

## 判例評釈

### 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】

X<sub>1</sub>、X<sub>2</sub>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、X<sub>1</sub>、X<sub>2</sub>らは、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「氏名保持権」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氏制度に加えて夫婦別氏制度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るから、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（東京地判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」、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

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益を損なうことは、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」が、「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』

（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俗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づ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』

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 卷 9 号 116 頁は、「親族共同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、東京地判 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懈怠」があるか否かが問題となったものである<sup>(1)</sup>。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は立法目的に正当性があり手段には相当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<sup>(2)</sup>。

## 二. 民法 750 条を巡る議論

### 1. 民法 750 条に関する立法事実

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、「戸主及ヒ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従い、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つた。<sup>(3)</sup>

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 年代には本格的に夫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・離婚という私事を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己喪失感、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夫を筆頭者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。<sup>(4)</sup> 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。<sup>(5)</sup>

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り、政府案として国会提出されるには至らなかつた。<sup>(6)</sup> 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% と再び賛否が拮抗するよう

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<sup>(7)</sup>いる。しかし、2006年以降、「容認」が低迷し、「反対」が増加しているのは、「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。現実には、2006年調査も2012年調査も「選択的夫婦別氏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<sup>(8)</sup>」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。

## 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、夫婦別氏制度に対する反対論として、夫婦別氏が「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氏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氏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、選択的夫婦別氏制度を主張して、「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<sup>(10)</sup>」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繭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<sup>(11)</sup>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、たとえば事実上の不当な婚姻障碍となっている同氏強制を

削除したり」することなどが「日本法の課題」であると指摘している<sup>(12)</sup>。

このような議論は、「夫婦同姓が例外なく適用され、その結果、婚姻という法制度によってカバーされない状況が拡張するとすれば、それは、逆に婚姻制度の崩壊をもたらすのではないだろうか」という問題意識から「婚姻という法制度を重視するからこそ、社会的に許容可能な範囲で、それを制度設計するという考え方」<sup>(13)</sup>に立つものであるように思われる。

その意味では、「家族＝法律婚の保護」という立場から見ても、夫婦別氏を容認することは氏の変更を望まない人を法律婚へ誘導する効果を持つものとして肯定的に評価されうることとなる。ただし、「家族＝法律婚の保護」のために選択的夫婦別氏制度を肯定する議論が存在するという事は、その逆に、法律婚主義自体に批判的・懐疑的な立場から選択的夫婦別氏制度に意義を見出さない議論が存在する可能性もあることを意味する。その意味で、選択的夫婦別氏制度の創設を主張する立場が、法律婚と事実婚を問わず個人の自由な人間形成を尊重すべきとする立場とどのような位置関係に立つのかは、一考の余地があるように思われる<sup>(14)</sup>。

### 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 条の夫婦同氏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氏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事実上は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

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。<sup>(15)</sup>

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 条論に比重を置く趨勢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。<sup>(16)</sup>

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えないものとなる。<sup>(17)</sup> そのような要因もあつてか、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、<sup>(18)</sup> 「夫婦同姓の原則も、…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。<sup>(19)</sup>

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



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）<sup>(20)</sup> 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、夫婦同氏原則は「事実上の不当な婚姻障碍」<sup>(21)</sup> 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」<sup>(22)</sup> であるに過ぎない<sup>(23)</sup>。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—ある意味では、「公序」としての家族制度に参入する権利—<sup>(24)</sup> 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<sup>(25)</sup>。その意味では、夫婦同氏制度維持論の「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たない」と論じることは可能であるように思われる<sup>(26)</sup>。

### 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、「人格的自律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」<sup>(27)</sup> であると論じられる。そのように考えた場合には、「人の

氏名」は「長年の使用により、その個人にとって人格を表徴するものとして、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<sup>(28)</sup>。

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<sup>(29)</sup>。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）を人格権に含ませることは可能であるように思われる<sup>(30)</sup>。実際に、「氏名保持権」が制度準拠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<sup>(32)</sup>。

#### 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 条は不合理な別異取扱を禁止するものであると考えられており<sup>(33)</sup>、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<sup>(34)</sup>。

その一方で、憲法 14 条の射程範囲に差別的効果法理（間接差別の禁止）を読み込むという可能性もある。差別的効果法理とは、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

という思考である<sup>(35)</sup>。この点、差別的効果法理は、「結果の平等」（人種割当制・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りうる<sup>(36)</sup>。しかし、差別的効果法理は、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<sup>(37)</sup>」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を選択に関して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<sup>(38)</sup>」に起因するものということができ、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—という差別的効果を有する制度であると考えることができる<sup>(39)</sup>。

## 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られる。また、憲法14条には差別的効果法理（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姓を要求する「間接差別」であると考えられる。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条の正当化事由とされてきたのは「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

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<sup>(40)</sup>。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、諸外国の立法のすう勢…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<sup>(41)</sup>。

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」

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の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 卷 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」法学セミナー 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 卷 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為の国賠請求が棄却された事例」新・判例解説 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」法学セミナー 705 号 108 頁（2013 年）、田代亜紀「民法 750 条を改正しない立法不作為の合憲性」ジュリスト臨増 1466 号（平成 25 年度重判解）13 頁以下（2014 年）がある。
- (3) 唄孝一「選択的夫婦別氏制（2）—その前史と周辺」ジュリスト 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「夫婦別姓（選択的夫婦別氏制度）」ジュリスト 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

- 個人主義—夫婦別姓論の提起するもの（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「夫婦別氏制批判」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](http://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氏制度に反対なのか」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」を提唱する（安念潤司「家族形成と自己決定」『岩波講座現代の法 14 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だとする選択的夫婦別氏論との間には相当の懸隔があるように思われる。
- (15) 竹中勲「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』自体にあるのであり、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。

- (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措定しており、それを国家が保護することを許容している」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呼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躊躇を感じる」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「婚姻の自由」（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) 長谷部恭男『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初は、「『個人の尊厳…を核心とする日本国憲法のもの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条と夫婦の同権—『夫婦の平等』論再構成の試み」法律時報65巻12号42頁以下（1993年）44頁）。
- (25) 駒村圭吾『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『人格権法概説』（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な制約を受けやすい」（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「法の下での平等について（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

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) 申恵丰「夫婦同姓規定と個人の尊厳・両性の平等 — 国際人権法に照らした検討」  
青山法学 54 卷 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すと、この規定は一見中立的ではあるが、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設けられたものとみることもできるのではなかろうか。それゆえ、これも性差別と捉えるべきであり、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、仮に選択的夫婦別氏制度を導入した場合でも、同氏を選択する夫婦の殆どが夫の氏を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ことが問題となるのであり、別氏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 卷 6 号 1320 頁。
- (41) 蟻川恒正「婚外子法定相続分最高裁違憲決定を読む」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）