

# 同性婚をめぐる憲法上の議論

——ドイツとの比較を通じて——

村山美樹\*

## 要 旨

近年、欧米諸国で同性婚が法律により導入される傾向がある。これを受けたものか、我が国においても条例レベルで同性の「パートナーシップ」を定める地方公共団体が増えてきている。ただし、未だ同性婚については認められていない。これは婚姻条項とされる日本国憲法24条1項を理由としているといわれることがある。一方で学説においては現在、従来同性婚に対する消極的根拠となりうるとされていた当該条項を、一転してこれを許容しているもの、または少なくともこれを禁止する趣旨ではないとする見方が主流となりつつある。この学説の動きは果たして妥当なものであろうか。というのも、同じく婚姻条項を憲法上有し、同性婚が目下の議論の的となっているドイツとは異なり、この現象の大局的な把握および憲法上の婚姻の本質の研究といったことなどが、何ら行われていないまま、各論者により、独自の24条解釈に基づいた同性婚許容の主張がなされているといった印象がある。このような認識のもと、ドイツの議論状況を参考に、さしあたり同性婚を認めることが憲法上いかなる問題を惹起しうるのかという点を明らかとするのが本稿の目的である。

## 目 次

- はじめに
- I ドイツの婚姻条項と同性婚をめぐる議論
- II 同性婚を立法上導入することに対する学説の是非
- III 日本法への示唆
- おわりに

方公共団体は現在のところ、否定的な見解に沿っている。これは、日本国憲法24条1項が婚姻締結を「両性の合意」に基づいてなされるべきことと定めていることによる<sup>1)</sup>。

他方で近年、欧米諸国を中心に、同性婚を導入する国が増えている<sup>2)</sup>。ヨーロッパにおいては、フランスで2013年に、イギリスで2014年に、それぞれ同性婚を可能とする法律が制定された。アメリカでは2015年に連邦最高裁判所が、すべての州に同性婚を認める判断を下している<sup>3)</sup>。このような動きに影響されたものか、日本においても条例レベルで、同性による婚姻と実質的に異ならないような関係を「パートナーシップ」とし、これに「証明」を与えようとする試みが一部の地方公共団体にてなされつつある<sup>4)</sup>。厳密には、「パートナーシップ」とは、「男女の婚姻関係と異ならない程度の

## はじめに

我が国で立法により同性婚を導入することは可能か。この問いにつき、我が国の内閣府および地

---

\* むらやま みき 法学研究科公法専攻博士課程後期課程

2016年10月7日 推薦査読審査終了

第1推薦査読者 松原 光宏

第2推薦査読者 畑尻 剛

実質を備える戸籍上の性別が同一である二者間の社会生活関係」と定義（渋谷区「同性パートナーシップ条例」2条8項）され、「証明」とは「住宅の入居、病院での入院、手術などの際に、この証明によりパートナーとの関係が理解され、手続が円滑に進むことを期待し……条例の中で、区民や事業者のパートナーシップ証明への尊重規定を設けるとともに、周知、啓発を進めることにより社会的認知を高め、事業者等の理解を得て実効性を高め」る趣旨のものと説明されており<sup>5)</sup>、民法上の婚姻制度とは別の制度であり、相続や配偶者控除などの法的効果はないことが強調されているのが特徴である。この点で、婚姻類似の中間的共同体を法律上予定していたイギリスのシビル・パートナー法およびフランスのボックスとは大きく異なっているといえる。ただ、欧米諸国においては、90年代から同性婚に関する政治的・社会的取り組みが見られたのに対し、つい数年前までこれに関する動きが見られなかった我が国の事情を踏まえると、日本における同性カップルの取扱いは大きな一歩を踏み出した状況であるといえよう。

さて、「動きが見られるようになった」のは同性カップルをめぐる憲法学、とりわけ24条の解釈についても同じである。従来学説は、上述の行政の沿う見解のごとく、24条1項が「異性間の婚姻・家族を前提としていることは明らかである」<sup>6)</sup>としたり、同条が、同性カップルからなる「『超現代家族』への展開にブレーキをかける」<sup>7)</sup>、としたり「婚姻が両性の合意のみに基づいて成立するとしているので、婚姻は異性間でしか行われぬ」<sup>8)</sup>など、「両性」の語が立法上、同性婚を導入することに対する、一定の障害となりうることを肯定してきた。しかし近時、24条は婚姻の自由を保障する規定であり、同性婚に法律婚としての地位を与えることが要請されていないというにとどまるとするもの<sup>9)</sup>が見られたり、同条に関して「制憲者は、両当事者という意味で『両性の』という文言をたまたま用いたのであって、そこに同性婚を積極的に排除

する意図はなかった」<sup>10)</sup>とされたり、個人に対する『家』の優位と男尊女卑を本質とする戦前の『家』制度を解体するためという同条の制定趣旨に照らせば、「同性婚を積極的に排除する意図を見いだすことは困難であるように思われる」<sup>11)</sup>とされたり、同条が「近代家族をも超えて配偶者間のジェンダー平等を徹底する趣旨ならば、配偶者間の性別構成は如何様でも構わないはずである」<sup>12)</sup>などとされたりしている。さらに以上のように、制定趣旨から憲法24条が、同性婚を禁止することを予定しているものではないことを説くもののほか、最近では、そもそも文言解釈から同性婚の禁止を導くことが不可能であると説明されている。それは大要、憲法24条1項の「婚姻」が①異性婚を指すか、または②異性婚と同性婚双方を指すという場合分けが行われたうえで、①の場合には、「憲法24条の婚姻」と「民法上の婚姻」は別概念であるため、民法上の婚姻を同性愛者がなすことは、「憲法24条の婚姻」ができないことと矛盾せず、②の場合には「同性婚」が「両性の合意」によって「成立」とすると24条は述べていることとなり、男女の合意のみで同性婚が成立することはありえないために、「両性の合意」は同性同士の合意をも含むと解釈せざるをえないとしている<sup>13)</sup>。

憲法24条の解釈に関するこのような動きは果たして「大きな一歩」といえるのだろうか。というのも、日本と同じく、憲法上婚姻についての規定を置く国であるドイツでは、生活パートナーシップ（同性による婚姻類似の法的共同体）が制度化されて以降、「憲法上の婚姻」のもつ特質につき、連邦憲法裁判所および学説によって考察が重ねられてきている。このプロセスを経たうえで「同性婚の立法上の導入は可能か」という点が現在俎上に載せられており、そこでは憲法上の婚姻制度の保障の在り方を維持しようとする主張と、婚姻制度の「実質」に深く切り込み、これを開放しようとする主張とが戦わされているのである。そのようなドイツの在り方と比較すると、我が国の同性

婚導入をめぐる憲法上の議論は、各論者により独自の24条解釈に基づいた個別的な主張が新たになされ、従来の解釈論と現在の解釈論に相違があるにもかかわらず、明確な対立点の析出、解釈の変化に対する大局的な視点、憲法上保障されている「婚姻」の本質の研究といったことがなされていないまま、徐々に「許容」の方向に流れつつあるという印象を拭い去ることができない。

このような現状に鑑み、本稿では、ドイツが経てきた婚姻条項をめぐる種々の議論と同性婚導入をめぐる現在の議論を概観<sup>14)</sup>したうえで、我が国の同性婚導入に際し、憲法上何が問題となりうるのかという点を明らかにすることをまずは目的としたい。ドイツ基本法は、条文上明文をもって婚姻を男女に限定してはいないが、異性性を含む婚姻の定義自体は憲法改正によってしか成し遂げられないと従来考えられてきている。24条1項の「両性の」という文言が同性婚導入の障害とされている我が国の現状からすると、示唆に富む比較対象となりうるのではないだろうか。以下では、Iにて、ドイツの婚姻条項（基本法6条1項）の概要および、生活パートナーシップが設立されて以降なされてきた従来の婚姻に関する議論を紹介する。IIでは、同性婚導入をめぐるドイツの学説における現在の議論を紹介し、若干の分析を行う。以上を踏まえ、IIIにて日本法への示唆がいかなるものであるかを述べた後、結論に入る。

## I ドイツの婚姻条項と同性婚をめぐる議論

### 1. ドイツの婚姻条項<sup>15)</sup>

基本法6条1項は「婚姻及び家族は、国家秩序の特別の保護を受ける」<sup>16)</sup>としている。この条文が示す通り、基本法上、婚姻の定義に関する記述は特に存在せず、判例および学説において基本法上の婚姻の概念は形成されてきた。それは大要、「法律上予定されている形式において結ばれ、原則的に解消することのできない、長期間に亘る男女の生活共同体」<sup>17)</sup>といったものである<sup>18)</sup>。この概念に

照らせば、基本法保障されている婚姻とは具体的には、戸籍官吏のもとで締結されたもののみが婚姻であると定める法律上の規定（民法1310条1項1文）にしたがって行われたものであると理解される。これを欠いているいわゆる非婚共同体は少なくとも基本法6条1項の婚姻として扱われることはない<sup>19)</sup>。また、その生活共同体としての関係は一生に亘るものとして捉えられ、これを解消するためには、原則として裁判所による判決を経て行われなくてはならない<sup>20)</sup>。さらに、こうした関係になるための前提条件として、当事者は必ず、異性同士でなくてはならないのである。

この概念に含まれる要素、つまり「異性同士でなくてはならないこと」や「原則的に解消できないこと」といったものは、基本法6条1項の解釈学上の機能として認められる、制度的保障における制度の核心領域のごとく扱われることがある<sup>21)</sup>。連邦憲法裁判所は当該条項において制度的保障を、防禦権および後述する価値決定的原則規範とらんで存在する解釈学上の機能として受け入れてきた。この機能により、基本法6条1項は、立法者に制度の内容形成の際には、制度の核心領域を顧慮することを求め、これに変更をくわえるような立法は禁止される。また、この核心領域の変更は「憲法改正の方法によってのみ可能であり、『憲法変遷』を受け入れることによってこの条件が弱められることは許されない」<sup>22)</sup>とされている。

### 2. 婚姻条項をめぐる議論の変遷

以上のような内容の婚姻条項を置くドイツにおいて、同性婚をめぐる議論の始まりは、ひとまず1993年における連邦憲法裁判所の判断からといえよう。その判断結果を受け、議論としては下火となったのち、興味深い変遷を経たうえで、目下再び政治的・憲法学的争点となっている。おそらく、その段階は4つに分けられるであろう。以下、いかなる経緯をたどってきたのか、確認していきたい。

## (1) 同性婚についての初めての合憲性判断

ドイツにおける同性婚の議論の発端は、90年代にまで遡る。1993年、多数の同性カップルにより、同性婚の可能性の判断を求める訴訟が連邦憲法裁判所の部会に提起された。

連邦憲法裁判所は以下の理由で同性婚が基本法上認められないことを明らかとしている。すなわち、「基本法6条1項によれば婚姻は、生活共同体としての男性と女性の結びつきであるのであり、「したがって、この基本権規範から同性のパートナーによる婚姻締結の権利は導きだされえない」<sup>23)</sup>。さらに、「異性は婚姻を特徴付けるメルクマールである」<sup>24)</sup>り、「異性はもはや特徴的な意味をもたないという意味において、根本的な婚姻概念の変化に対する十分な根拠は認識できない」<sup>25)</sup>と判断している。

また、原告が主張していた「婚姻締結は、パートナーの生殖可能性に依存しないこと、さらに婚姻外で生まれる子どもが増加している一方、子のない婚姻の数が増加したこと」に基づく婚姻概念の変化は、このような事情を「考慮しても、婚姻は、共同の子どもを伴う家族の構築に際してパートナーの法的保護を可能とするとされているがゆえに、とりわけ憲法上保護されるという想定が否定されることにはならない」<sup>26)</sup>ともされている。

(2) 「同性による婚姻類似の法的共同体」の合憲性判断<sup>27)</sup>

連邦憲法裁判所により同性婚が憲法上認められないとされたため、これをめぐる議論は一度沈静化する。それに代わり、代替的に採られた手段である「婚姻類似の共同体」の設立は、基本法6条1項に照らし認められるかという点が新たに憲法問題として浮上してくることとなった。2001年に生活パートナーシップ法が制定され、これによりほぼ、婚姻と同程度の法的保障が受けられる（ただし、養子縁組に関しては歴然とした差を設けられている）同性カップルのための制度が創設された。この制度の設立と前後して、これが婚姻条項

に照らし違憲である可能性があるとする考え方が学説のなかで広まり始めた。そのような考え方によれば、「婚姻類似の共同体」は、基本法6条1項が婚姻に予定している「特別の保護」を損なうもの、つまり、この文言から導かれる婚姻を他の共同体と比して特権的に扱うべきとする憲法上の要請に背くとされていた。この点は最終的に、2002年における連邦憲法裁判所の判決にて、明確に否定されるに至った。同裁判所によれば、基本法6条1項から婚姻を特権的に扱うべきとする「距離要請」は導かれえないとされた<sup>28)</sup>。また、「生活パートナーシップ」は婚姻とは異なる制度である以上、「異性は」をメルクマールとする婚姻を損なうものでもないともここで判示されている<sup>29)</sup>。これにて、「婚姻類似の共同体」は合憲であるとされ、これをめぐる議論もひとたび収束に向かうこととなった。

(3) 平等条項の適用可能性判断<sup>30)</sup>

基本法6条1項における「距離要請」の存在が否定された後の争点は「生活パートナーシップと婚姻の間になお残る差異は平等条項の適用にて平準化されるか」というものである。この問いにつき連邦憲法裁判所は、2009年決定から基本法3条1項適用の上、なお残存していた生活パートナーシップと婚姻との間の税法および社会保障法上の差異を「違憲」とすることにより、肯定してきた。その判断のなかでは基本法6条1項は、もはや婚姻優遇の根拠とは認められていない。さらに、婚姻を特権化することの正当性は当事者間で継続的に引き受け、法的にも拘束する責任にあるとし、この点において生活パートナーシップと婚姻は異なることがないとされている。2013年には、承継的縁組（前生活パートナーシップにおいて解消する前に養子とした子を現パートナーシップにおいて共同養子縁組すること）が生活パートナーシップにも認められる判断が連邦憲法裁判所によって下された。そのため、制度上意識的に用意されていた差異、つまり養子縁組さえもが、一部のパー



トナーシップに限られるが、事実上婚姻関係と同程度に可能となっている。その際にも基本法6条1項はその障害とはならず、むしろ、2009年決定にて明らかとされた婚姻の特権化根拠が生活パートナーシップにも認められることが強調され<sup>31)</sup>、それとともに生活パートナーシップは子の育成のための共同体としても正当であることが同裁判所により積極的に肯定されるに至っている。

#### (4) 同性婚をめぐる議論の再興

2013年において、承継的養子縁組を生活パートナーシップに認めないことが、違憲と判断され、これにかなう法改正がなされた後、学説ではこれまで見られなかった、憲法上の婚姻概念に異性はもはや含まれないとする説、つまり基本法6条1項の制度の核心領域に異性は入らないとする説が次第に確認されるようになってくる<sup>32)</sup>。政策的には、立法上共同養子縁組を生活パートナーシップに認めることの是非<sup>33)</sup>、および同性婚の立法上の導入の是非につき、法務委員会の公聴会にて意見が交わされることとなった。後者に関しては、公聴会を経た後、成立したのは政権与党による法案である「生活パートナーシップの権利清算のための法律 (Gesetzes zur Bereinigung des Rechts der Lebenspartner)」であった<sup>34)</sup>。この法律は、様々な法分野に亘る30個ほどの条項を婚姻と生活パートナーシップの平等を志向した内容に書き換えるものであったが、実質的な変化はほとんどなく、共同養子縁組も可能とされていないままとなっている。

このように現在、同性婚をめぐる政策については、政権与党が消極的な姿勢を見せているために、表面的には膠着状態が続いている。しかし、野党および連邦参議院の改正案<sup>35)</sup>では、婚姻を同性間に開放する内容が盛り込まれていたのであり、それを支える学説の意見がある。四半世紀近くの(その半分以上が婚姻類似の共同体の設立と発展の歴史でもあった)時を経て、再び「同性婚は可能か」という点が、問われ始めているのである。また、

以下に確認していくように、その考え方は、これまでの生活パートナーシップに関する連邦憲法裁判所の判断過程の多くをその基盤としており、そのことによって1993年時の議論とは異なるものとなっている。

## II 同性婚を立法上導入することに対する学説の是非

同性婚を立法上導入することに対して、現在学説ではいかなる意見が説かれているのか。これにつき、上に触れた法務委員会の公聴会にて提出された鑑定意見書およびいくつかの論稿を参照のうえ明らかにしたい。

### 1. 同性婚導入を否定する見解<sup>36)</sup>

連邦政府は生活パートナーシップと婚姻との平準化を進める方針にあり、連邦憲法裁判所の判例傾向に従うという限りであれば、これは憲法上、受け入れることが可能であるが、通常法上の婚姻概念の新しい定義づけは、重大な疑義があるとするのが、導入否定派の一貫した姿勢である(以下、立法上同性婚を導入することに否定的な論者を「否定派」と記述する)。「現在妥当している基本法6条1項の『婚姻』は、男性と女性による継続的な生活共同体であり、これは、①歴史的な立法者の見解 ②連邦憲法裁判所の判例を決定的な法源としているものである<sup>37)</sup>」というベネディクトの言明がその主張および論拠を端的に表している。さらに、婚姻の憲法変遷を安易に受け入れることに危険性が認められるとしていることも、その主張を支えるものとなっていると考えられる。それぞれにつき、以下詳しく確認していこう。

#### (1) 婚姻概念の歴史的沿革

ワイマール憲法119条1項は「婚姻は、家庭生活及び民族の維持・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。」<sup>38)</sup>としている。

「否定派」のイプセンもベネディクトも、この規

定が基本法6条1項の規定と関わりをもつことを肯定<sup>39)</sup>したうえで、議会評議会での審議のなかで、以下の内容がそもそも基本法6条1項の原案であったことをいずれもまず指摘する。すなわち、「男性と女性による永続的な生活共同体の正当な形式としての婚姻及びそれから生じる家族ならびに婚姻から、又は家族に属することから生じる権利及び義務は国家の特別の保護のもとにある。」<sup>40)</sup>というものである。この条文があくまで編纂上の必要性から短くされるに至ったのが基本法6条1項の内容である以上、憲法制定者が、基本法6条1項において婚姻の異性をその概念の中核であると考えていたことは疑いえないとするのが、「否定派」の共通認識である。

#### (2) 連邦憲法裁判所の判例傾向（婚姻とは「別の制度」）

ベネディクトによれば、近年連邦憲法裁判所は、生活パートナーシップと婚姻を実質的に同一化していこうとする傾向にあるが、これは二つの制度の独自性を根拠に行われている。生活パートナーシップは、基本法1条1項と結びついた基本法2条1項および基本法3条1項によって保障される傾向にあるが、ここからすでに明示的に婚姻とは別のものとして構成されている。また、「基本法6条1項における婚姻の特別の保護は、同性の生活パートナーシップのために婚姻と同様の、または類似した権利と義務を規定することを妨げるものではない。互いに婚姻締結が可能でない者に向けられた制度は、婚姻制度を脅かす損害はない」<sup>41)</sup>とするのがそもそも連邦憲法裁判所の見解であったことが指摘されている。

この方針は、連邦憲法裁判所の判例において引き続き維持されている。つまり、「同性の生活パートナーシップ」制度は、「互いが同性であるがゆえに婚姻締結が可能でない」者に向けられた制度のままである<sup>42)</sup>とされていることが、指摘されている<sup>43)</sup>。

イプセンも細部は異なるがほぼ同旨の主張を行

っている。彼によれば、2002年判決は基本法の意味での婚姻を「長期に亘って置かれる一人の男性と女性との結合体」であり、「国家の協力のもと、自由的決定に基礎づけられ」ており、そのなかでは「男性と女性とが互いに同権とされるパートナーシップであり、自分たちの共同生活の構築は自由に決定可能である」<sup>44)</sup>とされており、ここから連邦憲法裁判所は次の結論を導きだしていたことを指摘する。すなわち、「この保護に生活パートナーシップ制度は含まれない。パートナーの同性性は、婚姻とこの制度とを区別しており、同時にこの制度を構成しているものでもある。生活パートナーシップは、基本法6条1項の意味における婚姻ではない。生活パートナーシップ制度は、同性カップルに権利を認定するものである。これにしたがい立法者はこのような人々に、人格のより良い発展を可能とさせ、差別を撤廃するために、基本法2条1項ならびに基本法3条1項および3項を顧慮する。」<sup>45)</sup>その後のたび重なる平等条項の適用に際して連邦憲法裁判所は、婚姻と生活パートナーシップとの差異を正当化する根拠がないと判断しているが、それはそれぞれの制度が憲法上異なる制度であることを前提として行いうるものであり、こうした判断のなかで、改めて2002年判決の婚姻の定義を問い直すことはなかったとしている<sup>46)</sup>。

#### (3) 「憲法変遷」の否定

ベネディクトによれば、「創られるべき法」（または立法論）と「創られた法」（または解釈論）は明確に区別されるべきであり、前者に関わる社会的動態性を「創られた法」と同視することには危険性が伴うという。彼によれば、前者は政治の領域に属し、後者は法律学の領域に属する<sup>47)</sup>。同性カップルへの婚姻の解放のために今日なされている主張は「社会的変化」を参照しているが、常に経験的に捉えられる社会的変化それ自体をただちに「創られた法」の法源としてみなすことはできないとされる。さらに、あらゆる「社会的変化」は、既存の法状況を新たに考え直す際にのみ、根

拠となりうるものであり、法自体は無言のうちに変化させられてはならず、これを可能とするのは、法律および憲法の改正によってか、裁判による解釈によってであるという<sup>48)</sup>。ここから、憲法上保護される婚姻概念の核心に属する、「ヘテロセクシュアルの原則」を、社会的な憲法変遷、暗黙のうちの憲法変遷を参照することによって失わせるような検討がなされてはならないと結論している。基本法は、その文言を明示的に変更または補う基本法改正法律によってのみ変化するのであり、基本法6条1項には、改正の機会が開かれている以上、婚姻と生活パートナーシップの概念上の等置は、議会によってなされるべきであるとするのが彼の見解である<sup>49)</sup>。

イブセンは、憲法変遷によって、同性のパートナーシップへと婚姻概念が拡大されたとみる方法もありうること、さらにこれを否定する考え方は、法的現実をなおざりにしている「形式主義的法律学的」として批判される場合もあるとして、ベネディクトに比し、婚姻概念の憲法変遷に譲歩的姿勢を見せている。しかし、この現象が想定しうるのは、国家および基本法が憲法制定から66年の時を経て変化していることを顧慮しなくてはならないとする場合であり、基本法は基本法79条により憲法改正手続きを定めることにより、この要求をそもそも満たしているとする。実際、ほとんど毎年行われている基本法改正は、立法者によって常に社会の変化がこの方法を通じて顧慮されている証であるとする。いずれにしても確認することが難しい社会的見解における変化のみによって、実定憲法および憲法上の概念の変化が生じるのに十分であるとされた場合、基本法は法的安定性を失い、ほとんど恣意的な解釈も到達可能となってしまう。そのために、社会的見解の変化が実定憲法の変化をもたらすことは、それ自体としてはあってはならないとして、最終的には否定的な立場をとっている<sup>50)</sup>。

イブセンの場合さらに、婚姻を異性にのみ認め

ることは実体的な根拠があることを理由に、憲法変遷が起りえないことを主張している。彼によれば、基本法6条1項がワイマール憲法119条1項と同様の機能を持つ以上、婚姻は家族の前段階にはかならない。また基本法6条1項の文言上家族と婚姻が同時に保障されており、ここから、これら二つには、互いに密接なつながりがあると想定されうる。これを婚姻に「リプロダクションの機能」または「次世代を担う機能」があるということは、二次的な話にすぎず、より重要であるのは、家族というものが事前に締結されている婚姻から生じるのが典型的とされていること、家族概念がさらに他の、親と子のあらゆる関係へと延長されることもまた正当であるとされていることであるという<sup>51)</sup>。このことにより、すべての婚姻に生殖の可能性が決してあるわけではないことを理由として、家族と婚姻のつながりを否定することは受け入れられないとされる。なぜなら、婚姻制度は、いささか抽象的な形ではあるが、生殖の潜在的可能性 (Fortpflanzungspotenzial) があることのみを基礎としており、個別の事例において実際に生殖が可能であること (Fortpflanzungsfähigkeit) までを求めているわけではないからである。ここに婚姻と生活パートナーシップの根本的な違いがあるとしている<sup>52)</sup>。

## 2. 同性婚を立法上導入可能とする見解<sup>53)</sup>

同性婚を立法上導入可能とする論者（以下、立法上同性婚を導入することに肯定的な論者を「可能派」と記述する）の場合、憲法改正を行わない限り、不変とされていた婚姻概念が、社会的変化に伴い変わりうるものであることを標榜するのが特徴である。F. ヴァプラーは「婚姻は、変化しないメルクマールによって規定されるのではなく、社会的変化およびそれに並行して現れる多元化に対して開かれた制度である。よって夫婦の異性は、もはやさらなる正当化を必要としない憲法上の決定として理解されるのではなく、基本法上の

婚姻の特別の保護がいかなる目的によって保障されているのか、また、この保護に資するために、いかなるメルクマールが共同生活には提示されなくてはならないのかといったことが審査されなくてはならない<sup>54)</sup>と述べており、まさにこの知見を顕すものとして挙げることができよう。解釈学上のその説明の仕方は、いわば「制度の核心へのアンチテーゼ」であり、つまりは、基本法6条1項の「制度の核心」が従来の考え方とは異なり、変わりうること、またはそもそも確定できないことを証明することによってなされている。手法としては、基本法6条1項の文言が参照されているほか、「否定派」と同様、連邦憲法裁判所の判例および基本法制定史上の根拠等が主なその素材となっている。

では以下、確認していこう。

#### (1) 「制度の核心」へのアンチテーゼ

##### ① 基本法6条1項の文言に婚姻の定義に関わる内容がないこと

基本法6条1項の文言には、婚姻の定義、内容、成立権限等は定められていない。ここから、プロシウス-ガースドルフは、連邦憲法裁判所および学説の多数によって制度的保障の核心領域として立法者による変更から防護され、憲法上の「変更不可能な婚姻概念上のメルクマール」が、基本法上の文言から決められない以上、解釈によって補われる必要があるとしている<sup>55)</sup>。

##### ② 連邦憲法裁判所が「制度の核心」は社会の変化により変更されうることを示唆し、実際に徐々に変更されてきたこと

1993年の判例のなかで、同裁判所は、「もはや異性が特徴的な意味合いを伴ってはいないという意味における婚姻理解の根本的变化に対する十分な根拠は認識されない」という理由にて同性婚を認めることを拒否している。ここからヴァプラーは、婚姻理解の社会的変化が確認された場合、婚姻は同性カップルにも開かれうる事が表されており、婚姻のメルクマールは、社会的現実の変化

ともに変化しうると主張する<sup>56)</sup>。

彼女はさらに、実際にそのように婚姻のメルクマールが変更されてきたことを実証している。彼女によれば、1949年時点での婚姻観は、家父長的かつ性別役割分業主義的であったり、互いの適合的な婚姻義務（旧1353条）を伴う性的共同体（Sexualgemeinschaft）であったり、限定的な例外的事態においてのみ離婚を容認する（旧民法1564条以下、有責主義）非解消性を原則としていたが、現在夫婦は同権であることおよび婚姻生活の構築は、私的領域に属する事柄であるという理解が妥当しているとしている。さらに、1976年になされた離婚における有責主義から破綻主義への移行は、もはや婚姻を解消するためには、特別に重大な、かつ裁判によって審査可能な根拠を必要としなくなった。これは、婚姻概念のメルクマールの一つである非解消性の原則が核心から追いやられたもの解することができるのであり、このように、基本法発効以来、根本的な婚姻概念の変化があったことを鑑みれば、婚姻の不変である本質的な核心というものは確定することができないとしている<sup>57)</sup>。

##### ③ 「歴史的沿革」への反論

プロシウス-ガースドルフは、「否定派」と異なり、導入可能派は、ワイマール憲法119条1項の内容が基本法6条1項に継続されたとみる必要はないとしている<sup>58)</sup>。さらに、議会評議会の議論のなかで、基本法6条1項を「婚姻と家族は人間社会の基礎である。これらは国家の特別の保護のもとにある。」とすべきとする提案があったが、これは、「子のない婚姻」を「二級の婚姻」として差別することになる可能性があるとして、危惧された経緯があることを指摘している<sup>59)</sup>。さらに次のように続ける。基本法制定史からは、今日の基本法6条1項の内容を決定的に左右する内容は読み取れないが、少なくとも「子のない婚姻」が婚姻の優遇を受けるべきことが明らかとされている以上、子の生まれない同性婚が認められえないとする根



拠をここから挙げることはできない。また、基本法発効当時は、旧刑法175条および175a条にて、男性の同性愛は処罰の対象となっていたが、これが、議会評議会の審議において同性婚が念頭に置かれなかった理由になることはあっても、現在の基本法6条1項の解釈に影響を与えることはない。連邦憲法裁判所も承継的養子縁組の判決のなかで基本法6条2項1文の「両親」が同性たりうることを説明するなかで、同様の立場を表明している<sup>60)</sup>と述べている<sup>61)</sup>。

一方ヴァプラーは、プロシウス-ガースドルフと同様の判例を引用するも、そこから基本法6条1項の歴史的沿革に言及することの必要性自体を否定している。そもそも連邦憲法裁判所は、議会評議会の実際上の、または推定上の社会観によっては、今日の憲法解釈を決定することはできないと判断する傾向にある。たとえば、生活パートナーシップ当事者の承継的養子縁組は認められるか否かが判断された判決のなかで、議会評議会の構成員たちが、両親となるのは常に男性と女性とのみに限られると想定していたことが、同性の両親が憲法上承認されえないことの根拠となりうるかという点が問題となった。ヴァプラーは、同裁判所が明確に、この問題の存在を否定し、このような歴史的な解釈に基づく議論を拒絶していること<sup>62)</sup>を指摘している<sup>63)</sup>。

#### ④ 生活パートナーシップと婚姻の機能の同一性

ヴァプラーによれば、婚姻と生活パートナーシップは、当事者の性別の組みあわせという点で差異があるが、近時連邦憲法裁判所は、これらをその機能の点においてはもはや同種の法制度であるとみなしているとされる。婚姻と生活パートナーシップの本質的機能は、私的な責任関係を法的に、制度的に保護していくことにあり、どちらも、責任を互いに引き受けていくことに対する2人の人間による長期的な決定を法的に保護する制度となっている。彼女は、この展開から、生活パートナ

ーシップを婚姻と別の制度のままにしておくよう、カテゴリカルに婚姻の本質的メルクマールに異性を含めていくことが、もはや説得力のあるものと解されないとしている<sup>64)</sup>。

「機能の同一性」をより根拠づけるために、子の存在と婚姻の優遇との関係、つまり基本法6条1項の「家族」（子の存在が前提とされている）と「婚姻」の体系的つながりについても「可能派」は言及し、さしあたり以下のように両者は無関係であると説く。

プロシウス-ガースドルフによれば、基本法6条1項上、「家族」（子の存在を想定されている）と「婚姻」は個別的に保障されており、体系的な連関をもたない別個の制度として存在しているとす。そうである以上、夫婦は「潜在的な生殖可能性」を要件とされているわけではなく、婚姻概念を異性に限定することに必然的な根拠があるわけではないとしている<sup>65)</sup>。

ヴァプラーもまず、婚姻の優遇に子の存在可能性は無関係であるとしている。多くの婚姻関係は子を持たないままであること、また、子は婚姻関係の外においても生まれうることといった、経験的に理解される状況や、現在の比較的若い世代にとり、両親の家族状態が家族を規定するのに、なんら特記すべき要因となりえないとする研究結果から、婚姻を特別な方法において子の存在に依拠させる観念は、すでに経験的基礎を欠いているとしている<sup>66)</sup>。婚姻の特権性を主張する見解のなかでは子の育成のための機能がその理由として挙げられることがあるが、婚姻のなかで生まれた子は他の親の関係のなかで生まれた子よりも良い成長条件にあるとすることは、非婚の母やその子へのまぎれもない法的な不利益を前提としているものであり、彼らへの社会的なスティグマを激しく助長することとなると彼女は警告している。もっとも、このような想定は、今日の非婚の家族共同体の受容状況に鑑みれば、そもそも述べるに値しないものでもあるとする<sup>67)</sup>。ただ一方でそうでは

あっても、国家は、自国民のリプロダクションのために、婚姻に「制度的な生殖可能性」や「潜在的な家族の可能性」といった性質をみとめ、これに特別に依拠しているとする見方も可能ではあり、ここに強い規範的な指導像を認めることもできよう。ヴァプラーは譲歩的姿勢を見せているが、この点についても以下のように反論する。すなわち、自由かつ多元性を認める国家においては、社会的なリプロダクションを、ある私的な生活共同体を、規範上特権的に扱うことを通じて助成することは極めて問題であると<sup>68)</sup>。

また仮に、基本法6条1項の家族と婚姻に体系的つながりがあるとみなしたとしても、現在の連邦憲法裁判所の判例傾向に鑑みれば婚姻を異性のみ限定する根拠とはなりえないとプロシウス・ガースドルフは述べる。連邦憲法裁判所は目下様々な家族形態を基本法6条1項の家族としている。基本法6条1項の家族概念が同性の両親をも包摂しうるのであれば、体系上のつながりがあるがために婚姻概念を両性に開放することも決して否定することにはならないはずであるとしている<sup>69)</sup>。

## (2) 社会動態に則して解釈することの必要性

憲法上親の概念は、動的に解釈されうること、および新たな社会的な展開が導入されうるような開放性が、この概念のなかに含まれることが連邦憲法裁判所の承継的養子縁組に関する判例のなかで明示された<sup>70)</sup>とヴァプラーは指摘する。ここから彼女は、社会の動態性に則して基本法を解釈することの必要性を次のように主張している。すなわち、動的に解釈することは、たとえば同性の両親に育てられた子を通じて何が理解されうるのかということが問題とされた場合等に、実質的基準にしたがった社会的な発展の評価を憲法上初めて下すことができるという意味における多大な利点がある。もしそのような解釈をとらない場合、つまり、一定の生活領域には「準自然法的 (quasi-naturrechtlichen)」な体制があるということを参

照するのみの解釈では、実際上の社会的展開の意義および効果についての議論を妨げる可能性があるのみであると<sup>71)</sup>。

## 3. 若干の分析

以上、「可能派」および「否定派」のそれぞれの見解を確認してきた。ここで若干の分析を加えたい。

両者の共通点は、連邦憲法裁判所の判例を重視する姿勢を明らかにしていることおよび、婚姻理解の社会的変化に一定の言及を行っていることである。対立点はいわば、判例のいかなる点を重視するのか、および社会的変化を解釈に取り入れることの肯否という点に集約される。そのほか、ヴァプラー以外の論者は、基本法6条1項の制定過程についても触れているが、ヴァプラーが述べるとおり、同裁判所は基本法6条1項の制定経緯については解釈上重要な地位を占めることはないとしている<sup>72)</sup>ため、この立場をも重視するのであれば、歴史的経緯の確認は必ずしもどちらの考え方が正当であるかの判断への有用な手立てとは言えない。

したがって、さしあたり「可能派」・「否定派」の在り方を考察するうえで顧慮すべき内容としては、①近時の連邦憲法裁判所の判断をいかに解するか、②社会動態に合わせた憲法解釈を許容すべきか否かという点であろう。

### (1) 連邦憲法裁判所の婚姻観

すでに述べたことではあるが、連邦憲法裁判所は婚姻と生活パートナーシップを事実上同一視している。次世代の存在を前提としている相続税、家族扶養の意味合いを持つ社会保障制度、擬似的に共同養子縁組状態を作り出す承継的養子縁組、それらに設けられていた差異を、婚姻と生活パートナーシップは異ならないとして平準化可能としていったのは紛れもなく、連邦憲法裁判所である。そうである以上、同裁判所の在り方を支持するのであれば、この点を指摘する「可能派」の方が理

になかった主張をなしているようにも考えられる。

ただし、「否定派」には全く根拠がないとは決して言えない。というのも上述したとおり、連邦憲法裁判所は、婚姻の（異性性を含めた）一定のメルクマールを立法によっても、憲法変遷によっても変更できない「制度の核心」と認定してきているという経緯がある。生活パートナーシップの合憲性が問われた際、一面においては、まさに同制度が婚姻とは「別の制度」であり、このメルクマールを侵害することはないことを理由に合憲判断を下したのである。その時、「社会的変化にかかわらず、また、これに並行して現れる婚姻の法的形態の変更から守られ、基本法を通じて特徴づけられる」ところの婚姻の内容には「男性と女性による結合体」であることが含まれると述べられている<sup>73)</sup>。この言明は、平準化についての判例の中でも、「否定派」の述べるように何も変更されていない。連邦憲法裁判所はいわば、実質的には同性婚可能な状況を作り出してはいるものの、形式的には婚姻は異性婚に限ったままなのである。さらに、婚姻の異性性は社会的変化も立法による変更も受け入れられないことを明言した過去がある。この点がおそらく、導入可能派に対する、唯一にして最大の障壁となっている。

## (2) すでに憲法変遷はおきている

もっとも、同性婚が立法上導入できるか否かという点は別として、婚姻の意味変化をめぐる憲法変遷はすでに、この10年ほどの平等取扱いをめぐる連邦憲法裁判所の判例の中で起きているとする考え方が学説では一般的である<sup>74)</sup>。「憲法変遷」と述べる場合、①戦後ドイツではその主体が連邦憲法裁判所であることおよび、②「憲法変遷には許容される規範的限界が存在」し、「解釈の枠内での解釈変更」と捉えられること、および③憲法変遷の限界は「憲法解釈の限界」であることが我が国で指摘されている<sup>75)</sup>。そのほか、近時においてはL. ミヒヤエルにより、提唱者のG. イェリネクが念頭に置いていた「憲法テキストを形式的には変更

させずに存続させたまま、そのような変更の意図または意識によって導かれる必要のない諸事実によって惹き起こされるような変更<sup>76)</sup>という定義を出発点とした、憲法規範の現実に対する機能不全および規範性の制約を問題とする理解から、基本法の予定している強力な憲法裁判権<sup>77)</sup>を背景とした連邦憲法裁判所の憲法解釈によってもたらされる、実定憲法の特殊な貫徹力および動的な実現現象をいかに理解するかという問題へと移り変わりつつあるといわれている<sup>78)</sup>。婚姻の意味変化はこのような「憲法変遷」の現在の理解に照らせば、必ずしも満場一致には受け入れられていない。たとえば「連邦憲法裁判所は、その10年にわたる生活パートナーシップに関する裁判のなかで憲法解釈の限界を越えてしまった。基本法6条1項のなかで強調されている婚姻の地位はさしあたり相対化されており、いまや完全に均等化されている。婚姻概念はその核心において変化せしめられた<sup>79)</sup>」といったように、憲法解釈の限界を越えてしまっているのではないかというニュアンスの批判がなされることがある。また、連邦憲法裁判所は2002年の時点においては、生活パートナーシップの要件が同性であるがゆえに、異性性を要件とする婚姻とは「異なるもの」であることを強調することによって、合憲性を導き出していた。それが、ひとたび合憲性を認められるや否や、同裁判所はもはやその異質性について言及することはせず、逆に両者の同質性を指摘することによって両者の平準化を進めるよう、立法者の形成権限を狭めていく方向に向かっている。これは、憲法裁判権による策略的で不安定な、かつ客観的に恣意的な判断に基づくものであるなどとも批判されている<sup>80)</sup>。同性婚が立法上導入可能か否かを問う以前に、こうした婚姻の意味変化をめぐる憲法変遷に向けられた批判に答えることは、本来、不可欠な事項のはずである<sup>81)</sup>。

連邦憲法裁判所は、自らの解釈権限を盾に、解釈の限界を越えた判断を行っているのか、それと

も憲法変遷として受け入れられる範疇の解釈の変更を行っているのか、この点は、なお決着のついた問題ではない。ただ、婚姻の意味変化を引き起こすような「動態的解釈」を連邦憲法裁判所が行っていることを前提に2013年の国法学者大会では、今後婚姻概念をいかに基礎づけていくべきかという点が議題とされていた。このなかで、報告者であるM. ゲルマンは、基本権6条1項に目下向けられている動態的指向を「指導像保障」という考え方にてコントロールしていくことを提案している<sup>82)</sup>。これによれば婚姻は「指導像」であり、「指導像を刻印づけるメルクマール」(連邦憲法裁判所の判例から読み取られる。たとえばモノガミーは「他者への排他性」が婚姻の「本質的メルクマール」と2002年の判決にて判断されていることからこれに該当すると説明されている)は立法、その他の社会変化による浸食から維持されることとなると説明されている。ゲルマンによれば、「異性性」のメルクマールは、生活パートナーシップと婚姻の裁判上の平準化がすでに戻ることのできない新たな法状況を形成しているために、もはや「指導像を刻印づけるメルクマール」とは評価しえないとされている。この考え方は、「異性性」のメルクマールが事実上、失われてしまったことは認めるにせよ、それ以外のメルクマールに関しては「指導像」とされるべき婚姻に残されるべき性質と説明することによって、一応の解釈の基準を提供するものといえよう。

憲法変遷を受け入れるとして、これまで制度的保障によって維持されていた婚姻概念は今後いかに形成されるべきであろうか。この点は、先の憲法変遷の正当化と並び、ドイツにおいて婚姻と同性婚との間の関係を憲法上考えるなかで必要な視点であるといえるのではないだろうか。

(3) 「可能派」は婚姻の解釈の限界をいかに考えているか。

仮に憲法変遷を受け入れ、同性婚が憲法改正によらず可能となったとしよう。では、その後の婚

姻の解釈の限界はいかなるかたちで導き出されるのであろうか。私見によれば、この点が「可能派」の主張においては必ずしもはっきりしていない。

たとえば、プロシウス-ガースドルフは次のように述べる。すなわち、「婚姻概念は……原則的に立法者の内容形成権限に委ねられて」おり、「婚姻の内容形成権限は憲法上の変更不能な婚姻概念のメルクマールよってのみ限界づけられる」。ただし、「基本法6条1項にいかなる婚姻概念のメルクマールが不可欠なものとして前提とされているかは文言からは読み取られえず、解釈によって補われなければならない」<sup>83)</sup>。では、いかなるメルクマールが含まれるべきか。これについては、なにも述べられていない。従来の制度的保障の枠組みに寄った考え方を用いてはいるが、その内容、つまり従来用意されていたメルクマール自体はこれまでと同様に維持されるのか、それとも解釈によって改めて根拠づけられるのか、さらに後者の場合、いかなる解釈がなされるべきなのか、そのような方針が確認できない。

このような特徴はヴァプラーにもあてはまる。彼女はゲルマンの主張する婚姻の公的利益、つまり婚姻および家族は「国家および社会が、その物理的な存続のため、倫理的な本質のため、国民経済上の福利のため、必要とする次世代的、社会的、文化的働きを提供する重要な社会構造」であるがゆえに付されてきた利益の存在<sup>84)</sup>は認められないとしている。彼女は、このような婚姻の公的利益という考え方は、リベラルな社会は、人々に自由な領域を容認するのみでなく、その自由領域を用いることができるようにする必要があるということ程の明白さのある言明ではないとし、男女の婚姻が、他の生活共同体(同性カップル、非婚共同体、多人数のコミュニティ)と比べて、このような利益の付与に関係し、どのような特別な役割を担ってきたのかについては、その曖昧な性格ゆえに、述べるに値せず、憲法学上の婚姻概念の解釈に有意義なものではないとしている<sup>85)</sup>。この考え方に



よれば今後、「公的な利益」の客体がいかなるものであるべきかの検討が憲法上なされえないこととなる。いかなる共同体が「公的な利益」を得ることができるかという議論が封じられることによって、婚姻の解釈の限界がここでも定まらないかたちとなっている。

「可能派」は、その主張を支えるために、従来設けられてきた憲法上の婚姻概念における解釈の限界を突破しようとしている。しかし、その後の婚姻概念の基準および限界に関しての言及は確認することができない。社会的な変化が確認されさえすれば、ポリガミーやその他の性愛に基づかない生活共同体もすべて基本法6条1項の「婚姻」に含まれる可能性があると考えているのか、または、そのようには考えず、一定の性質のみを備えた共同体のみがこれにあたるか考えるのか。そのような今後の婚姻概念の確定のための手がかりがほとんど示されていない。婚姻概念を決定する基準を憲法上なら用意しないことを明言するのであれば別であるが、そうではない場合、今後の法的安定性の確保および憲法上の議論の発展のためにも、同性婚が含まれる新たな婚姻の解釈の限界がいかに形成されるべきであるかを提示すべきではないだろうか。

### Ⅲ 日本法への示唆

以上、ドイツの同性婚をめぐる議論を確認してきた。では、以下ではこれが日本の議論にどのような影響を与えるのかという点について考えていきたい。

#### 1. 異性婚に限る現状の説明方法について（24条は制度的保障？）

ドイツの現在の異性婚に限る婚姻の在り方は、(沿革的にも、また同性婚を否定する根拠としても)制度的保障としての機能をもつ婚姻条項の特質によるところが大きいことが理解された。これは我が国の憲法学にもいえることであろうか。つ

まり（「両性の合意」という文言を理由として挙げるほかに）、現状では制度的保障のために婚姻制度は、異性婚に限られているともいえるのだろうか。これにつき、我が国の婚姻条項である日本国憲法24条は、基本法6条1項とは異なり、制度的保障としての性質を最高裁によって認められたことはない。さらに学説においても、このように捉える考え方には批判があり<sup>86)</sup>、必ずしも通説といえる状況にない。制度的保障として24条を捉えることを提唱した論者としては工藤達朗が挙げられる。彼によれば、「婚姻を個人の自由だけで説明しようとすると、同性のカップル、一夫多妻性……など、様々な人的結合を、憲法がなぜ婚姻と認めないのか説明しがたい」とし、「もし婚姻を制度的保障であると説明すれば、その対象となる制度は、歴史的・伝統的に形成された、既存の制度でなければならぬ」とされている<sup>87)</sup>。この考え方は24条の文言以外に、異性婚に限られる現状の説明方法が増えるという意味において、魅力的であるようにも考えられる。

しかし、ここまで確認してきたドイツの同性婚をめぐる議論の展開は、制度的保障の考え方をもってしても、実質的には婚姻制度の核心は揺らぎうることを立証してきたものとも評しうる。少なくとも、学説では制度的保障の核心領域は侵害されてしまったと捉えられており、現状の説明方法としてもはや十分に機能しなくなっている。そのことを鑑みると、改めて日本国憲法24条を制度的保障と唱える意義は少なくなりつつあるのかもしれない。

#### 2. 同性婚を認める場合、その後の憲法上の「婚姻」はいかに形成されるのか

日本では制度的保障ではなく、24条1項の文言「両性の合意」を理由に婚姻は異性婚に限られている。これは現在の行政の理解に基づくものであり、従来の学説のとる見解でもあった。しかし、現在の法的効果はないにせよ、同性カップルを条例によ

って保障する傾向が顕著となってきており、それにつれて「同性婚」を可能とする学説も増えてきている。このような動きは見方によれば、徐々に同性婚の議論がなされるようになってきたドイツの状況と類似しているともいえよう。ドイツとは異なる点として注意したいのは、①同性カップルの保障が法律レベルにおいてなされるどころまで到達していないこと、またそのことにも関連してか、②24条にて同性婚を可能とする論者は、「憲法変遷」という語を用いてはいないということである。②に関してはおそらく、我が国においては一般にこの語が違憲の実例を表す言葉として用いられてきたとされること<sup>88)</sup>も関係していよう。ただし、いずれにせよどの論者も、欧米諸国の同性婚導入の動きおよび、条例レベルのパートナーシップの形成といった社会的変化が直接、24条解釈に影響したとはせず、同性婚は24条の制定趣旨またはその文言からそもそも可能であるとするのが特徴である。これは婚姻条項を社会の変化に柔軟に対応しうるものとしているドイツの「可能派」と一線を画す点といえよう。

ただしそのような違いはあれど、ドイツの「可能派」に対して抱いた上述の疑義は、同じかたちで我が国の憲法学にも投げかけられ得るのではないだろうか。すなわち、24条1項の「両性の合意」という文言の用意する解釈の限界を突破した後、憲法上想定する婚姻制度はいかなるかたちとなるのだろうか。確かに、同制度の制定趣旨は「家制度の廃止」、「個人の尊厳と両性の平等」にあって「両性」という語に深い意味はなかったのかもしれない。また、婚姻制度を異性同士に限ることは13条および14条からしても問題があるとすも領けよう。しかし日本国憲法制定から現在に至るまで、この文言は実際に、一人の男性と一人の女性に婚姻を限る解釈の限界としての役割を果たしている。それが失われ、「両性の」という語を空文化させた際、はたしていかなる憲法上の理念が婚姻制度の限界を形成していくのだろうか。この

点は、現在の憲法上の「婚姻」の在り方を否定するものには常につきまとうこととなるだろう。ここではさしあたり、ドイツの「可能派」は少なくとも、婚姻の定義に関わる文言が基本法6条1項にないことをその論拠の一つとしており、解釈の限界を形成しうるものとして憲法条文に関して一定の配慮を行っていたことを指摘しておく。

## おわりに

以上、同性婚をめぐるドイツの議論を参照してきた。我が国に同国の議論をそのまま移しかえることができない点もあったが、同性婚導入が、憲法上の婚姻解釈の限界を不鮮明にしうるのはないかという問題は、どちらの国にも共通して指摘されることであろう。

日本の現在の同性カップルの法的保護は確かに動き出している。現状ではあくまで「パートナー」として事実上、証明されるにとどまり、相続および配偶者控除等、婚姻に認められる法的効果は認められず、欧米諸国と比べると必ずしも十分な状況とはいえない。ただし、いずれの同性カップルの法的保護もおそらく、目指すところは「婚姻」であろう。そのように考えれば今後立法上、婚姻類似の法的共同体および同性婚が日本で導入されるべきとする議論が巻き起こることは時間の問題ともいえる。

その時、憲法学がこれをたんに許容していると答えることは、現在の24条1項における学説状況を参照するのであれば、容易いことである。学説は、制定趣旨からしても、日本国憲法の体系からしても、そもそも同性婚を許容すべきであるとしている。24条1項の「両性の合意」という文言はそのようにしてこれまで有していた婚姻を条件づける意味を失うだろう。それを受け入れると同時に、24条1項は婚姻に対する社会的見解の変化を受け入れる条文であるのか、また、「婚姻」の損なわれてはならない本質とはなにかといったことが満足に検証されないまま、「婚姻」の解釈の限界が

うやむやとなるおそれはないだろうか。ドイツの同性婚をめぐる議論のなかでは、婚姻条項が「憲法変遷」しつつあるという（一応の）共通認識が存在し、少なくともはあるが、この理解をもとにした今後の婚姻の限界についての見解も存在している。そのような状況を踏まえると、日本における同性婚をめぐる議論も、より先の社会の変化を見据えた、今後の婚姻解釈の限界を念頭に置いた主張がいずれはなされても良いはずである。これについてはドイツにおいても議論は始まったばかりという状況であり、なお検討を要する事項となっている。今後の課題としたい。

- 1) この点は、さしあたり以下の2つの事実によって確認される。ひとつは、青森県青森市在住の女性2人が2014年6月5日、青森市役所に婚姻届を出したが、同市は憲法24条1項の文言「婚姻は、両性の合意のみに基づいて成立」を根拠に受理しなかった（『東奥日報』2014年6月6日（金）朝刊 社会面21頁参照。不受理証明書をうつす写真が掲載されており、それによれば、不受理の根拠は日本国憲法24条1項であることが明記されている）。またいまひとつは、現内閣総理大臣である安倍晋三が、次のように述べていることである。「憲法二十四条は、婚姻は、両性の合意のみに基づいて成立すると定めており、現行憲法の下では、同性カップルに婚姻の成立を認めることは想定されておりません。同性婚を認めるために憲法改正を検討すべきか否かは、我が国の家族の在り方の根幹に関わる問題であり、極めて慎重な検討を要するもの」（2015年2月18日付参議院本会議での答弁）。
- 2) 近時、法律時報にて同性婚導入の各国比較を行う趣旨の特集が組まれている。詳細については、これに投稿された以下を参照されたい。田巻帝子「イギリス—パートナーシップ制度と婚姻制度の並立」法時88巻5号（2016）53頁以下；鈴木伸智「アメリカ合衆国—法律上の婚姻の定義をめぐって」同57頁以下；梅澤彩「ニュージーランド—生殖の機会の平等から婚姻の機会の平等へ」61頁以下；大島梨沙「フランス—『すべての者のための婚姻』と残された不平等」同65頁以下；マルセロ デ アウカウンタラ「ブラジル—男女の安定した結合から同性間の婚姻へ」69頁以下。さらに、同性婚制度の形成のされ方および広がり方等について総体的な考察を加えているものとして、渡邊泰彦「同性カップルによる婚姻から家族形成へ」同73頁以下。
- 3) これについては、宍戸常寿「合衆国最高裁の同性婚判決について」法教396号（2013）156頁以下参照。
- 4) このようなパートナーシップ制度につき、渋谷区のものについての詳細は、以下を参照。山下純司「渋谷区条例の意義」ジュリ1485号（2015）66頁以下；大島梨沙「渋谷区同性パートナーシップ条例の意義と課題」法セ727号（2015）1頁以下。
- 5) 渋谷区議会定例会会議録2015年3月31日付の同区議会区長の答弁。
- 6) 芹沢齊ほか編『新基本法コンメンタール憲法』（日本評論社、2011）214頁〔武田万里子〕。もっとも武田は、それを越えて本条が積極的に同性婚を排除する趣旨をもつかそれとも許容するものかどうかは、別の問題であるともしている（同214頁）。
- 7) 辻村みよ子『ジェンダーと人権』（日本評論社、2008）250頁。
- 8) 植野妙実子「第二十四条 家族の権利と保護」法セ545号（2000）85頁。
- 9) 木下智史・只野雅人編『新・コンメンタール憲法』（日本評論社、2015）288頁〔木下智史〕。
- 10) 小竹聡「憲法と同性婚」法セ737号（2016）11頁。
- 11) 福嶋敏明「同性婚と憲法」時法1976号（2015）53頁。
- 12) 齊藤笑美子「家族と憲法」憲問21号（2010）112頁。
- 13) 木村草太「憲法と同性婚」杉田敦編『グローバル化のなかの政治』（岩波書店、2016）87・88頁。
- 14) 井上典之「平等保障による憲法規範の変容？」松井茂記ほか編『自由の法理』（成文堂、2015）673頁以下においても類似の試みがなされている。井上は、昨今の我が国における家族に関する判決、とりわけ国籍法違憲判決、相続分差別違憲判決において、婚外子をめぐる差別につき最高裁が平等原則の適用により解決を図ったことを、平等原則による憲法24条の規範内容の変容として捉え、同様の兆候を示すドイツの例を参考としている。
- 15) この項に関しては、主に以下を参照している。J. Ipsen, Ehe und Familie, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), HdbStR Bd VII, 3. Aufl., 2009, S. 431 ff.; U. Steiner, Schutz von Ehe und Familie, in: D. Merten/

- H. Papier, HGR, 2011, S. 1249 ff.; A. Sanders, Das Ehebild des Bundesverfassungsgerichts, in: S. Emmenegger/A. Wiedmann (Hrsg.), Leitlinien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, 2011, S. 351 ff.; v.Collen, in: M. Sachs (Hrsg.), GG, 6. Aufl., 2011, Art. 6, Rn. 31 ff., P. Badura, in: T. Maunz/G. Dürig (Hrsg.), GG, 2012, Art. 6, Rn. 36 f.
- 16) この訳は、高田敏・初宿正典編訳『ドイツ憲法集第6版』(信山社, 2010) 214・215頁に基づく。
- 17) Ipsen, Anm. 15, S. 435.
- 18) この定義のうち、「法律に予定されている形式において」という文言に認められる意味内容を婚姻概念の要素として載せていないものが存在する (Sanders, Anm. 15, S. 354) ほか、「原則的に解消することのできない」という内容と「長期間に亘る」という内容を二者択一的に捉え、連邦憲法裁判所は時間の経過とともに前者から後者の考えへと推移したとする見解もある (Steiner, Anm. 15, S. 1253 f.; v.Collen, Anm. 15, Rn. 4).
- 19) もっとも、連邦憲法裁判所は「瑕疵ある婚姻 (hinkende Ehe)」, つまりドイツにおける婚姻規定を満たしていない婚姻を、遺された配偶者の保護のために基本法6条1項の保護をうけると判断したことがある (BVerfGE 62, 323, 330 f.).
- 20) Ipsen, Anm. 15, S. 436.
- 21) 明示的なものとして、v.Collen, Anm. 15, Rn. 33 f.
- 22) v.Collen, Anm. 15, Rn. 3. また、「元来保障されてきた婚姻の構造上のメルクマールが、今日、他のものに変えられている場合、または法制度の保障機能が新たに定められた場合」などは「憲法変遷」にあたるなどと言われている (Badura, Anm. 15, Rn. 36 f.).
- 23) BVerfG, NJW 1993, S. 3085.
- 24) BVerfG, NJW 1993, S. 3085.
- 25) BVerfG, NJW 1993, S. 3085.
- 26) BVerfG, NJW 1993, S. 3085.
- 27) ここで扱っている判例および学説の詳細については、以下も参照。三宅雄彦「生活パートナーシップ法の合憲性」栗城壽夫ほか編『ドイツの憲法判例Ⅲ』(信山社, 2008) 189頁以下; 渡邊泰彦「生活パートナーシップに関する2002年7月17日連邦憲法裁判所判決について」徳島文理大学研究紀要65号 (2003) 25頁以下。
- 28) BVerfGE 105, 313 (348).
- 29) BVerfGE 105, 313 (345).
- 30) ここで扱っている判例の動向についての詳細は、拙稿「婚姻の意味変化について」中央大学大学院研究年報法学研究科篇44号 (2015) 425頁以下および、これに挙げられている諸文献を参考とされたい。
- 31) BVerfGE 133, 59, (96).
- 32) たとえば、F. Brosius-Gersdorf, Gleichstellung von Ehe und Lebenspartnerschaft, FamFR 2013, S. 171. また彼女の執筆する基本法6条に関するコメントのなかではもはや制度の核心領域に異性性は含まれないとされている (dies, in: H. Dreier, GG Bd I, 3. Aufl, 2013, Art. 6, Rn. 50.).
- 33) これをテーマに開かれた法務委員会における公聴会の概要については、渡邊泰彦「同性の両親と子 (その2)」産大法学48巻1・2号 (2015) 243頁以下を、公聴会で述べられた鑑定意見の具体的内容については、同「同性の両親と子 (その3)」産大法学49巻1・2号 (2015) 96頁以下をそれぞれ参照。
- 34) BT-Drs. 18/5098. 2015年11月26日施行。
- 35) 連邦参議院の改正法案 (BT-Drs. 18/6665), 連合90/緑の党の改正法案 (BT-Drs. 18/5098), 左翼党派の改正法案 (BT-Drs.18/8) が存在している。
- 36) J. ベネディクトの鑑定意見は、以下を参照。J. Benedict, Gutachterliche Stellungnahme zum Thema "Gleichgeschlechtliche Ehen" Öffentliche Anhörung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz am 28.09.2015. (<https://www.bundestag.de/blob/389540/.../benedict-data.pdf>にて2017年1月17日現在閲覧可能)。J. イプセンの鑑定意見は、以下を参照。J. Ipsen, Der Ehebegriff des Art. 6 Abs. 1 GG Gutachtliche Stellungnahme zur Anhörung vor dem Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages am 28. September 2015 (<https://www.bundestag.de/blob/388314/.../ipsen-data.pdf>にて2017年1月17日現在閲覧可能)。
- 37) Benedict, Anm. 36, S. 2.
- 38) この訳は、高田・初宿掲掲16) 編訳書138頁に基づく。
- 39) Ipsen, Anm. 36, S. 2.; Benedict, Anm. 36, S. 4.
- 40) Ipsen, Anm. 36, S. 3 f.; Benedict, Anm. 36, S. 4.
- 41) BVerfGE 105, 313 Leitsatz 3.
- 42) BVerfGE 133, 377 (409).
- 43) Benedict, Anm. 36, S. 5 f.
- 44) BVerfGE 105, 313 (345).



- 45) BVerfGE 105, 313 (345 f.).
- 46) Ipsen, Anm. 36, S. 6.
- 47) Benedict, Anm. 36, S. 2.
- 48) Benedict, Anm. 36, S. 6.
- 49) Benedict, Anm. 36, S. 6.
- 50) Ipsen, Anm. 36, S. 7.
- 51) Ipsen, Anm. 36, S. 8.
- 52) Ipsen, Anm. 36, S. 8.
- 53) F. ヴァブラーも F. プロシウス-ガースドルフも、「否定派」に対するかたちにて法務委員会にて鑑定意見を述べているが、両者とも類似の内容を学術誌等に改めて寄稿されているので、それにあたる以下を参照することとした。F. Wapler, Die Frage der Verfassungsmässigkeit der Öffnung der Ehe für gleichgeschlechtliche Paare, 2015 (library.fes.de/pdf-files/dialog/11459.pdfにて2017年1月17日現在閲覧可能):F. Brosius-Gersdorf, Die Ehe für alle durch Änderung des BGB, NJW 2015, S. 3557 ff.
- 54) Wapler, Anm. 53, S. 22.
- 55) Brosius-Gersdorf, Anm. 53, S. 3559.
- 56) Wapler, Anm. 53, S. 18 f.
- 57) Wapler, Anm. 53, S. 20.
- 58) Brosius-Gersdorf, Anm. 53, S. 3559.
- 59) Brosius-Gersdorf, Anm. 53, S. 3559 f.
- 60) BVerfGE 133, 59 (79).
- 61) Brosius-Gersdorf, Anm. 53, S. 3560.
- 62) BVerfGE 133, 59, (79).
- 63) Wapler, Anm. 53, S. 21 f.
- 64) Wapler, Anm. 53, S. 25 f.
- 65) Brosius-Gersdorf, Anm. 53, S. 3560.
- 66) Wapler, Anm. 53, S. 27.
- 67) Wapler, Anm. 53, S. 26.
- 68) Wapler, Anm. 53, S. 27.
- 69) Brosius-Gersdorf, Anm. 53, S. 3561.
- 70) BVerfGE 133, 59 (79).
- 71) Wapler, Anm. 53, S. 22.
- 72) この理解は、生活パートナーシップの合憲性判断時から一貫している (BVerfGE 105, 313 (349)).
- 73) BVerfGE 105, 313 (345).
- 74) もっとも、「憲法変遷」という語は、歴史的にさまざまな意味において用いられてきており、近時にいたっては、論者ごとの憲法理解に基づく論者ごとの「憲法変遷」が存在しているとして、もはやヒューリスティックな、記号的な概念としてのみ用いるべきであるとする意見も存在している (A. Voßkuhle, Gibt es und wozu nutzt eine lehre vom Verfassungswandel?, in: R. Wahl (Hrsg.), Verfassungsänderung, Verfassungswandel, Verfassungsinterpretation, 2008, S. 450 ff.). ただ近時においては、「憲法変遷」を、基本法79条の「憲法改正」および基本法146条の「憲法の失効」と並ぶ「憲法修正 (Verfassungsrevision)」として位置づけようとする試みもなされている (L. Michael, Die Verfassungswandelnde Gewalt, RW 2014, Heft 4, S. 427 ff.). このような試みは、後掲注81)にて紹介するよう、本稿が取り扱っている婚姻の意味変化の正当化と関連をもつものであり興味深いものではあるが、本稿の趣旨との関係からここでは詳述できない。なおたとえば、K. ヘッセの憲法理解と憲法変遷との関係を明確に整理したものとして赤坂正浩「憲法の機能について」松井ほか前掲注14)編書、21頁以下。
- 75) 赤坂正浩『立憲国家と憲法変遷』(信山社、2008)581頁以下。
- 76) G. Jellinek, Verfassungsänderung und Verfassungswandlung, 1906, S. 3. この訳は G. イェリネク [篠原巖訳]「憲法改正と憲法変遷」同 [森英樹・篠原巖訳]『少数者の権利』(日本評論社、1989)68頁に基づく。
- 77) このようなドイツの憲法裁判権の在り方については M. イェシュテットほか著 [鈴木秀美ほか監訳]『越境する司法』(風行社、2014)収録の諸論稿を参照されたい。とりわけここでは、M. イェシュテット [高田倫子訳]「連邦憲法裁判所という現象」同書、87頁以下を挙げておく。
- 78) Michael, Anm. 74, S. 432.
- 79) G. Gade/C. Thiele, Ehe und eingetragene Lebenspartnerschaft, DÖV 2013, S. 151.
- 80) C. Hillgruber, Anmerkung, JZ 2010, S. 42.
- 81) この点、ミヒャエルは、「連邦憲法裁判所が、生活パートナーシップ法の合憲性を判断した際、さしあたり立法者の裁量余地を広く認めていたのに対し、近年では基本法3条1項を通じてその裁量を厳しく取り締まる方向を改めて採ったことは、決して矛盾することではない」として、上述のヒルグラーバーの批判に反論を試みている。彼によれば、連邦憲法裁判所が、①生活パートナーシップ法の合憲性判断の時点では広く立法者の裁量を認めたこと、②基本法3条1項の適用とともに婚姻と生活パートナーシ

ップの比較可能性が肯定され、それとともに立法者の裁量が前段階とは異なり、狭められてきたこと、③平準化が進んだ現在において連邦憲法裁判所が、基本法6条1項の「異性性」に関する判断を行わず、そのために同性婚導入のための展開が停滞しているように考えられること、それぞれには社会動態に合わせた一貫した判断として、いずれも正当な根拠が認められるという。それにつきまず、①と②の間の、連邦憲法裁判所の姿勢の変化は、2002年の時点では、連邦憲法裁判所も社会一般も、たとえば養子縁組に関わる法において平準化を問題とするまでに、生活パートナーシップの社会における浸透が進んでいなかったのであり、連邦憲法裁判所はいわばそうした社会状況に合わせた判断を行っているだけであるとしている。さらに③において、連邦憲法裁判所が、同性カップルへの差別撤廃の進行を立法者に委ねていることは、立法者に、同性カップルのための制度設立の最初の一步がまかされているだけでなく、段階的に差別を撤廃するためのテンポ設定も同時に委ねられていることを示すという。これはたとえば、連邦憲法裁判所が、基本法6条1項の拡大解釈を行い、生活パートナーシップを同項の意味における「婚姻」に含めるとなると、「同性婚」設立のために再び「生活パートナーシップ」という制度を撤廃しようとする際に、支障が出る可能性があることを考慮すれば、説得力のあるものであるとしている。他方で、連邦憲法裁判所が、差別撤廃の展開を早めるような判断を行うことがあっても、個人の権利、とりわけ少数者の権利を憲法上発展させることが、憲法裁判権の機能に見合った本来の権能であることからすれば、これもまた肯定できるとしている (Michael, Anm. 74, S. 467 ff.)。以上のようなミヒャエルの考察に関する分析は別稿に譲り、さしあたり本稿ではその存在を指摘するにとどめたい。

- 82) M. Germann, *Dynamische Grundrechtsdogmatik von Ehe und Familie*, VVDStRL 73 (2014), S. 257 ff. また、この考え方に関しては、松原光宏「公法による将来形成」自治研究90巻7号 (2014) 26頁以下を参照。
- 83) Brosius-Gersdorf, Anm. 53, S. 3559.
- 84) Germann, Anm. 82, S. 265.
- 85) Wapler, Anm. 53, S. 28.
- 86) このような立場をとると理解されるものとして、君塚正臣「日本国憲法二十四条解釈の検証」関法52巻1号17頁；植野妙実子『憲法二十四条 今、家族のあり方を考える』(明石書店, 2005) 37頁。また、そもそも制度的保障という概念が、歴史的に論者によって異なる意味において用いられてきており、それによって獲得された多義性から、この概念はもはや「客観的法規範である」という以外の何ものもさしえないという指摘も、我が国では夙になされてきたことではある。ドイツにおいてC. シュミットが説いたオリジナルな意味における制度的保障が変容してきたことを証明し、上述の点を指摘するものとして石川健治『自由と特権の距離 [増補版]』(日本評論社, 2007) 235頁。我が国における論者ごとのこの概念の使用方法を整理し、上述の点を指摘するものとして内野正幸『憲法解釈の論理と体系』(日本評論社, 1991) 149頁。
- 87) 工藤達朗「憲法における婚姻と家族」『ファーストステップ憲法』(2005年) 154頁。
- 88) このような考え方をとるものとして、橋本公亘『日本国憲法・改訂版』(有斐閣, 1988) 40・45頁以下。近時では、「憲法変遷論は、結果として合理的解釈の限界を越える解釈を行う、『解釈改憲』と同一な法的意味をもつ」とも捉えられている (石村修「憲法変遷の意義と性格」大石眞・石川健治編『憲法の争点』(有斐閣, 2008) 331頁)。