

家族：開かれた憲法論に向けて

—個人・尊厳・平等

日本における「家族」に国家がどのようなかわり方をすべきか——してはならないか——について、日本国憲法 24 条、13 条、14 条、国連女性差別撤廃委員会、2012 年自民党改憲草案 24 条から考える。国外から日本の社会と法制度を見た報告や見解に、日本の未達成の課題の多さ・大きさが示されている。本稿では、この流れのなかで憲法 24 条の法的意味と社会的意義について再確認する。



志田陽子

はじめに

日本における「家族」に国家がどのようなかわり方をすべきか——してはならないか——について、日本国憲法は、24 条という明文規定を置いている。しかし実際の日本社会は、この規定が意味するところを十分に実現してきたとは言い難い。今日、家庭教育支援法案や親子断絶防止法案などをめぐる議論とあいまって、家族という親密圏について国家（政府）と人との関係を憲法がどう規定しているのか、この規定をどう読むべきかについて確認する必要性が高まっている。こうした流れの背景として、一方には国内での改憲論議として憲法 24 条改正の可否をめぐる議論があり、もう一方には国連女性差別撤廃委員会の見解など、日本の社会と法制度への国外からの報告や見解に、日本の未達成の課題の多さ・大きさが示されている。本稿では、このような課題状況の中で憲法 24 条をどう読むべきか、その法的意味と社会的意義について確認する。

1 日本の現状と課題

(1) 日本の最高裁判例

まず、日本国内で近時に出されてきた一連の最高裁判例の要点を概観する¹⁾。

① 2008 年の国籍法違憲判決²⁾。

旧国籍法 3 条 1 項の国籍取得要件を日本国憲法第 14 条 1 項に違反するとした。

② 2013 年の婚外子相続分規定違憲決定³⁾。

法律婚をしていない男女間に生まれた婚外子（非嫡出子）の相続分を、法律婚による子（嫡出子）の半分とする民法 900 条 4 号但書の規定を「法の下での平等」を定めた憲法 14 条に違反するとした。

③ 2015 年の再婚禁止期間規定一部違憲判決⁴⁾。

女性だけに 6 ヶ月間の再婚禁止期間を定めた民法 733 条 1 項の規定について、このうち 100 日を超える部分を憲法 14 条 1 項（法の下での平等）、24 条 2 項（両性の本質的平等）に反し違憲とした。

④ 2015 年の夫婦同姓規定合憲判決⁵⁾。

結婚の際に夫婦別姓を認めず同一の姓とす

キーワード：憲法 (constitutional law), 家族 (family), 平等 (equality), 個人 (individuals), 多様性 (diversity)

著者連絡先: yoksid@musabi.ac.jp

ることを義務づける民法 750 条の規定は憲法 13 条、14 条、24 条に違反するとの主張に対し、最高裁は、同規定を合憲と判断し、国に対する賠償請求も退けた。

日本国憲法

1946 年 11 月 3 日 公布，1947 年 5 月 3 日 施行

第 13 条 すべて国民は、個人として尊重される。生命、自由及び幸福追求に対する国民の権利については、公共の福祉に反しない限り、立法その他の国政の上で、最大の尊重を必要とする。

第 14 条 すべて国民は、法の下に平等であつて、人種、信条、性別、社会的身分又は門地により、政治的、経済的又は社会的関係において、差別されない。

2 華族その他の貴族の制度は、これを認めない。

3 栄誉、勲章その他の栄典の授与は、いかなる特権も伴はない。栄典の授与は、現にこれを有し、又は将来これを受けるものの一代に限り、その効力を有する。

第 24 条 婚姻は、両性の合意のみに基いて成立し、夫婦が同等の権利を有することを基本として、相互の協力により、維持されなければならない。

2 配偶者の選択、財産権、相続、住居の選定、離婚並びに婚姻及び家族に関するその他の事項に関しては、法律は、個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚して制定されなければならない。

(2) 世界と日本が共有する課題

これらの問題は、すべて国連女性差別撤廃条約⁶⁾ およびこの条約の内容について各国の達成度を評価する女性差別撤廃委員会において、重要関心事となってきた事柄であ

る。国籍取得要件の平等については同条約 9 条、再婚禁止期間の完全廃止については同条約 16 条およびこれに基づく委員会勧告、婚外子への不利益な法的扱いについては国際人権規約 B、子どもの権利条約 2 条およびこれらに基づく意見や勧告、夫婦同姓規定については同条約 2 条と 16 条に基づく改正勧告がある。

こうした国際社会からの見解や報告は、日本の家族をめぐる法制度と文化規範にとって、重要な《他者の目》の役割を担っている。特にこの条約が掲げる課題は、世界に見られる多様な課題の中から共通性・普遍性の高い克服課題を抽出したものであり、日本社会にとって未だ十分に認識されていない片務的な負担を、法的に斟酌すべき社会的事実として認識し整理する作業を促す《規準》の役割を果たすものととらえるべきである。これに基づく委員会の「見解」はまずは政府に宛てられたものだが、政府が十分に認識できていない課題がある場合や、具体的な取り組みに目的や実状との齟齬がある場合には、国民・市民が自発的にこの課題を汲み取り、担い手になっていくことが期待される。

日本で裁判・政策などを通じて提起されてきた未解決の諸問題と、この女性差別撤廃条約が示してきた課題とは、ほとんどの点で重なり合っている。その概略を抽出すると、以下のようなになる。

- ・貧困問題の女性へのしわ寄せ（強制的家事労働、強制結婚、自助の困難性）
- ・現代の国際社会に残存する「人身売買問題」
- ・働きたい女性にとっての障壁——育児の負担と施策の遅れ
- ・教育と貧困の相関関係を直視した政策
- ・弱者虐待——幼児虐待（育児放棄）、家庭内での老人虐待（介護放棄や殺人）、施設内での障害者や高齢者への虐待など

・夫婦同姓強制による現実的な不利益・負担
また、現在、日本ではまだ正面からの司法判断はないが世界の潮流からして具体的な施策が求められるものとしては、育児・介護の負担が個人（多くは家庭内の女性）の限界を超える場合に負担を分散する施策、LGBTの権利実現、といった課題がある。

(3) 《社会の変化》と負担の可視化、価値選択
上に挙げた司法判断には、共通する思考枠組みがある。それは、立法目的は法的に是認できるものだが《社会の変化によって、問題となった規定の合理性が失われた》というものである。しかし《社会の変化》を違憲判断の根拠とする論法は、本質的に不条理な要素を含む。2015年の夫婦同姓規定合憲判決では「夫婦同姓は社会に定着している」との認識が示されているが、夫婦別姓や同性婚のように、それを認める制度がないところでは、当事者は、現行で取りうる選択肢を選択せざるを得ない⁷⁾。制度を変えない限り変化できない状況にあって「社会の変化の有無」を判断材料にすると、憲法が要請する基本原則が実社会の中で深刻に阻害あるいは黙殺されているほど、違憲判断の可能性が遠のくことになる。そうすると、国にこの領域の立法裁量を認めつつそこに「個人の尊厳と両性の本質的平等」という枠をはめた24条の意味が、失われてしまう。

女性差別撤廃条約は、2条のfで、女性差別となる法制度の改廃だけでなく、社会の方の慣習・慣行を修正・廃止することも締約国に求めている。条約の趣旨からすれば、裁判所は、制度が社会の進展や多様化をせき止める障壁となっていると認められる場合には、《動けない社会の実態》を合憲判断の根拠にするのではなく、法制度への修正を促すことで、社会の動きを解放すべきであろう。

そうした必要性を端的に示している例が、

日本の1973年・尊属殺重罰規定違憲判決（最大判昭和48年4月4日刑集27巻3号265頁）だろう。最高裁はこの判決で、立法目的の合憲性を認めつつ、手段（刑罰）の重さが極端に過ぎるとの理由で刑法第200条を違憲と判断した。今日の水準で考えるならば、この事例はもっと直接に普通殺人と尊属殺の区別を設けること自体を「法の下での平等」違反⁸⁾として違憲判断をすべき事例だったと思われるが、さらに根底的な問題として、これは当人（女兒・女性）がこうした加害行為に至る前に家庭内虐待から保護し救済されるべき事例であった。当時はそうした問題に対処する政策も法制度も存在していなかったが、そうしたなかで、裁判所が立法府への敬讓を踏み越えた判断を行ったことは、必要不可欠のことであったと考えられる。

2 日本国憲法 24 条の意味

(1) 現行の憲法 24 条の中核的関心事

現行憲法24条は1項で、「婚姻は、両性の合意のみに基いて成立し…」と規定し、2項で「…（婚姻・家族に関する）法律は、個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚して、制定されなければならない」と規定している。この条文が制定された当時の中心的な関心は、強制結婚とその発生源である家父長制を克服し、婚姻を含めた家族のあり方を個人の尊厳に基づかせ、強制にさらされることの多かった女性に婚姻の自由を認めることにあった⁹⁾。前述の尊属殺重罰規定違憲判決における被告も、事実上の家父長制的強制への囚われの状況にあったと言える。

家族と婚姻をめぐる社会的現実や人々の意識は、常にせめぎ合う複数の価値観の間で揺れ動いている。第二次世界大戦終了後、戦前の社会文化規範を「よき伝統」として懐古する家族道徳観と、憲法が目指す個人の解放の

方向性とは、整合しきれないまま併存してきた。身分制的な家制度からは脱却しつつも男女の役割分担を前提とする「近代家族」というものは、その妥協の産物とも言える。そこに内包される軋轢は、主として女性が吸収する形でおさまりがついてきたと言えるが、「それが社会的に受容されたライフスタイルだから問題はない」と論じることは、憲法の要請を無化することにつながってしまう。

日本国憲法は、家族制度を存続させつつ、24条のもとに置いた。これによって、憲法制定後の家族制度の制度趣旨は、根本から構成しなおされることとなった。その柱は、まず現行憲法が否定したもの（強制結婚などの発生源となる家父長制）を取り除き、婚姻の自由の保障によって個人を解放すること、次に、弱者の立場に置かれた人々への支援である¹⁰⁾。この観点からは、婚姻制度もそれを維持すること自体が究極の目的ではなく、上記の目的に資する限りにおいて維持されるべきものであり、上記の目的を達しようとする人々の人生設計上の選択の多様性を現行の制度の保護の名のもとに法制度が阻むことは、本末転倒となる。

(2) 憲法13条,14条,24条の解放性と開放性

憲法13条と憲法24条とを一体的に理解する見方をとるならば、家父長制的な家制度からの解放が憲法24条の中核部分であり、そこから先、解放された各人がどのような人間関係を取り結ぶべきか、何が望ましい人生像・家族像なのか、という問題は、多様性を肯定すべき問題領域であり、各人および未来の社会に対して開放されている。その際に国家は、13条「個人の尊重」「幸福追求権」、14条「法の下での平等」、24条「婚姻の自由・平等」「家族関係における個人の尊厳、両性の本質的平等」を基礎とした法制度を提供しなければならない。

ここで今、個人の解放を目的として一足飛びに婚姻と家族を保護する制度を廃止する段階へ進むべきではないだろう。歴史的に弱い立場・不利な立場にあった諸個人が《解放された個人》として自由に人間関係を取り結んでいくには、さまざまな社会条件（社会関係資本¹¹⁾）が必要であり、家族という人的紐帯もそうした意義を持っているからである。個人の権利の平等保障という発想とともに《女性の権利》が必要とされるのも、そうした歴史文脈からである。婚姻や家族関係は、各人の人格的自律の問題と直結しており、特に受動的立場に置かれやすい者において深刻に直結するので、個人の人格的自律を最終的価値として考えた場合にも、だからこそ、家族というものを保護しつつ、憲法24条に定められた制度原則を確保する必要がある¹²⁾。その上で、その制度が各人の自律的な生き方の制約や負担とならないよう、柔軟な制度構築を認めるのが憲法のとる立場であると筆者は考える。

(3) 人権保障の開放性と国際条約

差別撤廃の取り組みは、紛争などの影響でよほど人権保障の遅れている国が、平等原則と緊張関係に立つ規範を強固に持っている国を除けば、国家による差別強制を廃止するという課題局面はほぼ過去のものとなっており、世界的潮流は、実社会の中に残存する差別的な慣習を克服するのに必要な措置を、それぞれの国家、地域社会、企業などでどう進めるか、というところに関心事としている。ここで日本は大きく後れを取っている。

国際条約については、憲法98条2項の「誠実に遵守する義務」から、加盟国が国内実施する義務、少なくとも国内法を通じて間接適用をする義務を負っている。この点から言えば、本稿で考察した一連の判決は、条約の内容を解釈の指針として参照すべきなのだが、

その点では、「国内外の…変化」といった抽象的な表現を使うのみで、具体的かつ十分に参照しているとは言えない。憲法は本来、人権の発展に対して開かれた構造をもっている。抽象的・包括的な内容をもつ13条、14条は元々そうした新しい進展の受け皿となってきたが、24条も、法制度がより積極的な支援の方向へと発展することを妨げる要素はなく、解釈による発展へと開かれている。24条2項の「法律は…」という文言は、そのためにこそ生かされるべきだろう。これを実現すべき第一の機関は立法機関としての国会だが、そこで必要な政策決定が行われていないときには、訴訟が提起されることもありうる。ここで制度によって不利益を被っていることを訴える者が実在するとき、その救済のために裁判所があるべき憲法規範内容を選択することは、裁判所の権能として認められている(憲法81条)。夫婦同姓の強制はこの観点からは、支援政策までを要するものでもなく、違憲判決が出てよい事案であったと考える。

(4) 開放性と法的安定性

こうした憲法の側からの「開放的」理解は、家族関係に法的安定性を与えようとする民法の制度趣旨と、緊張関係に立つかもしれない。一方、家族制度の底流では、憲法制定時から複数の価値観の緊張関係が存在していたのであり、現状から利益と満足を得ている人々にとっては、その緊張関係が顕在化することは不快な変化に感じられるかもしれない。しかし差別的な不利益や過剰な負担からの解放を望む人々の前で、そうした選好を「法的安定性」の名において優先することは、憲法の要請から見て正当な方向とは言えない。

憲法の観点から求められる法的安定性とは、違憲判断を控えることではなく、必要な違憲判断の後に生じる利害の混乱を抑えるために、必要な方策を講じることだろう。例え

ば2013年決定に伴って、相続分が変更されることの遡及効果を限定する、といった配慮がこれにあたる。これは違憲判断が社会から肯定的に受け入れられるためにも、必要な配慮だったと言える。

3 日本国憲法24条と2012年改正草案

(1) 2012年自民党改憲草案第24条

上記のような内容と課題をもつ憲法24条について、2012年に公表された自民党改憲草案は、以下のような改正案を提示している。

24条 第1項 家族は、社会の自然かつ基礎的な単位として、尊重される。家族は、互いに助け合わなければならない。

2 婚姻は、両性の合意※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(※現行の規定にある「のみ」という文言が削除される)。

3 家族、扶養、後見、婚姻及び離婚、財産権、相続並びに親族に関するその他の事項に関しては、法律は、個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚して、制定されなければならない。

考察すべき要点は、まず当事者の自由・平等が最初に掲げられている現行憲法に対し、改正案では、家族の助け合い義務を定める項が新設され、最初(条文中の総則部分)に来ていることである。現行憲法では、2項の「個人の尊厳と両性の本質的平等」と1項の当事者の自由・平等とは対立しない順接的關係にあるので、順序は問題とならないが、改正案では、新設された1項とその結果繰り下げられた3項の「個人の尊厳・両性の本質的平等」が緊張関係に立つ。このときには、新設され、しかも1項に置かれた「家族」の「義務」が優先することとなる。こうなると、24条全体の意味がまったく異なるものとなる。

(2) 「家庭」「家族」を対象とした法政策の新設

現在、家族に関わる法律案や施策に向けた動きが急速に高まっている。「家庭教育支援法案」「親子断絶防止法案」（離婚家庭の面会などに関するルール）、「内閣府の進める婚活支援策」などがこれに含まれる。国家が次世代の育成を政策的関心事とすること自体はあって良いことだが、現在推進されている法案には通常の意味とは異なった特異性——強要の度合いの強さ、非合理的な価値感への同調を求めるものとなっていること、実施方法が地域の実情に合わせて地域に委ねるのではなく全域的なものであること——が指摘されている¹³⁾。

これは、国家が家族の望ましい姿を定め、人々のライフスタイルや行動をある方向に向けて「支援」することにつながる。こうした方向は、現行憲法における「個人の尊重」の方向とは異なる原理に基づく憲法改正を先取りし、改正の内容を法律レベルで既成事実化するものとなりかねないため、その立法動向を注視する必要がある。

4 開かれた憲法 24 条論に向けて

(1) 憲法改正は人権の開かれた発展に資するか

上記のような特徴をもつ 2012 年憲法改正草案中の 24 条改正案は、家庭内の「個人の尊厳」を後退させ、家族の協力の「義務」を前面に押し出す結果、家庭内弱者（虐待など）の問題に対して福祉的観点からの配慮をすることについて、冷淡なものとなることが予想される。そうなれば、先に見た憲法 24 条の解放性・開放性も損なわれ、国際社会からの要請に逆行することになる。権利保障の前提に特定の家族像を想定することになると、多様性の擁護を基礎とした発展的開放性が殺がれてしまうからである。

(2) 開放性の視点から・法のメッセージ機能

社会の中で当然視されてしまっている不平等な負担を取り除くには、法律または行政指導によって企業などに方向転換を命じる方策もありうる。が、もう一つの考え方として、法や裁判所の判決や行政が、不利な立場にある者を尊重するメッセージや、人権保障の進展を支持するメッセージを発することが一定の社会波及効果を持つことを期待する議論もある¹⁴⁾。例えば、2014 年、法務省はホームページで LGBT への理解を促すメッセージを掲載し、地方自治体レベルでもそうした試みが増えている（2018 年には千葉市が職員向けガイドラインを公表した）が、このような態度表明によって、同性パートナーが病院で近親者として扱われるようになったり、カップルでの住宅購入（銀行融資）が可能となるといった現実的波及効果をもつことが期待される。

(3) 多様性と制度的承認の緊張関係

現在、LGBT 問題を含め、個人と文化的集団の多様なあり方を認めることは、「文化多様性」の観点から肯定されている。一方、現在の LGBT の承認を求める運動の関心の多くは、同性婚ないし婚姻に準じる制度を求めることに注がれている。ここには、《多様性の確保》と《承認を求める主張》との緊張関係が生じている。多様性の視点からすれば、同性婚の制度化は、多様な選択肢のうちの一つにすぎない。しかし、政策課題や裁判を通じた言説のなかで、この論題が突出してくると、LGBT の生き方のなかで尊重されるのは既存の「家族・家庭」スタイルに回収できる事柄だけで、それを選択しない者は依然として排除の対象であり続けるのではないか、という疑念が看過できなくなってくる。ここに上述の憲法改正と新たな法政策の方向を合流させると、ここで LGBT が受けることので

きる社会的承認は、多様性を犠牲にすることと引き換えになりかねない¹⁵⁾。多様性と承認とを二者択一の関係に立たせるのではなく、両立できる制度を模索することが、現行憲法の志向する解放的かつ開放的な方向であろう。

おわりに

憲法は、人権の発展可能性に対しては開かれた構造をもち、国家権力への暴走可能性に対しては護岸壁として機能する、という本質的役割をもっている。この基本を確認するならば、夫婦別姓はもちろん同性婚の制度化も、その実現のために憲法改正を必要とするものではない。人権保障のために必要のない憲法改正を企図することは、論点の複雑化によって議論の停滞を招く可能性が高く、むしろ現行憲法の下で国際社会から指摘されている数々の課題に対処していくことの方が現実的である。条約やそれに基づく見解・提言の具体的内容に強制力はないが、その一つ一つに日本（政府）がどう答えるかによって、日本（政府）の見識が測られることになる。今、国際社会がさまざまな項目について《気づき》を促している事柄は、そのほとんどが自国の憲法にすでに書き込まれている課題、あるいは自国の憲法の解釈によってカバーできる問題である。強制力のないものだからこそ、日本がこれを対話の端緒と受け止め、自ら腰を上げることで、国際社会から一目置かれる存在となりうる道も開かれている。

注および引用文献

- 1) ここで挙げた日本の最高裁判例に関する考察は、辻村みよ子『憲法とジェンダー』（有斐閣、2009）、同『憲法と家族』（日本加除出版、2016）、志田陽子「婚姻と家族をめぐる憲法訴訟における『変化』」『月報司法書士』543（2017）、同「女性差別撤廃の課題とシンボルをめぐる法理論」日本女性法

律家協会『会報』55号（2017）。

- 2) 最大判平成20年6月4日民集62巻6号1367頁。
- 3) 最大決平成25年9月4日民集67巻6号1320頁。
- 4) 最大判平成27年12月16日判例タイムズ1421号61頁。
- 5) 最大判平成27年12月16日判例タイムズ1421号84頁。
ここで争われた民法の規定については、2018年3月現在、男性を原告とする訴訟が予定されていることが報道されている。
- 6) 1979年に採択された条約。日本は1985年に加盟。その内容と意義については、林陽子編著『女性差別撤廃条約と私たち』（信山社、2011）、辻村前掲書注1)参照。国連女性差別撤廃委員会から2016年3月に出された見解については、Committee on the Elimination of Discrimination against Women, “Concluding observations on the combined seventh and eighth periodic reports of Japan”, (Adopted by the Committee at its sixty-third session (15 February-4 March 2016) (国連女性差別撤廃委員会「最終見解案」原文))。
- 7) 民法の規定と戸籍制度など複数の制度が、当事者にとっては現行の法律婚を選択せざるをえないインセンティブとして働いていることの考察として、川口かしみ「憲法24条によるジェンダー差別是正の可能性」『対話的憲法理論の展開』（憲法理論研究会編、敬文堂、2016）。法と社会的現実との相互拘束（固定状態）の問題については、性的マイノリティ問題を題材としつつ、志田陽子「セクシュアリティと人権」『沈黙する人権』（石崎学ほか編、法律文化社、2012）。
- 8) 尊属殺重罰規定違憲判決（最大判昭和48年4月4日刑集27巻3号265頁）田中二郎裁判の意見がこれである。
- 9) 斎藤恵美子「家族と憲法」全国憲法研究会編『憲法問題』21号（2010）、君塚正臣「憲法とジェンダー」『法律時報』78（1）、（2006）。
- 10) この点については、辻村前掲書注1）、君塚前掲書注8）、川口前掲書注7）を参照。
- 11) 家族を含む人的関係の諸相を「社会関係資本」の観点から照射し憲法理論として構成する議論として、岡田順太『関係性の憲法理論』（丸善プラネット、2015）。
- 12) 《女性の権利》《児童の権利》の確立・実現という問題関心と《普遍的な個人の権利》の平等な実現という問題関心がどういう関係に立つのか、という理論的問題は憲法学における重要課題である。
- 13) 本田由紀・伊藤公雄編著『国家がなぜ家族に干渉するのか』（青弓社、2017）。
- 14) この観点から法政策を見る近年の議論として、山邨俊英「ヘイト・スピーチに対する非強制的施策に関する原理的考察（一）～（三・完）」『広島法学』40（2）-41（2）、（2017）。
- 15) この問題については志田陽子「LGBTと自律・平等・尊厳——なぜ憲法問題なのか」『法学セミナー』753号（2017）で論じた。

（しだ・ようこ：武蔵野美術大学、憲法・芸術法）

2018年3月5日受付、4月30日受理