

調査資料 2017-2

平成 28 年度国際政策セミナー報告書

家族の ダイバーシティ

ーヨーロッパの経験から考えるー



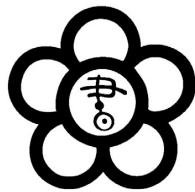
国立国会図書館

調査及び立法考査局

2017 年 10 月

家族のダイバーシティ —ヨーロッパの経験から考える—

平成 28 年度国際政策セミナー報告書



2017 年 10 月

国立国会図書館
調査及び立法考査局



会場風景 国立国会図書館新館講堂



パネルディスカッション風景



基調講演者 マルティン・ネットスハイム氏



コーディネーター 磯村保氏



パネリスト 松原光宏氏



パネリスト 窪田充見氏



パネリスト 水野紀子氏



解説者 山口和人

はしがき

国立国会図書館調査及び立法考査局は、重要な国政課題について、分野を横断したプロジェクト・チームを編成し、多様な視点から調査・分析を行う「総合調査」を実施しております。平成 28 年度は、「ダイバーシティ（多様性）社会の構築」をテーマに選び、調査を行いました。

総合調査の一環として、海外から専門家を招へいし、日本の専門家も交えて議論を行う「国際政策セミナー」を開催しております。平成 28 年度は、「家族のダイバーシティ—ヨーロッパの経験から考える—」と題して、11 月に実施いたしました。この報告書は、その概要を取りまとめたものです。

近年、日本では、地方自治体の間で、同性カップルに証明書を発行するなど、新しい動きをみることができます。一方、ドイツでは、同性間の婚姻を認めていない段階で、同性カップルの関係を保障する「生活パートナーシップ制度」を 2001 年に導入し、同性カップルを法秩序に統合するようになりました（なお、本年、同性間の婚姻を認める法改正が行われています）。

国際政策セミナーでは、磯村保教授（早稲田大学大学院法務研究科）をコーディネーターに迎え、ドイツの憲法学者のマルティン・ネッテスハイム教授（テュービンゲン大学法学部）に、ドイツにおける生活パートナーシップ制度と憲法との関係について基調講演を行っていただきました。基調講演に引き続いて、憲法学及び民法学の立場から日本の専門家のコメントを頂き、パネルディスカッションを行いました。パネルディスカッションでは、ドイツの事例とその意義、日本への示唆などに係る貴重な議論がなされました。

この報告書では、これら全般に係る御紹介ができたかと思えます。

本書が、日本の家族制度の在り方とダイバーシティ社会に関する取組に係る国政審議の参考となることを願っております。また、総合調査「ダイバーシティ（多様性）社会の構築」の報告書も本年 2 月に刊行しておりますので、そちらも是非御高覧賜れば幸いです。

平成 29 年 10 月

調査及び立法考査局長 坂田 和光

家族のダイバーシティ—ヨーロッパの経験から考える— 平成 28 年度国際政策セミナー報告書

目 次

解説	山口 和人	1
概要		7
基調講演		
基本権に基づく圧力にさらされる伝統的法制度—婚姻を例に考える— マルティン・ネットスハイム		
プレゼンテーション資料 (太田航平訳)		9
講演の内容 (太田航平・村山美樹訳)		19
パネリスト・コメント (1)		
性的少数者と憲法の発展	松原 光宏	
プレゼンテーション資料		41
コメントの内容		47
パネリスト・コメント (2)		
家族の多様性と民法	窪田 充見	
プレゼンテーション資料		53
コメントの内容		61
パネリスト・コメント (3)		
日本家族法の特徴と婚姻の行方	水野 紀子	
プレゼンテーション資料		67
コメントの内容		71
パネル・ディスカッション (コーディネーター 磯村 保)		75
資料		
同性パートナーに係る法制度の種類		91
ドイツ「登録生活パートナーシップ法」(2001 年制定) のあゆみ		91
ドイツ「登録生活パートナーシップ法」の概要		92
参照条文		93

Family diversity: From European experiences

A report of FY 2016 International Policy Seminar

Contents

Introduction

Kazuto Yamaguchi	1
------------------------	---

Program	7
----------------------	---

Keynote Speech

Martin Nettesheim, *Traditional Legal Systems under Pressure from Fundamental Rights
—In the Case of Marriage*

Presentation Slides (Translated by Kohei Ota)	9
Contents of the Presentation (Translated by Kohei Ota and Miki Murayama)	19

Panelist Commentary (1)

Mitsuhiro Matsubara, *Sexual Minorities and the Development of the Constitution*

Presentation Slides	41
Contents of the Commentary	47

Panelist Commentary (2)

Atsumi Kubota, *Family Diversity and the Civil Law*

Presentation Slides	53
Contents of the Commentary	61

Panelist Commentary (3)

Noriko Mizuno, *The Characteristics of Japanese Family Law and the Future of the Marriage System*

Presentation Slides	67
Contents of the Commentary	71

Panel Discussion (Moderated by Tamotsu Isomura)	75
--	----

Referential materials

The categories of legislative systems related to same-sex couples	91
The development of the German act on registered life partnerships enacted in 2001 ...	91
Summary of the German act on registered life partnerships	92
Referential provisions	93

解説

前 国立国会図書館 調査及び立法考査局
専門調査員 行政法務調査室主任 山口和人

はじめに

国立国会図書館調査及び立法考査局では、毎年、重要な国政課題をテーマとして、内外の最高の知見を有する研究者が議論を戦わせる「国際政策セミナー」を開催している。2016年度においては、「家族の多様性」をテーマに取り上げた。ただし、テーマとしては極めて広範であることから、家族の在り方のうち、婚姻を中心とするパートナーシップの問題に焦点を当てることとした。これは、特に近年、LGBTと称される性的少数者のパートナーシップの法的保護の問題が世論の注目を集めていることを考慮したものである。そして、近年相次いで同性間の婚姻を認めつつあるヨーロッパ諸国の動向を視野に入れつつ、同性間の婚姻は認めていないものの⁽¹⁾、2001年以降、「生活パートナーシップ」という制度を設け、登録した同性カップルに対して一定の法的保護を与えているドイツの事例から、何を学ぶことができるのかをテーマの中心に置くこととした⁽²⁾。なお、ドイツの生活パートナーシップの制度は、2002年の連邦憲法裁判所の合憲判決をはじめとする判例の展開にも後押しされ、現在では、婚姻とほぼ同じ法的保護を与えられるに至っている。

以上のような問題設定を行った上で、ドイツの生活パートナーシップ制度をめぐるこれまでの経緯と今後の課題について、特に憲法学の観点からの分析を行っていただくため、テュービンゲン大学法学部のマルティン・ネットスハイム（Martin Nettesheim）教授を講師として招へいした。ネットスハイム教授は、ドイツの高名な公法学者であり、その研究領域は、国家法（憲法）のほか、ヨーロッパ法、国際法等広範囲に及び、多数の著作が公刊されている。教授は、日本の法学者との共同研究も積極的に行っており、2012年にテュービンゲン大学で行われた日独共同のシンポジウムの記録『法における高齢化社会』⁽³⁾においては、今回コーディネーターをお願いした早稲田大学大学院法務研究科の磯村保教授（神戸大学名誉教授）（民法）と共に編著者となり、また、2015年9月に慶應義塾大学において行われた第1回日独憲法対話においては、事情により参加はかなわなかったものの、生活パートナーシップ制度の憲法学的分析に関する論稿を寄せている。このような事情から、このテーマについて語っていただくのに、ネットスハイム教授が最適任と判断し、セミナーの基調講演の講師をお願いすることとしたものである。

セミナーでは、2016年11月10日に国会議員及び国会関係者を対象としてネットスハイム

* 本報告書におけるインターネット情報の最終アクセス日は、2017年8月1日である。

- (1) その後、ドイツにおいて同性婚を導入する法案が議会で可決され、2017年7月20日に大統領が署名し、同年10月1日から施行されることにつき、文末の「編集付記」を参照。
- (2) ドイツの生活パートナーシップ法の解説及び翻訳としては、渡辺富久子「ドイツの生活パートナーシップ法—婚姻との関係をめぐって—」『外国の立法』No.270, 2016.12, pp.30-49. <http://dl.ndl.go.jp/view/download/digidepo_10225648_po_02700003.pdf?contentNo=1> を参照。
- (3) Martin Gebauer et al. (Hrsg.), *Alternde Gesellschaften im Recht : japanisch-deutsches Symposium in Tübingen vom 3. bis 4. September 2012*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2015.

教授による基調講演と質疑を行い、翌 11 日には一般参加者を対象に、ネットスハイム教授による基調講演に続いて、国内専門家であるパネリストからコメントの報告があり、最後にパネル・ディスカッションを行った。国内の専門家として、中央大学法学部の松原光宏教授（憲法）、神戸大学大学院法学研究科の窪田充見教授（民法・不法行為法・家族法）、東北大学大学院法学研究科の水野紀子教授（民法・家族法）にパネリストをお願いし、前述のとおり磯村教授にパネル・ディスカッションのコーディネーターをお願いした。筆者（山口和人）も解説者として参加した。なお、ネットスハイム教授による 10 日と 11 日の基調講演は、基本的に同じ内容であった。

基調講演の概要

ネットスハイム教授の基調講演は、「基本権に基づく圧力にさらされる伝統的法制度—婚姻を例に考える—」と題するもので、ドイツにおける婚姻に対する憲法上の保護の展開、また、生活パートナーシップ制度と婚姻との関係について論じるものであった。なお、この記録集に掲載した講演の内容は、ネットスハイム教授が、この講演のために準備した原稿の全訳であり、当日配布されたものである。当日の講演では、時間の制約上、割愛された部分があったことをお断りしておく。

基調講演の内容は、大きく 4 つの部分と結論に分かれる。まず、教授は、婚姻を同性カップルに認めるべきか否かという問題に関して、実定憲法（ドイツ連邦共和国基本法。以下「基本法」という。）と、基本権に基づく自由の要求との間に緊張関係が生じたことを紹介し、このような状況にどう対処すべきかという問題提起を行った（Ⅰ 伝統的な秩序モデルと変化したアイデンティティ形成）。次いで教授は、基本法上、唯一無二の共同体形式としての規範的地位を付与されている婚姻が、最近数十年間の連邦憲法裁判所の判決を通じて、家父長制や性別による役割分担などの伝統的秩序観念に依拠した概念から、当事者が平等に自由を行使し得る共同体形式へと変化してきたことを紹介した（Ⅱ 規範的観点から見た婚姻）。第三に、教授は、2001 年に導入され、その後の法改正と連邦憲法裁判所の判例の展開によっても後押しされ、内容的に拡充された生活パートナーシップの制度が、婚姻との関係で平等化に向かっている状況について論じた。また、本質的に同じ内容でありながら異なる名称を持つ 2 つの共同体形式が併存している現状を問題視し、婚姻と他の共同体形式とは、当事者の性別ではなく責任構造によって区別されるべきではないかと述べた（Ⅲ 婚姻の地位）。第四に、教授は、婚姻及び家族に関する基本法第 6 条第 1 項は基本権としてとらえることができ、この基本権によって立法者には婚姻に関する制度設計に関して一定の枠が課せられていると述べた。連邦憲法裁判所は、婚姻とは男性と女性の結合であるとの理解を今日に至るまで変更していないが、教授の見解では、裁判所がこのまま伝統以外の論拠を示さずに今後も同性カップルの婚姻への要求に対抗していくことが可能かどうかは疑わしい（Ⅳ 婚姻と基本権）。

以上の考察を踏まえて、教授は、婚姻と生活パートナーシップ制度とを、責任構造の異なる 2 つの制度として設計することは、裁判所ではなく民主的な立法者に委ねられるべき問題であり、連邦憲法裁判所は、婚姻についての現行の運用における違憲性を指摘することができるだけであると結論付けた（Ⅴ 伝統的な秩序モデルの保護と個人によるアイデンティティ形成の促進との間で）。

パネリスト・コメント

以上の基調講演を踏まえて、各パネリストがそれぞれの専門の見地からコメントを行った。松原教授は憲法研究者であり、ドイツ憲法にも通暁している。窪田教授と水野教授はともに民法（家族法）研究者であり、窪田教授はドイツ民法の、水野教授はフランス民法の法状況にも精通している。

松原教授は、コメントに先立ち、ネットスハイム教授の基調講演の解説を行った。まず、ネットスハイム教授が、「自律の現代的表現としてのアイデンティティ」という点から出発していること、自由に基づく新しい要求があり、新しい生き方が求められているにもかかわらず、制度がそれに対応していない場合、連邦憲法裁判所がこの要求をどのように取り扱うのかという観点から問題にアプローチしていることを指摘した。そして、ネットスハイム教授の立場が、「制度優位」ではなく「権利優位」の立場であること、1949年の基本法制定当時においては支配的であった婚姻と家族に関する基本的なロールモデルが、ドイツでは特に1970年代以降、大きく変化し、婚姻の機能が変わってきて法も変化を迫られたこと、2001年の生活パートナーシップ制度創設とその後の発展の諸事情について解説した。

次に、松原教授のコメントとして、憲法の規範性を考える際には現実との絶え間ないコミュニケーションが重要であること、憲法の解釈の変化には、その背後にある社会的事態が大きな役割を果たしていること、日本国憲法第24条を考えるに当たっては、婚姻と家族の関係についてどのようなロールモデルがあるかが重要であり、社会的事態の変化やそれに対する規範的コンセンサスの形成がまず注目されること、また、出発点として、制度から考えるのか、権利から考えるのかが、今後の論点として残ること等の指摘があった。

窪田教授は、同性婚の是非について、特定の立場にコミットしないという前提に立ち、むしろ認識を要する問題として、①同性の性的関係を禁止するの可否か、②同性の関係について法的な保護を与えるの可否か、③同性による婚姻を認めるの可否か、という3つのフェーズから成る複層的な構造が存在することを指摘した。窪田教授によれば、ドイツは、1994年まで男性間の同性愛行為を処罰していたことからフェーズ①の段階にあったが、それ以後は、フェーズ②ないし③の方向へと大きく振れることになった。このような法的判断の変化は、社会意識の変化をもってある程度説明できるが、それだけではうまく説明できない問題が残り、また、自己決定権に依拠した説明もあり得るが、これも家族の在り方という問題に関して無制限に説明として機能するわけではない、と窪田教授は指摘した。ひるがえって日本では、そもそもフェーズ①のレベルでの禁止はなされておらず、フェーズ②について家族法は何も規定していない。この点について、家族法上のアプローチとは別に契約によるアプローチも考えられるが、家族に関する事項について契約自由の原則が無限定に妥当するのかが疑問であると窪田教授は述べた。そしてフェーズ③については、そもそも婚姻とは何なのか、なぜ婚姻は社会において保護されるのか、という本質的な問いに直面することになること、また、この問題をめぐる議論には、保守対革新という図式とは別に、婚姻にこだわりを持つか持たないかという対立の軸があることなどを指摘した。

水野教授は、江戸時代に確立した日本の伝統的な家族が家を単位としていた点、同性愛につ

いても寛容な社会であったなど西欧社会の伝統的な秩序と大きく異なっていた点を指摘した。その上で、日本の家族法の特徴として、家族への公的介入がなく、婚姻、離婚、養子縁組などの身分行為が当事者（明治民法下にあつては家）の私的自治に委ねられており、婚姻の法的効果が非常に弱いこと、親権の制限は極めて例外的にしか行われなないことなど、民法が婚姻や家族を実質的に保護していない点を強調した。水野教授は、例えば日本の判例・通説は、事実婚に法律婚の効果規定を適用する「内縁準婚理論」を採用しているが、これは欧米では到底考えられない理論であり、その背景には日本の婚姻の法的効果が貧弱だということがあると述べ、また、日本とは対照的に、フランスでは、たとえ事実婚であっても子供の保護のためには親権行使に対する国家介入が強制的に行われることを紹介した。水野教授によれば、家族は、その中に自力では生きていけない弱者を抱え込んだ集団であり、婚姻とは、何よりもリプロダクションのための安定した仕組みであつて、次世代の人を育てるため社会や国家が両親に協力して子を守る繭を構築することなのである。また、水野教授は、同性婚を認めたフランスにおいても、同性婚当事者が生殖補助医療を利用することを禁じていることを挙げて、親の自己決定としてであっても、ドナーの生殖子を用いた生殖補助医療は、新しく生まれる生命に対する最低限のエチケットとして許すべきでないと主張した。

パネル・ディスカッション

基調講演及び各パネリストからのコメントを受けて行われたパネル・ディスカッションにおいては、会場からの質問への回答も含め、様々な観点からの議論が活発に行われた。

①自由の観点から同性婚あるいは生活パートナーシップを認めた場合、近親婚や一夫多妻制などを認めない根拠はどこに求められるのか、②当事者の自己決定権には一定の限界が存在するのではないか、その限界を判断する基準は何か、③生活パートナーシップを制度として保障せず当事者間の契約に委ねた場合に発生する問題点、④婚姻は「両性の合意」のみに基づいて成立すると規定する日本国憲法第24条と同性婚をめぐる日本の学説の状況、⑤ドイツでは法的保護の対象としての「婚姻」と「家族」は切り離して位置付けられているのか、⑥同性カップルが生殖補助医療を利用することの是非、⑦婚姻とは責任構造が異なる制度としてのパクス⁽⁴⁾をドイツでも導入する可能性、⑧家庭内の弱者を保護する力を持たない日本の婚姻法の問題性、⑨日本で同性カップルが共同生活をしようとした場合に予想される周囲の反応、⑩婚姻が憲法で保障される制度となっている理由等々、多種多様な論点について議論が行われた。

最後に、コーディネーターの磯村教授から、アメリカの現在の動きについての会場からの質問に答えて、「ヨーロッパの経験から考える」とのテーマとは異なるという回答も可能かもしれないが、と前置きがあった上で、ドイツと異なり各州が婚姻の要件を定める権限を有するアメリカの動向について、具体的な事件をめぐる2013年と2015年の2つの連邦最高裁判所判決を中心とした解説があった。磯村教授からは、さらに、婚姻とは私法上の権利義務関係だけでなく公法的な効果（例えば税法上の優遇措置）をも発生させるものであり、婚姻又は生活パート

(4) 民事連帯契約 (Pacte Civil de Solidarité: PACS)。「民事連帯契約に関する1999年11月15日の法」(Loi n° 99-944 du 15 novembre 1999 relative au pacte civil de solidarité)によって認められた制度で、共同生活を営む非婚カップルに対して、税控除や遺産相続、年金・保険給付など、結婚している夫婦に付与される権利の一部を認めるもの。同性カップル、異性カップルとも利用できる。

ナーシップの保護の在り方という問題を考える際には、その点も視野に入れる必要があるのではないかと指摘があった。そして、日本の社会で、これからどういう形で生活パートナーシップの問題が進んでいくのか、日本がこれからどういう方向に進むかということについて、我々全員が考えていかなければならない問題であろうとの磯村教授の総括をもって、セミナーを終えた。

おわりに

以上のとおり、今回の国際政策セミナーにおいては、日本における同性婚導入の是非という論点にとどまらず、ドイツ、フランス及び日本の法や社会の在り方まで視野に入れた、極めて広範で、同時に濃密かつ掘り下げられた議論が行われ、参加者は、それぞれに問題に対する認識を深め、多くの事を学ぶことができたように思われる。これもひとえに、ネットスハイム教授、磯村教授、松原教授、窪田教授及び水野教授の識見と御尽力の賜物である。ここに改めて、諸先生方への心からの感謝を申し上げる。

(本稿は、筆者が行政法務調査室在職中に執筆したものである。)

編集付記：本稿脱稿後、ドイツにおいて同性婚を導入する法案が議会で可決され、2017年7月20日に大統領が署名を行い、同年10月1日から施行されることとなった⁽⁵⁾。この法律は、ドイツ民法典の一部改正、生活パートナーシップ法の一部改正等の内容を含むものである。これらの法改正により、婚姻は同性の2人の間においても成立し得ることとなり、従前の生活パートナーシップも当事者間の意思表示により婚姻へと移行することが可能となる。また、施行後は、生活パートナーシップの新規登録はされないこととされている。

(5) Gesetz zur Einführung des Rechts auf Eheschließung für Personen gleichen Geschlechts, vom 20. Juli 2017 (BGBl. I S. 2787).

平成28年度国際政策セミナー

家族のダイバーシティ—ヨーロッパの経験から考える—

— 概 要 —

日 時： 平成28年11月11日（金） 14:00—17:00
 場 所： 国立国会図書館東京本館 新館講堂
 主 催： 国立国会図書館 調査及び立法考査局
 プログラム： 基調講演「基本権に基づく圧力にさらされる伝統的法制度—婚姻を例に考える—」
 解説
 パネリスト・コメント
 パネル・ディスカッション

基調講演者：

マルティン・ネットスハイム 氏（Prof. Dr. Martin Nettesheim, テュービンゲン大学法学部教授）
 1964年生。ベルリン自由大学法学博士。
 専門は国家法（憲法）、行政法、ヨーロッパ法、国際法等。ドイツの有力な公法学者の1人であり、ベルリン自由大学学問助手（Wissenschaftlicher Assistent）を経て、2000年4月から現職。
 主な著作に、『ヨーロッパ法（*Europarecht*）（第7版）』（共著、2016年）、『法における高齢化社会（*Alternde Gesellschaften im Recht*）』（磯村保教授等との共編著、2015年）等がある。

コーディネーター：

磯村 保 氏（早稲田大学大学院法務研究科教授・神戸大学名誉教授）
 昭和26（1951）年生。京都大学法学部卒。神戸大学法学部助教授、神戸大学大学院法学研究科教授等を経て、平成24（2012）年から現職。専門は民法。

パネリスト（五十音順）：

窪田 充見 氏（神戸大学大学院法学研究科教授）
 昭和35（1960）年生。京都大学法学部卒。博士（法学）。神戸大学法学部助教授・同教授等を経て、平成12（2000）年から現職。専門は民法・不法行為法・家族法。
 松原 光宏 氏（中央大学法学部教授）
 昭和39（1964）年生。中央大学法学部卒。ドイツ・キール大学法学博士号取得。中央大学法学部助教授等を経て、平成19（2007）年から現職。専門は憲法。
 水野 紀子 氏（東北大学大学院法学研究科教授）
 昭和30（1955）年生。東京大学法学部卒。名古屋大学法学部教授、東北大学法学部教授等を経て、平成12（2000）年から現職。専門は民法・家族法。

解説者：

山口 和人（国立国会図書館専門調査員・調査及び立法考査局行政法務調査室主任）

- * 本報告書における基調講演者、コーディネーター、パネリスト及び解説者の所属及び肩書は、本セミナー開催時点のものである。
- * 本報告書は、平成 28（2016）年 11 月 11 日の「国際政策セミナー」の発言を再現したものであるが、文意を損なわない範囲で一部修正を加えた。
- * 本報告書に掲載した基調講演は、平成 27（2015）年 9 月にドイツ憲法判例研究会が主催した「日本学術振興会 2015 年度二国間交流事業（セミナー） 第 1 回日独憲法対話 「憲法の発展—憲法の解釈、変遷、改正—」」において代読された基調講演者の原稿（マルティン・ネッテスハイム〔太田航平・村山美樹訳〕「同性婚への道筋—連邦憲法裁判所と立法者の役割について—」鈴木秀美ほか編『憲法の発展 I —憲法の解釈、変遷、改正—』信山社出版, 2017.10, 251 頁以下。）を参考としつつ、新たな視点に基づいて構想されたものである。時間の関係で、口頭では一部を省略したが、本報告書には基調講演者の用意した原稿の全文を掲載する。
- * 当日の通訳は、藤野哲子氏、萬代倫子氏が務めた。

※本報告書の編集作業は、国立国会図書館調査及び立法考査局行政法務調査室・課が担当した。

基調講演プレゼンテーション資料

基本権に基づく圧力にさらされる 伝統的法制度 —婚姻を例に考える—

国際政策セミナー
国立国会図書館 日本 2016年11月11日

テュービンゲン大学教授 マルティン・ネットスハイム博士

Traditionelle Rechtsinstitutionen unter grundrechtlichem Druck – am Beispiel der Ehe

Seminar
National Diet Library, Japan Nov.11th, 2016

Prof. Dr. Martin Nettesheim – Universität Tübingen

スライド 1

伝統的な秩序モデルと 変化したアイデンティティ形成

- 善き生についての集団的なイメージの喪失; 社会的に規範となる役割モデルの崩壊
- 自身でアイデンティティを形成することができるという観念; 善き生というコンセプトを発展させなければならないという義務感
- 生き方の多極化; 公共空間のリベラル化

Traditionelle Ordnungsmuster und veränderte Identitätsbildung

- Fortfall kollektiv getragener Vorstellungen vom guten Leben; Verlust der Normativität gesellschaftlicher Rollenmodelle
- Idee der Gestaltbarkeit der eigenen Identität; Vorstellung von der Aufgegebenheit der Entwicklung einer Konzeption des guten Lebens
- Pluralisierung von Lebensentwürfen; Liberalisierung der Textur des öffentlichen Raums

スライド 2

伝統的な秩序モデルと 変化したアイデンティティ形成

- 社会生活及び経済生活における法制度の変更; 婚姻における役割分担の定義の見直し
- 婚姻: 西洋において強く変更を迫られている憲法上の制度
- 社会からの変化の圧力に対して憲法はどのように反応すべきか? 憲法の改正は必要か、又は解釈の変更により同性カップルのために婚姻制度を開放することができるか?

Traditionelle Ordnungsmuster und veränderte Identitätsbildung

- Gesetzgeberische Umgestaltung von Rechtsinstitutionen im Sozial- und Wirtschaftsleben; Re-Definition der Rollenverteilung *in* der Ehe
- Ehe: verfassungsrechtlich definierte Institution, die im Westen starkem Veränderungsdruck ausgesetzt ist
- Wie reagiert das Verfassungsrecht auf den gesellschaftlichen Veränderungsdruck? Bedarf es einer Verfassungsänderung, oder wird eine Öffnung für gleichgeschlechtliche Paare durch Interpretation möglich sein?

スライド 3

婚姻の憲法上の解釈の変化

- 特別なパートナーシップの形態としての婚姻が憲法上特別な地位を得てきた歴史
 - ドイツ帝国、ワイマール共和国、基本法
- 連邦憲法裁判所の解釈: 婚姻は「男女の自然な結合体」
- 変更されつつある婚姻の評価; 善き生の一形態としての婚姻の再構築

Veränderungen verfassungsrechtlicher Deutungsmuster der Ehe

- Geschichte der verfassungsrechtlichen Stabilisierung der Ehe als besonderer Form der Partnerschaft
 - Kaiserreich, Weimarer Republik, Grundgesetz
- Bundesverfassungsgericht: Deutung der Ehe als „natürliche Verbindung von Mann und Frau“
- Tendenzen der Umwertung der Ehe; Rekonstruktion als einer möglichen Form guten Lebens

スライド 4

婚姻と生活パートナーシップの平等化 に向かう憲法裁判の歩み

- 2001年における登録生活パートナーシップの制度の創設; 婚姻の保護義務を定める憲法上の規定との整合性をめぐる争い; 2004年、法律改正により、生活パートナーシップと婚姻との一層の平等化
- 連邦憲法裁判所判決を通じた婚姻と生活パートナーシップとの段階的な平等化
 - 遺族年金; 相続税及び贈与税法; 家族手当; 土地取得税; 「継承的養子縁組」; 所得税合算申告; (いまだ) 平等化されていない養子に関する規定

Verfassungsgerichtliche Schritte zur Gleichstellung von Ehe und Partnerschaft

- Schaffung der Eingetragenen Lebenspartnerschaft im Jahr 2001; Streit um die Vereinbarkeit mit der verfassungsrechtlichen Schutzpflicht zugunsten der Ehe; gesetzliche Aufwertung der Partnerschaft im Jahr 2004
- Schrittweise Gleichstellung der Partnerschaft mit der Ehe durch das Bundesverfassungsgericht
 - Hinterbliebenenversorgung; Erbschaft- und Schenkungsteuergesetz, Familienzuschlag, Grunderwerbsteuer, „Sukzessivadoption“, Ehegattensplitting; (bislang) keine Gleichstellung bei der Adoption

スライド 5

婚姻と生活パートナーシップの平等化に向かう憲法裁判の歩み

- 憲法裁判所の論拠モデルの転換: 伝統による論拠から機能的・目的論的論拠へ
- 本質的には機能的に等価値の二つの生活形式の成立; 相違点: パートナーの性別
- 「区別すれども平等」: 根拠づけの可能性及び正統性?

Verfassungsgerichtliche Schritte zur Gleichstellung von Ehe und Partnerschaft

- Umstellung der verfassungsgerichtlichen Argumentationsmuster: von der Argumentation mit Tradition hin zu funktional-teleologischen Argumenten
- Entstehung zweier im wesentlichen funktional gleichwertigen Lebensformen; Differenz: Geschlechtlichkeit der Partner
- „Separate but equal“: Begründbarkeit und Legitimität?

スライド 6

婚姻と生活パートナーシップの平等化に向かう憲法裁判の歩み

- 緊張状態の政治的解決:
 - 同性カップルに対する婚姻の開放
 - 登録生活パートナーシップの「パートナーシップ・ライト」への変形

Verfassungsgerichtliche Schritte zur Gleichstellung von Ehe und Partnerschaft

- Politische Auflösung der Spannungslage:
 - Öffnung der Ehe für gleichgeschlechtliche Paare
 - Umformung der Eingetragenen Lebenspartnerschaft zu einer „Partnerschaft light“

スライド 7

憲法解釈学上の帰結

- 従来: 婚姻の本質的メルクマールの憲法への明記; 伝統的理解への依拠
- 婚姻を異性間のパートナーシップと定義する憲法理解の体系的な一貫性?
 - 憲法は、他の法制度を自らは定義せず、枠組みのみを設定する (例 契約, 所有権等)

Verfassungsdogmatische Konsequenzen

- Bislang: Verfassungsrechtliche Festschreibung der Wesensmerkmale der Ehe; Anlehnung an traditionelle Verständnisse
- Systematische Stringenz eines Verfassungsverständnisses, das die Ehe als gemischtgeschlechtliche Partnerschaft definiert?
 - Verfassung definiert andere Rechtsinstitute nicht selbst, sondern setzt nur einen Rahmen (z.B. Vertrag, Eigentum etc.)

スライド 8

憲法解釈学上の帰結

- 命題: 新たな憲法理解への移行の必要性
 - 安定し、かつ共同体の責任において成功するパートナー間の生活を保障する法制度を創出する憲法上の義務
 - 請求権の射程?
 - 枠組みとして憲法があらかじめ定めているもの; 具体的な形態を定めるにあたっての立法者の裁量の自由

Verfassungsdogmatische Konsequenzen

- These: Notwendigkeit des Übergangs zu einem neuen Verfassungsverständnis
 - Verfassungspflicht zur Schaffung von Rechtsinstitutionen, die ein gelungenes partnerschaftliches Leben in Stabilität und gemeinschaftlicher Verantwortlichkeit sichern
 - Reichweite subjektiver Ansprüche?
 - Verfassungsrechtliche Vorgaben als Rahmen; Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers bei der Festlegung konkreter Ausprägungen

スライド 9

伝統的な秩序モデルの保護と個人によるアイデンティティ形成の促進との間

- 従来の制度の憲法上の安定化の可能性及び限界
- 「社会の変化」の意味
- 憲法裁判所の裁量可能性の限界－立法者の新たな規律の任務

Zwischen dem Schutz überkommener Ordnungsmuster und der Förderung persönlicher Identitätsbildung

- Möglichkeiten und Grenzen verfassungsrechtlicher Stabilisierung herkömmlicher Institution
- Bedeutung des „gesellschaftlichen Wandels“
- Grenzen verfassungsgerichtlicher Gestaltungsmöglichkeiten – Aufgabe gesetzgeberischer Neuordnung

スライド 10

(太田航平 訳)

基調講演

基本権に基づく圧力にさらされる伝統的法制度 —婚姻を例に考える—

マルティン・ネットスハイム

太田航平・村山美樹 訳

〔当日の国際政策セミナーでは、時間の都合により予定原稿の一部が割愛されましたが、予定原稿全体の日本語訳を掲載いたします。〕

目次

- I 伝統的な秩序モデルと変化したアイデンティティ形成
- II 規範的観点から見た婚姻：「自然な（natürlich）」結合体から善き生の[・]₁[・]₂[・]₃の選択肢へ
 - 1 実定憲法による婚姻の安定化及び保障
 - 2 パートナーとの共同生活の1つの選択肢にすぎない婚姻
- III 婚姻の地位：憲法上保護された唯一のもの（Solitär）から他と競合するパートナー形式へ
 - 1 登録生活パートナーシップの創設を認める立法者の基本決定
 - 2 連邦憲法裁判所による婚姻と生活パートナーシップの平等化
 - 3 婚姻の「特別な保護」の霧消（Verflüchtigung）
 - 4 「区別され、かつ平等」：生じた事態の不安定さ
 - 5 婚姻と生活パートナーシップとの間の線引き：性別上の差異から責任構造の差異へ
- IV 婚姻と基本権：憲法から独立した婚姻概念の刻印付けから婚姻締結の自由の基本権としての現実化へ
 - 1 婚姻という憲法上の概念の憲法から独立した刻印付け
 - 2 制度保障による保護を通じた安定化？
 - 3 婚姻へのアクセスを求める基本権上の請求権—その射程と限界—
- V 伝統的な秩序モデルの保護と個人によるアイデンティティ形成の促進との間で

I 伝統的な秩序モデルと変化したアイデンティティ形成

我々は、自分にとって善き生とは何かということを理解し、その理解を発展させなければならないが、その発展のための枠となる条件は、この 50 年の間に、根本的に変化した。以前は、社会に「蓄積された (gespeichert)」模範が、方向性を示す基礎として意味を持つこともあったが、その大部分は壊れてしまった。人類は、それぞれの出自や好みに応じ、安定した社会秩序において保護される居場所を獲得しようと努力してきたが、その居場所は失われてしまった。たえず変化する社会環境の中で、多様な提案から、自分自身で独自のアイデンティティを形成するよう放任されている。自身のアイデンティティは自分で形成することができるという理念は、20 世紀に至っても（主に市民階級である）わずかな社会的階層に限って見られるものにすぎなかったが、今では、社会の隅々にまで浸透している。アイデンティティ形成が、既存のものに依拠し、それをまねるだけで成功することは少なくなっており、また、アイデンティティ形成は、既に定まっていることを現実化すべくうまくいくわけでもない。アイデンティティ形成を成功させるということは、自身の構想を発展させることであって、当然、常に失敗する危険を伴う。

20 世紀中頃から見られ、今日においてもなお終わることのない 1 つの流れの中で、社会関係、社会構造、社会慣習は、崩壊の兆しを見せ始めていた。伝統的観念とは関係なく人生設計を実現していくことが、基本的な指針となった。伝統的な指導像 (Leitbild) 及び諸制度に依拠することなく自己実現を求めることは、自己の存在を物語 (narrativ) として自分で決定するための重要な構成要素へと発展した⁽¹⁾。結果として、善き生とは何かを自分で理解する可能性が大きくなった。人々が「自然なもの (natürlich)」として順応してきた社会的役割は、完全になくなってしまった。そして主体性が新たに解放され、その解放は救済及び好機を意味したが、同時に、よりどころの喪失及びチャレンジングな課題をも意味するものであった。「私は何者か」及び「私は何者になりたいか」といった問題の答えを追究することは、その答えの可能性が流動的であるがゆえに、チャレンジングなものになっていった。

自律的な生という構想が、そのような変化と無関係であるはずがない。人生の成功を、一定の構想や形式（「出世」、「家族」、「郊外の一世帯住宅での生活」）をもって定義することは少なくなり、現在、ますますそのような定義はされなくなっている。むしろ人生の成功は、（多かれ少なかれ厄介な）アイデンティティの形成をよりどころとしており、そのようにアイデンティティを形成する過程において、無限にある多様な可能性から 1 つのまとまったアンサンブル (Ensemble) が出来上がるのである⁽²⁾。アンサンブルというものは、決して安定しておらず、常に流動的であり、検証されかつ試されているという重圧に絶えずさらされており、長きにわたって全く変化がないと、空虚さや味気なさといった性格を帯びるように思われてしまうものである。

(1) 伝統的なものに代わる構想を実現するというこのような努力は、社会的慣習にそぐわない服装の着用及び髪型についての闘争の中でのほか、「事実婚 (wilde Ehe)」での生活の評価をめぐる衝突の中で見られた。

(2) Jürgen Straub, *Theorien der Identität zur Einführung*, Hamburg: Junius, 2016 (未刊行)。アイデンティティの統一性が崩壊していることについてのポストモダンの見解については、Kenneth J. Gergen, *Das übersättigte Selbst: Identitätsprobleme im heutigen Leben*, Heidelberg: Carl-Auer-Systeme, 1996。

「アイデンティティ」の追求は、21世紀初頭の自律性を表す中心的なものになった。これまでも、このアイデンティティ形成に関する自由がどの程度及ぶのかについて争いが生じている⁽³⁾。

今に至るまで、秩序観念、指導的モデル (Orientierungsmuster)、役割についての進言といったものの多くは一掃されてしまい、今日では過去の思い出にすぎなくなっている。労働の伝統的構造は色あせ、家族の中での役割分担は根本的に変更され、さらに教会及び団体がかつて担っていた社会における指導的組織としての役割は、もはや多くの人々の生活の中で失われている。社会にあった指導的モデル (Leitmuster) は、交渉によって決めていくというプロセスに取って代わられた⁽⁴⁾。

ここまで述べてきたプロセスは、様々な基本権の中で表現されているように、平等な自由が約束されることによって、幾度も促進され、押し進められてきた。伝統的な秩序観念、それが職業、家族、私的生活の中にあるものであれ、そのような秩序観念に順応しなければならない場合、それは基本権によって審査され得ることとなった。また、比例原則を通じて合理性が要件として課されることになったが、伝統を参照するのみでは、もはやその要件を満たし得なくなった。

しかし、憲法 (Verfassung) 自身が、平等な自由を要求する上で問題となる制度を構成し、安定化させている場合、実定憲法はどのように対応するのだろうか。こうした緊張的状况は、婚姻を同性カップルにも認めるべきかどうかをめぐる争いの中で現れた。憲法は、婚姻及び家族を「特別の保護」(ドイツ連邦共和国基本法 [Grundgesetz. 以下「基本法」という。]) 第6条第1項の下に置いている。憲法が、婚姻を男性と女性との結合体として明示的に定義していないとしても、憲法制定手続に関わった人々が、制定後数十年間にわたって存在した実際の憲法現実と同じように、こうした理解をとっていたこと⁽⁵⁾は、いずれにせよ否定し得ない。

婚姻を同性カップルにも認めること及びパートナーシップと婚姻との関係をめぐる争いは、(特殊な方法において政治問題化していたとしても) 個人の生き方の核心を対象とし、同時に、社会組織の中心部分を含む制度にも関わっているために、ただの政治上の争いにとどまらない。また、(アメリカ合衆国のように⁽⁶⁾) 立法者の諸決定が基本権上の自由の要求に対抗できるかどうかという争いにとどまるものでもない。法律学の学説にて繰り広げられている、婚姻を同性カップルにも認めるべきかについての激しい争いは、むしろ、以下のように再構成されなけれ

(3) 例えば、Wesley Morris, “The Year We Obsessed over Identity,” *New York Times Magazine*, 6. October 2015; Brendan O’Neill, “The Crisis of Character: Identity Politics and the Death of the Individual,” *Spiked Review*, December 2015 を参照。例えば、白人のアメリカ人女性が自身をアフリカ系アメリカ人種族の構成員として捉え、様式化することが可能か否かといったことについては、論争がある。

(4) クオータ制を確立することによって、新たな規範上のモデルを(例えば会社法又は労働法の中で) 規定するような試みは、このような状況と逆行する傾向にある。

(5) Werner Matz, in: Peter Häberle (Hrsg.), *Entstehungsgeschichte der Artikel des Grundgesetzes: Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*, Bd. 1 n.F. (1951), 2. Aufl., Tübingen: Mohr Siebeck, 2010, Art. 6 S. 93 ff.

(6) アメリカ合衆国連邦最高裁判所 2015 年 6 月 26 日判決 (576 U.S. __ (2015))。同判決の評釈としては、さしあたり、Andreas Kulick, “Der Kristallisationspunkt moderner Verfassungstheorie: Werte, Verfassungsinterpretation und Gewaltenteilung in Obergefell v. Hodges,” *JuristenZeitung*, 71(2), 1. Januar 2016, S. 67.

ばならない。すなわち、憲法及び憲法裁判権は、社会に深く組み込まれた伝統的法制度を自由権に対抗する形で安定化させることがどの程度可能なのかという議論である。そのため、このような法学上の争いは、系列としては、争いのある他の分野、例えば人間を強制的に二元的な性システムへと組み込むことがどの程度可能なのかという近時において発生した争いにとっても参考になる⁽⁷⁾。

以下では、婚姻に関する実定憲法上の争いの由来及び発展の推移を詳細に描くということは差し控える。むしろ、婚姻の開放をめぐる争い⁽⁸⁾が繰り広げられることになった基本権解釈学上の背景をなしている実定憲法の基本的枠組みが、いかに変化したのかという点を3段階に分けて示していくことにする。

Ⅱ 規範的観点から見た婚姻：「自然な（natürlich）」結合体から善き生の1つの選択肢へ

1 実定憲法による婚姻の安定化及び保障

比較的長期間にわたる歴史的展開を概観する者は、人間によって形成された共同体の形式が、時の経過の中で変化してきたということを知っている。全ての共同体形式は洗練され、変化していった（古代ギリシャにおけるオイコス制度あるいは近代初頭における郊外地域でのホフゲマインシャフト（訳者注：オイコス制度及びホフゲマインシャフトは、複数の家族で構成される土地に基づいた共同体形式のこと）を想起されたい。）にもかかわらず、西洋世界のユダヤ・キリスト教的文化圏の中では2千年以上にわたり、男性及び女性による永続的な共同体（婚姻）が、常に中心的な共同体形式として機能してきた⁽⁹⁾。この共同体形式を中心に、両親と子供から成る共同体形式としての家族が持つ様々な形式及び特徴が形成された。もっとも、この家族の様々な形式及び特徴は、構造上、婚姻よりも開かれたものであり、変化しやすく、環境に依存するものである。男性、女性及びその子から成る核家族は、19世紀に次第に指導像のようなものとして姿を現したが、これもまた、近代の産業社会、労働と家庭の空間的な分離、大家族の解体といった諸条件の下で子供の社会化が期待され得るようになったという状況を表している。

家庭での共同生活の形式が多様であることを理由に、誤った結論を導いてはならない。婚姻を中心的かつ指導像を基礎付ける形式⁽¹⁰⁾として安定化させる、つまり、異性である2人の成人で構成される永続的なパートナーシップを法的に制度化するための努力は、西洋において社

(7) Judith Froese, “Männlich, weiblich oder weder noch? Zur Deutungshoheit über das Geschlecht,” *Archiv des öffentlichen Rechts*, 140(4), October 2015, S. 598.

(8) 概括的なものとして、Christoph Görisch, “Einfach-gesetzliche, verfassungsrechtliche und rechtsvergleichende Perspektiven eines gewandelten Ehebegriffs,” *Der Staat*, 54(4), December 2015, S. 591 ff.

(9) 婚姻の概念及び機能についての理解は、時間の経過のなかで本質的に変化した。例えば、婚姻は2つの一族の結合であって、新婦の父と将来の夫との間の交渉で決められるという考え方は、今は2人の自律した人間の自由な結合という考え方に取って代わられている。

(10) 指導像の観念については、Michael Germann, “Dynamische Grundrechtsdogmatik von Ehe und Familie?” *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, 73, 2014, S. 257(286); Stephan Rixen, “Das Ende der Ehe? Neukonturierung der Bereichsdogmatik von Art. 6 Abs. 1 GG: ein Signal des spanischen Verfassungsgerichts,” *JuristenZeitung*, 68(18), 20. September 2013, S. 864 (873).

会が形成されていく歴史の中で行われてきた。このように婚姻という共同体形式が安定化される際には、様々なメカニズムが共に作用してきた。そのメカニズムは、婚姻を理念的かつ宗教的に格上げするものもあれば、婚姻から逸脱する行為を社会的に排斥しようとするものもある。例えばローマカトリック教会において、婚姻が秘跡と称されたこと、さらに教皇庁の事典によって婚姻に基づく共同生活の内容が詳細に形づくられたことが挙げられるだろう⁽¹¹⁾。また、非婚の共同生活に対し、破門にまで至るような社会的ならく印を押し、あるいは非嫡出子として生まれた子を言葉によって差別し、社会において不利に扱うような様々な形式が存在したことも挙げられるだろう。女性は、多様な手段によって婚姻を締結するよう促されていた。法もまた、共同体形成の核心である婚姻の中心的な地位を守っていた。例えば、それは、婚外子とその父を血族関係とはみなさなかつた民法旧第 1598 条の規定を通じて行われていた。

いかなる形式において、2 人の人間が永続的かつ連帯した扶助を目的とした関係を維持するのかについて、社会が配慮するのは当然である。このようなことを決定することは、個人的かつ人格的な意義だけではなく、極めて国家政策的かつ社会政策的な意義も持っている。法的に安定化された永続的な共同体の中で共に生活したいという個人の自由の実現だけが問題となるのではなく、基本的な社会構造の保障といったような共同利益も同様に問題となる。社会的な共同生活にとって、基本的で重要な様々な期待（世代の交代、社会化、文化）は、この基本的な社会構造の実現に向けられているのである。2 人の人間関係における生殖の機会が（最適なものでないが、少なくとも）確保されるための諸条件が、いかに保障され得るのかという問題に対して、国家及び社会が無関心であることなどあり得ない。

ドイツの実定憲法において、婚姻（及び、そこから生じる家族）を安定化させ、保障しようとする努力はワイマール憲法（1919 年）で初めて明文化された⁽¹²⁾。基本法の起草者は、この考え方に従い、基本法第 6 条において「婚姻」及び「家族」という共同体形式に、唯一無二の特別な規範的地位を与えた。このような方法で憲法上守られている人間の共同生活の形式は他に存在しない。基本法の基本権部分において、善き生の特殊な一形式が傑出した形で強調され、さらに憲法上の保護及び保障が命じられる対象となることなど、基本法第 6 条第 1 項以外ではあり得ない。この基本法第 6 条第 1 項の構想が強い規範性を持つことは、基本法制定会議での審議において、とりわけ早い段階の提案の中で次のように表現された。すなわち「婚姻は男性と女性とによる法にかなった（rechtsmäßig）生活共同体の形式である」⁽¹³⁾。この提案は、基本法の中には入らなかったが⁽¹⁴⁾、それでも、婚姻についての考え方が、規範的な正しさの観念

(11) プロテスタンティズムでは、早い段階から、個人の自由を強調する見解に対し、明示的に慎重な態度をとっていることが認められる（Martin Luther, *Vom ehelichen Leben*, 1522）。

(12) 1848 年 3 月 28 日発効のドイツ帝国憲法（パウロ教会憲法）は、教会での婚姻及び世俗的な婚姻を規律すること及び、婚姻意思のあるパートナーが宗教を異にしていた場合の問題について規律することに限られていた（第 150 条）。

(13) Deutscher Bundestag und Bundesarchiv (Hrsg.), *Der Parlamentarische Rat, 1948-1949, Akten und Protokolle*, Bd. 14/II, München: Oldenbourg, 2009, S. 1339（強調は引用者）。基本法制定会議の中では 2 度、決着を求めて投票が行われた。対立していたのは、「定義」から出発し将来のいくつかの発展可能性を狭めようとする見解（Carlo Schmid, in: *ibid.*, Bd. 14/I, S. 611）と、少数者の見方にもできるだけ目を向けようとする見解（Otto-Heinrich Greve, in: *ibid.*, Bd. 14/II, S. 1345）であった。

(14) Adolf Susterhenn, in: *op.cit.*(13), Bd. 14/I, S. 606 f.では、自然法的な観念が強く強調されている。Schmid では、制度の実定性（Positivität）が強調されている（Schmid, *ibid.*, S. 604）。

によって刻印付けられることは、数十年にわたって続く公の討議を特徴付けてきた⁽¹⁵⁾。諸州の憲法規定においても、このような婚姻の思想は、明文化されており⁽¹⁶⁾、連邦憲法裁判所の判例の中でも、はっきりとその痕跡を残している。同裁判所の判決の中では、1980年代まではなお、共同生活の核心としての婚姻が唯一無二のもので、中心的なものであるという考えが見て取れる。例えば、1969年に連邦憲法裁判所は「基本法第6条第1項において憲法上保障されている価値観念によれば、婚姻は、男性と女性の間の包括的な生活共同体の正統かつ唯一の形式であり、子の健全な身体の成長は、原則として、婚姻の中で実現される父母を伴った完全な家族共同体で庇護されることを前提としている」⁽¹⁷⁾と定式化している。1987年の（したがって、「ボン共和国」の時代の最後に当たる）定式化は、1969年の定式化より弱い表現であったが、依然として明白に次のように主張している。すなわち「婚姻は…完全な家族共同体のただ1つの基盤であり、そのようなものとして、子の身体、精神及び情緒が最もよく成長するための前提条件である」⁽¹⁸⁾。

2 パートナーとの共同生活の1つの選択肢にすぎない婚姻

もっとも、当時でも上で述べられたような主張は、既に時代錯誤なものだと考えられていた。このような考えは、社会政策及び憲法理論の点でも当てはまる。婚姻だけが2人の成人から成る共同生活の正統な形式であるとする観念が、支持を失い、社会に根づかなくなっていくプロセスは、既に1970年代に始まっていた。重要なのは、このプロセスが、様々な展開の筋道が重なり合って発生したということである。このプロセスについては、多くのことが説明されてきた。個人主義化及び多元化の流れが、特定の共同体形式を「唯一の正統」で「完全な」共同生活の形式に様式化しようとする社会全体の取組を圧倒してしまったのである。「事実婚(wilde Ehe)」は社会におけるらく印を払拭し、社会の中でノーマルなものとなった。また、同性のパートナーとの共同生活も社会的ならく印を払拭し、それよりは長いプロセスがあったものの、男性の同性愛への刑法上の処罰も廃止された。夫婦の両者を労働市場の中に統合しようとする社会的関心は、婚姻の（連带的・責任的）構造にも影響を与え、婚姻の機能及び両パートナーのそれぞれの個人的な地位を再評価することにつながった。伝統的な役割論から脱しようとする女性の個人の自由及び自己決定についての関心がこれに重なった。若い人々がアイデンティティを確立するプロセスの中で、子供を持ちたいという願望の持つ意義も変化してきた。子の成長についての福祉及び国家的保障に対する考え方が変化したこと（とりわけ、そのことは、基本法第6条第5項をきっかけとした婚外子の平等化に表れている。）で、婚姻の外で家族を形成する

(15) 同性婚が、母と父という基本法上のイメージ世界の外にあったという点は、正しいかもしれない。しかしそれゆえに、パートナーの性別の問題は基本法第6条のテーマではないと結論付けることはできないだろう（これについては、Claus Dieter Classen, “Dynamische Grundrechtsdogmatik von Ehe und Familie?” *Deutsches Verwaltungsblatt*, 2013, S. 1086 (1089); Anna Katharina Mangold, “Nicht nur „kompetente Eltern“: Zur Überwindung von Stereotypen der Elternschaft und Ehe im Urteil des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts zur Sukzessivadoption durch Lebenspartner_innen,” *Streit*, 3, 2013, S. 107 (114); Susanne Berning, “Eingetragene Lebenspartnerschaft = Ehe?: Die Entwicklung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Rechtsinstitut der eingetragenen Lebenspartnerschaft,” Yvonne Becker und Friederike Lange (Hrsg.), *Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, Bd 3, Berlin: De Gruyter, 2014, S. 167 (196))。

(16) バイエルン州憲法第124条第1項は、以下のように述べる。「婚姻及び家族は、人間社会の自然的及び道徳的基礎であり、国家の特別の保護の下にある。」

(17) 連邦憲法裁判所 1969年1月29日の決定。BVerfGE 25, S. 167 (196)。

(18) 連邦憲法裁判所 1987年5月12日の決定。BVerfGE 76, S. 1 (52)。

ことにらく印を負わせようとする試みは一段と不可能なものになっていった。例えば、立法者は、離婚後の扶養請求権及び氏名権を適切な形に変えることで、対応していった。

しかし、連邦憲法裁判所自身も意味変化に寄与したのである。同裁判所は、自身が基本法第6条第1項を読む際、その理解の背景にあるものを、段階的に別のものに変えてきた。1950年代においてはなお、昔から存在し、伝統として前々からあるものによって刻印付けられた婚姻像⁽¹⁹⁾を指向していた。たとえ、それらの諸判決自体は、既に、婚姻の中にある役割モデルの突破を目指していたとしても⁽²⁰⁾。例えば、夫婦間暴力についての判決の中で、同裁判所は、基本法の下でも、婚姻は「1人の男性と1人の女性を、原則として解消されない生活共同体へと結合すること」としている。「この婚姻秩序の核心は、一般人の法感情及び法意識にとって不可侵（である）」⁽²¹⁾。その帰結として、同裁判所は、婚姻の構造原理を「法の外にある生活秩序」を形にしたものとして意味付けようと試みており、その生活秩序は「古くから受け継がれてきたもので、その核心は今なお変わらない」としている。

遅くとも1970年代には、連邦憲法裁判所の婚姻制度に対する視点は変化していた。婚姻は、2人の同権のパートナーが、平等に自由を行使し、そのときどきの地位について話し合わなければならないような社会的な結合体へと変化した。伝統的なモデル及び役割期待は、いまや退けられたのである。子供の国籍についての判決⁽²²⁾の中で、連邦憲法裁判所は、「家族の中心及び長としての父」という観念に対して異議を唱えている。家父長主義的な社会秩序及び「家父長」としての夫の地位という観念と共鳴するような国籍法の諸規定は憲法違反とされた。連邦憲法裁判所は、自由な自己決定を基礎とする「男性と女性との間によるパートナー関係」という言葉を使っている⁽²³⁾。そのような見解に従えば、男性と女性は異なっているという伝統的な観念は、もはや長くは維持されず、同じことが婚姻内の役割配分についての伝統的観念についても言えるとされた⁽²⁴⁾。婚姻は前もって定められた機能分担及び役割分担を持った共同体であるという、具体的な実質を持ち、伝統的な考えに基づく観念は、両パートナーの自己理解を必要とする開放的な観念⁽²⁵⁾へと立ち代わった。婚姻生活をどう送るべきかということに関する社会的秩序観念は解消した。婚姻の当事者には、自由かつ平等な資格で交渉により合意に至ることが委ねられるようになった。これに応じて連邦憲法裁判所は、教会、自然法あるいは「形而上学」上の観念に由来する婚姻禁止を憲法違反であると宣言した⁽²⁶⁾。これにより、

(19) 婚姻及び家族の伝統的理解について整理した印象的なものとしては、例えば、Gregor Kirchhof, “Der besondere Schutz der Familie in Art. 6 Abs. 1 des Grundgesetzes,” *Archiv des öffentlichen Rechts*, 129(4), October 2004, S. 542.

(20) 例えば、連邦憲法裁判所1959年7月29日の判決 (*BVerfGE* 10, S. 59) における男女の平等化が挙げられる。

(21) 連邦憲法裁判所1959年7月29日の判決。 *ibid.*, S. 59 (66).

(22) 連邦憲法裁判所1974年5月21日の決定。 *BVerfGE* 37, S. 217.

(23) 変化のプロセスについては例えば、Monika Böhm, “Dynamische Grundrechtsdogmatik von Ehe und Familie?” *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, 73, 2014, S. 211 (225 ff.).

(24) 連邦憲法裁判所1974年5月21日の決定。 *op.cit.*(22), S. 217 (251). なお、異なるものとして連邦憲法裁判所1959年7月29日の判決。 *op.cit.*(20), S. 59 (75).

(25) Gerhard Robbers, in: Christian Starck (Hrsg.), Hermann v. Mangoldt (Begründet), Friedrich Klein (Fortgeführt), *Kommentar zum Grundgesetz*, 6. Aufl., München: Vahlen, 2010, Art. 6 Abs. 1 Rn. 34; Franz Klein, “Ehe und Familie im Steuerrecht als verfassungsrechtliches Problem,” Walther Fürst et al. (Hrsg.), *Festschrift Wolfgang Zeidler*, Bd. 1, Berlin: De Gruyter, 1987, S. 773 (776).

(26) 連邦憲法裁判所1973年11月14日の決定。 *BVerfGE* 36, S. 146 (163).

婚姻は、いわば内部からリベラル化されたのである。もっとも、このような転換により、基本法第6条第1項において婚姻が特別な生活形式として特権化されていることを、正統性の観点から（*legitimationstheoretisch*）正当化する必要があるということは、明示的にテーマとされることはなかった⁽²⁷⁾。

Ⅲ 婚姻の地位：憲法上保護された唯一のもの（Solitär）から他と競合するパートナー形式へ

第2の発展は世紀の変わり目に始まった。その発展の過程において、婚姻の地位が変化した。婚姻は、成人から成るカップルの共同生活として法的に制度化され、代替性のない形式であったが、その資格も失うことになった。

1 登録生活パートナーシップの創設を認める立法者の基本決定

2001年、SPDと緑の党の連立政権は、当時の連立政権の内部に激しい抵抗があったにもかかわらず、登録生活パートナーシップ創設のための法律制定を決定した。同性カップルが法的に保護された形で永続的な共同生活を送れるようにするための共同体形式が法律によって制度化されたが、それによって1つの政治上の需要が満たされることになった。同時に少なくとも、伝統的な婚姻制度の持つ圧力がさしあたりは弱まったことがうかがえる。想定される実定憲法上の異議及び憲法裁判所による抵抗をかわすために、2001年においては、明確に「婚姻とは別のもの（*aliud*）」を創設することが選択された。連邦憲法裁判所は、この措置に反対しなかった⁽²⁸⁾ので、その後、2004年には創設された制度が拡充され、よりはっきりした形で婚姻制度と同化されることになった。生活パートナーシップが格上げされ、そして婚姻に近づく流れの中で、立法者は、夫婦財産制を承継し、生活パートナーシップの解消要件を離婚法と同化させ、扶養法についても広い範囲で類似のものとし、年金調整を設けたり、生活パートナーを法定年金保険における遺族年金に含めたり、いわゆる連れ子養子縁組を可能としたりするような決定を行っている。同様に、夫婦と生活パートナーは民法の相続法上、等しく扱われることになった。さらに、連邦法で規定されている公務員法の中でも同化が行われる事態となっており、その中では、引っ越し費用、別居手当、特別休暇、旅費といったような給付に関して、夫婦と生活パートナーは等しく扱われるようになった。加えてそれ以来、生活パートナーは家族手当の

(27) この正当化の問題は、今日の諸理解では、以下のような形で明らかになっている。すなわち、その点について総括した代表的なものである連邦憲法裁判所2002年7月17日の判決（*BVerfGE 105, S. 313 (350)*）は、以下のように述べる。「基本法第6条第1項は婚姻を保護しているが、そのやり方は、立法者が婚姻の本質的な基本原理を守りつつ、婚姻にそのときどきの形が与えられるようにするというものである。人間により営まれる共同体としての婚姻は、自由な領域であると同時に、社会の一部でもあり、社会の変化から排除されるものではない。立法者は、そのような社会の変化に対応し、変わりゆく需要に合わせ婚姻を形成することができる。それによって、同時に婚姻と他の生活共同体形式との関係も変化する。立法者が、婚姻を新たに内容形成するのではなく、別の生活共同体を規律する場合にも、同じことが言える。その限りで、諸生活形式間の距離は固定されているのではなく、互いに相関的な関係の下にある。同時に、そのような諸生活形式は、その場に応じた形を与えられることにより、区別されあるいは同化されるが、その区別あるいは同化は、それぞれの形式に与えられた権利及び義務に基づいてなされるだけでなく、その機能及び当該共同体形式へ入る人的範囲に基づいてなされることもあり得る。以上のことに鑑みると、制度としての婚姻に付与されている保護を、保護された生活形式として婚姻を用意した目的であるところの規範の名宛人から離すことはできない。」

(28) 連邦憲法裁判所2002年7月17日の判決。*ibid.*, S. 313.

請求も主張することが可能となっている。そして、2007年に立法者は、登録生活パートナーシップ当事者と夫婦の間において、完全な平等化を扶養法上もたらすことを決定した。登録生活パートナーシップと婚姻との間に今日においてもなお残っている差異は、ごくささいなものになっており、もはや實際上重要性がないほどである。

戦略的な措置をとったとして立法者を批判することは、不当とも言えないだろう⁽²⁹⁾。実際、連邦憲法裁判所は、2001年の法律を考慮し、見かけは異なる名称を使いつつ、婚姻類似の共同体形式が創設されたわけではないという立場を当時とることができた⁽³⁰⁾。その後の2004年の改正は、もはや機関争訟手続においては争われなかった。もっとも、この2004年時点になって初めて、次のような問いが真摯に問われるようになったことが認められる。その問いとは、締結要件に関し性別という基準で区別されているものの、その他の内容については広範囲において類似のものとして形成されてきた2つの共同体形式が展開しているということが、基本法第6条第1項と、どの程度一致しているのかという問いである。今から振り返ると、2001年の法律に反対する者の機関争訟の訴えが、時期尚早で性急ではなかったかということが問われる。しかし、既に数年にわたって存在している共同体形式をその2004年の格上げの後に、連邦憲法裁判所は覆しただろうか。これについてはやはり疑念が残る。なお付言すると、立法者による政治的な展開が、2005年から政権をとった新たな連立政権によって、後退させられることはなかった。

2 連邦憲法裁判所による婚姻と生活パートナーシップの平等化

生活パートナーシップの格上げ及び婚姻という既に存在するものへの同化は、先に示唆したことではあるが、政治によってのみ推し進められてきたわけではない。2009年からは連邦憲法裁判所がこれに積極的に協力した。2008年における連邦憲法裁判所第2部の部会決定の中ではなお、基本法第6条第1項は、基本法第3条第1項に対する特別規定として、生活パートナーシップに比べて婚姻を優遇するための正当化根拠であるという見解が表れていた⁽³¹⁾。それに対して、連邦憲法裁判所第1部は、2009年の判決の中でこのような論拠を退けた⁽³²⁾。第1部によれば、基本法第6条第1項は、既に2002年に確認されていたように、婚姻と生活パー

(29) Hillgruber は、基本法第6条第1項における基本法上の保障に対する連邦憲法裁判所の取扱いが「戦略的かつ不安定で、そのため客観的には恣意的な」ものとして意味付けられなくてはならないと考えている (Christian Hillgruber, “BverfG, 7.7.2009 – 1 BvR 1164/07 – Hinterbliebenenversorgung bei eingetragener Lebenspartnerschaft,” *JuristenZeitung*, 65(1), 8. Januar 2010, S. 41 (42))。

(30) 連邦憲法裁判所 2002年7月17日の判決。 *op.cit.*(27), S. 313.

(31) 2008年の連邦憲法裁判所第2部の部会決定の中では、まだ次のことが確認されていた。すなわち、生活パートナーシップの中で生活する公務員のための家族手当（既婚者手当）の拒否は憲法上の侵害を基礎付けず、基本法第3条第3項及び基本法第6条第1項と両立するということである（2007年9月20日、2007年11月8日及び2008年5月6日付けの不受理決定）。当該諸部会は、婚姻締結をした公務員と登録生活パートナーシップ関係に入った公務員との不平等取扱いを基本法第3条第1項に従って正当化するための実質的な区別の根拠を、基本法第6条第1項が含んでいるという想定に依拠していた。

(32) こうした見解をとる判例としては、とりわけ以下のものが挙げられる。連邦憲法裁判所 2009年7月7日の決定。 *BVerfGE* 124, S. 199 (225 f.); 同 2010年7月21日の決定。 *BVerfGE* 126, S. 400 (420); 同 2012年6月19日の決定。 *BVerfGE* 131, S. 239 (259 ff.); 同 2012年7月18日の決定。 *BVerfGE* 132, S. 179 (188 ff.); 同 2013年2月19日の判決。 *Neue Juristische Wochenschrift*, 2013, S. 847 (854 f.).

トナーシップとの間に距離を置くという要請を根拠付けるものではない⁽³³⁾。さらに、この規定については、婚姻と生活パートナーシップとの間の差異を正当化することができるという性質も否認されたのである。これに従えば、基本法第6条第1項は、特別規定として基本法第3条第1項に優位することはなく、不平等取扱いを正当化するための直接憲法に定められた権原を全く基礎付けてはいない。それどころか、他の法的に制度化された生活形式に対し、共同体形式としての婚姻を優遇することは、十分に重要で実質的な根拠が立証され得る場合で、その根拠が婚姻のパートナーが持つ社会的結びつきの特性に基づくものである場合にのみ可能となる。結果として、連邦憲法裁判所第1部及び(2012年からは)第2部⁽³⁴⁾は、一連の判決の中で、婚姻と生活パートナーシップとの間に残存していた差異が、基本法第3条と両立しないがゆえに、基本法と一致しないと宣言した⁽³⁵⁾。これらの判決は、連邦及び州の年金機構(VBL)による遺族年金⁽³⁶⁾、相続税法及び贈与税法⁽³⁷⁾、家族手当⁽³⁸⁾、土地取得税法⁽³⁹⁾、いわゆる承継的養子縁組⁽⁴⁰⁾、夫婦合算課税⁽⁴¹⁾にまで影響を及ぼした。両者の差異が存続するのは、生活パートナーシップには存在しないような機能が婚姻に存在すること(生殖の可能性)を理由に、その差異が正当化され得る場合である。

3 婚姻の「特別な保護」の霧消(Verflüchtigung)

このように基本法第6条第1項の文言をないがしろにすることについては、多方面から鋭い批判が投げかけられた⁽⁴²⁾。実際、婚姻の「特別な」保護を強調することに、引き続き意義が

(33) 距離要請について述べるものとしては例えば、Walter Pauly, “Sperrwirkungen des verfassungsrechtlichen Ehebegriffs,” *Neue Juristische Wochenschrift*, 1997, S. 1955 (1956); Detlef Merten, “Eheliche und nichteheliche Lebensgemeinschaften unter dem Grundgesetz,” Josef Isensee et al. (Hrsg.), *Freiheit und Eigentum: Festschrift für Walter Leisner zum 70. Geburtstag*, Berlin: Duncker & Humblot, 1999, S. 615, 619; Paul Kirchhof, “Ehe und Familie als Grundlage einer freiheitlichen Gesellschaft,” *Stimmen der Zeit*, 8, August 1999, S. 507, 508; Martin Burgi, “Schützt das Grundgesetz die Ehe vor der Konkurrenz anderer Lebensgemeinschaften?” *Der Staat*, 39, 2000, S. 487, 492; Peter Badura, “Ehe und Familie stehen unter dem besonderen Schutze der staatlichen Ordnung (Art. 6 Abs. 1 GG),” *Bitburger Gespräche Jahrbuch 2001*, München: C. H. Beck, 2001, S. 87 ff.; Rupert Scholz und Arnd Uhle, “„Eingetragene Lebenspartnerschaft“ und Grundgesetz,” *Neue Juristische Wochenschrift*, 2001, S. 393 (397 f.). 近時では、Klaus Ferdinand Gärditz, “Verfassungsgebot Gleichstellung? Ehe und Eingetragene Lebenspartnerschaft im Spiegel der Judikatur des Bundesverfassungsgerichts,” Uhle (Hrsg.), *Zur Disposition gestellt? Der besondere Schutz von Ehe und Familie zwischen Verfassungsanspruch und Verfassungswirklichkeit*, Berlin: Duncker & Humblot, 2014, S. 85 (103 f.).

(34) なお、連邦憲法裁判所第2部は2012年6月19日の裁判において、1997年2月24日付けの改正法に準拠する連邦公務員給与法第40条第1号は、基本法第3条第1項と一致しないと宣言した。

(35) ここから、婚姻との差異が平準化されるという結果が生じる。Berning, *op.cit.*(15), S. 167 (194) m.w.N.

(36) 連邦憲法裁判所 2009年7月7日の決定。 *op.cit.*(32), 124, S. 199.

(37) 連邦憲法裁判所 2010年7月21日の決定。 *op.cit.*(32), 126, S. 400.

(38) 連邦憲法裁判所 2012年6月19日の決定。 *op.cit.*(32), 131, S. 239.

(39) 連邦憲法裁判所 2012年7月18日の決定。 *op.cit.*(32), 132, S. 179.

(40) 連邦憲法裁判所 2013年2月19日の判決。 *BVerfGE* 133, S. 59.

(41) 連邦憲法裁判所 2013年5月7日の決定。 *BVerfGE* 133, S. 377.

(42) これにつき、例えば、Uhle, in: Volker Epping und Christian Hillgruber (Hrsg.), *Beck'scher Online-Kommentar Grundgesetz*, 30. Edition, München: C. H. Beck, 2015, Art. 6 Rn. 37 は、次のように述べる。すなわち、「それゆえ、連邦憲法裁判所がその判決によって「文言を変えない (ungeschriebenen) 憲法テキストの改正」を認めているという主張は、必ずしも不当ではない……。こうしたことに鑑みれば、この連邦憲法裁判所の裁判は、明らかに基本法第6条第1項と矛盾しており、そのため、これまでは確固たるものであったにもかかわらず、説得力が欠け、その結果として、先例との接続可能性 (Anschlussfähigkeit) も欠けていた。その連邦憲法裁判所の判決が、内部崩壊及び内部矛盾に苦しんでいるだけに、なおさら基本法第6条第1項との矛盾が認められるのである……」

あるのかということが問われている。少なくとも、連邦憲法裁判所の観点からすれば、婚姻と生活パートナーシップの関係にとって、この規定にはもはや規範的意味は付されず、この規範的意味が、基本法第3条第1項の下ではもはや展開されることはあり得ない⁽⁴³⁾。

もっとも、憲法解釈学上は、以下のことに、目を向けるべきである。それは、基本法第6条第1項は（条文を根拠とすることとは別に目的論的及び機能的な検討をしなくとも）婚姻を特権的に内容形成するためのあらゆる規定を正当化しているという主張が、現実的に説得力を持ち得たことは一度もないということである。どの程度まで他の比較可能な共同体形式に対して婚姻が優遇され得るのかという内的基準を基本法第6条第1項の下で展開できた者は、これまで1人もいない⁽⁴⁴⁾。立法者には婚姻を特権化する権限が無制約に容認されているということが、実際に主張されたことはなく、また、主張されたとしても説得力には欠けたものになったであろう。同様に、基本法第6条第1項で婚姻を特別に強調することで、婚姻に他の法的に定められた生活形式に対して、唯一かつ独自であり、したがって他の生活形式とは比較しようのない地位が付与されるという主張も、あまり説得力を持ち得るものではない。このような、依然として自然法的及び存在論的に刻印付けられる、唯一性の観念へ立ち戻ることが、現在の憲法思想の立場に受け入れられるのは難しいであろう。そこで、私の言いたいことは以下のとおりである。憲法裁判所の判決の展開を批判することは、簡単にできる。しかしながら、解釈学上、十分かつ支持し得るような形で、基本法第6条第1項と基本法第3条の関係を、判決と別な形で構想することは、これまで一度も展開されてこなかったと。

4 「区別され、かつ平等」：生じた事態の不安定さ

登録生活パートナーシップを段階的に格上げし、婚姻関係と同化させるという選択された手段は、アメリカ合衆国の政治上の諸概念に依拠すると、2段階のプロセスとして描くことができる。第1段階では、立法者は、登録生活パートナーシップ制度を創設することによって、同性愛の人々のために制度化された共同体の1つの形式を導入したが、それは、婚姻とは「区別され、かつ異なる」ものとして示された。次いで、2004年以降に観察されるべき法律上の格上げという流れの中で（さらに、連邦憲法裁判所の「手助け」の下で）、夫婦と生活パートナーが、

(43) 連邦憲法裁判所 2013 年 5 月 7 日の決定 (*BVerfGE* 133, S. 377 (411)) は、以下のように述べる。「婚姻の優遇が、比較可能な方法で法的拘束力をもって規定されている他の生活形式を不利益に扱うことを伴う場合で、さらに、この不利益取扱いが、規律される生活実態及び規範化によって追求される目的の点で両者の生活形式が比較可能であるにもかかわらず行われている場合、そのような区別は、ただ基本法第6条第1項の保護要請を引き合いに出すだけでは正当化されない。そのような場合は、ただ基本法第6条第1項に言及するだけではなく、そのときどきの規律対象及び規律目的を考慮した上で、婚姻以外の生活形式を不利益に取り扱うことが正当化されるような十分に重要な実質的根拠が必要となる。」

(44) 例えば、Uhle, *op.cit.*(42) は、明確に以下のように主張する。「基本法第6条第1項は、その定式に従えば、次のような規律を禁止している。それは、婚姻及び家族とその他の人的共同体形式との間の距離を廃止するような規律、あるいは、婚姻の本質的な法効果を非婚の生活共同体もしくは同性の関係に授与することによって、婚姻の『特別の』保護を侵害するような規律である…。ここで要求される距離は、次のような意味に具体化されるべきである。それは、確かに立法者は、非婚の生活形態もしくは家族の範囲に含まれない生活形態を法的に承認することを一切禁止されているわけではない…が、それぞれの法的関係の規律に際しては限界が定められなくてはならず、婚姻及び家族にかかわる法的状態に部分的に似せることだけが許されるという意味である。」ここで Uhle の意味する限界が、どのように設定されるべきかについては、不明瞭のままである。

異なる共同体形式において「区別され、かつ平等」な生活を送るという状況が展開された⁽⁴⁵⁾。

これまで述べてきたような展開に反対する者も、広範囲にわたるジェンダー政策を支持する者と全く同じように、次のような確信を持っている。それは、この方法によって2分法が出現したが、これは、実定憲法上も憲法政策上も、およそ長くは維持されないだろうということである。永続的に共に生活を送る人間の性別が異性か、あるいは同性かということによってのみ区別される（まさに「区別すれども平等」な）2つの制度が平行して存在する状態は、一般的な評価に従えば、将来においても続くことはないであろう。このことは特に、他国の法秩序における展開を見れば明らかである。こうしたことを背景に、現代の状況に存在する緊張状態が、いかに解決され得るのかについての展望が、実際に、一部では簡潔かつ諦観的に、また一部では熱心かつ積極的に追い求められている。

5 婚姻と生活パートナーシップとの間の線引き：性別上の差異から責任構造の差異へ

本質的に同様の内容を持ちながらも異なる名称を持つ2つの共同体形式が並存しているという状況が発生しているが、この状況が不安定であることは明らかである。パートナーが異性か、あるいは同性かによって区別するという線引きは、いくつかの諸前提に立脚しているが、この前提は、基本法第3条を背景に、ますます批判的な形で疑問視されているように見える。それゆえ、今日議題に挙がっている問題は、パートナーの性別という点に相違点がある2つの制度の並存が、どれほどの期間にわたって維持されるのかということである。国際環境が変化していることに鑑みれば、（観念上「それ自体に価値が認められる（vollwertige）」制度である）婚姻を、あらゆる人々に開放せよという憲法政策上及び憲法学説上の圧力は、強まるだろう。

そのため、最終的に見込みがあるのは、まさに次のようなアプローチのみである。それは、婚姻と異なる生活形式には単に、狭められた範囲（基本法第2条）で保護が保障されるにすぎないものの、いかなる性別であれ、永続的で関係が深く、そして責任共同体を基礎とした共同体形式には、基本法上の特別の保護が与えられるとするアプローチである。そうすると、婚姻とその他のパートナーシップとの間の差異はもはや、性別ではなく責任関係の構造に関して存在するということになるのかもしれない。立法者には、パートナーシップ制度を作り変え、永続性の点が限定され、パートナー同士の扶助義務（Einstandspflicht）も縮減されるような法形式を導入することが、立法政策上求められることになるだろう。ここではフランスの「民事連帯契約（Pacte civil de solidarité: Pacs）（パクス）」が模範として役に立ち得るのではなかろうか。

(45) このように区別を形成する際には、差別的な性格が伴うが、その差別的な性格については以下を参照。メキシコ最高裁判所, Tesis jurisprudencial Nr. 46/2015. <<https://www.scjn.gob.mx/>>; Lothar Michael, “Lebenspartnerschaften unter dem besonderen Schutze einer (über-)staatlichen Ordnung,” Neue Juristische Wochenschrift, 2010, S. 3537 (3542); Anne Sanders, “Das Ehebild des Bundesverfassungsgerichts zwischen Gleichberechtigung, nichtehelicher Lebensgemeinschaft und Lebenspartnerschaft,” Sigrid Emmenegger und Ariane Wiedmann (Hrsg.), *Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, Bd. 2, Berlin: De Gruyter, 2011, S. 351 (365); Brun-Otto Bryde, “Sexuelle Identität, Gleichheitssatz und Diskriminierungsverbot,” Hirschfeld-Eddy-Stiftung (Hrsg.), *Vom Verbot zur Gleichberechtigung: Die Rechtsentwicklung zu Homosexualität und Transsexualität in Deutschland. Festschrift für Manfred Bruns*, Bd 3, Berlin: Hirschfeld-Eddy-Stiftung, 2012, S. 14 (18).

IV 婚姻と基本権：憲法から独立した婚姻概念の刻印付けから婚姻締結の自由の基本権としての現実化へ

この稿の初めにおいて、社会の秩序観念が、ここ 50 年でどのようにして解体し、また、どのようにして、様々な生活モデルが存在する玉虫色の世界を前に席を譲ったかについて述べた。連邦憲法裁判所は、ずっと以前から、婚姻に成人から成る共同生活の「自然な」形式としての性質があるとは主張しなくなっており、そうすることで、このような発展について開放的な態度を示してきた。連邦憲法裁判所はパートナーシップの価値を上げ、広範囲において婚姻と同等なものとすることによって、婚姻の地位を相対化してきた。もっとも、連邦憲法裁判所は、婚姻へのアクセスを、基本権として享有されるかという点から、再構成する段階にまでは、いまだに至っていない。

1 婚姻という憲法上の概念の憲法から独立した刻印付け

連邦憲法裁判所は婚姻という法制度を、「立法者が自由に処理できる」法制度としてとらえているのではなく、憲法に基礎を置き、少なくとも基本的な部分は憲法自体によって構想されている制度としてとらえている⁽⁴⁶⁾。婚姻は、親族法という法律の決定によって見出されるような形式の中で（のみ）保護されるようなものではない。そのため、基本法第 6 条第 1 項前段の理解は、連邦憲法裁判所が、類似した形で定式化されている基本法第 14 条第 1 項において適用した理解とは、本質的に区別される。

当初、連邦憲法裁判所は、婚姻概念を定式化する際、伝統的な秩序観念に依拠していた。今日まで基準となっており、その後も引き合いに出される 1959 年 7 月 29 日の判決では以下のような主張がなされた。それは、「婚姻」及び「家族」という制度の「秩序の核心」は、「昔から受け継がれ、その核において不変的な」見方に立ち戻って定義されるべきだという主張である⁽⁴⁷⁾。その後の判決においても、連邦憲法裁判所は、多かれ少なかれ、型通りに、この判決（BVerfGE 10, 59）の基礎にある見解を引き合いに出している⁽⁴⁸⁾。

確かに 1993 年 10 月 4 日の部会決定において、憲法上の婚姻概念の理解が変化し得るようと思われた。異議申立人は、同性カップルとして婚姻締結の自由に対する権利を求めたが、「異性であることがもはや重要な意義を持たないという意味で、婚姻理解が根本から変化したと

(46) 例えば, Badura, in: Theodor Maunz und Günter Dürig (Hrsg.), *Grundgesetz. Kommentar*, 77. Ergänzungslieferung, München: C. H. Beck, 2016, Art. 6 Rn. 42 (mit dem Hinweis auf „Abgrenzungen und Rechtsinstitute des Familienrechts“); Uhle, *op.cit.*(42), Art. 6 Rn. 2 を参照。

(47) 連邦憲法裁判所 1959 年 7 月 29 日の判決 (*op.cit.*(20), S. 59 (66)) は、以下のように述べる。婚姻及び家族は「昔から受け継がれ、その核において不変的なままである。その限りで、基本法第 6 条第 1 項の制度保障の実質的な内容は、従来存在する法と一致する。婚姻は、基本法においても、原則的に解消することのない生活共同体のための男性と女性の結合体であり、家族は両親と子からなる包括的な共同体であって、その中で両親には、何よりも子供を世話し教育する権利及び義務が生じる。このような制度の核心は、一般人の法感情及び法意識にとって不可侵なものである。」

(48) 例えば、連邦憲法裁判所 1978 年 10 月 11 日の決定。BVerfGE 49, S. 286 (300); 同 1980 年 2 月 28 日の判決。BVerfGE 53, S. 224 (245); 同 1982 年 11 月 30 日の決定。BVerfGE 62, S. 323 (330); 同 1992 年 11 月 17 日の判決。BVerfGE 87, S. 234 (264) が挙げられる。

言えるための十分な根拠」を示していないとされた⁽⁴⁹⁾。こうしたことを背景に、連邦憲法裁判所は最近に至るまで、「婚姻」概念の中にはパートナー同士が異性であるという要素が前提とされているというところから出発している。さらに、このことは憲法学説の支配的な見解にも当てはまる。これまで、基本法第6条第1項における婚姻概念が同性カップルにも「開放」され得るという見解を主張する憲法学者の数は増加しており⁽⁵⁰⁾、この立場を支持する意見は、決してごく少数の説にとどまるものではない⁽⁵¹⁾。もっとも、恐らく、これに対抗する立場の方が依然として、より大きなウエイトを占めている⁽⁵²⁾。

ここで、構造上当然に「規範に刻印付けられた (normgeprägte)」基本権であるものを、このように伝統的な秩序観念として構想することは、奇妙であるし、再考を要する。連邦憲法裁判所は、基本法第6条を、立法者が婚姻制度を創設し内容を決定する場合に、基本権によって限定された枠を設定する規定としてとらえてはいない。むしろ、憲法以前に存在する婚姻の秩序概念 (Ordnungskonzept) が、個人の基本権上の自己決定の要求に対抗する形で設定されている。このような見解は、一方で、基本法第6条によって形づくられた構造は、その当時社会にあった秩序観念を示していると主張することによって、また他方で、基本法第6条は、婚姻締結の自由を求める権利を他の基本権によって主張することを禁じているということを理由に唱えられている⁽⁵³⁾。

このような構想は、連邦憲法裁判所が、婚姻概念は十分把握可能な「社会的変化」を確定することで更新されると約束している点に鑑みると、説得力はない。基本法第6条第1項で適用されている概念が変化し得るものだということは認められている⁽⁵⁴⁾。当該規定を柔軟かつ社会の発展に対応したものとして取り扱おうという意味を連邦憲法裁判所が持っていることは明白である。しかし、社会の変化と実定憲法上の概念理解の連関をどのように捉えるべきかにつ

(49) 連邦憲法裁判所 1993 年 10 月 4 日の第 1 部第 3 部会決定。Az.: 1 BvR 640/93, *Neue Juristische Wochenschrift*, 1993, S. 3058.

(50) 婚姻概念が不変的であることを求めないものとして、Michael, *op.cit.*(45); Rixen, *op.cit.*(10), S. 864 (872); Berning, *op.cit.*(15), S. 167 (194 ff.); Shu-Perng Hwang, “Besonderer Schutz der Ehe im Umbruch?” *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 97(2), 2014, S. 133 (146 f.); Alexandra Maschwitz, *Die Form der Eheschließung*, Göttingen: V&R unipress, [Bonn]: Bonn University Press, 2014, S. 317; Germann, *op.cit.*(10); Böhm, *op.cit.*(23), S. 211 (226 f.); Dagmar Richter, “Ehe und Partnerschaft im Recht der Europäischen Union: Wie weit reicht die Bestimmungsmacht der Mitgliedstaaten,” *Zeitschrift für Europarechtliche Studien*, 17(3), 2014, S. 301 (329); Thomas Adalbert Schmidt, *Von “Mangold” bis “Maruko”: Die Judikatur des EuGH zur Gleichbehandlungsrahmenrichtlinie und ihr Einfluss auf die deutsche Rechtsordnung*, Berlin: Berliner Wissenschafts-Verlag, 2014, S. 451 ff.; Friederike Wapler, *Die Frage der Verfassungsmäßigkeit der Öffnung der Ehe für gleichgeschlechtliche Paare: Gutachten für die Friedrich-Ebert-Stiftung*, Berlin: Friedrich-Ebert-Stiftung, 2015.

(51) 例えば、Frauke Brosius-Gersdorf, in: Horst Dreier (Hrsg.), *Grundgesetz. Kommentar*, Bd I, 3. Aufl., Tübingen: Mohr Siebeck, 2013, Art. 6 Rn. 43 を参照。これによれば、家族はもっぱら生殖の共同体であるのに対し、婚姻はもっぱら援助共同体 (Beistandsgemeinschaft) 及び責任共同体であるべきとされている。結果として、登録生活パートナーシップは基本法第6条第1項の保護の下にあるべきとされている (*idem*, Rn. 53, 83)。

(52) m.w.N.: Badura, in: Maunz und Dürig (Hrsg.), *Grundgesetz. Kommentar*, 76. Ergänzungslieferung, München: C. H. Beck, 2015, Art. 6 Rn. 55 ff.; Gärditz, *op.cit.*(33), S. 85 (100); Uhle, *op.cit.*(42), Art. 6 Rn. 6 を参照。

(53) 詳細については、*op.cit.*(49)

(54) もっとも連邦憲法裁判所 2002 年 7 月 17 日の判決 (*op.cit.*(27), S. 313 (345)) は、明白に以下のように述べる。「社会の変化及びそれに伴って現れる法内容の変化があっても維持され、基本法によって刻印付けられた婚姻の内容には、婚姻が 1 人の男性と 1 人の女性の、永続性を目標にした生活共同体であることが含まれる…。」

いて、連邦憲法裁判所は詳細に説明することはなかった。

さらに、この伝統的秩序観念に依拠した構想は、次のような理由に照らしても、その問題性が示される。それは、連邦憲法裁判所が既に以前から、配偶者間の役割及び義務の分配を法律によって固定することについては、基本権に照らしてその固定化の背景を問題にし、打ち破ってきたが、その際、社会にある見解を問題にすることがなかったからである⁽⁵⁵⁾。(社会の変化を基準とした)伝統的な秩序観念は、婚姻制度の外的な特徴を規定するが、配偶者間の内部関係は規定しないとされた。このことは、場合によっては矛盾していると思われる。さらに、家族概念を扱う場合であれば、連邦憲法裁判所は、ずっと前から、社会における秩序観念を志向するような理解を観念することから解放されていた。

2 制度保障による保護を通じた安定化？

ここにきて、まさに伝統的な婚姻理解を支持する者であっても、これまで基本法第6条第1項前段の解釈を刻印付けてきた秩序思考が今後どれだけ維持されるのかを疑問に思う者が現れてきた。むしろ、基本法第6条第1項前段はますます流動的なものになっていき、一見すると固定しているように思われている語用上の諸慣習も変化していくように思われる。連邦憲法裁判所が他の基本法上の憲法規定の文言を自由に扱っていることを考えれば、婚姻概念が流動的になっていくのではないかという疑問は射ている。基本法第6条第1項の下で同性カップルにも婚姻を認めることを阻止するためには、単に文言を論拠にすれば十分であるという主張に乗るわけにはいかない。

一部では、このような状況において、基本法第6条が制度保障であるという理解を想起させることによって、さらに安定化を試みる者もいる。もっとも、婚姻（及びこれに含まれる、異性同士であるという「秩序核心」）は制度として保障されていると説明することにより、婚姻概念の軟化という危険に対処しようとすることは⁽⁵⁶⁾、すぐさま循環的な思考に陥る。というのも、制度として保障される対象は、それぞれの主観的見解いかにによって、特別に重要であるとみなされているものだからである。コンセンサスが統一されていない時代では、このように主観的見解によって制度保障の対象を形成しても、それが、特別長く影響を持つことはないだろう。制度保障が現実には強い影響力を持つのは、憲法政策及び実定憲法上の評価が多元的であるということが、いまだ観察され得ないような場合であり、そのような場合に限られる。さらに、制度保障に関する考察には、反個人主義を目標にし、特定の役割期待及び機能期待を定式化し、伝統的かつパターンリスティックにパートナー関係を理解する見解が紛れ込むことも何度となく見られる。

さらに、社会にある制度世界の開放を、社会及び家族の安定性が衰退していく現象として、また、その安定性に対する危険として意味付ける必然性はない。このような意味付けには、ど

(55) 例えば、連邦憲法裁判所 1959 年 7 月 29 日の判決。op.cit.(20) ここでは、親権については、男性と女性は完全に同等に扱われるとされた。

(56) Kay Windthorst, in: Christoph Gröpl et al. (Hrsg.), *Studienkommentar zum Grundgesetz*, München: C. H. Beck, 2013, Art. 6 Rn. 15 m.w.N.; grundlegend Ute Mager, *Einrichtungsgarantien*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2003.

のような経験上の証拠も欠けている。その意味で、基本法第6条第1項の制度的側面を引き合いに出し、婚姻概念を生殖の機会がある結合体に留保するという様々な試み⁽⁵⁷⁾にも困難が伴うだろう。

伝統的な婚姻理解が法文化的な価値を示しており、その文化的価値は個人の自己決定の要求よりも重要だということを指摘することは、政治的争いでは、引き続き重要な役割を担っている⁽⁵⁸⁾。このような論拠が、実定憲法上の争いでは、どれほど説得力があるのかは、不明瞭である。つまり、その論拠を疑う余地もあるだろう。とりわけ、世界各国での発展に鑑みると、この伝統的婚姻理解の防衛線は頼りないものに思われる⁽⁵⁹⁾。今日の憲法政策の議論では、いまだかつてないほどに、他国での法の発展という議論が重要性を帯びている⁽⁶⁰⁾。ここで、他国での発展は、ドイツにおける憲法政策の発展及び憲法解釈にとって何ら意味を持たないという単純な異議をもって反対する者は、社会経済上比較可能な諸国家における情勢を、先を見越し展望することで得られる比較法上の考察が持つ突破力 (bohrende Kraft) を見誤っている。

今日に至るまで、(婚姻あるいは他の領域で) 善き生についての世俗の世界観が参照されることは、困難になっている。その善き生の背景にある統一性 (Kohärenz) の美学、さらにはそれと結び付いた規範的な真理の要請は、利益衡量というプロセスに腐心している連邦憲法裁判所にとっては関係がない⁽⁶¹⁾。もっとも、依然として連邦憲法裁判所は過去の判決を示して自己引用によって自身の見解を擁護している。しかし、このような擁護も永くは続かないと思われる。

3 婚姻へのアクセスを求める基本権上の請求権—その射程と限界—

今後、憲法解釈学はどのような道を示すのだろうか。体系的及び目的論的にいえば、基本法第6条第1項前段を基本権として捉えることが、筋が通っていると言えるのではないだろうか。その基本権によって立法者には内容形成の枠が設定され、その枠は、自由権及び平等権を基準として、埋められなければならないということになる。このことは、一方で婚姻へアクセスする一応の (Prima-facie) 請求権を承認することを意味するが、それは他方で、立法者が区別を意図することができ、また、制限を正当化し得るということの意味する。もっとも、実定憲法上の議論においても、このような段階は、既に反映されている。今日では、伝統的な婚姻構想を正当化するのではなく、機能的目的論的な論拠を示すことが中心になっている。

(57) 中でも Rolf Gröschner, in: Dreier (Hrsg.), *Grundgesetz. Kommentar*, Bd I, Tübingen: Mohr Siebeck, 1996, Art. 6 Rn. 30 ff. が顕著である。

(58) 例えば、“CDU-Fraktionschef Kauder, „Ehe ist die Verbindung von Mann und Frau“, *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 27.5.2015.

(59) このことは、伝統的論拠(「婚姻」は古くから既に、男性と女性とによる結合体であった。)のみではなく、憲法制定史的論拠(憲法制定機関の構成員の見解は、連邦憲法裁判所によって引き合いに出されるが、その場合、連邦憲法裁判所の見解と憲法制定機関の構成員の見解は一致していないといけなく。)にも当てはまることである。

(60) 例えば、スペイン憲法裁判所 2012 年 11 月 6 日の判決 (STC 198/2012, FJ 11) <<https://www.tribunalconstitucional.es/>> (これについては、Rixen, *op.cit.*(10), S. 864 (867)) ; Supreme Court, *Urt. v. 26.6.2015, 14-556, Obergefell v. Hodges.* <<https://www.supremecourt.gov/>> (これについては、Kulick, *op.cit.*(6); Hillgruber, “Wird das BVerfG dem Supreme Court folgen?” *Legal Tribune Online*, 18.7.2015) を参照。

(61) 連邦憲法裁判所の役割の変化については、Martin Nettesheim, “Postpolitik aus Karlsruhe: Verfassungsrechtsprechung als Bedrohungsabwehr,” *Merkur*, 68(6), Juni 2014, S. 481.

そのため憲法解釈学上は、同性カップルが婚姻にアクセスすることを阻止しようとする立法者の決定の正当性も、その区別の比例性を説明するための論拠がどれだけ説得的かによって左右されることになるだろう。その際、まずとりわけ重要なのが、生殖という論拠である。それによれば、婚姻は生殖を行う場ということになる。そのため、生殖の能力が（特殊な事情に基づくのではなく）原則的にないカップルにまで婚姻を開放することは、生殖の場という婚姻の目的を無意味にするということになる。もっとも、社会及び実定憲法における婚姻と生殖のつながりが弱くなっているため、生殖機能という観点から示される婚姻の特別性を指摘することの憲法上の重要性もなくなっている。これまで、連邦憲法裁判所自身は、子供を育成するという理念と、婚姻が生殖の場であるとする想定を区別している⁽⁶²⁾。

実際のところ、このような方法によって婚姻と他の共同体形式との間の機能上の差異を概念的に記述し、正当化することも可能かもしれない。しかし、法的な親の地位を獲得するという点においては、相異なる共同体形式の間で、ほとんど差異は存在せず、教育能力の評価についても、もはや全く違いがないということを考慮すると、こうしたアプローチを持ちこむことが困難であることがわかる。これまでも、裁判所において、「登録生活パートナーシップの関係は、婚姻と同様に、子の成長を促進し得る。特に、同性愛の人々の教育能力への消極的な言説は、根拠がないことが明らかである。」ということが確認されている⁽⁶³⁾。連邦憲法裁判所は既に2009年において、婚姻と登録生活パートナーシップとの間の一般的な差異は、子の福祉に関して詳細に論じても正当化され得ないということを確認した⁽⁶⁴⁾。結果として、連邦憲法裁判所は、婚姻の保護を、家族の保護としての婚姻の保護から分離することになった⁽⁶⁵⁾。

もちろん、このように婚姻と子の養育を区別したからといって、社会の基本構造を保障するという、これまでも述べてきた共通の利益が失われるわけではない。共に子供の教育に専心する男性と女性から成る結婚生活が、経済的な（つまり、貧困リスクの）観点及び将来の発展（つまり、子の成長の展望及び子の出世の期待）の観点から、他の形式よりも明らかに優れていることは、社会経済的な研究によって裏付けられている。このような子の養育に対する要望を支援することへの配慮は、重要な政治的関心事であり続けなければならない。しかし、婚姻を専ら男性と女性とによる結合体として捉えることに固執したとしても、この要望（世代の交代、社会化、文化）を現実に支援できるようになるわけではない。

(62) 連邦憲法裁判所2009年7月7日の決定（*op.cit.* (32), S. 199 (230 f.)) は、以下のように述べる。「子を養育するのであれば、通常、特別な扶養の必要性が生じるということを考慮して、遺族年金について婚姻の特権化することは、次の理由のために正当化されない。それはすなわち、法定年金保険法においても、またラント年金機構の定款においても、既に行われているように、子の教育期間が可能性としてどれほどか、あるいは個別の扶養の必要性がどれほどかは、当該家族の状態とは関係なく、具体的に斟酌され得るからである。」

(63) 連邦憲法裁判所2013年2月19日の判決。*op.cit.* (40), S. 59 (89).

(64) 承継的養子縁組に関する連邦憲法裁判所の判決（2013年2月19日の判決。*op.cit.* (40)）に関しては、Philipp Reimer und Matthias Jestaedt, “Anmerkung,” *JuristenZeitung*, 68(9), 3. Mai 2013, S. 472 を参照。そこでは以下のように述べられている。「また、基本法第6条第2項第1文の意味における両親に同性の人々もなり得ると確認することによって、当該部は、異性及び同性のパートナー関係に、それぞれの子との関係について、異なる法的規律を与えてもよいことの実定憲法上の究極的な根拠を排除している。」

(65) Germann, *op.cit.* (10), S. 257 (275).

さらに、時として、次のような論拠によって婚姻と同性カップルの区別が試みられる場合がある。それは、婚姻を同性カップルにまで認めると、男女のカップルとして婚姻制度を利用してきた者の社会的価値及びアイデンティティにとって危険が生じ得るという論拠である。このような論拠には経験的に多くの不明瞭な点が見出される。とにかく、このような主張については、詳述する必要はないであろう。国家論的視点からは、少なくとも、同性の共同体の中で共同生活する人々が、法的に規律された形式を用いる（用いようとする）のであれば、これは歓迎されるべきである。このように法的に規律された形式を用いる場合、そこには常に、他の「未規律の（wilden）」共同生活の形式には存在しないような、国家を肯定し、国家法秩序に統合される、組み込まれる行為が含まれている。社会関係及び社会を基礎とした国家にとって、共同生活について国家による正統化と法的保護をもはや求めようとしない不安定な恣意性が、婚姻概念に同性カップルを取り込むよりも、より厄介なものなのである。登録生活パートナーシップという共同体形式を創設して以来得てきた経験に照らしても、そこに、破壊的で、国家的共同体を侵食する、あるいは婚姻制度を危殆（きたい）化するような傾向を認めることはできない。市民が、戸籍官吏のところで行う公的行為を通じて、国家法秩序に対し、身元情報（Referenz）を明らかにすることが可能だということは、統合にとって過小評価されてはならないことである。これまで、プロテスタントに立つ州教会のいくつかは、こうした認識に理解を示してきた。アイデンティティを獲得する行為は、それがどんなものであれ、まさに国家の側で任意に用意した制度を身につけたいという関心を持っている。国家はこのような制度を放棄すべきなのだろうか。

さらに、重要なのが「滑りやすいスロープ（slippery slope）」論法である。つまり、これは明白なことだが、婚姻制度をさらに開放することには、3人若しくはそれ以上の人数による複数婚又は近親婚への要請が発生するという可能性が秘められているという論法である。実際、このような論拠は、相当程度、爆発的な潜在力（Sprengpotential）を秘めている。「社会的見解」及び「慣習」を指摘して対抗するならば、それは、まさに基本法第6条から排除すべきである論拠のタイプに基礎を置くということを意味してしまうだろう。リベラル化を推し進める自己決定の要求には、悩ましい潜在性があるということは、そのように、隠すことはできない。にもかかわらず、2人のパートナーで構成される婚姻と他のパートナー形式との区別を際立たせることは、困難ではないのではなかろうか。

以上から、異性カップルと同性カップルの機能的区別を正当化しようとすることは困難であるということが示された。基本法の秩序においては、婚姻締結を求める権利について人種に基づいて区別することは、それがいかなる形式であれ許容できないことは明白であるが、それはナチスの不法や初期の人権の発展が背景にあるだけではない⁽⁶⁶⁾。このような区別は、そもそも、基本法の基礎にある自由理解及び平等理解と矛盾するのではないか⁽⁶⁷⁾。その意味で、婚姻制度にアクセスできるのは1人の男性と1人の女性から成る結合体だけであるべきだということ

(66) とりわけ世界人権宣言第16条第1項は、以下のように述べていることを参照。「成年の男女は、人種、国籍又は宗教によるいかなる制限をも受けることなく、婚姻し、かつ家庭をつくる権利を有する。成年の男女は、婚姻中及びその解消に際し、婚姻に関し平等の権利を有する。」

(67) 世界人権宣言についての議論は、基本法制定会議の中でも影響を及ぼしている（v. Mangoldt, in: *op.cit.*(13), Bd. 5/II, Boppard am Rhein: Harald Boldt, 1993, S. 642; Heuss, *ibid.*, S. 645.）。

を根拠付けるのは困難である。連邦憲法裁判所によって展開された婚姻の脱実質化された構想、つまり婚姻は自由で平等なパートナー同士の結合体であるという構想が、配偶者同士の異性性の要求に向けられるとしても、それは驚くことではない。ホモセクシャルであることを告白することに社会的な印がなくなれば、自由を求める声はますます強くなり、さらに制度を開放し、リベラル化するよう迫られることになる。例外的な場合であれば（限定的ではあるが）、連邦憲法裁判所も、これまでに自身の婚姻概念を開放したことがある。自身の性を任意に選択でき、場合によっては変更することもできるという権利を行使した者は、婚姻の地位を失わないとされた⁽⁶⁸⁾。こうした展開⁽⁶⁹⁾に照らせば、同裁判所が、重要な意義を持つ手続の場合でも婚姻の定義を固持し、さらには、婚姻制度を開放して（同性カップルの）個人の自由を基礎をおいた婚姻へのアクセスを求める権利を認めよという要求に対抗していくのかどうかについては、相当疑わしいと思われる。憲法上の学説に見られた同裁判所に対する圧力が、今日では既に明白なものとなり、さらに将来的にその圧力が弱まらないことが確実にあることに鑑みると、一層、このような疑問が正しいと思われる。

沈黙という形で防御姿勢をとってきた連邦憲法裁判所も、ここにきて追い込まれている⁽⁷⁰⁾。確かに、数年来、連邦憲法裁判所は、判を押したように、婚姻とは永続的な生活共同体を目指して、1人の男性と1人の女性とが結び付くことであるという定義を繰り返している⁽⁷¹⁾。伝統という論拠及び慣例的な見解ではない別の論拠を、連邦憲法裁判所は、長年挙げてこなかった。そこには以下のことが前提とされていると思われる。それは、婚姻概念がこれまで社会の秩序モデルに相当依拠し（過ぎ）てきたがゆえに生じる一貫性（Kohärenz）の問題を、裁判官たちが認識しているということである。

V 伝統的な秩序モデルの保護と個人によるアイデンティティ形成の促進との間で

これまで述べてきたことから、以下のことが明らかになった。それは、伝統的な秩序モデルは社会の変化にさらされているのか、さらされているとしたらどの程度なのかということの問題にし、伝統的な秩序モデルに光を当てても、現代のチャレンジングな課題は憲法解釈学上解決されないということである。むしろ、自由と平等に基づいて基本法第6条を理解するならば、以下のようなことが、まず問題となる。それは、既存の法制度を後から基礎付けられるような形で開放することが、基本権享有主体のアイデンティティ形成にとって、どれほど重要かとい

(68) 連邦憲法裁判所は、かなり以前（連邦憲法裁判所 1978 年 10 月 11 日の決定。op.cit.(48), S. 286）から、出生登録簿の性別欄が修正されているがゆえにパートナー間で異性性が存在している場合であれば、トランスセクシュアルの者が、そのとき自分とは性別の異なる者と婚姻を締結することは可能だとしてきた。連邦憲法裁判所 2008 年 5 月 27 日の決定（BVerfGE 121, S. 175 (198 f.)) 以降は、婚姻締結後に手術による性転換が行われた場合、（同性のパートナー間での）婚姻が継続され得ることを認めている。

(69) 以前から予想されていることだが、特定の性別へ帰属することを求めることが自己決定権の範囲にどの程度含まれるのかということも、争われることになるだろう。

(70) 変化の予兆があることは、以下の判例の中で、暗示されている。すなわち、連邦憲法裁判所 1993 年 10 月 4 日の決定。op.cit.(49); 連邦憲法裁判所 2008 年 5 月 27 日の決定。op.cit.(68), (200 f.: „Interesse“ des Gesetzgebers). 近時、将来的な展望を示しているものとして、Marco Buschmann, „Karlsruhe wird die Ehe öffnen,“ *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 11.6.2015.

(71) 例えば、連邦憲法裁判所 2002 年 7 月 17 日の判決（op.cit.(27)）m.w.N. 近時では連邦憲法裁判所 2014 年 10 月 22 日の決定。2 BvR 661/12, Juristisches Informationssystem für die Bundesrepublik Deutschland (juris), Rn. 178.

う問題である⁽⁷²⁾。文化的なアイデンティティ及び文化的な生とは何かという問題が、善き生を個人が追求する際、中心的な問題となるような時代においては、個人の要求がもっともらしいものであれば、それを拙速にも拒否してはならないであろう。この点、実質的な平等取扱いの側面に焦点を合わせ、婚姻とパートナーシップの平等性を参照する視点だけでは、不十分だと言えるだろう。伝統的な観念に組み込まれない主観的な人生設計が認められる余地を開放することが、実定憲法上の任務である。だからといって、問題の多いアイデンティティ形成プロセスの中で展開してきたあらゆる自然発生的な傾向の変化に対しても、発展の自由が与えられるわけではない。自己を意識するよう強制することで、自律を促すことができる。もっとも、基本権として承認されるのにふさわしいのは、アイデンティティを構成する決定の中でも、一旦決定したら取り消せないという意味で、絶対必要な諸決定だけではない。法的に構成された制度を自らのものにしたいという望みが存在する場合、こうしたことは、(そこには法を肯定し、国家を肯定するという行為が含まれているゆえにとりわけ) 原則、承認されるべきだろう。

もちろん、リベラルに自己決定を求めること⁽⁷³⁾は、切り札ではなく、それによって、社会に根づき、法律上定着している制度を変更するよう、いつでも要求できるわけではない。さらに、基本法第6条のように、当該規定で名指しされる社会的共同体の形式には特別な価値があるという社会的観念を基礎に置いた規定を解釈する場合、個人の主張する自由の要求だけに方向付けられてはならない。社会的な変化プロセスは、仲介なくあるいはフィルターにかけることもなく、憲法上の規範性を持つものに転化され得ないし、そうされてはならない。同性婚の支持者は繰り返し、憲法上の適合可能性を強調しているが、これは、基本法第6条の解釈を変えるための十分条件ではない。むしろ、社会変化のプロセスを動的に受け入れ、加工することが必要だと主張することは、その社会変化が、少なくとも一般的である場合には、実定憲法の持つ抗事実的要求 (kontrafaktischer Anspruch) を弱まらせる。たとえ重要な社会的展開が、(字句に関していえばなんら変更されていない) 憲法規定の理解及び解釈に対し、何もなかったかのようになにの影響も与えないなどということが不可能であるとしても⁽⁷⁴⁾、変化のプロセスを参照すれば、それだけで、既に根づいている判例を変更するための論拠となるわけではない。この点は、不文の憲法を対象としている変化のプロセスが問題となる場合にも当てはまる。ここで、婚姻のパートナー同士が異性であるというメルクマールが、基本法の文言の中には明文をもって言及されているわけではないという点を想起してほしい⁽⁷⁵⁾。

もっとも、リベラルな自己決定の要求が、重要性を増していることは見逃されてはならない。このように重要性が増しているのは、基本権の考え方の深層的な次元において変化が起きているからである。所与の制度及び社会における秩序モデルをその出発点としていた法思考は、制度は自由を促進するために提供されるという、自由を志向した考え方にとって代わられた。こ

(72) このような開放は、基本権の保護領域概念が主観化している一般的傾向と合致している。

(73) このトポスは、*op.cit.*(26) から、明確に強調されている。

(74) Berning, *op.cit.*(15), S. 167 (194).

(75) 実際に近時では、「婚姻」という概念は文言上開放的であり、同性婚もそこに含まれるべきだ (Elisa Freiburg, “Der Wortlaut ist eindeutig,” *Legal Tribune Online*, 25.7.2015.) という主張が、標準的な論拠の1つとされている。それによって、婚姻の意味論上の変化はあったとしてもこれまでずっと存続してきた背景が、脇に追いやられた。また、連邦憲法裁判所に対し、伝統的な考え方を支持する者には婚姻概念を狭めることの挙証責任を担わすべきだということが提案されている。

のような場合においては、自由はもはや社会においてあらかじめ与えられた制度の枠の中の自由としては捉えられず、自由とは最適な制度をその都度、再確認しながら自身のアイデンティティを形成することとして意味付けられる。したがって、自由はもはや、法的制度・社会的制度の範囲内で実現されるものではなくなる。むしろ、自由権によって可能となるアイデンティティ形成は、場合によっては、法制度の継続形成及び適応化を要求し得るということまで包括している。このことは、家族概念を扱う中で顕著になっている。家族概念については、連邦憲法裁判所は、社会で結び付いた人々の持つ個々の人生設計に対して驚くほど開放的であった。成人と子供から成る家族という共同生活の構想が多元的なものになったことを背景に、連邦憲法裁判所は、家族という制度の理解を、恒常的に前進させてきた⁽⁷⁶⁾。なぜ、これが婚姻には妥当しいと言えるのだろうか。このような発展に反対する者でさえ、自身の反論及び異議によって、一旦選ばれた「発展の筋道」が変わることなど期待できないということを認めている。大方、今日において重要なのは、同性カップルに婚姻が認められるか否かではない。むしろ重要なのは、連邦憲法裁判所がこのような開放を命じることは可能であるのか、あるいは、憲法の改正、もしくは少なくとも法律の改正がなされなくてはならないのか、さらに、その場合には、どのようにして婚姻と生活パートナーシップの関係が新たに構築されるべきなのかということである。

連邦憲法裁判所が、法律上の制度を改変し、その制度を新しい意味の総体に仕上げることでできない⁽⁷⁷⁾。同裁判所が、婚姻制度を同性カップルに認めることが登録生活パートナーシップにとって何を意味するのかということの問題にせず、これを実現してしまうことは、立法者の特権を干渉することになる。異なる期間及び異なる権利義務関係を持った2つの異なる制度を内容形成していくことは、立法者に委ねられなくてはならない。それゆえ連邦憲法裁判所はせいぜいのところ、現行の実務が憲法上存続し得ないということを確認する（「不一致宣言」）ことができるだけである。そこから生じる最終的な帰結は、立法者によって引き出されなければならない⁽⁷⁸⁾。連邦憲法裁判所の任務と権限は、適切な時点で現行の婚姻法の運用における違憲性を指摘することでしかない。そうすることによって同裁判所は、民主的な立法者への敬讓を示しているのである。

(76) 連邦憲法裁判所 2014 年 6 月 24 日の決定。1 BvR 2926/13, juris. 例示的なものとして Kirchhof, *op.cit.*(19), S. 542 (554 ff.); Epping, *Grundrechte*, 6. Aufl., Berlin; Heidelberg: Springer, 2015, Kap. 10 Rn. 506 を参照。

(77) 連邦憲法裁判所は、婚姻の本質的な構造原理を変えられるのは憲法改正立法者しかいないということについて、もはや言及しない（なお、連邦憲法裁判所 2002 年 7 月 17 日の判決（*op.cit.*(27), S. 313 (348)）ではそのように述べていた）。

(78) 連邦憲法裁判所はこれまで次のことを前提にしている。それは、あらゆる者に存在する権利は、自ら選んだパートナーとパートナー関係を結び、そして立法者が任意に設定した制度の下でこの関係を営むという権利にすぎないということである（連邦憲法裁判所 2005 年 12 月 6 日の決定。BVerfGE 115, S. 1 (24 f.). 同趣旨のものとして、連邦憲法裁判所 2011 年 1 月 11 日の決定。Neue Juristische Wochenschrift, 2011, S. 909 (910)）。2013 年 2 月 19 日の判決の中では、立法者が家族という生活形式を法的に内容形成するのだということを、実定憲法上とらえようとする努力が見て取れる。「事実上は相当程度、あらかじめ形が与えられているにもかかわらず、家族の生活領域は法的構造を必要とし、その中で家族関係は発展することができる。このような法的構造の必要性は、とりわけ、互いの義務及び権限について認められる。このような法的構造を提供することは、基本法第 6 条第 1 項によって義務付けられる…。その法的構造の提供については、立法者に形成裁量が与えられている…。確かに、そのような内容形成をする際は、基本権に拘束されるにとどまる（婚姻について連邦憲法裁判所 2002 年 7 月 17 日の判決（*ibid.*, S. 313 (345)）を参照）。しかし、立法者は、基本法第 6 条第 1 項を通じて、法的な意味における家族を内容形成する際には、実際に存在する家族的共同体を単になぞるよう義務付けられているだけではない（*op.cit.*(40), Rn. 68)。」

パネリスト・コメント (1) プレゼンテーション資料

行動する知性。
 **中央大学**

性的少数者と憲法の発展

松原光宏
(中央大学法学部)

11/11/2016 国立国会図書館 国際政策セミナー

スライド 1

行動する知性。
 **中央大学**

I ネットスハイム報告の概要

1. 自律(Autonomie)の現代的表現としての アイデンティティ実現

: 伝統的観念から独立した、生(Leben)の構想の実現、
善き生(ein gutes Leben)についての自己理解、
伝統的ロールモデルから自由な自己実現の追求

スライド 2



I ネットスハイム報告の概要

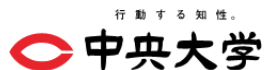
1.1 自由・平等な基本権保障による法的実現: 介入・正当化への要請

1.2 国家による法制度の利用可能性: ex. 婚姻

(問題設定)

憲法・憲法裁判所は、自由に基づく要求に対し、
伝統的な法制度を維持・安定させてゆくことがどの程度、
可能であるのか？

スライド 3



I ネットスハイム報告の概要

2. ベルリン共和国における憲法政治・連邦憲法裁判所

2.1 ドイツ基本法制定(1949)前後の観念

: 唯一の正統的な共同体としての男女間の婚姻 = 子供の成長にとって最善の環境としての家庭、社会的・国家的な利益の容認、法的安定化への努力

(「婚姻及び家族は、国家的秩序によって特別に保護される」
= 基本法6条1項の制定)

スライド 4



I ネットスハイム報告の概要

2.2 社会的事態の変化と法の変遷(1970-) : 個人主義、多極化の傾向

2.2.1 登録生活パートナーシップ法制定(2001)・連邦憲法裁判所の合憲判決(2002) : 婚姻・パートナーシップは異質な法制度として正当化

スライド 5



I ネットスハイム報告の概要

2.2.2 パートナーシップ法の改正(2004) : 相互の近似化

2.2.3 平等原則(基本法3条)違反を理由とした、連邦憲法裁判所による違憲判決の継続(2009-)

: 機能的な婚姻理解(形から作用へ)、双方の関係は「分離しつつ相違」から「分離しつつ等しい」へ、同性婚導入論、反対論(文言、制度的保障、法文化論)

スライド 6



I ネットスハイム報告の概要

3. 婚姻へアクセスする自由・法制度(ネットスハイム)

3.1 憲法から独立した社会的な秩序観念に由来する婚姻の理解(連邦憲法裁判所): 男女の結合体としての婚姻理解、沈黙、首尾一貫性問題

3.2 婚姻へアクセスする自由(基本法6条1項)・介入と正当化可能性

: 比例性、リプロダクション、子供の福祉、社会的価値、重婚問題、トランスジェンダー婚の容認事例

スライド7



I ネットスハイム報告の概要

3.3 制度優位の法思考に代わり、既存の法制度の継続的形成・適応を求める権利を含む、権利優位の法思考へ転換

3.4 憲法裁判所と議会の任務: 不適合宣言・婚姻法改正、憲法論の帰趨に関わらず、近い将来の政治課題

スライド8



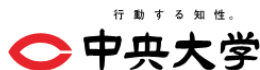
Ⅱ コメント

1. 規範的要請・社会的現実と憲法の発展

: 憲法の規範性は、社会的現実との絶え間ないコミュニケーションにおいて把握される(「憲法の神話」?)。

憲法は、解釈、変遷、改正等、極めて複合的なプロセスを通じ、法として発展しうる。社会における自己記述としての憲法。

スライド 9



Ⅱ コメント

2. 婚姻・家族と憲法

: 婚姻と家族の関係について、いかなる「ロールモデル (Leitbilder)」(規範テキストの背後に認められる意味内実) が展開されるのか、社会的事態の変化・規範的コンセンサスの形成が、第一に注目される。

「婚姻は両性の合意のみによって成立」(日本国憲法24条1項)の解釈論。

3. 制度論・権利論の選択

: 制度優位的 or 権利優位的法思考。夫婦同氏強制訴訟最高裁判決。

スライド 10

パネリスト・コメント (1)

性的少数者と憲法の発展

松原光宏

I ネットスハイム報告の概要

これから 15 分ほど、簡単な解説等を行います。本日御来場の皆様は、必ずしも専門家の方ばかりではないと思いますので、私の持ち時間の多くは、ただいまのネットスハイム先生の講演（以下「基調講演」という。）の解説に当て、残りの時間で私からコメントするという形で進めたいと思います。

1 自律 (Autonomie) の現代的表現としてのアイデンティティ実現

(プレゼンテーション資料・スライド 2 (p.41))

基調講演は、「自律 (Autonomie)」という言葉から始まっています。つまり、ネットスハイム先生は、「自律の現代的表現としてのアイデンティティ」という観点から、本日の問題にアプローチしておられます。この問題の背景として、自らのアイデンティティを実現する動き、何が自分にとって“善き生”なのかという問題についての自己理解を求める傾向、伝統的なロールモデル（男性が外で稼ぎ、女性が育児をするという役割モデル）から離れ、自由な自己実現を追求する権利というものがある、と、最初におっしゃっています。失敗するリスクもあるが、そうしたことも含めて新しい役割を自らに配分する、男女間の役割を自律的に決定する契機が問題の背景にある、とおっしゃっているのです。

(プレゼンテーション資料・スライド 3 (p.42))

そうすると、次のような問題が生じます。ドイツ連邦共和国基本法（ドイツの憲法。以下「基本法」という。）上、このような要求に関して、自由かつ平等な「基本権」が認められているわけですが、今回のテーマである「婚姻」については、一定の制度が必要になります。婚姻は、個々人の自律的な意思があるとしても、一定の制度があってその要件が整わなければ、これを実現できません。婚姻には、男女間であるとか、日本の場合には夫婦同氏であるとか、様々な要件がありますが、これらの要件を決めるのは、国家権力であり、議会あるいは民主主義の要求です。ここで生じる問題は、「自由に基づく要求」として、新しい制度や生き方が求められているにもかかわらず、国家の法制度がそれを実現していない場合、どのような法解釈学的・憲法学的なアプローチがあり得るかということです。スライドに「問題設定」として掲げましたが、基調講演でもこのような形で大きく問題設定されていました。ネットスハイム先生は、自由に基づく新しい要求があり、新しい生き方が求められているにもかかわらず、制度がそれに対応していない場合、基本法についての最終的な解釈権を持つ機関である連邦憲法裁判所、これはカウンターパートとしては日本の最高裁判所に対応しますが、連邦憲法裁判所は制度をどのように扱うべきか、これを維持すべきか、あるいは自由の要求に基づい

て制度を裁判を通じて変えることも可能なのか、という観点から、本日の問題にアプローチしておられます。ドイツでも、この点に関して、いくつかのアプローチがあります。後ほどまた触れますが、婚姻というものを、制度を中心に考える、つまり、制度から出発し、あくまでも制度に重点を置いて考えるアプローチがあります。しかし、これとは逆にネットスハイム先生は、権利から出発して制度を考えておられます。言わば、「制度優位」の議論に対抗し、「権利優位」の考え方に立っておられるのです。

2 ドイツ連邦共和国における憲法政治・連邦憲法裁判所

(プレゼンテーション資料・スライド4 (p.42))

基調講演の大部分は、婚姻とパートナーシップをめぐるこれまでの発展に割かれています。ここでは詳細には立ち入りませんが⁽¹⁾、ドイツでも、1949年の基本法制定当時は、次のようなロールモデルが認められていました。つまり、婚姻とは男女間の結合であり、婚姻だけが唯一の正統的な共同体である。婚姻は子供の成長にとって最善の環境であり、そのような「婚姻」及び「子供」を基に、「家族」が作られる、という観念です。「婚姻」、「子供」、「家族」は、言わば三位一体として把握されていたわけです。また、そうした観念は、基本法制定当時のドイツ連邦共和国の社会的事態ともおおむね一致していました。社会的な矛盾も顕在化せず、多くのドイツ国民が抱いていた像にも合っていたのです。基本法第6条第1項は、「婚姻及び家族は、国家的秩序によって特別に保護される」と規定しています。国家権力は、文字どおり、婚姻に対し特別な待遇や特権を与えることを通じて、それを保護し、法的安定化への努力を行ってきました。そこには、社会的・国家的利益が認められます。婚姻・子供・家族を保護することは、次世代を保護することにもつながるわけですから、個人の問題というより、国家的関心事として婚姻と家族を保護するという、「公共的な関心」が背後にあったわけです。

(プレゼンテーション資料・スライド5 (p.43))

しかし、その後、社会的事態は変化し、それに伴って法も変遷を迫られます。日本でもこのような傾向はありますが、ドイツでは、1960年代後半から、特に1970年代以降は、様々な事象を手掛かりに、社会や法の変遷について語られています。一般的には、個人主義、多元化の傾向と言われますが、基調講演にあったように、現在、婚姻前に同棲することはドイツでは一般的です。同棲は、言わば(婚姻に向けての)テストのように認識されていますし、そのまま事実婚を選択するカップルもあるわけです。同棲関係においても子供が生まれ家庭が作られる等、共同体は形成されますが、婚姻にせよ同棲にせよ、男女間の役割については、自己の役割を自ら決めるという女性の要求があり、また、企業も安定的な労働力として女性を必要とする等、婚姻の意味が徐々に変わっていきます。そうした社会的事態の変化にあっては、法も変化を迫られるわけです。さらに、同性愛者の法的保護について触れますと、ドイツの特徴というのは、初めに憲法改正ありき、ではなかった、ということです。基調講演で強調されていたように、ドイツでは2001年、「登録生活パートナーシップ法」が制定され、同性愛者の共同体のためにパートナーシップという法制度が作られました。当時は、社会民主党(SPD)と90年連

(1) 以下の判例等の詳細については、差し当たり次を参照。ドイツ憲法判例研究会(松原光宏)「ドイツ憲法判例研究(167)配偶者分割課税と登録生活パートナーに対する差別—ドイツ連邦憲法裁判所第二法廷2013.5.7決定—」『自治研究』91(3), 2015.3, pp.155-162.

合・緑の党（以下「緑の党」という。）との連立政権、つまりシュレーダー（Gerhard Schröder）政権時代です。今年は、この登録生活パートナーシップ法ができてからちょうど15周年に当たります。この法律は、フォルカー・ベック（Volker Beck）という緑の党の有名な議員の主導によって作られました。先ほど紹介したとおり、基本法第6条第1項は婚姻の特別な保護について規定していますので、基本法を改正せずにこのような（パートナーシップの）制度を作ると、文言上からも問題が起きるように見えます。登録生活パートナーシップ法の制定後、すぐに訴訟が提起されましたが、その訴訟は翌年に「憲法上問題がない」という形で決着しました。パートナーシップは婚姻とは異なる制度である以上、婚姻を脅かさない、というのが、当時の連邦憲法裁判所の見解だったのです。

（プレゼンテーション資料・スライド6（p.43））

ところが、その後2004年、社会民主党と緑の党との連立政権は、両制度の差異を立法によって埋めていきます。立法によって、差異が徐々になくなり、両制度はかなり接近します。さらに、2009年以降、社会保障や税制等、残っていた差異については、今度は直接には政治ではなく連邦憲法裁判所の手によって、判決を通じ埋められていくことになります。つまり、（両制度間に）残っている差異は（基本法上の）平等原則に違反するとして、連邦憲法裁判所に複数の訴えが提起されたのです。ほとんどの裁判に緑の党が関わっていると思われますが、これらの裁判において原告（平等原則違反を訴えた側）が「6連勝」しております。詳細は控えますが、判決を受容し法改正がなされた結果、（婚姻とパートナーシップという）2つの共同体を記述する法律については、相互の差異はほとんどなくなり、差異は性別（男女間か、同性間か）だけであるとも、最近では言われています。もっとも基本法第6条は、「婚姻…は…特別に保護される」と規定しているのですから、両制度間に不平等があっても全く構わないのではないか（基本法上許容される不平等なのではないか）とも考えられますが、実はこうした意見が通らない重要なわけがあるのです。その理由は—M. ゲルマン（Michael Germann）という先生の言葉を借りますと—連邦憲法裁判所が、婚姻というものを、実質的には、もはや形（Form / form）ではなく専ら機能（Funktion / function）として見ている点に求められます。つまり、婚姻は、男女間の結合という形式というよりも、連帯（Solidarität / solidarity）に基づく共同体として、実際上は機能的に理解されているのです。「婚姻」は、お互いに扶養し、扶養義務を負う連帯であり、したがって、必ずしも子供を必要としません。逆に子供がいれば、それは婚姻であれ、非婚姻であれ、同性間であれ、「家族」なのです。このように「婚姻」と「家族」を切り離し、「婚姻」を連帯と考えるのであれば、婚姻とパートナーシップを質的に区別する重要な理由が失われ、基本法第6条がいう「特別な保護」も意味をなさなくなってしまうのです。この点に注目して「婚姻の意味の重大な変化があった」と言われるわけです。婚姻を形ではなく主に機能として観念する連邦憲法裁判所の違憲判決を受け、平等原則違反の是正が政治的にも進められた結果、もはや婚姻とパートナーシップとの間には制度上の差異がほぼないと言われており、基本法改正を伴うかどうかは格別、政治的に見る限り、両制度が一本化されるのは時間の問題であるとも、ドイツでは言われています。来年（2017年）、連邦議会選挙がありますが、恐らく、これは、どの党が政権を担うことになる場合でも重要なテーマの1つになるでしょう。婚姻とパートナーシップとの間に実質的な差異がほぼないので、同性間パートナーシップを将来的にどう扱うか

はともかく、少なくとも同性婚が政治的に認められる段階が徐々に近づいていると思われます。恐らく、保守のキリスト教民主同盟 (CDU) の中でも、異論は少しずつ減っていくことでしょう。

3 婚姻へアクセスする自由・法制度

(プレゼンテーション資料・スライド7 (p.44))

ここで、基調講演の特色についてお話しします。最初に述べたように、この問題に関してネットスハイム先生は、これまでのドイツ連邦共和国における議論の進め方とは異なり、思考の転換を行っています。つまり、あらかじめ制度の存在を前提とせずに、権利から話を進めておられます。基本法上、婚姻する権利があるというのが、基調講演の出発点です。権利があるのは当然ではないかと思われるかもしれませんが、これは法律論として極めて重要です。最初に申し上げましたように、個々人の生き方に従って、例えば同性間でパートナーシップ登録をしたい、さらに、それを越えて同性間で婚姻をしたいと考えるのであれば、それは基本法上の権利に属します。したがって、法制度が整っていない場合には、法制度の改正を求めることになります。権利として制度改革を主張することもできるのです。万一制度がなければ、人権（「婚姻へアクセスする自由」）の制限に該当しますから、その正当化理由がない限り、基本法違反とみなされるわけです。（同性の婚姻を認めない理由として）リプロダクション（生殖）の問題や、子供の福祉など様々な理由が挙げられていますが、基調講演では、これらの理由は、婚姻へアクセスする自由を制限する理由にはならないと、全て反論されています。したがって、現在、同性婚を求める基本権は侵害されている、ネットスハイム先生はそうおっしゃっているわけです。

(プレゼンテーション資料・スライド8 (p.44))

ただし、基調講演の最後に先生は、こうした（婚姻へアクセスする自由が侵害されている）場合であっても、連邦憲法裁判所と議会との役割分担がある以上、裁判所としてはあくまでも不適合の宣言に留めるべきだとおっしゃいました。その先の問題、例えばパートナーシップをどうするか、婚姻制度をどうするか、パートナーシップを改組して男女間に開くとか、そうした問題については、それは連邦議会の役割だということを強調しておられます。

II コメント

1 規範的要請・社会的現実と憲法の発展

(プレゼンテーション資料・スライド9 (p.45))

最後になりましたが、私からのコメントを簡単に申し上げます。私は、憲法の規範性を考える場合には、現実との絶え間ないコミュニケーションが重要であると考えています。改正条項（日本国憲法第96条第1項）によって憲法の文言を変えなければ、憲法は全く変わらないわけではないですし、逆に、改正しても変わらないこともあり得ます。憲法の運用にあつては、背後にある社会的事態が重要な役割を果たしているからです。憲法には、解釈、変遷、改正など、様々な過程において規範的に変化する余地があります。私は、法規範の適用等に際し、社会的事態の変化や社会における正義観念を取り込む観念として、連邦憲法裁判所の判決やドイツの学説を参考に、「ロールモデル (Leitbild)」という言葉を使っています。

2 婚姻・家族と憲法

(プレゼンテーション資料・スライド 10 (p.45))

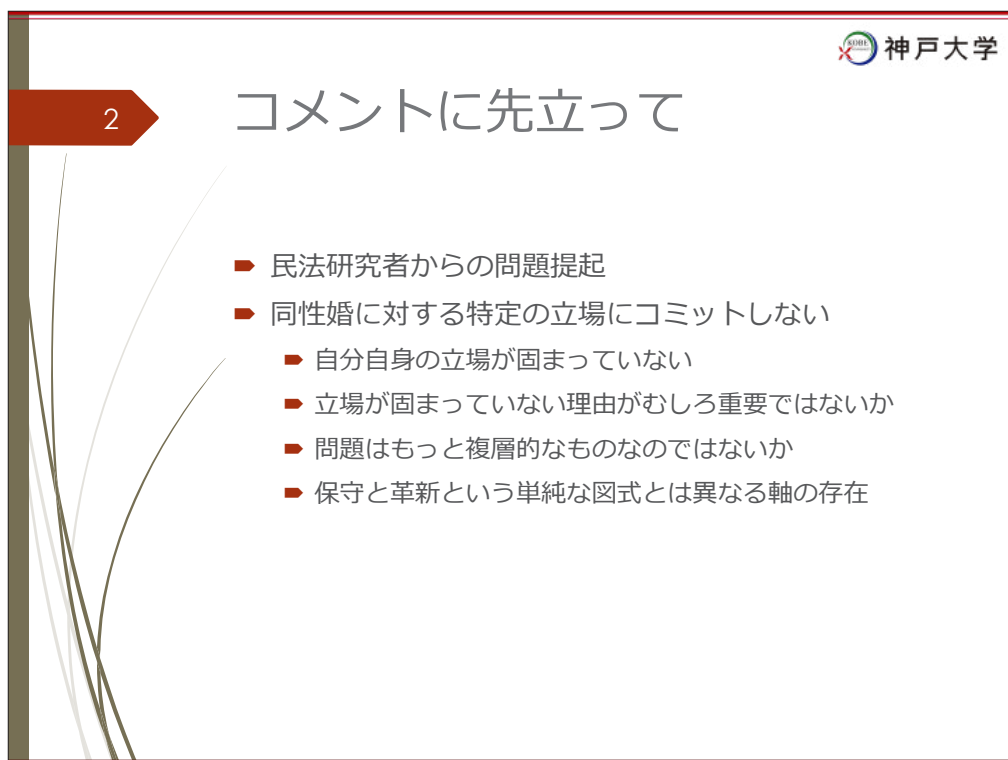
日本国憲法第 24 条を考えるに当たって、婚姻及び家族についてどのようなロールモデルが認められるかということが重要です。例えば、女性の社会進出が進み、男女の役割についても自由な自己決定に任せられるようになると、あるいは、同性間の共同体が異性婚と同様、子供を育て教育もする空間として全く遜色ない、そうしたコンセンサスが日本の社会に広く行き渡るようになりますと、「婚姻」(同条第 1 項)の意味理解に影響を与えますし、それは憲法の解釈・適用、憲法改正、立法に大きな影響を与えるでしょう。社会的事態の変化やそれに対する合意は非常に重要であり、それは、ドイツにおいては前述のとおり、基本法第 6 条第 1 項「婚姻 (Ehe)」の解釈に際し極めて重要な役割を果たしたわけですし、日本においては憲法第 24 条第 1 項の解釈に際しても、類似する機能を持ち得ると思います。いわゆる各地の「パートナーシップ条例」の意義についても、1 つにはこの文脈から理解できるでしょう。したがって、こうした基礎的な条件を軽視して議論を進め、例えば同性婚許容説の立場から、「両性」文言の解釈変更を主張しても、法システムとして機能しないと考えています。

3 制度論・権利論の選択

(プレゼンテーション資料・スライド 10 (p.45))

また、最初に述べたように、さらなる論点として、制度から考えるのか権利から考えるのか、出発点をどちらにとるかという難問があります。ドイツでは、まず同性パートナーシップのような制度の存在を前提としつつ、平等原則を軸として、政治を絡めつつ議論が進められ、ようやく同性婚導入まで見えてきた段階ですが、近年、ネットスハイム先生のように、(アメリカ合衆国の憲法判例を参考にされていると思いますが) 婚姻アクセスを求める権利論が唱えられているわけです。この点について、日本の最高裁判所では、テーマ自体は今回とは異なりますが、夫婦同氏訴訟の最高裁大法廷判決(平成 27 年 12 月 16 日。例えば寺田逸郎補足意見)に見られるように、恐らく制度優位的な考え方が一般的であろうかと思われます。詳細は控えますが、各々難しい論点が含まれますから、これは今後も重要な選択肢として、引き続き検討されていくことになると思います。

パネリスト・コメント (2) プレゼンテーション資料



 神戸大学

3

全体的なコメント

－ 本日の基調報告の意義 －

- 問題の立て方：同性婚は認められるべきか？
 - 法的な対応の複層性の看過
 - ともすると情緒的・短絡的になりがちな議論
- ▼
- 同性の関係に対する複層的な問題
 - 同性の性的関係の禁止と許容【フェーズ1】
 - 同性の関係の法的保護【フェーズ2】
 - 同性による婚姻の承認【フェーズ3】
- 基本法との関係での社会の多様性の法的な位置づけ

スライド3

 神戸大学

4

日本の状況

- 男女による婚姻【フェーズ3】
- 同性の関係についての法的規制の不存在
 - 積極的な禁止の不存在【フェーズ1】
 - 同性愛に対して寛容だったかつての日本社会？
 - 近代における同性愛に対する否定的な見方（キリスト教的な西欧の価値観の移植）？
 - 積極的な保護の不存在【フェーズ2】
 - 同性パートナーシップという法的制度の不存在
 - 同性パートナーシップは法的に禁止されていない

スライド4

神戸大学

5

ドイツの状況 ー急速な変化と展開ー

- 急速な展開と変化
- 刑罰法規によって禁止されていた同性愛【フェーズ1】
 - ドイツ刑法175条 1871-1994 ※1974 罰則の緩和
 - キリスト教的な倫理観？
- 民事法上の制度における急速な変化
 - 同性パートナーシップの法的保護（生活パートナーシップの創設）【フェーズ2】
 - 同性婚の（実質的な）承認？（生活パートナーシップの格上げによる婚姻との同化）【フェーズ3】

↑ ※本日の基調講演の問題意識

- 改正されていないドイツ基本法
 - ドイツ基本法に規定された家族の意義
 - 家族のあり方と憲法（基本法）

スライド 5

神戸大学

6

同性パートナー関係・同性婚 を支える基本思想

- 同性のパートナーシップの法的保護・同性婚の承認は何によって基礎づけられるのか？

▼

- 家族のあり方についての社会的な意識の変化
- 自己決定権（自らの生き方を選ぶ権利）の尊重

スライド 6

 神戸大学

7

社会の変化と法制度

- 社会の変化が法的判断に影響を与える場面
 - 医療事故等における過失の判断
 - 医療における医師の主体性と客体としての患者
 - ▼
 - 医療における患者の主体性
 - パブリシティ等の新しい権利・法益の承認
- 社会の状況と規範的評価
 - 社会の変化が法的評価に影響を与える理由
 - 社会の変化が法的評価に影響を与える範囲

スライド 7

 神戸大学

8

社会の変化と法制度 ードイツにおける状況に照らしてー

- 同性愛に対する社会の見方の変化
- 社会の変化を受け止める法的なレベル
 - 同性愛の法的な禁止の廃止（ドイツ刑法175条の廃止）
【フェーズ1】
 - 同性の関係に対する法的保護の承認 【フェーズ2】
 - 同性の婚姻の承認？ 【フェーズ3】

スライド 8

神戸大学

9

社会の変化と法制度

－ 社会の変化はどこまでを許容するのか？ －

- 同性の関係についてのいくつかの異なるレベルでの法的な対応
- 同性の関係以外について考えられる問題
 - 近親婚の禁止
 - 重婚の禁止 ※一定の社会では存在する一夫多妻制

スライド 9

神戸大学

10

社会の変化と法制度－理論的問題－

- 社会の変化が法制度の変更を正当化する根拠と法的な説明
 - 事実は規範を変えるのか？
 - 正当化根拠としての社会の変化・価値観の変化
- 義務の水準に関しての変化との相違
 - 判断枠組みを維持した義務水準の変化
 - 判断枠組み（基本的な構成要素）それ自体の変化
- 法の規範的な機能と社会の変化

スライド 10

 神戸大学

11

自己決定権と家族のあり方

- 多様化の背後にある自己決定権の尊重
- 自己決定権それ自体の重要性
 - 個人主義を前提とする社会における基盤
 - 社会における主体的な構成員としての個人
- 自己決定権の限界と家族のあり方
 - 社会のあり方についての基本思想とそれに反する自己決定
 - 家族のあり方の社会における位置づけ

スライド 11

 神戸大学

12

自己決定権の限界

- 重婚の許容（多夫多妻制の承認）？
- 近親婚の許容？

▼

- これらが許容されないことを自己決定権の限界との関係でどのように説明するのか？
 - 当事者が合意すればよいではないかというのは、この場面では当てはまらないのか？
 - この場面で、その説明が当てはまらなるとすれば、それはなぜなのか？

スライド 12

神戸大学

13

まとめに代えて

－この問題が悩ましい理由－

- フェーズ2をめぐる問題
 - 同性の関係を法的に保護するしくみの是非
 - 契約による法的な保護の可能性
- フェーズ3をめぐる問題
 - 同性の婚姻を承認することの是非
 - 婚姻とは何かという前提となる問題
 - 同性の婚姻を承認する必要性和正当化の根拠

スライド 13

神戸大学

14

フェーズ2をめぐる問題

－同性の関係を法的に保護する可能性－

- 家族法的なアプローチ
 - 婚姻外の同性（または異性）の関係の法的な承認
 - 婚姻との関係の不透明さ
- 契約法的なアプローチ
 - 同性のパートナー関係の法的な承認
 - 契約自由の原則による説明と正当化の可能性

▼

- 契約の世界であれば自由に決定することができるのか？

スライド 14

 神戸大学

15

フェーズ3をめぐる問題

－婚姻の定義と問題の位置づけ－

- フェーズ3のレベルで同性の関係を保護することの必要性
- 法的な意味における婚姻の定義と背景
 - 親子関係と結びついた婚姻？
 - 伝統的・文化的・宗教的背景？
 - 文化人類学的なアプローチ？
- フェーズ3に対する両方向からのこだわり
 - 古典的な婚姻観と同性婚をめぐる両者の立場
 - 婚姻にこだわるという意味での共通性

スライド 15

 神戸大学

16

おわりに

- 問題の複層性の認識の重要性と必要性
- 今後の議論のあり方

スライド 16

パネリスト・コメント (2)

家族の多様性と民法

窪田充見

コメントに先立って

本日のネットスハイム先生の講演（以下「基調講演」という。）では、特にドイツ連邦共和国基本法（以下「基本法」という。）との関係で、同性の関係をめぐる問題について詳細に分析をしていただきました。私は民法を専門にしていますので、若干視点のずれもあるかもしれませんが、専ら民法研究者としての視点から、簡単なコメントを述べさせていただきます。

（プレゼンテーション資料・スライド2 (p.53)）

コメントに先立って、あらかじめ幾つかお断りしておきたいことがあります。1つは、今申し上げたように、民法研究者の視点からのコメントだということです。もう1つは、いわゆる同性婚の是非といった点については特定の立場にコミットせずにお話ししたいということです。これは、自分自身の立場が固まっていないからというのが一番の理由ですが、それだけではなく、なぜ固まっていないのかという点についてお話しする方が、より意味があるのではないかと考えたからです。スライドでは幾つかのことを書いていますが、それについては後ほど触れます。

（プレゼンテーション資料・スライド3 (p.54)）

さて、同性婚をめぐる問題というと、すぐに同性婚を認めるべきか否かという形で議論されがちですが、基調講演では、同性の関係について複層的な構造があることを前提に、特に基本法との関係で詳細な検討をいただきました。この複層的な構造というのは、これからお話しすることにも関係しますが、ここでは特に、①同性の性的関係を禁止するか否かという問題、②同性の関係について法的な保護を与えるか否かという問題、そして、③同性による婚姻を認めるか否かという問題の3つを挙げております。ここでは、それぞれをフェーズ1、フェーズ2、フェーズ3と呼ぶことにします。なお、ここでの3つのフェーズは、あくまで私のコメントの中での言葉です。

1 日本の状況

（プレゼンテーション資料・スライド4 (p.54)）

まず、日本法の状況をみると、男女を前提とする婚姻が、法的な婚姻として理解されています。これは、フェーズ3についての現状です。もっとも、日本では、そもそもフェーズ1のレベルでの禁止はなされてきませんでした。社会意識としても、ヨーロッパの国々より、むしろ緩やかだったように思います。また、フェーズ2について言うと、特段の制度は用意されていません。ただ、これについては、フェーズ2のレベルでの積極的な保護が認められていない、という見方もできますが、仮にパートナーシップという関係が契約として締結された場合に、それが保護されるというのであれば、その範囲では保護がある、ということに

なるのかもしれませんが。

2 ドイツの状況—急速な変化と展開—

(プレゼンテーション資料・スライド5 (p.55))

それに対して、ドイツにおける状況は大きく異なります。同性の関係を認めるかという点より、むしろ急速な変化といった点で、日本における状況と非常に差があります。1つは、ドイツでは、ごく最近—と言ってよいかと思いますが—まで、フェーズ1のレベルでの規制が現に存在したということです。私が在外研究で最初にドイツを訪れたのは1994年、ドイツ刑法第175条（男性間の同性愛行為を禁止する規定）が廃止された数か月後でした。一般的な表現なのかどうかは分かりませんが、「彼は5月17日生まれだ (Er ist am 17. Mai geboren)」という言い方があり、これは同性愛者を示す隠語なのだというのを、たまたま5月17日が誕生日の友人から聞きました。ドイツでは日付を月の前に記載しますので、5月17日というのは、日にちの「17」、月の「5」で、175条、となるわけです。ある意味で、日本よりも同性愛に対して厳しい態度がとられていた、これがドイツの最近までの状況であったわけです。しかし、そのドイツ刑法第175条の廃止後は、言わば逆方向に大きく振れることになります。それが、基調講演でも触れられた同性のパートナーシップの承認、その後の改正による実質的な婚姻との同質化に向けた動きです。基調講演は、そうした同性の関係をめぐる大きな動き、変化と、それ自体は改正されていない基本法との関係について扱っていただいたわけですが、大変に興味深く伺いました。

なお、しばしば耳にする、ドイツと日本とどちらが進んだ社会なのか、日本社会は遅れているのかといった短絡的な見方や議論は、私自身はあまり好きではありませんし、また、あまり意味がない議論だと思っています。むしろここでは、3つのフェーズでのそれぞれの違い、現状を、確認しておきたいと思った次第です。

3 同性パートナー関係・同性婚を支える基本思想

(プレゼンテーション資料・スライド6 (p.55))

さて、ドイツにおけるこうした変化、特にフェーズ2、フェーズ3における変化は、いったい何によって説明され、正当化されるのかが問題となります。基調講演でも示唆されていましたが、ごく概略的には、社会の多様化や社会の変化、そして自己決定権の尊重といった2つの視点からの説明が考えられそうです。ただ、もう少し立ち入ると、そこには幾つかの大変に難しい問題があるように思います。

4 社会の変化と法制度

(プレゼンテーション資料・スライド7 (p.56))

まず、社会の変化についてですが、社会の意識の変化、社会通念が変化することによって、法的判断が変化するということは、一般論としては実際にもあり得ます。ここでは、医療の場面における医師と患者の関係や、パブリシティのような新しい権利の登場を具体例として示していますが、他にも数多くそういう例はあるでしょう。もっとも、社会の変化という事実が規範的判断に影響を与えるということは、それほど自明ではありません。ほとんどの人が交通法

規を守らないようになったからといって、赤信号無視が適法になるわけではありません。社会の変化が法的判断に影響を与えるということについては、その理由とともに、その限界も問題になりそうです。

(プレゼンテーション資料・スライド 8 (p.56))

それと同時に、法的評価に影響を与えるとしても、どのレベルで影響を与えるのかが問題となります。ドイツにおいても、その影響は段階を追ったものだったと言えますし、基調講演でも示されたように、異なるレベルでの議論がなされてきたと理解しています。

(プレゼンテーション資料・スライド 9 (p.57))

さて、社会の変化が法的判断に影響を与えるとしても、それはどこまでを許容するのかという問題を示すのが次のスライドです。最初の幾つかのレベルというのは、既に触れたように、フェーズ 1 からフェーズ 3 まで、どのレベルでのものなのかという点です。

その次に示したのは、仮に社会が変化したとして、これらのものも許容されるのかという問題です。基調講演では簡単に触れられただけで、口頭では省略された部分もありましたが、聴衆の方々には、近親婚とか重婚とか突拍子のないものを示しているという印象を受けられるかもしれません。また、私も、これを前提に同性婚を認めるべきではないとか、同性婚を認めるなら、これらも認められるべきだと主張しているわけではありません。ただ、社会の変化でうまく説明できない問題があるのではないかと、そこまで踏まえて説明しないと十分な説明とは言えないのではないかと思います。これらの例については、後ほどもう一度触れることになるかと思っています。

(プレゼンテーション資料・スライド 10 (p.57))

次のスライドは、既に触れたところですが、社会の変化が法的な評価に影響を与えるということが、そもそも理論的に説明できるのかという問題です。詳しくは触れませんが、先ほど挙げた例と、今日扱われている問題では、やや性質が異なるのではないかと感じています。

5 自己決定権と家族のあり方

(プレゼンテーション資料・スライド 11 (p.58))

さて、もう 1 つ考えられるのは、自己決定権に依拠した説明です。自己決定権は、個人を主体とする社会の基盤であり、また民主主義の基盤ですが、それは社会における多様性を本質的に尊重するという基本的な価値判断を内包しています。特定の立場にコミットしないと申し上げましたが、私自身は、こうした自己決定権が極めて重要なものであり、国や社会の在り方を規定するという意味でも重視しなければならないという点では、それを前提に議論すべきだと考えています。

ただ、その上で、家族の在り方という問題において、自己決定権が無制限に説明として機能するのかという点については、よく分からないと感じています。

ドイツにおいてまさしくそうであるように、民主主義を否定するような団体が禁止されるということは、必ずしも民主主義と相反するわけではないとも思います。そうだとすると、自己

決定と社会の在り方とには、看過できない緊張関係があることになります。もちろん、ファシズムが問題となる場面と違って、ここでは家族の在り方が議論されているだけではないかという見方もあるかもしれませんが、ただ、実際には、家族の在り方、家族法というのは、国家や社会の形に深く関わるものだと感じます。基調講演では、基本法の中で家族について規定があることから、特にその問題がより顕在化され、ドイツで議論されたと理解していますが、仮に憲法の中にそうした規定がなかったとしても、同種の問題は存在しているはずです。

6 自己決定権の限界

(プレゼンテーション資料・スライド 12 (p.58))

家族という場面で、そうした限界が特に問われるのが、先ほども触れた 2 つの例、近親婚と重婚です。もっとも社会の変化との関係であれば、この 2 つを例外とすることの説明はそれほど難しくありません。実証的であるかどうかはともかく、近親婚や重婚を許容するほど社会は変化していないと言え、一応説明としては足りることになります。

それに対して、自己決定権との関係でこれらを例外とすることの説明は、それほど簡単ではないと思います。近親婚については、優生学上の説明もありますが、それが決定的なものであるかについては、現在では疑問視されています。また、これを貫くのであれば、説明が困難となる問題も数多くあります。むしろ、社会的タブーだという説明が現在では主流ではないかと思います。そうだとすると、当事者がよいと言っているのに、まさしく当事者がそうした自己決定をしたのに、法がそれを許容することを許さないのはなぜなのかという問題が生じます。また、一夫多妻であろうが、多夫一妻であろうが、さらには多夫多妻であろうが、当事者がそれがよいと思っているのであれば、それを国家や社会、あるいは他者が許さないのはなぜなのかという点が問題となります。

なお、基調講演では口頭での説明を省略されましたが、配付されている講演原稿の中では、「2 人のパートナーで構成される婚姻と他のパートナー形式との区別を際立たせることは、困難ではない」とされていました。このような説明は、日本の議論でも耳にすることがあります。しかし、少なくとも、この説明は近親婚の禁止には当てはまりません。一夫多妻、一妻多夫というと、何か 3 当事者以上の関係のような印象を受けます。しかし、A と B が婚姻し、それとは別に A と C が婚姻をするということを認めるだけであれば、これは実は 2 当事者の関係が複数あるにすぎません。その点でも、こうした形式の区別による説明が可能なのかについては、私自身は疑問を感じています。

その点では、多様性をうたいつつ、潜在的には、やはり西欧社会に深く根付いたキリスト教的な価値観、あるいは一定の倫理観が存在しているのではないかという気がします。仮にそうだとすれば、それ自体が、また新たな問題になるはずで

7 まとめに代えて—この問題が悩ましい理由—

(プレゼンテーション資料・スライド 13 (p.59))

残り時間も少なくなってきましたので、最後に、この問題がなぜ悩ましいのかということとを少し補足して私のコメントを終わりにしたいと思います。これは、フェーズ 2、フェーズ 3 で、それぞれ悩ましさが異なっています。

(プレゼンテーション資料・スライド 14 (p.59))

フェーズ 2 については、日本の家族法は何も規定しておらず、ドイツ法で認められたような同性パートナーシップは認められていません。もっともフェーズ 2 については、そもそも家族法上のアプローチとは別に、契約によるアプローチも考えられます。つまり、合意によって同性パートナーの契約を締結するということは可能です。契約としては、法的には意味を有し、保護される可能性があります。この種のことは、同性の関係に限定されるわけではなく、異性間の関係についても考えられます。契約については、基本的に、契約自由の原則が妥当するからです。

ただ、ここで悩ましいと感じるのは、家族に関する事柄についても契約自由の原則が無限定に妥当するのかという問題です。これについては、正直なところよく分かりません。例えば重婚は禁止されていますが、婚姻外の異性との性的関係を伴う関係や近親者間の関係については、契約であれば許容されるのかというと、やはりそんなに簡単な問題ではないだろうという気はします。もちろん公序良俗によって規制される可能性もありますが、そのときの公序良俗とは何なのかが問題となります。

(プレゼンテーション資料・スライド 15 (p.60))

もう 1 つの問題が、フェーズ 3 に関わる問題です。ここでは 2 つの問題を指摘しておきたいと思います。仮にフェーズ 2 のレベルで、法的な制度として同性パートナーシップが認められた場合、あるいは契約による保護が実現されるということが明確になった場合、フェーズ 3 のレベルで対応することが必要となる理由は何なのかという問題が 1 つです。それと同時に、この場合には実質的に婚姻の定義を変更することになるかもしれませんが、その場合、そもそも婚姻とは何なのか、なぜ婚姻は社会において保護されるのかという、より本質的な問題に関わらざるを得ません。

一般的に、この問題が扱われるときは、保守対革新という対立の軸で議論されることが多いように思いますが、私自身は、それとは別に、婚姻にこだわりを持つか持たないかという対立の軸があると思っています。ある意味で、保守も革新も婚姻にこだわりを持つからこそ、そこで激しく争う。しかし、恐らく一方で婚姻にこだわらないという軸がある。いったいこれから日本の社会はどちらに進むのかというとき、どうも保守対革新という図式だけでは、十分に議論状況を理解できないのではないかという気がしています。

おわりに

(プレゼンテーション資料・スライド 16 (p.60))

最後、駆け足になってしまって申し訳なかったのですが、これまでお話ししてきたとおり、私自身は、問題が複層的なものであるということを適切に認識することが一番大事なことであり、今後議論していく上で重要ではないかと思っています。そのことを申し上げて私のコメントを終わらせていただきます。御清聴ありがとうございました。

パネリスト・コメント (3) プレゼンテーション資料



SCHOOL
OF LAW

日本家族法の特徴と婚姻の行方

2016年11月11日(金)
水野紀子

スライド 1



「伝統的な秩序モデル」の相違

家族イメージの多様性・・・

- ドイツ・・・婚姻家族
- 日本・・・同居家族
- (「家」制度←江戸期の「家職国家」渡辺浩)
- 中国・・・血族集団
- (男系血統集団＝宗族)

同性愛・非婚関係への評価・・・

ドイツ・・・キリスト教文化

→同性愛への刑事罰、非婚関係へのスティグマ

日本・・・衆道文化＝同性愛への寛容さ

離婚率・再婚率の高さ

公生子(妻妾の子)と私生子

嫡母庶子関係＝法律上の親子関係

庶出男子が嫡出女子より優先して家督相続

スライド 2



日本における「近代家族」批判

家←→婚姻←→事実婚の三者対立

アンチモダン・プロトモダン・ポストモダン(大村敦志)

- 家制度に対して核家族の重視をいう批判
- ・・アンチモダンvs.プロトモダン・ポストモダン
- 婚姻と事実婚の同等性を強調する批判
- ・・アンチモダン・プロトモダンvs.ポストモダン
- 日本家族法の「私的自治」に対して、国家による婚姻制度擁護の必要性をいう批判
- ・・プロトモダンvs.アンチモダン・ポストモダン

スライド 3



日本家族法の特徴

家族の極端な「私的自治」

- ・・戸籍への届出のみで成立する
非常に簡便な婚姻・離婚・養子縁組・離縁

婚姻保護の弱さ、夫婦の形式的平等

- ・・夫婦別産制、離婚給付額の低さ
離婚後の妻は実家が扶養

公的介入のなさ

- ・・養育費の取り立て支援がない
- ・・家庭内暴力や児童虐待への対応がない

スライド 4



戸籍、明治民法、現行民法

1868年 明治維新

➤ 戸籍制度創設・「家屋」ごとの住民登録

1870年 平民名字許可令

1875年 平民名字必称義務令、戸籍記載は夫婦別氏

1887年 戸籍制度がほぼ完成

➤ 本籍地に90日以上いない者は寄留とし、寄留簿を整備

1898年 明治民法制定

戸籍記載を基準として「家」制度創設、氏＝家名、夫婦同氏

婚姻・離婚・養子縁組・離縁等＝合意による「家」のメンバーの交換

1947年 現行民法制定

憲法の「平等」要請に合わせて形式的平等化

「基本的人権」の要請は改正に際して働かなかった

協議離婚に代表される日本法の特徴(公的介入のなさ)は維持

「家」の私的自治から「当事者」の私的自治に

スライド 5



生活パートナーシップ(独)、パクス(仏)、 日本の事実婚(内縁)

同性カップルのニーズ？

婚姻を拒絶する異性カップルのニーズ？

法的な効果：婚姻＞パクス＞事実婚

国家介入されない自由の追求？

民法と社会保障法における事実婚の扱いの差

日本の特殊性

同性カップルによる養子縁組の利用

→相続権、同氏、家族としての地位

婚姻への批判は、もっぱら同氏強制への批判

「内縁準婚理論」＝事実婚に婚姻効果を準用

←婚姻の法的効果の弱さ、婚姻意思より生活実態

スライド 6



婚姻制度の意義

- カップルの公認
- リプロダクションのための安定した仕組み
- 子を守る繭の構築
- 限界は？・・2013年に同性婚を認めても、生殖補助医療の利用を禁止するフランス法
- 最高裁平成25年12月10日決定・・性同一性障害者のAID子に嫡出推定を適用

憲法的価値の相互矛盾

「自由＝自己決定」「平等」「基本的人権」

スライド7

パネリスト・コメント (3)

日本家族法の特徴と婚姻の行方

水野紀子

はじめに

本日のネットスハイム先生の講演（以下「基調講演」という。）を受けまして、私は民法学者ですので、主に民法の観点からコメントをしたいと思います。日本民法は、明治時代にドイツ民法とフランス民法を主なモデルにして立法されたものですが、とりわけ家族法領域は、日本法独特の特徴を持っております。それは、日本が、ドイツやフランスのようなキリスト教社会ではなかったことや、裁判所の数が圧倒的に足りないという司法インフラの不備など、様々な理由によるものでしたが、その日本民法という観点から眺めると、ドイツ法の動きは、言わばねじれの位置にあると申しましょうか、日本法と必ずしもパラレルには考えられず、単純な直線コースで日本法の先をいっているとばかりは言えないように思われます。両者を比較することによって、婚姻の意義を考えたいと思います。

1 「伝統的な秩序モデル」の相違

（プレゼンテーション資料・スライド2 (p.67)）

ネットスハイム先生が描かれた「伝統的な秩序モデル」は、婚姻のみが正当な家族とされ、非婚関係や同性愛に対して非常に冷たい秩序でした。日本社会の伝統的な家族モデルは、これとは異なります。江戸時代に確立した日本の伝統的な家族は、家を単位とするもので、日本人は、武士も町人も百姓も皆、どこかの家に所属し、その家によってアイデンティティを与えられ、その家の職業を営んで生きていました。渡辺浩・東京大学名誉教授の表現を借りると、家は括弧付きの「法人」ないし「機構」であって、日本は「家職国家」でした⁽¹⁾。お隣の中国や韓国は、また異なり、男系の血統集団である宗族（そうぞく）がアイデンティティと連帯の基盤となっている社会です。

近世の日本は、同性愛者についても、衆道（しゅどう）文化を持つ寛容な社会でしたし、男女関係においても、性的にかなり緩やかで、離婚率や再婚率が高く、村のお祭りはフリーセックスの期間でした。子供たちは、嫡出子と非嫡出子ではなく、妾の子を含んだ妻妾の子を表す公生子と、父親のいない私生子とに分類されました。明治民法は、一夫一婦制をとりましたが、夫の認知した庶子と妻との間には、嫡母庶子関係という法律上の親子関係が生じるとされていました。庶子の男子は、嫡出の女子より優先して、家の跡取りとなる存在でしたから、妻との親子関係も必要だとされたのです。これは西欧社会の伝統的な秩序とは大きく異なっています。

2 日本における「近代家族」批判

（プレゼンテーション資料・スライド3 (p.68)）

このような社会が数十年前まであったのですから、婚姻に対する言論や評価も、ドイツ社

(1) 渡辺浩『日本政治思想史一十七～十九世紀一』東京大学出版会, 2010, p.71.

会とは異なります。急速に近代化した日本社会は、産業構造が変わって家単位の自営業社会が崩壊しました。戦後は、地域社会や大家族による支えがなくなり、企業が男性労働者に生活給と雇用を保障し、主婦がケアワークとパートタイマーとして非正規労働を担うサラリーマン社会になりました。グローバリゼーションで企業が男性労働者を抱え込むこの構造が壊れてしまい、婚姻率の低下と少子化が深刻になっています。一方で、こうした社会そのものの変化を受け、他方では、意識には過去へのノスタルジーから変化しない側面もあって、議論は錯綜（さくそう）します。

ドイツに見られるような近代家族をめぐる議論は、日本では三つどもえの議論になりがちです。論者が標準として念頭に置く家族形態が、家か、婚姻か、事実婚かによって、問題意識と攻撃対象が異なってきます。大村敦志・東京大学教授は、家族法の議論対立を、近代以前の保守的なアンチモダン、近代の婚姻家族を基本とするプロトモダン、そして近代を乗り越えるべきものとして批判するポストモダンと呼びましたが⁽²⁾、この呼称はどの家族形態の立場に立つかとほぼ重なるでしょう。これらの対立は、論点によって合従連衡の組合せが異なります。ドイツとの対比で申しますと、国家介入を拒絶するポストモダンの立場はドイツと日本で共通するのですが、国家に対抗する自由の尊重という点では、家の立場の古いアンチモダンも、新しいポストモダンと同じ前提に立つのです。つまり日本ではドイツのように国家が介入して婚姻を守るという近代家族法が成立したことがなかったということなのでしょう。

3 日本家族法の特徴

(プレゼンテーション資料・スライド4 (p.68))

日本の家族法の特徴は、家族への公的介入がないということです。まず婚姻、離婚、養子縁組、離縁などの身排行為を、明治民法は家同士のメンバーのやり取りとして家の私的自治に、つまり自由に委ねて、本人の意思確認すらしない、全く簡単な戸籍届出だけでできるようになりました。この特徴は、戦後改正によって家の私的自治から当事者の私的自治に代わっただけで、基本は変わりません。たとえ夫婦の完全な合意があっても離婚には必ず裁判所が介入しないといけなくと考える欧米法とは大きく異なります。夫婦財産制は、他人同士の同居のような完全な別産制で清算はありません。財産分与という離婚給付と配偶者相続権はありますが、財産分与はドイツ法の剰余共同制の清算とほぼ等しく、離婚後の扶養という要素はありません。扶養料の債務不履行に刑事罰もなく、特別な取立ての支援もなく、結果として履行率は極めて低いものです。親権制限は、親権喪失と親権停止を合わせて年間2桁のごく例外的なもので、民法は児童虐待に対応していません。つまり一言で言えば、婚姻や家族を実質的に保護していないのです。

4 戸籍、明治民法、現行民法

(プレゼンテーション資料・スライド5 (p.69))

このように無力な民法の代わりに、圧倒的な力を持ったのは、戸籍制度でした。戸籍は、国民登録と親族登録と住民登録を兼ねた、日本独自の完璧な身分登録簿です。江戸時代から現在までを4等分しますと、最初の4分の1の期間に、明治政府は、徴税などのために国民を把握

(2) 大村敦志「日本民法の展開 (1) 民法典の改正—後二編—」 広中俊雄・星野英一編『民法典の百年Ⅰ』有斐閣, 1998, pp.177-178.

する目的で物理的な屋敷ごとの住民登録である戸籍制度を作り、武士階級のみならず国民全員に氏を名乗らせました。戸籍は、当初はメンバーが引っ越しの度に書き換えていたのですが、面倒なので寄留（きりゅう）簿、つまり後の住民票と機能を分担して、ほぼ現在の戸籍と同じ機能を持つものに作り上げました。そして、権利や義務や時効などという日本語を作りながら民法を立法する作業をしました。が、家族法の立法においては、既にでき上がっていた戸籍を利用し、1枚の戸籍に書かれたメンバーを「家」とし、氏を家名としました。そして1898年から、2番目の4分の1の期間、つまり「家」の自治に任された明治民法の時代が始まります。戦後、この時代が終わり、後半の2分の1の時代、つまり戦後改正による現行民法の時代になります。戦後の改正は、憲法に合わせるために行われましたが、もっぱら「平等」の要請に従った改正で、「自由」の要請は、もともと極端に自由な家族法でしたし、本来なら働くべき「基本的人権」からの要請は問題にされませんでした。結果として、民法の力は、戦後も相変わらず無力でしたので、戸籍に夫婦として記載されること、そして同じ氏になることと配偶者相続権が主たる婚姻の効果になります。

5 生活パートナーシップ（ドイツ）、パクス（フランス）、日本の事実婚

（プレゼンテーション資料・スライド6（p.69））

日本民法の家族法は、フランス法を母法とする規定が多いので、私はフランス法を比較的よく勉強してきました。そして同性カップルのニーズや婚姻を拒絶する異性カップルのニーズについて、フランスの議論を読むことが多かったのですが、そこでは、婚姻の強い法的な効果を嫌った異性カップルが、もともとは同性カップル用に作られたパクス⁽³⁾を利用し、さらに事実婚を選びます。自分たちの家庭生活に国家介入されない自由を追求する彼らのニーズは、日本法とは遠いものでした。一方、フランスの民法学者は、これらの新しい形態を利用するカップルが婚姻の保護を失うことを心配します。もっとも、私人間の規律である民法と、生存維持の必要性に対応する社会保障法においては、事実婚の扱いの差があつて当然とされていますし、たとえ事実婚であっても子供の保護のためには、親権行使に対する国家介入が強制されています。

日本法は、このような状況と大きく異なります。婚姻も養子縁組も極端な自由に委ねられていますから、同性カップルは養子縁組を利用することによって、相互の相続権や、同氏にすること、また、家族としての地位を獲得できます。日本では、法律婚への批判は、もっぱら同氏強制への批判です。日本の判例通説は、「内縁準婚理論」という理論を採用してきましたが、この理論は、事実婚に法律婚の婚姻効果規定を準用して適用するという理論で、西欧法では到底、考えられない理論だろうと思います。日本法の婚姻の法的効果があまりにも貧弱であること、婚姻意思を重視しない伝統があったことが、この内縁準婚理論を可能にしてきたのでしょう。欧米法では、神の前で婚姻を誓うことから始まった婚姻意思は、はるかに重い存在です。

6 婚姻制度の意義

（プレゼンテーション資料・スライド7（p.70））

最後に、婚姻制度の存在意義について考えてみたいと思います。家族は、その中に自力では生きていけない弱者を抱え込む集団です。その極端な存在は、生まれたばかりの子供でし

(3) 民事連帯契約（Pacte civil de solidarité: Pacs）。本報告書 p.4 脚注 (4) を参照。

う。そういう弱者をケアする役割を担う者もまた、相対的な弱者になります。婚姻には、もちろんカップルの公認という要素はありますが、それ以外のカップルも社会的に認められるのであれば、それほど深刻な要素ではないように思います。なにより婚姻は、リプロダクションのための安定した仕組みであって、次世代の人を育てるため、社会や国家が両親に協力して子を守る繭を構築することではないでしょうか。フランスでは、パクス立法の際に、婚姻は家族を作るが、パクスは家族を作らないと言われましたが、それはリプロダクションのための関係ではないという意味でした。現在のフランス法は、さらに進み、2013年に同性婚を認めましたが、それでも同性婚当事者には、生殖補助医療の利用を禁止しています。同性婚からは自然に子は生まれません。既に生まれた子を養子にして育てるのならともかく、親のためにドナーの生殖子を用いて子を作ることは、親の自己決定として許していいものでしょうか。私は、それを許さないのが、新しく生まれる生命に対する最低限のエチケットであるように思います。最高裁平成25年12月10日決定は、性同一性障害者がAID (Artificial Insemination with Donor's Semen)、つまりドナーの精子を用いた人工授精を利用して作った子に嫡出推定を適用しました。この事案は、性同一性障害者に対する差別問題として報道されましたが、私はこの判例には反対で、これを差別問題として論じるのは間違っていたように思います。

民法は私人間の共存のためのルールです。私人間の紛争は、対立する当事者にそれぞれ一定の正当性がある方が圧倒的に多数です。民法は、そのそれぞれの正義の間に一定の線を引いて矛盾のない体系を構築するものです。憲法は、そういう構築物である民法に、自由や平等や基本的人権という価値を照射して、暗い影ができる部分の改正を迫る力を持ちますが、それらの憲法的価値は自由と平等がそうであるように、内在的な相互矛盾をはらんでいますから、民法に取って代われるものではありません。そして日本民法は、これまでの自由や平等という価値ではなく、基本的人権という価値から見たときに、最も大きな問題を抱えているように思います。御清聴ありがとうございました。

パネル・ディスカッション

マルティン・ネッテスハイム

磯村 保

松原光宏

窪田充見

水野紀子

山口和人

<磯村氏>

コーディネーターを務めます、磯村と申します。どうぞよろしくお願い申し上げます。会場の皆様から多くの質問をいただきました。これからパネル・ディスカッションを行い、その後、質疑応答という流れを予定しています。時間の関係で、全ての質問を拾い上げるのは難しいのですが、できるだけ要領よく議論を進め、質問についても可能な範囲でパネリストの先生方、あるいはネッテスハイム先生からお答えいただきたいと思います。

先ほどパネリストの先生方からコメントをいただきましたが、それに関してネッテスハイム先生から反対コメントや質問などがあれば、まずお伺いしたいと思います。

<ネッテスハイム氏>

ありがとうございます。まず、コメンテーターの方々に御礼を申し上げます。御多用中にもかかわらず私の原稿をお読みいただき、詳細に分析していただいたことに感謝します。1点申し上げたいのですが、婚姻やパートナーシップを考えると、自己決定権がどこまで認められるべきか、という点について、従来の、例えば多重婚や近親婚といったものの禁止が問題になってきます。このような禁止も疑問とするような自由主義的な見方をしてしまいますと、様々な要求に対して（婚姻を）開放しなければならなくなってしまいます。哲学的な観点からしますと、第三者や関係者に被害が及ばない限りは、これら全ての関係・構成・形態に（婚姻を）開放すべきと言えます。しかし、伝統的な被害の回避という考え方からアプローチすることになれば、一例えば、なぜ近親婚はダメなのか、母親はなぜ子供と結婚してはいけないのか等の問題について一次のように考えられます。つまり、民主的な憲法が自由主義化を語る場合にも、立法者は特定の倫理観に基づいて共同生活における幾つかの形式を決めることができる、あるいは認めることや認めないことができる、と。その点において、立法者に裁量の余地を与えているということです。どういった形式を優遇するのか、あるいは認めないのかということに関して裁量の余地を与えているということです。ですから、先ほどの窪田先生の御報告にあった「自己決定権はどこまで認められるべきか？」という問題に関しては、「自由権を尊重するという意味で、しかしあまりに自由主義になり過ぎない限り自由権を尊重すべき」というのが私の回答になります。

＜窪田氏＞

最初に確認しておきますと、同性婚を認めるのであれば近親婚についてもフリーにしようとか、ドイツにも日本にもある重婚禁止規定を削除したらよい、という趣旨で申し上げたわけではありません。むしろ、そうしたものを区別する感覚が背後に残っているのだとすれば、それは何なのか、という趣旨で申し上げました。ネットスハイム先生も、一定の倫理観の範囲で、「行き過ぎた自由主義にならないように」とおっしゃいましたが、その場合、「行き過ぎた」ものなのかどうか、それをどのように考えるかは、結局、一定の倫理観に拘束されているのではないかということになるだろうと思います。例えば、宗教的な価値観から自由になったといっても、我々の社会には一定の倫理観というものが存在している。それが場合によっては、その倫理観を共有しない人々、それがマイノリティということになるのかもしれませんが、そうした人々にとっては、その一定の倫理観を前提として法が組み立てられるとすると、それはいったい何なのか、ということだと思います。我々は、自由である、自由に決めることができると思いながら、そう信じながらも、実は文化的歴史的に形成された様々な倫理観によって一定の拘束をされているのではないだろうか、その倫理観とはいったい何なのかということについて、私自身、もう少し掘り下げることができたらいいなと思っておりました。

＜ネットスハイム氏＞

再度お答えできることを嬉しく思います。誤解を避けるために申し上げたいのですが、民主主義的な自由とは、1つの倫理というものに制限されるべきではないと思います。また、婚姻に関しては、倫理だけが決定的に重要とは言えないのではないかと思います。民主的な立法とは、ある特定の形を優遇して他の形を優遇しないこと、それが可能なのか、可能ではないのか。こういったことがもし許されるべきではないのであれば、民主主義的な形でこれを変えていくことが必要なのではないかと思うわけであります。特定の倫理に対してのアイデンティティに固執してはいけないと思いますが、ただ、民主主義的な立法ということでは、何らかの倫理観念に依拠する必要があるのではないかと思います。

＜磯村氏＞

今の議論は、自己決定を認める場合、どこにその限界があるかという議論であると思います。では逆に、ネットスハイム先生から指摘のあった、契約的な処理でどこまで対処できるのかについて考えてみますと、当事者間でどのような権利義務関係を認めるか、契約によってどこまで婚姻と同じような効果を達成できるかという問題があると思います。例えば、夫婦関係における相互の扶助義務は、あるいは契約でも形成できるかもしれませんが、やや微妙なのは法定相続権です。ただ、この問題は遺言制度を利用することによって回避可能かもしれませんが。それに対して、例えば夫婦財産制度は、日本では非常に薄弱な法的ルールしかありませんが、フランス民法やドイツ民法は夫婦関係における財産分与の仕方について非常に詳細な規定を置いています。これは第三者にも対抗することができる法律関係です。これを契約的な処理で達成できるかというのが1つの問題です。もう1つは、むしろ公法的な問題ですが、今日の講演でも言及がありましたが、ドイツでは、婚姻と同じ効果を認めるということは、例えば遺族年金について同じ取扱いをする、あるいは夫婦合算課税—これは、夫と妻の収入が異な

る場合に、別個に課税すると不利益になることがあるので、両者を足して半分に割って課税できるという制度です—を生活共同パートナーにも認めることになります。これらは法的な制度としては可能かもしれませんが、契約上の処理として実現できるかという点、かなり難しいのではないのでしょうか。だとすると、法的保護を一定の制度として用意することと、当事者の自己決定に委ねることには、やや違いがあると思われますが、この点について、水野先生と窪田先生、民法学者として何かコメントがあればお願いいたします。

<窪田氏>

磯村先生の質問に正確にお答えできるかどうか分かりませんが、契約関係という形でこの問題にアプローチをする場合に、婚姻という家族法上のスキームとは効果が異なりますから、その点で一定の制約が生じるのは確かだろうと思います。ただ、私自身が関心を持っていたのは、その点に関する違いというよりは、むしろ、婚姻の世界であれば幾つも制約があることが、逆に契約という構成さえとれば、その制約を回避することができるのだろうか、つまり先ほど磯村先生がおっしゃったのとは逆の問題でした。婚姻外の性的関係を伴う男女の関係、こう言うと、「妾（めかけ）契約かな？」などと、それだけで公序良俗違反だと思われてしまいそうですが、それ以外の婚姻外の男女間のパートナーシップ関係というのはあり得ます。そうした関係は、婚姻とは別の制度なのか、婚姻と両立し得るのか。契約の効果が弱いというよりむしろ、婚姻ではできないことが契約ではできるのだろうか、ということについて検討が必要ではないかと思った次第です。

<磯村氏>

私の質問の趣旨は、登録生活パートナーシップ制度について、仮に法的保護を認めないとすると、婚姻とどこがどう違ってくるのか、逆に言えば、それは（契約で実現できない部分があるからこそ）法的な保護の対象に取り込む必要があるのかもしれない、そういう観点からの質問だと御理解ください。

<窪田氏>

1点補足させてください。登録パートナーシップ制度であっても婚姻の効果と差があるタイプのものも考えられます。例えば、契約としての登録パートナーシップでは、相続のほか、排他的な性的関係の保証が認められないといったことは考えられます。この点は、結局、登録パートナーシップといった制度をどのように設計するのかという点に帰着しますが、それは、まさしく基調講演にあったように、婚姻が我々の社会において尊重されるということの意味にも関わってくる問題だろうと思います。つまり、いろいろな考え方があるにせよ、長い歴史の中で、キリスト教世界だけではなく、一定の排他的な男女の関係として認められ、意味を持っている婚姻というものがある。恐らく、問われているのは、なぜその婚姻が価値を持っているのかという基本的な問題だと思います。非常に簡単な方法は、婚姻の定義を変えることかもしれませんが、そんなに簡単に婚姻の定義を変えてよいのかということ自体が、私にはまだ分かりません。

＜磯村氏＞

水野先生の御意見もお聞きしたいところですが、時間の関係で、松原先生に質問させていただきます。ドイツでは、基本法第6条との関係で婚姻制度を特別に扱うかどうかが議論になると思いますが、日本の憲法学において憲法第24条との関係で婚姻制度というものがどのように位置付けられているのかについて、それがドイツと同じ方向を向いているのか、それともかなり違う議論が展開されているのか、その点について状況を教えていただけるでしょうか。

＜松原氏＞

日本国憲法第24条に関し、憲法改正を伴わずに同性婚を導入することについては、恐らくこれまでの学説の多くは、禁止されていると考えていたように思います。同条に「両性の合意」という文言がありますが、どこに重点を置いて読むかという問題として考えるならば、「両性」に重点を置いて読んだ場合、そのような結論も導かれます。しかし最近になって、そうではなく「合意」に重点を置くのだという見解が登場しておりまして、これによれば、「禁止」ではなくて「許可」されているのだと、つまり議会の裁量によって、国会の多数決によって家族法を改正することにより、同性婚の導入は可能であるとの議論が登場しています。

しかし、そうは言っても、ドイツとの差は少なくないと思っております。つまり、先ほど申し上げたように、日本では、法が前提としている指導的モデルがドイツほど変わっていないのではないかという疑問です。ドイツの場合、結婚するかしないかはあまり大きな問題ではなくなっています。学生時代から同棲し、そのまま関係が継続し結婚する者もいればしない者もいます。子供が生まれても、結婚する者もしない者もいます。自由な選択自体は、異性間のみならず同性間でも行われており、そうした社会モデルが定着しているように思います。例えば、今週末日されるドイツの連邦大統領は、随分と前から婚姻関係にある妻とは別居、他の女性を事実婚パートナーとされていますが⁽¹⁾、彼はドイツ国民から非常に敬愛されています。ここにも婚姻をめぐる大きな意味変化が見て取れるわけです。ドイツの場合は、基本法の改正を伴わずに第6条をめぐる解釈が変化して今日に至っているのですが、その背後には、こうした状況があるわけで、これは恐らく、窪田先生がおっしゃっていた倫理や社会的意識に対応する事態かと思います。法の前提としてどのような指導的モデルが認められ、それがどのように、どれだけ時間をかけて変わるのかということが非常に重要であると考えておりますので、この点に関し、日独の差異は、なお少なくないと思っております。

＜磯村氏＞

ありがとうございました。もう1つの問題は、ドイツ基本法第6条では「家族」と「婚姻」とを分けて規定しているということです。かつては、婚姻の延長線上に家族があるという発想だったかもしれませんが、現在は両者が切り離されている状況にあると言えます。水野先生のお話にありましたように、日本では、いわゆる「内縁」について、戸籍の届出はないが、しかし社会的には夫婦であるとき、婚姻に関する規定を準用するという考え方がとられています。対照的にドイツでは、いわゆる事実上の婚姻関係は、法的な保護の対象とはならないのが大原

(1) 2016年11月に来日したヨアヒム・ガウク（Joachim Gauck）ドイツ連邦共和国大統領（任期は2012年3月から2017年3月）は、パートナーであるジャーナリストの女性と法律上の婚姻をしておらず、事実婚の状態にあった。

則です。登録された生活パートナーシップと婚姻は保護されますが、事実上の夫婦関係は保護されないという前提です。ところが、その間に生まれた子供がいる場合、その両親と子供は、憲法上保護される「家族」という扱いを受けることになります。つまり、婚姻関係と家族関係は切り離された形で位置付けられていると言えます。

ところで、水野先生の報告では、婚姻とは、子供を産み育てるという「リプロダクション」（生殖をして育てる一実子の場合は「産む」ことまで含みますが、養子縁組の場合は、既に生まれている子供を夫婦として受け入れることになります）のための仕組みであるとされていました。大変興味深いことに、ドイツの登録生活パートナーシップ法では、共同養子縁組は法律上認められない状況にあります。フランス法は、2013年、同性に対しても婚姻制度を開くと同時に、夫婦の共同養子縁組は排除しない、しかし、御紹介があったように生殖補助医療については排除するという決定をしているわけです。これは、水野先生にとっては、ある種、必然的な区別であり、逆に言うと、共同養子縁組は同性カップルにおいても認められてよいということも、水野先生のお考えからすると正当化され得るのでしょうか。

<水野氏>

先ほどの報告の最後に、民法とは、それなりの正当性を持っているが相互に対立する正義ないし法益の間にどうやって線を引くかという話だと申し上げました。離婚したくない配偶者、及び両親に育てられたいと望む嫡出子の法益と、離婚したい配偶者とその恋人、及びその2人の間に生まれた非嫡出子の法益は、相互に対立しますが、それぞれにそれなりの正当性をもっています。

実親が育てることを拒絶した子供がいる場合に、その子を同性カップルが養子にして育てることについて、私自身は特に否定すべきであるとは思っていません。ただ、フランスでパクスが議論されたときに、異性カップルの間で育つという環境を子供のために維持すべきであるという強い議論があったことは確かです。そして、子供の法益ということを考えた場合、同性婚を承認した現在のフランス法も、同性カップルが生殖補助医療で子供を設けることまでは許さないという線を譲っていません。

アメリカでは、生殖補助医療を規制しない州が多かったため、同性愛者がドナーの生殖細胞によって子供を作ることが先行して現実化していました。アメリカの連邦最高裁判所が同性婚を承認した⁽²⁾とき、そのような方法で作られた子供たちが現に大勢いて、同性カップルであったとしても彼らを生産した親として認める必要があるということが、判決の1つの大きな理由になっていました。

日本でも、異性間のカップルで男性が不妊の場合に、AIDを用いて、戦後1万人をはるかに超える子供たち（AID子）が生まれています。その多くは、自分を、法律上の父親と血のつながった子だと信じて生きておられるわけですが、そうではないことが分かってしまったAID子の方々が、「AIDという施術はぜひやめてもらいたい。自分たちがどれほどの苦悩を抱えていることか。」と運動しておられます。ぎりぎりの線をどこで引くか、という問題なのだ

(2) アメリカ連邦最高裁判所は、2015年6月26日、州政府が同性カップルに対し婚姻許可証を発給しないこと及び他州で合法的に認められた同性カップルの婚姻を承認しないことは合衆国憲法修正第14条違反であるという判決を下した。Obergefell v. Hodges, 135 S. Ct. 2584(2015). 同判決については、本パネル・ディスカッション記録の最後にある磯村氏の発言を参照。

と思います。その線の引き方は、憲法から自動的に導き出されるものではありません。我々の社会が新しい生殖補助医療技術を持ったときに、ぜひ子供を持ちたいという自己決定と、その子が大きくなったときにどういう苦悩を抱えるかという未来まで想像力を及ぼして、その子の法益を考えて、どこかで線を引く。そういう苦しいぎりぎりのところの思考が我々に求められているのでしょうか。ですから、今生きている人間がそうしたいから、その自己決定・自由を認めて欲しいというだけでは、そう簡単にはいきません。民法は、将来まで見据えた、社会の共生と妥協のルールでなければなりませんから。

私は、窪田先生と同様に、同性婚の是非については保留したいと思っています。同性カップルが社会的に正当な結び付きであると公認される以上に、異性カップルと同様の婚姻という形を認めて欲しいという要求が何を理由とするものか、十分には理解できておりませんが、強い要求にはそれなりの根拠があるのかもしれないと思います。しかし、その要求が自分たちの子供を生殖補助医療で作るところまで行くようであれば、私はそこには子供の利益という観点から線を引きたいと思っています。

<磯村氏>

同じか、あるいは類似の問題について、今度はネットスハイム先生にお尋ねしたいのですが、ドイツの登録生活パートナーには、実は制度的に共同養子縁組が認められていませんが、生殖補助医療については、フランスのように民法で明文上禁止するのではなく、医療関係者に対する指針の中で、その関係では生殖補助医療をしてはならないと禁止しており、法的なルールがない状況です。なぜ夫婦共同養子縁組を同性カップルに認めていないのか、また、なぜ生殖補助医療についてはあえて医療基準に任せ、民法で、あるいは登録生活パートナーシップ法で具体的な規定を置かなかったのか。それには特別な理由があるのでしょうか。あるいは、必ずしもそうではないのでしょうか。

<ネットスハイム氏>

御質問ありがとうございます。おっしゃるとおり、登録生活パートナーが共同養子縁組することは禁止されており、そこが婚姻と生活パートナーとの間の唯一の違いとして残っている部分なのです。なぜこうなっているかと言いますと、連邦憲法裁判所は2009年以降、段階的に両制度の差異を撤廃してきましたが、しかし、この最後の違いを克服するような事例がいまだないからなのです。しかし、同性婚に関してそれ（共同養子縁組）が認められない合理的な理由はあまりないと思っており、この共同養子縁組も認められるようになってしかるべきで、そういう時代に既に到達しているのではないかと思います。

もう1つの御質問ですが、再生産、つまり「リプロダクション」に関してですが、ドイツ法の中で時期のずれがあった一家族法の中で全く違った展開があった一のです。そこと最新の生殖補助医療とがなかなか合致せず、特に、この生殖補助医療に関しては、ドイツ法は、日本よりもはるかに限定的で保守的な考え方を採用しています。段階的に開放されてきてはいるものの、基本的には拒絶するという姿勢で、今でもドイツでは多くのことが禁止されています。例えばオランダやチェコ、あるいはアメリカでは認められていることが、ドイツではいまだに禁止されています。生活パートナーシップにおいては生殖補助医療を認めないというのもその1

つです。夫婦に関しては、ドイツの近隣国では代理母制度が認められていますが、ドイツでは禁止されています。ドイツ法が今後どれだけ開放されていくかは、なかなか難しいところです。国際的な文脈の中で変わっていくでしょうが、ドイツの夫婦は、例えばオランダにすぐ行けますから、そこでドイツでは禁じられている処置を受けることができます。ドイツで、家族に関して興味深いのは、禁止されているリプロダクションで生まれた子供が家族として認められ、家族として保護の対象になるということです。仮に生殖に関するルールに違反していても、そういうことになる（生まれた子供は家族として保護される。）ことが、私は非常に面白いと思っています。

<磯村氏>

広い意味での生活パートナーシップと言うとき、先ほど申し上げた事実上の夫婦関係と、また、水野先生から御紹介いただいたフランスのパクスの問題があります。パクスは、婚姻という、要件・効果の重い制度を避けつつ、しかし一定程度、生活パートナー関係を法的に保護する—その保護が十分であるかどうかはともかく—という、ある種の弱められた、緩やかな形式での婚姻制度と言えます。ドイツでもその可能性があるかについては、ネットスハイム先生も、性による区別ではなく、むしろ責任構造による区別として、例えばフランスのパクスがモデルになり得るのではないかというお話をされました。

フランスで婚姻制度がどれだけ厳格なものであるかを考えた場合、日本では当事者が合意すれば極めて簡単に離婚できるという紹介がありました。手続的には全くそのとおりだと思いますが、それとは反対に、一方当事者は離婚したいが、他方当事者は離婚したくない場合、ドイツの離婚法では3年間別居していれば自動的に破綻として離婚請求が認められるという手続になっています。フランスも手続的にはむしろそれに近いのですが、その（離婚の）効果が非常に厳しいので、なかなかそうはいかないという違いがある。そのような制度の違いは、フランスにおけるパクスの必要性和、ドイツに類似の制度を認める必要性を考えると、随分大きな違いをもたらすのではないかと思います。この点についても水野先生、あるいはネットスハイム先生の御意見を伺えればと思います。

<水野氏>

ドイツとフランスの相違については、ネットスハイム先生にお任せして、私は日本法についてももう少し説明を付け加えます。離婚という場面で当事者をどれだけのよう保護するかが、婚姻制度の強さを示すように思います。日本法は、戸籍の届出のみという究極の私事化を採用しています。その結果、当事者のむきだしの力関係が決定的となり、戦前の日本では、「追い出し離婚」が横行していましたが、戦後、最高裁判所が消極的破綻主義を採用し、自分が望まなければ離婚されないという、この1点だけで突出して保護されることになりました。したがって非常におかしな離婚法になっておりまして、どうしても離婚したいと望む側がバーゲニング・パワー（交渉力）を失います。例えば、DV夫から逃れたい、子供と平和な生活をしたい、と妻が望む場合、裁判離婚は時間もお金もかかる大仕事ですから、協議離婚や調停離婚で夫の離婚合意を得るためなら、彼女は離婚給付も何もいらないと言い、極端な場合には、貧しい彼女がお金を積むことさえある、それが日本の離婚法の現状です。ドイツ民法でもフランス民法で

も、裁判離婚は、離婚できるかどうかという1点だけを守っているのではなくて、そのカップルの離婚後の経済的な状態も同時に解決します。むしろ離婚前の段階から、DV夫に対しては別居命令を書いて彼を追い出し、刑事罰付きの強制力で養育費を取り立て、実効力をもって実質的に妻と子供の生活を守っています。日本の民法は、そのような力を持ちません。現実生活を変える手助けはしないので、DV被害者の妻は、子供に大学教育を与えるためと思って耐えるか、あるいはただ逃げるしかできません。日本法がそういう弱い婚姻法であることは、非常に問題です。同性婚の場合は、異性婚と同じように配偶者を守る必要があるでしょうか。私は、同性婚の是非よりも、家庭内の弱者を守る力をもたない婚姻法を変革する方が、日本法にとっては喫緊の課題であるように思っております。

＜ネットスハイム氏＞

御質問ありがとうございます。人生設計が自由になり、いろいろな生き方があるこの時代において、なぜ婚姻や、形式は何であれ法的なパートナーシップが必要なのか、という疑問があるかもしれません。全て契約にしていればよいではないかという考え方もあるでしょう。ただ、社会心理的には、やはり人々は、対外的な正当性を望んでおり、それは、特に婚姻においては、常に内なるものと結び付いています。法的な婚姻ではなく契約だけであれば、それはなかなか難しい。この狭い世界—2人が共同生活をし、自己決定権もある、そのような世界—において、同時に公平性（フェアネス）も担保しなければならない。大体、2人の共同生活においては力の上下関係がありますが、にもかかわらず公平にアプローチしなければならないということに関して、そこにどう関与するか。2つの形式があるという話をしましたけれども、ドイツ社会においては、非公式に共同生活を始め、合うかどうかテストをする、今や、このように同棲するのが当たり前というアクセプタンス（社会的に受け入れられていること）さえあります。3年間なり5年間なり、同棲せずに結婚するなんて、という考え方もあります。そういう中で、例えば賃貸借契約、あるいは保険に関して、誰が責任を負うのか、様々な不公平がある領域についてどう考えるかという意識の枠組みを作る必要があるかもしれません。

＜磯村氏＞

関連して少し付け足しますと、ドイツでは、婚姻の組数に対してその約10分の1に当たる事実婚があると言われております。ただ、その原因や理由はいろいろで、多くは、今おっしゃったように、将来婚姻することを前提として、言わばその前段階として共同生活を送るというタイプであり、この場合、子供が生まれると法律上の婚姻に移行するという意味で、（婚姻の）前段階的な共同生活関係と言えるかと思います。このほか、既に一度婚姻で失敗をしたため、もう一度失敗することを心理的に避けるという理由で、あえて婚姻とは違う形態を選ぶというタイプもあります。こちらは、恐らく当事者が意図的に婚姻という効果を避けていますので、そこに日本の準婚理論を使って婚姻と同じ効果を認めるのは、逆にねじれた法律効果を認めることになりそうです。

今日メインで扱われた登録生活パートナーシップは、私の調べた限りでは、2014年の段階で、既に約41,000組の登録があり、そのうち約24,000組が男性カップル、約17,000組が女性カップルです。登録をしていない同性パートナーの総数は、大体その倍以上と言われております。あ

る意味では、ドイツでは登録生活パートナーシップが社会の中で定着し、社会的に認知されている状態にあると言えます。

窪田先生と水野先生は、従来日本の社会は、同性の性行為に対してむしろ寛容な社会であったとおっしゃいました。歴史的には確かにそのとおりだったのですが、逆に今の時代に同性パートナーが共同生活を送ることにに関して日本社会がどう反応するかについては、どう評価されるか、両先生にお尋ねします。

<窪田氏>

現代の日本社会においては、同性カップルが共同生活を送ることについて、法で禁止されていないとしても、多分、ネガティブな反応が返ってくるのではないかと、非常に高い確率で、ヨーロッパで経験するのは違う感覚になるだろうなという気がします。私自身は、いつからそのような社会的意識が形成されたのかよく分からないと感じています。ひょっとして、ここからはいい加減な話になってしまうのですが、明治維新と同時に西洋的な価値観が入ってくる過程で形成されたものだとすると、一方でそのような（同性カップルに対して否定的な）価値観が輸入によって作られ、しかし、他方で、今やヨーロッパでは価値観が全く変わって、そうした価値観が否定されているのだとすると、随分振り回されているということになりそうです。いずれにしても、日本の社会において、それが刑法によって禁止されていないとしても、社会的な反応としてはネガティブな反応が返ってくるのは確かだろうと思います。

これとは関係ないのですが、もう1点よろしいでしょうか。先ほど磯村先生から指摘があったように、日本、フランス、ドイツの婚姻の効果が強いかどうかという問題は、（婚姻の効果のうち）どの点に注目するかによって結論は違ってくるだろうと思います。日本は、ある意味でそれほど婚姻の効果が強くないという見方もできるでしょうが、少し気になるのは、婚姻をあえて選ばなかった場合に婚姻の効果を与える必要はないという考え方、これは従来の準婚理論とは対照的な考え方ですが、そうした考え方があります。問題は、一般論としてはこのような考え方があり得るとしても、果たして婚姻の効果として何を考えているのかという点です。日本に固有の問題で、フランスでもドイツでも解消された問題ですが、夫婦同氏原則が強制される、それがパッケージになった形でしか婚姻が認められないということがあります。これに関しては、基本的な婚姻の効果を否定しているわけではなく、婚姻の効果の一部（夫婦同氏原則）を拒絶した内縁関係というのはあり得ますし、この関係性には、一定の保護が必要なのではないか、あるいは婚姻そのものの法改正も必要なのではないかと考えております。

<水野氏>

日本は、古くは衆道文化もあり同性愛に寛容な社会でしたし、現在でも西欧のようなカップル文化ではなく性別で生活圏が分かれていますので、その意味では同性愛者が暮らしやすい社会だそうですが、窪田先生の言われたように、いわゆる「世間」の抑圧は強くあるだろうと思います。

会場からいただいた御質問の中に、（婚姻を）リプロダクションのための安定した仕組みだと考えると、産まない又は産めない女性をどのように考えるのかというものがありました。日本社会は、社会的な抑圧が非常に強い社会だと思います。子供を産みたいときに産める権利と

能力、子供を産みたくないときに産まないで済む権利と能力、そういうものを日本女性は十分に保障されてはいません。3年子無きは去ると言われた時代ほどではなくても、家族の生活給を稼げる夫と結婚したら、妻は産まなくてはならないとプレッシャーを感じるでしょう。少子化は、女性の真に自由な選択の結果ではなく、家事育児と両立する働き方が可能ではないことと、生活給を稼げる若い男性が減ったためです。

先ほど生殖補助医療の話になりましたが、ドイツもフランスも生殖補助医療について厳しい規制を置いています。世界の生殖補助医療の規制の仕方を比較しますと、アメリカは一州によって違いはありますが一自由が国是の国ですから、相当緩やかに、自由に任せていたところ、ノーベル賞学者の精子バンクができたり、卵子を売るために排卵誘発剤で体をぼろぼろにする女性がいたり、商売として代理懐胎が行われたりと非常な弊害が起きたために、徐々に州法で規制が進みつつあります。ドイツ・フランスとアメリカでは規制の在り方が対照的ですが、日本はまた全然違って、日本にはいまだに法規制がないのです。これをフランス人に説明したところ、“Extraordinaire!”とか“Incroyable!”とか、(つまり「信じられない!」と)叫ばれたのですが一かつて日本の協議離婚について説明したときにも同じ反応がありました一、「信じられない」状況なのに、日本の生殖補助医療をめぐる状況はアメリカのような事態にはなっていません。医師たちが、産科婦人科学会で、サンクション(違反に対する制裁措置)のない会告を出して自主規制をしたのです。日本社会は、そのような自主規制一社会的な抑圧一が強く、いわゆる「世間の力」が強い社会なのだと思います。生殖補助医療について、アメリカとドイツ・フランスは非常に対照的でしたが、どちらにも共通しているのは「法で規制されなければ自由」だということです。しかし、日本の社会は、法で規制されていなくても、実は自由ではないのです。「世間」がひんしゆくすると、マスコミのバッシングを浴び、社会的なサンクションを強く受けます。生殖補助医療の場合は、それがプラスに働き、法規制がないのに、凄まじい事態には至っていません。もっとも、我々の社会は、同時に、「じゃあいいんだ。」ということになれば、一瀉(いっしゃ)千里にそちらに走ってしまうという危うさを抱えた社会でもあります。その、自由でない部分を、どのようにして克服していくか。日本の法律を議論するとき、ドイツとパラレルに議論できない理由の1つに、そうした社会的抑圧を法的な手段でどこまで解消できるかについて、なかなか冷静な議論ができないという点があるように思います。婚姻法がリプロダクションを守るといって、それを産めない女性への非難ととらえるように、法の世間へのメッセージ効果に過剰な思い入れをもってしまい、それも我々の法治国家としての苦しさの1つであるように思います。

ついでに申しますと、ドイツでもフランスでも婚姻率は下がっていますが、同棲している人々は大勢いますし、そういう非婚カップルから子供も生まれています。日本の場合、婚姻率が同様に下がる一方で、若い男女は同棲しませんし、非嫡出子出生率も上昇しません。その理由をフランス人から尋ねられたことがあり、「若い男女なのだから、一緒に暮らすのが自然だろう。」と彼は言うのですが、うまく説明できませんでした。日本人は世間の目を気にして、男性は自分が妻子を養うだけの給料を稼げないとなると同棲もしませんし、女性も養ってくれる経済力を持つ男性との結婚を待って、「自然」な同棲も抑圧して控えます。我々の社会の、ある種の特殊性なのだろうと思います。

<磯村氏>

ありがとうございました。パネリストの先生方とやり取りをするテーマは他に幾つもありますが、時間の関係で、会場の皆様方からいただいた質問を取りまとめながらパネリストの先生方にかいつまんでお答えいただきたいと思います。まず、松原先生に対して、婚姻制度と憲法の関係について複数の質問をいただいております。その趣旨も松原先生に取りまとめいただきながら、適宜御回答願います。

<松原氏>

御質問ありがとうございます。限られた時間ですので、ある程度まとめることを御了承下さい。

最初に、幾つかの質問をまとめて紹介します。「国家が婚姻の自由を制限する、家族の在り方を規定するという考え方に違和感を覚えるが、こうした考え方に正当性があるのか」、「婚姻が単なる契約ではなく、憲法上保障される理由はなぜなのか」、「ドイツ基本法第6条で婚姻が特別に保護される根拠はどのように説明されるのか」。基調講演にもありましたが、伝統的に、なぜ婚姻に関する規定をわざわざ憲法に置いているかという点、そこには公共的な利益が認められるからです。つまり、個々人の自由と人権に完全に任せることはできない、それを超える利益があるために、婚姻・家族・子供の問題を、重大な、言わば公法的な関心事とし、単に私的自治や民法の問題ではなく、あらかじめ公法による規律を入れ、単なる合意には任せないとしたわけです。なぜ公共的利益かと言うと、安定した次世代が失われれば、社会と国家の未来は失われますので一労働力の確保や経済的繁栄にも関係する以上一憲法はそうしたことに重大な関心を持っていたわけで、そこに1つ大きな理由があると思われれます。

「婚姻については、1970年代にドイツの連邦憲法裁判所に問題意識があったとおっしゃいましたが…」という質問がありました。ネットスハイム先生の講演原稿のⅡの2、第3パラグラフの冒頭に「遅くとも1970年代には、連邦憲法裁判所の婚姻制度に対する視点は変化していた。」とあります。ここでは、かいつまんで申し上げますが、従来の役割分担を中心としたモデルが消え去ったと紹介しておられるわけです。異性婚としての婚姻の定義が一気に変わってしまったというわけではなく、現在もそれは続いています。

続けて紹介します。「現在の日本国憲法の下では、同性カップルによる婚姻にアクセスする自由が憲法上認められるか」という御質問です。つまり、ネットスハイム先生の見解を日本で展開する可能性という御趣旨だと思いますが、恐らく、テーマ自体は夫婦同氏制の問題ですが、理論的に近いことをおっしゃっているのは、日本では東京大学名誉教授の高橋和之先生ではないかと思います。高橋先生は、最高裁判所の判例を検討される中で、制度優先ではなくて人権優先で考えるべきだとおっしゃっています⁽³⁾。ただ、ネットスハイム先生のような見解は、もちろん学説上主張することはできるのですが、先ほど問題になった点、つまり近親婚や重婚の扱いという問題に遭遇します。権利論のアプローチはこの問題、つまり、要件が満たされない法制度がある場合、法制度自体を変えることを人権としてとらえる立場が抱える、こうした重要な問題についても、答えなくてはならないでしょう。

それから、「パネリストの先生方は、日本国憲法第24条を改正すべきとお考えになるか」という御質問がありました。改正論は別のカテゴリーでありまして、改正の限界を超えない限り

(3) 高橋和之「夫婦別姓訴訟一同氏強制合憲判決にみられる最高裁の思考様式」『世界』879号、2016.3、p.144.

十分可能ですが、私個人としては特に答えを持っておりません。日本の場合、レファレンダム（国民投票）がありますが、しかるべき社会的条件が整えばそれは十分可能だと思います。もっとも、先ほどの私のコメントで、社会的事態の変化やそれに対する合意は非常に重要であり、法がシステムとしてうまくいくかどうかはそれに左右されると申しましたように、法の背後に認められる社会的事態の把握は重要です。

「ドイツでは利益衡量論が有力になっていると聞くが、同性婚を考える場合、社会的利益の維持と同性婚をする自己決定権とを天秤にかけられると思われる。自分は窪田先生の見解に共感しており、この問題が複層性を有するものである以上、すぐには結論が出ないと思われる」という御意見がありました。この問題を権利論として考える場合、対立する利益というものが出てきますから、リプロダクションの問題や教育能力の問題と権利・自由とを、相互に利益衡量し議論することになると思います。ネットスハイム先生は、(利益衡量した結果、) それ(自由の制限)は正当化できないので(同性カップルによる婚姻へのアクセスを制限することは)憲法違反であるという結論に立たれているわけです。

最後に、「家族や婚姻を制度的保障という概念でとらえることでよいのか」という御質問がありました。そういう見解もありますし、私もそれは不可能ではないと思います。しかし、制度的保障というのは高度に専門的な概念ですので、ここでは立ち入らないでおきたいと思えます。制度か権利かという議論は、今後詰めていかなければならない論点であると思えます。

<磯村氏>

ネットスハイム先生に2つの質問がありました。1つは、先ほどお答えいただいた共同養子縁組の問題ですので、ここではもう1つの質問を紹介します。この質問の趣旨は、「現在、ドイツの登録生活パートナーシップ制度で実質的には婚姻と同じ権利義務が認められているとすれば、もうそのままでよいのではないか、あえて婚姻制度を同性カップルに開放する必要性はないのではないか。」という割り切りに対してどうお考えになるか、婚姻を同性カップルにも開放する積極的な理由があるのかということです。

<ネットスハイム氏>

御質問ありがとうございます。確かに、民法上の「婚姻」があり、そしてもう1つ、他の法律で「登録生活パートナーシップ」というものがあるという状況です。それを開放して自由主義化し、どちらかの制度を選べるようにするという点については、合理性に鑑みて一どの程度まで立法が合理的かを考えたとき、2つの違った名前の(実質的には同じ内容の)制度が存在(併存)しているのは法秩序的にどうなのか、ということです。我々としては、法制度とは合理性要件に適うべきだと考えていますので、少し整理した方がよいのではないかと考えています。

<磯村氏>

いまネットスハイム先生がおっしゃったのは、要するに、2つの異なる入口があるが、入ってみると結局中身が同じである、ならば、わざわざ入口を分ける必要はないのではないか、ということです。それが普通の法律家の考え方ではないか、という趣旨かと思えます。

水野先生にも複数の質問をいただいております、先ほど既にお答えいただいた部分もありますが、何か付け加えることがあればお願いします。

<水野氏>

江戸時代からまだ150年経っていないことが大きいように思います。幕末の1860年に、カール・ローゼン克蘭ツ（Karl Rosenkranz）というドイツ人が、日本について「合理的で合法的な仕方で権力を集中して、官僚的な権力集中を維持するために、行政組織が最高度に発達している。各人の挙動が監視され、全ての人が全ての人を監視する仕組みになっている。」と言っています。江戸幕府の日本は、村請や五人組制度などによる相互監視で、実に治安が良く、完璧に行政的にコントロールされている国家でした。そんな江戸時代の文化的遺伝子が色濃く残っているように思います。日本は、中国や朝鮮のような宗族文化ではなく、中東やアフリカのような部族社会でもなく、江戸時代に既に国家が確立していました。当時の日本は、「家職国家」だったと報告で申しました。明治以降の産業構造の変化で、自営業の「家」は崩壊していきましたが、高度成長経済の頃のいわゆる会社主義にも、その精神的な伝統を感じます。

明治民法立法時には、まだ、社会的な安全弁はたくさんあったのだと思います。実家の力を頼ることも、近所の力を頼ることもできました。「家」は使用人兼従業員も含めた大家族でしたし、地域共同体も生きていました。しかし、それらが急速にこの数十年で失われてしまって、コンクリの箱の中で孤立した家族が子供を育てるようになりました。それは非常に危ないことです。家庭の中に社会が公的に介入しないと、弱肉強食の世界になってしまい、子供の成長が阻害されます。でも日本の民法は、家族に介入する力がとても弱いのです。明治期にはまだあった社会の力に依存して、家の私的自治に全てを委ねるという構造をそのまま持って今日に至っています。

「婚姻とはリプロダクションのための安定した仕組みであるという部分と、日本民法の婚姻の効力が弱いという部分との関係がよく分からない」との御質問がありましたが、そういう社会の変化にもかかわらず、日本の民法は失われた昔の安全弁に依存した無力な民法です。もっと子供たちを守れる家族法に、社会が家庭に介入する家族法に変わっていかなければならないと思います。また、それは相当に深刻な急務であると考えております。

<磯村氏>

ありがとうございました。

最後に、今日のテーマは「ヨーロッパの経験から考える」ダイバーシティですが、「アメリカにおいて、宗教上、国籍上のダイバーシティの問題との関係で、家族、あるいは婚姻のダイバーシティについてどう考えるべきか」という質問がありました。今日のテーマとは違うというお答えも可能かもしれませんが、婚姻の効果との関係でアメリカの現在の動きというのは非常に興味深いものがありますので、私からごく簡単に紹介しておきたいと思います。

アメリカは、United States と称されるように、州の集まりであり、各州の独立性が極めて強く認められています。婚姻がどのような要件で認められるかは、本来、各州がそれぞれ決めることができる内容です。ドイツも州と連邦という構造ですが、ドイツは、民法が連邦の共通法として婚姻制度を統一的に規定しているわけですが、アメリカでは、例えばある州は同

性婚を認めるが、別の州ではそれを禁止するという可能性が制度的に存在します。そのような状況の下で、ある州の最高裁判所が、性的な理由で婚姻の有効性を区別するのは、その州の憲法上疑義があると指摘しました。これが連邦レベルで逆の反応を引き起こし、1996年に **Defense of Marriage Act**（婚姻防衛法）が制定され、連邦レベルでは婚姻を男性と女性の結合であると定義したわけです。これが何を意味するかというと、ある州で同性カップルが夫婦であると認められた場合でも、夫婦であることによる連邦法上の効果—例えば税法上の効果など—は、その同性カップルには及ばないことになります。

その問題が具体的に現れた事件を紹介します。ある同性の夫婦の一方が死亡し、生存配偶者は税法上の優遇措置を受けたいと考えたのですが、連邦法において彼らは夫婦とみなされなかったため、税法上の優遇が否定されました。そこで、それが憲法違反として争われ、（婚姻防衛法の）「男性と女性の婚姻・結合に限る」という部分は、その2013年の連邦最高裁判所判決⁽⁴⁾で憲法違反とされました。ところが、各州で婚姻の要件を決めることができ、また、各州は他の州で認められる同性婚を自州では婚姻として認めない自由が残されていたわけです。そうすると、ある州から別の州に移ったとき、（移動前の州では認められていた）婚姻関係が（移動先の州では）認められないという問題が生じます。その点が争われ、2015年に連邦最高裁判所で、そのような禁止をすることもやはり憲法に違反するという判断が下されました⁽⁵⁾。アメリカの連邦最高裁判所は9名の裁判官で構成されるのですが、この（2013年と2015年の）2つの連邦最高裁判所判決は、実は両方とも5対4で決まった極めてきわどい判決で⁽⁶⁾、裁判官を1人入れ替えれば逆の結論が出る可能性もあるという、不安定な状況にあります。連邦最高裁判官は任期制ではなくて終身制ですが、政権が替わって裁判官が入れ替わると⁽⁷⁾、その時点でひょっとするとまた新しい判決が出るかもしれません。婚姻の在り方に関するダイバーシティについて、アメリカは今、広く同性婚を認める方向に舵を切ったわけですが、それがずっと同じ方向に進むかどうかは非常に微妙であると言えます⁽⁸⁾。

今の状況に関して指摘しておきたいのは、先ほど窪田先生とのやり取りの中にあったことの1つでもあります。婚姻とは、単に私法上の権利義務関係だけが問題となるのではなくて、婚姻という制度が公法的な効果を伴うとき、その公法的な効果まで含んだ婚姻の保護が認められるかどうか、税法上の優遇措置を受けられるかどうかということも含めて、婚姻又は生活パートナーシップの保護の在り方という問題を視野に入れて考える必要があるのではないかと思います。

(4) *United States v. Windsor*, 133 S. Ct. 2675(2013).

(5) *Obergefell v. Hodges*, 135 S. Ct. 2584(2015). 前掲注(2)参照。

(6) リベラル派の裁判官4名に加え、保守派の中では中道寄り（穏健派）とみられるケネディ（Anthony Kennedy）裁判官が、同性婚の禁止は違憲であると判断した。

(7) 2016年2月に保守派のスカリア（Antonin Scalia）裁判官が死去したことにより、連邦最高裁判所裁判官のポストは1名空席になっていたが、2017年1月、第45代アメリカ合衆国大統領に就任したトランプ（Donald Trump）氏は、保守派のゴースッチ（Neil Gorsuch）氏を指名し、同氏は2017年4月に上院によって承認された。ゴースッチ氏の就任により、連邦最高裁判所の裁判官の構成は、2015年時点と同様、保守派5名（中道1名含む）、リベラル派4名となった。（「米最高裁判所 保守派を承認 上院」『朝日新聞』2017.4.8, 夕刊.）

(8) その他、最近の海外の動きとして、2017年5月24日、台湾の司法院大法官は、同性婚を認めていない現行民法は中華民国憲法が保障する婚姻の自由や平等権に違反するとの解釈を示し、2年以内に法整備を行うよう立法機関に求め、期限内に法整備がなされなかった場合は現行法の下で同性間の婚姻の登録をなし得ると判示したことが注目される。（鈴木賢「アジアで一番乗り、台湾で同性婚実現へ—台湾司法院大法官第748号解釈を読み解く—」『法律時報』89(9), 2017.8, pp.4-6.）

今日は非常に多くの方に参加いただき、またネッテスハイム先生、それにパネリストの先生方には大変貴重な御講演・御意見を頂戴し、誠にありがとうございました。日本の社会で、どのような形で生活パートナーの問題が進んでいくのか、どのように社会的に認知されていくのかというのは、むしろこれからの課題だと思います。今日たまたまインターネットを見ていたところ、千葉市が、2017年1月1日からのようですが、全国で初めて、LGBT職員に対して同性パートナーのために介護休暇などを取得することを認めるというニュースを目にしました⁽⁹⁾。このような形で、部分的に婚姻と同じ保護を認める事例が積み重なっていくとすると、民法あるいは憲法の枠とは別に、ある程度、制度の近似化―同一化とまではいかないにせよ―が進む可能性もあるのではないかと思います。今日のテーマに関しても、日本がいきなりドイツのようになるということはおよそ考えられませんが、ネッテスハイム先生御自身も、むしろドイツは良くない例であって、同じ制度を2つ並べるようなことにならないよう、ある意味ドイツを反面教師として見るべきだという評価をしておられますけれども、では日本がこれからどういう方向に進むかということについては、我々全員が今後考えていかなければならない問題なのだろうと思います。以上の総括をもちまして、パネル・ディスカッションを閉じることにいたします。

(9) 詳細は次を参照。千葉市総務局総務部給与課「性的少数者（LGBT）である職員が利用可能な休暇制度を新たに導入します！―性別が同一である者とパートナーシップを形成した職員のための休暇制度―」2016.11.10. <<https://www.city.chiba.jp/somu/shichokoshitsu/hisho/hodo/documents/16111001.pdf>>

同性パートナーに係る法制度の類型

①	同性間婚姻 例)オランダ、ベルギー、イギリス、フランス	異性パートナーと同様、同性パートナーにも法律婚を認める
②	登録パートナーシップ制度 例)ドイツ	法律婚ではないものの、①の地位に準じる地位を認める
③	民事連帯契約 例)フランス(パクス)	同性間、異性間を問わない 成年2人の共同生活に関して財産的効果を中心にした契約に基づく届出制度
④	法定同棲 例)スウェーデン	同性間、異性間を問わない 同棲関係に一定の法律上の地位を認める

(出典) 鳥澤孝之「諸外国の同性パートナーシップ制度」『レファレンス』711号, 2010.4, pp.29-46. <http://dl.ndl.go.jp/view/download/digidepo_3050264_po_071102.pdf?contentNo=1> を基に作成。

ドイツ「登録生活パートナーシップ法」(2001年制定)のあゆみ

1949	ドイツ連邦共和国基本法(=ドイツ憲法)制定。第6条第1項で「婚姻と家族は国家秩序の特別の保護を受ける」と規定
1981	欧州評議会が、同性愛差別に反対する勧告
1993	連邦憲法裁判所が、基本法第6条が保護する婚姻は共同生活に向けた男性と女性の合意であるとの判断
1994	欧州議会が、性的指向による差別を禁止する国内法改正を構成国に促す決議 男性の同性愛行為を処罰するドイツ刑法典第175条削除
1998	連立与党(当時)の社会民主党と緑の党が、同性パートナーシップに関する法律を定めるとの連立協定
1999	ハンブルク市が、同性カップルの登録パートナーシップ制度導入
2000	欧州連合基本権憲章公布(第9条「婚姻する権利及び家族を形成する権利」、第21条「性的指向を理由とした差別を受けない権利」)
2001	登録生活パートナーシップ法公布・施行
2002	連邦憲法裁判所が、登録生活パートナーシップ法は基本法第6条第1項に違反しないと判断
2004	他方の生活パートナーの実子との養子縁組を認める法改正
2010	生活パートナーの相続税及び贈与税を夫婦と同等とする税制改正
2013	夫婦に関する所得税法の規定を生活パートナーに適用する所得税改正
2014	他方の生活パートナーの養子との養子縁組を認める法改正

(出典) 国立国会図書館調査及び立法考査局行政法務調査室・課作成。

ドイツ「登録生活パートナーシップ法」の概要

生活パートナーシップは、成立要件、権利・義務関係とも、法律婚に近似している。

	法律婚（男女カップルのみ）	生活パートナーシップ（同性カップルのみ）（Lebenspartnerschaft: LPS）
成立要件	成人男女による、婚姻する意思表示及び登録	同性の成人2人による、生涯にわたるパートナーシップ設定の意思表示及び登録
婚姻すること又はLPSを結ぶことができない者	①未成年者（一定の例外） ②既婚者 ③既に他の者とLPSを営んでいる者 ④直系血族関係にある者 ⑤両親の双方又は一方を同じくする兄弟姉妹	①未成年者（例外なし） ②既婚者 ③既に他の者とLPSを営んでいる者 ④直系血族関係にある者 ⑤両親の双方又は一方を同じくする兄弟姉妹 ⑥生活パートナーの義務を負わない合意をしている者
効果	義務	①相互配慮義務 ②扶養義務 ③生涯にわたり婚姻生活共同体を営む義務 ④相互責任
	権利	①姓：同一姓、別姓、混合姓の選択 ②共同養子縁組 ③相続：法定相続権、住居賃貸借契約の承継 ④その他：税法上の措置、遺族年金受給、年金調整
解消要件	裁判所の決定が必要。離婚の要件は婚姻の「破綻」。以下の①又は②のいずれかの要件が充たされている場合、婚姻は破綻しているとみなされる。 ①3年以上の別居 ②1年以上の別居及び双方の合意 別居期間が1年未満の場合、原則として離婚は認められない。ただし、離婚を申し立てる当事者にとって婚姻関係存続が過酷となる場合には例外	裁判所の決定が必要。①・②・③のいずれかの要件が充たされている場合、解消が認められる。 ①3年以上の別居 ②1年以上の別居及び (a) 双方の合意 又は (b) 共同生活関係の回復が見込まないとき ③LPSの解消を申し立てる当事者にとってLPSの存続が過酷となる場合

（出典）国立国会図書館調査及び立法考査局行政法務調査室・課作成。

参照条文

ドイツ連邦共和国基本法⁽¹⁾

第2条（人格の自由、人身の自由）

- (1) 何人も、他人の権利を侵害せず、かつ憲法秩序又は道德律に違反しない限りにおいて、自己の人格を自由に発展させる権利を有する。
- (2) 何人も、生命に対する権利及び身体を害されない権利を有する。人身の自由は、不可侵である。これらの権利は、法律の根拠に基づいてのみ、これに介入することが許される。

第3条（法律の前の平等）

- (1) 全ての人は法律の前に平等である。
.....
- (3) 何人も、その性別、血統、人種、言語、出身地及び門地、信仰、宗教的又は政治的意見を理由として、差別され又は優遇されてはならない。何人も、その障害を理由として差別されてはならない。

第6条（婚姻、家族）

- (1) 婚姻及び家族は、国家秩序の特別の保護を受ける。
- (2) 子の監護及び教育は、両親の自然的権利であり、かつ何よりもまず両親に課せられた義務である。その実行については、国家共同体がこれを監視する。
.....
- (5) 嫡出でない子に対しては、立法により、肉体的及び精神的発達並びに社会におけるその地位について、嫡出子と同様の条件が与えられなければならない。

第14条（所有権、相続権、公用収用）

- (1) 所有権及び相続権は、これを保障する。その内容及び限界は、法律でこれを定める。
.....

ワイマール憲法⁽²⁾

第119条

- (1) 婚姻は、家庭生活並びに国民の維持及び増殖の基礎として、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。
.....

(1) Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. 訳出に当たっては以下を参照した。高田敏・初宿正典編訳『ドイツ憲法集 第7版』信山社出版, 2016; 高橋和之編『世界憲法集 新版第2版』岩波書店, 2012; 阿部照哉・畑博行編『世界の憲法集 第4版』有信堂高文社, 2009.

(2) Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11 August 1919. 訳出に当たっては以下を参照した。高田・初宿編訳同上

日本国憲法

第 24 条（家族生活における個人の尊厳と両性の平等）

- ① 婚姻は、両性の合意のみに基いて成立し、夫婦が同等の権利を有することを基本として、相互の協力により、維持されなければならない。
- ② 配偶者の選択、財産権、相続、住居の選定、離婚並びに婚姻及び家族に関するその他の事項に関しては、法律は、個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚して、制定されなければならない。

調査資料（近刊）のご案内

各国憲法集（10）ハンガリー憲法（基本情報シリーズ㉑）	2016 年 3 月
ライフサイエンスをめぐる諸課題 （平成 27 年度 科学技術に関する調査プロジェクト）	2016 年 3 月
ライフサイエンスのフロンティア—研究開発の動向と生命倫理— （平成 27 年度 科学技術に関する調査プロジェクト）	2016 年 3 月
諸外国の下院の選挙制度（基本情報シリーズ㉒）	2016 年 3 月
グローバル化の中の議会の役割—欧州の経験から日本への示唆 （平成 27 年度 国際政策セミナー報告書）	2016 年 7 月
違憲審査制の論点（改訂版）（基本情報シリーズ㉓）	2016 年 12 月
ダイバーシティ（多様性）社会の構築（総合調査報告書）	2017 年 2 月
宇宙政策の動向 （平成 28 年度 科学技術に関する調査プロジェクト）	2017 年 3 月
冷戦後の科学技術政策の変容 （平成 28 年度 科学技術に関する調査プロジェクト）	2017 年 3 月

調査資料 2017-2 家族のダイバーシティ—ヨーロッパの経験から考える— 平成 28 年度国際政策セミナー報告書

平成 29 年 10 月 10 日発行

ISBN 978-4-87582-805-1

編集 国立国会図書館調査及び立法考査局

発行 国立国会図書館

〒100-8924 東京都千代田区永田町 1-10-1

Tel : 03-3581-2331（代表）

*本誌は、国政審議の参考に供するためにまとめたものです。

*本誌に掲載した論文等は、調査及び立法考査局内において、国政審議に係る有用性、記述の中立性、客観性及び正確性、論旨の明晰（めいせき）性等の観点からの審査を経たものです。

*本誌に掲載した論文等のうち、意見にわたる部分は、それぞれ筆者の個人的見解であることをお断りしておきます。

*本誌に掲載された論文等を全文又は長文にわたり抜粋して転載される場合には、事前に当局調査企画課にご連絡ください。

*本誌の内容及びバックナンバーは、国立国会図書館ホームページ（<http://www.ndl.go.jp>）でも、ご覧いただけます。

*中性再生紙使用

ISBN 978-4-87582-805-1

Research Materials 2017-2

International Policy Seminar

Family diversity

- From European experiences -



Research and Legislative Reference Bureau

National Diet Library

Tokyo 100-8924, Japan

E-mail : bureau@ndl.go.jp

リサイクル適性 (A)

この印刷物は、印刷用の紙へ
リサイクルできます。