



# 複婚及び近親婚禁止の憲法適合性について の覚書

白 水 隆

1. はじめに
2. 日本における複婚(重婚)・近親婚
3. カナダにおける複婚・近親婚
4. 検討
5. おわりに

## 1. はじめに

本稿は、複婚又は重婚<sup>(1)</sup>及び近親婚といったいまだ憲法学において正面から議論されていない婚姻形態について、それらの禁止の憲法適合性について検討する。現在のわが国の法制度上、民法732条<sup>(2)</sup>及び刑法184条<sup>(3)</sup>は共に重婚を禁止し、民法734条1項<sup>(4)</sup>は近親婚を禁止しているが、もしも、婚姻の自由を、当事者の合意があればそれを最大限尊重すべき

---

(1) 本稿で用いる複婚及び重婚の定義は以下のとおりである。複婚(polygamy)とは、ある者が複数の配偶者を有する、いわゆる、一夫多妻制または一妻多夫制を指し、重婚(bigamy)とは、既に婚姻関係にある者が更に別の者と婚姻関係に入ることを指す。この定義に従うと複婚と重婚は性質が異なるが、共にある者が複数の配偶者(パートナー)を有している婚姻形態であることから、便宜上、本稿ではわが国の民法及び刑法の文脈で重婚を論じている場合を除き、「複婚」を用いる。

(2) 「配偶者のある者は、重ねて婚姻をすることができない。」

(3) 「配偶者のある者が重ねて婚姻をしたときは、二年以下の懲役に処する。その相手方となって婚姻をした者も、同様とする。」

であると解する立場に立てば、それらの禁止は一見すると違憲のように思われる<sup>(6)</sup>。日本国憲法は、24条1項において「婚姻」は、両性の合意のみに基づいて……」と、また、同条2項において「……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……」と、明示的に「婚姻」を用いている(強調は筆者)。同条の趣旨については、これまで学説上言及されてきたものの、平成27年の2つの大法廷判決<sup>(6)</sup>を契機に、判例(または、両判決を受けて学説)が考える婚姻の自由とは一体何を意味しているのかという点の一つの論点となっている<sup>(7)</sup>。本稿は、その前提となる婚姻概念につき、複婚及び近親婚の禁止を憲法学の視点から——とりわけ、複婚について正面から憲法問題として処理したカナダの事例も参照しながら——考察することで、同条が定める「婚姻」の意味内容の一端を捉えることを試みる。

## 2. 日本における複婚(重婚)・近親婚

### (1) 複婚(重婚)

民法学上、重婚を禁じる民法732条の趣旨は、婚姻が一夫一婦制をその本質とするものと理解されているが<sup>(8)</sup>、戸籍制度を採用しているわが

---

(4) 「直系血族又は三親等内の傍系血族の間では、婚姻をすることができない。ただし、養子と養方の傍系血族との間では、この限りでない。」なお、後述する民法735条及び736条も広義の意味において近親婚に含まれ得るが、本稿で近親婚を論じる際は734条1項を念頭に置くこととする。

(5) 櫻井智章「判批」法教510号(2023年)137頁。

(6) 最大判平成27年12月16日民集69卷8号2427頁(再婚禁止期間一部違憲判決)、最大判平成27年12月16日民集69卷8号2586頁(第一次夫婦同氏強制判決)。

(7) 佐々木くみ「婚姻の自由の憲法理論的研究に関する覚書」山元一=只野雅人=蟻川恒正=中林暁生編『憲法の普遍性と歴史性 辻村みよ子古稀記念論文集』(日本評論社、2019年)173頁以下など。

(8) 二宮周平編『新注釈民法(17)——親族(1)』(有斐閣、2017年)110頁 [高橋朋子]。

国において重婚が生じる場面は限られる<sup>(9)</sup>。同様の指摘は、刑法学上にも見られ、刑法184条は一夫一婦制を保護法益とするものの、その保護は戸籍事務担当者により図られるべきであり、それを害する行為は刑法157条1項で禁じられていることから、同条の存在意義は、「ほとんど一夫一婦制の重要性を象徴的に表す点にしか認められない」<sup>(10)</sup>と説明されている。

これまで、判例上、重婚禁止の憲法適合性が問われた事例はない。そのため、重婚‘的’な事例はいずれも純粋な民事または刑事事件としての性格を帯びているが、上述のとおり、重婚が生じる場面はわが国ではほとんどないため、判例の数自体もさほど多くない。民事事件における昭和58年の最高裁判決<sup>(11)</sup>は遺族給付の受給資格が争われた事件であるが、最高裁は、事実上婚姻関係が破綻している場合、法律上の配偶者ではなく、重婚‘的’内縁配偶者に受給資格が帰属すると述べた。同様の判断は平成17年の最高裁判決<sup>(12)</sup>でも受け継がれた。

刑事事件については、下級審における事件ではあるが、昭和36年の名古屋高裁判決<sup>(13)</sup>が挙げられる<sup>(14)</sup>。本件では、被告人が虚偽の離婚届を作成、届出をした上で婚姻関係を抹消した後に、別の者との婚姻届を提出

---

(9) 高橋は、複婚が生じることが考えられる場面として、次の5つを挙げる。それらは、①戸籍事務担当者が誤って二重に婚姻届を受理した場合、②離婚後再婚したところ、前婚の離婚が無効であったか、または取り消された場合、③配偶者が失踪宣告を受けたので再婚したところ、前配偶者が生還して失踪宣告が取り消された場合、④配偶者の認定死亡(あるいは戦死公報)によって婚姻が解消したので再婚したところ、前配偶者が生還した場合、⑤国内と国外で重ねて婚姻をした場合である。高橋・前掲註(8)110～111頁。

(10) 西田典之＝山口厚＝佐伯仁志編『注釈刑法第2巻―各論(1)』(有斐閣、2016年)652頁 [和田俊憲]。

(11) 最一小判昭和58年4月14日民集37巻3号270頁。

(12) 最一小判平成17年4月21日判タ1180号171頁。

(13) 名古屋高判昭和36年11月8日高刑集14巻8号563頁。

(14) 同判決については、廣畑史朗「重婚罪の諸問題(下)」警察學論集39巻7号(1986年)100頁以下参照。

し新たな婚姻関係を成立させたことが重婚罪に当たるか否かが争われた。名古屋高裁は、重婚罪の規定は民法の規定と相まって、一夫一婦制を維持、強行するための規定であることから、本件のように前婚が適法に解消されていない間になされた他の婚姻関係が成立すれば重婚罪が成立すると解した。本件の主たる争点は、法的には前婚は偽造の離婚届によって消滅していることから、厳密には被告人は重婚状態にはなかったが、にも拘わらず重婚罪が成立するか否かというものであった。

## (2) 近親婚

近親婚を禁じる民法734条の趣旨は、「優生学的な配慮」及び「倫理観念に基づく」ものとされ<sup>(15)</sup>、とりわけ、直系血族間の婚姻の禁止は「普遍的現象」と説明される<sup>(16)</sup>。本稿の直接的な対象ではないが、民法735条は直系姻族間の婚姻を、そして、736条は養親子間等での婚姻を禁じているが、前者の趣旨は直系姻族であっても自身の直系血族に似た関係であること<sup>(17)</sup>、後者の趣旨は親子秩序の維持にあるとされる<sup>(18)</sup>。

重婚同様、判例上、近親婚禁止の憲法適合性が問われた事例はないが、近親婚‘的’な事件として遺族厚生年金の受給者をめぐる平成19年の最高裁判決<sup>(19)</sup>が挙げられる。本件では、叔父と姪(以下、本件カップルとする)が42年以上にわたり内縁関係にあり、叔父の死後、姪の遺族厚生年金の受給者たる資格の有無が争われた。第一審では、本件カップルが長期にわたって実質的な婚姻関係を築いたことや当該関係が地域社会で受け入れられていたこと、そして、遺族厚生年金給付の目的が遺族の生活の安定を図る点で、婚姻秩序の維持を目的とする民法734条とは性質を異にすることなどを理由に、原告(姪/事実上の妻)の主張を認め、厚生年金保険法(以下、法とする)が定める「配偶者」に当たると判示した。反対に、第二審では、法は民法の定める婚姻法秩序に反する内縁関係に

---

(15) 高橋・前掲註(8)118頁。

(16) 同上。

(17) 高橋・前掲註(8)122頁。

(18) 高橋・前掲註(8)124頁。

(19) 最一小判平成19年3月8日民集61巻2号518頁 [平成19年判決]。

ある者を保護するものではないことなどを理由に原告に受給資格はない旨判示した。

上告審にて最高裁は、近親婚について次のように述べる。

「民法734条1項によって婚姻が禁止される近親者間の内縁関係は、時の経過ないし事情の変化によって婚姻障害事由が消滅ないし減退することがあり得ない性質のものである。しかも、上記近親者間で婚姻が禁止されるのは、社会倫理的配慮及び優生学的配慮という公益的要請を理由とするものであるから、上記近親者間における内縁関係は、一般的に反倫理性、反公益性の大きい関係というべきである。殊に、直系血族間、二親等の傍系血族間の内縁関係は、我が国の現在の婚姻法秩序又は社会通念を前提とする限り、反倫理性、反公益性が極めて大きいと考えられるのであって、いかにその当事者が社会通念上夫婦としての共同生活を営んでいたとしても、法3条2項によって保護される配偶者には当たらないものと解される。そして、三親等の傍系血族間の内縁関係も、このような反倫理性、反公益性という観点からみれば、基本的にはこれと変わりがないものというべきである。もっとも、我が国では、かつて、農業後継者の確保等の要請から親族間の結婚が少なからず行われていたことは公知の事実であり、前記事実関係によれば、上告人の周囲でも、前記のような地域的特性から親族間の結婚が比較的多く行われるとともに、おじと姪との間の内縁も散見されたというのであって、そのような関係が地域社会や親族内において抵抗感なく受け容れられている例も存在したことがうかがわれるのである。このような社会的、時代的背景の下に形成された三親等の傍系血族間の内縁関係については、それが形成されるに至った経緯、周囲や地域社会の受け止め方、共同生活期間の長短、子の有無、夫婦生活の安定性等に照らし、反倫理性、反公益性が婚姻法秩序維持等の観点から問題とする必要がない程度に著しく低いと認められる場合には、上記近親者間における婚姻を禁止すべき公益的要請よりも遺族の生活の安定と福祉の向上に寄与するという法の目的を優先させるべき特段

の事情があるものというべきである。」<sup>(20)</sup>

その上で多数意見は、本件について、本件カップルの関係には、反倫理性や反公益性が、「婚姻法秩序維持等の観点から問題とする必要がない程度に著しく低いものであったと認められる」<sup>(21)</sup>ため、上述の特段の事情が認められ、原告(上告人)に遺族厚生年金の受給資格を認めた。最高裁が示した上記規範は、その後も下級審判決<sup>(22)</sup>において援用されている。

### 3. カナダにおける複婚・近親婚

#### (1) 複婚

カナダにおける複婚の歴史はモルモン教と深いつながりがある。カナダで初めて刑法上複婚が禁止されたのは1892年であるが、それは当時、隣国のアメリカ合衆国内にて複婚を理由に起訴されていたモルモン教徒がカナダへ移住してこないようにするためであった<sup>(23)</sup>。なお、当時の刑

---

(20) 平成19年判決・前掲註(19)523～524頁。

(21) 平成19年判決・前掲註(19)525頁。

(22) 例えば、民法736条に関する事例として、大阪地裁令和2年3月5日判決裁判所Web(平成30年(行ウ)第128号)参照。

(23) Nicholas Bala, “Why Canada’s Prohibition of Polygamy is Constitutionally Valid and Sound Social Policy”, (2009) 25 Can. J. Fam. L. 165 at 183. 後述のレファレンス事件においても立法事実が詳細に語られている(*Reference, infra* note 32 at paras. 854-877)。

なお、現在、モルモン教は複婚を禁じており、複婚を執り行うのは一部のモルモン教の原理主義派である。また、歴史を遡れば、ユダヤ教、イスラム教そしてキリスト教においても複婚は認知されていたため、複婚は様々な宗教そして諸外国の歴史と密接な関係がある(Bara, pp. 178-180)。もっとも、カナダにおける婚姻概念は、婚姻を「他の全てを排除する1人の男性と1人の女性の一生涯の自発的な結合」と定義した19世紀のイギリスにおけるHyde判決(*Hyde v. Hyde and Woodmansee*, [1866] L.R. 1 P. & D. 130 (Eng. P.D.A.))を踏襲しており、コモンロー上の概念として長らく定

法は明示的に「モルモン教徒による複婚」を禁じていたが、当該文言は1954年に削除された<sup>(24)</sup>。そして、現在、カナダは連邦刑法<sup>(25)</sup>293条1項(当時)<sup>(26)</sup>にて複婚を禁じているが<sup>(27)</sup>、複婚を理由に起訴された事件はほとんどなく<sup>(28)</sup>、同条はいわば死文化していた。事実、1990年初めからブリティッシュ・コロンビア州(以下、BC州とする)の南部、アメリカ合衆国との国境沿いに位置するBountifulにて複婚に関する諸問題が報じられるようになり、警察による捜査がなされたものの、BC州政府は、信

---

着していた。なお、2005年の同性婚の法制化により、現在のカナダの婚姻概念は「他の全てを排除する2人の適法な共同体」となっている。この点については、白水隆『平等権解釈の新展開——同性婚の保障と間接差別の是正に向けて——』(三省堂、2020年)第2部第1章参照。

(24) Bala, *supra* note 23 at 183.

(25) *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46.

(26) 293条1項：次の各号に該当する者は、

(a) 拘束力のある婚姻形態として法律で認められているか否かを問わず、以下のことを実践し、締結し、または何らかの方法で実践し締結することに同意し承諾した場合、起訴可能な犯罪として有罪であり、5年を超えない期間の懲役に処される。

(i) いかなる形態の複婚、又は

(ii) 同時に二人以上の者と何らかの夫婦の結びつきをすること。又は、

(b) (a)(i)号又は(ii)号に掲げる関係を是認することを目的として、それを祝福し、支援し、またはその儀式、式典、契約または同意することの当事者となること。

なお、その後293条1項は改正されたものの、現行の293条1項も当時と同じ内容を規定している。また、重婚については刑法290条で禁じている。

(27) なお、刑法以外では、市民婚姻法(*The Civil Marriage Act*, S.C. 2005, c. 33)が、婚姻を「2人の人間による結合」と定義していることから、民事上も複婚は有効とされていない。もっとも、わが国の民法のように積極的に禁じているわけではないため、カナダでは複婚の禁止はもっぱら刑事上の問題と捉えられている。

(28) Carissima Mathen, “Reflecting Culture: Polygamy and the Charter”, (2012) 57 S.C.L.R. 357 at 358.



教の自由との抵触を考え関係者を起訴しなかった<sup>(29)</sup>。その後、2009年に連邦警察が捜査を開始し、あわせて、Bountifulにて活動するモルモン教団体による複婚の実態も明らかになった。BC州の司法長官は、モルモン教団体の指導者を逮捕、起訴することを選択せず、複婚を禁じる刑法の当該規定の憲法適合性につき、BC州高位裁判所<sup>(30)</sup> (British Columbia Supreme Court) に照会(reference)<sup>(31)</sup>を行ったのが、次項のレファレンス事件(以下、レファレンス)<sup>(32)</sup>である。BC州政府がBC州高位裁判所に照会したのは次の二点である。

- ① 刑法293条はカナダ人権憲章<sup>(33)</sup>と適合するののか。もしそうでないのならば、特にどの点において適合せず、そして、どの程度においてなののか。
- ② 刑法293条の構成要件は何か。この質問に限らず、同条は、問題となっている複婚や夫婦の結合が未成年者を巻き込んだ、または、依存、搾取、権限の濫用、力の著しい不均衡、または不当な影響力といった状況下で発生したことを必須とするか。

---

(29) Mary Jane Mossman, Natasha Bakht, Vanessa Gruben, Karen Pearson, eds, *Families and the Law*, 2nd ed (Concord: Captus Press Inc, 2015) p. 117.

(30) BC州高位裁判所はBC州において事実審を行う裁判所であり、British Columbia Court of Appeal (BC州控訴裁判所)がBC州の州最高裁判所に当たる。

(31) カナダ最高裁判所法 (*Supreme Court Act*, R.S.C., 1985, c. S-26) 53条は、連邦及び州政府に、現行の連邦法または州法の憲法適合性や憲法解釈について裁判所(カナダ連邦最高裁及び一部の州の裁判所)に意見を求めることを認めている。レファレンスに法的拘束力はないが、事実上の拘束力を有していると理解されている。

(32) *Reference re: Section 293 of the Criminal Code of Canada*, 2011 BCSC 1588 [“Reference”].

(33) *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, Schedule B to the Canada Act 1982, 1982, c. 11 (U.K.).



本件を執筆したBauman首席裁判官は、まず、複婚は、女性そして子供にとって有害な婚姻形態であると断じる。具体的には、複婚をしている女性(妻)は身体的・心理的な被害を受けるリスクや性的虐待を含む家庭内暴力や虐待の割合が高いこと、一夫一婦制の女性より多くの子供を産み、出産時に死亡する確率が高く短命であること、自律性が低く、自尊心が低い傾向にあること、また、経済的にも困窮していることが証拠によって明らかになっているとする<sup>(34)</sup>。続けて、複婚は、ジェンダー不平等を制度化するものであり、家父長的なヒエラルキーと権威主義的な支配は複婚のコミュニティーに共通する特徴であり、複婚を認めている社会ではそれを禁止している社会と比較して、個人の自由度が低い傾向にあると述べる<sup>(35)</sup>。なお、複婚(polygamy)には1人の夫が複数の妻を持つpolygynyと1人の妻が複数の夫を持つpolyandryの2つの類型があるところ、証拠によれば後者のpolyandryは例がなく、事実上、複婚はpolygynyと同義であるとした<sup>(36)</sup>。

カナダ人権憲章が定める各条項との抵触につき、争点となったのは、信教の自由を定める2条(a)、表現の自由を定める2条(b)、結社の自由を定める2条(d)、個人の生命、自由及び身体の安全性が剥奪されない権利を定める7条、そして平等権を定める15条の計5つであった。そして、Bauman首席裁判官は、このうち、刑法293条が原告の信教の自由及び個人の生命、自由及び身体の安全性が剥奪されない権利を侵害するとしたものの、前者については当該権利侵害は正当化され、後者については

(34) *Reference, supra* note 32, at para 8. 複婚の夫婦から生まれる子供にとっても、乳幼児死亡率が高くなること、一夫一婦制の夫婦から生まれる子供たちに比べて、感情的、行動的、身体的な問題が多く、教育達成度も低い傾向にあること、また、心理的・身体的な虐待やネグレクトを受けるリスクが高いこともまた証拠によって示されているとする (para. 9)。

(35) *Reference, supra* note 32, at para 13. なお、これらの証拠で示された事実は、レファレンス事件以前よりマスメディア、専門家等によって既に指摘されていたものであり、複婚がカナダ社会にとって極めて有害な制度であることについては一定のコンセンサスがあったように思われる。See, Bala, *supra* note 23 at pp. 190–196.

(36) *Reference, supra* note 32, at paras 135–137.

複婚をした未成年者に適用される限りにおいて正当化されないと判断した<sup>(37)</sup>。その上で、照会された2つの点、すなわち、「刑法293条はカナダ人権憲章と適合するのか。もしそうでないならば、特にどの点において適合せず、そして、どの程度においてなのか」に対して、同条は、複婚または同時に複数の人と夫婦となる結婚をした12歳から17歳の子供に適用される点を除き、カナダ人権憲章と整合すると回答した。そして、「刑法293条の構成要件は何か。この質問に限らず、同条は、問題となっている複婚や夫婦の結合が未成年者を巻き込んだ、または、依存、搾取、権限の濫用、力の著しい不均衡、または不当な影響力といった状況下で発生したことを必須とするか」に対して、必須としてないと回答した。

以上のように、レファレンス事件において刑法293条は実質的に合憲であると判示された。本件から数年後、Bountifulにおける当該モルモン教団体の指導者2人は同293条1項(a)違反で逮捕・起訴され、有罪判決を受けた<sup>(38)</sup>。

## (2) 近親婚

カナダでは、複婚については上記レファレンス事件をはじめ学説上も多くの議論が見られるものの、近親婚禁止の憲法適合性についてはほとんど議論が見られない。カナダにおける近親婚の禁止については16世紀のイギリス国教会の影響まで遡るが、法的には、1930年にオンタリオ州法に編入され、その後改廃を繰り返えし、1990年に連邦議会によって連邦法として法制化され現在に至る<sup>(39)</sup>。近親婚禁止の趣旨は宗教的な理由に加え、遺伝学上及び優生学上によるものであった<sup>(40)</sup>。現行の婚姻(禁止)法<sup>(41)</sup>2条は、「何人も、養子縁組によるものを含め、直系血族、兄弟

---

(37) カナダ人権憲章下での法令の憲法適合性の判断枠組みはいわゆる二段階審査制が採用されている。第一段階では、当該法令が権利侵害となるか否かの保障範囲の審査、第二段階では、当該権利侵害が正当化されるか否かの審査を行っている。第一段階では原告が、第二段階では国側が立証責任を負っている。

(38) *R v. Blackmore*, 2018 BCSC 1225.

(39) Mossman et al., *Families and the Law*, *supra* note 29 at 114-115.

姉妹、異母兄弟姉妹の關係にある者と結婚してはならない」と定め近親婚を禁じている<sup>(42)</sup>。

管見の限り、同条の憲法適合性が正面から争われた事件はない。同法の制定以前に、近親婚の禁止についての判例がわずかながら存在するが<sup>(43)</sup>、それらはもっぱら連邦制の問題<sup>(44)</sup>が争点となっており、憲法上の基本権との抵触は問題となっていない。

#### 4. 検討

わが国の憲法学上、民法学及び刑法学の議論を踏襲する形で、重婚及び近親婚禁止は合理的または理に適っていると説明されている<sup>(45)</sup>。もっとも、上述のとおり、重婚の禁止目的は一夫一婦制の維持、近親婚の禁止目的は優生学(遺伝学)上及び倫理観念に基づくものとされているが、それらが規制理由として本当に合理性を有しているのかという点については——血縁関係にない姻族間や養子縁組に基づく親族間の婚姻の禁止を定める民法735条及び736条に関する議論を除くと——これまで深く検討されてこなかったように思える。

まず重婚について、水野紀子は、重婚の禁止の「事実上の最大の意味

(40) Berend Hovius, Mary-Jo Maur, Nicholas Bala eds., *Family Law: Text, Cases, Materials and Notes*, 9th ed (Toronto: Thomson Reuters, 2019) p. 146.

(41) *Marriage (Prohibited Degrees) Act*, S.C. 1990, c. 46.

(42) なお、連邦刑法155条は、近親相姦罪を定めているが、近親婚を禁じているわけではないため、近親婚の禁止については、婚姻(禁止)法が一次的な問題となる。

(43) EGALE CANADA “DIVISION OF POWERS AND JURISDICTIONAL ISSUES RELATING TO MARRIAGE” (2000) pp. 25-29.

<https://publications.gc.ca/site/eng/9.674217/publication.html?wbdisable=true>

(44) 1867年憲法は91条26号にて連邦議会に対し婚姻及び離婚につき権限を与え、92条12号にて州議会に対し婚姻の祝福につき権限を与えている。

(45) 長谷部恭男編『注釈日本国憲法(2)——国民の権利及び義務(1)』(有斐閣、2017年)501頁 [川岸令和]。

と機能」は、前婚が法的に解消されていないうちに後婚が生じることを防ぐことにあり、重婚それ自体への禁忌感ではないとする<sup>(46)</sup>。この点は、重婚どころか再婚すら望ましいとされなかった宗教的背景を持つキリスト教圏と異なる文化を持ち、何より、重婚が生じにくい戸籍制度を有するわが国において、重婚をめぐる議論状況は諸外国(とりわけ欧米圏の国々)と大きく異なる。加えて、カナダの議論にもあるように、一夫多妻制のコミュニティーを有しない日本は、この問題が一次的に信教の自由と抵触するとの意識もそれほど高くない。とすると、水野が指摘するように、「日本法に時として導入される『実質的な一夫一婦制度』の尊重が、日本法全体の構造の中では、矛盾を激化させることがあるように思われる」<sup>(47)</sup>との家族法学からの視点は説得力を有するように思える。

次に近親婚について、南方暁は、近親婚の禁止理由に優生学や倫理観念(インセスタブー)などが見られるものの、それらいずれにおいても決定的な説明はなく、もっぱら、「国家の意志を明確にする『象徴的役割』がある」<sup>(48)</sup>のではないかと述べる。南方はその後、直系姻族間の婚姻を禁じる民法735条に焦点を絞り、同条は「縦の秩序」を前提としており、また、「個人の意味、当事者の婚姻の自由や配偶者選択の自由を合理的な理由なく制約するもの」<sup>(49)</sup>であることを理由に、同条の削除を主張する。上述のとおり、憲法学説においても同条の憲法適合性については疑義が呈されており<sup>(50)</sup>、この点は更なる議論が展開される必要性があろう。もっとも、本稿が直接の対象とする734条についても、例えば、婚姻の自由への制約という点では735条への批判と重なるものであり、

---

(46) 水野紀子「重婚に関する一考察」法政論集142号(1992年)257頁以下、260～261頁。

(47) 水野はさらに、協議離婚制度や法律婚における配偶者の経済的な地位の保障が極めて低いことなどの日本独自の問題も、一夫一婦制との矛盾を激化させていると考える(水野・前掲註46)293頁)。

(48) 南方暁「近親婚規制に関する再検討——民法735条を素材として——」戸籍時報688号(2012年)30頁以下、30頁。

(49) 南方・前掲註48)36頁。

(50) 松井茂記『日本国憲法(第4版)』(有斐閣、2022年)475頁。

何より、優生学を理由とする点は、そもそもそれ自体が優生思想とつながることから問題を有しており、また、婚姻を生殖と結びつける点で非難可能性は高い。

また、民事事件における判例法理に目を向けても、重婚については、法律婚関係にあるものの事実上離婚状態にある場合に限り、もう一方(内縁配偶者)を配偶者と認める基準が確立されており、近親婚についても、婚姻秩序の維持と直接的に関係のない社会保障に関わる事例においては、当該関係が「反社会的・反倫理的」かを基準に、事案ごとに判断を下している<sup>(51)</sup>。つまり、最高裁はこれらの事案の解決に際して、特に社会保障についてはそれが民法と目的を異にすることから、結果的に重婚‘的’または近親婚‘的’関係を認めていることになる。しかし、その背後には、当然の前提として、重婚または近親婚は認められないが、各々の事情でそれらに類する関係に入ってしまった者(とりわけ、遺族)を保護する姿勢を見せている。すなわち、これらの諸判例では重婚や近親婚の禁止の合理性そのものは検討されてはいない。刑事事件についても、下級審は、民法上の上記認識を前提として、とりわけ、重婚に刑罰を科しているものと理解できる。

以上のような判例・学説の理解を前提とすると、わが国における複婚及び近親婚は共に漠然とした観念によって禁止が当然とされていることが窺える。そうであるならば、これらの禁止は、一次的には婚姻の自由を直接的に制約し、それが重要な権利であるとの立場に立てば、これらの禁止に対して厳格な審査がなされることにならう<sup>(52)</sup>。

---

(51) なお、民法学説上、個別具対的に保護の要否を決めるべきと説く相対的効果説が通説となっているという(棚村政行「近親婚の内縁配偶者と遺族年金——最高裁平成19年判決の射程距離をめぐって——」早稲田法学84巻4号(2009年)1頁以下、6頁)。他方で、憲法学の立場から、この「反社会性・反倫理性」という基準につき、「それらを具体的にどういう基準で、あるいは、誰がどういう手続で認定するか、となると、これはかなり難しいケースも出てくるのではない」と評する見解として、長尾英彦「社会保障給付と近親婚関係」中京法学41巻1・2号(2006年)1頁以下、13頁。

(52) 松井・前掲註50475頁。

もっとも、本稿は、複婚及び近親婚の禁止は——上述のような規制理由ではなく——平等権の観点から正当化できる可能性もあると考える。それはまさに、上述のカナダで採られた複婚の禁止における議論、すなわち、複婚という婚姻形態それ自体が不平等であるが故に禁止には合理性があるという理解である。無論、複婚が仮に日本に導入された場合、それは一夫多妻制に限らず、一婦多夫制、さらには、群婚も理論上可能となろう。しかし、少なくとも、現在、諸外国にて複婚を利用している当事者間で、男性と女性との不平等性が多くの場面で証明されているとの前提に立てば、一夫多妻制の導入は当然のこと、一婦多夫制であっても、憲法24条が想定する両当事者の平等が図られないリスクが生じるものと思われる<sup>(53)</sup>。300頁を超えたレファレンス事件は、その多くを複婚についての科学的データの証拠や各国の状況の検討に充て、複婚が女性、子供そして社会にとって有害なものであるとし、当該刑罰規定を実質的に合憲と判断した。カナダにおける議論が直ちに日本に当てはまるわけではないが、「有害」な婚姻形態であるか否かという視点はわが国においても重要な示唆を与えるものと考えられる。

他方で、近親婚については、一夫多妻制で構成される現状の複婚と違い、様々な類型が想定される。民法734条が禁じる三親等内の婚姻について、例えば、一親等内の婚姻は、明らかな力関係のある当事者同士でなされることが想定でき<sup>(54)</sup>、不平等性の観点から複婚禁止の理由と重な

---

(53) なお、そのような不平等が存している背景に宗教(とりわけ、モルモン教原理主義派)が大きな原因であることは否定できない。すると、そのような宗教観をほとんど共有していないわが国においては必ずしも両当事者の間で不平等が生じるとは限らないとの見解も成り立ち得るだろう。この点は、わが国において複婚の禁止の憲法適合性がどのような主張でなされるのかによるところが大きい。

(54) この点はまさに南方が指摘する「縦の秩序」と言い換えることができるかもしれない。南方は、直系姻族間であっても、例えば、未成年の連れ子と継父継母との関係にある者の性的関係を強く規制するべきとの主張は「傾聴に値する」と述べる(南方・前掲註4833頁)。もっとも、同時に、例えば、そのような関係であっても、これまで共同生活を全くしていない場合は「婚姻秩序を侵害する逸脱行為」ではないとする(同上)。



り得る。他方で、二親等内の婚姻についてこの理論が援用できるのかはケースバイケースで判断するほかない。

以上の点をわが国の憲法学の観点から考察すると憲法14条1項<sup>(55)</sup>と24条の関係性が問題となる。24条1項は婚姻の自由を定めるが、同条の趣旨は制定過程に照らし、夫婦間の両当事者の平等を図ると共に、婚姻制度が制度上のものである点に鑑み、既存の婚姻制度を利用するにあたって、両当事者の平等な合意が担保されれば、婚姻年齢等を除けば、原則誰しもが利用できると解釈するのが妥当であろう。したがって、これまで当たり前と考えられていた「1人の男性と1人の女性」による伝統的な婚姻形態ではない、同性婚、そして、本稿の対象である複婚や近親婚も一次的には24条から排除されていない<sup>(56)</sup>。この点について参考になるのが、近時の一連の同性婚訴訟における24条2項への言及である。例えば、同性婚を認めないことを24条2項に照らして違憲状態とした東京地裁判決<sup>(57)</sup>は、同項につき、婚姻によって得られる人格的利益を一切享受できないことを問題視している。この議論は、同性婚を認めないことにより同性愛者のカップルは、婚姻によって生じる重要な法的利益の一部すら享受できず、故に14条1項違反であると判示した札幌地裁判決<sup>(58)</sup>にも通じるところがある。すなわち、24条1項は、婚姻は両当事者の合意があれば原則誰にでも開かれた制度である点を規定し、2項は、現状の婚姻制度を仮に国が拡張または縮小する際には、14条1項の平等権概

---

(55) なお、14条1項の判断枠組みでは、まず区別事由の性質の検討が求められる。この点、複婚を希望する当事者は、「配偶者の数」という区別事由によって、近親婚を希望する当事者は、「親等」という区別事由によって、現在認められている法律婚カップルと区別されており、それぞれどのような性質なのか——本稿ではこれらの点に立ち入る余裕はないが——問題となる。

(56) この点、24条が定める「両当事者」が2人のみを想定しているとする、複婚は24条の保障範囲から外れることとなる。しかし、想定していなかったことと禁止することは別問題であることから、24条の文言から直ちに複婚の禁止を導くことには慎重な検討を要すると考える。

(57) 東京地判令和4年11月30日判時2547号45頁。

(58) 札幌地判令和3年3月17日判時2487号3頁。



念と整合させ個人の尊厳に立脚し差別のない形で婚姻制度を構築しなければならない規定であると解釈することができるのではないだろうか<sup>(59)</sup>。そうすると、構造的に差別が残る複婚の禁止は——信教の自由との抵触は考えられるものの——少なくとも、14条1項にも24条にも抵触せず、また、近親婚の禁止も、構造上の差別が生じ得る可能性があるかと判断されれば、同様に憲法違反とはならないと結論付けることができよう。

## 5. おわりに

同性婚の法制化をめぐる議論の中で、同性婚が認められるのであれば、複婚(重婚)や近親婚なども際限なく認められるのではないかとの見解がしばしば見られる<sup>(60)</sup>。そもそも同性婚は、民法に限っても複婚や近親婚と異なり明示的かつ積極的に禁止した規定がないことから議論の出発点は異なる。その意味においても、憲法上保障されているとされる婚姻の自由は一体どのような婚姻を念頭に置いているのかという点を明らかにするには、それぞれの婚姻形態についての検討が必要となる。もっとも、このことは、憲法があるべき婚姻像を想定しているとか裁判所がそれを定めることができるということの意味しない。あくまで、制度として広く一般に開かれている婚姻を、仮に複婚や近親婚を希望する者にも門戸を開くのであれば、憲法24条及び14条1項を踏まえて、それらの制度が当事者間で不平等を生じさせず、また、当事者の個人の尊厳を害する有害な制度になっていないことを憲法は要求しているのであり、裁判所はその点につき憲法判断を行うに過ぎない。複婚や近親婚の議論はわが国の憲法学上ほとんど議論がみられない。本稿で示された筆

---

(59) この点につき、白水隆「憲法判例の創造性と硬直性」YOLJ-L2303003(2023年)参照。

(60) 鈴木賢「婚姻平等化の意義について——「ジェンダー・マリアージュ」からの示唆——」グローバル・コンサーン3号(2020年)154頁以下、160頁参照。鈴木は、同性婚の問題と複婚や近親婚の問題は別問題であるとし、それぞれ別個の検討の必要性を説く。筆者も同意見である。

者の見解の妥当性はともかく、本稿が議論のたたき台となれば幸いである。

〔付記〕 本稿は科学研究費助成事業(21K01142)の研究成果の一部である。