

論文

ドイツにおけるポリガミーの現状  
——連邦行政裁判所の判例および  
「複婚撲滅のための法律案」を素材に——

Aktuelle Situation der Polygamie in Deutschland:  
Basierend auf der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts und  
dem „Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung der Mehrehe“

村山 美樹

桐蔭横浜大学法学部

(2019年9月14日 受理)

I. はじめに

ドイツにおいて婚姻の在り方が変わりつつある。従来、連邦憲法裁判所は基本法6条1項における「婚姻」の定義を「ひとりの男性とひとりの女性の長期間に渡る生活共同体」としてきた。この定義は、ある論者によっては社会的に変化しうるとされてきた。一方、他の論者にとっては、この定義は憲法改正によってのみ変更可能であり、婚姻を枠付けると解されてきた<sup>1)</sup>。

2017年の同性婚導入はこの議論に一つの終止符を打ったと言えるかもしれない。この定義は社会的な変化によって（憲法改正を経ずに）変化しうるとするのが少なくとも現在のドイツの実務である。

では、以上の定義に残されているとされる単婚であること、または複婚を禁止することは現在、いかなる状況にあるのであろうか。同性婚導入をもたらした「社会的変化」は、立法上のパートナーシップ制度の成立、およ

び連邦憲法裁判所の判例による平準化によって、少なくとも助長されていたと考えられる。また、同性婚導入時においては、これが基本法上の保護を受けうるとする学説の見解も多く見受けられた。以上のような動きはポリガミー（以下、複婚とする）についても、存在しているのであろうか。

こうした疑問を背景に、以下ではIにおいての複婚についての立法状況を確認し、IIにおいて、近時の連邦行政裁判所の複婚への対応を概観する。さらに、IIIにおいては、連邦参議院に提出された「複婚撲滅のための法律案」と、これに呈示されている憲法上の疑義を紹介したい。以上を踏まえたうえで、最後に、複婚導入の現状と今後生じうる憲法上の議論について私見を述べる。

II. ドイツにおける複婚の立法状況<sup>2)</sup>

1. 基本法における婚姻

基本法6条1項は婚姻条項とされているも

の、その文言上、婚姻の定義は置かれていない。しかし冒頭に述べた通り、連邦憲法裁判所は、単婚（モノガミー、一夫一婦制）を原則としていると考えられている。また少なくとも、これまで立法者はこの定義の内容を構造原理として単純法上の婚姻を規律（内容形成）してきており、次のように多くの規範が国内での複婚締結を禁止している。

## 2. ドイツ国内の複婚締結を禁止する規範

複婚は、民法 1306 条（「婚姻は、これを締結することを望む者の一方と第三者との間に、婚姻または生活パートナー関係がある場合には、これが締結されることは許されない。」）により一般的に禁止されている。この規定ゆえに、ドイツ国内では複婚的性格をもつ婚姻を締結することはできない。

しかし、一方の配偶者となる者が、外国人であり、かつその祖国が複婚を許容している場合、この規定によって禁じられる場合と有効とされる場合がある。前者は、祖国に複婚の禁止がなく、すでに結婚している外国人と婚姻（現行的複婚）を締結する場合であり、後者は、祖国が複婚を許容しているが、現在未婚である外国人との婚姻締結（潜在的複婚）をする場合である。しかし後者の場合、ドイツ人の配偶者とすでに婚姻を結んだ後に他のパートナーと複婚を締結する際には、仮に祖国の法によっては有効であっても、ドイツでは重婚としてそれが扱われるために、二つめの婚姻は取消可能とされている。

また、刑法 172 条は重婚を処罰の対象としており、法的に複婚を締結することを禁止している。そのほか、民事施行法 6 条における公序に複婚の禁止は該当するとされることもある<sup>3)</sup>。

## 3. ドイツ国外で締結された複婚に関する規範

一方で、国外で有効に結ばれている複婚関係を許容するか、少なくとも予定している規範も存在している。民事施行法 13 条 1 項は、

婚姻締結の要件は、婚約している当事者の属する国の法に服するとしている。この規定により、ある外国人はその祖国で有効に結んでいる複婚に関してはドイツ国内でも原則として婚姻として受容されている。ただし、同条 2 項においては、当事者がドイツ国内に日常的に滞在しているか、またはドイツ国籍を有している場合には、この他国を基準とした要件の適用を失ない、ドイツ法の適用を受けるとされている。

そのほか例えば社会法典第一編 34 条 2 項は、複数の配偶者における寡婦年金の分割請求権を明文を持って規定しており、これは支配的な見解によれば、現実に存在している複婚を対象としたものであると考えられている<sup>4)</sup>。

## Ⅲ. 判例における複婚への対応——連邦行政裁判所 2018 年 5 月 28 日判決<sup>5)</sup>

連邦憲法裁判所が複婚の導入可能性を扱った判例は近時（同性婚導入後）においてはなお存在しない。他方、連邦行政裁判所は、以下で紹介する判例にて、複婚および単婚への見解を示している。

### 1. 事案の概要

原告は 1981 年にシリアで生まれた男性であり、1999 年からドイツで生活していた。2008 年 4 月にドイツ人の女性と結婚し、この結婚生活において、3 人の子どもを設けた。2009 年から原告は定住許可を得ている。2012 年 4 月に原告はドイツ連邦共和国への帰化を申請したが、すでに 2008 年 6 月にはシリアにてシリア国籍の女性と二つめの婚姻を結んでいた。帰化申請時に、この二つめの婚姻を原告は秘匿していた。

2012 年 6 月には同年 1 月に生まれた当該女性との間で生まれた子の父親として認知するに至っている。当該子は 2013 年の秋から原告と彼のドイツ人の妻と同居するに至って

いる。2017年4月からはシリア人の妻も原告と同じ街にて生活していた。

2012年9月に被告は二つ目の婚姻を認識した。2013年12月11日に原告の帰化の取消決定を下した。自らの帰化の取消しに対して原告は二つめの婚姻は、シリア法の適用を受けたものであり、民事法上、有効であり、かつ、ドイツ刑法における処罰規定も適用されないということを強調していた。

## 2. 判旨

### (1) 「ドイツの生活状況への適応」と複婚の締結について

連邦行政裁判所は、まず、原告が国籍法9条1項の要求する「ドイツの生活状況への適応」を十分になしていたのかという点について考察している。これに関し、同裁判所は、「原告の結んだは少なくとも国籍法9条1項の意味におけるドイツの生活状況への適応からは除外される<sup>6)</sup>」とし、その理由を次のように述べている。

連邦共和国の社会において婚姻は引き続き単婚と特徴と付けられる。近年、婚姻概念に生じたあらゆる変化、及び、子がいるかまたはいないパートナー同士の共同生活の形態が多様化してきたことにかかわらず、婚姻はその都度1人のパートナーとのみ締結しうるし、また、そうあるべきである。この原則は広く認められている。現行の婚姻と並行して存在している法外的な関係は、この原則を疑問に付すものではない。この関係はむしろ、単婚の原則を前提としており、継続する社会的な——個人が生きがいのある、場合によっては正当化も可能であるような——規範からの逸脱として評価される。1969年に姦通罪の犯罪構成要件（刑法172条）が廃止されたことは、単婚の原則が社会的に留意されたり、顧慮されたりすることが、社会的な共同生活の重要な条件として評価されることに何ら変更を加えていない<sup>7)</sup>。

さらに、この社会的・文化的な視点は、法のなかに明確に、かつ、高度に根付いている。

刑法172条は、既婚または生活パートナーシップの中で暮らしている者が、さらなる婚姻または生活パートナーシップ関係を締結することを処罰している。この重婚の刑法上の禁止は、事後的に適用される実体準拠法によって、外国人が祖国において締結した重婚には適用されない。また、外国にて締結された婚姻は国際私法によれば、ドイツの公序の範囲内で法的に妥当していると見なされうことは、単婚の原則それ自体の規範的保護に何ら変更を加えない。このことはたんに、外国で結ばれた重婚への国内刑法または国内私法上の制裁を制限しているのであり、単婚のコンセプトを規範的にも社会的にも疑問に付すものではない。単婚の原則は基本法6条1項の婚姻概念を特徴づけている。単婚の要請は、立法者が考慮し又は実現しなくてはならない制度としての婚姻の保護の一部を形成する。一方の性にのみ開かれた重婚または複婚に対する社会的警戒は、基本法上、男女の同権（基本法3条2項）によってさらに理由付けられる<sup>8)</sup>。

以上のような、単婚の原則による根本的な社会的・文化的特徴づけ、および、高度な憲法および刑法上の固着は、国籍法9条1項2号の意味における帰化志願者が適応しなくてはならない、ドイツの生活状況の一部を形成している。このようにあることは、帰化志願者に注意することを要求し、外国で重婚が有効に締結され、なおかつそれがドイツの刑法を侵害することがない場合でも、ドイツの生活状況への適応を妨げるのである<sup>9)</sup>。

### (2) 「自由で民主的な基礎秩序への告白」と複婚締結について

次に考察の対象となったのは、帰化申請が可能な場合を定める国籍法10条1項において要件とされている、帰化申請者が「自由で民主的な基礎秩序への告白」をなしていることに、現に複婚を締結していることは背くことになるか否かという点であった。

この要件につき、連邦憲法裁判所は、「自由で民主的な基礎秩序」そのものが、個人の

個別的な行動に直接的に関連づけられることはなく、主に国家秩序の側に関連づけられるものであることを明らかにした<sup>10)</sup>。

一方で、個人（帰化志願者）に対しては、民主的に正当化されている立法者の、法創設に関する権限を留保なしに受け入れることが要請されているとしている<sup>11)</sup>。

この原則に照らした場合、原告の複婚状態は有効な自由で民主的な基礎秩序への告白を妨げてはいないと連邦行政裁判所は以下のように判断している。

原告は、単婚を基本法6条1項によって保護される婚姻の本質的の制度として考慮しなかった。しかしそれゆえに、彼が基本法6条1項から直接結婚できなくなるわけではない。基本法6条1項は基本法から直接導かれる、重婚または複婚を断念する基本的義務をとりわけ含む訳ではない。原告は二つ目の婚姻をシリアで妥当する法に従って有効に結び、単婚を守るために創設された刑法172条の処罰規範を犯してもいない。この二つ目の婚姻が自由意思に基づく複婚の共同生活によって、連邦領域内で行われているのであれば習俗違反を意味しない。この婚姻は、職業裁判所が述べるところによれば、連邦領域においても公序の範囲の中で有効に承認される。そのような婚姻から生まれた子は婚内子とみなされ、少なくとも基本法6条1項による家族の保護を享受する。その限りで原告はドイツに妥当している法を考慮していた。単婚の原則的法的保護における欠缺の利用それ自体は、上述の意味における自由で民主的な基礎秩序の無視をうかがわせる行為ではない<sup>12)</sup>。

重婚または複婚は、それが男性にだけ許容されているのであれば男女の同権を無視する前近代的な婚姻モデルの表れである。このことはまさに基本法の立法者に次のことをすることを正当化し、要請する。すなわち基本法6条1項から導き出される制度的保障のほかに複婚の禁止を固着させることである。一方で、法的に可能な範囲において二つ目の婚姻を結ぶことは、複婚の禁止及び単婚の保護へ

の立法権限を根本的に疑問に付すものではない。二つ目の婚姻を締結したことだけでは、複婚の禁止を根本的に疑問視したり、その禁止の撤廃を目指したりと言ったことを目的とした行為とはならない<sup>13)</sup>。

二つ目の婚姻を締結したことによって原告は我々の法制度にとって原理的に相容れない、女性の権利を無視した婚姻モデルを選択している。このことがイスラムの婚姻法全体に当てはまるのかそれとも原告が結んだ具体的な婚姻に当てはまるのかはここでは追究しない。ドイツ法では民法1306条による重婚禁止規定を考慮せずに、二つ目の婚姻が結ばれた場合には、民法1314条1項による取消申請の可能性を開いている。この権利が主張できなかった者は所轄の行政官庁へ申請ができるほか、民法1306条の場合は第三者も可能であり、したがって最初の妻も主張できる。これらの規律は次を強調するものである。すなわち、重婚または複婚は法律上無効というわけではないということである。これらの法律は、ドイツの婚姻理解では排除されている重婚または複婚による婚姻パートナーの権利の侵害を防ぎ、ドイツ法が及ぶ領域において、男女同権の原則を徹底する余地を残すことを目的とするものである<sup>14)</sup>。

### 3. 小括

以上から確認される連邦行政裁判所の単婚制度および複婚制度への態度はいかなるものであろうか。まず同裁判所は、基本法および刑法によって要求されている、ドイツ国内の婚姻において徹底されなくてはならない特質の一つとして単婚を説明している。しかし、それが遵守されていなくてはならないのは、あくまで制度形成においてであり、個人が（外国の法に基づいて）複婚を締結することには「ドイツの生活状況への適応」とは言えないものの、「自由で民主的な基礎秩序への告白」を妨げるものではないという評価を下している。この二つの評価の違いは、前者が直接、「ドイツの生活状況」の一部としての

単婚制度へ帰化志願者が適応していたか否かを問題にしていたのに対し、後者は帰化志願者が単婚に関する立法者の法形成を適切に顧慮していたか否かという点が問われていたためといえよう。原告は前者に関しては、複婚をなしていたため否定された。後者については、個人が複婚をなしたこと自体は立法者の法形成を無視したものとは評価されなかった。

注目されるのは、個人が複婚を結んでいることに対する寛容さである。単婚を保護する法律の欠缺を利用していること自体は自由で民主的な基礎秩序の無視とは評価されえないとされたほか、このような複婚から生まれた子は婚内子として扱うこと、および、基本法6条1項が保障する「家族」の保護は少なくとも受けるとしているなど、複婚関係それ自体が必ずしもドイツの法自体を脅かしているものではないこと、さらに、この関係が憲法の保護および法律による保護を受けうるものであることを明示している。

もっとも、外国の「一方の性にのみ開かれた」複婚制度自体については、「女性の権利を無視した」「前近代的な」婚姻モデルとして、根本的にドイツの法秩序のもとでは受容されないとしていることも顧慮されなくてはならない。この評価に基づき基本法6条1項は複婚の禁止を要請しているともされている。基本法は3条2項において男女の同権を定めている。この条文を顧慮したうえで体系的に解釈した結果がこの禁止要請であることが確認できる。また、基本法6条1項の「婚姻」の保護を複婚が享受するとは明確には述べていないことも注意すべきであろう。

#### IV. 「複婚撲滅のための法律案」

以上、ドイツの法体系および行政裁判所の判旨から確認される目下の複婚への対応は、端的に述べるのであれば、「国内で制度として複婚が導入されること、および、複婚を国家的に承認することに対しては明確に禁止し

ているが、個人が外国にてそれを締結すること、および、その関係にて実際に生活していることには一定の法律上の保護、さらには基本法上の保護を享受しうるとするまでに寛容である」ということであろう。

もっとも、バイエルン州は2018年6月5日に「複婚撲滅のための法律案」（以下、「法律案」とする）を連邦参議院に提出した<sup>15)</sup>。この法案によれば、外国で有効に締結された複婚をドイツ官庁が自らの権限によって廃止することを可能とするものである。その内容は概ね2つにわかれる。1つは、ある婚姻配偶者がドイツに日常的に滞在していた場合、いまひとつの内容は、ドイツにおいて締結することが可能となっている状況を、将来的に撤廃することを目標としている。

##### 1. 概要

その明文上の目的は複婚についての法的明確性及び法的安全性を確立しようとするものである<sup>16)</sup>。「法律案」は、この目的を、民法施行法13条3項の後に新たに4項を挿入することによって達成しようとしている。これによれば、外国法によって締結された婚姻を、その両配偶者が日常的にドイツ国内に滞在していた場合及び、婚姻締結時に配偶者のうちの1人と第三者が既に婚姻または生活パートナーシップを結んでいた場合に、ドイツの法に従って将来的に廃止することが可能になるとされている。その際、取消手続き自体は民法1313条以下によって行われる。廃止を申請する権利は、当該配偶者たちのほか、とりわけ民法1316条1項2文に示されている行政官庁も持つことになるとされる。

##### 2. 「複婚撲滅のための法律案」に対する批判——憲法上の保護の観点から

「法律案」については、種々の批判が存在しているが<sup>17)</sup>、ここでは、外国で結ばれている複婚は基本法6条1項の「婚姻」の保護を受けるとしているS. マーテンズによる批判を紹介しよう。彼によれば、「法律案」に

は以下のような憲法上の疑義がある。

(1) 複婚は明示的に「男女同権」に反するパートナー関係ではないこと<sup>18)</sup>

まず、マーテンズは例えばイスラム型の「複婚」をなしていることが必ずしも女性の権利を侵害するものとは言い切れないことを主張している。確かにこの関係は男性優位を原則としているが、この優位は単婚でも展開しうるのであり、複婚の方がより深刻な作用をもたらすという証明はない。また、法的に承認された妻の法的地位が少なくとも愛人よりも明らかに良好となることにつき一般的に詳述されることもない。また、複婚の中では女性が単婚よりもより劣悪の地位に置かれるということに関する経験的な調査も存在しない。複婚の中では一般的に女性が劣悪な地位に置かれることは、複婚そのものの性質の中には十分に見出されず、むしろ複婚を許容しない文化の特別性のなかにあるとしており、少なくとも複婚と単婚の間の差別は女性の権利によっては正当化されえないとしている。

(2) 基本法6条1項の中心的法益としての婚姻締結の自由<sup>19)</sup>

上の通り、基本法が婚姻のなかに想定している憲法原理に背くものでないことを明らかにしたうえで、マーテンズは、基本法6条1項の解釈においては、確かに国家が任意に処理しうる婚姻とそうでない関係を区別する必要はあるが、抽象的な婚姻制度の保護よりも個人的自由の保護および婚姻締結の自由を中心的法益と考えるべきであるとする。そしてこのような保護は、外国の法制度によって有効な婚姻関係が形成されており、それに一定の社会的な地位が確立されているのであれば、一般的にこれらの保護が制度の保護よりも優位すべきであるとする。つまり、パートナーがすでに有効な婚姻の共同体を確立しており、そのような婚姻において実際に生活している場合、国家はこの自由を選択された関係を原則的に保護しなくてはならないとしている。

(3) 複婚におけるパートナー同士の不平等な取扱い<sup>20)</sup>

また、「法律案」によれば時間的に最初の婚姻締結が存続し一方であらゆる後に続く婚姻締結は廃止されることになるが、マーテンズによれば、この措置は、たとえドイツの婚姻観念に合致していようと、パートナー同士への正当化されえない恣意的な差別に当たるとしている。というのも、パートナー同士は原則的に、その関係において当事者たちが増えていくことを前提にした、外国の法に従った複婚を締結しているのであり、それにもなう権利と義務を享受している。よって、最初の妻にとって、2人目の妻は、自らを裏切るものではなく、彼らにとっては禁止されている重婚ですらない。このような関係に、ドイツの婚姻に関する法を遡求的に適用するとすれば、当事者全員の信頼を裏切ることになるとする。排除されるパートナーの区別に適切な基準が見出されない以上、これは恣意的であり基本法3条1項に違反するとしている。

V. 結論——複婚導入の現状と今後生じうる憲法上の議論

以上、ドイツにおける複婚の現状につき確認してきた。上述の通り、国外にて結ばれる複婚関係については、現在のところ単純法および判例上、法的な保護を享受しうる対象とされている。他方で、複婚の法制度自体、とりわけイスラム諸国の法体系にて認められる一夫多妻の複婚については、男女同権を損なう制度として、明白にドイツの婚姻とはなじまない制度として扱われている。さらにはここから、個人の複婚の撲滅を標榜する法律案の提出までなされており、この法案自体の先行きは不透明であるが、「個人の複婚に関してはなぜドイツ法体系は寛容であるのか。また、なぜ複婚を認めることは許されないのか」といった点について改めて、考慮する必要がある時期には来ているとは言えるだろう。

その際、基本法6条1項の「婚姻」の保護

を複婚も享受しうるとしたマーテンズの見解は実に興味深いものであった。男性のみに複数の権利を保障している制度そのものは確かに男女同権に反するため、許されない制度形成であろう。しかし、外国で成立したそのような複婚での事実上の関係性そのものに男女同権がないと評価することは早計とも言えるかもしれない。また、そのような関係にドイツの公権力が介入するのは、平等原則を始めとした彼らの基本権を損なう結果にもなろう。しかし、基本法6条1項の保障する婚姻締結の自由が彼の述べる通り、外国の婚姻に関する締結の自由をも保護対象とすることに関しては、なお異論の余地があるところであろう。例えば、連邦憲法裁判所は婚姻とかつての（婚姻とほぼ同様に規律されている）生活パートナーシップは「当事者間で継続的に引き受け、法的にも拘束する責任」にて異なることがないと評価され、後者は婚姻と同様の法的保障を受けうるとされていた<sup>21)</sup>。外国で結ばれた複婚関係に、このような性質は認められうるであろうか。また、これはいかなる方法にて証明されるのであろうか。今後の議論の進展が待たれる。

#### 【注】

- 1) この議論については拙稿「同性婚をめぐる憲法上の議論」中央大学大学院研究年報46号7頁以下を参照。
- 2) この章の記述は主にC.F.Majer, Polygamie in Deutschland-Rechtsslage und Reformdiskussion, NZFam 2019, S.242 f.を参照している。また、複婚の禁止が、基本法6条1項の保障内容に含まれる婚姻締結の自由を侵害する者でないとするものとしてJ. Ipsen, Ehe und Familie, in: J. Isensee / P. Kirchhof (Hrsg.), HdbStR Bd 7, 2009, S.441 fを参照。
- 3) また、複婚は基本法3条2項を侵害する故に、後述する民事施行法13条の規定とこの規定は衝突していると捉えるものとして、Majer, Anm.2, S.243.
- 4) W. Lileg, SGB Kommentour, 4. Aufl. 2016, § 34, Rn.27を参照。
- 5) 以下では評釈として、W. Kluth, Anmerkung, ZAR 2018, S.319 f.; T. Marburg, Anmerkung, StAZ 2019, S.119を参照。
- 6) BVerwG, Urt. v. 29.5.2018, 1 C 15.17, Rn.17.
- 7) BVerwG, Urt. v. 29.5.2018, 1 C 15.17, Rn.22.
- 8) BVerwG, Urt. v. 29.5.2018, 1 C 15.17, Rn.22.
- 9) BVerwG, Urt. v. 29.5.2018, 1 C 15.17, Rn.24.
- 10) BVerwG, Urt. v. 29.5.2018, 1 C 15.17, Rn.58.
- 11) BVerwG, Urt. v. 29.5.2018, 1 C 15.17, Rn.58.
- 12) BVerwG, Urt. v. 29.5.2018, 1 C 15.17, Rn.61.
- 13) BVerwG, Urt. v. 29.5.2018, 1 C 15.17, Rn.62.
- 14) BVerwG, Urt. v. 29.5.2018, 1 C 15.17, Rn.63.
- 15) BR-Drs. 249/18, S.1.
- 16) BR-Drs. 249/18, S.1. また、BR-Drs. 249/18, S.2には具体的にどの国の複婚の形態を問題としているか、明示されている。
- 17) 例えば、Majer, Anm. 2, S.243 fにおいては、イスラム諸国で広く行われている複婚は、民事施行法6条の定める公序にて捉えられない故に、この法案の目的自体には一定の説得力があるが、その細部についてはなお疑問の余地があるとしている。さらに、A. Dutta, Derbyerische „Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung der Mehrehe“ FamRZ 2018, S.1141 f.
- 18) S. Martens, Wider die Bekämpfung der Mehrehe, ZRP 2018, S.245.
- 19) S. Martens, Wider die Bekämpfung der Mehrehe, ZRP 2018, S.245.
- 20) S. Martens, Wider die Bekämpfung der

Mehrehe, ZRP 2018, S.245.

- 21) BVerfGE 124, 199, 225. さらにこの判例については拙稿「婚姻の意味変化について」中央大学大学院研究年報 44 号 426 頁以下を参照。