

婚姻概念における憲法変遷と制度保障

——ドイツ「万人の為の婚姻」法をめぐる

三宅 雄彦

一 序言

近時、性的マイノリティの権利保障につき、その法的問題、中でも憲法上の議論が活発であるが、ここには、その実践的論点に限らず、憲法解釈／憲法理論上の問題が複雑に埋伏することは言う迄もない。加えて、特に憲法学でも、アメリカ、フランス、台湾、ドイツなど立法動向や判例法理の現状を踏まえ比較研究が活発に行われている¹。

本稿が扱うドイツ同性カップルの保護について言えば、彼らが長年要求した婚姻制度の獲得が、2017年の万人の為の婚姻法、即ち、法改正による婚姻の同性愛者への開放を以て、解決したかに見える²。

けれども、実践問題の解消は理論問題の解消を意味する訳ではない³。一つに、従来憲法違反と目された同性婚の制度につき、憲法の番人たるドイツ連邦憲法裁判所が正面から合憲とした判決は存在しない。二つに、基本法上の婚姻自体に理論的に未解明なところが未だあり、しかも、これま

1 文献は既に膨大にあるが、各国の状況の把握に簡便な次を参照せよ。谷口洋幸・齊藤笑美子・大島梨沙編『性的マイノリティ判例解説』（信山社、2011年）、棚村政行・中川重徳編『同性パートナーシップ制度』（日本加除出版、2016年）。

2 三宅雄彦「婚姻と同性カップル」鈴木秀美・三宅雄彦編『ドイツの憲法判例』（信山社、2021年）154-165, 163頁。なお、以下でドイツ連邦憲法裁の判例を援用する場合、当該決定に関するドイツ憲法判例研究会による評釈は、この書物の凡例(xii頁)に従う。

3 参照、安念潤司「いわゆる定数訴訟について」成蹊法学24号(1986年)181-204, 183頁。

た不明確な制度的保障の概念により説明されている。三つに、同性婚を退ける従来の憲法上の婚姻概念、その変更を弁証すべく引かれる憲法変遷の概念にも、必ずしも一致した理解がない。要は、この錯綜した理論問題の整理を試みるのが本稿の課題である。

二 婚姻概念の意味変遷

1 連邦憲法裁判例法理

(1) まずは、同性カップルを巡る連邦憲法裁の判例法理を確認した上で、同性婚を認める、万人の為の婚姻法成立への道程を確認しておこう。

この領域での、連邦憲法裁判例の出発点を成す決定には二つがある。一つは、1957年1月17日第1法廷の夫婦合算課税決定である⁴。これは、単身者より既婚者に重く課税する所得税法の是非を問うが、その際、基本法6条1項の婚姻の特別保護に三重の構造を設定した。つまり、第一の古典的基本権の他に、第二の制度的保障で、婚姻の本質的構造要素を保障し、第三の価値決定的原則規範で、価値秩序の如く、消極的には国家による婚姻の毀損を禁止、積極的には婚姻を他の干渉から保護し、適切な措置で促進することを意味している⁵。

4 三宅(前掲注2)156-157頁。

5 BVerfGE 6, 55, 71f, 76f. ド憲判 I 33。当時の第一法廷では、同一の裁判官10名により、エルフェス判決、リュート判決、レーバー判決(薬局判決)と、その後の連邦憲法裁の基本権教義学の基礎を成す重要諸決定が目白押しで下されている。三宅雄彦「エルフェス・リュート・レーバー：初期ドイツ連邦憲法裁判所の基本権理論の構築」駒澤法学20巻2号(2021年)113-161頁。更に、この価値決定に嚮導イメージ(指導像)を読込む試みがある。参照、村山美樹「基本法6条1項における『指導像保障』についての一考察」(中大)大学院研究年報45号(2016年)365-376頁。嚮導イメージの公法理論上の機能やその批判につき、次も参照せよ。三宅雄彦『保障国家論と憲法学』(尚学社、2013年)30-32頁。

この婚姻保障の3要素の相互関係については、マーガーが指摘する。第一の古典的基本権の婚姻の自由は、法律の範囲内で認められるが、その最低限は、第二の制度的保障が婚姻の本質的構造要素が定める。尤も、今度はその構造要素が、一つには婚姻に関する伝統的法確信、二つには第三の基本法上の価値決

もう一つは、1959年7月29日第1法廷による親権決定である。子への監護権を原則として父親に限定する民法規定を問う本決定は、基本法6条1項の婚姻概念を、男性一人と女性一人の原則的に解消不能の生活共同体への合一化、と明確に定義して、問題を処理した⁶。

要するに、防御権と制度的保障と価値決定の三点セットと、婚姻を異性カップルに限定する婚姻概念が、連邦憲法裁の確定判例である。

(2)では、婚姻から排除された同性ペアの扱いはどうなるか、と言うと、元々、基本法2条1項と同1条1項の一般的人格権の保障はあるが、異性ペアと異なり、彼ら独自の生活共同体は拒否されたことになる。そこで登場したのが、2001年の生活パートナーシップ法である。これにより、婚姻に準じた仕組みが同性ペアに付与された訳である⁷。

だが、婚姻類似のパートナーシップ制では基本法が婚姻に約束した筈の特別保護が侵されると、三州が抽象的規範統制訴訟を提起する。そこで、2002年7月17日、第2法廷が生活パートナーシップ判決を下すが、果たしてその結論は、当該法律は憲法に適合する、と。即ち、この制度は、第一に、婚姻の自由という防御権を侵害せず、第二に、婚姻の本質的構造原理＝制度を毀損せず、第三に、婚姻の侵害や促進に影響せず、要するに、婚姻に無関係であると判断した⁸。

定から定まる、ということになる。但し、この決定には、両性の平等や婚姻の自由が属するのだという。Ute Mager, *Einrichtungsgarantien*, 2003, S. 199f., 206.

なお、日本国憲法解釈との関連の下で、この基本法6条1項よりも、1条1項と2条1項の一般的人格権に期待する説として以下がある。西村枝美「同性婚の未規定性の憲法適合性：婚姻の自由ではなく人格権の問題として」関西大学法学論集69巻3号(2019年)552-602頁。

6 BVerfGE 10, 59, 66f. 三宅(前掲注2)158頁。

7 渡邊泰彦「同性の生活パートナーシップとは? : ドイツ生活パートナーシップ法成立をめぐる議論」徳島文理大学研究紀要62号(2001年)81・124頁、三宅(前掲注2)158-159頁。

8 BVerfGE 105, 313, 342-351. ド憲判III32、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巻(2003年)25-37頁、三宅(前掲注2)159-160頁。

これは、当時の通説が要求したいわゆる距離要請 (Abstandsgebot) の否定を意味する。つまり、同性カップルが得るパートナーシップの権利義務の内容は、異性同士の婚姻の権利義務と距離を設けずに構成しても問題はなく、更に、婚姻と呼ばなければ婚姻と同一の地位を付与しても構わない。

(3) この判決を受け、更に同性愛者の権利充実を目指すパートナーシップ拡充法が制定されるが⁹、連邦憲法裁の判例も同一方向で進展する¹⁰。

一つは、婚姻とパートナーシップの間に残された差異が除去される。発端は、2009年7月7日、第1法廷の生活共同体平等取扱決定。公務員の遺族恩給の支払いを、寡婦又は寡夫には認めても、同性の生活パートナーには認めぬ、恩給公社定款の合憲性を問うものだが、憲法裁は、この婚姻＝異性ペアと同性ペアの区別に性的指向 (sexuelle Orientierung) による差別

9 渡邊泰彦「ドイツ生活パートナーシップ法の概要(1)(2・完)」戸籍 757号(2004年)1-19頁、759号(同年)1-19頁、同「ドイツ生活パートナーシップ法の概観(1)(2・完)」東北学院法学 65号(2006年)81-150頁、66号(2007年)1-79頁、同「同性パートナーシップ法」産大法学 45巻2号(2011年)319-299頁、三宅(前掲注2)160-161頁。

10 なお、この時期の連邦政府の家族報告自体が、この傾向を裏書する。立法に依らない、憲法裁の個別決定による漸進的前進がこの時期の同性ペアの同権化推進の手法であることは、本文で述べた通りだが、既に大連立時代の連邦政府の、第7次家族報告はより革新的である。即ち、2006年の本報告は、ジェンダー的正義の観念に依拠して、婚姻と家族は既にアナクロだと宣言し、将来多くの人は、婚姻を捨てて、様々な生活パートナーとのマルチな諸関係の中で生活する、子供の成長の為の信頼関係の構築には、最早母親との固定した関係でなく、多様な人々との関係でのみ感情的自律が確立する、と言う。2012年の第8次家族報告も、一部修正があるが同じ方向である。つまり、家族が共同態全体に替え難い貢献を成すことを承認しつつ、婚姻や家族の主人奴隷関係からの女性解放がその思想の中心である。2006年のジェンダー・メインストリームに距離を取るが、だが家族メインストリームにも慎重な態度を取るとのが、この報告である。Manfred Spieker, Ehe und Familie als Ressource der Gesellschaft, in: A. Uhle(Hrsg.), Zur Disposition gestellt? 2014, S. 11-35, 21-28; ders., Gender-Mainstreaming in Deutschland: Konsequenzen für Staat, Gesellschaft und Kirchen, 2. Aufl., 2016. 欧州法における動きについて

11 BVerfGE 124, 199, .D憲判IV 23、三宅(前掲注2)162頁。渡邊泰彦「ドイツ同性登録パートナーシップをめぐる連邦憲法裁判所判決：家族手当と遺族年金について」産大法学 43巻3・4号(2010年)883-914頁、同「ドイツ同性登録パー

を認めて、比例原則に基づく厳格な平等原則による審査を行い、当該規定にこの差別を正当化する目的はなく、基本法6条が語る婚姻の特別の保護も当該差別を正当化する目的にならないと断言した¹¹。その後は、このロジックで両制度の差異が漸進的に埋められていく¹²。

もう一つに、部分的ながら婚姻の利用が同性愛者に一部解禁される。例えば、2008年5月27日、第1法廷の第5次性転換決定では、既に婚姻生活にある同性愛者が離婚せずに性別変更を申請した事例、婚姻解消を性別変更の前提とする規定は、当該人物とその配偶者に離婚を強要してしまうとして、同性婚を婚姻の存続として容認した¹³。

(4) 但し、こうした展開と雖も、同性カップルの完全な同権化ではない。当時大連立の政権自体は、婚姻とパートナーシップに残存する差異を、連邦憲法裁の違憲判決に先んじて一括して排除する意図を持たず¹⁴、憲法裁も、両制度を区別すること自体は憲法上正統と判断していた¹⁵。

トナーシップをめぐる裁判例：退職年金と相続税について」産大法学45巻3・4号(2012年)708-689頁

12 BVerfGE 126, 400; 131, 239; 132, 179; 133, 59; 133, 377. 井上典之「平等保障による憲法規範の変容？」阪本昌成先生古稀記念『自由の法理』(成文堂、2015年)665-689頁、三宅(前掲注2)162頁。

13 BVerfGE 121, 175, 189f. ド憲判IV 13、三宅(前掲注2)161頁。渡邊泰彦「憲法と婚姻保護：性同一性障害者の性別変更要件をもとに」同志社法学60巻7号(2009年)3351-3394頁。尤も、この同性婚の例外的承認は一般に飽くまで例外と見られるが、連邦議会SPD会派の如く、婚姻の拡張と誤解した例もあるという。Gilbert Detterbeck, Erosion der Ehe durch gesellschaftlichen Wandel, in: G.-H. Gornig / Ph. Stzompfe(Hrsg.), Rechtspolitische Entwicklungen im nationalen und internationalen Kontext: Festschrift für Friedrich Bohl zum 70. Geburtstag, 2015, S. 309-323, 312, Fn. 18.

14 Hartmut Krefß, Lebenspartnerschaftsgesetz: Rechtspolitischer Fortschreibungs- und Reformbedarf, in: ZRP, 2012, S. 234-237, 234.

15 第5次性転換決定も、婚姻解消を性別変更の要件とする規定につき、同性ペアを婚姻から排除するというその立法目的自体は否定せず、しかも、その目的達成の為の手段の適合性と必要性も否定せぬまま、ただ狭義の比例性の審査につき、同性婚否定という利益と、それに伴う性転換者とその配偶者の婚姻の消極的自由の侵害という不利益、両者の不均衡故に、違憲判断を下して、結果的に同性婚を容認した。更に言えば、この判決に先立つ、2005年12月6日の第一法廷、第3次性転換決定では、性転換手術を経ないトランスセクシュアルに

しかし、この閉塞状況を一気に打開する事態が2017年に現れる。与党が党議拘束を外し急遽決定された「万人の為の婚姻 (Ehe für alle)」法である。即ち、これにより、「婚姻は生涯に渡り結ばれる」としていた民法1353条1項1文が、「婚姻は異性又は同性の二人により生涯に渡り結ばれる」と、婚姻に同性婚を包含する形に改正されたのである¹⁶。

尤も、同法の同年10月1日施行がされても、従来の同性カップルの為のパートナーシップ法は婚姻と並列して存続することとなった。勿論、同性婚を承認すればこの制度は不要となるから、故に今後は、同性カップル

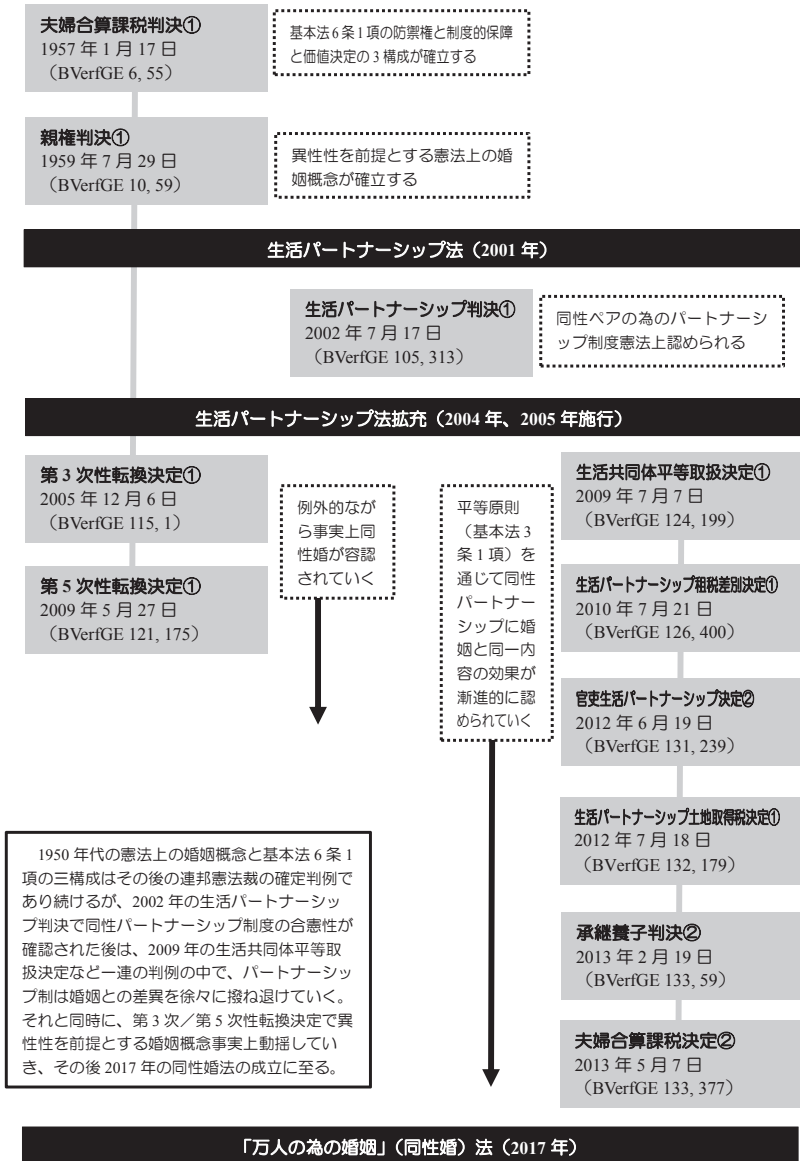
性自認に適合した名への変更を認める制度の下、婚姻をした人物にその名の変更を無効とする規定の憲法適合性が問われたのであるが、2008年決定と同様、ここに名前権の侵害を見て違憲判断をした。その際連邦憲法裁は、当該規定を無効とせずただその適用を排除し、憲法上の問題を解決しながら立法目的を実現する為の選択肢を提示、だが、立法府はその後この選択肢を検討しないまま活動しなかった。2008年決定は、この結果を批判して、2005年決定の提案が無視された為に、結果的に同性婚を容認する状況が生まれたとした。BVerfGE 121, 175, 195.

- 16 戸田典子「ドイツ・すべての人のための婚姻：同性婚法施行」論究ジュリスト23号(2017年)128-129頁、渡邊泰彦「同性婚による婚姻概念の変容」同志社法学68巻7号(2017年)2675-2713頁、同「ドイツにおける同性婚導入」京都産業大学総合学術研究所年報13号(2018年)1-30頁、同「ドイツ同性婚導入」法学セミナー777号(2019年)1-5頁、同「同性カップルによる婚姻・家族」法学セミナー66巻8号(2021年)29-36頁、村山美樹「同性婚をめぐる憲法上の議論：ドイツとの比較を通じて」(中大)大学院研究年報法学研究科編46号(2017年)3-20頁、三宅(前掲注2)163頁。当事者を同性ペアに拡大する本改正は婚姻要件に関するものであり、故に、本来は要件関連の民法1303条以下の文脈に据えるべきで、効果に関する1353条の改正は体系的に誤りだとする見解もある。Christopher Schmidt, Ehe für alle“ – Ende der Diskriminierung oder Verfassungsbruch? in: NJW, 2017, S. 2225-2228, 2225. なお、ドイツの学説でもアメリカ連邦最高裁判例からの影響が大きい。Vgl. Andreas Kulick, Der Kristallisationspunkt moderner Verfassungstheorie: Werte, Verfassungsinterpretation und Gewaltenteilung in Overgefell v. Hodges, in: JZ, 2016, S. 67-76.

六五

なお、本法は、既に2015年に緑の党が提出し連邦議会で否決されていた法案を再提出する形で再議決されたものだが、その際、同年9月28日の公聴会において、7名の参考人が陳述している。国法学者の名を挙げれば、イブゼンとベネディクトが反対意見を、ヴァブラーとプロジウス＝ゲアスドアフが賛成意見を述べている。BT Drucksache 18/12227. Vgl. Friederike Wapler, Die Frage der Verfassungsmäßigkeit der Öffnung der Ehe für gleichgeschlechtliche Paare, 2015.

図1 パートナーシップに関する連邦憲法裁判例法理の発展



※ ①は第1法廷、②は第2法廷

はパートナーシップを選択できない(同法3条3項)。けれども、既存のパートナーシップが婚姻に転換するには、当事者の申請が必要とされる為(同法20a条)、その限りで、パートナーシップに留まることを選択したペアの為の規律が残った訳である¹⁷。【以上につき、図1参照】

2 バイエルン州鑑定書(ヴォレンシュレーガー)

(1) だが、この法律は、先に見た同性婚を排除した憲法上の婚姻概念を前提としたままであるから、その合憲性に疑問符がつくことになる。そこで、比較的保守的なバイエルン州の州政府は、同性パートナーシップの差別に明確に反対しつつ、伝統的な、男女1名ずつの生活共同体にして、両親の下子供が成長するところの家族の基礎となる、そのような婚姻像を是として、それ故に、同性婚法の制定に基本法適合性を争い、連邦憲法裁判所へ抽象的規範統制の提起を計画する。

そして同州政府は、提訴の是非を判断するべく、同法施行の直前の、2017年9月5日、大学教授2人に鑑定書の執筆を依頼している¹⁸。一人が、アウグスブルク大学・国法学教授のヴォレンシュレーガー、もう一人が、ゲッティンゲン大学・家族法教授のケスター＝ヴァルトイェン。以下ヴォレンシュレーガー第1鑑定書を簡単に紹介する¹⁹。

なお、彼は、ミュンヘン大学の、連邦憲法裁判所裁判官も兼務するペーター・M・フーバーの高弟であることも知られているが、なぜ、少なくともい学者が同性婚法に反対で、従って、州政府の見解に適う意見が調達可能であるのに、彼に鑑定依頼があったのか不明である。

17 Schmidt, a.a.O.(Fn.16), S. 2225.

六三 18 Bayerische Staatsregierung, Bericht aus der Kabinettsitzung: Teil 2 vom 5. 9. 2017.

19 Ferdinand Wollenschläger, Die Öffnung der Ehe für gleichgeschlechtliche Paare aus verfassungsrechtlicher Perspektive, in: ders./D. Coester-Waltjen, Ehe für Alle, 2018, S. 1-132.

比較法部分の鑑定を担当したケスター＝ヴァルトイェンは、師匠のゲアンフーバーの家族法教科書を継承した法学者としても知られる。Joachim Gernhuber/Dagmar Coester-Waltjen, Familienrecht, 7. Aufl., 2020.

(2) 第一に、元々基本法は、婚姻概念を異性ペアに限定してきたと言う。

一つ、6条の制度的保障は、婚姻制度の立法による形成を求めるが、その際、婚姻の構造要素を堅持せよとも命じる。だが、基本法自体に婚姻定義はないから、その核心内実は解釈で獲得せねばならない²⁰。

二つ、だがその構造要素の一つに指定されたのが、異性性 (Verschiedengeschlechtlichkeit, Gegengeschlechtlichkeit) であった。基本法制定者は、婚姻概念の伝統的理解に従い、基本法上の婚姻が男女ひとりずつの継続的生活共同体であることを前提にしていたし、連邦憲法裁も、この制定史解釈を基礎に、同性性でなく異性性を婚姻制度の核心内実とする判例法理を、長らく展開してきたのである²¹。

婚姻を家族と同時に特別の保護の対象とする基本法の趣旨からして、自然の生殖能力を有し、同性ペアにより実際に遥かに多くの子供を養育する異性ペア、彼らに婚姻を限定することに一応合理性がある²²。だからこそ、連邦憲法裁も、異性ペアの婚姻と同性ペアのパートナーシップ、この両者が性の組合せで別の制度であると認識し、基本法6条1項の婚姻の制度的保障を両者の調整の対象とはしなかった²³。つまり、婚姻概念は異性性を核心内実として持つと考えた訳である。

(3) 第二に、しかし、最早婚姻は異性性を構造原理としていないと言う。

一つ、そもそも婚姻の制度的保障と雖も、その制定史や伝統性だけが大事なのではなく、十分に重要な根拠があれば新しい解釈も可能で、今や、同性ペアの地位が社会的に承認される現在、立法や伝統を重んずる見解は退き、憲法改正なくとも憲法変遷を認める素地がある²⁴。

二つ、現実に、異性性を排他的構造要素とする見解は揺らいでいる。まず、婚姻の文言自体、辞書で、男女の結合体という伝統的意味と並んで、

20 Wollenschläger, a.a.O.(Fn.19), S. 15-21, 110.

21 Wollenschläger, a.a.O.(Fn.19), S. 22-27, 110, 113.

22 Wollenschläger, a.a.O.(Fn.19), S. 113.

23 Wollenschläger, a.a.O.(Fn.19), S. 113.

24 Wollenschläger, a.a.O.(Fn.19), S. 111, 113.

同性の生活共同体という新しい意味も既に承認されている²⁵。次に、婚姻には、継続的／包括的／法的な責任共同体という意味と子供を含む家族へ発展する安定的共同体という意味の二つがあるが、前者の責任共同体の視点では異性ペアと同性ペアの間に差異はなく²⁶、後者の家族関連性という観点でも今や両ペアの区別は消滅している。即ち、連邦憲法裁自身が語る如く、子を持つ同性ペア、婚外子、子を持たぬ夫婦など、子供の成長や福祉は、婚姻から切断されている²⁷。

三つ、そして今や連邦憲法裁は、パートナーシップと婚姻の同権化に加えて、両制度の内容的同一化の容認を示唆するに至るのである²⁸。

(4)他に、ケスター＝ヴァルトイェンの第2鑑定書もあるが²⁹、彼女自身、同性婚は現行憲法では違憲、憲法改正が必要との立場であるものの³⁰、バイエルンの鑑定依頼が国内の法状況ではなく、国際的状況の分析であった為、上のヴォレンシュレーガーの第1鑑定が決定的である³¹。

即ち、バイエルン政府は、婚姻の意味変化を説く鑑定結果に、憲法裁での敗北を予想、18年3月に抽象的規範統制の提訴を断念する³²。加えて、

25 Wollenschläger, a.a.O.(Fn.19), S. 68f., 111, 114. この語義と並び、比較法的論拠にもヴォレンシュレーガーは触れる。つまり、欧州基本権憲章9条や欧州人権条約12条の婚姻概念には、伝来的了解と同性共同体を含む拡張的了解との双方が含まれ、更に、国際的、特に、オランダを先頭にEU加盟国の半分弱、アメリカやアメリカ、他にもニュージーランドとオーストラリア、南アフリカや台湾などで、婚姻概念の同性ペアの開放が承認されている、と。Wollenschläger, a.a.O.(Fn.19), S. 100-106, 111.

26 Wollenschläger, a.a.O.(Fn.19), S. 70-72, 112, 114.

27 Wollenschläger, a.a.O.(Fn.19), S. 81-96, 112, 114.

28 Wollenschläger, a.a.O.(Fn.19), S. 96-100, 112f., 114.

29 Dagmar Coester-Waltjen, Die Öffnung der Ehe für gleichgeschlechtliche Paare aus rechtsvergleichender Perspektive, in: dies./F. Wollenschläger, Ehe für Alle, 2018, S. 133-252.

六一 30 Coester-Waltjen, a.a.O.(Fn.29), S. ; dies., Art. 6 I GG und der Schutz der Ehe, in: JURA, 2008, S. 108-112.

31 Wolfgang Hecker, Ehe für alle – Ende des Streits über die Verfassungsmäßigkeit der Neuregelung, in: NJOZ, 2018, S. 641-643.

32 Bayerische Staatsregierung, Bericht aus der Kabinettsitzung vom 6. März 2018. 参照、渡邊(前掲注16)(同性婚導入)21-22頁。

一つに、単なる合憲判決を超え、寧ろ連邦憲法裁は同性婚法の憲法上の作為義務さえも肯定するのではないかと、疑念を抱く³³。二つに、本法成立後カトリック教会が変化を慎重に受け入れると宣言するなど社会の実情も変化、州政府もこれを承認せざるを得ない³⁴。三つに、同性婚の承認が多重婚や時限婚の可能性を導く訳でもなく、且つ、保守層が望む男女の伝統的婚姻の像自体が揺らぐ訳でもない³⁵。

バイエルン州のこの断念にも拘らず、抽象的規範統制に出訴期間の限定がなく、その限りで本件の憲法問題が再燃する可能性もあるが、だが、具体的規範統制や憲法異議で同性婚問題が連邦憲法裁に再度係属することはなく、それ故に婚姻概念は実質的に確定したという³⁶。

3 婚姻概念の憲法解釈

(1) とはいえ、同性婚の憲法的正当性を結果的に創出したヴォレンシュレーガーの鑑定書に、連邦憲法裁と同一の権威が備わる訳ではない。万人の為の婚姻法に、憲法裁の最終判断の機会が失われたとしても、その判例法理から同性婚を評価する理解は、学説上様々でありうる³⁷。

33 Hecker, a.a.O.(Fn.31), S. 642; Wollenschläger, a.a.O.(Fn.19), S. 119. 2017年12月4日、オーストリア憲法裁判所は判例変更をして、婚姻概念は同性ペアにも憲法上必然的に開かねばならぬと判断した。VfGH, Entsch. V. 4.12.2017 – Az. G 258-259/2017-9. Wolfgang Hecker, „Ehe für alle“. Zur aktuellen Entscheidung des österreichischen Verfassungsgerichtshofes und der Rechtslage in Deutschland, in: NVwZ, 2018, S. 621ff. 尤も、ヴォレンシュレーガー鑑定書では、連邦憲法裁判例法理から同性ペアの結婚権の導入を行う憲法上の義務は導出できぬとされる。Wollenschläger, a.a.O.(Fn.19), S. 119-121.

34 Hecker, a.a.O.(Fn.31), S. 642f.

35 Hecker, a.a.O.(Fn.31), S. 643.

36 Hecker, a.a.O.(Fn.31), S. 642. 正確には、婚姻概念に疑問を持つ通常裁判官が連邦憲法裁に事件を移送する具体的規範統制もありうるが、その論証責任は極めて高く、そして、同性婚導入後は同性婚を求めて同性ペアが憲法異議を提訴することもなく、だとすれば、その限り連邦憲法裁が出る幕はない。Wollenschläger, a.a.O.(Fn.19), S. 125-127; Carsten Bäcker, Begrenzter Wandel: Das Gewollte als Grenze des Verfassungswandels am Beispiel des Art. 6 I GG, in: AöR, Bd. 143(2018), S. 339-392, 340, Fn. 1.

37 Vgl. Bäcker, a.a.O.(Fn.36). S. 343-353.

一つに、異性ペアと同性ペア、又は婚姻とパートナーシップの間の基本法上の関係に変化が生じ、それが同性婚容認を導いたとの理解。つまり、基本法6条1項に言う「婚姻の特別の保護」という規範は、婚姻を事実婚アップシュタントゲボートや同性ペアより優遇すべしとの距離要請を意味したが、2002年判決は、これを、婚姻を他の生活共同体より優遇してもよい、必ず優遇しなければならぬ訳ではないとの距離許容アップシュタントエアラウブニスに転換し、更には2007年判決が、特に重大な根拠がない限り、婚姻を同性パートナーシップよりも優遇してはならぬとの距離禁止アップシュタントフエアボートに変更した。婚姻とパートナーシップとを等しく取扱う連邦憲法裁のこの法理が、婚姻を同性ペアにも開く法律制定という成果を生み出したのだ、と³⁸。

だが、婚姻とパートナーシップを同一内容にせよとの主張と、両者を同一概念にせよとの主張の間には、論理的に高い壁があるだろう。

(2) 二つに、同性婚法は民法という法律上の婚姻概念を変更したのみで、故に、連邦憲法裁による憲法上の婚姻概念に変動はないとする理解。

つまり、婚姻概念が同性カップルに開かれたとしても、正規の憲法改正手続きが踏まれた訳でも、法律改正が憲法を変更した訳でもなく、更に、連邦憲法裁の判例変更により憲法変遷が成立した訳でもなく、況してや、欧米中心の同性婚承認の国際的潮流の中に今回のドイツ法改正を位置づけても、基本法の解釈や影響に影響する訳でもない³⁹。

38 Klaus Ferdinand Gärditz, *Gemeinsames Adoptionsrecht eingetragener Lebenspartnerschaft als Verfassungsgebot?*, in: JZ, 2011, S. 930-939, 933; Regina Bömelburg, *Die eingetragene Lebenspartnerschaft – ein überholtes Rechtsinstitut?* in: NJW, 2012, S. 2753-2758 2758. Vgl., Bäcker, a.a.O.(Fn.36).S. 351-353. 352, Fn. 64. 以上は、優先要請→優先許容→優先禁止の変化とも言い換えられる。アメリカ流原意主義解釈に言及しつつ、ドイツ流の客観的憲法解釈では柔軟な婚姻概念の理解が可能であると主張するフォルクマンも、制度の特殊性には触れないものの、同趣旨の理解であると思われる。Uwe Volkmann, *Warum die Ehe für alle vor dem BVerfG nicht scheitern wird*, in: Verfassungsblog, 02.07.2017; ders., *Warum die Ehe für alle vor dem BVerfG nicht scheitern wird (II)*, in: Verfassungsblog, 06.07.2017; ders., *Verfassungsänderung und Verfassungswandel*, in: JZ, 2018, S. 265-271, 265f., 271.

39 Matthias Jestaedt, *Ehe, Familie und Erziehung*, in: M. Herdegen/J. Masing/R. Poscher/K.

だが、この見解の下では、万人の為の婚姻法が違憲となるのではなく、単に、その法律上の概念が憲法上の婚姻概念に並列するのだという。言わば、民法上の婚姻概念と基本法上の概念とが分裂するのである。即ち、所有権や両親の法的概念が憲法と法律で違う意味を持つ如く、基本法6条1項に依拠する異性ペアの憲法的婚姻概念が一方であり、他方で基本法3条1項が定礎する同性ペアの法律の婚姻概念があり、故に、憲法裁の判例変更なく、同性婚は合憲的に成立つのだという⁴⁰。

但し、基本法上の婚姻が立法によるその具体化を求める憲法委託だとすれば、それに反する法律概念は違憲だという根強い批判もある⁴¹。

(3) 三つに、基本法6条1項の婚姻概念につき、連邦憲法裁判例法理の変更がない以上、これに反する同性婚法は憲法違反であるとの理解⁴²。

つまり、第一に、基本法のこの婚姻概念に憲法解釈を行うとしても、憲法制定権者の意思では最初から異性ペアのみを想定していたこと、連邦憲法裁判も、その初期からの、婚姻を男女の共同体と見る見解を、同性ペア同権化を進める2009年以降の諸決定でも維持したことからして、婚姻概念を拡張する同性婚法は明確に違憲であるとする⁴³。且つ、第二に、当該規律は、

F. Gärditz(Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts, 2021, S. 1391-1457, 1415f.

40 Jestaedt, a.a.O.(Fn.39), S. 1417; ders., Ehe für alle? in: FAZ, 05.07.2017; ders., »Gedöns« im Grundgesetz: Ehe und Eltern, Kinder und Schule, in: H. M. Heinig/F. Schorkopf (Hrsg.), 70 Jahre Grundgesetz: In welcher Verfassung ist die Bundesrepublik?, 2018, S. 83-100.; Niels Petersen, Deutsches und Europäisches Verfassungsrecht II, 2019, S. 87f.; Claus Dieter Classen, Staatsrecht II, 2018, S. 243f. Vgl. ders. Dynamische Grundrechtsdogmatik von Ehe und Familie, in: DVBl, 2013, S. 1086-1093, 1089.

41 Wollenschläger, a.a.O.(Fn.19), S. 115-118.

42 同性婚どころか、距離要請は基本法6条1項「特別の保護」の帰結であるとして、パートナーシップ制度自体を違憲とする説も根強い。Vgl. Arnd Uhle, Staatliches und kirchliches Eherecht, in: D. Pierson/W. Rübner/M. Germann/S. Muckel(Hrsg.), in: Handbuch des Staatskirchenrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd.2, 3. Aufl., 2020, S. 1255-1330, 1322f.; Bernd Rübners, Die heimliche Revolution vom Rechtsstaat zum Richterstaat, 2. Aufl., 2016, S. 115-138; Thomas Blome, Die Geschlechterverschiedenheit der Ehegatten - Kerngehalt der Ehe nach Art. 6 I GG, in: NVwZ, 2017, S. 1658-1663.

43 Jörn Ipsen, Ehe für alle – verfassungswidrig? In: NVwZ, 2017, S. 1096-1999, 1996-1998.

連邦議会議員の三分の二に満ため賛成しかなく、故に、憲法改正ではなく法律改正で処理されたのであり、ここに憲法変遷を認めれば、憲法改正手続自体の意味が没却される⁴⁴。更に、第三に、婚姻に特別の保護があるのは、憲法が「婚姻と家族」と一息で記すが如く、その家族への発展可能性、異性カップルの生殖潜在性故であって、従って本律は、生活共同体という事象のみを強調して、婚姻とパートナーシップの本質的相違を看過している⁴⁵。

同性婚違憲説は基本法 6 条 1 項の制憲者意思を重視する傾向を持つ。その急先鋒はヒルグラーバーであるが、凡そ、1949 年当時問題は事実婚であって同性婚でなく、しかも婚姻の責任共同体性でなく生殖潜在性にこそ婚姻の特別の保護の目的があった、と主張される。Christian Hillgruber, Ehe und Familie - vom "Verfassungswandel" bedrohte Rechtswerte, in: M. Pulte/M. Klekamp (Hrsg.), Werte entfalten- Gesellschaft gestalten, Festschrift für Manfred Spieker zum 70. Geburtstag, 2013, S. 47-57; ders., Gleichgeschlechtliche Partnerschaften vor den Gerichten: Wird das BVerfG dem Supreme Court folgen? in: Legal Tribune Online, 18.07.2015; Detterbeck, a.a.O.(Fn.13), S. 312f.

44 Ipsen, a.a.O.(Fn.43), S. 1998. 関連してデッターベックは言う。仮に国民世論が変化するとしても、その時代精神なるものは、精々ロビイストやメディアや連邦憲法裁判が決定し捏造したものに過ぎず、寧ろ本来は社会諸発展のブレーキたるべき法治国家的憲法の枠組や限界を逸脱し阻害するものである。Detterbeck, a.a.O.(Fn.13), S. 314f.

45 Ipsen, a.a.O.(Fn.43), S. 1998f.; ders., Ehe und Familie, in: J. Isensee/P. Kirchhof(Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, 3. Aufl., Bd. VII, 2009, S. 431-476, 437; Detterbeck, a.a.O.(Fn.13), S. 318f. Haydn-Quindeau, NVwZ, 2018, S. 206f.; Mager, a.a.O.(Fn.5), S. 252f.

家族の他に、子供の権利や母親の権利との結合関係を説く説もある。例えばテッティンガーは、2002 年憲法裁判決を批判する文脈で、基本法 6 条 1 項は、2 項から 5 項と同一条文にあることを強調する。一つに、2 項と 3 項の両親権については、制憲過程では、別条項だった本規定が、1 項と婚姻と家族と意識的に同一の 6 条に入れられ、二つに、4 項の母親権と 5 項の非嫡出子の権利についても、子供は婚姻の中でこそ最良の発展可能性を持つことが前提とされて、即ち、6 条 1 項との結合が前提とされ、規律されている、と彼は主張する。Peter J. Tettinger, Kein Ruhmesblatt für „Hüter der Verfassung“, JZ, 2002, S. 1146-1152, 1150; ders., Der besondere Schutz von Ehe und Familie, in: Essener Gespräche zum Thema Staat und Kirche, Bd. 35(2001), S. 117-158, 130-133.

或いはザイラーも、婚姻保護と家族保護の不可分性を強調している。非嫡出子と離婚後の嫡出子の養育費支払期間の区別を基本法違反とした連邦憲法裁判 2007 年判決に言及しつつ、ザイラーは指摘する。曰く、本来離婚後の養育費は、子自体の養育と婚姻当事者の連帯性の二重性を持つが、連邦憲法裁判はこの婚姻

尤も、単に万人の為の婚姻法の違憲を主張しても、憲法訴訟の機会が事実上失われた現在、その欠陥を修復するチャンスも存在しない⁴⁶。

(4) 四つに、連邦憲法裁の確定判例の存在に拘らず、元来基本法6条の婚姻概念は、同性ペアを包含するものとして定義できるとする見解。

つまり、第一に、制憲者が同性カップルにつき検討しなかったのも、連邦憲法裁がその判例で異性ペアを念頭に婚姻概念を定義したのも、元々同性ペアの婚姻という問題自体が存在しなかったからで、寧ろ、第5次性転換者決定では連邦憲法裁は実質的に判例変更をしている⁴⁷。しかも、第二に、確かに家族は子供の監護と教育に貢献する点で特別の保護を持つとしても、基本法が「婚姻と家族」をとで繋げるのは、両者は別個の制度であり、故に、婚姻は生殖潜在性ではなく、単に責任共同体という別の観点で、

後の連帯性の考慮を退け、嫡出子と非嫡出子の養育費は基本法上同一でなければならぬとした。つまり、非嫡出子の差別禁止を求める基本法6条5項を起点にして、親子関係に限らず両親の非婚的関係、即ち、事実婚関係にも波及、これにより非婚姻家族関係全体に同条項の趣旨が拡大するのである。要はザイラーは、婚姻保護と家族保護の不可分性の解消を批判する。Christian Seiler, Ehe und Familie – noch besonders geschützt? in: A. Uhle(Hrsg.), Zur Disposition gestellt?, 2014, S. 37-58, 52-55. それ故に、この不可分性故に、生活パートナーシップ制度に関する連邦憲法裁2002年判決と、それ以降の判例が批判の対象となる。即ち、基本法6条でなく2条1項に基礎を持つパートナーシップは、制度保障の対象でない以上、議会に制度設立の憲法上の義務はなく、逆に廃止も許容される筈、故に厳しい平等原則の統制も馴染まない。二つの共同体の規範上の本質相違は性的指向でなく、婚姻と家族の保護法益二つの体系的／目的的亲類性、即ち、婚姻の特殊性にある。その意味で、連邦憲法裁は、6条1項の「特別」を一般化している。Seiler, a.a.O., S. 55-57.

更に、婚姻の本質を責任共同体のみに見るならば、果たしてそれは、婚姻を単なる疾病や失業の際の保険契約と見なすに等しいとも言う。Schmidt, a.a.O.(Fn.16), S. 2227.

46 同性婚法違憲説の立場から、本法は既にほぼ達成されていた婚姻と同性パートナーシップの平等に進展を齎さず、精々2001年以來の両制度の間の概念を整理するのみで、だがその結果、基本法6条1項違反の危険を惹起してしまい、これが却って異性／両性双方の婚姻ペアを不安定にしたとの、シュミットによる冷徹な指摘もある。Schmidt, a.a.O.(Fn.16), S. 2226, 2228.

47 Frauke Brosius-Gersdorf, Die Ehe für alle durch Änderung des BGB, in: NJW, 2015, S. 3557-3561, 3559f.

特別の保護を受けるのだとする⁴⁸。要するに、婚姻概念を異性ペアに限定するかは憲法上の問題でなく、法律上の婚姻概念で憲法を具体化すればよい、と主張するのである⁴⁹。

尤も、憲法上の概念が空虚だとすると、同性婚のみならず、多重婚

48 Brosius-Gersdorf, a.a.O.(Fn.47), S. 3560f.; dies., Im Ausschuss verschleppt: Weshalb der Bundestag noch über die Ehe für alle abstimmen muss, in: Legal Tribune Online, 09.06.2017.

加えて、基本法6条1項の婚姻と家族を結ぶ「と」の関係は、プレスと放送やフィルムの報道という別の自由権を並べる、同5条1項2文における「と」と同程度の意味しか持たない、との指摘もある。Simon Pschorr/Stefan Drechsler, Die Verfassungsmäßigkeit der Ehe für alle, in: JURA, 2018, S. 122-131, 127.

49 以上のプロジウス＝ゲアスドアフ説はラディカルな合憲説の典型で、同性婚を合憲とする点で先のヴォレンシュレガー鑑定書と同類だが、連邦憲法裁の婚姻の定義に変遷＝憲法変遷が生じたとするのではなく、元々憲法上の婚姻概念は確定していなかったとする点で特殊である。Brosius-Gersdorf, a.a.O.(Fn.47), S. 3559. Vgl. Brosius-Gersdorf, Diskussionsbeitrag, in: VVDtStRL, Bd. 73(2014), S. 304-306.

なお、婚姻と家族の関係につき、同性婚違憲説が前提とする両概念の結合説は勿論、合憲説の分離説も必ずしも自明である訳ではない。この点、法制史家ホルツハウアーの婚姻研究が興味深い指摘をする。Heinz Holzauer, Krise und Zukunft der Ehe, in: JZ, 2009, S. 492-498.

つまり、彼はこう言う。元々婚姻は生殖機能を前提にして成立した。つまり、父系家族が、その財産を自分の子孫のみに相続させるには、被相続人たる子につき血統の確実な認識が必要であるが、その為、子の母を他の男性との性的接触から完全に排除しておく必要がある。その為の手段が婚姻なのだという(故に一妻多夫の禁止であっても、一夫多妻の禁止でなく、貞操義務は妻のみ課せられることになる)。従って、血統維持という観点で婚姻は再生産機能と結びつくのだが、但し、20世紀の医学的技術革新が婚姻に危機を齎すと彼は述べる。つまり、ピルの発明は、妻が他の男との性交渉の帰結＝妊娠を己の判断で回避すること、遺伝子技術の開発は、夫が子の父性を客観的に判断することを可能にする。血統維持は婚姻を必要としなくなる。Holzauer, a.a.O., S. 494f. 別言すれば、医学の進歩が生殖機能を婚姻から解放する訳であるが、婚外子にない嫡出子の各種優遇措置でそれを阻止することも能わず、寧ろ、婚姻の制限を逃れて婚外子の出生が増加する現象が見られる。その結果、婚姻から子供が生まれると家族が成立するでなく、逆に、婚姻とは無関係に子供がいるところに家族があると思われていく。つまり、婚姻家族の以外にも、非婚姻家族、一人親家族、血統家族、養子家族、保護家族など、様々な家族概念が誕生することになると。Holzauer, a.a.O., S. 495.

(Mehrehe)、子供婚 (Kinderehe)、時限婚 (Zeitehe) など、多様な婚姻概念が将来に開かれることになる⁵⁰。

結局のところ、万人の為の婚姻法につき、合憲か違憲かのみならず、結論を導く理由付けにつき、学説の対立で入り乱れている訳である⁵¹。

三 婚姻概念と憲法変遷

1 憲法変遷概念の変遷

(1) さて、基本法 6 条 1 項の婚姻概念を狭く捉え同性婚を違憲とする説、逆にこれを広く捉え合憲とする説、これらを除いて、学説の多くは、連邦憲法裁の婚姻概念から同性婚法の婚姻概念へと、憲法解釈上の一定の変化があったとし、憲法変遷の概念を用いてこれを記述する⁵²。

50 Ipsen, a.a.O.(Fn.43), S. 1998. 後掲注 68 参照。Vgl. Die Frühehe im Rechtsvergleich: Praxis, Sachrecht, Kollisionsrecht, in: Rabels Zeitschrift, Bd.84(2020), S.705-785; Florentine Katharina Schulte-Rudzio, Minderjährigenehen in Deutschland: Eine Analyse der Rechtslage unter Berücksichtigung der Vorgaben des Verfassung, Europa- und Völkerrechts, 2020; N. Yassari/R. Michaels(Hrsg.), Die Frühehe im Recht, 2021.

51 憲法実践が同性婚合憲を前提にして動いている点は確かに重たいが、教科書レベルでも同性婚について憲法上の賛否両論は交錯している。例えば、ミヒャエルとモアロクの基本権教科書では、同性婚合憲説の一論拠である、婚姻と家族の機能上の分離論が自明とされている。Lothar Michael/Martin Morlok, Grundrechte, 7. Aufl., 2020, S. 150f. 他方で、マウンツ後継のヴルテテンベルガーの憲法教科書の古典や、比較的新しいフーフエン教科書では、反対に、同性婚は連邦憲法裁の婚姻概念に反する以上、憲法改正により実現するのが筋だという。Thomas Würtenberger, Deutsches Staatsrecht, 33. Aufl., 2018, S. 353f.; Friedhelm Hufen, Staatsrecht II: Grundrechte, 8. Aufl., 2020, S. 284f.; Hans-Jürgen Papierr/Christoph Krönke, Grundkurs: Öffentliches Recht 2: Grundrechte, 3. Aufl., 2018, S. 161. その他に、現在の定番教科書でもあるポッシャー／キングレーン
は、イェシュテトと同様に、婚姻の憲法概念と法律概念を区別している。Ralf Poscher/Kingreen, Grundrechte, 35. Aufl., 2020, S. 222f.; Niels Petersen, Deutsches und Europäisches Verfassungsrecht II, 2019, S. 87f.

52 同性ペアの同権化に関係する憲法変遷としては、基本法 6 条 1 項の婚姻概念の他に、同 3 条 1 項又は 3 項の平等原則の解釈問題もある(前掲注 11 参照)。ミヒャエルによると、同 3 項が列挙する差別禁止項目に「性別」があっても、連邦憲法裁が援用した「性的指向」は規定されていない。ならば、基本法改

例えば、フォルクマンは、これを解釈による非公式な憲法発展とし、正式手続による憲法改正と並ぶ、憲法条項の意味変化の一種と見る⁵³。従って、彼にとって万人の為の婚姻法は、連邦憲法裁の判例法理による長年の憲法発展、即ち憲法変遷を正式に完成させるものである⁵⁴。或いは、連邦憲法裁前長官のフォスクーレは、その立場上同性婚法自体の評価を避けつつも、婚姻における憲法変遷の完了を示唆する。つまり、憲法裁は、制憲者意思に抗して制定史的憲法解釈を拒んで、社会又は法律上の諸関係の変化に応じて婚姻を保護してきたと言う⁵⁵。

尤も、だとすると、憲法変遷は単なる憲法解釈の一種と変わらない。フォルクマンは、憲法解釈でなく憲法変遷を憲法改正と並べた上で、後二者の法形式を実用論的に使い分けよというが⁵⁶、フォスクーレは憲法変遷には

正によりこれを同項に追加する戦略もあるのだが、憲法裁の選択は、欧州法／国際法友好性原理による憲法変遷である。即ち、性的指向を明記する基本権憲章 21 条 1 項と、これを「その他の地位」で包含する欧州人権条約 14 条、そして、欧州司法裁と欧州人権裁の判例を想定して、基本法 3 条の意味変化を齎した、と。ミヒヤエルは、その師ヘーベアレが展開した欧州憲法学構想に倣い、連邦憲法裁は欧州憲法法の生成と発展に参加したのだとも指摘する。Lothar Michael, *Lebenspartnerschaften unter dem besonderen Schutze einer (über-)staatlichen Ordnung: Legitimation und Grenzen eines Grundrechtswandels kraft europäischer Integration*, in: NJW, 2010, S. 3537-3542, 3538, 3549f.; Claus Dieter Classen, *Der besondere Schutz der Ehe – aufgehoben durch das BVerfG?* in: JZ, 2010, S. 411f., 412.

53 Uwe Volkmann, *Verfassungsänderung und Verfassungswandel: Beobachtungen zum Verhältnis von Stabilität und Dynamik im Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, in: JZ, 2018, S. 265-271, 265f., 268f., 271 ((村山美樹訳)「憲法改正と憲法変遷：ドイツ連邦共和国の憲法における安定性と動態性の関係についての考察」法律時報 92 卷 5 号 (2020 年) 95-104 頁)

54 Volkmann, a.a.O.(Fn.53), S. 266. Vgl. ders., *Grundzüge einer Verfassungslehre der Bundesrepublik Deutschland*, 2013, S. 141.

五三 55 Andreas Voßkuhle, *Der Wandel der Verfassung und seine Grenzen*, in: JuS, 2019, S. 417-423, 418f. ブムケとの共著では、連邦憲法裁の異性ペアに限定する婚姻定義に触れる際、「このことは、立法者が、民法の意味での婚姻を結ぶ可能性を同性パートナーシップに認めることを、勿論、排除しない」と述べているが、これは憲法変遷の完成を前提にしているのだろう。Christian Bumke/Andreas Voßkuhle, *Casebook Verfassungsrecht*, 8. Aufl., 2020, S. 188, Rn. 759.

56 Volkmann, a.a.O.(Fn.53), S. 271. フォルクマンは、憲法改正も憲法変遷もどちら

憲法解釈概念以上の意味がないとしてこれを放棄する⁵⁷。

(2) ところで、この憲法変遷の概念は、憲法改正や憲法裁判を出し抜くその実践的効果のみならず、理論的不明確さにおいても悪名が高い。ところが、その発案者の説を紐解くと、憲法改正でも憲法解釈でもない、この概念の狙いが浮上してくる。スメント学説のことである⁵⁸。

人はスメントと聞くと、国家主義の統合理論と憲法条項の柔軟解釈で憲法の規範性を骨抜きにした人物と、読まぬまま決めてかかるが、何も憲法変遷で、権力による憲法規範の歪曲を要求する訳ではない。寧ろ、彼が言う憲法変遷とは、憲法の諸々の規範や制度を接続する、位階／重心関係が、社会状況の変化により変遷することを意味する⁵⁹。スメント自身の例で言えば、議会の権限に関する憲法上の諸規定は、国政上議会を軸に据える議会主義の理念でこれを制定するとしても、重要決定を内閣が法規命令で切盛りする現代行政実務が定着すれば、同じ憲法諸条項が、議会主義でなく行政国家の下で解釈されていく⁶⁰。

要するに、元々憲法変遷とは、個別条項の解釈結果の変化ではなく、(結果として解釈結果の変化を随伴するとしても) 社会変動による、各憲法条

も基本権保護の拡張に資するのだから、両者の区別が流動的でも、両者の選択が実用論でも、連邦憲法裁が振分の是非を判断しても、問題なしと示唆する。Volkman, a.a.O.(Fn.53), S. 271, Fn. 58.

57 Andreas Voßkuhle, Gibt es und Wozu nutzt eine Lehre von Verfassungswandel? in: Der Staat, Bd. 43(2004), S. 450-459, 454-458; ders., a.a.O.(Fn.55), S. 417. 参照、三宅雄彦「憲法解釈と憲法変遷」鈴木秀美・イェシュテット他『憲法の発展 I』(信山社、2017年)206-211頁。

58 参照、手塚和男「スメント及びドイツ国法学における憲法変遷論」菅野喜八郎先生還暦記念『憲法制定と変動の法理』(木鐸社、1991年)281-305頁。更に、高田篤「日本の『憲法変遷』論の背景」比較憲法学研究7号(1995年)57-79頁。

59 Rudolf Smend, Verfassung und Verfassungsrecht (1928), in: ders., Staatsrechtliche Abhandlungen, 3. Aufl., 1994, S. 241f.; 三宅(前掲注57)218頁、同「ドイツの憲法変動論」憲法問題28号(三省堂、2017年)66-67頁、同「憲法の改正」宍戸常寿・林知更編『総点検日本国憲法の70年』(岩波書店、2018年)286-287頁。

60 Smend, a.a.O.(Fn.59), S. 241f.; 三宅(前掲注57)218頁。

項を包括する意義連関自体の変化を意味していた訳である⁶¹。

(3) この憲法変遷理解は、本筆者がスメント引用で捏造したものでなく、現代の、ベッカーとケアステンの現象学的憲法変遷にも一端がある⁶²。

即ち、彼らの言では、憲法変遷の通説理解は、憲法条文の変更なく憲法規律の規範的内実が変化することと、これを狭く把握してきた。その結果、憲法変遷の論点自体が、憲法裁判上の法継続形成の問いに圧縮され、遂には、憲法解釈の変更の問題へと解消されてしまう⁶³。だが、この視座の下では、事実性と妥当性が分離されたままである⁶⁴。そうではなく、憲法慣習や憲法解釈の憲法解釈学の次元に限定せず、憲法原理の展開、憲法実務の確立、憲法制定の変更など多種多様な憲法現象の検討を踏まえた、現象学的な憲法変遷が必要なのである⁶⁵。

尤も、ベッカー＝ケアステン説は、憲法変遷概念の狭隘化の原因を法治国家重視の教義学確立に見出し、伝統学説にも好意的であるが⁶⁶、先のスメントの如く、規範相互の重心変化に焦点を当てる訳でなく⁶⁷、寧ろ、憲法解釈の次元に留まったまま、裁判の憲法解釈の他に事實的側面が大きい、実務や慣習や憲法改正へと射程を拡大しただけで、その点で、彼らの言う法教義学的憲法変遷概念を突破してはいない⁶⁸。

(4) ならば、同性婚法を契機に基本法上の婚姻概念に変遷が生じたとの先の指摘は、上の如何なる意味で憲法変遷と把握されるのだろうか。

先に言及した通り、連邦憲法裁の確定判例はこの概念を、男性一人と女

61 ラーバントやイエリネクにおける憲法変遷概念について、「討論」憲法問題 28号(2017年)103頁(三宅発言)。

62 Ulrich Becker / Jens Kersten, *Phänomenologie des Verfassungswandels*, in: AöR, Bd. 141(2016), S. 1-39, .

63 Becker / Kersten, a.a.O.(Fn.62), S. 2, 9f.

64 Becker / Kersten, a.a.O.(Fn.62), S. 2f.

65 Becker / Kersten, a.a.O.(Fn.62), S. 14f.

66 Becker / Kersten, a.a.O.(Fn.62), S. 13-15.

67 Becker / Kersten, a.a.O.(Fn.62), S. 11.

68 但し、規範外の諸要素の総合考慮を憲法解釈時に促すに過ぎぬ傾きもあり、その限りでスメント本来の変遷理解との重大な違いが残る。

性一人による、解消不能な生活共同体への合一化と定義するが、この定義を構成する各種要素が、同様に既述した制度的保障により、婚姻制度の本質的構成要素として憲法の厳格保障を受ける訳である⁶⁹。即ち、婚姻制度の二人性、排他性、永遠性の本質要素があればこそ、複数婚 (Mehrehe, Vielehe) (一夫多妻制)、重婚 (Doppelehe)、時限婚 (Zeitehe, Ehe auf Zeit) が憲法上禁止されるのである⁷⁰。

第一に、通常の憲法解釈と同次元で憲法変遷を語れば、各種要素は、別々に把握され、異質性の脱落を見て同性婚を承認することになる。

だが第二に、規範間の連関を重視する憲法変遷観は別様に考えよう。一つは、婚姻制度の本質諸要素は相互に体系を成しているのであり、異性は他の要素との連関を失ったから婚姻を構成しないと見るか⁷¹、二つは、婚姻制度自体が他の憲法上の諸制度と密接に接合しており、婚姻が家族制

69 婚姻制度を構成する要素の確定につき学説の理解は実は様々である。イエシュテトは、連邦憲法裁判所パートナーシップ判決の定義を前提に、①自由意思による締結、②継続性(永遠性)、③排他性、④相互の責任共同体性、⑤二人性、⑥異性性、⑦同権性、⑧国家関与性(婚姻成立に際し登録の為第三者として関与すること)、⑨自立性の合計9の要素を列記して、これら本質要素全てを満たす法制度のみが基本法6条1項による国家の特別の保護を受けると指摘している。Jestaedt, a.a.O.(Fn.39), S. 1411f. 或いは、ミヒャエルとモアロクは、婚姻概念の本質要素として三つ、即ち、①国家関与性、②解消不能性(継続性)、③二人性を挙げる。二人性との関連で④異性性に触れるが、判例法理から懐疑的である。Michael / Morlok, a.a.O.(Fn.51), S. 153f.; Petersen, a.a.O.(Fn.51), S. 87f.; Jörg Benedict, Die Ehe unter dem besonderen Schutz der Verfassung, in: JZ, 2013, S. 477-487, 478f.

但し、この制度的保障の構造原理は過剰の傾きを持つとも言われる。Michal Germann, Dynamische Grundrechtsdogmatik von Ehe und Familie? in: VVDStRL; Bd. 73(2014), S. 257-295, 266-269.

70 先のイエシュテトとミヒャエル/モアロクの両説の帰結を挙げれば、二人性が一夫多妻制を、国家関与性が事実婚や教会婚を、排他性が重婚を基本法6条1項の特別保護からそれぞれ排除し、解消不能性が時限婚を排除する共に、離婚を例外事象として取扱うことになる。Jestaedt, a.a.O.(Fn.39), S. 1411f.; Michael / Morlok, a.a.O.(Fn.51), S. 153f. Vgl. Hufen, a.a.O.(Fn.51), S. 265.

71 後述の如く、一般的に各種要素は別々に把握されているようである。後掲注82 該当本文参照。

度との連関を失ったが故に生殖潜在性の意味を喪失⁷²、その結果、生殖性を前提とした異性性が婚姻から脱落したとみるか⁷³。

2 制度概念と憲法変遷

(1) ところで、元々この婚姻概念の憲法変遷は、基本法上の婚姻の特別保護が制度的保障の対象であることを前提とした問題設定であった。

つまり、連邦憲法裁判曰く、基本法6条1項が言う婚姻の特別保護は、当該概念に定義がない以上、立法者による形象化を必要としつつも、その内容は、法律に表明されるその時々⁷⁴の支配的な諸見解に対応し、しかも、本条が持つ既存の生活形式への接続と、基本権や他の憲法規範との結合から判明する、本質的構造諸原理を遵守せねばならぬ。立法裁量を認めつつ、憲法上の婚姻概念が持つ重要な諸特徴、即ち、その規範核心を保障することが、制度的保障であるという訳である⁷⁴。

しかし、この制度的保障の憲法裁判での帰結は必ずしも明確でない。例えば、2002年第2法廷の生活パートナーシップ判決において、法廷意見は、同性カップルの為のこの仕組みが造られても、婚姻に法的枠組と法律効果

72 基本法上の条文ベースで具体的に論じれば、家族(6条1項、3項)、子供(6条3項、5項、7条2項、106条3項)、両親(6条2項、7条4項)、女性(3条3項、12a条4項)という各種の概念と、婚姻概念の関連とその変動を精査することになるのだろう。実際に、同性婚合憲説は、異性性の要素の脱落(又は元来の欠如)と、社会における婚姻と家族の関連性の喪失を根拠に主張している。前掲注48 該当本文参照。

73 即ちそれは、個別の憲法規範の解釈結果の変化ということではなく、連邦憲法裁判による解釈変化であれ、学説における解釈の変化であれ、憲法条項や憲法解釈を包括する婚姻観、強いて言えば国家における婚姻の位置、そうした個別的なるものを繋ぐ意義連関の問題である。この意味の変化こそが、強義の意味での憲法変遷というべきである。

74 Würtenberger, a.a.O.(Fn.51), S. 353. なお、制度的保障では説得的な教義学上の結論が得られないとして、この概念が処理する問い全ては、婚姻法の形成の際に立法者が負う義務の問題であり、制度的保障の概念を放棄すべきとする説もある。Classen, a.a.O.(Fn.39)(Staatsrecht). S. 244, 53; Hufen, a.a.O.(Fn.51), S. 278.

を与える規律自体が傷つくことはないとしつつ⁷⁵、だが逆に反対意見では、パートナーシップなる別の名称であっても、同性ペアの為に婚姻に対応する制度を導入することは、基本法上の婚姻が持つ異性の構造原理が侵害されていると主張されている⁷⁶。

75 BVerfGE 105, 313, 345f.

76 BVerfGE 105, 313, 358f. つまり、婚姻の制度的保障と価値決定的原則規範から、婚姻の距離要請を導き、パートナーシップ制を違憲とするパピーアの説である。なお、パピーアは、この制度的保障による国家行為の審査について、従来、連邦憲法裁は抑制的な態度を取ってきたと嘗て主張している。Hans-Jürgen Papier, Ehe und Familie in der neueren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in: FF, 2003, S. 4-8, 4. 更に、ハースも少数意見を執筆するが、違憲を主張する訳ではなく、パートナーシップ制の合憲を導く法廷意見に疑義を呈するに留まる。三宅(前掲注2) 160, 162 頁。関連して、婚姻と家族の結合を重視するザイラーの見解も参照せよ。前掲注 45 参照。

ところで、パートナーシップを巡る連邦憲法裁の諸決定については、この後、夫婦合算課税の同性パートナーシップへの適用を排除する所得税法の合憲性に関する 2013 年 5 月 7 日の第 2 法廷判決での、ランダウ/ケッサル=ヴルフ共同反対意見が、周知の如く存在する。これは前述の、基本法 3 条 1 項を用い同性カップル同権化を進める、2009 年以降の、一連の連邦憲法裁判例法理の展開の中にあるが、これは、2002 年以降の同権化への数少ない反対意見なのである。但し、先のパピーアとハースの両反対意見程のインパクトは実はない。つまり、成る程、ランダウとケッサル=ヴルフは婚姻をして、世代連続を支え国家社会の未来を担う家族の前段階であると指摘するが、2001 年の同性パートナーシップ法の導入と、後の 2005 年のパートナーシップ拡充法の施行で、期間を分けて議論するのである。つまり、一方で、2005 年以降、パートナーシップは婚姻と同様、両パートナーを相互に協力し合う生計消費共同体として把握されて、その結果、合算課税につきそもそも平等原則の問題は生じないとし、他方で、2001 年から 2004 年迄は、同権化の過渡期であって、パートナーシップは未だ生計消費共同体でなく、パートナー双方が経済的独立性を備えた、そのような調整共同体に留まると指摘する。けれども、その生計消費共同体か調整共同体かの違いを別にしても、パートナーシップに婚姻の如き有利な合算課税の導入の問題がある。即ち、同性カップルに優遇税制を認めるかの家族政策の是非である。そこで両裁判官は指摘する。元々婚姻に合算課税が導入されたのは、当時、多くの婚姻共同体が子供を養育していたからで、これを含む家庭内の任務を適切に配分すべく、経済的負担を軽くしたのである。勿論、同権化が進行した今、同性ペアも子供を養育することもある。しかし、婚姻と同等のこの優遇策を認めるに、同性カップルによる子供養育が婚姻のそれと同様に原則的となっていないとてならない。これを検討せず、法廷意見は本件に同性ペアの差別を認定した、と。

(2) さて、ドイツ基本法上、婚姻と並び制度的保障の対象となるものに、33条5項の職業官僚制があるが、その法的効果はより明確である⁷⁷。

つまり、職業官僚制の本質的特徴は公法上の勤務関係にあるのだが、一つに、これには、婚姻と同様、立法者による形象化を必要とする。だが二つに、ここでもやはり、その立法裁量に憲法上の限界があり、伝統的に拘束力あるものと承認されてきた構造諸原理の核心的状況、要するに、職業官僚制の伝来的諸原則が遵守されなければならない⁷⁸。

従って、職業官僚制の制度的保障も婚姻のそれと同じ構造を持つが、前者の場合には、制度的保障の拘束の帰結はより明確なものとなる。つまり、官僚制の本質を成す諸原則のうち一つでも除去するならば、それは、その制度の核心、従って制度そのものを廃棄するに等しい。或る原則の侵害が即座に職業官僚制の廃棄を意味する、と言う訳だ⁷⁹。それとも、官吏を生涯に亘り(終身原理)、その能力に応じ(能力要請)、その生活を保護し(扶養原理)、同時に国家へ忠誠を命じ(忠誠義務)、労働争議を禁ずる(スト禁止)など伝来的諸原則が、そのどれも廃棄できないように、体系を構成するとも言われるのだ⁸⁰。

BVerfGE 133, 377, 426-442.

77 三宅雄彦「職業官僚制」鈴木秀美・三宅雄彦編『ガイドブック・ドイツの憲法判例』(信山社、2021年)275-289頁。

78 三宅(前掲注77)276-277頁。BVerfGE 105, 313, 345; Mager, a.a.O.(Fn.5), S. 354f.

79 三宅(前掲注77)277頁、同「待機期間延長による官吏恩給の減額」『ドイツの憲法判例IV』(信山社、2018年)303-307頁、同「職業官僚制における地位と実体」駒澤法学19巻1号(2019年)23-67頁。

80 三宅(前掲注77)276, 288頁、同「基本法上の官吏ストライキの禁止と欧州人権条約」自治研究95巻8号(2019年)154-161, 158頁。

なお、官吏が比較的軽微な刑事犯で有罪判決を受けた場合、本人の官吏身分は維持されたままで、しかしこれを勤務関係から排除する解職措置が取られるが、従来、連邦及び全てのラントで、裁判所が解職につき第一次的に判断する裁判官留保の制度が採用されてきた。しかし、2008年、連邦と全州のうち、裁判官でなく当該官吏の上司が行政行為として解職処分を行う、上記と全く異なる仕組みが、バーデン＝ヴュルテンベルク州官吏懲戒法によって導入されたのだ。裁判官決定でなく行政処分により解職された官吏が、この裁判官留保の

(3) ところで、官僚制と婚姻制が制度的保障につき共通であるとしても、詳細に観察するなら両者は保障態様で相違することが明らかになる。

即ち、一方で職業官僚制。通常、制度的保障は唯の核心保障であり、立法への基本権保障が確立すればこれは不要になると指摘されるが⁸¹、ここでは、当該制度の諸々の構成部分が一体的結合の中で把握され、故に、このそれぞれの構成部分のバラバラの取り扱いが禁止される。一つの本質要素の脱落が核心保障の侵害となるのではなく、一つの要素の脱落が全体の結合の崩壊を招くが故の、核心侵害なのである⁸²。

ならば、学説の言う婚姻の制度的保障は、この意味の概念ではない。つ

廃止が基本法 33 条 5 項に違反すると、憲法異議を提起したが、連邦憲法裁第 2 法廷は、この申立人が主張する、官吏解職の裁判官留保なる原則は、職業官僚制の伝来的原則には当たらないと述べた。BVerfGE, 152, 345.

この判決には、方法論を含む、憲法上の問題が多く含まれるのだが、行政官決定よりも裁判官決定の方が慎重な判断が行われる筈だから、結果的に基本権保障を削減した点で、多く批判されるのかもしれぬ。元々、職業官僚制の問題は、日本は当然に、ドイツでも広範に注目される論点でないが、官吏法を専門にする論者が強く非難している。本稿との関連で 1 点のみ挙げると、ヴァイスの批判が重要であろう。彼は言う。元々、懲戒法を含む官吏法は労働法とは本質を異にする。労働法では、雇用者が労働者を解雇するとき、その権利義務関係を争い、労働者が訴訟を提起し、裁判所がこれに救済を与えるのだが、官吏法で、勤務主体が官吏を処分により自ら解職し、官吏側がこれを争い、裁判所に事後統制を求めれば、労働法と構造が同じになる。しかし、官吏法が労働法とは制度として全く異なるというのならば、解職は勤務主体でなく裁判所が行うべきだということになるだろう。つまり、制度的保障の観点からすれば、伝統性でなく実体性の点で、この官吏解職の裁判官留保は、職業官僚制の伝来的原則なのである。Hans-Dietrich Weiß, Zur Zweckmäßigkeit des Richtervorbehalts im Disziplinarrecht, in: ZBR, 2020, S. 361-367, 367. 参照、三宅雄彦「官吏解解職裁判官留保と基本法 33 条 5 項」自治研究 98 巻 2 号 (2022 年近刊)。

81 Bodo Pieroth/Thorsten Kingreen, Funktionen des Ehegrundrechts am Beispiel des Lebenspartnerschaftsgesetz, in: Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, Bd. 85(2002), S. 219-241, 224-232.

82 尤も、通説的な理解では、既述の通り、ワイマール期までの単なる法律による行政の原理の別名に過ぎない基本権保障を制約する手段としての制度的保障が、基本法 19 条 4 項の基本権本質保障により不要になり、寧ろ、立法者の内容形成を必要とする制度に、本質的構成要素により枠を嵌める為の議論として再構成されることになる。Pieroth/Kingreen, a.a.O.(Fn.81), S. 224-228.

まり、従来の婚姻概念が持つ異性性要素の消失が論証される際に、この要素が欠落したとしても、婚姻を規定する他の構成要素が維持されるならば、同性婚は婚姻の制度的保障に違反しないとされる。だが、官僚制の制度理解を前提とすると、寧ろ、異性性という要素が欠落すれば、二人性、排他性、永遠性など婚姻の他の本質的要素へ如何なる影響を及ぼすか、更に、その影響が、婚姻と関連する他の制度に対して如何なる波及効果を及ぼすか、を検討すべき筈なのである。

(4) 当然に、憲法条項の体系性を重んじる婚姻の制度的理解も存在する。ワイマール期からナチス期の民法学者で、スメント流の精神科学的方法を採用したという、ベーマーによる相続の制度的保障説である⁸³。

第一に、元々憲法は、国民的文化体系を正統化する機能を与えられ、この文化体系であるが故に、憲法規定は価値性や拘束力を具備する⁸⁴。

第二に、この国民的文化体系の一つを形成するのが私法秩序であり、この私法秩序の5つの基本的柱がワイマール憲法に規律されている。即ち、契約自由(152条)、所有権保障(153条)、相続保障(154条)、婚姻家族保障(119条)、教育権保障(120条)。これらの憲法条項が規律する法諸原則が完結した体系を成している。ベーマーは言う。従って、相続保障条項は、他の四つの柱と密接な連関を持ち、その排除は即時に、文化体系の統一性

83 Gustav Boehmer, Erbrecht, in: H. C. Nipperdey(Hrsg.), Die Grundrechte, Bd.III, 1930, S. 250-. Vgl. Mager, a.a.O.(Fn.5), S. 35-40. 1881年出生のベーマーは、82年出生のスメントと同世代であり、1909年に彼が教授資格を得たグライフスヴァルト大学に、正にこの年スメントが員外教授として赴任してくるが(11年転出)、これ以外に、二人が学問的交流を持った可能性は残念ながら少ない。ベーマーは1919年にハレ、34年にフランクフルト、41年にフライブルクと異動していくが(49年に定年退官)、結局専門が異なる二人が同じ大学で同僚になったことはなく、精神科学的方法による学説の影響があったとしても、それは紙の上での話であろう。なお、ゲッティンゲン大学のスメント文庫には、1909年から1912年のグライフスヴァルト時代を中心に僅かの書簡が残っている。Cod. Ms. R. Smend A 89(Bohmer, Gustav)

84 Boehmer, a.a.O.(Fn.83), S. 275f. Vgl. Gustav Boehmer, Einführung in das bürgerliche Recht, 2. Aufl., 1965, S. 119-130. 参照、石川健治『自由と特権の距離 [増補版]』(日本評論社、2007年) 165-171頁。

を破壊に繋がる⁸⁵。

要は、ベーマーの言う制度的保障とは、一つに、個々の憲法規範をそれを包含する連関から解釈することを、二つに、その体系に適う憲法内実を単純法律へと注入することを要求する。そのような意味で、相続や婚姻や家族の憲法規定は、制度的保障であるという訳である⁸⁶。

3 婚姻の制度保障構想

(1) ところで、元々ドイツ法では、世俗婚姻概念は教会的婚姻概念を前提に展開してきたが⁸⁷、戦後に再興したドイツ福音主義協会にて⁸⁸、正に1950年代、その婚姻法改革委員会で活躍した国法学者に、実は戦後スメント派の中心でもあった⁸⁹、ドムボワという人がいる⁹⁰。

このドムボワによれば、婚姻は以下のような意味で制度なのである。一つに、婚姻とは、自由な行為と所与の地位が結合する制度である。即ち、人は、自由に決定して、同時に既定の地位に座るといふのだ。二つに、婚姻は、他者に区分されつつそれに配属される制度である。即ち、人は、他者に転じ向かいつつ互いに特定の地位を保持するが、更に、この地位を配属し合うことで、一つの全体連関に組み込まれ、これにより、他者の本質に影響し、自身も変動を受けるといふのだ。

85 Boehmer, a.a.O.(Fn.83), S. 266-268. Vgl. Boehmer, Einführung in das Bürgerliche Recht, 2. Aufl., 1965, S. 94, 119-130.

86 Vgl. Mager, a.a.O.(Fn.5), S. 38f.

87 Uhle, a.a.O.(Fn.42), S. 293; Dietrich Pierson, Ehe, in: A. Freiherr von Campenhausen u.a.(Hrsg.), Lexikon für Kirchen- und Staatskirchenrecht, Bd. 1, 2001, S. 487-489.

88 参照、三宅雄彦「学長時代のスメント」早稲田法学 91 巻 3 号 (2016 年) 103-135, 117-122 頁。

89 例えば、1954 年、スメント学位取得 50 周年を記念し編まれた(しかし、実際の刊行は 1 年遅れ)『国法論文集』は、ドムボワが発案し、それをヘンニスがスメントと連絡しつつ完成させたという。参照、三宅雄彦「スメント『国法論文集』の出版と改訂」(埼玉大学)社会科学論集 142 号 (2014 年) 111-127, 111-112 頁。

90 参照、石川(前掲注 84)(制度伝説) 255, 264 頁注 20、三宅雄彦『憲法学の倫理的転回』(信山社、2011 年)人名索引 13 頁。

従って、婚姻は、制度ではない規範の視点から検討してはならない。即ち、婚姻とは、別々の法主体が権利義務で対抗しあうものでなく、更に、複数の法主体が或る目的を達成すべく設置するものでもない。しかも、個別の要素をかき集めて定義し説明し尽くせるものでなく、且つ、それが持つ法効果の全てを悉く列挙し尽くせるものでもない。

補論 ドムボワの制度理解

①上で、突如としてドムボワの制度概念と婚姻概念に言及したけれど、この教会法学者の制度及び婚姻の理解につき紹介する必要がある。

彼によると、制度とは、ラテン語の動詞、インスティトゥティオーに由来する概念であるが、この原語自体に元々多様な意味が備わる。即ち、①既存の法的な仕組み、②権利を付与すること、法以外では、③教説(カルヴァン『キリスト教綱要』、ガイウス『法学提要』)の如く、教師が生徒を正しい場所を導いて、己を正しく理解できるようにすること、人を或る地位に据え置くことを意味したのだという⁹¹。この概念を法学に引き直せば、一つに、人を或る地位へと引き入れる行為、二つに、その結果引き入れられる地位、ということになる⁹²。

更に今度はこの地位が、或る場所や位置での継続的存在であるから、空間性を通じて他の場所や空間と特定可能な関係を持つことになる⁹³。つまり、三つに、一旦別々に分けられたこの複数の場所や空間が、四つに、相互に配び属けられて一つの全体的統一を作ることになる。

そこでドムボワは、この制度を、形式から見れば過程と地位の統一、実質から見れば区分と配属の統一であると説明する⁹⁴。以下詳述する。

②第一に、ドムボワの言う過程と地位の観点から制度を検討してみる。一つに、制度は、人間による自由な自己決定の行為から構成される。つまり、様々な制度の中から一つを選ぶこと、又は、同一の制度の様々な具体の中から一つを選ぶこと、この意味の行為のことである。しかしそれは、法律行為により法律効

四三 91 Hans Dombois, Das Problem der Institutionen und die Ehe, in: ders., Kirche und Eherecht: Studien und Abhandlungen 1953-1972, 1974, S. 96-108, 96f.

92 Dombois, a.a.O.(Fn.91), S. 97; ders., Institution, juristisch, in: Evangelisches Staatslexikon, 1966, Sp. 1018-1022, 1018.

93 Dombois, a.a.O.(Fn.91), S. 97.

94 Dombois, a.a.O.(Fn.91), S. 99.

果を自ら創出するのではなく、単に、予め確定された権利と義務の相対の中に入り込む決定であり、故に、不都合な効果を排除し、事前に留保をつけることができない⁹⁵。尤も、婚姻では、元来この行為は、二つの要素からなる過程である。まず婚約で婚姻締結が、次に婚礼で完全婚姻が成立するというのだ。即ち、最初に、婚約という男女の同意により婚姻は解消不能となり、続き、婚礼の厳粛儀式という形式により合意が象徴化し実在化する⁹⁶。両者の比重は時代により異なるが⁹⁷、この意味で行為は過程でもある。

二つに、従って制度は、自由を排除する所与的な地位の側面も持つ。つまり、行為又は過程の自由さえも法効果を操作できないのだから、選択すれば類型的強制的な引き受け、即ち、処分不能性が成り立つ。ドムボワは、特にこの所与性こそ制度の核心をなすと指摘している⁹⁸。

尤も、この行為と地位、自由と拘束の対向性には様々な見方がある。ドムボワ曰く、例えばカルヴァンのとルター的の二つの見解がある。前者は、倫理的拘束を否定しないものの、自由を強調して、制度はその自由な行為による因果的産物に過ぎぬとするアプローチであり、逆に後者は、自由を排する制度の非合理を形而上学の下でそのまま承認し、自由をこの機構の単なるスイッチと見なすスタンスである⁹⁹。現代の熱狂主義は、この両極端を利用して制度を廃止しようとする。つまり、カルヴァンの自由主義に依拠して、意思自由のみを唯一の構造要素と捉え、制度的所与をこの自由の唯の因果的帰結とするか、ルター

95 Dombos, a.a.O.(Fn.91), S. 98.

96 Hans Dombos, Die Ehe: Institution oder Personale Gemeinschaft? Überlegung zu einem modernen Eherecht, in: ders.(Hrsg.), Recht und Institution: Arbeitsbericht und Refferate aus derInstitutionenkommission derevangelischen Studiengemeinschaft, 1969, S. 109-127, 111f. なお、一部加筆があるがこの論考と同一内容の以下の論考がある。Hans Dombos, Die Ehe: Institution oder Personale Gemeinschaft? Überlegung zu einem modernen Eherecht, in: ders., Kirche und Eherecht: Studien und Abhandlungen 1953.-1972, 1974, S. 221-240.

97 具体的に婚礼とは、女性が男性の保護権力の下へと移行することか、婚姻共同体が事実的に成立するかで、両者の合意を実現するのだが、この形式的要素は、最初は教会の関与、後に近代民法制定によって徐々に形式化し、その結果、男女の同意自体へと重心が移動していく。Dombos, a.a.O.(Fn.96), S. 111f. 因みに、この意味で婚姻が、合意と形式からなるというこの図式を厳格に捉えれば、日本国憲法 24 条 1 項の「両性の合意」は、法律婚でなく、同意のみによる事実婚の承認を認めるかもしれない。

98 Dombos, a.a.O.(Fn.91), S. 99.

99 Dombos, a.a.O.(Fn.91), S. 100f.

的福音主義に定礎し、自由の要素を全くもたぬものと制度を理解し、決定論的な思考法で却って制度の本質を破壊しようとする¹⁰⁰。

けれども、ドムボワに言わせれば、共に制度の本質を見誤っている。そうではなく、行為と地位、自由と拘束の結合こそ制度なのである。自由に決断したと思った瞬間既に拘束に絡めとられているのであり、地位に束縛されること自体が自身が選択した行為の帰結なのである。従って制度は、この矛盾した両極から同時に攻めなければならない¹⁰¹。

③第二に、制度は、実質的に見れば、区分と配属の統一であると言う¹⁰²。それは、本稿なりに纏めるなら、転向であり配属であり制度である。

一つに、制度は、自己を他者へ転じて向ける意味での、転向 (Zuwendung) である。そして、ドムボワ曰く、この転向は、他者への地位容認 (Statuserräumung) として働く。即ち、法的役割と共に、優遇と義務をその他者は取得する訳である¹⁰³。それが複数の者間の両面的転向であれば、相互の地位交換となろう¹⁰⁴。

二つに、制度は、法的地位を配り属せしめる意味での、配属 (Zuordnung) となる。二者がいれば、一方は他方がいるが故の一方に、他方は一方がいるが故の他方となり、両者の間には継続的で人格的な配属が成り立つ¹⁰⁵。地位を通じ結

100 Dombois, a.a.O.(Fn.91), S. 102.

101 以上につき参照、三宅 (前掲注 88) 45-47 頁。

102 Hans Dombois, Institution und Norm, in: ders.(Hrsg.), Recht und Institution: Arbeitsbericht und Referate aus der Institutionenkommission der evangelischen Studiengemeinschaft, 1969, S. 96-108, 99.

103 Dombois, a.a.O. (Fn.102), S. 100f. 即ち、制度では優遇も義務も、どちらも法的利益や法的義務でなく、優遇はその内容や存在を当事者といえども勝手に操作処分できずに、義務も当事者が意思した目的の履行ではなく、各人の役割に基づく関係それ自体を本質的に毀損しないことの履行を求めるに過ぎない。ドムボワは、後述の如く制度を、身分法上の構造であると考えますが、彼がその事例とする遺贈の場合、履行義務でなく、遺贈者への感謝義務 (Dankbarkeitsverpflichtung) であり、その違反の際の撤回権に過ぎないとも、指摘している。Dombois, a.a.O.(Fn.102), S. 101f.

四一 104 Dombois, a.a.O.(Fn.102), S. 100f. 又は、個々の人間は、制度の中で、制度により、権利と義務を含む法的地位を付与される、或いは、人間たちは権利と義務の総体の中に不可避免的に入り込むのだと、ドムボワはこの事態を換言している。Hans Dombois, Institutionen und Institutionenkritik, in: ders.(Hrsg.), Recht und Institution, 1969, S. 128-129, 13; ders., a.a.O.(Fn.91), S. 98.

105 Dombois, a.a.O.(Fn.96), S. 114. この箇所はM・ウェーバーを引用する箇所だが、ドムボワが制度と同視する地位契約では、そこで人は誰かの誰か (jemand

び合う、一つの全体としての意義連関が出現するのだ¹⁰⁶。

従って、三つに、制度は、自己と他者と関係が融合した賜物 (Gabe) である¹⁰⁷。自己も他者も、その優遇の処分や義務の回避を禁止される訳でなく、関係自体を手段の如く利用し外敵の如く対抗し拒否する訳でもない。逆に、自己も他者も、その関係の影響を受けて人間として成長する (Menschenwerdung des Menschen)¹⁰⁸。

こうした転向や配属や賜物からなる、自己と他者と関係を包含する制度なる

jemandes) になる、と指摘する。Dombois, a.a.O.(Fn.96), S. 114; ders., a.a.O.(Fn.102), S. 105; ders., Das Recht der Gnade, Bd. 1, 1961, S. 903.

106 Dombois, a.a.O.(Fn.104), S. 135. 一つの全体としての意義連関に関するドムボワの記述を詳述すれば、この制度には、その中に全体を持ち、かつその全体そのものである精神的意義連関が、即ち一種の精神的自己現実化が成り立つという。この全体は、(部分としての) 機能価値から定義することはできず、故に、この全体をその機能価値に還元して構成することもできない。Dombois, a.a.O.(Fn.104), S. 135. このことは彼が制度の一種として把握する国家についても当て嵌まり、例えば、国法上の概念たる公序は、この精神的全体連関の中にあり、従って、この種の、或る共同態の個別の秩序規定や政治取り決めも、常にこの全体連関から解釈すべきであって、そのことにより、その意味が無くなるのではなく、寧ろそれにより初めて意義が得られる。Dombois, a.a.O. (Fn.104), S. 136. 或いは、現在のドイツ連邦共和国という国家も(ヒトラー暗殺計画が敢行された)7月20日の精神の制度化と理解すべきなのである。つまり、この抵抗運動の中に、右派も中道も左派も、カトリックもプロテスタントも非キリスト教も、あらゆる者がその特殊性を放棄することなく、その差異性を保ちつつ相互に並び立ったということ、従って、1914年8月2日に当時のヴィルヘルム2世がドイツに党派でなくドイツ人のみがあると述べた共通の国民意識などでなく、差異性を持ちつつ、しかも同時に後年基本権の中に表明されていく根本的諸立場を認知しつつ、相互に認め合った日であるということ。要するに、抵抗運動により政治的意識が打ち立てられたのでなくて、ただ呼び覚まされ語り上げられたこと、このことを抵抗運動により我々は認識するのであり、このような意味で国家という制度の中に精神的全体連関が根付いていると、ドムボワは述べている訳である。Dombois, a.a.O. (Fn.104), S. 136.

なお、ドムボワ学説ではないが、教会法を検討する為に展開された、彼と同じシステム門下、ボイムリンの配属法 (Zuordnungsrecht) の概念につき次も見よ。Richard Bäumlín, Staat, Recht, Geschichte: Eine Studie zum Wesen des geschichtlichen Rechts, entwickelt an den Grundproblemen von Verfassung und Verwaltung, 1961, S. 24, 36-43; 三宅雄彦「政治的体験の概念と精神科学的方法 (1)」早稲田法学 74 巻 2 号 (1999 年) 334-337 頁。

107 Dombois, a.a.O.(Fn.102), S. 101.

108 Dombois, a.a.O.(Fn.102), S. 107f.

ものを、今やその構造から検討すべきだ、という訳である。

この制度思考の内実は、規範思考と対比して初めて明らかになる¹⁰⁹。自己と他者と関係を、定立と対抗と請求により説明する思考である。

一つに、規範は、自己が他者へと定め立てる意味での、定立(Setup)である。いわば、厳密な意味で法的な権利と義務を他者に付与する訳である¹¹⁰。二つに、規範は、主体を対面させ^{あらが}抗いせしめる意味の、対抗(Gegenüber)である。つまり、一方と他方は全く自立した本質として向かい合う訳である¹¹¹。三つに、規範は、自己が目的実現を他者に求める為の、請求(Anspruch)である¹¹²。つまり、自己は、相対する他者に己の意思内容の履行を鋭く要求し、更には、自己と他者を含む関係や団体でさえ己の道具として利用し、だが、その要求や利用で己の法主体の存立に微塵も影響を受けない¹¹³。

ドムボワが言うに、この制度と規範の視点のうち¹¹⁴、前者は物権法¹¹⁵や身分

109 ドムボワは、制度と規範の二重性とは、区別が困難であるとしても区別しなければならない、法の、二つの現象圏域であると指摘する。Dombois, a.a.O.(Fn.102), S. 102. 更に、人格法や物権法で純粹型が登場する身分法、その一般理論の形成は、規範主義的方法論の伝統からすれば真逆で、寧ろ、カノン法由来の地位法的概念形成なくして説明不能だとドムボワは述べる。Dombois, a.a.O.(Fn.90), Sp. 1020. Vgl. Dombois, Unscheidbarkeit und Ehescheidung in den Traditionen der Kirche, 1976, S. 16f.

110 Dombois, a.a.O.(Fn.102), S. 101f.

111 Dombois, a.a.O.(Fn.102), S. 102. この対抗思考の典型事例として、ドムボワは自然法学を挙げている。即ち、ここでは、人間は社会性と合理性と自由性の要素を具備した形而上学的アプリオリとして、且つ正義概念を内在するものとして措定されて、事物や権利をこの法的主体の外の客体として提示する。Dombois, a.a.O.(Fn.102), S. 107.

112 Dombois, a.a.O.(Fn.102), S. 102, 104.

113 Dombois, a.a.O.(Fn.102), S. 101f.

114 ドムボワは、この制度と規範の対比の他に、ウェーバー法社会学の地位契約(Statuskontrakt)と給付契約(Leistungskontrakt)(目的契約[Zweckskontrakt])の二つの概念の対比にも言及する。給付契約では、両当事者の予め在る確固たる法的地位が前提とされ(故に、法的行為により法的主体の法的能力には変更を受けない)、しかも、任意の可変的で且つ分割可能な事物内容が目的とされるが、地位契約では、本文の如く、当事者双方の地位がそれにより変化し、しかも、両者を包括する多様な全体関係自体が目的とされるという。Dombois, a.a.O.(Fn.102), S. 105; ders., a.a.O.(Fn.94), 114. Vgl. Max Weber, Wirtschaft und Gesellschaft: Grundriss der verstehenden Soziologie, 5. Aufl., 1980, S. 401-403. Vgl. Ingeborg Weber-Kellermann, Die deutsche Familie: Versuch einer Sozialgeschichte, 1989, S. 252; 石尾芳久『マックス・ウェーバーの法社会学』(法律文化社、1971年)54-98頁、

法、後者は債権法や刑法を典型とするものの、法の主体と客体の分裂から成立した近代法の下では、制度思考は見失われてしまう¹¹⁶。だが、法の主客二元論自体を無効化する現代思想の展開のみならず¹¹⁷、身分から契約への流れを¹¹⁸、契

吉田勇「マックス・ヴェーバーの社会学理論における『法秩序』の位置(6)」
熊本法学 56 卷(1988年)1-40, 2-11 頁。

115 Dombois, a.a.O.(Fn.102), S. 100f. なお、ドムボワは、主体と客体の分離を前提とする所有権の思考と、両者の分離を前提とせず、加えて、完結的定義の不可能性を欠いた物支配の思考とを対比するが、後者が制度思考に対応するであろう。Vgl. Hans Dombois, Mensch und Sache zum Problem des Eigentums, in: Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft, Bd. 110, 1954, S. 239-256, 243f.; ders., Eigentum als Institution, in: Zeitschrift für evangelische Ethik, Bd. 7(1963), S. 320-325.

116 Dombois, a.a.O.(Fn.102), S. 118-120. ドムボワの指摘では、ヘーゲルによる法の主体と客体の分裂により、一方で行為を行う主体が、他方で行為が行われる客体が分化するが、この主体が客体を所有することで法的主体としての人格が誕生する。しかも、主体による客体への処分=支配は、財物のみに限定されず、主体の行為可能性それ自体にも拡大すると、理解されているという。Dombois, a.a.O.(Fn.96), S. 118f., 119f. 分裂運動の拡大、私法と公法の分裂につき、Dombois, a.a.O.(Fn.96), S. 119f.

117 Dombois, a.a.O.(Fn.96), S. 120f. ドムボワは、主客分裂という近代法に反省を迫る契機を三つ挙げる。第一がマルクス主義で、主体の客体への自由処分を肯定的に捉えたヘーゲルを批判し、主体が客体を自由に処分することで、寧ろその主体が客体自体に依存していることが暴露されるのだ、と批判した。第二が社会学で、主体が社会の中心から社会を構成する見る法学の思考を拒否し、社会に内在する社会的構造形成の諸法則を発見して、これは主体の意識から独立しその構成から逃れていると、主張した。第三が近代自然科学(の展開)で、認識者たる主体が認識対象たる客体を外から説明する図式ではなく、寧ろ認識者と認識対象は切断不能であり、両者を包括する全体関係こそ重要であると、強調した。Dombois, a.a.O.(Fn.96), S. 120f.; ders., a.a.O.(Fn.102), S. 105.

118 具体的には、イギリス法制史家メーンの身分から契約への図式だが、ドムボワは、これを、個人の決定権限の伝統的所与事実からの解放と見る自由主義的見解が流布しているが、平等関係にある者同士で財物や行為義務を自由に処分すること、即ち、自由な経済的政治的に運動することが拡大し増加しつつあることのメーンの指摘であり、所与の諸制度から離れるこの運動が不可逆で終局的であるとしても、この観察自体は、一つのモメントを承認したに過ぎないと指摘する。Dombois, a.a.O.(Fn.104), S. 131f. 参照、岡崎修「ヘンリー・メインの歴史法学」明治大学大学院紀要法学編 25 号(1988年)43-55 頁、同「法の自然史」思想 780 号(1989年)119-136 頁。地位法は債権法に移行し、物権法は債権法に回収される、とも言う。Dombois, a.a.O.(Fn.102), S. 101f., 106.

約から地位へと逆転させる現象と共に¹¹⁹、人間の参加的自発性の意味での制度的に注目が集まる¹²⁰、というのだ。

④要するにドムボワは、婚姻をこの意味で制度であると言うのである。従って婚姻では、人は、自己を他者に転じ向ける転向と、法的地位を配り属せしめる配属と、自己と他者を融合させる賜物を執り行う。

本稿の関心に限れば、婚姻なる制度は下記の特徴を持つことになる。第一に、制度の配属関係に由来する意義連関からすれば、婚姻には定義や列挙が土台不能な法的要件や法的効果が結びつくことになる。一つに、結婚する二人が享受する法的効果は、それが全体的連関に基づくからには、その全てを定義し枚挙することなど到底できない。ならば、その不確定なものを基準に、他の仕組みと比較もできない¹²¹。二つに、要件についても、婚姻なる法類型は一つの全体

119 前注のメーンの図式を補完する文脈での指摘であるが、ドムボワ曰く、例えば、労働法の登場は、契約から身分への現代的变化の一例である。つまり、①労働者が、労働者と雇用者との間の労働協約で獲得するものは、報酬が、勤務不能な場合を含み、最適な継続と水準を持つことの保障、即ち、自由経済の変化の下でも安定した報酬や恩給を得る地位である。契約上の特定給付でなく、包括的な雇用関係を彼らは求めるのである。Dombois a.a.O.(Fn.102), S. 106f.; ders., a.a.O.(Fn.104), S. 132f. ②従って、この労働者が持つ基本法上の職業選択の自由とは、或る労働関係への帰属からのみ帰結する役割や地位を獲得する自由なのである。Dombois, a.a.O.(Fn.104), S. 133. ③それ故、ここには、この職業の自由を行使する前の私的生活の領域と、この自由を行使して得た職業労働＝地位の領域が併存するのであるが、労働法を始めとする、現代の諸々の地位権＝身分権の新しい法体系が、同じく身分権の体系を持つ後期中世と類似する様相が現れるのである。Dombois, a.a.O.(Fn.102), S. 133f.

120 Dombois, a.a.O.(Fn.102), S. 107f.

121 Dombois, a.a.O.(Fn.102), S. 112. 制度の法的要件や法的効果を漏らさず定義し枚挙できるというのは、概念好きの啓蒙法学でしかない、ドムボワは正当に揶揄している。更に、婚姻の財産法的規律について、法律は単に判型を示すのみで、家計権力を除き、財産事情に合わせて当事者の判断に委ねているし、それ故に、財産法上の効果を持たない婚姻も存在しうるのであるが、しかし、人格法的規律では、当事者の意思は類型強制の下排除され、更に、その法的行為について条件を付することは禁じられてもおり、効果の面でも二人の意思ではどうにもならぬ効果が、個別ではなく、全体として、従って網羅的ではなく提示されているに留まる訳だ。Dombois, a.a.O.(Fn.102), S. 112f.

或いは、別の個所でも、要件や効果の枚挙可能性を厳しく否定する。つまり、確定的に定義しようとするれば、生に適合的な、即ち実態に見合った内実が切り詰められ、要素や目的や定義では本来十分に把握できぬモメントが取り除かれ

として現れ、故に、その諸特徴も相互に結合し合い定礎し合う体系として現れる。ならば、この仕組みの凝固した同一性は堅固なものとして一貫する¹²²

第二に、制度の賜物に由来する主客溶解構造からすれば、婚姻には、その破壊が当事者の運命を決する程の継続と安定を得ることになる。ならば、目的や利益の実現が不可能になれば、その婚姻を放棄して、別の婚姻、別の制度を選択すればよいということにならぬ筈である¹²³。

けれども、近代法学は婚姻の制度構造を見誤ったとドムボワは嘆く。第一に、婚姻の配属関係に起因する全体連関は既に看過されている。一つに、この意義連関が見失われたのであれば、婚姻の法律効果は無限に存在するもので最早なく、単に個別に存在するものに留まり、それ故に、他の仕組みと効果の多寡を量的に判定することになろう。二つに、同じく意義連関の基礎を喪失した婚姻概念の様々な要素は、全体でもなく体系でもなく唯のパラパラに並列するものへと変貌し、それ故に、その各要素の存在不存在を個別に判断することとなろう¹²⁴。

第二に、制度の賜物構造に基づく主客融合性も既に忘却されている。つまり、婚姻は、明確な目的や利益を実現する為の、意識して達成する諸人格の協力関係、

てしまう。その結果、制度が持つ倫理的 inner 実と法的 inner 実が誤って分裂し、両者が押し退け合う訳である。Dombois, a.a.O.(Fn.91), S. 99.

122 Dombois, a.a.O.(Fn.102), S. 112. この諸効果や諸要件に同一性を与えるものとして制度の名前がある。つまり、この名前は、制度を単に概念的に書き換えるものではなく、名前を用いることで同時に類型としての制度が思念されるのである。従って、婚姻という名前は、制度自体の重要なメルクマールである。Dombois, a.a.O.(Fn.91), S. 98.

123 Dombois, a.a.O.(Fn.102), S. 121; ders., a.a.O.(Fn.104), S. 135.

124 なお、婚姻と、事実婚を念頭におく生活共同体とを比較する文脈であるが、婚姻法を地位法でなく契約法のイメージで把握する思考が次第に普及していくことが、ホルツハウアーにより指摘されている。つまり、その生殖機能故に保護された婚姻と並び、事実婚にも同じ生殖機能が備わるが故に、婚姻と同じ効果が承認されていくのだが、しかし、離婚後の法効果につき、これを事実婚などの生活共同体に拒否する判断が立法で取られるとき、離婚後の当事者には離婚前に婚姻の意思があるが、事実婚にはそれが無いという論拠が語られる。即ちここには、法律が効果を与えるとの婚姻の(伝統的な)地位法的理解でなく、意思表示が効果を与えるとの債権法的理解が現れる。要するに、婚姻イメージの変更が生じていると、彼は主張するのだ。Holzhauer, a.a.O.(Fn.49), S. 495f., Fn. 48. Vgl. Gernhuber/Coester-Waltjen, a.a.O.(Fn.19), S. 10, Rn. 44.

要は、目的行為に根差す組織へと頹落する¹²⁵。子供を出産し教育する為だとか、夫婦で互いに扶養し合う為だとか、目的に応じて設置も脱退もできる、社団や企業のようなものになる¹²⁶。

結局、ドムボワは、制度の真面目な学問的考察がないまま、制度に、形而上学やイデオロギー、宗教的聖別という理不尽な疑念が課され¹²⁷、現代の目的合理性の躍進と共に危機が訪れていると、嘆くのである¹²⁸。【図2参照】

125 Dombois, a.a.O.(Fn.104), S. 135.

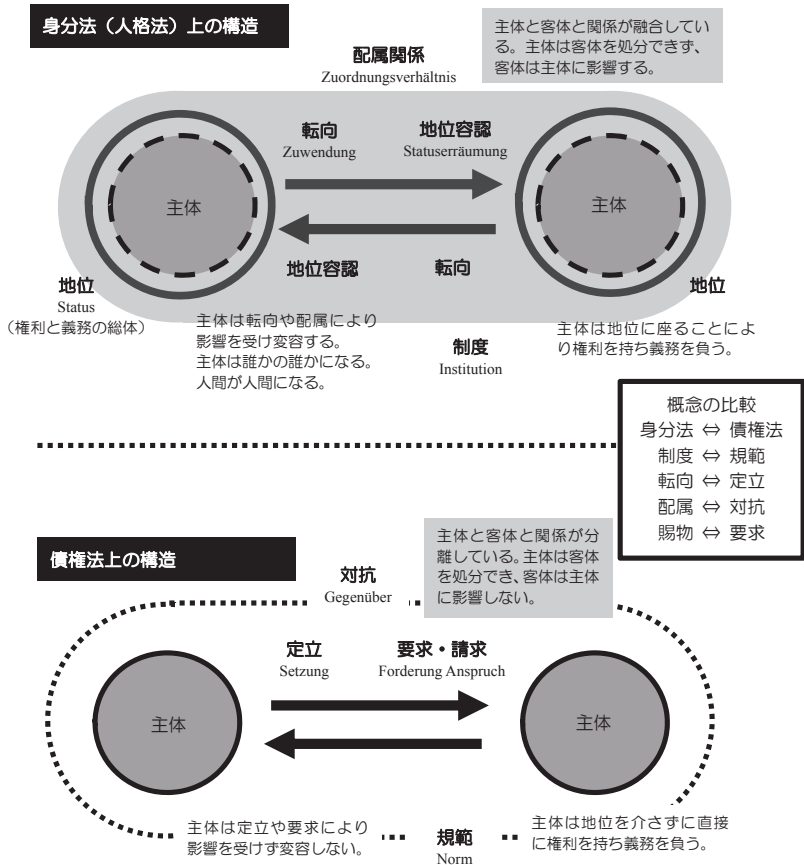
126 Dombois, a.a.O.(Fn.102), S. 121f. 別の個所でも、この婚姻の団体化をドムボワは厳しく批判している。つまり、婚姻(及び家族)はその独自性と固有性を失い、ただ二人の人間が独自の区分も持たずにその自由及び尊厳を集散的に実現するだけの、人間が行う共同体の単なる特例へと落ちぶれてしまった。Dombois, a.a.O.(Fn.91), S. 102f. 世間の人は、両性おのおのとその相互の関係の特殊な性格を知らず、人間の性の墮落、愛の手段としての婚姻も知らずに制度を批判する。その挙句が、婚姻に社会政策的目的設定を押し付け、歴史の意味の観念論的実現をなすりつける(ナチ人種主義と経済マルクス主義)。Dombois, a.a.O.(Fn.91), S. 103. 急激な男女平等は、夫の住居への妻の居住義務を廃棄し、計画経済的な義務を夫婦に課すが、そうなれば、婚姻から女性独自の生存権は奪われ、婚姻は法秩序全体の不可侵の場所ではなくなるのである。Dombois, a.a.O.(Fn.91), S. 103.

127 Dombois, a.a.O.(Fn.102), S. 128.

128 Dombois, a.a.O.(Fn.104), S. 137f. 経済化と欧州化による婚姻(と家族)の浸食化を指摘しているのが、テッティンガー説である。憲法理論の視座は必ずしも明確でないが、一つ、自己実現欲求と高い消費需要は、女性を子供か仕事かの二律背反に置き、やはり高い生活水準と購買欲求、更に高い教育費用が子供を諦めるか祖父母の協力を当てにするか、の判断を人々に迫る。二つに、市場の欧州化や地球化は、運送業者や幹部社員のみに移動を命じず、時間的にも場所的にも多くの人々にスタンバイを求めて、その結果、配偶者や子供達が仕事上の負担と感じられるようになる。Tettinger, a.a.O.(Fn.45), S. 148f.

更に、経済化と個人化による婚姻と家族の解体を語るザイラーの説。一つに、婚姻ではパートナーの経済的独立が強化され、例えば離婚後の扶養では厳格な要件の下、金額も厳しく制限され、更にこれが既存の婚姻関係に波及、両男女の経済的自立が促され、相互の信頼関係も弱体化、婚姻は共同体でなく二個人の単なる共存/併存になる。二つに、家族では、その内部の子供の福祉が強調されるようになり、従って、6条2項の親の教育する権利から子供の権利が派生するや、子の権利は国家介入を防御する為でなく、反対に家族への国家介入を定礎する為に援用、結果親と子供は別々に考慮されるようになる。Seiler, a.a.O.(Fn.45), S. 45-52. Vgl. Seiler, Grundzüge eines öffentlichen Familienrecht, 2008, S. 36f.

図2 身分法と債権法の構造の比較



やはり、婚姻と家族の解体の結末を経済化と見るのがシュピーカーである。カトリック神学者の彼の帰結が保守的なのは当然としても、婚姻と家族を分解し、両者を結局個人の集合と見る昨今の傾向では、結局婚姻と家族から解放された個人が、一方で福祉国家的諸給付に依存する国家固着性と、他方で卓越した消費者として振る舞う市場固着性に陥るとして、国家と市場を超える市民権の確立を提唱する。Spieker, a.a.O.(Fn.30). S. 28f.

関連して、婚姻と家族の機能化が進展したことに、その機能に着目した連邦憲法裁の同性ペア同権化の判例法理を原因を見る説もある。Germann, a.a.O.(Fn.69), S. 280-283.

(2) ドムボワの言う、制度としての婚姻から如何なる結論が生じるのか¹²⁹。

第一に、婚姻が、両当事者を、個々の権利義務関係の総体ではなく、言わば主客融合の一つの意義連関の全体の中に包み込むのであれば、枚挙された効果以外に全体が導く不可視の効果も想定すべきである。

一つに、基本法が認める国家による婚姻の特別保護の正当化根拠を、婚姻の外部に探索する見解は、どれもが制度の本質を見誤っている。つまり、夫婦の生殖潜在性や家族への発展可能性を強調する見解も、逆に、家族と別に端的に責任共同体の視点から婚姻を眺める見解も、いずれも或る目的を措定してその実現手段として婚姻を見ているが¹³⁰、ここでは婚姻は、

婚姻ではなく職業官僚制での、しかも、ドムボワでなくゲーレンとイゼンゼーの立論についてであるが、制度批判への批判に関しては、参照、三宅雄彦「職業官僚制における制度と身分」(新潟大学)法政理論 39 巻 4 号(2007 年) 331-372; 355-359 頁、同(前掲注 79)(地位と実体) 39-45 頁。Vgl. Josef Isensee, Versteckter Dissens(2017), in: ders., Staat und Religion: Abhandlungen aus den Jahren, 1974-2017, 2018, S. 104-137, 124-126.

129 なお、ドムボワに似た興味深い説にグreshナーの自由概念(Freiheit)がある。彼は制度概念それ自体を用いずに、彼独自の自由の理解を展開する。つまり、他者から解放されて自己実現の為に行使される自由でなく、自己の自由が他者の自由と条件づけ合い、一方と他方が相互的又は対話的関連にあり、この関係性を前提として行使される自由である。グreshナーはこのことを、人は己を「自由にする(Frei-Setzung)」と述べている。即ち、各人が解釈した自由関係を尺度とし、自由を信頼(Zutrauen)し切望(Zumuten)する。信頼された自由は贈物(Geschenk)であり、切望された自由は重責(Last)となるだろう。この贈物があるからこそ、人は外的請求でなく内的要望を行使して、この重責があるからこそ、人は責任関係として自由関係で生活する。国家があるうがなかろうが、子供がいようがいまいが、婚姻関係に向けその都度示された是の態度を対話により人は解釈するのである。Rolf Gröschner, Ehe, in: W. Heun/M. Honecker/M. Morlok/J. Wieland (Hrsg), Evangelische Staatslexikon, 2006, Sp. 381-385, 384; ders., Das Überwachungsrechtsverhältnis, 1992, S. 82-84; ders., Weil Wir frei sein wollen, 2016, S. 133-149.

三三 130 例えば、異性婚と同性婚に責任共同体の基礎という共通点を発見し、この婚姻による相互の責任引受が社会国家の下にある国家の負担免除/緩和となる、即ち、婚姻も社会国家に貢献すると主張する指摘もあるが、これは、婚姻は家族となり子供を産んで社会に献身するという類の、異性婚主義/同性婚反対と、結局は同じ方向に向かう。Pschorr/Drechsler, a.a.O.(Fn.48), S. 127f.

関連して、婚姻の制度的保障の浸食を批判するゲアディツによれば、結果的

一般的人格権実現の為のパートナーシップ制度と同種の組織となる。ドムボワは両者の比較自体を拒否するであろう¹³¹。

二つに、それ故に、制度的保障の下で全体連関を内在させる婚姻と、意義連関のないパートナーシップの間で法律効果の対照はできない。後者では法効果の完全列挙ができるのに、前者では不可能だからだ。ならば、連

に先のドムボワと同様に、この後退の原因は、婚姻と生活パートナーシップの同権化でなく、社会の機能化や経済化に由来する。つまり、婚姻制度は、経済的効率性への社会の執着に抵抗する為の安定錨であり、人間関係の流動化から責任共同体の制度化へと回帰する為の表明、要は、反機能主義や反目的主義の象徴だと指摘する。婚姻はその再生産機能故にでなく、単に任意の行為を行う自由を保障する為、社会による個人利用を阻止する為に保護されるのである。Klaus Ferdinand Gärditz, *Verfassungsgebot Gleichstellung?: Ehe und Eingetragene Lebenspartnerschaft im Spiegel der Judikatur des Bundesverfassungsgerichts*, in: A. Uhle(Hrsg.), *Zur Disposition gestellt?: Der besondere Schutz von Ehe und Familie zwischen Verfassungsanspruch und Verfassungswirklichkeit*, 2014, S. 85-131, 121-126. しかし、ゲアディツは、この言明を婚姻の制度的保障に限定せず、同一の意味を生活パートナーシップにも承認し、それどころか寧ろ、これがあるからこそ婚姻の制度的意味が際立つようになったと言う。Gärditz, a.a.O., S. 123f.

131 なお、両者の比較についてグレシュナーが興味深い指摘をしている。元々、婚姻制度の目的は、生殖、国民の維持と増殖、端的に言えばリプロダクションという、基本法が認める機能の充足にあるという。Gröschner, a.a.O.(Fn.129), Sp. 382f. だが、生活パートナーシップの目的は、元々生殖機能を欠く同性ペア故に、再生産機能を持たぬ活動共同体の保護ということになるが、立法者は、当該パートナーの性的指向の保護が目的なのだと述べる。しかしこれは、私生活の最深部にあり本来国家が触れてはならない筈のもので、性共同体の保護自体が憲法のタブーに触るものである。異性ペアなら具体的関係でのその性指向を秘密のままにできるのに、同性ペアの親密圏にある性指向がなぜオープンにされるのかと言う。Rolf Gröschner, *Dialogik des Rechts*, 2013, S. 314-316; ders., a.a.O.(Fn.129) (Ehe), Sp. 384f. 故に、一方で婚姻が憲法上生殖潜在性という目的を持つ制度であり、他方でパートナーシップが法律上性的指向性を目的とするのならば、最初から双方の法効果を比較することは不可能ということになる。勿論、婚姻自体の目的は議論できぬ、というのが本文のドムボワの説であるから(婚姻は目的団体でない)、比較はヨリ無理筋となる。

更に、同性ペアならぬ、異性ペアの生活共同体、即ち、事実婚との比較の文脈だが、ホルツハウアー曰く、生殖可能な事実婚であれば、立法者は、その生殖機能故に婚姻同様の保護を事実婚に付与しうる。Holzhauer, a.a.O.(Fn.49), S. 495. だとすれば、婚姻効果の同性カップルへの拡大や、同性婚の承認は、次世代教育機能を見越した国家による同性ペアの利用ともいえよう。

邦憲法裁の一般平等原則による両者の平準化戦略も実は誤りで、更に、距離要請も両者の相違を数値化する点で問題がある。

(3) 第二に、婚姻が、その要件を、当事者の自由行為に委ねるのでなく、彼らには処分できない措定された所与性の中に探求するのであれば、婚姻概念の各種の要素は堅固な体系的連関の中で把握すべきである。

一つに、同じ制度的保障の職業官僚制では様々な原理が体系を成し、そのいずれかの毀損は官僚制自体の否定を意味するとされたが如く、婚姻も、その諸特徴が溶解し合い接合し合う体系と見るべきである。従って、これまで職業官僚制の諸原理に脱落したものがないように、婚姻の異性性の要素も、今も堅持される他の要素と関連性をまずは考慮すべきで、軽々に放棄すべきでない、ドムボワは語るだろう。

二つに、従って、制度的保障が婚姻諸要素の連関を固定するならば、憲法規範の文脈の変遷という意味での変遷は、ここでは成立しない。即ち、同性婚の違憲訴訟を断念した人々は、異性性の要素を放棄し、永遠性で時限婚へ、単一性で多重婚へ防御を転換する態度に出たが、異性性や永遠性や単一性など婚姻の諸要素の間に連関があるのなら、この戦略自体が、従来のこれらの対等関係に代え優劣関係を設定し、以て、制度的保障を突き崩し、憲法変遷の禁を破ったことになる。

(4) 結局、以上は、憲法理論の祖スメントの下で学んだドムボワらしく、国家憲法 (Staatsverfassung) と (概念があるとすれば) 婚姻憲法 (Eheverfassung)¹³² の対抗関係なのである。

132 例えば、ローゼンブッシュは、女性参政権の拡大を検討する研究で、家父長制的婚姻像と個人主義的婚姻像の対比を示しつつ、婚姻憲法 (Eheverfassung) の概念を、従って、婚姻における夫婦関係の構造という意味内容で、家父長制的婚姻概念と個人主義的婚姻憲法の対向関係を示している。しかし、彼女の当該箇所での言及は、女性を劣位に置く婚姻憲法と、同じく女性を政治過程から排除する国家憲法の並行関係を告発する文脈の中にあり、従って、それは、本稿本文の如く、国家憲法と婚姻憲法の矛盾関係と後者の保存の為の制度保障という趣旨ではない。Ute Rosenbusch, *Der Weg zum Frauenwahlrecht in Deutschland*, 1998, S. 274-280. Vgl. Ursula Vogel, *Gleichheit und Herrschaft in der ehelichen*

即ち、ドムボワはこの問いを、基本法 3 条と 6 条の関係に引き直す。元々共同態、即ち国家なるものは、その内部で、自己の本来的構造原理に完全に合致した制度や法形式のみに、存立を認めるのである。自由主義国家では、その団体目的を拒否する構成が自由に脱退することを許さない団体は存在できないのである。政党もそうであろう。だが、制度的保障とは、国家構造に違う例外を承認することである。己の組織構造に背く組織を認めぬ全体主義国家では不要のものだが、婚姻や家族なる法形式は普遍妥当の国家原理に組み込まれないのだ¹³³。

別の見方をすれば、制度的保障は、国家と婚姻・家族の妥協である。即ち、一般的な国家原理を体现する基本法 3 条と、特殊な歴史的な法領域が顕現する 6 条が、制度的保障で停戦協定を結ぶという訳だ¹³⁴。しかし、だとすれば更に、3 条の後ろの国家原理を探る憲法理論と、6 条の背景の婚姻本質を究める憲法理論とを突き合せねばならない¹³⁵。ドムボワの婚姻学

Vertragsgesellschaft - Widersprüche der Aufklärung, in: U. Gerhard (Hrsg.), Frauen in der Geschichte des Rechts von der frühen Neuzeit bis zur Gegenwart, 1999, S. 265-292, 268; Matthias Cornils, Die Ausgestaltung der Grundrechte: Untersuchungen zur Grundrechtsbindung des Ausgestaltungsgesetzgebers, 2005, S. 257. 関連して、三宅（前掲注 5）151-152 頁、163 頁注 187。

133 Dombois, a.a.O.(Fn.91), S. 107.

134 Dombois, a.a.O.(Fn.91), S. 107.

135 既に詳細な検討の暇はないが、嘗てスメントと共に精神科学的方法の陣営を興し、自身は法観念論の立場を闡明にしたホルシュタイン、両親権を規定するワイマール憲法 120 条の彼の解釈が今でも輝く。本稿の制度保障と憲法変遷に関連する、彼の方法論にのみ触れれば、両親権を実定法を超越し、しかも具体的生活事実と直接適用可能な自然法とするカトリック的理解を排して、福音主義／精神科学的な立場、即ち、一つに、ある権利は、それが組み込まれた法学的環境世界や規範的構造連関、憲法全体の精神的傾向から解釈すべきこと、二つに、かといって実定法は、その抽象的理念と具体的現実が無媒介に繋ぎ合わされたものでなく、正義の法や理性の法が精緻化され個別化されて、法理念と法規範、法理念と法現実を両極にもつもの、神的に必然的なもの（自然法的なもの）と人間的に自由なもの（実定的なもの）が不可分統一的に結びついたものと理解すべきこと、三つに、従って実定法は、この法理念と法現実とが精緻化され個別化されてきた歴史全体から、つまり、その憲法適合的な前歴史から把握すべきで、ワイマール憲法 120 条で言えば、プロイセンやドイツ全体の

説は、この意味での婚姻の憲法理論となるだろう。

四 結語

(1) ドイツ基本法上の婚姻概念を検討した本稿の結論は次の通りである。第一に、今世紀初頭の生活パートナーシップ法の成立を契機として、連邦憲法裁は、先ずはこの同性カップルの為の法的保護を合憲とし、これと婚姻の権利内容の相違を平等原則で平準化する戦略を採るが、その帰結は、同性婚法制定という或る意味見切り発車の解決であり、単に憲法裁の最終判断がないという事実に基づく暫定的安定である。故に、学説上も、婚姻の制度保障や憲法変遷の概念が混濁したまま、合憲論と違憲論が相互に一方的勝利宣言をする大混乱が続いている。

第二に、しかし、この混迷を打開するに憲法理論の力が必要であり、一つに、憲法変遷概念を、個別実定条項の憲法解釈の亜種ではなく、規範相互の連関の変動という憲法理論上の基礎概念として再構成し、二つに、制度的保障論を、職業官僚制の法理の如く、或る制度の構造諸原理に体系的連関を見て、これを確保する説として把握すれば、ドムボワの如く、制度を行為と過程の統一体、区別と配属の結合体と見て、その概念要素と法律効果を全体的連関の一部分として捉え、結局、婚姻と他の仕組みの比較自体を拒む見解が登場する筈である¹³⁶。

学校制度の歴史的発展の中でこれを解釈すべきこと。Günther Holstein, Elternrecht, Reichsverfassung und Schulverwaltungssystem, in: AöR, Bd. 51(1927), S. 187-254, 189-206. Vgl. Smend, a.a.O.(Fn.59), S. 264-268. 参照、三宅雄彦「政治的体験の概念と精神科学的方法(2)」早稲田法学 74 巻 4 号(1999 年) 691-693 頁。

二九 136 憲法裁判所による同性カップルの同権化に結果的に反対の立場から、基本法 6 条 1 項の文言や制定史を軽視する 2002 年のパートナーシップ判決や、恐らくはそれに追隨して肯定する憲法学説について、テッティンガーは、これを憲法裁判所実証主義の否定的具体例とか、同裁判所の「憲法の番人」たる栄光の一頁の反証であると主張する。この婚姻の憲法理論がどんな内実を持つかは、今後の課題であるが、法制史家ホルツハウアーの婚姻概念研究が参考になるかもしれない。Tettinger, a.a.O.(Fn.45), S. 1151. 参照、三宅雄彦「総論」鈴木・

(2) 尤も、この結論を実践上の問題に直結させるのは勿論危険であろう。第一に、この古典的で且つ法神学的な、婚姻の制度的保障の理解は、婚姻の異性性要素の脱落を否定するだけでなく、婚姻とパートナーシップの比較自体も拒絶して、異性カップルの同権化を却下するが、しかし同時に、婚姻の生殖潜在性を重視しこれを特別視する説にも、婚姻を不当に目的化し合理化する見解として厳しく批判するだろう。第二に、この余りにキリスト教的、福音主義的な婚姻制度の理解は、ドイツでさえ、イスラム教との共生が益々喫緊の課題となる時代に、更に、国際化と経済化で理性退化が益々進行する現代に妥当なのか。宗教的にも歴史的にも異なる文化の、構造的にも解釈的にも異なる憲法の日本で、婚姻のこのドイツ的理解がそのまま当て嵌まるのか¹³⁷。

三宅編『ハンドブック・ドイツの憲法判例』（信山社、2021年）22-25頁。

137 本稿の目的は、日本国憲法24条の解釈に直接貢献することになく、従って、ドイツ基本権教義学のロジックを直接適用する意思はない。だが、強い留保をつけ日本国憲法への帰結を述べるならば、一つに、基本法6条の如き「国家秩序の特別の保護」の文言がないとしても、日本国憲法24条2項が「婚姻及び家族」に関して法律制定を命じ、「個人の尊厳と両性の本質的平等」によりその立法裁量を限定して、同1項が婚姻を「両性の合意にのみに基づいて成立し、夫婦が同等の権利を有する」ことを基本とし「相互の協力」を要求することで、2項の立法裁量の限定に婚姻概念の由来を追加していることになる。その際、この婚姻が独流の制度的保障の概念で把握されるとすれば、正しく、一方で2項の言う立法の形成により婚姻制度を具体化して、他方で1項の言う婚姻の構成原理で立法裁量を限定することになる。ドイツ基本法と異なり、婚姻概念の定義の一部が実定憲法条項へと組み込まれている以上、憲法変遷の是非自体を論じることは難しい。そもそも、婚姻の異性性が憲法条項に書き込まれているとするなら、これを構造原理とする為に制度的保障の思考を持ち出す必要がない。二つに、では同性カップルの生活共同体の保護をどうするかにつき、ドイツ基本法2条1項の一般的人格権による構成と同様、13条に基づいて彼らに生活共同体を形成する権利を発見することになろう。しかし、彼らの生活共同体は、制度的保障かは兎も角、婚姻という生活共同体を予め持った異性カップルと異なり、元々不安定である。三つに、且つ、平等原則の適用につき基準の厳緩を明確に区別する思想に乏しい日本国憲法14条では、婚姻と同性生活共同体の間を厳格な違憲審査で埋めていくという手法を採用するにも容易でない。なお、最高裁判決における制度的保障の可能性について以下も見よ。石川健治「最高裁判所民事判例研究」法学協会雑誌114巻12号(1999年)97-116, 103-107頁。

だが、唯の試論的考察ならぬ紹介に留まる本稿の限界を承知の上で、戦後 70 年、綿密な憲法教義学の構築を誇るドイツ国法理論と雖も、そして、同性婚法への宙吊りのな問題解決の状況をさておくとして、その成果は、制度保障や憲法変遷の真面目な検討に留保されている。その前提を問う為にこそ、憲法解釈学ならぬ憲法理論が待望される¹³⁸。

138 参照、三宅雄彦「構造科学としてのドイツ憲法理論」法律時報 91 卷 3 号 (2019 年)92-97 頁。即ち、一つに、民主的立憲的国家構造を探究する国家／政治憲法と、民主政や立憲政を本質としない婚姻／家族憲法との比較検討であり、二つに、スメントやドムボワの制度学説が主張する、地位と過程の結合体としての共通性を持つ国家憲法と婚姻憲法の比較検討である。