

夫婦同氏を合憲とする最高裁大法廷判決と、家族のあり方

吉田 仁美

平成26年12月17日、最高裁大法廷は、夫婦が同じ氏¹を名乗ることを義務づけた民法750条の規定を合憲とした。

I 事案の概要

この訴訟の原告は、婚姻の際、夫の氏を選んだが、通称名を使用している、3人の女性と、婚姻の際に夫の姓を選んだが、協議離婚し、再度婚姻届を提出しようとしたが、婚姻後の氏の選択がされていないとして不受理とされたカップルである。

原告は、本件規定が、(1) 憲法上の権利として保障される人格権の一内容である「氏の変更を強制されない自由」を不当に侵害し、憲法13条に違反する、(2) 96%以上の夫婦が夫の氏を選択するという性差別を発生させ、ほとんど女性のみにも不利益を負わせる効果を有する規定であるから、憲法14条1項に違反する、(3) 夫婦となろうとする者の一方が氏を改めることを婚姻届出の要件とすることで、実質的に婚姻の自由を侵害し、また、国会の立法裁量の存在を考慮したとしても、本件規定が個人の尊厳を侵害するものとして、憲法24条に違反すると主張し、国家賠償法1条1項に基づく損害賠償を求めた。

第一審（東京地判平成25年5月29日判時2196号67頁。）は、仮に民法750条を改廃しないことが違憲であるとしても、国会議員の立法不作為が直ちに国家賠償法1条1項の適用上違法の評価を受けるものではないとし、国家賠償法1条1項の適用上違法の評価を受けるべき例外的な事情（最大判平成17年9月14日民集59巻7号2087頁）も存しないとした。また、「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13条、24条で保障されているわけではないとして、請求を棄却した。第二審（東京高判平成26年3月28日民集69巻8号2741頁）もこれを支持し、控訴を棄却した。

II 判旨

上告棄却。

1. 憲法13条侵害の主張について

(1)につき、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」が、同時に、「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

1 氏と姓の異同について、窪田充見「特集 家族のフロンティア I 夫婦別姓」法学教室429号（2016年）8頁、本稿でも、氏と姓を区別せず、都度、一般的な表記を採用する。

の一内容を構成する」(最判昭和63年2月16日民集42巻2号27頁参照)。しかし、「氏は、婚姻及び家族に関する法制度の一部として法律がその具体的な内容を規律して」おり、氏に関する人格権の内容も、「憲法の趣旨を踏まえつつ定められる法制度をまっぴら初めに具体的に捉えられるものである。」「したがって、具体的な法制度を離れて、氏に変更されること自体を捉えて直ちに人格権を侵害し、違憲であるか否かを論ずることは相当ではない。」民法の諸規定は、氏の性質につき、「氏に、名と同様に個人の呼称としての意義があるものの、名とは切り離された存在として、夫婦及びその間の未婚の子や養親子が同一の氏を称するとすることにより、社会の構成要素である家族の呼称としての意義があるとの理解を示している」。「家族は社会の自然かつ基礎的な集団単位であるから」、「個人の呼称の一部である氏をその個人の属する集団を想起させるものとして一つに定めることにも合理性がある」。「氏に、名とは切り離された存在として社会の構成要素である家族の呼称としての意義があることからすれば、氏が、親子関係など一定の身分関係を反映し、婚姻を含めた身分関係の変動に伴って改められることがあり得ることは、その性質上予定されている」「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。本件規定は、憲法13条に違反するものではない」。

2. 憲法14条侵害の主張について

(2)につき、「憲法14条1項は、法の下での平等を定めており、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、法的な差別的取扱いを禁止する趣旨のものである」(最大判昭和39年5月27日・民集18巻4号676頁、最大判昭和48年4月4日大法廷判決・刑集27巻3号265頁等)。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委ねて」おり、「その文言上性別に基づく法的な差別的取扱いを定めているわけではなく、本件規定の定める夫婦同氏制それ自体に男女間の形式的な不平等が存在するわけではない」。「夫婦となろうとする者の間の個々の協議の結果として夫の氏を選択する夫婦が圧倒的多数を占めることが認められるとしても、それが、本件規定の在り方自体から生じた結果であるということとはできない」。本件規定は、憲法14条1項に違反しない。

3. 憲法24条侵害の主張について

(3)について、憲法24条2項によれば、「婚姻及び家族に関する事項は、関連する法制度においてその具体的な内容が定められ」、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項も前提として、個人の尊厳と両性の本質的な平等に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」。

憲法24条の「要請、指針は、単に、憲法上の権利として保障される人格権を不当に侵害するものでなく、かつ、両性の形式的な平等が保たれた内容の法律が制定されればそれで足りるというものではないのであって、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」、「立法裁量に限定的な指針を与える」。

他方、「婚姻及び家族に関する事項は、国の伝統や国民感情を含めた社会状況における種々の要因を踏まえつつ、それぞれの時代における夫婦や親子関係についての全体の規律を見据えた総合的な判断によって定められるべきもの」で、「特に、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や実質的平等は、その内容として多様なものが考えられ、それらの実現の在り方は、その時々における社会的条件、国民生活の状況、家族の在り方等との関係において決められるべきもの」である。

「憲法上の権利として保障される人格権を不当に侵害して憲法13条に違反する立法措置や不合理な差別を定めて憲法14条1項に違反する立法措置を講じてはならないことは当然」だが、憲法24条の要請、指針に応えた具体的立法措置は立法裁量に委ねられており、規定が憲法24条にも適合するかどうかは、「当該法制度の趣旨や同制度を採用する」ことの影響を検討し、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。

そして、「夫婦同氏制は、旧民法（昭和22年法律第222号による改正前の明治31年法律第9号）の施行された明治31年に我が国の法制度として採用され、我が国の社会に定着してきた」もので、①「氏は、家族の呼称としての意義があり、現行の民法下でも「家族は社会の自然かつ基礎的な集団単位と捉えられ、その呼称を一つに定めることには合理性が認められる」。

②「夫婦が同一の氏を称することは、上記の家族という一つの集団を構成する一員であることを、対外的に公示し、識別する機能を有している。特に、婚姻の重要な効果として夫婦間の子が夫婦の共同親権に服する嫡出子となるということがあるところ、嫡出子であることを示すために子が両親双方と同氏である仕組みを確保することにも一定の意義がある」。③「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」。④「夫婦同氏制の下においては、子の立場として、いずれの親とも等しく氏を同じくすることによる利益を享受しやすい」。

加えて、⑤「夫婦同氏制それ自体に男女間の形式的な不平等が存在するわけではなく、夫婦がいずれの氏を称するかは、夫婦となろうとする者の間の協議による自由な選択に委ねられている」。

一方で、⑥「婚姻によって氏を改める者にとって、そのことによりいわゆるアイデンティティの喪失感を抱いたり、婚姻前の氏を使用する中で形成してきた個人の社会的な信用、評価、名誉感情等を維持することが困難になったりするなどの不利益を受ける場合があることは否定できない。」とし、「現状からすれば、妻となる女性が上記の不利益を受ける場合が多い状況が生じているものと推認できる」、また、「夫婦となろうとする者のいずれかがこれらの不利益を受けることを避けるために、あえて婚姻をしないという選択をする者が存在することもうかがわれる」。

しかし、「近時、婚姻前の氏を通称として使用することが社会的に広まっているところ、上記の不利益は、このような氏を通称使用が広まることにより一定程度は緩和され得る」。

これら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は、「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」ず、本件規定は、憲法24条に違反しない。

なお、夫婦同氏制を規制と捉えた上、これよりも規制の程度の小さい氏に係る制度（例えば、夫婦別氏を希望する者にこれを可能とするいわゆる選択的夫婦別氏制）に合理性がないとするものではない。「婚姻制度や氏の在り方」は、「国会で論ぜられ、判断されるべき事柄」である。

なお、本判決には、寺田逸郎裁判官の補足意見、櫻井龍子、同岡部喜代子、同鬼丸かおる裁判官の意見、木内道祥裁判官の意見、山浦善樹裁判官の反対意見が付されている。

III 検討

最高裁は、「氏の変更を強制されない自由」の憲法的権利性を認めず、憲法14条を、通説通り形式的平等を保障するものと解して、夫婦同氏制度の現状に差別性を認めず、憲法24条のもとでの立法裁量論に本件の分析を収斂させ、夫婦同氏制度を合憲とする判決に結びつけた。

この判決のロジックの最初のステップは、氏名は、「人格権の一内容を構成する」が、「氏」の部分は、民法上の制度、「家族の呼称」で、「憲法上の権利として保障される人格権の一内容」ではないと位置づけることから始まっている。（ただし、婚姻前に築いた個人の信用、評価、名誉感情等を婚姻後も維持する利益等は、「婚姻及び家族に関する法制度の在り方を検討するに当たって考慮すべき人格的利益」であるという留保がつく。）

これにより、憲法13条侵害が否定されるが、それだけでなく、本件規定は、文言上性別に基づく法的な差別的取扱いを定めているわけではなく、形式的な不平等が存在するわけではない、として、憲法14条侵害の分析をきわめて形式的なものにとどめ、合憲の結論を導いている。通説的な合憲性審査基準²による分析を意識した場合、用いられている「区分」あるいは、これにかかわる「権利」に合憲性審査基準が連動する。最高裁は、表だって合憲性審査基準を採用したことはないが、こうした理論状況を意識したとき、「氏」の位置づけが、憲法上の権利でなく、権利侵害がないとしたことが、憲法14条侵害の形式的な分析に影響を与えたことも否定できない。

憲法24条は、これまであまり詳細な分析が示されてこなかったが、本件では、最高裁は、憲法24条1項が規定する「個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚すべきとする要請、指針」が立法裁量の限界となりうることを示した点が評価される³。しかし、筋立てとして、すでに

2 いわゆる「違憲審査基準」と同義のものとして用いる。「違憲審査基準」は、日本が付随的違憲審査制を採用することを主な理由として採用された語とされるが、日本がモデルとしたアメリカの制度は、付随的違憲審査制をとり、文言としては *Constitutional standard* を用い、合憲性審査基準と素直に訳するのが適当である。日本の現行制度でも、アメリカをモデルとした審査基準の採用が目指されたのであるから、ここではそのような趣旨で「合憲性審査基準」の語を採用する。なお、「違憲審査基準」は、多くの論文で用いられているが、論文によってはアメリカの法域の制度をあらわすのに「違憲審査基準」の訳語をあて、あるいは概念の異なる *Judicial Review (Standard)* にも「違憲審査(基準)」の語をあてるなど、概念・用法に混乱がみられ、用語の整理・再検討を要する。

3 本判決を、「立法裁量統制を強化し、将来的に厳しい判断を行う契機を秘めたもの」と評価する見解もある。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)126頁。

氏が制度上の問題で、「個人の尊厳」の問題になり得ないことが憲法13条の分析において判断されており、また、「両性の本質的平等」は、平等権の保障とは同視されないが）、平等権侵害も否定されており、この指針は本件では結局のところ立法裁量を制限しない。憲法24条の問題に本件の分析を収斂させ、立法裁量論をとり、諸事由を総合的に考慮するとして、合憲の結論を導いたことは、最高裁が、人権侵害の主張に取り組みないための回避策となっている。

従って、本件規定を違憲であるとするためには、まず、憲法13条、あるいは憲法14条侵害についての最高裁の判示を再検討することが必要である。そのことが、立法裁量が「憲法上の権利として保障される人格権を不当に侵害して憲法13条に違反する立法措置や不合理な差別を定めて憲法14条1項に違反する立法措置を講じてはならないことは当然」とする最高裁の憲法24条解釈にも問題を提起することになる。

1. 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かどうか—憲法13条侵害

最高裁は、氏は、「家族の呼称」ととし、民法の諸規定が、「家族」を同一の氏を称する「夫婦及びその間の未婚の子や養親子」が「社会の構成要素である家族」という理解を示していると解するが⁴、このような特定の「家族」(モデル)⁵を民法が制度化しているとしたら、関連の民法諸規定は、個人のプライバシー（私的領域）に踏み込み、憲法13条に抵触する⁶。プライバシー権は1970年代のアメリカで生まれた権利であるが、家族のあり方は、プライバシー権の一内容をなし、国家の干渉が許されない領域である⁷。

民法において、氏をおなじくすることによる法律上の意義は、必ずしも明らかでない、とされ⁸、氏と法律上の効果が結びつくのは、祭祀財産の承継（民法769条）⁹のみであるとされている¹⁰。民法は、「親族」関係について規定するが、「家族」のなんたるか、そのものを定義しているわけではない。ここでは、「氏」を中心として論ずるが、社会的な家族は、例えば、

4 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）81頁。石綿は、最高裁が、「『家族』として、『夫婦及び未婚の子、養親子』という『夫婦とその嫡出子』という集団を想定している」とする。

5 巻美矢紀は、これを、「最高裁が想定する強固な憲法上の家族観」と呼んでいる。巻美矢紀「憲法と家族」論究ジュリスト18号86頁。最高裁の家族理解につき、「一夫一婦制を前提とする法律婚家族を、民法上だけでなく、さらに憲法上も保障される家族と解したものと考えられている。」同93頁。

6 憲法が特定の家族観を想定していないとする立場をとるものに、横田耕一「日本国憲法からみる家族」法学セミナー増刊 総合特集シリーズ(31)(1985年)85頁。横田によれば、「家族」がいかなるものかの定義はなく、その理解は常識のレベルにゆだねられており、婚姻や親子関係が要素として含まれる。横田はまた、家族の多様化により、特定の家族だけを保護することは差別を生み、独立した諸個人のさまざまな連帯や、それぞれの生活を保障するほうが妥当だと結論付けている、同94頁。安念潤司「『人間の尊厳』と家族のあり方」ジュリスト1222号（2002年）21頁、25頁は、どうして法律婚あるいは嫡出家族を法律が「保護」しなければならないのかかわからない、とし、「契約家族観」を打ち出している。現行民法につき、民法が認めたものだけが正式な「婚姻」とされること、「法律婚の圏外にある者」が差別されることを指摘し、批判している。

7 Moore v. City of East Cleveland, 431 US 494 (1977) は、市のゾーニング条例が1つの住居に居住できる家族の範囲を特定の定義の「家族」に限ったことが、実体的 due process 違反とされた事案で、プライバシー権のリーディング・ケースの一つとしてよく知られる。（なお、日本の（広義の）プライバシー権が自己決定権と情報コントロール権からなると考える立場は、必ずしもアメリカの通説判例に依拠した理論ではなく、私見もこのような説をとらない、紙幅の都合上、糠塚康江・吉田仁美『エスプリ・ド・憲法』（ナカニシヤ出版、2012年）127頁以下参照。プライバシー権は広範な内容を含みうるが、「家族のありかた」は自由権的である。）

8 石綿、前掲注4）80頁。

9 石綿、前掲注4）80頁脚注11）。

10 これも、「家温存」の「隠れ蓑」とされている、井戸田博史『家族の法と歴史』（世界思想社、1993年）205頁

夫婦あるいは一方の親と子や養親子の他に、氏の違う尊属や卑属を含む場合もあろうし、最高裁のいうような狭く決まった型におさまるようなものではない。婚姻するカップルの3割が離婚し、親子兄弟が必ずしも同一の姓を名乗らない場合が多くあることを考えれば、そのような可能性は現在ではさらに高い¹¹。民法の諸規定が、もし「家族」(モデル)を規定しようとし、個人のプライバシー(私的領域)に踏み込んでいるのなら、それらの規定は、憲法13条を侵害する。民法が、親族関係を規定するためには、必ずしも、特定の「家族」(モデル)を基礎とする必要はない¹²。最高裁の民法解釈には問題がある。

氏が「家族」(モデル)に結びつけられるものであってはならない、という筋合いからも、むしろ、氏が、単に個人の名称の一部に過ぎないとみる見解のほうが、現代ではより一般的な理解¹³とする説が妥当であろう。「氏の変更を強制されない自由」の権利性が否定された理由としては、「氏名というものが、個人の人格の象徴となるのに先立って」、「国家の法制度であり」、「派生的に氏名への愛着や氏名をめぐる様々な権利・利益が生じる」からであるとされ¹⁴、「制度優先思考」と評されている¹⁵。これに対し、名前は前国家的に「社会の中で自立的に成立したもの」で、氏が、仮に国家が創設し、「法制度の中に取り込んで規律」したものであっても、氏は「社会のなかで名と一体化し名前=氏名として機能している」ことから、人権として保障されるとする見解がある¹⁶。「明治初年に6%しか苗字を公称しえなかった」¹⁷が、明治期に制度的に認められるようになって既存の氏を公称し、あるいは創氏したという研究は、氏が前国家的であることの裏付けの一つである¹⁸。また、いまや、一般に、自らの名前として名だけを想起することは考えにくく、後者の見解が実態に即していると考えられる。そのため、婚姻制度を利用するにあたって、個人のアイデンティティにかかる氏名の変更を強制する本件規定を合憲とするには、権利の重要性に鑑み、厳格審査を満す程度の非常に重要な政府目的と、手段が限られていることが求められる。本件の最高裁判決は、その点について判示しなかった。

仮に、憲法24条2項の分析において言及されたように、夫婦同氏の強制によって、②「家族集団の一員であることを、対外的に公示し、識別する機能」、特に、嫡出子であることを示すこと(最高裁は、平成25年9月4日大法廷判決ののちも、嫡出子と、嫡出でない子の区別自体は合憲としている¹⁹)が、夫婦同氏強制の理由付けとされるなら、そもそも、特に強調されている嫡出子であることを示すという機能について、個人の尊重の観点から、その目的の正当性は疑わしい²⁰。また、「家族集団の一員であることを」を公示することが、厳格審査

11 井戸田、前掲注10) 99頁も参照。

12 窪田、前掲注1) 9頁は、戸籍法が漠然とした「家族」概念を背景に、「家族の名称としての氏」という基本的発想を維持していることを指摘し、「戸籍法が実体法上の法律関係を規定するのか」との問題を指摘している。

13 窪田、前掲注1) 9頁。

14 石崎学「夫婦同姓訴訟－民法750条の合憲性」速判解18号(2016年) 33頁。

15 高橋和之「『夫婦別姓訴訟』－同氏強制合憲判決に見られる最高裁の思考様式」世界2016年3月号138頁、144頁。

16 高橋、前掲注15) 144頁。

17 井戸田、前掲注10) 36頁。

18 井戸田、前掲注10) 60頁参照。また、明治民法施工前の状況につき、井戸田博史「夫婦の氏」中川淳先生還暦祝賀論集刊行会『現代社会と家族法』(日本評論社、1987年) 47頁。

19 卷、前掲注5) 93頁。

20 卷、前掲注5) 95頁。卷は、「差別の元凶となる区別の公示機能は憲法上問題視されうる。」と指摘する。また、井戸田、前掲注10) 99頁は、私的事項である婚姻関係の識別には必要性がなく、「プライバシーからみて問題がある」とする。

を満たすような重要性をもつ利益と評価されるかどうか、同じく疑問である。また、家族関係の識別は、夫婦同氏の強制によらなくても可能で、手段の点でも、厳格審査を満たさないであろう。

学説は、ヨーロッパ人権条約の「家族の尊重」が、「親子を基本単位として、様々な事実上の家族的紐帯に及ぶ」²¹ことを紹介している。最高裁の「家族」（モデル）に合わない多くの「子ども」やその「家族」も同じく保護されねばならず、その観点からは固定的な「家族」（モデル）はむしろ、益にならない。

2. 憲法14条侵害の主張について

最高裁は、本件規定が、「夫婦がいずれの氏を称するかを夫婦となろうとする者の間の協議に委ねて」いて、「その文言上性別に基づく法的な差別的取扱いを定めているわけではなく、本件規定の定める夫婦同氏制それ自体に男女間の形式的な不平等が存在するわけではない」とした。そして、96%の「圧倒的多数」が夫の姓を名乗るが、「それが、本件規定の在り方自体から生じた結果であるということとはできない」とした。最高裁は、本件規定は、憲法14条1項に違反しない、とした。しかし、本件規定が、最高裁がいうような「家族」（モデル）を（憲法規範に反して）規定したものと理解されていたのであったのなら、そして、文言上は中立な規定が、社会的なパワー・ポリティクスを反映して、特定の結果にいたることを想定したものなら²²、それが、多くの場合、社会的・経済的に立場の劣る女性に、事実上の負担を、ほとんど例外なく強いていることが、別異取り扱いとして認定されるべきであった²³。

その上で、夫婦同氏を強制することが、氏名というアイデンティティにかかる重要な権利についての別異取り扱いの問題として、憲法14条のもとで、厳格審査を満たしうる目的と手段かどうか、検討されるべきであった。

3. 憲法24条侵害の主張について

既に述べたように、本件規定は、憲法13条及び憲法14条侵害である可能性が高く、従って、憲法24条2項のもとでも、立法裁量を逸脱するものとして、違憲の判断がなされるべきであった。

ところで、最高裁の、憲法24条2項に基づく立法裁量の逸脱に関する解釈は、諸般の事情を「総合的に考慮」したという判断方式は、「判断過程の不透明な『ブラックボックス』」²⁴と批判されている。

考慮された事情のうち、判旨3①②⑤については、すでに、憲法13条、憲法14条に抵触するおそれを指摘した。

21 齊藤笑美子「家族と憲法－同性カップルの法的承認の意味」憲法問題21号（2010年）108頁、115頁。

22 「民法750条の定める夫婦間協議は、ほとんど機能しておらず死文化している」中里見 博「夫婦同氏訴訟最高裁大法廷判決」法学教室431号（2016年）30頁。

23 高橋、前掲注15）144頁は、「実質的な機会の保障」を欠くとし、違憲の立場をとる。巻、前掲注5）91頁もまた、「機会の平等」の問題と捉え、「日本国憲法は『機会の平等』につき、形式的保障にとどまらず、実質的な保障をも要求する」としている。中里見、前掲注22）35頁は、「このような状況に対して『憲法14条は実質的平等を保障していない』という理由で差別的な主張を斥けるのは説得力を欠くといわざるをえない。」と述べる。

24 中里見、前掲注22）37頁。

③は、木内意見²⁵も指摘するとおり、主観の問題である。④については、たまたま嫡出でない子として出生した者、あるいは、離婚によって親の一方と異なる氏の子など、社会的により弱い立場にある子の権利利益の保護について、最高裁がどのような見識をもっているのか、疑わせる。

本件では、岡部喜代子裁判官に櫻井龍子、鬼丸かおるの、ほかの2人の女性の裁判官が参加した意見が目された²⁶。岡部裁判官の意見は、本件を棄却する結論には同意するが²⁷、憲法違反であるとする。岡部意見は、最高裁が考慮に入れた⑥について、本件規定は、昭和22年に制定された当時としては合理性のある規定であったが、近年女性の社会進出が著しく進んだ結果、婚姻前の氏によって社会的経済的な場面での生活を継続したいという欲求が高まったこと、個人の識別、特定の困難は、業績、実績、成果などの法的利益に影響を与えうること、さらに、グローバル化やインターネット等の発達により、氏による個人識別性の重要性はより大きくなったこと、などにより、婚姻前からの氏使用の合理性、有用性、必要性が増したとし、平成15年以降の女子差別撤廃委員会の懸念表明や廃止要請に触れている。

また、夫婦同氏の強制による個人識別機能に対する支障、自己喪失感などの負担は、ほぼ妻について生じていること、96%もの多数が夫の氏を称することは、女性の社会的経済的な立場の弱さ、家庭生活における立場の弱さ、種々の事実上の圧力など様々な要因がもたらしたもので、意思決定の過程に現実の不平等と力関係が作用していることを指摘し、夫婦同氏制度が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、としている。

また、民法が夫婦と嫡出子を原則的な家族形態と考えているとしても、家族形態は多様化している、さらに、通称は便宜的で、使用の許否、許される範囲等が定まっておらず、現在のところ公的な文書には使用できない場合がある欠陥があるうえ、通称名と戸籍名との同一性という新たな問題を惹起する。通称使用は当該個人の同一性の識別に支障があることの証左である。既に婚姻をためらう事態が生じている現在において、上記の不利益が一定程度緩和されているからといって夫婦が別の氏を称することを全く認めないことに合理性は認められない、と、反論している。

4. 婚姻の自由

本判決は、憲法24条1項について、本件規定が婚姻をすることについて制約しないと判断している。最高裁は、「婚姻をすることについての自由」は十分尊重に値する、とし、本件規定

25 木内道祥裁判官も、本規定を24条違反とした。木内意見は、人にとって、その存在の社会的な認識は守られるべき重要な利益であり、それが(氏の変更によって)失われることは、重大な利益侵害であり、同氏制度により氏を改めざるを得ない当事者は、このような利益侵害を被る、とした。

憲法24条2項の立法裁量について、「問題となる合理性とは、夫婦が同氏であることの合理性ではなく、夫婦同氏に例外を許さないことの合理性」である、とした。そして、また、家族の中での一員であることの実感、夫婦親子であることの実感、同氏でないと生まれないとはいえないとし、夫婦同氏の持つ利益がこのようなものにとどまることからすれば、夫婦同氏の効用という点からは、同氏に例外を許さないことに合理性があるということとはできない、とした。

26 日本では、なぜか最高裁のパネル構成が議論されることは少ないが、男性がフォーラムの構成員の12/15人を占めることを、まず批判しておきたい。(なお、12人中2人が反対意見、及び意見を書いた。)最高裁や裁判所そのものについて、可能な限り多様性を考慮したパネル構成がとられるべきである。

27 岡部意見は、民法750条は、憲法24条に違反しているが、選択的夫婦別氏を立法化しなかった立法不作為は、国家賠償法1条1項の適用上違法の評価を受けない、とした。
山浦善樹裁判官の反対意見は、本件規定が憲法24条に違反する点で岡部意見に同調し、さらにすすんで、国賠法上の違法を認めた。

は法律婚の効果の1つとして夫婦同氏を定めたもので、婚姻についての制約を定めたものではないとした。

岡部意見は、夫婦同氏は、婚姻の効力の一つとされているが、婚姻は、戸籍法の定めにより、届出によってその効力を生じ（民法739条1項）、夫婦が称する氏は婚姻届の必要的記載事項である（戸籍法74条1号）ため、夫婦同氏制度は婚姻成立に不合理な要件を課したもので、婚姻の自由を制約する、と指摘している。

学説は、最高裁は、婚姻の自由の内容は、「婚姻をするかどうか」、「いつ誰と婚姻をするか」であるとして、その内容や形式の自由は認められないと解しているとし、「婚姻の効力」を一括して受け入れる必要があり、そのどれかを排除することはできないことを前提にしている、と分析する²⁸。

学説は、そして、同規定と、「婚姻の届出」の手續を定める戸籍法74条1項（夫婦の氏の記載を必要的記載事項とする）があいまって、夫婦同氏は婚姻の成立要件となっており、婚姻の自由の制約となっている²⁹、と指摘する。婚姻は、「社会で自自的に成立する人間の営み」であり、これを規律する婚姻の要件には、その必要性の論証が必要である³⁰。

夫婦同氏を強制することの合憲性が検討されねばならなかったが、最高裁は、夫婦同氏を「婚姻の効果」とすることで、これを回避した。

もし、夫婦同氏を、婚姻の効果のパッケージの1つと考える最高裁の議論を前提とするとしても、憲法13条、憲法14条に抵触する規定は、パッケージから排除されねばならない。もし、民法の関連規定が、全体として、最高裁の前提とするような「家族」（モデル）を構成しており、夫婦同氏の強制が、そのような家族制度から制度上抜きがたいのであれば、民法の関連規定は、全体として違憲といわざるをえない。

個人のアイデンティティは前国家的であり、婚姻も、家族も、同様である。民法も、最高裁も、そうしたプライバシー（私的領域）に、必要以上に介入すべきでない。また、最高裁の14条の形式的分析は、平等権保障を無力化するもので、再検討を要する³¹。24条1項の立法裁量統制機能に言及しながら、それが、単なるリップサービスに終わり、諸事情を「ブラックボックス」に投げ込んで、最高裁の抱く「家族」（モデル）に沿った結論を得るなら、いったい、本判決の法的分析は何をなしたのか。最高裁は、夫婦同氏の強制を違憲とし、立法府に、憲法適合的な新たな制度設計を促すべきであった。

なお、本校の執筆中に、離婚、外国人との結婚の場合など、民法上の「氏」とは異なる戸籍法上の氏（呼称上の氏）を名乗ることが許容される場合があるのに、夫婦同氏が強制されることの平等権侵害を問う訴訟が提起されたという報に接した³²。戸籍法は民法をうけた手續法と捉えられ、民法の氏や、親子親族としての権利義務関係には全く影響を与えるものではないとされる³³。「呼称上の氏」を活用して夫婦別氏を実現しようとする有力説³⁴に依った

28 石綿、前掲注4）82頁

29 石綿、前掲注4）83頁。また、高橋、前掲注15）147頁。

30 高橋、前掲注15）147頁。

31 拙著『平等権のパラドクス』（ナカニシヤ出版、2015年）。

32 「別姓を選べる社会『今度こそ』」毎日新聞2018年2月22日。

33 山川一陽「呼称上の氏と戸籍」私法53号280頁（1991年）、谷口知平『戸籍法 第三版』（有斐閣、1986年）12頁。

34 増本敏子「8戸籍の中の氏と家族」増本敏子ほか『氏と家族』（大蔵省印刷局、1999年）159頁。

訴訟で、正面から最高裁の民法解釈を問題とするものではないが、その動向が注目される。

戸籍法については、その沿革から、不合理な記載や技術は残るが、弊害の大きい続柄欄の記載、公開原則を除いて、早急な改善は必要ないという立場³⁵と、戸籍に家族統制機能³⁶（家族の団体制や、家意識を温存する装置）があるという立場がある³⁷。このような理論状況の下で、本件で争われたのは実体法である民法規定であり、夫婦同氏制度は婚姻成立に不合理な要件を課したとする議論における岡部意見も、学説³⁸も、戸籍法の議論を民法と連環させて論じている。しかし、もし、最高裁の、氏は、「家族の呼称」だとする判示（民法解釈としては成り立たない）が、戸籍の家族統制機能の反映なのならば、やはり、身分登録のありかたそのものが早急に再検討されなければならない。以上

（関東学院大学法学部教授）

35 二宮周平『戸籍と人権』（解放出版社、2006年）48頁。

36 二宮、前掲注55）49頁。

37 二宮、前掲注55）52、53頁。

38 石綿、前掲注4）83頁。また、高橋、前掲注15）147頁。