

同性婚による婚姻概念の変容

——ドイツ連邦議会議会法務・消費者保護委員会公聴会より——

渡 邊 泰 彦

- I 日本の状況
- II 同性婚をめぐる状況
- III 二〇一五年連邦議会議会法務・消費者保護委員会公聴会の概要
- IV 基本法六条一項の改正は必要か
- V 婚姻と家族の関係
- VI 婚姻概念の変遷
- VII 比較法
- おわりに

I 日本の状況

1 地方自治体

LGBT（レズビアン、ゲイ、バイセクシユアル、トランスセクシユアル）として表されることの多い性的マイノリティを巡る社会の対応は近年では変化してきている。とりわけ、地方自治体の動きが注目される。例えば、大阪市淀川区は、二〇一三年九月一日に「LGBT支援宣言」を公表し、意見交換会、電話相談、啓発活動、意識調査など具体的活動を行ってきた。¹⁾

二〇一五年から、「同性カップル」という当事者間の関係を対象とした動きが活発となっている。

渋谷区では、二〇一五年四月一日に施行された「渋谷区男女平等及び多様性を尊重する社会を推進する条例」一〇条により、同性カップルを対象とするパートナーシップ証明書が一月五日から発行された。パートナーシップ証明の申請にあたっては、任意後見契約または合意契約の公正証書の提出が求められている。

世田谷区では、条例ではなく、二〇一五年九月二五日の「世田谷区パートナーシップの宣誓の取扱いに関する要綱」(二七世人男女第一八四号)により、一月五日から、カップルの「宣誓書」受領証の交付を開始した。²⁾ 宣誓にあたり、公正証書の提出は必要とされない。

同性カップルのための証明書の発行のために、パートナーシップ宣誓制度が伊賀市(二〇一六年四月)、宝塚市³⁾(六月)で、パートナー登録が那覇市(七月)で開始した。

パートナーシップの証明書および宣誓は、行政において一定の配慮を求めることに限られる。それでも、このような動きに呼応して、社員による同性カップルに対する福利厚生などの扱いを夫婦と同じくする企業が増えている。パート

ナードシップ証明は、社会に向けて同性カップルの問題を考える契機としても大きな役割を果たしていると評価できる。⁽⁴⁾さらに、同性カップル当事者間の権利と義務を具体的に定めるには、地方自治体での取り組みだけではなく、国の対応が求められている。

2 同性婚と憲法改正

前記の渋谷区での条例制定への動きが報道されるなか、平成二七年二月一八日参議院本会議において、日本を元気にする会・無所属会の松田公太参議院議員が同性婚の前提として憲法二四条が問題となるのかについて質問した。それに対して、安倍晋三総理大臣は次のように答えた。

「同性カップルの保護と憲法二四条との関係についてのお尋ねがありました。

憲法二四条は、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と考えております。⁽⁵⁾」

立法に関して、二〇一五年七月七日には、同性婚について日弁連に対して人権救済申立てが行われた。この申立てに基づき、日弁連から総理大臣、法務大臣、衆議院、参議院に立法を求めることを勧告するとされる。⁽⁶⁾

判例において、日本法における同性婚の是非を直接に述べるものはない。⁽⁷⁾だが、女性から男性に性別を変更した者を夫とする夫婦において妻が非配偶者間人工授精により出産した子に嫡出推定が及ぶかが問題となった最三決平成二五年二月一〇日（民集六七卷九号一八四七頁）において、寺田逸郎裁判官の補足意見は、「現行の民法では、『夫婦』を成り立たせる婚姻は、単なる男女カップルの公認に止まらず、夫婦間に生まれた子をその嫡出子とする仕組みと強く結び

付いているのであって、その存在を通じて次の世代への承継を予定した家族関係を作ろうとする趣旨を中心に据えた制度であると解される。嫡出子、なかでも嫡出否認を含めた意味での嫡出推定の仕組みこそが婚姻制度を支える柱となっており、婚姻夫婦の関係を基礎とする家族関係の形成・継承に実質的な配慮をしていると考えられるのである。」と述べる。

もつとも、「本文を含めた以上の説明は、嫡出子とそのもととなる婚姻との関係についての現行法における理解を示したものであり、異なる制度をとることを立法論として否定するものではなく、これを維持するか修正するかなどは基本的にすべて憲法の枠内で国会において決められるべきことであることはいうまでもない。」とも述べている(傍線部は筆者による)。

さて、同性婚を導入するために、憲法二四条の改正は必要であろうか。⁽⁸⁾類似の問題が、ドイツにおける同性婚をめぐる議論でも生じている。二〇一五年九月二八日に連邦議会法務・消費者保護委員会公聴会では、同性婚を認めるには基本法を改正する必要があるのかについて賛否双方の立場から意見が述べられた。本稿では、同公聴会における意見を紹介することで、日本における検討のための一つの資料を提供したい。⁽⁹⁾

以下では、同性婚をめぐるドイツの状況を概観し(Ⅱ)、公聴会の公述人の意見の概要をみたうえで(Ⅲ)、基本法六条一項の変更が必要かという観点(Ⅳ)から同性婚の賛成と反対の立場の論拠を紹介していく。紹介にあたっては、同性婚反対説のおもな論拠である基本法六条一項の成立過程ならびに婚姻と家族の結びつきに関して、その主張と同性婚賛成説からの批判を対比する(Ⅴ)。同性婚賛成説の主な論拠である婚姻概念の変遷については、社会的変遷と連邦憲法裁判所判例から紹介し(Ⅵ)、比較法については簡単に触れることとする(Ⅶ)。

II 同性婚をめぐる状況

二〇〇一年にドイツは、婚姻とは異なる同性カップルのための制度として、生活パートナーシップ法 (Lebenspartnerschaftsgesetz) を施行した。同年に、オランダでは、世界で初めて同性婚が導入されている。⁽¹⁰⁾

二〇一六年九月現在、西ヨーロッパ、南北ヨーロッパで同性婚を導入していないのは（二部の小国家を除き）、ドイツ、オーストリア、スイス、イタリアである。一九九〇年代から二〇〇五年にかけてパートナーシップ制度を導入した国の中では、ドイツだけが同性婚を導入していない。しかし、同性婚に関する議論は行われており、議会において、同性婚の導入について以下のような提案がなされてきた。⁽¹¹⁾

1 二〇〇一年生活パートナーシップ法成立まで

同性婚の問題を連邦議会で初めて扱ったのは、一九九〇年に緑の党が提出した動議 (Antrag) であるとされる。ドイツ統一の年である当時は、男性同性愛を処罰する規定 (刑法旧一七五条) が、少年保護のためとはいえ、旧西ドイツ地域では存続していた。

連邦憲法裁判所一九九三年一〇月四日決定⁽¹²⁾は、婚姻とは共同生活に向けられた男性と女性の間の合意であるとして、同性カップルによる婚姻は認められないと結論づけた。その理由の一つに、異性であることがもはや特徴的な意義を与えられなくなるという意味において婚姻理解が基礎から変化したという十分な論拠が示されていないことを挙げた。婚姻理解が変化すれば同性婚が認められるのか否かという点については、現在の議論まで影響を及ぼしている。

一九九四年五月三十一日第二九次刑法改正法 (BGBl. I S. 1168) により、少年との男性同性愛行為を処罰する刑法一七

五条の規定が削除された。

同年六月一五日には、連合九〇／緑の党の議員が「同性の人のための婚姻締結の権利を導入するための法律草案」(BT - Drucks. 12 / 7885) を連邦議会に提出した。同草案は、民法一三三三条一文を「婚姻は、異性又は同性の二人の者により締結する。」と変更することを提案した。その理由として、EU議会が一九九四年二月に「ゲイとレズビアン」の同権に関する勧告を行ったことと(BT - Drucks. 12 / 7069)、同性愛と婚姻に対するイメージの変化が生じていること、同性愛者への婚姻の禁止が平等原則と婚姻締結の自由に反すること、連邦憲法裁判所決定によっても同性婚(または登録パートナーシップ制度)を導入できること、同性愛者がおかれている不利な法的状況をあげた。この法律草案は、連邦議会第一二会期(一九九〇～一九九四年)の終了により審議未了廃案となった。

一九九五年一〇月二四日に連合90／緑の党は、前回と同名の法律草案を、理由を追加して提出した(BT - Druck. 13 / 2728)⁽¹³⁾。

その後、一九九八年に社会民主党が「基本法三条の平等扱いの要請を貫徹するための法律草案(平等扱い法)」(BT - Drucks. 13 / 10081)を提出し、同性登録パートナーシップである生活パートナーシップ(Lebenspartnerschaft)の導入を提案した。これにより、立法における議論の中心は、同性婚から生活パートナーシップ法の成立へと移る⁽¹⁴⁾。

二〇〇一年には、同性カップルを対象とする登録パートナーシップを導入する生活パートナーシップ法(Lebenspartnerschaftsgesetz (LPartG))が成立した。その後は、婚姻に認められる権利を生活パートナーシップにも認めることに力が傾注された。

2 生活パートナーシップ法成立以降

二〇〇五年からの連邦議会第一六会期において、生活パートナーシップの拡充ではなく、同性婚への移行を求める法律草案として、二〇〇九年六月三〇日に連合90／緑の党が「同性の人のための婚姻締結の権利を導入するための法律草案」を提出した(BT - Drucks. 16 / 13369)。この草案は、民法一三五三条一項一文を「婚姻は、異性又は同性の二人の者により終生にわたり締結する」と改正することを提案した。

二〇〇九年九月から二〇一三年にかけての連邦議会第一七会期では、毎年のように、同性婚を導入するために法律草案などが提出された。

同性婚の規定を含む法律草案の提出を連邦政府に求めて、二〇一〇年六月一〇日に連邦議会でも左翼党(Die Linke)が「婚姻の開放(Öffnung der Ehe)」の動議(Antrag)を(BT - Drucks. 17 / 2023)、二〇一〇年六月二三日には連邦参議院(Bundesrat)でベルリン市が「同性の人のための婚姻の開放についての連邦参議院の決議」の動議を提出した(BR - Drucks. 386 / 10)。

二〇一一年六月二九日には、連合90／緑の党が、「同性の人のための婚姻締結の権利を導入するための法律草案」を連邦議会に再び提出した(BT - Drucks. 17 / 6343)。同年一月一四日には、社会民主党が「同性カップルにも婚姻締結への権利を可能とする」動議(BT - Drucks. 17 / 8155)において、法律草案の提出を連邦政府に求める決定を連邦議会が行うことを提案した。これら二つについて、二〇一二年五月一〇日に連邦議会法務委員会は、連邦議会が提案を否決することを望む決定勧告と報告を当時の与党キリスト教民主同盟とキリスト教社会同盟、自由民主党の賛成多数により議決し、連邦議会に提出した(BT - Drucks. 17 / 9611)。その後、草案と動議は、二〇一二年六月二八日に連邦議会でも賛成二六五、反対三〇九、白票九により否決された。¹⁵⁾

二〇一三年三月一二日には、社会民主党と連合90／緑の党が「同性の人のための婚姻締結の権利を導入するための法律草案」を連邦議会に提出した (BT - Drucks. 17 / 12677)。連邦参議院では、二〇一三年三月一二日に六つの州と市が「同性の人のための婚姻締結の権利を導入するための法律草案」の法律動議を行い、五月八日には法律草案を連邦議会に提出した (BT - Drucks. 17 / 13426)。これは、先の社会民主党と連合90／緑の党による草案と同じ内容の法律案を提示し、その理由もほぼ同じであった。これらの法案は、会期終了により廃案となった。

連邦参議院からの法案について、連邦政府は「連邦政府内での意見形成はまだできていない。支配的見解と連邦憲法裁判所の判例によると、同性の人のための婚姻締結の権利を導入するためには、基本法の改正が必要である」と述べた (BT - Drucks. 17 / 13426, S. 10)。

二〇一三年からの第一八会期において、二〇一三年一〇月二三日に左翼党は「同性の人のための婚姻締結の権利を導入するための法律草案」 (BT - Drucks. 18 / 8) を、二〇一五年六月一〇日に連合90／緑の党が「同性カップルに対する婚姻禁止の撤廃のための法律草案」を連邦議会に提出した (BT - Drucks. 18 / 5098)。

連邦参議院では、二〇一五年六月五日に九つの州と市により「『すべての者のための婚姻ー同性カップルの完全な平等扱いについての決定』の連邦参議院決定」の動議 (BR - Drucks 274 / 15) と、そのうち四州から「同性の人のための婚姻締結の権利を導入するための法律草案」の法律動議 (BR - Drucks. 273 / 15) が提出された。後者は九月二五日に可決され (BR - Drucks. 273 / 15 (Beschluss))、一二月一日に連邦議会に提出された (BT - Drucks. 18 / 6665)。⁽¹⁹⁾

これらの法律草案に対して、同性婚導入には基本法改正が必要であるという立場から、連邦政府は、生活パートナーシップに関する諸法を改正する「生活パートナーの権利の解決のための法律草案」を二〇一五年五月二九日に連邦参議院に提出し (BR - Drucks. 259 / 15)、九月二日に連邦議会に提出した (BT - Drucks. 18 / 5901)。

二〇一五年九月二八日に、連邦議会法務・消費者保護委員会は、連邦政府草案、左翼党草案、連合90／緑の党草案を対象に、公聴会を開催した。法務・消費者保護委員会は、二〇一五年一〇月一日に、連邦政府草案を受け入れて、左翼党と連合90／緑の党による草案を否決することを、与党キリスト教民主同盟とキリスト教社会同盟、社会民主党の議員の賛成により決定し、報告した (BT - Drucks. 18/6227)。

その後、連邦政府による「生活パートナーの権利の解決についての法律」が連邦議会で可決、連邦参議院での決定を経て、十一月二〇日に制定、十一月二五日に公布、施行された。

3 生活パートナーシップと婚姻の違い

二〇〇一年法において生活パートナーシップ法は、基本法六条一項により保護される婚姻との違いが明確にされていた。⁽²⁰⁾ 二〇〇四年成立、二〇〇五年施行の生活パートナーシップ法改訂法 (Gesetz zur Überarbeitung des Lebenspartnerschaftsrechts) により、生活パートナー間の権利と義務が婚姻とほぼ同様となり、生活パートナーの一方の実子と他方との継親子縁組が認められた。⁽²¹⁾ 連邦憲法裁判所二〇〇九年七月七日決定 (BVerfGE 124, 199) から、判例により、生活パートナーシップと婚姻との違いは取り除かれていった (後記VI 2)。

夫婦財産制、別居、離婚、離婚給付に相応する当事者間の関係および相続について、生活パートナーシップ法は、民法の規定を準用しており、婚姻との違いはほばない。民法における具体的な違いは、親子に関する規定となっている。二〇一五年現在、夫婦のみが共同縁組を行うことができ、妻の生んだ子の父は夫とされる。それに対して、生活パートナーシップでは、一方の実子または養子と他方が縁組できるのみである。女性カップルの一方が精子提供型人工生殖により子を出産した場合にも、他方は、実母とともに親とする外国判決がなければ、ドイツ法によって母となることはな

⁽²²⁾い。

III 二〇一五年連邦議会议務・消費者保護委員会公聴会の概要

1 連邦政府草案

最終的に可決された、生活パートナーの権利の解決についての法律 (Gesetz zur Bereinigung des Rechts der Lebenspartner) では、民法、行政手続法ほか行政法令、民事訴訟法、身分登録法、生活パートナーシップ法など合わせて二二の法令の改正を行う。その主な内容は、婚姻、夫婦とともに、生活パートナーシップ、生活パートナーという言葉⁽²³⁾を挿入するものである。その点について、草案理由では、「本質的には、実務上あまり重要ではない法規の簡素化のための条文の編集上の変更」と述べていた (BT - Drucks. 18 / 5901, S. 17)⁽²⁴⁾。

同性婚に対する連邦政府の立場は、前記「生活パートナーシップの権利の解決についての法律」草案からは明らかではないが、二〇一五年四月一六日に連合 90 / 緑の党が提出した小質問 (Kleine Anfrage)⁽²⁵⁾に対して次のように答えている。「連邦憲法裁判所の関連する確定判例を見ると、同性カップルのための婚姻の開放は、基本法 (六条一項) の改正を前提とするだろう。連邦政府は、現時点で、基本法のような改正を準備する意図を有していない。」 (BT - Drucks. 18 / 4882, S. 5)。

2 野党草案

左翼党による法律草案 (BT - Drucks. 18 / 8) と連合 90 / 緑の党による草案 (BT - Drucks. 18 / 5098) は、民法一二

五三条一項一文の変更によって同性婚が認められることを前提としている（以下では、両者をまとめて野党草案と呼ぶ）。これら野党草案は、左翼党草案がトランスセクシュアル法の改正を含んでいる点を除けば、草案理由もほぼ同じである。草案理由では、基本法が婚姻を扶助及び責任の共同体として保護すること（後記V 2 (2) (a) 参照）、婚姻理解の変遷（後記VI 1 (1) 参照）、連邦憲法裁判所の判例（後記IV 2 (4) (5) 参照）、外国の状況（後記VII 1 参照）をあげている。

遡ると、連邦90／緑の党が提出した二〇〇九年の法律草案「同性の人のための婚姻締結の権利を導入するための法律草案」(BT - Drucks. 16 / 13569) から草案理由の基本的な考え方は変わっておらず、二〇一一年に提出した同名の法律草案 (BT - Drucks. 17 / 6343) とほぼ同一である。

3 公述人

公聴会では七人の公述人が意見を述べ、シュヴァッケンベルク弁護士を除く六名が文書で意見を事前に提出していた。⁽²⁷⁾

同性婚に反対する、または同性婚導入には基本法六条一項の改正が必要とする立場から意見を述べたのは次の三名である（肩書きは公聴会当時のもの）。

ベネディクト教授（ロストック大学、ドイツ・ヨーロッパ私法、法制史、法哲学⁽²⁸⁾）は、法学的観点である「存在している法（das Recht, wie es ist）」、「現行の法（de lege lata / de constitutione lata）」と、政治的観点である「存在すべき法（das Recht, wie ein sein soll）」「あるべき法（de lege ferenda / de constitutione ferenda）」に分けて論じている。存在している法、現行の憲法による婚姻概念は、歴史上の立法者の立脚点と連邦憲法裁判所の判例から、継続的な男女の生活共同体であるとする。憲法変遷（Verfassungswandel）を否定し、社会的変遷（gesellschaftlicher Wandel）自体

は法源ではなく、これを規範として表すには、基本法六条一項の変更が必要であるとする。

イブゼン教授（オスナーブルック大学、地方自治及び行政学研究²⁹所）は、基本法六条の成立過程、連邦憲法裁判所の判例、基本法六条一項についての学説に基づき、婚姻が異性であることを要件としていと述べる。社会的変遷だけでは、憲法変更につながるできないとする。憲法上の婚姻概念において、潜在的な生殖機能・再生機能が重視され、同性間の婚姻は含まれないとする。

イエステット司教（ドイツ司教委員会³⁰）は、異性であることが憲法上の婚姻概念の構造原理（Strukturprinzip）、本質的なメルクマールであり、基本法六条一項による制度保障の対象であって、社会的変遷により変化しないとする。同性間の婚姻は認められないと述べる。憲法上の婚姻概念の変遷については、そもそも生じていないとする。

野党草案に賛成し、民法改正により同性婚を導入できるとする立場から意見を述べたのは、次の四名である。

ブロシウス・ガースドルフ教授（ハノーファー大学、公法、社会法、公的経済法、行政学³¹）は、婚姻概念が扶助（Beistand）機能と責任機能を含んでおり、潜在的生殖機能は含まれないことを強調し、同性婚を民法改正により認めることができるとする。男女の結びつきは憲法上変化しない婚姻の概念メルクマールではなく、基本法六条一項の成立史からも異性カップルへの婚姻の限定を見て取ることはできないとする。夫婦の「潜在的な」生殖能力が家族の制度との体系的関連から婚姻の憲法上の制度の要件となるのではないとする。

ヴァプラー教授（フランクフルト大学、公法）は、婚姻と生活パートナーシップが、法律規定にしたがって締結および解消される、二人の人の継続的で、包括的で、相互的な保証・責任共同体（Einstands - Verantwortungsgemeinschaft）という本質的な点において違いがないと述べる。親と子の関係においても、同性と異性のカップルを区別して扱う実質的理由がないとする。そして、異性であることが、婚姻の構造を特徴づけるメルクマール、生活パートナーシップとの

重要な違いではないと述べる。

ブルンス氏（同性愛者団体LSDスパークスパークソン、元連邦検察官⁽³²⁾）は、生活パートナーシップと婚姻が本質において同じ法律効果を有しており、名称でのみ区別されているとする。二つの制度が併存することから生じる立法と行政の不効率を指摘する。そして、連邦議会における同性婚の法律草案の過程、外国の立法状況、連邦憲法裁判所の判例を詳細に述べ、同性婚の導入に賛成する。

シヴァアッケンベルク弁護士・公証人⁽³³⁾は、異性カップルと同性カップルの生活スタイルの差別を実際に回避する唯一の方法が、同性パートナーのために婚姻概念を開放することであると述べる。婚姻概念と男女の結びつきという概念の結合は、意識的な憲法上の判断ではないとする。そして、婚姻が扶助と責任の共同体であることを強調する。

IV 基本法六条一項の改正は必要か

「婚姻と家族は、国家秩序の特別の保護の下にある」と定める基本法六条一項が婚姻当事者の性別の組合せについて述べていないことから、同性婚の賛否にあたりその解釈の問題が生じる。

賛成と反対の立場が対立したのは、同性婚を認めるために、民法の改正だけでよいのか、さらに基本法六条一項の改正が必要であるか否かという点であった。より根本的には、基本法六条一項が定める「婚姻」において、異性であることが、婚姻概念の変化しないメルクマールとして存在しているのが問題とされた。基本法六条一項の婚姻概念の本質的・中核的要件であるとすれば、基本法六条一項による制度保障から、法律改正ではなく、基本法改正によってしか変更できない。中核的要件でないとすれば、立法機関による民法の改正により変更することができる。

1 反対説

同性婚に反対する立場（以下では、反対説とする）によると、基本法六条一項により特別に保護される婚姻とは男女間の継続的な結びつきであり、異性愛原則は当然に婚姻概念の憲法上保護された中核である（Benedict, S.6; Jestaedt, S.4）。野党草案のように民法一三五三条一項一文の改正によって同性婚を導入することはできず、基本法六条一項の改正が必要となる（Ipsen, S.1; Benedict, S.2; Jestaedt, S.6）。

夫婦が異性であることは、憲法上の婚姻概念における不可侵な構造メルクマール（Strukturmerkmalen）であり、同性婚は憲法改正によってのみ許される（Jestaedt, S.5）。夫婦が異性であるという構造メルクマール（あるいは構造原理（Strukturprinzip））が廃止されるならば、憲法上の婚姻理解の中核に介入しており、憲法に拘束される法の変遷の限界を超えている。³⁴このことは、明確な憲法文言の変更の方法でのみ許される、憲法上の婚姻概念の中核的内容の変更、憲法変更を意味する（Jestaedt, S.5 f.）。

連邦政府草案のように憲法以外の法律で（einfachgesetzlich）生活パートナーシップと婚姻の平等を基本法六条と三条（平等）の関係において進めることはできるが、婚姻概念を新たに定義することはできなく（Benedict, S.2）。

反対説の立場では、基本法六条一項の婚姻概念を考えるにあたり、ワイマール共和国憲法一一九条との継続性、基本法六条一項の成立過程と起草者の考えが重視される（後記V1）。さらに、婚姻が生殖機能（Reproduktionsfunktion）を有することで、同性カップルによる婚姻は認められないとする（後記V2）。また、連邦憲法裁判所の判例も、従来からの憲法上の婚姻概念を維持し続けているという観点から分析される（後記VI2（1）～（3））。

2 賛成説

同性婚の導入を認める立場（以下では、賛成説とする）は、立法機関が同性カップルに民事婚を拡大することと、基本法六条一項は矛盾しないとする（Brosius - Gersdorf, S. 2, 8; Wapler, S. 4, 8; Schwackenberg）。憲法上の婚姻概念において、当事者が異性であることは、社会の変化にともない変化しうる要件として捉えられる。

この立場では、基本法六条一項の成立後の社会の変化が重視される。そして、憲法上の婚姻と家族の結びつき、それを仲介する婚姻の生殖機能が必須のものではないことが主張される。むしろ、婚姻の扶助機能（Beistandfunktion）と責任機能（Verantwortungsfunktion）が存在理由（ratio）となる（Brosius - Gersdorf, S. 4; Schwackenberg; 野党草案五頁）（後記V2(2)）。また、連邦憲法裁判所の判例も、社会の変化を表すという観点から分析される（後記IV2(4)(5)）。以下では、同性婚反対説の重要な論拠である婚姻と家族の結びつきについて、基本法六条一項の成立過程（V1）と、子が生まれない同性カップルに婚姻が認められるのかという問題（V2）について、反対説の主張と、賛成説の反論を整理する。次に、婚姻概念の変遷により同性婚が認められるという同性婚賛成説の論拠のうち、婚姻概念についての社会的変遷（IV1）と比較法（VII）を、賛成説の主張と反対説の反論から整理する。賛成説の重要な論拠であるが、反対説も論拠とする連邦憲法裁判所の判例については、重要な判例をあげて、主張と反論をみていく（VI2）。

V 婚姻と家族の関係

1 基本法六条一項の成立過程

基本法六条一項の婚姻概念が、異性であることをその要件に含んでいるかについて、成立過程における議論の評価に対立がある。ここでは、ワイマール共和国憲法一九九条一項との関係の捉え方、ならびに「男女の継続的社会的共同体」および「家族の基礎」という文言が最終的に基本法六条一項の文言に取り入れられなかったことの意味の捉え方に違いがある。

(1) 反対説

反対説においては、婚姻が家族の基礎であることは、婚姻が生殖機能を含むという論拠に繋がるために重要となる。

ローマ法の時代から、婚姻は生殖に向けられたものであり、ローマ法大全 (Corpus Iuris Civilis) でも男女の結びつきであるとされてきた (Benedict, S. 3)。

ワイマール憲法一九九条一項は「婚姻は、ドイツの家族生活の基礎として、国家の維持と増大の源として、憲法の特別の保護を受ける」と定めており、婚姻が家族の前段階であることは基本法六条一項においても同様である (Ipsen, S. 8; 同 Jestaedt, S. 4)。

基本法の成立過程において、原案として「婚姻は、男女の継続的生活共同体の適法な様式である」「婚姻は、家族の基礎である」という文言を含んでいたが、最終的に編集委員会が現在の短い文言とされた。そして、起草者が基本法六条一項の婚姻概念の特徴として夫婦が異性であるとしていたこと、同性カップルによる婚姻締結が基本法の審議では全

く考慮されていなかったことも明らかである (Ipsen, S. 4)。

また、男女であることなどが現在の文言にはないことを理由に、婚姻が異性間によることが放棄されたと言うことはできない。このような理由を認めると、婚姻締結には国家の協力が必要であることなど基本法六条一項に定められていない婚姻概念の他のメルクマールも放棄されることとなる (Ipsen, S. 4)。

(2) 賛成説

賛成説は、基本法六条一項の成立過程から、異性のカップルに婚姻を限定することは見て取れないと述べる (Brosius - Gersdorf, S. 6; Schwackenberg)。

「婚姻は家族の基礎」として保護するワイマール共和国憲法との関連について、ブロシウス・ガースドルフは、基本法六条一項が「婚姻」と『家族』として、それぞれを独立して保障することを指摘する (Brosius - Gersdorf, S. 10)。

さらに、婚姻から生じる家族という内容をキリスト教民主同盟とキリスト教社会同盟 (CDU/CSU) が基本法制定の会議において提案したが、子のない婚姻をセカンドクラスの婚姻として差別することになりかねないという理由から採用されなかった。そして、子のない婚姻も婚姻基本権の保護を享受し、セカンドクラスの婚姻として差別されないことを認めるならば、そのことが同性カップルを憲法上の婚姻概念から排除することに反対していると述べる (Brosius - Gersdorf, S. 7)。

また、基本法六条一項の文言が最終的に短くされたことに意味があると考ええる。

もともと、賛成説も、基本法の起草者が同性婚を想定していなかったという事実には異議を唱えていない。しかし、婚姻概念に同性カップルを含むかを議会審議の対象としなかったのであるから、基本法六条一項を同性婚の承認と矛盾するものと自覚して構想したのではなく (Brosius - Gersdorf, S. 8)。

ヴァプラーは、歴史的な憲法起草者が有したイメージは憲法解釈にとって必須の基準ではなく、社会的変化が憲法解釈を多くの観点において変更してきたと述べる (Kaplan, S. 4)。その例として、生活パートナーの一方の養子と他方との縁組を認めなかった生活パートナーシップ法九条七項の規定が違憲であると判断した連邦憲法裁判所二〇一三年二月一九日判決 (Bayerische 133, 56) をあげる (後記六二⑤)。

2 婚姻と生殖能力

(1) 反対説

イプゼンは、潜在的な生殖能力を有する婚姻から家族が生じるため、婚姻と家族は密接に関連すると述べる。憲法起草者のイメージによると、潜在的な生殖能力に基いて、婚姻が家族の典型的な前段階を形成している。婚姻の法制度は、個別事案における生殖能力ではなく、潜在的な生殖能力を基礎としている。この点で、同性カップルを婚姻に含めることと矛盾する、婚姻と生活パートナーシップの間の原理的な区別がある (Ipsen, S. 9; 同旨 Jestaedt, S. 3)。

生活パートナーシップには、共同縁組を除き、継親子縁組と一方の養子と他方との縁組が認められている。しかし、養子となる子は、縁組前に家族において生まれていなければならない。この点にも、婚姻のみが生殖を特徴とするという、婚姻と生活パートナーシップの間の否定し得ない区別が存在する (Ipsen, S. 9)。二人の当事者による継続的な共同生活の存在のみで、国家の保護義務を生じさせることはできない。保護義務は、潜在的な生殖能力が考慮される場合にのみ、正当化される (Ipsen, S. 9)。

イエステットによると、相互に責任を引き受けること、社会が常に必要なとする子孫に対して開かれていることという婚姻の二つのメルクマールは、社会に対する婚姻の意義をも形成し、これらを満たさない他の制度との区別を正当化

する。同性の二人の者が相互に責任を引き受けることができるとしても、そのパートナーシップは、第二のメルクマールを欠いてゐる (Jestädt, S. 3)。

国民の意識と生活の現実において、婚姻と親子の間に密接な関連があるという状況は変わっていない。⁽³⁾ 婚姻締結および夫婦と子の親子関係は時間的に近接している。今日では婚姻は家族形成と親子関係の必須の要件ではないが、婚姻によつてパートナーシップに確立した枠組みを与えることは望まれている。多くのカップルにとっては、家族形成に対する責任を意識するシンボルと見られていることから、婚姻は、家族形成のための前提である (Jestädt, S. 7)。

(2) 賛成説

(a) 生殖能力

賛成説では、潜在的であつても生殖能力が婚姻を特徴づけるメルクマールであることを否定する。婚姻の憲法上の制度は、家族の制度との体系的関連を理由に夫婦の潜在的な生殖能力を要件としているのではない。そのような婚姻と家族の関係は存在しない (Brosius - Gersdorf, S. 4)。

ヴァブラーは、非婚の父母、父母の一方のみと生活する子の数が増加している今日では、婚姻が子を育てる最善の場、優遇された場であるときみなすことはできないとする。また、妊娠の可能性も、子への望みも、婚姻締結の要件ではない。望むと望まざると子がない婚姻は多く存在している。子の社会化 (Sozialisation) にとつて婚姻がより適した生活スタイルであると確認されているのではない (Wapler, S. 6)。

基本法六条一項における家族の憲法上の保護と同条二項の親の教育権は、婚姻から導き出されるものではない。憲法的にみると、異性カップルへの限定を正当化するような生殖機能を、婚姻は有してはいない (Wapler, S. 6)。

そのため、成人のパートナー関係においても、親子関係においても、婚姻と生活パートナーシップの間に取りあげるに値する区別は見いだされない。それゆえ、異性であることを、婚姻を特徴づけるメルクマールとして、生活パートナーシップとの重大な違いとみなすことはできない⁽³⁶⁾ (Wapler, S.6)。同性カップルに共同縁組と生殖補助医療が認められないことは憲法に反する差別である (Wapler, S.4)。

このヴァプラーの見解は、婚姻と家族の結びつきを否定するものではないが、異性カップルに限られるものではないと考えている。

(b) 扶助と責任の機能

ブロシウス・ガースドルフは、基本法六条一項は、異なる機能が与えられ、独立した、体系的に別個の制度として婚姻と家族を保障しているとする (前記 V 1 (2))。婚姻保護が生殖機能ではなく、夫婦のパートナー的扶助機能と責任機能に基づく⁽³⁷⁾と考える。

婚姻は、パートナー的な扶助共同体、責任共同体としての機能により国家の負担を軽減しているという理由により、憲法の特別の保護を受けている (Brosius - Gersdorf, S. 10)⁽³⁸⁾。憲法上で婚姻と家族が分離していることから、婚姻は、潜在的な生殖能力を有するカップルに限られないこととなる。

通説によると憲法上の家族概念は、父母の間の婚姻を要件としない。それゆえ、婚姻と家族の体系的な結びつきを基礎として、婚姻も、現実の、または潜在的な家族とは無関係に保障される (Brosius - Gersdorf, S. 9)。

シユヴァッケンベルクも、婚姻締結の自由とともに、基本法六条一項の本質的な原理として扶助と責任の共同体をあげる。

(c) 反対説の矛盾

ブロシウス・ガースドルフは、支配的見解がいう基本法六条一項における婚姻と家族の「体系的」な結びつきからも、同性婚は認められると考える。判例・通説によれば、憲法上の家族概念は、原理的に婚姻可能なパートナーシップに限られず、親子の共同体をもとに、子がある同性カップルなど非婚の家族も含んでいる⁽³⁷⁾。「最小限の原則的な婚姻能力」が基本法六条一項の家族概念の要件ではないから、「最小限の原則的な家族形成能力」は基本法六条一項の婚姻概念の要件ではない。基本法六条一項の家族概念は同性カップルに開かれており、婚姻と家族の体系的結びつきを基準とする、婚姻概念にも同じことが言える (Brosius - Gersdorf, S. 12 f.)。

VI 婚姻概念の変遷

連邦憲法裁判所一九九三年一〇月四日決定は、将来的に婚姻理解が変遷 (Wandel) することにより同性カップルにも婚姻が認められる可能性を排除しないものと理解されている。同性婚導入に賛成する立場は、現在では婚姻理解が変化していることを強調する。反対する立場は、婚姻理解の変遷は生じていない、または社会における変化を憲法解釈に簡単に持ち込むことはできないと主張する。

どの領域で変遷が生じているのかは、立場により異なる。

一つは、一般社会における社会的な変遷である。法律上の概念以外の国民の理解の変化を示す考えとして、例えば、野党草案は、言葉遣い、同性婚に対するアンケート結果を指摘する (後記1)。

公聴会で議論された法学の平面においては、連邦憲法裁判所の判例における憲法上の婚姻概念が対象となる。賛成説

は、連邦憲法裁判所判例において変遷していると評価する。反対説は、判例において変化は見られず、解釈における憲法変遷 (Verfassungswandel) も認めない。憲法変遷については、賛成説が積極的な論拠としていないにもかかわらず⁽³⁸⁾ 反対説が批判するという議論の食い違いが見られるため、本稿では取りあげない。

1 社会的変遷

(1) 賛成説

野党草案は、生活パートナーシップの法制度の導入の結果、婚姻理解の基礎的な変化が生じたとして、法解釈の分野以外での社会の変遷について指摘している。

まず、一般の言葉遣いに関して、婚姻と生活パートナーシップの間で区別されていない。婚姻することと生活パートナーシップの設定は区別されず、ともに「結婚する (heiraten)」と言われる。「既婚者」と「パートナーである者」も区別なく「既婚者 (verheiratet)」と呼ばれる。夫婦と生活パートナーでは実際には義務だけが同じであるが、国民は同じ権利も有していると考えている (野党草案五頁、同旨 Bruns, S. 13f.)。

次に、同性婚に対する国民の理解の変化をアンケート調査の結果が示している (野党草案, S. 6)。たとえば、二〇一一年のフリードリヒ・エバート財団 (Friedrich - Ebert - Stiftung) の研究によると、六〇・三%が同性婚に賛成、またはどちらかと言えば賛成と答えており、反対は三九・八%であった。⁽³⁹⁾ 二〇一三年のフォルサ (Forsa) によるアンケートでは、国民の七四%が生活パートナーシップと婚姻の平等を望んでいた (反対は二三%)。二〇一五年五月二九日の YouGov によるアンケートでは、⁽⁴⁰⁾ 六五%が同性婚に賛成 (うち二三%はどちらかと言えば賛成) で、反対は二八%であった。大衆紙 Bild が Insa 社に委託し、二〇一五年六月二日に報道したアンケート結果では、⁽⁴¹⁾ 六五%が同性婚に賛成

であった。

賛成説の側から、ヴァプラーは、社会的変遷が多くの観点において憲法解釈を変更してきたと指摘する (Wapler, S. 5)。これは、一九四八年と一九四九年の基本法成立時において予測も想定もできない発展に当てはまる。それに加えて、性的アイデンティティと性的指向についての認識も変化している。婚姻と生活パートナーシップを区別する性別は明確な基準とされていたが、現在では、その限界が不鮮明であり、差異の正当性が一般に疑問視される (後記 VI 2 (4) 参照)。性的指向も同性愛と異性愛に単純に区別できず、流動的であり、生きている中で変化することがある。

ブルンスも、連邦憲法裁判所による婚姻概念の定義が社会状況の変遷に合わせられてきたと述べる (Brunns, S. 9)。

(2) 反対説

このような社会的変遷の捉え方に対して、総論的に、ベネディクトは、経験的に裏付けられた社会的変遷、その単なる表現である学説はそれ自体として法源ではなく、現存の法状況を改めて熟慮するきっかけであるとす。法は暗黙の内に変遷するのではなく、法律改正、憲法改正、既判力を有する判例によって変更される (Benedict, S. 6)。社会観の変遷は、それ自体として憲法改正に導くことはできず、予定された手続において基本法を変更するきっかけを与えるのみである (Ipsen, S. 8)。

一般の言葉遣いについて、イエステットは、生活パートナーシップと婚姻の間の区別が薄れているかもしれないが、「婚姻証明書なき婚姻 (Ehe ohne Trauschein)」と同様に「同性一婚 (Homo-Ehe)」という概念は、婚姻との区別を裏付けていると述べる。これらは、婚姻 (Ehe) に他の語を付け加えることによって、構造原理が欠けていることに注目させている。この言葉遣いは、それぞれの制度の機能が重複していることによるもので、社会的な婚姻理解の変化によ

るものではない (Jestaedt, S. 6 f.).

2 連邦憲法裁判所判例

(1) 出発点

連邦憲法裁判所判例における憲法上の婚姻概念の出発点となるのは、連邦憲法裁判所一九五九年七月二九日判決 (BVerfGE 10, 59) である。

「基本法六条一項により、婚姻と家族は、国家秩序の特別の保護の下にある。どのような構造原理 (Strukturprinzipien) がこれらの法制度を定めるのかは、まずは、法の外の生活秩序から明らかにする。双方の制度は、昔から受け継がれ、その中核においては変化しないままである…その限りで、基本法六条一項からの制度保障の実体的内容は、古くからの法と一致している。婚姻は、基本法にとつても、原則的に解消しない生活共同体への男性と女性の合意であり、家族は、とりわけ子の養育と教育についての権利と義務が生じる親と子の包括的共同体である。制度のこの秩序の中核は、一般的法感情および法意識にとつて不可侵なものである。」 (Rz. 28)。

反対説は、男女が国家の協力を必要とする終生の結びつきを行うという法制度として婚姻を定義することが、連邦憲法裁判所の判例において維持されていると考える (Ipsen, S. 6; Benedict, S. 4)。⁽²⁾

これに対して、賛成説は、同性カップルに民事婚を拡大することが基本法六条一項と合致するかについて、連邦憲法裁判所は、最終的な態度を決めていなかったとする (Brosius - Gersdorf, S. 2)。連邦憲法裁判所一九五九年判決は婚姻に本来承認される当然の概念要素についてのみ述べており、基本法六条一項が同性カップルのような他の結びつきを許しているか否かは説明していないと評価する。

(2) 連邦憲法裁判所一九九三年一〇月四日決定

同性婚を認めなかった連邦憲法裁判所一九九三年決定は、反対説からすれば、憲法上の婚姻概念が維持されていることを示すものとして、当然のことと受け止められる。同性婚を認めず、生活パートナーシップの拡充を目指す連邦政府草案について、ベネディクトは、かつて連邦憲法裁判所によって示され、二〇〇一年生活パートナーシップ法とその補充によって具体的となった方向に前進していると述べる (Benedict, S. 1)。

これに対して、賛成説からプロシウス・ガースドルフは、同性カップルのために民法上の婚姻制度を開くという立法機関の義務が基本法六条一項から存在するのではないと判断したのみであって、同性カップルに婚姻を法律上拡大する可能性を否定してはいないと評価する。一九九三年決定という昔の決定でしか扱っていない連邦憲法裁判所が、今日でも同じように判断するか否かが問題となるとする (Brosius - Gersdorf, S. 2)。

(3) 生活パートナーシップ法に関する判例

連邦憲法裁判所二〇〇二年七月一七日判決 (BVerfGE 105, 313) は、生活パートナーシップ法が、婚姻の保護を定める基本法六条一項に違反しないと判断した⁽⁴³⁾。

企業遺族年金に関する連邦憲法裁判所二〇〇九年七月七日決定 (BVerfGE 124, 199)⁽⁴⁴⁾ は、生活パートナーシップと婚姻との関係について、基本法六条一項が同三条一項の平等原則の例外ではないことを明らかにした。そして、婚姻と生活パートナーシップが比較可能なものであり、婚姻の優遇は、基本法六条一項のみによって正当化することはできず、実質的正当化理由がない限り基本法三条一項の平等原則に反すると判断した。

その後、連邦憲法裁判所は、相続税・贈与税法 (BVerfGE 126, 400)⁽⁴⁵⁾、公務員の家族手当 (BVerfGE 124, 199)、土地

取得税法 (FamRZ 2012, 1477)、所得税法 (BVerfGE 133, 377) において、婚姻と比較して生活パートナーシップが不利益を受けていることは、基本法三条一項の平等原則に反すると判断した⁽⁴⁶⁾。

これらの判例は、同性婚ではなく、生活パートナーシップに関するものであることから、賛成説は、とくに論拠としてあげていない。ブルンスは、基本法一条一項との関連における二条（一般的人格権）を理由に同性カップルのための制度がなければならず、基本法三条一項からはほぼすべての点において婚姻と平等でなければならないことを判例の状況が明らかにしているとする。それにもかかわらず、基本法六条一項とそこに詳しく定義されていない文言を理由に婚姻とは称せないという奇妙な状況が生じていると述べる (Bruns, S. 19)。

むしろ、反対説の方が、これらの生活パートナーシップに関する判例を自らの論拠としている。つまり、基本法六条一項における婚姻概念が異性間の婚姻に限定されることから、連邦憲法裁判所の判例を、異性間の婚姻と同性カップルの対比として捉えている⁽⁴⁷⁾。婚姻と生活パートナーシップの法的形態が共通の性質を示しているか否かという審査の前提として、婚姻と生活パートナーシップが憲法により異なった法制度であることを指摘する (Ipsen, S. 5; Benedict, S. 5; Jestaedt, S. 8)。生活パートナーシップ法の合憲性が問題となった、連邦憲法裁判所二〇〇二年七月一七日判決 (BVerfGE 105, 313) が基本法六条一項の保護に生活パートナーシップが含まれないと述べ、生活パートナーシップが当事者が同性であることで構成されて婚姻と区別されること、互いに婚姻を行うことができない者のための制度である、と指摘したことを援用する (Ipsen, S. 4; Benedict, S. 5; Jestaedt, S. 4 f.)。

(4) トランスセクシュアル法八条一項二号違憲判決

連邦憲法裁判所二〇〇八年五月二七日決定 (BVerfGE 121, 175) は、トランスセクシュアル法八条一項二号が婚姻し

ている者の性別変更を認めないことは違憲であると判断した。⁽⁴⁸⁾ 同決定では、婚姻を男女に留保するという立法上の利益を一方に、性別変更を求める婚姻中の性同一性障がい当事者の利益、その配偶者の婚姻継続への利益を他方において比較衡量して、後者を優先させた。これにより、夫婦の一方が婚姻継続中にその性別を変更した場合には、同性の夫婦が存在することが認められた。

賛成説は、トランスセクシユアルという特別な事案に係るものであるが、異性間の婚姻と並んで、同性間の婚姻も基本法六条一項に含まれることになったと理解する (Brosius - Gersdorf, S. 3)。また、この決定に基づきトランスセクシユアル法八条一項二号が削除されたことで立法機関は同性間の婚姻を許しており、ドイツには合法的な同性婚がある (野党草案八頁)。

これに対して、反対説は、例外事案の問題であり、最初から同性の当事者による新たな婚姻の設定を対象としていないことから、同性婚導入の先例ではないとする (Jestaedt, S. 8)。

(5) 生活パートナーによる縁組

連邦憲法裁判所二〇〇九年八月一〇日決定 (FamRZ 2009, 1653) ⁽⁴⁹⁾ は、継親子縁組を認める生活パートナーシップ法九条七項を違憲無効と主張するシュヴァインフルト区裁判所からの裁判官提出を不許可とした。同決定では、「実親子関係が法的及び社会―家族的親子関係に対して優先する地位を占めるのではない」と述べた。野党草案は、立法機関が行った判断を含めて、社会的変化が、どのように基本法六条の解釈に影響を与えるかを示していると述べる。そして、家族概念と親概念について可能であったことは、婚姻についても可能であるべきとする (野党草案八頁)。

連邦憲法裁判所二〇一三年二月一九日判決 (BVerfGE 133, 59) ⁽⁵⁰⁾ は、生活パートナーの一方の養子と他方との縁組を

禁止することが、基本法三条一項の平等原則に違反すると判断した。同判決では「基本法六条二項の起草時に同性の親は想定されていなかったが、故意に排除されたわけではない。基本法制定時と比べて、制定法のみならず、同性関係および同性カップルの生活状況に対する社会の考え方も著しく変遷している」と述べる⁽⁹¹⁾。

賛成説は、厳格な歴史的解釈をとらず、基本法六条の親概念が基本法成立時と変化し、婚姻概念にも同じことが妥当することをこの判決が示したと捉える。そして、この判決から、プロシウス・ガースドルフは、基本法六条一項にいう親、そして婚姻についても、成立段階でのイメージと相違することは、矛盾ではないと理解する (Brosius - Geisdorf, S. 8; 同旨 Wapler, S. 5)。ブルンスは、婚姻概念が異性のカップルに限定され、変遷不可能とすることは明らかにならなくとする (Bruns, S. 21)。

Ⅶ 比較法

1 賛成説

外国において同性婚が認められていることは、賛成説の論拠の一つとなっている。野党草案は、ヨーロッパとアメリカ、南アフリカ共和国において同性婚が認められていることを指摘していた (野党草案七頁、Bruns, S. 14 ff. は詳細に紹介する)。ブルンスは、婚姻を表すように、社会的現実と社会的見解によって特徴付けられる基本権は、ヨーロッパと西洋の価値共同体における国際的發展を考慮しないことができないと述べる (Bruns, S. 18)。

シャルクとコプフ対オーストリア事件のヨーロッパ人権裁判所二〇一〇年六月二四日判決 (Application no. 30141/04) は、結論において、ヨーロッパ人権条約の締約国が同性婚を定める義務を負わないとした。それでも、「婚

婚姻適齢にある男女は、権利行使を規制する国内法にしたがって婚姻をし、家族を形成する権利を有する」と定めるヨーロッパ人権条約一二条に関して、欧州連合基本権憲章九条も考慮し、婚姻を行う権利が異性カップルに限定されるとは考えていないとした。

この判決は、婚姻締結の権利が異性の人に限られないと判断したと評価される (Brosius - Gersdorf, S. 3)。ヴァプラーは、EUで同性婚を導入した国について、その法発展は、EU法とヨーロッパ人権条約に合致すると述べる。締約国において適用される法律の範囲において婚姻締結の自由を保障するヨーロッパ基本権憲章九条は、同性および異性の当事者が婚姻を締結することができる法秩序を受け入れているとする (Wapler, S.6 f.)。

2 反対説

ヨーロッパ人権裁判所の判例について、イエシュテットは、締約国が同性カップルに婚姻を可能とする義務を負っていないことを指摘する (Jestaedt, S. 10)。

外国での状況について、イプゼンは、修正一四条の平等保護 (equal protection clause) を含むアメリカの憲法において、婚姻とその保護についての特別規定がない点で、ドイツの状況とは異なるとする。もしドイツ基本法に六条の規定がなく一般平等原則が審査基準となるのであれば、同性婚を肯定するだろうと述べる。また、国民投票により同性婚を導入したアイルランドは、そのような国民投票が予定されていないドイツと根本的に異なっている (Ipsen, S.10)。

おわりに

ドイツでの議論、とりわけ本稿という賛成説から、日本においても憲法を改正せずに同性婚を認めることができるかについて、以下のように考えることができる。

1 日本国憲法二四条一項の文言

まず、日本国憲法二四条一項の「両性の合意のみ」という文言については、次の点を指摘することができる。

日本国憲法の起草段階で同性婚の可能性は想定不可能であり、「両性」という文言について、同性婚を排除する意図を読み取ることとはできない。成立過程からすると、GHQから提示された草案の「婚姻ハ男女両性ノ法律上及社会上ノ争フ可カラサル平等ノ上ニ存シ両親ノ強要ノ代リニ相互同意ノ上ニ基礎ツケラレ」を短縮したものであり、両性は平等を示すための語であり、「のみ」は合意にしか係らないことを示している。もともと、現在の文言を重視するという立場もありうるが、前記ヨーロッパ人権裁判所二〇一〇年六月二四日判決がヨーロッパ人権条約一二条について述べたと(前記Ⅶ-1)が、同じく妥当すると考える。

夫婦同氏を定める民法七五〇条に関する最大判平成二七年一月一六日(民集六九巻八号二五八六頁)は、憲法二四条一項について「婚姻をするかどうか、いつ誰と婚姻をするかについては、当事者間の自由かつ平等な意思決定に委ねられるべきであるという趣旨を明らかにしたものと解される」として特に両性(男女)の文言に重きをおいていない。

次に、憲法二四条一項は、婚姻が「相互の協力により、維持される」とも定めている。ドイツでの扶助機能と責任機能と同様の意味を有しており、男女の組み合わせに限られない。

これらの点から、立法または司法判断に至るまで、同性カップルに内縁の保護を認めることもできる。最二判昭和三年四月一日（民集一二卷五号七八九頁）は「いわゆる内縁は、婚姻の届出を欠くがゆえに、法律上婚姻ということができるが、男女が相協力して夫婦としての生活を営む結合であるという点においては、婚姻関係と異なるものではなく、これを婚姻に準ずる関係というを妨げない」と述べる。「相協力して」という部分が、ここでも扶助と責任の機能を表している。もし婚姻と親子関係を強調し同性婚に反対する見解に立つとしても、嫡出推定の規定が類推適用されず、現状では共同親権も認められない内縁から同性カップルを排除できない。

2 婚姻と親子関係

憲法二四条一項が「両性」という文言を含むことで、潜在的な生殖能力を前提としているかが問題となる。

まず、前記のように憲法二四条一項が婚姻の内容について、「相互の協力により、維持される」と定める点を強調する考え方がありうる。民法七五二条は、夫婦が「互いに協力し扶助しなければならない」と定めており、これが憲法の規定と明確につながる婚姻の要素である。婚姻はパートナー間の規律を定めるものといえ、配偶者が異性か、同性かによる違いは生じない。

次に、婚姻に基づく家族という考えを維持する場合にも、婚姻と家族は、自然生殖によってのみ結びつくのではない。生殖能力は婚姻と家族を仲介する原因の一つにすぎない。夫婦と連れ子で形成する再構成家族では、自然生殖なしに、婚姻と家族の形成がなされている。日本民法において、共同縁組、特別養子縁組、共同親権が婚姻中の夫婦に限られるが、むしろこのことは、自然生殖を前提としない家族を婚姻が形成できることを示す。

性同一性障がいを理由に性別を変更した者は、生物学的性別からではなく、戸籍上の性別から異性の者と婚姻するこ

とができる。潜在的な生殖能力を有しない夫婦による婚姻から家族が形成されることは、嫡出推定の規定の適用を肯定する最三決平成二五年一月一〇日において、反対意見も含めて、当然の前提とされているのであろう。

同性カップルにおいても、以前の異性との関係でもうけた子を連れて、同性のパートナーと家族を形成することがある。養育能力を原則的に疑問視することはできず、同性カップル一方の子と他方による単独縁組は認められる。自然生殖によらずに、同性カップルが婚姻に基づき家族を形成することはできる。

同性カップルが生殖補助医療を利用することで生殖に参加ができるかについては、生殖補助医療の規制の問題である。婚姻概念の問題として扱うべきではない。

3 社会の変遷・外国の状況

社会の変遷として、嫡出でない子の法定相続分に関する九〇〇条四号ただし書き前段を違憲と判断した最大決平成二五年九月一日（民集六七巻六号二三二〇頁）は、「昭和三二年民法改正時から現在に至るまでの間の社会の動向、我が国における家族形態の多様化やこれに伴う国民の意識の変化」を考慮要素に入れている。さらに、夫婦同氏に関する前記平成二七年大法院判決も「婚姻及び家族に関する事項は、国の伝統や国民感情を含めた社会状況における種々の要因を踏まえつつ、それぞれの時代における夫婦や親子関係についての全体の規律を見据えた総合的な判断によって定められるべきものである。」とも述べる。

国民感情の一例として、二〇一四年三月に、日本世論調査会⁽⁵³⁾が行った「結婚・恋愛観」に関する世論調査において同性婚に対して男性の賛成が三五・四％、女性の賛成が四八・七％であった。二〇一五年には、渋谷区の条例が報道されたのを機に、同性婚について毎日新聞、産経新聞が世論調査を行った。毎日新聞社の調査（二〇一五年二月一四日、一

五日実施）では賛成が四四％、反対が三九％、産経新聞・FNNの調査（二〇一五年三月）では賛成が反対を上回るという結果となった。各調査において、若い年代、都市部在住、女性において同性婚賛成の比率が高くなることが示されている。若い世代ほど賛成が多いという状況は、今後も同性婚に賛成する割合が増えていくことを示している。

性的マイノリティ当事者に対して、NHKが調査主体となり二〇一五年一月に二六〇〇人に対して行われたアンケート調査では、六五・四％が同性の結婚を認める制度を作って欲しい、二五・三％が結婚ではなくパートナー関係の登録制度を国が作って欲しいと答えている⁵⁴。

外国の状況を参考にする点については、最大決平成二五年九月一日において、「諸外国の立法のすう勢及び我が国が批准した条約の内容とこれに基づき設置された委員会からの指摘」を考慮に入れている。再婚禁止期間のうち一〇〇日を超える部分を違憲と判断した最大判平成二七年二月一六日（民集六九卷八号二四二七頁）も外国の立法状況を参照している。

4 異性カップルと同性カップルの平等

日本において憲法を変更することなしに同性婚を認めることができるという結論を導くことができる。

異性カップルに認められる婚姻が同性カップルに認められないことが憲法一四条に違反するののかという点について、直接的には、カナダ、アメリカ、ブラジルなど同性婚を司法によって導入した国々の状況が参考となる。

本稿で紹介したドイツの議論は、同性カップルによる婚姻を司法上正当化する場合に、平等条項を適用できるのかという前提に関わる。

反対説のように、婚姻の中核的要素として潜在的生殖能力をあげるならば、潜在的生殖能力を有する異性カップルと

有しない同性カップルとは、質的に異なり、平等原則の適用対象ではないと結論づけられる。婚姻から当事者の権利と義務の束を取り出し、登録パートナーシップとして同性カップルに認めることで平等は達成されることとなる。

賛成説のように、潜在的生殖能力を度外視するならば、異性カップルと同性カップルの共同生活の間に質的な違いはなく、同性カップルに婚姻を認めるかという問題において平等原則を適用することができる。単に権利と義務の束を認めるだけではなく、婚姻を認めることにより平等が達成される。

平等条項の適用にあたっては、夫婦と同じ権利と義務を認めることと、婚姻を認めることの間にどのような違いがあるかを理解することが大切である。また、同性婚は終着点ではなく、同性カップルによる家族形成の一環であることも認識すべきであろう。⁽¹⁶⁾

- (1) 大阪市淀川区役所市民協働課 <http://mji-yodogawa.jindo.com>
那覇市も二〇一五年七月に「性の多様性を尊重する都市・なは」宣言（レインボーなは宣言）を公表した。
- (2) 二〇一五年三月三〇日の世田谷区長の記者会見では、区長の裁量でできることから同性カップルも含むパートナーシップの公的承認の問題を扱うことが述べられた。
- (3) 「ありのままに自分らしく生きられるまち宝塚」[online]、二〇一五年一月三〇日、宝塚市、「二〇一六年一月二五日検査」、インターネット
〈URL: http://www.city.takarazuka.lvygo.jp/_res/projects/default_project/_page_001/01/4164/igbtorikumi.pdf〉。
- (4) 渋谷区の条例制定などの動きは、国政治家にも影響を与えた。自民党、民主党、公明党などによる超党派議連「性的少数者問題を考える国会議員連盟」が二〇一五年三月一七日に結成された。二〇一五年二月末には、民主党が性的少数者などの差別解消を推進する法案を次年度の通常国家に提出する方針を固め、二〇一六年一月一九日にLGBT差別解消法骨子案たたき台が公表された。また、二〇一六年一月一四日に、自民党は、稲田朋美政調会長（当時）の提案により、性的少数者に関する勉強会を政策調査会に設置する方針を固めた。
- (5) 官報号外平成二七年二月一八日参議院会議録第七号二六頁以下。

[online]「国会会議録検索システム」、「二〇一六年一月二五日検査」、インターネット〈URL: <http://kokkai.ndl.go.jp/SENTAKU/sangin/189/001/>

main.html>。

- (6) 「人権救済申立書を提出しました」[online]、二〇一五年七月七日、LGBF 支援法律家ネットワーク「二〇一六年一月二五日検索」、インターネット<URL: <http://lgbt.sakurane.jp/lgbt/>>。
- (7) フィリピン人とフィリピン国の方式により婚姻した日本人男性について婚姻の届出がなされた後、このフィリピン人が男性であることが判明し、戸籍訂正許可の申立てがなされた佐賀家審平成一一年一月七日(家月五 巻六号七一頁)は、同性婚は婚姻意思を欠き無効と述べる。
- (8) 日本における学説の状況については、中里見博『同性愛と憲法』三成美保編著『同性愛をめぐる歴史と法―尊厳としてのセクシュアリティ』明石書店(二〇一五)七〇頁以下を参照。
- (9) ドイツ基本法六条一項との関係については、工藤達朗「憲法における婚姻と家族」赤坂正浩、井上典之、大沢秀介、工藤達朗著『ファーストステップ憲法』有斐閣(二〇〇五)一四五頁で論じられている。当時のドイツの通説であった、本稿での同性婚反対説に近い論旨である。
- (10) その後、同性婚は、アジアを除く各地域において二〇一六年一月現在二〇カ国で導入されている。世界における同性婚の状況については、「小特集 同性婚の比較研究」法律時報八八巻五号(二〇一六)五二頁を参照。
- (11) 同性婚に関する立法提案に関しては、LSVDホームページの資料をめぐり、補充して構成している。Offnung der Ehe [online] LSVD [retrieved on 2016-1-25]. Retrieved from the Internet: <URL: <http://www.lsvd.de/politik/offnung-der-ehe.html>>.
- (12) NJW 1993, 3085 f. = FamRZ 1993, 1419.
同決定については、富田哲「なぜ婚姻は男と女でなければならないか——ドイツにおける最近の判例から——」行政社会論集八巻四号二二八頁以下(一九九六)に紹介されている。
- (13) この法律草案について、一九九七年五月一四日に連邦議会法務委員会において公聴会が開催された。Protokoll Nr. 85, 13. Wahlperiode. Rechtsausschuss, (6. Ausschuss).
- (14) 生活パートナーシップ法の成立までの状況については、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六二号(二〇〇二)八一頁、八四頁以下を参照。
- (15) BT-PlProt 17/187 v. 28.06.2012, S. 22414A.
- (16) ラインラント-プファルツ州、ハンブルク、ニーダーザクセン州、ノルトライン-ヴェストファーレン州、シュレスヴィヒ-ホルシュタイン州。
- (17) ラインラント-プファルツ州、バーデン-ヴュルテンベルク州、シュレスヴィヒ-ホルシュタイン州、チューリンゲン州、ニーダーザクセン州、プ

同性婚による婚姻概念の変容

同性婚による婚姻概念の変容

同志社法学 六八巻七号 五六二（二七〇）

ランデンブルク州、ブレーメン、ハンブルク、ノルトライン・ヴェストファーレン州。これらすべての州と市では、社会民主党、左翼党、連合90／緑の党のいずれかから州首相が出ており、キリスト教民主同盟（CDU）は連立政権に加わっていない。

(18) ラインラント・プファルツ州、バーデン・ヴルテンベルク州、シュレスヴィヒ・ホルシュタイン州、チューリンゲン州。

(19) 連邦参議院での提案に参加しなかったベルリン市では、キリスト教民主同盟（CDU）の党員の間で、同性婚の賛否について意見が分かれ、党員に対してアンケート調査が行われた。二〇一五年七月二四日に判明した結果では、約一二五〇〇人の党員の内、約四七五〇人が回答し、四五％が同性婚に反対、三五％が賛成となった。Berliner CDU stimmt gegen die Ehe für alle (24.07. 2015). [online] Spiegel online. [retrieved on 2016-1-25]. Retrieved from the Internet: <URL: <http://www.spiegel.de/politik/deutschland/homo-ehe-cdu-in-berlin-stimmt-gegen-ehe-fuer-alle-a-1045272.html>>.

(20) 草案段階から民法に定める婚姻との区別が図られていた部分と、立法段階において連邦参議院の同意を必要とする部分を切り離した部分があった。後者には、身分登録法、税法、社会保障法に関する事項が含まれる。

(21) 生活パートナーシップ法改訂法による改正後の状況については、渡邊泰彦「ドイツ生活パートナーシップ法の概観（一）（二・完）」東北学院法学六五号（二〇〇六）八一頁、六六号（二〇〇七）一頁を参照。

(22) 生活パートナーシップにおける親子関係については、渡邊泰彦「同性の両親と子—ドイツ、オーストリア、スイスの状況（その二）—（その四）」産大法学四七巻二・四号（二〇一四）二九〇頁、四八巻一・二号（二〇一五）二二七頁、四九巻一・二号（二〇一五）九四頁、四号（二〇一六）一頁で紹介している。

(23) 民法については、家事事件手続法（FamFG）に合わせて、家族法における「訴え」と「判決」を「申立て」と「決定」に変更するという文言上のみのものであり、実際上の変更はない。

(24) 生活パートナーによる共同縁組の規定は、与党内に根強い抵抗があるため、今回の改正の対象からは外されている。共同縁組をめぐる議論については、渡邊泰彦「同性の両親と子—ドイツ、オーストリア、スイスの状況—（その三）」産大法学四九巻一・二号（二〇一五）九四頁を参照。

(25) 「婚姻と比べた登録生活パートナーシップへの憲法上の差別に対する連邦憲法裁判所の判例の実施」(BT-Drucks. 18/4724)

(26) 左翼党草案では、確信する性別に応じた名に変更したトランスセクシュアルが婚姻を行うと自動的にその名の変更の効力が失われるというトランスセクシュアル法七条一項三号の規定が同性婚の導人により意味を失うとして、その削除を提案した。

(27) 公述人の意見書は、公聴会が開かれた連邦議会法務・消費者保護委員会第六八回会議の会議録（Protokoll - Nr. 18/68）も含めて、ドイツ連邦議会

- ホームページでみる」ことが可能。http://www.bundestag.de/bundestag/aussschusse/18/a06/anhoeuerungen/09_28_gleichgeschlechtliche-ehe/383124
- (28) Jörg Benedict, Gutachterliche Stellungnahme zum Thema „Gleichgeschlechtliche Ehe“, Öffentliche Anhörung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz am 28. 9. 2015.
- (29) John Ipsen, Der Ehebegriff des Art. 6 Abs. 1 GG Gutachterliche Stellungnahme zur Anhörung vor dem Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages am 28. September 2015.
- (30) Katharina Jestaedt, Stellungnahme zu drei Gesetzentwürfen zum Recht gleichgeschlechtlicher Partnerschaften.
- (31) Frauke Brosius-Gersdorf, Schriftliche Stellungnahme zu der öffentlichen Anhörung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages am 28. September 2015. 11. 11. 15 ‘ Frauke Brosius-Gersdorf, Ehe für alle durch Änderung des BGB Zur Verfassungsmäßigkeit der Ehe für gleichgeschlechtliche Paare, NJW 2015, 3557に掲載されている。
- (32) Manfred Bruns, Stellungnahme.
- (33) 公聴会における報告をもとにした。Protokoll - Nr 18 / 68, S. 20 f.
- (34) これに対して、以下で述べる賛成説は、このいう構造原理も変遷するという立場から、婚姻の不解消という構造メルクマールが離婚法において変化をしたことを指摘する。しかし、イエステットは、婚姻が原則として不解消であり、婚姻が終生にわたり行われることが規定されていることから(民法二三三条)、不解消のメルクマールの基本理念は考慮されていると反論する (Jestaedt, S. 6)。
- (35) 社会の婚姻理解も、婚姻と親子の関連と、夫婦が異性であるという構造原理によって特徴付けられているとする (Jestaedt, S. 7)。
- (36) 家族を憲法上優遇する理由は、父母が子の出生並びに養育および教育により国民の存続を保障し、「養育と教育の予備役」としての補足的任務を国家が免れることにあると述べる (Brosius - Gersdorf, S. 10)。
- (37) 基本法六条一項の意味における親子共同体家族として、婚姻していないカップルと子、単独で養育する父または母と子、生活パートナーとその一方の父子、子と血縁のない継親、婚姻していないパッチワークファミリー、養親、里親、生殖補助医療で生まれた子の親をあげる。
- (38) ヴァプラーは、生活パートナーシップの法状況について、連邦憲法裁判所は、同性愛者の生活方法の合法化と社会的受容の広がりを憲法解釈に表われているに違いない社会的変遷として強調したと述べる (Wapler, S. 5)。プロシウス・ガースドルフは、基本法六条一項が親として同性カップルを許していることから憲法変遷は問題とならなと述べる (Brosius - Gersdorf, S. 4)。
- (39) Zick, Andreas; Küpper, Beate; Hövermann, Andreas, Die Abwertung der Anderen, Electronic ed.: Berlin : FES, 2011, S. 204. [retrieved on

2016-1-25]. Retrieved from the Internet: <URL: <http://library.fes.de/pdf-files/doi/07905-20110311.pdf>>.

- (40) Mehrheit der Deutschen für Homo-Ehe [online] YouGov de, 29.05.2015, [retrieved on 2016-1-25]. Retrieved from the Internet: <URL: <https://yougov.de/news/2015/05/29/mehrheit-der-deutschen-fur-ehe-fur-alle/>>.

CDU/CSU の支持者の五七%が賛成という結果になっている。

- (41) Zwei Drittel der Deutschen sind für die „Homo-Ehe“ [online] 02.06.2015, Bild. [retrieved on 2016-1-25]. Retrieved from the Internet: <URL: <http://www.bild.de/politik/inland/gleichgeschlechtliche-ehe/zwei-drittel-zustimmung-41200600.bild.html>>.

- (42) さらに、ベネディクトは、連邦憲法裁判所一九五七年一月一七日決定 (BVerfGE 6, 55) から基本法六条一項が差異の要請を含むと理解し、異性間の婚姻が同性カップルを含む他の生活スタイルに対して優遇されるとする (Benedict, S.41)。差異の要請から、保護任務と助成の要請が導き出される。助成の要請により、基本法六条一項から積極的差別 (positive Diskriminierung) の要請も生じる。婚姻は、他の生活スタイルに対して法的によりよい地位となることが許される。

同様の理解は、ベネディクト独自のものではない。すでに、生活パートナーシップ法成立時点において、同法を違憲とする立場から主張されていた。Vgl. Rupert Scholz / Arnd Uhe, Eingetragene Lebenspartnerschaft und Grundgesetz, NJW 2001, 393 ff.

- (43) 渡邊泰彦「生活パートナーシップに関する二〇〇二年七月一七日連邦憲法裁判所について」徳島文理大学研究紀要六五号二五頁以下 (二〇〇三)、三宅雄彦「人生パートナーシップ法合憲判決」自治研究七九巻二二号一四三頁以下 (二〇〇三)、三宅雄彦「生活パートナーシップ法の合憲性」栗城壽夫・戸波江二・嶋崎健太郎編『ドイツの憲法判例Ⅲ』信山社 一八九頁以下 (二〇〇八) で紹介されている。

- (44) 連邦憲法裁判所二〇〇九年七月七日決定については、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裁判所判決―家族手当と遺族年金について―」産大法學四三巻三・四号 (二〇一〇) 四〇九頁、四二〇頁以下を参照。

同決定とその後の判例に影響を与えたヨーロッパ司法裁判所二〇〇八年四月一日判決 (マルコ事件)、同二〇一一年五月一〇日判決 (レーマー事件) については、渡邊泰彦「ドイツ同性登録パー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―」産大法學四五巻三・四号 (二〇一二) 一一頁を参照。

- (45) 同判決については、渡邊・前掲産大法學四五巻三・四号を参照。

- (46) 連邦憲法裁判所の判例および本公聴会公述鑑定人を含む学説の概要について、村山美樹「婚姻の意味変化について―ドイツにおける生活パートナーシップと平等―」中央大学大学院研究年報四四号 (二〇一五) 四二五頁にまとめられている。

(47) その他に、連邦憲法裁判所二〇〇九年七月七日決定が示した判断基準についても反論が述べられている (Benedict, S. 5; Ipsen, S. 9; Jestaedt, S. 9)。同性婚賛成説が同決定を重視していないことから、詳細は省略する。

さらに、イプゼンは、婚姻概念として当事者が異性であるという要件が平等原則に合致しない差別とみる考えに對して、基本法六条一項が違憲の憲法 (Verfassungswidriges Verfassungsrecht) となるかもしれないことを指摘する (Ipsen, S. 6 f.)。

しかし、当事者が異性であることを要件とは考えていない同性婚賛成説に對する批判とはなりえないと考えられるので、詳細は省略する。

(48) 同決定については、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―」同志社法学六〇巻七号 (二〇〇九) 三三三頁以下を参照。同決定は、総論として「男女の団体としての婚姻制度の維持への利益が同性の夫婦その他の維持への利益の背後に退くことは原則としてない」とも述べている。

(49) 渡邊泰彦「同性の両親と子―ドイツ、オーストリア、スイスの状況― (その一)」産大法学四七巻三・四号 (二〇一四) 二九〇頁、三〇一頁を参照。

(50) 同判決については、倉田賀世「ドイツにおける規範的『婚姻』『家族』概念の変容可能性―同性パートナーと子どもにより構成される共同体の取扱いをてがかりとして―考察」古橋エツ子・床谷文雄・新田秀樹編『家族法と社会保障法の交錯 本沢巳代子先生還暦記念』信山社 (二〇一四) 四九頁、渡邊・前掲 産大法学四七巻三・四号三二〇頁を参照。

(51) 渡邊・前掲 産大法学四七巻三・四号三二四頁参照。

(52) 渡邊泰彦「同性パートナーシップの法的課題と立法モデル」家族八社会と法 No. 二七 (二〇一) 三四頁。

(53) 男性の草食化「進んだ」六九%結婚 恋愛観世論調査 [online] 西日本新聞 二〇一四年三月二六日 [二〇一四年三月二日検索]、インターネットト <URL: <http://www.nishinippon.co.jp/nipponational/article/75974>>リンク切れ

(54) LGBT 当事者アンケート調査 [online] NHK [二〇一六年一月二五日検索]、インターネット <URL: <http://www.nhk.or.jp/d-navi/link/gbt/index.html>>。

(55) 渡邊泰彦「同性カップルによる婚姻から家族形成へ」法律時報八八巻五号 (二〇一六) 七三頁。