

最高裁の憲法判例に現れる家族制度

— 憲法的視点と欧州との比較 —

Familiensystem im Spiegel der Entscheidungen vom Japanischen Obersten Gerichtshof:
Aus der Vergleichenden Sicht zwischen Japanischer und Europäischer Verfassungslehre.

春 名 麻 季

Maki HARUNA

1 はじめに

19世紀後半の明治維新によって、日本は近代国民国家となる。その際の1つの大きな問題は、「国民」というものを作り出す作業であった。なぜなら、明治時代に入るまでの日本は、戦国期から江戸期・幕藩体制の下で、武家を中心とした個々の領域（幕府のいわゆる天領、大名の領地である藩）を基本とする統治の仕組みがとられ、将軍を中心にした中央集権体制の統一国家というよりも、形式的には諸藩の分権統治を基本にした領域分断型の分裂国家のような状態であったからである。まさに明治維新は、そのような体制を変革し、1つの近代型の統一された国民国家の形成を目指して展開されるのであった。

大政奉還によって明治政府が誕生した際、福沢諭吉は、その著書『学問のすゝめ』（1872年初版）¹⁾ のなかで、「日本には唯政府ありて、未だ国民あらずと云うも可なり」と述べている。この言葉が示す通り、明治維新という改革によって近代日本という国民国家形成の萌芽はあったものの、そこにはまだいわゆる日本「国民」は存在しなかった。すなわち、幕藩体制の下、一般民衆は各藩への帰属意識から藩の領民（例えば、自分のクニは薩摩、長州、土佐あるいは会津などという各藩単位での領民意識）であると考えるのが一般的で、「日本」という国の「国民」という意識は希薄であったということである。そのために、天皇を中心にした「日本」という近代の統治体制が形式的に成立した後に引き続き必要とされたのは、日本「国民」を作り出す作業であった²⁾。そこで、明治政府が最初に取り組んだのが、1869(明治2)年7月25日の勅許としての版籍奉還（全国各藩の所有していた土地、領民を朝廷に返還させるもの）であり、

1) この『学問のすゝめ』は、明治以前の領民とされていた日本人が不知であった価値観を新時代の社会の支配原理として宣言することにより、近代における身分は出自ではなく、学問を通じた個人の見識により決定すること、ならびに、封建社会の民衆像を否定し、近代国家の市民への意識転換を促す内容になっていると一般に紹介される。

2) 憲法学において通常、近代の国家とは、「一定の限定された地域（領土）を基礎として、その地域に定住する人間が、強制力をもつ統治権のもとに法的に組織されるようになった社会」のこととされ、ここでは、領土・国民・統治権という3要素を近代国家の構成要素にすると考えられている。引用は、芦部信喜（高橋和之補訂）『憲法 [第七版]』（岩波書店、2019年）3頁参照。

その後の廃藩置県を経た統治体制を国家の基礎にして、「国民」創出のために「家」を単位として登録するという形式を定めた戸籍制度の創設であった。その最初が、1872(明治5)年の太政官布告による戸籍法(布告そのものは1871(明治4)年4月4日であるが、施行が1872(明治5)年2月1日のために明治5年式、あるいは壬申戸籍と呼ばれている)の制定になる。そこでは、戸(すなわち「家」)を編成単位として身分・住所を含めた登録制度が整備されたが、この壬申戸籍は国民創出というよりも明治以降の身分制度の確立という内容を中心に編成されていた。その後数回の修正を経て、1899(明治31)年に大きな改正として帝国議会で法律としての戸籍法が制定されるが、ここではじめて、本来の意味での戸籍制度という日本独特の「家」単位の国民登録制が確立されることになる。そのために、日本のいわゆる民法で提示される身分法上の基礎となる戸籍制度は、その出発点から個人単位の国民登録制度ではなく、「家」単位での登録制度として、戸籍そのものには、生年月日、氏名、性別だけではなく、「家」の身分と出自がすべて記載されるのであった。

1946(昭和21)年からいわゆる戦後改革が始まるが、この戸籍制度そのものは「家」を単位とする内容は変更されたが、基本単位は「夫婦」とされ、それが現在までも形式的にはほぼ変わらずに維持されている。すなわち、一般市民法秩序を形成する民法で家族の法律関係が定められ、戸籍でその内容が規定されるという法律上の基本形式は維持されたままである。また、民法にも戸籍法にも家族や婚姻についての定義がないことも、各法律が制定された当初のまま変わっていない。ただ、その中で重要な戦後改革の1つが、日本国憲法24条による戦前の「家」制度の解体になる。そして、「家長」ならびに「戸主」としての父親、夫、すなわち男性とその「家」のメンバーからなる集合体の解体とともに、その後、家族は夫婦と子どもで構成する人的集合体を基本に、いわゆる核家族化が始まる。

その中で、高度経済成長期の真ただ中にある1960年代後半になると、欧米、特にアメリカの影響を受けて女性解放運動が盛んになる。そこでは、女性の自由と自立が主張され、特に女性の子どもを産む権利、産まない自由についての問題が中心に議論される。また、1980年代以降は、個人のライフスタイルの多様化がみられるようになり、事実婚が増加するとともに晩婚化が進み、さらに、子どもをもたない夫婦が増えはじめ、それにとまってやがて21世紀に入ってからの子供化の問題を惹起するきっかけとなる。そのような20世紀後半の社会の一般的意識の変化の中で登場するのが、個人の自己決定を重視するという傾向であり、21世紀に入ると、少子化問題と同時に家族関係における様々な問題、すなわち従来から指摘され続けていた親子・夫婦関係をめぐる問題が現実の訴訟として提起され、それらの事案の解決を通じて最高裁がさまざまな判断を下していくことになったのであった。

本稿では、最高裁の判例を通して、21世紀に入って取り上げられた親子関係、ひいては家族というものに生じている揺らぎについて指摘し、今後の親子関係、さらに家族が、どのような方向に向かっていくのかを憲法問題として取り上げ、検討していくことを目的とする。もちろんすべての事案というわけではないが、憲法からみて重要と思える事案に対する最高裁の判断を一定のメルクマールの下に分類し、それを通じて、以下では家族・親子関係の問題を考える

ことにする³⁾。

2 最高裁判例と3つのカテゴリー

ここ数年の間、最高裁が下した家族・親子関係に関する判例として重要な問題を含む代表的なものだけでも、次の7つの事案が挙げられる。すなわち、2006(平成18)年9月4日の死後生殖をめぐる事件⁴⁾、2007(平成19)年3月23日の代理懐胎に関する事件⁵⁾、2008(平成20)年6月4日の国籍法をめぐる事件⁶⁾、2013(平成25)年9月4日の非嫡出子相続分が争われた事件⁷⁾、2013(平成25)年12月10日の同性愛者とそのパートナーとの間に生まれた子の法的地位をめぐる事件⁸⁾、そして一番最近の2015(平成27)年12月16日に下された2つの事件、すなわち夫婦同氏に関する事件⁹⁾と女性に対する再婚禁止期間をめぐる事件¹⁰⁾である。

この7つの事件は、そこで提起される問題の特徴に応じて大きく3つのカテゴリーに分類することができる。第一に、生殖補助医療技術の進歩により提起される問題、第二に、伝統的家族像に依拠して設けられている法律規定における「個人の尊重」・差別の問題、そして第三に、本来想定されていないにもかかわらず、既存の法律規定によって解決可能とされた問題である。以下では、それぞれのカテゴリーごとに最高裁の判断の内容を検討することにする。

(1) 第一のカテゴリー：技術進歩がもたらした親子関係をめぐる問題

まず、第一のカテゴリーとして、科学技術の進歩によって登場する問題がある。それは、医療行為としての生殖補助医療技術の利用、特に体外受精という技術の利用によって生ずる様々な形での親子関係の問題になる。ただ、現在の日本では、この生殖補助医療技術の利用についての法律による規律・規制はなく、わずかに技術利用に関する医師の自主規制の規則があるだけである。そのために、ここで提起される問題は、生殖補助医療技術の利用の可否とともに、当該技術を利用した結果誕生する子の親子関係をめぐる問題になり、裁判所は、現状の法システムの下で想定されていない事案の解決を求められることになるのである。すなわちここでは、従来の自然的生殖プロセスでは不可能であった子の誕生により生ずる当事者間での親子関係の存否が争われるのであった。

自然生殖プロセスでは誕生するはずのない子の存在から、親子関係の存否をめぐる争いの最

3) 本稿は、その意味で、筆者がこれまで取り組んできた憲法からみた家族・親子関係をめぐる考察の続編となる。これまでの筆者の検討内容の主旨については、春名麻季「人権論から見た家族・親子制度の基底的原理について(1)～(3・完)——憲法秩序における『人間の尊厳』原理の規範的一場面——」四天王寺大学紀要第56号(2013年)53頁以下、同紀要第57号(2014年)99頁以下、同紀要第58号(2015年)59頁以下参照。

4) 最判2006(平成18)年9月4日民集60巻7号2563頁。

5) 最決2007(平成19)年3月23日民集61巻2号619頁。

6) 最大判2008(平成20)年6月4日民集62巻6号1367頁。

7) 最大決2013年(平成25)年12月8日民集65巻7号1320頁。

8) 最決2013(平成25)年12月10日民集67巻9号1847頁。

9) 最大判2015(平成27)年12月16日民集69巻8号2586頁。

10) 最大判2015(平成27)年12月16日民集69巻8号2427頁。

初の事案は、2006(平成18)年9月4日の最高裁判決である。それは、夫から生前に採取・冷凍保存していた精子を使って妻が夫の死後に体外受精し、子(死後懐胎子)を出産した事案であり、その母親(亡夫の妻)が、原告・子を代理し、民法787条、人事訴訟手続法32条2項、2条3項の規定に基づいて、検察官を被告にして、亡夫の子であることの認知請求をした事件であった。最高裁は、「民法787条は、生殖補助医療が存在せず、男女間の自然の生殖行為による懐胎、出産(以下、このような生殖を「自然生殖」といい、生殖補助医療技術を用いた人為的な生殖を「人工生殖」という。)のみが問題とされていた時代に制定されたものである」として、「生殖補助医療技術を用いた人工生殖は、……およそ自然生殖では不可能な懐胎も可能とするまでになっており、死後懐胎子はこのような人工生殖により出生した子に当たるところ、上記法制(民法の実親子に関する法制=筆者)は、少なくとも死後懐胎子と死亡した父との間の親子関係を想定していないことは、明らかである」との見解から、「死後懐胎子については、その父は懐胎前に死亡しているため、親権に関しては、父が死後懐胎子の親権者になり得る余地はなく、扶養等に関しては、死後懐胎子が父から監護、養育、扶養を受けることはあり得ず、相続に関しては、死後懐胎子は父の相続人」になり得ず、「死後懐胎子と死亡した父との関係は、上記法制が定める法律上の親子関係における基本的な法律関係が生ずる余地のない」ものとの判断をまず提示する。そしてそれに続けて、「両者の間の法律上の親子関係の形成に関する問題は、本来的には、死亡した者の保存精子を用いる人工生殖に関する生命倫理、生まれてくる子の福祉、親子関係や親族関係を形成されることになる関係者の意識、更にはこれらに関する社会一般の考え方等多角的な観点からの検討を行った上、親子関係を認めるか否か、認めるとした場合の要件や効果を定める立法によって解決されるべき問題であるといわなければならない、そのような立法がない以上、死後懐胎子と死亡した父との間の法律上の親子関係の形成は認められないというべきである」との結論を示すのであった。

この判決の翌年の2007(平成19)年3月23日、最高裁は、生殖補助医療技術を用いた代理懐胎に関する親子関係の有無についての判断を下すことになる。その事案は、日本人夫婦が自分たちの生殖子を用いてできた受精卵を代理母であるアメリカ人女性に移植して、当該代理母によって懐胎・出産してもらった子について自分たちと嫡出親子関係があるとして出生届を提出したが受理してもらえなかったことから、戸籍法118条に基づき、本件出生届の受理を命ずることを申し立てたものであった。最高裁は、まず、「実親子関係は、身分関係の中でも最も基本的なものであり、様々な社会生活上の関係における基礎となるものであって、単に私人間の問題にとどまらず、公益に深くかかわる事柄であり、子の福祉にも重大な影響を及ぼすものであるから、どのような者の間に実親子関係の成立を認めるかは、その国における身分法秩序の根幹をなす基本原則ないし基本理念にかかわるものであり、実親子関係を定める基準は一義的に明確なものでなければならず、かつ、実親子関係の存否はその基準によって一律に決せられるべきもの」でなければならぬとの判断から出発する。そこから、「身分法秩序を定めた民法は、同法に定める場合に限って実親子関係を認め、それ以外の場合は実親子関係の成立を認めない趣旨」であるとして、親子関係、特に母子関係の存否に関する民法上の基準が検討される。その点に関して、最高裁は、「民法は、懐胎し出産した女性が出生した子の母であり、母子関係

は懐胎、出産という客観的な事実により当然に成立することを前提とした規定を設けている」ことから、「出産という事実により当然に法的な母子関係が成立するものとしているのは、その制定当時においては懐胎し出産した女性は遺伝的にも例外なく出生した子とのつながりがあるという事情が存在し、その上で出産という客観的かつ外形上明らかな事実をとらえて母子関係の成立を認めることにしたものであり、かつ、出産と同時に出生した子と子を出産した女性との間に母子関係を早期に一義的に確定させることが子の福祉にかなうということもその理由となっていた」との判断を下す。そのうえで、やはり「生殖補助医療技術を用いた人工生殖は、……およそ自然生殖では不可能な懐胎も可能にするまでになっており、女性が自己以外の女性の卵子を用いた生殖補助医療により子を懐胎し出産することも可能になっている」ことは承認されるが、「子を懐胎し出産した女性とその子に係る卵子を提供した女性とが異なる場合」について、「出生した子を懐胎、出産していない女性をもってその子の母とすべき趣旨をうかがわせる規定」はなく、「現行民法の解釈としては、出生した子を懐胎し出産した女性をその子の母と解さざるを得ず、その子を懐胎、出産していない女性との間には、その女性が卵子を提供した場合であっても、母子関係の成立を認めることはできない」との結論が下されるのであった。

ただ、最高裁はこの結論で終わるのではなく、「女性が自己の卵子により遺伝的なつながりのある子を持ちたいという強い気持ち」から、生殖補助医療技術を用いた「いわゆる代理出産が行われていることは公知の事実になって」おり、「現実に代理出産という民法の想定していない事態が生じており、今後もそのような事態が引き続き生じ得ることが予想される以上、代理出産については法制度としてどう取り扱うかが改めて検討されるべき状況にある」との指摘を行う。そしてこの事件でも、最高裁は、「医学的な観点からの問題、関係者間に生ずることが予想される問題、生まれてくる子の福祉などの諸問題につき、遺伝的なつながりのある子を持ちたいとする真しな希望及び他の女性に産産を依頼することについての社会一般の倫理的な感情を踏まえて、医療法制、親子法制の両面にわたる検討が必要になると考えられ、立法による速やかな対応が強く望まれるところである」との見解を提示するのであった。

結局、生殖補助医療技術の進歩により提起される問題に関して、最高裁は、夫の死後懐胎子の父子関係、代理出産の場合の母子関係について、いずれの問題に対しても法的な親子関係を認めないという、非常に冷たい判断を下すこととなった。どちらの場合もその理由は非常に単純で、結局、民法の親子関係法制においてそのような問題は想定外であって、親子関係を認めるための法律がないということであった¹¹⁾。

ここでの最高裁の判断の要点は次の通りである。民法の親子関係法は、男女間での自然生殖行為により誕生した子というイメージを前提として作られている。しかし、技術の進歩によって、いわゆる自然生殖行為によらなくても人工的に子供を産むことが可能になっており、ここに、法と現実のギャップが生まれることになる。そのため、このような問題は裁判ではなく、立法によって解決されなければならないが、現在はまだ法律がない、すなわち親子関係を認め

11) この生殖補助医療技術を用いること、ならびにその結果として発生する親子の法律関係に関する憲法問題を取り上げるものとして、井上典之「憲法学からみた生殖補助医療の問題」ジュリスト 1379号(2009年)54頁以下参照。

ることはできないというのが最高裁の回答であった。もちろん最高裁は、争われた親子関係成立の可否に関する問題に対するそのような回答に加えて、立法府への法整備を促したのであるが、実際には未だ法整備はなされていないままになっている¹²⁾。

(2) 第二のカテゴリ①：伝統的家族像を前提とした親子関係による差別の問題

第二のカテゴリは、いわゆる伝統的家族像を前提にした法律規定の問題で、ここでは社会において一般に家族とイメージされるものとは異なる形態で形成される夫婦・親子関係が提起する憲法問題としての差別の有無になる。その結果、ここでの事件では、もちろん憲法14条1項の平等原則が中心になって論じられるのであるが、それだけにとどまらず、21世紀の日本における家族制度の揺らぎのようなものに憲法はどう対処し得るのかという視点も提示してくれる素材ともなっている。

このカテゴリの発端は、2008(平成20)年6月4日の最高裁大法廷判決であり、そこでは、国籍法の日本国籍取得の要件をめぐる問題、すなわち、血統主義を原則とする国籍法の日本国籍取得の要件の下で、日本人男性と外国人女性との間に生まれ、父親である日本人男性に認知された婚外子、すなわち非嫡出子が日本国籍を取得できるかどうか争われたのであった。国籍法の日本国籍取得の要件には、次の2つがある。1つは、国籍法3条1項(2008(平成20)年改正前のもの)による出生後の申請による国籍取得で、日本国籍取得のためには日本人である親の認知と両親の婚姻が必要とされる、いわゆる準正要件の下での国籍取得であり、これによると、認知されただけの非嫡出子は日本国籍を取得することができないということになっていた。もう1つは、出生による国籍取得要件としての国籍法2条1号である。これによると、父または母が日本国籍を有する日本国民であれば子は日本国籍を自動的に取得できるものとされ、本件事案との比較において、母親が日本国民であるならば、たとえ非嫡出子であったとしても子は出生時点で自動的に日本国籍を取得することができる。したがって、外国人男性と日本人女性との間に生まれた子は常に日本国籍を取得でき、また、日本人男性が、出生前認知をしていた子も認知だけで出生により自動的に日本国籍を取得できることになる。

この問題に対して、最高裁は、結論的に国籍法3条1項の準正要件を憲法14条1項に違反するとの判断を下した。最高裁はまず、「憲法10条の規定は、国籍は国家の構成員としての資格であり、国籍の得喪に関する要件を定めるに当たってはそれぞれの国の歴史的事情、伝統、政治的、社会的及び経済的環境等、種々の要因を考慮する必要があることから、これをどのように定めるかについて、立法府の裁量判断にゆだねる趣旨のものである」との、国籍取得要件設定に関する広い立法裁量の存在の指摘から出発する。ただ、この立法裁量も、「日本国籍の取得に関する法律の要件によって生じた区別が、合理的理由のない差別的取扱いとなるときは、憲法14条1項違反の問題を生ずることはいうまでもない」として、国籍法3条1項の憲法適合性

12) 本稿では事案と最高裁の判断についての紹介と簡単な検討にとどまっているが、この第一のカテゴリの事案に関する詳細な筆者の分析については、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)34～40頁参照。

審査が展開される。そこでは、日本「国籍」を「重要な法的地位」としつつ、「父母の婚姻により嫡出子たる身分を取得するか否か」ということは、子にとっては自らの意思や努力によっては変えることのできない父母の身分行為に係る事柄」であり、「このような事柄をもって日本国籍取得の要件に関して区別を生じさせることに合理的な理由があるか否かについては、慎重に検討することが必要」との判断が下されるのであった。

最高裁は、国籍法3条1項の立法目的を、国籍取得要件として「家族生活を通じた我が国社会との密接な結び付き」に求める点にあるとしつつ、準正要件も制定当初はその目的との合理的関連性があったとする。しかし、最高裁は、その後、日本における「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り、今日では、……家族生活や親子関係の実態も変化し多様化」し、社会通念・社会的環境が変化していること、さらに、日本の「国際化の進展に伴い国際的交流が増大」し、両親の婚姻があって初めて日本との「密接な結び付き」つきが認められるとすることは必ずしも今日の「家族生活等の実態に適合するものということとはできない」ようになってきていること、諸外国における「非嫡出子に対する法的な差別的取扱いを解消する方向にあること」を理由として、国籍法3条1項の準正要件を「立法目的との間に合理的関連性を見出すことがもはや難しくなっている」との判断を下すのであった。そのうえで、最高裁は、国籍法2条1号の父母両系血統主義との比較において、日本国籍の取得が、日本での「基本的人権の保障等を受ける上で重大な意味を持つものである」点に鑑みれば、「差別的取扱いによって子の被る不利益は看過し難いもの」であるとの判断を付け加えることにより、国籍法3条1項により生ずる差別的取扱いは不合理なものになるとの結論へと至るのであった。

この第二カテゴリーに属する2つ目の事件は、非嫡出子の相続分差別の問題になる。そこでは、非嫡出子（婚外子）の相続分を嫡出子（婚内子）の2分の1とする民法90条4号ただし書が憲法14条1項に違反する不合理な差別に当たるかどうか争われた。

実はこの問題は、20世紀後半から裁判所でしばしば争われてきたのであるが、1995(平成7)年7月5日の最高裁大法廷決定¹³⁾は次のように判断していた。民法は、一夫一婦制の法律婚主義を採用しており、それは憲法24条に違反せず、そうである以上、法律婚カップルの間の子（嫡出子）と内縁関係の男女の間で誕生した子（非嫡出子）との間に差別が生じるのはやむを得ないし、民法90条4号ただし書による非嫡出子の相続分を嫡出子の2分の1とするのは、一方では、法律婚を尊重すると同時に、他方、非嫡出子にも相続分を（2分の1だけでも）認めるということによって保護するという趣旨であるとの理由で憲法違反ではないと判断された。しかし、この事件以後、最高裁の判断に対する疑問が呈され、社会では親子関係法の改正を求める声が高まっていくことになる。そして、ついに、2015(平成27)年9月4日の最高裁大法廷決定は、1995(平成7)年大法廷決定を覆し、全員一致で民法90条4号ただし書を憲法14条1項違反であるとの判断を下したのであった。

この事件でも、最高裁は、「相続制度をどのように定めるかは、立法府の合理的な裁量判断に

13) 最大決平成7年7月5日民集49巻7号1789頁。

委ねられている」との立法裁量の存在の指摘から出発する。ただ、やはりここでも「区別をすることに合理的な根拠が認められない場合には、当該区別は、憲法14条1項に違反する」ことになる点は確認される。そのうえで、最高裁は、「法律婚主義の下においても、嫡出子と嫡出でない子の法定相続分をどのように定めるかということについては」、様々な事柄を総合的に考慮して決せられるべきであり、また、諸般の事柄は時代と共に変遷するから、民法の相続制度の「定め合理性については、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」とする。そして、戦後の家族・相続法「改正時から現在に至るまでの間の社会の動向、我が国における家族形態の多様化やこれに伴う国民の意識の変化、諸外国の立法のすう勢及び我が国が批准した条約の内容とこれに基づき設置された委員会からの指摘、嫡出子と嫡出でない子の区別に関わる法制等の変化」などを総合的に考察すれば「家族という共同体の中における個人の尊重がより明確に認識されてきたことは明らか」であり、また、法律婚制度自体は定着しているとしても、「子にとっては自ら選択ないし修正する余地のない事柄を理由としてその子に不利益を及ぼすことは許されず、子を個人として尊重し、その権利を保障すべきであるという考えが確立されてきている」ということができることなどから、「立法府の裁量権を考慮しても、嫡出子と嫡出でない子の法定相続分を区別する合理的な根拠は失われていた」との判断が下され、「民法900条4号ただし書は、本件での相続が始まった2001年(平成13)年7月当時において、憲法14条1項に違反していたものというべきである」との結論が示されたのであった。

以上のように、国籍法の非準正子に対する国籍取得の否定と民法による非嫡出子の相続分差別をめぐる21世紀に入って登場した2つの事件で、どちらも憲法14条1項違反という判断が下されることになる。すなわち、憲法の平等原則に違反する不合理な差別であるという判断である。その理由は大きく4つある。第一は21世紀の日本社会における家族・親子に関する国民意識の大きな変化であり、第二はグローバル化の進む社会における国際情勢の大きな変化、第三は日本社会において個人の尊重という考え方が重視されるようになってきたこと、そして、第四は問題とされる法律規定による子への重大な不利益賦課であり、これらが違憲との結論を導く際の重要な要因となっていたのであった¹⁴⁾。結局、最高裁のこれらの違憲判断の後、国籍法3条1項の準正要件、すなわち両親の婚姻という要件は撤廃され、民法900条4号ただし書も廃止され、相続の場面では嫡出・非嫡出の差別・区別はなくなったのであった。

ただ、最高裁は、この2つの事件でも、親子関係に関連する法制度についての立法裁量の存在は容認している。そのために、伝統的な家族像を前提にして制定されていた法律規定が問題とされ、当該法律制定当初はそれらが合憲であったことを認めようとして、時代の変化とともに立法裁量の合理性が失われたとの判断を下すものとなっている。その点で、両方の事件ともに、前提として承認される立法裁量による制度構築的な法律が、時間の経過とともに違憲になった

14) この点の指摘としては、井上典之「婚外子相続分違憲最高裁大法廷決定——憲法の立場から」論究ジュリスト8号98頁(2014年)102～103頁参照。中でも特に、第三の要因が、2013(平成25)年大法廷決定による1995(平成7)年大法廷決定の最高裁の立場からの「攻守逆転」を導く実体的判断になっているとの指摘がある。

事例¹⁵⁾にもなるということができるのであった。

(3) 第二のカテゴリー②：伝統的家族像を前提とした夫婦関係の差別の問題

伝統的家族像を前提に、立法裁量の行使として制定される家族関係についての問題、すなわち本稿での第二のカテゴリーに分類できる事案は、親子関係に関する憲法判例だけが特徴的な事例になるわけではない。家族制度の基礎となる婚姻関係においてもやはり憲法問題が提起され、親子関係に関する事例と同じように、最高裁はそこでの事案についての重要な判断を下すことになる。それが、2015(平成27)年12月16日に最高裁大法廷で下された2つの判決になる。その1つが、民法733条の定める女性の再婚禁止期間についての判決であり、もう1つが、夫婦同氏を定める民法750条についての判決になる。

女性に対する再婚禁止期間は、日本の伝統的家族像の下に民法733条1項(2016(平成28年)改正前)において、女性は離婚後6か月間(すなわち180日間)再婚できないとされていた。しかし、この再婚禁止期間は、女性に対してのみ課せられたものであり、また、婚姻の自由(憲法24条1項)を不当に長く制約するもので、憲法に違反するのではないかが問題視されてきたのであった。最高裁は、この問題について、1995(平成7)年12月5日の判決¹⁶⁾で、簡単に合理的な根拠に基づいて各人の法的取扱いに区別を設けることも憲法14条1項に違反しないとして、合憲の判断を下していた。ところが、これに対して、2015(平成27)年大法廷判決は、一定の範囲で規制を不合理なものとし、民法733条1項の再婚を禁止する一定の期間に違憲判断を下したのであった。

2015年大法廷判決で、最高裁は、まず、「婚姻及び家族に関する事項は、国の伝統や国民感情を含めた社会状況における種々の要因を踏まえつつ、それぞれの時代における夫婦や親子関係についての全体の規律を見据えた総合的な判断を行うことによって定められるべきもの」であり、その内容の詳細は「法律によってこれを具体化することがふさわしい」として、憲法24条2項を「このような観点から、婚姻及び家族に関する事項について、具体的な制度の構築を第一次的には国会の合理的な立法裁量に委ねるとともに、その立法に当たっては、個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚すべきであるとする要請、指針を示すことによって、その裁量の限界を画したもの」ととらえることから出発する。そして、民法733条1項は、「婚姻制度に関わる立法として、婚姻に対する直接的な制約を課すことが内容となって」おり、「その合理的な根拠の有無について以上のような事柄の性質を十分考慮に入れた上で検討をすることが必要」との判断が下される。そこで、最高裁は、民法733条1項の立法目的を「女性の再婚後に生まれ

15) この点に関連して、棟居快行「選挙無効訴訟と国会の裁量」レファレンス66号5頁(2014年)20～22頁では、この国籍法違憲判決と非嫡出子相続分違憲決定が郵便法違憲判決(最大判2002(平成14)年9月11日民集56巻7号1439頁)とともに「制度構築的な法律」で「立法裁量が広く認められやすいタイプのもの」であっても違憲判決が下されている例として取り上げられている。

16) 最判1995(平成7)年12月5日判例時報1563号81頁。この判決に対しては、民法733条1項が「過度に広範な婚姻の自由を制約する」規定になっていることの言及すらない点を大いに問題視する見解もある。それについては、糠塚康江「女性の再婚禁止期間の合理性」長谷部・石川・宍戸(編)『憲法判例百選I [第6版]』(有斐閣、2013年)64頁以下参照。

た子につき父性の推定の重複を回避し、もって父子関係をめぐる紛争の発生を未然に防ぐことにある」としたうえで、近年の医療や科学技術の発達から DNA 検査技術が進歩し、極めて高い確率で生物学上の親子関係を確認できるようになっているのは公知の事実であるが、子の利益の観点から「法律上の父を確定するための裁判手続等を経るまでもなく、そもそも父性の推定が重複することを回避するための制度を維持することに合理性が認められる」ので、父子関係が早期に明確となることの重要性に鑑みると、「立法目的には合理性を認めることができる」とする。そのうえで、嫡出推定の民法の規定（民法 772 条 1 項及び 2 項）からすると、「女性の再婚後に生まれる子については、計算上 100 日の再婚禁止期間を設けることによって、父性の推定の重複が回避されること」になり、「父性の推定の重複を避けるため上記の 100 日について一律に女性の再婚を制約することは、婚姻及び家族に関する事項について国会に認められる合理的な立法裁量の範囲を超えるものではなく、上記立法目的との関連において合理性」を有し、憲法 14 条 1 項、24 条 2 項にも違反しないとされる。

以上の判断に続けて、最高裁は、民法 733 条 1 項が「女性についてのみ 6 箇月の再婚禁止期間を設けている」ことの合理性を問題にする。そこでは、日本の「社会状況及び経済状況の変化に伴い婚姻及び家族の実態が変化」したことや「晩婚化が進む一方で、離婚件数及び再婚件数が増加するなど、再婚をすることについての制約をできる限り少なくするという要請が高まっている事情」、ならびに「かつては再婚禁止期間を定めていた諸外国が徐々にこれを廃止する立法をする傾向」などを挙げて、再婚の場合に限って「厳密に父性の推定が重複することを回避するための期間を超えて婚姻を禁止する期間を設けることを正当化することは困難」であり、「他にこれを正当化し得る根拠を見いだすこともできない」ことから、民法 733 条 1 項の「100 日超過部分は合理性を欠いた過剰な制約を課すものとなっている」との結論を提示した。この最高裁の判断を受けて、国会は、2016(平成 28)年改正により再婚禁止期間を 6 か月（すなわち 180 日）から 100 日に短縮したが、民法 733 条 1 項そのものは存続させ、そのために女性に対する再婚禁止期間それ自体は未だ残ったままである。

このように、再婚禁止期間については限定的ながらも違憲判断が下されたのであるが、もう 1 つ、旧態依然たる家族制度は維持するかのような考え方も最高裁は示している。その典型となるのが、同じ日に下された夫婦同氏に関する大法廷判決である¹⁷⁾。民法 750 条では、夫婦は、夫もしくは妻のどちらか一方の姓を名乗らなければならないと定めている。ところが、いわゆる先進諸国では、1993 年にドイツ民法典（BGB）が改正され、夫婦同氏制度が残っているのは今や日本だけになっているといわれている。それにもかかわらず、最高裁は、夫婦・家族の一体性の維持から夫婦同氏は合憲であり、選択的夫婦別氏も現行法制度上は認められないとの判断を下したのであった。

その事件で最高裁は、氏名を「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、人格権の一内容を構成する」ととらえるが、「氏は、婚姻及び家族に関する法制度

17) この点の詳細については、春名麻季「人権の基底的原理としての『個人の尊重』についての一考察」門田・井上（編）・浦部法穂先生古稀記念『憲法理論とその展開』（信山社、2017 年）371 頁以下参照。

の一部として法律がその具体的な内容を規律しているもの」として、氏に関する人格権の内容は、「憲法上一義的に捉えられるべきものではなく、憲法の趣旨を踏まえつつ定められる法制度をまっぴら初めて具体的に捉えられるもの」になり、「具体的な法制度を離れて、氏の変更されること自体を捉えて直ちに人格権を侵害し、違憲であるか否かを論ずることは相当ではない」との判断から出発する。そのうえで、最高裁は、氏に関する民法の諸規定（767条1項、771条、749条、790条、810条、816条1項、808条2項）は、氏を、「社会の構成要素である家族の呼称としての意義があるとの理解を示して」おり、「家族は社会の自然かつ基礎的な集団単位であるから、このように個人の呼称の一部である氏をその個人の属する集団を想起させるものとして一つに定めることにも合理性がある」との見解を下す。そして、「本件で問題となっているのは、婚姻という身分関係の変動を自らの意思で選択することに伴って夫婦の一方が氏を改めるという場面であって、自らの意思に関わりなく氏を改めることが強制されるというもの」ではなく、婚姻の際に「氏の変更を強制されない自由」が憲法上の権利として保障される人格権の一内容であるとはいえないとの判断が下され、民法750条が憲法13条違反にはならないことが示される。また、民法750条は「夫婦がいずれの氏を称するかを夫婦となろうとする者の間の協議に委ねている」のであって、「その文言上性別に基づく法的な差別的取扱いを定めているわけではなく、本件規定の定める夫婦同氏制それ自体に男女間の形式的な不平等が存在するわけではない」とし、憲法14条1項にも違反しないとされる。さらに、最高裁は、「夫婦同氏制の下においては、婚姻に伴い、夫婦となろうとする者の一方は必ず氏を改めることになること、婚姻によって氏を改める者にとって、そのことによりいわゆるアイデンティティの喪失感を抱いたり、婚姻前の氏を使用する中で形成してきた個人の社会的な信用、評価、名誉感情等を維持することが困難になったりするなどの不利益を受ける場合があることは否定できない」点を認めるが、「夫婦同氏制は、婚姻前の氏を通称として使用することまで許さないというものではなく、近時、婚姻前の氏を通称として使用することが社会的に広まって」おり、その不利益は「氏の通称使用が広まることにより一定程度は緩和され得る」として、「夫婦同氏制が、夫婦が別の氏を称することを認めないものであるとしても、上記のような状況の下で直ちに個人の尊厳と両性の本質的平等の要請に照らして合理性を欠く制度であるとは認めること」はできず、したがって、民法750条は憲法24条に違反するものでもないとの結論が示される。なお、最高裁は、規制の程度の小さい氏に係る制度（例えば、夫婦別氏を希望する者にこれを可能とするいわゆる選択的夫婦別氏制）について、「そのような制度に合理性がないと断ずるものではない」とし、「この種の制度の在り方は、国会で論ぜられ、判断されるべき事柄にほかならない」との見解を付記するのであった。

結局、親子関係であっても、婚姻に関する夫婦関係であっても第二のカテゴリーに分類される事例では、最高裁は、立法裁量の存在を前提に、「権利と制度がせめぎあう憲法問題について、権利制限という構成を自覚的に退け、立法裁量の問題としてこれを審査する」という態度で臨んでいる。ただ、その中でも一定の事案では制度自体の不合理性や法制度の首尾一貫性の欠如という観点から、立法裁量は憲法上の権利によって限界づけられるということが示されると同時に、夫婦同氏制の場合のように、「権利の論理と制度の論理が交錯する場合に、自動的に

権利を制度に従属」¹⁸⁾ させるものもみられるところとなっている。

(4) 第三のカテゴリー：想定外の事態を既存の法律で解決した事件

第三のカテゴリーは、本当ならば第一のカテゴリーのように法制度が整備される必要がある事案なのかもしれないが、本来法制度上想定されていない思わぬ事態に既存の法律が適用され、それが家族・親子関係に有利に作用したという事例¹⁹⁾である。ここでは、性同一性障害者の性別変更に関するいわゆる性同一性障害者特例法（2004(平成16)年制定：以下、「特例法」とする）に関連し、当該法律の下で性同一性障害者と認定され、戸籍上の性別が変更された者の婚姻および当該婚姻関係の下で誕生した子の地位が問題になり、それが既存の民法規定の解釈・適用により処理されて、一定の解決が図られた事例を取り上げることができる。

それが、2013(平成25)年12月10日の最高裁決定である。その事例では、特例法の下で、女性から男性に性別変更したXが女性Yと婚姻し、妻であるYが、生殖補助医療技術を利用した人工生殖の一種であるAID（非配偶者間人工授精）、すなわち第三者による提供精子によって懐胎・出産する方法を利用し、そこで誕生した子がX・Y夫婦の嫡出子として認められるかどうか争われた。ここで非常に重要なのが、特例法では、性別変更した場合、変更後の性別で婚姻することができるということである。すなわち、Xはもともと女性であったが、性別変更して男性になったので、女性であるYと婚姻することができたのである。そして民法772条では、夫婦の間に生まれた子は、夫婦の実子、すなわち嫡出子と推定されることになる（これは前記・嫡出推定規定）。最高裁は、「嫡出親子関係は、血縁を基礎としつつ、婚姻を基盤として判定されるもの」であり、性別の取扱い変更の審判を受けた者のように「当該夫と子との間の血縁関係が存在しないことが明らかな場合においては、民法772条を適用する前提を欠く」として嫡出子とすることを否定していた原審判断に対し、まさに民法772条を適用することで、Xと子供との法的親子関係は認められると判断した。すなわち、子供はX・Y夫婦の嫡出子であると認められたのである。

最高裁は、特例法4条1項に関連して、「性別の取扱いの変更の審判を受けた者は、民法その他の法令の規定の適用については、法律に別段の定めがある場合を除き、その性別につき他の性別に変わったものとみなす旨を規定している」のであるから、「特例法3条1項の規定に基づき男性への性別の取扱いの変更の審判を受けた者は、以後、法令の規定の適用について男性とみなされるため、民法の規定に基づき夫として婚姻することができるのみならず、婚姻中にその妻が子を懐胎したときは、同法772条の規定により、当該子は当該夫の子と推定されるというべきである」との判断から出発する。ただ、従来の最高裁の判断から、「民法772条2項所定

18) この引用は、民法750条に関する最高裁大法廷判決についての解説で述べられたものである。小山剛「夫婦同氏制を定める民法750条の合憲性」ジュリスト1505号21頁（2017年）23頁参照。

19) ここで取り上げる事例については、「本来は立法的解決が必要な事案であったのかもしれないが、……既存の法律制度の枠内での『婚姻と嫡出推定』を重視したもの」との評価が示されるものである。それについては、井上典之「平等保障による憲法規範の変容？」阪本昌成先生古稀記念論文集『自由の法理』（成文堂、2015年）665頁、688頁参照。

の期間内に妻が出産した子について、妻がその子を懐胎すべき時期に、既に夫婦が事実上の離婚をして夫婦の実態が失われ、又は遠隔地に居住して、夫婦間に性的関係を持つ機会がなかったことが明らかであるなどの事情が存在する場合には、その子は実質的には同条の推定を受けない」ことが先例になることは認められる。ただ、最高裁は、「性別の取扱いの変更の審判を受けた者については、妻との性的関係によって子をもうけることはおよそ想定できないものの、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（すなわち、民法772条＝筆者）による嫡出の推定についての規定の適用を、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は相当でない」との判断も下す。その結果、ここで問題とされている子は、妻が婚姻中に懐胎した子であるから、夫が特例法3条1項の規定に基づき性別の取扱いの変更の審判を受けた者であるとしても、民法772条の規定により夫の子と推定され、また、その子が実質的に同条の推定を受けない事情、すなわち夫婦の実態が失われていたことが明らかなことその他の事情もうかがわれぬ以上、子について「民法772条の規定に従い嫡出子としての戸籍の届出をすることは認められるべきであり、……同条による嫡出の推定を受けないことを理由とする本件戸籍記載（父の欄を空欄にする戸籍記載＝筆者）は法律上許されない」としたのであった。

なお、この最高裁の判断には、「民法についていえば、高度化する生殖補助医療など立法当時に想定しない事象が生じていること」というまでもなく、「それに備えてきめ細かな最善の工夫を盛り込むことが可能であるのは立法による解決であるが、そのような解決の工程が予測できない現状においては、特例法および民法について、解釈上可能な限り、そのような事象も現行の法制度の枠組みに組み込んで、より妥当な解決を図るべきである」とする木内道祥裁判官の補足意見が付されている。しかし同時に、「性別の変更が認められても、変更後の男性としての生殖機能を現在の医学では持ち得ない以上、夫として妻を自然生殖で懐胎させることはあり得」ず、その意味で特例法は「男性への性別変更審判を受けた者と女性との婚姻において遺伝上の実子を持つことを予定して」おらず、「民法772条の推定は妻が夫によって懐胎する機会があることを根拠とするのであるから、その機会のないことが生物学上明らかであり、かつ、その事情が法令上明らかにされている者については推定の及ぶ根拠は存在しないといわざるを得ない」のであって、夫が「特例法3条1項の規定に基づき男性への性別の取扱いの変更の審判を受けた者であることが戸籍に記載されている本件においては、形式的審査権の下においても戸籍事務管掌者のした本件戸籍記載は違法とはいえない」とする岡部喜代子裁判官の反対意見、「特例法の制度設計においては、性別取扱いの変更を受けた者が遺伝的な子をもうけることが想定されて」おらず、「生殖補助医療による法律上の親子関係の形成の問題にもなるどころ、この問題は、本来的には、生命倫理や子の福祉を含む多角的な検討の上、親子関係を認めるか否か、認めるとした場合の要件や効果、その際の制度整備等について立法によって解決されるべきものであることは、判例においてつとに指摘されてきたところであるが、なお、立法に向けた議論は十分に煮詰まっていないように思われる」としつつも、「多数意見の見解は、特例法の制度趣旨を推し進め、性別の取扱いの変更を受けた者の願望に応え得るものとして理解できるところである」が、現行の「特例法の制度設計の下で、子に法律上の実親子関係を認めること」には

懸念が残り、「現段階においてこのような解釈をとることになお躊躇を覚えるところである」として、「民法772条をめぐるさらなる議論と、また生殖補助医療についての法整備の進展に期待したい」とする大谷剛彦裁判官の反対意見も付されている。これら反対意見の懸念は、多数意見が、解釈によって血縁関係が無くても実親子関係が認められるという判断を下したことにある。結局、この事件を契機として、親子関係の決定については、血縁関係よりも親になりたい、自分の子をもちたいという個人の意思が重要であるということが、最高裁の多数意見によって示唆されたといえる。ただ、ここでもやはり第一の категорияと同じように、法制度の想定外の問題には、補足意見をも含めて少数意見で指摘されるように、立法による解決が望ましいのであろうが、現実問題としては目の前の問題に適用できる法律規定がある場合には、それを用いることで事案を解決しようとする法律重視の最高裁の態度も理解できるところといえるのではないだろうか²⁰⁾。

3 最高裁による諸外国にみる家族制度の変容の指摘

以上の3つの category に分類できる21世紀に入ってからの代表的な最高裁判例は、ようやく家族・親子関係の問題が憲法論として議論できる土俵を設定したといえることができる。もちろん上記7つの最高裁の判断は、必ずしもすべてが憲法問題として論じられているわけではない。ただ、最高裁は、第一の category や第三の category に分類される事件において、これまで想定されていなかった民法上の家族・親子関係法制の不十分さを認識し、立法による対応の必要性を論じている。そして、家族・親子関係法制が立法による制度構築を必要とする領域であるとするならば、またそうであるからこそ、そこに一定の憲法上の指針を示すことも必要になろう²¹⁾。そして、そのためには、比較憲法的にみて特徴的な規定を持ちながらも、まだ憲法論としてほとんど議論されてこなかった日本の理論状況²²⁾に鑑みて、諸外国の制度にも若干触れておく必要があると思われる。というのも、最高裁が違憲判断を下す第二の category において、憲法判断を下す前提として国際情勢の変化、特にドイツをはじめとする諸外国の制度の内容を取り上げ、違憲判断を導く1つの要因にしているからである。そのためにここで、世界における家族制度の変容、その中でも特にドイツの法制度に簡単に触れ、その内容を確認しておくことにする。

最高裁は、第二の category に分類される事件の親子関係に関する違憲判断だけでなく、婚姻・夫婦関係に関する2つの事案でも国際情勢の変化を理由中に挙げ、とくに違憲判断の背景

20) 但し、「出自についての苦悩を必然的に抱える AID 子が誕生する危険を重視」すれば、「特例法の立法ミスを解釈で遮断」しようとする反対意見の方が是とされとの意見もある。それについては、水野紀子「性別の取扱いの変更の審判を受けた者の妻が婚姻中に懐胎した子についての嫡出推定」ジュリスト1479号83頁(2015年)84頁参照。

21) この点に関して、筆者は既に「制度としての『婚姻』・『家族』」という考え方を紹介し、まさに憲法24条がそこでの中心的役割を果たす規定になることを示したことがある。それについては、春名・前掲注3)に挙げた四天王寺大学紀要第56号62頁以下参照。

22) この点の指摘について、辻村みよ子「『個人の尊重』と家族——憲法13条論と24条論の交錯」法律時報増刊『戦後日本憲法学70年の軌跡』(日本評論社、2017年)112頁参照。

には、国際社会における家族の変容という事実の存在が指摘されるとともに、最高裁がその結論を下す際の1つの重要な要因として強調している²³⁾。その中でもとくに、非嫡出子相続分違憲決定で明示的に参照されるように、ドイツでは1997年に、フランスでは2001年に親子・家族関係に関する法制度が改革され、親である夫婦の法的関係と親子関係を分離する、すなわち、家族の個人主義化が強調されるようになってきている。この点を考慮すれば、とくにドイツ、フランスにおける家族とは、従来の夫婦とその間に誕生する子によって構成される人的集合体に限定されるのではなく、さらに家族そのものも集合体としてではなく、尊厳の認められる一人ひとりの個人に分解して、家族とされる集団の中での法的地位を決定していくとする考え方が基礎になっていると解されるようになってきているのである。そして、日本の法制度が明治以来参照してきたドイツでは、子を産んだ母親をまず法律上の母と認定し、父親は、その母親と一定の関係にある男性という形で法律上の親子関係を設定する。その結果、ドイツでは、子の法律上の地位について法律婚制度の下で誕生する子の嫡出・非嫡出の区別は撤廃され、これは相続制度についてだけ区別を廃止した日本の場合とは異なるものになっているのであった²⁴⁾。

再婚禁止期間の違憲判断でも、最高裁は、日本における「社会状況及び経済状況の変化に伴い婚姻及び家族の実態が変化し、特に平成期に入った後においては、晩婚化が進む一方で、離婚件数及び再婚件数が増加するなど、再婚をすることについての制約をできる限り少なくするという要請が高まっている事情も認めることができる」との指摘とともに、「かつては再婚禁止期間を定めていた諸外国が徐々にこれを廃止する立法をする傾向にあり、ドイツにおいては1998年(平成10年)施行の『親子法改革法』により、フランスにおいては2005年(平成17年)施行の『離婚に関する2004年5月26日の法律』により、いずれも再婚禁止期間の制度を廃止するに至っており、世界的には再婚禁止期間を設けない国が多くなっていることも公知の事実」とする。ただ、「それぞれの国において婚姻の解消や父子関係の確定等に係る制度が異なるものである以上、その一部である再婚禁止期間に係る諸外国の立法の動向は、我が国における再婚禁止期間の制度の評価に直ちに影響を及ぼすものとはいえないが、再婚をすることについての制約をできる限り少なくするという要請が高まっていることを示す事情の一つとなり得る」とも指摘し、最高裁は、諸外国の例を条件付きではあるが、立法裁量による制度構築の憲法上の統制に際して参照することを示唆するのであった。

なお、夫婦同氏事件では、その判断が夫婦同氏の法律による強制を合憲としたためか、直接諸外国の例に触れていないが、山浦善樹裁判官の反対意見が、「前提とする婚姻及び家族に関する法制度が異なるものではあるが、世界の多くの国において、夫婦同氏の他に夫婦別氏が認められて」おり、「かつて我が国と同様に夫婦同氏制を採っていたとされるドイツ、タイ、スイス等の多くの国々でも近時別氏制を導入しており、現時点において、例外を許さない夫婦同氏制

23) この点では、非嫡出子相続分違憲判決で、最高裁は、「民法に本件規定(900条4号ただし書=筆者)を設けるに当たり、上記諸外国の立法例が影響を与えていたこと」を諸外国の例を参照する1つの理由にしている。

24) この中で、特にドイツの法制度の変化については、春名・前掲注3)に挙げた四天王寺大学紀要第57号99頁以下、同・前掲注12)53頁以下参照。

を採っているのは、我が国以外にほとんど見当たらない」との見解を提示し、夫婦同氏を定める民法750条を憲法24条に違反するとの判断の1つの理由としている。ただ、の中で列挙された1つであるドイツでも、原則は夫婦同氏とされている。日本との違いは、連邦憲法裁判所による「夫婦同氏は合憲であるが、憲法上その制度採用が義務づけられているわけではない」との判断と、婚氏決定に際しての女性への負担強制的禁止についての見解であった。その結果、現在では、婚氏の決定が当事者間の婚姻締結の妨げとならないようにする配慮から、夫婦同氏を原則としつつ、婚氏についての合意がない場合の出生氏での生活継続が認められ、事実上、夫婦別氏が原則であるかのような様相を呈しているのであった（いわゆる選択的夫婦別姓）²⁵⁾。

結局、最高裁は、再婚禁止期間違憲判決や夫婦同氏事件の判断で指摘するように、「婚姻及び家族に関する事項は、国の伝統や国民感情を含めた社会状況における種々の要因を踏まえつつ、それぞれの時代における夫婦や親子関係についての全体の規律を見据えた総合的な判断によって定められるべき」問題とする結果、日本社会における伝統的家族像・家族観²⁶⁾の独自性を前提にしつつも、国籍法違憲判決や非嫡出子相続分違憲決定で指摘するように、「社会の動向、我が国における家族形態の多様化やこれに伴う国民の意識の変化、諸外国の立法のすう勢」を重視する姿勢を示すことになる。そして、最高裁の判断において指摘されるように、立法裁量を前提にしつつも、そこでの制度構築のためには社会情勢や国民意識の変化への対応の必要性が強調される。そのうえで、その総合的判断における要因の中の1つとして、最高裁は、立法裁量に基づく制度構築の合理性判定の素材として、諸外国、特にドイツ、フランスというヨーロッパ大陸の成文法主義の国の法制度を重視しているのであった。

4 むすび

最高裁は、家族・親子法制に関する判断において、「平成期に入った後においては、いわゆる晩婚化、非婚化、少子化が進み、これに伴って中高年の未婚の子どもがその親と同居する世帯や単独世帯が増加しているとともに、離婚件数、特に未成年の子を持つ夫婦の離婚件数及び再婚件数も増加するなど」から、「婚姻、家族の形態が著しく多様化しており、これに伴い、婚姻、家族の在り方に対する国民の意識の多様化が大きく進んでいる」ことを指摘する。これは、立法裁量による家族・親子関係法制構築の合理性を検討する際に考慮すべき内容として提示されているのであるが、結局、このような現実の状況から、日本における夫婦、親子そして家族はどこに向かうのかということが、非常に大きな問題となって現れている。

親子関係では、第一のカテゴリーでの事例が示す通り、生殖補助医療技術の利用をどこまで認めるのかという点は、今後も重大な問題になってくると思われる。この問題については、判

25) この夫婦同氏に関するドイツ連邦憲法裁判所の判断と立法の変遷については、春名・前記注17) 374～380頁参照。ドイツでの問題は、日本と違い、夫氏優先の夫婦同氏制が男女平等に反するか否かをめぐる展開になっていることがここで注意しておくべき事柄になる。

26) 最高裁は、2015年大法廷決定の中で、この伝統的家族像・家族観を、「法律婚を正当な婚姻とし、これを尊重し、保護する反面、法律婚以外の男女関係、あるいはその中で生まれた子に対する差別的な国民の意識」という表現で示している。

例でも示される通り、生殖補助医療技術の利用の可否、当該技術を利用して誕生した子の法的地位について定める法律は日本において未だ整備されていない。その結果、もっとも不利益を被っているのは、いうまでもなく当該技術を利用して誕生する子ということになる。その段階に至らなくても、そもそも単身者や同性カップルでも生殖補助医療技術を利用できるのかという点についても、何ら法的規制は存在せず、日本では裁判事例として争われるだけで、必ずしも、これらの問題に対する統一的な見解は見受けられない。その結果、21世紀に入って、日本では夫婦、親子、家族の形に大きな揺らぎが生じているといえるのである。

この揺らぎという点に関しては、実は、第三のカテゴリーで取り上げた事例にも関連するが、同性カップルの法的地位の問題、例えば、日本においても同性婚あるいはそれに類似する生活パートナー制度を法的にどこまで承認するのか、あるいは、同性カップルにも子をもつ権利を認めるのかという問題²⁷⁾がある。最高裁は、「婚姻をするについての自由」を「憲法24条1項の規定の趣旨に照らし、十分尊重に値するもの」として、必ずしも「婚姻の自由」を憲法上保障された権利とは解していない²⁸⁾。ただ、少なくとも憲法24条1項は、「婚姻をするかどうか、いつ誰と婚姻をするかについては、当事者間の自由かつ平等な意思決定に委ねられるべきであるという趣旨を明らかにしたものとされるが、同条項は、「婚姻は両性の合意のみに基づいて成立する」と規定されているために、「両性」、すなわち、男性と女性の間での合意とされていることが「自由かつ平等な意思決定」の対象者についての1つの問題になっている。この点についてはさらに、ライフスタイルの多様化を促進する画期的な動きとして、地方自治体による独自の家族制度の承認として、同性パートナーシップ制度を導入する動きがみられる。2015(平成27)年に、東京都渋谷区と世田谷区が同時に日本で初めてこの制度を導入したのをきっかけとして、徐々にその動きは広まりを見せており、2019(平成31)年3月時点でパートナーシップ制度を導入している自治体は、上記2つに加え、札幌市、大阪市、福岡市、那覇市など、11に及ぶ。さらに、現在、導入を検討している自治体もあり、自治体レベルでの同性パートナーの承認は、今後、ますます全国へ拡大していくことが予想される。

しかし、同性パートナーシップ制度は、あくまで条例レベルでの承認であることから、その法的効果はいまだ不明のままとなっている。そうであるならば、そして日本の最高裁が諸外国の情勢を制度構築の際の重要な要因とするならば、この点でこそ、諸外国、特に日本が従来から参照してきたヨーロッパ大陸諸国の例を参照すべき点になるといえるかもしれない。とくにEU諸国での同性カップルに対する生活パートナーシップや婚姻の承認というものも、日本社会において非常に注目されるようになってきている現在、同性カップルに婚姻に準じた法的地位を認める制度である生活パートナーシップから始まり、それに続いて、同性カップルの婚姻

27) この点については、井上・前掲注19) 673頁以下が、ドイツでの生活パートナーシップ法をめぐる憲法問題の変遷を取り上げ、日本でその議論をどこまで参照できるかを検討している。そのうえで、最終的には、「日本においても同性ペアの生活共同体の承認に一定の法的進展の兆候が見られる」(689頁)との指摘がなされている。

28) 例えば、辻村・前掲注22) 112頁では、この点をも踏まえて、「判例では『婚姻の自由』さえ憲法上保障された権利と認められるに至っていない」と批判的に指摘している。

の承認という形で「同性婚」を認める法律がオランダの2001年成立を皮切りに各国で成立し、イギリス・フランスでは2013年に、ドイツでは2017年に成立していることが比較法的視点での対象となり得る。また、アメリカでも2015年に、連邦最高裁判所が、婚姻の権利を憲法上の基本的人権の1つと解釈し、「同性間にも婚姻を認めないことは法の下での平等に反する」との判断を下している。これにより、アメリカすべての州において同性婚が合法となっている。一方、アジアでも、台湾において、アジアでは初となる同性婚法が2019年5月までに成立する予定である。このような諸外国での変化を受けて、21世紀に入ってからの日本でも、夫婦、親子、家族という形態の在り方そのものに揺らぎが生じている。但し、そのようなライフスタイルの多様化がみられる一方で、それに対する保守的な反応が女性政治家によって異論という形で発表された。たとえば、ある政党の女性議員から、同性愛者などを含むいわゆるLGBTの人たちは、「生産性がない」から、彼らに税金を投入するのは無駄であるといった見解²⁹⁾が、LGBTといわれる性的マイノリティーに対する批判として展開され、世論では、そのような意見に対する批判もあれば擁護する意見もあり、大きな話題となった。

これまで述べてきた通り、これらの問題については、もともとの戸籍制度、あるいは民法によって「家」制度あるいは戦後の「夫婦」関係を中心に展開されてきた割には、家族・婚姻というものの定義がないことが最大の原因ではないかと考えられる。結局、家族はほんとうに個人主義化し得るのかというのが、21世紀の日本における最も大きな問題になるのではないだろうか。もともと、戦前までの伝統的な家族とは、夫婦・子に加え、夫婦の両親といういわゆる三世家族が基本であった。それが、戦後の核家族化によって、家族は夫婦と子によって構成されることが基本的なスタイル³⁰⁾となった。そして、現在では、非婚のまま子をもつケースや、子が生まれた後で離婚し、父と子、あるいは母と子といった、いわゆるシングルペアレントと子という形での家族も年々増加の傾向にある。日本では、現在のところ、夫婦と子で構成される集合体までを家族として法的に保護されているといえるが、果たしてシングルペアレントと子のみで構成される集合体をも家族として認めるのかどうか、すなわち、これらも家族の一形態として、法的に保護されるかどうかというのが、今後の大きな問題として掲げられている。それについては、いまだ未知数と言わなければならない。

29) この点は、ダイバーシティを容認するグローバルな視点から、いわゆる「差別的言論」という別の問題をも提起する。この差別的言論（ヘイトスピーチ）に関しては、木下智史「差別的表現」大石・石川（編）『憲法の争点』（有斐閣、2008年）126頁以下参照。

30) この点に関しては、前掲注26)で示した通り、2015年大法廷決定が、日本の伝統的家族観から続けて、「我が国においては、社会、経済状況の変動に伴い、婚姻や家族の実態が変化し、その在り方に対する国民の意識の変化も指摘されている」内容として提示する。すなわち、「地域や職業の種類によって差異のあるところであるが、要約すれば、戦後の経済の急速な発展の中で、職業生活を支える最小単位として、夫婦と一定年齢までの子どもを中心とする形態の家族が増加するとともに、高齢化の進展に伴って生存配偶者の生活の保障の必要性が高まり、子孫の生活手段としての意義が大きかった相続財産の持つ意味にも大きな変化が生じ、1980(昭和55)年の「民法の一部改正により配偶者の法定相続分が引上げられるなどしたのは、このような変化を受けたもの」であって、「さらに、昭和50年代前半頃までは減少傾向にあった嫡出でない子の出生数は、その後現在に至るまで増加傾向が続いている」という表現で示されている。

なお、この点に関する問題を検討するための比較法的素材である EU 諸国、特にドイツでの法制度の変遷の動向についての考察は、本研究の継続的な問題として今後の課題としたい。

《追記》

本稿は、科学研究費補助金・基盤研究（C）（課題番号 16K03313・研究課題「婚姻・家族を規律する規範内容に関する基本権ドグマティックの比較研究」）の研究成果の一部であって、その内容は、国際交流基金グダベスト日本文化センターにて 2018 年 11 月 28 日に「日本の変遷：法的視点からの社会と文化」とする全体テーマの下で「法的視点からの日本の家族制度：最高裁判例と欧州との比較」と題する筆者が行った講演原稿を基に加筆・修正したものであることをここに追記しておく。

