



Title	憲法上の概念の解釈における変化に関する一考察（ 1 ）：基本法6 条1 項の家族概念解釈の変化を対象とした構造と動態の分析
Author(s)	宇多，鼓次郎
Citation	阪大法学. 2023, 73(2), p. 104-89
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/92383
rights	
Note	

The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA

<https://ir.library.osaka-u.ac.jp/>

The University of Osaka

憲法上の概念の解釈における 変化に関する一考察（１）

——基本法 6 条 1 項の家族概念解釈の変化を対象とした
構造と動態の分析——

宇 多 鼓次郎

はじめに

第 1 章 家族概念解釈の端緒（以上、本号）

第 2 章 2000 年代以降における家族概念解釈の変化とその根拠

第 3 章 子に対する責任を家族概念解釈の中心とする根拠

おわりに

はじめに

（１）本研究の問題意識

憲法がひとたび制定されれば、憲法条文の文言は改正まで不変のものとなる。しかしながら、国家の在り方の基本である憲法は、政治や経済、社会等の諸関係によって規定され、それらを反映するものでもある。⁽¹⁾そのため、憲法の規範内容は一定不変ではなく、政治や経済、社会の動きに適應する可変性が不可欠である。⁽²⁾憲法は「ある限度においては、社会の変化に対応して變動して行かざるを得ない。新しい社会状況においては新しい意味が与えられることも必要となる」るのである。⁽³⁾

社会変化に対する憲法の適應は、通常、憲法条文の解釈の変化によってもたらされる。⁽⁴⁾そのため、憲法解釈にあたっては、社会状況等の事実を十分に考慮

憲法上の概念の解釈における変化に関する一考察（1）

する必要がある。⁽⁵⁾ 憲法解釈にあたって考慮されるべき、憲法解釈の合理性を支える事実的基礎は、「憲法事実」や「憲法解釈事実」⁽⁶⁾と呼ばれるが、社会の変化によってそのような憲法解釈事実に変化が生じれば、憲法解釈も変化すべきであると考えられるのである。⁽⁷⁾

このような憲法解釈の変化について我が国の憲法学は従来、新たな解釈が合憲である限りにおいてはあまり問題としてこなかったといえる。確かに我が国の従来の憲法学は、憲法の意味内容の変化について、憲法変遷論というテーマのもとに多くの議論を蓄積してきた。しかしながら、そのような議論においては、憲法解釈に一定の客観的な枠があることが前提とされたうえで、「憲法変遷は、まず、枠内の解釈によるものか、或いは枠を越える解釈によるものかが問題とされた。そして、後者こそが真の（あるいは狭義の）憲法変遷の問題であると考えられた」⁽⁸⁾。つまり、従来の我が国の憲法「学説が想定する憲法変遷とは、一般に違憲の実例、すなわち解釈の枠を踏み越えた憲法解釈だと捉えなおすことが可能」⁽⁹⁾なのである。⁽¹⁰⁾これに対し、新たな解釈が憲法解釈の枠内に収まるものであれば、その解釈が合憲である以上、解釈の枠内で変化すること自体を問題とする必要はないとされてきた。清宮四郎は、枠内の解釈によって「憲法の規定を宣明または展開したり、補充あるいは拡充したりする場合」にも「一種の憲法の変遷があるといえようが、それは、好ましい現象であり、格別の問題を生じない」⁽¹¹⁾という。また、芦部信喜も、憲法は「変転する社会の動態の下で『生ける法』であるから、憲法規範の意味に変化が起こり、規範の趣旨・目的を補充し発展させるような憲法制度が形成されることは、当然の現象であり、この法的性格をとくに問題にする必要はない。これは、むしろ、憲法の変遷として説明すべき場合に当たらないと言うこともできる」と述べる。⁽¹²⁾このように、「憲法条文の意味内容に明らかに反する行為が法的効果を持つか」という問題が憲法変遷論として論じられるのに対して「憲法が社会状況に合わせて実践される」こと自体は総じて肯定的に受け止められているといえる。⁽¹³⁾

例えば、憲法13条の幸福追求権は「社会の変革に伴い、『自律的な個人が人格的に生存するために不可欠と考えられる基本的な権利・自由』として保護するに値すると考えられる法的利益」を新しい人権として憲法上保障する根拠だ

と解されているが、このように「新しい人権」を承認することはまさに、憲法制定後に変化した社会状況の要請に応じるべく、憲法解釈を変化させるものといふことができる。⁽¹⁴⁾

社会状況の変化に応じた憲法解釈の変化は、幸福追求権を「常に新たな具体的人権を生み出していく母胎的な役割を果たす観念として設定」⁽¹⁵⁾する憲法13条のような、解釈に幅のある一般条項のみに関わるものではない。個別的基本権を保障する憲法条文中で、憲法による保障や禁止の対象を指し示している個々の概念についても、解釈は変化し得る。

例えば、憲法36条において禁止される「残虐な刑罰」の解釈は、社会において人道の観念や国民感情が変化することによって変わり得るものと考えられている。憲法36条の「残虐な刑罰」とは、最高裁判例によれば「不必要な精神的、肉体的、苦痛を内容とする人道上残酷と認められる刑罰」⁽¹⁶⁾と定義される。死刑がこれに当たるかが問題となった1948年6月30日の尊属殺殺人死体遺棄被告事件判決において最高裁は、「死刑といえども、他の刑罰の場合におけると同様に、その執行の方法等がその時代と環境とにおいて人道上の見地から一般に残虐性を有するものと認められる場合には、勿論これを残虐な刑罰といわねばならぬ」⁽¹⁷⁾と判示している。これは、憲法36条にいう「残虐な刑罰」に死刑が該当するか否かについて、「その時代と環境とにおいて人道上の見地から」判断されるべきとするものであり、人道上の見地からの「残虐な刑罰」該当性の判断が時代と環境とによって影響を受けることを示している。また、同判決における島保、藤田八郎、岩松三郎、河村又介裁判官の意見はさらに、「ある刑罰が残虐であるかどうかの判断は国民感情によつて定まる問題である。而して国民感情は、時代と共に変遷することを免がれないのであるから、ある時代に残虐な刑罰でないとしたものが、後の時代に反対に判断されることも在りうることである」⁽¹⁸⁾として、憲法36条にいう「残虐な刑罰」という概念が社会における「国民感情」によって定まるがために、国民感情が時代とともに変遷すれば、同概念に含まれる刑罰の内容も変化することをより明確に示している。学説においても、同概念は「文化的水準に照らして反人道的と感じられるような刑罰」⁽¹⁹⁾を指すと解されており、時代とともに変化し得る「文化的水準」が「残虐

な刑罰」該当性を判断する基準とされている。

また、近年では、特に憲法24条が規定する「婚姻及び家族」の領域において、婚姻や家族に関する社会の価値観が多様化する中で、制憲者の意思を重視すべきか、多様化した価値観に⁽²⁰⁾応じて動態的な解釈によって憲法の変動を認めるべきかが問題となっている。憲法24条と同性婚の問題はまさにそのような問題の一つである。2019年には、同性の者との婚姻を認めていない民法及び戸籍法の規定が憲法に違反するとして、いわゆる「結婚の自由をすべての人に」訴訟が全国5カ所の裁判所に提起された。これらの訴訟のうちの一つである東京地裁令和4年11月30日判決⁽²¹⁾では、憲法24条における婚姻概念の解釈が憲法制定以降の社会変化を受けて変化し得るのが問題となった。同判決は、憲法24条の文言及び制定史から憲法制定当時において同条の婚姻が異性間の婚姻を指していたことを前提としつつも、「憲法の原理及びその後の社会変化を踏まえれば、今日の解釈としては同性間の婚姻をも含むものと解すべき」との原告の主張を受けて、憲法制定以降の社会の変化による憲法24条の婚姻概念の変化の成否を検討する。この際「婚姻や家族についての社会通念や国民の意識、価値観は変化し得るものであるところ、近時、同性愛者を含む性的少数者に対する社会内での理解が進み……同性愛を異常なもの、病的なものとするかつての認識の誤りは多くの国において改善されつつあり、同性愛に対する差別、偏見を克服しようとする動きがあることが認められる。このとおり、同性愛者等を取り巻く社会状況に大きな変化があることを踏まえれば、今日においては憲法24条の『婚姻』に同性間の婚姻を含むものと解釈すべきとの原告らの主張を直ちに否定することはできない」と判示されている。同判決は結論として、「婚姻についての意識調査の結果……によれば、生涯を独身で過ごすというのは望ましい生き方ではないとの回答や、結婚をする理由として子供を持ちたいことを挙げる回答が過半数を占める調査結果も存在することが認められ、法律婚を尊重する考え方や婚姻と子供を持つことを結びつける考え方を有する人は今なお一定の割合を占めていることが認められる」ことから、同性カップルの人的結合関係を「異性間の婚姻と同じ『婚姻』と捉えるべきとの社会通念や社会的な承認が生じているか否かについては、更なる慎重な検討を要」し、「現段階におい

て、同性間の人的結合関係を異性間の夫婦と同じ『婚姻』とすることの社会的承認があるものとまでは認め難いものといわざるを得ない」と述べる。しかしここでは、現段階においては憲法24条にいう「婚姻」概念の解釈に変更をもたらす社会的承認は存在しないものの、同概念の解釈は憲法制定時の観念に固定されるものではなく、憲法制定以降の社会状況の変化によって変化し得るものである、ということが認められている。⁽²²⁾

それでは、社会の変化と憲法上の概念の解釈の変化とはいかなる関係に立つのか。憲法上の概念の解釈は、ただ合憲か違憲かを分ける解釈の枠によって限界づけられるのみであり、その枠内であれば社会一般における変化に追従していかようにも変化するのか。憲法解釈の変化が「憲法解釈事実」の変化によって生じるものであることからすれば、そのようには考え難い。多様な事実のうちで憲法解釈の合理性を支える事実のみが憲法解釈事実として憲法解釈にとって有意なものとなるのであり、それ以外の事実は捨棄される。憲法解釈の変化は任意の社会事実の変化によっていかようにも変化するわけではなく、一定の、憲法解釈にとって意味を持つ憲法解釈事実に変化が生じた場合にのみ、その変化に応じて生じるのである。このことからすれば、社会における多様な事実と憲法上の概念の解釈とは憲法解釈事実の取捨選択という作業によって媒介されているといえる。社会変化と憲法上の概念の解釈の変化との関係を明らかにするためには、この憲法解釈事実の取捨選択がどのようにして行われるのかを検討する必要があると考えられる。

もっとも、いかなる事実が憲法解釈事実となるかは、それぞれの概念ごとに異なる。「残虐な刑罰」という概念が死刑をも含むに至ったという解釈の合理性を支える事実としての国民感情や文化的水準と、婚姻概念が同性婚をも含むに至ったという解釈の合理性を支える事実としての社会的承認とが同一であるとは考えられないだろう。このことからすれば、「憲法解釈は社会変化に伴って変化し得る」という我が国の憲法学において総じて肯定的に受け入れられている命題⁽²³⁾を特に憲法条文上の概念の解釈との関係で考えるに際しては、一般に社会変化と憲法条文上の概念の解釈との関係を検討するという形ではなく、個々の概念ごとに個別的な検討が必要となるものと思われる。しかしながら、

憲法上の概念の解釈における変化に関する一考察（１）

従来の我が国の憲法学において、憲法上の概念の解釈が社会変化を受容して変化していくという現象について、個別の概念に即してその動態を明らかにする詳細な検討は十分になされてこなかった。

（２）本稿における検討方法

そこで本稿では、ドイツ連邦憲法裁判所判例及び国法学説における基本法 6 条 1 項の「家族」概念を検討素材として、同概念の解釈の変化がいかに生じてきたのかを具体的かつ解釈内在的に検討する。

ドイツ連邦共和国基本法 6 条 1 項は、「婚姻及び家族は、国家秩序の特別の保護を受ける」と規定している⁽²⁴⁾。日本国憲法 24 条と同様に家族について規定する基本法 6 条 1 項は、1949 年の制定以来、改正されておらず、条文に変更はない。それにもかかわらずドイツでは基本法制定以降、子のいない夫婦やひとり親家庭の増加など家族形態が多様化する中で⁽²⁵⁾、後述のとおり、基本法 6 条 1 項の家族概念に含まれる共同体の範囲は拡大し、基本法制定当初想定されていなかった同性の両親と子どもからなる共同体や、従来は同概念には含まれないとされていた祖父母と孫からなる共同体も同概念に含まれるようになった。他方、ドイツでは、日本と同様に同性ペアによる生活共同体の法的保護や同性婚の問題に関して、同条が家族とともに保護する婚姻概念の解釈も問題となっている。とりわけ 2017 年の民法改正による同性婚の導入以降は、基本法改正なしに民法改正によって同性婚を認めることが基本法 6 条 1 項における「婚姻の特別の保護」に反するのではないか、という点について議論がなされている。このような近時の議論においては、従来男女間の婚姻を指すとされていた基本法 6 条 1 項における婚姻概念が今日では同性間の婚姻も含むように変化したといえるかについて見解の対立があり、同性婚導入の憲法適合性を肯定する学説もある一方で⁽²⁶⁾、同概念は依然として男女間の婚姻に限られるため、基本法改正なしでの民法改正による同性婚の導入は違憲であるとの見解のように、婚姻概念の変化を否定して従前の解釈を堅持する見解も根強く残っている⁽²⁷⁾。同一の条文において保護が規定されている家族概念と婚姻概念とについて、それぞれの解釈が、家族形態の多様化という社会変化の中であって対照的な様相を呈しているという事実は、両概念の解釈の変化が社会変化に追従して生じたのではなく、社

会変化に対する憲法解釈の受容の仕方が両概念についてそれぞれ異なることを表しているものと考えられる。そこで本稿では両概念の解釈の変化を対比的に検討する研究の一環として、基本法制定以降社会の変化が動因となって大きく変化したとされる家族概念の解釈が、連邦憲法裁判所判例及び国法学説においてどのように変化してきたのかというメカニズムを明らかにする。基本法制定以降大きく変化してきた家族概念の解釈において、社会変化を受容する論理はいかなるものであったのか、また、そのような論理はどのように生じてきたのかを明らかにすることが本稿の目的である。この作業は、家族概念解釈の変化と対比させる婚姻概念解釈の変化を分析するにあたっての検討視角を得る作業でもある。

(3) 家族概念解釈を題材とすることの付随的意義

本稿における基本法6条1項の家族概念の解釈の変化に対する検討は、上述のように憲法上の概念の解釈における変化のメカニズムを明らかにするという本研究の問題意識との関係のみならず、家族概念という検討素材のレベルにおいても意義を有するものと考えられる。すなわち、ドイツと同様に憲法制定以来家族をめぐって社会状況が変化してきた我が国において、従来、正面から論じられることの少なかった日本国憲法24条上の家族概念の解釈にも示唆を与え得るものと考えられる。

日本国憲法24条は「婚姻及び家族に関する事項」について個人の尊厳と両性の本質的平等に基づく立法を命じており、13条及び14条の特別法的規定と解されているが、同条の解釈については、従来、明治憲法下の家制度の解体という制定趣旨の側面が強調され、その法的性格や内容についての検討が十分にはなされていなかった⁽²⁹⁾。そのような中で、近時の学説は、憲法24条が「憲法14条1項による平等権……と、13条で保障される個人の尊重、および幸福追求権と深い関係にある」という理解の下、13条及び14条との関連という視点から24条の規範内容について検討し、「個人の（人間としての）尊厳」や「両性の本質的平等」を中心的な検討対象としてきた。このような憲法24条解釈論の展開の中で、同条にいう家族概念の範囲を画定する試みはあまりなされてこなかった。⁽³⁰⁾

確かに、24条と13条及び14条との関連は軽視されるべきではないだろう。し

憲法上の概念の解釈における変化に関する一考察（1）

かしながら、24条を13条及び14条の特別法的規定と解するのであれば、24条と13条や14条との差異についても検討が必要となるはずである。この差異は、最高裁判決にも看取できる。すなわち、2015年12月16日の夫婦同氏合憲判決は、⁽³³⁾夫婦同氏制を定める民法750条が憲法13条にも14条にも違反しないことを示したうえで、さらに憲法24条適合性についても検討し、「憲法24条が、本質的に様々な要素を検討して行われるべき立法作用に対してあえて立法上の要請、指針を明示していることからすると、その要請、指針は、単に、憲法上の権利として保障される人格権を不当に侵害するものでなく、かつ、両性の形式的な平等が保たれた内容の法律が制定されればそれで足りるというものではないのであって、憲法上直接保障された権利とまではいえない人格的利益をも尊重すべきこと、両性の実質的な平等が保たれるように図ること、婚姻制度の内容により婚姻をすることが事実上不当に制約されることのないように図ること等についても十分に配慮した法律の制定を求めるものである⁽³⁴⁾」と述べている。この判示からすると、憲法24条から導かれる「婚姻及び家族に関する事項」についての立法上の要請、指針は、13条や14条には汲み尽くされないものと考えられる。調査官解説においても、この判示は「憲法24条において、上記の〔憲法13条、14条を裁判規範として検討する〕局面ではすくい上げることのできなかった様々な権利や利益、実質的平等の観点等を立法裁量に限定的な指針を与えるものとして検討するべきとするものであり、その意味で、憲法24条には憲法13条や14条1項の範囲にとどまらない固有の意義があることを認めたものである⁽³⁵⁾と思われる」とされている。このように憲法24条が13条及び14条に汲み尽くされない固有の意義を持つとすれば、13条や14条のみならず24条も問題となる領域、すなわち「婚姻及び家族に関する事項」がいかなるものであるかについての⁽³⁶⁾⁽³⁷⁾検討は必要となるはずである。

もっとも、上述の通り、本研究の目的は憲法上の概念の解釈における変化がいかなるメカニズムの下に生じるかを明らかにすることにある。基本法6条1項の家族概念の解釈はそのための検討素材であって、日本国憲法24条の家族概念解釈論を展開することは本来本稿の射程にはない。そのため、本稿はドイツにおける基本法6条1項上の家族概念解釈の展開が日本国憲法24条の解釈とし

でそのまま妥当すると示すことを企図してはならず、そのような検討を踏み込んで行うこともしない。あくまでも、本稿における基本法6条1項の家族概念解釈の変化に関する分析が、文言においても沿革においても異なる日本国憲法24条の家族概念の解釈にあたって参照可能性があるのか、という点を付随的に検討するにとどめる。

(4) 論述の展開

以下ではまず、基本法6条1項における家族概念解釈の展開の端緒となる基本法制定当初の家族観、及び現在まで妥当している家族概念の定式と家族概念に含まれる共同体の例示を確認する（第1章）。次いで、2000年代以降に見られる家族概念の拡大についてみたく、ドイツ法学方法論における法概念の構造分析を補助線として、その拡大の要因を法理論的に検討し、同概念解釈の変化が一貫した解釈の径路に沿って生じていることを示す（第2章）。さらに、そのような一貫した解釈が基本法6条1項の家族概念解釈としてどのように基礎づけられるのかを検討する（第3章）。最後に、基本法6条1項の家族概念解釈がいかなるメカニズムの下に社会変化を受容してきたのかを整理するとともに、日本国憲法24条の解釈への示唆について若干の検討を行う。そのうえで、本稿における家族概念を対象とした検討の結果を、婚姻及び家族という同一の条文における二つの概念の変化を対比する研究の中に位置づけ、今後の課題を述べる（おわりに）。

第1章 家族概念解釈の端緒

第1節 指導像としての婚姻からなる家族

先述のとおり、基本法6条1項は、家族の保護とともに婚姻の保護をも定めている。このことから、婚姻と家族という二つの法制度の間の関係が問題となる。基本法制定過程における婚姻及び家族の保護に関する議論には、婚姻から発展して家族が生じるという観念がみられる。基本法6条の前身であるヴァイマル憲法119条は、その1項1文において「婚姻は、家族生活及び民族の維持・増殖の基礎として、憲法の特別の保護を受ける」と規定していた。⁽³⁸⁾ ここで

は、文言上明らかに、婚姻が家族の基礎に置かれている。また、基本法制定過程において婚姻及び家族の保護が初めて議論の俎上に載せられたのは1948年11月23日の原則問題委員会第24回会議での審議であったが、ここで議論されたキリスト教民主同盟／キリスト教社会同盟の草案においても、「婚姻及びその婚姻から生じる家族（die aus ihr [Ehe] wachsende Familie）……は憲法の特別の保護を受ける」との規定がみられる。⁽³⁹⁾これらのことから、基本法制定時における典型的な家族像は、婚姻関係にある夫婦とその子どもからなる小家族であったといえる。

婚姻と家族との関連は、基本法制定過程における議論のほかに、基本法6条1項の条文構造からも導かれる。Matthias Jestaedtによれば、基本法6条1項という同じ一つの項に配置され、同じ保障体系に服する婚姻と家族とは、無関係ではあり得ないという。⁽⁴⁰⁾このような婚姻と家族という二つの法制度の関連について、同じく両者を結びつける見解をとる Marc Schüffner は、所有権と相続権について規定する基本法14条1項の類推によって説明する。⁽⁴¹⁾基本法14条1項1文は「所有権及び相続権は、これを保障する」と規定しており、これによって相続権は、権利として保障されるとともに制度としても保障される。⁽⁴²⁾連邦憲法裁判所の判例によれば、相続権は「自己の責任による生活形成の基礎たる私的所有……を所有者の死で以て潰えさせるのではなく、権利の承継という⁽⁴³⁾途で私的所有が存続することを確保する」機能を持つという。学説においても同様に、基本法14条1項における相続保障の根本にあるのは、被相続人の遺言の自由であり、この遺言の自由によって被相続人の私的所有は死後も継続するものと解されている。⁽⁴⁴⁾Schüffner はこのような学説を引きながら、以下のように説明する。すなわち、相続制度によって被相続人の所有権が相続人に引き継がれることとなり、またそのことで以て所有権から導出される被相続人の処分可能性が死後にも及ぶという点で、所有権と相続権という二つの法制度は関連し、所有権の保障は相続権の保障によってさらに展開される。このことから類推して、基本法6条1項における「婚姻及び家族」という規定の順は、家族が婚姻の発展型であることを示している、⁽⁴⁵⁾というのである。⁽⁴⁶⁾

さらに、婚外子の肉体的・精神的発達並びに社会的地位を婚内子のそれと同

等にする法律制定を命じる規定である6条5項に鑑みても、婚姻と家族との関連が見いだされる。学説の一部では、基本法6条5項の「立法委託の基礎には明らかに、基本法の観点からすると、婚内子すなわち婚姻に基礎づけられた家族の中にいる子どもに対し、通常は最善の発達の機会が与えられる、との評価がある⁽⁴⁸⁾」とされている。

以上のような婚姻と家族との間の関係から、今日でも学説の多くにおいて、夫婦とその子どもからなる家族は6条1項の「指導像」や「基本型」とされる⁽⁴⁹⁾。

第2節 婚姻と家族との分離

しかしながら、基本法6条1項の文言やその制定史からは、婚姻と家族の分離 (Entkoppelung) も読み取られる。すなわち、婚姻を家族の基礎とするヴァイマル憲法119条とは異なり、基本法6条1項は「婚姻及び家族」との文言となっていることから、婚姻と家族は「それぞれ異なった機能を基礎に置き、異なった自由の領域を保護する、独立した制度として保障され」るのであり、婚姻の基本権と家族の基本権とは「法的には相互に完全に分離している」とされる⁽⁵⁰⁾。また、基本法制定過程において先述の「婚姻及びその婚姻から生じる家族」との文言は、1948年12月4日の原則問題委員会第29回会議における審議の中で「婚姻とともに生じる家族 (mit ihr [Ehe] gegebene Familie)」へと変更されている。この提言を行った自由民主党会派のTheodor Heussの発言からは、子のいない夫婦が劣った夫婦であると理解されることを避けるという趣旨が読み取れる⁽⁵¹⁾。このように子のいない夫婦の存在を前提として「婚姻から生じる家族」という文言が削除されたことは、基本法制定過程において既に婚姻制度と家族制度とが分離させられていたことを示唆していると解されている⁽⁵²⁾。

もっとも、上述のように婚姻と家族との間の関係を肯定する学説も、基本法6条1項によって保護される家族がそのような小家族に限定されると主張しているわけではない。Jestaedtによれば、憲法制定者の念頭にあったのが婚姻関係にある夫婦とその子どもからなる「完全な家族共同体」であったとしても、家族の保護をそのような共同体に限定することを制定者が意図していたわけではない⁽⁵⁴⁾という。

以上のように、学説においては、婚姻と家族との関係の理解について見解の

憲法上の概念の解釈における変化に関する一考察（１）

相違はあるにせよ、家族が必ずしも婚姻から生じるわけではないという点では、基本法 6 条 1 項が並べて規定する婚姻と家族との分離は一致した見解であるといえる。

第 3 節 「両親と子どもからなる包括的共同体」

今日において、基本法 6 条 1 項の「家族」を定義する際に学説の多くがまず参照するのが、連邦憲法裁判所の確立した判例である。⁽⁵⁵⁾そこでは、家族は「両親と子どもからなる包括的な共同体であり、その中において両親にはとりわけ子供の監護及び教育に対する権利義務が生じる」⁽⁵⁶⁾とされている。

この定式を連邦憲法裁判所が初めて示したのは、1959年 7 月 29 日の第一法廷判決（以下、「1959 年判決」という）⁽⁵⁷⁾であった。同判決では、父母共同親権の下で親権行使について父母が合意に至らない場合に原則として父の決定が優先される旨を定める民法 1628 条、及び子の代理権が原則として父に帰属することを定める同法 1629 条が、男女の同権を定める基本法 3 条 2 項及び親の権利について規定する同法 6 条 2 項の平等原則に反するかが争われた。この事案で連邦司法大臣は、民法の両規定が基本法に反するものではないと主張するにあたって、基本法 3 条 2 項の男女同権は同法 6 条 1 項との関連で検討されねばならず、6 条 1 項は家族法の領域で家族をキリスト教的・西洋の基本構造において保護することを目的とするものであるから、そのような関心に適う規律は基本法 3 条 2 項に反するものではない、との見解を述べた。⁽⁵⁸⁾これを受けて連邦憲法裁判所は、判決理由の冒頭において家族の内部においても男女の同権が妥当することを示すにあたり、基本法 6 条 1 項から生じる家族の制度保障の本質的な内容として、上述の定式を示したのである。⁽⁵⁹⁾

同判決では「基本法 6 条 1 項の家族とはいかなる共同体か」が問われていたわけではない。しかしながら、この「両親と子どもからなる包括的共同体」という定式は、前記の通り今日に至るまで、学説における基本法上の家族概念解釈の出発点とされている。

第 4 節 連邦憲法裁判所による「家族」の列挙

しかしながら、「両親と子どもからなる包括的共同体」という定式も明確なものではなく、そこに含まれる関係は多様であり得る。この点、連邦憲法裁判

所が「両親と子ども」に含まれる関係を敷衍して述べたのが、1964年6月30日第一法廷決定（以下、「1964年決定」という）⁽⁶⁰⁾であった。同決定では、所得税が家族間で合算して課税されることにより、家族構成員各人に課税される場合よりも税負担が大きくなることが基本法3条1項及び6条1項に反するかが争われた。連邦憲法裁判所は合算課税が基本法6条1項の家族の保護に反することを述べるに際して、夫婦間での合算課税が婚姻の保護を規定する基本法6条1項に反するとした先例⁽⁶¹⁾を前提としつつ、家族間での合算課税は同じく6条1項に含まれている家族の侵害の禁止にも反するとして、『「家族」の下には少なくとも、両親と子どもからなる共同体が含まれ、この子どもには、連れ子、養子、里子並びに（母親との関係においては）婚外子も含まれるということは、一般に認められている」⁽⁶³⁾と述べた。ここでは、継親と連れ子、養親と養子、里親と里子並びに婚外子とその母親からなる共同体は基本法6条1項の家族に当たるとされている。

もっとも、連邦憲法裁判所はその後の判例において、この列举に含まれない共同体であっても、基本法6条1項の家族に当たるとを認めている。「婚外子とその父親からなる共同体」もその一例である。上記の通り、1964年決定では家族の構成員たる「子ども」には婚外子も含まれるとされる一方で、そこには「母親との関係においては」⁽⁶⁴⁾との留保が付されていた。これに対し、連邦憲法裁判所は1977年6月8日の第一法廷決定（以下、「1977年決定」という）⁽⁶⁵⁾において、婚外子とその父親からなる共同体もまた憲法上の家族に当たるとみなした。⁽⁶⁶⁾同決定では、婚外子の父親であって当該子を扶養している者が所得税の課税等にあって子のいない単身者と同等に位置づけられていることが基本法6条1項に反するとの判示の中で、同裁判所は「従来、基本法6条1項を婚外子とその母親からなる共同体に適用する事案にしか直面してこなかった」としつつ、「婚外子とその父親との間の親族関係を排除していた民法1589条2項の廃止後は、基本法6条1項はこのような〔婚外子とその父親との〕関係にも妥当する」⁽⁶⁷⁾とされた。

1964年決定において列举された共同体は基本法上の家族に含まれる共同体として「少なくとも……一般に認められている」ものであったこと、また、1977

憲法上の概念の解釈における変化に関する一考察（１）

年決定において同裁判所がこれまで「基本法６条１項を婚外子とその母親からなる共同体に適用する事案にしか直面してこなかった」と述べていることからすれば、両判決における家族概念に含まれる共同体の例示は、その他のものを同概念から排除する趣旨のものではないと考えられる。そのため、連邦憲法裁判所は初期において、自らが直面した事案において問題となった共同体について、それが基本法６条１項にいう家族に当たると判断することによって、基本法上の家族概念に含まれる共同体を明らかにしてきたといえる。

1980年代の学説においては、連邦憲法裁判所判例におけるこのような例示とは異なり、婚外子とその母親或いは父親からなる共同体についても憲法上の保護を受けるが、それは婚外子の保護を定める６条５項故であり、６条１項の家族に含まれるわけではない、との見解もみられる⁽⁶⁸⁾。しかしながら今日では、６条５項において婚外子の平等が規定されていることから婚外子とその母親或いは父親からなる共同体は６条１項の家族に含まれないとの帰結を導く解釈は必然ではないと指摘されている。Margrit Tünnemannによれば６条５項は、婚外子に対し婚内子と同等の機会を保障するために前者を特に有利に扱うことが許容され或いは場合によっては必要となるがために、婚外子を特別な保護の対象としているのであり、婚姻を家族の存在の不可欠の前提とみなして婚外子とその母親或いは父親からなる共同体を家族から排除することはこのことと矛盾する、という⁽⁷⁰⁾。

- (１) 佐藤幸治『日本国憲法論〔第２版〕』（成文堂、2020年）45頁。
- (２) 芦部信喜（高橋和之補訂）『憲法〔第７版〕』（岩波書店、2019年）404頁。
- (３) 高橋和之『憲法判断の方法』（有斐閣、1995年）96頁。
- (４) 高橋和之『立憲主義と日本国憲法〔第５版〕』（有斐閣、2021年）476頁。
- (５) 高橋・前掲注(３)96頁。
- (６) 江橋崇「立法事実論」芦部信喜編『講座 憲法訴訟〔第２巻〕』（有斐閣、1987年）77-78頁。なお、「憲法事実という言葉には、立法事実の同意語、或いは、それにさらに憲法関連の司法事実を加えたものを呼ぶ用法もある」（同、78頁）。そのような例として、時国康夫「憲法訴訟の方法と技術」公法研究31号（1969年）40頁。
- (７) 高橋・前掲注(３)13頁。

- (8) 高橋和之「憲法変遷論にみられる混乱の若干の整理——下」ジュリスト974号(1991年)50頁。
- (9) 赤坂正浩「憲法解釈の枠と憲法変遷論」同『立憲国家と憲法変遷』(信山社、2008年)597頁。
- (10) 我が国における従来の憲法変遷論が憲法解釈の枠からの逸脱を前提としているのに対し、ドイツにおける憲法変遷(Verfassungswandel)は合憲性の枠内における憲法解釈の変動と捉えられているという点について、高田篤「日本の「憲法変遷」論の背景——日本の憲法状況における問題点の表れとしての」比較憲法学研究7号(1995年)59-62頁も参照。
- (11) 清宮四郎「憲法の変遷と「文民」規定」同『国家作用の理論』(有斐閣、1978年)211頁。
- (12) 芦部信喜『憲法学Ⅰ——憲法総論』(有斐閣、1992年)82頁。
- (13) 大林啓吾「生ける憲法と憲法訴訟——合憲性審査としての立法事実」法学研究91巻1号(2018年)402-403頁。
- (14) 芦部・前掲注(2)120頁。
- (15) 高橋・前掲注(4)146頁。
- (16) 最大判昭和23年6月30日刑集2巻7号777頁。旧字体は新字体に改めている。以下同様。
- (17) 最大判昭和23年3月12日刑集2巻3号194頁。
- (18) 最大判昭和23年3月12日刑集2巻3号196頁。
- (19) 野中俊彦ほか『憲法Ⅰ〔第5版〕』(有斐閣、2012年)437頁[高橋和之]。
- (20) 栗島智明「憲法の解釈とその変動——憲法(学)は「活きた現実」といかに向き合うか?」論究ジュリスト38号(2022年)70頁。
- (21) 東京地判令和4年11月30日裁判所ウェブサイト(平成31年(ワ)第3465号)。
- (22) 同判決が憲法上の婚姻概念の変遷可能性を認めているという点について、石塚壮太郎「判批」法学セミナー819号(2023年)131頁も参照。
- (23) 近時、最高裁は国籍法違憲判決(最大判平成20年6月4日民集62巻6号1367頁)や婚外子相続分違憲決定(最大決平成25年9月4日民集67巻6号1320頁)、再婚禁止期間違憲判決(最大判平成27年12月16日民集69巻8号2427頁)等の判例において、制定当時は合理性を有していた法律が社会状況の変化によって合理性を喪失したがゆえに違憲となったとする手法(立法事実の変化論)が多用されており、そのような最高裁判例に対して学説から批判がなされている。しかしそれらの批判は主に、最高裁が指摘する変化に実証性が欠如していることや、判示の論理的整合性に向けられており(櫻井智章「時の変化——社会状況の変化は違憲の理由になるか?」大林啓吾=柴田憲司編『憲法判例のエニグマ』(成文堂、

憲法上の概念の解釈における変化に関する一考察（１）

2018年）146頁、野坂泰司『憲法基本判例を読み直す〔第2版〕』（有斐閣、2019年）540-543頁、山崎友也『憲法の最高法規性と基本権』（信山社、2019年）152-155頁等を参照）、「憲法解釈が社会変化に伴って変化する」ことを批判しているわけではない。

なお、上記の諸裁判例に見られる立法事実の変化論は、憲法解釈に社会変化を反映させたものではない。この点については、大林・前掲注(13)418頁を参照。

- (24) 以下、ドイツの憲法の条文の訳出については高田敏＝初宿正典編訳『ドイツ憲法集〔第8版〕』（信山社、2020年）を参考にした。また、外国語の訳出については邦語文献を参考にしつつも、文脈に応じて適宜変更を加えている。
- (25) Vgl. Jörn Ipsen, § 154 Ehe und Familie, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStRVII, 3. Aufl. 2009, § 154 Rn. 63.
- (26) Vgl. Ferdinand Wollenschläger, Die Öffnung der Ehe für gleichgeschlechtliche Paare aus verfassungsrechtlicher Perspektive, in: ders./Coester-Waltjen, Ehe für Alle, 2018, S. 1-132.
- (27) Vgl. Jörn Ipsen, Ehe für alle — verfassungswidrig?, NVwZ 2017, S. 1096-1099.; Christopher Schmidt, „Ehe für alle“- Ende der Diskriminierung oder Verfassungsbruch?, NJW, 2017, S. 2225-2228; Christian von Coelln, Wenn, dann richtig: „Ehe für alle“ nur per Verfassungsänderung, NJ 2018, S. 1-7.
- (28) Vgl. Monika Böhm, Dynamische Grundrechtsdogmatik von Ehe und Familie?, VVDStRL73 (2014), S. 227.
- (29) 渡辺康行ほか『憲法 I 基本権〔第2版〕』（日本評論社、2023年）483頁〔穴戸常寿〕。
- (30) 佐藤・前掲注(1)215頁参照。
- (31) 辻村みよ子『憲法と家族』（日本加除出版、2016年）91頁。
- (32) 同・89-130頁。
- (33) 最大判平成27年12月16日民集69巻3号2586頁。
- (34) 最大判平成27年12月16日民集69巻3号2593頁。
- (35) 畑佳秀「判解」最判解民事篇平成27年度（下）（2018年）754頁。〔 〕内は筆者補充。以下同様。
- (36) この点、辻村・前掲注(31)123頁は、憲法24条1項が『「夫婦の平等」ではなく『夫婦の同等の権利』を定めている点に注意しなければならない』として、『「権利の平等』という場合の『権利』の内容を十分議論しないままに『平等』（平等原則ないし平等権）について、専ら差別の合理性の基準を論じてきたきらいがあった』従来の憲法学を批判している。また、同125頁は「憲法13条を根拠にライフスタイルについての自己決定権を最大限に認める場合には、24条との抵触は避

けられないものとな」と述べている。これらの記述からは、憲法24条と13条及び14条との差異についての意識がうかがえるが、憲法24条に独自の規律対象である「婚姻及び家族に関する事項」とはいかなるものかについての検討はなされていない。

- (37) もっとも、憲法24条における「婚姻及び家族に関する事項」については、その内容を憲法のレベルで一義的に確定するのは困難であろう。憲法24条2項の立法委託について最高裁は、前述の夫婦同氏合憲判決と同日の再婚禁止期間違憲判決において、「婚姻及び家族に関する事項は、国の伝統や国民感情を含めた社会状況における種々の要因を踏まえつつ、それぞれの時代における夫婦や親子関係についての全体の規律を見据えた総合的な判断を行うことによって定められるべきものである。したがって、その内容の詳細については、憲法が一義的に定めるのではなく、法律によってこれを具体化することがふさわしいものと考えられる」（最大判平成27年12月16日民集69巻8号2431頁）と述べている。また学説においても、「抽象的な憲法の次元で、そのような〔あるべき婚姻・家族制度の〕基本形態を一義的に確定することはおよそ困難である」（篠原永明「婚姻・家族制度の内容形成における考慮事項とその具体的展開」甲南法学58巻3号（2018年）76頁）とされている。

しかしながら、家族概念の内容を一義的に確定することは困難であっても、そのことによって、本文で述べたような、憲法24条と13条及び14条との差異をなす「家族」概念の範囲についての検討の必要がなくなるわけではない。

- (38) ただし、本文に挙げたヴァイマル憲法119条1項は、「婚姻」の特別の保護を定める規定であり、同項が「家族」の保護を定めていたわけではない。基本法6条1項の「家族」の保護の前身は、「家族の清潔を保持し、これを健全にし、これを社会的に助成することは、国及び市町村の任務である。子どもの多い家族は、それにふさわしい扶助を請求する権利を有する」と規定する、ヴァイマル憲法119条2項であるとされている（vgl. *Frauke Brosius-Gersdorf*, Art. 6, in: *Dreier* (Hrsg.), *Grundgesetz-Kommentar*, Bd. I, 3. Aufl. 2013, Rn. 6.）。
- (39) Vgl. *Eberhard Pikart/Wolfram Werner* (bearb.), *Der Parlamentarische Rat 1948-1949. Akten und Protokolle*, Bd. 5/II, *Ausschuß für Grundsatzfragen*, 1995, S. 634.
- (40) *Matthias Jestaedt*, § 22 Ehe, Familie und Erziehung, in: *Herdegen/Masing/Poscher/Gärditz* (Hrsg.), *VerfassungsR-HdB*, 2021, Rn. 29.
- (41) *Marc Schöffner*, *Eheschutz und Lebenspartnerschaft*, 2007, S. 150 ff.
- (42) 我が国において「相続権」は一般に、相続人の相続する権利と捉えられるが、ドイツにおける基本法14条1項にいう「相続権 [Erbrecht]」は、相続人の相続

憲法上の概念の解釈における変化に関する一考察（１）

させる権利としての遺言の自由であると解されている。この点については、青竹美佳「遺留分制度の機能と基礎原理——ドイツにおける遺留分権論の憲法論的基礎付けによる新展開（１）」法学論叢155巻１号（2004年）31頁も参照。

- (43) BVerfGE 97, 1, 6.
- (44) BVerfGE 93, 165, 173 f.
- (45) Vgl. *Klaus Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III/1, 1988, S. 829 f.; *Joachim Wieland*, Art. 14, in: *Dreier* (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. I, 3. Aufl. 2013, Rn. 78.
- (46) Schüffner はここで、*Stern*, Fn. 45. S. 829 f. を引用している。
- (47) *Schüffner*, Fn. 41, 151 f.
- (48) *Arnd Uhle*, Art. 6, in: *Epping/Hilgruber* (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, 3. Aufl. 2020. Rn. 18. Vgl. auch *Christian Seiler*, Grundzüge eines öffentlichen Familienrechts, 2008, S. 37.
- (49) Vgl. *Axel Freiherr von Campenhausen*, Verfassungsgarantie und sozialer Wandel, VVDStRL 45 (1986), S. 22; *Ipsen*, Fn. 25, Rn. 69; *Uhle*, Fn. 48, Rn. 14a, 18; *Christian von Coelln*, Art. 6, in: *Sachs* (Hrsg.), Grundgesetz, 9. Aufl. 2021, Rn. 15.
- (50) *Brosius-Gersdorf*, Fn. 38, Rn. 43.
- (51) Vgl. *Pikart/Wegner* (bearb.), Fn. 39, S. 828 [*Theodor Heuss*].
- (52) *Brosius-Gersdorf*, Fn. 38, Rn. 43.
- (53) Vgl. *v. Campenhausen*, Fn. 49, S. 22; *Ipsen*, Fn. 25, Rn. 69; *Uhle* Fn. 48, Rn. 14a, 18; *v. Coelln*, Fn. 49, Rn. 15.
- (54) *Jestaedt*, Fn. 40, Rn. 48.
- (55) Vgl. *Christian Wirth*, Artikel 6 Abs. 1 des Grundgesetzes und die demografische Entwicklung in Deutschland, 2007, S. 73 f.; *Franziska Kramer*, Über die Wandlungsfähigkeit des Grundgesetzes am Beispiel gleichgeschlechtlich orientierter Person und Paare, 2017, S. 179; *Uhle*, Fn. 48, Rn. 14.
- (56) BVerfGE 10, 59, 66.
- (57) BVerfGE 10, 59. 邦語による同判決の評釈として、小林武「親権における父の最終決定権および単独代理を定めた男女同権法の合憲性——最終決定権（Stichentscheid）判決」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例（第2版）』（信山社、2003年）94-99頁も参照。
- (58) BVerfGE 10, 59, 63 ff.
- (59) BVerfGE 10, 59, 66 f.
- (60) BVerfGE 18, 97.

- (61) BVerfGE 6, 55. 邦語による同決定の評釈として、小林博志「夫婦合算課税と婚姻・家族の保護——夫婦合算課税違憲決定」ドイツ憲法判例研究会編・前掲注(56)209-213頁も参照。
- (62) BVerfGE 18, 97, 104 f.
- (63) BVerfGE 18, 97, 105.
- (64) なお、1964年決定において参照指示等はされていないが、婚外子と母親からなる共同体について連邦憲法裁判所は既に、1958年10月23日の第一法廷決定で家族に当たると判示している(BVerfGE 8, 210, 215)。また、ここでは「家族共同体は、婚外子にとっては一単独で配慮及び教育の権限を有する一母とともにのみ、存在する」とされており、婚外子とその父親からなる共同体は家族に当たらないとされていた。
- (65) BVerfGE 45, 104.
- (66) Vgl. *Kramer*, Fn. 55, S.180.
- (67) BVerfGE 45, 104, 123.
- (68) *v. Campenhausen*, Fn. 49, S. 23.
- (69) *Helmut Lechler*, Verfassungsgarantie und sozialer Wandel. Beispiel von Ehe und Familie, DVBl. 1986, S. 907.
- (70) *Margrit Tünnemann*, Der verfassungsrechtliche Schutz der Familie und die Förderung der Kindererziehung im Rahmen des staatlichen Kinderleistungsausgleichs, 2002, S. 111.