

同性婚と憲法学

——駒村圭吾の「憲法行脚の道行き」に即して——

吉 川 智 志
駒 村 圭 吾

【提題】

- 一 はじめに
- 二 「道徳立法」としての婚姻制度と、それをめぐる討議
- 三 「意味の秩序」と同性婚
- 四 「憲法二四条二項」意見書
- 五 「結婚の自由をすべての人に」訴訟の下級審判決へのコメント
- 六 まとめ

【対話】

- 一 同性婚問題への接近
- 二 基本善構築ゲームについて
- 三 結婚・基本善・親密関係
- 四 「意味の秩序」論の二面性
- 五 「憲法二四条二項」意見書をめぐって

【提題】

吉川智志

一 はじめに

現在、「結婚の自由をすべての人に」訴訟を通じて、同性カップルが「結婚」することを認めていないとされる現行民法等の違憲性が争われている。二〇一九年二月一四日に、札幌、東京、名古屋、大阪の各地方裁判所で提訴がなされたのを皮切りとして、その後、同年九月五日における福岡地裁での訴訟提起、さらに、二〇二一年三月二六日における東京地裁での第二次訴訟の提起を加えて、全国五か所の裁判所において六件の訴訟が行われることになった。⁽¹⁾ この【提題】が脱稿された二〇二五年八月三一日現在、六件の地裁判決のうち五件において現行法について違憲または「違憲状態」の判断がなされ、五つの高裁判決すべてで違憲判断が示されている。

駒村圭吾は、この一連の訴訟に深く関与してきた憲法学者の一人である。例えば駒村は、この訴訟において「憲法二四条二項についての意見書」⁽²⁾（以下、『憲法二四条二項』意見書）を執筆し、「同性カップルを婚姻制度から排除する合理的な理由はなく、したがって、現行制度は憲法二四条二項に適合しないことは明らかである」との立場を明示している。また、一連の訴訟は、いわゆる違憲国賠訴訟の形式をとっているところ、駒村は、国家賠償法上の論点についても意見書⁽³⁾を提出している。さらに、弁護団との意見交換を通じて、直接・間接に一連の訴訟に貢献してきたことが伺われる。⁽⁴⁾

駒村自身の述懐によれば、「昔から性的マイノリティの問題に関心があって、二〇一五年に米国の連邦最高裁

判所が同性婚を認めない州法を連邦憲法違反とした『オーバーゲフェル判決 (Obergefell v. Hodges 事件判決)』について論評を書いたことから、この同性婚の分野の仕事が舞い込むようにな⁽⁵⁾ったという。これはおそらく、二〇一五年に公表された「同性婚と家族のこれから・アメリカ最高裁判決に接して」⁽⁶⁾、あるいは「同性婚訴訟と憲法解釈：Obergefell v. Hodges 事件判決をめぐって」⁽⁷⁾（以下、「Obergefell 論文」）を指すものである⁽⁸⁾。

もっとも、駒村は「昔から性的マイノリティの問題に関心」を有していたのであり、実際、約二〇年前の二〇〇五年に公表された「法制度の刷新と市民社会・米国ヴァーモント州における同性婚論争の帰趨」⁽⁹⁾（以下、「法制度の刷新」論文）において、アメリカにおける同性婚論争を主題とした論考を公表している（同性婚に限らない、性的マイノリティをめぐる法問題に広げれば、さらに多くの業績がある⁽¹⁰⁾）。その後も駒村は、二〇一五年に至るまで、アメリカにおける同性婚をめぐる法改正および裁判例の動向を紹介・分析する論稿を継続的に公表してきた。そのような論稿としては、「同性婚論争とアメリカ」⁽¹¹⁾、「意味の秩序」と平等」（以下、「意味の秩序」論文⁽¹²⁾）、「熟議の担い手としての議会と裁判所」⁽¹³⁾を挙げることができる。

そして「同性婚の分野の仕事が舞い込むようにな⁽⁵⁾った二〇一五年以降、駒村の研究業績には、日本における婚姻・家族制度の憲法適合性に関する論考や判例評釈が増えてくる。具体的には、従来の「家族」に関わる憲法判例を通覧し、「個人の尊重」と「個人の尊厳」の関係性を分析した「家族と憲法」⁽¹⁴⁾「個人の尊重」と「個人の尊厳」⁽¹⁵⁾に寄せて、夫婦同氏制の憲法適合性をめぐる最大判平成二七年一月一六日民集六九卷八号二四八六頁の評釈など挙げることができる。先に言及した「憲法二四条二項」意見書も、こうした日本法に関する研究の延長線上に位置付けられよう。

さらに現在、駒村は、「結婚の自由をすべての人に」訴訟として提起された訴訟の下級審判決へのコメント、評釈を精力的に行っている。

本稿では、以上のような、同性婚をめぐる憲法論に関わる駒村の業績を振り返りつつ、その時々々の議論の特徴を確認し、またそれを踏まえた問いを駒村にぶつけてみたい。

二 「道德立法」としての婚姻制度と、それをめぐる討議

まずは、二〇〇五年の「法制度の刷新」論文を取り上げる。先述の通り、この論文を含め、同時期に駒村が公表した同性婚に言及する諸論稿は、主としてアメリカにおける法動向を対象としていた。そしてこれらの論稿には、もう一つの特徴が認められる。それは、「道德立法」をめぐる「討議 (debate)」のあるべき姿を論じるにあたっての一つの素材として、同性婚の問題が位置づけられている点である。

「法制度の刷新」論文は、具体的には、アメリカのヴァーモント州におけるシビル・ユニオン制度の成立までの政治過程を分析したものである。同論文によりつつ経緯をまとめれば、以下の通りである。一九九九年、ヴァーモント州最高裁は、婚姻制度が与える便益を異性関係に限定した同州の制度が、同州憲法の共通便益条項の要請を満たしていないと判断した (Baker v. State, 744 A. 2d 864 (Vt. 1999))。この Baker 判決を契機として、同性カップルの法的承認をめぐる立法過程が開始された。Baker 判決は、①既存の婚姻制度を同性カップルに拡張する方法と、②婚姻とは別個の制度によって同性カップルを保護する方法の双方を許容していたが、後者が優勢となり、Baker 判決の当事者も含めシビル・ユニオン法に賛成が広がった。立法過程では、同性カップルの法的保護自体に反対する勢力による過激な非難活動も行われたが、これも失敗に終わり、また判決を無視するという立場が州議会内で有力になることもなかった (さらに、Baker 判決を覆すための州憲法修正という選択肢もとられなかった)。最終的に、二〇〇〇年四月二六日、ヴァーモント州において、アメリカで初となるシビル・ユニオン法

が成立した。

以上の政治過程をめぐる駒村の分析ないし評価はどのようなものか。やや長くなるが引用しよう。

「シビル・ユニオンの立法過程は、法的・道徳的・宗教的論点が広汎に取り上げられ、また、討議の実態も個人的告白から過剰な示威行動に至るダイナミックなものになった。このような厚みのある討議がなしたものは、やはり、*Baker* 判決が、共通便益条項の解釈に基づく憲法原則を提示した上で、その実現方法を民主的討議過程に委ねたからであろう。*Baker* 判決には、『最高裁は権利の救済に対して消極的であつた』との批判が寄せられるが、道徳立法の刷新に関わる事例では、裁判所がこのように広汎な民主的討議を誘発させる『引き金の役割』を担うことは適切であろう。が、これは法の支配を民主的討議に全面的に譲り渡すことではない。『引き金』を引かなければ討議は開始されなかったという意味での主導権を裁判所が握るだけでなく、討議を誘導するような『原理』を示すことによって、討議過程が法が支配するような舞台設定をすることにより、討議の実体的内容にも一定の主導権を握ることが可能になる。裁判所が具体的救済を命じることによって民主過程の選択肢を極端に限定することは、特に道徳立法をめぐる紛争の場合、適当ではないように思われる。原理的規制を受けつつ、一定の幅を与えられた政策オプションをめぐる討議を行なう可能性を開くことによって、⁽¹⁶⁾ 討議的民主主義の過程は、議会・政府の統治部門、裁判所、市民社会が共同して参画できる政治動態となりうるだろう。」

ここでは裁判所による現行制度の違憲判断が討議の「引き金」となること、また裁判所がそれを誘導する「原理」を示すこと、の意義が指摘されている。しかし、より注目すべきは、同時に、婚姻制度が有する「道徳立法」的性格を理由として、裁判所が「具体的救済」、すなわち婚姻許可状の発行を命じなかったことの積極的意義もまた、強調されていることである。また、「一定の幅を与えられた政策オプションをめぐる討議を行なう

可能性」の意義を説くこの論旨からは、裁判所が、その憲法解釈論として、同性カップルを直ちに「婚姻」に包摂することを立法者に求めず、シビル・ユニオンのような代替制度の選択肢を残したことも、肯定的に捉えられていると解される。

そして、このような診断は、駒村の素朴な感覚によるものではない。それは、この論文に先立ち、あるいは同時並行的に展開されていた、一連の「討議民主政」研究の蓄積に裏打ちされたものであったように見受けられる。⁽¹⁷⁾ もちろんこの診断が、ヴァーモンド州憲法であれ、あるいは日本国憲法であれ、実定憲法の解釈論として示されたものではなく、あくまで法的実践を「討議」という法外在的視点から評価したものである点には注意が必要である。

しかし、この点を踏まえた上で、次の二つの問いを提示したい。第一に、現在の駒村もなお、同性カップルの婚姻制度への包摂を憲法上要請するのではなく、シビル・ユニオン等の制度の選択肢を憲法上開くことを、望ましい討議民主政の実現として肯定的に評価しているのか。第二に、そもそも駒村の中で、一連の「討議民主政」研究に基づく法制度の刷新をめぐる政治過程論は、日本国憲法の解釈といかなる関係を有しているのか。

三 「意味の秩序」と同性婚

次に、二〇一〇年に公表された「意味の秩序」論文を見てみよう。この論文の直接的な目的は、「意味の秩序と権利義務の秩序（あるいは身分の秩序）との……連関」、あるいは「意味の秩序の形成・維持・変革の動態に個人と社会がどのように関与したらよいのか」⁽¹⁸⁾を考察することであり、その素材として、アメリカにおける同性婚をめぐる憲法判例等が取り上げられている。

ここにいう「意味の秩序」とは、駒村が、石川健治の発言から着想を得、さらに文化人類学者クリフォード・ギアーツ (Clifford Geertz) による「文化」の定義も援用してその意味内容を説明してきた概念である。⁽²⁰⁾ 具体的には、次のように説明される。

「自由を支えまたこれを制限するものを秩序と呼ぶとすると、自由の秩序にはさしあたり、三つのものが考えられる。①身分の秩序、②権利義務の秩序、③意味の秩序、である。国籍・成年などの法的身分が自由の可能性を束ね、基礎づけているものであることは異論がないだろう。また、権利や義務の体系が自由を秩序立てていることも理解していただけよう。他方で、自由は意味の秩序によっても影響を受けている。『意味の秩序』とは、社会通念、世間一般の見解、道徳秩序、文化、等として語られてきたものを包含している。」⁽²¹⁾

「意味の秩序」は、身分の秩序や権利義務の秩序と同等に、あるいはそれ以上に人々の生活を規律し、深い影響を及ぼす。⁽²²⁾ ゆえにそれは、憲法あるいは憲法学の関心とならざるを得ないのである。

同性カップルの法的承認との関係において、「意味の秩序」の問題は、同性カップルの関係を「婚姻」に包摂するの、それともシビル・ユニオン等の制度で足りるとするか、という選択の場面で浮上する。駒村は、この点に関して、マサチューセッツ州におけるシビル・ユニオン制度創設をめぐる州最高裁の勧告的意見 (Opinions of the Justices to the Senate, 440 Mass. 1201, 802 N.E.2d 565 (2004)) に着目する。駒村のまとめによれば、この勧告的意見は、シビル・ユニオン制度を創設する同州の法案について、たとえそれが婚姻と同一の法的利益と責任を保障する制度であつても、同性カップルに「婚姻」という言葉の使用を許さないことは、同性カップルを「二級の身分 (second-class status)」に留めるものであると指摘し、当該法案は州憲法の要求を満たさないと判断し

たものであった。

その上で、駒村は次のように考察する。すなわち、この判断は「婚姻という言葉が構成する社会的意味を問題」としたものであり、「意味の公平配分そのものを争点化し」、「州議会が留保しようとした十全の意味秩序に對して、憲法の名の下に再編を迫った」ものと理解できる。⁽²³⁾ここに浮かび上がるのは、「平等は、権利や身分の秩序における平等のみならず、意味の秩序の改変要求、換言すれば、意味の公平分配までも含むものなのだろうか」⁽²⁴⁾という問いに他ならない。

この「意味の秩序」論文においては、原告の立場へのシンパシーを感じる記述が随所に見られるものの、駒村は、上記問いに對する自身の立場を明確には示していない。ともあれ、この論文は、それまで政治過程論的な観点から同性婚論争を分析してきた議論を一步進めて、実体的な憲法論にも射程を及ぼす点で注目される。

もっとも、次に取り上げる「憲法二四条二項」意見書では、同性婚の導入をめぐる日本国憲法の解釈論の次元において、この「意味の秩序」論を意識した論旨は、全くないわけではないものの、少なくとも希薄である。駒村自身の日本国憲法解釈論において、「意味の公平配分」は、現在どのような位置を占めているのか。ぜひ聞いてみたい。

四 「憲法二四条二項」意見書

駒村は「結婚の自由をすべての人に」訴訟において、現行法について実体的な憲法的評価を示した意見書を出している。この「憲法二四条二項」意見書に付された日付は二〇二〇年七月二七日であり、既に五年以上が経過している。そのため、現在の駒村の見解には変化が生じ、あるいは精緻化がなされている可能性はある。それ

でもこの意見書は、本稿の課題との関係では最重要のテキストだと言えよう。

「憲法二四条二項」意見書で示された駒村の立場は、端的に言えば、現行法制の違憲説であり、更に進んで、同性婚導入要請説が示唆されている⁽²⁵⁾。

駒村はまず、同性婚導入禁止説、すなわち憲法二四条によって同性婚の導入が憲法上禁止されるという説を斥ける。駒村によれば、憲法二四条の制定過程において、確かに「両性」(一項)という言葉は「男女」の意味で用いられていた⁽²⁶⁾。しかし、仮に制定過程の議論に重みを与えられとしても「制定過程を一貫して同性婚の可否というアジェンダは設定されておらず、また、婚姻を異性婚に限定するという積極的判断は全くなされていない」ことからすれば、ここに同性婚禁止の趣旨を読み込むべきではない⁽²⁷⁾。以上の議論は、学説における多くの同性婚導入許容説と軌を一にするものであり、当時としても、特に珍しいものではないだろう。

続いて、駒村は、現行法制の違憲性を主張する。この主張は、憲法一三条、憲法二四条一項、二四条一項および二項を縦横に援用する入り組んだものであるが、筆者なりに纏めれば、次の通りとなる。

【1】 現行法制の問題点は「異性カップルと同性カップルを婚姻において別異に取り扱っている」⁽²⁸⁾点に見出され、この別異取扱いが憲法二四条一項に違反しないかが問題となる。憲法二四条一項は、別異取扱いに対して合理的根拠を求めるが、この合理的根拠の有無の判断においては、憲法二四条一項および二項が関連性を持つ。

【2】 裁判所は、現行法制の合理的根拠を、慎重に検討しなければならない。なぜなら、本件の別異取扱い(区別)は、①関連する法益・身分が「重要な法的地位」に関わるものであり、②当事者の「自らの意思や努力によって変えることのできない」事柄に基づくものだからである(国籍法違憲判決「最大判平成二〇年六月四日民集六二卷六号一三六七頁」参照)。

【3】 右①について、憲法一三条は親密な人的結合の権利を保障しており、「婚姻」はこれに公的承認と保護を与えるものであるため、憲法上「重要な地位」と言える。さらに、同性カップルに婚姻を認めていないことは、憲法二四一条一項の「趣旨に照らし、十分に尊重に値するもの」とされた「婚姻をするについての自由」（再婚禁止違憲判決〔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〕）の「直接的制約」と評価されるべきものである。以上から、合理的根拠の有無の判断は「慎重」になされるべきである。⁽²⁹⁾

【4】 右②について、同性愛者であることは、「個人の性自認や性的指向性に深く関わる事柄であり、アイデンティティの根幹をなすものであるから、本人の意思や努力で変更できるものではないし、そもそも変更すべきものではない」⁽³⁰⁾。

【5】 以上から、一四条一項の下、別異取扱い（区別）の合理的根拠の有無が「厳格に」判断される必要があるが、「本件は婚姻制度のあり方に関わる問題である以上、二四条二項の規定する立法要請ないし立法指針である『個人の尊厳』に照らして、慎重にその合理性を判定する必要」⁽³¹⁾がある。そしてここでは、異性婚を法制化することに合理的根拠があるのかではなく、「同性婚を排除すること」に合理的根拠があるのかを問わなければならない⁽³²⁾。この点、「婚姻は異性間で行うべきもの」という伝統的観念、あるいは、婚姻は子を産み育てることを前提にすべきであるという観念、が挙げられる可能性⁽³³⁾があるが、後者は「およそ合理的といえ〔ない〕」⁽³³⁾。前者について二四条の文言を理由とすることはできない。また、非嫡出子法定相続差別違憲決定が示唆するように、国会には、「二四条二項の定める『個人の尊厳』に照らした立法すべき義務」がある以上、婚姻を異性愛者間に限定する「国民意識」を理由として、同性カップルに婚姻を否定することは許され⁽³⁴⁾ない。

【6】 結論として、「同性カップルを婚姻制度から排除する合理的な理由はなく、したがって、現行制度は憲法二四条二項に適合しない」⁽³⁵⁾。

様々な観点からの検討を要する論旨であるが、ここでは特に注目すべき一点を指摘する。それは駒村が【3】

において、現行法について、同性カップルとの関係で「婚姻をするについての自由」の「直接的制約」になっていると評価した点である。この評価は、駒村において、「婚姻をするについての自由」にいう「婚姻」には同性婚も含まれているとの理解が採られていることを意味する。

このような解釈の根拠として、駒村は二つの論拠を挙げている。第一に、再婚禁止期間違憲判決である。駒村は、同判決が「婚姻をするについての自由」について、既存の「所与の婚姻制度の合理性を吟味することも可能にするレベルの権利として理解」⁽³⁶⁾していた点を強調する。第二は、意見書の別の部分に記された論理であり、「二三条によつて二四条一項の解釈が補正され、結果、同項の『婚姻の自由』の保護範囲も拡張される」⁽³⁷⁾というものである。

このような駒村の議論をどのように評価すべきであろうか。まず前者について、そもそも再婚禁止期間違憲判決が「憲法二四条一項の規定の趣旨に照らし、十分尊重に値するもの」と解した「婚姻をするについての自由」とは、「婚姻をするかどうか、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」を内容とするものであるが、これが既存の婚姻制度を丸ごと認めるものではないという点は正しい。他方で、憲法解釈上、そこにいう「婚姻」に同性婚が含まれるのかは別途問題となるはずである。この点、憲法二四条一項の文言が異性婚を前提としていることから、従来はこれを否定する見解が支配的であった。少なくとも、再婚禁止期間違憲判決を援用するだけでは、明らかに説明として不足している（同判決は、少なくともそれ自体としては、異性婚を念頭に置いて「婚姻をするについての自由」を示したと考えるのが自然だろう）。そうすると、後者の論拠の成否が、ここでの駒村の議論にとって決定的に重要となる。この点は、次節における駒村の札幌高裁判決へのコメントリーとの関係で、改めて問いとして提示してみたい。

五 「結婚の自由をすべての人に」訴訟の下級審判決へのコメント

「結婚の自由をすべての人に」訴訟に関しては、先述のように、本【提題】脱稿時点で六つの地裁判決と五つの高裁判決が示されている。大阪地裁判決を除くすべての判決において、現行制度について違憲あるいは「違憲状態」の判断が下されている。駒村は、各判決について、新聞等のインタビューを含めると多くのコメントを公表してきたが、文章としてまとまった形で示されたものとしては、札幌高裁判決を受けて執筆された「同性婚訴訟の次のステージへ…札幌高裁判決をいかに受け止めるか」⁽³⁹⁾と札幌高裁判決と東京（第一次訴訟）高裁判決を論評した「同性婚訴訟、ふたつの高裁判決…高裁判事たちの挑戦とそこに宿る陥穽」⁽⁴¹⁾（以下、「『陥穽』論文」）が挙げられる。これらは、駒村の最新の立場を示す論考として位置づけることができる。

札幌高裁判決は、同性者間の婚姻を認めない民法及び戸籍法について、憲法二四条一項及び二項、並びに憲法一四条一項に違反すると判断した。駒村は、札幌高裁判決の憲法二四条一項論、とりわけ憲法二四条一項について「人の人との間の婚姻の自由を定めたものであって、同性間の婚姻についても、異性間の婚姻と同程度に保障する趣旨」と解した部分に注目し、この点に相当の紙幅を割いて論評している。

意外なのは、駒村が札幌高裁判決の憲法二四条一項論に「違和感」を表明している点である。その理由は、「本判決が、二四条一項の文言——『両性』と『夫婦』——と実はきちんとか対決しないまま、『個人の尊重』と『個人の尊厳』という抽象的な原理に依拠して、異性間と同性間の婚姻の自由を同等に認めるというアクロバットを行った」⁽⁴²⁾からだとして説明されている。「文言との誠実な対峙という裁判官の職責の真ん中にあるはずの作業をスキップしてしまったのではないか」⁽⁴³⁾というのである。実際、札幌高裁判決は、憲法を含む法令の解釈において「文言や表現のみでなく、その目的とするところを踏まえて解釈する」ことができることを強調しており、文言

の意義を相対化させていることは間違いない。

筆者として確認したいのは、上記の批判の核心がどこにあるのか、あるいは、現在の駒村の立場がどのようなものか、という点である。

一方で、現在の駒村は、憲法二四条一項の下で同性カップルに「婚姻の自由」が保障されるというかつての見解から、距離を置こうとしているようにも見える。⁽⁴⁴⁾ もしそうであれば、「憲法二四条二項」意見書を書いた五年前から一定の立場変更があったことになるが、それはどのような考えによるものなのか。また、判決のコメンタリーから離れて、駒村自身が現在、現行法を違憲と説明する際に、いかなる憲法解釈を採用しているのか。こうした点を確認してみたい。

他方で、札幌高裁による憲法二四条一項論への駒村の批判のポイントは、文言からの逸脱それ自体にあるのではなく、文言と十分に対決していないという点にあるようにも見える。では、どのような対決が必要なのか。「陥穽」論文にもその一端は示されているようにも見えるが、より具体的に聞いてみたい。さらにその際には、「憲法二四条二項」意見書で示されていた《一三条による二四条一項の補正》というアプローチについても、意見書執筆時点以降の議論の進展も踏まえつつ、再度敷衍してほしい。

六 まとめ

以上、本稿では、駒村が過去二〇年間に執筆してきた同性婚をめぐる研究業績を振り返りつつ、いくつかの問いを提示してきた。ただし、上記の問いは、駒村の論考について私なりに関心に基づいて、ある意味でつまみ食いの的に示したものにすぎない。【対話】においては、これらに限らず、より幅広く論点について議論を深めてい

ければと思う。

【対話】

駒村圭吾・吉川智志

一 同性婚問題への接近

吉川… 今回、駒村先生の研究業績を振り返って議論をするというこの企画に参加するにあたって、どのようなテーマを設定するか悩んだのですが、最終的に「同性婚」あるいはこれをめぐる訴訟をテーマとしました。

理由は二つあります。ひとつはもちろん、現状、同性カップルに対して、婚姻あるいはそれに類する法的保護が認められていないという著しい不正義が日本にある中で、「結婚の自由をすべての人に」訴訟が進行しており、地裁と高裁から注目すべき判決が次々に出ている。そうした意味で、この問題自体が社会的にも憲法学的にも非常に重要だからです。もうひとつは、駒村先生が現在、最も力を注いでいるテーマの一つがこれだと思われるからです。

ただ、同性婚に関する先生のこれまでの論考を改めて読み返してみると、このテーマは、駒村憲法学を振り返るために、非常に適しているのではないかという印象を持ちました。というのも、この問題は先生の憲法学の重要な側面に、いろいろなかたちで関わっているからです。駒村憲法学の展開それ自体については、横大道

先生の論考⁽⁴⁵⁾で直接論じられており、また後の対談でも詳しく扱われることと思いますが、私の【提題】でも示した通り、同性婚をめぐる論点は、「討議民主政」研究（またそれと結びつく「道徳立法」をめぐる一連の研究）、「意味の秩序」論、そして最近の憲法と家族制度をめぐる研究など、多くの業績に直接・間接につながっています。

【提題】では、思いつくままに雑多な問いかけをしてしまいましたが、個別の論点についてのお話を伺う前に、「結婚の自由をすべての人に」訴訟あるいは同性カップルの法的保護の問題、そしてこの訴訟への先生ご自身の関わりが、先生のこれまでの研究の歩みの中でどのような位置づけにあるのか、といったあたりからお話いただけないでしょうか。

駒村… 吉川さんが「駒村憲法学」という表現を使われていますが、どうか勘弁してください（笑）。それほど斯界に屹立した業績があるわけではないし、また、自分の名前を付して語れるほど憲法学を極めたという実感も虚栄心もないですし、さらに言えば、憲法学という巨峰はそう簡単に踏破できないことを理解するだけの理性は持ち得ていると思っておりますので、どうかご勘弁を。ともあれ、ご寄稿くださった方たちは長く憲法研究をしてきましたので、重ねた馬齢や書き散らした駄文もそれなりのカサを占めつつあることは確かですから、「駒村の憲法行脚の道行き」という程度でおゆるしを願えればと思います。

さて、ご質問に対する回答ですが、瑞慶山さんの提題に対する対話篇の冒頭で、大学院生の頃の話しを少ししました。テーマ選択は確固たる決断に基づくものであった……と言えはかつこいいのですが、決してそのようなものではなく、流れやはずみでそうなったというだけで、あるとすれば一定のストーリー性のようなものを後付けで見える程度のものです。私の研究関心は広いと言えは広く、留学中、「あなたの研究関心は？」と聞かれて、よく「憲法の教科書の目次のすべてに関心があります」と答えていたことを思い出します。それ

が実際のところで、あとは依頼された原稿は基本、断らないというポリシーを採用してきたという事実はありません。

そんなことを前提にした上で、同性婚訴訟に関わるようになった路程を回顧的に探ってみると、いくつかの伏線があったことは確かですね。

第一に、井上達夫先生の法哲学に出会い、ジョン・ロールズの読書会を主宰し、マイケル・サンデルの著書を読みかつ書評論稿を書いた時代、これは主に白鷗大学に勤務していた時代ですが、すこし法哲学好いていた時期がありました。井上／ロールズの善 (good) と正 (just, right) の区別は私にとってはかなり決定的な意味を持つ思考様式でした。この枠組に立ちつつも、サンデル的な世界にも魅力を感じ、公共善 (public good) や、そのような公共的ステータスに登りつめることを標榜する特定の善の構想をどう扱うのか、こういった問題を敬して遠ざけるのではなく、むしろ近くに引き寄せて鑄直すチャンスを与え、それをダイナミックな民主的討議の原動力にできないか……ということを考えておりました。リベラル固有の公共討議のモードというものがあるのであれば、そういう方向のものでらうと。これは現時点でもそのように考えているところです。その中で、「結婚」「婚姻」というものの位相について考えをめぐらすことがしばしばありました。私は「結婚」や「婚姻」を、単なる特定の善き生き方のパターンではなく、正義概念との照合を問われ続け、なお一定の公共性を保持し得る善の構想、つまり、普遍的な善のモードとして正義概念との整合を標榜する「基本善 (primary goods)」のひとつではないか、と考えていました。ですので、「婚姻」や「結婚」という制度は、決して確定したものではなく、正義概念によって査定を受け続けなければならない、動態的な概念と考えております。つまり、変容に開かれたものなんです。

第二に、そのころ外国文献の中で「親密さ (intimacy)」という言葉をちらちら見かけようになりました。

具体的な論点は同性愛者の親密圏を法的にどのように保護するかという文脈で用いられていたように記憶しております。直感的に興味深い論点だと思い、当時の指導下にあった院生や周囲の研究者に、研究してみることがすすめていたのですが、どなたも食指をのばしてはくれませんでしたね。そうこうしているうちに、私自身が手を出すことになるわけです。ただ、岡田順太さんが、私の勧めとは別に自発的に、「親密な結合 (intimate association)」のコンテキストで、この論点を引き受けてくれたので安心しました。

第三に、二一世紀に入ってから、意見書を依頼されることが多くなり、いわゆる公共訴訟にコミットする機会が増えました。最初の依頼は、おそらく国旗国歌起立斉唱事件だったと思います。学窓を離れ、自分の研究成果の一種の社会還元というつもりで取り組みました。もちろん、研究と裁判は、もちろめるリソースも言葉遣いも異なりますが、いかに裁判官の琴線に触れる言葉を研究者がつむげるか、を常に意識してきました。ちょうどこのころと重なるのですが、慶應義塾の常任理事を拝命しており、法務担当でしたので、公共訴訟とは異なる分野ではありますけれども、法実践に関わることが大学での業務でも増えてきたことも、何か作用するところがあったと思います。裁判で有効な言葉と理路を発見するという法律家的な思考は、私自身にとっても向いているように思えたのも事実です。孤独に学問をしモノを書くのも好きですが、他方で、チームで仕事をし、達成感や結果を共有する仕事も好きなのです。

そういった三つのベクトルが合流した地点に同性婚訴訟があったということでしょうか。

吉川…「あなたの研究関心は？」という質問に「憲法の教科書の目次すべてに関心がある」と答えられた、というエピソードはとて印象的でした。書いてきたものが特定の分野に偏っている私のような者が同じことを言っても嘘くさくなるのですが、駒村先生の研究業績を見れば、その答えには大いに納得がいくところです。「駒村憲法学」という言葉に対する応答はご謙遜かと思いますが、「憲法行脚の道行き」というのは先生らしい

魅力的なキャッチコピーですので、本章のサブタイトルに流用させていただくことにします(笑)。

二 基本善構築ゲームについて

吉川… さて、伏線としてご紹介いただいた第一点、《婚姻(制度)は基本善のひとつだ》というご主張は、駒村先生の複数の論文に出てくるものですね。改めて伺って、先生のこの年来の主張の含意を、しっかりと理解したいと思いました。二〇一五年の Obergefell 論文⁽⁴⁶⁾では、「marriage とその制度化である婚姻制度は、ジョン・ロールズが言うところの基本善(primary goods)のひとつと見なし得るのではないか」⁽⁴⁷⁾とされており、先生のいう基本善は、ロールズにおける primary goods——定訳ないし標準的理解としては「基本財」でしょうか——と結び付けられています。そして、別の論稿ですが、先生は、この「基本善」の内実を実質的な討議を通じて再構築していく過程を《基本善構築ゲーム》と呼んでおり、⁽⁴⁸⁾それがまた駒村先生流の討議民主政と結び付いているものかと思えます。ロールズへの言及はあるものの、このあたりに、訳語の選択も含め、換骨奪胎があるのかなと想像しました。また、婚姻制度の問い直しという文脈では、例えば日本でも話題になっているブレイク(Elizabeth Brake)の「最小結婚」論が、ケア関係の社会的基盤を social primary goods と見た上で、⁽⁴⁹⁾ポリアモリーの人々の法的承認を含む、婚姻法的大幅な再編成を提唱しているわけですが、⁽⁵⁰⁾こういうアプローチが、先生からどう見えているのかも気になる場所でした。

さて、この流れで、私が【提題】で掲げた駒村憲法学、もとい先生の「憲法行脚の道行き」への問いに進んでいきたいと思えます。改めて確認すれば、先生は「法制度の刷新」論文において、憲法典や憲法解釈の水準で婚姻の意味内容を固定しないことを、討議民主政の観点から肯定的に評価していました。あえて日本国憲法

の文脈に引き直せば、これは一方では、憲法上の婚姻概念が未決定であることの重要性を強調し、いわゆる同性婚禁止説を戒めるものと言えます。しかし他方で、憲法二四条を通じてであれ、一三条・一四条を通じてであれ、同性婚を憲法上要請する立場と、先生が支持するバージンの討議民主政は相容れない、ということにもなりそうです。

もちろん、実定憲法の解釈論や違憲審査論と、討議民主政の観点からの望ましさは、レベルの異なる議論だという理解が一般的でしょう。しかし、駒村圭吾という一つの人格において、両者の視点がまったく無関係に存在していると割り切れるのか、その間に何らかの理論的な連絡があるのか、気になるところです。同じ問題は、先ほどの、同性カップルの法的承認の可否をめぐる法哲学的議論と、同じ問題の憲法解釈論との関係でも生じているかもしれません。以上のような問題群について、駒村先生のスタンスを教えてくださいたいと思います。

駒村… 私の基本的な構想にとって最も核心を突くように思われる質問をいただきました。まずは、同性婚問題を離れて、基本善と公共的討議についての一般論から答えたいと思います。ただ、私としても確たる結論あるいは見通しを得ているわけではありませんので、あくまで今まで考えてきたことをノートに雑記する程度のものになります点、ご理解をいただければと思います。

基本善の発想はロールズ『正義論』から得ています。あの大部の本で展開されている彼の主張は委細に入り込むとかなり不鮮明で多義的です。アメリカの理論家は、サンステインのような例外を除き、ほとんどが《こちらが当てるプリズムによって色合いが変わる》書き方をします。ロールズもそうで、ロールズから得られた何かを自分のアタマの中で再構成するとこれこれのことが言えるのではないか、というものとどまります。そもそも、ロールズ自身が何を言おうとしているのか分かってないのではないか(笑)というところもあります

からね。この点、「正」と「善」の二分論は前期ロールズでは、比較的明瞭な提案としてあったものと思われる。この二分法を、重合的合意 (overlapping consensus) や政治的リベリズム (political liberalism) を通じて、曖昧化あるいは放棄してしまったのが後期ロールズであり、井上達夫先生もその点を痛烈に批判されていますよね。私も井上先生と同じで、「正／善」二分法はとても魅力的で説得力のあるものだと思っています。そして、私はこの二分法を価値世界の構造化手法のバージョンであると思っていますので、good を「財」ではなく「善」と訳している次第です。もっとも、この訳し分けは、価値世界の可視化あるいは計測化・数量化という極めて重要な論点に関わってくると個人的には思っており、それなりにコントロールバーシヤルであることをお断りしておきます。が、その点にはここでは立ち入りません。

さて、正義は、特定の（人たちにしか共有され得ない）善を公的討議の場から排除しようとしています。他方で、特定の善は、正義が独占する社会秩序の構成原理としての理論的身分を奪おうとします。そのような善の横暴を正義は押しのけようとする。しかし、そのような正義の名によりかかる普遍主義的要請が専制化すると、特定の善を強く信念する人々を孤立させ、かつ「狂暴化」させる可能性があります。私は、特定の善を抱懐する人たちの要求も、一定の条件下で、公的討議の場に招き入れることが、寛容な社会（あるいは安全で安定的な社会）の建設にとって大切であると考えています。特定の善に固執するとしても、自らの信念を放歌高唱するだけではだめで、それを正義を規整理念として運用される公的討議の場面で「基本善」として再構成する必要がある、それに成功しなければ、そこで論じられている善を法制度や公共政策に反映されることはできません。正義の倨傲と權威主義の前に、孤絶し内圧を高める「実存的要求」（特定の善の公共化要求）を、以上のような「基本善構築ゲーム」に誘い込むことによって、討議の活性化と「秩序の安定化」を図ろうとするのが、私の戦略です。

もちろん、このような発想には異論があるでしょう。公的討議に「実存的生の voice」を招き入れることは樋口陽一先生などは批判的普遍主義の観点から当然に「一線を画されるかもしれない」と予告していたところ、⁽⁵¹⁾「肝かなめのするどい指摘をつけ加える」との評をいただきました。⁽⁵²⁾実存的生の誘惑に抗しつつ、なお正義のテストによる裁断を要請し続け、公的討議を持続できるような「雑種文化」を創り出す「理論や技法」を、駒村はいかにして編み出すのか、と励ましとも叱正ともつかぬ評価を樋口先生はくださいました。⁽⁵³⁾

また、「基本善」の概念射程は、オリジナルのロールズも、基本的人権レベルの普遍性を持った善や primariness のある善を想定しています。つまり、憲法に掲げられるほどの普遍性を持った善をそれに位置付けておりますが、私の「基本善」はもう少し射程が広く、時代的要請に照らしながら、法令レベルで形成されるべき法制度を支え得るベーシックな善も含みます。そのあたりは基本善の普遍性や primariness を希釈させすぎているとの批判があるかもしれません。

三 結婚・基本善・親密関係

吉川… ありがとうございます。ロールズ本家の語彙や議論枠組みとの対応は一旦脇において、ここでは一点、駒村先生の語彙や枠組みに即して確認させてください。婚姻制度それ自身が「基本善」ということで本当によいのでしょうか。むしろ先生が想定されているのは、次のようなことなのではないかと——あるいはそう再構成できるのではないかと——考えました。つまり、従来の婚姻制度を支えてきたと考えられる実体的な価値の重要性を、基本善構築ゲームに持ち込んで、正面から議論する。その中で、一定の善が「基本善」としての地位を獲得することがある。例えば——最初にいただいた応答の第二点にかかわりますが——親密性や親密関係

といった価値が「基本善」として認められるかもしれない。そうすると、異性婚のみを認めていた婚姻制度が、そこから問い直されていく。こうした理解ないし再構成が正しいとすれば、先生のいう「基本善」として挙げられるべきなのは、婚姻（制度）そのものではなく、むしろ親密性や親密関係などの実体的な価値なのではないでしょうか。これは明確化のための質問のつもりです。

ところで、こうした価値をめぐる議論というのは、これまでも、実体的な憲法解釈論の中で、例えば婚姻の自由や婚姻制度の保障根拠や趣旨が何なのか、というかたちで、論じられることのあったものであるようにも見えます。このあたりに憲法解釈論との接続があったりするでしょうか。

駒村… そうですね。基本善の一般論についてお話ししたので、次に婚姻という具体的な制度にそれをあてはめる際の問題に移りましょうか。

二〇二四年の後半くらいから、同性愛の当事者たちが提起した訴訟の支援だけでなく、今後の立法措置についても、国会に向向いてお話しする機会が増えてきました。そこで私は、およそ次のような論旨を展開しております。

「婚姻件数も婚姻率も低下の一途をたどっている。このままでは法律婚制度はオワコンになる。そしてそう遠くない時期に法律婚制度そのものを相対化するような、あるいは違憲の疑いを投げかけるような、そういう思潮が必ずや高まるだろう。このように、事実問題としても理論的問題としても、法律婚制度の基盤は揺らいでいる。そんな動向にあるにもかかわらず、法律婚に参入を求めている人たちがいる。同性カップルと選択的夫婦別姓論者だ。保守派と言われる方たちは、法律婚を大事にされている方たちだと思われるが、なぜ法律婚を支えようとするこれらの人たちをよりにもよって排除するのか？ 私が保守派であれば『いやあ、よく来てくださいました』と歓迎するだろう。」

婚姻という制度は決して永遠に不動のものではなく、変化に開かれています。この点は、意見書にも書きましたように、憲法二四条を審議した帝国議会の段階で既に担当大臣であった金森徳次郎自身そのような方向を示しております。

二〇一五年に梨花女子大学とコーネル大学の共催の下、ソウルで開かれたシンポジウムに参加し、「家族」をめぐるディスカッションに登壇したことがあります。アジアから参加した多くの方たちと近未来の家族のかたちについて議論したのですが、私は「法的保護に値する、あるいは法的保護を要する親密な関係の形態は現在の通常の婚姻だけに限られない。人生一〇〇年、パートナーに先立たれた人たちが例えば男三人くらいで親密な共同体を形成し、力を合わせて生きていく、そのようなモードにも法的保護が与えられるかもしれない」といった話をしました。その当時から婚姻は可変的な概念であって、しかも少子高齢化が亢進する時代においては遠からぬ将来に変動が始まると考えてきました。

先にご指摘されたとおり、既に、エリザベス・ブレイクの最小結婚論などが日本でもよく読まれ始めていますし、反婚・廃婚の主張も提起されています。先ほどの正／善二分論で言えば、法律婚は、適齢を超えた一対の親密関係にある者たちの永続的忠誠を保護するという意味で、特定の善の構想だけを特権的に保護するものであって、リベラリズムあるいは正義に公然と反するものである、という挑戦を受けています⁽⁵⁴⁾。また、これは弁護団の方たちにも一部申し上げているところなのですが、同性婚の実現を民法上の法律婚として異性カップルと同等に処遇すること、私はこの選択が最も安全で素直であると考えてはいますが、それが唯一の解法ではないと考えています。準婚姻とか（文字通りの）同性婚などという、法的保護等においては異性婚と可能な限り同等のものを提供する制度もあり得ると思います。あり得るだけでなく、むしろ、異性婚を相対化すること

も可能になると考えます。ただ、この二つを区別することは、同性カップルを二級市民扱いするに等しいという批判もあります。が、まさにそうさせないためにこそ、準婚姻・同性婚を異性婚と対等な制度に育てていくことに挑戦していく道もあると思うのです。

もつとも、異性婚と同性婚を制度形成において別建てにするには「合理的理由」が必要で、それは今のところ、生殖可能性くらいしかありません。そうすると、今度は、異性カップルで子供をもうけることができないカップルあるいは子供を設けるつもりのないカップルは、生殖を前提とした制度には与したくないという理由で同性婚の利用を求めてくる可能性があり、それはそれで憲法訴訟が提起されることになるでしょう。

以上のような見立てをしています。そのことと訴訟で何を訴えるかはやはり別問題であるように思います。訴訟は、理論のおそらく最良のテストの場のひとつであると思いますが、理論のダイナミズムが生み出す継続的探究に当事者たちをお付き合ひさせるわけにはいかないでしょう。理論の可変性を前提に司法的判断をいつまでもオープンしておくことはできない。司法は原則として過去に起きたことに対して時限的な解決を提示し、今を生きる人の要請に応えなければなりません。また、離婚論や反婚論は少なくとも原告の側が提起する論点ではないように思います。

さて、ここで吉川さんが展開した私見に対する具体的な批判について言及しておきたいと思います。吉川さんは、私の考える基本善構築ゲームに立つとしても、ここで基本善のステータスに立つべきものは、婚姻あるいは結婚ではなく、親密性あるいは親密関係なのではないか、と指摘されていました。私はこれを認めてもいいと思っていますが、それは次のような意味においてです。

基本善は、特定の善でしかないものが、公的討議の過程において、正義の統制を受けつつ自らを再編し、とりえず正義のテストをパスし、一定の普遍性を獲得して基本善の資格を与えられれば、それを当面、法制度や

政策に反映させることができるというのが基本善構築ゲームの流れでした。例えば、封建的家族制度は新憲法の下で、個人の尊重や契約論的発想あるいは平等などの規範的統制を受けて、現在の法律婚に再編されたと見ることが出来ます。そこには「結婚」「婚姻」を基本善と見て、その制度化が「法律婚」であるという関係があり、法律婚は「制度化された基本善」ということになります。そのあたりは視点の置き方の問題であって、普遍性の度合いで区別される得るものの、いずれも基本善と呼んでかまわないと考えております。

そして、婚姻や結婚は原則として適齢を超えた一对の当事者が精神的・肉体的な永続的結合関係を結ぶことを言い、それを法的に保護するものが法律婚（や同性婚）ということになりますが、この婚姻や結婚という基本善をさらに普遍性の高い抽象的な価値として表現すれば、それは「親密性」「親密関係」ということになるかもしれません。私がソウルで行った発言にあるような、二人以上の人（男性三名でも女性二名男性二名でも）が一つの小共同体を結成し、人生を相互に支え合う誓約をして、これを法的に保護する仕組みが登場すれば、それはまさに「制度化された親密関係」ということになるでしょうね。基本善は、その普遍性の度合いによっていくつかのレイヤーに分かれ、それぞれのレイヤーが時代環境の変遷や理論の成熟によって変動し、その縦の連関構造を変質させていくわけです（親密性⇄婚姻・結婚⇄法律婚制度）。

先に挙げました反婚・廃婚は、親密性・親密関係の基本善としてのステータスをトータルに否定するものかもしれません。あるいは、私が示したような多様性に開かれた親密関係の制度化を促進するかもしれません。繰り返しますが、そのような動きが出てくるであろうことを私は認識しております。

ただ、将来巻き起こってくる結婚・婚姻という基本善の再編動向は反婚・廃婚だけではないように思います。親密関係が基本善であるとする、「子を産み育てること」もまた基本善でしょう。国家は、主権＋領域＋構成員の三要素からなり、構成員つまり国民がいないと話になりません。国家は本質的に国民の再生産に関心を

持っています。ですので、生殖能力や出産・育児をそれこそ真正面から支援する家族制度の再編が行われる可能性は皆無ではない。例えば、現在の法律婚姻制度をもっと狭隘化し、出産証明あるいは懐妊証明を提出したカップルにのみ婚姻を認めるという制度が出てくる可能性はないわけではない。しかも、この方向は、反婚・廃婚論と一部共闘できる可能性すらある。

まあ、いろいろな可能性を考えてみましたが、だからと言ってそのような論争の帰趨を見極めてから判決を下す、というわけにはいかないですからね。

吉川… 論文を拝読したときに、私は先生のいう primary goods を基本的にロールズの定義に即して理解していました。また先生のいう「婚姻」も、ほかの可能性を一応想定しつつも、基本的には制度化された婚姻、つまり「法律婚」を指すものと把握していました。そのこともあって、《婚姻（制度）は基本善のひとつだ》という主張には、理解の及ばないところがあったのですが、しかし、ご説明を受けて、ロールズの語彙との距離も含めた駒村先生の独自の議論枠組みへの理解が深まったと感じています。

四 「意味の秩序」論の二面性

吉川… 先ほどいただいた応答には、【提題】に書いた他の問い——特に「意味の秩序」論に関するもの——への応答も含まれていたと思います。現行の婚姻（異性婚）と区別された制度として同性カップルを保護する制度を導入することは、「意味の秩序」論、より具体的には「二級市民化」への懸念からの批判があるわけです。しかし、少なくとも今般の問題との関係では、駒村先生としては、「意味の秩序」論を憲法論の平面で立法裁量を統制するようなものとしては位置づけていない、という立場を明確されたと理解しました。そもそも「意

味の秩序」論文では、「ドメスティック・パートナーシップやシビル・ユニオンを根城として、その輪を拡大し、むしろ『婚姻』という概念を無効化するやり方」⁽⁵⁵⁾、あるいは、法律婚という「優位に立つ階層への包摂」ではなく「劣位に立つ者たちの屹立による「意味の」秩序の構造転換」という方向性⁽⁵⁶⁾も提示されていました。つまり、「意味の秩序」論は、必ずしも憲法法理として《分離》解消という一方だけを指示するものではなく、⁽⁵⁷⁾ った、ということかと思っています。

駒村… 同性婚訴訟の原告たちが求めているのは、「同性婚」という特別な婚姻制度の樹立ではなく、現行民法が異性カップルに認めている婚姻をそのまま同性カップルにも認めることです。したがって、原告たちは「同性婚訴訟」という名称には距離を置き、正式には自らの訴訟を「結婚の自由をすべての人に」訴訟と呼称しているところです。その流れで、現にいくつかの地裁判決が示唆するように、同性愛者たちには、異性愛者たちとは別に、パートナーシップ制度や準婚姻制度（同性婚制度）を用意することによっても憲法適合的な対応が可能であるとする主張に対しては強い反発を抱えています。別制度で対応することは、「二級市民」扱いするに等しいということです。別制度対応では、つまり、端的に同じ制度的対応でなければ、憲法上の平等違反の問題を必ずしも解消させるものではないとの方向性は、既に福岡高裁判決（令和六年（二〇二四年）一月一三日）が示しているところです。が、福岡高裁が言っているのは、パートナーシップ制度のようなものを導入しても保護されない法的利益が残存するので、本来の意味で対等に利益が配分されているわけではない、なので一四条問題が残る、という趣旨です。「意味」の配分が不平等であると言っているわけではない。

では、配分される利益や負うべき義務もまったく同じで、ただ名称だけが異なる「同性婚」が導入された場合どうなるのか。民法という基本六法の下で認められる正統的婚姻と同性婚という新奇な婚姻との間で、正統派からなおも区別という名の排除を受けている同性愛者たちは、異性愛者が属する一級市民クラブへの入会資

格を剝奪されたままの二級市民であるという批判が寄せられることになります。意味の配分においては画然たる差別が残るというわけですね。

「二級市民」という言葉の含意にも異なりますが、これは「婚姻」という正統に対して「同性婚」は「異端」であるという「意味の秩序」によってもたらされる差別的な帰結を言い表すタームとして利用されています。制度に含まれる利益や承認はまったく同じであっても別建ての制度の併設がもたらす弊害（差別）は「意味の秩序」によって生まれて来るわけです。正統的な婚姻制度という意識が相対化し、「意味の秩序」が変わってしまえば、「二級市民」を生み出すような差別的性格も希釈化されるわけです。

「意味の秩序」は動態的なもので歴史的な変化に常にさらされています。裁判所が「国民の意識の変化」を語るとき、私はこの「意味の秩序」を意識しているのではないかと思うときがあります。変化する「意味の秩序」の断面をどう切り取るかによって、そこからもたらされる含意も変わってきます。が、裁判で用いられるそれは、基本的に、既存の秩序であって、それを基礎に権利や自由の内包や外延、規制や制限の帯びる侵害性の強度が画定されます。そういう役割を「意味の秩序」論は果たしています。

このように「意味の秩序」論は、既存の秩序が法的概念の造型へもたらしインプリケーションを問うもので、その意味では、これは静態的な用法です。が、他方で、よりダイナミックな動態的用法もあり得ます。それは、「意味の秩序」を固定化された既存秩序と捉えて、その発する含意を法的判断に応用しようとする静的なものとは異なります。むしろ、「意味の秩序」を固定化せず、その改変を求める挑戦の対象として位置付ける方向を「動的な用法」と呼んでおきたいと思います。私はあと数年で、反婚や離婚の主張が本格化すると考えております。さらに付け加えれば、生殖能力の尊重と維持をまっとうから核心とする家族制度の主張も台頭してくると予測します。いずれにしても、家族の在り方が再問される日が近い将来来るでしょう。同性婚を現行婚姻

制度とは別建てで組み立てる方向を私が排除しないのは、そのことがむしろ既存の「意味の秩序」を相対化し、新しいそれに向かっていく契機になるのではないかと思うからです。

同性愛者の中でも同性婚訴訟に冷やかかな人たちは、これらの諸点をまさに意識していて、婚姻の自由を対等に求めることよりも、婚姻制度を相対化するためにも現行の婚姻制度へのこだわりからまずは解放される必要があると考えているようです。また、現行婚姻制度と区別された同性婚、でいいんじゃないか、むしろそれを正統な制度に育てていくべきではないか、との声もあります。「意味の秩序」論は、私たちの権利や自由のデイスコースをより開放的に、あるいは豊かにしていくためのきっかけを与え、そのためには何に挑戦しなければならぬのかを明らかにしてくれる役割も果たしているように思います。

私自身もそのようなことを弁護士の方たちに語ることもあります。が、基本的に過去志向的な裁判において、右に述べた婚姻の意味についての動的用法を語ることはしません。原告には自らが欲する利益状況の獲得のために裁判に訴える権利があるのであって、彼らは、社会公共が手にし得る、あるいは手にすべき、近未来の制度様相のために闘う市民的フューチャリストではありません。また、現行婚姻制度に同性愛者も対等に組み込むことを憲法的に要請させることも、既存の「意味の秩序」を変える一步になるだろうからです。将来の変化に開かれていること、あるいは開いていくべきことを、この時点で広い射程で主張すると、結局、「意味の秩序」の変転を切り取ることを裁判官に躊躇させ、問題の解決を先送りにさせてしまうでしょう。反婚・廃婚やハイパー保守的家族観などの対応は、この訴訟に一定のケリをつけた後、弁護士を含む関係者たちが次に立ち向かうべきミッションであるとは思っておりまして、そういう方向での議論も徐々に始まってきてはいます。

五 「憲法二四條二項」意見書をめぐって

吉川… ここまでにいただいた応答を通じて、新しく浮かび上がってきた論点があるのではないかと感じました。それは、先生が意見書を書かれるときの基本姿勢がどのようなものか、ということです。ご指摘のように、離婚論や反離婚論は、現行の法制度（制度の不在）によって苦しむ当事者である原告たちが提起する論点ではないでしょう。また司法が「今を生きる人の要請に応えなければならない」という見方も、ひとつの合理的な見方かと思えます。他方で、憲法学者としての駒村先生が、第一次的には「理論のダイナミズムが生み出す継続的探究」の当事者であることは間違いないわけです。このように、現実の訴訟や司法実務の世界と、先生が本拠としている「理論」の世界は、相対的に別の世界である、といえるかもしれません。それでは、憲法学者として意見書を書く駒村先生はどのようなのか。先生は、最初の応答の第三点で、「研究と裁判は、もちいるリソースも言葉遣いも異なりますが、いかに裁判官の琴線に触れる言葉を研究者がつむげるか、を常に意識してきたつもりです」と仰っていました。それだけであれば、単に、説得のための技術的な水準において、語り方に工夫を凝らすということに留まります。しかし、更に踏み込んで、当事者の側に意識的にたち——言い方が適切か分かりませんが——半ば代理人のように語るといえるのか。ここでの基本姿勢は、【提題】でも触れた「憲法二四條二項」意見書の内容にも、少なからず影響するはずです。この点についての先生の姿勢も含めて、「憲法二四條二項」意見書について、現時点でのお考え、あるいは振り返りを頂戴できればと思います。

駒村… 難しい質問ですね。法学というディシプリンの本質に関わる問いではないかと思います。二四條二項の意見書の謎解きを離れて、一般論でお答えしておくのが賢明だと思えます。⁽⁵⁷⁾

法学というのは学問ですから理論的な側面が強いわけですが、同時に、実践と強く結びついているところが

特徴的です。哲学や倫理にも「応用 (applied)」の局面があるにはありますが、法学の場合、やはり「裁判」という《現場》を持っていることが宿命的ではないかと思えます。理念や原理や哲学を国法秩序に取り込み、それを様々な法命題に鑄直して個別化し、最終的には裁判の場で白黒決着をつけることができるようにするため、事実との照合を通じて合法違法の判定を可能にする「要件化」まで持っていくことが求められています。理念や原理を思弁的に語るだけではすまないところがあります。理論家であるだけでなく、《現場》を担っている技術者でもあるわけですね。技術者は目的を効率的かつ誠実に実行に移すことが職責で、クライアントの提示した目的に忠実である必要があります。

ご指摘のとおり、理論に遊ぶ世界と職人としてあずかつてる《現場》は「相対的に別の世界」であるわけですが、世界は異なってもそこに住まう人間は同一人物です。純然たるインテグリティを保てないことはご理解いただけると思います。もちろん、《現場》から超然とした理論家としてのインテグリティをあくまでも貫くという構えもあると思いますが、それは法学の負っている宿命から離れたつもりになっているだけではないか。少なくとも私はそういう構えをとることは、法学者であるからこそ、採らないつもりです。もしその立場を採るのであれば、意見書を書くのはお断りして、自分の書いた論文を弁護士が便宜に従って引用するのを、苦笑しながら見守ることになるでしょう。が、「意見書」を書くというのはそのような姿勢とは異なり、《現場》を見据えた舌鋒を考案する、しかも、弁護士たちと協働しつつ考案することになります。「意見書」の執筆は理論家の自己実現ではありません。「意見書」作成者にもいろいろタイプがあるかと思いますが、私は、吉川さんが指摘するところの「代理人」タイプですね。

まあ、学問の独立性や自律性からいかながものかという声もあるかもしれませんが……。エドワード・コークが国王に対して「法の支配」を語った際、彼は、自然的理性 (natural reason) と技術的理性 (artificial reason)

を区別し、王は前者を法律家は後者を担うことを説いたのです。国王と言えども容喙できない「法の支配」の「法」とは、法律家という専門職が宮々と築き上げてきた法実践上の慣行の総体です。⁽⁵⁸⁾これは、法学者も含む法律家共同体が磨き上げた技術的な学知と実践を指すと解され、私自身はこちらの陣営に(も)属するのが法学者であると考えています。自然的理性にのみ軸足を置いたところで、国王の気まぐれに翻弄され、御用学者になるのがせいぜい、というような結末しか待っていないでしょうし(笑)。法学者は「裁判」という《現場》を持つていることをむしろありがたいと思うべきでしょう。

吉川… ありがとうございます。与えられた紙幅も超過してしまいましたので、このあたりで対話篇を終える必要がありますが、今回いただいた様々な応答を通じて、同性カプルの法的承認をめぐる憲法論における先生の立ち位置だけでなく、その背後にある思想的な立脚点、そして訴訟関与への考えに至るまで、これまで以上に深く伺うことができたのではないかと思います。最後の点について先生は、「純然たるインテグリティを保てない」こともあるという、消極的にも響く言い方もされていましたが、私はむしろ、《現場》での協働や試行錯誤のなかで、先生が技術者としての本領を発揮されると同時に、理論家としてのご見解が豊かに展開され、さらに今後も発展されていくのだというお話として受け止めております。

振り返れば、私が先生の学生として直接ご指導をいただく関係にあったのは、法学部の駒村ゼミに入った学部三年の二〇一一年四月から博士後期課程を単位取得退学した二〇一八年三月までのことですが、その間にも、先生が新たに撰取された文献や多様な交流を通じて、ご自身の見解をつねに刷新されていく姿を、何度も目にしてきました。本年度をもって先生は慶應義塾大学法学部を離れられますが、これからも先生の「憲法行脚の道行」は続いていくものと思います。引き続き、その歩みから学ばせていただけることを、楽しみにしています。

【この対話は二〇二五年一月二五日時点のものである】

- (1) 結婚の自由をすべての人に訴訟、<https://www.call4.jp/info.php?id=i0000031&type=items> (最終閲覧：二〇二五年八月二二日)
- (2) 駒村圭吾「憲法二四条二項についての意見書」(二〇二〇年七月二七日) <https://www.call4.jp/file/pdf/202103/bf0980bee53168cf5c88e1289f7559a.pdf>
- (3) 駒村圭吾「意見書」(二〇二五年四月二七日) <https://www.call4.jp/file/pdf/202505/c0b0f4366e5735077deca108345c8a1c.pdf>
- (4) 駒村圭吾「褪色する『家族の肖像』の前に立ちすくむ憲法」三田評論 online (二〇二一年十一月一九日) <https://www.mita-hyoronkeio.ac.jp/featured-topic/2021/11-3.html>
- (5) 駒村圭吾「家族と憲法——LGBTQと法と社会」マガジン9 (二〇二四年八月七日) <https://magz9.jp/240807-5/>
- (6) 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」世界八七三号(二〇一五年)二三頁以下。
- (7) 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」アメリカ法二〇一六—二二号(二〇一七年)二〇九頁以下。
- (8) 参照、横大道聡「駒村圭吾教授の研究の軌跡」法学研究九九卷三号(二〇二五年)注33。
- (9) 駒村圭吾「法制度の刷新と市民社会…米国ヴァーモント州における同性婚論争の帰趨」公共政策研究五号(二〇〇五年)九六頁以下。
- (10) 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」法学研究七八卷五号(二〇〇五年)八三頁以下。
- (11) 駒村圭吾「同性婚論争とアメリカ」法学セミナー五四卷九号(二〇〇九年)六二頁以下。
- (12) 駒村圭吾「『意味の秩序』と平等」憲法理論研究(会編『憲法理論研究叢書20 危機的状況と憲法』(敬文堂、二〇一二年)一二九頁以下。

- (13) 駒村圭吾「熟議の担い手としての議会と裁判所」西原博史編『立法学のフロンティア2 立法システムの再構築』(ナカニシヤ出版、二〇一四年) 三六頁以下。
- (14) 駒村圭吾「家族と憲法…『個人の尊重』と『個人の尊厳』に寄せて」憲法研究四号(二〇一九年) 一三三頁以下。
- (15) 駒村圭吾「判批」長谷部恭男ほか『憲法判例百選I「第七版」』(有斐閣、二〇一九年) 六六頁以下。
- (16) 駒村・前掲注(9) 一〇五頁。
- (17) 駒村による討議民主政研究として、駒村圭吾「討議民主政の再構築…民主主義をめぐる『合意モデル』と『挑戦モデル』」中村睦男・大石眞編『上田章先生喜寿記念論集 立法の実務と理論』(信山社、二〇〇五年) 三頁以下、駒村圭吾「討議民主政論の挑戦」憲法問題一七号(二〇〇六年) 九五頁以下、駒村・前掲注(10)、駒村・前掲注(13)もこの研究に連なるものである。さらに、関連する業績として、参照、駒村圭吾「寛容の論法…善の開放的解釈」今井弘道編『新・市民社会論』(風行社、二〇〇一年) 三三九頁以下。
- (18) 駒村・前掲注(12) 一三二頁。
- (19) 駒村・前掲注(11) 六五頁注8。参照、石川健治・駒村圭吾・亘理格「Mission: Alternative」法学教室三四二号(二〇〇九年) 三六、三八頁(石川発言)。
- (20) 例えば、駒村圭吾「言葉／意味／権力…トランプの場合、天皇の場合」法学研究九一卷一号(二〇一八年) 二二―一二頁。
- (21) 駒村・前掲注(12) 一二九頁。
- (22) 参照、同上。
- (23) 同上、一三六―一三七頁。同様の問題意識が連邦地方裁判所の判決の中にも見られることも確認されている。同上 一三七―一三八頁(同性婚を明示的に禁止するカリフォルニア州の州憲法修正を違憲と判断した連邦地方裁判所の判決を紹介)。
- (24) 同 一三九頁。
- (25) 駒村・前掲注(2) 二五頁(「個人の尊厳からは〔同性婚〕導入が要請されるとすら考えられる」(一) 内引用者)。

- (26) 同上―一五頁。
- (27) 同上。
- (28) 同上二三頁。
- (29) 同上二二―二三頁。
- (30) 同上二三頁。
- (31) 同上。
- (32) 同上。
- (33) 同上(一) 内引用者。
- (34) 同上二四頁。
- (35) 同上二五頁。
- (36) 同上二三頁。
- (37) 同上二頁。
- (38) 札幌高判令和六年三月一四日裁判所Web。
- (39) 駒村圭吾「同性婚訴訟の次のステージへ…札幌高裁判決をいかに受け止めるか」世界九八二号(二〇二四年)一八四頁。
- (40) 東京高判令和六年一〇月三〇日裁判所Web。
- (41) 駒村圭吾「同性婚訴訟、ふたつの高裁判決…高裁判事たちの挑戦とそこに宿る陥穽」法学セミナー七〇巻二号(二〇二五年)五〇頁以下。
- (42) 同上五三頁。
- (43) 同上五三頁。
- (44) 先に引用した駒村の評価は「『個人の尊重』と『個人の尊厳』という抽象的な原理に依拠して、異性間と同性間の婚姻の自由を同等に認める」こと自体を「アクロバット」だと評価しているようにも見える。「アクロバット」という言葉の connotation は決して肯定的なものではないだろう。また駒村は、この論文で、駒村が札幌高裁と同じく

「二四条一項に同性間の婚姻も組み込む解釈で勝負するとすれば、どう考えるか」(傍点原文) について説明が、傍点を付すことによって、その説明が仮定上のものであることが強調され、自身の立場ではないことが示唆されている。また、駒村は、この論文で、札幌高裁判決のような憲法二四条一項解釈を示すことなく、既存の婚姻制度への同性カッブルの包摂を論証しようとした東京高裁判決を、より高く評価している。

(45) 横大道・前掲注(8)。

(46) 駒村・前掲注(10)二三頁、駒村・前掲注(7)二三頁。

(47) 同上。

(48) ジョン・ロールズ(川本隆史・福岡聡・神島裕子訳)『正義論(改訂版)』(紀伊国屋書店、二〇一〇年)の特に第五節(一二三―一二八頁)を参照。基本財とは、ロールズにおいて「合理的な人びとが、他にどんなものを望んでいようと、必ず欲しがらるもの」と説明されている。同 x iv。

(49) 駒村圭吾「人権は何でないか…人権の境界画定と領土保全」井上達夫編『講座 人権論の再定位5人権論の再構築』(法律文化社、二〇一〇年) 二二頁以下。

(50) エリザベス・ブレイク(久保田裕之監訳)『最小の結婚…結婚をめぐる法と道徳』(白澤社、二〇一九年)(特に第六章・第七章)。

(51) 駒村・前掲注(45)二二頁注19。

(52) 樋口陽一「『洋学紳士』と『雑種文化』論の間…再び・憲法論にとつての加藤周二」思想一〇四六号(二〇一一年六月) 一七〇頁。

(53) 樋口・同上。

(54) 山田八千子編著『法律婚って変じゃない?—結婚の法と哲学』(信山社、二〇二四年)。

(55) 駒村・前掲注(12)一四〇頁。

(56) 同上(一) 内引用者。

(57) とは言うものの、吉川氏が提題論稿で詳細に私の二四条論に言及してくださっているので、ここで若干その「基本的な理路」についてだけ説明しておきたい。二四条二項の「意見書」は、一項ではなく二項について書いてほしい

という依頼だったので一項論はいわば手薄であることは間違いない。私としては、婚姻が制度化される以前から、人は人と精神的・肉体的結合関係を基礎として相互忠誠を交わす共同生活を営んできたのであって、それは法的保護すべき利益だと考える。そのような関係性を（婚姻とは区別して）「結婚」と呼べば、「結婚の自由」は憲法上も保護されるべきだと理解している（そのような見方を憲法テキストのどこに着床させるのかと言えば、一三条と二四条一項ということになるだろう）。そのような「結婚」のうち、国家が特に保護と承認を与えることによって制度化したものが「婚姻」である（このあたりのタミーノロジーは拙著作では曖昧だったかもしれないが、本質的な問題ではない）。二四条一項は、そのような制度としての「婚姻」の自由を、明文にはないが、含むものとして考えられる。再婚禁止期間違憲判決では「婚姻をするについての自由」という定式を示し、あたかも既存の制度化された婚姻を利用する自由が保障されているにとどまるかのような印象を与えるが、同判決自体が既存の婚姻制度を違憲と判断している以上、この定式が既存の制度の利用の自由にとどまるものではないことは明らかで、既存の制度とは別のなんらかの実体をともなう権利であると捉えるのが適切であろう。が、一項の文言から異性間の結婚が前提とされてきたことも確かであるが、それは同性婚に対する明示的な拒絶を意味せず、したがって、同性カップルの婚姻を禁止も排除もしていないと解される（この点、吉川氏引用の論稿において、一項に同性カップルの婚姻の自由を定位させるための解釈提案も私は披瀝しているところである）。そうすると、一項を受けて置かれている二項に同性カップルの婚姻を支える制度形成の可能性を見ることは一項によって排除されず、婚姻の実態もそれに対する利益の切実性も異ならぬ同性カップルにも婚姻あるいはそれに相当する制度を提供しないことは、二項の個人の尊厳や一四条の平等に反するのではないか、というのが私の解釈の基本線である。その上で、婚姻とは異なるパートナーシップ制や準婚姻制度での対応を私は排除しない。が、異性婚と同性婚を別建てで制度化するとしても、それには合理的理由が必要であるが、私の見る限り、両者を区別する合理的根拠は見当たらないと思うので、別建ては個人の尊厳や平等に反する可能性が出てくる。また、両者を区別する唯一の合理的根拠が生殖可能性であるのであれば、生殖可能性のない異性カップルや子をもうけるつもりのない異性カップルが、既存の婚姻ではなく、新たに設けられる別建ての婚姻制度で届出を出してくる可能性もあり、その時の対応をどうすべきかも問われると考えている。

(58) 駒村圭吾「AI裁判官の良心?—AI時代の『法の支配』再論」瀧川裕英他編『井上達夫先生古希記念・法哲学

という企て』(二〇二五年、信山社) 四五六―四五八頁。

【付記】対話後、同性婚を認めていない現行の民法等を合憲と判断した、東京第二次訴訟の高裁判決(令和七年一一月二八日)に接した。