

日本同性婚姻之議論及其展開

慶應義塾大学大学院法務研究科教授（憲法） 山元 一 著
臺北大學法律學院助理教授（公法） 張 惠東 譯

前言

此次真的非常感謝中華民國臺灣最富權威之司法機關司法院的邀請，也衷心致上本人誠摯的謝忱。關於此次的邀請，首先要感謝給予機會、甫於十一月任期屆滿的陳春生前大法官。陳春生前大法官與我，一同在1984年4月進入東京大學大学院法學政治學研究科公法組碩士班。陳前大法官於塩野宏教授以及小早川光郎教授門下專攻行政法，而我個人則是專攻憲法。此外，也衷心感謝邀請本人前來臺灣的前司法院院長賴浩敏先生以及現任司法院院長許宗力先生。而另外也要感謝負責此次口譯的國立臺北大學張惠東老師。因為張老師與我同樣都研究法國公法，至目前為止業已會晤過數次，今天也希望能多多指教。

今天我所要談的主題是「關於日本同性婚姻之議論及其展開」。關於此一問題的臺灣動向，在日本大家也都很關心。據日本媒體的報導，2015年在臺北市導入同性伴侶登記制度，而關於同性婚姻制度的導入，在臺灣也開始進行許多的討論，11月時，民法修正案也提至立法院，據聞業已開始審議。媒體亦報導，5月時就任的民進黨籍蔡英文總統表示，「在愛之前，所有人都應平等。我支持婚姻的平等。」依據某則新聞，關於同性婚姻合法化，47.8%贊成，30歲以下者的支持率超過70%。但是，反對的聲浪也很大，同樣有反對派在立法院前舉行大型集會的報導。

迎向 21 世紀，無論是台灣抑或是日本，在亞洲、在世界各地，家庭的多樣化也面臨著很大的課題。對法律人而言，這個問題是關於「家庭性的結合」的法律保護問題，也就是提出了一個，對於哪一種「家庭性的結合」應給與何種法律保障的難題。

在此，先稍微試著回顧家庭的歷史。從歷史上來看，原先與近代社會的成立同時產生的，以性別功能分擔為前提的核心家庭型的「近代家庭像」，是從主張嚴格公私區分論的「家長個人主義」的系譜中所導出，是為了克服由男性支配所附加的「傳統家父長之家庭像」所提出的。「近代家庭像」之中，強調家庭的一體性，構成員相互之間，一般認為當然是以夫婦為中心，透過感情所結合的情緒性關係。但是事實上，無論是「近代家庭像」也好，「傳統家父長式的家庭像」也罷，家庭被定位為社會全體秩序中的構成要素，也是出於家庭被認為是社會基本單位的考量。在「近代家庭像」中，一般而言也想當然地認為，僅有以生殖為目的所結合的異性伴侶才受到社會的承認，由這樣的伴侶所生產的孩童也可以作為婚生子女而受到保護。在日本，1889 年的大日本帝國憲法之下所制定的民法，就是設置了對應於「傳統家父長的家庭像」的家庭制度。其後，第二次世界大戰敗北的結果，在聯合國的指導下，制定了日本憲法，同時修正民法的親屬法・繼承法，日本法中所規定的家庭之應然，也轉換為「近代家庭像」。

日本在此種「近代家庭像」之下，享受了戰後的和平與繁榮。但是直到最近，與其他先進各國一樣，包括事實婚在內，進行「家族性的結合」應然面的多樣化，這種結合的應然面，對於「近代家庭像」而言也面臨強大的改變壓力。因此，將向來一直被認為是配套的 sexuality 與生殖予以切離，轉而重視家庭關係中人格的、情愛的關係，並開始嚴肅討論性別平等的問題。西洋社會中，更還有由於西洋文化與伊斯蘭文化間

的緊張關係所導致的文化多樣性的問題。在此種狀況之下，面臨現狀的變化，應該繼續維持既有的法制度，抑或是推動合乎現實多樣化傾向的法制度改革的一種方向，在許多國家之中也產生了激烈的對立。這兩種觀點中，要求國家的任務是對照性的。前者要求國家對於家庭關係進行法的規制，同時制定架構；後者則是要求國家對於家庭關係擔負起調整的任務。但這兩種思維無論哪一方都強調保護「兒童利益」的重要性。多樣化的進行中，何謂「家庭的結合」又成為重要的問題。例如，就今天我們要談的題目有關的部分而言，以法律婚所保障的異性伴侶等，僅在特定的人際關係之結合的應然之下，才會被定位為「家庭的結合」，相對於此，若給與法的保護，此種關係以外的結合或者「關係」，就可能會被有被評價較低的顧慮。如此一來，家庭在人權論中，「對個人之自由保護之要求」與「對家庭集團之社會保護之要求」產生交錯的現象，也成為極為微妙的場域。關於這個問題，就比較憲法學以及國際人權法學，所期待的任務則是更為重大。目前日本以美國為中心，關於各國的動向，在法學、社會學等專業領域中一直都積極地進行研究；反之，關於亞洲的研究則並不多見。

我們關注日本最近動向的話，在憲法上，家庭是重要的課題。日本最高法院在去年 2015 年 12 月 16 日同時作成了兩個重要的大法庭判決。一個是關於女性再婚禁止期間的違憲判決，另一個則是關於夫妻同姓的合憲判決。前者認為，民法中規定離婚女性於六個月內不得再婚的禁止期間過長，因此判決違憲；後者則是認為，在婚姻中必須選擇其中一方的姓的夫妻同姓強制規定，具有統一家族稱呼的合理性，同時不是對於已婚女性單方地強迫改姓之規定，因此下了合憲判決。

以下，首先，在提出日本的狀況之前，謹先確認國際社會以及各國的動向。

1 國際社會及各國動向

國際社會中國際人權的展開究竟如何？1948 年的世界人權宣言第 16 條中提及家庭關係，其中的第三項規定，「家庭是天然的且基本的社會單位，並應受社會及國家的保護。」1966 年的國際人權公約 A 公約第 10 條第一項規定，「對作為社會的自然和基本的單位的家庭，特別是對於它的建立和當它負責照顧和教育未獨立的兒童時，應給與盡可能廣泛的保護和協助。婚姻必須經雙方當事人之合意」；B 公約第 23 條第一項亦規定，「家庭係作為社會的自然且基本的基礎單位，應受到社會及國家的保護。」其後，關於此一領域，消除對婦女一切形式歧視公約以及勞動基準保障核心條約的通過亦很重要。其他，歐洲人權公約、美洲人權公約等等，地域性之人權條約中，亦有關於家庭保障之規定。

但，世界人權宣言第 16 條第一項規定，「成年男女，不受種族、國籍或宗教的任何限制，有權婚嫁和成立家庭。成年男女，在婚姻中及其解消之時，應有平等的權利。」而國際人權公約 B 規約第 23 條第 2 項規定，「已達結婚年齡之男女結婚和成立家庭的權利應被承認」，關於婚姻則以異性伴侶作為當然的前提。另一方面，最近歐洲人權法院的判例認為，同性伴侶亦包括在條約第 8 條第 1 項之「家庭生活」之中。現實點兒言，由於婚姻制度有許多很大的不同，不承認同性伴侶的婚姻本身，並不被認為違反國際人權法。對此，於國際人權法之中，租賃契約之繼承、遺屬年金、受刑人之會面等具體的情形下，則有傾向認為，應該排除由性指向所導致之差別。

關於同性婚姻制度，荷蘭於 2001 年首先導入同性婚姻制度，於 2013 年則可以觀察到導入同性婚姻的世界性潮流。在那一年，紐西蘭、烏拉圭、法國、英國均承認同性婚姻。

於美國有論者指出，關於社會如何對應同性戀，有四個階段：①「不道德的行動」→②「道德性的中立」→③「道德性的認知」→④「道德性的讚賞」。作為世界趨勢，對於同性伴侶，以立法措施準備婚姻制度，到達第四個階段的國家正在增加。伴隨而來，對於同性戀者的活動也不再視為僅有性活動（脫性化），而是作為私事來看待；其次，伴侶與生殖有關，一般也都接受。因而隨著同性婚姻的導入，同性伴侶的家族形成應該承認到何種程度，遂成為重要的問題。關於這個問題，不以自然生殖所生之血緣上的親子關係為標準，屬於新的領域。

於美國 1970 年代的同性婚姻訴訟（下級審）中，婚姻被定義為一男一女之結合，結婚與生殖以及與兒童之養育相連結，而同性婚姻與結婚中所謂一男一女的定義相違悖，且欠缺生殖能力等理由，否定其受憲法上之保障。其後，有美國聯邦最高法院的 Sodomy 行為規制合憲判決（Hardwick 判決（1986 年）），下級審對於「同性婚姻是否為基本權利」有提出討論，但若承認同性婚姻，則將導致也必須容認 Sodomy 行為，因而否定了平等保護條款的適用。

2003 年美國聯邦最高法院於 Lawrence 判決中，對於 Sodomy 行為規制下了違憲判斷之後，關於同性婚姻否定性的下級審判決，乃是以生殖及兒童養育為理由。此一時期關於肯定同性婚姻的下級審判決，則否定生殖與兒童養育得作為正當規制之根據，同時參考各個領域專家的意見，並可觀察到，相較於同性婚姻禁止對於同性伴侶養育兒童所生之問題，以及認可同性伴侶結婚等問題，其更著重於對於如何給與因結婚所伴隨而來之利益等觀點來判斷之傾向。無論是肯定同性婚姻之判決抑或是否定同性婚姻之判決，特徵均在於，都給與立法機關很大的裁量空

間。其後於 2016 年 6 月 26 日美國聯邦最高法院於 Obergefell 判決中，判斷同性婚姻之禁止違憲，引起世界很大的注目。

於法國，隨著家庭的多樣化，使同性伴侶制度成為可能，1999 年 10 月國民議會(下議院)通過民事連帶契約法(Pacte Civil de Solidarité; PACS)。2011 年 1 月 28 日法國憲法委員會認為，婚姻以異性伴侶為限之當時的婚姻法合憲。基於 2013 年 2 月歐蘭德總統之競選公約，同性婚解禁法案 (Mariage pour tous) 於議會提出，同年 5 月 17 日通過。成立。同性婚解禁法案通過之後，反對派立刻提出違憲審查之聲請，5 月 17 日憲法委員會認為，異性婚姻制度並不屬於實質上構成憲法之「共和國法律所承認之基本原理」，遂下合憲判斷。翌日 18 日，歐蘭德總統簽署法案，使該法成立。其間，屢屢有反對派所舉辦之大規模集會(2013 年 1 月 13 日於巴黎之集會約有 34 萬人參加)。2014 年大約有一萬件同性婚姻成立。(佔婚姻總數之 3%)。

我們共同的鄰國韓國的狀況又是如何呢？韓國憲法中，有與日本憲法類似之家庭條款。「婚姻與家庭生活，必須以個人尊嚴與兩性之平等為基礎所成立及維持，國家對此應予保障」之規定，似乎成為承認同性婚姻之障礙。學說上之贊成論認為，解釋上，同項所明定之「兩性」並不成為問題的同時，也主張基於規定幸福追求權之同法第 10 條，可以使同性婚姻法制化在憲法上被承認。反之，反對論則以婚姻之歷史性意義以及機能，係以異性戀為前提，以及維護兒童福利為理由，並不認可其法制化。在韓國，佛教以及基督教的宗教團體似乎成為反對運動之核心。憲法法院於 2011 年 3 月認為，對於「進行雞姦及其他陋行者，處一年以上有期徒刑」之舊軍刑法第 92 條，此一規定合憲。

於日本、韓國與臺灣等受儒教影響之各個國家中，將雞姦列為犯罪之明朝的刑法之影響並非完全不存在，一般認為，與基督教、伊斯蘭教之信徒分布較多的國家相較，禁忌感較為薄弱。明·清律中所規定之雞姦罪，事實上是受到基督教宣教之影響而成之移植法，與這些地區之慣行也可能有乖離。

那麼，接下來就來看日本的狀況。

2 日本的同性戀與法

(1) 歷史

日本的同性戀記錄可以追溯至古代。日本在歷史上與西洋社會不同，一般認為是對於同性戀比較寬容的社會。於西洋傳統，男性應該是主動的，對於受禁止的通姦與同性戀行為，在日本則與西洋不同，大致上並不會認為男性同性戀有損於市民的對等性而有所忌諱。

於日本，男性同性戀行為之一部，成為刑事罰對象的唯一例子，也僅有「雞姦律條例」所規定之雞姦罪而已。禁止以男性肛門進行性行為之雞姦罪，於 1872 年起成為規範之對象，依據 1873 年法，平民若觸犯雞姦罪，將被處以 90 日之有期徒刑。強姦之情形，則科以 10 年有期徒刑。此一規定至 1880 年制定之舊刑法則並未列入，因 1882 年 1 月 1 日同法施行後，歸於消滅。但實際適用之案例幾乎沒有，僅有的幾乎都是關於監獄中犯人之間或女裝者，被雞姦之一方，亦即接受男性器之一方將被處罰。也並未意識到通姦之一方幾乎不受規制，似乎為社會所容許。雞姦罪之廢止背景，亦有關於舊刑法草案中法國法學者博松納德建言之影響，其主張「拿破崙法典」中並無雞姦之規定，而基於合意所為之行為也並不違法。

(2)最近的狀況

接著，最近的狀況如何呢？截至 1965 年左右為止，日本的同性戀者仿倣明治時代後的家庭制度，為了建立家庭繼承之後繼者制度，或是為了體面，即使是同性戀者卻與異性結婚的人很多。至 1970 年代前半為止，認為同性戀者異常，而異性戀者為當然的社會中，同性戀者壓抑自己的性傾向而低調過日子的人是最常見的。但是 1970 年代後半開始，在日本也開始同性戀者權利獲得運動的嘗試，異性戀與同性戀並非標準與逸脫之關係，而僅是性傾向朝向異性抑或是同性之不同而已。也可以說，問題是在於將同性戀以異常視之的社會中的無知與偏見，也逐漸一點一點開始認識到性傾向的問題為社會性少數人之人權問題。

最近，受到海外同性婚姻合法化之浪潮所及的日本同性戀者之間，並非是擬制親子關係之養子制度，而是想要推動與男女結婚一般適切的婚姻關係同等之關係等聲浪也很高。「特別配偶法全國連線」訴求，制定一個將民法上配偶之規定也可以適用於同性伴侶之間之「特別配偶」之框架立法，使同性伴侶也受到男女間同等的權利保障。此外，企業界中，電機製造商 Panasonic 於 2016 年 4 月宣布，承認同性伴侶屬於「與結婚相當之關係」。全球化企業中，透過多樣性之推動，謀求提昇企業形象之動向，也有逐漸擴散開來的可能性。

法律人的世界中，創立了 2007 年「LGBT 支援法律人連線」，2015 年 7 月，對於尚未受到承認的同性婚姻，也展開了向日本律師聯合會提出人權救濟的申請。政治方面，2015 年 3 月 17 日創立了「關於思考 LGBT（性少數者）之課題議員連盟」。其目的在於「依循 LGBT（性少數者）之相關各國案例，研究法律課題，思考日本關於 LGBT 的課題，以實現

多樣性之社會」。2016年2月，自民黨內部也設立了「關於性傾向・性別認同特命委員會」。但同性婚姻問題並未被列入其討論範疇。

依據2015年3月每日新聞所進行之輿論調查結果，贊成同性婚姻者佔44%，反對者佔39%。儘管如此，在日本運動的氣氛與其他各國相較並沒有那樣大。主要的理由是①日本沒有制定如歐美般的Sodomy法，因此便欠缺從對抗歧視、壓抑以及獲得人權的出發點；②多數派對於少數派的問題陌不關心。日本社會是一個「同調壓力」很強的社會，所以對性少數者而言，認為把事實隱瞞起來較好的人依然很多。

關於同性婚姻，日本的政黨究竟採取何種立場呢？於日本，截至目前為止，並沒有任何為了承認同性婚姻的法案提出於國會。2014年12月的第47次眾議院議員總選舉之際，依據LGBT團體「Rainbow Pride 愛媛」對於各個政黨所進行之調查，對於同性婚姻之個政黨態度如下所示：

「Q8 關於同性婚姻」

【A】同性也應該可以適用婚姻制度：次世代黨、社會民主黨

【B】應該改變現有的結婚制度，創設不論是同性或是異性都可以利用的伴侶制度：日本共產黨、社會民主黨

【C】此一制度應該是屬於異性間的制度，因此沒有特別的必要：自由民主黨

【D】無法回答／不清楚

【E】其他自由筆記：民主黨（要尊重性少數者的意志，今後想要開始檢討）

對於以上的動向，日本最近對於社會承認同性戀的反對運動中，是以「日本會議」為核心進行。所謂「日本會議」，是目前日本保守派最大的行動團體，對於性教育的促進以及男女共同參與策劃政策之促進等等，「gender-free (教育・政策)」軍採取強烈反對的立場。「日本會議」是包括舊軍隊遺族會以及其他舊軍方關係團體在內，以及神社本廳以及佛教系宗教團體等等，主要是被稱為「宗教右派」具有保守傾向的宗教團體所形成的組織。日本會議的考虑的基礎中，有著以儒教的「孝」(子女對父母的敬愛為基礎所成立的道德，也包括祖先崇拜，尤其是祭祀祖先)為中心思想的家父長主義思想。

接著這裡要提到的是，在國際社會中日本所能發揮的功能角色。2008年聯合國大會以「性傾向與性別認同的人權」為題，提出66國的共同聲明，日本是原案提出國。此外，於聯合國人權理事會中所為之「性傾向與性別認同之人權決議」(SOGI 決議)，日本也於2011年、2014年投下二次贊成票。因此我們也可以說，日本對於同性戀者的社會承認扮演了一定的積極性角色。

最近值得注目的動向是，地方自治團體所導入的同性伴侶制度。如果進一步細看的話，尚有①同性伴侶關係證明書之發行；②同性伴侶關係宣示書之影本與受領證之發行；③同性伴侶關係登錄證明書的發行等三個制度。其中①的同性伴侶關係證明書之發行，是指2015年東京都・渋谷區所導入的制度，關於證明書之發行，伴侶之間必須作成公正證書，公正證書至少需要花費日幣一萬五千元。②的伴侶宣示書之影本與受領證之發行，則是在東京都・世田谷區(2015年)、三重縣・伊賀市(2016年)、兵庫縣・寶塚市(2016年)所導入；③的同性伴侶關係登錄證明書的發行，係由沖繩縣・那霸市(2016年)所導入。各式各樣的制度雖然有所不同，同性伴侶關係制度利用的主要條件是：①在發行

證明書的鄉鎮市區完成居民登錄；②20歲以上；③單身；（沒有配偶，也沒有當事人以外的伴侶關係）；④非近親者。日本的鄉鎮市區的個數超過1700個，所以承認這個制度的地方自治團體，可以說仍是少數。同性伴侶關係制度的導入，可期待的效果包括，醫療、住居、人壽保險的情況下，可以增進同性伴侶的保護。

渋谷區的同性伴侶關係證明書，係基於「渋谷區推動男女平等及多樣性尊重之社會條例」所發行的。本自治條例於2015年3月31日在渋谷區議會的大會中，以贊成票居多數而表決通過，其結果在34名議員中，自民黨區議員計11人反對。該自治條例中，同性伴侶關係定義為「對應於與男女之婚姻關係並無不同程度之實質，於戶籍上性別同一的兩者間的社會生活關係」。考慮到同性伴侶在公寓的入住或醫院的面會等被拒絕的案例，邀情不動產業者與醫院對於持有證明書的同性伴侶應該與夫婦同樣處理。違反自治條例旨趣的行為，在不遵照改正勸告的行礦下，事業的名稱將會被公開。本條例制定之背景，是因為在於2020年東京將要舉辦奧運，而近年來，在奧運開幕時，該地區的性少數者所處的社會狀況常常有受到全世界注目的傾向。

在許多的國家之中，關於社會上所進行的歧視禁止，在國家層級有許多明確且獨立的法律，人權侵害或歧視的處理雖然有救濟手段存在，關於這一點，在日本，此種獨立的法律或特定的救濟手段卻並不存在，這一點也有很大的問題。

3 同性伴侶與民法

關於同性伴侶，日本民法又是如何規範的？沒有再次說明的必要性，婚姻所帶來的心理的、社會的利益很大。基於親密關係的當事人的伴侶關

係制度，予以補強・實質化，所形成的社會認知，雙方的關係在強化上可以發揮很大的功效。民法雖然有規定婚姻的成立要件，但並無規定婚姻僅限於異性伴侶始為成立的條文。但，「夫婦」這個詞常常使用。民法規定適婚年齡、重婚禁止、再婚禁止期間、近親者間禁止婚姻、直系姻親間婚姻禁止，養子女等之間婚姻的禁止、未成人之婚姻則由父母同意、婚姻證人等等。因婚姻制度而來的夫妻相互扶養之權利、夫妻財產上的權利、配偶之繼承權、離婚給付之權利等。

現在日本的婚姻制度，事實上與當事人是否具有生殖能力無關。2003年以後，承認性轉換者之戶籍上性別變更（「性同一性障礙者之性別處理特例法」），亦承認以此為前提的婚姻。進而「臨終婚」（演員宇津井健於過世當日結婚）或「獄中婚」，均不存在法律上的障礙。此外，「性同一性障礙者之性別處理特例法」中，變更性別處理的條件，必須是目前沒有婚姻。關於這個規定，是因為若未設此條件，結果可能會承認同性婚，因而設下的規定。

在日本，常常可見到同性伴侶利用民法上的養子制度。之所以如此，是因為日本民法上雖說是養子關係，只要生日長一日，便可能成為成人同志關係下的養子關係，也因而發生繼承權以及扶養義務。

關於在海外進行同性結婚者，回到日本後的處理，世界各國中承認同性婚姻的國家與日俱增，儘管日本仍不承認同性婚姻，在這些國家合法結婚的同性配偶的入境以及居留，如果與異性配偶做不同處理，在國際習慣法上、人道上的問題而言，一般認為並不適當。從這樣的狀況來考慮，日本外交部從2003年以後，外交官的同性配偶於入境以及居留之時，即已經與事實上異性配偶做相同處理。此外，在日美軍相關者之同性配偶以及其他民間的同性配偶，也是與事實上異性配偶做相同處理而給

予入境以及居留。後者係以 2013 年 10 月 18 日本法務部入國管理局入國在留課長之通知，給予「原則上認可其居留資格『特定活動』之入境・居留」。

在日本，基於「事實婚準婚理論」(內緣準婚理論)之事實婚異性伴侶，依據判例以及法令之規定下，業已給予一定的法律保障。(但夫婦同姓、繼承、成年擬制、子女之嫡出性、共同親權、姻親關係之發生等則尚未承認)。業已認可之保障如下：①不當破棄之精神慰撫金請求權；②對第三者之損害賠償請求權；③財產分割；④居住權；⑤社會保障給付(厚生年金法)，⑥DV 防止法(配偶暴力防止以及被害者保護法)。這些保障未來是否亦得適用於同性伴侶，將成為今後之課題。

關於這一點，原先事實婚乃係「準婚姻關係」，應被保護者乃是生活關係，「男女相協力作為夫婦營生活之結合」，因此若直接適用的話，同性伴侶可說將難以被承認。但是，同性伴侶關係證明若持續受到社會認知與接受，則領有同性伴侶關係證明之同性伴侶，未來可能將得以依據法院之準婚理論而受保障。倘若如此，同性伴侶關係之破棄以及社會保障之領域中，更增加以法律婚夫婦來處理的可能性。但是，這樣的情況下，要以何種程度來保護，其基準有些曖昧，司法相關人員以及行政櫃檯之服務人員之判斷也可能各有不同。

4 同性婚與憲法

日本憲法第 24 條第一項規定，「婚姻僅基於兩性之合意而成立，夫婦具有同等之權利作為根本，並應以相互之協力予以維持。」同條第二項規定，「配偶之選擇、財產權、繼承、住居之選定、離婚以及婚姻和家

庭等其他有關事項，法律，必須基於個人尊嚴與兩性本質之平等制定之。」

本規定一改家制度（戶主權、嫡出長男繼承權、長子單獨繼承、妻為無能力者）之下，「戶籍中，夫為家庭之長，婚姻中，需得雙親之許可」，或「與本人之意思無關，由雙親為之」之狀態，於家庭關係中導入個人主義原理，係為確定夫婦間之平等與自由結婚之權利所導入。憲法第 24 條乃是謀求，對於家庭內之問題的構成員的意思決定，儘可能抑制國家之干涉的規範。在此意義下，同條亦有憲法第 21 條保障結社自由之特別法的保障之意味在。但是，對於家族的結合給予一定的保障，也應該有期待國家能發揮的角色。因此，人權論中關於家族的問題，將有「對個人自由保護之要求」與「對家族集團之社會性保護的要求」等兩個要求交錯，是極為微妙的狀況。此外，當年 GHQ 之檢討案中，雖然有保護家庭之旨趣的規定，但實際上提示給日本政府時的 GHQ 案中，卻已經刪除。另外，關於帝國議會中之憲法審議，貴族院中的保守派，以及眾議院中的社會黨，雖然各自都提出家族保障條款，但最終卻都沒有通過。

20 世紀末之時，生活模式的多樣化中，憲法第 24 條應該如何解釋再度成為問題。截至目前，最高法院對於同性婚姻之合憲性判斷尚未作成。憲法學說中，如以下之說明，關於同性婚姻，自日本憲法第 14 條第一項所規定之「法律之下的平等」以及同法第 13 條之「作為個人之尊重」、「幸福追求權」之權利規定等出發，主張認為解釋上日本憲法中，亦承認同性婚姻。

(1) 同性婚姻禁止說與容許說

關於檢討憲法與同性婚姻之關係，首先成為問題的，是憲法第 24 條第一項，是否積極禁止同性婚姻之疑問。截至最近，一般認為禁止說仍是通說。如果憲法從一開始就認為男女結合才是婚姻，那麼就會成立此種看法：進入此種結合關係的自由乃是「婚姻的自由」，與其他的共同生活，以及與人的結合的自由，都不包括在婚姻在內。

亦即，GHQ 草案中，兩性是用 both sexes 的表現方式。因此，在文意上，禁止說乃有說服力。此外，倘若婚姻就是一種繼續性營共同生活、生產養育子女之男女結合為念頭的制度的話，那麼第 24 條第一項就應該排除同性婚姻了。

關於此點，內閣總理大臣安倍晉三於 2016 年 2 月 18 日於參議院大會中說明，「憲法第 24 條，婚姻僅基於兩性之合意而成立，夫婦具有同等之權利作為根本，並應以相互之協力予以維持。現行憲法之下，並未預設要認可同性伴侶婚姻之成立。為認可同性婚姻，是否應檢討憲法修正，是在我國家族之應然的根幹之問題，我認為需要極為慎重檢討。」可以看出他是站在禁止說的立場。

相對於此，並未否定同性婚姻的容許說則有以下主張：

①憲法第 24 條第一項，係以傳統夫婦像為前提，家庭形成的自由與婚姻中男女平等為意圖之規定，並非積極地意圖禁止同性婚姻而制定。

②「兩性」並不意味「男女」，作為「各自獨立之兩方的性別」，女性與女性、男性與男性也都包括在內，也有如此解釋的可能性。

③憲法第 24 條第二項，家庭制度英語個人尊嚴何致而立法，同性伴侶若禁止結婚，毋寧說已經違反此一規定之旨趣。

我個人認為，容許說較為妥當。

(2) 「婚姻之自由」與同性婚

其次，應該認可同性婚之學說主張，憲法明文中，雖然並未保障「婚姻之自由」，但憲法第 13 條所保障之幸福追求權中，則包含「婚姻之自由」。相對於此，反對此種主張之學說認為，若由此說，創造依據個人喜好的種類的家庭，並維持之自由，對於每一個人都應予保障；國家對於各種形態的家庭，也都必須給予對等的法律上的保障，似乎不能如此主張吧？而予以批判。

如此一來，此處有問題的是憲法所保障之「婚姻的自由」之人權的性質究竟為何？亦即，是否為不是純然的「個人的自由」，而是以制度為前提的「制度性基本權」？若從受到德國憲法學之影響的「制度性基本權」來論述的話，婚姻制度是憲法所認可之制度性保障之一，若如此，憲法將不容許從歷史上傳統上所形成的婚姻制度之核心部分以法律改變之，法律所得修正之部分，僅為制度之周邊部分而已。此處婚姻制度之核心部分，若以男女之間一對一的結合來思考的話，不修正憲法而倒入同性婚姻制度者，應認為違反憲法。

假設基於此種理解之「婚姻的自由」以觀，所謂「婚姻的自由」，係作為制度中之自由，一方面，(a)立法權所為之制度內容形成中，賦與立法裁量界限之同時，(b)如此形成之制度內容又對每個人予以保障，而具有雙重的意義。因此，若依據此種觀點，每個人兩性之共同生活中，

雖然何時都可以進入，其共同生活成為婚姻，已經依據客觀法所規定之各種條件下予以規範了。

相對於此種觀點，完全相反地，若我們認為憲法在於謀求，在家庭關係中，「每個人追求自我尊嚴而不予妨礙」的話，國家設立法律婚姻制度，僅有加入制度者才會被認為得以特別處理一事，並不妥當，此種看法也可成立。實際上，此種觀點為前提，亦有認可較第 24 條第二項更為強烈的法律上的要求之立場。若基於此種立場，考慮到①第 24 條第二項規定「法律應立基於……個人尊嚴而制定之」之規定；②現在否定同性婚姻之理由過於貧乏；③保護同性婚姻是否與保護同性伴侶之子女有關連性；至少某些同性伴侶關係制度之創設，給予同性伴侶保護，不僅並不會違反憲法，第 24 條第二項在某種程度上而言可以認為是更積極的要求。

我個人的意見如下。婚姻制度，不是國家創設的制度，而是先於國家的制度。亦即，於社會自主發展的制度，國家基本上是把此一制度接收而再賦與一定規範。若是如此，關於婚姻之各種條件，對於「婚姻自由」的限制，為何要賦與此種限制，應該有必要進行嚴格審查。因此，婚姻制度之核心部分，未必有必要認為是男女之間一對一的結合，而應該是兩個人格的一對一的結合。美國聯邦最高法院的 Obergefell 判決也認為，「構過形成所謂婚姻之結合，使兩個人，成為比以前一個人自己不同而更大的存在」，並判決表示，此種制度並未排除同性伴侶。

(3) 基於憲法第 14 條乃至第 24 條之「平等權」之侵害與同性婚姻

與異性伴侶相較，對同性伴侶差別對待，有主張認為，若對前者不承認其婚姻關係之成立，是平等權之侵害。若基於此種看法，婚姻限定於異

性伴侶一事，是否合理實應予以檢討。亦有反對說認為，所謂結婚是為了生兒育女所形成的架構，讓雙親得以照顧絕對的弱者的子女使其安心生活的制度，那麼無法自然生產子女的同性婚姻便會產生問題，若同性婚姻中認可其擁有子女之權利，並不妥當。但又有反論認為，確實，歷史上來看，婚姻與生殖相結合，但今日的婚姻卻無法認為是為了生殖而存在的制度，所以此種限定並不具有合理性，禁止同性婚姻就是平等權的侵害。我個人支持此種看法。

將對平等權之思考方式更推進一步，就平等權之內容，並非只出於金錢以及利益上之平等性，而思考成國家對於一定團體賦予「劣性汙名」之禁止之意旨，將同性伴侶置於法律保護之外，將對於同性伴侶以負面訊息傳達予社會、並使同性戀者汙名化之虞，上述想法在最近逐漸成為有力之說法。若立基於此一思考上，對國家課以義務，就基於營同性關係之人們之尊嚴進行法制度整備之主張，亦有其可能性。

(4) 憲法判例與同性婚姻

日本憲法判例關於婚姻自由之問題，是如何思考的呢？最高法院於再婚禁止其間違憲判決（(最大判 2015 年 12 月 16 日民集 69 卷 8 号 2427 頁)）中表示如下：「是否締結婚姻，何時與何人結婚，需解為其旨趣在於應委由當事人之間自由以及平等之意思決定。婚姻因此賦與，配偶之繼承權（民法第 890 條）以及夫婦間之子女為婚生子女（同法第 772 條第一項）等重要的法律效果之外，近年來一般認為關於家庭等國民意識之多樣化，更尊重法律婚的意識，廣泛地滲透在國民當中，也應一併考慮，上述般之關於締結婚姻之自由，參照憲法第 24 條第一項規定之旨趣，應得認為值得尊重。」

本判決並未將「婚姻自由」從真正的層面作為「憲法上的權利」而予以保障。與本判決類似之表現是，最高法院對於在法庭上做筆記之行為在判決時使用過，認為「筆記行為之自由，參照憲法第 21 條第一項規定之精神，應予尊重」。這樣的表現，「婚姻的自由」大致上屬於憲法的保護射程範圍內，但本身絕非權利，因此，具有其限制可以相對容易的微妙之處。在提起同性婚姻違憲訴訟的情況下，具有可以柔軟地判斷的先期配置的意味在。倘若「婚姻自由」作為「憲法上的權利」的話，就會推導出，沒有重大理由的情況下不應予以制約的結論。

但最近的判例，在差別待遇的情況下，關於「區別事由」與「與區別有關之權利義務等」，逐漸有採取對於各種立法裁量較為嚴格的觀點。與後者有關，婚姻，是否能有配偶之地位，在日本社會中有重大的問題。前者的區別事由在全球化的世界裡，異性伴侶與同性伴侶予以區別的說服力可以說逐漸喪失，而國會的立法裁量也必須嚴格予以審查。

5 國際社會對日本的批判

日本就對同性戀者差別待遇之施政，受到來自國際社會之批評。自由權規約委員會在「日本第六次定期報告之最終見解」（2014 年）之中，日本就「基於性傾向與性別認同之差別待遇」，受到了以下批評。

「11. 委員會對於就女同性戀者、男同性戀者、雙性戀者、跨性別者受到社會性之不友善待遇及非難之報告以及自治體營運之住宅將同性伴侶排除之差別規定之報告表達擔憂（第 2 條及第 26 條）。

締約國應採取反差別待遇法，禁止基於包含性傾向與性別認同在內之任何理由之差別待遇，並給予受到差別待遇之受害者有實效且適當之

救濟。締約國應強化抗衡對女同性戀者、男同性戀者、雙性戀者、跨性別者之刻板印象與偏見之啟發活動，就對於女同性戀者、男同性戀者、雙性戀者、跨性別者之不友善待遇之申訴進行調查，並應採取適當之措施用以防止此些刻板印象與偏見和不友善待遇。且締約國必須在自治體層級之公營住宅制度中所殘留著對同性伴侶之入住條件上之限制進行除去。」

對此，日本政府的回答如下所述。

「10. 在我國的情況下，早在憲法第 14 條第 1 項中規定：「全體國民在法律面前一律平等。在政治、經濟以及社會的關係中，都不得以人種、信仰、性別、社會身份以及門第的不同，而於政治、經濟或社會關係上有所差別。」禁止不合理的差別待遇。

11. 憲法第 14 條第 1 項是規定一般性的法之下的平等原則，但承接此，關於我國在雇用、教育、醫療、交通等與國民生活密切相關的高公共性的領域中，特別是依據在各個領域中的相關法令更廣泛的，規定禁止差別待遇。且，在其他各種的領域中，透過相關行政機關的指導、啟發等措施試圖消除差別。」

我個人的見解是，日本法的現狀是不足的，認為應該強力地追求制定積極的禁止在社會關係中的差別待遇的立法。此外，消除消除女性差別委員會與聯合國人權理事會，也提及了對於日本的批判。

6. 關於日本同性婚今後的展望

關於日本同性婚今後的展望，應該如何。一般來說，考慮作為導入同性婚的方法有①立法、②司法、③包含修正憲法的公民投票等三個情況。

雖然在法國等多數國家以通過立法導入同性婚制度，但在日本現在的政權政黨為自民黨，關於這樣的問題極其保守，積極地推進立法的可能性很低。在美國，依照聯邦最高法院的透過司法判斷同性婚的禁止乃違憲。在日本，至今沒有提起以不承認同性婚是違憲的憲法訴訟。最高法院認為，在基於〈近代家庭像〉的維持現狀的婚姻觀與全球化下的世界中，同性婚的承認在逐步一般化的動向中，即使必須進行憲法判斷，此預測結果也必然不容易，最高法院在保守思想的強自民黨政權之下，認為不承認同性婚的現狀是違憲的可能性將會更低。而且，假使立法的情形，要如同德國一般，設計保障內容平等的另外的伴侶制度，或是像是法國一般，認為婚姻制度是若對於同性伴侶若不平等的開放，將違反個人尊嚴，而將婚姻制度對同性伴侶解放，都是今後的課題。另外，世界中，有依照公民投票而修改憲法承認同性婚姻的國家（愛爾蘭 2015 年），也存在著透過公民投票決定禁止同性婚的國家（克羅埃西亞 2013 年，斯洛維尼亞 2015 年）。

關於這點要注意的是，環繞在現今日本憲法的情況中，是自民黨於 2012 年提出，受到各方大力批判的憲法修正草案。於此新設提案的第 24 條第 1 項規定：「家庭作為社會的自然且基礎性的單位，應受尊重。家庭必須互助合作。」。依照自民黨的說明：「家庭是社會極度重要的存在，不過，近來家庭之間的羈絆被認為越來越薄弱。鑑於此，規範了第 24 條第 1 項新創設家庭的規定『家庭作為社會的自然且基礎性的單位，應受尊重。家庭必須互助合作』」。在自民黨關於此憲法修正草案的官方 Q&A 中，對於〈雖然添加了「家庭必須互助合作」此句，但本來由國家介入家庭的形式這件事本身，難道不危險嗎？〉這樣的疑問，於此前段部分，明言表示參考了世界人權宣言第 16 條第 3 項。如此保守政黨的憲法修正案的背景中，事實上，是潛在著「家庭是應由從祖先而來，子孫承繼的培育人類生命的基石，而且，是鑒於社會的基底，國家規範家

庭的保障」(1970年自民黨憲法調查委員會報告書(憲法修正大綱草案))這樣的〈傳統的家父長家庭像〉的憧憬的意念不是嗎?有這樣的評論。如果這樣的想法,添加進條文中的話,有導入無法自然繁衍子孫的同性婚因將更加困難的可能性。而且,縱使關於伴侶制度,憲法有因為要求對於過去的婚姻制度的特別保護,從而認為創設賦予婚姻相同程度保護的伴侶制度違憲的可能性。

如果從對導入同性婚姻制度的激進批判論觀之,同性婚姻制度,在婚姻的傳統價值中,為求同化同性愛這點而言,只不過是為維持「近代家族圖像」。確實,如果設立了某些制度,在不能直接利用該制度的各種情形中的人們,會有被遺棄的感覺。這不論在同性婚姻制度中也好,在同性伴侶關係制度也是一樣。關於此點,我亦有共鳴,歐美社會學中所提倡的「承認」的觀點的重要性。確實,引入同性婚姻制度可以說是對於既存的異性戀、同性戀構造的保存。此外,如果考慮到持保守看法的多數社會大眾的抵抗強度,雖然有人提倡同性伴侶制度,在現在的狀況中,也應傾聽現實的主張。同性戀在現實遭遇的困境,引入這樣的制度是有可能解決的。但是,鑑於同性婚姻運動追求「承認」之目的,不會僅僅只停留在承認財產上的分配,給予同性戀者和異性戀者在同樣的婚姻制度的正式承認,是重要的。同性婚的引進,因為就意味著同性戀受到社會承認,而被認為可以緩和現今強烈存在於社會的同性戀歧視。假使引入了同性婚姻制度,也不妨礙同性伴侶或異性伴侶尋求婚姻制度以外的制度。為了滿足多樣化的「家族結合」,準備好各種選擇是最為理想。依據多樣化的制度,人們能經營各種的「家族結合」的社會,才能順利運作吧?

代替結論,最後我欲陳述如下。對人類存在而言,家族的重要性具有決定性。舉例而言,如果將目光投向生兒育女,被稱為「親密圈」的親密

性所點綴的豐富愛情的網絡中，受祝福而生的無可取代的個人，能享受著自尊與他人尊重精神的環境。如此的個人，作為最終自律與責任的主體，朝向能支撐著社會公共而成為主動的主體，進而形成社會的理想狀態，正是超越文化差異與家族多樣性的社會共通課題。

謝謝您的聆聽。