

憲法二四条は立法裁量を強力に統制するか —社会的ジェンダー構造の司法的統制に向けて

井 上 嘉 仁

目次

- 一 はじめに
- 二 ふたつの判決と立法裁量統制
- 三 憲法 24 条の「要請、指針」
- 四 ジェンダー構造と立法裁量統制
- 五 おわりに

一 はじめに

平成 27 年 12 月 16 日、家族と女性の憲法上の地位にかかわるふたつの判決が下された。ひとつは再婚禁止期間にかかわるもの、他のひとつは夫婦同氏制度にかかわるものである（以下では両者をあわせていうとき、「ふたつの判決」と表記する）。学説において、憲法 24 条に関わる議論が深まっているとは必ずしもいえない状況で、憲法 24 条の解釈にかかわって、最高裁がいかなる理解を示すのかが注目された。

再婚禁止期間判決は、憲法 14 条 1 項および 24 条が問題とされ、夫婦同氏制度判決は、それにくわえて 13 条も問題とされた。学説において、13 条、14 条と 24 条との相違は明確にされてきたとはいいがたく、24 条は 13 条や 14 条の特別規定であるとの見方が有力であった。ふたつの判決における多数意見も、そういった見方に出たものと思われる。

最高裁は、憲法 24 条が立法府に対して「要請、指針」を示しているとしながら、立法裁量に対する強い統制力を認めなかった。家族や女性の地位に社会の構造的な問題があったとしても、それは立法府の判断によって解決されるべきものと考えているようである。

しかし、社会の構造上、立法府の判断によっては解決し得ない問題が存在する場合、憲法 24 条の「要請、指針」の実現を、立法裁量に委ねることはできない。裁判所には、憲法 24 条の「要請、指針」を積極的に実現すべく、立法裁量を統制することが憲法上要請されているのではないだろうか。

本稿は、憲法 24 条が、13 条や 14 条とは異なる独自の法意をもつことを、「個人の尊厳」および「本質的平等」という 24 条の文言に着目し、それらと、「個人の尊重」（13 条）および「形式／実質」的平等（14 条 1 項）との違いを強調することで、探究する。そして、そこから導かれる「要請、指針」が、立法裁量を強く統制することを主張する。

以下では、判決文に現れた 24 条理解と立法裁量論とを照らし合わせ（二）、裁量統制の法力を憲法 24 条がもつための解釈論を「個人の尊厳」や「本質的平等」を梃子に検討し（三）、最後に社会的ジェンダー構造における立法裁量論の限界を示唆し、「家族」概念の変革が迫られていることを指摘する（四）。

憲法 24 条を立法裁量統制との関係で強い法力をもつものと解釈することで、社会の構造的偏見を司法による法解釈によって昇華することができるのではないだろうか。

二 ふたつの判決と立法裁量統制

1 立法裁量統制の手法

国会は 41 条権限により立法をおこなうほか、種々の法律を制定することができる。通常、国会の立法裁量は広範にわたる。

しかしながら、国会の立法裁量といえども、常に広範なわけではない。立法の対象や憲法原理から導出される一定の領域においては、立法裁量は縮減されるからである。とりわけ憲法典が立法裁量を強く統制していると読める場合には、立法裁量は大いに制限されることになる。

憲法 24 条は、そうした条文のひとつかもしれない。憲法 24 条は、文言上、24 条に規定された法原理に従って、「法律は制定されなければならない」と

義務づけているからである。最高裁判所は、ふたつの判決において、24 条の法力が立法裁量の統制に寄与しているとみただろうか。

渡辺康行によれば⁽¹⁾、立法裁量の統制手法は、以下のように整理される。

防御権または防御権的に構成できる権利は三段階審査により統制される。それ以外の権利や客観的法規範の憲法適合性審査のひとつに裁量論がある。裁量論には、「政策的・技術的」な裁量と、「制度形成・制度構築」に関する裁量という、同質的なものではあるがひとまず区別しうる二つがある。問題を権利制限と構成すべきか、制度形成と構成すべきかが、最初の分岐点となる⁽²⁾。立法者による制度形成に関する裁量を統制する代表的手法が平等原則である。比例原則は、審査密度を深化させ立法裁量を枠づけるのに寄与している。時の経過（事情の変化）も立法裁量を統制する要素となる。立法者の首尾一貫性は、①体系的首尾一貫性の論理、②立法者の自己拘束の論理のふたつに区別され、立法者を統制する。さらに、ベースライン論、制度後退禁止原則、判断過程審査等が、立法裁量統制の手法としてあげられる。

これらの立法裁量統制の手法と、本稿が扱うふたつの判決を照らし合わせながら、24 条がどのように位置づけられたかをみてみよう。

2 時の経過（事情の変化）

(1) 再婚禁止期間判決の多数意見は、次のように述べた。100 日超過部分は、「その当時においては、国家に認められる合理的な立法裁量の範囲を超えるものであったとまでいうことはできない。」……医療の発達、社会状況及び経済状況の変化を考慮して、「100 日超過部分は合理性を欠いた過剰な制約を課するものとなっているというべきである」。

(1) 以下の立法裁量統制の手法については、渡辺康行他『憲法 I』（日本評論社、2016 年）を参照。

(2) たとえば、在外日本人選挙権は制度形成ではなく権利侵害と構成したとされる。渡辺・前掲注 (1) 82 - 83 頁。

この判示部分において、最高裁は、時の経過による立法裁量統制の手法を採用したとあってよい。

(2) 夫婦同氏制度判決の多数意見は、次のように述べた、「近時、婚姻前の氏を通称として使用することが社会的に広まっているところ、上記の不利益は、このような氏の通称使用が広まることにより一定程度は緩和され得るものである」。

この判示部分は、たしかに時の経過に言及している。しかしながら、それは立法裁量の合理性を裏付ける論拠として、である。夫婦同氏制度の不合理性を緩和するような社会的事情が発生したために、同制度の合理性が維持されたのだ、ということだろうか。

時の経過や事情の変化は、あるときは立法裁量を不合理とする論拠になり、また別のときには、立法裁量の合理性を裏付ける根拠にもなる、といえるかもしれない。憲法全体あるいは憲法 24 条がいかなる社会を志向しているのかを考察の基礎としなければ、時の経過論は、論者の都合のよい事実だけを引証することを許す結果となるだろう。

3 制度構築

夫婦同氏制度判決の寺田補足意見は、次のように述べた。上告人らの主張は夫婦別氏を法律上認めないのは不合理だというもので「いわば法律関係のメニューに望ましい選択肢が用意されていないことの不当性を指摘し、現行制度の不備を強調するものであるが、このような主張について憲法適合性審査の中で裁判所が積極的な評価を与えることには、本質的な難しさがある」。

寺田裁判官は、本件訴訟の問題を、あるメニューを付け加えるかどうか、すなわち、夫婦同氏制度をどのように構築するかという問題だとみて、立法裁量を広く捉えようとしたものと思われる。

この点、夫婦同氏に例外を設けない制度の不合理性を問題とする木内裁判官の意見との相違が見られる⁽³⁾。

4 首尾一貫性

再婚禁止期間判決の鬼丸意見は、次のように述べた。「本件規定は、婚姻の要件を定める極めて重要な規定であり、いずれの国民にも一義的に明確であることが望ましい」。しかしながら、再婚を一律に禁じているように読める当該規定を、解釈により例外的な場合に禁止する趣旨だと理解することは、当該規定の適用除外を広範に認めることになる。この解釈状況を「一般国民が的確に知ることは困難であり、再婚を考える者に混乱を生じさせ、ひいては婚姻をするについての自由を不必要に制約するおそれもないとはいえないであろう」。

この部分は、体系的な首尾一貫性に欠けるという観点から立法裁量を統制していく試みだと理解できるのではないだろうか。すなわち、原則例外を逆転するような解釈を取らなければ規定を合憲的に解釈できないならば、それは体系的な首尾一貫性に欠ける、ともいえそうである。

5 比例原則

(1) 再婚禁止期間判決の多数意見は、次のように述べた。「婚姻制度に関わる立法として、婚姻に対する直接的な制約を課することが内容となっている本件規定については、その合理的な根拠の有無について以上のような事柄の性質を十分考慮に入れた上で検討をすることが必要である」。

多数意見はこのように、「直接的な制約」であるから「十分考慮」することを求めており、高度の比例性を説くかのようにみえる。

ところが、実際には、24 条 1 項の利益は判決理由の最後に、付け足しのように登場するのみである。この比例原則を彷彿とさせる論述にもかかわらず、

(3) 木内裁判官は問題を権利制限と捉えているものと考えられる。制度のもつ不合理性が、個人のもつ権利を不当に制約していると考えているのであろう。

審査密度はさほど高まっていないように思われる。

(2) 再婚禁止期間判決の千葉補足意見は、次のように述べた。再婚禁止期間の措置は100日であっても「憲法上の保護に値する婚姻をするについての自由に関する利益を損なうことになる」ので、「形式的な意味で上記の手段に合理的な関連性さえ肯定できれば足りるとしてよいかは問題であろう。このような場合、立法目的を達成する手段それ自体が実質的に不相当でないかどうか（この手段の採用自体が立法裁量の範囲内といえるかどうか）も更に検討する必要があるといえよう」。

千葉補足意見は、比例原則をにおわせながら、審査密度を高めることを説いているように見える。

だが、同補足意見は比較衡量するさいに「たとえ100日間であっても女性が被る不利益は重大」と指摘するものの、子の不利益と比較して、一方が他方に凌駕するとはいえないと判示した。単純な比較衡量によるのと径庭ないかのような論証となっており、結局のところ、審査密度はさほど高まってはいないように思われる。

(3) 再婚禁止期間判決の山浦反対意見は、次のように述べた。婚姻の自由が「憲法24条とその基礎にある憲法14条1項により、合理性のない性差別が排除された婚姻制度を利用し、そこから得られる様々な効果を楽しむことができる憲法上の重要な権利ないし利益になっていると考える。したがって、女性にのみ婚姻の制約を課す本件規定の憲法適合性を判断するに当たっては、国会の立法裁量の幅は相応の限定を加えたものとして捉えるべきである」。

山浦反対意見は、問題の構図を制度構築と捉えず、婚姻の自由の侵害問題、すなわち防御権的に構成することによって、審査密度を高めたといえる。

(4) 夫婦同氏制度判決の多数意見は、次のように述べた。本件規定は「婚姻をすることについての直接の制約を定めたものではない。仮に、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、これをもって、直ちに上記法制度を定めた法律が婚姻をすることについて憲法 24 条 1 項の趣旨に沿わない制約を課したものと評価することはできない。ある法制度の内容により婚姻をすることが事実上制約されることになっていることについては、婚姻及び家族に関する法制度の内容を定めるに当たって、国会の立法裁量の範囲を超えるものであるか否かの検討に当たって考慮すべき事項であると考えられる」。

ここでの多数意見は、直接制約ではない事実上の制約であることから、厳密な比例性を不要とした。そして、“事実”上の制約は、通称使用という社会的“事実”によって緩和されていると論証したものと思われる。

6 防御権的構成

(1) 夫婦同氏制度判決の岡部意見（櫻井、鬼丸同調。山浦部分同調）は、次のように述べた。「夫婦が称する氏は婚姻届の必要的記載事項である（戸籍法 74 条 1 号）。したがって、現時点においては、夫婦が称する氏を選択しなければならないことは、婚姻成立に不合理な要件を課したものとして婚姻の自由を制約するものである」。

この部分は、夫婦同氏を嫌って婚姻しないという選択をする者がいることについて述べたくだりである。そのような不利益があるのはたしかだが、それが憲法上の権利や自由であるといえるのかについては、十分な論証がなされていないように思われる。判示にいう婚姻の自由が何条を根拠にして認められるかは明らかにされていないのである。

ともあれ、婚姻の自由という主観的権利を導出し、問題を防御権的に構成することで審査密度を高めたものと解される。

(2) 夫婦同氏制度判決の木内意見は、次のように述べた。憲法 24 条 1 項は、「婚姻の自由と婚姻における夫婦間の権利の平等を定め、同条 2 項が、1 項を前提として、婚姻の法制度の立法裁量の限界を画したものである」。

木内裁判官は、憲法 24 条 1 項を防御権的に構成し、それを前提とした 2 項の立法裁量だと理解することで、同氏制度を違憲と判断したのである。先の岡部意見よりは憲法上の根拠を明確にしている点で、説得的である。

7 次章への見通し

ここまで、ふたつの判決の多数意見及び個別意見を、学説上整理された立法裁量統制の手法と関連づけて大雑把に整理してみた。ここでいえることは、防御権的構成をしたと読める意見は、立法裁量統制の審査密度を高めることにはほぼ成功しているのではないかと、ということである。それ以外の立法裁量統制の手法を採用したと読める場合、必ずしも高度の審査は帰結されていない。時の経過はたしかに立法裁量統制の有力な手段ではあったが、既に言及したように、時の経過や事情の変化が必ずしも立法裁量を限定する方向で作用するとは限らない問題点がある。

そうすると、憲法 24 条が立法裁量を統制する法力を十分に持つためには、同条を防御権として構成することが有力な道筋だということになる。次章では、憲法 24 条を防御権的に構成できるのか、憲法 24 条は立法者に何を要請し、いかなる指針を示していると解されるのかをみてみよう。

三 憲法 24 条の「要請、指針」

1 憲法 24 条の規範内容

最高裁は、24 条の「個人の尊厳」を 13 条の「個人の尊重」または「人間の尊厳」を補うものと理解し、24 条の「両性の本質的平等」を 14 条 1 項の「実質的平等」を補うものと理解しているように思われる。というのも、14 条 1 項と 24 条が問題となった再婚禁止期間判決では「両性の本質的平等に立脚したものでなくなっていた」とのべ、13 条も問題となった夫婦同氏制度判決では「個人の尊厳と両性の本質的平等の要請に照らして合理性を欠く制度であるとは認めることはできない」と述べ、条文の文言上の隔たりに無頓着の

ように見えるからである。

最高裁は、「個人の尊厳」や「両性の本質的平等」を 13 条、14 条と同種のものとして解釈し、「個人の尊重」や「実質的平等」との異同を説いていない。「個人の尊厳」と「両性の本質的平等」の内包と外延とを画定しないまま、それらに反することは「明らかである」と述べているのである。なぜ「明らか」なのかが明らかでないのである。

24 条による立法裁量統制を有効にするためには、「個人の尊厳」や「両性の本質的平等」の語義を明確にし、法意を確定する必要がある。これにより、立法裁量に限界をもたらす法力を得るのである。

24 条の法意を確定する努力は、24 条の日本国憲法上の位置づけとして学説上論じられてきた。以下、再婚禁止期間判決と従来学説の議論状況を瞥見したうえで、なお明確化されていない法意を論じる。

2 婚姻の自由の主観的権利性

(1) 再婚禁止期間判決の多数意見は、次のように述べている。24 条 1 項は、「婚姻をするかどうか、いつ誰と婚姻をするかについては、当事者間の自由かつ平等な意思決定に委ねられるべきであるという趣旨を明らかにしたものと解される」。「婚姻することについての自由は、憲法 24 条 1 項の規定の趣旨に照らし、十分尊重に値するものと解することができる」。

多数意見のこの判示部分をもって、主観的権利性を認めたと考えてよいだろうか。

最高裁の同種の言い回しは、法廷でのメモ採取の自由について、「憲法 21 条の規定の精神に照らして尊重されるべきである」としたレパタ訴訟（最大判平成元年 3 月 8 日民集 43 卷 2 号 89 頁）、取材の自由について、「報道のための取材の自由も、憲法 21 条の精神に照らし、十分尊重に値するものといわなければならない」とした博多駅テレビフィルム提出命令事件（最大判昭和 44 年 11 月 26 日刑集 23 卷 11 号 1490 頁）にみられる。

最高裁は、こうした言い回しをもって、主張されている権利自由は、憲法上の権利自由そのものではなく、それよりも一段低い保障を受けるにすぎない利益であることを示していると解される⁽⁴⁾。この点、閲読の自由が、憲法19条、21条の「規定の趣旨、目的から、いわば派生原理として当然に導かれるところ」としたよど号新聞記事抹消事件（最大判昭和58年6月22日民集37巻5号793頁）との相違は歴然としている。

こうした最高裁の例に照らせば、24条1項の規定の趣旨に照らし、十分尊重に値する程度の利益にすぎない“婚姻の自由”は、防御権として脆弱であり、立法裁量を十分に統制する法力をもたないと言わざるを得まい。

(2) 学説の議論状況を、君塚正臣は次のように整理している⁽⁵⁾。

①制度的保障とする立場、②人権ではあるが分類不能とする立場、③自由権的に捉える立場、④社会権的に捉える立場、⑤平等権的に捉える立場、⑥平等権と幸福追求権の両方の特別規定のように捉える立場、⑦「結社」の一場面として捉える立場。

この整理に従いながら、近時の議論を重ねると、次のようになる。

①の立場として、カール・シュミット (Carl Schmitt) があげられる。シュミットは『憲法理論』において、次のように述べている⁽⁶⁾。「憲法律の規定によって、一定の制度に特別の保護が与えられることがある。この場合、その憲法律の定めは、単純な立法の方法での廃止を不可能にすることを目的としている」。「主観的権利も、訴求の道がひらけていることも、制度的保障の本質には属しない」。「国家の内部では、自然的または組織された団体の基本権とい

(4) 「精神に照らして尊重に値する」についての考察は、佐藤幸治「判決中の『憲法〇条の精神に照らし……』の論法の意味について」同『憲法訴訟と司法権』（日本評論社、1984年）158頁以下、蟻川恒正「人権論のなのもとに」法時69巻6号（1997年）35頁などを参照。

(5) 君塚正臣「日本国憲法24条解釈の検証」関大法学52巻1号（2002年）1頁。

(6) 以下の引用はカール・シュミット（尾吹善人訳）『憲法理論』（創文社、1972年）212 - 215頁。

うようなものは、ありえない。「家族は家族として真正の意味の基本権をもつものではなく、家族の成員も家族の成員としてそれをもつわけではない。家族は、憲法律により、ひとつの制度として保護されうるにすぎない」。

②の立場として、君塚は宮沢俊義『憲法Ⅱ〔新版〕』（有斐閣、1971年）を指摘している。

③の立場は、自由権というくくりが大きすぎるため、適切な整理とはいえないと思われるため、本稿では省略する。

④の立場は日本国憲法起草段階の立場であることを君塚は指摘する。「〈具体的な権利と機会〉に関する」「人権条項の第三番目」であり、「社会的権利および経済的権利」の一部と言える部分であった、という⁽⁷⁾。

また、君塚によれば、佐々木惣一『改訂 日本国憲法論』（有斐閣、1952年）も、ここに位置づけられる。佐々木は、「〈家族生活の合理性に関する国務請求権〉」の項目で、「国家は家族生活を合理的に定めなくてはならぬ。国民はこれを要求するの権利を有し、国家はこれを為すの義務を有する」と述べている。

佐々木の見解は、生存権の法的性質について「法制に対する国民の権利」⁽⁸⁾と理解する説と類似している。すなわち家族生活に関する法制を要求する権利を憲法 24 条は規定しているという理解である。

⑤の立場をとる憲法研究者は多数にのぼる。近年では、長谷部恭男が『憲法〔第6版〕』（新世社、2014年）の7平等 7.3 差別禁止の制度的具体化「家庭生活における平等」の項目で、24条1項は、「婚姻における両性の平等が各家庭の内部においても貫徹すべきことを要求」し、24条2項は、「立法府に対して、家族に関する事項についての立法は『個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚して』行われるべきことを要求している」と説いている。

(7) 君塚・前掲注 (5) 4頁。

(8) 阪本昌成『基本権クラシック〔第4版〕』（成文堂、2011年）258頁。

佐藤幸治は『日本国憲法論』(成文堂、2011年)において、「24条の解釈が未だ必ずしも定まっていない中で、家族の形成・維持に関わる事柄の根本は人格の自律権(自己決定権)にあることをまずは確認しておきたいと思う」と述べ、法の下での平等を論じるさいに、「家」の制度を否定する趣旨から、14条1項を受けてさらに入念に規定するのが24条であると述べている。

⑥の立場は増加の傾向にあると思われる。渡辺康行他『憲法I』(日本評論社、2016年)は、第20章家族の章を設けている。そこで、憲法24条1項の「婚姻の自由」は、両性の自由かつ平等な意思決定により(第三者の同意等を要せず)「婚姻」が成立するという防御権的側面に加えて、「婚姻」という法律制度を利用する権利という側面を含むことが指摘される。この延長線上で、同条項は「婚姻」制度の廃止を国会に禁止する法律制度保障の規定であるとも解しようとする。そして、憲法24条は13条および14条1項の特別法的規定であると論じ、婚姻の自由は「婚姻」という制度を前提とする自由であり、内容形成に関する立法裁量が認められる、と指摘する。

赤坂正浩は、『憲法講義(人権)』(信山社、2011年)において、従来の学説は「24条を14条にいわば吸収し、24条独自の規範意味を発展させてこなかった」と批判し、「規定内容に即して日本国憲法の権利カタログにおける24条の位置づけを考えるなら、24条は、個人の尊重、幸福追求権、法の下での平等を、家族の問題に関して具体化した条項という意味で、13条および14条の特則だと理解するのが自然だろう。13条・14条の特則としての24条は、婚姻の自由と家族生活における平等権という2つの権利を含む。」と主張する。

辻村みよ子は、『憲法〔第5版〕』(日本評論社、2016年)において、「憲法24条は一般に平等の規定と解されてきたが、婚姻の自由を中心とする家族形成に関する個人の自己決定権や、夫婦同権を定めた条文として重要な意味をもつ」「家族領域での実質的平等の保障は24条に委ねられているという原則を確認しつつ、24条と14条の保障内容を明らかにすること、さらに、これらの平等規定と13条の関係を明らかにすることが課題といえよう」と指摘し

ている。

松井茂記は、『憲法〔第3版〕』（日本評論社、2007年）において、「従来24条は家族関係における両性平等を定めた規定と理解されてきたが、それは家族の形成・維持、リプロダクションに関わる個人の権利を保障した権利規定と考えるべきものと思われる」とし、第17章非プロセスの権利第1節家族をおき、「14条で平等権を保障してこのような家制度を否定し、24条はさらに婚姻と家族について……差別が許されないことを明らかにした」という。24条は同時に権利保障規定だと考えるべきことを説き、リプロダクションは日本では24条で保障されていると論じている。

⑦の立場は、渋谷秀樹『憲法〔第2版〕』（有斐閣、2013年）である。第4章共同生活第3項家族形成のなかで、次のように述べている。憲法24条の規定は、家庭生活における男女の平等であったが、家族の多様化を踏まえて、「この規定を家族を形成する権利の一般法的規定と読み直す必要がある」。たとえば生殖の自由は、13条の自己決定権としてではなく、「『家族に関するその他の事項』の問題として考えるべきである」とされる。そして「『個人の尊厳』の文言は、……どのようなルールを作るべきかを指導する基本理念として再構成されなければならない」と論じている。

ケネス・カースト (Kenneth L. Karst) は、「親密な人的結合の自由」(the freedom of intimate association) を観念することで、同性婚や、人々による性愛を基礎としない家族類似の結合を取り結ぶ権利に憲法上の保護を与え、家族の多元性を擁護している⁽⁹⁾。

阪本昌成『憲法理論Ⅱ』（成文堂、1993年）の位置づけは微妙であるが、ここに位置づけることが可能であろう。次のように論じている。「家族の法的地位について、シュミットのように憲法典上の制度としてみるか、それとも、カントのように夫婦間の契約を基礎として成立する『物権的な対人権』とい

(9) Kenneth L. Karst, *The freedom of Intimate Association*, 89 Yale L. J. 624 (1980).

う私法関係とみるか、はたまた、個人の交友の自由という「基本的人権」によって形成される結合体であって、その結合体自身も「基本的人権」主体となるとみるか、さまざまな見方がありうる。「なるほど、日本国憲法の場合、24条2項……の定めは、周辺部分を法律が具体化する制度保障規定であるかのごとくに読める。しかしながら、家族をもって真正の基本権主体ならざる制度と理解することは、不当である。24条2項は、国家との関係については家族を基本権の主体としつつ、家族内の私法的関係が国家秩序の基本であることに鑑み、私法的関係を憲法的規律対象としたのである。「家族は、家族として基本権の単位となり、家族の構成員も個人として基本権をもつのである。家族は……個々人の個別性を育む自然的結合体である」。

家族を基本権単位とすることは、結社そのものが人権享有主体となることを示唆しており、その意味で、結社の自由の問題の一場面として捉えているものと思われる。しかしそれが自然的結合体であるところに、諸個人の意思に基づく結社との違いがある。

家族そのものを基本権主体として神聖視することは、家族内部でのジェンダー構造を隠蔽・温存する可能性があることは後で触れる。

(3) 再婚禁止期間判決における山浦反対意見は次のように述べる。「婚姻の自由が、…憲法24条とその基礎にある憲法14条1項により、合理性のない性差別が排除された婚姻制度を利用し、そこから得られる様々な効果を享受することができる憲法上の重要な権利ないし利益になっている」。

ここにいう「婚姻」が「法律婚」を意味するならば、それは「法律婚」の自由を意味することとなる。婚姻の自由とは、法律婚制度のなかでの自由にすぎない。法律婚という法制度を利用する自由は、国家の権力行使を統制する法力を持つ真正の基本権とは言いがたい。法律婚制度そのものを枠づける憲法原理は、14条の平等に求められることになろう。この意味での婚姻の自由は、防御権的であったとしても、立法裁量統制手段として威力を発揮することはない。

「婚姻」の自由は、親密な結合を意味し、それは法律婚に限られないのだとすれば、法制度を前提としない真正の基本権であるといえる。しかしながら、真正の基本権である「親密な結合」の自由は、男女一对の結びつきに限定されないはずである。その根拠は 24 条ではなく 13 条に求められなければならない。24 条に独自の意味があるとすれば、男女一对の結合を他の結合より特権的に扱うことにある。しかしかかる 24 条理解が、14 条の平等理解と平仄が合うのか、慎重に考えなければならないだろう。

以上、従来 of 学説の立場の整理から、婚姻の自由を主観的権利として導出し、その根拠を 24 条に求めることは困難であることがうかがえる。13 条、14 条に還元されない 24 条の独自の意味は未確定のままといえる。本稿では、以下、その意味を付与する。

3 「個人の尊厳」

(1) 従来 of 学説は、24 条の法意を 13 条や 14 条に還元されるものと捉えるか、それらを基礎とした特別法的なものとして捉えてきた。たしかに 24 条の文言は、13 条の「個人として尊重される」や 14 条の実質的平等論と似ている。しかし具にみれば、24 条は「個人の尊厳」、「本質的平等」という文言を使用しているのである。この文言の違いに、13 条や 14 条に還元できない、また単にそれらの特別法的地位にあるのではない、24 条固有の法意を読み込むべきである。

そこで、以下では、まず「尊重」概念と「尊厳」概念の相違を、蟻川恒正『尊厳と身分』（岩波書店、2016 年）を参考にしながら、検討してみよう。

(2) 蟻川は「尊厳」の觀念の思潮に大きな思想的波紋を形成する高度の潜在的可能性を秘めているのが、ジェレミー・ウォルドロン (Jeremy Waldron) の Dignity and Rank を中核とする一連の著作であるとして、次のように紹介する。

「今日までに多くの国家社会あるいは国際社会は、大まかにいって、『人権』

を活かす社会、『平等』な社会に近づいたといえる、このことは、それ以前の社会を覆っていた『身分』を廃棄したことによると解されることが多いけれども、そう解するのは実は妥当でない、なぜなら、『人権』を活かす社会、『平等』な社会とは、全ての成員が『尊厳』ある存在として扱われるべきであるとされる社会を意味するが、『尊厳』は元来において『高い身分』ないし『公職』と不可分に結びついた観念であるから、全ての成員が『尊厳』ある存在として扱われるべきであるとされる社会は、『身分』が廃棄された社会としてよりは、むしろ『高い身分』が普遍化した社会、つまり、その社会の全ての成員が敢えていえば『高い身分』になった社会として叙述するほうがより適当であると解されるからである。『平等』の実現に向けて努力し、『人権』を最も基本的な価値として標榜する今日の多くの社会は、漸的にいえば、その社会の全ての成員が『高い身分』になった社会というべきものである⁽¹⁰⁾。

そして蟻川は次のように説く。『『尊厳』の普遍化仮説が憲法上の権利にも妥当するとするならば、高い身分の普遍化としての個人の憲法上の権利は、新たにその権利主体となろうとする者に対し、立憲主義の『法システム』の期待する行為を行う意思と能力を有していることの一般的証明を要求しているはずである⁽¹¹⁾』。そしてこれは取扱注意の理論だという。

(3) 尊厳概念についての蟻川の考察を受け入れれば、24条の「個人の尊厳」は次のように解釈できる。

本来、「尊厳」は「身分」と繋がる言葉であり、「個人」につづく言葉ではなかった。しかるに、24条は「個人の尊厳」としている。これはなぜかと考えるべきである。

かつて「尊厳」ある地位にあるとみられたのは、「男性」または「家父長」という(社会的)地位に立つ者であった。こうした地位にたたない女性は、

(10) 蟻川恒正『尊厳と身分』(岩波書店、2016年)5-6頁。

(11) 蟻川・前掲注(10)55頁。

尊厳をもって処遇されてこなかった。

そこで 24 条は、個人の尊重ではなく尊厳を規定することで、社会における高い地位を「男性」「家父長」から「女性」にも拡張されるべきことを求めていると解される。すなわち、すべての個人をより高い地位へと引き上げるのである。とりわけ 24 条は、「女性」を「男性」と同じ、より「高い身分」へと引き上げることを意味している。

ここに 13 条とは異なる、24 条独自の意味をひとつ見出すことができる。13 条の「個人の尊重」は、一人ひとりの違いを重視することを志向する原理であるのに対して、24 条の「個人の尊厳」は、尊厳ある社会的地位にすべての者を引き上げることを要請する原理と解することになる。両者は異なる原理であって、13 条の特別法が 24 条であるとは簡単にはいえないはずである。

24 条がかかる法原理であるとするれば、社会の中に未だに温存されている「家制度」や「家父長」のなごり、すなわち社会的ジェンダー構造を解消することが憲法上要請されると考えられる。この種のジェンダー構造は、全ての個人を尊厳ある地位へと引き上げるべしという 24 条の規範要求と矛盾するからである。

とりわけ、立法機関である国会は、法律を制定することにより、社会的ジェンダー構造を解消するよう義務づけられる。なぜなら、24 条 2 項は「個人の尊厳」と整合するように「法律は制定されなければならない」としているからである。これにより、立法裁量は厳しく統制されることになると、本稿は考える。

(4) 夫婦同氏制度判決の多数意見は、次のように述べる。「婚姻前に築いた個人の信用、評価、名誉感情等を婚姻後も維持する利益等は、憲法上の権利として保障される人格権の一内容であるとまではいえないものの、後記のとおり、氏を含めた婚姻及び家族に関する法制度の在り方を検討するに当たって考慮すべき人格的利益であるとはいえるのであり、憲法 24 条の認める立法裁量の範囲を超えるものであるか否かの検討に当たって考慮すべき事項

であると考えられる」。

多数意見は、このように、人格的利益として考慮すべきというが、それをどの程度重視するかにあたって、社会的ジェンダー構造を除去しなければならないという視点もっていないように思われる。24条を13条の延長線上で捉える限り、「個人の尊厳」のもつ意味は輝かない。

4 「両性の本質的平等」

(1) 24条は、「本質的平等」という文言をもちいている。14条の法の下での平等でよく論じられる「形式的／実質的」という区別をもちいていない。ここに24条独自の法意を読み取ることができるはずである。

仮に24条を14条の延長線上で理解し、両者の区別を意識しないならば、次のようになろう。憲法14条は形式的平等を「原則」としており、合理的理由が認められるならば「実質的平等」も例外的に許される。24条で求められる平等も、形式的平等を原則としながら、例外的に実質的平等も許される。男女の区別をしない中立的な法律でありさえすれば、原則である形式的平等要求を満たしており、平等原則違反の問題は生じない。

しかしながら、両性の「本質的平等」は、形式的平等・実質的平等とは位相を異にする概念ではないだろうか。形式か実質かというアプローチは、国家が個人を同様にあるいは別異に処遇することに関わる区別である。これに対して、「本質的平等」(the essential equality of the sexes.)は、哲学で語られる「本質／現象」の区別であると考えられる。

「本質／現象」の区別は、平易に「内在的なもの／外見的なもの」の区別と言い換えることができる。こう読めば、「両性」の「内在的なもの」における平等性を24条は求めているのである。もっとも「内在的なもの」における平等性は判定しがたい部分があるため、少なくとも両性の「外見的なもの」における差別を排斥することが規範的に要求されるといえる。

男女の表層的な相違、作り上げられたという意味で外見的相違、すなわち

社会的文化的に作り上げられた“見せかけの”男女差を排斥することを、「本質的平等」概念は求めているといえるのではないだろうか。

(2) 夫婦同氏制度判決の多数意見は次のように述べている。「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って、その文言上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く、本件規定の定める夫婦同氏制それ自体に男女の形式的な不平等が存在するわけではない」。「協議の結果として夫の氏を選択する夫婦が圧倒的多数を占めることが認められるとしても、それが、本件規定の在り方自体から生じた結果であるということとはできない」。「したがって、本件規定は、憲法 14 条 1 項に違反するものではない」。「もっとも……この現状が夫婦となろうとする者双方の真に自由な選択の結果によるものかについて留意が求められるところであり、仮に、社会に存する差別的な意識や慣習による影響があるのであれば、その影響を排除して夫婦間に実質的な平等が保たれるように図ることは、憲法 14 条 1 項の趣旨に沿うものであるといえる。そして、この点は、氏を含めた婚姻及び家族に関する法制度の在り方を検討するに当たって考慮すべき事項の一つというべきであり、後記の憲法 24 条の認める立法裁量の範囲を超えるものであるか否かの検討に当たっても留意すべきものと考えられる」。

この多数意見は、14 条の形式的平等概念を基礎としながら、「実質的」に平等といえるか否かを 14 条 1 項、24 条で考察しようとしている。ここでは、24 条 2 項の「本質的」平等の意義を明確にしているとはいえない。社会的ジェンダー構造に一目置いているようにも読めるが、後の展開をみれば分かるように、立法裁量を大きく制限するものとは考えられていないようである。

また、多数意見は、婚姻・家族に関する性中立的な法律が、女性に差別的効果を発生させているとき、14 条 1 項ではなく 24 条 2 項の問題と考えているようにもみえる。そうすると、通常、差別的効果の問題は、14 条の保障する平等原則ではカバーされないが、こと婚姻や家族に関する場合は、24 条 2 項の存在ゆえに、平等原則の土俵にのることができるといえることになるの

かもしれない。

しかし、このように考えた場合、家族に関するもの以外の差別的効果の問題は、依然として未解決のままとなるか、24条2項のような条文がないことをもって、平等原則の守備範囲から除外されることを正当化することになるかもしれない。

(3) 最高裁の多数意見は、法律の文言上の性中立性を重要視している。しかし、法文上の中立性は、社会的ジェンダー構造を除去しない。

たとえば、スーザン・M・オーキン (Susan Moller Okin) は次のように指摘する⁽¹²⁾。〈正義の達成に必要なものは男女間の形式的・法的平等だけでは足りない。妊娠や中絶、出産、休暇等について、結果的に女性に不利な差別を引きおこすような「ジェンダー中立的」法律が制定されたり、支持されたりすることは、本当に起こりうることなのだ。わたしたち自身を原初状態の中に置いて考えることの可能性に限界が伴う⁽¹³⁾。〉〈今日の女性が直面している不正義の主な要因は、離婚の際に顕著になるように、慣習や職場の差別や家族内の伝統的分業のために女性が不平等に直面しているにもかかわらず、法律が男性と女性をほぼ平等に扱っていることにある。ジェンダーによって構造化された結婚が女性を脆弱にする。性別分業を基礎とした性的差異のゆるぎない制度化という意味での「ジェンダー」が、いまだ私たちの社会に広く浸透している⁽¹⁴⁾。〉〈ジェンダー中立的な代替策は、理論家が人類にはふたつの性の人間がいるという事実を直視しないうことを隠す効果をもつ。ジェンダー中立的な言語は、ジェンダー構造化された社会に生きつづける限り、「人間 person」の現実の経験の多くが、性別によって異なるということを、ほとんど見えなくしてしまう⁽¹⁵⁾。〉

(12) スーザン・M・オーキン (山根純佳他訳)『正義・ジェンダー・家族』(岩波書店、2013年)を参照。

(13) オーキン・前掲注(12) 165頁参照。

(14) オーキン・前掲注(12) 4-5頁参照。

本稿は、24 条の「個人の尊厳」「本質的平等」が社会的ジェンダー構造を除去することを求めていると解すべきだと述べた。それは性中立的な法律では達成できないことは、オーキンの主張のとおりである。中立的法律の問題点は次のように理解できる。

(4) 中立的法律の問題は、その中立性が、すなわち現状中立性 (status quo neutrality) である点にある、と C・R・サンスティン (Cass R. Sunstein) は指摘する⁽¹⁶⁾。サンスティンの見解を野崎綾子は次のように要約している。「サンスティンは、憲法は中立性 (neutrality) を第一の義務とするが、この中立性要求は、現状中立性として現れることが極めて多いと言う。現状中立性とは、現状 (status quo) や、人々や集団が現在有しているものを中立的なものとして扱い、これを決定のためのベースラインとする考え方を言う。現状から離れることは、党派性を表し、現状の尊重は中立性を表す。国家が現状に介入しない場合には、その決定を正当化する必要はめったになく、介入する場合には、憲法上、疑いを持って見られる。／サンスティンは、この考え方は、現存する権利 (したがって現状も) は法により作られたものであるということ看過しているという理由から誤りであるとする。ここでいわれる権利 (right) には、法により特定された範囲内で行動することを許容するエンタイトルメント (entitlement) が含まれる。……エンタイトルメントが法によって与えられ、保障されていることによって、社会や市場が構成されているというのである」⁽¹⁷⁾。

サンスティンは、現状中立性が現在の特権的利益を擁護するものとなりがちであることから、反カースト原理を主張する。この原理は、人種や性別といった特徴を、社会的不利益を課す根拠とすることを禁ずる原理である。現

(15) オーキン・前掲注 (12) 12 - 14 頁参照。

(16) C. R. Sunstein, *Partial Constitution* (1993).

(17) サンスティンの要約については、野崎綾子「正義論における家族の位置」国家 113 卷 11 = 12 号 (2000 年) 1025、1062 頁。

状中立性が、社会において一定の地位を占める市民に有利になっている場合、それを是正する力は市場にはない。現状中立性は、社会的実践の中で二級市民を再生産することになるおそれがある。サンスティンはこのように考えて、反カースト原理からアフーマティブ・アクションを許容する議論を展開する⁽¹⁸⁾。

マーサ・A・ファインマン（Martha Albertson Fineman）は、次のように指摘する。「家族の社会的役割の遂行を賞揚するために、伝統的家族の機能が理想化され、美化される必要があったのだ。家族という制度は、概念的に国家の外部に位置づけられ、すなわちその伝統的形態では、外的権力による介入や支配から保護される権利を保証された。とはいえ、国家の権力と支配は、家族を法的に定義し、その担うべき機能を線引きし、個々の家族の役割達成度を測る基準を作り出す過程を通じて執行されている。国家における家族の歴史的役割をみれば、伝統的な家族を強化する決定が必要とされ、ゆえにそうした決定が『中立』で『正義』と受け止められても致し方なからう。社会的構造としての家族は見えない存在となり、同時に便宜ははかられてきたのである」⁽¹⁹⁾。

これらの指摘から分かるように、国家が「中立」的であることは、現状中立的にすぎず、その現状が構造的に差別を内包しているとき、制定法の中立性は、問題の解決に何ら寄与しないのである。この問題に切り込むための憲法上の手がかりが24条である。それは24条の文言上も、その他の憲法原理からも、無理なく導出できると本稿は考えているのである。「中立性」のなかで見えなくされている「社会構造」としての「家族」を析出することで、立法裁量の限界を画する力を24条は得ると考えられるのである。

(18) 野崎・前掲注(17) 1055 - 1056 頁参照。卷美矢紀「私人間効力の理論的意味」（安西文雄他『憲法学の現代的論点〔第2版〕』（有斐閣、2009年）273 - 275 頁参照。

(19) マーサ・A・ファインマン（上野千鶴子監訳）『家族、積みすぎた方舟』（学用書房、2003年）246 - 247 頁参照。

5 社会的ジェンダー構造

(1) 社会的ジェンダー構造について、ファインマンは次のように述べている。「法はただ、『そこにあるもの』でも、独立した原則の総体などでもなく、政治的、文化的諸力に作用しかつ影響される社会的産物である。このため『法律』を理解するには、条文の解説と同じくらい、社会のおよび文化的影響力の理解が不可欠である。／…ある種の集団はこれまで歴史的に見て法によって代弁されておらず（もしくは十分に代弁されておらず）、彼らを閉め出したことで、現代の法分析と法制度には、不完全さ、あるいは欠陥ともいべき偏りが生じている…。」⁽²⁰⁾

この社会的ジェンダー構造を比較的強く捉えていると思われるのが、再婚禁止期間判決の山浦反対意見である。次のように言う。「血統の混乱を防止する」ことが再婚禁止の目的であったといえ、「旧民法の立案者は妻を迎える側の立場に立って前夫の遺胎を心配していたのであって、生まれてくる子の利益を確保するなどということは、帝国議会や法典調査会等においても全く述べられていない。明治 31 年当時は女性は選挙権も与えられず、相当額の納税をしている一部の男性のみが立法に参加しているにすぎない。そういう帝国議会において旧民法が制定されており、旧憲法や旧民法には、子は男それも長男（嫡男）が重視され、二男や女兒に至ってはその福祉を考える姿勢はなく、保護の対象から除外されていたといえる。このような時代において、離婚した女の再婚を禁じた旧民法に、生まれてくる子の利益の確保という視点があったとするのは余りにも歴史を無視したものと思われる」。

また夫婦同氏制度判決の岡部意見は、「女性の社会的経済的な立場の弱さ、家庭生活における立場の弱さ、種々の事実上の圧力など様々な要因のもたらすところであるといえるのであって」と述べている。

(20) ファインマン・前掲注 (19) 46 頁。

これらの意見には、法律が現状の社会構造のうえにたつものであり、中立的な文言も現状中立性にすぎないこと、制定法は、ジェンダー化された社会構造を、単なる社会的事実にとどまらず、法的な権威をもつものとする危険性を認識しているものといえる。

(2) 社会的文化的に作り上げられた性差について、行動経済学の立場からも興味深い研究がある⁽²¹⁾。要約するところである⁽²²⁾。男性は競争的であり、女性は協調的である、という性に由来する差異の存在が確認できるか、ある実験をおこなう。タンザニアのマサイ族は強い父系社会である。そこでおこなった実験では、男性が50%、女性が26%の率で競争を選んだ。これは先進国で調べた男女とあまり変わらない結果である。他方、インドのカーシ族は母系社会である。ここで同様の実験をおこなった結果は、カーシ族の女性の54%、男性の39%が競争を選んだというものである。カーシ族の女性はマサイ族の男性より競争を好んだことになる。この調査によると、適当な文化の下では女性は男性と同じくらい負けず嫌いになるし、女性の方が男性より競争を好む。仮に男性が女性より自然と競争を好むのは進化によるものとしても、競争力があるかないかを決めているのはそんな進化だけではないということになる。文化的なインセンティブがそうなっていれば、普通の女性の方が普通の男性より競争を好むだろう。

(21) ウリ・ニューズィー＝ジョン・A・リスト (望月衛訳) 『その問題、経済学で解決できます』(東洋経済、2014年) 49 - 51 頁は、次のエピソードを紹介している。「2005年1月、当時ハーヴァード大学総長のラリー・サマーズは、科学・工学分野の労働人口の多様化に関するカンファレンスで、……アメリカで科学と工学の教授に占める女性の割合が20%にすぎないと示す調査に言及し、……『科学と工学という特定分野に関しては、能力の問題、とくに能力のばらつきの問題があり、社会化にかかわる要因や差別を持続させる要因という、実際にはより影響力の小さい要因が、それらの影響を強めている』のではないかと述べた」。また、哲学者のシモーヌ・ド・ボーヴォワールが「人は女に生まれるのではない、女になるのである」と述べたことは印象的である。

(22) ニューズィー＝リスト・前掲注 (21) 68 - 76 頁。

この行動経済学の研究で確認されたように、社会的ジェンダー構造は現存する。この構造上不利益をうけている層に光を当て、救済していくことが求められる。一義的には立法によって解決していくべきであるが、裁判所は憲法 24 条の法意を正しく読み取り、立法裁量を厳格に統制することが求められるものと解する。24 条を梃子にして、立法裁量を強く統制していかなければならない。

(3) 戦後の民法改正によって、14 条の平等原則にのっとった、平等主義的な法律が制定され、そのうえで近代的家族モデルが示されているようにみえる。しかしながら、社会の構造を変化させるのに、そのような法律は無力である。中立的で平等主義的な法律は、ジェンダー化された社会的文脈の中で運用されているからである⁽²³⁾。

たとえば、次のようなジェンダー構造が指摘される。家族内における家事・育児等の無償労働 (unpaid labor) の分担が、不平等に行われていることこそが、社会におけるジェンダー不平等の根底にある。すなわち、家族関係における家事・育児等の無償労働が、男女間で不均等に分配されていることの影響が、公的領域に影響を及ぼすという悪循環の構造になっている⁽²⁴⁾。

また二宮周平によれば、民法改正時の立法者の一人、我妻栄も、社会的ジェンダー構造を前提としていたことが指摘される⁽²⁵⁾。さらに二宮は、男性を中心とする職場 = 公的な世界と、女性を中心とする家庭 = 私的世界の棲み分けを固定化する社会が確立された、性差を強調する社会とは、男女の生き方を制約し、経済力を背景に男性が女性を支配し、性的少数者を抑圧してその自己肯定を阻害するような社会だったのではないだろうか、と指摘する⁽²⁶⁾。

(23) ファインマン・前掲注 (19) 49 頁。同じ箇所、ファインマンは、女性は母親になる可能性があるという理由で、公的存在としての男性と歴史的に区別されてきたという。母性が差別と格下げの根拠となってきたというのである。母親も父親と変わらないかのような見せかけ (もしくは思い込み) によって、今なお変わっていないという。

(24) 野崎・前掲注 (17) 1029 頁は、オーキンを参照しながら論じている。

わが国の民法制定の背景にある社会的ジェンダー構造を読みとくためには、家族は法制度であると同時に、あるいはそれ以前に、強固な社会的制度である点に留意しなければならない⁽²⁷⁾。社会的実践の中で形成されてきた制度が社会的ジェンダー構造としての家族なのである。それゆえ、法的実践によってかかる構造を容易く変革できると考えてはならない。むしろ法的実践は、社会的ジェンダー構造を強化する傾向をもちがちなのである。

6 法制による社会的ジェンダー構造の強化

(1) 法制が社会的ジェンダー構造の強化に寄与している点について、楽観的な見通しをもつのが、夫婦同氏制度判決の寺田補足意見である。次のように述べている。「夫婦の氏の仕組みを社会の多数が受け入れるときに、その原則としての位置付けの合理性を疑う余地がそれほどあるとは思えない」。

この補足意見は、婚姻家族が社会的制度であり、それゆえに社会的ジェンダー構造に強烈に絡め取られていることに無頓着である。社会の多数が受け入れていることは社会的ジェンダー構造の強固なことを傍証しているのであり、それゆえに社会的ジェンダー構造の解消、とりわけ女性を尊厳ある地位へと引き上げ、社会的に作り上げられた性差を取り除かんとする憲法 24 条の趣旨を、裁判所の立場から実現することが求められるはずである。

(25) 二宮周平『家族と法』(岩波新書、2007年)26-27頁は次のように述べる。我妻栄委員は、家制度が廃止されても、家族が現実にも共同生活を営むことは変わらないとし、「氏を同じうするか、しないかということが現実の共同生活が一緒になる、ならぬというところを抑える一つの拠り所にしようという風に考えている訳であります」と説明して、親子同氏・夫婦同氏を原則とし、子の氏の変更の手続きを定めた。親子同氏・夫婦同氏=家族共同生活と、とらえていたといえる。我妻の説明は、結婚改姓をせず(多くの場合は男性)、婚姻外で子どもをもうけず、家族と同居し、離婚もしないという人のみを想定したものではないだろうか。

(26) 二宮・前掲注(25)45-46頁参照。

(27) ファインマン・前掲注(19)178頁。

(2) そもそも法律は、文化的、社会的意味を創造する制度のひとつにほかならない。またはほとんどの場合、法律は社会規範をつくるというよりは、むしろ社会規範を反映するのである⁽²⁸⁾。

ファインマンによれば、社会における支配的イデオロギーは、社会規範や慣習の創造や再創造のまさにその場で、ひそやかだが決定的に姿を表したり隠したりする。そして、文化と社会、およびその輪郭の制度化を決定する。支配的イデオロギーは言語、象徴、イメージ、さらには公的制度や権力構造の運用といった日々の言説をつうじて伝達されるのである⁽²⁹⁾。

要するに、社会的ジェンダー構造を支える支配的イデオロギーが、法制定、法解釈という権力行使の場において、顔をのぞかせるのである。こうして、社会的ジェンダー構造は、社会的制度であると同時に、法的制度として強化され、イデオロギーは再生産されていくのである⁽³⁰⁾。

法制度はかように社会に支配的なイデオロギーのもとで社会的ジェンダー構造を強化しているのであるから、法が社会における諸々の規範から独立して、法とそぐわない規範を掣肘できると考えるのは妥当でない。逆に、法は、支配的な文化的、社会的イデオロギーを反映したより大きな規範体系のもとに編みこまれ、それによって制約を受けていると理解する方が、現実には即している⁽³¹⁾。したがって、法制度は社会改革的であるよりも、保守的・抑止的に形成されたり解釈されたりするのである。

(3) このように理解してくると、とりわけ社会的ジェンダー構造の問題についての理論的アプローチは、社会的選択のあれこれに関する現行政策についての批判的議論を惹起し、法制度の不公平な面を明らかにすることでなけ

(28) ファインマン・前掲注 (19) 165 頁。

(29) ファインマン・前掲注 (19) 42 頁。

(30) ファインマンは、加えて、社会や文化によって作り出されたこうした全体的なイメージに法律が便乗し、その後おしすらししているという。ファインマン・前掲注 (19) 66 頁。

(31) ファインマン・前掲注 (19) 33 頁。

ればならない⁽³²⁾。ジェンダー化された社会通念を権力によって肯認し、再生産することに諾々としたがうことは避けなければならない。

司法審査の観点からいえば、立法裁量を厳格に統制するべきであるといえる。なぜなら、法制度は元来保守的であり、社会構造の一部を形成しているのであるから、広範な立法裁量に任せておいては、社会構造を変革していくことは望みが薄いと言わなければならないからである。立法裁量を広範に認めれば、社会的イデオロギーは再生産され続けるだろう。

最高裁は、憲法 24 条の「要請、指針」にそって立法裁量を統制する姿勢をみせながら、その統制力は弱いものと理解している。しかし、「両性の本質的平等」を梃子に、社会的ジェンダー構造を除去していく積極的な「要請、指針」を裁判所は実現していくべきことを本稿は主張してきている。ジェンダー中立的な法律は、実は社会の支配的イデオロギーを反映しているのである。サンスティン流に言えば、中立的法律とは現状中立性にすぎない。かかる法律は、社会的ジェンダー構造を再生産するのに寄与するばかりである。これを除去していくことを 24 条の「要請、指針」と解するべきなのである。

社会的ジェンダー構造は、家族制度の中で再生産されているのであるから、「婚姻及び家族」に関する事項を法律をもって定めるとき、ジェンダー論の観点から注意を向ける必要があるのは当然である。

四 ジェンダー構造と立法裁量統制

1 社会的ジェンダー構造と女性

(1) 不完全な女性と私的領域

三で論じたように、憲法 24 条は、両性の本質的平等を保障することで、社会的ジェンダー構造を解消しようとしている。また個人の尊厳を保障することで、とりわけ女性の地位を引き上げることが求めている。その女性は、現在、

(32) ファインマン・前掲注 (19) 52 頁。

社会的ジェンダー構造の中でどのような地位にとどめられているのか。

ファインマンは、社会学、人類学、経済学、歴史などの社会的に重要な分野における家族の語り方は、首尾一貫して女性に補完的で補助的な家族の役割を与えてきた、という⁽³³⁾。また、歴史的に法律という分野は、「私的」関係ではなく「公的」行動を規制する面がずっと明白であり、私的領域は、国家権力の代行者としての男性に委ねられてきた、と指摘する⁽³⁴⁾。

ここにいう私的領域は、「国家 対 市民社会」の図式で捉えられる私的領域を指す場合もあるが、そうではなく、「非家庭と家庭」を区別し、「家庭」を私的領域として理解されることがしばしばあるため、注意が必要である⁽³⁵⁾。

われわれは、個人の自由保障を基本的な法原理として承認しているが、それは「非家庭と家庭」を区別したときの前者、すなわち公的領域における法原理にとどまっているのではないか。これがジェンダー法学者からの疑義である。この視点から、「非家庭と家庭を区分し、それぞれが異なる原理をもって規律されるとする、リベラリズムのとってきた公私二元論こそが、家族の政治的性格、個人の生活における正義のレレヴァンス、ひいてはジェンダーの不平等と深く関わりを持つ」と批判される⁽³⁶⁾。

男性は市民社会において、特別の地位に立ち、尊厳が与えられ、女性は補助的役割を担う、という社会的ジェンダー構造は、自由の法原理を全方位的に貫徹することで打破されるであろう。このことを本稿は、女性を男性と同様の社会的地位に押し上げることを憲法 24 条は「個人の尊厳」として保障し

(33) ファインマン・前掲注 (19) 166 頁。ラカンによれば、「母親」は「不完全な者」として概念化される。ファルスが欠けているせいで、彼女は否定性の場となると、ファインマンは紹介する。ファインマン・前掲注 (19) 167 頁。

(34) ファインマン・前掲注 (19) 31 頁。

(35) 野崎・前掲注 (17) 1027 - 1028 頁参照。

(36) 野崎・前掲注 (17) 1028 頁。家族 = 「私的領域」を「自然」によってつくられる「前政治的 (prepolitical)」なものとし、社会契約により構成された政治 = 「公的領域」と峻別する公私二元論が採られてきた、という。野崎・前掲注 (17) 1028 頁。

ている、という解釈で示したのである。本来は地位と結びつくはずの「尊厳」を、「個人」と接続させている理由は、男性のみが社会において尊厳ある地位を認められてきた社会構造を改革し、すべての個人を尊厳ある地位へと押し上げることにあるのである。

(2) 「家庭」が社会的ジェンダー構造を温存しているとすれば、「婚姻」は、女性をイデオロギーの再生産現場に従事させる契約となりかねない。ジェンダー構造化された結婚は、社会的に作られた明らかに非対称な脆弱性へと、女性を巻き込んでいく、とオーキンはいう⁽³⁷⁾。

二宮によれば、戦後のわが国の改正民法の特徴は、明治時代以来の家制度を廃止して、男女の平等を徹底したことであり、家族を団体としてではなく、夫と妻、親と子、親族相互の個人と個人の権利義務関係として規定し、個人を基礎と置いたことである、とされる⁽³⁸⁾。同時に二宮は、家意識や家父長意識を温存する規定のあることも指摘し、たとえば、親族を定義する規定（民法725条）、扶助義務規定（730条）、墓や位牌などは同じ氏の者が継承することを前提とする規定（897条、769条）などをあげ、相続法も家督相続廃止、配偶者も相続可能（890条）だが、農地の長男を優遇する慣行などが残る点を指摘する⁽³⁹⁾。

戦前からの法的制度としての家は廃止されたが、社会的ジェンダー構造の中にそれは依然として生きているというわけである。この構造が、民法改正のさいに影響を与えていることはもちろん、法解釈にも影響を与えているのである。夫婦とその間に生まれた子を家族として把握する民法は、一見すると中立的な家族の標準的モデルと受け止められる。しかしそこには極めてジェンダー化された社会構造が潜んでいるのである。

(37) オーキン・前掲注(12) 227頁。

(38) 二宮・前掲注(25) 41頁。

(39) 二宮・前掲注(25) 42頁。

2 近代的家族モデルとジェンダー構造

(1) 法律婚

民法は、家族の標準的なモデルを示して、法律婚制度を構築している。憲法 24 条は、このような法律婚制度そのものの樹立を要請しているのか、あるいはしていないのか、議論の余地がある⁽⁴⁰⁾。

ここではこの論点に深く立ち入ることはしない。現に樹立されている法律婚制度が、社会的ジェンダー構造のうえに成り立っていることにより、憲法 24 条の「要請、指針」にそぐわない状況になっていないか、国会の立法裁量の限界を超えていないか、という観点から「婚姻」「家族」に関する法制を点検してみる。

法律婚制度を採用することは、婚姻関係を国家に登録するよう強制することを意味する。そのさい、一定の要件（婚姻適齢、重婚禁止等）を充足するように国家は当事者に求める。これにより、法律婚は、特定の結合のみを「公的」なものとして公認する機能を果たしている。こうして標準的な「婚姻」と「家族モデル」が推奨され、それを満たしていない結合は、婚姻家族とは呼べない結合か、欠陥のある婚姻家族として扱われることになる。

法律婚制度の採用は、それ以外の結びつきを否定するように働くことに注意が必要である。たとえば、同性間の結合を「婚姻」に近づけて取り扱おうとする努力は、異性間の結合は、正常な「婚姻」ではないことを際立たせる結果となる。社会的ジェンダー構造に絡め取られた法律婚制度は、そこから離脱しようとする婚姻家族を異常な家族として際立たせることになるだろう。

この点に留意しながら、近代的家族の標準モデルがいかなるジェンダー構

(40) 君塚正臣「日本国憲法二四条の『家族』の法意」法律時報 70 卷 6 号 102 頁 (1998 年) 105 頁は、憲法は法律婚の保護は許容しているという。工藤達朗は、男女間の法律婚は制度的保障の核心であり、廃止することは憲法上禁止されると考えている。赤坂正浩他『ファーストステップ憲法』(有斐閣、2005 年) 145 頁以下 (工藤達朗執筆部分)。

造を内包しているとされているかを次に確認しよう。

(2) 近代的家族モデル

夫婦同氏制度判決における寺田補足意見は次のように述べている。「現行民法下では夫婦及びその嫡出子が家族関係の基本を成しているとする見方が広く行き渡っているのも、このような構造の捉え方に沿ったものであるといえるであろうし、このように婚姻と結び付いた嫡出子の地位を認めることは、必然的といえないとしても、歴史的にみても社会学的にみても不合理とは断じ難く、憲法 24 条との整合性に欠けることもない」。

同じく木内意見は次の通り。「夫婦とその間の未成熟子を社会の基本的な単位として考えること自体は間違っていない」。

同じく岡部意見。「夫婦と親子という身分関係は、人間社会の最も基本的な社会関係であると同時に重要な役割を担っているものであり、このような関係を表象するために同一の氏という記号を用いることは一般的には合理的な制度であると考えられる。社会生活の上でその身分関係をある程度判断することができ、夫婦とその間の未成熟子という共同生活上のまとまりを表すことも有益である」。

これらの個別意見にみられるのは、夫婦とその嫡出子という家族モデルである。二宮は、法社会学者であり家族法学者である丸山茂を引用して、次のように述べている。近代的な家族の法制度は、①家族は男と女のカップルで作られなければならない、②そのカップルは婚姻という社会的承認をふまえたものでなければならない、③こうしたカップルから生まれた子が正統な子であり、婚姻は親子関係を証明する基準となり、婚姻で生まれた子を「嫡出子」と推定する、④家族の制度的永続性を求めるために、離婚は限定的に認めるにとどめる⁽⁴¹⁾。これによれば、最高裁の前提としている家族モデルは、近代的家族モデルであるといえそうである。

(41) 二宮・前掲注 (25) 46 - 47 頁。

近代的家族モデルは、男性、女性という性別を基準とした結合であり、法律婚制度がこのモデルを採用することで、公式の「婚姻」「家族」は性別基準によって聖別されることになる。この家族モデルによれば、家族内での男性の存在を本質的かつ優越的とする家父長制が強化されることになる、ファインマンは指摘する⁽⁴²⁾。こうして家族内で女性は「母親」というジェンダー構造に組み込まれることになる⁽⁴³⁾。

男女の性別を基準とした結合体とその間の子という標準的家族モデルは、家族が子のケアを担当することを前提としていると考えられる。そしてリベラリズムが「非家族／家族」の二分法を暗黙の与件としているならば、家族内では自由は徹底されず、男性が家族を代表し、主として女性が子のケアを引き受けることになる。社会がかような構造となっているとき、近代的家族モデルを法認する法律婚制度はジェンダー化している。近代的家族モデルを法制度化することは、社会的ジェンダー構造を政治的に増幅・反復させることになるのである。

かかる社会的ジェンダー構造は、次のような連環を生じさせると想定できる⁽⁴⁴⁾。女性＝主婦の家事・育児は無償労働であるから生活の糧を得るために賃労働をしなければならない → しかしパート労働では生計維持は不可能である → ゆえに働き手としての夫が必要となる。男性＝男は長時間残業をし、休日・深夜も勤務をする → 育児・介護はもちろん自分の世話も十分にできない → その仕事を担うための妻が必要となる。このように、社会の構造が「男と女が結婚し夫婦一体となって初めて生計の維持と家庭の維

(42) ファインマン・前掲注 (19) 43 頁。

(43) オーキンは、次のごとく述べる。母親業はそれ自体、女の子のなかで「再生産」されるのである。女性と男性の重要な差異が、家族内で現在おこなわれている性別分業によって作られることを認めさえすれば、家族がいかに政治的な制度であるかがますます明らかになるだろう。オーキン・前掲注 (12) 213 頁。

(44) 二宮・前掲注 (25) 43 頁。

持が可能になるという生活様式」となっており、病気などでこの生活様式が崩れると生活が維持できなくなるようなモデルを前提として、家族法は定められているのだと、二宮は指摘する⁽⁴⁵⁾。

他方で、近代的家族モデルについて、肯定的な意見もある。君塚は、当事者の意思に反する「婚姻」や「家」同士の結びつきを否定することが憲法 24 条の趣旨であるとしつつ、「憲法は『家族』が夫婦とその間の子によって成り立つことを基本とし、『家』とは無縁の独立した個人契約と、本人の意思とは無関係に出生した未成熟な子の福祉のためにあると考えたのであろう」と指摘している⁽⁴⁶⁾。また水野紀子は、家族は「子の幼い日々を守る暖かい繭」であるという⁽⁴⁷⁾。

これらの指摘は、男女という性別を基準とした結合体の間に生まれた子を、主として母親がケアすることが、子の福祉にとって望ましいとする趣旨だと解される。辻村みよ子は、男女とその子という家族関係が憲法 24 条の規定する公序であることを指摘する⁽⁴⁸⁾。

しかしながら、男女を基準とした結合体を正当な婚姻家族として法認することは、社会に支配的なイデオロギーを法の権威をもって正当化する危険が大きい。すなわち、男女の性別役割分担にもとづく家族内分業、それを前提とした社会構造を増幅しイデオロギーを再生産することになりかねない⁽⁴⁹⁾。

(45) 二宮・前掲注 (25) 43 頁。

(46) 君塚・前掲注 (40) 104 頁。

(47) 水野紀子「団体としての家族」ジュリスト 1126 号 72 頁 (1998 年) 76 頁。

(48) 辻村みよ子『女性と人権』(日本評論社、1997 年) 226 頁参照。

(49) 戸籍制度の研究の第一人者である利谷信義によると「もともと民法は、一定の家族像を示していたわけではなかった。戸籍の編成基準を「近代的小家族」の家族像に求めたのは、「家」の克服に必要だったからである。」しかし、現行戸籍は「家」の克服という使命を果たしたとはいえないように思う。今なお性別役割分業意識や慣行が根強いのは、日本的な家意識が残っているからであり、戸籍にはこれを温存する作用があったと考えるからである。二宮・前掲注 (25) 35 頁。

この危険は、男女という性に基づく区別に由来しているのではないだろうか。性に基づく近代的家族モデルを最初から見直さなければ、社会的ジェンダー構造を根本的に解消することはできないのではないだろうか。

家族の多元性を指摘する野崎は、辻村の言う「公序」に基づく家族像は、異性愛の夫婦とその生物学的な子という近代家族に家族を限定するものであり、家族の多元性を過度に損なうと批判する⁽⁵⁰⁾。

近代的家族モデルが子の福祉にとって望ましいとする主張は、法律婚制度自体が、嫡出子を優遇する社会的ジェンダー構造のうえに成り立っているという疑念を持って検討されなければならない。法律婚は、法律婚以外の結合を異常視することになると、先に述べた。すなわち、近代的家族モデルにマッチしない結合体を欠陥のある結合体とみなして不利益を課す機能を、法律婚制度はもつのである。換言すれば、子の福祉にとって近代的家族モデルが望ましいのは、そうした社会構造を法律婚として正当化したかゆえであろう⁽⁵¹⁾。

また近代的家族モデルにおいては、生物学的な父親が誰であるのかが重要となる。そのため、父子関係を確定する手続きが整備される。この手続きは、男女の性別を基準とする結合体こそが社会の核となる構造を公然と示す儀式とも見なせる⁽⁵²⁾。

本稿は憲法 24 条が社会的ジェンダー構造を解消する規定であると理解した。この趣旨を貫徹するためには、近代的家族モデルを捨て去る必要性がある。少なくとも近代的家族モデルが基礎とする男女の性区分が、社会的ジェンダー構造に決定的な問題性を孕んでいることは無視できないことは強調さ

(50) 野崎・前掲注 (17) 1039 頁。

(51) 現行民法は、法律婚の圏外の者に不利益を課することをもって法律婚を保護したことになっているのであり、そうした不利益を回避するために（「子供がかわいそうだから籍を入れる」）、人々を法律婚という制度へと囲い込む働きを営んでいるのである。安念潤司『契約的家族観』再論』ジュリスト 1222 号 21 頁（2002 年）25 頁参照。

(52) ファインマン・前掲注 (19) 237 頁参照。

れなければならない。

近代の家族モデルを法律上正当化することは、それ以外の結合体を異常な結合体と考え、権力的統制に服するとの帰結に至りうる。家族という「私的」な結合体が、権力的統制に服することで「公的」な存在となる⁽⁵³⁾。家族を社会的ジェンダー構造から解き放ち、24条の趣旨を全うするためには、憲法上の家族をどのように捉えるべきかを次に検討しよう。

3 社会的ジェンダー構造からの家族の解放

(1) 家族へのアプローチ

夫婦同氏制度判決の多数意見は家族について、「社会の構成要素である家族」、「家族は社会の自然かつ基礎的な集団単位」であると述べている。

野崎は、家族へのアプローチを複数紹介し検討している。ここで略述すると次のようである。

①家族への権利アプローチ：個人の自由への権利を、家族の内部へも拡張

(53) 家族を私的領域として法的介入を差し控えるというアイデアには難点がある。すなわち、経済的あるいは身体的により大きな力のある家族成員の権力を維持強化する効果をもたらすのである。家族のプライバシーは、とりわけ女性や子どもにとって危険な場所にもなり得るのである。ファインマンは、私的領域（家族）は、家長がより広い世界で勝ち抜くべく用意された領域だったと指摘し、私的領域におかれた家族とは、伝統的に支配一被支配の構造を持っており、夫と父親がその公的役割ゆえに家族内でも支配者とされてきたと述べている。ファインマン・前掲注(19) 204頁。

私的領域に置かれる家族は、国家からの管理から免れ、保護に値する実体をもつものとされるが、家族のすべてが私的領域に置かれるわけではない。近代の家族モデルに合致する家族のみが私的領域におかれるのである。近代の家族モデルに合致しない家族の例は、シングル・マザー家族や同性婚の家族である。こうした家族は「公的」家族とされ、国家の管理に服することになる。ファインマン・前掲注(19) 207 - 209頁。私的家族と公的家族の区別を排斥し、すべての家族を保護するためには、「家族」概念の大転換が必要であることを、ファインマンは指摘する。ファインマン・前掲注(19) 200頁 203頁。

し、家族の多元性を擁護するものである。「家族の憲法化」を支える権利の構想 (conception) は二通りある。第一は、家族を、国家の介入から保護される統一体とみるものである。第二は、第一の立場から更に進んで、権利の主体を各個人と考え、適切な家族関係についての法的アサンプションへの挑戦を鋭く投げかけるものである⁽⁵⁴⁾。

②家族への共同体アプローチ：家族は単なる私的結合ではなく、市民社会や政治体を構成する重要な制度であるとする。家族制度は、共同体による、何が個人にとって善き生き方であるかについての公的判断を反映せねばならないものとなる⁽⁵⁵⁾。

③家族への契約アプローチ：家族関係を、私的な契約関係として把握する。このアプローチは、個人の自由への権利を基本とし、この権利が自らの意思に基づき負担した義務によってのみ制限される、リベラルな社会を前提とする⁽⁵⁶⁾。

②の共同体主義的な考え方は、性別役割分業を前提とする伝統的な家族のあり方が、家族制度の構築に反映される危険がある。③は、独立・対等な個人の自由な契約を前提としているが、社会における男性と女性の間の支配・従属の関係を隠蔽することになるとの批判がある。

安念潤司は、③の立場に近い契約的家族観を提唱している。契約アプローチにより婚姻法を廃することは、パレート改善にかなり近い現状変更だと論じる⁽⁵⁷⁾。そして、上述の性差別を温存するとの批判に対して、契約的家族観は、一定の立場からする社会改革プログラムではなく、性差別の解消に直接貢献するものではない、と切り捨てる。

(54) 野崎・前掲注 (17) 1060 頁。

(55) 野崎・前掲注 (17) 1600 頁。

(56) 野崎・前掲注 (17) 1059 頁。リベラリズムを一般化すれば、セックス、結婚および親業の契約化が要請されるが、それでは家族の共同性が破壊される危険もあるという。

(57) 安念・前掲注 (51) 23 頁。

(2) 婚姻の多元化

ここで重要なことは、家族への「アプローチ」がどうであるかよりも、「家族」そのものを社会的ジェンダー構造から解き放つことである。近代的家族モデルのみならず、多様な家族のあることを認めることが、「家族」の解放への道であろう。

家族を社会的ジェンダー構造から解放するために、家族に関する法制が進む道はふたつある。ひとつは(ア)標準的家族モデルを拡張すること、他のひとつは(イ)標準的家族モデルから性別基準を取り除くことである。

(ア)の道を行く場合、国会が家族に関する法制を構築するさいの立法裁量を厳しく制限しなければならない。すなわち、特定の家族モデルを法的保護の対象としないように慎重な規定が求められるのである。野崎が指摘するように、法律上の家族と事実上の家族とで、取り扱いの差別を容易に認めるべきではないといえるだろう⁽⁵⁸⁾。野崎は、多元的な家族制度が、実現されないうちは、法律婚と事実婚の取り扱いの区別について、正義に基づく理由によって説明がつくかどうか、極めて慎重に判断せねばならないと指摘している⁽⁵⁹⁾。

(イ)の道は、家族の再定義を要求する。従来の法律婚制度は、異性愛の夫婦こそ公式である、と是認のメッセージを発している。そして国家が公式の家族と認めた場合、法的な保護(特権)を付与してきた。標準的でない事実婚や同性愛の結合体は、自分たちにも標準的家族と同等の保護(特権)を付与するよう国家に要求してきた。すなわち標準的な家族モデルの拡張の要求である。これは(ア)の道を行く主張である。しかしながら、標準モデルを拡張することは、標準モデルの中心性を確認し高度化することに終わるだろう⁽⁶⁰⁾。

(イ)の道を行くためには、「家族」の定義から「成人の男女の性的結合」

(58) 野崎・前掲注(17)1040頁。

(59) 野崎・前掲注(17)1079頁。

という考え方を除去する必要がある。そうした場合、何を中心に家族を定義していくのが問題となる。

4 家族の単位

(1) 家族の定義は、家族に何が求められているかをベースにして考える方が良い。伝統的に、家族には育児が求められてきた。そして現在はそれに加えて、老親の介護も重要な役割として家族に負担がかかっている。

これらの役割をケアと呼ぶとすれば、家族とはケアのための社会的制度であると特徴付けることが可能であろう。そしてもちろん、社会的ジェンダー構造のもと、ケアの役割は家族すなわち女性の役割とされてきた。男女一对の夫婦とその子を家族とする見方は、ケアを自己完結的かつ自給自足的に担えることが家族の重要な要素であるとみているわけである。これをフィンマンは、依存の私事化と表現している⁽⁶¹⁾。フィンマンは、依存の私事化により、次世代の市民を育てる費用負担は家族に押し付けられること、そこでの家族とは、自足的かつ独立した単位であり、伝統的な性別役割分担によって再生産と子育てを引き受け、機能する場と見なされてきたことを主張する⁽⁶²⁾。

フィンマンの考えによれば、性役割分担というジェンダー構造のうえにケアの拠り所としての家族を構築することに問題があることになる。したがって、ケアの拠り所としての家族を維持しながら、性役割分担というジェ

(60) ファインマン・前掲注 (19) 153 - 154 頁。フィンマンは次のように言う。母親は社会で労働し、父親はもっと家事を分担するという改革にもかかわらず、家族はあいかかわらずふたりの成人の性関係の上に築かれ、そこから出発した単位であると考えられたままである。この異性愛的な単位が適切なものとして想定され続けており、家族の中心をなす関係として今も有効性を持っている。…どうやら私たちは「平等の罨」にはまってしまったようだ。フィンマン・前掲注 (19) 176 - 177 頁。

(61) ファインマン・前掲注 (19) 179 頁。

(62) ファインマン・前掲注 (19) 239 頁。

ンダー構造を除去することが必要になる。そこにいう家族は、性別を超越した家族が想定されなければならない。

(2) 家族がケアの制度であるとすれば、事実としてケアを担っている単位を家族と呼ぶべきだ。これがファインマンの主張である。この家族は、養育家族単位 (nurturing family unit) と呼称される⁽⁶³⁾。

家族はケアの実体によって形成される。「婚姻」によって形成されるのではない。そう考えるならば、家族を形成するための「婚姻」という特殊な法関係は不要となる。ファインマンは、かくして、婚姻というカテゴリーそのものを廃止し⁽⁶⁴⁾、従来の婚姻である性的な結合関係は、その他の結合関係と同様に、契約法や財産法その他の手段で法的な保護を与えれば良いと主張する⁽⁶⁵⁾。

ファインマンの主張を採用すれば、国家による社会的ジェンダー構造の法的な再生産の連鎖を断ち切ることが可能かもしれない。同時に、男女の婚姻家族に対する国家による特権的保護を廃止することにもなる。このことは、性的マイノリティの結合を家族とみなすための風穴にもなる。家族は性的に定義されるのではなく、ケアの引き受けによって定義されるからである。

このように、ファインマンの提案は、ジェンダー問題を超え、現代社会の大変革をせまるものである。その意味では、24条を社会的ジェンダー構造を打破するための立法裁量統制条項と理解しようとする本稿の目的を超えた破壊力をもつものである。

しかしながら、家族が性的に定義され、そのことが社会的ジェンダー構造の核心となっているならば、ファインマンの提案は真剣に検討されなければならない。逆に、性的マイノリティの婚姻の自由を主張する論者は、その自由の容認が、社会的ジェンダー構造に裏付けられた現代社会全体に動揺を与

(63) ファインマン・前掲注 (19) 249 頁。

(64) ファインマン・前掲注 (19) 252 頁。

(65) ファインマン・前掲注 (19) 217 頁。

えるものであることを認識しなければならないだろう。

(3) 夫婦同氏制度判決の木内意見は次のように述べている。「未成熟子の生育は、社会の持続の観点から重要なものであり、第一義的に父母の権限であるとともに責務であるが、その責務を担うのは夫婦であることもあれば、離婚した父母であることもあり、事実婚ないし未婚の父母であることもある。現に夫婦でない父母であっても、未成熟子の生育は十全に行われる必要があり、他方、夫婦であっても、夫婦間に紛争が生じ、未成熟子の生育に支障が生じることもある」。

この木内意見は、未成熟子の養育を重要視している。それが十全にこなせるのは、必ずしも男女という性別を基礎とした結合体ではないはずである。男女の結婚・離婚と子の養育は、必ずしも直結しないと考えられる。ケアを中心とした家族概念を採用すれば、子の養育を中心とした家族像の構築が必要となる。木内意見を活かす道は、ファインマン流の養育家族概念にあり、それは同時に、社会的ジェンダー構造を打破する効果をもつだろう。

五 おわりに

最高裁のふたつの判決は、憲法 24 条は家族に関する法制に対する「要請、指針」を示すものと理解している。その「要請・指針」が立法裁量統制にとっていかなる役割を果たすのか。最高裁は結論的に、「要請・指針」の立法裁量統制力は弱いものだと考えているようである。

本稿は、最高裁と同様に、24 条は立法府に対して一定の「要請・指針」を示しているものと考え。しかし最高裁とは異なって、「要請・指針」は立法裁量を強力に統制するものと考えてきた。

その手がかりの一つは、「個人の尊厳」、もう一つは「両性の本質的平等」である。

「個人の尊厳」は、すべての個人を「尊厳」ある地位へと引き上げることを意味していると解される。一方で 13 条の「個人の尊重」は各人の相違をそれ

として受け入れることを意味するのであって、両者は同じではない。13条の趣旨を確認するものとして24条の個人の尊厳規定があるわけではないのである。「尊厳」は本来地位と結びつく概念であるから、「個人」が占める地位に対する「尊厳」だと解釈するべきである。個人が社会において占める地位は、日本社会においては、男性と女性とで大いに異なり、それはジェンダー化された社会構造を形成している。日本国憲法は、かかる社会構造を大変革するべく、24条をおき、立法裁量を統制していると解すべきことを、本稿は述べた。

また「本質的平等」は「実質的平等」とは異なる概念である。したがって、14条の延長線上で理解するのは妥当でない。「本質」は「現象」と対になる概念である。「本質」とは何かを探究することは極めて困難な作業となる。少なくとも、24条の趣旨は、「現象」的な事柄を軸とした平等論を排除していると解釈できる。すなわち、男性的であること、女性的であることといった、社会的文化的に作り上げられた見せかけの性差、ジェンダーにもとづく社会構造を法的に再生産することのないよう、立法裁量を統制していると解される。14条の平等論とは異なり、24条は、社会的ジェンダー構造に基づく差別的効果やアファーマティブ・アクションについて、積極的な憲法上の根拠を提供できることを示唆した。

24条を「婚姻の自由」を保障する権利規定と考えることは可能である。しかし、そう考えたとしても、法律婚制度を前提とする限り、婚姻の自由は、法制の中で実現される権利にすぎない。それは真正の基本権とは異なり、立法裁量を統制し得ない。立法裁量をも統制する婚姻の自由の主張もありうるが、その場合、法律婚制度そのものに対する違憲主張となるだろう。

再婚禁止期間判決、夫婦別氏制度判決はともに、既存の法律婚制度を前提としている。

しかし、再婚禁止や夫婦別氏といった法制度は、社会的ジェンダー構造を法的に再生産するものである。憲法24条が、社会的ジェンダー構造を打破し、「個人の尊厳」、「両性の本質的平等」を実現することを狙っているのならば、

かかる法制度は憲法 24 条に反する。裁判所は、憲法 24 条を根拠に、立法裁量を強く統制することが求められる。

社会的ジェンダー構造は家族を通じて再生産されている。既存の家族は、男女という性に基づく結合である。家族概念の変革がかかる再生産の連鎖を切断する太刀である。しかし家族概念が社会構造の中核であればあるほど、その変革は困難である。憲法 24 条解釈を通じて、次第しだいに、変革の太刀を研ぎ澄ませていくことが肝要なのではないだろうか。