

人権論から見た家族・親子制度の基底的原理について (2) —憲法秩序における「人間の尊厳」原理の規範的一場面—

春 名 麻 季

3 ドイツ基本法の下での「婚姻」と「家族」

(1) ドイツ基本法6条1項による「婚姻・家族の保護」

日本の問題を検討する際の比較法的素材となるドイツの憲法論において、「婚姻」・「家族」・「親子」に関する機軸となる規範はドイツ基本法6条である。そこでは、夫婦（男女の配偶者）および親子という2つの関係に関連する基本権を含みながらも、出発点となるのは「婚姻および家族は、国家秩序の特別の保護を受ける」（ドイツ基本法6条1項）との規定であり、明文で「婚姻」ならびに「家族」の保護を定める規範の内容理解が問題とされる。

日本国憲法とは異なり明文での「婚姻・家族の保護」規定が設けられていながら、ドイツ基本法にも、日本国憲法と同様に、「婚姻」ならびに「家族」についての定義規定は存在しない。そのために、その概念に関しての解釈が必要とされる。また、なぜ「婚姻」や「家族」が「国家秩序の特別の保護」の下に置かれるのかについても、基本法上、なんらの説明もなく、その理由も解釈を通じて明らかにされる必要がある。ただ、「婚姻」については、日本と同じように、ドイツ民法典（BGB）の定めに従い、1人の男性と1人の女性との間の合意に基づき形成された原理的に解消され得ない生活共同体⁵¹⁾を指すととらえられているが、同時に、そのような理解は憲法上の概念であるはずの「婚姻」を、憲法の下位規範である民法という単純法律（einfaches Gesetz）の規定に内容決定を委ねてしまい、その点で規範序列の観点からの問題もあることが指摘される⁵²⁾。そこで、憲法学説は、一応、連邦憲法裁判所の判例に従いながら、「婚姻」についての概念的要素を、基本法制定時点での一般的な言葉の理解（Wortverständnis）によって列挙することから始める。但し、そのような言葉の理解は、時間的な流れの中での一般大衆のコンセンサスにおいて一定の変化を被ることになり、「婚姻」概念も実際にそのような変化

51) ドイツ民法典は、同法1306条で重婚（後述の同性による生活パートナーシップの登録者を含む）の禁止を定め、同法1353条で「婚姻による生活共同体（Eheliche Lebensgemeinschaft）」の表題の下に、「婚姻は生涯にわたり（auf Lebenszeit）締結される。夫婦（Ehegatten）は、互いに婚姻による生活共同体を形成する義務と、相互の責任を負う」（1項）と規定し、そこから婚姻を男女のペアによる一夫一婦制の生活共同体であることを定めているとされる。

52) この問題を指摘するものとして、Christian von Coelln, Art. 6 GG, in: Michael Sachs (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 6. Aufl., 2011, S. 352 (354f.). なお、そこでは、単純法律であるBGBの内容に基づく定義という問題と同様に、「婚姻」についての前実定的意味内容としての自然法に依拠する説明も十分な説得力を持つものではないとしている。

の中に位置づけられる言葉であることは否定できない。そのために、ある特定の時点（つまり基本法制定時点）での言葉の具体的な意味によってではなく、概念規定のために当該言葉が伝達しようとする内容の核心的要素を列挙することで、立法権限に対する憲法上の要請としての「婚姻」概念の、変化することのない構造上の要件が提示できるのであった。

以上の観点から提唱される憲法学説による「婚姻」概念は、国家の協働の下で平等な権利を享受する一对の男女間の自由な意思に基づき形成される継続した生活共同体⁵³⁾であると定義される。その結果、「婚姻」を規定する構造上の要件は、一对の男女と、その合意による継続性を持つ生活共同体であり、それらの要件は、ヴァイマル憲法や基本法制定のための議会評議会（Parlamentarischer Rat）によって自明のものとされていたことが示され⁵⁴⁾、その点で基本法制定当時の「婚姻」という言葉の一般的理解に適っているといえる。ただ、そのような要件の具体化としては、例えば、戸籍上の登録が「国家の協働」の内容として必要とされており、そう解すれば、憲法上の「婚姻」の概念も、結局はその後のドイツ民法典で定められている内容に従ったものになるということと違いはないのではないかと疑問も提起される⁵⁵⁾。但し、この戸籍上の登録（日本風にいえば法律婚）の要請は、単なる単純法律による内容形成ではなく、「婚姻」という法律関係の公示と明確化という社会的効用と共に、当事者の婚姻能力・適正の審査を通じた一夫一婦制の確保という点での正当性を持つものとして、憲法上の概念要素と認められるといわれており、時代に応じた変化が見られるとしても、形式的な婚姻締結の要請はパートナーとの連帯を特徴づけるものとして、憲法上の「婚姻」概念のための特徴を示すものになるといわれている⁵⁶⁾。

以上の構造上の要件を充たす人的集合体が「婚姻」とであるとすれば、男女の様々な結合形態のすべてが憲法上の「婚姻」として「国家秩序の特別の保護」を受けるとはいえないことになる。例えば、一夫多妻制、多夫一婦制や多夫多妻制、（性的関係はあるが）同居生活も登録もしていない男女のペア、婚姻の意思を持たずに同居生活をしている未登録の男女のペアなどは、「婚姻」としての保護を享受するものではない。そのために、憲法上の「婚姻」概念は、厳密に一

53) A.a.O., S. 355. なお、Richter (Anm. 50), S. 24でも類似の概念規定が提示されるが、そこではまさに von Coelln が問題を提起する BGB の規定に依拠したものとして示されており、そのために、von Coelln の提示する概念は、BGB で認められ、後述の婚姻解消の自由の結果としての離婚の可能性を考慮して、「原理的に解消不能 (prinzipielle Unauflöslichkeit)」という表現が「継続した (auf Dauer)」という言葉に置き換えられている。

54) ヴァイマル憲法は、婚姻および家族について、その119条1項で「婚姻は、家族生活および国民 (Nation) の維持・繁栄の基礎として、憲法の特別の保護を受ける。婚姻は、両性の同権を基礎とする」と規定しており、そこには家族の保護はなく、また、国家ではなく憲法の保護とされていた。但し、ヴァイマル憲法では、この婚姻および家族に関連する規定は、基本権の章ではなく、「共同体生活 (Gemeinschaftsleben)」の章に置かれている。

55) BGB1310条で、この婚姻についての戸籍上の登録について規定されている。そこでは権限ある戸籍局において一对の男女が互いに宣言をすることで婚姻が成立し、戸籍局がその婚姻成立を登録する旨が定められている。

56) この点については、von Coelln (Anm. 52), S. 357.

定の形態での生活共同体のみを指し示すことになり、他の形態をそれとは区別する役割を果たす機能を持つ。言い換えれば、基本法6条1項の「婚姻」は、その概念規定において閉じられたものとして、保護の享受を特定形態の生活共同体に限定しようとするものになっているということである。その結果、基本法6条1項の「婚姻」概念は、「国家秩序の特別の保護」が付与され得るもう1つの人的集合体、つまり、概念規定において原理的に開かれた方向性を持つ「家族」とは異なったものになっていると評されることになる⁵⁷⁾。

基本法6条1項の「家族」の概念は、親と子の包括的な共同体と規定される。このような広範で開かれたとらえ方は、ある意味で「婚姻」のようにその内容についての手懸かりとなる単純法律上の規定（ドイツ民法典における「家族」それ自体を定める規定）が存在していないという点が関係するのかもしれないが、「婚姻」を厳密に概念規定しておけば、その生活共同体の中で誕生する子を含めた人的集合体という原型としての「家族」が自明のものとして存在していると想定されていたこととも関係する。言い換えれば、「婚姻」概念を厳格に確定すれば、それに由来する「家族」概念は自ずから決まってくると考えられたということである。そして、婚姻関係にある男女と彼らを両親として誕生した子から成る家族は、「家族」が諸機能を果たす最良の前提として、子のための最も適切な生活基盤とみなされることになる⁵⁸⁾。ただ、このような「婚姻」と「家族」を結びつけてとらえる方法は、基本法6条1項を「古典的な市民社会モデル」の宣言規定ととらえることにもなる。すなわち、ヴァイマル憲法の時代に考えられていたように、国民を再生産する社会の基礎単位として家族をとらえ、まさにその意義を強調するものとして憲法上の「家族」概念を規定しようとするものになるということである⁵⁹⁾。ここでは、「家族」と「婚姻」を一体的にとらえ、換言すれば、夫婦と親子という異なる法律関係を1つのセットとしてとらえ、それらを憲法が規律すべき国家組織の一部分として構成しようとするものとされていた⁶⁰⁾。

しかし、現在において「婚姻」を通じて形成される「家族」を国民の再生産機能を果たす仕組みとしてのみととらえることは、その意味内容においても、また現実の家族の実態においても、必ずしも適切ではなくなっていることがドイツにおいても指摘される。すなわち、「婚姻および家族」の結び付きを従来のままでとらえることは、子を持たない婚姻関係や婚外子、母子家庭の増加という現象からその意味が変化している現実に鑑みて、婚姻関係にある男女と彼らを両親として誕生する子から成る家族だけを憲法上の「家族」としてとらえることができないようになっているということである⁶¹⁾。むしろ、ヨーロッパ人権条約における婚姻締結の権利（同

57) Rolf Gröschner, Art. 6, in : Horst Dreier (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, Band I, 1996, S. 485 (505). なお、同様の指摘として、von Coelln (Anm. 52), S. 356.

58) このような「家族」の原型とそのとらえ方については、von Coelln (Anm. 52), S. 359.

59) Richter (Anm. 50), S. 24.

60) A.a.O., S. 39. ここでは、国家の中で一定の方法により市民を統合する仕組みとして「家族」がとらえられることになる点が指摘されている。

61) Lothar Michael & Martin Morlok, Grundrechte, 3. Aufl., 2012, S. 143.

条約12条)と私的・家族生活の尊重を受ける権利(同条約8条1項)の区別⁶²⁾を考慮すれば、「婚姻」概念とは別に「家族」概念を考慮することが必要とされ、「家族」は、「婚姻」と並んで、その構成メンバーとなる個々人にとってのコミュニケーションと連帯のための共同体であり、そこに個人の人格と私事(Privatheit)の保護を基本権の保護領域として規定したものと考えられることを要請するものになる。このように「家族」を形成する個人の側からみれば、そこに含まれる構成メンバーとしての個人の人格や私事の保護を目標にした「家族」が憲法によって国家秩序の保護の下に置かれており、その目標を果たすために「家族」概念は、親子という法律関係や親密な結合に基づく生活共同体を形成する人的関係の様々な形態を包括し得るように広く開放的に規定しておく必要性が認められるのであった⁶³⁾。その結果、基本法6条1項の「婚姻」概念には含まれないが、「家族」概念には含まれる関係というものも多く存在することになる。例えば、事実上の同居ペアは基本法6条1項の意味での「婚姻」関係にはないが、その間に子が誕生し、彼らでその子を育てている場合には、そこでの生活共同体は「家族」概念に含まれ、憲法上「国家秩序の保護」を享受できるものと解されることになる。

「婚姻」概念と区別して「家族」概念を広く開放的に規定することは、世代間の血縁的結合関係の有無とも無関係に「家族」が存在することを可能にする。むしろ、ある人的集団が家族として承認されるか否かは、医学上客観的に定まる血縁や、「婚姻」のように法化された客観的諸要件によってではなく、「一緒に生活している」という事実によってより強く決まることになる。単純に言えば、基本法6条1項の意味での「婚姻」は、確かに「家族」の潜在的前段階として「国家秩序の特別の保護」の下に置かれるとしても、その逆に、「家族」に基本法6条1項の保護が与えられるのは、それが専ら「婚姻」と結びついた一体のものであるからではない。「家族」は常に「婚姻」に基礎づけられなければならないわけではなく、そのように解しても、さらに、「家族」を広く包括的にとらえても、それが、一対の男女間の継続的な生活共同体を意味する「婚姻」概念に変更を迫り、あるいはその概念規定と矛盾するような事態をもたらすことにはならない⁶⁴⁾以上、「国家秩序の特別の保護」の下に置かれる憲法上の2つの概念は、どちらか一方が他方に包摂されるような形式(「婚姻」関係にある夫婦と子が「家族」になる)で概念規定するよりも、両者を別のものとして概念定義し、それぞれに憲法上の保護効果を検討する方が、基本法による基本権保障には役立つといえよう。そうだとすると、次に問題になるのは、以上のように概念規定される「婚姻」および「家族」が「国家秩序の特別の保護」を享受するというのはいかなる意味か、ということになる。基本権規定でありながら、

62) ヨーロッパ人権条約8条1項は「すべての者は、その私的および家族生活の……尊重を受ける権利を有する」と規定し、同条約12条は婚姻年齢にある男女の婚姻締結の権利を規定する。

63) この点はBGBのような単純法律の規定によるだけではない。例えば、von Coelln (Anm. 52), S. 359では、親子関係や複数の人物によって構成される生活共同体は、社会の変化に応じて無数に広がっていく可能性があり、その意味でも基本法6条1項の意味での「家族」は、広く開放的にとらえられると指摘されるし、Michael & Morlok (Anm. 61), S. 147でも、その予期せぬ広がりの可能性が指摘されている。

64) Gröschner (Anm. 57), S. 505. つまり、家族法を制定する場合、立法者は「婚姻」からの発展形式たる生活共同体のみが保障されるように憲法上要請されているわけではないことが指摘されている。

基本法6条1項による「婚姻」および「家族」の「国家秩序の特別の保護」の享受というのは、単なる自由の保障ではない、まさに基本権規定のドグマティックとしての具体的場面として、その規範内容を明らかにしておくことが重要となる場面といえる。

(2) ドイツ基本法6条1項のドグマティック

ドイツの憲法学説は、「婚姻」および「家族」の概念規定の場合と同じように、連邦憲法裁判所の判例に従い、基本法6条1項の「婚姻および家族が、国家秩序の特別の保護を受ける」という規範について、なぜそれらが保護されるのかという論点⁶⁵⁾よりも、「保護を受ける」という憲法規範が何を意味するのかというドグマティックについての内容を中心に議論を展開する。これは、ドイツにおいて展開される基本権保護義務論⁶⁶⁾とも関連することになるが、基本法6条1項のドグマティックに関する限り、国家の保護義務をそこから直接に導くことができ、一般的な基本権上の法益の保護義務機能（基本権規定を主観的権利と同時に客観法原則を定めたものととらえて、後者から国家に対する憲法上の義務を導き出すという方法）に依拠しなくてもそこでの文言からストレートにその保護効果が引き出され得ることになるために、その効果がどのような法形式で展開され得るのかを問題として論じる必要があるためである。その結果、基本法6条1項は、「婚姻」や「家族」そのものを、「婚姻および家族」を一体として、さらに、婚姻や家族という生活共同体のメンバーとしての特性（親あるいは子という立場・存在）において個人を保護するという機能を果たす規範になると、一般的・総論的にはいうことができるのである⁶⁷⁾。

この一般的な規範の内容から、「特別の保護」は、婚姻や家族を第三者による侵害から守るような、そして、それらを適切な措置を通じて促進・助成するような積極的任務（positive Aufgabe）をまず国家に課す。もちろんここでの任務の遂行として、国家は、婚姻や家族、そのメンバーとしての個人にとっての最善の措置をとるように常に求められているわけではない。むしろ、この任務の遂行の場合、立法者には広い形成の余地が認められる。しかし、少なくともそこでの措置が婚姻や家族にとっての保護効果を発揮するようなものでなければならぬことはいうまでもない。さもないと、国家の措置は婚姻や家族にとっての無駄で不要な障害物になる可能性があるからである。そして、その結果として、国家の措置が無駄で不要な障

65) A.a.O., S. 488f. ここでは、この「なぜ」については、前掲注54)ですでに提示したヴァイマル憲法119条が「婚姻」について「家族生活および国民の維持・繁栄の基礎」として「憲法の特別の保護」を付与してきたこととの関係で特に保護の必要性についての説明は行われておらず、基本法6条1項もヴァイマル憲法119条を継承しつつ、それを基本権としたものととらえられていることから、その規範としての基本内容はヴァイマル憲法時代のそれを根拠に据えていることが指摘される。

66) ドイツにおける基本権保護義務論については、非常に多くの観点からの議論が日本でも紹介されているが、本稿では、小山・前掲注36)が、日本に保護義務論を紹介した先駆者としての筆者による文献として、日本での憲法解釈論上の問題を念頭に置きながらドイツでの基本権保護義務論の内容を展開する重要な文献であることをここでは指摘するにとどめておく。

67) この一般的・総論的説明については、von Coelln (Anm. 52), S. 361.

害物になるような場合には、基本法6条1項の「特別の保護」は、婚姻や家族への国家自身による介入の禁止という消極的な義務（negative Verpflichtung）として作用することになる。すなわち、保護の効果は、国家に対して積極的任務と消極的義務の両方を賦課するということである。そして、基本法6条1項のこの規範から導かれる要請は、現実の憲法規範としての拘束力を国家に対して及ぼすことになるので、その積極的任務や消極的義務をどのような方法で国家に賦課し、その内容を実現していくことになるのかが問われることになる。ここで、通常、ドイツの憲法学説は、基本法6条1項のドグマーティクにおける多機能性（Multifunktionen）を提唱し、その内容を展開することになる。

この基本法6条1項のドグマーティクは、憲法学説自身が発見し、それを提唱してきたわけではなく、むしろ現実の事件の中で連邦憲法裁判所により展開されたものであった。基本法施行後間もない時期の、1957年1月17、連邦憲法裁判所第一法廷決定⁶⁸⁾は、基本法施行当時の1951年の所得税法による夫婦合算課税の方法が基本法3条の平等原則と共に基本法6条1項の婚姻の保護に反するか否かが争われた具体的規範統制事件で、そこでの問題解決の基準（所得税法の夫婦合算課税を定める規定の憲法適合性判定のための規範）を基本法6条1項であるとして、そのドグマーティクを提示したのであった。その際に特に重要なのは、そこで提示された内容が、基本法6条1項がヴァイマル憲法における「婚姻」保護規定を継承したものとしてプログラム規定的性格（Programmsatzcharakter）しか持たず、立法者に対する指針（Richtlinie）としての効果しかないという当時の公的見解に対する回答⁶⁹⁾となっている点である。すなわち、ドグマーティクの提示の前提として、基本法6条1項は、基本権の章で取り上げられていなかったヴァイマル憲法119条とは異なり、基本権としてその効力範囲に限定はなく、立法権を含めすべての国家権力に対する直接的効力を有することが確認された（基本法1条3項の効果を基本法6条1項も当然に有している）ということである。

以上の前提を踏まえて、連邦憲法裁判所は、基本法6条1項を広くまず「価値決定的原則規範（wertentscheidende Grundsatznorm）」にとらえる。そこでは、婚姻および家族の持つあらゆる人間共同体の基礎単位としての意義（この意義は婚姻および家族が国民の再生産機能を持つことから認められるというのではなく、あらゆる人間社会においてそれが存在するという点から導かれるものとして記述されている）と、その意義は他の人的集合体とは比較できないものであり、そのために国家秩序の特別の保護の下に基本法が置いた点が確認される。そして、その内容から、第一に、基本権としての基本法6条1項の機能が導かれる。すなわち、基本法6条1項は、国家による外的強制から婚姻および家族という特定の私的領域を保護し、婚姻および家族という生活秩序の憲法による保障から、その独自性と自律性を守るという効果をもたら

68) BverfGE 6, 55. この決定についての日本での紹介については、小林博志「夫婦合算課税と婚姻・家族の保護」ドイツ憲法判例研究会（編）『ドイツの憲法判例（第2版）』（信山社、2003年）209頁以下参照。

69) このプログラム規定説に対する回答としての連邦憲法裁判所による基本法6条1項のドグマーティクの提示は、憲法判断のための移送決定を行ったミュンヘン財政裁判所の判断が誤っているとする連邦財務大臣の見解に答える趣旨で提示されている。A.a.O., S. 76.

す点が確認される⁷⁰⁾。ただ、ここでの基本権としての基本法6条1項の機能は、個人の主観的権利としての防御権という機能というよりも、「婚姻および家族」という人的結合体の独自性・自律性に対する侵害からの保護という点が強調されていることは注意しておかなければならない。

次に、連邦憲法裁判所は、基本法6条1項に含まれる規範内容としてのいわゆる制度保障 (Instituts- oder Einrichtungsgarantie) に言及する。すなわち、基本法6条1項は、婚姻および家族というものをもっぱらそれらの本質的構造において保障するという特性を持つということである。その結果、そしてその限りで、基本法6条1項は、法的現実におけるその規範的効力として、婚姻法や家族法の核心的部分を憲法的に保障することになるとされる⁷¹⁾。但し、ここでは制度保障の意味に関してそれ以上の内容は示されてはいない。制度保障としての基本法6条1項の内容は、この決定を先例として引用する後の連邦憲法裁判所の判例により、婚姻および家族という私法上の法的制度の存立を、抽象的にではなく、家族法を形成する諸規定の伝統的な核心部分となる構造上の諸原理を維持するという意味で保障する機能を果たすことが確認されていくことになる⁷²⁾。

連邦憲法裁判所の判断によると、基本法6条1項の法的効果が基本権や制度保障としての機能に尽きるわけではなく、それは、国家と市民あるいは共同体生活の関係を規律する他の憲法規範と同様に、互いに影響しあいながら直接に国家権力を拘束する様々な機能を展開するとされることになる。憲法裁判の任務は、問題として取り上げられる憲法規範、特に基本権規範の様々な機能を明らかにし、その憲法上の効果を展開することにあるとして、連邦憲法裁判所は、基本法6条1項の解釈によって、それが原則規範として婚姻および家族に関連する私法・公法的全領域にわたる拘束力ある価値決定をも提示していることを確認する。それは、前述のような積極的任務と消極的義務という2つの要請を国家に対して課すことにより、立法者の裁量に憲法上の限界を画定する。その中でも特に、後者の消極的義務は、国家の侵害的介入に対して直接かつ現実の限界を設けるものとして機能する。そして、ここで問題とされる夫婦合算課税を定める所得税法の規定は、まさにこの価値決定としての原則規範の消極的義務に反するか否かの問題を提起するとの見解が示される⁷³⁾。

以上の点を踏まえ、連邦憲法裁判所は、当時の所得税法の夫婦合算課税を基本法6条1項との関係で違憲の判断を下した。そこでは、夫婦合算課税が、所得税の課税方法としての個人課

70) A.a.O., S. 71.

71) A.a.O., S. 72.

72) この点の指摘は、von Coelln (Anm. 52), S. 365.

73) BverfGE 6, S. 74ff. なお、連邦憲法裁判所は、この事案では価値決定的原則規範としての消極的義務違反の有無が問題になる点を確認すると同時に、積極的任務の存在は確認したが、その任務がどの程度の実現を要請するのかは明確ではないことは認めている。その点で、税制上の夫婦優遇措置や子の数に応じた所得の減免措置は、基本法6条1項の要請する積極的任務として容認されるのか否かはほとんど論じられることがなく、むしろ本件とは逆に、未婚者や子のいない夫婦との関係での平等原則違反が争われることになる。この点に関しては、小林・前掲注68) 211頁参照。

税の原則 (Grundsatz der Individualbesteuerung) を放棄し、既婚者に不利益となる効果を発生させ、婚姻を妨害する機能を果たす点が問題とされた。すなわち、租税法規において、課税単位を婚姻と結びつけ、個人単位の課税による合計額が夫婦合算課税による税額よりも低く設定されているのは、「婚姻の保護」を要請する基本法6条1項に照らせば、明らかに既婚者にとって不利に作用し、婚姻を妨害する効果を有するということである。また、この点は、夫婦合算課税によって配偶者が働くと税負担が増大することから、配偶者の一方（多くの場合は妻になる）を家庭に戻すという効果があるという理由は、男女平等の原則からみても憲法上の正当な目標と考えることはできない。さらに違憲との結論は、古典的な基本権としての機能からみても補強することができる。すなわち、基本法6条1項は、婚姻や家族という特定の私的領域における自由を保障するものであり、そこから一般的に、いかなる夫婦生活および家族生活を形成するののかについての私的決定の自由として、夫婦は婚姻の内容につき国家の干渉を受けることなく決めることができる。その結果、国家は、夫婦に対して一定の形態の婚姻関係を強要してはならず、夫婦合算課税がそのような強要にならないとしても、配偶者の一方が仕事に就かないように導く結果からみれば、そのような形態の婚姻を推奨するという形式で、その課税方式は間接的に強要と同じような効果を発揮することになる。以上のことから、夫婦合算課税は、既婚者に不利益をもたらし、婚姻に負担を課すものとして基本法6条1項に違反するとの判断が下されたのであった⁷⁴⁾。

以上の連邦憲法裁判所による基本法6条1項のドグマーティクは、基本権としての婚姻および家族の自由、婚姻および家族に関する核心部分を保護する制度保障、そして、婚姻および家族に関連する私法・公法に対する直接拘束力ある価値決定としての原則規範という3つの機能を提示した。このドグマーティクは、その後の連邦憲法裁判所で踏襲され、確立した判例として用いられているだけでなく、憲法学説もこの点は否定せず、基本法6条1項についての通説的理解として定着している⁷⁵⁾。ただ、ここで興味深いことは、このドグマーティクが、基本法6条1項の人的対象を必ずしも個人としているわけではなく、「婚姻」および「家族」という生活共同体そのものを保護の対象にしている点である。この点に関して、例えば夫婦合算課税に限定していえば、課税額の不公正さを取り上げて個人の財産権侵害を主張することは困難であり、夫婦の所得を合算して課税する点に憲法問題があるといえることから、婚姻関係にある個人レベルでの問題はなく、まさに夫婦それ自体の問題として課税額の不公正さを取り上げる必要があったということである。もちろん、「婚姻」および「家族」という生活共同体を直接保

74) A.a.O., S. 77ff. なお、ここでは、それ以外にも、夫婦合算課税の現実の効果として、妻の経済的活動を婚姻の破壊行為とする評価を背景にしている点を男女平等原則を定める基本法3条2項との関係でも違憲になることが確認されている。

75) この点の指摘は、Richter (Anm. 50), S. 24.; Gröschner (Anm. 57), S. 494ff. また、小林・前掲注68) 211頁でも同じことが指摘されているし、三宅雄彦「生活パートナーシップ法の合憲性」ドイツ憲法判例研究会(編)『ドイツの憲法判例Ⅲ』189頁(信山社、2008年)191頁では、「基本法6条1項の構造理解につき、判例や学説で対立はない」として、本文で列挙したドグマーティクとしての3つの機能が提示されている。

護の対象にすることにより、その構成メンバーである自然人も保護されることになる。したがって、例えば、基本権としてのその特性において、基本法6条1項は、私的領域での基本法2条1項による自然人の人格の自由な発展の権利を補強・強化することになる点は否定できない。しかし、それは、実質的そして人的領域における「婚姻および家族」を侵害するような国家の介入に対する防御権として機能するものであって、その意味で、国家を含めた第三者による妨害を受けない「婚姻および家族」という生活共同体そのものを保護するものといえる。その結果、基本法6条1項は、家族の独自性、自律性そして生活領域それ自体を国家から、そして国家により保護するものとなる⁷⁶⁾。また、基本法6条1項は、立法者に対して、例えば、異性パートナーによる非婚の生活共同体との比較で、あるいは、子のいる夫婦と子のいない夫婦との比較で、婚姻や家族に対する不利益賦課を禁止することから、基本法3条1項の一般的平等原則の特別規定になると共に、婚姻や家族の保護が常に他の生活共同体との区別を前提に要求されていることから、平等原則の例外を正当化する憲法上の理由にもなっているといえるのであった。

「婚姻」および「家族」それ自体の保護は、この最後の点でさらに厄介な問題を提起することになる。特に、「婚姻」に関して、その厳格な要件による概念規定のために、一見すると「婚姻」に類似するが、憲法上は「婚姻」とは認められないような生活共同体と憲法上の保護が認められる「婚姻」との関係を、基本法6条1項との関係でどのように解すべきなのか、という問題である。そして、「婚姻」の概念規定を含め、まさにその問題を深刻な形で提起したのが、同性のペアによる生活共同体に対する差別を撤廃し、同性のペアに「婚姻」類似の生活共同体の形成を法的に承認する、2001年2月16日に公布された「登録された生活パートナーシップに関する法律 (Gesetz über die Eingetragene Lebenspartnerschaft)」(以下、生活パートナーシップ法とする)である。そこでは、「婚姻」とそれ以外の生活共同体を区別するために、そもそも憲法上「婚姻」とは何かが直接取り上げられると共に、後者を前者よりも劣後する地位にとどめておくべきなのか否か、それとも同等の内容を付与してもよいのかという点が憲法問題として議論されることになる⁷⁷⁾。

(3) 生活パートナーシップ法による問題提起と憲法判断

基本法6条1項の「婚姻」概念は、前述の通り、その構造上の要件として一对の男女によって形成される継続的な生活共同体である。ただ、これは、必ずしも憲法裁判において連邦憲法裁判所の判例として直接明示されていたわけではない。それは、憲法学説が一般的な言葉の理解から、変化することのない構造上の原理を引き出して規定したものにすぎなかった。ところ

76) この点についての詳細は、von Coelln (Anm. 52), S. 362. なお、このようにとらえる結果として、基本法6条1項は、住居の不可侵を規定する基本法13条1項の内容をも補強・強化する機能を持つことになる。

77) 生活パートナーシップ法をめぐる議論において、憲法裁判上、本文で提示した憲法問題が取り上げられていることを指摘するものとしては、Christian Bumke & Andresa Voßkuhle, Casebook Verfassungsrecht, 5. Aufl., 2008, S. 147.

が、生活パートナーシップ法の制定は、形式的には「婚姻」と区別されてはいるが、同性ペアにも実質的には婚姻類似の法的制度の利用可能性を開いた。そのために、「婚姻」にのみ特別の保護を認めようとする立場からすれば、基本法6条1項によって特権づけられた「婚姻」を他の生活共同体に対して距離をとるよう立法者は義務づけられているが故に、生活パートナーシップのような制度を認めることは基本法6条1項に違反する可能性が指摘される⁷⁸⁾。そこで、はたして本当に、同性ペアに生活パートナーシップという名称の下で婚姻と同様の生活共同体形成の可能性を開くことが基本法6条1項に違反するの可否かが憲法裁判として争われることとなったのであった。

2002年7月17日、連邦憲法裁判所第一法定判決⁷⁹⁾は、生活パートナーシップ制度が「婚姻」ではないという点の説明から始める。すなわち、基本法は婚姻を定義づけておらず、むしろ人間の共同生活の特別の形式としてのそれを前提にしているが故に、婚姻としていかなる生活共同体に特別の保護を提供するのかを内容形成する法的規律が必要とされ、その際に、立法者には婚姻の形式と内容を決定するかなりの形成の余地が認められるとの判断から、連邦憲法裁判所は出発する。ただ、そうではあっても、基本法は抽象的に制度としての婚姻を保障しているわけではないことから、立法者は、基本権として保障される自由との連携において予め存在する生活形式の基本法6条1項との結びつきから導かれる本質的な構造上の原理を尊重し、社会の変化によっても変わることのない基本法によって刻印づけられた婚姻の内容を具体化していくことが要請されるとする。そして、そのような内容に従った婚姻とは、憲法学説によっても提唱されているような、同等の権利を持つ一対の男女間での意思の一致に基づき形成される継続的な生活共同体であり、その共同生活の内容は彼らによって自由に決定されるものであるとの概念規定についての判断が連邦憲法裁判所によって下される⁸⁰⁾。結局、この概念規定によると、同性のペアによる生活パートナーシップは基本法6条1項の意味での婚姻ではなく、非婚の生活共同体 (*nichteheliche Gemeinschaft*) としてこれまで取り扱われてきた人的集団と同じく、基本法6条1項による保護は享受し得ないものとされたのであった。

しかし、連邦憲法裁判所は、生活パートナーシップが基本法6条1項の意味での「婚姻」ではないという理由から、直ちにその制度化を否定するわけではなく、むしろ、婚姻に該当しない生活共同体に法的承認を認めてはならないという立法者の義務はそこからは導き出されないとする。その上で、基本法6条1項のドグマティックに関連づけて生活パートナーシップの制

78) この可能性の指摘は、von Coelln (Anm. 52), S. 373 f. また、この点からの生活パートナーシップ制度に対する憲法上の疑義は、まさに生活パートナーシップ法の憲法適合性が争われた2002年の連邦憲法裁判所第一法定判決(後掲注79)のHaas裁判官の反対意見にみられる内容である。すなわち、そこでは、生活パートナーシップ制度は婚姻と同等の規律内容を持つものであってはならず、婚姻以外の生活共同体に婚姻と同等の保障を法律が付与することは、基本法6条1項により「婚姻」にのみ特別の保護が付与されていることと矛盾するとされる。

79) BVerfGE 105, 313. この判決の日本での紹介は、三宅・前掲注75)と共に、工藤・前掲注27) 151～152頁参照。

80) A.a.O., S. 345.

度化が憲法上問題ないか否かが審査される。というも、基本法6条1項の問題は、生活パートナーシップそれ自体が婚姻類似の制度であるために、「婚姻」に認められる「特別の保護」との関係で当該制度がそこでの憲法上の規範内容に矛盾しないか否かであり、その規範内容との関係での憲法適合性は、まさにドグマーティクにおいて展開されるものに基づく審査となるからである⁸¹⁾。

連邦憲法裁判所は、まず、同性間の生活パートナーシップを法的に承認しても、異性間の婚姻を否定するわけではないことから、婚姻そのものに影響はないとの判断から出発する。その上で、制度としての婚姻は、その構造上の原理や立法者による内容形成という点で生活パートナーシップ法と関連づけられるものではなく、制度保障そのものは、まさに婚姻と関係でのみ導き出されたものであることから、同性のパートナーに法的に婚姻と類似する制度の利用可能性を創設することを立法者に対して禁止しているということはできないとされる。また、価値決定的な原則規範としての基本法6条1項の内容に関しても、当該規範によって婚姻に付与される「特別の保護」は、婚姻を他の生活共同体に対して劣位に置くことを禁止することを意味するとして、生活パートナーシップ法が同性のペアに婚姻に類似する権利義務を伴う登録された生活パートナーシップ制度に入る可能性を開いたとしても、そのことによって婚姻制度が当該制度よりも劣後することにはならないとの判断が下される。さらに、連邦憲法裁判所は、婚姻が他の生活共同体よりもより強く保護されているという点にまで保護の特別性に意味を認めるべきであるという必ずしも学説上少なからず主張されている見解について、それは基本権規範の文言上も、またその成立史においても支持できないとの判断を下す。確かに、基本法6条1項の議論の中で新たに制度化された生活共同体の保護に関する問題が取り上げられることは否定できないが、それは、婚姻および家族を憲法上特別の保護の下に置くことを規定するものであり、そのことが個別的に他の生活共同体との関係においても何を意味するのかを明らかにしていると考えすることはできない。その結果、連邦憲法裁判所は、基本法6条1項から新たな生活共同体に婚姻との距離を置くよう要請する規範を導き出すことを否定して、生活パートナーシップ法は、防御権としての婚姻の自由を侵害せず、婚姻の制度保障に影響を及ぼさず、さらに、生活パートナーシップ制度が婚姻制度の侵害措置でも促進妨害でもないとして、基本法6条1項に違反しないと結論づけたのであった⁸²⁾。

連邦憲法裁判所は、以上のような判断を展開する中で、人間の生活共同体としての婚姻が社会の自由な領域であると同時にその構成要素でもあり、それは社会が変化しても変わらないことを指摘する。立法者は、確かに社会の変化に反応し、変化した背景に婚姻の内容を適合させ

81) 要するに、基本法6条1項の規範内容は、そのドグマーティクによって展開され、提示されているということである。連邦憲法裁判所は、その点を、基本法6条1項が「婚姻の自由、婚姻の制度保障、価値決定的原則規範の3つの内容からなる」点については、従来どおり、1957年決定（前傾注68）等を先例として引用し、その判断を踏襲している。A.a.O., S. 346.

82) A.a.O., S. 346ff. なお、この判断に対しては、基本的に先に述べた距離要請（前傾注78）に基づく判断と共に、婚姻の本質的な構造上の原理として異性のペアの婚姻に独自の権利義務関係を定めることが含まれ、その点で婚姻の制度保障とも矛盾することが指摘される。

ようにすることがあり、その結果として同時に、婚姻と他の生活共同体との関係も修正されることは否定できない。同じことは、婚姻を法律上修正するのではなく、他の生活共同体を新たに規律することによっても生じ得る。そうだとすれば、生活形式としての個々の共同体は、常に相互に確固たる距離を保っておかなければならないという必要はなく、それらは互いに相対的な位置関係に置かれる⁸³⁾。このように、憲法学説上、価値決定的原則規範として語られる内容についての判断を以上のようにとらえた上で、連邦憲法裁判所は、生活パートナーシップ法による問題提起に対して、婚姻に認められる特別の保護に関する基本法6条1項のドグマレティクスの3つの内容すべてにわたる審査からその1つひとつに回答を与え、生活パートナーシップ制度は「婚姻」ではないものの、それと類似の内容を持ったとしても憲法上問題はないことを確認したのであった。

ただ、生活パートナーシップ法による同性ペアの婚姻類似の制度それ自体は、基本法6条1項との関係で問題ないとしても、そして、そのような人的集団の生活共同体を形成する自由が6条ではなく、基本法1条1項と連携した2条1項の一般的人格権に依拠する⁸⁴⁾ものとして、社会変化に応じて変わることのない「婚姻」とは区別されるとしても、それがいったん制度化されれば、両者の間に引かれる人工的な境界線は、他の憲法規範（例えば平等原則や制度そのものを根拠づける一般的人格権など）との関係で、徐々にではあるが薄らいでゆき、その結果として、「婚姻」やそれを基礎にして形成される「家族」そのものにも変化をもたらすことになる。それは、特に、従来、夫婦を一体として、そして、夫婦・親子を一体としてとらえられてきた「婚姻」および「家族」の本質に影響を及ぼすということができる。そして、基本法6条1項も、「人間の尊厳」原理に依拠する立憲国家の価値秩序に服する原則規範である⁸⁵⁾とすれば、その変容がいかなる憲法上の理由によって惹起されるのかを、生活パートナーシップ法の存在から検討していくことが必要になろう。その考察のためには、次に、生活パートナーシップ法によって影響の下で従来議論されなかった問題が、憲法問題として提起されるに至る事例を検討することが必要になる。

(以下、次号に続く)

83) A.a.O., S. 350. なお、この連邦憲法裁判所の判断に対して、von Coelln (Anm. 52), S. 375では、基本法6条1項は基本法3条1項の一般的平等原則に対する例外として婚姻に「特別の」保護を認めるものであり、連邦憲法裁判所はその点を考慮せずに、生活パートナーシップと婚姻との関係の観点からのみ審査して合憲の判断を下しているとの批判を提示している。

84) この点は、同性ペアの生活パートナーシップだけでなく、非婚の生活共同体形成については、基本法上、一般に「人間の尊厳」原理と連携した人格の自由な発展の権利にその根拠を置くことが指摘されている。これについては、von Coelln (Anm. 52), S. 372f.

85) これに関連して、三宅・前傾注75) 193頁では、「人間の尊厳を頂点とする人権体系に、基本法6条1項も参加する」と指摘している。