

〈論 説〉

# 日本における同性婚容認の可能性

— アメリカ合衆国最高裁判所の同性婚容認判決の論理を示唆として —

上 田 宏 和

## 目 次

はじめに

I．同性婚をめぐる日本の現状

II．同性婚の憲法解釈

III．アメリカにおける2つの同性婚容認判決の論理  
結びに代えて — 日本における同性婚容認の可能性

## はじめに

2015年に制定された渋谷区のパートナーシップ条例を皮切りに、日本でも同性カップルの法的保護について現実味が帯びてきた。2017年5月現在、渋谷区<sup>1)</sup>の他、世田谷区、宝塚市、伊賀市、那覇市の四つの自治体でパートナーシップ制度が制定されている。その目的は、性的少数者、とりわけ同性カップルの保護である。しかし、日本のパートナーシップ制度は、同性カップルに異性カップルと同等の権限を付与しようと試みているにせよ、これによって同性婚まで認めているわけではない。

そもそも、日本国憲法第24条1項には、「婚姻は、両性の合意にのみ基づいて成立し、夫婦が同等の権利を有することを基本として、相互の協力により、維持されなければならない」とある。これにより、日本において婚姻とは異性婚を意味すると自明のように考えられ、これまで最高裁判所や学説において

---

1) この他に札幌市も、2017年度中の「同性パートナーシップ制度」の導入を検討している。札幌市で同制度が施行されれば政令指定都市で初となる。読売新聞2016年12月23日。

も異を唱えられることがなかった。

しかし、近時、最高裁は、かつては合憲と判断してきた家族や婚姻に関する内容を違憲とする判決を下すようになってきており、その姿勢に変化の兆しを見せ始めている。また、憲法学でも同性婚を容認する学説が主張され始めている。ただし、同性婚を容認する学説では、そもそも想定される家族観が従来と異なっている。そのため、同性婚の是非を論じるにあたり、同性婚を容認する学説と従来の異性婚を前提する学説とでは、前提となる議論の段階で既に隔たりがあるように思える。

他方、海外に目を移すと、同性婚を容認する国は増加傾向にある。とりわけ、2015年にアメリカの全ての州で同性婚が容認されたことは記憶に新しい。アメリカでは、日本と同様に婚姻を異性婚と捉える考えが支配的であったが、一方で同性婚問題は政治、文化、宗教とも絡み合って国論を二分する議論として展開されるなど日本と異なる背景もあった。こうした複雑な対立状況がある中、アメリカ合衆国最高裁判所（以下、合衆国最高裁という。）は、どのような論理で同性婚を容認したのか。本稿では、合衆国最高裁の論理を検討することで、日本における同性婚容認のための示唆を得たい。

本稿の構成は次のとおりである。Ⅰでは、日本のパートナーシップ制度を中心に、同性婚に関する日本の現状を概観する。Ⅱでは、同性婚の憲法上の解釈を考えるにあたり、近時の四つの最高裁判例を参考に、婚姻や家族の事項に関する最高裁の姿勢の変化について検討する。その上で、同性婚問題を考えるにあたって重要となる第24条に関する解釈について、第13条と第14条との整合性とも関連しながら言及する。Ⅲでは、近時、同性婚を容認した2013年の *United States v. Windsor* <sup>2)</sup>（以下、*Windsor* 判決という。）と2015年の *Obergefell v. Hodges* <sup>3)</sup>（以下、*Obergefell* 判決という。）というアメリカ合衆国最高裁の二つの判決の論理を検討する。

---

2) 133 S.Ct. 2675 (2013).

3) 135 S. Ct. 2584 (2015).

## I. 同性婚をめぐる日本の現状

### (1) 同性婚に対する日本社会の動向

2017年5月現在、日本において同性婚は法律婚として認められていない。最高裁で同性婚を認めようとする訴訟が提起されていないことはもちろん、国会や政府といった国政レベルでも、同性婚を認めようとする立法が具体的に検討されている状況にもない<sup>4)</sup>。しかし、社会的事実を目を向けるならば、2012年に東京ディズニーランドで女性同士の挙式が行われるなど、民間レベルで同性婚を認めようとする様相を呈している<sup>5)</sup>。

そうした中、2015年4月1日に「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」、いわゆる渋谷区パートナーシップ条例が施行された。パートナーシップ制度とは、「同性間パートナーシップが存在する旨の証明書を発行することで、その提示を受けた事業者等に、当該カップルを結婚した夫婦と同様に扱うことを求める」<sup>6)</sup>制度である。現在の日本のパートナーシップ制度は、いわゆる「渋谷方式」と「世田谷方式」の二つのモデルに大別される。両者の違いは、同性間のパートナーシップ証明書に法的効果があるか否かである。もっとも、各自治体によって証明書発行の要件やその効果は様々である。

---

4) もっとも、日本でも同性婚に関する研究が、近年、憲法学あるいは民法学の領域で精力的に行われている。日本の同性婚問題に言及した文献として、小竹聡「憲法と同性婚——ジェンダー法学のすすめ」法学セミナー737号(2016年)10-14頁、二宮周平「家族法——同性婚への道のりと課題」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、2015年)122-147頁、同「多様化する家族と法」(6) 同性かパートナーシップと同性婚：その意義と必要性」時の法令1990号(2016年)57-63頁、渡邊泰彦「同性カップルの法的保護」水野紀子編『家族——ジェンダーと自由と法』(東北大学出版会、2006年)141-175頁、同「同性カップルによる婚姻から家族形成へ」法律時報第88巻2号(2016年)69-72頁など多数。

5) 毎日新聞2012年5月14日。

6) 大島梨沙「渋谷区同性パートナーシップ条例の意義と課題」法学セミナー727号(2015年)1頁。

## (2) 日本のパートナーシップ制度の概要と限界

### ①渋谷方式と世田谷方式

渋谷方式は、「条例」によって同性カップルを法的に保護する。現在、日本で渋谷方式を採用しているのは渋谷区パートナーシップ条例（以下、本条例という。）のみである。本条例では、区、区民および事業者、そして区長に対して、性的少数者の人権を尊重する社会を推進するための取り組みを促している。本条例による性的少数者とは、同性愛者のみならず、両性愛者、無性愛者、性同一性障害者も含まれる。この意味で、本条例は同性カップルだけを対象とする条例ではない。しかし、パートナーシップ証明を得られるのは同性カップルのみである（第2条8号）。

同性カップルがパートナーシップ証明を得るためには、互いを後見人とする任意後見契約を締結し、登記した上で、共同生活に関する契約を公正証書で締結することが必要となる（第10条2項）。これにより同性カップルが得られる利益と期待されるものとして、一つに同性カップルに対する区内の職場の対応改善が図られること（第15条）、二つに区営・区民住宅への入居に便宜が図られること（第16条）が指摘できうる。

他方、世田谷方式は「要綱」である。すなわち、首長の権限によって策定され、同性カップルのパートナーシップを認めるのである。現在、日本でパートナーシップ制度を採用している渋谷区以外の自治体は、この世田谷方式を採用している。渋谷方式が同性愛者も含めた性的少数者を適用対象とするのに対して、世田谷方式では同性カップルのみを要綱の適用対象とする違いがある。

世田谷方式では、パートナーシップ宣誓書を区職員に提出することで同性カップルのパートナーシップが認められる。その際、当該カップルが①双方とも20歳以上であること、②双方が区内に住所を有すること、又は一方が区内に住所を有し、かつ、他の一方が区内への転入を予定していることを要件とする。ただし、要件については、世田谷方式を採用している自治体によって様々であり、宝塚市は当事者双方に配偶者がいないことや当事者以外の者と同性カップルでないことも課しており（「宝塚市パートナーシップの宣誓の取り扱いに関する要綱」第3条3号）、那覇市では申請者の一方又は双方が外国籍を有する者（「那覇市パートナーシップ登録の取り扱いに関する要綱」第4条）

であってもパートナーシップを認めている。

しかし、渋谷方式が条例違反をした事業者名の公表を規定している（第15条）のに対して、世田谷方式では特に罰則規定をもうけられていない。世田谷方式には、パートナーシップ宣誓書を交付することで、同性カップルがどのような利益が得られ、要綱に違反した者にどのような罰則が科せられるかが不明確との問題が指摘できうる。

## ②日本のパートナーシップ制度の限界

確かに、このようなパートナーシップ制度の導入は、日本における同性愛者の権利獲得につながるため、同性愛者たちに必要な制度であることは疑うところはない。しかし、婚姻制度との比較という観点から日本のパートナーシップ制度を検討すると、大別して三つの問題点が指摘できうる。

第一に、具体的な権利内容の不明確性が指摘できる。渋谷方式であれ、世田谷方式であれ、パートナーシップ証明による法的効果は、条文上極めて抽象的であり、パートナーシップ関係にある同性カップルに対して具体的にどのような効果がもたらされるのか。この点が不明確であり、このことは証明書を得た当事者が今後自ら切り開いていかなければならない課題の一つであろう。

第二に、法的な強制力の脆弱さが指摘できよう。渋谷方式では、条例に違反する行為があった場合には、区に抛る調査、指導、勧告及び名称公表等（本条例15条）の対象、さらには不法行為（民法709条）等の一般法に基づく損害賠償請求が可能とされる。しかし、いかなる行為が差別的行為となり、条例違反となるかが不明確である以上、このような措置が取られる保証はない。世田谷方式に関しては、そもそも罰則規定すら存在しない。

第三に、同性カップルの権利義務、法的地位は、婚姻カップルが婚姻により得られるそれとは程遠いことが指摘できる。例えば、所得税や相続税などの配偶者控除等の税制上の各種優遇措置、公的年金制度における第3被保険者制度、健康保険制度における被扶養者制度をはじめとした社会保険における各種優遇措置など、婚姻カップルと比べると同性カップルには得られる権限が少ないことは否定できない。

日本でのパートナーシップ制度導入は同性婚容認への前進的な政策ではある

だろう。しかし、いくら多くの自治体がパートナーシップ制度を導入したとしても、法律婚を異性婚に限定する現行制度がある以上、パートナーシップ関係は婚姻関係として承認されない実状にある。やはり、日本において同性婚を承認するためには現行の婚姻制度との調整が必要となる。そのためには、まずもって婚姻を規定する日本国憲法第24条の解釈が問題となろう。そこで次節では、第24条解釈をめぐる最高裁判例と学説の動向を検討することで、日本の同性婚問題の現在地を確認したい。

## Ⅱ．同性婚の憲法解釈

### (1) 同性婚に対する最高裁の姿勢

現在のところ、同性婚の是非を直接的に判断した最高裁判例は存在しない。日本では付随的違憲審査制を採用しているため、具体的事件が発生しない限り、裁判所は同性婚に対する憲法適合性を判断しえないからである。しかし、家族のあり方をめぐる判例の変更を通して、婚姻に関する最高裁の姿勢を看取することができる。そこで同性婚問題を論ずるにあたり、近時の四つの最高裁判例をリーディングケースとして取り上げる。これらの判例は、それぞれ重要な論点を孕んでいるが、ここでは個々の論点を中心に持ち上げて論じるのではなく、その前提となる婚姻・家族のあり方に関する最高裁の通底する考えの抽出を試みたい。

#### (i) 婚外子（非嫡出子）法定相続分規定違憲決定<sup>7)</sup>

本件は、死亡したAの遺産につき、Aの嫡出である子らが、Aの嫡出でない子たちに対し、遺産の分割の審判を申し立てた事件である。第一審は、民法第900条4号ただし書の規定のうち、嫡出でない子の相続分を嫡出子の相続分の2分の1とする部分（以下、本件規定という。）は合理的理由のない差別とはいえないため憲法第14条1項に違反しないと判断し、第二審も本件規定に基づく法定相続分を前提にAに遺産の分割をすべきとして第一審を維持した。

本判決において最高裁は、まず、憲法第24条1項と2項を受けて、民法第

---

7) 最大判平成25・9・4民集67巻6号1320頁。

739条1項が事実婚主義ではなく法律婚主義を採用していることを確認する。ただし、法律婚主義の下でも、嫡出子か否かの区別は、国内の伝統・社会事情・国民感情、さらには婚姻ないし親子関係に関する国内法、国民の意識等を総合的に考慮して判断すべきであり、これらの事柄は時代と共に変遷するものであるから、その定め合理性については個人の尊厳と法の下での平等を定める憲法に照らして検討されなければならないとの見解を示す。その上で、「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」や「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れば、「立法府の裁量権を考慮しても、嫡出子と嫡出でない子の法定相続分を区別する合理的な根拠は失われて」いるとして、本件規定を憲法第14条1項違反とした。

(ii) 親子関係不存在確認請求事件<sup>8)</sup>

本件は、戸籍法上Yの嫡出子とされているXがYに対して提起した親子関係不存在の確認の訴えである。男性Yと婚姻関係にあった女性Aは、男性Bと交際を始め、やがて性的関係を有するようになったが、その間もYとの夫婦関係の実態は失われていなかった。やがて、妊娠したAは、Bとの間の子であると思い、Yに妊娠したことを告げず、病院でXを出産した。入院中のAを探し出したYに対して、AはXをYの子ではないことを告げた。しかし、Yは、YとAの長女とするXの出生届を提出し、Xを自らの子として養育した。その後、AとYは協議離婚し、AとXは、現在、Bと共に生活している。AはXの法定代理人としてYに対して親子関係不存在確認を求めて訴えを提起した。なお、私的に行ったDNA鑑定結果では、BがXの生物学上の父である確率は99.999998%である。

第一審は、XはAとYが結婚していた間に生まれたため外形的には夫婦関係が持続していたという事実を認定したが、DNA鑑定に基づき、XとYとの間に生物学的な血のつながりがないことは明らかであるとして民法第772条の嫡出推定は及ばないとした。続く第二審も、「特段の事情が認められ、かつ、生物学上の親子関係の不存在が客観的に明らかな場合においては嫡出推定が排除

---

8) 最判平成26・7・17民集68巻6号547頁。



されるべきである」とし、本件の場合、不存在が明白であり、AとYは離婚して、XがAの下で監護されている事情が認められることから嫡出推定は排除されるとして、第一審判決を維持した。

しかし、最高裁は、「夫と子との間に生物学上の父子関係が認められないことは科学的証拠により明らかであり、かつ、夫と妻が既に離婚して別居し、子が親権者である妻の下で監護されているという事情があっても、この身分関係の法的安定を保持する必要が当然になくなるものではないから…嫡出の推定が及ばなくなるものとはいえず、親子関係不存在確認の訴えをもって当該父子関係の存否を争うことはできないものと解するのが相当である」とした。その上で、本件では妻の懐胎時に事実上の離婚などの事情がなかったため、親子関係不存在確認の訴えをもって争うことはできないとして、原判決を破棄し、Xらの訴えを棄却した。

### (iii) 再婚禁止期間違憲訴訟判決<sup>9)</sup>

本件は、平成20年3月に前夫と離婚し、同年10月に後夫と再婚した女性Xが、女性に6ヶ月の再婚禁止期間を定めた民法第733条1項（平成28年法律71号による改正前のもの）は合理的な根拠がなく女性を差別的に取り扱うもので憲法第14条1項及び第24条1項に違反するとして、これを改廃する立法措置をとらなかった立法不作為の違法を理由に、国に対して国家賠償法第1条1項に基づき損害賠償を求めた事件である。

最高裁は、「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べきである。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、法律よってこれを具体化することがふさわしい」とする。「憲法第24条2項は、このような観点から、婚姻及び家族に関する事項について、具体的な制度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、そして「同

9) 最大判平成27・12・16民集69巻9号2427頁。



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」と理解する。

その上で、「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ることが内容となっている本件規定については、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」として、再婚禁止期間制度自体は生まれてくる子への父性の推定の重複を回避するための制度として合理性があるとしつつも、平成20年当時において、民法第733条1項の規定のうち100日超過部分については、父性の推定の重複を回避するために必要な期間といえず、憲法第24条2項の両性の本質的平等に立脚したものといえないため、憲法14条1項及び憲法第24条2項に違反するとした。

(iv) 夫婦別姓訴訟合憲判決<sup>10)</sup>

本件は、夫婦が婚姻の際に定めるところに従い、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項及び2項に違反するとして、これを改廃する立法措置をとらないという立法不作為の違法を理由に、国に対して、国家賠償法第1条1項に基づき損害賠償を求めた事件である。

最高裁は、民法第750条は「氏は、婚姻及び家族に関する法制度の一部として法律がその具体的な内容を規律しているものであるから…具体的な法制度を離れて、氏が変更されること自体を捉えて直ちに人格権を侵害し、違憲であるか否かを論ずることは相当ではな」く、「現行の法制度の下における氏の性質等に鑑みると、婚姻の際の『氏の変更を強制されない自由』が憲法上の権利として保障される人格権の一内容」とは言えないため、憲法第13条に違反しないとした。また、「夫婦となろうとする者の間の個々の協議の結果として夫の氏を選択する夫婦が圧倒的多数を占める」としても、「夫婦同氏制はそれ自体に男女間の形式的な不平等が存在するわけではな」いため、憲法第14条1項にも違反しないとした。

さらに、婚姻及び家族に関する事項について、再婚期間禁止違憲訴訟と同様

---

10) 最大判平成27・12・16民集69巻8号3586頁。

の見解を述べる一方で、「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」との見解を示す。その上で、民法第750条は「婚姻の効力の一つとして夫婦が夫または妻の氏を称することについての直接の制約を定めたものではない」夫婦が別の氏を称することを認めないものだとしても、「直ちに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く制度であるとは認めることはできない」ので、憲法第24条にも違反しないと判断し、上告を棄却した。

#### (V) 検討

日本の同性婚問題を考える上で、まず注目すべきは、再婚禁止期間違憲訴訟判決と夫婦別姓訴訟合憲判決において、婚姻及び家族に関する事項についての最高裁の考えが示されたことである。すなわち、婚姻及び家族に関する事項は、国の伝統や国民感情をも含む社会状況の諸要因を踏まえつつ、それぞれの時代における夫婦や親子関係に関す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との見解が示された。その際、人格的利益や実質的平等の実現の在り方との調整については、その時々における社会的条件や国民生活の状況、家族の在り方等との関係で決定すべきであると付記している。

この考えを前提に最高裁は、第24条1項については、婚姻の決定を「当事者間の自由かつ平等な意思決定に委ねられるべきだとの趣旨」であり、婚姻の自由を保障している。しかし、婚姻が事実上制約される場合には、国会の立法裁量の範囲を逸脱しているか否かの検討を考慮する必要があるとしている。さらに、第24条2項については、「具体的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、立法にあたっては「個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚すべきとの要請、指針を示すことで、その限界を画したもの」と捉えている。それゆえ、当該規制が第24条に適合して是認されるか否かは、個人の尊厳と両性の本質的平等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としている。

このように最高裁は、婚姻・家族に関する事項については、基本的には国会の立法裁量に委ね、具体的な法制度に合理性があれば、これを尊重する立場を

とっているといえる。このことは、親子関係不存在確認請求事件において生物学上の父子関係でないことは明白にもかかわらず法律上の父子関係を重視したこと、また、再婚禁止期間違憲訴訟判決において再婚禁止期間100日超過部分を違憲としたにも関わらず、生まれてくる子どもの法律上の父親の確定することを理由に再婚禁止期間制度自体の合理性を認めていることからうかがえよう。

しかし、一方で、婚外子法定相続分違憲決定では、婚姻制度も含む婚姻及び家族に関する事項について時代の変化によって修正する必要性も認めている。その際には、個人の尊厳と法の下での平等に立脚することを前提に、国内の伝統や国民の意識の変化といった国内の事情だけでなく、諸外国のすう勢に至るまで総合的に考察した上で、憲法に照らして検討されなければならないとしている。

このように近時の最高裁は、既存の法制度を基本的には尊重しつつも、時代の変化に対応すべく法制度の修正を促す判断も下すようになってきている。しかし、肝心の第24条の文言上の解釈については、具体的にふみ込んだ言及をしていない状況にある。そこで次節では、同性婚をめぐる第24条の解釈に関する学説上の対立を整理していく。

## (2) 学説の状況

### ①第24条と同性婚

#### (i) 通説的見解

日本国憲法第24条1項は「婚姻は、両性の合意にのみ基づいて成立し、夫婦が同等の権利を有することを基本として、相互の協力により、維持されなければならない」とあり、これを受けて2項では「配偶者の選択、財産権、相続、住居の選定、離婚並びに婚姻及び家族に関するその他の事項に関しては、法律は、個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚して、制定されなければならない」と規定する。

一般的に、第24条1項は、「婚姻形成の自由及び夫婦の同等の権利とそれに基づく婚姻の自由を保障する」ものであり、続く2項は「13条の『個人の尊厳』、14条の『両性の平等』の2つの原理が、家族生活の分野において、法律によって実現され、具体化されなければならない」との趣旨で理解されてい<sup>11)</sup>

る。

本条の制定には、戦前の封建的な「家」制度の禁止と集団意識の存続・復活の禁止が背景にある。戦前の日本では、社会の基礎単位である家族の生活が「家」を中心に営まれており、戸主が家族に対して強い権限を有していた。婚姻についても戸主の同意がなければ許されなかった。そのため、戦前において婚姻とは、当事者同士の結合というよりも家と家の結合の性格が強かった。第24条は、そうした封建的な「家」制度を解体させ、当事者同士の意思に基づく婚姻を保障し、個人の尊厳と平等に立脚した家族関係を確立するために規定されたのである。

憲法上の同性婚問題を考えるにあたり、この第24条が同性婚を許容しているか否かが問われる。第24条1項にいう「婚姻」には、男女間の1対1の結合を前提とした戸籍法上の届出を行う法律婚が含まれることはまずもって異論はないだろう。<sup>13)</sup>問題は、それ以外の事実婚などの男女間の結合や同性間の結合であっても、憲法上の「婚姻」に含まれるかどうかである。これまで通説の見解では、第24条1項の「婚姻」は異性婚であることを前提に、同性婚は「婚姻」に含まれないと理解されてきたように思われる。

『註解日本國憲法』には、第24条は「國民の家族的生活に對する、憲法の根本的態度を明らかにし、その法律的規整もこれに従つて、されなければならないことを要求する」とあり、「一夫一婦の婚姻を、家族關係の基礎として、その成立及び維持について特に當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、特に個人の尊嚴と兩性の本質的平等を期さなければならないこと」とある。<sup>14)</sup>この記述から、日本国憲法制定当初は、婚姻とは異性婚を前提に考えられていたように見受けられる。

もっとも、第24条1項には婚姻の自由が規定されていると解されており、異

---

11) 芹沢斉・市川正人・阪口正二郎編『新基本コンメンタール憲法』（日本評論社、2011年）211頁〔武田万里子執筆〕。

12) 木下智史・只野雅人編『新・コンメンタール憲法』（日本評論社、2015年）285頁〔木下智史執筆〕。

13) 渡辺康行・宍戸常寿・松本和彦・工藤達朗『憲法Ⅰ 基本権』（日本評論社、2016年）455頁。

性婚を法律婚に限定する婚姻制度との関係をどのように理解すればよいかが問われる。この点について、高橋和之は、第24条1項によって婚姻の自由が保障されていることを前提に、「法律上の婚姻は制度の問題」であるが、婚姻そのものは「社会で自生的に成立する人間の営み」であり、「前国家的な人権の問題」と理解する。しかし、そのように婚姻を捉えて各人の自由委ねてしまえば様々な問題が生じるため、皆が平等に婚姻生活を送れるよう、社会の要請に応じて国家が婚姻制度という規律を施すのだという。したがって、婚姻制度とは「<sup>15)</sup>基本的な婚姻の自由の制限」する制度だと理解される。

確かに婚姻制度を婚姻の自由の制限と捉える見解は説得的ではあるが、高橋も指摘するように、婚姻制度自体は国家が提供するサービスではないため、利用する場合には国家が定めたサービスの内容を丸ごと承認せよと要求されるものではない。<sup>16)</sup>むしろ、個人の尊厳と平等に立脚した家族関係の確立という第24条の趣旨から考えれば、異性間の法律婚に限定する必要性がなくなってしまう。そこで、注目されるのが第24条2項の「両性の本質的平等」の「両性」という文言に関する解釈である。

樋口陽一は、「公序」という文言を用いて、戦前の「家」制度を解体し、個人の尊厳と平等原則を家族生活に強制することが第24条の意義だと捉える。しかし、樋口の見解では、第24条2項で「両性の本質的平等」と規定されているかぎり、憲法上の公序は同性の結合による「家族」にまでは射程に含まれていないとして、第24条で規定される婚姻から同性婚は除外される。<sup>17)</sup>

辻村みよ子も、樋口と同様、公序の概念との関係から第24条の意義を捉える。辻村によれば、第24条には、「家」制度を排除して個人の尊厳・個人主義を優位させることで多様な「現代家族」を志向した先進性があると同時に、個人の尊厳の徹底によって公序との抵触を誘発する矛盾的要因が含まれているのだという。<sup>18)</sup>それゆえ、辻村は、公序の概念が「近い将来（同性カップル等から

---

14) 法学協会編『註解 日本國憲法（上巻）』（有斐閣、1953年）469頁。

15) 高橋和之「夫婦別姓訴訟 同氏強制合憲判決にみられる最高裁の思考様式」『世界』3月（2016年）146-147頁。

16) 高橋・同147頁。

17) 樋口陽一『憲法〔第3版〕』（創文社、2007年）277頁。

なる)『超現代家族』への展開にブレーキをかける方向に機能することも十分に可能である<sup>19)</sup>から、第24条の解釈として同性婚容認には否定的である。

このように通説的見解は、明示的であれ默示的であれ、同性婚の憲法上の保障に対して消極的な姿勢であるように思える。その理由は必ずしも明確ではないが、第24条には戦前の「家」制度で虐げられた女性(妻)の権利・地位の向上を企図した背景があるゆえに、婚姻も異性婚を前提に捉えていたように見受けられる。

しかし、そのように理解しても、通説では、第24条によって同性婚が積極的に「禁止」されているとまでは述べていない。むしろ、第24条の制定の背景が封建的な「家」制度からの解放であったことから鑑みれば、憲法制定時では同性婚を婚姻として容認するかの是非が「想定」されていなかったと捉えるのが妥当であろう。第24条によって同性婚が「禁止」されているとみるか、それとも同性婚がそもそも「想定」されていなかったとみるかは、同性婚をめぐる憲法解釈を進めるにあたって大きな違いであるといえよう。

## (ii) 同性婚許容説

通説的見解でも指摘されているように、第24条の個人の尊厳に基づく家族観を希求してゆけば、それは性別や家庭内での役割に問われることのない多様な家族を容認することになる。そのため、第24条の規範内容は、「近代的家族観」を超えるものであり、同性婚も憲法上認められるとの見解が存在する。

安念潤司によれば、法律婚の保護とは、個人間の性的な結合関係のうちで一人の男性と女性の性的な結合関係のみを抽出し、それに他の性的な結合関係にはない特別の法規整を加えることを意味するのだ<sup>21)</sup>という。この点で、「法律婚を選択しない個人から見れば、自らの選択した性的な結合関係がなぜ法律婚に比して劣位の法的待遇しか受け得ないのか<sup>22)</sup>」との疑問を派生させることにな

18) 辻村みよ子『ジェンダーと人権』(日本評論社、2008年) 232-233頁。

19) 辻村・同250頁。

20) 辻村みよ子『憲法と家族』(日本加徐出版、2016年) 84・88頁。

21) 安念潤司『「人間の尊厳」のあり方——『契約的家族観』再論』ジュリスト1222号(2002年) 25頁

22) 安念潤司「家族決定と自己決定」岩村雅彦編『自己決定権と法』(岩波書店、1998年)



る。それゆえ、安念は、自由主義<sup>23)</sup>の観点からすれば、家族形成に関する事柄は当事者の契約自由の原則に委ねればよく、法律の役割は最小限に留まるべきであるとの契約的家族観を提唱する<sup>24)</sup>。

契約的家族観に従えば、家族形成は出来る限り当事者の自由な合意に委ねられるため、婚姻自体の無条件性・無期限性がなくなり、さらには婚姻の相手方についての制限すらなくなることとなる。当然、パートナーが異性でなくともかまわなくなる。その結果、夫婦あるいは家族とそれ以外の結合関係との境界は不分明なものとなるが、安念にいわせれば、それこそが契約的家族観の必然的な帰結であるというのである<sup>25)</sup>。

何故ならば、正規の婚姻として法認する結合関係の諸候補を列挙したとしても、そのうちのどれを正規化すべきか選び取る基準や根拠が考え難いからであるという。そして、そうした理論的線引きを民意に委ねることは、少数者の自由が多数派の選好に依存することになるとしている<sup>26)</sup>。

もともと、契約的家族観を突き進めていくと民法第四編・第五編の大幅改正が要求されるが、そうしたことが近い将来行われる可能性が極めて低いことを安念自身も認めている。結局のところ、契約的家族観のインパクトとは「法律婚という自明化されてきた概念を解体することであり、かつ、それに尽きるのだ<sup>28)</sup>」と述べている。

しかし、近時では、現行憲法下でも同性婚が容認できると考える学説もみられる。これらの学説の特徴は、概して、第24条の解釈によって同性婚をも法律

---

135頁。

23) 安念のいう自由主義とは、「人はすべて（いわゆる「他者加害原理」による制限化で、ではあるが）好き勝手に振舞ってよい、という原則を意味し、それ以上のありがたい内容をもたない」ものであり、道徳的根拠を要する自由主義とは一線を画すのだという。

安念・前掲論文注（21）21-22頁。

24) 安念・前掲書注（22）135頁。

25) 安念・同136-138頁。

26) 田代亜紀「現代『家族』の問題と憲法学」佐々木弘通・宍戸常寿編『現代社会と憲法学』（弘文堂、2015年）86頁。

27) 安念・前掲書注（22）139頁。

28) 安念・同140頁。



婚として認めることを可能と考える見解である。

斎藤笑美子は、第24条の意義とは「家」制度の解体に留まらず、性別役割を内包した「近代家族」を超越しようとしたところにあると強調する。斎藤によれば、「24条が近代家族をも超えて配偶者間のジェンダー平等を徹底する趣旨ならば、配偶者間の性別構成は如何様でもかまなわ<sup>29)</sup>ない」ことになり、結果として同性カップルにも法律婚が許容されとの積極的な結論が導き出されるという<sup>30)</sup>。

もっとも、同性婚を憲法上容認できると考える学説の中には、斎藤のような第24条から同性婚を積極的に意義づける見解とは距離をとりつつも、第24条の制定趣旨から鑑みて容認できるとする見解もある。

中里見博によれば、「婚姻は両性の合意のみに基づいて成立し」という第24条の文言は、「同性」による婚姻の排除を宣明する目的で書かれたのではないという。すなわち、同条の趣旨とは個人が当事者ではなく「親の合意」によって成立した日本の慣行を一掃することであり、これは削除されたベアテ・シロタ草案の「親が強制ではなく相互の合意に基づき」となっていたことから明らかに<sup>31)</sup>かだという。つまり、第24条で重要なのは、「両性」ではなく「合意のみ」という文言であって、婚姻の成立の「当事者主義」を打ち出していることに重点が置かれているというのである。

福嶋敏明は、戦前の「家」制度の廃止を目的とした制定趣旨を重視するならば、第24条から同性婚を積極的に排除する意図を見出すことは困難であると捉える。何故なら、「個人の尊厳と両性の本質的平等」に立脚することを命じた第24条2項が、同性婚の容認を「個人の尊厳と両性の本質的平等」に反するとは考え難いからだ<sup>32)</sup>という。それゆえ、同性婚を認める立法をしたとしても第24条には反しないし、同性婚を認めるための憲法改正も必要ないと捉えている。

29) 斎藤笑美子「家族と憲法」憲法問題21号（2010年）112頁。

30) 斎藤・同112頁。

31) 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、2015年）85-86頁。

32) 福嶋敏明「同性婚と憲法 渋谷区パートナーシップ証明制度を契機に考える」時の法令1976号（2015年）53頁。

中里見や福嶋の見解のように、第24条が同性婚を積極的に排除していないと解すれば、同性婚を認めるか否かは原則的には国会の立法裁量に委ねられるということになる。ただし、その場合であっても憲法による規範的統制が必要であろう。この点、学説では同性婚を認めないことの憲法適合性を問う議論も見られる。それは主として憲法第13条と第14条の条文との適合性である。

## ②第13条・第14条と同性婚

憲法学では、一般に、第13条で規定される幸福追求権の一部として自己決定権が導出され、その内容に家族の形成に関わる事柄が含まれていると理解される。同性カップルが家族を形成し、共同生活を営む権利も自己決定権の一環として保障されていると考えられている。ただし、その場合の保障とは、「本人が好むような種類の家族をつくって維持する自由」が公権力によって妨害されないという、いわゆる自由権的な意味での保障であるとされる。<sup>33)</sup>

もともと、第24条には、個人の尊厳と両性の本質的平等の他に、いわゆる法律婚主義も規定されている。それゆえ、第13条で保障される多様な家族に対して法的保護を与える際には、第24条の法律婚主義が「ブレーキをかける方向に機能することも十分に可能」<sup>34)</sup>と指摘されていることは既に述べたとおりである。事実、親子関係不存在事件や婚外子法定相続分規定違憲決定においても、最高裁は法律婚主義を重視した判断を示している。

しかし、他方で、第13条を根拠に、同性カップルにも法律婚と同等の保護が与えられると解する学説も存在する。たとえば、工藤達郎は、第13条によって自由を認められた同性の家族関係を、第24条の法律婚よりも「必ず低く取り扱う要請が〔24条により〕なされているとは考えられない」から、「同性カップルに婚姻と同等の保護を与える法律」を制定することは第24条の下でも可能であると主張する。<sup>35)</sup>

---

33) 内野正幸『人権のオモテとウラ ― 不利な立場の人々の視点』(明石書店、1992年) 161頁。

34) 中里見・前掲論文注 (31) 86頁。

35) 工藤達郎「結婚するって本当ですか? ― 憲法における婚姻と家族」法学教室276号(2003年) 30頁。

また、渋谷秀樹は、憲法制定当時の社会規範からして第24条の「両性」の文言を男女と捉えざるをえないから、同性間と異性間の婚姻を同程度に保障することは、文言上の解釈では困難であると立場を示す。<sup>36)</sup>ただし、渋谷は、家族のあり方が変化した現在では、改めて第24条を結社の一類型である家族を形成する権利の一般法規定として読みなおす必要があるとして、これまで第13条の自己決定権の問題として考えてきた家族形成の権利を第24条の問題として考えるべきだと主張している。<sup>37)</sup>

このように、同性婚を認めないことは、同性間の家族形成の権利、もしくは同性カップルの自己決定権を侵害するとの主張も成り立ちうる。その一方で、「個人の一定の私的事項について、公権力の干渉を受けずに自ら決定すること」<sup>38)</sup>を意味する自己決定権に基づいて、「婚姻制度という法律上の制度へのアクセスを求めうることができるのか」<sup>39)</sup>といった同性婚を自己決定権の問題と捉えること自体に対する疑問も指摘されている。<sup>40)</sup>

ところで、同性婚の否認が婚姻制度から同性カップルの排除を意味するのであれば、それは法の下での平等を定める第14条に抵触する可能性が生じる。何故なら、異性カップルであれば享受しうる婚姻に関する法的利益・効果が同性カップルには享受できず、社会生活における事実上の利便が受けられないからである。

さらに、後述するアメリカ合衆国最高裁判例でも指摘されたように、同性婚の否認は、「同性愛者」としての生き方を否定し、彼らの尊厳を侵害することで、同性愛者にスティグマを付与するおそれがある。そのため、『「婚姻」が有する象徴的意味を重視するのであれば、そこからの排除がもたらす『メッセージの害悪』はより一層深刻なものと受け止められるべきである」<sup>41)</sup>との指摘もさ

36) 渋谷秀樹『憲法 第3版』(有斐閣、2017年) 463頁。

37) 渋谷・同466頁。

38) 野中俊彦／中村睦男／高橋和之／高見勝利『憲法 I』(有斐閣、第5版、2012年) 266頁。

39) 福嶋・前掲論文注 (32) 54頁。

40) 松井茂記『LAW IN CONTEXT 憲法』(有斐閣、2010年) 2-10頁。

41) 福嶋・前掲論文注 (32) 55頁。

れている。

確かに、同性カップルにとって同性婚は、自分たちが「同性愛者」であることを社会的にも宣言する象徴的な行為であることは疑うところない。だが、同性婚を同性愛者に対するスティグマの問題として捉えることには注意を要する。というのも、突き詰めて考えてみると、同性婚問題は、自分と同性の相手方と婚姻しようとするから婚姻制度と抵触するのであって、同性愛者であることを理由に婚姻が否認される問題ではない。それゆえ、同性愛者であっても相手方が異性であれば婚姻制度を享受できる以上（現に夫婦の一方が同性愛者である家族も存在しうるであろう）、同性婚の否認が直ちに同性愛者に対するスティグマとなるか否かには慎重な検討が必要であると思われる。

このように同性婚問題をめぐって第13条の自己決定権と第14条の法の下の平等との適合性が指摘できるとしても、そこに十分な正当化理由が認められるのであれば、同性婚の否認が憲法違反であるとの結論が直ちに導き出されるわけではない。それでは、婚姻を異性婚に限定する理由としては何が考えられるか。この点について、婚姻を生殖や子の養育と結びつけることが、まず想起されるだろう。

例えば、大村敦志によれば、「二人の人間が子どもを育てることを含意して共同生活を送るという点に婚姻の特殊性を求めるならば、同性のカップルには婚姻と同様の法的保護までは認められない<sup>42)</sup>」という。確かに、婚姻の意義を生殖に求めるとすれば、婚姻を異性婚に限定する理由にも一定の合理性があるだろう。しかし、子を産むことのない高齢の男女であっても婚姻できることや生殖能力のある夫婦であっても子を産まない自由が許容されることから、婚姻と生殖が必ずしも直接的に結びつくわけではないとの見方もできよう。<sup>43)</sup>

いずれにせよ、同性婚をめぐる学説の動向をみると、未だ同性婚に対する統一の見解が示されていない現状にあるといえる。それは、第24条の解釈というよりも、その前提となる家族観の相違に原因があるように見受けられる。とはいえ、何故、婚姻が憲法上保護されるのか。この点につき、これまで学説は、

42) 大村敦志『家族法（第三版）』（有斐閣、2010年）286頁。

43) 石川稔「新・家族法事情4 同性愛者の婚姻〔その2〕——同性婚は認められるか——」法学セミナー 356号（1984年）60頁。

第24条の意義を戦前の家制度から脱却を強調するに留まっていたように見受けられうる。しかし、同性婚や事実婚など法律婚に囚われない家族が増え始めた現代社会を鑑みると、婚姻の憲法上の意義を再考する機会に迫られているようにも思える。

そこで注目するのは、同性婚を容認した諸外国の理論である。確かに、家族や婚姻のあり方は、自国の歴史や伝統等に基づき決せられるべき事柄で、諸外国の動向に影響されるべきでないと考える向きもあるかもしれない。しかし、上述した判例が示すように、近時の最高裁はそのようには考えていないようである。

婚外子法定相続分規定違憲訴訟において最高裁は、民法第900条4号ただし書を憲法第14条1項違反とするにあたり、本規定の合理性に関連する「種々の事柄の変遷等」として、「社会の動向、我が国における家族形態の多様化やこれに伴う国民の意識の変化」などと共に、「諸外国の立法のすう勢」にも言及している。この決定は、かつて合理的なものとなみなされていた家族や婚姻に関する制度も、「諸外国の立法のすう勢」を含む「事柄等の変遷等」によって合理性が失われる場合がありうることを示している。そこで、次節では、同性婚を容認した近時のアメリカ合衆国最高裁の2つの判決の論理から、日本における同性婚問題への示唆を得たい。

### Ⅲ．アメリカにおける2つの同性婚容認判決の論理

#### (1) 州の立法裁量としての同性婚容認－United States v. Windsor－

##### ① Windsor 判決の概要

*Windsor* 判決では、連邦法上の「婚姻」を異性に限定する婚姻防衛法<sup>44)</sup> (Defence of Marriage Act, 以下、DOMA という。)の第3条の合憲性が争われた。<sup>45)</sup>

44) Defense of Marriage Act, Pub. L. No. 104-199, 110 Stat. 2419 (1996).

45) *Windsor* 判決に関する詳細な分析・検討は、拙稿「*Windsor* 判決からみる憲法理論の新展開」創価法学第44巻3号(2015年)1-37頁で論じた。

原告であるエディス・ウィンザー（Edith Windsor）とセヤ・スパイヤー（Thea Spyer）は、2007年にカナダで同性婚をしたのち、ニューヨーク（New York）州に移住し、そこでもカナダでの婚姻を有効と認められた。その後、2009年にスパイヤーが死亡し、遺言により財産の全てを原告のウィンザーが承継することになった。しかし、DOMA によって連邦財産課税の配偶者控除がうけられなかったため、ウィンザーは税を一旦納付した上でその還付を求めたが、内国歳入庁（Internal Revenue Service）はこれを拒否した。そこで、ウィンザーは、DOMA が合衆国憲法第5修正に違反すると主張して、合衆国を相手に納付した税額の還付等を求める訴訟を提起した。

合衆国地区裁判所（以下、合衆国地裁という。）に係属中、ホルダー（Holder）合衆国司法長官は、DOMA に批判的であったオバマ（Obama）大統領の指示を受けて、連邦政府は DOMA 第3条の合憲性を擁護しない旨を示す一方で、DOMA 第3条の憲法判断が示されるまでは執行を継続するとの声明も併せて発表した。このような連邦政府の動きを受け、同性婚反対派の議員たちは、超党派法律顧問団（Bipartisan Legal Advisory Group, 以下、BLAG という。）を組織し、DOMA 第3条の合憲性を擁護するため、本件訴訟に参加することを表明した。合衆国地裁は利害関係人として BLAG の訴訟参加を許可した。

第一審である合衆国地裁は、DOMA 第3条は違憲であると判断し、原告に還付することを明示した。<sup>46)</sup>第2巡回区控訴裁判所でも原審の判断が是認された。<sup>47)</sup>合衆国最高裁は、裁量上訴を認めた。なお、合衆国最高裁では、DOMA 第3条の合憲性の他に、連邦政府と BLAG の当事者適格の有無も争点とされたが、当事者適格の問題は同性婚容認の論理とは直接関係しないので、ここでは言及しない。*Windsor* 判決の判旨は以下のようなものであった。

法廷意見を述べたケネディ裁判官は、従来は異性婚に限定されてきた婚姻が州によっては同性婚も容認されているアメリカ社会の現状を把握した上で、婚姻の定義と規制は、建国以来、州の独占的な権限であったとの理解を示す。そ

---

46) *Windsor v. United States*, 699 F.3d 169 (2012).

47) *Windsor v. United States*, 833 F. Supp. 2d 394 (2012).

して、本件を連邦と州の権限分配の連邦制の問題ではなく、婚姻の定義と規制に関する州の権限の問題であることを強調し、これを前提に DOMA による規制の正当性の検討に入る。<sup>48)</sup>

DOMA の正当性を判断するにあたり、まず州が婚姻を定義する意義について言及する。州によっても干渉が許されない同性間の私的で合意に基づく性的親密性は人格的な絆 (personal bond) を形成すると判示した *Lawrence v. Texas*<sup>49)</sup> (以下、*Lawrence* 判決という。) を引用し、婚姻とはそうした人格的な絆に尊厳性と法的地位といった一層の保護を与えるものと捉える。この地位は、州内で同性愛者が他の既婚者と等しく扱われることを意味している。<sup>50)</sup>

DOMA は、ニューヨーク州が保護する特定の集団の利益を侵害するものであり、合衆国政府に適用されるデュー・プロセスと平等保護双方の基本原則に違反している。「政治的に不人気な集団を害そうとする議会のむき出しの欲望」<sup>51)</sup> を正当化することはできない。DOMA の目的と効果は、同性婚を行った全員に不利益と差別的地位 (separate status) とスティグマを与える。DOMA の目的は同性婚を認める州の権限と同性婚を望むカップルの自由を制限するものであり、その効果は同性婚を認める州内で第二級の婚姻 (second-class marriages) として同性婚を扱い、同性カップルに対して差別を生み出す。そして、その差別の余波は、同性カップルに養育される子どもたちにまでも波及する。<sup>52)</sup>

DOMA は、第5修正が保障する自由を侵害するものである。第5修正のデュー・プロセス条項によって保障される自由には、法の下での平等を侵害することの禁止も含まれている。第5修正自体は連邦の権力を抑制する規定であるとはいえ、第14修正で規定される平等保護は第5修正で規定される権利をより明確に理解し、保護するものである。したがって、州の婚姻法によって保護されている人々を侵害する DOMA は違憲無効である。なお、本意見とその判決

---

48) 133 S.Ct. at 2689–92.

49) 539 U.S. 558 (2003).

50) 133 S.Ct. at 2692–93.

51) *Department of Agriculture v. Moreno*, 413 U.S. 528, 534–35 (1973).

52) 133 S.Ct. at 2693–94.



は合法的な婚姻に限定する。<sup>53)</sup>

## ② Windsor 判決における同性婚理論

端的に言えば、*Windsor* 判決は、いかなる結合形態を婚姻とみなすかは州の権限であるため、連邦法で婚姻の範囲を限定する DOMA は認められないという結論である。ただし、その論理は一見すると複雑な印象を覚える。すなわち、*Windsor* 判決は、第 5 修正のデュー・プロセス条項によって DOMA を違憲としたのだが、連邦制、平等保護原則、実体的デュー・プロセスなど複数の問題を関連づけながら結論を出す論理展開をしており、単一の理論によって判断されていないのである。

*Windsor* 判決の論理展開を概括すると次のようなものであった。はじめに婚姻の定義と規制は建国当初から州の権限であったことを前提に、本件を州法で認めるか州法で認める婚姻を連邦法では認めないことは差別となるか否か、といった婚姻に関する州の権限の問題であることを明言する。その上で、DOMA が政治的に不人気な集団に対する敵意に基づく法律であるかどうかを DOMA の目的と効果から検討を行う。そして、DOMA の目的は同性婚を認める州の権限と同性婚を望むカップルの自由を制限するものであり、その効果は同性婚を認める州内で同性婚を第二級の婚姻として扱い、同性婚をしたカップルだけでなく養育される子どもにまで差別が波及していると捉える。それゆえ、DOMA は第 5 修正のデュー・プロセス条項違反として違憲とされたのである。

この *Windsor* 判決の論理で注目すべきは、DOMA の正当性を判断するにあたり、まず州が婚姻を定義する意義について言及したことにある。*Windsor* 判決では、州によっても干渉が許されない同性間の私的で合意に基づく性的親密性は人格的な絆 (personal bond) を形成すると判示した *Lawrence* 判決を引用し、婚姻とはそうした人格的な絆に尊厳性と法的地位に一層の保護を与えるものと捉える。すなわち、人格的な絆が存在し、これを婚姻として承認することが州の権限であるというのである。

この捉え方に基づくのであれば、同性婚問題とは州の立法裁量の問題であ

---

53) *Id.* at 2695.

るということになる。*Windsor* 判決が、何故こうした婚姻の捉え方をしたのか。その理由として、実体的デュー・プロセスあるいは平等保護原則単独では DOMA を違憲とすることができなかったという従来の憲法理論の限界が指摘できうる。

まず、同性婚に対する実体的デュー・プロセスの限界について指摘したい。これまで実体的デュー・プロセスとは、問題となる自由の利益を実体的な基本的権利として保護する理論と理解され、かかる自由の利益が基本的権利として承認されるためには「わが国の歴史と伝統に古くから根付いている」あるいは「秩序ある自由の観念に暗に示されている」<sup>54)</sup>ことが要求されてきた。法廷意見も認めている通り、アメリカでは伝統的に婚姻とは異性婚のことを指しており、同性婚を実体的デュー・プロセスで保護することはできない。つまり、実体的デュー・プロセスを適用しても DOMA 第3条は合憲となり、その結果、州が認めた婚姻カップルの尊厳性が侵害されたままとなりうるからである。

次に、平等保護原則のみを根拠とした場合を考えてみたい。この場合、DOMA 第3条は、同性カップルに対する敵意に基づく法律として違憲となろう。しかし、婚姻の定義は、建国より州の権限に委ねられている。そのため、婚姻の平等性という観点から、DOMA 第3条を平等保護違反とすると同性婚を未だ禁止している州の権限が侵害される結果を招いてしまうのである。

それゆえ、*Windsor* 判決では、*Lawrence* 判決で提示された人格的関係性の一要素として婚姻を捉えることで、DOMA 第3条の合憲性判断の射程を同性婚容認の州内に限定し、その州内における同性婚カップルの自由と平等の問題として扱ったのだと思われる。つまり、第5修正のデュー・プロセス条項の「自由」の中に法の下での平等の意味を実体的に読み込んで DOMA 第3条を違憲としたのには、同性婚を認める州の権限と州法によって認められた婚姻カップルの自由と平等を保護する一方で、同性婚を禁止する州の権限を保護する意図が含まれているのではないだろうか。このことは、本判決の射程が合法化された婚姻に限定されるとの法廷意見の見解からも根拠づけられるだろう。

もともと、*Windsor* 判決のように同性婚を捉えると、同性婚とは個人の権利

---

54) See e.g., *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186, 191-92 (1986).

というよりもむしろ、各州が認める婚姻形態、婚姻制度自体を指すことになる。つまり、同性婚の是非は州の立法裁量の問題として扱われよう。しかし、アメリカにおいて婚姻の権利は、既に合衆国最高裁判例によって憲法上の権利として確立している。そうすると、同性婚を望む同性カップルの婚姻の権利と婚姻に関する州の権限をどのように調整するかが問われることになる。同性婚を禁止する州において、同性婚を望む個人の婚姻の権利は認められないのだろうか。この疑問に対する合衆国最高裁なりの解答が *Obergefell* 判決であった。

## (2) 婚姻の権利としての同性婚容認－ *Obergefell v. Hodges* －

### ① *Obergefell* 判決の概要

*Obergefell* 判決では、婚姻を一人の男性と一人の女性の結合として定義するミシガン (Michigan)、ケンタッキー (Kentucky)、オハイオ (Ohio)、テネシー (Tennessee) の各州法の合憲性が争われた。<sup>55)</sup> 本件の経緯は以下の通りである。上訴人は、14組の同性カップルと同性のパートナーを失った二人の男性である。被上訴人は、問題となる州法を行使する州の公式責任者である。上訴人は、他州で合法化され、承認されている婚姻に関する権利を被上訴人は否定しており、合衆国憲法第14修正に違反していると主張し、それぞれが在住する各州の合衆国地方裁判所に訴訟を提起した。各地方裁判所は上訴人側を支持する判決を下したため、被上訴人は、それぞれの判決を第6巡回区控訴裁判所に上訴した。同裁判所は、事件を併合し、州は同性婚を許可し州外での同性婚を認める憲法上の義務を有しないとして合衆国地裁判決を覆した。

合衆国最高裁は、事件を併合した上で、次の二点に争点を絞って裁量上訴を認めた。第一に、ミシガン州とケンタッキー州の事件から提起されたように、第14修正は州に同性間の婚姻を認める権限を付与するよう要求しているのかである。第二に、オハイオ州やテネシー州、そしてケンタッキー州で再提起されているように、第14修正はすでに同性婚に権利性を付与し、行使している州の同性婚を他州にも認めるよう要求しているのかである。本判決の判旨は以下のよ

---

55) *Obergefell* 判決に関する詳細な分析・検討は、拙稿「*Obergefell* 判決における同性婚と婚姻の権利」創価法学第46巻1号 (2016年) 1-31頁で論じた。

うなものであった。

法廷意見を述べたケネディ裁判官は、はじめに被上訴人の主張が婚姻を男性と女性の結合とする伝統的な婚姻制度の維持であるのに対して、上訴人の主張は同性婚も異性婚と同等の特権と責任を求めていることであると確認する。そして、婚姻の権利を保障した判例は、異性間の関係を前提としていたが、以下の四つの原則と伝統が同性カップルにも婚姻の権利を等しく適用されることを論証している<sup>56)</sup>。

すなわち、①婚姻の選択が個人の自律にかかわること、②2人の結合(union)に婚姻(marriage)という尊厳性を付与すること、③子どもと家族にとっての利益を保護すること、④社会秩序の安定の要であることである。本判決では、これらの原則を尊重することに同性カップルの異性カップルとの違いはなく、州が同性カップルの婚姻に関する利益を否定することは彼らの尊厳性を貶める以外の何ものでもない<sup>57)</sup>。

婚姻を異性カップルに限定する考えは、今や、婚姻の権利の核心的意味と合致しないことは明らかである。同性カップルの婚姻を禁止する法律は彼らにステイグマを課している。被上訴人は、上訴人たちは婚姻の権利ではなく「同性婚の権利(right to same-sex marriage)」を要求しているのだと主張する。しかし、婚姻の権利に関する個々の判例では、包括的な意味における婚姻の権利について問うていた。その原則を本件でも適用する<sup>58)</sup>。

今や問題となる州法が、同性カップルの自由に負担を課していることは明白であり、さらに不平等であることは疑いない。すなわち、同性カップルには、異性カップルに認められている利益すべてが否定されており、基本的権利の行使が禁じられている。問題となる州法は、異性婚と同じ条件の同性カップルを民事婚(civil marriage)から排除する限りにおいて無効である<sup>59)</sup>。

我々の憲法体制の動態では、個人は基本的権利を主張するのに立法措置を待つ必要はない。たとえ世論(the broader public)が支持しなくとも、たとえ立

---

56) 135 S. Ct. at 2594-99.

57) *Id.* at 2599-2602.

58) *Id.* at 2602.

59) *Id.* at 2604-05.

法府が法の制定を拒否したとしても、個人は憲法で保護される権利を行使することができる。これは「基本的権利が投票に依拠するものではない。すなわち、基本的権利は選挙に左右されるものではない」ということである。本件の問題は、憲法が同性カップルの婚姻の権利を保護するか否かという法的問題である。<sup>60)</sup>

被上訴人は、同性カップルの婚姻を認めることは異性婚の減退を招き、これによって制度としての婚姻を貶めることになる」と主張する。しかしながら、婚姻するか否か、あるいは子どもをもうけるか否かの決定は、個人的で、情熱的で (romantic)、そして実質的な考慮 (consideration) に基づくものである。被上訴人は、同性婚の容認が害をもたらしことになる」との結論の根拠を示していない。<sup>61)</sup>

本件は、憲法が州に同性婚容認を求めているか否かという問題も提示している。同性婚の禁止が同性カップルに実質的かつ継続的な害悪を与えているのは明らかである。当裁判所は、すべての州において同性カップルは婚姻に関する基本的権利を行使できることを認める。また、州は同性愛を理由に他州で行った同性婚の法的正当性を拒否できないことを支持する。同性婚を訴える彼らは婚姻に対して敬愛の念を持っている。彼らは、法の下における平等の尊厳 (equality dignity) を求めている。憲法は、彼らにその権利を保障している。第六巡回区控訴裁判所の判決を破棄する。<sup>62)</sup>

## ② Obergefell 判決における同性婚理論

*Obergefell* 判決の結論とは、端的に言えば、同性カップルも異性カップルと同様に婚姻の権利を有しており、それゆえ同性婚も憲法上許容されるというものである。*Windsor* 判決では同性婚を州の立法裁量として扱ったのに対して、*Obergefell* 判決では同性カップルの婚姻の権利の問題として扱ったのである。*Obergefell* 判決の特徴を改めて整理すると、次の二つになる。

---

60) *Id.* at 2605-06.

61) *Id.* at 2606-07.

62) *Id.* at 2607-08.

63) *Id.* at 2608.

一つに、同性婚問題を検討するにあたり、婚姻が基本的権利たりうる四つの原則と伝統を導き出したことである。*Obergefell* 判決では、婚姻が基本的権利として扱われる理由として、①婚姻の選択が個人の自律にかかわること、②2人の結合に婚姻という尊厳性を付与すること、③子どもと家族にとっての利益を保護すること、④社会秩序の安定の要であることを挙げた。そして、これらを鑑みると、同性カップルと異性カップルとの違いはないとして、同性カップルにも婚姻の権利があるとした。

二つに、同性婚禁止の州法の合憲性を第14修正のデュー・プロセス条項による婚姻の権利の保護、平等保護条項による婚姻の平等性、そして民主的プロセスとの関連性の三つの視点から多角的に検討を行われていたことである。単一の理論に拘泥することなく、多角的検討によって総合的な判断を下すという手法は *Windsor* 判決の論理と類似するものである。

しかし、*Obergefell* 判決の論理と *Windsor* 判決の論理と比較した場合、次のような違いがある。第一の相違点は、同性婚の捉え方である。*Windsor* 判決では、婚姻の定義に関しては州の権限であり、それゆえ同性婚も州が定める婚姻制度の問題であるとして連邦法で婚姻を規制することは許容されないとされた。他方で、*Obergefell* 判決では、同性カップルの婚姻の権利の是非の問題と捉えた。そう捉えなければ、同性愛者の婚姻に付随する多くの権利と責任が否定されたままとなるからである。しかし、同性婚を権利問題として捉えるには、次の二つの問題点を克服する必要があった。

まず、権利保護理論の問題である。既述したように、アメリカにおいて憲法に明示されていない自由が実体的な基本的権利として承認されるには、①「アメリカの歴史と伝統に古くから深く根付いている」こと、②「それを犠牲にしての自由や正義がありえないような、秩序ある自由の観念に暗に含まれる」ことが要求される。アメリカでは、婚姻とは伝統的に異性婚であると考えられてきたため、同性婚を「同性婚の権利」という個別的な基本的権利として保護することが困難だったのである。

次に、婚姻の定義は州の独占的な権限と明言した *Windsor* 判決の論理である。*Windsor* 判決の論理に依拠すれば、同性婚の是非は州の立法裁量に委ねられ、州の決定が尊重されることになる。それゆえ、州が同性婚を禁ずる法律が

制定されるならば、それが合憲となりうる可能性が生じるのである。

こうした事情を鑑みて、*Obergefell* 判決では、婚姻の意味を明確にすることで、異性カップルだけでなく同性カップルにも婚姻の権利を行使できる根拠を提示した。さらに、これまでの婚姻の権利に関する合衆国最高裁判例が、特定の婚姻形態の問題を婚姻の権利の問題として扱い、保護してきたことに注目し、同性婚問題も同性カップルによる婚姻の権利の問題として扱ったのだと思われる。

第二の相違点は、平等保護の対象である。*Windsor* 判決では平等保護原則の観点から DOMA の合憲性が検討されたが、そこでの問題は同性婚が州で承認されたとしても、連邦法の下で第二級の婚姻として扱われることであった。すなわち、同一州内に二つの婚姻制度が創られ、同性婚を容認された州内の同性カップルが州法の下では婚姻状態にあり、連邦法の下では婚姻状態にないことが問題だったのである。換言すれば、*Windsor* 判決の平等の対象とは婚姻自体の平等性であり、同一州内で認められる同性婚と異性婚の連邦法下における格差が問題だったのである。

しかし、*Obergefell* 判決では、婚姻が基本的権利である四つの原則を明らかにすることで、同性カップルにも婚姻の権利が行使できることを確認した。これにより、同性婚を禁止する州法は、同性カップルの人格性を否定するものであり、彼らにスティグマを課しているとみなされ、平等保護の観点からも違憲とされたのである。つまり、*Obergefell* 判決では、婚姻が憲法上の権利として保護される原則を提示することで、平等問題の対照を同性婚と異性婚といった婚姻制度上の差別是正ではなく、婚姻の権利をめぐる同性愛者のスティグマの問題とあることを明らかにしたのである。

以上のように、*Obergefell* 判決の論理が同性婚問題を婚姻の権利問題として扱えた背景には、何故、婚姻が基本的権利として憲法上保護されるのかといった理由を明らかにした点にある。これにより、婚姻の定義は州の権限であるとの *Windsor* 判決の論理との衝突を回避し、同性婚を禁止する州法であっても憲法上違反するとの論理が組み立てられたのだと思われる。



## 結びに代えて ― 日本における同性婚容認の可能性

本稿では、日本において同性婚容認の理論的方途を探るべく、アメリカの *Windsor* 判決と *Obergefell* 判決の論理から示唆を得ようと試みた。*Windsor* 判決の論理は、婚姻に関する州の権限であることを前提に、これを連邦法によって制限することは違憲と判断した。*Windsor* 判決では、同性婚を容認した州の立法裁量を尊重したが、同性婚に反対している州内の同性カップルの婚姻の問題が未解決のままであった。

しかし、*Obergefell* 判決では、同性婚を婚姻の権利の問題として捉え、同性婚を禁止する州法を違憲とすることで、*Windsor* 判決で残された問題を解決した。*Obergefell* 判決が同性カップルの婚姻の権利として捉えることができたのは、婚姻が基本的権利たりうる四つの原則と伝統を明らかにしたからである。これにより、婚姻の権利に含まれる内容として同性婚を包括的に保護したのである。

翻って、日本の場合、渋谷区パートナーシップ条例をはじめ、各自治体で同性カップルの法的保護が現実味を帯びているが、パートナーシップ関係は婚姻関係ではないという限界がある。そのため、同性婚を考えるあたり、婚姻を規定する第24条の解釈が重要となる。しかし、近時の最高裁は、婚姻・家族のあり方をめぐる諸判例で諸外国のすう勢をも考慮した時代の変化による制度の修正を強調するが、第24条の趣旨には言及するものの、文言上の具体的解釈にまで踏み込んだ議論は展開されていない。学説でも、同性婚を解釈によって容認する見解もあるが異性婚を前提とする通説の見解や現行の婚姻制度を克服するまでには至っておらず、未だ同性婚に対する統一の見解が提示されていない。

こうした日本の現状は、第24条の文言上の解釈自体の相違というよりも、その意義が日本の「家」制度の脱却のみにとらわれていたことに原因がありそうである。これまで日本の判例・学説ともに、第24条の意義とは戦前の封建的な「家」制度の反省をふまえて個人の尊厳と実質的平等に立脚する家族観の確立にあるとの趣旨に留まり、何故、婚姻の自由が憲法上保障されるのかといった積極的な議論がなされてこなかったように思える。

しかし、日本国憲法制定70年が過ぎ、多様な価値観に基づく家族関係が見出

される今日、これまであまり議論されてこなかった婚姻の憲法上の意義を改めて考える時期に差しかかっているように思える。その意味で、アメリカにおいて国論が二分される問題にもかかわらず、婚姻が基本的権利として保護される四つの原則を導出して、同性婚を積極的に保護した *Obergefell* 判決の観点は、日本の同性婚問題を考える上で有益な示唆となろう。

もちろん、*Obergefell* 判決で提示された四つの原則が日本でもあてはめるかどうかについては、さらなる慎重な検討を要することはいうまでもない。だが、日本において婚姻の意義に関する積極的な議論を進めることで、日本の同性婚容認への新たな可能性が提示されることはもちろん、本当の意味での「家」制度からの脱却が図れるのではないだろうか。