

アクセル・フライヘール・フォン・カムペンハウゼン 「憲法保障と社会的変遷—婚姻と家庭を例として」

手塚和男

(Axel Frhr. v. Campenhausen, Verfassungsgarantie und sozialer Wandel—Das Beispiel von Ehe und Familie)

Kazuo TEZUKA

はじめに

1986年10月15-17日ミュンヘン大学で行われたドイツ国法学者大会における第一テーマ「憲法保障と社会的変遷—婚姻と家庭を例として」の第一報告者、アクセル・フライヘール・フォン・カムペンハウゼン教授は、盛大な拍手で報告を終えられた。

60年前、同じミュンヘン大会での報告者が、カムペンハウゼン教授の師ルードルフ・スメント教授であったことを思うと、今回のミュンヘン大会は、スメントを研究する者として、特に興味深く感じられた。スメントは、この学会報告の年の秋に、主著『国制と憲法 (Verfassung und Verfassungsrecht)』を書きあげ、彼の統合理論 (Integrationslehre) の大綱をまとめあげ、この学会報告では統合理論を基本権解釈の分野で展開したのである。20年代に勢力を伸ばしてきた「新傾向」の国家学・国法学の主唱者の一人として、スメントは報告をし、これまでの支配的見解の法実証主義・形式主義に対する polemik として自由主義的に基本権を解釈することに異を唱えたのである。スメントの学会での高い評価がこの報告者としての榮譽を受けたわけである。

このことは、これまで、ミュンヘン大学、ハノーヴァー大学、ゲッチンゲン大学での教授、そのうえスメントが設立したドイツ福音教会教会法研究所の所長であるカムペンハウゼンにもあてはまる。カムペンハウゼン教授とは、1981年のトリアー大会でK・ヘッセ教授の紹介により、学会の休憩時間にスメント学派についてお話する機会を得ていたこともあり、今回の報告について、マニュスクリプトのコピーも快く送っていただき、不明の点についても書簡で教示していただくことができた。

マンハイム大学の公法・法哲学講座教授、ゲルト・レレック博士の下で一年二ヵ月の間研究する機会に恵まれ、その間に訳出したカムペンハウゼン教授の報告をここに紹介することにする。

ここで、まず、カムペンハウゼン教授について、略歴 (Wer ist wer? Das deutsche Who's who, 1986, S. 195) と新聞記事を紹介する。

経歴：1934年1月23日ゲッチンゲン生、ハイデルベルク、ゲッチンゲン、ケルン、ボン、パ

り、ロンドン大学にて学ぶ。1960年博士号取得、1967年教授資格請求論文（ゲッチンゲン大学）。

1967-1969年 ゲッチンゲン大学講師

1969年 ドイツ福音教会教会法研究所長

1969-1979年 ミュンヘン大学公法・教会法講座正教授

1979年 ゲッチンゲン大学名誉教授

Jörg BREMER, Im schönsten Amt Niedersachsens, in: Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 2. 1. 1987, S. 12.

「ときどき、唯一の長い討論と一つの対話は多くの対話で置き換えることができる。そのような対話からより多くのことが見聞され、より早く学ばれうる。たいていは、そのような対話の相手は指導的な、政治的に行動する地位に就いていない。たとえば、ハノーヴァーでのアクセル・フライヘル・フォン・カムペンハウゼンである。彼は1976年から1979年まで文部大臣ペステルの下で文部次官であった。当時、次官と州政府首相アルプレヒトとの間に争いがあったということであるが、彼は1979年の夏に10年間執務なしであった修道院議会の議長(Präsident der Klosterkammer)に任命されたことによって、尊敬すべき解決をした。この畏敬の念を起こさせる公共的機関は、ニーダーザクセンにある最も素晴らしい機関の一つとみなされている。リュネブルクとゲッチンゲンの間に、宗教改革によってかあるいはドイツ帝国代表者会議決議かによって1806年にヴェルフ五家に帰属した修道院と教会は華麗である。それらは、1718年以来そのように名付けられた修道院議会によって管理される。

今日それは一つの州官庁であり、文部大臣カッセンスの監督下にある。カムペンハウゼンはあたかも彼があまりにも多く大臣の監督を感じるような印象を呼び起こさない。彼は鋭い思慮分別とおどけたウイットによって支えられる自主独立性を見せている。彼は言葉の良い伝統的な意味において洗練されている。カムペンハウゼンはプロテスタントである。ハイデルベルクの神学者、ハンス・フォン・カムペンハウゼンの息子は、マルタ騎士団の一員である。彼のバイエルン時代には、彼はミュンヘンでの国家・教会法の正教授として教授し、彼はCSUの党员であった。ニーダーザクセンに戻って後、彼はCDUに変わった。

バルト地方の家庭の数多くの後裔の場合と同じく、カムペンハウゼンにあっても原則忠誠主義と寛大さが一つになっている。時折かどのある態度は、しばしばもっとよく演技されて、たくさんの人々に、議長は少し風変わりであるといわせる。このような誤った観察をカムペンハウゼンはときどき利用する。彼は1979年以来みずからをかけがえのないものにすることができることに成功した。彼はほとんど他の公務員がもっていないような自由をもっている。ある次官が有給であるように、彼は大きな不動産を管理する。25,000ヘクタールの森林がほとんど金銭をもたらさないのに反して、ほぼ1,000ヘクタールの土地の賃貸からの収益が修道院と慈善事業のための施設を維持するために使われている。ヴィーンハウゼン、リュネ、マリーエンヴェルダ、ヴェニクゼン、エーブシュルフ等。同時にカムペンハウゼンはゲッチンゲンに在るドイツ福音教会の教会法研究所を主宰する。ルードルフ・スメントが設立し、彼の以前の助手カムペンハウゼンを1969年にミュンヘン研究所の所長の地位に就け、彼がハノーヴァーの文部次官になるまでミュンヘンにあった。1980年研究所がゲッチンゲンに移った時、カムペン

ハウゼンは新たにその長にたった。

彼は1934年ゲッチングェンに生まれた。1953年から1958年まで、彼はハイデルベルク、ゲッチングェン、パリおよびロンドンで学んだ。法学だけでなく、歴史学、神学、政治学も学んだ。1960年『フランスにおける国家と教会』について学位を取り、1967年に教授資格を得た。カムペンハウゼンはEKDの教会会議の一員である。目下彼を煩わせているのは、とりわけユダヤ人のラジオ評議会会員の事件であり、これは、カムペンハウゼンが考えているように、正当にも評議会がつねにユダヤ教の安息日（土曜日）に開かれていることで折り合えないであろう。彼は闘志盛んである。しかし、彼にとっては、本質的なものであることはまったく異論の余地がない。」

ミュンヘンでの学会報告の際、配付された報告要旨（auch, in: VVDStRL, H. 45, 1987, S. 51ff.）を紹介しておこう。

要 旨

1. 婚姻および家庭の保護は、歴史的には最近の憲法による保障の層に属する。それにもかかわらず、その保護は、社会の発展にとくに強い打撃を与えているように思われる。
2. 婚姻および家庭の特別の保護を規律することの創意は、保守的な側面から出される。〔ヴァイマルの〕国民議会および〔ボンの〕憲法制定会議において、むしろ現状（status quo）の維持を意図する試みは、しかし諸々の補充によって平衡を保たせられた。男女同権の思想、未婚の母の保護および非嫡出子をできるだけ十分に〔嫡出子と〕対等の立場に置くことの要請は、〔憲法の〕条項にダイナミックな性格を付与する。
伝統的なものと新しいものとの保障という二つのアンビヴァレントな価値を同時に含んだ妥協的な性格は、すでに〔ヴァイマルの〕国民議会および〔ボンの〕憲法制定会議の審議において明らかになった。
3. 基本法第6条第I項は、婚姻と家庭の構造的変化に対して、中立（neutral）ではありえない。その規定は、家庭政策上の刷新に対して、具体的な法律の意図に際し個別的事例において引かれうる憲法上の限界を設ける。
4. 婚姻は、国家の法秩序によって承認され、正式にかつ生涯結ばれた、継続的かつ完全な生活共同体を志す一人の男性と一人の女性の結合関係だと、理解されねばならない。
5. 婚姻によらない生活共同体〔同棲〕は、基本法第6条第I項の意味における婚姻とみなすことができない。それは、禁止されていない。それと婚姻との同等視は法的に許されない。しかし、母および子どものために、子どものいる婚姻によらない生活共同体は、個々の点に限定して、家庭として援助されうる。
6. 憲法上の家庭像は、婚姻に基づく両親と子どもの共同体である。しかし、婚姻の場合と違って家庭に関しては、概念の限定は困難である。片親のみの家庭（Restfamilien）、部分家庭（Teilfamilien）〔寡婦と子、離婚の父と子、未婚の母と子〕、事実上の家庭（faktische Familien）もまた憲法の意味における家庭であり、そのようなものとして援助されうる。
7. 基本法は、婚姻と家庭を一つの制度保障（Institutsgarantie）によって保護し、古典的基本権として保護し、またそれに有利な結果になるように一つの原則の決定によって保護する。
8. 基本法第6条第I項の制度保障は、現行の家庭法のすべての実定法の細目を必ずしも保

護しない。構成的要素だけが、立法者の介入から守られている。

9. 古典的基本権として基本法第6条第I項は、国家による侵害・不当な干渉に対する防禦権を含んでいる。そのような侵害は、とくにナチズムの措置だけに見られうるのではない。〔労働契約における〕独身条項 (Zolibatsklausel) および結婚による支給停止条項 (Heiratswegfallklausel) は、この基本権に違反する。
10. 自己の原則に従ってその婚姻の形を整えるという婚姻配偶者の権利は、連邦憲法裁判所によって何度も繰り返し強調されている。離婚配偶者の扶養権 (Unterhaltsrecht) および離婚段階の夫婦間の扶養請求権の調整 (Versorgungsausgleich) に対する裁判は、離婚配偶者の再婚に関して、この権利をほとんど残しておかなかった。
11. 価値決定的な原則規範として、基本法第6条第I項は、法の全領域における婚姻と家庭の特別の保護を命じている。一つの効果的な保護は、まず第一に金銭の問題である。したがって、この原則の決定の効果は、租税法および年金法に関して調べられる。
12. 租税法は、婚姻と家庭に関して、個別課税の原則のことで苦しんでいる。この原則は、家庭を制度および統一体としてみなすことを許さない。
13. 配偶者分割課税 (Ehegattensplittung) の規則は、配偶者の個別課税を適切に修正した。しかし、子どもの数の誤った考慮によって、子どもいない配偶者は不適切に優遇されている。家庭分割課税 (Familiensplittung) は、政策的にまだ受け入れられていない。
14. 家庭のための生存保障の費用は、租税法で適切に考慮されていない。控除額の法律要件は、他の領域における給付一覧表と比べ、現実に即していない。
15. すでに子だくさんの家庭に対する家族手当 (Familienlastenausgleich) という概念は、家庭の通常の場合が、その負担が分担されるべき一つの不幸として感じられていることを示している。
16. 租税法の間接税への増大した移行は、家庭に対して敵対的な作用を及ぼしている。取引税は、家庭に対して盲目である。というのは、家庭は、絶対的に、かつ、子どものいないまたは子どもの少ない家庭に比べ、比較的多く、日常生活のあらゆる品物に対する税金を支払わねばならないという結果を伴うからである。
17. 婚姻と家庭の保護は、年金法によって適切に保護されていない。というのは、年金法が統計的に古くなった婚姻・家庭像を標準にしているからである。
18. 遺族配偶者の保障は、大部分の婚姻女性が今日自己の所得収入を有し、したがって、ただ寡婦年金だけで生計を立ねばならないのではないという事態に十分に適応していなかった。そのために、職業婦人は、職業に従事しない主婦と比べて余分に多く保険をかけられている。
19. 子どもの教育は、母親に対して、十分に考慮されていない。彼女たちは、自己の老齢保障の減少、場合によってはその喪失を甘受している。
20. 以前は、現役の世代の人々が高齢者の分を負担すると同時に、新しい世代の人々の助力を得ていた。今日では、高齢者に対する負担は、世代間の協定 (Generationenvertrag) により社会化されてるが、家庭に対する負担 (Familienlast) は、社会化されていない。
子だくさんの家庭と子の少ないまたは子のいない家庭の生活様式は、ひじょうに異なっている。子どもに結びつく損失は、年金を受給できる年齢におけるいかなる種類の利益によっても相殺されない。かくして、子だくさんの家庭は、大規模に、子のいない家庭と子

の少ない家庭の年金保障に貢献している。

21. 年金法上の保障の不均衡は、家庭の法的地位を顧みずに、個人を標準にすることに基づいている。家政単位としての婚姻と家庭は、年金法においてはネガティブに体験されている。
22. 継続的に変遷していることが、家庭の歴史のなかで、ただひとつ不変のことである。今日際立っている諸変化は、一部は国家による措置によってもたらされ、あるいは促進された。その諸変化は、婚姻と家庭の本質と固有のはたらきに係わらない。婚姻と家庭に対する二者択一は、はっきりしてこない。
23. 静かな憲法変遷は、生じなかった。それに対して、婚姻法と家族法の法的な形成は、いくつかの点で、憲法から離れてしまった。連邦憲法裁判所による憲法違反の確認は、これまで、立法者にそれほど深い感銘を与えてこなかった。
24. 母性に敵対的で家庭に差別的な法の状況は、政治的審議機関における子のいないまたは子の少ない多数派を反映している。憲法に適合する状況を回復することは、選挙人大衆の精神的な支持なしには考えられない。倫理的問題に関与している社会の諸制度は、婚姻と家庭の利益になるような、一般的に望まれていない諸決定を、政治的審議機関に容易にすることに、貢献することができる。

憲法保障と社会的変遷—婚姻と家庭を例として

目 次

1. はじめに
2. 社会の変化
3. ヴァイマル憲法とボン基本法における婚姻・家庭の保障条項の成立
4. 今日の問題提起
5. 基本法第6条第1項の婚姻概念；未婚の生活共同体
6. 基本法第6条第1項の家庭概念と婚姻に基づかない家庭の保護
7. 多次元な憲法規定としての基本法第6条第1項
8. 婚姻と家庭の制度的保障
9. 古典的意味における基本権としての基本法第6条第1項
10. 社会的基本権としての基本法第6条第1項；第一と第二の婚姻の間の法的違い
11. 価値決定の原則規範としての基本法第6条第1項
12. 租税法における家庭の不利益な取扱い
13. 年金法における婚姻と家庭：子のない者と子の少ない者による子の多い両親、とくに家庭の母親の搾取
14. むすび：静かな憲法の変遷ではなくて、立法者による憲法の甚だしい軽視

1. はじめに

憲法により要請された婚姻と家庭の保護は、そのシンデレラのような存在 (Aschenputteldasein) から現れ出てきた。以前には、特定宗派の親権、後に一般的な親権、親の保護監督権、そしていうまでもなく離婚権とその含意するもののような部分的局面だけが、

比較的大きな注目を受けていたならば、このことは、いまや急激に変化している。学識者の会議、学問上の文献、そして見渡しきれなくなった多数の出版物は、婚姻と家庭¹を、しかしまた、婚姻によらない共同生活をも、関心の中心に押し出している。今や、何かある事が動きだしている。埋もれている諸問題が、一般的な意識にのぼってきた²。

2. 社会の変化

その諸々の原因は、異質な性質をもっている。政治的な世論は、人口統計学上の発展についての年金政策上の諸帰結が見通せなくなった瞬間に、目覚めたのであろう。出生数³は、ここ20年間でほぼ半数になった。出生前の子どもの死亡数は、われわれの福祉国家・社会国家において、毎年300,000人に見積もられる。それによると、出生児2人につき1つの墮胎があることになる。1972年以来、出生率はもはや死亡率に達していない。ドイツ連邦共和国の人口は、減少している。50年間で、人口は57,000,000人（1982年）から38,000,000人（2033年）に減少するであろう。同時に、人口は老齢化するであろう。間近に迫った連邦議会選挙に際し、初めて選挙をする人の参加が増加するのは、これが最後である。その後では、老齢の人口とほとんどもはや働いていない人口の重みが、増大する。

家庭像も変わった。数の点で家庭はより少なくなり、かつ今日ではより小さくなった。今世紀の初頭では、ほぼ半数の夫婦（47%）が4人またはそれ以上の子どもを持っていた。70年後には、それは、いまではもう5%の夫婦の場合に、そうであるにすぎない。新しい国勢調査によれば、婚姻の3分の1は、子どもがないままだということである。33%の子どもは、今日、ひとり子として育っている。統計的には、母親1人当たりの出生率は、1966年以来、ほぼ半減した（2.4人〔1960年〕から1.4人〔1982年〕）。

とくに目立つのは、最後に、婚姻している者と婚姻していない者との数比である。そして、法律学文献や判例に対するきわめて大きな影響をもって⁴、婚姻と法的にきちんとされていない共同生活との崩壊である。一定不変の婚姻率であった150年ののち、1963年には婚姻締結のこれまで止められなかった減少が始まった。ひとは、もはや当然には結婚せず、以前とは違って、死亡または離婚による婚姻の解消の後にもはや判で押したようには再婚しないで、未知ではあるが、しかし数の上では非常に増加した規模で、内縁関係（Konkubinat）において一緒に生活している。離婚数は増加した。1950年から1982年まで、年齢20歳から30歳までの婚姻適齢者数が、ここ15年間に約20%増加したにもかかわらず、婚姻締結数はほぼ半数に（住民1,000人当たり10.7人から5.9人に）減少した。離婚数は、1960年から1982年までに、住民1,000人当たり9人から19人に増加した。一人の世帯（Ein-Personen-Haushalte）の数は、19.4%（1950年）から31.3%（1982年）に、大都市では、40.3%、ベルリンでは、それどころか52.3%にも増加した。そのことには、婚姻と家庭に対する考え方についてのアンケート調査の結果が対応している。以前には、全員が一致して婚姻を不可欠の制度として認めていたこと（1963年には少なくともなお90%）が、今ではもうわずかに少数派によって共有されているだけである（1978年に40%）。増加する数の人にとって、婚姻は、そもそも時代遅れのものとみなされている（以前は3%、1980年は25%）。婚姻によらない共同生活は、圧倒的多数の者にとって、もはや道徳的に感情を害するものと思われていない⁵。

連邦最高裁判所が、真剣な婚約者同士の宿泊を許容することを売春周旋として処罰することをなおも要求したのは、はるか以前のことであり⁶。そして、誰が以前の時代を取り戻したい

と願うであろうか？

これから論及すべき法的问题の導入に対するこのような数字は、しかしまた、現在既に法政策の問題を呼び覚ますものである。すなわち、独身者、子のない夫婦、子の少ない夫婦、そして高齢者が、選挙を決定する場合に、婚姻に基礎づけられ、子に恵まれている家庭に対して有利になるように、1つの政策を追求する諸計画が、どのようにして転換されることができるのか？

その数字は、実際に、ある一定の社会的変遷を暗示している。この変遷は、いうまでもなく新しいものではない。また、婚姻と家庭についての規範的・理想的な状態が存在しないかぎり、なんら原則的に特別のものでもない。歴史家や社会学者は、婚姻と家庭の現代の概念が比較的新しいこと、および、現今の状態または昨今の状態が決して理想化されてはならず、また絶対化されてはならないことを、示している⁷。ピルに条件付けられた女性の性の解放や産業社会時代における生き方の影響と宗教的意義の喪失とが、まぎれもなく明らかである。そのような変遷が婚姻と家庭の本質、その構造原理、婚姻と家庭の任務や固有の働きを捕らえたであろうということ、私はいうまでもなく判断する能力がない⁸。

3. ヴァイマル憲法とボン基本法における婚姻・家庭の保障条項の成立

婚姻と家庭は、後になって初めて基本権として保障された分野の範囲に到達した。18世紀、19世紀の古典的市民的憲法は、そのような保障を知らなかった。カリブ海の異国的な先駆者の後で⁹、初めて1919年8月11日のヴァイマル憲法が婚姻と家庭を憲法の保障の下に置いたのである。その保護は、すべての人間共同体の基礎¹⁰、自然的かつ道徳的な基礎¹¹としての婚姻と家庭に妥当した。この点で、今日の諸ラント憲法における類似の表現法によって¹²くり返し思い起こさせられるように、自然の学習の場において成長する子どもの生活が訓練され、母国語が学ばれ、公共心が形成され、そして基本的な人間の徳目が身につけられる¹³。

1919年の憲法制定者が、1949年の憲法制定者も同様に、婚姻と家庭の特別の保護で目指したことは、二度とも、とくに民法典に具体化され、法の伝統により形成された模範像に合致していた。そのことについては、意見の一致があった。しかし同時に、疑念もはっきりしていた。最初に1919年に必要とみなされた保障は、自明なことがもはや自明でなくなったことを示している。憲法によるすべての保障のように、この婚姻と家庭の保障も理論的または憲法体系的な観点に従わなかった¹⁴。その保障は、具体的に認められた危険に対する反応であった。

1919年と1949年に、婚姻と家庭の特別の保護を規範化することのイニシアティブは、保守主義の立場から出てきた¹⁵。社会主義者¹⁶やボルシェヴィスト¹⁷が、婚姻と家庭に対して敵対的な傾向によって婚姻を疑問視していることに直面して、市民的婚姻（bürgerliche Ehe）は、憲法によって守られなければならなかった。その場合、まず第一に、婚姻と家庭は、その伝統的構造においてはっきりと思ひ浮かべられた。ソヴィエト10月革命の婚姻に敵対的な意図が、そのような提案に多くの人々の賛同を確保した。しかし、まさにただ旧体制復活を目指し、人口政策的でしかない趨勢が、進化論的観点を活用するように政治的左派を挑発した。この改革の趨勢は、婚姻の基礎としての男女同権（Gleichberechtigung der Geschlechter）の原則や母性（Mutterschaft）の特別の保護——その場合まさに未婚の母が考えられていた——、そして非嫡出子の利益になるような不明確な規定に反映されていた。こうした妥協的性格の現状維持的な保障と未来志向的な保障との結合において、婚姻と家庭の保護は、ヴァイマル憲法第119条と

第121条に、結局、採用された。その保障は、ヴァイマル憲法の憲法妥協（Verfassungskompromiss）の一部を成していた。すでに、ヴァイマル憲法制定国民議会の審議において、旧憲法に比べて注目に値する、前例のない保障は、意外な賛同を見出した。婚姻は、ほぼすべての立場から賞賛され、意見が対立したのは、ただ新しい規定の有効範囲だけであった。後になって驚きをもって確認されたことは¹⁸、このような憲法上の革新の原因と根拠がほとんど明らかにされなかったということである。

こうした光景は、ボン基本法制定会議においても繰り返された¹⁹。そこでは、現状を維持する努力と家庭法の継続的発展への趨勢が再び対立した。またも、基本法第6条第1項の具体的意味については、わずかであったが、非嫡出子の法的地位については、きわめて多く語られた²⁰。たしかに、伝統的なものの保障が望まれていた²¹。

基本法第6条第1項が今日保障するものは、したがって、すでにヴァイマル憲法第119条におけるように、対立関係から免れていない。一方で、伝統的に要請されて出現するものが保障されねばならなかった。と同時に、男女同権や嫡出子と非嫡出子とのできるだけ広範囲に及ぶ同等取扱への要請によって、未来指示的な発展に門戸が開かれねばならなかった。家父長的支配の喪失や女性と子どもの主観的権利の始まり、基本法第3条第2項における男女同権の要求の具体化や男女の人格権の意義の増大（基本法第2条第1項）によって、婚姻と家庭は動き出した²²。これらすべてが、今日では、基本法第6条第1項の内容である²³。

婚姻と家庭の下で何が理解されるべきなのであろうか？婚姻と家庭の構造原理は、「まず第一に法以外の生活秩序から」²⁴決定される。たしかに、憲法の基礎になっている婚姻の理解は、すでに1919年には、世俗化された市民的婚姻のそれであった²⁵。しかし、この理解は、1919年には、1949年と同じく、一般市民と憲法制定議会の多数派にとっては、キリスト教に基づいて形成された伝統的な婚姻の理解や民法典の中で詳細に規定された市民的婚姻の観念によって、内容的に満たされていた²⁶。支配的見解は、婚姻が自分自身を実現する二人の愛し合う者の総体であるだけでなく、法的に結ばれていない恋人たちの日常生活と比べて、婚姻配偶者の日常生活の負担を軽減する一つの制度である、というものであった²⁷。婚姻とは、自由を創り出し、危機を引き受けて堪え忍ぶ約束と助力であると一般に認められていた。その中で、男性と女性が、互いに歩み寄り、そのことによって自分自身を見出すと考えられていた。婚姻が期待される子を持つことに関して不可欠であるということは、自明なことであった。というのは、婚姻が家庭に目標を置いているからであり、そして家庭は次の世代を育成することのために別の方法がないからである。このことは、1919年にも1949年にも、次のような事実が周知であったのと同様に、疑う余地がなかった。すなわち、婚姻が壊れうること、その場合に新しい出発のチャンスが与えられていなければならない、という事実である。共同生活は諸々の問題を生じる。すなわち、傷害や無秩序が生じる。しかし、それらは、あってはならないことである。まさに婚姻は、危機を回避する代わりに、危機を耐え抜くことを助けることができる。そのことから法秩序は、出発している。

この出発点は、今日でも拘束力のあるものである。この出発点を連邦憲法裁判所は、時々当然のこととして前提している。その自明性は、その他諸々の見解を相反するものとして現わさせるものである。たとえば、かつて1969年に、連邦憲法裁判所はこういつている。すなわち、「基本法第6条第1項において憲法上保障された価値観念によれば、婚姻は、男女の間の包括的生活共同体の唯一正当な形態²⁸である。子どもの健全な身体的・精神的発達は、原則的に、

ただ婚姻においてのみ実現される父と母との完全な家庭共同体の中で保護された状態を前提している。」²⁹と。

これは、家庭を「すべての人間の共同体の最小単位であり、その共同体の意義がその他のいかなる人間の結合と比較されえないもの」³⁰として承認する線にある。その場合、基本法は、いうまでもなく、婚姻に基礎づけられた家庭から出発している。これは、保守性または道徳性を表現するものではなく、その本質は事柄自体のなかにあり、手放すことのできない国家的利益に基づいている。生き活きた婚姻は、婚姻の連帯性の理由から、新しい生活を創設する意図を有するものである。子どもをめざす動態性において、婚姻は、その豊富で成熟した意味内容を持つようになり、子孫の社会的再生産や文化的訓練の本来の場として、公共の利益を獲得する。この点を国家は無視することができない。婚姻に基礎づけられた家庭が、したがって、憲法によって基礎とされた典型であり、その典型からその他の現象に対する家庭の変種や限定が規定されなければならない³¹。婚姻によらない性的共同体は、比較的長く持続している内縁関係の場合でも、法的意味における家庭結合体を新たに発生させない³¹。

ヴァイマル憲法制定国民議会とボン基本法制定会議における保守的な起源と端緒からは、基本法第6条第1項が婚姻と家庭の構造的諸変化に対して中立的ではありえないということは、疑う余地なく明白である。憲法の内容は、社会的環境の作用ではない³²。家庭政策的な革新に対する憲法上の限界が存在している。その限界は、具体的立法計画の場合に、個別的事例において引かれねばならない。

4. 今日の問題提起

それでは、憲法は、基本法第6条第1項によって誰を、あるいは何を保護しているのか？人間の共同生活の形成や社会的なものの考え方の変遷は、法の意味内容にも重くのしかかっている³⁴。そのような変遷は、次の疑問を生じさせる。すなわち、婚姻に基づかない男女の共同生活の諸形態が今日も婚姻と認めることができるのか、血のつながった両親と婚姻によらない彼等の共通の子どもも憲法の意味における家庭として認めることができるのか、という疑問である。その場合、彼等は、当然の帰結として、婚姻と家庭に対する特別の憲法上の保護を共にするにちがいないであろう。離婚法の自由化とそのことによっても増えた離婚数は、憲法によって離婚した人を保護することの問題に対して、高められた意義を得させた³⁵。外国では、それどころか、同性の共同体も家庭でありえないのかと、場合によっては、それとも婚姻類似の共同体を形成することができないのか、という問題さえも論議されている³⁶。

このような問題に対する解答は、家庭と婚姻に対して異なる結果になる。

5. 基本法第6条第1項の婚姻概念;未婚の生活共同体

婚姻の場合、明確な文言をみて、いかなる種類の結合を憲法がその特別の保護の下に置くかは、不確かではない³⁷。ドイツでは、一人の男性と一人の女性が法的に義務付けられて成立し、原則として解消できない生活共同体が婚姻と認められている³⁸。その他の共同生活(Gesellungen)は、今日では、以前と比べて道徳的に感情を害することなく出現するかもしれない。それを、自由な婚姻とか、婚姻類似の結合とか、婚姻証明書のない婚姻とかまたは似たように名付けて、婚姻の近くに持ち込む美化する用語でさえも、婚姻配偶者や子どもや世間に対する婚姻の法的拘束力が婚姻という制度の本質的な要素であるとの事実を、除去することは

できない。まさにこの拘束力を婚姻によらない一組の男女が拒否しているのである。かれらの結合は条件付きであり、留保付きである。その結合は、当面の好意に基づき、これがなくなれば、まさに持続することのない運命である。子どもやその他のことを考慮することなく無定形な結合のいつでも可能な解消は、この事情の特徴を成している。非婚姻者たちの明示的意思に対する尊重だけではなく、とりわけ婚姻という法概念の明確な内容は、非婚姻を法的に婚姻として取扱うことも、それを婚姻と同様に憲法の特別の保護の下に置くことも排除する。これは、文献と判例において全員の一致した見解である³⁹。

非婚姻に関して、婚姻の憲法上の保護の類推適用についても、法的可能性はない。婚姻は、とりわけ比較的弱い配偶者の保護のための制度である。婚姻によらない諸関係がこの保護をまさに排除するのだから、その平等取扱は基本法第6条第I項の保護目的に反するであろう⁴⁰。この特殊な保護を共有したい人にとって、法秩序は婚姻という法制度を用立てている。明確に異なったものを等しく取扱うことを勧めた法的観点は存在しない。

非婚姻が分け前にあずからない婚姻の憲法上の保護は、伝統や古めかしくなったキリスト教の名残に基づくのではなく、またある特定の道徳的な規範のための国家的配慮に基づくものでもない。むしろ、その根拠は、道徳的・人格的な生活関係としての婚姻の比類のない機能やそれから帰結する婚姻の公的作用である。婚姻配偶者の無条件の承諾は、婚姻の一夫一婦制の構造を前提とし、それは主体—主体の関係 (Subjekt-Subjekt-Beziehung) として、他者の部分的観点だけを望むのではなく、まるごとの人間を人間として受け入れる人間の尊厳というエートスの表現である。これは、男女同権にとっての基礎でもある。ただ婚姻だけが、終身 (Lebenszeit) という性質と子どもに対する解放性を持っている。婚姻の繁殖機能や新しい世代の学習の場としての婚姻の文化的意義を考えて、婚姻が婚姻配偶者のプライベートな領域であるだけでなく、同時にその本質からみて、公共秩序のために安定させる要素をもつ無類の社会的事実でもある⁴¹。したがって、婚姻は、社会の観点から考察すれば、疑う余地のない保護する価値を有している。それゆえ、法治国家は、援助的な措置によって婚姻を法的に保護しなければならない。

婚姻の憲法上の保護が非婚姻関係にも拡張されてはならないならば、そのことによってそのような生活共同体が、それにもかかわらず奨励されてもよいのか、あるいは婚姻の特別の憲法上の保護が、互いに矛盾する共同生活形式のあらゆる奨励を禁ずるのか、はまだ決定されていない。立法者、裁判、そして文献は、ある程度の寛大な熱心さをもって、こう強調している⁴²。すなわち、基本法の下では、なおさしあたり正常状態に属しているような内縁関係をすべて処罰することが、基本法に馴染まない、と。内縁関係を、法に違反することから処罰しないことを経て、特別の保護にまで至る道程は、増大する意見の数が、婚姻と家庭の「特別の」保護を、厳しい現実のなかで、単なる不利益取扱の禁止に縮小させるならば⁴⁴、もちろん危険をはらんでではあるが、短くなる⁴³。基本法による婚姻と家庭の特別の保護の中核は、婚姻者が非婚姻のカップルよりも悪く取扱われないということなのだろうか？

今日支配的な見解によれば、立法者は、基本法の寛大さの結果として、内縁関係を禁止せず、非婚姻生活共同体に対しても法律により規制することを義務付けないが、しかし原則的に規制する権限がある⁴⁵。婚姻に対する国家秩序の憲法上規定された特別の保護は、もちろん立法者の形成可能性を制約する。立法者は、非婚姻生活共同体を婚姻と対等の立場に置く状態にしてはならない⁴⁶。立法者が、非婚姻のカップルに対して、彼等の包括的な秩序、いわば非婚姻

のための婚姻法や婚姻効果法を作ることによって、彼等の自分で創った諸困難から救い出そうと試みるつもりであるならば、憲法と合致できないだろう⁴⁷。それに対してマイナスの材料を提供するのは、法的拘束をまさに引き受けたくないような人々の自己決定権（基本法第1条第I項、第2条第I項）の尊重⁴⁸だけでなく、類型化されない共同生活の多様性⁴⁹、憲法によって保障された婚姻だけが国家により保障された制度であるという事情、および立法者が婚姻とともに、二人一組で生活する人間のあらゆるよく知られた危険や保護の必要性を考慮するさわめて詳細な規則を用立てたという事情もそうである⁵⁰。生活協力関係の法的保護の形式は、まさに婚姻なのである。いうまでもなく婚姻の放棄は、緊急の場合における法的保護の放棄を同時に意味しない⁵¹。個々の点に関する法的救済措置は、それが一般的正義観念に合致するにせよ、憲法自体がそれを命じている⁵²にせよ、不可能ではない。後者は、母性保護（基本法第6条第IV項）や非嫡出子の保護規則（基本法第6条第V項）の場合が、そうである。

婚姻と家庭が非婚姻に比べいろいろな点で、とくに税法において、優遇されていることは、現在でも、望ましいものと認められている⁵³。婚姻と家庭という制度の特別の助成が、その裏面として、まさに保護されない生活方法を助成しないことを含めているかぎり、その生活方法の異なる取扱は、合憲である⁵⁴。反対に、もちろん個別事例において、立法者が婚姻に有利になるような活動に義務付けることは、つまり婚姻が法律による規制なしに非婚姻生活共同体よりも悪くされるであろう場合には、まさに基本法第6条第I項の保護から明らかになるであろう。そのような冷遇は、社会法において、たとえば〔数人ないし数家族が一つの住居を共有して共同生活を営む〕住居共同体や家計共同体（Wohn- und Wirtschaftsgemeinschaft）において達成可能であり、個別的社会給付の法律において考慮される家計の蓄えを加算する場合に、切迫している。この点で、このような蓄えを既婚者の場合だけ考慮するが、非婚姻の場合には考慮しないということは、誤りであろう⁵⁵。法秩序は、すなわち、婚姻をその伝統的な形態において、その現象像が細目において変化している場合でも、保護し、助成しなければならない。基本法第6条第I項は、期限付きの生活共同体または法的拘束なしの生活共同体を国家的に助成することを正当と認めない。むしろ、金銭的な優遇措置によって婚姻以外の生活形態を選択することが性的共同体のために有利にされるであろう場合には、憲法と一致させられないだろう。

6. 基本法第6条第I項の家庭概念と婚姻に基づかない家庭の保護

「両親と子どもの包括的共同体」⁵⁶としての家庭の概念に対する定義は、それほど明確ではない。というのは、法による規範化と世間による承認とは、家庭の本質に属さないからである。家庭は、法の外にも、法に左右されずにも存在している⁵⁷。基本法第6条第I項は、そのかぎり、ある一定の不鮮明さと開放性の点で際立っており、したがって規範目的により規定された解釈によって精確に定めることを要する⁵⁸。以前には、婚姻と家庭は、ほぼ一致していた。「婚姻は家庭への第一段階であったし、家庭はより大きな単位として同時に婚姻をも含み、そのことによって一方の保護法益の保護と助成は、ことの本质上他方の保護法益にもなった。」⁵⁹ 今日でも、たとえ婚姻によらない家庭や子どものいない家庭の数が増加しているとしても、婚姻は、家庭をねらいとしている⁶⁰。

一般的な用語法において、家庭の概念は、あまり正確に用いられていない。小家庭と大家庭、狭義と広義における家庭があり、また両親が婚姻配偶者でない事実上の家庭がある。それらす

べてを法的意味において家庭と理解し⁶¹、「次の世代が後を継ぐことを可能にする機能をもたらす」⁶² 憲法の特別の保護をすべての共同体に与える風潮がある。まず第一に、家庭の概念でいわゆる小家庭が、すなわち、婚姻を基礎とする両親と子どもの共同体が考えられる⁶³。しかしまた、継親子や養子や里子も⁶⁴、場合によっては孫も⁶⁵、家庭に算入される。母親と非嫡出子⁶⁶や父親と非嫡出子⁶⁷も、家庭を形成する。婚姻配偶者の死亡または離婚の後に子どもを持つひとり暮らしの両親の片方は、憲法の範例に一致しない不完全な残留家庭 (Rest-Familie) ではあるが、家庭を形成する〔死亡または離婚により両親の片方が欠けたことを強調〕。

概念の拡散が進んでいることを目の前にして、法的に明確に規定された婚姻の場合のように、家庭の場合にも統一的な概念を主張することは、もはや不可能であるように思われる⁶⁸。諸々の法律は、すでに今日、そのときどきの規範目的に添った家庭概念を用いており、部分的には婚姻や血族関係によって相互に義務付けられていないような人々をも家庭に入れている。内縁関係を基礎とする集まりや不完全な家庭は、しかし、その数がたとえどんなに多くても、この承認によって正規の家庭にはならないのである。憲法の範例は、婚姻に基礎をおく家庭でありつづける⁶⁹。母性保護や非嫡出子の同等取扱の考えは、その他のグループをも助成することを要求する。租税上、社会法上、俸給法上の優遇措置は、その他のグループにも与えられる⁷⁰。

不完全な家庭にとって、このことは、両親の片方の欠落の後、すでに従来どおりに未婚の母親とその子どもにとってと同じく、疑われなかった。1969年8月19日の非嫡出子の法的地位に関する法律⁷¹以来、子どもを持つ父親も、法的意味において用いられ、その子どもと一緒に家庭を形成する。そのような父親や未婚の母親が共同の (gemeinsam) 子どもとともに家庭を形成するか、あるいは各片親が同一の (identisch) 子どもとともにそれぞれ家庭を形成するののかという奇妙な問題は⁷²、素朴で純真な素人に法律家の健全な人間理解を疑わせしめるような性質の法律問題である。しかし、この問題は、仮象問題ではない。非婚姻の両親は、ここでもその言葉通りに受け取られざるをえない⁷³。実の両親とその非嫡出子が、継続的に、そして婚姻に基礎を置く家庭と同じく、良い日も悪い日も共同生活する場合、そのような事実上の家庭を子どものために一つ家庭 (eine Familie) として承認し、かつ助成するということが、主張できるように私には思われる。非婚姻の母親または非婚姻の父親とその子どもとの共同体は、しかし、非嫡出子に対して、できるかぎり、嫡出子と同等の生活チャンスを確保することを要求する基本法第6条第V項の実現において、保護される。重要なことは、このような共同体の保護の法的根拠が、その共同体が基本法第6条第I項の意味における家庭を形成していることに基づくのではなく、憲法がその他の規定においてその保護を定めているということに基づいている、ということである⁷⁴。つまり、家庭は、まさに非嫡出子の場合がそうであるように、その弱さと保護の必要性のために保護されるのではなく、国家と社会に対するその代替不可能な卓抜した負担能力のために保護されている⁷⁵。したがって、助成が必要かどうかは、個々の場合に調べられねばならない。母親と非嫡出子のところに住んでいる父親は、一般的には、婚姻に基礎を置く家庭の父親とけっして同じく取扱われない⁷⁶。彼は、婚姻による父親の地位を有さず、基本法第6条第II項第1文の親権を享有しない。

民法典第1705条によれば、母親は依然としてただ親の子に対する監護権だけを有する。父親には、理論的に、民法典第1711条によって面会権と情報請求権だけが、帰属する。そのかぎりで、法は法的ではない家庭 (natürliche Familie) の現象を無視している。したがって、法が基本法第6条第II項の親権と基本法第6条第I項による家庭の特別の保護に依拠していることは、

1981年3月24日の連邦憲法裁判所の裁判⁷⁷によれば、もはや疑わしくない。両親は、その婚姻の締結により、父親の法的状態を正常化することを自由に決められる⁷⁸。

家庭の一部としての非婚姻の父の広範囲に及ぶ法的地位にマイナスの材料を提供するのは、結局、彼の存在という純然たる事実性である。われわれの法秩序の自由精神のために、国家による家庭訪問業務や監督業務が避けられなくなるように、家庭法を拡張することは望ましくない。しかしながら、取り決めに従って、毎日、それ以上の正式の手続きなしに家庭の父親としての役割からすると抜け出ることのできる実の父親が合法的に結婚した父親と同じく取扱われるならば、事情はそうであろう。家庭の自由や個々の場合における監督活動なしの家庭の助成の可能性は、その婚姻による基礎的法的拘束力に基づいている⁷⁹。まさにこの拘束力がその他の共同体に欠けている。そのような家庭類似の形成体の意図した拘束力の欠如は、婚姻に基礎を置く家庭とのその全般的な同等取扱を禁止する⁸⁰。

7. 多次元な憲法規定としての基本法第6条第I項

基本法第6条第I項は、連邦憲法裁判所の裁判⁸¹によれば、多次元の憲法規定、すなわち古典的基本権の意味における防禦権、制度的保障 (Instituts- od. Einrichtungsgarantie) および婚姻と家庭の全般に係わる法の原則規範でもある。

8. 婚姻と家庭の制度的保障

ボン基本法制定会議の審議の際に、すでに、憲法保障による婚姻と家庭のその時点の状況を実現可能に固定化することの問題が論じられた。これは政治的には容認できなかったであろう。したがって、当時すでに婚姻の制度と婚姻法の諸規定とが個々別々に区別されていた。その条項の意義は、「いうまでもなく市民法のすべての婚姻法の規定が、単純なライビ法律の方法で改正されてもよいのに対して、一夫一婦制の婚姻が、道徳律から産み出された婚姻という倫理的制度であり、憲法改正なしには廃止されえない」ということにあるべきであろう⁸²。

このような区分は、ヴァイマル時代以来⁸³、伝統的な規範複合体の保障としての公法的制度の保障 (institutionelle Garantie) と私法的制度の保障 (Institutsgarantie) の概念によって体系的に克服される。それを使って阻止されるべきであるのは、単なる立法者が制度についての一般的立法権限を悪用してしまえばもう名称を残すにすぎなく、そして憲法の保障をこのような方法で弱めようとすることである⁸⁴。

憲法により「その本質的構造において」「婚姻法と家庭法の規範の核心によって」⁸⁵ 保護されたこの婚姻のメルクマールは、性が異なっていること (Geschlechtverschiedenheit)、一夫一婦制 (Einehe)、合意の原則 (Konsensprinzip)、義務的市民婚 (obligatorische Zivilehe)⁸⁶、婚姻による生活共同体への義務付け (Verpflichtung zur ehelichen Lebensgemeinschaft)、および終身の原則 (Lebenszeitprinzip)⁸⁷ である。これは、「歴史の発展の経過において、婚姻の特徴的構成要素として一般的に承認され、その存続から共同体生活が出発する」⁸⁸ 本質的特徴である。婚姻改革法律は、この主要な諸原則を部分的にひどく乱した。離婚法における有責主義から破綻主義へ移行すること (§ 1565 BGB) や別居期間 [3年間] 満了後に婚姻の破綻とみなすこと (§ 1566 II BGB)⁸⁹ が、とくに婚姻は生涯にわたって締結されるという原則を疑問にしている⁹⁰。

9. 古典的意味における基本権としての基本法第6条第1項

基本法第6条第1項は、さらに、古典的意味における基本権として婚姻と家庭の領域への国家による不愉快で有害な侵害や不当な介入に対する防禦権を含んでいる⁹¹。もちろん、基本法の生みの親たちは、ナチス国家の婚姻と家庭の特殊私的領域への侵害、青少年育成をも指示するというナチス国家の非常に強力な要求、その人間飼育的な計画およびいわゆる血統保護立法による人種差別主義的な婚姻の禁止などのことを念頭においていた⁹²。それにもかかわらず、基本権にはおよそ歴史的ないかなる意義も与えられなかった。婚姻適齢のすべての人が婚姻を成立させ、家庭を築く権利を有している⁹³。この権利のために、以前普及した公務員法⁹⁴や労働法⁹⁵における独身条項(Zolibatsklauseln)と社会法⁹⁶における結婚による支給廃止条項(Heiratswegfallklauseln)は、長くは続かなかった。実の両親によって育てられるという子どもの権利や公的育成援助者の指示なしに家庭生活を形成することができるという子どもの権利は、しかしながら、基本法の下でも危険にさらされた。このことを、連邦政府の第二次家庭報告書(1975年)⁹⁷の家庭解体の風潮や結局実現されなかった少年福祉法の改革のための諸計画⁹⁸や親の子に対する監護権の改革⁹⁹などが示している。

10. 社会的基本権としての基本法第6条第1項;第一と第二の婚姻の間の法的違い

基本権の中で基本法第6条第1項は、それが社会的基本権であるかぎり、一つの特例である¹⁰⁰。この範疇のよく知られた問題性は、この点で明らかになる。すなわち、社会的基本権の充填は、立法者によって生じる。この立法者は、その場合、憲法上ほとんどコントロールされない広い形成の余地を享受している¹⁰¹。

社会的基本権として、基本法第6条第1項は、婚姻と家庭に対して保護と助成の請求権を与える。消極的には、婚姻と家庭は侵害されてはならず、その他の点では侵害されることになろう¹⁰²。概して、連邦憲法裁判所は、夫婦と家庭を、それらには損なことであるが、経済的単位とみなされないようにした¹⁰³。助成義務は、裁判所の裁判では、もちろん十分に具体化されなかった。連邦憲法裁判所は一度も国家の積極的助成義務に違反したものは考えなかった。連邦憲法裁判所が事実上の助成を確認したときに、連邦憲法裁判所はただちにこの助成が憲法上決して命じられてないし、したがって、また制限されうるし、あるいは取り消されうる、と相対化して述べた。さらに、連邦憲法裁判所は、このようにみなしている。すなわち、国家が学校制度、教育制度、職業教育制度を予算資金から維持し、そしてその他の納税者よりも強く両親に費用を分担させることなしに、連邦職業教育助成法による給付をあらかじめ考慮に入れることによって、すでに家庭負担調整義務を果たしたものとみなしている¹⁰⁴。裁判所は、国家の保護・助成義務から婚姻と家庭のための最優遇取扱を引き出すことができない¹⁰⁵。基本法第6条第1項に対して、連邦憲法裁判所の裁判はそのかぎりでも活力を与えることができなかった。国家による助成の任務は、展開されなかった。

具体的請求権は、基本法第6条第1項から引き出すことはできない。社会的保護機能の展開の手がかりは、ともかく存在する。連邦憲法裁判所は、しかし通常は、それを基本法第6条第1項に基づかせず¹⁰⁶、そして連邦憲法裁判所が与えたものをその直後に取り消している。すなわち、保護義務は、国家が家庭に帰せられるすべての負担を調整する義務があるということまでには至っていない、と。かなり大きな意義を、国家の保護義務は、ただ平等原則と関連してだけ、獲得した。総じて、裁判所は、基本法第6条第1項を、第一義的に、差別禁止として

理解する傾向がある。重要な裁判において、それはこの条項をただ二義的にのみ個別的平等原則として引き合いに出し、あるいは、その確認だけに限定し、異論の余地のある場合には、いづれにしても禁止された差別は存在しない、とした¹⁰⁷。

連邦憲法裁判所は、多くの点で、婚姻を褒め称え、その権利を多くの裁判において具体化した。その裁判は、いうまでもなく、第一クラスの婚姻と第二クラスの婚姻という秩序にも導いた。

すべての婚姻は、法律の前に平等である。すべての婚姻は、等しく国家的共同体の差別のない保護を享受する。すべての婚姻配偶者は、かれらの婚姻を自分自身の考えに従って整え、そしてたとえば共同の家計の負担と義務を相互の間で分け合う等しい権利を享受する。したがって、婚姻の成立への権利のかたわらに、婚姻の個人的な形成への権利が歩み寄る。立法者はこの内輪のことにできるだけ介入してはならない¹⁰⁸。

ここで、いまや連邦憲法裁判所の部分的な救済措置において、現行婚姻法の矛盾した二つの側面が際立ち、それらは婚姻法の構想の欠落を明らかに示している。すなわち、「第一の婚姻が追加的に得る保護は、婚姻がたやすく一方だけの破綻に基づくいつでもかまわない離婚によって、いわば単なる試験的婚姻にまで低く評価されうるような容易さに矛盾している。」¹⁰⁹したがって、一方では、実際にもはや制限されない離婚の自由は、基本法第6条第1項の婚姻の保護が婚姻配偶者の自己実現の権利（基本法第2条第1項）によってその意義を奪われてしまったという印象を生じさせる。市民は、婚姻の成立の際に、配偶者選択の際の誤った決定と補修に対する基本権を享受しないのであろうか？つねに可能な婚姻の解消は¹¹⁰、婚姻がそもそもなお保護された法益であるのかどうかを、危うく尋ねさせる。他方で、連邦憲法裁判所は、第一の婚姻の扶養権に対して遠回しに優先権を認容している。それは、裁判所が時間的に次々に存する婚姻から生じる諸請求権の競合について決定しなければならない論点において、明らかになる。この点で、「すべての婚姻は、それが相手によって初婚として締結されたものであれ、あるいは離婚後に締結されたものであれ、法秩序の前では等しい地位を有すること」¹¹¹のうちわずかしか残っていない。実際に、第二の婚姻の自由は著しく制限されている。それは、場合によっては、第一の婚姻の解消と結びつけられた経済的負担のために、もはや経済的保護を提供しない。離婚した婚姻配偶者は、その以前の法的関係を、皮肉な表現によれば、「扶養婚姻」(Unterhaltsehe)¹¹²として継続している。これについて連邦憲法裁判所は、婚姻がもはや存しないにもかかわらず、基本法の保護をまきちらさせている。

そのことを当該裁判が詳細に示している。すなわち、いわゆる上乗せ扶養料 (Aufstockungsunterhalt) の請求権 (民法第1573条第2項)¹¹³は、離婚した婚姻配偶者に、新たに結婚した国民の現在の就業所得に対して、将来も持ち分を持たせている。この請求権は、今年〔1986年〕の4月1日まで、原則的に無制限であった¹¹⁴。また、その請求権の拒否は、そのように世話されている者の重大な婚姻に対する不誠実の場合ですら、異論の余地があったのである¹¹⁵。いわゆる欠缺のある事件において¹¹⁶、連邦憲法裁判所は、扶養債務者の新しい配偶者に対する以前の婚姻配偶者の優位 (民法第1582条第1項第2文) を憲法上懸念のないものとみなした。もはや存在しない元の婚姻は、したがって、それどころか、それが新しい婚姻と子どもの監護・世話の必要性に関して完全に同等である場合でさえも、その優位を主張する¹¹⁷。離婚の際の夫婦間の扶養請求権の調整 (Versorgungsausgleich) は削減し、いやそれどころか新しい配偶者から、場合によっては、婚姻が通常提供する扶養の可能性をまったく奪いとって

いる¹¹⁸。負担調整債務者の第二の配偶者は、以前の配偶者よりも高い程度で老齢年金を頼りにすることができるのであるが、裁判所は、債務上、離婚の際の夫婦間の扶養請求権の調整をも許容した¹¹⁹。

暫定的な終結を、1984年11月14日の決定が形成している。そのような義務を履行するという人間の周知の不快を助長するために、連邦憲法裁判所はここで民事裁判の判決を確認した¹²⁰。配偶者が、先行した行為、すなわち婚姻締結と子どもをつくること、から生じる彼等自身の義務から、新しい婚姻において就業を放棄することによって免れようと努めるような事例が問題である。民事裁判所は、そのような事例において、期待できる就業開始への義務を想定し¹²¹、その結果、法律の文言を修正することにおいて扶養義務者の自分自身の収入が擬制される¹²²。連邦憲法裁判所によって一緒に裁判された事例において、憲法異議申立人は、基本法の自己実現の権利と家庭保護条項を援用して、その諸義務を免れようとした。一つの事例では、財政的によい状態の母親が、第一の婚姻の彼女の三人の子どもとはもう一切かわりを持ちたくなかった。第二の事例では、再婚した行政公務員が、新しい婚姻で家事に従事する夫 (Hausmann) になり、それゆえ、第一の婚姻の子どもに対して金が無いのでもはや扶養するには及ばなくするため、勤務を退職した。

再婚者の擬制的勤労所得の承認によって、連邦憲法裁判所は、第二の婚姻の夫妻から、第一の婚姻から生まれた子どものために、今後は、家事婚姻 (Hushaltsführungsehe) と共稼ぎ夫婦の婚姻 (Doppelverdiener Ehe) とのどちらかを選択することを奪った。最初の婚姻においてのみ、婚姻配偶者は二人とも稼ぎたいか、あるいは二人の一方がまったく家事に専念するかを、なお自由に決定することができる。同権の協力関係において¹²³、その個人的経済的生き方¹²⁴を自分自身で決定ことができ、婚姻における職責を二人だけの間で自由な決定によって分配することができる¹²⁵ という、婚姻配偶者の権利のうち、要するに婚姻配偶者の相互の財政的關係における憲法上保護された自己決定権のうち¹²⁶、裁判によれば、第二の婚姻においては、わずかしか残っていないし、場合によっては何も残っていない。

なぜかなり特殊な扶養問題のこれらの細目に言及するのか？連邦憲法裁判所の裁判は、それだけで考えれば、支持できるように思われる。裁判が示している全体像は、それにもかかわらず、あまり説得力がない。その全体像は、裁判所が細部にわたる裁判によって中心問題そのものを見失ったという印象を呼び起こしている。批判を招いているのは、婚姻法と婚姻の現実との二つの観点が突如として並列されていることである。一方では、「基本法第2条第1項に基礎を置く自己実現の思想を極端に表現するものとして……無制限の離婚の自由と現代婚姻法の時間的に引き延ばされた一夫一婦制」¹²⁷ が現れる。他方では、先行した行為による行動の自由の制限をすべての人がもっともだと思っている。人間にとって、少なくとも扶養問題において、婚姻と子どもをつくるのが、古い衣服のように脱ぎ捨てることのできない一つの厳粛な事柄であることが依然として体験されうるようになる、ということは正しい。最初の妻と最初の婚姻の子どもの扶養請求権は「他人の権利」である。引き受けた義務による自分自身の自由を自己制限することのためのより明白な例はない。自分自身の行為から発する扶養義務は、その義務付けの強さの点で、シュタルクによって印象深く称された「人権思想の原成岩 (Urgestein)」¹²⁸ の一部である。扶養義務を履行せねばならない人は、自分の新しい生活の形成にとつての裁量の余地の点で制限されている。

連邦憲法裁判所は、擬制的勤労所得の承認によって、しかしながら、複数の婚姻を同じよう

に成立させ、双方の婚姻の一員にその権利を少なくとも金銭的に与えることが、たいていの西ドイツ国民にとって経済的にできない、という事実上の観点を見過している。新しい婚姻法は、急いで現実を通り過ぎて、社会科学の分野の婚姻概念に詳しく触れた。その一部を成しているのが、すべての離婚した配偶者は自分自身のために配慮しなければならず、しかしまた配慮することができる、という期待である。しかし、労働市場は中年の女性に対してほとんど〔就労の〕機会を提供しない。労働意欲のないことが労働市場の構造的欠陥に基づいて真の失業に転化する場合でさえ、依然として勤労所得を擬制することが許されるかどうかは、未解決の問題である¹²⁹。実際に、そのことによって第一と第二のクラスの婚姻が存在する。それらの婚姻は、法の前の婚姻の平等という裁判所の高貴な所説が事実でないことを証明している。

11. 価値決定の原則規範としての基本法第6条第1項

最後に、連邦憲法裁判所の判例によれば、基本法第6条第1項は、立法者の裁量に限界を設ける法秩序全体にとっての価値を決定する原則規範（wertentscheidende Grundsatznorm）でもある¹³⁰。それがどのような内容と解釈されるかは、始めから議論の余地があった。そのことは、すでに〔ボン基本法〕制定会議において、テオドル・ホイスの発言が示唆している。すなわち、家庭保護条項の採用が同意されたけれども、「われわれは、憲法による家庭の保護の下で思い描かれるかもしれないものを、ただまったくはっきりと分かっているわけではない」¹³¹。いかなる観点の下で憲法は婚姻と家庭を保護するのか、という問題に対する明確に決定できる解答がなくて困るようになる場合も、お手上げというこのような方向にある¹³²。実際上は、その保護はさほど困難ではなかった。婚姻と家庭をいろいろな方法で助成することは、ドイツ法の伝統に適っていた。

12. 租税法における家庭の不利益な取扱

もし私が租税法や社会法について多くの知識があれば、もし私がキルヒホフ¹³² かクラウゼ¹³³ であるならば、租税法上と扶養法上の種類の理解の難しさをまとめあげて今や残念ながら時間的制限が許さなかったといわねばならない時がやってきた。したがって、婚姻と家庭の憲法上命じられた保護という特殊な観点の下で、ただ以下の所見だけである。

「家庭に公平な課税を要請することは、基本法第6条第1項の重要な適用事例であり、法治国的平等の真価を問う試練であり、社会国家性に対する挑戦である」¹³⁵。租税法はいかにしてこの真価を問う試練に耐えるのか？

租税法は、婚姻と家庭を単位とみなさず、したがって、基本法第6条第1項の価値決定的原則規範に適切に合致することで苦しんでいる。租税法は個別課税（Individualbesteuerung）の原則によって個人の負担能力にねらいをおいている¹³⁶。家庭それ自体を正当に評価することの名残は、1957年まで世帯課税（Haushaltsbesteuerung）に残っていた。連邦憲法裁判所は、それを婚姻への妨害となる侵害として廃棄した¹³⁷。

分割課税手続（Splittingverfahren）が、その代わりになった¹³⁸。この手続は、配偶者の個別課税を適切にしたが、欠点を提示している。その個人的負担能力を標準とすることの結果として、その手続を子どものいる家庭と半家庭（Halbfamilie）に広げることができなかった¹³⁹。

既婚者にとっては、配偶者分割課税によって、優遇措置と特典による憲法の命じる保護が達成されている¹⁴⁰。強調されなければならないのは、それによって生じた主婦と母親としての

無職の妻の正当な評価である¹⁴¹。たびたび要請された税の負担を婚姻から家庭に分配し直すこと¹⁴²に、立法者と連邦憲法裁判所¹⁴³は応じなかった。しかしながら、その他の家庭を助成する諸々の措置がなされないことは、結果として、子どもの数を考慮せずに婚姻のみの一方的な助成が家庭に反する結果をもたらすということを伴っている。計画的に子どもを断念する夫婦は、そのことによって子だくさんの家庭に比べ明らかに気づき得るほど優遇されている。このことは、基本法第6条第I項の保障と一致しない¹⁴⁴。

基本法第6条第I項は、自分で財政をまかなう婚姻と家庭を保護すべきであろう。家庭を前提とする費用は、家庭の性質をもたない多くの費用が租税上優遇されているのに、納税済みの収入から支払われなければならない。租税控除の要件というジャングルのなかには、所得税法の議論の余地のある問題の一つがある。租税法は、収入基盤の確保のための費用を優遇するが、家庭の生存を確保するための支出を同じくらいには優遇していない。納税義務者は、原則的に、自分の見積りに従って、彼が経営上の支出をし、必要経費を生じさせることによって、その納税義務のある所得を引き下げることができる。これに反して家庭の生活保護 (Familienfürsorge) の範囲内での生存確保の費用は、法律上定められた部分額に従ってのみ査定されるにすぎない。これは、たしかに、国家財政上の利害の本性であるが、しかし基本法が委託しているものとは緊張状態にある。子どもに対する扶養を義務付けることによる経済的負担は、両親の負担能力を減じている。しかし、国家は、両親がその子どもを保護育成する場合にその法律上の義務を果たしうることを保障しなければならない。したがって、基本法第6条第I項の尊重は、自由に使える所得に応じて税金を算定することを、それゆえ収入総額ではなくて、生存確保の費用を減じた所得に負担をかけることを要求する。立法者は、子どもに対する扶養を義務付けることによって生じる経済的負担を考慮しなくてもよい¹⁴⁵。それに応じて、租税法上の規範は、収入のある家庭の一員をもつ比較的大きな家庭の場合には、子のいない者の場合や共稼ぎの夫婦の場合とは別に、形成されていなければならない。

基本法第6条第I項の要請に応じる負担の軽減は行われぬ。所得税のかかる扶養義務者の負担は、子ども育成補助金支給が算入される場合でさえ、控除額によって¹⁴⁶調整されない。これは、控除額がその額面額の大きさで絶対的優遇を意味せずに、所得税の累進の大きさに応じてただ減税的にのみ効果を現すだけに、なおいっそう重みをもっている。なしうる控除は充分ではない。子どもに対する扶養を義務付けることの尊重を現在制限することは、現実離れしている¹⁴⁷。このことを示しているのは、執行法が私的債権者の差押えに対する保護のために前提する金額¹⁴⁸や、社会扶助法が収入のない人々に与える金額¹⁴⁹や、育英奨学の場合に基礎にされる金額¹⁵⁰や、私的扶養請求権に対するいわゆる「デュッセルドルフ表 (Düsseldorfer Tabelle)」が明示する金額¹⁵¹などとの比較である。これらの金額は、所得税法第32a条第I項の基礎控除額と同様に、はなはだ高いものである¹⁵²。したがって、子どもに対する扶養費用を尊重することは、その他の規制に従って最低生活費の特徴をなす額にすら達していない。社会国家が収入のない者に公共の負担で与えるものでさえ、収入のある者には、社会国家は、自助能力に委ねていない¹⁵³。さらに、家庭負担調整の概念がすでに暗示している。その概念は、戦後の負担調整を思い出させる。したがって、家庭は〔戦争と〕類似の運命的に体験された不幸であるのか? 「家庭から『負担』が生じ、自分で財政をまかなう家庭への意思を租税上承認することから助成金類似の調整要件が生じた」¹⁵⁴。

基本法第6条第I項の意図に合致する子どもに対する引き上げられた費用の充実な調整への

期待を、連邦憲法裁判所の——もっとも、非定型的な家庭の状況を強調することのゆえに問題がないわけではない——裁判が、呼び起こしている。連邦憲法裁判所は、1982年11月3日の判決のなかで、こう認めた¹⁵⁵。すなわち、「単独で育てる者がその子どもを世話するために出さねばならない費用が、それが不可避で (vgl. 所得税法第33条第Ⅱ項) あるかぎり、実際に要した額において租税上収入の減少と考慮されねばならない」と。比較できるよく似た裁判は、両親¹⁵⁶、それどころか離婚した妻¹⁵⁷ に対する扶養〔義務〕履行に関するものである。これらの裁判は、所得税法第33a条のいわゆる瑣末主義 (Bagatellprinzip) をその扶養義務の履行についての限られた考慮によって原則的に疑問視し¹⁵⁸、そして子どもに対する費用の租税上の取扱が現実離れしていることをさらに明らかにした¹⁵⁹。子どもの多い公務員の給与法上の差別についての1977年3月30日の連邦憲法裁判所の決定¹⁶⁰に基づいて立法者の側からは何の重要なこともなされなかった後で、〔連邦憲法裁判所への〕新しい呈示決定 (Vorschlagsbeschlüsse) は¹⁶¹、裁判所に8年後、もう一度、憲法により表明された家庭の保護に対して意見を述べる機会を与えている。その場合、強制的扶養料費用についての裁判は、離婚した妻に対して、あるいは一人で育てる者のその子どもに対して、および両親に対するそのようなものについて、手短には、両親の職業教育におけるその子どもに対する強制的扶養料費用の問題に移されうる原則を有している。ひとは、これが引かれるべき線のイメージを意味するのであるが、相応しい満足のいく結果——しかし、まだ生じていないのであるが——になるために、そのような考えをまさに引きずっていく必要があるのである。

租税の正義 (Steuergerechtigkeit) は、周知のごとく、高く評価されていない¹⁶²。ヨーロッパ共同体の範囲内で強化された属人的租税 (Personensteuern) から間接的課税 (indirekte Besteuerung) への移換が、とくに家庭に敵対的に作用している。対人租税とは異なって、ここでは、家庭の状況を考慮することは、まったく不可能である。販売税 (Umsatzsteuer)、取引税 (Verkehrssteuer)、消費税 (Verbrauchssteuer) や関税 (Zoll) は、家庭に盲目的である。それらは、租税負担者の家庭状況や収入状況や資産状況を見ない。家庭は、それが暮らしのための日常生活必需品より多く手に入れねばならないために、子どものいない者より大きくこの負担を引き受けさせられる。子どもの多い者が、絶対総額において、子どものいない者より多く租税を調達するということが、正当ではない。しかし、対人租税の場合、調整はない。子どものいない者と子どものいる家庭は、等しい収入の場合に異なった負担能力を有し、その差異に応じて負担をかけられねばならない。この要請に租税法は応じていない¹⁶³。

キルヒホフ¹⁶⁴によって看取された、家庭生活の正常な状態を租税法で無視するが、定型的でないものに奨励金を出すという立法者の傾向は、同様に、基本法第6条第Ⅰ項の保護思想に矛盾している¹⁶⁵。異常なものや法的例外で特徴付けられた特例は、つねに考慮されるが、家庭の正常な状態は、考慮されない。こうした奇妙な状況の理由は、明白である。すなわち、子どものいない家庭、または子どもの少ない家庭が多数を占めているということである。この興味をひく事態は、政党や議会において反映している。子どもは選挙権を持たず、両親は付加的な投票権を持っていない。現実の必要性は、議会には理解させられない。議会は、メディアによって伝えられた誇張された特例に反応している。諸々の団体は、たいして強く家庭のことを心配していない。たとえば、諸労働組合は、母親たちに対してではなく、家庭外の女性労働者に関心がある。家庭のための擁護者は現れて来ない。結果は、子どもをもち一人で暮らしている者が、子どものいる夫婦に比べ、明らかに優遇されている、ということである。したがって、

実際、納税義務者は、家庭には対抗して超然としてときどきは敵対的に思われる租税法を体験している¹⁶⁶。

13. 年金法における婚姻と家庭：子のない者と子の少ない者による子の多い両親、とくに家庭の母親の搾取

疑いもなく、高齢者の負担と傷病による就労不能に対する保障の導入は、ここ100年間の社会的功績に属している。現代の年金保険は、もちろん依然として、統計的にみれば今日もはや優勢ではない婚姻と家庭の姿に合わせられている。そのことによって、家庭に対する、とくに今日の母親に対する不均衡が生じている。基本法第6条第I項の観点からは、年金法上の成果は、女性と家庭の状況、同時代人の結婚する意思や次の世代をつくる意思が徹底的に変わったがゆえに、不適當で不十分と思われる。

法はこのようなことに適切に反応しなかった。

遺族の扶助の領域では、「寡婦年金請求権を承認するために、婚姻の期間もそれから生じた子どもの数も、寡婦が自立的な年金を取得したかどうかの問題をも考慮しない規制」は、伝統的な婚姻像を受け継いでいる¹⁶⁷。

ここ約30年間の社会的・法的変遷は、その際、問題にされていない。単独で収入を得る夫を持つ〔専業〕主婦の婚姻（Hausfrauenehe）が通例であったあいだは、収入を得る婚姻配偶者を老齢年金と傷病による就労不能年金とで保障することで十分であった。これらの年金は、他の婚姻配偶者にとっても、場合によっては子どもにとっても十分であった¹⁶⁸。妊娠期間と育児の年数は、それらが寡婦の保障によって補償済であったのだから、特別の考慮を必要としなかった。

ただし、今日では、これは異なった様子である。寡婦ないし寡夫扶助を承認することは、伝統的な子だくさんの〔専業〕主婦婚姻と比べ、共稼ぎの者の場合、また本年〔1986年〕1月1日以来遺族年金と育児期間法（HEZG）¹⁶⁹が規定しているような、勤労所得と勤労補充所得（Erwerbs- und Erwerbsersatz Einkommen）を部分的に算入する場合も、実質的に正当化されない過大な保障（Übersicherung）を引き起こす¹⁷⁰。今日の年金制度は、職業に従事していない母親に次のように罰を課している¹⁷¹。すなわち、彼女によって育てられた子どもが将来の保険料支払者として保障制度を安定化することに貢献するにもかかわらず、彼女自身が比較的小さな老齢年金しか受け取らないか、または全然それを受け取らないということによってである。母親が後になって再び職業活動にはいる場合ですら、低い年金になることは避けられない。彼女は、「何年間にもわたる相対的な社会的格下げでの生活に近づいている」¹⁷²。職業に従事する女性の優位は動かない。クラウゼが、両親と子どものない者との間、とくに子どものない女性と母親との間の年金法上の誤った区別を、「それが等しくないものをその特性に反して事実在即さない方法で等しく取扱うとの理由で」明白に母親に敵対的と、そして憲法に違反すると断言する場合に、彼は賛成に値する¹⁷³。

年金保険によって高齢者に対する負担は、共同化されている。誰も今日では昔のように自分の子孫による老後の用意をしておくには及ばない。今日の人間は、ただ自分のいわゆる通常の年金請求権のためにのみ予め配慮している。年金支払の負担は、むしろ年金生活者が自分の子どもを育てあげたかどうかの問題とはかかわりなく、次の世代に過度の負担をかけることになる。子どもに対する負担は、高齢者に対する負担と違い、共同化されていない。子どもに対す

る負担は、子どものない者がその将来を他の人々の子どもに基づいて築き上げるのに対して、実際に子どもを持つ人によってのみ引き受けられている¹⁷⁴。共同化されるのは、換言すれば、青少年の育成のための費用ではなくて、むしろ青少年に対して期待される収入である。

言うまでもなく、このような見込みが継続して生まれるのは、十分な国民が、経済的な観点の下で、家庭を築くために、また十分な数の将来の保険料支払者があとから成長することについて配慮するために、十分に不合理に振る舞う場合にだけである。ここで今や明らかになる欠陥は、年金政策が面的にもはや働いていない住民に対する働いている住民の比率に関して論議され、将来の給付をもたらすべき次の世代が、将来の現役の世代を育てあげる両親の仕事と同じく、考慮されていないということである。高齢者と傷病による就労不能の危険負担を社会化すること、ならびにドイツ連邦共和国の法秩序によって多かれ少なかれ両親のホビーのように取扱われる子どもによる両親を同時に財政的に冷遇することが、子どもへの願望を損ない、ツァイドラーとともに、家庭を構えることを経済的に聡明でないと思わしめる¹⁷⁵ということは当然である。子ども〔を持つこと〕の断念は、今日とてつもなく大きな経済的利益をもたらしている。このような説明は心配の原因となり、そして家庭への関心を喚起する。というのは、社会国家は、高齢者保護を保障しなければならず、そのことからしてすでに家庭の助成をせざるをえないからである。

しかしながら、国家の法秩序に基づく子どもの少ない国民と子どものいない国民による子どもの多い両親を搾取すること¹⁷⁶に戻ろう。人間が通常は結婚し、子どもを持ったあいだは、共同化から子どもに対する負担を排除することは甘受されうるかもしれない。というのは、すべての人間がほぼ等しくこの負担を引き受けていたからである¹⁷⁷。しかし、事実的状況が相当に変化する場合、現在のようにいまではわずかに住民の少数者だけが子どもに対する負担を引き受けるにすぎない場合、法の状況は変化する¹⁷⁸。世代間の協定の範囲内で、年金を現代の両親の世代のすべての構成員に、したがって子どものいない者にも、保障すべき現代の両親のその子どもに対する費用には、子どものいない者はいわば協力しないに等しく、一人の子どもを持つ両親はその自分の扶助請求権に比例して低い比率で協力している。このようにして、さらに成長する負担能力のある住民の大きな部分は、自分の将来のための備えに対して支払い義務を履行することから免除されている。扶助請求権の保障は、他の子どもの多い住民の部分に負わされている。このような子どもに対する費用と高齢者扶助請求権との間の矛盾は、保護・助成規範と個別的差別禁止としての基本法第6条第1項と両立しえない¹⁷⁹。子どもに対する負担は、今後も両親の年金受給年齢におけるいかなる利益によっても調整されない私事として取扱うことができない。公務員給与に関して、連邦憲法裁判所は、子だくさんに対する憲法違反の差別を確認したが、裁判は、結果として、不利益の決定的かつ徹底的な改善をもたらさなかった¹⁸⁰。連邦憲法裁判所の新しい〔連邦憲法裁判所への〕呈示決定は、カールスルーエの〔連邦憲法裁判所〕裁判官達にいまや再び裁判する機会を与えている¹⁸¹。

年金保険の範囲内で再配分することが問題とされているならば、まず第一に子だくさんの家庭による子どものいない家庭と子どもの少ない家庭に対する財政援助に視線が向けられねばならない。諸々の試みにおいて、本年〔1986年〕の1月1日以来、遺族年金と育成期間法によって、再配分が家庭に有利なように行われている¹⁸²が、これは十分ではなく、法的に激しく議論されている¹⁸³。

事実の状況に遅れをとる年金法の特徴を示しているのは、規制の不備と過大保障とである。

それらの欠陥は、年金法を社会国家の要請と基本法第6条第1項に矛盾させる¹⁸⁴。婚姻法および家庭法の改革との組み合わせにおいて、パートの職業に従事している女性への重圧は増してきた¹⁸⁵。子どものいない者、共稼ぎの配偶者、子どものいない専業主婦および子どものいる伝統的な専業主婦は、客観的な正当化なしにあまりにも異なって保障されている。子どものいない共稼ぎの被保険者は、子どもの多い者よりも高い収入を得ている。同じ収入の場合でさえ、彼等は本質的により負担能力があり、そのうえさらに年金受給年齢において、年金制度の確保のためにその子どもによって分担金を支払った人々よりも優位である。このことは、憲法と単なる立法によって婚姻と家庭を保護・促進するという国家の厳粛な義務を侮蔑するものとして作用している¹⁸⁶。

現在の規定が不公平であることは、その家庭上の地位とはかかわりなく、個人だけを標準とするという常にいたるところに存在する原則に基づいているように私は思う。生活水準の正当で互いに異なる保障にとって、年金の場合も、婚姻は経済的単位としてまじめにとられなければならない。保険の給付は、その場合個人の収入ではなくて、婚姻配偶者あわせての収入が標準とされねばならないだろう。家政をみるために自分の就業活動を放棄することを父と母にとって楽にする育成期間を強化して加算することは必要と思われる。子どもの育成は、年金保険への現金ではない寄与として考慮されなければならないのに〔考慮されていない〕。いうまでもなく、誰がそれを支払うべきかを問うことは当然である¹⁸⁷。家庭を標準とする改善にとって必要な資金は、いずれにしても部分的に節約によって、たとえば、完全就業の配偶者に対する遺族扶助の縮小によって獲得されるかもしれない。この配偶者は、現在過大に保障されている。分担年金 (Teihaberente) が、かれらを十分に保護するだろう¹⁸⁸。

14. むすび：静かな憲法の変遷ではなくて、立法者による憲法の甚だしい軽視

終わりに、私は、家庭から大きなテーマ：憲法保障と社会的変遷に戻る。このテーマは私たちの時代の婚姻・家庭生活のよく知られた世にも名高い根本的变化に直面して、憲法上の結論を出し、おそらくいくつかの提案をするという個人的な重圧を示唆している。静かな憲法変遷の問題性が、問題の核心としてどうしても心に浮かんで来た。憲法の規定が、「その領域において新しい予見されなかった事実が現れるか、あるいは周知の事実が発展の全経過へその組み入れによって新しい関係または意義で現れる場合に」¹⁸⁹ 意味の変遷を被りうるということは、明白である。

一つの解答は、私が歴史、社会科学的現実分析や法実務に没頭すればするほど、ますます手に負えないように思われた。

容易に判明したのは、基本法第6条第1項の憲法保障が問題提起に対してある程度の悪意をもっているということである。その初期は、解釈上強固にされた言明の不十分さの点で明らかになる。伝統の助けで社会的変遷から生じる新しい問題提起が解決または解答されうるような、たとえば所有権保障と比較できるよく似た伝統がない。私たちは、不確かさが憲法保障の保護対象としての婚姻・家庭概念それ自体にまで達していることが分かった。たしかに、基本法第6条第1項は、その効果を三種の観点で展開する直接に妥当する憲法 (unmittelbar geltendes Verfassungsrecht) である。しかし、婚姻と家庭がただその基本的要素においてしか、詳細においてではなく、また完全ではなく、法的定義によって把握されないということは、婚姻と家庭の本質の一部である。基本法第6条第1項は、社会的現実と単純法律に対して特別に

開かれていることによって特徴付けられている。婚姻と家庭についての法と現実とは、基本法第6条のいろいろな条項の圧迫の下で著しく変形されてしまった。なるほど、憲法規範の内容を具体化することと規範内容を実現することは、ただ現実の状況を考慮にだけ可能である。そのような規範具体化の諸帰結は、規範領域の特殊性が歴史的变化の影響下にあるがゆえに、それに応じて変わりうるであろう。その場合、容易には捉えることのできない恒常的な憲法変遷が生じうる¹⁹⁰。表面的な印象に基づいて今日疑問視されていると思われる婚姻と家庭の伝統的事実性は、新しいものである。また、それは、歴史家達が示しているように、素朴で純真な人間が推察するよりもはるかに新種である。今日、当面の変遷のいくつかの観点はとくに人目を引いている。しかしながら、継続的な変遷ということが、明らかに家庭の歴史における唯一不変のものである¹⁹¹。

私たちの問題は、私たちの時代における明らかな変遷が婚姻と家庭の本質を捉えたので、憲法上の諸帰結が引き出されねばならないのか、ということに絞られる。その際、事実は規範力を欠いているということが意識されねばならない。婚姻と家庭の憲法概念が社会的現実だけによって満たされるであろうというのは、事実とも違っている。本質的な特性を有する婚姻と家庭の精神的・文化的な意義は、「歴史的発展の過程で特有の構成要素として……一般的に認められ、その存続から共同生活が出発する」¹⁹²のであるが、基本法第6条第Ⅰ項の規範的内容に特徴を与えている。憲法は、婚姻配偶者および両親による婚姻と家庭の形成に対して開かれている。しかし、構成的諸要素は自由処分に任せられていない。婚姻と家庭の充填は、憲法上の価値決定の範囲内で生じる。

上述の構成的諸要素をもつ婚姻¹⁹³、両親と子どもの結合としての家庭（そこでは子どもが育成・扶養される）は、当面の変化によってその本質の点で触れられていない。男女の法的同権を私たちは適当と認める。そこから生じる諸変化は婚姻の本質をかえて明らかに際立たせている。たしかに、婚姻は、以前部分的にそうであったように、今日ではもはや生産・労働・生活の共同体ではない。また、家庭を築くことも、将来の老齢扶助の観点の下で今日では興味を起こさせない。しかし、そのことによって、婚姻と家庭は任務がなくなっているわけではない。それどころか逆に、婚姻と家庭は、その特殊な任務と機能をより強く際立たせている負担の軽減を受けた。婚姻とそれに基礎を置き、子どもが生まれ、保護・育成される家庭に対する選ぶうる別の可能性ははっきりしてこない。婚姻によらない生活共同体さえも、私たちの時代の発見ではなく、社会科学者の報告するものによれば、家庭の再生的・統合的機能の点で家庭の競争相手を成していない¹⁹⁴。婚姻と家庭の構造形成的特徴は、変遷によって影響を受けていない。そのかぎりでは憲法法の適合問題は存在しない。新しい行動様式は、もちろん個別的問題と秩序政策的問題を産み出す¹⁹⁵が、そのことから憲法条項の新しい解釈の必然性は当然の帰結ではない。規範力を「法創設的必然性 (rechtsschaffende Notwendigkeit)」で展開することのできる¹⁹⁶根本的変遷は明白ではない。

批判的に受け取られねばならないことは、社会的変遷が基本法第6条第Ⅰ項で約束された特別の保護を具体化することに際しての国家の誤った措置の帰結でもあるという事実である。子どもを〔持つことを〕望むことは、立法者によって形成された状況の下では、相対的貧困化を決定することである。現代の社会国家は、家庭を、まったく特別に家庭の母親を粗末に扱っている。配偶者分割課税を家庭分割課税にまで拡大することが起こらなかったことは、子どもさんの家庭の負担において子のいない婚姻と子の少ない婚姻の正当化されえない助成を意味する。

家庭の財政上の差別は基本法第6条と合致しない。このことは、ほとんどあえて繰り返し言われないほどしばしば連邦憲法裁判所によってさえも確認されている。

明らかなことは、連邦憲法裁判所が、家庭の違憲な不利益取扱を却下することによって政治的限界にぶつかるということである。裁判所が、時々、憲法違反という性格のかどをとることは、充分ではない。立法者自身が求められている。しかし、立法者は、必要な結論を引き出さなかったし、しかも相応の圧力がないゆえに、引き出さなかった。この圧力はしかるべきものが展開すべき場合に、国家構造の外で発生するにきまっている。立法者が家庭を、とくに家庭の母親を粗末に扱うことができたということは、婚姻と家庭が保護する価値のあるものであるという確信が比較的普及していたならば、考えられないことであろう。

国家が婚姻と家庭の領域においても、国家自身は創り出すことができないが、国家がその存在に依存している倫理的諸前提に依存して生活するということが、再び明らかになる。したがって、視線は、諸政党に、倫理的勢力としての教会に、最後に倫理的に思考するすべての人間に向けられている。それは、教化的に思われるが、しかし真実である。正しい倫理的な信念が人間の考えと生活を支配しないならば、国家はこの点であまり成果をあげることができない。良き道徳は良き法律に優る (Gute Sitten sind besser als gute Gesetze)。

原註 (なお、〔 〕は、手塚が加えたものである。)

1. 新しい文献の一つの良い概観を伝えるのは、Zeidler, Ehe und Familie, in: HdbVerfR, 1983, S. 555ff. Vgl. また、Der Wandel familiärer Lebensmuster und das Sozialrecht, Verhandlungen des Deutschen Sozialrechtsverbandes. Dritte Sozialrechtslehrertagung 1985, Wannagat, Schulin, Wingen, I. v. Münch, Diederichsen, Schäfer, Ruland の寄稿論文をもつ、Schriftenreihe des Deutschen Sozialrechtsverbandes, Bd. XXVII, 1985; Essener Gespräche zum Thema Staat und Kirche, Bd. 21, 1986, 寄稿論文、Mikat, Ethische Strukturen der Ehe in unserer Zeit-Zur Normierungsfrage im Kontext des abendländischen Eheverständnisses, ebd., S. 9ff.; P. Krause, Ehe und Familie im sozialen Sicherungssystem, ebd., S. 72ff.; P. Kirchhof, Ehe und Familie im staatlichen und kirchlichen Steuerrecht, ebd., S. 117ff. 基本法第6条についてのコメンタール文献については、私はとくに Pirson, in: Bonner Kommentar, 1976/1978の注釈に言及する。
2. 具体的に、証明は、Häberle, Verfassungsschutz der Familie-Familienpolitik im Verfassungsstaat, 1984, S. 33f.
3. すべての関係論文における数字。私は、連邦統計局とニーダーザクセン州行政庁の出版物を挙げる。Geißler/Thebes, Bevölkerungsentwicklung und Strukturwandel in Niedersachsen, 1986; Geißler/Höhn/Imhof, Struktur und Lebenslage der deutschen Familie, o. J. (wohl 1986); K. Schwarz, Bericht 1982 über die demographische Lage in der Bundesrepublik Deutschland, Zeitschrift f. Bevölkerungswissenschaft 8 (1982), S. 121 (143ff.)
4. Landwehr (Hrsg.), Die nichteheliche Lebensgemeinschaft, 1978, 寄稿論文として、H.-J. Becker, T. Koch, Schwab, Rüfner, Graue, Geilke と I. v. Münchのもの; Strätz, Rechtsfragen des Konkubinats im Überblick, FamRZ 1980, 301ff. und 434ff.; Diederichsen, Die nichteheliche Lebensgemeinschaft im Zivilrecht, NJW 1983, 1017ff.; Eser (Hrsg.), Die nichteheliche Lebensgemeinschaft, 1985, 寄稿論文として、Battes, Geiser, Philipowski, Schott, Weimar のもの; de Witt/Huffmann, Nichteheliche Lebensgemeinschaft, 1986²; Zeidler, a. a. O. (Anm. 1), S. 574ff.
5. この数字とその他の数字は、立証とともに、Strätz, a. a. O. (Anm. 4), S. 302, および in: Nichteheliche Lebensgemeinschaften in der Bundesrepublik Deutschland, Schriftenreihe des Bundesministers für Jugend, Familie und Gesundheit, Bd. 170, 1985.

6. BGHSt 6, 46ff. (vom 17.2.1954). 婚姻立法の倫理を規定する力への確信については、vgl. Müller-Freienfels, Ehe und Recht, 1962, S. 31, 106ff.
7. 法史的概観は、Mikat, Art. "Ehe", in: ERG, Bd. 1, 1971, Sp. 809ff., wieder abgdr. in: ders., Religionsrechtliche Schriften, 2. Halbbd., 1974, S. 847ff.; Schwab, Art. "Familie", ebd., Sp. 1067ff.; ders., Art. "Familie", in: Brunner/Conze/Koselleck (Hrsg.), Geschichtliche Grundbegriffe. Historisches Lexikon zur politisch-sozialen Sprache in Deutschland, Bd. 2, 1975, S. 253ff.; G. Dilcher, Ehescheidung und Säkularisation, in: Vallauri/Dilcher (Hrsg.), Christentum, Säkularisation und modernes Recht, Bd. 2, 1981, S. 1021ff. 婚姻法と家庭法の「良き旧き時代」という観念に反対なのは、Mikat, Ethische Strukturen (Anm. 1), S. 9ff. も。
8. かなりの数の人は、結婚しないで共同生活する一組の男女の多くがその関係を一種の婚約期間または試験期間 (Probezeit) と理解するというのを弁護する。相変わらず通常は、子供の出生が予告されると、結婚される。依然として子供の90%が嫡出で生まれる。詳しくは、見よ: Nichteeliche Lebensgemeinschaften in der Bundesrepublik Deutschland (Anm. 5), S. 29ff. und 36ff. したがって、通常の家庭のほかに新しい形態の共同生活 (Zusammenrudelung) が選ばれる一つの方法として考えられるということはない。現代の生活形態としての婚姻によらない生活共同体のためのプロパガンダは、当該人間の状況から理解される。それは、まず第一に、ピルに条件付けられている性道徳の退廃が状況の変化にとって原因となることから話題をそらすことに役立っている。このような状況を「選択的生活形態」と様式化することは、その状況をいわばより高次の、真剣に議論されるべき段階に高めている。新しい諸統計は、Zeidler, a. a. O. (Anm. 1), S. 595の命題、つまり婚姻が今日以前とは違ってあとから成長してくる世代の生産と育成をもはや保障しない、という命題を支持しない。
9. E. Scheffler, Ehe und Familie, in: Bettermann/Nipperdey/Scheuner (Hrsg.), Die Grundrechte, Bd. IV/1, 1960, S. 245 (247) は、コスタリカ (1871) とエルサルヴァドル (1886) の憲法を指示している。
10. BVerfGE, 6, 55 (71); Häberle, a. a. O. (Anm. 2), S. 5ff.
11. Art. 124 I Bay. Verf. (Ehe und Familie sind die natürliche und sittliche Grundlage der menschlichen Gemeinschaft und stehen unter dem besonderen Schutz des Staates.)
12. そのことについての概観を提示するのは、P. Krause, Der Schutz von Ehe und Familie in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, Arch. f. Wissenschaft und Praxis der sozialen Arbeit, 1986, S. 18f. である。
13. 思いやり (Rücksichtnahme)、従順 (Gehorsam)、親切 (Hilfsbereitschaft)、正直 (Wahrhaftigkeit)
14. Scheuner, Diskussionsbeitrag, Essener Gespräche zum Thema Staat und Kirche, Bd. 14, 1980, S. 47.
15. Schwab, Zur Geschichte des verfassungsrechtlichen Schutzes von Ehe und Familie, in: FS Bosch, 1976, S. 893 (894f.).
16. 自由な婚姻と愛についての彼等の理解は、ロマン主義の観念に源を発している。そのことについて、Schwab, in: Geschichtliche Grundbegriff (Anm. 7), S. 284ff.
17. 社会主義による家庭の解消に対して、またそれどころか一夫多妻 [一妻多夫] 制の導入に対しての恐れがどのように根拠付けられたのかは、未決定のままである。いずれにせよ、19世紀中期以来、家庭は反社会主義的防衛の中心概念に昇進した。そのことについて、Schwab, in: FS Bosch (Anm. 15), S. 901 m. w. N. ヴァイマル国民議会において、婚姻と家庭は「今日の婚姻と教育の改革の混乱しかつ基礎を覆すような提案」(Mausbach, Kulturfragen in der Deutschen Verfassung, 1920, S. 40) によって危険に曝されたものと考えられ、その [提案] の下では、とくに「ボルシェヴィストの社会主義」(C. Schmitt, Inhalt und Bedeutung des Zweiten Hauptteils der Reichsverfassung, in: Anschütz/Thoma (Hrsg.), Handbuch des Deutschen Staatsrechts, 2. Bd., 1932,

- S. 572 [584]あるいは「ある一定の共産主義的教説」(Anschütz, Die Verfassung des Deutschen Reichs, 1933¹⁴, Art. 119 Anm. 1)が理解されていた。同じく、すでに国民議会において v. Gierke 議員 (DNVP), in: Verhandlungen der verfassungsgebenden Deutschen Nationalversammlung. Stenographische Berichte, Bd. 328, S. 1605.
18. Schwab, a. a. O. (Anm. 15), S. 897ff.; v. Doemming/Füsslein/Matz, JöR n. F., Bd. 1 (1951), S. 92ff.
 19. Parlamentarischer Rat, Verhandlungen des Hauptausschusses, S. 239ff., 547ff.
 20. Schwab, a. a. O. S. 906 Anm. 68.
 21. 代表的であるのは、Dr. Süsterhenn (CDU) 議員の言明、in: Parlamentarischer Rat, Verhandlungen des Hauptausschusses, S. 243: 「たしかに人類の歴史全体の中で、このあるいはあの文化圏において家庭概念の一定の差異が確かめられるということは正しいが、しかしわれわれは今や、そのことにいつも決定的価値をおいており、キリスト教的・ヨーロッパ的あるいは西洋的な文化秩序の範囲内で生活しており、そしてこの秩序においては、家庭はいつもそれ自体で完結的な統一と捉えられていたのです。したがって、われわれは、家庭がこの西ヨーロッパ的な伝統に応じてこの完結的統一において維持され続けることをも望むのであります。」
 22. Vgl. この点についての旧来の批判は、Otto v. Gierke の民法第一草案に対するもの、in: Die soziale Aufgabe des Privatrechts, 1889, S. 36ff., 現在刊行されたものは、Erik Wolf (Hrsg.), Quellenbuch zur Geschichte der Deutschen Rechtswissenschaft, 1949, S. 478 (504f.).
 23. Häberle, a. a. O. (Anm. 7), S. 29.
 24. BVerfGE 10, 59 (66).
 25. BVerfGE 31, 58 (83).
 26. 民法典のプロテスタントの婚姻教義との関連については、vgl. die Motive zum BGB, Bd. IV, S. 562f., および G. Dilcher, a. a. O. (Anm. 7), S. 1066ff. m. w. N.; Mikat, Ethische Strukturen (Anm. 1), S. 18.
 27. 婚姻の制度的要素は、婚姻配偶者の道徳的結合意思を補足的に支えることができ、そのことによって、負担を軽減する作用を果たすことができる。制度の負担軽減作用については、Gehlen, Urmensch und Spätkultur, 1975³ を参照して: Mikat, Die Ehe im staatlichen Recht, Stimmen der Zeit 194 (1976), S. 225 (227), 再版、in: ders., Geschichte, Recht, Religion, Politik, Bd. 1, 1984, S. 279 (281); ders., Ethische Strukturen (Anm. 1), S. 45f.
 28. I. v. Münch, Verfassungsrecht und nichteheliche Lebensgemeinschaft, in: Landwehr (Hrsg.), a. a. O. (Anm. 4), S. 137 (144f.) とは逆に、彼はその事態に特別な意義をおいている。すなわち、基本法は最終的編纂において、婚姻をまさにただ継続的生活共同体の(唯一の)合法的形態だけにすぎないと表し、これは憲法制定議会 (PR) において初めは CDU によって提案されたものである。正当にも、Pirson, a. a. O. (Anm. 1), Rdnr. 17 は、婚姻の排他性を強調している: 「婚姻は、法秩序において性的共同体の法的に秩序づけられた形態として、一つの独占権を有している。その他の考えうる、そしてときどき実行される諸形態がいきなり禁止されることはないにもかかわらず、婚姻はそれだけが社会を形成する性質の法的効果のための手掛かりを提供するだけであるかぎり、法秩序において受け入れられた唯一の性的共同体の形態である。」
 29. BVerfGE 25, 167 (196).
 30. BVerfGE 6, 55 (71); 24, 119 (149).
 31. Geiger, Kraft und Grenze der elterlichen Erziehungsverantwortung unter den gegenwärtigen gesellschaftlichen Verhältnissen, Essener Gespräche zum Thema Staat und Kirche, Bd. 14, 1980, S. 9.
 32. BVerfGE 36, 146 (167).
 33. Wingen, Wandlungen im Prozeß der Ehe- und Familienbildung - sozialwissenschaftliche Befunde und familienpolitische Perspektiven zu den nichtehelichen Lebensgemeinschaften, in: Der Wandel

- familiärer Lebensmuster und das Sozialrecht (Anm. 1), S. 31 (61f.) は、正当にも、社会科学的分析に規範的意義を認めることに対して警告している。言うまでもなく、家庭の憲法的典型からの逸脱は、許容されなければならない。しかし、その逸脱は、規範そのものを疑問視していない。この限界は、選択的な生活形態が規範的拘束力を要求するところで踏み越えられる。
34. Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 1983⁵, S. 334f.; Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 1985¹⁵, Rdnrn. 47ff.; Zippelius, Verfassungsgarantie und sozialer Wandel - Das Beispiel Ehe und Familie, DÖV 1986, 805 (806ff.).
 35. BVerfGE 66, 84 (93); 71, 364 (385).
 36. Graue, Die nichteheliche Lebensgemeinschaft aus rechtsvergleichender Sicht, in: Landwehr (Hrsg.), a. a. O. (Anm. 4), S. 98 (128) は、デンマークにおける傾向に関して。緑の党 (Grünen) も、1987年の連邦議会選挙の選挙綱領の中で、「女性は男性と同様にいかに、そして誰と一緒に彼女達が生きたいかを自由に決定できるべきである。」(ebd., S. 17) と要求している。
 37. Vgl. すべての代わりに、ただ Mikat, Art. "Ehe" (Anm. 7), Sp. 809=S. 847.
 38. BVerfGE 10, 59 (66); 53, 224 (245); 判例 (st. Rspr.)、最後に BVerfGE 62, 323 (330).
 39. Vgl. 文献からは、E. Scheffler, a. a. O. (Anm. 9), S. 251; Zeidler, a. a. O. (Anm. 1), S. 581; Pirson, a. a. O. (Anm. 1), Rdnr. 17; Maunz/Dürig, Grundgesetz, Art. 6, Rdnr. 15a; E. M. v. Münch, in: I. v. Münch (Hrsg.), GG-Kommentar, Bd. 1, 1985³, Rdnr. 3a; I. v. Münch, a. a. O. (Anm. 28), S. 140f.; Beitzke, Familienrecht, 1985²⁵, S. 35; de Witt/Huffmann, a. a. O. (Anm. 4), Rdnr. 19; Strätz, a. a. O. (Anm. 4), S. 303f.; Diederichsen, a. a. O. (Anm. 4), S. 1025.
 40. 基本法第6条第I項の保護を婚姻によらない生活共同体に拡大することが許されないことと等しく助成することを禁止することについては、Zippelius, a. a. O. (Anm. 34), S. 808f. したがって、緑の党が1987年の連邦議会選挙の選挙綱領の中で次のように宣言する場合、基本法の秩序に矛盾している。すなわち、「すべての生活形態の同権的な承認」のために尽力し、そして「すべての生活形態は、保護するに値する、婚姻と家庭だけではない」(ebd., S. 17) と。そのような要求は、たしかに婚姻と家庭に原則的に敵対的なこの党の傾向に対応している。1980年の緑の党連邦綱領 (Bundesprogramm) においては、「婚姻」の言葉は婚姻における強姦と関連してだけみられ (ebd., Abschnitt V. 2. 4)、そして1987年の綱領は他の立場で「われわれは女性政策をするが、家庭政策をしない」と宣言している。
 41. Pirson, a. a. O. (Anm. 1), Rdnr. 86; Mikat, Ethische Strukturen (Anm. 1), S. 43ff.
 42. BVerfGE 9, 20 (34f.); Maunz, a. a. O. (Anm. 39), Rdnr. 15b; E. M. v. Münch, a. a. O. (Anm. 39), Rdnr. 3a; Zeidler, a. a. O. (Anm. 1), S. 580 m. w. N.
 43. Gernhuber, Lehrbuch des Familienrechts, 1980³, S. 36 Anm. 4 は、Grundmann, Ehe und Familie im Grundgesetz, in: Th. Heckel (Hrsg.), Ehe und Familienrecht, 1959, S. 16 (20ff.) に依拠して、正当にも、合法性と違法性の概念について多くの点で誤っている明確さについて文句をつけている。すなわち、「合法性が法秩序による承認を意味すべきであるならば、今日もまたただ婚姻だけが性関係のある生活共同体の合法的形態である。」禁止されなかったものは、Hamann/Lenz, Grundgesetz, Art. 6, Anm. A2, とは逆に、つねに同時に合法的なのではない。
 44. この方向に連邦憲法裁判所の裁判も傾いている。連邦憲法裁判所が、基本法第6条第I項の内容を実際に、もはや特別の積極的な保護を要求することなく、差別禁止としてだけ取扱う場合に、そうである。P. Krause, Der Schutz von Ehe und Familie (Anm. 12), S. 32.
 45. I. v. Münch, a. a. O. (Anm. 28), S. 150; Stärz, Rechtsfragen des Konkubinats (Anm. 4), S. 303f.; Rainer Scholz, Die nichteheliche Lebensgemeinschaft - ein Problem für den Gesetzgeber?, ZRP 1981, 225 (228).
 46. BGHZ 84, 36 (40).
 47. 一つの膨大な文献は、婚姻によらない一組の男女に、市民法的手段で実際の問題の解決のための途を示している。たとえば、E. M. v. Münch, Zusammenleben ohne Trauschein, Rechtsberater im

- dtv, 1983².
48. BVerfGE 56, 363 (384); Zeidler, a. a. O. (Anm. 1), S. 578f.; I. v. Münch, a. a. O. (Anm. 28), S. 149. 基本法第6条第1項は、婚姻をしない権利や既婚者と同じように取扱われない権利をも保護している。これは、ひそかに一種の強制婚姻にされてはならない婚姻によらない生活共同体を思いやりをもって合法化することのマイナスの材料を提供する。内縁関係で共同生活する人は、通常意識的に法律上の婚姻と対比するプログラムを選択している。Diederichsen, a. a. O. (Anm. 4), S. 1025; I. v. Münch, Artikel 6 Grundgesetz, der Wandel familiärer Lebensmuster und das Sozialrecht (Anm. 1), S. 69 (79).
 49. このことを強調しているのは、Schüter, Die nichteheliche Lebensgemeinschaft, 1981, S. 19; vgl. スウェーデンの経験に関しては、Graue, a. a. O. (Anm. 36), S. 107f.
 50. Diederichsen, a. a. O. (Anm. 4), S. 1025 は、正当にも「法秩序は婚姻を規制することでその予定の仕事量 (Soll) を満たした」と述べている。婚姻法または婚約法を類推的に適用することも原則的に許されない。Beitzke, a. a. O. (Anm. 39), S. 35; Zippelius, a. a. O. (Anm. 34), S. 809.
 51. Steinert, Vermögensrechtliche Fragen während des Zusammenlebens und nach Trennung Nichtverheirateter, NJW 1986, 683 (684); Zeidler, a. a. O. (Anm. 1), S. 579f. m. w. N.
 52. Zeidler, a. a. O. (Anm. 1), S. 579.
 53. E. M. v. Münch, in: GG-Kommentar (Anm. 39), Rdnr. 3a; Zeidler, a. a. O. (Anm. 1), S. 581; Rüfner, Sozialrecht und nichteheliche Lebensgemeinschaft, in: Landwehr, (Hrsg.), a. a. O. (Anm. 4), S. 84 (97).
 54. I. v. Münch, Verfassungsrecht (Anm. 28), S. 150; Zippelius, a. a. O. (Anm. 34), S. 808.
 55. 連邦社会扶助法第122条 [Eheähnliche Gemeinschaft: Personen, die in eheähnlicher Gemeinschaft leben, dürfen hinsichtlich der Voraussetzungen sowie des Umfangs der Sozialhilfe nicht besser gestellt werden als Ehegatten. § 16 (Haushaltsgemeinschaft: Lebt ein Hilfesuchender in Haushaltsgemeinschaft mit Verwandten oder Verschwägerten, so wird vermutet, daß er von ihnen Leistungen zum Lebensunterhalt erhält, soweit dies nach ihrem Einkommen und Vermögen erwartet werden kann. Soweit jedoch der Hilfesuchende von den in Satz 1 genannten Personen Leistungen zum Lebensunterhalt nicht erhält, ist ihm Hilfe zum Lebensunterhalt zu gewähren.) gilt entsprechend.] および住居補助金法第18条第2項第2文 [Wohngeld wird nicht gewährt, 2. soweit ein Antragberechtigter, der mit Personen, die keine Familienmitglieder im Sinne des § 4 sind, eine Wohn- und Wirtschaftsgemeinschaft führt, besser gestellt wäre als im Rahmen eines Familienhaushalts entsprechender Größe; das Bestehen einer Wirtschaftsgemeinschaft wird vermutet, wenn der Antragberechtigte und die Personen Wohnraum gemeinsam bewohnen.]. これらは、婚姻によらない生活共同体の優遇を避けている。1985年12月20日の労働促進法第7次改正法律によって、今や労働促進法の中にも類似の規定が取り入れられた (§ 137 II a AFG [Einkommen und Vermögen einer Person, die mit dem Arbeitslosen in eheähnlicher Gemeinschaft lebt, sind wie das Einkommen und Vermögen eines nicht dauernd getrennt lebenden Ehegatten zu berücksichtigen.]). したがって、立法者は、§ 139 AFG [Arbeitslosenhilfe bei anspruchsberechtigten Ehegatten: Erfüllen Ehegatten, die im gemeinsamen Haushalt leben, zugleich die Voraussetzungen des Anspruchs auf Arbeitslosenhilfe, so wird Arbeitslosenhilfe nur den Ehegatten gewährt, der von bei den Ehegatten als anspruchsberechtigt bestimmt worden ist. Solange die Ehegatten diese Bestimmung nicht getroffen haben, wird die Arbeitslosenhilfe dem Ehegatten gewährt, dem der höhere Betrag zusteht. Für den nicht anspruchsberechtigten Ehegatten erhält der anspruchsberechtigte Ehegatte einen Familienzuschlag im Höhe des doppelten Betrages des Familienzuschlages nach § 113 Abs. 3. Familienzuschläge sind auch für diejenigen Kinder zu gewähren, für die nur der nicht anspruchsberechtigte Ehegatte die Voraussetzung des § 113 erfüllt.] が無効とされた1984年7月10日の連邦憲法裁判所の裁判 (BVerfGE 67, 186ff.) を考慮に入れた。この規定は、両者が失業手当金の受給条件を満たしている、継続的にではなく

て、別々に生活する婚姻配偶者に一つの請求権だけを認定した。連邦教育助成法では、非婚姻の
実の親は、法的に二人の個人として取扱われ、したがってより低額の共通の両親控除額しか得て
いない夫婦よりも有利である。ここで連邦社会扶助法 (BSHG)、住居補助金法 (WoGG) および
労働促進法 (AFG) においてすでに現存の規則に合わせての調整がなされなければならない。そ
の問題については、Rüfner, a. a. O. (Anm. 54), S. 85ff.; ders., Die nichteheliche Lebensgemein-
schaft im Sozialrecht, SGB. 1979, 589ff. 法政策的課題の提起については、ebd., S. 591f.

56. BVerfGE 10, 59 (66).
57. 婚姻と異なる。Müller-Freienfels, a. a. O. (Anm. 6), S. 3.
58. Gernhuber, Ehe und Familie als Begriffe des Rechts, FamRZ 1981, 721 (725); I. v. Münch, Wandel familiärer Lebensmuster (Anm. 48), S. 75 m. w. N.
59. Zeidler, a. a. O. (Anm. 1), S. 592.
60. E. M. v. Münch, in: GG-Kommentar (Anm. 39), Rdnr. 2a に対して、婚姻保護と家庭保護は今日
でも相互に補完して一つの全体を形作っている。
61. Pirson, a. a. O. (Anm. 1), Rdnr. 23; Lecheler, Der Schutz der Familie. Fehlentwicklungen bei
der Konkretisierung eines Grundrechts, FamRZ 1979, 1 (5); Gernhuber, Ehe und Familie (Anm. 58),
S. 727.
62. Zeidler, a. a. O. (Anm. 1), S. 603.
63. BVerfGE 10, 59 (66); 24, 119 (135); 59, 52 (63); E. M. v. Münch, in: GG-Kommentar (Anm.
39), Rdnr. 4; Maunz, a. a. O. (Anm. 39), Rdnr. 16.
64. BVerfGE 18, 97 (106); 68, 176 (187).
65. Zeidler, a. a. O. (Anm. 1), S. 604; 別の見解 BVerfGE 48, 327 (339) (民法第 1355 条
〔Gemeinsamer Ehe- und Familiennamen: I. Die Ehegatten führen einen gemeinsamen Familiennamen
(Ehenamen). II. Zum Ehenamen können die Ehegatten bei der Eheschließung durch Erklärung
gegenüber dem Standesamten den Geburtsnamen des Mannes oder Geburtsnamen der Frau bestim-
men. Treffen sie keine Bestimmung, so ist Ehename der Geburtsname des Mannes. Geburtsname
ist der Name, der in die Geburtsurkunde der Verlobten zur Zeit der Eheschließung einzutragen ist.
III. Ein Ehegatte, dessen Geburtsname nicht Ehename wird, kann durch Erklärung gegenüber dem
Standesbeamten dem Ehenamen seinen Geburtsnamen oder den zur Zeit der Eheschließung geführten
Namen voranstellen; die Erklärung bedarf der öffentlichen Beglaubigung. IV. Der verwitwete oder
geschiedene Ehegatte behält den Ehenamen. Er kann durch Erklärung gegenüber dem Standes-
beamten seinen Geburtsnamen oder den Namen wieder annehmen, den er zur Zeit der Eheschließung
geführt hat; die Erklärung bedarf der öffentlichen Beglaubigung.〕との関連で); 59, 52 (63) (少年
福祉法第 1 条第 3 項 [III. In soweit der Anspruch des Kinds auf Erziehung von der Familie nicht
erfüllt wird, tritt, unbeschadet der Mitarbeit freiwilliger Tätigkeit, öffentliche Jugendhilfen ein.] との
関連で); BVerfGE 39, 316 (326) については、なお未解決のままにされた。
66. BVerfGE 18, 97 (106); 25, 167 (196).
67. BVerfGE 45, 104 (123); 56, 363 (382).
68. Pirson, a. a. O. (Anm. 1), Rdnr. 19. 家庭概念の多義性については、BVerfGE 52, 214 (382).
69. Geiger, a. a. O. (Anm. 31), S. 9.
70. BVerfGE 25, 167 (196); 45, 104 (123). 子供のいない生活共同体と年金共同体 (Versorgungsgemeinschaft) は、取り決めに基づき、すでに概念上家庭を形成しない。Pirson, a. a. O. (Anm. 1), Rdnr. 25.
71. BGBl. I S. 1243.
72. 正しいのは、E. M. v. Münch, in: GG-Kommentar (Anm. 39), Rdnr. 4. それによれば、広げられた家庭概念は、基本法第 6 条第 I 項の保護領域に含まれない。
73. Zeidler, a. a. O. (Anm. 1), S. 584; vgl. また Steinert, a. a. O. (Anm. 51), S. 684.

74. Vgl. BVerfGE 25, 167 (195ff.) は、基本法第6条第V項と第6条第Iとの間には矛盾がない、ということに関している。
75. Pirson, a. a. O. (Anm 1), Rdnr. 26ff.
76. そのかぎり、あまりにもきめ細かくないミュンヘン行政裁判所、NJW 1986, 742; それについて批判的には、Steinert, a. a. O. (Anm. 51), S. 684 Anm. 10a.
77. BVerfGE 56, 363 (383) : 未婚の母親に許されているのは、「婚姻の締結または子供の父親との共同生活をも拒否することである。子供の父親が母親と子供との共同体を望む場合ですら、このことは、反対する母親の意思で、彼女が子供とともにだけ生活することを選択するがゆえに、不成功に終わらすことができる。」裁判所はここでまず第一に子供の幸せから出発する。「非婚姻の父親の地位における法的瑕疵は、両親の関係における法的瑕疵に対応する。この両親の関係が法的に拘束されていないのだから、彼等は国家の協力なしにいつでも別れることができる。このような理由から、嫡出子を結婚していない両親の子供と法的に同等に扱うことは、説得力がない。」(ebd., S. 385)、と。それとは反対に、ヨーロッパ人権裁判所 (EuGHMR) は、1979年6月13日の判決において、NJW 1979, 2449 (2450), 人権協約 (MRK) 第8条 [I. Jederman hat Anspruch auf Achtung seines Privat- und Familienlebens, seiner Wohnung und seines Briefverkehrs. II. Der Eingriff einer öffentlichen Behörde in die Ausübung dieses Rechts ist nur statthaft, insoweit dieser Eingriff gesetzlich vorgesehen ist und eine Maßnahme darstellt, die in einer demokratischen Gesellschaft für die nationale Sicherheit, die öffentliche Ruhe und Ordnung, das wirtschaftliche Wohl des Lebens, die Verletzung der Ordnung und zur Verhinderung von strafbaren Handlungen, zum Schutz der Gesundheit und der Moral oder zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer notwendig ist.] において保障された家庭生活を尊重することへの請求権は、婚姻によらない家庭をも包括するし、また国家はその結果として、国家によって作られた規制が当事者に正常の家庭生活を送ることを許すということ尊重しなければならぬと決定した。その点に関して、民法典第1705条 [Elterliche Sorge der Mutter: Das nichteheliche Kind steht, solange es minderjährig ist, unter der elterlichen Sorge der Mutter. Die Vorschriften über die elterliche Sorge für eheliche Kinder gelten im Verhältnis zwischen dem nichtehelichen Kinde und seiner Mutter entsprechend, soweit sich nicht aus den Vorschriften dieses Titels ein anderes ergibt.] の規定に対し批判的なのは、Jayme, Europäische Menschenrechtskonvention und deutsches Nichtehelichenrecht, NJW 1979, 2425 (2428); Strätz, a. a. O. (Anm. 4), S. 437.
78. BVerfGE 56, 363 (384f.). ただし、婚姻という制度的保護をもって、あるいはそれなしで、子供をつくるのが実際にまったく両親の好きなようにさせることができるかどうかは、疑わしい。たしかに、誰も婚姻を強制され得ない。しかし、それゆえに、私のみるところでは、両親の結婚への道徳的な義務付けは破棄されない。国家は、憲法上非嫡出子にできるかぎり嫡出子と等しい法的地位を得させねばならないが、しかし両親は、その側で、彼等の関係を婚姻という枠の内側で実現することに自由であるべきであるということは、矛盾しているように思われる。
79. 法秩序が結婚しない人間の事実上の関係を引き合いに出したいならば、税務官やソーシャルワーカーは、プライベートな領域における監視と査定をすることが許されざるを得ないだろう。婚姻の形式化は、関連事実としてそのようなプライベートな領域への介入を免れさせる。内縁関係の場合のデータ保護の視点を、私は指摘するに留めておく。
80. 批判的に、むしろ同等取扱を支持しているのは、Strätz, a. a. O. (Anm. 4), S. 437; de Witt/Huffmann, a. a. O. (Anm. 4), Rdnr. 242ff.
81. BVerfGE 6, 55 (71f.); 24, 119 (135); 31, 58 (67); 文献からは、Maunz, a. a. O. (Anm. 39), Rdnr. 6; Pirson, a. a. O. (Anm. 1), Rdnr. 3; Zeidler, a. a. O. (Anm. 1), S. 556.
82. Ablaß (DDP) 議員は、そうである、in: Verhandlungen der verfassungsgebenden Deutschen Nationalversammlung, Bd. 336 (Anlagen zu den Stenographischen Berichten, Nr. 391: Bericht des Verfassungsausschusses), S. 378f.; 今日の視点からの問題については、Zeidler, a. a. O. (Anm. 1),

- S. 557f. が、Scheuner, a. a. O. (Anm. 14), S. 14 を参照している。
83. Anschütz, a. a. O. (Anm. 17), Art. 119, Anm. 1; Poetzsch-Heffter, Handkommentar der Reichsverfassung, Art. 119, Anm. 1.
84. さしあたり、C. Schmitt, Verfassungslehre, 1928, S. 170f. しかしながら、ここではなお制度的公法的保障と単なる私法的制度保障の対立を強調することが欠けている。そのことについては、ders., Freiheitsrechte und institutionelle Garantie der Reichsverfassung (1931), abgdr. in: ders., Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924–1954. Materialien zu einer Verfassungslehre, 1973², S. 143, 149ff. 簡潔に要約したものとして、ders., Inhalt und Bedeutung (Anm. 17), S. 595f. 公法的制度保障 (institutionelle Garantie) によって保護された諸制度に対する憲法制定者の信奉は、それらをまったく廃止するか、またはその本質内容だけでさえも侵害することを単純立法者に禁じている。憲法がただ一般的概念を憲法秩序の構成要素に高めることによって、制度を具体的に、単純立法者によって形成することは、憲法上の保護の下にはない。法律上の現状を包括的に維持することは、制度を国家秩序の変化する要求と法律観の変遷と一致させておくという立法者の任務に反するであろう。まさに立法者の順応と継続的発展の可能性は、制度を時代遅れの諸形式における硬直状態から守っている。ただ制度の本質だけが、憲法上の保障の下にある。その内容と有効範囲を立法者は変えてもよい。立法者は、その際ただ制度の内在的意味にのみ拘束されている。公法的制度保障については、すべての著作に代わって：Scheuner, Die institutionellen Garantie des Grundgesetzes (1953), in: ders. Staatstheorie und Staatsrecht. Ges. Schriften, 1978, S. 665ff.; Quaritsch, Art. “Institutionelle Garantie”, in: EvStL, 1975², Sp. 1022ff. m. w. N.
85. BVerfGE 6, 55 (72); Maunz, a. a. O. (Anm. 39), Rdnr. 176.
86. 婚姻と家庭の保護は、国家が婚姻法と家庭法の規範についての完全な処分権能を持つ場合に、国家にできるだけである。したがって、義務的な市民的婚姻締結は、憲法的地位を有し、立法者の自由処分に任されていない：E. Scheffler, a. a. O. (Anm. 9), S. 282f.
- このことは、今日、ドイツ連邦共和国における宗教団体地図の多元化に直面して、30年前よりもさらに多く当てはまる。宗教団体の婚姻締結の任意の許可は、すべての宗教団体に対して一律に適用されるだろう。婚姻の解消、離婚等々は、ほとんどはや統一的ではないだろうし、国家による婚姻法の統合要因はなくなった。
87. Gernhuber, Lehrbuch (Anm. 43), S. 37; Maunz, a. a. O. (Anm. 39), Rdnr. 176; E. Scheffler, a. a. O. (Anm. 9), S. 283f. 性的共同体の形式としての婚姻の排他性は、今日では一般に人気のない含意を有している。「お前は、姦通してはならない」との掟はそれに入る。ここでは、すでに浄化された婚姻の理解の帰結が重要なのではなく、その掟は、婚姻をむしろ、それがその本質に従ってあるところのものに初めて作り変える。Pirson, Art. “Ehe und Familie (II. rechtlich)”, in: EvStL, 1986³, Sp. 1834.
88. Pirson, in: Bonner Kommentar (Anm. 1), Rdnr. 11.
89. 家庭裁判所は、3年間の別居期間の経過後、いまではもう過酷な結果の場合 (Härtefällen) (§ 1568 I BGB [Härteklauseln: Die Ehe soll nicht geschieden werden, obwohl sie gescheitert ist, wenn und solange die Aufrechterhaltung der Ehe im Interesse der aus der Ehe hervorgegangenen minderjährigen Kinder aus besonderen Gründen ausnahmsweise notwendig ist oder wenn und solange die Scheidung für den Antragsgegner, der sie ablehnt, auf Grund außergewöhnlicher Umstände eine so schwere Härte darstellen würde, daß die Aufrechterhaltung der Ehe auch unter Berücksichtigung der Belange des Antragstellers ausnahmsweise geboten erscheint.]) にだけ、離婚を回避することができるにすぎない。これは、その場合いまでもなく時間的に無制限に適用される。§ 1568 Abs. 2 BGB は、第 I 項の過酷な結果を緩和する条項の適用を5年の別居期間の経過後に排除するが、1986年2月20日の扶養法、手続法とその他の規定の改正法律 (BGBl 1 S. 301) によって廃棄された。それによって、立法者は、1980年10月21日の連邦憲法裁判所の決定に (NJW 1981, 108f.) に応えた。この裁判において、裁判所は、次のように宣言した。すなわち、民法第1568条第2項は、

- 裁判所が少なくとも手続の中止によって異常な過酷な結果を防止することができずに、離婚が5年間の別居生活の後に例外なく言い渡されうるかぎり、基本法第6条第1項に合致しない、と。
90. そのことに対する正式な公言は、原則そのものが確実であったかぎりでは必要であった。民法第1353条第1項第1文〔Die Ehe wird auf Lebenszeit geschlossen.〕におけるその規範化と、1976年6月14日の婚姻法と家庭法の第一次改革法律（BGBl. I S. 1421）および連邦議会の法務委員会の報告における憲法上の婚姻概念の不可分の構成要素としての資格付与（BT-Drucks. 7/4361, S. 6）は、問題を指摘している。ドイツ法が相次ぐ一夫多妻制（*sukzessive Vielweiberei*）を許容したという印象は、もはや否定されえない。
 91. 文言によれば、基本法第6条第1項の憲法原則は、主観的権利の保障として形を整えられなかった。v. Mangoldt/Klein, *Das Bonner Grundgesetz*, Bd. 1, 1957², Art. 6, Anm. III 3は、したがって、なお基本法第6条第1項は、客観的権利の形成だけにかざられるということから出発した。個人の主観的権利としての基本法第6条第1項の承認については、vgl. Pirson, in: *Bonner Kommentar* (Anm. 1), Rdnr. 89ff.
 92. BVerfGE 6, 55 (71); E. M. v. Münch, in: *GG-Kommentar* (Anm. 39), Rdnr. 8.
 93. BVerfGE 29, 166 (175) と BVerfGE 31, 58 (67)（離婚したドイツ人女性とスペイン人男性の婚姻締結の事例について）。外国人との婚姻の場合の婚姻締結の自由の問題一般については、E. M. v. Münch, a. a. O. (Anm. 39), Rdnr. 9a; 婚姻への到達の規範的妨害の禁止については、Pirson, in: *Bonner Kommentar* (Anm. 1), Rdnr. 38ff.
 94. BVerwGE 14, 21 (27ff.).
 95. BAGE 4, 274 (279f.). カトリック教の幼稚園の女性主任に対する還俗していない司祭との戸籍上の婚姻締結を理由とする解雇通知は、もちろん、基本法第6条第1項を考慮することなく、同様に憲法上保障された教会と宗教団体の自己決定権（ヴァイマル憲法第137条第III項と関連して基本法第140条）を考えて、社会的に正当と認められた。BAGE 33, 14 (25).
 96. 社会法の形成は、婚姻締結の準備を危うくしてはならない。BVerfGE 28, 324 (347, 361); 29, 57 (66f.); 29, 71 (78f.); Rüfner, *Sozialrecht und nichteheliche Lebensgemeinschaft* (Anm. 54), S. 91f.; ders., *Die nichteheliche Lebensgemeinschaft im Sozialrecht* (Anm. 56), S. 591（連邦教育助成法を例として）。婚姻による支給停止条項（*Heiratswegfallklauseln*）については、Pirson, in: *Bonner Kommentar* (Anm. 1), Rdnr. 45.
 97. BT-Drucks. 7/3502.
 98. これについては、Lecheler, a. a. O. (Anm. 62), S. 7f. m. w. N.
 99. 両親の子に対する監護（*elterliche Sorge*）を法学的に子供の解放の問題として理解しようとする試みは、事の本質を見過している。立法者は、最終の文言において、大筋においてもそのことを断念した。Diederichsen, *Die Neuregelung des Rechts der elterliche Sorge*, NJW 1980, 1 (10f.) は、ders., *Zur Reform des Eltern-Kinder-Verhältnisses*, FamRZ 1978, S. 461ff. を援用している。家庭に対する役割の留保（*Funktionsvorbehalt*）については、Pirson, in: *Bonner Kommentar* (Anm. 1), Rdnr. 85ff. 社会自由連立（*sozialliberal Koalition*）の改革案について批判的なのは、Lecheler, a. a. O. (Anm. 62), S. 7; Geiger, a. a. O. (Anm. 31), S. 18ff. 物質的および精神的な生活援助の関連領域における前述の家庭に無関係な助成は、基本法第6条第1項の観点で問題があるだろう。Pirson, Art. “Ehe und Familie” (Anm. 88), Sp. 1836.
 100. そのことについては、すでに〔ボン基本法〕制定会議で指摘された。v. Doemming/Füsselein/Matz, a. a. O. (Anm. 18), S. 94.
 101. BVerfGE 21, 1 (6); 43, 108 (123f.); 48, 346 (366); 55, 114 (127).
 102. BVerfGE 6, 386 (388). 家庭の役割の規範による侵害については、vgl. Pirson, in: *Bonner Kommentar* (Anm. 1), Rdnr. 51ff.
 103. P. Krause, *Der Schutz von Ehe und Familie* (Anm. 12), S. 30.
 104. BVerfGE 43, 108 (121); 同くBSGE 45, 89 (92). 学校教育等の無償は、もちろん、子供のい

ない人々に比べて、子供のいない人々がそのような支出を負担するには及ばないのだから、家庭の状況を良くしない。

105. BVerfGE 14, 34 (40); 23, 74 (84). さらに先に進むのは、多くの連邦憲法裁判所の裁判を引き合いに出して、BSGE 35, 35 (38) である。すなわち、「…、国家が単に助成し援助するところでは、…婚姻配偶者は、必ずしもつねにあらゆる関係において独身者と同じくたくさんの受け取らなければならないわけではない。むしろ、給付の範囲は、生活共同体と家計共同体によって引き下げられた必要性に合わせられてもよい。」
106. Vgl. 憲法による婚姻と家庭の保護は、ただ租税上の負担軽減によってだけ生じざるを得ないものではないということの意図的な強調：BVerfGE 43, 108 (121). それに一致するのは、夫婦の住宅家具調度の最初の購入の費用や家事手伝い人の費用を租税上控除してもよいことの拒否である：BVerfGE 21, 1 (5); 47, 1 (19).
107. それについての証明は、P. Krause, Der Schutz von Ehe und Familie (Anm. 12), S. 30ff.; 平等取扱原則（基本法第3条第1項）の適用の基準としての基本法第6条第1項について、文献から Pirson, in: Bonner Kommentar (Anm. 1), Rdnr. 80ff.
108. VerfGE 39, 169 (183); 判例 (st. Rspr.), 最後に BVerfGE 66, 84 (94); 68, 256 (268).
109. Diederichsen, Anmerkung zu dem Beschluß des BVerfG vom 14. 11. 1984 (BVerfEG 68, 256ff.), JZ 1985, 790 (792).
110. BVerfGE 53, 224 (248f.).
111. BVerfGE 66, 84 (93); 同じく BVerfGE 68, 256 (267f.).
112. Holzhauser, Die Neuregelung des Unterhalts Geschiedner, JZ 1977, 73.
113. それについては、BVerfGE 57, 361 (389f.).
114. 1986年2月20日の扶養法上、手続法上とその他の規定の改正のための法律 (BGBl. I S. 301) によって、今では、上乘せ扶養料の時間的制限が可能になった (§ 1573 V BGB [Die Unterhaltsansprüche nach Absatz 1 bis 4 können zeitlich begrenzt werden, soweit insbesondere unter Berücksichtigung der Dauer der Ehe sowie der Gestaltung von Haushaltsanspruch unbillig wäre; dies gilt in der Regel nicht, wenn der Unterhaltsberechtigte nicht nur vorübergehend ein gemeinschaftliches Kind allein oder überwiegend betreut hat oder betreut. Die Zeit der Kindesbetreuung steht der Ehedauer gleich.]). 場合によっては、生涯にわたる扶養義務者の負担が、困窮者だけが扶養請求権を有すべきであるという離婚者間の扶養権の基本思想と「一致するのが難し」であったということは、現在、法律改正の官公庁の理由付けによってさえ認められる：BT-Drucks. 10/2888, S. 18.
115. 民法第1579条第1項の従来の表現は、世間では、多くの点で、夫が彼の扶養請求権を危うくすることなしに、ほとんどすべての誤った行動をすることができるという趣旨にそって誤解されていた。扶養法上、手続法上とその他の規定の改正についての法律 (Anm. 114) は、現在民法第1579条第6号 [Unterhaltsanspruch bei grober Unbilligkeit: Ein Unterhaltsanspruch ist zu versagen, herabzusetzen oder zeitlich zu begrenzen, soweit die Inanspruchnahme des Verpflichteten auch unter Wahrung der Belange eines dem Berechtigten zur Pflege oder Erziehung anvertrauten gemeinschaftlichen Kindes grob unbillig wäre, weil... 6. dem Berechtigten ein offensichtlich schwerwiegendes, eindeutig bei ihm liegendes Fehlverhalten gegen den Verpflichteten zur Last fällt] において、そのことについて連邦通常裁判所 (BGH) が発展させた裁判の諸原則を法律の形式に形成し、そして扶養を受ける権利のある者に対して、「重大な、はっきりとその者の責任である誤った行動が、義務付けられた者に対して明白に苦勞をかける」場合に、扶養が拒まれ、削減されあるいは時間的に制限され得ることを明らかにした; vgl. 官公庁の理由付け, a. a. O. (Anm. 114), S. 19f.
116. 離婚した配偶者も新しい配偶者も子供の世話をしなければならず、そして扶養義務者の負担能力が扶養を受ける権利のある者の最低必要額を充足するのに足りない。
117. BVerfGE 66, 84 (94ff.).
118. それでもなお、連邦憲法裁判所は、婚姻締結の自由のいかなる侵害も見抜くことができない：

- BVerfGE 53, 257 (299).
119. Ebd., S. 309.
120. BVerfGE 68, 256 (268); これについては、Diederichsen, Urteilsanmerkung (Anm. 108), S. 790ff.
121. 基本的には、BGHZ 75, 272 (275); 連邦憲法裁判所の裁判に従って確認的には、BGH, NJW 1986, 1869.
122. そのことについては、BGH, NJW 1980, 934 (935); 詳細は、Diederichsen, in: Palandt, BGB, 1986⁴⁵, Anm, 2c.
123. BVerfGG 42, 64 (77).
124. BVerfGE 53, 257 (296f.).
125. BVerfGE 39, 169 (183); 48, 327 (338).
126. BVerfGE 60, 329 (339); 61, 319 (347).
127. Diederichsen, Urteilsanmerkung (Anm. 108), S. 791.
128. Stark, in: v. Mangoldt/Klein/Stark, Das Bonner Grundgesetz, 1985³, Art. 2, Rdnr. 21.
129. Diederichsen, Urteilsanmerkung (Anm. 108), S. 792.
130. 基本的には、BVerfGE 6, 55 (72).
131. Parlamentarischer Rat, Verhandlungen des Hauptausschusses, S. 247.
132. Pirson, in: Bonner Kommentar (Anm. 1), Rdnr. 2によれば、「特別の証言力のない」保障である。Pirsonは、私のみるかぎり、憲法が婚姻と家庭に対して与える「特別の保護」の内容を研究する唯一の著者である。彼の結論は、国法の制度としての「特別の保護」が知られていない、ということである。いかなる個別の権利者をも基礎付けない特別の憲法上の保護の問題性については、ごく最近の、Rauschnig, Aufnahme einer Staatszielbestimmung über Umweltschutz in das Grundgesetz?, DÖV 1986, 489 (493).
133. P. Kirchhof, a. a. O. (Anm. 1).
134. P. Krause, in: Essener Gespräche (Anm. 1).
135. P. Kirchhof, a. a. O. (Anm. 1), S. 122.
136. Vgl. BVerfGE 61, 319 (344) m. w. N. 個別の課税の原則は、婚姻と家庭に関して、しかし、基本法第6条第1項を評価することに合致しない。複数の人間が、一つの世帯でやりくりするところでは、その原則はむしろ修正が必要である。「基本法第6条の視点において、所得税法が家庭に少なくとも集団としての団体と同じように課税するということが期待されたであろう。」、たとえば、P. Kirchhof, a. a. O. (Anm. 1), S. 123.
137. BVerfEG 6, 55 (77ff.).
138. 所得税法第26b条〔§ 26b EStG: Zusammenveranlagung von Ehegatten: Bei der Zusammenveranlagung von Ehegatten werden die Einkünfte, die die Ehegatten erzielt haben, zusammengerechnet, den Ehegatten gemeinsam zugerechnet und, soweit nichts anders vorgeschrieben ist, die Ehegatten sodann gemeinsam als Steuerpflichtiger behandelt.〕によれば、配偶者は所得税に対して一緒に査定される。税率表による所得税は、所得税法第32a条第5項〔Einkommensteuertarif: Bei Ehegatten, die nach § § 26, 26b zusammen zur Einkommensteuer verlangt werden, beträgt die tarifliche Einkommensteuer vorbehaltlich der § § 32, 34 und 34b das Zweifache des Steuerbetrags, der sich für die Hälfte ihres gemeinsam zu versteuernden Einkommens, nach den Absätzen 1 bis 3 ergibt (Splitting-Verfahren). Für zu versteuernde Einkommen bis 260,063 Deutsche Mark ergibt sich die nach Satz 1 berechnete tarifliche Einkommensteuer aus der diesem Gesetz beigefügten Anlage 2 (Einkommensteuer-Splittingtabelle).〕によれば、一緒に課税の対象となる所得の半分に対して生じる税額の二倍の額になる。そのことによって、婚姻の成立による納税義務者の冷遇取扱は、累進所得税の場合に、もはや恐れる必要はない。この手続は、負担能力に基づく課税の原則に合致している。しかし、それは、適切にも、共同生活する配偶者が所得と消費の共同体を成すということから出発している。連邦憲法裁判所は、分割課税手続は、「任意に変更しうる租税の『優遇

措置』ではなくて、…基本法第6条第1項の保護要請…に従った適切な課税である」としている：BVerfGE 61, 319 (347).

139. 半家庭 (Halbfamilie) に関して、たとえば BVerfGE 61, 319ff. の決定の根拠となっている手続において、憲法異議申立者の一人、妻を失った父親に関して、裁判所は、ただ一人の片親と子供達との間には経済的にも家庭法上も所得の共同体が存しないとの理由で、家庭の頭数への分割 (Splitting) を排除した。この理由から家庭の所得への持ち分に応じた関与が存在しない。ただ家庭の仕事の分配のための協力関係による決定が初めから考慮されないところの扶養関係だけがある：BVerfGE 61, 319 (348).
140. 婚姻保護と家庭保護は、しかし、互いに補完して全体を形作っている；別の見解 E. M. v. Münch, in: GG-Kommentar (Anm. 39), Rdnr. 2a; I. v. Münch, Wandel familiärer Lebensmuster (Anm. 48), S. 82. 婚姻は、もっとも子供なしでも基本法第6条第1項によって保護され、助成すべきものである。Zeidler, a. a. O. (Anm. 1), S. 602の命題、すなわち、子供のいない妻の生き方は、決して助成すべき価値あるものではないという命題は、おそらく母性保護や社会国家思想等の観点の下で主張されるだろう。基本法第6条第1項は、もっとも逆のことを宣言している。租税制度も、Zeidler とは逆に、家庭の保護と社会国家原理だけではなくて、婚姻の憲法上の保護をも真に受けねばならない。したがって、租税制度は婚姻を標準とすることから外れてはならず、母性保護法上および類似の観点を婚姻の保護によって寛大に調整しなければならない。
141. BVerfGE 61, 319 (346).
142. たとえば、Zeidler, a. a. O. (Anm. 1), S. 597.
143. 1964年に連邦憲法裁判所は、特別の税率表なしに世帯主と子供達の収入の合算を、それと結び付けられた累進効果の理由で家庭を不利益に取扱うものとみなし、憲法違反と宣言した：BVerfGE 18, 97 (105f.). 所得税法第27条 [§ 27 EStG: Zusammenveranlagung mit Kindern: gestrichen. § 27, der Zusammenveranlagung mit Kindern regelte, ist durch Beschluß des BVerfG v. 30. 6. 1964 (BGBl. I 645) als mit Art. 6 Abs. 1 des GG unvereinbar für nichtig erklärt worden.] の無効の結果、1951年立法者は、配偶者課税の場合とは異なり、しかし、考え方として新しくない規制をした。
144. P. Kirchhof, a. a. O. (Anm. 1), S. 124; Lecheler, Verfassungsgarantie und sozialer Wandel, DVBl. 1986, 905 (911).
145. BVerfGE 43, 108 (120); 61, 319 (344); Pirson, in: Bonner Kommentar (Anm. 1), Rdnr. 74.
146. 児童扶養控除 (所得税法第32条第6項 [Zu versteuerndes Einkommen, Sonderfreibeträge, Kinder: Ein Kind, das zu Beginn des Veranlagungszeitraums das 18. Lebensjahr, aber noch nicht das 27. Lebensjahr vollendet hat, wird berücksichtigt, wenn es,
1. für einen Beruf ausgebildet wird oder
 - 1a. eine Berufsausbildung mangels Ausbildungsplatzes nicht beginnen oder fortsetzen kann oder nicht erwerbstätig ist und auch die übrigen Voraussetzungen des § 2 Abs. 4a des Bundeskindergeldgesetzes für die Gewährung von Kindergeld vorliegen oder
 2. den gesetzlichen Grundwehrdienst oder Zivildienst leistet oder
 3. freiwillig für eine Dauer von nicht mehr als drei Jahren Wehr- oder Polizeivollzugsdienst leistet, der an Stelle des gesetzlichen Grundwehrdienstes oder Zivildienstes abgeleistet wird, oder
 4. eine vom gesetzlichen Grundwehrdienst oder Zivildienst befreiende Tätigkeit als Entwicklungshelfer im Sinne des § 1 Abs. 1 des Entwicklungshelfer-Gesetzes ausübt oder
 5. ein freiwilligen soziales Jahr im Sinne des Gesetzes zur Förderung eines freiwilligen sozialen Jahres leistet oder
 6. wegen körperlicher, geistiger oder seelischer Behinderung dauernd erwerbsfähig ist.
- In den Fällen der Nummern 2 bis 4 ist Voraussetzung, daß durch die Aufnahme des Dienstes oder Tätigkeit eine Berufsausbildung unterbrochen worden ist.)), 子供養育控除 (所得税法第33a条第2項 [Das zu versteuernde Einkommen ist auf den nächsten durch 54 ohne Rest teilbaren wollen

- Deutsche-Mark-Betrag abzurunden, wenn es nicht bereits durch 54 ohne Rest teilbar ist.))。
147. プレーメン財政裁判所、NJW 1986, 745 (746); 合憲性を疑っているのは、Drenseck, in: L. Schmidt (Hrsg.), EStG, 1986⁵, § 33a, Anm. 2e. 現実離れ (Realitätsfremdheit) という判断基準に基づいて、連邦憲法裁判所の裁判によれば、扶養義務付けの考慮を制限することの合憲性が決定されうる: BVerfGE 66, 214 (223); 67, 290 (297). その場合、本質的な手掛かりを提供するのは、社会扶助法とそこから税のかからない最低生活費 (Existenzminimum) の額が推論されるところの所得税法第32a 条第1項 [Einkommensteuertarif: Die tarifliche Einkommensteuer bemißt sich nach dem zu versteuernden Einkommen. Sie beträgt vorbehaltlich der § § 32b, 34 und 34b jeweils in Deutsche Mark
1. für zu versteuernde Einkommen bis 4, 536 DM (Grundfreibetrag):0;
 2. für zu versteuernde Einkommen von 4, 537 bis 18, 035 DM: 0. 22x-998;
 3. für zu versteuernde Einkommen von 18, 036 bis 80, 027 DM:

$$[(0.79y-30.82)y+452]y+2200|y+2962$$
 [1988年以降];
 4. für zu versteuernde Einkommen von 80, 028 bis 130, 031 DM:

$$(60z+5000)z+27798$$
 [1988年以降];
 5. für zu versteuernde Einkommen von 130, 032 DM an: 0. 56x-18502 [1988年以降].
- “x” ist das abgerundete zu versteuernde Einkommen. “y” ist ein Zehntausendstel des 18, 000 DM übersteigenden Teils des abgerundeten zu versteuernden Einkommens. “z” ist ein Zehntausendstel des 80, 000 DM übersteigenden Teil des abgerundeten zu versteuernden Einkommens.] とである: BVerfGE 66, 214 (224f.); 67, 290 (298). 扶養費用の租税上の考慮にとっての現実適合的な限界については、vgl. Bühler, Sind der Kinderfreibetrag und Ausbildungsfreibetrag für 1984 und 1985 realitätsgerecht im Sinne der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts?, BB 1986, 173ff.
148. 民事訴訟法第850c条第1項 [Pfändungsgrenzen für Arbeitseinkommen: Arbeitseinkommen ist unpfändbar, wenn es, je nach dem Zeitraum, für den es gezahlt wird, nicht mehr als 754 Deutsche Mark monatlich
- 174 Deutsche Mark wöchentlich
34. 80 Deutsche Mark täglich
- beträgt.] による勤労所得に対する差押えの限界は、目下、月に754 DMである。
149. 連邦社会扶助法第1条第1項、第2項 [Inhalt und Aufgabe der Sozialhilfe: 1. Die Sozialhilfe umfaßt Hilfe zum Lebensunterhalt und Hilfe in besonderen Lebenslagen. 2. Aufgabe der Sozialhilfe ist es, dem Empfänger der Hilfe die Führung eines Lebens zu ermöglichen, das der Würde des Menschen entspricht. Die Hilfe soll ihm soweit wie möglich befähigen, unabhängig von ihr zu leben; hierbei muß er nach seinen Kräften mitwirken.]; 第12条第1項、第2項 [Notwendiger Lebensunterhalt: 1. Der notwendige Lebensunterhalt umfaßt besonders Ernährung, Unterkunft, Kleidung, Körperpflege, Hausrat, Heizung und persönliche Bedürfnisse des täglichen Lebens. Zu den persönlichen Bedürfnissen des täglichen Lebens gehören in vertretbaren Umfängen auch Beziehungen zur Umwelt und eine Teilnahme am kulturellen Leben. 2. Bei Kindern und Jugendlichen umfaßt der notwendige Lebensunterhalt auch den besonderen, vor allem durch das Wachstum bedingten Bedarf.] ならびに通常税率命令第1条と第2条第1項 (Verordnung zur Durchführung des § 22 des Bundessozialhilfegesetz) (§ 1 I. Die Regelsätze umfassen die laufenden Leistungen für Ernährung, Kochfeuerung, Beschaffung von Wäsche von geringen Abschaffungswert, Instandhaltung von Kleidung, Wäsche und Schuhen in kleinerem Umfang, Körperpflege, Beschaffung von Hausrat, Beleuchtung, Betrieb elektrischer Geräte, Reinigung und persönliche Bedürfnisse des täglichen Lebens. II. Laufende Leistungen der in Absatz 1 genannten Art sind nach Regelsätzen zu gewähren, soweit nicht das Gesetz oder diese Verordnung anders bestimmt. § 2 I. Regelsatz sind für den Haushaltsvorstand und für sonstige Haushaltsangehörige festzusetzen. Die Regelsätze für den Haushaltsvor-

- stand gelten auch für den Alleinstehenden.) を考慮し、よそに宿泊している18歳以上の教育中の子供に対する扶養の費用は、月 800 DM そこそこの額になる。
150. 両親の所に住んでいない大学生に対する一月の必要額は、710 DM と定められている：1986年6月16日の第4次改正法律の文言での連邦教育助成法第13条第1項第2号 [Als monatlicher Bedarf gelten für Auszubildende in 2. Höheren Fachschulen, Akademien und Hochschulen 515 DM], 第2項第2号 [Die Beträge nach Absatz 1 erhöhen sich für die Unterkunft, wenn der Auszubildende 2. nicht bei seinen Eltern wohnt, um monatlich 195 DM.] (BGBl. I S. 897).
 151. それ (1985年1月現在、abgdr. in: NJW 1984, 2330 Anm. 7) によれば、両親の所に住んでいない学生の妥当な扶養料必要額は、通常月 800 DM の額になる。
 152. 目下、4,536 ドイツ・マルク。
 153. 全体について、P. Kirchhof, a. a. O. (Anm. 1), S. 130f.
 154. P. Kirchhof, a. a. O. (Anm. 1), S. 122.
 155. BVerfGE 61, 319 (355).
 156. BVerfGE 66, 214 (223).
 157. BVerfGE 67, 290 (297f.).
 158. 全体については、Lang, Familienbesteuerung. Zur Tendenzwende der Verfassungsrechtsprechung durch des Urte. des Bundesverfassungsgerichts vom 3. 11. 1982 und zur Reform der Familienbesteuerung, StuWi. [Steuer und Wirtschaft]1983, 103ff.; Deubner, Abschied vom Bagatellprinzip, NJW 1985, 839ff.; K. Vogel, Zwangsläufige Aufwendungen - besonders Unterhaltsaufwendungen müssen realitätsgerecht abziehbar sein, StuWi. 1984, 197ff.; Tipke, Anmerkung zu dem Beschluß des BVerfG vom 4. 10. 1984 (BVerfGE 67, 290), StuWi. 1985, S. 78f.
 159. Deubner, a. a. O. (Anm. 158), S. 841は、次のように述べている。すなわち、連邦憲法裁判所の三つの裁判の重大な意義を、それらが租税上の家庭負担調整をめぐる論議をかなりの程度まで追い越した点に見ている。立法者に残されているのは、今ではわずかに扶養〔義務〕履行を現実的に考慮することを法律による規制で表現するという課題だけである。それ以外に、扶養〔義務〕履行の控除を所得税法第33a条の枠を越えて排除する所得税法第12条第1号 [§ 12 Nr. 1 EStG.: Soweit in § 10 Abs. 1 Nr. 1, 2 bis 7, § 10b und §§ 33 bis 33c nichts anders bestimmt ist, dürfen weder bei den einzelnen Einkunftsarten noch vom Gesamtbetrag der Einkünfte abgezogen werden. 1. die für den Haushalt des Steuerpflichtigen und für den Unterhalt seiner Familienangehörigen aufgewendeten Beträge. Dazu gehören auch die Aufwendungen für die Lebensführung, die die wirtschaftliche oder gesellschaftliche Stellung des Steuerpflichtigen mit sich bringt, auch wenn sie zur Förderung des Berufs oder der Tätigkeit des Steuerpflichtigen erfolgen;] の無効宣言の事例における、依然として現実離れの児童扶養控除 (Kinderfreibeträge) に直面して、税務署と財政裁判所にとっては、今後は、直接に基本法第3条第I項によって仕事をする道が開かれている、と。
 160. BVerfGE 44, 249ff.
 161. プレーメン財政裁判所、NJW 1986, 745 (所得税法第33a条について) ; BVerwG, NVwZ 1986, 479 (二人以上の子供をもつ公務員の官職相応の扶養料支払 (Alimentation) について)。
 162. K. Vogel, Steuergerechtigkeit und soziale Gestaltung, DStZ 1975, 409.
 163. P. Kirchhof, a. a. O. (Anm. 1), S. 132f. BVerfGE 44, 249 (279) は、家庭に対する比較的強力な間接税負担の相殺についての疑問に言及している。しかし、その問題は、当時、決定するのに重大ではなく、したがって未決定のままであった。
 164. P. Kirchhof, a. a. O. (Anm. 1), S. 133f.
 165. 大きな家庭での家政婦への費用は、控除可能ではないが、高齢者または病人に限定された家政の困難な場合には、控除可能である (所得税法第33a条第3項) ということは、難しい。連邦憲法裁判所は、しかし、この点に関して基本法第6条第I項違反をみなかった：BVerfGE 47, 1 (19f.)。両親と子供の関係を世話するための費用は、通常の場合控除可能ではないが、しかし、

正常でない婚姻または非嫡出子の両親の片方にとっては、子供が他の片親に割り当てられ、当該の片親が子供のために控除額を受けるかぎり、控除可能である（所得税法第33a条第1a項）。子供の世話は、通常の家庭では、いかなる費用も生ぜしめてはならない。一人で暮らしているもの（Alleinstehenden）、いわゆる「半家庭（Halbfamilie）」の場合、彼等は所得税法第33条第1項の意味における異常な負担として控除可能であるが、それに反して、通常の母親の世話の場合は、もちろん控除可能ではなく、ただ育てる者だけが職業に従事しているか、または医学上の障害理由がある場合にだけ控除可能である（所得税法第33c条第1項 [Kinderbetreuungskosten Alleinstehender: 1. Aufwendungen für Dienstleistungen zur Betreuung eines zum Haushalt eines Alleinstehenden gehörenden unbeschränkt einkommensteuerpflichtigen Kindes, das nach § 32 Abs. 1 bis 3 zu berücksichtigen ist, gelten als außergewöhnliche Belastung im Sinne des § 33, soweit die Aufwendungen wegen

1. Erwerbstätigkeit oder
2. körperlicher, geistiger oder seelischer Behinderung oder
3. Krankheit

des Steuerpflichtigen erwachsen. Im Fall der Nummer 3 muß die Krankheit innerhalb eines zusammenhängenden Zeitraums von mindestens drei Monaten bestanden haben. Satz 2 gilt nicht, wenn der Krankheitsfall unmittelbar im Anschluß an eine Erwerbstätigkeit eintritt. Die Aufwendungen können nur berücksichtigt werden, soweit sie den Umständen nach notwendig sind und einen angemessenen Betrag nicht übersteigen. Aufwendungen für Unterricht, die Vermittlung besonderer Fähigkeiten, sportliche und andere Freizeitbetätigungen werden nicht berücksichtigt.)). そのかぎりで、すでに述べた連邦憲法裁判所の判例（上述、39頁）も、問題があるものとみなすことができる。というのは、それらは扶養義務付けを現実的に考慮することの要請を、通常ではなくて、非定型な家庭状況に基づいて展開したからである（単独で育てる者、両親および離婚した妻に対する扶養〔義務〕履行）。

166. P. Kirchhof, a. a. O. (Anm. 1), S. 121.
167. たとえば、明白に BVerfGE 48, 346 (365). 伝統的寡婦保障の親しみにくさについては、P. Krause, Die Familie in der Rentenversicherung, DRV 1986, 280 (287f.); Giesen, Ehe und Familie in der Ordnung des Grundgesetzes, JZ 1982, 817 m. w. N., とくに、Anm. 7 und 8.
168. 収入のない配偶者の欠損は、もっとも保護されなかった。子供をもつ単独で収入を得ている寡夫または傷病の母親および主婦のいる家庭は、その生活水準の点で、しばしば社会扶助〔生活保護〕の水準まで下がらざるを得ないだろう。ただ両親の一方を失った遺児年金だけが、負担軽減を提供した：P. Krause, Die Familie in der Rentenversicherung (Anm. 167), S. 285.
169. 1985年7月11日の遺族年金の再編成ならびに法律上の年金保険における育児期間の承認についての法律（Hinterbleibenrenten- und Erziehungszeiten-Gesetz = HEZG）（BGBl. I, S. 1450）。1975年3月12日の決定における連邦憲法裁判所の指図（BVerfGE 39, 169 (194f.)) に基づく遺族扶助の、遺族年金および育児期間法でなされた新規定は、そこで実現された「算入モデル」が初めて貧困要素を年金保険に導入するという理由で、激しく議論されている。そのこととの規制が寡婦および寡夫年金の財産保障を理由として基本法第14条に違反するという疑義については、Roland, Die Neuregelung der Hinterbleibenensicherung und die Einführung von Kindererziehungszeiten in der gesetzlichen Rentenversicherung, NJW 1986, 20 (26ff.) m. w. N.
170. P. Krause, Familie in der Rentenversicherung (Anm. 167), S. 287f.
171. 本案における裁判なしに、この問題についての考慮は、すでに BVerfGE 39, 169 (193) にある。ここでは、連邦憲法裁判所はすでに次のことを熟考した。すなわち、「子供の世話によっておよそ職業に従事することを妨げられている、もしくは妨げられてしまったような遺族配偶者が遺族年金を受けるべきか」どうか、そして「年金保険における遺族扶助に社会政策的に主張しうる根拠から、寡婦または寡夫に、職業に従事することがまったくあるいはただ部分的にしか期待され

- えないという事実に対する調整給付の機能が」与えられうるのかどうかについてである。離婚の場合、寡婦年金の保障は、まったく役に立たない。離婚の場合の扶養負担は、社会化されえないし、離婚の際の夫婦間の扶養請求権の調整 (Versorgungsausgleich) は、いかなる現実的保障をももたらさない。通常は、その調整は有資格者に生計を保障することなく、調整義務者の経済的支払能力に過大な要求をしている：P. Krause, *Familie in der Rentenversicherung* (Anm. 167), S. 291. 扶養を必要とする離婚した配偶者の境遇は、離婚改革に応じる年金保険法の改正によってさらにいっそう悪化した。このことは公の討論においてとくに話題に出なかった。「1977年以降、子供をもつ離婚した女性は、以前の夫の死によって扶養がなくなったが、多数の無言で (mehrheitlich stumm)、社会扶助〔生活保護〕の手に帰し、そして子供の生活水準は、比較的高い遺児年金にもかかわらず、最低限度まで下がったかもしれない。」たとえば、P. Krause, *ebd.*, S. 292.
172. Zeidler, a. a. O. (Anm. 1), S. 598.
173. P. Krause, in: *Essener Gespräche* (Anm. 1), S. 88f. Anm. 30.
174. Zeppernick, *Kritische Bemerkungen zum Zusammenhang zwischen Alterslastenausgleich und Kinderlastenausgleich*, FA 1979, 293 (294) ; 高齢者に対する負担調整と子供に対する負担調整との相違については、P. Krause, *Familie in der Rentenversicherung* (Anm. 167), S. 281ff.
175. Zeidler, a. a. O. (Anm. 1), S. 600. 社会政策的措置が実際に原因となって家庭の外観の変更に導くことができるかどうかは、疑わしい。しかし、疑念は、もちろん家庭助成の不履行を正当化しない：Stolleis, *Möglichkeit der Fortentwicklung des Rechts der Sozialen Sicherheit zwischen Anpassungszwang und Bestandsschutz*, VerhDJT (1984), Bd. II, S. N 23 と Anm. 50.
176. Hatzold, *Auf verbesserte familienpolitische Leistungen besteht in Rechtsanspruch*, *Concepte. Magazin für Sozialethik und Sozialhygiene* 1984, S. 3のモデル計算によれば、子供の多い家庭から子供の少ない家庭または子供のいない家庭へ毎年700億ドイツ・マルクの再配分が生じている。
177. P. Krause, *Familie in der Rentenversicherung* (Anm. 167), S. 282.
178. 女性の30%が、今日子供のいないままであり、婚姻の15%が若い世代の40%を生んでいる：Hatzold, a. a. O. (Anm. 176), S. 3.
179. P. Krause, *Familie in der Rentenversicherung* (Anm. 167), S. 291; Hatzold, a. a. O. (Anm. 176), S. 3.
180. 同じ号俸の、子供の多い公務員と子供の少ないまたは子供のいない公務員との比較に際して、連邦憲法裁判所が持ち出す数は、印象的である。裁判所は、その際、二人以上の子供をもつ公務員および軍人の俸給は、すべての給与規定と号俸において、後者に、扶養ならびに子供の学校教育および職業教育の費用によって負担をかけられない同等の同僚と大体だけでさえも等しい生活水準を、もはや保障しない、という結果になった：BVerfGE 44, 249 (277ff.). 符号する数を連邦政府の第三次家庭報告書 (1979) が示している、BT-Drucks. 8/3120, S. 27：「子供のいない夫婦の一人当たりの収入に比べれば、1973年に、子供のいない夫婦の一人当たりの収入の82%だけが、一人の子供のいる家庭に、その66%が二人の子供のいる家庭に、そしてそれどころかまではわずかにその57%だけでさえも三人の子供のいる家庭に用立てられた。この関係は、ここ数年の内に依然としてまだ生業所得が子供に対する名義変更所得 (Transfereinkommen) よりも早くに上がったのだから、子供のいる家庭にとって不利な結果になるように悪化した。」これらの数は、それが年齢に従って段階をつけないかぎり、まだ歪曲されている。学生の夫婦が年金者夫婦と同様に子供のいない夫婦としてあらわれるなど：Hatzold, a. a. O. (Anm. 176), S. 9. 状況は、当時、ラインラント・プファルツ州の社会大臣の Heiner Geißler が1976年に出版した研究の表題「子だくさん—貧困の印」によって特徴付けられる。
181. BVerwG, NVwZ 1986, 479ff.; vgl. 前記 Anm. 161.
182. 遺族配偶者の年金に対しては、自分の掛け金は徴収されなかった。共稼ぎ婚姻の優勢ならびに子供のいないおよび子供の少ない婚姻の数の増大に直面して、そのような規制がさしあたり驚く

ほどに現れている。しかし、その規制は、家庭に対する配慮から、そのことによって婚姻が子供の育成のために就業を断念することを計算に入れるという期待が表現される場合に、正当化される。この条件の下で、寡婦年金において年金法における子供の育成期間の承認みたいなものが見られる：P. Krause, *Familie im Rentenrecht* (Anm. 167), S. 290. 同様にHEZG〔遺族年金および子供育成期間法〕によって、1986年1月1日に導入された、すべての子供に対しての年金を基礎づける、あるいは年金を高くする育成年数を算入することは、子供の利益になるような就業断念のより適切な調整を意味する。さしあたりなされたこの規制を、法律の発動に際しまだ65歳でなかった女性に限定することは、1987年10月1日から段階的に廃止されることになっている。連邦政府のそれに応じた法律案は、新しい立法期間の始めに、連邦議会に提出されることになっている。

183. これについては、すでに前出 Anm. 169.
184. 代わりの仕上げの可能性の提案は、P. Krause, *Familie in der Rentenversicherung* (Anm. 167), S. 284, 288ff.; Zeppernick, a. a. O. (Anm. 174), S. 301ff.; Hatzold, a. a. O. (Anm. 176), S. 12ff. 継続的發展の可能性については、Stolleis, a. a. O. (Anm. 175), S. N 59も参照。
185. 主婦婚姻という法律上の模範像の廃棄が婚姻法・家庭法の改革の明確な目標であった。この模範像を両配偶者の就業という典型に事実上代替することは、意図されなかった。それどころか、主婦の仕事の価値を引き上げることが期待された。「家庭の生活を法秩序の範囲内で、それが彼等にとって追求するに値すると思われるように形成すること」は家庭の決定に任されているべきだろう：連邦政府の第二次家庭報告 (Anm. 97), S. VIII. この確言に対して「専業主婦婚姻 (Nur-Hausfrau-Ehe)」のそのほかの低い評価が現れた。Giesen, *Gleichberechtigungspostulat und Familienschutz in Erwerbsleben*, in: FS Bosch, 1976, S. 309 (324ff.) m. w. N. は、夫婦共稼ぎ婚姻 (Doppelverdiener Ehe) を「法律上の典型の疑わしい近さに」迫る「適応への間接的強制」について述べる (ebd., S. 326).
186. 子供のいない夫婦の一人当たりの所得は、三つの生活局面 (子供の養育、二人の職業活動、子供が家を出た後で年金受給年齢) において、彼等が職業に従事しているが故に、より大きくはない。むしろ、それは夫婦を過剰比率 (überproportional) で優遇する年金規定と家庭負担調整の国家により定められた特別の要因である：Zeppernick, a. a. O. (Anm. 174), S. 300.
187. 財政援助の問題については、文献の中から討議寄稿論文 Link, in: *Essener Gespräche*, Bd. 21 (Anm. 1), S. 169 参照。
188. P. Krause, *Familie in der Rentenversicherung* (Anm. 167), S. 293. 分担年金 (Teilhaberente) 一般の考えについては、ebd., S. 286f.; Ruland, a. a. O. (Anm. 169), S. 21.
189. BVerfGE 2, 380 (410); 同じく BVerfGE 3, 404 (422); 7, 342 (351).
190. Hesse, a. a. O. (Anm. 34), Rdnr. 46.
191. Lecheler, *Verfassungsgarantie und sozialer Wandel* (Anm. 144), S. 905.
192. Pirson, in: *Bonner Kommentar* (Anm. 1), Rdnr. 11.
193. Siehe oben S. 25f.
194. Siehe oben S. 5 mit Anm. 8. [事実上の展開と、そこから生じる新しい倫理上の問題提起にかかわりなく、教会はその「婚姻への肯定」にとどまっている。ドイツ・プロテスタント教会評議会およびローマ・カトリック教ドイツ司教会議の1981年10月15日の宣言、EKD-Texte Nr. 12, hrsg. v. Kirchenamt der Evangelischen Kirche in Deutschland, 1986, S. 24ff. 牧師および女性牧師の婚姻についてのドイツ・プロテスタント教会の教会会議の通達の中で (1981)、次のように書かれている。すなわち、「教会は婚姻を男女の共同生活の神により指し示された生活形態として前提し、代わりの試みによる批判と問題提起にもかかわらず、それから離れていない。教会は、夫婦がその婚姻の意味を間違え、その婚姻に失敗し得ることを無視してはならない。婚姻についてのイエスの言葉は、そのことによって無効にされない。」EKD-Texte, a. a. O. S. 19. プロテスタント教会は、男女の共同生活の基本形態として婚姻を無価値にすることまたは相対化することに反論す

る：「非婚姻生活共同体は婚姻と同列にされえないし、合法化されえない。」この理由からプロテスタント教会は、結婚せずに共同生活をしている者の願望を果たすことも、結婚式または結婚式類似の公的宗教儀式的行為を実施することをも禁じている。「これは教会の婚姻への同意と一致し得ないだろう。」たとえば、ドイツ・プロテスタント教会評議会の意見交換に基づいてまとめられた文書“Nichteheliche Lebensgemeinschaften” (1985), EKD-Texte, a. a. O., S. 12, 17.: これは、マニュスクリプトのみである—手塚]

195. Siehe oben S. 16f.

196. Lerche, *Stiller Verfassungswandel als aktuelles Politikum*, in: FS Maunz, 1971, S. 285ff.; Hesse, *Grenzen der Verfassungswandlung*, in: FS Scheuner, 1973, S. 123ff.