

民法750条の夫婦同氏制と憲法上の諸問題

池田晴奈

- 目次
- はじめに
- I 夫婦同氏制の沿革
- II 民法750条夫婦同氏制違憲訴訟
 - 1 第1次訴訟
 - 2 第2次訴訟
- III 夫婦同氏制の憲法上の問題点
 - 1 憲法13条と「氏の変更を強制されない自由」
 - 2 憲法14条1項の平等に関する諸問題
 - 3 憲法24条と婚姻の自由
- むすび

はじめに

本稿は、民法750条の夫婦同氏制に関して、現在に至るまで浮上している憲法上の諸問題について判例及び先行研究を通して再検討するものである。

人の名とはどのような存在だろうか。古来より、実名に対する習俗は存在してきた。実名を呼ぶのは敬意を表すべき相手に対して非礼であるとして実名を呼ぶことを避けた時代もあったが、この習俗は日本に限らず世界的にも見られる傾向であった¹⁾。この習俗が行われてきた理由は、日本人が古より

1) 日笠博司「日本人のいわゆる実名敬避俗とジョアン・ロドリゲス著『日本小文典』」流通経済大学流通情報学部紀要8巻1号(2003年)95頁。このことについて、戦国時代に来日したイエズス会のロドリゲスが記している。ジョアン・ロドリゲス(福島邦道編)『日本小文典』(笠間書院、1989年)。また、大正時代には、穂積陳重が『實名敬避俗研究』(刀江書院、1926年)の中で分析している。

「固有の実名に呪術的な霊力(タマ)が宿る」と考えていたためといわれる²⁾。人の名は長い歴史からもわかるように、時代によって変遷し、時代ごとに人が特別な意思を働かせ、思いを寄せる対象である。

夫婦の氏³⁾について歴史を遡るためには、戸籍を紐解く必要がある。戸籍は周知の通り、一般的には670年の庚午年籍及び690年の庚寅年籍を合わせた律令体制の戸籍制度に始まるとされる⁴⁾。古代の戸籍によると、未婚の場合には父の姓を称し、嫁しても姓を変更することなく以前の姓を用い続けたが、女性が自己と同姓の男性と婚姻したか、別姓の男性と婚姻したかの記録が残っているようである⁵⁾。平安時代にも夫婦の氏が同姓か別姓かの記録があるが、この時期に戸籍制度は衰退する⁶⁾。鎌倉・室町時代には戸籍簿が必要とされなくなっていたが⁷⁾、戦国時代に復活する⁸⁾。近世の武家社会には家父長制が強化され、江戸時代になると「家」思想が制度に押し上げられた⁹⁾。江戸時代では女性は婚姻により夫の家に入る形となっていたが、氏について女性は婚姻後も姓を変えることなく生家の氏を称し、夫家の氏を名乗らず、夫婦別氏が常態であった¹⁰⁾。そして、後述の通り明治時代に入り、夫婦同氏が法制化される。

従って、夫婦同氏制の歴史は、古代から江戸時代までの夫婦別氏を採っていた約1200年の長さに比して、明治時代から現在までの約150年と浅く、そ

-
- 2) ロドリゲス(福島編)・前掲注(1)。日埜・前掲注(1) 97頁の日本語要約。
 - 3) 氏、姓、名字、苗字などの用語について、歴史的にはそれぞれ異なる意味を有していたが、今日では同義に扱われ、法制度上は氏で統一されているために、本稿では主に氏を用いることとする。井戸田博史「平民苗字必称令——国民皆姓——」法政論叢21巻(1985年)40頁。
 - 4) 久武綾子『氏と戸籍の女性史——わが国における変遷と諸外国との比較』(世界思想社、1988年)5頁。
 - 5) 久武・前掲注(4) 16~20頁。
 - 6) 久武・前掲注(4) 34、45~47頁。
 - 7) 鎌倉時代には北条政子と源頼朝、室町時代には日野富子と足利義政の夫婦からもわかるように、武家社会では別姓で名乗っていたことが確認できよう。
 - 8) 久武・前掲注(4) 68頁。
 - 9) 久武・前掲注(4) 67、86頁。
 - 10) 井戸田博史『氏と名と族称——その法史学的研究』(法律文化社、2003年)25~26頁。

のため民法750条の憲法適合性が疑われるのであれば、選択的夫婦別氏制の導入など時代とともに変化することも求められよう。

そこで、以下ではまず、明治時代以降の夫婦同氏制の沿革について考察する。続いて、民法750条夫婦同氏制違憲訴訟の第1次訴訟及び第2次訴訟を紹介した上で、同制度に関して憲法13条、14条1項、24条の観点から検討することとしたい。

I 夫婦同氏制の沿革

夫婦同氏制は明治維新後から始まる。明治政府は四民平等を掲げて、明治3年9月19日に「平民苗字許可令」（太政官布告第608号）により平民に対して氏の使用を許可する。しかし、氏の使用が広まらなかったために、明治8年2月13日に「平民苗字必称義務令」（太政官布告第22号）を公布することで平民に対して氏の公称を義務とした¹¹⁾。その理由には、兵籍取調べの必要から軍の要請に従った旨が挙げられている¹²⁾。

明治9年3月17日太政官指令においては、妻の氏は、「所生ノ氏」、つまり実家の氏を用いることとされ、夫婦別氏制が採用されていた。これは先述の通り武家の女性が夫婦異性の伝統に倣い、婚姻後も実家の氏を名乗っていた慣習が反映されたといえる¹³⁾。

その後、民法典が編纂される中で、夫婦同氏制は誕生した。明治31年7月16日施行の民法では、夫婦は家を同じくすることにより、同じ氏を称することとされる。ただし、明治31年民法では、「家」制度を導入しており、明文として夫婦の同氏に関する規定を置いているのではなく、夫婦ともに「家」

11) 井戸田・前掲注(3)39頁以下、福島正夫「明治前半期における『家』制度の形成——徴兵制および町村制の推移と関連して——」法社会学1956年7-8号123頁以下、国立公文書館〈http://www.archives.go.jp/naj_news/11/anohi.html〉、法務省HP〈<http://www.moj.go.jp/MINJI/minji36-02.html>〉参照。

12) 法務省・前掲注(11)。

13) 久武綾子『夫婦別姓——その歴史と背景——』（世界思想社、2003年）59頁。

の氏を称することになっており、従って同氏になるという考え方を採っている。規定としては、明治31年民法788条において「妻ハ婚姻ニ因リテ夫ノ家ニ入ル」とし、同746条において「戸主及ヒ家族ハ其家ノ氏ヲ称ス」と定めただのである。

これは、民法の「法典調査会」の起草委員が、夫の家の氏に合わせる夫婦同氏論者であったため、夫の家に入っても実家の氏のままであることに否定的であったからである¹⁴⁾。民法の三起草者¹⁵⁾の一人、富井政章は夫の家に属するのであれば夫の家名を名乗るのが当然と考え、今や夫婦別氏は慣習にはあらずという捉え方であった¹⁶⁾。

それから夫婦同氏制が転換の契機を迎えるのは終戦である。終戦前日の昭和20年8月14日に受諾したポツダム宣言は民主主義の復活強化を促した。昭和22年5月施行の日本国憲法は、婚姻や家族が個人の尊厳と両性の平等のもとに成り立つことを宣言した。これにより、明治民法が「家」制度を重んじ、個人よりも「家」を重視していたことが非難の対象となった¹⁷⁾。

その後、民法の親族・相続規定は根本的に改正された。現行民法では、明治民法における氏を家名とする考え方は否定されたが、氏は単なる「個人の呼称」とは考えにくい点が指摘される¹⁸⁾。それは、現行民法が夫婦とその間の未成熟の子を家族像として、一つの単位と捉える点である¹⁹⁾。その結果、現行民法は夫婦同氏と親子同氏の原則を採用し、戸籍法では同氏同籍の原則が採られた。このことは、宮沢俊義が中国の詩人である杜甫の「国破れて山河あり」を模して表現された有名な言葉「家破れて氏あり」に表れてい

14) 久武・前掲注(13)85頁。

15) 富井のほか、梅謙次郎、穂積陳重を合わせて三起草者。

16) 久武・前掲注(13)85頁。

17) 井戸田博史「戦後の民法改正と夫婦の氏」増本敏子ほか『氏と家族——氏(姓)とは何か——』(大蔵省印刷局、1999年)37頁。

18) 井戸田・前掲注(17)39頁。

19) 日本の家族政策と戸籍制度については、次を参照。下夷美幸『日本の家族と戸籍——なぜ「夫婦と未婚の子」単位なのか』(東京大学出版会、2019年)。

る²⁰⁾。

こうして、現行民法では、750条において「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」と夫婦同氏制を採用した。制定過程においては「夫婦ハ共ニ夫ノ氏ヲ称ス」という案も浮上したが、両性の平等に反するとして、「夫又は妻」となったのである²¹⁾。

その後、昭和30年及び34年には法制審議会民法部会・身分法小委員会で民法改正要綱案が作成されたが、夫婦の氏については留保事項として、先送りとなっていた²²⁾。平成に入り、同委員会は「婚姻制度等の見直し審議」²³⁾を行い、「民法の一部を改正する法律案要綱」(平成8年)²⁴⁾を答申した。その中で、「夫婦は、婚姻の際に定めるところに従い、夫若しくは妻の氏を称し、又は各自の婚姻前の氏を称するもの」とし、選択的夫婦別氏制の導入を提言している。平成8年及び22年に改正法案が準備されたが、国会提出には至らなかったのである。

以上のような経緯から、選択的夫婦別氏を求める原告らから民法750条の夫婦同氏制を違憲と主張する訴訟が提起され、平成27年12月16日には最高裁大法廷判決(以下、「平成27年最大判」)²⁵⁾が下された。

20) 二宮周平は宮沢が「氏が家と同じ作用をすることを見抜」いていたと指摘する。二宮周平「家族法の立場から」学術の動向21巻12号(2016年)91頁。

21) 井戸田・前掲注(17)46頁。

22) 井戸田・前掲注(17)48～49頁。

23) 法務省民事局参事官室「婚姻制度等の見直し審議に関する中間報告及び報告の説明」(1995年)
(<http://www.moj.go.jp/content/000102870.pdf>)

24) 法務省 HP (http://www.moj.go.jp/shingi1/shingi_960226-1.html)

25) 民集69巻8号2586頁。評釈として、上田健介「判批」法学教室430号(2016年)126頁、建石真公子「判批」判例時報2284号(2016年)53頁以下、石埼学「判批」新判例解説 Watch18号(2016年)31頁以下、斎藤一久「判批」法学セミナー735号(2016年)108頁、小山剛「判批」平成28年度重要判例解説(ジュリスト臨時増刊1505号)89頁以下、駒村圭吾「判批」憲法判例百選Ⅰ〔第7版〕(2019年)66頁以下など参照。

II 民法750条夫婦同氏制違憲訴訟

1 第1次訴訟

(1) 事実の概要

Xら5名は、婚姻の際に夫の氏を選択した上で婚姻前の氏を通称使用している者、または提出した婚姻届が婚姻後の氏を選択をしていないとして不受理となった者である。Xらは、民法750条の夫婦同氏制が憲法13条、14条1項、24条などに反し、同制度に加えて夫婦別氏制を新たに設けないことを問題として、これらの立法不作為は国家賠償法1条1項の違法であることを理由に、損害賠償を請求した。

第一審²⁶⁾、第二審²⁷⁾ともに、民法750条は憲法に反しないとして同様に請求は棄却された。

(2) 平成27年最大判

①憲法13条について

「氏名は、社会的にみれば、個人を他人から識別し特定する機能を有するものであるが、同時に、その個人からみれば、人が個人として尊重される基礎であり、その個人の人格の象徴であって、人格権の一内容を構成するものというべきである（最高裁昭和63年2月16日第三小法廷判決参照）。」

「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いるものであるから、氏に関する上記人格権の内容も、憲法上一義的に捉えられるべきものではなく、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、氏が変更されること自体を捉えて

26) 東京地判平成25年5月29日民集69巻8号2708頁。

27) 東京高判平成26年3月28日民集69巻8号2741頁。

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。」
「〔民法における氏に関する〕規定は、氏の性質に関し、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ものといえる。そして、家族は社会の自然かつ基礎的な集団単位であるから、このように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といえる。」

「以上のような現行の法制度の下における氏の性質等に鑑みると、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。本件規定は、憲法13条に違反するものではない。」

②憲法14条について

「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と解すべきことは、当裁判所の判例とするところである。

そこで検討すると、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く、本件規定の定める夫婦同氏制それ自体に男女間の形式的な不平等が存在するわけではない。我が国において、夫婦となろうとする者の間の個々の協議の結果として夫の氏を選択する夫婦が圧倒的多数を占めることが認められるとしても、それが、本件規定の在り方自体から生じた結果であるということとはできない。

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。」

③憲法24条について

「憲法24条は、1項において『婚姻は、両性の合意のみに基いて成立し、夫婦が同等の権利を有することを基本として、相互の協力により、維持されなければならない。』と規定しているところ、これは、婚姻をするかどうか、いつ誰と婚姻をするかについては、当事者間の自由かつ平等な意思決定に委ねられるべきであるという趣旨を明らかにしたものと解される。

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。」

「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内容が定められていくものであることから、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、個人の尊厳と両性の本質的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ものと見える。

そして、憲法24条が、本質的に様々な要素を検討して行われるべき立法作用に対してあえて立法上の要請、指針を明示していることからすると、その要請、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であるとはいえ、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委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ものとするのが相当である。」

「婚姻に伴い夫婦が同一の氏を称する夫婦同氏制は、…我が国の社会に定着してきたものである。前記のとおり、氏は、家族の呼称としての意義があるところ、現行の民法の下においても、家族は社会の自然かつ基礎的な集団単位と捉えられ、その呼称を一つに定めることには合理性が認められる。」

「加えて、前記のとおり、本件規定の定める夫婦同氏制それ自体に男女間の形式的な不平等が存在するわけではなく、夫婦がいずれの氏を称するかは、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。」

「これに対して、夫婦同氏制の下においては、婚姻に伴い、夫婦となろうとする者の一方は必ず氏を改めることになるところ、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。そして、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。さらには、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、夫婦同氏制は、婚姻前の氏を通称として使用することまで許さないというものではなく、近時、婚姻前の氏を通称として使用することが社会的に広まっているところ、上記の不利益は、このような氏を通称使用が広ま

ることにより一定程度は緩和され得るものである。」「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。」

2 第2次訴訟

平成27年最大判以後4年ほどが経過し、夫婦同氏制の合憲性の問題について改めて次々と地裁において判断されている²⁸⁾。本稿では民法750条と戸籍法74条1号の合憲性について判断された東京地裁令和元年10月2日判決(以下、「令和元年東京地判」)²⁹⁾を取り上げ、検討することとしたい。

(1) 事実の概要

Zらは、平成30年に法律婚を希望し、それぞれの区役所で婚姻届を提出することにした。しかし、いずれも婚姻後も生来の氏を名乗り続けたいと考えているため、婚姻届内の「婚姻後の夫婦の氏」欄にある「夫の氏」及び「妻の氏」の一方を選択せずに双方の欄にチェックを入れ、さらに「夫は夫の氏、妻は妻の氏を希望します」と明記して婚姻届を提出したので、法令の定める形式的要件を満たさず受理されなかった。

そこで、Zらは、民法750条及び戸籍法74条1号が憲法14条1項、24条などに違反することが明白であるにもかかわらず、国会が改廃しなかった当該立法不作為は国家賠償法1条1項の適用上違法であると主張して、慰謝料の

28) 東京地判平成31年3月25日訟務月報65巻11号1555頁、東京地判立川支部令和元年11月14日裁判所ウェブサイト〈https://www.courts.go.jp/app/files/hanrei_jp/056/089056_hanrei.pdf〉、広島地判令和元年11月19日別姓訴訟を支える会HP〈<https://bessei2018.wixsite.com/bessei2018>〉参照。

29) LEX/DB25564040。評釈として、巻美矢紀「判批」法学教室473号(2020年)127頁、濱口晶子「判批」法学セミナー781号(2020年)118頁、拙稿「判批」新・判例解説 Watch26号(2020年)27頁以下。

支払いを求めた。

(2) 令和元年東京地判

①憲法14条1項・24条1項について

「憲法14条1項後段の『信条』とは、宗教上の信仰のほか、政治や人生に関する信念・主義・主張を含むものであるから、婚姻に際して婚姻後も夫婦別氏を希望することは『信条』に当たると考えられる。また、氏は、名とあいまって、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（最三小判昭63・2・16民集42巻2号27頁参照）。さらに、憲法24条1項は、婚姻をするかどうか、いつ誰と婚姻をするかについては、当事者間の自由かつ平等な意思決定に委ねられるべきであるという趣旨を明らかにしており、婚姻をするについての自由は、同規定の趣旨に照らし十分尊重に値するものであって、憲法上保護されるべき人格的利益であると解される（最大判平27・12・16民集69巻8号2427頁（以下、「再婚禁止期間違憲大法廷判決」）、最大判平27・12・16民集69巻8号2586頁（以下、「平成27年最大判」）参照。）」

②憲法14条1項について

「憲法14条1項は、法の下での平等を定めており、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している（最大判昭39・5・27民集18巻4号676頁、最大判昭48・4・4刑集27巻3号265頁等）。」

「民法750条の規定は、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（平成27年最大判参照）。」「同規定は、……法律婚に関し、同規定の法内容として、夫婦同氏を希望する者と夫婦別氏を希望する者との間でその信条の違いに着目した法的な差別的取扱いを定めているものではな

いから、同規定の定める夫婦同氏制それ自体に夫婦同氏を希望する者と夫婦別氏を希望する者との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、民法750条は憲法14条1項に違反せず（平成27年最大判）、…戸籍法74条1号もまた憲法14条1項に違反するものではない。」

③憲法24条について

「婚姻を希望する者にとって、婚姻に関する法制度の内容に意に沿わないところがあることを理由として、法律婚をしないことを選択したり、法制度に適合しない婚姻の届出をしたために受理されなかったりしたとしても、そのことをもって、直ちに婚姻をするについての自由に対し憲法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。夫婦同氏制といった婚姻制度の内容により婚姻をすることが事実上制約される場合があることについては、……国会の立法裁量の範囲を超えるものであるか否かの検討の場面で考慮すべき事項である（平成27年最大判参照）。」

「憲法24条2項は、婚姻及び家族に関する法制度の具体的な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、個人の尊厳と両性の本質的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ものである。」

「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ものとするのが相当である（平成27年最大判参照）。」

一方で、「婚姻に伴い氏を改めることにより不利益を被る者が増加してきている。」他方で、夫婦同氏制は「我が国の社会に存続し定着してきたもの」

であり、「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きたことにより上記の不利益は一定程度緩和され得ることなどの事情も認められる。」

「これらの点を総合的に考慮すると、民法750条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、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、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は当たらない。

したがって、民法750条は憲法24条に違反せず（平成27年最大判）、…戸籍法74条1号もまた憲法24条に違反するものではない。」

Ⅲ 夫婦同氏制の憲法上の問題点

1 憲法13条と「氏の変更を強制されない自由」

民法750条が憲法13条に違反するか否かという問題は第2次訴訟では取り扱われていないが、第1次訴訟では第一審から最高裁まで主張されてきたので、その可能性について検討したい³⁰⁾。

憲法13条は、前段で基本的人権の核となる「個人の尊重」の原理、後段で国民の「生命、自由及び幸福追求」権が掲げられている。憲法の目的が人権保障にあることから、本条は人権条項全体の礎であり、全103条の中で最も重要な条文と評される³¹⁾。

個人の尊重は、一人の人間が人格的自律の存在として扱われることを意味

30) 民法750条夫婦同氏制の違憲説について、①憲法13条違反説、②憲法14条違反説、③憲法21条違反説、④憲法24条違反説などがある中で、竹中勲は「①から③は違憲論の構成の仕方につき、なお慎重な吟味を要する」と述べる。竹中勲「婚姻の自由と夫婦同氏強制制度の合憲性」ジュリスト1234号（2002年）88頁。

31) 芹沢斉ほか『新基本法コンメンタール憲法』（日本評論社、2011年）97頁〔押久保倫夫〕。

する³²⁾。また、幸福追求権は、「人格的自律の存在として自己を主張し、そのような存在であり続けるうえで重要な権利・自由を包括的に保障する包括的基本権」と解される³³⁾。

訴訟において人格権を主張する際には、それが憲法上の人格権か私法上の人格権か検討の余地があるところ本稿では立ち入らず今後の課題とするが³⁴⁾、平成27年最大判は、氏名的人格権についてNHK日本語読み訴訟³⁵⁾を引用する。同訴訟は氏名称呼権、すなわち在日韓国人の氏名を朝鮮語読みではなく日本語読みで呼称したことが人格権の侵害として争われたのであり、本件で問題となる氏名保持権、すなわち婚姻による変動前の氏名を使用する権利とは視点が異なるため、以下では分けて検討する。

NHK日本語読み訴訟において、最高裁は次のように判示している。「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。しかしながら、氏名を正確に呼称される利益は、氏名を他人に冒用されない権利・利益と異なり、その性質上不法行為法上の利益として必ずしも十分に強固なものとはいえないから、他人に不正確な呼称をされたからといって、直ちに不法行為が成立するというべきではない。」

このような氏名称呼権は比較法的に例がなく、日韓の歴史をして考える余地があるものの、当時、外国人の氏名を正確に呼称される利益の権利性は「時期尚早」と指摘されていた³⁶⁾。ここで着目するのは、最高裁が氏名称呼権に

32) 佐藤幸治『日本国憲法論』（成文堂、2011年）173頁。

33) 佐藤・前掲注（32）175頁。

34) 上村都「憲法上の人格権と私法上の人格権」憲法問題21号（2010年）43頁以下、押久保倫夫「『個人の尊重』と『一般的自由』『人格権』」憲法研究4号（2019年）72頁～74頁参照。

35) 最三小判昭和63年2月16日民集42巻2号27頁。

36) 五十嵐清『人格権法概説』（有斐閣、2003年）161頁。

については不法行為法上の利益性を否定したものの、氏名は「人格権の一内容」と述べた点である。

各国において古くから人格権の一つとして氏名権が認められてきたが、日本においては民法上、氏名権の規定はなく特別法においてのみ氏名等の保護が図られている³⁷⁾。これまで氏名権は、他人が権限なしに自己の氏名を冒用することを禁止する権利や氏名の無断使用禁止権など、私人間において問題となる場面において検討されてきた。これらの権利は防御的なものであったが、これが近年、プライバシー権を中心に、人格権を自己情報のコントロール権、自己決定権として氏名権を認めようとする見解が出てきたのである³⁸⁾。

そこで、氏名保持権、通称使用权が認められるかが問題となった。国立大学の教授が旧姓使用を制限する大学の処置に対して、旧姓を使用するよう国に義務づけることと氏名保持権などの侵害を理由に損害賠償を請求して訴訟を提起した事件（国立大学旧姓使用訴訟）である。この事案で原告は婚姻届において夫の氏を選択した上で通称使用として旧姓を用いたいという主張であるため民法750条の夫婦同氏制そのものに対する違憲の主張ではなかった。平成5年11月19日東京地裁判決³⁹⁾は、公務員の同一性を把握するためにその氏名を戸籍名で取り扱うことには合理性があり、また公務員の場合、旧姓の通称専用はまだ普遍的とはいえないとして、「氏名保持権（右通称名ないし婚姻による変動前の氏名を使用する権利）が憲法13条によって保障されているものと断定することはできない。」と判示した。しかし、同地裁は「通称名であっても、個人がそれを一定期間専用し続けることによって当該個人を他人から識別し特定する機能を有するようになれば、人が個人として尊重される基礎となる法的保護の対象たる名称として、その個人の人格の象徴と

37) 商標など。五十嵐・前掲注(36)148~149頁。

38) 五十嵐・前掲注(36)157頁。二宮周平「氏名権と通称使用」阪大法学172・173(上)号(1994年)501~505頁、同「氏名の自己決定権としての通称使用の権利」立命館法学241号(1995年)611頁以下。

39) 判時1486号21頁。東京高裁に控訴するも、和解成立。1999年12月27日朝日新聞。

もなりうる可能性を有する。」と認めていた。

平成27年最大判は、NHK 日本語読み訴訟を引用し、「氏名は人格権の一内容を構成する」と示しつつも、氏を「名とは切り離された存在」として、「『氏の変更を強制されない自由』は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」と論じる⁴⁰⁾。しかし、通常、社会生活において個人として認識されるのは氏名の場合、氏のみの場合、名のみの場合と様々な存在するのであり、氏名であっても、氏や名のみであっても、国立大学旧姓使用訴訟で東京地裁が示したように「一定期間専用し続けることによって当該個人を他人から識別」されているのであって、「個人の人格の象徴」といえよう。そうだとすると、平成27年最大判で示された、氏を改める者にとっての「アイデンティティの喪失感」は軽視できず、アイデンティティこそが憲法13条で保障すべき人格権の根幹である。婚姻前の氏の喪失がアイデンティティの喪失となるのであれば、婚姻による「氏の変更を強制されない自由」は憲法13条の人格権で捉える余地があるように思われる⁴¹⁾。

2 憲法14条1項の平等に関する諸問題

憲法14条1項の「平等」の意味には、形式的平等と実質的平等の両者の要請が含まれるが、同条の規定は第一には形式的平等を保障していると解される⁴²⁾。形式的平等が機会の平等として人の差異に目を向けず原則的に一律平等に取り扱うのに対して、実質的平等は条件の平等として人の差異に目を向けてその格差是正の措置を取ることで平等に取り扱うことができるため、その格差是正措置には自由と平等のバランスを考える必要が生じるからである。

40) 本件では、「氏の変更を強制されない自由」が主張されているが、憲法13条に基づいて、婚姻前の氏を婚姻後も使用し続ける権利・自由を考えるにはその構成について詳細な検討が必要であろう。

41) この点、次の文献では同性婚の問題を人格権の問題から検討していることが注目される。西村枝美「同性婚の未規定性の憲法適合性——婚姻の自由の問題ではなく人格権の問題として——」関西大学法学論集69巻3号552頁以下。

42) 野中俊彦＝中村睦男＝高橋和之＝高見勝利『憲法I [第5版]』（有斐閣、2012年）282頁〔野中俊彦〕。

第1次訴訟では、下級審で主張されていなかった民法750条の憲法14条1項に基づく男女平等違反の主張が最高裁への上告で初めて現れた。平成27年最大判は、民法750条の規定上、「夫又は妻」のいずれかの氏を称する規定になっているのであって、「文言上」には性別による差別はないと判断した。いずれかの氏となっても96%以上の夫婦が夫の氏を選択するという状況を提示されても、当人らの協議により選択しているのであり、本件規定には「形式的」不平等が存在しないと、あっさり形式的に平等違反を退けるのである。

平成27年最大判は裁判規範として憲法14条1項の「平等」は基本的には形式的平等を指していると捉えており⁴³⁾、令和元年東京地判もやはり同様に示しているといえよう。

しかし、平成27年最大判が示したような96%もの圧倒的多数の夫婦が夫の氏を選択する背景には、先述の通り明治憲法下から受け継がれている夫婦同氏制について意識的にせよ無意識的にせよ夫の氏を受け入れて当然という風潮に身を任せているように感じられ、民法750条で「夫の氏」または「妻の氏」が並列に並べられ、一方を選択できるという文言だけで形式的平等が図られているというのには無理があるように思われる。実質的平等の実現可能性を探り、選択的夫婦別氏制という主張に対する判断が求められよう。

第2次訴訟で、まず特筆すべきは、民法750条のみならず戸籍法74条1号も合わせて憲法違反として主張していることである。それは民法750条の夫婦同氏の事務手続きを規定する戸籍法74条1号が、夫婦同氏の意に沿わない者の婚姻届の受理を阻んでいると捉えるからといえよう。同じ憲法14条1項の平等違反でも、「信条」を根拠に主張された。憲法14条1項後段列挙事由に挙げられている「信条」とは、歴史的には主に宗教上の信仰を意味していたが、通説では広く思想や世界観なども含むと解される⁴⁴⁾。令和元年東京地判は「宗教上の信仰のほか、政治や人生に関する信念・主義・主張を含む」

43) 畑佳秀「判解」ジュリ1490号(2016年)99頁。

44) 野中ほか・前掲注(42)293頁[野中]。

と広く解し、「婚姻後も夫婦別氏を希望することは『信条』に当たる」と示した。令和元年東京地判はその上で、民法750条及び戸籍法74条1号の規定は「信条」による差別的な取扱いではないと判断した。

令和元年東京地判は「夫婦別氏を希望することは『信条』に当たる」と判断したものの、同規定は「信条」による別異取扱いではないという。すなわち、法律婚を選択する者には「進んで同規定の適用を受けて同氏になる者、単に制度として受け容れている者、不本意ながら同規定に従う者や夫婦同氏制を受け容れることができない者、その他このいずれにも分類されない者など様々な者がいる」とし、「夫婦同氏を希望する者と夫婦別氏を希望する者との二者に分類することができるものではない」というのである。したがって、「同規定は夫婦となろうとする者を夫婦別氏を希望する者と夫婦同氏を希望する者とに二分し、夫婦別氏の希望を指標として不利益的な取扱いを定めたものではない」と形式的に判断を下している。

この点、令和元年東京地判は原告の主張する「夫婦同氏を希望する者」と「夫婦別氏を希望する者」の解釈の幅を広げ、言葉尻を捕らえているように思われる。婚姻届を目の前にしたときに「夫の氏」または「妻の氏」のいずれかを新しい氏として選択するように求められれば、いずれかの氏を選択できる者と信条により選択できない者の二者に分かれることは間違いない。原告らはそのことを指しているように思われるが、令和元年東京地判は上記の通り解釈をして、民法750条及び戸籍法74条1号が憲法14条1項に照らして合理的か否かの判断にまで踏み込むことを避けたといえよう。

民法750条及び戸籍法74条1号に対する憲法14条1項の合理性の判断に当たっては、「夫婦別氏を希望する者」が信条により婚姻届の「夫の氏」または「妻の氏」を選択できないために婚姻の成立要件を満たさず⁴⁵⁾、その結果、婚姻届を提出できないために法律婚を認められないことに対して、どのような合理性があるのか明確に示すことが裁判所には求められる。

45) 水野紀子「判批」家庭の法と裁判6号(2016年)19頁。

3 憲法24条と婚姻の自由

日本国憲法は24条に家族関係に関する基本原則を置いた。元来、国家と個人との関係を規律する憲法と私人間の関係である家族関係は結びつきが弱かった⁴⁶⁾。しかし、20世紀以後、ワイマール憲法119条で「婚姻は、家庭生活及び国民の維持・増殖の基礎として、憲法の特別の保護を受ける。婚姻は、両性の同権を基礎とする」⁴⁷⁾と定められたように、憲法は家族関係について規定するようになる⁴⁸⁾。家族は社会の最も基礎単位として考えられ、国家を形成する礎となるため、そこに重要な意義をもたらしているのである⁴⁹⁾。

明治憲法では家族に関する規定を置いていないが、明治民法では封建的な「家」制度による家族関係を形成した。それが戦後は、「『家』制度を解体し、家族関係に個人の尊厳と平等を確立することが、日本国憲法制定の課題」⁵⁰⁾となったのである。

総司令部の憲法草案作成段階において、民政局のベアテ・シロタ・ゴードンが弱冠22歳ながらに、女性の地位向上と家族の保護のために、詳細な条文を提案していた。彼女は父親の仕事により幼少期に日本で暮らした経験が影響しているという⁵¹⁾。日本国憲法24条はこの草案が基礎となっている。ベアテ草案は、次のように作られた。「家庭は、人類社会の基礎であり、その伝統はよきにつけ悪しきにつけ、国全体に浸透する。それ故、婚姻と家庭とは法の保護を受ける。婚姻と家庭とは、両性が法律的にも社会的にも平等であることは当然である。このような考えに基礎をおき、親の強制ではなく相互の合意にもとづき、かつ男性の支配ではなく両性の協力にもとづくべきこと

46) 木下智史・只野雅人編『新・コンメンタール憲法』（日本評論社、2015年）285頁〔木下智史〕。

47) 同上。

48) 樋口陽一ほか『注釈 日本国憲法 上巻』（青林書院、1984年）560頁〔中村睦男〕。

49) 木下・只野編・前掲注（46）285頁。

50) 同上。

51) 土井たか子・B・シロタ・ゴードン『憲法に男女平等 起草秘話』岩波ブックレット400号（1996年）13頁。

をここに定める。これらの原理に反する法律は廃止され、それにかわって配偶者の選択、財産権、相続、住居の選択、離婚並びに婚姻及び家庭に関するその他の事項を、個人の尊厳と両性の本質的平等の見地に立って定める法律が制定されるべきである」(抜粋)⁵²⁾。

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」⁵³⁾との評価があるように、佐藤幸治は同条の解釈について「未だ必ずしも定まっていない」と述べる⁵⁴⁾。そして、「家族の形成・維持に関わる事柄の根本は人格的自律権(自己決定権)にある」という⁵⁵⁾。

コンメンタールにおいて、憲法24条1項は一般的には婚姻の自由を保障すると解され、この婚姻の自由は戦前の旧民法における婚姻の要件が廃止されたように、婚姻の成立要件が両性の合意のみであり、第三者の意思によって妨げられないことを意味すると説明される⁵⁶⁾。しかし、この「婚姻の自由」について「それほどはっきりと議論されてきたわけではない」と指摘される⁵⁷⁾。

平成27年最大判と同日の再婚禁止期間違憲大法廷判決は、「婚姻の自由」という表現を用いず、「婚姻をするについての自由」という表現を用いる。憲法24条1項の趣旨は、「婚姻をするかどうか、いつ誰と婚姻をするかについては、当事者間の自由かつ平等な意思決定に委ねられるべきである」と解する。この点、平成27年最大判は「婚姻をするについての自由」という表現を用いないものの、憲法24条1項の趣旨を再婚禁止期間違憲大法廷判決と同

52) 土井・ゴードン・前掲注(51)23頁。

53) 吉田仁美「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」末川民事法研究2号(2018年)86頁。

54) 佐藤・前掲注(32)191頁。

55) 同上。

56) 樋口ほか・前掲注(48)561頁[中村]、芹沢齊ほか『新基本法コンメンタール憲法』(日本評論社、2011年)212頁[武田万里子]木下・只野編・前掲注(46)286頁[木下]、長谷部恭男編『注釈日本国憲法(2)』(有斐閣、2017年)500頁[川岸令和]、辻村みよ子・山元一編『概説 憲法コンメンタール』(信山社、)154頁[糖塚康江]。

57) 駒村圭吾『憲法訴訟の現代的転回——憲法的論証を求めて』(日本評論社、2013年)295頁。

様に解する。令和元年東京地判は再婚禁止期間違憲大法廷判決と同じく憲法24条1項について「婚姻をするについての自由」を保障すると解する。

そこで、「婚姻をするについての自由」とはどのように捉えられるだろうか。再婚禁止期間違憲大法廷判決では「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、十分尊重に値するものと解する」ととどめている。

かつて博多駅事件最高裁大法廷判決⁵⁸⁾は、報道の自由について「憲法21条の保障のもとにあることはいうまでもない」と解釈したのに対して、取材の自由については「憲法21条の精神に照らし、十分尊重に値する」という解釈にとどめている⁵⁹⁾。その結果、同判決は本件テレビフィルムの提出命令によって報道の自由そのものが不利益になるのではなく、「将来の取材の自由が妨げられる恐れがあるというにとどまる」と解し、比較衡量の末に取材の自由よりも刑事裁判の公正を優位に置いた。そして、裁判所による本件テレビフィルムの提出命令は「まことにやむを得ないものがあると認められる」と判示したのである。つまり、「十分尊重に値する」という表現を用いられる対象は、比較衡量で天秤にかけると低く判断される可能性があることを想起させる。

平成27年最大判は、「婚姻をするかどうか、いつ誰と婚姻をするか」という当事者間の意思決定に関する部分においてのみ憲法的保護を受けると解したにすぎない⁶⁰⁾。

そして、憲法24条2項については、婚姻制度の設計に関して立法裁量に委

58) 最大判昭和44年11月26日刑集23巻11号1490頁。

59) 佐藤・前掲注(32)251～252頁、山口いつ子「取材フィルムの提出命令と取材の自由——博多駅事件」憲法判例百選〔第7版〕(2019年)159～160頁参照。

60) 畑佳秀・最判解民事篇平成27年度254頁は、平成27年最大判がいわゆる「『婚姻の自由』を憲法上の権利として認めた上で説示するものかは明確でない」と解説する。再婚禁止期間違憲大法廷判決について、加本牧子・最判解民事篇平成27年度669頁は、憲法24条における「『婚姻の自由』をめぐる議論の状況からその外延等が明確でないことを指摘し、憲法13条の観念を考慮して、「『婚姻をするについての自由』の価値は…少なくとも(筆者傍点)、憲法上保護されるべき人格的利益として位置付けられるべきものと解することは可能」と述べる。

ねるにあたって、「個人の尊厳と両性の本質的平等」等の要請、指針を示すことで、その裁量の限界を画していると解する。その中で、憲法13条及び14条1項との関係に触れる⁶¹⁾。

その結果、「婚姻をするについての自由」が立法裁量と相対した場合に、最高裁は婚姻制度を立法問題と認識するが故にこの自由を低く捉えているのではないか。実際に、平成27年最大判は民法750条の夫婦同氏制が「立法裁量の範囲を超えるものであるか否か」の判断において、まず、氏は明治の制度以降、「家族を基礎的な集団単位と捉え、その呼称を一つに定める」ことに合理性を認め、氏の選択は「夫婦になろうとする者の間の協議による自由な選択」と捉える。次に、「アイデンティティの喪失感」等により「あえて婚姻をしない選択をする者が存在する」ことに触れるものの、婚姻前の氏を通称使用できることを理由に、「他人から識別し特定される機能が阻害される不利益」等が緩和されるという。

このような判断は、上記のような憲法13条及び14条1項の合憲性に関わる本質的な夫婦同氏制に対する判断を避け、形式的に氏を捉えているように思われる。すなわち、96%もの夫婦が夫の氏を選択している現実の中には婚姻届の受理＝法律婚のために明治以降の慣習を意識的にせよ無意識的にせよ受け入れざるを得ない状況も想定され、通称使用が可能としても⁶²⁾ 戸籍における婚姻前の氏の喪失は免れないのであるから通称使用がアイデンティティの喪失感を払拭できるものではない⁶³⁾。しかし、憲法24条1項の「婚姻をするについての自由」は憲法上当然に保障される権利と比べると上記の通り一段低く捉えられており、立法裁量と相対して総合衡量された場合には当該立法がその自由の制約であるとして立法裁量の限界を超えたと判断される可能

61) 畑佳秀「判解」ジュリ1490号(2016年)101頁。

62) 通称使用(旧姓使用)が認められる公的書面の範囲が広がったことについては、次の記事を参照。読売新聞2017年6月29日、朝日新聞2020年1月27日、同年2月25日、毎日新聞2020年2月28日など。

63) 戸波江二「夫婦同氏を要求する民法750条の違憲性(2・完)」早稲田法学91巻2号(2016年)25～26頁。

性は弱くなり、結果的に夫婦同氏制は合理性を欠くことはないと判断されたといえよう。

令和元年東京地判は「婚姻をするについての自由」は「憲法上保護されるべき人格的利益」と一見踏み込んだ解釈に見えるが、結論としては「人格的利益をも尊重すべきこと……等についても十分に配慮した法律の制定を求めるもの」として「立法裁量に限定的な指針を与える」にすぎない判断となり、平成27年最大判と同様に民法750条の夫婦同氏制が憲法24条に反するか否かの問題については合憲の結論を導くことになった。

以上のように、憲法24条1項が「両性の合意のみに基づいて」婚姻が成立すると定めていても、あくまでも婚姻制度が法律で定められていることを大前提として強調することは、憲法24条2項に憲法13条及び14条1項を読み込むことで立法における指針等にすぎないとして憲法上保障されるべき権利・自由を低くならしめる行為と指摘できよう⁶⁴⁾。

平成27年最大判における岡部喜代子裁判官ら当時の全女性裁判官3名の意見では、事実上女性に過大な負担が生じている点が子細に指摘されており、24条2項に規定される通り、民法750条の夫婦同氏制が両性の「本質的平等」に立脚して制定されているといえるか、裁判所には真正面からの判断が求められる。

む す び

先述の通り、夫婦の氏は時代とともに変遷がある。明治以降の夫婦同氏制に対して憲法適合性の問題を理由に風穴を開けようとした事案を振り返ると、平成元年6月23日岐阜家審⁶⁵⁾が最初であった。婚姻後の夫婦の氏とし

64) 戸波・前掲注(63)30頁、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)117頁。この点、内容形成からの分析は興味深い。篠原永明「『婚姻の自由』の内容形成——夫婦同氏制合憲判決を参考に——」甲南法学57巻3・4号(2017年)605頁以下。

65) 平成元年6月23日家庭裁判月報41巻9号116頁。

て夫又は妻の氏的一方を選択せずに夫婦別姓を選択する旨を記載したため婚姻届が受理されなかったのであるが、裁判所は「国民感情または国民感情及び社会的慣習を根拠として制定されたといわれる民法750条は、現在においてもなお合理性を有するものであって、何ら憲法13条、24条1項に違反するものではない」と審判し、婚姻届の不受理処分は違憲との申立人の主張は却下された。

このときから30年の時を経て、元号は平成から令和へと変わり、新たな時代が開かれようとしている。江戸時代から明治時代への維新によって夫婦の氏は別氏から同氏へと転換されたが、今新たな転換が求められている。平成元年には「国民感情及び社会的慣習」と捉えられた民法750条の夫婦同氏制に対して令和の現在に至るまで違憲の疑いがここまで指摘されると⁶⁶⁾、裁判所も国会も真正面からの応答が求められるであろう。

〔追記〕

脱稿後に、佐藤幸治『日本国憲法論〔第2版〕』（成文堂、2020年）に接した。

66) 竹中・前掲注(30)94頁、戸波・前掲注(63)2頁、先述の各判例評釈など参照。