

危害原理と同性婚 (2・完)

覃名遠・足立英彦

目次

はじめに

- 1 J.S.ミルの「危害原理」
 - 1.1 「危害原理」の位置づけ
 - 1.2 パターナリズムと「危害原理」の限界
 - 1.3 小括
 - 2 H.L.A. ハートの理論における「法による道徳への干渉」
 - 2.1 ウォルフエンデン報告の内容
 - 2.2 デブリンの批判 — 社会の崩壊テーゼ
 - 2.3 ハートの反論と危害原理の修正
 - 2.4 実定道徳と批判道徳の関係
 - 2.5 小括
 - 3 同性愛の非犯罪化から同性婚へ
 - 3.1 危害原理の再構築 (以上、66巻1号)
 - 3.2 同性婚の性格
 - 3.3 アメリカ、台湾と日本における同性婚に関する判例
 - 3.3.1 Obergefell v. Hodges, 576 U.S. 644 (2015年)
 - 3.3.2 台湾司法院大法官解釈第748号 (2017年)
 - 3.3.3 日本の同性婚訴訟：札幌地裁判決
 - 3.4 アメリカ、台湾、日本の比較
 - 3.5 「自由」とは？ — 将来に向けて
- 終わりに (以上本号)

3.2 同性婚の性格

積極的自由の行使の一例である同性婚について検討するためには、基本的人権について議論をする必要がある。同性婚は基本的人権である婚姻の自由の保護対象なのか？ 婚姻において同性愛者と異性愛者の扱いに差があるのは平等権の侵害なのか？ なぜ、婚姻制度を守る必要があるのか？ したがって、同性婚の法的承認の問題を検討するためには、自由権、平等権、婚姻の目的という3つの問題を考えなければならない。

自由権は、国家が個人の領域に対して権力的に介入することを排除して、人間性の尊厳を維持するためのものであり、個人の自由な意思決定と活動を保障する人権の一部である¹。人間性の尊厳は、すべての人間を自主的な人格として平等に尊重するものである。すなわち個人の尊厳（特に憲法24条2項）と言い換えることができ、「個人の自律性を尊重する」という考え方と同義である。これは個人主義の原則を表現したものであり、日本国憲法で保護されているすべての権利の中核的な理念を示している²。

異性カップルは、「相手と一緒にいたいと思ったから」という理由によって、相手を大切な人間として尊重し、個人間の決定と合意に基づき婚姻を選択することができる。これは異性カップルの婚姻に関する自己決定である。この点で、同性のカップルは異性カップルと異なることはなく、婚姻の自由によって保護されるべきである。

アメリカと台湾では、「婚姻の自由」は憲法に明確に規定されているわけではないが、あとでみるように基本的人権の一種である自己決定権という「新しい人権」の一形態であると考えられている。他方、日本では、憲法24条に婚姻の自由が規定されており、婚姻に関する権限は主に立法府にあるという権限説が主流である。同条は個人の尊厳と家族の本質的平等を規定して

1 芦部信喜『憲法第七版』（岩波書店、2019年）82-83頁。

2 西村枝美「家族と憲法——同性婚という家族の始点から」法学教室512号（2023年）12頁。

いる。これは同性婚を禁止しているのではなく、異性婚についてだけ規定していると解すべきである。

憲法13条では、自由が「公共の福祉に反しない限り、最大の尊重を必要とする」と規定されている。従来の異性婚は「公共の福祉に反しない」ため、政府はこれを最大限尊重し、立法で保護すべきである。そして、同性愛者の婚姻も、どの観点から見ても「公共の福祉に反しない」ものであり、多数派の社会的感覚を判断基準とすべきではない。しかしながら、現行の法制度は同性愛者の存在を想定していない。これは事実の認識に関する誤りである。

同性愛は、性的な自己決定権として保護されるべきである。同性愛者のライフスタイルに国家は干渉すべきでない。また、同性愛者は自らの幸福を決定する権利を有するはずである。他方、従来の婚姻の法体系は、「同性婚」の存在を想定しておらず、したがってそれを保障しておらず、同性愛者の結合には法的関係が存在しなかった。同性婚の法的枠組みの確立は、個人の人格形成との関連性がより高い私的関係を承認することである。もし国家が受動的な姿勢をとり続け、同性婚を保護する法制度を作らず、同性カップルが異性カップルと同じようには保護されないのであれば、それは同性カップルの自律性と人格に対する不当な干渉であり、危害とも言え、危害原則が介入する余地がある。

つまり、一方で国家は異性愛者に婚姻を認めることによって、それに伴う利益を与えているのに対して、他方で同性愛者には婚姻を認めないことによって同様の利益を与えていない。国家は不作為によって、同性愛者の自律性を尊重せず、同性愛者から、彼らが本来享受すべき利益を奪っているといえる。作為による利益侵害と不作為による利益侵害を区別する合理的理由は考えられないので、危害原理を、このような不作為による利益侵害に拡張することは許されよう。同性婚の不承認は、同性愛者の自己決定の価値を否定することであり、同性愛者が本来享受すべき権利と利益を侵害しており、同性愛者に対する危害であるといえる。

次に、平等権について論じる。ウォルフエンデン報告のみならず、ハートの著作の中でも、性的指向は個人の人格・個性と密接に関係していると考えられている³。性的指向は、人格形成の初期に生じるため変更できない。男女の「性別」と同様に、性的指向も自然に発生するものであり、選択できるものではない。性的指向の多様性が存在することは否定できない事実である。その性的指向の違いによって、普段の生活で差別を受けるようであれば、是正されるべきである。勿論、これが同性婚の承認に直結するかどうかは、立法や裁判によって判断される必要がある。しかし、水野紀子も指摘するように、性的少数者が社会を構築する平等な存在であることは社会の共通認識であるべきであり、性的少数者の性的な自己決定権とその尊厳は性的多数者と同様に守られなくてはならない⁴。

最後に、婚姻の目的の問題である。共同体主義の代表的論者であるマイケル・サンデル (Michael Joseph Sandel) は、同性婚の議論には必然的に宗教や道徳が関係すると考えている⁵。ただ私は、婚姻の目的や同性婚問題に宗教や道徳に基づいて答えることの必要性に疑問を感じている。西洋における婚姻は、元々聖書に基づく教会法から生まれた制度であり、教会はかつて婚姻を承認する権限を独占していたが⁶、宗教改革とともに、国家が婚姻に関する権限を獲得し、婚姻の制度の中核的な規定者となった。その具体的な規則は依然として法律によって事前に定められており、一つの「制度」として特徴づけられている。欧米の婚姻制度は、現代（特にアジア圏）の婚姻秩序には直接的な影響を与えていないものの、法の継受により一定の影響を及ぼして

3 ハートは、法によって強制的に性道徳を抑圧することは、個人の生活、幸福、人格の発展やバランスに影響を与えると考えている。HLA Hart, *Law, Liberty and Morality* (SUP 1963) 22.

4 水野紀子「日本家族法を考える（第4回）婚姻の意義を考える」法学教室490号（2021年）92頁。

5 サンデル『これからの「正義」の話をしよう』（早川書房、2011年）326-327頁。

6 水野、同前掲注4、89頁。

いる。しかし、注意が必要なのは、婚姻制度はあらゆる文明の発展過程で必然的に存在するものであり、キリスト教的宗教観を婚姻制度に直接組み込むことは単一の宗教観を万人に押し付けることとなり、人々の信教の自由を侵害する可能性があるということである。

二宮周平と丸山茂によれば、従来の欧米の家族法制度は、①男女の共同形成、②男女のカップルの婚姻が社会的に認められること、③嫡出子と非嫡出子の推定、④婚姻関係・家族関係の持続性、⑤家父長（夫）の支配関係、⑥男女間の性別役割分業、という内容から構成されている⁷。

婚姻は家庭の出発点であり、社会の基本単位である家庭は子供的人格形成にとって極めて重要な役割を果たすため、婚姻と家庭は切り離せない関係にある。家庭の活動は、社会にとって不可欠であるため、国家はそれを保護しようとする。しかし、家庭の機能や社会の変化にともない、前述の②～⑥も変化しており、国家がそれらを維持しつづける理由は現代ではなくなっている⁸。同性婚は、①に反し、生殖ができないという反自然的な理由で認められてこなかった。しかし、②事実婚の増加、③遺伝子識別技術の進歩、④離婚率の上昇、⑤⑥男女平等概念の浸透という現実を踏まえるならば、①だけを依然として維持しなければならない理由はないと言えよう。

さらに、なぜ婚姻は公事として保護されなければならないのか。家族内の問題は私事であるが、婚姻の定義や構成は民法の契約自由の原則が及ばず、国が民法の形で家族の形成について構築することになっている。森村進によれば、リバタリアンは、契約自由の原則から、家の共同生活者の法的関係を当事者が自由に決められるような婚姻を求める⁹。ところが、サンデルは、婚

7 二宮周平『多様化する家族と法Ⅰ－個人の尊重から考える－』（朝陽会、2019年）53頁。

丸山茂「家族の変容と国家」慶應義塾大学経済学部編『市民的共生の経済学3 家族へのまなざし』（弘文堂、2000年）201-203頁。

8 二宮、同前掲注7、54-55頁。

9 森村進『自由はどこまで可能か=リバタリアニズム入門』（講談社、2001年）160-161頁。

姻に対する国の中立性を追求し、婚姻を廃止して婚姻を完全に私事とみなすならば、あらゆる種類の民事結合が発生するであろうと指摘する¹⁰。家族の関係は必ず発生するし、単に契約自由を訴えるだけでは、契約当事者間の公平性が保障されず、公示性にも欠ける。さらに、婚姻は家族を構成する一員である伴侶のことを対外的に公示し、識別する機能があり、その法的効力を持たせるためには、当事者の資格（重婚、詐欺や強制など）や意思を国が審査する必要がある。したがって、婚姻は公事として国が法的に承認し保護すべきであり、国家が婚姻の私事化を選択することは適当ではない。

従って、同性婚は従来の異性婚と同じく、自由権によって保護されるべきである。人間の尊厳と個人の自律性を尊重する観点から、同性婚を認めることは、同性愛者が共に生活することを承認し、同性愛者の基本的人権を保障することを意味する。また、同性愛者と異性愛者にとって平等な法秩序を実現するために、国家は同性愛者を法的に認識し、現行の法制度の不在による婚姻の制約を解除し、法制度を構築する責任がある。同性婚に関わる法的利益の不承認は、性的指向に基づく区別取扱いである。このような区別は合理的な理由がなく、平等権に反するため、是正されるべきである。婚姻の目的は、時代と社会の変遷に合致するよう変化すべきである。婚姻の目的の変化によって、同性愛者を排除する正当な理由はすでになくなっている。

次に、アメリカ、台湾、日本の同性婚に関する判例を参照し、それらの共通性を明らかにしたい。さらに、危害原理に基づき、同性愛の関係及び同性婚の正当性を認めるべきであることを主張したい。

10 サンデル、同前掲注5、329頁。なお、三人以上のパートナー関係、複婚の法制化については、本稿の趣旨から外れるため詳述は避ける（安藤馨、大屋雄裕『法哲学と法哲学の対話』（有斐閣、2017年）204頁参照）。

3.3 アメリカ、台湾と日本における同性婚に関する判例

3.3.1 Obergefell v. Hodges, 576 U.S. 644 (2015年)

アメリカにおける同性婚をめぐる争いは、1971年に同性婚を否定したBaker v. Nelson判決から始まる。その後、1996年にアメリカ政府は、婚姻を一人の男性と女性に限定する「婚姻防衛法 (Defense of Marriage Act, DOMA)」を成立させた。しかし、2013年、United States v. Windsor判決では婚姻防衛法の一部は違憲であると判断された。2015年6月26日、アメリカ最高裁判所はObergefell v. Hodges事件で、同性婚の権利は憲法上保護されるという判決を下した。その後、アメリカでは同性婚が正式に合法化され、州政府は同性婚を否定する立法を禁止されている。

3.3.1.1 「婚姻」とは？

Obergefell v. Hodges判決で連邦最高裁は次のように述べた。婚姻の権利 (the right to marry) は「人間の基本的権利 (basic civil rights of man)」の一つであり、アメリカ合衆国憲法修正第14条の適正手続の保障 (Due Process Clause) によって保護される¹¹。婚姻は常に高貴で神聖なものであり、社会で最も重要な位置を占めている¹²。歴史を見ると、婚姻は異性間の結合から始まったのであり、婚姻の定義を拡張し、同性カップルの関係を婚姻に含めるならば、婚姻を危険にさらすことになりかねないという議論がある。しかし控訴人らは、同性婚は婚姻に危害を与えないと主張し、異性カップルと同じように、婚姻に伴う権利と義務に対する婚姻制度の保護を求めた。そもそも婚姻の歴史は連続的に変化するものである。婚姻制度の変化により、婚姻の仕組みも変化している。実際、婚姻に対する理解の変化は、人々の請願や抗議デモから始まり、政治や司法で検討されることが多い。この変化は、同性愛者の権利に対する各国の考え方にも表れている。20世紀後半、多くの国で

11 Obergefell v. Hodges, 576 U. S. 644, 645 (2015).

12 Ibid 656-657.

は、同性カップルがより開放的に共同生活を送れるようになり、人々の意識も寛容な方向に変化してきた¹³。以上の理由によって、異性間の結合に基づく婚姻の伝統は婚姻制度の発展を制限してはならない¹⁴。

婚姻の権利が同性カップルにも保障されるかどうかを判断する際、婚姻の権利が長年保護されてきた基本的な理由を尊重しなければならない。同性婚は憲法上の明示的な権利ではないが、アメリカ合衆国憲法修正第14条の自由は、時代によって改正されるべきものであるため、同性婚の権利は、憲法修正第14条の適正手続の保障に含まれるものである¹⁵。

3.3.1.2 婚姻の自由 — 四つの原理と伝統

連邦最高裁は、憲法修正第14条の適正手続の保障に基づき、多くの法律や規定を無効としてきた。例えば、黒人と白人の婚姻の禁止を無効にしたり¹⁶、子育てができない人の婚姻の禁止を否定したり¹⁷、受刑者の婚姻の禁止を否定した¹⁸。

Obergefell v. Hodges事件判決の多数意見は、判例によって確立された「婚姻の自由」の本質、すなわち「婚姻が憲法の基本的要素であることの根拠」は、次の四つの原理と伝統¹⁹を生じさせるとした。

第一に、「婚姻を選択する自由」は個人に属する自己決定の概念であり、個人の人格と不可分の関係にある。婚姻に関する自己決定は人格の形成に最も関わる選択である。

13 Ibid 660-661.

14 Ibid 665.

15 Ibid 665. 頼英照「伸張人権或司法政變－Obergefell v. Hodges案的論辯」法令月刊68巻5号(2017年)3-4頁。

16 Loving v. Virginia, 388 U.S. 1, 12 (1967).

17 Zablocki v. Redhail, 434 U.S. 374, 384 (1978).

18 Turner v. Safley, 482 U.S. 78, 94-97 (1987).

19 Obergefell, 576 U.S. 644, 665-671 (2015).

第二に、婚姻の権利は、他の権利よりも根源的 (fundamental) である。婚姻は、「互いの誓約 (commitment) によって、自分たちの存在を定義する²⁰⁾」ものであり、カップルに尊厳を与えるものである。

第三に、婚姻は家庭の基盤である。婚姻は子供と家族を守るものであり、そのために子育て、出産、教育などの関連する権利に意味がある。同性婚を認めることは、同性カップルの養子女の幸福と家族の安定に貢献する。

第四に、婚姻は国家と社会秩序の基礎であり、同性カップルと異性カップルの利益に区別はない。しかし、同性カップルの婚姻制度に関する利益を州は否定してきた。この利益の否定に伴う危害は、多くの同性カップルにとって耐えられないものであり、同性カップルの権利と尊厳を損なうものにはならない。

同性婚に反対する人たちの中には、宗教的な信念に基づいて反対している人もいるが、最高裁は、同性婚はこの人たちの信念や価値を危害しないと判断した²¹⁾。最高裁によれば、同性婚は反対者および第三者の利益を害するものではなく、逆に同性婚を認めないことは、同性カップルとその子どもたちの尊厳や権利を明らかに損なうものであり、婚姻の自由の意義と相容れない。以上のことから最高裁は、アメリカ憲法は同性カップルを異性カップルと同等の立場として扱い、州法は同性カップルから婚姻の自由を奪うことはできないとし、同性婚は憲法修正第14条で保障される自由であるとした²²⁾。

3.3.1.3 同性婚と憲法上の平等

主筆のケネディ (Anthony McLeod Kennedy) 判事は、憲法修正第14条の問題に判断を絞ったため、平等保護の議論は少なく、性的指向による区別の違

20 U.S. v. Windsor, 570 U.S. 744, 772 (2013).

21 Obergefell, 576 U.S. 644, 670-671 (2015).

22 Ibid 675-676.

憲審査基準は不明である²³。多数意見は、適正手続の保障の自由と平等は別原則であるが、両者は深く絡み合っているため、自由が内包する権利と平等な保護が保障する権利は、異なる原則の上に成り立っており、それぞれが他方の意味と範囲について示唆を与えることができるとする²⁴。平等保護条項と適正手続の保障の両方を適用した判例もこれまでいくつかある²⁵。したがって、同性婚の権利は、平等保護条項によっても保護されるものであるといえよう。

以上でみたように、連邦最高裁は、同性婚も個人の自由に内在する基本的な権利であるとし、適正手続の保障と平等保護条項に基づいて、同性カップルから婚姻する権利を奪ってはならないと判示した。

3.3.2 台湾司法院大法官解釈第748号（2017年）

台湾は多様な法を継受した。1895年に日本に統治される以前、鄭氏政権（1662-1683年）と清帝国（1683-1895年）に約230年間統治された。台湾への移民の大半は中国南東部沿岸の漢民族であるため、旧中国の法制度は台湾の法理や伝統思想に深く影響を及ぼしている。

伝統中国の法学は、「天人感応」「天人合一」の法概念に基づいている²⁶。人間が自然と同調することと、それに従う宗族と家族の倫理観が伝統中国の価値観であった。寺田浩明によると、中国の家族は「同居共財」の下で父親に代表される近親者が暮らす生活共同体だと定義できる²⁷。婚姻をしようと

23 頼英照、同前掲注15、5頁。上田宏和「Obergefell 判決における同性婚と婚姻の権利」創価法学46巻1号（2016年）22-23頁。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68巻1号（2018年）1-2頁。

24 Obergefell, 576 U.S. 644, 672-673 (2015).

25 例えば、Loving v. Virginiaはその一例である。

26 黄源盛『中國法史導論（第三版）』（犁齋社、2016年）78-79頁。

27 滋賀秀三『中国家族法の原理』（創文社、1967年）50-58頁。寺田浩明『中国法制史』（東京大学出版会、2018年）14-18頁。

する者は、自由に判断できず、婚姻を決める権利を持つのは両家族の家長であった²⁸。婚姻の目的は、倫理的関係を維持し、宗族の一体性と血縁観を永続させることであった²⁹。

以上の伝統中国の価値観の影響により、婚姻は社会の道德規範によって制限されなければならないと考えられ、男女の婚姻は不自由であった。同性カップルは社会道徳に反するとされ、同性愛者は自分の個性を表現することができなかった。

ところが、民主化を含む社会の変化により、台湾は多様な意見を受け入れることができるようになった。2017年に司法院大法官（憲法裁判所の判事相当）は、同性婚の婚姻の自由に関する釈字第748号³⁰を下した。

3.3.2.1 同性愛者と婚姻の自由

釈字第748号は次のように述べている。これまでの憲法解釈の中で「一夫一妻」や「一男一女」に言及しているものは、実際には「異性婚」の文脈で解釈されてきた。同性婚に関する憲法解釈はなく、憲法は「一夫一婦制」である異性婚のみを規定しているわけでもない。しかし、台湾民法は「男女」「夫妻」という言葉を使っており、その責務を規定しているため、現行の民法は同性婚を排除している。

ところで、婚姻の自由は、人格の健全な発展と人格価値の尊厳の保護のため

寺田浩明『中国法制史』第一章「人と家」は、滋賀秀三の研究を踏まえているため、ここで滋賀秀三の文献も引用する。後掲注29も同様である（寺田浩明『中国法制史』（東京大学出版会、2018年）362-363頁を参照せよ）。

28 黄源盛、同前掲注26、94頁。

29 滋賀、同前掲注27、112-114頁。寺田、同前掲注28、30-31頁。

30 司法院「釋字第748號解釋」<https://cons.judicial.gov.tw/docdata.aspx?fid=100&id=310929>（2023年9月20日閲覧）。日本語訳は、鈴木賢『台湾同性婚法の誕生——アジアLGBTQ+ 燈台への歷程』（日本評論社、2022年）334-341頁を参照せよ。

めに重要な基本的人権であり、台湾憲法³¹第22条の包括的自由権によって保護されるものである。婚姻は「親密かつ排他的な関係で共に生活することを目的とした二人の恒久的な結合」として定義される。同性愛者も異性愛者も、婚姻の目的が親密で排他的かつ恒久的な結合であるという点では違いはないため、同性婚が正式に法律で認められるならば、異性婚と並んで社会の安定の基礎となりうる。同性婚は既存の異性婚の規定に影響を与えず、元々異性婚によって成立する社会秩序を変更しない。したがって、現行の台湾民法が同性カップルの婚姻関係の成立を規定していないことは、台湾憲法第22条が保護する婚姻の自由に反し、重大な立法上の欠陥である。

3.3.2.2 性的指向と平等

次に、平等権について釈字第748号は次のように述べている。台湾民法は婚姻を「一男一女」の結合に限定しているものの、「一男一女」は性別の区別ではなく「性的指向」の区別である。性的指向は個人の人格に関わるものなので、人格価値の尊厳と密接な関係がある。世界保健機関（WHO）などの医療機関の研究によると、性的指向は個人の変えられない特徴（immutable characteristics）であり、同性愛という性的指向は病気でもない。

ただし、「性的指向」による区別は、目的が重要な公共の利益の追求であり、その手段と目的との間に「実質的関連性」がある限り、台湾憲法第7条の平等権に違反せず合憲である。異性婚の婚姻制度に当たって、生殖能力を考慮することは不合理ではない。しかし、民法は異性カップルに生殖能力を求めておらず、婚姻後に子を産まないことが婚姻の無効、取消、裁判離婚の理由となることも定めていない。したがって、生殖能力は婚姻の本質的な要素でないことは明らかである。生殖能力の欠如を理由として同性カップルに婚姻を認めないことは、明らかに合理的な根拠のない差別的取扱である。

31 台湾憲法の日本語訳は、台北駐日経済文化代表処「中華民国の憲法」https://roc-taiwan.org/jp_ja/cat/15.html（2023年9月20日閲覧）を参照せよ。以下同様。

なお、道徳や伝統などの基本的な倫理秩序を維持するための、婚姻に対する制限は正当化されうるが、同性婚を認めても既存の異性婚によって確立された秩序には影響を与えない。したがって、基本的倫理秩序の維持という理由で、同性カップルに婚姻を認めないことは明らかに合理的な根拠のない差別的取扱である。

以上に基づき、釈字第748号は、民法に同性婚に関する規定がないのは、目的（基本倫理秩序の維持）と手段（同性婚に関する規定と保護がない）との間に実質的な関連性がないため、台湾憲法第7条の平等権の趣旨に違反しているとした。台湾民法が同性婚を認めないことは、台湾憲法第22条の婚姻の自由および同法第7条の平等権に反しているため、違憲である。

大法官も本解釈の高度な複雑さと論争性を感じ、立法の遅れによる無期限の違憲状態を避けるため、2年の立法措置期間を定めた。この期間を過ぎると民法が当然に無効となるというわけではない。法律の改正や制定が完了しなかった場合、同性の2人は、上記民法の規定に従い、2人以上の証人が署名した書面をもって、戸籍機関に婚姻登録を申請することができるとした。

3.3.2.3 748号解釈後の台湾

ところが、同性婚反対派と国民党は同性婚の「民法化」に激しく反対し、住民投票を提案した。この住民投票は2018年に行われ、投票した1100万人のうち、約7割の国民が同性婚の民法化に反対した。投票結果に基づき、同性婚は直接に民法を改正するのではなく、民法以外の法律の制定によって実現されることになった。結局、台湾の行政院（内閣）は、748号の趣旨と住民投票の結果を遵守した上で、中立的な立場から同性婚を保障する「司法院釈字第748号解釈施行法（748号施行法）」を提出した。

大法官748号解釈は立法権をある程度尊重し、婚姻を定める権限を立法府に委ねた。しかし、反対派による住民投票の提案は想定していなかった。最終的に、台湾は民法の改正ではなく、同性婚を民法の「特別法」によって実

施することを選択した。この748号施行法を定めるという選択は、アメリカでかつて黒人差別を正当化した「分離すれども平等 (separate but equal)」の主張のように、平等権を侵害している可能性がある。台湾では同性婚反対派が依然として多数を占めているものの、平等権の問題を解消するためには、民法を改正して民法によって同性婚を認めることが、平等原則に合致した方法であろう。

さらに、法制度上にも互換性の問題がいまだに多く残っている。例えば、外国人パートナーとの同性婚に対する同施行法の適用³²や、同性カップルは共同の養子縁組ができないこと³³などの問題がある。前者については、外国人との法律関係の適用に関わる「涉外民事法律適用法」という国内法の法改正が予想されていたが、2023年1月19日に、内政部の通達（函釈）により³⁴、本国人と外国人（香港、マカオを含め、中国を除く）の同性カップルは戸籍機関に婚姻登録を申請することができるようになった。後者については、養子縁組許可を裁判所で得る必要があったが、台湾の立法院において2023年5月16日に748施行法20条の修正が可決され、民法の養子縁組に関する規定が準用されることとなった³⁵。修正前、2022年1月の時点では、3組のカップル

32 鈴木、同前掲注30、261-275頁。台湾台北高等行政法院110年度訴字第1524号判決。鈴木賢「台湾で日本人も同性婚可能に 日本の司法が突き付けられたもの」（時事ドットコムニュース、2022年8月4日）。

<https://www.jiji.com/jc/v8?id=202208taiwandoseikon>（2023年9月20日閲覧）

33 鈴木、同前掲注30、275-276頁。呉欣紘「法院裁定許可 全台首個同志雙親收養家庭誕生」（台湾CNA中央通訊社、2022年1月4日）。

<https://www.cna.com.tw/news/firstnews/202201045011.aspx>（2023年9月25日閲覧）

34 内政部「台内戸字第1120240466号」<https://www.laws.taipei.gov.tw/Law/LawInterpretation/LawInterpretationContent?soid=190557>（2023年9月20日閲覧）。ただ、通達によって国際間の同性婚を合法化することでは、中国人との同性婚（中国人との法律関係の適用は国内法の「台湾地区と大陸地区の人民関係条例（臺灣地區與大陸地區人民關係條例）」に準ずる）に対する法制上の衝突が依然として解消されない。

35 総統府「華総一義字第11200048991号」総統府公報7667号（2023年）74頁、<https://www.president.gov.tw/Page/294/48996>（2023年9月20日閲覧）。王揚宇「立院三讀 同婚專法納共

が訴訟を提起し、そのうちの1組にはすでに養子縁組の許可が下りた³⁶。台湾における同性婚に関する法制度の整備はこれからである。

3.3.3 日本の同性婚訴訟：札幌地裁判決

1898（明治31）年施行の明治民法は、戸主を中心とする家制度を定め、婚姻に関する権限は戸主がもつと定めていたため、婚姻の際には戸主の同意を得なければならなかった（明治民法750条）。戦後、家制度は廃止され、婚姻は男女の合意のみにより成立するものとされ（憲法24条1項）、婚姻する二人は形式的には平等の関係になった。

2015年に東京都渋谷区と世田谷区から始まり、現在では300近くの地方自治体が同性パートナーシップ制度を導入している。石川県金沢市でも2021年7月より「パートナーシップ宣誓制度」が実施されている³⁷。しかし、この制度は法律上の婚姻を認めるものではないため、同性カップルは法的利益をほとんど享受できない。

日本全国で13組の同性カップルが、現行民法と戸籍法による同性婚の不承認は憲法違反であるとして、全国の四つの地方裁判所に訴訟を提起した³⁸。最初に、2021年3月17日に札幌地方裁判所が違憲判決を下した。以下では、まず同判決³⁹の内容を紹介する。

同収養子女規定」（台湾CNA中央通訊社、2023年5月16日）<https://www.cna.com.tw/news/ahel/202305160032.aspx>（2023年9月20日閲覧）。

36 台湾高雄少年及家事法院110年度司養聲字第85號裁定。

37 結婚の自由をすべての人に「日本のパートナーシップ制度」
<https://www.marriageforall.jp/marriage-equality/japan/>（2023年9月21日閲覧）。

38 北沢拓也、山下知子「同性婚認めないのは違憲」13組、国を一斉提訴」（朝日新聞デジタル、2019年2月14日）

<https://www.asahi.com/articles/ASM2F6R1TM2FUTIL074.html>（2023年9月20日閲覧）。

39 札幌地判令和3年3月17日判時2487号3頁。

3.3.3.1 立法事実と婚姻の自由

憲法24条1項により、婚姻の当事者は自由かつ平等な意思決定によって婚姻することを決める権利を有する。同条2項により、国会は婚姻と家族に関する問題について、「両性の本質的平等」に基づきつつ、社会情勢の様々な要素を考慮して総合的に決定する広範な立法裁量権を有する。

しかし、憲法24条では「両性」「夫婦」という文言が使われている。明治民法が制定された際に、同性愛は精神疾患の一種とみなされるものであった。「婚姻」は当然に異性婚であると解されていたため、同性婚は認められなかった。1946年の憲法と、1947年の民法改正においても、同性婚は議論されなかった。したがって、憲法24条1項が規定する婚姻の自由は、「異性婚について及ぶものと解するのが相当である」ため、同性婚を認めていない民法や戸籍法の諸規定を違憲と解することはできない。また、「同性婚という制度を、憲法13条の解釈のみによって直接導き出すことは困難であり、婚姻制度を定める民法や戸籍法の諸規定は憲法13条にも違反しない。

3.3.3.2 性的指向

次に、札幌地裁は性的指向と平等原則について検討した。憲法14条1項の平等原則は、事情の性質による合理的な根拠に基づくものでない限り、差別的取扱いを禁止している。婚姻は、身分関係に関する複合的法的効果を生じさせることを目的とするという法律行為である。しかし、現行法は異性婚のみを規定しており、同性カップルは婚姻という身分関係に伴う法的地位を享受することができない。このような性的指向に基づく区別取扱いは合理的であるのか？

性的指向とは、人が情緒的、感情的、性的な意味で人に対して魅力を感じることであるため、同性に対する恋愛は同性愛である。また、婚姻の本質は、「両性が永続的な精神的及び肉体的結合を目的として真摯な意思をもって共同生活を営むことにあり、「同性愛者が性的指向と合致しない異性と婚姻

しようとしても、それは婚姻の本質を伴うものにはならない」。このような婚姻は、憲法24条が予想している婚姻ではないし、婚姻意思を伴っていると認めにくい。性的指向と婚姻の本質に照らして、同性愛者は異性愛者と同様な法的利益を得ることができないのは明らかであり、同性愛者も異性と婚姻できるのだから性的指向による区別取扱いはないという主張は採用できない。

また、婚姻によって生じる法的効果を楽しむことは法的利益である。そのような法的利益は、同性愛者と異性愛者であっても、等しく享受し得るものである。同性愛者に婚姻による法的利益を享受する手段を提供しない現状は、合理的根拠を欠く差別的取扱いであり、憲法14条1項の平等原則に反する。

最後に、国家賠償について札幌地裁は、同性婚への理解が広まったのはごく最近のことであり、国会が直ちに認識することは容易ではなかったとして、立法不作為（国家賠償法1条1項）は認めなかった。原告は札幌地裁の判決を不服とし、2021年3月31日に札幌高等裁判所に対し控訴した⁴⁰。

3.3.3.3 札幌地裁以降の同性婚裁判

2022年6月20日に、大阪地裁は同性婚を認めないことは「合憲」であると判断し⁴¹、同年11月30日に、東京地裁（一次訴訟）は同性婚を認めていない現行法は「合憲」であるが、同性愛者が家族になる制度がないのは「違憲状態」であるとした⁴²。さらに、2023年5月30日に名古屋地裁は「違憲判決」を下し⁴³、同年6月8日に、福岡地裁は東京地裁（一次訴訟）判決と同様に「違憲ではないが違憲状態」と判断した⁴⁴。2023年9月現在、東京地裁の二次訴訟

40 結婚の自由をすべての人に「【北海道訴訟】控訴についての弁護士声明」
<https://www.marriageforall.jp/blog/20210331/>（2023年9月20日閲覧）。

41 大阪地判令和4年6月20日判時2537号40頁。

42 東京地判令和4年11月30日裁判所HP参照（平31(ワ)3465号）。

43 名古屋地判令和5年5月30日裁判所HP参照（平31(ワ)597号）。

44 福岡地判令和5年6月8日裁判所HP参照（令元(ワ)2827号）。

を除いて⁴⁵、これまでに五つの地裁で判決が出されている。以下はこれらの判決を時間順に検討していく。

大阪地裁（合憲）

大阪地裁は以下の通り判断した。憲法13条の包括的自由権について、婚姻は法律によって具体的に定められる制度であり、婚姻の自由は自然権ではなく、また憲法24条が異性婚のみを規定しているため、同性婚は憲法13条の人格権の一部ではなく、したがって、同性婚の法制度の不存在は憲法13条に違反しない。

憲法24条2項について、具体的な制度は国会の裁量に委ねられており、個人の尊厳と性別平等を考慮した指針が示されている。現在の婚姻制度は異性婚に焦点を当てているが、これは「家族として共同生活を送り、次世代に承継していく関係」を保護するための合理的な理由があるからである。同性カップルは異性カップルと同様に共同生活を営むが、「婚姻に関連する法的利益」を享受できない点で異なる。この法的利益は個人の尊厳に関わる重要な利益であり、異性愛者と同等である。ただし、これらの利益を実現する方法については議論が必要であり、民主的なプロセスで決定されるべきである。そのため、現行法は立法の裁量を逸脱しておらず、憲法24条2項に違反しない。

憲法14条1項の平等権について、性的指向に基づく差別取扱いは慎重に検討すべきであると大阪地裁は述べたが、憲法24条は異性婚のみを規定しており、同性婚を禁じていないことを強調した。ただし、同性愛者と異性愛者の差異は立法裁量に委ねられており、合理的な立法目的と関連している。したがって、現行法は憲法14条1項の平等権に反せず、合憲であると判断した。

45 2021年3月26日に東京地方裁判所に提訴され、進行中である。結婚の自由をすべての人に「【東京訴訟】第二次訴訟提起のご報告」

<https://www.marriageforall.jp/blog/20210326/>（2023年9月20日閲覧）。

東京地裁 (違憲状態)

東京地裁は、最高裁の夫婦同氏制判決⁴⁶の判断を踏まえて、現行法上において同性パートナーが家族になるための法制度が存在しないことは、「同性愛者の人格的生存に対する重大な脅威、障害であり、個人の尊厳に照らして合理的な理由があるとはいえず、憲法24条2項に違反する状態にある」と判示した。しかし、同性愛者の法的利益の実現には、現行の「民法」に限らず、例えば同性婚姻法、パートナーシップ制度など、多様な法制度で実現することができるし、同性愛者の「婚姻」については、それを創造する権限は立法府にあるため、同性婚の不承認は憲法24条2項に違反しないと、現行法において同性婚という法制度がないことは「違憲状態である」ものの、同性婚を実現する法制度上の選択肢は多様であるため、現行法を違憲とは判断できないとした。

憲法14条1項の判断について東京地裁は、「子を産み育て、家族として共同生活を送る」という「社会通念を前提とした憲法24条1項の法律婚制度の構築に関する要請」、つまり異性婚の法的構築の要請であり、性的指向に基づく「区別取扱いについては合理的な根拠が存するものと認められる」と述べ、現行法は14条1項に違反しないとした。

名古屋地裁 (違憲)

名古屋地裁は以下の通り判断した。憲法24条1項について、憲法制定当時から同性間の法律婚制度が要請されていたと主張するのは難しいが、同条項の趣旨に照らして、現行法は同性婚を禁止しておらず、憲法24条1項に違反しているわけではなく、要請されているとも言えない。

憲法24条2項は、婚姻制度の具体化を国会に委ね、同性婚への要請をしていないと解釈され、同性間の婚姻を認めていない規定は違憲ではないとされ

46 最大判平成27年12月16日判時2284号38頁。

る。しかし、同性カップルは憲法24条2項により法律婚制度の重要な人格的利益を享受できていないという点で、合理性に疑問が生じる。現在の家族法制度では、法律婚制度自体は制憲当初合理的に見えたが、社会の価値観が変わることに伴い、同性愛者を法律婚制度から除外することによる格差は大きく、それに対する補償が不足していることが明確になり、合理性が揺らいでおり、無視できない状況に至っている。つまり、伝統的な家族観に対する理解の変化に伴い、もはや同性愛者を法律婚制度から除外することは合理的ではない。

同性カップルに対する関係の公証と保護の枠組みが不足しており、現行の法律婚制度は同性カップルに適用されていないため、同性カップルは法的な保護を受けられない状況にある。その状況は個人の尊厳に反するものであり、「国会の立法裁量の範囲を超えるものとみざるを得ないような場合」であり、現行法は憲法24条2項に違反する。

さらに、憲法14条1項の判断について、名古屋地裁は、現行法が同性カップルに対する関係の公証と保護の枠組みに「ふさわしい効果を付与するための枠組みすら与えていないという限度で、このような場合に当たるといふべきであるから、その限度で、憲法24条2項に違反すると同時に、憲法14条1項にも違反する」とした。

福岡地裁（違憲状態）

福岡地裁によれば、憲法24条1項の文言は男女の婚姻を前提としており、そのため同性婚は想定されていなかった。したがって、現行法は憲法24条1項に違反しない。同性婚の法制化には、社会通念や価値観の変遷が必要であり、それは現在ではまだ不十分である。

憲法13条の判断については、婚姻は当事者の意思だけでなく、各種法律によって要件が規定される制度であり、国家はその制度に関連する特定の関係に権利と義務を設定する。同性愛者の婚姻の自由という人格的自律権は憲法

13条によって保障されている憲法上の権利ではなく、したがって現行法は憲法13条に違反しない。

憲法14条1項の平等権については、同性婚の不承認により、同性愛者と異性愛者の性的指向に基づく区別取扱いが生じているが、憲法24条1項は異性婚を保障していると解した上で、生殖や子女の養育という社会通念がいまだに重要であるため、同性婚の不承認には合理的な理由がある。従って、現行法は憲法14条1項に違反しない。

憲法24条2項の判断については、同性愛者に婚姻の自由の法的利益を与えていない現行法は「もはや個人の尊厳に立脚すべきものとする憲法24条2項に違反する状態にあると言わざるを得ない」ので違憲状態である。しかし、同性愛者に関する法的利益の構築について、「その内容次第では婚姻制度の代替となり得るものであり、同性婚についてこのような婚姻制度と異なる制度を設けるか否かについても立法府における議論に委ねることが相当である」ので、これは国会の裁量権の範囲を逸脱せず、従って憲法24条2項に反しない。

小括

上記の五つの判決によれば、すべての地裁判決で、憲法13条の違反についての検討は少ないことが見てとれる。後の原意主義の検討の箇所述べるように、憲法13条は、憲法制定時に考慮されていなかった権利を補完するためのものと考えられる。憲法24条1項は文言的に同性婚を含まないように見えるが、そもそも婚姻の自由に関する憲法24条の根拠は憲法13条に求められる。婚姻の自由は、自然権的な由来ではなく、社会制度によって創設され、憲法で認められている権利であり、日本では憲法24条によって明文化されている。しかし、日本の裁判所は「立法者意思」に固執し、婚姻の自由に関する憲法24条のみ検討し、憲法13条の適用可能性をほとんど検討しなかった。つまり、同性愛者の婚姻を含むあらゆる形態の婚姻について、異性婚のみが

規定されている憲法24条によって検討を行った。もし禁止していないと解するならば、憲法が同性婚について規定していないことから、憲法13条の適用を考慮すべきであろう。逆に言えば、もし同性婚が憲法13条の枠内で認められないのであれば、同性婚以外の「公共の福祉に反しない」権利もほとんど認められないのではないか。

日本の判決では、議論は主に憲法24条2項の「個人の尊厳」に焦点を当て、同性愛者の家族形成に対して現行法が制約を加えているかどうか争点となった。この争点の各裁判所の判断は異なる。例えば、同性愛者の法的公認利益の実現については、それが立法裁量に依存するのか、または現行の婚姻制度に同性婚を含める方法をとるかなど、様々な方法がある。さらに、現行法が「違憲状態（だが合憲）」か、あるいは「違憲」かについても異なる意見が存在している。

また、婚姻の目的については、大阪地裁が指摘するように、婚姻が子を産むことを目的とするという側面があることは否定できないものの、大阪地裁がそれだけを理由として、性的指向に基づく区別取扱いが合理的であると判断したのは、明らかに正当な理由のない差別であると言える⁴⁷。この点について、東京地裁は、生殖補助医療の利用により、女性の同性カップルが子を産むことも可能だと指摘している。そもそも、婚姻の目的は「子育て」だけではなく、したがって生殖能力は婚姻の要件ではない。生殖可能性が婚姻を保護する根拠なのであれば、多くの婚姻関係はもはや保護の対象とはならない。この基準に従えば、更年期や他の理由によって生殖能力を失った者や、根本的に生殖意欲がない異性愛関係を婚姻関係として保護する理由はない。

婚姻に関する法制度を創造する権限が立法府にあるため、同性婚を認めないことは立法裁量の範囲を超えているかが問題となる。現段階で日本では同性婚の法制度が不在であるが、民主的プロセスを通じてその不平等を是正で

47 木村草太も同様の指摘をしている。木村草太「生殖関係なき異性婚と同性婚の区別の合憲性：大阪地裁令和4年6月20日判決」法時94巻10号（2022年）4-6頁。

きるのだろうか。差別や偏見があり、政治的利益を追求する多くの国会議員の感情を通常の民主的プロセスで変えることはほぼ不可能である。裁判所が立法府の立法裁量を認めるということは、必然的に多数派の価値観を認めるということである。差別的な世論が含まれる多数派の意見を優先しなければならないならば、少数派の権利は侵害されてしまう。そのため、全ての制度を立法権に委ねることは不適切であろう。

3.4 アメリカ、台湾、日本の比較

3.4.1 婚姻の自由と道徳

台湾とアメリカの憲法は、婚姻の自由を直接に保障していない点では同じであり、婚姻に関する法制度を定める権限を立法府や州に委ねている。一方、日本では日本国憲法24条1項の規定で婚姻成立の要件を定めており、台湾憲法やアメリカ憲法の規定とは異なっている。

文言を見ると、日本民法も台湾民法も「夫妻」、「夫婦」という語を使っている。このため、同性婚を認めるためには、民法を改正するか、新法を制定することが必要である。婚姻を定めた法律の立法当時は、台湾でも日本でも同性カップルの結合状態は想定されておらず、社会的にも、夫婦は男女で構成されることが常識であった。しかし、婚姻は生殖能力を要件とせず、精神的、肉体的な結びつきを目的とするものであり、また時代が変わるとともに、精神的な結合の重要性がより重要となってきた。

婚姻の自由は、アメリカでは適正手続の保障（アメリカ合衆国憲法修正14条）が憲法上の婚姻保護の根拠とされており、台湾では包括的自由権（台湾憲法22条）が婚姻の自由の根拠とされている。両国ともこれによって同性婚を憲法上に位置づけている。しかし、日本は憲法24条において異性婚のみを規定している。この規定に、直接に同性婚も含まれると解釈することは困難である。

婚姻に関しては、社会情勢のすべての要素を考慮して判断しなければなら

ない。この点は、アメリカ、台湾、日本の判決でも認められている。婚姻には長い歴史があり、昔からどんな文化にもある制度である。しかし、婚姻に関する道徳は常に変化している。

アメリカ最高裁は、婚姻に対する社会的・道徳的イメージは時代とともに変化しており、憲法訴訟により婚姻の自由に関わる定義も変化させるべきであると判示している。この婚姻から同性婚を排除する正当な理由はない。台湾の大法官も、憲法解釈によって、憲法を時代に応じて変えていく。過去の憲法解釈に従えば、婚姻の自由は本来、異性婚の自由を指していたが、現在では異性婚を主体としていた婚姻制度を拡張し、同性婚を含む自由と解釈している。このように、婚姻の自由を含む自由権は、社会における多様な価値観を反映し、時代とともに発展するものである。

最後に、日本では、同性婚を含む憲法に列挙されていない権利は、「新しい人権」として、13条後段の幸福追求権によって保障されるとする解釈が可能である。憲法24条1項は同性婚や同性婚に準ずる制度を禁止していないとするならば、現行法で同性婚が保障されていないことは、憲法上の自由権の空白だと言えるのではないか。ところが、全ての判決では、同性婚を憲法13条の幸福追求権の範囲に含めなかった。これはおそらく、以下で見るように原意主義（originalism）に束縛されているからである。

3.4.2 日本の判決は原意主義に束縛されているか？

原意主義は、制憲者の意思、憲法の条文、憲法の構造に依拠すべきであり、それらを超えて憲法の意味を拡大すべきではないとする立場であり、解釈主義（interpretivism）とも言われる⁴⁸。他方、憲法を時代の変遷に応じて、国内外の社会動向を考慮しつつ柔軟に解釈していくというのが「生ける憲法（living constitution）」の見解である。アメリカ最高裁の多数意見と台湾大法官が

48 渋谷秀樹「統治構造において司法権が果たすべき役割 第3部（第3回）憲法理論からみた同性婚の省察」判時2515号（2022年）106頁。

後者の立場を取ったのとは対照的に、日本の判決は、まさに前者の原意主義の立場を取っていると見えよう。憲法制定の経緯や、「両性」「夫婦」という文言が使われていることから、憲法24条1項の婚姻が両性の合意のみ、すなわち異性婚のことを指していることは当然であるが、同性婚を排除していることは明らかであるとは言えない。ここでいう両性の合意「のみ」が強く結びついているのは「両性」でなくて「合意」であり、同性婚を排除しているという解釈は自明ではない⁴⁹。それにも関わらず、同性婚を排除しているという解釈することは、制憲当時の立法者意思を重視しすぎる原意主義的な解釈である。そもそも、制憲当時の文脈を徹底した原意主義を貫くならば、憲法13条に基づいて新しい人権を創設することは全く不可能になってしまうのではないだろうか。

中岡淳は、この点について、札幌地裁の憲法24条解釈は原意主義的であると主張し⁵⁰、憲法13条と24条を一般法と特別法の関係だとすれば、13条による同性婚の保障は可能であると指摘している⁵¹。つまり、「同性婚」は憲法24条では保護されないが、憲法13条で保護されていると考えることができ、こ

49 GHQ草案における憲法23条の文言は、「……Marriage shall rest upon the indisputable legal and social equality of both sexes……（……婚姻ハ男女両性ノ法律上及社会上ノ争フ可カラサル平等ノ上ニ存シ……）」となっており、さらに、憲法23条1項とその英訳の文言は、「婚姻は、両性の合意のみに基いて成立し……（Marriage shall be based only on the mutual consent of both sexes……）」となっている（下線筆者）。立法者意思に基づいても、憲法の文言解釈でも、婚姻が異性婚を意味することは争えないが、同性婚を排除していると解すべきとは必ずしも言えないだろう。GHQ草案は、国立国会図書館「GHQ草案1946年2月13日 | 日本国憲法の誕生」<https://www.ndl.go.jp/constitution/shiryo/03/076shoshi.html> (2023年10月24日閲覧)、憲法の英訳は、日本法令外国語訳DBシステム「日本国憲法(昭和二十一年憲法)」<https://www.japaneselawtranslation.go.jp/ja/laws/view/174/jc> (2023年10月24日閲覧)を参照した。

50 中岡淳「同性間に婚姻を認めない民法及び戸籍法の諸規定の合憲性」新判例解説 Watch 29号(2021年)18頁。

51 中岡、同前掲注50。その論証として、中岡淳「同性婚の憲法的保護の可能性(3)完」法学論叢185巻1号(2019年)64-66頁。

れこそが13条の制憲者の意図に沿うものであると主張している。

また、中岡は札幌地裁の判決が「原意主義」の観点からも矛盾していると主張する⁵²。憲法24条の「原意」が13条による同性婚の補足的保護を不可能にするのであれば、14条の平等原則によって同性婚を保護することも同様に不可能なはずである。24条の原意によれば、婚姻は「異性婚」であり、婚姻の利益の享受はそもそも異性愛者に限定されているため、「同性愛者にも婚姻による法的利益が平等に認められるべきだ」という結論を裁判所が導き出すことはできない⁵³。つまり、この判決は憲法24条の原意と一致していないのである。

なお、制定者意思を尊重すべきという原意主義の根拠自体にも問題がある。長谷部恭男によれば、国の制度が制憲者の意図していた通りの役割を果たす保証はなく、憲法の運用によってその役割が変化してしまうこともある。またそもそも、制憲者は「多数人からなる機関」であり、それが何かの統一的な意思をもっているという想定自体がフィクションのはずである⁵⁴。

団上智也は、これまでの解釈では、日本国憲法13条はロック的な個人的権利の補完的な保障を提供しているとされてきたとした上で、これに異議を唱え、新たな視点から13条を考えるべきであると主張している。もし憲法13条が個人の存在を前提とするだけでなく、個人と社会全体とが調和する状態を促進し、保護しようとするものであると解釈すれば、つまり「公共の福祉に反しない限り」という文言を考慮するならば、「新しい人権」を保護する新たな解釈の可能性があるのではないかと指摘する⁵⁵。この文脈に従えば、憲

52 中岡、同前掲注50、18頁。

53 大野友也は同様の反論をしている。なお、大野も憲法で保障される権利は時代によって拡張されるものであると主張している。大野友也「日本国憲法と同性婚・再論：Bostock判決を踏まえて」鹿児島大学法学論集57巻1号（2022年）9-10頁。

54 長谷部恭男『Interactive憲法』（有斐閣、2006年）58-59頁。

55 団上智也「アメリカ独立宣言における「幸福追求」の意味—日本国憲法13条の原意主義的解釈に向けた試論—」法政治研究4号（2018年）149頁。

法13条の要点は、個人の状態と社会の理想像に焦点を当て、過去に考慮されなかった「新しい人権」に注目することである。憲法13条による同性婚の承認は、社会の変化に対して柔軟な姿勢で対応することを示し、個人が社会と調和するための公的な制度として機能する。そもそも異性婚もこの文脈で承認されてきたのである。婚姻という制度は個人と社会を調和させ、公共の福祉を促進する法的制度である。したがって、同性婚はプライバシー権と同様に、憲法13条によって「新しい人権」の保護を受けるべきであると言える。

日本の判決での文言解釈を用いた判断は形式論に過ぎる。裁判所は権力分立に反しないよう、司法権と行政権の境界を慎重に判断するため、往々にして消極的な立場に立つが、そうすると「新しい権利」は認められず、自由が制限されることになる。同性婚問題の本質は性的指向による差別的扱いの問題であり、同性愛者の自己実現を否定するという問題でもある。社会において、同性婚に対する支持の声が出てきても、政治に委ねると否定的な状態になり、同性婚が法的に認められることはほぼ不可能となる。そのため、司法が積極的な判断を下すことが期待される。ウォルフエンデン報告の背景と同様に、社会道徳は性的少数者に対して不利であるが、それでも委員会は同性愛行為を非犯罪化するという判断を下した。台湾とアメリカでも、徐々に司法権によって、自由の保護が補完されている。

また、同性婚は既存の異性婚に影響を与えず、異性婚によって確立された社会秩序も変えず、第三者の利益も害さない。それは、まさにミルの危害原理の精神であり、ラズが提唱している価値多元主義の核心でもある。逆に、同性婚を認めないことは、本来同性カップルが持つべき法的権利を明らかに否定することになる。

今日、長年の立法不作為は、同性婚を望む人々の自律とそれに基づく自由を害している。その自由が他者の権利を害さない場合、裁判所は、社会の変化に照らして、憲法判断を積極的に展開すべきであろう。同性カップルの自由は不当に制限されているため、司法によってこの制限を解除すべきであ

る。同性婚をできるだけ早く法制化すべきである。

3.5 「自由」とは？ — 将来に向けて

本章では、危害原理による同性婚の正当化の可能性を検討した。アメリカと台湾の判決は、憲法が異性婚だけでなく同性婚の権利も保障していることを認めた。すなわち、憲法が保障する婚姻の権利を同性婚にまで拡張したのであり、この点において憲法解釈に社会における多様な価値観を反映させ、時代とともに発展させたといえよう。他方、日本では、憲法が保障する婚姻の自由を直接に同性婚に拡張することは難しい。しかし、札幌地裁が判示したように、同性愛者が婚姻における法的権利を享受できない現状は不平等であり、これにより同性愛者は長年にわたって苦しんできた。同性婚を憲法13条に基づく「新しい人権」として承認することは可能であろう。同性婚を認めても他の価値を害することはない。憲法が保障すべき個人の自由は、社会における多様な価値観を反映し、時代とともに発展すべきである。

民主主義の背後にある多数決原理を経ずに、立法の手続きを飛ばして司法に委ねて同性婚を認めようとする「司法積極主義」的な介入に批判的な論者がいるかもしれない。この点に対しては、台湾大学教授・台湾司法院院長・大法官である許宗力は、「大法官の司法積極主義が台湾の自由民主憲法秩序をいかに形成しうるか」と題する講演において、「憲法裁判所が政治部門を前にして、従順かつ消極的な態度をとれば、少数派の権利を保護するという憲法上の職責から逸脱することになりかねない⁵⁶」と指摘した。

民主政治においては、民意を十分に尊重すべきであるが、立法府によって、憲法が特別に考慮して保護することを求めている少数派の人権の保障が排除されてしまう可能性がある。司法権は、少数派の権利を積極的に保護する憲法上の義務を負う。

56 許宗力「大法官の司法積極主義如何形塑臺灣的自由民主憲政秩序」司法周刊1923号（2018年）33頁。

終わりに

本稿は、JSミルの危害原理とハートの不快原理、ラズの自律原理を踏まえると、同性愛行為などの消極的自由の行為を処罰してはならないことを確認できるだけでなく、同性婚の権利など、個人の幸福を实践する積極的自由の行為も保障すべきであるという結論を導いた。幸福を追求する個人は、多様な価値観や文化によって構成される様々な選択肢を有する。各選択肢の背後にあるメリット、デメリットを吟味した上で、個人はこれらから最善のものを選ぶ。それは危害原理が守ろうとする自律に基づく自由に合致する。アメリカと台湾の判決は危害原理の精神に従ったものであり、個人が自らの幸福と発展を追求することを可能にする。同性婚を認めることは、社会や伝統を害さない。むしろ社会に同性婚を含む諸価値が吸収・統合されて、新しい価値が生まれていくのである。

(完)