

同性婚の内容形成と平等原則 (二)

中岡淳

目次

- 序 章
- 第一節 考察の主題
- 第二節 検討の素材と順序
- 第一章 婚姻と家族の基本権ドグマ・ティク
- 第一節 基本法六条一項とその成立史
- 第一款 基本法六条一項の規律対象と保障内容
- 第二款 基本法六条一項の成立史
- 第二節 婚姻の自由の内容形成と構造メルクマール
- 第一款 分析に使用する概念の用語法
- 第二款 婚姻の自由の内容形成に関する連邦憲法裁判所の解釈(以上、一九二卷一号)
- 第二章 基本法における同性間の生活共同体
- 第一節 同性間の生活パートナーシップ
- 第一款 生活パートナーシップ法の導入
- 第二款 生活パートナーシップの憲法上の位置づけ
- 第三款 小括——アンビバレントな基本権ドグマ・ティクの行方
- 第二節 同性婚
- 第一款 事後的な性別変更による同性婚の成立——第五次性転換決定
- 第二款 民法の改正と立法理由(以上、本号)
- 第三款 検討——同性婚立法の合憲性

終章

第一節 婚姻の制度保障の議論の余地

第二節 婚姻当事者の「異性性」

第三節 同性婚の内容形成権限と平等原則

第二章 基本法における同性間の生活共同体

本章では、ドイツで二〇〇一年に導入された生活パートナーシップ法と二〇一七年に導入された同性間の婚姻の締結に関する法律(以下、「同性婚立法」と称する)の憲法上の位置づけについて、連邦憲法裁判所の判例と学説の評価を分析する。

本稿執筆時において、二〇一七年の同性婚立法に関する連邦憲法裁判所の判断は下されていない。⁽²⁰⁾ そのため、基本法における同性間の生活共同体の位置づけに関しては、二〇〇一年に施行された生活パートナーシップ法の合憲性、および、婚姻と生活パートナーシップの別異取扱いに関する判例の解釈が、その分析の基礎となる。その判例の解釈によると、一方で、生活パートナーシップは「婚姻とは別物」であるが故に基本法六条一項に抵触するものではないが、他方で、同項の婚姻は依然として異性間の関係に限定される。ただし、同項の婚姻の「特別な保護」が異性間を対象とするものであることは、生活パートナーシップを婚姻に比して不利に扱うことを正当化しない。むしろ、基本法三条の一般平等原則から、両制度を内容において実質的に対等に扱うことが要請される。両制度は、名称において「分離すれども平等」なのである(第一節)。

以上の判例の蓄積とそれを受けた幾度もの法改正によって、異性間の生活共同体と同性間の生活共同体の法的規律は、その内容に限れば、二〇一七年の同性婚立法の導入を俟つまでもなくほぼ完全に対等なものとなっている。しかし、両制度の内容が平等原則の要請により対等でなければならぬとすると、連邦憲法裁判所が判例において一貫して固持し

てきた「異性性」という婚姻の構造メルクマールは、立法者の内容形成権限を制限する有効な憲法上の規準であり得るのかが疑わしくなってくる。このことから、同法についての抽象的規範統制の申立てがなされたとしても、連邦憲法裁判所は、同法を違憲と判断しないであろうと解する有力な学説の見立てが提示されている。いずれにせよ、同性婚立法の導入とそれを起因とする学説からの新たな婚姻基本権の解釈の提示によって、主観的歴史的解释を重視する婚姻の伝統的な制度保障の理解は、見直されるべき時機に來ている（第二節）。

第一節 同性間の生活パートナーシップ

第一款 生活パートナーシップ法の導入

ドイツにおける同性間の生活共同体の法的保護は、二〇〇一年八月一日に施行された「同性共同体差別解消法」に始まる。通称、「生活パートナーシップ法」である。この法律の名称にも表れているように、同法の目的は、何よりもまず、同性カップルへの差別を撤廃すること、その一貫として、当該カップルのパートナーシップに法的な枠組みを付与する機会を開くことにある。⁽¹⁾そして、この生活パートナーシップ法の導入によって、「数多くの法的効果を伴う長期的な関係を目的とする同性間の生活共同体のための家族法上の制度が創設された」⁽²⁾。いわゆる生活パートナーシップ制度である。

しかし、同法は、同性カップルを法的に承認し、それを制度的に保護する一方で、その内容に関しては様々な点で婚姻との違いが強調されていた。例えば、法定夫婦財産制とは異なり、財産制については当事者の宣言が必要とされ、宣言のない場合には別産制とされていた。また、パートナーシップ廃止時の年金調整も認められていなかった。このような区別の背景には、同法と基本法六条一項の関係、すなわち、生活パートナーシップが婚姻と同じ効果を有するならば

同項の定める「婚姻」の「特別な保護」に反するのではないかとの危惧があつたとされる。⁽⁷³⁾ 後述するように、現に、一部の連邦憲法裁判所判事は、生活パートナースhipの合憲性に関する判決のなかで、このような他の生活形式に対する婚姻の特権化の要請を明確に打ち出していた。

もつとも、生活パートナースhip法は、二〇〇一年の施行以降、数度にわたる改正を経て、最終的には、親子関係に関する一部の規定を除き、民法上の婚姻とほとんど変わりのない定めとなつている。その際、登録生活パートナースhipに関する連邦憲法裁判所の種々の判断が、このような改正に重大な影響を与えていた。はたして、連邦憲法裁判所は、如何なる基本権解釈の論理と枠組みのもとに、婚姻と生活パートナースhipの実質的な対等化を可能にしたのか。また、両者の実質的な対等化は、主観的歴史的な制度保障の理解や「婚姻」の「特別な保護」を定める基本法六条一項の趣旨に反するものでないのか。以下では、これらの問いを念頭に、生活パートナースhipに関する同裁判所の判例に考察の目を向ける。

第二款 生活パートナースhipの憲法上の位置づけ

1 「婚姻とは別物」としての保護

上述のとおり、異性間の婚姻と同性間の生活パートナースhipの法的規律は、二〇一七年の同性婚立法の導入を俟つまでもなく、数度にわたる改正と連邦憲法裁判所の判断によって実質的に対等なものとなつてきた。とりわけ、婚姻も生活パートナースhipも、法律上、「相互に責任を負う」生活共同体として位置付けられているという点で何ら変わる⁽⁷⁴⁾ところはない。しかし、連邦憲法裁判所は、両制度の内容上の実質的な対等化を推し進めつつも、婚姻は異性間の関係⁽⁷⁵⁾を指すということに一貫して固執してきた。相変わらず、「婚姻は、基本法にとつても、原則として解消不可能な生活共同体を目的とする男性と女性の結合なのである」⁽⁷⁶⁾。

当然、このような連邦憲法裁判所のダブルスタンダードに対しては、次のような疑問が提起された。すなわち、基本法六条一項の婚姻を異性間の生活共同体と定義しつつ、法律レベルで婚姻と実質的に対等な婚姻外の生活共同体の創設を許容することは、婚姻の「特別な保護」を命じる基本法六条一項の要請に反しないのか。とりわけ、婚姻の「特別さ」を喪失させるような法制度の創設は、立法者の内容形成権限を制限する基本法六条一項の制度保障に抵触しないのか。この種の疑念は、依然として少なからぬ学説が抱いており、生活パートナーシップ法の合憲性が争われた二〇〇二年七月一七日の裁判においても、まさに、この点が問題となっていた。例えば、Paper 判事反対意見は、その裁判における多数派の制度保障の理解を次のように批判している。

制度保障の意味は、婚姻の内容形成の際に、立法者をパートナーの異性性もその一部であるところの特定の構造原理に拘束することにある。それゆえに、立法者は、婚姻とは異なる名称のもとに、同性カップルのために婚姻とその他の点では一致する制度を導入することを妨げられている。「中略」多数派は、婚姻との実質的な同化の限界をまったく決めていない。⁽¹⁷⁾

つまり、制度保障によって婚姻は異性間に限定されることから、婚姻と実質的に同一の制度の創設は禁じられている。同様に、多数派の制度保障の理解を批判するHarris判事反対意見は、基本法六条一項の婚姻の助成義務についても以下のように述べている。

多数派の見解とは裏腹に、憲法上要請されている助成は、単なる婚姻の不利な取扱いの阻止以上のことを意味している。助成とは、通常を超えて積極的に援助されること、すなわち、婚姻の特権的取扱いを意味するのである。したがって、基本法六条一項の助成要請は、婚姻とは異なる生活共同体を単に不利に扱うことによっても充足され得ない。「中略」婚姻が、その内容形成が婚姻に向けられた憲法上の助成要請に置き換えられるところの諸形式に一致する同性カップルのための制度のすぐそば

に置かれるとき、異性カップルしか婚姻を締結することができないという憲法上の要請が侵される⁽⁷⁸⁾。

このように、Hass 判事は、基本法六条一項の価値決定原則規範から、婚姻の特権化要請を導き出している。すなわち、登録生活パートナーシップという法形式を導入することそれ自体は憲法に抵触しないけれども、婚姻の「特別な保護」という基本法六条一項の要請から、当該法形式が特権的な地位にある婚姻と対等に扱われることがあってはならないというのである。

それに対して、学説や反対意見からの批判の矛先が向けられている法廷意見の判断は、次のようなものであった。まず、法廷意見は、生活パートナーシップ法と基本法六条一項の制度保障との抵触可能性について次のように述べている。

立法者は、同性共同体差別解消法(生活パートナーシップ法)(LPartDSBG)を通じた登録生活パートナーシップの導入によって、生活形式としての婚姻を提供し保護するという基本法六条一項の憲法上の要請(制度保障)に背いてはいなかった。同法律の規律対象は、婚姻ではない⁽⁷⁹⁾。〔中略〕制度としての婚姻は、その憲法上の構造原理やその立法者による内容形成において、生活パートナーシップ法それ自体と関係しない。婚姻の法的基礎は何ら変化を受けてはいなかった。婚姻に法的枠組みを付与し、その制度に法的効果を持たせる世俗的な規律は、相変わらず存続している。まさに、制度保障は婚姻にしか関係しないものであるから、この法的に類似するものとして仕上げられたパートナーシップを同性カップルに開放することの禁止は、制度保障から推察されない⁽⁸⁰⁾。

かかる引用からも明らかのように、法廷意見は、生活パートナーシップ法が婚姻の制度保障に抵触しない理由を両者の規律対象の違いに求めている。それに続けて、同意見は、基本法六条一項の婚姻の保護と助成の要請に関して、次のように述べる。

立法者には、基本法六条一項に基づく婚姻の憲法上の保護の要請があることから、婚姻を他の生活形式に比して優遇することを禁止されてはいない。しかし、その助成要請の遂行と具体化の際に、他の生活形式に比して婚姻に特権を付与することが許されるからといって、他の生活形式を婚姻に比して不利に扱うという要請は、基本法六条一項のなかには含意されていない。Hans判事は、反対意見で、基本法六条一項の助成要請を婚姻より他の生活形式を不利に扱うことの要請として理解している。このことを見誤っている。基本法六条一項は、婚姻にしか認められない憲法上の保護を通じて婚姻に特権を付与し、婚姻に適した措置を通じて婚姻を助成することを立法者に義務付けている。しかし、このことから、他の生活形式を不利に扱う要請は導かれない。法秩序が異性間のパートナー同士の生活共同体としての婚姻と競合関係になり得ない他の生活共同体をも承認するとき、婚姻の法的保護と助成の範囲は如何なる観点においても縮小されてはいない。婚姻の特別な保護から、そのような他の生活共同体を婚姻と距離を置いて内容形成し、当該生活共同体がより少ない権利しかもたないと理解すべきであると推論することは、憲法上基礎付けることもできない。⁽⁸⁾

反対意見の主張と噛み合った反論となっているのかは疑わしいものの、かかる説示において、法廷意見は、Hans判事を名指しして、婚姻の助成要請から、婚姻に比して他の生活形式を不利に扱うことを命じる「距離要請」が導かれないことを明確に指摘した。そのうえで、基本法六条一項の婚姻の「特別な」保護という表現は、法廷意見からすると、「憲法によって婚姻に割り当てられている機能を婚姻が果たし得るように配慮する」程度の意味しか持たないものと位置付けられている。

しかし他方で、法廷意見は、「特別な」という文言に特段の意義を認めないにもかかわらず、立法者の法定立が婚姻の助成要請に反し得る場合があることにも言及している。

国家の助成義務は、基本法六条一項の保護の目的に向けられたものである。立法者が自ら規範設定を通じて婚姻がその機能を

失うことに寄与しているのであれば、立法者は、基本法六条一項に基づく助成要請に違反することになるだろう。立法者が婚姻と競合関係にある同一の機能を有する他の制度を創設し、同制度に例えば同一の権利とより少ない義務しか与えず、その結果、両制度が代替可能なものとなってしまうのであれば、そのような危険は生じ得るだろう。しかし、この種の代替可能性は、登録生活パートナーシップの創設に結び付くものとは考えられない。登録生活パートナーシップ制度が向けられているところの名宛人集団が婚姻の名宛人集団と接触しないことから既に、登録生活パートナーシップは婚姻と競合関係にはなり得ない。このような相違があるが故に、登録生活パートナーシップは、両少数意見で想定されているように、誤ったレッテルを持つ婚姻でもなく、婚姻とは別物(ein and zur Ehe)なのである。その名称が、登録生活パートナーシップが別の種類のものであることを基礎付けるのではなく、登録生活パートナーシップでその関係を拘束することができるのが、男性と女性ではなく、二人の同性カップルであるという事情が、そのことを基礎付けるのである。⁽⁸²⁾

かかる説示によると、まずもって、助成要請に対する違反は、婚姻と代替可能な法制度の創設によって、立法者が「婚姻がその機能を失うことに寄与している」場合に生じる。法廷意見は、このように述べて、「婚姻とは別物」であるところの生活パートナーシップ制度に関して助成要請違反の危険は生じていないと判断したのであった。

2 平等原則による実質的な差異の喪失——「分離すれども平等」?

(1) 婚姻と生活パートナーシップは「分離すれども平等」である

以上のように、連邦憲法裁判所は、同性間の生活パートナーシップが「婚姻とは別物」であるということを理由に、当該制度が基本法六条一項の制度保障や助成要請に反しないと結論付けた。本節冒頭の問いに照らして整理するならば、婚姻は依然として異性間の関係に限定されていることから、生活パートナーシップ法は伝統的な婚姻理解に反せず、また、それゆえに、同裁判における法廷意見の解釈は、主観的歴史的な制度保障の理解からも逸脱してはいないと解され

る。それ以上に、むしろ、同性間のための法制度を創設する立法者の内容形成権限が憲法上許容されたことによって、同判決以降の生活パートナーシップをめぐる憲法論議のトピスは、次第に、基本法六条一項から、婚姻と生活パートナーシップの区別を問う基本法三条一項の一般的平等原則へと推移していく。上述の二〇〇二年の生活パートナーシップ法の合憲性に関する判決の時点で既に、婚姻と生活パートナーシップの実質的な対等化を推し進めるための基盤は構築されていたのであった。

しかし、同裁判所の立論は、同性間の生活共同体に関する後続の憲法判例において、解釈方法論としては首尾一貫しない憲法解釈の歪みをもたらすことになる。その歪みは、一方で、基本法三条一項の一般的平等原則を通じて婚姻と生活パートナーシップの法的規律に関する区別の消失によって生じ、他方で、それによって可能となった憲法上の「家族」および「親」の概念への同性同士の親と子の法的関係の包摂によって生じる。以下で詳細に見ていくように、生活パートナーシップに関する一連の裁判において、連邦憲法裁判所は、生活パートナーシップが「婚姻」でない限りで、また生活パートナーらと子の関係が「家族」である限りで、平等原則による両制度の実質的な対等化が徹底して妥当すべきであることを強調するようになる。Shu-Peng Hwang は、いみじくも、このような連邦憲法裁判所の解釈戦略を「分離すれども平等 (separate but equal)」を謳う歪曲した法的論証に基づくものであると論難する。⁽⁸³⁾

周知のとおり、この「分離すれども平等」原則は、奴隷解放以降もなお広範な人種差別が残存していた一九世紀後半のアメリカ合衆国において、人種に基づく類別の禁止に対する反動として、一八九六年の *Plessy v. Ferguson* 事件連邦最高裁判決のなかで産み落とされたものである。修正一四条の「平等な保護 (equal protection)」に関する同判決の法的論証は、鉄道の客室における白人と黒人の分離を鉄道会社に求める州法の規定を州の広範な裁量を理由に、すなわち、「立法者が人民の定着した慣行、慣習、伝統を参照し、また、公衆の安全と善き秩序の維持を目的として行動することが許されている」ことを理由に「不合理な規定」でないとするものであった。⁽⁸⁵⁾ つまり、州は鉄道という公的事业に関し

て法を定める広範な裁量を有するのであり、同一内容の鉄道サービスが白人にも黒人にも対等に提供されている限り、人種間で客室の分離を行ったとしても、そこには憲法が禁止する不平等な取扱いは存在しない、というのが「分離すれども平等」原則の内実である。翻って、ドイツ連邦憲法裁判所がお墨付きを与えた婚姻と生活パートナーシップの二元的制度の運用もまた、ほぼ同一内容の権利義務関係のもとに、異性間と同性間とで制度の分離を行うものであるという点で、「分離すれども平等」原則を地で行くものではないのかと批判されることは否めない。

ただし、この婚姻と生活パートナーシップの間の「分離すれども平等」原則は、理論的には、次の二つの想定の違いを要請するものとして解釈することができる。第一に、婚姻との区別を前提にしつつも、同性間の生活パートナーシップ制度の創設が義務付けられているとする解釈である。この解釈に依拠する場合、何らかの制度によって同性カップルに身分法上の地位を与えることが当該原則にとって重要となる。それに対して、第二に、パートナーシップ制度の創設までは要請されないが、関連する諸法の目的に照らして、同性間には様々な法律上の諸利益への対等なアクセスが保障されるとする解釈を想定し得る。これは、異なる名称のもとに性的指向によって利用可能な制度が形式的には「分離」されてはいるが、既存の制度と比較可能な制度が立法を通じて創設されている限りで、両者の内容に関する実質的な「平等」を求めるものである。この点に関して、連邦憲法裁判所の諸判例は、後述する平等審査の新傾向のなかで後者の解釈を押し進めた。そこで、この解釈戦略の是非を平等原則の審査基準という観点から改めて考察し直すことしよう。

(2) 平等審査の新傾向——差別のメルクマールとしての「性的指向」

婚姻と生活パートナーシップの区別に関する同裁判所の立論のなかには、「分離すれども平等」には汲み尽されない平等原則に関する判例法理の展開が見られる。それは、「ドイツ連邦憲法裁判所における平等審査の新傾向」⁸⁶を示す審査基準の変化の流れの中に位置するものである。従来、ドイツ連邦憲法裁判所の平等審査は、法律の明白な不合理性を

問う「恣意の禁止」という緩やかな審査基準と、比例性の審査が適用される厳格な審査基準の二分化図式を基礎とするものであり、それぞれの基準が、事実および行為に関する不平等取扱いが問題となる場合と、人の属性の相違を理由とする不平等取扱いが問題となる場合に適用される。それに対して、ここでの「新傾向」とは、このような二分化図式を廃し、恣意の禁止の基準を最も緩やかな比例性審査の適用形式として捉える連続的で統一的な審査方法への転換を指す。この新たな審査基準のもとでは、一律に比例性の審査が行われるが、その際には、当該審査を高める種々の要素が考慮される。すなわち、その考慮要素となる一定の指標に基づいて、審査基準の厳格度を決定するというのが、新傾向における平等審査の特徴である。⁽⁸⁷⁾

ここで重要なのは、生活パートナーシップの不平等な取扱いに関する種々の憲法判例において、新傾向において平等審査の厳格度を高める指標の一つが示されていることである。その指標とは、すなわち、「性的指向 (die sexuelle Orientierung)」である。例えば、連邦憲法裁判所第二法廷は、二〇一三年五月七日の配偶者分割課税の生活パートナーシップに対する適用の排除が問題となった事案で、次のように述べている。

区別をもたらす人物に関連するメルクマールが、基本法三条三項に列挙されたメルクマールに接近すればするほど、すなわち、当該メルクマールと結び付く不利な取扱いが少数派の差別をもたらす危険性が高まれば高まるほど、人的集団の不平等な取扱いの正統化の要求は一層厳格なものとなる。このことは、例えば、性的指向に基づく差別の場合にも当てはまる。⁽⁸⁸⁾

このように、「性的指向」という人物に関連するメルクマールは、平等審査における比例性の厳格度を高める指標として考慮されている。⁽⁸⁹⁾

しかし、婚姻と生活パートナーシップとの間の不平等な取扱いが問題となる規定は、その不平等な取扱いが生ずる発

端を遡れば、結局のところは、当該制度を利用する当事者の性的指向に起因するものであると言える以上、概して、こうした区別をもたらす規定は厳格な審査に服する蓋然性が高いことになる。同様の論理で既に、連邦憲法裁判所は、二〇〇九年七月七日に生活パートナーシップに遺族生活扶助を認めない連邦・ラント年金機構規則を違憲と判断していた⁽⁹⁰⁾。その判決において、連憲法裁判所は、性的指向に基づく差別の正当化根拠について次のように述べている。すなわち、当該差別を正当化するためには、「基本法六条一項を単に引き合いに出すだけでなく、そのときどきの規制対象と規制目的に適したかたちで、他の生活形式の不利な扱いを正当化する十分に重みのある実質的根拠(ein hinreichend gewichtigen Sachgrund)が必要となる」⁽⁹¹⁾。ここで、憲法上婚姻が特別な保護に値するという基本法六条一項の価値決定は、もはや差別の正当化根拠としては考慮されていない。二〇〇二年の生活パートナーシップ法の合憲性に関する判決と同様、ここでも、婚姻の「特別な保護」は、婚姻を他の生活形式に比して特権的に取扱うことを要請する規範としては理解されなくなっているのである。

こうして、一方で、同性カップルの婚姻の機会は異性性のメルクマールに固執する伝統的な制度保障の理解のもとに閉ざされたままでありながら、他方で、生活パートナーシップに対する法律上の不平等な取扱いは、連邦憲法裁判所の平等審査の新たな解釈によって徹底して是正されていった。加えて、基本法六条一項の婚姻の「特別な保護」の要請は、婚姻と生活パートナーシップの法的規律が実質的に対等化する過程のなかで押しなべて相対化されている。しかしながら、上述のように、婚姻の「距離要請」を否定し、生活パートナーシップを婚姻にいくら接近させたとしても、異性間の関係と同性間の関係は制度において依然として分離したままである。むしろ、基本法六条一項の価値決定ではなく、婚姻概念の核心的内実が変更されないままであることを求める制度保障を通じて、婚姻の特別な保護の要請は現実化しており⁽⁹²⁾、言うなれば、婚姻が異性間に限定されているという点においてのみ婚姻は「特別な」ものとなっている。もともと、不幸中の幸いか、こうした「分離すれども平等」という歪曲した憲法解釈に依拠しつつも、連邦憲法裁判所は、

特別な平等の要請が妥当する基本法三条三項の差別のメルクマールに相当するものとして「性的指向」という新たな差別のメルクマールを作り上げ、それによって、平等の審査方法に新たな地平を開拓したのであった。

3 憲法上の「家族」および「親」の概念の同性間への拡張

これまでの考察からは、生活パートナーシップ法の施行以降もなお、連邦憲法裁判所の婚姻の解釈が、主観的歴史的な制度保障の理解によって強く規定されており、その現状保障的な解釈方法が故に、同性間の婚姻の機会が固く閉ざされていることが分かる。少なからぬ学説が批判を向けていたように、その制度保障の理解からしても、また婚姻が憲法上保護に値するという基本法六条一項の価値決定の観点からしても、連邦憲法裁判所の婚姻の解釈は、多分に議論の余地があるものとなっている。しかし他方で、このような解釈が判例法理として今後も維持し得るものであるのか否かを評価するにあたっては、同裁判所が、「婚姻」とは異なり、基本法上の「家族」や「親」の概念を同性間の生活共同体にも拡張するかたちで解釈していることをも併せて考慮しなければならない。というのも、基本法六条一項の成立史から同一条文中に並置された「婚姻」と「家族」の意味連関が読み取られていたように、⁽⁹³⁾婚姻が子を持つカップルにのみ限定されないにせよ、それが子の両親となること、すなわち、家族の創設に向けて構想されていることからすると、「家族」や「親」の概念の法的かつ社会的な意味の変化は、主観的歴史的な解釈に基づく「婚姻」の概念理解を相対化させる契機となるからである。⁽⁹⁴⁾

まずもって、連邦憲法裁判所は、二〇一三年二月一九日の継養子縁組に関する判決において、基本法六条二項一文の「親」の概念が同性同士の両親を排除するものではないことを次のように説明している。

基本法六条二項一文の意味での「親」のもとで何が理解されるべきかに関する歴史的な考え方は、今日にお

いて当該条文を登録生活パートナーシップに適用することの妨げにならない。

確かに、基本法の成立の時期に、同性愛が当時処罰される得るものであり、社会的に固く禁じられていたことを考慮すると、基本法六条二項の起草の際に、もっぱら異性間の両親が想定されていたことを前提に出発しなければならない。しかし、だからといって、当該規範に同性間の両親を承認することに関する意識的な反対は含意されていない。むしろ、このことは、単純に、当時の観念の地平の外にあつたのである。それに対応して、今日とは異なり当時は、二人の同性の人びとが単純法律上親になるという事態は生じ得なかつた。それにもかかわらず、当時の観念世界と、その際に付け加えられる歴史的な概念理解は、同性愛を法的に組み込むという変化によつて次第に消失していった。基本法の施行の際の状況とは裏腹に、基本権だけでなく、同性同士であること (Ehepartnerstatus) や同性カップルの生活状況に関する社会の考え方もまた著しく変化した。同性同士の二人の人を親のカップルと見なすことが、同性愛者が彼らの持続的なパートナーシップそのものの法的な権限および承認を拒絶されることによつて、今日無に帰するということとはやはりあり得ない。⁽⁹⁵⁾

上記の判決では、生活パートナーシップ法上、生活パートナーがもう一方のパートナーの養子と養子縁組を行うために必要な民法典一七四二条における継養子縁組 (Stkzessivadopion) の生活パートナーシップへの準用が認められていないことの合憲性が問題となつてきた。結論として、連邦憲法裁判所は、同規定の適用範囲を生活パートナーシップにも拡張したわけであるが、そこで注目すべきは、同性愛者や同性間の生活共同体に関する法的かつ社会的な変化が、基本法上の「親」の概念を拡張する根拠の一つとして引き合いに出されていることである。

この点で、基本法上の「親」の概念に関する連憲法裁判所の解釈が「婚姻」のそれと大きく異なることは明らかである。連邦憲法裁判所は、婚姻とは異なり、親の地位を憲法改正によつてのみ修正可能な制度保障の対象として理解していないのである。⁽⁹⁶⁾

それに対応するかたちで、連邦憲法裁判所は、基本法六条一項の「家族」概念を広く理解し、その「家族」概念の中

に子を持つ同性間の生活共同体を取り込んでいる。先と同様の判決で、連邦憲法裁判所は、次のように述べている

同性間の生活パートナーと子から成る共同体が長期的な関係を目指して置かれ、包括的な共同体として営まれている限りで、家族の基本権は当該共同体をも保護する。

子を持つ親から成る事実上の生活および教育共同体は、基本法六条一項によって家族として保護される。原則として保護が必要とされる子の肉体的かつ精神的な発達は、家族と、その親による教育のなかで本質的に基礎付けられる。家族の基本権は、家族的な結合の特殊な心理的かつ社会的な機能の保護を指すものであることから、その基本権保護は、法的な血族関係の存在を前提としていない。その点では、基本法六条一項に基づく家族の保護が、「社会的な家族」として、法的な親子関係の存在に依存しない、広い意味での家族共同体を包含するとき、その保護は、基本法六条二項一文の親の権利を超えて広がっていく。

この家族の基本権の保護の目的を踏まえると、同性間の生活パートナーと子から成る、長期的な関係を目的とした、社会的な家族の共同体もまた、憲法の意味での家族である。⁽⁹⁷⁾

上述のように、連邦憲法裁判所は、「家族」概念の射程を「家族の基本権の保護の目的」を踏まえて画定している。これは、法の解釈方法論における目的論的解釈に相当するものであろう。このような目的論的解釈を「家族」概念に施すことによって、連邦憲法裁判所は、当該概念を同性同士の間親と子から成る関係に拡張した。

しかしながら、このことを前提にすると、基本法六条一項において、「婚姻」概念にのみ主観的歴史的な解釈によって推論される「異性婚」という概念理解を保持しておかなければならないのかが、ますます疑わしくなってくる。「当時の観念の地平の外に置かれていた」⁽⁹⁸⁾のは、同性カップルが両親となることのみならず、同性婚もまた同様である。そうであるならば、同性婚が当時の観念の地平の外に置かれていたとしても、婚姻基本権の保護の目的からして、基本法六条一項のもとで同性婚の保護を語ることはできただけである。⁽⁹⁹⁾我々は、このようなアンビバレントな連邦憲法裁判所

の解釈を如何に受け止めるべきなのであろうか。本節の最後に、この点を確認し、これまでの議論を二〇一七年に成立した同性婚立法への分析へと架橋する。

第三款 小括——アンビバレントな基本権ドグマ・ティクの行方

生活パートナーシップ法施行以降の婚姻や家族に関する連邦憲法裁判所の基本権ドグマ・ティクを総括するならば、次のようになる。まずもって、連邦憲法裁判所は、生活パートナーシップを婚姻と実質的に対等に取扱う幾度の法改正と同裁判所の憲法判断を経てもなお、カップルの「異性性」が婚姻の本質的な構造メルクマールであることに固執している。さらに、生活パートナーシップ法の合憲性が争われた二〇〇二年七月一七日の裁判において確認されたように、生活パートナーシップが婚姻と対等に扱われるべきなのは、それが法律上あくまで異性間の婚姻とは「別物 (Ainid)」として構想されていたからに他ならない。しかし他方で、法律上の生活パートナーシップの不平等な取扱いは、それが婚姻と比較されるとき、当該区別は「性的指向」に基づく差別として認定されるため、厳格な比例性の審査に服する。その結果、このような平等原則の審査のもとでは、もはや法制度としての婚姻に排他的な内容を認めることができなくなっている。しかしながら、連邦憲法裁判所は、制度保障を理由に依然として婚姻を異性間に限定しているため、婚姻と生活パートナーシップが、ほぼ内容的には同じ規定を有する制度になっているにもかかわらず、依然として同性間には婚姻が認められないという歪曲した解釈を生み出してしまっている。

この点で、Stephan Rixen が提起する次の疑問は、連邦憲法裁判所の解釈の論理的な帰結を踏まえた指摘として「正鵠を射たものであると思われる」。

連邦憲法裁判所が、単純法において定立された諸々の法的効果に関する対等な取扱いを推し進めれば推し進めるほど、生活

パートナーシップが「婚姻とは別物」であるという二〇〇二年の生活パートナーシップ法に関する裁判において打ち立てられたテーゼは、ますます首尾一貫したものでなくなる。(中略)けれども、婚姻と生活パートナーシップが本質的に比肩し得るものなのであれば、婚姻は別物ではあり得ない。というのも、婚姻を別物であるとしていること、すなわち、夫婦の異性は、どうやら本質的なものではないからである。このことに、どのようにして折り合いがつけられるのだろうか。⁽¹⁰⁾

以上のRizzoの疑問に対する可能的解答としては、次の二つが想定できる。一つは、平等の観点から如何に婚姻と生活パートナーシップが内容的に接近し得るとしても、基本法六条一項は、婚姻という名称を異性間に留保することを要請していると考えることである。つまり、この考え方によると、同項の婚姻の「特別な保護」とは、婚姻、という名称の保護を意味する。その際、余りにも技巧的な外観を呈するが故に法政策的には優れた方法でないことは否めないにせよ、同性婚立法が導入されたとしても、民法上の婚姻と基本法六条一項の婚姻とを同一視する必要はないと補足的に説明することで、単純法律上の婚姻と基本法上のそれとを二元的に両立させることができるだろう。

それに対して、二つ目に想定される解答としては、「性的指向」を差別の指標として取り入れた「新傾向」における基本法三条一項の一般的平等原則の要請からして、もはや「異性性」という婚姻の構造メルクマールは憲法上の有効な規準として維持することができないと答えることである。このように解すると、「立法者はもはや憲法を理由にして二つの同一の規律を有する制度に二つの異なる名称をあてがうよう義務付けられるべきであるということを支障なく基礎付けることができない」⁽¹⁰⁾。その結果、基本法三条一項と基本法六条一項の体系的解釈として、「異性性」という構造メルクマールを放棄することが許容され、これによって、憲法改正を経ることなく、民法上の婚姻を同性間に開放することが可能となる。

はたして、連邦憲法裁判所は、同性婚立法が成立した暁には、上記の問いに対してどのような応答を試みるのだろうか

か。本稿執筆時点において、二〇一七年に可決された同性婚立法に対する憲法判断は下されていない。そのため、現時点において、この疑問についての連邦憲法裁判所の正確な考えを知ることはできないが、その代わりに、以下では、非婚要件を定めていた性転換法の規定を違憲と判断することで事実上同性婚が成立することを承認した第五次性転換決定と、同性婚立法にあたる「同性間の婚姻の締結の権利の導入に関する法律」の立法理由やそれに対する学説の評価を検討することで、上述の問いにアプローチすることにした。このようなアプローチを通じて、憲法改正を経ずとも、既存の基本法の解釈によって同性間への婚姻の開放が可能であるのかを探ることが次節の課題である。

第二節 同性婚

第一款 事後的な性別変更による同性婚の成立——第五次性転換決定

二〇一七年の同性婚立法以前に、基本法の解釈によって同性間の婚姻が事実上承認された特殊なケースが存在する。非婚要件を定めていた性転換法八条の合憲性が問われた二〇〇八年五月二七日の第五次性転換決定 (Transsexuellen-Beschluss (V)) である。同決定において、連邦憲法裁判所は、性転換希望者 (Transsexuelle) の身分法 (Persönlichkeitsrecht) 上の性別の変更のために未婚であることを要件とすることが、基本法一条一項と結び付いた基本法二条一項によって保護される一般的人格権と基本法六条一項に違反すると判断した。性転換希望者が性別変更以前に異性間で結婚していたという例外的なケースではあるものの、この決定によって、事実上、同性婚がドイツの法秩序において成立し得ることが関知された。この違憲判断の理由を、連邦憲法裁判所は、総合衡量に基づく審査に依拠して次のように説明している。

一方で、婚姻を異性間のカップルのもとに残しておくことの立法上の利益、他方で、既に結婚している性転換希望者が変更される性別の法的承認を手に入れようと努めていること、および、性転換を希望している者の配偶者が婚姻を継続維持することの諸利益をともし比較衡量することで、これらの願望は双方ともに著しく重みをもつ。しかし、基本法一条一項と結び付いた二条一項に由来する固有の性的アイデンティティの承認を求める権利に認められるべき重要性を考慮に入れるならば、既に結婚している性転換希望者が、その者が自ら認識し変更する性別で承認されることに、性別変更以前に、その者に婚姻として法的に確保されたパートナーシップの解消という要件を結び付けることは不当である。

婚姻の保護に関して対立するこれらの諸利益は、同じ基本権の保護のもとに分類される。基本法六条一項は、男性と女性をひとつの生活共同体へと纏め上げることが内容として必要とされるところの婚姻を法制度として保護するだけでなく、締結された婚姻およびその配偶者らとその婚姻生活の形成の自由と、その婚姻の存続に対する利益において保護する。〔中略〕既に結婚している性転換希望者に、その者の性的アイデンティティの法的承認か、あるいは、その者の婚姻の維持か、という二者択一を選択することを要求することは、基本法六条一項によって保護された他方配偶者の基本権の地位を巻き添えにし、当事者らをほとんど解消不可能な精神的葛藤に追いやるだけでなく、不当な基本権侵害をもたらす。性転換法八条が基本法一条一項と結び付いた基本法二条一項、および、基本法六条一項に違反するのは、同法が、既に結婚している性転換希望者に、その者が婚姻を解消することなく、新たな性的属性の法的承認を獲得する可能性を認めていないからであり、それゆえに、憲法違反なのである。(10)

以上のように、連邦憲法裁判所は、比較衡量の際に、性転換を希望する者の人格権とその者と配偶者の婚姻を維持する権利を一方の秤の上に置き、異性間の婚姻という伝統的な婚姻理解を維持する立法者の利益をもう一方の秤の上に置いたうえで、前者を後者より重みのある利益だと判断した。とりわけ、異性間での婚姻が性別変更以前に成立していたとはいえ、裁判所が、憲法上の権利としての婚姻の自由の重要性を考慮して結果的に同性婚が成立することを承諾したことは特筆すべきことであろう。このことは、婚姻の自由の内容形成において、「異性性」というメルクマールの持つ存在意義が相対化しつつあることを暗に示唆している。そして、この決定から九年後、ついに連邦議会で同性婚立法が

可決されることになる。

第二款 民法の改正と立法理由

1 同性婚立法法の成立——「すべての人に婚姻を (Ehe für alle)」

ドイツにおける同性婚立法は、二か月後に連邦議会選挙を控えた二〇一七年六月三〇日にドイツ連邦議会における超党派の賛成多数を得て可決される(三九三票対二二六票ただし白票四)。この「同性間の婚姻の締結の権利の導入に関する法律 (Gesetz zur Einführung des Rechts auf Eheschließung für Person gleichen Geschlechts)」⁽¹⁰⁾、通称「すべての人に婚姻を (Ehe für alle)」によって、同性カップルも異性カップルと同様に婚姻を締結することが可能となった。この法律は、二〇一五年一月一日に既に提出されていた連邦参議院の法律案を採択したものであり、その核となる規律は、民法典一三五三条一項一文を改正する同法的一条二号にある。それによって、これまで「婚姻は、長期にわたって締結される」と定めていた民法典一三五三条一項一文は次のように改められた。

婚姻は、異性間あるいは同性間の二人の者によって、長期にわたって締結される。

この新たな民法典一三五三条一項一文が、旧規定と比較して、法技術上、婚姻の定義を同性間も含むかたちで明確化するものであることは明らかであろう。⁽¹¹⁾二〇一七年一〇月一日の同法の施行以降、同性カップルは新たに登録生活パートナーシップを創設することが不可能となり(三条三項)、異性カップルと同様に婚姻することしかできなくなった。もともと、既に登録されていた生活パートナーシップは、自動的に婚姻へと変更されるわけではなく、該当するカップルは、登録生活パートナーシップ法20 a条に基づく選択の権利を保障されている。したがって、登録生活パートナーシッ

ブ法もまた、その限りで引き続き有効なままである⁽¹⁰⁾。いずれにせよ、同法の施行以前において既に、婚姻と登録生活パートナーシップはほぼ同じ内容を備えた制度となっており、「同性間の婚姻の締結が可能となったことを除けば、登録生活パートナーシップの法的地位と比較した同法の効果は、民法典一七四一条二項が婚姻カップルに委ねている共同養子縁組が可能となったことに尽きる⁽¹⁰⁾」。

2 連邦参議院の法律案における立法理由

上述の同性婚立法が三九三票対二二六票で可決されていたことから分かるように、同法は、憲法改正に必要な連邦議会における三分の二の特別多数に相当する議員からの賛成票を得ていたわけではない。したがって、例えば、連邦議会においても、キリスト教民主同盟／キリスト教社会同盟の会派から、憲法改正に依らない単純法律での早急な同性婚の導入に強い懸念が示されていた⁽¹⁰⁾。とりわけ、連邦議会および連邦参議院の三分の二の特別多数を要件とする基本法改正のハードルは、諸外国と比べても必ずしも低いわけではなく、むしろ、ドイツでは基本法の改正が平均的には毎年のように行われているにもかかわらず、憲法改正ではなく、単純法律によって同性婚が導入されたことが、反対派の大きな不満の種となっている⁽¹⁰⁾。

この点、連邦憲法裁判所は、一貫して、カップルの異性を婚姻の本質的な構造メルクマールとしてきた。それゆえに、同裁判所が婚姻の解釈を変更しない限り、同性婚立法は違憲となる恐れがある。はたして、同性婚立法の起草者たちは、この解釈と真つ向から対立するように思われる単純法律による同性間への婚姻概念の拡張を如何なる論理のもとに正当化しているのだろうか。また、その正当化は、憲法解釈として、同法に対する批判に耐え得る論拠を提示することに成功しているのだろうか。

同法の基礎となる連邦参議院の法律案は、同性間の婚姻の締結の権利の導入を次のように述べて正当化する⁽¹⁰⁾。

伝統的な婚姻の理解によれば、配偶者の異性性には決定的な意義 (prägende Bedeutung) が認められていた。同様に、配偶者の異性性は、長らく、基本法六条一項の意味での婚姻の不可欠な前提と見なされてきたので、同性間のパートナーシップは、婚姻概念から排除されていたのである。基本法を成立させる際に、同性愛は道徳に反するものと見なされ、刑法典 (StGB) 一七五条以下で刑法上の禁止を課されていた。基本法の差別の保護に同性愛の人びとを算入すること、ましてや、同性カップルを承認することは、この時代、すべての政党の枠を超えて、観念世界の向こう側にあった。一九六九年に、男性の同性愛の刑法上の全面的禁止を廃止する流れになってようやく、法的な実務は変化し、徐々に、社会による劣等の烙印 (Stigmatisierung) が取り去られていった。(中略)

一九九三年の部会決定 (Kammerbeschluss) において、連邦憲法裁判所は、「婚姻関係における」性別の相違がもはや決定的な意義を認められないという意味で、婚姻理解の根本的な変化を裏付ける十分な根拠」が示されていないことを確認した。それゆえ、裁判所は、憲法を根拠に同性愛者の婚姻が開放されることを拒絶し、同性カップルの承認のための更なる措置を実行に移すことを立法者に委ねたのである。したがって、同性のパートナーシップのために婚姻を開放することを許容する婚姻理解の今後の変化は、将来的には排除されていなかっただけで、将来的には排除されていなかっただけである。

ここで言及されている一九九三年の部会決定において、連邦憲法裁判所は、婚姻が異性間に限定されることを正当なものであるとし、同性カップルの婚姻の締結の権利を否認していたが、それと同時に、当時の段階で、異性性という婚姻の構造メルクマールの意義を相対化するような根本的な婚姻理解の変化が生じていないということも、その判断の前提に置いていた。⁽¹⁰⁾したがって、同性間への婚姻の開放を許容する「婚姻理解の今後の変化は、将来的には排除されていなかった」とする同法案の上述の記述は、このことを逆手にとったものである。そして、それに続けて、そのような社会における婚姻理解の変化が基本法六条一項という憲法規範の変遷を帰結し得ることを次のように述べている。

ところで、しばらく前から、立法者の形成の自由の観点から、同性間の婚姻締結の権利の導入を憲法上許容する伝統的な婚姻理解の根本的な変化を認める十分な手掛かりが存在する。新しい、法律上の規定によって把握されない事態が姿を現すとき、あるいは、その事態が全体の変化に順応することによって変化したとき、連邦憲法裁判所の判決は、意味の変化を容認する。結局のところ、憲法規範は、そのテクストの改正なく変化し得るのである。もちろん、基本法六条一項の場合において著しい価値の変化を許容するところの憲法規範の意味や目的には限界がある。

第一に、婚姻理解の根本的な変化は、生活パートナーシップの法制度の導入の結果もたらされた。今日、国民のあいだで (in der Bevölkerung)、婚姻と生活パートナーシップの区別はもはやなされない。婚姻の締結と生活パートナーシップの創設は、無差別に「婚姻する」と称される。「結婚している (verheiratet)」と「パートナーシップを結んでいる (verpartnert)」との間にはもはや区別はなされず、むしろ、婚姻配偶者と生活パートナーを無差別に彼らは「結婚している」と言う。そのうえ、国民は、婚姻配偶者と生活パートナーが、実際には義務しか同一であるとは言えないにもかかわらず、同一の権利と義務を有しているということを自明の如く根底に置いている。最新の世論調査によると、同性間のカップルに婚姻を開放することは、きわめて圧倒的な支持を得ている。

このような国民の認識の水準における婚姻の意味の変化が、同法案の正当性を支える一つの重要な根拠となっている。このことを、同法案は、連邦憲法裁判所が社会における認識の変化に合わせて基本法上の「親」や「家族」の概念も変化させてきたことを引き合いに出して次のように補足する。

その他の点で、さらに、連邦憲法裁判所は、血縁関係のある親子関係が法的かつ社会的に親密な親子関係に優位しないとする同裁判所の判決を指摘する。このことはまた、立法者によってなされた決定も含め、社会の変化が基本法六条の解釈に影響を与えることを示している。ここで、家族や親子関係の概念であり得たことは婚姻の場合にもあり得ることである。

結局のところ、同法案は、上述の諸々の事実を述べたうえで、単純法律による同性間への婚姻の開放が基本法六条一項の保障内容と抵触するものではないと結論付けている。

自ずと変化する家族法上の制度の構造原理を維持することに関する理論的な懸念を除けば、単純法律による同性間の婚姻締結の権利の導入は、基本法六条一項で規定された制度保障に抵触するということはあり得ない。基本法六条の客観的な機能が、他の基本権享有主体の主観的な権利に対して道具化されたり濫用されたりすることがほとんどあり得ないと同様に、この基本権が同性間の婚姻締結の権利を導入することによって侵害される次元は存在しない。

以上が、二〇一七年に可決された同性婚立法の理由付けの概要である。

- (70) 制定まもなくは、同法に対する抽象的規範統制の訴えの提起が極右または保守系の政治家らによって模索されていた。ADP will gegen „Ehe für alle“ klagen. [online] Frankfurter Allgemeine Zeitung on 2017-7-2. [retrieved on 2021-9-1]. URL: [https://www.faz.net/aktuell/bayern/州政府による訴えの提起に関するは、同法の合憲性についての専門家の鑑定意見を受けて断念された。この点については、渡邊・前掲注\(6\)、二一・二二頁を参照。](https://www.faz.net/aktuell/bayern/州政府による訴えの提起に関するは、同法の合憲性についての専門家の鑑定意見を受けて断念された。この点については、渡邊・前掲注(6)、二一・二二頁を参照。)
- (71) Lebenspartnerschaftsgesetz vom 16. Februar 2001 (BGBl. I, S. 266).
- (72) BVerfGE 105, 313 (314).
- (73) 渡邊泰彦「ドイツ・オーストリア」棚村政行・中川重徳『同性パートナーシップ制度——世界の動向・日本の自治体における導入の実際と展望（日本加除出版、二〇一六年）三二頁を参照。』
- (74) 民法典一三五三条一項二文（婚姻配偶者は、婚姻の生活共同体に関して相互に義務付けられている。彼らは相互に責任を負う）と生活パートナーシップ法二条二文（生活パートナーは、相互に責任を負う）を見よ。
- (75) BVerfGE 10, 59 (66).
- (76) vgl. Johann Braun, Das Lebenspartnerschaftsgesetz auf dem Prüfstand — BVerfG, Jus 2003, S. 21ff., Christian Hillgruber, Ehe und Familie-

- vom "Verfassungswandel" bedrohte Rechtswerte, in: Pulte/Kiekamp (Hrsg.), Werte entfalten: Gesellschaft gestalten, Festschrift für Manfred Spieker zum 70. Geburtstag, S. 53 ff.
- (77) Abweichende Meinung des Richters Papier, BVerfGE 105, 313 (359).
- (78) Abweichende Meinung der Richterin Haas, BVerfGE 105, 313 (361-362).
- (79) BVerfGE 105, 313 (344-345) - Hervorhebung nicht im Original.
- (80) BVerfGE 105, 313 (346) - Hervorhebung nicht im Original.
- (81) BVerfGE 105, 313 (348) - Hervorhebung nicht im Original.
- (82) BVerfGE 105, 313 (350 f.) - Hervorhebung nicht im Original.
- (83) vgl. Shu-Peng Hwang, Besonderer Schutz der Ehe im Umbruch? - Zugleich Anmerkungen zu den neueren Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts -, KritV 2014, 144 ff.
- (84) 163 U.S. 537 (1896).
- (85) 163 U.S., at 550 (opinion of the court).
- (86) 宮地基「メーン連邦憲法裁判所における平等審査の新傾向」明治学院大学法学研究一〇一卷(二〇一六年)一六一頁。
- (87) 以上につき、宮地・前掲注(86)「一六一-一六七頁の他」辛嶋丁憲「連邦憲法裁判所における一般的平等原則審査の変遷」一橋法学一八巻三号(二〇一九年)三九五頁以下も参照。
- (88) BVerfGE 133, 377 (408) - Hervorhebung nicht im Original.
- (89) 姜ひんふ「基本法三條に関する明文によるメルトダウンを作り出すことには学説からの批判がある」, vgl. Christian Hillgruber, Anmerkung zu BVerfG, Beschluss v. 7.7.2009-1, BvR 1164/07 (Hinterbliebenerversorgung), JZ 2010, S. 43 f.
- (90) BVerfGE 124, 139 (221 f.) (登録生活パートナーの諸権利を規律する規定によって、典型的に同性愛者が把握され、婚姻配偶者の諸権利を規律する規定によって典型的に異性愛者が把握される。それゆえ、婚姻と生活パートナーシップが遺族生活保障に関して異なっており扱われるのである。性的指向に基づく不平等な取扱いがなされること)。
- (91) BVerfGE 124, 199 (226).
- (92) vgl. Hwang aa.O. (Anm. 83), S. 140 f.
- (93) 上の点に関する「第一章第一節第一款を参照」。
- (94) vgl. Wolenschläger, aa.O. (Anm. 26), S. 67, 93-94.
- (95) BVerfGE 133, 59 (79f.) - Hervorhebung nicht im Original.

- (96) vgl. Wollenschläger, aa.O. (Anm. 26), S. 94.
- (97) BVerfGE 133, 59 (82 ff.) - Hervorhebung nicht im Original.
- (98) BVerfGE 133, 59 (79).
- (99) 一つの機械的・目的論的な解釈に依拠して基本法六条一項の規範内容を捉えるものとして、vgl. Hwang, aa.O. (Anm. 83), S. 144 ff. Norman Koschmieder, Grundrechtliche Dynamisierungsprozesse. Zur verfassungsrechtlichen Reflexion von Partnerschaft und Familie durch grundrechtliche Tatbestände, 2016, S. 195 ff.
- (100) vgl. Stephan Rixen, Das Ende der Ehe?—Neukonturierung der Bereichsdogmatik von Art. 6 Abs. 1 GG, JZ 2013, S. 871.
- (101) Matthias Jestaedt, Ehe für alle?, FAZ 05.07.2017.
- (102) BVerfGE 121, 175 (200 ff.) - Hervorhebung nicht im Original.
- (103) BGBI. I 2017, 2787.
- (104) vgl. Ipsen, aa.O. (Anm. 27), S. 1096.
- (105) vgl. Martina Knoop, Die Ehe für alle, NJW-Spezial 2017, S. 580.
- (106) Wollenschläger, aa.O. (Anm. 26), S. 10.
- (107) 「本会派の判断では、例えば、基本法改正の必要性についての問題をもう一度議論するため、連合会派の共通の草案について落ち着いて話すことが、望ましく、現実であるだけでなく、内容的にも資するところがあると考えられています。それに加えて、このことは、より広範な、もしかすると、憲法改正の多数を得る機会を開いていたかもしれない。それにもかかわらず、十分な議論をするところなく、単純法律によって同性婚の成立を決定してしまったというのが、キリスト教民主同盟／キリスト教社会同盟の会派の見解である。」 vgl. Wollenschläger, aa.O. (Anm. 26), S. 14 ff.
- (108) vgl. Ipsen, aa.O. (Anm. 27), S. 1098, Christopher Schmidt, „Ehe für alle“ — Ende der Diskriminierung oder Verfassungsbruch?, NJW 2017, S. 2225 f.
- (109) vgl. Gesetzentwurf des Bundesrates — Entwurf eines Gesetzes zur Einführung des Rechts auf Entscheidung für Personen gleichen Geschlechts vom 11.11.2013, BT-Drs. 18/6665, S. 7 ff. - Hervorhebung nicht im Original.
- (110) BVerfGE (K), NJW 1993, S. 3058 (3058).