

人権論から見た家族・親子制度の基底的原理について (1)

—憲法秩序における「人間の尊厳」原理の規範的一場面—

春 名 麻 季

1 はじめに

2008(平成20)年6月4日、最高裁判所は、いわゆる国籍法違憲判決¹⁾において、旧国籍法3条が定める出生後の子の国籍取得要件としての父母の法律上の婚姻(いわゆる準正要件)を違憲とする判断を導く前提として、「我が国における社会的、経済的環境等の変化に伴って、夫婦共同生活の在り方を含む家族生活や親子関係に関する意識も一様ではなくなってきたおり、今日では、出生数に占める非嫡出子の割合が増加するなど、家族生活や親子関係の実態も変化し多様化してきている」との社会通念の変化を指摘した。この事件は、準正要件を日本国憲法14条1項の平等原則との関係で問題とするものであり、家族関係そのものを直接取り上げて憲法問題としたわけではない。しかし、そこでの指摘は、20世紀後半から21世紀にかけての「家族生活や親子関係に関する意識・実態」についての社会通念の変化を明らかにしている点で、日本社会における家族や親子についての主観的・客観的状況²⁾の変化が確認されたといえることができる。

家族・親子についての憲法問題は、国籍法違憲判決や非嫡出子相続分の差別が問題とされる事件³⁾に見られるように、平等原則との関係で争われることが多い。そこでは、家族・親子関係を規律する法制度の内容が、平等原則との関係での憲法問題を提起するという形で事件になる。つまり、家族・親子関係を規律する法制度の内容が憲法問題を提起するのであるが、家族・親子関係を規律する法制度の内容に関しては、平等原則だけが憲法上の統制基準になるわけではない。むしろ日本国憲法は、24条において「婚姻は、両性の合意のみに基いて成立し、

1) 最大判平成20年6月4日民集62巻6号1364頁。

2) この「主観的・客観的状況」という言葉の意味としては、渋谷秀樹「新しい社会状況と憲法」紙谷雅子(編)『日本国憲法を読み直す』(日本経済新聞社、2000年)204～206頁、さらに、春名麻季「自己の出生をめぐる憲法上の利益について—ドイツの『出自を知る権利』を中心に—」六甲台論集(法学政治学篇)49巻3号19頁(2003年)21頁参照。なお、最高裁判所の多数意見が示す立法事実の変化について、具体的なデータを示して論じるべきであるのにそれが示されず、「変化を裏づけるに足るほどのものであるのかどうか不明確で説得力に欠ける」という意見もある。それについては、野坂泰司『憲法判例を読み直す』(有斐閣、2011年)466～467頁参照。

3) 民法900条4号ただし書きの憲法問題につき、本稿執筆中に事件が最高裁の大法廷に送致されたとの報道があったが、現時点では、最高裁および下級審において、1995(平成7)年7月5日の大法廷決定(最大決平成7年7月5日民集49巻7号1789頁)が先例とされ、合憲判断が繰り返されている。

夫婦が同等の権利を有することを基本として、相互の協力により、維持されなければならない」(1項)として婚姻関係について、さらに、「配偶者の選択、財産権、相続、住居の選定、離婚並びに婚姻及び家族に関するその他の事項に関しては、法律は、個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚して、制定されなければならない」(2項)として広く一般的に家族関係全般に関して、その基本原則を直接人権規範として規定している。そのために、「家族生活や親子関係に関する意識・実態」についての社会通念の変化やその多様化に対して、憲法の視点から、家族・親子法制の下で現実に生ずる法的問題あるいは法制度の内容そのものを考えるためには、この24条という人権規範の内容の検討を無視することはできない。

従来、『憲法問題としての家族』を、憲法24条の注釈の形で論ずることは、必ずしも難しいことではない」といわれていた。すなわち、「婚姻が『両性の合意のみに基づいて成立』する」とすると、民法が課している届出の要件(739条1項)とは矛盾しないか、『夫婦が同等の権利を有する』とはどういうことか、『配偶者の選択』その他の事項に関する法律が『個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚して、制定されなければならない』結果、明治民法のいかなる制度が廃止されたか、などについて、かなり定型化された説明が加えられてきた⁴⁾と指摘されていたのである。そして、その一例として、「婚姻成立の形式的要件として、婚姻届出が必要とされる(民法739条)」が、それは「法によって承認された婚姻の社会への公示の方法で、婚姻を実質的に制限するものではない」から憲法24条1項に違反しないし、夫婦同権の原則も「憲法14条1項の両性の平等の原則を夫婦関係に適用したもの」で、判例上、夫婦間に「夫たり妻たるの故をもって権利の享有に不平等な扱いをすることを禁じたもの」ととらえられ、「個々具体的法律関係において、常に必らず同一の権利を有すべきものであるというまでの要請を包含するものではない」との判断が下されているとの解説⁵⁾が展開される。そのうえで、「憲法24条の主眼は、……戦前の家制度を解体し、個人の尊厳と両性の平等に基づく新たな家族像の構築をはかったことにある」が、「その詳細は法律で定められること」とされ、民法の第4編「親族」および第5編「相続」においてそれが規定されることになる⁶⁾との説明がなされている。

以上の憲法24条に関する説明から、民法のこれらの規定を総称して「家族法」と呼ぶことができるとしても、「家族法は、家族そのものではない」く、また、「家族が身近なものである」ことから多くの人々は「家族に関する基本的な概念等を理解して」おり、「親子、婚姻にしても、あるいは相続にしても、多くの人にとってはおそらく自明のものであり、すぐに一定のイメージを描くことができる」が、それらの「体験的に修得していた知識や理解は、法律のルールとしての家族法そのものではない」といわれる。但し、家族法の主たる対象となる「婚姻と親子については、その言葉の意味自体は、あらためて詳しく取り上げる必要はない」く、「常識的な理解を前提にして考えて、そう大きな間違いはない」ともいわれており、現行民法の「家族法」

4) 安念潤司「憲法問題としての家族」ジュリスト1022号46頁(1993年)46頁参照。

5) この解説は、樋口陽一・佐藤幸治・中村睦男・浦辺法補『注解法律学全集・憲法Ⅱ』(青林書院、1997年)133～134頁(中村睦男執筆)参照。

6) 渋谷秀樹・赤坂正浩『憲法1人権[第4版]』(有斐閣、2010年)234頁(渋谷秀樹執筆)参照。

という法律上のルールを理解するためには、「婚姻」や「親子」についての「体験的に修得していた知識や理解」あるいは「常識的な理解」で一応十分対応できると考えられている⁷⁾。しかし、それは法律上のルールの理解のためのものであって、「家族法」が「家族そのもの」でないとすれば、また、社会通念としての「家族生活や親子関係に関する意識・実態」が変化している以上、憲法問題として「家族」および「親子」に関する法制度を検討するためには、そもそも憲法が予定している「家族」ならびに「親子」とは何かを考えることが必要となる。本稿は、以上のような観点から、以下において「家族」ならびに「親子」それ自体を、憲法、とりわけ人権規範の視点でとらえてみようとするものである。

2 日本国憲法24条の「婚姻」と「家族」

(1) 法律婚主義と家族の保護

家族に関してまず「憲法論としての問題関心が顕在化した時期」は、日本国憲法制定後の間もない頃であった⁸⁾。そこでの主たる関心は、前述の通り、戦前の「家」制度の解体であったことはいうまでもない。実際には、「憲法の規定（24条＝筆者）が民法の『家』の廃止を要求するかどうかは争われた」が、当時の民法が定めていた「戸主権・家督相続権・その場合の長子の単独相続・男子の女子に対する優越性などはすべてこの規定に反することは明らかなので、日本国憲法施行とともに、……とりあえず、民法の『家』についての規定の適用を停止し、やがて民法改正で、『家』を全面的に廃止した」⁹⁾といわれている。その結果、「家族に個人主義を浸透させること」¹⁰⁾が憲法上の要請として法律上一定の範囲で実現されたが、憲法24条2項が家族に関する事柄の詳細を法律に留保したことから、そこでの規範内容が家制度の解体を超えて、「個人の尊厳と両性の平等に基づく新たな家族像」をどこまで、そしてどのように具体化するのかについての立法者への要請は、必ずしも明確とはいえない状況にあった¹¹⁾。そのような中で、20世紀末になり、個人のライフスタイルの多様化から「家族」に関する憲法論としての関心が再び顕在化するようになっている。

以上のような状況の下で、憲法24条を中心として家族制度の問題を考える際に、まず出発点となるのは、1995（平成7）年7月5日の民法900条4号ただし書きの非嫡出子の相続分差別を合憲と判断した最高裁判所の大法廷決定¹²⁾である。そこでは、非嫡出子の法定相続分を嫡出子のその2分の1とする点が憲法14条1項の禁止する不合理な差別になるのか否かが争われたのであるが、最高裁判所の多数意見は、民法の法定相続分の規定は「遺言による相続分の

7) このような見解を現行民法典の理解のために提示するものとして、窪田充見『家族法[第2版]』（有斐閣、2013年）1～4頁参照。

8) この指摘は、安念・前掲注4）46頁参照。

9) 宮沢俊義『憲法Ⅱ[新版]』（有斐閣、1974年）430頁参照。

10) この表現は、渋谷秀樹『憲法』（有斐閣、2007年）412頁参照。

11) この点については、春名麻季「憲法学における人権論からみた親子関係の諸要素—『実の母』をめぐる議論を中心に—」神戸法学雑誌58巻3号25頁（2008年）30頁参照。

12) 最大決平成7年7月5日民集49巻7号1789頁。

指定等がない場合などにおいて、補充的に機能する」ものととらえたうえで、「現在の相続制度は、家族というものをどのように考えるのかということと密接に関係しているのであって、その国における婚姻ないし親子関係に対する規律等を離れてこれを定めることができない」として、家族というものについての現行民法上の制度についての判断を下すことになる。そして、婚姻に関する「法律婚主義」や「一夫一婦制」という「民法が採用するこれらの制度」が憲法24条1項に反するものではなく、民法が法律婚主義を採用した結果、「婚姻関係から出生した嫡出子と婚姻外の関係から出生した非嫡出子との区別」が生じて「それはやむを得ない」との判断が示される。ここに、最高裁判所の多数意見は、民法が定める一夫一婦制の法律婚主義の下で婚姻関係にある男女とその下で出生する嫡出子を家族と考え、民法900条4号ただし書きを法律婚の尊重と「婚姻家族」に属さない非嫡出子の保護との調和を図ったものとして、法定相続分を2分の1とする内容を立法裁量の限界を超えるものではないと結論づけた。

この多数意見は、「非嫡出子が婚姻家族に属するか否かという属性」に注目したもので、当然、民法の定める一夫一婦制の法律婚主義の下では婚姻家族に属さないから、それに属する嫡出子と区別されるのはやむを得ないものと考えている。それに対して、差別の合理性の判断は非嫡出子の「被相続人の子供としては平等であるという個人としての立場を重視すべき」であるとして、多数意見の判断を批判するのが、中島敏次郎・大野正男・高橋久子・尾崎行信・遠藤光男の5裁判官による反対意見である。この反対意見は、確かに「婚姻家族」か「個人」かという点で後者を重視することから、「立法裁量の限界」として憲法24条2項に明文で示されている「個人の尊厳を重視する」¹³⁾ 立場ということはできる。しかし、差別自体の前提となる「婚姻を尊重するという立法目的については何ら異議はない」としていることから、反対意見も、多数意見と同様、民法の採用する一夫一婦制の法律婚主義により成立する婚姻家族というもののそれ自体を否定するわけではない。むしろ、その存在を前提として「婚姻の尊重・保護という立法目的」を合理的であると容認しても、出生に何の責任もなく、自らの意思や努力によってその身分を変えることができない非嫡出子を差別することは合理的とはいえない、というのが反対意見の立場である。そうだとすれば、反対意見も多数意見と同じく、非嫡出子の婚姻家族に属さないという属性は認めており、民法が採用する家族制度の内容それ自体に異議を示すものではないということができる。さらに、この反対意見に参加しつつ、差別規定のもたらす効果の重大性(嫡出子に比較して半分の価値しかないというような非嫡出子に対する精神的苦痛)を強調して独自の追加反対意見を提示する尾崎行信裁判官も、「憲法は婚姻について定めているが、いかなるものを婚姻と認めるかについては何ら定めるところはな」く、「あり得る諸形態の中から、民法が法律婚主義を選択したのは合理的と認める」として民法の採用する婚姻制

13) この5裁判官の反対意見は、多数意見のような見解は「憲法24条2項が相続において個人の尊厳を立法上の原則することを規定する趣旨に相容れ」ないとしており、そこから反対意見の立場について本文で示したようなとらえ方がなされる。それについては、青柳幸一「嫡出性の有無による法定相続分差別」高橋和之・長谷部恭男・石川健治『憲法判例百選Ⅰ〔第5版〕』64頁（有斐閣、2007年）65頁参照。

度自体の憲法適合性を承認したうえで、「法律婚や婚姻家族の尊重・保護」という立法目的それ自体に疑問を呈することのない判断を示している。結局、1995（平成7）年大法廷決定では、可部恒雄裁判官の補足意見が指摘する通り、「現実の社会における男女の結付きの態様は様々で、国により時代により多くの変遷のあることが伝えられるが、なお、法が一夫一婦制による法律婚主義を採用していること自体については、我が国においても、今日、格別の異論を見ないところといつてよい」ということになる。

以上の内容が確認できる1995（平成7）年大法廷決定の事案は、個人のライフスタイルの多様化の下での男女間に誕生した非嫡出子に関わるものではない。それは、家の継承者としての婿養子を選ぶための試婚の下で誕生した非嫡出子と、試婚解消後の法律婚の下で誕生した嫡出子との間の差別という、現在ではほとんど生じることのないような事実関係の下で発生しており、むしろ日本国憲法制定直後に顕在化した家族問題に関わるものであった。もちろんそこで問題になったのは家制度それ自体ではなく、嫡出子・非嫡出子の相続分の差別の問題に限定されていたのはいうまでもないが、その背後には事案の特殊性があったことは確認できる。したがって、そのいわゆる「家」制度の解体をもたらしたはずの現行民法の婚姻制度と、それに基づき形成される家族の保護を憲法上容認することに多数意見も反対意見も一応の合意があるような観を呈している、というのも当然と考えられる。ただ、その結果、そこでは民法の採用する一夫一婦制の法律婚主義という婚姻が家族形成の基本と考えられ、その下で誕生する親子関係から法律上の家族（婚姻家族あるいは嫡出家族）というものの存在が当然視されることになる。多数意見と反対意見の違いは、そのような家族についてのとらえ方ではなく、婚姻家族という共同体との関係で子供をとらえるのか、婚姻家族という問題ではなく親との関係での平等な「個人」として子供をとらえるのかという点にあり、法律婚主義や家族の保護についての点で違いはない。

この家族、法律婚の保護という最高裁判所が当然に「憲法上正当な立法目的たり得るという前提」について、憲法学説も「意外なほど素直に受け入れている」¹⁴⁾といわれている。そこには、「法律婚主義を基調とした家族制度の秩序」を「公序」とし、憲法24条がそれを支える根拠とする従来からの解釈が存在している。というものの、「個人の尊重と両性の平等を基調とする憲法24条には、家族関係についての一定の『公序』……を重視し、それを（とりわけ国家との関係で）擁護する役割も同時に内包されて」¹⁵⁾いるからである。そのために、近年の個人のライフスタイルの多様化の下で発生する、既存の家族制度の枠内におさまりきらないような事象に対しては、憲法24条が「公序」としての婚姻家族の保護の名の下に消極的に作用することになるといわれるのである。非嫡出子相続分差別の問題も、「公序」としての一夫一婦制の法律婚主義の下での婚姻の尊重・保護から多数意見がその合理性を導き、「公序」を認めたとしてもその枠組みから外れる非嫡出子の「個人」としての立場を反対意見は重視して、平等原則との

14) この点の指摘は、安念潤司「家族形成と自己決定」岩波講座『現代の法14自己決定権と法』129頁（岩波書店、1998年）131頁参照。

15) この従来からの解釈については、辻村みよ子『ジェンダーと人権』（日本評論社、2008年）249頁参照。

関係での違憲判断を導いたのは前述の通りである¹⁶⁾。問題は、憲法24条が民法の採用する一夫一婦制の法律婚主義の下で形成される家族秩序というものを容認するとしても、それを保護することになるのはなぜか、また、婚姻の尊重・保護とはそもそも何を意味するのか、という点になる。

確かに、これまでの憲法学説では、「法律婚制度が憲法上許容されることについては、(正面から議論されること自体、ほとんどなかったように思われるが)特に疑問が抱かれることはなかった」¹⁷⁾といわれている。しかし、それが許容されるからといって、立法者が裁量的に採用した民法上の家族制度がそのまま憲法上保護されることになるのか否かというのは、別の問題である。憲法上許容される制度を憲法が一義的に要請しているということは稀であり、「憲法上法律婚というものが存在していなければならない、という前に立つ必要はない」¹⁸⁾とすれば、なぜ一夫一婦制の法律婚主義の下での「婚姻の尊重・保護」が憲法上正当とされるのか、という点での考察が必要になろう。というのも、「家族法は、家族そのものではない」とすれば、「家族法」の定める「家族」のみを尊重・保護する必要性は、そこでの「家族」が憲法上許容されているという命題の内容として直接には含まれていないからである。

(2) 婚姻の自由と「婚姻」・「家族」の保護

「婚姻および家族に関する規定が、憲法上とくに設けられるようになったのは、20世紀憲法になってからである」と指摘される。ただ、「外国憲法では、婚姻および家族に対する国の保護を規定する例が多く見られる」ことも確認される¹⁹⁾。日本国憲法の施行の翌年に採択された国連の世界人権宣言も、16条で成年男女による婚姻の権利と婚姻に関する男女の平等の権利、婚姻を当事者の合意によってのみ成立する(1項および2項)との保障と同時に、「家族は、社会の自然かつ基礎的な集団単位であって、社会及び国の保護を受ける権利を有する」(3項)との規定が設けられ、その後の国際人権条約等においてもまた同様の規定が定められている²⁰⁾。

16) なお、この後者の立法目的の合理性を前提に、その目的を達成する方法として非嫡出子の相続分を嫡出子の2分の1にすることが不合理とするような憲法判断のための審査枠組みについて、可部恒雄裁判官の補足意見は、「およそ法律婚主義を採る以上、婚内子と婚外子との間に少なくとも相続分について差異を生ずることがあるのは、いわば法律婚主義の論理的帰結ともいべき側面をもつ」として、法律婚の尊重・保護を目的として認める以上、相続分の差異だけを不合理とする判断が可能かという疑問を提起する。また、安念・前掲注14) 132頁以下でも、「法律婚の保護を憲法上正当な立法目的であると認めつつ、非嫡出子に対する法定相続分の差別を違憲であるとする構成は、いかにして可能なのであろうか」との問題を提起している。

17) 安念・前掲注14) 132頁参照。

18) 安念・前掲注14) 131頁参照。そこでは、「一般に憲法規範が、立法者に対して具体的・実体的な内容をもった政策プログラムの定立を命令すること」は稀で、憲法24条1項も「立法者が婚姻法・家族法といった立法をかりに行うとすれば、その場合には内容に注文を付ける、という趣旨の規定」だと指摘する。

19) 樋口ほか・注解・前掲注5) 131頁(中村執筆)参照。

20) この国際人権との関係では、市民的及び政治的権利に関する国際規約(いわゆる国際人権規約B規約)23条も、世界人権宣言16条と同じ内容の規定が設けられ、「家族は、社会の自然かつ基礎的な単位であり、社会及び国による保護を受ける権利を有する」(1項)ことを規定している。

これに対して、日本国憲法24条は、「個人の尊厳と両性の本質的平等」を婚姻・家族制度の基調とし、家族関係に関する立法上の原則とすることを規定するが、「国民の家庭生活は保護される」との定めを置くことも、「家族生活は、これを尊重する」との規定を加えることも憲法制定過程で賛成が得られず、そのために、24条の内容が婚姻と家族について「双方に等しく重点を置いて規定する」というよりも、「主として婚姻について規定するもの」となっていたといわれている²¹⁾。つまり、憲法24条は、明文で「家族の保護」を定めることをせず、むしろ個人を基調にした婚姻を主として規定しつつ、それを基に形成され得る家族についても「個人の尊厳と両性の本質的平等」に立脚した立法の要請を規定したものとなっている。そのために、「婚姻の尊重・保護」の問題は、国際人権の問題としてならば明文規定を引用することで正当化することが可能となるが、日本国憲法の下では、まさに24条の解釈により導かれる規範内容との関係で検討することが必要とされるのである。

そこで、憲法24条が保障する内容とはいかなるものかをまず確認しておく必要がある。1項は、婚姻が「両性の合意のみに基づいて成立」と規定することから、「何人も、自己の意に反する配偶者と婚姻することを強制されず、また婚姻の成立に当たっては、当事者本人以外の第三者の意思によって妨げられない」という「婚姻の自由」を認めていること²²⁾が、憲法24条の保障内容を考えるうえでの出発点になる。すなわち、誰と婚姻するのか、あるいは逆に婚姻しないのかは、まさに婚姻しようとする男女間の意思にのみ基づくことが保障されているということである。なお、この自由との関係で、現行民法上の婚姻障害といわれる事由が問題とされる。婚姻適齢（民法731条）や再婚禁止期間（民法733条）、近親婚の禁止（民法734条から736条）、未成年者の婚姻における父母の同意（民法737条）がそうであり、一夫一婦制の根拠とされる重婚の禁止（民法732条、なお刑法184条は処罰の対象としている）もその対象となる。ただ、それらの民法規定については、一応、合理性が認められるものとして婚姻の自由の侵害とまでは考えられていない²³⁾が、憲法上疑義のあることが指摘されるものもある。

21) 樋口ほか・注解・前掲注5) 132頁（中村執筆）参照。なお、それと同時に、マッカーサー草案の「家族は、人類社会の基礎であり、その伝統は……国全体に浸透する」との一文を削除し、当時の日本政府は「家族保護の色彩を払拭することに主眼をおいた」という点が指摘される。それについては、辻村みよ子『ジェンダーと法』（不磨書房、2005年）149頁参照。

22) 樋口ほか・注解・前掲注5) 132頁（中村執筆）参照。

23) 婚姻適齢は、男女間での年齢の差異について平等原則との関係で問題とされ得ることはあるが、伝統的な見解では「あまりに早すぎる婚姻から生ずるさまざまな不幸、たとえば独立して安定した家族生活が維持できないといった状況を後見的見地から防止する趣旨の制度とみれば正当化される」（渋谷・赤坂『憲法1』・前掲注6）235頁（渋谷執筆）参照）といわれているし、重婚禁止は「婚姻の本質が一夫一婦制であることを明らかにしたもの」にすぎず、近親婚の禁止は「優生学的配慮と社会倫理によるもの」（樋口ほか・注解・前掲注5）132頁（中村執筆）参照）として一応正当化されると考えられている。また、再婚禁止期間は、女子のみに課せられている点で性別に基づく差別であるとされるが、再婚禁止期間にある女性との婚姻が禁止されている点で男性の婚姻の自由が制限されていることも指摘できる。この再婚禁止期間について、最高裁は、父性の推定の重複を回避し、父子関係をめぐる紛争を未然に防ぐものとして違憲ではないと判断している（最判平成7年12月5日判例時報1563号81頁）。なお、未成年者の婚姻における父母の同意については、「両親の同意がなかったとしても、それによって、その婚姻が無効となるわけではなく、また、他の婚姻障害のような取消しが認められるわけでもない」ことから、婚姻届の「受理との関係でのみ意味を有するということになるが、……その合理性を含めて、検討の余地がある」（窪田・前掲注7）40頁参照）との指摘がなされている。

この婚姻の自由に関しては、「合意された婚姻の実質的内容については憲法も民法も規定していない」²⁴⁾ ために、その自由の対象となる「婚姻」とは何かが定かでない。わずかに「両性」の合意とされていることから、憲法上、「婚姻」は男女間の合意によって成立する人的結合体であるということかできよう。その点に関して、「同性同士の『婚姻』が異性同士の婚姻と同程度に保障されると解することは憲法の文言上困難である」²⁵⁾ との指摘がある。しかし、憲法24条1項は、その文言から「両性の合意」を婚姻の成立要件として規定するものであり、婚姻の維持・継続においても男女という異性間での合意が必要としているわけではないと解せば、婚姻成立後の性別変更に基づき同性同士が「婚姻」関係を維持することは妨げられないと解することも可能となる。この点で、「性同一性障害者の性別の取扱いの特例に関する法律」(以下、単に「性同一性障害者特例法」とする)3条1項2号の「現に婚姻をしていないこと」を性別変更の審判提起の要件とすることが問題になり得る。例えば、既婚の男性が性同一性障害者と認定され、性別変更を行おうとすればその婚姻を解消しなければならない。このような場合、婚姻の自由は婚姻の成立を「両性の合意」に基づくものとして、いったん成立した婚姻を本人たちの意思によらず第三者の判断によって解消させられることになる。すると、もはやその婚姻は自由なものとして保障されているとはいえないのではないだろうか。そのように解せば、「従来の社会通念に基づいた制度の根本的な見直しを迫っている」状況の出現²⁶⁾ が確認できるが、「憲法はあらゆる結合を『婚姻』としているわけではなく、24条1項の文言にある『両性』や『夫婦』の言葉からも、男と女の1対1の結合だけを婚姻としている」との見解に従えば、「婚姻の自由とは、憲法24条1項が婚姻と呼ぶ結合関係に入る自由であり、それ以外の共同生活や人的結合の自由は、婚姻の自由に含まれない」²⁷⁾ ということもできることになる。ここに、婚姻の自由の保障といっても、「婚姻」とは何かを明らかにする必要があるということになる。

「婚姻」の内容とは別に、男女間の自由な意思の合意により成立する婚姻関係を基礎にして家族が形成されると一応いうことができる。その結果、婚姻関係を形成する際に国家権力が当事者の意思決定に介入することは否定され、その意味で婚姻の自由の保障から「婚姻」の(国家権力の介入からの)保護が導き出される。さらに、自由な意思に基づく男女の人的結合体の下で誕生する子どもを含めて家族というものが考えられるとすれば、「家族の保護」は、「家族内の問題にかかわる構成員個人の意思決定に対して国家権力が干渉することを、できるだけ抑制しようとする文脈で語られる」²⁸⁾ ことになる。すなわち、ここでの「婚姻」・「家族」の保護

24) 渋谷・赤坂『憲法1』・前掲注6) 234頁(渋谷執筆)参照。

25) この指摘は、渋谷・赤坂『憲法1』・前掲注6) 234～235頁(渋谷執筆)参照。

26) 渋谷・赤坂『憲法1』・前掲注6) 235頁(渋谷執筆)参照。なお、この婚姻の自由との抵触を含め、性同一性障害者特例法の内包する問題をドイツの議論を参考に検討するものとして、春名麻季「憲法問題としての性別変更の制限—ドイツの性的アイデンティティの権利と性転換法事件を参考に—」金城大学紀要第11号137頁(2011年)参照。

27) この見解としては、工藤達朗「憲法における婚姻と家族」赤坂正浩・井上典之・大沢秀介・工藤達朗『ファーストステップ憲法』145頁(有斐閣、2005年)153～154頁参照。

28) 安念・前掲注4) 49頁参照。

とは、婚姻・家族という人的結合体の内部問題に国家は干渉しないという憲法上の保障を意味し、その点で、「夫婦および家族を団体と見た場合、この規定（憲法24条＝筆者）は結社すなわち『個人の結合』の自由の家族に関する特別法的規定」²⁹⁾として、構成員個人の自由を保障することがその内容になる。ところが、前述のように、構成員個人の意思によって形成される「婚姻」あるいはそれを基にした「家族」という人的結合体そのものがいかなるものかが決まっていなと、一般法たる「結社の自由」から特別法たる「婚姻および家族形成の自由」の適用対象が決まらない。そこで、「家族」に関する事項を法律に委任する24条2項から、現行民法が採用する一夫一婦制の法律婚主義という形態の人的結合体が「婚姻」とされ、それ自体が1つの社会的制度として憲法上保障されている³⁰⁾と考えられ、それと同時に、そのような社会的制度としての「婚姻」・「家族」が、それ自体、国家権力の干渉から保護される対象として憲法上保障されると主張されることになる。すなわち、個人の自由な意思決定によって成立する婚姻やその下に形成される家族自体を国家権力の干渉から保護しなければ、その構成員としての個人の自由が確保できないという観点から、個人の自由確保のための制度としての「婚姻」・「家族」というものが憲法上の保護対象³¹⁾として設定されていくのであった。

しかし、このように憲法24条の保障内容に個人の自由以上の制度としての「婚姻」あるいは「家族」の保護を含むと考えると、そこには両面性があることも確認しておく必要がある。すなわち、「国家と個人の間に存在する中間団体としての家族」は、「一方では、国家の保護政策などを介して国家の社会統制の一翼を担う権力組織」であると同時に、「他方では、『国家権力から個人を保護する防波堤』としての」役割を果たすもの³²⁾ととらえられる、ということである。ただ、その「いずれの場合にも、裸の個人が直接・無媒介に国家権力と対決することの困難さを意識して、家族を、国家権力から個人を保護する」ものとして、「あるいはより積極的に、国家権力に対する抵抗の拠点として位置づける発想が見られる」³³⁾との指摘からも分かる通り、「婚姻」や「家族」の保護といっても個人の自由の確保を内容とし、「家族内部の問題に国家が介入してはならないという意味での『保護』を、24条は認めた」³⁴⁾ということ

29) 渋谷・赤坂『憲法1』・前掲注6) 232～233頁（渋谷執筆）参照。

30) これに関して、樋口ほか・注解・前掲注5) 132頁（中村執筆）は、「婚姻が社会的制度として、法によって承認された男女の結合である」として、前述の民法上の婚姻障害の憲法適合性を論じている。

31) この点に関して、本文の内容は日本国憲法の解釈として展開されるものといえるが、既に指摘したように、国際人権条約等の内容では、ストレートに「家族」が保護の対象とされ、かつ、家族構成員ではなく「家族」それ自体が1つの単位として保護を受ける権利の主体とされている。

32) 辻村・前掲注15) 231頁参照。

33) 安念・前掲注4) 49頁参照。そこでは、家族の両面性の指摘と同様に、「家族の保護」という観念には両義性があるとして、構成員個人の意思決定に対する国家権力の介入を抑制しようとする文脈だけでなく、「より秩序維持的な観点から、あるべき家族の形態を、その構成員の意思に反しても強制しようとする文脈」でも用いられるとしている。

34) 辻村・前掲注15) 231～232頁参照。なお、そこでも、家父長制の家族モデルも国家らの自律的な構成要素として近代では用いられていたことが指摘され、その意味で「家族の保護」が個人の自由・平等との関係で両面性・両義性を持つことが指摘される。

になる。ただ、構成員個人の自由の確保ために「婚姻」・「家族」という制度が必要だといえても、前述の両面性の存在から、「婚姻」・「家族」の保護が構成員個人の自由確保のためにだけ作用するわけではなく、その確保と矛盾する可能性をも内包する点を考慮に入れば、抽象的な「婚姻」・「家族」の保護を文字通りに憲法24条が保障していると考えられるのかという点はさらなる問題として残る。そのために、あらゆる人的結合体ではなく、一定の内容のもの（具体的には民法で採用された一夫一婦制の法律婚主義の下で成立するもの）だけを「婚姻」とし、それを基に形成される人的結合体が「家族」として保護されるとすれば、なぜそこに構成員個人の意思とは別にそのような社会的制度としての「婚姻」そして「家族」というものが保障されるのかという問題を考えなければならない。

(3) 制度としての「婚姻」・「家族」との考え方

憲法24条の保障内容を考える出発点が「婚姻の自由」の保障にあり、婚姻が個人の自由な意思決定の結果として成立する人的結合体だとすれば、婚姻そのものが個人の人權として保障されている自由行使の形成物と考えられることになる。そのように考えると、当事者が婚姻と考えて形成する人的結合体であれば、つまり男女が一定の結びつきを婚姻と考えて当該結合に合意すれば、それを婚姻として取り扱うことを国家が拒否することは、婚姻の自由の侵害になる。しかし、憲法24条1項は、当事者が婚姻と考える人的結合体をすべて「婚姻」として認めているわけではないし、憲法24条の文言からも「婚姻」は少なくとも男女の結合体でなければならないとの限定が付く。そうだとすれば、なぜ一定的内容的に限定された人的結合体が他のものと区別されて憲法上の保護が与えられると考えられることになるのか。

以上の疑問に答えるために、「婚姻を個人の自由だけで説明しよう」³⁵⁾とすると無理があることが指摘される。そのために、「婚姻」や「家族」は制度として保障されているという考え方が主張される。それが、制度的基本権論という主張になる。それは、憲法が保障する自由は「形式的な国家からの自由ではなく、現実的自由」であり、「自由の保障は憲法だけでは観念的にも完結せず、自由を実際に行使する環境が法律によって形成されて初めて、現実的な自由(reale Freiheit)になる」とする人權・基本権についての考え方³⁶⁾である。但し、この考え方は、自由を補完・実現するための制度というとらえ方を前提とするものではなく、人權・基本権そのものが個人的自由と共に制度としての側面を持つとするものである。すなわち、「個人権的側面と制度的側面とが、全体として『基本権』を形成」し、「基本権は、基本権主体から見れば主観的公権として登場し、生活関係から見れば制度として登場する」ことになり、「基本権的自由と法制度」は「一体として把握される」³⁷⁾、ということである。そのような「個人権的

35) 工藤・前掲注27) 154頁参照。そこでは、そのような説明では「同性のカップル、一夫多妻制、一妻多夫制さらには多妻多夫制など、様々な人的結合を、憲法がなぜ婚姻と認めないのか説明しがたい」としている。

36) この見解は、ドイツ・バイロイト大学のペーター・ヘーベルレ教授による制度的基本権と呼ばれるドイツの基本権理解である。なお、本文での引用は、小山剛『基本権の内容形成—立法による憲法価値の実現—』（尚学社、2004年）46～47頁参照。

37) 小山・前掲注36) 48頁参照。

側面と制度的側面とが、全体として『基本権』を形成する」との理解に従えば、「個人的自由は『制度的に保障された生活関係、基本権の制度的側面並びにこの側面を充実させる規範複合体』を必要とするばかりではなく、さらにこれらは、個人的自由に『指針と尺度、確実性と安全性、内容と任務』を与える」ことになり、その結果として「個人的自由に、『制度としての自由が先行する』」³⁸⁾ ことになる。そして、そのような理解は、基本権と法律とを対抗的にとらえるのではなく、「基本権の内容形成 (Ausgestaltung)」という概念をキーワードとして、基本権の保障に「二重の内容」を持たせ、「一方において基本権に違反することを禁止」することで「立法者に対する限界」を、他方において「基本権を具体的に内容形成せよ」という「立法者に向けられた要請」を基本権の保障から導き、「その限りで基本権の保障は、立法の対象であり、立法者に対する憲法上の委託」になると解し、要するに、「内容形成の要請には、基本権に違反してはならないという禁止が同時に含まれて」おり、「基本権領域における立法の限界」は、すなわち「内容形成の限界」として現れる³⁹⁾ とされるのである。

このような制度的基本権理解があらゆる基本権に妥当するといえるのか否かは、その理解に対する批判、特に「基本権領域における立法の意義および限界を、内容形成からのみ一元的に説明することは、国家の侵害に対抗する防御権としての基本権の意義を、著しく縮減させる」⁴⁰⁾ との批判からも消極的に解さざるを得ない可能性がある。しかし、「個人的自由に制度が先行し、個人的自由に制度が『指針と尺度、確実性と安全性、内容と任務』を与える」という考え方は、日本国憲法24条が保障する「婚姻の自由」について「一定の合理性」を持つということも、制度的基本権理解の妥当領域として肯定されることになる。というのも、「24条の婚姻の自由は、人間のあらゆる共同生活—同性間のそれや重婚関係など—までも保障するものではなく、民法の家族法秩序を前提とし、そのルールの枠内で両性の合意により成立した人間の共同生活のみを婚姻として保障する、と解することが可能」となるからである。そして、家族法が「人間の共同生活のあり方として民法で定める『婚姻』が望ましい形態であるという価値判断を当然に含んでおり、……婚姻に特権を与え、それ以外の共同生活を差別化する」のであれば、憲法24条が「民法の家族法制度に対抗して重婚や同性婚を行う自由を保障している、という解釈をとらない限り、憲法24条の保障の構造」は、「制度的基本権理論の発想に近いものとなる」とされる。というのも、「各人は、両性による何らかの共同生活に、いかなる時にでも入ることができる」が、「その共同生活が婚姻となるのは、客観法によって定められた諸条件の下に置いてのみで

38) 小山・前掲注36) 56頁参照。さらに、そこでは、「個人的自由は、制度としての自由を前に見いだす。制度としての自由は、そのつどの生活領域の特性に応じて、客観化され、ある意味所与のもの、そして内容形成されたものとして、個人的自由の前に立ち現れる」とされる。

39) 小山・前掲注36) 58～59頁参照。なお、このようなヘーベルレ教授の制度的基本権理解は、小山教授の紹介・分析に尽きるわけではない。市民的法治国家の下で展開された基本権解釈論の不十分さから、給付国家における基本権保障を検討するヘーベルレ教授の見解において、その基本権理解の内容はより明確なものとして現れてくる。その内容については、ペーター・ヘーベルレ (井上典之編訳)『基本権論』(信山社、1993年) 1～160頁参照。

40) 小山・前掲注36) 66頁参照。

ある」とすれば、基本権に関連して従来から存在する法制度が確かに「基本権的自由をさらに防護し、側面からそれを支えるための連結的・補完的制度として登場するにすぎない」としても、「婚姻に関わる諸ルールは、それ以上のものである」ということになるからである⁴¹⁾。

このようなとらえ方は、憲法学の領域からだけでなく、民法、特に家族法のとらえ方に関する見解においても見られる。すなわち、「家族法の意義あるいは特殊性、独自性といったものは、やはり存在している」ようであり、「それは、家族法が、家族という最もプライベートな部分を対象とするものでありながら、同時に、国家の制度としての性格を強く有しているという点」にある⁴²⁾、とする見解である。そこでは、誰と婚姻関係を結ぶか否かについては「蓼食う虫も好きずき」というのが家族法の基本理念ではあるが、「他方で、婚姻の成立の方法は厳格に定められており、また、婚姻の内容について示されているところも単なる雛形（任意規定）として定められていて、自由に決めることができるというわけではない」ために、「方式の自由も、内容形成の自由も、民法典の中で許された範囲（その範囲は非常に狭い）でしか存在しない」のは、「家族法（特に親族法）が、国家の仕組みを構成している重要な要素である」、すなわち、「家族、厳密に言えば、婚姻や親子といったものをどのように構成するのかというのは、その国のかたちを示す」⁴³⁾ ものだからである、との説明がなされるのであった。

しかし、以上のような制度として「婚姻」の自由や「家族」形成の自由をとらえることにはたして日本国憲法の下で問題はないのか、という点が再び問われることになる。憲法の観点から、憲法上の「婚姻」や「家族」は民法の定めるものだけがそうではないとする反論が可能であるとすれば、民法という法律で一定の人的結合体を「婚姻」や「家族」とみなし、それを憲法が要請していないまでも許容しているとの判断が下される場合、当然のことながら、そこで憲法上許容される人的結合体は他のそれとは区別され、法律上の保護が付与されることになるからである。制度的基本権理解によると、それがまさに基本権の内容形成とされるのであるが、そのような内容形成は、日本国憲法24条2項が立法に際して立脚することを明文で要請している「個人の尊厳と両性の本質的平等」と矛盾しないのかが問題となるのである。

ここで、家族制度形成に際して立法者に立脚することが要請される「個人の尊厳」というものを「各人が自らの尊厳を追求する営みを邪魔しないこと」⁴⁴⁾ ととらえれば、民法が一夫一婦

41) 小山・前掲注36) 67～68頁参照。

42) 窪田・前掲注7) 8頁参照。なお、ここでは、「国家の制度としての家族法」との表題の下で、家族法の意義、特殊性、独自性が語られ、「身分行為の独自性という観点から家族法の特殊性を基礎付けることに対しては」消極的な姿勢が示されている。

43) 窪田・前掲注7) 8～9頁参照。

44) このとらえ方は、安念潤司『『人間の尊厳』と家族のあり方—『契約的家族観』再論』ジュリスト1222号21頁（2002年）22頁参照。なお、そこではこのような見解を「個人の尊厳」の内容として記述しているのではなく、日本国憲法の下ではそれと同義的に解されている「人間の尊厳」に関連して、「何が人間の尊厳なのかは『人によって違う』というほか」なく、「1人ひとりが『人間の尊厳』だと思ふものを好き勝手に追求すればよい」のであって、政府に期待するのが本文で示した内容となることが示されている。

制の法律婚主義を採用し、婚姻をそのような法律婚として規定することは、「事実のレベルでは無限の多様性をもって存在しているであろう個人間の性的な結合関係のうちで、1人の女性と1人の男性との間のある種の性的な結合関係だけを抽出して、それに、他の性的な結合関係にはない特別の法規整を加えることを意味する」ものとなり、「こうした法制度が、個人の自己決定に影響を与えることは明らか」で、「法律婚を選択しない個人から見れば、自らの選択した性的な結合関係からなぜ法律婚に比して劣位の法的待遇しか受け得ないのか」が「深刻な疑問」として現れてくる⁴⁵⁾。そのような疑問を解消するためには、日本国憲法24条1項および2項が「高唱する『両性の合意』、『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、そうであるとすれば、同条の内容は、憲法の他の条項から導出可能」となるのであって、「家族に、権力への防波堤としての機能を過剰に期待」するあまり、「特定の形態の家族を望ましいものとして、それを法の力によって保護するという発想に対して警戒的」であることが必要ではないか⁴⁶⁾、ということになる。

以上のような日本国憲法の下での「婚姻」や「家族」についての見解は、結局のところ、「家族が平等で自由な個人間の結合であるならば、それは、原理的には、当事者の自由な意志によって解消可能なもの」となり、「家族と、それ以外の、諸個人の自由意志に基づく結合体との本質的な差異は、結局消滅する」こととなるが、「人間の多くは、何かしらintimateな共同体を作るものであり、そこで、生殖や扶養、教育などの機能を果たしていく」であろうから、「こうした自由で不定形な共同体を家族と呼ぶかどうかは、もはや言葉の問題」にすぎない⁴⁷⁾ということになる。すなわち、「婚姻」や「家族」を制度として憲法が保障していると考え、その制度において現実的自由を個人が享受するとすれば、そのような見解は、「お前の自由は世間様が認める範囲で認めてやる、というメッセージ」にすぎず、自由の保障とは「多数派の選好とは独立に少数派の自由が認められてはじめて、自由があるといえる」ということを意味すると解する立場からは、そのようなメッセージは「お前に自由はない」⁴⁸⁾ということを宣告しているだけのものとして、自由で平等な個人を前提にする日本国憲法の下では容易に承認できないのではないか、ということである。

このような反論に対して、さらに以下のような再反論も考えられる。それは、「男女の平等な結合として夫婦の共同生活によって成立する家庭は、決して、憲法の否認するところではなく、反対に、個人の尊厳と両性の平等に立脚する家庭こそ、民主社会のもっとも重要な生活単位であり、そこでこそ人間に値する生活が営まれる可能性が多いのであるから、憲法は、それをどこまでも守ろうとする」のであって、日本国憲法には「婚姻や家族の保護」規定はないが、「あえて明文の規定」をまたなくても、憲法による「婚姻や家族の保護」は認められる、とする考

45) 安念・前掲注14) 135頁参照。

46) 安念・前掲注4) 50頁参照。

47) 安念・前掲注4) 50～51頁参照。

48) 安念・前掲注44) 26頁参照。

え方⁴⁹⁾である。

以上の検討から、一見すると堂々巡りの観のある「婚姻」や「家族」制度の憲法上の保護の有無について、一体、どのように考えたらよいのかという点が、結局、最大の問題としてここに提起されることになる。そして、日本国憲法24条（および個人の自由・平等に関する一般的な包括的人権規定である13条や14条を含めて）の解釈として、上述のように両論並記のような形でそれぞれの主張が展開されているとするならば、この問題を考えるためには、比較法的な視点からの検討が重要になるといえるであろう。そこで、以下では、日本国憲法の下で問題とされる内容と同様に、婚姻や家族を国家秩序の特別の保護の下に置くことを明文で規定しながら、そこに「婚姻」や「家族」についての定義づけはなく、また、なぜそれらを国家秩序の特別の保護の下に置くのかの理由も明示していないドイツ基本法6条⁵⁰⁾の下での学説とそれをめぐる連邦憲法裁判所の判例の内容を素材として取り上げることにする。それは、議論の類似性という点においてだけでなく、前述のように、制度としての「婚姻」や「家族」のとらえ方が、ドイツの制度的基本権理解の内容に親和的とされているという点からも、日本国憲法24条の下での「婚姻」や「家族」のあり方を考えるために検討を加えておくことが必要と考えられるからである。

（以下、次号に続く）

49) 宮沢・前掲注9) 430～431頁参照。

50) ドイツ基本法6条の特徴をこのように示すものとして、Ingo Richter, *Das Grundgesetz - Eine gute Verfassung für Familie, Kultur und Bildung* ?, 2009, S. 24. なお、そこでは、日本国憲法24条をめぐる議論と同じように、「婚姻」が民法典（BGB）で「男女間の合意に基づく原則として継続的な生活共同体」という内容のものとして規定されていることから、この民法上の概念が憲法上も妥当するとして議論が進められていることを指摘している。