

#25 同性婚はなぜ「許容」なのか

1 24条1項「両性の合意のみ」の「のみ」

24条1項「のみ」——家制度を否定した一言

明治民法下

婚姻には**戸主の同意**が必要
一定年齢までは**父母の同意**も必要



現行24条1項「のみ」

戸主の同意も父母の同意も**不要**
＝**家制度の否定**が「のみ」の趣旨

「のみ」は男女の限定ではない——同性どうしの結婚を禁止する趣旨の規定とは言えない

■ 「のみ」の意味

結論 「のみ」は、男女に限るという意味ではありません。第三者の同意は要らないという意味で、家制度を否定するのが狙いです。

理由 明治民法のもとでは、当事者の意思だけでは結婚できませんでした。

- ・ **戸主の同意**：家の長である戸主の同意が必要でした。
- ・ **父母の同意**：一定の年齢に達するまでは、父母の同意も必要でした。

24条1項は、婚姻は当事者2人の合意だけで成立すると言い切っています。

△ 注意 「両性」とあるので、同性どうしの結婚を想定していないように見えます。しかし「のみ」という言葉からは、男女に限るとは読みません。

■ 同性間婚姻を禁止しているか

結論 24条1項は、同性間婚姻を禁止する趣旨の規定ではありません。

理由 「のみ」の趣旨は、家制度の否定にとどまるからです。

△ 注意 この理解は、学説の多くと、実際の裁判の理由づけでも採られています。ここを取り違えると、この先の議論が全部崩れます。

24条 | 第三章 国民の権利及び義務（10～40条）

1項：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。

2 許容と要請（同性間婚姻）

24条1項は、同性間婚姻を禁止していません。

では、禁止していないなら、国は同性間婚姻を認めなければならないのでしょうか。

「禁止していない」の意味——許容と要請のあいだ

	許容	要請
意味	法律で 認めても 憲法に違反しない	国に 認めることを義務づけること
24条1項がしていること	同性間婚姻を 禁止していない	「認めよ」とまでは 言っていない

同性間婚姻の自由は13条で保障されるとする**有力説**もある——決まった結論ではない

■ 許容と要請

定義 2つの言葉の意味は、次のとおりです。

- ・ **許容**：法律で認めても、憲法に違反しないという意味です。
- ・ **要請**：憲法が国に、認めることを義務づけているという意味です。

結論 同性間婚姻は、憲法上許容されます。法律を変えて認めることは、憲法に違反しません。

- △ 注意 「禁止していない」と「認めなければならない」は、別の話です。
- ・ **24条1項から**：「認めよ」という要請までは、引き出せません。
 - ・ **同じ形の整理**：実質的な平等の実現についても、「要求」ではなく「許容」という同じ形で整理されます。

■ 13条による保障（有力説）

結論 同性どうして結婚する自由そのものが、13条によって保障されるという見解も有力です。

理由 13条は、個別の条文では拾えない自由の受け皿です。誰と結婚するかを自分で決める自由も、そこに含まれると考えます。

- △ 注意 これは有力な学説であって、**決まった結論ではありません**。

13条 | 第三章 国民の権利及び義務（10～40条）

すべて国民は、個人として尊重される。生命、自由及び幸福追求に対する国民の権利については、公共の福祉に反しない限り、立法その他の国政の上で、最大の尊重を必要とする。

■ 訴訟の現状

結論 同性間婚姻をめぐる憲法上の結論は、まだ出ていません。

- ・ **高等裁判所**：いくつかの高等裁判所で争われ、判断が割れています。多くは違憲かそれに近い判断でしたが、合憲としたところもありました。
- ・ **最高裁判所**：統一した判断が出るのを待っている段階です。

- △ 注意 この問題は、**国への損害賠償を求める形**で争われています。

3 同性間婚姻の答案の組み立て（4つの構成）

同性間婚姻は許容されますが、認める義務まではまだ決まっていません。

では、同性間婚姻を認めるべきだと主張するとき、答案はどう組み立てるのでしょうか。

■ 直列ではなく選択になる

結論 13条・14条1項・24条は、同性間婚姻にも使える道具ですが、使い方が違います。どの条文を主な根拠にするかを選ぶ問題になります。

理由 同性どうしの結婚を認める法律が、まだ無いからです。

- ・ **的になる規定がある場合**：夫婦の氏を定めた民法の規定のように、1つの規定に3つの条文を順番にかけ、すべてをクリアして初めて合憲になります（直列）。
- ・ **同性間婚姻**：かける相手の規定が無いので、順番にかける形になりません。

同性婚の答案構成——考えられる4つの組み立て

	13条	14条1項	24条1項	24条2項
構成	自己決定権 として構成	扱いの区別に 着目 異性愛と同性愛	婚姻の自由が 同性間にも及ぶ	個人の尊厳と 本質的平等違反

どれか1つが正解と決まっているわけではない——実際の裁判でも、よりどころは分かれている

結論 4つの組み立ての中身は、次のとおりです。

- ・ **13条**：誰と家族になるかを自分で決める**自己決定権**として、性的指向に関わらず結婚を自分で決める自由がある、と組み立てます。
- ・ **14条1項**：異性どうしは結婚でき、同性どうしはできないという**区別**に注目します。
- ・ **24条1項**：「のみ」が家制度否定の趣旨にすぎない以上、**結婚の自由そのものが同性間にも及ぶ**、と組み立てます。
- ・ **24条2項**：同性どうしには婚姻制度を使う道がそもそも開かれておらず、**個人の尊厳と両性の本質的平等**という指針に反する、と組み立てます。

△ 注意 どれか1つが正解と決まっているわけではなく、**まだ決着していません**。実際の裁判でも、よりどころにする条文が裁判所によって分かれています。

■ 14条1項で組み立てるときの2つの論拠

結論 14条1項で組み立てるときは、次の2点を使います。

- ・ **例示列举**：性的指向は、14条1項後段に名指しでは挙がっていません。しかし、**後段の列举は限定した一覧ではない**ので、対象から外れません。
- ・ **自分では選べない事柄**：性的指向は、自分では選べない事柄です。そのため、**審査を慎重にすべきだ**という主張につながります。

14条 | 第三章 国民の権利及び義務（10～40条）

1項：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。

24条 | 第三章 国民の権利及び義務（10～40条）

2項：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。

4 アファーマティブ・アクションの意義（平等のための差別）

同性間婚姻は、憲法がまだ答えを出していない問題でした。

では、不利な立場の人をあえて優遇する、逆向きの措置はどう扱うのでしょうか。

■ アファーマティブ・アクション

定義 アファーマティブ・アクションとは、これまで差別されたり不利な立場に置かれたりしてきた人々の社会的地位を引き上げるため、意図的に優先的な取り扱いをする措置です。ポジティブ・アクション、積極的差別是正措置とも呼ばれます。

具体例 採用や進学の場合で、機会に恵まれてこなかった層のために、一定の枠を用意しておくことです。

■ 目的と手段

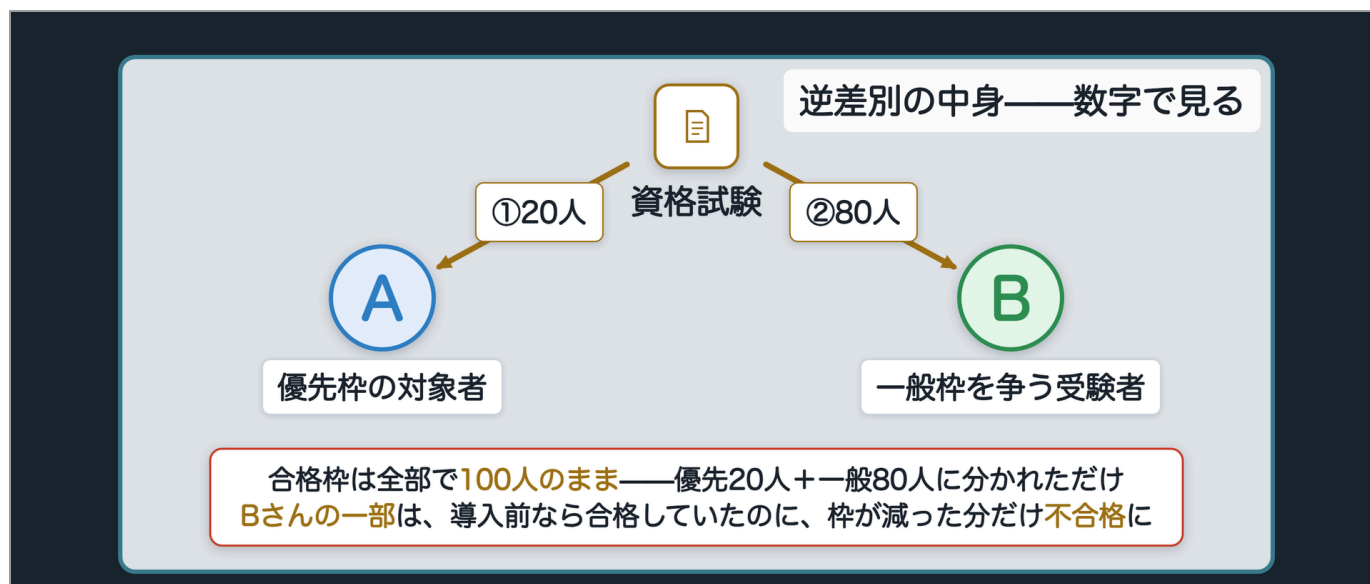
結論 目的と手段は、次のとおりです。

- ・ **目的**：**実質的な平等**の実現です。機会をそろえるだけでなく、結果の格差にも目を配ります。
- ・ **手段**：ある人を優遇することは、裏を返せば、優遇されない別の人を不利に扱うことです。

△ 注意 平等を実現するための措置が、別の場所で新しい不平等を作ります。これが「**平等のための差別**」と呼ばれる逆説で、**逆差別**の入り口です。

5 逆差別の中身（数字で見る）

アファーマティブ・アクションは、優遇の裏側で別の人に不利益を生みます。
では、誰に、どのような不利益が生じるのでしょうか。



■ 優先枠を設けた資格試験

事案 成績順に100人が合格する資格試験で、優先枠を20人分設け、一般枠を80人に減らしたとします。

- ・ **優先枠の対象者A**：対象者どうしの順位で、20人が決まります。無条件に受かるわけではありません。
- ・ **一般枠を争う受験者B**：争う人数は変わらないのに、椅子の数が100から80に減ります。

結論 導入前なら合格していたはずのBの一部が、80人の枠に入りきらず不合格になります。これが逆差別の中身です。

△ 注意 Bは、優先枠の対象にならない層だったというだけで、具体的な不利益を受けます。

6 論文での2つの型（実質的平等を何回使うか）

アファーマティブ・アクションは、実質的平等という目的と、逆差別という不利益を併せ持ちます。
では、論文でこの措置が問われたとき、この措置らしい事情を答案のどこで使うのでしょうか。

AA固有の事情、どこで使うか——論文の2つの型

	①1回だけ型	②2箇所型（推奨）
規範定立	通常どおり 物差しは動かさない	先に使う 基準・密度をあらかじめ緩める
あてはめ	ここで初めて使う 「実質的平等のためだ」と書く	もう一度使う 同じ目的にもう一度照らす
使う回数	1回	2回

優劣はないが、原則として②が推奨される——理由は、この後、4変数とつないで説明する

■ 1回だけ使う型と2回使う型

結論 書き方は、次の2つに分かれます。

- ・ **1回だけ使う型**：審査の基準はいつもどおり立て、あてはめで初めて、区別を正当化する材料として実質的平等の目的を使います。
- ・ **2回使う型**：基準を立てる段階で、この措置であることを理由に基準や密度を緩めます。あてはめでも、もう一度同じ目的に照らして使います。

具体例 採用の枠でいうと、次のように書きます。

- ・ **1回だけ使う型**：あてはめで初めて「この枠は実質的な平等のためだ」と書きます。
- ・ **2回使う型**：基準を立てる段階で「実質的な平等のための枠だから」と置き、あてはめでも同じことを持ち出します。

△ 注意 違いは、単に「厳しい・緩い」ではなく、**使う回数**です。

■ どちらを使うか

結論 優劣はありませんが、原則として2回使う型が推奨されます。理由は、第7節で見ます。

7 2回使う型が推奨される理由（目的の重さと裁量の広さ）

論文では、原則として2回使う型が推奨されます。

では、なぜ基準を立てる段階から緩めてよいのでしょうか。

■ 裁量の広さを動かす要因

定義 審査の厳しさを決める変数は、目的・手段・裁量の広さ・立法事実の4つです。

結論 このうち裁量の広さは、次の要因で動きます。

- ・ **領域**：専門的な判断が要る分野では広く、変えられない事柄が絡む分野では狭くなります。
- ・ **目的の重さ**：目的が重要であるほど、広がる方向に働きます。

△ 注意 目的の重さは、裁量の広さを押す要因の一つです。裁量の広さは、こうした要因が組み合わさって決まります。

■ 目的の重さが基準の緩め方に効く

結論 2回使う型には、目的の重さが裁量の広さに効くという論理が乗っています。厳格・中間・緩やかという基準の目盛りを、目的の重さを理由に、緩める方向に回すと理解します。

理由 実質的平等という目的は、正当性が高いと評価されやすいものです。目的が重要であるほど、手段の選び方について、裁判所は行政や国会に一定の裁量を認めやすくなる方向に働きます。

8 アメリカでの議論

目的の重さが、基準の緩め方に効くという論理を見ました。

では、この種の優遇について、アメリカではどう争われてきたのでしょうか。

■ 割当方式と考慮方式

結論 アメリカでは、大学の入試などで、この種の優遇がたびたび争われてきました。次の方式が試されてきました。

- ・ **割当方式**：人数の枠を、あらかじめ決めておく方式です。
- ・ **考慮方式**：一つの判断材料として考える方式です。

△ 注意 近年、それまでの判断の枠組みを見直す判断が示されました。今のアメリカの状況は、一言でまとめることはできません。大事なのは、外国の状況そのものより、目的の重さが基準の緩め方に効くという論理です。