

家族のあり方をめぐる法と裁判の交錯

重村博美

抄録

本稿は、近時の家族をめぐる裁判所の立法事実を用いた判断手法について、なぜそのような判断枠組みを用いたのか。それについて家族法ならびに憲法などの法の制定過程、そして裁判所の違憲審査に対する姿勢などから検討する。家族のあり方をめぐる問題の根底には、明治期に民法や戸籍法によって制度化された「家制度」がある。家制度自体は、個人の尊厳や両性の平等を規定した日本国憲法の制定により、廃止されたものの、今なお、法や人々の意識の上で、様々な影響を及ぼす。そしてそれが立法事実という裁判所の判断手法を通じて、裁判の行方をも左右する。多様な家族形態が、法的判断を困難にするという状況はあるが、本稿では、世論などに基づく判断をなすべきではなく、憲法学的な観点からアプローチに基づいた検討の必要性を説いた。

キーワード

家族、家制度、多様な家族、日本国憲法13条、日本国憲法24条、家族法、裁判所、立法事実

The Mixture of Law and Trial over the Family Strie: What the Family Ought to Be

Shigemura, Hiromi

Abstract

This paper aims to examine why a certain decision-making framework is used consisting of decision-making techniques that employ legislative acts from courthouses over families in recent years. The study investigates the process of how family laws (laws governing the rights within families) and constitutional laws have been enacted as well as the attitudes of courts towards unconstitutional investigations. The background underlying the problem over what the family ought to be is “the semi-feudal institution of the family system”, which was instituted by civil law and the Family Registration Law during the Meiji era. The family system in itself was abolished with the enactment of the Constitution of Japan which stipulates individual dignity as well as equality between both sexes. Despite this, it still has various effects on laws and the minds of people. In addition, it may control trials through the decision-making techniques of the court, which are called legislative facts. Diverse types of families make legal decisions difficult these days. However, this paper reasons that it is necessary to perform investigations based on approaches from a constitutional perspective, not on public opinion.

Key Words

family, semi-feudal institution of family, variety of family, Article 13 on Constitution of Japan, Article 24 on Constitution of Japan, Family Law, Court, legislative fact

目次

はじめに

1章 家族のあり方を規律する法律

(1) 日本国憲法24条の制定過程

(2) 民法・戸籍法の改正

2章 家族のあり方の変遷と憲法24条

(1) 家制度の廃止と日本国憲法24条

(2) 戦後の家族法における改正議論

近畿大学短期大学部講師
2015年10月13日受理

3章 憲法と家族

- (1) 憲法学における家族問題への対応
- (2) 「家族の保護」の観点から見た憲法改正論議

はじめに

近年、家族のあり方をめぐる民法の規定に、裁判所が「立法事実」という違憲審査基準を用い判断する事例がある。例えば、平成25年の非嫡出子の相続分について民法900条4号但書を違憲とした最高裁判所大法廷判決⁽¹⁾や、平成26年の夫婦別性の問題に関する東京高等裁判所の判断⁽²⁾などである。

家族のあり方をめぐる問題については、その根底に「家制度」があるとされてきた。家制度は、明治31年制定の民法と戸籍法で形作られ、日本国憲法制定の昭和22年まで存続した。家制度は、男性そして長子優位の戸主の下に家族を一つにまとめるもので、徴兵や納税などといった目的を有していた。しかし、日本国憲法では、「個人の尊厳」ならびに「男女の平等」を規定したため、家制度に関連する規定は、削除された。

とはいえ、新憲法下で、家制度は民法の規定において廃止されたものの、実質は人々の意識のなかにその考え方は残り続けた。それが法にも顕現し、嫡出子・非嫡出子や法律婚・事実婚などといった関係性を生み出し、そこに差異を設ける規定も残存し続けた。ところが、これら問題は、長らく家族法やジェンダー法の領域の問題であり、個人の尊厳ならびに男女の平等の視点からの憲法問題として扱われることはなかった。これら問題がようやく憲法問題として扱われ、家族法改正を積極的に促したのは、平成18年に法務省民事局参事官室が公表した「婚姻制度に関する民法改正要綱草案」である。

家族のあり様は、新憲法が制定されて以降、時代の変遷と共に多様化し、大きく変貌をした。しかし現実問題として、その家族の多様化に法律が

4章 裁判所の役割

- (1) 近時の家族のあり方をめぐる判例
- (2) 裁判所の家族のあり方に関する判断基準
おわりに

対応し切れておらず、また裁判所の判断も「家制度」の概念に依拠した硬直化したものだった。そして、近年においても、先に示した立法事実を用い判断した事例のように、その判断基準を憲法論に依拠するのではなく、国民の意識や諸外国の状況などといった点から導き、裁判所の判断とするなど家族をめぐる裁判所の判断のあり方にも多くの問題を残す。

本稿は、上記の状況をふまえ、家族のあり方をめぐる法に、立法ならびに司法などがどのように対応してきたか、そして家族をめぐる法的問題に、裁判所がどのような役割を果たすべきかについて検討する。「家族」という親密な関係性のなかに法や裁判所は、どこまで立ち入れるのか、そしてなぜ憲法問題として扱うことがためらわれたのか、関連する法の制定過程や判例を概観することにより明らかにする。そこで1章では、家族法・戸籍法、そして日本国憲法24条の制定過程を通じて、家族のあり方を法がどのように策定していたのか示す。2章では、憲法24条のもとで家族のあり様が法的にも社会的にもどのように変化をしたのか検討をする。3章では、現代の憲法学が家族のあり方についてどのように理解しているか検討する。4章では、家族のあり様の多様化に法が適応できないなかで、裁判所の役割について考察する。そして、裁判所が家族のための権利保障の砦となるために何が必要か示すこととする。

1章 家族のあり方を規律する法律

家族のあり方について法は、どのような仕組みを設けているのであろうか。本章では、家族に関わる法として、憲法と民法の家族に関する規定、さらには戸籍法を挙げ、その制定過程について示

す。そしてこれら検討から、法がどのような家族像を前提としてきたのか検討を試みる。

(1) 日本国憲法24条の制定過程

大日本帝国憲法において家族に関する規定は、存在しない。そのため、法律に委ねられていた。家族に関する法律としては、後に言及をするが、民法第四編ならびに第五編の親族及び相続に関する規定、ならびに戸籍法に関する規定となる。では、日本国憲法24条の家族に関する規定は、なぜ誕生をしたのであろうか。以下で、概説する。

日本国憲法は、家族について24条で規定する。同1項は、「婚姻は、両性の合意のみに基づいて成立し、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。」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。」とする。日本国憲法において家族に関わる直接的な条文は、この24条のみである。

この日本国憲法24条の起草過程に、ベアテ・シロタ・ゴートン氏（以下、シロタ氏と略す）が関与したことは周知の事実である。GHQの民生局員で憲法草案作成に関わったシロタ氏は、GHQ側の憲法作成の責にあったホイットニー氏の命を受け、現憲法24条の基礎となるマッカーサー草案の作成に携わった³⁾。そこでシロタ氏は、1919年に制定されたワイマール憲法の理念に触発をうけ憲法案を起草した（以下、シロタ氏が作成した憲法草案を「シロタ案」と略す）。ちなみに、ワイマール憲法119条は、婚姻・家族・母性の保護について規定する。1項「婚姻は、家族生活および民族の維持・増殖の基礎として、憲法の特別の保護を受ける。婚姻は、両性の同権を基礎とする。」2項「家族の清潔を保持し、これを健全とし、これに社会的に助成することは、国家および市町村の任務である。子供の多い家庭は、それにふさわし

い扶助を請求する権利を有する。」3項「母性は、国家の保護と配慮とを求める権利を有する。」⁴⁾ というものである。

この規定を参考にしつつ、シロタ草案23条が作成された。この規定は次のようなものであった。「家庭は、人類社会の基礎であり、その伝統は、善しきにつけ悪しきにつけ国全体に浸透をする。それ故、婚姻と家族とは、法の保護を受ける。婚姻と家庭とは、両性が法律的にも社会的にも平等であることは当然である〔との考え〕に基礎をおき、親の強制ではなく相互の合意に基づき、かつ男性の支配ではなく〔両性の〕協力に基づくべきことを、ここに定める。これらの原理に反する法律は廃止され、それに代わって、配偶者の選択、財産権、相続、本居の選択、離婚並びに婚姻および家庭に関するその他の事項を、個人の尊厳と両性の本質的平等の見地に立って定める法律が制定されるべきである。」⁵⁾

シロタ氏は、この草案の案文に至るまでに、どのような思いがあったのであろうか。シロタ氏は、幼少期に日本で両親と共に10年ほど滞在をしたという。そのとき自身が見聞きした日本の家族のあり様、すなわち家制度や法律婚優先主義といった制度に対する批判がその根底にある⁶⁾。

このシロタ氏が作成した草案18条は、当初「GHQ内での議論はみられず、ペン書きによる微小な修正があっただけ」⁷⁾で、GHQ草案23条となった。とはいえ、家制度廃止という根幹部分は変化しなかったものの、原文に対するいくつかの削除がなされた。「それ故、婚姻と家族とは、法の保護を受ける。」の部分、憲法で規定するのが妥当ではないとして削除され、「婚姻と家庭とは、両性が法律的にも社会的にも平等であることは当然である〔との考え〕に基礎をおき、親の強制ではなく相互の合意に基づき、かつ男性の支配ではなく〔両性の〕協力に基づくべきことを、ここに定める。」という部分も、家庭を削り「婚姻」についてのみ規定した⁸⁾。

審議されたシロタ草案は、さらにGHQの運営委員会で検討され、ケイディス大佐の指示により、非嫡出子の権利や児童の医療無償化などの規定についても、削除された。「法を通じて他の国に新しい型の社会思想をおしつけることは不可能」⁹⁾とされたためである。このように草案の多くが削除された背景には、「そもそも運営委員会のなかで、シロタ氏の発言権は極めて低く、ケイディス、ホイットニー等上司の反対意見には譲歩せざるを得なかった」¹⁰⁾とする見方もある。しかし、その大要においてシロタ氏の見解は、家制度の廃止という点で貫かれている。

これらGHQ内での審議を経て日本側に提出されたマッカーサー草案23条は、次のとおりである。「家族ハ、人類社会ノ基底ニシテソノ伝統ハ善カレ悪シカレ国民ニ浸透ス。婚姻ハ男女両性ノ法律上及社会上ノ争フ可カラサル平等ノ上ニ存シ両親ノ強要ノ代リニ相互同意ノ上ニ基礎ツケラレ且男性支配ノ代リニ協力ニ依リ維持セラルヘシ 此等ノ原則ニ反スル諸法律ハ廃止セラレ配偶者ノ選択、財産権、相続、住所ノ選定、離婚並ニ婚姻及家族ニ関スル其ノ他ノ事項ヲ個人ノ尊厳及両性ノ本質的平等ニ立脚スル他ノ法律ヲ以テ之ニ代フヘシ」¹¹⁾。このマッカーサー草案は、昭和21年2月13日にGHQ(ホイットニー民生局長、ケイディス氏他2名)から日本側(吉田外務大臣、松本内務大臣他2名)に英文で交付、同年2月26日に日本語訳が閣議で初めて配布された。日本語訳については、第一次的には外務省において仮訳され、これに対し、法制局の宮内乾第一部長が目を通し、修正を加えたとされる。とはいえ、その部分は「本質的平等」という文字だけであった¹²⁾。

しかし、この内容は、当初日本側にとっては、これまでの制度を根底から覆すもので受け入れがたかったといわれている。当初、日本側の立場としては、家制度を堅持する方向にあった。このため、マッカーサー草案に難色を示したのはいうまでもない。その理由は、帝国議会の審議内容で理

解できよう。そのなかでの議論を挙げると、家族制度が、わが国道徳の基礎であり、古来の微風を維持するものとして存置すべきとする意見や、国体と関連するもので、国体が維持される以上、家族制度を維持すべきとする意見¹³⁾などである。とはいえ、この「家制度」維持とする政府案は、貴族院の審議段階で廃止が検討される。新憲法において、天皇の地位に変化を伴うことが知られ、新憲法の内容が徐々に明らかになっていくなか、司法法制審議会および臨時法制調査会における民法改正の審議では、家制度の廃止を不可避のものとして捉えるようになったためである。これら民法における家制度の廃止のプロセスについては、次に検討をおこなう。

このような議論を経て、現行憲法24条は、シロタ氏とその起草にあたり触発された「家族」保護を目的としたワイマール憲法とも、そして当初日本側が要望した「家制度」の維持とも相違する内容となった。規定の上では、「個人の尊厳」と男女の本質的平等が前面におしだされ、男女の自由な意思に基づく婚姻を可能とする婚姻制度の保障という側面が前面にだされた。家族のあり方に関する規定は、憲法24条における機軸となる規定、そして25条以下の個別的規定、そして「家制度」の廃止については、(旧)民法の親族・相続編の改正ならびに戸籍法の改正に委ねられることとなる。

(2) 民法・戸籍法の改正

① 大日本帝国憲法下の家族法

新憲法下における「家制度」の廃止は、シロタ氏の憲法案によるまでもなく、実際上はGHQのなかで当初から予定されていた。新憲法は、個人の尊厳を基軸とし、男女平等をうたう新憲法の下では、男子かつ長子優先の封建的な「家制度」の廃止は前提条件とされたためである。では、なぜ新憲法の下では、家制度は受容されなかったのか。それを理解する手がかりとして、

ここでは大日本帝国憲法下で、「家制度」がどのようにして構築されたのか、民法の家族法ならびに戸籍法の制定過程から示すこととする。

「家制度」を法によって制度化したしたのは、フランスの民法学者であるポアソナードが起草に関わった、明治31年7月16日に公布・明治26年1月1日に施行された民法においてである。この民法は、第一編「総則」、第二編「物権」、第三編「債権」、第四編「親族」、第五編「相続」に分かれており、一般に第一編から第三編までを「財産法」、第四編と第五編を「家族法」（以下、家族法というときは、第四編ならびに第五編に規定した内容を指すものとする）と称されている。日本国憲法制定以前あるいは制定後といった見方をすれば、家族法は、先に見たように、日本国憲法制定により大きくそのあり様を変化させた。ここでは、大日本帝国憲法時代の家族法（「旧民法」と略す）が、どのような内容であったか、その概要を示す。

ではまず、家族関係について、旧民法はどのような規定を設けていたのであろうか。旧民法を紐解くと、人事編の末尾に「我邦現今ノ状態ハ家族制ヲ以テ社会ノ基礎ヲ為ス」との規定がある。また、親族編の冒頭に「戸主及ヒ家族」の規定が置かれている。つまり、戸主を中心とした家族が社会における基礎的単位であることを示している。条文を追うと、旧民法732条1項は、「家」の構成員を次のように定義づける。「戸主ノ親族ニシテ祖家ニ在ル者及ヒ其ノ配偶者」である。具体的には、「子ハ父ノ家ニ入り（旧民法733条1項）、「父ノ知レザル子ハ母ノ家ニ入り（同条2項）、「父母共ニ知レザル子ハ一家ヲ創立ス」る（同条3項）。また、「妻ハ婚姻ニ因リテ夫ノ家ニ入り（788条1項）、「入夫及ヒ婿養子ハ妻ノ家ニ入ル」（同条2項）。いずれにしても「家」という制度に基づいた規定である。

また、家には一家を統率する「戸主」が存在

する。そして家族がその家督を継ぐ（これを「家督相続」という）といった形で「家」を形成した。ただ、戸主に誰でもなれるというわけではなく、男性長子が優先された（旧民法970条）。女性が戸主になることは、法的には可能であったが、その反面、女性戸主には年齢要件を問わず女戸主の隠居が容認（旧民法755条）されていた。つまり、あくまでも「家」の長（戸主）は、男性であることが想定されていたのである。また、戸主以外の家族は、家族といえども平等な立場にはない。そのなかでも特に女性（主に「妻」）を男性よりも劣位に置くことで、その優位性を確保していたのである。例えば、妻の法律行為無能力（旧民法14条）、妻のみに対する姦淫罪規定の適用（旧民法813条2号・3号）、親権行使における母の後順位（旧民法877条2項）、夫による妻の財産管理権（旧民法801条）などの規定がその例として挙げられる。

旧民法下の家族法は、「家制度」のもとで、「戸主」を中心に家を形成し、戸主が家を統率する。その戸主は、家督相続の形で引き継ぐ。その家族の間では女性よりも男性、末子よりも長子といった序列化がはかられており、そのなかでの法的な権利義務関係が発生していた。

このためか日本国内においても、実際には、シロタ氏の憲法起草案よりも以前、明治時代の日本国内においても「家制度」に対する批判は存在した⁴⁴。「家」が法的な権利義務関係により規律されること自体、醇風美俗に反するとする見解や、「家」の枠組みを「少し小さくしてその代りに固くしたい」とした見解、さらには最も進歩的な意見⁴⁵としては、家制度自体の改正を説くものもあった。家制度は、個人制に至る過渡期にあり、それは個人制が採用された暁には、廃止されるとする。

② 新憲法制定に伴う「家制度」の廃止

日本国憲法24条の制定が「家制度」廃止を前

提としたものであったことは、新憲法起草過程での議論からも明らかであろう。しかも、明治憲法下の日本国内においても民法学者の一部には、家制度に対する批判的な見方が存在したことは注目に値する。このことから、「家制度」の変革の必要性は、意識されていたことが伺える。しかし、これがすなわち新憲法が目指した男女平等ならびに個人主義に直線的に移行したかといえば、そうではない。新憲法制定にあたり、旧民法典の規定を維持するのか、改めるのか、廃止をするのであれば民法典の大幅な改正が必要となる。家制度の維持の存否という現実的な問題がある。

この旧民法の取扱いに関する議論は、当時の政府が大日本帝国憲法下の「家制度」をどのように捕捉していたのか、という点からまず理解可能である。この点については、家制度と天皇制を結びつける見解が当時の一般的見解だとされる。昭和21年6月27日の第90回帝国議会において臨時法制調査会委員であった原夫次郎は、次のように述べている。「我が国ノ家族制度トハ非常ニ天皇ニ密接ナル関係ノアル従来ノ旧慣制度デアリマシテ……」⁶⁶とし、天皇制との密接な関係性を示唆する。

とはいえ、天皇大権を否定する新憲法の下においても、家制度を完全に否定するものではないことが伺える。つまり、家制度の否定は、封建的徳の否定を意味し、家族に関する徳の崩壊に繋がると考えられたためである。これは、日本側ならびにGHQ側双方の発言からも伺える。日本側の起草委員は、「法律上の『家』を廃止することであって、社会生活上（乃至徳上の）『家』を廃止するつもりはないと強調」⁶⁷していたし、またGHQ側でも、「形式的・象徴的『家』を残す場合でも、違憲にならぬよう」という見解を示していた。つまり、GHQにとっての民法上の『家』改廃の狙いは、社会生活上の『家』の実態が憲法に適合すること⁶⁸を要

請するものであったといえる。

ただし、民法学者の間では、「家制度」の廃止が決定的になったとはいえ、新憲法のもとで家族法をどのようになすべきかの点で、明確な意見の相違が存在した。「家制度」から解放された新たな家族のあり方（家族像：本稿では同視のものとして理解する：筆者注）に基づき、家族を法的にどのように位置付けるかが問題とされ、その見解においても対立が見られた⁶⁹。以下で、見解の対立点について整理する。

第一に、民法の改正（案）には不徹底な点があるとする立場である⁷⁰。その理由として2点挙げる。①立法手続、殊に改正手続の内容を一般国民に知らしめる手続において遺憾があったとすること、②改正案は、法律的制度としての家族制度と道徳的理念としての家族制度を区別し、法律的な考え方の面で家制度は否定されているものの、道徳的理念に基づく家族制度の考え方が、結局、家族制度を温存するような規定として改正案に反映されることに異議をとえ、それらの規定を全廃すべきだとする主張である。このことから「家」につながる戸籍制度も廃止し、個人単位の身分登録制度の採用を要求する。

第二の立場は、先述した第一の立場を「いきすぎた」ものだと指摘する見解である⁷¹。この立場にある牧野英一によると、制度としての家制度の廃止は支持するものの、道徳的理念といった点から、家制度を温存するような規定そのものの廃止をするものではない、とする立場である。それを示す規定としては、①民法上の「家制度」が廃止されたとはいえ、「直系血族及び同居の親族は、互に扶け合わなければならない」という規定が置かれたこと、②夫婦については「互いに扶けあい」とする規定が設けられたことが挙げられる。「新憲法の本質と時代の新思想が具顕発揚」した今回の民法改正を「王朝以来国民の確信と倫理によって維持されていた伝統的家内自治権」への復古とみて、歴史の継承

に基づくものであるとして支持するものであり、改正案のなかに、(ある意味、国民感情との妥協に基づく) 道徳的理念に基づく規定が残されていることを支持する見解である。

最後に、第一・第二の立場に反対する第三の立場がある²⁸⁾。その代表的なものとして、中川善之助の指摘がある。それによると、実際の家族生活において誰が家の中心となるかを法定する考え方が「封建的」であるとし、親族扶け合いの規定は「愚劣」であるという。過去の歴史を無視することは「至難」であると容認しつつも、過去をもって「直ちに現在を律することは一層困難であり、危険である」とする立場である。この背後にあるのは、新民法を復古的立法ではないと断言しつつ、「急激の惑乱を顧慮した妥協」²⁹⁾の結果であるという。

これらをまとめるといずれの説にせよ、アプローチの方法に差異はみられるものの、大筋において、家族の民主化の旗印のもとに、家制度を廃止することを是認する主張とみることに問題は無い。我妻栄などの民法学者らから構成された民法改正起草委員も、後述する憲法起草案が出されるや否や、改正作業の初期段階(昭和21年7月)の改正要綱の時点で家制度の廃止を視野に入れていた。「家」制度の形骸化がみられ、社会の実態に法を適合させたいとする意向があったためだとされる³⁰⁾。これら検討の結果、家制度の廃止は民法の改正にとどまらず、以下で述べる戸籍法の改正も伴うことになる。特徴的なのは、新憲法では「家族」の言葉は存置されたが、新民法では、一般に民法第四編・第五編を総称して「家族法」と呼称するものの、各条文において直接「家族」という言葉を用いた条文が存置されなかったという点である。

③ 戸籍制度

民法の家族法に先立ち制定された明治4年の戸籍法前文は、「戸数人員ヲ詳ニシテ撰ナラシ

ムルハ政務ノ最先シ重スル所ナリ」と規定していた。すなわち、戸籍制度の目的は徴税・徴兵・治安にあり、それぞれの戸の人員を把握することに置かれていたためである。

では、それぞれの戸の人員を把握するために、戸籍制度はなぜ必要とされたのか。西欧諸国では、当時においても個人別の身分登録制度が実施されており、戸籍制度は採用されていなかった。明治31年に制定された戸籍法は、戸籍制度と西欧型の身分登録制度が並存していた。西欧と比肩する近代国家を目指していた日本では、西欧システムと日本のシステムとを同時に実施していたのである。ところが、大正3年には、西欧型の身分登録制度は廃止され、それ以降、家族単位で戸籍を編纂する戸籍制度へと移行したのである。

しかし日本は、なぜ戸籍制度に固執したのか。それは、身分行為の結果取得した家における地位を確定、公証するには戸籍であることが必要だとされたためである。戸籍の役割として「各人の身分資格を証明し」、「一家の組織、戸主家族の関係を記載し、一家の興廃および戸主権の所在、家族の属籍を証明」という公証機能だけでなく、戸主を中心とした家をつなぐ単位「家制度」とすることで、治安政策と社会保障機能の代替機能の役割を要求した。また、天皇を主権者とする家族国家の基礎固めの役割を期待された³¹⁾。戸籍は、戸主を中心とした家族関係を形成し、その責任と義務を家族、主に戸主に負わせることを目的として制定されていたのである。付言すると、戸籍届出の義務は、家を基準として「戸主」にも課されていたのである。

このような戸籍法が規定した家族事項について、天皇大権を排し、個人の尊厳と両性の本質的平等を要求する新憲法は、相反するものとなる。家制度の廃止の要請は、GHQの憲法起草案に反映されていたが、先述したとおりGHQの意向は、西欧型の家族制度そのものを日本に

強要するものではなかった。とはいえ、そこには、形骸化した明治憲法下での家族像は、想定されておらず、いわゆる「近代的な小家族」、すなわち夫婦と未成熟子から構成される家族が想定されていたのである。

このような「近代的な小家族」といった家族像は、日本においても、すでに1928年には、その見解が存在した⁶⁰。つまり、これは、家族に対する扶養義務に着目するものであるが、夫婦間および未成熟子に対する扶養義務と、その他の扶養義務とに分け、前者を「生活保持の義務」、後者を「生活扶助の義務」と名づけ、同じ家族といえども、その関係性に応じてその扶養の範囲を限定する⁶¹ことで、家の観念から離れた新たな家族像を示すという見方である。

とはいえ、日本側には、戸籍法の改正には、積極的ではなかった⁶²。家制度を制度として廃止することには同意するものの、家を「氏」という形で読み替え、その氏の継承という形で形を変えた「家制度」の残存が図られていたためである⁶³。そこで、この家制度の読み替えという形を変えた「家族」の新たな形が、日本国憲法の下で法や現実の家族にどのような影響を及ぼしたかについて、次章で検討をする。

2章 家族のあり方の変遷と憲法24条

(1) 家制度の廃止と日本国憲法24条

大日本帝国憲法から日本国憲法へ「家族のあり方」は、法律の上で大きな変化を遂げた。「家制度」から「個人主義」への転換は、当時の日本社会において「家族のあり方」を根本から覆すものであった⁶⁴。この大転換期にどのような議論が行われ、法や社会のなかで受容されていたか、本章で検討する。

前章で検討したように「家制度」の廃止は、新憲法制定において新たな家族のあり方を構築するための礎であった。GHQから廃止論が提示された時点の日本国側の受け止めは、当初反対論が主

張されたものの、最終的には受容された。そして「1950年代公判以降には、『家制度』復活の声もほとんど聞かれなくなった」という⁶⁵。ただ、戸主を中心とした大日本帝国憲法下での「家制度」は、新憲法の下で法の下で削除されたといえども、家族のあり方をめぐる各種法律は、家制度の意識がその根底において引き継がれ、それが法規定にも影響を及ぼしている。

日本国憲法24条は、家族に関する事項の「個人の尊厳」と「両性の平等」を規定する。とはいえ、その意味について憲法学説は一般的に、「本項のこの規定は、13条の『個人の尊厳』および14条の『両性の平等』の原理が、家族生活の分野において、法律により実現され、具体化されなければならないことを意味する」⁶⁶と捉えており、具体的には、民法の家族法などの法律に委ねると解する。そのため、家族をめぐる法は、その時代の家族のあり様から生じる種々の問題に対応すべく理解が試みられたともいえる。しかし、それは必ずしも、時代の要請に適合したものとは言い難い。それゆえに家族に関わる一連の法は、その時々において改正議論がなされてきた。それに加え、家族の実態・そして家族に対する人々の意識（すなわち、家族という「私の内面」に関わる問題）と法規範との間をどのように適合（あるいは融合）させるのか、その問題を突きつけられたのである^{63,64}。

(2) 戦後の家族法における改正議論

現実社会における家族のあり様は、大きく変貌をした。1970年代以降、二度のオイルショックを経て始まった高度経済成長の波は、日本の経済構造の変革をもたらしたと同時に、家族の存在のあり方といった社会構造にも、大きく影響を及ぼした⁶⁷。働く場を求め、地方（農村）から都市へと、人が移動し、夫婦と未成熟子から成る核家族が形成された⁶⁸。ここで男性（夫）が主要な「稼ぎ手」となり生計を維持し、女性は妻（主婦あるいはパート労働者）として家事を担う、といった性別

役割分業に基づく「家族モデル」が形作られた⁶⁷⁾。そして、国家も、このモデルを維持するため、国も税制や年金制度などにおいて後押しする制度設計をした。昭和60年にサラリーマン家庭の主婦の保険料を免除する年金改革や、その翌年の配偶者特別控除の創設などである。高度経済成長により日本経済の転換期を迎えたが、家族のあり方もそれに追随する形で、変化をしたのである⁶⁸⁾。

しかし、家族のあり様は、その時代により、それぞれの問題を抱えることとなる。女性の就労という面で見ると、先に述べた主婦優遇する各種制度の後押しが、女性の就労形態を固定化し、子供や老親のケア労働に従事することを余儀なくさせたり、家族という存在に意義を見出せず単独世帯となる者、期せずして単独世帯とならざるを得ない者のなど、女性という立場に限定をしても、そのあり様は多様となった。現実の家族を眼前にして、憲法や民法は、どのように対峙すべきであろうか考える必要がある。

これら社会状況は、私たち国民の意識の上においても「個」の自律を促す。ただ、新民法典は、憲法24条に抵触する「家制度」について削除したものの、その他の家族に関わる規定（民法第四編ならびに第五編）については、旧民法典の内容をほぼ踏襲したものであった。日本国憲法の制定までに憲法に抵触する条文の改正する必要に迫られていた政府は、昭和22年「日本国憲法の施行に伴う民法の応急的措置に関する法律（昭和22年法律第74号）」を規定し、その失効日（昭和23年1月1日）を目前に、新家族法を制定した。明治時代に制定された旧家族法の規定が、時間の経過とともに多様化した「個」を重視する現代の家族をめぐる社会状況に順応しきれておらず、多くの問題を生み出した⁶⁹⁾。

では、どのような法的問題が生じたのか。先に検討をしたように、新民法の下での家族法は、戸主を中心とした家制度を廃止した代わりに、家族を夫対妻、親対子などといった関係性に置き、

その両者の間に権利義務関係を発生させた。しかし、「個」を尊重しつつも、世帯単位の戸籍制度を存続する。そして、夫婦同氏・親子同氏・同氏同籍の原則の下に、住民票が世帯単位で編成する。また、この世帯単位での戸籍制度は、婚姻関係に基づくため、婚姻関係にはないが、親密な関係にある「家族」関係を排除する。たとえば、本稿の関心に沿えば、事実婚や同性婚などが挙げられよう。これら関係性は、嫡出子対非嫡出子、法律婚対事実婚といった構造を生み出し、その関係を法律により保護された者（強者）とそうでないもの（弱者）といった関係性に置くこととなる。その結果、これら問題は、憲法14条や24条の「平等」原則に反するものとして、多くの訴訟が提起された。だが、裁判所はこれら問題に対し、憲法論として正面から判断をすることを回避し続けた。その反面、多くの憲法学説は、これら問題に対する合憲性判断基準として、本人の意思で変えることのできない理由に基づく差別であるとして「厳格審査基準」や「厳格な合理性審査基準」を用い、憲法違反であるとの結論を導いた⁷⁰⁾。問題はこれのみに留まらない。近年の医療技術の進展に伴い生じた、生殖医療問題などをめぐり、家族に関する法が家族法のみならず特別法によっても規定され、判例法も進展するなかで、法や手続法の明確化の必要性などが叫ばれる⁷¹⁾。

これらを受け、法制審議会は、平成8年2月に「民法の一部を改正する法律案要綱」を作成した。これらは、夫婦別姓選択性の導入や婚外子の相続分の平等など家族法の分野における民法改正案を作成し、法務大臣に答申する予定であったが、自民党内での議論が紛糾し実施には至らなかった。その理由として、「夫婦別姓を認めると、離婚が増え、家族がバラバラになる」、「不倫や婚外子を奨励することになる」、「極端な家族主義が横行し、健全な家族制度が破壊される」などを挙げる。つまり、ここでは、新憲法で否定されたはずの「家」を中心とした婚姻家族モデルを、法的に保護する

ことに主眼が置かれているとみることもできる。実際、家族法に関する改正は、先に示した昭和22年の大改正のあと、昭和62年の特別養子制度の導入を除けば、大きな変化はない⁴⁹⁾。家族のあり方をめぐる時代の変化に、法は未対応であった。

これら立法に対する政府の対応の遅れは、家族の個人主義化という現象の下で、市民運動といった形で根強く主張されていく⁴⁹⁾。そして再び家族法改正の議論へと進む。そしてこれらの世論の変化は、ようやく平成6年7月に、法務省民事局参事官室が公表した法制審議会民法部会・身分法小委員会における審議の結果を取りまとめた「婚姻制度に関する民法改正要綱試案」と「婚姻制度等に関する民法改正要綱試案の説明」という形で、民法改正を視野に入れた議論へと進展したものである⁴⁹⁾。この「試案」には、民法750条の改正として夫婦同姓・別姓の選択を認めること、民法900条の規定につき、嫡出子と非嫡出子の相続分を平等にすることなどの9項目であり、現実の家族の実態に則したものである⁴⁹⁾。

平成8年の改正法案の特色は、上記のように憲法問題への対応という性格を帯びていることだとされる。この背景には、民法773条の合憲性をめぐる裁判⁴⁹⁾や、平成5年に東京高裁が非嫡出子の相続分の二分の一とする民法900条の規定4号但書前段の規定を憲法14条1項に違反するとした決定⁴⁹⁾など、家族法のあり方について世論の高揚の存在があることは間違いのないであろう。このような状況の中で、改正法案がだされたということは、遅きに失したとはいえ、現実の家族と法的に定義づけられた家族のあり方との間のギャップを埋めることへの一步を踏み出す。

しかし、ここでも問題が生じる。現実の法改正がなされないまま現実の家族は、その時代の背景によって、そのあり様を絶えず変化させ、家族形態も多様化していることは、本稿のこれまでの検討でも明らかである。では、憲法学では、家族は、どのように理解されているのであろうか。新憲法

の下で、「家制度」という家族関係を離れて、家族は、家族といえどもその一人ひとり「個」の存在として尊重されることとなった。とするならば、憲法という「公」の存在が、家族という「私」の領域に介入し、家族のあり方を確定しそれを強制するための根拠は存在するのか、その問題が残る。

3章 憲法と家族

憲法が家族のあり方に介入し、論じることについて、憲法学の分野では、「公」と「私」の問題として提起され、先行業績もある⁴⁹⁾。しかし当初、この問題は、憲法学の扱うテーマとしてではなく、家族法やジェンダー法学的見地から論じられてきた⁴⁹⁾。ここでは、憲法が家族のあり方に、どのようにアプローチをなすべきか、検討を行う。

(1) 憲法学における家族問題への対応

戦後の憲法学において、はじめて憲法における家族の問題が扱われたのは、平成5年の日本公法学会であったという。家族法の研究者の観点からすると、家族法が憲法の対象になることへの理解が得られなかったためだという。これは、憲法学と家族法学の二元論⁵⁰⁾がもたらした結果であり、「憲法学が家族関係というものを個人主義の観点から、あるいは平等の観点から検討することになったときに、それが憲法学の研究対象となることすらわからない」⁵⁰⁾ことが、その理由であるとされた。

そのためか、わが国における家族をめぐる問題としての家制度に対する批判の矛先は、実質的に男子よりも不利な立場におかれる女性の人権⁵⁰⁾保障へと向く。先述したように、「家制度」は新憲法の制定とともに廃止されたが、その意識の上であるいは実際の法制度のうえで、残存し続けた。例えば、昭和56年のいわゆる住友セメント結婚退職制事件最高裁判決⁵⁰⁾は、女性という性のみに着目をして労働条件を男性よりも低く設定されているという社会の状況を顕にする。そのような状況

下で、昭和60年に男女雇用機会均等法が制定されたことは、女性の就業への意欲を促すものとなった。しかしその反面、国家が策定した「標準家族モデル」に基づいた政策がとられ、女性が社会のなかで就労することへの困難は尽きない。

このような社会の実態に反応する形で、女性の権利に対する主張や家族法改正論議での家族のあり様に対する問題が提起されるなかで、家族の憲法学的位置づけの必要性も議論された。これにつき、憲法24条を、「女性向けの家制度廃止の啓蒙的解説条項」⁶⁴とする見解がある。その理解によればそこに『『現代性』をふまえるとすれば、24条は日本国憲法の掲げる個人主義の基本的性格と結びつくもの』であるとする。つまり、家族は憲法24条の規定する「両性の本質的平等」と憲法13条の「個人の尊重」その双方の相互関係により規律されているとする見解である⁶⁵。

これに対し、「家族」という存在にあえて憲法的な位置づけを求めることへの必要性を疑問視する見解もある。憲法14条に規定する平等の保障と性別に基づく差別禁止が人々の価値として内在化し「一人ひとりを大切」にするという観点からは、「国家が家族というものをあえて定式化し、そこに踏み込む必要性が見出せない」⁶⁶とするためである。だが、憲法において「家族」をあえて定式化することを疑問視する見解であっても、家族を法から排除するものではないはずである。家族は、新しい家族を迎え入れたり、あるいは全く違う人が集う場でもあるがゆえに、非常に脆く、また一律の規則の下に統制することは極めて困難とするためである。それゆえ、強い規範や法的規制が必要とされるのである⁶⁷。家族という存在が尊厳ある個人により構成された現憲法下のもとで、個々の家族が対等な存在になく、「家制度」を支持する根強い意識が人々のなかに存在する。また、女性という性が弱者に置かれる状況を否定し得ないなかで、それらの関係を規律する何らかの規範や法的規制が要求されるためである。家族をジェン

ダー的視点から理解することで、憲法の枠組みに定式化しないとする見解である。

家族に対する意識は、世代によっても異なる。若い世代にいたっては、私の家族は、「家のための私」「家族のための私」ではなく、「自己実現、自己成長を支える場としての家族」であり、それが揺るぎのない一つの価値観となっているという。そこには、ジェンダー意識による固定的役割分業に支配される発想は薄い⁶⁸。日本における家制度は、明治31年の旧民法が導入から、昭和22年の新憲法が制定されるまでの間に維持されたシステムである。しかし、現代においても「家制度」の考えは、日本の慣行のなかにいくつも存在する。特に、夫婦同氏に関する民法750条の規定は、家制度の慣行を色濃く残したものとなる⁶⁹。個々が自律した家族の存在の構築は、国家においても個々人においても、いまだ発展途上にあることはいうまでもない。

(2) 「家族の保護」の観点から見た憲法改正論議

上記のような状況を踏まえ、家族法領域における憲法改正論議もある。憲法13条そして憲法24条といった、家制度を否定し、個人の尊厳を重視した現憲法のもとで、家族のあり様が時代と共に変化するなかで、家族が抱える問題も多様化している。そうしたなかで、家制度の復活を望む見解⁷⁰とまではいかないまでも、シロタの作成した憲法草案や民法学者のなかでも見られた「家族（家庭）の保護」といった観点から、憲法24条を捉えなおす必要があるといった見解もある。

では、日本国憲法24条は「家族」について、どのような理解がなされているのだろうか。ここで新憲法制定後に出版され、当時の日本国憲法の注釈書として用いられてる法学協会編の『注解日本国憲法』から憲法制定当時の「家族」について理解をする。

『注解日本国憲法』⁶⁰は、憲法24条の立法趣旨について、次のように示している。家族生活に関す

る規定について、(新)「憲法が特にこれを挙げたことは、国民の家族生活のあり方が、憲法の基調とする民主主義の成立に、重大な関係があると認められたからである。……本条が婚姻の自主性を宣言し、個人を自己目的とする個人主義的家族観に基づいた、家族生活の法律的規整を要求したことは、従来の封建的大家族主義への法律目的をはずし、国民に新しい家族道徳を樹立する自由な基盤を興えることにとって、民主主義の根底（下線部は筆者）をかためようとする点で、大きな意義がある。」という。

また、当時の別の見解においても、「個人の尊厳と両性の平等に立脚する家庭こそ、民主社会の重要な生活単位であり、そこでこそ人間に値する生活が営まれる可能性が多いのであるから、憲法は、それをどこまでも守ろうとする。マカサア草案（原文のママ：筆者注）に『家庭は人間社会の根底である』（同23条）とあったのも、諸国の人権宣言に家庭を保護する旨の規定があるのも、その意味である。日本国憲法にはそういう規定はないが、それは民主主義の当然の規定（下線部は筆者）であり、あえて明文の規定を待たない。』⁶⁵⁾という。

この新憲法制定当初の両者の議論から読み取れることは、家族が、憲法の基調とする民主主義と結び付くという点である。しかし、見直しを主張する見解からは、家族社会を民主主義と結び付ける見方に疑問を投げかける見解もある。その理由は、「民主主義は、優れて支配と服従とを不可避とする政治社会の原理」であるが、「家族は、愛情と信頼とに基づく非政治社会」であって、そこに「支配と服従の思想は無縁である」という。そして、憲法24条の規定が「家族」等を改めて個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚するように強要するという。これらのことから民主主義といった「政治社会の原理を、法律を通じて、非政治的な『家族』社会に強く導入」することに強い懸念を示す⁶⁶⁾。

とはいえ、確かに「民主主義」という言葉のみに着目すれば、家族との関係性という点では薄いようにも思われる。しかし、家制度と天皇制が結び付けられた旧憲法からの脱却と意味するものとして民主主義という言葉を理解すれば、新憲法の意味することが理解できるのではないかと考える⁶⁴⁾。

それに対し、現代的な意味として理解すると、憲法24条を自由権規定として位置づけ「国家が立法によって家族を保護することを許容」し、同時に「家族関係を維持するための何らかの援助を行うよう国家に対して要請」するものだとする見解もある⁶⁵⁾。今日の社会において、家族生活の経済的保障、そして国家による社会保障、労働者の保障、教育権の保障がなければ「個人の尊厳と両性の本質的平等」に基づく家族生活を築くことはできないという。その意味で、24条は社会権としての側面をもち、それが25条の生存権や26条の勤労権、27条の教育権などの社会規定と相まって、個人はもとより「家族」も、それら保障の対象になるという⁶⁶⁾。それゆえ、憲法24条を家族保護規定とみるのである。

家族という存在を憲法上どのようにみるか。先述したように、憲法制定当時は、民主主義の必要性と結び付けられ論じられていた。しかし、現代においては、憲法24条の家族に関する規定を、改憲あるいは条文に内在するものとして読み込むかは別として、先に検討した家族保護の規定として位置付けることは可能である。家族が多様化し、かつて想定された「標準的な家族モデル」が崩壊した現代において、家族に代わる保護を国家が保障していくための政策的な仕組みが必要であることはいうまでもない。しかし、現実において人々の意識のなかに、またそれが政策に反映する形での構築を容易にするものではない。憲法のいう家族における自律した個人主義の考え方は、家族間の関係性が平等であるという前提において存在すると欧米諸国では考えられている⁶⁷⁾。ただ、日本の現状においては、旧来の家制度の意識の上での

残存が、法の上でも、人々の意識の上でも、平等な家族の関係性に基づくものとは言い難い。

とするならば、一つの方法として、裁判所の違憲審査を通じて多様な家族の関係性の実現をみることはできないのであろうか。次章では、裁判所の果たすべき役割について検討する。

4章 裁判所の役割

家族のあり方を問う憲法問題が裁判所に提起された場合、裁判所は、どのような態度でその判断に臨むのであろうか。以下では、まず近年の注目すべき判断に触れ、そこから裁判所が家族法の判断にどのような態度で臨むべきかについて検討を行う。

(1) 近時の家族のあり方をめぐる判例

わが国においては、先に検討をしたように、平成18年の家族法分野における民法改正に関する検討が、憲法的観点からなされたというのは、非常に注目すべきものといえる。しかし、保守派の抵抗などで、法改正に至るハードルは依然として高い。そのため家族法分野における憲法問題の解決には、「判例にその期待するしかないという感覚さえ広がっているのかもしれない」⁶⁸とする意見も散見される。つまり、裁判所の政策形成機能に期待をするのである。ここでは、家族のあり方を問う事例のなかから、近年注目された2事例を挙げる。これら事例では家族のあり方についての判断枠組みとして、「立法事実」を用いており、注目に値する。

① 夫婦別氏をめぐる問題（平成26年3月28日東京高裁判決）

本件は、夫婦別氏をめぐる問題である。原告の主張は以下のとおりである。夫婦同氏を規定する民法750条の規定は、憲法13条および憲法24条2項において保障される権利を侵害し、また、女子に対するあらゆる形態の差別の撤廃に

関する条約（昭和60年条約第7号）に違反していること。そして民法750条の改正を行わないという立法不作為が、国家賠償法1条1項の違法な行為に該当するものとして、慰謝料請求をした事案である。

東京高等裁判所における判断⁶⁹は次のように判断した。

「氏名は、社会的に見れば、個人を他者から識別し特定する機能を有するものであるが、同時に、その個人からみれば、人が人として尊重される基礎であり（最高裁昭和63年2月16日第三小法廷判決）、また、人は、その氏名を他人に冒用されない権利を有するところ、これに違法に侵害された者は、加害者に対し、損害賠償を求めることができるほか、現におこなわれている侵害行為を排除し、又は将来生ずべき侵害を予防するため、侵害行為の差止めを求めるところもできるものと解すべきであり（最高裁平成18年1月20日第二小法廷判決）、さらには、人は、その氏名をみだりに利用されない権利を有するものと解すべきである（最高裁平成24年2月2日判決）。

「人の氏は、当該個人の出生後における長年にわたる社会生活に伴い、個人の人格の象徴としての人格権の一内容を構成して法的保護の対象となる側面を有することは明らかであるけれども、氏自体は民法その他の法令による規制を受ける制度というべきであるから、氏に関する様々な権利や利益は、法制度を離れた生来的、自然権的な自由権として憲法で保障されているものではない。「したがって、控訴人らの主張する『氏を強制されない権利』もまた、法制度を離れた生来的、自然権的な自由権として憲法で保障されているものではないといわざるを得ない」。

「婚姻に際していずれか一方が氏の変更を余儀なくされることに大きな苦痛を感じている国民が一定程度存在し、選択的夫婦別氏制度の導

入を求める国民意識が相当程度高まっている」
(下線は筆者が行った、以下同様である)。

平成24年12月に内閣府が実施した家族の法制に関する世論調査をみると、「いわゆる選択的夫婦別紙制度……について、賛成した者は全体の35.5%であり、反対した者は全体の36.4%であるところ、賛成した者の割合は、平成18年に内閣府が実施した同様の世論調査に比して1.1%減少する一方、反対した者の割合は、平成18年調査に比して1.4%増加しているが」、「全体としてみれば、最近の傾向としては、賛否が拮抗している状況にある」。

しかしながら、「最近の国民の意識として、必ずしも選択的夫婦別氏制度の導入に賛成する者が大勢を占めるに至っておらず、むしろ、婚姻に際して氏を変更して同氏になることに積極的な意義を見出す国民が相当程度存在することは軽視できない要素というべきである。そうした国民意識の根底には、現在の夫婦同氏制度が家族の一体感の醸成に寄与しており、これを維持するべきであるとする意識があるように推察される……。また、夫婦別氏制度に移行した場合には、当然夫婦間にもうけられた子と一方の親とが氏を異にすることについて、家族の一体感からみて、社会が受容できるのかといった問題もあるように思われる」。

嫡出でない子の法定相続分に関する民法900条4号ただし書の合憲性が争われた「最高裁判所平成25年9月4日大法廷決定が指摘した家族を取り巻く国内的及び国際的状況の著しい変化をふまえても、少なくとも現時点では、控訴人らが主張する『氏の変更を強制されない権利』……が、いまだ個人の人格的生存に不可欠であるとまではいえず、また、長期間国民生活に基本的なものであったとはいえない」。「したがって、『氏の変更を強制されない権利』は、いまだ憲法によって保障される具体的な権利として承認すべきものであるとはいえない」。

② 嫡出性の有無による民法900条4号ただし書きの合憲性に関する事例⁷⁰⁾

本件事件の概要は次のとおりである。平成13年に死亡した被相続人Aの遺産につき、Aの嫡出である子(その代襲相続人を含む)であるYらが、Aの嫡出ではない子であるXら(控訴人)に対し、遺産の分割を申し立てた。しかし原審は、嫡出でない子の相続分の2分の1とする民法900条4号ただし書の規定は、憲法14条1項に反せず、これに従ってAの遺産分割をすべきものとしたため、Xらが嫡出である子と同等の遺産分割を求め、特別抗告をした事件である。

最高裁判所は、破棄差戻(全員一致)をした。決定要旨は次のとおりである(抜粋)。

「それぞれの国の伝統、社会状況、国民感情」や「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「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委ねられている」が、この裁量権を考慮しても、法定相続分に関する区別に「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」。

平成7年決定(最大決平成7年7月5日民集49巻7号1789頁)は本件規定を合憲としたが、上記の「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」。そのような事柄の変遷としては、(ア)我が国における婚姻や家族の実態の変化、その在り方に対する国民の意識の変化、(イ)現在、嫡出子と嫡出でない子との相続分に差異を設けている国は欧米諸国にないなど諸外国の状況の大きな変化、(ウ)国際人権B規約や児童の権利条約の批准およびそれら条約の委員会における勧告等、(エ)住民票や戸籍における記載の仕方の変更、および最大判平成20年6月4日による国籍法3条違憲の

判断、(㉒)嫡出性の有無にかかわらず法定相続分を平等にするための法律案の準備、といった状況がある。そして、(㉓)「法律婚を尊重する意識が幅広く浸透しているということや、嫡出でない子の出生数の多寡、諸外国と比較した出生割合の大小は」本件規定の合理性という「法的问题の結論に結び付くものとはいえない」など。

以上を総合的に考慮すれば、「家族という共同体の中における個人の尊重がより明確に認識されてきたことは明らかであり、「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」という考え方が確立されてきて」おり、「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」。

(2) 裁判所の家族のあり方に関する判断基準

上記の二つの事例は、非嫡出子の相続分そして夫婦別氏といったいずれも家族をめぐる問題に対して、裁判所が「立法事実」の手法を用い、判断を行ったものであり、大変注目に値する判断である。しかし、「立法事実」という判断手法を両事件で用いたことには、多くの批判がある。以下では、それらを踏まえ、裁判所が家族法分野においてどのような判断態度を示すべきか、検討をする。

① 立法事実について

立法事実とは、代表的な見解によると「法律を制定する場合の基礎を形成し、かつその合理性を支える一般的事実、すなわち社会的、経済的、政治的もしくは科学的な事実」⁷⁹⁾を指すとされる。そして、「日本の裁判所は、違憲審査制導入の初期から、事実上、憲法訴訟において法令の憲法適合性を審査、判断する際に、その

法令の制定を合理化する根拠を、しばしば、社会的、経済的な事実求めてきた」⁷⁹⁾という。それは裁判において「裁判所が憲法と法令との単純な見比べによってその憲法適合性の是非についての判断に達する場合は少なく、むしろ、裁判所は、立法事実を認識し、それに基づいて法令の判断をするのが普通」⁷⁹⁾だとするためである。裁判所にとっては「立法事実の存否ではなく、それをいかに判断するかという方法の選択にある」⁷⁹⁾しかし、先にあげた事例で、立法事実を用いることは適切なのであろうか。立法事実を用いた代表的な事例として、昭和50年の薬事法距離制限違憲判決最高裁大法廷判決⁸⁰⁾が挙げられるが、それと同視することは可能であろうか。

上記家族をめぐる2事例の裁判所の立法事実を用いた判断には、異論も多くある。その異論は、いずれの判断においても、世論調査や、国際状況の変化などを理由に判断しており、憲法学的な観点からの平等審査をすることなく、また立法理由との関連性を示すことなく判断をしている点である点に示される⁸⁰⁾。例えば、前記「①夫婦別氏をめぐる問題（平成26年3月28日東京高裁判決）」では、民法750条で問題となっている問題とは、「『氏名保持権』を包摂する憲法13条と、『婚姻の自由』を定める憲法24条ならびに『実質的平等』を定める同条2項の問題である」⁸⁰⁾にもかかわらず、その判断を行っていないとする見解である。また、後述の「②嫡出性の有無による民法900条4号ただし書きの合憲性に関する事例」では、本件判断が、憲法規定の引用なく「個人の尊厳」を多用していることを問題視する見解もある。そこでは、「事案を超え、また、事案類型をも超えて、さらには、問題領域の限定をさえ事なく乗り越えて、全方向的にその規範的コントロールを及ぼすに至る可能性」があること、そして「裁判所の立言にふさわしい法的推論たる憲法論としては、

本件に関しては『個人の尊厳』に抽象的に依拠することのない憲法論の可能性に賭けたいと思う念を禁ずることができない⁹⁸とし、立法事実に基づく判断ではなく、憲法判断をなすべきとの見解が示されている。

では、薬事法違憲判決で立法事実を用いたことと、家族のあり方をめぐる問題を扱った2事例における立法事実を用いた差異はどのようなものであったのだろうか。薬事法最高裁判決では、距離制限の必要性和合理性を支える立法事実があるか否かを詳細に検討し、違憲との結論を下した点で当時では高く評価された⁹⁹。

これに対して、今回の家族をめぐる2事例は、立法事実の立証に憲法論を用いていないことに特徴がある。これまでの検討で示したとおり、家族をめぐる諸問題は、憲法論としての主張が先行したのではなく、むしろ実生活のなかから生じた個人の問題として主張されてきた。しかし、裁判では、夫婦別氏をめぐる問題において、日本の独自の制度としての「家」が、旧家族法から新家族法へと移行し、家制度は解体したにも拘らず、夫婦同氏を支える根拠を明示的に示すことはできなかった。民法750条の立法目的は、夫婦の一体感を高め夫婦を社会的に表示することにあるとされていたが、社会の意識や夫婦のあり方さえも変化するなかで、夫婦同氏は「伝来的な習俗」¹⁰⁰ となってしまったが故だと考えられる。そのため、明確な憲法上の権利として位置付けられず、その結果、裁判所も憲法論として判断することが困難となったとも考えられるのではないか。

しかし、憲法論として論じることは、不可能ではない。夫婦別氏の問題に対しては、氏名権の問題として対応可能ではないだろうか。人が生来持つ氏名は、氏名権として、憲法13条の「氏名の変更を強制されない権利」として主張¹⁰¹されている。ここから憲法論として主張するというものである。ただし、個人の氏名を憲法13

条の「個人の尊厳」の問題として捉えるとしても、家族のあり方には多様性がある。本件において、家族のあり方を一義的に国家が決定することは不可能である。仮に夫婦別姓を氏名権の問題として、憲法的に論じるならば、そこに世論調査のような世論の多寡を用いて判断することには、問題があるといわざるを得ない¹⁰²。

また、嫡出子の事例においても、違憲との判断に異論はないものの、「国の伝統」や「国民意識」を軸に、判断することには、疑義があるといわざるを得ない。民法900条4号但書の立法目的は、従来は法律婚の保護といわれていたが、その立法目的の判断を回避し、社会事情や国民感情などの変化を挙げた。最高裁は、これらの事柄は「時代とともに変遷する」と判断し、そ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不断に吟味されなければならない」とする。事項の変化について、最高裁判所は先述のように(ア)から8項目を挙げ示しているが、これらは時代の変化を示したものであって、多様性をどのように考慮し、それに憲法的価値を認めるのか明確な判断基準が示されていない。これらのことから裁判所の判断手法に問題があるといわざるを得ない。

② 裁判所の役割

時代の変遷とともに変化し続ける家族の多様性をめぐる問題に裁判所は、どのように対峙すべきであろうか。また今回とりあげた事例における最高裁の判断手法をとった背景には、どのようなものがあつたのだろうか。裁判所は、憲法81条に規定される違憲審査権を行使する場合、その目的を「少数者の権利保護」にあると解されてきた。法律は、議会の多数派の意向を汲み制定されるからこそ、そこから生じる弱者の権利保護を救済する必要があり、その救済方法として裁判所の違憲審査権が設けられたのである。

しかし、裁判所は長らく違憲審査に対して「司法消極主義」といわれ、立法裁量などの憲法判断回避のための手法を用いて、憲法判断に対して消極的な態度をとり続けてきた⁸³。その理由は、長らく司法審査と民主主義の問題として論じられてきた。それがようやく国籍法違憲判決を始めとする事例で、積極的判断傾向に転じてきたと見られる⁸⁴。とはいえ、その理由付けについて問題が残ることは先述した。

これらの裁判所の判断におけるアプローチの方法は、先述したように家族法やジェンダー法領域におけるそれであり、平等原則や個人の尊厳などといった規定に基づく憲法学的なアプローチではない。その理由として考えられるのは、夫婦別姓や婚外子といった問題に、「家制度」に対する批判という形での展開がなされ、「それに憲法原理で一気に切りこむことに対する不満があったため」であったりする⁸⁵。また、そこには「民法の体系性重視による憲法判断忌避意識」⁸⁶があったためだとされる。とするならば、多様な家族形態から生じる諸問題に、憲法的価値に基づく権利の実現を裁判所に要請することは困難なのであろうか。

この点につき、「最高裁判所における違憲の判断をもって憲法的価値についての最終決定とはなるわけではない」⁸⁷とした見解がある。つまり、この見解によると、ある法律を最高裁判所が違憲と判断したとき、国会に裁判所が送付される（最高裁判所裁判事務処理規則14条）。そして、国会はそれを受けて「当該法律の改廃をすることが予定」されているが、国会は、最高裁判所の判断に「応諾、対抗することも可能」とあり、国会と最高裁判所との関係を理解するものである。国会は、対抗要素含んだ法律の改正に対して、最高裁判所は、さらに自己判断を加える。そのように相対立する二つの統治機関の間で、そこに社会の様々な関係要素を絡ませながら、憲法価値の実現が図られることに

なるというのである⁸⁸。さらに、「このような流れを国民等が注視し、選挙、最高裁判所裁判官の国民審査、世論形成などによって国民等の憲法意識を最高裁や政治部門に示す」⁸⁹というものである。

この見解は、国会・裁判所、そして世論などが一体となって対話をすることで、憲法的価値を実現するというものである。しかし、その対話が実現するという前提においても、裁判所に要求される役割は、憲法学的解釈に基づいた説得力のある判断であり、本稿で取り上げたような世論など流動性のある事柄に基づくものではないことはいうまでもない。

おわりに

本稿では、家族をめぐる問題に法や裁判がどのように対応してきたか、概観をした。家族という親密な関係性のなかに、法や裁判が積極的に関わっていくことは難しい。家族の多様化は、家族の数ほど存在しており、それに法や裁判が一義的な対応をすることも困難だからである。しかし、それが問題対応を回避すべき事情とはならない。また、憲法判断を回避する理由ともならない。平成27年12月には、先に挙げた夫婦別姓問題に最高裁判所の判断がだされる予定である。世論は移り変わり家族の形も変化するなかで、積極的な憲法判断が望まれる。

(注)

- (1) 最大判平成25年9月4日民集67巻6号1320頁。
- (2) 平成26年3月28日東京高判 LEX/DB25503188。(判例集未搭載)。
- (3) シロタ氏が起草した憲法草案は、全8か条である。人権委員会試案41条のなかで18条、19条・20条・23条・24条・25条・26条・29条である。
- (4) ベアテ・シロタ・ゴートン『一九四五年のクリスマス』(平岡訳・1995年・柏書房)。152-153頁の翻訳を引用。
- (5) 高柳・大友・田中編著『日本国憲法制定の過程—連合国総司令部側の記録による—I 原文と翻訳』(オンデマンド版)223-224頁(有斐閣、2005年)(初版1772年)。原文では、「family」であり、現憲法24条の規定

- に照らし合わせると「家族」と訳すことも可能であり、家族と訳することが適切と考えられるが、引用本の記載に従い、家庭とした。また、宮沢俊義・佐藤功「マッカーサー憲法草案（解説）」国家学会雑誌68巻1・2号1頁以下（1952）では、マッカーサー草案の原文、その邦訳、閣議配布案も同巻末に付されている。それによると、邦語についてはひらがなの部分は、カタカナで記載されている。また、「family」については、「家族」との訳が付されている。
- (6) シロタ氏の憲法草案の起草過程について、若尾典子「女性の人権と家族—憲法24条の解釈をめぐって—」名古屋大学法政論集213号123-126頁（2006）。
- (7) 高柳・大友・田中編著・前掲注(5)169頁。
- (8) 高柳・大友・田中編著・同上。
- (9) キョウコ・イノウエ『マッカーサーの日本国憲法』（古関他訳・1994年・桐原書店）366頁参照。
- (10) 和田幹彦『家制度の廃止』37頁（信山社、2010年）。
- (11) 宮沢・佐藤・前掲注(5)13頁。なお、本稿への引用に際して、旧漢字体については、新字体に改めた。また、「本質的平等」の言葉に下線が引かれているが、本稿では転記をしていない。
- (12) 宮沢・佐藤・前掲注(5)1頁以下。なお、原文、その邦訳、閣議配布案も同巻末に付されている。
- (13) 法学協会『註解日本國憲法上巻』476頁（有斐閣、1953年）。
- (14) 家族法改正に伴う審議内容と批判については、我妻榮「家族制度法律論の變遷(下)（下・完）」法律時報18巻10号3頁以下（1946）、法律時報18巻12号41頁以下（1946）。
- (15) 利谷信義「家族法の変遷と家族法」法律時報65巻12号34-35頁（1993）。
- (16) 第90回帝国議会議院議事速記録第6号79頁（1946年6月27日、原夫次郎発言）。
- (17) 和田幹彦『家制度の廃止』136頁（信山社、2010年）。
- (18) 和田・前掲注(7)136頁。
- (19) 来栖三郎「学会展望 民法」私法1巻82-83頁（1949年）。なお、本文においては、旧漢字体が用いられているが、引用に際して新字体を用いた。
- (20) 来栖・同上83-85頁。この立場は、主に、民法改正案研究会「民法改正案に対する意見書」（法律時報19巻8号）での見解に基づく。
- (21) 来栖・同上85-86頁。主な論者として、牧野英一「新憲法と民法及び刑法」法律時報18巻10号（1946）を挙げる。
- (22) 来栖・同上86-87頁。中川善之助の指摘については、「家族主義と改正民法」法律タイムズ：2巻2号5・19-23頁（1948）。
- (23) 中川善之助「新民法と法制史」法律新報74巻6号1頁以下（1957）。
- (24) 和田・前掲注(7)413頁。その他の理由として、民法改正草案起草委員たちは、戦中・戦前の「人事法案」における戸主権の弱体化の試みを一部継承したことを挙げる。人事法案については、同書百三十六頁以下参照。
- (25) 二宮周平「これからの家族法と戸籍制度」法律時報65巻12号77頁（1993年）。
- (26) 中川善之助「親族扶養の本質—改正案の批判」法学セミナー臨時増刊『中川善之助・人と学問』190頁以下（1976年）。
- (27) 利谷・前掲注(5)36頁。
- (28) 和田・前掲注(7)417頁。
- (29) 兼子一「課題」中川善之助等編『家族問題と家族法Ⅶ 家事裁判』12頁（酒井書店、1957年）。ここでは、つぎのように述べられている。「戸籍制度……は人の身分関係を登録公証する国家制度であるが、わが国の戸籍はその名の示すように人種ではなく、戸すなわち家を中心として編製されたことに始まる。民法改正によって家の制度は廃止されたけれども、現在は家の代わりに氏を中心となったが、その体裁においてはたいした変革がない。それは実際に当時の事情としては止むを得なかったことであろうが、身分関係の実態に関する民法の画期的改正に対して、これを表示公証する制度としては甚だ不徹底なものといわなければならない。」
- (30) 明治期から現代に至る家族のあり方を文学作品のなかから検証したものとして、大村敦志『文学から見た家族法』（ミネルヴァ書房、2012）がある。
- (31) 利谷・前掲注(5)37頁。
- (32) 佐藤功『憲法(4) 新版』417頁（有斐閣、1985）。
- (33) この点について「先進諸国では、個人の尊厳と男女平等の理念とがそれに反する現実と衝突するたびに、その時代に応じた改正を積み重ねてきた」という。利谷・前掲注(5)38頁。
- (34) この点につき、山中康雄「(研究) 親族法の解釈態度」私法1巻37頁以下（1949年）は、新民法により「あたらしい家族制度が確立された」と安心してしまっただけでなく、新法は因襲的な古い人倫的存在たる家から、それを支持する法的権力を武装解除し、家督相続的制度を廃止することによって、保護の手を引き、他方、身分行為の自由、平等なる遺産相続権をみとめて、古い人倫的家にたいする個人の反抗権をみとめているにすぎぬことを認識する必要があるという。そしてこの「法的な反抗権を行使することをばむ因襲の力は、強力きわまりない」と述べ、家族のあり方に対する人々の意識は、法の変化でもって変わるものではないとする。（原典は、旧漢字体を使用）
- (35) 高度経済期における家族のあり様について検討したものとして、上野千鶴子『近代家族の成立と終焉』（岩波書店、1994）参照。
- (36) 第二次世界大戦後の日本における階級構成の変化は、自営業者層の割合の激減と、労働者階級の割合の急速な増加を特徴とするという。雇用者世帯の割合は、1955年の49.0%から1980年には63.3%へと増加した。一方、農林、非農林あわせて1955年には40.0%を閉め

- た自営業者世帯は、1980年には25.2%へと減少した。また、生活手段の既製品化、消費化、育児保育・教育の社会化などによって、戦後の日本社会は発展をし、それと共に家族も変容したという。布施晶子「戦後日本社会の発展と家族の変容」片倉比佐子編『家族観の変遷』320頁以下（吉川弘文館、2002）。
- 37) 戦後の家族法学における「家族像」・「婚姻家族観」については、論者によりそのニュアンスの違いが認められる。この点につき、我妻栄と中川善之助の家族観の違いについて、中田裕康編『家族法改正 婚姻・親子関係を中心に』181頁（有斐閣、2010）参照。
- 38) 女性の仕事と労働における戦後の意識変化について、NHK 放送文化研究所（編）『現代日本人の意識調査（第8版）』50頁以下（NHK ブックス、2015）。
- 39) この点につき、二宮周平「家族の個人主義化と法理論—家族法理論の再検討」法律時報74巻9号26頁以下（2002）。
- 40) 日米の性に基づく差別事例に関する検討として、君塚正臣『性差別司法審査基準論』（信山社、1996）。
- 41) 中田裕康編・前掲注37)211-212頁（道垣内発言）。
- 42) 中田裕康編『家族法改正 婚姻・親子関係を中心に』「民法改正委員会家族法作業部会の検討の経緯」（中田裕康担当）5-6頁（有斐閣、2010）。1947年以降の改正点については、1976年に婚氏統稱制度の新設、1980年に配偶者相続分の引き上げなどである。
- 43) 二宮周平「家族の個人主義化と法理論—家族法理論の再検討」法律時報74巻9号27頁（2002）。
- 44) 辻正美「戦後改正から平成六年『試案』まで—序論に代えて」民商法雑誌111巻4・5号547頁（1995）。
- 45) その他の項目として、①失踪宣告を受けた者の配偶者が再婚した場合に、その後に失踪宣告が取り消されても旧婚は復活せず、未成年者の子に対する親権も復活しないものとする（新設）、②女性の婚姻最低年齢を現行の16歳から18歳に引き上げること（民法733条の改正）、③夫婦間契約の取消制度を廃止すること（754条の削除）、④離婚後の親子の面接交渉に関する規定を設けること（766条の改正）、⑤離婚に伴う財産分与について考慮すべき事項を追加し、分与の基準とすべき寄与の程度が不明の場合には平等とすること（768条の改正）、⑥5年以上の別居を離婚原因とすること（770条の改正）。辻・前掲注44)547-548頁。
- 46) 広島地判平成3年1月28日（判例時報1375号30頁）・広島高判平成3年11月28日（判例時報1406号3頁）。
- 47) この規定については、後に最高裁判所において違憲と判断される。本件、最高裁判所判決については、三章で検討をする。
- 48) 棚村政行「実質的な平等と改革に向けて」フランシス・オルセン（著）寺尾美子（編訳）『法の性別—近代法公私二元論を超えて』176頁（東京大学出版会、2009年）。米沢広一「憲法と家族法」ジュリスト1059号6頁以下（1995）など。また、家族の問題を憲法24条の注釈の形で論じることの困難性については、安念潤司「憲法問題としての家族」ジュリスト1022号46頁以下（1993）。
- 49) 日本において家族法の問題が憲法学的観点から論じられるようになった経緯について、中山道子「公私二元論批判と日本の文脈」フランシス・オルセン（著）寺尾美子（編訳）『法の性別—近代法公私二元論を超えて』108頁以下（東京大学出版会、2009年）。
- 50) ジェンダーの見地を踏まえた公私二元論について、岡野八代「家族の新しい可能性へ—国家からの家族の開放はどこまで可能なのか？」ジェンダーと法7号51頁以下（2010）参照。
- 51) 中山・前掲注49)113頁。
- 52) 「女性の人權」という言葉は、1993年のウィーン宣言で次のように定義づけられている。18条「女性と少女の人權は、不可譲、不可欠の普遍的人權である」。わが国においては、「女性という属性をもった個人の『人としての権利』（固有の人權）」とする定義がある。辻村みよ子『女性と人權』7-8頁（日本評論社、1997）。この見解に対して、若尾典子「『女性の人權』をめぐって—ジェンダーに敏感な視点からの判例分析—」公法研究61号99頁（1999）（注②）では、「女性の人權」は「『固有の「人權」ある』ことを想起させ、強調する趣旨」にとどまるように思われる、と評している。
- 53) 最判昭和56年3月24日民集35巻2号300頁。本事例につき、春名麻季「私的団体における女性差別—女子若年定年制事件」憲法判例百選Ⅰ」28頁（2013）。
- 54) 若尾・前掲注52)108-109頁。
- 55) 若尾・同上。
- 56) 紙谷雅子「憲法の役割と家族」社会運動408号44頁（2014）。
- 57) 岡野・前掲注50)57頁。
- 58) 立石直子「家族法における家族像とその変容」法律時報77巻10号124頁（2005）。
- 59) 夫婦別氏について、2000年代前半までは「当然、夫の姓」や「現状では夫の姓」にすべきだという人が減り、「どちらでもよい」や「別姓でよい」という人が増えていた。しかし、その後は、「別姓でよい」という人が減り、「当然、夫の姓」という人が増えた。ただし、最近の5年間では、「どちらでもよい」が増えるなど、ここ10年間の国民の意見は揺れているとする調査結果もある。NHK 放送文化研究所（編）・前掲注38)41頁以下。
- 60) 1953年12月14日に出された内閣法制局の憲法改正問題に関する調査資料（要旨）によると、「旧来の家制度を廃止した憲法24条2項の規定は、日本の実情に適しないとの意見もあるのでこれを再検討する」との項目が存在していた。しかし、ここでの改憲は、幅広い女性の反対により失敗したという。杉井静子「24条改憲論と家族の現状」日本の科学者44巻11号45頁（2009）。
- 61) 法学協会編『註解日本國憲法上巻』469-470頁（有斐

- 閣、1953)。原典では、旧漢字を用いているが、引用に際し新漢字を用いた。
- (62) 宮沢俊義『法律学全集4 憲法Ⅱ』408頁(有斐閣、1963)。
- (63) 青山武憲「憲法改正問題③—『家族』と個人の尊厳—日本国憲法24条の見直しを」季刊現代警察34巻2号110頁(2008)。その他にも、憲法24条が社会生活の基礎である家族の尊重、保護の規定を欠如したものであり、「個人の尊厳」が強調される極めて個人主義的なものであること、そのため日本の伝統や法文化に合うものではない、とする見解もある。この見解によると、憲法24条を改正して、家族尊重・保護条項を規定することにより、家族法の再生が図れるという。また、森林稔「日本国憲法24条の批判的考察—かくて民法から『家族』の語がすべて削除された—」憲法研究40号128頁(2008)も同様の内容である。
- (64) 民主主義を家族のあり様に導入することについて、批判的な見解がある。それによると、「西欧諸国が民主主義を公共圏のみにとどめたのに対し、日本国憲法では、公私を貫く民主主義を要求」したという。「民法においても夫権を廃止し、妻と夫との関係性に民主主義を導入」し、「二人の話し合いに委ねた」。その話し合いのなかに、「家意識や性差別役割分担論が押し込まれていても、「個々の女と男の個人的問題にすぎないもの」とされた。ここに「民主主義のワナ」があるという。若尾・前掲注62)105頁。
- (65) 杉井静子「24条改憲論と家族の現状」日本の科学者44巻11号45頁(2009)。
- (66) 杉井・同上。
- (67) 岡野・前掲注60)59頁。ここでは、ロールズやケティの説を引用し、家族の平等の可能性について言及をする。
- (68) 中田・前掲注42)5-6頁。
- (69) 平成26年3月28日東京高判 LEX/DB25503188。(判例集未搭載)。なお本判例については、伊藤淳子「夫婦別氏をめぐる憲法学的考察—平成26年3月28日東京高裁判決を手がかりに—」法学会雑誌55巻1号247頁以下(2014)参照。
- (70) 最大判平成25年9月4日肩身集67巻6号1320頁。本判決については、高井裕之「嫡出性の有無による法廷相続分差別」『憲法判例百選Ⅰ(第6版)』62頁(2013)を参照。なお、新井信之「わが国における最高裁判所における人権保障のグローバル化の兆候—近年の婚外子裁判をめぐる—(1)」香川法学30巻3・4号99頁以下(2011)。
- (71) 芦部信喜「憲法訴訟と立法事実」『司法のあり方と人権』215頁(有斐閣、1983)。
- (72) 江橋崇「立法事実論」芦部信喜編『講座 憲法訴訟第2巻』69頁(有斐閣、1987)。
- (73) 江橋・同上76頁。
- (74) 江橋・前掲注72)76頁。芦部・前掲注70)215頁。
- (75) 最大判昭和50年4月30日民集29巻4号572頁。
- (76) 蟻川恒正「婚外子法定相続分最高裁違憲判決を読む」法学教室397号110-114頁(2013)、糠塚康江「婚外子法定相続分最高裁大法廷違憲決定」法学教室400号86頁(2014)、野坂泰司「民法900条4号ただし書き前段と憲法14条1項」ジュリスト1466号16頁(2014)、二宮周平「家族法における憲法的価値の実現—家族法改正と司法判断(1)(2)」戸籍時報726号2頁以下・728号25頁以下(2014)。伊藤純子「夫婦別氏をめぐる憲法学的考察—平成26年3月28日東京高裁判決を手がかりに—」法学会雑誌55巻1号261頁(2014)。
- (77) 伊藤・同上。
- (78) 蟻川恒正「婚外子法定相続分最高裁違憲判決を読む」法学教室397号111頁(2013)。
- (79) 米沢広一「薬局解説の距離制限—薬局事件」『ジュリスト憲法判例百選Ⅰ(第三版)』188-189頁(1994)。また、本判決に現代の見方を加え検討したのものとして、石川健治「薬局解説の距離制限」『ジュリスト判例百選Ⅰ(第六版)』205頁以下(2013)。
- (80) 広渡清吾「氏名法について—ドイツと日本の比較法史的考察」太田・中村編『民事法秩序の生成と展開』249頁(創文社、1996)。
- (81) 立石直子「婚姻に際し『氏の変更を強制されない権利』と民法750条」新・判例解説 Watch 民法(家族法) No.75(2014年8月22日掲載)。http://lex.lawlibrary.jp/commentary/pdf/z18817009-00-040751100_tkc.pdf(2015年10月12日現在)。
- (82) 二宮周平「家族法における憲法的価値の実現—家族法改正と司法判断(2)」戸籍時報728号30頁(2015)。
- (83) 戦後から1990年代後半までの憲法判例における動向を示したのものとして、拙稿「わが国における違憲立法審査制の動向の一考察—司法積極主義と消極主義の視点から—」近畿大学法学47巻2号81頁以下(1999)。
- (84) 近年の違憲審査の活性化についてその問題点も含めた議論として、宍戸常寿「最高裁と『違憲審査の活性化』」法律時報82巻4号57頁以下(2010)。
- (85) 齊藤笑美子「婚外子相続分区分と憲法関係」法律時報85巻5号44頁(2013)。
- (86) 君塚正臣「判批」民商法雑誌141巻536頁(2010)。
- (87) 戸松秀典『立法裁量論』323頁(有斐閣、1993)。
- (88) 戸松・同上。
- (89) 佐々木雅寿「最高裁判所と政治部門の対話—対話的違憲審査の理論」論究ジュリスト12号207頁(2015)。同『対話的違憲審査の理論』(三省堂、2013)。また、日本国憲法研究・座談会「対話的違憲審査」論究ジュリスト12号218頁参照(2015)。

本稿提出後、広島公法研究会にて報告の機会をいただいた。そこで先生方の多くの御教示を賜わった。他日を期して学恩に応じたいと考えている。