

法教育における憲法学習の一視点②・憲法学習のための授業開発に向けて一夫婦同氏制度の事例を題材として

中曾久雄

1 はじめに

本稿は、前稿<sup>1</sup>に引き続き、裁判例を題材として、法教育、なかでも憲法学習の在り方について検討することにしたい。前稿でも指摘したように、裁判例においては、憲法上の問題に関する二項対立、すなわち、違憲か合憲かということについて、両者の視点で考え、それぞれの視点でいかに説得的な憲法論を展開できるかという、憲法学習に際しての極めて重要な視点が盛り込まれている。その意味で、憲法学習に際して、裁判例の活用は非常に重要であり、また、有用であるといえるだろう。もとより、憲法上をめぐる問題は多岐にわたるが、本稿では近年においてクローズアップされている夫婦同氏制度の問題を題材とする。夫婦同氏制度の問題は2015年に最高裁が初めて憲法判断を示し注目を集めたが<sup>2</sup>、それ以前から、下級審のレベルではこの問題が活発に論じられており<sup>3</sup>、夫婦同氏制度の問題を考える上で非常に重要な視座が提供されている。そこで、本稿では夫婦同氏制度に関する代表的な下級審判決（なお、今回取り上げるのは、前記最高裁判決の一審判決でもある）を取り上げ、憲法学習および授業開発にいかに関与するかという視点を重視し考察を行うことにする。

2 事案の概要と判旨

<sup>1</sup> 中曾久雄 「法教育における憲法学習の一視点①・憲法学習のための授業開発に向けて一地方公務員災害補償法に基づく遺族年金の受給資格における男女間格差に関する事例を題材として」 愛媛大学教育学部紀要 63 巻 (2016 年)。

<sup>2</sup> 最高裁大法廷判決平成 27 年 12 月 16 日。本判決については、中曾久雄 「夫婦同氏規程 (民法 750 条) の合憲性 (最高裁大法廷判決平成 27 年 12 月 16 日)」 地域創成研究年報 11 巻 (2016 年) 41 頁。

<sup>3</sup> 岐阜家裁平成元年 6 月 23 日。そこでは、「夫婦同姓は一体感を高めるのに役立ち、利害関係を有する第三者に対して夫婦であることを示すのを容易にするもので、憲法に違反しない」との判断が示されている。

2-1 事案の概要

本件は、原告らが、婚姻に際して夫婦の一方に氏の変更（夫婦同氏制度）を強いる民法 750 条（以下、本規定）は、憲法 13 条及び 24 条 1 項 2 項により保障されている権利を侵害し、また女子に対するあらゆる形態の差別の撤廃に関する条約（以下「女子差別撤廃条約」）16 条 1 項 (b) (g) に違反することが明白であるから、国会は本規定を改正し、夫婦同氏制度に加えて夫婦別氏制度という選択を新たに設けることが必要不可欠であるにもかかわらず、何ら正当な理由なく長期にわたって立法措置を怠ってきたことから、当該立法不作為は国家賠償法 1 条 1 項上の違法な行為に該当すると主張して、被告に対し、原告 X2 及び原告 X3 については慰謝料各 150 万円の支払を、原告 X1、原告 X4 及び原告 X5 については慰謝料各 100 万円の支払を、それぞれ求めた事案である。

2-2 原告の主張

氏は、個人の呼称として、個人を他人から識別し特定する機能を有するものであり、個人の同一性を示すものとして人格と密着し、人格の象徴として人格権の一内容を構成する。判例は、「みだりにその容貌・姿態を撮影されない自由」、「みだりに指紋の押なつを強制されない自由」、「個人に関する情報をみだりに第三者に開示又は公表されない自由」及び「人格権としての個人の名誉」が、それぞれ憲法 13 条によって保障されることを認めてきたところ、氏について、本人の意に反してその変更が強制された場合、当該個人は、旧姓を通じて公私にわたり形成してきた人間関係、人や社会からの信頼・信用、人生そのものを分断され、精神的には人格や個人の尊厳そのものを否定される苦痛を被るのであるから、「氏の変更を強制されない自由」

の人格権としての重要性は、上記のその他の各自由ないし権利に勝るとも劣らない。

本規定の制定当時、夫婦同氏の立法上の根拠は、強いていえば、共同生活をする者が同じ氏を称しているという当時の習俗や慣習、「氏による共同生活の実態の表現」が挙げられるにすぎず、それも旧民法の「家」の氏を称することが戸主及び家族に法律上強制された結果、浸透した習俗であって伝来的なものであるから、婚姻の本質から導かれるものではなく、婚姻に必要不可欠なものでもない。また、「婚姻や家族の安定」「夫婦や家族の一体感の醸成」といった立法者が観念していなかった目的を見いだすとしても、その目的を達成する方法は、個人・夫婦各自の人生観・価値観により異なるもので、国家が強制しようとしても到底達成不可能なものである上、民法 750 条は全国民に夫婦同氏を強制しており、規制の範囲が目的に対して広きにすぎ、その結果、婚姻に際して氏の変更を望まない男女に、法律婚を断念・回避させて、婚姻を不安定化させ、離婚の容易な事実婚を増加させる有害な規制手段となっている。したがって、民法 750 条には「やむにやまれぬ政府目的」や「極めて重要な政府利益」が存在せず、また、その規制手段が必要最小限ではないのみならず、目的と手段との間の実質的関連性も合理的関連性も有しないから、違憲というべきである。

### 2-3 被告の主張

憲法 13 条は、夫婦別氏を選択できる制度を構築すべきことを要求する権利を、個々の国民に対して保障するものではないし、原告らの主張する新しい人権たる「氏の変更を強制されない自由」をもって、個々の国民に対して国会議員の具体的な立法措置を講ずべき職務上の法的義務を導き出すような権利とすること自体に無理がある。また、およそ氏というものはそもそも現行の婚姻制度という法律制度の存在を前提としたものであって、その意味で、氏は制度に依存した存在である。そのため、何らの法律制度を前提としない氏を観念し、それについて公的制度によって侵害されることの

ない「氏の変更を強制されない自由」などという憲法上保障された自由権を観念することはできないというべきである。

民法 750 条が婚姻の効力の一つとして、夫婦が夫又は妻のいずれかの氏を称すること以外の氏の選択を認めていないことは、婚姻自体の成立要件ですらなく、婚姻の形式的要件としての届出に伴う氏制度自体の仕組みの問題であるが、そのような氏選択の制度は、憲法 24 条 1 項の要請に反して、婚姻それ自体について第三者によって当事者の意思決定が妨げられることを意味するものではない。さらに、民法 750 条は、婚姻が当事者の自由な意思によるものであることを前提とした上で、夫婦が夫の氏を称することも、妻の氏を称することも、対等な選択肢として許容し、しかもその選択を当該夫婦となる男女間の協議のみに委ねており、個人の尊厳と両性の本質的平等に十分配慮した規定であって、この意味においても憲法 24 条に反するようなものではないことは明らかである。

### 3 裁判所の判断 請求棄却

「国会議員の立法不作為が同項の適用上違法となるかどうかは、国会議員の立法過程における行動が個別の国民に対して負う職務上の法的義務に違背したかどうかの問題であって、当該立法の内容又は立法不作為の違憲性の問題とは区別されるべきであり、仮に当該立法の内容又は立法不作為が憲法の規定に違反するものであるとしても、そのゆえに国会議員の立法行為又は立法不作為が直ちに違法の評価を受けるものではない。しかしながら、立法の内容又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などには、例外的に、国会議員の立法行為又は立法不作為は、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」。

「したがって、本件について、仮に民法 750 条を改廃しないことが憲法の規定に違反するものであるとしても、そのゆえに国会議員の立法不作為が直ちに国家賠償法1条1項の規定の適用上、違法の評価を受けるものではなく、国会議員の立法過程における行動が個別の国民に対して負う職務上の法的義務に違背したというためには、婚姻に際し、婚姻当事者の双方が婚姻前の氏を称する権利が憲法上保障されており、その権利行使のために選択的夫婦別氏制度を採用することが必要不可欠であって、それが明白であり、国会議員が個別の国民に対し選択的夫婦別氏制度についての立法をすべき職務上の法的義務を負っていたにもかかわらず、国会が正当な理由なく長期にわたってこれを怠っているといえる場合であることを要するものというべきである」。

「原告らは民法 750 条が憲法 13 条、24 条に反し、違憲であることを主張するが、仮に民法 750 条が憲法に反するものであるとしても、そのことから直ちに国会議員の立法不作為が国家賠償法1条1項の規定の適用上、違法の評価を受けるものではないことは上記のとおりであり、また、そのことのみでは、国会議員が立法過程において個別の国民に対して負担している具体的な職務上の法的義務が存在しているといえるものではない」。

「憲法上、上記の権利を明示した規定はないが、憲法 13 条は、個人としての尊重と共に、個人の生命、自由及び幸福追求の権利を定めており、憲法上明示的に列挙されていない利益を新しい人権として保障する根拠となる一般的包括的権利を規定するものといえる。また、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り、氏名を他人に冒用されない権利・利益があり、正確に呼称される利益があるといえる」。

「しかし、人格権の一内容を構成する氏名について、憲法上の保障が及ぶべき範囲が明白であるこ

とを基礎づける事実は見当たらず、婚姻に際し、婚姻当事者の双方が婚姻前の氏を称することができる権利が憲法 13 条で保障されている権利に含まれることが明白であるということとはできない」。

「憲法 24 条は、婚姻が、両性の合意のみに基づいて成立し、夫婦が同等の権利を有することを基本として維持されること、婚姻に関する事項に関しては、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ことを定めているが、その趣旨は、民主主義の基本原則である個人の尊厳と両性の本質的平等の原則を婚姻および家族の関係について定めたものであり、両性は本質的に平等であるから、夫と妻との間に、夫たり妻たるの故をもって権利の享有に不平等な扱いをすることを禁じたもので（最高裁昭和 36 年 9 月 6 日大法廷判決・民集 15 卷 8 号 2047 頁参照）、憲法 13 条における個人の尊重と憲法 14 条における平等原則とを家族生活の諸関係に及ぼすものであって、家族に関する諸事項について憲法 14 条の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たものとみることができるから、憲法 24 条が、具体的な立法を待つことなく、個々の国民に対し、婚姻に際して婚姻当事者の双方が婚姻前の氏を称することができる権利を保障したものであるということとはできない」。

「女子差別撤廃条約 16 条 1 項 (b) 及び (g) が、我が国の個々の国民に対し、直接権利を付与するものとはいえず、また、婚姻に際し、婚姻当事者の双方が婚姻前の氏を称する権利を保障するものであるともいえないから、いずれにしても、その余の点について判断するまでもなく、女子差別撤廃条約を根拠とする原告らの請求は理由がない」。

#### 4 解題<sup>4</sup>

女性の社会進出が進む中で、同氏を強制し女性に対して不利益を及ぼす本規定の違憲性はこれま

<sup>4</sup> 本判決については、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)、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)。

でたびたび指摘されてきた<sup>5</sup>。本判決は、立法不作為に基づく国家賠償の前提となる本規定について、その合憲性の審査をしないままに原告の請求を棄却している。もっとも、後に検討するように、本規定のもたらす女性への不利益を認めた点は、本規定の今後の合憲性を考える上で重要な指摘として位置付けられる。本稿では、夫婦同氏制度に伴う憲法上の権利制限の問題に焦点を当て、憲法教育の観点から考察していきたい。

#### 4-1 憲法 13 条と氏名保持権

民法は、婚姻届を法律上の婚姻の効力発生要件として、「夫婦は婚姻の際に定めるところに従い、夫又は妻の氏を称する」と規定して、そして、戸籍法は、婚姻届には「夫婦が称する氏」を記載しなければならないことを規定し（74 条 1 号）、記載のない婚姻届は受理しないものとされていることから、現在の制度は夫婦同氏制度を定めている<sup>6</sup>。氏名は「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」<sup>7</sup>である。本規定の定める夫婦同氏制度は、憲法 13 条の保障する重大な法的利益を放棄することを法律婚を認める条件としており、それが十分な正当化事由を伴ったものか否かが吟味されなければならないとされてきた<sup>8</sup>。こうした見解は他にも見られる。憲法 24 条 1 項における「夫婦の同等の権利」と婚姻の自由、および 13 条の保障内容でもある婚姻の自由と自己決定権、氏の不変更権との関連に着目する説である<sup>9</sup>。本規定の問題性は、夫婦の一方に氏の変更を強制することにある<sup>10</sup>。そのために、本規定は婚姻において夫婦の同等の権利を保障する 24 条 2 項に違反し、一方の改氏が婚姻届出の要件とされることによって実質的に婚姻の自由を制約することにな

り、24 条 1 項に反することにもなる<sup>11</sup>。さらに、婚姻に際して夫婦の一方が必ず氏の変更を強制される点で、憲法 13 条のもとで保障される氏の不変更権（氏名それ自体保護されることについては、裁判例においても認められているところである<sup>12</sup>）を侵害するものとして構成されることになる<sup>13</sup>。

このように、判例および学説上では、氏は個人の同一性を示すものとして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<sup>14</sup>。ただ、ここで問題となっているのは、一般的な氏を選択の自由とは区別されるところの氏名保持権である<sup>15</sup>。この点について、本判決は、「人格権の一内容を構成する氏名について、憲法上の保障が及ぶべき範囲が明白であることを基礎づける事実は見当たらず、婚姻に際し、婚姻当事者の双方が婚姻前の氏を称することができる権利が憲法 13 条で保障されている権利に含まれることが明白であるということとはできない」としている。本判決のスタンスは、「憲法が保障する権利に含まれるか明白とはいえない」と言ったにすぎず、「憲法上保障されない」とまでは断定しておらず、婚姻前の氏を称する権利を完全に否定しているものではないとも読める。

そこで、一般的な氏に関する選択の自由とは区別される氏名保持権（婚姻前の氏を称する権利）は、自己決定権として承認されるのであろうか。この点について、学説は氏名選択の自由も自己決定権の中に含まれるとする<sup>16</sup>。自己決定権の趣旨からすれば、氏名保持権についても自己決定権として承認する余地は十分にある<sup>17</sup>。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

<sup>5</sup> 例えば、滝沢聿代「選択的夫婦別氏制—その意義と課題」成城法学 43 号（1993 年）1 頁。

<sup>6</sup> 竹中勲『憲法上の自己決定権』（成文堂、2010 年）199 頁。

<sup>7</sup> 竹中・前掲注（6）201 頁。

<sup>8</sup> 竹中・前掲注（6）201 頁。

<sup>9</sup> 辻村みよ子『ジェンダーと法』（不磨書房、2010 年）175 頁。

<sup>10</sup> 辻村・前掲注（9）175 頁。

<sup>11</sup> 辻村・前掲注（9）175 頁。

<sup>12</sup> 田代・前掲注（4）14 頁。

<sup>13</sup> 辻村・前掲注（9）175～176 頁。

<sup>14</sup> 小林節「判例批評」判例時報 1117 号（1984 年）205 頁。

<sup>15</sup> 内野正幸『人権のオモテとウラ』（明石書店、1992 年）150～151 頁。

<sup>16</sup> 犬伏由子「夫婦別姓」『民商法雑誌』111 巻 4・5 号（1995 年）579～580 頁。

<sup>17</sup> 田代・前掲注（4）14 頁。

ものであり、その意味で、氏は人格の一部でもある<sup>18</sup>。氏名が個人の人格の重要な一部であり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ぬ権利」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」<sup>19</sup>が導き出されなくてはならないであろう。

氏名保持権を自己決定権として保障するに際しても、明治民法以来同氏が慣行となっているということ、社会生活上便利であるということ、夫婦および親子が同じ氏を称することで一体感が強められること、夫婦別氏だと子の姓の決定が問題となるということ<sup>20</sup>との衡量は不可避である<sup>21</sup>。しかし、以上の事項と衡量するに際ししても、本規定のもたらす効果を重視する必要がある<sup>22</sup>。婚姻に際して氏を改めるのが圧倒的に女性であること<sup>23</sup>、氏変更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<sup>24</sup>、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<sup>25</sup>、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っている<sup>26</sup>。こうした実態に鑑みれば<sup>27</sup>、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<sup>28</sup>、まさにこうした点の真摯な考慮が求められている<sup>29</sup>。

<sup>18</sup> 二宮周平『家族法』（新世社、1999年）34頁。

<sup>19</sup> 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。なお、1996年の民法改正案要綱では選択的別姓制度が導入されていることが注目されることである。

<sup>20</sup> 床谷文雄「夫婦の平等と別姓」法学教室125号（1991年）15頁。

<sup>21</sup> 床谷・前掲注（20）15頁。

<sup>22</sup> 高井裕之「結婚の自由」ジュリスト1037号（1994年）179頁。

<sup>23</sup> 高井・前掲注（22）179頁。

<sup>24</sup> 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。

<sup>25</sup> 床谷・前掲注（20）15頁。

<sup>26</sup> 新井誠・曾我部真裕・佐々木くみ・横大道聡『憲法Ⅱ人権』（日本評論社、2016年）70頁（佐々木くみ担当）。

<sup>27</sup> 床谷・前掲注（20）15頁。

<sup>28</sup> 辻村みよ子『ジェンダーと人権』（日本評論社、1998年）220～221頁。

<sup>29</sup> 糠塚康江「人権の主体、平等」辻村みよ子編『ニューアングル憲法』（法律文化社、2012年）76～77頁。

#### 4-2 憲法 24 条と夫婦同氏制度

一般的に、憲法 24 条は家族の在り方に関わる規定であり<sup>30</sup>、夫婦同氏制度は必然的に 24 条と関わることになる<sup>31</sup>。

ところで、24 条の制定の意義は、「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」<sup>32</sup>とされている。周知のように、日本においては、ナポレオン民法の影響を受けて起草された 1890 年の民法人事編において、戸主権や家督相続制を基礎とする家制度が構築された。その後、この旧民法草案が施行延期された後、1898 年に制定された民法親族相続編においては、家父長的な「家」制度がさらに強化され、妻の「無能力」（行為能力の否定、家督相続からの排除など）、同居や貞操の義務が確立されることになった。そして、第二次大戦後、日本国憲法は家制度を一新されることになる<sup>33</sup>。男尊女卑思想に基づく家制度の解体と新しい家族観の構築を示そうとし

<sup>30</sup> 辻村教授は、家族について以下の 3 つのモデルを提示する。まず、個人の幸福追求権、自己決定権、家族形成権といった人権保障と平等の徹底をめざす「個人主義的家族モデル」である。このモデルのもとでは、家族は個人主義的原理に支えられた人的結合とであり、13 条を個人の自己決定権やプライバシー権が最大限に認めることになる。次に、国家による家族の保護と家族構成員への強制を求める「国家主義的家族モデル」である。このなかには社会主義国型や途上国型のほか、日本国憲法制定過程で示された旧憲法下の天皇制絶対主義型家族モデル、さらには、伝統的・復讐的な家族像も含まれる。これらは「行き過ぎた個人主義を是正し」「文化や伝統を尊重する」という名のもとに、国家による家族保護を求めるものであり、本質は前近代的・家父長的家族の復活をめざす復古的な国家主義的家族像である。最後に、「共同体的家族モデル」である。このモデルは国家と個人の間で共同体という観念をおき、社会ないし共同体の名のもとに、中間団体としての家族の責務を重視するモデルである。このモデルが出現した背景には、個人主義的ナリベラリズムに対する共同体幸義（コミュニタリアニズム）や共和主義（リパブリカニズム）の影響が存在している。辻村・前掲注（28）236～239 頁。

<sup>31</sup> 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頁（木下智史執筆）、佐々木・前掲注（4）3頁。

<sup>32</sup> 樋口陽一『国法学 人権原論 補訂』（有斐閣、2007年）145頁。

<sup>33</sup> 毛利透・小泉良幸・浅野博宣・松本哲治『憲法Ⅱ人権』（有斐閣、2013年）190頁（浅野博宣担当）、辻村みよ子『ジェンダーと法』（信山社、2005年）162頁。

たのである<sup>34</sup>。さらに、24条の意義はそれだけにとどまらない。24条の意義は、「西洋近代家長個人十義を超える」ものであり、「個人の尊厳」を家族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<sup>35</sup>。要するに、24条が「個人の尊厳と両性の本質的平等」を規定してことには、「成人男性を典型的人間像とする近代立憲主義の構造変革を迫るもの」<sup>36</sup>である。

では、憲法24条はいかなる権利を保障しているのであろうか。この点について、女性の「人権論のアプローチ」<sup>37</sup>から以下の見解が有力に主張されている。まず、1項は、「両性の合意」のみを要件とする婚姻の自由、およびその消極面としての非婚・離婚の自由を個人に保障する<sup>38</sup>。これは、13条が保障する人格的自律権あるいは家族に関する自己決定権（婚姻・離婚・妊娠・出産・墮胎の自由等）の具体化でもあり、これらへの権利に対する不当な介入は排除される<sup>39</sup>。さらに、1項は、夫婦の同等の権利とそれに基づく婚姻維持の自由を保障する。夫婦の同等の権利について、婚姻の自由に関する場合や前述の女性差別撤廃条約に明記された諸権利については、同一の権利が要請されている<sup>40</sup>。また、婚姻の維持の自由については、13条の保障とも重なりあい、これらは立法府、行政府の侵害についての違憲判断の根拠となりうる<sup>41</sup>。次に、2項についてである<sup>42</sup>。2項は、配偶者の選択・財産権・相続・離婚等のほかに、「婚姻及び家族に関するその他の事項」に関する法律が、すべて「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ことを、立法府の義務として定めている。また、この規定は13条、14条の原則を家族生活の場面に具体化したものであり、家族

法の制定・改廃に関する立法府の義務違反の問題はこの規定から直接導かれることになる<sup>43</sup>。さらに、1項と同様に、25条の生存権保障の一環としての家庭生活に対する国家の保護を排除する趣旨ではないと解される。しかし、その場合も、13条、24条に基づく自己決定権を侵害することは許されない<sup>44</sup>。

では、本規定は婚姻の自由を制限するのか。本判決は、「憲法13条における個人の尊重と憲法14条における平等原則とを家族生活の諸関係に及ぼすものであって、家族に関する諸事項について憲法14条の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たものとみることができるから、憲法24条が、具体的な立法を待つことなく、個々の国民に対し、婚姻に際して婚姻当事者の双方が婚姻前の氏を称することができる権利を保障したものである」としている。しかし、上記のとおり、24条のなかに、夫婦同等の権利が含まれるのであり、氏の変更の強制はそうした権利の侵害であるというべきであろう<sup>45</sup>。本規定は、「氏の変更を強制されない自由」または「婚姻の自由」を実質的に制限されていることになるというものである<sup>46</sup>。本規定は、婚姻の際に、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、夫婦双方が氏の保持を望む場合は、婚姻の届出を断念せざるを得ない。本規定は婚姻の効力として定められているが、実質的には夫婦の氏の決定を婚姻の成立要件として追加しているものであり、婚姻自由の制限するものとして作用することになる<sup>47</sup>。そのために、家族法の領域において平等を規定する24条に反することになる<sup>48</sup>。

<sup>34</sup> 野中俊彦・中村睦男・高橋和之・高見勝利『憲法I 第5版』（有斐閣、2012年）302頁（野中俊彦担当）。

<sup>35</sup> 樋口・前掲注（32）145頁。

<sup>36</sup> 高井・前掲注（22）178頁。

<sup>37</sup> 辻村・前掲注（28）240頁。

<sup>38</sup> 辻村・前掲注（28）241頁。

<sup>39</sup> 辻村・前掲注（28）241頁。

<sup>40</sup> 辻村・前掲注（28）241頁。

<sup>41</sup> 辻村・前掲注（28）241～242頁。

<sup>42</sup> 辻村・前掲注（28）242頁。

<sup>43</sup> 辻村・前掲注（28）242頁。

<sup>44</sup> 辻村・前掲注（28）242頁。

<sup>45</sup> 佐々木・前掲注（4）3頁。

<sup>46</sup> 辻村・前掲注（28）246頁。

<sup>47</sup> 本秀紀編『憲法講義』（日本評論社、2015年）479頁（大河内美紀担当）。

<sup>48</sup> 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）75頁。

## 5 夫婦同氏制度の問題の行方

確かに、本規定の立法趣旨について、家族の一体性の強化、第三者に対する夫婦関係の明示の簡易化などが挙げられる<sup>49</sup>。しかし、「婚姻制度に必要不可欠のものであるとも、婚姻の本質に起因するものであるとも説明されていない」という本判決の事実認定に従えば、その合理性を認めることは困難であろう<sup>50</sup>。現行法のもとで事実婚を選択したカップルが家族の一体性を欠くかは疑わしく<sup>51</sup>、夫婦同氏制度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<sup>52</sup>。そうすると、上記の立法目的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正当化事由とはならないというべきである<sup>53</sup>。しかも、本規定は氏の変更で女性が圧倒的に社会生活上の不利益を被ることが明白であること<sup>54</sup>、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、婚姻自由の制限するものとして作用することが明白である。氏の変更が婚姻にとり不可欠なものではなく、現在においては通称が広く受容されている現状に鑑みれば、「夫婦同氏が夫婦の絆を支えている」<sup>55</sup>とは言い難い。このように、本規定の不合理性は明白であるというべきである<sup>56</sup>。また、目的の合理性を認めるとしても、これらの目的を達成するための手段としては、選択的夫婦別氏制<sup>57</sup>といったより制限的でない手段を想定できる点<sup>58</sup>で、上記の目的との関連は乏しいことになる<sup>59</sup>。

なお、この問題について、過去に法改正が検討された。1991年に、法制審議会民法部会が婚姻・離

婚法制の見直し審議を開始し、同部会は1992年12月の「婚姻及び離婚制度の見直し審議に関する中間報告(論点整理)」、1994年7月の「婚姻制度等に関する民法改正要綱試案」、1995年9月の「婚姻制度等の見直し審議に関する中間報告」を経て、パブリックコメントや1994年9月の総理府「基本的法制度に関する世論調査」の結果も参考にしながら要綱案が取りまとめられた。1994年7月の「婚姻制度等に関する民法改正要綱試案」では選択別姓の導入が提案されていた。その具体的内容としては、以下のものである。まず、A案は「夫婦は、婚姻の際に定めるところに従い、夫又は妻の氏を称するものとする。ただし、この定めをしないこととすることもできるものとする」「別氏夫婦は、婚姻の際に、夫又は妻のいずれかの氏を、子が称する氏として定めなければならないものとする。」と規定する。次に、B案は「夫婦は、婚姻の際に定めるところに従い、夫又は妻の氏を称することができるものとする。」「別氏夫婦の子は、その出生時における父母の協議により定められた父又は母の氏を称するものとする。」と規定する。最後に、C案は「夫婦は、婚姻の際に定めるところに従い、夫又は妻の氏を称するものとする」「婚姻により氏を改めた夫又は妻は、相手方の同意を得て、婚姻の届出と同時に戸籍法の定めるところにより届け出ることによって、婚姻時の氏を自己の呼称とすることができるものとする」と規定する。そして、1996年2月、法制審議会は改正要綱を法務大臣に答申した。その後も、政府では2010年の第174回国会において、民法及び戸籍法の一部改正について、1996年の法制審議会答申と同様のものが検討されたものの、法案の提出には至らなかった<sup>60</sup>。本判決も指摘するところであるが、「婚姻後も働き続ける女性が増加し、晩婚化と相まって、仕事上、婚姻後も婚姻前の氏を継続使用する必要性が高まっていると主張しているところ、氏を変更することにより、人間関係やキャリアの断絶などが生じる可

<sup>49</sup> 床谷・前掲注(20) 15頁。

<sup>50</sup> 佐々木・前掲注(4) 4頁。

<sup>51</sup> 竹中・前掲注(6) 201頁。

<sup>52</sup> 東京弁護士会・女性の権利に関する委員会・前掲注(19) 106~107頁。

<sup>53</sup> 竹中・前掲注(6) 201~202頁。

<sup>54</sup> 辻村・前掲注(28) 220~221頁。

<sup>55</sup> 田代・前掲注(4) 14頁。

<sup>56</sup> 田代・前掲注(4) 14頁。

<sup>57</sup> 田代・前掲注(4) 14頁。

<sup>58</sup> 佐々木・前掲注(4) 4頁。

<sup>59</sup> 竹中・前掲注(6) 201~202頁。

<sup>60</sup> 鳥澤孝之「夫婦及び子の氏と戸籍制度」レファレンス(2011年) 70~76頁。

能性が高く、不利益が生じることは容易に推測し得ることであるから、婚姻について選択的夫婦別氏制度が採用されることに対する期待<sup>61</sup>は大きい。しかしながら、本規定の改正は長期にわたり行われていないという現状がある<sup>62</sup>。

本判決は、本規定の合憲性を直接審査したものではないが<sup>63</sup>、「氏を変更することにより、人間関係やキャリアの断絶などが生じる可能性が高く、不利益が生じることは容易に推測し得ることであるから、婚姻について選択的夫婦別氏制度が採用されることに対する期待が大きく、これを積極的に求める意見の多いこと」を指摘し、本規定がもたらす女性への不利益にも一定の理解を示している点が注目される。本規定が女性の多大な不利益を及ぼすにもかかわらず<sup>64</sup>、制度あるいは秩序維持をこれに優位させることは本末転倒というべきであろう<sup>65</sup>。また、近年、最高裁は非嫡出相続差別規定<sup>66</sup>を違憲としているが<sup>67</sup>、そこでは14条のみならず24条の意義にも言及し、双方を重ね合わせて検討し<sup>68</sup>、家族生活の領域において個人の尊厳を強調している<sup>69</sup>。こうした指摘は夫婦同氏制度の問題においても妥当する。24条の意義に鑑みれば、家族という共同体において個人の尊重あるいは尊厳は尊重され重視されるべきである<sup>70</sup>。

## 6 憲法学習およびその授業教材としての夫婦同氏制度の問題

<sup>61</sup> 同様の指摘として、大村敦志『家族法 第2版補訂版』（有斐閣、2002年）47～48頁。

<sup>62</sup> 本件の最高裁判決における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」と指摘する。

<sup>63</sup> 佐々木・前掲注（4）4頁。

<sup>64</sup> 木下・只野・前掲注（31）88頁。

<sup>65</sup> 辻村・前掲注（28）77頁。

<sup>66</sup> 最高裁大法廷決定平成25年9月4日。

<sup>67</sup> 違憲決定については、中曾久雄「憲法14条と民法900条4号但書（平成25年9月4日最高裁大法廷決定）」愛媛法学会雑誌40巻3・4号（2014年）87頁。

<sup>68</sup> 蟻川恒正「婚外子法廷相続分最高裁違憲決定を読む」法学教室397号（2013年）113頁。

<sup>69</sup> 棟居快行『憲法解釈演習第2版』（信山社、2009年）137～138頁。

<sup>70</sup> 田代・前掲注（4）14頁。

この夫婦同氏制度の問題は、憲法教育、法教育との関係において以下の2つの意義がある。

第1に、憲法教育との関係における意義である。憲法学習において重要なのは憲法学の基本的概念の取得もさることながら、「現在の問題に対する解決を模索して思考し、判断するため」<sup>71</sup>の知識の取得である。憲法に関する具体的事例を通じて、いわば生きた憲法の知識を習得することが不可欠なのである<sup>72</sup>。この点、夫婦同氏制度の問題は多くの憲法上の論点が存在しており、それらを理解しひも解くことは生きた憲法の知識につながるであろう<sup>73</sup>。夫婦同氏制度の問題の検討を通じて、例えば、個人の尊重や尊厳の在り方<sup>74</sup>、女性に対する数々の不利益を理解<sup>75</sup>でき、また、それらと憲法の関係も理解できるであろう。

第2に、法教育が目指す目的<sup>76</sup>との関係における意義である。「我が国における法教育は、国民一人ひとりが自由な活動を行っていく上で、法及び司法が果たすべき役割について理解を深め、あらかじめ紛争を予防し、また、紛争を適切に解決するために必要な、基礎的な素養を身に付けるためのものであると同時に、国民一人ひとりが自由で公正な社会の担い手として、公共的な事柄に主体的に参加する意識を養うものでなくてはならない」<sup>77</sup>とされている。要するに、法教育は「国民一人ひとりが自由で公正な社会の担い手として、公

<sup>71</sup> 江澤和雄「わが国における法教育の現状と当面する課題」レファレンス756号（2014年）49頁。

<sup>72</sup> 江澤・前掲注（71）49～50頁。

<sup>73</sup> 江澤・前掲注（71）50頁。「中等教育では、憲法『を』教えるのではなく、たとえば、生きるための知を憲法『で』、あるいは憲法をとりまく事実から教え、学ぶべきである」とする考え方を紹介する。

<sup>74</sup> 渋谷秀樹『憲法 第2版』（有斐閣、2013年）465頁。

<sup>75</sup> 安西文雄・巻美矢紀・宍戸常寿『憲法学読本』（有斐閣、2012年）108頁（安西文雄担当）。

<sup>76</sup> 佐藤幸治「日本国憲法の保障する[基本的人権]の意味について—[法教育]との関連において—」大村敦志・土井真一編著『法教育のめざすもの—その実践に向けて—』（商事法務、2009年）115頁。

<sup>77</sup> 法教育研究会『我が国における法教育の普及・発展を目指して—新たな時代の自由かつ公正な社会の担い手をはぐくむために—』（2004年）12頁。

共的な事柄に主体的に参加する意識を養う」<sup>78</sup>ことを目的とするものである。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り<sup>79</sup>、しかも、夫婦同氏制度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<sup>80</sup>。そうすると、夫婦同氏制度の問題は憲法上の問題としてだけではなく公共的問題としての性格を有しており、能動的に考える能力も要求される（なお、こうした能力の涵養には、高校と大学の憲法教育を接合させる必要性があろう）<sup>81</sup>。夫婦同氏制度の問題の検討は、法教育、憲法教育の根源的な部分の理解に資することにつながるであろう。

授業用資料

- 1 結婚の意味を考える。なぜ、男女で同氏を名乗る必要があるのか？
- 2 夫婦同氏制度は、男性および女性に対してどのような影響を与えるのか考えてみる。
- 3 夫婦同氏制度は必要であるのか。各自で考えてみる。

<sup>78</sup> 法教育研究会・前掲注（77）13頁。

<sup>79</sup> 平成27年の最高裁大法廷判決における寺田逸郎裁判官は、夫婦同氏の問題について「国民的議論、すなわち民主主義的なプロセスに委ねる」べきとする。

<sup>80</sup> 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。

<sup>81</sup> 江澤・前掲注（71）50頁。

授業計画提案

導入

1 事案および基本的知識の確認

事例

原告らが、婚姻に際して夫婦の一方に氏の変更を強いる民法 750 条は、憲法 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。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。」）により保障されている権利を侵害し、違法であると主張したものである。

憲法の関わり合い

憲法 24 条との関係。

婚姻制度、婚姻の権利の意味の確認

2 展開

立場ごとの主張

違憲とする立場

女性の婚姻の権夫婦同氏制の下において、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。

合憲とする立場

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、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、氏は夫婦および家族を結びつけるものであり、家族の一体感が強められること、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。

3 まとめ

対立する 2 つの立場をいかに考えるべきかを検討する。夫婦同氏制度が特に女性に対してどのような影響を及ぼしているのかを検討する。さらに、夫婦同氏制度を放棄する場合に、どのような制度であればよいのか考えてみる。