

人権論から見た家族・親子制度の基底的原理について (3・完) —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

4 一般的基本権条項による「婚姻」・「家族」の再構成

(1) 人間の尊厳と連携した一般的人格権

21 世紀に入って、同性による生活共同体について婚姻類似の生活パートナーシップ制度が承認された結果、ドイツ基本法 6 条 1 項の「婚姻」概念は、一定の変容を余儀なくされることとなった。すなわち、「国家の協働の下で平等な権利を享受する一対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」との「婚姻」概念が、特に男女間という「両性」要件に関して、その意味を問い直す必要に迫られてきたということである。もちろん、生活パートナーシップ制度が承認される以前から、すなわち 20 世紀後半の、個人の私的ライフ・スタイルの多様化の下でも「婚姻」概念に対する事実上の挑戦は続いていた⁸⁶⁾。そして、生活共同体といえども個人の人的・精神的集合体といえる点をも考慮に入れば、その挑戦において特に重要な役割を果たしたのが、一般的人格権と一般的平等原則というドイツ基本法の下での一般的条項による基本権である。というのも、ドイツでは、個人の私的生活形成に関連する基本権として基本法 6 条だけが規定されているわけではなく、基本法 1 条 1 項の「人間の尊厳」原理と連携した 2 条 1 項による一般的人格権が、まずは重要で決定的な役割を果たすと考えられているからである⁸⁷⁾。

生活パートナーシップ制度の承認による「婚姻」概念に対する挑戦も、「人間の尊厳」原理と連携した基本法 2 条 1 項の一般的人格権がまず問題になる。というのも、生活パートナーシップ制度そのものが、基本法 6 条 1 項による保護ではなく、私的生活領域の形成の自由という観点から一般的人格権(基本法 1 条 1 項と連携した 2 条 1 項)によって基礎づけられる

86) この点で、従来から婚姻届を提出していない事実婚が基本法 6 条 1 項の「婚姻」に含まれるのか否かは問題とされていた。継続的に共同生活を送るという点で同居している事実婚の場合には、一定の範囲で「婚姻」に含まれる場合もあると考えられていた(例えばドイツでは身分法上登録されていない外国人とドイツ人の男女の夫婦など)が、多くの場合、BGB による形式を踏まえたもののみを「婚姻」とする傾向にあったとされている。それについては、von Coelln(Anm. 52), S. 357ff.

87) これについては、Jörg Benedict, Die Ehe unter dem besonderen Schutz der Verfassung — Ein vorläufiges Fazit, JZ 2013, S. 477 (478). 但し、そこでは後述するように、基本法 3 条 1 項の一般的平等原則も同じように取り上げられている。

と考えられていたからである。この点はヨーロッパ人権条約の解釈とも関連し、ヨーロッパ人権条約 12 条の婚姻締結の権利は同性のペアに婚姻締結を可能にするよう国家に義務づけていないが、同条約 8 条の私生活の尊重を受ける権利(これ自体が一般的人格権の具体化条項とされている)によって同性の生活パートナーシップは尊重されなければならないと考えられていることとパラレルになる⁸⁸⁾。そしてそこでは、単に私的な生活共同体の形成という観点からだけでなく、まさに基本権としての一般的人格権の実体的内容からの挑戦が始まるのである。

基本法 6 条 1 項の「婚姻」の保護に対する一般的人格権からの挑戦は、婚姻の「継続」要件とも関連しながら、1980 年 9 月 10 日の「特別の場合における名の変更と性別の確定に関する法律」(1981 年 1 月 1 日より施行：以下ではこれを性転換法(Transsexuellengesetz)とする)の下で始まった。性転換法は、性同一性障害者の戸籍上の名の変更(一般には小解決(kleine Lösung)といわれている)と性別の変更(一般には大解決(große Lösung)といわれている)の両方を定め、一定の要件を充たした場合に限りそれぞれの変更を認めるものとなっている⁸⁹⁾。そこでは、「出生届において届け出られた性別ではなく、自らが帰属すると感じる性別に従って、少なくとも 3 年以上生活することを余儀なくされている」者で、「異なる性別への帰属感情がもはや変わらないことが相当の蓋然性で認められる」場合、小解決が認められると規定され(性転換法 1 条 1 項 1 号および 2 号：なお同条項 3 号ではそれが認められる人的要件(ドイツ国民と一定の外国人)が定められている)、小解決の要件と共に「婚姻していないこと」、「継続して生殖能力がないこと」そして「性別の外的メルクマールを変更する手術を受け、それによって異なる性別の外的徴表に明らかに近似するようになっていること」の要件が充たされた場合、大解決が認められるとされていた(性転換法 8 条 1 項 1 号から 4 号)。そのような法律上の仕組みの下で、既婚者の大解決の可否に関する連邦憲法裁判所の判断が、基本法 6 条 1 項における「婚姻」概念との関係で 1 つの大きな変容をもたらすきっかけを提起するのであった⁹⁰⁾。

既婚者の性別変更に関する「非婚」要件(性転換法 8 条 1 項 2 号)は、既婚の性同一性障害者が性転換手術を受けて性別変更の裁判上の確認を得ようとすれば、その申立ての前に配偶

88) このヨーロッパ人権条約との関係については、von Coelln (Anm. 52), S. 356.

89) ドイツの性転換法に関する内容と連邦憲法裁判所の判例による一連の修正の過程については、春名・前掲注 26) 144～150 頁参照。

90) なお、既婚者の大解決の可否に関する判断に先立って、小解決でも基本法 6 条 1 項の「婚姻」概念との関係での問題は提起されていた。性転換法 7 条 1 項 3 号は、名の変更をした性同一性障害者が婚姻した場合には、名の変更を無効として元の名に戻すことが規定されている。この婚姻した場合の小解決の無効に関する問題について、連邦憲法裁判所第一法廷は、2005 年 12 月 6 日の決定(BVerfGE 115, 1)で、それを基本法 1 条 1 項と連携した 2 条 1 項に違反するとの判断を下した。この決定については、春名・前掲注 26) 147～148 頁参照。なお、現在は、この規定そのものは削除されず、生活パートナーシップ法の存在を前提に、連邦憲法裁判所第一法廷決定の判断に従った解釈の下で適用するよう脚注が付されている。

者と離婚していることを要求する。これは、婚姻の継続、換言すればもう一方の配偶者との生活共同体の維持を望んでいても、大解決を欲する限り離婚が強制されることになる。そのために、性同一性障害者が婚姻継続を欲すれば、たとえ性転換手術を受けていても小解決が認められるにすぎない(小解決には「非婚」要件がないために、性転換法 1 条 1 項の諸要件が充たされれば名の変更は認められる)。ここに、性転換手術を受けて身体的にも自己の知覚する性別への変更を行ったにもかかわらず、連邦憲法裁判所により承認されている基本法 1 条 1 項と連携した 2 条 1 項の一般的人格権から導き出される自己の「性別のアイデンティティの承認を求める権利」⁹¹⁾ の実現のためには、基本法 6 条 1 項で保護されるはずの「婚姻」の解消を強制されるという事態が問題となる。

この問題に決着をつけたのが、2008 年 5 月 27 日の連邦憲法裁判所第一法廷決定⁹²⁾である。この事件は、長年にわたり婚姻していた 80 歳近い高齢の戸籍上男性の性同一性障害者が、配偶者である妻の同意の下で小解決による名の変更を行った後に性転換手術を受け、大解決による性別変更の申立てを行ったが、性転換法の「非婚」要件のためにそれが認められないことに憲法上の疑義を認めたシェーネベルク区裁判所の移送決定に基づく具体的規範統制である。そこでは、パートナーが女性になっても離婚する意思がないことの配偶者の確認(すでに名は女性のそれになっており、服装や外見も女性になっている)があり、性別変更を申し立てている申請人とその配偶者との間の精神的・社会的関係は破壊されるものではなく、そのような彼女たちに離婚を強要することは、基本法 1 条 1 項と連携した 2 条 1 項との関係で彼女らの感情に対する期待し得ない、過剰な負担になり、性別変更を法的に承認してもらうために離婚手続をとることを申請人に要求することはできないのではないかと、また、BGB は破綻主義を採用しており、性別変更だけでは同法 1314 条の離婚事由にはならず、離婚の強要は基本法 6 条 1 項に違反するのではないかと考えられたのであった。これについて、連邦憲法裁判所第一法廷は、「性転換法 8 条 1 項 2 号は、出生届において届け出られた性別と異なった性別の裁判上の確認のために、同法 1 条 1 項 1 号から 3 号までの要件を充足する性同一性障害者が性別の外的徴表を変更する手術を受け、継続的に生殖不能になっている以上に婚姻していないことを要求し、当該法律が既婚の性同一性障害者に法的に保障されたパートナーシップの終了なしには性別変更の法的承認を認める可能性を開いていない限りで、基本法 1 条 1 項と連携した 2 条 1 項および 6 条 1 項に一致しない」⁹³⁾ との判断を下した。

連邦憲法裁判所はまず、「基本法 1 条 1 項と連携した 2 条 1 項は、性の領域もそこに属する密接な人的生活領域に保護を提供」し、「その領域には、人間の性的自己決定、そして自己の性別のアイデンティティや性的志向性の発見と認識が含まれる」とする。そのうえで、連邦憲法

91) この権利は、連邦憲法裁判所第一法廷の 1978 年 10 月 11 日の決定(BVerfGE 49, 286)により「自己の精神的・肉体的構造に基づき自己が帰属すると考える性別に自らの身分を適合させる権利」として提示されたものが、性転換法をめぐる一連の事件で一般的形式として定式化されたものである。

92) BVerfGE 121, 175. この決定についての日本での紹介として、春名麻季「性転換法による婚姻解消要件と一般的人格権・婚姻の保護」自治研究 90 巻 2 号 126 頁(2014 年)参照。

93) A.a.O., S. 189f.

裁判所は、「人格の最も親密な部分に属するこの領域では、特別の公的利益が存在する場合にだけ介入することができる」との判断から、「基本法 1 条 1 項と連携した 2 条 1 項から導かれ、それ故に人間の尊厳に根拠づけられる、自己決定された性別のアイデンティティの承認を求めるといふ、人格の最も親密な領域に属する権利の制約として、それは、正当な目標によって支えられ、内容形成において比例的である場合にのみ許されるにすぎない」⁹⁴⁾としている。なお、そこでは、立法者が「非婚」要件によって追求する同性婚の排除という目標は正当なものであり、当該要件は「夫婦が身分法上同じ性別であり、それによって同性のパートナーであっても婚姻できるという誤った印象が呼び起こされるような婚姻が存在することを防止するために、適切で必要でもある」との判断が下される。そこには、「社会の変遷やそれと共に現れる法的具体化の修正にもかかわらず維持され続けるように、婚姻の内容に属するのは、それが継続的な生活共同体のための一人の男性と一人の女性の結合であり、国家の協働の下で自由な決定に根拠づけられるもの」と先例によって示される憲法上の「婚姻」概念の維持という判断⁹⁵⁾が前提として存在している。

以上のような判断に続けて、確かに「基本法 6 条 1 項の特別の保護の下にある婚姻という法的制度」の維持は高度に重要性が認められるが、他方で、「非婚」要件によって陥る既婚の性同一性障害者の「深い内面的葛藤」も重大であるとして、連邦憲法裁判所は、配偶者との共同生活の継続を欲している性同一性障害者に、「手術によって変化した性別の身分法上の承認を求める権利の実現と行使のために、予め配偶者と離婚していることを彼に要求することは期待できない」⁹⁶⁾とする。というのも、同性婚の排除という目的での「非婚」要件は、本来的な離婚事由とされる婚姻の破綻とは無関係に性同一性障害者に婚姻の解消を求めることになるからである。

さらに、基本法 6 条 1 項による「婚姻」の特別の保護を考慮すれば、利害関係は既婚の性同一性障害者だけでなく、その配偶者にもあるとの判断が示される。すなわち、「婚姻が男女の同権のパートナーによる共同の継続的な生活共同体」であり、「基本法 6 条 1 項は、責

94) A.a.O., S. 190ff. そこでは、人間の性別は変更可能であり、「性同一性障害者の場合のように、自己の性別感情が外的な性別の徴表と矛盾し、彼が肉体を精神と一致させるために意識する性別への外形へと接近するために手術を受けたならば、人間の尊厳や人格の保護の権利は、利害関係人の自己決定を考慮し、その新たな性別のアイデンティティを承認し、その身分を今や心理的・肉体的な構成に従って帰属するようになった性別に分類するよう要請する」として、その権利の内容が示されている。

95) A.a.O., S. 193.

96) A.a.O., S. 195ff. そこでは、「婚姻は、婚姻による生活共同体がもはや存在せず、夫婦が再び共同生活を樹立することが期待できない場合にのみ破綻していることになるのであって、夫婦が継続して別居する意思を持っていなければならない」が、「婚姻として法的に保障されているパートナーシップを維持しようとする性同一性障害者の場合に、これは当てはまらず、もし性別変更をしようとするれば、破綻していない婚姻の解消のために「不真正な申立てを裁判所にしなければならなくなる」とされている。

任共同体として婚姻をその存立において保護し、国家の影響から守られている私的な生活形成の領域を保障するもの」である以上、「夫婦は、婚姻をいかにしていくかについて自己決定することができる」し、「国家が夫婦に離婚するよう強制すれば、それは、継続的な生活・責任共同体としての婚姻の構造メルクマールと矛盾するだけでなく、「現存の婚姻から基本法 6 条 1 項が保障する保護を奪うこと」にもなり、「それ以上に、夫婦は、夫婦として継続して共同生活する彼らの決定の自由を、そして婚姻に認められる存立保護についての信頼を重大に侵害される」ということである。連邦憲法裁判所は、成立段階で男女間の婚姻として適法に成立している以上、「夫婦の一方が婚姻期間中に性同一性障害をカミングアウトし、その知覚され、あるいは婚姻中に手術によって変更された性別に従って生活するような夫婦の婚姻も、基本法 6 条 1 項の保護の下にある」のであって、「現存の婚姻に基づく生活・責任共同体を存続させようとする両配偶者の意思が存在するならば、この婚姻の保護の放棄は存在し」得ず、「既婚の性同一性障害者が自己の心理的および身体的構成に基づき自己が帰属すると考える性別に法的に分類される権利を得ようとすることから婚姻の保護の放棄を推論することは、憲法上許されない」⁹⁷⁾ とするのである。

連邦憲法裁判所は、婚姻の保護に関して立法者と性同一性障害者・その配偶者の間の対立する利益が基本法 6 条 1 項という同じ基本権によって保障されたものになることを指摘する。しかし、男女間の生活共同体としての婚姻の維持という立法者の客観的利益は、過去において適法に自己決定された婚姻とそれを継続しようとする個人の主観的利益との関係において、小解決には非婚要件を課さず、同性ペアによる婚姻という外観上の存在を立法者が容認しているということや、婚姻ではないがそれに類似する同性ペアによる生活パートナーシップ制度の存在により弱められることになる。さらに、その両者の衡量において決定的なのは、基本法 6 条 1 項と、基本法 1 条 1 項と連携した 2 条 1 項との協働であって、後者によって保護される「性別のアイデンティティの承認を求める権利」の重要性である。結局、「非婚」要件がもたらす特別の負担は、立法者の意思を実現するために、既婚の性同一性障害者に一方の基本権の実現を他方の基本権の放棄に依存させる決定を強いるものであり、さらにそれは配偶者の基本権上の地位をも巻き込み、利害関係人に解決不能な選択を強要することになる。それ故に、連邦憲法裁判所は、性転換法の大解決における「非婚」要件の付加を憲法違反とする判断を下したのであった⁹⁸⁾。

但し、連邦憲法裁判所は、違憲判断から直ちに「非婚」要件の無効を導いてはいない。む

97) A.a.O., S. 197ff. なお、この判断に続けて、婚姻の終了を促すことは、当事者双方に婚姻の保護の剥奪という結果をもたらすことになる結論づけている。というのも、性同一性障害者の配偶者も「彼女らが一緒に生活し、お互いに責任を負う意思を有している限り、合法的に成立した婚姻の存続を信頼して」おり、自らが相手方の性同一性障害を持つ「配偶者の性別のアイデンティティの法的承認を受けることを妨げてしまうのか、あるいは、自己の意思に反してパートナーと離婚し、彼との別居を甘受するだけでなく、婚姻と結びつき、離婚によって失われる法的保障も喪失するののか」という決定」をしなければならない状況に追い込まれるからである(A.a.O., S. 200)。

98) A.a.O., S. 200ff.

しろ、「性転換法 8 条のその他の要件を充足し、出生届で届出られた性別とは別の性別に属することの確認を得ようとする既婚の性同一性障害者が、どのようにすれば婚姻として保障されたパートナーシップを終了することなくこの確認を得ることができるのかを決定するのは立法者である」として、連邦憲法裁判所は「非婚」要件の違憲確認の判断にとどめた。そして、立法者による解決策として、「性同一性障害者の今までの婚姻がいずれにしても法的に保障された責任共同体として存続し続けることができるよう」配慮したうえで、「性別変更の確認によって身分法上同性となったペアが婚姻を続けることを認めないことと決定」し、「性別変更の承認の法的効果によって（従来婚姻として存続してきた）責任共同体を登録された生活パートナーシップに移行」すると決定することができるし、「既婚の性同一性障害者に婚姻の存続の場合にも性別変更の法的承認の可能性を開き、そのために性転換法 8 条 1 項 2 号を削除するという決定をすることもできる」との方法が示される⁹⁹⁾。

以上のように、連邦憲法裁判所は、基本法 1 条 1 項と連携した 2 条 1 項の一般的人格権から導かれる自己決定的な「性別のアイデンティティの承認を求める権利」が基本権として承認される以上、それと複合的に生活パートナーシップという制度の存在を考慮することで、非婚要件の比例原則違反を導き出す。そして同時に、そこには、性別変更前の異性の当事者間の自己決定に基づき形成された「婚姻」という生活共同体が基本法 6 条 1 項により保護されていることから、性別変更を認めた後に登場するであろう同性間の生活共同体の破壊に対する懸念も存在している¹⁰⁰⁾。そのために、この決定において重要なポイントは、一般的人格権と「婚姻」の保護を協働させることによって、男女間の自己決定によって適法に形成された「婚姻」を、当事者間でのその生活共同体の解消の意思がないにもかかわらず離婚を強要するような規制を課すことは、憲法上、一般的人格権の実現に対しても婚姻の保護に関しても許されないとされているということである。

(2) 一般的平等原則によるさらなる挑戦

2008 年の連邦憲法裁判所の決定後、連邦議会は、2009 年 7 月 17 日に性転換法 8 条 1 項 2 号を削除する決定を下した。すなわち、立法者は、既婚の性同一性障害者の性別変更によって同性同士となったパートナー間の生活共同体を生活パートナーシップへと移行させるのではなく、婚姻関係を継続しようと欲する当事者の意思を尊重することによってその解消を求めないという方法で問題の解決を図ったのであった。その結果、既婚の性同一性障害者に大

99) A.a.O., S. 201ff. 但し、前者の方法（生活パートナーシップへの移行）を採用した場合、「婚姻によって得られた権利と賦課された義務は、登録された生活パートナーシップでの前記のペア（性別変更を受けた性同一性障害者とその配偶者）に損なわれることなく維持され続けている」ことが保障されなければならない、後者の方法（「非婚」要件の削除）を採用した場合、婚姻は維持され続けるから、それは基本法 6 条 1 項の下での保護を享受しているということが確認されている。

100) この点の指摘は、Stephan Stüber, Anmerkung, JZ 2009, 49 (50ff.). また、春名・前掲注 92) 132 頁参照。

解決を認めるのであれば、そこでの「婚姻」を生活パートナーシップあるいは別の新たな生活共同体としての制度に移行させる方が「婚姻」概念という観点からは体系整合的といえたであろうが、立法者は、非常にまれな事態として同性による婚姻の存続を甘受しようとしたといえる。しかし、そのような例外的な同性婚は、出発点での同性による婚姻が一般的人格権によって保護されているからではなく、それが出発点においては異性間での自己決定によって形成されているために基本法 6 条 1 項によって保護される結果、登場するものにすぎない¹⁰¹⁾。結局、この立法者の判断から、生活共同体の形成時点で男女間の合意がなければ「婚姻」とはいえないが、一旦「婚姻」が適法に成立すればそれは基本法 6 条 1 項の下で保護され、そのような生活共同体の維持に両パートナーが男女であることは必ずしも必要とされないことになる。言い換えれば、2008 年の連邦憲法裁判所の決定に端を発する立法者の解決策によって、男女間の合意は「婚姻」の成立要件として維持されたが、性転換法の規定上(大解決の「非婚」要件の削除)、男女という「両性」要件はもはや「婚姻」の維持・継続要件ではなくなっているということである¹⁰²⁾。

「婚姻」に関するそのような「両性」要件のとらえ方が一応憲法上認められるとすれば、「婚姻」と「生活パートナーシップ」の区別はもはやほとんど意味を持たないのではないか、換言すれば、異性のペアあるいは同性のペアによる生活共同体を「婚姻」との関係でどのように区別し得るのかという問題が提起される。ここで、基本法の下でのもう 1 つの一般的基本権条項、すなわち基本法 3 条 1 項の一般的平等原則をめぐる問題が登場する。従来、「婚姻」における平等原則の問題としては、パートナーである男女間の平等(この問題は一般的平等原則というよりも基本法 3 条 2 項の男女同権の 1 場面ととらえられていた)や、適法に成立した婚姻の様々な形態(例えば専業主婦または専業主夫あるいは共稼ぎ、同居か別居かなど)の間の平等取扱い、さらには共同生活の様々な形式(例えば法律婚と事実婚)の間の平等取扱いが取り上げられていた。ここで取り上げられる男女間の婚姻と同性間の生活パートナーシップの平等取扱いの可否は、まさに最後の問題領域に分類される。そしてそこでの重点は、まさしく基本法 6 条 1 項の核心部分に触れることになる。すなわち、「婚姻」は私的な生活共同体の特別な形式として憲法の特別の保護の下に置かれているのか、それとも、それは私的な生活形成の他の形式と平等に取り扱われなければならないのかが問われることになるのである。後者であれば、基本法 6 条 1 項という「婚姻」保護の規定は、ほとんど意味を持たないことになるのではないかという問題をも含みながら、基本法 3 条 1 項の下での両者の不平等取扱いに関する憲法上の正当性審査が展開されることになる¹⁰³⁾。

連邦憲法裁判所は、2002 年の生活パートナーシップ法を合憲とした判決で、生活パートナ

101) この点の指摘は、von Coelln (Anm. 52), S. 357.

102) 春名・前掲注 92) 132 頁参照。なお、Stüber (Anm. 100), S. 51 では、2008 年決定の結果、連邦憲法裁判所も、従来の「婚姻」概念の男女という要件は、「婚姻」が適法に成立するためのものととらえているとしている。

103) Benedict (Anm. 87), S. 478. そこでは、この平等原則が、20 世紀後半から現在の 21 世紀の初めまで、「婚姻」をめぐる領域の問題にとっても決定的に支配的な役割を果たしていると指摘されている。

ーシップ制度を法的に認めても「婚姻」を否定するわけではなく、また後者を前者に比して劣後させるものではないとの判断の前提として、生活パートナーシップ制度と「婚姻」を区別することで基本法 6 条 1 項の意義を留保していた。そして、場合によっては基本法 6 条 1 項の制度保障を援用することで、単身者や「婚姻」以外の生活形式にある者の権利を「婚姻」関係にある者のそれよりも不利に取り扱うことが正当化されることもあったと指摘されていた¹⁰⁴⁾。しかし、このような区別が事実上どこまで維持できるのかは問題とされ、区別自体の憲法上の正当化根拠の存在が問われ始めたのである。

この憲法上の問題に 1 つの決着をつけたのが、性転換法の改正直前に下された、公的サービス事業の遺族扶助給付からの生活パートナーシップにある者の排除の可否が争われた 2009 年 7 月 7 日の連邦憲法裁判所第一法廷の決定¹⁰⁵⁾である。この事件は、公的サービスに従事する者のための遺族扶助給付の領域で婚姻と生活パートナーシップを区別し、後者の関係にある者を当該給付の対象から排除する公的サービス事業共済(Versorgungsanstalt)が定める規則に従い、生活パートナーシップ関係にある者による当該給付を受ける地位確認を否定した連邦通常裁判所等の判決に対する憲法異議である。異議申立人は、生活パートナーシップ関係にある公的サービスに従事する者を婚姻関係にある者との比較において遺族扶助給付の領域で不利に扱う共済規則を基本法 3 条 1 項違反として非難し、違憲の規則に基づいて当該給付を受ける地位の確認を否定した連邦通常裁判所等の判決が異議申立人の一般的平等原則の基本権を侵害すると主張した。連邦憲法裁判所は、この問題について、公的サービス事業に従事する者に対する遺族扶助給付の領域で共済規則によって生活パートナーシップと婚姻を不平等に取り扱うことは基本法 3 条 1 項に一致せず、憲法異議によって「攻撃されている判決は、異議申立人の基本法 3 条 1 項の基本権を侵害する」¹⁰⁶⁾との判断を下した。

まず、連邦憲法裁判所は、共済規則による既婚者と生活パートナーの不平等取扱いを「十分に重要な区別理由が存在するか否か」という厳格な基準でその正当性の判定を行わなければならないとする。その理由として、連邦憲法裁判所は、共済規則による不平等取扱いが人的集団間の異なった取扱いであり、その取扱いが「性の志向性(sexuelle Orientierung)」という人格と結びつくメルクマールによるものであり、さらに遺族年金に関する連邦社会法典

104) A.a.O., S. 486. ただ、このような判断は、連邦憲法裁判所の第二法廷の部会決定(Kammer-Beschluss)で展開されているものであり、どちらかといえば立法者の形成の余地が広い財政的な優遇措置に関連して下されたものであったとされている。

105) BVerfGE 124, 199.

106) A.a.O., S. 217. なお、この事件では、共済規則は私法上のものであり、遺族扶助を含めた付加的給付は私法上の保険給付の形式をとるものであるから基本法 3 条 1 項の拘束を受けないのではないかという問題も提起され得るものであったために、連邦憲法裁判所は、実体的判断を下す前に、「共済規則は、共済が公法上の団体として公的任務を遂行するものであるが故に、直接基本法 3 条 1 項の平等の要請に基づいて審査されなければなら」ず、「当事者の合意によって遺族扶助給付に関する規律がなされているという理由で、それが一般的平等原則の拘束から免れるということはない」とした(A.a.O., S. 218)。

(SGB)ではそのような区別がないということを示す¹⁰⁷⁾。そのうえで、婚姻と生活パートナーシップの不平等取扱いについて、基本法6条1項との関係での区別の正当化に関する実質的理由の有無が審査されることになる。

連邦憲法裁判所は、不平等取扱いの憲法上の根拠として指摘される基本法6条1項との関係で、まず、「婚姻の憲法上の保護に基づき、婚姻を他の生活形式に対して優遇することは立法者に禁止されていない」との従来からの見解を出発点で確認する¹⁰⁸⁾。しかし、「他の生活形式が規制される生活実態や規範化によって追求される目標から婚姻と比較可能であるにもかかわらず、婚姻の特権化がそのような他の生活形式の不利益と同時に現れるならば、婚姻の保護を単に指摘するだけでそのような区別を正当化することはできない」との判断を提示する。というのも、「憲法上婚姻を助成し、その内容形成において婚姻を他の生活形式に対して特権化する権限から、他の生活形式を婚姻よりも不利に扱うような要請は引き出せず、そのような権限は基本法6条1項には含まれていない」からである。結局、他の生活形式が婚姻と距離を置いて内容形成され、少ない権利しか与えられないことを婚姻の憲法上の保護から導き出すことは憲法上根拠づけられず、不平等取扱いを正当化するためには、「基本法6条1項を単に援用する以上に、その都度の規制対象や目標に照らして他の生活形式の不利益を正当化する十分で重要な事情が必要になる」¹⁰⁹⁾とされることになる。

この点で、連邦憲法裁判所は、「遺族扶助において遺族として生存している生活パートナーを考慮していないことは、特別の、抽象的な婚姻の助成を超える実質的な正当化理由を必要とする」との判断を下す。遺族扶助が被保険者の労働対価とその遺族の生活扶助として支給されるという点で、婚姻と生活パートナーシップが生活共同体としてその結合の強度に違いはなく、いずれの生活共同体においても当該扶助の必要性に区別を正当化するほどの実質的な差異は存在せず、既婚の被保険者と登録された生活パートナーシップで生活している被保険者との間に、後者を排除するような不平等取扱いを正当化する違いは生じないとされる。また、夫婦の場合には遺族としての配偶者に子の養育という負担が残るという点も、すべての夫婦に子がいるわけではなく、さらに生活パートナーシップの場合にも連れ子がいることも少なくなく、養育は親子関係の問題として「婚姻」ではなく「家族」保護の問題であって、それに関しては婚姻も生活パートナーシップも個別の事情を考慮することなく形式的に両者

107) A.a.O., S. 219ff. そこでは1980年代以降の平等審査の新定式を提示して、人格と結びつくメルクマールによる区別の場合の厳格審査は欧州基本権憲章やヨーロッパ人権裁判所の判例と一致すること、さらに社会保障に関する一般法としてのSGBとの首尾一貫性において例外を認める場合の厳密な正当化理由の必要性が根拠として展開されている。

108) A.a.O., S. 225. ここで、連邦憲法裁判所は、人工生殖の社会法上の財政支援に際しての婚姻の優遇を、婚姻というものの法的に保障された責任関係と安定性の保障を考慮して正当なものとし、2007年2月28日の連邦憲法裁判所第一法廷判決(BVerfGE 117, 316)を1つの例として挙げている。この判決については、春名麻季「人権論の観点での生殖補助医療技術の利用制限—人工生殖をめぐる憲法問題の一考察—」金城大学紀要第12号(2012年)参照。

109) A.a.O., S. 226.

を区別することはできないとされる。このように、家族生活における婚姻と生活パートナーシップの間の相違の欠如を示したうえで、連邦憲法裁判所は、「婚姻との比較で登録された生活パートナーシップを不平等に取り扱うこと」は、厳格な審査の下での「諸要件に照らして正当化されない」と結論づける。ただ、連邦憲法裁判所は、違憲の結論に対する事件の処理方法として、一定の人的集団(ここでは生活パートナーシップ関係で生活する労働者)を受給対象として規定していない共済規則が一般的平等原則に違反する場合、それを無効によって処理することはできないとする。そして、規制の欠如を補完的解釈の方法で排除された人的集団にも拡張することにより治癒することができるが、それだけでなく、遺族扶助の給付に際しての婚姻と登録された生活パートナーシップとの平等取扱いを確保するような規制に共済規則を修正することは妨げられない、との判断¹¹⁰⁾が付け加えられている。

(3) 平等審査の「家族」関係への拡張

2008年および2009年の連邦憲法裁判所第一法廷の決定は、基本法1条1項の「人間の尊厳」原理に内包される人格価値と結びつく一般的基本権条項を梃子にして、基本法6条1項の規範内容に一定の修正をもたらしている。2008年決定は、基本法6条1項の「婚姻」概念における「両性」要件の持つ意味を限定する法改正を誘引し、2009年決定は、「両性」要件の意味変化に対応して生ずる婚姻と生活パートナーシップの区別の可否につき、結果として両者の区別を正当化困難なまでに否定して、両者の同一化をもたらすような効果を惹起する。すなわち、連邦憲法裁判所の判断により、基本法6条1項による「婚姻」の保護は、決して生活パートナーシップの不利益的取扱いをそれ自体では正当化するものにならず、基本法6条1項から「婚姻」に一定の助成措置を提供するのであれば、排除についてのよほどの正当化理由がない限り同じ助成措置を生活パートナーシップにも提供することが必要とされるに至っているのである。そしてそのような「婚姻」と生活パートナーシップの平等取扱いの必要性は、結局のところ、「婚姻」と同様の保護が生活パートナーシップにも必要とされ、その意味で、生活パートナーシップも基本法6条1項によって特別の保護の下に置かれていると考えることができる¹¹¹⁾のである。

さらに、連邦憲法裁判所の判断は、それぞれの事件で取り上げられた法分野、すなわち、性転換法や社会保障における優遇措置という領域に限定されない先例性を持つことになる。特に2009年決定では、生活パートナーシップの不利益的取扱いの正当化理由としての「婚姻」保護の意味を限定した点で、そこでの理由づけは給付措置に限定されない一般的な内容

110) A.a.O., S. 233f. なおそこでは、違憲の共済規則に基づき地位確認を否定した連邦通常裁判所等の判決は破棄され、事案を当該裁判所に差し戻す結論が示されている。

111) Christian Hillgruber, Anmerkung, JZ 2010, 41 (41f.). 但し、Hillgruber自身は、「なぜ婚姻を優遇し得る特別の保護の要請が、原理的に憲法上の区別の正当化理由にならないのか」という疑問を提起し、本文で示したような連邦憲法裁判所の判断には消極的な見解をそこでは展開している。

を持っていた。まず、婚姻の特権化が正当化されるのは、それが法的に結合した継続的なパートナー間の責任共同体として存続しているからであるとすれば、この点で、法的に承認されている生活パートナーシップ制度と婚姻は区別され得ないことになる。また、婚姻に対する財政的優遇措置の正当化理由としての、夫婦が子を持ち家族を形成する母体になるとされる点でも、そのような抽象的な期待が他の生活形式に対する婚姻の特権化へと導くものではなく、さらに、親と子の共同体としては生活実態から婚姻だけでなく生活パートナーシップも同じ状況にあることが確認される¹¹²⁾。そして、子の養育を理由にした「婚姻」保護を根拠に、生活パートナーシップを不利に扱うことができるような立法者の権限を否定し、同時に、「婚姻」保護は男女の生活共同体に関連するものであるのに対して、親と子の共同体に関連するのは「家族」保護であり、後者の保護の問題では、婚姻も生活パートナーシップも相違はない¹¹³⁾とされているのであった。

以上のような 2009 年決定の先例としての内容確認から、「婚姻」と生活パートナーシップを区別することの相対性は、問題を必然的に 2009 年決定でも触れられていた親子関係としての「婚姻」と生活パートナーシップの不平等な規制へと移行することになる。それは、やはり 2009 年決定で取り上げられた「家族」保護の対象としての夫婦を中心にする親子関係と生活パートナーシップのペアの下でのそれとの相違が許されるか否かを中心論点として展開される。そして、男女間の夫婦で生じ得る子に対する親としての規律内容と、生活パートナーシップにある同性のペアの親としての規律の違いが、後者の場合、パートナー同士で子をもうけることはできないことから必然的に養子制度の下で表面化してくる¹¹⁴⁾ことになり、その別異取扱いの可否が一般的平等原則の問題として提起されるようになる。

親子関係に拡張された一般的平等原則による憲法判断は、生活パートナーシップ関係の下での一定の形式での養子の可否が取り上げられた 2013 年 2 月 19 日の連邦憲法裁判所第一法定判決¹¹⁵⁾において示される。そこでは、2004 年の改正で追加された生活パートナーシップ法が BGB の継養子(Sukzessivadoption: ペアの一方向の養子を他方の養子にすること)に関する規定の準用を定めていなかった¹¹⁶⁾ために、婚姻関係では認められる継養子が、生活パー

112) この内容の詳細は、BVerfGE 124, S. 228ff.

113) 2009 年決定の内容を以上のようにとらえるのは、Tilman Hoppe, Anmerkung zu BVerfG, Beschluss vom 7. 7. 2009 -1 BvR 1164/07- Ungleichbehandlung von Ehe und eingetragener Lebenspartnerschaft im Bereich der betrieblichen Hinterbliebenenrente (VBL) verfassungswidrig, DVBl 2009, S. 1516 (1517f.).

114) この養子制度での生活パートナーシップにおける親子関係の問題について、2009 年決定も子の養育の必要性からの婚姻の優遇という理由づけの否定の中で触れていた。BVerfGE 124, S. 229f.

115) NJW 2013, S. 847ff. また、連邦憲法裁判所のホームページでこの判決の全文は入手可能である。
http://www.bverfg.de/entscheidungen/lis20130219_1bvl000111.html

116) 2004 年の改正によって追加された生活パートナーシップ法 9 条 7 項は、婚姻関係にない者による単身養子(Einzeladoption)や実養子(Stiefkindadoption)に関するBGBの諸規定は準用しているが、単身養子を「配偶者によっても養子として受け入れる」ことを定めるBGB1742条を準用していなかった。

トナーシップの下では認められないという点が問題とされた。そのために、連邦憲法裁判所は、生活パートナーシップ関係にある者による継養子の申立てが行われたハンブルク上級地方裁判所による憲法上の疑義からの移送決定を受けた具体的規範統制と、上記のような継養子の申立てを却下したハム上級地方裁判所の判決に対する憲法異議を、両方の事案とも、生活パートナーシップ法の継養子に関する BGB の規定の準用の欠如が基本法に一致するか否かという同じ憲法問題を提起するとして併合審理し、「確かに、親の監護・養育を受けることについての国家による保障を受ける子供の権利も、親としての基本権、家族としての基本権も、それらだけを取り上げると侵害されているとはいえない」が、「生活パートナーシップ法 9 条 7 項は、一方のパートナーの養子を他方のパートナーの養子にする可能性を否定して」おり、「婚姻関係にある一方配偶者の養子を他方配偶者の養子にできることや、一方パートナーの実子は他方パートナーの養子にできるとする限りで、基本法 3 条 1 項に違反する」として、「登録された生活パートナーによる継養子の排除は憲法に違反する」との判断を下した(Rn. 39)¹¹⁷⁾。

この事件での出発点は、基本法 6 条 2 項 1 文の「子の監護・養育の権利は、親の自然的権利であり、かつ何よりもまず親に課せられた義務である」という親子関係に関する権利義務規定との関係での問題である。そして、「基本法 6 条 2 項 1 文と連携した 2 条 1 項から、子は、親の監護・養育を受けることについての国家による保障を求める権利を有する」点は承認するものの、「その権利から、登録された生活パートナーの養子をもう一方のパートナーの養子にもできるようにする立法者の義務が導き出されるわけではない」こと(要旨 1)、「法律上子の親として承認されている同性の二人の者は、憲法上の意味でも親である」として、生活パートナーシップ関係にあるペアであってもどちらもが親になれることを確認するものの、「今まで生物学的な、あるいは単純法律上の親子関係になかった者は、子との社会的な家族関係において生活しているという理由だけで、基本法 6 条 2 項 1 文によって憲法上の意味での親になるわけではない」こと(要旨 2)として、子および親の基本法 6 条 2 項 1 文の実体的な権利の内容からの基本権侵害の主張は否定される¹¹⁸⁾。但し、これらの判断で示されている通り、基本法 2 条 1 項の「人格の自由な発展の権利」との連携での子の権利の承認や、社会的な親子関係の存在の承認により、そこでの権利義務を伴った生活共同体が基本法 6 条 1 項での「家族」と位置づけられるのか否かが問題として残る。そのために、連邦憲法裁判所は、これらの判断に続けて、継養子の否定が「家族」保護との関係で問題ないのか否かの

117) この事件については、判決理由に付された欄外番号（あるいは判決理由の要旨に示された番号）でその引用を示すことにする。

118) 要旨 1 の理由としては、確かに子の権利の存在と法律規定準用の欠如からの当該権利への国家の介入の存在は認めるが、国家の義務の履行には広い形成の余地があることを根拠に、準用の欠如をまだ形成の余地の範囲内(Rn. 45)とし、要旨 2 の理由としては、基本法 6 条 2 項の文言が「父および母」ではなく「親」となっていることから同性の二人の者が同時に 1 人の子の親になれることは承認する(Rn. 51)ものの、社会的な親子関係から直ちに憲法上の「親」としての地位が認められるわけではないこと(Rn. 57)が示される。

審査を行うことになる。

連邦憲法裁判所は、「家族」保護に関する問題について、まず、「登録された生活パートナーがもう一方のパートナーの実子または養子と社会的な家族共同体で生活している場合、彼らは、基本法 6 条 1 項によって保護される基本法上の意味での家族を形成している」という点の確認を行う。しかし、だからといって、「家族の法的内容形成に際して、立法者は、事実上親の機能を果たしている者に、そのことだけで養子にできるようにすることを直ちに憲法上義務づけられるわけではない」（要旨 3）として、「家族」保護の内容形成に広い立法者の形成の余地を認め、結論としては、子や親の実体的基本権侵害の場合と同様に、「家族」保護に関する基本権侵害も否定する。すなわち、「家族」保護については、「家族の絆の特に心理的・社会的機能の保護」にその本質的基盤を見出し、それは「法的な血族の存立が前提とされるわけではない」（Rn. 62）として、その「保護目的に鑑みて、同性の生活パートナーと一人の子から成る、継続的に存在する社会的な家族共同体もまた、憲法上の意味での家族である」（Rn. 63）とされている。しかし、継養子を認めていないことが、彼らの生活共同体としての家族形成を妨害するわけではなく、また、生活パートナーが同居している他方の生活パートナーの養子を自己の養子とし得ない結果から「家族の絆」が否定されているわけでもない。そのために、連邦憲法裁判所は、「立法者は、事実上の親子関係があるすべての場合に、完全な親の権利を付与するよう基本法 6 条 1 項によって義務づけられているわけではない」（Rn. 70）として、「家族」保護から導かれる家族基本権の侵害については否定している¹¹⁹⁾。

以上のような実体的基本権の問題についての判断にも関わらず、連邦憲法裁判所は、「生活パートナーシップ法 9 条 7 項は、登録された生活パートナーの養子をもう一方のパートナーの養子にもできるようにすることを否定しているが、婚姻関係にある一方配偶者の養子はもう一方の配偶者によって養子にできることや、生活パートナーの実子はもう一方のパートナーの養子にすることが可能であることにより、利害関係のある子そして生活パートナーは、平等取扱いを求める権利（基本法 3 条 1 項）が侵害されている」（要旨 4）として、一般的平等原則違反の結論を示している。そこでは、「平等原則は、規範名宛人あるいは規範の利害関係人のある集団が他の集団との比較において、両集団の間に異なった取り扱いを正当化し得るほどの質的・量的相違が存在しないにも関わらず別異に取り扱われている場合に侵害される」（Rn. 72）との一般的平等原則に関する一般原理が確立した判例として提示され、「継養子の否定は人格の発展にとって本質的な子の基本権に関連するが故に、憲法上の要件は、単なる恣意の禁止を超える」ものとして、「厳格な審査密度が適用されなければならない」（Rn. 73）

119) このような判断にもかかわらず、連邦憲法裁判所は、「家族」保護から導かれる「家族基本権による保護にとって、親が互いに婚姻しているか否かは問題ではなく、家族の保護は、非婚の家族も含む」（Rn. 64）し、「同性のペアが継続して事実上の親子関係において共同生活している場合には、家族の存立は、事実上否定され」ず、「そのような家族に家族基本権を否定することは、社会的な家族共同体の保護に向けられた家族基本権の意味と矛盾する」（Rn. 65）との見解も展開している。

との判断が下されている¹²⁰⁾。

厳格な審査密度での平等審査において、連邦憲法裁判所は、継養子の制限によって追求される一般的目標と不平等取扱いの関係をまず取り上げる。そこでは、子の福祉のための親の権利の競合回避(Rn. 76)、連鎖的養子による子の家族から別の家族へのたらい回しの回避(Rn. 77)という目標との関係で、婚姻夫婦の場合と生活パートナーシップの場合との間に違いはないこと、同性の親による子の養育上の不利益の指摘についても、そもそも継養子を否定しても生活パートナーシップ関係にある者との共同生活は否定されていないことから、そのような方法が不適切である(Rn. 81)だけでなく、むしろ継養子を認めることで子には精神的・心理的安心感を与えることができる(Rn. 83)し、二人の親ができることで子には権利増大の効果をもたらす(Rn. 90)という点が示される。さらに、養子縁組そのものが裁判所による個別審査の下で、子の福祉に適う場合にだけ承認されるのであるから、生活パートナーシップ関係に継養子を認めても婚姻夫婦の場合と同じ審査が行われるのであって、前者にそれを認めない正当化理由は存在しないとの判断が付け加えられる(Rn. 91)。また、「生活パートナーによる継養子は、婚姻締結の自由にも、夫婦に認められる婚姻の内的内容形成の自由にも触れることはない」し、それによって「婚姻」という制度の法的枠組み・効果に何らの影響も与えないことから、「基本法 6 条 1 項による婚姻の保護も、登録された生活パートナーによる継養子の排除を正当化しない」として、「婚姻」保護の観点でも、「生活パートナーによる継養子の排除を正当化しない」(Rn. 95)とされる¹²¹⁾。

このような平等審査に続けて、連邦憲法裁判所は、生活パートナーの実子と養子の区別、継養子に関する婚姻夫婦と生活パートナーシップの区別、実子を持つ生活パートナーの相手方となる生活パートナーと養子を持つ生活パートナーの相手方である生活パートナーの区別という点も平等原則との関係での問題になるとして審査対象とするが、それらの区別も実質的な正当化理由は存在しないとの判断(Rn. 102~105)を下す。結局、連邦憲法裁判所は、平等審査において、子ならびに親となる生活パートナー、そして生活パートナーシップそのものに対する不平等取扱いが、あらゆる点で正当化できないとの判断を下す。但し、この平等審査の下での憲法違反の判断は、生活パートナーシップ法による BGB の継養子の規定の準用の欠如を違憲とするものであるために、その準用を欠いている生活パートナーシップ法 9 条

120) そこ(Rn. 73)では、子の人格と結びつく権利にかかわるという理由に付随する形で、「一方の生活パートナーに受け入れられた養子の家族状況にのみ妥当する継親による養子の排除は、親が婚姻している、あるいは、子供が登録された生活パートナーの実子であるような他の継子家族の家族関係よりも価値がないような印象を子供に与える可能性がある」として、「基本法 6 条 1 項によって保護される家族の安定化機能をも侵害する」との理由も付記されている。

121) ここでも、連邦憲法裁判所は、2009 年決定で提示した「婚姻の特権化が他の生活形式の不利益を伴って現れる場合には、婚姻の保護要請を単に指摘するだけではその不利益を正当化でき」ず、「むしろ、比較可能な生活共同体の不利益の正当化のためには、基本法 6 条 1 項の単なる援用を超えて、その都度の規制対象・目標に照らして他の生活形式の不利益を正当化するに十分で重要な客観的理由が必要」との判断を基礎にしている。

7 項を無効にするのではなく違憲確認にとどめ、違憲状態の除去のための判断は立法者による新たな規制に委ねられることになる¹²²⁾。

5 まとめとして—基本権の下での「家族」・「親子」

ここまで見てきたように、ドイツ基本法の下での「婚姻」および「家族」の概念は、同性間の生活パートナーシップ制度の法的承認により一定の変容を被っている。それは、変容というよりも、連邦憲法裁判所の判例によって「婚姻」や「親子」概念が拡張されているという状況を招来しているといっても過言ではない。少なくとも基本法 3 条 1 項の一般的平等原則の下で問題になる生活パートナーシップの「婚姻」との比較における不平等取扱いにおいて、基本法 6 条 1 項の「婚姻」の保護がそれ自体では正当化理由にならない以上、生活パートナーシップも基本法 6 条 1 項の意味での憲法上の「婚姻」概念に分類できるととらえることに反対できる者は少なくなっていると指摘されるようになっている¹²³⁾。連邦憲法裁判所は、基本法 6 条 1 項の「婚姻」保護を首尾一貫して他の生活形式との区別義務や区別権限の付与規定ではないとする規範内容でとらえ、それ自体を一般的平等原則との関係での客観的な正当化根拠としては用いない姿勢を貫いている¹²⁴⁾。その結果、2013 年判決で示されたように、婚姻夫婦を基礎にその下で誕生した子という親子関係によって形成されるものを原型としていた「家族」概念が拡張され、それを背景に、同性であっても 1 人の子の「親」に同時になれるとする基本法 6 条 2 項 1 文の意味での「親」の概念も現在では拡張するに至っている。そこには、従来からの伝統的な「婚姻」や「家族」概念の質的変容が、まさに基本権の内容として展開されているといわれるのであった¹²⁵⁾。

ドイツでのこのような変化をもたらしたのは、生活パートナーシップの法的承認という外形的な要因もさることながら、連邦憲法裁判所の判例からもわかる通り、実は、基本法 1 条 1 項の「人間の尊厳」原理に内包される個人の人格的利益の保障の効果ということができる。上記の変容をもたらす大きなきっかけは、連邦憲法裁判所の 2008 年の性転換法による規制の違憲判断である。そこでは、性同一性障害者の一般的人格権から導かれる人格的利益とし

122) なお、「利害関係人を新たな規制まで待たせておくこと」は「継養子の拒絶と結びつく不利益に鑑みて、期待可能ではない」として、連邦憲法裁判所は、「経過規制は、登録された生活パートナーによる継養子の可能性が即座に可能とされることを保障する」ものとする判断を付記している。そのために、生活パートナーシップ法 9 条 7 項には、括弧書きで「本法 3 条 1 項に違反するとした BVerfGE v. 19.2.2013 I 428 - 1 BvL 1/11, 1 BvR 3247/09 の判決内容に従ってのみ適用される」との補足内容が付記されている。

123) Michael & Morlok (Anm. 61), S. 147f. そこでは、「生活パートナーシップも、継続的で親密な共同体の機能を果たし得る」という点を 1 つの大きな理由に挙げている。

124) この点については、Philipp Reimer & Matthias Jestaedt, Anmerkung vom BVerG, Urt. v. 19.2.2013, JZ 2013, S. 468 (469).

125) A.a.O., S. 470f.

での「自己決定された性別のアイデンティティの承認を求める権利」と共に、同じく夫婦間での婚姻締結とその継続の自己決定の保障を強調することで、大解決における「非婚」要件が違憲と判断された。その違憲判断をきっかけに、同性同士であっても「婚姻」を維持し得る法律改正が行われ、それが生活パートナーシップと「婚姻」の区別の相対化を惹起したのであった。また、その区別の相対化は、人格的価値に関わる人的集団間の区別のメルクマール¹²⁶⁾の利用に対して、厳格な審査密度で臨む平等審査の方法でも強調される規範内容として提示されている。結局、「婚姻」の保護は、そのような人的集団・生活共同体を形成する個人の人格的価値としての自己決定に支えられ、そのような自己決定によって形成されているからこそ保護される、同時に「家族」の保護も、もはや血縁のみで親族を保護するというものではなく、自己決定に基づく生活共同体において一定の絆をもって人格的価値がやはり認められる子を監護・養育する場となるから国家によって保護されるという内容のものにとらえることができるようになってきているといえることができるであろう¹²⁶⁾。

ドイツやヨーロッパ諸国とは異なり、日本では同性間の生活パートナーシップ制度は存在せず、その制定についての議論もほとんど見ることはない。そのために、ドイツの議論は全く無関係の、ヨーロッパでの議論と割り切ってしまうことができるのか否かは、さらなる検討が必要になろう。しかし、それとは別に、日本国憲法の下での「婚姻」や「家族」の問題を基本権の下でとらえ直してみれば、やはりドイツと同じように、なぜ「婚姻」や「家族」が保護されるのかを検討する必要があることは既に指摘したとおりである。その際に、憲法上、明文で規定されている「個人の尊厳」(日本国憲法 24 条 2 項)の意味を考え直すことは、ドイツの議論を参照すれば非常に重要で意義のあるポイントになろう。ここでは、その点を指摘するにとどめ、その考察は今後の課題として残される。

その課題の考察と同時に、あるいはその一部として、本稿執筆中に出た 2013 年 9 月 4 日の最高裁大法廷による民法 900 条 4 号ただし書の非嫡出子相続分差別違憲決定を、平等原則の問題としてだけではなく、日本国憲法 24 条の観点でどのようにとらえることができるのかの検討もここでは留保しておく。ただ、2013 年最高裁大法廷決定は、「種々の事柄の変遷等は、その中のいずれか 1 つを捉えて、本件規定(民法 900 条 4 号ただし書=春名)による法定相続分の区別を不合理とすべき決定的な理由とし得るものではない」として、事情変更や子の被る不利益を個別に取り上げてもそれらは憲法違反の理由としては不十分との判断を示している点で、ドイツ連邦憲法裁判所の 2013 年判決の個々の実体的基本権侵害の主張を個別的に 1 つひとつ取り上げればすべて憲法違反とまではいえないとの判断に非常によく似た法的構成を提示する。ところが、いずれの判断も、平等原則には違反するとの結論になっている。そして、最高裁大法廷決定の違憲判断が、1995 年大法廷決定の判断との「攻守逆転の

126) このような人格的価値で「婚姻」や「家族」をとらえることについては、Michael & Morlok (Anm. 61), S. 143. そこでは、基本法 6 条 1 項は人格や個人性の保護の基本権としてとらえることができる点を指摘し、それは、同じ機能的関係でとらえられているヨーロッパ人権条約 8 条 1 項の「私的および家族生活の尊重を求める権利」とパラレルになると指摘している。

実体的判断をもたらした要因は、様々な事情変更(判決の用語によれば事柄の変遷)そのものではなく、それらを総合的に考慮した結果導き出される『家族という共同体の中における個人の尊重』の要請であった」¹²⁷⁾との指摘を考慮すれば、日本の場合も、基本権の下での「家族」・「親子」とは個々人の集合体とのとらえ方から出発することが必要かつ重要になるのではないかという点を、本稿のまとめとして指摘しておく。

127) この点の指摘は、井上典之「婚外子相続分違憲最高裁大法廷決定—最大決平成 25・9・4—憲法の立場から」論究ジュリスト 8 号 98 頁(2014 年)103 頁参照。

