

## 論 説

## 夫婦同氏を要求する民法750条の違憲性（1）

戸 波 江 二

はじめに

## I 国家賠償訴訟における民法750条の合憲性審査に関する原判決の誤り

1. 原判決の国賠法上の違法性に関する判断の誤り
2. 原判決における在外選挙2005年判決の論理枠組みの誤解
3. 国賠法上の違法性の評価に関する原判決の誤り
4. 民法750条の違憲性とその国家賠償法上の違法性との切断の誤り

## II 「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」の憲法上の権利性

1. 原判決による国賠法上の違法性に関する判断枠組みとその論証
2. 憲法上の権利の導出に関する議論を、国賠法上の違法性の判断のなかで行うことの誤り
3. 「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」を憲法上の権利としたことの誤り
4. 「氏名の変更を強制されない権利」の憲法上の権利性（以上本号）

## III 民法750条の合憲性とその立法（不作為）の国賠法上の違法性

1. 民法750条の合憲性
2. 違憲審査の基準と方法
3. 民法750条の目的＝手段審査
4. 民法750条の違憲の状況
5. 憲法24条、憲法14条違反
6. 民法750条の法改正をしないことの国賠法上の違法性
7. 民法750条の違憲性を宣言し、国賠法上の違法性を否定する判決について

おわりに

(1)  
はじめに

本件事件では、民法750条の夫婦同姓原則の違憲性が国家賠償訴訟によって争われている。立法行為（不作為）を国家賠償訴訟で争う事件は、在宅投票制度廃止違憲訴訟最高裁判決（最判昭和60. 11. 21民集39巻7号1912頁）以来、判例の積み重ねがあり、とりわけ在外選挙最高裁判決（最大判平成17. 9. 17民集59巻7号2087頁）が、在外選挙制度の不存在等について違憲判断を示すとともに、国家賠償法上の違法性をも認定し、上告人らに5000円の慰謝料の支払いを命じており、きわめて注目される。

この間、明らかになってきていることは、立法（不作為）を争う国家賠償訴訟は、損害賠償を得ることを第一の目的とするものではなく、むしろ、立法（不作為）の違憲性を争い違憲判断を得ることにあるということである。また、それに呼応して、裁判所も、国家賠償訴訟において、立法（不作為）の合憲性の審査を行うことにやぶさかではないという態度を示していることである。このことは、立法（不作為）の国家賠償訴訟がとりも直さず立法（不作為）の違憲確認訴訟として機能することを意味する。最高裁の国家賠償訴訟での違憲審査に対する積極的な取り組みは、このこ

---

(1) 本意見書は、夫婦別姓訴訟原告側弁護団の要請を受けて、一審東京地裁判決の論理および棄却判決を批判し、民法750条の違憲性と国賠法上の違法性を論証するために、2013年10月21日付けで、控訴審である東京高裁民事17部に提出したものである。控訴審判決はすでに2014年3月に下され、そこでは本意見書の主張は採用されず、原告・控訴人の請求は棄却された。しかし、原告・控訴人の上告が2015年2月17日に大法廷回付され、違憲の判断が示される可能性が生じた。そこで、本件訴訟に関連する参考意見を提示したものとして、ここに掲載することにした。

本意見書は、1審判決を批判することに重点を置いており、民法750条の違憲性の論証を積極的に行ったものとはいえない。しかし、意見書は全体として国家賠償訴訟における民法750条の違憲性の審理判断の可能性を論じており、また、控訴審判決に対しても「氏名の変更を強制されない権利」の当否が議論されたことにおいて影響を与えているので、本意見書を原文のまま掲載することとし、必要な注を付することにした。

とを是認しているといえよう。

ところが、原判決<sup>(2)</sup>（東京地判平成25. 5. 29判時2196号67頁）は、問題をもっぱら国家賠償訴訟の論理の枠内でのみ処理することに固執し、民法750条の合憲性の審査を徹底的に避けた。すなわち、民法750条の合憲性についてはまったく審査をせず、もっぱら民法750条の立法者の立法行為ないしそれを改正しないという不作為が、国賠法上違法と評価されるかどうかについて審査するにとどまった。さらに、国家賠償法の違法性の審査において、原告の憲法上の権利ないし利益として、原告の主張した「氏名の変更を強制されない自由」を「婚姻に際し、婚姻当事者がいずれも婚姻前の氏を称する権利」と読み替えたうえ、それは憲法上保障された権利とはいえないと説いて、請求を斥けた。憲法上の権利の内容およびそれが憲法上保障されていないとする原判決の論理は、これまでの憲法上の権利の導出に関して従来判例がとってきた議論とまったく異なるものであり、原判決の独自の論理となっている。

本件での原判決の根本的な誤りは、次の２点である。

1. 民法750条の合憲性を国家賠償請求で争う本件原告の主張に対して、立法（不作為）の国家賠償法上の違法性の評価に関する審査に争点を限定し、民法750条の違憲性の審査を徹底的に避けたこと。
2. 民法750条の国家賠償法上の違法性の評価の審査において、憲法上の立法義務の根拠となる憲法上の権利として「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」なるものを独自の見解としてその根拠の説明のないままにもちだし、その権利が憲法上の権利ではないと断ずることによって、国家賠償法上の違法性の評価に関する審査をしないままに、国賠法上違法ではないとして請求を斥けたこと。

---

(2) 原判決の評釈として、武田芳樹・法学セミナー705号108頁、佐々木くみ・TKC Watch 憲法 No. 74 3 頁、田代亜紀・『平成25年度重要判例解説』（ジュリスト1466号）13頁。村重慶一・戸籍時報714号82頁。

本件国家賠償請求訴訟において、民法750条の合憲性審査は国家賠償請求の認否の判断にとって不可欠であるといわなければならない。そして、民法750条は違憲であると同時に、その改廃を怠った立法不作為は国家賠償法上も違法と解すべきである。その意味で、原判決が国賠法上違法かどうかの審査に限定し、民法750条の合憲性について判断しなかったことは、本件国家賠償請求訴訟の審査方法について重大な過誤を犯したものである。以下では、原判決の誤謬を指摘しつつ、民法750条の違憲性をめぐる国家賠償請求において、どのような審理判断がなされるべきかについて、意見を述べることにする。

## I 国家賠償訴訟における民法750条の 合憲性審査に関する原判決の誤り

### 1. 原判決の国賠法上の違法性に関する判断の誤り

原判決は、立法（不作為）の国賠法上の違法性について、在外選挙の立法不作為を違憲と判断した2005年最高裁判決（以下、2005年判決と呼ぶ）に依拠しつつ、以下のように論ずる（なお、（ア）（イ）（ウ）の文頭記号はのちの説明の便宜のために筆者が付した）。

- （ア）「国家賠償法1条1項は、国又は公共団体の公権力の行使に当たる公務員が個別の国民に対して負担する職務上の法的義務に違背して当該国民に損害を加えたときに、国又は公共団体がこれを賠償する責任を負うことを規定するものである。したがって、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（2005年判決の引用）。」

- （イ）「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。」
- （ウ）「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から、原告らの上記に係る主張は失当である。」

以上の（ア）（イ）（ウ）のそれぞれについて、判断過程に誤りがあるの

で、それを分説する。なお、その前提として、原判決が2005年判決に基づいていることは賛成できる。立法（不作為）に対する国家賠償訴訟では、2005年判決の論理がまず基本とされるべきである。ただし、原判決は、2005年判決の趣旨を正解していない。

## 2. 原判決における在外選挙2005年判決の論理枠組みの誤解

### (1) 2005年判決における、国家賠償法上の違法性の判断に対する立法（不作為）の違憲性の判断の先行

2005年判決<sup>(3)</sup>は、以下のような順序による判示となっている。

第1 事案の概要等

第2 在外国民の選挙権の行使を制限することの憲法適合性について

第3 確認の訴えについて

第4 国家賠償請求について

そして、上記（ア）で引用されている説示は「第4 国家賠償請求について」の箇所所述べられたものであるが、判決は、判決の冒頭の「第2 在外国民の選挙権の行使を制限することの憲法適合性について」において、在外選挙制度の不存在について独自に実体判断をして違憲と判示している。それを受けて、「第4 国家賠償請求について」において、上記（ア）の説示をしたうえで、国賠法上も違法であると判示したのである。

また、2005年判決は、「第2 在外国民の選挙権の行使を制限することの憲法適合性について」での実体の合憲性審査において、厳格な違憲審査基準を提示し、それを本件事案にあてはめるにあたって立法事実を十分に検討したうえで違憲の結論を導き出している。すなわち、判決は、選挙権の制限について、「制限をすることがやむを得ないと認められる事由がなければならない」とし、「そのような制限をすることなしには選挙の公正

---

(3) 2005年判決については、戸波「在外邦人選挙権制限事件」石村＝浦田＝芹沢編『時代を刻んだ憲法判例』（尚学社、2012年）350頁以下、およびそこに掲記の参考文献参照。

を確保しつつ選挙権の行使を認めることが事実上出来ないし著しく困難であると認められる場合でない限り、上記のやむを得ない事由があるとはいえない、という厳格な審査基準を立てた。これは、選挙に関する立法裁量を広く認めてきた議員定数不均衡訴訟の審査基準とは大きく異なる。そして、在外選挙制度の不存在・不備に関して、1998年改正前の在外選挙の不存在について、1984年に内閣提出法案が廃案になって以来10年以上も放置してきたことは、やむを得ない事由があったとはいえないと論じ、さらに、1998年改正後の選挙区選挙の除外について、1998年当初は在外選挙の実施にあたり比例代表選出議員の選挙についてだけ在外選挙を認めることとしたことには理由がないとはいえないが、その後の在外選挙の実施などに照らせば、本判決後に初めて行われる選挙において選挙区選出議員の選挙に在外国民の投票を認めないことについてはやむを得ない事由があるとはいえないと説いた。その際に判決が行った立法事実の検証、つまり、在外選挙創設の必要性を前提として、それへの立法者の取組みが不徹底であったこと、通信手段が目覚ましい発達を遂げていることなどの指摘は説得的である。<sup>(4)</sup>

2005年判決が在外選挙の不存在の合憲性という実体判断を先行させた理由としては、原告の請求が、確認の訴えと国家賠償請求の二つであり、双方について訴えの適法性を認めた以上、実体判断を独自に先行して行ったということと推測される。そして、実は、実体判断を独自に行ったことが、2005年判決の違憲判断を明快かつ説得的なものにしたのであった。

また、注意すべきは、2005年判決の在外選挙制度の不存在を違憲とする判示が、確認の訴えとの関係でのみ判断されたものではなく、国家賠償の訴えとの関係でもなされたことである。すなわち、2005年判決は、1998年

---

（４） 毛利透「選挙権制約の合憲性審査と立法行為の国家賠償法上の違法性判断」論究ジュリスト1号（2012年）81頁は、2005年判決の実体の違憲判断における論証が不十分であるとするが、全体として違憲であることの論証は十分になされていると考える。

改正前の公職選挙法が在外選挙制度を設けていなかったことを違憲と判示しているが、他方、過去の法律関係の確認を求める訴えは不適法であるとして斥け、具体的な選挙につき選挙権を行使する権利を有することの確認の訴えについて確認の訴えを適法であるとしている。つまり、1998年改正前の立法の不作为が違憲であるという判示は、もっぱら国家賠償請求との関係でなされた判示とみることができる。このことはとりも直さず、立法（不作为）に対する国家賠償訴訟において、国家賠償法上の違法性を判断する前提として、当該立法（不作为）の合憲性について独自に審査していることを意味する。

以上のように、2005年判決は、在外選挙制度を設けず、1998年在外選挙創設に際して選挙区選挙を除いていたことの合憲性について、国賠法上の違法性とは別に独自に審査をして違憲と判示している<sup>(5)</sup>。このことがまず確認されるべきである。

## （２） 2005年判決の国家賠償法上の違法性の判断方法

2005年判決は、在外選挙制度を設けなかった立法者の不作为の国家賠償法上の違法性について、原判決が上記（ア）において引用するように、国家賠償法上違法と評価される場合として、「立法の内容又は立法不作为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（以下、第一要件と呼ぶ（引用者注））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（以下、第二要件と呼ぶ（引用者注））などには、例外的に、国会議員の立法行為又は立法不作为は、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」と例示した。

ここで、第一要件は、立法（不作为）の違憲性が明白であること、第二要件は、憲法上の権利行使のための立法が必要不可欠かつ明白であるこ

---

（５） 2005年判決が在外選挙の不存在・不備による在外国民の選挙権の侵害という実体の合憲性を先行して判断していることについて、戸波・前出注（３）357頁参照。



と、および、長期間放置していること、というものである。第一要件は立法の違憲の場合、第二要件は立法不作為の違憲の場合に適合する基準と考えられるが、両者を総合して考えると、立法行為が国家賠償法上違法となるのは、①当該法律が違憲であることが明白であり、②その是正を長期にわたって怠った場合であり、また、立法不作為が国賠法上違法となるのは、③憲法上の権利行使のための立法が必要不可欠かつ明白であり、④その立法を長期にわたって怠った場合である、と要約できる。このうち、①③の要件は、結局は当該立法（不作為）が違憲であり、しかもその違憲の程度が強い場合に成立するというものであり、それは前述（１）のように、立法（不作為）の合憲性を審査し、その違憲性の明白さの程度を測定することによらなければならないことになる。また、②④の立法（是正）を長期間怠った場合という要件は、国会議員の主観的な過失にかかわるものであり、それはまさに国家賠償法上の違法性の評価に特有のものである。②④の要件がこれまでの立法（不作為）に対する国家賠償訴訟において大きな役割を果たしてきたことは、後述する。

2005年判決は、この国賠法上の違法性の要件、とりわけ第二要件を在外選挙制度の不存在について適用し、以下のように論じている。すなわち、「在外国民であった上告人らも国政選挙において投票をする機会を与えられることを憲法上保障されていたのであり、この権利行使の機会を確保するためには、在外選挙制度を設けるなどの立法措置を執ることが必要不可欠であったにもかかわらず、前記事実関係によれば、昭和59年に在外国民の投票を可能にするための法律案が閣議決定されて国会に提出されたものの、同法律案が廃案となった後本件選挙の実施に至るまで10年以上の長きにわたって何らの立法措置も執られなかったのであるから、このような著しい不作為は上記の例外的な場合に当たり、……このような立法不作為の結果、上告人らは本件選挙において投票をすることができず、これによる精神的苦痛を被った」として、慰謝料5000円の支払いを命じた。

この第二要件のあてはめに関する説示において注意されるべきは、③の

「憲法上の権利行使のための立法が必要不可欠かつ明白」という要件に関して、憲法上の権利として選挙権が明確に規定されていることである。このことは、本件訴訟での「氏名の改変を強制されない権利」が憲法上の権利とみなすことができるかどうか争われていることと対照的である。また、さらに注意すべきは、この説示では憲法上の権利として端的に「選挙権」が指示されており、選挙権の保障を根拠にして、「在外選挙制度を設けるなどの立法措置を執ることが必要不可欠」と認定されていることである。そこでは、「在外国民が国政選挙において投票する権利」、あるいは「在外国民が投票することができるために在外選挙制度を設けることを要求する権利」などという具体的な権利内容が憲法上明示されていなければならないという説示はない。この点に関して、本件訴訟での原判決が「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」でなければならないと説くとき、そこでは「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いなければならないとしているのであって、2005年判決の憲法上の権利＝選挙権を根拠に立法義務を導き出した2005年判決の論理とはまったく異なっている。この点は後述する。

また、この第二要件のあてはめに関する説示において注意されるべき点として、2005年判決が在外選挙制度の不存在を国家賠償法上も違法と評価するにあたってとくに留意したのは、④の長期間放置の要件であったことである。選挙権の場合には、すべての成年者が選挙権をもつことが大前提にあり、しかも、判決の冒頭で在外選挙制度の不存在が違憲であると明言しているので、③の要件は簡単にクリアーし、④の長期間放置の要件が重要になった。そして、1984年に在外投票法案がすでに国会に提出されていることが、長期間放置と認定する決め手となっていた。選挙権に関する立法（不作為）を争う国家賠償訴訟が斥けられた事件では、③要件ではなく、④の長期間放置がみられないとされるものが多い。<sup>(6)</sup>

### （３） 在宅投票制度廃止に関する1985年最高裁判決での国賠法上の違法性判断の問題点

原判決の論理構成は、在宅投票制度の廃止に関する1985年最高裁判決の論理に類似する。しかし、1985年判決は、立法（不作為）に対する国家賠償訴訟の可能性をほぼ閉ざすものであり、学説によって強く批判された。また、それは2005年判決によって実質的に覆されている。以下では1985年判決の問題点を検討する。

1985年判決は、法律の違憲性とその国家賠償法上の違法性とを分け、後者について、「国会議員は、立法に関しては、原則として、国民全体に対する関係で政治的責任を負うにとどまり、個別の国民の権利に対応した関係での法的義務を負うものではないというべきであつて、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、国家賠償法一条一項の規定の適用上、違法の評価を受けない」という基準を設定し、在宅投票制度の不存在について、「憲法には在宅投票制度の設置を積極的に命ずる明文の規定が存しないばかりでなく、かえつて、その四七条は『選挙区、投票の方法その他両議院の議員の選挙に関する事項は、法律でこれを定める。』と規定しているのであつて、これが投票の方法その他選挙に関する事項の具体的決定を原則として立法府である国会の裁量的権限に任せる趣旨であ」り、したがって、「在宅投票制度を廃止しその後前記八回の選挙までにこれを復活しなかつた本件立法行為につき、これが前示の例外的場合に当たると解すべき余地はな」いと判示している。ここでは、在宅投票制度の不存在そのものの合憲性について審査せず、「例外的場合」に当たらないという理由で、国家賠償請求を斥けたものである。しかし、この85年判決の審査方法は、2005年判決によって実質的に斥けられたというべきである。

---

（６） 本文で続く、（４）精神的原因による投票困難者に関する2006年最高裁判決がその例である。

まず、国賠法上の違法と評価される場合につき、この1985年判決は、「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」ときわめて限定的な基準を採用したが、2005年判決は、前述の第一要件、第二要件という、より広く違法性を認める基準へと変更している。また、在宅投票制度を廃止したのち復活しなかった立法行為の例外該当性（国賠法上の違法性）について、在宅投票制度の設置を認める明文の憲法規定が存在しないこと、選挙に関する事項の決定が広く立法裁量に委ねられていること、という2点を挙げて、「例外的場合」に当たらないとしたが、2005年判決は、前述のように、「第2 在外国民の選挙権の行使を制限することの憲法適合性について」での実体の合憲性審査において厳格な違憲審査基準を提示し、それを本件事案にあてはめるにあたって立法事実を十分に検討したうえで違憲の結論を導き出している。とくに注意すべきは、1985年判決も2005年判決も、ともに「選挙権」という憲法上の権利の制限に関する立法（不作为）行為が問題になっているところ、2005年判決は、立法裁量を広く認めた1985年判決を否定し、選挙権の重要性とその制限の合憲性審査の厳格な基準をもって審査を行い、在外選挙不存在の立法不作为を違憲と判断していることである。すなわち、判決は、選挙権の制限について、「制限をすることがやむを得ないと認められる事由がなければならない」とし、「そのような制限をすることなしには選挙の公正を確保しつつ選挙権の行使を認めることが事実上不能ないし著しく困難であると認められる場合でない限り、上記のやむを得ない事由があるとはいえない」という厳格な審査基準を立て、在外選挙の不存在について違憲としたのである。

1985年判決の判断方法に依拠した原判決は、以上の意味で、2005年判決を正解していないといわざるをえない。

**（4） 精神的原因による投票困難者の選挙権に関する2006年最高裁判決の場合**  
精神的原因による投票困難者の選挙権に関する最高裁判決（最判平成18.

7. 13訟月53巻5号1622頁、判時1946号41頁）もまた、立法（不作為）に対する国家賠償訴訟の例として検討に値する。2006年判決は、精神的原因による投票困難者に対する立法措置を執らなかったことに対する国家賠償請求について、国家賠償法上の違法性の評価に関して、「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ことは、当裁判所の判例とするところである」と論じて2005年判決の第二要件を援用したのち、「憲法における選挙権保障の趣旨にかんがみれば、国民の選挙権の行使を制限することは原則として許されず、国には、国民が選挙権を行使することができない場合、そのような制限をすることなしには選挙の公正の確保に留意しつつ選挙権の行使を認めることが事実上不可能ないし著しく困難であると認められるときでない限り、国民の選挙権の行使を可能にするための所要の措置を執るべき責務があるというべきである（上記大法院判決参照〔在外選挙2005年判決＝引用者注〕）。このことは、国民が精神的原因によって投票所において選挙権を行使することができない場合についても当てはまる。しかし、精神的原因による投票困難者については、その精神的原因が多種多様であり、しかもその状態は必ずしも固定的ではないし、療育手帳に記載されている総合判定も、身体障害者手帳に記載されている障害の程度や介護保険の被保険者証に記載されている要介護状態区分等とは異なり、投票所に行くことの困難さの程度と直ちに結び付くものではない。したがって、精神的原因による投票困難者は、身体に障害がある者のように、既存の公的な制度によって投票所に行くことの困難性に結び付くような判定を受けているものではないのである。しかも、前記事実関係等によれば、身体に障害がある者の選挙権の行使について

ては長期にわたって国会で議論が続けられてきたが、精神的原因による投票困難者の選挙権の行使については、本件各選挙までにおいて、国会ではほとんど議論されたことはなく、その立法措置を求める地方公共団体の議会等の意見書も、本件訴訟の第1審判決後に初めて国会に提出されたというのであるから、少なくとも本件各選挙以前に、精神的原因による投票困難者に係る投票制度の拡充が国会で立法課題として取上げられる契機があったとは認められない」と説き、「本件立法不作為について、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当たるということはできない」と論じて、国家賠償請求を斥けた。

この判決は、精神的原因による投票困難者の選挙権に関する立法不作為について、2005年判決の第二要件に基づいて国賠法上の違法性を否定したものである。この判決では、立法不作為の合憲性それ自体についての判断はない。しかし、この判決での泉徳治補足意見は、「投票所において投票を行うことが極めて困難な状態にある在宅障害者に対して、郵便等による不在者投票を行うことを認めず、在宅のまま投票をすることができるその他の方法も講じていない公職選挙法は、憲法の平等な選挙権の保障の要求に反する状態にある」と説示している。この泉補足意見は、精神的原因による投票困難者の選挙権に関する立法不作為が違憲状態にあったとするものであり、すなわち、国賠法上は違法ではないが、立法不作為それ自体は違憲であるとするものである。それは、立法（不作為）に対する国家賠償訴訟において、立法（不作為）の違憲性と国賠法上の違法性とは異なることを前提に、立法（不作為）が違憲であっても、国賠法上も違法となるのではないこと、あるいは逆に言えば、国賠法上は適法であっても、立法（不作為）それ自体は違憲であることがありうることを示している。また、国賠法上違法であるとはいえない場合でも、立法（不作為）の合憲性について審査し違憲と判断することができることをも意味する。

この判決が国賠法上違法がないという判断のみを示したのは、本件事案において国賠法上の違法性に評価において明らかに違法とはいえないことが明らかであること、すなわち、立法（不作為）の違憲性と、国賠法上の違法性との乖離がきわめて大きかったことという事情、また、長期間放置という事態がほぼ存在しなかったという事情があったためと推測される。

#### （５） 住民票記載義務づけ等請求事件にかかる最高裁判決の場合

これに対して、最近下された、住民票記載義務づけ等請求事件に関する最高裁判決（最判平成25・9・26民集67巻6号1384頁）は、国家賠償請求との関係で、国賠法上の違法性の判断の前に問題となった法律の合憲性を審査し、それが合憲であるとして請求を斥けており、注目される。

事案の概要は、まず前訴では、原告父母が原告子の出生届の「嫡出子または嫡出でない子」の記載欄に記載をせずに出生届を提出したが不受理となり、また、住民票への子の記載の要求が拒否されたことについて、被告世田谷区長に対して、住民票への記載の拒否の応答の取消、住民票への記載の義務づけ等の訴えを提起した。1審判決は原告の請求を是認したが、2審判決は1審判決を破棄し原告の請求を棄却した。最高裁（最判平成21.<sup>(7)</sup>4.17民集63巻4号638頁）は、請求に係る訴えを却下した。その後、原告ら

---

（７） なお、この判決には、今井功裁判官の意見が付され、区長が申告人子につき住民票の記載をしなかったことが住民基本台帳法による義務に違反すると説いている。すなわち、住民に対する事務処理が住民票の記載を基礎として行われることとされている以上、「子が出生した場合に、市町村の区域内に適法に住所を有する子について、届出の催告等による方法により住民票を記載することができないときは、市町村長は、職権調査の方法により住民票の記載をすべき義務があると解すべきである」とする。今井意見は正鵠を射ている。住民票の記載の申請がなされた場合には、できるかぎりそれを受理すべきであって、真にやむをえない理由のないかぎり不受理とすることは許されないというべきである。受理の要件が欠けている場合に、市町村長は職権調査によって記載を行うことが必要であるが、さらには、申請において欠けている受理要件は受理のために真に必要な事項にかぎられ、そうでない場合には受理要件を定める法令の改廃さえ必要となるというべきである。住民票をもたない住民や、戸籍をもたない国民をつくってはならず、すみやかに申請や届を受理することのできるように手続を改め、ひいては法令の見直しを図るべきで



は、原告子が住民たる地位の確認、住民票への記載の義務づけの訴えとともに、区長が原告子に係る住民票の記載をしないことの違法、および、出生届に嫡出・非嫡出の記載を義務づけている戸籍法49条2項1号が違憲であるのにそれを撤廃しない立法不作為の違法に基づく国家賠償を請求して出訴した。1、2審判決は、請求を却下・棄却としたため、原告は上告した。この間、原告子の戸籍への記載が職権によりなされ、住民票への記載もなされたため、住民票記載義務付けの請求等に係る上告は取下げられ、最高裁は、国家賠償請求についてのみ判断したが、その際、戸籍法49条2項1号の立法（不作為）の国賠法上の違法性についてはまったく論及せず、「上告理由のうち本件規定が憲法14条1項に違反する旨をいう部分について」審査し、「本件規定は、嫡出でない子について嫡出子との関係で不合理な差別的取扱いを定めたものとはいえず、憲法14条1項に違反するものではない。」<sup>(8)</sup>と論じて、上告を棄却した。

この事案は、嫡出・非嫡出の記載を求める現行戸籍法の扱いをめぐる争いであり、請求が国家賠償請求のみではなく、多岐にわたっていた。したがって、純粋な立法（不作為）に対する国家賠償請求ではない。しかし、最高裁は、立法（不作為）に対する国家賠償請求の訴えについて、戸籍法49条2項1号が違憲ではないという実体判断を行い、それによって国家賠

---

ある。住民票の記載にとって基本的に不必要な受理要件は、改められるべきである。なお、後出注（8）、注（21）参照。

（8） この判決にも、櫻井龍子裁判官の補足意見が付され、出生届に嫡出・非嫡出の記載がなかったために受理されず、7年以上も戸籍に記載されなかったことを憂慮して、「いまだ戸籍の記載がない者について速やかに戸籍の記載がされるべきことは、戸籍法の要請するところである以上、「父母の婚姻関係の有無に係る記載内容の変更や削除を含め、出生届について、戸籍法の規定を含む制度の在り方についてしかるべき見直しの検討が行われることが望まれる」と説いている。出生届や住民票の記載申請は、個人の最も重要な個人情報に関するものであり、「不受理」ということは真に不可欠な事項が欠けているのでないかぎり、あってはならないことである。受理手続の見直しばかりでなく、受理要件についても不必要なものを改める法的措置をとることが必要である。この理は、まさに婚姻届における氏の記載についてもあてはまる。後出注（21）参照。



償請求を斥けたのである。この判決のように、立法（不作為）に対する国家賠償訴訟では、当該立法（不作為）の合憲性をまず審査することこそが、本来あるべき審査方法である。

#### （６） 受刑者選挙権の否認を違憲と判示した大阪高裁判決の場合

最近下された受刑者の選挙権の否認を違憲とした大阪高裁判決（大阪高判平成25. 9. 27判時2234号29頁）もまた、立法行為に対する国家賠償請求訴訟としてきわめて注目される。事件では、受刑者の選挙権を認めていない公職選挙法11条1項2号の違憲性が国家賠償訴訟で争われた。1審の大阪地裁判決（大阪地判平成25. 2. 16判時2234号35頁）は、国家賠償法上の違法性について論ずる前に、受刑者の選挙権制限の合憲性について、2005年判決の厳格な基準ではなく、合理性の有無を判断すべきであるとして、受刑者の選挙権制限そのものを合憲と判示し、国家賠償請求を斥けた。これに対して、大阪高裁判決は、2005年判決の「やむを得ないと認められる事由」という厳格な基準に基づいて公選法11条1項2号の合憲性を審査し、「公職選挙法11条1項2号が受刑者の選挙権を一律に制限していることについてやむを得ない事由があるということはでき」ないとして、違憲と判示した。しかし、国賠法上の違法性については、2005年判決の第一、第二要件に依拠しつつ、立法行為の国賠法上の違法性について、「公職選挙法11条1項2号が立法された昭和25年当時、受刑者であることを選挙権の欠格事由とすること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であったとまでは認め難い」とし、立法不作為の違法性についても、「平成22年7月11日当時、公職選挙法11条1項2号による受刑者の選挙権制限規定を廃止すべきことが明白な状況であったとは認め難いし、同時点において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状態にあったと評価することもできないから、国家賠償法上、その廃止立法不作為が違法であるということとはできない」と判示した。

まず、1、2審判決ともに、最初に公選法11条1項2号の合憲性について審査していることは、2005年判決の論理に忠実にしたがったものであ

る。そして、とくに2審判決は、2005年判決の選挙権制限の厳格な審査基準に拠りつつ違憲判断を示し、しかし、国賠法上の違法性について2005年の第一、第二要件に依拠しつつ、立法および不作為の違法性を否定した。本件原判決も、本来このような論理をとるべきであったといえる。

なお、成年被後見人の選挙権の否認を違憲とした東京地裁判決（東京地判平成25.3.14判時2178号3頁）は、原告の訴えが次回の選挙で投票できる地位の確認の訴えのみであり、国家賠償の訴えはなされていなかったため、違憲判決は公選法11条1項1号の違憲性のみを判示し、国賠法上の違法性の論議をしていない。

以上のように考えると、立法（不作為）による権利侵害の国家賠償訴訟では、立法（不作為）の合憲性についてまず審査がなされるべきであり、その違憲性が明白であり、かつまた、立法措置をとることを長期間怠った場合に、国家賠償請求が是認されるべきことになる。国家賠償法上の違法性が問題になる場合であっても、その前提としての立法（不作為）の違憲性について審査することは不可欠の前提となるというべきである。

### 3. 国賠法上の違法性の評価に関する原判決の誤り

#### (1) 立法者の国賠法上の違法性の評価に関する原判決の誤り

原判決の（イ）の判示の問題点は、「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」という判示のうちの<sup>(9)</sup>下線部である。つまり、立法（不作為）によってどのような憲法上の権利が侵害されたか、立

---

(9) 本稿において引かれた下線は、すべて筆者によるものである。

法者がどのような立法措置をすべきか、という点に関する判示である。

第一の問題は、2005年判決の第二要件には存在しなかった、「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が憲法上保障されており、」という要件が加えられていることである。2005年判決の第二要件は、「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」というものであり、その前に、「××の権利が憲法上保障されており」という要件は、第二要件には存在しない。

第二の問題は、ここに加えられた要件において挙げられている憲法上の権利が「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」というものであり、しかもそれが「憲法上保障されて」いなければならないとしていることである。原告は「氏名の改変を強制されない権利」を挙げていたが、この点に顧慮することなく、一方的に「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」をもちだし、そしてその結果、「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」が憲法上の権利とはいえないと断じている。

第三の問題は、「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」というあてはめの部分の当否である。2005年判決の第二要件は、「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」というものであり、原判決の読み替えの当否が問題になる。

**(2) 「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」の必要性**

2005年判決の第二要件は、「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」というものであり、「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」に対応する語句はなかった。しかし、2005年判決の場合には、憲法上の権利として「選挙権」の保障があり、在外選挙では立法不作為によって在外国民の「選挙権」が行使できないことが問題となっていたのであって、憲法上の権利についてとくに言及する必要はなかった。これに対して、本件では、どのような憲法上の権利かそれ自体が不確定であるので、第二要件の応用に当たって、憲法上の権利を明示する必要があった。この意味で、原判決が本件の事案において、「××の権利が憲法上保障されており」の要件を付加したことには理由がある。

**(3) 「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」?**

しかし、原判決が憲法上の権利として挙げている「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」は、本件で憲法上の権利として挙げるにふさわしいものではない。民法750条の違憲性が争われている本件訴訟では、どのような憲法上の権利の侵害なのかが最重要の問題であり、しかも、原告は正當にも「氏名の変更を強制されない権利」と主張したにもかかわらず、何の根拠も示さずに唐突に「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」をもちだしたのである。そこでは、どのような憲法上の論理によって「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」がもちだされたのか、それがなぜ憲法上の権利なのか、という論証がまったく欠けている。

実は、そもそも「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」などというものは、憲法上の権利ではないのである。憲法上の権利

としては、原告の主張する「氏名の改変を強制されない権利」を考えるべきであり、さらにその根拠として「氏名権」ないしは「人格権」を指定すべきなのである。原判決は、そもそも憲法上の権利ではない「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」を憲法上の権利であるかのようにもちだしたうえで、それが憲法上の権利ではない、と説いているにすぎない。このような憲法上の権利の理解のしかた、このような不当前提に基づく論証が誤りであり、「氏名の改変を強制されない権利」こそが憲法上の権利ととらえられるべきことについては、後述Ⅱで詳述する。

#### （４）「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」か

原判決は、「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」であり、「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る」ことの論証が、国賠法上違法と認定するために必要であるとする。この説示は、2005年判決の第二要件である、「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」の下線部分に本件事案の立法義務をあてはめたものである。この下線部を読み替えて「選択的夫婦別氏制度を採用すること」、「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」と説くことは、基本的に正当というべきである。

本件訴訟では、選択的夫婦別氏制度が執られるべきであるのに、その立法措置が執られていないことの国家賠償法上の違法性の有無が争われている。したがって、「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」であること、また、「選択的夫婦別氏制度についての立法をすべき職務上の義務」があることは、国賠法上の違法性の評価にあたって検討されなければならないところである。ただ、2点を捕捉したい。

第一は、ここで問題になっているのは、民法750条に関する立法行為および立法不作為であることである。つまり、在外選挙違憲訴訟の場合には、在外選挙制度が公職選挙法上設けられていなかったという典型的な立

法不作為の問題であり、したがって、それについては、「所要の立法措置を執ることが必要不可欠」という表現は適切である。これに対して本件では、民法750条はすでに存在しており、選択的別氏を認めないこと、および、時の変化によって夫婦同氏原則が社会的に支持されないものになってきていること、という状況の下での、民法750条の立法行為および立法不作為が問題となっている。つまり、ことがらを正確に表現すると、民法750条の制定段階で選択的夫婦別氏を認めていなかったこと、あるいは、その後の事情の変化にもかかわらず民法750条を改正しなかったことが争われているのである。したがって、ここでの立法（不作為）の違憲性の前提となる立法義務は、「選択的夫婦別氏制度についての立法をすべき職務上の義務」というよりも、「民法750条の制定時に選択的別氏制度を併記すべき立法義務」、ないし、「その後の事情の変化に即応して選択的別氏制を導入すべき法改正義務」と表現するのが実際に適うといえよう。そして、本件でとくに問題となるのは、「選択的別氏制を導入すべき法改正義務」である。

第二に、「選択的別氏制を導入すべき法改正義務」は、憲法上の義務として認定されなければならないが、しかし、「選択的別氏制を導入すべき法改正義務」そのものが憲法で明示されている必要はない。ある憲法上の権利が確認され、その解釈論的帰結として、「権利行使の機会を確保するために所要の立法措置（＝本件では「選択的別氏制を導入すべき法改正」）を執ることが必要不可欠」でなければならないのである。換言すれば、原判決のいう「選択的夫婦別氏制度を設けるべき立法義務」が憲法上認められなければならないが、しかし、「選択的夫婦別氏制度を設けるべき立法義務」それ自体が憲法で規定されている必要はなく、「ある憲法上の権利」から解釈によって「選択的夫婦別氏制度を設けるべき立法義務」が導き出されれば、それで足りるのである。

#### （５） 原判決の（イ）の判示部分の誤り——小結

以上（２）（３）（４）で述べてきたところをまとめると、原判決の

（イ）の判示の誤りは、ただ一つ、憲法上の権利として、「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」を挙げたことに尽きる。なぜ誤りかは後述Ⅱ 3 で述べるが、それに代わる正しい憲法上の権利として、「氏名の変更を強制されない権利」を原判決（イ）に入れてみると、この（イ）の判示は正しいものとなる。

「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、『氏名の変更を強制されない権利』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」。まさにその通りである。そして、のちに検討するように、ここでの要件はすべてクリアーされ、民法750条を改正しなかった立法の不作为は、国賠法上も違法と評価されることになるのである。

#### 4. 民法750条の違憲性とその国家賠償法上の違法性との切断の誤り

##### （１） 原判決（ウ）の誤り

原判決の上記（ウ）の説示は、「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为が国家賠償法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から、原告らの上記に係る主張は失当である」とするものであるが、ここでの誤りは、上記2、3 で述べたところと重複する。すなわち、第一に、国賠法上の違法性が立法（不作为）の違憲性の問題と密接に関わっていることを看過していることであり、第二に、民法



750条の違憲性の審査において、いかなる憲法上の権利が侵害されているかを論ずべきであるのに、それを怠ったことである。

## (2) 立法（不作為）の違憲性と国賠法上の違法性との関連

たしかに、原判決のいうように、民法750条が違憲であるとしても、それが直ちに国賠法上違法と評価されるわけではない。しかし、逆に、国賠法上違法と評価されるような立法（不作為）は当然に違憲である。つまり、国賠法上違法と評価されるのは、当該立法（不作為）が違憲であることを前提にしつつ、第一要件、第二要件に基づいて、立法（不作為）の違憲性が重大かつ明白であること、立法者が違憲性を早くから了知し、それにもかかわらず立法（改正）を放置してきたこと、という要件によって判断される。国賠法上の違法性は強度の違憲性をもった法律について認められるのであって、したがって、法律の違憲性と国賠法上の違法性は密接に関連しているのである。

原判決が両者をことさらに分断し、審査の対象を後者のみに押しとどめたことは、国家賠償法上の違法性の審査のあり方として誤っているといわざるを得ない。前述2で説いたように、2005年在外選挙最高裁判決は、まず在外選挙制度の不存在・不備について違憲と判断し、次いで、それが第二要件に照らして国賠法上も違法であると判断したのであって、国賠法上の違法性を評価する前提として立法（不作為）の違憲性について判断しているのである。

民法750条が違憲であるとしても、国賠法上違法となるわけではないと説くのは誤りではないが、それを根拠に民法750条の合憲性について審査しないとは、論理的に正当とはいえない。

## (3) 法律の合憲性と「職務上の立法義務」との関係

原判決（ウ）の後半の判示部分は、「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」とする。ここでいう「そのこと」とは、「民法750条が違憲であること」を意味するので、この部分は、



「民法750条が違憲であることのみでは、職務上の立法義務が存在していることにはならない」という意味である。しかし、この説示が論理的に誤っていることは明白である。

第一に、一般にある法律が違憲と判断された場合、違憲判決の効力論は別として、一般的に当該違憲立法を改廃すべき立法者の義務が生ずることは否定できないところである。これまでの裁判所が法律を違憲と判断した場合、立法者は当該法律を改廃してきている。違憲判決の効力論において、個別効力説に立ち、違憲判決は違憲とされた法律の当該事件への適用を排除するのみであって、法律を客観的に違憲無効とする効力をもたないという立場に立つ場合であっても、違憲判決は立法者に対して当該法律の改廃義務、しかも法的義務を課すものであり、そして、立法者がそれにしたがわない場合には、その法的義務違反であり、違憲・違法となると解される。国賠法上の違法性に関する第二要件が、「国会が正当な理由なく長期にわたってこれを怠る場合」を要件としていることにも、その趣旨が表れている。

第二に、「職務上の立法義務が存在している」かどうかは、違憲性の疑われた法律の合憲性審査において、当該法律のどの部分がどのように違憲なのかを確定しなければわからないはずである。つまり、「職務上の立法義務が存在している」かどうかは、民法750条の合憲性を審査してみないかぎり、不明である。民法750条の合憲性を審査して、それが違憲と判断される場合に、論理的にみれば、立法義務が生じないこともありうるが、立法義務が生じることもありうるところである。職務上の立法義務が生ずるかどうかは、民法750条の合憲性を審査し、それが違憲であれば、2005年判決の第二要件に基づいて職務上の立法義務違反が生ずるかどうかを審査すべきものである。

第三に、仮に民法750条の合憲性の審査が行われ、それが違憲となった場合には、その合憲性審査のなかで、民法750条がどのような憲法上の権利を侵害し、どのような点で違憲となるのかが審査されることになる。そ

して、民法750条の審査の場面では、原判決が国賠法上の違法性の評価にあたっていわば逆算的に導き出した「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」なるものは、おそらく登場しなかったであろう。

以上のように、原判決(ウ)の誤りは、法律の違憲性に踏み込むことを回避し、国賠法上の違法性に極力限定しようとするあまり、本来密接に関連している立法(不作為)の違憲性と国賠法上の違法性の問題を過度に遮断した点にある。国会議員の立法不作為(違憲法律の改廃義務違反)が国賠法上違法かどうかを判定するにあたって、民法750条の合憲性を審査することは不可欠の前提をなすというべきである。

## Ⅱ 「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」の憲法上の権利性

### 1. 原判決による国賠法上の違法性に関する判断枠組みとその論証

原判決は、国賠法上の違法性の評価について上記Ⅰ1のような判断枠組みを示し、とくに国賠法上違法と評価されるためには、「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」と説いた。

そして、それに続けて、「婚姻に際し、婚姻当事者がいずれも婚姻前の氏を称する権利が憲法上保障されているといえるかについて検討する」として、以下のアイウの論点を検討し、エで「婚姻に際し、婚姻当事者がいずれも婚姻前の氏を称する権利が憲法上保障されているということはできない」と断じた。

「ア 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（最高裁昭和63年2月16日第3小法廷判決・民集42巻2号27頁、最高裁平成18年1月20日第2小法廷判決・民集60巻1号137頁参照）。

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。」

「イ 婚姻に際しての氏の定め方について、掲記の証拠によると以下の事実が認められる。」

（ア）（イ） 略

「（ウ）法務省（民事局参事官室）が平成4年12月に公表した「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）」における問題提起に対し、様々な意見が述べられたが、その中に、氏名は人格的利益の一内容であり、人格権の尊重のため、別氏を認めるべきであるとし、あるいは、夫婦同氏の強制は、氏名権の侵害であるとするものや、夫婦の一方が改氏を強制される以上、実質的平等とはいえないとするもの、女子差別撤廃条約16条1項（g）は、夫婦別氏の権利を保障するものと解すべきであるとする意見も述べられている。（甲8、11）

そして、法務省（民事局参事官室）が、平成6年7月、公表した「婚姻制度等に関する民法改正要綱試案」に対し、選択的夫婦別氏制度の導入に

賛成する意見が多く示され、平成11年に成立した男女共同参画社会基本法に基づき、政府は、平成12年12月12日、『男女平等等の見地から、選択的夫婦別氏制度の導入や再婚禁止期間の短縮を含む婚姻及び離婚制度の改正について、国民の意識の動向を踏まえつつ、引き続き検討を進める』との内容を含む男女共同参画基本計画を閣議決定し、男女共同参画会議基本問題専門調査会は、平成13年10月、『選択的夫婦別氏制度に関する審議の中間まとめ』を公表し、その中で、「婚姻に際する夫婦の氏の使用に関する選択肢を拡大するため、選択的夫婦別氏制度の導入が望ましいと考える。」と記載している。(甲8、12)

上記のような経過からは、夫婦同氏について検討の余地があることは昭和29年以降認識されており、選択的夫婦別氏制度の導入について積極的な意見も多く述べられてきたということができ、平成4年頃には、婚姻に際し、婚姻当事者の一方が改氏を迫られることについて、人格権の侵害であるとの意見も存在したことが認められるが、そのことから、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上保障されているといえるものではない。

また、原告らは、婚氏続称の制度(民法767条2項)の導入によって「身分変動があっても氏の変更を強制されない権利」が認められたとも主張するが、そのことから、上記の権利が憲法上保障されているといえないことは上記と同様である。」

「ウ 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巻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。」

「エ 以上のとおり、婚姻に際し、婚姻当事者がいずれも婚姻前の氏を称する権利が憲法上保障されているということとはできないから、その余の点について判断するまでもなく、憲法を根拠とする原告らの請求は理由がない。

なお、原告らは、婚姻に際し、妻が改氏する割合が96%以上に上る（甲8）ことを指摘し、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は上記のとおりである。しかし、上記のような社会情勢にあることから、直ちに、国会議員が個々の国民に対し、選択的夫婦別氏制度に関する立法を行うべき職務上の注意義務を負い、立法不作為が国家賠償法1条1項の適用上違法との評価を受けるものということができるものではないから、上記の事情は結論を左右するものではない。」

原判決の上記の説示は、ア氏名権、イ立法の動向、ウ憲法24条、のそれぞれから「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かどうかを検討し、結論として憲法で保障された権利とはいえないと断じたものである。しかし、その説示は、本件の別姓訴訟での「憲法上の権

利」の意義を誤解し、憲法上の権利の導出の論理のうゑで重大な誤りを犯しているといわなければならない。問題点は以下の通りである。

- ① 憲法上の権利の導出に関する議論を、民法750条に関する立法不作為の国家賠償法上の違法性の議論のなかで行っており、そのため、第二要件の条件である「明白である」かどうかという本来不要の条件が付加されたかたちで論じている。
- ② 本件別姓訴訟における憲法上の権利を、原告の主張する「氏名の変更を強制されない自由」とはせず、「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」と構成している。しかも、なぜ「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」なのか、どのような論理によってそのような権利が憲法上の権利になりうるのか、十分に説明していない。
- ③ 女性の改氏による人格的不利益や夫婦別氏制を要求する社会的・法的意識の高まりを指摘しながらも、「氏名の変更を強制されない権利」の憲法上の権利性に論及せず、また、是認せず、選択的別氏制度を執らないことの違憲性の審査を回避している。
- ④ とりわけ氏名権から「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」が導き出されないと論じていることが問題になる。判決は氏名権の憲法上の権利性を承認しているようであるが、なぜそこから「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」（あるいは少なくとも「氏名の変更を強制されない権利」）が導き出されないのか、不明である。

## 2. 憲法上の権利の導出に関する議論を、国賠法上の違法性の判断のなかで行うことの誤り

### (1) 原判決が憲法上の権利の導出に関する議論を、国賠法上の違法性の判断のなかで行ったことの誤り

原判決の問題点の第一は、憲法上の権利の導出に関する議論を、国賠法

上の違法性の判断のなかで行い、そのために、権利の導出の可否についてそれが「明白である」かどうかという余分の条件が付加されていることである。換言すれば、憲法13条から「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」、（原告の主張する「氏名の変更を強制されない自由」）が導き出されるかどうかについて、国賠法上の違法性に関する第二要件の成否のなかで論じ、その結果、たとえば「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」と結論づけている。

なぜこのような誤りが生じたかといえば、先に論じたⅠ 3（２）のなかにある。すなわち、原判決は、2005年判決の第二要件を本件に適用するにあたって、「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」という基準を立てた。この下線部分につき、「××の権利」が憲法上保障されていなければならないという説示は必要であり、この部分を付加したことには理由がある。しかし、「××の権利」が憲法上の権利か否かの審査を、国賠法上の違法性の審査基準である第二要件のなかで行うことは、違法性の審査を誤解するものである。それは実体法上の憲法解釈の問題として第二要件とは別に独自に行われなければならない。

ある権利・自由が憲法上保障されているかどうかという問題は、憲法ないし人権の重要な解釈問題であり、それがどのような訴訟で争われているに関わりなく、人権解釈の実体法上の問題として論じられるべきものである。本件の場合では、民法750条がどのような憲法上の権利を不当に制



限して違憲であるかという、民法750条の合憲性審査の際にこそ、民法750条によって制約を受けた憲法上の権利とは何かが論ぜられるべきものである。原判決が民法750条の合憲性の審査を回避し、もっぱら750条の立法(不作為)の国賠法上の違法性の問題に局限したが、まさにその誤りが憲法上の権利の導出の当否に関するゆがんだ解釈をもたらしたのである。

## (2) 憲法上の権利の導出の議論と訴訟形態との無関係性

憲法上の権利の導出の議論は、これまでさまざまな訴訟・判決で論じられているが、最高裁は、憲法上の権利として認められるかどうかの審査について、そこで争われている訴訟形態によって審査方法を変えろというような判示をしたことはない。むしろ、ある権利が憲法上保障されているかどうかの判断は、訴訟形態に関わりなく、憲法・人権の実体の問題として議論してきている。

従来の判例で、憲法上列举されていない権利の導出を図った判例は、どのような訴訟において判断されてきたか。事件の具体的な内容については後述4でみることにして、さしあたり指摘すると、「みだりに容ぼう等を撮影されない自由」を導き出した京都府学連事件最高裁判決は警察官に対する公務執行妨害罪の成否に関する刑事事件において、「みだりに指紋の押捺を強制されない自由」に関する外国人指紋押捺訴訟最高裁判決も指紋押捺拒否に対する刑事事件において、「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」を是認した住基ネット訴訟最高裁判決は住民基本台帳からの被上告人らの住民票コードの削除を求める人格権に基づく妨害排除請求訴訟で、それぞれ論じられた。それらでは、憲法上の権利が導出されるかどうかについて、争われた訴訟形態に関係なく、その導出の当否が議論されている。それにもかかわらず、本件の民法750条の立法(不作為)に対する国家賠償訴訟において、なぜ憲法上の権利を導き出すことが「必要不可欠であって、明白であ」という加重した要件が付加されるのか、まったく不明である。

また、立法(不作為)に対する国家賠償訴訟において「憲法上の権利」



の導出基準を特別に厳しくすることになると、他の訴訟との関係で矛盾する事態が生ずる。つまり、他の一般の訴訟、たとえば取消訴訟や違法確認の当事者訴訟においては憲法上の権利性が認められた行為について、立法（不作為）の国家賠償訴訟では憲法上の権利性が否定されるという事態である。本件の別姓訴訟の場合でも、訴訟での争い方は複数ありうるどころ、憲法上の権利性が認められなかった「氏名の変更を強制されない権利」が、他の訴訟（旧姓のまま婚姻できる地位確認訴訟や夫婦別姓による婚姻届の提出の不受理の取消訴訟等）では、「明白」性の要件がないために、その憲法上の権利性が認められるという事態がおこりうる。しかし、訴訟の形態によって、憲法上の権利であるかどうかは認められたり、認められなかったりすることは、それが人権にかかわる訴訟である以上、あってはならないことである。憲法上の権利性の是非の審査は、訴訟形態に関わりなく、同じ実体的な権利性の導出の基準によって判断がなされるべきである。

### ３．「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」を憲法上の権利としたことの誤り

#### （１）「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」の根拠づけの誤り

原判決が、憲法上の権利として、「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」をもちだしたことは、原判決の致命的な誤りであった。

原判決は、「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」なるものを突如登場させ、それが「憲法上保障され」ていなければならないという。しかし、なぜ「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」が憲法上保障されていなければ、国賠法上の違法とはいえないのか、その論理のつながりは明確ではない。そもそも「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」とはどのような憲法上の権利なのか、それがどのようにし

て憲法から導き出されるのか、まったく不明である。もともと、原判決自身も、結論として、「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」は憲法上の権利ではなく、憲法から導き出せない」と結論づけているのであるから、そもそも憲法上の権利ではないものを憲法上保障されていなければならないとする出発点において、原判決は誤っていたのである。

原判決がなぜ「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」を憲法上保障されていなければならないとしたかといえ、おそらく、第二要件のなかでのそれに続く条件、つまり、「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る」という条件からいわば逆算したものと推測される。すなわち、「選択的夫婦別氏制度を採用することを必要不可欠とさせるような権利」を想定し、そこで、憲法上の権利として「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」をもちだしたものである。

しかし、この「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」なるものは、後述するように、およそ憲法上の権利の名にふさわしくないものである。むしろ、原告の主張する「氏名の変更を強制されない権利」こそをもちだすべきであった。憲法上の権利とは呼べないようなものをもちだして、それが憲法上の権利であるとはいえないという論理は、否定のための論理としかいいようがない。このような誤った論理が何の疑いもなく採られたのは、原判決が民法750条の合憲性の問題に立ち入らなかったためであるといっても過言ではない。

結論的にいえば、原判決の誤りは、立法者の立法義務違反といえるためには「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」いることが必要であるとした部分にある。「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」が憲法上の権利として保障されていなくとも、他の憲法上の権利に基づいて、その権利の解釈によって、選択的夫婦別氏制度の立法・法改正義務を根拠づけることは可能であ

るし、また、そのように解すべきであるのである。

**（２）「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」に関する被告国の主張の誤り**

原判決が「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」というあやしげな権利をもちだした理由の一つに、被告国が国賠法上の違法について以下のような主張をしていたことを挙げることができる。

「ある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である（17年判決）というためには、その前提として、具体的かつ特定の内容の法制度を構築すべきことを要求することができる権利が、個々の国民に対して憲法上保障されていることが必要である。

なぜなら、国会議員の立法行為（立法不作為を含む。以下同じ）が国家賠償法1条1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、当該立法の内容の違憲性とは区別されるべきである（85年判決）からである。そして、国家賠償請求訴訟における違法性は、究極的には他人に損害を加えることが法の許容するところであるかどうかという見地からの行為規範違反性であるから、原告らは、当該行為規範として、国会議員が、憲法上、損害賠償の対象となるような個別の国民の権利利益の侵害を回避するために、ある具体的かつ特定の内容の法制度（本件でいうと夫婦別氏を選択できる法制度）を構築しなければならない法的義務（立法義務）を負っているのに、それに違背したことを主張立証しなければならない。それにもかかわらず、原告らの主張は、一般的抽象的なものにすぎず、立法不作為が違憲であることを主張するにとどまり、国会議員の立法不作為が国家賠償法1条1項の適用上違法であることを基礎付ける職務上の法的義務の存在やその違反ひいては個別の国民として有する権利利益の侵害を主張しているとはいえない。」

この被告国の主張の誤りは、「ある具体的かつ特定の内容の法制度を構築しなければならない法的義務」というように、立法義務が具体的かつ特定された法制度を構築すべき義務でなければならないとしていることである。たしかに、立法不作為の違憲性では、なすべき立法義務が認められ、それにもかかわらずそれが長期間放置されたことが違憲・違法と評価される。しかし、そこでの立法義務とは、具体的で特定された制度の構築義務ではない。何らかの法制度をつくるべき義務が導き出されるが、その具体的な内容は立法者に委ねられる。たとえば、在外選挙制度の場合に、在外国民が選挙をすることができる制度の構築が要求されるが、その選挙制度は、郵便投票か、在外公館投票か、あるいは、別に海外選挙区をつくるか、具体的な制度設計は立法者に委ねられるのである。つまり、立法不作為における立法義務とは、立法不作為の違憲性を解消するために何らかの立法をすべき義務をいうのであって、「具体的かつ特定の内容の法制度を構築しなければならない法的義務」ではないのである。

また、立法行為が国賠法上違法とされた場合にも、当該法律が違憲無効となれば当該法律の廃止義務が生ずるとし、また、当該法律の違憲部分を是正して当該法律の違憲性を改めることができるのであれば、そこでは当該法律の改正義務が生ずることになる。違憲とされた立法（不作為）をどのように是正すれば違憲状態が払拭されるかは、問題となった事案ごとに異なる。いずれにせよ、立法（不作為）の違憲性から生ずる立法義務の内容は多様でありうるものであり、「ある具体的かつ特定の内容の法制度を構築しなければならない法的義務」というように特定されたものではないというべきである。

本件の事案においても、民法750条が違憲とされた場合に、立法者に課せられる立法義務の内容は多様であり、しかも、それは立法者の選択に依存する。民法750条の対極にあるまったくの夫婦別氏の婚姻のみとするという選択肢に至るまで、夫婦別氏を取り入れた制度としてさまざまな制度を考えることができる。そもそも婚姻が法律によって定められた要式の制

度である以上、民法750条が違憲とされた場合に、どのような氏とするかという制度的な問題は常に残るのである。本件の事案は、まさに夫婦別氏の制度構築を要求する事案にはほかならない所以である。

**（３） 国家賠償法上の被侵害利益と「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」との関係の不明確性**

国家賠償請求の成立要件には、被害者の「権利利益の侵害」がある。権利利益の侵害がなければ、国家賠償請求はそもそも斥けられる。それでは、原判決は、原告の国家賠償請求の根拠として、いかなる被侵害利益を認めたのであろうか。原告の主張した「氏の変更を強制されない権利」か、「結婚の自由」か、あるいは、原判決が憲法上の権利とは認められないとした「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」なのか。原判決は、被侵害利益についてまったく論じていない。

原判決の論理によれば、「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」は、立法不作為の国賠法上の違法性の認定に際して、国賠法上の違法性を根拠づける権利としては認められない、というものであり、それはすなわち、国賠法上の違法性に関連して「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」の憲法上の権利性を否定したものである。この論理を前提にして、原告の国家賠償請求の被侵害利益について考えると、まず、「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」は、立法不作為の国家賠償請求での明白な憲法上の権利性は否定されるものの、原告の国賠法上の被侵害利益としては肯定される、という論理が考えられる。しかし、国家賠償の被侵害利益としては権利性の認められる「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」が立法不作為の違法性の判断においては憲法上の権利性が認められないとする論理には、大きな矛盾が生ずることは否めない。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ことができる権利」が国家賠償請求の被侵害利益として認められることについての論証がないうえ、そもそも本件事案の被侵害利益

としては、婚姻に際して意に反して改氏を強制されることへの嫌悪がある以上、むしろ「改氏を強制されない権利・利益」こそがもちだされるべきである。

では、原判決は、国家賠償請求の被侵害利益として、原告の主張する「氏の変更を強制されない権利」を認めたのであろうか。原判決の説示中に「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」という認定があるので、「氏の変更を強制される不利益」を被侵害利益と解したようにみえなくもない。しかし、それでは、なぜ国家賠償請求の被侵害利益を「氏の変更を強制されないという利益」と解しつつ、立法不作為の国賠法上の違法性の認定にあたって、それをなぜ「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」と読み替えたのか、不可解である。「氏の変更を強制されない権利」を国家賠償法上の被侵害利益と認めたのであれば、国家賠償法上の違法性の判断にあたって、憲法上の権利として「氏の変更を強制されない権利」の権利性を問題とすべきである。

#### 4. 「氏名の変更を強制されない権利」の憲法上の権利性

##### (1) 「憲法上の権利」の意義と保護領域論

「氏名の変更を強制されない権利」の権利性について考えるにあたり、まず、「憲法上の権利」の意味が多義的であることに注意しなければならない。そして、とりわけ「憲法上の権利」と「憲法上の権利によって保護された行為」の区別に注意する必要がある。

「憲法上の権利」とは、通常、憲法に列挙された憲法の保障する権利をいう。「人権」とほぼ同義であるが、「人権」の概念はさらに多義的であり、自然権の意味での法哲学的な「人権」もあれば、国際人権のように条約で保障された「人権」もある。人権の観念のなかで重要なのが、実定法的意味での人権、つまり、憲法（日本国憲法）で保障されている「人権」

であり、それはとくに「憲法上の権利」と呼ばれる。それは日本国憲法第3章「国民の権利及び義務」において、憲法10条から40条の間で列挙されている諸権利を指す。憲法19条の思想及び良心の自由、20条の信教の自由、21条の表現の自由、22条の職業選択の自由などがそれである。憲法に列挙されていない権利であっても、憲法13条から憲法上の権利が導出されることは、通説・判例の認めるところであるが、本件ではまさにそれが問題となっている。

個別の「憲法上の権利」のなかで、権利の保障に段階的な構造がある。個々の憲法上の権利はある特定の行為類型を抽象的に保障しているが、具体的な事件で、「人権侵害」が争われる場合には、公権力によって規制を受けた行為が憲法上保障されているかどうかが問題になる。ドイツでは後者の「被制約行為」が特定の「憲法上の権利」によって保障されている場合、当該「被制約行為」は当該「憲法上の権利」の保護領域のなかにあると説き、当該被制約行為は憲法によって保護されているので、当該国家行為が合憲か否かが問題となる、と説明する。

たとえば、表現の自由との関係でいえば、憲法21条は「表現の自由」を保障している。また、「集会・結社の自由」、「言論・出版の自由」も明文で保障されている「憲法上の権利」である。さらに、憲法明文では定めはないが、「報道の自由」も判例上、「憲法上の権利」として保障されている。

それでは、デモ行進の権利やビラ配布の権利はどうか。表現の自由によって保障されていることは疑いないが、「ビラ配布の権利」が、上記の憲法上明文で保障されている「権利」と同様に憲法上の権利として保障されているといってよいかどうか、やや問題になる。ましてや、「駅前広場で駅の乗降客に政党支持を求めるビラを配布する権利」などというものが「憲法上の人権」として保障されているということはできない。それはむしろ、表現の自由の行使の一態様であり、表現の自由という憲法上の権利によって保護された行為（つまりその行為が制限されると表現の自由の侵害の問題が生ずる）とみるべきものである。



以上を説明すれば、「憲法上の権利」とは、憲法で列挙された人権あるいはそこから解釈上当然に認められる権利で、ある程度包括的・抽象的な意味をもち、その権利行使においてさまざまな行為形態を含みうるもの、ということができる。そして、その憲法上の権利（人権）の下で、当該権利の行使と評価され憲法的に保護される一群の行為がある。ドイツでは、そのような憲法上の権利によって保護された行為の範囲を「保護領域」（Schutzbereich）と呼び、人権制限が裁判で争われた場合には、裁判所は、国家行為によって制限を受けた行為がどの人権（憲法上の権利）によって保護されているか、そして、どの人権制限の問題として審査するかが論じられる。

それでは、原判決のいう「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」はとはいかなるものか。原判決は、それが「憲法上保障されてい」なければならないと論じており、それが「憲法上の権利」なのか、「憲法で保障された権利行使」なのかが明確ではない、しかし、その後の原判決の論旨を全体的にみれば、それが「憲法上の権利」でなければならないという前提に立っていることは疑いない。

しかし、「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」というような具体的な場面での具体的な権利行使が「憲法上の権利」として憲法上保障されることはありえないことである。それは、氏名に関する人格的権利の一内容として憲法上保護されるべき行為と解するのが正しい。つまり、必要なのは、「婚姻の際に以前の氏を称することは、どのような憲法上の権利によって保障されているか」、という問いを立てることでこそある。そして、念のためにいえば、そのような「憲法上の権利」の意義は、とくに本件のように憲法に列挙されていない権利を憲法上の権利として確定させるためには、民法750条の国賠法上の違法性の議論においてではなく、民法750条の合憲性の議論のなかで行うべきなのである。

民法750条によって制限されている憲法上の権利は何か、そして、国賠



法上の違法性に関する第二要件において、民法750条の改正義務を導き出す根拠となる権利は何か、についてはさらに後述する。ただ、ここに結論だけ示せば、これまで縷々指摘してきたように、第1には憲法上の権利としての「人格権」によって、そして、第2には、「人格権」の一内容としての「氏名の変更を強制されない権利」ないし「氏名保持権」によって、婚姻に際して従前の氏を保持することが憲法上の保護を受けており、そして、民法750条の夫婦同氏の定めはまさに氏名の変更を強制しており、「氏名の変更を強制されない権利」としての「人格権」（それらは憲法上の権利として憲法13条から導出される権利である）を制約している。そこで、婚姻に際して夫婦同氏を要求している民法750条が正当な理由なく人格権を侵害するものかどうか、つまり、民法750条の規定の正当化が問題となるのである。

## （２） 憲法13条から導き出される「憲法上の権利」とその保護領域

それでは憲法13条から導き出される権利についてはどのように考えるべきか。憲法13条の幸福追求権は、憲法上列挙されていない権利を導出する根拠となるとするのが判例・通説である。導出される権利についてはさまざまな議論がある。

まず、学説では、人格的利益説と一般的自由説との対立がある。人格的利益説は、個人の人格的生存にとって不可欠ないし重要な権利が導き出されると説き、一般的自由説はおおよそ個人の自由な行動がすべて保障されると説く。この対立が生ずるのは、憲法の保障する人権は人格的・精神的な営為に限るかどうか、人権のなかに「瑣末な権利」をも含めるかどうかに関する対立に由来する。

私は、少数説ではあるが、一般的自由説をとる。おおよそ個人は自由に行動し、自己の考えるように決定することができるのであって、それが不当に制限される場合には、人権侵害と主張できると考えるからである。もっとも、一般的自由説をとるといっても、私は「人格」の概念を尊重し、人格にかかわる自由であれば、より強く保障されると解するので、人格的利

益説との違いは、人格的利益に関わらない自由を憲法上の自由を含めるかどうかという点の違いということになる。そして、後述するように、本件で問題となっている「氏名に関する人格権」ないし「氏名の変更を強制されない権利」は、人格的利益に関わる重要な権利であるので、本事案との関係では一般的自由説をとくに主張する実益はない。

ところで、学説では、憲法13条から導出される個別の憲法上権利として、人格権、プライバシー権、環境権、自己決定権を挙げるのが一般的である。このほかに、名誉権、氏名権、肖像権なども挙げられることがあるが、これらは「人格権」に包摂されると考えられている。また、眺望権、景観権、日照権なども主張されているが、これらは環境権に含められるか、あるいはやや小振りの権利なので、とくに憲法13条から導き出される「憲法上の権利」とみなされるまでには至っていない。入浜権、道路通行権なども同様である。

### (3) 判例における「憲法上の権利」の導出

これに対して、判例では、「個人の私生活上の自由」と「人格権」とが憲法上の権利として承認されており、「プライバシー権」もようやく一個の権利として認められつつある。

判例の「憲法上の権利」の導出の特徴は、「私生活上の自由」を個別的な人権ないし人権行使の「受け皿」となる包括的自由として論理構成し、そこから個別の自由・権利を導き出していることである。たとえば、憲法13条に関するリーディングケースである京都府学連事件最高裁判決（最大判昭和44.12.24刑集23巻12号1625頁）は、以下のように論ずる。

「〔憲法13条〕は、国民の私生活上の自由が、警察権等の国家権力の行使に対しても保護されるべきことを規定しているものといえることができる。そして、個人の私生活上の自由の一つとして、何人も、その承諾なしに、みだりにその容ぼう・姿態（以下「容ぼう等」という。）を撮影されない自由を有するものといえるべきである。これを肖像権と称するかどうかは別として、少なくとも、警察官が、正当な理由もないのに、個人

の容ぼう等を撮影することは、憲法一三条の趣旨に反し、許されないものといわなければならない。」

ここでの論理は、憲法13条が個人の私生活上の自由を保障しており、それは国家権力に対しても保護されるべきものであって、その内容として、「みだりに容ぼう等を撮影されない自由」があるというものである。そして、以上のような「私生活上の自由」から、最高裁は以下のような権利が保障されているとする。

①外国人指紋押捺拒否事件最高裁判決（最判平成7. 12. 15刑集49巻10号842頁）

「憲法一三条は、国民の私生活上の自由が国家権力の行使に対して保護されるべきことを規定していると解されるので、個人の私生活上の自由の一つとして、何人もみだりに指紋の押なつを強制されない自由を有するものというべきであり、国家機関が正当な理由もなく指紋の押なつを強制することは、同条の趣旨に反して許され」ない。

②住基ネット最高裁判決（最判平成20. 3. 6民集62巻3号665頁）

「憲法13条は、国民の私生活上の自由が公権力の行使に対しても保護されるべきことを規定しているものであり、個人の私生活上の自由の一つとして、何人も、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を有する」。

③和歌山毒入カレー被告人写真撮影事件最高裁判決（最判平成17. 11. 10民集59巻9号2428頁）

「人は、みだりに自己の容ぼう等を撮影されないということについて法律上保護されるべき人格的利益を有する（最高裁昭和40年（あ）第1187号同44年12月24日大法廷判決・刑集23巻12号1625頁参照）」。

なお、この判決は、民事の損害賠償請求に関するものである。

他方、判例は、憲法13条から導き出される憲法上の権利として「人格権」をも挙げている。そして、人格権の内容としてさまざまな権利や権利行使ないし保護された権利を導き出している。人格権が憲法上の権利であ

ることを示唆した北方ジャーナル事件（最大判昭和61. 6. 11民集40巻4号872頁）は、以下のように述べて、憲法13条から導出される憲法上の権利としての人格権の内容として名誉の保護があることを示した。

「人の品性、徳行、名声、信用等の人格的価値について社会から受ける客観的評価である名誉を違法に侵害された者は、損害賠償（民法七〇条）又は名誉回復のための処分（同法七二三条）を求めることができるほか、人格権としての名誉権に基づき、加害者に対し、現に行われている侵害行為を排除し、又は将来生ずべき侵害を予防するため、侵害行為の差止めを求めることができるものと解するのが相当である。ただし、名誉は生命、身体とともに極めて重大な保護法益であり、人格権としての名誉権は、物権の場合と同様に排他性を有する権利というべきであるからである。

……しかしながら、言論、出版等の表現行為により名誉侵害を来す場合には、人格権としての個人の名誉の保護（憲法一三条）と表現の自由の保障（同二一条）とが衝突し、その調整を要することとなるので、いかなる場合に侵害行為としてその規制が許されるかについて憲法上慎重な考慮が必要である。」

この判示で注意すべきは、人格権が私法上の権利として多様な内容をもつこと、それが言論の差止請求の根拠となること、そしてまた、人格権の一内容としての名誉が表現の自由と衝突した場合には、憲法的衡量が必要とされていること、である。

さらに、判例は、人格権から以下のような権利利益を導き出している。

①氏名日本語読み事件最高裁判決（最判昭和63. 2. 16民集42巻2号27頁）

「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つて、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。」

②氏名冒用事件最高裁判決（最判平成18. 1. 20民集60巻1号137頁）

「氏名は、その個人の人格の象徴であり、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、その氏名を他人に冒用されない権利を有する（最高裁昭和58年（オ）第1311号同63年2月16日第三小法廷判決・民集42巻2号27頁参照）ところ、これを違法に侵害された者は、加害者に対し、損害賠償を求めることができるほか、現に行われている侵害行為を排除し、又は将来生ずべき侵害を予防するため、侵害行為の差止めを求めることもできると解するのが相当である（最高裁昭和56年（オ）第609号同61年6月11日大法廷判決・民集40巻4号872頁参照）。」

③エホバの証人輸血拒否事件最高裁判決（最判平成12. 2. 29民集54巻2号582頁）

「患者が、輸血を受けることは自己の宗教上の信念に反するとして、輸血を伴う医療行為を拒否するとの明確な意思を有している場合、このような意思決定をする権利は、人格権の一内容として尊重されなければならない。」

④ピンクレディパブリシティ権事件最高裁判決（最判平成24. 2. 2民集66巻2号89頁）

「人の氏名、肖像等（以下、併せて「肖像等」という。）は、個人の人格の象徴であるから、当該個人は、人格権に由来するものとして、これをみだりに利用されない権利を有すると解される（氏名につき、最高裁昭和58年（オ）第1311号同63年2月16日第三小法廷判決・民集42巻2号27頁、肖像につき、最高裁昭和40年（あ）第1187号同44年12月24日大法廷判決・刑集23巻12号1625頁、最高裁平成15年（受）第281号同17年11月10日第一小法廷判決・民集59巻9号2428頁各参照）。そして、肖像等は、商品の販売等を促進する顧客吸引力を有する場合があります、このような顧客吸引力を排他的に利用する権利（以下「パブリシティ権」という。）は、肖像等それ自体の商業的価値に基づくものであるから、上記の人格権に由来する権利

の一内容を構成するものということができる。」

さらに、憲法13条から導かれる憲法上の権利として、プライバシー権がある。判例は、従来「プライバシー」について論及してこなかったが、近年の判例では、プライバシー権に言及するようになっている。プライバシー権に関連する判例として、以下のものがある。

①前科照会事件最高裁判決（最判昭和56. 4. 14民集35巻3号620頁）

「前科及び犯罪経歴（以下「前科等」という。）は人の名誉、信用に直接にかかわる事項であり、前科等のある者もこれをみだりに公開されないという法律上の保護に値する利益を有するのであつて、市区町村長が、本来選挙資格の調査のために作成保管する犯罪人名簿に記載されている前科等をみだりに漏えいしてはならないことはいうまでもないところである。」

②ノンフィクション逆転事件最高裁判決（最判平成6. 2. 8民集48巻2号149頁）

「ある者が刑事事件につき被疑者とされ、さらには被告人として公訴を提起されて判決を受け、とりわけ有罪判決を受け、服役したという事実は、その者の名誉あるいは信用に直接にかかわる事項であるから、その者は、みだりに右の前科等にかかわる事実を公表されないことにつき、法的保護に値する利益を有するものというべきである（最高裁昭和五二年（オ）第三二三号同五六年四月一四日第三小法廷判決・民集三五巻三号六二〇頁参照）。この理は、右の前科等にかかわる事実の公表が公的機関によるものであっても、私人又は私的団体によるものであっても変わるものではない。」

③早稲田大学名簿提出事件最高裁判決（最判平成15. 9. 12民集57巻8号973頁）

「本件個人情報、早稲田大学が重要な外国国賓講演会への出席希望者をあらかじめ把握するため、学生に提供を求めたものであるところ、学籍番号、氏名、住所及び電話番号は、早稲田大学が個人識別等を行う

ための単純な情報であって、その限りにおいては、秘匿されるべき必要性が必ずしも高いものではない。また、本件講演会に参加を申し込んだ学生であることも同断である。しかし、このような個人情報についても、本人が、自己が欲しない他者にはみだりにこれを開示されたくないと思えることは自然なことであり、そのことへの期待は保護されるべきものであるから、本件個人情報は、上告人らのプライバシーに係る情報として法的保護の対象となるというべきである。」

以上のように、判例では、憲法13条から導き出される憲法上の権利として、「私生活上の自由」、「人格権」、「プライバシーに関する情報」を挙げ、そこからさらに、肖像、名誉、信用、氏名、医療に関する自己決定、個人情報の不開示、前科情報の不公表、指紋押捺の不強制などを導き出している。もっとも、私生活上の自由、人格権、プライバシーの3つの権利・自由の間には率然とした区別があるわけではなく、たとえば「私生活上の自由」から導き出された写真撮影されない自由は肖像に関する人格権と関連し、「私生活上の自由」から導き出された個人情報の不公表はプライバシーと関連するなど、3つの権利・自由は内容的に重複している。

なお、判例で認められた憲法上の権利ないし憲法によって保障された権利・利益に関して、憲法上の権利と私法上の権利が混在している。そこで、憲法上の権利と私法上の権利の関係が問題となる。たとえば人格権について、①人格権には憲法上の人格権と私法上の人格権があり、両者は別なものか同じものか、②人格権侵害が民法709条の不法行為によって争われるとき、その人格権は私法上のものであって憲法と関係しないのか、あるいは、憲法の私人間効力論によって憲法上の人格権の私法への適用の問題になるのか、あるいは憲法上・私法上の区別はないのか、などの問題である。この問題は、学説でさまざまに議論されており、<sup>(10)</sup>定説がない難問で

---

(10) たとえば、人権の私人間効力をめぐる議論について、さしあたり、君塚正臣「私人間における権利の保障」大石＝石川編『憲法の争点』（有斐閣、2008年）66



ある。これについて、私は以下のように考えている。ここでは人格権を例にとって述べる。

まず、憲法上の人格権と私法上の人格権とは、基本的に区別されうるものである。ドイツでは、ドイツ民法上人格権の規定をもたないが、連邦通常裁判所が人格権を解釈によって導出し、その人格権の創設を連邦憲法裁判所が許される拡張解釈<sup>(11)</sup>であるとして是認した。その後、連邦憲法裁判所は、基本法1条1項と結びついた2条1項から憲法上の人格権を導出して<sup>(12)</sup>いる。そして、連邦通常裁判所は民事の裁判において私法上の人格権の内容について判例を発展させ、連邦憲法裁判所は憲法事件において憲法上の人格権について判例を展開している。ただし、その内容について、両者に実質的な違いがあるわけではなく、ほぼ同様の内容のものと解釈され、それぞれの裁判で適用されている<sup>(13)</sup>。ドイツでは、民事裁判権と憲法裁判権とが分かれているため、人格権の解釈適用もまた、民事裁判権と憲法裁判権の双方でそれぞれ独自に行われることになる。

これに対して、日本では、裁判権はすべて統一され、憲法上の権利と私法上の権利とを率然と区別する必要のないまま、民事事件でも憲法上の権利が論議されることになる。したがって、人格権についても、憲法上の人

---

頁、愛敬浩二「憲法と私法」同『憲法の争点』80頁参照。

(11) BVerfGE 34, 269, 1973. いわゆるソラヤ決定であるが、判決については、渡辺康行「裁判官による法形成とその限界」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例(第2版)』(信山社、2003年)63頁以下。

(12) BVerfGE 54, 148, 1980. いわゆるエッブラー決定であるが、判決については、押久保倫夫「一般的人格権の性質と保護領域」前出注(11)54頁。

(13) ドイツにおける憲法上の人格権と私法上の人格権の関係について、Vgl. Jarass, Das allgemeine Persönlichkeitsrecht im Grundgesetz, NJW1989, S. 858ff. 上村都「憲法上の人格権と民法上の人格権」憲法問題21号(2010年)43頁以下、戸波美代『『歪曲された『著作者の人格像』の伝達からの保護』と人格権』牧野傘寿記念『知的財産権 法理と提言』(青林書院、2012年)1062頁以下参照。また、憲法上の人格権について、根森健「人間の尊厳の具体化としての人格権—人格権研究序説」『ドイツ公法の理論』(一粒社、1992年)297頁以下、上村都「ドイツにおける人格権の基本構造」岩手大学文化論叢7・8輯(2009年)93頁以下参照。

格権と私法上の人格権を区別する意義は乏しい。さらにまた、実定法に定められていない権利を導出するにあたって、それが憲法上の権利であるにせよ私法上の権利であるにせよ、その根拠を憲法13条に求めざるをえないことは、プライバシーの権利がはじめて論じられた宴のあと事件判決（東京地判昭和39.9.28下民集15巻9号2317頁）に照らしても、否定できないところである。人格権について、あるいはそれ以外の新しい権利について、それが憲法上の権利か私法上の権利かを議論することには、実際上は実益がないというべきである。<sup>(14)</sup>

#### （４）「氏名の変更を強制されない権利」の憲法上の権利性

判例は、「私生活上の自由」、「人格権」、「プライバシー」という憲法上の権利からさまざまな内容の権利・利益を導き出してきているが、それでは、どのような場合にどのような権利・利益が導出されるかといえ、必ずしもその導出の可否の基準や条件は明確ではない。<sup>(15)</sup>この点に関して、有力学説は、当該権利が、①長期間国民生活に基本的なものであったか、②多数の国民が行使できるものであるか、③他人の基本権を侵害するおそれがないか、という3つの要件を挙げている。<sup>(16)</sup>この要件は新しい人権導出の

(14) ただし、本件での人格権は、民法750条の違憲性の根拠として持ち出される人格権であるので、それが憲法上の権利であることが論証されなければならない。

(15) 最高裁判例における「新しい権利」の導出の方法は、導出のための要件や基準を定立することなく、むしろ事案に即した権利を論証なしにいわば直観的に認定するというものである。そして、この方法こそが、本件訴訟においても、「氏の変更を強制されない権利」の導出にあたって採られるべきである。

(16) 芦部信喜『憲法学Ⅱ人権総論』（有斐閣、1994年）348頁。しかし、この3要件は非列挙人権の導出基準として必ずしもふさわしいものではない。とくに「長期間国民生活に基本的なものであったか」という基準については、プライバシーの権利に典型的にみられるように、それまで権利とは意識されてこなかったが新たに憲法上の権利として承認されるべき場合に、当該権利は「長期間国民生活に基本的なものであった」とはいえないことがありうる。否、むしろそれまでは一般に権利とは認識されていなかった場合のほうが多いのではないかと考えられる。「氏名を強制的に変更されない権利」も国民生活にとって基本的であったといえるが、それが広く認識されていたとはいえない。このように、芦部説にいう3要件は、必ずしも適切な基準であるということとはできない。

必須の条件とまではいえないと思われるが、しかし、参考にするに値しよう。

また、新しい権利が憲法上の権利と認められるための根拠としては、①当該権利が憲法の人権保障のなかに当初から織り込まれていた、②当該権利が時代の推移とともに生成されてきた、③当該権利が法律によって具体的に保障されるに至っている、という3つのものが考えられる。このうち、①と②は矛盾するようにみえるが、それは背反する関係にあるのではなく、相互補完の関係にあるとみるべきである。

以上のような視点に基づいて「氏名の変更を強制されない権利」ないし「氏名保持権」の憲法上の権利性について考えてみると、まず、原判決もいうように、「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」であるので、出生とともに取得した氏名は当該個人の人格的象徴として、基本的に変更を許されないまま一生同一の氏名を維持することとされる。この意味で、個人は「自己の氏名を自由に変更する権利」「自己の氏名を自ら決定する権利」なるものは基本的にそもそも権利として認められない。氏名が原則として一生変更されるべきではないということは、同時に個人の権利として、氏名を意に反して変更されることのない権利、氏名の変更を強制されない権利が認められるべきことである。この権利はすべての個人に妥当する普遍的な権利といえることができる。

氏名の変更を強制されない権利というものが、なぜ従来主張されてこなかったかといえ、国が個人に対して氏名の変更を強制するという事態が実際にほとんど生じなかったからである。法律上氏の変更を強制しているのは、民法750条のほか、養子の氏に関する民法809条があるのみである。以前は離婚復氏制や離縁復氏制があったが、今は選択制になっている。しかし、氏名の変更の強制が人権問題となり、人格権侵害となりうることは、たとえば、「宮は皇族の氏であるので、宮と称する氏は変更しなければならない」などの法律が制定されたと仮定した場合に、明らかである

う。正当な理由なく氏の変更を強制する法律は人格権侵害として違憲となると解される。そして、違憲の根拠は、出生とともに与えられた自己の氏名を意に反して変更されないという権利・利益であって、それはまさに氏名保持権ないし「氏名の変更を強制されない権利」としての人格権の一内容を成すというべきである。

また、当初は意識されなかった「氏名の変更を強制されない権利」が、時代の推移につれて夫婦別氏の主張によって強く叫ばれるようになってくるとともに社会的に承認されるようになってきている。このことは、原判決の上記引用イにおいてすでに説かれているところである。

「時の経過」とともに権利が生成し、あるいは合憲的な規制が違憲のものに転化するという論理は、最近の最高裁判決でしばしば語られている。まず、国籍法違憲判決（最大判平成20. 6. 28民集62巻6号1367頁）では、日本人男性と外国人女性の子で、生後認知を受けた婚外子につき、両親が「婚姻」した場合にのみ日本国籍を与えると定める国籍法3条1項が憲法14条の平等原則に違反しないかどうかが争われたが、最高裁判決は、国籍法3条1項は、1984年の制定当時には合憲であったが、その後の社会情勢の変化、国際関係の変化、婚姻・家族に関する社会意識の変化などを挙げて、少なくとも係争事件において原告である子が国籍の取得の申請をした2003年の時点では、違憲のものとなっていたと論じて、国籍法3条1項を違憲とし、さらに、原告に国籍を付与する判決を下した。また、在外選挙違憲判決（2005年判決）でも、判決は、1998年の在外選挙制度の導入にあたって比例代表選挙についてのみ在外選挙を認め、（小）選挙区選挙について在外選挙を認めなかったことについて、問題の少ない比例代表選挙についてだけ在外選挙を認めることとしたことにはまったく理由のないものであったとはいえないが、その後、小選挙区選挙について在外選挙を認めないことにはやむを得ない事由があるとはいえないとして、比例代表選挙への限定を違憲と判示している。さらに、衆議院議員定数不均衡事件において、2011年最高裁判決（最大判平成23. 3. 23民集65巻2号755頁）は、1994年

選挙制度の改正にあたって採用された「1人別枠方式」につき、従前の制度との安定性・連続性を図る必要があったことなどにかんがみ、1人別枠方式は合理性があったが、その後、立法時の合理性は失われたとして、投票価値の平等の要求に反する状態に至っていたと判断している。

そして、何といたっても重要なのが、2013年9月の婚外子法定相続分差別事件最高裁違憲決定である（最大決平成25. 9. 4民集67巻6号1320頁。以下2013決定）。そこでは、2013決定は、以下のように時代の変化とともに家族、婚姻制度が変化していることを指摘し、民法900条4号但書を違憲とする根拠とした。

「昭和22年民法改正以降、我が国においては、社会、経済状況の変動に伴い、婚姻や家族の実態が変化し、その在り方に対する国民の意識の変化も指摘されている。すなわち、地域や職業の種類によって差異のあるところであるが、要約すれば、戦後の経済の急速な発展の中で、職業生活を支える最小単位として、夫婦と一定年齢までの子どもを中心とする形態の家族が増加するとともに、高齢化の進展に伴って生存配偶者の生活の保障の必要性が高まり、子孫の生活手段としての意義が大きかった相続財産の持つ意味にも大きな変化が生じた。昭和55年法律第51号による民法の一部改正により配偶者の法定相続分が引き上げられるなどしたのは、このような変化を受けたものである。さらに、昭和50年代前半頃までは減少傾向にあった嫡出でない子の出生数は、その後現在に至るまで増加傾向が続いているほか、平成期に入った後においては、いわゆる晩婚化、非婚化、少子化が進み、これに伴って中高年の未婚の子どもがその親と同居する世帯や単独世帯が増加しているとともに、離婚件数、特に未成年の子を持つ夫婦の離婚件数及び再婚件数も増加するなどしている。これらのことから、婚姻、家族の形態が著しく多様化しており、これに伴い、婚姻、家族の在り方に対する国民の意識の多様化が大きく進んでいることが指摘されている。」

そして、判決は、これに続けて、諸外国での法改正の状況、自由権規約や児童権利条約の児童の出生による差別禁止規定の援用、住民票や戸籍で

の子の記載の方法の変更、法改正のための議論などを論じたあとで、以下のように議論をまとめて違憲の結論を出した。

「本件規定〔民法900条４号但書〕の合理性に関連する以上のような種々の事柄の変遷等は、その中のいずれか一つを捉えて、本件規定による法定相続分の区別を不合理とすべき決定的な理由とし得るものではない。しかし、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及び我が国が批准した条約の内容とこれに基づき設置された委員会からの指摘、嫡出子と嫡出でない子の区別に関わる法制等の変化、更にはこれまでの当審判例における度重なる問題の指摘等を総合的に考察すれば、家族という共同体の中における個人の尊重がより明確に認識されてきたことは明らかであるといえる。そして、法律婚という制度自体は我が国に定着しているとしても、上記のような認識の変化に伴い、上記制度の下で父母が婚姻関係になかったという、子にとっては自ら選択ないし修正する余地のない事柄を理由としてその子に不利益を及ぼすことは許されず、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ものといえることができる。

以上を総合すれば、遅くとも A の相続が開始した平成13年7月当時においては、立法府の裁量権を考慮しても、嫡出子と嫡出でない子の法定相続分を区別する合理的な根拠は失われていたといえるべきである。」<sup>(17) (18)</sup>

---

(17) とりわけ注目すべきは、「家族という共同体の中における個人の尊重がより明確に認識されてきた」こと、および、「子にとっては自ら選択ないし修正する余地のない事柄を理由としてその子に不利益を及ぼすことは許されず、子を個人として尊重し、その権利を保障すべきである」とする説示である。婚姻・家族の保護という憲法上の要請の下で、その共同体としての結合のなかでも「個人の尊重」がより強く保護されなければならないとする説示は、共同体を優先する従来の思想を超えて、共同体のなかにおける個人の個性の尊重を説くものであり、現代の婚姻・家族のあり方を的確にとらえたものといえることができる。そして、「共同体の中における個人の尊重」の要請は、まさに婚姻においては、配偶者（妻）の個人としての尊重の帰結として夫婦別氏を要請するのである。

以上のような2013年決定の論証は、本件の別姓訴訟とほぼ重なるものである。違いは、婚外子違憲訴訟では憲法14条の平等違反が問題になったのに対して、本件別姓訴訟では、「氏名の変更を強制されない権利」であり、「結婚の自由」であることである。しかし、婚姻・家族に対する社会意識が大きく変化しているなかで、「家族という共同体の中における個人の尊重がより明確に認識されてきた」ことには変わりはなく、夫婦同氏を要求する民法750条は、「氏名の変更を強制されない権利」の保護が重要になることに比例して、違憲性を帯びてきているというべきである。

さらに実定法上も、「氏名の変更を強制されない権利」を尊重する方向での法改正がなされてきていることも看過されてはならない。1976年の婚氏続称制度(民法767条2項)が導入され、婚姻の解消に際して復氏と婚氏続称のいずれかを本人が選択できることとされたこと、国際結婚に関して1984年に戸籍法107条2項が新設され、日本人配偶者は外国人配偶者の氏に変更できることとされたこと、1987年に離縁に関して縁氏続称制度(民法816条2項)が導入され、離縁復氏した者が離縁の際に称していた氏を称

---

(18) 2013年決定における「個人の尊重」の援用については、その憲法上の根拠、意義、根拠づけとしての援用の是非等をめぐって不明確であるという批判がある。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(2014年)112頁、糠塚康江「婚外子法定相続分差別最高裁大法廷違憲決定」法学教室(2014年)86頁参照。たしかに、2013年決定の「個人の尊重」の援用は明確性を欠くが、その不明確性は2013年決定があえて1995年決定の合憲の結論を維持したことに起因するといえよう。すなわち、1995年決定の反対意見は、「個人の尊重」(憲法13条)および「個人の尊厳」(憲法24条)を基礎においた「個人の尊重という民主主義の基本理念」に基づく憲法14条の解釈によって、「婚姻家族に属するという属性」よりも「被相続人の子供としては平等であるという個人としての立場」を重視して違憲の結論を導いているが、2013年決定は、この1995年反対意見が説いたところと同じ意味で「個人の尊重」を援用したと解される。しかし、2013年決定は、基本的に1995年多数意見の合憲判断を維持している以上、反対意見の論理をそのまま援用することはできず、そのために憲法との関係をあいまいにしたまま「個人の尊重」をいわば抽象的の一般原理として援用せざるをえなかったと推測される。ここにも、明示的な判例変更によって1995年合憲判決を覆すことをせず、「時の経過」論によって違憲の結論を導き出した2013年判決の論理的な脆弱性をみてとることができる。



することができることとされたこと、などに表れている。

氏名は個人の表象であり、個人は自己の氏名を通じて社会的に認知される。個人が時間とともに多くの経験を得て多くの社会関係のなかで生活していくとき、それらの活動を体現する個人を特定し識別するのが氏名である。氏名は本人の社会的な確認のために不可欠であるのであって、それはみだりに変更されてはならず、また、個人の側からも意に反して変更されないという権利をもつのである。氏名の保持は、個人の側からみて人格権の内容をなす憲法上の権利というべきである。

#### （５） 氏名権と「婚姻に際し、婚姻当事者がいずれも婚姻前の氏を称する権利」 との関係

原判決は、先に引用したイにおいて、以下のように論じて氏名権から「婚姻に際し、婚姻当事者がいずれも婚姻前の氏を称する権利」は導き出されず、憲法13条によって保障された権利には含まれないと論じた。

「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（最高裁昭和63年2月16日第3小法廷判決・民集42巻2号27頁、最高裁平成18年1月20日第2小法廷判決・民集60巻1号137頁参照）。

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。」

原判決のこの説示は不可解である。「明白である」という要件が付されているのは国賠法上の違法性の評価との関係で付されたものであり、それが不当であることはすでに論じた。また、原判決が憲法上の権利として「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」を挙げていることが不当であることも、すでに指摘した。

原判決の上記の説示の最大の問題は、憲法13条は憲法上列举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こと、氏名が人格権の一内容を構成すること、氏名の利益として氏名を冒用されない権利利益、正確に呼称される利益があることを確認したにもかかわらず、「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」がその一内容をなすことについて、理由を示さず否定していることである。判例上認められている「氏名を他人に冒用されない権利・利益」、および「氏名を正確に呼称される利益」は、その侵害が争われたことによって生成し承認されてきたものである。その生成のプロセスをみると、氏名に関する権利・利益の範囲を限定的にとらえるべき必然性はまったく存しない。むしろ、氏名に関する新たな権利・利益は、その問題状況に応じてさらに展開され、新たに承認されるべきものである。新しい人権が判例・学説で承認されてきた背景には、まさにそのような状況の変化と、それに対応する権利救済の必要性があったのであり、そこから新しい権利・利益が憲法上の権利として承認されてきたのである。

夫婦同氏原則を定める民法750条は、まさに氏名を個人の意思によらずに変更することを要求しているのであって、それに対抗する権利として、「氏名の変更を強制されない権利」をもち出すことが最も適切である。本件の事案において、「氏名の変更を強制されない権利」は憲法13条から導出される権利として、あるいは、憲法13条の保障する人格権の一内容として、憲法上保障されており、したがって、それは民法750条を違憲とする憲法上の根拠となりうるのである。

なお、ここで憲法上の権利として、「私生活上の自由」、「人格権」、プラ

プライバシー権、氏名権、氏名の変更を強制されない権利、の相互の関係について整理しておきたい。まず、氏名に関する権利は、「私生活上の自由」からも「人格権」からも導き出されうる。また、プライバシー権からも、住基ネット訴訟の最高裁判決にみられるように、導き出されうる。しかし、総じて氏名は個人の人格と結びついているので、人格権から導き出されるとするのが妥当であろう。

それでは、「氏名権」という一個の独自の権利として定立することはできないか。原告はそのような主張をしているが、氏名に関する権利・利益はさまざまな方向に向かっているので、氏名権の内容をひとまとめにまとめることは困難であり、したがって、「氏名権」を独自の人権として憲法<sup>(19)</sup>13条から導き出すことは、できないわけではないが、あまり賛成できない。人格権を人格にかかわる包括的な権利ととらえ、その一内容として、氏名に関する氏名の変更を強制されない権利を導き出すのが妥当であろう。

---

(19) なお、ドイツ民法12条（§ 12 BGB）は、氏名権について規定しているが、その内容は、氏名の使用に関する権利であり、氏名が第三者によって無断で使用されている場合に、その差止め等を求めることを認めるものである。夫婦同氏の違憲性については、基本法3条2項の男女同権原則違反および人格権侵害によって争われている。後出注（23）参照。