

憲法条項と憲法判例における婚姻概念の日独比較

三宅雄彦

一 序論

一昨年から同性婚の是非を巡り、札幌・大阪・東京の各地裁判決が下され¹、性同一性障害の性別変更の要件についても訴訟が係属する²。これら性的マイノリティの権利問題以前にも、非嫡出子相続差別や夫婦同氏制など、伝統的な異性カップルに憲法問題が存在してきた。

さて、これら各種問題の中心に婚姻条項があるのは言うまでもない。同性愛者は異性愛者と同様に婚姻及びその効果を得ることを要求し、本来の性を追求する性同一性障害者は婚姻を求め又はこれと闘争し³、異性愛者も同氏強制制の廃止など己の尊厳を実現する為に努力する。性的マイノリティであれ性的マジョリティであれ、彼らの諸利益の享受を法的に承認するか否か、これは憲法 24 条が決めるのであり、更には、この婚姻条項が

1 札幌地判令和 3 年 3 月 17 日判例時報 2487 号 3 頁、大阪地判令和 4 年 6 月 20 日判例時報 2537 号 40 頁、東京地判令和 4 年 11 月 30 日判例時報 2547 号 19 頁、名古屋地判令和 5 年 5 月 30 日 D1-Law.com 判例体系、福岡地判令和 5 年 6 月 8 日裁判所ウェブサイト。これらは、公益社団法人「マリッジ・フォー・オール」を軸に同性婚の届出不受理の違憲性を争い全国各地で展開される訴訟に基づく。参照、特集『結婚の自由をすべての人に』訴訟を考える」ジェンダー法研究 9 号 (2022 年) 1 頁以下。

2 性同一性障害者特例法 3 条 2 項に関して、最 2 小決平成 31 年 1 月 23 日判例時報 2421 号 4 頁、同 4 号に関して、最 2 小決令和 2 年 3 月 11 日裁判所ウェブサイト、同 3 号に関して、最 3 小決令和 3 年 11 月 30 日判例時報 2523 号 5 頁。

3 性同一性障害者は、自己の本来の性に変更せずして愛する人と結婚できず、既婚の者は既婚であることを理由に性の変更が許されない。参照、性同一性障害者特例法 3 条 1 項 1 項 2 号参照。

定める憲法上の婚姻概念が命ずるのである。

本稿は、日本国憲法とドイツ基本法とを比較する観点に立脚しつつ、第一に、前者の24条2項と後者の6条1項につき、条文に即して、これらの婚姻条項の構成と、それが抱える婚姻概念の内実を検討し、第二に、この対比に基づき、憲法24条2項に関する最高裁判例を確認し、それらが想定する婚姻概念の諸理解を吟味するものである。

二 日独婚姻条項の比較

1 ドイツ基本法6条1項

(1) 本節では、まず、ドイツ基本法6条1項と日本国憲法24条の構造を確認し、次に、両国憲法の婚姻条項の間の相違点を検討してみる。

第一に、ドイツ基本法6条1項だが、

「婚姻及び家族は国家秩序の特別の保護の下にある」

と規定するこの条項は、三つの構成要素から成り立つ。一つに、この婚姻条項は、防御権という古典的な基本権を保障する。即ち、婚姻を結ぶ自由と家族を設ける自由を人々はここで享受する。二つに、この6条1項は、婚姻と家族を制度としても保障している。つまり、この婚姻と家族の条項の中に制度的保障の思考が存立する。三つに、価値決定的原則規範という機能もこの条項は所持している。これは、基本権の間接的効力を弁証する価値秩序論と同じものだが、この価値が、婚姻と家族の領域に関わる全ての法を拘束すると言い、これにより国家は、婚姻と家族を阻害する全ての行為を取りやめて、寧ろ、婚姻と家族を適切な手段で促進する行為を行わねばならない。

以上の、防御権と制度的保障と価値決定の婚姻条項の三つの要素は、1957年1月17日夫婦合算課税決定にて連邦憲法裁が確認して、現在でも、

ドイツの確定判例にして学界通説とされる考え方である⁴。

(2) 第二に、上のうち、6条1項が制度的保障であることを敷衍すると、制度的保障が、特定の制度にして、これに立法者が規範の複合体により具体的な形象を与えるもので、且つ、それにしてその核心領域が立法者にも不可侵であるとされるもの、この保障であるとするれば⁵、基本法6条1項は、正にこの意味で制度的保障であるとされている。

つまり、この条項では、立法者は一方で、婚姻制度に法律を通じて、アウスゲシュタルテン具体的な形象を付与しなければならず、他方で、本制度を形成するとしても、この婚姻の本質的構造諸原理を順守しなければならない⁶。この婚姻制度の形成と婚姻構造の遵守という意味で、6条1項には、制度的保障が成立していると、ドイツの通説と判例は語る訳である。

だが、婚姻の規範核心に抵触せぬ限りでの、婚姻制度の具体的な形成、即ち、立法者の形成自由が何を意味するのか、必ずしも明確でない。尤も、マーガーに拠れば、婚姻に関わる諸個人の多様な利益の調整、例えば、離婚事件につき、離婚を望む一方の第三者との恋愛の自由、離婚を拒む他方の人格権や婚姻を維持する自由、共通の子供の福祉など相反する利益の調整が、婚姻制度の具体的な形成の内実となる⁷。

4 以上につき、三宅雄彦「婚姻と同性カップル」鈴木秀美・三宅雄彦編『ガイドブック・ドイツの憲法判例』（信山社、2021年）156-157頁。

5 Hans-Jürgen Papier/Christoph Krönke, Grundkurs: Öffentliches Recht 2 Grundrechte, 3. Aufl., 2018, S. 25(Rn. 50).

6 Papier/Krönke, a.a.O.(Anm.5), S.161.(Rn. 315); Thomas Würtenberger, Deutsches Staatsrecht, 33. Aufl., 2018, S 353(Rn. 2); Ute Mager, Einrichtungsgarantien, 2002, S. 200f.

7 Mager, a.a.O.(Anm.6), S. 205f. 尤も、マーガーの説明をより正確に述べれば次のようになるだろう。つまり、離婚法の有責主義から破綻主義への改革に関する事件での、1980年の連邦憲法裁判決(BVerfGE 53, 224)、その基本法解釈につき彼女は述べる。一つ、(概念定義として後述する)婚姻の解消不能性の要素につき、立法府は、解消不能性という婚姻の本質要素に拘束されるのだから、婚姻法を形成する際に、この要素を踏まえ、婚姻が可能な限り解消されぬよう、飽くまで離婚が例外あるように、立法すべきであるが、二つ、マーガーは、婚姻制度の本質よりも、婚姻に関わる当事者の、即ち、離婚意思のない配偶者の利益を、考慮するべきだと主張する。婚姻制度とは、一般的行為自由、一般的

(3) 第三に、その婚姻の制度的保障を前提とすれば、立法の形成余地を限界づける婚姻の本質要素、即ち、婚姻概念の定義が問題となろう。これには、1959年7月29日親権判決があり、ここで憲法裁は、「一人ずつの男女の、継続を目指した生活共同体への合一化であり、国家の関与の下で自由な決定で設けられ、そこにおいてその男女が同権のパートナーとしてその共同生活を自由に形成できるところのもの」と婚姻を定義した。つまり、国家関与性、原則的解消不能性、二人性、異性性、四つの婚姻要素が、立法裁量を限定する訳である⁸。

尤も、この婚姻概念は今や最早安定的でない。当初はこの概念から排除された同性愛者は、2001年新設の生活パートナーシップの保護を受け、遂には2017年の同性婚法により結婚を認められる。ここに、後に家族に発展する婚姻の生殖可能性を重視して、異性性に固執する保守派と、同性ペアの同権化進展を受け、婚姻の生活共同体の側面を重視して、異性性を放棄する進歩派の対抗が生まれる⁹。否寧ろ、同性愛者を除外する異性性の要素は今や婚姻にないとして、6条1項の婚姻概念に憲法変遷を見るのが通説的理解と言ってよい¹⁰。

人格権、婚姻の自由、婚姻の保護を求める権利など、諸権利の緊張関係の形成なのである、と。Mager, a.a.O.(Ann.6), S. 204-206. 参照、神谷遊「西ドイツ離婚法における破綻主義の特質とその限界(2・完)」同志社法学35巻1号(1993年)90-91頁注23、同「西ドイツ離婚法の現状」法律のひろば41巻2号(1988年)60-67頁。

8 三宅(前掲注4)158頁、同「婚姻概念における憲法変遷と制度保障」駒澤法学21巻3号(2022年)45, 63頁注69。更に、中岡淳「同性婚の内容形成と平等原則(1)(2・完)」法学論叢191巻1号(2022年)34-62頁、同3号(同年)20-45頁。なお、我が国で(憲法又は民法上の)法律婚主義が批判される場合、法律による規律という国家関与性、一對の男女の結合という異性性、それとも、婚姻(夫婦)と親子の結合たる嫡出家族を保護すること、法が別々に扱うこれらどの要素が批判されるのが明確ではない。参照、植木淳「日本国憲法と家族制度」名城法学71巻1号(2021年)6-15頁。

9 参照、三宅(前掲注8)53-59頁。

10 参照、三宅(前掲注8)50-53頁。尤も、異性性の要素の脱落で、婚姻概念の役割が終了した訳でない。ドイツ保守派が考えるに、残る原則的解消不能性や二人性に反する婚姻、具体的にはイスラムの婚姻の排除という課題が残る訳で

(4) 第四に、婚姻の制度的保障にてその立法裁量を画するものは、上の婚姻概念に限らず、他の総則的な基本権規定もこれに重畳してくる。

一つに、同じ基本法 6 条に規定される、子供の養育と教育に対する親の権利 (2 項)、母親の保護と配慮への権利 (4 項)、非嫡出子と嫡出子の平等

ある。三宅 (前掲注 8) 63 頁。

尤も、近時、連邦憲法裁自身が従来の憲法解釈を変更させつつある。児童婚に関する、2023 年 2 月 1 日第 1 法廷決定 (BVerfG 1 BvL 7/18) がそれである。即ち、外国法に則り有効に成立した婚姻のうち、一方又は双方が 16 歳未満であるものを、ドイツ法では一律無効とする規定 (これ自体がイスラム的婚姻を排除する 2017 年の立法である) について、一方配偶者の他方への一方的支配を排除する目的は正統であっても、両当事者の成年の後も当該婚姻を無効とする点で、狭義の比例性に違反し、それ故に基本法 6 条 1 項の婚姻自由を侵害すると判断した。

しかし本決定の重要性は、この判断よりも、婚姻定義の変化にある。一つに、憲法上の婚姻とは「継続的に営まれ、自由な決定に依拠し、同権で、自律的に形成される生活共同体」であると言うのみならず、これと矛盾する筈の、異性婚を念頭に置いた従来の婚姻定義を採る、連邦憲法裁の各種判例を「参照」とだけ述べそのまま引用している (Rn. 109-111)。二つに、婚姻制度の形成を立法者の評価余地に委ねつつも、それを制度的保障の構造諸原理で制限する、従来の判例法理を維持するが、「婚姻理解の憲法上重要な変化が起こらない限り」と留保を付け、結果的に自ら、婚姻の異性を構造諸原理から排除する結論を採る (Rn. 114, 117)。緑の党推薦で直後に 12 年任期を終え退任した自身同性愛者を公言するペーアの影響を見る人もいるが (起案は同盟推薦のラートケ)、これには、保守派論客の一人ヒルグルーパーが即座に批判している。一つに、本決定は「基本法 6 条 1 項は自ら選んだ人物と婚姻を結ぶ自由を保障する」とするが (Rn. 111)、この叙述は、2017 年の新婚姻法の書きぶりと同じでも、連邦憲法裁の判例には存在しないものである。二つに、憲法変遷が婚姻の憲法上の新定義を正当化しようとしても、異性性を含む従来の婚姻概念を確認した憲法裁の判例が 2014 年、婚姻の新概念を呈示した「万人の為の婚姻」法の確立が 2017 年、憲法変遷はたった 6 年後に下位の法律で成立するののか、と批判する。Christian Hillgruber, Neudefinition der Ehe?, in: FAZ vom 4.4.2023. 但し、これを同性婚の秘密裏の合憲化を意味しないとする説もある。Ralf Michaels, Der Beschluss des BVerfG zum Gesetz zur Bekämpfung von Kinderehen, in: Verfassungsblog, 03.04.2023. なお、このミヒャエルスは、2016 年欧州難民危機

原則(5項)は、婚姻制度を形成する際の拘束になる。これらは、1項と同様、全国家機関を拘束する価値決定規範であり、故に立法者は、親の子供への監護権や、母親の妊娠や出産の保護や、非嫡出子の生活状況の平等に配慮した婚姻制度を定めねばならない¹¹。

二つに、基本法1条1項の人間の尊厳、2条1項の一般的行為自由、両条項が結合して生まれる一般的人格権も、婚姻立法を拘束しよう。根源的平等を求める人間の尊厳は、家族内に奴隷的な存在を許さず、親密な人間関係を重んずる人格権は、各人の自己決定を尊重するだろう¹²。

11 参照、阿部純一「ドイツ婚外子共同配慮法の形成過程(1)(2)」鹿兒島大学法学論集51巻1号(2016年)1-45頁、52巻1号(2017年)26-32頁、横田守弘「親の教育権と国家の『監視』(1)」西南学院大学法学論集21巻1号(1988年)69-85頁、篠原永明「憲法と親権制度：ドイツ法を参考に」比較憲法学研究31号(2019年)1-25頁。

12 なお、医師の不妊手術、又は、遺伝病に関する出産相談を受けたが、その手術又は相談の失敗により障害児が生まれた事例で、その親の医師への損害賠償請求を認容した民事判決の合憲性が争われた事例。医師の側が子供を損害と扱うことは人間尊厳に反すると主張したが、この原告が、当該判決の基本法6条違反を主張したことが興味深い。曰く、当該子供は、自分の存在が、その存在を原因としてその親に損害賠償を支払う加害者に由来する、望まれない子であると悲観し、或いは、自分は、親に対するその負担が損害賠償により補填されるが故に、その健康な兄弟と同様に面倒を見て貰えるのだと憂慮する。これは、基本法6条上の原則的な家族像を破毀しているのだと言う。BVerfGE 96, 375, 379f. 1997年11月12日の連邦憲法裁判所第1法廷決定では、基本法6条1項2項は、同1条1項に対し独自の重要性を持たないと、裁判所の賠償命令が婚姻又は家族条項に反するかを検討せずに、子供がこの世に生まれ出て人格的承認を受けることと、その子供に親が扶養義務を負担すること(損害)の間に直接的関係は存在せず、即ち、民法は子供の存在を親の扶養義務の要件とするだけに止まり、従って、医師に賠償を命ずる本件民事判決は、子供の存在を前提に親の損害を認定したとしても、それは子供を商業化した訳でなく、故に、子供を客体として扱っておらず、人間尊厳を侵害していない、とした。BVerfGE 96, 375, 398, 400f. 後述の通り、非嫡出子の、家族の枠内での憲法13条又は24条2項の個人の尊重又は尊厳の侵害が我が国で検討されているとすれば、この「損害としての子」事件でも、望まれずに生まれた子供の人間の尊厳が、但し基本法6条の外側で吟味されていると言えるだろう。参照、嶋崎健太郎「望まずに生まれた子の人間の尊厳」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例III』(信山社、2008年)1-7頁。Christoph Gröpl/Kay Windthorst/Christian von Coellm, Grundgesetz; Studienkommentar, 4. Aufl., 2020, S. 38, Rn. 34.

三つに、基本法 3 条 1 項の一般的平等原則、同 2 項の男女平等原則、これらも、婚姻制度を形成する議会が看過してはならぬ規定である。とりわけ、1994 年新設の 3 条 2 項 2 文の男女同権化促進条項は、婚姻を巡る夫婦間の権利関係の構築につき重要な指針となるだろう¹³。

2 日本国憲法 24 条 2 項

(1) 次に日本国憲法 24 条を検討する。第一に、

「婚姻は、両性の合意のみに基いて成立し、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」。

「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」

と規定するこの憲法条項は、1 項では、婚姻の自由を、2 項では、婚姻及び家族制度を規律するという¹⁴。

13 「国家は、女性と男性の同権化の事実的な達成を促進し、且つ既存の不利益の除去に努力する」と規定する基本法 3 条 2 項 2 文である。一つに、従来の役割分担に由来する男女区別が固定化せぬようにし、女性への事実的な不利益を優遇措置で調整する国家目標規定であり、二つに、しかし、女性枠や女性定員の設置で結果平等を達成したり、男性の基本権を制約するような積極的是正措置を取ってはならない。Gröpl u.a., a.a.O.(Anm.13), S. 116(Rn. 81f). 参照、有澤知子「ドイツにおける積極的平等施策と基本法 3 条 2 項の改正：割当制をめぐる議論について」大阪学院大学法学研究 27 巻 1 号 (2000 年) 49-74 頁。

14 参照、小嶋和司『憲法概説』(良書普及会、1987 年) 180-181 頁。大石眞『憲法概論Ⅱ』(有斐閣、2021 年) 136、200 頁。24 条の 1 項と 2 項の役割分担の把握は文言上当然の如くであるが、本条につき教科書で独立の項目を持つのはつい最近のことであるし、この当然の区分が明示されることも従来必ずしも当然ではなかった。参照、小山剛『「憲法上の権利」の作法 [第 3 版]』(尚学社、2018 年) 175-177 頁、渡辺康行ほか『憲法 I 基本権 [第 2 版]』(日本評論社、2023 年) 483 頁(穴戸常寿)、本秀紀編『憲法講義 [第 3 版]』(日本評論社、2022 年) 500-502 頁(大河内美紀)、新井誠ほか『憲法 II 人権 [第 2 版]』(日本評論社、2021 年) 227-229 頁(新井誠)。尤も、快樂の存否や程度、福祉の計測や衡量に

つまり、一方では、婚姻の成立と維持につき、国民は自由を享受し、この婚姻の自由は、成立につき両性の合意が、維持には夫婦の同等の権利と相互の協力が、それぞれ条件として付加されるのであるが、その際、この婚姻の自由には、他の基本的人権と同様、憲法 13 条後段が規定する公共の福祉に基づく制約が課せられることになろう。そうなれば必然的に、米
 国流の審査基準論かドイツ流の比例原則かの違いもあるが、一つに、当該規制の立法目的の正統性が吟味され、二つに、目的達成の為に選択された当該規制の合理性及び相当性が検討されるという、憲法判断の原則的図式が適用されることになる¹⁵。

(2) だが、他方では、2 項に即し、婚姻及び家族に関する事項に関して、法律を制定して両制度を具体化させることも憲法上想定されている。一つに、憲法は、婚姻と家族を巡る事項を法律で具体化することを、配偶者の選択などの 5 項目を例示して、国会に義務づけるのであり、その上で、婚姻制度と家族制度の詳細を立法裁量に委ねるのである。二つに、本条は、この立法裁量の行使の際に、個人の尊厳と両性の平等への立脚を要求し、立法府の自由な判断に枠を嵌めるのであり、婚姻と家族の制度が、この両要請に適合することを求めるのである¹⁶。

尤も、この制限は、明治民法の家制度の廃止を目指したと言われる。即ち、家督相続によって継承される戸主権を有する戸主により統率される家族集団、この「家」を基礎とする制度の廃止のことである¹⁷。従って、戸

依拠した比較衡量を、経験的事実に基づく反証可能性を備えた客観的な判断と評価しつつ、他方で、人権条項の文言への拘泥自体に懐疑的で、24 条 1 項と 2 項を区別する、いわば文言重視の解釈そのものに否定的な説もある。小川亮「夫婦同氏制合憲決定における草野反対意見を読む」憲法研究 4 号(2022 年) 284-285 頁。更に、24 条 2 項には、夫婦及び家族構成員間の法的な平等取扱を対国家的な憲法上の権利として保障した規定と見る学説も存在する。赤坂正浩『憲法講義(人権)』(信山社、2011 年) 308 頁。

15 後掲、補論 1「婚姻の自由の教義学」を参照。

16 後掲、三 1「立法裁量の審査構造」を参照。

17 星野英一『家族法』(放送大学教育振興会、1994 年) 36-39 頁。

主が家族の構成範囲を統制する為の家族の婚姻の同意権、家族を空間的に統率する為の居所指定権、家族を経済的に統制する為の財産管理権や家族扶養義務、家の時間的継続を可能にする為の家督相続制度など、法律事項である5項目の列挙の如く、家制度を支える仕組みが、個人の尊厳と両性の平等の下廃棄される訳である¹⁸。

(3) ところで、憲法24条2項のこの個人の尊厳と両性の本質的平等が、13条前段の個人の尊重と14条1項の平等原則に、重なるという。この重畳を元に、前者が後二者の特別規定であると認識された結果¹⁹、24条独自の教義学の展開が貧弱となったことは指摘する迄もない。

尤も、13条や14条を巡る判例学説の従来成果を念頭に置けば、この24条と、13条及び14条の関係には再検討の必要もあろう²⁰。

一つに、13条前段の個人の尊重は、これを切札と見る一部を除き、人格的自律たる、憲法を構造化する基本原理の役割しか持たないが²¹、これと同義という24条2項の個人の尊厳は、この基本原理の機能を超えて、合憲と違憲を区分ける審査基準の基礎と認められるのか。二つに、13条は、人権侵害の有無を公共の福祉の存否に依存させ、14条は、平等原則違反の有無を合理的根拠の存否に依存させるが、共にその判断を、当該規制の目的審査と手段審査を通じこれを行う。では、両者の特別規定である24条2項で、両審査は行われるのか。

18 星野(前掲注17)42-44頁、宮澤俊義(芦部信喜補訂)『全訂日本国憲法[第2版]』(日本評論社、1978年)261-266頁。但し、婚姻や家族が家制度それ自体と連続するかは別の問題である。参照、水野紀子「家族のあり方と最高裁大法廷決定」法の支配175号(2014年)74-76頁。

19 佐藤功『憲法(上)[新版]』(有斐閣、1983年)416-417頁。なお、日本国憲法13条、14条、24条の関係の伝統的理解について、米沢広一「憲法と家族法」ジュリスト1059号(1995年)6-8頁。

20 「この法律は、個人の尊厳と両性の本質的平等を旨として、解釈しなければならない」とする民法2条と憲法の関係も問うべきである。参照、畑中久彌「民法における人の尊厳」法学セミナー748号(2017年)19-23頁、横山美夏「個人の尊厳と社会通念」法律時報85巻5号(2013年)11-16頁。後掲注65も参照。

21 参照、長谷部恭男『憲法[第8版]』(新世社、2022年)113-117頁。

24条2項が、13条及び14条と同じ役割を持つのか、それとも独自の機能を与えられるのか。特別法たる内実を知る必要があろう²²。

(4) さて、ドイツ基本法では婚姻制度の本質部分とされた婚姻概念だが、その内実に確定判例ある彼の国と違い、日本は明確な定義に乏しい²³。

憲法上の婚姻概念に定義がないことにつき立証責任はないだろうが、ここ30年の憲法教科書のスタンダードを用いた疎明で満足しよう。例えば、芦部信喜『憲法』は、そもそも婚姻を定義しないばかりか、問題を法の下での平等に吸収させ、更に、婚姻の自由でさえ憲法24条1項も挙げずに、やはり14条1項の一論点へと解消させている²⁴。或いは、佐藤幸治『日本国憲法論』では、婚姻問題を、24条2項に言及しつつ、人格的自由や平等原則の問題に分属させるが、やはり婚姻概念やその定義に触れぬまま、専ら判例の分析にページを割く²⁵。

22 尤も、相続制度については、憲法24条よりも、寧ろ29条1項の財産権の関連を問う、又は、財産権固有の問題と捉える見解もある。参照、水野紀子「子どもの平等権」家族(法と社会)10号(1994年)169-170頁。しかし、24条2項の列挙事由の中に「財産権」も「相続」もある。

23 多くの教科書が婚姻概念の定義を持たぬ中で、数少ない例外として、「一組の男女が、性的結合を基礎として、生活共同体を形成する行為と、そのようにして維持される共同生活」と婚姻概念を定義する、赤坂(前掲注14)307頁。他方、婚姻を「テーブルとベッドを共にする関係、つまり寝食を共にし、性的結合を持つ関係」と一応定義するが、同居もせず性的結合も持たない事例もあり、今や法的定義は無意味であるとする説に、渋谷秀樹『憲法[第3版]』(有斐閣、2017年)462-463頁。同じく定義されることが少ない家族概念を定義する教科書としては、初宿正典『憲法2基本権』(成文堂、2010年)313頁。

24 芦部信喜(高橋和之補訂)『憲法[第8版]』(岩波書店、2023年)142-145頁。更に、高橋和之『立憲主義と日本国憲法[第5版]』(有斐閣、2020年)156-157、167-168、180-185頁。

25 佐藤幸治『日本国憲法論[第2版]』(成文堂、2020年)214-216、231頁。24条1項の婚姻自由の詳しい記述が、脚注にあることが興味深い。佐藤(前掲)215頁注55。更に、市川正人『憲法[第2版]』(新世社、2022年)98-99、105-107頁。前掲注14や23の文献など婚姻を独立して扱う教科書も増えている。渋谷秀樹・赤坂正浩『憲法1人権[第5版]』(有斐閣、2013年)238-244頁(家族形成の自由)、毛利透ほか『憲法II』(有斐閣、2022年)92-112頁(浅野博宜)(家族と平等)、君塚正臣『日本国憲法』(成文堂、2023年)229-240頁(家族に関する権利)、大石(前掲注14)198-206頁(家族生活の保護)。これにつき、憲法24

憲法上の婚姻概念の定義不在は最高裁判例においても同様であろう。例えば、最高裁は、昭和62年の有責配偶者離婚請求判決において、「両性が永続的な精神的及び肉体的結合を目的として真摯な意思をもって共同生活を営むこと」に婚姻の本質があると指摘しているが²⁶、これが民法上の婚姻を定義したものであるとしても、憲法24条の婚姻概念、即ち憲法上の婚姻概念の定義である訳では必ずしもない。

3 日独婚姻条項の比較

(1) それでは、以上で見たドイツ基本法6条1項と日本国憲法24条の、その基本構造の比較から、如何なる共通点と相違点が出来するのか。

第一に、日独婚姻条項は、婚姻事項を立法裁量とする点で共通する。一方で、基本法6条1項は、個別条項の複合体として法律を制定し、これにより憲法上の婚姻制度を形象化せよと、議会立法者に委託し、その際、6条2項から5項の親や母親や非嫡出子などの各種基本権、婚姻当事者の、1条1項の人間の尊厳、2条1項の一般的行為自由、両条の結合による一般的人格権など、各種利益を調整せよと求める。他方で、日本国憲法24条2項も婚姻制度の具体化を要求しており、それ故、婚姻や家族の当事者間の利益対立を衡量することになろう。

条の基本権体系における位置づけに言及する、櫻井智章「基本権論におけるいくつかのモチーフについて」大石眞先生古稀記念『憲法秩序の新構想』（三省堂、2021年）257-258頁。平等原則の一項目として「家族」を独立させて取扱う判例集もある。小泉良幸ほか編『憲法判例コレクション』（有斐閣、2021年）48-56頁。

26 最大判昭和62年9月2日民集41巻6号1423, 1426頁。家族法教科書においても、夫婦同権や同性婚に関する対立が激しいこともあってか、民法上の婚姻概念を定義するものは極めて少ない。高橋朋子ほか『民法7親族・相続[第3版]』（有斐閣、2011年）41頁（高橋）、滝沢昌彦ほか編『プロセス講義民法6家族』（信山社、2016年）18頁（竹中智香）、青竹美佳ほか『家族法』（法律文化社、2021年）31頁以下（鹿野菜穂子）、前田陽一ほか『民法VI親族・相続[第5版]』（有斐閣、2019年）40頁以下（前田）、常岡史子『家族法』（新世社、2021年）43頁、潮見佳男『民法(全)[第2版]』（有斐閣、2019年）547頁。

その限りで、且つ、更に婚姻制度固有の核心領域を承認する限りで、更に、その概念了解そのものに争いがある制度的保障の図式につき、制度形成の裁量と制度核心の遵守という基本構造を捕捉する限りで²⁷、この制度的保障を、日独の両条項の共通点と認識することになろう。つまり、基本法6条1項と日本国憲法24条2項は、婚姻と家族に関する制度的保障の図式をそこに発見できる限りで、共通であると。

(2) 第二に、日独婚姻条項は、立法も拘束する筈のそれ以外の各種憲法規範の拘束による、制度形成の立法裁量の限定を要求する筈である。一方で、基本法下での婚姻／家族制度の形象化は、1条1項の人間尊厳や一般的人格権、3条2項の男女平等原則を遵守せねばならず、他方で、日本国憲法下での両制度の具体化も、13条の幸福追求権や14条の平等原則を考慮すべきであり、それ故に同一構造を持ちうる。従って、その理解に日独の違いはあるものの、人権侵害や平等違反に関する、目的審査と手段審査の図式がそのまま妥当する筈である。

尤も、基本法6条1項にはこれら一般的枠組との重複がないものの、日本国憲法24条2項には上の人権一般条項との重なりが存在する。一つ、2項の個人の尊厳と男女平等は元来憲法的拘束力を持つのか²⁸。二つ、13

27 田口精一「家庭生活における基本原理」田上譲治編『憲法の論点 [全訂5版]』(法学書院、1977年)146頁、工藤達朗「憲法における婚姻と家族」同ほか『ファーストステップ憲法』(有斐閣、2005年)145-156頁、橋本公巨『日本国憲法 [改訂版]』(有斐閣、1988年)123, 213頁、長尾一紘『日本国憲法 [全訂第4版]』(世界思想社、2011年)86-87頁。また、篠原永明「人権保障と制度」山本龍彦・横大道聡編『憲法学の現在地』(日本評論社、2020年)113-125頁、石川健治「判例評釈」法学協会雑誌114巻12号(1998年)97-116頁、大村敦志『家族法 [第3版]』(有斐閣、2010年)139-145, 198頁。更に、三宅雄彦「人権と制度」小山剛ほか編『憲法のレシピ』(尚学社、2007年)230-237頁。

28 個人の尊厳と両性の本質的平等とが「立法指針」であると言うとき、正しく規範性のない又は薄いプログラム規定と解する余地もあろう。小嶋和司・大石眞『憲法概観 [第7版]』(有斐閣、2011年)92頁。更に、両要請を、「旧民法の下における『家』制度の全面的な改革を要求したもの」とする見解も、立法指針と考えているのであろう。佐藤功(前掲注19)417頁。平成25年の最高裁嫡出子相続決定にプログラム説を見る説もある。後掲注64参照。

条／14条と24条を一般規定と特別規定と見るべきで、しかも、この人権の一般規定が特別規定により適用を排除するのか。三つ、24条は13条と14条が持たぬ特別の保障対象を持つのか²⁹。四つ、同時に、24条は後二者にはない特別の審査基準を持つのか³⁰。結局、日本の婚姻条項にはドイツのそれにはない論点が生じるだろう³¹。

(3) 第三に、だが、日独婚姻条項は、これらが制度的保障の規定であると仮定すれば、立法裁量を限定する婚姻本質の有無で相違点を持つ。一方で、基本法6条1項は、立法による婚姻制度の形成といえども侵害してはならぬ、婚姻の憲法上の規範核心があるとの前提に立ち、連邦憲法裁の確定判例にて定義された憲法上の婚姻概念の諸要素が、同性婚容認で揺らぐとはいえ、立法を遮る裁量限界として機能する。

けれども他方で、日本国憲法24条2項では、個人の尊重と両性の本質的平等が婚姻制度の形成裁量の憲法的限界として自覚されるも、婚姻条項にある筈の憲法的婚姻概念が明確に定義されることがない。勿論、同性婚の是非を問う議論の中で、「両性」や「夫婦」という異性婚を想起させる24条の文言の理解が問われているが³²、しかし、これらは、婚姻概念が

29 なお、婚姻の本質を双方誓約の公的承認による人格的關係の安定化に見て、憲法13条は同性間の婚姻を、24条は異性間の婚姻を、それぞれが保障するとし、両者の間に或る種の役割分担を想定する見解として、中岡淳「同性婚の憲法的保護の可能性(3・完)」法学論叢185巻1号(2019年)43-49, 56-69頁。

30 関連して参照、工藤達朗「憲法における構成要件の理論」法学新報121号11・12号(2015年)677-682頁、杉原周治「基本権競合論(1)(2・完)」広島法学29巻3号(2006年)27-55頁、4号(同年)129-158頁、同「包括的基本権と個別基本権の競合」(東大)情報学研究73号(2008年)1-29頁、78号(2010年)10-78頁。

31 いわば、基本法6条1項では、婚姻制度にこの婚姻条項の外部から、つまり、人間尊厳や平等原則など別の条項から憲法拘束が掛かるが、日本国憲法24条2条では、婚姻具体化にこの婚姻条項の内部から、即ち、13条と14条よりもその特別法である本条に埋め込まれた個人尊重(尊厳)と平等原則により制度形成の憲法的制限が掛かる。

32 例えば、木村草太「憲法と同性婚」岩波講座『現代4グローバル化のなかの政治』(岩波書店、2016年)86-88頁、同「婚姻と憲法」法学教室501号(2022年)10-11頁。

含意しうる様々な本質要素の一つでしかなく、寧ろ、両性や夫婦を包含する婚姻概念そのものの定義が欠けている。そして、憲法上の婚姻概念が定義を持たない、従って、婚姻の本質を成すべき構成要素の指定を行わないのであれば、婚姻制度を国会が形成する際の、婚姻本来の憲法的限界が存在しないことにもなる。

(4) 要するに、日独憲法の婚姻条項を、その条文ベースで比較するなら、一つに、婚姻事項につき、婚姻自由という自由権／防御権を設定し、それと並列させ、婚姻制度の設定につき制度的保障を承認している。特に後者では、制度の法律による構築の為議会に広範な裁量を与え、だが同時に、その立法の判断余地に憲法規範により枠を嵌めている。その限りで、基本法と日本国憲法の婚姻条項に大いなる対応がある。

尤も、これのみでは、戦前の悪しきドイツ的形式主義を葬り去った後に、アメリカ的司法審査の麗しき伝統を継受した我が国憲法学に、戦後の民主国ドイツといえど相も変わらずの抽象指向の産物を、特段の根拠なく似ているだけで導入する唯の愚者と論難されるだろう。

そこで次に、わが国最高裁判所の婚姻条項に関する判例を調査して、立法裁量を限界づける憲法条項の解釈、ない筈の憲法上の婚姻概念の定義又は了解についての、その内実を少しく検討することにする。その際、上で確認した、24条の婚姻条項とそれ以外の憲法条項の競合関係、そして、それらが導く各種の審査基準の運用についても、個々の最高裁判例に現れるその輪郭の一端を探求することにしたい。

三 憲法判例の婚姻理解

1 立法裁量の審査構造

(1) 以下、最高裁判例の婚姻条項の理解について【図1参照】、立法裁量の思考、立法裁量の限界、婚姻概念の理解、この順序で検討することにしよう。

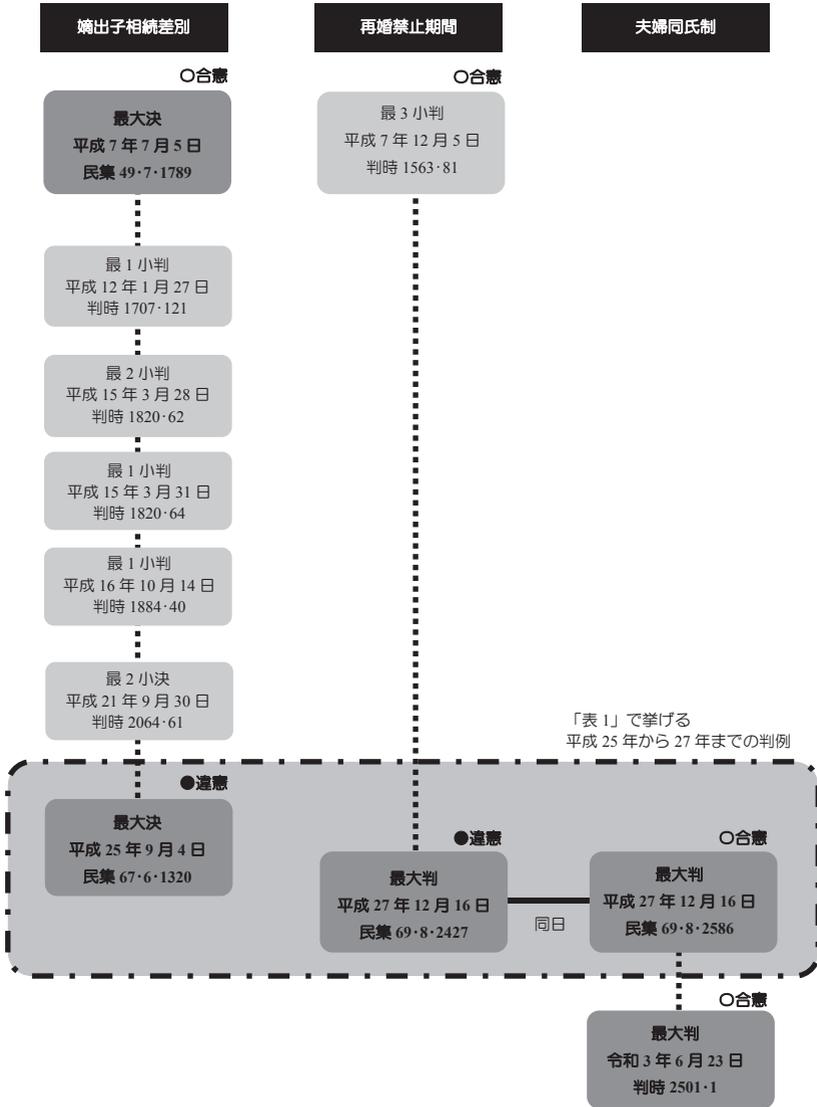


図1 婚姻をめぐる最高裁の裁判(平成7年[1995年]～令和3年[2021年])

第一に、憲法上の婚姻の法律による具体化に裁量があることにつき、最高裁大法廷は平成 27 年の夫婦同氏制事件で以下の如く判示する。憲法 24 条 2 項には、

「婚姻及び家族に関する事項は、関連する法制度においてその具体的内容が定められていくものであることから、当該法制度の制度設計が重要な意味を持つものであるところ、憲法 24 条 2 項は、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」³³

と。つまり、婚姻の制度構築には法律による具体化が必要であり、その為に国会には立法裁量が認められている。

非嫡出子相続差別に関する、平成 7 年と平成 25 年の最高裁大法廷決定も、

「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委ねられているものというほかない」³⁴

と、同様に指摘する。勿論、この二決定は 24 条でなく 14 条を中心に議論するが、だが、上述の通り、相続自体が 24 条 2 項が婚姻及び家族に関する事項の一つとするから、相続に関する上言明も同条項に関連する筈である。【表 2 II III 参照】

(2) そして、平成 27 年判決は、その際の考慮事項についても言及する。

「婚姻及び家族に関する事項は、国の伝統や国民の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

33 最大判平成 27 年 12 月 16 日民集 69 卷 8 号 2586, 2592 頁。

34 最大決平成 7 年 7 月 5 日第 49 卷 7 号 1789, 1794 頁、最大決平成 25 年 9 月 4 日民集 67 卷 6 号 1320, 1322 頁。

子関係についての全体を見据えた総合的な判断によって定められるべきものである」（傍点三宅）³⁵。

即ち、一方で、婚姻や家族に関する国の伝統や国民感情など社会状況の個別の要因を踏まえ、他方で、各時代の夫婦や親子関係を巡る全体の了解を見据え、これら個別と全体の検討に基づく総合的な判断により裁量判断を行えという訳である。

この思考は、平成7年及び平成25年の両決定にも同様に登場して、

「相続制度を定めるに当たっては、それぞれの国の伝統、社会事情、国民感情なども考慮されなければならない……、さらに、現代の相続制度は、家族というものをどのように考える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はできない。これらを総合的に考慮した上で、相続制度をどのように定めるべきかは、立法府の合理的判断に委ねられているものというほかない」³⁶、

とされるのだ。【表2Ⅲ参照】

(3)では、この立法裁量と、その際の各種考慮事由の総合考慮の下では、具体的にいかなる論理で、合憲違憲の判断が下されるのであろうか。悪名高い、平成27年決定の夫婦同氏制の合憲判断を検討してみる。

本決定は、婚姻時に氏の変更を余儀なくされる者の不利益について、婚姻前の信用等を婚姻後も維持する利益を憲法13条で救済せずに、また、およそ女性のみが氏を変更する不平等も14条で救済せずに、人格的利益及び実質的平等として、裁量判断にて考慮すべきとする。そして、現行の

35 最大判平成27年12月16日民集69巻8号2586, 2593頁。

36 最大決平成7年7月5日第49巻7号1789, 1794頁、最大決平成25年9月4日民集67巻6号1320, 1322頁。

夫婦同氏制では、この人格的利益及び実質的平等が損なわれるものの、これら不利益は「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いること」で緩和されていると述べる³⁷。

つまり、上の通り、立法裁量では、国の伝統や国民感情などの個別事情、夫婦や親子関係などの一般理解が、考慮事由とされるのだが、この他、夫婦同氏制の下で女性が失う人格的利益及び実質的平等も、更には、社会に普及する通称使用も、同じ平面で考慮事由とされる。その際、人格的利益と実質的平等の侵害を優先する訳でなく、それが通称使用で相殺されるといふ、総合判断がここで承認されている³⁸。

(4) 結局のところ、婚姻／家族制度の違憲審査では、平成27年判決を典型として、各種考慮事由の総合衡量を立法者が行うことを前提に、後述の個人の尊重と両性の本質的平等を含む憲法上の限界を留保して、この限りで立法者の立法裁量をそのまま追認しているのであろう³⁹。

37 最大判平成27年12月16日民集69巻8号2586, 2594-2595頁。

38 最大判平成27年12月16日民集69巻8号2586, 2593頁。同様に、24条2項が、制度形成の裁量及び裁量の限界設定という二段階の構造を持つと理解する学説が有力であるように考えられる。篠原永明『『婚姻の自由』の内容形成』甲南法学57巻3・4号(2017年)617-622頁、同「夫婦同氏制と憲法24条」法学セミナー799号(2021年)46-47頁、同「親子関係法の制度形成」小山剛編『憲法の規範力3 憲法の規範力と市民法』(信山社、2020年)231-232頁、曾我部真裕「憲法24条と婚姻の自由」法学教室487号(2021年)103-106頁。

39 最高裁が婚姻制度形成の際の総合衡量を承認したことは、判断過程を不透明なもの、ブラックボックスにするものと厳しく批判される。例えば、卷美矢紀「憲法と家族」長谷部恭男編『論究憲法』(有斐閣、2017年)342-344頁、田代亜紀「夫婦同氏制度と『家族』についての憲法学的考察」早稲田法学93巻3号(2018年)116-117頁、佐々木くみ「制度審査」大林啓吾・柴田憲司編『憲法のエニグマ』(成文堂、2018年)234頁、小川(前掲注14)281-282頁。だが、一つに、この総合衡量を行うのは裁判所でなく、制度形成の任務を負う立法者であり、裁判所は判断代置審査を許されていない。二つに、そもそも立法裁量の思考自体が、この立法者が様々な利益や事項を総合考慮するとの理解／検証不能性を承認したものであり、裁量統制は、この黒箱を外部から断片的に吟味するものにすぎない。批判的ながら家族制度を巡る判例法理に一貫した総合衡量を見出す、小山剛「比較衡量／総合的考慮型と審査基準論」判例時報2506・2507号(2022年)211-212頁。なお、最高裁が、制度の内容形成の際に考慮すべき事由を特定し

一つに、婚姻又は家族制度では、夫婦や親子を始めその他親族など多種多様な利益の比較衡量を行った上で法律が制定されるのであり、更に、家族法を判例法で運用し制定法には限定的な役割しか与えぬ思考なら、この断片的法律を目的手段図式で審査すればよからうが、日本の如き制定法主義では、複雑な利益調整の産物としての法律に通常の違憲審査を施すのでは、法秩序を攪乱するだけかもしれない⁴⁰。

二つに、それ故に、婚姻／家族制度の違憲審査は24条2項でなく1項の婚姻の自由に基づく目的手段審査を行うべしとの説も強いが、最高裁は

た上で、24条2項が明記する個人の尊厳と両性の本質的平等を含む複数の考慮事由の調整を自ら総合判断する、と理解する見解として、篠原（前掲注38）（夫婦同氏判）47-48頁、同『秩序形成の基本権論』（成文堂、2021年）459-461頁。

40 しかし、そもそも国会の総合調整それ自体を悪しきものと断定して、恰も立法府が検討した及び検討しうる考慮事由を全て裁判所の前に提示し立法判断を丸裸にすることが可能で妥当なのだろうか。例えば、平成25年の非嫡出子差別決定の前に登場した評論の中で、夫の死による寡婦と子への相続の際、嫡出子と非嫡出子の相続分を区別することは、寡婦の相続分はこの区別の有無に拘らず同じだが、寡婦の地位、特に住居居住権を保護する機能を持つと、指摘された。嫡出子はこの母たる寡婦を守る為にも遺産分割を求めないだろうが、非嫡出子相続分が増加するとなれば、夫の財産、特にその不動産を売却する必要、即ちこの未亡人が住居を失う危険があるというのだ。その著者が参加した法制審議会ではこの問題が意識され、非嫡出子同権化と寡婦の保護を同時に検討したものの、この後者の論点への配慮のないまま、上の平成25年決定が違憲判決を下したのだと言う。水野紀子「非嫡出子の相続分格差をめぐる憲法論の対立」法学セミナー662号（2010年）5頁、同「婚外子相続分差別違憲決定」法律時報85巻12号（2013年）3頁。立法者の総合衡量の危険を否定できぬとしても、ありうべき総合衡量の中身を認識する裁判所の全能を当てにした立論も危ういだろう。「安易な目的・効果論の検証」を戒める平成7年決定の可部恒雄・補足意見も（法律婚主義を強調するも）同旨の見解であるとされる。最大決平成7年7月5日民集49巻7号1789、1797-1798頁。水野（前掲注18）67-68頁。関連して、元々非嫡出子相続分規定は差別と無関係であり、問題はこれを差別規定と感じせしめる個人や社会の意識にあると指摘する、西希代子「婚外子法定相続分違憲決定」法学教室403号（2014年）56-59頁。

更に、現代の立法がその都度の政治状況や利益調整の産物であって、故に、違憲審査につき立法判断の体系性を考慮することの問題性を摘発するレプシウスの見解につき、その憲法判例理解と関連づけて、三宅雄彦「憲法判例の文脈化と機能化」駒澤法学22巻2号（2023年）107-111頁。

一貫して、この総合衡量の立法裁量を尊重する立場にある。平成 27 年判決は無論だが、平成 7 年決定、平成 25 年非嫡出子相続差別決定⁴¹、更には平成 27 年再婚禁止期間判決⁴²、いずれの決定も立法者が各種考慮事項

41 平成 7 年決定は目的手段審査を行うも、同種事件を扱った筈の平成 25 年決定では立法目的への言及がなく、これは、非嫡出子の保護と調整という立法目的自体が意味を失ったからだとの理解もあるが、元々、非嫡出子の保護という立法理由自体が裁量の一考慮事由に過ぎず、その言及は単に総合衡量に埋没したからと見るべきである。参照、野坂泰司「判例評釈」ジュリスト 1466 号(2014 年) 16 頁。尤も、後に野坂は、平成 7 年決定が法律婚主義から非嫡出子区別を導いたことは、目的手段審査とは関係がないと述べるに至っている。野坂泰司『憲法基本判例を読み直す [第 2 版]』(有斐閣、2019 年) 146-147 頁。

勿論、平成 7 年決定は目的手段審査を行い、平成 25 年決定はこれと異なる総合判断の枠組を取ったという理解が一般的である。参照、渡辺康行「憲法判例のなかの家族」駒村圭吾編『テキストとしての判決』(有斐閣、2016 年) 92 頁。なお、同『憲法裁判の法理』(岩波書店、2022 年) 496 頁。尤も、平成 25 年決定にも参加した千葉勝美は、平成 7 年決定では目的と手段の合理的関連性のテストを採用したが、平成 25 年の事件では、非嫡出子相続差別規定を「違憲とするにあたり」、平成 7 年決定が既に本規定の目的が上のテストの下合理的であると認めている以上、最早合理的関連性のテストを「使って説明し直すことが適当でないので」、様々な考慮要素を総合的に判断することにしたと説明する。千葉勝美『違憲審査』(有斐閣、2017 年) 101-103 頁。但し、千葉は、なぜ非嫡出子相続差別が個人の尊厳を毀損するのか、「もう少し説明を加えるべきではなかったかと反省している」とし、2002 年 2 月 1 日欧州人権裁判所判決を参考にしつつ、本件規定が、法律婚の尊重と保護という利益の為の唯一かつ直接的な方法ではなく、(この利益と)非嫡出子の尊厳の毀損という失われる憲法的利益の合理的な比例関係が失われているからと、補足して説明する。千葉勝美『憲法裁判と裁判官の視線』(有斐閣、2019 年) 243-250 頁。

42 平成 27 年成婚禁止期間判決に目的手段審査を見るのが一般的だが、その千葉勝美補足意見は、ここでの総合衡量の余地を示唆している。一つに、この平成 27 年違憲判決は、立法目的の正当性・合理性とこの立法目的と当該手段の合理的な関連性を審査したものであるが、しかし、再婚禁止期間が女性の再婚＝婚姻の自由を制約するが故に、目的手段の関連性だけでなく、手段が実質的に不当であるか否か、この婚姻に関する直接的な制約を関連させて検討すべきだとする。そして、女性に対する再婚禁止規定の実質的相当性を吟味して言う。一方で、この措置は女性に対する不合理な差別内容となっているが、他方で、再婚禁止期間を設定せず父性の推定の重複を認めた場合は、子や後／前夫の DNA 検査の実施などにより父を定める必要が生じ、だがそれ故、法律上の父の決定が遅れこの福祉に反する恐れがある。つまり、再婚禁止は女性の自由を、その不在は子供の利益を侵害し、従って、どちらにしても一方が他方に

を総合衡量することを前提にした立論である⁴³。

- 勝る合理性を持つ訳ではない。要するに、再婚禁止規定には実質的相当性がない訳ではないとする。最大判平成27年12月16日民集69巻8号2427, 2446-2448頁。だが二つに、この手段の実質的相当性の判断は、平成25年決定が言う、考慮事項全ての総合判断、更に、これが前提とする平成7年決定が言う、法律婚の尊重と非嫡出子の保護の調整を前提する、と。つまり、手段の相当性の有無の判断は、合理的な立法裁量権の行使という観点から検討しているのであり、平成27年判決は、「立法目的が単一で明確」であるが故に、目的手段審査を採ったのだ、と。最大判平成27年12月16日民集69巻8号2427, 2444-2446頁。この主張は、平成25年に関する千葉の補足説明と対応関係に立つ。前掲注40参照。
- 43 他方、婚姻制度にも最高裁の目的手段図式の一貫性を見る説がある。第一に、平等原則の最高裁の基準には、区別の合理的理由の有無を問う通常形態と、この審査密度を高めて、区別と立法目的の合理的関連性を問う厳格形態と、逆に審査密度を低めて、目的と対比した区別の著しい不合理性を問う緩やかな形態の、合計三種類があって、厳格形態と緩やかな形態は共に目的手段図式を採ることが明確だが、通常形態は立法目的と規制手段が明確に分節／対比されていないが、非嫡出子相続差別に関する平成7年決定は、緩やかな形態を採用し、平成25年決定は、中間的な通常形態の審査枠組採用したのであり、その結果、平成7年決定は目的手段審査を採り、平成25年決定は目的手段審査を採らなかったという外見が生じてしまったと述べる。しかし第二に、近年の最高裁が、当該規定自体でなく、それを包含する中間的な制度全体に着目して審査する制度準拠的思考を採用し、一つに、平成7年決定の段階で既に最高裁はこの思考で審査を行い、二つに、平成25年決定の段階では、最高裁は更にこの思考を強め、この制度準拠的思考に引きずられて目的手段の分節を行わなかった、要は、実は二つの決定には制度思考について一貫性があつたと言う。蟻川恒正「婚外子法廷相続分最高裁違憲決定を読む」法学教室397号(2013年)102-114, 102-112頁。平成25年決定が実質的に厳格な合理性の基準を採ったとする説に、泉徳治「婚外子相続分差別規定の違憲決定と『個人の尊厳』」世界849号(2013年)232頁。関連して、平成7年決定と平成27年再婚禁止決定の目的手段審査が原則であり、その間にある平成25年非嫡出子相続差別決定は平等権審査を混乱させるもので、指導的判例ではないと指摘する見解として、白水隆「平等違反基準の変更なき変更」大林啓吾・柴田憲司編『憲法のエニグマ』(成文堂、2018年)38-42頁。更に、人格的利益と実質的平等は、制度形成での立法裁量における唯の考慮事由ではなく、裁量統制における強い指針とすべきだった、憲法24条2項における権利の論理と制度の論理の交錯の中で、自動的に権利の論理を後退させてしまった、という小山の批判もある。小山剛・ジュリスト1505年・23頁。なお、権利の論理を優先させる小山への、制度の論理からの批判に、篠原永明「婚姻・家族制度の内容形成における考慮事項とその具体的展開」甲南法学58巻3・4号(2018年)75-78頁。

補論 1 婚姻の自由の教義学

(1) さて、先の平成 27 年・夫婦別氏制判決の、憲法 24 条 2 項の説示の前には、同条 1 項の婚姻の自由への言及があることは周知である。

「[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かにしたものと解される」⁴⁴

と言うのである。同日の、再婚禁止期間判決は、これと全く同じ説示に続けて述べる。

「婚姻は、これにより、配偶者の相続権(民法 890 条)や夫婦間の子が嫡出子になること(同法 772 条 1 項等)などの重要な法律上の効果が与えられるものとされているほか、近年家族等に関する国民の意識の多様化が指摘されつつも、国民の中にはなお法律婚を尊重する意識が幅広く浸透していると考えられることも併せ考慮すると、上記のような婚姻をするについての自由は、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」である⁴⁵、

と論ずる。

要するに、最高裁の理解では、憲法 24 条 1 項は、婚姻につき当事者の自由且つ平等な決定を保障し、更に、同条項の趣旨も、婚姻の自由それ自体を、保障でないとしても尊重していると言うのである。

(2) 尤も、婚姻又は家族に関する事項で、日本国憲法 24 条 2 項により広範な立法裁量が容認されることは前述の通りだが、寧ろ、この 1 項の婚姻の自由を強調する見解が、令和 3 年判決の宮崎裕子・宇賀克也反対意見に登場している。

「婚姻をするについての当事者の意思決定が自由かつ平等なものでなければな

44 最大判平成 27 年 12 月 16 日民集 69 卷 8 号 2586, 2592 頁。

45 最大判平成 27 年 12 月 16 日民集 69 卷 8 号 2427, 2431-2432 頁。尤も、「趣旨に照らし、十分尊重に値するもの」という言明が、婚姻自由の保障の脆弱性を示しているとの批判が多く展開されている。この議論全般につき、二本柳高信「婚姻の自由と制度」論及ジュリスト 29 号(2019 年) 62-63 頁。

らないことは、憲法 13 条及び 14 条 1 項の趣旨から導かれると解されるから、憲法 24 条 1 項の規定は、憲法 13 条の権利の場合と同様に、かかる意思決定に対する不当な国家介入を禁ずる趣旨を含み、国家介入が不当か否かは公共の福祉による制約として正当とされるか否かにより決せられる」⁴⁶。

この反対意見は、更に、この 24 条 1 項と 2 項の関係にも言及して、

24 条 2 項における『立法裁量の限界』は、[13 条、14 条のみならず、] 婚姻については憲法 24 条 1 項の趣旨に反するものであってもなら」⁴⁷ ない。「法律が同項の趣旨に反する場合には、そのことのみをもって、かつその限度では、同条 2 項の個人の尊厳と両性の平等に立脚した法律とはいえず、立法裁量を逸脱している」⁴⁸

と、つまり、1 項違反は同時に 2 項違反にもなると言うのである⁴⁹。

(3) 従って、広範な立法裁量の 2 項でなく、通常の人権制約を検討する 1 項に依拠するとなれば、必然的により厳しい違憲審査となろうが、実際この意見は、ドイツ流の三段階審査をも想起させる審査を行う。

つまり、第一に、憲法 24 条 1 項には、婚姻を自由かつ平等に決定する自由のみならず、同項の「夫婦が同等の権利を有すること」の「権利」に、財産権の他、人格的利益を含む人格権が含まれるとし、氏名に関する人格的利益は正しく同項が言う「権利」であるとする⁵⁰。第二に、従って、民法にて夫婦同氏を婚姻成立の要件とすることは、一つに、婚姻と同時に人格的利益の喪失の決定を求めることであり、二つに、婚姻につき自由かつ平等な意思決定を抑圧することであり、要するに、婚姻の自由及び人格権を侵害することになると指摘する⁵¹。第三に、これら制約を、公共福祉の観点からその合理性を調べれば、一つに、家族の呼称として氏を共にする目的に憲法上の根拠がなく、二つに、家族概念

46 最大判令和 3 年 6 月 23 日判例時報 2501 号 1, 12 頁。

47 最大判令和 3 年 6 月 23 日判例時報 2501 号 1, 12 頁。

48 最大判令和 3 年 6 月 23 日判例時報 2501 号 1, 17 頁。

49 後掲、補論 1 「24 条 1 項 2 項の関係」を参照。

50 最大判令和 3 年 6 月 23 日判例時報 2501 号 1, 13-15 頁。

51 最大判令和 3 年 6 月 23 日判例時報 2501 号 1, 15-16 頁。正確には、人格的利益の喪失と婚姻の自由の喪失と並べて、二つに、夫婦の一方のみが負担を負い続ける状況を作ることも制約とされる。

が不明確であり夫婦同氏は家族同氏と関係がなく、三つに、現行法上既に離婚や再婚で家族に氏の不統一が生じており、要するに、本件侵害は、目的及び手段の点で不当であると断言する⁵²。

(4) 令和3年判決のこの宮崎・宇賀少数意見は、2項に依拠することで広範な立法裁量を容認した法廷意見と比較して、1項の婚姻自由の構成でより厳格な違憲審査を実現した点で、学説上評価が大変高い⁵³。同様の夫婦同氏制の問題が、

52 最大判令和3年6月23日判例時報2501号1,16-17頁。

53 例えば、駒村圭吾「褪色する『家族の肖像』と最高裁」ジュリスト1565号(2021年)94-95頁、上田健介「夫婦同氏制の合憲性をめぐって」法学セミナー808号(2022年)16-18頁、佐々木くみ「夫婦同氏制の憲法24条適合性審査に関する覚書」憲法研究5号(2022年)95-96頁、渡辺(前掲注41)72頁。権利論的構成の探求を求めるものとして、小山(前掲注39)214頁。令和3年判決登場の前であるが、婚姻自由の権利制限の吟味でなく、制度準拠的な裁量統制の手法の審査で人権保障の充実を説く見解に、佐々木(前掲注39)239-240頁。

なお、夫婦同氏制の婚姻自由への制約につき、これを要件と捉えて当該自由の直接的制約と見るか、効果と捉えて間接的制約と見るか、この対抗を、ドイツの間接的制約論と重ねるのは恐らく誤解である。佐々木くみ「夫婦同氏制の憲法24条適合性審査に関する覚書」憲法研5号(2022年)91-95頁。ドイツ基本権論では、例えば、国家が国民に情報提供行為をするも、その情報をどう評価するかは国民各人に委ねられるが、その各人が、当該情報を踏まえて、宗教団体を拒否したり民間企業の製品購買を控える行動を取る場合、宗教団体や民間企業への影響が問題となる。即ち、国家が私人に直接に作用するも、その私人の自由意思による行為を介して、別の私人に間接に作用することを間接的制約という。人権と制度の二項対立を前提に、人権の直接的規律でなく、制度の規律を経由した人権の間接的規律を、間接的制約と呼ぶのではない。小山剛「間接的ないし事実上の基本権制約」法学新報120巻1・2号(2013年)157-163頁、三宅雄彦「基本権総論」鈴木秀美・三宅雄彦編『ガイドブック・ドイツの憲法判例』(信山社、2021年)43-46頁。

なお、平成25年非嫡出子相続決定につき、海外の家族立法動向や国際人権上の諸勧告へ論及がなされた点を、国境を超えた法的事項への視線の転換、トランスナショナルな転換と注目する見解がある。山元一『国境を越える憲法理論』(日本評論社、2023年)288-323頁。尤も、平成25年決定による国際人権条約への言及は、国内憲法の国際法適合的解釈と言うよりも、立法事実論の一環であるに過ぎず、外国法の参照と言う程度、最高裁は条約援用に熱心ではないとも言う。木下昌彦編集代表『精読憲法判例〔人権編〕』(弘文堂、2018年)81,108頁(木下昌彦)。

更に、数理法務と英米道徳哲学にも通じた最高裁裁判官、草野耕一による独自の比較衡量論の、平成27年決定・少数意見に注目する論考に、小川(前掲注14)271-288頁。

ドイツでは、基本法6条1項の制度的保障でなく、1条1項と2条1項の一般的人格権の下で把握されて、その結果、立法裁量でなく比例原則で違憲とされたことと類似する⁵⁴。

勿論、例えば、平成27年の夫婦同氏制判決で、既に岡部喜代子も、夫婦同氏の選択強制は婚姻の自由を制約するものだとも指摘するが⁵⁵、しかしながら、2項の立法裁量に基づく審査が少数派とはなるまい。一つに、基本法6条1項の制度的保障は解釈により導かれたもので、基本権解釈の一般図式である目的手段審査を排除する力に乏しいが、日本国憲法24条2項は、条文構造自体が立法裁量に親和的である。二つに、日本ではその汎用性故に強く批判されるも、ドイツの三段階審査や比例性審査は、その強力な磁場から婚姻制度を離さないが、人権の種類や制約の態様により詳細な場合分けを行う審査基準論は、婚姻制度と家族制度に、目的手段審査の例外設定を拒まないだろう。

2 個人尊厳と両性平等

(1) 第二に、最高裁はこの立法裁量を、24条2項が明記する個人の尊厳と両性の本質的平等により限界づける。即ち、平成27判決曰く、

「その立法に当たっては、同条1項も前提としつつ、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見える」⁵⁶。「……婚姻及び家族に関する

54 但し、夫婦同氏制を扱う最高裁本決定とドイツ連邦憲法裁の決定を比較して、その「判断のプロセスはほぼ同じである」と富田は言う。富田哲「夫婦別姓論その後：30年の軌跡」行政社会論集32巻4号(2020年)196-197頁。尤も、最高裁は制度保障を前提とする内容形成の総合衡量論を採り、ドイツ連邦憲法裁は基本権制約の比例審査であって、構成は異なる。故に、令和3年決定の宮崎・宇賀反対意見との類似性に注目したい。なお、夫婦同氏制を採る日本と、夫婦同氏制を原則とし一部例外を認めるドイツ、両者の相違が、立法の進展経緯や司法の合憲性判断など、様々な相違が偶然に累積した結果であることについて、参照、富田(前掲)172-188頁、同『夫婦別姓の法的変遷：ドイツにおける立法化』(八朔社、1998年)101-137, 138-158頁。

55 最大判平成27年12月16日民集69巻8号2586, 2604頁。参照、佐々木(前掲注38)227頁。

56 最大判平成27年12月16日民集69巻8号2586, 2592頁。

る法制度を定めた法律の規定が……、更に憲法 24 条にも適合するものとして是認されるか否かは、当該法制度の趣旨や同制度を採用することにより生ずる影響につき検討し、当該規定が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き、国会の立法裁量の範囲を超えるものとみざるを得ないような場合に当たるか否かという観点から判断すべきものとするのが相当である」⁵⁷。【表 2 VI 参照】

この立法裁量に個人の尊厳と両性の本質的平等で枠を嵌める思考⁵⁸は、上判決と同日の、再婚禁止期間事件の平成 27 年判決も同様である。

「憲法 24 条 2 項は、……婚姻及び家族に関する……立法に当たっては、個人の尊重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である。」⁵⁹

(2) そして、個人の尊重と両性の本質的平等の要請又は指針に基づいて非嫡出子相続差別制度を違憲としたのが先の平成 25 年決定である。

「本件規定の合理性に関連する以上のような種々の事柄の変遷等は、そ

57 最大判平成 27 年 12 月 16 日民集 69 卷 8 号 2586, 2593 頁。

58 つまり、多数の考慮要素を並列させこれを総合衡量する立法裁量を原則として追認するが、憲法が考慮すべしと命ずる事由の不考慮や憲法が考慮を禁じる事由の考慮、即ち、個人の尊厳と両性の本質的平等に反する考慮事由の取扱いがあれば、これを例外的に追認せず違憲と判断するか、そうした裁量統制の思考が存在しうるのである。参照、村西良太「法制度の構築における立法裁量の統制をめぐる事例分析」法学教室 795 号(2021 年) 73-74 頁。なお、山本真敬『立法裁量と過程の統制』(尚学社、2022 年) 60-68, 316-317, 327-329 頁。更に、多数の考慮事由の中、個人尊厳と両性平等が他と質的に違う範疇であることが家族法制の過度な憲法化を防ぐ、との指摘もある。大村敦志ほか「座談会 夫婦同氏規定・再婚禁止期間規定の憲法適合性をめぐって」法の支配 183 号(2016 年) 19, 31-32 頁(宍戸常寿発言)。

59 最大判平成 27 年 12 月 16 日民集 69 卷 8 号 2427, 2431 頁。

の中のいずれか一つを捉えて、本件規定による決定相続分の区別を不合理とすべき決定的な理由とし得るものではない。しかし、昭和22年民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意識の変化、……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るといえる。……上記のような認識の変化に伴い、上記制度の下で父母が婚姻関係になかったという、子にとっては自ら選択し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ものといえることができる」(傍点三宅)⁶⁰。

つまり、社会状況の変化に連動して、家族の中での個人の尊重が明確に認識され、それにより、嫡出子に対する差別が正しく個人の尊厳に違反することになったというのだ⁶¹。

(3) 最高裁法廷意見が、個人の尊厳への違反を理由に婚姻／家族制度の違憲と判断した事例は他にないが、他事件の少数意見は斯く述べる⁶²。

60 最大決平成25年9月4日民集67巻6号1320, 1330-1331頁。但し、日本における家族の多様化については疑問も呈示されている。水野(前掲注18)72頁。

この、個人尊厳自体ではなく、個人尊厳に関する国民の認識を根拠に同概念の規範内容を確定する解釈手法自体も、論拠として批判を呼ぶ。例えば、野坂(前掲注41)(「読み直す」)153頁、駒村圭吾「家族と憲法」憲法研究5号(2019年)141-142頁、山崎友也「憲法判例における論証作法と学説の『使命』」『統治構造において司法権が果たすべき役割』第2部(判例時報社、2021年)158-163頁。この問題につき、櫻井智章「時の変化」大林啓吾・柴田憲司編『憲法のエニグマ』(成文堂、2018年)145-160頁。

61 尤も、問題は24条2項でなく14条の問いとして処理されている。最大決平成25年9月4日民集67巻6号1320, 1330-1331頁。24条1項・2項の一般的判示と関連させれば、憲法14条よりも実質的に24条2項の「個人の尊厳」で問題を処理したのであろう。参照、渡辺(前掲注41)89頁。更に、24条と14条1項を一体的に見る見解に、西村枝美「家族と憲法」法学教室512号(2023年)12頁。

62 なお関連して、いわゆる『註解』による24条の解釈を所与として、24条2項の個人の尊厳と両性の本質的平等を民主政の下で理解し、夫婦同氏強制制を

例えば、平成 27 年夫婦同氏制判決の岡部喜代子意見がそれである。

「……現実に 96%を超える夫婦が夫の氏を称すること……が妻の意思に基づくものであるとしても、その意思決定の過程に現実の不平等と力関係が作用しているのである。そうすると、その点の配慮をしないまま夫婦同氏に例外を設けないことは、多くの場合妻となった者のみが個人の尊厳の基礎である [氏の] 個人識別機能を損ねられ、また、自己喪失感といった負担を負うこととなり、個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚した制度とはいえない」（傍点三宅）⁶³、

と判断する。更に、令和 3 年夫婦同氏制判決の宮崎・宇賀反対意見も同様である。

「[従来の最高裁の枠組みを前提とした場合、] 以下に述べる 3 点を、平成 27 年大法廷判決では考慮されなかった事情として追加的に考慮すべきであり、それらを適切に考慮すれば、夫婦同氏制を定めた本件各規定は、……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き、国会の立法裁量の範囲を超えるものである」（傍点三宅）⁶⁴。

この意味で 24 条 2 項に違反すると述べる見解に、江藤祥平「夫婦の氏とデモクラシー」法律時報 94 巻 6 号 (2022 年) 44-49 頁。参照、法学協会編『註解日本国憲法 (上)』(有斐閣、1953 年) 474 頁。註解自体が夫婦同氏強制制の合憲性に疑問を抱くとの指摘があるも、民主政の下でもなお同制度が個人の尊厳と両性の本質的平等に反するか、法廷意見と少数意見の対立の如く判断が割れるのではないかと。更に、夫婦同姓制度は、これが戸籍上の「筆頭」の記載を、加えて、住民票上の「世帯主」の記載を要求することが、家族内の実体的な序列秩序や、夫婦間の上下関係を印象づけると指摘する見解もある。曾我部真裕「個人の尊重と生命、自由及び幸福追求に対する権利 (3)」法学教室 486 号 (2021 年) 67-68, 70-71 頁。

63 最大判平成 27 年 12 月 16 日民集 69 巻 8 号 2586, 2603-2604 頁。

64 最大判令和 3 年 6 月 23 日判例時報 2501 号 1, 18 頁。他に、平成 7 年決定の中島敏次郎・大野正男・高橋久子・尾崎行信・近藤光男共同反対意見も、自分自身の出生につき何ら責任もなく、自分自身でその身分を変更できぬ非嫡出を

(4) 以上の判例法理から、我々が留保した問いに以下の結論が出来る。

第一に、24条2項の個人の尊厳と両性の本質的平等には、13条と14条と同じ、法律を違憲とする裁判規範性が備わることである。それは、民法改革を指導する単なる「指針、要請」には留まらない⁶⁵。

第二に、但し、同条項の個人の尊厳には、精々憲法原理の意味しかない13条前段の個人の尊重を越える役割が与えられることになる。或る法律が一度この個人の尊厳を侵せばそれだけで違憲無効となる⁶⁶。

相続分で差別することは、憲法24条2項の個人の尊厳の趣旨に反すると明言する。けれども、文脈上、この指摘は目的審査及び手段審査の枠内で論及されている。最大決平成7年7月5日第49巻7号1789, 1806頁。なお、この反対意見は、平成15年第2小法廷決定の梶谷玄・滝井繁男反対意見でも、同旨として（更に補足した上）引用されている。最2小判平成15年3月28日判例時報1820号62, 63頁。なお、夫婦同氏制を人間の尊厳に違反するとの説への稀有な批判に、足立治朗「所謂国家有機体論の再定位」行政法研究26号（2018年）172-177頁。

65 「指針、要請」であるが故に、13条の公共福祉の判定や14条の合理的根拠の認定と違い、目的手段審査を用いないのかもしれない。また、「個人の尊厳と両性の本質的平等」の文言が、戦後そのまま民法2条に再現されたことも、民法全体の解釈原理となる本条項と同様の機能が憲法24条に想定されたのではないかと、推測させる。なお、平成25年決定の「指針、要請」の指摘を、憲法24条2項を裁判規範でなく唯のプログラムと取り扱うものと批判する見解に、泉徳治ほか『一步前へ出る司法』（日本評論社、2017年）268頁（泉徳治）。

66 しかし、個人の尊厳を13条や24条2項から切り離して、これを一般規範として憲法判断を行うことの危険性を強調する見解として、蟻川恒正「最高裁判例に現れた『個人の尊厳』」（2014年）同『尊厳と身分』（岩波書店、2016年）159-163頁、同（前掲注43）112-114頁。

元々13条の個人の尊重と24条2項の個人の尊厳は、周知の通り同一内容を持つとされてきたが、一方で、元々規範的拘束の程度で違いがあったとするか、他方で、法律の違憲無効を導く個人尊厳の概念に引きずられ、個人尊重概念も強力な、又はその違反が絶対的無効を導くドイツ流の人間尊厳と同じ効力を獲得するかもしれない。参照、玉蟲由樹「憲法学における尊厳論の行方」法学セミナー748号（2017年）14-16頁、また、同『人間の尊厳保障の法理』（尚学社、2013年）46-50頁。なお、個人尊重を各人権条項の解釈準則に用いるべきとする見解に、押久保倫夫「第13条」芹沢斉ほか編『新基本コンメンタール』（日本評論社、2011年）102-104頁、同『『個人の尊重』と『一般的自由』『人格権』憲法研究5号（2019年）68-69頁。なお、駒村は、尊重でない24条2項の尊厳の概念には、家族共同体の生死を巡る諸現象への畏怖の念が顕現していると

第三に、両性の本質的平等についても同様で、14条1項で妥当する区別取扱いを目的審査と手段審査で判断する合理的根拠の判断が、総合衡量の中での目的手段図式を媒介しない問題処理に代替される⁶⁷。

第四に、従って、ここには一般規定と特別規定の関係は存在しない。つまり、13条は婚姻制度に幸福追求権の侵害の有無を判定するし、14条も目的／手段審査で婚姻制度の平等原則違反を調べるだろう。しかし24条2項は、衡量抜きで個人尊厳の侵害を即座に違憲とし、両性の本質的平等もやはり目的手段に触れぬまま排除するのである。その意味で、13／14条違反と24条違反は競合しうるのである⁶⁸。

も述べる。駒村圭吾「人格的自律権構想を振り返る」公法研究78巻(2016年)1-頁、同(前掲注59)149頁注14。また、西山千絵「憲法と家族法」二宮周平編『現代家族法講座1個人、国家と家族』(日本評論社、2020年)111-116頁。関連して、最高裁における尊重と尊厳の概念理解を分析する論考に、朱穎嬌「婚姻と家族と個人の尊厳(1)」法学論叢186巻3号(2019年)110-115頁。後掲注80参照。

尤も、個人の尊重のこの強力な統制力の半面、他方で、その内実は専ら婚外子の平等権に過ぎず、そもそも本来婚姻制度で保護すべき妻や子、ケアを必要とする家族構成員などの弱者の地位が忘れられ、その結果、個人尊厳概念の使用法は、家族内での平等権以外の人権の相互衝突に学界が無頓着であったことの証であるとの批判もある。水野紀子「最高裁婚外子相続差別違憲決定と婚姻制度」東北ローレビュー1号(2014年)19-20頁、同「公権力による家族への介入」同編『社会法制・家族法制における国家の介入』(有斐閣、2013年)9-11頁、同「戦後改正を考える」法学教室488号(2021年)84頁。更に、新村とわ「家族」工藤達朗編『よくわかる憲法[第2版]』(ミネルヴァ書房、2013年)51頁、犬伏由子「家族法における婚姻の位置」ジェンダー法学会編『講座・ジェンダーと法2固定された性役割からの解放』(日本加除出版、2020年)95-97頁、西(前掲注40)56頁。なお、渡辺(前掲注41)100-102頁。逆に、平等問題の救済は有利に扱われる集団の取扱いの引下げでも可能とし、婚姻の廃止による同性カップルの救済も示唆するものに、松原俊介「同性婚問題からみる平等の救済方法」法学セミナー818号(2023年)20-21頁。

五
七

67 但し、平成7年決定の中島敏次郎・大野正男・高橋久子・尾崎行信・近藤光男共同反対意見は、24条2項の本質的平等に特に触れないまま、14条1項に依拠して、厳格な目的審査と手段審査を要求する。最大決平成7年7月5日民集49巻7号1789,1805-1806頁。

68 尤も、判例の14条1項と24条2項の関係は必ずしも明確でない。例えば、非嫡出子相続差別に関する平成7年決定と平成25年決定。①平成7年決定は、

目的審査と手段審査の図式を一見採用するようで、規定の立法目的でなく立法理由の概念でこの図式を回避もして、既に見た、制度構築の際の立法裁量／考慮事項の視点を挙げた上で、結局、法定相続分とその補充的機能の総合衡量で判断を導出するが、だが、平成27年夫婦同氏制判決と同じ立法裁量の図式を挙げつつ、憲法24条2項でなく、14条1項の解釈と適用を論じているのである。最大決平成7年7月5日第49巻7号1789, 1794-1796頁。②平成25年決定も同様で、やはり立法裁量／考慮事項の視点を示し、適用場面ではより明確に、総合衡量を前提にした上で、先述の通り、個人の尊重に抵触するとして、相続差別規定を違憲無効と断ずるも、やはりその判断は、24条2項でなく、14条1項に依拠している。最大決平成25年9月4日民集67巻6号1320, 1323, 1331頁。因みに初宿正典は、既に平成25年判決前に、非嫡出子相続差別の合憲性を疑っていたが、その根拠を憲法24条2項違反に定礎していた。初宿(前掲注21)318頁。平成25年決定は実質的に厳格な合理性の基準によるとする見解に、泉徳治「婚外子相続分差別の意見決定と『個人の尊厳』」世界849号(2013年)229頁、同ほか(前掲注65)168-169頁(泉徳治)。③更に、平成27年再婚禁止期間判決では、14条1項と24条2項、目的手段審査と総合衡量図式が併存している点で、より複雑である。一つに、100日の再婚禁止期間について、父性重複の回避という立法目的と、最近禁止規定の規制手段の正当性が検討されているが、しかし、100日超過部分については、一方で、父性重複の回避の目的を超えた再婚禁止期間の手段の合理性の喪失が指摘されつつも、他方で、同じ父性重複の回避の観点から、再婚制限を回避する要請や、再婚禁止規定を廃止する諸外国の状況、婚姻の自由の尊重の必要性、婚姻以外での懐胎可能性などの各種利益と比較衡量されるのであり、その意味で、目的手段審査でなく(狭義の比例性とみなしうるも)、やはり、立法裁量における各種の考慮事項の検討を前提とした上で、24条2項の両性の本質的平等を侵すものと把握されるのである(だが、両性の本質的平等ではなく、寧ろここでは、国会が行った利益衡量の結果を最高裁がそのまま否定したと見ることでもできる)。最大判平成27年12月16日民集69巻8号2427, 2435-2438頁。しかし、この平成27年判決は、100日の再婚禁止期間の部分を「憲法14条1項にも、憲法24条2項に違反するものではない」とし、100日超過部分を「憲法14条1項に違反するとともに、憲法24条2項にも違反するに至っていたというべきである」とし、従って、14条1項と24条2項の役割分担は必ずしも明確でない。最大判平成27年12月16日民集69巻8号2427, 2435-2436, 2438頁。

本稿は、最高裁が平成27年夫婦同氏制判決で述べた、24条2項を巡る立法裁量の図式は、既に平成7年から展開されたものであり、しかも当初は、14条1項の名の下に詳述されたものと理解するが、逆に、後年の24条2項の法理が14条にも妥当するのだとすれば、一つに、14条の内部に二つの異なる図式を混在させることになる。その結果、この二つの図式の振分けの基準を発見する必要が発生し、二つに、同じ図式が14条1項と24条2項に併存することになり、その結果、14条と24条の図式の分業を調査する必要が生まれる。

3 二つの婚姻概念理解

(1) 第三に、ドイツ基本法で婚姻概念が重要な役割を演ずると述べたが、では最高裁は、憲法上の婚姻概念につき特定の理解を保持するのか、あるとすれば、それは、婚姻制度の構築に如何なる意味を持つのか。

ところで、平成27年夫婦同氏制判決には興味深い対立が存在する。つまり一方で、同制度を合憲とした側の寺田逸郎の補足意見がある。

「現行民法における婚姻は、……当事者相互の関係にとどまらない意義・効力を有するのであるが、男女間に認められる制度としての婚姻を特徴づけるのは、嫡出子の仕組みをおいてほかになく、この仕組みが婚姻制度の効力として有する意味は大きい」⁶⁹。

他方で、同制度を違憲無効と主張する側から岡部喜代子が意見を提出している。

「世の中の家族は多数意見の指摘するような夫婦とその間の嫡出子のみを構成員としている場合ばかりではない。民法が夫婦と嫡出子を原則的な家族形態と考えていることまでは了解するとしても、そのような家族以外の形態の家族出現を法が否定しているわけではない。既に家族と氏の結び付きには例外が存在するのである」⁷⁰

69 最大判平成27年12月16日民集69巻8号2586, 2597-2598頁。なお、寺田補足意見の、「規格化」の思考に着目し分析するものに、渡辺康行「個別意見からみる最高裁判所裁判官」現代思想51巻9号(2023年)20-32頁。

70 最大判平成27年12月16日民集69巻8号2586, 2604-2605頁。なお、岡部意見には、櫻井龍子、鬼丸かおる、山浦善樹が同調する。参照、櫻井龍子ほか「特別鼎談・ジェンダーに関する裁判例の変遷と社会に与えた影響」DIVERSITY2148号(2022年)8-9頁(櫻井龍子発言)、鬼丸かおる「最高裁判例の生まれるとき」日本女性法律家協会会報58号(2020年)82-86頁、渡辺康行ほか「大橋正春・鬼丸かおる元最高裁判事に聞く」法律時報93巻2号(2021年)76頁(鬼丸かおる発言)、山浦善樹『お気の毒な弁護士』(弘文堂、2019年)406-421頁。

という。いわば、婚姻と嫡出子制度とを接合するか切断するかの対抗である。

(2) 当時、この二人は共に第3小法廷に所属したが、同法廷に係属した、性別を変更した性同一性障害者が、結婚後に第三者の精子を用いて生まれた子を嫡出子とできるかを争う事件⁷¹でも対抗した。【表1参照】一方で多数派の寺田は言う。

「現行の民法では、『夫婦』を成り立たせる婚姻は、単なる男女カップルの公認に止まらず、夫婦間に生まれた子をその嫡出子とする仕組みと強く結びついているのであって、その存在を通じて次の世代への承認を予定した家族関係を作ろうとする趣旨を中心に据えた制度であると解される」⁷²。

他方で反対派の岡部は語る。

「民法が、父性の推定と嫡出性の付与とを区別せずに同法772条において子の父が母の夫であるか否かを嫡出推定の存否にかからしめているから、夫が……性別変更審判を受けた〔不妊の〕者である場合にも民法772条により嫡出推定が及ぶか否かによって夫の子といえるか否かを検討しなければならないであろう」⁷³。

即ち岡部は、子の嫡出性の付与はその子と父の親子関係より判断されるのだから、婚姻関係自体から嫡出性を判断するのではなく、夫婦関係とは別に父子関係の有無を検討して嫡出性を判定するべきだと主張する⁷⁴。

71 この問題及び当該決定に関する民法上の諸状況について次が詳しい。岡林伸幸「性同一性障害者と嫡出推定」末川民事法研究5号(2019年)1-15頁。

72 最3小決平成25年12月10日判例時報2210号27,30-31頁。なお、渡辺ほか(前掲注68)75-76頁(大橋正春発言)。

73 最3小決平成25年12月10日判例時報2210号27,33-34頁。

74 なお、大谷剛彦反対意見も、岡部反対意見と同様に、民法は、婚姻法制と親

表1 婚姻をめぐる最高裁の裁判（平成25年～27年）

	最大決 平成25年9月4日 民集67・6・1320	最3小決 平成25年12月10日 判例時報2210・27	最大判 平成27年12月16日 民集69・8・2586	最大判 平成27年12月16日 民集69・8・2427
	非嫡出子相続差別決定	性同一性障害者嫡出決定	夫婦同氏制判決	再婚禁止期間判決
	憲法14条1項？	憲法24条2項	憲法24条2項	憲法14条1項
第1小法廷	櫻井龍子		岡部に同調	補足意見①※1
	金築誠志	補足意見①※		
	→小池 裕			
	横田尤孝			
	→池上政幸			
	白木 勇			
	→大谷直人			補足意見①
	山浦善樹		反対意見③/岡部に同調	反対意見⑤※4
第2小法廷	竹崎博允			
	→山崎敏充			
	千葉勝美	補足意見②※		補足意見①+②※2
	小貫芳信			補足意見①
	鬼丸かおる		岡部に同調	意見④※5
	竹内行夫			
	→山本庸幸			補足意見①
第3小法廷	大谷剛彦		反対意見④	補足意見①
	岡部喜代子	●補足意見③	●反対意見③	●意見②
	寺田逸郎		◎補足意見①	◎補足意見①
	木内道祥		補足意見②	意見
	大橋正春			補足意見③※3
	※違憲判断効力の 問題			※1 民法722条解釈 ※2 違憲判断基準 ※3 比較衡量論 ※4 再婚禁止全体 が違憲 ※5 再婚禁止全体 が違憲

注) 第3小法廷内での、岡部喜代子と寺田逸郎の、各裁判をまたぐ意見内容が対応していることに注意。(平成27年判決で岡部に同調した3裁判官が、平成25年決定では岡部に同調していないことにも留意せよ) なお、白抜きの→は同一小法廷内での裁判官の交代を示す(この間、第3小法廷には裁判官の変更はない)。①②③の番号は、複数の少数意見を区別する為に判例集に掲載される順序でつけた(同じ番号が複数ある場合は共同意見)。※印はその最下段に簡単な内容を記している。網掛け部分は、憲法判断において法廷意見と異なる結論をとるもの。

(3) 寺田が後者での自身の見解を夫婦同氏制判決の注で確認するように⁷⁵、二つの判決と決定にまたがる二人の意見は、一貫したものであろう⁷⁶。

一方で、寺田は、子の身分を決める嫡出制度を婚姻制度が決定すると言うが、ここには親子関係と夫婦関係を一体と見る思考がある。他方で、岡部は、一つ、家族形態には、夫婦と嫡出子の古典的結合の他に今や様々なものがあるとし、二つ、子の嫡出性は夫婦自体でなく、父子関係そのものから判断すべきであるとするが、ここには反対に、親子関係と夫婦関係

子法制とを分けており、特に後者では、婚姻はそれ自体が親子関係を成立させるのではなく、単なる推定根拠であると指摘する。最3小決平成25年12月10日判例時報2210号27, 34-35頁。但し、本決定自体は、夫の同意を得て人工授精で生まれた子の嫡出推定を肯定するもので、性同一性障害者特例法により性別変更した夫という前提、故に、少数意見の対立自体が重要でないかもしれぬ。花元彩「判例評釈」新・判例解説Watch15号(2014年)99-100頁。

75 最大判平成27年12月16日民集69巻8号2586, 2598-2599頁。

76 興味深いことに、平成25年決定は非嫡出子、平成27年判決は性同一性障害者、即ち、共に家族生活における少数者を対象とするが、共に多数派裁判官には寺田、少数派側には岡部が名を連ねるものの、寺田は平成25年決定では非嫡出子の主張を退けつつ、平成27年判決では性同一性障害者の子を持ちたいとの希望に添う立場に立ち、反対に岡部は、前者では少数者側、後者では多数者側に与している。その意味で両裁判の比較は最高裁の婚姻理解を知るのに適切である。即ち、平成27年判決法廷意見は古典的家族観を前提とするものであり、ここに含まれる限りで性同一性障害者の権利を保障しており、逆に、含まれぬ限りで同性愛者の子を持つ権利は否定するであろう。両裁判は、性的少数者の保護の是非の視点から検討するべきでない。故に、平成25年決定法廷意見を批判するも、平成27年判決法廷意見を肯定する、或いは、前者の岡部意見を高く評価し、後者の岡部反対意見に疑問を呈するのは、結果の妥当に拘泥するものである。白水隆『平等権の新展開』（三省堂、2020年）98頁、辻村みよ子『著作集5家族と憲法』（信山社、2022年）263-264, 411頁。関連して、裁判内容につき最高裁裁判官の出身に注目し、弁護士卒の裁判官に新しい家族形態や女性の自己決定に理解があると述べる見解もあるが、少々一面的ではないのか。この論では、平成27年判決で法廷意見の側の元弁護士の大橋正春は、元性同一性障害者の子供を持つ利益を否定し、新しい家族形態に理解がないことになる。市川正人「顔ぶれが変われば憲法判例も変わる？」松井茂記編『スターバックスでラテを飲みながら憲法を考える』（有斐閣、2016年）224-226頁、更に、同『司法審査の理論と現実』（日本評論社、2020年）74-77頁、二宮周平「家族法に関する司法積極主義の意義と限界」市川正人ほか編『日本の最高裁判所』（日本評論社、2016年）70-72頁。

とを切断した上で把握する発想がある⁷⁷。

この対抗は、最高裁にない筈の婚姻概念の定義の存在を推測させる。第一に、寺田の、夫婦関係と親子関係を連続させる見解は、婚姻に生殖可能性を見て、婚姻要素に当事者の異性を要求するだろうし、他方で、岡部の、夫婦関係と親子関係を断絶させる思考は、婚姻に、リプロダクションの機能を求めず、その異性を否定するであろう⁷⁸。だが第二に、この見解のどちらかが最高裁で多数を占める訳でない。婚姻を嫡出子から切り離す岡部は、全員一致の平成 25 年非嫡出子差別決定では補足意見を著すが、

77 遡れば、平成 7 年決定で可部恒雄補足意見が、嫡出子と非嫡出子の法定相続分の区別は民法が法律婚主義を採用したことの論理的帰結であるとするが、親子と婚姻を接合するという意味で同傾向である。これに限らず家族政策を含めて可部補足意見に好意的な見解として、水野（前掲注 18）68, 81-82 頁。

78 しかし、岡部自身は、その教科書で、嫡出推定制度を、婚姻効果の貞操義務の帰結と見て、故に、婚姻関係と親子関係を一体的に把握した上で、この嫡出家族を保護対象とするかの記述を行っている。岡部喜代子編著『親族法への誘い』（八千代出版、2003 年）32-33, 92 頁。更に、彼女は、矢張り教科書で嫡出子相続差別を違憲と判断することに躊躇を示し、研究者の立場では別の見解を持つかの如くである。参照、岡部喜代子『相続法への誘い』（八千代出版、2001 年）59 頁、同・三谷忠之『実務家族法講義』（民事法研究会、2006 年）303 頁。参照、木下（前掲注 52）80 頁注 51。

更に、平成 27 年判決が生殖能力のない婚姻に嫡出推定を承認した以上、最早婚姻制度自体が生殖能力の有無を問題にしないのであり、故に、婚姻制度から同性愛者を排除する根拠が失われたと主張する、木村草太「生殖関係なき異性婚と同性婚の区別の合憲性」法律時報 94 巻 10 号（2022 年）5 頁。同様に、生殖能力はないが、人工生殖医療で生殖能力を補完された婚姻カップルに嫡出推定を認めるのなら、同性カップルにも嫡出推定の法的保護＝婚姻制度の保護を認めるべきか問われると言う説に、山下純司「婚姻外カップルの多様性と法的保護の論理」二宮周平編『現代家族法講座 2 婚姻と離婚』（日本評論社、2020 年）42-43 頁、更に 52 頁。加えて、この問いは、後述の如く、同性愛者の婚姻の是非に繋がるが、更に、同性婚を認めた場合、不妊である筈の同性愛者に生殖医療により子を認めるべきか、という論点にも関連し連続してくるだろう。この観点で岡部と同様に性同一性障害者の生殖医療に反対する説に、水野紀子「性同一性障害者の婚姻による嫡出推定」加賀山茂先生還暦記念『市民法の新たな展開』（信山社、2013 年）601-629 頁、同「婚姻の意義を考える」法学教室 490 号（2021 年）91-92 頁、同「生殖補助医療を考える」法学教室 506 号（2022 年）89-92 頁。更に、常岡（前掲注 26）131-132, 159-165 頁。

寺田は少数派としては沈黙する⁷⁹。

(4) この婚姻理解の相違が憲法上の概念を巡る対立である保障はないが⁸⁰、

79 最大決平成25年9月4日民集67巻6号1320, 1337-1340頁。この岡部補足意見をもって、最高裁が、後述(後掲注81)の大村の言う夫婦関係から親子関係を独立させた家族モデルを採用したとする見解として、中林暁生「婚外子法定相続分規定違憲決定」長谷部恭男編『論究憲法』(有斐閣、2017年)319頁、巻美矢紀「法の下での平等と家族」穴戸常寿・林知更編『総点検日本国憲法の70年』(岩波書店、2018年)98-99頁、櫻井(前掲注60)155頁、更に、石川健治「国籍法違憲大法廷判決をめぐって(3・完)」法学教室346号(2009年)9-10頁。逆に、1項の婚姻の自由と2項の婚姻制度の関係の論点ではあるが、平成27年夫婦別氏制判決の寺田補足意見による婚姻自由の前国家性を否定する言明から、当該法廷意見の理解を推定する見解として、佐々木(前掲注39)225-226, 233頁。寺田補足意見から法廷意見を推定できるのなら、本文で述べた第3小法廷決定の寺田補足意見で登場した、嫡出制度を前提とする(岡部と異なる)婚姻観でも法廷意見を推定できると見るべきはないか。

80 なお、安念潤司の契約的家族観と比較しつつ、最高裁の憲法上の家族モデルを、夫婦とその子から成る集団として検討するものとして、篠原(前掲注38)(夫婦同氏判)43-47頁、同(前掲注38)(内容形成)629-630頁、更には、異性性を持たない「当事者の間の親密な共同生活関係」の婚姻観と比較しつつ、憲法制定過程や初期日本国憲法の重要文献の『註解』での議論や叙述を基礎にして、「夫婦が子を産み育てながら共同生活を送ること」の婚姻観を優先的に把握するものとして、篠原永明「憲法24条の『婚姻』の意義と同性婚」判例時報2533号(2023年)109-114頁。婚姻は、これから妻が生むだろう子を予め自分の子として受け入れるとの意思を含むもので、この約束を除外した結婚しかないとする、大村敦志『家族と法』(左右社、2014年)61頁。更に、家族=法律婚という図式から議論を出発させる考え方として、新村(前掲注66)51頁。婚姻には、将来世代の持続的形成の価値でなく、諸人格相互に法律関係を創出する権能の観点からの意義を見出し、親子間の法律関係に関する権能、即ち親子関係を婚姻関係から切断して把握する説に、中岡(前掲注29)57-62頁。憲法24条2項自体が個人の尊厳を掲げる以上、家族を「個人を超越する団体」と観念しえず、(夫婦と家族を区別せずに、即ち問題を婚姻に限定せずに)嫡出家族の役割を限定しようとする説として、木村敦子「夫婦の氏と婚姻の自由」法律時報94巻6号(2022年)53-56頁。

因みに、近時の同性婚を巡る下級審判決では婚姻理解は様々である。一方で、令和3年札幌地裁判決は、憲法24条は文言の点で異性婚につき規定するものとしつつ、現行民法は、子を作る意思や能力に拘わらず、夫婦の共同生活それ自体の保護を目的としてきたと言う。札幌地裁令和3年3月17日判例時報2487号3, 12-13頁。他方で、令和4年大阪地裁判決は、民法諸規定が、男女が生涯続く安定した関係の中、子を産み育てながら家族として共同生活を送り次世代に承継していく関係を把握し、令和4年東京地裁判決も、婚姻が、夫婦となった男

もしそうだとすれば、我々が見た基本法の対立が再現されるだろう。一方で、婚姻は異性を抱えるのだから家族への発展可能性を持ち、だからこそ憲法 24 条 2 項は「婚姻及び家族」と両者を連続させる⁸¹、他方で、婚姻は生殖可能性を想定せず、故に親子関係から隔離して、それは「婚姻及び家族」と両者を分ける 24 条の文言⁸²に表れている⁸³。

女が子を産み育て、家族として共同生活を送りながら、次の世代につないでいく、社会において重要且つ不可欠な役割を果たしてきたが故に、社会的承認を得てきたのだと指摘する。尤も、この東京地裁判決は同時に、婚姻の本質は、当事者が永続的な精神的及び肉体的結合を目的として真摯な意思をもって共同生活を営むことにあり、ここに同性カップルも含まれると強調する。前掲注 1。

81 なお、24 条 2 項は婚姻を身分関係全ての基礎として把握しており、だからこそ、同項は「婚姻及び家族」と婚姻を先に示すのであって、婚姻が言わば家族の「先概念」であることを明かにするのだという。法学協会編(前掲注 62) 474-475 頁。

82 即ち、基本法 6 条 1 項の「婚姻及び家族」の文言を、一方で、婚姻の異性性又は生殖可能性を重視する保守派が、婚姻と家族の結合と把握し、他方で、婚姻の異性性を排除してその責任共同体の特徴を強調する進歩派が、婚姻と家族の切断／並列と認識する対立である。参照、三宅(前掲注 8) 54-57 頁。両概念を結合するなら、婚姻は子供を持つこと、家族はその子供を持つ婚姻を含むことを意味し、切断するなら、婚姻は子供を求めず、家族は子供を持つ婚姻を求めないことを意味することになるだろう。なお、西村(前掲注 61) 12-13 頁。

なお、このように、条文上の概念の関係を真剣に把握すべきならば、憲法 24 条と、隣接する 25 条との関係も再検討する必要がある。一方で、押久保倫夫の議論を参照しつつ、憲法 25 条生存権保障の背後に人間尊厳保障の措置を見出し、同時に 24 条にも家庭内での「個人の、人間としての尊厳」としての「個人の尊厳」を発見して、両条項に人間の普遍的な脆弱性への法的対応を定礎する見解がある。朱穎嬌「婚姻と家族と個人の尊厳(2)」法学論叢 186 巻 4 号(2020 年) 121-124 頁、同「人間の尊厳と社会連帯の規範的意義に関する考察」憲法理論叢書 29『市民社会の現在と憲法』(啓文堂、2021 年) 100-101 頁。他方で、制定史解釈から、家族保護の側面は 24 条になく、それは 25 条の社会保障に解消されたとし、両条項を切断する学説もある。西村(前掲注 61) 13-14 頁。

四
九

83 平成 7 年決定の評釈にて、同決定が前提する婚姻観の相違を、既に大村敦志が、夫婦関係に親子関係を包含させた家族モデルと夫婦関係から親子関係を独立させた家族モデルとして比較対照していたが、本文で述べた、夫婦と親子の接続思考と断絶思考はこれに対応する。大村敦志「判例研究：非嫡出子の相続分」同『消費者・家族と法』(東京大学出版会、1999 年) 313-315 頁。更に、同『家族法 [第 3 版]』(有斐閣、2010 年) 139-142, 195-199 頁。但し、憲法 24 条 2

つまり、日本でも憲法上の婚姻概念は教義学的役割を持ちうるものであり、異性をその要素に含む婚姻理解は同性婚を退けることになろうし、異性性を持たぬ婚姻理解は同性カップルに婚姻を認めるのであろう。つまり、日本国憲法でも婚姻概念の明確な定義を持たねばならない⁸⁴。

勿論、両性や夫婦など異性性を想定した文言が憲法上に存在するが、これは異性性の本質要素のない婚姻理解を排除する理由にならない。社会変化が婚姻概念の異性性を消去したとのドイツ的議論と同様に、憲法 24 条には元々家制度を排去する意図しかなく、今や婚姻の異性性を排除すべく同条項の文言を無色透明に読み替えよと主張する、最高裁元裁判官である千葉勝美の憲法変遷論が登場する所以である⁸⁵。

項からの積極的家族族の導出は困難だとも言う。大村ほか(前掲注 58) 34-35 頁(大村発言)。更に、沖野真己「同性カップルと婚姻」東京大学法学部「現代と法」委員会編『まだ法学を知らない君へ』(有斐閣、2022 年) 36-38 頁。

平成 25 年の嫡出子相続差別決定を想定し、ここに「夫婦と嫡出子から成る法律婚家族」を前提する仕組みから、「婚姻とは切り離された父子関係又は母子関係という親子関係の縦軸」を想定する発想への転換を見る見解も、家族観の同様の対抗を想定するのであろう。常岡史子「婚外子相続分差別違憲決定と家族法」法学セミナー 800 号(2021 年) 34-35 頁、同(前掲注 26) 293-294 頁。更に、木村敦子「婚外子相続分違憲決定に関する一考察」水野紀子編『相続法の立法的課題』(有斐閣、2016 年) 98-102 頁、犬伏(前掲注 66) 97-99 頁。常岡の説は、平成 27 年の夫婦同氏制判決などには、寧ろ、夫婦と嫡出子の家族から婚姻とは別の縦軸家族への変遷とは真逆の変化もあると指摘する点で、両者の混在を見る本稿とは別様の理解である。

84 憲法上の婚姻の本質的構成要素の確認の必要を説く次の指摘も見よ。小山(前掲注 53) 217 頁注 57。

85 千葉勝美「同性婚認容判決と司法部の立ち位置：司法積極主義の足音は聞こえてくるのか？」判例時報 2506・2507 号(2022 年) 206-208 頁。千葉の憲法変遷の提言に拘らず容易に文言を超える解釈を認める、木村(前掲注 32)(婚姻) 10-11 頁、篠原(前掲注 80) 109 頁、更に、石村修「憲法における家族の保護」小山剛編『憲法の規範力 3 憲法の規範力と市民法』(信山社、2020 年) 218 頁。なお、筆者自身は、制度的保障の構造の点からも、また憲法変遷の理解の点からも、千葉の言う憲法 24 条の憲法変遷に懐疑的である。三宅(前掲注 8) 59-84 頁、同「憲法解釈と憲法変遷」鈴木秀美ほか編『憲法の発展 I』(信山社、2017 年) 218-220 頁。

補論 2 24条1項2項の関係

(1) さて、憲法 24 条には、1 項の婚姻の自由と、2 項の婚姻の制度的保障と、二種類の規律内容があることはこれ迄も確認したことだが、両者の間に如何なる関係があるのか、必ずしも明確である訳でない。

例えば、夫婦同氏制を巡る平成 27 年判決には、憲法 24 条につき、1 項と 2 項を別個独立ものとし認識する傾向があるように思われる。即ち、婚姻の自由の 1 項では、

「本件規定は、婚姻の効力の一つとして夫婦が夫又は妻の氏を称することを定めたものであり、婚姻をすることについての制約を定めたものではない」⁸⁶

とこれを合憲とし、制度的保障の 2 項では、

「本件規定の採用した夫婦同氏制が、……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ない」⁸⁷。

とする。つまり、夫婦同氏制の合憲性については、24 条 1 項への適合性を、他方で、同条 2 項への適合性を確認するものの、1 項の判断は 2 項の判断に、2 項の判断も 1 項の判断に影響しない。夫婦同氏制の婚姻の自由への侵害可能性、及び、制度的保障の核心への侵害可能性は、それぞれ独立して審査される、という訳である。

(2) ところが、同じ夫婦同氏制に関する令和 3 年決定、その、婚姻自由に着目した論理構成を既に我々も見た、宮崎・宇賀反対意見の中で、憲法 24 条の 1 項と 2 項を接合する言明があると思われるのである。

この反対意見によれば、

「……夫婦同氏を婚姻成立要件として課すことは、婚姻をすることについての当事者の意志決定を抑圧し、もって婚姻をすることについての自由かつ平等な意思決定を妨げる不当な国家行為に当たり、憲法 24 条 1 項の趣旨に反するので、本件については、平成 27 年大法院判決……の判断枠組みによって判断すること

86 最大判平成 27 年 12 月 16 日民集 69 卷 8 号 2586, 2592 頁。

87 最大判平成 27 年 12 月 16 日民集 69 卷 8 号 2586, 2595 頁。

はできず、法律が同項の趣旨に反する場合には、そのことのみをもって、かつその限度では、同条2項の個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚した法律とはいえず、立法裁量を逸脱している」(傍点三宅)⁸⁸

のである。

つまり、この宮崎・宇賀反対意見は、夫婦同氏制が婚姻の自由の不当な侵害であるが故に、憲法24条1項に違反しており、その上、その限りで、婚姻制度が備えるべき個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚しない法律であるが故に、同条2項にも違反すると指摘する。24条1項侵害があり、従って2項侵害もある、ということである⁸⁹。

(3) さて、この問題を、ドイツ基本法6条1項に置き換えれば、それは、防御権たる婚姻の自由と婚姻の制度的保障の関係ということになる。前者にはその制約の正当性が、後者にはその形成の正当性が問われるから、その問いは基本権の侵害(Eingriff)と形成(Ausgestaltung)という古典的問題にもなる⁹⁰。

両者の関係というこの難問に決着は暫く付きそうにないが、防御権と制度的保障、侵害と形成が排他的であることは一致がありそうだ。例えばキングレーンとポッシャーは、基本権規律の内的目的(interner Zweck)と外的目的(externer Zweck)を分類に依拠して、形成と侵害を区別するべきと主張している。つまり、法秩序なくとも成立する自然的自由を対象とする基本権とは異なり、法秩序があって初めて成り立つものを対象とする基本権、基本権の規範的構成では、その形成と侵害の両方が並列すると言う。一方で、当該基本権本来の目的=内的目的の為に規律するのが形成、他方で、保護対象とは別の目的=外的目的の場

88 最大判令和3年6月23日判例時報2501号1,17頁。

89 なお、憲法24条の1項と2項の関係に関するこの言明には多くの疑問がある。婚姻の自由への侵害の正当性を憲法上否定することは、24条1項自体でなく、同項の趣旨に反するというのはなぜなのか。当該法律が同項の趣旨に違反することが、2項の個人の尊厳と両性の本質的平等に言えぬとは、同項と13条と14条の関係からして、個人尊重や幸福追求権、平等原則への抵触も意味することになるが、個別的人権違反がこれら帰結をなぜ同時にもたらすことになるのか。24条2項が婚姻／家族制度の立法に関する規定であるとするなら、24条1項違反が2項違反を齎し裁量行使の逸脱を導くということ、これは1項と2項を区別したことを不要にするのではないか、など。

90 例えば、小山剛『基本権の内容形成』(尚学社、2004年)27-43, 110, 120-128頁。更に、柴田憲司「制度的権利と目的手段審査」論究ジュリスト29号(2019年)9頁。

合が侵害である、と⁹¹。例えば、基本法 14 条の所有権につき、所有権固有の処分権能から生じる社会的責任を実現する規律は形成であるが、公安目的や環境目的に由来する規律は外的目的の為の侵害であると、言うのである⁹²。

(4) キングレーンとポッシャーは、上の内的目的と外的目的に依拠する形成と侵害の基本権教義学を、基本法 6 条 1 項の解釈にも導入している。

即ち、婚姻の内的目的とは、婚姻に係る事項を個別に具体化することであり、法律がこれを実現するとき、それは婚姻制度の形成とされる。例えば、婚姻年齢、扶養関係、財産関係、離婚条件がこれに該当する。他方、婚姻制度自体とは異なる目的、婚姻の外的目的を追求するとき、当該法律は、婚姻自由を形成するのではなく、侵害しているのだと言う⁹³。例えば、在独外国人が配偶者を呼び寄せる際に、当該外国人に最低で 8 年又は 3 年のドイツ滞在を要求する規制、これは、婚姻制度と別の、当該外国人のドイツ社会への適応や、婚姻を口実とする移民の防止を目的とするとされ、この外的目的が故に当該規制は侵害と把握される⁹⁴。

このキングレーンとポッシャーの視座は、日本国憲法 24 条の 1 項と 2 項の関係を考究する際に、参考に値する⁹⁵。外的目的の為の法律は 1 項の権利を侵害し、

91 Torsten Kingreen / Ralf Poscher, Die Ausgestaltung von Grundrechten, in: JZ; 2022, S. 961-970, 962. フスターの見解を参考にしているのだという。参照、辛嶋了憲「ドイツ一般的平等モデルの一検討」一橋法学 19 卷 2 号 (2020 年) 741-756 頁、三宅雄彦「ドイツ基本権教義学と帰属概念」駒澤法学 20 卷 3 号 (2021 年) 119-120 頁注 114。

92 Kingreen / Poscher, a.a.O.(Anm.91), S. 965f. Vgl. dies., Grundrechte: Staatsrecht II, 35. Aufl., 2019, S. 83-85(Rn. 266-275).

93 Kingreen / Poscher, a.a.O.(Anm.91), S. 964.

94 Vgl. BVerfGE 76, 1, 52f., 58. この例につき、大西楠テア「グローバル化時代に移民法制と家族の保護」社会科学研究 65 卷 2 号 (2014 年) 163-165 頁、山本(前掲注 57) 154-158 頁。

95 日本の解釈では、憲法 24 条 2 項と対比される 1 項の婚姻の自由が、人権の一般条項としての 13 条や 14 条と並列関係に置かれる結果、これら婚姻の自由、個人の尊厳／幸福追求権、平等原則の横並びが、24 条 2 項の婚姻制度の形成それ自体に対する制約となるのであり(平成 27 年夫婦同氏判決が、同制度につき 13 条の人格権と 14 条の平等問題を処理した後で、24 条を議論したことを想起せよ)、これより、1 項の婚姻自由と 2 項の婚姻制度が重畳することになる。ドイツの解釈では、6 条 1 項内の婚姻の自由と制度的保障の並列が共通でも、日本のようにこの両者が重畳関係に置かれることはない。この排他関係が、本文で述べた侵害と形成の關係に現れるのであり、故に、侵害と形成の区分問題が解釈論上の重要問題となるのである。ところが、24 条 1 項と 2 項の重畳を容認する日本の憲法解釈では、そもそも、1 項を侵害思考、2 項を形成思考と

内的目的の為の法律は2項の制度を形成する、と。但し、この視点は、多くの婚姻関連法律を、比較的厳格な審査を導く侵害でなく、緩やかな審査を齎す形成として整理する可能性もあろう。

四 結語

日独の婚姻条項と婚姻概念を比較した本稿の結論は次の通りである。第一に、ドイツ基本法6条1項と日本国憲法24条を条文ベースで比較した場合、一つ、自由権と制度的保障が同時に想定されること、二つ、制度的保障の下で、婚姻制度の形象化が立法裁量で実施され、この判断余地の限定化が両条を含む各種憲法条項で遂行されること、三つ、その限定は、ドイツでは憲法上の婚姻概念が、日本では婚姻概念でなく24条2項の個人の尊厳と平等が、行うことが判明する。第二に、では日本国憲法にドイツの如き婚姻概念がないかといえ、最高裁判例を検討すれば、憲法24条2項の婚姻制度形成に関する立法裁量と裁量限界という図式の下、夫婦関係と親子関係を連続的又は切斷的に見るかという、隠れた婚姻了解があることが判明する⁹⁶。

区別する視座がない。本文は、侵害と形成の区分論から議論の整理を提案するものである。

96 尤も、日独婚姻概念の間には制度的保障という重要論点も横たわる。本稿は、制度的保障の概念を、或る法学的概念を中心に法律を通じて具体化される諸規範のパッケージの如く、緩やかに理解しているが、日本の婚姻制度は、婚姻概念より寧ろ個人の尊厳や両性の平等など元々婚姻それ自体とは異なる諸規範により限界づけられるけれども、ドイツの婚姻制度は、寧ろ、諸規範を本質的構成部分として保持し、且つそれらに体系連関の網を被せた制度又は地位で枠を嵌めており、しかもそれは、教会法や法神学による堅固な論証で構築されてきた。特に、スメント門下の法神学者、ドムボワの婚姻理論について参照、三宅（前掲注8）69-84頁。この狭義の制度的保障を採るか否かが日本国憲法解釈の鍵であろう。当然、婚姻による諸法効果の束を一体的に見るか個別に捉えるかは、この制度なり地位なりに対する前了解的な態度決定に掛かっている。国籍法判決を事例に、家族制度の意義の検証を説く見解に、佐々木くみ「国籍法違憲判決を振りかえる」論究ジュリスト29号（2019年）27頁。他方で、婚姻概念を分解し自由保護の境界線を個別に引くことを説く見解に、松田和樹「婚姻とそ

問題は、異性性を含む婚姻概念と含まない婚姻概念のどちらを選択するかより、それぞれの了解の彼方に如何なる戦略があるかである。例えば、同性婚を推進する立場なら、最高裁に前者の閉じた婚姻観を見れば、憲法改正を主張すればよいし、開かれた婚姻概念ならば、憲法改正の他に、文言も乗り越える憲法解釈を展開していけばよい。

(2023年5月19日脱稿、9月30日加筆)

うでないものの境」法律時報 94 卷 6 号 (2022 年) 57-62 頁、同「同性婚か？ あるいは婚姻制度廃止か？」国家学会雑誌 131 卷 5・6 号 (2019 年) 369-432 頁。

表2 婚姻をめぐる最高裁の法理(平成7年決定、平成25年決定、平成27年判決)

	A 最大決平成7年7月5日 民集49巻7号1789頁(非嫡出子差別)	B 最大決平成25年9月4日 民集67巻6号1320頁(非嫡出子差別)	C 最大判平成27年12月16日 民集69巻8号2586頁(夫婦同氏制)
I	<p>憲法14条1項は法の下の平等を定めているが、右規定は合理的理由のない差別を禁止する趣旨のものであって、各人に存する経済的、社会的その他種々の事実関係上の差異を理由としてその法的取扱いに区別を設けることは、その区別が合理性を有する限り、何ら右規定に違反するものではない(最高裁昭和37年(オ)第1472号同39年5月27日大法廷判決・民集18巻4号676頁、最高裁昭和45年(あ)第1310号同48年4月4日大法廷判決・刑集27巻3号265頁等)。</p> <p>そこで、まず、右の点を検討する前提として、我が国の相続制度を概観する。</p>	<p>憲法14条1項は、法の下の平等を定めており、この規定が、事柄の性質に応じた合理的な根拠に基づくものでない限り、法的な差別的取扱いを禁止する趣旨のものであると解すべきことは、当裁判所の判例とするところである(最高裁昭和37年(オ)第1472号同39年5月27日大法廷判決・民集18巻4号676頁、最高裁昭和45年(あ)第1310号同48年4月4日大法廷判決・刑集27巻3号265頁等)。</p>	<p>憲法14条1項は、法の下の平等を定めており、この規定が、事柄の性質に応じた合理的な根拠に基づくものでない限り、法的な差別的取扱いを禁止する趣旨のものであると解すべきことは、当裁判所の判例とするところである(最高裁昭和37年(オ)第1472号同39年5月27日大法廷判決・民集18巻4号676頁、最高裁昭和45年(あ)第1310号同48年4月4日大法廷判決・刑集27巻3号265頁等)。 [中略]</p>
II	<p>[24条1項は14条1項に関する審査において言及される]</p>	<p>[24条1項及び2項は14条1項に関する審査において言及される]</p>	<p>憲法24条は、1項において「婚姻は、両性の合意のみに基いて成立し、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。」と規定しているところ、これは、婚姻をやるかどうか、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解される。【中略】</p> <p>憲法24条は、2項において「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。」と規定している。</p> <p>婚姻及び家族に関する事項は、関連する法制度においてその具体的内容が定められていくものであることから、当該法制度の制度設計</p>

			<p>が重要な意味を持つものであるところ、憲法24条2項は、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、同条1項も前提としつつ、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つて、その裁量の限界を画したものと見える。</p> <p>そして、憲法24条が、本質的に様々な要素を検討して行われるべき立法作用に対してあえて立法上の要請、指針を明示していることからすると、その要請、指針は、単に、憲法上の権利として保障される人格権を不当に侵害するものでなく、かつ、両性の形式的な平等が保たれた内容の法律が制定されればそれで足りるというものではないのであつて、憲法上直接保障された権利とまではいえない人格的利益をも尊重すべきこと、両性の実質的な平等が保たれるように図ること、婚姻制度の内容により婚姻をすることが事実上不当に制約されることのないように図ること等についても十分に配慮した法律の制定を求めるものであり、この点でも立法裁量に限定的な指針を与えるものと見える。</p>
<p>四一</p>	<p>III 相統制度は、被相続人の財産を誰に、どのように承継させるかを定めるものであるが、その形態には歴史的、社会的にみて種々のものがあり、また、相統制度を定めるに当たっては、それぞれの国の伝統、社会事情、国民感情なども考慮されなければならない。さらに、現在の相統制度は、家族というものをどのように考えるかということと密接に関係</p>	<p>相統制度は、被相続人の財産を誰に、どのように承継させるかを定めるものであるが、相統制度を定めるに当たっては、それぞれの国の伝統、社会事情、国民感情なども考慮されなければならない。さらに、現在の相統制度は、家族ということと密接に関係しているものであつて、その国における婚姻ないし親子関係に対する規律、国民の意識等を離れてこれを定めることはできない。これらを総</p>	<p>他方で、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つて定められるべきものである。特に、憲法上直接保障された権利とまではいえない人格的利益や実質的平等は、その内容として多様なものが考えられ、それらの実現の在り方は、その時々における社会的条件、国民生活の</p>

	<p>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はできない。これらを総合的に考慮した上で、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ゆだねられているものというほかない。</p>	<p>合的に考慮した上で、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委ねられているものというべきである。</p>	<p>状況、家族の在り方等との関係において決められるべきものである。</p>
<p>IV</p>	<p>そして、前記のとおり、本件規定を含む法定相続分の定めは、右相続分に従って相続が行われるべきことを定めたものではなく、遺言による相続分の指定等がない場合などにおいて補充的に機能する規定であることをも考慮すれば、本件規定における嫡出子と非嫡出子の法定相続分の区別は、その立法理由に合理的な根拠があり、かつ、その区別が右立法理由との関連で著しく不合理なものでなく、いまだ立法府に与えられた合理的な裁量判断の限界を超えていないと認められる限り、合理的理由のない差別とはいえず、これを憲法14条1項に反するものというべきである。</p>	<p>この事件で問われているのは、このようにして定められた相続制度全体のうち、本件規定により嫡出子と嫡出でない子との間で生ずる法定相続分に関する区別が、合理的理由のない差別的取扱いに当たるか否かということであり、立法府に与えられた上記のような裁量権を考慮しても、そのような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項に違反するものと解するのが相当である。</p>	
<p>V</p>	<p>憲法24条1項は、婚姻は両性の合意のみに基づいて成立する旨を定めるところ、</p>	<p>憲法24条1項は、「婚姻は、両性の合意のみに基いて成立し、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。」と定め、同条2項は、「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。」と定めている。</p>	

民法 739 条 1 項は、「婚姻は、戸籍法の定めるところによりこれを届け出ることによって、その効力を生ずる。」と規定し、いわゆる事実婚主義を排して法律婚主義を採用し、また、同法 732 条は、重婚を禁止し、いわゆる一夫一婦制を採用することを明らかにしているが、民法が採用するこれらの制度は憲法の右規定に反するものでないことはいうまでもない。

そして、このように民法が法律婚主義を採用した結果として、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、親子関係の成立などにつき異なった規律がされ、また、内縁の配偶者には他方の配偶者の相続が認められないなどの差異が生じて、それはやむを得ないところといわなければならない。

これを受けて、民法 739 条 1 項は、「婚姻は、戸籍法(中略)の定めるところにより届け出ることによって、その効力を生ずる。」と定め、いわゆる事実婚主義を排して法律婚主義を採用している。一方、相続制度については、昭和 22 年法律第 222 号による民法の一部改正(以下「昭和 22 年民法改正」という。)により、「家」制度を支えてきた家督相続が廃止され、配偶者及び子が相続人となることを基本とする現在の相続制度が導入されたが、家族の死亡によって開始する遺産相続に関し嫡出でない子の法定相続分を嫡出子のその 2 分の 1 とする規定(昭和 22 年民法改正前の民法 1004 条ただし書)は、本件規定として現行民法にも引き継がれた。

最高裁平成 3 年(ク)第 143 号同 7 年 7 月 5 日大法廷決定・民集 49 卷 7 号 1789 頁(以下「平成 7 年大法廷決定」という。)は、本件規定を含む法定相続分の定めが、法定相続分のおりに相続が行われなければならないことを定めたものではなく、遺言による相続分の指定等がない場合などにおいて補充的に機能する規定であることをも考慮事情とした上、前記 2 と同旨の判断基準の下で、嫡出でない子の法定相続分を嫡出子のその 2 分の 1 と定めた本件規定につき、「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」とし、その定めが立法府に与えられた合理的な裁量判断の限界を超えたものということではできないのであって、憲法 14 条 1 項に反するものとはいえないと判断した。

<p>VI</p>	<p>しかし、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、前記2で説明した事柄を総合的に考慮して決せられるべきものであり、また、これらの事柄は時代と共に変遷するものでもあるから、その定め方の合理性については、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。</p>	<p>そうすると、憲法上の権利として保障される人格権を不当に侵害して憲法13条に違反する立法措置や不合理な差別を定めて憲法14条1項に違反する立法措置を講じてはならないことは当然であるとはいえ、憲法24条の要請、指針に応じて具体的にどのような立法措置を講ずるかの選択決定が上記(1)のとおり国会の多方面にわたる検討と判断に委ねられているものであることからすれば、婚姻及び家族に関する法制度を定めた法律の規定が憲法13条、14条1項に違反しない場合に、更に憲法24条にも適合するものとして是認されるか否かは、当該法制度の趣旨や同制度を採用することにより生ずる影響につき検討し、当該規定が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き、国会の立法裁量の範囲を超えるものとみざるを得ないような場合に当たるか否かという観点から判断すべきものとするのが相当である。</p>
<p>VII</p>	<p>本件規定の合理性に関連する以上のような種々の事柄の変遷等は、その中のいずれか一つを捉えて、本件規定による法定相続分の区別を不合理とすべき決定的な理由とし得るものではない。しかし、昭和22年民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、更にはこれまでの当審判例における度重なる問題の指摘等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</p>	

		<p>認識されてきたことは明らかであるといえる。そして、法律婚という制度自体は我が国に定着しているとしても、上記のような認識の変化に伴い、上記制度の下で父母が婚姻関係になかったという、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ものということができる。</p>	
VIII	<p>現行民法は法律婚主義を採用しているのであるから、右のような本件規定の立法理由にも合理的な根拠があるというべきであり、本件規定が非嫡出子の法定相続分を嫡出子の2分の1としたことが、右立法理由との関連において著しく不合理であり、立法府に与えられた合理的な裁量判断の限界を超えたものということではできないのであって、本件規定は、合理的理由のない差別とはいえず、憲法14条1項に反するものとはいえない。論旨は採用することができない。</p>	<p>以上を総合すれば、遅くともAの相続が開始した平成13年7月当時においては、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いうべきである。</p> <p>したがって、本件規定は、遅くとも平成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。</p>	<p>以上の点を総合的に考慮すると、本件規定の採用した夫婦同氏制が、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ない。</p> <p>したがって、本件規定は、憲法24条に違反するものではない。</p>

注 判例法理を中心として適宜省略してある。