九州大学学術情報リポジトリ
Kyushu University Institutional Repository

夫婦別姓判決に対する考察

杉田, 夕花
九州大学法学部

https://doi.org/10.15017/1916284

出版情報：学生法政論集. 12, pp.19-33, 2018-03-16. Hosei Gakkai (Institute for Law and Politics) Kyushu University
バージョン：
権利関係：

夫婦別姓判決に対する考察

杉　田　夕　花

〈目　次〉

はじめに
第１章　選択的夫婦別姓をめぐる議論
　第１節　夫婦同氏制度の背景
　第２節　法制審議会等の動き
第２章　平成27年大法廷判決の問題点
第３章　夫婦同氏原則の合理性・正当性
　第１節　家族の呼称を１つに定めることの利益
　第２節　通称使用による不利益の緩和
第４章　民法750条の合憲性に対する発展的考察
　第１節　日本人同士の法律婚と日本人と外国人との法律婚で生じる差別
　第２節　日本人同士の法律婚の夫婦内で生じる差別
おわりに

はじめに

夫婦別姓訴訟[1]（以下、「本判決」という）から約２年が経過する。本判決の直前の世論調査では、夫婦別姓を選択できるようにすることに賛成とした回答は51％[2]であり、選択的夫婦別姓制度の導入を求める声は大きかった。本判決では、多数意見で選択的夫婦別姓制度をとる余地について「合理性がないと断ずるものではない」とし、同時に多数意見は、選択的夫婦別姓制度の在り方は国会で論ぜられ判断される事柄だと述べた。しかし、判決後の第190回国会以降、選択的夫婦別姓を実現する民法改正に関する請願は計８件[3]出されたものの、その全てが審査未了となり委員会で保留され、本会議で取り上げられていない。以上からこの２年間、選択的夫婦別姓制度についての国会での議論は全く進んでいないことが分かる。

1　最大判平成27年12月16日民集69巻８号2586頁。

2　毎日新聞2015年12月７日　「本社世論調査　夫婦別姓賛成51％『同姓を選択』73％」。https://mainichi.jp/articles/20151207/k00/00m/010/084000c（最終閲覧日2017年12月４日）。

3　第190回（常会、平成28年１月４日から同年６月１日）に４件、第192回（臨時会、平成28年９月26日から同年12月17日）に１件、第193回（常会、平成29年１月20日から同年６月18日）に３件。

ここで非嫡出子相続分規定に関する最高裁判決の流れを思い出してほしい。1995年に、最高裁が「立法政策として改正を検討することはともかく、現時点においては、本件規定が、その立法理由との関連において、著しく不合理であるとまでは断定できない」と述べ、民法900条4号但書前段が合憲であるとの決定[4]を出した後、立法府で非嫡出子相続分規定が改正されることはなかった。2013年に最高裁が当該規定は憲法14条1項に違反するとの決定[5]を出すと、すぐに民法が改正された。選択的夫婦別姓制度の導入について国会での議論が全く進んでいない現状を打破し、立法による選択的夫婦別姓制度を実現するためには、最高裁での違憲判断が必要ではないか。

そこで本稿では、まず、夫婦同氏制度の背景や選択的夫婦別姓をめぐる議論を確認する（第1章）。次に、最高裁判決の問題点を挙げ（第2章）、それらの点につき考察する（第3章）。最後に、最高裁判決では現れていない民法750条の差別性を述べる（第4章）。

なお、本稿では氏と姓は同一のものとして扱い、論文等を参照した部分は、当該論文の表記に合わせる。

第１章　選択的夫婦別姓をめぐる議論

第１節　夫婦同氏制度の背景

１．夫婦別姓から夫婦同姓へ

江戸時代から戦後民法改正までの夫婦の氏に関する制度について以下に表でまとめる。表に示したように、江戸時代から明治時代初期は夫婦別姓であった。明治民法を制定される際に様々な議論があったが[6]、夫婦同姓が規定された。その後、戦後の民法改正で、家族・相続に関する条文は大きく改正された。夫婦同姓規定については、賛否両論あった（→本節２）が、結局民法750条として規定され現在に至っている。

4　最大決平成7年7月5日民集49巻7号1789頁。

5　最大決平成25年9月4日民集67巻6号1320頁。

6　1890年、清水豊子（古在紫琴）は、理論上も実際上も里方の姓を称することが相当だと述べた。一方、1893年に法典調査会審議で梅謙次郎は、妻が夫の家に入るということが慣習である以上は、夫の家に入っていながら実家の苗字を称することは理屈に合わず、戸主とその家族は家の氏を称するという原則によって、妻は夫の苗字を称することになるべきだと述べた。高橋菊江＝折井美耶子＝二宮周平『夫婦別姓への招待（新版）』（有斐閣、1995年）160-161頁参照。

表[7]

時代	同姓／別姓	背景・制度など	その他氏について	その他
江戸	別姓	武士の結婚、家制度	・生家の氏を名乗る。 ・墓は「〇〇氏女」、家系図は「〇〇母、△△氏」と記載。	苗字は武士の特権であり、庶民の氏の公称は原則禁止。
明治 1870年		太政官布告： 氏の公称を一般市民にも許す		
1872年		太政官布告： 一人一名主義、改称の禁止		
1875年		氏の使用義務化	兵籍取り調べのため。	
1876年	別姓	太政官指令： 婦女は結婚してもなお所生の氏を用うべきこと。但夫の家を相続したる上は夫家の氏を称すべきこと。	姓氏はあくまで出自を表す。	
1898年	同姓	明治民法公布・施行： 妻は婚姻に因りて夫の家に入る（旧788条） 戸主及び家族は其家の氏を称す（旧746条）	・氏は家の称号である。 ・女戸主も認めていた。 ・女戸主の場合、結婚すると夫が妻の氏を名乗るが、入夫した夫が戸主となる。	
1947年	同姓	民法改正（翌年施行）		家制度・戸主廃止

２．戦後民法改正時以降の議論

1948年の戦後民法改正直後から、夫婦同姓だけでなく夫婦別姓も認めるべきではないかという問題意識が民法学者の中ではあった。例えば中川善之助は、戦後改正された民法の解説の中で夫婦同氏制度について、「将来問題になるかもしれません[8]」と言及していた。これに対して、我妻栄らの研究会では、別姓を認めても良いとする意見がある一方で、戸籍制度や子の氏の決定を円滑に進めるためには同氏が便利ではないか、子供が成年したときに氏の変更を認める制度や夫婦の氏を途中で別姓から同姓に、同姓から別姓に変更することも認めるべきか否か、異姓を認めることが女性の独立や社会進出につながるのかとい

7　利谷信義『家族の法』（有斐閣、1996年）158-184頁。高橋・前掲注（6）134-178頁。坂本洋子「夫婦別姓訴訟最高裁判決に思う――立法府は速やかに法改正を」時の法令1994号（2016年）58-59頁を参照。

8　中川善之助『民法講話　夫婦・親子』（日本評論社、1959年）49頁。

う疑問が述べられ、「急には解決しない問題」として明確な方針等は示されなかった[9]。

1985年に男女雇用機会均等法が成立し、働く女性が増加した。1980年代後半から1990年代前半にかけて、主として女性たちが、職業上の理由や実質的な男女平等を求めて夫婦別姓運動を展開した。弁護士や法学者は、民法750条の規定は女性差別撤廃条約16条１項（g）違反である点や、女性の社会進出が進むことに伴い改姓することに不利益を感じるようになった点、ほとんどの夫婦で夫の氏が選択されており妻は実質的不利益や不平等を負っている点などを挙げ、夫婦別姓を訴えている[10、11]。

３．1980年代から1990年代の判例

1980年代以降、夫婦同氏原則を定めた民法750条の合憲性を争う訴訟が複数提起された。以下では２つの判例を取り上げる。

1989年に、夫婦それぞれの姓を選択する旨記載した婚姻届を提出したが、市長が受領を拒絶したため、婚姻届不受理に対する不服申し立て[12]がなされ、民法750条の合憲性が争われた。これに対し岐阜家裁は、「親族共同生活の中心となるべき夫婦が、同じ氏を称することは、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ものといえる。」「国民感情及び社会的習慣を根拠として制定されたと言われる民法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に違反するものではない」と判示した。

1993年には、国家公務員の通称使用が争われた。国立大学女性教授の原告は、研究教育活動において旧姓の使用を認めるよう希望し大学側に申し入れていた。これに対し、大学側は、論文発表の際の著者名に旧姓を使用することは認めたが、学内事務のほぼ全ては戸籍名か戸籍名に通称名を括弧書きで付加したものしか認めなかった。東京地裁は、「個人の同一性を識別する機能において戸籍名より優れたものは存在しないというべきであり、公務員の同一性を把握する方法としてその氏名を戸籍名で取り扱うことは極めて合理的」であり、「大学側の基準は、公務員の同一性を把握する目的に配慮しながらも、他方、研究、教育活動において旧姓の使用ができるよう配慮されたものであり、その目的及び手段として合理性が認められ、何ら違法なものではない。」と判示した[13]。

9　我妻栄ほか研究会「民法改正に関する問題点（下）」ジュリスト98号（1956年）15-19頁。

10　榊原富士子「いまなぜ、夫婦別姓か」法学セミナー増刊30号（1985年）228-231頁。

11　久武綾子「これからの氏を考える――夫婦別氏の提案に関して」法学セミナー増刊31号（1985年）247-251頁。

12　岐阜家審平成元年６月23日家裁月報41巻９号116頁。

13　東京地判平成５年11月19日判時1486号21頁。

第２節　法制審議会等の動き

１．選択的夫婦別姓制度について

1954年７月､法務大臣から法制審議会に対し､｢民法に改正を加える必要があるとすれば、その要綱を示されたい｣との諮問がなされ、その審議のために設置された民法部会で、親族法の改正についての審議が開始された。1955-1959年に公表された｢法制審議会民法部会身分法小委員会における親族編の仮決定及び留保事項｣の留保事項のひとつに｢夫婦異姓｣も挙げられている。この仮決定及び留保事項に挙げられたものは、その後の親族法改正の際に参考とされ、実現されたものもある[14]。

1991年１月には、法制審議会が婚姻・離婚制度の見直しに着手した。1992年12月「見直し審議に関する中間報告（論点整理)」を公表し、国民各層から意見募集を行い、これを反映して、1994年７月「民法改正要綱試案[15]」を公表した。再度、意見募集を行い、1996年２月の「民法の一部を改正する法律案要綱」を答申した。この要綱において、選択的夫婦別氏制度が規定された[16]。

選択的夫婦別姓制度は、法律案要綱が答申された1996年当時、世論調査において一定の支持を得ていた[17]。賛成派は、夫婦同氏制度が男女に中立的に機能していない点、女性の社会進出の一般化や就業の拡大に伴い、婚姻による改氏によって女性が社会生活上の不利益・不都合を被ることが多くなっている点等を主張した。一方、反対派からは、選択的でも夫婦別氏を導入すると家族が崩壊する、親子の絆が壊れる、日本の伝統や文化に反する

14　離婚による復氏は1976年に、特別養子の新設、普通養子の改正は1987年に改正されている。相続法制検討ワーキングチーム　第２回会議（平成26年２月24日開催）参考資料２　家族法改正の経緯 http://www.moj.go.jp/content/000121354.pdf（最終閲覧日2017年12月４日）2-3 頁を参照。

15　この時点では、A 案「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ものとする。ただし、この定めをしないものとすることもできるものとする。」「別氏夫婦は、婚姻の際に、夫又は妻のいずれかの氏を、子が称する氏として定めなければならないものとする。」B 案「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ことができるものとする。」「別氏夫婦の子は、その出生時における父母の協議により定められた父又は母の氏を称するものとする。」C 案「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ものとする。」「婚姻によって氏を改めた夫又は妻は、相手方の同意を得て、婚姻の届出と同時に戸籍法の定めるところにより届け出ることによって、婚姻前の氏を自己の呼称とすることができるものとする。」という3つの案があった。利谷・前掲注（7）173-174頁参照。

16　第三　夫婦の氏
一　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する。
二　夫婦が各自の婚姻前の氏を称する旨の定めをするときは、夫婦は、婚姻の際に、夫又は妻の氏を子が称する氏として定めなければならないものとする。
平成８年２月26日法制審議会総会決定　法務省HP
http://www.moj.go.jp/shingi1/shingi_960226-1.html（最終閲覧日2017年12月４日)。

17　「家族法に関する世論調査」(平成８年６月）によると、全体では別姓賛成が32.5%、別姓反対は39.8%である。https://survey.gov-online.go.jp/h08/family.html（最終閲覧日2017年12月４日）参照。

など、主観的な批判が繰り返され、政府は1996年の答申を国会に上程しないまま20年以上が経過した[18]。

２．戸籍の取り扱い

選択的夫婦別姓制度が導入された際の別氏夫婦の戸籍の取り扱いについては、民事行政審議会が1996年１月に答申した。この答申においては、親子関係や相続関係を一覧的に把握できる現行制度のメリットに鑑み、戸籍編製基準を現行戸籍法が採る夫婦及び親子の単位のままとすることとされた。また、戸籍での氏名の記載の順序について、別氏夫婦の氏名は、子が称する氏として定めた氏を称する者、その配偶者の順とし、また現行の戸籍では名前のみ記載されている欄に氏名を記載することとされた。以上のような答申の内容については、選択的夫婦別氏制度が導入されたとしても、現行の戸籍制度の基本枠組みには変更がないとの指摘がある[19]。

第２章　平成27年大法廷判決の問題点

本判決の原告は、民法750条が憲法13条、14条、24条１項及び２項に違反し、この規定を改廃する立法措置をとらないという立法不作為は違法であるとして、国家賠償法１条１項に基づく損害賠償を求めた。これに対し、本判決はこれらの憲法の規定のいずれにおいても民法750条は違反するものではないとして、原告の訴えを退けた。しかし、筆者は本判決の理由付けには不十分な点や検討不足な点があり、合理性の検討には不適切な点があると考える。そこで、次章で述べる本判決の再検討のための整理として、本章で本判決の問題点を指摘する。

１．婚姻の自由の憲法上の権利性[20]

本判決は、憲法24条１項は、婚姻するかどうか、いつ誰と婚姻するかについては、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し、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と述べる。本判決は、婚姻の自由は憲法上の権利とは言えないが、それなりの保護に値するものとしたと考えら

18　二宮周平「女性のみの再婚禁止期間と夫婦同氏強制制度――最高裁大法廷判決の意味と今後の課題」部落解放723号（2016年）98-99頁。

19　原優「選択的夫婦別氏制度の導入と戸籍制度について」戸籍法50周年記念論文集編纂委員会編『現行戸籍制度50年の歩みと展望――戸籍法50周年記念論文集――』（日本加除出版、1999年）788頁以下。

20　小山剛『「憲法上の権利」の作法（第３版）』（尚学社、2016年）41-42頁。

れる[21、22]。

婚姻の自由は憲法が保障する権利のうち私法上の法制度保障であるとしても、法制度に依存していることのみを理由に、権利性自体を安易に否認してはならず、制限と内容形成の境界を見誤らないことが重要である。法制度に依存することを理由に婚姻の自由の憲法上の権利性を否定したのは説明不足である。

２．民法750条は婚姻の要件とする考え方

民法750条は、民法第４編第２章第２節の婚姻の効果に位置付けてある点から、形式的には婚姻の効果と考えられる。多数意見は、「〔民法750条は〕婚姻の効力の１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」とした。一方、民法750条は実質的に婚姻の要件であり、婚姻の自由に対する制限とする見方がある。岡部意見は、「〔民法750条は〕婚姻の効力の１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る。しかし、婚姻は、戸籍法の定めるところにより、これを届け出ることによってその効力を生ずるとされ（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）。したがって、現時点においては、夫婦が称する氏を選択しなければならないことは、婚姻成立に不合理な要件を課したものとして婚姻の自由を制約するものである」と指摘する。また、本判決の第１審で、原告が準備書面において民法750条は婚姻成立の要件となっていると主張した点に対して、被告である国は、答弁書でこれを認めると回答している[23]。

制限と内容形成の境界に注意して考えると、婚姻は確かに法制度に依存する。一定年齢に達した男女の自由な意思決定に基づく持続的な共同生活の法制化という限りで、民法の婚姻に関する諸規定は、基本的には婚姻の自由の内容を形成する法律であるとみなすことができる。しかし、その中には別の利益の保護を目的とした規律が含まれている。本件では、社会の構成要素である家族の呼称としての意義であるが、これは婚姻の自由の制限であり、制限としての憲法上の正当化が要求される。

21　法廷でメモを取る自由が憲法上尊重に値する（最大判平成元年３月８日民集43巻２号89頁）、報道の自由は憲法上保護される権利であるが、取材の自由は憲法上十分な尊重に値する（最大判昭和44年11月26日刑集23巻11号1490頁）と述べたような、憲法上の自由・利益の保護の程度にグラデーションを設けるという最高裁の発想が憲法24条にも用いられたと考えられる。大村敦志ほか「座談会――夫婦同氏規定・再婚禁止期間の憲法適合性をめぐって」法の支配183号（2016年）31-32頁〔宍戸常寿発言〕参照。

22　同日の再婚禁止期間違憲判決（最大判平成27年12月16日民集69巻８号2427頁）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ことができる」とされた。

23　答弁書（平成23年５月18日）http://www.asahi-net.or.jp/~dv3m-ymsk/touben.pdf（最終閲覧日2017年12月４日）４頁参照。

実質的に婚姻の自由の制限であるならば、民法750条は、憲法24条１項の「婚姻は両性の合意のみに基づいて成立する」に対する制約であり、この制約に正当性があるかという一歩踏み込んだ判断が必要なはずである。調査官解説[24]においても、この点に詳細な説明はなく、最高裁がなぜ婚姻の直接の制約を定めたものではないと判断し、合理性に欠けるか否かの判断で足りるとしたのか、不明瞭である。また、本判決が民法750条を婚姻の効果としたのは、この制約の正当性の検討を回避するためだという指摘がある[25]。

３．合理性の考え方

多数意見は、「〔民法750条が〕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あたるか否かという観点から判断すべき」として、夫婦同氏となることに合理性があるか否かを論じている。しかし、ここで検討すべき合理性は、木内裁判官の意見が指摘している通り、夫婦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に合理性があるか否かである。

「君が代」ピアノ伴奏事件判決[26]で、藤田裁判官の反対意見は、「本件における真の問題は、校長の職務命令によってピアノの伴奏を命じることが、上告人に「『君が代』に対する否定的評価」それ自体を禁じたり、あるいは一定の「歴史観ないし世界観」の有無についての告白を強要することになるかどうかというところにあるのではなく」、「入学式においてピアノ伴奏をすることは、自らの信条に照らし上告人にとって極めて苦痛なことであり、それにもかかわらずこれを強制することが許されるかどうかという点にこそあるように思われる」と述べた。

夫婦同氏制度についても同様に考えるべきである。すなわち、夫婦同氏制度が客観的に合理性のない制度であるか否かではなく、本判決の原告らのように、婚姻によって氏を改めることが苦痛であったり、氏を改めたことによって不利益を負ったりする人々にまで、例外なく夫婦同氏を強制することに合理性があるか否か、このような制約が正当化できる事情等があるか否かを検討するべきである。そこで、合理性を木内意見のように捉えなおしたうえで、民法750条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いているかどうか検討する必要がある。

４．通称使用の捉え方

多数意見は、婚姻に際して氏を改める者が、アイデンティティの喪失や個人識別機能が

24　畑佳秀「最高裁大法廷時の判例」ジュリスト1490号（2016年）97-104頁。

25　寺原真希子「夫婦別姓最高裁判決にみる多数意見と少数意見の思考形式の違い～弁護団の立場から」法の支配183号（2016年）96頁。

26　最大判平成19年２月27日民集61巻１号291頁。

害される不利益、個人の信用、評価、名誉感情の喪失といった不利益を負うことは認めた。しかし、これらの不利益は「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」と述べた。

これは原告５名中３名が、通称使用を強いられ不利益を被っていると主張した点に対する判断として、何の解決策にもなっていない。また、最高裁が通称使用の不便さに気づいていないのか、通称使用が本当に不利益の緩和措置として機能するかどうかについて考慮不足である。また、通称使用が広まることにより、本判決で何度も繰り返す「家族の呼称」としての意義に影響を与える点を考慮していない。従って、これらの点から、通称使用によって不利益が一定程度緩和され夫婦同氏制度が正当化されるのか、再度検討する必要がある。

第３章　夫婦同氏原則の合理性・正当性

第１節　家族の呼称を１つに定めることの利益

１．家族の呼称としての意義

多数意見は、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と述べて、その理由付けとして、氏の取得（民法790条）、婚姻（民法750条）、離婚や婚姻の取消しによる氏の改変（民法767条１項、771条、749条）、養子縁組や離縁による氏の改変（民法810条、816条１項、808条２項）を挙げる。そして、これらの規定が夫婦やその間の未婚の子や養子が同一の氏を称することにより、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とする。

しかし、これは循環論法となっており、説得的な理由付けではない。また、現行民法では、家制度は廃止され、家族という概念規定も存在していないから、家族の呼称という理由付けの根拠自体不安定なものである[27]。

２．家族の一員であることを示す機能

多数意見は、夫婦同氏制度は、家族という１つの集団の一員であることを対外的に公示し、識別する機能を有するとする。木内意見は、この機能は第三者が見て夫婦・親子だろうと思う程度のもので、夫婦・親子であることの証明にならないとする。

また、多数意見は、嫡出子であることを示すために両親双方と同氏である仕組みを確保することが重要であると述べる。しかし、この理由付けは、親が離婚をしていない嫡出親子や未婚の母子に限定されており、嫡出でない子や、父母が離婚をして親と別氏になった子など、様々な夫婦・親子関係がある現状に即していない。例えば、夫婦が離婚した場合、

---

[27]　大村・前掲注（21）９頁〔窪田充見発言〕

氏を改めた夫又は妻は原則として婚姻前の氏に復する[28]。父母が離婚した場合、原則として子供の戸籍・氏は変更しない[29]。とすると、法制度上の原則では夫婦が離婚すると、嫡出子ではあるが、片方の親とは氏が同じで、もう一方の親とは氏が異なることとなる。そして、婚姻によって氏を改めた夫又は妻で婚姻前の氏に変更した者と氏を変更しない子供で新たに生活を開始すると氏の違う家族が生じることとなる。

３．合理性・正当性の検討

(1)　夫婦同氏に例外を許さないことに合理性があるか否か

家族の呼称としての意義は根拠が曖昧であり、説得的な説明もなされていない。また、家族という１つの集団の一員であることを対外的に公示し、識別する機能は第三者が見て夫婦・親子だろうと思う程度のもので、夫婦・親子であることの証明にならない。さらに、民法の制度上、嫡出子であるが両親と氏が異なる者や、親と嫡出子との氏が異なる家族が生じ得る。夫婦同氏による利益がこのようなものにとどまるとすると、夫婦同氏に例外を許さないことに合理性があるとは認められない。

(2)　婚姻の自由の制約として正当化し得るか

氏の家族の呼称としての意義は根拠が曖昧であり、説得的な説明もなされていないから、目的として重要性が認められない。

家族という１つの集団の一員であることを対外的に公示し識別する機能は、目的として認められ、手段として夫婦同氏制度をとることが適合するとしても、家族であることの証明にはならない点、氏の異なる家族が民法の制度上生じ得る点、夫婦同氏制度をとることによる不利益が大きい点から比例性が認められず、婚姻の自由の制約として正当化できない。

第２節　通称使用による不利益の緩和

１．通称使用に対する個別意見

通称使用が不利益の緩和になるという多数意見の理由づけに対しては、岡部喜代子裁判官の意見が反論している。岡部意見は、「そもそも通称使用は婚姻によって変動した氏では当該個人の同一性の識別に支障があることを示す証左なのである。」と述べ、多数意見の考

---

[28] 届出により婚氏続称も可能（民法767条２項）。

[29] ただし、届出によって子供の氏・戸籍を変更することはできる。具体的には、子の氏（民法790条）、子の氏の変更（民法791条）、離婚による復氏等（民法767条）の規定により、①離婚により改姓していた者が婚姻前の氏に復し、子供の氏をその婚姻前の氏に改める際には家裁の許可を得て届出により変更する、②離婚後も婚姻時の氏を続称する場合新戸籍を編成し、子供の戸籍を新戸籍に変更する場合も家裁の許可を得て届出によって変更する必要がある。

慮不足を指摘する。また、多数意見は通称使用が不利益の緩和措置となり得ると述べている。その一方で、岡部意見は「通称は便宜的なもので、使用の許否、許される範囲等が定まっているわけではなく、現在のところ公的な文書には使用できない場合があるという欠陥がある上、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ことになる。」と通称使用の現状を説明している。

確かに、「職務上の氏」として婚姻前の氏を通称として使用することができる場合もあり、徐々に通称使用が認められる場面も増えてはいる[30]。しかし、その対応は法律等による制度設計はなく、企業や団体ごとに異なっている。依然として個人の識別に関しては戸籍名によるべきとする判決もあるように[31]、戸籍姓を必要とする場面があり、仕事内容によって通称名と戸籍名を使い分けるという不便さを生じさせている。この点については、木内道祥裁判官の意見も、「通称を許容するか否かが相手方の判断によるしかなく、氏を改めた者にとって、いちいち相手方の対応を確認する必要があり、個人の呼称の制度として大きな欠陥がある」と述べる。

２．不利益の緩和措置として機能するかについて考慮不足な点

伊達聡子弁護士は、28年以上にわたり旧姓を職務上の氏として使用している立場から、通称使用はアイデンティティの不安をなだめるどころか、逆に強めていると主張し、自身の経験から、戸籍姓と職務上の氏が併記されている場合にどちらで呼べばいいか尋ねられることや、私的な場面、準公的な場面、公的な場面においてどちらの氏を使うべきか迷うこと、通称を使って手紙などのやり取りをしているときに相手方が戸籍姓を使っていると、通称のまま返すか、自分も戸籍姓に変えて返すか迷うことなど挙げ、自分はいったい誰なのか、と思う場合があると述べる[32]。

原告らも、通称使用による精神的苦痛で体調を崩した等、通称使用によってそれぞれが感じた不利益や苦痛を、上告理由書[33]で詳細に述べている。このような当事者の声を聴いた上で、通称使用が広まれば氏を改める者の不利益は緩和できると端的に判断した点は、不利益の緩和措置としての考慮不足である。

30　例えば、裁判所では今まで通称使用は内部資料等に限られていたが、2017年６月より判決書等の公文書でも旧姓の使用が認められるようになった。朝日新聞デジタル2017年６月28日「裁判官、判決文での旧姓使用OKに　民間に拡大期待も」http://www.asahi.com/articles/ASK6X5FCLK6XUTIL03Y.html（最終閲覧日2017年12月４日）。

31　東京地判平成28年10月11日（LEX／DB文献番号25544090）、前掲注（13）を参照。

32　大村・前掲注（21）16-17頁〔伊達聡子発言〕。

33　上告理由書（平成26年６月４日）http://www.asahi-net.or.jp/~dv3m-ymsk/jyokokuriyuu_2014.pdf（最終閲覧日2017年12月４日）。

３．多数意見の一貫性のなさ

多数意見は、氏の家族の呼称としての意義を重視し、これに合理性があると判断するために、不利益があるとしても通称使用で緩和できるとした。しかし、通称使用が広がれば広がるほど、家族という所属集団を識別するものとして氏の機能は低下する[34]という指摘がある。

仮に、通称使用の制度が法律で整備され、戸籍姓と同様に通称名が使用できるようになったとする。婚姻をして戸籍上は配偶者の氏に代わっているが、仕事は全て通称で処理でき、公的、準公的な場面はもちろん、私的な場面でも通称を使用する。この時、対外的には氏が異なっていると見えるのに、夫婦や家族であったり、嫡出子とその両親であったりする場合が生じる。多数意見はこのような場面を避けるために、家族の呼称としての意義を述べていたと考えられる。一方では家族の呼称であることを述べ、もう一方では不利益の緩和措置として通称使用を広く認め、家族の呼称としての氏の役割を損なうような理由付けをしている多数意見には一貫性が見られない。

４．合理性・正当性の検討

(1)　夫婦同氏に例外を許さないことに合理性があるか否か

氏を改める者が不利益を負い、通称使用によってもその不利益を緩和できないとすると、選択的夫婦別姓制度のように不利益を緩和し得る他の手段があるにもかかわらず、なお夫婦同氏に例外を許さないことに合理性は認められない。

(2)　婚姻の自由の制約として正当化し得るか

通称使用による不利益緩和の文脈で、多数意見は、氏を改める者が不利益を負う、つまり、婚姻の自由の制約となることは認めたうえで、通称使用が認められていることが正当化にあたるとしている。しかし、通称使用が認められても、通称名と戸籍名との同一性という新たな問題が生じること、通称使用は不利益を緩和するどころか、不利益を逆に強め、通称使用者に大きな負担を強いること、個人の呼称の制度として大きな欠陥があることなどから、通称使用は婚姻の自由の制約を緩和するものではなく、民法750条は婚姻の自由の制限として正当化できない。

第４章　民法750条の合憲性に対する発展的考察

ここまで、最高裁の判決に対して考察を加えてきたが、本判決で議論されたもの以外の観点からも検討し得る。以下、14条１項の平等原則違反の主張として考えられる理由を２つ

---

[34]　大村・前掲注（21）10頁〔西希代子発言〕。

挙げ、別異取扱い→正当化の二段階審査[35]によって検討する。

第１節　日本人同士の法律婚と日本人と外国人との法律婚で生じる差別

まず、日本人同士の法律婚と、日本人と外国人の法律婚（以下、国際結婚）の場合を比較する。日本人同士の法律婚は民法750条により夫婦の氏は夫か妻の氏に統一することが強制されている。一方国際結婚では、原則別姓で、配偶者の氏に変更するときは届出によって例外的に同姓を認める規定がある[36]。

この違いは戸籍制度によって生じている。婚姻によって夫婦の新戸籍が編製される。この際、日本人同士の法律婚では、夫婦の氏として定めた氏をもともと称していた者が（夫の氏を選べば夫が、妻の氏を選べば妻が）新戸籍の筆頭者となる。一方、国際結婚では、夫婦となる者の一方が外国人であり戸籍を持っていない。婚姻の際、日本人で戸籍を持つ者が新戸籍を編製するが、この際自身の氏で新戸籍を編製できる。よって別姓が原則となっている。以上から考えれば、婚姻制度と関連する戸籍制度を円滑に運営し維持していくために氏を統一することに一定の合理性や必要性は認められるとも考えられる。

しかし、第１章第２節２で述べたように、選択的夫婦別姓制度を導入した際の戸籍の運用は既に具体的に構想されており、より制限的でない他に採りうる手段がある。とすると、現在、夫婦同氏制度によって氏を改める者が不利益を負っている点に対して、戸籍制度を理由に民法750条の規定を維持することは正当化できず、差別であると結論付けることができると考える。

この点については、来春に提訴を予定している夫婦別姓訴訟の主張の理由の１つとして挙げられるとの報道がある[37]。具体的にどのように主張がなされるのか、原告の主張に対して東京地裁がどのように判断するのか、今後の動向に注目したい。

第２節　日本人同士の法律婚の夫婦内で生じる差別

次に、日本人同士の法律婚の夫婦について考える。民法750条によって、夫婦の氏は夫か妻の氏に統一される。このとき夫婦の一方は婚姻をしても自分の氏のままであり、もう一方は氏の変更を強制される。氏を変更した一方だけが、氏を変更しなければ受けなかった、アイデンティティの喪失感や、従前の氏を使用する中で形成されてきた他人から識別し特定される機能が阻害される不利益、個人の信用、評価、名誉感情等にも影響が及ぶ不利益

35　小山・前掲注（20）107頁。

36　戸籍法107条２項「外国人と婚姻をした者がその氏を配偶者の称している氏に変更しようとするときは、その者は、その婚姻の日から六箇月以内に限り、家庭裁判所の許可を得ないで、その旨を届け出ることができる。」

37　毎日新聞2017年11月９日「サイボウズ社長『選択できず不利益』国を提訴へ」https://mainichi.jp/articles/20171109/k00/00e/040/237000c（最終閲覧日2017年12月４日）。

を負担する。この点で、日本人同士の法律婚の夫婦の中で別異取扱いが行われているといえる。婚姻によって必ず一方が氏の変更を強制される別異取扱いは、大きな不利益を一方にのみ負わせる点、この不利益を緩和する有効な代替手段がない点、選択的夫婦別姓制度というより制限的でない他に採り得る手段がある点から正当化できないと考えられる。

また、多数意見が判断したように、民法750条は形式的には平等であり、直接差別ではない。しかし、96%以上の夫婦で妻が夫の氏を選択して、ほとんど女性のみに不利益を負わせている点は、「それ自体は差別を含まない中立的な制度や基準であっても、特定の人種や性別に属する人に不利な効果・影響をもたらすならば違法な差別になる」とする間接差別[38]には当たるのではないか。1985年に批准した「女子に対するあらゆる形態の差別の撤廃に関する条約」に基づき設置された女子差別撤廃委員会から、2003年以降、繰り返し、我が国の民法に夫婦の氏の選択に関する差別的な法規定が含まれていることについて懸念が表明され、その廃止が要請されている。多数意見は女子差別撤廃条約についての判断を避けており、この点に着目した主張も考えられる。

おわりに

筆者は、選択的夫婦別姓制度を立法で定めるべきだと考えている。しかし、一向に立法府での議論が進む様子がないことや、最高裁の違憲判決をきっかけに法改正が早期に実現した過去の様子から、最高裁に違憲判断を出してもらうことが、選択的夫婦別姓制度の実現に必要だと考えている。そのため本稿では、本判決の理由付けに問題がある点を考察し、また本判決以外の観点からの民法750条の違憲性について検討を行った。しかし、このような考え方は違憲の主観化[39]という問題が生じる恐れがあるため、今後慎重な議論が必要であることも心に留めておかねばならないと考えている。さらに残された課題として、民法750条を違憲と判断した場合、子の氏をどうするのか、既に婚姻して同氏になった夫婦に別氏にする機会をいつどのように設けるのか、などが考えられる。

先にも触れたが、先日、新たに夫婦別姓訴訟が提起される旨の報道がされた。法律婚の男性による夫婦別姓訴訟は初めてである。本稿でも触れた日本人同士の法律婚と国際結婚で生じる差別の他、どのような主張をし、裁判所がどのような理由をつけどのような判断を下すのか注目される。

本判決では、5人の裁判官が意見や反対意見で民法750条が憲法に違反すると述べており、民法750条の合憲性に関しては10対5で合憲と判断された。「はじめに」で述べた、非嫡出

---

38 浅倉むつ子「間接差別」法学教室315号（2006年）2-3頁。

39 ある法律の規定がそれ自体として憲法の要請に反し、違憲であるのかどうかというよりも、ある法律を制定した立法府の行為、あるいはその法律を改廃しなかったという不作為を問題にすること。大村・前掲注（21）32頁〔宍戸常寿発言〕参照。

子相続分に関する平成７年決定も、５人の裁判官が反対意見を付しており、10対５で合憲とされたが、その後、非嫡出子相続分規定は違憲決定がされ、法律が改正された。本判決は、選択的夫婦別姓制度を望む原告らや国民の希望を叶えることはできなかったが、実現の可能性は十分に残している。今後司法府でどのような判断がなされるのか、立法府での議論が進むのか、今後の動向に注目したい。

参考文献

脚注以外に、

・辻村みよ子『憲法と家族』（日本加除出版、2016年）

・別姓訴訟を支える会　http://www.asahi-net.or.jp/~dv3m-ymsk/（最終閲覧日2017年12月４日）

・二宮周平「最大判平成27・12・16と憲法的価値の実現（２）～夫婦同氏強制制度」戸籍時報737号（2016年）28-42頁

・建石真公子「民法七三三条一項・七五〇条の憲法適合性判断」判例時報2284号（2016年）53-56頁

・窪田充見「二つの最高裁大法廷判決」2284号（2016年）57-62頁

・窪田充見「夫婦別姓」法学教室429号（2016年）8-14頁

・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）30-38頁

・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（2016年）44-47頁

・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）79-85頁

・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）86-95頁