

論 説

夫婦同氏を要求する民法750条の違憲性（2・完）

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（90巻4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

[追記その1] 東京高裁判決について

[追記その2] 最高裁判決について（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

民法750条は、「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。」と定め、それ自体、特別に権利を制限しているようにはみえない。また、従来、結婚によってとくに女性が改姓してきており、それに異議を唱えない人々が一般的であった。しかし、本件原告らは、具体的な事情はそれぞれ異なるが、いずれも婚姻前の氏を婚姻によって変更することに大きな苦痛と不利益を被ったと主張して、民法750条に関する国家賠償を請求している。つまり、従前の氏を維持したいと考える原告らにとっては、民法750条は自己の「氏名の変更を強制されない権利」を制約するものとして機能している。そこで、民法750条は、憲法13条によって保障されている「氏名の変更を強制されない権利」、ひいては人格権を侵害して違憲ではないか、が問題になる。

民法750条の合憲性の問題は、原判決ではまったく論じられておらず、被告国の側でも合憲性について積極的に立証していない。しかし、これまで述べてきたように、本件事案では、国賠法上の違法性の議論の前提として民法750条の違憲性が論じられるべきであり、また、「氏名の変更を強制されない権利」が憲法13条によって保障された権利であるがゆえに、控訴審においては民法750条の合憲性が正面から論じられなければならない。ただし、ここでは、民法750条の合憲性について詳細に論ずる余裕がないので、その審査方法と違憲とする理由とを概略的に論ずるにとどめる。⁽²⁰⁾

(20) 夫婦別氏制に関する民法上の論議は枚挙にいとまがないが、とくに本件で裁判所に提出された意見書である、二宮周平「人格権から見た選択的夫婦別氏制度(1)(2)」戸籍時報687号52頁以下、690号2号以下(2012年)が詳しく論じている。

2. 違憲審査の基準と方法

法律の合憲性審査において、まず問題になるのが違憲審査基準論である。どのような基準で問題となった法律の合憲性を判断するかは、憲法訴訟において従来から活発な議論があるが、この10年の間にさらに議論が進み、現在錯綜した状況にある。現在主要な違憲審査基準論には、①アメリカ憲法判例で展開されてきた二重の基準論に依拠して違憲審査基準を立てる従来の通説的見解、②ドイツ憲法判例でとられている3段階審査に基づく比例原則による審査の導入を主張する有力見解、③現在判例で採られている、規制の目的、必要性、程度、規制される自由の内容、性質、規制の態様、程度等を比較衡量するという審査方法、がある。

(ア) 二重の基準論とは、憲法上の自由を制限する法律の合憲性の審査にあたって、精神的自由と経済的自由とを分け、それに対応して厳格な違憲審査基準とゆるやかな合理性基準を適用する理論であり、アメリカ憲法判例において修正1条の権利に特別の保護を与える基準論として発展してきた。日本の判例でも、たとえば、「職業の自由は、それ以外の憲法の保障する自由、殊にいわゆる精神的自由に比較して、公権力による規制の要請が強い」と指摘した薬事法距離制限違憲判決（最大判昭和50.4.30民集29巻4号572頁）、「主権が国民に属する民主制国家は、その構成員である国民がおよそ一切の主義主張等を表明するとともにこれらの情報を相互に受領することができ、その中から自由な意思をもって自己が正当と信ずるものを採用することにより多数意見が形成され、かかる過程を通じて国政が決定されることをその存立の基礎としているのであるから、表現の自由、とりわけ、公共的事項に関する表現の自由は、特に重要な憲法上の権利として尊重されなければならない」と説いた北方ジャーナル事件最高裁判決（最大判昭和61.6.11民集40巻4号87頁）などで、二重の基準論について論及されている。

私は、日本の憲法判例において二重の基準論の考え方は基本的に採用さ

れるべきであると考えている。精神的自由についてその保障を優先させ、違憲審査権の行使を厳密に行うことは、立法者の決定を安易に追認しがちな比較衡量論に枠をはめ、違憲審査権を適切に行使する方向に向かわせるものとなる。二重の基準論は、違憲審査の基本的枠組みとして違憲審査の根底に置かれるべきである。

もっとも、二重の基準論およびそれに基づく違憲審査基準論については、学説でも必ずしも意見の一致があるわけではない。現在、学説で最も有力な見解は、二重の基準論をさらにアメリカの憲法判例の展開を参考にして展開してつくられた3重基準論である⁽²¹⁾。これは、表現の自由について、言論の内容規制と内容中立的規制(時・所・方法規制)とを分け、それに対応して違憲審査基準を厳格な基準と厳格度のやや低い基準によって対応させ、他方、経済的自由について積極目的・消極目的二分論を用いて、積極目的規制には合理性の基準、消極目的規制には厳格な合理性の基準を適用するとともに、言論の内容中立的規制と経済的自由の消極目的規制とを同列に置くものである。この3重基準論は、アメリカ憲法判例での平等審査において、合理性の基準と「疑わしい区別(suspect classification)」、そしてその中間審査基準という3重の基準で審査されていることにも対応⁽²²⁾する。

しかし、私は、3重の基準ではなく、まずは二重の基準論を確立すべきであると考えている。3重の基準論は、アメリカ憲法判例において、1970年代

(21) 芦部信喜『憲法判例を読む』(岩波書店、1987年)102頁、同『憲法学I』(有斐閣、1992年)227頁参照。

(22) 3重の基準を展開したのは、戸松秀典である。戸松は1980年代のアメリカ合衆国最高裁判所判例における平等審査において、合理性審査と厳格審査(人種や出身国等の疑わしい区別(suspect classification)の審査において必要不可欠な規制利益(compelling interest)を要求する)の間に中間審査基準が設定されたことに着目し、それを違憲審査基準論にも応用して、合理性基準、厳格な合理性基準、厳格審査基準に分類した(戸松秀典『平等原則と司法審査』(有斐閣、1999年)93頁以下)。芦部は、このアメリカ憲法判例の新展開を自己の違憲審査基準論に取り入れて3重の基準論へと展開させた。

以降の連邦最高裁判所の保守化の下での違憲審査基準の多様化、人種差別の平等審査における厳格審査など、アメリカ特殊の政治・社会状況を基礎にして展開してきたものであって、そのまま日本の憲法判例に取り入れるのは妥当とはいえない。むしろ、違憲審査基準論が確立していない日本の判例の現状を踏まえれば、二重の基準の基本思想にある精神的自由に関して厳格審査を行うという審査方法を確立することこそが重要である。3重の基準論は二重の基準論が確立した後に、その後の判例の展開に委ねることで足りよう。

二重の基準論によれば、いかなる違憲審査基準が用いられることになるか。経済的自由規制立法については一般に合理性の基準が用いられるが、判例でも合理性基準によって審査されている。近時先例として援用される証券取引法240条合憲判決（最大判平成14.2.13民集56巻2号331頁）は、立法目的の正当性、達成手段たる人権制限の必要性・合理性を審査し、合憲の結論を導いている。かつて判例が展開した職業の自由に関する積極目的・消極目的二分論（小売市場最高裁判決、薬事法最高裁判決参照）は、すでに1990年代以降の判例ではほぼ用いられていない。

これに対して、精神的自由規制立法に対する厳格審査の基準としては、さまざまなものが考えられる。1980年代までの憲法学説では、事前抑制禁止の基準、明確性の基準、明白かつ現在の危険の基準、LRAの基準などが提唱されていた。しかし、その後、前述の3重の基準論を提唱する学説は、アメリカの憲法判例が厳格審査基準として「必要不可欠な（やむにやまれぬ）政府利益」（compelling state interest）を要求し、他方で、中間審査基準として実質的関連性（substantive relationship）を要求するという審査基準をとっていることを参考にして、①厳格審査では立法目的と達成手段がともに必要不可欠でなければならないとする基準（「必要不可欠の基準」）、②中間審査では実質的関連性の基準ないしLRAの基準、③ゆるやかな審査基準としては合理性基準ないし合理的関連性の基準、がそれぞれ妥当する、と説いている。そこで、私見のように二重の基準論の原義に沿

って二重の審査基準の確立を説く場合、どのような論理枠組みに依拠するか、そして、とくにどの基準を主たる厳格審査基準とするかが問題になる。この選択は、違憲審査基準の意義とも関連して相当に難しいが、基準としては「実質的関連性」の基準を中心に置いて、論理枠組みを構成するのが妥当であろう。すなわち、論理枠組みとしては、①人権規制立法の規制目的が必要不可欠かどうか、②採られた規制手段が規制目的と実質的に関連しているかどうか、というものである。そして、「実質的関連性」の有無の判断にあたって規制の必要性・合理性を厳密に検討すると同時に、LRAの基準（他の代替手段がないか）や比例原則（ドイツ連邦憲法裁判所の採用している違憲審査基準で、とくに目的と手段とが釣り合っているか）の視点を加味して合憲性を審査することが妥当であると考ええる。

なお、ここで厳格審査といっても、アメリカ判例のように、compelling interestの基準が持ちだされるとほぼすべての場合に違憲の結論が導き出されるというような、結論誘導的な違憲審査基準であってはならない。むしろ、合理性審査と厳格な審査という2段階の違憲審査基準の双方において、一方では、合理性の基準が用いられるゆるやかな審査においても不必要・不合理な立法は違憲と判断されるし（森林法違憲判決がその例）、他方では、実質的関連性の基準による厳格審査に拠っても規制がどうしても必要であると考えられる場合には合憲と判断されることがあるのである。この意味では、違憲審査基準は合憲・違憲を判断するための基準であるといっても、法律の合憲違憲の結論を切り分ける鋭い論理ではなく、違憲審査にあたって規制立法にどの程度の必要性・合理性を求めるかについての基準を示すもの、いわば合憲か違憲かの「めやす」を示すものにとどまる。したがって、違憲審査の基準は、法律の合憲性の判断にあたっての判断枠組みであるにとどまり、当該法律が合憲か違憲かは、当該法律の規制の目的・趣旨、規制手段の概要、程度、規制される人権の種類、規制の程度などを（厳格かゆるやかかという審査枠組みの下で）具体的に審査することによって決定されるというべきである。

(イ) 近年、ドイツの3段階審査の方法が日本に紹介され、支持が高まっている。3段階審査とは、人権を制限する国家行為の合憲性の審査にあたって、①当該国家行為の規制する行為がどの基本権の保護領域(Schutzbereich)によって保護されているか、②当該国家行為は当該基本権に介入(Eingriff)しているか、③当該国家行為による基本権制限は何らかの理由によって正当化(Rechtfertigung)されるか、という3段階で審査を行うというものである。⁽²³⁾①の保護領域の問題は、すでに憲法13条の保護領域との関係で説明したように、ある人権制限が争われた事案で、国家権力による制限を受けた行為がどの人権規定によって保護されているか、という問題である。②の介入は、当該事案において、国家権力による人権制限があったか、という論点であり、たとえば、ドイツで問題になったように、小学校の教室に十字架を掲げることを命ずる法令が生徒の信教の自由を侵害するか、という問題である。日本では、君が代斉唱の職務命令が、君が代に反対する思想をもっている教員の思想に対する制約になるかどうかの問題になった。本件では、民法750条が婚姻に際して一方の改氏を要求している以上、それが「氏名の変更を強制されない権利」の制限になることは疑いない。③の正当化は、日本の違憲審査論では一般的な、規制の合憲性の審査であり、まさに違憲審査の基準によって合憲かどうかを審査される。もっとも、ドイツでもちだされる基準は比例原則であり、アメリカのような二重の基準ではない。そして、違憲審査基準としての比例原則は、規制の目的と規制手段たる人権制限との関係で、目的と手段が釣り合っているかを審査することになる。ドイツでは、必要性、適合性、狭義の比例性の3点から審査される。もっとも、比例原則は現在ヨーロッパ人権裁判所をはじめイギリス、フランス等の

(23) ドイツ3段階審査について、松本和彦『基本権保障の憲法理論』(大阪大学出版会、2001年)19頁以下、小山剛『「憲法上の権利」の作法』(尚学社、新版2011年)11頁以下、24頁以下参照。

裁判所でも用いられるようになっており、そこでは目的と手段の均衡をみる点では共通しているが、具体的な審査方法はさまざまである⁽²⁴⁾。

- (ウ) これに対して、日本の判例では、違憲審査基準による審査は明確には行われておらず、むしろ比較衡量の手法が用いられている。それは、公務員の政治的行為の制限の合憲性が争われた世田谷・堀越事件最高裁判決(最判平成24.12.7刑集66巻12号1722頁、1337頁)が、「本件罰則規定の目的のために規制が必要とされる程度と、規制される自由の内容及び性質、具体的な規制の態様及び程度等を較量して決せられるべきものである」と説いたものである。この点を敷衍して、千葉勝美補足意見は、「近年の最高裁大法廷の判例においては、基本的人権を規制する規定等の合憲性を審査するに当たっては、多くの場合、それを明示するかどうかは別にして、一定の利益を確保しようとする目的のために制限が必要とされる程度と、制限される自由の内容及び性質、これに加えられる具体的な制限の態様及び程度等を具体的に比較衡量するという『利益較量』の判断手法を採ってきており、その際の判断指標として、事案に応じて一定の厳格な基準(明白かつ現在の危険の原則、不明確ゆえに無効の原則、必要最小限度の原則、LRAの原則、目的・手段における必要かつ合理性の原則など)ないしはその精神を併せ考慮したものがみられる。もっとも、厳格な基準の活用については、アプリアリに、表現の自由の規制措置の合憲性の審査基準としてこれらの全部ないし一部が適用される旨を一般的に宣言するようなことをしないのはもちろん、例えば、『LRA』の原則などといった講学上の用語をそのまま用いることも少ない。また、これらの厳格な基準のどれを採用するかについては、規制される人権の性質、規制措置の内容及び態様等の具体的な事案に応じて、その処理に必要なものを適宜選

(24) 比例原則の各国での用いられ方について、とくに2013年の比較法学会で諸報告が参考になる。「ミニ・シンポジウム 比例原則のグローバル化」比較法研究75号(2013年)214頁以下参照。

択して適用するという態度を採っており、さらに、適用された厳格な基準の内容についても、事案に応じて、その内容を変容させあるいはその精神を反映させる限度にとどめるなどしており（例えば、最高裁判昭和58年6月22日大法廷判決・民集37巻5号793頁（『よど号乗っ取り事件』新聞記事抹消事件）は、『明白かつ現在の危険』の原則そのものではなく、その基本精神を考慮して、障害発生につき『相当の蓋然性』の限度でこれを要求する判示をしている。）、基準を定立して自らこれに縛られることなく、柔軟に対処しているのである」と述べている。

最高裁判例にいう比較衡量論は、一方では規制の目的において達成されるべき利益と、他方では規制によって制限を受ける憲法上の権利とについて、規制の必要性、規制の程度や態様、規制される権利の性質や制約の程度などを衡量するものであるので、その審査は実質的に比例原則による審査に類似する。とくに、比較衡量論として目的＝手段の審査がなされる場合にその類似性は顕著である。そして、その衡量が詳細になされるのであれば、つまり、立法事実が厳密に検証されるのであれば、合理性の基準によっても合憲・違憲の妥当な結論を導くことは可能である。

以上の（ア）（イ）（ウ）の違憲審査基準・方法論を踏まえて民法750条の違憲審査基準としては、私見では、氏名の変更を強制されない権利が人格権と密接に結びついているので、二重の基準論のうちの厳格な審査基準である実質的関連性の基準によって審査されるのが最も妥当であると解される。しかし、最高裁判例において、比較衡量による審査が基本とされている以上、合理性基準によって審査をすることもありうる⁽²⁵⁾と解される。もっとも、千葉勝美補足意見で論及されているように、比較衡量論を基本としながらも、適宜、厳格な審査基準を採用することもありうる⁽²⁵⁾ので、実質的関連性基準を用いることも可能と解される。いずれにせよ、その審査では、目的の正当性と手段の必要性・合理性の審査がなされるべきである⁽²⁵⁾。

(25) 2013年に本稿を提出した時点では、二重の基準論に基づく厳格審査（実質的関連性の基準による審査）が適切であると考えていた。しかし、その後、むしろ本文

3. 民法750条の目的＝手段審査

民法750条の目的＝手段審査では、民法750条の立法目的が正当か、手段としてとられた同氏原則が目的達成のために必要かつ合理的かが審査される。

民法750条の立法目的について、原告準備書面(4)28頁によれば、民法750条の制定時において、立法目的は明確ではなく、強いて言えば「氏による共同生活の実態の表現」という習俗を継続しようとしたことであったとする。また、1990年頃から夫婦同氏強制は「家族の一体感の醸成」に資するなどの意見が表れるようになったともいわれている。

立法目的は立法の際の議会での議論から明らかになるものであるが、立法目的が不明確なこともまれではない。いずれにせよ、立法目的の確定は、違憲審査権を行使する裁判所の任務であり、議会での議論にとらわれずに立法の意図、社会的影響などの要素を勘案しながら確定されるべきものである。そして、夫婦同氏原則は、婚姻・家族が社会のなかの構成単位として憲法上も尊重されていることから、婚姻したパートナーであることを社会的に公示し、その結合を促進することにあると考えられる。その意味で、立法目的として「家族の一体感の醸成」ないし「家族の一体性の確保」⁽²⁶⁾を立法目的と認定しうる。そして、それ自体は、異論もあるが、正当

(ウ)で述べた比較衡量論＝比例原則による目的・手段審査、および立法事実の審査による事案の実質審査という審査方法のほうが、日本の判例の現状に調和的であることもあって、より妥当な審査方法ではないかと考えるに至っている。ただし、夫婦同氏については、それが人格的利益に関わることを重視して、その必要性・合理性について厳格に(慎重に)審査することが求められよう。

(26) 夫婦別氏が最初に争われた岐阜家審平成1.6.23家月41巻9号116頁は、夫婦同氏原則は、「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」としており、また、本件控訴審判決も、「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」とする。これらでは、夫婦の一体感の醸成のほか、夫婦の共同生活を外部に示すことも挙げられている。ただ、後者は、夫婦であることを社会的に公示するために夫婦同氏制が要請されるというまでの関連性は認められないので、それはあくまで従たる理由にとどまり、それのみでは夫婦同

な目的とみることができる。⁽²⁷⁾

それでは、家族の一体性の確保という目的にとって、夫婦同氏原則は必要で合理的なものといえるか。家族の一体性の確保のために、夫婦同氏原則が必ず必要であるとまでいえないことは疑いない。夫婦別氏の下でも夫婦・家族の一体性は十分に確保されうるし、また、諸外国をみてもむしろ夫婦別氏が一般的になっていることから、夫婦同氏原則は必ずしも必要なものではない。とはいえ、夫婦同氏原則が家族の一体性の確保を一定の限度で促進する効果があることも否定できないところである。また、旧来から夫婦同氏原則が採用されてきており、社会的に受容されていることもまた認められなければならない。その意味で、婚姻にあたって、夫婦同氏とすることを法律で原則的に定めることそれ自体は違憲とまではいえないように思われる。少なくとも民法750条が制定された1947年当時においては、妻の改氏が一般的でそれに疑問を感じていなかった世評を考慮すれば、違憲とはいえないのではなからうか。

しかし、先に引用した婚外子法定相続分違憲決定が説くように、時の経過とともに結婚観、家族観は大きく変化し、婚姻に対する社会意識も変遷してきている。そして、原告らのように、婚姻による氏の変更を望まない多数の人々が現れるようになってきている。そこでは、「氏名の変更を強制されない権利」の権利性が強く認められ、民法750条の立法目的である家族の一体性の確保の要請に優越する利益になってきているのである。つま

氏を要求する正当な目的とはいえないであろう。また、夫婦同氏原則には、「現行民法が否定したはずの『家』的性質や夫婦の不平等がその基本構造として残っている」（高橋朋子「夫婦の氏」東海法学13号（1994年）212頁）ことにも留意すべきである。

(27) 家族の一体性の確保が正当な立法目的であるとしても、その必要性はきわめて乏しいことに注意しなければならない。家族の一体性は、本来法律によって義務づけられたり醸成されたりするものではなく、各家族において家族生活のなかで醸成されるべきものである。婚姻・家族の保護は憲法24条の要請するところであるが、婚姻・家族の絆を強いものにすべく夫婦同氏の義務を課すことは少なくとも必要不可欠であるとはいえない。

り、民法750条による同氏の強制が、原告らのような夫婦別氏を望む人たちに対して過剰規制となっており、まさに原告らの「氏名の変更を強制されない権利」を違憲的に制限するものとなっているのである。民法750条の夫婦同氏の強制は、現時点においては、少なくとも氏の変更を嫌う原告らとの関係では、憲法13条の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を侵害して違憲というべきである。

4. 民法750条の違憲の状況

以上のような理由から民法750条が違憲であると判断する場合、その違憲性に関連してなおいくつか検討しなければならないことがある。民法750条のどこの部分が違憲か、そして、いつから違憲となったか、である。

民法750条は制定当初は合憲であったが、婚姻・家族の変化、社会意識の変化とともに同氏の強制が同氏を拒否する人々の「氏名の変更を強制されない権利」を侵害して違憲のものとなったと考える場合には、民法750条が全面的に違憲無効となるということにはならない。民法750条は家族の一体性の確保という立法目的に資する面があることは否定できず、また、実際に夫婦同氏となりたいと考えて改氏する夫婦にとっては、民法750条は権利制限的に働いてはいない。そうすると、民法750条の違憲性は、夫婦同氏を定める部分にあるのではなく、同氏原則のほかに別氏のまま婚姻できるという選択的別氏制度を認めていないという、立法不作為の部分にあることになる。あるいは、民法750条の制定当初は立法不作為は違憲とまではいえなかったが、「氏名の変更を強制されない権利」の権利性が夫婦同氏制を凌駕するほどに強められてきたことに対応して選択的別姓制度を取り入れる法改正をしなかったことが違憲となったのである。

違憲となった時点がいつかという問題は、民法750条の夫婦同氏強制に対する不満や批判が徐々に、さまざまなかたちで現れてきたこと、婚姻・家族に関する社会意識の変化も徐々に醸成されてきたこと、民法750条の改正の動きがしばしばみられ、女子差別撤廃条約の批准もあることなど、

さまざまな要因があるので確定は困難である。しかし、あえていえば、原告主張のように、法制審議会が「民法の一部を改正する法律案要綱」を法相に答申し、民法改正案の国会提出が模索されたが挫折した1996年が違憲となった時点と考えるのが妥当であろう。

5. 憲法24条、憲法14条違反

なお、これまで論じてこなかったが、夫婦同氏の強制は、氏の変更を嫌って結婚しない人々との関係では、憲法24条の保障する結婚の自由を侵害するものであり、憲法24条にも違反する⁽²⁸⁾。また、婚姻とともに改姓するのが圧倒的に女性である点において、民法750条は女性に対する間接差別として機能しており、憲法14条にも違反する⁽²⁹⁾⁽³⁰⁾。

(28) 結婚の自由の侵害との関係では、後出注(29)で論じたドイツにおける夫婦別氏への転換が参考になる。ドイツでは、1976年違憲決定を受けて改正された改正民法1355条は、夫婦同氏の原則の下で婚氏を夫または妻の出生氏とすることができるとする一方で、婚姻届の提出時に夫または妻のどちらの出生氏を婚氏とするかを明示しない場合には、婚姻届は受理されるが、婚氏として夫の出生氏を婚姻簿に記載することと定めていた。1991年連邦憲法裁判所決定（BVerfGE 78, 38）は、この夫の氏の優先が平等違反と判示したのである。ここで注意すべきは、ドイツの実務では、婚氏を明示しない婚姻届であっても、それを不受理とすることは結婚の自由を侵害するということが前提とされていたことである。これに対して、日本の実務では、夫婦の氏を夫または妻のどちらの氏とするか決められていない婚姻届は受理しないこととされている。婚姻は両性の合意によってのみ成立するのであるから、夫婦同氏原則を過大に重視して婚姻届を不受理とすることは、まさに結婚の自由を侵害する。つまりは、夫婦同氏を強制する民法750条のゆえに、結婚による氏の変更をどうしても望まない人々は結婚を断念せざるを得ず、それはまさに「結婚の自由」を不当に制限していることに他ならない。

(29) ドイツでは夫婦同氏制から選択的別氏制への移行は、憲法裁判所判決とそれに基づく法改正によってなされたが、その際に基準となったのが基本法3条2項の男女同権原則であった。ドイツの婚姻法では、婚姻によって成立する夫婦の結合体に「婚氏（Ehename）」を付するという制度がとられている。そして、1896年ドイツ民法1355条が「妻は夫の婚氏を称する」と定め、夫婦同氏原則で、夫の出生氏優先の原則を定めていた。この規定は1957年の男女同権法による改正民法1355条において「婚氏は夫の氏である」として維持された。夫婦同氏原則について、連邦憲法

6. 民法750条の法改正をしないことの国賠法上の違法性

民法750条の違憲性が、婚姻に際して婚姻前の氏を変更したくないと考える人々の「氏名の変更を強制されない権利」を侵害して違憲であるという点にあるとすれば、その国賠法上の違法性についても、2005年判決の第二要件に照らして違法であるということができると解される。

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

裁判所は夫婦同氏原則が基本法3条2項(男女同権原則)に違反しないとしていたが(BVerfGE 17, 168)、有名な1976年決定(BVerfGE 48, 337)が妻の出生氏を婚氏とすることができないことを3条2項違反と判示した。そこで、1976年改正民法1355条は、夫婦同氏の原則を維持しつつ、婚姻の際に夫または妻の出生氏を婚氏として選択できることとし、婚姻届の提出時に夫または妻のどちらの出生氏を婚氏とするかを明示しない場合には、婚姻届は受理されるが、婚氏として夫の出生氏を婚姻簿に記載することとした。この1976年民法1355条について、1988年決定(BVerfGE 78, 38. 解説として、『ドイツの憲法判例(第2版)』(信山社、2003年)219頁以下[山下威士執筆])は夫婦同氏原則は基本法に違反しないとしたが、夫の出生氏を優先的に適用することには疑義を示しつつ判断を留保した。これに対して、1991年決定(BVerfGE 84, 9. 解説として、『ドイツの憲法判例II(第2版)』(信山社、2006年)91頁以下[山下威士執筆])は、婚姻時にいずれの出生氏を婚氏とするか意思表示しない夫婦について、身分登録官が夫の出生氏を優先させることを基本法3条2項違反と判示した。その結果、1993年改正民法1355条は、「夫婦は共通の婚氏を定める。夫婦は自らが定める婚氏を用いる。夫婦が婚氏を定めない場合には、それぞれが婚姻時まで用いていた氏を、婚姻後も用いる」と定め、夫婦同氏を原則としつつも、夫婦で婚氏について合意が得られない場合には夫婦別氏を認めた。なお、ドイツでの婚氏の変遷について、本件で提出された意見書である富田哲「ドイツにおける氏・その後」に詳しい。

(30) しかし、民法750条の違憲の根拠は、「氏名の変更を強制されない権利」としての人格権の侵害が最もふさわしいものである。たとえば、民法750条に替えて、「夫婦は、婚姻にあたって妻の氏を称する。」という規定が設けられたとしよう。この規定も、逆差別という意味で夫に不利益を与えるので憲法14条違反と考えられる。また、氏の変更を嫌う男性が法律上の婚姻を忌避するという意味で「結婚の自由」も阻害する。しかし、何といても、結婚しようとする男性から、氏を変えさせられることによる不自由・不利益と、職場での社会的混乱に対する不満が噴出し、違憲訴訟が続発しよう。そのときの根拠となる憲法上の権利は、人格権としての「氏名の変更を強制されない権利」であろう。そしてまさに現行民法750条の下で、女性がこのような不自由・不利益を甘受しているのである。

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、憲法上の権利が「氏名の変更を強制されない権利」であるとすれば、上記のような選択的夫婦別氏制度を認めていない現行法については、「氏名の変更を強制されない権利」の行使を確保するために選択的夫婦別氏制度を取り入れること、ないしは、選択的夫婦別氏制度を導入すべく法改正することが必要不可欠であり、それが明白であるといえる。そして、1996年の改正法の国会提出の機会を失って以降、長期にわたって法改正を怠っているのであるから、この立法不作為は第二要件を充たすというべきである。

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

控訴審において、民法750条の違憲性が認められ、国賠法上の違法性も認められた場合には、控訴人らの全面勝訴となり、これに勝る喜びはない。

しかし、控訴審判決では、受刑者選挙権に関する大阪高裁判決のように、民法750条の違憲性を認めつつ、国賠法上の違法性を否定するという判断もありうる場所である。そして、民法750条に対する国家賠償請求訴訟を提起した控訴人らの第一のねらいが民法750条の違憲判断を勝ち取ることにあることにかんがみれば、民法750条の違憲判断が得られれば、控訴人らの訴訟提起の目的は達成されたということができ、したがって、控訴審判決として民法750条の違憲性を認定しつつ国家賠償請求を棄却するという判決であっても満足できる場所である。

しかし、このような判決の最大の問題点は、民法750条を違憲とした判断につき、最高裁判所で審査されないことである。これまでも、法令ないし国家行為の違憲性が国家賠償訴訟によって争われる事件において、国家行為が違憲であると宣言しつつ国家賠償請求は斥けるという判決がみら

れた。首相の靖国参拝をめぐる訴訟において、中曽根首相の参拝に関する仙台高裁判決(仙台高判平成3.1.10行集42巻1号1頁)、小泉首相の参拝に関する大阪高裁判決(大阪高判平成17.9.30訟月52巻9号2979頁)がその例である。しかしこれらの判決に対しては、靖国参拝の政教分離違反の判断がいわば傍論においてなされたに過ぎず、最高裁判所への上訴によって審査の機会がないことに対して批判的な意見が有力に唱えられた。私も、その批判に同調する。

たとえば、受刑者選挙権に関する大阪高裁違憲判決において、公選法11条1項2号を違憲無効と判示したことは高く評価されるが、それではその違憲判決はどのような効果をもつのか。その違憲判決は、結論的には被控訴人たる国を勝訴させるものである以上、公選法11条1項2号を違憲とした判断について被控訴人たる国は上告して争いたくとも、上告することはできない。他方、公選法11条1項2号を違憲とした判決は、判決主文との関係では傍論における判断にすぎず、その判断が公選法11条1項2号を改廃すべきことを立法者に義務づけているかどうかは明確ではない。しかし、翻って考えると、受刑者の選挙権を否定する公選法11条1項2号の合憲性は、本来最高裁判所で審査されるべきことがらであり、高等裁判所の判断が終局的になることは好ましくない。否、むしろ裁判所で違憲とされた法律の処理という観点からいえば、法令ないし国家行為の違憲の判断が高裁段階で止まってしまうことは、そもそも許されないことである。

以上の考慮を踏まえるならば、本件事案においても、民法750条を違憲としつつ国賠法上の違法性を否定する判決を下すべきではなく、むしろ、ノミナルダメージとして、国賠法上の違法性も肯定して、控訴人らに一律1万円(2005年判決のように5000円でもよいし、極端な場合には、1円でもよい)の慰謝料を認める判決を下すのがよいと考える。それによって国側の上告が可能となり、民法750条の違憲の判断が最高裁判所の審査の対象となり、最高裁判所の民法750条の合憲性についての終局的な判断を得られることになるからである。

ノミナルダメージとして形式的に損害賠償請求を認めるという判決は、これまでの日本の判例ではなかったものである。しかし、2005年在外選挙違憲判決が上告人に5000円の慰謝料を認めたのは、ノミナルダメージの処方方を是認する端緒となるものであったとみることができる。いずれにせよ、国家賠償請求訴訟で立法（不作為）を争う訴えでは、本意見書の「はじめに」に記したように、法令ないし国家行為の違憲性の確認こそが求められている。したがって、裁判判決では、問題となった法令ないし国家行為の違憲性について特別に審理判断を行い、そして、上告の道を開くためにノミナルダメージによる損害賠償請求を認容することが、有用かつ必要となるのである。ノミナルダメージによる損害賠償請求を肯定するという判断方法は、憲法訴訟の活性化ないしは（最高）裁判所による憲法判断の実質化のために、ぜひとも採用することが望まれる。

おわりに

婚姻・家族のあり方は、時代の流れとともに大きく変化してきている。立法による解決が求められているが、立法の動きは鈍い。裁判所の違憲審査権の行使にかかる期待は大きく、また、最高裁判所も違憲審査を活性化させる方向に向かっている。

違憲審査は、国会が制定した民主的な法律の効力を否定するものであるので、控えめに行使されるべきであると説かれる。しかし、現行の法律に不備・不合理があり、立法者も改めない場合には、積極的に違憲審査権を行使すべきである。違憲審査権は、10年後、20年後のあるべき立法を見据えて、将来を先取りするように行使されなければならない。

原判決は、民法750条が合憲かどうかの判断に立ち入ることを徹底的に避け、その結果、論理の通らない奇妙な判決になった。控訴審では、原審の誤りを正し、民法750条の合憲性に正面から立ち入り、毅然とした判決が下されることを期待してやまない。

【追記その1】東京高裁判決について

本意見書の提出先である東京高等裁判所は、2013年10月21日、控訴棄却の判決を下した。控訴審判決が、一審判決が持ち出した「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」を援用しなかったことは評価できる。しかし、判決は、国賠法上の違法性のなかでの議論に終始し、民法750条の合憲性を正面から議論しなかった。その結果、夫婦別姓訴訟で問われている核心の憲法問題に真剣に取り組まず、結局は議会の立法裁量の問題に帰せしめることになった。そして、肝心の憲法論に関する判旨は、①「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る具体的な権利とはいえない、②憲法24条は「何らの制約を受けない『婚姻の自由』を保障していると解することはできず、民法750条は憲法24条に反した規定とはいえない、③女子差別撤廃条約は自動執行条約とはいえ、直接国民に対して権利を付与するものとはいえないと説き、一審判決と五十歩百歩の域にとどまった。高裁判決の問題点については、本稿の注において指摘してきているが、ここではそれらをまとめて4点指摘しておきたい。

(1) 第1は、「氏の変更を強制されない権利」が憲法上の権利とはいえないとする点である。

判決は、一方で、「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」ことを認めている。しかし、「氏の変更を強制されない権利」については、国民の多くが夫婦同氏に積極的な意義を認め、「家族の一体感の醸成」に寄与しており、夫婦別氏の下での家族の氏が別氏となることへの社会的な受容が疑われることなどを挙げて、「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」と説いている。

まず、判決は、夫婦同氏を積極的に評価する国民の意識をもちだすが、こと人権問題では、国民一般が支持していることによって、人権の制約を正当化できないことに留意すべきである。判決が「婚姻に際していずれか一方が氏の変更を余儀なくされることに大きな苦痛を感じている国民が一定程度存在し、選

択的夫婦別氏制度の導入を求める国民意識が相当程度高まっている」と認めているのであれば、その人たちの人格権の制限がなぜ許されるのかを論ずべきであり、その前提として「氏の変更を強制されない権利」が憲法上の権利であることを肯定しなければならなかった。

また、「氏の変更を強制されない権利」の導出について、判決が憲法13条によって保障される憲法上の権利かどうかの判断基準として提示する、「個人の人格的生存に不可欠か、長期間国民生活に基本的なものといえるか」という基準は不要であり、「氏の変更を強制されない権利」が憲法で保障された権利かどうかはまさに「氏名の変更を強制される」ことが一般に人々に対して人格権の制約をもたらすものかどうか、そして、本件では夫婦同氏原則の下で結婚するために氏の変更を議なくされることに苦痛を感じている国民の権利を侵害するものかどうかを直ちに審査すべきなのである。これまでの最高裁判決が憲法13条によって新しい権利を導き出す場合、「個人の人格的生存に不可欠か、長期間国民生活に基本的なものといえるか」という基準を立ててそれに照らして導出の可否を検討するなどしてきていない。

さらに、「氏の変更を強制されない権利」を憲法上の権利として認めるかどうかは、本件訴訟を憲法訴訟として位置づけ、民法750条の合憲性を積極的に審査していくかどうかという裁判所の基本的態度に依存している。本件事案の解決のために民法750条の合憲性審査が必要であると考えるのであれば、それだけで端的に「氏の変更を強制されない権利」の権利性を認め、それを梃子に民法750条の合憲性を審査するのみである。

(2) 第2は、結婚の自由を憲法上の権利として認めず、しかし他方で、民法750条の憲法24条適合性について審査していることである。

高裁判決は、「〔憲法24〕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（現に、民法上、婚姻適齢、重婚禁止、近親者間の婚姻禁止等の制約や届出を要すること等の制約がある。）」と説いた。しかし、結婚の自由が憲法上保障されていないという憲法学説は、寡聞にして聞かない。「婚姻は両性の合意のみによって成立し」という文言上も、戦前の家制度を否定して個人の尊厳に立脚する婚姻・家族の保護をめざす憲法24条の趣旨からしても、憲法24条が結婚の自由を保障していないとはとう

て考えられないところである。また、判決の挙げるような法律上の制約が婚姻にあることは、婚姻の自由が憲法上保障されていないことの理由とはならない。憲法上の権利はほぼすべて「何ら制約を受けない」ものではありえない。人権は「公共の福祉」による制約を受けるのであって、その制約が正当化されるかどうかはまさに違憲審査で問題となるのである。現に民法733条の女性の再婚禁止期間の規定の合憲性に関しては、民法733条が憲法14条の男女平等違反ではないかと同時に、憲法24条の「結婚の自由」を違憲的に制約していないかが問われている。

また、判決が民法750条の合憲性を憲法24条に照らして審査している（そして合憲としている）ことも論理上腑に落ちないところである。判決は、憲法24条のなかの平等原則の観点から審査しているようにもみえる。しかし、それにしても目的＝手段審査において、民法750条が制限する憲法上の権利が存在しないにもかかわらず、その規制手段の相当性をどのように審査するのであろうか。比較衡量論では、規制によって得られる社会的利益と規制される人権を衡量し、規制の目的、必要性、規制の態様、程度、そして、制限される自由の内容等を検討する。あるいは目的＝手段審査（比例原則審査）では、規制目的の正当性ととも、人権規制の手段が規制目的と均衡しているか（合理的に関連しているか）、あるいは、規制手段に必要性・合理性が認められるかが審査される。判決が「婚姻の自由」は憲法上保障されていないと断じつつ、目的＝手段審査をすることは論理的に一貫しない。

(3) 第3は、女子差別撤廃条約上の国の民法750条改正義務を看過したことである。

高裁判決は、一審判決の判示をほぼ全面的に援用して、女子差別撤廃条約の自動執行性を否定し、条約が国民に対して直接権利を保障するものではないとして、訴えを斥けた。しかし、この解釈にはさしあたり2点で疑問がある。一つは、条約の国内法的効力の点である。国際協調主義をとり条約の誠実な遵守を謳う日本国憲法の解釈として、条約は公布によってそのまま国内法となるとするのが通説である。つまり、条約は self-executing であるか否かを問わず、国内法となるのであって、したがって、条約の国内法的効力としての裁判規範性は、あたかもそのような法律が制定されたとして、その解釈を考えればよい

のである。人権条約は、その権利保障の意義からして、裁判上請求できる権利と解釈することは十分可能なのである。そして、後述の女子差別撤廃条約16条の規定から、「結婚の自由」および「氏の変更を強制されない権利」が導き出されることは文言上も規定の趣旨からも明かである。

もう一つは、条約の内容の国内実施の義務である。条約を締結した日本は、条約で要求されているところを国内的に実施する義務を負う。この義務は、裁判所のみならず、立法府、行政府、さらには地方自治体も負うのである。そして、その義務のうちでも重要なのは、条約に抵触する国の法令を是正する義務である。女子差別撤廃条約の締結にあたって、旧国籍法2条が定める国籍の取得についての父系優先血統主義を父母両系血統主義に改めたのがその例である。この点に関して、女子差別撤廃条約16条1項柱書きは、「締約国は、婚姻及び家族関係に係るすべての事項について女子に対する差別を撤廃するためのすべての適当な措置をとるものとし、特に、男女の平等を基礎として次のことを確保する。」と規定し、その確保の対象として、「自由に配偶者を選択し及び自由かつ完全な合意のみにより婚姻をする同一の権利」（同項（b））「夫及び妻の同一の個人的権利（姓及び職業を選択する権利を含む。）」（同項（g））を挙げている。また、同条約2条柱書きは、「締約国は、女子に対するあらゆる形態の差別を非難し、女子に対する差別を撤廃する政策をすべての適当な手段により、かつ、遅滞なく追求することに合意し、及びこのため次のことを約束する。」と規定し、同条（f）は、締約国が「女子に対する差別となる既存の法律、規則、慣習及び慣行を修正し又は廃止するためのすべての適当な措置（立法を含む。）をとること。」を挙げている。この一連の規定から、女子差別撤廃委員会の勧告のいうように、婚姻にあたって女性が98%改姓している事実から、民法750条を改正して選択的夫婦別姓の制度を取り入れる義務（国際法上の義務であると同時に国内法的な義務でもある）が是認されなければならない。そして、この立法の不作为が別途国賠法上の違法性と結びつくのである。高裁判決は、このような条約上の法改正義務の不作为について正解していない。

（4）第4は、控訴審判決が、本件訴訟の意義を正面からとらえず、いかに民法750条の合憲性に立ち入らないようにするかに腐心しており、つまり、違憲

審査権の行使に及び腰であることである。

判決は、本件訴えについて、民法750条の合憲性を独自に審査することをせず、立法行為に対する国家賠償請求の論理枠組みのなかで審理する。そして、「氏の変更を強制されない権利」や「婚姻の自由」の憲法上の権利性を否定し、結論として民法750条にかかる立法不作為が国家賠償法上違法であるとはいえない、と論じている。ただし、おもしろいことに、この議論の過程で、民法750条が合憲であることの理由を縷々述べている。

合憲とする理由として、判決は、一つは夫婦同氏制が国民になお広く支持されていること、他の一つは、夫婦家族に関する法制は国会が歴史、伝統、文化、国民意識、価値観を見極めつつ国民のコンセンサスを得て決めていくべき立法裁量に属することがらであること、を挙げている。しかし、夫婦別氏訴訟の核心の問題は何かといえば、1996年の時点で法制審が夫婦別氏制を提案し、夫婦同氏原則が結婚にとって必須の要件ではなく、改氏を嫌う人々の人格権を侵していること、それにもかかわらず、国会が民法750条を改正しないこと、さらにいえば、国会が改正しないのは、国民の多数の意見を尊重しているからではなく、端的に夫婦同氏という古い結婚観を是とする一部議員の強権な反対のためであること、を理解していないからである。否、それらの事情を十分理解しているが、裁判所として問題に立ち入りたくない、立ち入るべきではないと考えているからに他ならない。

婚姻・家族をめぐる法律問題が時代の変遷とともに大きく変化しているなかで、その変化に即応した立法が進んでおらず、その間、旧法制の下で権利・利益の制限を不当に被ってきた人々の人格権および結婚の自由の侵害状況は変わらず続いている。このような状況において、権利侵害を除去する任務を負うべきは裁判所であり、裁判所による違憲審査権の行使である。婚外子法定相続分差別事件最高裁決定は生まれるべくして生まれた画期的判決であった。ひるがえって控訴審判決をみると、それは旧来の法律実務を墨守し、古くなった法律の定めを遵守し、国民の多くがなお夫婦同氏制を支持していると正当化し、問題解決の任務は国会にあるとそぶき、これらの理屈によって違憲審査権を積極的に行使しようとしなない。この消極的姿勢は、まさに1990年代までの最高裁の立場であり、高裁判決はそれに追随している。

選択的夫婦別氏の導入を図ることは第一次的に国会による法改正の課題である。しかし、国会が長期にわたって放置している場合には、違憲審査権を行使する裁判所の任務となる。本文の「おわりに」で述べたように、違憲審査権は、10年後、20年後のあるべき立法を見据えて、将来を先取りするように行使されなければならない。本件夫婦別氏訴訟では、まさに最高裁判所の先導的な判決が期待されている。

2015.11.30 記

【追記その2】最高裁判決について

2015年12月16日、最高裁判所は選択的夫婦別氏制を認めていない民法750条を合憲と判示し、上告を棄却した。何らかのかたちでの違憲判断が期待されたが、それは叶わなかった。むしろ、判決は、夫婦の氏の決定が婚姻制度に関連する法制度の定めの問題であるとして国会の決定に委ねられるとし、裁判所による審査を控えるという姿勢を貫いている。そのためもあって、判決の論理は一般的・概括的な論証に終始し、その結論は夫婦同氏制を弁護する現状維持的なものになった。

(ア) 判決の合憲論

最高裁判決は、(1)氏が婚姻・家族制度の一部として法律によって制度的に創設されたものという理解を前提に、氏が身分関係を反映しその変動に伴って改められ得るものであるので、婚姻の際に「氏の変更を強制されない自由」が憲法上的人格権の一内容であるとはいえない、(2)民法750条は文言上性別に基づく法的な差別的取り扱いを定めているわけではなく、憲法14条に違反しない、(3)民法750条は婚姻の効力の一つとして夫婦が同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的制約を定めたものではない、(4)憲法24条2項は婚姻・家族に関する制度の構築を国会の合理的な裁量に委ねるとともに、その立法にあたっては個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚することを要請するものであり、立法裁量に限定的な指針を与えるものであって、立法裁量の範囲を超えるものであるとみざるを得ない場合に当たれば違憲となるが、①夫婦同氏制は旧民法で採用され社会に定着してきたものであり、社会の基礎的単位としての家族が一つの呼称とすべきことを定めることには合理性があること、とくに夫婦間の子が嫡出子であることを示すことにも一定の意義があること、そして、夫婦がいずれの氏を称するかは夫婦間の協議による自由な選択に委ねられていること、②夫婦同氏制の下で氏を改める者はアイデンティティの喪失感や様々な不利益を受ける場合があり、とくに女性が受ける場合が多いが、婚姻前の氏を通称することは許され、社会的にも広まっているため、不利益は一定程度緩和されうること、という理由から夫婦同氏制度は憲法24条に反しない、(5)選択的夫婦別氏制に合理性がないわけではないが、夫婦の氏に関する制度のあり方は国会の判断すべき事項である、(6)女性差別撤廃条約違反は単

なる法令違反をいうにとどまり、上告理由に当たらない、と論じている。以上の判示には多くの重大な問題点があるが、ここではとくに3点指摘したい。

（イ） 権利（人権）制限の否定ないし軽視

第一は、夫婦の氏の決め方が婚姻に伴う制度の問題であることを強調し、氏の変更を強制されることが憲法上の権利の侵害たりうることを否定したことである。

たしかに婚姻による夫婦の氏をどのように定めるかは婚姻の制度形成に関係することがらであって法律で定められるべきであることは判決の指摘する通りである。しかし、制度形成に関する法律について、立法者の制度形成にあたっての裁量が広く認められるにしても、およそ違憲問題が生じないということではない。制度形成にかかる法律の定めが憲法上の権利を侵害している場合には、その部分が違憲となるのである。選挙制度の定めは立法裁量の幅が広いが議員定数不均衡は憲法14条、44条違反となり（一連の定数不均衡違憲判決）、在外選挙の不作为・不備は憲法15条の権利を侵害して違憲となり（2005年在外選挙違憲判決）、国籍法において日本人の父による生後認知を受けた子に国籍を認めていないことが憲法14条違反となり（2008年国籍法違憲判決）、相続制度に関する婚外子差別は違憲となり（2013年婚外子法定相続分差別違憲決定）、婚姻に関する制度についても女性の再婚禁止規定は本判决と同日の最高裁判決で100日を超える部分について憲法14条、24条に違反するとされている。

本件原告をはじめ多くの女性は、夫婦同氏制の下で婚姻に際して従前の氏を変更することに人格的な苦痛を感じ、事実上の女性差別を受け、あるいは、氏の変更を嫌って結婚届を提出しないことによって結婚の自由が妨げられている。しかし、本判决は、本事案について、氏の変更によって不利益を受ける女性の権利（人権）の制限をことさらに否定ないし軽視し、それとともに、民法750条の合憲性審査をもっぱら憲法24条2項の立法指針に適合しているかどうかの審査へと限定した。権利（人権）制限をことさらに捨象したのは、民法750条の夫婦同氏原則が立法裁量の範囲内であって合憲と結論づけるための論理操作の一つであったと評することもできよう。本件の核心は人権・権利の制限の問題にあり、すなわち、結婚後も従前の氏を維持したいと考える配偶者（多くは女性）が、自己のアイデンティティと人格の象徴である従前の（生ま

れながらの) 氏を改めさせられることによって人格権を傷つけられ、あるいは、婚姻前の氏を記した婚姻届が不受理とされて婚姻が有効に成立しないため、両性の合意のみによって成立すべき結婚の自由は間接的にではなく実質的に制約を受けるのである。本判決はそのような多くの女性が実際に被る権利侵害の実態を無視し黙認したのである。本判決が権利性を否定したことは、立法裁量論を強調しつつ夫婦同氏制を合憲と結論づけるうえで重要な意味をもった。

判決の権利性の否定論のうちでとくに結婚の自由については、再婚禁止期間違憲判決の判示とは著しい対比をなしている。再婚禁止違憲判決では、「婚姻をするについての自由は、憲法24条1項の規定の趣旨に照らし、十分尊重に値する」として、憲法上の権利性を迂遠な表現ではあるが承認し、「特に平成期に入った後においては、晩婚化が進む一方で、離婚件数及び再婚件数が増加するなど、再婚をすることについての制約をできる限り少なくするという要請が高まっている」ことを認め、ドイツやフランスでは「再婚禁止期間の制度を廃止するに至っており、世界的には再婚禁止期間を設けない国が多くなっている」ことを指摘し、民法733条1項の再婚禁止期間のうち100日超過部分を違憲と判示している。これは、結婚の自由を尊重しつつ不必要に長い再婚禁止期間を違憲としたものであり、本判決の結婚の自由の消極論とは隔絶している。

(ウ) 民法750条の憲法24条2項適合性の杜撰な審査

第2に、立法上の要請、指針を明示するものとされた憲法24条2項に照らした民法750条の合憲性の審査が、その論理の点でも理由づけの点でもきわめて杜撰であることである。

判決は、合憲性の審査基準ないし判断枠組みとして、「婚姻及び家族に関する法制度を定めた法律の規定が憲法13条、14条1項に違反しない場合に、更に憲法24条にも適合するものとして是認されるか否かは、当該法制度の趣旨や同制度を採用することにより生ずる影響につき検討し、当該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か否かという観点から判断すべき」であるとし、婚姻および家族に関する法制度の定めについて広汎な立法裁量を認めている。ここで憲法上の権利制限を認めなかったことの不当性は先に指摘した。さらに注意すべきは、憲法24条2項が立法の指針としてとくに掲

げる「個人の尊厳」と両性の「本質的平等」は、まさに人権の基本原則であり、あるいは人権そのものであるにもかかわらず、判決は、憲法24条2項を立法の指針にとらえ、そこに広汎な立法裁量を認めていることである。人権の基本原則、そしてそこから派生する人格権、平等権、結婚の自由という権利（人権）の制約を立法裁量の下に置くことは基本的に許されないはずである。

また、民法750条が合憲である理由として、①夫婦同氏制が社会に定着してきていること、②社会の基礎的単位としての家族が一つの呼称とすることには合理性があること、③夫婦の氏の決定は夫婦間の自由な選択に委ねられていること、④婚姻前の氏の通称は社会的に許容されており、不利益は一定程度緩和されること、を挙げる。要するに、判決の合憲の論理の基本構造は、夫婦の氏をどのように定めるかは婚姻に関する制度の問題として立法府の決定に委ねられているという立法裁量論に基づいて、夫婦同氏制が社会に定着しているとして国民の支持を重視するというものである。しかし、法律の合憲性の審査において、とくに人権制限が問題となっている場合に、立法裁量論と国民の支持論による理由づけはおよそ根拠として薄弱である。本件に関しては、結婚後も従前の氏のままでいたいという女性に対して改氏を強制することの正当化の理由として説得的であるとはとうていいえない。また、夫婦同氏の強制が法制度として採用されている以上、通称の使用が普及していることは、夫婦同氏の強制の違憲性の根拠となりこそすれ、合憲の根拠とはなり得ないものである。

とりわけ問題なのは、「夫婦同氏制が社会に定着している」という認定である。夫婦同氏制は法律で義務づけられ、他の選択のないまま実施されているのであって、法的義務が遵守されていることを「社会に定着している」と説明することはミスリーディングである。換言すれば、日本の社会に定着しているのは夫婦同氏制そのものではなく、「結婚に際して女性が男性の氏に変更するという夫婦同氏制」なのである。結婚に際して男性が女性の氏に変更するという夫婦同氏制はまったく定着していない。夫が嫡出子としての氏を維持する一方で、妻が夫の氏に改めるといふ日本の夫婦同氏制の現状について、民法750条が法文上は婚姻後の氏の決定を夫婦の自由な選択に委ねているという形式的理由で正当化することは許されない。日本の女性の改氏の現状はまさに女性差別的であり、憲法24条2項にいう「両性の本質的平等」の要請に明らかに反して

いるといわなければならない。

また、本件訴訟で争われているのは、民法750条の定める夫婦同氏制そのものが違憲であることではなく、夫婦別氏を選択できないことが違憲であること、つまり、「夫婦同氏に例外を許さないこと」に合理性があるかどうかである(木内道祥裁判官意見参照)。この点について判決は、もっぱら夫婦同氏制が合理的であると説得力に乏しい理由をもって論じているにとどまり、夫婦別氏を認めていない立法の不作為の違憲性について深い議論をしていない。これは、本件訴訟が人権・権利侵害を争う訴訟であることをことさら無視し、また、原告の真摯な訴えを正面から取り上げなかったことの表れでもある。

多数意見の審査が杜撰であることは、2013年婚外子法定相続分差別事件最高裁決定と比較してみれば明らかである。2013年決定は、1995年合憲決定を前提として、その後の社会事情の変化、外国の法制の変化、国際人権条約や委員会勧告、法律改正案の動向など、さまざまな事情を挙げて民法900条4号但書が違憲のものに転化したと説いた。これに対して、本判決は、民法750条の制定および改正をめぐる議論としては、旧民法から戦後の家族法改正までについて論じたにとどまり、平成6年の法制審議会での選択的夫婦別氏制の提案をはじめ近時の改正案と国会での不採用の過程についてまったく論及していない。夫婦別氏制の導入に向けての外国法の動向、とくにドイツでの導入についても参照していない。女性差別撤廃条約に基づく女性差別撤廃委員会の夫婦同氏制による女性差別の是正勧告について何の指摘もない。結婚しようとする大多数の女性が氏を改め、そのなかには氏の変更を意に反して強制されたと考える人々が少なからずおり、それはまさに「個人の尊厳」を不当に侵すという論理、つまり、家族、親子、夫婦という関係のなかでの妻(2013年判決では非嫡出子)を個人としてとらえるという論理はさらさらしない。以上の諸点について詳細に論じた岡部喜代子裁判官の意見の違憲論こそが多数意見よりも格段に説得的であるといわなければならない。なお、以上の本判決の論証の乏しさは、先に若干紹介した再婚禁止期間違憲判決の違憲論と比較しても際立っていることを付言する。

(エ) 違憲審査権行使の消極性

第3に、判決には、違憲審査権の行使という観点からの問題がある。

本件は、夫婦同氏を強制している民法750条の違憲性を国家賠償請求訴訟で争ったものである。本件につき1、2審判決は、民法750条の立法行為ないし不作為が国賠法上違法と評価されるかという国賠法上の違法性の審査のなかで民法750条の合憲性を審査し、そのため、民法750条の合憲性を正面から審査しなかった。これに対して、最高裁は、国賠法上の違法性の議論に論及せず民法750条の合憲性を審査した。すなわち、立法行為ないし不作為を争う国家賠償訴訟において、当該立法（不作為）の国賠法上の違法性を論ずる前に、その立法（不作為）の合憲性を先に審査したものである（この点については、再婚禁止期間違憲判決が参考になる）。この審査方法は、立法（不作為）を争う国家賠償訴訟がいわば法律の合憲性を争う違憲確認訴訟としての機能をもつことを意味する。この意味で、本判決は、法律（不作為）の合憲性を争う訴えの開口を広げ、同時に、裁判所による違憲審査権の行使に大きく門戸を開いたものと評価することができる。

とはいえ、本判決は違憲の判断を示さなかった。そして、合憲の結論を導出するためにとられた審査方法としては、①憲法上の権利の制限を否定ないし軽視し、②憲法24条2項を立法の指針とらえて民法750条の適合性を審査し、③審査基準として婚姻に関する立法者の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かどうかを判断することとし、④社会に定着、社会の基礎的集団単位、嫡出子の表示、夫婦の協議による氏の決定などからして合理性が認められると結論づけた。

この審査方法には重大な問題が少なからず見受けられる。これまで述べてきたところと重複するものもあるが、列挙しておく。

第一に、夫婦同氏の強制を権利問題とみなさなかったことである。しかし、夫婦同氏制の下で権利侵害ないし不利益を被っている女性は現に存在している。たしかに、民法750条は、結婚によって氏を改める女性のすべてに権利制限的に作用しているわけではない。つまり、改氏によって精神的苦痛を受けない人、結婚によって女性が氏を改めることを当然と考えている人などにとっては、権利の制限は生じないか、あるいは生じているとは感じられていない。しかし、本件原告のように、改氏によって精神的苦痛を受け、あるいは、改氏を嫌って結婚届を出さない女性にとっては、夫婦同氏制はまさに権利の侵害とな

っているのである。

第二に、夫婦同氏の強制の合憲性について、夫婦の氏の名を婚姻制度に関する法制度として国会が決定すべきことがらという前提から、立法裁量論によって審査したことである。判決は、夫婦同氏の強制が権利の制限をもたらさないと論じたうえで、国会が決めるべき法制度に関する立法裁量の問題とした。たしかに、夫婦の氏をどのように定めるかは基本的には国会の任務というべきである。しかし、夫婦の氏を同氏とすると定めた民法750条のなかに違憲部分がありうるのであれば、その審査は立法裁量論から離れて独自に審査されるべきである。夫婦同氏の強制の合憲性を、婚姻制度に関する法制度の問題として立法裁量論のなかで審査することは、問題の核心をとらえたものとはいえない。

第三に、民法750条の合憲性審査の憲法上の基準として憲法24条2項を持ち出し、それを立法に対する指針、要請ととらえて、立法裁量の逸脱の法理で審査をしたことである。憲法24条2項は、立法に対する指針、要請としての規範部分をもつが、同時に、「個人の尊厳」と「両性の本質的平等」という人権原理に基づくことを要求しており、それは立法の指針以上の規範的意味がある。したがって、憲法24条は、単に立法裁量を限界づける規定ととらえるべきではなく、「個人の尊厳」と「両性の本質的平等」という人権原理に反する立法を排除すべきことを要求していると解すべきである。判決が憲法24条2項をもっぱら立法裁量を限界づける規定とみなしているのは、憲法24条2項の意義を看過するものである。

第四に、違憲審査の対象について、民法750条が夫婦氏別氏を認めていないことの合憲性を直接の対象とはせず、民法750条の夫婦同氏制そのものの合憲性を中心に据えることによって、審査対象をすりかえたことである。つまり、本件で問われているのは、夫婦の氏を同氏とすることそれ自体の合憲性ではない。夫婦同氏制の下で、婚姻前の氏を婚姻後も保持したいと考える女性が氏を改めないと結婚できず、そこに表れた不備・不平等そして権利侵害が違憲ではないかということである。本判決は、違憲審査の対象を、夫婦別氏の可能性を認めずに夫婦同氏を強制していることの違憲性から、夫婦同氏制そのものの合憲性へとずらすことによって、本件の真の争点をはぐらかしたといわざるを得

ない。

第五に、違憲審査権の行使に対する過度に抑制的な姿勢である。判決は、夫婦の氏の決定が国会に委ねられるべきであるとして、立法裁量を広く認めている。さらに、寺田逸郎裁判官補足意見は、夫婦の氏の決定には婚姻・家族・親子（嫡出子）などさまざまな要素を考慮して制度を構想する必要がある、その判断は「司法の場における審査の限界をはるかに超え」ており、むしろ「国民的議論、すなわち民主主義的なプロセスに委ねる」べきであると説いている。しかし、夫婦の氏の決定が国会の民主的議論に委ねられるべきであるとしても、裁判所において夫婦の氏について審理判断することができないということではない。ある法制度のなかの不備・不平等が裁判所で争われたとき、裁判所は当該不備・不平等を違憲と判断することは可能であり必要である。それにもかかわらず「夫婦の氏の決定は国会の問題」という理由で合憲判断を示すのであれば、それは裁判所の違憲審査権行使の責務の放棄以外の何ものでもない。

他方、同時に注意すべきは、裁判所は違憲審査権の行使において、法令中の違憲部分について違憲の判断をすれば足り、当該違憲部分をどのように是正すべきかについて具体的な代替案を提示する必要がないことである。たとえば、衆議院議員の選挙制度において一人別枠方式が違憲であると判示した場合に、それに代わってどのような制度をとるか、アダムズ方式かウェブスター方式か、ひいては全面的に比例代表選挙とするかなど、合憲となる選挙制度について判決の中で具体的に検討し提言する必要はない。一人別枠方式が違憲であると判示しさえすればよく、定数不均衡を生じさせない他の選挙制度の選択は国会の審議に委ねることで足りる。本件でも、女性が以前の氏のまま結婚できることが認められていないことを違憲と判断すれば足り、民法750条をどのように改正するかについては判断する必要はなく、否、そもそも求められていない。選択的夫婦別氏がどのようなものであるべきか、とくに子の氏をどうするか、ひいては、全面的に夫婦別氏制を採用すべきかなど、夫婦別氏を認めていないことの是正は国会での議論に委ねられるのである。この点において、上記の寺田補足意見には誤りがあるのである。

第六に、違憲判断のもつ国会への改正を促すアピール機能を理解していないことである。仮に本判決が、選択的夫婦別氏制が望ましいが、その決定は国会が

行うべきものであるという考慮から合憲判決を下したとした場合、違憲判断のもつ国会への法改正のアピール機能を看過したといわざるを得ない。つまり、最高裁が合憲判決を下す限り、国会は合憲の法律を進んで改正することはないと考えられるからである。ましてや国民の間に定着し、国民によって支持されている制度ということになれば、改正に踏み切るとは考えられない。最高裁としては、すべからく違憲の判断を示すことによって、法改正を促すべきである。もっとも、判決の多数意見、補足意見を通読する限り、そこでは現行の夫婦同氏制が合理的な制度であって改正の必要はなく、もしも改正が必要であれば国会が決定すればよい、という含意が見て取れるので、違憲判断のアピール機能を看過したという批判は的外れのものであろう。

第七に、2013年婚外子法定相続分違憲決定の論理にみられたような、婚姻・家族の実態の変化や国民意識の多様化、諸外国の立法状況の変化、国際人権条約の規定および委員会の勧告意見、近年の法改正の動向など、さまざまな国内外の変化について、多数意見はほとんど考慮に入れていない。むしろ、反対意見がそれらの諸点を考慮して、説得的な違憲論を展開している。

第八に、女子差別撤廃条約違反の主張を適法な上告理由に当たらないとして斥けたことである。国際人権条約違反の主張を上告理由のなかに加えるべきであるとする学説はきわめて有力である。また、国際人権条約の国内法的効力に関する判例はまだ定まってはおらず、最高裁判所として判例を示す必要がある。さらに本件では、女子差別撤廃条約中の「夫及び妻の同一の個人的権利(姓及び職業を選択する権利を含む)」の保障を要求している条項は、民法750条の不作为の違憲性を根拠づけるものとなるはずである。しかし、本判決は、これらの重要な論点について判断しなかった。この判断回避は、ややうがった見方をすれば、女子差別撤廃条約違反の主張について判断することが夫婦同氏の強制が合憲であるとの結論にとって不都合であると考えたからではないかと推測される。

総じて、本判決は、2000年以降活性化してきた最高裁による違憲審査を1990年代まで押し戻したと評されよう。すなわち、相続制度の定めにおける立法裁量論と婚姻・家族の保護を根拠に、婚外子差別を合憲とした1995年合憲判決のレベルに立ち戻っている。1995年合憲決定ののち、民法900条4号但書は改正

されないまま20年近くを経て、ようやく2013年違憲決定が登場し、そして法改正された。本判決および民法750条もおそらくほぼ同様の経過をたどることになり、20年後の違憲判決によってようやく改正されることになろう。しかし、その間は、多くの女性が結婚によって氏の変更を余儀なくされ、結婚を躊躇するという事態が続くことになる。最高裁は、民法750条の改正をアピールする絶好の機会を失したといわざるを得ない。

（オ） おわりに

今回の判決は、10対5の合憲判決となった。女性裁判官3名を含む反対意見は、違憲審査の観点からは問題がないわけではないが、いずれも結婚において氏を改めざるを得ない女性の不利益や被差別に十分に配慮した、きわめて妥当な違憲判断を含むものであった。これに対して、多数意見は、粗雑な論理で基本論点を少しずつはぐらかしながら、相当強引に夫婦同氏の強制に合理性があると判断した。

多数意見は、夫婦同氏制の意義として、夫婦と子が同一の氏を称することによる家族集団への帰属意識もち、とくに夫婦の子が嫡出子であることを表示するという意義を強調している。この多数意見の夫婦同氏制の前提となる婚姻・家族像は、次のようなものと推測される。すなわち、結婚にあたって妻Yが夫の氏Xに改め、その夫婦の子が同じ氏Xを名乗り、そして、男子の子が結婚したときは夫婦の氏Xを名乗り（嫁に家の氏Xを名乗らせる）、女子の子は結婚によって相手の男性の氏Zを名乗る（相手の男性の家の氏Zを名乗る）、という婚姻・家族像であり、そして、これこそが日本の社会に定着している夫婦同氏制であるという認識である。しかし、これはまさに男性中心の家族像であり、家の氏を男子が継承していくという制度を前提とした家族像に他ならない。そして、このような制度では、女性は婚姻・家族において劣後した地位に置かれることは避けられず、「両性の本質的平等」に反すること必定である。ただし、それでも男性中心社会の下での日本型夫婦同氏制を維持することは、それが日本の社会に定着しており、多数の国民がそれを支持しているのであれば、維持することが許されないわけではなかろう。その意味で、夫婦同氏制それ自体は現時点では違憲とはいえないように思われる。しかし、日本型夫婦同氏制の下で、少なからぬ女性が意に反した改氏によって精神的苦痛を受け差別

されることは「人間の尊厳と両性の本質的平等」に反するものであることは、決して看過されてはならない。

また、夫婦同氏によって夫婦の子が嫡出子であることを表示するという意義は、決して大きなものではない。夫婦とその子が同氏であるのは、「初婚が維持されている夫婦間の子だけである」(木内意見)。近年家族の形態は変化してきており、離婚や再婚、さらには未婚の子、非嫡出の子など、さまざまな関係が数多く生じている。このような変化はいわば現代社会に随伴する必然的な変化というべきである。また、女子は、結婚にあたって夫婦同氏制が強制されるが故に、嫡出性を表示する生来の氏を改めなければならないことになるのである。夫婦同氏制の正当化理由として嫡出性の表示を挙げることは、意義が乏しいというべきである。

最後に、夫婦同氏制を支える家の観念のパラドックスを示すエピソードを一つ紹介したい。今から40年近く前になるが、大学のゼミナール学生A君(男性、Aは氏)が卒業後Bさんと結婚した。A君もBさんも一人っ子であったため、二人は相談して結婚後の氏をBとする婚姻届を提出した。これを聞いたA君のお母さんが私のところにやってきて、「先生、うちの新一が親に何の相談もなく、B新一にしてしまったのです。本当に馬鹿なことをして、先生、どうにかありませんか」とのことであった。このエピソードで、A君とBさんがB氏を婚氏としたことは、民法750条の一つの帰結であり、夫婦同氏制の求めるところであるとして評価されるべきことかもしれない。しかし、男性が改氏する例はきわめてまれであり、また、男性が氏を改めた場合に両親の不満は残ることになる。現代社会では、夫婦同氏の強制にそもそも根本的な問題があり、選択的別氏制を容認すべきである。

家族との関係でいえば、氏が異なっても親は親であり、夫婦別氏制をとっても、一方の親とは異なる氏をもつ子がいたとしても、それによって家族の一体感をもたなくなるというものではないであろう。家族における同氏原則は、家族にとってどうしても必要というものではない。離婚・再婚の家族では別氏は当然に生ずるし、また、多数の外国で夫婦別氏が容認され、中国のように制度化されているところもある。

それにもかかわらず、本判決は、夫婦の氏については国会が決めるべきこ

と、夫婦同氏制は国民の間に定着していること、というきわめて形式的で中身のない理由によって、民法750条の夫婦同氏の強制を合憲と判断した。しかし、夫婦同氏の強制が女性にとって精神的な不利益や被差別となることを見逃した合憲判断は、夫婦同氏制の見直しが迫られているにもかかわらず国会での改正がおよそ期待できないという状況をも踏まえれば、違憲審査権の適切な行使という職責に悖るものといわざるを得ない。

2016.3.20 記