

# 婚姻及び家族関係をめぐる 立法裁量と裁判所の憲法解釈 (1)

—— L. Strangの「オリジナリズム」を批判的検討対象として ——

阿部 純子

## 序 論

- 1 親密な関係性に対する日本国憲法の二面性
  - 1.1 同性婚に関する政府の憲法上の立場
  - 1.2 同性婚訴訟の地裁判断—「婚姻及び家族」に関する解釈を中心に—  
(以上, 本号)
  - 1.3 日本国憲法24条の「婚姻及び家族」—なぜ立法裁量なのか—
  - 1.4 婚姻関係に基づかない私的関係性と平等保護—日本国憲法14条1項と24条
- 2 「オリジナリズム」の展開と多元性—アメリカ憲法論の議論を参考に—
  - 2.1 多様なオリジナリズムの主張
  - 2.2 オリジナリズムの起源と展開
- 3 Lee Strangのオリジナリズム
  - 3.1 Strangの「憲法コミュニケーションモデル」
  - 3.2 Strangの憲法構築論—「敬讓」の観念—
  - 3.3 Strangの憲法コミュニケーションモデルにおける「共通善」
- 4 Adrian Vermeuleのオリジナリズム批判
  - 4.1 Vermeuleの共通善の立憲主義
  - 4.2 テクストの意義とテクスチュアリズム—目的主義との対立を超えて
  - 4.3 共通善の立憲主義における裁判所の控えめな権限

## 結 語

## 序 論

日本における、同性の者同士の婚姻（同性婚）に関する近年の一連の訴訟において、原告らは、民法や戸籍法の諸規定において同性婚が認められていないことが憲法に違反する旨を主張した<sup>1)</sup>。原告らが根拠とした憲法の規定は、憲法13条、14条1項又は憲法24条である。

これらの訴訟における憲法上の論点は、憲法の諸規定（特に、24条）の下で、国は同性婚を承認する法制度を創設する積極的義務を負うか、であろう。この問いに対して、一連の同性婚訴訟における地裁の判断はすべて、「否」を示す。憲法24条の文言（「両性」や「夫婦」など）及びその制定経緯を重視し、同条の「婚姻」は男女のカップルを想定したものとし、同性愛者を取り巻く社会状況の変化等を指摘しつつも、当時の理解は現在でも維持されていると判断された<sup>2)</sup>。つまり、憲法上の婚姻は異性婚のみを指し、同性婚の法制化は立法府に要請されていないというものである。

これら地裁の判断をみると、「婚姻及び家族」に関する事項は、社会状況や時代の変遷等を踏まえて判断されるべきであるので、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、その具体的な制度の構築は第一次的に国会の合理的な立法裁量に委ねられるべきとの立場を示す。この前提をとりながら、憲法24条の「婚姻」の意味については、上記のとおり

---

1) 札幌地判令和3年3月17日（判時2508号152頁）、大阪地判令和4年6月20日（訟月68巻12号1563頁）、東京地判令和4年11月30日（LEX DB 25593967）、名古屋地判令和5年5月30日（LEX DB 25595224）、福岡地判令和5年6月8日（LEX DB 25595450）を指す。以下、それぞれ「札幌地裁」、「大阪地裁」、「東京地裁」、「名古屋地裁」、「福岡地裁」とする。これらの訴訟は、国家賠償請求に係るものであるが、本稿は、憲法上の論点を検討対象とする。

2) 「婚姻」については憲法24条1項の解釈問題として、一人の男性と一人の女性の人的結合関係から成立する「異性婚」に限定されるとの立場が示されている。

り、男女カップルのみを指すとの一義的な憲法解釈が維持されている。

他方、これら一連の判決において裁判所が行った憲法適合性の判断は、必ずしも同性の者同士の婚姻という文脈に限られなかった。これら地裁の中には、婚姻類似の制度に言及したものがある。例えば、東京地裁や名古屋地裁は、同性カップルの関係性の保護につき、憲法24条2項の「家族」の観点から検討している<sup>3)</sup>。憲法24条の「婚姻」については制定当時の状況に固執した「保守的な」態度を見せながら、他方、「家族」については、「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」ではなくなった点等を積極的に考慮する「リベラル」な態度をとり、同性カップルの関係性を保護する法制度が存在しない状況は個人の尊厳の要請に照らして合理性を欠くとし、その限度で立法裁量の限界を超えると判断する<sup>4)</sup>。

憲法24条の規定をみると、確かに、「婚姻」に関しては「両性」や「夫婦」の文言が使用されているが、「家族」に関してはそうではない。上記の裁判所のように婚姻と家族で異なる態度をとるのは、両者の文言の有無に起因するものなのか。

憲法や民法において家族が定義付けられているわけではない。また、近年の「家族の多様化」において、家族形成における婚姻に関する選択肢の

---

3) ほかに、札幌地裁は、婚姻に関する異性愛者と同性愛者の区別取扱いとして、これを性的指向に基づく区別とし憲法14条1項から判断した。同性カップルに対する婚姻類似の制度の保障という問題は、憲法24条と憲法14条1項の関係の問題に関連する。

4) 名古屋地裁は、同性カップルに対して、その関係を国の制度により公証し、それにふさわしい効果を付与するための枠組みすらないという限度で憲法24条2項に違反すると同時に憲法14条1項に違反するとした。他方、東京地裁は、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した。なお、憲法14条1項に関しては婚姻が異性婚に限られる点に関し、立法裁量の範囲を超えるものではないとの判断にとどまる。

多様化も指摘されており<sup>5)</sup>、国民の意識や感覚としては、必ずしも家族は婚姻と結びつけられるものではないかもしれない。

ただし、憲法制定当時の憲法の基本書を参照すると、憲法24条について「国民の家族生活に対する、憲法の根本的態度」を示すものとして説明されており、婚姻における当事者の自主性の尊重とともに、「家族関係の基礎」として「一夫一婦の婚姻」が位置付けられている<sup>6)</sup>。そして、これまでの最高裁が前提とする「憲法上の家族像」としては、一夫一婦制に基づく夫婦とその嫡出子から成る「近代的小家族」が維持されていると思われる<sup>7)</sup>。

上記地裁が主張するように、憲法24条が「婚姻及び家族」に関する内容の詳細は広範な立法裁量に委ね、そのために立法府には多様な選択肢が付与されていたにもかかわらず、民法が婚姻関係にあるカップルである「夫婦」の子を「嫡出子」として位置付け、これらの者から成る家族（核家族）を家族の標準モデルとしてきたのであるなら<sup>8)</sup>、そもそも（憲法が制定され

---

5) 江原由美子「社会学から見た家族」国際人権28号（2018年）32～33頁。このように多様化は、「生殖家族」（「自分が配偶者と共に子供を生み育てる家族」）の選択における変化として捉えることができるとされる。

6) 法学協会編『註解日本国憲法上巻（10版）』（有斐閣、1952年）230～231頁。

7) 糠塚康江「個人と家族—公私の関係」憲法研究4号（2019年）118頁。家族形成における「個人化」という現象を捉えた上で、憲法24条の「公序」の意義につき「個人」の観点から追究されている。なお、家族のあり方を決める自由に関しては、憲法24条のみならず、例えば憲法13条の問題として捉える見解もある。ただし、婚姻及び家族に関して規定するのは24条であるため、当該問題に関する24条の立場を明らかにしなければ同性婚問題に関する議論を進めることはできないだろう。憲法13条が自己決定を保障するものであり、そこには子どもをもつかどうかなど「家族のあり方を決める自由」が含まれると解釈すれば、憲法24条は同13条の特別法的規定として位置づけられる。芦部信喜『憲法（7版）』高橋和之補訂（岩波書店、2019年）128頁。

8) 民法において、家族の定義や家族の具体像について明文上の規定はないが、個別の規定を参照し、民法が争点する典型的な家族を夫婦と未成年の子から成る婚姻家族であるとみることは可能であることは指摘される。大村敦志『家族

た当初に) 憲法24条が想定していた「家族」とは婚姻家族(のみ)であったとも考えられる。そうであれば、同性愛者の婚姻が認められない以上、同性カップルの共同生活の保護は、憲法24条が想定する「家族」により保護される余地はないとされるべきではないかという疑問が生じる<sup>9)</sup>。

同条に関する地裁の憲法解釈を見ていると、条文の「文章」というより「単語」レベルに分けて解釈が行われているという特徴が浮かび上がってくる。このような解釈手法において、社会や時代の変化等をどのようにその憲法解釈に反映し得るのか。

文言(規定の有無を含め)や制定経緯等を重視して憲法典の意味を探る手法は、例えば、アメリカ合衆国最高裁で多大な影響力をもつといわれる「テクスチュアリズム」や「オリジナリズム」の手法を想起させる<sup>10)</sup>。これらは、保守派判事が席卷する近年のアメリカの合衆国最高裁の(憲)法解釈

---

法〔第2版〕(有斐閣法律学叢書, 2002年) 23~24頁。個人のライフスタイルを尊重し、個の自立や析出を目指す立場に立てば、もはや家族及び家族法の規定は不要であるとの主張になる。

- 9) 民法その他の立法により規定される婚姻及び家族が関連する規定すべてが憲法24条の問題のみに取れんされるとは限らない。例えば、国籍法違憲判決(最大判平成20年6月4日集民228号101頁)や婚外子の法定相続分に関する事例(最大決平成25年9月4日民集67巻6号1320頁)において、最高裁は、家族に関する多様性を考慮し、故にこれらの事例を家族に関するものとして認識しながらも、結局は問題とされた法令につき、憲法24条ではなく憲法14条1項を根拠として「違憲」と判断した。近年の同性婚訴訟における地裁判断において、憲法14条1項との関係で婚姻類似の制度に言及したものもあった。確かに、「婚姻」と「家族」の法制度の区別に関する言及はすでにある。初宿正典『憲法2基本権(3版)』(成文堂, 2010年) 314頁以下。ただし、憲法24条2項と憲法14条1項の関係に関し、夫婦同氏訴訟(最大判平成27年12月16日民集69巻8号2586頁)の憲法24条2項における婚姻制度に関する判断が平等保護の広狭について語るものと断言できるものではない。なお、令和3年6月23日(最大決令和3年6月23日裁時1770号3頁)の共同補足意見も参照。
- 10) 上記地裁の判断が、これらの解釈手法を採用していると結論づける趣旨ではない。

手法を表す言葉としてよく用いられる<sup>11)</sup>。これらの解釈手法は多義的に使用され、また、裁判官の個人的な価値観を反映させる「悪名高い」手法などと非難されることがあるが、さしあたり、制定法の文言について「通常の」理解を用いて解釈するものとしてテクスチュアリズムを、憲法典の制定時の理解を正統なものと捉えて正統性の所在を明確にする手法としてオリジナリズムを捉えれば、これらの手法は裁判官に（できるだけ）「中立的で正統な」憲法解釈をするための指標を提示するものとして（肯定的に）理解することもできる<sup>12)</sup>。

現行の日本の憲法や民法その他の関連法令において、同性婚に関する明文規定はない<sup>13)</sup>。それは、積極的には承認も禁止もされていない。にもかかわらず、日本の現行法上、同性婚が法的に認められないものとされるのは、憲法を含めたこれらの法規定の解釈による。裁判所が憲法に基づき、政治部門による解釈を変更すれば、それは解釈による立法行為に当たるとして批判し得る。同性婚に関する憲法解釈につき、裁判所ができるだけ中立かつ正統な手法を用いるべきと考える理由は存在するように思える。

しかし、一連の同性婚訴訟における地裁判断は割れており、各地裁で中立な法的判断がなされたかは疑問になり得る。類似の事例において、これら裁判所に異なる結論を導出させた理由はどこにあるのか。特に、上記地

- 
- 11) 保守派判事のみが、オリジナリズムやテクスチュアリズムを採用するとの趣旨ではない。具体的なケースにおいて、いわゆるリベラル派の判事からの支持を受けることもあり、保守とリベラルという軸のみでこれらの解釈手法の意義を捉えることはできず、また、解釈手法を決めれば単一の回答が導出されるわけでもない。
  - 12) これらの解釈手法自体がもち得る意義であり、アメリカ合衆国最高裁判事らが、実際に「中立で正統な」憲法解釈を行っているかについて述べるものではない。
  - 13) ただし、規定が無いのは婚姻に限られず、他国で見られるようなシヴィル・ユニオン制度やパートナーシップ制度など、同性関係を保護するための法的制度はなく、同性間の関係について日本の法制度は文面上、沈黙している。

裁において憲法24条の文言や制定経緯等が重視されつつも、例えば福岡地裁は、その後の社会の変遷により同性婚の実態や社会的承認次第では同性婚が「婚姻」に含まれる余地があると述べた。社会における価値観の多様化が指摘される問題に対して、「婚姻の自由」という憲法上の権利が承認されていない状況において、政治的判断を行うことが任されていない「裁判所が」どのように「社会的承認」の有無などを判断しこの問題に「決着」をつけることができるのか。

アメリカ憲法論において、オリジナリズムに対する批判として、とりわけ、オリジナリズムが制憲時の意図に固定して解釈する態度であり、発展する社会に対応した柔軟な憲法解釈を困難にするとの点が挙げられる。例えば、このような解釈では、制憲時には意図されていなかった個人の権利自由の保護が困難になる点が批判される。憲法が制定された当時には想定されていなかったような、後の社会的変化に対応する憲法解釈を困難とするという難点をオリジナリズムは抱え得ることになる。

さて、では、オリジナリズムは、現行の形式の憲法(憲法典)の社会的変化への対応を否定する手法なのか。

この点に関して、(アメリカの)オリジナリズム論者から、非オリジナリズムこそ、特定の価値判断を含む憲法解釈を行うことで立法府の判断の幅を狭めるものであるとの指摘がある。この指摘は、憲法領域においては、オリジナリズムの手法の方がむしろ社会的変化に柔軟な対応を可能にする手法であるとの主張を含む。なぜなら、合衆国最高裁がオリジナリズムの手法を使用することで、ある社会問題を憲法上の問題として捉えつつ、かつその憲法判断を立法府に委ねることで、変化する社会状況に対して憲法上の価値が反映された柔軟な対応をとることが期待できるためである<sup>14)</sup>。

---

14) See Lee J. Strang, *Originalism and the "Challenge of Change": Abduced-Principle Originalism and Other Mechanisms by Which Originalism Sufficiently Accommodates Changed Social Conditions*, 60 HASTINGS L.J. 927, 941 (2009). この観点からすると、例えば、いわゆるプライバシーの権利を根拠として中絶

上記オリジナリズムの考えにおいて、憲法典のオリジナルの意図が決定不十分などの場合、憲法判断を行うのは裁判所ではなく立法府とされるべきであり、その憲法判断の幅は広く捉えられている。そこでは、その広範になり得る立法府の憲法判断に対する制約がどのように論じられるべきかが問題となろう。

本稿は、日本国憲法24条の意義につき、婚姻及び家族関係について立法裁量論を採用する日本の裁判所の状況を踏まえ、その際での裁判所の役割につき、アメリカのオリジナリズムの主張を参考に検討するものである。本稿がオリジナリズムに注目するのは、憲法解釈における解釈主体の相違を重視するためである。本稿は、特に、オリジナリズムの手法を採用し、合衆国憲法典の共通善の意義に触れながら主張を展開するLee Strangの見解を参考にする。

以下では、1において同性婚に関する日本の現状として政府の見解や婚姻及び家族に関する裁判所や学説を概観する。2において、アメリカのオリジナリズムの展開やこれが多元的に捉えられ得るものである点を確認した上で、3において、Strangのオリジナリズムとして、彼の「憲法コミュニケーションモデル」に注目する。4では、このようなオリジナリズムに対する批判として、Adrian Vermeuleの共通善の立憲主義の考えを参照する。

アメリカのオリジナリズムの意義と問題点を探ることを通じて、最後に、日本国憲法24条における立法府及び裁判所の役割に対する示唆を行いたいと思う。

---

の自由を承認したとされるRoe v. Wade (410 U.S. 113 (1973))の憲法解釈はオリジナリズムの手法に依拠したものではない。合衆国最高裁が憲法解釈により中絶の自由を承認したために、中絶問題に対する各州の民主主義的な判断の幅を狭めるものとして、社会の変化に対応する各州議会の権限を制限したと評価される。そのため、非オリジナリズムの手法の方が社会変化への柔軟な対応を阻む解釈方法とされる。なお、Roe判決は2022年のDobbs v. Jackson Women's Health Org., 597 U.S. \_\_, 142 S. Ct. 228 (2022)により判例変更された。



## 1 親密な関係性に対する日本国憲法の二面性

### 1.1 同性婚に関する政府の憲法上の立場

一連の同性婚訴訟において原告らが問題にしたのは、現行の民法や戸籍法の規定において同性婚が認められていないことに対する国の立法不作為であった。現在の日本の法システムにおいて、実際には、立法過程における政府の役割は大きい。同性婚の立法化に関する問題についても、政府が立法及びその執行において占める比重は大きいといえる<sup>15)</sup>。そのため、このような現状に対して政府がどのような立場に立っているかを確認することがまずは重要といえる。

日本の法制度において同性婚を禁止する明文規定はないが、政府は、同性婚は許容されないとの解釈を採用し、この解釈に基づき実務が遂行されている<sup>16)</sup>。つまり、戸籍上の性別が同じ者同士が役所に婚姻届を提出して

---

15) すでに同性婚の法制化について、立憲民主党、共産党、社民党などから法案が提出されているが、議論は進んでいないようである。岸田総理は、「議員立法として提出された法案については、これはまず国会において御議論いただかなければならない課題であると認識」しているとし、少なくとも現時点においては政府として取り組むべき課題とは認識していないようである（令和5年3月6日第211回国会参議院予算委員会議録5号19頁）。

16) なお、日本は、婚姻の成立及び方式に関し、法の適用に関する通則法24条1項及び2項において、「婚姻の成立は、各当事者につき、その本国法による」とし、その方式は「婚姻挙行地の法による」と定める。入管法の実務上、同性婚の相手は配偶者に含まれない扱いになっているが、例えば、外国人同士の婚姻でその双方の本国において有効に同性の婚姻が成立している場合につき、当該外国人が在留申請をしたとき、本国と同様に安定的に生活できるように「特定活動」の在留資格を認めるとの通知が出されている（平成25年10月18日付け法務省入国管理局入国在留課長通知）。当該通知の対象から日本人と外国人の同性カップルは除外されるとされ、その外国人が「特定活動」の在留資格を申請した場合に一律に付与されない運用がなされているところ、このような、外

も、それは不受理とされる<sup>17)</sup>。この点につき、市長名で発行された婚姻届の「不受理証明書」において、「婚姻届」を「日本国憲法第24条第1項により受理しなかったことを証明」と記載されていた件に関し、地方自治体が同性婚の婚姻届けを受理しないことが憲法24条1項に依るものであるかの政府見解を問われた際、同性婚が受理されない根拠として、政府は民法及び戸籍法に言及している<sup>18)</sup>。

---

国人同士の同性婚の配偶者と異なり、日本人と婚姻した同性の外国人に対して、個々の同性婚の実態を考慮せず一律に「特定活動」の在留資格を付与しないとする取扱いは、事柄の性質に即応した合理的な根拠があるとはいえないとし、当該通知につき、その運用において法の下での平等を定めた憲法14条の趣旨に反すると判断された事例がある（ただし、当該入管の判断に過失はないとして国家賠償請求は棄却）（東京地判令和4年9月30日・令元（行ウ）461号・令元（ワ）24633号）。日本人とアメリカで婚姻（同性婚）した外国人が日本で在留申請をした場合、「申請人の行おうとする活動、在留状況、在留の必要性等の具体的な申請内容」を踏まえ個別に判断が行われるとされるが、婚姻関係にある外国人の同性カップルと同様に、日本人と外国人のカップルであっても本国と同様に安定的に生活できるように通知を出すべきとの質疑に対し、法務大臣は「同性パートナーの在留資格の在り方につきましては、様々な御意見を踏まえながら、引き続き私は検討していきたいと考えています」と答弁している。令和5年3月17日第211回国会参議院法務委員会議録3号9頁、令和5年3月20日第211回国会参議院予算委員会議録第11号44頁など。

- 17) 日本において、同性間の婚姻は無効とされる。同性間の婚姻を外国で行いたいという日本人が婚姻要件具備証明書の交付を請求した場合、平成14年5月24日付法務省民事第一課長名の通知では、「婚姻の相手方が日本人当事者と同性であるときは、日本法上、婚姻は成立しないことから、同証明書を交付するのは相当でない」と書かれていたのに対し、平成21年の通知（「外国において同性間の婚姻を成立させることを目的として証明書の交付請求があった場合の証明書の様式について」）では、当該場合においても独身証明書が発行されるようである。この点につき、平成21年4月3日第171回国会衆議院法務委員会議録4号8～9頁参照。
- 18) 逢坂誠二議員の質問主意書に対する安倍晋三内閣総理大臣名義の答弁書。平成30年5月11日付内閣衆質196第257号。

御指摘の「不受理証明書」の記載については、現行法令上、同性婚の成立を認めることができないことを踏まえたものであると理解している。すなわち、民法(明治29年法律第89号)や戸籍法(昭和22年法律第224号)において、「夫婦」とは、婚姻の当事者である男である夫及び女である妻を意味しており、同性婚は認められておらず、同性婚をしようとする者の婚姻の届出を受理することはできない。

ただし、同性婚が許容されないとの立場が、憲法解釈の帰結であるか、あるいは立法政策としての政府の判断であるのかは必ずしも明白ではない<sup>19)</sup>。政府の立場をみると、(少なくとも)民法上の性別に基づく区別(「夫婦」や「父」、「母」など)において性的指向は考慮されるものではなく、性別に関する伝統的な考えが維持されていることがわかる<sup>20)</sup>。民法改正など、新たな立法行為により同性婚を実現すべきかという問題は、従来の婚姻や家族の法的形態における性別の意義に再考を迫るものでもあろう。

そこで、「婚姻」の意義に関する政府の見解として、平成27年の安倍晋三総理(当時)の見解に注目できる。憲法24条と同性カップルの保護の關係に関し、安倍総理は、以下のとおり答弁しており憲法の議論において婚姻と「家族の在り方」の密接な関係性に言及している。

---

19) 他方で、例えば、北側一雄(公明党)は、憲法24条1項に関し、「当事者の合意のみに基づいて婚姻というのは成立をする」趣旨を示すものとし、「したがって、同性婚を排除している、そのような憲法規定ではない」との立場を示している。令和5年3月2日憲法審査会議録1号9頁。

20) なお、同性間の婚姻届に対する不受理証明において、憲法上問題があるというように書く実務はすでに行われていないことが法務省民事局民事第一課長の下記文章において指摘されている。同性婚が憲法上認められるか否かに関し、市区町村や法務省で容易に言えることではないが、現行民法において同性婚が認められていないのは明らかである旨が述べられている。山崎耕史「戸籍行政をめぐる現下の諸問題について」戸時739号(2016年)42～43頁。

憲法24条は、婚姻は、両性の合意のみに基づいて成立すると定めており、現行憲法の下では、同性カップルに婚姻の成立を認めることは想定されておりません。同性婚を認めるために憲法改正を検討すべきか否かは、我が国の家族の在り方の根幹に関わる問題であり、極めて慎重な検討を要するものと考えております<sup>21)</sup>。

その後、「日本国憲法下での同性婚に関する質問主意書」において、同性婚が承認されていない現状に対し、憲法13条、14条及び24条との関係から政府見解が問われた際にも同様の答弁を繰り返しており、さらに「極めて慎重な検討を要するもの」としながらも、同性婚の必要な法整備を行わないことにつき、『「不作為ではないか」との御指摘は当たらない」として

いる<sup>22)</sup>。しかし、憲法24条において「同性婚は想定されていない」というだけの憲法解釈が同性婚の法制化という問題に対して有する意味は判然としな

い。同性婚は憲法において「想定されていない」から創設すれば違憲となるのか、「想定されていない」がそれは同性婚を禁止する趣旨ではないため、同性婚を創設することも憲法上許容されるのか、多義的な意味を有し得るためである。

---

21) 平成27年2月18日第189回参议院本会議録7号24頁。また、菅義偉総理の答弁として、令和2年10月30日第203回衆議院本会議録第3号20頁など。

22) 平成30年5月11日付内閣総理大臣安倍晋三名義の答弁書（「日本国憲法下での同性婚に関する質問に対する答弁書」内閣衆質196第257号）。なお、安倍総理は、「同性婚を認めるために憲法改正を検討すべきかどうかということは議論されてしかるべきかもしれませんが、我が国の家族の在り方の根幹に関わる問題であり、極めて慎重な検討を要するものと考えている」との見解を維持している。令和2年1月30日第201回参议院予算委員会議録2号38頁。

いう文言を重視し、「この両性という文言は男女を表しているということは明らかであろうかと思えます」などとして、憲法の条文そのものから両性による婚姻が想定されているというのが自明との答弁をするにとどまる<sup>23)</sup>。

同性婚を認めるべきかを「我が国の家族の在り方の根幹に関わる問題」として極めて慎重な検討を要すると繰り返す中で、政府は、令和2年に「現時点において、同性婚の導入について検討していないため、具体的な制度を前提として、それが憲法に適合するか否かの検討も行っていない」との見解を示しており<sup>24)</sup>、政府は同性婚制度の導入を検討していないとの立場を示した。

この立場からは、政府が同性婚の導入を検討するなら、そのときになつてから、その憲法適合性に関する検討も行うというニュアンスが含まれていると思われる。ただし、その後の岸田文雄総理の答弁を参照すると、政府が同性婚の導入を検討する段階のハードルは高いようである。すでに日本でも同性婚訴訟が実際に起こり、同性婚導入の議論に対する必要性や重要性への認識が高まる状況において、政府はなお、同性婚導入と憲法の関係についてさらなる検討は（まだ）行わないようである。

岸田総理は、憲法24条1項に関し「婚姻は、両性の合意にのみ基づいて成立すると規定しており、当事者双方の性別が同一である婚姻の成立、すなわち同性婚制度を認めることを想定していないというのが政府の考え方」とし、同項は、「同性婚制度を認めることを想定していない」（傍点筆者）のであり<sup>25)</sup>、「政府においては、想定されていないということを超えて、

---

23) 平成31年3月6日第198回国会衆議院予算委員会議録第5号27頁（小西洋之議員からの質問に対する横島祐介内閣法制局長官の答弁）。

24) 令和2年2月14日内閣衆質201第34号内閣総理大臣安倍晋三名義の答弁書（令和2年2月27日衆議院会議録7号25頁）。

25) 安倍元総理や菅前総理や岸田総理は、憲法24条1項が「同性婚を認めることを想定していない」との言い回しを繰り返し用いているが、他の議員らが「同

憲法24条第1項が同性婚制度の導入を禁止しているのか、許容しているのかについて、特定の立場に立っているわけではない」との政府見解を繰り返す。

憲法24条の解釈につき特定の立場に立つことなく、つまり、憲法24条の意味を明確にすることなくどのように憲法遵守を確保できるのかは不明だが、にもかかわらず、「このことから、少なくとも同性婚を認めないことは国による不当な差別だとは考えていない」、あるいは、「少なくともその憲法との関係において、同性婚を認めないということは不当な差別ではない」との見解ははっきり示している<sup>26)</sup>。

政府によると、同性婚の導入の問題の影響に関し、「国民生活の基本に関わる問題、また、国民一人一人の家族観とも密接に関わるものであり、その意味で、全ての国民に幅広く変わるもので、関わるものである、このように認識をしております」として、社会及び個人の両方の観点に関わる問題として認識されている<sup>27)</sup>。

同性婚に関する政府の憲法解釈の立場や理解は必ずしも明らかではないが<sup>28)</sup>、その主張の根拠として「両性の合意のみに基づいて成立」との文言

---

性婚を想定していない」と表現していることと比較すると、同性婚について反対との見解を示したことはないとはいえ、総理の言葉（「政府の立場」、「政府の考え方」）からは同性婚の承認により否定的な印象を受ける。

26) 岸田首相の見解について、例えば、令和5年2月28日第211回国会衆議院予算委員会議録15号8頁、18頁、同年3月3日参議院予算委員会議録4号11頁など。

27) 令和5年3月1日第211回国会衆議院予算委員会議録2号2頁。岸田文雄内閣総理大臣の答弁。

28) 衆議院法制局の見解として、憲法24条1項を参照した上で、「憲法は、同性婚を法制化することは禁止してはいない、すなわち、認めているとの許容説は十分に成り立ち得ると考えております」との見解を示している。また、学説状況や憲法13条や14条等にも言及した上で、「同性婚の法制化は憲法上の要請であるとするような考えなどは、いずれも十分に成り立ち得るものと考えたところです」としている。齋藤育子衆議院法制局第二部長（令和3年2月25日第204回衆議院予算委員会第三分科会議録1号27頁）。

を繰り返し使用している点を見ると、文言を重視し、その文言の通常の意味に基づく理解を憲法の意味として捉えるテクスチュアリズムの手法を採用しているように見える。

同性婚の導入の検討については、国民のコンセンサスと理解を得られなければ議論を進めることができないとの立場を示しているため、その検討は、国民のコンセンサスと理解を得た後に始めるようである。

このような政府の立場は、国民のコンセンサスと理解があれば、婚姻に関する憲法解釈を変更する可能性を示すものなのか。それとも、同性婚が憲法上許容されていると政府が捉えているとして、あくまで政策上の問題としてこの問題を捉えているのか。政府は、憲法の文言解釈をその「通常理解」に依拠しているようであるため、国民のコンセンサス次第ではその「通常理解」も変更すると考えている可能性はあるが、いずれにせよ、政府が憲法上の立場を積極的に明らかにしないため、その立場は判然としない。ここでは、政府が、憲法との関係が問われている中でもなお、国民のコンセンサスと理解を判断根拠としている点を指摘するにとどめておきたい。

## 1.2 同性婚訴訟の地裁判断—「婚姻及び家族」に関する解釈を中心に—

### ● 「婚姻」に関する憲法解釈

現在の日本の法システムにおいて、民法739条1項及び戸籍法74条1号等の諸規定(以下、「当該規定」)によれば、「婚姻」とは異性間に限定され、同性の者同士の婚姻は認められない。近年の一連の同性婚訴訟の原告らが求めたのは、実際には同性の者同士の婚姻を禁止する現行民法及び戸籍法の違憲性であり、つまり、同性の相手との婚姻が憲法上承認されることを宣言せよ、というものであろう。ただし、一連の判決における裁判所の判断対象は、必ずしも「婚姻」に限定されているわけではなく、婚姻類似的の制度に言及するものがあり、この点に関する各地裁の判断態様は一様ではない。

まず、当該規定の憲法適合性に関し、憲法の「婚姻」に同性婚も含まれるかという観点から判断された部分である。婚姻及び家族に関する事項を立法裁量の問題と捉え、この裁量の限界付けとして憲法24条2項及び憲法24条1項の「婚姻をするについての自由」を位置づける。そこで、裁判所は憲法24条の「婚姻」の解釈を行い、憲法24条1項の「婚姻」（及び「婚姻をするについての自由」）は異性婚に限定されるとの判断を示す。

その上で、憲法24条に関し、札幌地裁は、「婚姻及び家族に関する特定の制度を求める権利」を保障するものではないとし、大阪地裁は、「社会制度として設けることが求められている婚姻は異性間のもののみ」とし、東京地裁は、「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ことを要請したものと解することはできない」という。福岡地裁は、婚姻が法律上の制度である点も指摘した上で、「婚姻の自由が憲法上尊重すべき利益であるとしても、これを超えて憲法上の権利と構成するのは困難」とする。

他方、名古屋地裁は、「婚姻をするについての自由が同性間に対しても及ぶものであるか否かは、法律によって具体化された法律婚制度を同性間に対しても及ぼすことが、同条1項の趣旨に照らして要請されているかという観点から検討するのが相当」とする。その結果、現時点においても、このような要請を認めることは困難であるとし、婚姻をするについての自由は同性間に対して及ぶものではないとする。

名古屋地裁では、現行の法律婚制度が同性間にも適用されるかという適用対象の問題として扱われており、地裁の間で必ずしも問題の捉え方が統一されているわけではない。

これらの地裁判断における憲法24条の婚姻の解釈において、同条の一文や条文全体というより、同条の文言（「両性の合意」、「夫婦」、「両性」又は「両性の本質的平等」）が注目され、そのような文言が使用される経緯（同条の制定経緯）等が重要な要素と位置づけられている。いずれもこれらの文言と制定経緯を決め手として、憲法解釈により憲法上の「婚姻」は「異性婚」



のみを指すことを導出している。その上で、社会の変化(社会通念や国民の意識や価値観等の変遷)がこの解釈に影響し得るかが言及されたものもあるが、なお、社会において同性婚に対する価値観の対立が認められ、社会的承認があるとは認め難いなどと判断され、婚姻は異性婚のみとの憲法解釈が維持されている。

このような中、福岡地裁が、「社会通念等の変遷により同性婚が異性婚と異なる実態と国民の社会的承認がある場合には、同性婚は『婚姻』に含まれると解する余地があるといい得る」として、その憲法解釈における社会的承認という要素を示唆した点には注目できる<sup>29)</sup>。

● なぜ、婚姻類似の制度にも言及するのか

次に、地裁の中には、婚姻類似の制度の創設の義務付けに言及するものがあった。ただしその憲法上の根拠は、憲法24条2項の「家族」若しくは「個人の尊厳」、又は憲法14条1項と分かれており、当該規定の憲法適合性の判断も違憲、違憲状態、合憲と多様である。

例えば、札幌地裁は、「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としていること」が立法府の裁量権の範囲を超えたものであり、この限度で憲法14条1項に違反することを認める。

他方、名古屋地裁は、当該規定の憲法適合性の審査は、現行の法律婚制度が採用されたことにより影響を検討する必要があるとし、同性カップルの関係性が「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るない」点を指摘し、憲法24条2項の「家

---

29) 大阪地裁は、婚姻や家族の在り方に関する近年の社会的認識の変化等があるとしても、それのみで憲法24条1項が同性婚の制度を設けることを要請していると解釈することはできないとの立場を示す。ただし、大阪地裁においては、「個人の尊厳」を持ち出し、憲法24条1項が同性婚を積極的に禁止するものではないとの見解が示される。

族」の問題として検討する<sup>30)</sup>。その結果、現行法制度において、同性カップルが「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」に置かれている点が憲法上是認できるかに関し、個人の尊厳の要請に照らし、「(同性間の) 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」との判断を示す<sup>31)</sup>。

また東京地裁は、同じく憲法24条2項が婚姻のほか家族についても規定する条文である点に注目し、「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」が憲法24条2項の個人の尊厳の観点から合理性を欠き立法裁量の限界を超えるかという点を踏まえて判断した結果、現行法において「同性愛者についてパートナーと家族になる法制度が存在しないこと」は「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」との言い回しを採用する。ただし、このような法制度の構築方法は現行の婚姻制度に同性婚を含めるものに限定されるわけではないため、当該規定が「憲法24条2項に違反すると断ずることはできない」とする<sup>32)</sup>。

---

30) 家族形態につき「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」というわけではなくなっているなどと言及している。

31) なお、当該限度において憲法24条2項に違反すると同時に、憲法14条1項にも違反すると判断されている。

32) 福岡地裁もまた、同性カップルの人的結合に関する事項を、「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」という問題として捉え、当該規定において「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」や当該規定の立法事実が相当程度変遷している点考慮し、当該規定が個人の尊厳に立脚すべきとの憲法24条2項に違反する状態にあると判断しつつ、立法による今後の対応や検討に委ねることが必ずしも不合理ではないとして、当該規定が憲法24条2項に違反するとは断言しない。

上記に対し、大阪地裁は、憲法24条1項について「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」としながら、当該規定に関し、憲法24条2項の観点から検討すべきとして審査した結果、「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」という。当該大阪地裁では、立法裁量の限界を画するものとして、特に、同性愛者の人的結合関係についての「公認に係る利益<sup>33)</sup>」を指摘し、個人の尊厳の観点からは同性カップルに対する公認に係る利益を実現する必要があるといえるが、その実現方法は民主過程において決められるべきとする。

婚姻だけでなく、婚姻類似の制度にも言及された背景には、異性カップルであれば婚姻することで享受し得る法的効果を同性カップルは享受し得ないという影響に対する考慮がある。このような私法上の制度によって生じる法的効果を憲法上どのように位置づけるべきかに関し、各地裁で判断が分かれたと思われる。つまり、各地裁の判断の相違は、司法上の婚姻及び家族と憲法上のそれとをどのように位置づけるべきかという点にあると思われる。

憲法24条を根拠に婚姻類似の制度に言及する判断においては、家族の多様性(やそれに対する国民の認識、社会的承認等)が言及され、それを憲法の「家族」に投影しているように見える。これに対し、憲法14条1項を根拠にした判断においては、憲法の家族はそのような多様なモデルを前提とするものとしては必ずしも捉えられておらず、婚姻家族という私法上の標準モデルが維持されていると整理することができよう。

---

33) 公認の利益とは、「婚姻をした当事者が享受し得る利益」として、「当該人的結合関係が公的承認を受け、公証されることにより、社会の中でカップルとして公に認知されて共同生活を営むことができることについての利益」を指し、「婚姻した当事者が将来にわたり安心して安定した共同生活を営むことに繋がるもの」として、「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として捉えられる。

どの地裁判断においても、憲法24条が婚姻及び家族に関する事項を合理的な立法裁量に委ねているとの立場は維持されている。確かに、合理的な範囲を超えない限り、その立法府の判断は尊重されるため、憲法が一つではなく多様な家族モデルを許容していると考える余地はあろう。ただし、憲法が許容する家族モデルがどのようなものであるかは検討すべきである。

例えば、名古屋地裁は、同性カップルの問題を家族の問題として検討すべきとする根拠として、家族という概念が社会通念上、多義的であるとした上で、「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」は異性カップルと異なる点を挙げており、ここに憲法24条の個人の尊厳の意味を読み込むべきとする。婚姻関係を家族関係は類似して捉えられているにもかかわらず、婚姻と異なり、家族を根拠にすれば同性カップルにも法的保護が認められるべきというのは、婚姻制度が自然生殖の可能性と完全に切り離されているわけではないためであろう<sup>34)</sup>。

そしてこれは、現行の法制度上の趣旨に対応する。民法等において異性婚のみが対象とされている趣旨につき、大阪地裁は、「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継承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」点を指摘する。この趣旨が、「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」として、異性婚が採用されてきた趣旨に子の生殖や養育も含まれているとする。

同性婚に関する地裁判決は、婚姻に関しては、私法上の制度を憲法上と

---

34) 東京地裁は、同性婚に関する社会通念や社会的承認の判断に関し、同性カップルの「当事者間における自然生殖の可能性がないことが明らかである」点に照らし、「更なる慎重な検討を要する」と述べる。

のように位置づけるかという過程を経て<sup>35)</sup>、つまり、私法を根拠に憲法上のその価値や意義を探っているようにみえるが、なぜ家族に関しては、国民意識の変遷を根拠にいきなり多様なモデルが憲法上承認され得るとするのか違和感がある。政治部門(政府)の見解において、同性婚問題が語られるときに「我が国の家族の在り方の根幹に関わる問題」として認識されていることが繰り返し強調されていた点を考慮すれば、憲法上の婚姻と家族の関係について問われるべきではなかったか。あるいは、地裁の判断は、憲法の規定において「家族」に関しては婚姻と異なり、「両性」や「夫婦」の用語が用いられていないことが解釈の要点とされたのか。

これに対し、札幌地裁は、当該規定は憲法13条及び24条に違反しないとしながらも、婚姻によって生じる法的効果を同性愛者のカップルが享受することができない点に異性愛者のカップルとの区別取扱いがあるとする。このような性的指向による区別取扱いが合理的根拠を有するかにつき、憲法14条1項において当該規定の憲法適合性を審査し、同性愛者に対してはその効果の一部ですらもこれを享受する法的手段を提供しないとしていることが立法裁量の範囲を超えており、その限度で合理的根拠を欠くとし違憲と判断した。

このような憲法上の根拠規定の捉え方の相違は、婚姻及び家族という私法上の制度を憲法上どのように位置づけるかの違いに起因するものとい

---

35) 婚姻の本質について、「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」、「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」や「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」、「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」など、微妙な変化はみられるが、これらはすべて昭和62年の判決に依拠又は類似する捉え方である。ただし、当該事例は、離婚請求に係る民法770条1項5号が問題とされたものであり、ここで述べられた本質が必ずしも憲法上のものであるかは明らかではない。

え、憲法24条2項と憲法14条1項の関係について論点を提示するものといえる<sup>36)</sup>。

(本学法学部准教授)

---

36) 当該規定の憲法適合性の判断における憲法24条2項と憲法14条1項の関係につき、東京地裁は、憲法14条1項に違反しない場合にさらに24条2項に違反しないかの問題として捉えているが、他方、当該規定を憲法24条2項の問題として論じた福岡地裁や大阪地裁は14条1項に違反しないとの判断を示している。名古屋地裁は、両条項が保護しようとした法益に重複する部分はあるとの見解を示す。