判例評価

民法750条の合憲性
[東京高判2014年3月28日判例集未登載LEX/DB25503188]

植 木 淳

【事案】
X1、X2は、婚姻後の氏の選択をしない婚姻届を提出したため、不受理とされた。そのため、X1、X2および、婚姻に際して夫婦の一方に対して婚姻前の氏の変更を強制する民法750条は憲法13条の保障する「名権」及び憲法24条の保障する「婚姻の自由」を侵害するものであることが明白であって、国会は民法750条を改正して夫婦同姓制を加えて夫婦別姓制という選択肢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、正当な理由もなく長期にわたり立法措置を怠ってきたのであらかじめ、当該立法不作為は国家賠償法1条1項の違法な行為に該当すると主張して、慰謝料の支払を請求した。

第1審・東京地裁（東京地裁2013年5月29日判時2196号67頁）は、「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」とはいえないなどとして請求を棄却した。

【判旨】東京高判2014年3月28日判例集未登載LEX/DB25503188
1． 国家賠償法1条1項の違法性判断の枠組について
「国会議員の立法行為又は立法不作為は、「仮に当該法律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」、国賠法上「直ちに違法の評価を受けるものではない」。しかし、「立法の内容又は立法不作為
民法750条の合憲性（植木）

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、例外的に国賠法1条の適用上「違法の評価を受ける」。そのため、立
法行為又は立法不作為につき賠償責任を認めるためには、「『国民に憲法上
保障されている権利』の存在が不可欠の前提となる」。

2. 憲法13条と「氏の変更を強制されない権利」

「氏名は…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から、人は、
他人からその氏名を正確に呼称されることについて、不法行為法上の保護
を受けうる人格的な利益を有する」。また、「例えば、国が、国民に対し…
正当な理由がないのに氏の変更を強要することが、法的保護に値する国民
の権利又は人格的利害を損なうことは、明らかである」。

「しかし、人の氏は、出生等に伴い、当該個人の意思に全く関わりなく、
民法その他の法律の規定に従って付与されるもの」であり、「民法その他の
法令による規律を受ける制度というべきであるから、氏に関する様々な権
利や利益は、法制度を離れた生来的、自然権的な自由権として憲法で保障
されているものではない」。従って、「『氏の変更を強制されない権利』もま
た、法制度を離れた生来的、自然権的な自由権として憲法で保障されてい
るものではない。

また、「氏の変更を強制されない権利」、「個人の人格的生存にとって
不可欠であるか、その権利が長期間国民生活に基本的なものであったか」
を検討すれば、平成24年の世論調査の結果などからすれば、「最近の国民
の意識として、必ずしも選択的夫婦別氏制度の導入に賛成する者が大勢を
占めるに至っておらず、むしろ、婚姻に際して氏を変更して同氏になるこ
とに積極的な意義を見出す国民が相当程度存在することは軽視できない要
素というべきである」ため、現時点では「『氏の変更を強制されない権利』

－194(298)－
民法750条の合憲性（植木）

（具体的には、夫婦が婚姻後も婚姻前に称していた氏を法律上の氏として称することを求める権利）が、いまだ個人の人格的生存に不可欠であるとまではいえず、また、長期間国民生活に基本的なものであったとはいえない」。

3. 憲法24条と「婚姻の自由」

憲法24条は「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、その実現を法律に委ねている規定であると解すべきである」。
「したがって、具体的な立法が憲法24条の趣旨に照らし合理性を有するかは検証する必要があるとしても、同条によって直接、何らの制約を受けない『婚姻の自由』が保障されていると解することはできない」。

その一方で、憲法24条が「立法上の指針」を示していると解する場合には、「民法750条が、上記指針を実現しているものと評価することができるか否かが問題になる」。その意味で、「氏に係る民法その他の法令による制度は、いかなる内容であっても許されるわけではない」のであって、「憲法24条に照らして、目的の正当性及び目的達成のための手段の相当性が認められる合理的なものでなければならない」。

この点、民法750条の「立法目的は、氏による共同生活の実態の表現という習慣の継続や家族の一体感の醸成ないし確保にあると解すべきであるところ、このような立法目的には正当性が認められ、これを一定の限度で促進する効果が認められる」。また、「婚姻しようとする男女が婚姻後にいずれか一方の婚姻前の氏を称することは、旧来から社会的に受容されてきており、現時点においてもなお国民の支持を失っていないといえること等に照らすと、上記の立法目的を達成するための手段の相当性も認めることができる」。

4. 結論

「『氏の変更を強制されない権利』は、憲法13条によって保障された具体的権利であるとはいえず」、また、「何らの制約を受けない『婚姻の自由』
民法750条の合憲性（植木）

は、憲法24条によって保障されている権利であるとはいええない」。そのた
め、「国会議員らが民法750条を改正して選択的夫婦別氏制度を導入してい
ない立法不作為が、国家賠償法1条1項の規定の適用上、違法の評価を受
けることにはならない」。

【検討】

一、本判決の位置

民法750条の定める夫婦同氏制度の合憲性に関する先例として、岐阜家
審1989年6月23日家月41巻9号116頁は、「親族共通生活の中心となる
夫婦が、同じ氏を称することは、主観的には夫婦の一体感を高めるのに役
立ち、客観的には利害関係を有する第三者に対し夫婦であることを示すの
を容易にするものといえる」のであって、「国民感情または国民感情及び社
会的慣習を根拠として制定されたといわれる民法750条は、現在において
もなお合理性を有するものであって、何ら憲法13条、24条1項に違反する
ものではない」としている。また、東京地裁1993年11月19日判時1486
号21頁は、「法律上保護されるべき重要な社会的基礎を構成する夫婦が、
同じ氏を称することは、主観的には夫婦の一体感を高める場合があること
は否定できず、また、客観的には利害関係を有する第三者に対し夫婦であ
る事実を示すことを容易にするものといえるから、夫婦同氏を定める民法
750条は、合理性を有し、何ら憲法に違反するものではない」としている。

これに対して、本判決は、形式的には民法750条を改廃しない立法不作
為の国賠法上の違法性が争われたものであるため、「国民に憲法上保障され
ている権利」に関する(1)「権利侵害の明白性」あるいは(2)「立法措置の必
要不可欠性・明白性」及び「国会による長期間の懸念」があるか否かが問
題となったものである。しかしながら、本判決は、憲法13条との関連で「氏
の変更を強制されない権利」は「憲法上保障されている権利」ではなく、
憲法24条との関連で夫婦同氏制度是立法目的に正当性があり手段には相當
性があると判断したものであるため、実質的に民法750条を合憲とする判
断であったといえる。

－196(300)－
二．民法750条を巡る議論

1．民法750条に関する立法史実

戦前の民法においては、「妻ハ婚姻ニ因リテ夫ノ家ニ入ル」（旧民法788条1項）とされており、「戸主及び家族ハ其家ノ氏ヲ称ス」（旧民法746条）とされていたことから、原則として女性は婚姻によって夫の「家ノ氏」を称することとされていた。

これに対して、1947年の家族法改正によって、「夫婦は、婚姻の際に定めるところにより、夫又は妻の氏を称する」と規定する現行の民法750条が制定された。この点、戦後の早い段階から法制審議会では夫婦別氏を主張する議論が見られたものの、そのような意見が立法過程に反映されるには至らなかった。

その後、高度経済成長期の後半から男女雇用機会均等法の制定に見られるように男女平等の実現を要求する議論が高まるようになり、1990年代には本格的につい妻婦別氏論が台頭するようになった。具体的には、夫婦同氏原則の問題点として、①改氏による社会生活上の不利益、②結婚・離婚という私事知られるというプライバシーの侵害、③自分が自分でなくなるという自ら喪失感、④結婚すれば夫の氏を名乗るものと決めつけられる屈辱感、⑤夫を筆頭とする戸籍に属することで夫との対等な関係が崩れること、などがあることが指摘された。そのような動向を受けて、1996年には法制審議会による「民法の一部を改正する法律案要綱」の中で「選択的夫婦別氏制度」が提案された。

しかし、選択的夫婦別氏制度に対しては、国会議員、地方議員、宗教団体などから「家族の崩壊を招く」「家族の一体感が損なわれる」などとする反対論が起こり、政府案として国会提出されるには至らなかった。選択的夫婦別氏制度に対する世論の反応も複雑である。政府による選択的夫婦別氏制度に対する世論調査を見れば、1996年には容認32.5%に対して反対39.8%と反対派が上回っていたものの、2001年には容認42.1%に対して反対29.9%と容認派が逆転して多数を占めるに至った。しかし、その後、2006年には容認36.6%に対して反対35.0%と再び贅否が拮抗するように

ー197(301)ー
2. 「個人の尊重」と「家族の保護」— 民法学における議論

先述のように、夫婦別姓制度に対する反対論として、夫婦別姓が「家族の崩壊を招く」「家族の一体感が損なわれる」ことなどが主張されている。その意味で、一見すると、「家族の保護」を重視する立場に立てば夫婦同姓制度の維持に賛成となり、「個人の尊重」を重視する立場に立てば夫婦別姓制度に賛成となるかのように思われる。しかし、そのような定式化が必ずしも妥当でないことは民法学における議論状況から看取することができる。

例えば、二宮周平は、「家族の個人主義化」に肯定的な立場に立った上で、選択的夫婦別姓制度を主張して、「夫婦や親子は同じ氏の方が一体感があるという意見の人も多い」が、「そう思わない人にまで、自己の家族観をおしつけるのはおかしい」として、「個人の選択を尊重する制度こそ望まれている」と論じている。

これに対して、水野紀子は、従来から比較法的に見て日本では法律婚の保護が希薄であることを問題視して、「家庭が子の幼い日々を守る暖かい蔵としての機能を果たす」ために法律婚制度の保護が必要であると論じてきた。しかしながら、水野は、法律婚制度の保護が重要であるからこそ、「法律婚の諸改革、たとえば実用上の不当な婚姻障害となっている同氏強制を

民法750条の合憲性（植木）

なり、2012年には容認35.5％に対して反対36.4％と反対派が再び逆転して多数を占めるようになっている。しかし、2006年以降、「容認」が低迷し、「反対」が増加しているの、「反対が多数を占めた高齢層の標本数が増加し、若年層の標本数が減少したうえに、若年層の回答率が低かったため、回答者に占める高齢者率は前回より増えている」ことが要因であることが指摘されている。現実に、2006年調査も2012年調査も「選択的夫婦別姓制度に反対が多数を占めたのは男女とも60歳以上だけで、60歳未満では男女とも全ての年代で容認が反対を上回った」のである。その意味で、現在の世論の構成は、多くの人が既に婚姻している高齢者層が別氏婚に反対しており、その結果として、将来婚姻をする若い世代が同氏婚を選ぶか別氏婚を選ぶかを選択する権利が奪われている状況にあることを示している。

—198(302)—
三．民法750条の合憲性

1．問題の所在

二．で述べたように、特に1990年代以降、民法750条の夫婦同姓原則に対する批判が見られるようになり、民法学においても立法論として選択的夫婦別姓制度を採用すべきであるとする立場が有力になりつつある。

これに対して、憲法論として民法750条の合憲性を検討した場合には、以下のようないた議論が考えられる。まず、民法750条を違憲だとする立場として、①事実上の女性に改氏を強制するものであって憲法14条に違反するという立場、②「氏名保持権」を侵害するものであって憲法13条に違反するという立場、③「婚姻の自由」を侵害するものであって憲法24条に違反するという立場、④氏名表示という自己表現を侵害するものであって憲法21条に反するという立場、などがある。その一方で、「氏名保持権」や「婚姻の自由」は法律の存在を前提とした制度準拠的権利であって、立法裁量
民法750条の合憲性（植木）

の範囲が広いことを強調して、民法750条を合憲とする立場もありうる。

上記のような議論の中でも、近年では、民法750条の合憲性を疑問視する議論は、①憲法14条論ではなく、②憲法13条論及び③憲法24条論に比重を置く傾向があるように思われる。その理由として、憲法14条は「結果の平等」を保障するものではなく、事実上は女性が改氏する例が殆どであるとしても「法律上の差別」とはいえないと考えられていることがある。

また、男性であれ女性であれ「婚姻による氏の変更の強制」が問題になるのだと考えれば、改氏に係る男女の不均衡に関わりなく、民法750条は憲法13条及び憲法24条との関係で問題になると考えられる。

ただし、そのように考えれば、民法750条の存在による被侵害利益は「婚姻に際して氏の変更を強制されない権利」（憲法13条）あるいは「氏の変更を強制されることなく婚姻する自由」（憲法24条）と構成されることになるが、それらは前国家的・自然的な権利ではなく、法律によって創設される戸籍制度・家族制度を前提とした「制度準拠的権利」であることは否定しないものとなる。そのような要因もあってか、憲法学の代表的教科書でも、民法750条を立法論的に疑問視する立場は多いものの、「違憲」とまで明言するものは少なく、「夫婦同姓の原則を…夫婦協議が認められている以上、違憲の制度とまではいえないであろう」とする合憲説も有力である。

そこで、次に、民法750条の合憲性について、憲法24条との関係、憲法13条との関係、憲法14条との関係の順に検討していくこととする。

2. 憲法24条「婚姻の自由」

憲法24条1項は「婚姻は、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、相互の協力により、維持されなければならない」と規定している。

従来から憲法24条については人権体系上の位置付けに関する争いがあり、①「個人の尊重」と「男女平等」という理念に適合した家族制度の創設を立法府に対して要求する制度的保障と解する立場と、②個人の人権を保障

－200（304）－
民法750条の合憲性（植木）

する人権規定であると解する立場があった。その中でも、人権規定であると解する立場には、i）憲法14条「平等原則」の特別規定として夫婦・親子間における「平等」を特に規定したものであるとする理解（平等原則的構成）、ii）「婚姻の自由」を保障したものであるとする理解（自由権的構成）、iii）国家に対して家族の保護を要求したものであるとする理解（社会権的構成）がありえた。

この点、憲法24条を「婚姻の自由」を保障したものと自由権的に理解すれば、夫婦同様原則は「事実上の不当な婚姻障害」であって、憲法24条で保障された自由を制約するものと構成することができる。しかしながら、憲法24条の保障する「婚姻」（法律婚）とは前国家的・自然的な行為ではなく「法制度の存在を前提」とするものであり、「婚姻の自由」とは「法の設定する様々な効果へのアクセスを保障する権利」であるに過ぎない。その意味で、「婚姻の自由」は、民法の規定する法律婚制度に準拠した権利であるが、ある意味では、「公序」としての家族制度に参入する権利であることは否定できない。

ただし、「婚姻の自由」を制度準拠的な権利であると考えた場合でも、憲法24条が法律婚制度を導く指針となるのは当然であり、家族制度の合理性審査の中で「個人の尊厳」及び「両性の本質的平等」という客観法原則との適合性が検証され、制度標準からの逸脱の正当化事由が要求されることになるはずである。その意味では、夫婦同性制度維持論の「論拠が相変わらず『夫婦一体論』や『夫婦秩序論』である限り、今日の家族の多様化や女性の社会進出の現状、憲法を根拠とする個人の尊厳や自己決定権、夫婦同権などの主張に対して十分な説得力はもちえない」と論じることは可能であるように思われる。

3. 憲法13条「氏の変更を強制されない権利」

憲法13条の保障する「幸福追求権」は、「人格的自立の存在として自己を主張し、そのような存在であり続けるうえで重要な権利・自由を包括的に保障する権利」であると論じられる。そのように考えた場合には、「人の
民法750条の合憲性（植木）

氏名」は「長年の使用により、その個人にとって人格を表微するものとし
て、その人格の一部となり、第三者による侵害から守られるべきであると
いう意識が生じ、ここに人格権の一つとしての氏名権が認められるように
なる」と論じることは充分に可能である。(29)

実際に、最高裁は、NHK日本語読み訴訟において、「氏名は…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」であると論じている。同事案で問題と
なったのは「氏名を正確に呼称される利益」であって、「氏名の保持」自体
が保障されたものではないが、それでも、最高裁が認めたように氏名が「人
格の象徴」であるとすれば、「出生、またはその他の理由で取得した氏名を、
原則としていつまでも保持する利益」（氏名保持権）を人格権に含ましめる
ことは可能であるように思われる。実際に、「氏名保持権」が制度的権利
であるとしても、それまでの人生の中で自己同一性の基軸となっていた
氏名を保持し続ける権利は、単なる「氏名選択の自己決定権」とは異なる
ものとして、人格的利益に直結するものといえる。(30)

4．憲法14条「平等原則」

最後に、民法750条の合憲性を憲法14条から検討してみたい。そもそも、
憲法14条は不合理的別異取扱を禁止するものであると考えられており、民
法750条は直接には性による区分を行うものではないため同条の関心対象
とはなりえないとも考えられる。実際に、民法750条を憲法14条違反とす
る説に関しては、「憲法14条が要求している“平等”は、形式的平等であっ
て、実質的平等ではない」のであって、「14条は両性の結果の平等を要請す
る趣旨を含む、という主張の前提そのものに問題が感じられる」などと指
摘されている。(31)

その一方で、憲法14条の射程範囲に差別の効果法理（間接差別の禁止）
を読み込むという可能性もある。差別の効果法理とは、表面上は中立的な
法規範が特定の人種・性に対して不利益な効果を及ぼしている場合には、
特段の正当化事由がない限り、当該法規範は違憲・違法な「差別」になる

－202(306)－
民法750条の合憲性（植木）

という思考である。この点、差別の効果法理は、「結果の平等」（人種制・性割当制）を要求するものであって個人主義的な平等観とは相容れないという考え方もある。しかし、差別の効果法理は、人種・性による不均衡が生じた場合に「中立的な基準に『業務上の必要性』または『職務関連性』があったか否かを問う」ことによって「決定のプロセスの合理性を問題とする法理である」と考えれば、必ずしも個人主義的な平等観と相反するものとは考えられない。

この点、実際に夫婦同氏制度の効果として、現在でも婚姻による氏の選択に関して96％が夫（男）の氏を選択しているという状況がある。このような状況は、「妻の婚姻改姓が法的義務であった明治民法の時代から残存している、妻の方が改姓することが当然であるという旧態依然たる社会通念」あるいは「婚姻に際しては妻の方が旧姓を捨てて夫の姓を称するべきであるという社会的圧力」に起因するものといえることができ、その意味で、民法750条は、伝統的な家族観を背景にして、女性に対して「氏の変更」を要求するという不利益な効果を及ぼす—そのことを通じて、伝統的な家族観を強化する—という差別の効果を有する制度であると考えることができる。

5．民法750条の合憲性

上記のように、憲法13条の保障には「氏名保持権」が含まれ、氏名変更を要求する制度には強度の正当化事由が必要であると考えることができる。また、憲法14条には差別の効果法理（間接差別の禁止）が含まれ、夫婦同氏制度は事実上女性に対して意に反する改氏を要求する「間接差別」であると考えることができる。その上で、憲法24条は憲法13条及び14条の趣旨を含んだ家族制度を創設する義務を立法府に対して課していると考えれば、民法750条の夫婦同氏制度の正当化事由が問われることとなる。この点、従来から民法750条の正当化事由としてきたのは「家族の一体感」であったが、本判決でも夫婦同氏制度が「家族の一体感」を「促進する効果が認められる」ことが何らの根拠もなく論じられ、それを補強するもの

—203（307）—
民法750条の合憲性（植木）

として一般の国民世論が夫婦同氏に賛成していることが強調されている。しかしながら、民法750条は別氏での婚姻を望む男女に婚姻を思いとどまらせる効果を有していることを考えれば、それが一般的に「家族の一体感」を促進するものであるとは認められず、民法750条が立法府の裁量の範囲内に属するといえるような正当化事由は見出しがたいように思われる。

四．本判決の問題点

最後に、本判決が民法750条を合憲と判断する過程に「国民意識」あるいは「国民の支持」を重視する思考枠組があることの問題性を指摘しておく必要がある。

この点、2013年の最高裁大法廷における非嫡出子相続分差別決定は、「家族という共同体の中における個人の尊重」を強調して民法900条4号但書を違憲としたものであり、1995年の合憲決定以後の議論に終止符を打った画期的な決定であった。しかし、同決定は、「昭和22年民法改正時から現在に至るまでの間の社会の動向、我が国における家族形態の多様化やこれに伴う国民の意識の変化、諸外国の立法のすす勢…等を総合的に考察」することによって、社会の意識として「子を個人として尊重し、その権利を保障すべきであるという考えが確立されてきている」ことを論じるものであって、国民多数派の共有する社会通念の変化を強調する姿勢を前面に出すものであった。その意味で、同決定に対しては、「種々の事実情報を資料として満載し、恰も自ら立法論を行っているかの如くである…が、そのような2013年決定に、裁判所の立言にふさわしい法的推論としての資格があるといえるかは些か疑問といわざるをえない」との批判がなされることとなる。

この点、本判決は、上記決定と同様に社会通念に依拠する思考を採用した結果として、上記決定とは逆に「家族という共同体の中における個人の尊重」を否定する判断に至ったものだといえる。具体的には、憲法13条論に関して、同条の保護領域を「長期間国民生活に基本的なもの」に限定した上で世論調査などに現れる国民意識の状況を根拠として「氏名保持権」
民法750条の合憲性（植木）

の権利性を否定していること、憲法24条論に関して、夫婦同氏制度が「旧来から社会的に受容されてきており、現時点においてもなお国民的支持を失っていない」ことを手段の相当性の根拠としていること、などが問題となる。家族制度における「個人の尊重」が問われる事例に関して、本判決のように世論調査などで抽出される「国民意識」ないしは「国民の支持」を判断材料とすることは、それ自体が裁判所の人権保障機能の本質に悖るものであるように思わざるをえない。

【追記】

本稿脱稿後の2015年2月19日の新聞各紙は、本件の上告審での審理が大法廷に回付されたことを大きく報じた。最高裁の判断が注目される。

＜注＞

(1) 最大判2005年9月14日民集59巻7号2087頁（在外邦人選挙権訴訟）参照。
(2) 本判決に関する論稿として、武田芳樹「氏名の変更を強制されない権利と民法750条」と法治セミナー714号128頁（2014年）、伊藤純子「夫婦別氏をめぐる憲法学的考察—平成26年3月28日東京高裁判決を手がかりに」都法55巻1号247頁以下（2014年）。また、本件第一審判決に関する論稿として、佐々木くみ「民法750条を改廃しなかったという立法不作業の国賠請求が棄却された事例」新・判例解釈Watch14号27頁以下（2014年）、武田芳樹「婚姻に際して氏の変更を強制する民法750条の合憲性」法治セミナー705号108頁（2013年）、田代亜紀「民法750条を改正しない立法不作業の合憲性」ジェリスト臨増1466号（平成25年度重判解）13頁以下（2014年）がある。
(3) 喰孝「選択的夫婦別氏制（2）—その前史と周辺」ジェリスト1128号60頁以下（1998年）63-63頁参照。
(4) 床谷文雄「夫婦の平等と別姓」法学教室125号13頁以下（1991年）15頁参照。
(5) 「一 夫婦は、婚姻の際に定めるところに従い、夫若しくは妻の氏を称し、又は各自の婚姻前の氏を称するものとする。二 夫婦が婚姻前の各自の氏を称する旨の定めをするときは、夫婦は、婚姻の際に、夫又は妻の氏を子が称する氏として定めなければならない」。
(6) 二宮周平「夫婦別氏（選択的夫婦別氏制度）」ジェリスト1336号10頁以下（2007年）12頁。法律学研究者による反対論として、八木秀次「自己決定権と徹底した
民法750条の合憲性（植木）

個人主義—夫婦別姓法の提起するもの（1）（2・完）」早稲田政治公法研究48号243頁以下（1995年）、49号151頁以下（1995年）、増原啓司「夫婦別姓法体制批判」中京法学32巻2号25頁以下（1997年）などがある。

(7) 法務省HP（www.moj.go.jp/MINJI/minji36-05.html）（2014年12月15日確認）

(8) 坂本洋子「『世論』は、本当に選択的夫婦別姓制度に反対なのか」時の法令1928号38頁以下（2013年）39頁。

(9) 同上44頁。

(10) 二宮周平『家族法（第4版）』（新世社・2013年）13-14、49頁。

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

(12) 水野紀子「多様化する家族と法」都市問題2011年2月号62頁以下67頁。

(13) 窪田充見「夫婦の姓を考える—法律家の視点から見た選択的夫婦別姓」世界846号220頁以下（2013年）224頁。

(14) 例えば、安念潤司は、憲法24条における「両性の合意」「個人の尊厳」などは「家族が、究極的には平等で自由な個人間の結合である」ことを示すものであるとして（安念潤司「憲法問題としての家族」ジュリスト1022号46頁以下（1993年）50頁）、法律婚制度自体を否定する「契約的家族観」を提倡する（安念潤司「家族形成と自己決定」『岩波講座現代の法』14巻自己決定権と法』129頁以下（1998年）134-138頁）。このような議論と、現行の法律婚制度を前提としたうえで別氏のまま法律婚制度に参入することを認めるべきとする選択的夫婦別姓論との間には相当の懸隔があるように思われる。

(15) 竹中薰「婚姻の自由と夫婦同氏強制制度の合憲性」ジュリスト1234号88頁以下（2002年）参照。

(16) 「民法750条は形式的には平等な規定であり、……本条の問題性は、婚姻による氏の変更の強制をもたらす『夫婦同氏原則』体自にあるのであり、憲法14条違反というよりはむしろ24条違反、あるいは憲法13条を根拠とする個人の人格権・氏名についての自己決定権ないし姓の不変更権の問題として理論構成した上で、その立法目的と手段との合理的関連を検討することが必要となる」（辻村みよ子『憲法とジェンダー——男女共同参画と多文化共生への展望』（有斐閣・2009年）152頁）。

(17) 「氏名権と婚姻の自由がいずれも法制度を前提とする面を有する故に、立法論としてはともかく、違憲という結論には慎重な向きもある」（佐々木前掲（2）25頁）。

(18) 芦部信喜『憲法学Ⅲ人権各論（増補版）』（有斐閣・2000年）44頁、佐藤幸治『日本国憲法論』（成文堂・2011年）203頁、渋谷秀樹『憲法（第2版）』（有斐閣・2013年）465頁等参照。例外的に、憲法14条との関係で「違憲」の立場を明らかにするものとして、松井茂記『日本国憲法（第3版）』（有斐閣・2007年）385-386頁がある。
民法750条の合憲性（植木）

(19) 野中俊彦他『憲法 I （第 5 版）』(有斐閣・2012 年) 303 頁（野中執筆部分）。
また、米沢広一は、憲法 24 条は「夫婦、親子から成る法律上の家族を社会や個人を支える基軸として指定しており、それを国家が保護することを詮索している」とした上で、「氏名は本人のものであると同時に、不特定多数の者によって喚称されるものであり、社会的性格を強く有しており、多くの制約を受けざるをえない」として、「民法 750 条を違憲と断じることには踏踏を感じる」としている（米沢広一『憲法と家族』ジュリスト 1059 号 6 頁以下（1995 年）8、10 頁）。

(20) 君塚正臣「日本国憲法 24 条解釈の検証 — 或いは『『家族』の憲法学的研究』の一部として」関法 52 巻 1 号 1 頁以下（2002 年）参照。

(21) 現実の判例でも、民間企業における女子の結婚退職制度を「婚活の自由」（憲法 24 条）の侵害であるとして違法とした事例がある（東京地判 1966 年 12 月 20 日労民集 17 巻 6 号 1407 頁（住友セメント事件））。

(22) 水野前掲 (12)67 頁。

(23) 長谷部健男『憲法の理性』（東京大学出版会・2006年）133 頁。

(24) 少なくとも憲法制定当時は、『個人の尊厳を核心とする日本国憲法のもとでふさわしい公序を家族生活に強制する』という機能を憲法 24 条と家族法が営むことが期待された（辻村みよ子『憲法 24 条と夫婦の同居 —「夫婦の平等」論再構成的試み』法律時報 65 巻 12 号 42 頁以下（1993 年）44 頁）。

(25) 駒尾宏吾『憲法訴訟の現代的展開 — 憲法的論証を求めて』（日本評論社・2013 年）295 頁参照。

(26) 辻村前掲（24）45 頁。

(27) 佐藤前掲（18）175 頁。

(28) 五十嵐清『人物権法概説』（有斐閣・2003年）148-149 頁。

(29) 最判 1988 年 2 月 16 日民集 42 巻 2 号 27 頁。

(30) 五十嵐前掲（28）158 頁。

(31) 「氏名保持権や婚姻の自由は、戸籍などの国家の制度を前提とし、その枠のなかで認められる…制度的自由に属する」ものであり、「制度的自由は、自然的自由と比べて合憲的制約を受けやすい」（内野正幸『人権のオモテとウラ — 不利な立場の人々の視点』（明石書店・1992 年）144 頁）。

(32) 佐々木前掲（2）29 頁。

(33) 法学協会編『註解日本国憲法（上巻）』（有斐閣・1953 年）352-353 頁参照。

(34) 内野前掲（31）143 頁。

(35) 安西文雄「法の下の平等について（4・完）」国家学会雑誌 112 巻 3・4 号 69 頁以下（1999 年）114-115 頁、白水隆「憲法上の平等権概念と間接差別（1）（2）（3・完）」法学論叢 170 巻 3 号 89 頁以下（2011 年）、171 巻 4 号 67 頁以下（2012 年）、171 巻 5 号 66 頁以下（2012 年）参照。

(36) 佐々木弘通「平等原則」安西文雄他『憲法学の現代的論点（第 2 版）』327 頁以
民法750条の合憲性（植木）

下（有斐閣・2009年）341頁参照。

(37) 相澤美智子『雇用差別への法的挑戦』（創文社・2012年）314頁。

(38) 申豊「夫婦同姓規定と個人の尊厳・男性の平等－国際人権法に照らした検討」
青山法学54巻2号39頁以下（2012年）59頁。そのため、民法750条は「女性差別撤廃条約1条で禁止される『間接差別』にあたる」と指摘される（同上63頁）。

(39) この点、松井茂記は「かつて『家』制度の下では妻は夫の家の姓を名乗ってい
たことに照らせば、この規定は一見中立的であるが、まさに夫婦が事実上夫の
姓を選択することを強制するために選択させられたものとみることができないわけ
かどうか。それゆえ、これも差別又は選択すべきであり、同姓を強制するやむに
やまれない利益が考えられない以上、違憲というべきであろう」（松井前掲(18)386
頁）と論じている。これに対して、仮に選択的夫婦別姓制度を導入した場合でも、
同姓を選択する者が絶対選択するのであれば、結果における不平等
は残ることになるとする批判がある（内野前掲(31)143頁）。しかし、民法750条
との関係では「本人の意思に反して氏の変更を迫られる人」の多くが女性である
が問題となるのであり、別姓という選択肢が確保されるのであれば、その意
味での不平等（差別的効果）は解消されたと評価することは可能である。

(40) 最大決2013年9月4日民集67巻6号1320頁。

(41) 蟹川恒正「婚外子法定相続分最高裁判決を読む」法学教室397号102頁以
下（2013年）111-112頁。

[付記]本判例研究は、2014年6月29日に開催された「九州公法判例研究
会」の報告に基づくものである。出席された先生方より多くの貴重なコメ
ントを頂戴したことを記して謝意を申し上げる。

（本学法学部教授）