



Title	ドイツにおける「婚姻の制度保障」の展開（1）：日本国憲法24条の婚姻概念定義のために
Author(s)	宇多，鼓次朗
Citation	阪大法学. 2025, 75(3), p. 81-109
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/102805
rights	
Note	

The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA

<https://ir.library.osaka-u.ac.jp/>

The University of Osaka

ドイツにおける 「婚姻の制度保障」の展開（１）

——日本国憲法24条の婚姻概念定義のために——

宇多鼓次朗

はじめに

（１）日本国憲法24条の婚姻概念解釈論の不在

近時、再婚禁止期間⁽¹⁾や夫婦同氏制⁽²⁾、同性婚が認められないこと等⁽³⁾、婚姻制度の在り方に関して多数の憲法判例が示されている。婚姻について日本国憲法は、24条1項において「婚姻は、両性の合意のみに基いて成立し、夫婦が同等の権利を有することを基本として、相互の協力により、維持されなければならない。」と規定し、次いで2項において、「配偶者の選択、財産権、相続、住居の選定、離婚並びに婚姻及び家族に関するその他の事項に関しては、法律は、個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚して、制定されなければならない。」と定めている。

この日本国憲法24条は、制定過程からして⁽⁴⁾、主として戦前のイエ制度、つまり、家長が家の事柄について包括的な処分権を持つ封建的な家族制度を廃止するための規定と捉えられてきたが⁽⁵⁾、その具体的な規範内容については、長らく十分な検討がなされずにきた領域であるといわれる⁽⁶⁾。そのような中で近時の学説は同条を日本国憲法「13条と14条を家族生活に当てはめたもの⁽⁷⁾」として13条や14条の特別法と捉え⁽⁸⁾、24条と13条や14条との連関から同条の規範内容を探ろうとしている。また、平成27年12月16日の夫婦同氏制合憲判決では、24条2項

について、「婚姻及び家族に関する事項は、関連する法制度においてその具体的内容が定められていくものであることから、当該法制度の制度設計が重要な意味を持つものであるところ、憲法24条2項は、具体的な制度の構築を第一次的には国会の合理的な立法裁量に委ねるとともに、その立法に当たっては、同条1項も前提としつつ、個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚すべきであるとする要請、指針を示すことによって、その裁量の限界を画したものと⁽⁹⁾といえる」とされている。この判示に基づいて、国会による婚姻及び家族の制度形成や、それを裁判所がいかに統制するか、という観点からの議論もなされるようになってきている⁽¹⁰⁾。

他方で、憲法24条と13条や14条との区別、つまり、24条が個人の尊厳と両性の本質的平等に基づいた内容形成を命じるところの「婚姻及び家族」とは何を指すのかに関する検討は、十分になされてきたとは言い難い。

(2) 本稿の問題意識

しかし、憲法24条と13条や14条との連関を強調するのであれば、13条や14条ではなく24条が適用される範囲、つまり、24条の規律領域を画する「婚姻」や「家族」とは何かという概念定義は、当然に問題となるはずである。

憲法24条が13条や14条の特別法だとすれば、理論的に見て、婚姻や家族という24条の規律領域については、24条の解釈、判断が先行するものと考えられる⁽¹¹⁾。また、憲法24条と13条や14条との区別は、理論的な問題にとどまらず、実践的意義をも有する。最高裁は上述の平成27年夫婦同氏制合憲判決において、「憲法24条が、本質的に様々な要素を検討して行われるべき立法作用に対してあえて立法上の要請、指針を明示していることからすると、その要請、指針は、単に、憲法上の権利として保障される人格権を不当に侵害するものでなく、かつ、両性の形式的な平等が保たれた内容の法律が制定されればそれで足りるというものではないのであって、憲法上直接保障された権利とまではいえない人格的利益をも尊重すべきこと、両性の実質的な平等が保たれるように図ること、婚姻制度の内容により婚姻をすることが事実上不当に制約されることのないように図ること等についても十分に配慮した法律の制定を求めるものであり、この点でも立法裁量に限定的な指針を与えるものといえる⁽¹²⁾」と述べている。この判

示からは、憲法24条による保障の射程が、13条で保障されている人格権や14条で保障されている形式的平等を超えて及ぶことが示唆されている。加えて、同判決以前から、学説においては、一般法としての13条と特別法たる24条とで保障の程度が異なる可能性も指摘されていた。このように、憲法24条と13条や14条との間で保障の程度に差異があるとすれば、ある事例に適用される条文が24条であるか13条や14条であるかの区別は、実践的意義をも持つと考えられる⁽¹⁴⁾。

加えて、とりわけ婚姻に関しては、憲法24条2項が婚姻制度の内容形成を立法者に対して命じていることから、婚姻制度を廃止することは憲法24条に反すると解されている⁽¹⁵⁾。このことをさらに突き詰めれば、立法者が形成する制度が憲法24条にいう「婚姻」に当たるといえるためには、当該制度がどのような性質を有するものでなければならないのか、つまり、憲法24条にいう「婚姻」制度が確保されているといえるためには、どのような性質を持った制度が法整備されていなければならないのか、が問題になるはずである⁽¹⁶⁾。

これらの事柄から、冒頭で述べたように婚姻制度の在り方をめぐって多くの憲法問題が生じている現状においては、憲法24条の規律領域を画する憲法上の婚姻概念について検討する必要があると考えられる⁽¹⁷⁾。

（３） 本稿の目的

そこで本稿では、ドイツにおける基本法6条1項の「婚姻の制度保障」に注目し、その展開の検討を通じて、日本国憲法24条上の婚姻を定義する方途を探る。

ドイツ連邦共和国基本法6条1項は、「婚姻及び家族は、国家秩序の特別の保護を受ける。」⁽¹⁸⁾と規定し、憲法における婚姻の保護を定めている。ここにいる婚姻について、判例及び学説では、後述の通り、婚姻が二者間で締結されることや、原則として解消できないこと、当事者の自由な決定に基づいて締結されること等、様々な「婚姻の本質的構造原理」を明確にすることで、定義がなされてきた。そして、判例や学説における婚姻の本質的構造原理の解明の前提には、「基本法6条1項は、婚姻を法制度として規律し、より詳細に内容形成することを、立法者に対して義務付けるとともに正当化する……。〔婚姻の〕内容形成に際して、立法者は『婚姻という制度を規定する諸々の構造原理を尊

重せねばならない』⁽¹⁹⁾」との解釈があった（〔 〕は筆者補充。以下、同様）。このように、「婚姻には構造原理があり、立法に当たってはそれを遵守しなければならない」との解釈は、婚姻の制度保障（Institutsgarantie 或いは Einrichtungsgarantie）と呼ばれる⁽²⁰⁾。つまり、ドイツでは、「婚姻の制度保障」というドグマーティクを基礎として、婚姻を規定する諸々の本質的構造原理を明らかにする形で、憲法上の婚姻概念が定義されてきたのである。

そこで、この「婚姻の制度保障」というドグマーティクがドイツにおいていかに形成、展開され、それが婚姻概念の定義にいかなる影響を及ぼしてきたのかを明らかにしたうえで、婚姻の制度保障を日本国憲法24条の解釈論に応用する意義及び可能性を検討することが、本稿の目的である。

(4) 本稿の構成

本稿では、まず、この「婚姻の制度保障」⁽²¹⁾というドグマーティクがドイツにおいていかに展開されてきたのかについて検討する。具体的には、婚姻の保護を憲法上初めて定めたヴァイマル憲法119条が、いかなる経緯で制定され、ドイツ国法学の中でいかに解釈されたのか、また、ヴァイマル憲法による婚姻保護の背景にはどのような事情があったのかを確認する（第1章）。次いで、そのようなヴァイマル憲法119条を基本法6条1項がどのように受け継いだのか、また、両規定の間にどのような差異があるのかについて、基本法制定過程の議論、連邦憲法裁判所判例、及び近時の国法学説に基づいて、検討する（第2章）。さらに、ドイツにおける「婚姻の制度保障」というドグマーティクの展開を参照しながら、日本国憲法24条における婚姻概念の定義の可能性について検討する（第3章）。最後に、本稿の検討の結論をまとめるとともに、今後の検討課題についても言及する（おわりに）。

第1章 「婚姻の制度保障」の成立ちとその前史

第1節 ヴァイマル憲法制定過程における婚姻保護の議論

ドイツにおける憲法上の婚姻保護の端緒は、ヴァイマル憲法119条⁽²²⁾に遡る。本節では、同条の制定過程において、いかなる経緯で婚姻が憲法上の保護を受
（阪大法学）75（3-84）584〔2025.9〕

けると定められるに至ったのかについて、検討する。⁽²³⁾

（１）憲法委員会小委員会における婚姻保護条項の登場

ヴァイマル憲法の制定過程において同条の原型が初めて登場したのは、国民議会憲法委員会の下に設けられた小委員会の審議においてであった。小委員会の審議は記録が残されていないため詳細は定かではないが、⁽²⁴⁾国法学者であるヴァルター・パウリー（Walter Pauly）によれば、中央党（以下、「Zentrum」という。）議員のコンラート・バイエルレ（Konrad Beyerle）による1919年5月6日付けの憲法草案は以下のように定めている。⁽²⁵⁾

「Ⅱ 共同生活の基礎

14. 婚姻の憲法的保障

- ① 婚姻は、ドイツ人の家族生活の基礎として、また、国家の維持、繁栄の源泉として、憲法の特別の保護を受ける。
- ② 家族を健全にし、清潔を維持し、そして社会的に助成することとは、ライヒの人口政策上の任務である。多子家族はそれにふさわしい扶助を請求する権利を有する。」

同案は、ほとんど修正されることなく、同月28日付けの「基本権の予備協議のための憲法委員会提案」の12条として取り入れられた。⁽²⁶⁾

（２）憲法委員会における審議

この12条の提案理由について、1919年5月30日の第33回憲法委員会においてバイエルレは、「12条は婚姻を憲法上保障しようとするものである。とりわけ基本権のもつ国民教化の価値に鑑みれば、社会生活の支柱たる婚姻に言及せずにおくことができないということは、必然であろう。2項では、家族が、人口政策の任務の本質をなす要素として特徴づけられている。⁽²⁷⁾」と説明している。この発言からは、基本権に国民教化の価値を認める憲法理解と、婚姻が社会の支柱であるという価値評価がうかがえる。

同日の審議の中では、12条の採択に反対する声も上がった。社会民主党（以下、「SPD」という。）議員のフーゴ・ジンツハイマー（Hugo Sinzheimer）は、「憲法に取り入れる条文が法的にも内容をもつことに配慮せねばならない」として、12条の中に示されている原理それ自体は法原理ではなく政治的原理であ

り、「憲法の中にはそのような政治的諸原理を表明するための場はない」とする⁽²⁸⁾。これは、基本権が持つ国民教化の価値を重視して政治的原理を憲法に取り込むことに対する批判として理解することができる。このような見解に対しては、ドイツ民主党（以下、「DDP」という。）議員のブルーノ・アブラス（Bruno Ablass）から、憲法は通常法律とは異なるのであり、「憲法において我々は、新時代の重大で改革的な基本理念を確定し、また、個々の州においても法律により発展させられることとなる一般的な指針を打ち立てねばならない。」との反論がなされている。

また、SPD 議員のルドルフ・ハインツェ（Rudolf Heinze）は、「憲法において倫理に関する何らかの事柄が言及され、いわば倫理的綱領が打ち立てられることは、受け入れられる」としながらも、同条の内容が不明確であるとして、同案に反対する⁽³⁰⁾。内務大臣のフーゴ・プロイス（Hugo Preuß）も、同条に反対する趣旨ではないとしながらも、「憲法の特別の保護」を受けるとはどういう意味かが不明瞭である、と指摘する。すなわち、婚姻は特別の保護の下にあるというのであれば、「婚姻に特別の保護を与える特別の規定が憲法の中になければならない」が、それが見られないというのである。このような疑義に対してバイエルレは、「憲法の保護を受けるとされる諸々の法制度は、憲法〔の改正〕と同様の特別の加重〔された要件〕の下でしか変更されえない」と説明する⁽³²⁾。ここにおいて既に、婚姻制度を憲法改正によらない変更から護るという思考が見て取れる。

さらに、憲法改正によらなければ変更されえない「婚姻制度」の内容についても議論されている。すなわち、上記のようなバイエルレの説明では婚姻に関するあらゆる規定が憲法の特別の保護の下に置かれ、憲法改正法律によらなければ改正できなくなる、との批判に対し、アブラスは、「婚姻それ自体を民法の婚姻法諸規定と混同してはならない。12条の意義は、一夫一婦の婚姻にあるのであり、これは倫理法則から創り出された倫理的な婚姻制度であって、憲法改正なくしては除去されえない。これに対して、いうまでもなく、あらゆる民法上の婚姻法規定は、通常のライヒ法律で以て改正されてよい」と応答している⁽³⁴⁾。ここから、憲法に婚姻保護規定を設けることによって通常法律による改正

から護られる内容として、一夫一婦制が観念されていたこと、また、その一夫一婦制は倫理法則の要請であると理解されていたことがうかがえる。

同日の審議では結局、12条1項は提案通りの文言で可決された。2項については、「ライヒの人口政策上の任務」とされていた箇所が、「州及び市町村の人口政策上の任務」と改められた⁽³⁵⁾。

この12条は、1919年6月17日の第44回憲法委員会では、32a条として議論されている。32a条に関する同日の審議では、まず、同条1項によって婚姻法全般が憲法の保護の下に置かれると後の改正が困難になりうるとの危惧に基づく反対が述べられたが、これに対しては、第33回憲法委員会の審議と同様に、同条が憲法の保護の下に置くのは「一夫一婦の婚姻」であって、婚姻に関する民法上の諸規定ではない⁽³⁶⁾という反論がなされている。⁽³⁷⁾

また、SPD 議員のマックス・クアルク（Max Quarck）は、「婚姻を憲法の特別の保護の下に置くことによって婚姻を強調する場合、全政党が目指している婚外子の保護に矛盾する⁽³⁸⁾」との批判を述べている。もっとも、同日の審議においては、この批判について掘り下げて検討された形跡は見られない。

同日の審議では、これらの反対に加え、1項の「ドイツ人の」という文言を削除する案や、「憲法の特別の保護」を「法律の特別の保護」と改める修正案、さらに「国家の維持、繁栄」という文言を削除する案が提出されているが、いずれも否決され、修正はなされなかった。⁽³⁹⁾
⁽⁴⁰⁾

(3) 国民議会本会議における審議

1919年7月16日の第58回本会議における審議では、32a条は118条へと移動している。同日の審議では最初に報告者のバイエルレが、118条を含む草案の第2章「共同生活」について、「旧来の基本権の観点である個人主義を超えて社会的思想を捉え」るものであり、「基本権」とともに「基本義務」という基本思想に場所を与えるものと説明している。⁽⁴¹⁾

同日の審議では118条案に対して様々な修正案が提出されているが、それらは主に母性及び婚外子の保護を追加する提案であった。⁽⁴²⁾例えば、SPD 議員のエリザベート・レール（Elisabeth Röhl）は、婚外子の存在を念頭に、婚姻の保護だけでは不十分であるとして、1項に母性の保護を追加し、「婚姻と母性

とは憲法によって保護され、国家の保護を受ける権利を有する」と修正することを提案する⁽⁴³⁾。さらに、「婚外子に対して、いわゆる生まれの恥によって人格発展に向けての門戸を閉ざすことは、それ自体、最悪の不公正な状態である⁽⁴⁴⁾」と述べ、118条2項を「婚外子は、父母による養育、教育、相続について、婚内子と同等の権利を有する」と修正することを提案する⁽⁴⁵⁾。

この提案に対して、Zentrum 議員のアグネス・ノイハウス (Agnes Neuhaus) は、婚外子の境遇が立法によって改善されなければならないという点には同意し、婚外子には婚内子よりも手厚い保護や扶助が必要であるとしながらも、婚外子を婚内子と同等とすることは、「国民の倫理意識を混乱させる」虞があるとして、反対する⁽⁴⁶⁾。ノイハウスによれば、婚外子を婚内子と同等に扱うことは、婚姻によらない自由な関係と法律婚とを同等に扱うことにつながり、「我が国家の没落の始まりを意味する⁽⁴⁷⁾」というのである。ここにおいて、婚姻が倫理に基づいて憲法上保護されるとの理解が表れているとともに、婚姻の特別の保護と婚外子の保護との対立という、憲法委員会の審議においてクアルクが提起した問題が再演されている。

ノイハウスはまた、1項に母性の保護を追加することについても、118条は婚姻と婚姻に基づく家族についての規定であり、未婚の母を含む「母性」という語をそこに挿入するべきではないと批判している⁽⁴⁸⁾。さらに、ノイハウスに次いで発言した DDP 議員のエリザベート・ブレンナー (Elisabeth Brönnner) も、婚姻とともに母性が憲法の特別の保護を受けるとすることに対して批判するが、その際、「『婚姻は憲法の特別の保護を受ける』[との条文]の意味は、婚姻という制度が憲法改正法律なしには廃止されえないことになる、というものである。……ただしこのような解釈によれば、婚姻という制度は母性と等置されえない。というのも、母性は制度では全くなく、それ故廃止されえないからだ⁽⁴⁹⁾」と述べている。

1919年7月30日の第70回本会議では、アプラスらの提案に基づき、1項に「婚姻は両性の同権に基づく。」との文言が加えられている⁽⁵⁰⁾。男女の同権についてはそれまで、婚姻の保護との関連では論じられていなかった。この規定は、後にヴァイマル憲法109条となる平等条項の審議過程において男女の同権が公

民的権利義務に限定され、家族法には及ばないとされたために、ヴァイマル憲法119条1項に2文として追加されるに至ったものと見られている⁽⁵¹⁾。そのため、憲法上の婚姻の保護と男女の同権との関係については、国民議会で詳しく議論された形跡は見られず、制定過程においてどのように捉えられていたのかは定かではない。しかし、DDP 議員のマリー・バウム（Marie Baum）は、この規定に基づく男女同権が実現されるように民法の改正が早急に必要である旨を述べている⁽⁵³⁾。このことからして、男女の同権が婚姻の保護といかなる関係に立つと認識されていたのかは定かでないにせよ、少なくとも、それが当時の「旧来の婚姻」と必ずしも一致する内容だとは捉えられておらず、「男女の同権」は旧来の婚姻に対する変化をもたらすものと理解されていたと考えられる。ここで可決された118条案が、ヴァイマル憲法119条となった。

（４） 制憲過程における婚姻保護をめぐる議論の全体的傾向

以上のように、ヴァイマル憲法119条の制定過程において、①基本権が国民を教化する価値を持つこと、及び②婚姻が社会の支柱であって保護に値することを理由に、婚姻保護条項の挿入が提案された。委員会及び本会議における審議の中では、①の基本権理解に関しては異論もあったが、②の婚姻が保護に値するとの判断そのものが問われることはなかった⁽⁵⁴⁾。

また、憲法において婚姻を保護することの意味についても議論がなされ、婚姻制度の廃止や一夫一婦制の変更が憲法改正によらずしてなされることを禁じるものとの理解が示された。

第２節 ヴァイマル期国法学における婚姻の制度保障の確立

（１） カール・シュミット（Carl Schmitt）

憲法上の婚姻保護に対するこのような理解は、ヴァイマル期における国法学説に受け継がれた。カール・シュミットは主著『憲法論』において、「憲法法律規定によって特定の制度に対し特別の保護が与えられることがある。その場合、憲法法律規定は、通常立法の方法によって〔その制度を〕廃止することを不可能にすることを目的とする」と述べ、そのような保障の在り方を「制度的保障（institutionelle Garantie）」と称する。さらに、その制度的保障の例として、

いわゆる地方団体の基本権や例外裁判所の禁止等とともに、家族生活の基礎としての婚姻（ヴァイマル憲法119条）⁽⁵⁷⁾を挙げる。

このようにシュミットは、憲法改正によらない婚姻制度の「廃止」を禁止することを婚姻の「制度的保障」と称しているが、それでは、いかなる場合に婚姻制度が廃止されたと評価されるのか。婚姻という名（形式）を備えた制度の存続を命じているだけなのか。この点についてシュミットは、1931年の「ヴァイマル憲法における自由権と制度的保障」⁽⁵⁸⁾において、公法上の制度体に対する制度的保障（institutionelle Garantie）と私法上の法制度に対する法制度保障（Institutsgarantie）^{(59) (60)}とを区別し、婚姻は公法上の制度体ではなく私法上の法制度であるとして、ヴァイマル憲法119条を後者の例に位置付けたくうえで、法制度保障は「一般に、とりわけ立法者に対して向けられ、立法者の権限を制限する。というのも、法制度の保障は同時に、内容的に特定された規範複合体の保障でもあるからである」⁽⁶¹⁾と述べる。ここからは、シュミットにおいて婚姻制度廃止の禁止は、単に婚姻と称される制度が存続を要求するものではなく、婚姻制度という規範複合体の「特定の内容」の変更を禁じるものと捉えられていることがうかがえる。

それでは、シュミットのいう法制度保障において、憲法改正によらずしては変更されえない、婚姻制度の特定の内容とは何だったのか。シュミットが法制度保障の具体例として主に検討対象としたのは、ヴァイマル憲法153条の所有権であったため、婚姻の「特定の内容」について、シュミット自身が語るころはほとんどない。しかし、1932年の「基本権と基本義務」⁽⁶²⁾でシュミットは、法制度保障を「典型的な、伝統的に確立された規範複合体及び法関係という意味での法制度の、憲法による保障」⁽⁶³⁾と称している。このことからすると、法制度保障の対象となる婚姻の特定の内容は、「典型的な、伝統的に確立されたもの」と理解されているものと思われる。

(2) ゲアハルト・アンシュッツ（Gerhard Anschütz）

シュミットと同様に、ヴァイマル憲法119条を婚姻の制度保障と解しつつ、そこで保障される伝統的な婚姻制度の内容をより特定するのがゲアハルト・アンシュッツである。

アンシュッツ曰く、ヴァイマル憲法119条「１項１文は、ヨーロッパ世界において数千年にわたって存続している一夫一婦の婚姻という制度を、特定の共產主義的理論を意識的にまた意図的に拒絶する中で、憲法の特別の保護の下に置く。このことが意味するのは、この我々の家族生活の基礎は憲法改正なしに廃止されえず、また、伝統的な基本的特質において変更されえない、ということである⁽⁶⁴⁾」としたうえで、「１項１文は、上述の通り、婚姻を制度として保護し保障する。つまりカール・シュミットにいう『制度的保障』の典型例である⁽⁶⁵⁾」と述べる。アンシュッツはこのように、婚姻制度の廃止と並んで婚姻制度の「基本的特質」についても変更が禁止されることを明示しつつ、この「基本的特質」を「伝統的な」ものと形容する。この点で、シュミットと同様に、伝統に基づいて確定された婚姻制度の内容が、憲法改正によらない変更から護られる、という婚姻の制度保障理解がうかがえる。

アンシュッツはさらに、婚姻の制度保障は、「単純法律によって、例えば婚姻の締結や解消の方式を全く不要にすること、婚姻の生涯性を除去すること、共同生活に対する夫婦の義務（民法1353条）を廃止すること、或いは婚内子と婚外子との間のあらゆる法的差異を除去することは、許され⁽⁶⁶⁾ない」と述べている。このことからして、アンシュッツにおいては、婚姻の制度保障によって保護される「伝統的な基本的特質」として、①婚姻、離婚が法の定める方式に基づいてなされること、②婚姻が原則として解消できないものであること、③共同生活に対する夫婦の義務、④婚内子が婚外子とは別異に扱われること⁽⁶⁷⁾等が観念されていたといえる。また、婚姻の制度保障によって禁じられる事柄として明示されているわけではないが、アンシュッツは先の引用で見た通り、条文上は「婚姻」となっているヴァイマル憲法119条１項１文の保護対象を、「一夫一婦という制度」と表現している。それ故、婚姻当事者が一対の男女であることは前提とされており、あえて述べるまでもないと考えられていたものと思われる。

（３）アルフレット・ヴィールスゾブスキー（Alfred Wieruszowski）

アルフレット・ヴィールスゾブスキーも、119条を婚姻の制度保障規定として捉える。曰く、119条は一定の性質を備えた婚姻に対して「『制度的保障』と

いう特別の保護を与え」る。この「制度的保障は、婚姻という制度をその倫理的及び文化的基本内容の特徴づける諸々のメルクマールの範囲で保護するが、しかし、現行の民法上の婚姻規定の全体を保護するものでは決してない。この保障に由来する拘束が立法者に制限を課す。この拘束を放棄することは婚姻の任務と目的とを頓挫させるものであり、この拘束の排除は、憲法改正立法（76条）という厳格化された方法でしか果たされえない⁽⁶⁸⁾」という。

そこで、いかなる法改正がこの婚姻の制度保障に反することになるのかについて、ヴィールスゾプスキーは具体的に、重婚の禁止や近親婚の禁止といった婚姻障害の⁽⁶⁹⁾廃止、原則的な別居の⁽⁷⁰⁾許容、期限付きの婚姻の許容や婚姻締結の方式の⁽⁷¹⁾放棄、婚内子と婚外子との完全な同権化などを挙げる。これらの内容自体は、アンシュッツと大きく異なるところはない。しかし、婚姻の制度保障によって保護されるこれらの内容を、「倫理的、文化的基本内容の特徴づけるメルクマール」とし、その放棄が「婚姻の任務と目的とを頓挫させる」ことになると言及している点において、ヴィールスゾプスキーはシュミットやアンシュッツと異なる。シュミットやアンシュッツにおいては旧来の伝統を保護するものとされていた婚姻の制度保障が、より実体的に、「婚姻がその任務や目的を果たすために必要不可欠な倫理的・文化的要素」を保護するものとして捉えられているのである。

ヴィールスゾプスキーはさらに、このような婚姻の制度保障を、個人の権利とは異なるものとして明確に位置付ける。彼によれば、ヴァイマル憲法119条1項は、「既存の社会構造を根本的に倒す変革を拒絶する中で、また、共産主義的社会秩序に対して意識的に反対する中で、」婚姻に基づく市民的法秩序を保護するものであり、この点でヴァイマル憲法152条（契約の自由）や153条（所有権）、154条（相続権）に類する。しかし、契約の自由や所有権、相続権は経済生活における個人の自由を保障しているのに対して、119条1項は、ヴァイマル憲法第2編第2章の「共同生活」を統べる指針として、「個人を超えた共同体の利益を保護する分野」に⁽⁷³⁾位置付けられている点で、婚姻と契約の自由等とは異なるという。また、119条が扱うのは「制度としての婚姻」であって、その中における個々の人格は「間接的にしか保護や助成を受けず、そ

の「婚姻の保護による」福利目標の実現に対して「当該個人に」固有の権利を持たない⁽⁷⁴⁾とする。

加えて、ヴィールスゾプスキーは、119条１項の条文上、婚姻及び家族の保護に続いて規定されている両性の同権についても言及するが、両性の同権は、「実現されるべき法原則」としてしか解しえず、将来の婚姻法において可能な限り両性の同権に近い婚姻秩序が形成されることを目指すものであるとする⁽⁷⁵⁾。

第３節 憲法上の婚姻保護の前史

以上、本章第１節、第２節で見てきたように、婚姻の制度保障は、社会生活の支柱たる婚姻を憲法上保護すること企図して定められたヴァイマル憲法119条の解釈論として、制憲過程の議論を踏まえつつ、ヴァイマル期の国法学において展開されたドグマティックであった。それでは、そもそもなぜ憲法において婚姻の保護が定められたのか。この点、制憲過程では、基本権理解や婚姻を憲法において保護することの意味については議論が交わされていた一方、何故に婚姻が憲法において保護されるに値するのかという点については、掘り下げて議論されることはなかった。

（１）共産主義による婚姻制度解体への対抗

そこで憲法における婚姻保護規定導入の理由を検討するに際して手がかりとなりうるのが、ヴァイマル憲法119条は共産主義理論を否定する中で婚姻を保護するものである、とのアンシュッツ⁽⁷⁶⁾やヴィールスゾプスキー⁽⁷⁷⁾の説明である。もっとも、彼らの説明自体からは、「共産主義理論の否定」が具体的に何を意味するのかは判然としない。

この点、より踏み込んだ説明を行っているのが、ヘルマン・ヘラー（Hermann Heller）である。ヘラーは、「基本権と基本義務⁽⁷⁸⁾」と題する1924年の論稿において、「急進的な社会主義思想」が「女性のプロレタリア化、とりわけ女性の工場労働が家族生活を崩し子どもの教育を不可能にした」という認識を出発点として婚姻制度を攻撃してきたため、これに対する防御と社会的理念との妥協として、ヴァイマル憲法は婚姻を保護しつつ、国家共同体によるその監視を定めた⁽⁷⁹⁾と説明している。

さらに、現代の民法学者のディーター・シュヴァープ（Dieter Schwab）も、社会主義と憲法による婚姻保護との関連を指摘している。シュヴァープは、以下のように説明する。すなわち、19世紀半ば以降、社会主義理論の進展に対抗して、保守的な家族観が強調された。自由な愛情と共同体による教育という社会主義の理想は、ブルジョア社会の家族関係に対する批判と合わさって、婚姻や家族の肯定に対抗した。また、社会主義と密接に結びついた女性解放の努力は、家族の神聖視の基礎となっていた父権的な家族像を攻撃した。これらの事柄から、社会主義はポリガミーの導入等、婚姻・家族制度解体の懸念を生じさせた。その結果、家族は所有とともに、自由を保障するものとして、社会の基礎として、反社会主義の防壁を成す中心概念となった、⁽⁸⁰⁾というのである。

ヴァイマル憲法制定過程の議論には、このような婚姻や家族の保護と社会主義との対抗関係について、明示的な言及は見られない。しかし、社会主義から婚姻や家族を護る試みは、実際、19世紀半ば以降の諸州の刑法において見られる。⁽⁸¹⁾すなわち、バイエルン州の1861年刑法118条1項は、「公然と…家族、婚姻若しくは所有の法制度を攻撃し、又はそれらを嘲弄や軽蔑を以て扱った者は、2年以下の禁錮に処する。この際、400グルデン以下の罰金を併科することができる。」と規定している。また、ザクセン州の1868年刑法127条は、「公に知らしめる方法により婚姻、家族若しくは所有の法制度又は既存の国家体制を貶めた者は、1年以下の禁錮に処す。」⁽⁸²⁾と規定していた。また、帝国刑法についても、私有財産制とともに婚姻や家族制度を非難する表現に刑罰を科す同様の法案は、帝国議会において審議されている。同法案は以下のようなものであった。

「130条

公の平和を脅かす方法で、公然と異なる階級の者らを互いに煽動し、又は、言論や文書を通じて、婚姻制度、家族制度若しくは財産制度を公然と攻撃した者は、禁錮刑に処す。⁽⁸³⁾」

帝国議会におけるこの審議の中で、内務大臣のフリードリヒ・アルブレヒト・オイレンブルク（Friedrich Albrecht Eulenburg）は、同法案が「社会民主主義に対抗するものである」と明言している。⁽⁸⁴⁾同法案は結果として成立しな

かったが、それは、婚姻や家族が保護に値しないとの批判の故ではなく、意見表明の自由を刑法で制限することに対する批判の故であったとされる⁽⁸⁵⁾。このように、ヴァイマル憲法制定以前から、社会主義との対抗の中で刑法において婚姻や家族を保護することが試みられていたことに鑑みれば、国民議会において明示的な言及はなくとも、ヴァイマル憲法119条1項の背後には、ポリガミーのような婚姻・家族制度の解体に至る社会主義への対抗という目的があったものと推察できる。

確かに、ヴァイマル憲法制定以前の刑法に関する議論及びそれを検討するシュヴァープの研究においては「社会主義」や「社会民主主義」への対抗が語られているのに対して、アンシュッツやヴィールスゾプスキーにおいては「共産主義」への対抗と表現されていた点には、留意が必要であろう。この点、ドイツにおける「社会主義」、「社会民主主義」、「共産主義」の関連性について精緻な検討を行うことは筆者の手に余る。しかし、雑駁な説明ではあるが、ドイツにおいて1918年に創立されたドイツ共産党（以下、「KPD」という。）はSPDの流れを汲んでいる⁽⁸⁶⁾。また、社会主義の総称であった社会民主主義がロシア革命後に分裂して、共産主義が誕生するとともに、以降はそれに共鳴しない社会主義が総じて社会民主主義と呼ばれるようになったとされる⁽⁸⁷⁾。加えて、既述のようにヘラーは、アンシュッツとほぼ同時期に、憲法上の婚姻保護を「急進的な社会主義思想」による婚姻制度への攻撃に対抗するものと述べていた。これらのことからすれば、アンシュッツやヴィールスゾプスキーらのいう「共産主義」は、19世紀において婚姻制度解体の懸念を生じさせた社会主義・社会民主主義を受け継ぐものとして観念されていたと考えられる。

以上の事柄からすると、ヴァイマル憲法119条の制定過程やドイツ国法学における同条の解釈において、一夫一婦制が憲法上保護され、その変更のためには通常法律改正よりも厳格な憲法改正手続を要するとされた背景には、ポリガミーのような婚姻・家族制度の解体につながる共産主義への懸念があったものといえよう⁽⁸⁸⁾。

（２）個人を中心とした婚姻理解への対抗

シュヴァープによれば、ヴァイマル憲法による婚姻保護の背景には、共産主

義への対抗と並び、個人を中心に婚姻を捉える啓蒙主義やロマン主義への対抗という事情もあったとされる⁽⁸⁹⁾。

17世紀以降の啓蒙主義によって、婚姻や家族の領域も個人主義の影響を受け、理性の批判的判断に服するようになった。啓蒙主義自然法学は、婚姻を両当事者間の契約とみなしたが、このことは旧来の婚姻像を解体する危険をはらんでいた。すなわち、「婚姻は、この上なく緊密な結びつきの中で共に生きるために、両性の間で結ばれる契約である⁽⁹⁰⁾」としたうえで、「婚姻に際しての目的は各々の意思に委ねられねばならず、各々が婚姻に際して望む条件を付けてもよく、望む期間だけ婚姻が継続し、期間内であっても他方の同意を得て婚姻を破棄することが許されている⁽⁹¹⁾」という。ここでは合意離婚が明確に認められている。啓蒙主義自然法学における契約的婚姻観は、婚姻の締結を当事者の自由に委ねることの帰結として、婚姻の解消をも当事者の意思の下に置き、合意離婚を承認することとなるのである。このように婚姻を個人の自由と解することに起因する離婚の容易化は、婚姻や家族を社会的連関から切り離し、その身分規定性格を解体した⁽⁹²⁾。

さらに、愛情という個人の内面的感情を中心とした婚姻観が登場する。ヨハン・ゴットリーブ・フィヒテ (Johann Gottlieb Fichte) は、婚姻の本質を成す関係を「妻の側の限りない愛と夫の側の限りない寛大さ⁽⁹⁴⁾」という個人の精神的・性愛的関係に見る。フィヒテによれば、夫婦の関係は自然的、倫理的关系であって、法による関係ではない。そのような婚姻は「絶対的自由を以て締結されねばなら⁽⁹⁵⁾」ず、夫婦間の結びつきは心と心の、意思と意思との結びつきである。そのため、夫婦間に争いが生じるなどとは観念できない。上述のような婚姻の本質を成す関係が消失し、夫婦間に争いが生じれば、すなわち、その夫婦は既に離別している⁽⁹⁶⁾のであり、「夫婦は、自由意思で結びついたのと同様に、自由意思で以て離婚する⁽⁹⁷⁾」。法はこのような婚姻の成立や破棄を確認することしかできない⁽⁹⁸⁾。離婚は婚姻当事者の意思に委ねられ、国家が法で以てそれを防ぐことはできないのである。このように婚姻を愛情という個人の内面的感情に解消する捉え方は、婚姻に関する法的規律の後退をもたらす。その結果、婚姻法は付随的、宣言的なものにすぎず、夫婦間の関係が変化すれば、婚姻は解消

されうるものとみなされるに至った。⁽⁹⁹⁾

実際、法制度の面でも、同時期に制定されたプロイセン一般ラント法（以下、「ALR」という。）及びその改正の試みの中に、合意離婚を認める傾向が見受けられる。すなわち、ALR は、その第 2 部第 1 章 668 条において「有効な婚姻は、裁判判決によって分離されうる。⁽¹⁰⁰⁾」と定めたうえで、その要件については同 669 条以下で規定している。そのうち、716 条は「子の一人もいない夫婦は、いずれかに軽率や性急、あるいは隠された強制の虞がない限り、互いの合意に基づいて分離され得る。」と定め、合意による離婚を認めている。⁽¹⁰¹⁾ 同条の要件を充たさない場合、717 条によれば単に配偶者への嫌悪のみを理由とする離婚は認められないが、718a 条では「しかしながら、審理の内容から、和解や結婚生活の目的達成に向けた望みがもはや残されていないほどに反感が激しく、また根深いような特殊な場合には、そのような不幸な婚姻を分離することが裁判官に認められるべきである。」とされている。さらに、「婚姻は自然な性的愛着によって基礎づけられる心情と意思の一体化であり……、それ自体が目的である。」⁽¹⁰²⁾ という、フィヒテの婚姻観と軌を一にする理由⁽¹⁰³⁾に基づいて婚姻の目的規定を削除することを提案する 1830 年改正草案では、相互の合意に基づく離婚を定める上述の 716 条の改正案として、子がいる場合であっても、その子の養育を夫婦のいずれが引き受けるのかが証明されていれば、離婚が認められるものとされる。また、配偶者への嫌悪を理由とする離婚に関する上述の 717 条及び 718a 条の改正案として、「事実によって正当化されている、単なる一方的な克服し難い嫌悪に基づいてでも、婚姻の分離は提起されうる。」⁽¹⁰⁴⁾とされる。結局、この 1830 年改正草案が実現することはなかったが、同草案には、婚姻を当事者の愛情と同視する婚姻理解の下に、さらに離婚の容易化を進める傾向が看取される。

以上のような傾向は、法制度としての婚姻に対する脅威と捉えられ、これに対抗するべく、婚姻や家族の憲法上の保護に連なる新たな家族理論⁽¹⁰⁵⁾がもたらされた。この理論によれば、婚姻や家族は、個人の観点から説明し尽くすことのできない社会的有機体として再発見され、国家や社会の支柱をなす神聖なもの⁽¹⁰⁶⁾とみなされる。法学においてそのような婚姻観を提唱したのが、カール・フ

リードリヒ・フォン・サヴィニー (Carl Friedrich von Savigny) である。「国家の萌芽が含まれるのは家族においてであり、完成された国家は、個人ではなく家族を直接に構成要素としている⁽¹⁰⁷⁾」とするサヴィニーは、「婚姻の本質の大部分は、そして最も重要な部分は、法的関係ではなく倫理的関係にある」としながらも、続けて、「しかし、婚姻は法領域の中にも達し、そしてこの婚姻の法的要素は、立法及び裁判の対象となる⁽¹⁰⁸⁾」として、婚姻に対する法的規律の必要性を強調する。そのうえで、婚姻に関する観点として、①一方配偶者からの他方配偶者の法的保護、②配偶者個人の自由とともに、「最も重要な観点」として③「制度としてみなされ、個人の権利や意思から独立した、婚姻それ自体の尊厳⁽¹⁰⁹⁾」が挙げられる。この「制度としての婚姻の尊厳」は、「最も重要かつ本来的な観点」であり、「婚姻が、個人との関係では人間存在一般にとって本質的かつ必要な形式であるが、国家との関係においては国家の存続のために不可欠の基礎に含まれる、ということに基づく⁽¹¹⁰⁾」ものとされる。ここには、個人の自由 (契約の自由) や愛情と婚姻とを同視する婚姻観に対して、それらとは別個の、国家にとっての婚姻の意義を強調する婚姻理解が明確に表れている。このように、サヴィニーにおいては、「婚姻は制度として、一方において個人の自由意思に対して客観化され、したがって、たとえばフィヒテの婚姻論におけるような離婚の自由はもはや認められない⁽¹¹¹⁾」とされる。

1842年には、「婚姻事件や婚姻を害する違反行為についての従来の処遇が婚姻の神聖さへの賞賛を弱め、また離婚をあまりにも容易かつ多様にしたこと⁽¹¹²⁾」を考慮して、当時プロイセン立法大臣であったサヴィニーの下で離婚法の改正草案が策定される。同草案は、ALRに見られた上述の相互の合意や克服し難い嫌悪を離婚理由から外す (草案1条)⁽¹¹³⁾。結局、この改正は実現しなかったが、後にドイツ民法典 (以下、「BGB」という。) が制定されるに当たっては、草案の出発点として「婚姻法においては、夫婦の一方の死に先立つ婚姻の解消が問題となる場合であっても、個人的自由の原理が支配してはならず、婚姻は夫婦の意思に依存しない、倫理的かつ法的秩序とみなされねばならない⁽¹¹⁴⁾」と指摘されている。このように、サヴィニー以降、法改正の動きの中にも、婚姻を個人の自由や愛情に汲み尽くすことに対抗し、国家という共同体の中における制

度としての性質を重視する傾向が見受けられるのである。ヴァイマル憲法119条が「個人を超えた共同体の利益を保護する分野」としての「共同体」の章に位置付けられている点で婚姻と契約の自由等とは異なる、というヴィールスゾプスキーの指摘も、このような傾向の延長に位置付けられうと考えられる。

（３）小括

以上のように、ヴァイマル憲法119条１項は、旧来の伝統的婚姻制度の核心を憲法改正によらない変更から護るものとして制定され、その後の学説において、これが婚姻の「制度保障」というドグマーティクとして確立された。そして、このヴァイマル憲法による婚姻の保護の背後には、共産主義の極致としてのポリガミーや、婚姻を個人の観点から捉える傾向からくる離婚の容易化といった婚姻解体の虞に抗するという事情があったと考えられる。ヴァイマル憲法119条の制定過程や国法学において婚姻が「社会生活の支柱」とされ、一夫一婦制の廃止が同条に反するとされていたことや、国法学においてヴァイマル憲法119条にはいかなる主観的権利も認められていなかったこと⁽¹¹⁵⁾、婚姻が原則として解消できないものであるということの変更が婚姻の制度保障に反するとされたこと等は、このような婚姻解体への危惧に対応したもの⁽¹¹⁶⁾と見ることができよう。⁽¹¹⁷⁾ヴァイマル憲法下において、婚姻の制度保障の機能は既存の秩序の維持に向けられており、⁽¹¹⁸⁾制度保障というドグマーティクは婚姻制度を固定化する意味を有していたといえる。⁽¹¹⁹⁾

「はじめに」で述べた通り、婚姻の制度保障は現在、ヴァイマル憲法119条１項を受け継ぐ基本法６条１項の解釈論としても確立している。しかし、基本法６条１項の解釈論として現在妥当している「婚姻の制度保障」が、上述の通り既存秩序の維持に向けた固定的な性格を強く持つヴァイマル憲法下のそれと同じ形式・内容のものであるかについては、検討を要する。というのも、現在のドイツ社会においては、離婚の増加や同性婚等、婚姻・家族関係が多様化しており、基本法上の婚姻概念もこの社会変化に対して無関係ではなく、それに応じて同概念の解釈も変化すべきではないか、との議論がドイツ国法学においてなされているからである。そこで次章では、ヴァイマル憲法119条の解釈論として誕生した「婚姻の制度保障」が、基本法６条１項の下でどのように受容さ

論 説

れ、また展開したのかについて、検討する。

- (1) 最大判平成27年12月16日民集69巻8号2427頁。
- (2) 最大判平成27年12月16日民集69巻8号2586頁、最大決令和3年6月23日集民266号1頁。
- (3) 本稿執筆時点(2025年7月21日)において最高裁の判決は下されておらず、下級審判決ではあるが、札幌地判令和3年3月17日判例時報2487号3頁、大阪地判令和4年6月20日判例時報2537号40頁、東京地判令和4年11月30日判例時報2547号45頁、名古屋地判令和5年5月30日判例集未登載、福岡地判令和5年6月8日判例集未登載、東京地判令和6年3月14日判例集未登載、札幌高判令和6年3月14日裁判所判例集未登載、東京高判令和6年10月30日判例集未登載、福岡高判令和6年12月13日判例集未登載、名古屋高判令和7年3月7日判例集未登載、大阪高判令和7年3月25日判例集未登載。
- (4) 日本国憲法24条の制定過程については、清水伸編『逐条日本国憲法審議録第2巻』(有斐閣、1962年)481-545頁を参照。
- (5) 佐藤幸治『日本国憲法論〔第2版〕』(成文堂、2021年)215頁註55参照。
- (6) 君塚正臣「日本国憲法24条解釈の検証——或いは『家族』の憲法学的研究』の一部として」関西大学法学論集52巻1号(2002年)2頁、曾我部真裕「憲法24条と婚姻の自由」法学教室487号(2021年)100頁。
- (7) 宍戸常寿=巻美矢紀=安西文雄『憲法学読本〔第4版〕』(有斐閣、2024年)120頁[安西文雄]。同旨の指摘として、辻村みよ子『憲法と家族』(日本加除出版、2016年)90頁、長谷部恭男編『注釈日本国憲法(2)』(有斐閣、2017年)495頁[川岸令和]も参照。
- (8) 赤坂正浩=大沢秀介=井上典之=工藤達朗『ファーストステップ憲法』(有斐閣、2005年)152-154頁[工藤達朗]、渡辺康行=宍戸常寿=松本和彦=工藤達朗『憲法Ⅰ 基本権〔第2版〕』(日本評論社、2023年)483頁[宍戸常寿]参照。
- (9) 最大判平成27年12月16日民集69巻8号2592-2593頁。
- (10) そのような例として、篠原永明「『婚姻の自由』の内容形成——夫婦同氏制合憲判決を参考に」甲南法学57巻3号(2017年)605頁以下。
- (11) 「討論」憲法問題36号(2025年)120頁[松原俊介発言]。
- (12) 最大判平成27年12月16日民集69巻8号2593頁。
- (13) そのような学説として、工藤・前掲註(8)154頁を参照。
- (14) この点については、拙稿「憲法上の概念の解釈における変化に関する一考察(1) ——基本法6条1項の家族概念解釈の変化を対象とした構造と動態の分

析」阪大法学73巻2号（2023年）58頁も参照。

- (15) 長谷部恭男『憲法の理性〔増補新装版〕』（東京大学出版会、2016年）133頁、王恒「最高裁判例における憲法24条の保護範囲」法学志林122巻4号（2025年）235頁。
- (16) 確かに、憲法24条にいう「婚姻」を、立法者が「婚姻」と名付けて制度形成した制度と解釈すれば、このような問題は生じない。しかし、そのように解する場合、憲法24条の規律領域は立法者の恣意に委ねられることとなり、「婚姻の制度形成に当たっては個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚すべきとすることによって立法者の裁量の限界を画する」という憲法24条2項の規範的意義は失われるであろう。
- (17) 憲法24条の規律領域を画するのは「婚姻及び家族」であるところ、本稿は「婚姻」概念のみを扱う。同条の「家族」についての検討も必要であるが、日本国憲法24条が「特に婚姻の規定から始められていることは、家族の構成が夫婦関係を基礎とすることを示している」（川岸・前掲註（7）498頁）といった指摘があることに鑑みれば、日本国憲法24条の規律領域を画する「婚姻及び家族」について考察するにあたって、それぞれ別個に考察の対象とすることは、必ずしも不合理ではないものと思われる。
- なお、筆者は既に、憲法24条の「家族」概念については、本稿でも比較検討の対象とするドイツ連邦共和国基本法6条1項における家族概念の解釈の展開を参照しながら、若干の検討を行っている。これについては、拙稿「憲法上の概念の解釈における変化に関する一考察（１）（２・完）——基本法6条1項の家族概念解釈の変化を対象とした構造と動態の分析」阪大法学73巻2号（2023年）51頁以下、同73巻3号（2023年）163頁以下を参照。
- (18) 以下、ドイツの憲法の邦訳については、高田敏＝初宿正典編訳『ドイツ憲法集〔第8版〕』（信山社、2020年）を参照しつつ、訳語に適宜変更を加えている。
- (19) Thorsten Kingreen/ Ralf Poscher, Grundrechte Staatsrecht II, 39. Aufl. 2023, Rn. 864. Vgl. auch, BVerfGE 31, 58 [69]; E 62, 323 [330]; E105, 313 [345]; E 166, 1 [51]; Ferdinand Wollenschläger, Die Öffnung der Ehe für gleichgeschlechtliche Paare aus verfassungsrechtlicher Perspektive, in: ders./ Dagmar Coester-Waltjen, Ehe für Alle, 2018, S. 10 f.
- (20) BVerfGE 6, 55 [72]; Arnd Uhle, Art. 6, in: Volker Epping/ Christian Hillgruber (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 3. Aufl. 2020, Rn. 29 ff.; Volker Epping/ Sebastian Lenz/ Philipp Leydecker, Grundrechte, 9. Aufl. 2021, Rn. 505; Sina Fontana, Art. 6, in: Christian von Coelln/ Thomas Mann (Hrsg.), Sachs Grundgesetz Kommentar, 10. Aufl. 2024, Rn. 7.

(21) 「制度保障」論については、日本の憲法学においても多くの先行業績が存在する。特に、後述のカール・シュミットによる制度保障論について、石川健治『自由と特権の距離——カール・シュミット「制度体保障」論・再考〔増補版〕』（日本評論社、2007年）を参照。もっとも、本稿のテーマはあくまでも、現代のドイツにおける基本法上の婚姻概念定義の基礎にある「婚姻の制度保障」というドグマティックであり、制度保障論一般を検討するものではない。

(22) ヴァイマル憲法119条

「① 婚姻は、家族生活及び国家の維持・繁栄の基礎として、憲法の特別の保護を受ける。婚姻は、両性の同権を基礎とする。

② 家族の清潔を保持し、これを健全にし、これを社会的に助成することは、国及び市町村の任務である。多子家族は、それにふさわしい扶助を請求する権利を有する。

③ 母性は、国の保護と配慮とを求める権利を有する。」

(23) 本節で扱うヴァイマル憲法の制定過程における審議経過については、Viola Schmid, Die Familie in Artikel 6 des Grundgesetzes, 1989, S. 244 ff. を参照。また、邦語文献として、光田督良「憲法による家族の保障」DAS 研究会編『ドイツ公法理論の受容と展開』（尚学社、2004年）461-466頁や、鈴木敦「ヴァイマル憲法における婚姻・家族条項——GHQ 民生局原案への影響とその限界をめぐって」毛利透＝須賀博志＝中山茂樹＝片桐直人編『比較憲法学の現状と展望』（成文堂、2018年）118-132頁、倉田賀世『子育て支援の理念と方法——ドイツ法からの視点』（北海道大学出版会、2008年）10-33頁も参照。

(24) Vgl. Schmid, a. a. O. (Anm. 23), S. 245.

(25) Walter Pauly, Grundrechtslaboratorium Weimar, 2004, S. 82.

(26) Vgl. Pauly, a. a. O. (Anm. 25), S. 94.

(27) Verhandlungen der verfassungsgebenden Deutschen Nationalversammlung, veröffentlicht in der Reihe: Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstages（以下、「Verhandlungen」という。），Bd. 336, 1920, S. 377.

(28) Verhandlungen, Bd. 336, a. a. O. (Anm. 27), S. 377 f.

(29) Verhandlungen, Bd. 336, a. a. O. (Anm. 27), S. 378（アプラスの発言）。

(30) Verhandlungen, Bd. 336, a. a. O. (Anm. 27), S. 378.

(31) Verhandlungen, Bd. 336, a. a. O. (Anm. 27), S. 378.

(32) Verhandlungen, Bd. 336, a. a. O. (Anm. 27), S. 378.

(33) Verhandlungen, Bd. 336, a. a. O. (Anm. 27) S. 378（ジンツハイマーによる批判）。また、さらに続けてカッツェンシュタインは、「私がバイエルレ議員の説明を正確に理解できているとすれば、彼は、婚姻制度一般と婚姻に関する個々の規

定とを区別しようとしているのだろう。……しかしそのような切り分けは、不可能に思われる。というのも、〔その区別をなす〕正確な境界線は引かれえないからだ」と述べている（Verhandlungen, Bd. 336, a. a. O. (Anm. 27), S. 378）。

- (34) Verhandlungen, Bd. 336, a. a. O. (Anm. 27), S. 378 f.
- (35) Verhandlungen, Bd. 336, a. a. O. (Anm. 27), S. 379.
- (36) Verhandlungen, Bd. 336, a. a. O. (Anm. 27), S. 505（ジンツハイマーの発言）.
- (37) Verhandlungen, Bd. 336, a. a. O. (Anm. 27), S. 505（アプラスの発言）.
- (38) Verhandlungen, Bd. 336, a. a. O. (Anm. 27), S. 505.
- (39) Verhandlungen, Bd. 336, a. a. O. (Anm. 27), S. 505 f.
- (40) Verhandlungen, Bd. 336, a. a. O. (Anm. 27), S. 506.
- (41) Verhandlungen, Bd. 328, 1920, S. 1597.
- (42) Verhandlungen, Bd. 328, a. a. O. (Anm. 41), S. 1599 ff.
- (43) Verhandlungen, Bd. 328, a. a. O. (Anm. 41), S. 1600.
- (44) Verhandlungen, Bd. 328, a. a. O. (Anm. 41), S. 1601.
- (45) Verhandlungen, Bd. 328, a. a. O. (Anm. 41), S. 1600.
- (46) Verhandlungen, Bd. 328, a. a. O. (Anm. 41), S. 1601.
- (47) Verhandlungen, Bd. 328, a. a. O. (Anm. 41), S. 1602.
- (48) Verhandlungen, Bd. 328, a. a. O. (Anm. 41), S. 1603.
- (49) Verhandlungen, Bd. 328, a. a. O. (Anm. 41), S. 1604.
- (50) Verhandlungen, Bd. 328, a. a. O. (Anm. 41), S. 2127.
- (51) ヴァイマル憲法109条2項は、「男性と女性は、原則として同一の公民的権利及び義務を有する。」との規定となった。
- (52) Vgl. Dieter Schwab, Zur Geschichte des verfassungsrechtlichen Schutzes von Ehe und Familie, in: ders., Geschichtliches Recht und moderne Zeiten, 1995, S. 137. 倉田・前掲註(23)29頁も参照。
- (53) Verhandlungen, Bd. 328, a. a. O. (Anm. 41), S. 2126.
- (54) Vgl. Schwab, a. a. O. (Anm. 52), S. 124 ff.
- (55) Carl Schmitt, Verfassungslehre, 2. unveränderte Aufl. 1954 (1928).
- (56) Schmitt, a. a. O. (Anm. 55), S. 170（邦訳として、阿部照也＝村上義弘訳『憲法論』（みすず書房、2018年）202頁を参照。なお、本文の翻訳は同訳書を参照しつつ、適宜筆者が変更を加えている。以下、同様。）.
- (57) Schmitt, a. a. O. (Anm. 55), S. 171（邦訳203頁）.
- (58) Carl Schmitt, Freiheitsrechte und institutionelle Garantien der Reichsverfassung 1931, jetzt in: ders. Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954, 1958, S. 140-173.

(59) Schmitt, a. a. O. (Anm. 58), S. 152.

(60) Vgl. auch, Carl Schmitt, Inhalt und Bedeutung des zweiten Hauptteils der Reichsverfassung, in: Gerhard Anschütz/ Richard Thoma (Hrsg.), Handbuch des deutschen Staatsrechts, Bd. 2, 1930, S. 596. また、石川・前掲註(21)74頁も参照。

シュミットはこのように制度的保障と法制度保障とを区別するが、後にフリードリヒ・クライン (Friedrich Klein) は、「Einrichtungsgarantie」という上位・集合概念を提唱し (Vgl. Friedrich Klein, Institutionelle Garantien und Rechtsinstitutsgarantien, 1934, S. 2 Fn. 4)、制度的保障と法制度保障との区別を疑問視した (Vgl. Hermann von Mangoldt/ Friedrich Klein, Das Bonner Grundgesetz, 2. Aufl. 1957, S. 84 ff.)。とりわけ基本法下では、連邦憲法裁判所もこの概念を用いて、基本法 6 条 1 項は „Instituts- oder Einrichtungsgarantie“ を含む (Vgl. BVerfGE 6, 55 [72]) と表現している。また、婚姻には私法のみならず公法的な性格も認められる。例えば、基本法 6 条 1 項における婚姻や家族、親の権利の制度保障が保護する規範的基礎の核心には、「私法の規定のみならず、公法 (学校法、青少年保護法、社会法、租税法、そして国籍法) の規定も含まれる」 (Michael Kloepfe, § 43: Einrichtungsgarantien, in: Detlef Merten/ Hans-Jürgen Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Bd. II, 2006, Rn. 65) とされる。これらのことからすると、少なくとも婚姻に関しては、「公法上の制度的保障」と「私法上の法制度保障」とを区別したうえで後者に位置付けるというシュミットの整理がそれ以降定着したと言えるかは疑わしい。

確かに、クラインのように „Einrichtungsgarantie“ という概念の下に展開した制度保障論がシュミットの制度的保障論とは根本的に異なるという点については日本でも夙に指摘されている (石川・前掲註(21)198-204頁)。しかし、本稿はあくまでも「現代のドイツにおける基本法上の婚姻概念定義の基礎にある『婚姻の制度保障』というドグマティックがいかに形成、展開されてきたのかを明らかにする」ことを目的としている。そのため、シュミットのいう „Institutionelle Garantie“ と „Institutsgarantie“ についてはそれぞれ「制度的保障」と「法制度保障」と訳し分けるが、それ以外は両者を包括して「制度保障」という概念を用いる。

(61) Schmitt, a. a. O. (Anm. 58), S. 164.

(62) Carl Schmitt, Grundrechte und Grundpflichten, 1932, jetzt in: ders. Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954, 1958, S. 181-231.

(63) Schmitt, a. a. O. (Anm. 62), S. 215.

(64) Gerhard Anschütz, Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August

1919, 14. Aufl. 1933 (Nachdruck 1968), S. 559. Vgl. auch, Ute Mager, Einrichtungsgarantien, 2003, S. 197.

- (65) Anschütz, a. a. O. (Anm. 64), S. 560. なお、ここでアンシュッツは「シュミットにいう制度的保障に当たる」と述べているが、同時に、Schmitt, a. a. O. (Anm. 60), S. 596 を引用しながら、シュミットが制度的保障と法制度保障とを区別しており、119条はシュミットにおいては後者に位置付けられていたことにも言及している（Anschütz, a. a. O. (Anm. 64), S. 560, Fn. 2）。また、シュミットの『憲法論』よりも早い1921年に著された同書の第1版では、「制度的保障」への言及はないが、ヴァイマル憲法119条1項1文の規範内容に関する上記の引用部分はほぼ同様である（Vgl. Gerhard Anschütz, Die Verfassung des Deutschen Reichs, 1921, S. 200）。
- (66) Anschütz, a. a. O. (Anm. 64), S. 559 f.
- (67) 婚内子と婚外子との別異取扱いに関連して、ヴァイマル憲法は109条3項1文で「出生又は門地による公法上の特権及び不利益取扱いは、廃止されるものとする。」と規定するとともに、121条では「婚外子に対しては、法律制定によって、肉体的、精神的及び社会的成長について、婚内子に対すると同様の条件がつくられなければならない。」と規定している。婚内子と婚外子のあらゆる法的差異を除去することが婚姻の制度的保障に反するというアンシュッツの解釈は、これらの規定と矛盾するようにも見える。この点アンシュッツは、「婚外子を婚内子と完全に同権とすることは、121条によっても、109条3項1文によって命じられていない。119条1項は、これら二つの憲法上の命題に優位する。それに応じて、これらの両命題は狭く解されねばならない」と述べる（Anschütz, a. a. O. (Anm. 64), S. 560, Fn. 1）。ここから、アンシュッツにおいて婚外子の保護は、あくまでも「婚姻の特別の保護」と矛盾しない範囲内で認められるものと理解されていたことがうかがえる。
- (68) Alfred Wieruszowski, Art. 119: Ehe, Familie Mutterschaft, in: Hans Carl Nipperdey (Hrsg.), Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung, Bd. 2, 1930, S. 76.
- (69) Wieruszowski, a. a. O. (Anm. 68), S. 77.
- (70) Wieruszowski, a. a. O. (Anm. 68), S. 77.
- (71) Wieruszowski, a. a. O. (Anm. 68), S. 77f.
- (72) Wieruszowski, a. a. O. (Anm. 68), S. 79. 同所では、前述のアンシュッツと同様に、ヴィールスゾプスキーも、「家族生活の正当な基礎としての婚姻は、婚内子と婚外子の完全な同権に反対する。……権利義務において完全に同権化することは、憲法上の婚姻保護を侵害するであろう。……もっとも、121条によれば、婚

外子に対して、身体的、精神的そして社会的発達について、法律によって婚内子と同等の条件が与えられねばならない」として、婚姻の保護と121条の非嫡出子の保護との関係を問題とする。しかし、さらに続けて、「このことで以て、121条の目標が婚外子と婚内子の完全な同権という方法でしか到達されえない、とされているわけではなく、また、そのように言われるべきでもないだろう」と述べる。

- (73) Wieruszowski, a. a. O. (Anm. 68), S. 74 f.
- (74) Wieruszowski, a. a. O. (Anm. 68), S. 74. Vgl. auch Ludwig Gebhard, Handkommentar zur Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919, 1932, S. 470.
- (75) Wieruszowski, a. a. O. (Anm. 68), S. 80.
- (76) Anschütz, a. a. O. (Anm. 64), S. 559.
- (77) Wieruszowski, a. a. O. (Anm. 68), S. 74.
- (78) Hermann Heller, Die Grundrechte und Grundpflichten der Verfassung, in: Teubners Handbuch der Staats- und Wirtschaftskunde, Staatskunde, 1. Abt. (Staatskunde), Bd. 2, 1924, 1-23.
- (79) Heller, a. a. O. (Anm. 78), S. 9 (邦訳として、大野達司・山崎充彦訳「基本権と基本義務」同『ヴァイマル憲法における自由と形式』(2007年) 21頁も参照。なお、本文の邦訳は同訳書を参照しつつ、適宜筆者が変更を加えている)。
- (80) Schwab, a. a. O. (Anm. 52) S. 131 ff.
- (81) Vgl. Schwab, a. a. O. (Anm. 52), S. 132 f.
- (82) バイエルン州及びザクセン州刑法の旧規定の引用は、Robert von Hippel, Friedensstörungen: Die Anreizung zum Klassenkampf, in: Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts, Besonderer Teil, Bd. II, 1906, S. 66, Fn. 1 によっている。
- (83) Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Deutschen Reichstags. 2. Legislatur Periode-III. Session 1875/76 (以下、「Stenographische Berichte」という。), Bd. 3, 1876, S. 157.
- (84) Stenographische Berichte, Bd. 2, 1876, S. 941. Vgl. auch, Schwab, a. a. O. (Anm. 52), S. 134.
- (85) Vgl. Schwab, a. a. O. (Anm. 52), S. 134. 同法案の審議の内容については、Stenographische Berichte, Bd. 2, a. a. O. (Anm. 84), S. 940 ff. を参照。
- (86) KPD 創立の経緯については、宮本光雄「ドイツ共産党の創設——『独自の党』結成をめぐって」現代史研究29巻1号(1979年) 1-42頁を参照。
- (87) 吉村忠穂『二十世紀の社会主義——社会民主主義と共産主義』(近代文芸社、(阪大法学) 75 (3-106) 606 [2025. 9])

1999年）12頁参照。

- (88) もっとも、憲法制定過程において SPD によって主張されていた母性保護や非嫡出子の同権はそれぞれヴァイマル憲法119条2項や121条に結実しており、女性解放に連なる男女の同権も119条1項2文に規定されている。そのため、ヴァイマル憲法の婚姻や家族に関する条項において社会主義の観念が一切排斥されて旧来の婚姻理解の堅持のみが目指されたと見ることはできない。119条から121条は、保守政党と SPD との妥協と評される (Vgl. Ekkehart Stein/ Götz Frank, Staatsrecht, 21. Aufl. 2010, S. 297.)。119条における婚姻保護は、そのような「妥協」の中にあって旧来の婚姻を維持しようとするものであったといえよう。
- (89) Schwab, a. a. O. (Anm. 52), S. 127 ff.
- (90) Karl Ludwig Pörschke, Vorbereitung zu einem populären Naturrechte, 1795, S. 230. Vgl. auch Dieter Schwab, Familie, in: Otto Brunner/ Werner Conze/ Reinhart Koselleck (Hrsg.), Geschichtliche Grundbegriffe Bd. 2, 1972, S. 281.
- (91) Pörschke, a. a. O. (Anm. 90), S. 231. Vgl. auch Schwab, a. a. O. (Anm. 90), S. 281.
- (92) 石部雅亮「サヴィニーの家族法論」磯村哲先生還暦記念論文集『市民法学の形成と展開 上』（有斐閣、1978年）180頁参照。
- (93) Schwab, a. a. O. (Anm. 90), S. 284.
- (94) Johann Gottlieb Fichte, Grundlage des Naturrechts nach Prinzipien der Wissenschaftslehre, Erster Anhang des Naturrechts, Grundriss des Familienrechts, in: ders. Johann Gottlieb Fichte's sämtliche Werke, Bd. 3, 1845, S. 336（邦訳として、藤澤賢一郎＝杉田孝夫＝渡部壮一訳『フィヒテ全集 第6巻 自然法論』（哲書房、1995年）394頁も参照。なお、本文の邦訳は同訳書を参照しつつ、適宜筆者が変更を加えている。以下、同様）。
- (95) Fichte, a. a. O. (Anm. 94), S. 322（邦訳377頁参照）。
- (96) Fichte, a. a. O. (Anm. 94), S. 325（邦訳381頁参照）。
- (97) Fichte, a. a. O. (Anm. 94), S. 336（邦訳394頁参照）。
- (98) このようなフィヒテの婚姻（法）論については、Schwab, a. a. O. (Anm. 90), S. 286; Heinrich Dörner, Industrialisierung und Familienrecht, 1974, S. 79 も参照。
- (99) Schwab, a. a. O. (Anm. 52), S. 127 ff.
- (100) 以下で取り上げる ALR の条文については、Hans Hattenhauer (Hrsg.), Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten von 1794, 3. Aufl. 1996, S. 351 ff. を参照。
- (101) なお、同条において合意離婚が承認された背景には「人口政策的考慮」があったことも指摘されている。石部雅亮は、ALR が「婚姻の主目的は子どもの出産と教育である」（第2部第1章1条）と規定していることの意味は、とりわけ

「生殖と教育の機能において、婚姻が富国強兵をめざす絶対主義国家の人口・教育政策の一翼を担うものである」点にあるとしたうえで、そのような婚姻観を明瞭に表現する規定として、716条の規定を取り上げる。もっとも、石部はその際、同条による合意離婚の承認が「婚姻の契約的構成により論理的に導き出される帰結である」ことも同時に指摘している（石部雅亮「プロイセン国家の家族観」青山道夫＝家永三郎編『講座家族 8——家族観の系譜 総索引』（弘文堂、1974年）286-287頁）。

- (102) Werner Schubert (Hrsg.), Gesetzrevision (1825-1848), II. Abt., Öffentliches Recht, Zivilrecht und Zivilprozeßrecht; Bd. 5, Familienrecht I, HbD. 1, 1985, S. 78.
- (103) 若尾祐司『近代ドイツの結婚と家族』（名古屋大学出版会、1996年）57頁参照。
- (104) Schubert (Hrsg.), a. a. O. (Anm. 102), S. 41 f.
- (105) Schwab, a. a. O. (Anm. 52), S. 129.
- (106) Schwab, a. a. O. (Anm. 52), S. 129.
- (107) Friedrich Carl von Savigny, System des heutigen Römischen Rechts, Bd. 1, 1840, S. 343 f.（邦訳として、小橋一郎訳『現代ローマ法体系』（成文堂、1993年）306頁も参照。なお、本文の邦訳は同訳書を参照しつつ、適宜筆者が変更を加えている。）。Vgl. auch Schwab, a. a. O. (Anm. 90), S. 290.
- (108) Darstellung der in den Preußischen Gesetzen über die Ehescheidung unternommenen Reform, in: Friedrich Carl von Savigny, Vermischte Schriften Bd. 5, 2. Neudruck der Ausgabe Berlin 1850, 1981,（以下、「Darstellung」という。）S. 233.
- (109) Darstellung, a. a. O. (Anm. 108), S. 233.
- (110) Darstellung, a. a. O. (Anm. 108), S. 238 f.
- (111) 村上淳一『近代法の形成』（岩波書店、1979年）236頁。傍点は原文ママ。ただし、ここでは、サヴィニーはフィヒテと同様に婚姻の本質（の大部分）を法的関係ではなく倫理的関係に求めており、「他方においてそれ〔婚姻〕は国家による実定的な規制からある程度解放され（『婚姻の本質』からの演繹！）、逆に国家にとっての安定化要因となる」とも指摘されている（村上・同上236頁。原文ママ）。
- (112) Entwurf eines Gesetzes über Ehescheidung, hervorgegangen aus den Berathungen der Gesetzcommission. October 1842, in: Friedrich Carl von Savigny, Vermischte Schriften Bd. 5, 2. Neudruck der Ausgabe Berlin 1850, 1981,（以下、「Entwurf」という。）S. 353.
- (113) Entwurf, a. a. O. (Anm. 112), S. 353 ff.

- (114) Benno Mugdan, Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. IV, 1899 (Nachdruck 1979), S. 301. なお、同所ではこのような婚姻法の出発点は「ドイツ国民の全体としてキリスト教的な観念に対応」したものであるとの言及もあり、キリスト教における婚姻観との連関も示されている。
- (115) Vgl. auch Schmid, a. a. O. (Anm. 23), S. 260 f.
- (116) 婚姻の制度保障というドグマティクを明示はしないが、「自由な、夫婦の任意による離婚を可能とすること」が違憲となると述べるものとして、Gebhard, a. a. O. (Anm. 74), S. 470 も参照。
- (117) ただし、ヴァイマル期の国法学においては、婚姻のような基本的な社会制度を単純法律で以て破棄することができないということは明らかである（Hans Nawiasky, Die Grundgedanken der Reichsverfassung, 1920, S. 135）との指摘もあり、当時において婚姻の解体がどの程度の現実味を帯び、切迫した問題として捉えられていたのかは定かではない。
- (118) Mager, a. a. O. (Anm. 64), S. 197.
- (119) なお、男女の同権を定める119条1項2文は、旧来の伝統的婚姻観からくるものではなく、改革を目指すことを企図して制定されていた。しかし、ヴァイマル憲法制定過程において男女の同権はそもそも婚姻の保護とは異なる文脈で議論されていたものであり、婚姻の制度保障との関係は、制定過程の議論からは明らかではない（本章第1節（3）参照）。また、国法学においても、男女の同権は将来的に「実現されるべき法原則」とみなされていた（本章第2節（3）参照）。