

選択的夫婦別姓と「氏」の在り方

法学部 4 年(2022 年 3 月卒業) 村形 奈月

<目次>

1. 序論
2. 家制度とその廃止
3. 現状
 - (1) 社会の変化に伴う氏の重要性
 - (2) 立法府の状況
 - (3) 司法府の状況
4. 判例
 - (1) 氏名的人格権性(最大判昭和 63 年 2 月 16 日民集 42 卷 2 号 27 頁)
 - (2) 2 件の夫婦別姓訴訟
 - ①最大判平成 27 年 12 月 16 日民集 69 卷 8 号 2586 頁
 - ②最大判令和 3 年 6 月 23 日
5. 2 件の夫婦別姓訴訟判決に対する反応
 - (1) 憲法 13 条について
 - (2) 憲法 14 条について
 - (3) 憲法 24 条について
6. 私見
 - (1) 憲法 13 条違反について
 - (2) 憲法 14 条 1 項違反について
 - (3) 憲法 24 条 1 項違反について
 - (4) 憲法 24 条 2 項違反について
 - (5) 現行法のもとで今後懸念されること
 - (6) 「氏」のあるべき姿
7. 結び

1. 序論

第一次夫婦別姓訴訟最高裁判決(以下、「平成 27 年判決」という)¹から約 5 年半、昨年新たに第二次夫婦別姓訴訟最高裁判決(以下、「令和 3 年判決」という)²が出された。平成 27 年判決では、氏名の読み方に関する訴訟における過去の最高裁判決(以下、「昭和 63 年判決」という)³において判示された、「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、その個人の尊重であって、人格権の一内容を構成するものというべきである」という部分を引用し、「氏名」の個人識別機能と、「氏名」が人格権の一内容を構成するものであることを認めた。しかし最高裁は、これらを認めながらも、「氏」が法制度を前提としつつ、「名とは切り離された存在として、夫婦及びその間の未婚の子や養親子が同一の氏を称するとすることにより、社会の構成要素である家族の呼称としての意義があるとの理解を示しているものといえる」と示した。その結果、「個人」よりも「家族」が優先されることとなった。また、令和 3 年判決も平成 27 年判決に徴し、選択的夫婦別姓の導入は、「国会で論ぜられ、判断されるべき事柄にほかならない」と述べた。これにより、選択的夫婦別姓導入の可否は、国会と裁判所を 2 往復する形となった。

本稿では、最高裁判決の中にある矛盾を指摘しつつ、家制度が廃止された現代において、選択的夫婦別姓が実現すべきであるということを論証し、さらに、「氏」のあるべき姿について検討していきたい。そこで、以下、第 2 章で家制度とその廃止について「氏」の歴史を振り返り、第 3 章で現状について確認する。そして、第 4 章で上記の 3 件の最高裁判決を概観し、第 5 章ではとくに 2 件の夫婦別姓訴訟最高裁判決に対する反応を整理する。その上で、第 6 章においてこれらの最高裁判決の問題点を挙げ、それらの点につき考察するとともに、「氏」のあるべき姿について述べる。

2. 家制度とその廃止

氏族という血縁団体がはっきりし、社会的にも氏が何らかの意味をもった時代には、だれしも自分の血統を明らかにしていた(血統主義)。よって、結婚しても姓を変えることはなかった。しかし、血統よりも財産や権力が物をいう世の中になると、段々と血統の表示という性質を失い、氏が屋号のような性格になっていった⁴。

1870 年(明治 3 年)、政府は氏(名字)の公称を一般国民にも許した。封建的な身分制度を打破するとともに、各種の近代的政策を展開するために個人を特定し、把握するためである。翌年の 1871 年(明治 4 年)には、戸籍法は、国民を戸主と家族からなる「戸」に登録することとした。そし

¹ 最大判平成 27 年 12 月 16 日民集 69 卷 8 号 2586 頁

² 最大判令和 3 年 6 月 23 日判例集未登載

³ 最大判昭和 63 年 2 月 16 日民集 42 卷 2 号 27 頁

⁴ 中川善之助『家族法のはなし[改訂版]』(有信堂・1963 年) 78 頁-79 頁

て 1872 年(明治 5 年)、戸籍の編製と利用の便宜のため、氏名の単一化と改称の禁止を行い、1875 年(明治 8 年)には、ついに国民に氏を名乗ることを強制した⁵。

1898 年(明治 31 年)、明治民法が施行され、日本独自の「家」制度が確立された。旧民法 746 条では、「戸主及ヒ家族ハ其家ノ氏ヲ称ス」と明記され、「家名としての氏」を称すべきことが明らかにされた。また、788 条では、「妻ハ婚姻ニ因リテ夫ノ家ニ入ル」とされた。明治民法上の家族は、「家籍=戸籍」に記載されている者(同籍者集団)を意味し、夫婦と親子と言った現実の具体的家族集団ではなかった。「氏」は、「戸籍(家籍)」によって明確に範囲を画される形式的家族集団である「家」の名称であった⁶。さらに、戸主には家族を統制するための「戸主権」(居所指定権と身分行為の同意権)が与えられた。結婚した女性は、夫の家に入るのみならず、行動に制約を受ける契約や重要な財産行為には夫の許可を必要とし、夫は妻の財産の管理権と収益権を持った。この「家」制度を永続させるために明治民法では、「家督相続制度」が定められ、家督相続人は原則長男とされた。将来戸主の確保のため、推定家督相続人が「家」を去ることは許されなかった⁷。家族の結婚の際には戸主の同意が、子の結婚には男が 30 歳になるまで、女は 25 歳まで父母の同意が必要であった⁸。婚姻しようとしている人たちの意思よりも、「家」としての意思が優先していたといえる。

1947 年民法の改正に伴い、「家」制度が廃止された。民法 2 条の解釈基準にもあるように、「この法律は、個人の尊厳と両性の本質的平等を旨として、解釈しなければならない」とされた。氏については、名とともに、基本的には、その人を他人と区別するための「個人の呼称」とされた⁹。しかし、民法 750 条では、「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」とされ、子の氏に関しては民法 790 条により、「嫡出子である子は、父母の氏を称する」と規定された。また、戸籍法 6 条では、戸籍について「一の夫婦及びこれと氏を同じくする子ごとに、これを編成する」とされた。このように、家制度の廃止とともに「家」は条文から削除されたものの、同氏同籍の原則により、氏に関していえば民法 2 条の規定よりも家族が優先される結果となった。これは、起草者の一人である我妻栄の言葉を借りれば、「夫婦親子と言う最小限の親族共同生活体が同一の呼称をもちたいという国民感情への順応」のための措置であった¹⁰。

⁵ 利谷信義『家族の法[第 3 版]』(有斐閣・2010 年)168 頁-169 頁

⁶ 犬伏由子「選択的夫婦別氏(別姓)制度導入の意味~『氏の取得・変更』規定見直しの視点で~」『現代家族講座 第 2 巻 婚姻と離婚』(日本評論社・2020 年)69 頁-71 頁

⁷ 中川善之助『家族法のはなし[改訂版]』(有信堂・1963 年)60 頁

⁸ 利谷信義『家族の法[第 3 版]』(有斐閣・2010 年)26 頁

⁹ 利谷信義『家族の法[第 3 版]』(有斐閣・2010 年)171 頁

¹⁰ 利谷信義『家族の法[第 3 版]』(有斐閣・2010 年)171 頁

3. 現状

(1) 社会の変化に伴う氏の重要性

労働力人口総数に占める女性の割合は、平成 30 年時点で 44.1%となり¹¹、過去最高記録を更新した。年々増加傾向にあり、全体の半数近くに迫る割合を占めている。女性の社会進出に伴い、女性にとっても「氏」は、個人の人格的価値、個人の識別機能としての役割が一層濃くなった。

婚姻の際の「氏」について民法 750 条では、「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」と規定され、どちらの氏を選択するかについては、夫婦の協議に委ねられている。しかし実際は、96%の女性が氏を変更しており¹²、特に女性が不利益を被る結果となっている。婚姻とは反対に離婚の際には、民法 767 条 1 項において、「婚姻によって氏を改めた夫又は妻は、協議上の離婚によって婚姻前の氏に復する」とされている。しかし、民法 767 条 2 項において、「前項の規定により婚姻前の氏に復した夫又は妻は、離婚の日から 3 か月以内に戸籍法の定めるところにより届け出ることによって、離婚の際に称していた氏を称することができる」と規定されている。この「婚氏続称制度」の利用者は、2019 年度時点で約 40%¹³に上っている。この結果について、利谷信義は、「氏が個人の呼称になってきたことを示していると思います」と述べている¹⁴。

(2) 立法府の状況

法制審議会は、1996 年 2 月、「民法の一部を改正する法律案要綱」を決定した。「夫婦の氏」について 1 項では、「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」とし、第 2 項では子の氏について、「夫婦が各自の婚姻前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ものとする」とされた。これは、1994 年 7 月の「民法改正要綱試案」において提示された 3 案の中の A 案を採択したものである。しかし、現行民法においてこのような規定が存在しないことからわかるように、国会への提出は見送られたままになっている。

最新の動きとしては、2021 年 8 月 19 日に日本弁護士連合会が、「選択的夫婦別姓制度の導

¹¹ 厚生労働省 平成 30 年版働く女性の実情(令和元年 6 月 24 日公表) 図表 1-2-1 「労働人口及び労働力人口総数に占める女性割合の推移」

<https://www.mhlw.go.jp/bunya/koyoukintou/josei-jitsujo/dl/18-01.pdf>

¹² 厚生労働省平成 28 年度 人口動態統計特殊報告「婚姻に関する統計」の概況 表 6 「夫妻の初婚-再婚の組み合わせ別にみた夫の氏・妻の氏別婚姻件数及び構成割合の年次推移-昭和 50 年~平成 27 年」

<https://www.mhlw.go.jp/toukei/saikin/hw/jinkou/tokusyuu/konin16/dl/01.pdf>

¹³ e-Stat 政府統計の窓口 「2019 年度戸籍統計」

<https://www.e-stat.go.jp/dbview?sid=0003322640>

¹⁴ 利谷信義『家族の法〔第 3 版〕』(有斐閣・2010 年) 92 頁-93 頁

なお、同書発行当時の直近のデータによれば、2010 年時点では、利用者が 38.6%であった。

入を求める意見書」をとりまとめて発表し、翌日の 20 日に内閣総理大臣、内閣府特命担当大臣(男女共同参画)及び法務大臣宛てに提出した。これは、750 条の改正と、選択的夫婦別姓制度導入を目的とするものである¹⁵。提出された意見をもとに、国会で議論が行われることが期待されているが、現段階では進展はみられない。

夫婦同姓による不利益緩和の措置として、婚姻後も婚姻前の氏(旧姓)を使用(通称使用)することができるとする一方で、不利益を緩和できるとの見方もある。しかし、通称使用の使用には、職場への届並びに許可が必要であり、許可範囲内を除いては通称使用が認められないなどのばらつきがある。したがって、通称使用によって不利益が緩和されるとはいえない。また、住民票、マイナンバーカード等へ旧氏を併記できるようにするための住民基本台帳法施行令等の一部を改正する政令が 2019 年 4 月 17 日に公布され、同年 11 月 5 日に施行された。これは女性の社会進出に伴い、女性が様々な場面で旧姓を使いやすくなるように決定されたものだが、通称使用と同様、夫婦同姓の下の措置であり、根本的な解決とはいえない。これらの措置は、いずれも夫婦同姓を前提としたものであり、「氏」の変更は不利益を被ると認めつつも、家名としての「氏」の性質が「個人」よりも上回ることの表れであるともいえる。結果、家制度の「氏」の性質が維持され、不利益緩和措置を施した結果、「氏」を変更した者の身体が1つであっても、「戸籍上の姓」と「旧姓」の 2 人の人間を有することになる。

(3) 司法府の状況

裁判については、平成 27 年判決において、夫婦同姓が合憲判決を受けてから約 5 年半後、令和 3 年判決が出されている。選択的夫婦別姓への期待とともに非常に注目された裁判であったが、平成 27 年判決同様、令和 3 年判決においても違憲判決には至らなかった。最終的には、両判決ともに、国会で審議される結果となった。

以上の日本の現状を踏まえ、夫婦別姓訴訟と関連する判例を詳しくみてみよう。

¹⁵ 日本弁護士連合会「選択的夫婦別姓制度の導入を求める意見書」
<https://www.nichibenren.or.jp/document/opinion/year/2021/210819.html>

4. 判例

(1) 氏名的人格権性(最大判昭和 63 年 2 月 16 日民集 42 卷 2 号 27 頁)

●事案の概要

韓国籍を有する外国人である原告 X の氏名は、漢字によって「A」と表記されるが、民族語読みによれば「D」と発音される。しかし被告 Y は、昭和 50 年 9 月 1 日及び同月の 2 日のテレビ放送のニュース番組において、原告 X があらかじめ表明していた意思に反して、原告 X の氏名を日本語読みによって「E」と呼称した。原告 X が被告 Y に対し、民法 709 条および 723 条に基づき、謝罪、謝罪文の放送及び新聞紙上への掲載並びに慰謝料の支払いを求めた事案である。

●裁判所の判断(請求棄却)

(a) 氏名の定義

・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ものというべきである。

(b) 棄却理由

・当該他人の不正確な呼称をする動機、その不正確な呼称の態様、呼称する者と呼称される者との個人的・社会的な関係などによって、呼称される者が不正確な呼称によって受ける不利益の有無・程度には差異があるのが通常である。

・我が国の場合、漢字によって表記された氏名を正確に呼称することは、漢字の日本語音が複数存在しているため、必ずしも容易ではなく、不正確に呼称することも少なくない。

・不正確な呼称が明らかな蔑称である場合はともかくとして、不正確に呼称したすべての行為が違法性のあるものとして不法行為を構成するというべきではなく、不正確に呼称した行為であっても、当該個人の明示的な意思に反してことさらに不正確な呼称をしたか、又は、害意をもって不正確な呼称をしたなどの特段の事情がない限り、違法性のない行為として容認される。

・外国人の氏名の呼称について考えるに、外国人の氏名の民族語音を日本語的な発音によって正確に再現することは通常極めて困難であり、たとえば漢字によって表記される著名な外国人の氏名を各放送局が個別にあえて右のような民族語音による方法によって呼称しようとするれば、社会に複数の呼称が生じて、氏名の社会的な側面である個人の識別機能が損なわれかねない。

・我が国の場合、社会的にある程度氏名の知れた外国人の氏名をテレビ放送などにおいて呼称する場合には、民族音語によらない慣用的な方法が存在し、かつ、右の慣用的な方法が社会一般の認識として是認されたものであるときには、氏名の有する社会的な側面を重視し、我が国における大部分の視聴者の理解を容易にする目的で、右の慣用的な方法によって呼称することは、たとえ当該個人の明示的な意思に反したとしても、違法性のない行為として容認されるものというべきである。

(c) 判決

以上の漢字による表記とその発音に関する我が国の歴史的な経緯、右の放送当時における社会的な状況など原審確定の諸事情を総合的に考慮すると、在日韓国人の氏名を民族語読みによらず日本語読みで呼称する慣用的な方法は、右当時においては我が国の社会一般の認識として是認されていたものといえることができる。よってXの請求を棄却する。

● 判決の意義

本判決は、氏名の発音の仕方が複数ある場合の処理に関する事例である。結論的には原告Xの主張が否定されたものの、氏名が人格権の一要素であることを明示した。本判決が扱ったのは氏名の読み方についての問題であり、本稿の主題と直接的な関係はないものの、本判決により氏名が人格的利益を有するものであることが明らかとされた点に意義がある。

氏名については、人格権の一要素であることが認められた。それでは、婚姻に伴う「氏」の変更は、何らかの人格権に対する侵害にあたるのだろうか。

(2) 2件の夫婦別姓訴訟

① 最大判平成 27 年 12 月 16 日民集 69 卷 8 号 2586 頁

● 事案の概要

原告Xらが、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」という。)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、被告Y(国)に対し、国家賠償法 1 条 1 項に基づき損害賠償を求めた事案である。

当事者の主張

<民法 750 条夫婦同氏制について>

原告 X らの主張	被告 Y の主張
<p>憲法 13 条に違反 →憲法上の権利として保障される人格権の一内容である「氏の変更を強制されない自由」を不当に侵害している。</p>	<ul style="list-style-type: none"> ・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。
<p>憲法 14 条 1 項に違反 →96%以上の夫婦において夫の氏を選択するという性差別を発生させ、ほとんど女性のみにも不利益を負わせる効果を有する。</p>	<ul style="list-style-type: none"> ・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協議に委ねているのであって、夫婦同氏制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。
<p>憲法 24 条 1 項に違反 →婚姻の自由を侵害する。</p>	<ul style="list-style-type: none"> ・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。
<p>憲法 24 条 2 項に違反 →個人の尊厳を侵害する。</p>	<ul style="list-style-type: none"> ・家族を社会の自然かつ基礎的な社会集団単位として捉え、その呼称を 1 つに定めることに合理性がある。 ・家族の一員であることを対外的に公示し、識別する機能を有する。 ・子が嫡出子であることを示すことができる。 ・家族の一員であることを実感できる。 ・子が利益を享受しやすい。 ・夫婦がいずれの氏を称するかは、双方の協議に委ねられている。 ・氏の変更者の不利益(アイデンティティの喪失感、社会的な信用、評価、名誉感情等の維持が困難になるなど)は、通称使用の広がりによって一定程度緩和できる。

●裁判所の判断(請求棄却)

上記 Y の主張の通り、氏が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ことであり、氏の変更が自らの意思に関わりなく強制されるというものではなく、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協議に委ねられているのであって、形式的な不平等が存在するわけではない。また、氏には家族としての呼称の意味があり、家族としての一体感や家族の識別機能を有することからすれば、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。よって請求を棄却する。

ただし、選択的夫婦別氏制などの夫婦同氏制よりも規制の程度の小さい氏に係る制度に合理性がないと断ずるものではなく、この種の制度の在り方は、国会で論ぜられ、判断される事柄にほかならないというべきである。

●補足意見(裁判官寺田逸郎 一憲法 24 条の適合性について補足する一)

婚姻夫婦も家族関係と同様、社会の構成員一般からみても単純に捉えられるよう規格化され、個々の意思に沿って変容させることに特に抑制的である。嫡出子の仕組みを歴史や社会学的にみても不合理とは断じ難く、憲法 24 条との整合性に欠けることもないことを検討した上で、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出すことは困難である。さらに、民法 767 条 2 項(婚氏続称)のような仕組みには、国会での議論を経て、その結果、法改正によって新たな選択肢が設けられたという経緯がある。そのことこそが、多数意見の理解の正しさを裏書きしているといえるのではないだろうか。

●意見

(a)裁判官岡部喜代子、同櫻井龍子、同鬼丸かおる 一民法 750 条は憲法 24 条に違反するが、国家賠償法 1 条 1 項は適用されない一

憲法 24 条の適合性について、民法 750 条(夫婦同氏)の規定は、昭和 22 年の制定当初は合理性のある規定であった。その後女性の社会進出が著しく増加したこと、氏の第一義的な機能が同一性識別機能であると考えられることから、氏の変更によって当該個人の同一性識別に支障をきたすことを避けるために婚姻前の氏の使用を希望することは、十分な合理的理由があるといわなければならない。また、96%以上の女性が氏を変更しており、多くの女性が、個人の尊厳の基礎である個人識別機能を損ねられ、自己喪失感といった負担を負うこととなる。そもそも、夫婦が称する氏を選択しなければならぬことは、婚姻成立に不合理な要件を課したものである。婚姻の自由を制約するものである。さらに、通称使用による不利益緩和措置は、婚姻によって変動した氏では当該個人の同一性の識別に支障があることを示す証左なのである。したがって、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。

(b)裁判官木内道祥 一憲法 24 条に違反するが、国家賠償法 1 条 1 項は適用されない—

人の存在が社会的に認識される場合、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。また、夫婦同氏（ひいては夫婦親子の同氏）が、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ことが同氏の持つ利益である。しかし、夫婦同氏の持つ利益はこの程度にとどまり、同氏でない婚姻をした結果、夫婦の関係や子の育成が良くないとの根拠はない。さらに、法制化されない通称は、個人の呼称として大きな欠陥があり、法制化すれば、全く新たな氏を誕生させることになる。その当否は別として、通称使用の法制化がされないまま夫婦同氏の合理性の根拠とはなし得ない。したがって、国会の立法裁量権を考慮しても、夫婦同氏制度は、例外を許さないことに合理性があるとはいえず、裁量の範囲を超えるものである。しかし、国会が正当な理由なく長期にわたって立法措置を怠っていたと評価することはできず、違法性があるとは言えない。

●反対意見（裁判官山浦善樹 一憲法 24 条に違反し、国家賠償法 1 条 1 項も適用される—）

「婚姻制度等に関する民法改正要綱試案」が公表されていることから、我が国における社会構造の変化により大きなものとなった不利益は、我が国政府内においても認識されていたことが明らかである。その後平成 8 年の「民法の一部を改正する法律案要綱」において選択的夫婦別氏制という本件規定の改正案が示され、それ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が、現在に至るまで選択的夫婦別氏制等を採用するなどの措置はとられていない。また、海外の動きに目を転じてみても、現時点において、例外を許さない夫婦同氏制を採っているのは、我が国以外にほとんど見当たらない。したがって、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。精神的苦痛を被ったことによる国家賠償請求を認容すべきである。

②最大判令和 3 年 6 月 23 日判例集未登載

●事案の概要

原告 X らが、婚姻届に「夫は夫の氏、妻は妻の氏を称する」旨を記載して婚姻の届出をしたところ、被告 Y からこれを不受理とする処分（以下「本件処分」という。）を受けたため、本件処分が不当であるとして、戸籍法 122 条に基づき、被告 Y に上記届出の受理を命ずることを申し立てた事案である。本件処分は、上記届出が、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とする民法 750 条の規定及び婚姻をしようとする者が婚姻届に記載しなければならない事項として夫婦が称する氏を掲げる戸籍法 74 条 1 号の規定（以下「本件各規定」という。）に違反することを理由とするものであった。原告 X らは、本件各規定が憲法 14 条 1 項、24 条、98 条 2 項に違反して

無効であるなどと主張した。

●裁判所の判断(請求棄却)

最大判平成 27 年 12 月 16 日民集 69 卷 8 号 2586 頁の判断を変更すべきとは認められない。よって、請求を棄却する。夫婦の氏についてどのような制度を採るのが立法政策として相当かという問題は、国会で論ぜられ、判断されるべき事柄にほかならないというべきである。

●補足意見(裁判官深山卓也、同岡村和美、同長嶺安政 —平成 27 年大法廷判決の判断を変更する必要はないとする多数意見に賛同する—)

ここでいう婚姻は法律婚であり、憲法 24 条 2 項により、婚姻及び家族に関する事項が法律で定められることが予定されている。民法 750 条はその 1 つである。他方、我が国においては、届出婚主義が採られ、その際の必要的記載事項が夫婦の称する氏である。よって、仕組みの性質上の結果が夫婦同氏であり、婚姻の効力から導かれた間接的な制約と評すべきものである。また、法律婚をするかどうかは当事者双方の自由であるから、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もできない。また、夫婦の氏に関する法制度の構築は、子の氏や戸籍の編製の在り方等を規律する関連制度の構築を含め、国会の合理的な立法裁量に委ねられている。そうすると、平成27年大法廷判決が指摘する、氏の性質や機能、夫婦が同一の氏を称することの意義、通称使用等に関する諸点を総合的に考慮したときに、本件各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と断ずることは困難である。さらに、国民の意識は、国民を代表する選挙された議員で構成される国会において評価、判断されることが原則であるが、選択的夫婦別氏制の導入に対する意識のありようがよほど客観的に明らかであるとはいえないから、社会の変化と合わせて考慮しても、本件各規定が憲法 24 条に違反すると評価されるに至ったといい難い。加えて、通称使用の拡大は、婚姻に伴い氏を改める者が受ける不利益を一定程度緩和する側面が大きいものとみられる。

●意見(裁判官三浦守 —法が夫婦別氏の選択肢を設けていないことは、憲法 24 条に違反する—)

氏は、名とあいまって、個人の識別特定機能を有するとともに、個人として尊重される基礎であって個人の人格の象徴であることを中核としつつ、婚姻及び家族に関する法制度の要素となるという複合的な性格を有するというべきである。氏は、年を経るにつれて、個人を他人から識別し特定する機能を強めるとともに、その個人の人格の象徴としての意義を深めていくものであり、婚姻の際に氏を改めることは、個人の特定、識別の障害により、その前後を通じた信用や評価を著しく損なうだけでなく、個人の人格の象徴を喪失する感情をもたらすなど、重大な不利益を生じさせ得ることは明らかである。また、法律が、婚姻の成立について、両当事者の合意(憲法 24 条 1 項)以外に、不合理な要件を定めることは、違憲の問題を生じさせるというべきであり、その意味において、婚姻の自由

は、同項により保障されるものと解される。しかし、民法 709 条において、2人のうちの1人が氏を変更するほかに選択の余地がなく、婚姻の際に氏の変更を望まない当事者にとって、その氏の維持に係る人格的利益を放棄しなければ婚姻をすることができないことは、重要な法的利益を失うか否かの問題であり、婚姻をするかどうかについての自由な意思決定を制約するといわざるを得ない。そして、婚姻の自由を制約することの観点から、法が夫婦別氏を設けていないことの合理性を判断する必要がある。これは、夫婦同氏制の趣旨、目的と、その例外を許さないこととの実質的な関連性ないし均衡の問題といってもよい。夫婦同氏制の趣旨、目的については、以下のような疑問がある。①現実の社会において、家族として生活を営む集団の身分関係が極めて多様化しており、長い年月を経て、ますます多様化する現実社会から離れ、およそ例外を許さないことの合理的な根拠を説明することが難しくなっているといわざるを得ない。②同一の氏を称することによる家族の一員であることの実感や家族の一体性は、種々の困難を伴う日常生活の中で、相互の信頼とそれぞれの努力の積み重ねによって獲得されるところが大きいと考えられ、夫婦同氏制の例外をおよそ許さないことの合理性を説明し得るものではない。③嫡出子がいずれの親とも氏を同じくすることによる利益は、嫡出推定や共同親権等のように子の養育の基礎となる具体的な権利利益とは異なる。嫡出子であることを示すための仕組みとしての意義を併せて考慮することは、差別的な意識の取扱いを助長しかねない問題を含む。婚姻の要件についてその例外を否定することは、子について、嫡出子に認められる具体的な権利利益を否定することになる。なお、通称使用は個人の人格に関わる本質的な問題を解消するものではない上、このような通称使用の広がり自体、家族の呼称としての氏の対外的な公示識別機能を始めとして、夫婦同氏制の趣旨等として説明された上記の諸点が、少なくとも例外を許さないという意味で十分な根拠とならないことを、図らずも示す結果となっている。さらに、婚姻の際の氏は、夫婦となろうとする者の協議に委ねられているが、夫の氏を選択する夫婦が圧倒的多数であり、多くの女性が不利益を受けており、両性の実質的平等という点で著しい不均衡が生じている。婚姻及び家族に関する法制度は、それぞれの国の社会の状況や国民の意識等を踏まえて定められるものであるが、人権の普遍性及び憲法98条2項の趣旨に照らし、国際的規範に関する状況も考慮する必要がある。実際に、平成8年に法制審議会が「民法の一部を改正する法律案要綱」の答申をしてからおよそ四半世紀経過したが、その間も様々な場における議論や勧告等がなされる中で、国会においては、具体的な検討や議論がほとんど行われてこなかった。したがって、本件各規定に係る婚姻の要件について、法が夫婦別氏の選択肢を設けていないこと、すなわち、国会がこの選択肢を定めるために所要の措置を執っていないことは、憲法24条の規定に違反する。

●反対意見

(a)裁判官宮崎裕子、同宇賀克也 一憲法24条に違反するため、原決定を破棄し、Xらの婚姻届の受理を命ずるべきである—

婚姻をするについての当事者の意思決定が自由かつ平等なものでなければならぬことは、憲法13条及び14条1項の趣旨から導かれると解される。そして、法律によって婚姻の成立に何らかの制約を課すことが憲法24条1項の趣旨に照らして、婚姻をすることについての当事者の自由かつ

平等であるべき意思決定に対する不当な国家介入に当たらないといえるためには、その制約が、夫婦になろうとする個人のそれぞれの人格が尊重されることを否定するものであってはならず、自由かつ平等であるべき本人の意思決定を抑圧するものでないことが必要である。

憲法 24 条 1 項の「夫婦が同等の権利を有することを基本として」との規定部分における「権利」には、人格権(人格的利益を含む。)も当然に含まれるとよい。夫と妻の双方がそれぞれ人格権を享有することが第三者の権利を不当に侵害するとか、公共の福祉に反することになるなどの正当な理由がないにもかかわらず、婚姻のみを理由として夫と妻とがそれぞれ的人格権を同等に享有することが期待できない結果をもたらすことになるような法律の規定は、憲法24条1項の趣旨に反すると解されよう。もし様々な理由から、婚姻の成立や効力、内容について法令によって制約を定める必要があるのであれば、かかる制約が合理性を欠き上記の意味における婚姻の成立についての自由かつ平等な意思決定を憲法24条1項の趣旨に反して不当に妨げるものではないことを、一つひとつの制約について各別に検討すべきである。よって、憲法24条1項の婚姻は、民法によって定められた婚姻制度上の婚姻から、同項を含む憲法適合性を欠く制約を除外した内容でなければならぬと考える。また、X らに対して単一の氏の記載(夫婦同氏)を婚姻届の受理要件とするという制約を課すことは、X らの婚姻をするについての意思決定を抑圧し、自由かつ平等な意思決定を妨げるものといわざるを得ない。婚姻をするについての直接の制約に当たると解することができる。

また、今日では、氏と名によって構成される氏名が個人の名前であると認識されているところ、①氏名には氏だけよりもはるかに高度の個人識別機能及び自己同定機能があること、②名前を構成する要素が一般に氏と名のみとされたのは明治時代であり、それ以前は名前の構成には様々なバリエーションがあったといわれているが、構成要素のいかんにかかわらず名前を個人識別に使用することは、社会において自然発生的に行なわれていた習俗ともいうべきことであるから、氏名(名前)の個人識別機能や自己同定機能は法制度がなければ認められない性質のものとはいえないこと、③本件において原告人らが主張している氏名に関する人格的利益とは、氏名(名前)が高度の個人識別機能及び自己同定機能を持つことに由来するものであること、④婚姻による氏の変更は自動的に婚姻前の氏名と婚姻後の氏名の同一性を失わせる結果、他人からの個人識別についても自分自身の自己同定(人格認識)についても重大な影響や混乱をもたらすことが避けられないことを考えるならば、夫婦同氏を婚姻成立要件とすることが婚姻をするについての直接の制約かについて判断するに当たっては、氏名に関する人格的利益の由来や性質をこそ考慮すべきであって、氏を名から切り離して論ずるだけではこの争点に含まれる問題の本質を的確に捉えることはできない。氏名に関する人格的利益は、個人の尊重、個人の尊厳の基礎である人格の一内容と理解することができる。法制度によって具体的に捉えられるのは、この人格的利益の内容ではなく、この人格的利益に対して法制度が課している制約の内容にすぎないから、その制約が人格的利益に対する不当な侵害に当たるかこそが問題となる。そして本件では、氏名に関する人格的利益の由来、性質を明らかにした上で、夫婦同氏を婚姻成立の要件とするという本件各規定によって課されている制約に合理性があるか、公共の福祉による制限として正当性があるかが問われなければならない。

さらに、生来の氏名が失われることによるアイデンティティの喪失を受け入れることができず双方

が生来の氏を使用することを希望する者に対して、単一の氏の記載（夫婦同氏）を婚姻成立の要件とするという制約を課すことは、①自身が氏を変更する側となる当事者にとっては、生来の氏名に関する人格的利益が侵害されることを前提として受け入れた上で、婚姻の意思決定をせよというに等しく、②当事者双方にとっては、自身が氏を変更する側になるか変更しない側になるかにかかわらず、自分又は相手の人格の一部を否定し、かつ婚姻が維持される限り夫と妻とがかかると人格的利益を同等に享有することができないこととなることを前提とした上で婚姻の意思決定をせよというに等しい。これは、当事者がする婚姻をするについての意思決定は、上記①及び②の前提を本人の意思に反して受け入れるという意思決定と同時にしない限り、婚姻の意思決定として法的に認められないことを意味する。しかし、かかる人格的利益の性質は、個人の尊重、個人の尊厳の基盤を成す個人の人格の一内容に関わる人格権に当たるから、その権利に対する制約を当事者の自由な意思に反して受け入れることに同意しない限り、婚姻をするについての意思決定が法的に認められないというのは、婚姻をするについての意思決定が自由かつ平等な意思決定であるとは到底いえない。よって、憲法 24 条 1 項の趣旨に反する侵害に当たる。

加えて、氏が家族の呼称としての意義を有するとする考え方は、憲法上の根拠を有するものではない。また、家族という概念は、憲法でも民法でも定義されておらず、その外延は明確ではない。社会通念上は、婚姻後においても、自分の両親、祖父母や兄弟姉妹を含み得る概念として自然に用いられているといえよう。そして、今日においてもなお、氏が家系という意味での「家」の呼称として用いられる場合すらある。さらに、夫婦とその未婚子から成る世帯は、ますます減少しており、世帯の実態は多様化している。そのような状況下で、夫婦とその未婚子から成る世帯のみを家族と捉え、そのことをもって、氏はかかる家族の呼称としての意義があることが、氏名に関する人格権を否定する合理的根拠になるとは考え難い。他方、憲法 24 条 1 項は婚姻の自由だけでなく、その反面において離婚の自由、再婚の自由も保障する趣旨の規定であると解され、民法も、本人の合意による離婚や再婚を制限する規定を何ら設けていない。その結果として子自身の意思によることなく、親の離婚、再婚により、実の両親と、さらには同居の家族とみられる者とも、子の氏が異なる状況に置かれることが民法の制度上も当然想定され、容認されている。このことは、民法が、子の氏とその両親の氏は同じでなければならないことを常に要求しているわけではないことを示している。この点を勘案すると、子の氏とその両親の氏が同じである家族というのは、民法制度上、多様な形態をとることが容認されている様々な家族の在り方の一つのプロトタイプ（法的強制力のないモデル）にすぎないと考えられる。そのプロトタイプたる家族形態において氏が家族の呼称としての意義を有するというだけで人格的利益の侵害を正当化することはできないと考える。他の家族形態においてはそもそも氏が家族の呼称という実態自体があるとはいえないからである。

したがって、生来の氏名に関する人格的利益の喪失を回避し、夫婦が同等の人格的利益を享受することを希望する者に対して夫婦同氏を婚姻成立の要件として当事者の婚姻をするについての意思決定を抑圧し、もって婚姻をするについての自由かつ平等な意思決定を侵害することについて、公共の福祉の観点から合理性があるということとはできず、憲法 24 条 1 項の趣旨に反するといふべきである。

憲法 24 条 2 項については、夫婦同氏制を定める民法750条を含む本件各規定を、当事者双方が生来の氏を変更しないことを希望する場合に適用して単一の氏の記載（夫婦同氏）があることを婚姻届の受理要件とし、もって夫婦同氏を婚姻成立の要件とすることは、当事者の婚姻をするについての意思決定に対する不当な国家介入に当たるから、本件各規定はその限度で憲法24条1項の趣旨に反する。したがって、本件各規定は、その限度で、憲法24条2項の個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚した法律とはいえず、立法裁量を逸脱しており、違憲といわざるを得ない。これは、夫婦別氏を一律に義務付けるべきとするものではなく、夫婦同氏制に例外を設けていないことを違憲とするものである。

(b)裁判官草野耕一 —憲法24条に違反するため、原決定を破棄し、X らの婚姻届の受理を命ずるべきである—

夫婦同氏制を定めた本件各規定が、国会の立法裁量の範囲を超えるほど合理性を欠くといえるか否かを判断するに当たっては、現行の夫婦同氏制に代わるものとして最も有力に唱えられている法制度である選択的夫婦別氏制を導入することによって向上する国民各位の福利とそれによって減少する国民各位の福利を比較衡量することが有用であると考え（ここでいう「福利」とは、国民各位が個人として享受する利益を意味するもの）。選択的夫婦別氏制の導入によって向上する福利が同制度の導入によって減少する福利よりもはるかに大きいことが明白であり、かつ、減少するいかなる福利も人権又はこれに準ずる利益とはいえないとすれば、当該制度を導入しないことは、余りにも個人の尊厳をないがしろにする所為であり、もはや立法裁量の範囲を超えるほどに合理性を欠いているといわざるを得ず、本件各規定は憲法24条に違反すると断ずべきである。

人生において慣れ親しんできた氏に対して強い愛着を抱く者にとっては、たとえ婚姻のためといえども氏の変更を強制されることは少なからぬ福利の減少となるであろう。さらに、氏の継続的使用を阻まれることが社会生活を営む上で福利の減少をもたらすことは明白であり、この点は共働き化や晩婚化が進む今日において一層深刻な問題となっている。婚姻に伴い戸籍上の氏を改めても社会生活上は旧姓の継続使用が可能である場面が拡大してきているものの、旧姓を使用し得る機会にはおのずから限度がある以上、2つの氏の使い分け又は併用を余儀なくされることになり、そのこと自体の煩わしさや自己の氏名に対するアイデンティティの希薄化がもたらす福利の減少は避け難い。要するに、夫婦同氏制は、婚姻によって氏を変更する婚姻当事者に少なからぬ福利の減少をもたらすものであり、この点を払拭し得る点において、選択的夫婦別氏制は、確實かつ顕著に国民の福利を向上させるものである。

反対に、夫婦同氏を選択した婚姻当事者にとって、同氏が家族の一体感を共有することは福利の向上をもたらす可能性が高い。夫婦別氏を選択するのは、氏を同じくすることによってもたらされる福利の向上よりも上記で指摘したところの福利の減少の方が大きいと考える夫婦だけであろう。要するに、選択的夫婦別氏制を採用することによって婚姻両当事者の福利の総和が増大することはあっても減少することはあり得ないはずである。

また、親の一方が氏を異にすることが、子にとっての家族の一体感の減少など一定の福利の減少

をもたらすことは否定しがたい事実であろう。しかし、夫婦別氏とすることが子にもたらす福利の減少の多くは、夫婦同氏が社会のスタンダード(標準)となっていることを前提とするものである。よって、選択的夫婦別氏制が導入され氏を異にする夫婦が世に多数輩出されるようになれば、夫婦別氏とすることが子の福利に及ぼす影響はかなりの程度減少するに違いない。

さらに、夫婦同氏を我が国の「麗しき慣習」として残したいと感じている人々かもしれない。しかし、選択的夫婦別氏制を導入したからといって夫婦を同氏とする伝統が廃れるとは限らない。もし多くの国民が夫婦を同氏とすることが我が国の麗しき慣習であると考えるのであれば、今後ともその伝統は存続する可能性が高い。人々が残したいと考える伝統的文化が今後どのような消長を来すのかは最終的には社会のダイナミズムがもたらす帰結に委ねられるべきであり、その存続を法の力で強制することは、我が国の憲法秩序にかなう営みとはいえない。

5. 2件の夫婦別姓訴訟判決に対する反応

(1) 憲法13条について

平成27年判決は、昭和63年判決を引用する一方で、「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」と判示している。

これに対して、佐々木くみは本判決前に、「『氏』の変更を強制されない自由は、少なくとも氏名を正確に呼称される利益以上に強固な利益を有するものと判例上も位置付けられる可能性はある」¹⁶と指摘していた。

また本判決後は、石埼学が「日本国憲法に基づく国家も含めて近代国家においては、氏名というものが、個人の人格の象徴となるのに先立って、まずは国家の法制度であり、法制度における記号としての氏名に、派生的に氏名への愛着や氏名をめぐる様々な権利・利益等が生じるという関係を理解しておくべきであろう」¹⁷と述べている。対して、高橋和之は、「氏のもつ意味が制度により具体化されるという理解自体に疑問がある」¹⁸と述べている。また、巻美矢紀も「氏が自生的に成立したものであるとすれば、そもそも『法制度をまって初めて具体的に捉えられるもの』との位置づけを疑ってみる必要がある」¹⁹と述べている。このように、「国会の法制度が前提となって氏名がある説」と、

¹⁶ 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家賠償請求が棄却された事例」新・判例解説 Watch 速報判例解説14号(2014年)29頁

¹⁷ 石埼学「夫婦同氏訴訟—民法750条の合憲性」新・判例解説 Watch 速報判例解説18号(2016年)33頁-34頁

¹⁸ 高橋和之「『夫婦別姓訴訟』—同氏強制合憲判決にみられる最高裁の思考様式—」世界879号(2016年)144頁も同旨。

¹⁹ 巻美矢紀「憲法と家族—家族法に関する二つの最高裁大法廷判決を通じて—」論究ジュリスト

「氏名があって法制度がある説」が対立している。

さらに、犬伏由子は「婚姻に際して、夫婦各自が自己の氏を保持したいと考えているにも拘わらず、夫婦同氏の原則により、どちらか一方に対し氏の放棄が強制されることは、個人の人格的利益に結びついた氏名権の侵害と考えることができる」²⁰と述べている。一方、佐々木は、「婚姻という法制度を利用するという自己決定を行わなければ氏の変更を強制されないことから、民法 750 条を憲法 13 条の『氏の変更を強制されない自由』を侵害するものとして立論することには困難が伴う」²¹と述べており、「婚姻に伴う氏の変更は『強制』である説」と、「法律婚を自らの意思で選択する以上は『強制』とはいえないとする説」が対立している。

(2) 憲法 14 条について

平成 27 年判決は、「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」と判示し、間接差別を否定した。

これに対し、中里見博は「民法 750 条の定める夫婦間の協議はほとんど機能しておらず、死文化しているに等しい。このような状況に対して、『憲法 14 条は実質的平等を保障していない』という理由で差別の主張を斥けるのは説得力を欠くといわざるをえない」²²と述べている。

また、巻美矢紀は「留意すべきことは、婚姻といった『国民生活に広く影響を及ぼし得る』場面で、女性に『機会の平等』につき実質的な保障をしないことは、私的な問題にとどまらないということである」²³とし、両性の実質的な平等の重要性を述べている。

しかし、羽生香織は「夫婦の氏に関する協議により、どのような結果を得られたなら実質的な平等が保障されていると評価できるのかを論じることは困難である」²⁴と述べている。

さらに、羽生は「婚姻とは、当事者が社会の構成要素である新たな家族を形成する出発点であると捉えれば、婚姻と連動して、一組の夫婦の新戸籍が編製される(戸 6 条、同 16 条 1 項本文)という戸籍編製方法とも合致する。したがって、憲法 13 条及び同 24 条適合性に関する議論におい

18 号(2016 年)90 頁

²⁰ 犬伏由子「夫婦別姓」民商法雑誌 111 巻 4=5 号(1995 年)579 頁以下

²¹ 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家賠償請求が棄却された事例」新・判例解説 Watch 速報判例解説 14 号(2014 年)29 頁

²² 中里見博「夫婦同氏訴訟最高裁大法廷判決」法学教室 431 号(2016 年)35 頁

²³ 巻美矢紀「憲法と家族—家族法に関する二つの最高裁大法廷判決を通じて—」論究ジュリスト 18 号(2016 年)91 頁

²⁴ 羽生香織「婚姻の効力としての夫婦同氏—民法 750 条の合憲性」新・判例解説 Watch 速報判例解説 19 号(2016 年)111 頁

て、多数意見にいう『家族の呼称としての氏』という評価も肯首し得るのではないか²⁵と述べており、合憲判決に賛成の立場をとっている。

(3) 憲法 24 条について

a. 家族の呼称

平成 27 年判決において、「婚姻に伴い夫婦が同一の氏を称する夫婦同氏制は、旧民法（昭和 22 年法律第 222 号による改正前の明治 31 年法律第 9 号）の施行された明治 31 年に我が国の法制度として採用され、我が国の社会に定着してきたものである。前記のとおり、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」と判示している。

これに対し、羽生は上記(2)で述べた通り、合憲判決に賛成の立場をとっている。

一方、中里見は個人の呼称よりも家族の呼称を優先させた本判決に対し、「『日本国憲法の根本原理』である『個人の尊重』（憲 13 条）と『個人の尊厳』（同 24 条 2 項）を軽視するものである²⁶と非難している。

b. 対外的識別機能

平成 27 年判決において、「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」と判示している。

これに対し、犬伏は「最高裁大法廷平成 27 年判決が示す、民法は共通氏を称すべき一定範囲＝家族を定め、氏に家族集団識別機能を与えたとの理解も生じうる。しかし、民法は、『氏の取得・変更』の原理・基準として、親子関係による子の「氏の取得・変更」、婚姻による「氏の変更」を個別に定め、共通氏を称する範囲も多様であり、現行法の氏が一定の家族集団の呼称であるとは言い切れない²⁷と述べ、氏に家族集団識別機能を与えたことに関しては一定程度に限り理解を示している。

他方、篠原永明は「家族構成員であることを対外的に公示し識別させる機能については、将来世代育成のためのインフラという婚姻・家族制度に期待される機能の個人の呼称としての氏の法的性格に鑑みても、なぜ氏を同じくすることで家族の構成員であることを対外的に示し識別させる必要があるのか、その理由が明らかでない。その上で、この点を強調することは、氏に関連するアイデンティティの保持という『個人の尊厳』の要請を夫婦同氏制によって後退させることの補完として、

²⁵ 羽生香織「婚姻の効力としての夫婦同氏—民法 750 条の合憲性」新・判例解説 Watch 速報判例解説 19 号(2016 年)111 頁(大村敦志『新基本民法 7 家族編 女性と子どもの法』(有斐閣・2014 年)68 頁も参照)

²⁶ 中里見博「夫婦同氏訴訟最高裁大法廷判決」法学教室 431 号(2016 年)37 頁-38 頁

²⁷ 犬伏由子「選択的夫婦別氏(別姓)制度導入の意味—『氏の取得・変更』規定見直しの視点で—」『現代家族講座 第 2 巻 婚姻と離婚』(日本評論社・2020 年) 82 頁

社会の中で通称使用を認めていくこととも抵触しかねない」²⁸と述べ、共通氏によって対外的に識別させる必要性自体に反対の意見を示している。

c. 夫婦同氏強制と嫡出子

平成 27 年判決において、「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るところ、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」と判示している。

これに対し、水野紀子は、「婚姻制度は、子の幼い日々を守る育児環境を整えることを主要な目的として国家が設計するものであり、夫婦はその設計に従った公的介入を受諾する意思をもって、婚姻を締結する。その設計において、夫婦がとても受諾できない婚姻障壁を課すのは、2 人の間に生まれる子から嫡出子の保護を奪うことになる。法定意見は、嫡出子として出生すべき子から、その民法上の保護を奪う結論を採ったと言わざるを得ない」²⁹と述べている。

一方、中里見は「嫡出子と嫡出でない子を氏で区別することの社会的合理性が、仮に敗戦直後の民法改正時にはありえたとしても、『子を個人として尊重し、子の権利を保障すべきであるという考えが確立』した今日でもあるかは問題であるし、少なくとも人権上の意義はない」³⁰と述べており、嫡出でない子への差別という点から批判している。

d. 家族であることの実感

平成 27 年判決において、「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」と判示している。

これに対し、篠原は、「家族構成員であることを実感させるという点は、婚姻する当事者からすれば“大きなお世話”という他なく、これも上述の「個人の尊厳」と並び立つ義務的な考慮事項であるとは考え難い。この点を強調し夫婦同氏制に固執する結果、氏の変更を避けるため婚姻しない男女が増え、かえって法律婚が利用されないという実態を招いているとすれば、本末転倒であり、『婚姻制度へのアクセス可能性』の確保との関係でも問題がある」³¹と述べている。

e. 子の利益

²⁸ 篠原永明「夫婦同氏制と憲法 24 条」法学セミナー799号(特集:家族と法のゆくえ——親子・夫婦・婚姻と法の役割)(2021年)50頁

²⁹ 水野紀子「夫婦同氏を定める民法750条についての憲法13条、14条1項、24条の適合性—最高裁大法廷平成27年12月16日判決(平成26年(オ)第1023号)—」家庭の法と裁判6号(2016年)18頁

³⁰ 中里見博「夫婦同氏訴訟最高裁大法廷判決」法学教室431号(2016年)38頁

³¹ 篠原永明「夫婦同氏制と憲法 24 条」法学セミナー799号(特集:家族と法のゆくえ——親子・夫婦・婚姻と法の役割)(2021年)50頁

平成 27 年判決において、「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」と判示している。

これに対し、篠原は、「氏に関する婚姻する男女の『個人の尊厳』と『子の利益』とを適切に調整し、子の氏の決定に係る仕組みを整備することは、将来世代育成のためのインフラたる婚姻・家族制度の制度形成の問題として、憲法 24 条が要請するところと捉えることができる」³²と述べている。

また、篠原は「子の利益」について、「例えば、子の氏は父母や兄弟姉妹とで可能な限り共通していることが子のアイデンティティの基盤として望ましく、また、子の氏は早期かつ安定的に決定されると考えるのであれば、婚姻の時点で父母の氏を同一のものとし、それに基づき子の氏を画一的に決定する現行の民法 790 条の組合せは、『子の利益』の実現に係る合理的な選択肢の 1 つとなる……氏が個人の呼称に過ぎず、名とは本質的な違いはないとする場合でも、氏と名が子のアイデンティティの基盤として重要なものであることからすれば、確かに、氏名に関する『子の利益』は、婚姻・家族制度における義務的な考慮事項と位置づけ得るものである。しかし、氏が個人の呼称に過ぎないのであれば、父又は母の氏を基準に子の氏を決定する必要はない。氏名に関する『子の利益』と関連で制度形成上問題となるのは、せいぜい、子の氏名についての父母の決定権や、一定期間内に父母の協議が整わなかった場合の子の氏名の決定の仕組みについて規定しておくことではないだろうか。百歩譲って、子の氏名が決定されない危険に備え(特に氏については争いが予定されるので)、氏に関しては最初から父又は母の氏を基準に画一的に決定する仕組みにしておくことは正当化され得るとしても、そこから更に、氏に関する婚姻する男女の『個人の尊厳』の要請を後退させる必要性までは基礎付けることはできないであろう」³³と述べている。

f. 夫婦間の協議による選択

平成 27 年判決において、「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、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」と判示している。

これに対し水野は、上記(2)で述べた佐々木の「法律婚を自らの意思で選択する以上は『強制』とはいえないとする説」とは反対に、「民法 750 条は婚姻の権利と氏名を変更されない権利の二者択一を迫るものであり、婚姻という基本的な権利を行使しようとするとき氏を変更せざるを得ないのであるから、強制的変更ではないとはいえないだろう」³⁴と述べている。

³² 篠原永明「夫婦同氏制と憲法 24 条」法学セミナー799号(特集:家族と法のゆくえ——親子・夫婦・婚姻と法の役割)(2021年)49頁

³³ 篠原永明「夫婦同氏制と憲法 24 条」法学セミナー799号(特集:家族と法のゆくえ——親子・夫婦・婚姻と法の役割)(2021年)49頁-50頁

³⁴ 水野紀子「夫婦同氏を定める民法 750 条についての憲法 13 条、14 条 1 項、24 条の適合性—最高裁大法廷平成 27 年 12 月 16 日判決(平成 26 年(オ)第 1023 号)—」家庭の法と裁判 6 号(2016 年) 20 頁

g. 通称使用

平成 27 年判決において、「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、このような氏を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」と判示している。

これに対し、笹川あゆみは、「2001 年に、国の行政機関における職員の旧姓使用を正式に認める通達が出され、それ以降、旧姓使用を認める企業が増えていると言われている。しかしながら、2016 年度内閣府の委託調査『旧姓使用の状況に関する調査』の結果では、旧姓使用を認めている事業所は、従業員が 1 千人以上の大企業で 67.0%、全体では 45.7%に過ぎない(インテリサーチ 2017:7)。しかも、『認めている』範囲にはかなりばらつきがあり、『旧姓を認めている』と回答した企業の中で『呼称、座席(内線番号)表』は 81.2%が認めているのに対し、『論文、執筆原稿』は 23.0%、『プレスリリース等の対外的な公表資料』は 21.2%しか認めていない(インテリサーチ 2017:8)」³⁵と述べている。

また、笹川は「私立の中高一貫校に勤務している 30 代の女性教諭が旧姓使用を認められず、人格権を侵害されたとして学校を訴えた裁判の判決が、最高裁判決後一年経たずして 2016 年 10 月に東京地裁で下された。担当裁判官 3 名はすべて男性で、『戸籍名は個人を識別する上で旧姓よりも高い機能がある』『旧姓を戸籍名と同様に使うことが社会で根付いていると認められていない』とし、原告の請求を棄却した(毎日新聞 2016)。明らかに『旧姓使用の広がりにより不利益が一定程度緩和されている』とした最高裁判決と矛盾しており、『一定程度緩和』されていない現状が露呈した」³⁶と述べている。

さらに、笹川は「旧姓使用が可能な範囲の拡大は女性たちを不利益から解放する利点はあるが、その基準はきわめてあいまいである」³⁷と述べている。

また、水野は「法定意見は、通称使用によって改氏の不利益が緩和されるとするが、現実には通称使用の限界はいたるところにあり、通称使用者は日常生活のあらゆる場面で『これはあなたの『本当の名前』ではない』と非難する官民における官僚主義と絶えず戦い続けなければならないのである。法定意見には、『本当の名前』を意思に反して奪われる被害者への想像力が欠落している」³⁸と述べ、更なる被害の拡大を指摘し、法定意見の安易な考えを非難している。

³⁵ 笹川あゆみ「選択的夫婦別姓制度は何故実現しないのか：『女性活躍推進』の陰で」武蔵野大学教養教育リサーチセンター紀要 9 号(2019 年) 191 頁

³⁶ 笹川あゆみ「選択的夫婦別姓制度は何故実現しないのか：『女性活躍推進』の陰で」武蔵野大学教養教育リサーチセンター紀要 9 号(2019 年) 191 頁 東京地裁…

³⁷ 笹川あゆみ「選択的夫婦別姓制度は何故実現しないのか：『女性活躍推進』の陰で」武蔵野大学教養教育リサーチセンター紀要 9 号(2019 年) 192 頁

³⁸ 水野紀子「夫婦同氏を定める民法 750 条についての憲法 13 条、14 条 1 項、24 条の適合性—最高裁大法廷平成 27 年 12 月 16 日判決(平成 26 年(オ)第 1023 号)—」家庭の法と裁判 6 号(2016 年)20 頁

h. 裁判所と国会での議論

平成 27 年判決において、「なお、論旨には、夫婦同氏制を規制と捉えた上、これよりも規制の程度の小さい氏に係る制度（例えば、夫婦別氏を希望する者にこれを可能とするいわゆる選択的夫婦別氏制）を採る余地がある点についての指摘をする部分があるところ、上記(1)の判断は、そのような制度に合理性がないと断ずるものではない。上記のとおり、夫婦同氏制の採用については、嫡出子の仕組みなどの婚姻制度や氏の在り方に対する社会の受け止め方に依拠するところが少なく、この点の状況に関する判断を含め、この種の制度の在り方は、国会で論ぜられ、判断されるべき事柄にほかならないというべきである」というなお書きが付されている。

これに対し、篠原は、「氏に関する法制度の制度形成の際に国会が特に考慮しなければならない事項を特定し、焦点を絞った議論を組み立てる必要がある³⁹」と述べている。また、「夫婦同氏制合憲判決は、憲法 24 条の規範内容として、“国会は、『家族の共同性』と『子の利益』のみならず、『個人の尊厳』、『両性の本質的平等』、『婚姻制度へのアクセス可能性』の確保も考慮し、合理的な婚姻・家族制度を形成しなければならない”という国会の作為義務を観念していると考えられる。婚姻・家族制度に関しては多様な利益・要請の調整が必要であるために、憲法上あるべき制度の形を一義的に確定することはできず、まずは国会による制度形成が必要になるというのであれば、夫婦同氏制合憲判決が以上のような国会の作為義務を観念し、考慮事項の調整の適切性を問うという合憲性の判断の枠組みを採用したこと自体は、肯定的に評価できよう⁴⁰」と述べている。

一方、高橋は「本件の問題については、裁判所が積極的に介入することが強く望まれます」と述べ、憲法の基本価値の擁護のための最高裁判所の介入の重要性を示している⁴¹。

令和 3 年判決においても、「夫婦の氏についてどのような制度を採るのが立法政策として相当かという問題は、国会で論ぜられ、判断されるべき事柄にほかならないというべきである」と判示されている。

これに対し、二宮周平は、「国会による立法を促した最大判平 27 年から 5 年半、法案として審議されていない現状を踏まえたとき、再び国会にボールを投げ返すことは、少数者の人権擁護という国民から負託された最高裁の債務に反する。法定意見、補足意見の限界は、氏名及び婚姻に関して『制度優先思考』に囚われ、選択的夫婦別氏制の問題を、氏の変更を強制されない自由及び婚姻の自由という人権に関する事項と捉えないことにある⁴²」と述べている。

³⁹ 篠原永明「夫婦同氏制と憲法 24 条」法学セミナー799号(特集:家族と法のゆくえ——親子・夫婦・婚姻と法の役割)(2021年)48頁

⁴⁰ 篠原永明「夫婦同氏制と憲法 24 条」法学セミナー799号(特集:家族と法のゆくえ——親子・夫婦・婚姻と法の役割)(2021年)48頁

⁴¹ 高橋和之「意見書」(2014年)5頁-6頁

<http://www.asahi-net.or.jp/~dv3m-ymsk/takahasi.pdf>

⁴² 二宮周平「夫婦同氏制の憲法適合性~令和 3[2021].6.23 大法廷決定と違憲判断をした裁判官の見解」(家族法と戸籍を考える(70))戸籍時報 814号(2021年)3頁

6. 私見

(1) 憲法 13 条違反について

最高裁判所は、婚姻により「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」とする。しかし、婚姻という形による家族の形成を選択すると決めた二当事者のうちの一方にとって、氏の変更は「強制」であると考えられる。たしかに、裁判所が主張するように、婚姻をするか否かは、夫婦となろうとする者の判断に委ねられている。しかし、言い換えると、夫婦となろうとする者の一方が必ず「氏」を変更しなければ、婚姻として認められないことを意味する。ここで注目すべきは、各自の「氏」を保持し続けたい男女までもが、必ずどちらか一方の「氏」を失うということである。彼らにとってこれは「強制」以外の何物でもない。

また、最高裁判所は、「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」とする。しかし、「家族」という文言は、条文上どこにも見当たらない。1947 年改正により入った民法 2 条の規定する解釈基準において、「この法律は、個人の尊厳と両性の本質的平等を旨として、解釈しなければならない」とされたことに象徴されるように、家制度は廃止された。この時点で、「家名」としての「氏」の機能が失われたはずであった。しかし、民法 750 条に規定されているように、「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」とされている。この規定ぶりは、直接的には「家」に関する規定を定めてはいないが、遠回しに「家」の名称を 1 つに定めることを強制している文言であると思われる。ここで注目すべき点は、「氏」が法に先立つか、法が「氏」に先立つかという点である。そもそも「氏」は、氏族という血縁団体がはっきりし、社会的に氏が何らかの意味を持った時代に、血族を明らかにするためにできた。つまり、法制度をもって「氏」が発生したのではなく、「氏」の発生が先であり、その後の法制度によって「氏」についての様々な取り決めができたのである。したがって、「氏」が法に先立つことは明らかであり、その上でもう一度「氏」の在り方について考え直さなければならない。家制度から脱却した現行法の理念からすれば、「家族の呼称」のために自己の意思によらない「氏」の変更を強制することまでは予定されていないと考える。

さらに、現代において選択的夫婦別姓を求める声が目立つようになったのは、女性の社会進出が増加し、個人の人格的価値・個人識別機能の役割が一層濃くなったためである。氏名の人格権性を認めた昭和 63 年判決において、最高裁は、「氏名」が個人を他人から識別し特定する機能(個人識別機能)を有することと、「氏名」が個人の尊重の基礎であり個人の人格の象徴であって、人格権の一内容を構成することを認めた。にもかかわらず、平成 27 年夫婦別姓訴訟、令和 3 年夫婦別姓訴訟両判決において、個人の人格的価値よりも家族が優先され、「家」の存在があつての個人識別機能にすぎないと判示された。個人より家族が優先されるこの論理は、家制度を否定した民

法の趣旨に合致しない。

以上のことから、憲法 13 条からは、人格権の一内容である「氏の変更を強制されない自由」を導くことができるはずである。したがって、婚姻の際に夫婦となろうとする者のどちらか一方が、「氏」の変更を強制されることになる現行民法 750 条は、憲法 13 条に違反する。

(2) 憲法 14 条 1 項違反について

最高裁判所は「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協議に委ねているのであって、夫婦同氏制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」とする。しかし、実際には 96%以上の女性が婚姻の際に「氏」を変更している。ここで注目すべきは、男性女性どちらが「氏」を多く変更しているかではない。どちらか一方は必ず婚姻の際に「氏」が変更されることによって、実質的な平等が生涯永遠に実現しないということである。実質的な不平等ももちろん問題ではあるが、上記(1)で述べた通り、夫婦となろうとする者のどちらか一方が自己の意思に反して、「氏」の変更を強制されることが問題である。最高裁判所は憲法 14 条 1 項について、「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」と述べており、実質的な平等までは含まないことを明らかにしている。一方、巻美矢紀は「留意すべきことは、婚姻といった『国民生活に広く影響を及ぼし得る』場面で、女性に『機会の平等』につき実質的な保障をしないことは、私的な問題にとどまらないということである」⁴³ とし、両性の実質的な平等の重要性を述べている。両者の意見に対し私見としては、実質的平等が重要であるか否かの観点からいえば、最高裁判所の立場をとる。婚姻の際に、夫婦同氏によって互いに幸福を感じ、不平等を感じない夫婦にとってはこのような問題は発生しないであろう。しかし、「氏」を変更したくない夫婦にとって、「氏」の変更を強制すべきなのか、この点を含めて(4)で述べていきたい。

(3) 憲法 24 条 1 項違反について

最高裁判所は民法 750 条が「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」とする。しかし、「氏」を変更したくない夫婦にとっては、婚姻に伴う「氏」の統一が、婚姻に対する直接的な制約になっている。夫婦別姓を求めて実際に事実婚を選択する夫婦も存在することから、婚姻の妨げになっていることは明らかである。憲法 24 条 1 項で、「婚姻は、両性の合意のみに基づいて成立し」と規定されている通り、婚姻に対する要件は本来であれば「両性の合意」のみで足りる。この規定は家制度の廃止と深く関係しており、「家」が婚姻の際に介入することを禁じることが趣旨であった。しかし、婚姻の際に夫婦同氏を強制する現行民法は、家制度が廃止された現在においても「家」が介入しているのと同じことである。したがって、婚姻に伴う「氏」の統一の強制は、婚姻をすることの直接の

⁴³ 巻美矢紀「憲法と家族—家族法に関する二つの最高裁大法廷判決を通じて—」論究ジュリスト 18号(2016年)91頁

制約であり、婚姻の自由を侵害している。

(4) 憲法 24 条 2 項違反について

裁判所は「家族を社会の自然かつ基礎的な社会集団単位として捉え、その呼称を 1 つに定めることに合理性がある」、「家族の一員であることを対外的に公示し、識別する機能を有する」、「子が嫡出子であることを示すことができる」、「家族の一員であることを実感できる」、「子が利益を享受しやすい」など、「氏」を同じくすることで得られる家族としてのメリットを主張している。しかし、(1)でも述べた通り、「氏」を変更したくない夫婦にとって、「氏」の変更を強制すべきなのかということが問題なのである。もちろん、夫婦となろうとする者にとって、夫の氏を称したい、妻の氏を称したい夫婦や、氏を同一にすることによって家族であることを実感すると考える者同士などである場合は、夫婦同氏でも良いだろう。家族であることの実感を得られることを前提に夫婦同氏を強制するのではなく、同一の氏を称することで家族であることを実感できると考える人々が夫婦同氏を選択するのではいけないのだろうか。同一の氏を称することによって家族としての実感を得られると感じるか否かは個々それぞれであり、また、同一の氏にするか否かに関わらず、家族内で家族としての実感を得られる要因は個々それぞれであるため、選択肢の一つとして夫婦別姓を取り入れることを拒絶するような点は見当たらない。そもそも、戸籍法 6 条では、戸籍について「一の夫婦及びこれと氏を同じくする子ごとに、これを編成する」としている。とすれば、氏を同じくする者は夫婦とその間の子に限られ、同一氏を称することで家族としての実感を得られるのはこれらに限られる。しかし世の中には、核家族以外にも祖父母と同居する者、事実婚の夫婦とその子、両親が離婚した親子など、様々な家族形態がある。同一氏を称することで、家族としての実感を得られるかは、一概にはいえないことである。また、夫婦同一氏を称することが強制されている国は日本以外に見当たらない。そのような海外の動向を見ても、最高裁判所の主張する家族の一体感が損なわれるなどの根拠も見当たらない。

さらに最高裁判所は、夫婦同氏である子の利益を強調する。しかし、選択的夫婦別姓を導入することは、別姓夫婦の子が不利益を受けることの根拠にはならない。実際に夫婦別姓を希望する夫婦が法律婚ではなく、事実婚を選択し、別姓夫婦の子が存在することも事実である。現行民法においては、①氏を変更したくない夫婦が事実婚を選択し、法律婚の利益を享受できないこと、②事実婚の夫婦の子が、嫡出子とは認められず、嫡出子としての利益を享受できないことの「二重の不利益」を被ることになる。したがって、むしろ現状のほうが夫婦別姓を希望する夫婦およびその子にとって不利益となっており、子の不利益を解消する必要性のほうが高い。

したがって、個人の尊厳を侵害し、夫婦同氏を強制することは、国会の立法裁量を逸脱しているといえる。

(5) 現行法のもとで今後懸念されること

民法 750 条の夫婦同氏の原則により、法律婚をするためには、夫婦となろうとする者のどちらか一方が必ず「氏」を変更することとなるが、自己の「氏」を保持し続けたい男女は、事実婚を選択す

るケースがある。他方、民法 732 条において、重婚が禁止されているが、これは法律婚に限ったことである。法律婚があるからこそ重婚の発生が未然に防げるというメリットがある。最高裁判所は憲法 24 条 1 項について、「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」とするが、たとえ民法 750 条が憲法 24 条 1 項に違反しないとしても、上記のように事実婚を選択する夫婦がいることは無視することができない。現行民法の夫婦同氏制が維持され続けられれば、今後も夫婦別姓を希望して事実婚を選択する人々が増える可能性がある。そうした人々の中には、夫婦関係の対外的な公示がされていないことを利用して、他者と重婚的な関係を持つとしようとする者が一定数現れるだろうし、事実婚を選択する人が増えれば、それに従って、実質的な重婚が増えかねない。婚姻の持つ公示機能を軽視してはならない。一夫一婦制を維持しようとするのであれば、婚姻制度のもとにより多くの夫婦を取り込む必要がある。そのためにも、選択的夫婦別姓を取り入れるべきである。

(6) 「氏」のあるべき姿

以上、(1)から(5)において夫婦同氏制の問題点について検討してきたが、裁判所の判示では現行の法制度を正当化する根拠が見当たらない。そこで、昭和 63 年判決に立ち返り、氏名の機能と権利性を踏まえて、これと整合するような婚姻制度を構築する必要があると考えられる。昭和 63 年の氏名の人格権性判決において、「氏名」が個人を他人から識別し特定する機能(個人識別機能)と、「氏名」が個人の人格の象徴であって人格権の一内容を構成することが認められた。私見は、この点にこそ着目すべきだと考え、「氏+名」が本人の意思によらずに変更されるべきではないと解する。すなわち、「氏+名」が不可分一体の個人の名称だとする。このことに鑑みて、私見としては、出生時の子への命名の際に、家制度からの現実的脱却を行い、名の拡張として「氏+名」を命名する方法を提案する。選択的夫婦別姓が実現したならば、兄弟姉妹が同姓である必要もなくなり、「氏」に頼る家族の在り方も無くなる。家族のための「氏」ではなく、各個人としての「氏名」である。

そうすると、そもそも「氏」は必要なくなるのではないかとの考えを持つ人もいるだろうが、私見はそのような考え方をとるものではない。氏名が個人の識別機能も有することからすると、「名」だけでなく「氏」が組み合わせられてひとかたまりの「氏名」として用いられることが適切かつ必要だといえる。我々が何らかのサービス等への登録の際に、大文字、小文字、数字、記号などを組み合わせてパスワードを設定するのと同じように、「氏」と「名」を組み合わせることによって、識別機能としての役割は格段に上がる。これは、家族制度からの脱却や「氏」が個人の人格的価値や個人の識別機能を有することなどをもとにした提案であり、選択肢の一つである。強制するものではない。

具体的に、出生時に子へ「氏+名」を命名する際の基準については、父の「氏」または母の「氏」を命名することができるのはもちろん、その他の「氏」も命名することができるものとする。ただし、これまで戸籍簿に登録されたことがある「氏」に限定し、現時点において、身分関係の変動などにより消滅してしまった「氏」に関しても命名することができるものとする。その理由は、不適切な「氏」を命

名することを防ぐためである⁴⁴。また、出生時に子へ「氏+名」を命名後、子本人の希望によって「氏」を変更することもできるものとする。その際に、父または母の氏であれば、「氏」の変更に対して正当な事由があると思われるため、届け出のみで「氏」の変更をすることができるものとする。しかし、全く別の氏を称したい場合は、家庭裁判所の許可を得るものとする。

7. 結び

本稿では、最高裁判決の中にある矛盾を指摘し、家制度が廃止された現代において、選択的夫婦別姓が実現すべきであるということを論証し、さらに、「氏」のあるべき姿について検討してきた。

憲法 13 条違反についてみると、①婚姻に伴い、各自の「氏」を保持し続けたい男女までもが、必ずどちらか一方の「氏」を自らの意思に関わりなく改めることは、「強制」である。②家制度から脱却した現行法の理念からすれば、「家族の呼称」のために自己の意思によらない「氏」の変更を強制することまでは予定されていないと考える。③個人より家族が優先される論理は、家制度を否定した民法の趣旨に合致しない。よって、憲法 13 条からは、人格権の一内容である「氏の変更を強制されない自由」を導くことができるはずであり、婚姻の際に夫婦となろうとする者のどちらか一方が、「氏」の変更を強制されることになる現行民法 750 条は、憲法 13 条に違反する。

また、憲法 14 条 1 項違反については、裁判所が判断した通り、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協議に委ねられているのであって、夫婦同氏制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。したがって、たしかに、不平等原則違反自体は直接に問題とならないと考えられる。ただ、問題なのは、男性女性のどちらが「氏」を多く変更しているかではなく、どちらか一方は必ず婚姻の際に「氏」が変更されることによって、実質的な平等が生涯永遠に実現しないことである。

さらに、憲法 24 条 1 項違反については、婚姻に対する要件は本来であれば「両性の合意」のみで足りるのに、婚姻の際に夫婦同氏を強制する現行民法は、家制度が廃止された現在においても「家」が介入しているのと同じことである。よって、婚姻に伴う「氏」の統一は、婚姻をすることの直接の制約であり、婚姻の自由を侵害している。

最後に、憲法 24 条 2 項違反についてみると、以下のことが言える。①世の中には様々な家族形態があり、同一氏を称することで、家族としての実感を得られるかは、一概にはいえない。②夫婦同一氏を称することが強制されている国は日本以外に見当たらず、そのような海外の動向を見ても、最高裁判所の主張する家族の一体感が損なわれるなどの根拠も見当たらない。③選択的夫婦別姓を導入することは、別姓夫婦の子が不利益を受けることの根拠にはならず、むしろ現行民法においては、事実婚を選択することによって、法律婚の利益と嫡出子としての利益を享受できないという

⁴⁴「名」に関するものとして、「悪魔ちゃん事件」が挙げられる。

東京家八王子支審平成 6 年 1 月 31 日判時 1486 号 56 頁

「二重の不利益」を被ることになり、子の不利益を解消する必要性が高い。したがって、個人の尊厳を侵害し、夫婦同氏を強制することは、国会の立法裁量を逸脱している。

本稿では、最高裁の判決の矛盾を指摘し、私見として出生時に子へ「氏+名」を命名する方法を提案することはできたが、実際に選択的夫婦別姓を実現するための法制度や、子の出生時に「氏+名」を命名した場合の法制度までは確立することができなかった。選択的夫婦別姓と出生時に子へ「氏+名」を命名することができるようにした場合の法制度や戸籍の管理の仕方を確立し、本当の意味での実質的平等が実現できるように法制度を見直していくことが今後の課題である。