

## 憲法における婚姻の意味

西 浦 公

一 はじめに

民法七三二条は「配偶者のある者は、重ねて婚姻をすることができない。」と定め、刑法一八四条前段は「配偶者のある者が重ねて婚姻をしたときは、二年以下の懲役に処する。」と定めて重婚を犯罪としている。

これは、他の婚姻制限、例えば婚姻適齢（民法七三一条）や近親婚の制限（民法七三四条）などと比べて顕著な相違を示すものである。

むしろ、日本国憲法二四一条一項は「婚姻は、両性の合意のみに基いて成立」と定めるとどまり、それが「一組の」男女でなければならぬことは少なくとも文言上は明らかではない。

婚姻適齢や近親婚の制限は何らかの婚姻概念に基づくその制約であつて制約の合理性が問われるにとどまる。そして、婚姻が契約関係である以上、意思能力の点から何らかの年齢制限があることは当然であるという理由があり、近親婚の制限には優生学上あるいはまた文化的に一定の理由が成り立たないわけではないにもかかわらず、それらの違背について刑罰まで用意されているわけではない。

他方、重婚の禁止は婚姻概念そのものに関わるものであつて、複合婚が憲法上の婚姻概念に含まれるかどうか自体が問われており、それが含まれないとすればそもそもその禁止を正当化する合理的理由が存在するか否かということ自体が問題とならず、複合婚は憲法上の婚姻の自由の埒外

となるという性質を備えている。

このことの問題性は、近年、欧米において同性間について婚姻又は婚姻に準じる取扱いが法的に承認されつつあることに伴って、日本においてもそれを憲法上根拠づけようとする動きがあることと比較すれば、いっそう明らかである。なぜなら、憲法が明文で「両性の」と定めているにもかかわらず同性間につき婚姻又は婚姻に準じる取扱いが肯定されうるとの見解が存在するのに、憲法の明文に抵触しない可能性が小さくない両性間の複合婚が刑罰の対象とされて怪しまれないからである<sup>1)</sup>。

しかし、本稿は、複合婚や同性間婚姻の可否それ自体を問うことを目的としておらず、またそれらについて立法政策的な当否を問うことも目的としていない。すなわち、本稿は、それらの問題が単なる憲法の文言解釈の問題ではなく、憲法上の概念を規定することと法律による憲法の具体化との関係という原理的な問題であることを指摘することを目的としている。

かかる問題を明瞭に提起したのはW・ライスナーである。ライスナーによれば、憲法は他の法規範から独立して国家体制、法秩序の全体についてその基本的内容を定めるものであり、法律はその実施であるから憲法の内容を法律か

ら決定すべきではなく、立法者によって具体化された意味に従って憲法を解釈すること（憲法の法律への従属）は妥当でない。憲法は概念的自立性を持ったものとして初めて実質的に最高法であり、その優越性を確保されう<sup>2)</sup>。

ライスナーのこの主張には、憲法は他の法規範から独立してその内容を確定されうるものであり、またそうされるべきである、という認識が前提とされている。そしてそのことを根拠づけるのは、憲法が国家体制、法秩序の全体に關してその基本的内容を定める基本的決定であるというC・シユミットの憲法概念を踏まえた憲法理解である。

ライスナーのこの問題提起は、憲法と法律の関係について原理的な問題を指摘するものとしてこんにちもなお色褪せていない。しかし、はたして憲法の概念的自立性はそもそも可能なのか、そして概念的自立性を確保することが憲法の最高法規性を確立することなのか、そしてまた憲法上の概念内容を決定するのは誰なのか。

この問題について、ライスナーと対極にあるのは周知のようにP・ヘーベルレである。ヘーベルレは、ライスナーに対して、不釣り合いに強固な体系志向と憲法の開放性の等閑視、そしてそのことに伴う立法者と法律の役割の軽視を批判した<sup>3)</sup>。そしてその憲法理解は次のようである。

憲法は開かれた規範であり、そこに予め一義的な決定が含まれているわけではなく、国家機関、公的勢力、集団、市民が公共性を具体化するために協働することによって不断に内容を充足される。そして、それらの中にあつて立法機関が第一次的な権限を有するものとして位置づけられる。

このように考えれば、憲法上の諸概念、とりわけ権利概念は程度の差こそあれおしなべて法律によって初めて具体化されるのであり、憲法は第一次的には法律によって具体化されたものである。<sup>(4)(5)</sup>

憲法理解の根幹に関わるこの問題を考える素材の一つとして、本稿が対象とする憲法上の婚姻の意味理解を、憲法上の概念規定をめぐるライスナーとヘーベルレの対立において見るなら、はたして憲法上の婚姻はそもそも一夫一婦制を前提とし他の共同生活の形態を婚姻とする法律を許容しないのか、それとも、一夫一婦制を前提としてはいるが他の共同生活の形態を排除しないのか、あるいは、憲法上の婚姻概念に一夫一婦制までは含まれておらず複合婚は憲法上許容されるのか、それともむしろ複合婚を否定する法律は憲法に違反することになるのかが問われなければならない。

## 二 ドイツ基本法六条一項における婚姻

ドイツ基本法六条一項は婚姻と家族に対する国家による保護を定める。

そこには、日本国憲法と異なり「両性の」という限定はない。それにもかかわらず、同条項に言う「婚姻」は、判例・通説において、「原則として解消することのできない包括的な生活共同体に向けられた一組の男女の結合」とみなされ、男女であるばかりかそれが「一組の」ものであることまでも憲法上の意味とされている。そして、この定義に該当しない生活共同体ないし人間関係は本条の問題ではなく、人格の自由な発展を保障した基本法二条一項の問題であるとされる。

それでは、この定義を根拠づけるものは何であろうか。それは、言葉の一般的用法、一般的婚姻理解、キリスト教的・西欧的伝統などと、論者によって表現は違つていても、要するに、いわゆる西欧の伝統的生活形態に帰着する<sup>(6)</sup>ように過ぎない。問われるのは、言われるように一組の男女の結合が西欧の伝統的婚姻形態であるとしても、そもそもそれは憲法上の諸原理の下で法的保護に値する伝統なのかである。

この点で興味深いのは、男性同性愛者間の婚姻の可否を

争う事例においてこの定義を違憲としたフランクフルト区裁判所決定（一九九三年二月二一日）である。<sup>8)</sup>

同決定は、一般的な婚姻の定義を、伝統的な生活形態に依拠するにとどまってそれ以上の根拠を有さないものとみなし、それを、生活形態の最も内面的領域を支える婚姻締結の自由の制約を正当化しうる「より高度の利益」を持たないという点で基本法六条一項に違反し、同性間の生活共同体と異性間の生活共同体との不平等を取り扱いを正当化する実質的理由を持たないという点で平等を定める同法三条に違反し、同性パートナーとの共同生活という一般的人格権を侵害しているという点で同法二条一項に違反するとしてその定義を退けた。

同決定における理由づけが伝統的婚姻概念の違憲性を十分に立証しているか否かは措いても、同決定は、基本法が同性間婚姻を否認しておらず立法政策に委ねているというのではなく、同性間婚姻を否認することを違憲とするところにおいて重要な点がある。ただし、それでは同決定が、伝統的婚姻概念に代わるなんらかの婚姻概念を想定しているのか、それとも確定的な婚姻概念を設定すること自体を否定しているのかは定かではない。

本決定の当否は措いて、本決定は憲法上の婚姻概念の規

定において、憲法原理との合致、すなわち概念規定の法的妥当性が求められることを示した点に意義がある。

むしろ、同性間の生活共同体は、法形式上の婚姻としては認められていないが、基本法二条一項によって実態として保護され、また人生パートナーシップ法 (Lebenspartnerschaftsgesetz) の制定によって具体的に法的保護を付与されている。したがって、敢えて基本法上の婚姻概念を変更してまでも法形式上の婚姻としなければならぬのかとの疑問も法実務上はありうるが、しかし同時に、伝統的婚姻概念を固守すべき必要性にも疑問がありえよう。

問題とすべきは、定義それ自体、そしてその定義に該当しないものを婚姻とすべきでないとする通説・判例の観点であろう。この観点の故に、憲法裁判所の人生パートナーシップ法判決が同法を合憲としているのも、同法が同性間のパートナーシップを「婚姻」としていない以上、当然の帰結であろう。

### 三 日本国憲法二四一条における婚姻

日本においては、婚姻概念を提示すること自体が決して多くはない（そこには、ドイツ基本法が婚姻を国家的保護

の対象と規定しているから、国家の側からは保護すべき対象が明確でなければならぬという規定上の差異という事情もある。

以下では日本における婚姻概念の取り扱いにおける特徴的な著述を取りあげて検討する<sup>10)</sup>。その際、はじめに見たように、重婚の取り扱いを中心に検討する。

むしろそれらには、重婚禁止を合憲と見るもの（その中には重婚の許容を違憲と見るもの）とそうでないものがある）、そして重婚禁止を違憲と見るものがある。ただし、その憲法判断は、憲法二四条に基づく婚姻の自由についての議論に限定される。なぜなら、憲法一三条に基づく自己決定権として弁証されるのは、事実上の重婚であって、自己決定権は「婚姻」という特定の法制度の創設を根拠づけず、婚姻という法制度の存在は憲法二四条が創設したものである<sup>11)</sup>。

これを憲法と法律の関係について一般化して言えば、婚姻概念を画定しその他のものを違憲とするものと、婚姻概念を画定しないか非常に広汎に捉え婚姻を限定する法律を違憲とするもの、すなわち、憲法の自立性を強調する立場と、婚姻概念を画定しつつその他のものを立法政策に委ねるものと婚姻概念を画定せずもっぱら立法政策に委ねるもの

の、すなわち、法律の自立性を強調する立場に区分されよう。

ドイツの判例・通説の立場は、婚姻概念を画定しそれに該当しないものを婚姻と認める法律を違憲とするものの典型である。

このような立場のものとして例えば、植野妙実子「家族と平等」(杉原泰雄編『新版体系憲法事典』<sup>12)</sup>)は、憲法「二四条は、一定の『婚姻』の形態を公序として認め、その形態とは、『婚姻は、両性の合意のみに基いて成立』としているところから、異性婚であり、『夫婦が同等の権利を有する』としているところから、一夫一婦制である」とする。

これは、重婚禁止が憲法二四条に根拠を有すると明言するところに特徴がある。しかし、一夫一婦制の憲法上の根拠が、「夫婦が同等の権利を有する」との文言にあるとの指摘には疑問がないわけではない。むしろ同稿のように解釈することも可能であるが、夫と妻もしくは夫または妻が複数であってもそれぞれが配偶者との関係において同等の権利を有することも不可能であるとは言えず、問題は「同等」という文言の意味をどのように解するかにかかっており、少なくともこれのみをもって一夫一婦制を憲法二四条の一義的帰結であると断じることには疑義がありえよう。

しかし、同稿のより重要な問題提起は、憲法二四条を「公序」の定めとみなし、これを憲法一三条と対抗関係にあるものと見る点である。一三条と二四条を対抗関係とみなし後者を自由の範囲の拡大の障害とみなすこの考えは、二四条を一三条に還元し婚姻の自由の保障範囲を拡大させる方向と一線を画するものである。

かかる二四条理解には、第一に、憲法二四条という人権の個別規定と一三条という一般規定の関係をどのように理解するかという問題、そして第二に、公共体の基本秩序を定める憲法においてはすべてが公共性の観点から規律されるのであって、二四条が「公序」であるとしても一三条が「公序」に対抗するということはありうるのかという問題がある。

また、中村陸夫『注釈日本国憲法』（樋口陽一他編<sup>③</sup>）は、その根拠は明らかではないが、婚姻の本質は「一夫一婦制の結合」であるとす。したがって、同性間婚姻や複合婚はそもそも憲法上の婚姻概念に含まれず、また含まれるべきでないであり、この点ではドイツの通説・判例と同様である。

竹中勲「親密な人的結合の自由」<sup>④</sup>も、婚姻の自由を「夫婦（婚姻した男女）の性的結合の自由を含意」し、その他の

「性的結合の自由」は憲法一三条に基づく「親密な人的結合の自由」の内容を成すものとみなす。そして、同性間婚姻の否認、重婚禁止、近親婚禁止を、「憲法上の『婚姻』概念に伴う制約」と解する。

同稿は婚姻という概念について「性的」という要素を明示することによって一般的な人的結合と区別し、そのことに伴う内在的制約を指摘しようとしている。しかし、一夫一婦制がなぜ前記の婚姻概念に内在するのかは必ずしも明らかではなく、「婚姻した男女」という場合の婚姻が法律上のものを前提としているとも思われる。

また、これと同質のものとしては、婚姻を「男女の共同生活の内容とする法定された一定の社会制度」とみなす種谷春洋「婚姻の自由」（田上穠治編『体系憲法事典』<sup>⑤</sup>）があげられる。これは、婚姻を、「男女の共同生活」を基体とし、そしてその中から法律によって特に選択されたものと定義つけたものである。したがって、この概念規定からは少なくとも同性間の共同生活は憲法上の婚姻たりえない。

また、同稿は、民法七三二条の重婚禁止を「近代社会における婚姻は、一夫一婦の結合であることを宣言」したものであり、「婚姻の自由がこのような法制度を前提とすることは当然」であり、これは「婚姻したに内在する制約」

であるとする。

この趣旨は必ずしも明らかではないとはいえ、同稿はもっぱら西欧的近代を「近代社会」と同定していると考えられる。しかし、西欧的近代が近代社会の唯一の形態であるという根拠もなく、またそれが普遍性を持つとする根拠も存在しないし、それが近代社会の所産であるとしても、伝統が直ちに法的保護の対象となりうるわけではなく、一夫一婦制という伝統を法的保護に値するとする根拠は明確でない。

ともあれ、同稿は、そこから、重婚を憲法上の婚姻概念に包含されないものと解しているように思われる。言い換えれば、重婚禁止は立法政策の問題ではなく憲法上の要請であり、複合婚を許容する法律は違憲とみなされるとの趣旨と推論されよう。

以上を要するに、婚姻概念を画定しそれに該当しないものを婚姻と認める法律を違憲とする見方は憲法の自立性ないし規範的拘束力を強調することにはなるが、そもそもなぜそれが憲法の予定する唯一の婚姻形態でなければならぬかの根拠づけが容易でないこと、またフランクフルト区裁判所決定が疑義を呈したように当該婚姻概念が憲法上の諸原理に適合するか否かの検証という課題がある。

他方、婚姻概念を極限まで拡張するかそもそも画定せず、それを限定する法律を違憲とする見方としては、安念潤司「家族形成と自己決定」<sup>16)</sup>が、自己決定権を根拠に、家族形成を「個人が誰といかなる結合関係を結ぶかを各人の自由に委ね……各人の自由な合意に法的効力を認める」契約的家族観に立つて、「婚姻の無条件性・無期限性」や「婚姻の相手方についての制限」の消滅を帰結する。「パートナーが異性でなければならぬ」とか、一人でなければならぬという制限もなくなる。近親者との共同生活も当然認められる。」と述べるように、この家族観からは複合婚も当然に肯定される。

婚姻、そして家族は完全に契約自由の領域とみなされているのであり、そこに国家的強行法規は原則として介入を許されるべきではないとするこの説の主張は契約的家族観を首尾一貫させたものであり、透徹しており、この問題に關して最も重要なもの、少なくともその一つであることは疑いない。

むろん、同稿も認めるように、かかる論理にあつては、あらゆる人間関係が婚姻という制度の利用権を主張しうることになり、当事者が婚姻意思（婚姻という制度を利用する意思）を有するものが婚姻であるということになる。

そして、この論理においては、憲法二四条は「婚姻」という制度の存在を認めること以上の意味はもはや有しない。

憲法二四条の「内容は、憲法の他の条項から導出可能」であるからにはかならない。すなわち、「家族と、それ以外の形態の、諸個人の自由意志に基づく結合体との本質的な差異は、結局消滅するであろう。それが、自由で平等な個人のみを政治社会の構成要素と考える場合の、不可避の結論であると思われる。」

婚姻の自由を自己決定権に還元すること自体に疑問がないわけではない。確かに憲法一三条によってあらゆる人的結合の自由を根拠づけることは可能であるが、それだけでは実態としての婚姻はありえても法的な制度としての婚姻の存在までも帰結するわけではない。憲法二四条は、婚姻の意味がなんであれ少なくとも婚姻という法制度の存在を憲法上承認したのであり、そのことによつて婚姻という法制度の利用について自己決定を可能ならしめたのである。もし憲法二四条がなければ、実態としての婚姻はありえても法制度としての婚姻の存在そのものが立法に委ねられることになる。

同稿は、婚姻の自由を言わば最大限に拡大したものであり、それを阻害する法律を排除するものであつて、その結

果として、憲法二四条に言う婚姻は言わば単なる名称にすぎないものとなつたと言えよう。

かかる見方は憲法の自立性を最大限に高め法律の自立性を最小限に限局することになるが、同時に憲法二四条の婚姻の意味もまたほとんど消滅し、その保障対象が何であるかという問題自体が消滅する結果となる。

また、婚姻概念を画定しつつその他のものの取り扱いを立法政策に委ねるものとして、初宿正典『憲法2 基本権<sup>18</sup>』は、婚姻を「一組の男女の合意に基づく契約的關係」と捉えてドイツにおける婚姻概念を継承するが、ドイツにおける一般的見解ではその婚姻概念に該当しないものを婚姻として扱うことが違憲とみなされるのに対して、同性間婚姻の否認や重婚の禁止を「それ自体として違憲とは言えない」とみなしつつもそれらをどのように取り扱うかは立法政策に委ねられとする。

すなわち、憲法上の婚姻概念に該当するものを婚姻として扱わない法律は違憲であるが、それに該当しないものをどのように扱うかは立法上の問題であるというのである。いわば、憲法上の婚姻概念は最低限の意味を言うのであつて、その余は憲法上直ちに禁止されるわけではないとされる。



この見方は、憲法上の概念として確定されたものを唯一かつ排他的なもののみならず説とは排他性を否定する点で異なるとはいえず、やはりそれがなぜ最小限の意味として法律を拘束するかの根拠を、前者と同様に明示しえないという問題を含んでいることは否めない。また、憲法上の婚姻概念に含まれず立法政策に委ねられるものの範囲乃至限界は何かの問題も残される。

これに対して、婚姻概念を画定せずそれを立法政策に委ねるものとして、角田由紀子『性の法律学』<sup>19</sup>は、共同生活の形態のように「価値観が多様なものについては、憲法は中立的立場をとるべき」であり、「同性愛者の『結婚』を法的に承認することも憲法上許され」、「憲法二四条は同性愛者の『婚姻』を法的に承認するのに何ら障害とはならない」と言う。

憲法が明文で「両性」あるいは「夫婦」との文言を用いているにもかかわらず同性間婚姻さえも憲法上承認される以上、同書は言及していないが、少なくとも論理的には憲法の明文に抵触しない複合婚も当然に認められると推論するのが自然であろう。

同書は、このような見方は「価値観が多様なもの」についてのみ妥当するように述べている。しかし、婚姻や家族

に限らず憲法上の概念のすべてが程度の差こそあれ価値観の多様なものであると言えらるから、結局、憲法はあらゆるものについて中立的立場をとると解されるべきものとなるう。

この主張は、例えば、家族の多様なあり方の「その中の一つの形態だけが望ましいとする視点は、必ずや国家による個人生活の統制をもたらすことにならう」という指摘と軌を一にするものである。<sup>20 21</sup>

そして、その帰結はドイツ基本法五条一項一文に定められた芸術の自由における「芸術」の定義をめぐって主張された定義禁止論(Definitionsverbot)、すなわち、国家の定義権の否定と通底するものであるう。<sup>22</sup>

ともあれ、同書の見解は、憲法二四条の婚姻の意味の外延を拡張させることにより多様性に適合させようという方向をとるものであって、憲法二四条の婚姻の意味を限定されたものとみなしてその地位を引き下げ、多様性をもつばら憲法二三条によって基礎づけようとする方向と対照的である。むしろこの考え方にとつて、婚姻の意味の外延の限界の有無と限界があるとすればその限界付けの根拠は何かの問題は残されよう。

さらにこれを明示するものとして、小山剛『憲法上の権

「利」の作法<sup>23)</sup>は、ドイツにおける基本権理解の考察<sup>24)</sup>に基づいて、婚姻の自由を、財産権や契約自由と共に「基本権の保護領域を憲法から直接に画定することができず、その保護領域が法律によって初めて定まる権利」とみなす。

同書の考え方は婚姻の自由の保障領域を法律に委ねるものであり、その意味で法律の自立性に大きな比重が置かれることになる。そしてそこには、憲法と法律の関係、憲法の基本権規範における立法者を拘束する機能との関係という課題を提起して重要である<sup>25)</sup>。

むしろ、このような見方も、婚姻に関して、立法政策の限界の問題、そしてそもそも憲法の拘束力はいかなるものとして存在するのかという問題を孕んでいよう。

以上を要するに、憲法上の婚姻に確定的な概念規定を与えようとする憲法解釈は、文言上の論拠を除いてその概念規定の由つて来たるところを明示するものが少ない。おそらくは伝統的生活形態、そしてそれに基づく現行法律を前提としていると思われる。しかし、その伝統的生活形態とそれに基づく法律の憲法原理適合性の問題は語られないし、憲法上の概念をもつばら伝統に拠つて規定するならばそれは憲法を固定化させるものとなろう。

またそれは、特定の婚姻概念に該当しない共同生活形態

を婚姻として許容する法律を違憲とする考え方とそれを立法政策とする考え方を含み、とりわけ前者は憲法上の概念を極めて狭隘化・固定化することになる。

他方、憲法上の婚姻概念に固定的な概念規定を与えないならば、婚姻の自由の保障範囲は極めて広汎なものになると同時に憲法二四条の意義は最小化される。しかし、そのようにして多様な生活共同体あるいは人間関係を婚姻たりうると主張しても、その結果が憲法の実効性を担保する国民の受容・承認を得られるか否かの問題は残されよう。実態としての多様性が直ちに法的なものとして法的実効性を有するものとなりうるわけではないからである。

また、それは、憲法上の婚姻概念を特定化する法律をおしなべて違憲と見る考え方とどのような共同生活形態を婚姻とするかを立法裁量にゆだねる考え方とを含む。前者は婚姻法そのものを否定する可能性を孕みつつ憲法の内容的自立性を最大限に高め、後者は憲法における婚姻概念の意義そのものを否定する可能性を孕みつつ法律の自立性を最大限に高めることになるう。

#### 四 終わりに

憲法上の婚姻が一夫一婦制のみを指すと解すれば重婚禁

止は憲法上の要請であり、事実上の複合婚が自己決定権に對する合理的制約か否かの問題は残るとしても重婚あるいは複合婚を婚姻と認める法律は違憲とみなされざるをえない。

他方、憲法上の婚姻にはそのような限定は含まれないと解すれば、その制約として合理性があるか否かはともかくとして、重婚禁止は婚姻の自由の制約の問題となりうる。

必要なことは、憲法の優位に基づく独自の概念の形成と憲法の枠内における法律の自立性ととの均衡である。前者は立法による憲法内容の流動化から最低限の核心を維持することを可能にする。後者は憲法の固定化を阻止しその具体化を進めることを可能にする。憲法上の婚姻概念をめぐってもこれら二つの要素のいずれを強調するかが問われている。

憲法上の概念が開かれたものであるということは概念を規定しないことを意味するのではないとすれば、ある時点での概念規定を構成するものは何かという問題を回避することはできない。むしろ、憲法の開放性を承認するならば、それは伝統であると回答することはできない。しかしそれは、その時々々の社会的実態や国民の意識であると回答することも十分ではあるまい。なぜなら、そうしたものの

判定はだがどのような基準でおこなうのかが明らかにされない限り、国家机关担当者の主観に委ねられるか、定義禁止論またはドイツにおけるいわゆる「基本権主観主義」(Grundrechtssubjektivismus)、すなわち、基本権享有者の基本権解釈に事実上のみならず法的にも意義を認める考へ方に帰着する。かかる考へ方が成立しうることは疑いがないとしてもそこに基本権認識上の問題が内在していることも否定しえない。<sup>26)</sup>

基本権の保障領域を固定的なものとみなすのではなく開かれたものと見るならば、それを立法者に委ねるのかそれとも基本権享有者に委ねるのかという二者択一の選択ではなく、立法者と基本権享有者それぞれの役割ないし位置づけをどのようにおこなうかが問われている。

(1) 齊藤笑美子「家族と憲法——同性カップルの法的承認の意味」憲法問題二一(二〇一〇年)一一二頁。

民法学において重婚禁止の合理性への疑念を表明したものととして、大村敦志「家族法」(一九九九年、有斐閣)一一六頁。

他方、内野正幸「憲法解釈の論理と体系」(一九九一年、

日本評論社) 三四一頁は、自己決定権を制約する正当化事由の一つとして公共道徳の確保をあげ「一夫一婦制の婚姻秩序の維持の要請も性道徳の確保の要請に準じるものとして位置づけることがふさわしい」と指摘する。ただし、性道徳自体が一義的でなく、そのため一夫一婦制が性道徳の必然的帰結たりうることも確言しがたい。

- (2) W. Leisner, Von der Verfassungsmäßigkeit der Gesetze zur Gesetzmäßigkeit der Verfassung, 1964, S. 5ff.; derselbe, Die Gesetzmäßigkeit der Verfassung, in: JZ 1964, S. 201ff. 拙稿「憲法と法律の関係について」高松高専研究紀要二二号一六頁。

- (3) P. Häberle, in: A öR 1965/66, S. 119ff.

- (4) P. Häberle, Das Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz, 2. Aufl., 1972, S. 180ff. なお、拙稿「P. Häberleの憲法論」『現代法学の諸相』(一九九二年、法律文化社) 一頁以下他参照。

国会の最高機関性とは憲法の第一次的判断権者の謂いである。小林孝輔・芹沢斉編『基本法コンメンタール憲法(第四版)』(一九九七年、日本評論社) 二一九頁(西浦)。むしろ憲法解釈者の開かれた社会の一環として公開、聴聞そして少数意見制に基づく憲法裁判の意義は高く評価されるべきである。ペーター・ヘーベルレ(畑尻剛・土屋武編訳)『多元主義における憲法裁判』(二〇一四年、中央大

学出版部) 二六一頁以下参照。

なお、ヘーベルレは、家族を開放性と伝統の中間ゾーンとするU・シヨイナーの言葉を引いている。P. Häberle, Verfassungsschutz der Familie-Familienpolitik im Verfassungsstaat, 1984, S. 24.

- (5) ライスナーとヘーベルレの提起した問題は、憲法の自立性と法律の自立性の関係の問題と関わる。ライナー・ヴァール(小山剛監訳)『憲法の優位』(二〇一二年、慶應義塾大学出版会) 二五一頁以下参照。

- (6) これは連邦憲法裁判所のBVerfGE 10, 66. 以来一貫した定義である。特に、BVerfGE 53, 224.

- (7) 例えは、v. Mangoldt, Klein, Starck, Das Bonner Grundgesetz, Bd. 1, 4. Aufl., 1999, S. 776.

- (8) NJW 1993, S. 940. 富田哲「なぜ婚姻は男と女でなければならぬか」行政社会論集八巻四号三三三頁以下参照。

- (9) 人生パートナーシップ法については、BVerfGE 104, 51. 三宅雄彦「人生パートナーシップ法合憲判決」自治研究七九巻二二号一四三頁以下参照。

- (10) 憲法二四条の法的性質については、君塚正臣「日本国憲法二四条解釈の検証」関西大学法学論集五一巻一頁以下、植野妙美子「第二四条 家族の権利と保護」法学セミナー五四五号八二頁以下参照。

- (11) 松井茂記「日本国憲法」(一九九九年、有斐閣) 五七八頁

- は、少なくとも重婚禁止に憲法上の問題が内包されていることを指摘した数少ない例の一つであるが、自己決定権との関連で重婚禁止に問題を指摘したものととどまる。
- また、杉原泰雄他編『新版 体系憲法事典』（二〇〇八年、青林書院）一七八頁（辻村みよ子）も、婚姻の自由を「憲法二三条が保障する」とする。
- (12) 杉原泰雄他編・前掲書。四六八頁（植野妙実子）。同旨は、元山健他編『現代日本の憲法』（二〇〇九年、法律文化社）二二三頁（馬場里美）、辻村みよ子「憲法二四条と夫婦の同権」法律時報六五巻一二号四六頁、同「ジェンダーと憲法」（二〇〇八年、日本評論社）二三七頁、同『憲法』（二〇〇〇年、日本評論社）一九八頁。
- (13) 樋口陽一他編『注釈日本国憲法 上巻』（一九八四年、青林書院新社）五六一頁（中村睦夫）。
- (14) 竹中勲「親密な人的結合の自由」法学教室一七六号五一—五三頁。
- (15) 田上穰治編『体系憲法事典』（一九六八年、青林書院新社）三四九頁（種谷春洋）。
- (16) 安念潤司「家族形成と自己決定」岩波講座「現代の法」四八六頁、同「人間の尊厳」と家族のあり方——「契約的家族観」再論」ジュリスト一二二二二二—二二二頁以下。
- (17) 安念潤司「憲法問題としての家族」ジュリスト一〇二二二二—二二二頁。
- (18) 五〇—五一頁。  
初宿正典「憲法2 基本権、第二版』（二〇〇一年、成文堂）三四〇—三四一頁。
- (19) 角田由紀子「性の法律学」（一九九一年、有斐閣）二二二頁。
- (20) 横田耕一「日本国憲法からみる家族」法学セミナー増刊『これからの家族』（一九八五年、日本評論社）九四頁。
- (21) こうした観点はまた、わいせつ概念におけるいわゆる相対的わいせつ概念が、わいせつ性の判定に思想的あるいは芸術性等を斟酌するという場合に裁判所がある作品の思想的あるいは芸術性の有無ないしその高低を判定することに対する疑義と同質である。「四畳半襖の下張事件」最判一九八〇年一月二八日刑集三四巻六号四三三頁、「メイプルソープ写真集事件」最判二〇〇八年二月一九日民集六二巻二二四四五頁。
- (22) 拙稿「基本権の保障領域の決定権をめぐる」岡山商大法學論叢四号四八頁註一九参照。
- (23) 小山剛「憲法上の権利」の作法 新版（二〇一一年、尚学社）四〇頁。同書は、婚姻と財産権は法律によって初めて内容が決定されるとするが、日本国憲法の法文上、両者は同じではなく、財産権の内容が明文で法律に委任されているのに対して、憲法二四条二項は法律を定める場合の要件を定めるにとどまり、法律によって内容を定める旨の文

- (24) 言はなく、両者を同一に扱ってよいか否かは検討を要する。  
小山剛『基本権の内容形成——立法による憲法価値の実現』(二〇〇四年、尚学社) 参照。
- (25) 松本和彦『基本権保障の憲法理論』(二〇〇一年、大阪大学出版会) 七三頁註四二。
- (26) 拙稿・前掲論文三三頁以下参照。