

研 究

婚姻をめぐる法形成

——カナダ、アメリカ、日本における同性婚訴訟を契機として——

Comparative Study on Regeneration of Marriage Law
among Canada, the United States and Japan

本 田 隆 浩*

目 次

- I. はじめに
- II. カ ナ ダ
- III. ア メ リ カ
- IV. 日 本
- V. 法形成過程の比較的分析
- VI. おわりに

I. はじめに

周知のように、日本法は同性婚を法認していないが、これについては民法学や憲法学において大きな議論となっている。そうした中、2015年にアメリカ連邦裁判所がアメリカ全土で同性婚を認める判決を下したことは、大きな注目を集めた。また2017年にドイツやオーストラリアが同性婚を法制化し、台湾の司法院大法官會議がアジアで初めて同性婚の禁止を憲法違反と判断したこと等も契機となって、日本でもセクシャルマイノリティの権利拡大を目指した訴訟が活発になってきている。とくに、2019年には、同性カップルに婚姻を認めない現行法制度は、法の下での平等を定めた憲法

* 嘱託研究所員・浦和大学社会学部専任講師

14条や家族生活における個人の尊厳と両性の平等を定め、婚姻を規定する憲法24条等に違反するとした一連の訴訟が全国5ヶ所（札幌、東京、名古屋、大阪、福岡）で提起されたが¹⁾、その最初の判決である2021年3月の札幌地方裁判所判決は「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を提供しない」ことは、「合理的根拠を欠く差別的取扱いにあたる」として、憲法14条1項違反と認めた。この判決によって、日本における同性婚議論は、新たな段階に入ったと言えよう。

同性婚をめぐる法政策を概観すると、次のように大きく3つに区分することができる。(1)婚姻を1人の男性と1人の女性という異性間の結合であるとする伝統的な婚姻制度である。この制度下では同性間の性的関係を排除する法制度を伴うことがしばしば生じる。キリスト教文化の影響を強く受けた地域において同性愛行為を犯罪とするソドミー法 (sodomy law) が古くから認められてきたことは、その一例としてあげられる。(2)婚姻は異性間の結合とし、同性婚を排除する点は(1)と同様であるが、法律婚に至らないカップルについては、Civil Union と呼ばれる別制度により、婚姻制度に準じた保護を与える制度である。フランスでは1999年に PACS (民事連帯契約制度, Pacte Civil de Solidarité) が導入され、伝統的な結婚とは別の制度として身分上の契約関係を認めている。これは異性カップルのみならず同性カップルも利用することができ、同様の法的保護を受けることができる²⁾。この場合、婚姻制度そのものは伝統的な制度が維持されることになる。(3)異性カップルに加え、同性カップルも等しく婚姻できるよう、婚姻から性別要件を削除し、伝統的な婚姻制度を同性カップルにも拡大するものである³⁾。

1) 本稿の執筆時点（2023年1月31日）では3つの地方裁判所（札幌、東京、大阪）で判決が下されている。

2) フランスでは2013年より同性婚も併せて認められている。

3) 佐藤信行「平等保護の構造を改めて考える：アメリカ合衆国連邦最高裁 Obergefell v. Hodges (2015) 判決を手がかりにして」白門68巻9号（2016年）

これらを平等の視点から考察してみると、(1)は、性的指向によって婚姻という法的保護の利用の可否を区分し、そこに法律効果を結びつけるものといえる。(2)は、性的指向によって婚姻という法的保護の利用の可否を区分することは(1)と同様であるが、同性カップルに対して、婚姻制度とは別の制度によって同様の法的保護を実現し、差別を解消しようと試みる点が異なる。(3)は、性的指向による区分を取り除き、制度的な差別の解消を試みている⁴⁾。

このような視点で日本の状況を見てみると、いまだ政治は(1)の政策を維持し、同性婚を認めるに至っていない。それどころか2021年の通常国会では、与野党で大枠合意した性的指向と性自認を理由にした差別を禁じる「理解増進」法案が、自民党の保守派の反対により法案提出が見送られるなど⁵⁾、性的マイノリティの権利拡大に消極的な姿勢が続いている。他方、性的指向や性自認を理由とした差別は現実として存在している。このような場合に少数者の権利を保護するためには、司法の役割が重要であることは言うまでもない。現在、施行されている法律のどこにも性的指向と性自認という言葉は存在しないが、日本国憲法14条は法の下での平等を規定し、「すべて国民は、法の下に平等であつて、人種、信条、性別、社会的身分又は門地により、政治的、経済的又は社会的関係において、差別されない」ことを宣言している。法が個人を平等に扱わない場合には、裁判所がその法の効力を失わせることができるのである。しかしながら、一口に「平等」と言ってみても、そこには多様な平等概念が存在する。また平等は、時代や社会意識とともに変化するものでもあり、その過程で、かつては合理的な区別として許容されていたものが、不合理な差別として判断され、憲法に違反するとされることも起こり得る。異なる個人間で、また移

10頁。

4) 佐藤・前掲注3。

5) 「LGBT法案提出されぬまま閉会 当事者ら抗議の会見」朝日新聞デジタル(2021年6月18日)(https://digital.asahi.com/articles/ASP6L7JJFP6LUTIL01M.html?iref=pc_ss_date_article(最終閲覧日:2023年1月29日))。

りゆく社会や時代の中で、「平等」で守られる範囲の線引きは難しい。

そこで本稿では、すでに同性カップルに法的婚姻を認めているカナダやアメリカの経験に注目してみたい。もちろん婚姻制度の変遷の背景には、それぞれの法域における文化や宗教等、多様な社会的諸要素が複雑に交錯しており、また、法制度を見ても連邦制を採用し、複数の法制度を1つの国の中に有するカナダやアメリカと、単一国家であり国内全土にわたり統一された法制度を有する日本とでは単純に比較できるものではない。しかし、カナダやアメリカは(1)から(3)へと法システムを変更しており、かつ、それを主導したのは、裁判所が(1)のみならず(2)をも平等権侵害とした一連の判決であり、両国の憲法審査制度は、その根本において日本法と共通している。また、両国の法形成過程は、直ちに日本法へ反映できるものといえないとしても、そこで判断が下された課題は日本にも共通しているのであって、判決と議会制定法が交錯する議論の構造は参考となろう。本稿は、このような観点からカナダとアメリカの判例および政府・議会の変遷を確認するとともに、日本における同性婚訴訟の状況を比較・検討することによって、これからの同性婚議論について接近を試みるものである。

II. カナダ

1 婚姻の定義

カナダは多文化主義の国家として知られている。カナダにおける多文化主義は、連邦政府の重要な政策であるとともに憲法や連邦議会制定法にも組み込まれている。1982年カナダ憲法の第1章は⁶⁾、権利および自由に関するカナダ憲章 (Canadian Charter of Rights and Freedoms, 以下、権利自由憲章) と題され、いわゆる人権のカタログを構成しているが、その27条は「本憲章の解釈にあたっては、カナダの多文化主義の伝統の維持およ

6) The Constitution Act, 1982, Schedule B to the Canada Act 1982 (U.K.), 1982, c. 11.

び発展に資するように解釈しなければならない」と規定し⁷⁾、多文化主義を憲法化している。また連邦政策にかかる基本法として多文化主義法を制定し、法制度上でも多文化主義を明確にしている。カナダの多文化主義は、1867年にケベック、オンタリオ、ノバスコシアとニュー・ブランズウィックの4州からなる連邦制のカナダ自治領（ドミニオン・オブ・カナダ）が創設された際に、ケベック州では引き続きフランス文化的伝統に基づく統治が行われ、それ以外の州ではイギリス的伝統文化に基づく統治が行われるという英仏両系の言語と文化を認める二言語二文化主義がカナダの政策となったことを起点とするが、その後「個人」の多様性にもその範囲が広がり、現在ではいわゆる LGBTQ + に対する権利保障が厚い国の代表として取りあげられることも多い。

もちろんキリスト教文化の影響が強いカナダにおいて、セクシャルマイノリティが社会的な理解を獲得するまでには長い道のりがあった。かつてイギリスの植民地であったカナダでは、現在でもイギリス法との連続性が認められるが、連邦結成当初は、同性間の性行為を禁止するイギリスのソドミー法をカナダ法として採用しており、1892年には男性間のすべての性的行為を「重大猥褻行為 (gross indecency)」とし対象をより広範にする法改正が行われ、それは1969年の法改正⁸⁾によって同性間の性行為が非犯罪化されるまで続いた。また結婚の定義としては、1866年にイギリスの裁判所によって判示された「1人の男性と1人の女性の間の生涯にわたる、排他的な、任意の結合」が用いられてきたために⁹⁾、同性間の結婚は認められていなかった。

そもそもカナダは、かねて存在していた個別の北米植民地をカナダ自治領として統合し、連邦制を導入し誕生したのであるが、それを法的に規定

7) 1982年カナダ憲法の訳文は、日本カナダ学会編『新版資料が語るカナダ』有斐閣（2008年）323頁以下の長内了の訳を用いた。

8) Criminal Law Amendment Act, 1968–69, S.C. 1968–69, c. 38.

9) Hyde v Hyde and Woodmansee (1866) LR 1 P&D 130.

したのが1867年英領北アメリカ法¹⁰⁾である。同法は、イギリス型の議会主権原則と責任政府の原理を実定法化し適用したが、いわゆる権利章典は含まれていなかったため、それを前提とする人権違反を理由とする憲法審査は存在しなかった¹¹⁾。その後1982年カナダ憲法が制定され、カナダ史上初めての硬性の人権規定であるカナダ権利自由憲章が誕生したことにより、その侵害に対してカナダ最高裁判所を頂点とする憲法審査が認められることとなったのである。カナダ権利自由憲章は、その15条1項において「すべて個人は、法の下に平等であり、一切の差別、特に人種、出身国もしくは出身民族、体色、宗教、性別、年齢又は精神的もしくは身体的障害を理由として差別を受けることなく、法の平等な保護と利益を享受する権利を有する」と規定し、差別禁止事項として「性別」を定めている。したがって、法律上の「婚姻」に対するセクシャルマイノリティの権利を制限する諸制度について、その憲章適合性を司法の場で争うことが可能となったのである¹²⁾。

こうした背景の中で1993年に同性カップルが、婚姻許可証の申請を拒否されたことは「性別」に基づく差別を禁止する憲章15条に違反するとの訴訟が提起された。そもそもカナダでは連邦が「婚姻および離婚」の排他的管轄権（実体法管轄）を有する一方で¹³⁾、州は「婚姻を執り行うこと（sol-

10) The British North American Act, 1867, Vict, c3. 現在は（1867年憲法（The Constitution Act, 1867）と改名されているが、本稿では1867年英領北アメリカ法とする。The British North American Act, 1867 (UK): RSC 1985, Appendix II, No. 5.

11) 連邦制に内在する連邦と州の間の管轄権配分をめぐる争いについてのみ憲法審査が認められていた。

12) 権利自由憲章の制定以前の1974年のNorth判決は、婚姻の制度は「1人の男性と1人の女性の間の生涯にわたる、排他的な、任意の結合」であり、婚姻は異性間でなければならないことが確認されている。これは州裁判所の判決ではあるが、カナダ初の同性婚訴訟であり、コモン・ロー上の婚姻の定義を裁判所が採用したことが注目された。

13) 1867年英領北アメリカ法91条26号。

emnization of marriage)」の排他的管轄権（手続法管轄）を有しており、婚姻許可証の発行も州が担っているのであるが¹⁴⁾、その発行を管轄するオンタリオ州大臣と連邦政府を訴えたのが、本件 Layland 事件である¹⁵⁾。オンタリオ州裁判所は2対1で「オンタリオ州に適用されるカナダのコモン・ロー下では、有効な婚姻は1人の男性と1人の女性の間でのみ行われ得る」と判示し原告の主張を退けた。判決の多数意見は、同性愛者は孤立した少数者であることを認めたものの、(1)結婚の主要な目的の1つは子どもを持つことであり、この目的は生物学的な制約があるため、同性愛者の結合では「能力の問題」としてこれを達成できない。また(2)ゲイ、レズビアン、バイセクシュアルの人々が異性と結婚するのは自由であるから差別はない。彼らが結婚しないという事実は、彼ら自身の選択の結果であって、法律の要件ではない。したがってコモン・ローの婚姻の定義が異性カップルに限定することは不適切ではないとしている。

2 M. v. H. 判決

Layland 判決以降、コモン・ロー上の婚姻の定義の下、同性カップルの婚姻登録申請は悉く拒否され続けたが、1999年5月20日にカナダ最高裁判所が下した M. v. H. 判決は、同性カップルの権利拡大にむけて大きな契機となった¹⁶⁾。

本件は、約10年間にわたり同棲関係にあった女性同士のカップルである M と H（いずれも匿名）の関係が破綻解消となった際に、主に経済的貢献度の高かった H に対し、M が財産分与を求めて出訴した事件である。オンタリオ州家族法29条では、財産分与等の対象となる「配偶者 (spouse)」の定義として、法律婚関係にある男女に加えて、3年以上の同棲期間を有していた、もしくは子どもを有する親として永続的に関わることになる男

14) 1867年英領北アメリカ法92条12号。

15) Layland v Ontario (Minister of Consumer & Commercial Relations) (1993), 14 OR (3d) 658 (Gen Div).

16) M v H, [1999] 2 SCR 3.

女も含むものとしていたが、同条の定義によれば M と H は、約10年の同棲期間を有しているにもかかわらず「配偶者」とは認められず、相手方へ財産分与等を求めることができなかった。そこで M は、同条が同棲関係を有していたカップルのうち、異性カップルのみを法律婚カップルに準じた法的保護の対象としていることにつき、憲章15条1項の平等権を侵害していると主張しオンタリオ州裁判所へ訴えたのである¹⁷⁾。

第1審および控訴審はともに同条が「配偶者」の前提とする“a man and woman”の規定が権利自由憲章15条1項に違反し違憲であると判断した¹⁸⁾。その後 M と H はともに上告をしなかったが、訴訟参加人であるオンタリオ州法務総裁の上訴により、同条の合憲性がカナダ最高裁判所で争われることとなった¹⁹⁾。カナダ最高裁判所は、法律婚関係にある男女が離婚した場合において、夫婦の役割分担の結果として生じた経済格差を調整する機能として同法の財産分与制度を把握し、その対象を同棲関係にある異性カップルに対しても拡張したものとして正当性を認めるが、拡張の対象として同性カップルを認めないことに対し、性的指向に基づく差別に該当し、オンタリオ州家族法29条が権利自由憲章15条1項に違反するとして違憲無効とした。また、権利自由憲章1条は「カナダ権利自由憲章は、自由かつ民主的な社会において明白に正当化できるものとして法律が定める合理的な制限に服する場合を除き、ここに掲げる権利および自由を保障する」と規定しており、2条以下の個人人権規定に抵触する法律であっても1条によって正当化され得ることを認めているが、カナダ最高裁は、本件において同棲カップルに当該制度を認めないことを「合理的な制限」と認

17) Family Law Act, RSO 1990, cF 3, s29.

18) M v H [1996], 27 OR (3d) 593., [1996], 31 OR (3d) 417. なお控訴審では、オンタリオ州議会に法改正のための時間を与え、同条の違憲無効の効力を1年後とする判断がなされている。

19) カナダでは、アメリカ合衆国とは異なり、州裁判所と連邦裁判所のカナダ最高裁判所（Supreme Court of Canada）は、カナダ全土の最上位裁判所として機能しており、州裁判所からの上告事件についても管轄権を有している。

めなかった。なお、最高裁は、オンタリオ州家族法29条を無効とする効力を6ヶ月停止することにより、オンタリオ州議会に同条を修正するよう猶予期間を与えた。この判決は、財産分与という経済的利益について、性的指向にかかる平等侵害として論じたものであり、同性カップルが婚姻できないことを直接的に問題としたものではなかったため、比較的にな社会が受け入れやすい事例であったと考えられる。ただし、性的指向は憲章15条1項に明示列挙されたものではないものの、列挙事由である「性別」に含まれる差別禁止事項であるとした1995年のEgan判決を引用しているように²⁰⁾、性的マイノリティの権利拡大を目指した訴訟の延長線上に従来の判例法を発展させたものとして誕生したのであり、突如出てきたものでもなかった。

M. v. H. 判決は大きなインパクトを生じさせ、同性パートナーを認める制定法が州や連邦で制定されることとなった。翌年連邦議会は「給付・義務現代化法²¹⁾」を制定し、連邦法が婚姻関係や1年以上事実婚関係にある者について給付や義務を規定している場合、そこに同性カップルも含まれるとの拡張を行った。これは事実上のCivil Union制度の導入といえる。ただし、同法1条1項で「本法による改正は、1人の男性と1人の女性の間の排他的で合法的な結合という『婚姻』の語義に影響を与えない。」と規定しており、伝統的な婚姻の定義を変更する意志はないことを明確にしている²²⁾。同判決を契機として連邦政府は、同性カップルに対しCivil Unionという形で異性カップルと同等の経済利益の保障を拡張したのではあるが、その影響を最小限にし、従来の婚姻の定義を維持しようとしたともみることができる。

20) Egan v Canada [1995] 2 SCR 513.

21) Modernization of Benefits and Obligations Act SC 2000, c 12.

22) いくつかの州でも同性カップルの経済的利益を拡張する改正法が制定されたが、連邦の改正法と同様に経済的利益を拡張するに留まり、婚姻の定義を変更する立法は行われなかった。; Roach, Kent, The Supreme Court on Trial: Judicial Activism or Democratic Dialogue (Irwin Law, 2001) pp. 196-200.

3 Halpern 判決

婚姻の定義を維持しようとした連邦政府の試みにもかかわらず、2000年代初頭には伝統的な婚姻の定義そのものに対する訴訟が各州で提起された。トロント市に対して婚姻許可の申請を行ったが許可を保留された同性カップルが原告となった訴訟で、オンタリオ州裁判所（Superior Court of Justice）は、婚姻の定義そのものの判断にせまられた。本件、Halpern v. Canada では、婚姻を男女間に限定しているコモン・ローの定義は憲章15条1項の保障する平等権を侵害し、1条においても正当化されないとする判決が下された後²³⁾、上訴がなされオンタリオ州控訴裁判所に争いが移った²⁴⁾。その控訴審で連邦司法長官は次のように主張した。すなわち、(1)婚姻はカナダの法的枠組みができる以前からある独自の制度である。そのため、異性間の結婚の定義は、普遍的な意味を持つ歴史的な社会慣習として、カナダのコモン・ローに「吸収」されたのであって、区別を定めると言えない、(2)婚姻は歴史的に異性カップルが子どもを産み、それを庇護する役割を持っているものである、(3)したがって、差別的取扱いの原因となるのは、結婚の定義そのものではなく、給付と義務を分配する個々の法律が差別的取扱いの原因となるが、「給付・義務現代化法」を制定することによって、同性カップルは実質的に連邦法の平等な保護を受けている、(4)仮に、同性カップルが結婚許可証を取得できないことが、憲章15条に違反すると認められたとしても、その違反は自由と民主主義の社会では容易に正当化され得るものであると述べ、以上から権利自由憲章に違反しない旨を主張したのである。

これに対し裁判所は、次のように述べ、オンタリオ州法の違憲を判断した。

(1)カナダ政府は婚姻に法的承認を与えることを選択し、連邦および州議

23) Halpern v Canada (Attorney General), (2002) 60 OR (3d) 321, (2002) 215 DLR (4th) 223.

24) Halpern v Canada (Attorney General), (2003) 65 OR (3d) 161, (2003) 225 DLR (4th) 529.

会は、婚姻制度をとりまく無数の給付と義務を構築している。州議会は異性カップルの婚姻が法的に公の認証を受けられるよう許可・登録制度を設けているが、同性カップルは、このような許可・登録制度へのアクセスを拒絶されている。その拒絶は異性カップルと同性カップルを公的に区分するものである²⁵⁾。

(2)司法長官は、異性間の結合は、「自然」に子孫を残すことができる唯一の結合であると主張しており、その生物学的現実からみれば、同性カップルは異性カップルと異なるが、同性カップルであっても養子縁組、代理出産、ドナー人工授精など、他の手段で子どもを持つことができる。「自然な」子作りだけを奨励することを目的とする法律は、同性カップルにも子どもを作る能力があるという事実を無視している²⁶⁾。したがって、結婚は異性間でなければならないというコモン・ローの要件は、同性カップルのニーズ、能力、状況に合致しているとは言えず、差別にあたる。

(3)「給付・義務現代化法」により同性カップルはすでに不利益を被っていないとの主張は認められない。多くの場合、同棲カップルに給付や義務が発生するためには一定期間同棲していることが必要であるが、結婚しているカップルはすべての給付と義務を即座に利用することができる。さらに、すべての給付と義務が同棲中のカップルに拡大されているわけではない。憲章15条1項の平等は単に経済的利益のみを含むものではなく、結婚の社会的意義と、それに対応する既婚者のみが享受できる便益は見過ごすことができない²⁷⁾。なぜなら、同性カップルは結婚という基本的な社会制度から排除されることになる。したがって、婚姻制度からの同性カップルの排除は、同性カップルの尊厳が侵害されるのであり、「1人の男性と1人の女性の間の生涯にわたる、排他的な、任意の結合」という結婚の慣習的な定義は、憲章の第15条1項に違反する。

(4)婚姻を異性のみに限定することは、同性同士の結びつきは重要性が劣

25) Ibid. at para. 69.

26) Ibid. at para. 93.

27) Ibid. at paras. 103-107.

るとみなすことであり、同性カップルの尊厳を貶めるような目的は、自由で民主的な社会の価値観に反している²⁸⁾。異性間で結婚同性カップルが結婚を許されたからといって、子どもを産み育てることをやめることはないだろうし、「自然な」子孫繁栄は、同性カップルの平等権を侵害することを正当化するほどの目的ではない²⁹⁾。さらに、自然に子孫を残す能力や子どもを育てる意欲は、異性カップルの結婚の前提条件ではない。実際、結婚する異性カップルの多くは、子どもを産めないか、産まないという選択をしているが、同時に子どもを産み育てる同性カップルを排除しているため、法は過小包摂である³⁰⁾。そのため異性間の交友のみを奨励することは、同性間には愛情深い関係を形成する能力がないとの見方を固定化させるものである³¹⁾。したがって、同性カップルを婚姻制度から排除する実質的・緊急的な理由はなく、憲章1条の合理的制限に該当しない³²⁾。

このようにして Halpern 判決は、M. v. H. 判決の対応として連邦政府が導入した Civil Union 形式の導入に対しても平等権を侵害すると明確に判示し、司法判断により伝統的な婚姻の定義の修正が成されたのである³³⁾。

4 連邦政府の対応

連邦政府は、司法判決や議会の動向を受けて³⁴⁾、2004年に同性婚の法案

28) Ibid. at para. 119.

29) Ibid. at paras. 121-122.

30) Ibid. at para. 130.

31) Ibid. at para. 124.

32) Ibid. at para. 125.

33) 原審では判決に適う法律の修正のため2年間の猶予期間が認められたが、控訴審では直ちに効力をあたえても害悪が発生する恐れはなく、猶予期間は不要であるとした。Ibid. at paras. 153-154.

34) プリティッシュコロンビア州およびケベック州でも同性婚を承認する判決がでている。EGALE Canada Inc. v Canada (Attorney General), [2003] BCCA 254; [2003] BCJ 944. (QL); Hendricks v Quebec (Attorney General), [2002] RJQ 2506 (QJ); また連邦議会では、Halpern 第1審判決が下された2002年以降、婚姻の定義についての活発な議論が行われるようになっていたが、控訴審判決の直

について連邦最高裁に対してレファレンスを行った³⁵⁾。いわば予防的司法審査の一形態であるが、カナダ最高裁判所法53条は、政府が憲法解釈や連邦・州法の憲法適合性等についてカナダ最高裁の法的判断を求めることができるとしている³⁶⁾。連邦政府は、この規定を利用し「同性の者同士に婚姻能力を拡大する添付法案1条は、権利自由憲章に合致するか、もし否であれば、どの点、どの範囲か。」というレファレンスを行ったところ、最高裁は「法案1条は、憲章と合致する。同性婚の権利は、潜在的には信教の自由と衝突する可能性があるが、権利の衝突は憲章との不合致を意味するものではなく、それは憲章内部の解釈によって解消されるものである。」と回答した。これを背景として連邦政府は、レファレンス判決の翌年2月、法律婚の定義に同性婚を含むよう拡大した法案（Civil Marriage Act）を下院に提出し、同案は、両院を通過した後、7月20日に裁可を得て連邦法となった³⁷⁾。Civil Marriage Actは、その2条において婚姻を「2人の排他的な合法的結合」と定義し、伝統的な“a man and woman”から性別要件を無くした“two persons”が行う営みであるとした。また、4条において「配偶者が同性であるという理由だけで結婚が無効となることはない」と規定している。この法律の制定により、すべての州・準州において同性カップルの法律婚への道が開かれ、世界で4番目に同性婚を認める国となった³⁸⁾。

後、下院司法および人権委員会においてオンタリオ控訴裁判所の判決を支持する決議を行っている。この決議は8対8の賛否同数となったため、委員長が賛成票を投じて可決された。1999年のM v H判決後に下院は伝統的な婚姻の定義を維持する決議を与党自由党および野党改革党が一致して支持していたが、この4年間の間に連邦議会内においても大きな変化が生じたのである。なお下院司法および人権委員会の委員長であったAndy Scot自身が99年決議に賛成から転じた1人である。

35) Reference re Same-Sex Marriage [2004] 3 SCR 698.

36) 裁判所の裁判権が事件性の要件に拘束される合衆国憲法や日本国憲法の下では認められていない。

37) Civil Marriage Act, SC 2005, c33.

38) 2000年12月制定、2001年4月施行のオランダをはじめ、2003年6月施行のベルギー、2005年7月3日施行のスペインに次ぐ4ヶ国目である。

5 小 括

カナダでは Civil Marriage Act の制定により、同性婚の議論は終結をしたこととなるが、これは1993年の Layland 判決が平等権を侵害しないと同性婚を否定してから、2003年の Halpern 判決で同性婚が平等権侵害として判示されるまでの10年間において、同性愛者の平等権保護をめぐる一連の訴訟の積み重ねにより実現された結果である。婚姻は、文化・宗教・社会政策等が複雑に入り交じる問題であることから、本来的には政治部門の対応が望まれるものではあるが、多数決民主主義のプロセスにおいては、少数者の権利保護にかかる問題についての合意形成が極めて困難であることもまた事実である。そこでカナダでは「判例が議論をリードし、政府議会在それに追従する」という特徴的な法形成過程がみられることとなったといえよう³⁹⁾。

III. アメリカ

1 権限配分

カナダ同様、キリスト教文化の影響が強いアメリカでは、セクシャルマイノリティに対する社会的な理解は長らく得られなかった。とくに保守的な地域である南部を中心にソドミー法が制定され、1986年の Bowers 判決ではジョージア州のソドミー法を5対4の僅差ではあったものの連邦最高裁判所が合憲としている⁴⁰⁾。その後時代を経るにしたがって、判決に対する批判の聲が高まりをみせ、ソドミー法を廃止する州が増えるとともに、下級審でソドミー法を違憲とする判決も一部でみられるようになり⁴¹⁾、社

39) 佐藤信行「カナダにおける同性婚—法形成過程の視点から—」法学新報112巻11・12号(2006年)384頁。

40) Bowers v. Hardwick, 478 US 186 (1986)., 丸山英二「ソドミー禁止法の合憲性と合衆国最高裁」判例タイムズ642号(1987年)41-45頁, 駒村圭吾「道徳立法と文化闘争」法学研究78巻5号(2005年), 89-99頁等参照。

41) 大林啓吾「至高の判決と判決の思考—アメリカの同性婚訴訟を素材として」

会の状況は徐々に変化をみせていったが、連邦最高裁がLawrence判決において⁴²⁾、2003年にテキサス州のソドミー法を違憲として自らBowers判決を覆すまで、同性愛者のプライベートな行為が違法とされていたのである⁴³⁾。Lawrence判決の反対意見において保守派のScalia裁判官は、道德に関する社会的認識は時代とともに変化するものであり、裁判所が真新しい「憲法上の権利」を考案するべきではなく、民主的な話し合いを止めるべきではないと述べ、議会制の下での選択された価値に司法は介入すべきでない旨を主張し多数意見を批判したが、カナダの事例を見るように少数者の権利保護にかかる問題においては政治的には合意形成が困難であり、裁判所による承認に依らなければ、当事者たちの権利を確保するまでに極めて長い時間を要してしまうことは想像に難くなく、司法手続きに訴えることが多くなっていったことは当然といえよう。

そもそもアメリカはカナダと同様連邦制度を採用していることは言うまでもないが、カナダ連邦の基本法たる1867年英領北アメリカ法が、一般的権限を連邦に配し、州の権限を例外的存在とする連邦中心主義的連邦制度を基調とするのに対し⁴⁴⁾、連邦制度の母国ともいえるアメリカでは「連邦と州間の権限配分」は連邦の専属的管轄権とされるものを除いて、州がこれを留保するとしており、州権主義的連邦制度が採用されている⁴⁵⁾。これ

法学セミナー 800号（2021年）17頁。

42) Lawrence v. Texas, 539 U.S. 558 (2003).

43) 藤井樹也「ソドミー行為を禁止する州法が違憲とされた事例」ジュリスト1255号（2003年）、大野友也「同性愛行為に対する憲法上の保護」樋口範雄他編『アメリカ法判例百選』（有斐閣、2012年）102-103頁等参照。

44) 1867年英領北アメリカ法91条「女王が、カナダの平和、秩序及び正しい統治のために、この法律が州の立法府の専属的な権限としている事項以外のすべての事項に関し、…法を制定することは適法である。…」。なお1867年英領北アメリカ法の訳は初宿正典・辻村みよ子編『新解説世界憲法集』（三省堂、2006年）に依る。

45) アメリカ合衆国憲法第10修正「憲法が合衆国に委任または州に対して禁止していない権限は、それぞれの州または人民に留保される」。なおアメリカ合衆国憲法の訳は、田中英夫『BASIC 英米法辞典』（東京大学出版会、1993年）

は合衆国が対イギリス独立戦争の遂行という共通目的のために13州の自らの行為によって成立したのに対し、カナダはイギリスの自治植民地であった4州が、イギリス本国議会の議会制定法として成立した1867年英領北アメリカ法によって連邦を形成したという建国の経緯から生じた相違とも考えられる。このような出発時点からの相違があるものの、連邦制度を採用する国家は必ずその基本法に連邦と州との権限配分の規定を置くことは変わらない。ソドミーについての管轄権が州にあったのと同様に、合衆国では婚姻は州の専権事項であり、その成立要件として婚姻許可証が発給されている⁴⁶⁾。そのため、同性婚についての司法上の争いは、同性カップルに対して婚姻許可証の発給をめぐる問題となることが多くなる。

2 婚姻防衛法の成立

1972年の *Bake* 判決はアメリカにおける同性婚訴訟の始まりといえる。ミネソタ州の男性同士のカップルが結婚許可証の発行を申請したところが、同性カップルであることを唯一の理由として許可証の発給を拒否されたため、ミネソタ州の婚姻に関する法律は明示的に同性婚を禁止しておらず⁴⁷⁾、結婚許可証を発給しないことは、合衆国憲法14修正が保障する適正手続⁴⁸⁾および平等保護⁴⁹⁾等を侵害するものとしてミネソタ州裁判所に訴えを提起した。ミネソタ州最高裁判所は、「当該州法には『夫と妻』や『花嫁と花婿』といった異性間の結合状態を意味する言葉がふんだんに使用さ

に依る。

46) 婚姻については、州ごとに独自に定められているため、統一した法制度は存在しないが、ほとんどの州は、州政府により婚姻許可証が発給され、挙式等を行うことを必要としている。井樋三枝子「アメリカの州における同性婚法制定の動向」外国の立法250号（2011年）9-10頁。

47) *Minnesota Statutes Domestic Relations* c. 517.

48) 適正手続条項「州は、何びとからも、法の適正な過程（*due process of law*）によらずに、人の生命、自由、財産を奪ってはならない」

49) 平等保護条項「州は、その権限内に有る者から法の平等な保護を奪ってはならない」

れており、したがって州法は、同性婚を認めておらず、禁止されている。」「婚姻制度は男女の結合であり、家族の中で子どもを作り育てるという唯一の制度である。家族の中で子どもを作り育てるというユニークな結婚制度は、創世記と同じくらい古いものなのである」と述べ⁵⁰⁾、婚姻を1人の男性と1人の女性に限定する伝統的な婚姻観に依拠し、原告の主張を退けている。原告は上訴を試みたが、連邦最高裁は、彼らの訴えを、「実質的な連邦問題（federal question）がない」として却下した⁵¹⁾。その後同様の訴訟がいくつか提起されているものの、1970年代のアメリカでは同性婚が認められる社会的状況にはなかったのである⁵²⁾。

それから約20年の時を経た1993年、同性婚の議論の転換点ともいえる Baehr 判決が下された⁵³⁾。本件では、女性同士のカップルがハワイ州に対して婚姻許可証の発行を求めたところ、婚姻を異性間に限定するハワイ州法を根拠に発給を拒否されたため訴えを提起したものであるが、ハワイ州最高裁判所は、州が同性婚を認めないことは性による差別であって、このような禁止を支持するためには「性別」を差別の要件とする州憲法1条5号の平等権に基づき、やむを得ない州の利益を立証しなければならないとして審理を原審に差し戻した。州最高裁はアメリカで初めて、同性カップルにも結婚する権利があるかもしれないという判決を下したのである。

この判決が直ちに影響を与えたのはハワイ州だけであるが、全米の同性愛者の権利を擁護する者たちを勇気づけるとともに、この判決に衝撃を受けた他州から批判的な声もあがった。しかしながら、ハワイ州憲法の最終的解釈権はハワイ州最高裁が有していることから、他州が手出しをする余

50) Baker v. Nelson, 191 N.W. 2d 185 (Minn. 1971), appeal dismissed, 409 U.S. 810 (1972).

51) 判決の後に、ミネソタ州は州法を改正し、同性婚を明示的に禁止する規定を置いた。鈴木伸智「アメリカ合衆国—法律上の婚姻の定義をめぐる」法律時報88巻5号（2016年）57頁。

52) Jones v. Hallahan, 501 S.W. 2d 588 (Ky. Ct. App. 1973)., Singe v. Hara, 522 P. 2d 1187 (Wash. Ct. App. 1974).

53) Baehr v. Lewin, 852 P. 2d 44 (1993).

地はなく、同性婚反対派による反対運動も活発化した。同性婚反対派の反応の背景には、アメリカ合衆国憲法第4編1節にある「十分な信頼と信用条項」がある。この条項は「各州は、他州の一般法律、記録及び司法手続に対して、十分な信頼と信用を与えなければならない。」というものであり、他州で行われた法的行為を全面的に尊重することを州に求めているため、ハワイ州で同性婚が合法化された場合、他の州でもその結婚が法的に認められることを意味することになるかもしれないと考えたのである。そのため、いくつかの州では伝統的な婚姻の定義の維持のために、州法や州憲法改正が行われ⁵⁴⁾、1996年には連邦議会も婚姻防衛法（Defense of Marriage Act, DOMA）を制定するに至ったのである⁵⁵⁾。

婚姻防衛法は、伝統的な婚姻制度を保護することを目的として連邦議会で可決された連邦法である。本法では、(1)『婚姻』という言葉は、1人の男性と1人の女性が夫と妻として法的に結びつくことのみを意味し、『配偶者』という言葉は夫又は妻である異性のみを指す」と明確に定義し、(2)同性婚を禁止している州は、他の州の法律の下で合法的に行われ承認されている同性婚を自州においては承認しないことを認めている。この法律により同性カップルは、婚姻の承認はもちろん、配偶者手当や住宅手当の

54) 1996年、ハワイ州巡回裁判所の Baehr 判決の差戻審は、同性婚を禁止する州法はハワイ州憲法の平等保護条項に違反するとしたが、1998年の州民投票によって、州法により婚姻から同性カップルを排除することを認める内容の州憲法の修正が行われたため、最終的にハワイ州最高裁判所は州勝訴の判決を下している。Baehr v. Miike, No. 91-1394 (Haw. Cir. Ct. 1st Cir, 1996), No. 20371 (Haw. S.C., 1999).

55) Defense of Marriage Act, Pub. L. 104-199., 110 Stat. 2419 (1996)., 第2条「いかなる州…も、他州…の法律の下で婚姻として扱われる同性カップルの関係、またはその関係に由来する権利もしくは請求に関し、いかなる一般法、登録または司法手続を有効とする必要はない。」、第3条「連邦議会のいかなる法律または合衆国の行政各部のいかなる裁定、規則もしくは解釈の意味を決定するとき、『結婚』という言葉は夫と妻としての1人の男性と1人の女性の間の法的結合のみを意味し、『配偶者』という言葉は夫または妻である異性の人のみを指す」。

利用、社会保障、相続の権利等において婚姻を要件としている様々な経済的利益からも排除され続けることになる。さらに同性カップルは、異性間カップルの子どもと法的関係を持つことを禁止し、養子縁組をすることもできず、交際関係を解消した際には、親権、面会交流権、養育費等を裁判所に申し立てることもできなかった。婚姻防衛法の支持者たちは、家族形成と子孫繁栄のためには異性間の婚姻が唯一適切な方法であり、同性婚を認めることや同性カップルに子育てを認めることは、代替的な家族形成であり、近親婚や一夫多妻制につながる可能性さえあると主張していた⁵⁶⁾。

Baehr 判決の結果、ハワイ州が近々制定法上の同性婚を認め、他の州もハワイで行われた同性婚を認めざるを得ないのではないかとの見方もあった中、婚姻防衛法は議会で圧倒的な支持を得て成立し、1996年9月21日、クリントン大統領が署名し発効された。その後、約40の州で同性婚を明示的に禁止する法律が制定されることになった。

3 婚姻防衛法違憲判決

婚姻防衛法を契機として多くの州が同性婚の禁止へと動き出す中、権利拡大を主張していた当事者たちは、単発的な事例のみではアメリカ全土で同性婚を実現することはできないことを突きつけられた。しかしながら、変化の兆しが垣間見えたことも事実であり、同性婚を実現させるべく、さらに各州でロビー活動や訴訟の提起を活発化させていく。そのような状況の中で、1998年の Baker v. State of Vermont 事件において、バーモント州最高裁は、同性婚の排除は婚姻を明示的に異性のみに限定していないバーモント州婚姻法に違反すると主張した申立人の主張を退けたものの、バーモント州憲法1章7条の共通の利益条項は、非常に限られた状況下でしか発動されない合衆国憲法の平等保護条項と異なり、「公に与えられた利益や保護からの法的排除は、『適切かつ優先する公共の利益』を前提としなけ

56) 婚姻防衛法の制定に関する議論については、小泉明子「家族の価値 (family values) とはなにか (二・完)」法学論叢170巻2号 (2011年) を参照。

ればならない」と解されてきたが、同州の婚姻政策は「優先する公共の利益」に資するものではないとし、州に対し、同性カップルに異性カップルが享受するのと同等の法的権利と付与する制度を実施するよう判示した⁵⁷⁾。この判決を受け、バーモンド州は Civil Union 制度を導入している⁵⁸⁾。また2003年にマサチューセッツ最高裁は *Goodridge v. Department of Public Health* 事件判決において、「結婚するか否かを選択する議論は、基本的に重要なものであり、すべての人にとって、個人の自由と適正手続の保障のもっとも根本的なものである。もし、婚姻を共有する相手を自由に選ぶことを妨げられるならば、それが空洞になってしまう」と述べ、州が主張する生殖の促進についても、「同性カップルの婚姻を認めても異性婚の正当性や尊厳が損なわれることはない」「結婚が今後も活気に満ち、尊敬される制度であることに疑いの余地はない」とし、同性婚を禁止することとの合理的な関連性はなく、同性婚の禁止は州憲法上の適正手続条項および平等保護条項の観点から違憲であるとした。この判決を受けて州議会が同性カップルにも法律上の婚姻を認める内容の法改正を行い、マサチューセッツ州はアメリカで初めて同性婚を認めた州となったのである⁵⁹⁾。これらの判決は、カナダにおける *M. v. H.* 判決と同じく、同性婚を基本的権利であると認めたわけではないものの、異性カップルと同様の法的保護を与えなければならないとする判決が複数で下され、その解決の手段として Civil Union や同性婚を認める政策が採用されることとなったのである⁶⁰⁾。

57) *Baker v. State*, 744 A. 2d 864 (Vt. 1999).

58) 鈴木伸智「同性カップルに対する法的保護—From Baker to Baker」青山法学論集42巻4号（2001年）59頁。

59) *Goodridge v. Department of Public Health*, 798 N.E. 2d 941 (Mass. 2003).

60) 2008年は、すでに Civil Union を導入していたコネチカット州における *Kerigan v. Commissioner of Public Health* 事件で、同性カップルに婚姻を認めないことが州憲法の平等保護条項に違反すると判示されている。957 A. 2d 196 (N. j. 2006). カリフォルニア州でも同様の判決が下され、それにより同性婚が認められた。ただし、その後行われた州民投票で婚姻を異性間に限定する州憲法修正案 (Proposition 8) が可決され、再度同性婚が禁止された。In re Mar-

そして婚姻防衛法もその規定の合憲性が争われることとなった。2007年にカナダのオンタリオ州で結婚した女性同士のカップルは、居住しているニューヨーク州においてもその婚姻の効力を認められていたが、一方が死亡した際に生存配偶者に残された遺産に対して、異性の配偶者には認められる遺産税の免除を連邦政府が認めなかったため、この根拠とされた婚姻防衛法3条が合衆国憲法第5修正に規定される適正手続条項が保障する自由に違反するとして提訴した（United States v. Windsor）⁶¹⁾。2013年6月連邦裁判所は5対4で婚姻防衛法3条が合衆国憲法第5修正に違反すると判示した。法廷意見は「婚姻防衛法は、州法上の婚姻の一部を区別して不平等に取扱っており、州によって婚姻と認められているものを連邦が否定し、その価値を損なっている」また「婚姻防衛法のため、同性婚当事者は、健康保険、破産法、税法等、様々な領域で不利益がある」、さらに「同性婚家庭の子を、他の家族と区別し貶めている」こと等をあげている⁶²⁾。この判決は各州において同性婚を認められた人に対し、連邦上の異性婚カップルと同様の保護をしないことが違憲であることを意味しているものであり、同性婚を認めていない州の人に対して婚姻の平等を保障するのではなく、そのため直接的に州法に影響を及ぼす判決ではなかった。しかしながら、Baehr 判決から17年にわたり維持されてきた婚姻防衛法の否定された衝撃は、いよいよアメリカ全土において同性婚が認められる日が近づいているのではないかとの思いを多くの者に抱かせた。本判決において反対意見を書いた Scalia 裁判官も、批判的な論調ではあるが、おそらく州をも拘束する合衆国憲法第14修正によってアメリカにおける婚姻の平等

riage Cases, 183 P. 3d 394 (Cal. 2008). なお2013年に再び同性婚が解禁されている。Perry v. Schwarzenegger, 704 f. Supp. 2d 921 (N.D. Cal. 2010)., Perry v. Brown, 671 F. 3d 1952 (9th Cir. 2012)., Hollingsworth v. Perry, 570 U.S. 693 (2013) を参照。

61) United States v. Windsor, 570 U.S. 744 (2013).

62) 井樋三枝子「同性婚に関する2つの合衆国最高裁判決」外国の立法256巻2号（2013年）。

が認められるのであろうと指摘している⁶³⁾。

4 Obergefell 判決

Scalia 裁判官の予測は2年後に現実のものとなった。2015年6月26日、連邦最高裁判所は、Obergefell v. Hodge 事件において、同性のカップルに対して婚姻許可証を発給しない、もしくは他州で合法的に成立した同性婚の効力を認めない4州（ミシガン、ケンタッキー、オハイオおよびテネシー）の州法について、これらが合衆国憲法に違反するとの判決を下した⁶⁴⁾。これにより伝統的な婚姻の定義を維持し同性婚を認めない州と同性カップルでも婚姻が可能である州が併存してきたアメリカ全土において同性婚が認められることとなったのである。

9名の連邦最高裁判所裁判官の意見は、5対4に分かれたが、Kennedy 裁判官が執筆した法廷意見では同性婚を法律婚として認めないことは、合衆国憲法14修正の適正手続条項および平等保護条項に違反するとして、「連邦最高裁は、長い間、婚姻の権利が合衆国憲法によって保護されると判示してきた」が、そこでは(1)婚姻に関する選択の権利は人格の自律にかかわること、(2)婚姻は他の結びつきとは異なる形で2人の結びつきを支えること、(3)婚姻が子どもや家族を守り、育児・出産・教育という権利が生み出されること、(4)婚姻が社会秩序の基礎であること、の4つの根拠をあげていた。しかし、これらの理由は、異性カップルだけでなく同性カップルにもあてはまり、「婚姻を異性間に限定することは長い間、自然かつ正当と思われてきたが、婚姻という基本的権利の中心的意義と適合しないことはもはや明らかである」と述べ、婚姻の権利が適正な手続きによって、すべての人にとって基本的権利となったことを認めている。また適正手続条項と平等保護条項が相互に関連しているとし、「同性カップルは異性カップルに与えられるすべての利益を否定され基本的権利の行使を禁止され

63) *Supra* note 59, at Scalia, j., dissenting.

64) *Obergefell v. Hodge*, 135 S.Ct. 2584 (2015). 本件は、当該4州に対して提起された訴訟の上訴を統合して審理したものである。

ることは、本質的に不平等である」として、同性カップルが婚姻の権利を享受できないことは平等保護条項違反となる。以上から、「婚姻の権利は、個人の自由に内在する基本的権利であって、14修正の適正手続条項および平等保護条項の下で、同性カップルはこのような権利と自由を奪われえない」「同性カップルは婚姻する基本的権利を行使することができる。」「(1971年の) Baker v. Nelson の判決を覆し、本件で訴えられた州法は、同性カップルを異性カップルと同じ条件での婚姻から排除する限り、無効である」と結論づけた⁶⁵⁾。

5 小 括

Obergefell 判決により同性婚を禁じるすべての法制度は一律に違憲無効とされ、アメリカ全土にわたって同性カップルに対する婚姻許可証が発給されることになった。ただし、この結果はカナダでの経験と同様、少数者の権利保護の問題は社会的な意思の合意が難しく、「判例が議論をリードし、政府議会がそれに追従する」形で為されたものである。そのため保守的な立場を採る者を中心に同性婚に対する反発は根強いことも事実である。たとえばケンタッキー州ローアン郡の書記官は、自身の宗教的信念に反すると主張して、同性間も異性間も含めたすべてのカップルに婚姻許可証の発給を拒否し、裁判所侮辱で収監されるという騒動があった⁶⁶⁾。またコロラド州レイクウッドのマスターピース・ケーキショップという洋菓子店がキリスト教の宗教的信念から同性カップルからのウェディングケーキの注文を断ったことに対し、連邦最高裁は、コロラド州人権委員会が同州

65) Roberts 長官を含む 4 名の裁判官の反対意見は、「裁判所の任務は、法がどうなっているかを述べることであり、法がどうあるべきかを判断することではないとし、婚姻の問題は州が管轄権を有しており、伝統的な婚姻の定義を維持するという立法政策には合理的な正当性がある」としている。

66) See, e.g. (<https://www.usatoday.com/story/news/nation/2022/03/19/kentucky-clerk-kim-davis-violated-rights-judge/7104110001/>), 小竹聡「ロー・クラス アメリカ憲法判例の最前線 (第 1 回) Obergefell v. Hodges, 135 S.Ct. 2584 (2015) 判決 (2015年6月26日)」法学セミナー 62巻6号 (2017年) 11頁。

差別禁止法に違反すると判断したことについて、同委員会の敵意（hostility）を認定し、合衆国憲法第1修正の信教の自由条項に違反するとしている⁶⁷⁾。また近年、連邦最高裁裁判官において保守派の裁判官が増員されたことも注目される点であろう。Obergefell判決は歴史に名を残す画期的な判決であることは間違いないが、同性婚を含む性的マイノリティの問題は、今後もアメリカにおいて主要な論点の1つであり続けている。

IV. 日 本

1 1990年代以前

日本では1872年（明治5年）に制定された鶏姦律条例（翌年「鶏姦罪」として改定）が男性間の同性愛者の性行為を禁止し刑罰を規定していたが、1880年（明治13年）に旧刑法が制定された際には削除されており、1882年の施行をもって失効している。日本で同性愛を刑罰の対象とした期間はこの10年間のみであり、法的な側面のみで考えるとカナダやアメリカより同性愛者に対し寛容な社会であったと考えることもできる。しかしながら、マイノリティとして同性愛者や同性カップルを法的に保護する仕組みもなく、まるで存在していることすら認めていないような状況が続いていたともいえる。

そのような中で、1990年に同性愛者団体が東京都にある府中青年の家を宿泊利用していたところ、同時に利用していた他団体から差別的な嫌がらせを受けたため、青年の家側に対処を要請したところ、東京都教育委員会は青年の家利用条例8条1号の「秩序をみだすおそれがあると認めるとき」等に該当するものとして以後の使用を認めない処分を決定した。その

67) *Masterpiece Cakeshop v. Colorado Civil Rights Commission*, 138 S.Ct. 1719(2018). 大林啓吾「ケーキ屋が同性カップルにウェディングケーキの販売を拒否したことに対して、コロラド州の人権委員会が差別にあたるとして是正命令を求めたことがケーキ屋の信教の自由を侵害するとした事例」判例時報2379号（2018年）（2018年）116-117頁。

ため団体がこのような扱いは、差別的な取扱いであるとして国家賠償請求を求め提訴した⁶⁸⁾。1997年の控訴審判決において、「当時は、一般国民も行政当局も、同性愛ないし同性愛者については無関心であって、正確な知識もなかったものと考えられる」と1990年代の社会状況を概観し、その上で「一般国民はともかくとして、都教育委員会を含む行政当局としては、その職務を行うについて、少数者である同性愛者をも視野に入れた、肌理の細やかな配慮が必要であり、同性愛者の権利、利益を十分に擁護することが要請されているものというべきであって、無関心であったり知識がなかったりということは公権力の行使にあたる者として許されないことである」として東京都教育委員会の処分が違法であると断じ、損害賠償請求を認めた。本判決は同性愛者をマイノリティとして認識した画期的な判決である⁶⁹⁾。

2000年代に入り欧米で Civil Union や同性婚が徐々に制度化され始めると、日本でも同性愛者や同性カップルの法的保護が家族法の研究課題として取りあげられるようになった⁷⁰⁾。また2003年には「性同一性障害者の性別の取扱いの特例に関する法律」が制定されたことにより（翌年施行）、性自認により戸籍上の性別記載を変更することが認められるようになったことから、性的指向や性自認、LGBTといった性的マイノリティの法的権利について関心が高まっていった。

2 自治体レベルの同性パートナーシップ制度

2015年3月、日本で初めて同性カップルの地位を定めた「渋谷区男女平等及び多様性を尊重する社会を推進する条例」が東京都渋谷区で成立した。この条例により、同性カップルはパートナーシップ証明書の交付を受

68) 東京地方裁判所1994年3月30日判決、判例時報1509号80頁。東京都の処分は不当なものとした判決に対し、東京都が控訴した。

69) 東京高等裁判所1997年9月16日判決、判例タイムズ986号206頁。

70) 大島梨沙「日本における『同性婚』問題」法学セミナー 706号（2013年）5頁。

けることができることになった。Civil Union型で同性カップルの法的保護を試みたこの条例であるが、法的拘束力はなく、区民や事業者に対し、「社会活動の中で、区が行うパートナーシップ証明を最大限配慮しなければならない。」（11条）とし配慮義務を規定し、さらに事業者に対して「男女の別による、又は性的少数者であることによる一切の差別を行ってはならない。」（7条3項）としているが、違反した場合の罰則等は設けられておらず、パートナーシップ証明書をどのように扱うかは各事業者に委ねられており、同性カップルの法的保護としては十分とはいえない。とはいえ16条で「渋谷区営住宅条例及び渋谷区区民住宅条例その他区条例の規定の適用にあたっては、この条例の趣旨を尊重しなければならない。」と規定し、それまで認められていなかった家族向けの公営住宅の入居を認めたことや区事業における同性カップルの扱いに対して一定の効果を生じさせていることはもちろん、地方自治体が同性カップルの法的地位を積極的に認めることで、医療機関や民間事業者に対し課題を提示するという社会的な意義を鑑みると、本条例の重要性が非常に高いと認識できる。渋谷区の条例を始まりとして、現在では100を超える自治体で同性パートナーシップ制度が導入されている⁷¹⁾。

3 国の対応

自治体レベルでは同性カップルの権利向上が進み始めているものの、国レベルでの対応は進んでいない。現行民法は婚姻障害事由として同性カップルをあげてはいないが⁷²⁾、「夫」「妻」「夫婦」といった異性カップルを前提とした文言が用いられていること等を理由として同性カップルの婚姻

71) ただし、多くの自治体は渋谷区のように条例ではなく、内規で定める要綱を根拠とする「パートナーシップ宣誓制度」となっている。宣誓制度は、証明書を交付するのではなく、同性カップルによる宣誓書の提出に対して宣誓書受領書を交付する制度であり、法的地位を認めるものではない。

72) 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』法学教室502巻（2022年）22頁。

を認めていないと解されており、同性婚を認める法律は存在しない⁷³⁾。従来は憲法24条1項が「婚姻は、両性の合意にのみ基づいて成立」としており、「両性」とは男性と女性、つまり異性カップルを意味するのであって、同性カップルは婚姻に含まれず、異性婚に限られると概ね理解されてきた⁷⁴⁾。しかしながら、そもそも憲法24条は、1947年まで続いた旧民法の「家制度」下において戸主の合意がなければ婚姻が成立しない、また戸主と家族といった身分関係によって家を統率する制度を廃止し、「個人の尊厳と両性の本質的平等」に立脚した、当事者間の合意のみで成立し「夫婦が同等の権利」を有する新しい婚姻制度の構築を目指したものである⁷⁵⁾。そのため積極的に同性婚を禁止したものではないとの学説も多い⁷⁶⁾。

国会では、2019年6月3日に野党3党（立憲民主党、共産党、社会民主党）が、同性婚を法律上認める民法改正案を衆議院に共同提出している。2021年2月25日には、衆議院予算委員会の分科会で、同性婚の法制化について衆院法制局は「憲法は同性婚を法制化することを禁止はしていない、すなわち認めているとの許容説は十分に成り立ちうる」と法律制定のみで同性婚が認められ得ることを答弁している⁷⁷⁾。しかしながら、これに対する与党の姿勢は重く、野党提出の法案は審議に入ることはなく、2021年10月の衆議院解散に伴い廃案となっている。

-
- 73) 藤戸敬貴「カップル法制の諸構想—婚姻制度・登録パートナーシップ制度・『事実婚』—」レファレンス860号（2022年）38頁参照。
- 74) 榎透「日本国憲法における同性婚の位置」専修法学論集135巻（2019年）16頁、樋口洋一『憲法（第3版）』（創文社、2007年）277頁等参照。
- 75) 樋口・前掲注74、中里見博「同性愛と憲法」三成美保編『同性愛をめぐる歴史と法—尊厳としてのセクシュアリティ』（明石書店、2005年）等参照。
- 76) 中里見・前掲注75、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」『法学教室』501巻、2022年、10頁。
- 77) 衆議院予算委員会第三分科会「第204回国会第1号議事録」（2021年2月25日）（https://www.shugiin.go.jp/internet/itdb_kaigiroku.nsf/html/kaigiroku/003320420210225001.htm（最終閲覧日：2023年1月29日））、なお内閣法制局は「同性婚を認めることは想定されていない。想定されていないので、検討したことはない」と述べるに留まっている。

4 司法の対応

渋谷区が同性パートナーシップ制度を導入した2015年の段階では、司法によって婚姻制度について実体判断が示されたことはなかったが、同年12月に婚姻をめぐる2つの大法廷判決が下された。その一方である再婚禁止期間訴訟違憲判決で最高裁判所は⁷⁸⁾、婚姻を規定する憲法24条1項は、「婚姻するかどうか、いつ誰と婚姻するかについては、当事者間の自由かつ平等な意思決定に委ねられるべきであるという趣旨を明らかにしたものの」とした上で、「婚姻制度に関わる立法として、婚姻に対する直接的な制約を課すことが内容となっている……規定については、その合理的な根拠の有無について……事柄の性質を十分に考慮した上で検討することが必要である」とし、またもう一方である夫婦別姓訴訟合憲判決では⁷⁹⁾、「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……の実現のあり方は、その時々における社会的条件、国民生活の状況、家族のあり方等の関係において決められるべき」との見解を示している。

以上のように最高裁は、婚姻の自由を前提としつつ、婚姻に関する事項について基本的には国会の立法裁量に委ね、合理的な根拠があればそれを尊重するとの姿勢を示している。ただし、社会の変遷によっては修正を認め得ることを明確にし、違憲判断を下す可能性も示したのである。しかしながら現段階での婚姻の憲法上の権利性については踏み込まれておらず、さらに、「婚姻及び家族に関する事項は、国の伝統や国民感情を含めた社会状況における種々の要因を踏まえつつ、それぞれの時代における夫婦や親子関係について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

78) 最高裁判所大法廷平成27年12月16日判決、民集69巻9号2427頁。本件は、再婚した女性が、女性だけに6ヶ月の再婚禁止期間を定めた民法第733条1項は合理的な根拠がなく女性を差別的に取扱うものであり、憲法第14条1項および第24条1項に違反するとして提訴した事件。

79) 最高裁判所大法廷平成27年12月16日判決、民集69巻8号3586頁。夫婦が婚姻の際に、夫または妻の氏を称すると定める民法第750条の規定が憲法第13条、第14条1項、第24条1項および2項に違反するとして提訴した事件。

べきである」としている⁸⁰⁾。したがって、その内容の詳細については、憲法が一義的に定めるのではなく、法律によってこれを具体化することがふさわしいのであって、司法はできるだけ抑制的であるべきであり、国民の信託を得た議会がこれを決定することが望ましいと政治での問題解決を投げかけているといえよう。

5 3つの地裁判決

2021年3月17日、札幌地裁において同性婚に関する訴訟の初めての判断が下された⁸¹⁾。同性カップルが婚姻届を提出したが、2人が同性であることを理由に不受理とされたことに対し、同性婚を認めていない民法および戸籍法の規定は憲法違反であるとして提訴された事件において、裁判所は、同性カップルに対して、「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⁸²⁾」ことは、憲法14条1項に反すると判示した。

同判決は憲法24条に関して、制定時に同性婚を想定していないであろうことに加え、同条が「『両性』、『夫婦』という異性同士である男女を想起させる文言を用いている」ことから「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」とし、また13条に関しては同性婚の場合には「生殖」(民法733条)や「実子」(民法772条)等、憲法24条を前提とする規定があり、「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」ため、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である」として、24条や13条による基本的権利性付与は認めなかった。しかしながら、14条1項については、(1)同性婚が認められないとされてきた理由は、かつて同性愛が精神疾患とされていたからであるが、現在は「ほとんどの人の場合、性的指向は、人生の初期か出生前に決定され、選択するものではない」とされており、そのような認識は否

80) 前掲注79。

81) 札幌地方裁判所令和3年3月17日判決、判時2487号3頁。

82) 前掲注81。

定されていること、(2)婚姻は「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」を重要目的としているが、「現行民法は、子のいる夫婦といない夫婦、生殖能力の有無、子を作る意思の有無による夫婦の法的地位の区別をしていないこと、子を産み育てることは、個人の自己決定に委ねられるべき事柄であり、子を産まないという夫婦の選択も尊重すべき事柄といえること」、(3)「夫婦の共同生活自体の保護」も重要な目的であるが、「近時においては、子を持つこと以外の婚姻の目的の重要性が増している」とみることができ、子のいる世帯数は年々減少しているにもかかわらず、いまだ婚姻件数は毎年60万件を超えて婚姻率も諸外国と比べて比較的高く、子を持つこと以外に婚姻（結婚）の利点を感じている者が多数いるとみられること」、以上に鑑みると「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」のであって、「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とはいえない」とした。法律の規定は合理的根拠を欠いており、憲法14条1項の法の下での平等に違反するとしたのである⁸³⁾。

同様に同性カップルの婚姻届不受理が争われた2022年6月20日の大阪地裁判決においては、原告の違憲の主張が退けられた⁸⁴⁾。裁判所は憲法24条1項について、「『両性』や『夫婦』の文言は、婚姻が男女から成ることを意味」し、「異性間の婚姻を対象にしているということは否定できないとしても、このことをもって直ちに、同項が同性間の婚姻を積極的に禁止する意味を含むものであると解すべきとまではいえない」とし、同性婚を禁止するものではないとしている。しかしながら、憲法24条1項が「同性間の婚姻について規定していない以上、同条により社会制度として設けるこ

83) ただし「国会が正当な理由なく長期にわたって改廃等の立法措置を怠っていたと評価することはできない」ため国家賠償法1条1項の適用上違法とまではいえないとしている。

84) 大阪地方裁判所令和4年6月20日判決、裁判所HP参照（平成31年(ワ)第1258号）。

とが求められている婚姻は異性間のもののみであるといえ、同項から導かれる婚姻をするについての自由も、異性間についてのみ及ぶものと解される」ため、憲法24条1項に違反しないとされた。また憲法24条2項について、(1)「婚姻を、単なる婚姻した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して捉え、このような男女が共同生活を営み子を養育するという関係に、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と考えられ」、「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うことが出来る」、(2)「確かに、夫婦が子をもうけるか否かは本来個人の自己決定に委ねられるべき事柄であり、民法においても、子の有無や子をもうける意思の有無等による夫婦の法的地位の区別はされていない」が、同性カップルに対し「婚姻類似の結合関係を構築、維持したり、共同生活を営んだりする自由が制約されているわけではない。さらに、婚姻によって生ずる法律上の効果」を実現する方法には、「様々な方法が考えられる」のであって、「どのような制度が適切であるかの議論も尽くされていない現段階で、直ちに本件諸規定が個人の尊厳の要請に照らして合理性を欠くと認めることはできない」とした。そして14条に関して、結婚に関する諸規定は、「憲法24条2項が、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していることに応じ」構築されており、「その趣旨目的は、憲法の予定する秩序に沿うもので、合理性を有している」、「同性間の婚姻制度については何ら定めていないために本件区別取扱いが生じているものの」「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」、「立法目的との関連において合理性を欠くとはいえない」ため違反しないとし、合憲判決が示された。

同じく婚姻届の不受理が争われた2022年11月30日の東京地裁判決も「婚姻は、その社会において『婚姻』とする旨の承認を得た人的結合関係をいうもの」であり、同性婚について「社会における承認があるとまでは認め

られない」ため憲法24条1項に違反しないと、憲法14条についても同性婚を認めないことは「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り」、「合理的な根拠が存するものと認められる」として退けた⁸⁵⁾。ただし東京地裁は、憲法24条は「婚姻を同性間にも認める立法をすること、又は同性間の人的結合関係について婚姻に類する制度を法律により構築することなどを禁止するものではない」ことを示した上で、24条2項について、婚姻により「パートナーと家族となり、共同生活を送ることについて家族としての法的保護を受け、社会的公証を受けることができる利益は、個人の尊厳に関わる重要な人格的利益」であり、それは同性カップルにとっても同様である。「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」と判示している。しかしながら、どのような法制度を構築するかについては、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ず、「同性間でも利用可能な婚姻に類する制度」を構築する方法も可能であるのであって、法律婚では無くとも、たとえば Civil Union 型の制度構築によってもこの脅威・障害を解消することも可能であるため、現在の婚姻を定める諸規定が、同性間の婚姻を認めていないことを憲法24条2項に違反すると断ずることはできないとしている。

以上のように3つの地方裁判所の判決はそれぞれ結論が異なるものの、いずれも憲法24条は同性婚を禁止しているものではないことを明確にし、また同性カップルに法的承認の制度がないことを解消するべき問題であると認めたのである。

6 小 括

日本における同性婚訴訟はまだ始まったばかりであり、いまだ同性婚に

85) 東京地方裁判所令和4年11月30日判決、(LEX/DB25593967)。

関する判例の積み重ねが極めて少ない中、下級審判決であるとはいえ札幌地裁判決が、同性婚を認めないことに対し、14条の平等条項に反するとして違憲判決が出たことは大きな衝撃を与えた。ただし同判決は、同性カップルに対し一切の法的保護が否定されていることを憲法違反としており、したがって同性カップルに「婚姻」を認めることまでを求めているわけではない。また大阪地裁は、法律が婚姻を異性カップルのみを対象とする趣旨には合理性があるとして合憲判決をだしたものの、「公認に係る利益のような個人の尊厳に関わる重要な利益を同性カップルは享受し得ないという問題はなお存在する」ことを認め、その問題を解消する方法は、「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るものではなく、これとは別の新たな婚姻類似の法的承認の制度を創設するなどの方法によっても可能である」と述べている。さらに東京地裁判決も、現行法は憲法24条2項に違反するが、戸籍法等の改正によらずしも実現可能であるとし、「婚姻に類する制度」でもその解消は可能であると示している。これらは「1. はじめに」で述べた(2)区分である婚姻とは別の Civil Union 型の別制度で、婚姻制度に準じた保護を与える制度を想定していると考えられる。しかしながら、札幌地裁では、同性カップルであっても「婚姻の本質を伴った共同生活を営むことができる」とも述べており、Civil Union 型の保護のみに留まらず、(3)区分として述べた、婚姻から性別要件を削除し、伝統的な婚姻制度を同性カップルにも拡大することを視野に入れて考えているとも読み取れることもできる⁸⁶⁾。いずれにしろ同性カップルの権利保障に対し、一定の対応を立法府に求めたことは間違いない。さらに3つの地裁すべてが24条1項は同性婚を禁止していないと明確に示したことも、大きな進展といえよう。今後しばらく続く上訴審や他の事件の判決に注目したい。

86) 毛利透「婚姻を異性間に限ることの合憲性」法学教室492号(2021年)127頁。

V. 法形成過程の比較法的分析

カナダやアメリカにおける判例と政府・議会の対応を中心に同性婚をめぐる法形成過程を概観した上で、日本の現状を確認してきたが、いずれも「判例が議論をリードし、政府議会がそれに追従するという特徴」が見て取れる。すでに述べたように同性婚をはじめとする性的マイノリティの権利保護については、少数者の権利保護の問題であるので、多数決民主主義による合意形成が困難であるところから、裁判所の判決によって救済することが適切であると考えられるところであるが、婚姻という制度が文化的・宗教的社会背景に加え、経済的利益の保護や人格の権利など様々な要因が複雑に絡み合っているものであるため、Scalia 裁判官が指摘するように本来的には法的判断を役割とする裁判所ではなく、政治部門による対応が望ましい課題であるといえよう。民主的な裏付けを持たない裁判所によって過度な政策形成がなされた場合、民主的部門の反発を招き、ローズベルト大統領のニューディール政策を悉く憲法違反とした裁判所に対して計画されたコートパッキングのような対策が再び検討されかねないとの批判には一定の合理性がある。

しかしながら、アメリカの同性婚をめぐる判決の積み重ねは「社会全体が同性婚を容認に向かう流れを周到に用意した」ものと考えられる⁸⁷⁾。アメリカでは *United States v. Windsor* 判決で同性婚禁止自体に違憲判断を下すこともできたはずであるが、連邦最高裁は婚姻防衛法を違憲とするに留めた。その後、同判決を契機に各地で訴訟が起こされ、下級審の違憲判決の蓄積がみられるようになり、連邦最高裁は、これらによって社会がどの程度同性婚を受け入れるのかを確認した上で、*Obergefell* 判決につなげる流れを生み出している⁸⁸⁾。

87) 大林・前掲注41, 18頁。

88) 大林・前掲注41, 18頁。

またカナダでは権利自由憲章33条の規定がその緊張を緩和する。同条は連邦・州議会が制定する立法において「本憲章第2条及び第7条ないし第15条の規定にかかわらず適用される」旨の宣言条項の挿入を認めており、当該宣言がなされた制定法は5年を限度（再採択可能）として裁判所の憲法審査の適用除外となる⁸⁹⁾。連邦議会はHalpern判決にもかかわらず、伝統的な婚姻の定義をそのまま維持することやCivil Unionを選択することも可能だったのである。実際、連邦議会ではM. v. H.判決やHalpern判決の後に発動の議論がなされていた⁹⁰⁾。法形成過程において、このような制度が選択し得る場合、裁判所は自己抑制に悩むことなく、少数者の権利保護を含め、純粋に法論理を追求した判断を行うことが容易となる。

以上を踏まえて、日本法に目を転じよう。アメリカと同様、カナダのような制度を持たない日本の裁判所は、政治部門を尊重し抑制的な姿勢を取ることが多い。しかしながら、こと同性婚の判断については過度に抑制的になるべきとは考えられない。上述の下級審判決も示しているように、現行法は異性婚を前提としており、さらにその背景には、子の養育等のための制度といった価値観が存在していたことは事実である。他方で、同性カップルという少数者が婚姻法制から排除されてきたことによる法的不利益の存在もまた強く認められる。

そこで課題は、後者の不利益にもかかわらず、前者の伝統的価値を維持すべき必要性や合理性の有無ということになるが、この点では価値の担い手である国民・市民の意見の変化に注目する必要がある。アメリカのGALLUP社によってアメリカ国内で行われた世論調査では、同性婚を法

89) 権利自由憲章33条の詳細は、拙著「新しい人権保障システムの可能性—Canadian Override System が示唆するもの—」大学院研究年報第39号 法学研究科篇（2010年）を参照。

90) 最終的に、カナダ連邦議会は、Civil Marriage Actの前文で「差別のない平等の権利を擁護するというカナダ連邦議会の責務により、権利自由憲章33条を利用して、同性カップルが法律婚に平等にアクセスする権利を否定することを行わない」と宣言している。前掲注37。

律上認めることを支持している者が、婚姻防衛法が制定された1996年には27%であったのに対し、Obergefell判決が下された2015年には60%、2021年には70%に達している⁹¹⁾。これに対し、札幌地裁判決の中であげられた2018年の国立社会保障・人口問題研究所が行った日本国内の全国家庭動向調査によれば、同性愛者のカップルにも何らかの法的保障が認められるべきだとの設問に対し、全く賛成又はどちらかといえば賛成と回答した者は75.1%であり、また同性婚を法律で認めるべきだとの設問について、全く賛成又はどちらかといえば賛成と回答した者は69.5%となっている⁹²⁾。また朝日新聞による電話世論調査によれば、男性同士、女性同士の結婚を法律で認めるべきかを尋ねたところ、認めるべきと回答した者は、Obergefell判決が下された2015年に41%だったものの、札幌地裁判決直後の2021年3月では65%と大幅に増え、過半数に優に達している⁹³⁾。これはアメリカとほぼ同様な賛成率であり、増加傾向もほぼ同様である。このことは、すでにアメリカでは同性婚が司法によって実現していることをみると、日本において、多数政党である政府与党が様々なしがらみで制定法による保護を与えることができなかつた場合に裁判所が決断することを正当化することになるのではないか。また最高裁判所は2013年の非嫡出子法定相続分規定違憲決定において⁹⁴⁾、婚姻ないし親子関係に関する法制度に関して、「現在に至るまでの間の社会の動向、我が国における家族形態の多様化」に加えて「国民の意識の変化、諸外国のすう勢及び我が国が批准した条約の内容」等を総合的に考察すべきことを示しており、国内事情のみならず諸外国の動向をも検討すべきとしていることもこれを後押しするものとい

91) McCarthy, Justin, Record-High 70% in U.S. Support Same-Sex Marriage, Gallup, June 8 2021 (<https://news.gallup.com/poll/350486/record-high-support-same-sex-marriage.aspx> (last visited Jan. 29 2023)).

92) 前掲注81。

93) 「同性婚、法律で「認めるべき」65% 朝日新聞世論調査」朝日新聞デジタル（2021年3月22日）(<https://digital.asahi.com/articles/ASP3P7DSCP3MUZPS003.html>（最終閲覧日：2022年4月7日））。

94) 最高裁大法院平成25年9月4日判決、民集67巻6号1320頁。

えよう。

仮に日本において裁判所により同性婚を認めることになったとして、その制度はどのようなものになるだろうか。カナダもアメリカも「1. はじめに」で述べた(1)区分から、(3)区分への移行を示している。一連の判決により両国は、婚姻制度に性別要件を定め同性カップルを排除することを違憲としたのである。またその途中過程で(2)区分である Civil Union によって同性パートナー関係を法的に保護するという法政策を採用した時期や地域もあったが、Halpern 判決と Obergefell 判決いずれも婚姻制度の基本的価値を認め、これを同性カップルが享受できないことは平等保護違反となるとしているため、同性カップルには Civil Union のみとする制度設計は許されないこととなった。婚姻とは別の制度で婚姻と同じ保護を与えようとする Civil Union はその制度が発達するほど婚姻との違いがなくなり、名称が異なるだけでほぼ同じ内容の制度が異性カップル用と同性カップル用として用意されることになる。しかれば、なぜ2つの制度を用意しておく必要があるのか合理的な説得が難しくなってくる⁹⁵⁾。かつて合衆国連邦最高裁が1896年の Plessy 判決によって認めた「分離すれども平等 (separate but equal)」という考え方を⁹⁶⁾、自らが合衆国憲法第14修正違反として否定した1954年 Brown 判決は⁹⁷⁾、皮膚の色に着目すること自体が差別であるとしたが、皮膚の色を性的指向と読み替えれば論理的には同一の構造となろう。すなわち、「平等は同等の権利利益を付与するだけでは達成されない⁹⁸⁾」と認識すべきことを示していると考えられる。このことからすると日本でも多くの地方自治体で同性パートナーシップ制度が導入されてきたが、これは日本の同性カップルの法的保護が政治部門もしくは司法によって示されるまでの途中経過であって、終点とすべきではないこと

95) 佐藤・前掲注3, 11頁。

96) Plessy v. Ferguson, 163 U.S. 537 (1896).

97) Brown v. Board of Education of Topeka, 347 U.S. 483 (1954).

98) 白水隆「カナダ憲法下の平等権と同性婚 (1)」法学論叢166巻3号 (2009年) 151頁。

は明らかと思われる。

しかしながら、キリスト教文化を背景としたカナダやアメリカと日本とでは婚姻に対する認識が大きく異なることは認識しておく必要がある。カトリック教会では、婚姻を秘蹟の1つとし、神の恩恵が目に見える形で行われるものとされる⁹⁹⁾。そのため教会で宣誓をし、祝福を受けるなど宗教的な儀式を行う宗教婚と行政機関に届けることにより法律上の夫婦として婚姻が認められ法的保護が受けられるようになる法律婚が区別されるが、その区別は法域によっては相対的なものに過ぎない。日本では婚姻の際に結婚式を開き、宗教的な儀式を行うことも多いが、信仰と結びつけられていないことも多く、法律婚のみが婚姻と考えられている。婚姻が宗教的に重要な価値を有しているカナダやアメリカと法的権利や保護を重視する日本においては、そもそも婚姻そのものの価値が異なっているのである。Halpern 判決や Obergefell 判決が婚姻に関する選択の権利は人格の自律にかかわるものであるとして基本権的性質を認めたことに対し、札幌地裁判決は基本権的性質を認めていないこともこのような社会背景の違いが影響しているのではなかろうか。また、日本でそれを検討するため規定としては憲法13条が該当すると考えられるが、婚姻を個人の自立の視点から権利性を見出すことは、「婚姻しない人は自立していないかのような響きがある」¹⁰⁰⁾として批判の声もあがり、また同様の視点から「婚姻の意義を個人の自律性から説けば説くほど、かえって多様な生き方を保障している13条全体の趣旨に反するおそれが生じ得る」¹⁰¹⁾との見解もみられ、同性婚の禁止を憲法違反と主張する者のほとんどは14条に依拠しており、13条に依拠

99) 大島梨沙「『法律上の婚姻』とは何か (2) : 日仏法の比較研究」北大法学論集62巻3号(2011年)638頁参照。

100) 駒村圭吾「同性婚と家族のこれから—アメリカ最高裁判例に接して」世界873号(2015年)25頁。

101) 白水隆「同性婚と日本国憲法」『比較憲法学の現状と展望』(成文堂, 2018年)602頁。

して展開することには慎重であるべき¹⁰²⁾とも考えられていることもこの点を裏付けよう。

その点に鑑みると、カナダやアメリカの議論を見てみるといずれにしろ最終的には婚姻制度から性別を廃止する日がくるのであろうと想像できるものの、まずは Civil Union 型のような婚姻制度に準じた保護制度を導入によって「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」現状を速やかに解消することが、伝統的家族観に捕らわれた婚姻観との争いを避けるとともに、社会的に受け入れやすいものであると考えられる。

VI. おわりに

法は、それが機能する社会と切り離すことはできない。そのため、カナダやアメリカの議論をそのまま日本に導入するということはできるものではない。したがって、Halpern 判決や Obergefell 判決で示された原則が日本でもあてはまるかどうかは極めて慎重に考えなければならない。しかしながら本稿では、カナダやアメリカの同性婚に関する法形成過程を辿ることによって、どのような違いを平等権侵害と捉えるか、そして平等権侵害が認められた場合、それが正当化され得るのか、といった平等をめぐる基本的枠組みと、その保護のアプローチに注目し、比較法的視点から日本における今後の同性婚の議論において一定の示唆を得ることができた。日本において同性婚の憲法適合性を示した一連の判決は、控訴審により新しい判断が示されることとなるが、その際には改めて検討を試みたいと思う。

102) 白水・前掲注101, 602頁。