

《研究ノート》

憲法 24 条と民法 750 条の関係についての一考察  
——最高裁夫婦別氏訴訟を素材にして——

*The Supreme Court Case Concerning Different Surnames for Married Couples: A Consideration of the Relationship Between Article 24 of the Constitution of Japan and Article 750 of the Civil Code*

Keywords: Article 24 of the Constitution of Japan 憲法 24 条, Article 750 of the Civil Code 民法 750 条, Japanese same surname system for married couples 夫婦同氏制度, individual dignity 個人の尊厳, gender equality 両性の本質的平等, revised Civil Code 改正民法

This paper examines the relationship between Article 24 in the Constitution of Japan and Article 750 in the Civil Code. It does so via a Supreme Court decision made in 2015 regarding the Japanese surname system for married couples. By focusing on legislative discretion and judicial review, this paper argues that Article 750 in the Civil Code does not carry out the intention of Article 24 of the Constitution of Japan. The Supreme Court regards Article 24 of the Constitution of Japan as a matter of legislative discretion. However, it can be said that, based on the overwhelming rate of the wife's surname change, the legislation of Article 750 in the Civil Code does not adequately carry out the intention of Article 24, which contains within it the principles of individual dignity and gender equality. This paper also considers whether the Supreme Court should adopt a strict scrutiny rather than rational basis test for this case.

## 1. はじめに

本稿の目的は、2015 年 12 月 16 日に下された最高裁夫婦別氏訴訟を素材として、憲法 24 条と民法の 750 条の関係について考察することである。本稿では、民法 750 条は憲法 24 条の意味を受け継いだ規定であるのか、という問いを設定し、それに対してそうではないことを批判的に検討する。

戦後の民法改正において、民法 750 条は婚姻時における夫婦の氏を選択肢として夫と妻の両者を掲げた。同条は、文言だけを見れば、たしかに性中立的な規定であり、ジェンダー平等を実現したものと解釈でき、戦前の家制度と比べより前進した規定であった。

しかし、民法同条下では、実際に婚姻時における妻の夫の氏への改氏率が 96%<sup>1</sup>と一方の性に対して、差別的帰結がもたらされている。「法は家庭に入らず」と法格言にもあるように、夫婦の関係の形成は、当事者間の自由に委ねられてきた。このことから、旧来の家制度<sup>2</sup>の慣習による影響を与え、それが夫婦間の関係形成の自由の解釈にも含まれ、性別による特性論<sup>3</sup>によるものであると是認されてきたといえる。

2015 年に下された最高裁夫婦別氏訴訟における多数意見の合憲判断は、憲法 24 条の視点を活かすよりもむしろそれに対して逆行する解釈を展開していると考えられる。そこで、本来であれば、憲法 13 条の氏名を人格的利益として保障する議論、14 条と 24 条の関係、国家賠償に関する議論などの多岐にわたる論点を、多角的に分析し総合的に検討するべきである。しかし、本判決については

---

<sup>1</sup> 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」(2017 年)。

<sup>2</sup> 明治民法下において家族の長である戸主が強い権限をもって家族を統率して、他の家族はみな戸主の命令・監督に服し、その家の財産と戸主としての地位は、家督相続として、その家の長男が跡を継ぐ制度。

<sup>3</sup> たとえば女性の場合であれば、女性は子どもを産む機能を有することから、男性とは異なり育児や家事の役割を担い、世間や夫の要請に従うことが求められることである。

既に多くの評釈や分析が存在する<sup>4</sup>。たとえば、木村草太は、同氏カップルと別氏希望カップルの間で法律婚ができるか否かについて、家族や親子の氏を統一する目的と全く関連性がなく、そこには合理性がないと述べている<sup>5</sup>。また、辻村みよ子によれば、憲法 24 条 2 項の「個人の尊厳と両性の本質的平等」という基本原理に即して権利行使の要件等が決定されなければならないのであり、立法裁量による婚姻の自由の不合理な制約は認められていない。このことから、辻村は、より制限的でない手段による救済 (LRA<sup>6</sup>) が可能であるにも関わらず、

---

<sup>4</sup> 石埼学「夫婦同氏制——民法 750 条の合憲性」新・判例解説 Watch、憲法 No.104 (2016 年)、石綿はる美『『家族』の呼称としての氏と婚姻の効力としての夫婦同氏』『論究ジュリスト』18 号 (2016 年)、上田健介「夫婦同氏制を定める民法 750 条の合憲性」『法学教室』430 号 (2016 年)、大谷美紀子「夫婦別姓訴訟最高裁大法廷判決——国際人権法の視点と家族・子の利益をめぐる議論」『学術の動向』(2016 年)、大林啓吾「憲法訴訟の転機と司法積極主義の兆し——契機としての再婚禁止期間違憲訴訟と夫婦別姓訴訟」『法律時報』88 巻 7 号 (2016 年)、大村敦志＝門口正人＝伊達聡子＝窪田允見＝宍戸常寿＝西希代子「座談会 夫婦同氏規定・再婚禁止期間規定の憲法適合性をめぐって」『法の支配』183 号 (2016 年)、斎藤一久「夫婦同氏原則を定める民法 750 条の合憲性」『法学セミナー』61 巻 4 号 (2016 年)、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)、同「夫婦同氏強制合憲判決 (最判平成 24 年 12 月 16 日民集 69 巻 8 号 2586 頁) にみられる判断手法の問題点」『自由と正義』67 巻 12 号 (2016 年)、田代亜紀「夫婦同氏制度と『家族』についての憲法学的考察」『早稲田法学』93 巻 3 号 (2018 年)、寺原真希子「夫婦別姓訴訟——自分と異なる選択 (生き方) を許容できるか」『法学セミナー』734 号 (2017 年)、戸波江二「夫婦同氏を要求する民法 750 条の違憲性 (1) (2・完)」『早稲田法学』90 巻 4 号 (2015 年)、91 巻 2 号 (2016 年)、常岡史子「夫婦同氏原則を定める民法 750 条の合憲性」『法の支配』183 号 (2016 年)、中里見博「夫婦別氏訴訟最高裁大法廷判決」『法学教室』431 号 (2016 年)、羽生香織「婚姻の抗力としての夫婦同氏——民法 750 条の合憲性」TKC ローライブラリー新・判例解説 Watch 民法 (家族法) No.83 (2016 年)、平田厚「夫婦同氏・別氏の現状と法的課題」『法の支配』183 号 (2016 年)、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)、山元一「トランスナショナルとドメスティックの間で揺れる最高裁」『法律時報』88 巻 3 号 (2016 年) など。

<sup>5</sup> 木村草太「夫婦別姓訴訟の憲法的考察」『月報司法書士』(2016 年) 26 頁参照。

<sup>6</sup> Less Restrictive Alternative, より制限的でない他の選ぶる手段を基準として、違憲審査をするものである。すなわち、他に選ぶる手段があるのなら、問題 18

過度な制約を課すことは違憲であると考えている<sup>7</sup>。そして、建石真公子は、本判決は時の経過論を用いるべきであったと評価している<sup>8</sup>。

このように、本判決について評釈では各論点について語られている。そこで、本稿は、本判決について、既出の評釈があまり問題としていない、身分変動に伴う氏の変更において合理的であるとされてきた関係に着目し、そこから多数意見の限界を探る。その後、本判決における立法裁量と違憲審査基準について検討し、本判決を評価する。

最高裁夫婦別氏訴訟以降も、夫婦の氏をめぐる問題は目立っており、社会的にも看過することができない。たとえば、2018 年 1 月にある企業の社長が日本人同士の婚姻で別氏を選択できないのは憲法違反だとして提訴した事例がある。また、現在の民法や戸籍法が夫婦別氏の選択肢を認めていないことは、憲法 14 条 1 項、24 条及び国際人権条約に違反するとして、国を相手に損害賠償を求めた第 2 次夫婦別氏訴訟が提起された。これは、2015 年の最高裁判決を受け、新たな争点で提訴されたものである。2018 年 5 月には、夫婦別氏を義務付けた民法 750 条は同氏を希望する者と別氏を希望する者を差別し、婚姻の可否を生じさせているなどとして東京地裁に提訴され、東京地裁立川支部、広島地裁にも同時に提訴されている。

本稿では以下の順で、冒頭であげた問いに対して検討したい。まず、最高裁夫婦別氏訴訟の概要を確認する (2)。次に、憲法 24 条の意味を確認する (3)。その後、最高裁夫婦別氏訴訟について上記の検討と評価を行い (4)、最後にまとめとする (5)。

## 2. 最高裁夫婦別氏訴訟

---

となっている厳格な手段を採ることは違憲であるという考えに基づく審査方法である。

<sup>7</sup> 辻村みよ子『憲法と家族』（日本加除出版、2016 年）246 頁以下など参照。

<sup>8</sup> 建石真公子「民法 733 条・750 条の憲法適合性判断」『判例時報』2284 号（2016 年）53 頁以下参照。

(1) 事実の概要

本件は、上告人らが婚姻の際に夫婦のどちらか一方の氏の変更を定めた民法 750 条（以下、「本件規定」）を憲法 13 条、14 条 1 項、24 条などに違反し、本件規定を改廃する立法措置を取らないという立法不作為の違法を理由に、被上告人である国に対し、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。

(2) 判旨

請求棄却。

①憲法 13 条について

「本件で問題となっているのは、婚姻という身分関係の変動を自らの意思で選択することに伴って夫婦の一方が氏を改めるという場面であって、自らの意思にかかわらず氏を改めることが強制されるというものではない。」

最高裁によれば、氏の呼称は名と同様に意義があるものであり、「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、親子関係などの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。」

以上のように、社会の要素である家族の呼称としての「氏の性質等について鑑みると、婚姻の際に『氏の変更を強制されない自由』が憲法上の権利として保障される人格権の一内容であるとはいえない。本規定は、憲法 13 条に違反するものではない。」（下線部—判決文。）

②憲法 14 条 1 項について

法の下を定める憲法 14 条 1 項は、「この規定が、事柄の性質に応じた合理的な根拠に基づくものでない限り、法的な差別的扱いを禁止する趣旨のものであると解すべきことは、当裁判所の判例とするところである」。「本件規定は、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ゆだねているのであって、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<sup>9</sup>い。すなわち、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。したがって、夫の氏を選択する夫婦が圧倒的多数を占めているとしても、それは、「夫婦となろうとする者の間の個々の協議の結果」である。「...したがって、本件規定は、憲法 14 条 1 項に違反するものではない。」(下線部—判決文。)

### ③憲法 24 条について

「本件規定は、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。」仮に、夫婦同氏制度の内容が意に沿わず、法律婚をしない者が存在するとしても、「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。」

憲法 24 条は、2 項によれば、「婚姻および家族に関する事項は、...当該法制度の制度設計が重要な意味を持つものであるところ、憲法 24 条 2 項は、具体的な制度の構築を第一次的には国会の合理的な立法裁量に委ねるとともに、その立法に当たっては、同条 1 項も前提としつつ、個人の尊厳<sup>9</sup>と両性の本質的平等に

---

<sup>9</sup> 本稿は、憲法 24 条の理念の一つでもある「個人の尊厳」を、13 条で保障されている「個人の尊重」と関連付けて検討する。憲法 24 条と 13 条は個人を基準としていることで、両規定において個人主義の限界は共通していると考えられるからである。また、24 条の法的性格についての見解は、家庭生活における同 13 条と 14 条の原理を規定したものであると通説的に解釈されてきたからである。憲法 24 条の「個人の尊厳」と 13 条の「個人の尊重」が同義であるとするのが、これまでの通説の見解として、たとえば、宮沢俊義『憲法大意』(有斐閣、1949 年) 128 頁、同(芦部信喜補訂)『全訂日本国憲法』(日本評論社、1978 年) 197 頁以下など参照。しかし、後に法哲学分野から問題提起を受けて、「個人の尊厳」と「人間の尊厳」との異同が議論されるようになった。たとえば、ホセ・ヨンパルト「日本国憲法解釈の問題としての『個人の尊厳』と『人間の尊厳』——尊属殺違憲判決をめぐる(上)(下)」『判例タイムズ』377 号(1979 年) 8 頁、378 号(1979 年) 13 頁以下など参照。このような憲法 13 条の「個人の尊重」と 24 条の「個人の尊厳」の違いについての詳細な検討は別稿で行う。

立脚すべきであるとする要請、指針を示すことによって、その裁量の限界を画したものといえる。

そして、憲法 24 条が、...立法上の要請、指針を明示していることからすると、.....憲法上直接保障された権利とまではいえない人格的利益をも尊重すべきこと、両性の実質的な平等が保たれるように図ること、婚姻制度の内容により婚姻をすることが事実上不当に制約されることのないように図ること等についても十分に配慮した法律の制定を求めるものであり、この点でも立法裁量に限定的な指針を与えるものといえる。」

「憲法 24 条の要請、指針に応じて具体的にどのような立法措置を講ずるかの選択決定が上記」「のとおり国会の多方面にわたる検討と判断にゆだねられているものであることからすれば、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見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ものとするのが相当である。」

以上の観点から、本件規定の憲法 24 条適合性について検討すれば以下のことが言える。

「夫婦が同一の氏を称することは」「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。.....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。」

「氏の選択に関し、夫の氏を選択する夫婦が圧倒的多数を占めている現状からすれば、妻となる女性が（アイデンティティの喪失感や社会的な信用、評価、名誉感情等の一筆者）不利益を受ける場合が多い状況から生じているものと推認できる。...

しかし、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、このような氏の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。」

「以上の点を総合的に考慮すると、本件規定の採用した夫婦同氏制が、夫婦が別の氏を称することを認めないものであるとしても、上記のような状況の下で直ちに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く制度であるとは認めることはできない。したがって、本件規定は、憲法 24 条に違反するものではない。」（下線部一判決文。）

### 3. 憲法 24 条の意味

戦後、1946 年に制定された日本国憲法であるが、その 24 条は、総司令部案（マッカーサー草案）作成の同年 2 月 4 日から 12 日の 9 日間にベアテ・シロタ・ゴードンによって草案が起草されたものである<sup>10</sup>。その草案は、妻の夫による支配を否定する家庭内のジェンダー平等に関するものだけでなく、親の強制を廃止する規定や母性保護、児童の医療保障など社会保障の規定が目立った。これらの規定は人権委員会では承認されたが、運営委員会で削除されることになった。運営委員会が、社会保障に関する詳細な規定について強く主張することで、日本政府が反発し、憲法草案を全面的に拒否することを総司令部が恐れたためである。そのような経緯で、マッカーサー草案 23 条が成立した<sup>11</sup>。

---

<sup>10</sup> 憲法調査会『憲法制定の経過に関する小委員会報告書』（大蔵省印刷局、1961 年）295 頁以下、高柳賢三＝大友一郎＝田中英夫編『日本国憲法制定の過程——— 連合国総司令部側の記録による I』（有斐閣、1972 年）222-225 頁、276-277 頁、ベアテ・シロタ・ゴードン＝横田啓子（聞き手）「私はこうして女性の権利条項を起草した」『世界』583 号（1993 年）61-70 頁、Beate Sirota Gordon, *The Only Woman in the Room: A Memoir* (Tokyo, New York, London: Kodansha International, 1997) pp.103-125, ベアテ・シロタ・ゴードン著＝平岡磨紀子構成/文『1945 年のクリスマス——— 日本国憲法に「男女平等」を書いた女性の自伝』（朝日新聞出版、2016 年）155 頁以下参照。

<sup>11</sup> 佐藤達夫＝佐藤功補訂『日本国憲法成立史第三卷』（有斐閣、1994 年）110 頁



その草案は、同年 2 月 13 日に日本政府に提出された。日本の法文の体裁に合わず、憲法に書く必要がない、条文を簡潔にするためなどという理由で、マッカーサー草案の文言が次々と削除された。その結果、婚姻を中心としていると読める規定として、帝国憲法案が成立した。

その後、帝国憲法草案は第 90 回帝国議会で提出された。1946 年 6 月からの帝国議会の審議において、保守派議員からは、親子の忠孝の観点から家族擁護論が主張され、他方で社会党などの左派議員からは、母子保護の観点から家族保護論が主張された。最終的に、この両者を排除する形で、家制度の否定により、個人の尊重を基盤とした憲法 24 条が成立した<sup>12</sup>。

このような経緯で制定された憲法 24 条の法的性格は、近年において、平等権と解するのが通説的見解とされている<sup>13</sup>。そうであれば、憲法 24 条は「両性の本質的平等」原理だけを置いていけばよいのであり、なぜ、あえて「個人の尊厳」原理も置いているのか。

筆者は旧稿において、差異のジレンマ<sup>14</sup>の視点を用いてそれを検討したが<sup>15</sup>、憲法 24 条が「平等」のみを意味する規定であると解釈して、差異志向の観点か

---

以下など参照。

<sup>12</sup> 清水伸『逐条日本国憲法審議録第二巻』（有斐閣、1962 年）492-498 頁、539 頁以下、佐藤達夫＝佐藤功補訂『日本国憲法成立史第四巻』（有斐閣、1994 年）596-601 頁、748-751 頁、906-909 頁、977-979 頁など参照。

<sup>13</sup> 君塚正臣「日本国憲法 24 条解釈の検証——或いは『家族』の憲法学的研究』の一部として」『関西大学法学論集』54 巻 1 号（2002 年）1、16 頁以下参照。その他、阿部照哉＝野中俊彦『平等の権利』（法律文化社、1984 年）144 頁、戸波江二＝松井茂記＝安念潤司＝長谷部恭男『憲法（2）人権』（有斐閣、1992 年）〔安念潤司執筆〕124 頁など参照。

<sup>14</sup> マーサ・ミノウの提唱した「差異のジレンマ」である。ミノウのいう「差異のジレンマ」は、民族、障害、人種、性、宗教などによる差別や抑圧からの解放を求める主張の内部において、差異志向と平等志向の相反する主張に別れて対立する状況である。Martha Minow, *Making All the Difference: Inclusion, Exclusion and American Law* (Ithaca and London: Cornell University Press, 1990) p.20.

<sup>15</sup> 戦後日本のジェンダー格差の実情について、データ分析などを踏まえた上で検討を行ったものである。詳しくは、川口かすみ「憲法 24 条の解釈について——『差異のジレンマ』の観点から再考した『両性の本質的平等』原理——」『早稲田政治公法研究』第 114 号（2017 年）を参照。

ら検討すれば、第 2 波フェミニズムが要求したように、「平等」が特性論に基づく意味の平等として認識され得る。一方、平等志向の観点から検討すれば、第 1 波フェミニズムが主張したように、男性の基準に女性を同一化させる平等と解釈され得る。結局、どちらの志向にも限界があり、憲法 24 条の意味する「平等」は、両者の志向を二者択一的に選択するものではなく、男女共通する基準によって、両者を調和させるものであると考えられる。すなわち、憲法 24 条に「両性の本質的平等」の原理だけではなく、「個人の尊厳」の原理も置かれているのは、夫婦はその構成員である個々人が共に尊重し合う平等を表すためである。

以上の検討を通して、憲法 24 条は、夫婦は性別役割分業を前提とした特性論に基づく平等ではなく、普遍的な平等を保障し、夫婦はその構成員である個人の尊厳も尊重されなければならないことを意味しているといえる。

#### 4. 検討

##### (1) 身分の変動＝氏の変更？

本判決において、多数意見は、「家族の呼称としての氏」にも合理性を認めている。確かに、「社会に定着した夫婦同氏制」の実態から、家族としての氏は合理的であり、主に婚姻時に改氏する者にとって、身分変動と氏の変更はイコールの関係とされる。しかし、この関係は絶対的な条件なのであろうか。

現在では、女性の社会進出も増加し、労働に自己のアイデンティティを見出している女性もいるだろう。本判決の反対意見も述べるように、「近年女性の社会進出は著しく進んで」おり、女性が「事業主体として経済活動を行うなど、社会と広く接触する活動に携わる機会も増加してきた。そうすることで、婚姻前の氏から婚姻後の氏に変更することによって、当該個人が同一人であるという個人の識別、特定に困難を引き起こす事態が生じてきたのである」。「このような同一性識別のための婚姻前の氏の使用は、女性の社会進出の推進、仕事と家庭の両立策などによって婚姻前から継続する社会生活を送る女性が増加するとともにその合理性と必要性が増している」。なぜなら、氏の変更は、氏に社会

的な利益を有する職業に就く者にとって大きな影響があるからである<sup>16</sup>。

多数意見は、現在においては氏の通称使用が認められるようになり、婚姻時に改氏した者が受ける不利益は緩和されているとする。

しかし、その不利益は氏の通称使用では緩和しきれていない。たとえば、本判決の約 10 カ月後の 2016 年に提起された、職場による旧氏使用の拒否に対して損害賠償請求が否定された事例<sup>17</sup>において、「婚姻前の氏の使用が広がっていることを踏まえてもなお、いまだ、婚姻前の氏による氏名が個人の名称として、戸籍上の氏名と同じように使用されることが社会において根付いているとまでは認められない」と述べられている。このように、全ての労働現場では氏の通称使用を認めているわけではないことも裁判所は認めている。

本判決の反対意見も女性の社会進出が進み、婚姻前だけではなく婚姻後に稼働する女性の増加を背景に、個人の同一性識別の支障を避けるために婚姻前の氏使用を希望することには合理的理由があるとしている。また、反対意見が、「氏は身分関係の変動によって変動することから身分関係に内在する血縁ないし家族、民族、出身地等当該個人の背景や属性等を含むものであり、氏を変更した一方はいわゆるアイデンティティを失ったような喪失感を持つに至ることもあり得るといえる」と述べるように、身分変動による氏の変更の弊害も生じている。このことは、婚姻によって改氏する者が生来の氏によって形成されたアイデンティティを侵害されているということである。このような個人の侵害を生じさせても、多数意見の立場は、夫婦同氏制は合理的であると述べる。

---

<sup>16</sup> 山田卓生「結婚による改姓強制——夫婦は同姓でなければならないか」『法律時報』61 卷 5 号（1989 年）86 頁参照。

<sup>17</sup> 東京地裁 2016 年 10 月 11 日判決（氏名権侵害妨害排除等請求事件）、判例集未掲載、EX/DB 文献番号 25544090。本件は、中高一貫の私立学校に勤務している原告が婚姻し夫の氏に改めた後、職場で婚姻前の氏を通称として使用することを求めたが、被告の学校側は教職員就業規則にしたがい、それを拒否したものである。原告は、旧氏の通称使用を求めて民事調停を申し立てたが不成立に終わったため、職務遂行に関して、原告の婚姻前の氏の使用を求めるとともに、人格権侵害に基づく不法行為または労働契約法上の付随義務違反として損害賠償を請求する訴えを提起した。しかしながら、その請求は棄却された。

しかし、そもそも婚姻という身分変動＝氏の変更という関係はなくなってきたのではなからうか。その例として、1976 年の民法改正の際に 767 条の 2 項で規定された婚氏続称制度<sup>18</sup>があげられる。この制度は、離婚後、婚姻前の氏に復した夫又は妻は、離婚の日から 3 カ月以内に戸籍法の定めるところによる手続きによって、離婚の際に称していた氏を称することを可能にするものである。この制度の創設の目的は、主に女性の側に法律上の氏の変更をもたらす不利益や不都合を解消することであった。それは、婚姻の際に改氏するのは、圧倒的多数が女性であり、またそれによって、特に就業中の女性が社会活動や労働活動から疎外されてきたという実情があったからである。

多数意見は、家の呼称としての合理性を認めているが、本件規定が 24 条の意味を受けているものであれば、個人の尊厳と両性の本質的平等の原理に則って、夫婦の構成員とする個人を保護しなければならないのではなからうか。反対意見も言及するように、婚姻時に妻が改氏するという状況において、「...多くの場合妻となった者のみが個人の尊厳の基礎である個人識別機能を損ねられ、また、自己喪失感といった負担を負うこととなり、(本件規定は——筆者)個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚した制度とはいえない」。すなわち、本件規定は、24 条が規定したような夫婦のなかの個人を保護することができていないという状況をもたらしており、24 条の意味を反映できていないのである。婚姻することで夫婦が同氏でなければならないとする夫婦同氏制度に拘束されること、つまり、家制度の影響によってそれに拘束されることは、本来、戦後の民法改正で解こうとしたものではなからうか。

しかし、現行戸籍制度は、家族を基本単位としており、戸籍法 6 条では、「夫婦およびこれと氏を同じくする子」と規定している。このように、現在においても家族は団体として考えられている。その家族のなかでは、夫婦間は夫が支

---

<sup>18</sup> 寺田補足意見は、身分変動に伴って氏を変えない選択肢として、現行法に婚氏続称制度が設けられているとの指摘があると言及している。同意見は、離婚後の氏の合理的なあり方について、その制度が国会で民主的プロセスによる議論の結果であるとして、制度の実現までのプロセスの正当性を強調している。しかし、その制度の内容については述べられていない。

配力を持ちそれに妻が従うという構造において差別的に機能していった<sup>19</sup>。なぜなら、明治民法下の家制度の慣習の根強さから、戦後の改正民法の下で夫婦を中心とした家族構造は、夫を「主人」としてみる家父長意識が重ねられていったからである<sup>20</sup>。

たしかに、憲法 24 条では人の尊厳と両性の本質的平等の原理が掲げられているが、現在における家族構造は家父長制<sup>21</sup>の影響を受けたものであるといえる。戦後、現行憲法下においては、家族は家制度に替わる夫婦による協議の規定に依っていた。その協議は、実際には、性別役割分業によって経済力をもつ夫の主導権を確保するものであり、夫婦間の平等を保障するものではなかった<sup>22</sup>。夫婦間の実態は、フランシス・オルセンも指摘するように、公私二元論の下で経済力をもつ家族の強者（夫）にとっては都合がよく機能するが、経済的に自立できない弱者（妻）に対しては不利益に機能するからである<sup>23</sup>。現在、結婚時の妻の夫への改氏率が 96%であるという実態は、そのような構造を反映させたものであると考えられる。

## (2) 本判決の評価

本判決の多数意見は、憲法 24 条に関しては婚姻や家族に関する同制度の設計について、要請と指針を示すものであると解釈した。さらに、多数意見は憲法

---

<sup>19</sup> 二宮周平『家族と法——多様化と個人化の中で』（岩波書店、2007 年）43 頁参照。

<sup>20</sup> 二宮・前掲注（19）42-43 頁参照。

<sup>21</sup> 家父長は、明治民法の家制度の下で規定されたものであるが、家制度の下では家父長が戸主として家族の中心となり家族を支配していた。夫婦の関係は不平等なものとなされ、妻は制限能力者として扱われ夫に従わなければならなかった。たしかに、戸主は男性のみではなく女性も存在した。しかし、それはごく稀な事例であった。実際は、圧倒的多数の戸主は男性であり、女性である妻が夫に従属していた状態であったのである。そのため、家制度はジェンダーと法の問題で考察される際、女性差別の問題で検討されることが一般的である。

<sup>22</sup> 若尾典子「女性の人權と家族——憲法 24 条の解釈をめぐって——」『名古屋大学法政論集』213 号（2006 年）140 頁参照。

<sup>23</sup> Frances Olsen, “The Myth of State Intervention in the Family,” 18 *University of Michigan Journal of Law Reform*, 835, 850, 855 (1985).

24 条を「立法裁量に限定的な指針を与えるもの」であるとして、同条に直接的な権利性を認めなかった。本節では、紙幅の都合上、立法裁量と違憲審査基準に的を絞って本判決の評価を行う。

明治民法の家制度においては、妻が夫の家に嫁ぐという意味から、妻が「家の呼称としての氏」として夫の氏を称することが旧民法の 746 条で定められていた。戦後、家制度を廃止したとされる民法 750 条は、婚姻する当事者間がどちらかの氏を夫婦の氏として決定することを規定した。ここで、戦後民法 750 条の制定背景を改めて確認しておきたい。

戦後、民法改正は、1946 年 4 月に作成された政府の憲法改正草案の家族条項に基づき審議されることになった。同年 7 月に臨時法制審議会が発足し、調査会第 3 回総会において民法改正の原案は 1946 年 10 月 24 日に臨時法制調査会総会で確定された。この段階で、政府は旧家制度が憲法 24 条の規定だけから見て、ただちに違憲だとはいえないという立場であり、政府は旧来の家族制度を否定しなかった。家族法との関係において民法学者の利谷信義も指摘しているが、憲法 24 条の下で確立された家族法制度には、白地規定性があり、このような現代家族法が性別役割分業の解体や男女不平等の解決には不平等であった<sup>24</sup>。

翌 1947 年 3 月 1 日にまとめられた第 6 次案までは、夫婦は婚姻の際に反対の意思を示さない限り、「夫の氏」を称するものが通常であると考えられていた。

しかし、同年 6 月 24 日付の第 7 次案では、司法部の示唆を受け、その表現が「夫又は妻の氏」に変更された。その理由は、「夫の氏」のままでは、憲法 24 条の規定にある夫婦の両性の平等に反するものであるからというものであった<sup>25</sup>。司法部は、「とにかく氏はもう全部自由にしてはどうかということを相当<sup>26</sup>」に議論していた。注目すべきは、次の発言である。明治民法改正案について、法制審議会幹事の村上朝一が「当事者の意思は夫の氏を称するのが通常だから、

---

<sup>24</sup> 利谷信義「家族観の変遷と家族法」『法律時報』65 卷 12 号（1993 年）36 頁以下参照。

<sup>25</sup> 我妻榮編『戦後における民法改正の経過』（日本評論社、1956 年）131-132 頁参照。

<sup>26</sup> 我妻・上掲注（25）131 頁。

特に妻の氏を称するといわなければ夫の氏になるというだけのことで、……<sup>27)</sup>と述べた。これに対し、弁護士の長野潔は、この規定はただ表現を変えただけで「実質的には何の関係もない<sup>28)</sup>」と議論が展開された。明治民法における家制度の下で、妻は婚姻後に夫の家に入っていた影響から、現行民法 750 条の効果としては、ほとんどの者が夫の氏を称することに変わりはないと考えられていた。このように、戦後の民法改正時に夫婦は共に夫又は妻の氏を称すると選択肢が平等とされながらも、その効果は、通常、夫の氏が称されると想定されていたのである。

現在の婚姻時における 96%の妻の改氏率から見ても、戦後の民法 750 条の制定時の想定された通りの状況である。本判決における多数意見は、立法裁量の問題として、憲法 24 条は「要請」や「指針」を立法府に示すものと述べている。しかし、その立法裁量によって合理的であると考えられた民法 750 条の中立的な規定は、実際には、憲法 24 条の個人の尊厳と両性の本質的平等の原理が反映できていないのである。そのために、憲法 24 条は立法府に裁量を与えるよりむしろ、同条が、直接憲法上の権利としての保護を与えると解釈すれば、立法府の裁量による法制度を期待するよりは、個人の尊厳と両性の本質的平等の原理を、実際に社会に生かすための手段の一つとして有効であると考えられる。

それを踏まえ、違憲審査基準についても裁判所は厳格審査基準を採用すべきである。本件については、婚姻及び家族に関する法制度が憲法 13 条と 14 条 1 項に違反しない場合に、憲法 24 条の定めた要請や指針に合致するものか、という合理的な審査基準を採用している。

本判決の原告の代表弁護士である榊原富士子も次のように述べている。今回の訴訟は「司法による少数者の人権の救済」という積極的姿勢はみられず、民主主義のプロセス（国会）に委ねるとされた。民主主義のプロセスでは何年経っても実現しないので、司法に最後の手段として訴えかけたのに、再び国会に

---

<sup>27)</sup> 我妻・上掲注 (25) 132 頁。

<sup>28)</sup> 我妻・上掲注 (25) 132 頁。

ボールを戻されてしまった<sup>29</sup>。

最高裁は、人権保障の最後の砦とされる司法の任務を政府に投げ、判断を回避したとも受け止められる。この点からも家庭内の個人の尊厳を保障する憲法 24 条の趣旨の理解は、司法の場においても浸透しきれていないことがわかる。

しかし、本判決に関していえば、基本的人権の保障の最後の砦である裁判所は、本来、重要な個人の権利利益を保護する役割を担うはずであった。したがって、少数でも婚姻時に同氏を押し付けられることに対し、苦痛を受けている者が存在するのであれば、彼・彼女は権利が侵害されているということになる。

このように、立法裁量によって、個人の権利侵害の問題が実質的に解決されていないという社会状況に鑑みれば、24 条が憲法上の権利として保障されるべきであり、それを踏まえて、司法の場でも厳格審査基準が用いられて判断されることが求められるのではなかろうか。

## 5. まとめ

本稿は、民法 750 条は憲法 24 条の意味を受け継いだ規定であるのか、という問いに対し、そうではないことを、2015 年の最高裁夫婦別氏訴訟を素材として批判的に検討した。

本判決の多数意見は、氏が社会の構成要素であることから、家族の呼称としての氏に合理性を認めている。しかし、戦後に家制度を廃止し、日本国憲法上でも集団ではなく個人を尊重するとして、個人が基本原理となったことに鑑みれば氏は個人のものである。

96%の夫婦が婚姻時に夫の氏を夫婦の氏と選択する現状から、多くの場合、男性はそのような身分変動に伴う氏の変更は生じていないことを表している。

---

<sup>29</sup> 榊原富士子「最高裁大法廷 2015（平成 27 年）12 月 16 日判決について」別姓訴訟を支える会ホームページ

([http://www.asahi-net.or.jp/~dv3m-ymsk/16\\_1\\_8\\_1.pdf](http://www.asahi-net.or.jp/~dv3m-ymsk/16_1_8_1.pdf):2018 年 7 月 30 日最終閲覧)。



それは、夫婦間の自由な協議というフィルターを通して、家制度から抜け出せていない証左の一つである。夫婦間の自由な協議による夫婦別氏という選択を認めない民法 750 条は、憲法 24 条の意味を活かすことができていない。そのため、現在の民法改正案にある選択的夫婦別氏制度の導入が求められるのである。

上記のような婚姻時の妻の改氏率からも、この状況に陥っている現在、若尾典子が「家族関係における男女平等化をも規定した<sup>30</sup>」憲法 24 条は、「近現代的『家』制度の否定が、それに続く近代的市民家族にとどまることなく、女性差別撤廃条約に表現されている今日的な家族理想への展望をも含んだ<sup>31</sup>」と 1986 年の時点で述べたことは非常に重要である<sup>32</sup>。

憲法 24 条と女性差別撤廃条約の関係については、別途検討をすることが筆者の今後の課題でもあるが、戦後から現在にいたるまでの国際的・国内的状況の変化も併せて考えても、憲法 24 条は女性差別撤廃条約のような国際人権条約と通じて、民法 750 条の限界を是正しなければならないだろう。

現在、日本は民法改正に関して国際委員会からも勧告を受けている<sup>33</sup>。民法 750 条の夫婦同氏制度の問題は、日本だけではなく国際的な問題となっていることから現行の夫婦同氏制度の改正は急務の課題である。このような状況を踏まえてもなお、本件訴訟で、法廷意見は国際条約に関して何も触れていなかった

---

<sup>30</sup> 若尾典子『『女性の人権』への基礎視覚——川島武宜氏と渡辺洋三氏の家族論をめぐって——』『名古屋大学法制論集』109号（1986年）269頁。

<sup>31</sup> 若尾・上掲注（30）269頁。

<sup>32</sup> 女性差別撤廃条約は、1979年に第34回国連総会において採択され、1981年に発行された。日本は1985年にそれを批准した。

<sup>33</sup> 女性差別撤廃条約は、「締結国は、婚姻及び家族関係にかか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適切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、その項目（g）では、「夫およ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。）」と規定されている。国際女性差別撤廃委員会は、日本政府に対し繰り返し改正を勧告している。2016年の女性差別撤廃条約の実施状況に関する日本政府の第7回及び第8回報告書に対する総括所見のなかでも「女性が婚姻前の姓を使用し続けられるよう婚姻したカップルの氏の選択に関する規定を改定すること。…」と改めて勧告している。

た。国際条約に違反するという点も提起した第 2 次夫婦別氏訴訟の今後の行方に期待したい。

【注以外の文献】

井戸田博史『夫婦の氏を考える』（世界思想社、2004 年）。

打越さく良「プレ企画報告 民法 750 条（夫婦同氏制）をめぐる憲法解釈と比較法・国際人権法との関連性」『ジェンダーと法』13 号（2016 年）。

川口かすみ「個人の尊重と夫婦の氏（1）（2・完）」『早稲田政治公法研究』99 号・101 号（2012 年、2013 年）。

竹下博将「夫婦別姓訴訟と憲法 13 条、14 条及び 24 条」『国際人権』28 号（2017 年）。

武田万里子「憲法における家族の位置づけ」『国際人権』28 号（2017 年）。

辻村みよ子「『個人の尊重』と家族——憲法 13 条論と 24 条論の交錯」『法律時報増刊 戦後日本憲法学 70 年の軌跡』（2017 年）。

水野紀子「戸籍制度」『ジュリスト』1000 号（1992 年）など。