

## 日本における同性婚に関する議論とその展開

慶應義塾大学大学院法務研究科教授（憲法） 山元 一

### はじめに

この度は、中華民国台湾において最も権威ある司法機関である司法院にお招きを預かりまして、本当にどうもありがとうございました。心から、お礼を申し上げます。今回のご招聘に関しましては、なによりもまず、司法院で大法官を務められた陳春生先生に感謝を申し上げます。陳春生先生と私とは、ともに1984年4月に東京大学大学院法学政治学研究科公法専攻修士課程に入学しました。陳先生は塩野宏先生や小早川光朗先生の下で行政法を学ばれ、私は憲法を専攻しました。また、今回通訳を務めて下さる国立台北大学の張惠東先生にもお礼を申し上げます。張先生と私は同じく、フランス公法を研究していますので、何度かこれまでお会いしたことがございます。本日は、どうぞよろしくお願いたします。

さて、本日お話をさせて頂くテーマは、「日本における同性婚に関する議論とその展開」です。この問題についての台湾での動向は、日本でも大きな関心を生んでいます。日本での報道によれば、2015年に台北市などで、同性パートナー登録制度が導入されたこと、そして台湾における同性婚制度の導入について活発に議論が行われ、11月には民法改正案が立法院に上程され、審議が開始されたと聞いております。5月に就任した民進党の蔡英文総統も「愛の前に人は平等だ。私は婚姻の平等を支持する」と表明した、と伝えられています。ある報道によると、同性婚合法化に47.8%が賛成しており、30歳未満に限ると賛成率は70%を超える、とのことでした。ただ、反対派の声も大きく、立法院の前で大きな反対派の集会も行われたとの報道に接しました。

さて、21世紀を迎えて、ここ台湾でも日本でも、そしてアジア広く世界の多くの地域で、家族の多様化は、大きな課題を突きつけています。法律家にとっては、この問題は、「家族的結合」の法的保護をめぐる問題、すなわちどのような「家族的結合」に対して、どのような法的保護をおよぼすべきか、という難問を提起しています。

ここで少し家族の歴史をふりかえってみることにしましょう。そもそも歴史的に見れば、近代社会の成立とともに生み出され、性別役割分業を前提とする核家族型の〈近代的家族像〉は、厳格な公私区分論を主張する「家長個人主義」の系譜を引くものであり、男性支配によって彩られた〈伝統的家父長的家族像〉の克服のために提出されたものでした。〈近代家族像〉においては、家族の一体性が強調され、その構成メンバー相互は、夫婦を中心に感情で結びついた情緒的な関係であることが当然視されてきました。しかしながら実は、〈近代家族像〉も、〈伝統的家父長的家族像〉と同様に、家族は、社会全体の秩序の中の構成要素として位置づけられ、家族は社会の基本的単位であるとの考えに立脚していました。〈近代的家族像〉においては、生殖のために結合した異性カップルのみが社会的に承認され、そのカップルから生まれた子どもは、嫡出子として保護を受けることができる、と考えることが当然視されてきました。日本では、1889年の大日本帝国憲法の下で制定された民法で、〈伝統的家父長的家族像〉に対応する家制度が定められました。その後、第二次世界大戦の敗北の結果、連合国の指導の下で日本国憲法が制定され、そして民法の家族法・相続法が改正され、日本法の定める家族のあり方は、〈近代家族像〉へと転換しました。

日本はこの〈近代家族像〉の下で、戦後の平和と繁栄を享受することができました。ところが最近に至り、他の先進諸国と同様に、事実婚をはじめとして、「家族的結合」のあり方の多様化が進行し、そのような結合のあり方が〈近代的家族像〉に対して変容を強く迫っています。そこ

では、次第に従来ひとまとまりとして考えられていたセクシュアリティと生殖が切り離され、家族関係において人格的・情愛的関係が重視されるようになりました。そしてそこでは、ジェンダー平等の問題が厳しく問われるようになりました。西洋社会では西洋文化とイスラム文化との緊張によってもたらされる文化的多様性の問題もそれに加わっています。このような状況の下で、多くの国々では、現状の変化にもかかわらず、あえてこれまでの法制度を維持しようとする方向と、現実の多様化傾向にあわせて法制度改革を推し進めようとする方向が激しく対立してきました。この二つの考え方において、国家に求める役割が対照的です。前者は国家に家族関係を法的に規律し、それを枠付けることを求め、後者は、国家に家族関係についての調整の役割を求めています。ただこの二つの考え方はどちらも、「子どもの利益」を保護することの重要性を強調してきました。多様化の進行する中で、何が「家族的結合」なのかが、改めて重要な問題となります。例えば、今日のテーマに関連させて申し上げれば、法律婚で保護される異性カップルなど、特定の間関係の結合のあり方のみならず「家族的結合」という位置づけを与え、それに対してだけ法的保護を及ぼそうとすれば、それ以外の結合ないし「つながり」が結果として低く評価されてしまう懸念が生じます。このように、家族は、人権論の中で、＜個人に対する自由の保護の要請＞と＜家族集団に対する社会的保護の要請＞の交錯する、極めてデリケートな場に位置しています。この問題について、比較憲法学や国際人権法学に期待される役割が一段と大きくなってきています。これまで日本では、アメリカの動きを中心として諸外国の動向について、法学や社会学等の専門分野において積極的に研究されてきました。これに対して、アジアについての研究は、少数しかありません。

ここで最近の日本の状況に目を向けますと、日本では憲法において家族は重要なテーマとなっています。最高裁は、昨年 2015 年 12 月 16 日に家族に関して同時に二つの重要な大法廷判決を下しました。一つは、女性の再婚禁止期間に関する違憲判決であり、もう一つは夫婦同姓に関する合憲判決です。前者は、離婚した女性は 6 ヶ月間再婚できないとする民法による禁止期間が長すぎるとして違憲となりました。後者は、夫婦は婚姻する際にはどちらかの姓を選択しなければならぬとする夫婦同姓強制規定は、家族の呼称を統一することには合理性があり、また結婚する女性に対して一方的に改姓を強いる規定ではないとして、合憲判決を下しました。

以下ではまず、日本の状況を取り上げる前に、国際社会や諸外国の動向を確認しておきましょう。

## 1 国際社会や諸外国の動向

国際社会における国際人権の展開は、どのようなものでしょうか。1948 年の世界人権宣言が 16 条で家族関係に言及し、その 3 項は、「家庭は、社会の自然かつ基礎的な集団単位であって、社会及び国の保護を受ける権利を有する」としています。1966 年に採択された国際人権規約 A 規約 10 条 1 項は、「できる限り広範な保護及び援助が、社会の自然かつ基礎的な単位である家族に対し、特に、家族の形成のために並びに扶養児童の養育及び教育について責任を有する間に、与えられるべきである。婚姻は、両当事者の自由な合意に基づいて成立するものでなければならない。」とし、B 規約 23 条 1 項も、「家族は、社会の自然かつ基礎的な単位であり、社会及び国による保護を受ける権利を有する」と規定しています。その後、この分野に関しては、女性差別撤廃条約や ILO 条約が採択されていったことも重要です。その他、ヨーロッパ人権条約、米州人権条約などの地域的人権条約でも家族についての保障の規定がなされています。

ただし、世界人権宣言 16 条 1 項は、「成年の男女は、人種、国籍又は宗教によるいかなる制限をも受けることなく、婚姻し、かつ家庭をつくる権利を有する。成年の男女は、婚姻中及びその解消に際し、婚姻に関し平等の権利を有する。」としており、また、国際人権規約 B 規約 23

条2項、「婚姻をすることができる年齢の男女が婚姻をしかつ家族を形成する権利は、認められる」、としており、婚姻については異性カップルを当然の前提としてきました。他方、最近のヨーロッパ人権裁判所の判例は、同性カップルも条約8条1項の「家族生活」に含まれるとしています。現時点では、婚姻制度はそれぞれによって大きな違いがあるため、同性カップルに婚姻を認めないこと自体を捉えて、国際人権法に違反すると考えられてはいません。これに対して、国際人権法では、賃貸借契約の承継、遺族年金、受刑者の面会などの具体的場面において、性的指向の違いゆえの差別は排除されるべきであると考えられる傾向にあります。

同性婚制度については、オランダが2001年に先駆けて同性婚制度を導入しましたが、2013年には、同性婚導入の世界的な動きが見られた年でした。この年には、ニュージーランド、ウルグアイ、フランス、アメリカ、イギリスで同性婚が認められました。

あるアメリカの論者は、同性愛に対して社会がどのように対応するかについて、①「不道徳な行動」→②「道徳的に中立」→③「道徳的認知」→④「道徳的賞賛」、の4段階があると指摘しています。世界的趨勢としては現在、同性カップルに対して立法措置によって婚姻制度を用意する④の段階に到達した国が増加しています。それにもなって、同性愛者の活動を、もっぱら性的活動とみなすことをやめ（脱性化）、私事として考えるようになり、次第に、カップルとして生殖に関わると一般的に受け取られるようになってきました。そして、同性婚の導入とともに、同性カップルの家族形成をどこまで認めるかが重要な問題となってきています。この問題は、自然生殖による血縁上の親子関係を標準としない新しい領域に属することになります。

アメリカでは、1970年代の同性婚訴訟（下級審）においては、婚姻は、一男一女の結合であると定義し、結婚を生殖や子供の養育と結びつけた上で、同性婚はそもそも一男一女という結婚の定義からはずれること、生殖能力が欠如していることを理由として、憲法上の保護を否定されていました。その後、連邦最高裁のソドミー行為規制に関する合憲判決（Hardwick 判決（1986年））を受けて、下級審は、「同性婚が基本的権利かどうか」について検討するようになりましたが、同性婚を認めるとソドミー行為を容認することになってしまう、として、平等保護条項の適用を否定しました。2003年に連邦最高裁がLawrence 判決で、ソドミー行為規制について違憲判断をしたのちは、同性婚について否定的な下級審判決は、生殖と子どもの養育を理由とするようになりました。この時期の同性婚について肯定的な下級審判決は、生殖と子どもの養育を正当な規制根拠であることを否定した上で、様々な領域の専門家の意見を参考にし、同性婚の禁止は同性カップルによる子どもの養育に問題を生じさせること、また同性カップルに対して結婚を認めるといふことよりも、結婚に伴う利益をいかにして与えるかという視点から判断される傾向が見られました。同性婚に肯定的な判決も否定的な判決も、立法府に大きな裁量を認めているところに特徴がありました。その後、2015年6月26日に、連邦最高裁オーバーゲフェル（Obergefell）判決で、同性婚の禁止は違憲であると判断して、世界で大きな注目を集めました。

フランスでは、家族の多様化に伴い、同性パートナーシップも可能にする1999年10月国民議会（下院）が民事連帯契約法（Pacte Civil de Solidarité: PACS）を可決しました。2011年には、1月28日に憲法院は婚姻を異性カップルに限定する当時の婚姻法を合憲としました。2013年2月オランダ大統領の公約に基づいて、同性婚解禁法案（Mariage pour tous）が議会に提出され、同年5月17日に可決・成立しました。同性婚解禁法案の可決直後、反対派によって違憲審査申立てがなされたが、5月17日に憲法院は、異性婚制度は実質的に憲法を構成する「共和国の諸法律によって承認された基本原理」には属しないとして、合憲判断を下し、これを退けました。翌18日にオランダ大統領が法案に署名、成立しました。この間、しばしば大規模な反対派による集会等が行われました（2013年1月13日パリでの集会に34万人が参加）。2014年には、1万件の同性婚が成立しました（全婚姻数の3%）

私たちの共通の隣国の韓国ではどうでしょうか。韓国憲法には、日本の憲法と類似した家族条項があります。「婚姻と家族生活は、個人の尊厳と両性の平等を基礎として成立し、維持されなければならない、国家はこれを保障する」、とする規定が同性婚の承認のネックとなっているようです。学説上の賛成論は、同項が明記する「両性」は問題とはならないと解釈するとともに、幸福追求権を規定する同法 10 条に基づいて、同性婚の法制化が憲法上認められる、と主張しています。これに対して、反対論は、婚姻の歴史的意義や機能が異性愛を前提とするものであること、および子の福祉を守ることを理由に、法制化は認められない、としています。韓国では、仏教やキリスト教の宗教団体が反対運動の中心を担っているようです。憲法裁判所は、2011 年 3 月、「鶏姦その他の醜行を行った者は、1 年以上の懲役に処する」、と規定する軍刑法旧 92 条に対し、同規定を合憲と判断しました。

日本、韓国、台湾など儒教の影響のある諸国では、鶏姦を犯罪とする明朝の刑法の影響は皆無ではないが、キリスト教・イスラムの信徒の分布が多い諸国と比較すると、禁忌感は薄い、と指摘されています。明・清律で定められた鶏姦罪が、実はキリスト教布教の影響による移植法で、これらの地域の慣行と乖離があった可能性もある、といわれています。

さてそれでは、日本の状況についてみることにしましょう。

## 2 日本における同性愛と法

### (1)歴史

日本における同性愛の記録は古代に遡る、といわれます。日本は、歴史的に西洋社会と異なり、同性愛に対して比較的寛容の社会だといわれています。西洋伝統では、男性は能動的であるべきである、とされ、姦通と同性愛行為は禁止されていたのに対して、日本では、西洋とは異なり男性同性愛が市民の対等性を損ねるとして忌避されることはほとんどありませんでした。

日本において、男性による同性愛行為の一部が刑事罰の対象とされた唯一の例は、「鶏姦律条例」による鶏姦罪の事例です。男性の肛門による性行為を禁止する鶏姦罪は、1872 年から規制の対象とされたもので、1873 年法によれば、平民が鶏姦を犯した場合は懲役 90 日とされました。強姦の場合には、懲役 10 年が科されました。この規定は 1880 年制定の旧刑法には盛り込まれず、1882 年 1 月 1 日の同法施行をもって消滅しました。ただ、実際に適用された例はほとんどなく、わずかに、刑務所における囚人同士や女装者が関わるものがほとんどで、鶏姦された側、即ち男性器を受け入れた側が罰せられていたようです。姦通する側はほとんど逸脱とは意識されておらず、社会的にも許容されていたようです。鶏姦罪が廃止されたのは、旧刑法草案に関わったフランス法学者ボアソナードが「ナポレオン法典」にソドミー規定がないことや、合意に基づくものは違法ではないということを助言したことが背景にあったそうです。

### (2)最近の状況

それでは、最近の状況はどうでしょうか。1965 年頃までの日本の同性愛者は、明治期以降の家制度にならい、家を継承する跡継ぎを設けるために、あるいは世間体を繕うために、同性愛者であっても異性と結婚することが多かったようです。1970 年代前半までは、同性愛を異常視し異性愛を当然とする社会の中で、同性愛者は自らの性的指向を抑圧し息を潜めて生きていくことが普通でした。しかし、1970 年代後半ごろから日本でも同性愛者の権利獲得運動の試みが始まり、異性愛と同性愛とは標準と逸脱の関係にあるのではなく、性的指向が異性に向かうか同性に向かうかの違いだけであって、問題は同性愛を異常視する社会の無知・偏見にあり、性的指向の問題は社会的少数者の人権問題であるとの認識が少しずつ広がってきた、といえます。

最近では、海外での同性婚合法化の波を受け日本の同性愛者の間でも、親子擬制の養子縁組ではなく、男女の結婚のようなきちんとした婚姻関係かそれと同等の関係を結びたいという声も高まってきています。「特別配偶者法全国ネットワーク」は、民法の配偶者の規定に同性カップルに適用できる「特別配偶者」という枠をつくり、同性カップルにも男女間と同等の権利を保障すべきだ、と訴えてきました。また企業では、電機メーカーのパナソニックが2016年4月から、同性カップルを「結婚に相当する関係」として認めると発表しました。グローバル企業が、ダイバーシティの推進による企業イメージの向上を求めてこのような動きが広がっていく可能性があります。

法律家の世界では、2007年に「LGBT支援法律家ネットワーク」が発足し、2015年に7月に、同性婚が認められていないことに対して、日本弁護士連合会への人権救済の申立てを行いました。政治においては、2015年3月17日「LGBT（性的少数者）に関する課題を考える議員連盟」が発足しました。その目的は、「LGBT（性的少数者）について、諸外国からの事例なども踏まえ、法的課題を研究し、日本におけるLGBTに関する課題を考え、ダイバーシティ（多様な社会を実現すること）」です。2016年2月に自党内において、「性的指向・性自認に関する特命委員会」が発足しました。但し、同性婚問題は、射程に入っていません。

2015年3月に行われた毎日新聞の世論調査によると、同性婚賛成 44% 反対 39%、という結果になっています。とはいえ、日本では、運動の盛り上がりも諸外国と比べて大きくないようにも思われます。その理由としては、①欧米のようなソドミー法がなかったため、差別や抑圧への抵抗・人権獲得という出発点を欠いていたこと、②少数派の問題に対する多数派の無関心、があげられます。日本社会は＜同調圧力＞の強い社会であるので、性的マイノリティーにとっては、事実を隠しておいたほうがよい、という判断を持つことが依然として多い、と思われます。

同性婚について、日本の政党は、どのような立場を取っているのでしょうか。日本では、これまで同性婚を認めるための法案が国会に提出されたことはありません。2014年12月の第47回衆議院議員総選挙に際し、LGBT団体「レインボープライド愛媛」が各政党に対して行ったアンケートによると、同性結婚に対する各党の態度は以下のようになっています。

#### 「Q8 同性婚について」

- 【A】同性でも婚姻制度を適用できるようにすべきだ：次世代の党、社会民主党
- 【B】現在の結婚に変わる制度、異性同性を問わず利用できるパートナー制度が出来るべきだ：日本共産党、社会民主党
- 【C】こうした制度は異性間のものであるべきで特に必要ない：自由民主党
- 【D】答えられない／分からない：
- 【E】その他自由筆記：民主党（性的少数者の意志を尊重できるよう、今後検討していきたい）

以上の動きに対して、日本における最近の同性愛の社会的承認に対する反対運動は、「日本会議」を中心に行われているようです。「日本会議」は、現在の日本の保守系最大の行動団体ですが、性教育の促進や男女共同参画政策の促進など、「ジェンダフリー（教育・政策）」に強い反対の立場に立ってきました。「日本会議」は、旧軍遺族会やその他旧軍関係団体を始め、神社本庁や仏教系宗教団体など、おもに「宗教右派」とよばれる保守的な傾向を持つ宗教団体によって形成されている、といわれます。日本会議の考え方の底流には、儒教の「孝」（子の父母に対する敬愛を基礎として成立する道德であって、祖先崇拝とくに祖先の祭祀祖先を包含する）を中心思想とする家父長主義思想があります。

ここで、国際社会において日本が果たしている役割について、言及しておきましょう。2008年、国連総会に「性的指向と性自認の人権」と題する66カ国の共同声明が出されましたが、日本は、原案提出国でした。また国連人権理事会で採択された「性指向と性自認の人権決議」(SOGI決議)でも、2011年、2014年の2回賛成票を投じました。このように日本は、同性愛者の社会的承認のために、一定の積極的役割を果たしている、といえます。

注目すべき最近の動きとして、地方自治体における同性パートナー制度の導入があります。これには、細かく見ると、①パートナーシップ証明書の発行、②パートナーシップ宣誓書の写しと受領証の発行、③パートナーシップ登録証明書の発行、の三つの制度があります。①のパートナーシップ証明書の発行、は、2015年に東京都・渋谷区が導入したもので、証明書の発行にはカップルの間で結んだ公正証書が必要となります。公正証書には少なくとも1万5000円の費用がかかります。②のパートナーシップ宣誓書の写しと受領証の発行、については、東京都・世田谷区(2015年)、三重県・伊賀市(2016年)、兵庫県・宝塚市(2016年)が、導入しました。③のパートナーシップ登録証明書の発行、については、沖縄県・那覇市(2016年)が、導入しました。それぞれの制度に相違がありますが、同性パートナー制度利用の主な条件としては、①証明書を発行する市区町村に居住し住民登録があること、②20歳以上であること、③独身であること(配偶者がいなく、当事者以外のパートナーがいない)、④近親者でないこと、などがあります。日本の市区町村の数は1,700を超えるので、認められているところは、まだまだ少ないといえます。パートナーシップ制度の導入によって、期待される効果としては、医療の場面、住居の場面、生命保険の場面における同性パートナーの保護が図られます。

渋谷区のパートナーシップ証明書は、『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』に基づいて発行されるものです。本条例は、2015年3月31日、渋谷区議会本会議で、賛成多数で可決、成立しました。採決結果は、定数34のうち自民党区議ら計11人が反対しました。同条例は、パートナーシップを、「男女の婚姻関係と異ならない程度の実質を備える戸籍上の性別が同一である二者間の社会生活関係」と定義しました。同性カップルがアパートの入居や病院での面会を断られるケースなどに配慮し、不動産業者や病院に、証明書を持つ同性カップルを夫婦と同等に扱うよう求めています。条例の趣旨に反する行為があり、是正勧告などに従わない場合は、事業者の名前を公表する規定も盛り込まれています。本条例制定の背景には、オリンピックが、2020年に東京で開催予定であることがあります。近年、オリンピックが開催されるにあたって、その地域の性的少数者の置かれている社会状況が世界的に注目される傾向があるからです。

多くの国々では、社会で行われている差別の禁止に関して、国レベルで明確かつ独立した法律があつて、人権侵害や差別的取扱いを救済する手段が存在していますが、これに対して、日本では、そのような独立した法律や特定の救済手段が存在していない点に、大きな問題があります。

### 3 同性カップルと民法

同性カップルについて日本の民法は、どのように規定しているのでしょうか。改めて述べるまでもなく、婚姻のもたらす心理的・社会的利益には、大きなものがあります。親密な関係に立った当事者のパートナーシップを補強・実質化して社会的認知をもたらすことによって、二人の関係を強化する上で大きな役割を果たします。民法は、婚姻の成立要件について規定していますが、婚姻が異性カップルにのみ成立すると規定する条文はありません。但し、「夫婦」という語句が多用されています。民法は、婚姻適齢、重婚の禁止、再婚禁止期間、近親者間の婚姻の禁止、直系姻族間の婚姻の禁止、養親子等間の婚姻の禁止、未成年者の婚姻についての父母の同意、

婚姻の証人について、規定しています。婚姻により、夫婦相互の扶養の権利・夫婦財産上の権利・配偶者相続権・離婚給付の権利を得ることになります。

現在の日本の婚姻制度は、実は、当事者の生殖能力の有無とは無縁です。2003年以降は、性転換した者の戸籍上の性別変更が認められ（「性同一性障害者の性別の取扱いの特例に関する法律」）、それを前提とする婚姻は認められています。さらに、「臨終婚」（俳優宇津井健は、死去当日に婚姻した）や「獄中婚」についても法的障害は存在していません。ちなみに、「性同一性障害者の性別の取扱いの特例に関する法律」が、性別の取扱いの変更のための条件として、現に婚姻をしていないことを課しています。これは、そのような条件を課さなければ、結果として同性婚を認めかねないことを危惧して置かれた規定です。

日本では、同性カップルが民法上の養子制度を利用することが多く見られています。というのも、日本民法では、養子関係といっても、1日でも誕生日が違えば成人同士での養子縁組が可能であり、これによって相続権や扶養義務が発生するからです。

海外において同性婚をした者の日本における扱いについては、諸外国で、同性婚を認める国が増大しつつある中、日本において同性婚が認められないからといって、それらの国では合法的に結婚した同性配偶者の入国および在留を異性配偶者と異なる扱いをすることは、国際慣習法上、人道上の問題から適当ではないと考えられます。こうした事情から、外務省は2003年以降、外交官の同性配偶者の入国および在留に際し、事実上異性配偶者と同様の扱いをしてきています。また、在日米軍関係者の同性配偶者や、その他民間の同性配偶者についても、事実上異性配偶者と同様の入国および在留が認められています。後者については、2013年10月18日付の法務省入国管理局入国在留課長名の通知によって、「原則として、在留資格『特定活動』により入国・在留を認める」ことになりました。

日本では、「内縁準婚理論」に基いて事実婚の異性カップルには、判例や法令の規定によって一定の法的保護が与えられてきました（但し、夫婦同氏、相続、成年擬制、子の嫡出性、共同親権、姻族関係の発生は認められない）。認められる保護としては、以下のものがあります。①不当な破棄に対する慰謝料請求権、②第三者に対する損害賠償請求権、③財産分与、④居住権、⑤社会保障給付（厚生年金法）、⑥DV防止法、です。このような保護が同性カップルにも認められるかどうかは、今後の課題です。

この点について、もともと内縁が、「婚姻に準じた」関係であり、保護されるべき生活関係であり、「男女が相協力して夫婦としての生活を営む結合」だとされてきたので、そのまま当てはめれば、同性カップルには認められにくい、といえます。しかし、パートナーシップ証明についての社会的認知と受容が進めば、パートナーシップ証明を受けた同性カップルについては、裁判所が準婚理論による保護を及ぼしていく可能性も考えられます。そうなれば、パートナーシップ関係の破棄や社会保障に関わる分野では、法律婚夫婦に近い扱いになっていく可能性があります。ただその場合には何をどの程度保護するかについての基準が曖昧であり、司法関係者や行政の窓口の担当者によって判断が異なってしまう可能性があります。

## 4 同性婚と憲法

日本国憲法24条1項は、「婚姻は、両性の合意のみに基いて成立し、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」と規定し、同条2項は「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、規定しています。

本規定は、家制度（戸主権、家督相続権、長子単独相続、妻は無能力者）のもとで、＜戸籍において夫を家族の長とし、婚姻においても親の許可が必要であった＞、あるいは＜本人の意思に関わりなく親により行われることもあった＞状態を改めるため、家族関係に個人主義原理を導入して、夫婦間の平等と自由結婚への権利を確定するために導入されたものです。憲法 24 条は、家族内の問題に関する構成員の意思決定に対して、国家が干渉することをできるだけ抑制しようとすることを求めています。この意味では、同条は憲法 21 条の保障する結社の自由の特別法的な保障としての意味も有しています。しかし、家族的結合に対して一定の保護を与えることは、国家に期待される役割でもあります。したがって、人権論の中で家族に関する問題は、＜個人に対する自由の保護の要請＞と＜家族集団に対する社会的保護の要請＞、という二つの要請の交錯する、極めてデリケートな場に位置しています。なお、GHQ による当初の検討案には、家族を保護するという趣旨の規定が存在していましたが、実際に日本政府に提示された GHQ 案では削除されました。また、帝国議会における憲法の審議においても、貴族院においては保守派から衆議院においては社会党から、それぞれ家族保護条項の挿入が提案されたが、結局採用されることはありませんでした。

20 世紀末に頃から、ライフスタイルの多様化の中で、憲法 24 条をどのように解釈するべきかが改めて問題となってきました。現在までのところ、最高裁で同性婚の合憲性の判断は下されていません。憲法学説においては、以下で説明する通り、同性婚については、日本国憲法 14 条 1 項が定める「法の下での平等」や同 13 条の「個人として尊重」、「幸福追求権」の権利の規定などから、日本国憲法においても同性婚は認められるとの解釈が主張されるようになってきています。

## (1)同性婚禁止説と許容説

憲法と同性婚の関係を検討するにあたって、第一に問題となるのは、憲法 24 条 1 項は、同性婚を積極的に禁止しているのではないか、という疑問です。最近まで禁止説が通説であったように思われます。もしも憲法がはじめから、男女の結合のみを婚姻と考えていると捉えれば、そのような結合関係に入る自由が「婚姻の自由」であり、それ以外の共同生活や人的結合の自由は婚姻には含まれない、とする考え方が成り立ちます。ちなみに、GHQ 草案では、両性は、both sexes という表現が用いられていました。したがって、文言上は、禁止説に説得力があります。また、婚姻は、あくまでも継続的な共同生活を営み子を産み育てようとする男女の結合を念頭においた制度であると考えれば、24 条 1 項から同性婚は排除されるべきことになるでしょう。

この点に関して、内閣総理大臣・安倍晋三は、2015 年 2 月 18 日の参議院本会議において、「憲法 24 条は、婚姻は、同性の合意のみに基いて成立すると定めており、現行憲法の下では、同性カップルの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」、と述べ、禁止説に立っているように思われます。

それに対して、同性婚を否定していないとする許容説は以下のように主張しています。

- ① 憲法 24 条 1 項の規定は、伝統的な夫婦像を前提とし、家族形成の自由と、婚姻における男女の平等を意図したものであって、積極的に同性婚の禁止を意図して制定されたものではなかったこと。



- ② 「両性」とは「男女」という意味ではなく、「それぞれの独立した両方の性」として、女性と女性、男性と男性も含まれる、と解釈することも可能であること。
- ③ 憲法 24 条 2 項は、家族制度が個人の尊厳に合致して立法されなければならないとしており、同性カップルに婚姻を禁止することは、むしろ同規定の趣旨に反すること。

私は、許容説が妥当であると考えています。

## (2) 「婚姻の自由」と同性婚

次に、同性婚を認めるべきだと考える学説は、憲法は明文では、「婚姻の自由」を保障してはいないが、憲法 13 条の保障する幸福追求権の中に「婚姻の自由」が含まれている、と主張しています。これに対して、この主張に反対する学説は、それによって本人の好むような種類の家族を作って維持する自由は、各人に保障されなければならないとしても、国が、いろいろなタイプの家族に対し対等な法律上の保護を与なければならない、とまではいえないのではないかと、との批判がなされています。

そうしますと、ここで問題となるのは、憲法によって保障される「婚姻の自由」の人権としての性質はどのようなものか、すなわち純然たる<個人の自由>ではなく、制度を前提とする<制度的基本権>かどうか、ということになります。ドイツ憲法学の影響を受けた<制度的基本権>論からすれば、婚姻制度は、憲法が認めた制度的保障の一つであり、そうだとすれば、憲法は、歴史的・伝統的に形成された婚姻制度の核心部分については法律で改変することは許されず、法律による修正が認められるのは制度の周辺部分のみであることになります。ここで、婚姻制度の中核部分を、男女間の 1 対 1 の結合だと考えれば、憲法を改正することなく同性婚制度を導入することは憲法違反であると考えべきであることになります。

仮にこのような理解に基づいて「婚姻の自由」について考えてみると、「婚姻の自由」は、制度における自由として、一方で、(a)立法権による制度の内容形成において立法裁量を限界づける、と同時に、(b)そのようにして形成された制度内容を各人に対して保障する、という二重の意味を持つことになります。そして、このような考え方に従えば、各人は、両性によるなんからの共同生活に、いかなる時にも入ることができるが、その共同生活が婚姻となるのは、すでに客観法によって定められた諸条件の下においてだけだ、ということになります。

このような考え方に対して、全く逆に、憲法は、家族関係において、「各人が自らの尊厳を追求する営みを邪魔しないこと」、を求めていると考えれば、国家が法律婚制度を設立し、それに参加した者たちにもみ特別の扱いを認めていること自体が、本来望ましくないという考え方も成り立ちます。実際、このような考え方を前提として、24 条 2 項より強い法的要請を認める立場があります。このような立場に基づけば、①24 条 2 項が、「法律は、個人の尊厳……に立脚して・制定されなければならない」と規定していること、②現在においては同性婚を否定する理由は乏しいこと、③同性婚を保護することが同性カップルの子どもの保護につながることを考えると、少なくとも、なんらかの同性パートナーシップ制度を創設することによって同性カップルに対する保護を与えるということは、単に憲法に違反しないというだけではなく、24 条 2 項によって（たとえ暫定的なものであっても）ある程度積極的に要請される、と解することはできる、と考えられます。

私見は、以下の通りです。婚姻制度は、国家が創設した制度ではなく、前国家的な制度です。すなわち、社会で自生的に発展した制度を国家が基本的に受け入れて、国家がそれに一定の規律を及ぼすようになったものです。そうだとすれば、婚姻に関する様々な条件付けは、「婚姻の自由」に対する制限であり、なぜそのような制限が認められるのかについて、その正当性を厳格に

審査する必要があります。そして、婚姻制度の中核部分を、必ずしも男女間の1対1の結合と考える必要はなく、二つの人格の1対1の結合と考えるべきだ、と思います。アメリカ連邦最高裁のオーバーゲフェル判決も、「婚姻という結び付きを形成することによって、二人の人間が、それ以前の一人ひとりの自分とは異なるより大きな存在となる」、とした上で、そのような制度から同性カップルを排除してはならない、と判示しています。

### (3)憲法 14 条ないし 24 条に基づく「平等権」の侵害と同性婚

異性カップルと比べて同性カップルを差別して、前者に対して、婚姻関係の成立を認めていないことは平等権の侵害である、との主張がなされています。このような考え方にたてば、婚姻を異性カップルに限定することは合理的かどうか、検討されるべきことになります。結婚とは子どもを育てるための枠組みであり、絶対的な弱者である子どもと、その面倒を見る親が安心して生きるための制度であって、自然に子どもの生まれることのない同性婚には疑問があり、同性婚が結婚し子を持つことを権利として認めることは妥当ではない、とする反対論が存在しています。確かに、歴史的には婚姻は生殖と結びついていましたが、今日婚姻は生殖のための制度とは考えられていないので、そのような限定には合理性がなく、同性婚の禁止は平等権の侵害である、との反論がなされています。私としては、このような考え方を支持したいと思います。

平等権の考え方をさらに進めて、平等権の内容として、財や利益の配分の平等性だけではなく、国家が一定のグループに<劣性のスティグマ>を与えることを禁じる趣旨があるとして捉え、同性カップルを法的保護の外に放置することは、同性カップルに対する負のメッセージを社会に伝達し、同性愛者にスティグマを付与するおそれがある、とする考え方が最近有力になりつつあります。このような考え方に立てば、同性同士の関係性を営む人々の尊厳に立脚したなんらかの法整備を国家に義務づけている、との主張することも可能になります。

### (4)憲法判例と同性婚

判例は、婚姻の自由をめぐる問題について、どのように考えているのでしょうか。最高裁・再婚禁止期間違憲判決（最大判 2015 年 12 月 16 日民集 69 卷 8 号 2427 頁）は、以下のように判示しています。「婚姻をするかどうか、いつ誰と婚姻をするかについては、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と解される。婚姻は、これにより、配偶者の相続権(民法 890 条)や夫婦間の子が嫡出子となること(同法 772 条 1 項等)などの重要な法律上の効果が与えられるものとされているほか、近年家族等に関する国民の意識の多様化が指摘されつつも、国民の中にはなお法律婚を尊重する意識が幅広く浸透していると考えられることを併せ考慮すると、上記のような婚姻をするについての自由は、憲法 24 条 1 項の規定の趣旨に照らし、十分尊重に値するものと解することができる。」

本判決は、「婚姻の自由」を、真正面から「憲法上の権利」として保障したものではありません。本判決と類似の表現が、最高裁判所が法廷でメモを取る行為について、「筆記行為の自由は、憲法 21 条 1 項の規定の精神に照らして尊重されるべきである」、と判示した際に用いられています。この表現には、「婚姻の自由」は一応憲法上の保護の射程に属するが、決して権利そのものではなく、したがってその制限も比較的容易にできるというニュアンスがあります。同性婚違憲訴訟が提起された場合に、柔軟に判断することが可能となる布石としての意味を持っていると考えられます。というのも、もし「婚姻の自由」を「憲法上の権利」とすれば、重大な理由がない限りは制約するべきではない、ということになってしまうからです。

ただ、最近の判例は、取扱の差異がある場合には、「区別事由」と「区別がかかわる権利・義務等」についてそれぞれ立法裁量に対して厳しい見方をするようになってきています。後者に関連して、婚姻し、配偶者の地位を有しうるかどうかは、日本社会において重大な問題であります。前者の区別事由については、グローバル化していく世界において、異性カップルと同性カップルを区別することの説得力は、失われつつあるといえます。そうだとすれば、国会の立法裁量は、厳しく統制されなければならないでしょう。

## 5 国際社会からの日本への批判

日本は、国際社会から同性愛者差別についての取り組みについて、批判を浴びています。自由権規約委員会「日本の第六回定期報告に関する最終見解」（2014年）において、日本は、「性的指向及び性別認識に基づく差別」に関連して、以下のような批判を受けました。

「11. 委員会は、レズビアン、ゲイ、バイセクシャル、トランスジェンダーの人々に係る社会的嫌がらせ及び非難についての報告、及び自治体によって運営される住宅制度から同性カップルを排除する差別規定についての報告を懸念する（第2条及び第26条）。

締約国は、性的指向及び性別認識を含む、あらゆる理由に基づく差別を禁止する包括的な反差別法を採用し、差別の被害者に、実効的かつ適切な救済を与えるべきである。締約国は、レズビアン、ゲイ、バイセクシャル、トランスジェンダーの人々に対する固定観念及び偏見と闘うための啓発活動を強化し、レズビアン、ゲイ、バイセクシャル、トランスジェンダーの人々に対する嫌がらせの申立てを捜査し、またこうした固定観念、偏見及び嫌がらせを防止するための適切な措置をとるべきである。締約国はまた、自治体レベルで、公営住宅制度において同性カップルに対し適用される入居要件に関して残っている制限を除去すべきである。」

これに対して、日本政府は以下の通り回答しています。

「10. 我が国の場合、すでに憲法第14条第1項において、「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」と定め、不合理な差別を禁止している。

11. 憲法第14条第1項は、一般的に法の下での平等原則を定めたものであるが、これを踏まえ、我が国は、雇用、教育、医療、交通等国民生活に密接な関わり合いを持ち公共性の高い分野については、特に各分野における関係法令により広く差別待遇の禁止が規定されている。またその他各種の分野においても関係省庁の指導、啓発等の措置を通じて差別の撤廃を図っている。」

私見では、日本法の現状は不十分であり、社会関係における差別行為を積極的に禁止する立法を制定することが強く求められている、と考えます。このほか、女子差別撤廃条約委員会や国連人権理事会でも日本についての批判が言及されています。

## 6 日本における同性婚についての今後の展望

日本における同性婚についての今後の展望は、どのようなものでしょうか。一般的に、同性婚導入の方法としては、①立法、②司法、③憲法改正を含めた国民投票の3つの場合が考えられます。フランスなど多くの国々で立法を通じて同性婚制度が導入されていますが、日本では現在の政権政党である自民党はこのような問題について極めて保守的であり、積極的に立法を推進する可能性に乏しいです。アメリカでは、連邦最高裁判所によって司法を通じて同性婚の禁止が違憲だと判断されました。日本では、これまで同性婚を認めないことが違憲であるとの憲法訴訟は提起されたことがありません。最高裁は、〈近代家族像〉に基づく現状維持的な婚姻観とグローバル化していく世界において、同性婚の承認が一般化しつつある動向の中で、憲法判断を行わな

ければならなりません。その結果を予測することは必ずしも容易ではありませんが、最高裁が保守的な考え方の強い自民党政権の下で、同性婚を認めていない現状を違憲とする可能性はかなり低いように思われます。また、仮に立法するとした場合、ドイツのように、保障内容が平等な別パートナー制度を設けるのか、それともフランスのように、婚姻制度は同性カップルに対しても平等に開かれていなければ個人の尊厳に反すると考えて婚姻制度を同性カップルに解放するかどうかも、今後の課題です。ちなみに、世界には、国民投票による憲法改正によって同性婚を認めた国（アイルランド 2015 年）も、国民投票を通じて同性婚の禁止が決定された国も存在しています（クロアチア 2013 年、スロベニア 2015 年）。

この点に関して気になるのが、現在の日本の憲法を取り巻く状況の中で、自民党が 2012 年に提出し、各方面から批判の大きい憲法改正草案です。そこで新設の提案されている 24 条 1 項は、「家族は、社会の自然かつ基礎的な単位として、尊重される。家族は、互いに助け合わなければならない。」とされています。自民党の説明によれば、「家族は、社会の極めて重要な存在ですが、昨今、家族の絆が薄くなってきていると言われていています。こうしたことに鑑みて、24 条 1 項に家族の規定を新設し、『家族は、社会の自然かつ基礎的な単位として、尊重される。家族は、互いに助け合わなければならない』と規定しました」とされています。自民党の本憲法改正草案についての公式の Q&A においては、<「家族は、互いに助け合わなければならない」という一文が加えられていますが、そもそも家族の形に、国家が介入すること自体が危ういのではないですか?>、という疑問に対して、この前段部分は、世界人権宣言 16 条 3 項が参考にされた、と明言されています。このような保守政党の憲法改正案の背景には、実は、「家庭は、祖先から受けて子孫に伝承すべき人間の生命を育てる礎石であり、また社会の基底であることにかんがみ、国は家庭を保障することを規定する」（1970 年自民党憲法調査会報告書（憲法改正大綱草案））という<伝統的家父長的家族像>に対する憧憬の念が潜んでいるのではないかと、ということが指摘されています。もしそのような考え方がこの条文に盛り込まれているとすると、自然的には子孫を生み出すことのできない同性婚の導入はますます困難となってしまう可能性があります。また、パートナー制度についても、憲法は、従来の婚姻制度に対する特別の保護を求めているのであるから、婚姻と同程度の保護を与えるパートナー制度の創設は憲法に反する、とされる可能性があります。

## むすびにかえて

同性婚制度導入に対するラディカルな批判論からすれば、同性婚制度は、それ自体婚姻という伝統的価値に同性愛の「同化」を図ろうとする点において、<近代的家族像>のモデル性を維持させようとするものにすぎない、ということになります。たしかに、何らかの制度を設ければ、直ちにその制度を利用できない様々な状況に置かれた人々を置き去りにしてしまう面が生じます。これは、同性婚制度でも、同性間パートナーシップでも同様です。この点に関して私が共感するのは、欧米の社会学において提唱されている「承認」という考え方の重要性です。確かに、同性婚制度の導入は、既存の異性愛／同性愛枠組の温存につながるという評価はありえます。また、保守的な考え方をする人々の多い社会の抵抗の強さを考えると同性間パートナーシップの導入を提唱したほうが、現在の状況においては現実的だとの主張にも傾聴すべきものがあります。というのも、同性カップルの遭遇する現実的な不都合は、そのような制度を導入することによって解決することが可能だからです。しかし、同性婚を求める運動が「承認」のための闘争の側面を持つことに鑑みれば、単に経済的な配分だけを認めるのではなく、同性カップルに異性カップルと同様の婚姻カップルとしての正式の承認を与えることは、重要であると考えられます。同性婚の導入は、同性愛の社会的承認を意味するので、社会において今なお根強い同性愛者差別を和らげる機能も果たすと思われる。そして、仮に、同性婚制度が導入されても、同性カップルや異性カップルの求めるそれ以外の制度を新たに導入することの障害にはならない、と思わ

れます。「家族的結合」の多様化に応じて、多様な選択肢を用意することが望ましいように思われます。このように制度を多様化していくことによって、人々が多様な「家族的結合」を営むことを可能にする社会を作り出すことができるでしょう。

結論に代えて最後に申し上げたいことは、以下のことです。人間存在にとって、家族の重要性は、決定的です。例えば、子どもの生育に目を向ければ、「親密圏」と呼ばれる親密性に彩られた豊かな愛情のネットワークの中で祝福を受けて誕生する一人ひとりのかけがえのない個人が、自尊と他者尊重の精神を育む環境を享受することができ、そのような個人が、やがて自律的と責任の主体として、社会公共を支えていくことのできる能動的主体となっていくことのできる社会のあり方を形成していくことは、文化の違いや家族の多様化を超えて、社会の共通の課題にほかなりません。

ご清聴， どうもありがとうございました。