

# 同性婚導入の可能性と必然性

二 宮 周 平\*

## 目 次

はじめに

- 1 日本婚姻法の原則と同性婚の位置づけ
    - (1) 日本婚姻法の沿革と婚姻法の原則
    - (2) 同性婚の位置づけ
  - 2 同性婚を排除する根拠としての生殖・子育て
    - (1) 婚姻成立の要件と生殖能力
    - (2) 個人から見た婚姻制度の意義、目的
  - 3 現行婚姻法の原則と同性婚の保障
    - (1) 婚姻の自由
    - (2) 婚姻の平等
  - 4 同性婚保障の影響
- おわりに

## はじめに

2001年、初めてオランダが同性婚を法制化し、2020年12月時点で、29の国・地域が同性婚を承認するに至った<sup>1)</sup>。日本では、2015年7月、同性婚

---

\* におみや・しゅうへい 立命館大学法学部教授

1) オランダ (2001)、ベルギー (2003)、スペイン、カナダ (2005)、南アフリカ (2006)、ノルウェー、スウェーデン (2009)、ポルトガル、アイスランド、アルゼンチン、(2010)、メキシコ (一部の州、2011)、デンマーク (2012)、ブラジル (判例)、フランス、ウルグアイ、ニュージーランド (2013)、英国 (イングランド、ウェールズ、スコットランド 2014、北アイルランド 2020)、ルクセンブルク、米国 (判例)、アイルランド (2015)、コロンビア (2016)、フィンランド、マルタ、ドイツ、オーストラリア (2017)、オーストラリア、台湾、エクアドル (2019)、コスタリカ (2020) (NPO 法人「EMA 日本」の調査による [2020年12月7日閲覧])。

人権救済弁護団が当事者455名の代理人として日弁連に人権救済を申し立てた。2018年6月、立憲民主党、共産党、社民党は婚姻の性中立化の法案を議員立法として共同提案した。2019年2月、同性カップル13組26人が、札幌、東京、名古屋、大阪の各地裁に、同性婚を認めない民法・戸籍法は、個人の尊重、法の下での平等、婚姻の自由に反し違憲であるとして、国家賠償請求訴訟を提起した（同年9月、翌年3月に福岡地裁でも提訴）。2019年7月、日弁連は、「国は、同性婚を認め、これに関連する法令の改正を速やかに行うべきである」との意見書を発出した。他方、学術の間からは、2016年11月、日本家族〈社会と法〉学会学術大会で、同性婚の導入を含む抜本的な家族法改正を提案し、2017年9月、日本学術会議法学委員会「社会と教育における LGBTI の権利保障分科会」による「提言 性的マイノリティの権利保障をめざして——婚姻・教育・労働を中心に——」は、婚姻の性中立化を実現する民法改正を提言の一つとして明記した。今、まさに同性婚の導入が現実の立法課題として議論されているのである<sup>2)</sup>。

そこで、本稿では、明治民法以降の婚姻法の沿革と婚姻法の原理の変遷をたどり、現行婚姻法の立法目的を明らかにした上で、現行憲法制定時および民法改正時において同性婚が想定されていなかったこと及びそのことは同性婚を排除するものではなく、婚姻法の立法目的と、近代的婚姻制度の原理を体現した現行婚姻法の原則に基づいて検討すべきこと（1）、明治民法以降、生殖能力が婚姻成立の要件とされたことはなく、婚姻制度に対して社会的に期待される役割も変化し、かつ、個人から見た婚姻の目的が多様化しており、婚姻の目的を一義的に生殖・子育てとすることはできないことから、異性間に婚姻を限定する正当な理由は存在しないこと（2）、むしろ現行婚姻法の基本原則である婚姻の自由、婚姻における平等の観点からは、同性婚の導入が可能であること（3）、それは異性婚が構

---

2) なお、2015年3月、東京都渋谷区を嚆矢とするパートナーシップ証明制度を導入する地方自治体は、2020年9月30日時点で60、2019年から2020年にかけて増加しており、1301組が利用している（NPO法人「虹色ダイバーシティ」調査による〔2020年12月7日閲覧〕）。

築してきた社会秩序に影響を与えるものではなく、当事者の人格的結合関係を安定させるとともに、性のあり方の多様性に関する偏見・差別（ステイグマ）を取り除く上でも重要な意義を有すること（4）を指摘し、同性婚導入の必然性を論証したい。

## 1 日本婚姻法の原則と同性婚の位置づけ

### (1) 日本婚姻法の沿革と婚姻法の原則

一夫一婦制と自由な合意による婚姻という近代的な婚姻制度の根幹が明治民法（1898（明治31）年12月）で確立した。明治民法原案を審議する法典調査会委員だった奥田義人は、「近世文明国ニ於テハ婚姻ハ一男一女ノ共同生活ナルコトヲ要シ、而シテ其共同生活ハ男女双方ノ自由意思ニ基キタルモノナルコトヲ要ス」と記述した<sup>3)</sup>。彼らの次の世代である穂積重遠は、「婚姻トハ終生ノ共同生活ヲ目的トスル一男一女ノ法律的結合関係ヲ云ヒ、又ハ此結合関係ヲ創設スル当事者ノ意思表示ヲ云フ」と記述した<sup>4)</sup>。

こうした経緯について、谷口知平は、「我国は今日の文明諸国と同様に、民法を以て婚姻は一男一女の共諾（合意）に基づく終生的な共同生活であるとする基調の上に婚姻制度を形成している。即ち従来より認められていた妾の制度は否認せられ、婚姻の当事者は親と親或は家と家とであるとする売買婚或は贈与婚は否認せられて、あくまでも当事者男女の意思に基づくべきものとされ、又祖先祭祀の承継者を得ること若くは子孫を残すことのみが目的とはせられることなく、又階級や職業による制限が撤廃せられたのである」と記述した<sup>5)</sup>。

1947年12月に改正された民法では、家制度が廃止され、婚姻の自由と夫婦の権利義務の平等化が確保された。その根拠となったのが、1946年11月

---

3) 奥田義人『親族法論』（有斐閣書房、1898）108頁。

4) 穂積重遠『親族法大意』（岩波書店、1917）60頁。

5) 谷口知平『日本親族法』（弘文堂書房、1935）210頁。

に公布、翌年5月に施行された日本国憲法24条である。家制度の拘束からの解放を象徴するとともに、当事者の合意のみによって婚姻が成立するという婚姻の自由を保障する規定であり、婚姻は、自由な独立した人格を有する者の合意を基礎とする契約であるという婚姻観を表明している。民法改正において、具体的には、法定推定家督相続人に対する婚姻規制、戸主の婚姻同意権、姦通により離婚または刑の宣告を受けた者は相姦者と婚姻をすることができないという規定を廃止し、父母の婚姻同意権を未成年の子に限定することによって、婚姻の自由を確保し、拡大した。また、家族を「家」のような団体として規定せず、夫と妻、親と子、親族相互の個人と個人の権利義務関係として規定し、同居協力扶助義務、婚姻費用分担義務、日常家事債務の連帯責任、夫婦別産制、離婚原因、婚姻中の子に対する親権の共同行使など、可能な限りの夫婦平等化を図った。現行婚姻法の立法目的は、婚姻の自由と夫婦関係における平等の確保なのである。

近代市民社会では、すべての人は抽象的・観念的な法的な人格者として平等な資格が与えられ、人間の社会的関係は、自由な意思主体者間の契約的關係となる。婚姻もまた平等な意思主体者間の自由な婚姻意思の合致、契約として構成される。こうして成立した婚姻関係は、平等独立主体者間の権利義務関係として捉えられ、前近代社会の家父長的な家族共同体の支配関係からの離脱を意味し、婚姻の契約的把握は、近代的婚姻制度を象徴的に表現するものである<sup>6)</sup>。すなわち、近代的婚姻制度は、当事者の合意による婚姻の成立と、婚姻を個人と個人の権利義務関係と捉えることを基本原理とする。日本の婚姻法は、家制度の廃止により、ようやくこの原理を体現するものとなった。

## (2) 同性婚の位置づけ

明治以降、1970年代頃まで、同性愛を病気であり、異常なものであると

---

6) 青山道夫・有地亨編『新版 注釈民法(21)親族(1)』（有斐閣、1989）152頁〔青山道夫・有地亨〕。

する認識が続き、当事者もそのようなものとして内面化していた<sup>7)</sup>。実際に同性同士で暮らす事例はあったが、このような状況の下では、夫婦あるいは家族として共同生活を営む関係として捉えることなど不可能だった。したがって、明治民法も、日本国憲法も、改正民法も、婚姻を男女の結合であることを当然の前提としており、同性婚は念頭になかった。憲法24条1項の「婚姻は、両性の合意のみに基づいて成立し」との文言は、前述のように明治民法時代、婚姻が戸主や親の意向のままに決められることが慣例となっていた事実をふまえ、これをなくし、婚姻の自由を確立することにあっ<sup>8)</sup>。

窪田充見教授は、同性のパートナーの関係について、「婚姻に準じて扱うのか(準婚理論)、あくまでも契約の問題として解決するのかという、いずれの方向で考えるにしても、現在の婚姻法秩序が、こうした同性間の関係を排除しているものなのかという点が、重要なてがかりとなる。この場合、現行民法が、異性間の関係のみを前提としているということから、ただちに答えが導かれるわけではない。それは、単に、現行の法秩序が、異性間の関係としての婚姻という制度を用意しているということにすぎないからである。問題は、それでは、現行法では用意されていない、そうした同性間の関係をどのように位置づけて、法的に扱うべきなのかなのである」と述べている<sup>9)</sup>。すなわち、現行憲法、民法が同性婚を想定していないことは、解釈論として、また立法論として、同性婚をどう位置づけるかの答えを一義的に導くものではないのである。婚姻は社会的制度であり、あらゆる社会を通じて同一の型を有するものはなく、婚姻制度は社会の経済的、政治的条件または道徳的理念によって異なるものである<sup>10)</sup>。婚姻法はカップルとしての共同生活に社会的承認を付与するものであり、時代、

---

7) 風間孝・河口和也『同性愛と異性愛』(岩波新書, 2010) 104~105頁。

8) 二宮周平編『新注釈民法(17)親族(1)』(有斐閣, 2017) 70頁〔二宮周平〕。

9) 窪田充見『家族法』(有斐閣, 2011) 144~145頁, 同書第4版(2019) 154~155頁。

10) 青山道夫『家族法論』(法律文化社, 1958) 62~63頁。

社会の変化により、その意義も成立要件も変容する。現在、29の国・地域において同性婚が制度化ないし判例により承認されていることは、婚姻を男女間に限ってきた沿革が絶対的なものではないことを示している。

同性婚を導入すべきか否かの立法論は、現行婚姻法の立法目的と原則に基づいてなされるべきである。立法目的は婚姻の自由と夫婦関係における平等の確保であり、婚姻法の原則は、当事者の合意による婚姻の成立と、婚姻を個人と個人の権利義務関係と捉えることである。夫婦関係を婚姻当事者の関係と捉え直せば、立法目的からも、原則からも、当事者を異性カップルに限定する必然性はない。婚姻を異性間に限定し、同性カップルを排除するとすれば、その正当化の根拠が示されなければならない。

## 2 同性婚を排除する根拠としての生殖・子育て

これまで婚姻が異性間に限定されてきた背景には、同性愛を精神疾患とし、同性同士が親密な関係となることを「異常」、「不自然」とする「異性愛規範」があるように思われる。しかし、そうした差別的な異性愛規範について、人権や平等の視点から点検、見直しが始まると、同性婚を否定する有力な説得的な根拠として、婚姻制度の意義や目的を生殖・子育てにあるとする論が立てられるようになる。果たしてそうなのだろうか。

### (1) 婚姻成立の要件と生殖能力

欧米型の婚姻制度を導入した国々では、婚姻の成立要件として、その範囲に差はあるが近親婚の禁止、重婚の禁止、婚姻最低年齢、その後廃止する国が主流となったが女性のみの一定期間の再婚禁止を設けている。しかし、生殖能力を要件とする国はない。日本も同様である。もし婚姻制度の目的が出産・子育てにあるならば、生殖能力を婚姻の成立要件にしたり、生殖不能を婚姻の無効・取消原因、離婚原因にする必要がある。しかし、明治民法制定過程では、こうした議論はなされず、学説も次のような理解

を示していた。「婚姻ハ夫妻ノ共同生活ヲ目的トス。必シモ子ヲ得ルコトヲ目的トセズ。故ニ子無キヲ去ルコトナク、老年者ノ婚姻ヲ禁ズルコトナク、生殖不能ヲ以テ離婚又ハ婚姻ノ無効取消ノ原因トスルコトナシ」<sup>11)</sup>、「男女ノ結合ハ共同ノ生存ヲ目的トス。即チ婚姻ノ目的ハ性交ニ在ラス又子ヲ得ルコトニモ非ス。従テ性交不能者不産女モ亦婚姻スルコトヲ得ト云フヲ現今ノ通説トス」<sup>12)</sup>、「無子、生殖不能の如きは離婚原因乃至は婚姻の無効や取消原因とされない」<sup>13)</sup>などである。

確かに生殖を婚姻制度の目的とする学説があった。「経済生活の結合のみを目的とするが如きは婚姻ではない。更に婚姻は生殖を目的とする。或は民法が所謂不能者に対しても婚姻を禁ぜず子無きを以て離婚原因と為さざる等の形式を捉へて、生殖が婚姻の目的に非ざるが如く説く者があるが、例外を以て一般を推さむとする謬見である」として、前述の学説を批判した<sup>14)</sup>。こうした批判は、家制度の下では、家を維持するために後継ぎの確保が重要視され、また、富国強兵にはより多くの労働者と兵士が必要であり、政策的に婚姻制度の目的を生殖に結びつけた社会的背景に胚胎するものと考えられる。

しかし、現行法もまた、生殖能力を婚姻成立の要件にしておらず、生殖不能を婚姻の無効・取消原因、離婚原因にもしていない。有責配偶者の離婚請求を一定の条件の下に認めた最大判1987(昭和62)年9月2日民集41巻6号1423頁は、「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」とし、明治民法下から今日に至る通説同様、生殖や養育には言及していない。

以上のことを、上野雅和教授は、「夫婦が子を生み育てることは、社会通念上期待されてはいても、法的に要求されているとはいえない。夫婦に

11) 穂積・前注(4)61頁。なお穂積重遠『親族法』(岩波書店、1933)224~225頁でも同様の記述がある。

12) 森本富士雄『日本親族法』(文信社書店、1926)44頁。

13) 谷口・前注(5)210頁。

14) 野上久幸『親族法講義』(巖松堂書店、1929)54~55頁。

生殖能力があっても、避妊や墮胎により親とならない自由がある。生殖能力のない夫婦もまた婚姻法上の保護を受ける。性関係をもつことさえ夫婦の必要条件とはいえない。生殖と子の養育は婚姻の一つの主要な目的ないし役割ではあっても、生殖を目的としない婚姻も法律上有効な婚姻である」と指摘する<sup>15)</sup>。

## (2) 個人から見た婚姻制度の意義、目的

各種の意識調査を分析すると、人々の婚姻制度に対する意識、目的は多様化していることがわかる。

① NHK「日本人の意識調査」(2018年)<sup>16)</sup>によると、「結婚したら、子どもをもつのが当たり前だ」は54% (1993年) から33%に減少し、「結婚しても、必ずしも子どもをもたなくてよい」は40% (1993年) から60%に増加している。

② 国立社会保障・人口問題研究所「第6回全国家庭動向調査」(2018年)<sup>17)</sup>によると、「夫婦は子どもを持つてはじめて社会的に認められる」は、35.8% (2008年) から24.7% (2018年) に減少している。妻の年齢別に見ると、40代15.7%、30代9.9%、20代7.8%であり、若い世代ほど、賛成の者が著しく少なくなる。

①②は、結婚すれば子どもをもつことを当然とし、夫婦としての社会的承認に結びつける規範的な意識が希薄になっていることを示している。

③ 国立社会保障・人口問題研究所「第15回出生動向基本調査」(2015年)<sup>18)</sup>によると、女性の未婚者及び既婚者の子どもを持つ理由(複数回答可)として、a「子どもがいると生活が楽しく豊になるから」(未婚者73.3%、既婚者78.4%)、b「好きな人の子どもの持ちたい」(未婚者55.1%、

---

15) 青山・有地編・前注(6) 178頁〔上野雅和〕。

16) [http://www3.nhk.or.jp/news/special/heisei/feature-articles/feature-articles\\_05.html](http://www3.nhk.or.jp/news/special/heisei/feature-articles/feature-articles_05.html)

17) [http://www.ipss.go.jp/ps-katei/j/NSF6/Kohyo/NSFJ6\\_gaiyo.pdf](http://www.ipss.go.jp/ps-katei/j/NSF6/Kohyo/NSFJ6_gaiyo.pdf)

18) [http://www.ipss.go.jp/ps-doukou15/gaiyo15html/NFS15G\\_html10.html](http://www.ipss.go.jp/ps-doukou15/gaiyo15html/NFS15G_html10.html)

既婚者37.7%), c「結婚して子どもを持つことは自然なことだから」(未婚者39.0%, 既婚者48.7%)である。aが未婚者・既婚者共通に突出しており, cのような規範的意識よりも, 生活の楽しさ, 豊かさという実利が重視されていることがわかる。

④ 上記③調査(2015年)の「結婚・家族に関する未婚者, 既婚者の意識調査」から女性の数値を見ると, 「結婚したら, 子どもは持つべきだ」に賛成67.4%(未婚女性), 66.6%(既婚女性)だが, 賛成数値の高い項目の順序では, 13項目中7番目(未婚女性), 6番目(既婚女性)であり, 「結婚しても, 人生には結婚相手や家族とは別の自分だけの目標を持つべきである」に賛成88.4%(未婚女性), 85.0%(既婚女性)という数値に遠く及ばない。子どもをもつべきという規範意識は, 他の規範意識よりも相対的に低くなっている。

⑤ 日本家族社会学会「全国家族調査」(2009年)<sup>19)</sup>によると, 「家族観についての意見(オ)結婚しても必ずしも子どもをもつ必要はない」について, そう思う, どちらかといえばそう思うの合計は37.3%だが, 28~32歳女性55.3%, 33~42歳女性55.3%, 43~52歳女性48.9%である。2019年の調査結果が公表されていないが, 賛成が多いあるいは賛否が拮抗している女性年代別数値と①調査を関連させると, 子どもをもつことの規範意識が低下していることを推測させる。

⑥ 国民生活白書(2005年)<sup>20)</sup>の「結婚の良い点・メリットは何か」(あてはまるものすべて)によれば, 未婚者・既婚者とも「家族や子どもを持てる」(58.2%, 63.5%), 「精神的な安定が得られる」(54.3%, 61.9%), 「好きな人と一緒にいられる」(58.0%, 57.7%)が突出して多い。「家庭はどのような意味を持つと感じているか」によれば, 「家族の団らん」(54.9%, 63.8%), 「休息・やすらぎ」(55.4%, 57.3%), 「家族の絆を

---

19) [http://nfrj.org/nfrj08\\_2010\\_pdf/nfrj08\\_2010\\_ii.pdf](http://nfrj.org/nfrj08_2010_pdf/nfrj08_2010_ii.pdf)

20) [http://www.da.ndl.go.jp/info:ndl.jp/pid/9990748/www5.cao.go.jp/seikatsu/whitepaper/h17/10\\_pdf/01\\_honpen/index.html](http://www.da.ndl.go.jp/info:ndl.jp/pid/9990748/www5.cao.go.jp/seikatsu/whitepaper/h17/10_pdf/01_honpen/index.html)

強める場」(37.6%, 50.8%) がトップ3であり、「子どもを生み、育てる場」(19.5%, 27.0%) は未婚・既婚とも9項目中6番目である。結婚のメリットとして子どもをもてることが挙げられていても、家庭を子の出産・保育の場として意義づける意識は低い。ここでも、婚姻と生殖・子育ての関連性は低下している。

⑦ 上記③調査(2015年)の「結婚の利点」(2つまで)を選択した未婚者の割合によれば、a「子どもや家族をもてる」(男性35.8%, 女性49.8%), b「精神的安らぎの場が得られる」(男性31.1%, 女性28.1%), c「親や周囲の期待に応えられる」(15.9%, 21.9%), d「愛情を感じる人と暮らせる」(男性13.5%, 女性14.0%)などであり、過去の調査に比べて、aの割合が女性の場合、増加している。⑥の場合は、あてはまるものすべての選択、⑦は2つまでの選択であるため、関連する数値の違いが大きくなったものと推測されるが、未婚者の結婚願望と「子どもや家族の形成」願望が連動する割合は高い。

⑧ 内閣府「結婚・家族形成に関する調査報告書」(2010年)<sup>21)</sup>の「結婚した理由」の順位を見ると、既婚者では、a「好きな人と一緒にいたかった」61.0%, b「家族を持ちたかった」44.2%, c「適齢期だと思った」35.8%, d「子どもが欲しかった」32.5%であり、dは4番目でaの半分強にとどまるが、未婚で将来結婚したいと回答した人では、「好きな人と一緒にいたい」61.0% (2014年度68.9%), 「家族を持ちたい」59.2% (70.0%), 「子どもが欲しい」57.1% (70.0%)となり、ここでも結婚願望と「子どもや家族の形成」願望が連動する割合が高く、かつ、2014年度調査では増加している。

以上を総合すると、規範意識として婚姻と生殖・子育ての結びつきは相対的に低下ないし弱くなっており、生殖・子育ての重要性は低減している

---

21) [http://www8.cao.go.jp/shoushi/shoushika/research/cyousa22/marriage\\_family/pdf/zeintai/s2\\_1\\_3.pdf](http://www8.cao.go.jp/shoushi/shoushika/research/cyousa22/marriage_family/pdf/zeintai/s2_1_3.pdf) 及び <http://www8.cao.go.jp/shoushi/shoushika/research/h26/zentai-pdf/index.html>

と評価することができる。他方で、未婚で結婚願望のある者の間では、結婚は家族や子どもをもつことと結びついており、その限りで、婚姻と生殖・子育ての関連性が維持されているが、結婚の良い点・メリットとして「精神的な安定が得られる」、「好きな人と一緒にいられる」が、家庭の意味として「家族の団らん場」、「休息・やすらぎ場」、「家族の絆を強める場」が数多く選択されており、パートナーとの親密な関係性、人格的結びつき、共同生活の安定性が重視されていることがわかる。また、結婚のメリットや利点、結婚する理由に関する意識調査では、数多くの選択肢が用意されており、それぞれを選択する回答がある。このことは、個人によってメリット、目的、理由は多様であり、単に回答数の多い少ないの違いがあるだけであり、回答数が多いことをもって、一義的にこれが婚姻制度の目的、意義であると結びつけることができないことを示している。

個人の視点から見ると、婚姻制度は、人々の多様な個人的利益を保障するものと捉えられている。それにもかかわらず、法制度や社会が婚姻制度の目的を生殖・子育てにあるとすることは、本来、当事者の自己決定に委ねられるべき婚姻、出産、子育てについて、家制度の時代のように国家が介入統制することにつながることを認識する必要がある。したがって、同性カップル排除を正当化する根拠にはならないのである。

### 3 現行婚姻法の原則と同性婚の保障

#### (1) 婚姻の自由

現行民法は日本国憲法13条、14条、24条に基づいて改正されたものである。憲法24条1項は、「婚姻は、両性の合意のみに基づいて成立し」と定め、現行婚姻法はこれを受けて、当事者の合意による婚姻の成立を原則とする。この自由には、結婚するかどうかの自由（婚姻締結の自由）だけではなく、当然の前提として誰と結婚するかの自由（配偶者選択の自由）が含まれる。配偶者選択の自由なくして婚姻締結の自由は保障されないからであ

る。最大判平27〔2015〕年12月16日民集69巻8号2427頁（女性のみの再婚禁止期間事案）及び2586頁（夫婦同氏強制制度事案）は、憲法24条1項に関して、「婚姻をやるかどうか、いつ誰と婚姻をやるかは、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と解される」と述べており、婚姻の自由の2つの要素を明確にしている。さらに立ち入ると、婚姻の自由は、誰と親密な関係を持ち、その者と共同生活の営み方として結婚するのかを個人が自由に決定すること、個人の自己決定を保障する。したがって、婚姻の自由は、個人の尊重および幸福追求に関する憲法13条によって保障されるものである。

2017年5月の台湾司法院解釈（釈字第748号解釈）は、同性婚を認めていない中華民国民法の婚姻規定について、憲法が保障している婚姻の自由および平等権の趣旨に違反すると判断したが、婚姻の自由に関して次のように説明している。「婚姻適齢にある配偶者のない者は、本来結婚の自由を有しており、それは『結婚するかどうか』と『誰と結婚するか』の自由が含まれる。この自己決定は人格の健全なる発展および人間の尊厳の護持に関わり、重要な基本権（a fundamental right）であり、憲法第22条（婚姻の自由）の保障を受けるべきである」とする<sup>22)</sup>。

2019年7月の前述日弁連の意見書は、「自己決定権として婚姻の自由を捉えるとき婚姻の本質的な要素は、当事者の人格的な結合であり、この人格的結合は、相手と継続的に協力し合い親密で人格的な結び付きを維持形成することであり、人格的生存に深く関わる価値を持つ。そして、同性愛者……も、人生において継続的に協力し合う関係を持つ相手（性的指向に適う同性の相手）を選択し、自ら選択した相手と継続的に親密で人格的な

---

22) 翻訳は鈴木賢教授による（司法院釈字第748号解釈—同性両名の婚姻の自由事件（台湾司法院2017年5月24日）、鈴木賢教授のホームページ→業績→翻訳）。なお台湾では、民法とは別の形式で同性カップルの永続的な共同生活をおくる権利を認め、「結婚登記」を認める立法がなされた（司法院釈字第748号解釈施行法〔2019年5月22日公布、5月24日施行〕、林秀雄（小林貴典訳）「台湾における準同性婚法の制定について」戸籍時報789号（2019）22～27頁）。

関係を維持形成している。……同性同士の結合の場合においても、婚姻の自由を保障する必要性があることに違いはない」とする<sup>23)</sup>。

2016年11月の前述日本家族〈社会と法〉学会の提案理由は、「婚姻共同生活を形成するにあたって、婚姻の相手として異性を選択する，同性を選択する，異性か同性か分からないけれども共同生活を営む意志のある者を選択するなど，選択の自由が認められてよい」とする<sup>24)</sup>。婚姻が人格的結合だからこそ，婚姻当事者の意思に基づいて婚姻が成立し，配偶者との人格的関係を築くことが保障されるのである。こうした婚姻の捉え方からは，婚姻を異性間に限定することはできない。

婚姻の自由は，台湾司法院解釈が指摘するように，人間の尊厳に関わることであり，日弁連の意見書が指摘するように，人格的結合として親密で人格的な関係を維持形成するために保障されるべきものである。したがって，配偶者選択の自由として同性婚が承認されるのである。

## (2) 婚姻の平等

上野教授は，婚姻による利益を2つの視点から考察する。1つは，法的・経済的利益であり，夫婦相互の扶養の権利，夫婦財産上の権利，配偶者相続権，離婚給付の権利，社会保障上の各種の受給権，税法上の特典など，婚姻身分に伴う各種の財産上の利益である。1つは，心理的・社会的利益であり，夫婦の人間関係の安定，情緒的満足，社会生活上の地位の強化などである。「個人がこれらの利益享受のために婚姻関係の形成の承認を求めてきたときに，男女の結合であれば，生殖や性関係の可能性がなくても，さらに臨終婚のように，共同生活の可能性すらなくても，婚姻法的利益を付与しながら，同性間の結合であれば，生殖能力の点を除けば夫婦

---

23) 日本弁護士連合会「同性の当事者による婚姻に関する意見書」(2019年7月18日)7～8頁。

24) 南方暁「婚姻法グループの改正提案～婚姻の成立」家族〈社会と法〉33号(2017)99頁。

の實質を伴っていても、婚姻法的利益の付与を拒否する合理的な根拠があるのかという形で、問題が提起されることになる」と指摘している<sup>25)</sup>。

同じカップルとして共同生活を営みながら、異性カップルは婚姻を選択してこうした利益を享受することができるのに対して、同性カップルはこうした利益を享受することができず、日常生活の中でさまざまな不都合、不利益に直面せざるをえないとすれば、当事者の親密で人格的な関係性を不安定にするおそれがある。現行婚姻法の果たす役割、機能は、共同生活の保障による人格的結合の安定化にあるのだから、婚姻法的利益の付与を拒否する合理的な根拠は存在しない。したがって、異性カップルと同性カップルは平等に扱われなければならない。

南方教授は、婚姻法は国家法である以上、個人や社会のニーズを単に反映させるだけでなく、婚姻の規律に関する国家意思が込められており、個人や社会のニーズとは異なる規律を強制することがあるとし、憲法から読み取れる諸原則を国家意思の反映として捉え、婚姻に関わる憲法原則との関係を念頭におくとする。その上で、「現行憲法においては、個人の幸福追求権（憲法13条）や婚姻における自由かつ平等な関係（憲法14条、24条）が保障されており、婚姻成立に当たっては当事者が差別的扱いを受けないこと、また、可能な限り当事者の自由が認められることを国家意思と解してよいと思われる」とする<sup>26)</sup>。

現行婚姻法の立法目的は婚姻の自由の保障であり、したがって、現行婚姻法の原則もまた婚姻の自由であり、婚姻することをすべての婚姻を希望する当事者に保障しなければならない。同性婚を規定しない民法及び戸籍法は、個人の尊重と幸福追求権（憲法13条）、法の下での平等（憲法14条）という憲法上の原則に違反する。

---

25) 青山・有地編・前注(15)179頁〔上野〕。

26) 南方・前注(24)98～99頁。

## 4 同性婚保障の影響

同性婚を承認することは、婚姻法あるいは社会にどのような影響を与えるのだろうか。

第1に、異性婚とともに社会を安定化させる基盤となることである。同性婚の承認は、同性カップルに異性カップルの婚姻と同様の権利義務を保障することである。前述台湾司法院解釈は、「性別を同じくする両名が共同生活を営むという目的により、親密性、排他性のある永続的な結合関係を成立させても、性別を異にする両名に婚姻章第1節から第5節の婚約、結婚、婚姻の効力、財産制および離婚などの規定を適用することには影響がないばかりか、異性婚が構築してきた既存の社会秩序を変更することもない」と指摘する。同性婚が承認されても、異性婚に認められる権利義務に影響はなく、共同生活の保障を通じて、異性婚当事者同様に、同性婚当事者の人格的な結合関係を安定させる役割を果たす。安定的な関係は社会の安定につながるのだから、上記司法院解釈が指摘するように同性婚は「異性婚とともに社会を安定させる基盤となりうる」のである。

第2に、性的指向に関する偏見、差別をなくし、性的マイノリティを含めて人々の多様性を受容する契機となることである。台湾司法院解釈は、「わが国では同性に性的指向が向かう人は、かつては社会的伝統や習俗に受け入れられず、長い間クローゼットのなかに閉じ込められてきた。さまざまな事実上ないし法律上の排斥に遭い、差別を受けてきた。また、同性に性的指向が向かう人は人口構造の要因により、社会的に孤立し隔離された少数派であった。さらに、ステレオタイプなイメージの影響により、政治的に弱い立場におかれ、通常の民主的手続を通じてその法律上の劣勢な地位を回復することを期待するのは難しかった」と指摘する。

異性愛者は好きになった人と自由に婚姻できるのに、同性愛者は好きになった人と婚姻することができない、劣った存在であるという感情を同性

愛当事者にもたらし、夢や希望を打ち砕くことすらある。だからこそ、巻美矢紀教授が指摘するように、同性カップルは「法律婚の他ならぬ『正統性』を求めている」のであり、「同性婚の承認は、かつては法的に差別され、現在でも『二級市民』として社会的に差別されている者たちが、自尊を回復すべく対等な人格としての承認の『象徴』を求める闘争なのである」<sup>27)</sup>。同性婚の導入に至る過程での議論、導入後の周知によって、同性カップルの共同生活の存在を目に見える形で示し、性的指向が同性に向く人を、異性に向く人と同等に扱うことの象徴となり、性的指向に関する偏見、差別をなくす上で有効である。

南方教授は、現代の日本社会では異性婚が圧倒的に多く、同性の者が「婚姻」として共同して生活する事例は限られている現状のもとで同性婚を導入することは、「法が少数者に対してとる姿勢と関わっており、同性婚を求める者の数が限られているとしても、親密な関係に基づき異性婚と同じ法的関係を求めるカップルに対して、法が同性婚を親密な家族関係の一つである婚姻として位置付けることは、少数者の存在を無視しない姿勢の現れなのである」とする<sup>28)</sup>。それは、性的指向に限らず、身体の性の特徴（性に関する身体の発達の状態）、性自認も含めて、多数者と異なる少数者の存在を無視、あるいは排斥することから、包摂する方向へ法が動くことであり、性のあり方の多様性を保障することにつながるのである。

## おわりに

2016年11月、日本家族〈社会と法〉学会学術大会において同性婚を導入する提案がなされた際に、当事者の性的指向を「かけがえのない個人の人権にかかわるものとして尊重」とした。性的指向は個人の人権にかか

---

27) 巻美矢紀「憲法と家族～家族法に関する二つの最高裁大法廷判決を通じて」論究ジュリスト18号（2016）95頁。

28) 南方・前注（24）99頁。

わるものと位置づけられる。これを展開すれば、個人の人格的生存に不可欠なもの、人格権として、憲法13条の「個人の尊重」の中に位置づけることが可能になる。

トランスジェンダーの処遇に関する訴訟の代理人である永野靖弁護士は、「性自認は個人の人格の核をなす重要な構成要素であって、その人のアイデンティティの核をなしている」とし、憲法13条の個人の尊重について、「それぞれの個人のそれぞれのあり方や生き方がそれ自体価値のあるものとして尊重されるという意味である」と理解し、この憲法の理念から、「誰もがその性自認を尊重され、性自認に従って生きる権利がある」と指摘する<sup>29)</sup>。

性自認、性的指向はすべての個人に共通の属性である。その性のあり方は各人各様であり、個人の人格的生存にとって不可欠のだから、その多様性をその人の個性として尊重することが求められる。憲法13条の個人の尊重は、永野弁護士が指摘するように、「それぞれの個人のそれぞれのあり方や生き方がそれ自体価値のあるものとして尊重される」と理解されるべきであり、幸福追求権とは、そのあり方や生き方が社会生活において尊重されることを保障する権利ではないだろうか。こうした総論的位置づけを踏まえた上で各論的課題として、性的指向に関しては、人格的關係を安定させる共同生活の保障として、必然的に同性婚を承認することが導かれるのである<sup>30)</sup>。

\* 本論文は、「結婚の自由をすべての人に訴訟」の原告側意見書（2020年7月）の一部を再構成し、加筆・修正したものである。

---

29) 永野靖「事例紹介 経産省事件（性同一性障害者の「職場における処遇」）」ジェンダーと法15号（2018）133～134頁。

30) 同性婚の導入は、法律婚を他の共同生活形態よりも優遇する現行婚姻制度に同性カップルが絡め取られ、非法律婚カップルやシングルで暮らす人との差別化を図ることに繋がるとして、導入に批判的な立場がある。しかし、異性カップルにはシングル、パートナーシップ、事実婚、法律婚等の選択が可能であるのに対して、同性カップルには法律婚という選択肢がないことは、やはり平等原則に反する。選択枝を保障すると同時に、婚姻の脱特権化を図る必要があると考える。