

# 同性婚の内容形成と平等原則 (三)・完

中  
岡  
淳

## 目次

### 第一章 考察の主題

#### 第二節 検討の素材と順序

#### 第一章 婚姻と家族の基本権ドグマ・ティク

##### 第一節 基本法六条一項とその成立史

##### 第一款 基本法六条一項の規律対象と保障内容

##### 第二款 基本法六条一項の成立史

#### 第二節 婚姻の自由の内容形成と構造メルクマール

##### 第一款 分析に使用する概念の用語法

##### 第二款 婚姻の自由の内容形成に関する連邦憲法裁判所の解釈 (以上、一九一巻一号)

#### 第二章 基本法における同性間の生活共同体

##### 第一節 同性間の生活パートナーシップ

##### 第一款 生活パートナーシップ法の導入

##### 第二款 生活パートナーシップの憲法上の位置づけ

##### 第三款 小括——アンビバレントな基本権ドグマ・ティクの行方

#### 第二節 同性婚

##### 第一款 事後的な性別変更による同性婚の成立——第五次性転換決定

##### 第二款 民法の改正と立法理由 (以上、一九一巻二号)

##### 第三款 検討——同性婚立法の合憲性

## 終章

## 第一節 婚姻の制度保障の議論の余地

## 第二節 婚姻当事者の「異性性」

## 第三節 同性婚の内容形成権限と平等原則(以上、本号)

## 第三款 検討——同性婚立法の合憲性

## 1 立法理由の骨格と違憲説の主張

同性婚立法の理由付けの骨格に位置するのが、「憲法規範は、そのテキストの改正なく変化し得る」という主張である。この主張が前提にあることで、当該立法理由は、婚姻を同性間に拡張する立法者の内容形成権限を基本法六条一項のもとに基礎付けることが可能となる。また、この論理からして当然に、この理由付けにおいて、同性婚の導入のために憲法改正が必要であるとは考えられてはいない。刑法典の改正による同性愛処罰の廃止、生活パートナーシップ法による同性間の生活共同体の法的承認、そして、社会における婚姻理解の変化が、テキストの改正なき憲法変動の要因となる。このように、同法の立法理由は、同性婚をめぐる法的かつ社会的な現実の変化によって、基本法六条一項の婚姻概念もまた同性婚を含むかたちで変化し得ることを、その理由付けの基礎に据えている。

それに対して、主観的歴史的な制度保障の理解に依拠する立場からすれば、この立法理由の解釈は受け入れ難いものであろう。というのも、これまでの連邦憲法裁判所の判例からして、婚姻の自由に含意された制度保障の次元は、婚姻カプルの異性性を婚姻の本質的な構造メルクマールとしていたのであり、それは憲法改正なしには変更され得ないものであるからである。同性婚立法違憲説の主張は、およそ、この点に汲み尽される<sup>(11)</sup>。そうすると、結局のところ、件の法律が違憲説の主張に耐え得るものであるのか否かは、①まずもって、違憲説の主張するように、連邦憲法裁判所の判例において、なお異性性のメルクマールが憲法上有効な規準であり続けているのか、②また、婚姻の伝統的な制度保障

の理解から乖離するとしても、それとは異なる基本法六条一項の新たな解釈、または、同項以外の基本権規定に依拠した解釈から同性婚立法を正当化することができないのか否かによって判断されなければならない。以下、この二つの論点について、それぞれ、これらの点に関する学説の議論を紐解きながら検討することにしよう。

## 2 論点①——異性のメルクマールは、なお憲法上有効な規準か

まずは、連邦憲法裁判所の判例において、なお異性のメルクマールが憲法上有効な規準であり続けているのか否かという一つ目の論点から検討しよう。結論から言えば、異性のメルクマールは、生活パートナースhipの対等な取扱いに關する一連の判例を経て、もはや立法者の内容形成権限を制限する憲法上有効な規準としては機能していない可能性が濃厚である。例えば、連邦憲法裁判所は、二〇〇九年の遺族生活扶助に關する判決以降、婚姻と生活パートナースhipの法的規律の相違を基本法三条一項の一般的平等原則の問題とし、その区別の正当化に「十分に重みのある実質的根拠<sup>(12)</sup>」を求めるかたちで厳格な審査を行ってきた。既述のとおり、その区別が厳格に審査されるのは、それが特別な平等の要請が妥当する「性的指向」に基づく差別として認定されるからであった。結局のところ、この種の事案において、両制度の別異取扱いは、両制度を区別することの「十分に重みのある実質的根拠」が提示されないがために幾度も違憲の判断が下され、その結果、二〇一七年に同性婚立法が可決される以前において既に、両制度の間には顕著な内容上の相違が存在しなくなっていた。

このような生活パートナースhipの対等な取扱いに關する判例の展開を踏まえ、Matthias Jestaedtは、次のように指摘する。

二〇〇九年の遺族生活扶助に關する判決、二〇一〇年の相続税および贈与税に關する判決ならびに家族手当に關する判決、二

○一二年の土地取得税に関する判決、そして、二〇一三年の継養子縁組に関する判決と配偶者分割課税に関する判決など、あらゆる法律上の差別化の試みは、カールスルーエで失敗に終わった。「中略」連邦憲法裁判所は、婚姻と生活パートナーシップを百パーセント対等に取扱うことに異議を唱えないどころか、もしかすると、そのような取扱いが平等原則によつて要請されているとさえ考えているのかもしれない。これらのことを踏まえれば、立法者は憲法を理由に二つの同一の規律を有する制度に二つの異なる名称をあてがうよう義務付けられるべきであるということが、支障なく根拠付けられるわけではない。したがって、二つの部分的な問い(「Ⅱ同性間の婚姻締結の権利の導入に関する法律の規範統制について、連邦憲法裁判所が、これまでの判例に照らして、どのような態度をとるのかという問い」)にも、次のように解答することができる。すなわち、連邦憲法裁判所は、提起され得る規範統制の手続において、基本法六条一項の婚姻保障に対する違反を理由に、「すべての人に婚姻を」の導入を憲法違反であると宣言し得ない。<sup>(113)</sup>

つまるところ、婚姻と生活パートナーシップの完全に対等な取扱いを求めてきた連邦憲法裁判所の平等原則の解釈からすると、異性カップルと同性カップルの間で異なる制度の名称を用いることも、もはや基本法六条一項の婚姻保障を引き合いに出すだけでは正当化し得ないであろう、というのがJestettの見立てである。

このJestettの見解と同様に、これまでの生活パートナーシップに関する平等判例の蓄積から、「異性性」のメルクマールがもはや立法者の内容形成権限を制限する憲法上有効な規準であり得なくなっていることを指摘するのが、Ferdinand Wollenschläger<sup>114)</sup>。Wollenschlägerは、件の同性婚立法の合憲性に関して疑義を持っていたBayern州政府から鑑定意見の執筆を委託された学者の一人であった。<sup>(114)</sup>その鑑定意見を基礎にして書かれた論文において、Wollenschlägerは、異性性のメルクマールが、立法者の内容形成権限を制限する婚姻の構造メルクマールとして機能しなくなっていることを次のように述べている。

結局のところ、体系的なパースペクティブからは、一般的な平等原則が連邦憲法裁判所の判例を基礎に婚姻と登録生活パートナーシップの（ほぼ）完全な対等な取扱いを要請するだけでなく、この判例は、同時に、立法者に内容的に同一の当該制度の内容形成を禁じ得ないことをも含意している。このことは、婚姻保障の解釈にも合致する。したがって、憲法上判断されるべき問題は、立法者が、二つの内容的に同一の法制度を「婚姻」という名称のもとで把握する権限を付与されているか否かに還元される。

このような見方を評価するのであれば、多くの者は、立法者が同性カップルへの婚姻を開放する権限が与えられていることに同意することになる。なかでも〔中略〕、第三に、特別な婚姻保護の背景をなす諸根拠（持続的で包括的で法的な拘束力のある生活および責任共同体としての婚姻の特徴、例えば、婚姻の家族との結び付き）は、特に連邦憲法裁判所の判例によって、同一に設計された同性間のパートナーシップに対する区別の効力を失った。判例は、登録生活パートナーシップを婚姻と均一化することを求めたのである。したがって、その点では、いずれにせよ、異性性という伝統的な概念メルクマールは、当該メルクマールが、特に民主的に正統化される婚姻の内容形成の権限を持つ立法者によって婚姻を開放することに対し、依然として、その開放を遮断する効果を備えた婚姻の排他的な構造メルクマールであるかは明確ではない。<sup>(10)</sup>

要約すれば、連邦憲法裁判所が、平等原則の観点から、婚姻と生活パートナーシップのほぼ完全な平等が要請されるとした以上、基本法六条一項の婚姻保障と基本法三条の平等原則の体系的な解釈からして、異性性のメルクマールは、もはや婚姻の本質的な構造メルクマールであり得ないというのが、ここでの Wollenschläger の主張である。

もつとも、このような主張が連邦憲法裁判所の判例法理から導かれる帰結として妥当であると言えるためには、主観的歴史的な制度保障の理解に固執してきた連邦憲法裁判所の解釈方法が改められなければならないことに留意する必要がある。これまで繰り返し確認してきたように、連邦憲法裁判所は、基本法六条一項で保障されている基本権の「自由的特質」や他の基本権の価値決定を考慮することはあるにせよ、<sup>(11)</sup> 基本的には、婚姻の構造メルクマールを主観的歴史的

な解釈に依拠して推論してきたのであり、それは、同性婚立法が可決される以前の裁判においても維持されていた。したがって、Jestädt や Wollenschläger の見立てが現実のものとなるためには、連邦憲法裁判所が、婚姻の構造メルクマールを推論するにあたって、主観的歴史的な解釈とは異なる解釈方法論に依拠し得ることが前提とされなければならないであろう。現に Wollenschläger 自身は、上述の平等原則との体系的な解釈のほかに、婚姻の核心的内容が、婚姻の機能やそれを保護することの諸理由に着目した目的論的な解釈から推論され得ることを指摘している<sup>(17)</sup>。いずれにせよ、基本法六条一項の婚姻の核心的内容が主観的歴史的な解釈とは異なる解釈方法によって推論されるとき、それは、連邦憲法裁判所による従来の伝統的な制度保障理解への決別を意味することになる。

### 3 論点②——同性婚立法を正当化する新たな基本権の解釈の提示

仮に、上述の如く、生活パートナーシップの対等な取扱いに関する一連の判例を通じて、異性性を本質とする婚姻の制度保障の理解に変動が生じているとするならば、伝統的なそれとは異なる婚姻に関する基本権の解釈によって、同性婚立法が正当化される余地がある。さしあたり、そのあり得る解釈のアプローチとしては、次の二つが想定される。

#### (1) 基本法六条一項の内容形成における平等の指針の考慮

第一に、論点①で確認された、基本法六条一項の婚姻保障と基本法三条一項の一般的平等原則との体系的解釈によって、同性間への婚姻の開放を基礎付けるアプローチである。このアプローチは、基本法六条一項の枠内で、基本法三条に由来する「平等の指針 (Gleichheitsanliegen)」を考慮する。それによって、平等の観点から主観的歴史的解釈に依拠して推論された婚姻の構造メルクマールを相対化することが可能となる。例えば、婚姻の核心的内容に関する新たな解釈が立法や裁判で提示される際に、平等の指針は、伝統的な概念メルクマールに対して、その理解を維持する「十分に重みのある根拠」があるのか否かを問う契機となる。言うまでもなく、この平等の指針を考慮した婚姻保障の解釈は、性

的指向に基づく差別の際に「他の生活形式の不利な扱いを正当化する十分に重みのある実質的な根拠」が必要であると  
した連邦憲法裁判所の平等審査と同じ構造を有する解釈である。この解釈によって、結果的には、もはや異性は立法  
者の内容形成権限を制限し得る憲法上有効な婚姻の構造メルクマールではなく、それゆえに、立法者が婚姻を同性間に  
開放することは許容されている、という結論が導かれる。<sup>(18)</sup>

(2) 一般的人格権と平等原則に基づく同性婚の保護の要請

それに対して、第二のアプローチは、基本法六条一項ではなく、基本法二条一項の一般的人格権と基本法三条の平等  
原則を根拠に、同性婚の保護の要請が導かれるとする解釈を提示する。Mathias Hong が、『基本権の人間の尊厳の内  
実』と題する長大なモノグラフのなかで、このような解釈を展開している。

憲法が「すべての人に婚姻を」を要求しているか否かは、基本法六条一項における婚姻概念が、それ自体、このように解釈さ  
れ得るか否か、すなわち、当該婚姻概念が、このような場合に依然として開かれているべきであるか否かにのみ依存するわけ  
ではない。このような婚姻基本権が同性カップルに拡張されるべきでない場合でさえ、さらに、人格発展の権利と平等基本権が、  
まさに、基本法六条一項の保障内容に依存することなく、みずから進んで、その他のカップルの対等な基本権の保護を要求しな  
いのか否かが問われなければならない。

同性カップルの婚姻基本権は、基本法六条一項から推論される必要はなく、むしろ、基本法一条一項と結び付いた基本法二条  
一項と基本法三条一項および三項から導き出されるべきである。<sup>(19)</sup>

この Hong の主張について詳述する前に、まずは、そこで言及されている「人格発展の権利」、または、「基本法一条  
一項と結び付いた基本法二条一項」という言い回しについて敷衍しておく必要があるだろう。基本法一条一項と結び付  
いた基本法二条一項から保障されるのは、人格の自由な発展の権利、より正確には、人間の尊厳の原則を解釈の指針と

する「一般的人格権 (allgemeines Persönlichkeitsrecht)」と称される基本権である。<sup>(120)</sup> 一般的に、基本法二条一項は、包括的基本権条項にあたる基本権規定と解されており、そこからは、二つの基本権が導かれる。すなわち、「一方で、包括的な仕方では理解され、質的には厳密に区別されない一般的行為自由、他方で、基本法一条一項と結び付いた基本法二条一項から導かれる一般的人格権である」<sup>(121)</sup>。これを「型にはめて短く表現すれば、一般的行為自由は、活動の保護 (Aktivitätsschutz) に仕え、一般的人格権は、自己同一性の保護 (Integritätsschutz) に仕える」<sup>(122)</sup>。さらに換言すれば、「範圍に限定のない一般的行為自由との区別において、<sup>(123)</sup> 自己同一性の保護」という意味での人格的な自律の確保に仕える狭義の構成要素が重要となる」<sup>(124)</sup>。したがって、例えば、婚姻法の拘束を受けない自由な生活空間、その生活空間を形成する活動の保護という点で、婚姻外的生活共同体は一般的行為自由のもとに位置づけられるが、それに対して、性に関わる自己同一性、すなわち、身体的特徴によって割り当てられた性別とは異なる性自認を生きる個人の決定はその者の人格に関わるという点で、性転換希望者 (Transsexuelle) の法的地位は一般的人格権のもとで保護される<sup>(125)</sup>。

それでは、基本法二条一項の人格の自由な発展の権利に関する上述の説明を前提にすると、同性間の婚姻の自由は、同項のいずれの基本権のもとに位置づけられるのであろうか。二〇一七年に同性婚が導入されて以降は、同性間の婚姻関係は、文字通り、婚姻外の関係ではない。そこで、Hofmann は、基本法の制定会議にあたる議会評議会において、婚姻と家族における発展が人格の発展に関わるものとして言及されていたことを根拠に、「他者と継続的なパートナーシップを締結すること」が一般的人格権の保護を受けることを主張する。まづもって、議会評議会では、次のような発言が見られた。

「婚姻と家族における発展もまた、人格の発展の一部です。個々の人びとに関して言えば、このような婚姻と家族における効果は、最も重要な事柄に属するものであります」<sup>(126)</sup>。

この発言を根拠に、Hongは、同性カップルの婚姻基本権が基本法六条一項から推論されなくとも、同じ権利が基本法一条一項と結び付いた基本法二条一項の一般的人格権から推論し得ると解している。<sup>(126)</sup>

もっとも、基本法二条一項の起草の際に、著名な国法学者の一人であるRichard Thomaから議会評議会の委員会に対して提出された基本権草案に関する詳細な『批判的評価 (Kritische Würdigung)』のなかで、同性愛行為を処罰していたライヒ刑法典一七五条が、ここでの一般的人格権と相容れないものではないのかという見解が示されていたことも書き留めておく必要があるだろう。

『人間は自由である』という原則は、「中略」実に不安にさせるほど注釈的な解説が必要なものである。この原則を「中略」文言どおりに解釈するならば、当該原則は、法学的には果てしなく射程の広い効果を持つ。例えば、同原則は、成人間で双方の自由な意思のもとに行われる同性愛者の交際は、今後は、もはや処罰し得ないという点でライヒ刑法典一七五条を変更するものである<sup>(127)</sup>」。

このThomaの評価を受けて、議会評議會は、現行の基本法二条一項にも見られる「道德律 (Sittengesetz)」の文言が挿入された同規定の草案を採択するに至り、結論としては、この「道德律」という基本権の制約が、男性間の同性愛行為を処罰するライヒ刑法典一七五条を正当化するであろうという見解に落ち着いたとされている。<sup>(128)</sup>このように、成立史において、「道德律」という文言が、基本法二条一項の基本権とライヒ刑法典一七五条の抵触可能性を指摘するThomaへの応答のなかで採り入れられたことを踏まえると、一般的人格権のもとで同性間の婚姻基本権を基礎付けることは困難であると思われるかもしれない。

しかし、これに対して、Hongは、成立史の文脈から基本権規定の適用範囲を解釈する際には、「如何なる具体化の

レベルで、憲法制定権力がその決定をなすことを望んでいたのか、特に入念に明確にされなければならない」と指摘する。<sup>(12)</sup>すなわち、この具体化のレベルとして、当該規定の適用範囲に関する制憲者らの「具体的な観念の地平」と「一般的な観念の地平」とを区別し、憲法制定権力が当該規定の適用範囲をいずれの観念の地平に限定しようとしていたのが、当該規定の主観的歴史的解釈の枠内で議論されなければならないという。<sup>(13)</sup>Hongは、このことをライヒ刑法典一七五条と基本法二条一項との関係を例にして次のように説明する。

〔基本法二条一項の道德律に関する〕成立史の文脈は、まずもって、具体的な適用の観念についての諸々の推測を裏付ける。議会議決の大多数の構成員は、当時、ライヒ刑法典一七五条に対する防御権も同性カッブルの対等な取扱いの権利も基本権の具体的な推論と見なしてはいなかった。<sup>(14)</sup>〔中略〕

しかし、基本原則委員会で逐語的に読み上げられたRichard Thomaの陳述は、一九四九年の一般的な観念の地平を同時に決して低く見積もっていたというわけではないことを示している。一人の卓越した国法学者が、当時、委員会の構成員に強く訴えかけるかたちで、ライヒ刑法典一七五条が自由の一般的な基本権に抵触し得ることを明示していたのであれば、このことは、そのような可能性が、決して委員会の構成員の一般的な観念の地平の外にあったわけでもないことを明らかに示すものである。

議会議決の構成員が、彼らが「すべての人に婚姻を」に対する基本権保護についてどのように考えているかを問われていただけでなく、彼らが、後の世代がもしかするとこの問いに対する彼らの解答とすべての人間の尊厳、自由、平等についての彼らの一般的な陳述との間に矛盾を見て取るかもしれないことを想像できるか否かも問われていたのであれば、この問いへの解答が、彼らがこのことを承認していたであろうことを証する、より強力な兆候となる。<sup>(15)</sup>

上述のように、Hongもまた、確かに、制憲者らの具体的な観念の地平からすれば、一般的人格権から、ライヒ刑法典

一七五条に対する防衛権も同性カップルの対等な取扱いの権利も推論され得ないことを認めている。しかし、ここでの Hong の主張のポイントは、彼らが包括的基本権条項にあたる基本法二条一項の自由をそのような具体的な観念の地平に限定することを意図していたとまで言い得るのか否かを問う点にある。つまり、制憲者らが基本権の章の冒頭の三つの規定に定められた諸理念、すなわち、「すべての人間の尊厳、自由、平等についての彼らの一般的な陳述」について問われていたのであれば、一般的人格権の適用範囲に関する制憲者らの一般的な観念の地平とライヒ刑法典一七五条との文脈で推論される具体的な観念の地平との間には矛盾が生じていた可能性があるのではないのかというのである。

そのような可能性が想定されるならば、むしろ、基本法二条一項の適用範囲を、そもそも、具体的な観念の地平に限定して理解すること自体、不適切であろう。つまり、同項の適用範囲は一般的な観念の地平も視野に入れて理解されなければならない。Hong は、次のように、このことを立法者が基本権の規定の際に「人間の尊厳、自由、平等」といった広く理解される概念を使用したことから基礎付けられるとする。すなわち、「立法者が広く理解される概念を使用するとき、立法者は、その概念によって、その適用範囲がまさに立法者自身の具体的な観念へと限定され続けることを求める、一般的に評価される基本原則を規範として定めることを意図することができる。〔中略〕すべての人の尊厳、自由、平等についての一般的な諸原則によって、憲法制定権力は、同時に、基本権が、それがかつて具体的に想像することができた状態に留まり続けるべきではないという一般的な理念をも表現していたのである」<sup>(18)</sup>。このような制憲者意思の理解からすると、同性間の婚姻基本権を基本法二条一項から推論する可能性は、成立史を引き合いに出すことによってもまた否定され得ない。

その他、Hong は、議会評議会が、人格の自由な発展の権利と同時に、道德律の制約を受けない、基本法三条一項と基本法三条三項において、「すべての人間の法律の前の平等の原則」と「性別を理由とする不利な取扱いの禁止」をそれぞれ規範として定めていたことを根拠に、これらの基本権から「人格の発展にとって著しく重要な意味を持つすべて

のカップルに対する婚姻の対等な権利」が導かれると述べる。その際、Hongは、二〇一五年にアメリカ合衆国最高裁判所で下された *Obergefell v. Hodges* 事件判決<sup>(13)</sup>を引き合いに出して、同判決で前提とされていた「対等な尊厳に対する権利 (ein Recht auf gleiche Würde)」における自由と平等の結び付きを基本法にも妥当させるかたちで議論を組み立てている。<sup>(14)</sup> それゆえ、次の一文からも明らかのように、Hongの主張は、この *Obergefell* 判決の解釈をドイツの基本法において実際に展開しようとするものであると言える。すなわち、「異性間でないカップルに対する婚姻基本権は、基本法六条一項からでなくとも、どのみち、一般的な人格権と性別 (基本法三条三項) および性的指向 (基本法三条一項) を理由とする差別からの自由に対する基本権から推論され、当該権利は、人間の尊厳を用いることができる<sup>(15)</sup>」。言うまでもなく、この解釈からすると、婚姻基本権は「人間の尊厳」と結び付いた重要な権利なのであり、それゆえに、「国家が、婚姻を異性カップルのための制度として承認し、それを法的な諸利益と結び付けている限りで、このような承認とこのような諸利益をすべてのカップルに与えずにおくことは許されない<sup>(16)</sup>」。つまりとて、同性間への婚姻の開放は、憲法によって要請されている。

### (3) アプローチの比較と議論の総括

ここで、以上で示した二つのアプローチを比較検討するかたちで、これまでの議論を総括しよう。一方で、西アプローチは、同性婚の根拠条文を基本法六条一項に求めるか、基本法二条一項と同法三条一項及び三項に求めるかで見解が異なるが、いずれの解釈においても、同性間への婚姻の開放を基礎付ける際に平等原則に言及がなされているという点で共通項が見られる。連邦憲法裁判所が婚姻と登録生活パートナーシップの区別を「性的指向」に基づく差別として厳格に審査することを明らかにした以上、もはや基本法上の婚姻保障を異性間に限定することは、婚姻という名称の保護にしか仕えることができない。まさに、連邦憲法裁判所のプラクティスにおいて、平等原則は、同性間の生活共同体の地位を高めるものとして機能してきたと言えるだろう。それゆえに、同性婚立法を合憲であると解する論者からすれ

ば、このような平等判例のプラクティスを基本法六条一項の枠内で受け止めるのか、あるいは、同項から同性婚を隔離した状態で、すなわち、一般的人格権や平等原則のようなヨリ解釈に開かれた基本権規定のなかで、そのプラクティスを受け止めるのが問題となる。

基本法六条一項の文言にのみ目を向けるならば、婚姻や家族に関する定義を一切含意していないことから、同性婚もまた、解釈によって、同項の保護範囲に含めることが可能であるように思われる。その限りで、同項のもとで同性婚の保護を基礎付けようとする第一のアプローチの方が、第二のアプローチに比べて、より基本法の文言に即した解釈であると言えよう。同項には、日本国憲法二四条のように婚姻が「夫婦」の関係であることを推察させる文言が存在しない。しかし、これまで繰り返し確認してきたように、ドイツの基本権論においては、基本法六条一項に含意された制度保障の要請から、それが理論上許されていないことに留意する必要がある。第一章の末尾でも確認したように、制度の核心部分の保護を要諦とする伝統的な制度保障の理解は、成立史に依拠して立法者の内容形成権限を制限する主観的歴史的な基本権解釈の一種なのである。ここから、基本法六条一項の原意として婚姻が異性カップルを対象としていたという帰結が導かれる。同項のもとで同性婚の保護を基礎付けようとする第一のアプローチが、ドイツの基本権論において優位な地位を占めるためには、このような伝統的な制度保障理解を克服しなければならないだろう。

もとより、制度保障は、憲法典に予め規定されている憲法規範ではなく、むしろ、憲法条文の解釈の帰結である。このことは、制度的保障を提唱したCaro Schmittの学説形成の経緯に遡ることで確認することができる。何よりもまず、Schmittにとって、基本権は、国家と個人の根本的な配分原理の現れであった。この原理は、諸個人の自由の領域が原則として限定されてはならず、国家の権限が原則として限定されるということを含む<sup>(17)</sup>。それゆえ、この自由権的な基本権の構造とは論理的かつ法的に異なる憲法法律上の諸規定に関して単純法律上の立法者に対する憲法上の拘束を基礎付ける必要がある<sup>(18)</sup>、そのために考案された理論が、いわゆる制度的保障論であった。したがって、ボン基本法下で

も継承されている婚姻の制度保障もまた、あくまで一定の内容のもとに立法者を拘束しようとする憲法解釈の帰結なのであり、制度保障それ自体が基本法において明文の根拠を有しているわけではない。

また、Schmittは「制度的保障 (institutionelle Garantie)<sup>(139)</sup>」の保護の内実に関して、例えば、地方自治の保障を例に、「歴史的な発展において特徴的かつ本質的なものとして作り上げられたような、ある種の典型的なメルクマールが、このような保障を通じて、単純立法者による除去から保護されるべきである」と説明するが、ここで、法律による内容形成の憲法適合性を評価する上で重要な、憲法上許容される立法者による制度の内容形成と憲法上許容し得ない制度の空洞化をどのように区別するのかわきという問題は、ほとんど考慮に入れられていないとされる。<sup>(141)</sup>むしろ、制度保障の保護の内実に関して、「何よりもまず、全体として立法者の拘束を基礎付けることがSchmittの関心であった」。<sup>(142)</sup>そうすると、この制度保障の立法者の憲法法律への拘束という機能は、基本法下においては、このことが既に同法一条三項、一九条二項、二〇条三項及び七九条三項において規範的に表現されており、さらには基本権の客観的な価値秩序としての側面が認められていることから、制度的保障論を基本権の解釈として展開する意義はほとんど失われているとさえ言えるだろう。<sup>(143)</sup>

このように解すると、婚姻の制度保障という基本権ドグマティクが婚姻や家族をめぐる国民意識や社会的現実の変化から何ら影響を受けることなく今後も妥当し続けるかは疑わしい。現に、同じく私法上の法制度保障の対象であった財産権の領域では、制度保障に基づく審査が姿を消し、それが比例原則に基づく衡量審査に一体化されてきていることが指摘されている。<sup>(144)</sup>この点で、制度保障という基本権の保障内容が基本法六条一項の解釈においても姿を消すか否かはさておき、基本権ドグマティクそれ自体、可変的な性格のものであることには留意すべきであろう。<sup>(145)</sup>例えば、立法者の法定立や社会的かつ政治的な環境の変化が、基本権ドグマティクを新たに作り直す外的原因となると解されている。<sup>(146)</sup>そうすると、むしろ、同性婚立法の導入は、婚姻についての基本権ドグマティクを新たに作り直す契機にさえなり得

る。基本法上の婚姻基本権の解釈も、このようなドグマティクの変化の途上にあることを確認し、その後の変化に関する分析は他日を期すことにして、ドイツ法の分析に関しては、これで擱筆としたい。

- (11) vgl. Gotsch, aaO. (Anm. 48), S. 593 f.; Ipsen, aaO. (Anm. 27), 1097 f.; Schmidt, aaO. (Anm. 108), S. 2226 ff.
- (12) BVerfGE 124, 199 (226).
- (13) Jestaedt, aaO. (Anm. 101) – Hervorhebung nicht im Original
- (14) vgl. Wollenschläger, aaO. (Anm. 26), Vorwort
- (15) Wollenschläger, aaO. (Anm. 26), S. 114 f. – Hervorhebung nicht im Original
- (16) 本稿第一章第三節第一款を参照。
- (17) vgl. Wollenschläger, aaO. (Anm. 26), S. 112, 114 「基本法が婚姻を『国家的秩序の特別な保護』のもとに置いているのであれば、基本法は、婚姻制度を生活共同体のグループから際立たせており、当該制度に特別な地位を割り当てている。この点に更に探求されるべき憲法制定者の決定を見て取らなければならないのは、目的論的な解釈という方法で、その特別な地位の根拠と異性性という構造メルクマールに固執することの支持可能性を問うべきである」また「婚姻概念の目的論的解釈は、婚姻の特別な保護の背景にある目的が、同性間のパートナーシップの排除の支持可能性を失いつつあることを明らかにしている」。
- (18) Wollenschläger, aaO. (Anm. 26), S. 110, 130 f.
- (19) Hong, aaO. (Anm. 34), S. 368 – Hervorhebung im Original
- (20) vgl. Horst Dreier, Vorbemerkungen von Artikel 1 GG, in: H. Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. I, 3. Aufl. 2013, S. 375.
- (21) Dreier, aaO. (Anm. 120), S. 345.
- (22) Dreier, aaO. (Anm. 120), S. 346.
- (23) Dreier, aaO. (Anm. 120), S. 375.
- (24) vgl. Dreier, aaO. (Anm. 120), S. 346, 355.
- (25) Pikart/Werner, aaO. (Anm. 35), S. 645 (von Mangoldt).
- (26) vgl. Hong, aaO. (Anm. 34), S. 378, 380.
- (27) Pikart/Werner, aaO. (Anm. 35), S. 595, 596 及び Thoma の註釋 14 von Mangoldt に於いて一字一句読み上げられている。
- (28) vgl. Hong, aaO. (Anm. 34), S. 376.
- (29) Hong, aaO. (Anm. 34), S. 367.



## 終章

日本国憲法下での同性婚の内容形成権限と平等原則の関係を論じる上で、ドイツ法の分析からは、どのような示唆が得られるのか。ここで、ドイツ法の議論に関して日本法が共有し得る部分と共有し得ない（あるいは、すべきでない）部分とを整理し、《同性婚の内容形成権限と平等原則の関係》という本稿の主題に関する日本国憲法の解釈学説として、採り得る解釈の一つの方向性を示すことにしたい。

## 第一節 婚姻の制度保障の議論の余地

何よりもまず、ドイツ法においては、同性婚立法の合憲性に関する問題が婚姻基本権の保障内容の一つである私法上の法制度保障との関係で論じられていたことに留意する必要がある。この私法上の法制度保障に属する婚姻の制度保障は、立法者に婚姻に関する内容形成権限を付与すると同時に、制度の核心部分の法律による変更を禁止する。というのも、婚姻の自由のような法律による具体化を必要とする基本権にとって、その自由の実現を完全に法律に依存させることは憲法の優位を損ねるからであり、それゆえに、その内容形成に当たる法律を憲法の客観法的な次元で統制する要請として、制度保障は意味を持つ。まさに、その核心部分を成すメルクマールの一つに婚姻当事者の「異性性」が含まれているが故に、同性婚立法は一部の学説から違憲であると批判されていたのであった。

このような婚姻の制度保障を日本国憲法の婚姻に関する条文から読み取ることができるだろうか。この点、学説のなかには、憲法二四条を私法上の法制度保障に属する規定として位置付ける理解も見られる。<sup>(147)</sup> もっとも、それはSchmittの制度保障理解を純粹に継承するものばかりではなく、各人の基本権理論の構想に照らして一定の再構成が加えられている。例えば、山本敬三は、Robert Alexyの基本権理論に依拠して所有権や契約の自由などの私法上の法制度を前提

とする基本権を「権限的基本権」として構成し、当該基本権の保障と法制度保障を表裏一体の関係にあるものと捉える。<sup>(18)</sup> こうして再構成された制度保障は、伝統的な制度保障論における法律による制度の核心部分の除去の禁止という消極的な要請に留まらず、むしろ、「個人の活動可能性を広げるための支援制度」の整備を国家に積極的に要請するものとして理解される。<sup>(19)</sup>

そうすると、ドイツ基本権論の通説と目される主観的歴史的な解釈に依拠した婚姻の制度保障理解と日本の制度保障に関する解釈学説との間には相当な距離があると言える。このことは、本来であれば制度の核心部分の保護が語られて然るべきところの憲法二四条に関して、この種の議論が過小であることにも現れている。議論があるとしても、それは、せいぜい、「婚姻という制度自体を国会が廃止したとすれば、それは、『婚姻する自由』を侵害する行為と評価されるはずである」<sup>(20)</sup>とする指摘があるのみで、婚姻制度の核心部分が何であるのかについて語られることは、ほぼ皆無であると言つてよい。<sup>(21)</sup> このように、婚姻制度の核心部分に関するコンセンサスが学説内部で形成されているとは言い難い状況で、ドイツ基本権論の通説的な婚姻の制度保障理解を日本法において継承する意義は乏しいように思われる。この限りで、立法者の同性婚の内容形成権限もまた、日本においては制度保障との関係で問題にはならないであろう。

ただし、憲法二四条二項の条文構造から推察されるように、同項が「個人の尊厳と両性の本質的平等」に立脚した婚姻制度の保障を国家に義務付けていることは確かであり、この客観法上の要請を婚姻の制度保障として再構成する途は閉ざされていないように思われる。平成二七年の再婚禁止期間違憲判決及び夫婦同氏制合憲判決において、同項の「要請、指針」に照らした立法裁量の統制枠組みが示されたことから、むしろ、この種の制度に関する新しい解釈学説を再構築する需要は高まっているのではないだろうか。<sup>(22)</sup> いわゆる基本権の内容形成論は、その有力な解釈学説の一つとなり得る。<sup>(23)</sup> しかし、それが「制度保障」という概念の下に把握されてきた規範的要請を適切に表現するトposとなり得るのかについて、筆者は定見を得ることができていない。少なくとも、内容形成論が憲法二四条の規範内容を語る際に、

「夫婦とその子からなる集団」という憲法上の家族モデルを想定していることからすると、この種の内容形成論自体も、婚姻当事者の「異性性」を婚姻の本質的な構造原理とする伝統的な婚姻の制度保障理解を部分的に取り込んでいることは確かである。再構成された制度保障論と内容形成論の違いは、さほど大きくないのかもしれない。

## 第二節 婚姻当事者の「異性性」

基本法六条一項においては、憲法上の婚姻の「異性性」が主観的歴史的解釈に依拠した制度保障の要請から導かれていたのに対し、日本国憲法の解釈においては、制度保障の要請としてではなく、むしろ、憲法二四条の文言や制憲時の婚姻理解から婚姻の異性性が導かれる。上述のように、憲法二四条が「夫婦とその子からなる集団」という憲法上の家族モデルを想定し、その集団に関する「個人の尊厳と両性の本質的平等」に立脚した婚姻制度の形成を国会に義務付けているとすると、同条に基づく婚姻の内容形成の射程に同性婚は含まれていないことになるであろう。

とはいえ、だからといって憲法二四条から同性婚の法的保護を排除する積極的な意図までは読み取れないことも事実である。<sup>(156)</sup>確かに、同条の成立史においては、一夫一婦制の原則を維持することの重要性が語られており、まさに二人組の男女の關係が「婚姻」と見なされていた。<sup>(157)</sup>しかし他方で、同性婚が同条の保護範囲に含まれるのか否かは憲法改正に関する帝国議会の審議の際に一切問われていなかったのであるから、同条の適用範囲に関する制憲者の一般的な觀念の地平において、同性婚の保護の可能性が排除されているとまでは言えないだろう。<sup>(158)</sup>それゆえに、「同性婚に法律婚としての地位を与えるかどうかは、法律に委ねられているとみるべきである」とする同性婚許容説は、同条の原意にも抵触しない解釈として有力視され得る。

そうすると、日本国憲法の解釈において、同性婚の内容形成権限は憲法二四条によって国会に積極的に授權されているわけではないが、憲法四一条の立法権の行使の一内容として許容されているということになる。したがって、婚姻の

異性を婚姻制度の本質的な構造原理と見なすドイツの伝統的な制度保障論のように、婚姻に関する憲法条文から同性婚立法の禁止の要請を読み取る必要はないであろう。この点でもドイツ法の文脈は共有できない。

### 第三節 同性婚の内容形成権限と平等原則

#### 1 差別のメルクマールとしての「性的指向」

もつとも、ドイツ連邦憲法裁判所の判例において、「性的指向」というメルクマールが、基本法三条三項に列举された「性別」や「人種」と類似のメルクマールとして平等審査を厳格化する要素として考慮されている点は、日本法にとつても示唆的である。まさに、本稿序章で触れた令和三年三月一七日の札幌地裁判決が、「性的指向」という区別事由を「自らの意思に関わらず決定される個人の性質である」点で「性別、人種などと同様のもの」と見なし、区別の合理性の審査に慎重さを求めている。ドイツ法においても、基本法三条三項に列举された差別のメルクマールへの接近の程度や当該区別に対する本人の影響可能性の程度を考慮して平等審査を厳格化させる傾向にあり、<sup>(10)</sup>「性的指向」が区別事由であることを理由とする審査の厳格化は、ある意味、普遍的な妥当性を有していると言える。

#### 2 平等原則の射程と憲法の贖罪

しかしながら、区別事由が「性的指向」である場合に平等審査を厳格化することに普遍的な妥当性があるとしても、このことから、直ちに婚姻制度を異性間に限定することの違憲性が導かれるわけではないだろう。現に、ドイツ連邦憲法裁判所は、登録生活パートナーシップが「婚姻とは別物」であるが故に合憲であると判断してきたわけであるし、それと婚姻との実質的な平等化が進んだとしても、同性婚の内容形成義務までもが平等原則から導かれるとまでは言っていなかった。つまり、そこでの平等は、立法者が婚姻と類似の制度を設けるという決定をした限りでの対等な取扱いを

求めるものであり、制度の積極的な創設を立法者に義務付ける要請を含蓄しているわけではない。そうであるからこそ、一部の学説から、同裁判所の解釈戦略は「分離すれども平等」を志向するものであるとの批判が向けられていたのだ<sup>(10)</sup>った。

同種の議論は、日本国憲法の解釈にも妥当し得る。何よりもまず、憲法二四条は異性婚を規律対象としている。しかし、既述の通り、同条から同性婚を積極的に排除する意図までは読み取れない一方で、同性間に婚姻の法的効果享受させる法的手段としては、既存の婚姻制度の拡張のみならず、場合によっては、婚姻とは別枠のパートナーシップ制度の創設もまた許容され得る。そうすると、異性間の婚姻制度と同性間の生活パートナーシップという異なる名称の制度を国会が創設するという選択をしたとしても、平等原則は両者の法内容が実質的に対等である限り、異性間と同性間で異なる名称の制度を採用するという別異取扱いを違憲とし得ないこととなる。異性愛者と同性愛者の「分離すれども平等」は、日本国憲法の解釈においても妥当し得る議論なのである。

それに対して、このような制度の名称における分離に同性愛者に対するステイグマを看取し、それを平等の理念に反する事態として違憲と評価する解釈も考えられるだろう。制度の名称が異なることで同性愛者に対する差別感情の共有が促進され、彼らに精神的苦痛をもたらす結果となるのであれば、パートナーシップ制度の創設それ自体が同性愛者に対する差別的取扱いになり得る。例えば、一四条一項後段の「差別されない」という文言に、この種の国家に対する差別抑制要請を読み取る立場に依拠するのであれば、当該差別的取扱いは平等原則違反となるであろう<sup>(11)</sup>。

しかし、このような解釈に依拠する場合でも、日本国憲法が多種多様な人的結合が存在するなかで特に夫婦とその子から成る家族の法律関係について憲法の理念に立脚した制度設計を求めていることに留意する必要がある。憲法二四条は、婚姻と家族に関する憲法上の個別規定であるところ、一項は「婚姻」の成立条件と「夫婦」の相互協力及び同権について定め、それを受けて二項は「婚姻及び家族」の制度の「個人の尊厳と両性の本質的平等」に立脚した法律の内容

形成を国会に義務付けている。この条文構造からして、同条が何よりもまず異性間の婚姻を中心とする家族制度を念頭に置いた規定であることが推察される。そうすると、同性婚を想定していないかのように読み取れる同条の文言は、同性愛者に対するステイグマを含意していることになり、二四条と一四条とで相矛盾する要請を憲法自体が孕んでいることとなる。上述の札幌地裁判決が指摘するように、はたして、制憲者らは同性婚を精神疾患とする誤った知見の下にあったが故に、当然、婚姻に同性婚は含まれないと考えていたのであろうか。このような原意の解釈が正しいものであるとしても、「個人の尊厳」を謳っていたはずの二四条において特定の集団に対するステイグマが含まれているとする同条の解釈は、いかにも不条理であるように思われる。

このような不条理な帰結を前にしたとき、想定し得る解釈論上の態度は二つである。一つは、その帰結を制憲者の決定であるとして肯定する態度である。この場合、憲法条文の不条理を解消する手立ては憲法改正を措いて他にない。それに対して、二つ目の態度は、憲法一三条後段や一四条一項といった包括的基本権条項によって、その憲法典における不条理を贖うことである。二四条から「婚姻によって生じる法的効果を享受する利益」の重要性を基礎付けつつ、一四条一項の平等原則によって憲法上の婚姻の射程を拡張すべきとした上記札幌地裁判決の立論は、見方によっては後者の態度をとるものであると言えよう。このような贖いによって憲法典を正当化しようとする試みは、比較法的に見てあり得ないわけではない。<sup>(18)</sup> 例えば、奴隸制を容認していたアメリカ合衆国憲法は、平等原則を中心にこの贖いのプロジェクトを遂行してきた。<sup>(19)</sup>

しかし、制憲時に想定されていなかった憲法上の権利の承認は、憲法一四条一項のみならず、憲法一三条後段の「幸福追求権」規定によっても担われるのであり、それを「贖罪」と呼ぶかどうかはさておき、社会において従属的な地位に置かれてきた人々の「個人の尊厳」は、多数派に当然認められている憲法上の権利をその者たちに認めることによっても救済し得るであろう。婚姻の自由を「基本的権利 (fundamental rights)」として同性間にも拡張すべきとしたアメリカ

カ合衆国最高裁判所の Obergefell v. Hodges 事件判決は、まさに、このような権利に依拠した尊厳の救済を図ったものと言える。したがって、憲法条文の解釈によって憲法上の婚姻に同性間も含めるべきだとする立場に依拠するのであれば、一四条一項のみを同性婚の内容形成義務の条文上の根拠と考える十分な理由はなく、一三条の実体的な権利の問題として同性間の婚姻の自由を論ずるべきであろう。<sup>(16)</sup>

しかし、そうではなく、憲法二四条がある以上、憲法上の婚姻はあくまで異性婚であり、同性婚の法制化が立法裁量として許容されるに留まると解するのであれば、一四条一項のみから同性婚の内容形成義務を憲法上の要請として導くことはできないと思われる。なぜなら、婚姻制度を同性間に拡張すること、婚姻制度それ自体を廃止することも、同項の形式的かつ相対的平等に適う帰結であるからである。この点で、札幌地裁判決の平等論は、一見すると、生活パートナースhipの創設を許容することで、ドイツ連邦憲法裁判所と同様に「分離すれども平等」を志向するように思われるが、平等原則から婚姻の法的効果の一部を享受させるための何らかの制度の創設をも要請されとした点で、同地裁判決とドイツ憲法裁判所の平等解釈は似て非なるものである。この点でも、判例及び通説とは異なる平等論に依拠しない限り、同性婚の内容形成義務を平等原則のみの論理から導くことは困難であると言わざるを得ない。

平等原則の使い勝手の良さを理由に、実体的権利による構成が忌避され続けられ、いずれ実体的な憲法上の権利は、その権利規範としての性格に関する十分な議論の蓄積もなしに、憲法上の権利のカタログから姿を消すであろう。実体的権利と平等原則の適切な使い分け、これらの憲法規範と立法者の制度形成義務の適切な関係を慎重に見定めていく必要があると思われる。そこで、最後に、この点に関する試論を提示して本稿を閉じることにした。

### 3 婚姻の自由の規範内容と平等原則

#### (1) 婚姻の自由の権利規範としての性格

同性婚制度の不在が憲法違反であることを基礎付けるためには、まず、同制度の立法不作為が憲法典における如何なる条文の如何なる憲法上の権利を侵害しているのかを論証する必要がある。なお異論の余地はあり得るが、憲法二四条の保護の対象が異性婚であることを前提にすると、ここで想定し得る憲法条文と権利規範は、憲法一三条後段の幸福追求権と憲法一四条一項の平等原則(平等権)であろう。この点に関し、件の札幌地裁判決は、①平成二七年の再婚禁止期間違憲判決で定式化された「婚姻をするについての自由」と、②「同性婚を含む同性間の婚姻及び家族に関する特定の制度を求める権利」を取り上げ、いずれも一三条のもとでの保障を否定していた。①は憲法二四条の「文理解釈」と「制定経緯」が、②は同条が婚姻及び家族の第一次的な制度形成の権限を立法者に委ねていると解されていることが、それぞれ権利保障の否定の根拠として引き合いに出されている。

しかし、同判決の示す憲法二四条や一三条等の根拠条文の理解が適切であるのかに加えて、そもそも、同性カップルが保障を求めるところの「婚姻の自由」が、上記①と②の二つの権利規範とどのような対応関係にあるのが疑問となる。というのも、ここで分離独立して構成されている権利規範は、場合によっては、いずれも「婚姻の自由」として統一的に構成し得るものであるからである。一方で、「婚姻をするについての自由」は、判例において憲法二四条一項がその根拠条文として引き合いに出されており、「婚姻をするかどうか、いつ誰と婚姻をするかについて」の「当事者間の自由かつ平等な意思決定」の尊重を権利内容とするものである<sup>(10)</sup>。もともと、これは、婚姻の入口の段階における当事者の自己決定を保障するものであると解されるのであるから、「夫婦」や「両性」という当事者の範囲を規定する同項の存在にかかわらず、当然に婚姻の自由の保障内容に含まれていると解することが理に適っていると思われる。

他方で、婚姻することによって得られる利益や配偶者間の法律関係をどのように規定するかは、ある程度、立法者の

法律による具体化が求められる。しかしながら、「婚姻の自由」を具体化するために、婚姻制度の内容に関して立法者に一定の裁量が認められるとしても、その裁量の結果として創設される制度が、婚姻にとって本質的でない事柄を婚姻の効果とすることで実質的に婚姻制度へのアクセスを妨げている場合や、配偶者間の権利義務関係が不平等である場合には、このような事態も、「婚姻の自由」の誤った内容形成を行っているという点で当該自由の侵害と見なし得る。事実、憲法二四条が「個人の尊厳と両性の本質的平等」に立脚した婚姻の内容形成を求めているように、この種の憲法の基底的原理に即した制度形成を求める権利もまた、「婚姻の自由」の保障内容を構成すると考えられる。このような想定に依拠するならば、日本国憲法の保障する「婚姻の自由」には、「個人の尊厳」と配偶者間の「本質的平等」が確保された婚姻制度のもとで親密な関係を形成する自由も含まれると解し得る<sup>(168)</sup>。

以上を要約すると、憲法上の権利としての「婚姻の自由」は、さしあたり、①婚姻の入口の段階における当事者の意思決定の自由と、②個人の尊厳や配偶者間の法律関係の平等などの憲法の要請に適した制度形成を求める権利を含意するものであると言<sup>(169)</sup>える。そして、これらの権利内容を、それぞれ、对国家との関係に置き換えれば、①の権利は、婚姻の自由な意思決定に対する国家の干渉を排除する防御権（自由権）として、②の権利は、憲法の要請に適した制度形成を求める作為請求権として機能するものと整理することができる。

もつとも、同性婚を主題とする本稿の問題関心にとって、より重要なのは、このように整理された「婚姻の自由」の権利内容に照らして、この自由の保護範囲に同性婚が含まれないと正当にも言えるか否かである。仮に、この権利規範としての性格から、婚姻を異性間に限定しておかなければならない正当な理由が見当たらないのであれば、当該自由の保護範囲を同性間に拡張するにあたって残された障害は、憲法条文のみである。そこで、改めて、上述の権利内容を持つ同性間の婚姻の自由が条文解釈の観点から、どのように基礎付けることができるのかを見ていくことにしよう。

## (2) 婚姻の自由の請求権的構成と同性婚

憲法上の権利としての「婚姻の自由」は、主として、憲法二四条一項、または、憲法一三条後段のいずれかに条文上の根拠があるものと理解されてきた。<sup>(170)</sup>しかし、前者の場合、同項が「両性」ないしは「夫婦」といった婚姻関係の「異性性」を示唆する文言を擁することから、同項のもとの同性婚の基礎付けには、例えば、「両性」を「両当事者」を意味するものとして読み換えるという技巧的な作業が必要となる。これに加えて、同項の制定趣旨として、戦前の婚姻関係における男女の不平等を是正するべく、「両性の合意」や「夫婦」の同権が規定されていることを踏まえると、やはり、同項の保護範囲に同性婚を含めて解釈することは困難であると言わざるを得ない。この点においても、「婚姻の自由」という実体的権利の問題として同性婚の保護を論じるのであれば、憲法二四条ではなく、包括的基本権条項である憲法一三条後段による基礎付けが適切であると思われる。

ただし、憲法一三条後段を根拠に同性間の婚姻の自由を解釈する場合にも、同条の「幸福追求権」から、先に指摘した「婚姻の自由」の権利内容のうち、「婚姻をするについての自由」のような防御権（自由権）のみならず、同性間の婚姻制度の創設を求める作為請求権をも適切に推論し得るかが問題となる。というのも、前者の権利内容は婚姻当事者の自己決定が国家から干渉されないという意味において、憲法二四条二項と憲法一三条のいずれにも基礎付けることができるのに対して、憲法一三条から制度の創設を求める作為請求権が導出し得るのかに関しては確立した学説のコンセンサスが存在するとは言い難いからである。この点、異性婚の場合には、憲法二四条二項が「個人の尊厳と両性の本質的平等」に立脚した制度形成を求めていることから、この限りで、同項を根拠に憲法の要請に即した制度形成を求める作為請求権を導出することは可能であろう。しかし、憲法一三条の場合には、同条後段の幸福追求権の権利類型につき、専ら自由権的権利と捉える見解も存するところであり、<sup>(171)</sup>上述のような作為請求権を同条から推論することに関して否定的な評価が下される可能性<sup>(172)</sup>がある。

この点に関して示唆的であると思われるのが、札幌地裁判決等の一連の同性婚訴訟のために意見書を著した駒村圭吾による次のような見解である。<sup>(14)</sup>

「結婚と呼ばれる人的結合は、その当事者にとっての人格的自律の発露であるだけでなく、精神活動・経済活動を支え、社会の基礎的構成単位を形成するものであるから、一定の『公的承認』と『法的保護』を与える必要がある。〔中略〕そのような公的承認と法的保護を与えられた人的結合関係を『婚姻』と呼ぶならば、親密な人的結合の自由（結婚の自由）は、『婚姻』という形式によって承認と保護を求めることができる請求権的な含意も有するはずである（適切な婚姻制度を求める権利<sup>(15)</sup>）」。

ここで、「結婚と呼ばれる人的結合」は、親密な関係を形成するという当事者間の合意に完結するものではなく、「社会の基礎的構成単位を形成する」、「公的承認」と「法的保護」が与えられるべき結合として位置付けられている。つまり、「婚姻」は、このような公的な意味を持つ人的結合であるが故に、それに対する「自由」も適切な制度形成を求める作為請求権の性格を有していると解すべきなのであろう。

もともと、「結婚と呼ばれる人的結合」が「精神活動・経済活動を支え、社会の基礎的構成単位を形成する」関係であるが故に、当該関係形成の自由には請求権の性格が含意されるべきだとの想定に依拠すると、婚姻の自由の保護範囲は、事実として「社会の基礎的構成単位を形成」しているか否かによって画定されるべきものとなる。裏を返せば、婚姻外の関係も含めた親密な人的結合のすべてが、上述の作為請求権の性格を有するわけではない。しかし、何が「社会の基礎的構成単位を形成する」関係であるかは、結局のところ、既存の婚姻に関する社会通念や法律によって事前に規定されている側面が少なくない。そうすると、なお事実として認識し得るに留まる同性間の親密な人的結合が「婚姻」としての法制化を国家に義務付けるためには、当該結合が「社会の基礎的構成単位を形成」し得るという事実に加えて、

規範のレベルで、より積極的に同性婚の法制化を基礎付ける論拠が存することを論証しなければならないであろう。

その論拠となり得る憲法規範が、一方で、憲法一三条後段の「人格的自律権（自己決定権）<sup>(176)</sup>」であり、他方で、憲法一四条一項の平等原則である。まず前者について付言するならば、駒村も指摘するように、結婚のような「人生の伴侶の選択」<sup>(177)</sup>は、その選択をする個人にとって重要な自己決定であり、その決定によって人生の方向付けがなされることから、そのような選択は、個人の「人格的自律」に関わる事柄として、憲法一三条後段の「幸福追求権」の保護の対象になる。もっとも、上述のように、婚姻が、親密な関係を形成しようとする当事者間の合意に完結するものではなく、むしろ、「公的承認」や「法的保護」が与えられるべき公的な意味を持つ制度であるとなると、同条のもとで基礎付けられる「婚姻の自由」は、一見すると、「自分のことは自分で決める」という個人の自律や自己決定を前提としながら、その自律的な生や自己決定のために、国家の創設する制度や社会における他者の承認を積極的に必要とするという、ある種の矛盾に陥っているように見える。

しかし、「人格的自律権」論の提唱者である佐藤幸治が自認するように、個人の自律や自己決定は、必ずしも徹底した自己完結性や国家の不干渉を求めるものではなく、自律や自己決定を実現するための「環境」または「社会的・制度的条件」の整備をも「国家の責務」として要求するものと解する余地がある。<sup>(178)</sup> 実際、ここで佐藤が参照する Josephson は、自律の観念からは、政府に対して、個人の自律の実現のために必要な選択肢の範囲を提供することまでもが要求されると説いていた。<sup>(179)</sup> Ros 曰く、「自らの人生の（部分的な）作者である」という観点は、「自律」の意味の一部を構成するに過ぎず、「自律的な生の諸条件」が確立していなければ、人は自律的であるとは言えない。そこで、自律の観念からはさらに、政府に対して、市民が自律的な生を送るために利用できる十分な数の選択肢を提供する義務が課される。<sup>(180)</sup> このように、個人の自律や自己決定が、そのための国家による環境や条件整備を排除するどころか、むしろ、積極的に要求するものと解し得るのであれば、同性間の親密な関係形成を支えるための制度設営の作為請求権を「婚姻の自

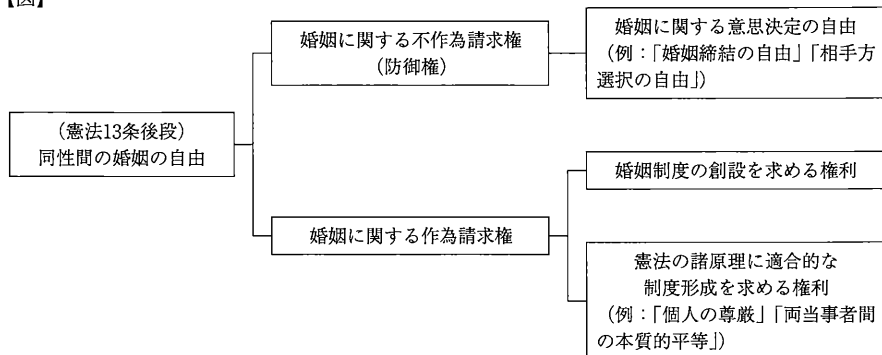
由」として憲法一三条後段を根拠に推論することも可能であろう。とりわけ、なお婚姻が社会の基礎的構成単位として重視されている現状において、同性カップルにとつても、親密な関係形成に関する自己決定のための社会的・制度的条件としての婚姻の持つ意義は小さくない。

もつとも、Razのように自律の概念を理解するとしても、同性婚の法制化は、それが同性間の親密な関係形成を通じて自律的な生の実現に寄与すると合理的に考えられる限りに於いて、個人の自律の観点から擁護可能な制度設計の選択肢の一つに過ぎないことに留意する必要がある。もはや婚姻制度が個人の自律的な生の実現に資するものでないならば、その制度は廃止されなければならないし、より個人の自律的な生に適った制度が導入されることで、それが婚姻に取って代わることもあり得るであろう。それゆえ、実際に具体化された制度が、個人の自律を著しく損ねる場合には、その制度の変更が、個人の自律の観点から同様に要請される。

このような個人の自律に適った制度の変更要求は、憲法一三条前段の「個人としての尊重」の趣旨を受けた後段の解釈によつて導くことができる。つまり、立法者が異性間の婚姻に関して憲法二四条二項の「個人の尊厳」に適合しない内容形成を行った場合に、その要請に即した制度形成を求める請求権が異性間の「婚姻の自由」の権利内容から導かれるのと同様に、憲法一三条後段の同性間の「婚姻の自由」は、同条前段の「個人の尊重(尊厳)」原理に適合的な制度形成を求める請求権を含意していると解される。加えて、憲法二四条二項の「両性の本質的平等」を配偶者間の権利義務関係の平等を要請するものと捉えるならば、同性間の場合における同様の要請を一三条前段の「個人の尊重(尊厳)」原理から推論することにも大きな支障はないであろう。<sup>(18)</sup>

これまでの議論をまとめると、憲法二四条の保護範囲に同性婚が含まれなくとも、上述のように、異性間の婚姻の自由と同様の権利内容を備えた権利規範を憲法一三条から推論することができるため、権利内容の観点において、異性間と同性間とで条文上の根拠を区別したとしても不都合は生じない。むしろ、条文の文言や原意を重視するのであれば、

【図】



憲法一三条による同性婚の補充的保障は、憲法二四条の保護範囲を拡張しようと試みるよりも、より条文に忠実な解釈であると言えるだろう。憲法一三条後段に基づく同性間の婚姻の自由の権利内容は、【図】のように整理できる。

(3) 解釈指針としての平等

それでは、以上のように、同性間の婚姻の自由が憲法一三条後段から推論し得るとした場合に、婚姻に関する異性間と同性間の不平等を問題とする憲法一四一条の平等原則は、憲法一三条の解釈論とどのような関係にあると言えるのであろうか。この婚姻に関する実体的権利と平等原則の条文の適用関係は、異性婚を規律対象とする憲法二四条の場合にも問題となる。

このとき重要となるのが、婚姻の自由の内容形成における平等原則の位置づけである。通常、訴訟においては、憲法一四一条一項の平等原則と他の条文から推論される実体的権利が同時に主張されるとき、どちらか一方が他方に吸収されて審査されるか、それぞれ異なる観点から並列的に審査される傾向にある。<sup>(18)</sup>

それゆえ、同性婚の内容形成義務が立法者にあることを論じる際にも、同性婚の立法不作为を婚姻の自由の侵害として構成すべきか、平等原則違反として構成すべきか、あるいは、その両方が同時に独立して審査されるべきであるのかが問われる。

この点、婚姻の自由が他の憲法上の権利と同様に実体的権利としての性格を有するものであることを肯定するならば、事案は、平等原則違反の問題として

というよりも、むしろ、婚姻の自由の侵害の問題として構成すべきであらう。上述のように、婚姻の自由の権利内容に制度の創設を求める作為請求権的性格が含意されているのであれば、なおさらである。つまり、違憲審査のあり方としては、当該作為請求権に対応する立法者の憲法適合的な婚姻の内容形成義務を觀念し、立法者がその義務を履行するために婚姻の自由の内容形成権限を有することを前提に、婚姻法における不平等の問題を当該内容形成の統制枠組みのなかで検討することになる。例えば、夫婦間の権利義務関係が不平等に法律において具体化されている場合には、それは、婚姻の誤った内容形成として婚姻の自由の侵害として評価される。

實際、判例に目を向けると、表向きは審査の大枠において憲法一四条一項の平等審査を展開しつつも、その審査の實際は、婚姻の自由の内容形成の問題であると言える事例が多々見られる。平成二七年の再婚禁止期間違憲判決が、その一例と言えよう。<sup>(183)</sup> 同判決では、女性にのみ六箇月の再婚禁止期間を定める民法七三三条の合憲性を憲法一四条一項の区別の合理性の観点から審査することを明言しつつも、その審査の内部において、憲法二四条二項の「要請、指針」や同条一項の「婚姻をするについての自由」が考慮に入れられることで、結果的に、民法七三三条の一〇〇日超過部分に関する違憲判断が導かれている。<sup>(184)</sup> この違憲審査において決め手となったのは、明らかに憲法二四条の規範的要請である。しかし、本稿が主張するように、同条の要請に適った婚姻の内容形成の作為請求権も婚姻の自由の権利内容に含意されていると解するならば、本件は平等原則違反よりも婚姻の自由の侵害であることが全面に出されるべきである。

同様の思考枠組は、同日に下された夫婦同氏制合憲判決のなかにも見られる。<sup>(185)</sup> 同判決は、男女間の形式的不平等の存在を否定しつつも、民法七五〇条の定める夫婦同氏制がもたらす「差別的な意識や慣習による影響」を「排除して実質的な平等が保たれるように図ることは、憲法一四条一項の趣旨に沿うものであ」り、この点は、憲法二四条による立法裁量統制の際に「考慮すべき事項」であると位置付け、婚姻締結時の男女間の実質的不平等の問題を同条二項の審査に組み込んで検討を進めている。<sup>(186)</sup> これは、憲法二四条による裁量統制の審査が、憲法一四条一項の平等審査から独立して、

婚姻に関する不平等の審査をも含むかたちで展開し得ることの証左となる。その際、婚姻の自由を憲法二四条二項の「要請、指針」に適合的な制度形成を求める権利としても理解するならば、婚姻の自由の保障内容のなかに、既に、婚姻に関する不平等の是正を求める要請までもが含意されている。

そうすると、もはや、婚姻の自由と平等原則の双方が適用可能な事案においては、主として、婚姻の自由の侵害の正当化の問題として議論を構成すべきであると言え、平等原則は、婚姻の自由の内容形成の際に解釈指針として考慮すべきものへと再定位し得る。とりわけ、家族法の定める婚姻の要件や効果によって一定の集団から婚姻の機会が剥奪されているのであれば、それは、確かに、「法の下の平等」に反する事態とも言えるが、それ以上に、他の集団には基本的に保障されているところの「婚姻の自由」が侵害されていることを見落としてはならない。すなわち、憲法上の権利としての婚姻の自由は、その権利内容の性格や根拠条文の文言に反しない限り、その自由の適用範囲の不当な制限をも問題とし得るのであり、その制限の不当性は婚姻の自由の解釈に平等原則の要請を読み込むことで、より明らかとなる。つまり、婚姻の自由と平等原則がともに適用可能な事案において、平等原則は、婚姻の自由の適用範囲の解釈の際に考慮される指針としての位置付けを与えられるのである。

このことは、同性婚立法法の不作為の問題にも当てはまる。確かに、異性間と同性間の相違がカップルの性的指向にしかないにもかかわらず、同性間に婚姻を認めないことは、平等原則違反の問題としても、婚姻の自由の侵害の問題としても構成し得るであろう。しかし、憲法一四一条一項の平等原則は相対的平等を内容とするものであり、同性間にとつて比較の対象となる異性間の婚姻は、憲法二四条によって、その法律による内容形成が立法者に義務付けられている。したがって、同性婚の制度形成を求める実体的権利を観念することなしは、平等原則単独のみで同性婚の内容形成義務を基礎付けることは困難であるように思われる。このような理由から、本稿は、同性婚の内容形成義務を包括的基本権条項である憲法一三条後段の「幸福追求権」規定から推論する方が望ましいとしたのである。異性間の場合と同様に、

あくまで、憲法一四条一項の平等原則は、婚姻の自由の適用範囲を同性間に拡張することを基礎付ける解釈指針としての役割を果たすものと解することが適当であろう。

#### 4 結びに代えて——パートナーシップか、婚姻か

《同性婚の内容形成権限と平等原則の関係》という主題に対する本稿の結論は、次の通りである。すなわち、憲法上の同性婚の内容形成義務は、憲法一三条後段の「幸福追求権」規定から導かれ、その際、平等原則は、婚姻に関する実体的権利とは無関係に用いられる規範としてではなく、むしろ、婚姻の自由の適用範囲を解釈する際の指針としての役割を果たすものと理解すべきである。

もつとも、上述の結論に対しては、当然の如く、様々な観点から疑義が呈されるだろう。例えば、婚姻の自由という憲法上の権利を観念することは、カップルの生活共同体には多様な実態があり得るにもかかわらず、憲法上、婚姻のみを国家が法的に承認し保護すべき関係とすることで、婚姻の特権化や婚姻以外の関係へのステイグマをもたらしことになるといった批判や、婚姻制度の存在理由は、カップルの関係性の保護のみならず、子の福祉の実現にも存するところ<sup>(18)</sup>、婚姻関係を親子関係から切り離したうえで、婚姻関係に関する部分のみの拡張を求める権利を「婚姻の自由」として構成することは妥当なのかといった疑問が想定され得る。いずれの疑義も、「婚姻の自由」という実体的権利を想定した同性婚の解釈論を評価するうえで傾聴すべき指摘である。

紙幅の都合上、これらの疑義に対する応答は他日を期す他ないが、少なくとも、本稿の主題に関連する重要な論点として、次の点に関しては本稿の見解を明らかにしておくべきであろう。すなわち、憲法の観点から、同性カップルを保護する法律上の制度は、必ず婚姻制度でなければならないのか、そうではなく、婚姻とは別枠のパートナーシップ制度であっても良いのかという論点である。この点、先述の婚姻関係と親子関係を切り離して論ずることに疑義を呈する立

場を徹底すると、場合によっては、夫婦とは異なり自然生殖の可能性が想定し難い同性カップルの関係は「婚姻」と呼ぶべきではないということになるであろう。また、序章で言及した札幌地裁判決も、「婚姻によって生じる法的効果」を享受するための「法的手段」として「どのような制度を採用するか」に関しては立法裁量に委ねられるとし、その際、同性パートナーシップ制度の導入も排除しないかのように読める立論を展開していた。

しかし、果たして、同性カップルは、自然生殖により子をもうけることができないが故に、子の福祉の実現にも寄与する婚姻制度へのアクセスを否定されるべきなのか。また、それゆえに、同性間の「婚姻の自由」も観念し得ず、同性カップルは、憲法上は、あくまでパートナーシップ制度の導入を求めることしかできないのであろうか。この問いに対する応答は、二つの観点から可能である。第一に、現行民法の親子関係の認定に関する制度の建付けから、第二に、同性カップルも異性カップルと同様に子の養育の担い手となり得るという事実から応答することができる。

第一に、まずもって、現行民法は、「妻が婚姻中に懐胎した子」を「夫の子と推定する」(七七二条)ところ、父と子との間に血縁関係が存在しない場合にも、一定の期間内に嫡出否認をしないのであれば(七七七条、その父子の間に実親子関係が成立する建付けとなつて<sup>(19)</sup>いる。これに加えて、現行民法は、いわゆる子連れ再婚の場合に、血縁関係のない配偶者の一方と未成年の子との間に養親子関係を形成する機会を提供している(七九五条ただし書・七九八条ただし書。このように、現行民法自体、親子関係の認定に際して親子の血縁関係の存在を必須の要件としておらず、むしろ、子の利益の観点から血縁関係が存在しない場合にも柔軟に法律上の親子関係が成立する余地を残している。

第二に、しかし他方で、異性カップルの場合には、上述のように子を自然生殖によってもうけることができない場合にも法律上の親子関係を形成する余地があるのにもかかわらず、同性カップルの場合には、婚姻と同様に親子関係に関する法的規律が予定されていない。しかしながら、人工生殖医療の問題を脇に置いておくとしても、同性カップルの場合にもなお、以前の異性のパートナーとの間にもうけた連れ子を伴う親密な人的結合の形成は想定し得るのであり、現

にそのようなカップルは存在する<sup>(149)</sup>。また近年では、同性カップルも「養育里親」として認定されており、家庭で保護者からの監護を受けることのできない子どもたちの受け皿となっている<sup>(150)</sup>。これらの事実を踏まえると、婚姻のみならず、親子関係に関する法的効果もまた同性カップルに拡張し得るのであり、子の福祉の実現を婚姻制度の存在理由とするのであればなおさら、婚姻制度の利用を同性カップルにも認めることが理にかなっているように思われる。

結局のところ、子をもたないカップルの存在は異性間の場合にも想定し得るのと同様に、子をもつカップルの存在もまた、カップルの性的指向に関係なく想定し得る。したがって、同性間に親子関係と連動した婚姻に関する法的効果の適用が困難であることを理由にパートナーシップ制度の導入が望ましいとするならば、その見解は婚姻制度を同性間に拡張する十分な論拠となり得ない<sup>(151)</sup>。なお、同性間の「婚姻の自由」を憲法上の権利として観念する意義は失われていないし、憲法一三条後段から同性婚の内容形成義務が立法者に課されていると解すべきである。

(147) 山本敬三「憲法による私法制度の保障とその意義——制度的保障論を手がかりとして」ジュリスト二四四号(二〇〇三年)一四〇頁、工藤達朗「憲法における婚姻と家族」赤坂正浩ほか著「ファーストステップ憲法」(有斐閣、二〇〇五年)一五五頁、小山剛「人権と制度」西原博史編「岩波講座 憲法 二人権論の新展開」(岩波書店、二〇〇七年)五三頁を参照。

(148) ただし、工藤・前掲注(147)、一五五頁は、Schmidtが強調していたところの伝統的に継承されてきた制度の核心部分の保護を憲法二四条の保障内容として位置付ける稀有な例である(「制度的保障は伝統的な制度を凍結するものではないが、男女一対一の結合が婚姻であることは、制度の核心部分に含まれているので、同性カップルなどを婚姻と取り扱うことはできない、ということになる」)。

(149) 山本・前掲注(147)、一四七頁を参照。

(150) 山本・前掲注(147)、一四七―一四八頁を参照。同様の指摘として、小山・前掲注(147)、七〇頁を参照(「所有権であれ、契約自由であれ、制度保障は、各人が私人としての対等性に基づいて自己の自由を展開し、他者との法的関係を自律的に形成するための法的インフラを提供するものである」)。

(151) 長谷部恭男「憲法の理性(増補新装版)」(東京大学出版会、二〇一六年)一三三頁。

(152) もっとも、長谷部・前掲注(151)、一三四頁は、「社会において共有されている制度イメージは、法律家集団における共通理解を通じて立法裁量を限定し、法制度保障の義務内容を限定する」と説く。場合によっては、この「社会において共有されている制度イメージ」を婚姻の制度保障の

核心部分を説明するものとして理解することも可能であるかもしれない。ここで、長谷部は Robert Alexy の制度保障の議論に言及している。

(163) 日本における制度保障論の再構成の試みとして、小山・前掲注(147)四九頁以下を参照。

(164) さしあたり、憲法二四条に関して、篠原永明「婚姻の自由」の内容形成」甲南法学五七卷三・四号(二〇一七年)六〇五頁以下を参照。

(165) 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」甲南法学五八卷三・四号四三―四七頁を参照。

(166) 野坂泰司「憲法は変わったのか——(憲法の解釈)と(憲法の変化)」世界八八五号二〇二頁も参照(憲法二四条に関する制憲者の意図に「同性婚を明確に否定する趣旨はうかがえない」)。

(167) 当時の司法大臣木村篤太郎の次の答弁を参照。「二夫一婦の原則は、私個人の考えであります、これは全く世界通有の一大原則だと思えます。どうしても一夫一婦でなければ相成らぬと考えて居ります。日本の民法に於きましても、此の原則は守つて居るのであります。将来とも此の原則だけは十分に維持されることだと信じて疑いません」(清水伸編著「逐条日本国憲法審議録 第二巻」(原書房、一九七六年)四八五―四八六頁)。

(168) 第九〇回帝国議会の審議を見ると、場合によっては、制憲者らが婚姻や家族に関する事柄について制憲時にすべてを決定するのではなく、その多くを将来の法律による内容形成に委ねていたとも理解することができる。二四条二項の「家族に関するその他の事柄」の内実に関する次の金森徳次郎國務大臣の答弁を参照。「前略」その憲法上の規定は、第二二条の第二項(現行の二四条二項)に於きまして「家族に関するその他の事項」と云う肩書を以ちまして、個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚して制定せらるべき旨を規定し、その他のことは今後のこの憲法の持つて居る大精神に基づいて、個々の立法に依つて最善の目的を達成したいと考えて居ります」(清水・前掲注(157)、四八九頁)。

(169) 木下智史・只野雅人編「新・コンメンタール憲法(第二版)」(日本評論社、二〇一九年)三〇七頁(木下智史執筆)。

(170) 辛嶋・前掲注(87)、四四二頁を参照。

(171) 第二章第一節第二款(1)の Hwang の批判を参照。

(172) 木村草太「平等なき平等条項論」(東京大学出版、二〇〇八年)一九七頁を参照。

(173) See Jack M. Balkin, CONSTITUTIONAL REDEMPTION, 2011 Balkin の贖罪の憲法論に関しては、江藤祥平「書評」『国家学会雑誌』二四卷一一・一二号(二〇一一年)一四―一六頁、同「近代立憲主義と他者」(岩波書店、二〇一八年)三四―三四四頁、川鍋健「テキスト解釈とその目的——ジャック・M・バルキンの「生ける原意主義」、そして『憲法の救贖』という物語について」『橋法学』一六卷一号(二〇一七年)一九七―二〇一頁、大林啓吾「飽くなき贖罪を超えて」『千葉大学法学論集』三四卷三・四号(二〇二〇年)一二頁以下も参照。

(174) *Id.* at 13-14, 139-173.

(175) 憲法一三条の「幸福追求権」規定から同性間の婚姻の自由が導出し得ることについては、拙稿「同性婚の憲法的保護の可能性(三)・完」法学論叢一八五巻一号(二〇一九年)三八頁以下、特に六三―六八頁を参照。

(176) 平成二七年二月一六日民集六九卷八号二四三―一頁。

(167) 再婚禁止期間違憲判決の調査官解説も、この点を認めている。参照、最高裁判所判例解説六九巻五号（二〇一五年）二三五頁（「婚姻をするに ついての自由」については、〔中略〕意思決定の自由という事柄の性質に照らし、その背後には憲法一三条が基盤とする国民の自由・幸福追求の 権利があると観念することができるように思われる」）。

(168) 憲法二四条を「憲法の基底的な原理である個人の尊厳と平等を定めたものと解し、これらに対する侵害について、憲法上の婚姻の自由に対する 侵害と構成すべきである」と説く、巻末矢紀「Obergefel」判決と平等な尊厳」憲法研究第四号（二〇一九年）一一三頁を参照。

(169) 本文で挙げた二つの権利内容は判例の説示に基づく暫定的な記述である。この点に関連して、Wesley Newcomb Hotfield の法律関係論に基づ く「婚姻の自由」の権利規範としての性格に関する詳細な分析として、拙稿・前掲注(166)、四九一五六頁を参照。

(170) 婚姻の自由の条文上の根拠に関する整理として、拙稿・前掲注(166)、四三一四四頁を参照。

(171) 木村草太「憲法と同性婚」杉田敦編「グローバルの中の政治」(岩波書店、二〇一六年) 八八頁、辻村みよ子「憲法と家族」(日本加除出版、二 〇一六年) 七九一八八頁、特に八七頁(「個人主義原理に貫かれた憲法二四条のもとでは、同等の権利をもった夫婦を単位とする家族が理想とさ れ、女性(妻)の権利・地位の強化がめざされた」)を参照。

(172) 例えば、初宿正典「憲法2 基本権(第三版)」(成文堂、二〇一〇年) 一三四一三五頁。

(173) 例えば、憲法一三条後段に基づく婚姻保護請求権の主張に否定的な見解として、木村・前掲注(171)、九二一九五頁を参照。

(174) 駒村圭吾「憲法二四条二項についての意見書」『CALL4「婚姻の自由をすべての人に」訴訟 訴訟資料』(<https://www.call4.jp/file/pdf/202103/bf098b6ee53168cfc588e2897f559a.pdf>) を参照(二〇二一年九月九日最終閲覧)。

(175) 駒村・前掲注(174)、三頁を参照。

(176) 佐藤幸治「日本国憲法論(第二版)」(成文堂、二〇二〇年) 一九九頁。

(177) 駒村・前掲注(174)、二頁を参照。

(178) 佐藤幸治「現代国家と人権」(有斐閣、二〇一〇年) 九三一九四頁、同「日本国憲法と「法の支配」」(有斐閣、二〇〇二年) 一四〇一四二頁 を参照。実際に、個人の自律や自己決定を、その個人の置かれている社会的・制度的諸条件とは無関係に観念することが困難であることを認める 学説は少なくない。例えば、小泉良幸「個人として尊重——「われら国民」のゆくえ」(勁草書房、二〇一六年) 三八・三九頁、山崎友也「憲法 の最高法規性と基本権」(信山社、二〇一九年) 一三四・一三五頁、山本龍彦「生殖補助医療と憲法二三条——「自己決定権」の構造と適用」辻 村みよ子・長谷部恭男編「憲法理論の再創造」(日本評論社、二〇二一年) 三三八・三三九頁を参照。

(179) See, Joseph Raz, 'THE MORALITY OF FREEDOM' (1986), at 415-418 (「政府には、個人に、選択肢の適度な範囲とその選択を選ぶ諸々の機会を提 供する環境を創造する義務がある。その義務は、価値ある人格的な生を送る人々の利益に由来する」)。

(180) *Id.*, at 204, 369.

(181) もちろん、同性間の関係における「両当事者の本質的平等」は、憲法一四一条一項の要請を二三条の解釈に読み込むことによって導くことができるだろう。後述(3)を参照。

(182) 小山剛『憲法上の権利の作法(第三版)』(尚学社、二〇一六年)一〇五頁の整理を参照。

(183) 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。

(184) 同上、特に二四三一・二四三二頁を参照。

(185) 最大判平成二七年二月一六日民集六九卷八号二五八六頁。

(186) 同上、特に二五九一頁を参照。

(187) 例えば、リベラリズムの観点から婚姻制度の廃止を主張するものとして、松田和樹「同性婚か?あるいは結婚制度廃止か?——正義と承認をめぐるアポリア」国家学会雑誌一三一巻五・六号(二〇一八年)一頁以下を参照。

(188) 水野紀子「公権力による家族への介入」同編『社会法制・家族法制における国家の介入』(有斐閣、二〇一三年)一七〇頁を参照。

(189) 佐々木くみ「婚姻の自由の憲法理論的研究に関する覚書」山元一ほか編『憲法の普遍性と歴史性 辻村みよ子先生古稀記念論集』(日本評論社、二〇一九年)一九二頁は、「そもそも憲法学では、婚姻制度における親子関係の意義が十分に検討されることなく婚姻の自由が語られてきたからである」とし、「婚姻関係を親子関係から切り離れた制度を模索するにしても、親子関係への視座を欠いてはならない」と指摘する。

(190) 窪田充見『家族法(第四版)』(有斐閣、二〇一九年)一七四・一七五頁を参照。

(191) そのような子どもを連れ添った同性カップルの家族は存在するにもかかわらず、その法的承認は、現行法上、地方自治体の条例を通じて「家族」であることを公的に宣誓できるに留まる。例えば、「『家族と認めてもらえた』」:同性カップルとその子ども、宣誓で公的「家族」に「読売新聞オンライン二〇二二年七月一日(<https://www.yomiuri.co.jp/national/2022/07/01/OYT1T50131/>)(二〇二二年九月九日最終閲覧)を参照。

(192) 例えば、「『里親になった』」三〇代男性カップルを認定 愛知の市「朝日新聞デジタル二〇二〇年三月一八日(<https://www.asahi.com/articles/ASN3L5VMWN3LOHPE00C.html>)(二〇二二年九月九日最終閲覧)、「養育里親 男性カップルを大阪市が全国初認定」毎日新聞二〇一七年四月五日朝刊を参照。

(193) 本文の叙述は、フランスの民事連帯契約(PACS)のような性的指向に関係なく婚姻とは異なる当事者間の契約に基づく関係形成を支援するための制度の導入を否定する趣旨ではない。むしろ、国家には個人の自律的な生活を可能にする環境の整備や選択肢の提供の義務が課されているとする本稿の憲法一三条解釈からすると、PACSのような制度の導入は個人の自律の観点から望ましいものとさえ言える。PACSについては、大島理沙「フランスにおける非婚カップルの法的保護(一)」北大法学論集五七巻六号(二〇〇七年)三七〇頁以下を参照。PACSのようなパートナーシップ登録制度を「法律婚カップルと婚姻外カップルとの間に、自律的な関係を合意により形成する第三のカップルを形成しようとする試み」として評価するものとして、山下純司「婚姻外カップルの多様性と法的保護の論理」犬伏由子編集担当『現代家族法講座 第二巻 婚姻と

離婚』(日本評論社、二〇二〇年) 五六頁を参照。