

判例研究 夫婦同氏規定(民法750条)の合憲性(最高裁大法廷判決平成27年12月16日)

中曾久雄

1 はじめに

民法750条(以下、本規定)は、婚姻の際に夫又は妻の氏を称することを定めている。旧民法の下での夫婦の氏は、家制度の下での氏の家名性により規定された。すなわち、「戸主及ヒ家族ハ其ノ家ノ氏ヲ称スル」(旧民法746条)ことが規定され、妻は原則として、「婚姻ニ因リテ夫ノ家ニ入ル」(旧民法788条)ことによって夫の家の氏を称するものとされた。旧民法の規定は妻の夫の家への従属的地位を前提とした夫婦同氏の原則が定められていたわけであるが、戦後の民法改正によりそれは否定された¹。ところで、本規定は一見中立的にみえるが、圧倒的多数の夫婦が夫の氏を選択しており、婚姻後も妻の氏を称することを希望する女性には不利に働くとしてきた²。そのために、本規

¹ なお、夫婦同氏の積極的意義は以下のように説明される。まず、氏が個人の呼称であり、人を識別する手段であるならば、通常は終生変更しないことが望ましいとされる。現行法が夫婦同氏を採用した理由としては、「①明治民法以来、夫婦同氏が一般的慣行となっていること、②対外的に夫婦であることが示され、生活上便利である、③子も同氏となり夫婦・家族の一体感が生れること、④氏が戸籍編製の基準」になっていることが挙げられる。ことに、④について、わが国特有の理由であり、その氏を称した者を筆頭者として、これと同氏になった配偶者とその双方または一方と同氏の子ごとに一戸籍を編製することで、旧法の家単位の戸籍との連続性を最小限度保つことができるという事情がある。次に、婚姻に際して、夫婦の一方がその氏を配偶者の氏に改めることは、その者の権利であり義務である。夫婦の氏に関する意思表示がない場合に備えた規定はないので、当事者が氏の決定をしないときには婚姻することができない。夫婦同氏は婚姻の効力とされている。次に、夫婦同氏は、養親子同氏に優越すること。夫婦共同縁組が未成年養子に限定されるとともに、婚姻によって氏を改めた者のみが養子となる場合、婚姻の際に定めた氏を称すべき間は、養親の氏を称しないものとされている。夫婦同氏を維持するため、夫婦の氏の変動は称氏者の氏を基準とし、改氏者については単独では生じないものとしたのである。しかも、称氏者が死亡して婚姻が解消しても、生存配偶者が復氏届を出していない限り、他方配偶者の氏の変動は停止される。最後に、民法の夫婦同氏の原則は、涉外婚姻には適用されないということである。床谷文雄「夫婦の氏」『講座現代家族法』(日本評論社、1991年)88～90頁。

² 辻村みよ子『憲法とジェンダー』(有斐閣、2009年)152頁、安西文雄・巻美矢紀・宍戸常寿『憲法学読本 第2版』(有斐閣、2012年)108頁。

定は、憲法13条によって保障される氏の変更を強制されない自由(氏名権)、14条の平等権、および、24条によって保障される婚姻の自由を侵害するものではないかと指摘されてきたのである。本判決はこれらの問題に対して初めて判断を示したものである。

2 事案と判旨

2-1 事案

上告人らは、夫婦が婚姻の際に定めるところに従い夫又は妻の氏を称すると定める民法750条の規定(以下「本件規定」)は憲法13条、14条1項、24条1項及び2項等に違反すると主張し、本件規定を改廃する立法措置をとらないという立法不作為の違法を理由に、被上告人(国)に対し、国家賠償法1条1項に基づき損害賠償を求める事案である。

2-2 判旨・上告棄却

多数意見

本規定が憲法13条に違反するか

「氏は、婚姻及び家族に関する法制度の一部として法律がその具体的な内容を規律しているものであるから、氏に関する上記人格権の内容も、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て初めて具体的に捉えられるものである。したがって、具体的な法制度を離れて、氏が変更されること自体を捉えて直ちに人格権を侵害し、違憲であるか否かを論ずることは相当ではない。

「本件で問題となっているのは、婚姻という身分関係の変動を自らの意思で選択することに伴って夫婦の一方が氏を改めるという場面であって、自らの意思に関わりなく氏を改めることが強制されるというものではない。氏は、個人の呼称としての意義があり、名とあいまって社会的に個人を他人から識別し特定する機能を有するものであることからすれば、自らの意思のみによって自由に定めたり、又は改めたりすることを認めることは本来の性質に沿わないものであり、一定の統一され

た基準に従って定められ、又は改められるとすることが不自然な取扱いとはいえないところ、上記のように、氏に、名とは切り離された存在として社会の構成要素である家族の呼称としての意義があることからすれば、氏が、親子関係など一定の身分関係を反映し、婚姻を含めた身分関係の変動に伴って改められることがあり得ることは、その性質上予定されているといえる。以上のような現行の法制度の下における氏の性質等に鑑みると、婚姻の際に『氏の変更を強制されない自由』が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はいえない。本件規定は、憲法13条に違反するものではない。

本規定が憲法14条1項に違反するか

「憲法14条1項は、法の下での平等を定めており、この規定が、事柄の性質に応じた合理的な根拠に基づくものでない限り、法的な差別的取扱いを禁止する趣旨のものであると解すべき」である。「本件規定は、夫婦が夫又は妻の氏を称するものとしており、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間の形式的な不平等が存在するわけではない。我が国において、夫婦となろうとする者の間の個々の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」。

本規定が憲法24条に違反するか

「本件規定は、婚姻の効力の一つとして夫婦が夫又は妻の氏を称することを定めたものであり、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」。

「憲法上の権利として保障される人格権を不当に侵害して憲法13条に違反する立法措置や不合理な差別を定めて憲法14条1項に違反する立法措置を講じてはならないことは当然であるとはいえず、憲法24条の要請、指針に応じて具体的にどのような立法措置を講ずるかの選択決定が…国会の多方面にわたる検討と判断に委ねられているものであることからすれば、婚姻及び家族に関する法制度を定めた法律の規定が憲法13条、14条1項に違反しない場合に、更に憲法24条にも適合するものとして是認されるか否かは、当該法制度の趣旨や同制度を採用することにより生ずる影響につき検討し、当該規定が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き、国会の立法裁量の範囲を超えるものとみざるを得ないような場合に当たるか否かという観点から判断すべきものとするのが相当である」。「氏は、家族の呼称としての意義があるところ、現行の民法の下においても、家族は社会の自然かつ基礎的な集団単位と捉えられ、その呼称を一つに定めることには合理性が認められる。そして、夫婦が同一の氏を称することは、上記の家族という一つの集団を構成する一員であることを、対外的に公示し、識別する機能を有している。特に、婚姻の重要な効果として夫婦間の子が夫婦の共同親権に服する嫡出子となるということがあり、嫡出子であることを示すために子が両親双方と同氏である仕組みを確保することにも一定の意義があると考えられる。また、家族を構成する個人が、同一の氏を称することにより家族という一つの集団を構成する一員であることを実感することに意義を見いだす考え方も理解できるところである。さらに、夫婦同氏制の下においては、子の立場として、いずれの親とも等しく氏を同じくすることによる利益を享受しやすいといえる」。「加えて、前記のとおり、本件規定の定める夫婦同氏制それ自体に男女間の形式的な不平等が存在す

るわけではなく、夫婦がいずれの氏を称するかは、夫婦となろうとする者の間の協議による自由な選択に委ねられている。夫婦同氏制の下においては、「氏の選択に関し、夫の氏を選択する夫婦が圧倒的多数を占めている現状からすれば、妻となる女性が上記の不利益を受ける場合が多い状況が生じているものと推認できる。さらには、夫婦となろうとする者のいずれかがこれらの不利益を受けることを避けるために、あえて婚姻をしないという選択をする者が存在することもうかがわれる。しかし、夫婦同氏制は、婚姻前の氏を通称として使用することまで許さないというものではなく、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。「したがって、本件規定は、憲法 24 条に違反するものではない」。

立法不作為に該当するか

「本件規定を改廃する立法措置をとらない立法不作為は、国家賠償法 1 条 1 項の適用上違法の評価を受けるものではない」。

寺田逸郎裁判官の補足意見

「夫婦の氏に関する規定は、まさに夫婦それぞれと等しく同じ氏を称するほどのつながりを持った存在として嫡出子が意義づけられていること（790 条 1 項）を反映していると考えられるのであって、このことは多数意見でも触れられているとおりである（ただし、このことだけが氏に関する規定の合理性を根拠づけるわけではないことも、多数意見で示されているとおりである。）。複雑さを避け、規格化するという要請の中で仕組みを構成しようとする場合に、法律上の効果となる柱を想定し、これとの整合性を追求しつつ他の部分を作り上げていくことに何ら不合理はないことを考慮すると、このように作り上げられ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。「家族の法律関係においても、人々が求めるつながりが多様化するにつ

れて規格化された仕組みを窮屈に受け止める傾向が出てくることはみやすいところであり、そのような傾向を考慮し意向に沿った選択肢を設けることが合理的であるとする意見・反対意見の立場は、その限りでは理解できなくはない」。

「多岐にわたる条件の下での総合的な検討を念頭に置くとなると、諸条件につきよほど客観的に明らかといえる状況にある場合にはともかく、そうはいえない状況下においては、選択肢が設けられていないことの不合理性を裁判の枠内で見いだすことは困難であり、むしろ、これを国民的議論、すなわち民主主義的なプロセスに委ねることによって合理的な仕組みの在り方を幅広く検討して決めるようにすることこそ、事の性格にふさわしい解決であるように思える」。

岡部喜代子裁判官の意見（櫻井龍子裁判官、鬼丸かおる裁判官同調）

「本件規定は、昭和 22 年の民法改正後、社会の変化とともにその合理性は徐々に揺らぎ、少なくとも現時点においては、夫婦が別の氏を称することを認めないものである点において、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き、国会の立法裁量の範囲を超える状態に至っており、憲法 24 条に違反するものといわざるを得ない」。本件規定は憲法 24 条に違反するものとなっているが、「これを国家賠償法 1 条 1 項の適用の観点からみた場合には、憲法上保障され又は保護されている権利利益を合理的な理由なく制約するものとして憲法の規定に違反することが明白であるにもかかわらず国会が正当な理由なく長期にわたって改廃等の立法措置を怠っていたと評価することはできない」。

木内道祥裁判官の意見

憲法 24 条は「婚姻をするかどうか、いつ誰と婚姻するかについては、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して、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の裁量の限界を画したものである」。そして、「問

題は、夫婦同氏制度による制約が憲法24条2項の許容する裁量を超えるか否かである」。

「氏の変更は、本来的な個別認識の表象というべき氏名の中の氏のみの変更にとどまるとはいえ、職業ないし所属と氏、あるいは、居住地と氏による認識を前提とすると、変更の程度は半分にとどまらず、変更前の氏の人物とは別人と思われかねない。人にとって、その存在の社会的な認識は守られるべき重要な利益であり、それが失われることは、重大な利益侵害である。同氏制度により氏を改めざるを得ない当事者は、このような利益侵害を被ることとなる」。

「同氏制度による憲法上の権利利益の制約が許容されるものか否かは、憲法24条にいう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き、国会の立法裁量の範囲を超えるか否かの観点から判断されるべきことは多数意見の述べる通りである。ここで重要なのは、問題となる合理性とは、夫婦が同氏であることの合理性ではなく、夫婦同氏に例外を許さないことの合理性であり、立法裁量の合理性という場合、単に、夫婦同氏となることに合理性があるということだけでは足りず、夫婦同氏に例外を許さないことに合理性があるといえなければならないことである」。夫婦同氏が有する利益は「第三者に夫婦親子ではないかとの印象を与える、夫婦親子との実感に資する可能性がある」というものである。「夫婦同氏を持つ利益がこのようなものにとどまり、他方、同氏でない婚姻をした夫婦は破綻しやすくなる、あるいは、夫婦間の子の生育がうまくいかなくなるという根拠はないのであるから、夫婦同氏の効用という点からは、同氏に例外を許さないことに合理性があるということではできない」。また、立法裁量との関係において、「夫婦同氏に例外を許さない点を改めないで、結婚に際して氏を変えざるを得ないことによって重大な不利益を受けることを緩和する選択肢として、多数意見は通称を挙げる。しかし、法制化されない通称は、通称を許容するか否かが相手方の判断によるしかなく、氏を改めた者にとって、いちい

ち相手方の対応を確認する必要がある、個人の呼称の制度として大きな欠陥がある。他方、通称を法制化するとすれば、全く新たな性格の氏を誕生させることとなる。その当否は別として、法制化がなされないまま夫婦同氏の合理性の根拠となし得ないことは当然である」。

立法不作為の国家賠償法上の違法性の有無について、「本件規定は憲法24条に違反するものであるが、国家賠償法1条1項の違法性については、憲法上保障され又は保護されている権利利益を合理的な理由なく制約するものとして憲法の規定に違反することが明白であるにもかかわらず国会が正当な理由なく長期にわたって改廃等の立法措置を怠っていたと評価することはできず、違法性があるということではできない」。

山浦善樹裁判官の反対意見

「少なくとも、法制審議会が法務大臣に『民法の一部を改正する法律案要綱』を答申した平成8年以降相当期間を経過した時点においては、本件規定が憲法の規定に違反することが国会にとっても明白になっていたといえる。また、平成8年には既に改正案が示されていたにもかかわらず、現在に至るまで、選択的夫婦別氏制等を採用するなどの改廃の措置はとられていない。したがって、本件立法不作為は、現時点においては、憲法上保障され又は保護されている権利利益を合理的な理由なく制約するものとして憲法の規定に違反することが明白であるにもかかわらず国会が正当な理由なく長期にわたって改廃等の立法措置を怠っていたものとして、国家賠償法1条1項の適用上違法の評価を受けるものである。そして、本件立法不作為については、過失の存在も否定することはできない。このような本件立法不作為の結果、上告人らは、精神的苦痛を被ったものというべきであるから、本件においては、上記の違法な本件立法不作為を理由とする国家賠償請求を認容すべきであると考える」。

3 本判決の位置づけ

近年、女性の社会進出の増加に伴い、夫婦同氏を規定する本規定の弊害、さらにはその憲法適合性

が指摘されるようになった。こうした批判を受けつつも、国会では法改正は進まず現在に至っている。そうした中で、本判決は最高裁がはじめて本規定の合憲性を判断するものとして注目される。本規定の今後の在り方を考える上において本判決は極めて重要であるといえる。

4 本判決の判断枠組み

本判決は、本規定の憲法適合性について、憲法 13 条、14 条、24 条の観点から検討し、いずれの侵害も認めていない。具体的にみると、まず、13 条との関係において、「氏に、名とは切り離された存在として社会の構成要素である家族の呼称としての意義があることからすれば、氏が、親子関係など一定の身分関係を反映し、婚姻を含めた身分関係の変動に伴って改められることがあり得ることは、その性質上予定されて」いるために、婚姻の際に「氏の変更を強制されない自由」が憲法上の権利として保障される人格権の一内容³とはいえないとし、13 条違反を認めていない。次に、14 条との関係において、「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間の形式的な不平等が存在するわけではない。我が国において、夫婦となろうとする者の間の個々の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」としている。最後に、24 条との関係において、本規定は「婚姻の効力の一つとして夫婦が夫又は妻の氏を称することを定めたものであり、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く、
「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」としている。さらに、24 条 2 項との関係において、「具体的な制度の構築を第一次的には国会の合理

的な立法裁量に委ねるとともに、その立法に当たっては、同条 1 項も前提としつつ、個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚すべきであるとする要請、指針を示すことによって、その裁量の限界を画した」ものとして、「当該法制度の趣旨や同制度を採用することにより生ずる影響につき検討し、当該規定が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き、国会の立法裁量の範囲を超えるものとみざるを得ないような場合に当たるか否かという観点から判断すべきものとする」。その上で、本規定は 24 条 2 項にも反しないとす。その理由として、「現行の民法の下においても、家族は社会の自然かつ基礎的な集団単位と捉えられ、その呼称を一つに定めることには合理性が認められる」こと、「夫婦同氏制の下においては、子の立場として、いずれの親とも等しく氏を同じくすることによる利益を享受しやすい」ということ、「夫婦同氏制は、婚姻前の氏を通称として使用することまで許さないというものではなく、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」ことを挙げる。

5 夫婦同氏をめぐる憲法上の諸問題

以上見てきたように、本判決は、簡単な理由づけで憲法違反の主張を退けている。しかし、本規定をめぐることは、様々な憲法上の問題が指摘されており、本判決はこうした問題に十分に応答するものとは言い難い。そこで、以下では、本規定をめぐる憲法上の問題を考察していくことにする。

5-1 夫婦同氏と氏名権

婚姻の効果として、夫又は妻の氏を称することになり、夫婦は同氏となる³。本規定はいずれの氏を称するかは当事者に委ねられているが⁴、圧倒的に妻が夫の氏を選択していることから、氏名権の

³ 床谷文雄 「夫婦の平等と別姓」 法学教室 125 号 (1991 年) 14~15 頁。

⁴ 竹中勲『憲法上の自己決定権』(成文堂、2010 年) 200 頁。そのために、個人の氏名は 13 条が保障する重大な法的利益の一部であるとする。

侵害かどうかが問われることになる⁵。

氏名に関する人格的利益は、学説および判例においても承認されているところである。学説は、氏名について「自己そのものをあらわすもの・個人の呼称の側面をもち、自己とは何かを確認する自己存在確認利益にかかわるもの」であるという⁶。こうした学説は他にも見られる⁷。

なお、裁判例においても氏名それ自体が保護されることについては認められているところである。NHK 日本語読訴訟⁸では、氏名を正確に呼称される人格的利益を導く前提として、「氏名は、社会的にみれば、個人を他人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、人が個人として尊重される基礎であり、その個人の人格の象徴であって、人格権の一内容を構成する」とされている。また、銀行口座・証券顧客口座開設、生命保険契約の締結に他人の氏名を無断使用したことが不法行為に該当するか否かが争われた事案⁹では、「氏名は、人が個人として尊重される基礎であり、その個人にとって人格の象徴として、その人格の一部になっているものであるから、人格権の一内容として、人は他人に自己の氏名を無断で使用されないことについて不法行為上の保護を受けうる人格的な利益を有するものというべきである」とされている。さらに、警察のいわゆる裏金作りに使用された捜査用報償費の支払精算書に無断で受取人として氏名を使用された者が、氏名権侵害による慰謝料請求を求めた事案¹⁰では、「氏名は、社会的にみれば、個人を他人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、人が個人として尊重される基礎であり、その個人の人格の象徴であって、人格権の一内容を構成するものというべきである」とされている。こうして、裁判例上、氏名は、人の同一性を

示すものとして個人の人格と密接に関連し、人格権の一内容として位置づけられている。また、これを憲法論から考察すれば、人格権としての意味を重視する観点から、氏名権の本質は自己決定権に求められることになる¹¹。そして、ここで問題となっているのは、一般的な氏名の選択の自由とは区別されるところの氏名保持権（氏の変更を強制されない自由も含む権利）が自己決定権に含まれるかどうかである¹²。

この点 本判決は、「氏の変更を強制されない自由」について、氏が「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ぴら初めに具体的に捉えられるものである」とする。要するに、本判決は氏に関する権利は、法律によって内容を与えられると具体的権利となるとしており、その意味でいわば抽象的権利として捉えている。また、本判決は、「氏に、名とは切り離された存在として社会の構成要素である家族の呼称としての意義があることからすれば、氏が、親子関係など一定の身分関係を反映し、婚姻を含めた身分関係の変動に伴って改められることがあり得ることは、その性質上予定されているために、婚姻の際に「氏の変更を強制されない自由」が憲法上の権利として保障される人格権の一内容ではないとする。

しかし、氏の果たす役割は単に個人の呼称ではなく、氏は名と結合することで社会的に自己を認識するという役割を果たすものであり、氏は個人の人格の一部でもある¹³。そのために、氏名保持権については、自己決定権として承認すべきであるとする学説が有力に主張されている。自己決定権の保障については、自己決定の質を問う人格的自律権説¹⁴とすべての自己決定が一般的行為自由とする一般的自由権説¹⁵が対立している¹⁵。「自分のこ

⁵ 二宮周平『家族法』（新世社、1999年）33～34頁。

⁶ 竹中・前掲注（4）201頁。

⁷ 辻村みよ子『ジェンダーと法』（不磨書房、2010年）175頁。

⁸ 最判昭和63年2月16日民集42巻2号27頁。

⁹ 東京高判平22年4月7日判例時報2083巻81頁。

¹⁰ 札幌地判平17年8月18日判例時報1913巻112頁。

¹¹ 二宮周平「氏名権と通称使用」阪大法学44巻2・3号（1994年）497頁。

¹² 内野正幸『人権のオモテとウラ』（明石書店、1992年）150～151頁。

¹³ 二宮・前掲注（11）34頁。

¹⁴ 佐藤幸治『現代国家と人権』（有斐閣、2008年）101頁。

¹⁵ 戸波江二『憲法【新版】』（ぎょうせい、1998年）175～

とは自分で決める,他人の干渉を受けない」という自己決定権の本来の趣旨からすれば,氏名保持権についても自己決定権として承認される余地は十分にあるといえよう。例えば,13条から「自己の名を他から干渉されずに自由に選択しそれを公証させる権利」としての氏名保持権が導き出されると主張する学説が有力である¹⁶。さらに,自己が望まない氏の変更は,個人の自己否定,同一性の否定を意味し,「氏名をその意思に反して奪われない権利」あるいは「その意思に反して氏名を変更することを強制されない権利」が導出されなくてはならないとされている¹⁷。

もっとも,氏名保持権を自己決定権として承認するとしても,以下の事項との衡量は必要である¹⁸。①旧民法以来夫婦は同じ氏を称するのが慣行であるということ,②対外的に夫婦であることが明らかになり社会生活上便利であるということ,③氏は夫婦および家族を結びつけるものであり,夫婦,親子が同じ氏を称することで家族の一体感が強められること,④夫婦別氏だと子の姓の決定が問題となるということである¹⁹。ただ,以上の事項を衡量するとしても,婚姻に際して氏を改めるのが圧倒的に女性であること²⁰,氏の変更をした女性が大きな自己喪失感に襲われる場合があること²¹(この点について,岡部喜代子裁判官の意見は「氏を変更した一方はいわゆるアイデンティティを失ったような喪失感を持つに至ることもあり得るといえる。そして,現実には96%を超える夫婦が夫の氏を称する婚姻をしているところからすると,近時大きなものとなってきた上記の個人識別機能に対する支障,自己喪失感などの負担は,ほぼ妻について生じているといえる」と指摘する),夫の氏を称し

することで,夫との対等な関係がくずれ夫に従属する形になること²²,など氏の変更により女性が圧倒的に社会生活上の不利益を被ることに鑑みれば²³(この点について,木内道祥裁判官の意見は氏の変更が「本来的な個別認識の表象というべき氏名の中の氏のみの変更にとどまるとはいえ,職業ないし所属と氏,あるいは,居住地と氏による認識を前提とすると,変更の程度は半分にとどまらず,変更前の氏の人物とは別人と思われかねない」と指摘する),自己決定権としての氏名保持権を侵害するものとして構成することは可能であるように思われる²⁴。

5-2 夫婦同氏と婚姻の自由

憲法24条は,家族の在り方に関わる規定であり²⁵,夫婦同氏とも関わるものである²⁶。そこで,まずは24条の意義およびその保障内容を振り返ることにしたい。24条の沿革からして²⁷,その意義は「前近代性を色濃く帯びていた日本型家族国家観の基層としての『家』を否定し,『両性の本質的平等』と『個人の尊厳』とい憲法価値を,公序として私法上の家族関係に課すものだった」²⁸とされている。すなわち,日本国憲法は男尊女卑思想に基づく家制度を解体し²⁹,新しい家族観の構築を示したのである³⁰。しかし,24条の意義はそれだけにとどまらない。24条は,「西洋近代家長個人主義を超える」ものであり,「個人の尊厳」を家族法秩序内までに及ぼすという点に際立った特色を有している³¹。要するに,24条は,「成人男性を典型的人間

178頁。

¹⁶ 小林節「判例批評」判例時報1117号(1984年)205頁。

¹⁷ 東京弁護士会・女性の権利に関する委員会編『これからの選択 夫婦別姓』(日本評論社,1990年)77頁。

¹⁸ 床谷・前掲注(3)15頁。

¹⁹ 床谷・前掲注(3)15頁。

²⁰ 高井裕之「結婚の自由」ジュリスト1037号(1994年)179頁。

²¹ 浅倉むつ子・戒能民江・若尾典子『フェミニズム法学』(明石書店,2004年)123~124頁。

²² 床谷・前掲注(3)15頁。

²³ 辻村みよ子『ジェンダーと人権』(日本評論社,1998年)220-221頁。

²⁴ 辻村・前掲注(23)175~176頁。

²⁵ 辻村・前掲注(23)236~239頁。

²⁶ 佐々木くみ「民法750条を改廃しなかったという立法不作為の国賠請求が棄却された事例」新・判例解説 Watch(2013年)3頁。

²⁷ 辻村・前掲注(23)236~239頁。

²⁸ 樋口陽一『国法学 人権原論 補訂』(有斐閣,2007年)145頁。

²⁹ 辻村みよ子『ジェンダーと法』(信山社,2005年)162頁。

³⁰ 野中俊彦・中村陸男・高橋和之・高見勝利『憲法I 第5版』(有斐閣,2012年)302頁。

³¹ 樋口・前掲注(28)145頁。

像とする近代立憲主義の構造変革を迫るもの」であり³²、「近代家父長制家族のなかで性的従属と性別役割分業を強いられてきた『産む性』としての女性に対して個人の（人間としての）尊厳—『産む性』からの解放や出産についての自己決定権—を認めたこと」により、女性の人権保障にとり「重要な拠点」となったということなのである³³。

では、24条は具体的に何を保障しているのか。従来、24条については、以下の学説が主張されてきた。まず、制度的保障とする説である³⁴。24条は具体的権利を保障したものではなく、むしろ、個人が平等の立場をもつことが民主主義の根本であり、それは家庭生活においても、徹底した平等の地位を確保するものであるとする³⁵。次に、平等権の具体化とする説である。24条は、13条の個人の尊厳の原理と、14条の平等権をとくに家族生活の諸関係に対して及ぼすものである。ただ、個人の尊厳の意義は、平等原則の中にとりこまれており、結局、24条は平等原則の制度化ないし具体的実現の1つであり、家族に関する諸事項について平等原則が浸透していなければならないことを立法上の指針として示しているとする。要するに、この学説は、24条の関わる問題については、14条が適用されることになり、24条それ自身が具体的権利を保障するものではないとする³⁶。次に、制度的保障と平等原則の具体化とみる説である。平等原則の家庭生活における具体化の内容としてが、3つの意味がある。第1に、各人は、婚姻および家族に関して、個人の尊厳と両性の本質的平等に従って、法的に取り扱われるべきことを、国家に対して要求できる。国家の側からすれば、個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚して、法を定立し適用する義務がある。第2に、24条は、憲法が、婚姻、離婚、相続に関する法制を制度的に保障したものである。第3に、24条は、憲法が、婚姻および家族に関する事項について原則

規範を定めたものである³⁷。最後に、自由権とする説である。24条は、家族生活における個人の尊厳と両性の平等を要求し封建的家族制度における家のため、男性の拘束から女性の解放を目的とする。そして、13条、24条を通じて私人間の身分関係、家族生活関係に発現させることを意図し、24条は、国民にとっての消極的な自由権的人権を保障するにすぎないとする³⁸。

こうした従来の学説とは異なり、近年において有力になっているのが、24条は家族に関する自己決定権を保障しているとする学説である。24条を家族に関する自己決定権を保障する規定であると理解すると、13条との関係においてその保障内容が以下のように画定されることになる。24条の保障内容については、1項において「夫婦の平等」ではなく「夫婦の同等の権利」を定めている。「問題は、夫婦間の『平等』よりむしろ、その前提にあるはずの、夫婦が相互にもつ同等の「権利」なのである」という³⁹。そして、従来の学説はこの相違点を自覚してこなかったという。憲法学では、「権利の平等保障」という場合の「権利」の内容を自覚せず、むしろ、「平等」に焦点をあてて、「もっぱら差別の合理性の基準を論ずる傾向があった」と指摘する。また、「家族法学の分野でも、旧来の家制度の打破や『夫婦の平等』という理念は重視しても、同条一項の『夫婦の対等の権利』の内容を自覚的に明らかにすることはめざされてこなかったのではないだろうか」というのである。しかし、昨今の家族法の問題をめぐる訴訟は、「平等」に焦点を当ててきた従来の議論に発想転換を求めているようになっているという。例えば、夫婦同氏の問題については、平等ではなく、女性の権利を問題とする「人権論のアプローチ」が重視されている⁴⁰。さらに、それは女性差別撤廃条約においても読みとることができる。同条約も「従来の男女平等論のアプローチから女性の権利論のアプローチを経て、

³² 高井・前掲注(20) 178頁。

³³ 辻村・前掲注(29) 233頁。

³⁴ 植野妙実子『憲法二四条と憲法『改正』・教育基本法『改正』』法律時報78巻11号(2006年)14頁。

³⁵ 植野・前掲注(34)14頁。

³⁶ 植野・前掲注(34)14頁。

³⁷ 植野・前掲注(34)14頁。

³⁸ 植野・前掲注(34)14頁。

³⁹ 辻村・前掲注(29)233頁。

⁴⁰ 辻村・前掲注(29)240頁。

さらには男女の人権の問題として捉える,より普遍的な人権論への視点を持ち込んでいる」というのである⁴¹。

なお,これまで最高裁は24条の意味について明らかにしてこなかったが,本判決は24条について興味深い解釈を示している。本判決は,1項については「これは,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」とし,学説とは異なり必ずしも婚姻の自由を具体的に保障したものでないことを明らかにしている。次いで,2項については「具体的な制度の構築を第一次的には国会の合理的な立法裁量に委ねるとともに,その立法に当たっては,同条1項も前提としつつ,個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚すべきであるとする要請,指針を示すこと」で立法裁量を画定する規定であることを明らかにしている。本判決が24条の解釈を提示したことは今後24条の諸問題を考える上で重要であるといえよう⁴²。

では,本規定は24条に反するのか。本判決はこれを否定するが,学説は本規定が「婚姻の自由」を実質的に制限しているとする⁴³。本規定は,婚姻に際して夫又は妻の氏のいずれかを選択すべきと定めているため,婚姻後に称する氏をあらかじめ定めておかなければ,婚姻届は受理されないことになる。したがって,夫婦双方が氏名の保持を望む場合は,婚姻の届出を断念せざるを得ない⁴⁴。

そこで,婚姻の自由の制限の合理性の判断に際しては明確な根拠を必要とするは言うまでもない。本規定の立法目的として,本判決は「家族を構成する個人が,同一の氏を称することにより家族という一つの集団を構成する一員であることを実感すること」,要するに,家族の一員であることや家族

の一体感を挙げる⁴⁵。しかし,この立法目的が憲法上正当なものであるかは極めて疑わしい。家族の一員であることや家族の一体感は,個人の価値観により左右されるものであり,また,現行法のもとでやむなく,事実婚を選んだカップルが家族の一体感を欠くかは疑わしく,さらに,夫婦別氏制度を採用した諸外国において夫婦別氏を選択したカップルが家族の一体感を欠くとは言い難い⁴⁶。このように,夫婦同氏と家族の一員であることや家族の一体感の関連性は何ら実証されていない⁴⁷。そのために,家族の一員であることや家族の一体感は,個人の氏名という重要な法的利益を放棄することを強制することの十分な正当化事由とはならないというべきである⁴⁸。次に,立法目的と手段との関連性についてである。夫婦同氏という手段自体にも合理性があるかどうか疑わしい⁴⁹。同氏の強制は婚姻に際して氏の変更を望まない男女に対して,事実上の法律婚を断念させ回避させるという結果をもたらしており,婚姻障害として機能させるほどに,夫婦同氏は重要であり,社会的に不可欠なものといえるかどうかは甚だ疑わしい⁵⁰。さらに,夫婦同氏という手段は今日における家庭生活に関する実態や意識の変化という観点からすれば,その合理性が見出せなくなっている。女性の社会進出に伴って,夫婦別氏制度の導入を求める声が強まっており,特に,婚姻後も社会に出て働き続ける女性の増加は,婚姻後の氏の継続使用の必要性を高めているといえる⁵¹。

⁴⁵ 床谷・前掲注(3)15頁。

⁴⁶ 竹中・前掲注(4)201頁。

⁴⁷ 東京弁護士会・女性の権利に関する委員会・前掲注(17)106~107頁。

⁴⁸ 竹中・前掲注(4)201~202頁。

⁴⁹ 辻村・前掲注(7)175頁。

⁵⁰ 窪田充見『家族法』(有斐閣,2011年)52頁。婚姻を望むカップルにとり,夫婦同氏を受け入れることができないという理由でのみ,婚姻が選択できないという状況は妥当ではないというべきであろう。夫婦同氏が婚姻障害として機能させるほどに,戸籍上の夫婦同氏が社会にとり不可欠とは言い難いのではないか。こうした理由でもって,婚姻を望むカップルが婚姻でないということになれば,それこそが逆に婚姻制度の崩壊につながりかねない。

⁵¹ 大村敦志『家族法 第2版補訂版』(有斐閣,2002年)47~48頁。

⁴¹ 辻村・前掲注(29)241頁。

⁴² なお,同様の解釈については,民法の規定する再婚禁止期間を違憲とした本判決と同日の判決においても示されている。

⁴³ 辻村・前掲注(29)246頁。

⁴⁴ 犬伏由子「夫婦別姓」民商法雑誌111巻4・5号(1995年)581~582頁。

5-3 夫婦同氏と平等権

本規定は文面上において差別をしているわけではない。ここで問題となるのは、結果の差別の問題である⁵²。この点について、本判決は「男女間の形式的な不平等が存在」しないとしつつも、「我が国において、夫婦となろうとする者の間の個々の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」とするにとどまる。結果の差別が問題となる場合に、裁判所が法律の差別性を客観的に特定することは可能であるのか、結果の平等を裁判所が達成することは家族内の自律性を阻害するのではないのか、という問題がある⁵³。ただ、こうした問題があるにせよ、本規定の現実の効果として、差別の問題が生じていることは確かであろう。實際上ほとんどの女性は夫の氏を称し、女性には氏を選択する機会とは与えられていないのも同然の状況がある。夫が社会的に活動した時代は、夫婦が同一の氏を称することによる問題は少なかった。しかし、いまや性別役割分業は大きく変わりつつある。こうした社会の変化のなかにあり、通称を使用し、法律婚を回避して事実婚を選ぶカップルが増加している。本判決は、「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」とするが⁵⁴、わが国では戸籍名が本名という意識が強く、通称を認めない職場も少なくないので、通称使用による夫婦別氏には自ずと限界がある。また、事実婚による別氏も、法律婚との法的・社会的効果があまりに違いすぎる⁵⁵。このような現実に鑑みれば、本規定は女性に対して明らかに差別性を有しているといえよう⁵⁶。

差別の問題と関連して挙げられるのが、立法目的における差別性の問題である。立法目的の画定

は困難さを伴うが⁵⁷、従来から、本規定はその起草過程から家制度との結びつきのある規定という主張がなされてきた⁵⁸。そのために、立法目的の違憲性が考えられる⁵⁹。そこで、この問題を考えるために、本規定の起草過程を見ていくことにしたい。旧民法を改正するための審議は、「民法親族編及び相続編の改正につき考慮すべき諸問題」および「新憲法に基き民法親族編及び相続編中改正を要すべき事項試案」の作成にはじまる⁶⁰。試案の作成に際しては、家制度を廃止する案と、それをも廃止しない案の2つの案が併存していた。特に、非公式の幹事会で提出された案では家制度の存続が以下のように強調されていた。「我国ノ『家』ハ親族的共同生活ヲ表現スル日本特有ノ観念デアリ、占来ノ伝統的制度デアル。民法ノ『家』ノ制度ハ其ノ表徴デアツテ之ヲ存続セシムルコトハ新憲法ニ毫モ抵触スルモノデハナイ（二二条）。且ツ戸主ヲ中心トシテ作成セラルル『戸主』ノ制度ハ右親族共同生活体ニ属スル構成員ヲ把握スル極メテ便利ナ制度デアル。故ニ民法ニ『家』ノ制度ヲ残スコトハ国民感情カラモ實際上ノ便宜カラモ適当デアル」、
「然シ家長タル戸主ノ家族ニ対スル権限ハ極力之ヲ縮減シ封建的色彩ヲ払拭スルコト、コレハ憲法一三条ニ添フモノデアル」⁶¹。

そして、1946年に臨時法制調査会（内閣）と司法法制審議会（司法省）において、民法改正の審議が行われることになり⁶²、同年の司法法制審議会において、以下のような流れで要綱案が可決された。

「妻は夫の姓を称すること。但し当事者の意思に依り夫が妻の姓を称するを妨げざるものとする」という原案が、「夫婦は共に夫の氏を称するものとする。但し入夫婚姻に該る場合に於て当事者の意思に依り、妻の氏を称するを妨げざるの

⁵² 米沢広一「憲法と家族」ジュリスト1059号（1995年）7頁。

⁵³ 米沢・前掲注（52）8頁。

⁵⁴ なお、実務においては旧姓使用を広く認めている。本秀紀編『憲法講義』（日本評論社、2015年）479頁。

⁵⁵ 床谷・前掲注（1）99頁。

⁵⁶ 高井・前掲注（20）179頁。

⁵⁷ 門田孝「違憲審査における『目的審査』の検討（一）」広島法学31巻2号（2007年）156頁。

⁵⁸ 唄孝一『戦後改革と家族法』（日本評論社、1992年）147頁以下。

⁵⁹ 高井・前掲注（20）180頁。

⁶⁰ 唄・前掲注（58）147頁。

⁶¹ 唄・前掲注（58）149頁。

⁶² 唄・前掲注（58）149頁。

とすること」に変更され、それが要綱案として決定された⁶³。この要綱の作成と並行して改正民法の条文の作成も進行した。民法改正法案第一次案では、「夫婦ハ共ニ夫ノ氏ヲ称ス、但シ当事者カ婚姻ト同時ニ反対ノ意思ヲ表示シタルトキハ妻ノ氏ヲ称ス」とした⁶⁴。この第一次案は、第六次案まで変更は行われなかった⁶⁵。しかし、第二次案がGHQに報告されたとき、それが多くの点であまりに氏の規定が多いので、GHQ 民政局のアルフレッド・オプラーは「これでは家=氏ではないか。『おおかみを前の門から追い出したら後の門からおおかみが入ってきた』という諺を知らないか。家というおおかみを前の門から追い出したら、『氏』というおおかみが後の門から入ってきた」と批判した⁶⁶。しかも、この第六次案は国内からも批判されていた⁶⁷。こうした批判を背景に、第六次案（「夫婦ハ其協議ニ依リ共ニ夫又ハ妻ノ氏ヲ称スルコトヲ要ス」）は現行法の規定へと至ったのである⁶⁸。

以上検討してきた起草過程からうかがえるのは、起草者の中核にあるのは、「共同生活の現実を押えるというのを、氏を同一にするというのと結びつ

けた」という考え方であって、「共同生活の実態が氏で現わされている」、「共同生活をしている間は氏も同じであり、共同生活から離れると氏が違ってくる」という確信である⁶⁹。そして、こうした考えが、客観的にみて、本規定が家制度と無縁ではなく、また、起草者自身もそれを容認していたということにつながっている⁷⁰。このように、本規定の背景には、明らかに家制度的な考えが存在しており、「家破れて氏あり」といわれたように、家制度は廃止されたとしても、氏が「家」に取って代わっただけのことである。その意味で、氏は家制度の「代用品」として機能しているといえるのである⁷¹。

5-4 本規定と立法不作為

本件は、本規定の立法不作為を争うものである。立法不作為について、リーディングケースとして挙げられるのが在宅投票制廃止違憲訴訟判決⁷²である。そこで、最高裁は、立法不作為について、「国会議員の立法行為は、立法の内容が憲法の一義的な文言に違反しているにもかかわらず国会があえて当該立法を行うというごとき、容易に想定し難いような例外的な場合でない限り、国家賠償法1条1項の規定の適用上、違法の評価を受けない」とした。ところが、2005年の在外日本国民選挙権訴訟判決⁷³の登場により、在宅投票制廃止違憲訴訟判決の定式が揺らぐことになる。在外日本国民選挙権訴訟判決では「立法の内容または立法不作為が国民に憲法上保障されている権利を違法に侵害す

⁶³ 唄・前掲注(58)154~155頁。

⁶⁴ 唄・前掲注(58)162頁。

⁶⁵ 唄・前掲注(58)163頁。

⁶⁶ 唄・前掲注(58)178~179頁。

⁶⁷ 第6次案に対する批判としては、以下のものが挙げられる。磯田進、内田力蔵、川島武宜、熊倉武、来栖三郎、杉之原舜一、立石芳枝、野田良之、野村平爾、山之内一郎、渡辺美恵子で構成された民法改正案研究会は「こうした規定をみせつけられては、氏は『家』と異ならぬといっても弁解の余地がないではないか」とし、『家』の廃止を諷い乍ら、而も『家』と異ならぬ氏の制度なんかを創り出し、「この『氏』を実質に於て旧来の『家』と大差ない様な内容のものとしている」と批判する。次に、家族法民主化期成同盟は『氏』に実質的効力を認める規定(七二九条二項、七八八条二項、七八九条二項、八一一条ノ二第二項、八一一条ノ三・五、八三六条ノ二第二項、八三六条ノ三、八七八条二・三・五項)を削除すること。それらの規定は家族制度を保存する結果となると批判する。最後に、共産党の野坂参三は「最も遺憾とするところは、民法民主化の最大の眼目である封建的『家』制度の除去が尚、不徹底な点にある」とし『家』を廃止するといいつながら今度は、『氏』なる制度を創出し、しかも、これを全親族法の中核的地位に据えている。これは『氏』の名のもとに旧来の『家』制度、『家』観念を温存しようとの企図であると見なさざるを得ない。かような態度は改正案全体にわたって、至るところに現われている」と批判する。唄・前掲注(58)175~177頁。

⁶⁸ 唄・前掲注(58)189頁。

⁶⁹ 唄・前掲注(58)202~203頁。

⁷⁰ 唄・前掲注(58)206~207頁。例えば、臨時法制調査会の委員を務めた我妻栄は「その他現実の親族共同生活団体の変動を能う限り氏の変動に反映させると共に、氏を中心として、始祖を同じくする親族団体の縦の反映を示さんとする」、この規定の「本体は、夫婦親子という最小の親族共同体が同一の呼称をもちたいという国民感情への順応に過ぎない。そして、この現実の共同生活体が累代に亘って尊属するときに、その呼称も永続するという事実を承認しているに過ぎない。それが、たまたま、家名を残したいという親の希望を遂げる手段に利用され得るというだけである」と説明していた。これは、要するに、本規定が「家」継承のために機能することを容認する。

⁷¹ 井戸田博史『夫婦の氏を考える』(2004年、世界思想社)75頁。

⁷² 最判昭和60年11月21日民集39巻7号1512頁。

⁷³ 最大判平成17年9月14日民集59巻7号2087頁。

るものであることが明白な場合や、国民に憲法上保障されている権利行使の機会を確保するために所要の立法措置を執ることが必要不可欠であり、それが明白であるにもかかわらず、国会が正当な理由なく長期にわたってこれを怠る場合になどには、例外的に、国会議員の立法行為または立法不作為は、国家賠償法1条1項の規定の適用上、違法の評価を受けるものというべきである」としている。両判決は立法内容の違憲性が立法行為の違法性につながる場合は「例外的」であるとする点では同じであるものの、「一義的な文言に違反」ではなく、侵害や措置の必要が「明白である」ことを要求する点で異なる。要するに、「明白である」ことを要求する在外日本国民選挙権訴訟判決は相当に緩やかな定式になっており、在宅投票制廃止違憲訴訟の定式は実質的に変更されたのである⁷⁴。

これを本件に当てはめると、本規定は、先にみたその実態や結果からして14条、24条を侵害することが明白であり、また、婚姻の自由の行使する機会を確保するための立法措置が必要不可欠であるにもかかわらず、それを国会が怠っているという事実がある。しかも、平成8年において本規定の改正案が示されていたにもかかわらず、国会は現在に至るまで立法改廃の措置はとられていない。そうすると、本規定を改廃しないことは立法不作為に該当するのではないか。なお、山浦善樹裁判官の反対意見は、「憲法上保障され又は保護されている権利利益を合理的な理由なく制約するものとして憲法の規定に違反することが明白であるにもかかわらず国会が正当な理由なく長期にわたって改廃等の立法措置を怠っていたものとして」立法不作為を認めている。

6 むすび

本規定は女性に対して様々な不利益を課すものである⁷⁵。13条との関係において、氏名保持権を侵

害している。14条との関係においては、結果の平等をいかに考慮するかが問題となる。しかし、差別の結果から法律の差別性を推認することは十分に可能である⁷⁶。少なくとも、結果的不均衡が存在する場合にはそこで推測された差別性を否定するような正当化根拠がなければ、法律の差別性が推認される⁷⁷。とくに、日本の社会情勢において本規定は女性に対して不利に働く結果となっている⁷⁸。具体的には、氏の変更は氏に社会的利益が結びつく職業に就く者にとっては大きな影響を及ぼすことになる⁷⁹。また、女性の社会進出が進む中において、個人の意に反し家族への帰属を同氏という形で強制するという問題をはらんでいる⁸⁰。そのために、本規定は明らかに差別的規定であるといえよう⁸¹。さらに、24条との関係において、本規定が夫婦同氏を民法婚姻の効力として定める以上、夫婦双方が氏名の保持を望む場合は、婚姻の届出を断念せざるを得ないのであり、婚姻の自由を制限するものとして作用することが明白である。婚姻に関する法律は「両性の本質的平等」に基づくものであることを要求するものである以上⁸²、現実には女性に不利に作用する本規定は女性の尊厳を犠牲にし、また、婚姻の自由を制限するということは、明らかに憲法上許容されるものではない⁸³。

日本国憲法施行に伴って、現行の家族法は全面的に改正され⁸⁴、しかも、憲法の理念（ことに、24条の理念）に基づいて意識的に構築されたものであ

⁷⁶ 松井茂記『日本国憲法 第3版』（有斐閣、2007年）372頁。なお、アメリカでは平等保護の領域において、差別の結果から意図的差別を導くことは可能であるとされている。

John Gates, *Supreme Court and the Debate over Discriminatory Purpose and Disproportionate Impact*, 26 LOY. L. REV. 567, 604-21 (1980).

⁷⁷ 松井・前掲注(76) 372頁。

⁷⁸ 木下智史・只野雅人編『新・コンメンタール憲法』（日本評論社、2015年）287～288頁（木下智史執筆）、山田卓生「結婚による改姓強制—夫婦は同性でなければならぬか」法律時報61巻5号（1989年）86頁。

⁷⁹ 山田・前掲注(78) 85頁。

⁸⁰ 木下智史・只野雅人編『新・コンメンタール憲法』（日本評論社、2015年）288頁（木下智史執筆）。

⁸¹ 高井・前掲注(20) 180頁。

⁸² 山田・前掲注(78) 88頁。

⁸³ 山田・前掲注(78) 88頁。

⁸⁴ 竹中・前掲注(4) 199～200頁。

⁷⁴ 井上典之『憲法判例に聞く』（日本評論社、2008年）316頁、駒村圭吾「立法行為の違憲審査」小山剛・駒村圭吾編『論点探求憲法 第2版』（弘文堂、2013年）368頁。

⁷⁵ 中村睦男「家族生活における平等」佐藤幸治・中村睦男・野中俊彦『ファンダメンタル憲法』（有斐閣、1994年）83頁。

る⁸⁵(この点は判例も認めている)⁸⁶。憲法は家制度を否定したが、それは男性優位の原理を否定ということでもある⁸⁷。そうすると、憲法の趣旨や理念にそぐわないものであれば違憲というほかない⁸⁸。本規定は、目的・手段に合理性が存在しないということもさることながら、家制度と結びついていることが明らかである以上、違憲というべきであろう⁸⁹。ことに、24条が家族法の領域において個人の尊厳を強調している以上⁹⁰(憲法は個人主義に立脚する家族観を採用しているというべきであろう)⁹¹、家族内においても個人の尊重は重視されるべきである⁹²。確かに、個人の尊重、尊厳は抽象的な憲法上の原理ではあるが⁹³、女性に改姓を強制しそれまでの社会活動を断絶させてしまう点で⁹⁴、女性の自律的な生き方を大きく阻害することになる。それはまさに個人の尊重や尊厳を著しく害することになるといえよう⁹⁵。

ただ、問題は夫婦同氏を放棄するにしても、夫婦の氏の在り方の議論は家族制度の現状や国民の意識を踏まえる必要性があるということである⁹⁶。確かに、夫婦の氏の在り方は、寺田逸郎裁判官の補

足意見が指摘するように、「国民的議論、すなわち民主主義的なプロセスに委ねる」べき問題であるといえよう。そこで、夫婦同氏を放棄し夫婦別氏制度を導入するに際してはいくつかの方向性がありうる⁹⁷。まず、従来の家族モデルを批判し、中立的な観点から夫婦別氏を正当化する方向性である。性別役割分業型の家族を標準的家族モデルとして設定することを批判し、どれか特定の家族形態を標準的な家族、望ましい家族として前提とすることは許されず、中立性の原則に基づいて制度を構築すべきとする⁹⁸。次に、多元主義の観点から選択的夫婦別氏を正当化する方向性である。家族について、それが画一的な存在ではなく、しかも典型的な家族モデルもはや唯一の家族モデルではなくなっている。そうすると、私法領域においては、多種多様な家族が存在することを考慮に入れる必要があり、そうした観点からすれば、選択的夫婦別氏制度の導入は、少数者に対する寛容さという観点からも支持される⁹⁹。ことに、13条、24条を前提とすれば、選択的夫婦別氏が望まれ¹⁰⁰、しかも、女性の社会進出、家族の在り方の変化に応じて夫婦別氏の選択制を導入するということは諸外国においても多く見受けられる¹⁰¹。最後に、家族法における個人主義化は行き過ぎだとしつつ、家族モデルの相対化は必要であるとして、夫婦同氏は公序性が強過ぎるので、夫婦別制を導入し公序性を緩和していくべきという方向性である¹⁰²。いずれの方向性が妥

⁸⁵ 高井裕之『『嫡出子』と『非嫡出子』の法定相続分差別』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年)45頁。

⁸⁶ 昭和44年の最高裁大法廷判決(最大判昭和44年12月24日民集23巻12号2595頁)では「憲法は、個人の尊厳と両性の本質的平等とをその基本的原則とし、また、社会的身分等による差別は許されないものとして、戸主を中心とする旧民法時代の『家』の制度を認めない立場に立つものである」とされている。

⁸⁷ 竹中・前掲注(4)199頁。

⁸⁸ 竹中・前掲注(4)200頁。

⁸⁹ 竹中・前掲注(4)200頁。

⁹⁰ 棟居快行『憲法解釈演習第2版』(信山社、2009年)137~138頁。

⁹¹ 伊藤正巳『憲法 第三版』(弘文堂、1995年)254頁。

⁹² 樋口陽一『憲法 第三版』(創文社、2010年)278頁、田代亜紀「民法750条を改正しない立法不作為の合憲性」ジュリスト1466号(2014年)14頁。

⁹³ 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年)372頁。

⁹⁴ 安西文雄・卷美矢紀・宍戸常寿『憲法学読本 第2版』(有斐閣、2012年)108頁。

⁹⁵ 渋谷秀樹『憲法 第2版』(有斐閣、2013年)465頁。

⁹⁶ 夫婦別氏の方向性については、内田亜也子「家族法改正をめぐる議論の対立—選択的夫婦別氏制度の導入・婚外子相続分の同等化問題」立法と調査 No.306(2010年)66~67頁。

⁹⁷ 辻村みよ子「国籍・家族と平等」樋口陽一・山内敏弘・辻村みよ子・蟻川恒正「新版 憲法判例を読みなおす」(日本評論社、2011年)77頁。

⁹⁸ 二宮・前掲注(5)12~13頁。イギリス、アメリカ、カナダなどのコモンロー諸国においては、氏の使用と変更は基本的に自由とされている。床谷・前掲注(1)94~95頁。

⁹⁹ 大村・前掲注(51)364~365頁。

¹⁰⁰ 辻村・前掲注(97)77頁。

¹⁰¹ 床谷・前掲注(1)95頁。ドイツでは、伝統的な父系主義から相互選択制へ転換して、夫婦の一方の出生氏を婚氏として選択させるとともに、その出生氏が婚氏とならない方は、出生氏または婚姻の際に称する氏を婚氏に前置することができるものとし、呼称の継続性にも配慮しているとされている。他方で、当事者が婚氏の決定をしない場合は夫の氏が婚氏となるものとされている。

¹⁰² 特別座談会「家族法の改正に向けて(上)—民法改正委員会の議論の現状」ジュリスト1324号(2006年)54~55頁。要するに、問題は公序の設定の在り方であり、家族法の領

当であるかについて,今後真摯な検討が行われなくてはならないであろう。

域では公序の強い部分と弱い部分があり,夫婦同氏の問題はこの構造をいかに組み替えるかということになる。夫婦同氏はまさに公序の強い部分であり,この公序性をいかに弱くしていくかが重要となる。