益は、個人の尊厳に関わる重大な人格的利益に当たるということができる」が、「同性間の人的結合関係については、法律上、このような社会的公証を受ける手段がないため、社会内で生活する中で家族として扱われないという不利益を受けている」。そして、性的指向は本人の努力や治療により変えられるものではないので、現行法上同性愛者が婚姻することは実質的に困難である。このように、「現在、同性愛者には、パートナーと家族になることを可能にする法制度がなく、「特定のパートナーと家族になるという希望を有していても同性愛者というだけでこれが生涯を通じて不可能になることは、その人格的生存に対する重大な脅威、障害である」。なお、養子縁組を用いるという代替手段もあるが、これは、異性婚と同様の「人的結合関係の本来の実態、実情には適合していないものといわざるを得ない。」

近時、同性愛者等を取り巻く社会状況は大きく変化し、多くの国が同性間の人的結合関係に一定の地位や法的効果を与える登録パートナーシップ制度等を導入している。我が国でも、多くの地方公共団体がパートナーシップ証明制度を導入するなど、同性カップルに一定の保護を与えようとする動きがあり、世論調査でも、同性婚を法的に認めることへの賛成意見が反対意見を上回るようになってきている。諸外国が導入する婚姻に類する制

度は婚姻についての伝統的な価値観とも両立し得ると考えられ、多数の地方公共団体がパートナーシップ証明制度を導入していることに照らせば、「国において同性間の人的結合関係について婚姻に類する制度を構築することについて大きな障害となるような事由があることはうかがわれない。」むしろ、そのような制度の構築は、「同性間の人的結合関係を強め、その中で養育される子どもを含めた共同生活の安定に資するものであり、これは、社会的基盤を強化させ、同性愛者も含めた社会全体の安定につながるものということもできる。」他方、同性間でパートナーと家族になるための法制度をどのように構築するかについては、「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、また、子の福祉等にも配慮した上で、立法府において十分に議論、検討がされるべきであるということが出来る。」

以上を総合的に考慮すると、「現行法上、同性愛者についてパートナーと家族になるための法制度が存在しないことは、同性愛者の人格的生存に対する重大な脅威、障害であり、個人の尊厳に照らして合理的な理由があるとはいえず、憲法24条2項に違反する状態にあるということが出来る。」

このように、判決は、憲法24条2項に関して「違憲状態」とする判断を初めて示したのであるが、結論においては、同性カップルが「家族になるための法制度」を「構築する方法については多様なものが想定され、それは立法裁量に委ねられており、必ずしも本件諸規定が定める現行の婚姻制度に同性間の婚姻を含める方法に限られない」（現行の婚姻制度とは一部異なる制度を同性間の人的結合関係に適用する方法や、婚姻に類する制度を別途構築する方法等もありうる）として、本件諸規定が憲法24条2項に違反する（「違憲」）と断じるには至っていない。

④名古屋地裁判決

名古屋地裁判決も、憲法24条の趣旨に関しては上にみた先行判決と概ね同様に解しており、現行の法律婚制度を同性間に対して及ぼすことは、1項の趣旨に照らし、「禁止されてはいないが、要請されているともいえ

ない。そして、同条2項は、同条1項を前提として、法律による婚姻制度の具体化を国会の合理的な立法裁量に委ねるとともに、国会に要請、指針を示す規定と解されるから、同条2項も、現行の法律婚制度を同性間に対して及ぼすことを要請していないと解するのが整合的」であり、「本件諸規定が同性間に現行の法律婚制度をそのまま適用することを認めていないことは、同項に違反するものでもない」と述べる。

他方で、「婚姻により生じる諸々の法的利益を享受する権利」という重大な法的利益が性的指向や性別により保障されないのは不合理な差別であり、憲法14条1項違反だとする原告の主張について、憲法24条もそうした重大な法的利益の考慮を否定する趣旨ではないと解され、「特に、家族に関する法制度の平等が問題となる場合においては」、憲法14条1項と憲法24条2項の「両条項が保護しようとした法益に重なり合う部分が存することは否定できないと考えられるから、原告が主張する重大な法的利益を享受できないことの違憲性については、憲法24条2項の問題ともなりうる」としたうえで、現行の法律婚制度は、「両当事者及びその親族の身分関係を形成するとともに、戸籍制度によってその身分関係を公証し、民法及びその他の諸法令により、法律上、当事者間及びその他の第三者との間に様々な権利義務関係を生じさせる」という「法律上の効果にとどまらず、事実上の効果として、婚姻制度を利用することにより、社会的な信用が形成され、信任が得られるなどの社会的な効果のほか、そうした地位に立ったことによる精神的心理的效果をも生じさせるものである。」そして、異性カップルは、このような法律上・事実上の効果を一体的に享受することができるが、同性カップルは、本件諸規定が法律婚制度の利用を認めず、他の法令の規定もないことにより、「法制度の下で、法律上及び事実上の多彩な効果を一体のものとして享受することができない状態となっており、異性カップルとの間に著しい乖離が生じている。同性カップルは、自然生殖の可能性が存しないという点を除けば、親密な関係に基づき持続性をもった生活共同体を構成するという実態において、異性カップルと何ら異なるところはなく」（傍点筆者）、現在の医学心理学的知見では、性的

指向及び性自認は「人生の初期又は出生前に決定され、自らの意思や精神医学的な療法によって変更されるものではないとされている」ことに照らせば、「同性カップルが上記の状態に置かれている点が憲法上是認されるかどうかは、なお検討を要する」とする。

そして、「憲法24条2項は、婚姻のほか、『家族』についても、個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚した立法の制定を要請」しており、この「家族」という概念は、憲法上・民法上の定義はなくその外縁が不明確で、社会通念上多義的であり、「同性カップルにおいても、親密な関係に基づき永続性をもった生活共同体を構成しうることは、異性カップルと何ら異ならないのであるから、同性カップルの関係性について、家族の問題として検討することは十分に可能なはずである。同項は、『両性の本質的平等』との文言を用いているが、家族の問題については、例えば、家督相続制度の復活の是非を取り上げれば、両性間のみならず同性間の平等も問題となりうるものであり、『両性』の文言を『両当事者』と読み替えるまでもなく、同項は、両性が必ずしも関わらない家族の問題をも含めて規律していると理解することができる」とし、同性カップルが上記の状態に置かれていることが、『家族』に関する事項として、憲法24条2項に違反しないかを検討し、初の違憲判断を行った。

判決は、前記大阪地裁・東京地裁両判決と同様の審査枠組を提示したうえで、以下のとおり判断している。

憲法24条2項は、「憲法上直接保障された権利とまではいえない人格的利益をも尊重すべきこと等についても十分に配慮した法律の制定を求めるもの」であり、また、同条1項は、婚姻に係る決定は「当事者間の自由かつ平等な意思決定に委ねられるべきである」という趣旨を明らかにしたものと解され、このような婚姻をするについての自由は、同項の規定の趣旨に照らし、十分尊重に値するもの」と解される(再婚禁止期間大法廷判決参照)。

上記「婚姻をするについての自由」は、「同条2項を通じて、法律により具体化された法律婚制度を利用するについての自由であると解されるが、そのような法律婚制度を利用するについての自由が十分尊重に値する

ものとされるべき所以は、婚姻の本質が、両当事者において永続的な精神的及び肉体的結合を目的として真摯な意思をもって共同生活を営むことにあり、法律婚制度が、この本質に重要な価値を認め、これを具体化し実現し保護しようとしたことにあるためであると解される。そして、このような本質的な人間の営みは、法律婚制度が整えられる以前から歴史上自生的に生じたものと考えられる」ところ、「法律婚制度を利用するについての自由が十分尊重に値するとされる背景にある価値は、人の尊厳に由来するものということができ、重要な人格的利益である」といえる。このような重要な人格的利益の実現のため制度化された法律婚制度は、両当事者等の身分関係を形成・公証し、当該身分関係を保護するのにふさわしい法律上の様々な効果を付与し、事実上も多彩な効果が生じるものとなっている。そして、「人間が社会的な存在であり、その人格的生存に社会的な承認が不可欠であることを踏まえれば、上記多彩な効果において、とりわけ重要なのは、両当事者が安定して永続的な共同生活を営むために、両当事者の関係が正当なものであるとして社会的に承認されることが欠かせないということである。それゆえに、法律婚制度には、様々な効果が付与されるにとどまらず、身分関係を公に認め、これを公示し公証する制度が結び付けられているものと解される」。「そうすると、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という重要な人格的利益を実現する上では、両当事者が正当な関係であると公証され、その関係を保護するのにふさわしい効果の付与を受けるための枠組みが与えられる利益が極めて重要な意義を有する」と解され、単に、両当事者が共同生活を営むのを妨げられなければ事足りるわけではない。このような社会的承認は様々な方法により得るが、わが国では国による全国統一かつ均一の内容の戸籍制度が完備され、依然法律婚を尊重する意識が幅広く浸透していることに鑑みると、「国による統一された制度によって公証されることが、正当な関係として社会的承認を得たといえるための有力な手段になっている」。この「当事者の関係が国の制度により公証され、その関係を保護するのにふさわしい効果の付与を受けるための枠組みが与えられるとい

う利益」は、「憲法24条2項により尊重されるべき重要な人格的利益であると解される」が、同性カップルは、制度上、このような重要な人格的利益を享受できていない。

ここで現行の「家族」に関する法制度の趣旨を検討すると、歴史上、家族は、男女の結合関係（婚姻）を中核として生まれた子の保護・育成を担うものとされ、本件諸規定制定当時も上記伝統的家族観が支配的であった。その後の社会情勢を踏まえても、依然、婚姻制度と自然生殖の可能性が完全に切り離されたとはいえ、伝統的家族観を重視する国民が一定割合を占めていることからすれば、「男女の生活共同体に対して法律婚制度により公証を与え、これを保護するための枠組みを設けることは、それ自体合理性を有するものではある。」

しかし、「婚姻の本質は、両当事者において永続的な精神的及び肉体的結合を目的として真摯な意思をもって共同生活を営むことにあるのであり、伝統的な家族観が支配的であった旧民法の起草過程という時期においてさえ」、婚姻は「両心の和合」を性質とするものとされ、生殖不能は婚姻障害事由とされなかったとおり、「婚姻の意義は、単に生殖と子の保護・育成のみにあるわけではなく、親密な関係に基づき永続性をもった生活共同体を構成することが、人生に充実をもたらす極めて重要な意義を有するものと理解されていたと解される。」このような生活共同体を構成することは同性カップルにおいても可能である。

また、近年家族も多様化し「男女の結合関係を中核としてその間に生まれた子の保護・育成の機能を担うという伝統的な家族観が、唯一絶対のもの」ではなくなっており、同性愛を精神的病理であるとする見解も20世紀後半頃には否定され、性的指向それ自体は障害ではないとの知見が確立している。

さらに、20世紀後半以降の性的少数者の権利保護に向けた各種国際機関の活動には同性カップルの生活共同体を保護するものが含まれ、諸外国においてもデンマークによる導入（1989年）以降同性カップルを公証するための制度（登録パートナーシップ制度等）が導入され、オランダが世界で

初めて同性婚制度を導入（2000年）してから現在までに28か国が同性婚制度を導入している。我が国でも、多くの自治体（令和4年1月現在147）が登録パートナーシップ制度を導入し、同性パートナーがいる職員に結婚休暇等を認める自治体も現れたほか、国に対しても、平成29年に一部諸外国から同性婚の国レベルの公式な承認等を勧告されて以降、同性間の婚姻を求める自治体や各種団体の声明が発表されている。国民に対する各意識調査（平成30年以降）でも同性婚を法的に認めることへの賛成意見が反対派を上回るようになった（その中には、賛成派が約6割半に及ぶもの等もみられる）。

このように、男女の結合関係を中核とした伝統的な家族観は唯一絶対のものではなくなり、同性愛を精神的病理とする知見が否定されるに至った状況で、同性カップルを保護する具体的な制度化が世界規模で実現し、わが国でも同性カップルに対する理解が進みこれを承認しようとする傾向が加速している。「そうすると、現行の家族に関する法制度における現行の法律婚制度はそれ単体としては合理性があるように見えたとしても、そこで重視されるべき価値に対する理解の変化に伴い、その享有主体の範囲が狭きに失する疑い」が生じており、「同性愛者を法律婚制度の利用から排除することで、大きな格差を生じさせていながら、その格差に対して何ら手当てがなされていないことについて合理性が揺らいできているといわざるを得ず、もはや無視できない状況に至っている」。

本件諸規定により具体化された現行の法律婚制度による影響をみると、同性カップルは、「両当事者の関係が国の制度により公証され、その関係を保護するのにふさわしい効果の付与を受けるための枠組みを利用することができないという格差が生まれている」が、当該枠組みを利用できるという価値は、「人の尊厳に由来する重要な人格的利益を基礎としているというべきである。」永続的な精神的・肉体的結合を目的に真摯な意思をもって共同生活を営もうとする同性カップルが、「婚姻に伴う個々の法的効果が付与されないのみならず、その関係が国の制度によって公証されず、その関係を保護するのにふさわしい効果の付与を受けるための枠組み

すら与えられない不利益は甚大なものである。」同性カップルにおいても、契約や遺言などにより異性カップルにおけると同等の効果を一定程度得ることはできるが、それは全てを賄えるものではなく、「同性カップルという関係が国の制度によって公証され、その関係を保護するのにふさわしい効果の付与を受けるための枠組みが与えられることに重大な価値があるのであり、これを享受できない不利益を解消することはできない。」

性的指向は生来的な特性であり環境によって変動するものではないことや、LGBTの人口規模が近年激増したとの知見は見当たらないことからすれば、現行の法律婚制度制定当初からLGBTの人口は相当数に上っていたと推認でき、「70年以上の長期にわたって少なくない人口の同性カップルに対し、上記保護の枠組みが与えられていなかったものである。」このように、同性カップルが被る不利益は重大な人格的利益を享受できないものであるうえに、その総体としての規模も期間も相当なものであるから、現行の法律婚制度の採用により「同性カップルが保護されない影響は深刻なものである。」

他方、婚姻及び家族に関する事項は、国の伝統や国民感情等種々の要因を踏まえ、各時代の夫婦や親子関係に係る全体の規律を見据えた総合的な判断により定められるべきものであるが、「同性カップルが国の制度によって公証されたとしても、国民が被る具体的な不利益は想定し難い。」現に、導入が拡大する自治体の登録パートナーシップ制度により弊害が生じた証拠はなく、むしろ、国民の間に同性カップルを承認しようとする機運が高まっている。そして、同性カップルを国の制度として公証したとしても、「伝統的家族観を直ちに否定することにはならず、共存する道を探ることはできる」。また、現行の法律婚制度に付与されている多彩な効果は、「親密な関係に基づく生活共同体に付与されるべき本質的な効果においても、基本的に両当事者間で完結するものも少なくなく、このような法的効果を同性カップルに付与した場合の具体的な弊害も観念しにくい」。確かに、中には同性カップルに付与する効果如何によって直接第三者に影響を及ぼし、あるいは、既存の異性婚に変容をもたらす可能性があり、付

与の可否は民主政の過程において慎重に審議が尽くされるべきものもあるが、「公証された関係に、それを保護するのにふさわしい効果を付与するための枠組み自体が与えられるべきことを否定すべきことにはならない。」そうすると、「同性カップルに対し、その関係を国の制度によって公証し、その関係を保護するのにふさわしい効果を付与するための枠組み自体を存在させない」ことと、「存在を認めた上で」様々な立場や他の諸利益と調整しながら「いかなる効果を付与するかを検討し決定」することとでは、自ずと立法裁量の広狭に差が生じると解される。

以上によれば、「婚姻制度の趣旨に対する国民の意識の変化に伴い、同性カップルが法律婚制度に付与されている重大な人格的利益を享受することから一切排除されていることに疑問が生じており、累計的には膨大な数になる同性カップルが現在に至るまで長期間にわたってこうした重大な人格的利益の享受を妨げられているにもかかわらず、この状態を「正当化するだけの具体的な反対利益が十分に観念し難いことからすると、同性カップルの関係を保護するのにふさわしい効果としていかなるものを付与するか」は、なお「国会の裁量に委ねられるべきものとしても、上記の状態を継続し放置することについては、もはや、個人の尊厳の要請に照らして合理性を欠くに至っているものといわざるを得ず、国会の立法裁量の範囲を超えるものとみざるを得ないような場合に当たるといふべきである」(傍点筆者)。

「したがって、本件諸規定は、同性カップルに対して、その関係を国の制度によって公証し、その関係を保護するのにふさわしい効果を付与するための枠組みすら与えていないという限度で、憲法24条2項に違反する」。

⑤福岡地裁判決

判決は、同性カップルの人的結合に関する事項は、「同性間の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意思を婚姻及び家族に関する諸規定に照らしてどのように扱うべきかという問題」であるから、憲法24条「2項の『婚姻及び家族に関するその他の事

項』に該当する」とする。そして、憲法24条の根底理念である「個人の尊厳」は異性愛者も同性愛者も同様に尊重されるべきであるから、当該事項について国会には立法裁量が認められるにしても、それは同時に同条2項の裁量の限界に画されるとし、東京地裁判決以来の「家族」に着目した立論を展開している。また、憲法24条2項が立法への要請、指針を定める部分に「両性」の文言が用いられている点についても、上記名古屋地裁と同様に、同性カップルも異性カップルと変わらない人的結合関係にあり、「婚姻」を「異性婚」と限定して解するにしても、その「婚姻と並んで『家族に関するその他の事項』が対象となっていること」、「婚姻、家族の形態が多様化し、これに伴い婚姻、家族の在り方に対する国民の意識が多様化している現在」における「家族」の概念は夫婦及びその子の総体を中心とするそれに限定される必要はなく、「同性カップルを『婚姻及び家族に関するその他の事項』に含めることは文言上自然であるし」、「憲法24条2項の裁量の限界を画するものとして『両性の本質的平等』と併せて『個人の尊厳』が挙げられているところ、個人の尊厳については同性愛者も異性愛者と変わらず尊重されるべき」であるとして、本項の「家族」に関しては、「婚姻」に関する1項とは異なり、必ずしも「両性」という文言の存在にとらわれない概念として理解できるとする。

そして、判決は、大阪地裁判決以来の審査枠組を前提に、以下のとおり、同性カップルに婚姻制度の利用により得られる利益を一切認めず、法的に家族になる手段を与えていない本件諸規定はもはや「違憲状態」にあるが、制度設計に必要な様々な検討については立法府の裁量に委ねざるを得ず、同性間の婚姻を認めない本件諸規定が、国会の裁量権の範囲を逸脱したもとして違憲とまでは言えないと結論付けた。

すなわち、本件諸規定の下で原告らは、「婚姻制度を利用できずこれによりもたらされる権利利益を享受する機会を得られず、法的に家族として承認されないことで重大な不利益を被っており、このような不利益は個人の尊厳に照らして人格的利益を侵害するものとして到底看過することができない」。すなわち、婚姻は「家族」の単位の一つであり、「永続的な精神

的及び肉体的結合の相手を選び、公証する制度は、基本的には現行法上婚姻制度のみであるところ、同性カップルが婚姻制度を利用できず、公証の利益³⁵も得られないことは、同性カップルを法的に家族として承認しないことを意味する」。そして、「婚姻制度を利用できるか否かはその者の生涯にわたって影響を及ぼす事項であり、国民の意識における婚姻の重要性」も併せ鑑みれば、「婚姻をするかしないか及び誰と婚姻して家族を形成するかを自己の意思で決定することは同性愛者にとっても尊重されるべき人格的利益と認められるところ」、婚姻制度を利用できない不利益は、「上記人格的利益を侵害されている事態に至っているといえる。」

旧民法や明治民法制定時にも婚姻を必ずしも子を得ることを目的としないうと解する学説があり、明治民法が生殖能力の欠如を婚姻障害事由等にしていないことからすれば、婚姻制度の目的は、「婚姻相手との共同生活の保護」にもあったと認められ、平成26年段階の婚姻を希望する未婚の者の意識調査でも、婚姻制度を用いる理由は、子を持つことと同様またはそれ以上の比率で「婚姻相手と一緒にいること」や「家族となること」にあるとされ、「婚姻制度の目的において、婚姻相手との共同生活の保護という側面が強くなってきている」。加えて、婚姻件数や子のいる世帯の割合は本件諸規定の立法時に比べると今日では大きく低下し、「婚姻は全ての者が行うものではなく、各人が、生涯を共に過ごす者を選び、公認された家族を作るという人生における自己決定の尊重と保護という側面」が強まっているといえ、「婚姻及び家族の実態やその在り方に対する国民の意識が変遷している」。

同性婚制度を導入する国も増え、本件諸規定の立法過程に影響を与えた諸外国の状況も変化している。また、同性愛を精神病とする知見は今日誤りであったことが明白になっている。国際連合は、平成23年、「市民的及

35 後述の憲法13条適合性に係る福岡地裁判決参照。判決では、憲法24条2項適合性の判断に先行して13条適合性が検討され、婚姻の効果としての公証から発生する各種便益を「公証の利益」と称し、婚姻制度を利用できない同性愛者においてこれを自らの意思で発生させられないのは看過し難い不利益であると認定している。

び政治的権利に関する国際規約並びに経済的、社会的及び文化的権利に関する国際規約(1996年)を根拠に、「今日、性的指向に基づく差別は禁止されている」旨決議し、我が国に対しても、「平成20年以降、自由権規約委員会、社会権規約委員会から、同性カップルの権利についての懸念と勧告が度々表明されている。」同性カップルも異性カップルと同様の婚姻の意思を持ちうるのであり、同等の権利を与えるべきとする動きは世界の潮流となっている。

我が国においても、政府は、平成22年以降、性的指向に基づく差別を禁止する措置を様々な分野で宣言し、平成27年の初導入以降、パートナーシップ制度導入自治体の人口カバー率は62.1%(令和4年11月時点)に達しており、国会でも同性婚の可否に関する質疑が度々行われている。国民の意識も、同性婚に賛成する者の割合は年々増加し、60%を超えて(平成30年)以降も増加傾向にあり、同性婚実現を支持する企業団体・弁護士会は増加し続けている。このように「我が国でも婚姻は異性のものという社会通念に疑義が示され、同性婚に対する国民の理解も相当程度浸透」していると認められる。

以上のとおり、本件諸規定の下で同性カップルは「婚姻制度を利用することによって得られる利益を一切享受できず法的に家族と承認されないという重大な不利益を被っていること」、婚姻制度の実態が変遷しつつあること、婚姻に対する社会通念が変遷し、同性婚に対する国民の理解が相当程度浸透していることに照らせば、「本件諸規定の立法事実が相当程度変遷したものと云わざるを得ず、同性カップルに婚姻制度の利用によって得られる利益を一切認めず、自らの選んだ相手と法的に家族になる手段を与えていない本件諸規定はもはや個人の尊厳に立脚すべきものとする憲法24条2項に違反する状態にあると云わざるを得ない。」

しかし、「婚姻をするかしないか及び誰とするかを自己の意思で決定することは同性愛者にとっても尊重されるべき人格的利益ではあるものの、憲法上直接保障された権利とまではいえず、その実現の在り方はその時々における社会的条件、国民生活の状況、家族の在り方等との関係において

決せられるものである。そして、憲法24条2項は『婚姻及び家族に関するその他の事項』について立法府の合理的裁量を認めているところ、上述の同性愛者らの重大な不利益を解消し、自己決定を尊重する制度の在り方については、様々な考慮をする必要がある」。諸外国においても同性間の人的結合に関する制度は様々であり、婚姻と同様の法的効果を同性カップルに付与する登録パートナーシップ制度も「内容次第では婚姻制度の代替となり得るものであり、同性婚についてこのような婚姻制度と異なる制度を設けるか否かについても立法府における議論に委ねることが相当である。」また、同性間の人的結合においては嫡出推定の有無、養子縁組の可否等につき現行の婚姻制度と異なるものとする余地があり、「このような制度設計や枠組みの在り方については、我が国の伝統や国民感情を含めた社会的状況における種々の要因を踏まえつつ、さらに、子の福祉等にも配慮するといった様々な検討・調整が避けられず、立法府における検討や対応に委ねざるを得ない。」

我が国では、国会における同性婚に関する質疑や地方自治体のパートナーシップ制度導入、同性婚に関する各種意識調査が開始されたのはいずれも平成27年以降であり、「この頃に初めて同性婚に関する問題が我が国で本格的に議論され始めたものと認められる。」近時の調査でも、20代や30代など若年層では同性婚や同性カップルの法的保護に肯定的な意見が多数を占めるものの、60歳以上においては肯定・否定の意見が拮抗し、「国民意識として同性婚又は同性愛者のカップルに対する法的保護に肯定的な意見が多くなったのは、比較的近時のことである。」「そうすると、立法府による今後の検討や対応に委ねることが必ずしも不合理であるとまでは言えない。」

「以上によれば、同性間の婚姻を認めていない本件諸規定が立法府たる国会の裁量権の範囲を逸脱したものとして憲法24条2項に反するとまでは認めることができない。」

(2) 検討

まず、婚姻の法的効果の趣旨や、憲法制定時以来70年超経過するに至っての同性愛者や婚姻関係として認識される人的結合関係を取り巻く状況、国民意識の変化等を何ら考慮せず、憲法24条は全体として異性婚を想定したものであるとする札幌地裁判決に対しては、文理解釈及び原意主義的解釈³⁶による単純かつ硬直的な判断として、その妥当性に対する疑問を禁じ得ない。

また、大阪地裁が、個人の尊厳を重視する見地から、独自に、共同生活を営むカップルとしての「公認に係る利益」を重要な人格的利益として位置付け、その尊重を述べるのは注目すべきであるが、他方で、「同性間で婚姻をするについての自由」について「憲法上保障されているとまではいえない」という前提に立ち、結局のところ生殖関係の法的保護がより重要とする結論に至っている点には、そうした結論の根拠自体必ずしも明確ではない（端的に言えば「婚姻」とは不変的にそのようなものだから、としか述べていないようにみえる）ところ、やはり重大な疑義がある。

すなわち、上述したように今日もはや少数派となりつつある婚姻に対する伝統的理解の存在は根拠として脆弱であるし、他方、判決は、「男女が安定した関係の下で共同生活をしながらその間に生まれた子を養育することを保護する婚姻の目的の意義は何ら失われているわけではない」ことにも依拠しようとするが、それは異性婚を保護すべき理由とはいえるものの、同性婚を保護しない理由にはならない。同性婚を認めることが生殖関係を保護することと矛盾し、さらには、これを損なうものとは思われない³⁷からである。このように対立する利益や回避されるべき不利益が特に認められないにもかかわらず、「自己実現そのもの」である婚姻に由来する「自己肯定感や幸福感の源泉といった人格的尊厳に関わる重要な人格的利益」

36 中岡淳「同性間に婚姻を認めない民法及び戸籍法の諸規定の合憲性」新・判例解説 Watch (2021年) 18頁参照。「原意主義」については、前掲注33) 参照。

37 既にみたように、この点名古屋地裁判決も、「同性カップルが国の制度として公証されたとしても、国民が被る具体的な不利益」は想定し難く、また、「伝統的家族観を直ちに否定することにはならず、共存する道を探ることはできる」とする。

としての「公認に係る利益」が享受できないという同性カップルの「重大な不利益」をさほど考慮しなくてもよいとするような広範かつ無制約な立法裁量は、判決のいう「限定的な指針」の下で行使されているものとはいえず、合理性を見出すのは困難である。

他方、東京地裁判決においては、憲法24条が同性婚を積極的に禁止してはいないことを前提に、異性カップル、同性カップルのいずれを問わず尊重が求められる「婚姻により得られる個人の尊厳に関わる重要な人格的利益」を認定し、同条2項の「個人の尊厳」の要請を手掛かりに立法裁量の逸脱如何を審査するという理論構成自体は大阪地裁判決と異なるものの、上記「個人の尊厳に関わる重要な人格的利益」として想定する利益を『家族』としての法的保護や社会的公証を受けることができる利益」とすることにより、最終的な合憲性の判断は異なる結果となっている。

すなわち、本判決は、立法上「個人の尊厳」の要請がはたらく事項として憲法24条2項が明文で規定する「家族」を持ち出すことで、より直接的かつ明快に立法裁量の逸脱＝違憲（状態）の結論を導く可能性を模索したと思われる点は評価し得る。しかし、既にみたように、結論においては、「パートナーと家族になるための法制度」を構築する方法は多様で、かつ、その選択は立法裁量に委ねられており、必ずしも現行の婚姻制度に同性間の婚姻を含める方法に限られない旨指摘して、「本件諸規定が憲法24条2項に違反すると断ずることはできない」としたのは容認し難い³⁸。家族を形成することは、「人生に充実をもたらす極めて重要な事項」、「人生において最も重要な事項の一つ」であり、したがってそれについて法的保護や社会的公証を得ることもまた極めて重要な意義をもつとし、また、憲法（24条）自らが設定する立法裁量に対する憲法の基本理念による（したがって強い）統制に言及しながらも、そのような「個人の尊厳に関わる重

38 このように違憲状態を認定しつつも「法制度の選択肢が多様であるからという理由で違憲とはしなかった点」に対しては、「そうであるとすれば、平等違反や立法不作为の事案については、およそ違憲とすることができないという事態になりうる」のであり、「ここでは違憲状態の汎用化が生じている」と指摘されている（石塚・前掲注17）131頁参照）。

要な人格的利益」に優先する（換言すれば、これを考慮しなくて良いほどの）広範な立法裁量³⁹を認める態度は大阪地裁判決と変わりなく、適切なものとは思われないからである。

以上に対して名古屋地裁判決は、唯一、24条2項適合性について明確に違憲判断を行っている。

判決は、まず、原告が主張する「婚姻により生じる諸々の法的利益を享受する権利」という重大な法的利益の享受における同性カップル・異性カップル間の「著しい乖離」をめぐる憲法14条1項違反（不合理な差別該当性）の問題について、特に家族に関する法制度の平等が問題となる場合には憲法14条1項と憲法24条2項の保護法益に重なり合う部分があり、上記乖離の問題は憲法24条2項の問題ともなりうるとし、「憲法24条2項は、婚姻のほか、『家族』についても、個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚した立法の制定を要請」しており、同性カップルも異性カップルと同様に親密な関係に基づき永続性をもった生活共同体を構成しようとするところ、「同性カップルの関係性について、家族の問題として検討することは十分に可能」であるとす。そして、上記乖離の問題を同項適合性（『家族』に関する事項として、憲法24条2項に違反しないか）の問題として検討し、累計的に膨大な数に上る同性カップルが長期にわたり「法律婚制度に付与されている重大な人格的利益を享受することから一切排除されている」状態を放置することは、「もはや、個人の尊厳の要請に照らして合理性を欠くに至っているものといわざるを得ず、国会の立法裁量の範囲を超えるものとみざるを得ないような場合に当たるというべきである」から、「本件諸規定は、同性カップルに対して、その関係を国の制度によって公証し、その関係を保護するのにふさわしい効果を付与するための枠組みすら与えていないという限度で、憲法24条2項に違反する」（以上、傍点筆者）と

39 これは、立法裁量の広狭を検討するにあたり、上記人格的利益を、重要とは言え「憲法上直接保障された権利とまではいえない」利益としたことの必然的帰結と思われるが、憲法の普遍的価値である「個人の尊厳」に関わる「重要な人格的利益」の尊重如何を、このように立法裁量次第のものに格下げすること自体そもそも適切とは思われない。

認定している。

憲法14条と24条2項の關係に係る本判決の特徴的な理論構成は、両者を関連付けることにより両条項違反を同時に導出しようとするものと解される。違憲判断への積極的姿勢を示すものとして評価し得る。しかし、24条2項の平等の要請は、男性による支配、すなわち、不平等を原則とする明治民法の家制度を明確に否定し、婚姻もしくは家族の当事者（構成員）が性別の如何によらず平等に取り扱われるべきことを、当該人的結合の關係（単位）内において求める趣旨のものとして解され⁴⁰（判決自身が、同項の規律対象となるが「両性が必ずしも関わらない家族の問題」の例として指摘する家督相続制度復活の是非をめぐる「同性間の平等」の問題も、まさにそのような「家族内平等」の問題である）、同性カップルと異性カップルという単位間平等の問題への適用を想定しているとは言い難く、当該立論には少なからず無理があるように思われる。また、そもそも何故、同一条文内の規定であるにもかかわらず本項においてのみ1項とは異なって「両性」という明示的・一義的文言を無視した解釈⁴¹ができるのかも判然としない。この点推察するに、本判決は、基本的には、婚姻により生じる諸々の法的利益を享受できないという同性カップにおける重大な不利益を専ら14条の法の下での平等に反する格差の問題（そして、それは違憲と認定し得る程度に達している）ととらえつつ、当該不利益につき重ねて24条違反をも認定するべく、同条2項の「平等」の文言に着目して両条項を連動させた（「保護しようとする法益に重なり合う部分が存する」とした）ものと思われる。しかし、既に確認したように、結局判決は、最終的に同項違反を認定するにあたり、異性カップルとの不合理かつ著しい乖離（格差）の発生それ自体（法の下での平等の問題）ではなく、乖離の内容＝同性カップルが享受してしかるべき重大な人格的利益を全く享受できないという状態が「個人の尊厳」の要請に照らして合理性を欠くこと（個人の尊

40 24条をめぐる憲法制定時の考え方について、渋谷・前掲注29) 104頁参照。

41 ちなみに、上にみたとおり、判決は、『「両性」の文言を『両当事者』と読み替えるまでもなく』と明言しているため、この理解が拡張解釈、類推適用のいずれの手法に依拠するものなのかも不明である。

厳という憲法の普遍的価値の毀損の問題)を論拠としている(つまり、24条2項単体で違憲を論じている)。

また、同性カップルが、人格的利益の享受を「一切排除」され、法的な公証や保護を付与する「枠組みすら与えられていない」ことに焦点を当てて違憲を導く論旨は、裏を返せば、「何らかの」人格的利益の享受を可能にする「別個の制度(枠組み)」の存在をもって合憲とする可能性をも示唆するものであり、一定の「区別」は許容する趣旨ともとれる。しかしながら、先述したように適用対象の拡張に伴う付加・改変を施す必要はあるものの、同性カップルに現行制度を適用すること(異性カップルとの同一取扱い)は可能であると解され、他方、判決自身もいうように、重大な人格的利益の享受を同性カップルについて「全面的に否定する状態を正当化するだけの具体的な反対利益」は十分に観念し難く、したがって区別に係る高度の必要性や合理的根拠は乏しい。にもかかわらず敢えて何らかの区別を許容することは、やはり法の下での平等との関係で問題があると解されるのであり、本判決の「平等」の理解と論じ方には疑念を禁じ得ない。

最新の福岡地裁判決は、同性カップルの人的結合に関する事項は、「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」という同性間の意思を「婚姻及び家族に関する諸規定に照らしてどのように扱うべきかの問題」であり、憲法24条「2項の『婚姻及び家族に関するその他の事項』に該当する」と理解する。そして、同性カップルを婚姻制度の利用により得られる権利利益から排除し、家族として法的に承認されないという重大な不利益をもたらしている本件諸規定について、同項が立法への指針、要請として規定し、同性愛者、異性愛者を問わず尊重されるべきものである「個人の尊厳」に照らして合理性を欠くといえる否かを検討している。

本判決は、上で確認した論理構成、及び、同性カップルが人格的利益を侵害されている状況を違憲状態とすることと定める一方で広範な立法裁量を承認して本件諸規定を違憲とは断じない結論、のいずれにおいても東京地裁判決とほぼ同様のものといえる。すなわち、基本的にこれまでの消極的

判決を踏襲したものと解され、残念ながら特徴的もしくは新たに評価すべき内容⁴²は見当たらない。

以上のとおり、一連の判決は、本件諸規定の憲法24条2項適合性につき、違憲性を認めようとする傾向にあるといえる。

他方で、既にみたように、各判決は、(違憲性を認めなかったものを含めて、) 同条1項の婚姻の自由については、一致して、同項の「婚姻」は異性婚を想定しており同性愛者間の婚姻の自由を保障するものではないとするが、それゆえに、2項違反(状態)を認める東京地裁以降の3判決は、同性カップルの保護の手がかりを同項の「家族」に見出し、同性間の親密な人的結合関係を「家族」の問題として論じるところとなっている。そして、そのような理論構成と違憲(状態)の判断を導く主な根拠は、「家族」をめぐる社会情勢や家族観(家族概念)の「変化」に求められている。しかし、判決が認定する当該「変化」は、「婚姻」をめぐるそれとほぼ共通する内容であり、実際、判決によっては「婚姻」と「家族」を並立させつつ当該変化の内容や経緯を認定している。そうすると、同一内容の「変化」を根拠にしながら、何故「家族」についてのみ同性カップルにより構成されるものまで拡張する議論ができるのか、すなわち、何故、同性間の「婚姻」をするについての自由の問題は社会情勢の変化等以前の伝統的理解を前提として限定的に解するのに対し、「家族」としての保護・承認の問題については特に拡張的に論じるべきなのかが、判然としない。「家族」の形態やそれを取り巻く社会情勢・認識の変化は、その中核的・基本的要素である「婚姻」(＝二当事者間の人的結合)に関する同様の変化が先行して発生し、それに起因・連動して後発的に生じたものと解するのが自然であると思われる。この点に鑑みれば、上記の疑問はいっそう強まるのである。

42 むしろ、我が国における同性婚をめぐる議論の本格化は、国会での同性婚に関する質疑や自治体におけるパートナーシップ制度導入、同性婚に関する各種意識調査が行われるようになった平成27年以降であること、同性カップルの法的保護に肯定的な意見が多数派となったのは比較的近時であることを理由に立法府の対応に委ねるのが妥当であるとする点は、この問題につき判断するのは時期尚早と消極的にとらえ、従来よりも後退しているようにも見える。

3. 憲法13条適合性について

(1) 各判決の内容と特徴

以下にみるように、この点について判決はあまり詳細に検討していない。原告の主張に含まれなかったため、そもそも判断されていない場合(東京地裁判決、名古屋地裁判決)もある。

札幌地裁判決は、婚姻及び家族に関する事項については、憲法24条2項が、「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、同条1項はその裁量権の限界を画したものと解され」るところ、同条によって「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」。そして、同性婚も婚姻及び家族に関する事項に当たるものであり、当該事項に係る個別規定である憲法24条の上記の趣旨を踏まえて解釈すれば、「包括的な人権規定である同法13条によって、同性婚を含む同性間の婚姻及び家族に関する特定の制度を求める権利が保障されていると解するのは困難である」とした。

大阪地裁判決も、婚姻及び家族に関する事項は法律によって具体的内容を規律するものとされており(憲法24条2項)、よって、「婚姻及び家族に関する権利利益等の内容は、憲法上一義的に捉えられるべきものではなく、憲法の趣旨を踏まえつつ、法律によって定められる制度に基づき初めて具体的に捉えられるものである。そうすると、婚姻をするについての自由は、憲法の定める婚姻を具体化する法律に基づく制度によって初めて個人に与えられるか、又はそれを前提とした自由であり、生来的、自然権的な権利又は利益である」とはいえず、異性間の婚姻のみを定める憲法24条を前提とする婚姻制度しか存在しない現行法の下では、「同性間で婚姻をするについての自由が憲法13条で保障されている人格権の一内容であるとはいえない。また、包括的な人権規定である同条によって、同性間の婚姻制度を含む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もできない」としている。

他方、福岡地裁判決は、「公証の利益」(「婚姻の効果である公証により

受けられるようになる」事実上の利益を含む「社会生活における各種便益」)「を発生させる基本的な単位であるはずの婚姻ができず、その効果を自らの意思で発生させられないことは看過しがたい不利益」⁴³であり、「婚姻制度を利用できるか否かはその者の生涯にわたって影響を及ぼす事項であり、国民の意識における婚姻の重要性」も併せ鑑みれば、「婚姻をするかしないか及び誰とするかを自己の意思で決定することは同性愛者にとっても尊重されるべき人格的利益と認められる」とはいうが、やはり、婚姻は、「法律上の制度であり、当事者の意思のみによってその要件や効果を決定できるものではなく、婚姻を基礎とした家族の形成も当事者の意思によりその要件や効果が全て定まるものではない。」それは、「婚姻自体が国家によって一定の係に権利義務を発生させる制度であることからの当然の帰結であって、同性愛者の婚姻の自由や婚姻による家族の形成という人格的自律権が憲法13条によって保障されている憲法上の権利とまで解することはできない」としている。

(2) 検討

以上のように、判決は、いずれも、婚姻及び家族に関する権利は、法律に基づく制度によりはじめて内容が確定するもので生来的な権利ではないから、異性婚を定める憲法24条を前提として異性婚についてのみ規定する現行制度の下では、憲法13条の人格権を根拠に同性愛者の婚姻の自由を認めることも、(包括的人権規定としての)同条をもって同性婚を含む特定の制度を求める権利を保障していると解することもできないとする。同性婚を含む婚姻の自由を、いわば法制度待ちの権利であってそれを構築する

43 もっとも、この「公証の利益」なる概念は、「便益」の語を用いる定義に明らかかなように、専ら実利的なそれを指すものと解される(判決中で示される例も、医療における説明・同意権、保険等の受取人指定、職場異動時の配慮等である)。よって、大阪地裁判決が提示した「公証に係る利益」(社会の中でカップルとして認知され共同生活を営むことができることについての利益)や東京地裁判決の「家族としての法的保護を受け、社会的公証を受けることができる利益」、名古屋地裁判決の「両当事者の関係が国の制度により公証され、その関係を保護するにふさわしい効果が付与される枠組みが与えられる利益」とは異なる(もしくは、公証から派生する利益のみを指す)ものようである。

国家が承認⁴⁴しない限り保障されない後国家的権利と位置付けているかのようである。しかし、そもそも法律に基づく制度なるものも、なんらかの権利・利益を実現するために創設されるものと解されるのであり、その制度の根底にある権利・利益自体には憲法13条の人格権から導出されるものが含まれ得ると思われる。そして、自らの自由な意思に基づくという意味での婚姻の自由や家族を形成する自由が、同性愛者においても尊重されるべき個人の尊厳に関わる人格的利益として認められることは異性愛者と異ならず、かつ、後者については既に憲法が明示的に保障しているのであるから、同性愛者に対しても、現行の個別の人権規定からこぼれ落ちたものとして、憲法13条に基づく保障⁴⁵を導くことは可能であると思われる。他方、現行の制度は、制定当時の認識を反映して異性婚を想定している（同性婚は想定外であった）にすぎず、判決も一様に述べるように憲法24条も同性婚を禁止する趣旨ではないとすれば、それを実現するために現行制度の改変が行われることこそが肝要であろう。上述したように、当該改変は、(むろん、様々な考慮を要するところ量的・時間的負担の大きさは否めないが) 基本的には同性婚に係る規定を整える修正・追加が中心になると解され、また、それが特に異性愛者や異性カップルの権利利益を毀損・侵害するものではなく、制度自体の抜本的改変まで要するものでもないと思われるところ、理論・現実の両面において可能なものと思われる。

44 我が国、とりわけ、制度構築の主な担い手たる立法府の現状を見る限りでは、判決も認める社会情勢の大きな変化に対して立法府における意識・認識の変化は遙かに遅く、同性間の婚姻を「承認」するに至るには未だ相当程度の時間を要することは想像に難くない。しかし、これを待っているは「重要な人格的利益」の救済・保全に深刻な影響を生じる続ける事態が懸念される。上記のような国会の現状を指摘するものとして、木村①・前掲注25) 10頁。

45 同性カップルの法的保護を人格権(憲法13条)の問題として論じ、「同性カップルに『より親密な個人的生活領域』の形成、維持を可能とする法制度を付与しないことは、憲法13条に違反する」と指摘するものとして、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(2019年)552頁以下参照。

4. 憲法14条適合性について

(1) 判決の内容と特徴

①札幌地裁判決

本判決は、一連の同性婚訴訟に対する最初の判決であったことに加えて、憲法14条1項適合性について詳細な検討を行い、積極的に違憲判断を行った点が注目された。

判決は、まず、憲法24条2項の趣旨、24条及び13条によって同性婚の自由や同性婚に係る具体的制度の構築を求める権利が保障されているものではないと解されることに照らすと、「立法府は、同性間の婚姻及び家族に関する事項を定めるについて、広範な立法裁量を有している」旨確認する。

また、戸籍法及び民法の規定によれば、「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が」、本件諸規定は異性婚についてのみ定めているため、異性愛者のカップルは、婚姻による法的効果を楽しむか否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。そうすると、異性愛者と同性愛者との間には、上記の点で区別取扱いがある」（以下「本件区別取扱い」という）とする。

そして、以上によれば、立法府は広範な立法裁量を有しているものの、「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は、検討されなければならない」として、以下のように判断している。

性的指向とは人が情緒的、感情的、性的な意味で人に対して魅力を感じることであり、また、「婚姻の本質は、両性が永続的な精神的及び肉体的結合を目的として真摯な意思をもって共同生活を営むことにありと解さ

れる(最高裁昭和61年(オ)第260号同62年9月2日大法廷判決・民集41巻6号1423頁参照)。さらに、「婚姻意思(民法742条1号)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であると解される(最高裁昭和42年(オ)第1108号同44年10月31日第二小法廷判決・民集23巻10号1894頁参照)」ところ、同性愛者と(本来同人の恋愛や性愛の対象とならない)異性との婚姻は、婚姻意思を伴うとは認め難い場合があると考えられる。以上によれば、「同性愛者が、その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、それをもって、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り、性的指向による区別取扱いがないとする被告の主張は、採用することができない。」

性的指向は自らの意思にかかわらず決定される個人の性質であり、性別、人種などと同様のものといえる。したがって、「このような人の意思によって選択・変更できない事柄に基づく区別取扱いが合理的根拠を有するか否かの検討は、その立法事実の有無・内容、立法目的、制約される法的利益の内容などに照らして真にやむを得ない区別取扱いであるか否かの観点から慎重にされなければならない。」

現在で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、法的利益であると解するのが相当」であり、当該利益は、「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ことからすると、異性愛者にとって重要な法的利益であるといえることができる。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、かつ、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ことに照らせば、異性愛者と同性愛者との間で、婚姻によって生じる法的効果を享受する利益の価値に差異があるとする理由はなく、そのような法的利益は、同性愛者であっても、異性愛者であっても、等しく享有し得るものと解するのが相当である。」だとすると、本件区別取扱いは、このように異性愛者、同性愛者のいずれであるかを問わず等しく享有し得る「重要な利益である婚姻によって生じる法的効果を享受する

利益について、区別取扱いをするもの」といえる。

平成4年頃までには、「同性愛が精神疾患であることを前提として同性婚を否定した科学的、医学的根拠は失われた」といえる。

他方、本件諸規定は、「夫婦が子を産み育てながら共同生活を送るという関係に対して、法的保護を与えることを重要な目的としていると解することができる」が、民法の規定する内容やその趣旨等に照らせば、「子の有無、子をつくる意思・能力の有無にかかわらず、夫婦の共同生活自体の保護も、本件規定の重要な目的であると解するのが相当である。」

「婚姻の本質は、両性が永続的な精神的及び肉体的結合を目的として真摯な意思をもって共同生活を営むことにあるが、異性愛と同性愛の差異は性的指向の違いのみであることからすれば、同性愛者であっても、その性的指向と合致する同性との間で、婚姻している異性同士と同様、婚姻の本質を伴った共同生活を営むことができると解される。」また、本件諸規定が同性婚について定めないのは、民法改正当時、同性愛は精神疾患とされ、同性愛者は社会通念に合致した正常な婚姻関係を築けないと考えられたためにすぎないから、そのような知見が完全に否定された現在に至っては、本件諸規定が、「同性愛者が異性愛者と同様に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。」

憲法24条についても、同条が異性婚のみを定める理由は上記と同様であり、そもそも同性婚に触れていないことも併せ考慮すれば、同条は、「同性愛者が異性愛者と同様に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まで有するものとは解されない。」

我が国及び諸外国等において、性的指向による区別取扱いや同性カップルと異性カップルの区別取扱いの解消を求める意識が高まっていることも、「本件区別取扱いが合理的根拠を有するといえるかを検討するに当たって考慮すべき事情であるといえる。」

「立法府は、異性婚と同様の同性婚を認めるかについてその裁量権を行

使するに当たり」、同性婚を法律によって認めることに対する「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を斟酌することができる」が、「同性愛はいかなる意味でも精神疾患ではなく、自らの意思に基づいて選択・変更できるものでもないことは、現在においては確立した知見になっている」。「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といわざるを得ない。」

「婚姻によって生じる法的効果の本質は、身分関係の創設・公証と、その身分関係に応じた法的地位を付与する点」にあり、他方、契約や遺言は、「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」であって両者は、「その目的や法的効果が異なるものといえるから、契約や遺言によって個別の債権債務関係を発生させられることは、婚姻によって生じる法的効果の代替となり得るもの」ではない。

以上の諸事情を総合して、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、「本件区別取扱いは、人の意思によって選択・変更できない事柄である性的指向に基づく区別取扱いであるから、これが合理的根拠を有するといえるかについては、慎重な検討を要する」。また、「婚姻によって生じる法的効果を楽しむことは法的利益であって、同性愛者であっても異性愛者であっても、等しく享受し得る利益と解すべきであり、本件区別取扱いは、そのような性質の利益についての区別取扱いである。」「本件規定の目的そのものは正当であるが、昭和22年民法改正当時は正しいと考えられていた同性愛を精神疾患として禁圧すべきものとする知見は、平成4年頃には完全に否定されたことに照らせば、同性婚について定めていない本件規定や憲法24条の存在が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なるものではない。」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る結果となってしまう。」

もともと、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く、異性間の婚姻や家族に関する制度と全く同じ制度にはできないこと、また、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ことからすれば、立法府の裁量判断を待たなければならない。そして、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存在し、また、婚姻及び家族に関する事項は、国の伝統や国民感情を含めた社会状況における種々の要因を踏まえて、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り定められるべきことからすれば、立法府が、「広範な立法裁量の中で上記のような事情を考慮し、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」。

しかし、上にみたように「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、享有し得る法的利益に差異はないといわなければならない。」にもかかわらず、本件諸規定の下では、「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が提供されていないのである。」そして、「同性愛者のカップルに対する法的保護に肯定的な国民が増加し、同性愛者と異性愛者との間の区別を解消すべきとする要請が高まりつつあり、諸外国においても性的指向による差別取扱いを解消する要請が高まっている状況があることは考慮すべき事情である一方、同性婚に対する否定的意見や価値観を有する国民が少なからずいることは、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においては、限定的に斟酌すべきものというべきである。」

「以上のことからすれば、本件規定が、異性愛者に対しては婚姻という制度を利用する機会を提供しているにもかかわらず、同性愛者に対しては、婚姻によって生じる法的効果の一部ですらもこれを享受する法的

手段を提供しないとしていることは、立法府が広範な立法裁量を有することを前提としても、その裁量権の範囲を超えたものであるといわざるを得ず、本件区別取扱い、その限度で合理的根拠を欠く差別取扱いに当たると解さざるを得ない。」したがって、本件諸規定は、「上記の限度で憲法14条1項に違反すると認めるのが相当である。」

②大阪地裁判決

本判決も、性的指向による区別取扱いについて合理的根拠の有無を問い、立法府の裁量権の逸脱如何を検討している。

判決は、まず、憲法14条1項適合性の審査枠組みについて、先に自ら示した憲法24条2項についての理解、すなわち、同項は「婚姻及び家族に関する事項について、具体的な制度の構築を第一次的には国会の合理的な立法裁量に委ねるとともに、その立法に当たっては、個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚すべきとの要請、指針を示すことによって裁量の限界を画したものである」ことを確認し、異性間の婚姻のみを定める本件諸規定により、同性愛者は婚姻することができず、婚姻の効果を享受できないという区別取扱いが生じることについて、このような国会の裁量を考慮しても、「合理的な根拠が認められない場合に、当該区別は、憲法14条1項に違反するものと解するのが相当である（最高裁平成24年（ク）第984号、第985号同25年9月4日大法廷決定・民集67巻6号1320頁参照）」とする。

そして、本件諸規定は、婚姻の成立要件として特定の性的指向を求めるものでも禁止するものでもなく、その趣旨、内容やあり方自体が性的指向により婚姻制度の利用の可否を定めるものではないが、「婚姻の本質は、自分の望む相手と永続的に人的結合関係を結び共同生活を営むことにある以上、同性愛者にとっては、異性との婚姻制度を形式的には利用することができたとしても、それはもはや婚姻の本質を伴ったもの」ではなく、「実質的には婚姻をすることができないのと同じであり、本件諸規定はなお、同性愛者か異性愛者かによって、婚姻の可否について区別取扱いをしているというべき」である。このように「性的指向という本人の意思や努力に

よっては変えることのできない事柄によって、婚姻という個人の尊厳に関わる制度を実質的に利用できるか否かについて区別取扱いをするものであることからすると、本件区別取扱いの憲法適合性については、このような事柄の性質を考慮して、より慎重に検討される必要がある」とする。

しかし、以上の（札幌地裁判決と概ね同様の）見地から、判決は、以下のように札幌地裁判決とは異なる結論を導いている。

本件諸規定は、「異性間の婚姻についてのみ明文で婚姻制度を立法化するよう要請」する憲法24条2項に依じて「個人の尊厳や両性の本質的平等に配慮した異性間の婚姻制度を構築したもの」であり、その趣旨目的は憲法の予定する秩序に沿い、合理性を有している。また、同条1項が、「異性間の婚姻については明文で婚姻をするについての自由を定めている一方、同性間の婚姻については、これを禁止するものではないとはいえ、何らの定めもしていない以上、異性間の婚姻と同程度に保障しているとまではいえないことからすると」、本件区別取扱いは、「立法目的との関連において合理性を欠くとはいえない。したがって、本件諸規定に同性間の婚姻制度が規定されていないこと自体が立法裁量の範囲を超えるものとして憲法14条1項に違反するとはいえない。」

同性愛者と異性愛者との間に存在する「自らが望む相手との人格的結合関係について享受し得る利益の差異の程度が、憲法14条1項の許容する合理的な立法裁量の範囲を超えるもの」かは慎重に検討すべきであるが、「異性間の婚姻は、男女が子を産み育てる関係を社会が保護するという合理的な目的により歴史的、伝統的に完全に社会に定着した制度であるのに対し、同性間の人的結合関係にどのような保護を与えるかについては」「なお議論の過程にあること、同性愛者であっても望む相手と親密な関係を築く自由は何ら制約されておらず、それ以外の不利益も、民法上の他の制度（契約、遺言等）を用いることによって相当程度解消ないし軽減されていること、法制度としては存在しないものの、多くの地方公共団体において登録パートナーシップ制度を創設する動きが広がっており、国民の理解も進んでいるなど上記の差異は一定の範囲では緩和されつつあるといえるこ

と等」からすると、「現状の差異が、憲法14条1項の許容する国会の合理的な立法裁量の範囲を超えたものである」とはいい難く、仮に上記の差異の程度が小さくないとしても、それは、「婚姻類似の制度やその他の個別的な立法上の手当てをすることによって更に緩和することも可能であるから、国会に与えられた裁量権に照らし、そのような区別に直ちに合理的な根拠が認められないことにはならない。」

③東京地裁判決

東京地裁判決の憲法14条1項適合性に係る判断は、それ以前の札幌・大阪両地裁判決と同様の審査枠組みを採用するものの、両判決のような慎重さはみられない。

すなわち、「婚姻の本質は、当事者が永続的な精神的及び肉体的結合を目的として真摯な意思をもって共同生活を営むこと」にあるから、同性愛者においては、「異性との婚姻はこのような婚姻の本質を伴ったもの」にはならず、形式的に異性との婚姻が可能であっても、実質的には婚姻ができないのに等しい。そして、本件諸規定は、それ自体に性的指向に係る要件等はなく、性的指向について中立的ではあるものの、「同性愛者が婚姻することを実質的には不可能としているものであり、このような効果は本件諸規定が婚姻を異性間のものに限っていることによって生じた結果であるといえるから、性的指向による区別取扱いに当たる」。本件諸規定により「同性愛者は、婚姻（法律婚）制度全体を利用することができない状況に置かれ、異性愛者とは異なり、婚姻によって生ずる様々な法的効果等を楽しむことができないという不利益を受けている」と認定する点は、上記両判決と同様である。

しかし、当該区別取扱いについては、本件諸規定が同性間の婚姻を認めていないのは、古くからの人間の営みを背景に婚姻を異性間のものとする「社会通念を前提とした憲法24条1項の法律婚制度の構築に関する要請に基づくもの」であって合理的な根拠が存すると認められるので、「本件諸規定が婚姻を異性間のものに限り同性間の婚姻を認めていないこと自体

が、立法裁量の範囲を超え、性的指向による差別に当たるとして、憲法14条1項に違反するとはいえない」と単純に結論付けている。そして、この結論は、「婚姻制度の目的の一つが人的結合関係における共同生活の保護にあると考えられることなどを考慮したとしても」、異ならないという。

④名古屋地裁判決

名古屋地裁判決は、以下のとおり、上記3判決と同様に性的指向による区別取扱いを認定し、さらに、これを違憲と判断した。

本件諸規定は、同性愛者も同性愛者も異性と婚姻することができるという意味で別異取扱いはなされていないが、「婚姻の本質は、両当事者において永続的な精神的及び肉体的結合を目的として真摯な意思をもって共同生活を営むことにあるのであり、性的指向が向き合う者同士の婚姻をもって初めて本質を伴った婚姻といえるのであるから、性的指向が向かない相手との婚姻が認められるといっても、それは婚姻が認められないのと同義」であり、「同性愛者にとって同性との婚姻が認められていないということは、性的指向により別異取扱いがなされていること」に他ならない。

そうすると本件諸規定は、「性的指向という、ほとんどの場合、生来的なもので、本人にとっては自ら選択ないし修正する余地のない事柄を理由として、婚姻に対する直接的な制約を課すことになっている」のであるから、その合理的な根拠の有無はこのような事柄の性質を十分考慮に入れた上で検討する必要がある。

以上のような事柄の性質を踏まえると、本件諸規定は、「同性カップルに対して、その関係を国の制度によって公証し、その関係を保護するのにふさわしい効果を付与するための枠組みすら与えていないという限度で」、「国会の立法裁量の範囲を超えるものとみざるを得ないような場合」に当たるといふべきであるから、その限度で、「憲法24条2項に違反すると同時に、憲法14条1項にも違反するものといわざるを得ない。」

⑤福岡地裁判決

憲法14条1項違反は、福岡地裁判決では認定されなかった。

判決は、「性的指向を自己の意思や精神医学的療法で変えることは困難であることは、医学的に明らかになっており、このような本人にとって自ら選択ないし修正の余地のない事柄をもって婚姻の要件に関して区別を生じさせることに合理的理由があるか否かについては慎重に検討することが必要である」としたうえで、「本件諸規定の下では原告らは婚姻をすることができない結果、相手方又は行政機関等との間で、生涯有効となる種々の権利義務を発生させることができず」、「私的な関係でも公証の利益を得られないものである」が、こうした効果は「婚姻によってしか発生させることができず、国民の意識における婚姻の重要性」をも併せ鑑みれば、「原告らは婚姻制度を利用できずこれらを楽しむ機会を得られないことで重大な不利益を被っている」とする。

そして、他の手段による不利益の緩和・免除の可能性についても、当該不利益は、契約等により一定程度緩和できるがそれには経済的負担等の問題が残り、多くの自治体が導入するパートナーシップ制度も、法的効果はなく、婚姻の機能を代替するものではないし、公証としての効果も、各自治体の制度内容や場面により様々であることからすれば、婚姻制度による公証の利益を代替するものとはいえない。他方、同性愛者らも「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」自体は妨げられないが、権利義務の発生や国による公証の利益が「その者の社会生活において重要であることは前記のとおりであり、これは婚姻によらない共同生活では解消されないから、上記不利益は緩和ないし免除されているとはいえない」としている。

しかし、憲法14条1項適合性については、「憲法24条1項にいう『婚姻』は異性間の婚姻を指し、異性間の婚姻の自由は尊重されるべきものと解され、同条2項においては、異性間の婚姻についての立法を要請しているものと解することができる」とし、現行の婚姻制度は、明治民法の制度を基礎として憲法24条の要請を受け戸主制度の廃止等の修正を経たものである

が、「旧民法から現行民法制定時までの学説の理解」や「現行民法の嫡出推定、親子関係に係る規律の存在からすれば、当時の婚姻制度の目的は、婚姻の法的効果や戸籍制度との関係上、その要件を明確にする必要があるところ、その範囲を生物学的に生殖可能な組合せに限定することで、国が一对の男女（夫婦）の間の生殖とその子の養育を保護することにあつたと認められる。」この目的は現在においても重要であり、「婚姻は男女によるものであるという当時の社会通念もまた、変遷しつつあるものの、現在においてもなお失われている」とはいえない。「憲法24条2項の異性婚の立法の要請に従って定められた本件諸規定は憲法のこうした要請に基づくものということができるから、本件諸規定の区別取扱いについては合理的な根拠が存するものと認められる」とし、「本件諸規定が婚姻を異性間のものに限り同性間の婚姻を認めていないことが性的指向による区別取扱いに当たりその合理性には慎重な判断を要するとしても、立法裁量を超えるものとして、憲法14条1項に違反するとはいえない」とした。

（2）検討

5つの判決は、一様に、性的指向という本人の意思や努力によっては選択・修正することのできない事柄による区別取扱いがあることを認定⁴⁶したうえで、これが合理的根拠に基づくものとして立法府の広範な裁量権の範囲内のものといえるか否かを検討している。

合憲性の評価は拮抗する（合憲とする判断が相対的には多数派である）が、その分かれ目は、法律婚制度の主な目的として何を想定し、本件区別取扱いを肯定できる程度に重視すべきものと解するかにあつたと言える。この点、本件区別取扱いの合理性を認めて合憲とする判決（大阪地裁判決、東京地裁判決、福岡地裁判決）は、上記目的は、男女が子を産み育てるという生殖関係の保護である（そうすると、生殖関係の成立しない同性カップルは制度によって保護されるべき対象から外れる）とする（生殖関

46 先に触れたように、被告（国）は、本件諸規定は性的指向により婚姻制度の利用の可否を区別するものではなくこれに中立的な規定であり、同性愛者も異性との結婚は可能であるから、区別取扱い自体が無いと主張する。

係保護説)。これに対して、違憲と判断する判決(札幌地裁判決、名古屋地裁判決)は、上記目的も重要ではあるが、法律婚制度は、両当事者において永続的な精神的・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という婚姻の本質に重要な価値を認めてこれを保護しようとしたものであると理解(親密関係保護説)し、そのような親密な共同生活を営んでいるという点では同性カップルも異性カップルと異ならない(よって保護すべき対象となる)とする⁴⁷。

当該制度の目的を専ら生殖関係の保護とする理解については、確かに憲法及び現行法律婚制度の成立当時における(過去の)認識として確認できるものではあるが、社会情勢や国民意識等の変化に照らせば今日なお妥当なものとは解し難い。子をもうけるかどうかは個人の自己決定の問題であり異性婚間においても子の有無による法的地位の区別はないこと、夫婦や家族のあり方の多様化や婚姻を子の養育のためではなく自己実現や幸福追求のためのものとしてとらえる傾向が高まり、実際にも子のいる世帯の割合が低下していること(子を産み育てることが必ずしも婚姻の目的とされていない現実的状況)等、憲法及び本件諸規定制定以来の婚姻概念の変容や生殖関係保護の重要性が低下していることには憲法14条1項違反を認定しない判決も言及しているところ、それでもなお上記の理解(生殖関係保護説)を固持する理由は明確ではない。結局、生殖関係を保護することは不変的に最重要、もしくは、男女間の人的結合のみが理屈抜き、絶対的に正当であるとの認識(信条?)を述べるにとどまるとすら思われる⁴⁸。しかし、上記のとおり、子を持つか否かは生殖可能な異性カップルにおいてもその自己決定に全面的に委ねられるべき個人の尊厳に関わる事柄である(単純に能力のみに帰する問題ではない)ことに鑑みれば、そのような事柄を区別の根拠とすること自体極めて不適切であり、重大な問題を孕むもの

47 既にみたように、名古屋地裁判決は、同様の理解に基づいて14条1項と「保護しようとした法益に重なり合う部分が存する」24条2項違反を先行して認め、14条1項違反を同時的に導く。

48 だとすれば、同性婚を認めない現行制度は、こうした認識の根底にある同性間の人的結合や同性愛を正しくないものとして拒否しようとする「思い」=単なる主観を保護するだけの制度、ということになるだろう。

と解される。

さらに、生殖関係保護の重要性を認めるとしても、それは同性婚を保護することによって損なわれるわけではなく、もちろん、同性婚の禁止により二者択一的に成り立つものでもない。異性間の婚姻「のみ」保護すべき合理的理由は見出すことは極めて困難といわざるを得ないのである。

他方、2つの違憲判決についても、不合理な差別を認定する根拠を、同性愛者に対して婚姻によって生じる法的効果の「一部ですらも」享受する法的手段が提供されていないこと（札幌地裁判決）や、同性カップルの関係を保護するのにふさわしい効果を付与するための「枠組みすら」与えていないこと（名古屋地裁判決）に求めている点には、先に憲法24条2項適合性に係る検討において言及したのと同様の疑問が残る。

すなわち、こうした表現には、同性カップルと異性カップルの間に何らかの異なる取扱いがあり得ること自体は否定しない（しかも、上記の表現からすると保護の程度や範囲は、相対的に同性カップルが劣位する）という趣旨が読みとれるが、両者は永続的な精神的・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んでいるという本質において異ならず、また、相互に対立するものでもないのであるから、同様に保護されてしかるべきものと思われる。

おわりに — まとめと私見

既に各争点に係る判決の内容を検討するなかで述べてきたように、私見は、本件諸規定は、上記憲法の規定のいずれにも抵触するものとする。

まず、憲法24条1項の主眼は婚姻を他律的に決定されることなく自律的な「合意のみに基づいて成立」させる点、すなわち、同項の定める婚姻をすることの自由の保障の第一義的な趣旨は、家制度の廃止に伴う婚姻の場における個人の自律的意思（自己決定）の尊重という個人の尊厳を基底とするものとみるべき⁴⁹であり、また、そこにいる婚姻の本質を、永続的

49 この点、従来の憲法学においても、憲法24条の目的・趣旨について、「国民の家族的生活に対する、憲法の根本的態度を明らかにし、その法律的規整もこ

な精神的・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という親密関係に見出すならば、同項の保障対象から同性愛者を排除する理由はない。他方、婚姻の意義（婚姻制度の目的）に係る生殖関係保護説に立脚して同性愛者への適用を否定する理解は、上記婚姻の本質や、婚姻概念をめぐる国民意識の変化、「生殖関係なき異性カップルと同性カップルの区別」を説明できない⁵⁰こと等に照らせば、説得的とはいえない。したがって、同性間の婚姻を認めていない本件諸規定について、憲法24条1項に違反すると評価することは十分に可能であると考えられる。また、確かに同項は同性間の婚姻の自由を明示的に「保障」しているとまではいい難いとしても、その理由は、判決も認定するように、単に憲法定当時は想定されず検討されなかったために過ぎない、すなわち、保障の如何は白紙の状態であると解される。したがって、この問題は本来的に解釈により決するのが妥当な（もしくは、解釈により決すべき）のものと考えられよう。そして、上記婚姻の本質、及び、婚姻をすることについての自由が個人の人格的生存において持つ高次の重要性に鑑みれば、同性間の婚姻も、単に憲法上禁止されないというだけではなく、積極的に法的保護を求め得るものと解される。そうすると、憲法上そのように位置付けられる同性婚の保護について定めるところのない本件諸規定が、人権保障の核心である「個人の尊厳」を基底とし、当該基本理念に基づいた立法を明示的に要請する24条2項に反するのは明らかといえるのではないか。このような理解に立

れに従って、されなければならないことを要求する」もの、すなわち、婚姻の「成立及び維持について特に当事者の自主性を尊重するとともに、あらゆる家庭生活の面において、その法律的規整は、特に個人の尊厳と両性の本質的平等を期さなければならないこととする」ものであり、更に、「本条が婚姻の自主性を宣言し、個人を自己目的とする個人主義的国家観に基いた、家族生活の法律的規整を要求したことは、従来の封建的大家族主義への法律的支持をはずし、国民に新しい家族道徳を樹立する自由な基盤を与えることによって、民主主義の根底をかためようとする点で、大きな意義がある」（法学協会編『註解日本國憲法 上巻』有斐閣（1953年）469頁－470頁）とされ、あるいは、『「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意味する）を核心とする日本國憲法のもとでふさわしい公序を家族制度に強制する、という意味を持つ」（樋口陽一『憲法』創文社（1992年）259頁）と説明されている。

50 木村◎・前掲注25）5頁参照。

ち、同項の「個人の尊厳」が憲法13条に由来する要請と解されることに鑑みれば、憲法13条違反もまた認定し得ると解される⁵¹。

以上に加えて、立法の内容が憲法の要請に反していること＝上述した個人の尊厳の問題と、そのような立法により同性カップルと異性カップルとの間に不合理な格差が現に発生していること＝法の下での平等の問題とは別に問い得ると考える。そして、本件諸規定は、上記のとおり、性的指向という自らの意思で選択・修正することのできない憲法14条1項後段列挙事項相当の事柄を理由として、婚姻という個人の尊厳に関わる制度の利用に制約を課し、その結果、国による公証と保護、のみならず、そこから生じる社会的承認を含む広範かつ重要な利益の享受につき異性カップルと同性カップルの間に不合理な「著しい乖離」を生じているのであるから、憲法14条1項に違反することも明らかと言える。

以上のとおり、本件諸規定の違憲性は明白かつ重層的に認められるところ、早急に解消されるべきものと解されるが、その方法としては、複数の判決が明示的ないし黙示的に想定するような現行制度と「別立て」の「何らか」の制度の導入では足りない（という以上に不適切である）。そのような手法には、依然として正規と非正規、原則と例外という区別が看取され、かえって格差を温存・固定化することになりかねない。また、既にみたとおり、こうした多様な別制度の可能性の想定と強調⁵²は、その選択に係る広範な立法裁量を根拠とした違憲評価の回避につながりがちな傾向がみられるが、それは、上述の重大な問題を考慮しない安易な「違憲状態」止まり⁵³の判断を導き、さらには多用するものとして、「違憲状態の汎用化」⁵⁴を超えた「濫用」とみるべき状況を常態化させる危険が懸念される。

51 なお、敢えて同条違反を重ねて問うことには、憲法の普遍的価値の侵害としてより重大な違憲性を認定する意義があると考えられる。

52 これが可能となるのは、公認に係る利益等の同性カップルにおいても尊重されるべき人格的利益を、「重大」、「重要」としながらも、憲法上直接保障された権利とまではいえないと位置付けていることによると思われる。このことからすれば、やはり同性カップルについても憲法24条1項の「保障」が及ぶと解すべき必要性は高いと解される。

53 既にみたように、大阪地裁判決はそもそも違憲ではないとする。

54 （石塚・前掲注17）131頁、前掲注36）参照。

そして、そうした判断が繰り返される状況においては、立法府の対応は現実的にはほとんど期待できない⁵⁵。

この別制度の問題は、本件訴訟の原告らも特に意識的に強調する争点である。すなわち、原告らは、現行の婚姻制度とは別の特別な同性婚制度は、同性カップルが婚姻制度にアクセスすることをあくまでも拒否し、同性愛者を婚姻制度から排除された二級市民扱いするものであるから、そのような制度の構築は認められないというメッセージを込めて、「同性カップルにも異性カップルと同様に結婚するかどうか、いつ誰と結婚するかの自由の実現」を求めている⁵⁶⁵⁷。最も重要なのは、法的効果以上に、同性カップルが異性カップルと同じく「正式な」カップルとして社会的承認⁵⁸を得ること、すなわち、大阪地裁判決がいう人格的尊厳に関わる重要な人格的利益としての「公認に係る利益」なのである。

以上のとおり、本件諸規定の違憲性は明白であり、したがって、同性

55 法改正に結び付く強力な違憲論の姿勢を示すため、国賠請求まで認める判決の必要性を指摘するものとして、吉田邦彦「1 同性婚を認めない法制(民法・戸籍法)と憲法13条、14条、24条 2 同性婚を認めないことの違憲性と立法不作为を理由とする国賠請求 — 札幌同性婚違憲訴訟」(判例時報2508号(2022年)155頁)参照。

56 三輪・前掲注6)132頁参照。こうした観点から、筆者(大阪訴訟代理人)らは、同性婚制度という特別な制度の構築を求める趣旨と誤認されないよう、本件訴訟を「結婚の自由をすべての人に」訴訟と称することにしたという。

57 憲法24条は将来世代育成への期待から異性カップルの共同生活を特に保護する趣旨であり、したがって、同条の「婚姻」の意義は「夫婦が子を産み育てながら共同生活を送ること」であると理解したうえで、同性カップルの人的結合関係を法律婚の対象とする可能性を検討するものとして、篠原永明「統治構造において司法権が果たすべき役割 第3部【第7回】憲法24条の『婚姻』の意義と同性婚」判例時報2533号(2022年)106頁以下。この見解では、「婚姻制度とは別に」同性カップルの継続的な共同生活関係を保護・支援するための法制度を整備することは立法政策に委ねられていることを前提に、そのうえで、婚姻した「男女による子の監護・教育が(十分には)期待できない場合」にその受け皿として同性カップルの人的結合関係も「将来世代の育成のための仕組みとして理解された婚姻制度」に組み込むという方向性が示されている(113頁以下)。同性カップルも法律婚の対象としようとする議論ではあるが、同性カップルに異性カップルに対する補完的役割を求めるものとみられる点で、上記原告らの主張・メッセージに比べ得るものとはいえないと思われる。

58 上記三輪も、「社会的承認を得られず、これにより当事者の尊厳が大きく棄損されているということこそが問題の核心であることを見落としてはならない」(三輪・前掲注6)139頁)とする。

カップルに生じている重大かつ深刻な人権侵害を解消すべき必要性も高い。国会においては、司法による違憲判断の積み重ねを待つことなく、同性婚を認める法改正に早急に着手すべき状況にあることを自覚すべきである。