

タイトル	最高裁判決に見る家族と婚姻：憲法24条との関連で
著者	館田，晶子；TATEDA, Akiko
引用	北海学園大学法学研究，53(2)：1-19
発行日	2017-09-30

最高裁判決に見る家族と婚姻 — 憲法二四条との関連で

館 田 晶 子

はじめに

二〇〇〇年以降、最高裁は、家族法に関して判例変更を含む重要な判断を重ねてきた。

憲法二三条の個人の尊重、同一四条の法の下の平等、同二四条の家族生活における個人の尊厳と両性の平等などとの関連で、家族法分野には多くの憲法上の問題が残されていることが、つとに指摘されてきた。近時の家族法をめぐる最高裁の傾向は、こうした憲法問題のいくつかについて違憲判断を含む一定の判断を示したものである。

もともと、このような最高裁の態度から、ただちに最高裁が家族法における憲法問題を積極的に解決する意欲を見せているとみるのは早計であろう。なぜなら最高裁は、基本的に従来の家族法理論の枠組を維持した上で、その範囲

内で婚姻や家族を理解しているからである。日本国憲法が制定され、その二四条において婚姻における男女平等、家族生活における個人の尊厳と両性の平等が明記されたことにより戦前の家制度が形式的には解体されたにもかかわらず、民法上の婚姻制度とそれを登録し公証する戸籍制度とが旧来のしくみを温存していることは、かねてより指摘されてきた¹。すでに最高裁による違憲判決・決定の結果法改正がなされたが、婚外子の相続分を嫡出子の二分の一としていた民法九〇〇条や女性のみ六ヶ月間の再婚禁止期間を設けていた同七三三条は長い間学説においても違憲の疑いが強く主張されてきたものであり、また、同七五〇条の夫婦同氏原則や同七三一条の婚姻年齢の男女差も、合憲性あるいは合理性への疑問が呈されている^{2,3}。すでに述べたように、そのいくつかについては訴訟で争われているが、合憲判断の場合とはより違憲の判断であっても、そこで述べられている内容は、家族制度の持つ原理的な問題に切り込んでいるとは言いがたく、むしろその是非の判断を立法裁量に委ねるものが多く見られる。しかし立法府においては違憲判断がなされた場合を除き当該民法規定を見直そうとする機運は乏しく、政党によっては、消極的どころか復古的な家制度への回帰の傾向さえ見せるものもある⁴。

戦後家族法の中に温存されてきた家制度の残滓が改正されるにあたって、最高裁の違憲判断が作用したのは明らかにである。別言すれば、違憲判断がなければ法改正は具体化しにくいともいえる。では、最高裁は家族法関連の争訟に如何なる態度で臨んでいるだろうか。本稿では、憲法規定とりわけ二四条との関係で問題が指摘されてきた戦後家族法制が、最高裁においてどのように理解されてきたかをいくつかの判例を題材に概観した上で（１）、それが憲法の要求する家族像や婚姻のあり方と整合するか否かについて検討したい（２）。

一・最高裁判例に見る婚姻と家族

1 二〇〇八年国籍法違憲判決⁵⁾

近時の最高裁による一連の家族法関連の重要判例の中で、まず挙げられるのは、二〇〇八年の国籍法違憲判決であろう。この事件は、フィリピン国籍の母と日本国籍の父との間に生まれた婚外子について、出生後の届出による日本国籍取得に父母の婚姻を要件としていた国籍法旧三条一項の規定が、憲法一四条の平等原則違反に問われたものである。最高裁は、国籍法三条一項が設ける準正要件が憲法一四条に違反する「過剰な要件」であったと認定した。最高裁は、国籍法三条一項の趣旨を、「日本国民である父との生活の一体化」を通じた「わが国社会との密接な結び付き」が生ずる者に日本国籍を付与するものとし、このような「わが国社会との密接な結び付き」は準正すなわち法的婚姻家族への包摂ともやは必然的に結びつくものではないとしたのである。

この最高裁判決の論理は、国籍法の血統主義が前提とする民法上の親子関係法の原則から見ると、その逸脱と呼ぶるものかもしれない。なぜなら、民法の親子関係法の基本構造は、法的婚姻カップルとその間に生まれた子（嫡出子）による法的婚姻家族が中心となっているからである。民法上、法的母子関係は分娩の事実により確定するが、法的父子関係は基本的に民法七七二条の嫡出推定により当該子の母との婚姻を通じて形成される。すなわち、父子関係は原則として母との婚姻を媒介にして形成され、認知のみによる直接的な法的父子関係の形成は例外にすぎない⁶⁾。本判決が、国籍法旧三条一項立法当時は認知に加えて準正を日本国籍取得の要件としたことに一定の合理性があったとしたのは、このような法的婚姻家族中心の家族観が背景にある。

このような従来の理解に対して本判決は、嫡出性による区別⁷を、憲法一四条に反するに至ったと判断した。つまり、最高裁は少なくとも、国籍取得の場面における父と子の親子関係⁸にとつて嫡出性は重要な要素ではもととなく、日本との密接な結び付きを示す指標のひとつであった（にすぎなかった）と判断したことになる。そうすることによって、最高裁は、日本の国籍法における血統主義を、嫡出性を排した血縁性のみに基づき付けたことになる⁹。

2 二〇一三年婚外子相続分差別違憲決定¹⁰

民法旧九〇〇条四号但書で婚外子の相続分が嫡出子の二分の一とされていた規定について、最高裁はかつて、一九五五年七月五日大法院決定¹¹において合憲と判断した。一方、最高裁の合憲決定にもかかわらず、本規定の合憲性への疑いは学説において根強く主張されていた。その後も同種の訴訟が多く提起され最高裁小法院において合憲が維持されたものの、その結論は僅差であったなど¹²、違憲判決への環境が整いつつあった中で、本規定は二〇一三年に最高裁によって、法の下の平等を定めた憲法一四条に反するとされた。

本決定でも、上記二〇〇八年国籍法判決と同様、家族の多様化や婚外子差別撤廃に関する国際的・国内的状況など立法事実の変化を根拠として、本件相続が開始された二〇〇一年の時点では婚外子と嫡出子との相続分を区別する合理的根拠は失われていたと判断された。

本決定において最高裁は、法律婚主義を定める民法七三九条一項が憲法二四条を受けたものであるとの認識を示している。これは、憲法二四条二項が婚姻及び家族に関するその他の事項につき、法律が制定されることを前提としていることを指しているものと思われる。そして、法律婚主義の下においても法定相続分の定めについて個人の尊厳と

法の下での平等を定める憲法に照らして不断に検討され吟味されなければならないと述べる。¹³

以上のように、二〇〇八年国籍法判決から二〇一三年婚外子相続差別違憲決定に至る流れを見ると、婚外子に関しては、最高裁は嫡出子との間の区別（差別）をなくしていく方向性を明確に示している。家族のありかたの多様性や婚外子に対する国際的・国内的状況の変化など立法事実の変化をその根拠とする最高裁のこのような傾向は、学説からも概ね好意的に受け止められている。

その一方で、これらの判決は家族や婚姻の概念そのものを見直すものというわけではなく、基本的には従来の理解を前提にしているように思われる。つまり、法律婚家族を家族制度の中心に置きつつ、そこから逸脱する親子関係について、一定の場合には嫡出性ではなく法的親子関係にのみ着目して、法の下での平等に則り同じように扱うというものである。

3 二〇一三年および二〇一四年の嫡出性をめぐる最高裁の判断

右に見たように、婚外子差別が問題となった事例では、最高裁は、嫡出子と婚外子との間の差別を解消する方向に舵を切った。では最高裁は、家族法における嫡出子の位置付けについては、どのように考えているのだろうか。この点を理解するために、次に、婚姻カップルの間に生まれた子の嫡出性が争われた事例についての最高裁の二つの判断を見てみたい。

ひとつは、二〇一三（平成二五）年一二月一〇日第三小法廷決定¹⁴である。この事件は、性同一性障害者特例法に基

づき女性から男性へ性別変更をしたのちに女性と婚姻したX1とその妻X2が、当該婚姻中にX2がA1D¹⁵によって懐胎し出産した子につきX1を父とする出生届を提出したところ、東京都が父の欄を空欄とした上でX2の子とする戸籍の記載をしたため、子の父の欄にX1と記載するなどの戸籍の訂正を求めたものである。この事件で最高裁は、当該夫婦の間に性的関係によって子を儲けることはおよそ想定できないが、「一方でそのような者に婚姻することを認めながら、他方で、その主要な効果である同条「民法七七二条」による嫡出の推定についての適用を、妻との性的関係の結果もうけた子であり得ないことを理由に認めないとすることは相当でない」（「内筆者」として、戸籍の訂正を認めた。

もうひとつは、二〇一四（平成二六）年七月一七日第一小法廷判決¹⁶である。子が戸籍上その嫡出子とされている父に対して親子関係不存在確認の訴えを提起したものである。この事件は、上告人である当該子と法律上の父との間に血縁関係がないことがDNA鑑定によって明らかになっているほか、上告人は血縁上の父を「お父さん」と呼び生活を共にしているなど、生活の実態も血縁上の父との間に成立しているケースであった。本件においては、DNA鑑定で血縁上の親子関係がないことが明白になっている場合においても嫡出推定を維持するかが争われた。判決は、当該子は推定を受けない嫡出子にはあらず本件親子関係不存在確認の訴えは不適法であるとした。つまり、生物学的な血縁のないことが明らかであっても、法的婚姻関係をもとに嫡出性を認めるとしたのである。

この二つの事件は、最高裁が血縁説ではなく外観説を採ったと評されているが、ここではさしあたり、最高裁が親子関係の確定について血縁という事実よりも法律婚という婚姻制度の枠組みを優先させていることを確認するにとどめる。¹⁷

着目したいのは、二〇一三年小法廷決定における寺田補足意見である。寺田補足意見は、現行の法律婚制度の趣旨

を次のように理解する。すなわち、婚姻とは男女カップルの間に生まれた子を嫡出子とする仕組みであり、その存在を通じて次世代への承継を予定した家族関係を構築する趣旨である、と。婚姻の効果として民法で定められる様々な権利義務関係も本質的には共同生活者としての家族（子）の扶養の必要性の反映であり、夫婦同氏もまた、実質的には嫡出子の氏を決める意味を持つとする¹⁸。

4 二〇一五年夫婦同氏合憲判決¹⁹

法律婚と嫡出推定との関係については、二〇一五年の大法廷判決でより具体的な言及がなされている。本件は、夫婦同氏を定める民法七五〇条の規定が憲法一三条の自己決定権、同一四条一項の法の下での平等、同二四条一項の婚姻における両性の平等、同条二項の家族法制における個人の尊厳と両性の本質的平等に反するとして争われたものである。本稿との関係では、憲法二四条適合性について述べられた部分に着目する。ここでは、夫婦同氏の合理性が、嫡出子との関係で述べられている。すなわち、氏名については一九八八年のいわゆるNHK氏名読み方訴訟²⁰を引用して、「社会的にみれば、個人を他人から識別し特定する機能を有するものであると同時に「個人からみれば、人が個人として尊重される基礎であり、その個人の人格の象徴であって、人格権の「内容を構成する」とする一方、名から切り離された氏については、「氏は、家族の呼称としての意義があり、夫婦同氏は「家族という一つの集団を構成する一員であることを、対外的に公示し、識別する機能を有している」とする。そして、「婚姻の重要な効果として夫婦間の子が：嫡出子となるということがあるところ、嫡出子であることを示すために子が両親双方と同氏である仕組みを確保することにも一定の意義がある」とするのである。

法律婚およびその効力²¹としての夫婦同氏が、子の嫡出性を示す意義を有するという見方は、寺田補足意見に、より詳細に見られる。先に見たように、寺田裁判官はすでに二〇一三年小法廷決定の補足意見において、民法七五〇条の夫婦同氏の仕組みが嫡出子の氏を定める意味を持つという理解を示していた。本判決の補足意見においてもほぼ同じ文言で、「男女間に認められる制度としての婚姻を特徴付けるのは、嫡出子の仕組みをおいてほかになく」、「このように婚姻と結びついた嫡出子の地位を認めることは」「憲法二四条との整合性に欠けること」はないと述べており、「夫婦の氏に関する規定は、まさに夫婦それぞれと等しく同じ氏を称するほどの繋がりを持った存在として嫡出子が意義づけられていることを反映している」としている。

5 小括

以上、現行民法の婚姻制度・家族制度に対する最高裁の理解を見てきたが、これらをまとめると次のようになる。まず何よりも、憲法二四条を受けて民法で定められた婚姻制度は、法律婚と嫡出子からなる法律婚家族を基本単位としており、とりわけ嫡出子を中心とする婚姻家族の形成が、法律婚の主な意義と解されている。

その上でしかし、婚外子と嫡出子の別異取扱いについては、家族の多様性や個人の尊重という觀念の浸透などの社会状況の変化から、区別を支える合理的根拠は薄くなっているとの判断がなされている。もつともこのことは、嫡出制度すなわち婚外子と嫡出子との法的身分の違いを否定するものではない。民法上、嫡出子という法的身分が存在している以上、上記法律婚の意義は依然として失われてはいないという、一種の循環論法が伺える。また、嫡出性を争った判例によれば、嫡出親子関係は、必ずしも事実としての血縁が優先されるわけではなく、一義的には法律婚との関

係で定まる。

民法第四編第二章第二節が定める法律婚による法的効果は、嫡出子を中心とする婚姻家族を扶養し維持し承継するための仕組みであり、夫婦が同じ氏を称することもまたそれに含まれる、というのが、最高裁判例に見られる婚姻制度に関する理解である。

二．憲法二四条と現行家族法との関係

1 憲法二四条の意義

では、学説は憲法二四条の家族や婚姻をどのようなものとして理解しているのか。

憲法二四条は、一項で夫婦の同等の権利を定め、二項で家族法制における個人の尊厳と両性の本質的平等を定める。その意義はなによりもまず戦前の家制度の否定であり、家族内における男女平等と個人主義を定めたものであるが、二四条をいかなる性質を持つ条文と理解するかについては、いくつかの見解がみられた。君塚²²によれば、学説においては憲法二四条の意義を家制度の廃止とする点では共通するものの、その人権²³としての性格につき当初は自由権と解するものや社会権と解するものなど様々見られたが、憲法一四条の平等権・平等原則の特別法的規定と捉える立場から発展して、現在は憲法一四条のほか同一三条の幸福追求権の両方の特別規定と捉える立場が登場した²⁴。現在は、二四条をこの一三条および一四条の両方の婚姻および家族生活における具体化とする立場が多数説であり通説的見解と²⁵言つてよいであろう。

この立場は、憲法二四条一項について、当事者の合意のみを婚姻の要件とする「婚姻の自由」を定めたものと解し、

これが同一三条によって保障されるべき自己決定権の具体化であると解する。さらに、二四条一項の夫婦同等の権利および同条二項の立法における個人の尊厳と両性の本質的平等を、憲法一四条の法の下の平等のコロラリーと考える。この見解に立てば、憲法二四条が謳う両性の合意のみによる婚姻、個人の尊厳、両性の本質的平等は、「家族が、究極的には平等で自由な個人間の結合であるほかないことを示すものであり」、従って二四条の内容は「憲法の他の条項から導出可能」であるということになる。²⁶ この見解を突き詰めてゆけば、「契約的家族観」にたどり着くであろう。²⁷

他方、家族を婚姻によって形成される団体と捉え、憲法二四条はその人的結合を保護するものとする見方もある。²⁸²⁹ この立場は、先に見たものと同様に婚姻を両当事者の合意のみに基づく契約的關係と考えつつも、³⁰ 婚姻により形成される家族を、夫婦とその間に生まれる子どもから成る団体とし、このような家族を憲法は保護しているのだとする。³¹ このように、家族の団体としての性格を強調し、その保護が憲法二四条の目的であるとする考え方は、保護の対象となる家族（それは往々にして法律婚家族が想定される）³²とそうでない人的結合との切り分けを伴う。この立場に含まれると思われる米沢は、「二四条は、夫婦、親子から成る法律上の家族を社会や個人を支える基軸として措定しており、それを国家が保護することを許容している」とする。そして、「法律上の家族の保護は重要な立法目的とみなされ、二四条は法律上の家族とそれ以外の人的結合との別異取扱いを正当化する機能を果たすことがある」とし、更に「憲法が法律上の家族と多様な人的結合体との全面的な同一扱いを要求しているとまではみなしえ」ないとする。³³

しかしこの後者の見解に対しては、憲法が想定する家族をかように限定的に解する必然性があるかという疑問が生ずる。前述の「契約的家族観」を提示した安念は、「日本国憲法を見るならば、そこには、家族に対する格別のコミットメントは認められないように思われる」と指摘する。³⁴ 確かに、憲法は家族の意義について明示的には語っておらず、特定の家族観を当然の前提として見ると見る必然性はない。

更に言えば、夫婦とその子どもから成る家族の保護を、立法目的として憲法二四条の文言から直ちに導出できるかどうかも疑問である。婚姻の自由と夫婦同等の権利（一項）、個人の尊厳と両性の本質的平等（二項）を明示的に定める二四条は、家族が個人に立脚して形成され維持されることを要請するが、そこに「夫婦と子どもから成る法律上の家族」の保護まで読み込むのは、読み込みすぎの感が否めない。芦部信喜は、憲法二四条の社会権的性格を否定する文脈ではあるが、二四条は「国に家族保護の責務を課していない」と述べる。³⁵

2 最高裁に見る家族観の評価

最高裁判例に見る家族観は、上記の検討における米沢説と整合的であるように思われる。すなわち婚姻家族を法律上保護すべき一種の団体として認識し、そのためのしくみを婚姻の法的効果として整えておくというものである。二〇一三年婚外子相続差別違憲決定が「憲法二四条を受けて民法二三九条が法律婚主義を定めている」と述べたのは、保護すべき団体を具体化したものが民法における法律婚であるという理解であろう。婚姻が保護されるべき理由として挙げられるのが、当該法律婚カップルの間に生まれた子の福祉であり、そのような子を嫡出子として安定的に監護するために民法は様々な婚姻の効力を定めているとするものである。

しかし、このような理解は一方で、嫡出子ではない子の保護を置き去りにすることを容認する。二〇一三年婚外子相続差別違憲決定において民法九〇〇条四号但書の婚外子相続差別規定が違憲とされるより前、一九九五年婚外子相続差別合憲決定で同規定が合憲とされた際に、最高裁は婚外子の相続分を嫡出子の二分の一とした規定について「民法が法律婚主義を採用している以上、法定相続分は婚姻関係にある配偶者とその子を優遇してこれを定めるが、他方、

非嫡出子にも一定の法定相続分を認めてその保護を図ったものである」(傍点筆者)と述べていた。このことは、最高裁が、法律婚制度の下で保護されるべき子とは専ら嫡出子のことであり、婚外子はそもそもその対象外であったと考えていたことを示している。³⁶

同様の考え方は、二〇一五年夫婦同氏大法院判決でも、氏の位置付けをめぐる展開されている。判決は、「氏名」と「氏」とを別個の意義を持つものと位置付け、名から切り離された「氏」に関しては、個人の呼称としての意義があることを認めつつも、夫婦及びその嫡出子が名乗るべき家族の呼称であることを理由に、具体的な法制度(ここでは嫡出子を中心とした法律婚制度)を離れて論ずることはできないとする。

3 検討

このような最高裁の態度は、果たして憲法二四条の意図するところであろうか。憲法二四条にいう婚姻の意義に関しては、二つの見方があり得よう。

ひとつは、最高裁のように婚姻の意義をカップルの間の子を中心を考える場合である。確かに、婚姻制度に期待されている最も重要な機能が「夫婦の間に生まれた子を社会的に承認し、その監護、教育をする」ことであるとの観点から、子の居場所となる家族、なканずくその親であるカップルの関係や状態が安定的でなければならぬという要請は、それ自体としては正当なものといえる。そしてそのために、婚姻制度によって法律婚カップルに一定の法的効果を生じせしめることもまた認められよう。その意味で、婚姻を制度として法的に保護する意味はある。

しかし、子の福祉というその目的から見れば、法律婚カップルの間に生まれた子だけを法的保護の対象とする必然

性はない。本来、子どもを守るために採用された法律婚制度を維持するために、保護の対象となるべき子らを嫡出性によって峻別した上で異なる法的身分を与え、別異に取り扱うことは、本末転倒であろう。

憲法二四条は家族や婚姻の形態やその保護のありようについては具体的に言及しない一方で、明示的に両性の本質的平等と個人の尊厳を定める。つまり憲法二四条が要求しているのは配偶者間の平等対等な関係であり、子がいる場合には当該子が個人の尊厳を保ったかたちで家族関係の中に置かれることである。憲法二四条が、法律上の婚姻のみをとくに保護の対象としているという見方は、法律婚制度の存在を前提として、その制約の中で憲法二四条を解釈しようとするものであり、一種の逆転現象が生じているように思える。³⁹

これに対して、もうひとつの見方が提示できよう。婚姻の意義を婚姻当事者を中心に見るものである。現行憲法下における婚姻は、家の存続を目的とした戦前の家制度の下でのそれとは全く質が異なるものとして位置付けられるはずである。憲法二四条一項は、同等の権利を有する対等な個人が自らの意思によって結びつくべきことを定め、二項では、そのような家族を形成し維持するためのしくみが、個人の尊厳と両性の本質的平等⁴⁰に基づくべきこと（のみ）を定めている。端的に言えば、現行憲法下における婚姻は、平等かつ互いに尊厳を保たれたカップルを中心に觀念されるものといえる。無論このことは、子やその他の家族構成員が念頭に置かれていないことを意味するものではない。憲法二四条二項が家族に関する事項につき個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚すべきことを言うとき、そこに子やその他の家族構成員が含まれていることは言うまでもない。そのような婚姻家族観は、両性が婚姻関係において互いに尊厳を保つことを要請するし（どちらか一方が意に反して氏の変更を強制されるようなことはない）、家族の一員である子が尊厳ある個人として尊重されることも要請するはずである（婚外子だからといって嫡出子と区別／差別されない）。

このように、嫡出子を中心とする家族観からカッフルを中心とする家族観への転換が、憲法二四条によってなされたと見るべきであろう。だとすれば、憲法二四条は形式的に家制度を廃するだけではなく、家の存立を目的とした嫡出制度をも見直すものとして理解されるべきであった。

4 小括

嫡出子を中心とする法律婚を婚姻制度の根幹とする現在の婚姻制度の評価は、その内容を精査すれば、右で検討したような婚姻の自由・個人の尊重・両性の本質的平等に立脚した憲法二四条の家族観とは相容れないように思われる。しかしながら、立法府は（すでに一九九六年に民法改正案が提示されているにもかかわらず）現行制度の改正に消極的であり、最高裁も、婚外子差別については解消の方向性を示しつつも、すでに見たような嫡出子中心の家族観を維持続けている。

この点に関しては、さしあたり、二つのことを指摘しておきたい。ひとつは、現行の法律婚制度への最高裁や立法府の強いこだわりは、現行の法律婚制度にこだわることでそれ自体が目的である可能性が否定できないということである。現在の嫡出制度を中心とした法律婚を優遇することによる保護は、嫡出家族への国家の「特別の関心」を意味する。別言すれば、法律婚およびその間に生まれる嫡出子によって構成される家族こそが正当な家族であるとのエンドースメント（是認）⁴¹がそこには存在する。このことが、国家が想定しない家族的結合を排除する結果を生んでおり、それが個人の尊厳を損なうがためにこれまでいくつもの異議申立がなされてきたのである。

二つめに、しかし法律婚制度の具体的内容が現在の形で維持される根拠は実は最高裁判例においても明確には示さ

れていないということである。法律婚が現在の制度設計（嫡出制度、夫婦同氏、異性婚等）のまま維持される必要があるかどうかは、自明ではない。そもそも憲法は、すでに見たように、一定の家族像を提示しているわけではない。従って、法律婚制度の具体的内容は多様であり得る。最高裁が言うような、「嫡出子を中心とする婚姻家族の形成が法律婚の意義であり、夫婦が氏を同じくすることも嫡出子の氏を定める意義がある」という説明も、現在の制度がそうなっているという説明以上のものではない。であれば、憲法二四条の趣旨を明確にした上で、現在の婚姻制度が真にその趣旨に合致したものであるか否かを検討することが必要であらう。

おわりに

明治憲法下で存在した家制度が日本国憲法二四条が定められたことによって廃止されることとなったにもかかわらず、家制度のもとでその根幹を担っていた夫婦同氏や嫡出推定が、戦後七〇年を経た今なお残っていることは、憲法二四条にとつては重大な問題である。戦後家族法改革の不徹底による憲法と民法の齟齬が（改革の試みは常にありつつも）いまだ解消されていないことは、戦前の家制度の観念がいかに強固に日本の家族のあり方を規定していたかを物語るものである。これまで指摘されてきた家制度の残滓のいくつかが、最高裁判決なくして見直されることがなかったことも、その傍証である。

家族のあり方が多様化していることは、最高裁においてもすでに強く認識されている。しかし、それが制度に反映されないことにより、実質的にはその多様なあり方が制約を受けていることに、最高裁は意外なほど無頓着であるように思える。憲法にいう個人の尊厳は、いかなる個人であっても尊厳をもつて扱われることを要請している。それは国家に対して多様な個人を多様なまま尊厳ある個人として尊重することを命ずるものであり、それはいかなる家族の

あり方を選択した場合でも同様なのである。

- 1 西希代子「民法と憲法——家族法の中の憲法問題」月報司法書士五四三(二〇一七)、二九頁。また、同三五頁の注5)も参照。
- 2 たとえば、野中俊彦・中村睦男・高橋和之・高見勝利『憲法1「第五版」』(有斐閣・二〇一二)、二八九頁、同二九三頁。
- 3 これらは、子どもの権利条約委員会や女性差別撤廃委員会などの国際人権条約機関からも改善すべき点として勧告を受けてきた。子どもの権利条約に基づく第三回政府報告に対して二〇一〇年に出された最終見解 (http://www.mofa.go.jp/mofaj/gaiko/jido/pdfs/1006_kj03_kenkaipdf) パラグラフ三二―三三、女性差別撤廃条約に基づく第七回・第八回政府報告に対して二〇一六年に出された最終見解 (http://www.gender.go.jp/international/int_kaigi/int_teppai/pdf/C07-8_jpdf) パラグラフ二二―二三など。(二〇一七年八月二日最終閲覧)
- 4 自民党が二〇一二年四月に発表した「日本国憲法改正草案」(<http://constitution.jimin.jp/draft/>)の二四条改正部分の問題点について、辻村みよ子『憲法と家族』(日本加除出版・二〇一六)、三三三頁。
- 5 最高裁二〇〇八(平成二〇)年六月四日大法廷判決(民集六二・六・一三六七)。最高裁は同日に二つの事件につきほぼ同内容の判決を出している。以下、二〇〇八年国政判決と呼ぶ。
- 6 原田央「最高裁平成二〇年六月四日大法廷判決をめぐって——国際私法の観点から」法教三四一(二〇〇九)、六一―九頁参照。
- 7 認知の時期による区別については、最高裁二〇〇二(平成一四)年一月二二日判決(集民二〇八・四九五)が合憲と判断している。
- 8 国籍法二条一項に従えば、婚外子が胎児認知されていた日本国籍を生来取得するのに対し生後認知された場合は取得できないことに對し、認知の効力が遡及しないことを争ったものである。
- 9 すでに述べたように、母については、法的婚姻の有無によらず分娩の事実により法的親子関係が成立するため、国籍取得要件に限っていえば嫡出性は影響せず、国籍法二条一項により日本国籍を取得する。
- 10 もっとも、この血縁性は、あくまでも事実上の血縁ではなく法的親子関係を前提とする血縁主義と理解すべきである。
- 11 最高裁二〇一三(平成二五)年九月四日大法廷判決(民集六七・六・一三三〇)。以下、二〇一三年婚外子相続差別違憲決定と呼ぶ。
- 12 最高裁一九九五(平成七)年七月五日大法廷決定(民集四九・七・一七八九)。以下、一九九五年婚外子相続差別合憲決定と呼ぶ。
- 13 最高裁二〇〇三(平成一五)年三月二八日第二小法廷判決(集民二〇九・三四七)、同二〇〇三(平成一五)年三月三二日第二小法廷

判決（集民二〇九・三九七）など。

13 本決定は、かつては法律婚を正当な婚姻としてこれを尊重し相続においても嫡出子を優遇することも合理性があったとした。このことは一九九五年決定における合憲判断の合理性を補足する役割も果たしているといえる。

14 民集六七・九・一八四七。以下、二〇一三年小法廷決定と呼ぶ。

15 Artificial Insemination of Donor（非配偶者間人工受精）

16 民集六八・六・五四七。以下、二〇一四年小法廷判決と呼ぶ。

17 法的婚姻関係によって父子関係を確定しこれを容易に覆すことのないよう制度設計されていることについては、父子関係を速やかに確定することにより子の利益を図るためであると説明される。

18 ただし、この見解は現行の婚姻制度の理解であって、これと異なる婚姻制度のあり方を否定するものでないことは、寺田補足意見においても明記されている。

19 最高裁二〇一五（平成二七）年二月一六日大法廷判決（民集六九・八・二五八六）。以下、二〇一五年夫婦同氏大法廷判決と呼ぶ。

20 最高裁一九八八（昭和六三）年二月一六日第三小法廷判決（民集四二・二・二七）。

21 夫婦同氏が婚姻の「効力」なのか「要件」なのかは別途考察を要する。民法七五〇条は民法第四編第二章第二節「婚姻の効力」の冒頭に置かれているが、戸籍の届出において婚姻後の氏の選択をしなければ届けが受理されないことから、実質的には要件であるとする学説も少なくない。たとえば、石綿はる美「『家族』の呼称としての氏と婚姻の効力としての夫婦同氏」論ジュリー一八（二〇一六）、八三頁、高橋和之「夫婦別姓訴訟——同氏強制合憲判決にみられる最高裁の思考様式」世界八七九（二〇一六）、一四七頁など。

22 君塚正臣「日本国憲法二四条解釈の検証」関法五二・一（二〇〇二）、一〜二七頁は、憲法二四条の成立経緯と、憲法学及び民法学における二四条解釈を網羅的に検討する。二四条の法的性格をめぐる学説の整理については、植野妙実子「第二四条 家族の権利と保護」法セミ五四五（二〇〇〇）、八二頁以下も参照。以下の記述は、君塚論文二九頁以下の学説の整理を参考に行っている。

23 一部に制度的保障と解する立場もあったが支持されなかった。君塚・前掲（22）、一六〜一八頁。

24 君塚・前掲（22）、一九頁。

25 辻村みよ子がその代表的な論者である。辻村みよ子『憲法「第五版」』（日本評論社・二〇一六）、一七〇頁など参照。また、婚外子差別や夫婦同氏をめぐる議論においても、この立場を前提にしているものが多いように思われる。枚挙にいとまがないが、たとえば、山本龍彦「国家的『名誉毀損』と憲法一三条・私生活上の自由／個人の尊厳」判時二三〇六（二〇一六）、三〜一三頁など。

- 26 安念潤司「憲法問題としての家族」ジュリー一〇三二（一九九三）、五〇頁。
- 27 安念潤司「家族形成と自己決定」『岩波講座現代の法一四・自己決定権と法』（岩波書店・一九九八）、一三四―一四三頁。なお安念は、人格的自律に基礎を置く自由主義を「甲種」自由主義、より消極的ないわば一般的自由を求める自由主義を「乙種」自由主義と呼び、憲法二四条の内容たる婚姻の自由は後者であるとした上で、この「乙種」自由主義の立場から「契約的家族観」を提唱している。安念潤司「人間の尊厳」と家族のあり方——「契約的家族観」再論」ジュリー一二三二（二〇〇二）、二一―二九頁。民法学における、婚姻が制度であるか契約であるかという論点についてここでは取り上げないが、婚姻を一種の契約とみる見方は憲法学においては散見される。たとえば初宿正典『憲法2基本権「第三版」』（成文堂・二〇一〇）、三二三頁、木村草太「夫婦別姓訴訟の憲法学的考察」『月報司法書士五四三（二〇一七）、二五頁など。
- 28 初宿・前掲（27）三四頁、渋谷秀樹・赤坂正浩『憲法1人権「第六版」』（有斐閣・二〇一六）、二四六頁（渋谷執筆）、米沢広一「憲法と家族法」ジュリー一〇五九（一九九五）、八頁。
- 29 家族を「結社」と同列に理解することに対しては疑問が呈されているが、本稿ではこの点には踏み込まない。君塚・前掲（22）、三四頁。
- 30 渋谷・赤坂・前掲註（28）、二四八頁、初宿・前掲註（27）、三二三―三三四頁。
- 31 初宿・前掲註（27）、三三四頁、米沢・前掲註（28）、八頁。
- 32 同右。
- 33 米沢・前掲註（28）、八頁。
- 34 安念・前掲（26）、五〇頁。
- 35 芦部信喜『憲法学Ⅲ人権各論1「増補版」』（有斐閣・二〇〇〇）、五七頁。
- 36 本判決の多くの評釈においては、婚外子の相続分を嫡出子の二分の一とする当時の民法九〇〇条四号但書の規定の立法目的を法律婚の保護とするものが多く見られたが、むしろ、本判決理由の力点は婚外子の保護の方にあつたのではないかと思われる。
- 37 有地亨『新版家族法概論「補訂版」』（法律文化社・二〇〇五）、七二頁。
- 38 内縁準婚姻論によって、法律婚以外のカップルが法的保護の対象となることはあるが、法律婚をベースにした準用理論である。
- 39 高橋和之はこれを「制度優先思考」と呼ぶ。高橋・前掲（21）、一四四頁。
- 40 憲法二四条の文言は「両性」となっているが、これは家制度を否定する二四条の趣旨から単に婚姻の両当事者を意味するものであつ

て、必ずしも男女の結び付きに限定されるものではないと解すべきである。従って、憲法二四条は同性婚を排除するものではない。

41 山本・前掲(25)、五頁。田代亜紀も、アメリカの同性婚をめぐる議論を引きつつ、「婚姻する権利」(dignity)との関係を指摘している。田代亜紀「現代『家族』の問題と憲法学」佐々木弘通・宍戸常寿編著『現代社会と憲法学』(弘文堂・二〇一五)、八〇―八一頁。

42 西・前掲(1)。

Family and Marriage in the judgments of the supreme court of Japan

Akiko TATEDA

The supreme court of Japan has made many important jugements including unconstitutional ones concerning the family law since 2000, however the supreme court has not changed the idea of family. The japanese family law has some problemes about constitutionality, especially on the articles 14 and 24 of the Constitution that provide sexual equality and individual dignity in the family. It has said that these poblems are brought by the IE system, old japanese family system, for this old system has lived in present family law unconsciously, thought the Constitution of Japan had abolished that system.

This paper intends to search the IE ideology remaining in the precedents of the supreme court and to prove that that conflicts with the article 24 of the Constitution.