

日本国憲法と家族制度

—— 法律婚批判の再考 ——

植 木 淳

目次

はじめに

第1節 日本国憲法と家族 — 法律婚批判の再考

第2節 婚姻制度と平等原則

第3節 「婚姻」と「非婚」 — 婚姻関係による差別

おわりに

はじめに

筆者は、先の論稿で、アメリカ連邦最高裁が同性婚の権利を保障した Obergefell 判決を紹介し¹、同判決は同性愛者の権利を保障する画期的な判断であったものの—多くの論者が指摘しているように²—伝統的な「婚姻」の特権性を重視した保守的な側面があったことを中心に検討を行った³。その結論として、第一に、消極的権利として「親密な結合の自由」が尊重されるべきであり、異性愛関係か同性愛関係か、あるいは、婚姻関係か非婚関係か、に関わりなく、親密な人的結合に関して政府による干渉

1 Obergefell v. Hodges, 576 U.S. 644 (2015).

2 大林啓吾「同性婚問題にピリオド？」法教 423 号 38 頁以下 (2015 年)、駒村圭吾「同性婚と家族のこれから」世界 873 号 23 頁以下 (2015 年) など。

3 植木淳「婚姻をめぐる自由と平等」名城 68 巻 1 号 1 頁以下 (2018 年)。

を受けない権利が保障されるべきであること⁴、第二に、配偶者相互の「平等な自由」を確保するために積極的権利としての「婚姻の権利」が保障されるとしても、それが「婚姻しない権利」を含めた「親密な結合の自由」を制限することにならないように制度設計される必要があること⁵、そして、第三に、「婚姻の権利」が保障される場合には、婚姻制度の内容に関して平等規範が適用される必要があり、婚姻要件等に関して性別や性指向などを理由とした不利益取扱は許されないこと⁶、を論じた。

近年、日本の最高裁は、国籍法判決（2008年）⁷、婚外子相続分差別決定（2013年）⁸、女子再婚禁止期間判決（2015年）⁹、夫婦同氏判決（2015年）¹⁰、など「家族」に関する重要判断を相次いで行っている。また、2021年3月に札幌地裁は同性婚を認めない規定が憲法14条1項に反するとの判決を下している¹¹。これらの事例は「家族法によって定められた内容では個人の憲法上保障される権利を侵害する可能性を持つ問題が、個人のライフスタイルの多様化から顕在化しているという状況」をあらわすものであるといえよう¹²。実際に、現行の家族法は「生殖と子育てを伴う

4 「親密な結合」とは「婚姻あるいは家族に相当するような重要性を有する他者との密接で親密な個人的関係」を意味するものであり、『『あなた』と『私』を越えた『我々』が存在するという共有された感覚』に依拠するものである（Kenneth L. Karst, *The Freedom of Intimate Association*, 89 YALE L. J. 624,629 (1980)）。

5 「婚姻は、唯一の価値ある家族形態でも関係性でもないものであり、他の関係性に対して法的及び経済的に特権化されてはならない」（Nancy D. Polikoff, *Equality and Justice for Lesbian and Gay Families and Relationships*, 61 RUTGERS L. REV. 529,558 (2009)）。

6 「婚姻の権利の射程の特定にあたって問題となるのは、政府による線引きの正当性」であり、「それが問題なのであれば、デュープロセス条項との関係を問うのではなく、平等保護条項の反差別原理との関係を問うのが適切である」（Cass R. Sunstein, *The Right to Marry*, 26 CARDOZO L. REV. 2081,2111 (2005)）。

7 最大判2008年6月4日民集62巻6号1367頁。

8 最大決2013年9月4日民集67巻6号1320頁。

9 最大判2015年12月16日民集69巻8号2427頁。

10 最大判2015年12月16日民集69巻8号2586頁。

11 札幌地判2021年3月17日判例集未登載（LEX/DB25568979）。

12 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『自由の法理』665頁以下（成文堂・2015年）667頁。

婚姻家族（法律婚家族）＝嫡出家族」を「中心的家族モデルとして規定」しているが¹³、このような「婚姻家族モデル」は多様な人間関係の尊重とは緊張関係を有するものといえる。ただし、アメリカの場合と比較して重要な相違となるのは、日本国憲法 24 条 1 項が「婚姻は、両性の合意のみに基いて成立」すると規定し、同条 2 項が「婚姻及び家族」に関する「法律」が「制定されなければならない」と規定していることからすれば、日本国憲法の下では「婚姻の権利」あるいは「婚姻制度」を根本から否定する解釈論が成立する余地は少ないことである¹⁴。しかし、それでも日本国憲法が「家族に対する国家保護の徹底（いわば家族の社会化）の方向」と「団体主義・家族主義に対抗する個人の自律と平等の徹底（いわば家族の個人化）の方向」という選択肢から「後者」を選択しているとすれば¹⁵、日本国憲法の下で「個人の尊重」（憲法 13 条）及び「平等原則」（憲法 14 条）と「婚姻の権利」（憲法 24 条）がどのように「折り合い」をつけられるべきであるのかが重要な課題となる。その中でも、本稿は特に『婚姻及び家族』についての憲法規範が平等原則によって修正され、それがひいては憲法規範そのものの変容」を導きだしていることを重視し¹⁶、現行の家族制度及び婚姻制度につき平等原則を中心にして再検討することを試みる¹⁷。

上記のような目的のため、本稿では、第 1 節で、日本国憲法と法律婚主義との関係について検討する。この点、個人の自由と多様性を重視する

- 13 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『固定された性役割からの解放』89 頁以下（日本加除出版・2012 年）89 頁。
- 14 「憲法上の『家族』モデルを特定する必要性を否定する立場は、少なくとも現行の憲法 24 条の解釈論としては支持できない」（篠原永明『『婚姻の自由』の内容形成』甲法 57 巻 3・4 号 605 頁以下（2017 年）629-630 頁）。
- 15 辻村みよ子『憲法と家族』（日本加除出版・2016 年）87 頁。
- 16 井上前掲（12）687 頁。
- 17 なお、「家族」に関する「厳密な定義は困難である」（辻村前掲（15）1 頁）、現行民法は「婚姻」と「親子」を軸にして家族制度を規定しており、本稿では「家族」を「婚姻」と「親子」からなる人的結合と捉えた上で、特に「婚姻」を中心に検討する。

立場からは標準化された家族概念が批判され、法律婚の範囲を拡大させる必要性や法律婚以外の人的結合にも保護を拡大させる必要性が指摘される。しかし、いずれにせよ、法が一定の人的結合を「家族」（婚姻）と認めて「保護」（＝国家による介入）の対象とする以上は、人と人が自由意思に基づいて交際する「親密な結合の自由」との緊張関係が生じざるをえない。そうであるならば、憲法 24 条が「家族」（婚姻）を「保護」（介入）する目的を特定した上で、当該目的の範囲内で家族制度を再構築するとともにその法的効果を限定することが「個人の自由」と「家族の保護」の両立のための最適解になると思われる¹⁸。そこで、本稿は、婚姻制度の目的は「配偶者の保護」及び「子の親の推定」に限定されることを論じた上で、憲法 24 条と憲法 13 条及び憲法 14 条の関係を整理することを試みる。それを踏まえて、第 2 節では、憲法 24 条の趣旨に応じて制定された家族制度（婚姻制度）は、「個人の尊厳」と「両性の本質的平等」に立脚し、憲法 14 条 1 項「平等原則」に適合したものでなければならないとの立場から、再婚禁止期間、嫡出否認権、夫婦同氏原則、同性婚などの問題を婚姻保護の目的に照らして検討する。その一方で、第 3 節では、婚姻保護の目的の範囲を越えた「優遇」は「家族関係による差別」であり「親密な結合の自由」の侵害になるとする立場から、「法律婚」と「事実婚」の差別的取扱、さらには、「婚姻」と「非婚」の差別的取扱の問題を検討して、「婚姻の特権化」を克服する憲法適合的な家族法秩序の在り方を考えることとする。

第 1 節 日本国憲法と家族 — 法律婚批判の再考

（1）憲法 24 条の意義と課題

戦後の憲法学説において「憲法 24 条及び家族問題への関心は極めて低

18 「一方で婚姻の現代的価値を再確認しその適用範囲を見直すとともに、他方で婚姻それ自体をも含む親密な関係の組み替え・新たな関係の承認を可能にする多元的な制度に途を開いておくことが求められる」（大河内美紀「性と制度」法教 440 号 44 頁以下（2017 年）48 頁）。

かった」と指摘されているものの¹⁹、それでも同条の法的性格に関する一定の議論の蓄積は見られた²⁰。初期の憲法学説においては、旧憲法下での「封建的大家族制度の残存である道徳風習」に対する反省から、同条には「個人主義的家族観に基づいた、家庭生活の法律的規整を要求」することにより「民主主義の根底をかためよう」とする意義があることが強調された²¹。その意味で、憲法 24 条には、家制度を解体し「日本国憲法のもとでふさわしい公序を家族生活に強制する」という歴史的意義があったといえる²²。

その一方で、憲法 24 条の法的性格に関しては、「個人の尊厳と家族の平等の実現に適した法制度に関する法律の制定を立法機関に義務づけるもので、制度的保障を目的とするものである」などとする見解があった²³。これに対して、「日本国憲法は、14 条 1 項において、法の下での平等の基本原則を宣言し、さらに、個別的」に「夫婦の同等と両性の本質的平等（24 条）」などの「規定を特別に設けて、平等権ないし平等原則の徹底化を図っている」と説明し、憲法 24 条を憲法 14 条 1 項の特則として位置づける見解もあった²⁴。ただし、上記の二つの理解は必ずしも矛盾するものではない。憲法 24 条 1 項の保障する「婚姻の自由」は「法の設定する様々な効果へのアクセスを保障する権利」であり「国家による制度の設営があってはじめて存立しうる権利」であるが²⁵、憲法 24 条 2 項が「個人の尊厳」と「両性の本質的平等」との適合性を要求していることからすれば、「平等」は客観法として婚姻制度に関する憲法的規律を及ぼしうるからである²⁶。

ただし、憲法 24 条が家族制度に関して「自由」と「保護」のどちらに

19 辻村前掲 (15) 143-144 頁。

20 君塚正臣「日本国憲法 24 条解釈の検証」関法 52 卷 1 号 1 頁以下(2002 年)参照。

21 法学協会編『註解日本国憲法（上巻）』（有斐閣・1953 年）470 頁。

22 樋口陽一『憲法（第 3 版）』（創文社・2007 年）277 頁。

23 田口精一「家庭生活における基本原理」田上讓治編『憲法の論点（全訂 5 版）』145 頁以下（法学書院・1977 年）146 頁。

24 芦部信喜著・高橋和之補訂『憲法（第 7 版）』（岩波書店・2019 年）131 頁。

25 長谷部恭男『憲法の理性（増補新装版）』（東京大学出版会・2016 年）133 頁。

26 駒村圭吾『憲法訴訟の現代的転回』（日本評論社・2013 年）295 頁参照。

重きを置いているかは検討を要する問題である²⁷。この点、第一に、憲法 24 条の規定する「個人の尊厳」と「両性の本質的平等」から、「家族」は「究極的には平等で自由な個人間の結合である」ことを強調する立場があった²⁸。これに対して、第二に、憲法 24 条は「夫婦、親子から成る法律上の家族を社会や個人を支える基軸として措定しており、それを国家が保護することを許容している」のであり「法律上の家族とそれ以外の人的結合との別扱いを正当化する機能を果たすことがある」とする立場があった²⁹。そして、後者のように憲法 24 条が法律婚家族の「保護」を許容していると解した場合には、憲法 13 条を根拠に「ライフスタイルについての自己決定権」を認める立場との間に緊張関係が生じ、「13 条と 24 条との対抗関係を問題とせざるをえない」と指摘されてきた³⁰。

(2) 法律婚批判という難問

近年では「法律婚家族観念」が「憲法 24 条の要請する唯一の公序なのか」が問題とされ、法律婚以外の「親密な人的結合形態」が「憲法 24 条による保障の枠外である」として、法律婚家族に劣る保護しか与えられないとしても、憲法上の疑義は生じないのか」が議論の焦点とされる³¹。そこでは、近年の最高裁が、「少数者の物的な不利益に配慮」しつつ、それでも「一夫一婦制を前提に、夫婦とその間の嫡出子からなる、婚姻を基軸とする家族観念」を堅持していることの是非が問われているのである³²。この点、「事実の次元において『家族』の多様化は避けられない」として「基本的には個人単位という方向で今後の家族のあり方を構想する」という方向性が論

27 これは「個人の権利としてのライフスタイルの自由」と「新たな公序の構築」との「対抗」とも表現されていた問題である（高井裕之「結婚の自由」ジュリ 1037 号 177 頁以下（1994 年）177 頁参照）。

28 安念潤司「憲法問題としての家族」ジュリ 1022 号 46 頁以下（1993 年）50 頁。

29 米沢広一「憲法と家族法」ジュリ 1059 号 6 頁以下（1995 年）8 頁。

30 辻村みよ子「憲法 24 条と夫婦の同権」法時 65 巻 12 号 42 頁以下（1993 年）44 頁。

31 糠塚康江「個人と家族」憲法研究 4 号 117 頁以下（2019 年）124 頁。

32 巻美矢紀「家族と公私区分」憲法問題 29 号 79 頁以下（2018 年）79 頁。

じられるものの³³、そこには二つのレベルがありうる。

第一に、法の保護の対象たる法律婚の範囲を拡大させる方向性が考えられる³⁴。例えば、選択的夫婦別氏制度を採用すること³⁵、あるいは、同性婚を認めること³⁶、などである。この点、後述するように、夫婦同氏原則や同性婚否定は憲法 14 条に反するものであり、法律婚制度の目的からも夫婦別氏や同性婚が認められるべきであると考えられる。しかし、その場合でも、法律婚が「保護」（＝法律による介入）を伴うものである以上、どのような人的結合が法律婚として保護の対象になるかは法により特定の定義される必要がある³⁷。

第二に、事実上の婚姻関係に対して法による保護を拡大するという方向性が考えられる³⁸。この点、従来から婚姻予約法理の拡大により内縁関係に対する保護が図られてきたことは周知の通りである³⁹。また、近年の下

33 吉田克己「家族における〈公私〉の再編」日本法哲学会編『〈公私〉の再構成』45 頁以下（有斐閣・2001 年）54-55 頁。

34 「単婚、嫡出家族だけが唯一の正当な婚姻・家族として保護されるべきではないと考えれば、正規の婚姻として認められる結合関係の類型を増加することが考えられる」（田代亜紀「現代『家族』の問題と憲法学」佐々木弘通・宍戸常寿編『現代社会と憲法学』73 頁以下（弘文堂・2015 年）86 頁）。

35 「夫婦の氏の決定も私事として、これから家族を形成する当事者の意思にゆだねるべきであり、多様なニーズに応えられる仕組みを用意する必要がある」（二宮周平「夫婦別姓（選択的夫婦別氏制度）」ジュリ 1336 号 10 頁以下（2007 年）18 頁）。

36 憲法 24 条は「性別役割から解放された互換的な配偶者像への転換こそめざしているはず」であり「性差を含意しない同性カップルの保護が、そのような日本国憲法の理念に合致こそすれ、反するとは考えにくい」（齊藤笑美子「同性カップルは結婚できない？」石崎学・笹沼弘志・押久保倫夫編『リアル憲法学（第 2 版）』86 頁以下（法律文化社・2013 年）93 頁）。

37 従来から婚姻の成立要件として「《社会通念上夫婦と認められる関係》を形成する意思」が必要であるとする見解が有力であったものの、その内容は明確ではなく「一定の婚姻モデルを前提とし、それによって実質的意思を判断している」と指摘されている（窪田充見『家族法（第 4 版）』（有斐閣・2019 年）22-23 頁）。

38 「法律婚は、いわば公序の保護を与えるべきカップルを事前に一定の基準で選別する仕組み」であるが「問題が生じた場合に事後的に法が介入すべきかを決定するシステムもありうる」（吉田前掲（33）58 頁）。

39 内田貴『民法Ⅳ（補訂版）』（東京大学出版会・2004 年）141-145 頁。

級審判例で同性同士の関係に内縁と同等の保護を与える事例があることは、同性婚が認められないことによる不利益を一定程度は緩和するものとなる⁴⁰。ただし、内縁保護の拡大に対しては、法律婚を重視する立場から「事実の先行性」により保護の範囲を画定することにより「法的な婚姻制度は空洞化する」との批判もなされている⁴¹。それ以上に、本稿の立場から重要なのは、多様性尊重のために法律婚以外の人的結合を保護するとしても、やはりどのような関係が保護に値する人的結合なのかを特定することが不可避であることである。現実には内縁保護の要件である「事実上の婚姻関係」とは何かは自明でないばかりか、「当事者が、あえて法律婚という形式を選択しない場合」に「婚姻に準じて扱いますと法が介入することが適切なのか」が問題になる⁴²。

上記の問題は、「個人の自由」（親密な結合の自由）と「家族という共同体の保護」との間に生じる本質的なジレンマである。従来は、1人の女と1人の男の継続的で性的関係を含み生計を同一にする結びつきを社会通念上の「婚姻」として、「婚姻」を中心に「家族」を観念してきた⁴³。それと同じように、1人の女と1人の女（あるいは1人の男と1人の男）との同種の結びつきを「婚姻」（家族）の概念に包含するのは可能であり妥当であるかもしれない。しかし、人間相互の「結びつき」にはさらに多様なものがありうる。例えば、シェアハウスで数人の男性と数人の女性が共同生活を行い、相互に性的関係がある場合もあり（ない場合もあり）、誰か

40 同性カップルに「内縁関係に準じた法的保護」を認めて不貞行為に対する慰謝料請求を認容したものとして、宇都宮地真岡支判2019年9月18日判例集未登載（LEX/DB25570471）がある。

41 水野紀子「多様化する家族と法」都市問題2011年12月号62頁以下65頁。

42 窪田前掲（37）140頁。

43 「婚姻」は「『男女両性の人格的性的結合体』を形成することを目的とする合意」であると説明されてきたが、現実には「合意が形骸化して人格的または性的結合が無理であっても、法的には夫婦とされうる」ため、現在では「夫婦共同体の形成を目的とする合意である」と説明される。しかし、それでも「夫婦共同体の基本的内容」は「民法が構想している夫婦共同体規範によって決まる」とのと説明されている（北川善太郎『親族・相続（第2版）』（有斐閣・2001年）33頁）。

が病気になれば誰かが看病を行うこともあり、誰かが経済的に困窮すれば誰かが援助を行うこともあり、数年ごとに誰かが加わり誰かが去るような関係が継続されているような状況があるかもしれない⁴⁴。このような人間関係は、憲法 13 条を根拠とする「親密な結合の自由」の一形態として自由を保障されるべきであると考えられるが⁴⁵、少なくとも現行制度において「婚姻」（あるいは「家族」）とされることはなく、それ以上に、それを法の保護する「婚姻」として「保護」（＝国家による介入）の対象とすることは一人が同意しない扶助・貞操等の義務を負わせることになり一当事者の消極的自由としての「親密な結合の自由」を制約するものとなりうる⁴⁶。

上記のように、「親密な結合の自由」と「家族の保護」には本質的に緊張関係があることを前提として、それでも憲法 13 条の保障する「親密な結合の自由」を基底的な権利であると考えるのであれば、その一方で憲法 24 条が「婚姻」（家族）の保護を求めている理由を再考する必要がある。

(3) 法律婚の再検討

そもそも、「各人の自己決定権を尊重するのであれば、個人が誰といかなる結合関係を取り結ぶかを各人の自由に委ね、ある特別の結合関係だけ

44 君塚正臣は「もし同性婚が憲法上保障されねばならないのなら、何故、2名の関係が特別なかが不明となり、同性3名の共同生活を法的に保護することが何故許されないかが解らない。そしてもしそれが許されるなら、男女3名の共同生活にも同様の保護を、と議論が発展しようが、それを一般的には一夫多妻や一妻多夫と言う筈である」と指摘していた（君塚正臣「憲法とジェンダー」法時 78 巻 1 号 4 頁以下（2006 年）7 頁）。

45 その意味で、東京高判 2000 年 11 月 30 日判タ 1107 号 232 頁が、男性 1 人と女性 2 人の共同生活のための生活費分担の合意に関して、婚姻の基礎たる「人間相互の愛情と信頼及び人格の尊重は、その本質からして、複数の異性との間に同時に成立しうることありえない」として公序良俗に反するとしたことは一事案の評価は措くとして「親密な結合の自由」を保障する立場からは疑問である。

46 「多様性を重視して家族の形態として多様なものを認める」ことは「国家の目からみて家族であるものとならないものが区別しにくくなり、国家が家族の領域に足を踏み入れる場合が増加するかもしれない」と指摘される（高井裕之「憲法からみた家族の『公』と『私』」日本法哲学会編前掲（33）62 頁以下 64 頁）。

を抽出して特別の法規整を加えることを断念すべき」であり⁴⁷、「家族と、それ以外の形態の、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」という結論に帰着するように思われる⁴⁸。しかし、憲法 24 条は「婚姻及び家族」に関して「法律」が「制定されなければならない」と規定し、現行法は法律上の婚姻に対してその他の人的結合体にはない法的規律（保護）を行っている。具体的には、法律上の婚姻により、(1) 配偶者相互に同居・協力・扶助義務が生じるとともに（民法 752 条）、離婚の際には財産分与の権利が生じ（民法 768 条）、片方配偶者の死亡の際には生存配偶者に相続の権利が発生すること（民法 900 条）、(2) 婚姻中に妻が懐胎した子は夫の子と推定されること（民法 772 条 1 項）、(3) 税法・社会保障法等で特別な処遇を受ける場合があること（所得税法 83 条、国民年金法 94 条の 6 など）、(4) 社会的な承認を受け、雇用・医療・契約などで単身者と異なる処遇を受けること、などの効果が生じる。

そこで、「婚姻」を特別な保護の対象とする正当な理由があるか否かが問題になる。この点、「婚姻」の意義を「生殖」や「子育て」から説明することは正確を欠いているか、あるいは特定の家族像に対するコミットメントを前提にしているように思われる。なぜなら、法律婚に生殖は必須の要素とはいえないし（逆に生殖にとり法律婚は必須の要素ではない）⁴⁹、法律婚家族が直ちに子どもの養育を保障するわけではない（逆に法律婚関係でなければ子どもの養育が期待できないわけではない）⁵⁰ からである。これに対して、法律上の「婚姻」を保護する正当な理由になりうるのは、①「配偶者の保護」を通じて相互の「平等な自由」を保障すること、及び、

47 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 頁以下（岩波書店・1998 年）135 頁。

48 安念前掲（28）50-51 頁。

49 齊藤前掲（36）87-88 頁。

50 例えば、水野紀子が、「婚姻」を「子をはぐくむ繭となる家庭を提供する仕組み」であるとしながら、その一方で、「DV や児童虐待という暴力に対抗する諸手段」として公的介入が必要であることを論じていることは（水野前掲（41）67 頁）、現実には法律婚家族の「繭」としての機能が破綻しがちであることを明らかにするものである。

②「子の親の推定」の仕組を提供することにより「子の福祉」に資すること、であると思われる⁵¹。

第一に、法律婚制度により「配偶者の保護」を行うべき理由として、婚姻関係においては相互に負う義務が不確定であり「配偶者が他方配偶者に対して無制限な援助を行う」状態が生じがちであることから、法による保護・介入を通じて配偶者双方の「平等な自由」を保障する必要があることがあげられる⁵²。特に配偶者の1人が中心として稼得活動を行う場合には、他方配偶者は「配偶者が将来にわたって生活と所得を共有してくれることを期待」して「自らの職業形成を延期するか放棄して子どもを養うこと」になりがちである。そのような状況で、仮に当事者相互の関係が離婚等で終了した場合には、法の介入により配偶者双方の「貢献と必要」に基づいた権利・義務の再配分を行うことが、全体として配偶者双方の「平等な自由」を保障するものになると説明されるのである⁵³。

その意味で、民法が、婚姻期間中の婚姻費用請求権を認めていること、離婚時には財産分与請求権を認めていること、離婚後も子どもの扶養請求権を認めていること、配偶者死亡時には相続権を認めていること、などは「配偶者の保護」を通じて「平等な自由」を確保するために必要なものといえる⁵⁴。「愛情からであるがゆえに自己犠牲が生じやすい親密な関係で、社会的経済的力、交渉力において対等性が確保しえない当事者を、とりわけ結婚の解消の段階で自律できるよう国家が保護すること」という限定的な範囲であれば、「結婚の権利」は「法律婚の特権化」との批判を免れて「リベラリズムの『公共的な正当化 (public justification)』が可能」にな

51 法が「家族」を支援する必要性は「パートナーとの関係が悪化して結合関係を解消する場合に、財産関係また場合によって子どもの養育関係を調整する援助をすること」及び「子どもの養育について問題がある場合に、子どもの福祉の観点から法が介入すること」にあるとされる（吉田前掲（33）57-58頁）。

52 Gregg Strauss, *The Positive Right to Marry*, 102 VA. L. REV. 1691, 1746-1747 (2016). Strauss の議論に関しては、植木前掲（3）20-22頁参照。

53 Strauss, *supra* note 52 at 1747, 1756-1760.

54 中山茂樹「家族と憲法」比較憲法学研究 31号 97頁以下（2019年）110頁参照。

るのである⁵⁵。このように考えれば、現在の日本法が「婚姻保護、弱者保護のための国家介入が保障されない家族法」となっており⁵⁶、配偶者間で子どもの養育責任が適切に配分されていないことは⁵⁷、いわば「法律婚保護の不足」として批判の対象とされなければならない⁵⁸。その一方で、法律婚保護の理由を「配偶者の保護」を通じた「平等な自由」の実現にあると考えた場合には、夫婦同氏制度を維持することや同性婚を否定することに説得的な理由は存在しないように思われる（後述する）。

第二に、法律婚制度は、「子の親の推定」のための制度であり一親の特定に必要不可欠ではなくとも有益であるという限りで一「子の福祉」に資する制度であるといえる⁵⁹。そもそも、子の親を特定するに際しては、①血縁関係を重視する立場と、②現実の養育関係（養育の意思と能力）を重視する立場、③父に関しては母の婚姻関係を重視する立場（母の夫を父とする立場）がありうる⁶⁰（仮に同性同士で共同親権を行使できるとすれば「父」「母」という構図自体に再考が迫られるが、その問題はひとまず措くこととする）。この点、現実には父及び母として養育義務を負う意思を有する者が存在する場合には「②現実の養育関係」を重視して親子関係を特定するという構想は魅力的なものといえる⁶¹。しかし、それが存在しな

55 巻美矢紀「Obergefell 判決と平等な尊厳」憲法研究 4 号 103 頁以下（2019 年）106 頁。

56 水野紀子「家族をめぐる観念と法手続に関する一考察」辻村みよ子先生古稀記念『憲法の普遍性と歴史性』153 頁以下（日本評論社・2019 年）167 頁。

57 「母子世帯の調査をみると、養育費を父親から定期的に受けている世帯は約 2 割にすぎない」など「離婚後の親責任が母親に偏在している」（下夷美幸「母子世帯と養育費」ジェンダー法学会編前掲（13）189 頁以下 190 頁、199 頁）。

58 その意味で、憲法 24 条 1 項が「『夫婦の平等』でなく『夫婦の平等の権利』を定めている点に注目しなければならない」（辻村前掲（15）123 頁）との指摘は重要である。

59 「婚姻は子に嫡出性を付与する装置としての意味しかないようにみえる」と指摘する見解がある（犬伏前掲（13）89 頁）。

60 大村敦志は、親子関係に関して「血縁か養育か」という対立軸と「血縁親子論と婚姻親子論」という対立軸を提示している（大村敦志『家族法（第 3 版）』（有斐閣・2010 年）92-97 頁）。本文中の①②は「血縁か養育か」に対応し、本文中の①③は「血縁親子論と婚姻親子論」に対応するものとなる。

61 親子関係を決定するのは親となる「意図」（intent）と親としての「機

い場合には法の介入により親としての養育義務者を特定することが「子の福祉」のために必要にならざるをえない⁶²。もちろん、「父母の婚姻関係と子の法的地位（相続権や親権関係）を結びつける必然性はない」としても⁶³、逆に「①血縁関係」だけを重視する立場にも疑問があることからすれば⁶⁴、「③婚姻関係」がある場合には「母の夫が父である」という一応の推定した上で、それが逆に「子の福祉」に反する場合などには「①血縁関係」などにより推定を覆す方途を残す、という制度は大枠として合理的であるように思われる⁶⁵。

もちろん、現行の親子関係の特定に関しては下記のような問題がある。第一に、「母」に関して、遺伝子上の母と出産をした女性が異なる場合（代理出産）でも出産した女性を「母」とする判例の立場は⁶⁶、「①血縁関係」を重視する立場からも「②現実の養育関係」を重視する立場からも問題を

- 能」(function) であると論じるものとして、Douglas NeJaime, *Marriage Equality and the New Parenthood*, 129 HARV. L. REV. 1185, 1197-1198 (2016) がある（植木前掲 (3) 25-27 頁参照）。また、齊藤笑美子は「現実の家族生活」が存在すれば「婚姻していなくても」「血縁がなくても」「そこに親密圏が法的に構築される可能性は開かれている」と指摘する（齊藤笑美子「親密圏と『権利』の可能性」ジェンダー法学会編前掲 (13) 83 頁以下 92 頁）。また、春名麻季は、ドイツの状況を参照して『『家族』の保護も、もはや血縁のみで親族を保護するというものではなく、自己決定に基づく生活共同体において一定の絆をもって人格的価値がやはり認められる子を監護・養育する場となるから国家によって保護される」と指摘する（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 (3・完)」四天王寺大学紀要 58 号 59 頁以下 (2014 年) 74 頁）。
- 62 「ケア責任の配分は究極的には法が担っている」のであり、親子関係が特定されないこと（多くの場合には父子関係が特定されないこと）により「あらかじめケア責任（あるいはケアする権利）が不平等に配分されていることを等閑視してよいとは思われない」（齊藤前掲 (61) 87-88 頁）。
- 63 犬伏前掲 (13) 99 頁。
- 64 「生物学的真実」に依拠することは、子が「父を得る」こともあれば、子から「父を奪う」こともある「両義的」なものである（齊藤笑美子「家族と憲法」憲法問題 21 号 108 頁以下 (2010 年) 116 頁参照）。
- 65 DNA 鑑定を重視する場合は「父子関係を早期に確定できず、子の利益を害する可能性もある」ため、「個別事情に立ち入らず、父を確定できる嫡出推定制度の存在意義は依然としてあろう」（石綿はる美「嫡出推定・否認制度の再検討」論ジュリ 32 号 34 頁以下 (2020 年) 34 頁）。
- 66 最決 2007 年 3 月 23 日民集 61 卷 2 号 619 頁。

残すものであり、生殖補助医療の進展を踏まえた立法的な対応が必要であると思われる⁶⁷。第二に、「父」に関して、民法 772 条 1 項の「妻が婚姻中に懐胎した子は夫の子と推定する」という規定が単なる「推定」以上の強い規範的効果を有するものであることが問題となる⁶⁸。特に現在の判例が「③母の夫（懐胎時の夫）が父である」という推定に強い規範的効果を認めていることにより⁶⁹、別に「①血縁関係」も「②現実の養育関係」もある者が存在するにもかかわらず、懐胎時の夫が「父」とされることで逆に「子の福祉」に反する状況を生じさせている⁷⁰。その意味で、現行法上の父性推定制度には検討されるべき問題が数多く存在する。しかし、「憲法が家族制度を形成する法律に与えている基本的な任務は、ケア責任を公正に分配し、依存的な個人（とくに子ども）を適切に保護することである」とすれば⁷¹、ケア責任を負う者を特定する過程において婚姻関係により親子関係（特に父子関係）を「推定」すること自体は不合理とはいえないように思われる。

67 井上典之「憲法学からみた生殖補助医療の問題」ジュリ 1379 号 54 頁以下(2009 年) 参照。

68 窪田前掲 (37) 170-175 頁参照。

69 最判 2014 年 7 月 17 日民集 68 卷 6 号 547 頁は、母が夫との婚姻中に懐胎した子が夫とは別の生物学上の父に養育されていた事案に関して、「夫と子との間に生物学上の親子関係が認められないことが科学的証拠により明らかであり」「子が親権者である妻の下で監護されているという事情があっても」「嫡出の推定が及ばなくなるものとはいえず、親子関係不存在確認の訴えをもって当該父子関係の存否を争うことはできない」とした。その一方で、最決 2013 年 12 月 10 日民集 67 卷 9 号 1847 頁は、性同一性障害特例法に基づき男性に性別変更した夫の妻が第三者の精子提供により出産した事案に関して、「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」、法律上の婚姻を認めながら嫡出推定の適用を認めないことは相当ではないとして民法 772 条による嫡出推定を認めている。

70 脚注 69 で紹介した最判 2014 年 7 月 17 日民集 68 卷 6 号 547 頁の事例のように「生物学上の父を養育者として確保できる状況」である場合には「むしろ、親子関係不存在確認の訴えを認めること」が「子の利益により合致し得る」（木村敦子「推定の及ばない嫡出子の範囲」別ジュリ 225 号（民法判例百選Ⅲ）56 頁以下（2015 年）57 頁）。

71 中山前掲 (54) 99 頁。

上記のように、婚姻制度の意義を「配偶者の保護」（平等な自由の保障）と「子の親の推定」（子の福祉に責任を負う者の特定）にあると考えれば、それが必要になる人的結合を「婚姻」とした上で、自らの意思で婚姻した関係を「保護」と「介入」の対象とすることは正当化されるように思われる⁷²。その一方で、婚姻制度が婚姻以外の「親密な結合の自由」の侵害にならないようにするために、上記の目的を越えて保護が拡大することには警戒的である必要がある。特に、自らの意思で婚姻を選択した者が相互に義務を負うことは正当化されるとしても、国が婚姻関係自体を特別に優遇するような「婚姻の特権化」は「婚姻しない自由」の侵害あるいは「家族関係による差別」ではないかが問われる必要がある⁷³。

(4) 日本国憲法と「家族」

上記のような立場を前提として、日本国憲法と家族の関係を整理すれば、下記ようになる。

第一に、憲法 13 条が「一定の個人的事柄について、公権力から干渉されることなく、自ら決定することができる権利」を保障しているとすれば⁷⁴、「私生活への干渉やその暴露」や「性生活上の選択に対する権力的な規制や監視」などは「私的な領域で個人が自由に思考し、交流し、生きることを極めて困難にする」ものとして憲法上許されないというべきである⁷⁵。その意味で、憲法 13 条により相互の同意に基づいて誰と交わりど

72 その意味で、西欧民法では実効的な経済的給付（生活費・養育費）や裁判離婚制度により配偶者を手厚く保護してきたのに対して（水野紀子「家族法の本来的機能の実現」ジュリ 1424 号 46 頁以下（2011 年）51 頁）、「日本で男女平等を志向する論者」が「伝統的にあまり婚姻制度の強化を主張してこなかった」（水野前掲（41）66 頁）との批判は傾聴に値する。

73 「成人間の親密な関係を契約として純化することができても、法的な介入が必要でなくなるわけではない」ため「婚姻を廃止するよりも、婚姻を『純粹に当事者の人格的な関係を安定させるための一つの選択肢』にする『婚姻の脱特権化』が必要である」（齊藤前掲（61）86-87 頁）。

74 佐藤幸治『日本国憲法論（第 2 版）』（成文堂・2020 年）212 頁。

75 長谷部恭男『憲法（第 7 版）』（新世社・2018 年）149 頁。

のように交わるかという「親密な結合の自由」が保障されるべきである⁷⁶。その一方で、憲法 13 条との関連で「家族の形成・維持にかかわる事柄」を「人格的自律権（自己決定権）」に含めることは⁷⁷、一考を要する。法律上の「家族」（婚姻・親子）は法律により定義されるものであり、法律の規定する「婚姻」に参加することが「自己決定」であるとしても、「婚姻」の内容自体を「自己決定」することはできないからである⁷⁸。その意味で、憲法 13 条は、法律上の「家族」「婚姻」であるか否かに関りなく、人間関係を形成する自由を広く保障するものとして理解されるべきであるように思われる⁷⁹。

その一方で、第二に、憲法 24 条は、「婚姻及び家族」に関する「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」ものであるとともに、当該立法裁量は「個人の尊厳」及び「両性の本質的平等」（同条 2 項）に立脚したものであるとされる⁸⁰。この点、「家族のあり方が急激に多様化しつつある現在」では同条を「結社の一類型である家族を形成する権利の一般法的規定と読みなおす必要がある」と指摘する見解があるものの⁸¹、同条項は「家族」（婚姻）と「それ以外の人的結合」（結社）との区別を前提とした上で、「家族」（婚姻）には「結社の自由」とは異なる「保護」—それは「それ以外の人的結合」に対しては否定的な含意を持

76 「親密な結合の自由」に関しては、羽瀨雅裕『親密な人間関係と憲法』（帝塚山大学出版会・2012 年）参照。また、中山茂樹は「個人が特定の他者との共同生活や親密な性愛関係その他親密な関係性に入る／入らない・維持する／離脱する選択」に対する国家の不干渉を要求する権利を「親密な人的結合の自由」としている（中山前掲（54）99 頁）。

77 佐藤前掲（74）215 頁。

78 夫婦同氏訴訟などで争われたのは「法制度によって承認され、様々な法的効果を付与された人的結合関係としての『婚姻』」であり、「社会において他者と親密な人的結合関係を取り結ぶ自然的自由は問題にされていない」（篠原前掲（14）612-613 頁）。

79 「親密な人的結合の自由」は「国家が設ける家族制度とは別に自生的に親密な人間関係がいとなまれること」を想定した「前国家的な自由である」（中山前掲（54）99-100 頁）。

80 最大判 2015 年 12 月 16 日民集 69 卷 8 号 2586 頁。

81 渋谷秀樹『憲法（第 3 版）』（有斐閣・2017 年）467 頁。

ちうる一を与えることを想定しているように思われる⁸²。その意味で、憲法 24 条が「婚姻及び家族」を保護する趣旨・目的を特定の定義した上で—先述のように、本稿はそれを「配偶者の保護」と「子の親の特定」であると考える—一家族制度（婚姻制度）に関する国会の立法裁量を当該目的に照らして限定することが、自然的権利としての「親密な結合の自由」（憲法 13 条）を確保するために必要であると思われる。

その上で、第三に、憲法 14 条 1 項が「平等原則」を保障していることから、家族制度及び婚姻制度における不利益取扱は「事柄の性質に即応した合理的な根拠に基づくものでないかぎり、差別的な取扱い」として憲法違反となる⁸³。この点、憲法学説では同条後段列举事由による差別には厳格度の高い審査基準が適用されるべきであると論じられてきたが⁸⁴、別稿で論じたように、憲法 14 条 1 項からは生来的・不変的事由だけでなく人格価値に関連する事由（性指向・家族関係）による不利益取扱にも厳格度の高い審査が行われるべきである⁸⁵。また、憲法 14 条 1 項は「差別的取扱い」を禁止するものであると解されてきたが⁸⁶、別稿で論じたように、表面上中立的だが特定の集団に不利益を与える「間接差別」は、特定の属性を有する者を排除する「不公正な障壁」により「地位に起因する不利益」を生じさせていることを疑わせるものとして、合理的理由がない限り憲法 14 条により禁止されるべきである⁸⁷。

82 「法律上の『婚姻』として法的に承認」されたもの「以外の家庭のあり方は、法によって承認され、保護される対象とはならない」（長谷部前掲（75）187頁）。

83 最大判 1973 年 4 月 4 日刑集 27 卷 3 号 265 頁。

84 芦部信喜『憲法学Ⅲ人権各論（1）（増補版）』（有斐閣・2000 年）23 頁参照。

85 植木淳「平等原則における不変性（immutability）」名城 66 卷 1・2 号 249 頁以下（2016 年）。

86 宮沢俊義『憲法Ⅱ』（有斐閣・1959 年）262 頁。

87 植木淳「憲法 14 条と間接差別禁止法理」浅倉むつ子先生古稀記念『「尊厳ある社会」に向けた法の貢献』23 頁以下（旬報社・2019 年）。間接差別に関しては、松井茂記『日本国憲法（第 3 版）』（有斐閣・2007 年）371-372 頁、高橋和之『立憲主義と日本国憲法（第 5 版）』（有斐閣・2020 年）162-163 頁、169 頁、辻村みよ子『憲法（第 7 版）』（日本評論社・2021 年）163-164 頁、杉山有沙『日本国憲法と合理的配慮法理』（成文堂・2020 年）223-232 頁、白水隆『平等権解釈の新展開』（三省堂・2020 年）156-179 頁等参照。

そのため、婚姻制度（婚姻の要件・効果）に性別や性指向による「不合理な差別」が存在する場合には、憲法 24 条 2 項の趣旨に反するとともに、憲法 14 条 1 項の「平等原則」に反するものとなる（第 2 節で詳述する）⁸⁸。それに加えて、婚姻制度は「配偶者の保護」あるいは「子の親の推定」という目的の範囲内で制度化される必要があり、当該目的を超えた優遇（婚姻の特権化）は「家族関係による差別」（憲法 14 条）あるいは「親密な結合の自由の侵害」（憲法 13 条）となりうる（第 3 節で詳述する）⁸⁹。

第 2 節 婚姻制度と平等原則

本節では、現行の婚姻制度が憲法 14 条に違反する「不合理な差別」を含むものであるか否かを検討する。ここでは、婚姻の要件・効果に関する区分事由の性格により審査密度が決定された上で、その合理性が婚姻保護の目的（配偶者の保護・子の親の推定）に照らして判断される必要がある。例えば、「婚姻」が「配偶者の保護」のために相互の権利・自由を制約する性格を有するものであることからすれば、婚姻に際して年齢要件を定めること自体は「限定されたパターナリスチックな制約」として許容されうる⁹⁰。その一方で、従来民法 731 条が婚姻適齢に関して男性 18 歳・女性 16 歳とする別異取扱をしてきたことは合理性を見いだしがたいものであり、憲法 14 条違反との批判があったことは当然である⁹¹。2018 年民法改正により婚姻適齢の男女格差は是正され、2022 年 4 月以降は男女ともに 18 歳が婚姻適齢とされるが、現在でも残された課題として、女子再婚禁止期間、嫡出否認権、夫婦同氏原則、同性婚などの問題がある。

88 婚姻制度に関して「社会変化の中で生じる新たな人権のニーズに平等原則で対応することは、柔軟でメリットが大きい」（齊藤笑美子「婚外子相続区分別と憲民関係」法時 85 巻 5 号 43 頁以下（2013 年）45-46 頁）。

89 何よりも「結婚の権利」を憲法上の権利として承認することは「卓越主義的で、しかも固定化される想定につながりやすく、想定された関係や集団には正統性いわば国家のお墨付きを、想定外のそれにはスティグマを与えてしまうおそれが強い」（巻前掲（55）107 頁）。

90 佐藤前掲（74）155-156 頁。

91 辻村みよ子『憲法とジェンダー』（有斐閣・2009 年）149 頁。

(1) 女子再婚禁止期間

2016年改正前の民法733条1項が女性にのみ前婚の解消又は取消の日から6カ月(180日)の再婚禁止期間を設けていたことに関して、憲法学説では同条項が「性別による区別」であることを踏まえて、「父親の確定」という目的は正当であるとしても、民法772条2項を前提とすれば100日を超える禁止期間は違憲である⁹²、あるいは、再婚禁止期間の存在自体が違憲である⁹³、と論じられてきた。近年では「法の象徴性」からみて再婚禁止期間は「女性の従属・劣位のメッセージを一般人に送る」ものであることも指摘されている⁹⁴。

2015年の女子再婚禁止期間最高裁判決は、民法733条1項の立法目的を「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」にあり「父子関係が早期に明確になることの重要性」に鑑みると当該目的には「合理性を認めることができる」とした。その上で、民法772条2項によれば「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る」として、100日以内の再婚禁止期間は合憲であるが、「100日超過部分は合理性を欠いた過剰な制約を課すもの」であり憲法14条1項及び憲法24条2項に反すると判断した⁹⁵。

この点、100日以内の再婚禁止期間が合憲とされたことに対して、「現実には前夫と後夫の父性推定の重複を回避すべき事例の発生は多くはない」ことからすれば⁹⁶、「ごく限られたケースのために、女子のみに『婚姻の自由』の制約を設ける」ことは『手段の相当性』に関する疑問を惹起するはずである」と批判される⁹⁷。それ以上に、本判決は民法772条2項を

92 米沢前掲(29)9頁。

93 君塚正臣『性差別司法審査基準論』(信山社・1996年)178-180頁。

94 卷美矢紀「憲法と家族」論ジュリ18号86頁以下(2016年)89頁。

95 最大判2015年12月16日民集69巻8号2427頁。

96 犬伏由子「再婚禁止期間規定のうち100日超過部分を違憲とした事例」新・判例解説Watch19号105頁以下(2016年)107頁。

97 木下智史「再婚禁止期間を定める民法733条の合憲性」ジュリ臨増1505号(平

前提として民法 733 条 1 項の合理性を判断するものであり、父性推定制度全体を通観して再婚禁止期間の合理性を評価するものではなかったことが問題視されるべきである。前節で論じたように、婚姻制度には「子の親の推定」という目的があり、嫡出推定制度自体の必要性は認められるとしても⁹⁸、民法 772 条 2 項が「婚姻後 200 日以後」と「離婚後 300 日以内」という相違—それが父性推定の重複を生じさせる直接の要因となっている—を設けている根拠は必ずしも明らかではないばかりか⁹⁹、「離婚後 300 日以内」に出産した場合には前夫の子と推定されるという規定は、社会的実態に適合しないものとなり¹⁰⁰、逆に子の地位の不安定をもたらす状況を生じさせている（いわゆる「300 日問題」）。先述のように子の親の特定には、①血縁関係を重視する立場と、②現実の養育関係を重視する立場、③婚姻関係を重視する立場がありうるが、例えば、「離婚後 300 日」で出産した子を前夫の子と推定することは、多くの場合には「①血縁関係を重視する立場」からも「②現実の養育関係を重視する立場」にも適合せず「③婚姻関係を重視する立場」に偏るものであり¹⁰¹、実際には血縁関係もなく養育関係もない場合でも前夫を「父」とするものとして「子の福祉」を妨げるものともなりうる¹⁰²。この点、本判決は立法目的として「父子関係が早期に明確になること」を掲げて「③婚姻関係」を重視する制度の合理性

成 28 年度重判解）18 頁以下（2017 年）20 頁。

98 窪田前掲（37）211-212 頁参照。

99 親族法の教科書では「この日数は、統計上における懐胎期間の最短平均と最長平均である」と説明されていたが（中川善之助『親族法（新訂）』（青林書院・1968 年）358 頁）、1994 年には「今日の学問からは、若干改められるべきだと言われている」と指摘されていた（星野英一『家族法』（放送大学・1994 年）109 頁）。

100 浦野由紀子「認知訴訟と認知調停」法時 87 卷 11 号 56 頁以下（2015 年）62 頁。

101 前婚解消から 300 日以内に生まれた子について父性重複が生じた場合には「実際には後夫の子であることが多いであろうから、後夫の父性推定の方を優先すべきである」と指摘されている（犬伏前掲（96）107 頁）。

102 脚注 69 で紹介した最判 2014 年 7 月 17 日民集 68 卷 6 号 547 頁における金築反対意見は「本件のように、血縁関係にあり同居している父とそうでない父とが現れている場面においては、通常、前者の父子関係の方が、より安定的、永続的といってよい」と指摘している。

を支えているが、現状では「子の身分関係の早期安定という要請自体が子の利益に資するものではないという指摘」の方が説得力を有しているように思われる¹⁰³。その意味で、再婚禁止期間に関しては、「父性推定の重複回避」が正当な目的であるとしても、民法 772 条自体が「重複」と「紛争」を生じさせている不合理な規定であり、それを前提とした民法 733 条は男女間での「不合理な差別」を規定するものであるとして憲法 14 条 1 項に反するものというべきである。

(2) 嫡出否認の訴え

民法 772 条 2 項に起因する問題を深刻化させているのが、嫡出否認の訴えを夫のみに限定している民法 774 条以下の規定であり、それは「夫の体面を守り、妻や子は夫の意思に従うべきであるという父権的な考え方」によるものではないかが問題とされ¹⁰⁴、従来から「妥当性が疑問視」されるとともに¹⁰⁵、憲法上の疑義を表明する見解も存在してきた¹⁰⁶。

本件規定の合憲性が争われた事例として、2017 年の神戸地裁判決は、夫と妻との別異取扱に関して、「夫」は「妻が他の男と性交渉を持ち、懐胎することを事実上、阻止し得ない」ため「嫡出否認により、父子関係の当事者となることを防止する利益がある」のに対して、「妻」は「不本意な嫡出推定が働かないよう、適切に懐胎の時期を選択する限り、事実上、嫡出否認の必要性は生じない」として、本件規定の合理性を認めている¹⁰⁷。また、2018 年の大阪高裁判決は、夫には嫡出否認をすることにより「父子関係から生じる扶養義務を免れ、子を自らの相続人の地位から排除するとの直接的な利益」があるのに対して、妻には父子関係に係る嫡出推定に「直接の法的権利義務関係」はなく、生物学上の父と婚姻して養子

103 木村敦子「再婚禁止期間に関する民法 733 条の憲法適合性」ジュリ臨増 1505 号（平成 28 年度重判解）86 頁以下（2017 年）87 頁。

104 二宮周平「家族法と憲法」憲法研究 4 号 151 頁以下（2019 年）159 頁。

105 窪田前掲（37）171 頁。

106 君塚前掲（93）197 頁。

107 神戸地判 2017 年 11 月 29 日判時 2381 号 114 頁。

縁組をさせることもできるなどと指摘して、嫡出否認権を夫にのみ認めるといふ区別には「一応の合理性がある」とした。また、「早期に父子関係を確定して身分関係の法的安定を保持することに係る利益」と「生物学上の父との間の父子関係と法律上の父子関係を一致させることに係る利益」では「前者が優位な関係に立つとみるべきである」として、本件規定は憲法 14 条 1 項に反するものではないと判断した¹⁰⁸。

この点、大阪高裁判決の論旨に見られるように、「父子関係の直接の当事者ではない母の意思のみによって、なぜ父子関係が決まるのかという基本的な疑問」もありうる¹⁰⁹。しかし、母が子の監護者となる場合には、自分自身が利害関係者として、あるいは、子の利益を代理する存在として、「法律上の父子関係の成否について重大な利害関係を持つ」ことは明らかであるように思われる¹¹⁰。この点、父性推定制度が一義的には「子の福祉」のための制度であると考えれば、子の親としての立場を有するにも関わらず、夫に存在する否認権が妻には認められないことは「性別による区別」として立法目的と手段の正当性が問われることとなる。その上で問題になるのは、大阪高裁判決が論じるように「早期に父子関係を確定する利益」と「生物学上の父と法律上の父を一致させる利益」とで「前者が優位な関係に立つ」という評価の是非である。この点、親子関係の形成に関して「血縁などとは別の原理で、実親子関係が形成される」ことを認める立場に立つとしても¹¹¹、「現実の養育関係」を無視してまで「婚姻関係」により「早期に父子関係を確定する利益」を強調することが「子の福祉」に合致するものとは思われない¹¹²。また、妻からの嫡出否認の訴えを否定する議論の根

108 大阪高判 2018 年 8 月 30 日訟月 65 卷 4 号 623 頁。

109 窪田前掲 (37) 212 頁。

110 二宮前掲 (104) 159 頁。

111 窪田前掲 (37) 175 頁。

112 ただし、母からの否認権の行使を認めた場合には「養育者の確保についてどのように考えるか、母による子の身分の放棄を認めてよいのか」が問題になりうるため、この利益の観点から慎重な制度設計が求められる(石綿前掲 (65) 40 頁)。

底に『適切に懐胎の時期を選択』しなかった、母への道徳的非難」が含まれているとすれば¹¹³、それは少なくとも親子関係の問題として論じられるべきではない。その意味で、現行法が「父子関係に重大な利害関係を持つ妻と夫の間に著しい不平等をもたらしている」ことは¹¹⁴、立法目的に照らして合理性が認められず憲法 14 条 1 項に反するものと考えられる¹¹⁵。

(3) 夫婦同氏原則

次に、民法 750 条が「夫婦は、婚姻の際に定めるところに従い、夫又は妻の氏を称する」と規定していることが問題になる。この点、戦後の民法改正後の早い段階から法制審議会では夫婦別氏を主張する意見があり¹¹⁶、その後、男女平等の要求とともに夫婦同氏原則に関する数多くの問題が指摘され¹¹⁷、1996 年には法制審議会による「民法の一部を改正する法律案要綱」の中で選択的夫婦別氏制度が提案された¹¹⁸。しかし、選択的夫婦別氏制度に対しては「家族の崩壊を招く」「家族の一体感が損なわれる」などとする反対論が起り国会提出されるには至らなかった¹¹⁹。これに対して、憲法学説からは、夫婦同氏原則維持論の「論拠が相変わらず『夫婦一体論』や『夫婦秩序論』である限り、今日の家族の多様化や女性の社会進出の現状、憲法を根拠とする個人の尊厳や自己決定権、夫婦同権などの主張に対して十分な説得力はもたない」との批判があり¹²⁰、民法 750 条の合憲性に関して、①憲法 13 条違反（氏名保持権の侵害）、②憲法 14

113 吉田仁美「妻や子に嫡出否認の訴えの提起を認めないことの合憲性」新・判例解説 Watch23 号 11 頁以下（2018 年）13 頁。

114 二宮前掲（104）160 頁。

115 辻村前掲（15）306 頁参照。

116 唄孝一「選択的夫婦別氏制（2）」ジュリ 1128 号 60 頁以下（1998 年）64 頁参照。

117 床谷文雄「夫婦の平等と別姓」法教 125 号 13 頁以下（1991 年）15 頁。

118 同要綱では「夫婦は、婚姻の際に定めるところに従い、夫若しくは妻の氏を称し、又は各自の婚姻前の氏を称するものとする」「夫婦が各自の婚姻前の氏を称する旨の定めをするときは、夫婦は、婚姻の際に、夫又は妻の氏を子が称する氏として定めなければならない」などとされている。

119 二宮前掲（35）12 頁参照。

120 辻村前掲（30）45 頁。

条違反（事実上の女性差別）、③憲法 24 条違反（婚姻の自由の侵害）などの論点が議論されてきた¹²¹。その一方で、「氏名保持権」や「婚姻の自由」は戸籍制度・家族制度を前提とした「制度的自由」に過ぎないこと¹²²、事実上は女性が改氏する例が殆どであるとしても憲法 14 条は「結果の平等」を保障するものではないこと¹²³、などが指摘され、「夫婦同姓の原則」も「夫婦協議が認められている以上、違憲の制度とまではいえないであろう」とする合憲説も有力であった¹²⁴。

2015 年の夫婦同氏訴訟最高裁判決は、①「婚姻の際に『氏の変更を強制されない自由』」は「人格権の一内容であるとはいえない」、②本件規定は「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」のであり「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」い、③「婚姻及び家族に関する法制度の内容に意に沿わないところがあることを理由として婚姻をしないことを選択した者がいる」としても憲法 24 条 1 項に反しない、④夫婦同氏原則は、家族関係を「対外的に公示し識別する機能を有している」こと、「子が両親双方と同氏である仕組みを確保することにも一定の意義がある」こと、「家族という一つの集団を構成する一員であることを実感することに意義を見いだす考え方も理解できる」こと、などから、「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」、などと論じて憲法違反の主張を退けたものであった¹²⁵。

本判決は、憲法 13 条に関しても憲法 14 条に関しても権利侵害の存在を認めず¹²⁶、憲法 24 条 2 項の立法裁量の合理性の問題に還元する「制度

121 竹中勲「婚姻の自由と夫婦同氏強制制度の合憲性」ジュリ 1234 号 88 頁以下（2002 年）参照。

122 内野正幸『人権のオモテとウラ』（明石書店・1992 年）144 頁。

123 同上 143 頁。

124 野中俊彦他『憲法 I（第 5 版）』（有斐閣・2012 年）303 頁（野中執筆部分）。

125 最大判 2015 年 12 月 16 日民集 69 巻 8 号 2586 頁。

126 「本判決は、13 条、14 条 1 項、24 条 1 項に対する違反の問題について、正当化（規制目的や手段の審査）よりも以前の、保護領域あるいは制限の有無の段階で処理している」（小山剛「夫婦同氏制を定める民法 750 条の合憲性」ジュリ臨

優先思考」によるものであったと指摘される¹²⁷。これに対して、第一に、憲法 13 条論に関して、同条が人格的自律に必要な権利を保障するものであるとすれば¹²⁸、「人の氏名」は「長年の使用により、その個人にとって人格を表徴するもの」となり、「出生、またはその他の理由で取得した氏名を、原則としていつまでも保持する利益」としての「氏名保持権」が保障されるべきであるといえる¹²⁹。第二に、憲法 14 条論に関して、本件規定は「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」いされていることについても¹³⁰、本件規定の存在により 96%もの夫婦で夫の氏を選択されているのは、今なお妻の方が改姓することが当然であるという社会通念が存在するとともに¹³¹、夫が主たる稼得者となる場合が多いという社会経済状況に起因するものであると考えられる。そのような状況を前提とすれば、民法 750 条は事実上女性に改氏を強いるものとして機能しており、法律により「性別を理由とした不利益」が作出されているといえる¹³²。その意味で、民法 750 条は、既存の社会通念と社会状況を背景として、女性に対して「氏の変更」を要求するという重大な不利益を与え¹³³—通称使用による不利益の緩和に関しても最高裁が論じるほどには機能していない¹³⁴—伝統的な家族観を強化する¹³⁵、という差別的効果を有する制度であ

増 1505 号（平成 28 年度重判解）21 頁以下（2017 年）22 頁）。

- 127 高橋和之「夫婦別姓訴訟」世界 879 号 138 頁以下（2016 年）144 頁等参照。
 128 佐藤前掲（74）199 頁参照。
 129 五十嵐清『人格権法概説』（有斐閣・2003 年）148 頁、158 頁。
 130 憲法学説からも「文言上は差別的要素を含んでいない規定について憲法 14 条 1 項違反を問うのは、相当に敷居が高い」と指摘されている（小山前掲（126）22 頁）。
 131 申恵丰「夫婦同姓規定と個人の尊厳・両性の平等」青法 54 巻 2 号 39 頁以下（2012 年）59 頁。
 132 民法 750 条は「一見中立的ではあるが、まさに夫婦が事実上夫の姓を選択することを強制するために設けられたものとみることもできるのではなかろうか」とも指摘されている（松井前掲（86）386 頁）。
 133 「日本では、個人を氏で表現する慣例があるので、喪失感はより大きく、これまで築いた社会的信用や実績も中断する」（二宮前掲（104）155 頁）。
 134 従来から通称使用は「個人には使い分けの煩雑さという負担を、職場には二重の管理システムが必要になるという物理的な負担を生み出している」（二宮前掲（35）14 頁）と指摘されていたが、本判決後にも「戸籍上の氏は戸籍制

ると考えることができる¹³⁶。

上記のように、民法 750 条が憲法上の権利制限であると考えれば、夫婦同氏原則を採用している目的が問題となる。先述のように法律婚保護の目的が「配偶者の保護」及び「子の親の推定」にあるとすれば、本判決が指摘する「家族関係の対外的公示機能」「子と両親双方との同氏の確保」「家族という一つの集団を構成する一員であることを実感すること」などは、そもそも正当な目的とはいえないものである¹³⁷。この点、法律婚保護の必要性を論じる論者が法律婚制度を機能させるために「法律婚の諸改革、たとえば事実上の不当な婚姻障碍となっている同氏強制を削除」する必要があると指摘していることは¹³⁸、法律婚制度の本来的意義にとり夫婦同氏が必要なものではないことを明らかにするものである。「夫婦同姓が例外なく適用され、その結果、婚姻という法制度によってカバーされない状況が拡張する」ことは「逆に婚姻制度の崩壊をもたらす」ものであり、「婚姻という法制度を重視するからこそ、社会的に許容可能な範囲で、それを制度設計するという考え方」がありうるのである¹³⁹。その意味で、本判決は、「婚姻を基軸とした法律婚家族の核心ではない」と思われる「家族の呼称としての意義」を「憲法上の諸利益に優先させている」との批判を免れないものであり¹⁴⁰、法律婚制度の目的に照らして夫婦同氏原則が必要な手段

度という公証制度に支えられているもの」であり「職員を識別し、特定するものとして戸籍上の氏の使用を求めることには合理性、必要性が認められる」として、使用者による通称使用の拒否を違法ではないとした判例がある（東京地判 2016 年 10 月 11 日判時 2329 号 60 頁）。

135 夫婦同氏制度は「女性が夫の氏に変えて婚姻するのが当然との慣行意識が支えていたジェンダー秩序」を代表するものである（大伏前掲 (13) 98 頁参照）。

136 白水前掲 (86) 175-176 頁参照。

137 「夫婦や親子は同じ氏の方が一体感があるという意見の人も多い」が、「そう思わない人にまで、自己の家族観をおしつけるのはおかしい」のであり、「個人の選択を尊重する制度こそ望まれている」（二宮周平『家族法（第 5 版）』（新世社・2019 年）52-53 頁）。

138 水野前掲 (41) 67 頁。

139 窪田充見「夫婦の姓を考える」世界 846 号 220 頁以下（2013 年）224 頁。

140 巻前掲 (32) 84 頁。

であることを論証するものとはいえないものであった¹⁴¹。

(4) 同性婚の禁止

憲法 24 条は婚姻を「両性の合意」によるものとし、民法も婚姻関係を「夫婦」としていることから、現行法は異性間の婚姻のみを認め同性間の婚姻を認めていないと解されている¹⁴²。しかし、近年では、憲法 24 条は「家制度における戸主の結婚同意権を否定するもの」であり「同性婚を禁止する趣旨はない」とも論じられるようになってきている¹⁴³。憲法 14 条 1 項からみれば、男性が男性であるために男性と結婚できない制度（女性が女性であるために女性と結婚できない制度）は「性別による区別」とも構成しうる¹⁴⁴、同性愛者が性指向に適合する者と婚姻できないことは「性指向による区別」であるといえる¹⁴⁵。その上で、法律婚の目的が「配偶者の保護」（当事者の同意により相互に義務を負わせること）にあるとすれば、それを同性関係に対して否定することに合理的理由があるとは考えられない¹⁴⁶。

この点、2021 年の札幌地裁判決は、同性婚の婚姻を認めない規定の合憲性に関して、婚姻及び家族に関する個別規定である憲法 24 条 2 項が婚

141 夫婦別氏制度を求めることは「現行の婚姻制度とは異なる新たな類型の婚姻制度（あるいは婚姻に準じた制度）を構築する」ものであるとする指摘があるが（羽生香織「婚姻の効力としての夫婦同氏」新・判例解説 Watch19 号 109 頁以下（2016 年）111 頁）、「氏の変更」は「婚姻に必要不可欠なものではない」（武田芳樹「結婚に際して氏の変更を要求する民法 750 条の合憲性」法セミ 705 号 108 頁以下（2013 年）108 頁）。

142 同性婚が認められないことに関して「民法典の起草者は書くまでもない当然のことと考えていたので、明文の規定は置かれていない」と説明されている（大村前掲（60）133 頁）。

143 巻前掲（55）110 頁。

144 君塚前掲（44）7 頁参照。反対の見解として、榎透「日本国憲法における同性婚の位置」専法 135 号 15 頁以下（2019 年）28 頁。

145 榎前掲（144）31 頁。

146 実際に同性婚関係にある者の不貞行為に慰謝料請求を認めた裁判例は「同性のカップルであっても、その実態を見て内縁関係と同視できる生活関係にあると認められるものについては、それぞれに内縁関係に準じた法的保護に値する利益が認められ、不法行為法上の保護を受け得る」としている（宇都宮地真岡支判 2019 年 9 月 18 日判例集未登載（LEX/DB25570471））。

姻制度を立法裁量に委ねていることからすれば、「包括的な人権規定である同法 13 条によって、同性婚を含む同性間の婚姻及び家族に関する特定の制度を求める権利が保障されていると解するのは困難である」として、同性婚を認めないことが「憲法 13 条に違反するとは認めることができない」とする。その一方で、憲法 14 条 1 項に関して、「同性愛者のカップル」が「婚姻を欲したとしても婚姻することができず、婚姻によって生じる法的効果を受用することができない」ことは性的指向による「区別取扱い」であるとし、性的指向は人種・性別と同様に「自らの意思に関わらず決定される」ものであり、「人の意思によって選択・変更できない事柄に基づく区別取扱い」の合理性の検討は「真にやむを得ない区別取扱いであるか否かの観点から慎重にされなければならない」と論じる。その上で、「婚姻の本質」は「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」にあり、同性同士でも「婚姻の本質を伴った共同生活を営むことができる」のであるから、「本件規定が、異性愛者に対しては婚姻という制度を利用する機会を提供しているにもかかわらず、同性愛者に対しては、婚姻によって生じる法的利益の一部ですらもこれを享受する法的手段を提供しないとしていること」は「合理的根拠を欠く差別取扱い」であり、憲法 14 条 1 項に反すると判断したのである¹⁴⁷。

上記のように、札幌地裁判決は、同性婚禁止に関して、憲法 13 条の問題ではなく¹⁴⁸、専ら憲法 14 条 1 項の問題として捉えるものであり、アメリカの Obergefell 判決に関して「結婚の権利という卓越主義のリスクのあるものをあえて憲法上の権利として承認して、新たなスティグマを生じさせるのではなく、平等アプローチだけで十分だった」と論じる立場から

147 札幌地判 2021 年 3 月 17 日判例集未登載 (LEX/DB25568979)。

148 「婚姻の意義を個人の自律性から説けば説くほど、かえって多様な生き方を保障している 13 条全体の趣旨に反するおそれが生じ得る」(白水隆「同性婚と日本国憲法」初宿正典先生古稀記念『比較憲法学の現状と展望』591 頁以下(成文堂・2018 年) 602 頁)。

支持できるものと思われる¹⁴⁹。また、本判決は、同性婚禁止は性指向による別異取扱であり、性指向は生来的・不変の特徴であるとして厳格度の高い審査基準を適用していることも支持できる¹⁵⁰。ただし、本判決が性指向につき精神医学や心理学の知見に依拠して「自らの意思に関わらず決定される個人の性質」であることを強調していることには、科学的知見に疑義が生じる可能性や自発的に性指向を選択する者の存在を考えれば、若干の疑問がある¹⁵¹。平等原則の下で性的少数派として保護されるべきは「生まれつきの変更不能な要素」を負っている場合だけでなく「ライフスタイルやパートナーを選択した者」も含まれると考えるべきである¹⁵²。また、本判決が、最高裁判例を踏襲して¹⁵³、婚姻の「永続性」「真摯な意思」を強調していることは—Obergefell 判決に寄せられた批判と同様に—2人の永続的な結合を神聖視する「婚姻の特権化」であり、「婚姻しない自由」を含めた「親密な結合の自由」に否定的な含意を持ちうることは警戒されるべきである。しかし、それでも本判決の趣旨は、両当事者の「平等な自由」を保護するための「配偶者の保護」は同性同士の人間関係でも保障されるべきであるというものと理解することができ¹⁵⁴、その限りで「性別役割分担から解放された、互換的な配偶者像への転換」をはかるものとして評価

149 巻前掲 (55) 109 頁。

150 榎前掲 (144) 31 頁参照。

151 Susan R. Schmeiser は、「出生による偶然」は保護の対象となり「自己の選択」は保護の対象とはならないという議論を批判した上で、「性指向が不変の特徴であると説得するように試みるよりも、レズビアン、ゲイ、バイセクシャルなどの性的欲求を持つ者を社会の部外者としてきた法的・社会的規範を変化させるべきであると説得する方が有益である」と論じている (Susan R. Schmeiser, *Changing the Immutable*, 41 CONN. L. REV. 1495, 1522 (2009))。

152 志田陽子「LGBT と自律・平等・尊厳」法セミ 753 号 60 頁以下 (2017 年) 61-62 頁。

153 最判 1987 年 9 月 2 日民集 41 卷 6 号 1423 頁。

154 憲法 24 条が「近代家族をも超えて配偶者間のジェンダー平等を徹底する趣旨ならば、配偶者間の性別構成は如何様でも構わないはず」であり、法律婚制度の目的が「カップルの共同生活の人格的及び財産的側面の保護と考える」ならば、同性婚を否定することは「過少包含となり憲法違反となる」(齊藤前掲 (64) 112-113 頁)。

できる¹⁵⁵。

なお、最後の問題として、同性婚を認めた場合には「複婚などの他の婚姻形態」が問題になるとの指摘は重要である¹⁵⁶。これに対して、「複婚」は当事者の対等性が確保されない可能性が高くなるため同性婚と同視できないという回答が説得的か否かは一考を要する問題であるが¹⁵⁷、複婚関係においても「配偶者の保護」及び「子の親の推定」という機能を確保するような仕組みが可能なのであれば、それを排除する必要性はないと考えることもできる。

第3節 「婚姻」と「非婚」 — 婚姻関係による差別

前節では婚姻制度において性別や性指向による「不合理な差別」が禁止されることを論じたのに対して、本節では法律婚に参加しないことを含めた「親密な結合の自由」をも尊重するべきであるという立場から、法律婚保護の目的の範囲を超えた優遇が家族関係による「不合理な差別」になるのではないかを検討する。具体的には、(1)「法律婚」と「事実婚」との間の別異取扱に関して、さらには、(2)「婚姻関係」(事実婚も含まれる場合がある)と「婚姻以外の人的関係」との別異取扱に関して、検討することとする。

(1) 法律婚と事実婚

i) 婚姻内の法律関係（同居協力扶助義務・財産分与）

従来から「婚姻の社会的実体はあるが婚姻届の出されていない男女の関係を「内縁」とした上で、特に「国民の意識が届出になじんでいないために、事実上届出が出されない」ような内縁関係（従来型内縁）が数

155 巻前掲 (55) 110-111 頁。

156 白水前掲 (148) 607 頁。

157 例えば、Kenji Yoshino は、「複婚」は「多夫一妻」(polyandrous) ではなく「一夫多妻」(polygynous) であることが多く、「一夫多妻は男性が妻たちを従属させているという懸念を生じさせる」ため、反従属原理から禁止されることが許容されるとしている (Kenji Yoshino, *A New Birth of Freedom?*, 129 HARV. L. REV. 147,178 (2015))。

多く存在していたという事情の下で、「内縁を婚姻に準ずる関係（準婚姻関係）と捉え、婚姻に準じた保護を与えるべき」とする見解が支配的であった¹⁵⁸。そのため、従来型内縁に関しては、「①同居・協力・扶助義務（752条）、②貞操義務、③婚姻費用分担義務（760条）、④日常家事債務の連帯責任（761条）、⑤夫婦別産制と帰属不明財産の共有推定（762条）、⑥財産分与（768条）と不当な破棄への救済（慰謝料）、⑦第三者の不法行為に対する救済」などの効果が「ほぼ異論なく認められる」とされている¹⁵⁹。

この点、内縁保護が「婚姻意思のない両性の共同生活はかつては社会的非難的になりかねなかった」とされる道德観に対するアンチテーゼとして理解されるとすれば¹⁶⁰、それは「婚姻の特権化」に対抗する方向性を示しているように思われる。しかし、内縁保護の要件が「事実上の婚姻関係」に依拠しているのであれば、それは一定の人的結合を標準的な婚姻とみなすことにより一当事者の意思にかかわらず一法的な規律に服させようとするものとなる。とりわけ従来型内縁とは異なり当事者が自覚的に婚姻届を提出しないような内縁関係が増えた後も、「内縁の発生 → 内縁保護はわが国民一般の婚姻観（法感覚）に根ざしている」として「生涯の結合を意図して営まれている男女の結合（事実婚）」の保護の必要性があると説く見解は¹⁶¹、自然的自由としての「親密な結合の自由」を「国民一般の結婚観（法感覚）」に飲み込もうとする議論であるように思われる。

特に婚姻による諸効果の中でも同居・協力・扶助義務など婚姻関係内部で発生する権利・義務は、当事者の同意により当事者相互の権利・自由を拘束するものであるところ、「意図的に婚姻を回避したカップルは、婚姻の効果を享受することを欲していないはず」であり、それにもかかわらず上記の義務を負わせることは「当事者の意図にも反する」ものとなる¹⁶²。

158 内田前掲（39）141-142頁。

159 同上153頁。

160 北川前掲（43）40頁参照。

161 泉久雄『家族法論集』（有斐閣・1989年）69頁、75頁。

162 大村前掲（60）235頁。

その意味で、特に当事者が法律婚をする意思を有しない現代型内縁に関して、それを法が標準化された「事実上の婚姻」とであると見なして介入することは、「国民一般の結婚観」の強制として否定的に解されるべきである¹⁶³。

ii) 社会保障法上の関係

これに対して、民法上の婚姻の効果とは別に、当事者の事実状態に着目して実施される社会保障給付に関して法律婚と事実婚を区別することは「不合理な差別」として憲法 14 条違反になる場合があると思われる。そもそも、社会保障給付においては当該給付の目的から支給対象が特定される必要があり、法の目的からみて同一の事情にある者に支給されないことは「不合理な差別」ではないかが問題とされるのである¹⁶⁴。

この点、直接に憲法上の問題として議論されているわけではないものの、国民年金法及び厚生年金法では遺族年金の支給対象に「婚姻の届出をしていないが、事実上婚姻関係と同様の事情にある者」が含まれることが明文で規定されている（国民年金法 5 条 8 項、厚生年金法 3 条 2 項等）¹⁶⁵。その上で、特に民法上の婚姻障害がある事実婚関係にある者を社会保障法上の「配偶者」として扱うことの是非が判例で争われてきた¹⁶⁶。

第一に、近親婚関係にある者の配偶者性に関して、2007 年の最高裁判決では、被保険者の死亡後に長期間内縁関係にあった姪が遺族厚生年金を

163 窪田前掲 (37) 140 頁参照。

164 堀木訴訟最高裁判決は、「憲法 25 条の規定の要請にこたえて制定された法令」でも「受給者の範囲、支給要件、支給金額等につきなんら合理的理由のない不当な差別的取扱」がある場合には「別に」憲法 14 条違反の問題が生じるとして、児童扶養手当の目的が「所得保障」であることから併給調整（既に所得保障を受けている者と受けていない者との区別）の合理性を論証している（最大判 1982 年 7 月 7 日民集 36 卷 7 号 1235 頁）。

165 逆に法律上の配偶者が「事実上の離婚状態にある場合」には「遺族給付を受けるべき配偶者に該当しない」とされる（最判 1983 年 4 月 14 日民集 37 卷 3 号 270 頁）。

166 例えば、被保険者の直系姻族にあたる者は内縁関係にあったとしても「事実上婚姻関係と同様の事情にある者」とは認められないとされた事例がある（最判 1985 年 2 月 14 日訟月 31 卷 9 号 2204 頁）。

受給できるか否かが争われた。本判決は、厚生年金法3条2項が「事実上婚姻関係と同様の事情にある者」を含むとしているのは「労働者の死亡について保険給付を行い、その遺族の生活の安定と福祉の向上に寄与するという法の目的」に鑑み、「社会通念上夫婦としての共同生活を現実に営んでいた者にこれを支給すること」が法目的に合致するとしたものであるとしながら、その一方で、厚生年金保険が「強制的に徴収される保険料に国庫負担を加えた財源によって賄われていること」からすると「民法の定める婚姻法秩序に反するような内縁関係にある者」まで「配偶者に当たると解することはできない」とする。そして、「三親等の傍系血族間の内縁関係」に関しては「反倫理性、反公益性が婚姻法秩序維持等の観点から問題とする必要がない程度に著しく低いと認められる場合」にのみ、「婚姻を禁止すべき公益的要請」よりも「遺族の生活の安定と福祉の向上に寄与するという法の目的を優先させるべき特段の事情がある」といえるとして、本件における姪の配偶者性を認めている¹⁶⁷。

第二に、重婚的内縁関係にある者の配偶者性に関して、2005年の最高裁判決は私立学校教職員共済法上の退職共済年金の受給権者(A)が死亡した後、法律上の妻(B)と別に長期間にわたりAと内縁関係にあったXが遺族共済年金を受給できるか否かが争われた。本判決は、AとBの婚姻関係は「実体を失って修復の余地がないまでに形がい化していたもの」であったのに対して、AとXは「婚姻の届出をしていないが事実上婚姻関係と同様の事情にある者」であったとして、Xが遺族共済年金の支給を受けるべき「配偶者」に該当すると判断している¹⁶⁸。

上記の両判決は、遺族に対する給付の目的が「遺族の生活の安定」にあることを認めながら、それが「婚姻法秩序」という要因により制約されるという構造を採用している¹⁶⁹。しかし、遺族給付は「婚姻法の問題ではなく、

167 最判2007年3月8日民集61巻2号518頁。

168 最判2005年4月21日判時1895号50頁。

169 両判決は「内縁関係の反倫理性・反公益性が著しく低い一定の場合」には配偶者性を「肯定する点で共通する」(嵩さやか「遺族給付の重婚的内縁配偶者

補償法の問題」であるとすれば¹⁷⁰、法の目的に照らして「生活の安定」が必要な遺族を「婚姻法秩序」を理由に排除することには疑問がある¹⁷¹。特に、近親婚関係に関しては、そもそも近親婚を禁止していること自体の合理性が自明ではないばかりか¹⁷²、「遺族の生活の安定」という法目的に適合している者に対して「婚姻法秩序」の維持のために社会保障給付の拒否という制裁をすることが合理的であるとは思われない。その一方で、重婚の関係に関しては「法律婚配偶者の被る不利益にも配慮」する必要があり¹⁷³、「常に生計維持関係にある内縁の配偶者の受給権が肯定」されると「法律上の配偶者に対する遺棄を事実上是認することにもなりかねない」との指摘もある¹⁷⁴。この点、被保険者の労働により生じる保険料を原資に含む遺族給付に関して法律上の配偶者は正当な利益を有するという考え方もありうるため、一考を要する問題といえる。

ところで、上記のように、社会保障給付において法律婚だけでなく事実婚を含めて保護することが「平等」である（法律婚関係により別異取扱をすることは「差別」である）と論じるとすれば、そもそも多様な人的結合の中でなぜ法律婚関係とそれに準じる事実婚関係だけを保護の対象にするのかという疑問が生じるところである。例えば、2人の継続的な人的結合のみを「婚姻」（あるいは事実上の婚姻）として片方当事者の死亡後に他方当事者に対する給付を行うのに対して、社会通念上「婚姻」とみなされ

への帰属」別ジュリ 255 号（民法判例百選Ⅲ）52 頁以下（2015 年）53 頁）。

170 窪田前掲（37）137 頁。

171 「法律婚の効果を定める民法の条文の準用（類推適用）による内縁保護の問題と、民法とは異なる目的・理念を持つ社会保障法の諸規定の直接適用における解釈の問題とをひとまず区別するのが適切」であり（森山浩江「近親婚にあたる内縁配偶者の遺族厚生年金受給資格」別ジュリ 255 号（民法判例百選Ⅲ）54 頁以下（2015 年）55 頁）、「社会保障の領域では共同生活の実体こそが権利の基礎」となると考えるべきである（須藤陽子「判評」判評 566 号 18 頁以下（2006 年）19 頁）。

172 近親婚の禁止は優生学的理由から自明なものとはいえ「社会的なタブー」としてしか説明できないように思われる（窪田前掲（37）44 頁参照）。

173 高前掲（169）53 頁。

174 有地亨「事実上の離婚と農林漁業団体職員共済組合法上の『配偶者』」ジュリ臨増 815 号（昭和 58 年度重判解）89 頁以下（1984 年）90 頁。

うる人的結合を結んでいない者に対して一先述の例のように複数の男女が共同生活をして相互に一定の依存関係がある場合も含めて一何の手当も行わないことは、「家族関係による差別」であり「婚姻をしない自由」の侵害になるのではないかが問題になるのである。

(2) 「婚姻」と「非婚」

現行の社会保障法及び税法では法律婚（配偶者）を優遇する制度が数多く存在しているが（その他に企業による家族手当の支給など私人間でも法律婚を特別な関係として承認・優遇する慣行が存在することが問題となるが、本稿では割愛する）、特定の人的結合を特権視せずに「親密な結合の自由」を保障すべきとする立場からは¹⁷⁵、それらが個人の「ライフスタイルの選択に中立的」な制度といえるか否かが問われるべきである¹⁷⁶。

代表的な例として、第一に、社会保険における「負担」に関して、第3号被保険者（被用者年金の被保険者である第2号被保険者の被扶養配偶者）は国民年金の保険料納付義務を負わず（国民年金法94条の6）、その基礎年金保険料相当分は第2号被保険者全体で負担していることが、長年にわたり「不公平だと批判」されてきた¹⁷⁷。特に第3号被保険者の圧倒的多数がいわゆる専業主婦であることからすれば、上記のような制度は「専業主婦を結果的に優遇し」「働く女性に不利に働いている」ものであり、「女性がライフスタイルを自由に選択できるようにするため」には「第3号被保険者に対する優遇措置を見直すこと」が必要である¹⁷⁸。

第二に、社会保険における「給付」に関して、遺族年金という制度自体の問題点を指摘することができる。この点、2017年の遺族補償年金性差

175 「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が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は、深刻な疑問となろう」（安念前掲（47）135頁）。

176 大沢真理『男女共同参画社会をつくる』（日本放送出版協会・2002年）206頁参照。

177 西村健一郎『社会保障法』（有斐閣・2003年）248頁。

178 小塩隆士『社会保障の経済学（第4版）』（日本評論社・2013年）131-133頁。

別訴訟最高裁判決は、地方公務員災害補償法 32 条 1 項が、男性職員が死亡した場合には年齢要件を課すことなく生存配偶者（妻）に遺族補償年金を支給しながら、女性職員が死亡した場合には生存配偶者（夫）が法所定の障害があるか 60 歳以上でない限り遺族補償年金を支給しないと規定していたことを憲法 14 条 1 項違反ではないと判断した¹⁷⁹。これに対して、多くの憲法学説は批判的であり¹⁸⁰、筆者も遺族補償年金制度の存在を前提とすれば、性別による「不合理な差別」は許されず本件規定は違憲であると考え。しかし、遺族補償年金に関して現実には生計維持要件が柔軟に解釈され相当程度の所得があっても受給できることを前提にすれば¹⁸¹、性別による区分とは別の問題として、生存配偶者に対する恒常的な給付の必要性自体に疑問が生じることとなる¹⁸²。より一般的には、遺族年金（遺族基礎年金・遺族厚生年金）などの遺族給付の存在自体が「婚姻関係にある者」と「婚姻関係にない者」との「不合理な差別」になっているのではないかが問題になりうるのである¹⁸³。この点、個人のライフ

179 最判 2017 年 3 月 21 日判時 2341 号 65 頁。

180 浅野博宣「遺族補償年金受給資格と憲法 14 条 1 項」ジュリ臨増 1518 号（平成 29 年度重判解）14 頁以下（2018 年）、倉田原志「判評」判評 714 号 2 頁以下（2018 年）参照。

181 法 32 条 1 項の規定する「その収入によって生計を維持していたもの」とは「主として職員の収入によって生計を維持していた者のみでなく、職員の収入によって生計の一部を維持していた者をも含む」とされている（昭和 56 年 12 月 25 日地基企第 43 号「遺族補償の支給について」（最終改訂平成 13 年 3 月 21 日地基企第 13 号））。

182 その意味では、「適切な収入要件を課す」など「生計維持要件」を厳格化した上で、性別による年齢要件を削除するなど「性に中立的な指標によって制度設計すべきである」との指摘は妥当である（佐々木くみ「遺族補償年金の受給要件と憲法 14 条 1 項」ジュリ臨増 1492 号（平成 27 年度重判解）16 頁以下（2016 年）17 頁）。

183 例えば、国民年金法上の遺族年金の受給資格に関しては、前年収入 850 万円又は前年所得 655.5 万円以上の者が生計維持認定の対象から除外されることとされており（「生計維持関係等の認定基準及び認定の取扱いについて」（平成 23 年 3 月 23 日年発 0323 第 1 号））、「遺された配偶者が自らの収入で自身の平均的水準の生活を賄えるのであれば、併せて遺族年金を支給し続ける必要性は高くない」と指摘される（菊池馨実「遺族年金制度の課題と展望」社会保障研究 1 巻 2 号 354 頁以下（2016 年）362 頁）。

スタイルに対して中立的な制度であるためには「年金は個人単位でなければならない」のであり、究極的には「遺族年金に存在意義は認められない」とも指摘される¹⁸⁴。もちろん、現実には「遺族年金が存在しない場合に想定される（被扶養家族の）経済的困窮や、生活保護等の公費財源に依存する割合の増大に鑑みれば、そうした極論を述べることもまた妥当ではない」としても¹⁸⁵、少なくとも生計維持要件を厳格化することを通じて¹⁸⁶、婚姻関係自体が経済的に特権化することを抑制する必要がある¹⁸⁷。

第三に、所得税法などにおける配偶者控除の存在が問題になる。この点、現状では、納税者の合計所得金額が1000万円以下であり、配偶者の所得金額が48万円以下（給与収入103万円以下）の場合に、総所得金額から一定額を控除する「配偶者控除」が認められており（所得税法83条）、配偶者の所得が48万円超133万円以下（給与収入103万円超201万以下）の場合にも一定額を控除する「配偶者特別控除」が認められている（所得税法83条の2）¹⁸⁸。この点、配偶者控除の趣旨として「妻は家事や子女の養育等家庭の中心となって夫を援助しており、その意味では、夫の所得の稼得に大きく貢献している」などと説明されていることは¹⁸⁹、まさに標準

184 小塩前掲（178）133-34頁。

185 菊池馨実「社会保障法学と労働法学」日本労働法学会編『労働法のフロンティア』275頁以下（日本評論社・2017年）288頁。

186 「前年の収入が年額850万円以上である場合、原則として生計維持認定の扱いから外すとの扱いについても、子の扶養に対する一定の配慮は必要であるとしても、相当程度引き下げる必要がある」（菊池前掲（182）367頁）。

187 遺族年金は「男性片働き（専業主婦）世帯」が「一般的な形態」であった社会状況を前提とするものであったが「定型的な社会保障の仕組みを温存することは、そこで想定されているパターン以外の生活様式を選択する人びとに対して、経済的な不利益をもたらす」（同上367頁）。

188 水野忠恒『体系租税法（第2版）』（中央経済社・2018年）332-334頁、国税庁HP（<https://www.nta.go.jp/users/gensen/haigusya/index.htm>）（2021年4月20日確認）参照。

189 注解所得税法研究会編『注解所得税法（6訂版）』（大蔵財務協会・2018年）1218頁。

化された婚姻観に準拠しそれを優遇するものであるといえる¹⁹⁰。それに加えて、「内助の功のある専業主婦の法的地位をいかに引き上げるか」を重視した制度は「女性の社会進出のための諸政策が遅れる原因」ともなっているのである¹⁹¹。従来から家族単位主義は「既婚者と独身者との間に差別を作り出すから、それは税制の婚姻中立性の要請に反する」と指摘されていたことからすれば¹⁹²、婚姻自体を経済的に優遇しないために「基礎控除のみという考え方を徹底し、配偶者控除及び扶養控除を廃止し、児童の扶養について税額控除を設ける」などの方途が望ましい¹⁹³。しかし、現実には2017年度の税制改正で配偶者控除等の見直しが検討されたにもかかわらず、結果的に就労促進の名目で配偶者特別控除の減額基準が103万円から150万円にまで拡大されるなど、法律婚優遇の傾向は継続している¹⁹⁴。

現状では所得が高い階層ほど婚姻の割合が高い傾向が歴然としていることからすれば¹⁹⁵、育児や介護のような具体的必要性とは別に婚姻関係だけを理由とする優遇措置(第3号被保険者あるいは配偶者控除)は、端的に「家計に余裕のある層に恩恵のある不公平な制度」となっており¹⁹⁶、著しく正

-
- 190 配偶者控除及び配偶者特別控除は明らかに「『同居の妻』を念頭におき立法」されたものである(遠藤みち「税法とジェンダー」ジェンダー法学会編前掲(13)221頁以下221頁)。191 同上224頁。
 192 金子宏『租税法(第23版)』(弘文堂・2019年)201頁。
 193 大沢前掲(176)208-209頁。
 194 日本経済新聞2017年10月17日朝刊20頁。これに対しては「控除の恩恵を受けずに働く世帯から疑問の声が上がるのは必至だろう」と批判されている(日本経済新聞2016年10月7日朝刊3頁)。
 195 「平成22年度結婚・家族形成に関する調査報告書」によれば、雇用形態別の既婚者数の割合は20-30代の男女で「正規雇用21.6%」「非正規雇用12.4%」(男性に限れば「正規雇用27.5%」「非正規雇用4.7%」)であり、年収別の既婚者の割合は30代の男性で「300万円未満9.3%」「300万円以上400万円未満26.5%」「400万円以上500万円未満29.4%」「500万円以上600万円未満35.3%」「600万円以上37.7%」となっている(内閣府HP(https://www8.cao.go.jp/shoushi/shoushika/research/cyousa22/marriage_family/pdf/zentai/s2_1_1.pdf))(2021年4月20日確認)。
 196 筒井淳也『仕事と家庭』(中央公論新社・2015年)97頁。「夫の年収が300万円以下の家計が苦しい世帯では、女性は『壁』を超えて働かざるをえないことが多い」ため、第3号被保険者制度や配偶者控除制度を利用しているのは「中間収入層であり、低収入世帯ではない」(同上)。

義に反するものであるように思われる。もちろん、これらの婚姻優遇に関して直接に憲法違反であるとして司法的救済を求めることは困難であるかもしれないが、少なくとも憲法的評価として、各人の具体的必要性を離れて「婚姻」自体を優遇することは、「家族関係による差別」として憲法 14 条 1 項に反するとともに、「親密な結合の自由」に含まれる「婚姻しない自由」を侵害するものとして憲法 13 条に反すると考えるべきである。

おわりに

本稿の結論は下記の通りである。

第一に、憲法 13 条の保障する人格権には消極的自由としての「親密な結合の自由」が含まれるはずであり、誰とどのように交際するかという「ライフスタイルの自由」に対して国家は中立的であるべきである。その意味では、多様な人間関係から一定の類型の人的結合を保護の対象とする「家族の保護」は、本質的に「親密な結合の自由」と緊張関係を含むものである。

その一方で、第二に、憲法 24 条が「婚姻及び家族」の保護を求めているのは、「配偶者の保護」を通じて「平等な自由」を保障すること、及び、「子の親の推定」の機能を通じて「子の福祉」に資することを目的にしているものと考えられ、その範囲内で当事者相互の権利・自由を保護する—そのために国家による介入を許容する—ことが正当化される。

それでも、第三に、家族制度及び婚姻制度は、憲法 14 条 1 項に適合するように設計される必要があり、性別や性指向による不利益取扱は上記の婚姻制度の目的から合理性が正当化されない限りは許容されない。その意味で、①再婚禁止期間は、民法 772 条の規定を含めた「子の親の推定」の仕組として合理性が認められないにもかかわらず、女性に対してのみ不利益を課すものであること、②嫡出否認の訴えが夫（男性）のみに認められているのは、親子関係の特定に関して「婚姻関係」のみを重視することで逆に「子の福祉」を妨げるものであること、③夫婦同氏原則は、婚姻制度の目的から何らの合理性も認められないにもかかわらず、事実上女性に対して改氏を強いるものであること、④同性婚の否定は、「配偶者の保護」

という目的からみて異性婚と同一の状況にあるにもかかわらず性指向による差別を行うものであること、などから、いずれも憲法 14 条 1 項に反するものである。

そして、第四に、婚姻保護の目的の範囲を越えて法律婚（婚姻）を優遇することは、「親密な結合の自由」の侵害になりうる。この点、「法律婚」と「事実婚」との関係に関しては、法律婚を選択しなかった当事者に保護を拡大すること一同居・協力・扶助義務などを通じて片方当事者の権利を制約すること一には疑問があるものの、事実上の要保護性を問題にする社会保障給付に関しては法律婚関係の存否にかかわらず保護対象を広げるべきである。その一方で、そもそも「婚姻」（事実婚が含まれる場合もある）自体を優遇の対象とすることは一第 3 号被保険者の存在、遺族年金制度、所得税等における配偶者控除など一逆配分的な機能を有する不公正なものであり、司法的救済が可能であるか否かは別として、「親密な結合の自由」の侵害として憲法上問題があると考えられる。

憲法 24 条が文言上「婚姻及び家族」に関する法制度の創設を要求していることは否定しがたいところである¹⁹⁷。しかし、「人々の多様な性／生の在り方の中で特定の在り方のみを善きものとするだけでしか婚姻制度が正当化され得ないのなら、この制度は廃止されなければならない」のであり¹⁹⁸、憲法解釈論として諸個人の「親密な結合の自由」と矛盾しない範囲での婚姻制度を構想することが求められる。

※なお、本稿は 2018～2021 年度基盤研究（B）課題番号：18H00798 の研究成果の一部である。

197 憲法 24 条は「家族をめぐる法制度について、個人の尊厳と男女の平等に基づいて設計されるべきことを宣言している」（長谷部恭男編『注釈日本国憲法(2)』（有斐閣・2017 年）495 頁（川岸令和執筆）。

198 松田和樹「同性婚か？あるいは婚姻制度廃止か？」国家学会雑誌 131 巻 5・6 号 1 頁以下（2018 年）29 頁。