

婚姻家族制度における平等権違反の主張と 平等保護条項の裁判規範性

茂木 洋平

目 次

I はじめに	VI 後段列举事由の意味—後段列举事由は 考え抜かれたものなのか？—
1 本稿の目的	1 抽象的な差別の歴史
2 構成	2 後段列举事由と日本の差別の歴史
II 理念としての平等保護条項とそ こからの脱却の試み	3 合衆国の「疑わしい区分」の理論 は日本で受容できるのか？
III 相続に関する権利利益の法的性質	VII 平等権違反の主張と婚姻家族制度の在り方
IV 氏に関する自己決定権の性質	1 現行の家族モデルへの批判
1 人格権的側面	2 婚姻家族制度の構築と裁判所の 政策形成能力
2 氏の性質	VIII 実質的平等の実現と平等権—夫婦同氏 制における平等権違反の主張—
3 制度的権利	1 合憲説の考え方
V 平等権違反の主張	2 違憲説の考え方
1 婚外子法定相続分別異取扱に おける平等権違反の主張	3 社会経済的地位における男女平等の 実現
2 判例における社会的差別の評価	IX おわりに
3 抽象的な理由に基づく違憲判断	
4 婚外子への不利益の性質	

I はじめに

1 本稿の目的

日本の判例は、平等権違反の主張に対して憲法適合性審査を実質的には行わず、容易に合憲判断を下し続けてきた。日本の判例は平等保護条項を理念的なものとして理解し、裁判規範として法的意味を認めてこなかった。この状況を問題視して、日本の学説は、平等保護条項に裁判規範として法的意味を持たせる試みを行ってきた。本稿の目的は、学説がこの試みを行ってきた理由を明らかにし、この試みが妥当なのかを検討するところにある。この試みは多くの領域でなされているが、本稿では、その中でも婚内子と婚外子の

法的な別異取扱と夫婦の氏に関する問題に焦点を当てる。

2 構成

本稿では、以下のように考察をする。平等保護条項を理念的なものとして理解する判例の立場から、学説が如何に脱却を試みたのかを概観する (Ⅱ)。婚内子と婚外子の法的区別と夫婦の氏をめぐり問題とされる権利が如何なる性質かを検討する (Ⅲ・Ⅳ)。これらの問題は憲法上保障の程度が弱い権利に係わり、権利の性質の側面から司法審査の実質化を図るのが難しいことから、平等権違反の主張が展開されるため、平等権違反の主張が如何なる害悪を問題視しているのかを明らかにする (Ⅴ)。平等権違反の主張は問題とされる権利の性質ではなく、別異取扱の区別の対象に特に焦点を当てており、憲法 14 条 1 項の後段列举事由による別異取扱を特に問題視 (列举事由を用いる別異取扱の憲法適合性が問題とされた際には、厳格度の高い基準を適用すべきと主張) するが、この主張が妥当なのかを検討する (Ⅵ)。婚姻家族制度における平等権違反の主張の真の目的は何かを明らかにし、それを踏まえた上で、裁判所が婚姻家族制度の領域で平等権に裁判規範として法的意味を認めるべきかを検討する (Ⅶ)。夫婦の氏をめぐる問題での平等権違反の主張は実質的平等 (社会経済的地位における男女平等) の実現に関連しており、この点について裁判所は如何に判断すべきかを検討する (Ⅷ)。最後に、本稿の議論をまとめる (Ⅸ)。

Ⅱ 理念としての平等保護条項とそこからの脱却の試み

通説は、憲法 14 条は合理的な区別を許し、不合理な区別は禁止すると解釈する。平等保護条項は特定の事由 (人種、性別、信条、社会的身分、門地) による差別の禁止を明示しており、通説は、これらの事由を用いた別異取扱は差別を生じさせる危険が高いと理解するが、合理的な理由があれば許される (不合理なら違憲) と解釈する。合理性の有無という判断基準は非常に曖昧で¹、恣意的判断に陥る危険があり、その精緻化が課題となっていた²。平等権違反の主張について、判例は非常に緩やかな審査基準の下で、合理性の有

無について実質的な審査をせずに、合憲判断を下し続けた³。合理性の審査では事実上無審査に陥ることが危惧され⁴、裁判規範として平等保護条項は無意味だと評価された⁵。

平等権違反の主張の対象となる別異取扱が重要な権利に関わる場合には、厳しい基準の下で憲法適合性審査が実質的に行われる。例えば、投票権は重要な権利であり、特定の者にその行使が制限されているときにそれに該当する。だが、その場合は権利の重要性が配慮されたのであり、平等権違反の主張に特に意味はない（審査の厳格度の上下には影響しない）⁶。判例では、平等保護条項は理念を示したものだとして解釈されてきた。

多くの憲法学者や一定数の実務家が差別だと認識する問題（婚内子と婚外子の区別、夫婦同氏制など）が日本社会にはあるが、これらの違憲性を訴える訴訟では、憲法上の保障の程度が弱い権利（婚外子の相続に関する権利など）の侵害を主張するしかなかった。故に、問題とされる権利の性質からは審査の厳格度を高めて実質的な審査を導けず、勝訴するには、平等権違反の主張によって実質的な審査を裁判所に行わせる（平等保護条項に裁判規範として法的意味を持たせる）という方法が考えられた。

日本とは対照的に、アメリカ合衆国では、平等保護条項に裁判規範として強い法的意味が認められている。合衆国の学説では、平等保護条項が禁止する差別は、スティグマの害悪によって地位を格下げする行為だと解釈されている。人種を典型例として、「疑わしい区分」を使用する別異取扱はスティグマをもたらす危険が高く、その憲法適合性を審査する際には権利侵害がなくとも、あるいは保障の程度の低い権利が問題とされても、厳格度の高い基準が適用される⁷。厳格審査の下では、裁判所が違憲判断を下すハードルは下げられる（逆に、合憲判断を下すハードルは高まる）。日本の学説は、平等権違反の審査の実質化を求めて、合衆国の平等理論の受容に努めた⁸。

Ⅲ 相続に関する権利利益の法的性質

婚外子の法的取扱をめぐる問題は、法定相続分別異取扱（民法旧 900 条 4 号但書）を主戦場として法廷でその憲法適合性が争われた⁹。裁判所の役割は、

個別具体的な法的紛争を裁判によって解決するところにある¹⁰。訴訟を提起するには、訴えが個別具体的な権利をめぐる争いであることを示さなければならない¹¹。婚内子と婚外子の別異取扱の中で、権利侵害として訴えを構成しやすいものが法定相続分の別異取扱であった¹²。民法には、相続人の相続権を被相続人の恣意的な措置ないし処分、不公平な遺産分割から保護する仕組みが備えられていることから、婚外子法定相続分別異取扱は憲法 29 条で保障されている財産的権利の侵害としてその憲法適合性が審査されなければならないと主張される¹³。

財産権侵害に係わる事例では、立法府の判断への敬讓が存在し、緩やかな基準の下で審査が行われる¹⁴。実際に、法定相続分別異取扱に関して、最高裁は相続制度に関する立法裁量を広く認め¹⁵、厳格度の低い基準の下で審査を行ってきた¹⁶。

相続制度を構築する際には多様な利害を調整する必要がある、政策形成機関に認められる裁量の幅は広い¹⁷。相続権は財産権ではあるが、生存配偶者をはじめとする被相続人の生活の観点から考えなくてはならない¹⁸。また、相続制度自体が偶然的で、構造的格差の根源であり平等に反するとも考えられ¹⁹、実体的な憲法上の権利侵害として構成するのは難しく²⁰、相続権が憲法上保障されるとしても、その程度は低い²¹。故に、相続権侵害を主張するだけでは、政策形成機関の裁量が広く認められて、厳格度の低い基準の下で審査が行われる。

Ⅳ 氏に関する自己決定権の性質

1 人格権的側面

夫婦同氏制（民法 750 条）の下では、法律婚に際して、夫婦はどちらの氏を称するのかを話し合いで決定する必要がある。制度上、法律婚に際しては、どちらか一方の配偶者がそれまで称してきた氏を名乗れなくなる（呼称上の氏が変更される）。

夫婦同氏制の憲法適合性について論じる多くの論稿は、違憲説である。これらの論稿では、氏は個人の人格の象徴であるという理解に基づき²²、法律

婚の際に氏の変更を強制することは人格の本質に関わり²³、人格権を侵害すると主張される²⁴。夫婦同氏制の問題の核心は、強制的に氏を変更させられることで、人格権が侵害されるところにあると理解されている²⁵。

法律婚をする前、人は生来の氏名をもって社会活動に参加して社会での関係性を構築しており²⁶、氏名による社会活動を通じて社会的評価を獲得し²⁷、それが人格形成の基盤になるとされる²⁸。氏を通じた社会活動により獲得した社会的評価に基づいてアイデンティティが構築されており²⁹、氏には人格的価値がある³⁰。氏の変更によってその社会的評価が喪失する場合には、人格形成の基盤を崩される³¹。氏は個人の存在それ自体を表象するものとして人格と結びつくことから³²、どの氏を名乗るのかの判断は人格格的生存に不可欠だと主張される³³。

2 氏の性質

氏の人格的側面を重視すると、氏は個人の所有物（純粋な個人の呼称）であり、氏の決定変更は自己決定に委ねるべきとの考えに至る³⁴。現行法の下では氏には夫婦親子は原則として同氏でなければならないという制約があり、氏は個人の呼称であるとともに、所属団体（戸籍の編製単位である近代小家族）の公示機能を持つ³⁵。現行戸籍制度に支えられて、個人の呼称であるとともに、氏は家族の呼称であるという意識が浸透しており³⁶、その性質は複合的（個人及び家族の呼称）である³⁷。

氏の身分公示機能は社会生活で重要な役割を果たしており、氏の在り方はその者の識別特定のために氏を用いる第三者の利害を考慮しなければならない³⁸。氏名により相手方の身分を確認して民事取引の法的安定が図られ、社会的安定に寄与する³⁹。個人の氏の在り方は、第三者と社会の安定に大きな影響を及ぼす⁴⁰。国家は国民把握のために氏名によって個人を識別し特定する制度を構築する⁴¹。国家には福祉行政などの任務を果たすために氏名による国民の識別が必要であり⁴²、その手段として氏を用いる⁴³。

氏に関する判断が他者に影響を及ぼさないならば、純粋な個人の所有物として扱えるが、現実にはそうではない。氏に人格権的側面が認められるとしても、氏に関する自己決定権は様々な制約を受ける。

3 制度的権利

氏はアイデンティティの確立に重要であり、事例によっては、最高裁も氏名について私人間において「氏名を正確に呼称される利益」や「氏名を他人に冒用されない権利利益」を認めており⁴⁴、これを参照し、氏には憲法上保障される人格的利益が認められる旨の主張もされている⁴⁵。だが、当該判決で人格的利益が認められたのは、氏名を誤って呼称されること等によって、誤って氏名を呼称された個人が他の私人から識別特定されるのが困難になる点であり、氏に関する国家の法制度の当否は問われていない⁴⁶。

最大判平成 27 年 12 月 16 日民集 69 卷 8 号 2586 頁は、氏に人格的利益の側面があることを認めるが、その内容は「憲法上一義的に捉えられるべきものではなく、憲法の趣旨を踏まえつつ定められる法制度をまっとう具体的に捉えられるもの」と解釈し、合憲判決を下した。同判決は（如何なる氏を名乗るのかに関連する）「婚姻をするについての自由」について「憲法 24 条 1 項の規定の趣旨に照らし、十分尊重に値する」として端的な保障と比べて一段階下の保障として捉え、「婚姻をするについての自由」が具体的な制度構築を国家の合理的な立法裁量に委ねる「制度的権利」だと位置づけている。そして同判決は⁴⁷、法制度を前提として内容が定まる権利について、内容形成に関する立法者の裁量を広く認める⁴⁸。法律婚に際しての氏の権利は戸籍といった国家の制度を前提としており、その枠内で認められる制度的自由としての性格を有しており、権利の性質として立法裁量の影響が強く⁴⁹、合憲的な制約を受けやすい⁵⁰。

V 平等権違反の主張

1 婚外子法定相続分別異取扱における平等権違反の主張

婚外子法定相続分別異取扱の事例では、その憲法適合性審査を実質化するために、平等権違反（婚外子への社会的差別の助長）の主張が展開された。当該別異取扱は、婚外子は婚内子と比べて保護の程度が低くともよいという観念を生じさせ、それが社会的差別を助長する⁵¹。当該別異取扱により生じた婚外子への社会的差別の助長は個人のアイデンティティを大きく侵害し⁵²、

「国家により差別を助長されない権利」が侵害されるといった考えが示された⁵³。婚外子法定相続分別異取扱の憲法適合性が問題とされた事例では、違憲と判断した各意見の論拠は、法定相続分別異取扱によって婚外子への社会的差別が助長されるところに求められた⁵⁴。

2 判例における社会的差別の評価

最大決平成7年7月5日の反対意見は、憲法14条1項の趣旨は「個人の尊厳という民主主義の基本的理念に照らして、これに反するような差別的取扱」の排除にあり、婚外子法定相続分別異取扱は財産的利益の問題に適用される合理性の基準と比べて、厳格度の高い基準の下でその合憲性を審査すべきとした⁵⁵。同反対意見は、法定相続分別異取扱は生まれを理由に婚外子を法律上差別していることから違憲であり、婚内子と比べて婚外子を劣るものとする観念が社会に受容される余地をつくる一因となっている旨を判示する。同反対意見は違憲判断をする際に、婚外子法定相続分別異取扱がもたらす象徴的意味における不利益（社会的差別の助長）を視野に入れ⁵⁶、不変の特性（生まれ）によって婚外子に不利益を課すことは個人の尊厳に反して許されないという立場を採る⁵⁷。

同決定の後、最大決平成25年9月4日に至るまで、当該別異取扱について最高裁では合憲判断が下されていくが、その意見の中では、婚外子への差別意識を生じさせる危険があることが違憲論の1つの根拠として主張され続けた⁵⁸。憲法適合性判断に際して、社会的差別を助長されないことに利益を認める（平等保護条項に裁判規範として法的意味を認める）意見は最高裁では多数を占めず、判例はこの利益を認めなかった⁵⁹。

最大決平成25年9月4日は婚外子法定相続分別異取扱に違憲判断を下し、その際に、婚外子への差別の助長を理由にした⁶⁰。同決定は、当該別異取扱が婚外子に対して相続財産の一定の取り分に不利益を生じさせているとして、有形の不利益（財産権に関する不利益）を指摘する。他方で、同決定は個人の尊厳の理念を強調し、婚外子法定相続分別異取扱の存在自体が婚外子に対する差別意識を生じさせる可能性を指摘する。すなわち、当該別異取扱が婚外子への差別を助長してもよいとする差別的なメッセージを送っているという無形の不利益を指摘する⁶¹。

同決定は法定相続分別異取扱が発する差別的メッセージを読み取ることで⁶²、婚外子への差別的メッセージの発信は婚外子のアイデンティティの確立に大きな影響を及ぼし、個人の尊重の観点から問題視したと指摘される⁶³。同決定に対しては、有形的な害悪（財産権の侵害）だけに着目すると違憲判断を下せない難問を、スティグマを問題視することで解決した（違憲判断を下した）として、多くの学説で肯定的に評価されている⁶⁴。

3 抽象的な理由に基づく違憲判断

最大決平成 25 年 9 月 4 日は「個人の尊重」という抽象的原理を違憲判断の決め手としており、本来であればそれは慎むべきだが、婚外子法定相続分別異取扱の問題の本質は単に経済的利益の問題ではなく、スティグマによる地位の格下げにあることから、適切だと評価されている⁶⁵。多くの学説では婚外子法定相続分別異取扱はスティグマによる地位の格下げを生じさせるという理解が示されており⁶⁶、平等保護条項を解釈する際には、スティグマによる地位の格下げを禁止するという視点が不可欠であるとの解釈が展開されている⁶⁷。

学説は婚外子に対するスティグマによる地位の格下げについて違憲判断の重要な要素として是認するが、地位の格下げとは具体的に如何なるものなのか。最大決平成 7 年 7 月 5 日の反対意見や追加反対意見では、地位の格下げと、その具体的な顕在化としての諸々の権利益に関する不利益な取扱いが取り上げられていると指摘される⁶⁸。同決定の反対意見は、法定相続分別異取扱は、婚内子と比べて婚外子を劣るものとする観念が受容される余地をつくる重要な原因となっていると示す。同決定の追加反対意見は、法律婚が制度として存在することで、婚外子が「日蔭者とみなされ白眼視」されていること、「現実に就学、就職や結婚などで許し難い差別的取扱を受けている」ことを差別の具体例として挙げる。これらの差別などを受けることで、婚外子は人格形成に悪影響を及ぼされる旨を示している。学説でも、婚外子への社会的差別の具体例として示されるのは、判例と同じく結婚や就職の場面での不利益である⁶⁹。

4 婚外子への不利益の性質

生まれが原因で様々な場面で不利益を被るのは不幸であり、憲法の趣旨に沿わない。だが、婚姻や就職などの場面で親が原因で不利益を被ること（親が反社会勢力に所属していること、住宅について親子ローンが組まれていることなど）は数限りなくあり、親が婚姻関係になかったこともその1つにすぎない。

世間から白眼視されることや、劣った者として見做されて人格形成に悪影響が及ぶという主張は、客観的な権利侵害ではない。主観的な害悪の主張を憲法上の権利侵害として裁判所に認めてもらうために、婚内子と婚外子の区別が生じさせる婚外子に対するスティグマ（劣等視）が地位の格下げを引き起こすとして、平等権違反が主張される。

この主張は、合衆国の平等理論（平等保護条項はスティグマによる地位の格下げを禁止する）に依拠する。合衆国において、権利侵害がなくとも、ある特定の別異取扱が地位の格下げを引き起こすとして問題視されるのは、憲法上の権利の享受の否定、その行使を妨害する行為の容認など、客観的な実害を生じさせる危険が非常に高いところにある⁷⁰。合衆国で劣った存在であることは、憲法上の様々な権利について実害を被る危険が高いことを意味し、主観の問題ではない。地位の格下げによって婚外子に対して生じていると主張される害悪は、合衆国で問題視されている地位の格下げにより生じる害悪とは比べ物にならないほどに軽微である。婚外子の問題について合衆国の平等理論を援用して、平等保護条項に法的な意味を持たせようとする主張には、説得力がない。

Ⅵ 後段列举事由の意味—後段列举事由は考え抜かれたもののなのか？—

1 抽象的な差別の歴史

憲法14条は、不合理な差別を許さないという意味で平等権を保障すると解釈される⁷¹。同条1項の後段列举事由に基づく別異取扱は個人の尊厳の原理⁷²と民主主義の理念に反しており⁷³、原則として憲法上禁止される不合理な差別だと理解される⁷⁴。

学説は、後段列举事由に基づく別異取扱について、不合理な差別の典型例であり⁷⁵、憲法は基本的にそれを忌避すると理解する⁷⁶。その理由について、学説は、後段列举事由は人類の歴史の中で差別の理由とされてきたこと⁷⁷、人類の歴史上特に排斥されるべきと認められること⁷⁸、歴史上の体験に照らして代表的な差別事由であること⁷⁹、特定の属性への偏見、固定観念、差別意識から意識的あるいは無意識的に差別が行われる危険の高い事由を列举したものであること⁸⁰などと説明する。そして、後段列举事由に基づく別異取扱は悲惨な差別⁸¹や生まれにより生じる社会的汚名の代表であり⁸²、歴史的経験から許されない差別だとされる⁸³。

有力な論者によって、後段列举事由に基づく別異取扱は合理性の有無を問うことなく、憲法違反とする「絶対的平等説」も主張された⁸⁴。後段列举事由に基づく別異取扱は恣意的で専断的な判断に陥ることが人類の多年の経験を通じて明らかにされていることを理由に、この学説に賛同する見解もある⁸⁵。しかし、日本にはある特定事由の使用禁止が平等の実現に有用であった歴史がなく、絶対的平等説に賛同する学説はほとんど現れず、この説は消えた。

2 後段列举事由と日本の差別の歴史

後段列举事由に基づく別異取扱を危険視する理由として、日本の学説は差別の歴史に言及している。だが、そこで言及されるのは差別に関する「日本の歴史」ではなく「人類の歴史」である。例えば、後段列举事由である「人種」は合衆国をはじめとする多くの国では非常に深刻な差別の歴史があるが、人種に関して日本にはそれと比肩する差別の歴史がない。憲法学の多くの教科書では、人種区分を使用する別異取扱の憲法適合性が問題とされた際には、厳格審査が適用されるべきと説明される。だが、日本には合衆国などに比肩するほどの人種差別の歴史がないことが多くの論稿で認識されている⁸⁶。

日本国憲法の成立の経緯として、差別に関する日本の歴史を熟知していない合衆国の関与が非常に強いことから、平等保護条項で禁止が明示される事由について、差別の関する日本の歴史は熟慮されていない⁸⁷。故に、日本の差別の歴史とは関係のない事由が、憲法上禁止される差別として明示されることは、憲法の成立の経緯を考えると当然である。後段列举事由の危険性に

について学説が説明するとき、人類の差別の歴史という抽象的で理念的な説明をせざるを得ない。

学説では、差別を生じさせる危険が高い事由は後段列举事由に限定されないと理解されている⁸⁸。その理由として、列举事由以外にも差別の理由となる事由は現実に存在し、時代に応じて新たな差別事由が生み出される可能性があり、憲法はそれに対応する必要があることが挙げられている⁸⁹。この理解の背景には、日本の差別の歴史を熟慮した上で、憲法が後段列举事由による差別の禁止を明示しているわけではないことへの十分な認識があったと思われる。

3 合衆国の「疑わしい区分」の理論は日本で受容できるのか？

学説は、平等保護条項に裁判規範として法的意味を持たせるために、後段列举事由を用いる別異取扱の憲法適合性が問題とされた際には、厳格度の高い審査基準が適用されるという見解（特別意味説）を展開する。特別意味説はもはや通説だと説明すべきとも指摘される⁹⁰。

特別意味説は合衆国の「疑わしい区分」の理論に依拠する⁹¹。合衆国では、平等保護条項はスティグマによる地位の格下げを禁止すると解釈されている。合衆国の判例では、憲法上保護の程度の高い権利利益と無関係でも、「疑わしい区分」（典型例として人種）を用いる別異取扱はスティグマによる地位の格下げ（憲法上禁止される差別）を生じさせる危険が高く、その憲法適合性の審査には厳格度の高い基準が適用される。日本の学説は合衆国の「疑わしい区分」と同様に、後段列举事由を用いる別異取扱は、憲法上禁止される差別（スティグマによる地位の格下げ）を生じさせる危険が高く、問題となる権利とは無関係に、憲法適合性の審査に際して厳格度の高い基準が適用されると主張する⁹²。

特別意味説を主張する際に、日本における「疑わしい区分」について差別に関する人類の歴史を語るだけでは、根拠として非常に薄弱である。合衆国で人種が「疑わしい区分」の代表例とされる理由は、人種差別に関する人類の歴史という抽象的なものではなく、合衆国における個別具体的な人種差別の歴史とそれに伴う権利侵害にある。日本でも、後段列举事由に基づく別異取扱が歴史的に不合理な差別だとするためには、具体的な説明が必要であ

る⁹³。学説はこの点を意識して、後段列举事由が差別（スティグマによる地位の格下げ）を生じさせる危険が高いという主張は日本の歴史的経験に基づいており⁹⁴、合衆国と同様に日本でも深刻な差別（別異取扱による特定のグループへの地位の格下げ）があると示している⁹⁵。スティグマによる地位の格下げは被差別者を社会的に排除し⁹⁶、包括的な権利利益の侵害に繋がり⁹⁷、深刻な害悪をもたらすと理解されている⁹⁸。

だが、この具体例として挙げられる婚外子については、人格形成に悪影響を及ぼすなどの主観的な害悪が生じている旨が指摘されているにすぎず、有形の権利侵害と結びつけられていない。日本の学説は有形の権利侵害がなく、憲法上の権利利益として構成できない問題を救済するために、無形の害悪（スティグマによる精神的被害）に意味があると捉えている。確かに、合衆国でも、劣等性の感情を抱くなど、スティグマは主観的な害悪として語られる。だが、それは、特定のグループへの権利侵害という客観的な実害が伴っているからこそ、主観的な害悪が意味を持つようになっている。特別意味説が合衆国の「疑わしい区分」の理論に依拠するならば、スティグマによる地位の格下げが有形の権利侵害の危険と密接に結びつくことを論証する必要がある。

Ⅶ 平等権違反の主張と婚姻家族制度の在り方

1 現行の家族モデルへの批判

日本社会では、正統なかたちの家族から外れているという社会意識から、婚外子は様々な場面で不利益を被る可能性がある⁹⁹。出生子に占める婚外子の割合が非常に低いことは、婚外子に対して様々な不利益が及ぼされることへの危惧があるためである。正統な家族とは、戸籍の変遷単位（法律婚夫婦とその未婚の子ども）を基礎にしている¹⁰⁰。婚内子と婚外子の別異取扱自体を平等権違反だとする主張には、正統な家族という概念をなくすべきという考え（戸籍制度への批判）が含まれている¹⁰¹。両者の区別自体を平等権違反とすることは、戸籍の編製単位に基づく家族モデルを転換させる。

夫婦同氏制（民法 750 条）を問題視する際にも、平等権違反の主張が展開

されている。夫婦同氏制には、同じ氏を称する法律婚夫婦が正統な夫婦であり、事実婚夫婦などはそこから外れているという考えが含まれている。正統な夫婦以外の男女関係から生れた子ども（婚外子）は正統な家族から外れる。故に、民法 750 条は正統な家族から外れた者への差別を助長すると主張される。民法 750 条に対する平等権違反の主張には、家族の在り方に関する考え（現行の家族モデルとその基礎である戸籍制度への批判）が含まれている。

2 婚姻家族制度の構築と裁判所の政策形成能力

現行の様々な法制度は現行の家族モデルに基づいて構築されており、婚外子や夫婦の氏の問題に平等権違反を認めて家族モデルが転換されると、既存の法制度が大きく変わり、さらには宗教観や性的倫理観も変化する¹⁰²。一例を挙げると、既存の法制度の下では、法律婚夫婦の一方配偶者が不貞行為をした場合に、不貞の相手方には不法行為が認められ、他方配偶者は不貞の相手方に慰謝料請求ができる。これは、法律婚には特権的な地位が認められるからであり¹⁰³、不貞は不道德であるという考えが確立しているためである。法律婚に特権的地位があるからこそ、婚内子と婚外子は法的に区別される。両者の区別をなくすと、他の人的結合関係（事実婚夫婦など）と比べて法律婚に特権的地位は認められなくなり、誰と性交渉をするのかという自己決定は最大限に尊重される¹⁰⁴。

日本における平等権違反の主張は、婚姻家族制度の在り方（如何なる形態の家族をモデルとするのか）と深く関わる。婚姻家族制度はすべての国民の生活に大きな影響を及ぼし、非常に複雑な利害が交錯している。裁判は社会に存在する複雑で多様な利害関係が原告と被告の主張に収斂されることから、利害調整の場には向いていない¹⁰⁵。立法府や行政機関と比べて、裁判所は予算や人員などの面でも政策形成能力は限られている¹⁰⁶。故に、裁判所には、裁判制度及び組織的限界の面から、婚姻家族制度の在り方を判断する能力はない。

最高裁自身がそれを自覚しているからこそ、最大決平成 25 年 9 月 4 日でも、婚内子と婚外子の区別自体は問題ないと判断している¹⁰⁷。また、民法 750 条についても、最大判平成 27 年 12 月 16 日は、氏の制度をどのように構築するのかは立法府の裁量に委ねられているという立場から合憲判決を下

し、その後も最高裁はこの立場を堅持している¹⁰⁸。

VIII 実質的平等の実現と平等権—夫婦同氏制における平等権違反の主張—

夫婦同氏制によって性別役割分業意識がつくられるために、女性の社会経済的地位は低く抑えられる¹⁰⁹。女性の社会経済的地位が低く抑えられるために、夫の氏を称すべきとする社会意識が浸透し、婚姻の際に氏を選択する機会は形骸化する。氏の選択の際に、女性に対して「機会の平等」を実質的に保障するためには、性別役割分業意識を払しょくし、男女間の社会経済的な力関係の差を是正する必要がある。夫婦同氏制を平等権に違反すると捉える見解には、社会経済的地位の点での男女平等の実現という考えが含まれている。

一見すると、社会経済的な地位における男女平等の実現には反論の余地がなく、憲法の要請する普遍的な価値にも思える。だが、実際には、社会経済的な地位における男女平等を含めて、実質的平等の実現をめぐっては多様な利害が交錯している。性別役割分業意識に基づいて様々な制度構築がなされ、それらが性中立的であっても、女性の社会経済的地位を低く抑える結果をもたらすことが多々ある。

例えば、法律婚夫婦について、一定の収入に満たない配偶者を持つ者は、税制度や社会保障制度などにおいて様々な恩恵を受けている。これらの制度から恩恵を受けるために、補助的な労働に従事して収入を抑える（あるいは、働かない）選択をする女性も多くいる。社会経済的な男女平等の実現を求める見解では、この選択へと誘導する制度自体が差別的であり、女性の地位を格下げすると主張されることになる¹¹⁰。この主張に基づいて社会経済的な男女平等を実現しようとする、性別に関わりなく、誰もが働きに出る（出ざるを得ない）方向に誘導する制度が構築される。社会には、この方向での制度構築を望まない者が男女ともに一定数いる。

権利の行使が否定されているなど「形式的平等」に係る問題については、裁判所は違憲判断を下しやすい。実質的平等（社会経済的地位における男女平等）の実現をめぐっては、複雑な利害が交錯している。性差別のない状態が如何なるものであるのかについては、多様な理解の仕方がある。裁判の制

度としての性質や裁判所の能力の問題から、裁判所は複雑な利害関係を調整する能力を持ちあわせていない。故に、様々な利害が交錯し、憲法上一義的な明確な解釈が導き出せない問題（社会経済的地位における男女平等）について、裁判所は平等保護条項に違反するという判断を下せない。

IX おわりに

判例は平等保護条項を理念的なものと理解し、裁判規範として法的意味を認めてこなかったことから、平等権違反について実質的な審査が行われなかった。学説は平等権審査の実質化を目指して、平等保護条項に裁判規範として法的意味を持たせようとしてきた（Ⅱ）。学説は日本には深刻な差別が存在し、婚内子と婚外子の法的別異取扱や夫婦の氏に関する問題を解決すべき具体例として考えていた（Ⅶ）。これらの事例で問題とされる権利利益は憲法上保護される程度が低く、裁判では容易に合憲判断が下されてきた（ⅢⅣ）。

これらの事例で憲法適合性審査を実質化するために、学説は平等権違反の主張に着目した。婚外子法定相続分別異取扱をめぐることは、当該別異取扱が婚外子への社会的差別を助長し、婚外子の地位が格下げされるという主張が展開された。最大決平成 25 年 9 月 4 日は当該別異取扱に違憲判断を下す際に、婚外子への社会的差別が存在することを考慮して、審査の厳格度を高めた。ただし、当該決定は婚外子と婚内子の区別自体は否定せず、区別的手段として財産に関して不利益を及ぼすことが行き過ぎだと判断したにすぎない（Ⅶ 2）。当該判決の違憲判断は相続に関する権利という憲法上の財産的利益の侵害があることを前提としており、平等権違反の主張だけでは違憲判断を導けない。とはいえ、平等保護条項に裁判規範としての法的意味を持たせるという学説の試みは一定程度実現された（Ⅴ 2）。

婚外子への社会的差別による地位の格下げを問題視する見解は、合衆国の平等理論に依拠する。合衆国では、スティグマによる地位の格下げを生じさせる典型例は人種区分を用いる別異取扱である。合衆国では、憲法上の権利と無関係でも、人種区分を用いる別異取扱は憲法上の権利侵害の危険と密接に結びついていることから、スティグマによる地位の格下げを生じさせる危

険が高いと理解されている。これに対し、婚外子への社会的差別として主張されるのは、主観的で抽象的なものであり、憲法上の権利侵害の危険とは結びついていない。故に、合衆国の平等理論を参照して、婚外子への地位の格下げが生じていると主張することに説得力はない (VI 3)。

平等保護条項に裁判規範としての法的意味を持たせる試みとして、特別意味説が展開された。合衆国の「疑わしい区分」の理論を参照し、後段列举事由を差別を生じさせる危険が高い「疑わしい区分」だと理解する。合衆国で「疑わしい区分」の理論が確立した背景には、たとえ憲法上の権利に抵触しなくとも、人種など一定の区分を使用する別異取扱によって、憲法上の権利侵害を引き起こす危険が高い歴史が存在したところにある (VI 3)。日本の学説では、後段列举事由を「疑わしい区分」だと説明する際に、差別に関する日本の歴史ではなく、人類の歴史という抽象的な理由が語られるにすぎない (VI 1, 2)。合衆国の「疑わしい区分」の理論に依拠し、後段列举事由を「疑わしい区分」だとして、平等保護条項に裁判規範として法的意味を持たせるには、合衆国において「疑わしい区分」の理論を確立した背景 (人種区分が憲法上の権利利益の侵害と密接に結びつく危険があること) に類似する状況が日本にもあることを、具体的に論証する必要がある (VI 3)。

日本の学説が合衆国の平等理論に依拠して平等保護条項に裁判規範として法的意味を持たせようとした理由はどこにあるのか。婚外子や夫婦の氏に関する問題にみるように、婚姻家族制度の領域で展開された平等権違反の主張には、戸籍制度などの婚姻家族制度の中核を如何に構築するのかという家族の在り方に関する見解が含意されている。家族の在り方に関する問題は多様な利害が交錯しており、本来的に、政治的判断に委ねられる。だが、婚外子や夫婦の氏に関する問題は、戸籍制度や天皇制への批判も含意しており、政治的対立が非常に激しく、婚内子と婚外子の法的区別をなくすこと (法律婚の特権的地位を認めないこと) や選択的夫婦別氏制度の導入は政治的に実現するのが非常に難しい。

裁判の場でも、問題とされる権利が憲法上保障される程度が低いことから、違憲判断を得るのは難しい。故に、これらの問題を平等権違反の問題として構成して、裁判を目的達成 (婚姻家族制度の再構築) の手段として利用しようという考えが生じた。婚姻家族制度の領域では、その本来の目的が婚姻家

族制度の制度改革にあることから、本来であれば裁判において平等権違反の問題として構成できない事象について、無理をして差別だと主張したと考えられる。合衆国で平等保護条項が禁止する差別と比べて、著しく軽微な事象が平等権違反だと主張されたのは、政策目的（婚姻家族制度の改変）を達成するために無理を重ねた結果ではないかと思われる。

もっとも、政策形成過程の場において、婚外子への社会的差別をなくす方向で法制度構築をすることが平等権の趣旨に適うと主張することや、平等の理念の実現のために社会経済的地位における男女平等を達成することが望ましいという解釈を展開することは何ら問題ない。だが、裁判の場において、合衆国の平等理論に依拠して、合衆国の人種問題と較べて著しく軽微な害悪について、スティグマによる地位の格下げとして平等権違反だと解釈するのは無理がある。また、裁判制度の性質や裁判所の政策形成能力を考えると、多様で複雑な利害が交錯する婚姻家族制度の中核に関わる制度構築や、実質的平等の実現に関わる問題について、裁判所が平等保護条項に裁判規範として法的意味を認めて、平等権違反の判断を下すことはできない。

(Endnotes)

- 1 小林直樹『憲法講義 上 [新版]』（東京大学出版会，1980）346 頁。
- 2 横田耕一「法の下の平等と最高裁」法律時報 59 卷 9 号（1987）6 頁，7 頁。
- 3 木村草太「法の下の平等」南野森編『憲法学の世界』（日本評論社，2013）177 頁，187 頁参照。
- 4 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）229 頁，230 頁参照。
- 5 君塚正臣「非嫡出子の憲法学」阪大法学 44 卷 2・3 号（1994）263 頁，264-65 頁。
- 6 問題とされる権利の性質に焦点を当てるべきであり、平等保護条項には裁判規範として法的意味はほとんどないとする代表的な見解として、奥平康弘『『基本的人権』における『差別』と『基本的人権』の『制限』』名古屋大学法政論集 109 号（1986）245 頁。
- 7 拙著『アフターマティブ・アクションの正当化と批判の憲法理論』（尚学社，2022）76 頁以下。
- 8 石川健治「国籍法違憲大法院判決をめぐって」法学教室 344 号（2009）40 頁，41 頁。
- 9 釜田泰介「嫡出・非嫡出子区分の憲法適合性」同志社法学 57 卷 3 号（2005）1

頁, 16 頁。

- 10 宮崎良夫『『司法権の限界』論についての一考察』社会科学研究 33 巻 6 号 (1982) 1 頁, 13 頁。
- 11 田中成明『裁判をめぐる法と政治』(有斐閣, 1979) 157 頁。
- 12 二宮周平「婚外子の相続分差別は許されるのか (3) —相続分差別規定の違憲性 (その一)—」戸籍時報 618 号 (2007) 10 頁, 20 頁。
- 13 二宮前掲 (12) 13 頁。
- 14 常本照樹「国籍法違憲判決」論究ジュリスト 1 号 (2012) 100 頁, 102 頁; 大石和彦「平等分野における違憲審査手順について」筑波ロー・ジャーナル 21 号 (2016) 1 頁, 10 頁。
- 15 西口 元「相続権・相続分」判例タイムズ 996 号 (1999) 90 頁, 93 頁; 吉田仁美「非嫡出子相続格差と平等原則」ジュリスト 1269 号 (2004) 15 頁。
- 16 内野正幸「婚外子相続分差別と法の下の平等」樋口陽一・野中俊彦編『憲法の基本判例』(有斐閣, 1996) 51 頁, 53 頁; 佐藤幸治・土井真一編『判例講義 憲法 I 基本的人権』(悠々社, 2010) 44 頁, 45 頁 (高井裕之)。
- 17 野山 宏「判批」ジュリスト 1079 号 (1995) 53 頁, 56 頁。
- 18 水野紀子「子どもの平等権」家族<社会と法> 10 号 (1994) 155 頁, 169-70 頁。
- 19 長谷部恭男『憲法 [第 8 版]』(新世社, 2022) 185 頁参照。
- 20 卷美矢紀「平等と自由」全国憲法研究会編『日本国憲法の継承と発展』(三省堂, 2015) 368 頁, 377 頁。
- 21 水野前掲 (18) 158-59 頁参照。
- 22 井上亜紀「氏名の変更を強制されない自由」佐賀大学経済論集 51 巻 4 号 (2019) 91 頁, 106-07 頁。
- 23 辻村みよ子『憲法と家族』(日本加除出版, 2016) 277 頁。
- 24 辻村みよ子「女性の権利と『平等』」法律時報 65 巻 3 号 (1993) 80 頁, 84 頁。
- 25 後藤安子「夫婦別氏選択制の導入をめざして」法学セミナー 460 号 (1993) 34 頁, 36 頁。
- 26 池田しげ子「夫婦別氏について」自由と正義 37 巻 5 号 (1987) 30 頁。
- 27 鹿野菜穂子「日本民法 (家族法) と女性の権利」人権と部落問題 885 号 (2016) 43 頁, 46 頁。
- 28 五十嵐清『人格権法概説』(有斐閣, 2003) 152 頁以下
- 29 金城清子「氏と戸籍」自由と正義 35 巻 6 号 (1984) 33 頁, 35 頁参照。
- 30 斎藤美沙「判批」法学研究論集 45 号 (2016) 1 頁, 9-10 頁。
- 31 鮎京真知子「夫婦別姓について」ジュリスト 948 号 (1990) 237 頁; 二宮周平「改姓の強制は人格権の侵害」人権と部落問題 918 号 (2018) 30 頁, 31 頁。
- 32 犬伏由子「夫婦別姓」民商法雑誌 111 巻 4・5 号 (1995) 573 頁, 580 頁。
- 33 二宮周平「家族法と憲法」憲法研究 4 号 (2019) 151 頁, 155 頁。

- 34 二宮周平「判批」判例タイムズ 855 号（1994） 51 頁, 54 頁参照。
- 35 平賀健太「戸籍制度について」全国連合戸籍事務協議会編『身分法と戸籍—戸籍制度八十周年記念論文集』（帝国判例法規出版社, 1953） 297 頁, 307 頁参照。
- 36 二宮周平「夫婦別姓」ジュリスト 1336 号（2007） 10 頁, 17 頁。
- 37 木幡文徳「選択的夫婦別氏論の隘路」専修大学法学研究所所報 42 号（2010） 28 頁, 30 頁参照。
- 38 畑 佳秀「判解」法曹時報 68 巻 12 号（2016） 3193 頁, 3227 頁。
- 39 和田幹彦『家制度の廃止』（信山社, 2010） 412 頁。
- 40 木村三男「夫婦同氏・別氏選択制と戸籍制度をめぐる若干の問題についての一管見」戸籍時報編集部編『婚姻法の見直しと戸籍制度』（日本加除出版, 1994） 81 頁, 82 頁。
- 41 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」太田和行・中村哲也編『民事法秩序の生成と展開』（創文社, 1996） 233 頁, 242 頁参照。
- 42 水野紀子「夫婦の氏」戸籍時報 428 号（1993） 6 頁, 8 頁。
- 43 犬伏由子「選択的夫婦別氏（別姓）制度導入の意味」二宮周平・犬伏由子編『現代家族法講座 2 婚姻と離婚』（日本評論社, 2020） 59 頁, 62 頁。
- 44 最三小判昭和 63 年 2 月 16 日民集 42 巻 2 号 27 頁。
- 45 二宮周平・山田 徹「氏名・戸籍・国籍と子の権利」二宮周平・棚村政行編『現代家族法講座 1 個人、国家と家族』（日本評論社, 2020） 253 頁, 256 頁。
- 46 石崎 学「判批」『新・判例解説 watch 18』（有斐閣, 2016） 31 頁, 34 頁。
- 47 佐々木雅寿「民法 733 条および民法 750 条の合憲性」月報司法書士 532 号（2016） 75 頁, 76 頁。
- 48 高橋和之編『新・判例ハンドブック [第 2 版]』（日本評論社, 2018） 66 頁（林知更）。
- 49 伊藤 健「判批」法学論叢 183 巻 3 号（2018） 97 頁, 106 頁。
- 50 内野正幸「夫婦別姓をめぐる憲法問題」法学セミナー 441 号（1991） 20 頁, 22 頁。
- 51 高井裕之「結婚の自由」ジュリスト 1037 号（1994） 177 頁, 178 頁。
- 52 田中佑佳「判批」阪大法学 64 巻 2 号（2014） 233 頁, 244 頁。
- 53 木村草太「非嫡出子相続分違憲決定はどう読まれるべきか？」国際人権 26 号（2015） 65 頁, 71 頁 注 13。
- 54 木村草太「民法 900 条 4 号ただし書前段と平等原則」ジュリスト 1440 号（2012） 16 頁, 17 頁。
- 55 近藤 敦「判批」法学セミナー 595 号（2004） 118 頁。
- 56 憲法判例研究会編『判例プラクティス 憲法 [増補版]』（信山社, 2014） 67 頁。
- 57 安念潤司「家族の『変容』と憲法」憲法問題 7 号（三省堂, 1996） 38 頁。
- 58 西希代子「婚外子相続分違憲決定」法学教室 403 号（2014） 52 頁, 58 頁。
- 59 渡辺康行「平等原則のドグマティック—判例法理の分析と再構築の可能性—」立教法学 82 号（2011） 1 頁, 51 頁。

- 60 安西文雄「憲法 14 条 1 項後段の意義」論究ジュリスト 13 号 (2015) 71 頁。
- 61 浅田訓永「嫡出でない子の法定相続分區別の違憲決定をめぐる」中部学院大学・中部学院大学短期大学部研究紀要 16 号 (2015) 31 頁, 36 頁。
- 62 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) 81 頁, 95-96 頁。
- 63 田中佑佳「判批」阪大法学 64 卷 2 号 (2014) 233 頁, 243 頁。
- 64 斉藤一久「判批」季刊教育法 181 号 (2014) 114 頁, 118 頁等参照。
- 65 卷前掲 (20) 372-73 頁。
- 66 中曾久雄「非嫡出子に対する差別と憲法」愛媛大学教育学部紀要 62 号 (2015) 231 頁, 241 頁等参照。
- 67 高井前掲 (51) ジュリスト 1037 号 (1994) 177 頁, 178 頁。
- 68 杉原泰雄編『新版 体系憲法辞典』(青林書院, 2008) 455 頁 (安西文雄)。
- 69 和田隆夫「非嫡出子の相続」憲法論叢 1 号 (1994) 59 頁, 67 頁等参照。
- 70 拙著前掲 (7) 67 頁以下。
- 71 辻村みよ子『憲法 [第 7 版]』(日本評論社, 2021) 162 頁。
- 72 芦部信喜「憲法一四一条一項の構造と違憲審査基準」法学教室 139 号 (1992) 91 頁, 92 頁。
- 73 芦部信喜 (高橋和之補訂)『憲法 [第 7 版]』(岩波書店, 2019) 133 頁。
- 74 宮澤俊義 (芦部信喜補訂)『全訂日本国憲法』(日本評論社, 1978) 212 頁; 西原博史「社会的排除と差別」浅倉むつ子・西原博史編『平等権と社会的排除: 人権と差別禁止法理の過去・現在・未来』(成文堂, 2017) 19 頁, 32-33 頁。
- 75 粕谷友介『憲法 [改訂]』(上智大学出版会, 2003) 131 頁。
- 76 阪本昌成『憲法理論Ⅱ』(成文堂, 1993) 273 頁。
- 77 長谷部恭男編『注釈日本国憲法 (2)』(有斐閣, 2017) 172-73 頁 (川岸令和)。
- 78 渋谷秀樹『憲法 [第 3 版]』(有斐閣, 2017) 202 頁。
- 79 戸松孝典『憲法』(弘文堂, 2015) 122 頁。
- 80 青柳幸一「平等原則をめぐる司法審査のあり方 (2・完)」明治大学法科大学院論集 16 号 (2016) 1 頁, 47 頁。
- 81 君塚正臣「幸福追求権」横浜国際経済法学 19 卷 2 号 (2010) 125 頁, 142-43 頁。
- 82 佐藤幸治「憲法 [第 3 版]」(青林書院, 1995) 478 頁。
- 83 野中俊彦ほか『憲法 I [第 5 版]』(有斐閣, 2016) 286 頁 (野中); 卷美矢紀「法の下での平等と家族」矢野常寿・林知更編『総点検 日本国憲法の 70 年』(岩波書店, 2018) 91-92 頁。
- 84 阿部照哉「平等原則の適用に関する若干の考察」法学論叢 94 卷 3・4 号 (1974) 34 頁; 阿部照哉『基本的人権の法理』(有斐閣, 1976) 51 頁。
- 85 佐藤幸治編『憲法Ⅱ』(成文堂, 1988) 120 頁 (釜田泰介)。
- 86 橋本公旦『日本国憲法』(有斐閣, 1980) 206 頁; 樋口陽一ほか『注釈日本国憲法

- 上』（有斐閣，1984）325 頁（浦部法穂）；三並敏克「平等原則・平等権（2・完）」京都学園法学 11 号（1993）1 頁，24 頁；伊藤正己『憲法[第 3 版]』（弘文堂，1995）243 頁；畑博行『憲法Ⅱ』（有信堂，1998）53 頁；土井真一「法の支配と違憲審査制」論究ジュリスト 2 号（2012）160 頁，166 頁。
- 87 後段列挙事由が熟慮され明確に精査された上での選別であったのかは疑問視されている（奥平康弘『憲法Ⅲ』（有斐閣，1993）129 頁；長尾一紘『日本国憲法[第 3 版]』（世界思想社，1997）148 頁）。
- 88 安西文雄「『法の下での平等』に関わる判例理論」戸松秀典・野坂泰司編『憲法訴訟の現状分析』（有斐閣，2012）187 頁，190-91 頁；戸松秀典『憲法』（弘文堂，2015）123 頁。
- 89 長谷部編前掲（77）172 頁（川岸）。
- 90 君塚正臣「司法審査と平等権」自由人権協会編『憲法の「現在」』（2005）23 頁，46 頁；辻村前掲（23）110 頁；巻前掲（83）91-92 頁。
- 91 佐藤前掲（82）478 頁。
- 92 大石眞・石川健治編『憲法の争点』（有斐閣，2008）102-03 頁（安西文雄）等参照。
- 93 阪本前掲（76）273 頁；君塚正臣「日本における性差別の審査基準の根拠について」民商法雑誌 114 巻 6 号（1996）973 頁（69 頁）；辻村みよ子・山元一『概説憲法コンメンタール』（信山社，2018）96-97 頁（糠塚康江）参照。
- 94 安西文雄「平等」樋口陽一編『講座憲法学 3 権利の保障（1）』（日本評論社，1994）76 頁，87 頁。
- 95 安西前掲（88）190 頁；中曾久雄「平等権審査論」愛媛大学教育学部紀要 61 号（2014）191 頁，192 頁。
- 96 石崎 学「スティグマと人権」石崎学・遠藤比呂通編『沈黙する人権』（法律文化社，2012）113 頁，117 頁。
- 97 巻前掲（83）96 頁。
- 98 安西文雄ほか『憲法学読本』（有斐閣，2018）107 頁（安西）。
- 99 星野澄子「結婚・家族と戸籍」浦田賢治ほか編『いま日本の法は[第 3 版]』（日本評論社，2001）30 頁，36 頁参照。
- 100 水野紀子「日本における家族の観念」日仏法学会編『日本とフランスの家族観』（有斐閣，2003）32 頁，35 頁；吉田克己「民法・法律婚・家族的結合」国際人権 28 号（2017）49 頁。
- 101 二宮周平「家族の現在と未来」日本の科学者 37 巻 4 号（2002）10 頁，15 頁参照。
- 102 詳しくは、拙著『選択的夫婦別氏制をめぐる法理論』（敬文堂，2022）115-119 頁参照。
- 103 二宮周平『多様化する家族と法Ⅰ』（朝陽会，2019）95 頁。
- 104 二宮前掲（103）95 頁参照。
- 105 江橋崇「政治改革の手段として憲法訴訟を用いることの是非－憲法裁判と社会改

革 (2)」法学セミナー 364 号 (1985) 84 頁, 88 頁参照。

106 田中前掲 (11)。

107 山崎友也「憲法判例における論証作法と学説の『使命』」判例時報 2426 号 (2020) 123 頁, 131 頁参照。婚外子や夫婦の氏の問題は戸籍制度への批判を含意し、それは天皇制への批判にもつながる。故に、裁判所としては、それらの問題に踏み込むことに慎重にならざるを得ない。

108 最大決令和 3 年 6 月 23 日集民 266 号 1 頁。

109 中島通子「女性の権利をめぐる法的課題」自由と正義 45 巻 5 号 (1994) 19 頁, 20 頁; 奥山明良「企業と性支配」岩村正彦ほか編『岩波講座現代の法 11 巻』(岩波書店, 1997) 165 頁, 180 頁。

110 卷美矢紀「憲法と家族」論究ジュリスト 18 号 (2016) 86 頁, 91 頁参照。

(もぎ・ようへい 桐蔭横浜大学法学部准教授)