

同性婚の憲法的保護の可能性 (三)・完

—Obergefell v. Hodges 事件判決における「対等な尊厳」と「婚姻」概念をめぐって—

中 岡 淳

目 次

序 章

第一章 Obergefell 判決における「婚姻」概念の対立

第二章 「対等な尊厳」の射程について——「反従属原理」と「構造的解釈」

第一節 Obergefell 判決における自由の定式

第二節 「対等な尊厳」の射程①——Kenji Yoshino の「反従属原理」(以上、一八三卷一号)

第三節 「対等な尊厳」の射程②——Laurence H. Tribe の「構造的解釈」

第四節 本稿の解釈の提示(以上、一八三卷四号)

第三章 日本国憲法における同性間の「婚姻の自由」

第一節 条文上の根拠

第一款 「婚姻の自由」の条文上の根拠とその規範内容

第二款 「権能」としての「婚姻の自由」——Hofstad 図式による再構成

第三款 「婚姻の自由」の保障根拠と婚姻制度の必要性

第四款 「尊厳」と結び付いた権利としての「婚姻の自由」

第二節 同性婚制度の不在と「個人の尊厳」

第一款 Obergefell 判決のロジック

第二款 学説①——「尊厳毀損」を「自尊」侵害と見なす解釈

第三款 学説②——「尊厳毀損」を「基本的人権」を享有する地位の否定と見なす解釈

結びに代えて(以上、本号)

第三章 日本国憲法における同性間の「婚姻の自由」

以下第三章では、「婚姻の自由」と「尊厳」を密接不可分なものとして理解する Obergefell 判決法廷意見のロジックを踏まえて、日本国憲法における同性婚の解釈につき若干の検討を加える。しばしば、同性間の「婚姻の自由」をめぐる議論においては、日本国憲法の根本原則である「個人の尊重（尊厳）」原理が何らかのかたちで引き合いに出されてきた。例えば、憲法二四条に明記された「個人の尊厳」という文言に着目し、そこから、性別役割を内包した近代家族をも超越しようとする論理を導き出すことで、法律婚の同性間への開放を憲法が許容しているとする解釈が、その典例である。²⁹⁾しかし、この主張は、憲法二四条の保護範囲を広く捉える根拠として「個人の尊厳」を引き合いに出しているのであって、先の Obergefell 判決法廷意見のように、同性間に法律婚を開放しないことを「尊厳毀損」と論じているわけではない。換言すれば、前者と後者とは、同性婚の保護を基礎付ける際の「尊厳」の用い方に、その結論を左右する程の違いが見られるのである。

この両者の相違は、「尊厳」に依拠した同性婚の憲法解釈が複数想定され得ることを示唆している。本章の目的は、このように、幅をもって解釈され得るところの同性婚の憲法解釈を、「婚姻の自由」という権利それ自体の規範的性質を問うことによって画定することにある。上述の二つの見解の相違からも分かるように、《「個人の尊重（尊厳）」原理から同性間の「婚姻の自由」が導かれる》という主張と、《その自由に対する作為または不作為が「個人の尊厳」の毀損を意味する》という主張とは、その各主張の命題内における「尊厳」概念の用いられ方が異なるので、前者の命題に関しては、第一節で、後者の命題に関しては、第二節で、それぞれ検討を加える。

第一節 条文上の根拠

1 問題の所在

日本の憲法学説においては、「個人の尊重（尊厳）」原理が、憲法二四条における同性婚保護の論拠として、しばしば援用されている。しかし、その説においても、肝心の同性間の「婚姻の自由」は、立法府が、同性間の婚姻制度（または、それに類似する制度）を創設した場合にのみ、憲法上許容されるものに過ぎない。同性間の「婚姻の自由」それ自体は、憲法上保護が要請されるものではないのである。近時刊行された『注釈日本国憲法』においても、この点は、再度強調されている。ここでは、「現時点で、憲法が同性婚を異性婚と同程度に保障しなければならぬと命じているわけではない」との理解が、学説の「大方のところ」であるとされている。⁽²⁶⁾

他方で、同性間の「婚姻の自由」が、現時点では、憲法の保護の対象となっていないと説かれるものの、異性間の「婚姻の自由」が憲法上保障されていないと説く学説は、ほぼ皆無だと思われる。例えば、学説は、最高裁が平成二七年の夫婦同氏制合憲判決や再婚禁止期間違憲判決で「婚姻をするについての自由」という含みのある権利定式を行ったことに対して、憲法上の権利としての「婚姻の自由」の規範性を否定するものであるとの厳しい批判を向けてきた。⁽²⁷⁾ また、異性間の「婚姻の自由」が、その実現に際して立法者による内容形成を必要とすることから、その「権利」の性質に関する見解の相違は見られるものの、管見の限り、学説において、その憲法上の権利性を正面から否定する主張は存しない。⁽²⁸⁾ このように、学説では、「婚姻の自由」という同一の権利を問題にしつつも、異性間と同性間とで、その保護の必要性が明確に区別されているのである。

しかし、権利享有主体の性的指向性を理由に、憲法上の権利の保障の有無を決定し、さらには、その保護の程度に区別を設けることが、「個人の尊重（尊厳）」を国政の基本原理とする日本国憲法において、正当化され得るのだろうか。

あるいは、「両性」や「夫婦」といった婚姻当事者の「異性性」を強く意識させる憲法二四条の文言が、このような性的指向性に基づく保護の区別を許容しているのだろうか。この点に関して、いわゆる許容説は、憲法二四条における「両性」や「夫婦」といった文言の存在を根拠に、異性間の婚姻と同程度の保護を同性間に保障することまで立法者には要請されていないと指摘する。しかし、六戸常寿も指摘するように、憲法二四条一項に基づいて「国会は、『婚姻』を優遇しうる」としても、「そのことから生じる不利益取扱いは、同条二項ないし憲法一四一条一項の観点から合理的な根拠に基づくものでなければならぬ」はずである⁽²⁰⁾。その際、同性間の親密な結合を憲法二四条が保護する「婚姻」と呼ぶか、「婚姻」以外の結合⁽²¹⁾と呼ぶかは、それ自体重要な論点ではあるが、いずれにしても、単に性的指向性の相違のみを理由とした不合理な根拠に基づく差別が憲法上正当化し得ないものであることは、確かである。

はたして、「両性」や「夫婦」といった憲法二四条の文言のみで、憲法が、同性間の「婚姻の自由」を保障していないとまで言い切ることができるのだろうか。以下で取り上げるように、憲法学説のなかには、そもそも「婚姻の自由」を憲法一三条に基礎付ける解釈も存在するのである。それにもかかわらず、憲法の次元で、同性間には「婚姻の自由」が保障されていないと主張することは、先に指摘した権利享有主体の性的指向性を理由とする不合理な差別に当たらないのであろうか。憲法二四条が「両性」や「夫婦」といった文言を明記しているからだ、という条文の文言に基づく主張は、同条の適用範囲を異性婚に限定することを適切に主張し得るとしても、憲法一三条のもとで、同性間の「婚姻の自由」の基礎づけが可能であるという主張に対する反論としては、不十分であると思われる。

したがって、憲法が「婚姻の自由」を異性間のみ限定していることを正当化するためには、憲法上の権利としての「婚姻の自由」それ自体が、規範内在的に、異性間の関係にのみ限定されることを証明しなければならない。つまり、憲法上の「婚姻」が、その概念を構成する規範的なメルクマールとして、配偶者間の「異性性」を不可欠な構成要素と見なしていることの証明である。これに対して、本稿は、規範内在的に、「婚姻の自由」が異性間の婚姻に限定し得な

いことの反証を提示する。憲法上の権利としての「婚姻の自由」は、生殖可能性のある異性間の親密な関係性のみを保護するためにあるのではなく、より原理的には、「誓約 (commitment)」を交わし合った配偶者間の関係における「自由」と「対等性」を調和させるためにある。以下、この点に関する本稿の主張を各款ごとに分節化して展開する。

2 分析の流れ

「両性」や「夫婦」といった配偶者間の「異性性」をメルクマールとする憲法二四条の「婚姻」から、「婚姻の自由」それ自体を分離するためには、まずもって、「婚姻の自由」の根拠条文が憲法二四条に限定されないことを明確に示す必要がある。そこで、まず、「婚姻の自由」の根拠条文に関する学説の議論状況を整理したうえで、婚姻の自由が如何なる規範内容を有する権利として観念されているのかを分析する(第一款)。そのうえで、本稿は、これまで学説が主張してきたところの「婚姻の自由」の規範内容を、Wesley Newcomb Hohfeldの法律関係論を用いて構造分析する。それによって、「婚姻の自由」が、ある人格が他の人格との間に法律関係を創出する「権能 (power)」という概念を中心的な構成要素とする権利であることが明らかとなる。憲法は、この「権能の権利 (power rights)」を行使する枠組みの設定を国家に義務付けており、その作為義務に対応する婚姻の積極的な権利として、「婚姻の自由」を保障している(第二款)。

本節の最終的な目標は、この国家の作為義務に対応する婚姻の積極的な権利が、その個人の性的指向性に関係なく、何故、あまねく、すべての個人に保障されなければならないのかを明らかにすることにある。「婚姻の自由」が、すべての個人に保障されなければならない普遍的な権利であると言えるのであれば、同性婚の憲法的保護の要請もまた、このような権利の普遍的な正当性から基礎付けられる(第三款)。そして、このような権利の普遍的な正当性を担保するのが、「個人の尊重 (尊厳)」原理に他ならない。憲法二四条の保障する「婚姻の自由」が、配偶者間の「異性性」に刻印付けられた権利であったとしても、憲法一三条の「幸福追求権」規定を根拠に同性間の「婚姻の自由」を導出すること

まで、憲法は排除していない。むしろ、「個人の尊重(尊厳)」原理は、「婚姻の自由」の適用範囲を同性間にまで拡張することの十分な根拠になり得る(第四款)。

第一款 「婚姻の自由」の条文上の根拠とその規範内容

1 憲法二四条と憲法一三条

まずは、「婚姻の自由」それ自体の憲法典における条文上の根拠から確認しよう。日本国憲法の解釈において、「婚姻の自由」の条文上の根拠は、主として、以下の二つに求められる。ひとつが、家庭生活における個人の尊厳と両性の本質的平等を謳う、憲法二四条であり、もうひとつが、憲法上の権利の包括的基本権条項に当たる、憲法一三条である。

とりわけ、後者の理解においては、同条後段の「幸福追求権」の保護範囲に含まれる権利のひとつとして、「婚姻の自由」が保障されることになる。その際、憲法一三条後段の「幸福追求権」規定と憲法二四条の関係を如何に理解するかが重要となる。すなわち、これらの条項を、両者の保護範囲が重複した場合に個別的な基本権規定を優先的に適用すべきとする、一般法と特別法との関係で捉えるか、あるいは、より柔軟に、一三条後段が個別的な基本権規定に優先して適用される場合や両者が重ねて適用される場合をも想定する、基本法と具体化法の関係で捉えるか、の問題である。⁽²³⁾

「婚姻の自由」の根拠条文に関する学説の議論においても、この個別的な基本権規定と包括的基本権条項の關係に関する前提の相違が、背景にあるものと思われる。例えば、憲法一三条の「幸福追求権」規定が、「家族のあり方を決める自由」⁽²³⁾や「家族の形成・維持にかかわる事柄」の「自己決定権」⁽²⁴⁾の根拠条文となり得ることに關しては、多くの学説が認めるところである。しかし他方で、こと「婚姻の自由」に關しては、憲法一三条と憲法二四条の權利内容が重複することから、①婚姻については二四条の適用を優先し、一三条の適用を排除すべきであるとする、二四条の特別法的な理解と、②二四条をあくまで一三条の「具体化」と見なす、具体化法的な理解と⁽²⁵⁾とで、意見の対立が見られる。また、②

説において、両条項の保障内容の重複から生ずる「緊張関係」の解消が理論的な課題と目されるのに対し、①説の立場に依拠した場合、両条項は一般法と特別法の関係で把握されることから、そもそも両条項の間に「矛盾も緊張関係も」存在しないことになる。⁽²¹⁷⁾ その論理的な帰結として、「婚姻の自由」の保護範囲は、異性間の結合関係にのみ限定される。⁽²¹⁸⁾

以上の二説に加えて、学説のなかには、③そもそも「婚姻の自由」それ自体の根拠条文を憲法二四條に置くのではなく、憲法一三條に置くべきだとする主張も見られる。⁽²¹⁹⁾ この見解においては、あくまで憲法二四條は、「婚姻及び家族」を前提とした定めを設けるにとどまり、「婚姻の自由」に関しては、「憲法二四條の前提として当然に含意されているとみる」べきではないとされる。むしろ、「婚姻の自由」は、憲法「一三條に定める幸福追求権の一環としてみとめられる」と解釈することが妥当であるという。⁽²²⁰⁾ このように、③説は、「婚姻の自由」の根拠条文を憲法一三條に一元化して理解するため、①説および②説とは対照的に、「婚姻の自由」の保障内容や適用範囲は解釈に広く委ねられている。修正一四條の「自由」のもとで「婚姻の自由」を保護してきたアメリカ合衆国憲法の「基本的権利」解釈に最も親和的な立場と言えよう。

2 「婚姻の自由」の規範内容

(1) 「婚姻の自由」の自由権的側面?

もつとも、「婚姻の自由」が、憲法上の権利として主張し得るほどの規範性を備えた権利であると言えるためには、以上の根拠条文の整理に加えて、各根拠条文の規定から導かれる「婚姻の自由」の保障内容とその適用範囲をそれぞれ明確にする必要がある。すなわち、その権利が自ら称するところの「自由」の意味内容の特定である。以下本項では、前項で取り上げた諸説を踏まえて、既存の学説における「婚姻の自由」の保障内容と適用範囲を確認する（以下、「婚姻の自由」の規範内容というときは、この保障内容と適用範囲を併せたものを指す）。

前項の①説は、二四条を二三条に対する特別法的規定と解し、その適用範囲を異性間の婚姻に限定していた。それに對して、③説は、「婚姻の自由」が広く解釈の余地のある「幸福追求権」規定を抛り所とすることから、その適用範囲は必ずしも異性間の婚姻に限定され得ず、また、その保障内容は、二四条の文言に留まらない幅のある解釈が可能である。②説は、上記二説の中間に位置する。すなわち、異性間の婚姻に関しては、「両性の合意」や「夫婦の同権」といった二四条の文言から、直接的には、二四条が保障する「自由」が適用されるものの、その場合においても、一三条の適用が原理的に排除されているわけではない。例えば、「同性カップルの家族形成権」は、「憲法二四条と憲法一三条の保障が重複する権利・利益」、または、「憲法一三条のみで保障される権利・利益」と解する余地があるという。⁽²²⁾

上記の諸説のなかで、最も「婚姻の自由」の保障内容が明確なのは、その適用範囲を異性婚に限定する①説である。まず、①説は、憲法二四条一項の文言に鑑みて、次のような「婚姻の自由」の定義を行っている。すなわち、「婚姻の自由」とは、「両性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に加えて、『婚姻』という法律制度を利用する権利という側面を含む」ものである。⁽²²⁾ ここで注目すべきは、「婚姻の自由」の権利性が、「防御権」と「法律制度を利用する権利」という二つの側面から成る権利として描かれている点である。換言すれば、ここで、「婚姻の自由」の保障内容は、「防御権」、すなわち、国家による干渉を排除する「消極的権利」としての側面のみならず、「法律制度を利用する権利」、すなわち、進んで国家による干渉を求める「積極的権利」としての側面をも含むものとして理解されている。

しかし、「婚姻の自由」を「消極的権利」としての側面のみならず、国家の積極的な作為を求める「積極的権利」としての側面をも含むものとして描くことは、この権利それ自体が国家の関与なしには完全な自由にはなり得ないことを意味する。すなわち、「婚姻の自由」は、「自由」の名を語りながらも、その「自由」の実現の際に「国家の現れ」を拒絶することができない。むしろ、「婚姻の自由」は、「国家の現れを積極的に必要とする」⁽²³⁾。さらにまた、場合によって

は、①説が主張するような「防御権的側面」でさえ、立法者が形成する婚姻制度から独立に観念し得ないことから、そもそも「原則—例外」関係で当該権利の制約を論ずることができない可能性すらある。はたして、「婚姻の自由」に、国家介入を排除する自由権としての側面、すなわち、「国家からの自由」を語る余地は残されているのだろうか。ここでもまた、「婚姻の自由」の「自由」としての意義が問われている。

(2) 「自由」に関する三つの解釈——「自然的自由説」、「婚姻本質説」、「制度的自由説」

さしあたり、上記の問いに対する可能的解答は、三つ考えられる。一つ目は、「婚姻」それ自体を「前国家的な人権の問題」または「社会で自生的に成立する人間の営み」と捉え、法制度によっても侵害されてはならない自由の領域が「婚姻の自由」には残されていると理解することである。⁽²⁴⁾この立場において、「婚姻制度は、基本的には婚姻の自由の制限と捉え」られる（以下、「自然的自由説」と称する⁽²⁵⁾）。二つ目は、「婚姻それ自体の本質」を観念することで、この「本質」と直接的には関連しない家族法上の規定を「制限」と理解することである。⁽²⁶⁾そのような家族法上の規定の典型例が、婚姻の際の夫婦の同氏を定める民法七五〇条である。この立場において、「夫婦同氏の強制」は、「婚姻それ自体に本質的に内在するものではなく」、「家族を他者から識別するという、社会的・外在的な要請」に基づく「憲法上の婚姻の自由に対する下位法の制約」として見なされる（以下、「婚姻本質説」と称する⁽²⁷⁾）。最後に、三つ目の可能的解答が、「婚姻の自由」とそれを具体化する法制度との抵触を、そもそも「防御権」の問題として構成しないことである。⁽²⁸⁾抽象的な憲法の次元で、「あるべき婚姻・家族制度の基本形態（原則）」を一義的に観念し得ない以上、その基本形態の変更（「例外」）に対して、「合理的な理由付け（正当化）」を求めることもまた困難である。⁽²⁹⁾それゆえ、「自由の侵害禁止」という客観法に対応した「防御権」ではなく、「国家（国会）は憲法上の考慮事項を適切に調整して法制度を形成しなければならぬ」という客観法に対応した、「防御権とは異なる『権利』のあり方」を構想することが求められる（以下、「制

度の自由説」と称する⁽²³⁰⁾。

以上の三つの見解のなかで、まずもって、個人の恣意的な自由の領域を広く認めるのは、最初に取り上げた「自然的自由説」であろう。この説において、法律婚制度は、「社会で自生的に成立する人間の営み」に対する「介入」と評価されることから、「婚姻の自由」は、第一次的には国家に対する国民の「防御権」として構成される。しかし、この説には、次のような問題点がある。第一に、「社会で自生的に成立する人間の営み」を「婚姻」と見なした場合に、「婚姻の自由」と「親密な結合の自由」の区別が相対化する点である⁽²³¹⁾。民法学者の上野雅和によると、歴史的に、婚姻制度は、中世においては血族や領主からの、近代社会においては教会その他の権威からの、婚姻の強制や干渉から人々の結合の自由を確保するためのものであったとされる⁽²³²⁾。すなわち、婚姻制度とは、最終的には、婚姻を社会的な権威の支配から解放するために、国家によって創設されたものであり、「婚姻の自由」とは、「国家法の定める制度である婚姻を受け容れる自由」なのである⁽²³³⁾。「婚姻の自由」をすべて社会的な次元における人的結合の保護に還元することは、当該自由が歴史的に有してきた社会的な権威からの自由という側面を喪失させることになる。

第二に、「自然的自由説」は、「社会で自生的に成立する人間の営み」それ自体に憲法的価値を置く理論的主張としては、不徹底である。確かに、「婚姻の自由」の規範的な側面として、婚姻するかしないかの意思決定の自由(締約の自由)や婚姻の相手方を選択する自由など、それ自体としては国家に左右されるべきではない「前国家的人権」の側面があることは否定できない⁽²³⁴⁾。しかし、これらの自由を当事者の意思決定のもとで貫徹するためにも、やはり国家の関与が不可欠となる。憲法二四条が、婚姻の成立要件として「両性の合意」を明記したのも、国家法を通じて、婚姻しようとする当事者の意思を当事者以外の第三者(典型的には、家制度のもとでの戸主)の干渉から保護するためであった⁽²³⁵⁾。このような当事者の意思を確保するために婚姻制度を創設することまで、「婚姻の自由」の制限と評価することは、憲法二四条の趣旨に反するものと思われる。とはいえ、それでもなお、国家の関与なく、「社会で自生的に成立する人間の営み」

それ自体に価値があると考えるのであれば、「契約的家族観」のように、法律婚制度それ自体の廃止を目指すことが、理論的には最も徹底しているだろう。⁽²³⁶⁾ その場合、もはや、法律婚制度を利用する権利という意味での「婚姻の自由」は無用となる。⁽²³⁷⁾

このように、「婚姻の自由」を前国家的な「親密な結合の自由」に純化して考えないのであれば、採り得る解釈として残された選択肢は、誤った内容形成によって侵害されてはならない「婚姻の自由」の核心領域を観念する「婚姻本質説」か、または、「婚姻の自由」の「防御権的構成」それ自体の採用を否定する「制度的自由説」か、のいずれかである。「自然的自由説」とは異なり、いずれの説も、「婚姻の自由」の実現が、立法者による内容形成に依存することを否定してはいない。むしろ、両説の相違は、「婚姻の自由」を法制度に依存する権利であるとしたうえで、その「権利」の主観性をどのように記述するかにある。すなわち、客観法上の国家の婚姻制度設営義務に対応する、個人の主観的な「権利」を、如何なる権利として観念するのかに関する見解の対立である。

(3) 主観的権利と客観法

この「婚姻の自由」の主観的な権利としての性格を如何に記述するかという問題は、その主観的権利に対応する、何らかの客観法上の諸原則が存在することを前提にしている。例えば、「制度的自由説」は、「国家は憲法上保障された自由を侵害してはならない」という客観法に対応した「防御権」ではなく、「国家（国会）は憲法上の考慮事項を適切に調整して法制度を形成しなければならない」という客観法に対応した、「防御権とは異なる『権利』のあり方」を前提にしている。⁽²³⁸⁾ この「制度的自由説」の説明に従えば、「婚姻本質説」の説く「権利」とは、「国家は憲法上保障された自由を侵害してはならない」という客観法に対応するものである。その上で、「婚姻本質説」が、その「自由」の「侵害」を「婚姻それ自体に本質的に内在するもの」か否かという観点から評価していることを踏まえると、同説は、主観的な

「婚姻の自由」の権利内容として、「婚姻それ自体」の「本質」に根差した何かしらの権利利益を想定していることになる。しかし、同説が、具体的に、どのような権利利益を「婚姻」の「本質」に根差したものととして観念しているかは、同説の文献からは今のところ明らかでない。

それに対して、「制度的自由説」は、「婚姻の自由」の主観性を、まずは、「国家(国会)は憲法上の考慮事項を適切に調整して法制度を形成しなければならない」という、客観法上の義務に対応する「権利」として観念すべきだとする。⁽²⁹⁾還元すれば、ここでの「権利」とは、あくまで、国家による適切な婚姻制度設営義務の遂行を求める主観的な権利ではない。それゆえ、「制度的自由説」において、「婚姻の自由」とは、「憲法上の考慮事項」が適切に調整された「婚姻制度にアクセスする自由」であると解すれば足り、それ以上に、「婚姻の自由」の規範内容から、ある特定の権利利益を請求する権利が導かれるわけではない。⁽²⁹⁾また、この説においては、「婚姻の自由」の「直接の制約」が問題となる場合でさえ、当該制約が存在するという事情が、「防御権的な原則—例外関係に依拠した憲法上の正当化」を要請するわけではなく、「憲法二四條(二項)による内容形成の統制の厳格化を導くに過ぎない」ことが示唆されている。⁽²⁹⁾以上のように、この説は、前項2で述べた①説における「法制度を利用する権利」の側面に「婚姻の自由」の意味内容を限定する立場と言えよう。

第二款 「権能」としての「婚姻の自由」—— Hohfeld 図式による再構成

1 承 前

はたして、「制度的自由説」の言うように、「婚姻の自由」の保障内容は、「法制度を利用する権利」に留まるのであるか。このような権利定式は、何人も不当に婚姻制度にアクセスすることを妨げられない、という意味での「婚姻の自由」の一般的な言明を表すものとしては適切であっても、憲法が国家に婚姻制度の設営を義務付けることで如何なる

個人の権利利益を保護しようとしたのか、という「婚姻の自由」の保障根拠に関する説明としては、なお不十分である。この限りで、「婚姻本質説」が主張するように、「婚姻の自由」の内容形成法律の諸規定のなかには、「婚姻それ自体に本質的に内在するもの」と、そうでないものがあり得るのであり、そのような可能性を捨象してまで、「婚姻の自由」の保障内容をすべて立法者による内容形成に委ねる必要はないと思われる。

他方で、憲法典それ自体から、如何なる権利利益が「婚姻それ自体に本質的に内在するもの」であるのかを特定することが容易でないのも確かである。というのも、婚姻の本質を問うということは、国家が、「婚姻の自由」の内容形成にあたって、最低限規定すべき婚姻に関する法律関係が存することを必然的に前提とすることになるからである。このような観点は、場合によっては、「婚姻の自由」の保障内容の固定化を招く恐れがある。そこで、以下では、婚姻の本質が何であるのか、という観点からではなく、「婚姻の自由」が、規範内在的に、如何なる権利としての構造を有し（第二款・2～3）、また、その権利が、憲法上の権利として保障するに値する根拠は何であるのか（第三款）、という観点から分析を進める。

その際、本稿は、「婚姻の自由」の権利概念の構造分析のために、Wesley Newcomb Hohfeld の法律関係論を用いる。すなわち、Hohfeld 図式で知られるところの、「請求権 (claim)」、「義務 (duty)」、「特権 (privilege)」、「無権利 (no-right)」、「権能 (power)」、「責任 (liability)」、「免除権 (immunity)」、「無能力 (disability)」の八つから成る、二人格間の根本的法律関係の分析である。そして、「婚姻の自由」もまた、これらの各概念から構成される「分子複合的な権利 (molecular rights)⁽²⁴⁾」である。Hohfeld の法律関係論において、婚姻関係にある当事者間の一次的な法律関係 (first-order legal relation) は、一方配偶者の「請求権」とその相関項である他方配偶者の「義務」によって表されるところ、本稿の分析において重要なのは、上記の法律関係論を「婚姻の自由」の構造分析に用いることで、このような権利義務関係を一挙に創出する権利を「権能」と称し、「婚姻の自由」を「権能の権利 (power rights)⁽²⁴⁾」と理解し得ることである。⁽²⁵⁾ 次

項2では、この Hohfeld の法律関係論に依拠して「婚姻の自由」に含まれる権利利益を種々の構成要素へと分解しつつ、最終的に、憲法上の権利としての「婚姻の自由」を「権能」を中心的な構成要素とする権利へと再構成する。

2 「権能」または「免除権」としての「婚姻の自由」

「婚姻の自由」が憲法上の権利であるというとき、まずもって、「婚姻の自由」に関する「権利」の言説が、二通りあることに留意しなければならない。第一に、学説が憲法二四一条一項の文言に即して「婚姻の自由」の規範内容を説明するときの「権利」とは、Hohfeld の法律関係論における権利主体の「免除権」に相当するものである。それは、ある個人が、親密な関係にある他者との間に、婚姻に関する法律関係を発生、変更または消滅させる権利（より正確には、「権能」）を行使することに関して、何ら法的強制を受けないことを意味する。このことを憲法二四一条一項の文言に即して説明するならば、「両性の合意」、すなわち、婚姻するという異性カップルの意思決定を介在させることなく、これらのカップルに婚姻法上の法的拘束を及ぼすことを憲法は禁止している、と言えるだろう。この点で、政府は、婚姻に関する法律関係を創出する際の端緒となる、個人の婚姻する（または、しない）という決定に関して、「権能」を持たない、すなわち、「無能力」なのである。⁽²⁴⁾

それに対して、第二に、「婚姻本質説」が、夫婦同氏制に関する民法の規定を侵害的法律と見なして、「婚姻の自由」に対する「下位法の制約」が生じている、と主張するときに想定されている「権利」は、第一の「免除権」というよりも、むしろ、Hohfeld の法律関係論における「権能」に相当する。法的「権能」とは、ある人格が、他の人格もしくは自身の法的地位を変化させる「能力 (ability)」、または、「その行為によって、他人（場合によっては自分の）法律関係を变化させることのできる『地位』にある人が法律上もっている『力』」を意味する。⁽²⁴⁾ すなわち、ここでは、婚姻の相手方である配偶者との間に、ある特定の法律関係を発生、変更または消滅させる「権能」が問題となっているのであって、

政府や第三者から、婚姻に関する法律関係を恣意的に変化させられない、という意味での「免除権」が問題となつていくわけではない。夫婦同氏制合憲判決を例に説明するならば、原告は、原告が築こうとする婚姻の法律関係において、民法七五〇条の適用を受けずに当該関係を形成する権能、または、当該法律関係における法的効果として、婚姻の際に夫婦が異なる氏を称することを定める権能を求めているのであって、原告らは、政府または第三者から、何ら婚姻に関する法的地位の変化を受けているわけではない。

このように、憲法上の権利としての「婚姻の自由」は、第一の「免除権」と第二の「権能」を当該権利概念の主たる構成要素としている。まずもって、ある人格が「婚姻の自由」を行使するといふとき、当該人格は、他の人格との間に婚姻に関する法律関係を創出している。本稿では、憲法二四一条の文言に沿うかたちで、「権能」よりも先に「免除権」を「婚姻の自由」の規範内容として紹介したが、「免除権」は、ある権利主体が行使する「権能」に関して他者からの変更を受けないことを意味するのであるから、権利概念の構成要素としての「免除権」は、「権能」に還元できる。つまり、国家が、国民の「婚姻の自由」を侵害しているといふとき、そこで侵害されている権利は、究極的には、二人格間での婚姻に関する法律関係の創出を意味するところの、「婚姻する権能の権利 (a power right to marry)」⁽²⁵⁾なのである。

以上の分析に関しては、憲法上の権利としての「婚姻の自由」を、Hohfeldの法律関係論における「特権」として解する余地もあるのではないか、との疑義が呈されるかもしれない。⁽²⁶⁾ここで、まずもって、Hohfeldの法律関係論における「特権」とは、「無権利」の相関項であり、ある二人格間における権利義務関係の不存在を意味する。すなわち、ある人格Xが、他の人格Yに対して「特権」を持つということは、人格Xが、人格Yに対して、ある行為をなす（または、なさない）「義務」を負わない、といふことである。⁽²⁷⁾この点で、確かに、個人は、政府に対して、法律婚制度を利用する「義務」を負わない。

しかし、「婚姻の自由」それ自体は、婚姻に関する二人格間の法律関係を一挙に創出する「権能」とすると同時に、その権利義務関係に関して、婚姻法による定めを前提とするものである。この「権能」に対する政府からの干渉に関しては、やはり、婚姻に関する法的地位の変化を受けない権利、という意味での「免除権」として理解することが適切であろう。「特権」は、ある特定の行為をなす（または、なさない）「義務」の不存在を示す法的言明ではない。このような「義務」の不存在は、ある特定の「請求権」の存在を含意しない。H.L.A. Hartの「防御線 (protective perimeter)」の比喩で知られているように、「特権」(または、この意味での「自由」)の妨害を禁止するためには、その「特権」(または「自由」)を保護する別の仕組みが必要となる。⁽²³⁾

それに対して、婚姻に関する民法の規定の一部が侵害的法律であると評価されるとき、そこで侵害されているのは、婚姻するかしないかの選択に関する「特権」ではなく、親密な二人格間で婚姻の法律関係を創出する「権能」である。つまり、個人は、国家による誤った内容形成によつて、本来であれば、婚姻に関してレレヴァントな意味を持たない二人格間の権利義務関係に、不当にも服していることになる。また、「婚姻の自由」の制約が現実的に問題となり得るのは、当該自由を内容形成する法律との関係においてである。つまるところ、そのような場合において、国家は、「婚姻の自由」を侵害するような立法を行うことに関して「権能」を持たない、すなわち、「無能力」であると評価される。⁽²⁴⁾この点で、まずは、「婚姻の自由」を「権能の権利」として捉えることが、その権利の構造にヨリ忠実であると思われる。

3 「婚姻の権能」と二つの対国家「請求権」

以上のように、「婚姻の自由」は、まずもつて、二人格間の親密な関係において、婚姻法の定める法律関係を創出する「権能」とであると理解することができる。しかしながら、この権能が単に国民に保障されているというだけでは、当該自由の規範内容の説明としては不十分である。本稿と同様に、Hohfeldの法律関係論を用いて「婚姻の自由」を分析

した Gregg Strauss によると、この権能を持つ個人と国家の関係において、「婚姻の自由」は、以下の二つの意味で、個人の対国家「請求権」として理解することが可能であるという。⁽²⁵⁾ 第一に、「個人が婚姻の法律関係を創出するために使用できる枠組みを創出することを求める請求権」であるところの「婚姻する権能の権利」、第二に、「婚姻する権能を行使する個人の選択に政府が介入しないことを求める請求権」であるところの「権能行使の自由権」である。⁽²⁶⁾ とりわけ、後者は、前者の「婚姻する権能の行使」に対する国家の「介入排除請求権」として言い換えられている。⁽²⁷⁾

これら二つの対国家「請求権」は、それぞれ、婚姻制度を創設する国家の作為義務、個人の婚姻の自由の行使に対する不作為義務に対応するものである。⁽²⁸⁾ ここで、Strauss は、後者の国家の不作為義務に対応する権利として、「婚姻する権能の行使」に対する国家の「介入排除請求権」を観念している。これは、憲法学において、「国家に対する不作為請求」を意味するところの「防御権」⁽²⁹⁾に相当するものである。つまり、⁽³⁰⁾ Strauss は、権利の構造からして、「婚姻の自由」は、まずもって、婚姻の「権能」とそれを具体化する国家の作為義務に対応する権利であると解されるところ、かかる自由が実効性を持つためには、婚姻する権能の行使に対する「防御権的構成」をも観念する必要があることを示唆しているのである。⁽³¹⁾

翻って、日本の憲法学説においては、「婚姻の自由」を「防御権」として説明することに対して、「制度的自由説」から異論が呈されている。その際、この説は、婚姻の自由の誤った内容形成を防御権的に構成すべきでないとする理由として、「憲法の次元で、あるべき婚姻・家族制度の基本形態（原型）」⁽³²⁾が「一義的に確定できないことを挙げる。そして、そのような「基本形態（原型）」の不確定性から、婚姻の自由のような「法制度に依存する憲法上の権利」に関しては、主として、「防御権とは異なる『権利』のあり方を構想すること」⁽³³⁾が望ましいとするのである。⁽³⁴⁾ しかし、以下でも確認するように、上述の Hohfeld の法律関係論に基づく分析を前提にすれば、「婚姻の自由」の規範内容から、防御権的側面を完全に排除することはできないように思われる。⁽³⁵⁾

確かに、これまでの構造分析においても、「婚姻の自由」とは、まずもって、個人が、他の人格との間に婚姻に関する法律関係を創出する権能であり、その権能の実現のためには、国家による婚姻制度の創設が必要であることに疑いの余地はない。ここでもなお、依然として、「婚姻の自由」は、国家の作為義務に対応する「積極的権利」である。しかし、国家に婚姻制度を創設する権限が付与されているのは、二人格間の婚姻に、関する法律関係の創出を可能にする適切な枠組みを提供するためであって、国家は、「婚姻それ自体には本質的に内在」しない事項を婚姻に付随させる権限を本来的に付与されていない。したがって、このように婚姻に本質的でない規定に関して、国家の立法権限を正当化するためには、婚姻の自由の他に、別途その規定の立法を正当化する根拠が提示されなければならない。

ここにおいて、婚姻の自由の自由権としての側面が明らかになった。第一に、一旦、婚姻の自由が法律による内容形成によって具体化されたならば、その婚姻の権能を行使することに關して、個人は「特権」を持つ。この特権を無視して、国家が、婚姻するかしないかの個人の選択に干渉するならば、それは、結果的に、個人の婚姻に關する法律関係を变化させることになる。これに対して、婚姻の自由は、個人に、当該干渉行為に対して国家が無能力であることを証明する「免除権」として機能する。以上の「特権」と「免除権」とを併せて、婚姻の自由の自由権的側面ないしは防御権的側面と呼ぶことは可能であり、Hofheldの法律関係論に依拠する限り、これらの側面を婚姻の自由の規範内容から排除する必然的な理由は存しない。

また、第二に、夫婦同氏制合憲判決や再婚禁止期間違憲判決のように、婚姻の自由の内容形成に当たる民法の規定に、婚姻に本質的に内在するものとは言い難い内容が含まれる場合、それは誤った内容形成の可能性があり、婚姻の自由の制限として評価し得る⁽²⁰⁾。実際、夫婦同氏制合憲判決に見られたように、婚姻の法律効果に關する特定の条項が事実上の婚姻障害として機能する場合、問題となる規定が、内容形成の皮を被った侵害的法律であることの可能性を排除できない。この限りで、国家が誤った条件のもとで個人に婚姻する権能の権利を行使させることもまた、婚姻の自由の侵害と

して評価し得る。

第三款 「婚姻の自由」の保障根拠と婚姻制度の必要性

1 保障根拠の所在

以上の権利概念の構造分析によって、婚姻の自由が、親密な他者との間に婚姻に関する法律関係を創出する「権能」としての側面を、その権利概念の中心的な構成要素としていること、そして、その「権能の権利」が、对国家関係においては、その権利行使のための枠組みの創設を求める「婚姻する権能の請求権」と、「婚姻する権能の行使」に対する「介入排除請求権」へと転換することが明らかとなった。しかし、なお問題は残されている。そもそも、何故、国家は、私人間の親密な関係を、法を通じて規律することが憲法上義務付けられているのか、また、その作為義務に対応する権利として、何故、個人に「婚姻の自由」なるものが保障されなければならないのか、という権利の原理的な正当性に関する問題である。規範内在的に、同性間の婚姻を「婚姻の自由」の適用範囲から排除することはできないとする本稿の立場において、この問いに答えることが、同性間の「婚姻の自由」を正当化するための最も重要な予備的作業となる。

憲法学において、この問いに明示的な答えを与えていたのが、「自然的自由説」に立つ高橋和之である。高橋によると、婚姻制度とは、「社会で自生的に成立する人間の営みであり、しかしそれをまったく各人の自由に任せるといろいろの問題が生じるので、それを予防し皆が平等に婚姻生活を送ることができるように、社会の要請に応じて国家が規律を施したものである」という⁽²⁰⁾。このように、高橋は、婚姻制度が必要な理由を、婚姻生活において「自由」が引き起こす問題の予防と、すべての人の「平等」な「婚姻生活」に求めている。とりわけ、後者の「平等」な「婚姻生活」は、ここで想定されている婚姻が夫婦別氏制を求める異性間の関係である限りで、婚姻関係における配偶者間の「対等性」を要請するものであると言い換えることができよう。

翻って、学説が「婚姻の自由」を婚姻に関する「法律制度を利用する権利」として説明するときに、そこでの「婚姻」が具体的に如何なる家族形態を想定するものであり、何故、そのような家族形態を規律する制度の創設が憲法上正当化されるのかは、あまり議論の対象とされてこなかった。むしろ、学説においては、憲法二四条の存在が、法律婚制度の正当性をそれだけで裏付けるものとして理解される傾向にあったといえる。⁽²⁸⁾この点で、婚姻の自由を自然的自由であると解することが適切であるか否かはさておき、婚姻制度の正当化理由を積極的に提示しようとする高橋の主張は、「婚姻の自由」の保障根拠を検討するうえで無視することのできない指摘を含むものである。

もつとも、本稿が第一章および第二章の分析で示したように、婚姻制度および婚姻の自由の保障根拠は、先に高橋が指摘したものの以上に、種々あり得る。例えば、本稿は、アメリカ法の文脈において、婚姻制度を正当化する「公共的理由」として、「婚姻の誓約の公的承認による人格的関係の安定化」という価値と、「将来世代の持続的な形成」という価値が挙げられることを指摘した。⁽²⁹⁾日本法においても、さしあたり、異性間の婚姻に限って言えば、これらの価値を既存の法律婚制度の保護法益として観念することは、さして困難ではないだろう。現行の婚姻や家族に関する民法の規定が、婚姻関係と親子関係の連続性を重視する「家族モデル」を典型とする構成になっていることは、民法学説において夙に指摘されている。⁽³⁰⁾婚姻に関する種々の法的効果のなかでも、「夫婦間の子が夫婦の共同親権に服する嫡出子となるということ」が「特に、重要な法的効果として」位置づけられる日本の家族法において、上記の二つの価値をその法の背景を成す基本的価値として観念することは、十分可能であろう。

しかし、婚姻制度に親子関係に関する規律を連動させることが十分に理由のあることであるとしても、「将来世代の持続的な形成」という価値が、婚姻に本質的に内在する価値であるとまで言えるかは疑わしい。まずもって、婚姻の自由とは、ある人格が他の人格との間に婚姻に関する法律関係を創出する権能である。確かに、子を持つ夫婦にとって、夫婦間の子に関する定めが当該法律関係において規定されていることは重要であるものの、各夫婦が持つ婚姻に関する

権能は、その夫婦の子の法的地位を変化させる権利まで当然に保障するものではない。むしろ、親子間の法律関係に関する権能は、親の権利や子の権利というように、婚姻の自由とは異なる権利概念のもとで把握されることが一般的である。

このように、「将来世代の持続的な形成」という価値は、「婚姻家族」を典型とする既存の法律婚制度において、その制度を支える重要な「公共的理由」の一つになり得ても、婚姻の自由に固有の保障根拠であるとは言い難い。実際、効果意思に関する最高裁判例において、子に嫡出子としての地位を得させるための便法としてなされた婚姻の届出は、無効と判断されている。⁽²⁸⁾このことは、婚姻関係の法的規律が、それ自体、親子関係の法的規律とは独立した目的のもとに観念し得ることを暗に示唆している。つまり、婚姻関係の法的規律は、それ自体、その関係に固有の内在的な価値によって正当化される必要がある。

この限りで、高橋が婚姻制度の存在理由として指摘する、婚姻生活における「自由」と「対等性」の確保や、本稿が示した「婚姻の誓約の公的承認による人格的関係の安定化」といった価値は、いずれも、婚姻関係に関する法的規律の有力な正当化根拠になり得る。とはいえ、これらの二つの根拠は、目的と手段の関係を整理することができ、後者の人格的関係の安定化という価値は、手段たる前者の目的として、婚姻生活における「自由」と「対等性」の確保を通じて結果的に維持されるものである。そこで、以下では、端的に、婚姻の自由の保障根拠を婚姻生活における「自由」と「対等性」の確保に限定する。そのうえで、なお、この保障根拠から、何故、「婚姻の自由」という国家の作為義務に対応する積極的権利が、憲法上要請されるのかを更に検討する必要があるだろう。就中、同性婚の憲法的保護の要請を現行の憲法典から導き出そうとするならば、どの憲法条文に依拠するかに関係なく、「婚姻の自由」という権利それ自体の規範的正当性が問われなければならない。

2 婚姻の誓約と不完全義務——契約の自由および親密な結合の自由との対比

そこで、「婚姻の自由」という権利概念の規範的正当性を明らかにするために、婚姻の自由を類似の権利概念と対比させることにしたい。すなわち、当該権利概念と多くの共通点を持ち、しばしば、その保障内容の重複から、婚姻の自由と互換的に用いられるところの、契約の自由、および、親密な結合の自由との対比である。広く、契約を当事者間の合意に基づく約束であると解するならば、婚姻もまた、配偶者間の合意を基礎とする約束として、契約の一類型に属する。しかし、契約的家族観や婚姻制度廃止論が現行の婚姻制度の契約化を強く主張するとき、そこでの婚姻は、通常民法で想定されている契約とは異なるものとして理解されている。というのも、民法が前提とする「契約の自由の原則」が、契約に関する当事者間の「内容形成の自由」や「方式の自由」を謳っているにもかかわらず、⁽²⁰⁾民法は、婚姻に関して、これらの自由を当事者に認めていないからである。⁽²¹⁾婚姻制度の全面的な契約化を求める論者の不満は、主として、このような婚姻制度の不自由に起因するものと言つてよい。

他方で、契約の自由と同様に、親密な結合の自由という権利概念もまた、婚姻の自由と重複する規範内容を持つ。例えば、その提唱者の一人である竹中勲の定義によると、「親密な人的結合の自由」とは、本来的に「個人が他の個人と合意の上で、親密な人的結合関係を取り結ぶ行為」を保護の対象とする権利であり、それゆえに、この自由の射程は、異性間の婚姻だけでなく、同性間の共同生活や婚姻外の親密な人的結合にも及ぶものとして理解される。⁽²¹⁾また、この点に関連して、アメリカの憲法学者である Cass Sunstein は、憲法の次元で、政府の婚姻制度設営義務を観念することに否定的であるにもかかわらず、政府が婚姻制度を創出している限りで、その制度に対するアクセスの否定を「親密な結合の権利」の侵害として評価すべきだとする。⁽²²⁾親密な結合の自由が、なお、婚姻の自由の規範内容の一部を構成するものとして捉えられているのである。

以上のように、「婚姻の自由」という権利概念が、契約の自由または親密な結合の自由と重複する内容をもつことか

ら、場合によっては、婚姻制度を廃止して、婚姻の自由という権利概念を憲法のカタログから完全に抹消したとしても、理論的には何ら支障はないと思われるかもしれない。確かに、学説も、憲法二四条のいう婚姻が、もとを辿れば、「両性の合意のみに基づく契約的關係」⁽²⁷⁾または「親密な私的結合關係」⁽²⁸⁾であることを否定していない。しかし、婚姻関係には、売買や賃貸借などの純粋な取引的關係には単純に置き換えることのできない側面があることを見逃してはならない。この側面の存在が、国家による婚姻制度の設営を義務付け、その制度を利用する権利を国民に保障することを基礎付ける。

その側面こそ、「婚姻の誓約 (marital commitment)」が内包する、婚姻の相手方に対する無制約の人格的なコミットメントである。確かに、婚姻を財産関係として見るならば、配偶者間の婚姻費用の分担や日常生活債務など、婚姻関係を契約的な取引によって処理することは十分に可能である。契約の自由や親密な結合の自由は、婚姻の自由に代えて、これらの契約的な取引関係を十分に保護の対象とし得る。しかし他方で、婚姻の当事者らが、当事者間の継続的な信頼関係を前提に、婚姻の相手方に対して同居義務や協力義務などの一定の行為規範の遵守を期待することもまた事実である。一般的に、これらの人格的な関係に関する義務の履行は、婚姻中、その義務の履行を婚姻の相手方に強制することが法的に困難であるとされている⁽²⁹⁾。更にまた、婚姻とは異なる契約を通じて、これらの人格的な義務を設定したとしても、「婚姻以上に強い存続保障をするという契約」は「過度に人身を拘束するものとして無効とされる可能性が高い」という⁽³⁰⁾。つまるところ、婚姻とは異なる契約は、配偶者間の人格的な義務につき、十分な存続保障を提供し得えないのである。

この点、アメリカの憲法学者である Gregg Strauss もまた、婚姻当事者の相互支援 (mutual support) という不完全な義務 (imperfect duty) を契約法の論理を通じて遂行させることには困難が伴うことを指摘する⁽³¹⁾。例えば、契約法は、比較的明瞭な義務の強制 (enforcement) に基づくものであるところ、当事者の一方が当該義務を履行しないという選択を

した場合には、他方当事者は、一方当事者の選択に依存することなく、その義務の不履行を理由とする損害賠償請求や特定の義務の遂行を求める権利を与えられている。このような権利を契約の当事者に認めることで、契約法は、「交換の自由を各人が他者を服従させることなく行使することを可能にする」⁽²⁶⁾。それに対して、婚姻は、しばしば、共同生活における配偶者間の相互支援という不明瞭で無限定のコミットメントに基礎付けられるところ、婚姻法の目的は、このコミットした関係から生ずる無制約の支援義務を婚姻の当事者の持つ自由と調和させることにあるという。「生活を共有する配偶者らは、経済的な交換に従事しているけれども、ほとんど明確な義務を交換する交渉を行わない」⁽²⁷⁾。むしろ、配偶者間の相互支援という不完全な義務は、「最低限の努め以上のことを要求するにもかかわらず、婚姻の誓約を遵守するのに、どの程度の支援が必要となるのかは、当該カップルの財政状態、共同のコミットメント、独立した目的に関する自由裁量の選択に委ねられる」⁽²⁸⁾。このように、婚姻の当事者に課せられた支援の義務の内容は、各婚姻当事者の自由裁量に基づく選択がなされることによつてはじめて明確となる。

以上のように、Straussは、婚姻関係のようなコミットした関係が、このような特定の行為の遂行に限定されない不完全な義務を伴うことに、契約法と婚姻法との相違を見出している。換言すれば、婚姻法の特質は、配偶者間の相互支援という不完全な義務を前提に、不確定で流動性のある親密なコミットメントをなす自由を個人に保障することにあるというのである。しかし、その一方で、婚姻法の目的は、そのコミットした関係を形成する親密な自由を尊重することに留まらない。むしろ、その親密な関係形成の自由を一方の配偶者が他方配偶者を従属させることなく行使させることもまた、婚姻法の重要な役割であるという⁽²⁹⁾。

このことを、Straussは、「婚姻の入口と出口」を規制するルールを例に出して、次のように説明する。すなわち、婚姻法は、「婚姻の入口と出口」を規制しているところ、婚姻の入口(＝婚姻の成立)に関するルールが、婚姻の当事者に柔軟で不完全な義務を創出する権能を付与する一方で、婚姻が配偶者の死亡または離婚によつて解消されるとき、婚

姻の出口（＝婚姻の解消）に関するルールは、離婚時の公平な財産の分割や離婚後扶養料（alimony）などの規定を通じて、配偶者の一方のみが婚姻中になされた選択によって不平等な状態に置かれないことを確保する。換言すれば、婚姻法の目的は、このような「婚姻の入口と出口」の規制を通じて、婚姻の当事者が持つ、他者との間に不完全な義務を伴うコミットした関係を創出する自由と、その自由に関する婚姻当事者間の対等性を調和させることにある。⁽²⁸⁾「我々は、生を共有することが対等な自由と調和し得る限りで、自由に生の共有をなすべきであり、また婚姻法がこの緊張を解消することができることから、我々は、民事婚に対する基本的な権利を有しているのである」⁽²⁹⁾。

ここに改めて、「婚姻の自由」という権利概念の規範的正当性が、婚姻生活における「自由」と「対等性」の確保にあることが示された。他者との間にコミットした関係を創出する権能は、その権能の権利の行使が、当事者間の対等な自由を確保し得る限りでのみ認められる。親密な結合の自由は、このようなコミットした関係を創出する権利を個人に保障する一方で、その関係内の対等性を確保するための外在的な制約をも内包するものではない。国家は、そのような対等性の確保を婚姻制度を通じて行う。また、配偶者間の婚姻の誓約が、財産関係に還元し得ない人格的な義務ないしは不完全な義務を伴う限りで、法律関係における内容形成や方式の自由を前提とする契約の自由の原則から、これらの義務の公平な実現を説明することには自ずと限界がある。それゆえ、国家は、婚姻という特殊な契約類型を用いて、このような婚姻の誓約に伴う不完全な義務を考慮し、そのことによって、婚姻関係を形成する個人の親密な自由と配偶者間の対等性を調和させる。裏を返せば、個人が、他者との間に不完全な義務を伴う親密な関係を形成し続ける限り、国家は、婚姻制度を創設する義務を負い、その国家の作為義務に対応する権利として、「婚姻の自由」という積極的権利の保障が、憲法上要請される。

第四款 「尊厳」と結び付いた権利としての「婚姻の自由」

1 憲法二四条の「婚姻の自由」と「個人の尊厳」

かくして、「婚姻の自由」の保障根拠は、婚姻関係を形成する個人の親密な結合の「自由」と配偶者間の「対等性」の調和に求められる。裏を返せば、国家の創設する婚姻制度の正当性は、個人の親密な結合の自由それ自体から直接的に導かれるわけではない。むしろ、その親密な結合の自由が尊重されるのは、その自由が、当該結合内における当事者間の対等な自由を確保し得る限りにおいてである。つまり、憲法によって「婚姻の自由」が保障されるべきなのは、個人の親密な関係形成の自由それ自体が保護に値するからなのではなく、むしろ、その親密な関係形成から生じ得る、当事者間の不平等な権利義務関係を法によって是正する必要があるからである。婚姻法は、個人が、親密な関係にある相手方との関係において不平等な状態に置かれることなく、その者にコミットメントすることを可能にする。

翻って、以上の「婚姻の自由」に関する本稿の説明は、憲法二四条の文言の趣旨とも合致するように思われる。憲法二四条が、「婚姻」が「同等の権利」を持つ「夫婦」の「相互の協力により、維持されなければならない」ことを定めつつ、なお、その「婚姻」に関する法律が、「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したことは、婚姻関係が、多分に、一方の配偶者による他方配偶者の支配従属関係に転ずる危険性があることを念頭に置いていたからだと思われる。まさしく、明治憲法下の家族制度は、夫中心の権利義務関係で構成され、「夫と妻は対等ではなく、むしろ主従の関係と位置づけられていた」²⁸⁾。そのような家制度下の夫婦間の不平等な法律関係を是正するべく制定された憲法条文こそ、日本国憲法二四条に他ならない。したがって、二四条の保障する婚姻の自由を、単に個人の親密な結合の自由を保障したものとしてのみ捉えることは適切ではないだろう。そうではなく、親密な結合の自由の行使の結果男女間に形成される法律関係を婚姻制度を通じて対等なものとすることに、その条文の趣旨があると解

すべきだと思われる。まさに、憲法二四二条二項は、当初から夫婦間の不平等な法律関係を前提とする婚姻が、当該婚姻関係において従属的な立場に置かれる他方配偶者の「個人の尊厳」を毀損することになるが故に、その是正を法律を通じて行うことを立法者に命じているのである。

2 二つの婚姻概念と二つの憲法、あるいは、二つの婚姻概念と二つの憲法条文

さしあたり、上述の憲法二四二条解釈からは、婚姻に関する男女間の法律関係が両当事者の対等な自由を前提とするものでなければならないという規範的要請を導くことができる。この限りで、大方の学説が憲法二四二条の適用範囲を異性間の婚姻に限定して語ってきたことにも理由がないわけではない。

しかし他方で、「両性」や「夫婦」といった憲法二四二条の文言に鑑みて、「婚姻の自由」の適用対象を男女の人的結合とすることが不合理である、とまでは言えないとしても、「婚姻の自由」という権利の規範的性格から、直ちに、その自由の適用範囲を異性間のみ限定することは困難であると思われる。前述のように、「婚姻の自由」の保障根拠は、婚姻関係を形成する個人の親密な結合の「自由」と配偶者間の「対等性」の調和にある、というのが本稿の主張である。憲法上の権利としての「婚姻の自由」が、このような保障根拠を理由に、国家に婚姻に関する法制度の創設を義務付け、そのことよって、当該制度の正当性を担保しているのであれば、規範内に、婚姻の自由の保護範囲から同性間の関係が排除されるべき必然的な理由は存しない。それゆえ、同性間の婚姻が、憲法二四二条の適用範囲に含まれなくとも、他の憲法条文のもとで、同性間の婚姻の自由を憲法上基礎付けることができるのであれば、その自由を憲法上の権利として観念することもまた可能である。

そして、このことは、立法者が同性間の婚姻の締結の権利を法律で認めた場合にヨリ強く妥当する。例えば、その法律上の婚姻が、憲法二四二条の意味での婚姻でなかったとしても、それは、一般的に、「婚姻の自由」を同性間に保障し

たものとして記述されることになるだろう。その結果、法の中には、次元の異なる二つの婚姻概念が存在することになる。ひとつが、異性間と同性間の生活共同体があらゆる関係において完全に対等に扱われる、民法上および(税法や社会保障法などの)その他個別法上の意味での婚姻であり、もうひとつが、このような法の全体的な部分からは懸け離れた、憲法上の婚姻である⁽²⁸⁾。そのうえで、民法上およびその他個別法上の意味での婚姻に対応する同性間の婚姻に憲法上の基礎を与えようとするならば、そのとき、憲法二四条ではなく、憲法一三条が、その意味での婚姻の有力な条文上の根拠となる。要約すれば、同性婚立法が国会で可決されたとき、憲法と法律の異なる次元において、憲法二四条の婚姻と法律上の婚姻がそれぞれ存在することになり、後者の意味での婚姻に何らかの憲法上の基礎を与えようとするならば、憲法の次元において、更に、異性間の婚姻(憲法二四条)と同性間の婚姻(憲法一三条)の二つの婚姻概念が存在することになる。

もつとも、ここで憲法上の婚姻と法律上の婚姻の乖離を避けるために、解釈によって、動態的に憲法上の婚姻の意味の変化を認める余地はある。その際、二つの解釈の方法が考えられるだろう。ひとつが、憲法二四条の婚姻概念を同性間に拡張する解釈と、もうひとつが、既に指摘したように、憲法二四条の婚姻概念を異性間に限定しつつ、憲法一三条の「幸福追求権」規定のもとで同性間の婚姻の保障を導く解釈である。上述のように、学説の多くは、憲法二四条が同性婚を異性婚と同程度に保護することまで求めてはいないと解している。それゆえ、前者のように、憲法二四条の婚姻概念を同性間に拡張するためには、当初は、異性間に限定する解釈が妥当していたにもかかわらず、今となって、何故、その概念の拡張が要請されるのかを合理的に説明する、メタレベルの理論的な前提が必要となる⁽²⁹⁾。少なくとも、憲法二四条が当初から同性婚を同条の保護範囲に含めることを許容しており、同条のもとで同性婚も異性婚と同程度の保護が要請されていると解さない限り、このような変化を正当化する理論的前提の提示が必要であると思われる。

それに対して、憲法一三条の「幸福追求権」規定は、当初から、個別の憲法条文の適用範囲から外れる基本権を補充

的に保障することを意図した条文であり、また、本来的に、同条を「婚姻の自由」の根拠条文と目する見解が存在することは、前述の通りである。⁽²⁸⁷⁾したがって、同条を同性間の婚姻の自由の根拠条文とする場合、その自由が「幸福追求権」規定の保護範囲に含まれるか否かを論証すれば足り、憲法二四条を根拠条文とする場合のように、文言の意味の變遷を正当化するための技巧的な解釈を要しない。例えば、「幸福追求権」規定によつて保障される自由の内容に関して、その射程を最も狭く解する人格的利益説に依拠したとしても、同性間の婚姻の自由が、配偶者間の「婚姻の誓約」ないしは人格的なコミットメントを前提にする限りで、同説の説く「幸福追求権」規定の適用範囲から当該自由を導くことは十分に可能である。そして、この点でまた、本稿は、上述のような婚姻の自由の保障根拠から、規範内在的に、同性間の婚姻の自由を「婚姻の自由」の適用範囲から排除し得ない以上、さしあたり、憲法一三条の「幸福追求権」規定を同性間の婚姻の自由の根拠条文とすることが望ましいと考えている。

もつとも、このような解釈に対しては、憲法一三条の「幸福追求権」規定の内容を「ライフスタイルの自由」(ないしは、ライフスタイルの自己決定権)と読み替え、「婚姻の意義を個人の自律性から説けば説くほど、かえつて多様な生き方を保障している一三条全体の趣旨に反する恐れが生じ得る」ことを危惧する見解も見られる。⁽²⁸⁸⁾しかし、この見解は、「婚姻の自由」と「ライフスタイルの自由」の規範内容を同一視している点で、必ずしも、憲法一三条を基礎とする解釈への的を射た批判にはなっていないように思われる。そもそも、ここで言われているところの「ライフスタイルの自由」とは、事実婚などの婚姻外の生活形態が要保護状態に陥ることを防ぐために、「幸福追求権」規定から家庭生活に関する個人の自己決定権を導き出し、すべての生活形態を価値中立的に保護することを意図して唱えられたものである。⁽²⁸⁹⁾したがって、国家の創設する婚姻制度のもとの保護を初めから目的としている「婚姻の自由」と、婚姻に限らず、すべての生活形態を価値中立的に保護しようとする「ライフスタイルの自由」とでは、その保護の及ぶ範囲からして、権利としての法的性格を異にしている。

以上の議論を前提にすれば、同性婚の憲法解釈における問題の核心は、憲法一三条の「幸福追求権」規定が同性婚保護の根拠条文になり得るか否かにあるのではなく、むしろ、なり得ることを認めたくえで、主体の異なる憲法上の婚姻概念を憲法二四条と憲法一三条の二つの憲法条文から導くことが適切であるのか否かにある。その際、両条項のもとで想定されている婚姻概念が一致するのであれば、憲法上の婚姻概念を統一的に把握することができる。しかし、憲法一三条の婚姻概念が憲法二四条と一致せず、さらに、一三条のもとで把握される法律上の同性間の婚姻が、異性間の婚姻と区別されているのであれば、両条項の間に平等の観点からの疑義が生ずる。このような疑義を解消するためには、憲法二四条が国会に異性間の婚姻を同性間に比して優遇することを許容していると考えるか、あくまで、憲法上の婚姻概念は一つであるが、社会通念の変化によって、憲法上の婚姻が同性間の関係も含むかたちで変化したことを論証するしかない。結局のところ、同性間の婚姻に憲法上の保護を与えようとするならば、憲法上の婚姻概念の意味の変遷を受け止める動態的な憲法の解釈とそれを支える理論的な前提を提示するという作業からは避けて通れないのである。

とはいえ、憲法一三条の「幸福追求権」規定が、憲法典に列挙されていない権利の補充的保障の根拠となることで、法を取り巻く社会の現状が変化してもなお、憲法典それ自体の永続的妥当性を担保し続けるように、婚姻や家族の法に関する新たな認識や社会通念の変化に対してもまた、憲法は妥当し続けることを予定している。したがって、同性間の婚姻の自由の根拠条文を憲法一三条に求めるか、憲法二四条に求めるかは、このような憲法の永続的妥当性を前提にしようえでの、社会的な現実の変化に対する憲法条文の受け止め方の違いでしかない。その際、憲法一三条のもとでの動態的な権利保障を正当化する理論的な前提が、「人格的自律権」という道徳理論上の普遍的な規範概念である。この人格的自律の観念が、「憲法制定者の意思あるいは憲法典に由来すると見ることのできる統制原理」として、「継続的な権利生成の動態のプロセスを基礎付けると同時にそれを制御する」⁽²⁰⁾。

それとは反対に、憲法二四条のもとで婚姻に関する社会的な現実の変化を受け止めようとするならば、憲法二四条そ

れ自体が、そもそも、婚姻の意味の変遷ないしは変化を許容しているのか、許容しているのであれば、その変遷ないしは変化が、如何なる前提のもとで、如何なる要因に導かれ、そして、どの程度まで拡大することを予定しているのかが更に問われなければならないだろう。⁽²⁰⁾ それゆえに、先に本稿が示した、憲法一三条に依拠した同性婚の憲法解釈は、憲法二四條の婚姻の意味の変化に関する立論を留保した暫定的な結論に過ぎない。さしあたり、本稿の時点では、憲法一三条の「幸福追求権」規定が同性婚の保護の根拠条文になり得ることを指摘するに留め、解釈による憲法二四條の婚姻概念の拡張の是非も踏まえた、最終的な結論の提示については他日を期すことにしたい。

3 小括——「婚姻の自由」の普遍性と「個人の尊厳」

以上本節は、《「個人の尊重（尊厳）」原理から同性間の「婚姻の自由」が導かれる》という主張の是非を問うべく、「婚姻の自由」それ自体の条文上の根拠に着目して、各条文から導かれる当該自由の保障内容と適用範囲を分析し、その結果、「婚姻の自由」が、規範内在的には、配偶者間の「異性性」を不可欠な構成要素としていないこと、そして、暫定的な結論として、同性間の婚姻の自由が憲法一三条の「幸福追求権」規定から導出し得ることを論証した。とりわけ、同規定の保護範囲を個人の人格的自律の観点から画定する人格的利益説に依拠するならば、同規定から、配偶者間の「婚姻の誓約」ないしは人格的コミットメントを前提とする同性間の婚姻の自由を観念することは、憲法一三条前段の「個人の尊重（尊厳）」原理とも親和的な解釈であると言える。換言すれば、婚姻制度、すなわち、人格的なコミットメントに基づく親密な関係形成の「自由」を尊重しつつ、その当事者間の「対等性」を確保するための制度的な仕組みは、その人的結合の性的指向性に関係なく、すべての人にとって普遍的な重要性を持つ。そうであるからこそ、「婚姻の自由」は、「個人の尊重（尊厳）」原理と結び付いた普遍的な権利なのである。

次節は、残されたもう一つの命題、すなわち、《婚姻の自由に対する作爲または不作為が、「個人の尊厳」の毀損を意

味する」という主張の是非について考察する。もとより、「個人の尊厳」に基礎付けられる憲法上の権利に対する作為または不作為のすべてが、「尊厳毀損」を意味するわけではないことは、憲法が、自ら「公共の福祉」に基づく基本的人権の制約を許容していることから明らかである。次節の検討は、このような常識の範疇に属する事柄に敢えて疑問を呈することを目的としていない。そうではなく、次節の目的は、ある基本権に対する作為または不作為が、基本権侵害に当たるか否かという違憲審査における通常の判断を超えて、それらの行為が、「尊厳毀損」と評価される場合があり得るのかを検討することにある。はたして、Obergefell判決が下されたアメリカのように、同性婚に関する法制度のない日本社会の現状は、同性カップルや彼らの子どもたちの「尊厳」を毀損しているのであるか。

第二節 同性婚制度の不在と「個人の尊厳」

第一款 Obergefell判決のロジック

日本国憲法の解釈論における具体的な検討に入る前に、ここで改めて、州法における同性婚の不承認を「尊厳毀損」として判断したObergefell判決のロジックを確認しておこう。それは、「婚姻の自由」を「対等な尊厳」、すなわち、「合衆国市民としての対等な地位」に付随する権利として観念することで、「婚姻の自由」と「尊厳」の観念を密接不可分なものと見なすものであった。もとより、法廷意見の言葉を借りれば、「婚姻」は、その結合を形成する者たちに「崇高さと尊厳」を付与する制度でさえある。⁽²⁰³⁾このように、異性間か同性間かに関係なく、社会において婚姻が等しく重要な意義を有するものであるにもかかわらず、同性カップルの「婚姻の自由」の行使を彼らの性的指向性を理由に認めないことは、彼らに「我々の憲章によって禁じられる類のスティグマと権利侵害を課す」⁽²⁰⁴⁾。つまるところ、「尊厳毀損」とは、この種のスティグマと権利侵害を通じて、同性カップルや家族たちに課されるところの、ある種の法益侵害

を表現するものである。

ここで、以上の法廷意見のロジックにおいて、幾つかの憲法上の重要な価値や原理が分ち難く結び付いていることを意識しなければならない。すなわち、自由 (liberty) と地位 (status) と尊厳 (dignity) の連関である。言うなれば、法廷意見において、同性愛者が、他の市民と同様に尊厳ある存在として扱われるべきなのであれば、彼らには、婚姻の自由を行使する地位ないしは身分が保障されなければならない、というわけである。ここに見られるのは、婚姻の自由という基本的権利を起点にした「尊厳と身分の並列的使用」である。⁽²⁸⁾ 婚姻の自由が合衆国市民としての対等な地位に付随する権利であるからこそ、その自由の不当な制限は、その者が尊厳ある存在であることを無視した地位の格下げやステイグマをもたらす。

このようにして、Obergefell 判決法廷意見は、「婚姻の自由」が否定されることよって同性カップルやその子どもたちが被っていた「尊厳毀損」という傷を浮き彫りにした。このような尊厳に対する侵害は、通常、実体的な権利の制限が問題となる際には露見し得ないものである。はたして、日本国憲法は、単なる自由の制限を超えて、個人の尊厳それ自体への侵害を問う、権利主張の契機を国民に保障しているのだろうか。そのような権利主張が成立し得ることを示唆する学説がある。すなわち、個人の「尊厳毀損」を「自尊」侵害と見なす解釈である(第二款)。他方で、この解釈とは対照的に、客観法規範である「個人の尊重(尊厳)」原理を独自の権利として取立て主観化する必要はなく、Obergefell 判決に見られたような「尊厳毀損」との評価は、あくまで、「基本的人権」を享有する地位の否定に対する規範的、非難としての、意義を持つに留まる、との解釈も成り立ち得る(第三款)。以下では、この種の学説を素材に、日本国憲法の解釈においても、ある基本権に対する作為または不作為が、「尊厳毀損」と評価される場合があり得るのか、そして何よりも、そのような解釈の論理から、同性婚制度の不在が「尊厳毀損」として評価し得る余地があるのかを論ずる。

第二款 学説①——「尊厳毀損」を「自尊」侵害と見なす解釈

《婚姻の自由に対する作為または不作為が、「個人の尊厳」の毀損を意味する》という主張の是非を検討する本節の目的からして、まずもって問われるべきは、次のような問いである。すなわち、《ある国家行為が、個人の尊厳を毀損する場合を想定し、そのような国家行為を排除する権利を独立した憲法上の権利として観念することは可能なのか》か。

この問いに対して、日本の憲法学説のなかには、憲法一三条前段の「個人の尊重」や憲法一四条一項後段の列挙事項を根拠に、そのような権利構成が可能であることを示唆する見解が、少なからず存在する。例えば、憲法一三条前段の「個人の尊重」の規範的要請を「個人は尊厳ある存在とみなされるがゆえに、国家からそれにふさわしい処遇が与えられなければならないということ」と解し、そこから「尊厳ある存在として処遇を求める個人の権利」を導出する松本和彦の見解²⁹⁶や、「人種や性別などの人間の類型に向けられた嫌悪感や蔑視感情、ないしはそれに基づく行動」を憲法一四条一項後段の禁止する「差別」と定義したうえで、そのような嫌悪感や蔑視感情を伴う国家の差別的取り扱いを同条項が保障する「差別されない権利」の侵害の一類型として構成する木村草太の見解²⁹⁷は、その典型的な学説と言えるだろう。上述のいずれの見解も、ある国家行為の背景に、ある特定の個人に対する嫌悪感や蔑視感情が存する場合には、当該事案を通常の実体的な権利制約や不合理な区別の合理性の問題として構成するのではなく、「個人の尊厳」や「個人の尊重の理念」に反する重大な基本権侵害が生じている事案として構成すべきことを説くものである。

もとより、国家の作為または不作為が、ときに日本国憲法の核心的価値である「個人の尊重(尊厳)」原理に抵触し、それが主観的な権利の侵害を構成し得ることは、先の学説が提唱される以前から夙に指摘されていた。例えば、佐藤幸治は、「個人の尊重(尊厳)」原理を「人格の尊厳と平等」の原理として読み替えただけで、国家の差別的取り扱いが問

題となる事案においては、まずもって、当該差別が先の「人格の尊厳と平等」の原理に抵触するものでないことが要請されるとし、こうした要請に反する差別的取り扱いを「実体的権利としての平等権の侵害」に当たるものとして論じていた。⁽²⁸⁾ また、「個人の人格の根源的な平等性」を前提に、「人権に、公共の福祉という根拠に基づく国家の権威要求をくつがえす『切り札』としての意義」を見出す、長谷部恭男の「切り札としての権利」論⁽²⁹⁾もまた、先の松本や木村の見解と同様に、「個人の尊重（尊厳）」原理に直接の結び付きを持つ独自の権利を観念する見解の一部として整理することができる。

したがって、松本や木村の見解と、従来から存するこれらの学説の相違を敢えて強調するならば、それは、基本権侵害の認定の際における、国家の個人に対する嫌悪感や蔑視感情といった「差別的メッセージ」の考慮にあると言えるかもしれない。現に木村は、「差別的メッセージ」を発信する性質の国家机关の活動が、その対象となる主体の「被差別感を助長するという重大な弊害」をもたらすことを説いていた。⁽³⁰⁾ また、松本も、ある特定の個人に対する蔑視や嫌悪が当該国家行為の背景にあると思われる場合には、まずもって、当該国家行為がその個人の「尊厳を害し、差別に当たると評価できるかどうか」を最初の争点として設定すべきことを強調する。⁽³¹⁾ このような松本や木村の見解に依拠する限り、ある国家行為が、表面上は、表現の自由や教育を受ける権利など、既に一個の独立した権利としての地位が与えられている憲法上の権利を制約するものであったとしても、そこに何らかの「差別的メッセージ」が伴う場合には、これらの個別的な権利制約の是非とは別に、当該国家行為が社会に対して与えるメッセージの差別性をも問いただるようになる。ことによると、Obergefell判決が認定した「尊厳毀損」を、このような「差別的メッセージ」によって傷つけられる個人の自己評価や自己肯定感に対する侵害として表現することも可能であろう。すなわち、「自尊」侵害という名の「尊厳毀損」である。ここで毀損の対象とされている「自尊（self-respect）」とは、ロールズの定義によると、次の二つの側面を含意するものである。⁽³²⁾ すなわち、第一に、「自分自身に価値があるという感覚」、第二に、「自分の能力の範囲

内にある限り、おのれの意図が実現できるという自己の才能に対する信頼」である。⁽³⁰³⁾ このように定義される「自尊」という価値が社会において適切に確保されていなければ、人々は、自分の善についての構想や人生計画が遂行に値するという確信を持つことができず、「すべての欲求と活動は無意味で空虚になり、アパシー（無関心・無感動）とシニシズムに陥る」⁽³⁰⁴⁾。他方で、こうした「自尊」に関わる感覚は、「他者が示す敬意」にも依存している。というのも、「私たちの奮闘努力は他の人びとから尊重されていると感じるのでない限り、私たちの目的が促進するに値するという確信を維持することは、不可能ではないまでも難しい」からである。⁽³⁰⁵⁾ それゆえに、敬意を示すどころか、その者を劣位の存在として見なす国家の「差別的メッセージ」は、直接的に、その者の自己評価やその評価に基づく人生計画に大きな影響を与え、その者の自律した生の営みを困難なものとする。

このように、上述の松本や木村の見解は、「自尊」侵害をはじめとするこの種の害悪の防止を、憲法の根本原理である「個人の尊重（尊厳）」原理に抵触する喫緊の課題と見なすことで、「差別的メッセージ」を発生させる国家行為の排除請求権を当該原理から主観的に導き出すものであると理解することができる。現に、平等の実体的価値が「自尊」であることを精神的に主張してきた安西文雄もまた、それ自体「空虚」であると批判される平等原則を「個人の人生計画の実現にとって死活的な重要性を持つ」「自尊」という重要な価値と結び付けることによって、「平等それ自体主観的権利であることを主張できるようにするのではなからうか」と論じていた。⁽³⁰⁶⁾ とはいえ、「自尊」の侵害は、平等のみならず個人の自律にも関わる問題である。平等原則が通常は法令上の区別の合理性を問うものとして理解されていること、⁽³⁰⁷⁾ 更には、平等それ自体が、その原理の根底において、個人の自律とも結びつくものであることを踏まえるならば、「自尊」侵害をもたらす国家行為への排除請求権は、より直接的に、「個人の尊重（尊厳）」原理を主観化した権利として理解することが相当であると思われる。⁽³⁰⁸⁾

第三款 学説②——「尊厳毀損」を「基本的人権」を享有する地位の否定と見なす解釈

もつとも、「尊厳毀損」を「自尊」侵害と見なす前款の解釈に対しては、次のような反論や疑問が想定される。第一に、「自尊」といったある種の個人の感覚や感情に関わる事柄を「尊厳毀損」の根拠として良いのか、という反論である。上述のロールズの定義からも推察されるように、「自尊」という価値は、個人の主観に依存する側面が少なくなく、裁判所が、その価値の侵害を客観的に認定することには困難が伴うものと思われる。それゆえ、「尊厳」概念の一内容に「自尊」という個人の主観的な観点を含意することは適切ではなく、あくまで、客観的または社会的な側面からその内容を把握することが肝要となる。

このような立場に依拠するのが、前章でも触れた「Jeremy Waldron」であり、彼もまた、次のように述べて、「尊厳」概念を客観的または社会的な側面から捉えるべきことを主張する。「尊厳は、まさにヘイト・スピーチを規制する法律が保護するべく設計されている当のものに他ならない——ただしその場合の尊厳とは、何らかの特定の水準の名誉や尊重（あるいは自己尊重）という意味での尊厳ではない。ある人が、しっかりと立場をもった社会の成員として、マイノリティ集団の成員であるからといって普通の社会的交流をする資格を奪われることのない何者かとみなされるための、人格のもつ基本的な権限という意味での尊厳である」⁽³⁰⁾。このように、Waldronは、「尊厳」をすべての人が「しっかりと立場をもつ社会の成員」として尊重されることに関わるものと理解し、これを「基本的な市民的地位の尊厳 (the dignity of basic citizenship)」と呼ぶ⁽³¹⁾。この種の「地位に対する攻撃」は、「それが同時に痛みや苦しみに結び付いていようといまいと（普通は結び付くであろうが）、彼または彼女の尊厳を傷つけるのである」⁽³²⁾。

第二に、「個人の尊厳」や「自尊」に抵触する国家活動の排除請求権を独自の主観的権利として構成することに、どれほどの意義があるのか、という疑問である。いわゆる「自尊の権利」⁽³³⁾を平等権の一内容として構成するにせよ、「個

人の尊重(尊厳)―原理の主観化と見るにせよ、個別の基本的人権を保障する憲法一三条後段以下の規定に反する取扱いは、それ自体、「各人を個人として適切に尊重するものとは言えない」⁽³¹⁾との見方もできる。この点で、個人の尊厳や自尊に抵触する国家活動の排除請求権を主観的権利として構成することは、「個人の尊重(尊厳)―原理を根本的に否定する国家活動に対して強い規範的非難を与える点で有用かもしれないが、それは、規範的非難を表現するためのレトリック以上の意味を持つものではないだろう。このような理解に従うならば、Obergefell判決における「尊厳毀損」もまた、同性婚を認めない州法に対する規範的非難の域を超えるものではない。それゆえ、裁判所としては、同性婚制度の不在に関して、「婚姻の自由」という実体的権利の侵害を認定するだけで十分であり、必ずしも判決文中に「尊厳毀損」を明記しなければならないわけではない、ということになる。

以上のように、「尊厳毀損」を「個人の尊厳」や「自尊」の保護を求める主観的権利の侵害を意味するものと解することが適当でないとするならば、Obergefell判決法廷意見が述べた「尊厳毀損」という言葉は、各人の主観的な感情の毀損を問題とするものというよりも、むしろ、客観的または社会的な観点から見た国家による「尊厳」の侵害を規範的に非難するものと解するのが相当である。そして、そこでの「尊厳毀損」を認識する客観的または社会的な観点とは、Waldronを引用して先に指摘した「基本的な市民的地位」である。この「基本的な市民的地位」には、当該社会の構成員のすべてに普遍的に認められるべき「権利」が付随⁽³²⁾する。すなわち、合衆国憲法でいうところの「基本的権利」であり、日本国憲法でいうところの「基本的人権」の保障である。

こうして、我々は、日本国憲法の解釈においても、第二章のアメリカ法の分析で到達した結論と同様の帰結へと至る。すなわち、「尊厳毀損」とは、すべての日本国民に認められるべき「基本的人権」を享有する対等な地位の否定であり、この「基本的人権」の一内容に、「婚姻の自由」が含まれる。この限りで、裁判所は、同性間の「婚姻の自由」を法律によって具体化しない立法者の不作為を「尊厳毀損」として規範的に非難し得る。

- (204) 齊藤笑美子「家族と憲法——同性カップルの法的承認の意味」『憲法問題』二二二号(二〇一〇年)一一二頁。この齊藤の主張は、憲法二四条における個人尊重主義の徹底によって、同条から「近代家族」の克服とそれをも超越する「超(脱)近代的」で多様な現代型家族への志向性を読み取る、辻村みよ子の二四条解釈を前提にしつつ、それをジェンダー平等の観点から更に拡張的に解釈したものである(辻村みよ子『ジェンダーと人権——歴史と理論から学ぶ』(日本評論社、二〇〇八年)二五〇頁を引用)。辻村の二四条の解釈につき、辻村・前掲注(7)、八七頁も参照。
- (205) 川岸・前掲注(3)、五一〇頁。
- (206) 最大判平成二七年二月一六日民集六九卷八号二五八七頁。
- (207) 最大判平成二七年二月一六日民集六九卷八号二四二七頁。
- (208) 代表的なものとして、佐々木雅寿「民法七三三條および民法七五〇條の合憲性」月報司法書士五三三二号(二〇一六年)七六頁、小山剛「憲法上の権利の作法」〔第三版〕(尚学社、二〇一六年)二八、四二頁、同「判批」ジュリスト一五〇五号(二〇一七年)一三三頁、辻村みよ子「個人の尊重」と家族——憲法一三三條と二四条論の交錯」法律時報増刊『戦後日本憲法学七〇年の軌跡』(日本評論社、二〇一七年)一一五、一一六頁、同・前掲注(8)、「憲法と家族」をめぐる理論的課題、三〇六、三〇七頁を参照。
- (209) 確かに、考え方によっては、法律上の婚姻を求めるという意味での「婚姻の自由」は存せず、憲法上の権利として存在するのは、「親密な結合の自由」のみであると解することもできよう。つまり、この見解において、憲法二四条は、現行の家族法のように、立法者が親密な結合関係に関する何らかの制度形成を行う場合に、最低限踏まえるべき憲法上の指針を示したものに過ぎず、個人の側に保障されているのは、婚姻のような一定の家族のあり方に捕らわれない多種多様な「親密な結合の自由」であると解される。これに対して、本稿は、「婚姻の自由」は必ずしも「親密な結合の自由」に純化し得ないとの立場に依拠している。
- (210) 渡辺康行・宍戸常寿・松本和彦・工藤達朗「憲法I 基本権」(日本評論社、二〇一六年)四五六頁〔宍戸常寿〕。
- (211) 同上
- (212) 長谷部編・前掲注(3)、九一、九二頁(土井真一)を参照。
- (213) 芦部信喜(高橋和之補訂)『憲法 第六版』(岩波書店、二〇一五年)一一二六頁。
- (214) 佐藤・前掲注(4)、一八八頁。
- (215) 工藤達朗「憲法における婚姻と家族——結婚するって本当ですか?」赤坂正浩・井上典之・大沢秀介・工藤達朗『フアーストステップ憲法』(有斐閣、二〇〇五年)一五三頁、宍戸・前掲注(20)、四五四頁。
- (216) 辻村・前掲注(7)、一一一、一一二頁。
- (217) 工藤・前掲注(25)、一五三頁。
- (218) 同上、一五三、一五四頁。

- (219) 大石真『憲法講義Ⅱ(第二版)』(有斐閣、二〇一二年)一三〇頁。
- (220) 同上。
- (221) 辻村・前掲注(208)、一五頁。また、辻村・前掲注(7)、一二七頁も参照。
- (222) 宍戸・前掲注(210)、四五四頁。
- (223) 山本・前掲注(64)、二三三頁。
- (224) 高橋・前掲注(6)、一四七頁。同様の立場として、巻・前掲注(19)、三四四頁、三四七頁、佐々木・前掲注(208)、八四頁も参照。
- (225) 高橋・前掲注(6)、一四七頁。
- (226) 小山・前掲注(208)・「判批」、二三頁。もつとも、小山は、基本権の内容形成に関する著作のなかで、「婚姻の自由」を「法制度保障を含む基本権」「法律による『規範的構成』を要する基本権」として位置付けたうえで、財産権や契約の自由と同様に、「これらの自由は、法律によるインフラ・ストラクチャーに依存しており、このインフラを形成する法秩序は、防御権とは別の問題として捉えられる必要がある」とも述べていた。小山剛『基本権の内容形成——立法による憲法価値の実現』(尚学社、二〇〇四年)三頁、三〇二―三〇三頁を参照。「婚姻の自由」を構成する民法の規定が、誤った内容形成を行った場合には、それを「違憲の内容形成」と評するのか、「基本権侵害」と評するのか、二つの立場が想定される。ところ、「判批」の記述は、後者の立場に与しているようにも読める(同『基本権の内容形成』、一二七頁)。
- (227) 小山・前掲注(208)・「判批」、二三頁。
- (228) 篠原永明「婚姻・家族制度の内容形成における考慮事項とその具体的展開」甲南法学五八巻(二〇一八年)三・四号、一四五―一四八頁。
- (229) 同上、一四六頁。
- (230) 同上、一一四―一五頁、一四六―一四七頁、特に一四六頁の(84)を参照。
- (231) 「婚姻の自由」と「親密な結合の自由」の区別に関しては、本章第一節第三款の2でも改めて検討している。
- (232) 上野・前掲注(6)、八四―八五頁。
- (233) 同上、八五頁。
- (234) これは、上野雅和の整理による「婚姻の自由」の規範内容の四類型(①「婚姻選択の自由」、②「相手方選択の自由」、③「内容決定の自由」、④「方式の自由」)のうちの、前者二つである。上野・前掲注(6)、八五頁。また、青山道夫・有地亨編『新版注釈民法②』(有斐閣、一九八九年)一七六頁(「上野雅和」)も参照。
- (235) 憲法二四条一項の「両性の合意」の趣旨に関しては、さしあたり、川岸・前掲注(3)、四九九―五〇〇頁を参照。
- (236) 「契約的家族観」に関しては、前掲注(136)に挙げた安念潤司の各論文を参照。また、正義論の観点から、婚姻制度廃止を明確に打ち出すものと、松田・前掲注(13)、一頁以下も参照。

- 一方で、憲法二四条が「男女の『婚姻』を基礎にした『家族』という一定の人的結合体を他の人的関係と区別し、それを特別に保護すべきことを定めている」と解する場合、法律婚制度を廃止して、婚姻家族を適切に保護しない立法措置を図ることは、憲法違反と評価されるだろう（篠原永明「婚姻の自由」の内容形成——夫婦同氏制合憲判決を参考に——）甲南法学五七卷三・四号（二〇一七年）六二九—六三〇頁を参照……）。
- (237) 換言すれば、憲法上の権利として国民に保障されているのは、「親密な結合の自由」のみであって、「婚姻の自由」ではないとも言い得る。このような解釈を採用した場合に、「婚姻」は、各人が自らの親密な結合関係を「婚姻」と呼ぶか否か、という名称の問題でしなくなる。
- (238) 篠原・前掲注(228)、一四六の(84)を参照。
- (239) 同上。
- (240) 篠原・前掲注(236)、六一二—六一三頁を参照。
- (241) 篠原・前掲注(236)、六一六頁を参照。
- (242) Wesley Newcomb Hohfeld, *Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, 23 YALE L.J. 16 (1913); Hohfeld の法律関係論に関する邦語文献として、さしあたり、亀本洋「法哲学」(成文堂、二〇一一年)二二〇—二五五頁、佐藤遼「法律関係論における権能」(成文堂、二〇一八年)六三—七八頁を参照。Hohfeld の法律関係論を手掛かりに「婚姻の自由」を再構成するという試みは、Gregg Strauss, *The Positive Right to Marry*, 102 VA. L. REV. 1691 から着想を得たものである。ただし、本稿の分析と Strauss の分析は厳密に一致するものではない。Strauss の同論文に言及するものとして、植木淳「婚姻をめぐる自由と平等——Obergefell 判決を契機として」名城法学六八巻一号（二〇一八年）二〇—二二頁も参照。
- (243) Strauss, *supra* note 242, at 1725.
- (244) *Id.* at 1694. 婚姻の自由の本質を「権能の権利」と解する Strauss の分析において、当該自由を実現する婚姻法は、H.L.A. Hart の「権能付与ルール」に相当するものとして理解される。See, *id.* at 1694-1695, 1729.
- (245) 誤解を避けるために予め断っておくと、「権能の権利」というときに用いている「権利」は、Hohfeld の法律関係論における「義務」の相関項としての狭義の「権利」、すなわち、「請求権」とは異なるものである。「権能の権利」における「権利」とは、憲法上の権利というように、法律関係論における「請求権」「特権」「権能」「免除権」を含む、広義の意味での「権利」を指す。
- (246) 亀本・前掲注(242)、一三六—一三七頁は、日本国憲法の自由権規定を「政府の無能力＝国民の免除権」という観点から説明している。本文の記述は、この亀本の説明を「婚姻の自由」の自由権側面に敷衍したものである。また、憲法上の権利が「国家の不作為義務に相関する自由権」と「国家の無権限に相関する自由権」から構成されることを指摘するものとして、新正幸「憲法的自由の構造——二つの自由権」新正幸・早坂禎子・赤坂正浩「公法の思想と制度 菅野喜八郎先生古稀記念論文集」(信山社、一九九〇年)五五頁以下、同「基本権の構造——『法的様相の理論』の見地から——」日本法学七三巻二号（二〇〇七年）二〇三頁以下も参照。新も、Hohfeld の法律関係論を参考に憲法上の権利の構造分析を

行っている。

- (247) 小山・前掲注(208)・「判批」一三三頁。
- (248) Hohfeld, *supra* note 242, at 44-45.
- (249) 亀本・前掲注(242)・一三八頁。
- (250) Strauss, *supra* note 242, at 1740.
- (251) 事実「Strauss は、「個人は、婚姻するかしないかの権能を行使する特権を有しており、政府は、その特権の行使に介入しない義務を負っている」とし、「特権」を婚姻の自由の「自由権」的側面を構成する一要素として理解している。See, Strauss, *supra* note 242, at 1732-1736.
- (252) 亀本・前掲注(242)・一四一―一四六頁、佐藤・前掲注(242)・六六―六九頁を参照。
- (253) H.L. A Hart, *ESSAYS ON BENTHAM 171-173* (1982) (同「権利・功利・自由」(木鐸社、一九八七年)一一〇頁以下を参照。「防御線」の他に、「保護的周辺」や「保護境界線」といった訳語が当てられるところの protective perimeter に言及するものとして、長谷部・前掲注(6)・一二八―一三三頁、亀本・前掲注(242)・一四九―一五四頁、新・前掲注(246)・「憲法的自由の構造」六九―七四頁を参照。
- (254) 再婚禁止期間違憲判決を例に説明すれば、立法府は、女性の再婚禁止期間を定める民法七三三条の規定のうち、最高裁によって「婚姻に対する直接的な制約」と評価された部分に関しては、正当な立法権限を持たない、すなわち、「無能力」であると言える。最大判平成二七年二月一六日民集六九巻八号二四三二頁を参照。
- (255) もちろん、ここで用いている「請求権」とは、配偶者間の法律関係における「請求権」とは異なる。後者の「請求権」は、一方配偶者が有する、他方配偶者の「義務」に相關する「請求権」である。つまり、本文で使用している「婚姻する権能を行使する請求権」または「婚姻する権能に対する介入排除請求権」は、個人が、当該法律関係を創出する「権能の行使」を可能にするための、国家の婚姻制度設営「義務」に相關するものである。
- (256) Strauss, *supra* note 242, at 1740-1741.
- (257) *Id.* at 1732 (「婚姻する権能の行使の介入排除請求権 (a claim against interference with exercise of the power to marry)」, *supra* note 242, Strauss は、ここで「介入排除請求権」を、婚姻するかしないかの「画面的な特権 (a bilateral privilege)」に対する介入の排除請求権を意味するものとして説明している (*Id.* at 1732, 1736)。確かに、州が、婚姻しないという選択を処罰したり、個人に婚姻することを強制したりする場合には、個人は「婚姻する権能を行使しない特権とその特権に対する州の干渉を排除する請求権を有する」(*Id.* at 1735) と言えるだろう。しかし、本文でも指摘したように、現実的に婚姻の自由の制約が問題となり得るのは、その自由を具体化する法律との関係においてであって、まずもって、その自由を「権能」と理解するのであれば、そこで干渉を受けているのは、婚姻に関する法的地位について変化を受けないという意味での「免除権」であって、婚姻するかしないかの「特権」ではない。換言すれば、婚姻の自由に対する国家からの不当な干渉は、「婚姻する権能の行使」の誤っ

た条件付けを意味する。また、「婚姻する権能を行使しない特権」が国家によって侵された場合、結局のところ、個人は、婚姻に関する法的地位に変化を受けることになるのであるから、ここで「特権」もまた、「免除権」に還元することができる。以上の理由からは、本稿は、Straussのいう「介入排除請求権」を個人の「婚姻の権能の権利」または「免除権」に付随する権利として理解し、そのような記述を行っている。

(258) 小山・前掲注(208)・『憲法上の権利の作法』、三頁。

(259) 予め断っておくが、Strauss自身が「防御権的構成」という用語を用いているわけではない。しかし、Straussのいう「婚姻する権能の権利」に対する国家の介入の排除請求権を、日本の憲法学で、それに相当する用語として用いられている「防御権」に言い換えただけである。

(260) 篠原・前掲注(228)、一四五—一四七頁、特に一四六頁の注(84)を参照。

(261) 篠原・前掲注(228)、一四六頁の注(84)は、「防御権とは異なる『権利』のあり方」の一例として、「婚姻の自由の内容形成の」考慮事項の中に「個人の利益」が組み込まれている場合に、当該利益が帰属する個人に与えられる、その考慮事項につき適切に考慮するよう国会に求める手段として、権利を構想することが考えられる」とする。しかし、如何なる民法上の規定が「婚姻の自由」の保護に値する権利利益であるか、という思考を前提にすることなく、「婚姻の自由」の内容形成の不適切さを判断し得るのであろうか。あるいは、事実として、「婚姻それぞれ自体に本質的に内在」(小山・前掲注(208)・「判批」、一三三頁)しない権利利益が婚姻法の保護法益として規定されている場合に、その権利利益もまた、「婚姻の自由」の保護の対象となるのであろうか。このような「別の利益の保護を目的とした規律」が「婚姻の自由」の内容形成に含まれる可能性を最初から排除することもまた困難であると思われる。

(262) 言うまでもなく、婚姻の自由の内容形成をすべて自由の「制限」として評価すべきであると主張しているわけではない。婚姻の本質を規定する法律の適用を排除する請求権を婚姻の自由は内包していない。See, Strauss, *supra* note 242, at 1733.

(263) 高橋・前掲注(6)、一四七頁(傍点は筆者)。

(264) 例えば、米沢広一「憲法と家族法」ジュリスト一〇五号(一九九五年)八頁は、憲法二四条が「夫婦、親子から成る法律上の家族」を「国家が保護することを許容している」として、「法律上の家族の保護」が憲法二四条から正当化される「重要な立法目的」と見なしている。それに対する批判として、安念・前掲注(136)・「家族形成と自己決定権」、一三二頁、一四三頁、特にその(5)も参照。

(265) 拙稿「同性婚の憲法的保護の可能性」(二)『法学論叢一八三巻四号』(二〇一八年)一一一—一一三頁。

(266) この点に関しては、何よりもまず、大村敦志『家族法(第三版)』(有斐閣、二〇一〇年)二二—二五頁を参照。

(267) 最大判平成二七年二月一六日民集六九巻八号二五九四頁(夫婦同氏制合憲判決)。

(268) 最大判昭和四四年一〇月三日民集三三巻一〇号一八九四頁。

(269) 「契約の自由の原則」に関しては、さしあたり、内田貴『民法Ⅱ 第二版 債権各論』(東京大学出版会、二〇〇七年)一八一—一九頁、潮見佳男『基本講義 債権各論Ⅰ 契約法・事務管理・不当利得 第三版』(新世社、二〇一七年)、一—三頁を参照。

- (270) 上野・前掲注(234)ノ一七六一七七頁を参照。
- (271) 竹中・前掲注(4)ノ一八八一—一九三頁。
- (272) Cass Sunstein, *The Right to Marry*, 26 CARDOZO L. REV. 2081, 2083-2084 (2005). Sunstein の婚姻の自由に関する「Strauss, *supra* note 242, at 1711-1712. 植木・前掲注(242)ノ二〇頁、二八頁、三〇頁も参照。
- (273) 渋谷秀樹『憲法(第三版)』(有斐閣、二〇一七年)四六二頁。
- (274) 長谷部・前掲注(23)ノ一八七頁。
- (275) 大村・前掲注(266)ノ四〇—六〇頁、青山・有地編・前掲注(234)ノ三五八—三六七頁(黒木三郎)、二宮周平編『新注釈民法(17)』(有斐閣、二〇一七年)ノ一九三—二〇七頁(神谷遊)を参照。
- (276) 大村・前掲注(266)ノ二四一頁。
- (277) Strauss, *supra* note 242, at 1744-1753. ハッペの「不完全義務(imperfect duty)」とは、倫理学で用いられる概念であり、「完全義務(perfect duty)」の対照をなすものである(*Id.* at 1749. 「不完全義務が我々に目的を追求するよう義務付けるのに対して、完全義務は、我々に特定の行為を遂行するよう義務付ける」)。
- (278) *Id.* at 1745.
- (279) *Id.* at 1748.
- (280) *Id.* at 1749.
- (281) *Id.* at 1756, 1759.
- (282) *Id.* at 1695, 1741, 1746-1747, 1759-1760.
- (283) *Id.* at 1760.
- (284) 神谷・前掲注(275)ノ一八七頁。
- (285) ボン基本法六条一項の「婚姻」と同性間にも拡張された法律上の「婚姻」の関係につき、本文と同様の指摘を行うものとして、Uwe Volkman, *Verfassungsänderung und Verfassungswandel*, JZ 73 (2018), 265 (271).
- (286) このような憲法二四条の婚姻の意味の変化を、ある種の「憲法変遷」と見なすならば、そもそも、憲法がこのような憲法変遷を許容しているのか、また、その変遷に限界は存在するのかが、「同性婚が立法上導入可能か否かを問う以前に」検討されなければならない。日本国憲法の解釈において、このような憲法上の婚姻概念を決定する基準に関する議論が過小であることを指摘するものとして、村山美樹「同性婚をめぐる憲法上の議論——ドイツとの比較を通じて——」中央大学大学院研究年報四六号(二〇一六年)三頁以下を参照(上記引用は、同、一三頁)。
- (287) 大石・前掲注(219)ノ一三〇頁。

- (288) 白水隆「同性婚と日本国憲法」毛利透・須賀博志・中山茂樹・片桐直人『比較憲法学の現状と展望 初宿正典先生古稀祝賀』（成文堂、二〇一八年）六〇一—六〇二頁。
- (289) 二宮周平「事実婚の判例総合解説」（信山社、二〇〇六年）一九八—二〇〇頁を参照。
- (290) 佐藤幸治「個人の尊厳と国民主権」佐藤幸治・中村睦男・野中俊彦『ファンダメンタル憲法』（有斐閣、一九九四年）一〇頁。
- (291) 土井真一「佐藤幸治教授の人格的自律権論——その意義と射程」法律時報八一巻一号（二〇〇九年）六三頁。
- (292) さらに、ドイツにおいては、『すべての人のための婚姻 (Die Ehe für alle)』の導入をきっかけに、これが文字通りの憲法改正という手段のなかでのみ行われることが許されるものであったのか、それとは反対に、この新たな規定を自己が正統性のある憲法変遷を生じさせていたのか否かをめぐって、活発な議論が勃発している。(Volkmann (Fn. 285), S. 265)。もちろん、ドイツとは違って、日本においては、憲法上の婚姻が異性間の婚姻に限られるという有権解釈機関の判断が下されているわけではないし、日本国憲法二四条の解釈の枠内で同性婚の保護を導く可能性もまた、必ずしも排除されていないだろう。しかし、多くの学説は、憲法二四条の婚姻が異性間の婚姻であって、同条から異性婚と同程度の同性婚の保護が導かれるわけではないとの立場に依拠している。
- (293) *Obergfell*, 135 S. Ct. at 2594 (opinion of the court).
- (294) *Id.* at 2802.
- (295) 駒村・前掲注(44)、一七頁。
- (296) 渡辺ほか・前掲注(20)、一一六頁〔松本和彦〕。
- (297) 木村草太「平等権と違憲審査基準——適切な権利の使い分け」法学教室四五二号（二〇一八年）三七頁。
- (298) 佐藤・前掲注(4)、一七三—一七四頁、二〇八頁、及び、同「憲法学において『自己決定権』をいうことの意味」同『日本国憲法と「法の支配」』（有斐閣、二〇〇二年）三四頁。
- (299) 長谷部・前掲注(5)、一一一—一一四頁。
- (300) 木村草太「平等なき平等条項論——equal protection 条項と憲法二四条一項」（東京大学出版会、二〇〇八年）一九四頁。
- (301) 松本和彦「事例問題から考える憲法」（有斐閣、二〇一八年）二五頁。
- (302) ロールズの正義論における基本財としての「自尊」に関しては、前掲注(84)で挙げた文献のほか、栗村亜寿香「ジョン・ロールズの『自尊の社会的基盤』の検討」人間・環境学第二六号（二〇一七年）一七一頁以下も参照。
- (303) Rawls, A THEORY OF JUSTICE, *supra* note 84, at 386 (『正義論 改訂版』五七八頁)。
- (304) *Id.*
- (305) *Id.* at 135 (『正義論 改訂版』二四二頁)。

- (306) 安西文雄「法の下の平等について(二)」国家学会雑誌一〇七卷一・二号(一九九四年)二二二―二二三頁。
- (307) 我が国の最高裁は、昭和三〇年代以降、基本的には、憲法一四條一項の規範内容を前段と後段の区別なく、別異取扱いについて「合理的根拠」がある限り違憲ではないと考える相対的平等説に依拠してきた。つまり、良くも悪くも、後段に特別の意義を認めないのが、通説的な判例法理の評価である。木村・前掲注(30)、三二―三三頁、安西文雄「憲法一四條一項後段の意義」論究ジュリスト三三号(二〇一五年)七五頁、山本・前掲注(64)、二二八頁を参照。
- (308) 長谷部恭男『憲法学のフロンティア』(岩波書店、二〇一三年)三三頁(「個人の自律と平等とは、根底において結び付いている」)。
- (309) ただし、続く第三款でも述べるように、本稿は、「自尊の権利」をはじめとして、憲法一三条前段の「個人の尊重(尊厳)」原理から直接的に独自の主観的権利を觀念することには懐疑的な立場である。
- (310) Waldron, HATE SPEECH, *supra* note 203, at 105(「ヘイト・スピーチという危害」一二四―一二五頁)(傍点は筆者)。
- (311) *Id.* at 108(「ヘイト・スピーチという危害」一二八頁)(訳文は一部変更)。
- (312) *Id.* at 109(「ヘイト・スピーチという危害」一二九頁)。
- (313) 宍戸常寿『憲法解釈論の応用と展開(第二版)』(日本評論社、二〇一四年)一〇九頁。
- (314) 長谷部編・前掲注(3)、八二頁(土井真一)。
- (315) 拙稿・前掲注(26)、一三三頁。

結びに代えて

以上、本稿では、「対等な尊厳」という觀念に触れて同性間に婚姻を認めない州法を違憲と判断した二〇一五年の Obergefell v. Hodges 事件判決の立論に着目し、「婚姻の自由」と「尊厳」の觀念を密接不可分なものと見なす同判決と同様の立論が、日本国憲法における同性婚の解釈においても援用可能なものであるのかを検討してきた。その結果、同性婚の憲法的保護に向けた、ひとつの方向性を示すことができたように思われる。すなわち、憲法一三条前段の「個人の尊重(尊厳)」原理と同条後段の「幸福追求権」規定の動態的な解釈を通じて、同性婚の憲法的保護の要請を基礎付けるという方向性である。

第三章第一節で示したように、「婚姻の自由」という権利が、規範内在的に、異性間の婚姻に限られるとする解釈には限界がある。確かに、アメリカ合衆国憲法と異なり、日本国憲法には「両性の合意」や「夫婦の同権」といった文言が明記された「婚姻」に関する憲法条文が存在するものの、この条文の存在は、憲法一三条後段のもとで同性間の「婚姻の自由」を導出することまで排除するわけではない。換言すれば、すべての人に「婚姻の自由」を保障するために、憲法二四条と憲法一三条が重畳的に適用されるというのが本稿の憲法解釈である。この条文間関係を前提とする限り、同性婚の憲法的保護に関して、両条文の間に対抗関係や緊張関係が生ずるものと考える必要はない。

もっとも、「婚姻の自由」を「基本的人権」と見なす本稿のような解釈の帰結として、婚姻が憲法の手厚い保護を受けるという点で、なお、婚姻と婚姻外の親密な結合関係の間には差異が生じる。場合によっては、ここで生じる差異が、憲法一四条一項の平等原則に照らして合理的根拠に基づくものではないと判断される可能性もあるだろう。しかし、このような差異の存在が、直ちに、婚姻制度の廃止という帰結をもたらすわけではないことは、本稿が第二章第四節において婚姻制度特権化論に対して応答してきたとおりである。蟻川恒正が指摘するように、そもそも、法という規範システムは、一定の別異取扱いをデフォルトとして自らのシステムのうちに内蔵することなく作動することはできない⁽³⁵⁾。ただ、法律婚制度の存在が、内縁準婚理論のように、裁判所による法形成を通じて婚姻外の親密な結合関係に法的保護を拡張することを積極的に排除するものと解すべきではないし、婚姻外で親密な関係を形成する自由もまた、その関係が他方当事者の自由を不当に制限する支配従属関係に転化しない限りで、「幸福追求権」規定の保護範囲に含まれると解することが適当であると思われる。

とはいえ、婚姻や家族に関する社会の認識が流動的に変化するなかで、本稿が示した同性婚の憲法解釈は、その変化に対する一つの方向性を示したものでしかなく、今後の検討に委ねられた問題は数多い。以下、一点だけ指摘しておく。本稿は、憲法二四条を主として異性間の婚姻の自由を保護するものとして理解してきた通説的な見解を前提に、憲法一

三条後段の「幸福追求権」規定のもとで、同性婚の憲法的保護を要請する解釈を暫定的に示したものであり、憲法二四条のもとでの動態的な保護の可能性に関しては、今後の検討に委ねている。婚姻が異性間に限られるとする裁判所の有権解釈が存在しない現状において、日本の最高裁は、*Obergefell*判決のように、包括的基本権条項のもとで動態的に同性婚の保護を導くという解釈を採用することもできるし、ドイツ連邦憲法裁判所のように、憲法二四条の婚姻を異性間に限定したうえで、憲法一四条の平等原則の解釈を通じて、婚姻と実質的な法的保護を同性間の関係に付与することもできるだろう。⁽³⁶⁾今後、日本の裁判所が、同性婚の憲法解釈について如何なる判断を示すのかに注目しつつ⁽³⁷⁾、比較法研究の射程をドイツの憲法判例や学説に拡張することで、*Obergefell*判決とは対照的な彼の国の婚姻の自由の解釈や、それを支える規範的世界のあり方について検討を深めていきたいと考えている。

(35) 蟻川恒正「婚外子法定相続分最高裁違憲決定を読む」法学教室三九七号(二〇一三年)一〇八頁。

(36) 井上・前掲注(12)、六六五頁以下を参照。

(37) 二〇一九年二月一四日に、二三組の同性カップルが、同性が法律婚できない現行制度は「婚姻の自由」などを定めた憲法に違反するとして、札幌、東京、名古屋、大阪の四か所の地裁で国家賠償請求訴訟を一斉に提起した(毎日新聞二〇一九年二月一五日日刊)。この訴訟の弁護団の活動については、<http://marriageforall.jp/>(二〇一九年二月二五日閲覧)を参照。

〈付記〉 本稿は、平成三〇年度科学研究費補助金(特別研究員奨励費)の交付を受けて行った研究成果の一部である。