

同性婚の未規定性の憲法適合性

——婚姻の自由ではなく人格権の問題として——

西 村 枝 美

目 次

- I. 「より親密な個人的生活領域」を保護する人格権
 - 1. 婚姻の自由ではなく人格権
 - 2. 人格権とは何か
 - 3. 防御権ではなく制度創設への立法者に対する作為請求権
 - 4. あてはめ——人格の根源的平等性
- II. 平等
 - 1. 法律上の地位の差異
 - 2. 婚姻制度とは何か
 - 3. あてはめ——憲法上の価値決定と婚姻制度の過少包摂
- III. 婚姻制度と憲法上の制度保障・価値決定
- IV. 違 憲 無 効？

I. 「より親密な個人的生活領域」を保護する人格権

1. 婚姻の自由ではなく人格権

現在、同性のカップルが婚姻届を、窓口となる市区町村に届け出ても受理されない¹⁾。現行法上、法律上の婚姻をするには、届出は婚姻の成立要

1) 平成26年6月5日付の青森市長名での婚姻届不受理証明書には、「日本国憲法第二十四条第一項により受理しなかったことを証明」と記載されていた(第196回国会平成30年4月27日提出質問第257号逢坂誠二衆議院議員の質問主意書より)。平成31年2月14日に、同性カップルの婚姻届不受理を受けて、札幌、東京、名古屋、大阪の各地裁に、13組のカップルから一斉提訴がなされたが、この際の不受理証明書には特定の条文根拠は提示されていないようである。なお、憲法24条と同性婚との関係についての政府見解は、「憲法第二十四条は、婚姻は、両性の合意のみに基づいて成立すると定めており、現行憲法の下では、同性カップルに婚姻の成立を認めることは想定されておりません。同性婚を認めるために憲法改正を検討すべきか否か

件²⁾となっている。したがって、同性カップルは法律上の婚姻ができない。同性カップルの私生活を法的に承認する法的枠組みの欠如（本稿では、異性のカップルと同じ法律上の婚姻に限定せず、それに相当する法的枠組みの欠如についても論じるため、以下では、完全に異性のカップルと同じ法的枠組み適用を意味する場合のみ「同性婚」と表現する）、これが日本国憲法に適合するかを問題にするのが本稿の課題である³⁾。

この課題に際して、アメリカ連邦最高裁判所が、2015年に同性婚を禁止する州法に対し出した違憲判決の理由付けが注目されている⁴⁾。この判決は、まず、

「か、我が国の家族の在り方の根幹に関わる問題であり、極めて慎重な検討を要するものと考えております」というものである（参議院会議録情報第189回国会本会議第7号平成27年2月18日安倍晋三内閣総理大臣答弁より）。

- 2) 我妻栄『親族法』（有斐閣、1961年）11頁、41頁。当事者間に婚姻意思の合致があれば、法律上の婚姻としても成立するわけではない。判例も含めて、内田貴『民法Ⅳ〔補訂版〕親族・相続』（東京大学出版会、2004年）54-55、64-70頁。
- 3) 同性婚全般については、同性婚人権救済弁護団編『同性婚 誰もが自由に結婚する権利』（明石書店、2016年）、アメリカにおける運動の背景を明らかにする、ジョージ・チョーンシー（上杉富之・村上隆則訳）『同性婚——ゲイの権利をめぐるアメリカ現代史』（明石書店、2006年）。主として民法との関係で検討、言及するものとして、二宮周平・同編集『新注釈民法（17）』（有斐閣、2017年）前注（§§731-771）73頁以下。日本国憲法との関連で検討、言及する文献として、卷美矢紀「Obergefell 判決と平等な尊厳」憲法研究4号（2019年）103頁以下（109頁以下）、中里見博「『同性愛』と憲法」三成美保編著『同性愛をめぐる歴史と法』（明石書店、2015年）70頁以下、齋藤笑美子「家族と憲法——同性カップルの法的承認の意味」憲法問題21号（2010年）108頁以下、横田耕一「日本国憲法から見る家族」法学セミナー増刊『これからの家族』（1985年）85頁以下（94頁）など。
- 4) Obergefell v. Hodges, 135 S. Ct. 2584 (2015). 同判決の紹介、過去の判例との対比を踏まえた検討を行うものとして、駒村圭吾「同性婚訴訟と憲法解釈——Obergefell v. Hodges 事件判決をめぐって——」アメリカ法2016（2）（2017年）209頁以下、神谷雅子「Obergefell v. Hodges について——アメリカ法の立場から——」アメリカ法2016（2）（2017年）234頁以下、卷美矢紀「自由と平等の相乗効果——Obergefell 判決が開く憲法理論の新たな地平」樋口陽一・中島徹・長谷部恭男編『憲法の尊厳 奥平憲法学の継承と展開』（日本評論社、2017年）359頁以下、中岡淳「同性婚の憲法的保護の可能性（一）（二）——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——」法学論叢183巻1号、4号（2018年）91頁以下、100頁以下、上田宏和「Obergefell 判決におけ

市民の基本的自由としての婚姻の自由があるという男女間においては蓄積されている判例⁵⁾を、同性のカップルにも適用した。その際、婚姻は男女のもの、という伝統のみに依拠するのではなく、婚姻がなぜ基本的自由とされているのかという基本原理に立ち返って、適用の有無を判断した。その婚姻の自由が市民の基本的自由である理由たる基本原理とは、① 婚姻に関するパーソナルな選択は個人の自律のコンセプトに内在するから、② 誓い合った個人にとっての重要性という点で、他に比類のない二人の人間の結合を、婚姻が支えるから、③ 婚姻が子供と家族を守り、また、子育て、出産、そして教育の諸権利からもその意義を引き出すから、④ アメリカの判例やこの国の伝統が、婚姻は我々の社会秩序を崩れないように支える要石であることを明示しているから、とした。こうした「婚姻の自由」を基本的自由と理解してきた前提を一つ一つ、同性のカップルにとの関係で検討したうえで、性的指向にかかわらずすべての人間にとって基本的なものだ、と連邦最高裁は指摘したのである。そして、この婚姻の自由と合わせて平等の観点からも、同性婚を禁止した州法がアメリカ合衆国憲法に違反する、と判示した。

しかし、本稿では、このアメリカ合衆国の理由付けに大いに魅力を感じつつも、別の理由付けを探ることとする。理由は、アメリカでの出発点となった「市民の基本的自由としての婚姻の自由」が、日本においては判例として確立されていないのではないか、という懸念から、これがあることを所与の前提にして出発できないのではないか、と危惧するからである。この懸念は、婚姻に関する判例である再婚禁止期間の違憲判決⁶⁾の最高裁の理由付けから生じている。仮に市民の基本的自由としての婚姻の自由があるなら、女性のみ在一定期間再婚を禁止した条文は、この自由に対する直接的制約になるはずである。し

ゝる同性婚と子人の権利」創価法学46巻1号（2016年）1頁以下、大林啓吾「同性婚問題にピリオド？——アメリカの同性婚禁止違憲判決をよむ」法学教室423号（2015年）38頁以下など。

5) 「最も基本的な市民的自由の一つ」である婚姻の自由に関する判例につき、樋口範雄『アメリカ憲法』（弘文堂、2011年）287頁以下。

6) 最大判平成27年12月16日民集69巻8号2427頁以下。

かし、最高裁は、市民の基本的自由への制約を主軸に論じたのではなく、婚姻制度設計に関する立法者の義務の問題を主軸にすえた。違憲の結論部分で言及されているのが、市民の自由を規定している憲法24条1項ではなく、婚姻制度についての立法者の義務を規定している憲法24条2項の方だったからである。最高裁は、憲法24条1項が保障するのは、「婚姻するかどうか、いつ誰と婚姻するかについては、当事者間の自由かつ平等な意思決定に委ねられるべきである」という趣旨を明らかにしたものとした。そのうえで、「婚姻は……近年家族等に関する国民の意識の多様化が指摘されつつも、国民の中にはなお法律婚を尊重する意識が幅広く浸透していると考えられることをも併せ考慮すると、……婚姻するについての自由は、憲法24条1項の規定の趣旨に照らし、十分尊重に値する」とした。つまり、生涯をともにしたいという当事者間の意思に介入することは、24条1項の問題そのものになるが、それを法律上の婚姻として認めるかどうかの要件については、24条1項の中核である当事者間の婚姻意思そのものの問題ではなくなり、24条1項は、婚姻することの自由を「尊重」するよう呼びかける立ち位置に移動する。何に対して？ 婚姻制度の設計を行う立法者に対して。したがって、法律上の婚姻としての要件については憲法24条2項という立法者の義務がむしろ中心的条文になるというわけである。本稿Ⅱ.2.にて、後述する現行民法の法律上の婚姻の法的効果が発生する要件として、教科書の整理に即して言い直すと、婚姻の法的効果が発生する実質的要件の一つである当事者の婚姻意思の合致を妨害するかどうかは、憲法24条1項が中心となり、それ以外の、婚姻成立にとっての消極的要件（近親婚禁止、再婚禁止期間など）や形式的要件（届出）は、立法者の制度設計にかかわるものであり、憲法24条2項の問題になるという図式なのではないか。この理解を前提とすると、同性カップルの婚姻届出を認めない中心的にあるのは、個人の権利としての「婚姻の自由」の問題ではなく、婚姻制度の設計の問題になる。

もう一つ、アメリカ合衆国の判例を基礎にすることをためらわせる理由がある。憲法24条を念のため確認すると、1項は「婚姻は、両性の合意のみに基づ

いて成立し、夫婦が同等の権利を有することを基本として、相互の協力により維持されなければならない」とし、2項は、「配偶者の選択、財産、相続、住居の選定、離婚並びに婚姻及び家族に関するその他の事項に関しては、法律は、個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚して、制定されなければならない」と規定する。「通説」⁷⁾によれば、これは異性のカップルに関する規定であることが前提となっており、同性のカップルには適用されない、とされている。では、個別の権利で保障されていない権利保障を引き受ける包括的な権利と考えられている⁸⁾ 憲法13条により、同性のカップルについても「市民の基本的自由としての婚姻の自由」が保障されていると考えることができるか、という点、ドイツの連邦憲法裁判所に次のような判示がある。ドイツには、日本国憲法24条にほぼ相当する⁹⁾ 婚姻と家族が「特別の保護」を受けるとする規定が存在する

-
- 7) 高橋和之『立憲主義と日本国憲法 第4版』(有斐閣、2017年)153頁参照。教科書では、同性婚の記述がそもそも存在しないものが多い。その中で、憲法は同性愛者間の家庭生活を異性間のそれと同程度に配慮に値するものとは考えていない、とする、長谷部恭男『憲法 第7版』(新世社、2018年)187頁。家族に関する規定で個人の尊厳に言及することが、個人を徹底的に貫くことの含意を指摘しつつ、「両性」の本質的平等と述べている限りで、同性の結合による「家族」を憲法上想定するほどには徹底していない、とする、樋口陽一『憲法 第三版』(創文社、2007年)278頁。憲法24条1項ではなく13条の問題としつつ原則として立法政策に委ねられている、とする、初宿正典『憲法2 [第3版]』(成文堂、2010年)315頁、および初宿を引用する佐藤幸治『日本国憲法論』(成文堂、2011年)191頁注48。これに対し、家族の形成・維持に関する自由として、結婚の自由について取り上げ、「民法では同性どうしの結婚は想定されておらず、もし同性どうしの結婚が許されないのであれば、その合憲性が問題とされよう」とする、松井茂記『日本国憲法 第3版』(有斐閣、2007年)548頁。総論部分において「憲法論としても、13条(個人の尊重)、14条(差別の禁止)の問題として、十分な検討が必要である」とする、辻村みよ子『憲法 [第6版]』(日本評論社、2018年)111頁。
- 8) 憲法13条が包括的基本権、すなわち「新しい権利」でかつ他の個別条文に明記がないものの受け皿になることにつき、多くのものに代えて、芦部信喜『憲法学Ⅱ人権総論』(有斐閣、1994年)60、328頁、長谷部恭男編『注釈日本国憲法(2)』(有斐閣、2017年)88頁以下(土井真一執筆部分)。
- 9) ワイマール憲法等と比較し、憲法24条が国民にとって消極的な自由権的人権を保障するにすぎないとする法学協会編『註解日本国憲法 上巻』(有斐閣、1953年)471頁。また、ワイマール憲法との対比で、個人の尊厳に言及している日本国

(基本法6条1項)。1993年に、同性のカップルが、異性のカップルと同様に婚姻手続を区役所に申請したところ拒否されたことを違憲として争った事件について、連邦憲法裁判所は、基本法6条の保護を受けるのは、「異性のカップル」に限定されているというのが確立した判例である、としたうえで、では、個別の権利で保障されていない権利を保障する受け皿規定である基本法2条1項が、同性のカップルに婚姻の権利を保障しているか、という点を否定した。理由は、基本法6条という個別規定が、婚姻の自由を男女の生活共同体に限定している以上、異性のカップルに限定することなしに、同じ内容を憲法上保障しているということは、一般的規定である別の条文（具体的には一般的人格権を保障する基本法1条1項と結びついた2条1項もしくは一般的平等を保障する基本法3条1項）からは導き出せない、というのである¹⁰⁾。特別法で否定されたものと同一内容を一般法が規定しているとは解釈できない。この連邦憲法裁判所の指摘が、日本国憲法の解釈でも妥当してしまうのではないだろうか。婚姻は異性のカップルのもの、として婚姻に関する規定である24条がその保障を同性のカップルに及ぼさない場合、13条という包括的基本権もまた、同性婚を保障しないのではないか。このように解釈される懸念があるため、憲法13条においては、あらゆる市民には基本的自由としての婚姻の自由がある、ということから

↘憲法は、家族の問題について個人を徹底的に貫くことが家族解体の論理をも含んでいる点で、単なる家族保護とは異なる、と指摘する樋口・前掲注(7)278頁。ワイマール憲法119条1項前段は、婚姻制度の目的を明示する。「婚姻は、家庭生活および民族の維持、増殖の基礎として、憲法の特別の保護を受ける」。基本法6条は、ワイマール憲法のように、社会の再生産のために婚姻や家族を特別に保護しているのではなく、自立と自己責任ある生活形成の領域の保護を目的としている、とする、Markus Konzur/Johann Justus Vassel, in: Stern/Becker (Hg.), Grundrechte-Kommentar, 3. Aufl. 2019, Art. 6 Rn. 8. また、ワイマール憲法119条はプログラム規定であり、自由権のほかは制度保障としてのみ意味があったにとどまり、また、それを引き継いだかに見えた基本法6条につき連邦憲法裁判所は、早々に基本法下で、自由権、制度保障と並んで新たに価値決定の原則規範としての側面を追加した。これつき、本稿Ⅲ.

10) BVerfG (3. Kammer des Ersten Senats), Beschluß vom 4.10. 1993, 1 BvR 640/93. NJW 1993, S. 3058.

出発することがためられる。

もう一つ、アメリカ合衆国の判例から出発することをためらう理由がある。それは、同性のカップルにもこの自由がある、ということ为基础付けるために、アメリカ連邦最高裁法廷意見では、婚姻の自由が、市民にとってきわめて重要であるということをつぎにしている点である¹¹⁾。市民にとって極めて重要であることを強調すればするほど、制限が不当であるという関係にはなるが、本当にそれほど市民の自由にとって基底的だろうか。婚姻しない市民もいる。性的指向の多様性を想起すると、性的指向が同性に向く、という場合のみならず、不明、や、無、もありうる。また、異性のカップルの婚姻制度も、それ自体、考え方によっては理想的な完成形態ではないため、その枠組みに入れることがあたかも理想であるかのように映る立論への抵抗感¹²⁾もあるかもしれない。

以上の点、すなわち、① 日本国憲法上、市民の基本的自由としての婚姻の自由があるのか、② 憲法24条ないし憲法13条で、市民の基本的自由としての婚姻の自由が保障されていると構成できるか、③ 婚姻の自由は本当に「市民の基本的自由」か、ということに懸念があるため、婚姻の自由ではなく、別の権利で立論することとする。それは、憲法13条が保障する人格権である。

2. 人格権とは何か

2.1. 概要

日本国憲法13条が保障している権利は、明文で保障されていない権利を引き受けるという、その将来に開かれた性格ゆえに、範囲は常に最終確定しな

11) ケネディ法廷意見は、「婚姻ほど深い結合はない」、彼らの願いは、婚姻の理想を軽んじるのではなく「文明最古の制度の一つから排除されないことだ」とする Oberfell, 135 S. Ct. at 2608. この法廷意見の保守性につき、神谷・前掲注(4) 257-259頁、巻・前掲注(4) 375-376頁、駒村圭吾「同性婚と家族のこれから——アメリカ最高裁判決に接して」世界(2015年)9月号23頁以下(26頁)。

12) 堀江有里『レズビアン・アイデンティティーズ』(洛北出版、2015年)211頁以下、掛札悠子『「レズビアン」である、ということ』(河出書房新社、1992年)56頁以下(83頁)。また、松田和樹「同性婚か?あるいは婚姻制度廃止か?——正義と承認をめぐるアポリア——」国家学会雑誌131巻5・6号(2018年)369頁以下。

い¹³⁾。日本の判例は、この条文で保障される権利について、「私生活上の自由」や「人格権」という法益のもと、当該事件で争われている法益に限定してその権利性を認める方法でこの条文を扱っており、「私生活上の自由」「人格権」の相互関係（包含関係にあるのか）、これら二つにさらに上位概念があるのか、もしくは、この二つ以外に憲法13条が保障している法益が一般的な形で存在するのかについてはまだ形成段階にある¹⁴⁾。つまりドイツの連邦憲法裁判所のよう、条文が保障する権利についての全体像をまず提示する、という方式を採用していない。

この「人格権」の意味を、ドイツの連邦憲法裁判所の判例を手がかりに、深めてみよう。

2.2. ドイツの判例に見る人格権

2.2.1. 概要

憲法13条の解釈にあたって、ドイツの議論を参考に、一般的行為自由説と人格的利益説ないし人格的核心説の対立が日本では論じられた¹⁵⁾。他方、ドイツの連邦憲法裁判所は、ドイツの学説のうち、何れかのみを選ぶのではなく、早々に一般的行為自由も人格権も憲法上保障されているという選択肢をとって現在に至っている¹⁶⁾。

13) こうした補充的性格の権利の保護領域の確定方法につき、土井・前掲注(8)99頁以下。

14) 例えば、憲法13条の裁判規範性を認めた判例として著名な昭和44年の大法廷判決は、憲法13条が保障しているものにつき「国民の私生活上の自由が、警察権等の国家権力の行為に対しても保護されるべきことを規定している……そして、個人の私生活上の自由の一つとして、何人も、その承諾なしに、みだりにその容ぼう・姿態……を撮影されない自由を有する」とする。最大判昭和44年12月24日大法廷判決刑集23巻12号1625頁以下。ここでの法益を「肖像権」といった射程がより拡大する権利として認めていない。他方、この判決理由冒頭の「私生活上の自由」は、後の判断に受け継がれている。指紋押捺制度の合憲性につき、最判平成7年12月15日刑集49巻10号842頁。住基ネット訴訟の最判平成20年3月6日民集62巻3号665頁。

15) 多くのものに代えて、芦部・前掲注(8)335-336、342-349頁。

16) Christian Starck, in: v. Mangoldt/Klein/ders. (Hg.), Grundgesetz, Bd. 1, 7. Aufl. 2018, Art. 2 Abs. 1 Rn. 8ff.; Philip Kunig, in: Münch/ders. (Hg.), Grundgesetz Kommentar, Bd. 1, 6. Aufl., 2012, Art. 2 Rn. 9ff.; Horst Dreier, in: ders. (Hg.), ↗

ドイツにおいて、一般的行為自由（つまり行為全般の自由）は基本法2条1項が、一般的人格権（つまり、個別の権利で保障されていない人格権全般）は、基本法1条1項と結びついた¹⁷⁾ 2条1項が保障している。この二つは別の権利であり、何を保障しているのかについて以下のような概念で対比できる。一般的行為自由の保護法益が自己の作為ないし不作為についての自由な判断（活動の自由）であるのに対し、一般的人格権の保護法益は、人格的な不可侵性 Integrität への第三者による侵害からの自由であり、また一般的行為自由は活動性への保護を提供し、一般的人格権は不可侵性への保護を提供し、一般的行為自由は行為の自由を保障し、一般的人格権は行為の自由によって創設された状況（広義の生活遂行についての「データ」）への介入（歪曲や改ざんも含む）からの自由を問題にする¹⁸⁾。つまり、一般的行為自由と一般的人格権が保障している法益は、対比すると、積極的 aktiv か受動的 passiv か、行動 Tun か存在 Sein か、行為 Aktus か地位 Status か、活動性 Aktivität か不可侵性 Integrität か、で線引き可能である¹⁹⁾。

さて、一般的人格権の保護法益について見てみよう。この権利は、「より親密な個人的生活領域 die engere persönliche Lebenssphäre と、その基本的諸条件の維持を保障」²⁰⁾ することを任務としている。一般的人格権は、「各人に、

↘ Grundgesetz Kommentar Bd. 1, 3. Aufl. 2013, Art. 2 I, Rn. 21ff.: Hans D. Jarass, in: ders./Pieroth (Hg.), Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 15. Aufl. 2018, Art. 2 Rn. 5ff., 39ff.

17) 基本法1条1項は、解釈の指針として考慮されるという趣旨であり、位置付けとしては、一般的人格権は基本法2条1項の権利である。二つの権利が重疊的に適用されるわけではない。Murswiek/Rixen (Anm. 20), Art. 2 Rn. 63. また、このように二つの条項を結びつけ、単独の場合と異なる保護領域権利を導出するのは、連邦憲法裁判所において常態化している。これを概観するものとして、Monika M. Meinke, In Verbindung mit, 2006.

18) Dreier (Anm. 16), Rn. 22.

19) Hanno Kube, Persönlichkeitsrecht, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. VII, 3. Aufl. 2009, § 148, S. 79fff. (Rn. 28).

20) BVerfGE 54,148 (153). Jarass (Anm. 16), Art. 2 Rn. 36a, 39: Dietrich Murswiek/Stephan Rixen, in: Michael Sachs (Hg.), Grundgesetz Kommentar, 8. Aufl. 2018, ↗

各人が自己の個性を發揮し維持することができる私的な生活形成の自律的領域²¹⁾を確保するのである。この権利の保護法益には二つの大きな柱があり、一つは、私的空間の親密性を保護する側面と、もう一つは、公共空間での自己表出を保護する側面とがある²²⁾。さらに、この二つに加え、それ自体は人格的自律の基本的前提条件に関わるが、私的空間の親密性の保護でも、公共空間の自己表出の何れにも分類できない保護利益が追加される²³⁾。

2.2.2. 性的指向や性自認と人格権

性的指向及び性自認について、一般的人格権との関係でのドイツの判例を概観しよう。

(1) 「私的領域と公的領域の限界領域」である同性愛行為と処罰

(a) 法の概要 21歳以下の男性に対する男性による「わいせつ行為」に最大で10年の懲役刑を科す刑法175a条3項で有罪判決を受けた X1、男性同士の「わいせつ行為」に罰金刑を課す刑法175条1項違反等で有罪判決を受けた X2により提起された憲法異議の事件である。この刑法175条の前身は、北ドイツ

↘Art. 2 Rn. 60.

21) BVerfGE 79, 256 (268): Jarass (Anm. 16), Art. 2 Rn. 39.

22) Vgl. Kube (Anm. 19), Rn. 37. 前者の「私的空間の親密性」の例として、「一般的人格権の発展の出発点」である、個人情報や生活状況の調査を行った抽出国勢調査判断において、各人の「内部領域」を基本権が保障すると述べていること (BVerfGE 27, 1 (6)) などが挙げられている。後者の公共空間での自己表出の例として、捜査手続に秘密裡に採取された録音テープの利用についての判断にて、一般的人格権が、語った言葉についての権利も保障しており、だれがそれを受け取るべきか、録音媒体により誰に再び聞かせるべきかを原則として各人は自ら決定するべき、とした (BVerfGE 34, 238 (246)) ことなどが挙げられている。

23) Kube (Anm. 19), Rn. 37, 47ff. 私的空間の親密性と公共空間の自己表出と並ぶ、人格的発展の基本的諸条件を一般的人格権は保障するのだが、この例としては、実子Xを育てられない両親が養子縁組をしたが、それまでXを里子として育ててきた里親が引き渡しを拒否し、その引き渡しをめぐる裁判になった際、連邦憲法裁判所は、里親の憲法異議は認めなかったが、Xには一般的人格権 (子供には人格発展の固有の権利があり、固有の責任で社会の中で人格を発展するために保護と援助を必要とする、とした) があり、それまでのXの生活環境を変更することについて、子どもの福祉への危険が十分な安全性をもって排除される場合のみ、この権利の侵害はない、とした (BVerfGE 79, 51 (63f.))、ことなどが挙げられている。

連邦の規定を引き継いで1871年に制定された帝国憲法典175条であり、そこでは、男性同士の「反自然的わいせつ行為」に罰金刑が課されていた²⁴⁾。「反自然的わいせつ行為」とは「性交類似行為」を指し、その該当性は個別事件における裁判官の解釈に委ねられていた。1935年のナチス期に、暴力を用いた場合、21歳以下への場合等をより重く罰する175a条が追加され、また175条1項となった「反自然的わいせつ行為」も解釈が拡大され「性交類似行為」が不要とされた²⁵⁾。この規定がドイツ連邦共和国にも引き継がれた（なお、1969年に、刑法175条は改正され、対象が① 21歳以下の男性に対する18歳以上の男性によるわいせつ行為、② 従属関係を乱用した男性同士のわいせつ行為、③ 商売目的の男性同士のわいせつ行為、に変更され、成年同士の合意に基づく性行為は刑罰対象から外れた。また1994年に法改正がなされ、青少年保護の観点で刑法182条にまとめられ、刑法175条自体は削除された）。

(b) 権利とその限界 X1、X2 の憲法異議をうけての1957年の判断²⁶⁾ に際して、連邦憲法裁判所は、アメリカの *Bowers v. Hardwick* 事件判決のように、「ソドミー行為をする自由」が憲法上の基本的自由であるはずがない²⁷⁾、と退

24) 同性愛者に対するドイツでの刑罰の法制史の概観につき、Christian Schäfer, „Widernatürliche Unrecht“ (§§175, 175a, 175b, 182 a.F. StGB), 2006; Jörg Risse, *Der verfassungsrechtliche Schutz der Homosexualität*, 1998, S. 23ff.

25) ナチス期の同性愛者迫害につき、星乃治彦『男たちの帝国』（岩波書店、2006年）120頁以下、田野大輔「ナチズムと同性愛」三成美保編・前掲注（3）書『同性愛をめぐる歴史と法』292頁以下。

26) BVerfGE 6, 389ff. (本文(1)での括弧内の頁番号はここからの引用を指す)。基本法2条1項のほかに、成人男性同士の同規定の構成要件に該当する行為について、基本法3条2項（男女同権）、3項（性別による差別禁止）は、男女間のものであり、この処罰にそれに相当するものがないため、この刑法条文の基本法適合性についての指針をこれらの条文は含んでおらず、また、基本法3条1項（一般的に平等な取り扱いを命じる規定）も、何かとの比較が必要だが、それがないので、無関係であるとした。

27) 478 U. S. 186 (1986)。アメリカのいわゆるソドミー行為処罰とプライバシーの変遷につき、駒村圭吾「道徳立法と文化闘争——アメリカ最高裁におけるソドミー処罰法関連判例を素材に——」法学研究78巻5号（2005年）83頁以下。駒村・前掲注（4）210頁以下。竹中勲「性的結合の自由（一）（二）」産大法学27巻1号（1993年）26頁以下、4号（1994年）677頁以下。

けはしなかった。連邦憲法裁判所は、基本法2条1項が保障する自由な人格の発展に性的な領域も含まれ(432頁)、「他人との『コミュニケーション』のなかで生じる行為」が基本法2条1項及び1条1項の観点から立法者の介入を否定されうことは認めた(433頁)。ただ、ここでの問題が他人との関係である場合、「最も狭義の親密領域」のものではないとした(他人との関係がこの領域に属するのは家族のような特別な状況である)(433頁)。そして、基本法2条1項の基本権が、憲法適合的秩序により制限されるとしたうえで、この基本権が明示している限界の一つである「道德律」に反するかどうかを問題とし、「私的領域と公的領域の限界領域での行動について刑罰を科す必要性が肯定されるのは、社会共同体がこの活動を明白に道德律に矛盾すると認定できる場合である」とする(434頁。強調原文のまま。ただしイタリック体による強調)。

(c) 道德律 この「道德律」は、裁判官個人の道德観ではなく(434頁)、公的な宗教社会、とりわけ、国民の大半が自己の行為規範としている二つのキリスト教宗派が、その教義から反道德的とみなしているものにより大きな比重を置いて解釈される(434-435頁)。そして同性愛を道德違反と見る立法者の視点が国民の意識にこれまで依拠してきたとして刑法175条は「憲法適合的秩序」に属し、「それゆえ人格の自由な発展の権利を限界付ける」(439頁)とした。

(2) 性自認に基づく出生登録簿変更と「人間に備わった諸素質と諸能力との自由な発展」保障

(a) 事件の概要 性自認は女性であるXは性適合手術を受けて女性として生活しているが、Xを男性と記載する出生登録簿(日本の戸籍にほぼ相当する)の記載変更を求めている。

(b) 権利 1978年、ドイツ連邦憲法裁判所は、医学的知見から性同一性障害の問題であり性適合手術を受けている場合は、一般的人格権が出生登録簿の訂正を命じているとした²⁸⁾。連邦憲法裁判所は、基本法1条1項が人間の尊厳を

28) BVerfGE 49, 286ff. (本文(2)での括弧内の頁番号はここからの引用を指す)。なお、日本では、性自認が戸籍上の性別と一致せず、自認している性別への適合手術を受けている当事者の、戸籍訂正申立に対して、「人間の性別は、性染色体の如何」

保障しており、この保障に「人間が自分自身で自らを定め自己の運命を自らの責任で形成できることが属する」。基本法1条1項と結びついた2条1項は「人間に備わった諸素質と諸能力との自由な発展を保障」し、それゆえ、「人間の尊厳と人格の自由な発展の基本権は、人が自己の精神的身体的構成に沿った性別に、身分を分類するよう命じている」(298頁)という。

(c) 権利の限界と道徳律 とはいえ、この自由な人格発展の権利は道徳律の制限の枠内で保障されている(299頁)。しかし、道徳律は、本件では侵害されていない。臨床上要請されていない性適合手術が道徳律違反かどうかは、ここでは判断の必要がない。なぜならこの手術は精神と身体的一致への努力であり、手術はこの目的の実現の一部と見なければならない。また、男性の生殖能力及び女性の懐胎能力は婚姻締結の前提条件ではない(300頁。なお、Xの出生登録簿変更の意図は、女性として生活しているXが男性と婚姻するためである)。

(d) 判断枠組み 連邦憲法裁判所は、「個人の、仲間との共同生活から、私的領域についての排他的決定権の制限が生じるのは、この制限が、最も内部の不可侵の生活領域に属していない限りで、である」とした(300頁)。そして、Xの事件では、基本法1条1項と結びついた2条1項の基本権への介入を正当化できるほどの、出生登録簿の性別変更を拒否するだけの公益が認識できない、とした(300頁)。したがって、「裁判所は、そこから生じる、基本権に適合するよう手続を進める義務を、法律の欠如を理由に拒否できない」(301頁)。

(e) 法の欠如と裁判所の義務 現在、性同一性障害者についての出生登録簿変更についての規定は存在せず、立法者は、これを出生登録法との関係でどのようにするのかは任意である。「それにもかかわらず裁判所は訂正の前提が規定されていない限りで、基本法1条1項と結びついた2条1項から直接導出された要請が、出生登録法47条1項の憲法適合的解釈に際して考慮できる」(301頁)。出生登録法47条1項は、出生登録当初から存在した不備の訂正規定であ

↘によって決定されるべき」であり、性転換手術を受けたとしても「同本人を女と認める余地は全くない」と申立を却下した決定がある。名古屋高裁昭和54年11月8日決定家庭裁判月報33巻9号61頁。

る。確かに性同一性障害者の事例はこうした例ではない。しかし連邦通常裁判所が裁判官の法創造では本件のような出生登録簿変更はできないとする解釈は「誤っている」(303頁)。「確かに法律の欠如は存在するかもしれないが、上述の憲法状況、すなわち直接基本法1条1項と結びついた2条1項から導出される義務に裁判所が行き当たるといって、に鑑みて、法規定の欠如を主張することはできない」(303頁)。出生後、性の変化による登録の変更について備考欄の注は将来効のみを持ち、その限りで設法的であることは憲法上問題ない。これについて判断することは連邦憲法裁判所の任務ではないので連邦最高裁に差し戻す。(なおこの判決を受けて、1980年に出生登録簿の性別変更の要件を定めた法律が制定されている。これに関する訴訟は本節の(6)(7)(8)にて取り上げる)。

(3) 「私的生活形成の妨害」の可能性と同性のカップルへの婚姻手続拒否

1993年に、連邦憲法裁判所の第1法廷の部会に同性のカップルが婚姻手続を拒否されたことを憲法違反として争った事件が係属した。ただ、憲法異議の要件を満たさないとして訴え自体は却下されているが、次のような言及がある。「憲法異議が憲法異議申立人の私的生活形成の妨害及び婚姻配偶者に対しての不利な扱いにかかわる限りで、基本法1条1項と結びついた2条1項及び3条1項との両立について提起された問題には根本的に重要な意義がある。とりわけ立法者が同性のカップルに、共同生活を可能にする法的な保護を可能にするよう義務付けられるのかどうか、もしくは少なくとも様々な法領域における個々の諸規定を改正する必要があるのかどうか、という問題には、である」²⁹⁾。基本法3条1項は、平等に関する規定であり、また、繰り返しになるが、基本法1条1項と結びついた2条1項は一般的人格権を保障している。Wasmuthは、この連邦憲法裁判所の言及から、立法者は、同性の生活共同体に法的規律を付与するように、という「警告」を引き出した、と生活パートナーシップ法

29) NJW 1993, S. 3058f. (3059). ただし、ここで問題になっているのは、出生登録係の職員が婚姻の手続を行うよう義務付けられるのかどうかにかかわる通常裁判所の判決の憲法適合性が問題になっているので、この問題は憲法異議の理由付けにならない、とした。NJW 1993, S. 3059.

成立後の論文にて、指摘している³⁰⁾。

(4) 「私生活の尊重への請求権」に関する事例であることの考慮と滞在許可証申請

(a) 事件の概要 次は、滞在許可に関する、1996年の連邦行政裁判所の判断である³¹⁾。タイ国籍のX（男性）が、1990年12月にタイで知り合ったA（男性）のもとを「訪問」することと「ドイツ語の勉強」のために、1992年1月から1年間のビザを申請したが、3か月の旅行ビザが発給され、ビザの期限が切れる前に、XとAが婚姻に相当する生活を送っていることを理由に滞在許可の申請を出したが、却下されたため、これを争った事件である。

(b) 「家族」規定の解釈 連邦行政裁判所は、外国人法上の「家族」に関する諸規定（外国からの家族の呼び寄せ [17条]、配偶者の呼び寄せ [18条]、その他の家族の呼び寄せ [22条]、ドイツ国籍を持つ外国人の家族についての滞在許可 [23条]）を、憲法に基づき拡大解釈してXに適用することはできないとした。基本法6条1項（家族の保護）は、判例上男女のカップルに限定されているからであり、基本法1条1項と結びついた2条1項（人格権）の保障はXにも及ぶものの、この権利は、滞在法上、基本法6条1項による特別な保護のもとにあるカップルへの保護を、それ以外のカップルに同様に形成するよう命じてはいないからである（ただし滞在法上の保護作用を展開する限りで審査基準として考慮される）。また基本法3条（平等）について、取り扱いの違いはあるが、法律上の規定は、基本法6条1項の家族への特別保護という価値決定と外国人流入の統制という公益から正当な限定であるから、である。

(c) 行政裁量権の不行使の違法性 他方で、連邦行政裁判所は、法律上の滞在拒否事由がXにはないと、指摘する。Xは滞在目的を偽っていたわけではなく（旅行ビザで入国しているが、当初よりAの「訪問」と理由を説明している）、滞在理由を変更したわけでもない。さらに、AによりXのドイツでの生活費になんら問題がないことは保障されている。この場合、Xは外国人法7条1項及

30) Johannes Wasmuth, Zur Verfassungsmäßigkeit der eingetragenen Lebenspartnerschaft, Der Staat 41 (2002), S. 47ff. (62).

31) BVerwGE 100, 287ff. (本文(4)での括弧内の頁番号はここからの引用を指す)。

び15条に基づき、滞在許可を申請できる。外国人法15条は、個別の滞在許可証付与への外国人局の裁量を認める規定である。実務上、同条項は、外国人法上の限界事例、例えばドイツ内で自分で起業する場合や自由業に従事する場合に滞在許可証を発行する際用いられている。こう指摘したうえで、連邦行政裁判所は、この条項を次のように解釈する。この条項は、外国人法の前回の改正（1965年の外国人法2条1項2号）において、本件のような事例を考慮しないと立法者が判断している場合には根拠として使えない。しかし「法律上まだ最終的に規律されていない領域において適用可能である」（299頁）。Xの滞在目的、すなわち同性の生活共同体の遂行の継続という滞在目的、については最終的な規律は存在しない。被告（外国人局）により適切に行われるべき裁量判断は、連邦領域におけるXの滞在についての私益と公益とに資する場合と反する場合を相互に考量しなければならない、「その際、とりわけ、同性の生活共同体が、基本法1条1項と結びついた2条1項、及び欧州人権条約8条1項の保護領域にある私生活の尊重への請求権に関する事例であることを考慮しなければならない」（299頁）とした³²⁾。そして、外国人局が行使すべき裁量を行使せず、Xの滞在許可を拒否したことを違法とした³³⁾。

(5) 生活パートナーシップ法と一般的人格権

ドイツは、その後、2001年に「同性の共同生活（生活パートナーシップ）の差別解消のための法律」（以下「生活パートナーシップ法」という）を制定したことにより同性のカップルに法的枠組みを創設し、2017年に、民法1353条1項改正案³⁴⁾が連邦議会及び連邦参議院で可決され、異性、同性ともに民法上

32) 欧州人権条約8条1項については、渡邊・後掲注(57)55-56頁参照。

33) 日本において、25年間、日本人男性と同居していた外国籍の男性の国外退去命令の取消訴訟中、裁判所の取消判決の打診を受け、2019年3月15日に国が退去命令を撤回したとの報道がなされている。同性のパートナーがいることが理由となったかは明らかではなく、NHKの取材に対し法務省入国管理局は「個別事案について在留特別許可の理由は明らかにしていない。当事者の素行や生活態度などを総合考慮した結果」とコメントしている（NHK NEWS WEB 2019年3月22日配信）。

34) 旧法では「婚姻は生涯にわたって結ばれる Die Ehe wird auf Lebenszeit geschlossen」とされていたが、改正案では「婚姻は、二人の異性もしくは同性」

の婚姻を行うことが明記された。

その2001年の生活パートナーシップ法に対して、州政府から連邦憲法裁判所に対して抽象的規範統制（及びその判断が出るまでの法律施行の差止）が提起された³⁵⁾。理由は州と連邦の権限配分の観点だけではなく、生活パートナーシップ法による異性カップルを前提とした婚姻制度の侵害である。同性のカップルに婚姻制度類似の法的枠組みを付与することが婚姻制度の核心侵害となるのかどうかという論点に連邦憲法裁判所がどのように判示したのかは後述（本稿Ⅲ.）するとして、人格権との関係では、生活パートナーシップ法が、異性のカップルの権利侵害をしているかという視点から提起された論点にこたえる中で、次のように指摘している。生活パートナーシップ法は、「同性のカップルに権利を承認している。立法者はこの人びとに自分の人格性のよりよい発展を支援し差別を廃止することで、基本法1条1項と結びついた2条1項および基本法3条1項及び2項を考慮している」³⁶⁾。

(6) 「より親密な個人的生活領域」保護とそこへの介入には「特に重要な公益の存在」必要

(a) 事実の概要 先の(2)での1978年の判決を受けて1980年に制定された「性の属性の確認と名前の変更に関する特例法」（以下、「性同一性障害法」という）について、性的指向が同性に向く人の氏名権と親密領域保護の権利を保障している基本法1条1項と結びついた2条1項を侵害しているとして2005年に違憲判決が出された³⁷⁾。前提となる事実は次の通りである。性同一性障害法は、

によって生涯にわたって結ばれる Die Ehe wird von zwei Person verschiedenen oder gleichen Geschlechts auf Lebenszeit geschlossen」と改められた。経緯などを概観するものとして、Jörn Ipsen, Ehe für alle—verfassungswidrig?, NVwZ 2017, S. 1096ff. 戸田典子「すべての人のための婚姻——同性婚法施行」論究ジュリスト23号（2017年）128頁以下。

35) 連邦憲法裁判所は、差止に対しては、2001年7月18日（BVerfGE 104, 51ff.）に差止の要件を満たさないと判示し、抽象的規範統制に対しては、2001年7月17日（BVerfGE 105, 313ff.）に、同法律を基本法と両立する、として、訴えを退けた。

36) BVerfGE 105, 313 (346).

37) BVerfGE 115, 1ff.（本文(6)での括弧内の頁番号はここからの引用を指す）。

同性婚の未規定性の憲法適合性

自認している性別に対応した氏名の変更について、生殖機能の除去を要件としていない（いわゆる小解決と呼ばれている）。ただし、出生登録簿上の性別変更には生殖機能の除去が必要である（いわゆる大解決と呼ばれている）。Xは、出生当時男性であるが、性自認は女性で、性的指向が同性（Xの視点からは女性）に向く同性愛者である。性同一性障害法の小解決により、女性名を取得したが、性同一性障害法は、この氏名変更が無効となる場合の一つに、氏名変更者が婚姻した場合を挙げている（性同一性障害法7条1項3号）。Xは、パートナーである女性と婚姻した際、元の男性名で区役所に登録された。これをXが争い、それを受けた区裁判所は、具体的規範統制の手續に従い、性同一性障害法7条1項3号の憲法適合性について、連邦憲法裁判所に送付した。

(b) 権利 連邦憲法裁判所は、性同一性障害法は、性同一性障害法7条1項3号に基づき性別変更していない同性愛者の性同一性障害者が、変更された名前の喪失なく法的に保障されたパートナーとの関係を開始できない限りで、基本法1条1項と結びついた2条1項と両立しない、とした。基本法1条1項と結びついた2条1項が何を保障しているのか。「基本法1条1項は、人間が自分の個性を自身でどのように把握しそして自身にどのように認識されているか、という人間の尊厳を保護している。その際、基本法2条1項は自由な人格発展の基本権として、基本法1条1項と結びついて、より親密な個人的生活領域に保護を提供しており、そこには人間の性的自己決定、それと同時に自己の性自認や自己の性的指向の発見と認識を含む内密の性的領域も属する。」(14頁)。「この関係で、基本法1条1項と結びついた2条1項は、一方で、自己のアイデンティティの発見と固有のアイデンティティの発展を、他方で、経験した、もしくは獲得した性自認の表現として、人間の名前を保護している」(14頁)。「個人は、法秩序に、自己の名前を尊重し、それによりアイデンティティを支え、また表現されている立場を展開することができるよう、要求することができる。その限りで一般的人格権は、名前の主体を、自身の使う名前のはく奪ないしは強制的変更から保護している」(14頁)。

(c) 権利の限界とその判断枠組み もっとも名前の保護は無制限に保障される

わけではない(14頁)。名前の権利は社会の機能を正当に考慮するために、形成を必要とする。とはいえ、学問的知見から性的属性が身体的特徴から決定されえず、人間の精神構造や継続的に自分で感じられる性別に左右される、ということに基づいて性同一性障害法が施行されており、性自認に対応した名前に変更が可能である。「そのように選択され、使用されることになった名前を反映した固有の性分類は人間の人格性の最も内密の領域に属しており、それは原則として国家の介入から免れている。それゆえに、名前保持者の自己の性的アイデンティティ発見の結果でありそれを反映した名前への権利に対しては、特に重要な公益の存在によってのみ介入されるべきである。」(15頁)。

(d) 立法目的・比例原則 性同一性障害法7条1項3号の立法目的は、同性のカップルが婚姻制度を利用できることになるという外観から、婚姻制度を保護することにあり、この目的は正当な公益に基づいている(17、18頁)。この立法目的を実現する手段として、性同一性障害法7条1項3号は適切であり、また、必要である。というのは、同性のカップルが婚姻制度を使用できるという誤った外観を防ぐために、この手段は適切であり、また、誤った外観からの婚姻の保護のために、より制限的でない手段として、同性のカップルに婚姻制度を利用可能にする、という選択肢は明白ではなく、立法者が目的達成のために、そのルールが必要だと判断すべきものである(19-20頁)。

(e) 狭義の比例原則違反 しかしながら、性同一性障害法7条1項3号は、基本法1条1項と結びついた2条1項により保護された名前の権利に対する介入として当事者に対してあまりに過大な要求である(20頁)。なぜなら、性同一性障害法7条1項3号が、当時前提としていた学問的知見が現在では維持できないからである。当時は、小解決は、大解決の「途中経過」として位置付けられ、性同一性障害者は、最終的に、生殖機能の除去を望み、そして行うものだと考えられていた。しかし、現在の知見に基づくと、性別の変化の兆表は経過観察の診察の中で個別に確定しなければならない。持続的な性同一性障害者の全体のうち、20から30パーセントが性別の変更はしておらず、このことからすれば、性同一性障害者は性別を変更するすべての手段を行うものだという想定

は現実に対応していない(21-22頁)。このような新たに獲得された知見に基づけば、立法者によって当時選択された法的帰結は正当化できない。「なぜならその法的帰結は同性愛を指向する性同一性障害者を、法的に保障されたパートナーを得る際に、過大な方法で、自認する性的属性を表現している名前を放棄するよう強いるからである」(22-23頁)。

(f) 違憲の効果 以上のことから、性同一性障害法7条1項3号は基本法1条1項と結びついた2条1項と両立しないが、無効ではない。なぜなら、これを解決するために複数の選択肢があるからである。立法者が性別変更をしていない同性愛指向の性同一性障害者に、名前を変更することなく、法的に保障されたパートナーを得られる規律を作らない限りで、性同一性障害法7条1項3号は適用できないと宣言する(25頁)。

(7) 出生登録簿性別変更の「婚姻していないこと」要件と「特に重要な公益の存在」の必要性

(a) 法の概要 続いて、直接は性的指向が同性に向く当事者の事例ではないが、基本法1条1項と結びついた2条1項とが保障する性的自己決定権に関する連邦憲法裁判所の判断として、上記(2)(6)での判例を引用し、性同一性障害法8条1項2号が基本法1条1項と結びついた2条1項と両立しないと判断された事例³⁸⁾を取り上げる。性同一性障害法8条1項2号は、出生登録簿の性別変更の際して、婚姻していないことを条件としている。法律制定段階で、すでに異性と婚姻している場合の扱いが問題となり、民法上の婚姻取消事由(BGB 1314条)に性同一性障害法による出生登録簿変更は組み込まれず、当事者が、出生登録簿変更に当たり離婚手続を選択する方式となった。

(b) 事件の概要 Xは1929年に生まれ、1952年に婚姻し、3人の子がいる男性である。すでに長い間、性自認は女性であり、2001年に、性同一性障害法により氏名変更をし、2002年に、性同一性障害法が出生登録簿変更の要件とする生殖機能の除去手術を受け、出生登録簿性別変更を申請したが、婚姻していることを理由に区裁判所から認められなかった。Xと半世紀連れ添った妻は離婚

38) BVerfGE 121, 175ff. (本文(7)での括弧内の頁番号はここからの引用を指す)。

に断固反対している。Xの婚姻は同性愛者を肅正したヒトラー時代に起きたトラウマによるものであり、Xの妻はXの孤独を一人の人間として分かち合ってきた。2001年以来、婚姻生活は同性の生活共同体となり、Xと妻との精神的社会的関係は破壊されていない。Xからの異議を受け、区裁判所は具体的規範統制手続きに基づき、性同一性障害法8条1項2号の合憲性につき、連邦憲法裁判所の判断を求めた。

(c) 権利とその限界の判断枠組み 連邦憲法裁判所は、本稿で前述したBVerfGE 49, 286及び115, 1の判断(本章本節(2)(6))を引用し「基本法1条1項と結びついた2条1項は、より親密な個人的生活領域の保護を提供し、そこには人間の性的自己決定、それと同時に自己の性自認や自己の性的指向の発見と認識を含む性的領域も属する。人格性の最も内密の領域に属するこの領域では、特別な公益の負担によってのみ介入されうる」(190頁)とまず述べた。そして人間の性は変化しうることを指摘し、「人間の尊厳と人格保護の基本権は、当事者の自己決定を考慮し、当事者の新しい性自認を承認し、そしてその出生登録簿上の地位を当事者が精神的身体的な構成に応じた性別に分類することを命じている」とする(190-191頁)。「基本法1条1項と結びついた2条1項から導出された自己決定した性自認の承認への権利」は、性同一性障害法8条1項2号により制限されており、この制限が許されるのは、「正当な目的により制限が正当化され、また制限が比例的である場合のみである」(191頁)。

(d) 立法目的・比例原則 性同一性障害法8条1項2号の立法目的は、配偶者が同性になることを婚姻から排除することを意図しており、正当な公益といえる(192-193頁)。また、性同一性障害法8条1項2号は、出生登録法上同性であり、あたかも同性同士で婚姻できるかのような誤った印象が生じる婚姻を阻止するためには、適切に必要な規定でもある(193頁)。婚姻している性同一性障害者が、性同一性障害法8条1項2号により被る制限は狭義の意味で反比例的である(195頁)。性自認に応じた手術を受け、性同一性障害法上の他の要件をすべて満たしている者に、「その者と法的に結びつき、共にいようとしている配偶者と別れさせ、その者に婚姻に基礎付けられた生活共同体を、別の、そ

同性婚の未規定性の憲法適合性

れと同等な形態を継続することを可能にすることないままに、そうすることは過大な要求である」(194-195頁)。

(e) 狭義の比例原則違反に対して立法者としてなすべきことが残っている。確かに同性のカップルが婚姻することはできない。とはいえ、異性婚が、同性のカップルに変化することがありうる場合、「この法状況に応じて同性婚が生じたかのような印象が生じたということだけではなく、配偶者の認識する性に基づく事実、そして手術により変更された配偶者の性別に基づく事実の問題であることを、立法者が受け止めるならば、男女の結合としての婚姻の構造原理を固持する立法者としてなすべきことがまだ残っている」(195頁)。離婚に必要なのは、生活を継続しがたいという配偶者の意思があることである。性同一性障害者が、婚姻による配偶者との生活継続を望む場合、婚姻破綻の要件事実がない。性別変更の承認のための離婚をするという道が閉ざされているので、離婚手続において配偶者との継続的別居を引き換えにすることになりうる。性別変更か別居かという選択肢は「あまりに過大な要求である。なぜなら、自己の自認する、変化した性別の法的な承認を得る可能性を探るのか、それとも裁判において真実に反する証言をしなければならないかということになるからである」(197頁)。性同一性障害法8条1項2号の「婚姻をしていないことの要請の實質的理由は、婚姻の破綻と関係しているのではなく、同性のカップルに婚姻を認めないという立法者の観点にある」(197頁)。性同一性障害法8条1項2号は婚姻に特別な保護を与える基本法6条1項の侵害も存在する(197頁)。基本法6条1項は、対等な男女の継続的生活共同体である婚姻について、責任ある共同体としての存続を保護し、国家の作用から切り離された私的生活形成の領域を保障している。婚姻当事者は、自分たちでその婚姻生活をどのように送るのか決定できる。国家が離婚を強いるならば、継続的生活共同体・責任共同体としての婚姻の構造的特徴に矛盾する(198頁)。この6条1項の保護は、婚姻中に手術により自認する性に応じた生活をする性同一性障害者の配偶者にも失われることはない(198頁)。「立法者の意図の貫徹のために」、一つの基本権(基本法1条1項と結びついた2条1項)の実現を、もう一つの基本権(基

本法6条1項)の法規に左右させる点に、性同一性障害法8条1項2号がもたらす過剰な負担がある(202頁)。「性同一性障害法8条1項2号は、基本法1条1項と結びついた2条1項および基本法6条1項を侵害している。なぜなら、同条項は婚姻している性同一性障害者に婚姻を終わらせることなく新たな性的属性の法的承認を得る可能性を認めていないからである」(202頁)。どのような方法で対応するかは立法者の判断である(202頁)。立法者が婚姻を異性婚とし、同性のカップルに認めまいとするならば、この事例に対応する法的枠組みを別途考慮する必要がある、その際、「立法者は、性同一性障害者のこれまでの婚姻がいずれにせよ法的に守られた責任共同体として存続しうることを配慮しなければならない」(203頁)。

(f) 違憲の効果 性同一性障害法8条1項2号の憲法違反は無効ではなく、基本法1条1項と結びついた2条1項及び基本法6条1項と両立しないというものである。「なぜなら、この状態を解消するために立法者には複数の可能性があるからである」(204頁)。このため立法者は2009年8月1日までに法律を制定しなければならない。婚姻している性同一性障害者に対する侵害の重大さにかんがみ新法が交付されるまで性同一性障害法8条1項2号は適用されないことを宣言する。

(8) 生殖能力除去要件と「自認する性的アイデンティティを法的に承認すること」

(a) 事件の概要 性同一性障害法において出生登録簿の性別変更に際して、手術による生殖機能の除去を要件について、ドイツの連邦憲法裁判所はこれを一般的人格権に反するとして違憲とした³⁹⁾。具体的には、性自認が女性だが、出生登録簿上は男性である憲法異議申立人Xは、女性と生活パートナーシップ法による登録をしようとしたが、生活パートナーシップ法は、出生登録簿上、同性同士に対象が限られている。ドイツにおける性同一性障害法は、上述したように ① 小解決(3年以上、出生登録簿上の性別と異なる性別で生活しており、性同一性障害者であることの専門家の意見書あり。この場合、氏名の変更は可能だが、出生登録簿上の性別変更は不可)と ② 大解決(手術による生殖

39) BVerfGE 128, 109ff. (本文(8)での括弧内の頁番号はここからの引用を指す)。

機能の除去。出生登録簿上の性別変更可能) という二つの手続が存在し、Xは①により、ホルモン治療を受け、氏名を変更し、女性として生活を送っていた。出生登録簿上は男女なので、法律上の婚姻というルートがあるのだが、性自認からすれば、同性同士のカップルであり、小解決の要件を満たしているXは、生活パートナーシップ法を利用できないことが、憲法に違反するとして争った。

(b) 権利 これに対し、連邦憲法裁判所は、基本法1条1項と結びついた2条1項は「より親密な個人的生活領域に関して、性的自己決定、それと同時に自己の性自認や自己の性的指向の発見と認識を含む人間の個人的な性的領域をも保護している」(124頁)と述べ、性の帰属が学問上の知見からして、誕生時の外形により決まるものではなく、精神的素質や性自認に左右されるものであるとしたうえで「人格の保護と結びついた人間の尊厳は、自認する性に応じた外見とその法的取り扱いとの間に齟齬があることにより親密領域においてさらし者にされることなく、自認している性に応じた生活ができることを当事者に可能にするために、当事者の自己決定権を考慮し、その自認する性的アイデンティティを法的に承認することを命じている」(124頁)とする。立法者は義務付けられるのである、「法秩序がこの要請を満たすよう形成することを、そしてとりわけ持続する性自認についての法的な分類が不合理な諸前提によって左右されないことを」(124頁)。

(c) 権利の限界の判断枠組み 連邦憲法裁判所は、生活パートナーシップ法の利用が、出生登録簿上の性に基つき同性のカップルを対象としていることに問題は無いとするが、しかしながら、出生登録簿上の性別確定があまりに高い要件、過大な要求をする要件である場合は、基本法1条1項と結びついた2条1項から性的自己決定権を侵害するとする(128-129頁)。

(d) あてはめ 性同一性障害法は、出生登録簿上の性別変更には無条件に、例外なく生殖機能の除去の手術を要件としている。確かに多くの性同一性障害者は性自認に対応した手術を渴望するが(統計上、性同一性障害法の申請者の7割が②の大解決により出生登録簿上の性別変更している)、「リスクが大きく、また継続的に健康を損なう負担と侵害と結びついた手術を、医学的必要性がな

いの、その性同一性障害者であることに継続性があり真摯なものであることを証明するために、そして性自認に応じた出生登録法上の承認を得るために、性同一性障害者に要求することは、過大な要求である」(132頁)。その性同一性障害者であることの継続性と不可逆性は、手術ではなく、別のやり方、自認している性別での生活により個別に認定可能であり、「立法者は性同一障害の継続性の存在の証明に過大な要請を課しており、当事者の基本法1条1項と結びついた2条1項からそして基本法2条2項から保護されなければならない基本権を十分考慮していない」とする(133頁)。基本法2条2項は、身体の不可侵性を保障する条文であり、「基本法1条1項と結びついた2条1項の性的自己決定権の実現が、これによって当事者である性同一性障害者に対して発生する基本権侵害を正当化するには十分な重みが存在しないまま、身体の不可侵性の権利の法規に左右されていることになっている」(133-134頁)。

(e) 違憲の効果 したがって、出生登録簿上の性別変更に生殖機能の除去を要件としている部分は、基本法1条1項と結びついた2条1項と両立しないが、無効ではなく、全体として性同一性障害の継続性を証明するための法整備をしなければならないものの、その性同一性障害者への権利侵害の重大性にかんがみて、新しい法律ができるまで、同条項は適用できない、とした(137頁)。

2.3. 同性カップルの私的領域における自己決定と人格権

アメリカの公共哲学者であるサンデルは、同性婚の問題は、多数派の道德観を少数派に強制してよいかという問題だとして定式化した⁴⁰⁾。他方で、ドイツの連邦憲法裁判所の判断を見ると、性的自己決定と多数派の道德観に基づく制限を論じているのは、1957年の判決にとどまる⁴¹⁾。この判決が、成人した人間同

40) アメリカにおける同性愛の論点自体に関心があるわけではなく、リベラリズムの「負荷なき自我」の難点をあぶりだす一例として持ち出されているのではあるが。マイケル・サンデル(金原恭子。小林正弥監訳)『民主政の不満 公共哲学を求めアメリカ上』(勁草書房、2010年)131頁以下、同(鬼澤忍訳)『公共哲学』(ちくま学芸文庫、2011年)184頁以下。

41) これに関連して、基本法2条1項の「道德律」が基本権制限の直接的根拠とし

士の行為を、狭義の私的領域ではなく、社会的領域と私的領域の限界領域と見ていたことにも注意したい。その後の判断では、多数派の道德観との利益衡量は、行われぬ。そして、性的指向、性自認の問題は、「より親密な個人的生活領域」に位置付けられ続けている。すなわち、一般的人格権は、「より親密な個人的生活領域」に保護を提供しており、そこには人間の性的自己決定、それと同時に自己の性自認や自己の性的指向の発見と認識を含む内密の性的領域も属する。」と繰り返し確認されている。性的指向にかかわる領域を他者との調整を必要とする社会的領域に連れ出していない。そうした私的領域を基本法は一般的人格権により保障するのである。そのうえで、性的自己決定、性自認や性的指向を含む「より親密な個人的生活領域」に対して、介入することに、「特別に重要な公益」があるか（ここには多数派の道德観は出てこない）、比例原則に基づいて判断したり、現在の学問的知見に基づく制度設計になっているのか、審査したりしている。

2.4. 日本国憲法13条と「より親密な個人的生活領域」保護

以上の点を踏まえて、日本国憲法に置き換える。多数派とされる性的指向が異性に向く人間の視点で考えてみよう。性的指向が異性に向く人間にとって、特定の異性と生活を共にすることは、個々の性的行為以上に性的生活全体にかかわるものであるという理解から出発してよいのなら、また、性的指向が異性に向けられる人間にとって、自分が異性愛者であることが、四六時中意識されているわけではなく、自己の発言、行動、人間関係において、他の属性（性自認、年齢、学歴、家庭環境など）と分かちがたく一体化している、という理解から出発してよいのなら、その特定の異性との「より親密な個人的生活領域」は、不可侵とされるべき私的領域であろう。

ならば、性的指向が同性に向く人間にとっても同じように不可侵な領域として保護されるべき領域であろう。性的指向が同性に向く人間にとって、同性の

↘て規範性を失っているとす、Wolfram Höfling, „Sittlichkeit“ und Freiheit, JuS 2017, S. 617ff.

パートナーとの生活が法的に承認されることは、性的指向が同性に向く人の私的領域が、私的領域として機能するための前提条件に関わる。私的領域が後ろめたいものではなく、くつろげる場所として機能し、そういうくつろげる場所があることが、公的空間での諸行動からうかがい知れたとしても公的空間での地位を不安定なものとしなないためには、私的領域での状況を、認めなければならない⁴²⁾。私的領域が私的領域たりうるのは、そういう領域が他の目線から隠されていることそれ自体にあるのではなく、そういう領域があることが他から認識されながら、なおかつ、その空間を他から尊重されている状態を指す。性的指向が同性に向いていることに基づいて形成されている私的領域を無いものとして抹殺⁴³⁾ されていること、が私的領域の保護ではない。

したがって、性的指向が同性に向いていることに基づいて形成維持されている私的領域の保護の問題は人格権の問題として引き受けられる。人格権は、各人が自己の責任で創設した日常生活状況それ自体を守る権利であるからである。私的領域の防衛、社会的領域での自己表現、そしてその双方の領域にまたがる人格の維持発展の基本的諸条件の保障をするのが、人格権である。

日本の憲法13条、ないし、人格権にかかわる判例からも、このことは基礎付けられよう⁴⁴⁾。なぜなら、日本の判例は、名誉⁴⁵⁾、プライバシー⁴⁶⁾、氏名⁴⁷⁾、

42) 社会から隠れていることの重圧につき、掛札・前掲注(12)104頁以下。

43) 文脈は異なるが、社会の価値観に基づき、都合よく切り刻まれ、まとめられ、忘れられることを、「抹殺」と表現する、掛札悠子「抹消(抹殺)されること」河合隼雄・大庭みな子編『現代日本文化論2 家族と性』(岩波書店、1997年)147頁以下。

44) なお、性同一性障害の特例法による戸籍の性別変更の要件の合憲性について、最判平成31年1月23日裁判所時報1716号4頁が、「不断の検討を要する」としつつも、社会的状況等を踏まえて合憲としている。身体への負担と性同一性障害の最新の知見に基づき違憲としたドイツ連邦憲法裁判所の本文で上述の判断との違いがある。

45) 大審院昭和9年6月29日刑集13巻904頁(新聞正誤要求と告発権放棄)、最大判昭和61年6月11日民集40巻4号872頁(「北方ジャーナル」事件)。

46) 「名誉、プライバシー、名誉感情」の侵害について人格権侵害とする最判平成14年9月24日判時1802号60頁(「石に泳ぐ魚」事件)。

47) 最判昭和63年2月16日民集42巻2号27頁(NHK 日本語読み訴訟)、最大判平成27年12月16日民集69巻8号2586頁。

自己の宗教上の信念に基づく意思決定⁴⁸⁾、著作権⁴⁹⁾などを包括するものとして「人格権」を用いており、その人格権が憲法13条で保障されていると述べられている⁵⁰⁾。同時に、憲法13条が「私生活上の自由」を保障していることも確認されている⁵¹⁾。本稿で、人格権と呼ぶのは、この日本の判例が言う人格権と「私生活上の自由」が個々の事件を通じて、守ろうとしていることが次第に見えてくる対象を包括したものである。人格権とは、各人が自己の責任で個々の行動の自由によって創設した日常生活状況それ自体を守る権利である。性的指向は、名誉やプライバシーのように、自己の属性の一つである。性的指向に基づく「より親密な個人的生活領域」において日々形成維持している状況は、「私生活上の自由」以外のなものでもない。

性的指向に基づいて形成維持されている私生活は、「より親密な個人的生活領域」に属し、国民一般の道徳観により介入される領域には属さない。この「より親密な個人的生活領域」は、人格権として憲法13条により保障されている。人格権により保障されているこの領域への介入には、「特に重要な公益の存在」が必要なのである。

3. 防御権ではなく制度創設への立法者に対する作為請求権

3.1. 作為義務の質

これらの権利を制限している国家の行為の側に目を転じてみよう。

同性カップルの婚姻の届出を受理しないという行政機関の行為は、法律上の婚姻制度において同性カップルについての規定がない、ということに基づいている。したがって、権利の矛先は、法律を制定する立法者に向けられることになる。日本においては、同性のカップルの私生活に対してなんらかの刑事罰に処しているわけではない。近親婚や重婚のように、民法上禁止しているわけで

48) 最判平成12年2月29日民集54巻2号582頁（エホバの証人輸血拒否事件）。

49) 大審院大正2年6月3日刑事判決録19輯671頁（著作権と同意）。

50) 「北方ジャーナル」事件最高裁判決において、「人格権としての個人の名誉の保護（憲法13条）」とある。

51) この判例については、前掲注（14）掲載のもの参照。

もない。単に、規定がない。いわば、そういう例があることに態度決定をしていない、とも、無視している、とも言える状態である。

これを問題にすることは、国家からの自由ではなく、婚姻制度ないしそれに相当する制度を創設せよ、という立法者に作為請求をしていることになる。

憲法学や憲法判例において、自由を遂行することに対する国家の介入を防御する防御権ではなく、国家になんらかの作為を請求する権利は、裁判所で争う、という点から見れば、立法裁量が広く認められがちであり、国会の判断が尊重される傾向にある⁵²⁾。そして、憲法上の権利から、直接、作為請求権が導出されることが認められているのはごく限られた領域であり⁵³⁾、大半は、憲法において作為請求の権利内容が一義的に確定していないため、その内容につき法律による具体化を必要とすることになる⁵⁴⁾。

同性のカップルの私生活を承認する法的枠組みの欠如という事態を争う際に、憲法上の権利から、立法者に作為義務を導出できるのだろうか。まず、作為の質を見極めよう。

立法者への作為請求権として、代表的なものは、社会保障における生存権の領域であろう。しかし、同性のカップルの私生活を承認する法的枠組みについての立法者への作為請求権は、これとは質が異なるものである。なぜなら、その法的枠組みにおける立法者への作為請求権は、給付請求権ではない。私的領域の承認を請求している。求めていることの中核が、国家との関係で恒常的に作為を発生させる公法上の地位の創設を求めているのではなく、私生活の構築

52) 防御権と国家の作為を請求する権利の審査の区別につき、小山剛『「憲法上の権利」の作法 第3版』（尚学社、2016年）114頁以下。

53) 憲法29条3項の損失補償請求につき、「法令上補償規定を欠く場合でも、憲法29条3項を直接根拠にして、補償請求をすることができる」とする、芦部信喜（高橋和之補訂）『憲法 第7版』（岩波書店、2019年）248頁。判例につき最大判昭和43年11月27日刑集22巻12号1402頁。

54) たとえば、生存権について「国の積極的な配慮を求める権利ではあるが『具体的な請求権』ではない」とし、また知る権利について、「具体的な請求権となるためには、情報公開法等の制定が必要である」とする、芦部・前掲注（53）279頁及び181頁。

についての承認にとどまる。そして、社会保障法上の地位は、この地位の発生要件について立法目的との関係で立法者が創設して初めて存在するため、立法者の役割は地位創設そのものであるのに対して、同性カップルへの法的枠組み付与との関係で要求されている立法者の作為は、立法者の創設によらない、当事者の合意の法的承認にすぎない。その合意は、すでに存在しており、そして、立法者が創出はできないものである。同性カップルへの法的枠組み付与においては、当事者間の合意がすべての始点であり、それが中核となっているため、立法者の役割への要求は、この地位創設にとってあくまで補完的である。

私的領域での存在を中軸とした地位の創設を、立法者が拒否、ないし無視していることは、特定の行為を国家が強制することを防御することより、私的領域に対する制限としてその程度は軽いといえるのだろうか。

3.2. 作為請求権があるのではないか

人格権が、私的領域を保護する、とは第一には、私的領域に介入する国家活動に対して、それをやめるように要求する不作為請求、国家の介入からの防御だろう。同性カップルへの法的枠組み欠如の問題は、国家活動がそもそも存在していない。しかし、人格権に対する制限の程度が、国家の積極的介入と同等に、私的領域でのありように作用する場合、直接的に、人格権は、立法者に、作為義務を課す、といえるのではないだろうか。

同性カップルへの法的枠組み欠如の問題について、立法者の規律義務を憲法上の権利から導出できるか、ということについて考える際に、ドイツの議論を参照することは一定の留保が必要である。なぜなら、同性カップルへの法的枠組みを議会が創設しているので、憲法上の議論が、これまでの判例に基づき異性婚を保障した基本法6条に違反しないか、に偏りがちだからである⁵⁵⁾。とは

55) 生活パートナーシップ法について、Rupert Scholtz/Arnd Uhle, „eingetragene Lebenspartnerschaft“ und Grundgesetz, NJW 2001, S. 393ff.; Gerhard Robbers, Eingetragene Lebenspartnerschaften, JZ 2001, S. 779ff.; Cristiane Freytag, ↗

いえ、一般的人格権の立法者の規律義務の範囲について手がかりを提供する二人の論者を取り上げる⁵⁶⁾。

ひとり、生活パートナーシップ法制定当時「同盟90／緑の党」の法政策スポークスマンであった Beck である。Beck は、「性的指向」による差別克服に関する欧州議会の動き⁵⁷⁾ や、性自認や性的指向への差別禁止を規定するドイツの各州の憲法の規定を挙げ、「今日、自分の性的アイデンティティにかかわる生活共同体を引き受けるという、同性の二人の人間の判断は、憲法上の保護

↘ Lebenspartnerschaftsgesetz, Eheschutzgebot und Differenzierungsverbot, DÖV 2002, S. 445ff.; Kai Möllers, Der Ehebegriff des Grundgesetz und die gleichgeschlechtliche Ehe, DÖV 2005, S. 64ff.; Günter Krings, Die „eingetragene Lebenspartnerschaft“ für gleichgeschlechtliche Paare, ZRP2000, S.409. コメントールにおいても同性カップルの婚姻の論点は、家族の特別保護を規定する基本法 6 条 1 項で取り上げられることが多い。Klaus Stern, in: ders. (Hg.), Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland Bd. IV/1, 2006, S. 481ff.; Christian von Coelln, in: Michael Sachs (Hg.), Grundgesetz Kommentar 8.Aufl. 2018, Art. 6 Rn. 32, 48ff.; Frauke Brosius-Gersdorf, in: Dreier (Hg.), Grundgesetz Kommentar Bd. 1, 3. Aufl. 2013, Art. 6 Rn. 81ff.; Gerhard Robbers, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hg.), Grundgesetz Bd. 1, 7. Aufl. 2018, Art. 6 Rn. 45ff.

56) 本文で後述する論者のほかに、同性カップルの婚姻と基本法 2 条 1 項について言及するものとして、Wasmuth (Anm. 30), S. 61f.; Detlef Merten, Eheleiche und nichteheliche Lebensgemeinschaften unter dem Grundgesetz, in: Festschrift für Walter Leisner zum 70. Geburtstag, 1999, S. 615ff.(630); Martin Burgi, Schützt das Grundgesetz die Ehe vor fer Konkurrenz anderer Lebensgemeinschaften?, Der Staat 39 (2000), S. 487ff. (492); Andreas Zimmermann, Gleichgeschlechtliche Lebenspartnerschaften und das Grundgesetz, in: Festschrift für Helmut Steinberger, 2002, S. 645ff.(657f).

57) 欧州人権条約や欧州人権裁判所の同性婚に関する動きにつき、渡邊泰彦「ヨーロッパ人権条約における同性婚と登録パートナーシップ：ヨーロッパ人権裁判所シャルクトとコルフ対オーストリア事件とその後のオーストリア憲法裁判所判例より」産大法学47巻1号（2013年）51頁以下。1994年2月28日に欧州議会が加盟国に対して「性的指向」に基づく差別をしないよう要請し、その中に同性愛者の婚姻へのアクセス、ないしそれに相応する法制度の拒否をしないことを目指すよう要請している。Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften C61 vom 28. Februar 1994, S. 40f. これがドイツの議会に1994年3月10日に「欧州議会からの通知」として提出されている。BTDrucks 12/7069, S. 4.

(基本法1条1項と結びついた2条1項)を受けることに全く争いはない」とする⁵⁸⁾。そして「一般的人格権はさらに国家の侵害に対する防御権の要素のみならず、国家に対して積極的作為に対する請求権の出発点をも含んでいる、とりわけ、同性愛者の問題においては、狭義の人間の尊厳に関連性があることにかんがみて」⁵⁹⁾。

他方、Sachs は、慎重な立場をとる。Sachs は、1993年に連邦憲法裁判所が、同性のカップルに生活共同体を可能とする枠組みの創設が義務付けられるか、という論点は提起したものの、それについての回答は行っていないことを指摘したうえで、「この問いへの答えは慎重さが要請される」という。なぜなら、「人格的利益への国家の介入が問題になっているのではなく、防御権として基本権の構造に対応しない国家の積極的作為への請求権が問題になっているからである」と指摘する⁶⁰⁾。Sachs は、通常、内容上の不確定性と立法者の広い形成裁量に委ねられることになるので、「基本権侵害が真摯に受け止められるのは、基本権上放棄できない必要最小限の規律がなされないままの場合である」とする⁶¹⁾。したがって、人格にとって特に本質的な「生活形成の支障の除去」に限定され、この観点からすると、人格権が要請するのは、証言拒絶権、公的施設での訪問権、遺体への配慮権 Totensorgerecht、外国人の移住権などである。これに対して、社会保障領域、税金領域といった財政的意味をもつ諸規律については、これまで一般的人格権との関係ではほとんど必要がない、という⁶²⁾。Sachs のこの論考は、2001年に制定された生活パートナーシップ法について、憲法ゆえに制定の必要性があるのか、逆に、制定することは憲法違反かについて論じるものであり、本稿にとって関心がある前者の問いについて

58) Volker Beck, Die verfassungsrechtliche Begründung der eingetragenen Lebenspartnerschaft, NJW 2001, S. 1894ff.

59) Beck (Anm. 58), S. 1985.

60) Michael Sachs, Rechtsförmliche Lebenspartnerschaften für Menschen gleichen Geschlechts – Verfassungsgebot oder Verfassungsverstoß?, JURA 2001, S. 45ff. (46).

61) Sachs (Anm. 60), S. 46.

62) Sachs (Anm. 60), S. 46.

Sachs は以下のように答えている。「立法者は、同性の人々の生活共同体を確かなものにする法的フォルムを創設することは、憲法ゆえに義務付けられない。もっとも、とりわけ、一般的人格権、すなわち基本法1条1項と結びついた2条1項への考慮でもって、これまで婚姻配偶者のために規定されていた個々の諸規律を、その他の、とりわけ同性の生活共同体において生活する人々にも基礎付けるよう要請はされうる」とする⁶³⁾。

Beck と Sachs に共通するのは、同性カップルの法的枠組みの問題が、私的領域の形成の問題であり、他者との交流が問題になっている公的領域の問題ではない、ということである。そして、Beck は、その形成の当事者たちの判断について、人間の尊厳にかかわる領域における判断である場合、国家に作為請求が生じる、とし、他方で Sachs は、対象を「人格にとって特に本質的な生活形成の支障の除去に限定」し、また、法的フォルムの創設を立法者に憲法が義務付けはしないが要請するという。

Sachs は、一般的人格権から立法者への規律義務までは導出しない。しかし、同性カップルの生活形成についての法律が、一切存在しない場合、同じことを言うだろうか。

なにより、Sachs 自身指摘するように、前節において概観したドイツの判例のうち、同性カップルとの共同生活の維持のための外国人の滞在許可、及び性自認に基づく出生登録簿の性別変更の事件は、一般的人格権から作為義務を導出したと理解されている⁶⁴⁾。連邦憲法裁判所の上述の、出生登録簿上の性別変更についての事件（本章本節(2)）で、何故憲法上の権利を直接の根拠にして、法律の欠如を埋めることを認めたのか、振り返ってみよう。

それは、憲法上の権利として、「人間に備わった諸素質と諸能力との自由な発展」が保障されているから、である。この保障内容を解釈する際の指針とし

63) Sachs (Anm. 60), S. 47.

64) Sachs は「人格権の判例上、立法者の規律義務は……一貫して承認されている」といい、注で出生登録簿変更の事件 (BVerfGE 49, 286ff. 本章本節(2)で概観した) を引く。Sachs (Anm. 60), S. 46. また、連邦行政裁判所の BVerwGE 100, 287ff. (本章本節(4)での滞在許可の事件)などを挙げる、Beck (Anm. 58), S. 1895 Anm. 11.

て、憲法の保障する「人間の尊厳」に、「人間が自分自身で自らを定め、自己の運命を自らの責任で形成できること」が属することが指摘されている。この権利が制限されるのは、「最も内部の不可侵の生活領域に属していない限りで、である」という。ここで引用されている先例は、レーバツハ判決⁶⁵⁾である。事件当時大きな関心を呼んだ軍武器庫襲撃殺人事件の共犯者の仮釈放のタイミングを計っての実名・肖像のドキュメンタリーの報道の自由と、人格権とが、利益衡量された事件である。その利益衡量をする際の前提として、この枠組みが用いられた。

同性カップルの、生活形成についての自己決定は、「より親密な個人的生活領域」に属する。私人同士の関係に中軸を置く「より親密な個人的生活領域」にとって、法律の不存在がベストの状態ではない。民法上の法制度を想起すれば明らかなように、法制度により支えられている領域である⁶⁶⁾。この「より親密な個人的生活領域」は、人格権の基本的諸条件を支える前提である。この法制度の定め方は、立法者の裁量に完全に委ねることはできず、憲法上の権利により限界が設定されざるを得ない。立法者の作為のみが、「より親密な個人的生活領域」を制限するわけではなく、不作為であっても、時として、作為以上に、この領域の形成、維持を困難にする。

人格権は、同性カップルの生活形成についての自己決定を可能にすることを立法者に義務付ける。この自己決定を承認する法的枠組みの完全な欠如は、この自己決定を制限している。この領域は、人間の生活にとって、基礎となる領域であることからして、法律を制定しないままにすることに特別な公益の存在が必要である。

4. あてはめ——人格の根源的平等性

後述するように平等の観点から審査する場合、異性カップルには存在する法

65) BVerfGE 35, 202 (220).

66) これに関連して、基本権の法律による内容形成について、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、2004年）。

律上の婚姻との対比で、同性カップルと異性カップルの取り扱いの違いを審査することになる。これに対し、人格権が制限されている側面においては、法律の不在が直接の問題であるがゆえに、欠如している法律の目的やその実現のための手段を審査することはできない。もちろん、本稿冒頭で排除した、婚姻の自由の制限ならば、やはり、法律上の婚姻制度の目的とそれを達成する手段として異性カップルに限定する手段の審査をする形になろうが、人格権の制限は、法律上の婚制に限らず、とにかく、同性カップルには私的領域の承認がないこと、それだけを問題にする視点であるから、法律上の婚姻のみを念頭に目的手段審査しても対象が狭すぎる。

憲法が保障する法的地位との関係で、それに対応する法制度が欠落していることが問題になった、という意味で共通点のある在外日本国民選挙権事件の最高裁判決⁶⁷⁾を参考にしてみよう。最高裁は、提起された訴訟につき行政事件訴訟法ないし国家賠償法上の要件から検討する前に、在外日本国民の選挙権行使を制限することの憲法適合性について検討している。まず、選挙権を憲法が保障している趣旨を確認し、それについて「国民の国政への参加の機会を保障する基本的権利として、議会制民主主義の根幹を成すものであり、民主国家においては、一定の年齢に達した国民のすべてに平等に与えられるべきもの」と指摘し、この趣旨からして「国民の選挙権又はその行使を制限することは原則として許されず」、制限をするのならば「そのような制限をすることがやむを得ないと認められる事由がなければならない」とし、そのような事由があるといえるか検討するのである。また、この「やむを得ないと認められる事由」について、説明を追加している。すなわち、「そのような制限をすることなしには選挙の公正を確保しつつ選挙権の行使を認めることが事実上不能ないし著しく困難であると認められる場合でない限り、上記のやむを得ない事由があるとはいえず」、このような事由なく国民の選挙権行使を制限することは憲法に違反する、としている。

この最高裁の判断の仕方、及び、上記の連邦憲法裁判所の出生登録簿上の性

67) 最大判平成17年9月14日民集59巻7号2087頁。

別変更での判断の仕方を参考にすると、判断枠組みは以下のようになる。

私的領域は、個人の人格の発展のため、また、民主的社会の形成という点でも根幹を成すものであり、市民すべてに、国家との関係でも認められるべきものである。憲法13条が保障する人格権もこの私的領域での諸活動を行う地位を各人に保障している。この私的領域というのは、一人でいることのみを指すのではなく、家族と過ごす時間、親しい人と過ごす時間など、個人的な人間関係をはぐくむ場をも包摂する。この領域の形成、維持を可能とする法制度の形成は、憲法13条により立法者の義務である。この義務を立法者がなんら果たしていない場合、それにはやむを得ないと認められるだけの事由がなければならない。そして、ここでいうやむを得ないと認められる事由とは、それを認めることで侵害される法益がなんらかの形で存在するだけでは足りず、私的領域を否定される当事者が被る人格権侵害の程度を具体的を上回るだけの法益侵害の発生が必要である。

同性カップルの私的領域を肯定することで発生する法益侵害が存在し、かつ、それは同性カップルの人格権を上回るものだろうか。

社会の多数派の道德観が同性に性的指向が向くことを受けいれないとしたら、それは、同性カップルの私的領域の存在を認めない理由になるだろうか。多数派はすでに私的領域を持っており自分はそこに帰れるというのに。憲法13条前段のいう個人の尊重の意味は、多数派の判断であっても、それを個人が覆すべき「切り札としての人権」を保障することにある。これは、「他人の権利や利益を侵害しているからという『結果』に着目した理由ではなく、自分の選択した生き方や考え方が根本的に誤っているからという理由に基づいて否定され、干渉されるときに侵害されていると言いうる⁶⁸⁾。こうした侵害が生じている状態とは、「その人を他の個人と同等の、自分の選択に基づいて自分の人生を理性的に構想し、行動しうる人間として見なしていないことを意味する」⁶⁹⁾。同性カップルに、私的領域を認めない多数派にとっての理由が、単に道德観を理

68) 長谷部・前掲注(7)112頁。

69) 長谷部・前掲注(7)112頁。

由にしたものならば、そこには個人の人格の根源的な平等性⁷⁰⁾ が否定されている。したがって、こうした道徳観を理由にすることはできない。

社会にとって、それを承認するに値するだけの価値がない、ということは、持ち出してよい理由だろうか。たとえば、生殖との関係で。多数派に私的領域の存在を認める場合には、わざわざ社会にとっての価値を問題にしないというのに。多数派は、私的領域を、無条件に、所与のものとして持っているというのに。同性カップルは異性カップルのようにカップル間の生殖には直結しない。これは現実存在する同性カップルの私的領域を否定するだけの理由になるかどうか疑わしい。なぜなら、生殖に直結しないことと私的領域の否定に因果関係がないからである。仮に、私的領域の保障の、多数派にとっての中心的意図が、生殖の推奨ならば、同性カップルの「より親密な個人的生活領域」に法的枠組みを付与しないことによってではなく、子育てをするカップルへの助成の有無で行うべき事柄である。また、私的領域は、異性カップルにとってそうであるように、個人にとって生殖のためだけに存在するわけではない。仮に当事者間の生殖の有無が社会にとっての私的領域を保護する中心的意義であるとしても、それをもってして、当事者にとって複合的役割を担う私的領域を、包括的に、全面的に否定する理由になるかは極めて疑わしい。社会のために役に立つかのみを基準にしてよいのだろうか。多数派自身、その基準に耐えられるだろうか。

同性カップルに私的領域を否定するに値するだけの法益は、およそ、存在しない。したがって、同性カップルに「より親密な個人的生活領域」の形成、維持を可能とする法制度を付与しないことは、憲法13条に違反する。

Ⅱ. 平 等

1. 法律上の地位の差異

同性カップルへの法的枠組み付与の問題は、人格権の問題だけではない。平等原則の問題とも関連している⁷¹⁾。なぜなら、性的指向が異性に向くカップル

70) 長谷部は、「切り札としての人権」の核心をここに見る。前掲注(7) 112頁。

71) 平等の保障内容として、アメリカの判例を参考に、「反従属」が主張されている。

は、私的領域が私的領域として尊重され、機能する法制度が整備されているからである。性的指向が同性に向くカップルにはそれが欠如している。

私的領域や社会的領域は、性的指向という点で、中立にできておらず、性的指向が異性に向けられる人間を原則に構築されている。

これは、人々の認識レベルの問題にとどまらない。法制度が明らかに違う。相続権、代理権、共同親権、民事訴訟・刑事訴訟における配偶者の証言拒絶権、社会保険の受給資格、税金の仕組み、DVを受けた際の対応⁷²⁾など、多様な法律上の地位が、法律上の婚姻をし、配偶者としての地位を得ると自動的に、ついてくる。同性カップルと異性カップルを区別しているのは、市民の認識だけではなく、法制度上も、区別が発生している。したがって、市民を啓発すれば、差別が解消される、ということだけではなく、立法者の行為それ自体が憲法との関係で問題になりうる。

同性婚について論じる中で、当事者間の契約により、法律上の婚姻類似の契約を締結することで債務を負う（不貞行為をしない債務など）ことは妨げられていない旨の指摘がある⁷³⁾。民法上、法律上の婚姻により発生する法的効果としてスタンダードに説明される夫婦間の権利義務、すなわち扶養義務、同居義務、につき、確かに、当事者間の契約として締結し、当事者間のみに効力を持つ形の権利義務を発生させることは可能である。しかし、それは、法律上の婚姻という、私的領域と公的領域にまたがる公示力に遠く及ばない。法律問題が発生するたびに個別に対応する手間の有無（例えば、代理権を持つことを公式に認めてもらうための公正証書の作成の労力と費用。さらに公正証書の意味を

ゝる。被差別者が「二級市民」として扱われることの禁止である。これにつき、安西文雄「平等」樋口陽一編『講座憲法学3 権利の保障【1】』（日本評論社、1994年）75頁以下（90頁）、安西文雄・巻美矢紀・宍戸常寿『憲法学読本 第3版』（有斐閣、2018年）103頁〔安西文雄執筆部分〕、巻・前掲注（4）372頁以下。

72) 同性婚人権救済弁護団編『同性婚』前掲注（3）99頁以下。なお、DVについては、同性間でも規定の準用により保護命令が出されたことはある。同113頁。また、なぜ同性愛者たちが権利を認めるよう運動する際に婚姻の権利を求めたか、について、チョーンシー・前掲注（3）129頁以下。

73) 内田・前掲注（2）75頁。

相手に説明する必要性)。法律上の婚姻が認められるカップルには、包括的に地位が与えられ、そうした個別対応の労力は存在しない。また、契約を締結しようがない事項が、法律上の婚姻をした配偶者には与えられている。税金の配偶者控除や、社会保険の受給資格や、共同親権や裁判における証言拒絶権などである。確かに、法律上の婚姻をしている配偶者にも、これら個々の法律上の地位は、権利ではなく⁷⁴⁾75)、立法政策上の観点から付与されている法律上の地位であり、社会情勢の変化により、範囲が変わることがありうる。ただ、ここで問題になっているのは、個々の法律上の地位についての請求権ではなく、法律上の婚姻に伴う、各種請求権を包括的に発生させる地位それ自体である。この点について、国は、性的指向が同性に向く者と、異性に向く者とで、取り扱いの区別をしている。

これは取り扱いの区別には合理的な根拠を要求する憲法14条1項の問題である。

2. 婚姻制度とは何か

そもそも婚姻とは何か。

最高裁は、内縁を不当に破棄されたことに対する慰謝料を求めた裁判におい

74) たとえば、国民年金法上の遺族基礎年金は、遺族厚生年金と異なり、子がいない妻には受給権がない（対象は、死亡者によって生計を維持していた子のある妻、もしくは、子）。これを争った事件として、京都地平成元年6月23日判例タイムズ710号140頁。

75) 刑事訴訟法の近親者の証言拒絶が認められる理由を「相互の人間関係を破壊してまで証言することを強制すべきではないという立法政策」とする、池田修・前田雅英『刑事訴訟法講義〔第4版〕』（東京大学出版会、2012年）339頁。「親族間の情愛を配慮したものであり」憲法38条1項とは無関係の「立法政策の由来する制度」とする田宮裕『刑事訴訟法〔新版〕』（有斐閣、1996年）317頁。これに対し、民事訴訟法上の近親者の証言拒絶権が認められる理由を、憲法38条1項と「基盤を同じくする」とする高橋宏志『重点講義民事訴訟法〔下〕第2版補訂版』（有斐閣、2014年）100頁。また、証人本人の黙秘義務や秘密として保護されるべき社会的価値ではなく「憲法38条1項による自己負罪供述禁止と類似の趣旨にもとづいて証人自身の基本的人権を保護しようとする」点に根拠があるとする伊藤真『民事訴訟法〔第4版〕』（有斐閣、2011年）380頁。

て、内縁との対比で法律上の婚姻について以下のように述べている。「男女が相協力して夫婦としての生活を営む結合である」⁷⁶⁾。民法の教科書では、歴史上、社会上、様々なものがある男女の性的結合（雑婚、一夫多妻制、一夫一婦制など）のうち、一定の形式のものを法律上の婚姻として扱う、という記述方法がとられる。その際、日本の現行法上、法律上の婚姻の成立には、① 実質的要件（重婚禁止、女性の再婚禁止期間など）と② 形式的要件（届出）を満たす必要があり、これらを満たして初めて、婚姻の法的効果が生じることになっている、とする。法律上の婚姻の成立要件の一つとして、当事者間に婚姻意思の合致があること（民法742条1号⁷⁷⁾）があげられる。この意味について、中川善之助は、「婚姻をなすとは、その時代の社会通念に従って婚姻とみられるような関係を形成することであり、単に当事者の主観に従って、その者が婚姻であると思料するだけのものであってはならない」⁷⁸⁾とする。このように、当事者の主観ではなく、社会がそれを婚姻と認めているという視点を組み込むのが有力説⁷⁹⁾とされている。社会がそれと認識しない形態については、当事者がいかにそうだと思っていなくても、ここでいう「婚姻意思の合致」とはいえないことになる。したがって、中川善之助は、上記の記述に引き続いて、以下のように述べる。「学問を妻とするとか、芸術と結婚するというのが一片の比喻に過ぎなく、真の婚姻意思とは見られないのとまったく同様に、同性間の婚姻というようなものも婚姻的法律要件としては否認されなければならない」⁸⁰⁾。

このように、法律上の婚姻とする要件の一つである「婚姻意思の合致」の解

76) 最判昭33年4月11日民集12巻5号789頁。

77) 内田・前掲注(2)55頁。

78) 中川善之助『新版親族法』（青林書院新社、1965年）160頁。同じく「その社会で一般に」とする我妻・前掲注(2)14頁。

79) 大村敦志『家族法〔第3版〕』（有斐閣、2010年）128頁。ただし、「実質的意思説」と呼ばれるこの説は、同性のカップルを念頭に置いた説ではなく、偽装婚などを法律上の婚姻とみなすかという論点の中で形成されている。

80) 中川・前掲注(78)160-161頁。また、169頁、196頁も参照。我妻・前掲注(2)18頁注1。

積に、社会の認識を組み込むことで、同性のカップルの共同生活を、法律上の婚姻とみる際に、解釈上の論点が発生する場合がある。このほかに、より直截に、法律上の婚姻の成立要件として、明文規定はないものの、「性別」を挙げる教科書もある。現行民法には、婚姻の成立の要件として、明文で、年齢要件、重婚禁止、女性の再婚禁止期間などを規定しているが、異性カップルであることを要求する性別要件は明記されていない。だが、例えば大村敦志は、「前提として、婚姻とは『子どもを産み・育てる』ためのものだという観念がある」として、「民法は、婚姻の当事者は性別を異にすることを前提としている。同性では子どもが生まれないので、同性のカップルの共同生活は婚姻とはいえないということだろう」と述べる⁸¹⁾。同じく、内田貴も、「性別」を婚姻成立の実質的要件として挙げ、当事者間で契約を締結し、婚姻関係のような債務を負うことは原則として自由だが、「それを法律上の婚姻と認めるとなると問題は別である」と述べ、「子を出産することなど、民法が想定している夫婦の観念からして、現時点で、解釈上同性愛カップルに婚姻としての法的地位を認めるのは困難である」と述べる⁸²⁾。

そもそもなぜ、特定の共同生活を、法律上の婚姻として、国に届出をさせるのだろう。この問いは二つの意味にとられる問いであるが、一つは、なぜ、事実婚ではなく、さらに国に届出を求める、という形式的要件を課すのだろう、という問いの次元と、もう一つは、もっと大きく、そもそもなぜ婚姻制度というものを設けているのだろう、という問いである。本稿にとって直接関係がある後者について⁸³⁾、大村敦志は、一对の男女のカップルという像が揺らぎつつあることを指摘する中で、同性婚の可否を検討する際、「決め手は婚姻の目的をどう考えるかという点にある」とする。「二人の人間が共同生活を営むとい

81) 大村・前掲注(79) 133頁。なお、同性のカップルの共同生活について、同285-287頁も参照。

82) 内田・前掲注(2) 75頁。

83) 前者につき、「婚姻の成否(存否)は、第三者に重要な影響を及ぼす。従って、これを公示することが望ましい」とする、我妻・前掲注(2) 11頁。また、内田・前掲注(2) 78頁。

う点のみに着目すれば、その二人が異性であるか同性であるかは必ずしも重要ではない」が、「二人の人間が子どもを育てることを含意して共同生活を送るという点に婚姻の特殊性を求めるならば、同性のカップルには婚姻と同様の法的保護までは認められないことになる」⁸⁴⁾ という。上野雅和は、「婚姻は伝統的に生殖と子の養育を目的とする男女の結合であった」ので、「同性の性的結合関係や共同生活関係は婚姻たりえないとされてきた」としたうえで、「他方、現在では」と続ける。「生殖および子の養育は婚姻内だけで許容されるということもできない」として、事実婚や婚外子が法律上禁止されておらず、また、それを差別することが個人の権利という視点から不当と考えられるようになってきていると指摘する。そして「このように、婚姻と生殖との不可分の結合関係が失われると、婚姻の成立および維持についての社会的利益も重要性を減じ、婚姻法は主として夫婦の個人的利益の保護を目的とするものとなる」という。こうなってくると「伝統的婚姻観および法が当然の前提としてきた婚姻は男女の結合でなければならないという命題も、必ずしも当然に合理的根拠があるとはいえなくなる」⁸⁵⁾。

法律上の婚姻を現行法が規定しているその目的は、次世代を産み育成することを保護するためか、当事者の私生活の保護か。

3. あてはめ——憲法上の価値決定と婚姻制度の過少包摂

法律上の婚姻制度を設ける目的は、生殖と子の育成の保護か、当事者の私生活の保護か。

日本国憲法下での法律上の婚姻制度の立法目的にとって、生殖と子の育成の保護も当事者の私生活の保護も、無関係ではないだろう。民法それ自体が規定している婚姻の法的効果（同居、協力、扶養の義務）のみならば、どちらとも

84) 大村・前掲注(79)286頁。男女カップルにも子を持ってない(持たない)場合があるため、ここでいう後者の目的はあくまで「抽象的・典型的な目的」である、としている。同書同頁。

85) 上野雅和「前注」青山道夫・有地亨編著『新版注釈民法(21)親族1』(有斐閣、1989年)178-179頁。

言い難いかもしれないが、さらに上述した社会保障法、租税法、訴訟法上などの配偶者の地位は、婚姻制度を利用することで自動的に一括してついてくるといふ点、及び、その保障内容が子の養育との関連性を問わない私生活や社会生活に関わっているという点において、前者だけでは説明しがたいように思われる。

とはいえ、立法目的を前者、すなわち、生殖と子の育成の保護であると仮定したうえで、同性カップルとの関連性を否定することは、二つの点で困難を伴う。一つは、異性カップルにおいても生殖をおこなわない場合がありうるにもかかわらず、それでも届出を受理するからである。法律上の婚姻制度の主たる立法目的が生殖と子の育成の保護で、婚姻制度からカップルを排除する理由にもなりうるのなら、高齢のカップルや、獄中婚、ディンクスのカップルが排除されていないのは一貫性がなく、立法目的として維持できない。もう一つは、異性カップルにディンクスがいたり、子供を産む場合があったりするのと同じように、性的指向が同性に向く人も、自分と遺伝的につながった子供が欲しいと願っている、もしくは子供がいる家庭を望んでいたり、子供は欲しくないと思っていたりする可能性があり⁸⁶⁾、同性カップルの社会的認知により、日本でも同性カップルで子供を育てる家庭が増えていく可能性はある。したがって、次世代の育成という立法目的により、同性カップルを、対象としないことが自動的に正当化できるわけではない。

法律上の婚姻制度の立法目的が、当事者の私生活の保護ならば、異性カップルに対象を限定していることはその合理性が極めて疑わしくなる。

ただ、法律上の婚姻との関係で確かめなければならないのは立法目的という観点だけではなく、「婚姻意思の合致」という要件である。前節で民法上、法律上の婚姻を認める実質的要件が、婚姻意思の合致が必要とあった。そしてこの意味について、上記で引用した通り⁸⁷⁾、中川善之助は、「婚姻をなすとは、

86) チョーンシー・前掲注(3) 151頁以下、イレヌ・テリー(石田久仁子・井上たか子訳)『フランスの同性婚と親子関係』(明石書店、2019年) 117頁以下参照。

87) 前掲注(78) 本文。

その時代の社会通念に従って婚姻とみられるような関係を形成することであり、単に当事者の主観に従って、その者が婚姻であると思料するだけのものではならない」とする。このように、当事者の主観ではなく、社会がそれを婚姻と認めているという視点を組み込むのが有力説とされている。これを前提とすると、社会が同性カップルを「カップル」とみなさない限り、そもそも排除に何ら問題はないことになる。

この民法上、実質的意思説と称される説は、しかしながら、異性カップルにおける偽装婚などをどこで線引きして婚姻の法的効力を否定するか、を判断するために発達した説である⁸⁸⁾。実質的意思説のねらいは、法律上の婚姻の法的効果を、すべて引き受ける意思がない当事者を排除することにある。同性カップルは、これに対し、法律上の婚姻の法的効果を、すべて引き受ける意思がある。ただ、法律上の婚姻が想定してきたカップルとの違いがあるとすれば、同性カップルというだけである。当事者間の「婚姻の意思の合致」が、法的効果をすべて引き受ける意思があるか、という問題なら、同性カップルを排除する理由として準用できない。してはならない。

もちろん、社会において婚姻制度というものが、一夫多妻制や多夫一婦制や一夫一婦制など多様であり、そういう意味で、社会の意識というものを反映したものとなるのは当然であろう。とはいえ、性的指向が同性に向く人のアイデンティティは、現在の社会の中で形成され、そこでの常識を前提にしか形成されない⁸⁹⁾。現在の日本社会は、少なくとも、愛する人と排他的で永続性のある関係性を結ぶことを婚姻と呼び、社会的に寿ぐ文化を有する。この日本社会の常識は、この社会で同じように生活している人の常識であり、異性カップルに限った常識ではない。

婚姻制度の形成には、立法者の裁量がある。他方で、多数者の意識を基準に、

88) 実質的意思説で問題にしてきたことは、婚姻の効果の全面的享受か部分的享受かにあるとする内田・前掲注(2) 60頁。また、大村・前掲注(79) 127頁以下。

89) 自己の輪郭が形成される際、他者(社会)との関係が必要になる、とする堀江・前掲注(12) 38-39頁。

同性カップル当事者の意識に思いを致すことなく、同性カップルの意思の合致を「婚姻意思の合致」とは思わない、とする社会意識を婚姻制度に反映したままでよいか、ということが問われる。ドイツにおいて、リュート判決という判決がある。憲法上の価値は、中立ではなく、全法秩序を、憲法上の価値を実現する方向へ引っ張り続ける、という宣言をした判決である⁹⁰⁾。この判決自体は、私人間の紛争だったので、「憲法の私人間効力」の判例として日本でも有名だが、ドイツにおいては、この判決は、ありうる法解釈のうち、現状肯定ではなく、憲法上の価値実現へ舵を切るべきだ、という場合に、私人間の紛争に限らず登場する⁹¹⁾。

日本国憲法は、平等を保障している。同性カップルと異性カップルの間で生じている取り扱いの違いが憲法の保障する平等に反するか、考える際、その判断を国民の意識、すなわち、国民の意識をくみ取る国会の判断に委ねた非嫡出子相続分規定事件の平成7年の最高裁の決定⁹²⁾と対比してみたい。国会の判断を待つか、それとも現在の状況は、すでに、即、違憲なのか。非嫡出子相続分規定事件にて、最高裁が、即違憲としなかった理由の一つは、嫡出子と非嫡出子の区別が、民法が法律婚主義を採用していることとの裏表の関係で生じてしまうことなのだとすれば、同性のカップルと異性カップルの区別は、法律婚主義に伴う必然的区別ではない。また、非嫡出子の相続分の拡大が嫡出子のその減少に連動するのとは異なり、同性カップルに法律上の婚姻を認めても、異性カップルの権利が制限されるわけではない。また非嫡出子相続分を嫡出子と区別する規定の合憲性が憲法14条1項違反か考えた場合、相続の場合、当事者の遺言により取り扱いの違いを変えることができ、現行法上、当事者の関係性などによって同じになったりならなかったりすることがありうる一方で、同性カップルと異性カップルの取り扱いの違いは、現行法上、当事者の意思の内

90) BVerfGE 7, 198ff. この判決の意味につき、Konrad Hesse, Verfassungsrecht und Privatrecht, 1988.

91) 拙稿「憲法の私人間効力の射程(6)」関大法学論集63巻6号(2014年)74頁以下。

92) 最大決平成7年7月5日民集49巻7号1789頁。

同性婚の未規定性の憲法適合性

容により変更ができない。つねに、同性のカップルは、法律上の婚姻から排除されている。非嫡出子相続分の区別の合憲性を考える際、相続制度が従来から国民の意識を反映したものであり、立法裁量が広く認められるべきと、平成7年段階において最高裁が考えたことが、当時、この規定を合憲とした理由の一つなのだとすれば、婚姻制度も、国民の意識を踏まえて制度設計されるべきものであろう。しかし、憲法の選択した平等の価値は、国会が動くまでの相当期間、同性のカップルの法的承認をしないうまにしておくことを許容するのだろうか。同性のカップルのより親密な個人的生活領域を法的に承認することで、失われる法益は、得られる法益ほどに具体的ではない。失われる法益が、非嫡出子相続分のように、存在しているのかどうかでさえ不明である。得られる法益は、それに対してきわめて具体的である。法律婚主義を前提にした社会に生きる市民の、社会への包摂である。

婚姻制度の目的を、当事者の私生活の保護、生殖の保護、いずれで解するにせよ、異性のカップルのみを対象としている現在の法律上の婚姻は、この立法目的からして包摂すべき対象者を合理的理由なく限定している。法律上の婚姻制度から、同性カップルを排除することは、立法目的との関係で過少包摂といえ、憲法14条1項に違反する。

Ⅲ. 婚姻制度と憲法上の制度保障・価値決定

憲法が全法秩序を導く価値を決定しているとみるのなら、平等のみならず、日本国憲法24条も、憲法的価値を体現しているに違いない。そして、それが、異性カップルを前提とした法律上の婚姻制度を保障しており、同性のカップルに、何らかの形で法的枠組みを付与することは、憲法に違反しないのか。また、憲法24条は、異性のカップルのみを前提とした婚姻制度を保障しており、同性のカップルに法的枠組みを付与することが、その制度の核心を侵害するため、許されない、ということにならないのだろうか。この手掛かりとなるのは、ドイツの判例である。

2001年にドイツにおいて生活パートナーシップ法が成立した際、州政府から

抽象的規範統制（およびこの判断が出されるまでの法律の執行の差止）が提起された。生活パートナーシップ法が異性間の婚姻制度を保障した憲法と両立しない、という視点からである。ドイツは基本法6条1項において「婚姻および家族は、国家秩序の特別の保護を受ける」との規定がある。生活パートナーシップ法は、この規定に反するのか、というのが中心的論点であった。ドイツの連邦憲法裁判所は、これまでの判例を引き継いで、6条1項は異性のカップルのみを対象とした規定である、とした。そして、異性のカップルの婚姻の権利、異性のカップルを前提とした婚姻制度を生活パートナーシップ法が侵害しないか検討した。

連邦憲法裁判所は、基本法6条を防御機能として理解した。6条には、①自由権（婚姻を、自ら選択した相手とする自由）、②制度保障（婚姻を生活形式として提供し、これを保護する）、③価値決定（婚姻を全法秩序にとって拘束力ある価値決定として国家秩序による特別な保護を命じる）⁹³⁾、の側面があるとした。そして①については、生活パートナーシップ法により、婚姻へのアクセスが妨げられていないので、この侵害はない、とした。②については、この婚姻の本質的構造に属するものとして、過去の判例を踏まえつつ、男女の永遠の性質を持つ結社であること、国家の支援の下、自由な意思に基づいていること、男女対等であること、自分たちの共同生活の形成は自由に決めることができること、を挙げ、こうした構造原理は、婚姻のみにかかわっており、法的に似た制度形成を禁止することを、ここから引き出すことはできない（346頁）、

93) 個人の権利、制度保障と並んで、「価値決定」は基本法のもと第三の法的効果として新たに加わった要素である。制度保障と価値決定は、個人の権利ではなく、6条1項の客観法的側面である。6条1項の価値決定は、夫婦合算課税が違憲とされた1957年の連邦憲法裁判所の判断（BVerfGE 6, 55 (71-73).）以来、判例として維持されている。こうした客観法的側面は、日本国憲法24条2項の役割を考える際に参考になるはずである。6条1項の価値決定につき、Stern (Anm. 55), S. 405f., 427ff.; Krings (Anm. 55), S. 411ff.; Konzur/Vasel (Anm. 9), Art. 6 Rn. 13ff.; Thorsten Kingreen, Das Grundrecht von Ehe und Familie (Art. 6 I GG), JURA 1997, S. 401ff. (404ff.); Dagmar Coester-Waltjen, in: Münch/Kunig (Hg.), Grundgesetz Kommentar, Bd. 1, 6. Aufl. 2012, Art. 6 Rn. 35ff.

とし、生活パートナーシップ法の禁止と同構造原理は無関係、とした。③は、まず、婚姻を害すこと、さらに制限することを控えるよう命じているが、生活パートナーシップ法により、この命令の侵害はない、とした。なぜなら、6条1項の命じる「特別な保護」とは、他の生活形式に対して、婚姻を冷遇することを禁止しているのであって、似た制度を導入しても、冷遇は起きないからである。次に、6条1項の価値決定は、生活形式としての婚姻について適切な処遇を命じているが、やはり生活パートナーシップ法によりこれに違反することはない。なぜなら、この法律は婚姻からこれまで婚姻が享受してきた要求を奪う制度ではないからである。生活パートナーシップ法は、単に別の共同生活者に法的保障下において、権利と義務を付与するだけである。さらに、抽象的規範統制を提起した州政府や、反対意見を述べた Haas 判事から、6条1項の価値決定は、他の生活形式を婚姻より冷遇すべきことを命じている、との主張や、他の生活形式が婚姻と類似しないよう、距離を置いて形成することを命じている、との主張⁹⁴⁾を多数意見は退けた。多数意見は、6条1項の婚姻と家族に「特別な保護」があるという意味は、婚姻のみが、家族と並んで憲法上の保護があり、他の生活形式にはない、という点に求められる、としたが、とはいえ、そこからさらに、常に他の生活形式より手厚く保護されなければならない、といった要請は文言からも制定史からも基礎付けられない、とした。

こうしたドイツの連邦憲法裁判所の判断は、日本国憲法24条にも当てはまるだろう。つまり、同性カップルに法律上の婚姻と同様の、もしくは何らかの法的枠組みを付与することは、憲法24条の保障する、異性カップルに対する婚姻制度の侵害にはならない。

94) 連邦憲法裁判所の多数意見と異なり、法律上の婚姻制度と他の生活共同体とを同じに位置付けない「距離要請」を、肯定するものとして、Stern (Anm. 55), S. 475; Scholz/Uhle (Anm. 55), S. 399; Bodo Pieroth/Thorsten Kingreen, Funktionen des Ehegrundrechts am Beispiel des Lebenspartnerschaftsgesetzes, KritV (2002), S. 219ff. 距離要請につき、Jörn Ipsen, Ehe und Familie, in: Isensee/Kirchhof (Hg.), Handbuch des Staatsrecht, Bd. VII, 3. Aufl., 2009, §154 Rn. 55. 基本法6条1項と同性カップルの法的枠組みにつき、村上美樹「同性婚をめぐる憲法上の議論——ドイツとの比較を通じて——」大学院研究年報46号(2017年)(中央大学)。

IV. 違憲無効？

同性カップルにそれを承認する法的枠組みがなんら存在しない現状は、憲法13条及び14条1項に違反する。

ただし、直ちに民法、戸籍法の特定の条文が無効になることは意味しない。なぜなら、この現状をどのような立法措置によって解消するかについては立法者の裁量が存在するからである。異性カップルと同じ婚姻制度によるのか、現行法上、配偶者に認められている法的地位を個別に同性カップルに認めるために法改正するのか、それとは別の法的枠組みを付与するのか、などの対応が考えられるが、何れにするのかは立法者に裁量が存在する。

ただし、何らかの形で付与すればよいのではなく、憲法の要請に沿う形で制度形成されなければならない。二つ、指摘しておく。

一つは、現在日本の地方公共団体がパートナーシップ条例を導入しているが、それに相当するものを国レベルで制定したとしても、憲法に違反する現状はなお解消されない。この日本の条例でのパートナーシップ制度⁹⁵⁾は、ドイツの生活パートナーシップ法⁹⁶⁾とは異なる。日本の条例でのパートナーシップ制度は、二つの型があり、一つは渋谷区のように、同性カップルが相互に契約を締結し、それに公正証書による証明を取得することによって、渋谷区の発行するパートナー証明書が得られるというものである。ここで公正証書は、①任意後見契約公正証書と②合意契約公正証書、の二つが必要である。これが意味するのは、代理権や扶養、高齢になり財産の管理能力に不安が生じた際の後見契約といった完全な当事者間の民事契約を、公的機関として「パートナーシップ証明」するものであり、国と市民の間に存在する法的関係を全く変更す

95) 渋谷区の取り組みにつき、棚村政行・中川重徳編著『同性パートナーシップ制度』（日本加除出版株式会社、2016年）150頁以下。

96) ドイツの生活パートナーシップ法につき、渡邊泰彦「ドイツ」比較法研究74号（2012年）269頁。また各国の状況につき、棚村・中川・前掲注（95）26頁以下、藤戸敬貴「同性カップルの法的保護をめぐる国内外の動向——2013年8月～2017年12月、同性婚を中心に——」レファレンス805号（2018年）65頁以下。

ることを意図していない。この、公正証書取得に一人当たり1万6千円程度の手数料がかかる（両当事者がそれぞれ発行してもらわなければならない）手続が前提となっているパートナーシップ制度は、現時点で渋谷区のみである。これに対して、他の地方公共団体は、同性カップルの「宣誓」に対して「宣誓書」を出す、という形であり、これに必要なのは、本人確認のための戸籍等と、宣誓書を交付してもらう場合の手数料のみである。ただし、当事者の宣誓に証明書発行するのみなので、法的効果が発生するわけではない。こうしたパートナーシップ制度は、現在存在する、法律上の、異性カップルと同性カップルの取り扱いの区別、もしくは国による同性カップルの私的領域の否定を、法的に変えることができない。立法者の対応として憲法が要請しているのは、市民の啓発ではなく、法律上存在している憲法14条1項に違反する状態、憲法13条に違反する状態の解消それ自体である。

もう一つは、立法者が、何らかの形で同性カップルに付与する法的枠組みが、異性カップルと取り扱いの区別をしている場合、その一つ一つに、憲法14条1項との観点で、合理的理由が必要である。ドイツにおいて、同性カップルを対象にして導入された生活パートナーシップ法は、異性カップルの法律上の婚姻との取り扱いの違いが存在、もしくは制定当初は存在しており、それにつき、ドイツ連邦憲法裁判所は、一部を除いて⁹⁷⁾、平等に違反するとして違憲とした⁹⁸⁾。何らかの形で法的枠組みがあればよいのではない。排他的に、また永続

97) 体外受精の保険適用につき、BVerfGE 117, 316ff.

98) 生活パートナーシップ法が制定された2001年から、民法が改正され、異性同性ともに婚姻するとの明記された2017年の間に、連邦憲法裁判所は、まず、その生活パートナーシップ法を合憲とした後、2009年に、連邦と州との年金事業者により追加保険がある遺族年金について婚姻と生活パートナーシップとの不平等を基本法3条1項に違反するとし（BVerfGE 124, 199ff.）、2010年に相続の控除額について婚姻と生活パートナーシップとの不平等を基本法3条1項に違反するとした（BVerfGE 126, 400ff.）。続いて2012年に、婚姻している配偶者間の不動産取得税免除と生活パートナーシップの当事者間、及び、法改正後、生活パートナーシップ法の当事者間にも遡及適用を認めていないことを違憲とした（BVerfGE 132, 179ff.）。そして、2013年に、生活パートナーシップ法の当事者に血縁のない養子について共同親権を認めないことについて違憲とした（BVerfGE 133, 59ff.）。また同じく

性を願い、生活を共にする二人の人間の、より親密な個人的生活領域に、それを支える法的枠組みがあることが前提となっている今の社会に生きる市民に、この社会で生活する人格としての平等を。

* 本稿では Transsexualität を日本の法令名を参考に性同一性障害と訳している。ただし、2018年6月18日に公表されていた国際疾病分類の改訂が、2019年5月25日に、WHO の総会にて了承され、2022年1月1日に発効する。そこには、これまで、心と体の性が一致しないことについて、「性同一性障害 Gender Identity Disorder」として精神障害に分類していたことを止め、名称を「Gender Incongruence」に変更する改訂が含まれている。この名称を厚生労働省は「性別不合」と仮訳している。

↘2013年に、配偶者分割課税の、婚姻している配偶者と生活パートナーシップ法の当事者との取り扱いの違いを違憲とした (BVerfGE 133, 377ff.)。