

# 同性カップルが婚姻できるための民法改正を求める意見書

2021（令和3）年3月8日

東京弁護士会

会長 富田 秀実

## 【目次】

第1	本意見書の目的	2
第2	本意見書の趣旨	2
第3	本意見書の理由	2
1	はじめに	2
2	同性婚の婚姻届が受理されない現状	3
3	憲法上、同性婚は認められるべきである	4
	(1) 憲法13条の幸福追求権（婚姻の自由）	4
	(2) 憲法14条の平等原則	9
	(3) 憲法24条の解釈	14
4	国際社会の動向、及び国内の状況に照らし、同性婚は認められるべきである	17
	(1) 国際社会の動向	17
	(2) 国内の状況	22
5	同性婚が認められていないことによる重大な不利益	26
	(1) 相続	26
	(2) 医療	27
	(3) 住居	27
	(4) 子ども	28
	(5) DV	29
	(6) 在留許可	30
	(7) まとめ	31
6	自治体の同性パートナーシップ制度について	31
7	結論	31

## 第1 本意見書の目的

本意見書は、多様な性的指向及び性自認が個人の尊厳に基づき等しく尊重される社会を実現すべく、日本国内で同性との婚姻を望む者について、異性との婚姻と同様の婚姻をすることができるよう民法改正を求めるものである。

なお、本意見書で「同性婚」という言葉が使用されている場合、法令上同性同士による民法上の婚姻のことをいう。

## 第2 本意見書の趣旨

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。

## 第3 本意見書の理由

### 1 はじめに

同性愛は、性的指向（恋愛感情や性的関心を含んだ好きになる性）が、自らの性自認（性同一性）と同じ性に向くことをいう。他方、性的指向が自らと異なる性に向くことを異性愛という。人口に占める割合としては、異性愛より同性愛の者が少数とされているが、正確な割合は不明である。もっとも、各種調査によれば、概ね人口の5%程度は同性愛を含んだセクシュアル・マイノリティと言われている<sup>1</sup>。

性的指向において、異性愛だけが正常・自然・普通なのではなく、異性愛や同性愛を含んだ多様な性的指向が、個人の尊厳のために等しく尊重されなければならない。

---

<sup>1</sup> 株式会社電通におけるダイバーシティ（多様性）課題対応専門組織「電通ダイバーシティ・ラボ」による全国60000名を対象とした調査（2018年10月）では、「ストレート（異性愛者で、身体と心の性別が一致している人）と答えた」人以外をLGBT層とし、LGBT層は8.9%との結果が出ている。また、株式会社LGBT総合研究所（博報堂DYグループ）による有効回答者89366名の調査によれば、約5.9%がLGBTに該当するとの結果も出ている。

## 2 同性婚の婚姻届が受理されない現状

日本では、これまでに、市区町村長が、男性と男性の婚姻の届出や女性と女性の婚姻の届出を有効な婚姻として受理して戸籍に記載した事例は無い。これは、戸籍事務が、民法が同性婚を認めないとの解釈によって処理されているためであると考えられる。

民法は、第四編親族第二章第一節第一款婚姻の要件にて、婚姻の要件を定めている<sup>2</sup>。

民法の規定においては、婚姻当事者が男性と女性の2人でなければならないことは定められていないが、協議上の離婚についての民法763条や裁判上の離婚についての770条が離婚の当事者を「夫婦」と表現していることにもあらわれているし、黙示的に婚姻の要件として必要となっていると考えられる。また、婚姻当事者が互いに同じ性別であることを認識してその相手と婚姻する意思で婚姻の届出を行い、たまたま届出が受理されたとしても、その婚姻は効力を生じるものではなく、無効であると解される。

婚姻は、戸籍法の定めるところにより届け出ることによって、その効力を生ずる（民法739条1項）ところ、戸籍法74条は、婚姻をしようとする者について、「夫婦が」という表現を同様に使っている。

したがって、日本では、同性婚の婚姻届は受理されておらず、同性婚は法的に認められていない。

---

<sup>2</sup> 第一款婚姻の要件の規定のうち、731条から737条にて実体的な要件について定めており、739条にて手続的要件を定める。また、婚姻をする意思については、次の第二款の742条により、それがないときには無効事由となることから第一款婚姻の要件に明示的には書いてはいないものの婚姻の要件であることがわかる。

これらの要件を欠くときにはどうなるかについては、まず実体的要件を定める731条から737条については、740条にて違反がないと認めたときに受理できるとされているほか、そのうち731条から736条については、取り消し事由となることが定められている。737条違反については、受理されてしまったならば取り消しえないし婚姻は有効に存続する（最判昭和30年4月5日裁判集民18巻61号家月7巻5号33頁）。手続的要件である当事者の届出を欠くときには742条により婚姻は無効である。

実際には、女性と女性、男性と男性で一緒に生活している人や婚姻したいと思っている人たちがいる。そのような人たちも、互いに愛し合い、共に時間を過ごし、楽しい時もあり、苦しい時もあり、そして別れもありうる点において、男性と女性で婚姻している人たちと何らの変わりもない。それにも関わらず法的に婚姻できない関係と位置付けられてしまっているのである。

### 3 憲法上、同性婚は認められるべきである

#### (1) 憲法 13 条の幸福追求権（婚姻の自由）

##### ア 婚姻の自由とその意義

憲法 13 条は、生命・自由及び幸福追求に対する国民の権利を保障しており、その一内容として自己に関する事柄について、公権力の干渉を受けることなく、自ら決定することのできる権利（自己決定権）を保障している。自己に関する事柄のうちいかなるものについての自己決定が人権として保障されるかについては議論がありうるが、家族の維持形成に関わる事柄については、個人の世代を追って文化や価値を伝えていくという意味ばかりではなく、個人の自己実現、自己表現という人格的な価値を有するが故に、その自己決定の権利が保障されている<sup>3</sup>。特に婚姻は家族の維持形成において中心的な事柄であるから、憲法 13 条によってその自己決定の自由、すなわち婚姻の自由<sup>4</sup>が保障されている。

婚姻の自由は、憲法 13 条により一般的に保障されるが、憲法 24 条は、憲法制定時に個人を平等に尊重するという近代憲法原理からして許されざる法制度のあったことから当時存在していた男女間の婚姻

<sup>3</sup> （佐藤幸治「憲法第3版」青林書院1995年460～461頁，同「日本国憲法論」成文堂2011年190-191頁。芦部信喜「憲法学II 人権総論」有斐閣1994年394頁。）

<sup>4</sup> 自己決定の自由であるから婚姻の自由には婚姻しない自由も含まれる。

を念頭に置きつつ婚姻の自由の一部について特に定めたものと解される<sup>5</sup>。

婚姻が家族の維持形成において中心的な事柄となり、自己決定の自由として婚姻の自由が保障されるべきであるのは、婚姻には次のような4つの意義があるからである<sup>6</sup>。

第1に、人が自己に関する事柄について自己決定する場面には様々なものがあるが、婚姻においては、相手を選択するという自己決定とその選択した相手と継続的に協力しあう関係を形成するという自己決定を行う点において、個人の自律に資する特別の意義がある。

第2に、婚姻する当事者の関係は、親密（性的な関係もありうる）で人格的な結びつきである。よって婚姻には、2人の人間の親密な結合を支える格別の意義がある。

第3に、婚姻する当事者の関係は、当事者の子どもたちに家庭を提供する意義がある。婚姻は、婚姻当事者の子どもたちに親子という関係のもとでの安定した生育環境を与える点で、子の利益に資する<sup>7</sup>。

第4に、社会を構成する様々な人と人との関係、結びつきあるいは団体には様々なものがある中で、婚姻は、その基礎的なものの一つである。これは、限り婚姻の第1から第3の意義を社会や政府の側から尊重するものともいえるが、この点を詳しく見れば、（あ）婚姻している2人を含むさらに大きな家族が構成される場合がある。また（い）婚姻している2人の関係について職場においても認知・承認されて婚姻生活を尊重した働き方が可能になるなど社会において承認される場

---

<sup>5</sup> 渡辺・宍戸・松本・工藤「憲法Ⅰ 基本権」日本評論社2016年454頁では、「憲法13条が家族の維持・形成に関わる自己決定を保障すると解する支配的見解を前提とすれば、憲法24条は憲法13条の特別法的規定と解される。」とする。

<sup>6</sup> 以下に述べる婚姻の4つの意義は、アメリカ連邦最高裁判決（*Obergefell v. Hodges*, 135 S.Ct. 2584 (2015), at 2599-2601)において、ケネディ裁判官による法廷意見において述べられているところに大きく依拠している。

<sup>7</sup> もとより、すべての子どもが婚姻している両親のもとで養育監護されるべきということではない。親が婚姻の選択肢を保障された状況にあることが子の利益に資するのである。

合がある。さらに（う）政府が提供する年金や健康保険などの社会保障制度や税制上の優遇措置などさまざまな制度が婚姻関係を基礎にして提供されることがある<sup>8</sup>。

以上のように、憲法が自己決定の自由として婚姻の自由を保障するのは、個人の自律に資する意義、2人の人間の親密な結合を支える意義、子どもの利益に資する意義、社会の基礎の一つとしての意義などの重要な意義に鑑みてである。

次に、憲法13条の保障する婚姻の自由の内実が問題となる。この点、婚姻の自由が、自己決定の自由として保障されるべきことから、第1に、当事者の自由かつ平等な意思決定により（第三者の同意等を要せず）「婚姻」が成立するという防御権的側面が認められるべきである<sup>9</sup>。婚姻には、子どもの利益に資する意義、社会の基礎の一つとしての意義があることから、婚姻は、それにかかわる法制度の存在を前提にするべきものである<sup>10</sup>。このため、憲法13条の保障する婚姻の自由には、第2に、「婚姻」という法制度を利用する権利という側面が認められるべきである<sup>11</sup>。

イ 婚姻の自由が相手方の性別にかかわらず婚姻する自由を含むか  
以上を前提にして、婚姻の自由が異性と婚姻できる自由にとどまるのか、それとも同性、異性に関わりなく婚姻する自由をも含むのかを検討する。

婚姻の第1の意義についてみれば、男性と女性の婚姻におけると同

---

<sup>8</sup> 日本国憲法が25条や27条を置いていることから（い）や（う）の意義も憲法上認められるべきであることに疑問は無い。

<sup>9</sup> 前掲渡辺・宍戸・松本・工藤「憲法Ⅰ基本権」454頁

<sup>10</sup> 長谷部恭男「国家による自由」『憲法の理性増補新装版』東京大学出版会2016年133頁においては、さらに進んで、「婚姻は、それにかかわる法制度の存在を前提としており、婚姻の自由とは、法の設定する様々な効果へのアクセスを保障する権利である。法の定める要件・効果の集合を前提として、はじめて人は、自らの選ぶ相手と社会的に「婚姻」と認知される関係を取り結ぶこと（あるいはそれを解消すること）ができる。」と述べられている。

<sup>11</sup> 前掲長谷部「国家による自由」133頁。前掲・渡辺・宍戸・松本・工藤「憲法Ⅰ基本権」454頁

様に男性と男性の婚姻、女性と女性の婚姻においても、相手を選択するという自己決定とその選択した相手と継続的に協力しあう関係を形成するという自己決定を行う点において、個人の自律に資する特別の意義がある点は同じである。

第2に、男性と男性の婚姻、女性と女性の婚姻においても、婚姻には、2人の人間の親密な結合を支える格別の意義がある。

さらに、男性と男性の婚姻においても女性と女性の婚姻においても、相手方が養子縁組した子どもや異性との婚姻時に生まれた子を婚姻する2人が協力して育てることができる。婚姻は、異性のカップルのときも同性のカップルのときも、いずれも、子どもたちに家庭を与えるという子の利益に資する<sup>12</sup>。

最後に、男性と男性の婚姻も女性と女性の婚姻も結合の深さと強さにおいて男性と女性の婚姻と変わることはなく、やはり社会の基礎となる結合の一つである。実際にも、同性のカップルを含む形で3世代の家族が形成されることもあるし、会社が同性のカップルを婚姻している異性のカップルと同様に家族として尊重することもあるし、地方自治体によっては家族として配慮尊重するための条例を制定している。

以上からすれば、婚姻の自由は、異性と婚姻できる自由にとどまらず、相手方の性別に関わりなく婚姻する自由をも含むものと考えられる。

また、同性と婚姻する場合においても、婚姻の自由には、当事者の

---

<sup>12</sup> 2017年4月、大阪市が、前年12月付で、男性同士の同性カップルを養育里親として認定していたことが報じられ、また、塩崎恭久厚生労働大臣（当時）が、この話題について、「同性カップルでも男女のカップルでも、子どもが安定した家庭でしっかり育つことが大事で、それが達成されれば我々としてはありがたい」と述べたことも報じられた。同性カップルに養育されることが、一般に子の福祉に反すると考えられているわけではなく、子の福祉に適合するかは、個別の家庭の事情により判断されるべき事項である。子どもの養育を希望する同性カップルは、婚姻を行うにより、より家庭環境が安定化し、子の福祉に資することとなると考えられる。

自由かつ平等な意思決定により（第三者の同意等を要せず）「婚姻」が成立するという防御権的側面と、「婚姻」という法制度を利用する権利という側面があることに変わりはない。

#### ウ 婚姻の自由は全く保障されていないことになること

以上に加えて述べると、現在、人の性的指向は、一般的には選択できるものではなく、変更することは高度に困難なものであることが明らかになっている<sup>13</sup>。「婚姻の自由を異性との婚姻の自由として保障する」という法制度がとられている限り、性的指向が同性に向く者にとっては、「婚姻の自由は全く保障されていない」という結果になるのである。

憲法は人権上婚姻を重要なものとして位置付けており、同性に性的指向が向く人には婚姻という制度を法が現実には提供していないという事実は、その人の尊厳を損なうものである。

#### エ 重婚、近親婚、年齢制限等の婚姻障害事由の定めが、婚姻の自由の存在から直ちに違憲無効となるものではないこと

婚姻の自由が人権として認められるとすると、あるいは同性との婚姻に婚姻の自由の適用があるとすると、民法の定める婚姻の要件のうちの婚姻障害<sup>14</sup>と呼ばれるものが直ちに違憲無効になるのではないかと懸念を表明する者もあることからこの点を検討する。

もし、そもそも婚姻の自由が認められていないのであれば、民法の定めるそれらの要件が、婚姻の自由の侵害ゆえに違憲無効となる余地

---

<sup>13</sup> アメリカ連邦最高裁判決（*Obergefell v. Hodges*, 135 S.Ct. 2584 (2015)）におけるアメリカ精神医学会からの意見（<http://www.apa.org/about/offices/ogc/amicus/obergefell-supreme-court.pdf>）においては、同性愛は人間のセクシュアリティの正常な表現であって、一般的には選択できるものではなく、変更することは高度に困難なものであることが説明されている（同意見書7～9頁）。

<sup>14</sup> 婚姻適齢（民法731条）、重婚の禁止（同732条）、再婚禁止期間（同733条）、近親者間の婚姻の禁止（同734条）、直系姻族間の婚姻の禁止（同735条）、養親子等間の婚姻の禁止（同736条）、未成年者の婚姻についての父母の同意（同737条）、成年被後見人の婚姻（同738条）。個々の婚姻障害事由についてそれが人権侵害にあたるかについての議論は意見書の趣旨には必要がないので省略する。



はないのは当然である。しかし、婚姻の自由が人権として認められることは否定できないから、それらの要件が婚姻の自由の制約として許されるべきものか検討されうることは避けられない<sup>15</sup>。しかし、婚姻の自由も他の人権同様に合理的な制限がありうるものであり、同性との婚姻を認めることで突然に無制約となるものではない。今後も、民法の各婚姻障害事由も婚姻の自由の合理的な制限である限り、婚姻の自由の不当な制限として違憲無効になるものではない。

したがって、同性との婚姻についても婚姻の自由の保障は及ぶとしたからといって、民法の定める婚姻障害事由との関係で何か不都合なことが生じることはない。

## (2) 憲法 14 条の平等原則

### ア 平等原則の観点からの検討

日本国憲法は、すべての人が個人として尊重される（憲法 13 条前段）べきであり、個人的人格的価値が等しいとの認識から、憲法 14 条において法の下での平等を保障した。

ところが、現在、性的指向が異性に向く者はその選択した者を配偶者として婚姻できるのに対して、性的指向が同性に向く者はその選択した者を配偶者として婚姻できないことから、性的指向を区分として法的に婚姻できるかできないかという異なる取り扱いがなされている。

そこで、自らの選択した者と婚姻したいと思う点では同じでありながら、異性と婚姻したいと思うか同性と婚姻したいと思うかという性的指向の差異によって、法的に婚姻できるかについて異別の取り扱いを行うことが法の下での平等に反しないかが問題となる。

---

<sup>15</sup> 東京弁護士会も再婚禁止期間について「夫婦同氏強制及び再婚禁止期間等に関し、最高裁判決を受けて民法の差別的規定の早期改正を求める会長声明」2015年12月17日を発表し、「民法（家族法）の改正を求める会長声明」2013年9月5日では婚姻適齢に男女の差を設ける民法731条について速やかな改正を求めている。

## イ 審査の方法

法の下での平等の適用にあたっては、いかなる審査基準によるかについてさまざまな議論がある。本来審査基準とは、司法審査にあたって裁判所が立法部との関係で意識されているものであるが、立法についての意見を述べることから審査基準についてまず検討する<sup>16</sup>。

第1に、異なる取り扱いの根拠とされている区分が人種、信条、性別、社会的身分または門地といった区分であるときには、それらの区分は歴史的に強固な差別の根拠とされてきたものであり、また、それらの区分は本人の意思によっては左右できないものであるから、厳格な審査基準によるべきである<sup>17</sup>。

この点、前述したように、性的指向は一般的には選択できるものではなく、変更することは高度に困難なものである。

次に、歴史的に、性的指向を区分とする差別がなされてきたかどうか

---

<sup>16</sup> たとえば高橋和之「体系憲法訴訟」有斐閣2017年も第3章違憲審査の方法(2)利益衡量と審査基準論の冒頭にて、「その国家行為が憲法上の権利を制約するとき、権利制約を受けた国民は、その救済を求めて出訴し、違憲の争点を提起する。」(213頁)と述べて、司法審査の場面でのものとして審査基準を検討している。

<sup>17</sup> 前掲佐藤「憲法第3版」青林書院471頁(前掲佐藤「日本国憲法論」200～201頁も同様。)は「憲法は、平等思想の根源と過去の経験(過去の悲惨な差別、本人の努力によってはどうにもならない社会的汚名、等々)に鑑み、一定の事項(後段列挙事由)については特に「差別」を警戒し、その事項に関してはやむにやまれざる特別の事情が証明されない限り「差別」として禁止する趣旨(「差別につき疑わしい範疇」と解すべきであろう。)」と述べている。近時の長谷部恭男編「注釈日本国憲法(2)」有斐閣2017年所収川岸令和「第14条法の下での平等、貴族の禁止、栄典」は、憲法第14条の1項後段列挙事項について、「これら列挙事由は人類の歴史のなかで人々が広く差別の理由としてきたものであり、個人の努力では変えることができないか非常にセンシティブな性質のものである。」(172～173頁)との説明がされている。

最高裁大法廷判決平成20年6月4日民集62巻6号1367頁(国籍法違憲判決)は、「国籍法が、同じく日本国民との間に法律上の親子関係を生じた子であるにもかかわらず、上記のような非嫡出子についてのみ、父母の婚姻という、子にはどうすることもできない父母の身分行為が行われない限り、生来的にも届出によっても日本国籍の取得を認めないとしている点は、今日においては、立法府に与えられた裁量権を考慮しても、我が国との密接な結び付きを有する者に限り日本国籍を付与するという立法目的との合理的関連性の認められる範囲を著しく超える手段を採用しているものというほかなく、その結果、不合理な差別を生じさせているものといわざるを得ない」と述べており、また、最高裁大法廷決定平成25年9月4日民集67巻6号1320頁(法定相続分差別事件)は、「そして、法律婚という制度自体は我が国に定着しているとしても、上記のような認識の変化に伴い、上記制度の下で父母が婚姻関係になかったという、子にとっては自ら選択ないし修正する余地のない事柄を理由としてその子に不利益を及ぼすことは許されず、子を個人として尊重し、その権利を保障すべきであるという考えが確立されてきているものといえることができる。」と述べており、「特に近時、最高裁は、自らの意思や努力によっては変えることのできない事柄を理由として法的に別異の取扱いをすることに対して慎重に審査するようになってきている。」(前掲川岸令和「第14条法の下での平等、貴族の禁止、栄典」173頁)。

かも問題である。たしかに、性的指向を明白な区分とする差別立法がなされたことは認められないところではある。しかし、1997年の府中青年の家事件の控訴審判決<sup>18</sup>においては、公権力が無関心であって正確な知識がないということは許されないところ、無関心で正確な知識が無いために不利益を受けたことが指摘されている。その17年後、日本弁護士連合会の人権救済事件においても、「これらの発言はいずれも、東京都知事としての発言であり、同性愛者等の性的少数者（以下「性的少数者」という。）を蔑視し、社会から排除しようとする差別発言であるとともに、性的少数者に対する差別あるいは差別意識を助長する発言であり、性的少数者の人権を侵害している。」と指摘して、東京都知事であった者に警告をしている<sup>19</sup>。公権力が、性的指向の多様性に関心であるため、あるいは知識が無いために性的指向ゆえの不利益<sup>20</sup>を受けることは今日でも起きている<sup>21</sup>。

以上のように、性的指向が本人の意思によって左右できないものがあり、かつ性的指向のゆえの差別が歴史的にあったことからすると、性的指向に基づく差別については厳格な審査基準によって審査すべきである<sup>22</sup>。

---

<sup>18</sup> 府中青年の家事件の控訴審判決（東京高等裁判所第4民事部判決平成9年9月16日平成6年（ネ）1580号損害賠償請求控訴事件判例タイムズ986号206頁）は、「平成二年当時は、一般国民も行政当局も、同性愛ないし同性愛者については無関心であって、正確な知識もなかったものと考えられる。しかし、一般国民はともかくとして、都教育委員会を含む行政当局としては、その職務を行うについて、少数者である同性愛者をも視野に入れた、肌理の細かな配慮が必要であり、同性愛者の権利、利益を十分に擁護することが要請されているものというべきであって、無関心であったり知識がないということは公権力の行使に当たる者として許されないことである。このことは、現在ではもちろん、平成二年当時においても同様である。」と判示した。

<sup>19</sup> 東京都知事による性的少数者差別発言に関する人権救済申立事件（警告）2014年4月22日 <https://www.nichibenren.or.jp/activity/document/complaint/year/2014/140422.html> アクセス日2017年6月14日

<sup>20</sup> 「性的指向および性自認を理由とするわたしたちが社会で直面する困難のリスト（第2版）」。<http://lgbtetc.jp/news/164/> アクセス日2017年6月14日

<sup>21</sup> 性的マイノリティに対する差別的インパクトを指摘するものとして 佐々木弘通「第14講 平等原則」『憲法学の現代的論点第2版』有斐閣2009年337頁

<sup>22</sup> 前掲渡辺・宍戸・松本・工藤「憲法I 基本権」では、憲法14条後段の社会的身分について、「これに対して列挙事由に特別の意味を持たせる通説では（→第3節4（1）〔参照箇所では「通説は、14条1項後段列挙事由は歴史的に特に疑わしい別異取扱いを例示したものであるから、それを理由とした区別は厳格に正当化審査されるべきだ、と考えてきた。」（140頁）と通説を説明して

第2に、平等原則の審査基準については、異なる取り扱いによっていかなる人権の享受に異なる結果が生じているかに着目して、その人権が表現の自由などであるときには、それが高い人格的な価値を有するから、あるいは民主制の過程を維持保全するのに不可欠であるから、厳格な審査基準によって審査すべしといった議論がある<sup>23</sup>。

婚姻の自由は、婚姻という親密で人格的な結合を形成する自己決定の自由であることから、高い人格的な価値を有しており、この点でも、厳格な審査基準によって審査すべきである。

以上から、性的指向を区分として異なる取り扱いをすることが平等原則に違反しないかを審査するにあたっては、厳格な審査基準によって判断しなければならない。性的指向を区分として別異の取り扱いをすることは、それ自体不合理なものとして、原則として禁止される。別異の取り扱いを合理的とするより強い正当化事由がない限り禁止される。

#### ウ 差別の合理性審査・歴史的伝統

歴史的に、必ずしもどの地域どの時代とまではいえなくとも、概ね婚姻は異性間に認められてきたものであるから、同性との婚姻は認められるべきではないという議論について検討する。

たしかに、歴史的に「婚姻」が異性間において認められてきたことを理由に、いま突然に、同性について「婚姻」を認めることはできないのではないかとの疑問が、とりわけ他国において同性の婚姻を禁止する立法の司法審査の場面において呈されてきたところではある。

しかし、そもそも婚姻という制度自体の内容は歴史的に変わってき

---

いる。)), 意味内容の明確な狭義説または中間説が支持されている。例えば婚内子・婚外子の区別(略)は、狭義説においても、社会的身分による区別と考えられる。部落や性的マイノリティーも、同様な例である。」(136頁)と論じている。

<sup>23</sup> 前掲高橋「体系憲法訴訟」301頁でも「実体的権利利益につき差別をすることは、実体的権利利益を制限することでもあるから、この側面から審査の厳格度が影響を受けうる。」と説明されている。

たものである。日本国憲法は、制定時に存在していた婚姻の制度について変更をせまるものであるから、婚姻という制度は歴史的に変わらうという立場である。

また、婚姻が異性間において認められてきたとしても、人権とは人が生まれながらに享有する権利であって、時代を超えて普遍的なものであり、歴史的にそのように考えられてきたということだけで正当な人権制約事由とすることは困難である。

したがって歴史的に婚姻が概ね異性間のものであったのだとしても、問題となる別異取り扱いに合理性はない（また婚姻の自由の制約事由となるものでもない）<sup>24</sup>。

#### エ 差別の合理性審査・再生産と子どもの養育

次に、異性間の婚姻は認めるが同性間の婚姻は認めないことについて、その目的の正当化事由として主張されているものとして、安定した環境における子どもの養育を目的として、このような異なる取り扱いをしているとの見解がありうるかもしれない。

仮に、安定した環境における子どもの養育という目的自体が正当であるとしても、同性との婚姻を認めないという手段との間に、合理的な関連性があるかどうかの問題となる。

第1に、現実には、異性との婚姻であっても年齢や身体的状況により配偶者間での生殖可能性のない場合も婚姻はできるし、妊娠出産できないことが離婚原因として認められているわけでもない。婚姻が安定した環境における子どもの養育を目的とするものであれば、これらの者も婚姻できるようにすることは不必要なはずである。また、同性婚を認めると、異性婚が少なくなる、又は、子どもが少なくなるなどの帰結をもたらす根拠はなく、少子化は、子どもを持たない理由が経

---

<sup>24</sup> もっとも歴史的伝統だけを理由にするのであれば、人権の性質からして、通常の合理性の基準によっても平等原則違反となると考えられる。

済的な理由や保育所の不足にあると言われていることから、それらの障害の除去に力を入れるべき問題であり、同性婚の禁止との因果関係はない。

第2に、同性のカップルであっても、現実には、そのひとりが過去の婚姻時に出生した子を共に育てていたり、第三者提供の精子によって妊娠出産した子を共に育てていたり、あるいはそのひとりが養子縁組した子を共に育てていたりすることがありうるし、そのような例は実際にある。仮に、同性との婚姻を認めるならば、いわゆる連れ子養子や夫婦共同縁組も可能となる。この点からいえば、安定した環境における子どもの養育のためには、むしろ同性婚も認めるべきである<sup>25</sup>。

したがって、次世代の再生産と安定した環境における子どもの養育を目的とすることが正当だとしても、同性婚を認めないという目的達成の手段は合理的ではない。異性との婚姻は認めるが同性との婚姻を認めないという別異取り扱いには、合理性はなく、平等原則に照らして許されない。

### (3) 憲法24条の解釈

#### ア 個人を平等に尊重するという基本原理

婚姻について、憲法24条は、第1項で「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。」と述べて、そのうえで、第2項で「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、個人を平等に尊重するという基本原理を家庭生活に関して明らか

---

<sup>25</sup> 脚注11参照。

にしている。

イ 憲法 24 条 1 項は同性との婚姻を認めることを禁止するか

憲法 24 条 1 項は、「婚姻は、両性の合意のみに基いて成立し」と述べているので、憲法上、民法などで婚姻の要件を定めるときに、「婚姻は異性による場合も同性による場合も有効である」と定めることが禁止されるかが問題となる。

しかし、「両性の合意のみに基いて成立」という文言だけを見て、同性との婚姻について禁止の意味が含まれていると考えるのは妥当ではない。

憲法 24 条 1 項の趣旨は、明治民法時代、婚姻には戸主の同意が必要であり、また男性 30 歳、女性 25 歳までは父母の同意も必要であり、婚姻が当事者の自由な意思ではなく、親や戸主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踏まえ、これをなくすために規定されたものである<sup>26</sup>。

憲法制定時の帝国議会での審議の記録をみても、憲法 24 条 1 項が同性との婚姻について禁止する趣旨であるか議論されたことすら無い。

近時の最高裁平成 27 年 12 月 16 日大法廷判決・平成 26 年(オ)第 1023 号損害賠償請求事件においても「憲法 24 条は、1 項において(略)と規定しているところ、これは、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。」と指摘されている。

以上のように、憲法 24 条 1 項は、婚姻が当事者の自由な意思のみに基づいて成立するものであることを定めたものであって、異性との

---

<sup>26</sup> 二宮周平「解説内縁・事実婚(同棲)」島津一郎松川正毅編基本法コンメンタール親族 日本評論社 2008 年 38 頁。

婚姻のみを保障する趣旨ではない。したがって、同性との婚姻を民法で定めることは、憲法24条1項には違反しない。

ウ 憲法24条は同性との婚姻についていかなる立場をとるものか

他方で憲法24条が婚姻や家族について直接に述べた規定であることから、同条の意義や同条が民法の婚姻の制度において同性との婚姻を認めるか否かについてどのような立場をとるものかが問題となる。

憲法24条について、宮沢俊義憲法Ⅱ新版（改訂）（有斐閣1974年430頁から433頁）は、「第八章 家庭生活における個人の尊厳と両性の平等」との章において、憲法24条について、「日本国憲法は、個人を平等に尊重するという基本原理を、家庭生活に関して、特に次のように、定める。」「この規定にもとづいて、民法ことにその親族編と相続編とに対して、個人の尊厳と両性の本質的平等を基調とする根本的な改正が加えられたことは、人の知るところである。」「右の憲法の規定が民法の『家』の廃止を要求するかどうかは争われたが、戸主権・家督相続・その場合の長子の単独相続・男子の女子に対する優越性などはすべてこの規定に反することは明らかなので、日本国憲法施行とともに、日本国憲法の施行に伴う民法の応急的措置に関する法律（昭和22年法74号）で、とりあえず、民法の「家」についての規定の適用を停止し、やがて民法改正（昭和22年法222号）で、「家」を全面的に廃止した。」と説明している<sup>27</sup>。

憲法制定時には、個人を平等に尊重するという近代憲法であれば当然の基本原理に照らすと、当時、民法に親族や相続に関する法の制度

<sup>27</sup> 法学協会編「註解日本国憲法上巻」有斐閣1953年においても、「殊に、わが国においては、旧憲法の下にあっても、国民は公法上の地位即ち公民としては、大體において平等を認められ、参政権も与えられていたが、私人としての私生活においては、封建的大家族制度の残存である道徳風習に支配され、これを法律までが支持していた結果、個人の尊厳と平等が無視されがちであった。（略）本条が婚姻の自主性を宣言し、個人を自己目的とする個人主義的家族観に基づいた、家庭生活の法律的規整を要求したことは、従来 of 封建的大家族主義への法律的支持をはずし、国民に新しい家族道徳を樹立する自由な基盤後与えることによって、民主主義の根底をかためようとする点で、大きな意義がある。」と説明されている。



に廃止されねばならなかったものがあり、またそのような民法規定を規範とする現実の社会的状況もあり、それゆえに家族生活における個人の尊重と法の下での平等の徹底をはかる趣旨で憲法24条が定められたことがわかる。あえて24条を置く<sup>28</sup>ことで、1項において当事者の合意のみにより婚姻が成立することと夫婦の同等の権利を保障するように民法の改正を要求し、2項においてその他の事項についても個人の尊厳と両性の本質的平等の見地から国会の立法裁量の幅に相応の限定を加えたものである<sup>29</sup>。

以上からすれば、婚姻の中核が、生殖や子どもの養育から、時代とともに個人の人格的な結合へと変化し、家族の在り方が多様化している現状を踏まえ、法律が同性との婚姻を認めないことにより24条2項の「個人の尊厳と両性の本質的平等」が損なわれていると解される場合には、24条2項の趣旨にしたがい、法改正によって、同性との婚姻を認めるべきことになる。

#### 4 国際社会の動向、及び国内の状況に照らし、同性婚は認められるべきである

##### (1) 国際社会の動向

##### ① 各国の状況

##### ア オランダ

---

<sup>28</sup> 憲法13条の幸福追求権の保障する自己決定権及び憲法14条の保障する法の下での平等は、婚姻と家族に関する事柄にも適用があるものであるが、憲法はあえて家族に関する条項を置いたものともいえる。

<sup>29</sup> 前掲高橋「体系憲法訴訟」308頁においては、近時の学説においても、憲法24条の2項の個人の尊厳について「ここでの『個人の尊厳』は、日本国憲法の基本原理である憲法13条の『個人の尊重』と共鳴している概念であり、個人の尊重の道德哲学的基礎をなすものである。」「日本国憲法が戦前のあり方の反省に立って、戦前の社会のあり方の下部構造を構成していた婚姻・家族のあり方こそを変革しなければならないとして宣言したのが『個人の尊厳＝個人の尊重』原理なのである。」と説明している。また、「1項こそが婚姻制度に先行する婚姻の自由を定めた規定と読まねばならない。なぜそれを1項で規定したかという、それが2項にいう『個人の尊厳と両性の本質的平等』の要請と考えているからである。個人の尊厳と両性の本質的平等は立法裁量の単なる『指針』ではない。立法裁量を法的に枠づける基本原理なのである。」とも明らかにしている。

1998年にシビル・パートナーシップ制度を異性カップルにも同性カップルにもできるようにしたが、2001年には、婚姻は異性でも同性でも2人でなされるものであることを規定して、同性間の婚姻も認めた。

#### イ カナダ

2005年の市民婚姻法<sup>30</sup>により、婚姻が2人によるものであること及び配偶者らが同性であることのみを理由にして婚姻が無効又は無効とされうるものとなるものではないことを定めた。

#### ウ アメリカ合衆国

2015年には、同性婚を認める州と認めない州があったところ、連邦最高裁が判決にて、(1) 憲法第14修正のデュープロセス及び平等な保護の条項により保障される婚姻の権利を同性のカップルも奪われることはなく、婚姻を異性間に限る州法は無効であり、また、(2) 各州は他州で適法になされた婚姻を同性間のものであることを理由として承認することを拒否してはならないとした(Obergefell v. Hodges, 135 S.Ct. 2584 (2015))。各州においては、直ちに、特段の立法を待つことなく、同性との婚姻が受け付けられるようになった。

#### エ 英国 (グレートブリテン及び北アイルランド連合王国)

イングランド及びウェールズにおいては、2004年にシビル・パートナーシップ法によって、婚姻と同様のしかし婚姻とは異なる制度を同性のカップルが利用できるようにした。その後、2013年婚姻法 (Marriage (Same Sex Couples) Act 2013) は、その1条「同性のカップルへの婚姻の拡張」において「同性のカップルの婚

---

<sup>30</sup> 前文にて、婚姻制度を等しく利用できることのみが同性のカップルの差別なき平等の権利を尊重するものであって、婚姻制度とは別のシビル・ユニオンは平等な利用を提供しないものであり、人としての尊厳を損なうものであり、カナダ権利と自由の憲章に違反すると述べている。

姻も法律上有効である。」と定めて、同一の性のカップルの婚姻も法により認めるようにした。なお、同性のカップルが養子を共同して縁組できることは同性婚より先に認められている。

スコットランドにおいては、2004年にシビル・パートナーシップ法によりシビル・パートナーシップが認められ、2014年に婚姻シビル・パートナーシップ法により同性のカップルの婚姻も認められるようになった。

#### オ ドイツ

ドイツにおいては、2001年から同性パートナーシップ制度が設けられている。2017年に「同性カップルの婚姻の権利を認める法律」が成立し同年10月1日より施行された。同法は、第1に、民法1353条「婚姻共同体」の第1文を「婚姻は、異なる又は同じ性の2人により終生のものとしてなされる。」と改めて、民法1309条「外国人の婚姻可能なことの証明」にて同性による婚姻のためには本国が婚姻障害なきことの証明書を発行しない場合でも同性との婚姻を可能とし、第2に、関連法規の改正として、ライフ・パートナー登録法によるライフ・パートナーを婚姻に変更することを認めたほか、ごく少数の技術的な改正を定めて、第3に、公布から3ヶ月の月の最初の日に施行することなどを定めている。

#### カ フランス

フランスにおいては、1999年に民法に市民連帯協約(PACS)が「異性又は同性の2人の成人した自然人の間で締結される人生を共にする契約」として導入された。しかし、2007年、フランス最高裁判所は、「婚姻は、男性と女性のユニオンである」と判断した。2011年、フランス憲法裁判所は、民法が、配偶者同士が異性同士であることを間接的に要求していることについて合憲と判断

した。しかし、2013年に民法改正及び特別法成立により、「婚姻は、異性又は同性の2人の間で成立する。」と定められ、同性婚が認められた。

#### キ 台湾

2017年5月24日、台湾で唯一の違憲審査権を有する司法院大法官の会議で、同性婚を認めていない民法は、憲法に違反すると判断した。

これは、アジアで初めて同性婚を法制化することになる、画期的な判断であった。違憲と判断した理由として、①結婚するか否かや誰と結婚するかという権利は、憲法22条で保障された自己決定権である、②同性婚を認めたとしても異性婚を認めた社会秩序が変わるものではなく、むしろ、婚姻の自由を同性間に認めることで社会の安定が強化される、③婚姻の自由は人格の健全な発展及び人間の尊厳の護持に関わり、親密で排他的な永続的結合関係を成立させる必要性、不可欠性は異性愛者も同性愛者も変わりはなく、いずれも憲法22条の結婚の自由を保障される、④平等権を定める憲法7条は明文で5種類の差別禁止事項を挙げているが、これは例示列举であって、性的指向も平等権の規律範囲内であるため、性的指向を理由とする差別的取り扱いは、より厳格な違憲審査基準を用いなければならない、⑤民法の婚姻規定は子どもを産むことを前提条件としておらず、離婚条件ともしていないのであるから、自然に子どもを授かることのできない同性カップルについてそのことを理由に婚姻を認めないことは明らかに不合理な差別的取り扱いである、⑥同性婚は社会倫理に影響しないにもかかわらず、基本的倫理秩序護持を理由に挙げて同性カップルの婚姻を認めないことは明らかに不合理な差別的取り扱いであって、憲法上の平等原則の趣旨に反する、な

どを理由に挙げている。そして、この判断を受けて、2019年5月、同性婚を認める法案が可決され、多数の同性カップルが婚姻の届け出をした。

#### ク その他

少なくとも、ノルウェー、フィンランド、スウェーデン、デンマーク、アイルランド、ベルギー、ルクセンブルク、スペイン、ポルトガル、アイスランド、ブラジル、コロンビア、ウルグアイ、アルゼンチン、南アフリカ共和国、ニュージーランド、マルタ、オーストリア、オーストラリア、エクアドル、コスタリカにおいて同性婚が認められている。

### ② 国連・国際人権機関等

#### ア 国連

国連人権高等弁務官2015年5月4日の報告書(A/HRC/29/23)において、各国政府に対して、同性のカップルとその子どもに法的な承認を与えて、伝統的に婚姻しているパートナーに与えられてきた便益（年金、税金、財産承継を含む）を差別なく与えることが勧告されている<sup>31</sup>。

---

<sup>31</sup> いわゆる自由権規約に関する第5回日本の政府報告書審査における同委員会の総括所見（2008年10月30日）において、主要な懸念事項と勧告として、段落29にて、同性のカップルに関する事項が指摘されていたが、自由権規約第6回日本の政府報告書審査における同委員会の総括所見（2014年8月20日）においても、引き続き、主要な懸念事項と勧告として、「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、及び地方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択し、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、地方自治体レベルで、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。」と指摘された。

いわゆる社会権規約の第3回日本の政府報告書審査における社会権規約委員会の総括所見（2013年5月17日）において、主な懸念事項及び勧告として、「10. 委員会は、締約国が法改正を行う際、本規約の下の義務の遵守を確保しようと努力しているものの、規約の権利に関する限りにおいて、女性、非嫡出子及び同性のカップルに対する差別的規定が締約国の法制度に存在し続けていることに懸念をもって留意する（第2条2）。委員会は締約国に対して、これらの人々を本規約

## イ EU

欧州人権裁判所は、2015年、イタリアについて、同性のカップルに対して、およそ何らの保障も与えていないのは許されないとした。イタリアは、2016年、同性パートナーシップを立法して対応した。

## ウ 米州人権機構

米州人権裁判所は、2018年、加盟国は「同じ性別の者の間の家族の紐帯から派生する全ての権利を認め保障しなければならない」「婚姻する権利を含めて既存の司法的制度のすべてへのアクセスを保障しなければならない」との勧告意見（Advisory Opinion OC-24/17 of November 24, 2017）を發した。

### ③ まとめ

このように、各国においては、2001年以降、同性の2人も異性の2人と同様に法的に婚姻できることが認められるようになってきている。その傾向は、近年特に顕著である。また、憲法の最終的な解釈権限をもつ裁判所によって、婚姻の自由や法の下での平等の要請であることが確認されている国も少なくない。国連や国際人権条約機関においては、加盟国における現状の多様性も考慮しているとみられるが、同性のカップル及びその子どもたちに法的な承認と保障が要請されるようになってきている。

## (2) 国内の状況

日本では、地方自治体や企業において、同性によるパートナーシップ

---

の権利の行使及び享受に関連して直接的又は間接的に差別をしないことを確保するため、関連する法律を包括的に検討し、必要な場合には、改正することを要求する。」と指摘された。

国連人権理事会における普遍的定期的審査は日本については2008年、2012年、2017年であったところ、性的指向及び性自認関連の勧告が回を追うごとに増えており、性的指向及び性自認に基づく差別を撤廃するための措置を講じることなどが勧告されている。

を一定程度認める動きが出てきている。

### ① 地方自治体の動向

同性パートナーシップを、当事者の申請に基づき地方自治体が証明する制度<sup>32</sup>は、2015年11月に受付が開始された渋谷区、世田谷区に続き、三重県伊賀市（2016年4月）、兵庫県宝塚市（2016年6月）、那覇市（2016年7月）、札幌市（2017年6月）、福岡市（2018年4月）でも開始された。2021年1月1日現在で、70を超える地方自治体（日本の人口のおよそ3分の1）が同性パートナーシップ制度を導入している。

全国的には、性的指向や性自認に起因する差別的な取り扱いの禁止を明記した条例制定<sup>33</sup>や、性的少数者に対する支援の宣言<sup>34</sup>など、性の多様性を認め合い、誰もが自分らしく暮らせる社会を目指す動きが広がりつつある。こうした動きの中でも、地方自治体による同性パートナーシップ制度の導入は、同性カップルに対する社会的承認の点で明らかかな前進であり、社会的にも大きな注目を浴び、歓迎された。

同性パートナーシップ制度は、同性婚の代わりになるものではなく、同制度があるからといって同性婚を認めなくてよいというものではないが、同制度の導入する地方自治体が増えているという事実は、市民が同性のパートナーを法的な配偶者として認める機運が広がっているということを示している。

---

<sup>32</sup> 地方自治体が用意するパートナーシップ制度の内容はさまざまである。たとえば、渋谷区では、条例に基づいた制度であり、公正証書の作成を要件としている。世田谷区では、要綱に基づいた制度であり、公正証書の作成は要件とされていない。

<sup>33</sup> 文京区男女平等参画推進条例（2013年11月施行）、多摩市女と男の平等参画を推進する条例（2014年1月施行）、武蔵野市男女平等の推進に関する条例（2017年4月施行）、世田谷区多様性を認め合い男女共同参画と多文化共生を推進する条例（2018年4月施行）、国立市女性と男性及び多様な性の平等参画を推進する条例（2018年4月施行）

<sup>34</sup> 大阪市淀川区（2013年9月）、那覇市（2015年7月）、岐阜県関市（2016年8月）、沖縄県浦添市（2017年1月）

## ② 企業の動向

一般社団法人日本経済団体連合会（以下「経団連」という。）が2017年3月1日から同月31日にかけて実施した「LGBTへの企業の取り組みに関するアンケート」の結果（調査対象：経団連会員企業1385社、156団体）によると、90%以上の企業がLGBTに関して社内での取り組みが必要だと回答した<sup>35</sup>。また、LGBT等のセクシュアル・マイノリティに関して何らかの取り組みを既に実施している企業が42.1%、検討中が34.3%と、取り組みの予定がないと回答した23.2%を大きく上回っている。同アンケートの中で同性カップルに関するものに焦点をあててみると、「LGBTに関する取り組みを進めるにあたり、必要な法整備・支援等についての主な要望」という質問に対し、「同性婚を認めるための法整備」という回答が見られる。このことから、各企業が個別に対応していけば足りるというわけではなく、同性婚の法制化により、企業の取り組みを後押しすることができ、また、そういった法整備が必要とされていることは明らかである。

## ③ 世論の動向

2015年に実施された「性的マイノリティについての意識2015年全国調査報告書」（釜野さおり・石田仁・風間孝・吉仲崇・河口和也）  
2016年6月科学研究費助成事業「日本におけるクィア・スタディーズの構築」研究グループ編（研究代表者 広島修道大学 河口和也）では、「同性婚の賛否」につき、賛成・やや賛成を合わせた回答が55.3%

---

<sup>35</sup> 企業のLGBTに対する認知度、関心の高さを示す例としては、次のものが挙げられ、LGBTに対する社会的な理解が進んでいることを示している。

LGBTに関する企業等の取り組みの評価指標であるPRIDE指標には、大企業（従業員数301人以上）191団体を含む、233団体が応募している（PRIDE指標運営委員会「PRIDE指標2020レポート」）。

東京レインボープライド2019では、1万人以上がパレードを歩いたほか、約20万人が来場する大規模なイベントとなっており、協賛企業・団体が278団体にのぼる（特定非営利活動法人 東京レインボープライド「『東京レインボープライド2019』報告書」）。



であり反対・やや反対を合わせた回答の44.7%を上回った。

また、2015年3月の毎日新聞の世論調査で「同性婚」に賛成が44%、反対が39%、2017年3月のNHKの世論調査では「男性どうし、女性どうしが結婚することを認めるべき」に「そう思う」が51%、「そうは思わない」が41%、2017年5月の朝日新聞社の世論調査では「同性婚を法律で認めるべきだ」は49%、「認めるべきではない」は39%となっており、賛成が反対を上回った。

さらに、2018年10月の株式会社電通の調査でも、「同性婚」を法律で認めることに「賛成」・「どちらかという賛成」は78.4%、「どちらかという反対」・「反対」は21.6%と、賛成が反対を大きく上回る結果となったことが報道されている。

加えて、2019年9月に発表された国立社会保障・人口問題研究所による第6回「全国家庭動向調査」によると、調査対象となった既婚女性において、同性カップルについては75.1%がなんらかの法的保障が認められるべきであり、69.5%が同性婚を法律で認めるべきと考えているとの結果が出ている。

#### ④ 提言等

2016年、日本家族〈社会と法〉学会は、第33回学術シンポジウムで、「異性又は同性の2人の者は、婚姻をすることができる」との規定の新設を提案した。

また、2017年9月、日本学術会議は、「個人の利益を否定する強力な国家的ないし社会的利益が存在しない限り、個人の婚姻の自由を制約することは許されない」として、「婚姻の性中立化は必須であり、そのための民法改正が求められる」とする提言を発表した（「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－」）。

さらに、2018年、在日アメリカ商工会議所は、日本政府に対して、同性カップルにも婚姻の権利を認めるよう提言している。

## ⑤ 法案

立憲民主党、共産党、社民党の野党3党は、2019年6月3日、同性婚を可能とするために必要な法整備を行い婚姻の平等を実現するための民法改正案（婚姻平等法案）を国会に提出した。同民法改正案においては、婚姻について「異性又は同性の当事者」が戸籍法の定めるところにより届け出ることによって成立する旨が明記されている。

## ⑥ 小括

このように、国内の動向や世論に照らしても、同性婚は認められるべきである。

## 5 同性婚が認められていないことによる重大な不利益

### (1) 相続

同性カップルは、互いが互いの法定相続人たる地位にないため、片方が死亡した場合、残された者は原則として遺産を承継することができない。

代替手段として考えられる遺贈又は死因贈与の場合、遺言者又は贈与者に法定相続人がいるときは、本人の死後に、残された者（受贈者）に対し、法定相続人から遺留分減殺請求（民法1031条以下）がなされたり、遺言書又は死因贈与契約の有効性が争われるおそれがある。また、被相続人の一親等の血族及び配偶者以外の者に対するものとして、通常の相続税の2割が加算される（相続税法18条）、配偶者控除（相続税法19条の2）の対象とならないなど、婚姻している異性カップルと比較して、税制面でも不利益な扱いを受けることとなる。

これに対し、養子縁組をして同性パートナーと親子となれば、法定相

続人となる。しかし、貞操義務・同居義務が生じないなど、婚姻と同じ効果が得られる訳ではないし、そもそも、自らの気持ちと異なる関係（親子関係）に身を置かなければならないことについては精神的苦痛が伴う。また、それを乗り越えて養子縁組を行ったとしても、縁組意思がない等の理由で、死後、実親等から、養子縁組無効確認の訴え（人事訴訟法2条3号）が起こされるおそれもある。また、現行法では養親子関係にあった者は離縁後も婚姻ができないため（民法736条）、養子縁組後、同性婚が可能になった場合であっても、現行法を前提とすると、離縁して婚姻することはできないことにも留意が必要である。

## (2) 医療

同性カップルの一方が事故や病気により意識不明となった場合、医療機関がその同性パートナーを「家族」として取り扱うか（例えば、患者本人の意識がない場合に終末期医療の決定権を同性パートナーに与えるか）は、現実には、医療現場の個々の対応に委ねられている<sup>36</sup>。カミングアウトを受けていない親族が、同性パートナーを排除し、病室に入ることさえ許さないといったことも、実際に耳にする。これらは、いずれも、同性婚が認められていれば生じない問題である。

## (3) 住居

同性カップルは、婚姻が認められていないことにより、日常生活の様々な場面において、不合理な不利益を被っている。

---

<sup>36</sup> 厚労省「人生の最終段階における医療の決定プロセスに関するガイドライン」（2018年3月14日付改定）の解説編では、「家族等とは、今後、単身世帯が増えることも想定し、本人が信頼を寄せ、人生の最終段階の本人を支える存在であるという趣旨ですから、法的な意味での親族関係のみを意味せず、より広い範囲の人（親しい友人等）を含みますし、複数人存在することも考えられます」との記載もある。また従前より、「法律上の婚姻関係にあるか否かではなく、実質的に患者をささえてきた人たちをここでは家族といっている。同性のパートナーももちろん含まれる。」（樋口範雄「続・医療と法を考える」有斐閣2008年96頁）との説明もなされている。しかし、現実にはそのようにはなっていない。

例えば、家を借りるという場面においても、同性カップルが、公営のアパート・マンションを借りるべく、申込をしたとしても、多くの場合は断られる。公営住宅法（昭和26年6月4日法律第193号）に従来存在した「現に同居し、又は同居しようとする親族」がいなければ入居できないとの規定は改正されたものの、多くの地方公共団体下の条例では同居親族要件（公営住宅に入るためには「同居または同居予定の親族」がいなければならないとする規定）が残っているためである。

また、家を購入する場合においても、別の困難が待ち受けている。すなわち、婚姻している異性カップルの場合には、共同して住宅ローンを組むことが可能であるのに対し、同性カップルの場合、互いに法定相続人という立場にあるわけではないことから、共同ローンを組むことを断られる場合が多い。より深刻な問題としては、当該住宅の所有名義人が先に死亡した場合、残された同性パートナーに法定相続権はないため、当該住宅に住み続けることができなくなるおそれがある。さらに、交際を解消するに至ったときは、互いが支払った住宅ローンの金額についてどのように清算するか（一方のみが所有者となっている対象不動産をどのように処理すべきか）という問題も生じうる。このような場合、婚姻している異性カップルの離婚であれば、財産分与を相手方に請求することができるが（民法第768条）、財産分与が離婚の効果であることからすると、同性カップルが関係を解消する場合に民法第768条の適用対象となるかは全く不透明である。

#### (4) 子ども

子、その親権者、その同性パートナーの3者で生活を行っていくケースが少なからず存在する。その場合、子とその親権者でない同性パートナーとの関係が問題となる。

この点、同性婚が認められていれば、その子と同性パートナーは法定の親子関係を築くことが可能であるが、同性婚が認められていない現状においては、同性パートナーと子が養子縁組を行えば親権が養親である同性パートナーに移ってしまい、同性パートナー同士が共同で親権を行うことは不可能であるため、いわゆる連れ子養子の形での養子縁組が現実的ではない。

このような中で、親権者たる同性パートナーが死亡した場合、残されたパートナーは、子の親権者たる地位にないため、子の財産管理の必要性があれば未成年後見人選任申立の手続きが開始されることになる(民法838条1号)。そして、この場合に、残された同性パートナーがその子の未成年後見人に就任できるかは、遺言での指定なき限り全くもって不透明と言わざるを得ない。

このように、同性婚が認められていない現状においては、子と残された同性パートナーとの間に共に生活してきた実績があり、実際には親子としての関係性が構築されていても、その関係性は法的に担保されず、子が不安定な状況に追いやられることになる。

また、配偶者要件のために、同性カップルは特別養子縁組の利用も制限される。

## (5) DV

同性婚が認められていない中、同性パートナーからの暴力被害が、配偶者からの暴力の防止及び被害者の保護等に関する法律(DV防止法)に基づく保護命令手続の適用対象となるかは全く不透明である。

すなわち、DV防止法に基づく保護命令手続の適用対象は、「生活の本拠を共にする交際(婚姻関係における共同生活に類する共同生活を営んでいないものを除く。)をする関係にある相手からの暴力及びその

被害者」であるところ、東京地裁及び大阪地裁の裁判官が執筆した論文は、立法者が『婚姻関係』については、我が国の憲法上『婚姻は両性の合意により成立』と定められていることを踏まえて解することとなる」としていることに触れた上で、立法者が「保護の対象に同性同士の交際に入らないとの立法者意思を明らかにしている」と述べ、同性カップルについてDV防止法に基づく保護命令手続を適用することに消極的な姿勢を明確にしている（「東京地裁及び大阪地裁における平成25年改正DV防止法に基づく保護命令手続の運用」（判例タイムズ1395号5頁以下））。

#### (6) 在留許可

同性カップルの片方が外国人である場合、当該外国人が日本に在留するには在留資格が必要であるが、当該外国人は、日本人たる同性パートナーの「配偶者等」には該当しないから、当該在留資格を得ることはできない。

また、同性カップルの両当事者について、それぞれの本国において法的に婚姻が成立している場合（すなわち、同性カップルの両方が外国人で、かつ、その本国で同性婚が認められている場合）には、「特定活動」による在留が認められる運用になっているものの（法務省管在第5357号）、当該運用は、片方が日本人である同性カップルには適用されていない。

すなわち、日本人と外国人の同性カップルの場合、日本で同性婚が認められない限り、日本で共に生活することすら叶わないという深刻な問題が、現実には生じている。

もっとも、2017年3月には外国籍の同性パートナーに在留特別許可が認められるべきとして東京地方裁判所に退去強制令書発付処分

等取消請求訴訟が提起され、2019年3月、裁判所の勧告を受けて、  
国が当該同性パートナーの在留特別許可を認めるに至った（もっとも  
在留資格は定住者であり日本人の配偶者等ではない。

## (7) まとめ

このように、同性婚が認められないことにより、同性カップルは様々な  
不利益を被っているが、その不利益は重大であり、見過すことはできない。

## 6 地方自治体の同性パートナーシップ制度について

上述の通り、多くの地方自治体において同性のパートナーの関係を公  
的に認める各種の制度が設けられるようになってきたが、それらは統一  
的な制度ではないし、民法の改廃は条例制定権の範囲外であるから、親  
族法上の効果はなく、婚姻制度に代わるものではない。

同性パートナーシップ制度は、積極的な役割を果たしてきたものでは  
あるが、同性婚を認めるべき必要性を軽減させるものではない。

## 7 結論

以上の通り、同性婚は憲法上認められるべきであるし、国際情勢及び  
国内の情勢に照らしても認められるべきである。しかし、現在の日本で  
は認められておらず、そのために同性カップルは多大な不利益を被って  
いる。

このような人権侵害の状況を是正すべく、法令上の性別が男性と女性  
との婚姻のみならず男性と男性及び女性と女性との婚姻をも可能とする  
ように民法及び関連する法律政令等の改正を速やかに行うべきである。

以上