

「結婚の自由をすべての人に」訴訟における 憲法論の取組み

三 浦 徹 也

- 1 はじめに
- 2 東京一次訴訟の高裁判決の特徴と評価
- 3 措定される主張立証構造による影響
- 4 上告における筆者自身の問題意識
- 5 家族の規格化に対する中立性の要求
- 6 おわりに——あるいは最高裁での判断の前に

1 はじめに

「結婚の自由をすべての人に」訴訟（同性婚訴訟）は、民法及び戸籍法の規定のうち、法律上（戸籍上）同性の者同士の婚姻を認めない点が憲法に違反するとして、札幌、東京、愛知、大阪及び福岡の各裁判所にて提起された国家賠償請求訴訟である。同訴訟の弁護団はそれぞれの地域ごとに組成されており、筆者は、そのうち東京で

提起した訴訟に対応する弁護士に所属している（東京では二〇一九年二月一四日に提起した訴訟（以下「東京一次訴訟」という。）及び二〇二二年三月二六日に追加で提起した訴訟（以下「東京二次訴訟」という。）の二件が係属している。以下、東京一次訴訟及び東京二次訴訟に対応する弁護士を「東京弁護士」という。）。

はじめに、「結婚の自由をすべての人に」や「法律上同性／法律上異性のカップル」という表記について説明する。

「結婚の自由をすべての人に」訴訟は「同性婚訴訟」と記載されることが多いが、同訴訟は同性愛者のためだけのものではない。例えば、トランスジェンダー男性（戸籍上の性別は女性）の異性愛者とシスジェンダー女性（戸籍上の性別は女性）の異性愛者のカップルの場合、あえて分類するなら、その性的指向やジェンダーアイデンティティに即して「異性愛者のカップル」や「異性カップル」等というべきであるが、戸籍上の性別が同性であるというだけの理由で婚姻できない状況にある。このような状況に照らして、同性愛者に限らず様々なセクシュアリティのカップルが戸籍上の性別が同性であるという理由だけで婚姻できないことの問題を訴えているのが今回の一連の訴訟であるが、「同性婚」という表記では同性愛者（だけ）のための婚姻と誤解されることがある。そのため、弁護士は一連の訴訟のことを「同性婚」訴訟ではなく「結婚の自由をすべての人に」訴訟と呼称している。⁽¹⁾

また、戸籍上の性別が同じカップルのことを、特に留保なく「同性カップル」と表記することも、同性愛者のカップルに限られない、困難に直面している多様な存在を表記上捨象することになりかねない懸念がある。そのため、「結婚の自由をすべての人に」訴訟の弁護士（とりわけ、トランスジェンダー男性とシスジェンダー女性のカップルも原告となっている東京二次訴訟を担当する東京弁護士）では、戸籍上の性別が同じカップルを「法律上同性

のカップル」、戸籍上の性別が異なるカップルを「法律上異性のカップル」となるべく表記するようにしている。訴訟以外の場では必ずしも一般的な表記とはいえないが、本稿では、判決文を紹介する場合等を除き、基本的に「法律上同性のカップル」「法律上異性のカップル」という表記を用いることについてご容赦いただきたい。

さて、「結婚の自由をすべての人に」訴訟の弁護士団は、法律上同性のカップルは現在の民法及び戸籍法の下では婚姻できないという理解を前提に、法律上同性のカップルも法律上異性のカップルと等しく婚姻という選択肢を持てるようにするという共通の目的のために各地で組成されている。この弁護士団の特徴は、上記の目的を達成するために、情報共有、訴訟戦略の検討及び主張立証の準備等について協働しているものの、具体的にどのような主張をするかは基本的に各地域の弁護士団の判断に委ねられていることである。現時点では、どの地域の弁護士団も、概ね、①婚姻の自由の侵害（憲法二四条一項、憲法一三条）、②法律上同性のカップル（セクシユアルマイノリティ）に対する差別（憲法一四条一項）、③現在の婚姻制度が個人の尊厳に反する（憲法二四条二項）という主張をしているが、各弁護士団によって力点やスタンスには違いがある。その結果、各裁判所の判決も、それぞれの弁護士団のこだわりを反映するような形で、共通の問題について様々な切り口から論じるものとなった。

ところで、筆者と駒村教授との出会いは、二〇一九年二月一日の全国一斉提訴後まもなくの同年三月に行われた駒村教授と弁護士との意見交換会である。弁護士から、訴状では憲法二四条二項違反の主張をしていないこと、その背景には立法府の広範な裁量に委ねられているという議論に安易に流れてしまうことへの警戒があることを説明すると、駒村教授からは、これまで広範な立法裁量があるとされてきた領域でこそ違憲判断が出ていることや、憲法二四条二項の「個人の尊厳」に着目した議論について重要な示唆をいただいた。そして、この意見交換会は、駒村教授による「憲法二四条二項についての意見書」²⁾を携えて、弁護士団が（勇気を出して）憲法二四

条二項の主張を展開する一つのターニングポイントとなり、本稿執筆時点（二〇二五年九月時点）では、各地域の判決の中で憲法二四条二項違反の問題を指摘しないものはないという状況である。

このように「結婚の自由をすべての人に」訴訟の弁護団は、駒村教授も含め、また憲法学に限らず、これまで多くの学者の方々との意見交換会を実施させていただき、有益な助言をいくつもいただいていた。これまでの「結婚の自由をすべての人に」訴訟に関する憲法学者による精力的な議論や発信も、現在進行形の裁判における憲法論の深化を支えるものとなっている。そこで、筆者なりの応答として、本稿執筆時点では東京弁護団は二〇二五年一月一四日付けで東京一次訴訟の上告理由書を提出して最高裁における弁論を控えている状況にあることを踏まえて、上告理由書作成時の筆者の問題意識や考えを書き留めることが本稿の目的である。なお、本稿で述べる考えは、全国の弁護団の調査や議論の蓄積あつてのものであり、仮に何らか憲法学に寄与するものがあるとするればそれは弁護団の成果であること、稚拙な点があればそれはもっぱら筆者の責任であることも付言しておく。

2 東京一次訴訟の高裁判決の特徴と評価

(1) 各地域の判決概要

「結婚の自由をすべての人に」訴訟の一連の判決を概観すると、まず地裁の段階では、法律上同性のカップルの関係を家族として法的に保護する制度が何もないことの違憲性が示されていた。

例えば、東京地判令和四年一月三〇日判時二五四七号四五頁（以下「東京一次地裁判決」という。）は、「現行法上、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、憲法二四条二項に違反す

る状態にあるということができる」と判断した。唯一の合憲判決ともいわれる大阪地判令和四年六月二〇日判時二五三七号四〇頁も、婚姻をした当事者が享受し得る利益には「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」（公認に係る利益）も含まれるとした上で、「公認に係る利益のような個人の尊厳に関わる重要な利益を同性カップルは享受し得ないという問題はなお存在するということができる」と指摘しており、同性カップルの関係を家族として法的に保護ないし公証する手段が何もないことの違憲性を示唆していた。

それが高裁の段階に至ると、各地域の判決はより婚姻制度との距離感を意識した内容となり、法律上同性のカップルの関係を家族として法的に保護するに際しての立法裁量を限定したり、直截に婚姻制度を利用できないようにしなければならないと判断するものが現れるようになる。

例えば、札幌高判令和六年三月一四日判タ一五二四号五一頁は、民法及び戸籍法の婚姻に関する諸規定が同性婚を許さないことの合理的な理由はなく憲法二四条及び一四条一項に違反すると判断した。

また、東京高判令和六年一〇月三〇日裁判所ウェブサイト（以下「東京一次高裁判決」という。）は、現行の法令が、民法及び戸籍法において男女間の婚姻について規律するにとどまり、同性間の人的結合関係については、婚姻の届出に関する民法七三九条に相当する配偶者としての法的身分関係の形成に係る規定を設けていないことは憲法一四条一項及び二四条二項違反であるとしたが、具体的な制度の構築は国会の合理的な立法裁量に委ねられているとしつつも、「その立法裁量は、個人の尊重（憲法一三条）と法の下の平等（憲法一四条）という基本原則に立脚した制度とすべきであるという憲法上の要請が、その裁量の限界を画するものである」とした。

そして、福岡高判令和六年一二月一二日裁判所ウェブサイト（以下「福岡高裁判決」という。）は、婚姻に関する民法及び戸籍法の規定のうち同性のカップルを婚姻制度の対象外としている部分は憲法一三条、一四条及び二

四条二項に違反すると判断した。その後の名古屋高判令和七年三月七日裁判所ウェブサイト（以下「名古屋高裁判決」という。）及び大阪高判令和七年三月二五日裁判所ウェブサイト（以下「大阪高裁判決」という。）も、同性カップルが法律婚制度を利用できないことは憲法一四条一項及び二四条二項に違反すると判断した。

なお、本稿執筆時点では、東京二次訴訟の高裁判決が二〇二五年一月二八日に予定されている他はすべて最高裁に上告されているという状況である。

(2) 東京一次高裁判決の特徴

東京一次訴訟の高裁における審理は、谷口園恵裁判長による積極的な論点整理から始まった。そして、谷口裁判長は、東京弁護士団に対して、控訴人らは法律上同性のカップルが婚姻制度を利用できないことの違憲性を問題としているところ、①行われるべき立法措置の内容は何か（作為義務の特定）、②かかる作為義務があるという根拠は何か（作為義務の根拠）、③かかる作為義務が国会において明らかにしたという根拠は何か（作為義務の明白性）について具体的な内容を補充されたいという指示を出した。東京弁護士団は、それに呼応する形で、婚姻ではない「別制度」の構築は個人の尊厳に違反するものであることや、あえて現行の法律婚制度と異なる内容とする理由がないことの主張に加えて、両当事者の親密な人的結合関係を中心とする家族としての身分関係の形成及び公証と、それに紐づく法的効果（権利義務）の付与という観点から、婚姻の中核的要素を分析・検討する主張を補充していた。

そのような審理の結果が東京一次高裁判決であるが、ここではそのうち①判決において重要な法益とされた「配偶者としての法的身分関係の形成」、②違憲判断の対象となった区別取扱いの内容、③反対派の存在の評価、④婚姻制度とは別の制度にする余地に関する部分を取り上げる。

ア 配偶者としての法的身分関係の形成

東京一次高裁判決の第一の特徴は、現在の日本における婚姻制度の実態を記述した上で、婚姻のうち「配偶者としての法的身分関係の形成ができること」が、個人の人格的存在と結び付いた重要な法的利益であるとした点である（傍線は筆者による。以下同じ。）。

「我が国の婚姻制度は、婚姻当事者間の人的結合関係自体に社会共同体の基礎を成す構成単位としての意義を認め、これを法的な身分関係として制度化し、法的保護を与えてきたものであるといえる。」

「近年、我が国における家族の在り方やこれに関する国民の意識の多様化が進んでいるものの、……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みられるから、婚姻には、互いに配偶者としての法的身分関係を形成して、それにより民法その他諸法令に定められた法的効果を享受することができることのみならず、居住、就労、療養その他の社会生活上の様々な場面において、配偶者として公認された者と扱われること自体により、共同生活の安定と人生の充実を得ることができるといふ意義があると考えられる。」

「そうすると、婚姻をすること、自らの自由意思により人生の伴侶と定めた相手との永続的な人的結合関係について配偶者としての法的身分関係の形成ができることは、安定的で充実した社会生活を送る基盤を成すものであり、個人の人格的存在と結び付いた重要な法的利益として十分に尊重されるべきものである。」

これに対して、例えば福岡高裁判決は、「婚姻は、人にとって重要かつ根源的な営みである」として「したがって、両当事者において、婚姻し、これを維持することを希望する場合には、その希望は最大限に尊重されなければならない」とした。また、名古屋高裁判決は、婚姻の本質は「両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」にあるとし、「このような人的結合関係を形成すること

は、法律婚制度ができる以前から人間の本質的営みとして、自生的に発生したことは歴史上明らかであるから、個人の人格的存在と結び付いた重要な法的利益といえる」とした。これらと比較すると、東京一次高裁判決は、婚姻や人的結合関係の形成自体に人としての特別な意味づけをしたというよりも、婚姻制度が様々な形で利用されていることを前提に、婚姻制度を利用している人が見出している意義は何かという観点から法的利益を抽出することで、人の多様な在り方や価値観に対してなるべく中立的な論証を試みているといえる。

イ 区別取扱いの内容

東京一次高裁判決の第二の特徴は、本件の区別取扱いは、配偶者としての法的身分関係の形成ができる／できないという区別と認識している点である。

「性的指向が同性に向く者においては、婚姻をしないか、自らの性的指向に反して異性の者を配偶者として婚姻をするかの違いを選択するしかない。したがって、性的指向が異性に向く者は、自らの自由意思により人生の伴侶と定めた相手との永続的な人的結合関係について、婚姻により配偶者としての法的身分関係の形成ができるのに対し、性的指向が同性に向く者は、これができないという区別（以下「本件区別」という。）が生じているといえる。」

東京一次高裁判決は、上記アのとおり、婚姻自体の重要性ではなく、婚姻により「配偶者としての法的身分関係の形成ができること」が重要な法的利益であると論証した。その論証自体は、様々な価値に対して中立的な論証を試みたものとして欠点の少ないものであると思われる。しかし、婚姻自体の重要性に触れられておらず「婚姻」であることの価値も相対化しているためか、「配偶者としての法的身分関係の形成」は「婚姻」によるべき

という論拠は必ずしも判決に表れていない。その結果として、区別取扱いの検討対象が「婚姻できる／できない」という区別ではなく、「配偶者としての法的身分関係の形成」ができる／できないという区別に限定されたという側面もあるように思われる。

配偶者としての身分関係の形成は、国に要求される作為義務の内容としても明確であるし、東京弁護士会が婚姻の中核的要素として主張していた内容でもあり、その意味では本件の中心的な問題の一つを明確に議論の対象として取り上げたものとして評価できるものである。しかし、より根本的には法律上同性のカップルは婚姻制度を利用できないという区別取扱いもあるところ、なぜその観点の議論がされなかったのかという疑問は残る³⁾。

ウ 反対派の存在の評価

東京一次高裁判決の第三の特徴は、反対派の存在の評価である。

東京一次高裁判決は、「我が国において、これまで婚姻は男女間でのみ認められてきたものであり、国民の中には、同性婚を認めることに否定的な考えを持つ者が、近年は相当減少しているものの、なお一定数存在する」として、国民の中には同性婚に否定的な考えの人（反対派）もいることを指摘する。その上で、国際的な動向や国の施策における基本理念、地方公共団体や民間企業における取組み等を踏まえて、「現在では、我が国において、同性間の人的結合関係に男女間の婚姻と同様の保護を与えることについて、否定的な考え方が国民一般に広く共有されている状況にあるとはいえず、むしろ社会的受容度は相当程度高まっているといえる」と評価した。そして、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て定めるべきであることを考慮しても、本件区別が生じている現状を維持することの合理的根拠とはならないとした。

反対派の位置づけについて、原審の東京一次地裁判決は、反対派の考えは「婚姻を男女間の人的結合関係と捉

える伝統的な価値観に根差したものであると考えられる」ため「これを一方的に排斥することも困難」であると、したがって、現段階において「同性間の人的結合関係を異性間の夫婦と同じ『婚姻』とすることの社会的承認があるものとは認め難いものといわざるを得ない」としていた。この東京一次地裁判決の位置づけと比較すると、東京一次高裁判決は「社会的受容度は相当程度高まっている」と評価することで反対派の存在に対する評価を回避したといえる。

反対派の存在を論証の中でどのように位置づけ、それをどのように評価するかは各判決によっても異なっており、東京一次高裁判決のような評価も踏まえて上告審においてどのような主張をするかもテーマの一つである。

エ 別の制度の可能性／立法裁量の統制

東京一次高裁判決の第四の特徴は、国会の立法裁量について一定の限界を指摘しつつも、婚姻とは別の制度として規定を新設する余地を残したことである。

「同性間の人的結合関係について、配偶者としての法的身分関係の形成に係る規定を設ける方法としては、婚姻を男女間のものとしている民法及び戸籍法の規定を改正して、婚姻を同性間でも認める立法をする方法だけではなく、婚姻とは別の制度として、同性間の人的結合関係について婚姻の届出に関する民法七三九条に相当する配偶者としての法的身分関係の形成に係る規定を新設する立法をする方法もある。……これらの事項についてどのような選択をするかは、現代における夫婦や親子関係についての全体の規律を見据えた総合的な判断を行うことによって定められるべき事柄であり、それによって定まる具体的な制度の構築は国会の合理的な立法裁量に委ねられている。」

「もっとも、その立法裁量は、個人の尊重（憲法一三条）と法の下の平等（憲法一四條）という基本原則に立脚した制

度とすべきであるという憲法上の要請が、その裁量の限界を画するものである。」

東京高裁における東京弁護士団の主張立証は、東京一次地裁判決の内容を踏まえて、主に法律上同性のカップルも法律上異性のカップルと同じ婚姻制度に包摂すべきであること（婚姻制度とは別の制度にすることについて合理的な理由がないこと）に焦点を当ててきた。しかし、東京一次高裁判決が結局この点については一切触れることなく「婚姻とは別の制度」として規定を新設する方法もあったとしたことは、「肩透かし」の結果である。

(3) 東京一次高裁判決の評価

東京一次高裁判決は、ある意味で多方面に対する配慮が行き届いており、判決文として表出している論証自体に対する疑義は少ない。しかし、東京一次高裁判決は、本件を婚姻できる／できないという区別取扱いがされている事例と捉えていない点や、何ら具体的な検討なく「婚姻とは別の制度」の余地を残している点で疑問がある。また、東京一次高裁判決は、原告らの憲法二四条一項違反に関する主張に対しても応答していない。

これを肯定的に受け止めようと思えば、東京一次高裁判決は、多方面で疑義のない議論を展開することによって本件の解決の「最低ライン」を確保し、婚姻との距離感については最高裁に判断を委ねたものといえるかもしれない。しかし、当事者が問題視している区別取扱い事由について（その適否すら）判断しなかったり、当事者の憲法違反の主張に全く応答しないで判決を出してしまうことには危機感も拭えない。

また、東京一次高裁判決は、法律上同性のカップルの配偶者としての法的身分関係の形成について、「婚姻とは別の制度」として規定を新設する方法もあったが、そうすると法律上同性のカップルが婚姻できないことが憲法に違反するというためには、原告らにおいて「婚姻とは別の制度」として規定を新設するという方法はお

よそあり得ないことまで主張立証しなければならぬということであろうか。「結婚の自由をすべての人に」訴訟の弁護団は、訴状の段階から、法律上同性のカップルに婚姻制度の利用を認めないことの合理性が問題であると主張してきたが、人権侵害を訴えている少数者が「家族としての関係を法的に保護する方法として婚姻制度以外に選択肢がないこと」の主張立証に成功しなければ違憲と認められないのだとすると、そのような主張立証構造が指定してしまった時点で訴訟における人権救済が困難になるという危険がある。

3 指定される主張立証構造による影響

東京一次高裁判決だけでなく、「結婚の自由をすべての人に」訴訟における多くの判決（特に一連の地裁判決）では、婚姻制度の利用を求めている側が「婚姻制度以外に選択肢がないこと」の主張立証に成功しなければ婚姻制度を利用できないことが違憲であることまでは認められない、という主張立証構造の存在がうかがわれるところである。

また、弁護団は、「結婚の自由をすべての人に」訴訟の中で、婚姻とは別の制度ではステイグマになるという主張をしたり、アメリカにおける「分離すれども平等」の議論を度々援用してきたが、このような視点での議論がなかなか判決文に反映されなかった背景にも、裁判所が指定する主張立証構造の問題があったように思われる。例えば、理論的な問題として婚姻とは別の制度ではステイグマになるという議論を提示しても、「婚姻とは別の制度ではステイグマになること」について具体的な立証に成功しなければならぬと裁判所に位置づけられてしまうと、存在していない制度による影響を事実として具体的に立証することは困難であり、判決でも「婚姻とは別の制度ではステイグマになる」という認定まで書けないということになる。そして、「婚姻とは別の制度で

はステイグマになるとは認められない」とまで明示的に書くのも憚られると思えば、その視点での議論はそもそも判決文の中では一切触れられないということになる。

「分離すれども平等」の議論も裁判官が指定する主張立証構造に阻まれてきたように思われる。「分離すれども平等」の法理とは、アメリカにおける人種隔離政策の合憲性の議論の中で、人種隔離がされていたとしても同等のサービスが提供されているならば違憲ではないとして人種隔離を正当化するために使用された考え方であり、一八九六年にブレッシー判決⁽⁴⁾により確立され、その後一九五四年のブラウン判決⁽⁵⁾により否定されたと一般に説明されている。このブラウン判決が「人種のみを理由として、同じ年齢や資質を持つ他の子どもたちを隔離することとは、子どもたちに社会的地位に関する劣等感を抱かせ、精神的に回復し難い損失を与えうる」とした点に着目して、「結婚の自由をすべての人に」訴訟の中でも、性的指向等のセクシュアリティのみを理由として婚姻とは別の制度とすることには人種隔離と同様の差別の問題があつて個人の尊厳を害すると主張してきた。しかし、裁判所によって「婚姻とは別の制度では劣等感が生じること」について具体的な立証に成功しなければ判決に取り入れられないものとして位置づけられてしまうと、やはり存在していない制度による影響を具体的に立証することとは困難であり、性的指向等のセクシュアリティのみを理由に制度を別にとすることと個人の尊厳との関係については判決文には何も表れないということになる。

4 上告における筆者自身の問題意識

婚姻制度とは別の制度とすることがステイグマや新たな差別となるという議論はなかなか判決文には表れてこなかったが、別の制度の余地もあるかもしれないと考える裁判官も、なにもセクシュアルマイノリティを差別し

たいと考えているわけではないであろう。また、仮に一〇〇年後になって、別の制度の余地もあると考えていた裁判官にはセクシュアルマイノリティに対する差別感情があったと振り返る未来が待っているのだとしても、現在を生きている者が訴訟でそのように「予言」したところで裁判官が判決文に取り入れることはできない。そうすると、現在の訴訟において、婚姻制度とは別の制度とすることがステイグマや新たな差別となるという問題意識を共有し、その問題意識を踏まえた議論をする素地を作るためには何をすればよいのだろうか。

まず、訴訟は裁判官が事案ごとに主張立証構造を措定して、限られたリソースの中で事実を認定し、かかる事実に基づいて法の適用を判断するものである。そして、通常の裁判における事実認定とは異なり、ステイグマや差別の認定ないし評価について裁判実務において確立した手法はあるわけではない。その結果、裁判官は通常の実事認定と同じような感覚で審理し、「婚姻とは別の制度」だとステイグマや劣等感が生じることについて「具体的立証」がされなければ判決の論拠としても認定できないと考えているように思われた。

そのため、「婚姻制度とは別の制度」すらない状況でステイグマや差別を訴訟で議論するためには、そこで語られる議論は、法令の合理性を検討した結論に対する評価であると位置づける道筋を用意しておくことが有効であるように思われた。例えば、婚姻制度とは別の制度とすることには合理性がないからこそ、そのような区別は一方に対するステイグマになるとか「分離すれども平等」として許されない差別であるという評価にも結びつく。そして、婚姻制度とは別の制度とすることに合理性がない場合にはステイグマになる等の問題が生じるからこそ、セクシュアルマイノリティに対する構造的差別を再生産することにならないように、国が「婚姻制度の利用を認めないことについて合理性があること」の主張立証に成功しなければ違憲となるという主張立証構造を措定しなければならぬ。

したがって、上告理由書でも上記のような道筋も用意した上で、憲法の解釈方法や当該法令の合理性の検証に

焦点を当てた議論を尽くすべきであるという、ある意味でオーストックスなところに回帰することになる。「結婚の自由をすべての人に」訴訟では、セクシュアルマイノリティに関する国内外の実証研究結果等を多数証拠として提出しながら愚直に主張立証してきたが、そのような憲法解釈を基礎付ける事実を証拠に基づいて強調することは上告理由書でも重要である。

その上で、仮に「婚姻制度の利用を認めないことについて合理性があるか」という枠組みで検討されたとしても、「法律上同性のカップルが婚姻制度を利用することについて反対派が一定数いて、反対派の考えは伝統的価値観を背景とするものであるから、婚姻制度の利用を認めないことには合理性がある」等と判断されてしまっている意味がない。そうすると、憲法二四条の解釈において何を考慮すべきであり何を考慮すべきでないか、区別取扱いの合理性を論じる際には何の合理性を論じるべきであり、合理性があるとはどのように判定されるべきかという、憲法解釈や合理性判断の論拠の取捨選択についても裁判所に意識を向けてもらう必要がある。

こうした点について、福岡高裁判決は、婚姻や人的結合関係の形成自体に人としての特別な意味づけをする点で「婚姻とは別の制度」の差別性について正面から問題とすることなく法律上同性のカップルも婚姻制度を利用できるようにするべきとしており、その観点からは一定の成果が得られていた。そのため、婚姻や人的結合関係の形成自体の価値を相対化しつつ、それでも法律上同性のカップルにも婚姻という選択肢が与えられるべきだという議論をいかに展開するかも工夫すべきところである。

これが上告理由書を検討する際の筆者の問題意識であった。筆者の考えは必ずしも東京弁護士団の総意とはいえないところもあるし、上告理由書は東京弁護士団のチームで作成しているため、上告理由書の記載趣旨のすべてを明らかにするものでもないが、上告理由書の検討の際に筆者自身が考えていたのは「家族の規格化に対する中立性の要求」という視点である。

5 家族の規格化に対する中立性の要求

そもそも法律婚の存在意義について疑問を付す見解もあるが、「結婚の自由をすべての人に」訴訟の原告が求めているものは法律婚制度を廃止することではなく、あくまで同じ婚姻制度を利用できるようになることであるし、最大判平成二七年一月一六日民集六九卷八号二四二七頁（再婚禁止期間違憲判決）の調査官解説においても、憲法二四条一項について「例えば法律婚制度自体を廃止することは許されないであろう」と整理している⁽⁸⁾。そのため、訴訟における主張では、憲法二四条が法律婚制度を要請していることを前提としてよい。

しかし、法律婚の存在意義について疑問を付す見解からの指摘は、「結婚の自由をすべての人に」訴訟の議論にとつても示唆的である。憲法二四条が法律婚制度を要請しているということは、社会において親密な人的結合関係が様々に形成されていたとしても、法律婚制度が定めた「規格」に当てはまる関係には「婚姻」としての保護を与え、当てはまらない関係にはその保護を与えないという區別取扱自体は予定していることになる。法律婚の存在意義について疑問を付す見解からは、この規格化はいかなる基準あるいは根拠でされるべきなのか、純然たる主観的選好で決定されているのではないかという点が問題視されるが、他方、「結婚の自由をすべての人に」訴訟においてもまさにこの「規格」から法律上同性のカップルが排除されていることを問題視している。そのため、法律婚制度の存在を前提としつつ、この婚姻の規格化の問題に焦点を当てることが重要になる。

そして、婚姻の規格化は第一義的には立法によって設定することになるが、特に現在の婚姻制度は「男」「女」という性別二元論やシスジェンダーの異性愛者を念頭においた建付けになっており、その枠に当てはまらない者の選択を認めないという点で、個人に対する国家からの介入を観念できる⁽¹⁰⁾。そうすると、憲法一三条が「すべて」の国民は個人として尊重されるべきとしつつ、憲法二四条によってその一部の者に婚姻の選択肢を認めない

という国家による介入が許容されるための必要条件は何かという問いを通じて、「結婚の自由をすべての人に」訴訟における憲法解釈や合理性判断に関する主張立証構造を統制する糸口を探ることになる。

このような婚姻の規格化と憲法一三条との整合性を図るにあたっての憲法二四条の文言上のヒントは、やはり「個人の尊厳」である。憲法二四条二項は、「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」と定めているが、この「個人の尊厳」に立脚して制定されなければならないという要請は、単に婚姻した夫婦の個人の尊厳を侵害してはならないということのみならず、婚姻していない者の個人の尊厳を侵害してはならないという要請も含まれていると解すべきであろう。例えば、婚姻がもたら当事者の合意に委ねられており直ちに憲法二四条一項に違反するとはいえない場合でも、婚姻した関係のみを過剰に優遇し、礼賛するようなものであったときは、優遇・礼賛と評価される部分は憲法一四条一項違反となりうるのみならず、婚姻していない者や婚姻できない者の「個人の尊厳」に反するものとして憲法二四条二項にも違反するといふべきである（大阪高裁判決や名古屋高裁判決も憲法二四条二項の「個人の尊厳」の検討を通じて法律上同性のカップルが婚姻できないことは違憲であると評価しており、法律によって具体化される法律婚制度は制度を利用していない者や利用できない者の「個人の尊厳」を害するものであってはならないという発想は、裁判所も比較的受け入れやすいものと思われる。）。

これを婚姻の規格化との関係についてみれば、法律婚制度は、一定の規格に当てはまるものは婚姻として保護し他方は保護しないという点で多様な家族としての在り方を同一には扱わないにもかかわらず、婚姻の規格に当てはまらない（規格外）とされた者の「個人の尊厳」に反しないというためには、規格外とされてもなお個人として平等に尊重されていると評価できる必要がある。そうすると、仮に「規格」の線引きが純粹な主観的選好によるもので特定の在り方を優遇・排除するものである場合には、規格外とされた者の在り方が平等に尊重されて

いるとはいえないから、「規格」の線引きは多様な家族としての在り方に対して中立的な理由によって設定されていなければならない。少なくとも、「規格」の線引きの理由が、規格外とされた者にとっても受容可能な理由によって支えられている必要があるのではないか。

例えば、「規格化」の根拠が、単に多数派であるシスジェンダーの異性愛者にとつて有益であるという理由しかないのであれば、それは多様な性の在り方のうち、特定のものに注目して他と線引きしていることになるから、多様な家族としての在り方に対して中立的な理由とはいえない。それがいかに多数派のシスジェンダーの異性愛者にとつて有益であったとしても、当該多数派にとつて受容可能な理由のみによつて（少数派にとつて受容可能な理由なしに）制度が構築されている点で、規格外とされた者についても等しく尊重しているとはいえない。規格外とされた者にとつて受容可能な理由が一切ないのであれば、それは社会において劣位に扱われていると評価して差し支えなく、ステイグマを与えるものであつて「個人の尊厳」を害すると評価すべきである。一方で、家族の規格化が家族の在り方に対して中立的な理由によつて支えられていて、規格外とされた者にとつても受容可能なものであると評価できるのであれば、それは規格外とされた者の「個人の尊厳」を直ちに害するものではないだろう。

以上は、憲法二四条二項の「個人の尊厳」を起点とする議論であるが、このような観点は憲法二四条一項の解釈においても取り入れられるべきである。憲法二四条は憲法一三条の特別法的な規定であるという構造として捉えれば、憲法一三条と矛盾しないように憲法二四条一項を解釈するという中で、憲法二四条一項の解釈方法が家族の在り方に対して中立的なものになっているかを検証するというのも自然な理解といえる。また、例えば、東京一次地裁判決は、憲法二四条二項が婚姻制度の具体的な構築について個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚すべきという要請、指針を示したものと説明した上で、「一項は、その中でも婚姻に関する立法すなわち法律婚制

度の構築にあたっては、婚姻をするかどうか、いつ誰と婚姻をするかについて、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立法院に対して要請する趣旨のものと解される」と述べており、憲法二四条二項が婚姻制度の構築に関する一般的な規定であり、その中から一定の事項がある種の特別規定のような形で憲法二四条一項に括りだされているような理解を示している。⁽¹¹⁾このような理解を前提とすれば、婚姻できないとされた者の「個人の尊厳」に反してはならないという視点は、憲法二四条に通底する一般的な視点として、憲法二四条一項の解釈論に取り込まれるという整理も可能である。⁽¹²⁾

そうすると、憲法二四条一項の解釈や憲法二四条二項・憲法一四条一項における制度の合理性を論じる際には、その解釈方法や合理性の議論が多様な家族の在り方に対して中立的な理由となつているのかという検証が必要になる。そして、憲法二四条一項の解釈の根拠や制度の合理性を基礎付けるものとして提示されている内容は、まず婚姻できないとされた関係にとつても受容可能な理由といえるかという観点から憲法判断の論拠として採用可能かどうか振り分けられ、その振り分けに耐えた論拠を踏まえて憲法解釈や合理性判断をすべきであるという主張立証構造を提示することができる。⁽¹³⁾もちろん、何が中立的といえるのか、何が受容可能な理由といえるのかの具体的内容は論争的でありえ、このような土俵設定をすることだけで直ちに法律上同性のカップルの婚姻を憲法二四条によって保障すべきという結論になるわけではない。しかし、憲法二四条一項の解釈や制度の合理性判断の過程を検証するため、あるいは最高裁における合議の中で婚姻の規格から外されている法律上の同性カップルの視点に立った議論のきっかけを作るうえでも、このような観点は有益であるように思われる。⁽¹⁴⁾

この観点からは、例えば、法律上同性のカップルが婚姻することに反対する意見の存在をどのように取り扱うべきだろうか。東京一次地裁判決は、反対派は「伝統的な価値観」に根差したものであるから「一方的に排斥することも困難」とした。しかし、「伝統的な価値観」に基づいた人的結合関係の規格化には従わなければならない

いという要請は、規格外とされた者も「伝統的な価値観」に従うことによって直接又は間接に利益を受けるような公共的な理由が想定されるなら、規格外とされた者にとっても受容可能な理由によって法律婚姻制度が支えられているというが、そのような理由はこれまでの訴訟の中で示されていない。東京一次地裁判決が示した憲法二四条一項の解釈方法は、婚姻の規格から外される法律上同性のカップルの視点にも立った検討が欠落している点で不当である。

この点、大阪高裁判決は（東京一次訴訟の上告理由書を提出した後の判決であるが）、異性婚のみを婚姻とする「伝統的な婚姻観」を大切に思う反対派が相当数存在していることを認めた上で、「多様な属性、価値観を有する国民が相互に人格と個性を尊重し合いながら平和に共生するため」という反対派にとっても受容可能な理由を探りながら、反対派に対して「同性婚に対して冷静かつ寛容な態度を期待することは……憲法二四条の理念に沿うものといえる」として、「同性婚を法制化しないことの合理的理由にはならない」と判断した。このような大阪高裁判決の判断方法は、必ずしも国民の意識が一樣ではない中で、憲法の理念に沿う中立的な理由によって結論を導こうとするものとして高く評価されるべきである。

また、「婚姻とは別の制度」の想定についても、上記の文脈では、「婚姻制度ではなく、別の制度を割り当てること」が、法律上同性カップルにとっても受容可能な理由によって支えられているかどうかという観点から、論拠の一つとして採用されるべきかが検討されることになる。しかし、そのような理由は想定できるだろうか。

少し状況が異なる設例として、多宗教国家において、婚姻制度が多数派のある宗教的在り方に依拠しており、しかもその多数派の婚姻の成立や離婚等についての考え方が、少数派の宗教的在り方とは異なっているような社会を考えてみよう。この場合、もちろん多数派の在り方に偏っている規定を排除した上で、同一の制度に包含するという方法も考えられる。しかし、その場合、少数派からすると、多数派によって婚姻制度が改正される度に、

自分たちの宗教的在り方が脅かされるということにもなりうる。そうすると、多数派の在り方に影響されことなく自律的に維持・発展させることができる法的な領域を確保する観点から、婚姻制度を多数派とは別にすることがむしろ少数派のためにもなるといった可能性は一応あり得るように思われる。⁽¹⁵⁾

しかし、今の日本社会を前提に考えると、少なくとも法律上同性のカップルについて、婚姻制度の内容を法律上異性のカップルと別のものにする積極的な意義は見出しがたい。法律上同性のカップルが現行の婚姻制度を利用できることを明記するために法改正をする場合も、民法の規定の一部の用語を若干修正することで対応可能であり、別の制度とすべき法技術的な必要性はない。⁽¹⁶⁾むしろ、日本社会では「法律婚を尊重する意識」が浸透しているという現実があることは東京一次高裁判決も指摘しており、婚姻制度とは別の制度が「法律婚」と同じように日本社会において「尊重する意識」をもって受け止められるとは限らない（むしろ海外の調査研究では婚姻と同等の社会的な公認が得られていないという結果が報告されている⁽¹⁷⁾）。加えて、婚姻とは別の制度にすることが法律上同性のカップルの利益になるという事情や、法律上同性のカップルも婚姻制度を利用できるようにすることが法律上同性のカップル以外の不利益になるという事情も訴訟において特に提示されていない（反対派の存在も論拠として採用できないことは前述のとおりである）。よって、「婚姻とは別の制度」の余地といった想定は、そもそも法律上同性のカップルにとっても受容可能な理由とはいいい難く、憲法解釈や合理性判断における論拠として採用されるべきではない。

このように、家族の規格化の線引きについて中立的な理由による論証を要求することは、訴訟における主張立証構造やその中身の議論を統制するものとしても意義があると考えている。

6 おわりに——あるいは最高裁での判断の前に

もつとも、「結婚の自由をすべての人に」訴訟はあくまでも原告らが婚姻できることを求めるものであり、憲法上の婚姻の規格化の限界を明確にしようとする取組みではない。最高裁における判断も当該事案の解決に必要な範囲で一般化した規範を示す傾向にあり、上記のような議論がそのまま最高裁の判決において論証として採用されるものではない。

そのため、これまでも「結婚の自由をすべての人に」訴訟は、本件の事案の解決の限りでの判断が可能ならに、法律上同性のカップルは法律上異性のカップルと実態は「同じ」であるという評価を通じて、法律上同性のカップルに対しても法律上異性のカップルと等しく婚姻の自由が保障されると解すべきであるという結論を導くとしており（ここに憲法二四条二項の「個人の尊厳」と憲法一四条一項が重なって議論される素地がある。）、上告理由書でもそのスタンスは変えるべきではない。

よって、上告理由書の検討に当たって筆者自身があれこれ考えていた内容は概ね上記のとおりであるが、そのすべてを上告理由書に記載することにはならない。実際に東京弁護士会として確定した憲法二四条及び憲法一四条の主張の詳細は、紙幅の関係上、公開されている上告理由書¹⁸⁾に譲るが、上記の考えの片りんは、例えば憲法二四条一項の主張における以下の記載に表れている。

「憲法二四条は、人と人との親密かつ永続性のある人的結合関係を国家その他の第三者に干渉されることなく形成するという家族の維持形成にかかわる自己決定権（幸福追求権）をより具体的に保障する規定であり、法律婚の要件が「婚姻」として保護される家族とそれ以外の関係とを線引き（規格化）する場合であっても、すべての人の幸福追求に優劣

をつけず、個人として尊重することが求められる。」

「憲法二三条により保障される家族の維持形成に関する自己決定権（幸福追求権）は、法律上同性のカップルにも法律上異性のカップルと等しく保障されるものであるから、憲法二三条の保障内容をより具体化し、すべての人の幸福追求に優劣を付けず、個人として尊重するために、婚姻があくまで対等で自律的な意思決定に委ねられるべきことを婚姻制度の中核的要素（制度的核心）として定めた憲法二四条においても、法律上異性のカップルと同様に、法律上同性のカップルに対しても婚姻の自由が保障されると解さなければならない。」

以上が、「結婚の自由をすべての人に」訴訟における憲法論の取組みの一端である。東京弁護士会や各地域の弁護士団の取組みの成果は、東京二次訴訟の高裁判決や最高裁における弁論を踏まえた判決により示されることになるが、一人の訴訟代理人が頭を悩ませていた内容が今後の憲法学の議論にも何らかの寄与すれば幸いである。

(1) 原告らは、「同性婚」という名称の、現行の婚姻制度とは別の制度を新たに創設することを求めているのではなく、あくまで現行の婚姻制度を利用できるようにすることを求めている点も、「同性婚訴訟」という呼称を避ける理由の一つである（寺原真希子・三浦徹也『結婚の自由をすべての人に』訴訟（同性婚訴訟）の最前線（恒春閣、二〇二五）一〇八一―一〇九頁も参照）。なお、「同性婚」という問題の定式が多様な性別・性自認の現状からは部分的であるとして、「同性」か「異性」かのみを視野に入れた法制化が多様な在り方の一部のみに対応し、他を排除するものになりかねないという懸念を指摘するものとして、沖野眞巳「同性カップルと婚姻」『まだ、法学を知らない君へ――未来をひらく13講』（有斐閣、二〇二二）四七頁。

(2) <https://www.call4.jp/file/pdf/202103/bf0980bee53168cfe5c88ef2897559a.pdf>

(3) もしかすると、東京一次高裁判決は、その人のセクシュアリティにかかわらず何人も法律上同性とは婚姻できない

いが法律上異性とは婚姻できるという点で現在の婚姻制度は形式的には平等であるという理解を前提に、実質的な平等審査を試みるにあたって「配偶者としての法的身分関係の形成ができるかできないか」という点に関する機會の平等を検討したということだったのかもしれない。札幌地判令和三年三月一七日判時二四八七号三頁も、「同性愛者が、性的指向と合致しない異性との間で婚姻することができるとしても、……そのような婚姻は、憲法二四条や本件規定が予定している婚姻であるとは解し難い」として憲法一四条一項の審査を行っており、「結婚の自由をすべての人に」訴訟における一連の憲法一四条論には実質的平等審査の萌芽が見られるが、その際に何についての機會の平等が論じられるべきかも検証を要する。

(4) *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896).

(5) *Brown v. Board of Ed. of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954).

(6) *Id.*, 347 U.S. at 494.

(7) 代表的なものとして、安念潤司「家族形成と自己決定」『岩波講座 現代の法 14 自己決定権と法』(岩波書店、一九九八)。

(8) 加本牧子「判解」最判解民事篇平成27年度下(二〇一八)六四二頁、六六九頁。

(9) 安念潤司「『人間の尊厳』と家族のあり方——『契約的家族観』再論」ジュリスト一二二二二号(二〇〇二)二二頁、二六頁。

(10) 野崎綾子『新版 正義・家族・法の構造変換 リベラル・フェミニズムの再定位』(勁草書房、二〇二四)六三—六四頁は、非家庭／家庭という意味での公私区分について検討する中で、「不関与と不介入は区別されるべきものであると考える」(傍点は野崎)とし、同性カップルの婚姻が法律上認められていないことについて、「国家は、かかる婚姻法の制定について、責任を負うものであり、国家の不関与は成り立ちえない。この場合、同性カップルが婚姻をするという選択を認めない点で、国家が介入している。これに対して、彼らに婚姻を認める場合には、彼らの選択に介入しないことになるだろう。」とする。

(11) このように憲法二四条一項と二項の関係を位置づけても、憲法二四条一項の意義が減じられるということにはならないであろう。例えば憲法二一条を憲法一三条の特別規定と位置付けても、原理的には憲法一三条によって判断が

できるからといって表現の自由について具体化した憲法二一条の意義が損なわれることにはならない。憲法二四条の一般規定が二項であるとしても、一項が「合意のみ」とか「同等の権利」と定めていることによる独自の役割を果たすことになると思われる。

(12) なお、駒村圭吾「同性婚訴訟、ふたつの高裁判決——高裁判事たちの挑戦とそこに宿る陥穽」法学セミナー八四一号(二〇二五)五〇頁、五四頁は、憲法二四条一項の文言解釈の過程で「個人の尊重」や「個人の尊厳」という抽象的原理が解釈の競合状態を一定の方向に牽引する役割を果たすだろう。」と指摘する。

(13) より直截に憲法解釈の論拠の選別基準としてリベリズムを導入するものとして、小川亮「解釈方法論から考える憲法二四条一項」『憲法問題36』(全国憲法研究会、二〇二五)三五頁、四〇頁。

(14) 筆者は、二〇二四年三月八日に提訴された第三次選択的夫婦別姓訴訟弁護団にも所属しているが、同事件においても家族の規格化が問題となっている。これも同様に考えるならば、仮に「夫婦同氏」として家族の在り方を規格化するのであれば、そのような規格化が「個人の尊厳」に反しないというために、当該規格化が氏を維持したまま婚姻することを希望する者にとっても受容可能な理由によって支えられている必要があり、したがって夫婦同氏制度にどのようなメリットがあるかという夫婦同氏という在り方だけの側に立った議論ではなく、「氏を維持したまま婚姻するという例外を一切認めないことの合理性」を中立的な根拠によって論じるべき(中立的でない理由を排除して論じるべき)、ということになろう。

(15) このような設例は、Jeffrey A. Redding, *Dignity, Legal Pluralism, and Same-Sex Marriage*, 75 BrookL.Rev.791 (2010) における議論を参考にしている。同論文は、インドなどの家族法制を参照しながら、多数主義的婚姻制度(majoritarian marriage)に包摂されるのではなく、セクシュアルマイノリティの主体性(agency)を維持して尊厳ある存在としての承認を可能にするために別の制度を模索することが、separate and better、となる可能性を論じたものである。しかし、本文中でも述べたとおり、法律上同性のカップルと法律上異性のカップルとで法制度の内容を別にする必要がない点を考慮すれば、別の制度としてセクシュアルマイノリティの「主体性」を維持する利益は特になく、そのような理由も「法律上同性のカップルにとって受容可能な理由」とはいえないであろう。

(16) 一例として、公益社団法人 Marriage For All Japan が二〇二三年三月に公表した「マリフォー法案」がある。

<https://www.marriageforall.jp/wp-content/uploads/2025/03/5dd583d2e8819a5556b0f948885e525e.pdf>

(17) 一例として、Equality Network, *Equal Marriage: Report of the Equality Network Survey of LGBT People's Views on Marriage Equality* (Jan. 2011) があげられる。

(18) <https://www.call4.jp/file/pdf/202506/10c35e4429c1061c83996914b6355620.pdf>

【追記】令和七年二月二十八日に東京二次訴訟の高裁判決があり、合憲の判断が示された。当該判決の検討をここで記載することはできないが、婚姻の規格から外されている法律上同性のカップルの視点にも立った合理性の検討がされていないことに問題がある。最高裁に向けて、合理性があるとはどのように判定されるべきかについて議論を深めていく必要がある。