

修士論文

JSミルの危害原理における法と道德の関係
——同性婚を素材として——

金沢大学大学院法学研究科
法学・政治学専攻

入学年度：2020年度

学籍番号：2017011002

氏名：覃名遠

主任指導教員：足立英彦

副指導教員：中村正人

提出年月日：2022年6月30日

論文概要

JS ミルの危害原理における法と道德の関係——同性婚を素材として——

本研究は、同性婚の法的承認の問題を素材として、ミルの危害原理における法と道德の関係を検討することを目的とする。同性婚や、登録パートナーシップなど同性カップルの権利を保障する制度を持つ国は、欧米諸国を中心に徐々に増加している。アジア諸国の内、台湾では婚姻の自由について大法官による憲法解釈が行われ、2019年5月22日より同性カップルが結婚できるようになった。しかし、他のアジア諸国では、まだ同性婚を保障する法律はない。

世論調査によると、このような法律は多数の人々の道德意識に反する。アジア諸国の中では比較的 LGBT や性的マイノリティの権利を重視する台湾でも、同性婚に反対する人は少なくない。アメリカでも、同性婚を法的に認めることに反対意見がある。先進的な立法や憲法判断と、社会道德という人々の道德意識との間に一体どのような関係があるのかが本研究の対象である。

ハート・デブリン論争とウォルフenden報告書によって、1950年代のイギリスにおける同性愛行為の非犯罪化をめぐる議論の経過を理解することができる。危害原理を引用したウォルフenden報告書と結論は同じものの、ハートは危害原理と不快原理に基づいて、同性愛行為は刑事罰の対象ではないと指摘した。同性愛行為の非犯罪化の背後には消極的自由の原理が、同性婚の承認の背後には、積極的自由の原理があり、両者に直接の関連性はないが、同性愛行為の非犯罪化は、同性カップルの基本権に対する障壁を取り除くための必要条件である。

同性婚の法制化に関わる問題について、比較法学に期待される役割はますます大きくなっている。各国の憲法判断を比べることによって、国際社会や諸外国の動向を知ることができるのみならず、異なる文化的文脈からの視点も浮き彫りになる。台湾と日本の同性婚に関する憲法判例を比較するとともに、最も代表的なアメリカの判例について分析を行い、共通点を探る。その結果は、台湾とアメリカの判決に危害原理の影響を見ることができ、危害原理によって同性婚を認めることもできる、というものである。

本稿では、ミルの提唱する自由は消極的な自由だけでなく、積極的な保障も含意しており、ミルの危害原理によって同性婚を認めることが可能であるという結論を導く。現在の社会情勢において、同性婚の法的地位を認めることは、異なる価値観や文化を持つ社会がより円滑に発展することを可能にするのみならず、個人が自らの幸福と発展を追求することも可能にする、という危害原理の精神に従ったものである。

Abstract

The purpose of this thesis is to examine the relationship between law and morality in Mill's harm principle using the issue of legal recognition of same-sex marriage as material. The number of countries that have same-sex marriage or other institutions that guarantee the rights of same-sex couples, such as registered partnerships, is gradually increasing, especially in Western countries. Among Asian countries, Taiwan is first country which legalized same-sex marriage. May 22, 2019, the Constitutional Court of Taiwan made a constitutional interpretation of the freedom to marry, which allowed same-sex couples to marry. However, other Asian countries do not yet have laws about same-sex marriage.

According to the result of public opinion polls , such laws go against the moral consciousness of a large number of people. Even in Taiwan, which is relatively more supportive of LGBT and sexual minority rights than other Asian countries, many people oppose same-sex marriage. Even in the United States, there is opposition to the legal recognition of same-sex marriage. The relationship between progressive legislation or constitutional decisions, and people's moral consciousness of social morality is the subject of this study.

Revisiting the Hart-Devlin controversy and the Wolfenden Report, we can understand the course of the debate over the decriminalization of homosexual acts in England in 1950s. Although the conclusion is the same as that of the Wolfenden Report, which cited the harm principle, Hart pointed out that homosexual acts were not subject to criminal punishment based on the harm principle and the offense principle. The principle of negative liberty lies behind the decriminalization of homosexual acts and the principle of positive liberty lies behind the recognition of same-sex marriage. Even though, there is no direct link between the decriminalization of homosexual acts and the recognition of same-sex marriage above, the decriminalization of homosexual acts is a necessary condition for removing barriers to the fundamental rights of same-sex couples.

Comparative jurisprudence is expected to play an increasingly important role in issues related to the legalization of same-sex marriage. Comparing the constitutional decisions of different countries not only provides insight into the international community and trends in other countries, but also highlights perspectives from different cultural contexts. In addition to comparing constitutional precedents on same-sex marriage in Taiwan and Japan, the most representative U.S. case will be analyzed to explore commonalities. The result is that the influence of the harm principle can be seen in decisions of constitutional courts in Taiwan and America, and that the harm principle can also make one of reasons why same-sex marriage should be legal.

This thesis makes the conclusion that the freedom advocated by Mill implies not only negative freedom but also positive freedom, and that Mill's harm principle allows for the recognition of same-sex marriages. In the current social climate, recognizing the legal status of same-sex marriage follows the spirit of the harm principle, which not only allows societies with different values and cultures to develop more smoothly, but also allows individuals to pursue their own happiness and their own development.

目次

論文概要	I
ABSTRACT	II
第一章 序論	1
第一節 研究動機	1
第二節 先行研究	2
第三節 問題の所在	3
第四節 本論文の構成	4
第二章 J.S.ミルの「自由の原理」	5
第一節 危害原理の位置づけ	5
第二節 政府による自由の干渉	7
第三節 危害原理が適用される対象の限界	7
第四節 自由の限界	9
第五節 功利主義的自由論	11
第一項 ミルの功利主義	11
第二項 行為功利主義と規則功利主義	12
第六節 小結	14
第三章 H.L.A.ハートの理論における「法による道徳への干渉」	15
第一節 ウォルフエンデン報告	16
第一項 ウォルフエンデン報告の目的	16
第二項 同性愛の定義	17
第三項 刑法の任務	18
第四項 報告の勧告	19
第二節 デブリンの批判	20
第一項 社会の崩壊テーゼ——三つの問題	20
第二項 法律の行使の条件	23
第三項 小結	24
第三節 ハートの反論	25
第一項 「崩壊テーゼ」の崩壊	26
第二項 ミルの危害原理の修正	27

第三項 パターナリズムと不快原理の導入	28
第四項 実定道德と批判道德——自然法の最小限の内容との関係？	30
第四節 小結	32
第四章 同性愛の非犯罪化から同性婚へ.....	36
第一節 危害原理の再構築.....	36
第二節 アメリカ、台湾と日本における同性婚に関する判例	40
第一項 Obergefell v. Hodges, 135 S.Ct. 2584 (2015).....	40
第二項 台湾司法院大法官解釈第 748 号	44
第三項 同性婚訴訟札幌地裁判決（札幌地判令和 3 年 3 月 17 日損害賠償請求事件）	49
第三節 アメリカ、台湾、日本の比較.....	53
第一項 結婚の自由	53
第二項 道德、伝統と国民の意識	55
第三項 原意主義の束縛	57
第四項 「自由」とは？——将来に向けて	59
終わりに	61
参考文献.....	64

第一章 序論

第一節 研究動機

同性婚は、欧米諸国を中心として次々に法的に認められている¹。アジア諸国の中でも、台湾では憲法の婚姻自由権と平等権に関する釈字 748 号という憲法解釈が出され、その後に立法院で「司法院釈字第 748 号解釈施行法」が成立し、同性愛者が結婚できるようになった。とはいえ、他のアジア諸国において、同性婚を保障する法律はない。

世論調査によれば、このようなタイプの立法は、ほとんどの人々の道德意識に反する。アジアの国々の中で特に LGBT や少数派の権利を重視する台湾でも、同性婚反対派は民法の婚姻関係に関する法律に異議を提出し、「民法で定める婚姻は男女間に限るべき」などという内容で 2018 年に行われた住民投票²（公民投票）では、投票した 1100 万人のうち約 7 割の人々が同性婚の「民法化」に反対した。したがって、立法者と裁判官らが求める理想と、多くの人々の考えはずいぶん異なっている。

人々の道德意識は、時間の変化につれて変わっていく。2021 年にアメリカの Gallup 社が実施した「同性愛は法的に認められるべきか」という世論調査によると、1996 年の時点で賛同者は 27%であった一方、2018 年に 67%に増加し、さらに 2021 年に 70%に伸びた³。それでも、アメリカにおいて、同性婚を法的に承認することには賛同しても、同性婚そのものへ反対する声は根強くある。先端的な法律と一般の人々が感じる道德との間には、いったいどのような関係があるのだろうか。

法と道德の関係を検討する際に、昔から両者の融合を提唱する自然法論と両者を分離する法実証主義が対立してきた。この対立について検討するためには、まず「法とは何か」「道德とは何か」という 2 つの問題を考えることが必要である。法は道德的要素に大きく影響されると言われているが、同性婚の法制化と道德とは一体どのような関係があるのか。

本研究では、ミルの危害原理を検討することから、同性愛行為の非犯罪化に関するハート・デブリン論争を出発点として、法と道德の関係を明らかにすることを試みる。

¹ EMA 日本によれば、2021 年 9 月時点で世界の約 20%の国が同性婚や登録パートナーシップの権利を保障している（EMA 日本「世界の同性婚」<http://emajapan.org/promssm/world>（最終確認日時 2022 年 6 月 11 日））。

² 中央選挙委員会「107 年公民投票第 7 至 16 案投票結果」<https://web.cec.gov.tw/upload/file/2018-12-03/9617f16e-8616-42d9-b052-a6efa6595712/c0e7ec8903c018054138e2f7b5a409cc.pdf>（最終確認日時 2022 年 4 月 28 日）。

³ Justin Mccarthy, 'Record-High 70% in U.S. Support Same-Sex Marriage' (2021) <<https://news.gallup.com/poll/350486/record-high-support-same-sex-marriage.aspx>>（最終確認日時 2022 年 4 月 28 日）。

第二節 先行研究

法による道徳の強制に関する理論としては、J.S.ミルが『自由論』で提唱した「危害原理」が有名である。「危害原理」によれば、行動の自由を制限することが許されるのは、他人に危害を及ぼす行為を制限する場合のみである。

ミルはベンサム功利主義的立場を承継すると共に、個々人の利益を守るために他者による強制を許すパターナリズム (paternalism) に反対した。「パターナリズム」とは、正当な理由で特定の行動を強制したり、回避させたりすることだが、国や社会の世論のパターナリズム的態度は、「他者危害原理」と衝突する。そのため、本論文では「パターナリズム」についても取り上げ、その類型と正当化原理について検討する。その中で、ミルは絶対的なアンチ・パターナリストではなく、未熟な個人が下した判断に対して、または本人自身の利益に反するという強い推定がある場合などでは「弱いパターナリズム」を是認することも明らかにする。

20世紀の英米圏でのもっとも著名な法実証主義者である H.L.A ハート (H. L. A. Hart) はデブリン判事 (Patrick Arthur Devlin, Baron Devlin) と論争を行った。この論争は、英米倫理思想史では長く議論されてきた。その論争のきっかけは、1957年にイギリスにおいて男性間の同性愛行為に刑罰を課すべきかどうかについて検討したウォルフエンデン報告 (Wolfenden report) である。この報告では、成人男性の私的な同性愛行為が道徳や宗教に違反し、社会の非難に値するということが、それを刑法によって罰することの根拠にはならないとされた。さらに、売春は違法ではないと見なされるべきであるが、売春の目的での公然勧誘は人々に危害を加えるため、禁止されて罰せられるべきであると結論づけた。ここにはミルの危害原理の影が見える。

デブリンは報告書を批判した。デブリンは「単一の共通道徳」という概念を提出し、社会秩序を維持することが刑法の目的であり、公共の共通道徳を守らなければ社会は存続できないと主張した⁴。このような見解はリーガルモラリズム (法的モラリズム・legal moralism) と言われる。これに対しハートは、『法・自由・道徳』 (Law, Liberty and Morality, 1963年) で、リベラリズムの立場から、デブリンに対する批判を行った。さらに、ハートは、ミルの危害原理を支持しつつも、現代社会においては欠点があると指摘し、ある程度のパターナリズムと不快原理 (the offense principle) を追加しようとした。これにより、法によって許される個人に対する干渉の範囲が拡大した。

危害原理によれば、ある個人の自由に対する制限が許されるのは、その個人が他者に危害を加える場合だけである⁵。ミルは、危害原理を使って、個人の自由への干渉と強制的行為を規制しようとする。その中で、「強制的行為」には二類型があることを指摘している。それは「法的効果としての刑罰」と、「世論の道徳的プレッシャー」である。つまり、危害原理によって

⁴ 児玉聡「ハート・デブリン論争再考」社会と倫理 24号 (2010年) 185-186頁。

⁵ 大橋智之輔ほか編『法哲学綱要』(青林書院、1990年) 131-132頁。

規制されるべきなのは、政府・議会による法律や制度、政策などの命令を通じた、拘束力を持つ干渉だけでなく、世間一般の意見であり、一般の個人に対する道徳的な圧力も含まれるのである。このような形の干渉は、人身の自由に実際の制限を加えずに、無形の道徳的なプレッシャーにより、人身の自由を制限し、同じく拘束力を伴う効果がある。ハートによれば、ウォルフエンデン報告の結論と同じく、同性愛行為は社会道徳に反しても、これを非犯罪化すべきである。

同性愛行為の非犯罪化が進展するにつれて、同性婚問題の重要性も浮かび上がってくる。違憲立法審査によって、同性婚が認められないことは違憲であるとする国が出てきた。最も代表的なケースは、2015年にアメリカでの「*Obergefell v. Hodges*」事件判決である。アメリカ最高裁判所は、同性婚の権利は憲法上保護されており、各州は同性婚に反対する立法を行うことはできないとの判決を下した。その後、全米で同性婚ができるようになった。一方、アジアにおいて、台湾では2017年に司法院（憲法裁判所に相当）の解釈により、現行民法は同性カップルの婚姻の自由を侵害し平等に反するとして違憲とし、立法府に対して2年以内に関連法の改正または制定を命じた。そして、2019年2月20日に正式に法制化され、アジアで初めて同性婚が認められた。最近では、2021年に日本の札幌地方裁判所が、「法律上、同性同士が結婚できないことは憲法違反である」として、日本で初めて違憲判決を下した*。

アメリカと台湾の裁判所は、同性婚を認めても他の価値観を害することはないとしたが、これは危害原理の精神に基づいているといえよう。同性愛行為の非犯罪化と同性婚の法制化との間には、一体どのような関係性があるのだろうか。本研究は、主に以上で紹介した文献や判決を検討する。

第三節 問題の所在

本研究の目的は、ミルの危害原理に基づき、同性婚の法的可能性を検討することである。ハート・デブリン論争とウォルフエンデン報告を読めば、イギリスにおける同性愛行為の非犯罪化の過程を理解することができる。ハートはミルの危害原理を引用しつつ、それを拡大した不快原理を適用して、同性愛行為を非犯罪化しなければならないと主張した。同性愛行為の非犯罪化と同性婚の背後には、それぞれ消極的自由と積極的自由があり、両者に必然的な関係はないものの、同性愛行為の非犯罪化は、同性カップルの基本的権利に対する障壁を取り除くための必要条件だと言える。そこで、本研究の課題は、ミルの危害原理を再考・再構築し、ハート・デブリン論争の内容を検討し、アメリカ、台湾、日本の同性婚に関連する違憲審査を比

* 2022年6月20日に大阪地裁が同性婚を認めない民法の規定の違憲性を否定したが、本稿提出直前に下された判決であるため、本稿では検討できなかった。

較・検討することである。最後に、同性婚の合法化に関する理論の試金石として、法と道德の関係について私見を示し、同性愛行為の非犯罪化と同性婚の関係を説明する。

第四節 本論文の構成

本論文では、まず J.S.ミルの危害原理（自由の原理）について分析し、再考する。この部分では、J.S.ミルの危害原理を検討し、パターナリズム（paternalism）およびリーガル・モラリズムを批判する立場を取り上げ、さらにミルの思想にも大きな影響を与えた功利主義と『自由論』の関係を分析する（第二章）。次に、同性愛行為の非犯罪化に関する「ハート・デブリン論争」の内容を明確にした上で、ウォルフエンデン報告と、ミルの理論を採用しつつそれを修正したハートの理論を分析する（第三章）。最後に、ミルの危害原理を再構築し、アメリカ、台湾、日本の判例を検証・比較し、同性愛行為の非犯罪化と同性婚との関係を明らかにし、私見を述べる（第四章）。

第二章 J.S.ミルの「自由の原理」

リベラリズム (liberalism・自由主義) は、法律で定義される刑 (crime) と社会道徳的な価値観によって認められる罪 (sin) とを原則的に区別する。リーガル・モラリズム (legal moralism) とは異なり、法と道徳を分離し、自己決定の可能性を保護し、政府による個人の自由への干渉を排除し、法的パターンナリズム (legal paternalism) を拒否する傾向がある。

1859年、ジョン・スチュアート・ミル (John Stuart Mill) は『自由論 (On Liberty)』において、社会全体の最大幸福は人格の多様性に関連していることを提示した。ミルは自由主義者であるが、ミルの危害原理について論じる際に、彼の功利主義を先に検討しなければならない。

危害原理は、ミルの理論において非常に重要な位置を占めている。危害原理は、ミルの自由論において、自由の境界画定の理由として、つまり、自分自身または他者の行動の自由を制限する理由として機能する。ミル自身は「自由の原理 (the principle of liberty) ⁶」と呼び、現代では「危害原理 (harm principle)」と呼ばれている⁷。一体どのような状況下で自由を合理的に制限することができるのだろうか。

第一節 危害原理の位置づけ

『自由論』の目的は、「用いられる手段が法律上の刑罰というかたちの物理的な力であるか、あるいは世論の精神的強制であるか否かにかかわらず、およそ社会が強制や統制のかたちで個人と関係するしかたを絶対的に支配する資格のあるものとして、一つの極めて単純な原理を主張することにある⁸。」その非常に単純な原則がいわゆる「危害原理」である。

この原理は、パターンナリズム (paternalism) およびリーガル・モラリズム的な理由による個人の行動の干渉に反対する。人がかなりの常識と経験を持っている場合、自身の方法で生きることが一番良いとする。

さらにミルは、『自由論』の第五章の冒頭において、この原理をすべての政治および道徳の様々な部門において適用できると考え、2つの格率 (maxim) を提案した⁹。第一の格率は、あ

⁶ JS Mill, *On Liberty* (Batoche Books 2001) 85. (日本語訳は、塩尻公明、木村健康訳『自由論』(岩波書店、1971年)を参照。)

⁷ 実際には、ミルは危害原理という言葉を使わず、代わりに自由原理という言葉をやや曖昧に使っているため、多くの学者がミルの自由の原理を危害原理、他者危害原理 (harm-to-others principle) などに言い換える。例えば、イギリスの哲学者であるジョン・ルーカスとアメリカの法哲学者であるJ.ファインバーグがミルの危害原理について批判をしている。JR Lucas, *The Principles of Politics* (OUP 1966) 174, Joel Feinberg, *Social philosophy* (Prentice Hall 1973) 25-26、米原優「危害原理における「危害」とは何か」静岡大学教育学部研究報告. 人文・社会・自然科学篇 65号 (2014年) 29-30頁参照。

⁸ Mill (n 6) 13.

⁹ Ibid 86.

る個人の行動が自分の利害にのみ関係し、他人とは無関係である限り、その個人は社会に対して責任を負う必要がない、というものであり、第二の格率は、ある個人は他人の利益を害する行動について社会に責任を負わなければならない、社会が防衛のために何らかの罰を課さなければならないという意見がある場合には、その個人は社会的刑罰または法律的刑罰によって罰せられるべきである、というものである。

上記の格率によれば、人間の行為は、絶対的に保障されるべきである自己関係的行為（self-regarding conduct）と、行為の干渉を正当化できる他人関係的行為（other-regarding conduct）の二つの行為に分けられる。危害という概念を通じて、行為の領域が二つに大別される。前者は、直接に、あるいは一次的に、自分だけに関係する行為であるが、後者は、その行為が他者に直接に関わる行為である。制限が許されるのは後者の行為類型のみである。

加藤尚武は、ミルの『自由論』の内容を次のように定式化している。「①判断能力のある大人なら、②自分の生命、身体、財産などあらゆる＜自分のもの＞にかんして、③他人に危害を及ぼさない限り、④たとえその決定が当人にとって不利益なことでも、⑤自己決定の権限を持つ」¹⁰。すなわち、ある人の行動が他人に危害を及ぼさないならば、政府はその行動に干渉してはならない。逆に言えば、政府が他人の行動に干渉してよいならば、その行動は他人に危害を及ぼしている、ということである。

ミルの危害原理を分析する目的は、危害（harm）の基準を理解することである。他人の意志を排除する行動は、正当な目的に基づいている必要がある。その目的は「自己防衛」か「他の成員に及ぶ害の防止」でなければならない。ミルは次のように想定している。

人類がその成員のいずれか一人の行動の自由に、個人的にせよ集団的にせよ、干渉することが、むしろ正当な根拠をもつとされる唯一の目的は、自己防衛（self-protection）である。また、文明社会のどの成員に対してにせよ、彼の意志に反して権力を行使しても正当とされるための唯一の目的は、他の成員に及ぶ害の防止にある。人類の構成員の一人の単に自己自身だけの物質的または精神的な幸福は、充分にして正当な根拠ではない¹¹。

ミルは「危害原理」を使い、個人の自由に対するすべての社会的干渉または強制的な行為を規制したいと考えた。ミルによれば、これらの強制的な行為には、「法による道徳の強制」と「世論からの道徳的抑圧」という2つの方法がある。前者は法令を通じた有形で具体的な干渉であり、後者は社会的道徳を通じた無形のものである。

したがって、「危害原理」の立場から規制しようとする対象は、法的制度または政策を通じ

¹⁰ 加藤尚武『現代倫理学入門』（講談社、1997年）5頁。

¹¹ Mill (n 6) 13.

た、個人の自由に対する国家または政府からの具体的な干渉のみならず、社会からの道徳的世論を使った干渉も含まれる。後者は、直接的に個人の自由を制限するわけではないが、目に見えない社会的・心理的圧力が存在し、公共の道徳を保持するためという理由で、個人の自由を制限する効果がある。

第二節 政府による自由の干渉

政府による国民の自由への干渉に関して、ミルは、仮にある国に優れた階級がある場合には、この階級の思想と道徳原則のほとんどがこの国の道徳思想になるであろうと指摘した。法律は一般に、個人の自由を合法的に制限する。刑罰に代表される法的強制によって、国家法益、社会法益、個人法益などに対する侵害を排除する。仮に、社会において、国の統治者がより良い集団のメンバーで構成される場合、彼らは法と公共道徳などの強制的な手段を使用し、自分の思想に従わない反対勢力、すなわちより悪い集団の人々を排除するであろう。つまり、より良い集団の善悪の基準がこの国の道徳法則になり、徐々により悪い集団に浸透する。一般的には、人々はこれらの規則に従うことを要求され、これらの規則に従わないと、法律と世論の罰が課せられる、ということになる。

自由は人間が生まれながらに有する不可侵の権利である。しかしミルも主張するように、人間は自分の関心事についての異なる意見に寛容ではない¹²。このように、人々が優れた集団の善悪の基準を順守するという行動は、個人の内発的發展を制限する可能性がある上、社会全体の成長に有害かもしれない。社会における「数の暴力 (the tyranny of the majority)」の現象により¹³、世論の大部分を代表する政府が現れ、政府と異なる立場を根絶するために、他者の自由を制限することになる、ということをミルは心配している。強制は主に2つの方法でなされる。第一に、「法的パターナリズム」により、法などの強制力を通じて弱い立場にある者に思想を押し付ける。第二に、「モラリズム (moralism)」により、個人の行動が社会の期待する道徳から離脱する場合、たとえ他人に迷惑をかけていなくても、モラリズムを理由として自由の強制が行われる。

したがって、個々人の個性の多様性と自由を維持するため、政府による「法的パターナリズム」と「モラリズム」による介入を排除しつつ、社会の幸福を最大化する功利主義に従うことをミルは求めている。

第三節 危害原理が適用される対象の限界

ミルは、成熟した人間、つまり信念や理性によって自分自身を改善するように導くことがで

¹² Ibid 12.

¹³ Ibid 8-9.

きる「自発的な進歩 (spontaneous progress)」を遂げる人間に危害原理が適用されると想定した¹⁴。したがって、危害原理が適用される対象は限定される。

危害原理は、幼児、成年未満の若者や、未だに他の人々の世話を受ける必要がある状態にある大人 (被後見人・被保佐人など)、または未熟な未開社会の者には適用されないとミルは想定する¹⁵。その理由は、これらのグループの人々は成人による世話を必要とし、外部からの危害や脅威に抵抗するために、これらの者の行動を保護しなければならないからである。

「危害原理」は、「あなたのために」という名で、行動の自由を妨げる「パターナリズム」¹⁶の使用を明示的に除外しているが、未熟な個人に「弱いパターナリズム」を適用することを除外していない。強いパターナリズムと弱いパターナリズムの違いは、ある人の利益と目的に照らして、その人が自身の利益や目的に反する誤った行為を行った場合に干渉するかしないかである。言い換えれば、ミルが排除したいのは、当人の善を選ぶ能力を考慮することなく一律に干渉する「強いパターナリズム」の適用である。これに対して、子供や若者、世話を必要とする大人、未熟な原始社会の構成員、または情報が不足しており正しく判断できない大人に対しては、「弱いパターナリズム」の例外を適用することを許している。

さらにミルは、特定の種類の「予測」に基づくパターナリスティックな介入には反対していないようである。『自由論』の第五章である『応用』において、犯罪や災害を予防するために自由を侵害することはどの程度まで正当でありうるか、ということを検討している。そこでは、「危険であると分かっている橋を渡ろうとする人」の例¹⁷が挙げられている。この例でミルは、橋を渡ろうとしている人が危険を知らない場合、彼を捕らえて引戻すことは、彼の自由を実際に侵害することにならないと考えている。なぜなら、彼は川に落ちたり、溺れたりすることなどによって傷つけられたくないからである。ある人が情報を持っていなかったり、持っている情報が誤っていたりする場合で、その人がリスクを冒したくない場合、最終的にその人の予想が外れるという強い推定があるならば、国家の公務員がその状況に介入し、この無知の人を危険から保護する、ということは許されるということである¹⁸。

また、自己判断で危ない橋を渡って怪我をしたり死んだりすると、その人の家族や親友に悪影響が生じるという可能性もある。ミルは『功利主義論』の第二章で次のように述べている。

¹⁴ Ibid 14.

¹⁵ Ibid.

¹⁶ パターナリズムの分類については、ジェラルド・ドウォーキンが、以下の5つのカテゴリーに区別している。①ハードとソフト②広義的と狭義的③強いと弱い④純粹と非純粹 (Jファイナバーグは直接的と間接的と呼ぶ) ⑤道徳と福利 (welfare) などである。Dworkin Gerald, 'Paternalism' (Stanford Encyclopedia of Philosophy, 6 November 2002) <<https://plato.stanford.edu/entries/paternalism/>> (最終確認日時 2021年8月16日) 参照。

¹⁷ Mill (n 6) 88.

¹⁸ Joel Feinberg, 'Legal Paternalism' [1971] 1(1) Canadian Journal of Philosophy 111-113.

功利主義的基準を構成している幸福とは、行為者自身の幸福ではなく関係者すべての幸福である。自分自身の幸福か他の人々の幸福かを選ぶときには、功利主義は利害関係にない善意ある観察者のように厳密に公平であることを当事者に要求している¹⁹。

悪影響とは、自分自身の幸福に対する一次的影響ではなく、家族や親友などの関係者全部の幸福への二次的・三次的影響である。この点において、ミルはベンサムを承継している。ベンサムは、『立法と道徳の諸原理序説』の第12章において、行為の有害さを一次的害悪（primary mischief）と二次的害悪（secondary mischief）の二つに分類した²⁰。宇佐美誠も指摘するように、ミルは自己関係的行為が間接的に他者に影響することを認めている²¹。

したがって、ある人に判断能力がない、自由がない、誤った情報に基づいているという推定²²により、その人の利益と立場を前提とし、その人を危害から守ることは許される。この前提に立つと、慎重な考慮なしに下された決定に基づく行為への干渉は正当化できると考えられる。

これに対して、文明社会のメンバーが自己判断と自己決定によって、自分自身を向上させることができると考えた上での行為であるならば、他人に危害を加えない限り、国家や社会は「パターナリズム」を理由として彼の利益を強制することはできない²³。

第四節 自由の限界

「危害原理」が対抗したいものは、「個人の行動の自由」の制限である。『自由論』では、ミルは人間の自由の固有の領域を、以下の3つのカテゴリーに分類している²⁴。以下は、優先順位の高いものから低いものへの順である。

第一に、「意識という内面的領域」である。良心、思考、および感情の自由などが含まれているが、最も包括的な意味においては、報道の自由も含んでいる。外部の制限なしに、外部の問題に関するすべての意見や態度を表明する絶対的な自由である。

第二に、「嗜好と目的追求の自由」である。自分自身の個人的な性格と特徴に従い、自分の人生を計画し、人生の選択で起こりうるリスクを負うことができる、ということである。

第三に、個人間の「結社の自由」である。自由で成熟した人間の誰でも、詐欺や強要がない

¹⁹ JS Mill, *Utilitarianism* (Batoche Books 2001) 19. (日本語訳は、川銘雄一郎・山本圭一郎訳「功利主義論」『功利主義論集』(京都大学学術出版会、2010年) 279頁)。

²⁰ Jeremy Bentham, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation* (Batoche Books 2000) 121-129.

²¹ 宇佐美誠『その先の正義論』(武田ランダムハウスジャパン、2011年) 126頁。

²² Feinberg (n 18) 116-117.

²³ Mill (n 6) 13.

²⁴ Ibid 15-16.

という前提の下で、他人を傷つけない限り、同じ意志をもつすべての個人の同意に基づいて共同活動を行うことができる、ということである。

第一の「意識という内面的領域」の自由には、「内心の自由」のみならず、「表現の自由」も含まれる。公共の場所で講演を行う場合において、一時的な騒音によって通行人に不快を感じさせることは、ミルが想定した「危害」に当たらず、「迷惑」にとどまる。

加藤尚武は、人が受ける被害を「危害」と「迷惑」の二つに分け、他人に危害を加える「他者危害」だけが、法律による禁止対象になると指摘している²⁵。他方、他者を不快にさせる表現は「迷惑」にあたる。お互い様という部分があり、どこまで譲り合うべきなのかが問題となる。

「迷惑」の定義は、その時の社会の思想や風潮に左右される。かつては規制されていなかった「迷惑行為」が、人々の意識と時間の変化につれて「危害行為」に変わっていく。今では公共の場での喫煙は、単なる「迷惑」に当たるだけでなく、他人に対し、喫煙者のたばこの煙を吸わせるという受動喫煙により、肺がんや呼吸器疾患などの危険にさらすことになるため危害行為に当たり、当然に規制の対象となる。

ところで、行為領域を自己関係的行為と他人関係的行為の二つに分けるとするのは、極めて曖昧である。行為領域の分類は危害の概念に依存する。時間と空間が異なると、危害の概念も異なり、危害行為として認定される行為も異なる。危害行為は固定的な概念ではないため、自己関係的行為と他人関係的行為の区別も固定的ではない。

前掲のようにミルは、人間の行為を二つのカテゴリーに——行為者 (agent) だけに関わる行為と行為者以外の他の人々にも関わる行為と、すなわち自己関係的行為と他人関係的行為に——分類できるという可能性に基づいているように思われる。しかしこの二つのカテゴリーの区別を維持していくことはできないと、イギリスの法哲学者であるジョン・リースは指摘している²⁶。

自己関係的行為と他人関係的行為の分類の基準は、危害の概念によって異なる。しかし、ミルの理論において、「危害とは何か」は常に難しい問題である。リースは²⁷、ミルが『自由論』で提案した「危害」の概念は、実際に「他人の利益を害する (prejudicial to the interests of others)」ことを指すと考える。リースは、危害の概念は「他人に影響を与える行為 (affecting others)」と「他人の利益に影響を与える行為 (affecting the interests of others)」の2つのタイプに分けられるべきであり、ミルは「影響の効果 (effects)」を考慮するのみならず、それ以外に

²⁵ 児玉聡『実践・倫理学: 現代の問題を考えるために』(勁草書房、2020年) 129-130頁。

²⁶ John Rees, 'A Re-thinking of Mill on Liberty' in John Gray and G.W. Smith (ed), *J.S. Mill On Liberty in Focus* (Routledge 1991) 171. (日本語訳は、泉谷周三郎・大久保正健訳「ミル『自由論』再読」『ミル『自由論』再読』(木鐸社、2001年) 80頁参照。)

²⁷ Ibid 174-175.

影響に伴う「利益 (interests)」も考慮していると指摘する。この理論は、「危害」の判断基準を確立することを目的として、他人関係的行為だけでなく、他者に影響を与える行為の背後に隠された「利益」に注目する。「利益」については、ミルは『功利主義論』において論じ、多くの学者はミルの理論を自由功利主義 (liberal utilitarianism) であると考えている。

第五節 功利主義的自由論

ミルは父親の影響により、子供の頃からベンサム功利主義の思想を受け入れ、功利主義者になるだけでなく、功利主義の理論を改訂して強化した。彼はベンサムのいくつかの問題点を指摘し、特にホブズと同様の利己主義的な人間理解を批判した。ミルが批判したのはベンサムの「倫理的利己主義」的な立場である。彼は『自由論』において、功用とは無関係なものとしての抽象的な正義の観念から、彼の議論にとっていかなる利益が引き出されようとも、その利益を放棄するつもりであることを述べておくのが適当であり、功用をすべての倫理的問題に関する究極的な訴えであるとした²⁸。ミルの見解では、幸福とは快樂と痛みからの解放であるが、不幸とは痛みと幸福の喪失を指す。欲望に値するものがあるとするならば、この物に内在する幸福のためか、幸福を高めて苦しみを避けるための手段である。

第一項 ミルの功利主義

ミルは功利主義に基づいて自由の優先順位についての議論を確立しようとした。ベンサムの理論によれば、あらゆる形態の幸福は公平原則の下で同等のものとして扱われるが、ミルは「自由の優先順位」を提出し、幸福の「質」と「量」の違いに注目した。要するに、幸福は2つのレベルに分けられる。高次の快樂すなわち知識的・道徳的な幸福は、低次の快樂すなわち物質的または身体的な幸福よりも優れているとされる²⁹。また、ベンサム的な功利主義は、自分自身の幸福ではなく、関係する人の最大の幸福を目指すべきとする理論であり、「自分自身の利害に現に常に動機付けられている」という「心理的利己主義」の立場に反対する³⁰。これに対してミルは、自分自身の最大の幸福である心理的利己主義的な幸福を提唱し、ベンサム的な功利主義の立場を支持しなかった。

ミルは「自由の優先順位」を提唱することによってベンサム的な功利主義を批判した。ミルは、「恒久的利益に照らして見れば、他人の利益に関係のある各個人の行動にのみ関しては、個人の自発性を外からの統制に服させることを是認する³¹」と考える。他人の利益に関係する場

²⁸ Mill (n 6) 14.

²⁹ Mill (n 19) 11.

³⁰ Ibid 14.

³¹ Mill (n 6) 14.

合は、個人の自発性が統制されうるが、他人の利益に関係しない場合は、自己関係的行為の中で可能な限り最大限の自由を得て、可能な幸福を追求してよい。ただし、最大限の幸福を追求するためには、「豚の快樂」を追いかけるのではなく、知識的・道徳的な快樂・幸福を追求した方が良いとされる。長期的にそのような「自由の優先性」の規則に従う社会に住む人々は幸福になるであろう。全体的な利益のために、強制的な力を使って個人を統制するよりも、「自由の優先性」の規則の下で個人の自由裁量に任せる方が、一層良い利益を得られるであろう、とミルは考えた。

実際には、父親の徹底的な理性的教育の下で、ミルは21歳に「精神の危機」に陥り、興味・意欲の著しい減退とうつ状態に陥った。『自伝』の中で、彼はこの間、人という価値について考え続けたと述べた³²。ミルは彼の思想の根底の多くの理論、すなわち宗教上の懐疑思想や功利説などに対して疑問を持つようになった³³。危機をゆっくりと乗り切った後、彼の思想は新しい段階に入り、功利主義を大幅に修正し始めた。これはミルの著書と功利主義の間に多くの矛盾が生じる可能性があるということをも示唆している。

第二項 行為功利主義と規則功利主義

『自由論』でミルが述べたかったことは、社会に対する個人の自由と利益を擁護し、個人の自由に対する「モラリズム」と「パターナリズム」による介入に反対することである。しかしながらこの見解は、社会の最大多数の最大幸福というミルが支持する功利主義の基本命題を妨げている。自由優先の命題には依然として矛盾が存在する。

ところで最大の幸福を実現するという観点によって行動を決定すると、普遍的な規則や義務に違反する可能性がある。例えば、交通量の多い道路において、歩行者が、しばらく車両が通過しないため赤信号であるにもかかわらず道路を横断する場合には、時間短縮という功利的な効果があるものの、車両と衝突する危険性が高い。さらに我々がこの考え方を採用して交通ルールに違反した場合には、いわゆる交通ルールや信号機が存在する意味がなくなってしまう。

このような論議に関連して、功利主義を次の2つの種類に分けることができる。行為功利主義 (Act Utilitarianism) と規則功利主義 (Rule Utilitarianism) である。前者の行為功利主義は、ある行為の正誤を議論する際に、「現時点での行為」が最大の利益を生むことができるかどうかに基づいてその善悪を判断する。規則を重視せず、利益の最大化を目的とする。道徳や正義などという普遍的・絶対的な規則に従うと、功利的な行為が抑制され、利益が最大化されないため、正しくないと評価されうる。

後者の規則功利主義は、最大幸福の原理で評価する対象を、個々の行為ではなくて、規則に

³² Jonathan Riley (周春塘訳)『彌爾與《自由論》』(台灣五南出版、2013年) 34-39頁。

³³ JS Mill (富田義介訳)『ミル自叙伝』(培風館、1955年) 208頁。

置き換える。すなわち規則功利主義は、まず功利主義的にどのような規則が最善であるかを決め、その最善の規則に従う行為を正しい行為であると評価する。なぜなら、各行為が正しいか否かを見るにはその「傾向」を見極めなければならず、したがって、その行為が属する行為の集合が一般的に実行されたとき万人の幸福への影響がおよそどうなるかを考察しなければならないからである³⁴。「功利主義によって正当化された規則を遵守すべきである」³⁵。規則功利主義は、社会的効用を最大にする規則を遵守するならば、その規則に違反するよりも、長期的には社会の利益が一層大きくなると考える。

ところで、一般的に言えば、功利主義はベンサムが創始者だとされる。彼は快樂主義的な功利主義者であり、快樂の本質は幸福の量だけであり、質の違いはないとした。功利主義とミルが提唱する「自発的な進歩」は、人類と社会が長期的により良い目標に向かって発展することを前提としており、功利主義の目標である「最大多数の最大幸福」と一致している。このような観点では、ベンサムの功利主義の望ましい結果と『自由論』との間に矛盾は生じない。こうして、ミルは幸福の質と量の両方を考慮し、全体の上質の幸福を達成することが、功利主義の原則に基づく道徳の究極の理想像であるとした。

ミルは『自由論』で功利をすべての倫理的問題に関する究極の目的とすると明確に述べ、すべての議論の基礎としての功利主義を擁護した。だが、最初に提唱したのは行為功利主義であり、ミルが規則功利主義論者であるかどうかという点については自明ではない。ミルが規則功利主義に立っていたと解することができるかという点は現代功利主義論争の論点の一つである³⁶。

ジョナサン・リレイ (Jonathan Riley) は、規則功利主義はミルの自由論によって容認されるという議論をしている³⁷。規則功利主義に従い、設定された規則に従って行動することは、効率を高めることができ、伝統的な功利主義より説得力があると彼は考える。同時に、人々が美徳と意志の価値に注意を払い、異なる人間の価値を認識することを行動のガイドとすることをリレイは求める。

言い換えれば、ミルはベンサムなどの功利主義論者と異なり、個人の幸福を厳密な功利計算で測ろうとしない。ミルは理想的な人々の利益を自由の基準とし、個々人が集団に埋没せず、最適な自由の基準を遵守することによって、一般的な功利主義よりも幸福を見つけるであろうと考えたとリレイは指摘する。リレイによれば、理性的思考ができる誰でも、この理想的な自由を認識できて、肯定する。すなわち、個々人は自由な選択を通じて、自分の幸福を発見し、自己関係的行為の範囲内で、個々人の幸福だけでなく、社会全体の幸福の総合を最大化する。

³⁴ 加藤、同前掲注 10、70 頁。

³⁵ 児玉、同前掲注 25、77 頁参照。

³⁶ 小泉仰「現代功利主義論争——規則功利主義と行為功利主義」理想 523 号 (1976 年)。

³⁷ Riley、同前掲注 32、184-198 頁。

これが功利主義的な自由の原理である。

こうして個別の行為を功利主義的に評価するのでなく、さらにより高い視点から比較・評価することが、規則功利主義の立場であるということが出来る。したがって、ミルの功利主義は、規則功利主義を基調とし、例外として行為功利主義を認めるというものであるように思われる³⁸。

規則功利主義の立場から見ると、危害原理は規則の一種であり、すべての人がこのこの原理に従うことで、全体の幸福を達成することができる。したがって、ミルの危害原理は功利主義と調和する。

第六節 小結

本章では、法による道德の強制に関する議論を検討するために、J. S. ミルが『自由論』において提唱した「他者危害原理」について紹介した。ミルはベンサム功利主義的立場を承継する一方、ベンサムの功利主義を批判し、功利主義の理論を改訂し、規則遵守による幸福の実現を提唱した。それは、最近主張されるようになった規則功利主義的発想でありうる。結果的にベンサム的な行為功利主義と比較すると、全体の幸福をより上質に増大させることになる。

また、ミルは個々人の利益を守るために、他者による強制を許すパターナリズムに反対する。「パターナリズム」とは、正当な理由で特定の行動を強制したり、回避させたりすることであるが、国や社会の世論のパターナリズムの態度は、「他者危害原理」と衝突する。しかしながら、ミルは絶対的なアンチ・パターナリストではなく、未熟な個人が下した判断に対してや、本人自身の利益に反するという強い推定がある場合などでは、「弱いパターナリズム」を是認することも明らかにした。

しかし、ジョン・ルーカスが言ったように、ミルの『自由論』においては「危害」という言葉は極めて曖昧に使われており、その曖昧さは彼の自由論を破壊しうる³⁹。この点は理論的な不十分さを引き起こすだけでなく、彼のいわゆる「非常に単純な原則」は危害の解釈によって狭くも広くもなるため、自由の基準を設定できなくなる。これにより、自己関係的行為の範囲は確定できず、最終的にミルの理論は法による道德の強制の防止について明確にすることもできない。

H.L.A.ハートは、著書の『法・自由・道德 (Law, Liberty and Morality)』において、ミルの危害原理を弁護しようと試みた。彼は、ミルの提案は現代社会においてかなり不十分であると考へ、法的干渉の範囲を拡大する方向で、ミルの理論を修正した。

³⁸ 小泉、同前掲注 36、81 頁。

³⁹ Lucas (n 7) 174.

第三章 H.L.A.ハートの理論における「法による道徳への干渉」

H.L.A.ハート (Herbert Lionel Adolphus Hart) は、法実証主義の代表的な法学者である。彼は戦後の自然法論の再生に批判的で、法実証主義を擁護した。彼は論文「実証主義および法と道徳の分離」において L.L.フラー (Lon Lovius Fuller) との間で論争を展開した。この「ハート=フラー論争」は、法と道徳の分離に関するものである。更にハートは、法理学において最も有名な著作の一つである『法の概念』を残しているが、この『法の概念』において、ハートは法と道徳の必然的関係を否定し、法と道徳分離論を提唱した。

ハートは、著書『法、自由、道徳 (Law, Liberty and Morality)』において、基本的にミルの見解に賛同し、当時判事であったパトリック・デブリン (Patrick Arthur Devlin) のリーガル・モラリズムを批判し、ミルの危害原理を擁護しようとした。ミルの危害原理と反パターナリズムの立場によれば、社会は個人の自由の形成を尊重すべきであり、個人の自由は自分の利益に反する場合にのみ適切に干渉されうるものであるとする。しかし、ミルの立場は、必ずしも完全に反パターナリズムの立場ではない。完全に反パターナリズム的であるならば、いかなる種類の干渉もできないはずである。これに対しハートは、ミルの提唱した危害原理は現代社会においては欠点があり、危害原理という既存の枠組みにパターナリズムと不快原理 (the offense principle) を加えて、個人の自由に対して許される法的干渉の範囲を拡大した。

H.L.A.ハートのような自由主義者は、自己と他者の自由を尊重する社会を志向し、「道徳的違反の非犯罪化」を提唱する。道徳的違反の典型例は、性的表現に関連する道徳に反するものである。性的な行為は当事者が合意の上で行うとはいえ、行為の発生地によっては、社会の道徳的非難を免除されることができず、法的処罰の対象となる。しかし、行為の発生地がどこであっても、不道徳な行為が法的処罰の対象になることもある。ミルの危害原理によれば、私的領域と公的領域の行為を明確に区別することは困難であり、社会は「この行為が不道徳だ」という理由で、その行為を法律で禁止することがある。このような「道徳的違反」に対して、国家は強制的な手段をとることができるのだろうか。

1957年にウォルフエンデン (John Frederick Wolfenden) 委員長が主導した同性愛犯罪と売春に関する部門委員会 (the Departmental Committee on Homosexual Offences and Prostitution) の報告書 (以下では「ウォルフエンデン報告」と略す) は、現代社会における法と道徳の関係に対する重要な指標であるということができる。この報告書の内容は、成人男性の私的な同性愛行為は刑事罰の対象とはならないと指摘した。他方、売春は違法でないと見なされるべきであるが、売春公然勧誘 (public soliciting) は人々に危害を加えるため、禁止されて罰せられるべきであると結論づけた。ここには危害原理の影が見える。

1959年、デブリンは「リーガル・モラリズム」の観点から「ウォルフエンデン報告」を批判した。同年、ハートはミルの「危害原理」に基づいてパターナリズムの範囲を拡大しつつ、デ

ブリンに反対する議論を提起した。これが歴史上有名な「ハート・デブリン論争」である。

法が道徳を強制することは許されるかという問題は長く議論されてきた⁴⁰。以下では「ハート・デブリン論争」について明確にするため、まず「ウォルフエンデン報告」の内容を見ることにしよう。

第一節 ウォルフエンデン報告

第一項 ウォルフエンデン報告の目的

ミルの『自由論』が発表されてから1世紀後の1957年に、英国は同性愛犯罪と売春を調査・研究するために、「同性愛犯罪と売春に関する部門委員会（以下では、「ウォルフエンデン委員会」または「委員会」と略す）」を設立した。

1533年に、ヘンリー8世の在任中に可決された「バガリー⁴¹法（Buggery Act of 1533）」から、1967年に性犯罪法（Sexual Offences Act of 1967）が成立するまで、イギリスでは同性愛行為は重大なわいせつ行為⁴²とみなされ、性犯罪として扱われていた。しかし、どの法律においても女性間の同性愛行為を処罰の対象としたことはなかった。同性愛行為は病気的一种とみなされ、個人の自由を制限する刑罰や懲役などの強制的な手段を通じて、同性愛犯罪者が治療されていた。実際には、同性愛行為は刑罰の介入により著しく減少することがなく、逆に増えてしまったため、法規制と同性愛行為の数との間に因果関係はなかった。また、第二次世界大戦以来、イギリスにおいて男性の同性愛活動に対する逮捕と起訴が増えた。1954年までに、イングランドとウェールズの刑務所には1067人のゲイの男性がおり、平均年齢は37歳であった⁴³。当局者にとってそのような状況は解決すべき問題であった。

ウォルフエンデン委員会は、一体どのような状況の下で刑法が人々に合理的な制限を課すことができるかということを検討した。同委員会報告は次のように述べている。「我々は、社会の法律が尊重され、施行されるためには、社会の一般的な道徳的感覚に受け入れられなければならないことを明確に認識している。しかし我々は、公共の利益に直接影響を与える場合を除いて、私的な道徳的行為の問題に取り組むことは義務づけられていない」⁴⁴。

⁴⁰ 児玉聡『功利と直観——英米倫理思想史入門』（勁草書房、2010年）184-185頁。

⁴¹ バガリー（Buggery）やソドミ（Sodomy）とは、「不自然」な性行動を意味する用語であり、具体的には口腔性交、肛門性交など非生殖器と生殖器での性交を指す。

⁴² 有名な裁判には、1952年にアラン・チューリング（Alan Turing）事件があった。彼は「著しいわいせつ（Gross indecency）」という理由で有罪判決を受け、刑務所の代わりに女性ホルモンによる治療（化学的去勢）を受け入れた。1954年6月8日に自殺した。

⁴³ Br Med J 'Report of the Departmental Committee on Homosexual Offences and Prostitution' [1967] 2(5045) British Medical Journal 639-640.

⁴⁴ John Wolfenden (ed), *Report of the Departmental Committee on Homosexual Offences and Prostitution* (Her Majesty's Stationery Office 1957) 9.

これらの行為から「危害」を受けるのは自発的な参加者ではなく、社会においてこれらの行為が不道徳であると考える人々である。しかし、このような社会における道徳的認知は法制度に影響を及ぼすことになるのか？ 我々は人々に社会道徳を遵守させるために法を使うべきなのか？ どのような行為が犯罪を構成するのか？ どのような行為が犯罪を構成すべきなのか？ これらの問題について単純かつ明確な答はない。ウォルフェンデン委員会は、公共の利益に直接影響を与えない限り、我々が刑罰によって私的な行為を罰することはできず、これらの問題について検討する義務もないと主張した。

第二項 同性愛の定義

ウォルフェンデン委員会は、「同性愛犯罪」と「同性愛」を明確に区別することが重要であると考えた。まず「同性愛犯罪」は、バガリー (buggery)、バガリー未遂、男性による男性への強制わいせつ、女性による女性への強制わいせつ、男性間の著しいわいせつ行為、及びその売春斡旋 (procure) と斡旋未遂、バガリーを犯すことを意図した強制行為、男性による不道徳な目的 (同性愛行為を伴う場合) での勧誘行為、地方条例 (bye-laws) に反する犯罪 (同性間のわいせつ行為を伴う場合) であるとした⁴⁵。次に、「同性愛」については、自分の性別の人々に対する性的指向であるという辞書の定義に依存することで満足している。それと同時に、同性愛とは状態 (state or condition) であり、刑法の対象範囲に入らないとしている⁴⁶。

「同性愛犯罪」と「同性愛」を区別する主な目的は、「行為」と「状態」を二つに分けることにある。一種の状態に対して刑法で処罰をすることはできない。なぜなら、これはかなり継続的な状態を持っている人格の外観を表すものであり、個人に属する自己決定の下で、人の内面における根絶不可能な「状態」に属するものだからである。ただ「ある事をする」時、そして「この行為」が犯罪の構成要件に該当する時だけは、刑法の評価対象になる可能性がある。

ところで、20世紀前半のイギリスでは、一部の精神病理学者によって「同性愛」は一種の「疾病」または「精神障害」であるとされた。しかし、そのような見方は、イギリス社会において一般的な見方とはならなかった。報告書もまた、同性愛は「疾病」の定義を満たすことができないと指摘した⁴⁷。精神病理学者のこの見方は、宗教的信念に基づいた同性愛行為に対する道徳的批判に比べると、比較的に人道的で、かつ医学的根拠があると考えられていたが、実際にはある種の誤解であった⁴⁸。

⁴⁵ Ibid 29-31.

⁴⁶ Ibid 11.

⁴⁷ Ibid 14-15.

⁴⁸ 野田恵子「イギリスにおける「同性愛」の脱犯罪化とその歴史的背景：—刑法改正法と性犯罪法の狭間で—」ジェンダー史学 2 巻 (2006 年) 65 頁。

第三項 刑法の任務

ウォルフエンデン報告では、刑法の任務は何よりも社会秩序を維持し、市民を不快なものや有害なものから守ることであると述べられている。刑法は人々（特に若い人や、経験の浅い人、心身に障害のある人など、社会的に不利な立場にある人）を搾取や墮落の危険性から守る効果的な解決策を提供するとされる。刑法がこれらの課題の内容を超えて、私生活や思想、宗教的信条などに干渉することには、合理的な根拠や正当性はないとみなされる⁴⁹。したがって、私人の間で行われる特定の性行為を刑法の対象として扱うことは、法的義務でもなく、正当化できるものでもない。あくまで、宗教や伝統的な道徳、文化、良心に反するにすぎない。このような立場も、ミルの危害原理を踏襲したものであると考えられる⁵⁰。

また、同性愛の非犯罪化を論じるために、委員会は、現行法を支持するいくつかの論拠を示し、それらに一つずつ反論した。同性愛を犯罪とみなすことを支持する者は、成人男性同士の同性愛行為が私的にも公的にも以下の3つの理由で公共利益に反すると主張している⁵¹。(1) 社会の健全性を脅かす、(2) 家庭生活に破壊的な影響を与える、(3) 小児性愛に発展する可能性がある。

(1) を主張する者は、このような行為が文明の劣化・衰退の原因であると考えている。しかし委員会は、過去にどんなに強く不自然で、罪深く、嫌だと思われていたとしても、これらの感情は、同性愛行為を刑法の対象に含めることを正当化する根拠にはならないとした。(2) について委員会は、「家庭生活に破壊的な影響を与える」ことが起こる可能性が高いことを認める。男性の同性愛行為によって結婚生活が破綻することは珍しくないし、女性でも同性愛行為の満足によって結婚生活が破綻する人がいる。これらの行為は、家族への害という観点からは非難されるべきものであるが、男性の同性愛行為だけを犯罪として取り締まるわけにはいかない。さらに委員会は(3) について、医療関係者が、同性愛者である成人男性が未成年者に嗜好を転向することはほとんどないと指摘していることを引用し、他の成人男性とのパートナーシップ関係を求める者と、小児性愛者を混同してはいけないこと、また、成人間の同性愛行為を非犯罪化することで、少年に対する同様の行為が増えるという懸念は十分な関連性がないことを主張した。

委員会の調査によると、同性愛者に関する統計は、ほとんど「犯罪記録」と「医療記録」から得られているが⁵²、大半の人は刑事罰を怖がり、自分の真の姿を明かすことができないのではないかと考えられる。実際には、同性愛者の数は公式統計よりもはるかに多いと思われる。また、これまで同性愛が社会に存在しなかったかということではなく、当局の姿勢や社会の受け

⁴⁹ Wolfenden (n 44) 9-10.

⁵⁰ 田中成明『法理学講義』(有斐閣、1994年) 140頁。

⁵¹ Wolfenden (n 44) 21.

⁵² Ibid 18.

入れ態勢など様々な要因により、同性愛の問題が自由に広く議論されるようになってきたのではないだろうか。法律が同性愛者の数に影響を与えるのではなく、社会が法律によって腐敗するわけでもない。同性愛的指向を有するにもかかわらず、社会的状況から異性と結婚する者がいるという事実は、家族や結婚に影響を与えるが、家族関係を刑法で保護する必要があることを意味するものではない。唯一の注意点は、公共の場での同性愛行為のみならず、公共の場でなされる性的行為は、公序良俗に反するので、罰せられなければならないということである。未成年者の保護は重要であるが、「同性愛者」と「小児性愛者」は明確に区別しなければならない。成年者の未成年者に対する性交は、同性愛、異性愛を問わず、未成年者の保護のため、刑事犯罪として扱うことが妥当であろう。

第四項 報告の勧告

つまり、犯罪とされるべき同性愛行為は、「公共の場でなされる同性愛行為」と「成年者が未成年者に対してなす同性愛行為」という、二つの種類のみである。委員会は、互いに合意を得た大人同士での私的な同性愛行為は、次のように有名な一節で、もはや刑事犯罪ではないという勧告をした⁵³。

社会が法という手段を用いて犯罪（crime）の領域と罪悪（sin）の領域を同一視するという意図的な試みが行なわれるのではないかぎり、私的な道徳と不道徳の領域——すなわち簡単に粗野な言い方をすれば、これは法の仕事ではない——が残されていないのである⁵⁴。

言い換えれば、「犯罪（crime）の領域と罪悪（sin）の領域」を分離することが、委員会が強調したいことなのである。私的な領域で行われることは刑法の問題とならず、社会や法は個人に選択と行動の自由を与えるべきであるが、これは社会が私的な領域での不道徳な行為を支持することを意味するわけではない。この結論は、個人の選択と行動の自由の余地を与えるものであり、これこそが、私的な道徳領域と私的な不道徳領域の区別をもたらすものである。

デブリン判事はウォルフエンデン報告書を厳しく批判した。彼は1959年にイギリス学士院（British Academy）のマッカベン法理学講演（Maccabaeian lecture in Jurisprudence）で「道徳の実現」（The Enforcement of Morals⁵⁵）というテーマの講演を行い、保守主義の観点からウォルフェ

⁵³ Ibid 25.

⁵⁴ Ibid 24.（日本語訳は、児玉聡『功利と直観——英米倫理思想史入門』（勁草書房、2010年）189頁を参照し、訳文を若干修正した。）

⁵⁵ この講演のテキストは、後に「道徳と刑法」（Morals and the Criminal Law）と改名され、デブ

ンデン報告書を批判し、「ハート・デブリン論争」の発端を作った。

第二節 デブリンの批判

デブリンは、上記の講演を準備する前は、ウォルフェンデン報告書の同性愛行為の規制を緩和するという方針について同意していた。しかし、講演の準備を進めていくうちに、まったく逆の観点になったことに気がついた⁵⁶。デブリンは、自由主義論者には受け入れられないリーガル・モラリズムの考え方を提唱したのである。彼の文章の中ではリーガル・モラリズムという言葉は使われていないが、明らかにそのような立場を支持している。

彼の中心的な理論は、不道德な行為によって社会の共通道徳（common morality）が崩壊する可能性があるということである。法の役割は単に重要な道徳的概念が社会に蓄積される環境を提供するだけでなく、人々が道徳的な生活を送れるようにすることであり、不道德な行為は社会の道徳的構造（moral structure）⁵⁷を損なうと彼は主張した。デブリンによれば、歴史的に見ると、道徳の絆（bonds）が緩むことが崩壊の最初の段階である⁵⁸。このテーゼによれば、社会を道徳的環境の変化から守るために、法律を使って人々の自由を制限するのみならず、法律の力で社会共通の道徳を強制することもできる。この主張は、ハートが彼の論文「社会的連帯と道徳の強制（Social Solidarity and the Enforcement of Morality）」において、「崩壊テーゼ（the disintegration thesis）」（または「社会の崩壊テーゼ（the social disintegration thesis）」）と呼んだものである⁵⁹。

第一項 社会の崩壊テーゼ——三つの問題

デブリンは、刑法は社会の秩序を維持することに大きな関心があり、性道徳に対してはほとんど関心がないと主張した⁶⁰。しかし、この点から刑法が道徳と無関係であると推論するのは間違いであるとする。むしろ、刑法を構成する犯罪（crime）の領域には、ある程度の道徳原則の違反、すなわち罪（sin）の領域の違反が含まれている。社会は一定の行動基準や道徳原則を守る必要があり、その違反は、被害者だけでなく、社会全体に対する攻撃（offence）に他ならない。刑法は道徳原則に基づき、多くの犯罪において道徳原則を執行するために機能している。

リンが1965年に出版した論文集『道徳の実現』（The Enforcement of Morals）に掲載された。

Patrick Devlin, *The Enforcement of Morals* (OUP 1965)を参照。

⁵⁶ Patrick Devlin, 'Law and Morality' [1964] 1(3) *The Manitoba Law Journal* 243-244.

⁵⁷ Patrick Devlin, *The Enforcement of Morals* (OUP 1965) 12.

⁵⁸ Ibid 9. HLA Hart, 'Social Solidarity and the Enforcement of Morality' [1967] 35(1) *The University of Chicago Law Review* 2.

⁵⁹ Hart (n 58) 1.

⁶⁰ Devlin (n 57) 5-6.

この道徳原則を強制する根拠は、従来はキリスト教の教義、すなわち自然法であった。しかし、宗教的信条の自由がある現代社会においては、人々はそれを信じる・拒否する権利を持っており、他のより強い根拠を探さなければならない、とデブリンは指摘した⁶¹。

そこで、デブリンは次のように三つの問題を考案した。「1. 社会は道徳的な問題を判断する権利を持っているか？ 言い換えれば、それは公共道徳であるべきなのか、それとも道徳は常に個人の判断の問題なのか。2. 社会が道徳的な問題を判断する権利を持っているならば、それを強制するために法という武器を使う権利も持っているのか。3. もしそうならば、その武器はすべての場合に使うべきなのか、それとも一部の場合にのみ使うべきなのか。もし一部の場合にのみ使うべきならば、どのような原則に基づいてその一部の場合を認めるべきなのか」⁶²。

デブリンによれば、社会が下す道徳的判断は、「善 (good)」と「悪 (evil)」の判断である⁶³。社会に影響を与えるとき、集合的判断 (a collective judgment) が行われる。この公共道徳の問題に関する集合的判断とは、社会が個人的な問題とみなしていることについて、ある人が悪いことをしているという多数意見、あるいは全員一致の意見である。

デブリンは、ウォルフエンデン報告が「私的道徳」の領域において「個人の選択と行動の自由」を認め、不道徳な行為に対する集合的判断をすべきではないという見解を有していると判断した⁶⁴。しかし、ウォルフエンデン報告でも、「公共利益 (public good)」、「公共秩序 (public order)」という用語を用いて⁶⁵、同性愛や売春が公序良俗、すなわち公共道徳に影響を与えることを論じているので、「集合的な意識」が確実に存在するということを認めているといえる。デブリンによれば、あらゆる形態の社会は、観念の共同体 (community of ideas) から構成され、そこには政治的な観念 (political ideas) だけでなく、社会の構成員がどのように行動すべきか、人生をどのように管理すべきか、という問題についての観念も含まれており、この観念が「道徳」と呼ばれるものである。すべての社会には、政治的構造と道徳的構造とがあり、この道徳的構造が「公共道徳」すなわち「共通道徳」である。

このように、一般的に受け入れられる道徳が存在することは、社会にとって不可欠である。このような道徳がなく、善と悪の根本的な合意がない社会を人々が築こうとしても、失敗するであろう、すなわち、共通の合意がない社会は崩壊する (disintegrate) であろう、とデブリンは考えた⁶⁶。

第二の間については、第一の間への答えが第二の間への前提となる、とデブリンは主張した

⁶¹ Ibid 7-8.

⁶² Ibid 8.

⁶³ Ibid.

⁶⁴ Ibid.

⁶⁵ Wolfenden (n 44) 9.

⁶⁶ Devlin (n 57) 10.

67。もし社会が道徳を判断する権利を持たないのであれば、法律は道徳の領域に入る際に、特別な理由を見つけなければならない。逆に、もし社会が道徳を判断する権利を持ち、社会が政府を必要とするのと同様に道徳も必要であるならば、社会が法益を守るために法律を使うのと同様に道徳を守るためにも法律を使うことができる。したがって、「共通道徳」というものの存在が確かであるならば、社会は不道徳な行動に対して、法によって干渉する「一応の権利 (a prima facie right)」を有することになる。つまり、社会は、法律によって自らを危険から守る権利を持っている。

デブリンによれば、社会は、外部からの圧力で崩壊するよりも、内部から崩壊することの方が多い。社会が構成員の内部からの危険に遭遇し、それが社会の存立そのものを危うくするときには、政府や社会にとって不可欠なものを守るように、法律を使うことができる。「悪徳 (vice) の制圧は、国家の秩序を転覆せしめる行為の制圧と同様に法の機能である。私的な道徳の領域を定義することは、国家の秩序を転覆せしめる行為の領域を定義することと同様に不可能である。」とデブリンは主張した⁶⁸。この主張がいわゆる「社会崩壊テーゼ」である。したがって、社会が崩壊しないよう、社会は確実に法という武器を使う権利も持っているとする。さらにデブリンは、公私の区別は無意味であると指摘する。国家転覆と同様に、公・私に関わらず、最終的に影響を受けるのは国の重大な利益であるからである。

そこで、デブリンは「社会の道徳的判断はどのようにして確かめられるべきか」、「立法者 (law-maker) は社会の道徳的判断をどのように決定すべきか？」という問を立てた⁶⁹。もちろん、多数意見で決めるだけでは不十分であり、社会の構成員全員の同意を求めるのは理不尽である。何が「共通道徳」かは、合理的な (rational) 人の見方、例えば裁判官や弁護士のような人の見方とは違い、街の人のものの見方に基づく。これは「道理のわかる人 (the reasonable man)」、あるいは「健全な精神状態の人 (the right-minded man)」の感覚 (feeling) による集合的判断である。デブリンによれば、「共通道徳」の判断とは、「ランダムに選ばれた 12 人の男女が討議をしたならば、そのことについて満場一致を期待できるものでなければならない⁷⁰」。つまり、陪審員 (the man in the jury box) を務める人らが下した判断が共通道徳であろう、とする。このことは、法という武器をどのような場合に使うべきか、という問に答える際の前提となる。

とはいえ、デブリンは、「健全な精神状態の人」が不道徳であると推定する行為の全てが社会の判断に委ねられるべき、というわけでもないとも主張する⁷¹。なぜかという、我々は、社会

⁶⁷ Ibid 11.

⁶⁸ Ibid 11-14.

⁶⁹ Ibid 14-15.

⁷⁰ Ibid 15.

⁷¹ Ibid.

が個人の人生のすべてに干渉することを期待しないし、また、そうすることを望まないからである。個人は、個人的な事柄に関連する法案について意見を陳述する権利（locus standi）がある。社会が持つ立法権に限界はないが、社会の利益と個人の自由との間にはしばしば対立が生じる。社会の構成員がそれぞれ自分の自由を完全に行使するとすれば、その権利の間には必ず矛盾が生じる。したがって、個々人の基本的な自由が可能な限り保護されるように、個々人の権利は適切に制限される必要がある。言い換えれば、デブリンは、無制限の立法権が社会のあらゆる行動を抑圧することまでは望んでおらず、むしろ、個々人の自由の衝突を互いに調和し、社会の健全性と矛盾しないよう最大限の個人の自由を許容（tolerate）するのである⁷²。つまり、個人の自由は必ずしも岩のように硬いものではなく、むしろ輪ゴムのように、妥協の程度によって、伸びたり縮んだりする性質（弾性）を持つ。個人の間での自由の衝突を調和させるために、デブリンは「弾性原理（elastic principles）」を提案し、道徳を強制する法を制定する際に立法府の基準としての機能を担わせた。社会が不道徳な行為に対して立法する「一応の権利」を有することを立証した上で、弾性原理によって、法律の行使の根拠を決定する。次に、デブリンが提唱する四つの弾性原理について説明する。

第二項 法律の行使の条件

社会が法という武器を使う権利を持っていることは先に確認した。このような立法権は無制限ではあるが、一定の制限を加えることは必要である。そして、この条件とは何か？それは、先に述べた「弾性原理」の内容である。無制限の立法権を制限するために、デブリンは「1. 社会の健全性と矛盾しない限りでの最大限の個人の自由に対する寛容性。2. 道徳問題についての寛容の限界は変化すること。3. 可能な限りプライバシーを尊重すること。4. 法は道徳の最低限であること。⁷³」という四つの条件を提案している。

デブリンは、寛容の限界を超えたものすべてが法で罰せられるわけではないことも認める。あらゆる道徳的判断は、それが宗教や神の啓示を起源とするもの、すなわち自然法に合うものでなければ、健全な精神状態の人々に不快な感情や感覚を生じさせる。健全な精神状態の人々が構成した社会において、その社会が下した判断は、理性（reason）ではなく、常識である。したがって、社会がある行動は寛容の限界を超えると判断する際に、最大限に個人の自由を尊重しつつ、その行動が社会にとって有害であるという慎重な判断をしなければならない。

その寛容の限界は変化する。しかし、デブリンによれば、神の啓示を起源とする「道徳的基準（moral standards）は変わらない」と主張し⁷⁴、それは安定的で絶対的な基準であるとした。

⁷² Ibid 16.

⁷³ Ibid 16-18.

⁷⁴ Ibid 18.

だが、道徳的基準からの逸脱に対する社会の寛容さは、相対的な基準であり、この寛容の限界は、社会の発展の背景や状況に応じて、世代ごとに異なる。また寛容とは、決して是認することではない。道徳に基づくもの、例えば法律は、それ自体が法的安定性に基づき、時代の流れとともに新しい道徳の問題が生じる時でも、簡単に変えることはできない。このような観点から、デブリンは同性愛という道徳的な問題に関する現行法の改正に反対したのである。

プライバシーの尊重を求める権利は、今でこそ当たり前の権利になっているが、当時の状況では基本権の延長であるとは考えられなかった。デブリンは、公的か私的かを問わず、すべての行為が刑法の適用範囲に入るべきであり、公的行為と私的行為の区別はできないと考える。国家の公権力の行使を代表する警察であっても、一般市民よりプライバシーを侵害する権利があるわけではないと彼は主張する⁷⁵。そこで、プライバシーへの介入を検討する際には、公共の利益と私的な利益のバランスを考慮する必要がある。合意に基づく私的な行為であっても、公共の利益すなわち公共道徳に反する場合には、法は合法的に当該行為に介入することができる。これは明らかに合意の上で密かに行われる「成人間の同性愛行為」を指している。

最後に、「法は道徳の最低限のものである」という言葉は、ドイツの公法学者であるゲオルグ・イエリネック（Georg Jellinek）によるものである⁷⁶。これはリーガル・モラリズム論者の考えであり、より高い基準の道徳が存在するが、最低限の道徳的配慮が法の重要な部分を占めるということである。

第三項 小結

デブリンは「リーガル・モラリズム」の立場に基づき、公共道徳に反することを厳しく批判し、社会には法的手段（罰金、懲役など）を使って個人の私的な行動に介入する権利があると指摘した。彼は「個人が尊重されるべきであり、私的道徳の空間を持つことが許されるべきである」というウォルフエンデン報告書の立場に異議を唱えた。

同性愛に対する彼の見解は、いわゆる「同性愛」のライフスタイルを厳しく批判しており、この種の不道徳で異常なライフスタイルから離れたと思う人が多いと考えている⁷⁷。しかし、科学的根拠によれば、デブリンの見解は事実の誤認や嫌悪感に基づくものであり、明らかに何の根拠もなく、差別的な見解と言える。法から独立した私的道徳の存在は認められるとはいえず、「リーガル・モラリズム」の運用においては、公共道徳と私的道徳の区別はほぼ不可能であり、私的な領域での自由も保障されない。また、不道徳な行為の抑圧も、普通の人の不快な感情や感覚に基づき、それに対する反対意見は認められない。これはまさに、社会における「数

⁷⁵ Ibid.

⁷⁶ イェリネック『法・不法及刑罰の社会倫理的意義』（岩波書店、1936年）58頁。

⁷⁷ Devlin (n 56) 250.

の暴力」の現象が現れ、政府と異なる立場を根絶するために他者の自由を制限することになる、というミルが恐れたことを彷彿させるものでもある。

このようなデブリンの主張をハートは厳しく批判した。ハートの反対意見は、1959年に『The Listener』雑誌上で「不道德と反逆 (Immorality and Treason) ⁷⁸」という記事として掲載された。ハートは、ミルの自由論を引き継ぎ、法実証主義に基づき、社会の道徳を実定道徳 (positive morality) と批判道徳 (critical morality) に区別し、法と道徳の分離を主張した。次節では、ハートのデブリン批判に触れ、さらにミルの危害原理の修正について検討する。

第三節 ハートの反論

ハートが J.S.ミルの思想をはじめとするリベラルリズムの精神に基づいてデブリンを批判した内容の多くは、著書『法、自由、道徳 (Law, Liberty and Morality)』や1967年に発表されたエッセイ「Social Solidarity and the Enforcement of Morality」の中にみられる。最初、ハートはデブリンの講演の直後に、「不道德と反逆 (Immorality and Treason)」を書いた。ハートは、英国の公共道徳がキリスト教に歴史的に根ざしていることは間違いなく、それが法に反映していることを基本的に認めた上で、法の発展が道徳に影響されることを肯定した⁷⁹。しかし彼は、道徳的な発展が法律によって影響を受けるかどうかについては懐疑的であった。デブリンが「公共道徳」と呼んだものは、理性に属するものではなく、陪審席にいる人間の「道理のわかる人」に属する道徳的判断であった。デブリンの考えた「道徳」では、単なる「社会の否定的な道徳的判断」と、「不寛容、憤り、嫌悪の感情に動機づけられた判断」とは、決定的に異なるのである。つまり、ある行為が道徳で判断される際には、個人的な感情ではなく、社会にとって有益か不利益かという判断に基づいて行われなければならないのである。そうでなければ、ハートは、デブリンの「道理のわかる人」の道徳は、魔女狩りの感情の再現のように、大衆の無知、迷信、誤解に基づく普遍的な道徳に影響されるので、社会が刑罰によって社会道徳を守ることは危険であると批判した⁸⁰。

さらにハートは、リーガルモラリズムの議論を振り返り、古典的テーゼ (the classical thesis)、崩壊テーゼ (the disintegration thesis)、保守的テーゼ (the conservative thesis) という道徳の3つ

⁷⁸ 原文は雑誌『リスナー』に掲載されたが、この後にワッサーストームが編集した本『Morality and the Law』に収録された。詳しくは HLA Hart, 'Immorality and Treason' [1959] 62(0) The Listener 162-163、HLA Hart, 'Immorality and Treason' in Richard A. Wasserstrom (ed), *Morality and the Law* (Wadsworth Publishing Company 1971) 49-54 を参照する。

⁷⁹ HLA Hart, *Law, Liberty and Morality* (SUP 1963) 1.

⁸⁰ HLA Hart, 'Immorality and Treason' in Richard A. Wasserstrom (ed), *Morality and the Law* (Wadsworth Publishing Company 1971) 53-54.

のテーゼを整理した⁸¹。彼は、古典的テーゼは、デブリンが言うところの「社会の崩壊テーゼ」に到る可能性があり、これがまさにデブリン的なリーガルモラリズムの核心を形成すると主張し、デブリンが自分の主張を支持する論拠を、また、経験的論拠をも提示していないと批判した。

第一項 「崩壊テーゼ」の崩壊

ハートによれば、不道德な性行為の禁止と国家の秩序を転覆せしめる行為の禁止をデブリンが同一視しても、社会が崩壊するかどうかという結果を語るには不十分である。この同一視が意味をなすのは、ある行為が道徳に反し、それが確実に社会の構造を危険に晒すような場合だけであるという。

そして、その不道德さは、本当に社会の崩壊につながるのでしょうか。それとも、新たな道徳へと転換していくのか。デブリンは「社会 (society)」、「社会の存在 (existence of society)」、「同一の社会 (the same society)」などの言葉を使って、道徳の共通の形や基準を表現することが多い⁸²。しかし、この共通道徳をもつ社会（すなわち共通の思想体という意味で）は、急激に変化したり、別の形で継続したりすることがあっても、必ずしも「崩壊」や「その構成員がバラバラになる」という現象は生じず、「社会の消滅」を引き起こすことはできないであろうと指摘した⁸³。デブリンも前述の「4つの弾性原理」の中で、道徳自体は変わらないが、道徳の寛容範囲は変わりうることを認めた。もしこの寛容さがあまりにも極端で、抽象的で、曖昧なものならば、道徳そのものが「崩壊」したかどうかを定義することもできないであろう。むしろ、新たな道徳が新たな基準となる。社会の共通道徳に根本的な変化があつて、社会が崩壊したとは言えなく、新たな道徳が基準になる場合、「社会の崩壊テーゼ」の理論を用いて、法による道徳の保護を主張することはできない。こうして、不道德な行動は反逆罪と同様に社会の存立に危険であるというデブリンの主張、すなわち「社会の崩壊テーゼ」は証明できず、したがって個人の自由に干渉することも正当化されえない。

⁸¹ Hart (n 58) 1-2.

「古典的テーゼ」とは、プラトンやアリストテレスの理論に由来し、「都市国家 (the city state) の法律は、人々が道徳的に良い生活を送る機会を保障するだけでなく、そうすることを確実にする」というものである。この理論によれば、不道德な行動はそれ自体が法による処罰の理由となる。崩壊テーゼでは、社会は道徳的生活の道具ではなく、逆に、道徳は社会の接着剤として尊重されるものであり、社会の崩壊を防ぐために法による道徳の強制を認める。一方、ハートは、社会は「崩壊テーゼ」が存在するかどうかを経験則で証明しようとする、往々「保守的テーゼ」に陥る (collapse into) と主張する。この保守的テーゼとは、社会における多数派の道徳的信念や道徳的環境は変化から保護されるに値するため、社会は法律によって道徳を強制する権利がある、というものである。

⁸² Ibid 3.

⁸³ Ibid 3-4.

第二項 ミルの危害原理の修正

ハートはまず、「法によって道徳を強制することは、道徳的に正しいのか」という疑問を表明する。その疑問は、当然に道徳に関する疑問 (question about morality) だが、それ自体が道徳の問題 (question of morality) でもあることに留意する必要があるとする⁸⁴。ハートによれば、この質問は、「(特にここでは性的) 道徳について」の質問であるだけでなく、「法によって道徳を強制する」という、道徳に関わる「道徳の問題」でもある。このような法による公共道徳の強制は、事実と規範の区別を無視し、事実の存在から規範の当為を証明することに陥る可能性がある。つまり、「これは公共道徳だから、法的に強制するのは許される」という、事実から規範を導く誤謬を犯し、この問題の原因を単純化しすぎているのである。

ハートは、JS ミルの「危害原理」、すなわち「文明社会のどの成員に対してにせよ、彼の意志に反して権力を行使しても正当とされるための唯一の目的は、他の成員に及ぶ害の防止にある。」⁸⁵に基づき、デブリンの崩壊テーゼの立場を批判した。ハートは、ある行為が他人にとって不道徳であったとしても、その不道徳な行為が他人に危害を与えない限り、法律で禁止したり強制したりすることはできないと考えた。

議論のきっかけはウォルフエンデン委員会の報告書であったが、報告書の目的が、売春と男性間の同性愛行為を刑法の対象とすることを再検討することであったため、議論の焦点が「性」と「慣習」の問題に絞られたのは必然であったといえる。しかも一般的に「性」は、公共の場で直接議論できない話題であり、それが社会の道徳的劣化の原因とみなされることが多いため、「性」を語ることで他人に影響を与えることが懸念され⁸⁶、他者危害原理が介入する余地があるようになる。また、委員会の見解とミルの『自由論』の主張の類似性を発見したハートは、ミルの「危害原理」の理論を修正し、ミルの思想を承継し、自由主義の主張を補強した。

ハートはミルの「危害原理」を支持しているが、ミルの言うことすべてを擁護しているわけではない。ミルの理論は「普通の人間」(a normal human being) という概念⁸⁷を前提としている。つまり「個人は自分の利益になることを一番よく知っている」という見解を前提とするが、これは十分な根拠がないのみならず、近代社会の発展に伴い、多くの事実と対立してきたのであ

⁸⁴ Hart (n 79) 4; ibid 17.

⁸⁵ Mill (n 6) 13. (日本語訳は、塩尻公明、木村健康訳『自由論』(岩波書店、1971年) 24頁を参照。)

⁸⁶ 現代社会では、他人に対して性的な言動は、不快感を与えるだけでなく、セクシャルハラスメントにもなる。しかし、この「性」というものは、攻撃的な発言ではなく、性教育や性的指向を含む人格に関する尊重されるべき個性であるものとされる。

⁸⁷ Hart (n 79) 32.

る。ハートは、「他人への危害を防ぐ以外にも、個人への法的強制を正当化する理由があるかもしれない」として、危害原理を実質的に修正しようとした⁸⁸。例えば、現在のシートベルト着用義務のような、法の正当化理由としてのパターンナリズム的な保護である。しかし、道徳的な強制力というより狭い問題については、ハートはミルが正しいと主張する一方で、ミルも「個人を自分自身から守るための一種のパターンナリズム」に反対しておらず、「危害原理」の例外があることを認めていると考えられる⁸⁹。

ミルの時代は自由放任的な社会であったが、現在ではパターンナリズム的な立場を持つ法律がたくさんあり、当時のままの考えを維持することは時代遅れになってしまっている。したがってハートは、パターンナリズムの適用余地を議論するならば、ミルの危害原理を見直す必要があると主張している⁹⁰。この危害原理は、ハートによって拡張され、異なる原則を形成した。

第三項 パターンナリズムと不快原理の導入

ハートは、合理的かつ十分な理由がある場合に、個人の行動に干渉するために法を用いることをパターンナリズムに基づき正当化できると主張しているが、小谷野勝巳も指摘しているように、ハートはそのパターンナリズムの適用可能範囲については詳しく説明せず⁹¹、公序良俗（public decency）への影響の程度を基準としているようである。ハートは「私的不道徳（private immorality）」と「公然わいせつ（public indecency）」とを区別し、後者への介入が正当化されると論じている。個人の自由に価値を認める社会秩序は、私的不道徳が生む苦痛から保護される権利を認めない。これに対して「公然わいせつ」は、不特定多数の人に危害を加えるので、他者への危害を防ぐために強制が正当化されるというミルの危害原則に基づき、法によって「公然わいせつ」に介入することができる。したがって、「私的不道徳の処罰」と、「公共の場での展示による衝撃や不快感からの保護」とは別の問題である⁹²。前者の「私的不道徳」の処罰とは、人々が認めない「不道徳」な行動、いわゆる「不快（offensive）の感情」を抑制するためのものである。他方、後者の公然わいせつに対する処罰はほとんどの法制度で既に認められているだけでなく、公共の社会秩序を重視するという観点の下で、公序良俗に対する冒瀆（affront）とみなされ、刑罰による処罰が必要とされるものでもある。ここにミルの理論、すなわち自己関係的行為と他人関係的行為とを分類する理論が「公共の場で行われることと、私的に行われ

⁸⁸ Ibid 5-6.

⁸⁹ 例えば、『自由論』の第五章「適用」では、「パターンナリズム」的介入が許されるの例外として「危険であると分かっている橋を渡ろうとする人」の例が挙げられている。または、未熟な個人に「弱いパターンナリズム」を適用することも除外していない。

⁹⁰ Hart (n 79) 33.

⁹¹ 小谷野勝巳「法の限界についての一考察」法哲学年報 1976 卷（1977 年）111 頁。

⁹² Hart (n 79) 44-48.

ることとの区別」として表現されている⁹³。公共の場で行われることに対して、それが他者危害とは言えないとしても処罰を認めるという点で、ハートは危害原理を修正しているとみなすことができよう。

ハートの理論によれば、法における多くの禁止事項の根拠は、社会道徳を強制するためではなく、不快感から人々を守るためであり、その限りで「不快原理 (offensive rule)」の適用を認めている。この不快原理とは、宗教的または道徳的な信念を害する行為の制限を認めるものである。これはおそらく、「公序良俗に対する冒瀆」も一種の危害を構成するというハートの観点に関連する。これに関してハートは「重婚 (bigamy)」について検討をしている。その行為自体は (社会の人々の感情にとって) 不道徳であり、私的な行為でもあるが、重婚を禁止すべき理由は社会全体の秩序や価値を公然と冒瀆するからである。したがって、感情に対する不快が十分に深刻である場合には、そのような違反が処罰の根拠となりうる。ハートも、重婚は、性的道徳の強制とは全く異なるとする。なぜなら、重婚は、道徳を強制するのではなく、それは元配偶者の身分に対する公然の不快や侮辱であり (つまり危害でもあり)、婚姻の法秩序に対する公然の冒瀆でもあるからである。他方、性的道徳の強制は、個人の幸福と密接に結びついた人間本能の抑制であり、許されない⁹⁴。しかし、重婚の人々は、犯罪者として刑務所に送られるほどに、人間社会にとって極めて危険な存在であるのだろうか？

このような不道徳な行為が目撃されてしまった場合に、公的にも私的にもともに不快感を与えることになるため、私的な行為と公的な行為を区別することにはほぼ意味がない。結局、道徳を強く冒瀆する行為はすべて罰せられることになるが、不道徳であることに基づいて罰することと、他人の感情に不快感を与えることに基づいて罰することを区別しておらず、人々は単に自分の好みに基づいて特定の行動を抑制するようになり、道徳の無制限の強制になる。不快原理の導入により、私的な不道徳行為に法的強制力が及んでしまうという問題に対処するため、ハートは制限すべき行為を「公的」なものに限定し、制限的な不快原理を認めた。すなわち、ある行為が他人に不快な感情を起こし、かつそれが公共の場で行われ、発生した傷害が厳密に判断できるものでなければ、刑罰を科す正当な理由にはならないのである⁹⁵。

ある社会で受容された道徳を刑罰によって強制することが、道徳的に正しく適切である、と広く評価されているだけでは不十分である。刑罰による強制には「合理的な理由」が必要である。ハートは功利主義の理論を導入し、ある社会集団によって実際に受容され共有されている慣習道徳である「実定道徳」と、実定道徳を含む実際の社会制度を批判する際に用いられる一般的な道徳原則である「批判道徳」とを区別した⁹⁶。そして、道徳の法的執行に関する問題は、

⁹³ Ibid 45.

⁹⁴ Ibid 41-43.

⁹⁵ Ibid 46.

⁹⁶ Ibid 19-20.

合理的な批判道徳の原理によらなければならないとした。

第四項 実定道徳と批判道徳——自然法の最小限の内容との関係？

N.マコーミック (Neil Maccormick) によれば、ハートは、ジョン・オースティン (John Austin) の概念を復活させ、この種の道徳を「実定道徳」と呼んだ⁹⁷。この「実定道徳」とは、個人主義的なものではなく、社会的、共同体的なものであり、共に生活し、慣習 (convention) を持つ、ある集団で容認された (accepted) 道徳であり、「行われている道徳 (the morality)」である⁹⁸。この実定道徳は、集団で一般的には受け入れられない個人の高尚な道徳的理想とは異なり、ある集団で一般的に受け入れられている行動基準である。これは、デブリンが提案した「共通道徳」と似ているが、デブリンは共通道徳を、陪審員席にいる「道理のわかる人」の基準と同一視した。

リーガル・モラリズムに反対していたにもかかわらず、ハートは明らかに法制度に道徳が侵入することに寛容な態度を取っており、「自然法の最小限の内容 (the minimum content of natural law)」が実定法にあることを認めた⁹⁹。つまり、ある基準を満足したら、法によって道徳を実行することができるのである。これは、法が必ず道徳的な要素を含んでいる、ということではない。道徳と法には必然的な関係はないものの、両者は「偶然的な関係を維持している」のである。

「自然法の最小限の内容」についてハートは以下のように説明した。人間が共に生きるとき、その人間の意図は生きることである。そして、非常に明白なある種の普遍的な価値、すなわちある種の「自明の真理 (truisms)」を反省する際に、これらの「自明の真理」が「善」である限り、社会が存続する (viable) ためには、必然的に固定的な行動規範やルールが発展する。そしてこれらのルールは、人間、自然、目的 (aims) に関する普遍的な真理に基づいて、確実にすべての社会の法律や道徳的慣習の共通要素を構成する¹⁰⁰。

ハートは、人間の傷つきやすさ、おおよその平等性、かぎられた利他主義、かぎられた資源、かぎられた理解力と意志の強さの五つを「自明の真理」とする¹⁰¹。人間は、常に「生存」と「自己保存」を目的とする。基本的な生存条件を維持するのは、理性 (reason) ではなく、自然な誘因 (cause) である。例えば、赤ちゃんはお腹が空くと泣くが、それは「お腹が空いたからわざわざ泣く」のではなく、「お腹が空いたという感覚を感じて自然に泣く」のであり、その

⁹⁷ Neil Maccormick, *H.L.A. Hart* (SUP 1981) 47.

⁹⁸ H.L.A. Hart, *The Concept of Law* (2nd edn, OUP 1994) 169. (日本語訳は、矢崎光圀訳『法の概念』(みすず書房、1976年) 185頁を参照。)

⁹⁹ *Ibid* 194.

¹⁰⁰ *Ibid* 192-193.

¹⁰¹ *Ibid* 194-199.

間に理由、もしくは理性は必要ない。つまり、原初状態の人間には、理性的・理由的なものが形成されない。「生存」は動物としての人間の第一段階の目的である。そのため、人々はお互いに自制心を持って対抗することが必要であり、法や道徳のルールには必ず一定の要素が含まれていなければならない。ハートによれば、最も基本的な道徳的ルールが認める責務は、社会によって異なり、同じ社会でも時代によって道徳的基準が異なることがある。しかし、人間と自然環境に関する自然的事実と、人間の自己保存の基本的な意図は、ある種の自然な必要性 (natural necessity) を持っている。この自然な必要性は、人身の安全、財産の所有権、約束事の保全のために必要な最低限度の保護に表現されており、ある社会の実定法と道徳の基礎に反映されているという。

ハートは著書『法の概念 (The Concept of Law)』の中で、法はすべてのルールの結合から構成されるものであり、一次ルールと二次ルールに分かれると主張した。一次ルールは、人々に特定の行動をすること、またはしないことを要求する責務を定める。二次ルールは一次ルールを補助するものであり、一次ルールの承認 (recognition)・変更 (change)・裁判 (adjudication) の権限を与えるものである。これらの二次ルールの機能は、社会における実践例 (立法、裁決、行政行為など) を承認することである。その結果として一次ルールは有効な法律となるため、二次ルールはすべて承認のルールとも言える。あらゆる法制度は、一連のルール、つまり、一次ルールと承認のルールの結合によって構成されている¹⁰²。そのため、法律と単なる道徳とを明確に区別することができる。ジョン・オースティンの言葉を借りれば、「法の存在とそのメリットとデメリットは別のものである¹⁰³」。法律と道徳は別のものである。

しかし、これらのルール以外にも、様々な「非ルールの基準 (non-rule standards)」が存在するのではないだろうか。ドゥオーキンは、法にはルール以上のものが含まれており、法の原則と道徳の原則を区別する認識の規則は存在しないと主張する¹⁰⁴。一方、ハートは、英米法の法制度では、「過失のケースにおける正当な注意」という基準を例として、このような判断は明文で定義されていないが、合理的な (reasonable) 判断である場合には、この問題に対する裁判所の判断は行政の規則制定権のように先例とみなされ、法としての効力を持つ、と指摘する。したがって、ハートはこのような非ルールの基準もルールに属すると考えた¹⁰⁵。さらにハートは、社会集団が受け入れている基本的・慣習的・容認された道徳、すなわち「実定道徳」の基本要素は、原初状態の基本的な責務を与える「一次ルール」に属すると主張した¹⁰⁶。

しかし、このような非ルールの基準 (道徳など) を、所属する集団が認める実定道徳に拡張

¹⁰² Ibid 79-81.

¹⁰³ John Austin and HLA Hart, *The province of jurisprudence determined; and, The uses of the study of jurisprudence* (Weidenfeld and Nicolson 1954) 184.

¹⁰⁴ Ronald Dworkin, 'The Model of Rules' [1967] 35(1) *The University of Chicago Law Review* 43-44.

¹⁰⁵ Hart (n 98) 133-134.

¹⁰⁶ Ibid 169.

し、その実定道德を立法行為によって法に転換することは、法実証主義が唱える法と道德の分離テーゼに反するのではないだろうか。こうすると、法律と道德の間に単純に明確な線を引くことはできなくなるのである。だが、このような非規則的基準は、元々法の性質をもたないので、法的効力を持つためには、立法され、二次規則の承認ルールで承認されなければならない。つまり、実定道德によって形成された社会道德が批判され、批判道德の領域に入り始めなければならない。実定道德は立法行為によって法律となるかもしれないが、法は、必ずしも道德的な配慮を必要とするものではなく、最終的には社会の事実によって決定されるものである。

さらに、批判道德と実定道德の間には相互関係があるはずである。マコーミックによれば、所属の集団や他の集団の実定道德を批判することにより、異なる価値観を交換し、相互の影響を通じて、一定の合意が得られ、その合意が批判道德へと発展する¹⁰⁷。規則功利主義的な考え方では、ルールを遵守することで得られる利益が大きければ、「ルールの遵守」自体が価値あるものとみなされるかもしれない。しかし、「ルールの遵守」自体が、制度の硬直化や習俗・旧慣への墮落につながる危険もある。このような批判的なプロセスを通じて、伝統的な価値や道德が適切に修正されたり、いくつかの価値が捨てられたりするのであれば、最終的には、元々の実定道德が批判道德に変化する。この批判道德を長い間に内化し、この社会に適応させていくと、ある集団の普遍的な道德的立場となり、実定道德に戻っていくのである。したがって、「理解、慣習、ルール、価値などに加えて、実定道德の原理もまた存在するであろう¹⁰⁸」と、マコーミックは考えた。

前述した「法によって道德を強制することは、道德的に正しいのか」という問いのように、この問題は「道德の問題」である。要するに、ハートが批判道德を導入した目的は、「法による道德の強制」という道德の問題を批判することであり、つまり、この道德的命題が真か偽かを証明することであった。いわゆる「神の意志」や「自然法」に従わないことは一般的に不道德だと考えられるため、法がそのような不道德な行為を罰するべきだということではない。また、ハートが「自然法の最小限」として認めているものは、人間の親密さや人間社会の共存を維持するために必要な基本的な責務のルールであり、宗教的・共同体的な価値観に関係するものではなく、道德的な観点を指し示すものでもないのである。

第四節 小結

本章の目的は、リーガル・モラリズムとリベラリズムの議論を分析・批判し、「法による道德

¹⁰⁷ Maccormick (n 97) 54.

¹⁰⁸ Ibid. (日本語訳は、角田猛之訳『ハート法理学の全体像』(晃洋書房、1996年) 143頁を参照。)

の干渉」の問題を検討することであった。すなわち、法は道徳と一致すべきか、法の境界をどの程度まで規制すべきか、という問題である。まず、当時のイギリスにおいて同性間の性行為の非犯罪化を求めた1957年のウォルフenden報告書の検討から始めた。この報告書は、法による道徳の干渉に関する古典的な報告書であり、「犯罪（crime）の領域と罪悪（sin）の領域」の区別を示し、刑法の任務を公的な領域で行われる行為の処罰に限定した。

リーガル・モラリズムを主張するデブリンは、ウォルフenden報告書の結論に反対した。デブリン的なリーガル・モラリズムは、「自己保存」を目的として、社会の共通道徳から逸脱した行為を法的に強制することができるのみならず、その権利は、「道理のわかる人」、あるいは「健全な精神状態の人」の感覚に依拠しなければならないとした。このような、街にいる人々の直観的な道徳が、法によって介入すべき不道徳な行為の判断基準として利用された。しかし、ハートに代表される自由主義論者は、デブリンの理論に疑問を提出した。ハートは、デブリンの理論が、往々に人々の道徳的感覚に訴えかける傾向があり、この感覚は道徳的な事柄に対する無知や誤解に起因することが多いため、法律で罰せられる不道徳な行動は、一般に耐えられないと感じられる行為が多くなる、と指摘する。また、デブリンの理論は、社会が確立された道徳的概念に従うことが正当化されることを前提とするが、この前提は正当な理由を提供するものではなく、しばしば道徳的な進歩を妨げる結果となる。

さらに、ハートは、ミルの理論を擁護しようとしたが、「個人は自分の利益がどこにあるかを最もよく知っている」という前提に基づくミルの理論は現代社会に合わない可能性があると主張する。このようにハートは、元々の危害原理に加え、公共秩序への危害が正当な法的介入の根拠となることを認め、また、パターンリズムと不快原理も認めた。しかし、ハートはミルの危害原理の範囲を拡大し、社会の現実を可能な限り反映させ、リーガル・モラリズムを批判した。パターンリズムと不快原理を引用することによって、法的介入から道徳的判断を排除することができる。また、ハートは、パターンリズムや不快原理は、前述の重婚罪の見直しのように、特定できる危害がある場合にのみ適用されなければならないと主張する。

不快原理を運用する上で、他者への影響の有無を明確に線引きすることはできない。つまり、不快原理を適切に定義することはできない。何が不快であるかの判断は、一般に主観的な考え方に依存しがちであるため、ハートは不快原理の適用を「公的」な行為に限定した。

「法による道徳の強制」という命題に関して、ハートは「実定道徳」と「批判道徳」という区別を導入し、法の執行という道徳的問題は、合理的な批判的道徳の制約を受けなければならないとした。いわゆる「神の意志」や「自然法則」に従わないことは、社会の実定道徳を基準とすれば、一般的に「不道徳である」とみなされるかもしれないが、法律がそのような不道徳な行為を罰すべきだということにはならない。最終的に、その行為が公共の秩序に著しく影響を与えるかどうかを判断基準とすべきである。ハートは「自然法の最小限度」を主張する

が、自然法を提唱するわけではない。この自然法の最小限度とは、人間の共存に必要な「自明の真理」や「基本善」を指し、道徳的観点を伴わないものである。これは法の「一次ルール」に該当する。

ハート・デブリンの論争の背景は、現代から見るとかなり古く、時代遅れのように見えるかもしれないが、この議論の本質的な論点は、現在においても非常に重要である。例えば、同性婚の禁止のように、特に他者に具体的な危害がないことを法的に認めないことは、21世紀の現在でも存在する。ハートの理論は、英国の当時の政治や状況における同性愛者が直面していた難題を打破し、新しい道を切り開く有効な手段である。一方、デブリンがウォルフエンデン報告書に反対する理由は、主に自然主義的な考えに属する。この点で、私はデブリンが自然主義的誤謬 (naturalistic fallacy)¹⁰⁹を犯していると考える。現在では、自然界において、動物間の同性愛行為は生物学者によって繰り返し発見されており、決して珍しいことではなく、「自然な行為」となっている。人間は動物の一種類である。デブリンは、すべての判断基準を神の啓示である「道徳的基準」に訴え、それが絶対的な基準であると考えている。つまり、人間が描く事実を経験則の積み重ねによって絶対安定した「自然法」として認定し、「事実」から「評価」を、「である」(is) という命題から推論によって「すべき」(ought) という命題は導き出すのである。「同性愛行為」は、一般的に人間社会のタブーを犯し、道徳に反することを恐れるため、自然であるとは考えられず、すなわち「善い」とは考えられないということである。

ジェームス・アルラン (James Allan) は「ハート・デブリン論争の再考 (Revisiting the Hart-Devlin Debate: At the Periphery and By the Numbers)」の中で、「デブリンは、国際的な弁護士、人権の専門家、21世紀の優れた裁判官、国家を超えて活躍するエリートのメンバーなどに触れる機会がなかったことが、彼を (同性愛行為の犯罪化に) 導いたのかもしれない¹¹⁰」と述べた。デブリンは同性愛者のライフスタイルの事実を誤解し、社会において「同性愛行為」という事実を「不自然な」行為とみなし、自然主義的誤謬を犯した。もし彼が同性愛者の特性や文化を認識し、「同性愛行為」それ自体をそもそも「自然な」行為として認識していたならば、同性愛行為の非犯罪化に異論を唱えることはなかったであろう。

デブリンが想定した公共道徳は、安定的な社会の理想像であり、人々の集合的な意識である公共道徳の積み重ねによって、人々の信頼性の基盤がつけられるのである。しかし、健全かつ安定した社会においては、デブリンが提唱する「社会の崩壊テーゼ」のように、同性愛行為の

¹⁰⁹ 自然主義的誤謬とは、G. E. ムーアが著書『倫理学原理』の中で導入した言葉であり、倫理学の自然主義で「善い (good)」を何か別のものと同一視することである。つまり、あるもの X があり、「X は善い」という判断が意味を持つために、「善い」が何かを意味しなければならず、そしてこの「善い」は、喜びや幸福などの「自然な性質」を意味する、とするものである。GE Moore, *Principia Ethica* (CUP 1903) 10.

¹¹⁰ James Allan, 'Revisiting the Hart-Devlin debate: at the periphery and by the numbers' [2017] 54(2) San Diego Law Review 439.

非犯罪化が最終的に社会の崩壊を招くことにはならない。私はハートの見解がより適切だと考える。つまり、ハートの見解は、社会の中に道徳が内面化していくことで、新しい社会につながっていくということである。このプロセスは、批判と反省を通じて、批判道徳が実定道徳に同化していくプロセスとよく似ている。個々人が異なる道徳的信念や理想、すなわち異なる正義の構想を抱いていることから、一つの事実に対して、異なる価値観が存在する。しかし、集団内で共通の信念が、例えば黒人奴隷の貿易、ナチスの反ユダヤ主義、ないしは現在のウイグルでの民族差別のように、社会的少数者を抑圧したり、社会的少数者への反感を抱くことを肯定することもあるだろう。正義の構想や価値観は人それぞれである可能性があり、互いの批判や議論をすることが重要である。批判や議論の繰り返しによって、実定道徳は徐々に「批判道徳」に向かって発展していく。

ハート・デブリン論争では、法律による伝統的な道徳の擁護に基づいたデブリンの保守主義的主張と、個人の自由を重視するハートの主張との対立が見える。デブリンの社会道徳の保護は、往々感情的になりがちであり、つまり「人々の嫌悪感」を基準に判断される。他方、社会道徳である実定道徳はハートの批判道徳によって批判されるべきである。このような「嫌悪感」は、もしそれが国家の立法者や支配者になれば、ミルが恐れるものであり、現在の独裁政治の国にも見られるような迫害を招くであろう。「同性愛に対する社会からの道徳的非難」を排除するために、同性愛行為の非犯罪化は、同性婚が自由権として認められる前に、必要なプロセスであると思う。

第四章 同性愛の非犯罪化から同性婚へ

前章で、ハート・デブリン論争の経緯と、イギリスにおける同性愛行為の非犯罪化の過程を概観した。ハートは、ミルの危害原理を導入しつつ、法が社会の実証道徳を維持することができるというデブリンの主張に反論するために、不快原理によって危害原理を修正した。ハートが主張する同性愛行為の非犯罪化は、同性カップルの基本的権利に対する障壁を取り除くための、同性婚への必要な前段階である。同性婚を認めることは、財産権、人格権などを含む婚姻の効果を積極的に保護することを意味する。同性愛行為の非犯罪化から同性婚の保障の間には、消極的自由と積極的自由の差があり、両者の関連性はまだ解明されていない。したがって、本章は、ミルの危害原理を再構築し、アメリカ、台湾、日本の裁判例を検証・比較し、最後に私見を述べ、同性愛行為の非犯罪化と同性婚の関係を明らかにすることを目指す。

第一節 危害原理の再構築

前章で説明したミルの危害原理の目的は、非常にシンプルな「自由の原理」を確立することであり、社会と個人の限界を画定することであった。社会は、他者に害を及ぼさない限り、自分自身にしか関係のない行動に干渉すべきではない。一方、ハートは、干渉できる不道徳な行動を公的なものに限定し、たとえ私的な行動が不道徳なものであっても、社会は共通道徳を守るために法によって私的な行動に干渉すべきではないと考えた。つまり、危害原理とは、他人の行動の絶対的な選択の自由を害することなく、自分の行動の自由に応じた「純粋な自由」の原則なのである。このような精神は、本来、憲法が保障する基本的人権の精神であり、誰からの干渉もなく、恣意的な剥奪や制限を受けない消極的な自由という考え方でもある。フランス人権宣言第4条によって、「自由とは、他を害しない一切のことをなす能力をいう。各人の自然権の行使は、社会の他の成員のおなじ権利の享有を確保すること以外に限界をもたない。この限界は法律によってのみ定められる。¹¹¹」と表現されたものもこれと同じである。

ミルは自由論の中で、思想の自由と行動の自由を絶対的な保障として明示的に挙げている。しかし、自由を無制限に保障するならば、自由同士が衝突する。自由の衝突を解決するために、自由を制限しなければならない。この主張は、デブリンの提唱する「弾性」とかなり似ている。個人の自由は岩のように硬いというより、妥協に応じて伸び縮みする輪ゴムのようなものである。しかし、デブリンのように、自由の境界を道徳的に判断するならば、感情的な判断に陥りやすい。また、世論による道徳的抑圧は、個人の自由を制限することにもなりかねない。したがって、実際に受けた傷害を算定し、それを基準として自由を互いに譲り合うことによって、個人間の自由の境界を形成することがより適切であると考えられる。

¹¹¹ 小嶋和司、立石眞『憲法概観第7版』（有斐閣、2011年）93頁。

ミルは、18世紀のアメリカ独立宣言とフランス革命、そして産業革命と資本主義の発展の影響を受けた環境に生きていたが、自由論が書かれた19世紀後半は、消極的自由の保障の不十分さが意識され、生活の基本的ニーズを満たす積極的自由の必要性が重視され始めた時代である。私の考えでは、ミルは積極的自由の権利の保障に反対していない。ミルは『自由論』の第3章において、主として個人の人格を形成する自由と関連した問題を扱う。彼は、本人が責任とリスクを負うことを望んでいるのであれば、肉体的・精神的にも、他人によってそれを妨げられるべきではないと主張する¹¹²。つまり、個人が心身ともに十分に発達し、かつ、その行為に伴う潜在的なリスクを認識することは、積極的に行動を起こすという積極的自由を達成するための必要条件である。こうして、危害原理に加えて、他人を害することなく、個人が行動することで自分自身の存在意義や価値を実現することは、個々人の幸福の一部である。また、ミルは、行動の動機が伝統や他人の習慣に従うことにある場合、人間の幸福の要素の一つが欠落している。伝統や他人の習慣に縛られない自己決定こそが社会の進歩に不可欠であると主張した¹¹³。個人は社会の伝統に縛られることなく、自らの幸福の追求と人格の形成のために自発的かつ積極的に行動しなければならない、そうした価値観こそが、社会の進歩の原動力となるという考えである。このように、ミルの考えでは、自由は防衛的な性格を持つだけでなく、積極的な行為の保障という意味合いも持っているのである。

以上によると、ミル的な自由には2つの方向性がある。第一の自由は、防衛的な性格をもち、すべての自由の基礎となる「人間の尊厳」、人格の形成に基づく自由であり、これを恣意的に放棄したり否定したりすることはできない。「人間の尊厳」は、人格の形成にとって不可欠なものである。この価値は、あらゆる自由、民主主義、憲法秩序の根幹をなすものであり、基本的人権の精神である。ミルの危害原理で問題となるのは、他者との境界の問題であり、個人の人格を否定するものではない。

これに対して、第二の自由は、第一の自由を含む、積極的な性格をもつ行動の自由、つまり、公的空間において何の制約もなく、第一の自由を確保した上で、行動できる自由である。この行為は、幸福の追求を目的として、社会の伝統と慣習に縛られず、自由に行動するという意味がある。つまり、「人間の尊厳」に基づいて、特定の価値を提唱し、自発的・積極的に行動することは、第二の自由の目的である。この自由は、幸福の追求を目的として、積極的に特定の価値を提唱するものであるため、公共の利益に一定の影響を与える。したがって、第二の自由は、基本的人権間の対立、基本的人権と公共の利益の対立に関わる問題に対応するものである。同性愛の非犯罪化は、基本的人権間の境界に関わる問題であり、第一の自由に属する問題である。他方、同性婚問題は、同性愛者の基本的人権に関わる問題のみならず、同性愛者が

¹¹² Mill (n 6) 52.

¹¹³ Ibid 53.

自らの幸福を追求し、新しい法制度を求めるという公共の利益に関わることであるため、第二の自由に属する問題である。

同性婚という形で積極的自由の保護を取り上げるには、必然的に基本的人権について議論する必要がある。その中で、基本的人権に結婚の自由は含まれるのか？ 結婚の自由には同性婚の保護も含まれるのか？ 結婚において同性愛者と異性愛者の扱いに差があるのは、平等権の侵害なのか？ なぜ、婚姻制度を守る必要があるのか？ したがって、同性婚を認めるべきかどうかという問題、つまり同性愛者が社会的に結婚する権利を認めるべきかどうかという問題には、自由権、平等権、婚姻の目的という3つの側面があるのである。

まず、自由権は、基本的人権の一つである。基本的人権は、社会を構成する個人の自由と生存を保障する権利であり、人間性の尊厳に基づくものである¹¹⁴。基本的人権には、「防御権」と「請求権」がある。前者は、国家からの、単なる個人の自由と生きる権利を侵害されない権利、すなわち消極的自由権である。後者は、国家に対する法的保護を求める請求権、すなわち積極的自由権を指す。アメリカと台湾で、「結婚の自由」は憲法に明確に規定されているわけではないが、個人の生存に不可欠な基本的権利に基づいており、基本的人権の範囲にも含まれる自己決定という「新しい人権」から生じる保護の一形態であると考えられている。この「新しい人権」の中に「自己決定権」があり、結婚の自由はその重要な要素である。人間の尊厳を保護するため、同性愛者の基本的権利の享受を妨げるべきではないものの、これは同性愛者が当然に自由に婚姻を結ぶ権利を有することを意味するわけではない、という指摘がある¹¹⁵。つまり、「同性愛者の基本的人権の享受を肯定する」と「同性愛者の同性婚の自由を肯定する」ことは、別々の考え方に属しているという指摘である。この指摘に基づけば、結局、同性愛者の地位は異性愛者のそれとまだ平等ではないということになる。

次に、平等権について論じる。ウォルフエンデン報告のみならず、ハートの考え方でも、同性愛の性的指向は個人の人格・個性と密接に関係していると考えられている。性的指向は、人格形成の初期に生じるため、変更したりコントロールしたりすることができない。男女の「性別」と同様に、性的指向も自然に発生するものであり、決して「選択」するものでない。

社会には、同性愛や性別違和、性同一性障害など、性の多様性が存在することは否認できない事実である。ただの性的指向の違いによって、普段の生活で差別を受けるようであれば、平等権に反するため、是正されるべきである。もちろん、これが同性婚の承認に直結するかどうかは、他の事情で判断されなければならない。だが、性的少数者が社会を構築する平等な存在であることは社会の共通認識であるとともに、性的少数者の性的な自己決定権とその尊厳は守られなくてはならない¹¹⁶、と水野紀子は指摘する。

¹¹⁴ 芦部信喜『憲法第七版』（岩波書店、2019年）82頁。

¹¹⁵ 曾品傑「論我國同性戀者之權益保護」月旦法學雜誌 227号（2014年）101頁。

¹¹⁶ 水野紀子「日本家族法を考える(第4回)婚姻の意義を考える」法学教室 490号（2021年）92

したがって同性愛は、性的な自己決定権として、人格権で保護される。人格権は、国家が私的領域への干渉をやめることを要求するものである。他方、従来の婚姻の法体系は、「同性愛」や「同性婚」の存在を想定しておらず、また、同性愛者の生活関係に対する保障も含んでいなかったため、結果として、同性愛者の結合には法的関係が存在しないことになった。同性婚の法的枠組みの確立は、私的関係の肯定であり、個人的人格形成との関連性がより高い私的関係の承認要求である。もし、国家が受動的な姿勢をとり続け、同性婚を保護する法制度を作らず、同性カップルは異性カップルと同じように保障されないのであれば、それは同性カップル的人格に対する危害とも言え、危害原則が介入する余地がある。

最後に、婚姻の目的の問題である。ハートと同じ立場ではないが、コミュニタリアニズム（共同体主義）の代表的論者であるマイケル・サンデル（Michael Joseph Sandel）は、同性婚の議論には必然的に結婚に対する宗教や道徳が関係すると考えている¹¹⁷。同性婚問題を論じる際には、道徳に対応しつつ、中立的な主張を見つけなければならない。ただ、私は、婚姻の目的と同性婚問題に宗教や道徳に基づいて答えることの必要性に疑問を感じている。

現代の欧米の家族法制度は、二宮周平と丸山茂によれば以下の内容から成り立つという¹¹⁸。
①男女の共同形成、②そのカップルの結婚が社会的に認められること、③親子関係の証明として結婚による子の出生、④婚姻関係・家族関係の持続性、⑤家長（夫）の支配関係、⑥男女間の性別役割分業、という内容である。

近代の欧米における家族法の歴史を見ると、結婚はキリスト教の儀式の一つと考えられ、一人の男性と一人の女性しかその関係を結べないとする教会法から生まれた制度である。しかし、単一の宗教観を万人に押し付けることは、各個人が自分の宗教を信仰する自由を侵害することになる。したがって、現代の法秩序においては、結婚という制度をその宗教的な意味から切り離すため、別の論拠を見つけなければならないのである。

近代の産業社会の発展に伴い、家族の機能は農業における労働の単位から、子供の人格の発展や伴侶との親密関係の認識へと徐々に変化してきた。婚姻は家庭の出発点となり、そして家庭は個人的人格形成にとって極めて重要な意味を持つ。家族に関わる活動は、国家が守りたい関係であるので、その保護を国家は強化したが、最終的には前述の②～⑥の関係の崩壊に至った¹¹⁹。同性婚は、①に違反し、生殖ができないという反自然的な理由で認められてこなかった。しかし、事実婚の増加、離婚率の上昇、遺伝子識別技術の進歩、男女平等概念の浸透などにより、①を維持する理由を考えざるを得ない。同性愛者と異性愛者は性的指向が「異なる」

頁。

¹¹⁷ サンデル『これからの「正義」の話をしよう』（早川書房、2011年）326-327頁。

¹¹⁸ 二宮周平『多様化する家族と法I—個人の尊重から考える—』（朝陽会、2019年）53頁。丸山茂「家族の変容と国家」慶應義塾大学経済学部編『市民的共生の経済学3 家族へのまなざし』（弘文堂、2000年）201-202頁。

¹¹⁹ 二宮、同前掲注118、54-55頁。

ため、「同じ問題は同じように扱うが、異なる問題は異なるように扱う」という考えに基づき、「同性カップルの結合」を「婚姻」から除外したいと考える論者もいるかもしれない。しかし、同性愛者の人格は異性愛者の人格と同じであり、同性愛者を別扱いにする正当な理由はない。

さらに、なぜ結婚が国家によって認められ、保護されなければならないのか、ということを変更して考えなければならない。家族内の問題は私事であるが、結婚の定義や構成は民法の「契約の自由」の原則が及ばず、国が民法の形で家族の形成について構築するということになっている。婚姻制度に法的効力を持たせるためには、当事者の資格（重婚、詐欺や強制などがないことなど）や意思を国が審査する必要がある。このため、結婚は「公事」である。しかし、結婚は「公事」から切り離すべきであり、国家は結婚にいかなる法的効力も与えず、すべて民間の契約関係に委ねるべきだという、リバタリアンの主張がある。森村進によれば、このリバタリアン的な婚姻は、契約自由の原則から、家の共同生活者の法的関係を当事者が自由に決められる制度である¹²⁰。しかし、サンデルは、国家の中立性を追求し、婚姻を廃止し、婚姻を完全に私事とみなすことになれば、例えば三人の結婚や一人の結婚など、あらゆる種類のシビル・ユニオン（民事結合）が発生すると主張する¹²¹。法律が婚姻を規律しても、事実婚（あるいは家族の関係）は必ず発生するし、結婚や家族には様々な問題があり、単に契約自由を訴えるだけでは、当事者間が公平・公正を生活することは保証できず、安定性にも欠ける。したがって、婚姻は、「公事」として、国家が法的に承認し保護すべきであり、国家が婚姻の私事化を選択することは適当でない。

以上の議論を踏まえて、結婚は必ずしも宗教によって決められないこと、同性愛者と異性愛者を別扱いにする正当な理由はないこと、婚姻は国家が法的に保護する制度であることが明らかになった。

次に、アメリカ、台湾、日本の同性婚に関する判例を参照し、その間の共通関係を明らかにしたい。そして、危害原理に基づき、社会は同性愛の関係及びその結婚の正当性を認めるべきであることを主張したい。

第二節 アメリカ、台湾と日本における同性婚に関する判例

第一項 Obergefell v. Hodges, 135 S.Ct. 2584 (2015)

アメリカにおける同性婚をめぐる争いは、1970年代から始まる。最高裁で同性婚が否定された1972年のBaker v. Nelson事件から、1993年のBaehr v. Lewin事件、1996年のBaehr v. Miike事件でハワイ州最高裁が同性婚の合憲性を認め、同性婚は州憲法の平等に関する規定によって

¹²⁰ 森村進『自由はどこまで可能か=リバタリアニズム入門』（講談社、2001年）160-161頁。

¹²¹ サンデル、同前掲注117、329頁。

保護されているとして、同性婚を肯定した。しかし、この判決は、同性カップルが法的に結婚と認められないよう、連邦政府や州政府が明示的に性別による婚姻を制限する法律を制定することにつながった。その後、1996年にアメリカ合衆国議会は、結婚を一人の男性と一人の女性の間限定する「結婚防衛法（Defense of Marriage Act、DOMA）」を成立させた。

2003年のLawrence v. Texas事件で、マサチューセッツ州最高裁判所は、同性婚の権利を正式に認め、マサチューセッツ州はアメリカで初めて同性婚を認めた州となった。2013年6月、アメリカ最高裁判所はUnited States v. Windsorという画期的な裁判で、結婚防衛法の一部を、アメリカ合衆国憲法修正第14条の法の下での平等と、アメリカ合衆国憲法修正第5条のデュー・プロセス・オブ・ローに反し違憲であると判断した。

2015年6月26日、アメリカ最高裁判所はObergefell v. Hodges事件で、同性婚の権利は憲法上保護されるとの判決を下した。アメリカでは同性婚が正式に合法化され、すべての州政府は同性婚に反対する立法を禁止されている。

アメリカは台湾や日本と風俗や価値観が異なるとはいえ、同性婚をめぐる議論や主張には多くの共通点がある。次に、Obergefell v. Hodges¹²²事件判決の多数意見を検討する。

第一目 「婚姻」とは？

アメリカにおいて「婚姻」は州の権限であり、州憲法に基づいて成立した結婚は、アメリカ合衆国憲法第4章第1条により他の州でも認められる¹²³。Loving v. Virginia¹²⁴事件判決では、連邦最高裁判所は、結婚の権利（the right to marriage）は「人間の基本的権利（basic civil rights of man）」の一つであり、アメリカ合衆国憲法修正第14条の適正手続の保障（Due Process Clause）によって保護されるとした¹²⁵。したがって、原則として、州の婚姻法は連邦とは関係なく、純粹に州の主権によるものであるものの、例外的に、州の婚姻法が結婚の権利を侵害したならば、連邦裁判所によって違憲と判断されることもある。

ミシガン州、ケンタッキー州、オハイオ州、テネシー州では、結婚を一男一女の結合と定義している。アメリカ憲法はすべての人に自由を保障している。この自由には、合法的な領域内で、人が自分のアイデンティティを定義し表現することを可能にする特定の権利が含まれている¹²⁶。控訴人らは、以上の州の出身であり、同性の人と結婚し、その結婚が異性間の結婚と同じ条件下で合法とみなされることを求め、訴訟を提起した。

¹²² Obergefell v. Hodges, 135 S.Ct. 2584 (2015).

¹²³ Sosna v. Iowa, 95 S.Ct. 553, 560 (1975). 廖元豪「革命即将成功，同志仍須努力—簡評美國聯邦最高法院同性婚姻之判決」月旦法學雜誌 243 号（2015 年）21-22 頁。

¹²⁴ Loving v. Virginia, 87 S.Ct. 1817 (1967).

¹²⁵ Ibid 1824.

¹²⁶ Obergefell, 135 S.Ct. 2584, 2593 (2015).

多数意見では、結婚は常に高貴で神聖なものとされ、社会で最も重要な位置を占めているとする¹²⁷。歴史から見ると、結婚は異性の間の結合であることから始まるが、結婚の定義を拡張し、同性カップルを含めるならば、恒久の制度である結婚を危害することになりかねないという議論がある。しかし、控訴人らは、同性婚は婚姻に危害を与えないと主張し、異性カップルと同じように、婚姻に伴う権利と義務に対する婚姻制度の保護を求めた。

婚姻の歴史は連続的でありつつ変化するものである。何千年にもわたって、婚姻は法制度や社会の発展によって変化してきたが、婚姻制度の変化により、結婚の仕組みも変化している。実際、婚姻に対する理解の変化は、自由の新たな次元が新しい世代に明らかになる国家の特徴であり、請願や抗議から始まり、政治や司法で検討されるものである¹²⁸。この変化は、同性愛者の権利に対する各国の考え方にも表れている。20世紀初期、多くの国で同性愛行為は不道徳であるとされ、同性愛は病気と見なされていた。しかし、20世紀後半、各国の文化や政治の発展により、同性カップルはより開放的に共同生活を送ることが可能となり、国民の意識も寛容な方向に変化してきた。以上の理由によって、異性間の結合に基づく婚姻の伝統は婚姻制度の発展を制限してはならない¹²⁹。

多数意見では、結婚の権利は、デュープロセス条項に基づく基本的な権利であり、憲法によって確実に保護されるとした¹³⁰。また、結婚の権利が同性カップルにも保障されるかどうかを判断する際、裁判所は、結婚の権利が長年保護されてきた基本的な理由を尊重しなければならないと指摘し、同性婚は憲法上の明示的な権利ではないが、アメリカ合衆国憲法修正第14条の自由は、時代によって改正されるべきものであるため、同性婚の権利は、憲法修正第14条の適正手続の保障に含まれるものであるとした¹³¹。

第二目 結婚の自由——四つの原理と伝統

連邦最高裁は、憲法修正第14条の適正手続の保障に基づき、多くの法律や規定を無効とした。例えば、黒人と白人の結婚の禁止が無効になったり¹³²、子育てができない人の結婚の禁止が禁止されたり¹³³、受刑者の結婚の禁止が否定されたり¹³⁴した。これらは、人が人生において最も親密で個人的な選択、すなわち個人の尊厳と自律性に不可欠であり、憲法修正第14条によ

¹²⁷ Ibid 2594-2595.

¹²⁸ Ibid 2596.

¹²⁹ Ibid 2598.

¹³⁰ Ibid.

¹³¹ Ibid 2599. 頼英照「伸張人權或司法政變—Obergefell v. Hodges 案的論辯」法令月刊 68 卷 5 号 (2017 年) 3-4 頁。

¹³² Loving, 87 S.Ct. 1817, 1824(1967).

¹³³ Zablocki v. Redhail, 98 S.Ct. 673, 680 (1978).

¹³⁴ Turner v. Safley, 107 S.Ct. 2254, 2265 (1987).

って保護される自由に関連している¹³⁵。

Obergefell v. Hodges事件判決の多数意見は、判例によって確立された「結婚の自由」の本質、すなわち「婚姻が憲法の基本的要素であることの根拠」は、次の四つの原理と伝統¹³⁶を生じさせるものとした。この四つの原理と伝統によれば、同性婚の権利は、憲法によって等しく保護されるべきものである。

第一に、「結婚を選択する自由」は個人に属する自己決定の概念であり、個人の人格と不可分な関係がある。同時に、このような自己決定は、憲法で認められている他の自由を実現するための基礎となるものである。この点では、最高裁判事は、結婚の本質は、恒久的で親密な関係を通じて、二人が表現の自由、親密さ、精神の交流など、他の自由を共に見出すことができることだと考えている。これは、性的指向に関係なく、すべての人に当てはまるものである。

第二に、結婚の権利は、他の権利よりも根源的（fundamental）である。なぜなら、結婚は二人の結合を支持し、互いに尊重し、一人の孤独の不安から解放するものだからである。このように、結婚は、「互いの誓約（commitment）によって、自分たちの存在を定義する¹³⁷」ものであり、カップルに尊厳を与えるものである。Lawrence v. Texas 事件判決は、このような親密な関係を持つ権利は、異性カップルのみならず、同性カップルにも与えられるべきだとした¹³⁸。

第三に、結婚は家庭の基盤である。結婚は子供と家族を守るものであり、そのために子育て、出産、教育などの関連する権利に意味があるのである。「結婚し、家庭を築き、子供を育てる」権利は、デュープロセス条項で保護される自由の核心である。結婚という法的な承認と保護がなければ、子供たちは自分の家庭が社会的に認められていないことを知り、いじめられる可能性があるのである。したがって、結婚防衛法（DOMA）は、同性カップルの養子女の感情を傷つけ、屈辱を与えることになる。現在、多くの子供たちが同性カップルと暮らし、温かく充実した家庭生活を送っている。同性婚を認めることは、これらの子供たちの幸せと家族の安定に貢献する。

第四に、結婚は国家と社会秩序の基礎である。この点では、同性カップルと異性カップルに区別はない。しかし、同性カップルには、州による婚姻制度に関する様々な利益が否定されてきた。この利益の否定に伴う危害は、多くの同性カップルにとって耐えられないものであり、同性カップルの権利と尊厳を損なうものにほかならない。以前は結婚を異性カップルに限定することは当然だったとしても、そのような制限は同性カップルの結婚の自由という基本的な権利を侵害するのである。

同性婚に反対する人たちの中には、宗教的な信念に基づいて反対している人もいるが、最高

¹³⁵ Obergefell, 135 S.Ct. 2584, 2597 (2015).

¹³⁶ Ibid 2599-2601.

¹³⁷ United States v. Windsor, 133 S. Ct. 2675, 2689 (2013).

¹³⁸ Lawrence v. Texas, 123 S.Ct. 2472 (2003).

裁判事は、同性婚はこの人たちの信念や価値を危害しないと判断した¹³⁹。同性婚は、反対者および第三者の利益を害するものではないため、逆に、同性婚を認めないことは、同性カップルとその子どもたちの尊厳や権利を明らかに損なうものであり、結婚の自由の意義と相容れないものである。したがって、アメリカ憲法は同性カップルを異性カップルと同等の立場として扱い、州法はこれを尊重すべきであり、同性カップルから結婚の自由を奪うことはできない¹⁴⁰。同性婚は、憲法修正第14条で保障される自由である¹⁴¹。

第三目 同性婚と憲法上の平等

主筆のケネディ（Anthony McLeod Kennedy）判事は、憲法修正第14条の実体的デュープロセスの問題に判断を絞ったため、平等保護の議論はかなり簡略化し、性的指向による区別の違憲審査基準については、*Obergefell*判決の多数意見で不明である¹⁴²。多数意見は、デュープロセスの自由と平等は別個の原則であるが、両者の関係は深く絡み合っている、とする¹⁴³。つまり、婚姻が憲法上の自由であるのに、性的指向によって異なる扱いをするのは、本質的に不平等なのである。したがって、同性婚の権利は、憲法修正第14条のデュープロセスによって保護される自由であるのみならず、平等保護条項によっても保護されるものである。

第四目 小結

以上の通り、アメリカ連邦最高裁判所は、結婚する権利は個人の自由に内在する基本的な権利であるとした。裁判所の考えによれば、同性カップルは、デュープロセスと平等保護条項に基づき、結婚する権利を奪われてはならない。また、同性カップルから異性カップルと同じ婚姻権を奪う州法は一部無効であり、同性カップルは各州で結婚する基本的権利を行使でき、他州の合法的な同性婚をその性質に基づき認めないという正当な根拠は存在しない。

第二項 台湾司法院大法官解釈第748号

台湾は多様な法を継受した。1895年に日本に統治される以前、台湾は鄭氏政権（1662-1683年）、清帝国（1683-1895年）に約230年間統治された。台湾への移民は中国南東部沿岸の漢民族が多いため、中国の法制度は台湾の法理や伝統思想に深く影響を与えていた。

¹³⁹ *Obergefell*, 135 S.Ct. 2584, 2601-2602 (2015).

¹⁴⁰ *Ibid* 2598.

¹⁴¹ *Ibid* 2597.

¹⁴² 頼英照、同前掲注131、5頁。上田宏和「*Obergefell* 判決における同性婚と婚姻の権利」創価法学46巻1号（2016年）22-23頁。植木淳「婚姻をめぐる自由と平等——*Obergefell* 判決を契機として」名城法学68巻1号（2018年）1-2頁。

¹⁴³ *Obergefell*, 135 S.Ct. 2584, 2602-2603 (2015).

伝統中国の法学は、「天人感応」「天人合一」の法概念に基づいている¹⁴⁴。その意義は、自然の秩序と社会の秩序を統合することである。「宇宙」、「天」は調和のとれた全体であり、その中に人間や万物が位置している。社会秩序は自然秩序の一部であり、その自然秩序は「天の現れ」であり、理想的な社会秩序は「天道」、「天理」である。自然秩序と社会秩序の調和を求めると、天と人間と自然とは一つになることができる。これは儒教思想の基本要素のひとつである。

伝統中国の家族法では、儒教の宗族関係と家族関係が核となる価値観であった。儒教の精神は家族の倫理的義務に基づき、その影響が法律の実体的精神となった。伝統的な儒教の規範では、同宗者と異宗者間の宗族の関係と、家父長を主体とした権威は、中国の「家」を形成する基本の価値観となるものであった。寺田浩明によると、中国の家は、血縁の近いものが寄り集まって作る共産的な生活共同体であり、「同居共財」という生活原理の下で専制的な主体である父親に代表される近親者が暮らす生活共同体だと定義できる¹⁴⁵。そして、婚姻の当事者は、自ら自由に判断できず、祖父母や父母などの家長の同意を得る必要があった。つまり、婚姻の権利を持つのは両家族の家長であった¹⁴⁶。結婚の目的は、宗族の一体性と血縁観を永続させることであった。中国の伝統文化の一翼を担う祭祀も、「分形同気」という宗族の血縁観を維持することを目的としていた¹⁴⁷。

よって、中国の伝統的な倫理観では、結婚の目的は、宗族の継承、祖先の祭祀、両姓（両家族）の結合と家産の永続にあると考えられている¹⁴⁸。これは、現代において結婚が求める「幸福」という最終目標とは根本的に異なるものである。さらに、「家父長権威」と「儒教」の影響により、婚姻は「倫理」に従わなければならないとされる。つまり、婚姻は社会の道徳規範によって制限されなければならない。男女の結婚は不自由であり、況して同性カップルは社会道徳に反するとされ、自分の個性をアピールすることができなかった。

しかし、民主化を含む社会の変化により、台湾は多様な意見を受け入れることができるようになった。1986年、祁家威¹⁴⁹は台湾立法院（国会）に立法化を働きかけ、そして、2000年、祁は手段を尽くした後、初めての憲法解釈を申し出した¹⁵⁰。2003年、台湾の台北で、LGBT コミ

¹⁴⁴ 黄源盛『中国法史導論（第三版）』（犁齋社、2016年）78-79頁。

¹⁴⁵ 滋賀秀三『中国家族法の原理』（創文社、1967年）50-58頁。寺田浩明『中国法制史』（東京大学出版会、2018年）14-18頁。

寺田浩明によると、『中国法制史』第一章「人と家」の基礎は、ほとんど滋賀秀三の研究を踏まえて参考にするため、ここで滋賀秀三の文献も引用する。後掲注147も同様である。（寺田浩明『中国法制史』（東京大学出版会、2018年）362-363頁を参照せよ。）

¹⁴⁶ 黄源盛、同前掲注144、94頁。

¹⁴⁷ 滋賀、同前掲注145、112-114頁。寺田、同前掲注145、30-31頁。

¹⁴⁸ 蘇冰、魏林『中国婚姻史』（文津出版社、1994年）3頁。

¹⁴⁹ 祁は大法官解釈第748号の当事者でもある。

¹⁵⁰ 司法院「第1166次大法官會議不受理案件」

<https://cons.judicial.gov.tw/docdata.aspx?fid=81&id=167394>（最終確認日時2022年3月16日）。

ユニティの保護（差別撤廃、婚姻の平等、LGBTの権利促進など）を求め、初のLGBT集会が開催された。当時は、まだ婚姻は伝統的な男女の結合と理解されていた中、法制化と権利保護を主張したのである。ついに2017年、司法院大法官¹⁵¹（以下は大法官と略する）が大法官解釈第748号を下した。この大法官解釈第748号の理由書¹⁵²を以下で紹介・分析する。

第一目 同性愛者と結婚の自由

まず、「台湾憲法が一夫一婦制の婚姻制度を規定しているかどうか」について、大法官の多数意見は、様々な憲法解釈の中で「一夫一妻」や「一男一女」に言及しているのは、実際には「異性婚」の文脈で解釈されているというものであった。したがって、同性カップルが結婚できるかどうかという問題に関連する解釈はなく、また、憲法は「一夫一婦制」の婚姻制度のみを規定しているわけでもない。さらに、台湾民法第972条¹⁵³は、「婚姻の契約は、男女の当事者自身によってなされるべきである」と定めているので、婚姻の契約は、婚姻当事者両方の自律的な同意に基づくものでなければならない。そして、台湾民法の婚姻章の「夫と妻」としての婚姻当事者の権利義務に関する規定を見ると、婚姻の承認を「一男一女」に、異なる性別の男女の結合に限定している。婚姻登録を行う機関は以上の事情により、同性カップルの婚姻登録申請を拒否しており、法律上の婚姻を成立させることはできない。

理由書では、配偶者のいない結婚適格者は、「結婚するかしないかの自由」、「誰と結婚するか」の自由を含む、結婚の自由を有するとした。結婚の自由は、人格の健全な発展と人格価値の尊厳の保護に重要な基本的人権（a fundamental right）であり、台湾憲法第22条¹⁵⁴の包括的自由権によって保護されるものである。

大法官は、「結婚」を「親密かつ排他的な関係で共に生活することを目的とした二人の恒久的な結合」と定義した。注目すべき点は、大法官が、同性カップルの恒久的な結合、すなわち同性婚は、異性婚の規定について影響を与えず、元々異性婚によって成立する社会秩序を変更しないとしたことである。また、大法官は、同性婚が正式に法律で認められるならば、異性婚と並んで社会の安定の基礎となりうるとした。さらに、同性愛者も異性愛者も、親密で排他的

¹⁵¹ 大法官は台湾の最高司法機関である司法院において設置され、憲法裁判所の判事である。大法官會議（大法官會議）とは、憲法の「大法官解釋（大法官解釋）」や司法院による法律・命令の統一的な解釈の事例を合議制で審理するための会議である。「司法院大法官審理案件法」の改正を伴い、旧大法官會議が「憲法法庭」に統合されて制度化された現在、大法官解釋は「憲法法庭判決」と改称されている。

¹⁵² 司法院「釋字第748號解釋」<https://cons.judicial.gov.tw/docdata.aspx?fid=100&id=310929>（最終確認日時2022年3月16日）。

¹⁵³ 原文は「婚約，應由男女當事人自行訂定」である。

¹⁵⁴ 台湾憲法第22条は、「凡そ國民のその他の自由及び權利は、社会秩序及び公共の利益を妨害しない限り、憲法の保護を受ける」と規定する。（原文：凡人民之其他自由及權利，不妨害社會秩序公共利益者，均受憲法之保障。）

かつ恒久的な結合、すなわち婚姻を成立させられるという点では違いはない。したがって、現行の台湾民法が同性カップルの婚姻関係の成立を規定していないことは、台湾憲法第22条の結婚の自由に反し、重大な立法上の欠陥であるとした。

第二目 性的指向と平等

次に、平等権の規範について検討した。大法官は、台湾民法は結婚を「一男一女」の結合に限定しているが、この「一男一女」は性別の分類ではなく、「性的指向」による区別であると考えた。性的指向は個人の人格に関わるものなので、人格価値の尊厳と密接な関係がある。世界保健機関（WHO）などの医療機関の研究によると、性的指向は個人の変えられない特徴

(immutable characteristics) であり、同性愛という性的指向は病気ではない。同性愛の性的指向を持つ人々は、長い間、社会の伝統や慣習から容認されず、政治的な立場が弱く、社会でのマイノリティであったため、事実上または法律上の排除や差別の対象になってきた。同性愛者が一般的な民主政治の過程によって、法律上の劣勢の地位を覆すことは難しい。以上に基づき、大法官解釈は「性的指向」の差別的取り扱いの審査基準として、厳格な合理性の基準（中間審査基準）を採用する。厳格な合理性の基準は、立法目的が「重要な利益」を持ち、規制手段が目的と「実質的な関連性」を有することを要求する基準である¹⁵⁵と定義されている。これは、最も厳格な審査基準と合理性の基準の中間的な性格を持つ基準であり、アメリカ連邦最高裁が用いる「中間審査」(intermediate scrutiny) の基準と同じ内容を有するものであるため、「中間審査基準」とも呼ばれる。すなわち、「性的指向」による区別は、目的が重要な公共の利益の追求であり、その手段と目的との間に「実質的関連性」がある限り、台湾憲法第7条の平等権¹⁵⁶に違反せず合憲であるとした。

大法官は、異性婚の婚姻制度を立法するに当たって、生殖能力を考慮することは不合理ではないとした。しかし、民法は結婚する異性カップルに生殖能力を求めておらず、生殖能力がないこと又は結婚後未だ産まないことが婚姻の無効、取消、裁判離婚の理由となることも定めていない。したがって、生殖能力は結婚の本質的な要素でないことは明らかである。生殖能力の欠如を理由として、同性カップルに結婚を認めないことは、明らかに合理的な根拠のない差別的取扱である。

なお、婚姻開始年齢、一夫一婦制、近親婚の禁止、貞操、扶養義務などの基本的な倫理秩序を維持するために、結婚に対する制限は正当化される。同性婚を認めても、既存の異性婚の婚姻制度によって確立された基本的倫理秩序には影響を与えない。したがって、基本的倫理秩

¹⁵⁵ 芦部、同前掲注114、127頁。辻村みよ子『憲法第4版』（日本評論社、2012年）480頁。

¹⁵⁶ 台湾憲法第7条の平等権については、「中華民國の国民は男女、宗教、種族、階級、党派の区別なく、法律上一律に平等である」と規定する。（原文：中華民國人民，無分男女、宗教、種族、階級、黨派，在法律上一律平等。）

序を維持するという理由で、同性カップルに結婚を認めないことは、明らかに合理的な根拠のない差別的取扱である。

以上の理由に基づき大法官解釈は、民法に同性婚に関する規定がないのは、目的（基本倫理秩序の維持）と手段（同性婚に関する規定と保護がない）との間に実質的な関連性がないため、台湾憲法第7条の平等権の趣旨に違反しているとした。

第三目 小結

大法官解釈は、台湾民法の婚姻に関する規定は、同性カップルの「親密かつ排他的な関係の中で共に生活することを目的とした恒久的な結合の成立（同性婚）」を認めておらず、台湾憲法第22条の結婚の自由および同法第7条の平等権に反しているとした。

本解釈は、高度な複雑さと論争を伴う同性婚の立法の遅れによる無期限の違憲状態を避けるため、2年の立法措置期間を定めているが、この期間を過ぎると民法が当然に無効となることはない。法律の改正または制定が完了しなかった場合、同性の2人は恒久的な結合を成立させるために、上記民法の規定に従い、2人以上の証人が署名した書面をもって、戸籍機関に婚姻登録を申請することができる。

しかし、同性婚反対派と国民党は民法の婚姻関係に関する法律に異議を提出し、「民法で定める婚姻は男女間に限るべきである」などの内容で2018年に行われた住民投票¹⁵⁷（公民投票）では、投票した1100万人のうち、約7割の国民が同性婚の「民法化」に反対した。投票結果に基づき、同性婚は直接に民法を改正するのではなく、民法以外の形で実現されることとなった。結局、台湾の行政院（内閣）は、大法官解釈第748号の趣旨と住民投票の結果を遵守した上で、中立的な立場から同性婚を保障する法案を提出した。同性婚の法源である「司法院釈字第748号解釋施行法¹⁵⁸（以下748施行法と略する）」は2019年5月17日に立法院で可決され、同年5月22日に施行された。台湾はアジアで初の同性結婚を合法化した国になった。748施行法の第3条では、18歳以上の同性カップルが結婚できることを定めている。

台湾は民法の改正ではなく、同性婚を「特別法」によって実施することを選択したため、法制度上の互換性の問題がいまだに多く残っている。例えば、外国での同性婚に対する法律の適

¹⁵⁷ 同性婚の民法化に関する住民投票は第10案と第12案であった。第10案の本文は、「民法の婚姻についての規定は、一男一女の結合に限定されるべきであることに同意しますか？」であり、第12案の本文は、「同性カップルの恒久的な共同生活の権利を、民法の婚姻の形の以外で保障することに同意しますか？」である。中央選舉委員會「107年公民投票第7至16案投票結果」<https://web.cec.gov.tw/upload/file/2018-12-03/9617f16e-8616-42d9-b052-a6efa6595712/c0e7ec8903c018054138e2f7b5a409cc.pdf>（最終確認日時2022年3月21日）。

¹⁵⁸ 原文は「司法院釋字第七四八號解釋施行法」である。

用や、同性カップルが血縁関係のない子供を共同で養子縁組することができないことなどである。前者は法改正が予定されているが、後者は養子縁組許可の裁判所の判断を得るため、訴訟を起こす必要がある。2022年現在、3組のカップルが訴訟を提起し¹⁵⁹、そのうちの1組にはすでに養子縁組の許可が下りた¹⁶⁰。台湾における同性婚に関する法制度の整備はこれからである。

第三項 同性婚訴訟札幌地裁判決（札幌地判令和3年3月17日損害賠償請求事件）

日本での婚姻に関する規定は、1871年（明治4年）に明治政府が徳川幕府時代以前のさまざまな慣習を統一するため、旧民法を起草したことに始まる。1890年（明治23年）に旧民法の家族法部分は日本人委員によって完成し公布されたが¹⁶¹、民法典論争によってその施行は遅れた。1896年、旧民法が改正され、家族法部分の規定は1898年（明治31年）の明治民法で公布された。

明治民法で家族に関する基本構造は、「家」を中心とした家制度であった。結婚に関する権限は親に従属すると考えられたため、結婚の際には父母の同意を得なければならなかった。結婚後、妻が実家を離れ、夫の家に入る。したがって、妻は結婚後、夫の姓に変わり、生まれた子供は夫の家の子供となるのである。また、明治民法の家制度は、妻に社会的・経済的に自立した生活を送るといった地位を与えなかった。このような男女間の不平等関係や夫の姓に改姓することは、社会の慣習として現在の日本社会に残っている¹⁶²。

第二次大戦後の1946年の、個人の尊厳と男女の平等を定めた日本国憲法の公布と、1947年の家族法の大改正により、家制度は廃止されたが、それに代わって戸籍制度が作られた。結婚は男女の合意により成立するものであり、結婚の二人は形式的に平等な関係である。近年、日本では、家族関係の傾向に多少の変化が見られるとともに、同性カップルの存在も目につくようになってきている。

2015年に東京都渋谷区と世田谷区から始まり、現在では200以上の地方自治体が「結婚に相当する関係」と認める同性パートナーシップ制度を導入・実施しており、日本の人口の5割以上をカバーしている¹⁶³。金沢市でも2021年より「パートナーシップ宣誓制度」が実施されている。しかし、この制度は法律上の婚姻ではないため、同性パートナーシップを結んだ同性カップルは相続や、税金控除、日常生活の代理などの法的効果を伴う利益を享受できない。

¹⁵⁹ 「法院裁定許可 全台首個同志雙親收養家庭誕生」（台湾 CNA 中央通訊社、2022年1月4日）<https://www.cna.com.tw/news/firstnews/202201045011.aspx>（最終確認日時 2022年4月15日）。

¹⁶⁰ 台湾高雄少年及家事法院 110 年度司養聲字第 85 號裁定。

¹⁶¹ 大村敦志『家族法 [第3版]』（有斐閣、2010年）17頁。

¹⁶² 本澤巳代子編『みんなの家族法入門』（信山社、2021年）4頁。

¹⁶³ 結婚の自由をすべての人に「日本のパートナーシップ制度」
<https://www.marriageforall.jp/marriage-equality/japan/>（最終確認日時 2022年4月12日）。

日本全国で13組の同性カップルが、現行民法と戸籍法が同性婚の規定を認めていないことは憲法違反であり、「結婚の自由をすべての人に」訴訟という名で、全国の四つの地方裁判所に訴訟を起こした¹⁶⁴。2021年3月17日には札幌地方裁判所で違憲判決が下された。

2019年1月、原告は本籍地に婚姻届を提出したものの、当事者が同性であったため受理されなかった。原告は、同性婚を認めない民法や戸籍法の婚姻に関する規定は、憲法13条と24条に違反していると主張した。異性カップルは婚姻関係を通じて法律上の利益などを得ることができるが、同性カップルは婚姻関係を通じて異性カップルと同じ利益を得ることができない。したがって、このような合理的根拠のない差別取扱は、憲法14条1項の平等原則に違反するもので、違憲であると主張した。また原告は、国がこの違憲規定に関して必要な立法措置を行っていないとして、国に対して慰謝料を請求した。

札幌地裁は「同性愛者に対しては、婚姻によって生じる法的効果の一部ですらもこれを享受する法的手段を提供しないとしていることは、立法府が広範な立法裁量を有することを前提としても、その裁量権の範囲を超えたものであるといわざるを得ず、本件差別取扱いは、その限度で合理的根拠を欠く差別取扱いに当たり、憲法14条1項に違反するという画期的判断を下した。これは日本において同性婚に関する問題の初めての憲法判断である。

札幌地裁の同性婚訴訟判決¹⁶⁵について、以下で分析する。

第一目 立法事実と結婚の自由

まず、裁判所は、婚姻と家族に関する問題は、国の伝統や国民の感情を含む社会情勢の様々な要素を考慮して総合的に決定されるべきであると考えた。したがって、その内容については、憲法に普遍的に規定されるのではなく、法律に具現化されるべきものである。しかし憲法は、平等原則に基づき、国会の裁量に限界を定めている。憲法24条1項の規定により、結婚するかどうか、いつ誰と婚姻をするかについて、結婚の当事者が自由かつ平等な意思決定によって決めることができる。

ところで、裁判所は、憲法24条1項では「両性の合意」「夫婦」という文言が使われているのに対し、24条2項では「両性の本質的平等」という言葉が使われていると言及した。憲法24条1項と2項は異性間の結婚を規定していると解釈することができるとはいえ、同性婚にも適用されるかどうかは改めて検討されなければならないとする。

明治民法が制定された際に、同性愛は精神疾患の一種とみなされ、治療すべきもの、または禁止すべきものとされていた。明治民法では、同性婚を禁じる規定がないものの、当然に「婚姻」

¹⁶⁴ 北沢拓也、山下知子「同性婚認めないのは違憲」13組、国を一斉提訴（朝日新聞デジタル、2019年2月14日）<https://www.asahi.com/articles/ASM2F6R1TM2FUTIL074.html>（最終確認日時2022年4月11日）。

¹⁶⁵ 札幌地判令和3年3月17日判時2487号3頁。

とは異性間の婚姻と解されていたため、同性婚は認められていなかった。昭和 21 年（1946 年）に公布された憲法においても、同性婚に触れられることはなく、1947 年の民法改正においても同性婚について議論されなかった。したがって、憲法 21 条 1 項、2 項並びに同法 13 条が規定する婚姻をする自由は、「異性婚について及ぶものと解するのが相当である」ため、民法及び戸籍法の規定が同性婚を認めていないことは、憲法 24 条 1 項、2 項に違反すると解することはできない。

同性婚は、明らかに婚姻及び家族に関する事項であり、これらの事項は、憲法 24 条 2 項の規定に基づき、第一次的に国会に合理的立法裁量が委ねられている。また、憲法 13 条によって同性婚を含む特定の権利が保障されていると解することもできない。裁判所は「同性婚という制度を、憲法 13 条の解釈のみによって直接導き出すことは困難であり、民法及び戸籍法の規定は憲法 13 条に違反しないと判断した。

第二目 性的指向

次に、裁判所は性的指向と平等原則についての検討を行った。憲法 14 条 1 項の平等原則は、事情の性質による合理的な根拠に基づくものでない限り、差別的取扱いを禁止している。憲法 24 条と 13 条は同性婚をする自由やその関連する権利を保障しているものではないが、立法府はこれらの事項について広範な立法裁量権を持っている。そのため、同性婚を形成する裁量を持つのは立法府である。

裁判所は、婚姻とは、身分関係に関する複合的法的効果を同時にまたは異時に生じさせることを目的とするという法律行為であるとみなす。例えば、婚姻当事者とその家族の間に身分関係が形成されること、戸籍の届出を通じてその身分関係が公証されることや、その身分関係に基づいて様々な権利と義務を伴う法的地位が付与されることなどである。

しかし、民法及び戸籍法は異性婚のみを規定しており、同性カップルは婚姻という身分関係に伴う法的地位を享受することができない。異性カップルは、結婚しその法的効果を享受することも、結婚しないでその法的効果を享受しないことも選択できるが、同性カップルは、結婚したくても結婚できず、婚姻に伴う法的効果も享受できない。このように、異性カップルと同性カップルの間には、取扱いの区別がある。ところが、この区別取扱いは合理的か。

裁判所は「性的指向とは、人が情緒的、感情的、性的な意味で人に対して魅力を感じることであり」と定義し、「このような恋愛・性愛の対象が同性に対して向くことが同性愛である。」性的指向は、自らの意思によって決定できないものであるため、裁判所は、このような性的指向に基づく区別取扱いに合理的根拠があるかどうかを、慎重に判断しなければならないとした。

また、裁判所は、婚姻の本質を「両性が永続的な精神的及び肉体的結合を目的として真摯な意思をもって共同生活を営むことにある」とし、同性愛者が性的指向と合致しない異性と結婚しようとしても、それは婚姻の本質に伴うものにはならないと指摘した。このような婚姻は、憲法 24

条が予想している婚姻ではないし、婚姻意思を伴っていると認めにくい。性的指向と婚姻の本質に照らして、同性愛者は異性愛者と同様な法的利益を得ることができないのは明らかであり、性的指向による区別取扱いがないという主張は採用できない。

婚姻によって生じる法的効果を享受することは、法的利益である。そのような法的利益は、同性愛者であっても、異性愛者であっても、等しく享有し得るものである。現行民法では、夫婦の法的地位について、子どもの有無、生殖能力の有無、子をつくる意思の有無による区別はしていない。いずれも個人の自己決定に委ねられるべきものであり、子供を産むかどうかという夫婦の選択も尊重されるべきものである。明治民法において、婚姻制度の目的は子を産み育てることではなく、夫婦の共同生活の法的保護であった。民法改正後にも同じであり、夫婦の共同生活の保護は婚姻制度の重要な目的である。

異性愛者と同性愛者の違いは、性的指向の違いのみであることを考えると、同性愛者は異性愛者と同様に、自分の性的指向に合致する同性と一緒に暮らし、婚姻の本質を伴った共同生活を営むことが可能である。しかし、民放が改正され憲法が公布された1947年当時は、同性愛は精神疾患とされていた。民法と憲法24条の規定を直接に、同性愛者の法的保護を否定する趣旨・目的まで有するものと解釈するのは不合理である。

異性愛者と同性愛者の違いは、本人の意思で選択・変更できない「性的指向の違い」に過ぎず、どのような性的指向の人でも受けたい法的利益に区別はない。日本では、同性カップルの法的保護に前向きな姿勢や、同性愛と異性愛の区別の撤廃を求める声が高まりつつあり、諸外国でも性的指向に基づく区別取扱いの解消は増加の傾向にある。一方、同性婚に対して否定的な見解や価値観を持つ日本国民も未だに多く、法令の改正を検討する際には、この点について考慮する必要がある。

異性愛者には婚姻という制度を利用する機会を提供しているにもかかわらず、同性愛者には婚姻による法的利益を享受する手段を提供しない現状は、合理的根拠を欠く差別的取扱いであり、憲法14条1項の平等原則に反する。

第三目 小結

最後に、国家賠償について裁判所は、同性婚への理解が広まり、同性パートナーシップの登録が実現したのはごく最近のことであるので、同性婚に関する制度がないことが憲法14条1項に反することについて、国会が直ちに認識することは容易ではないとして、立法不作為すなわち国家賠償法1条1項の適用は認めなかった。

地裁で原告の敗訴が確定し、国に損害賠償の支払いが求められなかったが、同性婚訴訟における国家賠償請求は形式的なものである。このように、結果的には敗訴したものの、同性婚を認めないことを違憲と認める初の判決が出たため、同性婚訴訟にとっては「勝利」とも言え

る。

原告代理人である加藤丈晴が指摘している通り、本事件では担当裁判長の特別な心情が見える¹⁶⁶。北海道訴訟の経過は、他の地裁と大きく異なり、訴訟の初期に提訴から2年以内に判決を出すと宣言し、徹底した計画審理が行われた。また、裁判長である武部知子判事は、本件の判決理由の執筆を担当し、異動前に判決を書くことを最優先とした。これは、裁判長が性的少数者の差別問題を認知し、裁判長が積極的に司法判断を下すことを肯定的に受け止めている¹⁶⁷。

なお、原告は札幌地裁の判決を不服とするため、2021年3月31日に札幌高等裁判所に対し控訴を行った。その理由として弁護団は¹⁶⁸、政府は「法改正に向けた検討等の具体的な動きを示してお」らず、「同性間の婚姻制度を実現するためには、国会の立法不作為を違法とする判断を含む、政府・国会の速やかな立法措置を促す更に強いメッセージとなる司法判断が必要である」と述べている。2022年4月現在、この訴訟の控訴審や他の四つの事件の審理が続いている。今後、異なる結論が下される可能性¹⁶⁹はあるが、同性愛者にとってだけでなく、日本社会にとってもいかなる判断がなされるのかが注目される。

第三節 アメリカ、台湾、日本の比較

第一項 結婚の自由

台湾、アメリカの憲法は、結婚の自由を直接に保障していない点では同じであり、婚姻を定める権限は立法府に委ねられている。台湾では、「民法」で婚姻要件などが定められており、アメリカでは州が「州法」で婚姻要件を規定しており、そして日本では「民法」や「戸籍法」によって婚姻制度が定められている。一方、日本では日本国憲法24条1項の規定で婚姻成立の要件を定めており、台湾憲法やアメリカ憲法の規定とは異なっている。

日本民法も台湾民法も「夫妻」という言葉を使う点では同じである。日本民法では同性婚が認められないという見解が一般的である¹⁷⁰。この考え方によれば、日本で同性婚を法制化するためには、民法を改正するか、あるいは新法を制定することが必要である。台湾では、大法官の判断

¹⁶⁶ 加藤丈晴「同性婚をめぐる初の憲法判断とその影響」判時2487号（2021年）20頁。

¹⁶⁷ しかし、「司法積極主義」の問題も浮上している。千葉勝美「同性婚認容判決と司法部の立ち位置——司法積極主義の足音は聞こえてくるのか？」判時2506・2507号（2022年）208頁。

¹⁶⁸ 結婚の自由をすべての人に「【北海道訴訟】控訴についての弁護団声明」<https://www.marriageforall.jp/blog/20210331/>（最終確認日時2022年4月15日）。

¹⁶⁹ 2022年6月20日に、大阪地裁は、憲法24条により同性婚を認めないのは「合憲」と判断したが、同地裁は、同性カップルが「公認の利益を実現するためには類似の承認制度を作ること」も可能だと判示した。「同性婚を認めないのは「合憲」大阪地裁判決」（BBCニュース、2022年6月20日）<https://www.bbc.com/japanese/61863777>（最終確認日時2022年6月27日）。

¹⁷⁰ 辻村みよ子『憲法と家族』（日本加除出版、2016年）129頁。弘末和也「同性婚を支持した台湾司法院判断の分析」函館短期大学紀要44号（2017年）88頁。

によって、台湾民法において同性婚が認められないことは違憲であり、民法を改正する、もしくは法律を制定する必要があるとされたが、結局、住民投票の結果に基づき、新しい特別法が制定された。

立法目的について、札幌地裁判決は、戦後初期の1945年（昭和20年）から1980年（昭和55年）にかけての同性愛についての知見を詳しく説明した。それによると、医学的にも心理学的にも、同性愛は性欲の倒錯であり、病気の種類であると考えられ、内面的には、同性愛は外的要因に影響され、身体的・心理的に成熟する前の未熟な状態であり、外的治療により取り除くことができると考えられていたという。

しかし、1973年にアメリカ精神医学会が同性愛を精神疾患から外すことを決定し、1992年には世界保健機関（WHO）が同性愛を障害（disorder）と見なされるべきではないとし、病気から除外した¹⁷¹。世界保健機関、全米保健機関（PAHO）は、同性愛はいかなる意味でも治療する必要がない（it requires no cure）と宣言した¹⁷²。近年日本では、同性愛者は普通の社会生活を送ることができ、こころの病気ではないことが広く認識されるようになった。台湾では、大法官判決においても、性的指向は生得的なものであり、生物学的要因、心理的要因、生活経験、社会環境などの原因によるものかもしれないとした。国内外の主要な医学機関が、同性愛は病気ではないという結論を出した。

このように、婚姻を定めた法律の立法当時は、台湾でも日本でも同性カップルの結合状態は想定されておらず、社会的にも、夫婦は男女で構成されることは明らかであった。しかし、結婚は生殖能力を要件としたものではなく、精神的、肉体的な結びつきを目的とするものであり、時代が変わるとともに、精神的な結合の重要性がより重要となってきた。

結婚の自由は、アメリカ、台湾のいずれにおいても憲法で明示的に規定されてはいないものの、結婚が重要でないことを意味するわけではない。アメリカでは「デュー・プロセス・オブ・ロー」（アメリカ合衆国憲法修正第14条）が憲法上の婚姻保護の根拠とされており、台湾では包括的自由権（台湾憲法22条）が結婚の自由の根拠とされている。しかし問題は、結婚の定義が国によって異なることである。社会の発展や文化的文脈に照らして、各国の憲法はどのように解釈されるべきなのか？ いわゆる憲法の基本精神は何なのか？ 憲法の規定の解釈は、社会の発展に応じて変更されるべきなのか？

¹⁷¹ WHO, 'ICD-10 Version:2019' (2019) <<https://icd.who.int/browse10/2019/en#/F66>>（最終確認日時2022年6月27日）

¹⁷² EMA 日本「同性愛者は病気なのではないですか？ So homosexuality is not a disease?」
<http://emajapan.org/promssm/ssmqaa/qa10>（最終確認日時2022年6月27日）。PAHO, “CURES” FOR AN ILLNESS THAT DOES NOT EXIST’ (2009)
<<https://www.paho.org/hq/dmdocuments/2012/Conversion-Therapies-EN.pdf>>（最終確認日時2022年6月27日）

第二項 道徳、伝統と国民の意識

婚姻に関する事項については、伝統及び国民感情を含む社会情勢のすべての要素を考慮して総合的に判断しなければならない。この点は、アメリカ、台湾、日本の判決でも認められている。婚姻は連続的で、長い歴史があるため、昔からどの文化にもある制度である。人々は、婚姻制度を親密な結合の一形態とみなしており、日常生活においてその重要性を否定することはできない。憲法には明示的に規定されていないものの、結婚の自由（婚姻の自由）は列挙されない権利として、判決によって憲法で保護されている。

まず、アメリカ最高裁判所は、判決の解釈によって、憲法上列挙されない権利を認め続けている。避妊薬の使用を禁止した *Poe v. Ullman* 事件¹⁷³において、ハーラン（Harlan）判事は、伝統とは「生き物（a living thing）」であるとし、個人の自由と政府の利益のバランスは、個人の自由を尊重しつつ、合理的な方法で取ることができると考えた¹⁷⁴。一方、*Lawrence v. Texas* 事件¹⁷⁵において、裁判所は、立憲者が様々な自由の可能性のあることを認識していたならば、自由をより具体的に定義すべきであったとした¹⁷⁶。実際に、憲法が施行されるにつれて、個々人は自由を追求するために、自由の原則を引用し、さらなる自由を取り込もうとした。したがって、アメリカ合衆国憲法修正第5条や第14条でのいわゆる自由の意味は、時代、歴史、文化の発展とともに、異なる意味を持ちうる抽象的な概念なのである¹⁷⁷。この自由には、政府による規制からの自由も含まれる。*Obergefell* 事件では、裁判官は伝統と歴史が想定した結婚像を踏まえ、婚姻は歴史的に重要なものだと説明した。婚姻は、国の歴史に根ざしており、「デュープロセス条項」の自由に含まれる。伝統的な結婚の定義では、同性婚もこの自由の定義に当てはまるため、結婚に対する社会的、道徳的なイメージが時代とともに変化するのと同じよう、伝統も変化している。現代社会において、私たちが結婚であると定義するものは、昔のそれとは全く同じでない。

次に、台湾では、大法官の憲法解釈によって憲法が時代に応じて変化してきた。憲法に列挙されていない権利を認める大法官解釈は、これまで28件¹⁷⁸あった。結婚の自由に関するこれらの解釈の一つとして、「結婚の自由」を認めた釈字第242号がある¹⁷⁹。釈字第242号の背景は、国共内戦の撤退により、中国で既に結婚していた人が台湾で新しい家庭を作る時に発生する重

¹⁷³ *Poe v. Ullman*, 81 S.Ct. 1752 (1961).

¹⁷⁴ *Ibid* 1776.

¹⁷⁵ *Lawrence v. Texas*, 123 S.Ct. 2472 (2003).

¹⁷⁶ *Ibid* 2483-2484.

¹⁷⁷ Kenji Yoshino, 'A NEW BIRTH OF FREEDOM?: OBERGEFELL V. HODGES' [2015] 129(1) *Harvard Law Review* 154.

¹⁷⁸ 陳仲嶙「我國憲法上未列舉權利之發展」憲政時代44卷2号（2018年）54頁。原文は23件であったが、大法官解釈の発表に伴い、現時点（2022年4月現在）での状況に更新した。釈字第242、362、399、535、552、554、576、580、585、587、603、626、643、656、664、689、699、712、716、748、749、753、767、780、785、791、802、803号である。

¹⁷⁹ 司法院「釋字第242號解釋」<https://cons.judicial.gov.tw/docdata.aspx?fid=100&id=310423>（最終確認日時2022年4月27日）。

婚の問題である。大法官は、「このような重婚は、家庭生活や人間関係に重大な影響を与え、社会秩序を損なうものである。この点で、国民の自由と権利を保護する憲法 22 条に相容れない。」と理由書に述べた。逆に言うと、婚姻は包括的自由権である台湾憲法 22 条によって保障されるものであり、国家は恣意的に「婚姻権（結婚の自由権）」を侵害することはできないことを認めたものである。

その後、大法官は、釈字第 362 号において¹⁸⁰、「配偶者のいない結婚適齢期の者は元々結婚する自由を有し、そして他人はその者と結婚する自由を有する。このような自由は、憲法 22 条の規定に従い、保障されるものである。」と述べた。そして、大法官は釈字第 748 号において、結婚の自由についてより深く説明した。「結婚するかしないかの自由」と「誰と結婚するかを選ぶ自由」を区別し、この権利を「重要な基本権（基本的自由権）」として位置づけた。この「重要な基本権」は、アメリカ憲法学上の「fundamental right」の意味と一致すると陳仲嶙は考える¹⁸¹。しかし、釈字第 748 号で、「一男一女の結合という長年の社会での婚姻の定義」や「婚姻の機能」に触れず、「同性婚」の概念と意義を異性婚を基礎とした結婚の自由に加えた。このように、結婚の自由を含む自由権は、社会における多様な価値観を反映し、時代とともに発展する。

最後に、日本において、憲法に保障される自由権は主に憲法 14 条（平等権）以下に列举されている。一方、列举されていないその他の重要な権利は憲法 13 条に基づいて主張される。13 条の前段では人権の総則的規定、すなわち個人尊重の原則を掲載し、後段では包括的な権利として「生命、自由及び幸福追求の権利」を保護する。このように、憲法が制定された時点で、立憲者は、14 条以下に列举されている様々な権利が、時間、歴史、社会の発展などによって認められべき新たな人権をカバーしない可能性があることを考慮したと考えられる。つまり、これらの列举されていない権利は、「新しい人権」として、13 条後段の幸福追求権によって保障されると可能性がある。

結婚の自由をめぐる学説において、辻村みよ子は、憲法 13 条と 24 条の関係を検討する必要があると主張する。もし憲法 24 条を自由権の一つに着目したならば、結婚の自由は以下の 4 つの形態となる。①13 条と 24 条の両方によって保護される自由②24 条のみによって保護される自由③13 条のみによって保護される自由④13 条と 24 条によって保護されていない自由、ということである¹⁸²。憲法 24 条 1 項は、「両性の合意」に基づき、結婚の自由、非婚及び離婚の自由、その他家族の事項に関する自己決定権（妊娠、出産、中絶の自由など）を個人に保障し、これらに対する国の不当な干渉を排除している。

¹⁸⁰ 司法院「釋字第 362 號解釋」<https://cons.judicial.gov.tw/docdata.aspx?fid=100&id=310543>（最終確認日時 2022 年 4 月 27 日）。

¹⁸¹ 陳仲嶙、同前掲注 178、57 頁。

¹⁸² 辻村、同前掲注 170、125–128 頁。

最高裁は、再婚禁止期間違憲判決¹⁸³において、憲法 24 条 1 項に対し、結婚の自由を「婚姻をするかどうか、いつ誰と婚姻をするかについては、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」と解している。一方、憲法 24 条 2 項では、婚姻制度を立法する場合、「個人の尊厳と両性の本質的平等」に立脚すべきであるとされている。つまり、結婚の自由は、再婚禁止期間違憲判決の趣旨に加えて、国の不当な干渉を排除する自己決定権を有するため、前述の①「憲法 24 条 1 項と 13 条」の範囲に含まれている。

しかし、同性婚の場合、憲法 24 条 1 項の「両性の合意」の部分が問題になる。通説は、「両性」は男性と女性を指すため、24 条で同性婚は認められないと解してきた¹⁸⁴。したがって、憲法 24 条 1 項の規定は同性婚には認められず、異性婚にのみ認められており、同性婚は 13 条によって保障される自由であるという前述の③の解釈を採用するのが合理的である。実際に、1946 年憲法制定当時、同性婚は想定されておらず、明示的に禁止されていたわけでもない。憲法 24 条の婚姻概念を異性間の婚姻に限定し、13 条の幸福追求権によって同性間の婚姻を保護することは、列举されていない権利の中で、同性婚を「新しい人権」に吸収し、これによって同性婚を認める最善の方法であると言えるであろう。ところが、日本の同性婚訴訟札幌地裁判決は、なぜ同性婚を憲法 13 条の幸福追求権の範囲に含めなかったのか。これはおそらく原意主義（originalism）に束縛されたからである。

第三項 原意主義の束縛

憲法解釈に方法論の一つとしての原意主義は、アメリカの憲法に関して常に議論されている。原意主義とは、社会、道徳、時代が変化しても、憲法の意味を制定当時のまま変えないように解釈していく、ということである。他方、憲法を時代の変遷に応じて、国内外の社会動向を考慮しつつ柔軟に解釈していく、というのは「生ける憲法」の見解である。アメリカの Obergefell 事件や台湾司法院大法官解釈が後者の立場を取ったのとは対照的に、札幌地裁の判決は、まさに前者の立場を取っているといえよう。

日本の札幌地裁の判決は、憲法制定前後の婚姻の定義の理解や、憲法 24 条制定の経緯、「両性の合意」「夫妻」という言葉の文言解釈から、憲法 24 条 1 項の「婚姻」は異性婚のことをいい、結婚の自由は異性婚について及ぶものだと判断した。

中岡淳は、この点について、札幌地裁は文言の意味や憲法制定者の制定時の意図を尊重し、憲法 24 条解釈が原意主義的であると主張する¹⁸⁵。中岡は、明らかに同性婚の自由は上述の③「13 条のみによって保護される自由」であるという立場に立っており、憲法 13 条と 24 条は一般法と

¹⁸³ 最大判平成 27 年 12 月 16 日判時 2284 号 20 頁。

¹⁸⁴ 辻村、同前掲注 170、129 頁。

¹⁸⁵ 中岡淳「同性間に婚姻を認めない民法及び戸籍法の諸規定の合憲性」新判例解説 Watch 29 号（2021 年）18 頁。

特別法の関係にあると理解している¹⁸⁶。つまり、「同性婚」は憲法 24 条では保護されないが憲法 13 条で保護されていると考えることができ、これは 13 条の制憲者の意図に沿うものであると主張する。

また、中岡はこの判決が「原意主義」の観点から矛盾していると主張する¹⁸⁷。本判決は、憲法 14 条の平等原則に基づき、同性カップルにも同等の「婚姻による法的利益を享受する手段」が与えられるべきだと判断した。とはいえ、憲法 24 条の「原意」が 13 条による同性婚の補足的保護を不可能にするのであれば、14 条の平等原則にも同様に、同性カップルに「婚姻による法的利益」を与えないという結論を裁判所が導き出すはずである。

私は、日本の判決で文言の解釈を用いるとする裁判所の判断は、形式論に過ぎると思う。札幌地裁は、同性婚が異性婚と同じであることを認めず、結婚の自由同性婚は含まれないと判示した。このように解すると、憲法は時代の変化に応じて変化できないことになってしまう。裁判所は権力分立に反しないよう、司法権と行政権の境界を慎重に判断するため、往々消にして消極的な立場に立つが、そうすると「新しい権利」は認められず、自由が制限されることになる。

同性婚問題について、この本質は性的指向による差別扱いの問題である。同性婚は社会的・政治的な価値観が対立する問題である一方、性的マイノリティの人々の自由にかかわる問題でもある。社会において、同性婚に対する支持の声が出てきても、政治に委ねると否定的な状態になり、同性婚が法的に認められることはほぼ不可能である。そのため、司法が画期的な判断を下すことが期待される。ウォルフェンデン報告の背景と同様に、社会道徳は性的少数者に対して不利であるが、それでも委員会は同性愛行為を非犯罪化にするという判断を下した。台湾とアメリカの判決は、司法積極主義的な介入だと指摘している学者がいるものの、両国ではいずれにも徐々に大法官の解釈や裁判所の判決によって、人権に関する自由権の保護が補完されていくであろう。

また、台湾とアメリカの判決で述べられているように、同性婚は既存の異性婚には影響を与えず、異性婚によってもともと確立された社会秩序を変えず、第三者の利益も害さない。逆に、同性婚を認めないことは、同性カップルの法的権利を明らかに否定することになる。

今日、同性婚のような個人の尊厳と自由に関する問題について、長年の立法不作為は同性愛者の結婚の自由を侵害している。その自由が他者の権利を害しない場合に、裁判所は、時代と社会の変化に照らして、憲法判断を積極的に展開すべきであろう。これは、長期的には立法府の動きがない中で行わなければならない救済である。簡単に言うと、同性カップルの自由は不当に制限されているため、民主国家において、司法によってこの制限は解除すべきものであり、同性婚はできる限り早めに法制化すべきであると私は考える。

¹⁸⁶ 中岡淳「同性婚の憲法的保護の可能性(3)完 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 185 巻 1 号 (2019 年) 64-66 頁。

¹⁸⁷ 中岡、同前掲注 185。

第四項 「自由」とは？——将来に向けて

以上、本章は、危害原理における同性婚の可能性を再検討し、各国の同性婚を認める議論を比較し、同性婚を認めても他の価値を害することはなく、同性婚を含む自由は、社会における多様な価値観を反映し、時代とともに発展しているものだと結論付けた。同性愛行為が犯罪とみなされたウォルフエンデン報告の時代において、そして今日の同性婚を認めない議論でも、そのほとんどが「異常」とされる集団に不合理な制限を課している。このような制限は、他人の実質的利益を害するものではない。単に「伝統に従わないことから生じる不快な感情」を根拠としてある人の行為を制限することは正当化できない。

自由は相互に排他的なものではなく、多元的な考え方によって、様々な自由の中で良いことを吸収して、それらを統合するものである。伝統は重要だが、現代社会の発展に対応するため、伝統の背後にある意義を理解した上で、伝統は革新を生むものだと考える。不合理な伝統に対しては批判し、改めるべきであり、法律も同様である。

民主主義の背後にある多数決原理を経ずに、立法の手続きを飛ばして司法に委ねて同性婚を認めようとする「司法積極主義」的な介入に批判的な論者がいる。これに対し、台湾大学教授、台湾司法院院長、大法官である許宗力は、「大法官の司法積極主義が台湾の自由民主憲法秩序をいかに形成しうるか」と題する講演において、「憲法裁判所が政治部門を前にして、従順かつ消極的な態度をとることは、逆に少数派の権利を保護するという憲法の義務から逸脱しかねない¹⁸⁸」と指摘した。民主政治においては、立法府の背後にある民意を十分に尊重すべきであるが、政治部門である立法府によって、憲法が特別に考慮して保護することを求めている少数派の人権の保障が排除されてしまう可能性がある。つまり、司法権は、積極的に解釈することによって、少数派の権利の保護を積極的に救済する憲法上の義務を負う。したがって、司法積極主義では、憲法上の正当性があるかどうかについて、基本的人権、すなわち「個人の尊厳に関する自由」を考慮して判断することが最も重要なポイントである。

同性婚を認めることは、消極的自由権の保障対象である同性愛行為の非犯罪化と同じではないが、同性婚の権利は憲法で認められる積極的自由権の一つである。同性婚に関しては社会的にまだ議論があるものの、同性婚の権利は同性婚を希望する当事者にとって最も重要な基本的権利である。この基本的な権利は、立法府が行き詰まっている今、「自由で民主的な基本秩序」という憲法の根本価値を守ることを前提に判断すべきである。この憲法価値の再生の過程において、アメリカの最高裁判所と台湾の大法官との基本精神は、「生き物」であると思う。

アメリカ最高裁が「四つの原理と伝統」を指摘するように、家族は社会にとって重要であり、結婚は家族の基盤であると私は考える。社会の基本単位である家族が社会を築くともに、

¹⁸⁸ 許宗力「大法官的司法積極主義如何形塑臺灣的自由民主憲政秩序」司法周刊 1923 号（2018 年）33 頁

家族は同性婚に加えて、社会は異なる価値観や文化が共存していく。同性婚を認めることは、同性愛が社会に認知されたことをも意味し、現在の社会に強く存在する同性愛差別を緩和する手段となるだろう。このような多元的社会では、個人が自らの幸福と発展を追求することは可能であり、同性婚の法的地位を認めることも危害原理の精神に従ったものである、と私は思う。

終わりに

本稿では、J.S.ミルの危害原理と、同性愛行為の非犯罪化に関するハート・デブリン論争、ミルの危害原理を承継した H.L.A.ハートの理論を中心に、道徳は法によって強制されなければならないのかという問題を、とくに同性愛行為の問題に焦点を当てつつ扱い、法と道徳の関係を明らかにすることを試みた。そして、同性婚の法制化に関するアメリカ、台湾、日本の違憲判決を比較しつつ、それらに危害原理の影響が見えることを分析した。結論は、以下の通りである。

1. J.S.ミルの「自由の原理」

ミルの危害原理は行動の自由を制限する合理的な理由として機能する。その内容は、「文明社会のどの成員に対してにせよ、彼の意志に反して権力を行使しても正当とされるための唯一の目的は、他の成員に及ぶ害の防止にある。」ということである。つまり、「他の成員に及ぶ害」を実際に証明できることが、法がその行為を罰する根拠となる。逆に言えば、他人に危害を及ぼさない行為を制限することは許されない。

このように、ミルはある人の善を選ぶ能力を考慮することなく、その人の行動に一律に干渉するパターンリズムに反対する。しかし、ミルは絶対的にアンチ・パターンリストなのではなく、「弱いパターンリズム」を是認する。未熟な個人が下した判断に対してや、本人自身の利益に反するという強い推定がある場合に、パターンリズム的介入を是認する。これに対し、成熟した人間は、「自発的な進歩」を遂げるため、パターンリズムの適用に除外される。

ところが、ミルの危害原理と功利主義との間に矛盾が存在すると指摘される。ジョナサン・レイは、規則功利主義はミルの自由論によって容認されると考える。ミルの危害原理は、功利主義によって評価されており、他の規則と衝突が発生する場合に、功利主義に戻って評価される、というものである。概して言えば、幸福の質と量の両方を考慮する功利主義の原則に基づいて、危害原理という規則を遵守することは、長期的に社会の利益が一層大きくなると、ミルは考える。

2. H.L.A.ハートの理論における「法による道徳への干渉」

H.L.A.ハートは、「ハート・デブリン論争」を提起し、当時判事であったパトリック・デブリンのリーガル・モラリズムを批判しつつ、ミルの危害原理を擁護しようとした。とはいえ、ハートは、ミルの提唱した危害原理は現代社会においては欠点があり、危害原理という既存の枠組みにパターンリズムと不快原理を加え、個人の自由に対する法的干渉の範囲の拡大が許されると指摘した。

ハートは、デブリンの「社会の崩壊テーゼ」の主張に反対し、不道徳な性行為で社会が崩壊することにならないと指摘した。社会は別の形で継続したりすることがあっても、「崩壊」すること

はないため、デブリンの主張は証明できず、「社会の崩壊テーゼ」によって不道德な行為に干渉することも正当化されえない。

一方、ハートは不快原理を導入し、他人の不快感から人々を守るための干渉を、すなわち不快原理による干渉を認めた。ただし、私的な行為に法的強制力が及んでしまうという問題に対処するため、制限すべき行為を「公的」な行為に限定した。すなわち、公的な行為は他人に不快感を与え、その危害が厳密に計算できるのであれば、正当な理由として行為に干渉することができると考えた。

「法による道德の強制」について、ハートは「実定道德」と「批判道德」を区別し、法の強制という道德的問題は合理的な批判道德に従わなければならないと主張した。社会の実定道德を基準とすれば、同性愛行為は一般的に「不道德である」とみなされるが、法律がそのような不道德な行為を罰すべきだということにはならない。なぜなら、それは「事実」から「評価」を、「である」という命題から推論によって「すべき」という命題は導き出すことができないからである。批判道德による実定道德の批判と反省を通じて、実定道德は徐々に批判道德が目指す理想に向かって発展していく。

法による社会道德の維持に基づくデブリンの保守主義と、個人の自由を重視するハートの立場は対立する。しかし、伝統的な道德を擁護するデブリンの議論は不合理であり、個人の自由を大幅に制限する。同性愛行為を罰することは、危害原理と不快原理に基づいて、非犯罪化されなければならない。

3. 同性愛の非犯罪化から同性婚へ

ミルの危害原理における同性婚の可能性を再検討したことによって、ミルが唱える自由とは、防衛的な性格を持つのみならず、積極的な保障、行動という意味合いも持っていることが明らかとなった。同性婚を認めても他の価値を害することはなく、むしろより進歩的な多元的社会を可能にする。

従来、多くの人々は同性婚に「嫌悪感」を抱き、伝統を守るという名で反対してきた。しかし、同性婚がたとえ人々の感情に反するものであるとしても、アメリカの判決と台湾の大法官が指摘したように、実際には（同性婚の当事者以外の）他人の実質的な利益を害するものではない。「伝統」とは、まさに「ハート・デブリン論争」で論じられたとおり、社会集団が受け入れている実定道德というものである。したがって、「伝統に従わないことから生じる不快な感情」という理由のみを根拠として、個人の行為を制限することは正当化できない。

アメリカの違憲判断に対しては、札幌地裁が消極的な態度を取っているが、それは「原意主義」の影響を大きく受けていることも分かった。だが、同性婚制度の導入は、憲法制定時に想定されていなかったものであるものの、アメリカと台湾の裁判所は、同性婚は異性婚を主体とする社会

秩序に影響を与えず、婚姻の自由権に含まれるとしたため、この導入は憲法で可能であろう。同性婚問題の本質は性的指向による差別扱いの問題であるため、同性愛者は異性愛者と同様な法的利益を得るべきである。既存の異性愛に基づく婚姻制度に加えて、同性婚制度を導入することは、異なる価値観や文化が共存する社会をより円滑に発展させるだけでなく、個人が自らの幸福や人格形成を追求することができるという意味で、危害原理の精神に従っているのである。

参考文献

一、雑誌論文

【英語文献】（アルファベット順）

1. James Allan, 'Revisiting the Hart-Devlin debate: at the periphery and by the numbers' [2017] 54(2) San Diego Law Review
2. Br Med J 'Report of the Departmental Committee on Homosexual Offences and Prostitution' [1967] 2(5045) British Medical Journal
3. Patrick Devlin, 'Law and Morality' [1964] 1(3) The Manitoba Law Journal
4. Ronald Dworkin, 'The Model of Rules' [1967] 35(1) The University of Chicago Law Review
5. Joel Feinberg, 'Legal Paternalism' [1971] 1(1) Canadian Journal of Philosophy
6. HLA Hart, 'Social Solidarity and the Enforcement of Morality' [1967] 35(1) The University of Chicago Law Review
7. HLA Hart, 'Immorality and Treason' in Richard A. Wasserstrom (ed), *Morality and the Law* (Wadsworth Publishing Company 1971)
8. John Rees, 'A Re-thinking of Mill on Liberty' in John Gray and G.W. Smith (ed), *J.S. Mill On Liberty in Focus* (Routledge 1991)
9. Kenji Yoshino, 'A NEW BIRTH OF FREEDOM? : OBERGEFELL V. HODGES' [2015] 129(1) Harvard Law Review

【日本語文献】（五十音順）

1. 植木淳「婚姻をめぐる自由と平等—— Obergefell 判決を契機として」名城法学 68 巻 1 号（2018 年）
2. 上田宏和「Obergefell 判決における同性婚と婚姻の権利」創価法学 46 巻 1 号（2016 年）
3. 加藤丈晴「同性婚をめぐる初の憲法判断とその影響」判時 2487 号（2021 年）
4. 小泉仰「現代功利主義論争——規則功利主義と行為功利主義」理想 523 号（1976 年）
5. 児玉聡「ハート・デブリン論争再考」社会と倫理 24 号（2010 年）
6. 小谷野勝巳「法の限界についての一考察」法哲学年報 1976 巻（1977 年）
7. 千葉勝美「同性婚認容判決と司法部の立ち位置——司法積極主義の足音は聞こえてくるのか？」判時 2506・2507 号（2022 年）
8. 中岡淳「同性婚の憲法的保護の可能性(3)完 Obergefell v. Hodges 事件判決における「対等な尊厳」と「婚姻」概念をめぐる」法学論叢 185 巻 1 号（2019 年）
9. 中岡淳「同性間に婚姻を認めない民法及び戸籍法の諸規定の合憲性」新判例解説 Watch 29 号（2021 年）

10. 野田恵子「イギリスにおける「同性愛」の脱犯罪化とその歴史的背景：一刑法改正法と性犯罪法の狭間で―」ジェンダー史学 2 巻（2006 年）
11. 弘末和也「同性婚を支持した台湾司法院判断の分析」函館短期大学紀要 44 号（2017 年）
12. 水野紀子「日本家族法を考える(第 4 回)婚姻の意義を考える」法学教室 490 号（2021 年）
13. 米原優「危害原理における「危害」とは何か」静岡大学教育学部研究報告. 人文・社会・自然科学篇 65 号（2014 年）

【中国語文献】（画数順）

1. 許宗力「大法官的司法積極主義如何形塑臺灣的自由民主憲政秩序」司法周刊 1923 号（2018 年）
2. 陳仲嶙「我國憲法上未列舉權利之發展」憲政時代 44 卷 2 号（2018 年）
3. 曾品傑「論我國同性戀者之權益保護」月旦法學雜誌 227 号（2014 年）
4. 廖元豪「革命即將成功，同志仍須努力—簡評美國聯邦最高法院同性婚姻之判決」月旦法學雜誌 243 号（2015 年）
5. 賴英照「伸張人權或司法政變—Obergefell v. Hodges 案的論辯」法令月刊 68 卷 5 号（2017 年）

二、書誌

【英語文献】（アルファベット順）

1. John Austin and HLA Hart, *The province of jurisprudence determined; and, The uses of the study of jurisprudence* (Weidenfeld and Nicolson 1954)
2. Patrick Devlin, *The Enforcement of Morals* (OUP 1965)
3. Joel Feinberg, *Social philosophy* (Prentice Hall 1973)
4. HLA Hart, *Law, Liberty and Morality* (SUP 1963)
5. HLA Hart, *The Concept of Law* (2nd edn, OUP 1994)
6. JR Lucas, *The Principles of Politics* (OUP 1966)
7. Neil Maccormick, *H.L.A. Hart* (SUP 1981)
8. JS Mill, *On Liberty* (Batoche Books 2001)
9. JS Mill, *Utilitarianism* (Batoche Books 2001)
10. GE Moore, *Principia Ethica* (CUP 1903)
11. John Wolfenden (ed), *Report of the Departmental Committee on Homosexual Offences and Prostitution* (Her Majesty's Stationery Office 1957)

【日本語文献】（五十音順）

1. 芦部信喜『憲法第七版』（岩波書店、2019年）
2. イェリネック（大森英太郎訳）『法・不法及刑罰の社會倫理的意義』（岩波書店、1936年）
3. 宇佐美誠『その先の正義論』（武田ランダムハウスジャパン、2011年）
4. 大橋智之輔ほか編『法哲学綱要』（青林書院、1990年）
5. 大村敦志『家族法〔第3版〕』（有斐閣、2010年）
6. 加藤尚武『現代倫理学入門』（講談社、1997年）
7. 慶應義塾大学経済学部編『市民的共生の経済学3 家族へのまなざし』（弘文堂、2000年）
8. 小嶋和司、立石眞『憲法概観第7版』（有斐閣、2011年）
9. 児玉聡『功利と直観——英米倫理思想史入門』（勁草書房、2010年）
10. 児玉聡『実践・倫理学：現代の問題を考えるために』（勁草書房、2020年）
11. サンドル（鬼澤忍訳）『これからの「正義」の話をしよう』（早川書房、2011年）
12. 滋賀秀三『中国家族法の原理』（創文社、1967年）
13. 田中成明『法理学講義』（有斐閣、1994年）
14. 辻村みよ子『憲法第4版』（日本評論社、2012年）
15. 辻村みよ子『憲法と家族』（日本加除出版、2016年）
16. 寺田浩明『中国法制史』（東京大学出版会、2018年）
17. 二宮周平『多様化する家族と法I—個人の尊重から考える—』（朝陽会、2019年）
18. ミル（富田義介訳）『ミル自叙伝』（培風館、1955年）
19. 本澤巳代子編『みんなの家族法入門』（信山社、2021年）
20. 矢崎光圀『法実証主義：現代におけるその意味と権能』（日本評論社、1963年）

【中国語文献】（画数順）

1. Jonathan Riley（周春塘訳）『彌爾與《自由論》』（台湾五南出版、2013年）
2. 黄源盛『中國法史導論（第三版）』（犁齋社、2016年）
3. 蘇冰、魏林『中國婚姻史』（文津出版社、1994年）

三、新聞

1. 北沢拓也、山下知子「「同性婚認めないのは違憲」13組、国を一斉提訴」（朝日新聞デジタル、2019年2月14日）<https://www.asahi.com/articles/ASM2F6R1TM2FUTIL074.html>（最終確認日時 2022年4月11日）

2. 「法院裁定許可 全台首個同志雙親收養家庭誕生」(台湾 CNA 中央通訊社、2022 年 1 月 4 日) <https://www.cna.com.tw/news/firstnews/202201045011.aspx> (最終確認日時 2022 年 4 月 15 日)
3. 「同性婚を認めないのは「合憲」大阪地裁判決」(BBC ニュース、2022 年 6 月 20 日) <https://www.bbc.com/japanese/61863777> (最終確認日時 2022 年 6 月 27 日)

四、判決

(アメリカ)

1. Poe v. Ullman, 81 S.Ct. 1752 (1961)
2. Loving v. Virginia, 87 S.Ct. 1817 (1967)
3. Sosna v. Iowa, 95 S.Ct. 553 (1975)
4. Zablocki v. Redhail, 98 S.Ct. 673 (1978)
5. Turner v. Safley, 107 S.Ct. 2254 (1987)
6. Lawrence v. Texas, 123 S.Ct. 2472 (2003)
7. United States v. Windsor, 133 S. Ct. 2675, 2689 (2013)
8. Obergefell v. Hodges, 135 S.Ct. 2584 (2015)

(台湾)

1. 司法院「第 1166 次大法官會議不受理案件」
<https://cons.judicial.gov.tw/docdata.aspx?fid=81&id=167394> (最終確認日時 2022 年 3 月 16 日)
2. 司法院「釋字第 242 號解釋」 <https://cons.judicial.gov.tw/docdata.aspx?fid=100&id=310423> (最終確認日時 2022 年 4 月 27 日)
3. 司法院「釋字第 362 號解釋」 <https://cons.judicial.gov.tw/docdata.aspx?fid=100&id=310543> (最終確認日時 2022 年 4 月 27 日)
4. 司法院「釋字第 748 號解釋」 <https://cons.judicial.gov.tw/docdata.aspx?fid=100&id=310929> (最終確認日時 2022 年 3 月 16 日)
5. 台湾高雄少年及家事法院 110 年度司養聲字第 85 號裁定

(日本)

1. 最大判平成 27 年 12 月 16 日判時 2284 号 20 頁
2. 札幌地判令和 3 年 3 月 17 日判時 2487 号 3 頁

五、ウェブサイト

1. EMA 日本「世界の同性婚」<http://emajapan.org/promssm/world>（最終確認日時 2022 年 6 月 11 日）
2. EMA 日本「同性愛者は病気なのではないですか？ So homosexuality is not a disease?」
<http://emajapan.org/promssm/ssmqaa/qa10>（最終確認日時 2022 年 6 月 27 日）
3. Justin Mccarthy, ‘Record-High 70% in U.S. Support Same-Sex Marriage’ (2021)
<<https://news.gallup.com/poll/350486/record-high-support-same-sex-marriage.aspx>>（最終確認日時 2022 年 4 月 28 日）。
4. PAHO, “‘CURES’ FOR AN ILLNESS THAT DOES NOT EXIST’ (2009)
<<https://www.paho.org/hq/dmdocuments/2012/Conversion-Therapies-EN.pdf>>（最終確認日時 2022 年 6 月 27 日）
5. WHO, ‘ICD-10 Version:2019’ (2019) <<https://icd.who.int/browse10/2019/en#/F66>>（最終確認日時 2022 年 6 月 27 日）
6. 結婚の自由をすべての人に「【北海道訴訟】控訴についての弁護士声明」
<https://www.marriageforall.jp/blog/20210331/>（最終確認日時 2022 年 4 月 15 日）。
7. 結婚の自由をすべての人に「日本のパートナーシップ制度」
<https://www.marriageforall.jp/marriage-equality/japan/>（最終確認日時 2022 年 4 月 12 日）
8. 中央選挙委員会「107 年公民投票第 7 至 16 案投票結果」
<https://web.cec.gov.tw/upload/file/2018-12-03/9617f16e-8616-42d9-b052-a6efa6595712/c0e7ec8903c018054138e2f7b5a409cc.pdf>（最終確認日時 2022 年 4 月 28 日）。