

平成23年(ワ)第6049号 損害賠償請求事件

原告 塚本 協子 外

被告 国

## 準備書面(4)

2011(平成23)年12月14日

東京地方裁判所民事第24部B係 御 中

原告ら訴訟代理人

弁護士 榊 原 富 士 子

ほか14名

## 目次

第1	はじめに	5 頁
第2	婚姻の自由	6 頁
一	憲法 24 条の裁判規範性	6 頁
二	「婚姻の自由」が憲法 24 条 1 項によって保障されていること	7 頁
1	婚姻の自由	7 頁
2	法律婚の意義	8 頁
三	夫婦同氏制が婚姻の実質的要件であること	9 頁
1	婚姻の成立要件	9 頁
2	夫婦同氏制の要件化	9 頁
第3	氏の変更を強制されない自由	10 頁
一	氏の法的性質・機能	10 頁
1	明治民法以前	11 頁
2	戦後の氏の法的性質論	12 頁
(1)	「家族共同体」または「家庭の名 (ファミリーネーム)」と解する説	12 頁
(2)	「血縁集団」ないしは「血統の名称」と解する説	12 頁
(3)	「同籍者集団」と解する説	12 頁
(4)	個人の呼称説	12 頁
3	個人の呼称としての氏	14 頁
4	氏名権	14 頁
(1)	裁判例	14 頁
(2)	学説	15 頁

(3) NHK 日本語読み訴訟	16 頁
5 氏と人格権	16 頁
二 「氏の変更を強制されない自由」が憲法 13 条によって保障されること	16 頁
1 憲法 13 条の幸福追求権	17 頁
2 人格的利益説など	17 頁
3 憲法上の基本的人権としての人格権と判例	18 頁
4 氏の変更を強制されない自由	19 頁
三 夫婦同氏制が「氏の変更を強制されない自由」を制約していること	21 頁
第 4 民法 750 条の制定時における違憲性	21 頁
一 違憲審査基準	22 頁
二 民法 750 条の立法目的	25 頁
三 民法 750 条が制定時において違憲であったこと	28 頁
第 5 制定後の国内的・国際的環境の変化を踏まえた民法 750 条の違憲性	31 頁
一 立法事実の意義	31 頁
二 国内的環境の変化	36 頁
1 夫婦共同生活の在り方を含む家族生活や親子関係の実態の変化と多様化	36 頁
(1) 女性の就労状況・ライフスタイルの変化	36 頁
(2) 晩婚化	37 頁
(3) 再婚の増加	37 頁
(4) 離婚の増加及び婚氏続称制度	39 頁
(5) 国際結婚の増加	39 頁
(6) 少子化	40 頁
2 夫婦共同生活の在り方を含む家族生活や親子関係、氏に関する意識の変化と多	

様化	41 頁
(1) 選択的夫婦別氏制度導入の是非に関する世論	41 頁
(2) 夫婦の氏に関する意識の変化	43 頁
(3) 事実婚を選択する理由	45 頁
(4) 性別役割分業意識	45 頁
3 小括	46 頁
(1) 1996 (平 8) 年当時 (ないしその前後)	46 頁
(2) 1996 (平 8) 年以降	47 頁
三 国際的環境の変化	48 頁
1 諸外国の制度及び法改正	48 頁
2 条約、一般勧告、一般的意見及び被告への勧告	48 頁
四 国内における議論状況	49 頁
1 1996 (平 8) 年の法律案要綱公表	49 頁
2 2000 (平 12) 年の男女共同参画基本計画等	50 頁
3 2010 (平 22) 年の第 3 次男女共同参画基本計画	51 頁
4 選択的夫婦別氏制についての学説	51 頁
五 民法 750 条の違憲性	53 頁
1 立法目的	53 頁
(1) 習俗	53 頁
(2) 夫婦の一体感及び第三者に対する表示	55 頁
2 立法目的を達成する手段	56 頁
3 結論	58 頁
第 6 結論	58 頁

## 第1 はじめに

本準備書面では、第1に、憲法24条の裁判規範性が認められ、「婚姻の自由」が憲法24条1項によって保障されることを確認した上で、夫婦同氏が婚姻の効果ではなく実質的要件となっていることを示す（後記第2）。

第2に、氏の法的性質・機能について論じ、氏が個人の人格の象徴であって、人格権の1つとして「氏の変更を強制されない自由」が憲法13条によって保障されることを明らかにし、夫婦同氏制が意に反する氏の変更を強制するものであることを示す（後記第3）。

第3に、民法750条が、憲法上の2つの上記自由（それはいずれも人格価値にかかわる権利）の二者択一を個人に迫る特異な制度であることから違憲審査基準として厳格基準によるべきことを述べた上で、民法750条制定時における同条の制定時の立法目的を検証し、それはせいぜい『共同生活をする者は同じ氏を称している』という当時の習俗の継続」にしかなく、制定時において、上記権利を制約すべき「やむにやまれぬ政府目的」がなかったこと、あるいは目的の正当性すらなかったこと、正当性があつたとしても、それを望まない個人に対しても夫婦同氏を強制する点において、規制手段との間に実質的関連性も合理的関連性もなく、合理性の基準によつても違憲であり、憲法24条2項の「個人の尊厳と両性の本質的平等」に立脚しない立法であつたことを論じる（後記第4）。

第4に、仮に制定時には合憲であつたとしても、その後の国内的・国際的環境等の変化、即ち立法目的を支えた立法事実の変化により、裁判時に、かかる法律による規制を根拠付ける事実が存しなくなったときには、不必要な人権規制として違憲無効と判断されなければならないこと（佐藤幸治「日本国憲法論」665頁ほか）を主張し、その上で、民法750条に関する制定後の国内的・国際的環境等の変遷を統計データ等を踏まえて立法事実の著しい変遷を具体的に論証し、1996（平8）年には、あるいは遅くとも2011（平23）年の現時点において、同条が「氏の変更を強制されない自由」

(憲法 13 条)、「婚姻の自由」及び「夫婦の同等の権利」(憲法 24 条 1 項)を明白に侵害し、「個人の尊厳」及び「両性の本質的平等」(憲法 24 条 2 項)に立脚しない法律となっていることを主張する(後記第 5)。

## 第 2 婚姻の自由

### 一 憲法 24 条の裁判規範性

被告は、憲法 24 条につき、「具体的な立法を待つことなく、個々の国民に対して裁判規範として機能するような権利を直ちに保障する性質の規定ではない。」として、具体的理由も述べず、憲法 24 条の裁判規範性を否定する(答弁書 18 頁 18 行)。

しかし、被告の主張は、自由権としての「婚姻の自由」の侵害を主張しているとの原告らの主張を正解していない上、憲法 24 条の裁判規範性を当然に認めてきた以下の裁判例や判例に反しており、理由がない。

訴状 34 ないし 35 頁で引用した結婚退職制事件についての 3 つの裁判例(東京地判昭和 41. 12. 20 (判時 467-25)、千葉地判昭和 43. 5. 20 (判時 518-24)、大阪地判昭和 46. 12. 10 (判時 654-29))は、いずれも憲法 24 条の裁判規範性を認め、訴状 36 ないし 37 頁で引用した最大判昭和 36. 9. 6 (民集 15-8-2047)も憲法 24 条の裁判規範性を前提として、民法 762 条及び所得税法の合憲性を論じている。このほか、以下の裁判例においても、憲法 24 条の裁判規範性は認められている。

#### ① 広島高判平成 3. 11. 28 再婚禁止期間違憲訴訟 (判時 1406-3)

本件は、民法 733 条の再婚禁止期間中に婚姻できなかったことによる精神的損害につき国家賠償等を請求した事案の控訴審であり、原告(控訴人)は、民法 733 条につき憲法 13 条、14 条 1 項、24 条 1 項 2 項違背を主張した。

判決は、「同法(引用注:憲法)24 条 2 項はこれ(引用注:憲法 14 条 1 項)を受けて、前示のとおり、『配偶者の選択、財産権、相続、住居の選定、離婚並びに婚姻及び家族に関するその他の事項に関しては、法律は、個人の尊厳と両性の本

質的平等に立脚して、制定されなければならない』ことを謳っているのであるから、女にのみ再婚禁止期間を設けてその婚姻の自由を制約することは、それが前示の父性の混同を防止し、出生子の利益や後婚の家庭生活の平穩を保護するという目的を達成するために必要やむを得ない手段でなければならず、そうでないにもかかわらず再婚禁止期間を設けた場合には、再婚に関して女子についてのみ不合理的な差別を強いるものとして違憲の疑いが生じかねないところである」と述べて民法 733 条の合憲性を検討しており、婚姻の自由に対する制限の合理性の審理において、憲法 24 条が裁判規範性を有することを当然の前提としている。

② 大阪高決平成 23. 8. 24 嫡出性の有無による法定相続分差別事件（判例集未登載）

決定は、嫡出でない子の相続分を嫡出である子の 2 分の 1 とする民法 900 条 4 号但書につき、「本件規定は、法律婚の尊重という立法目的との合理的関連性を欠いており、憲法 14 条 1 項、13 条及び 24 条 2 項に違反して無効であると判断する。」とし、憲法 24 条を裁判規範として用いた。

二 「婚姻の自由」が憲法 24 条 1 項によって保障されること

1 婚姻の自由・婚姻の意義

「婚姻の自由」（ないし「結婚の自由」）が、憲法 24 条 1 項によって保障されることは、訴状 33 ないし 35 頁で、憲法学説（竹中勲及び辻村みよ子等）及び前述の結婚退職制事件の裁判例を引用し、主張したとおりであるが、「婚姻の自由」が基本的人権とされる由縁は、個人及び社会にとっての婚姻の意義・機能の重要性にある。

すなわち、「婚姻の本質は、両性が永続的な精神的及び肉体的結合を目的として真摯な意思をもって共同生活を営むことにある」（最大判昭和 62. 9. 2 民集 41-6-1423）のであって、法律婚の当事者である個人にとって、婚姻とは、生活の経済的安定、精神的安定、性愛の充足、子の安定的な養育を保障し、高齢者や障害者等の弱者を保護する場であり、個人の自己実現・幸福追求を実現する基盤として、

非常に重要な意義・機能を有するものである。一方、かつ、社会や国家からみれば、婚姻は、どの国においても、家族形成の基幹というべき不可欠な制度であり、子孫の養育、労働力の提供、世代を追っての文化や価値の伝承、社会を安定発展させるという役割を担っており、社会の多元性の維持、社会の安定・継続・発展を保障する基盤であり、人類の存続にとって不可欠ともいうべき重要な機能を有するものである。こうした個人及び社会のいずれにとっても重要な意義・機能を有するからこそ、婚姻の自由は、基本的人権として保障される。

この点、被告自身も、市民的及び政治的権利に関する国際規約の第1回政府報告書（1980年）において、同規約23条2項（「婚姻をすることができる年齢の男女が婚姻を…する権利は、認められる。」）について、同条「2項…に言及されている権利については、憲法第24条は…これを保障している。」と報告し、また、経済的、社会的及び文化的権利に関する委員会からの質問事項に対する回答（第2回政府報告書審査、2001年）においても、法務省の人権擁護機関が取り扱った事例を紹介し、同機関が「憲法の保障する婚姻の自由…同和地区出身を理由に結婚に反対することは、重大な人権侵害である」と指摘していることを回答するなど、婚姻の自由が憲法24条1項によって保障されることを認めている。

## 2 法律婚の意義

婚姻の意義は前記の通りであるが、民法はこれを法律上の制度として、親族法の基幹に位置づけている。具体的には、法律婚の配偶者を最も密接な「親族」と位置づけ（民法725条）、配偶者間において、同居協力扶助義務（同752条）、婚姻費用分担義務（同760条）、守操義務（同770条1項1号を根拠）といった権利義務を発生させ、一方の死後にも配偶者の相続権や遺留分減殺請求権を発生させ（同900条1ないし3号、1028条）、所得控除の1つとしての配偶者控除を法律婚にのみ認め（所得税法83条）、相続税課税において法律婚配偶者を著しく特別に優遇するなど（相続税法19条の2）、法律婚を他の関係よりも特別に保護し、法律婚の関係を強化し



安定化をはかっている。

憲法 24 条 1 項の保障する「婚姻の自由」に関し、法律婚に限定されるか、内縁や事実婚あるいはさらに同性婚等をも包含するものであるか等については、最近議論が活発化しつつあるが、法律婚を意味する（含む）ものであることについては全く異論はなく、以下、本準備書面では、「婚姻の自由」は、法律婚の自由の意味として主張する。

### 三 夫婦同氏制が婚姻の実質的要件であること

#### 1 婚姻の成立要件

婚姻の自由が保障されるといっても、被告も主張するとおり（答弁書 19 頁 26 行ないし 20 頁 1 行）、婚姻の成立には当事者の合意以外に何らの要件も要しないわけではない。

いずれの国においても、法律婚制度においては、国家が法律上の婚姻として認めるための国家への届出や婚姻の儀式等、何らかの形式的要件を必要としているほか、一夫一婦制、夫婦間における個人の尊厳と本質的平等、子の人権の尊重といった婚姻の本質から、重婚禁止や婚姻適齢などの婚姻障碍と呼ばれる実質的要件を必要としており、日本においても、民法は、婚姻の成立について、731 条ないし 737 条で実質的要件を定め、民法 739 条で婚姻届という形式的要件を定めている。

#### 2 夫婦同氏制の要件化

夫婦同氏制（以下、夫婦同氏強制とも言う）を定める民法 750 条は、「第一節 婚姻の成立」中の「第一款 婚姻の要件」ではなく、「第二節 婚姻の効力」に位置づけられ、実体法である民法は、夫婦同氏を婚姻の成立要件とはしていない。家族法の代表的な教科書は、夫婦同氏について、いずれも、民法の通り、「婚姻の効力」として説明しており、「婚姻の要件」と説明するものはみあたらない（内田貴「民法Ⅳ」東大出版会 49 頁、大村敦志「家族法」第 3 版 46 頁、二宮周平「家族法」第 3 版新

世社 49 頁、高橋・床谷・棚村「民法 7」有斐閣 49 頁、吉田・岩志「親族法・相続法」第 3 版尚学社 74 頁等)。

しかし、戸籍法 74 条 1 号が、民法 739 条 1 項を受けて、婚姻届について、選択すべき「夫婦の氏」の記載を定めているので、夫婦同氏は、婚姻届の受理について定めた民法 740 条を介して、要件と化している。日本には戸籍という独自の身分登録制度があり、婚姻届出時に夫婦の氏が定まらなければ、戸籍への夫婦の記載順序が決まらず、索引としての戸籍筆頭者の氏名も定まらなるとされているからである。すなわち、婚姻して新戸籍を作成する場合、筆頭として、夫婦の氏として選択された氏を婚姻前に称してきた配偶者、2 番目に、筆頭ではない配偶者が記載されるものと定められ (戸籍法 14 条 1 項第一)、その筆頭に記載した者の氏名で戸籍を表示するものとされているため (同法 9 条、14 条)、婚姻届出時に「夫婦の氏」の記載を求めざるをえないのである。民法の手続法であり下位法であるとも説明されることもある戸籍法が、「婚姻の効果」として定めた民法 750 条の夫婦同氏制を、「婚姻の要件」に変えているともいうことができる。

被告は、夫婦同氏について、婚姻の形式的要件の一要素であると主張するが (答弁書 20 頁 8 行)、夫婦同氏制は、婚姻届への記載という単なる方式にとどまるものではなく、夫婦となる者の一方が改氏しなければ婚姻できないことを意味し、「単なる方式以上の実質的な制限を定めるもの」(伊藤正巳ら著「注解日本国憲法上巻改訂版」有斐閣 474 頁) であって、婚姻の実質的要件と化している。

### 第 3 自己の氏の変更を強制されない自由

#### 一 氏の法的性質・機能

被告は、「民法 750 条は、家制度が廃止された結果、氏は『家』の氏でなく個人の『氏』となったことを前提として、家族の呼称 (ファミリーネーム) という趣旨で、夫婦間の合意を前提とする夫婦・親子同土制度が採用された」(答弁書 5 頁 15

行)、「夫婦同氏は…『ファミリーネーム』として国民に深く浸透」(同 19 頁 5 行)、  
「氏は単なる個人の自由の問題でなく公的制度的問題」(同 8 行)、「夫婦同氏は…  
氏に係る制度の根幹をなし、これらの制度と密接に関連している」(同 21 頁 15 行)  
等と述べ、氏の法的性質について、個人の氏とするのか、ファミリーネームとする  
のか、あるいはその両者であるとする趣旨か、その主張は曖昧である。

そこで、以下、氏の法的性質について、戦後から法律家の間で活発になされてきた議論をふまえて、いずれの論者によっても、氏が個人の呼称としての性質を有することに争いはなく、それは、苗字が平民に解放された明治の初期より、どの時期のどの説によっても否定できない重要な機能であったことを明らかにする。次いで、氏名が人格権を構成することを認めてきた学説や判例・裁判例に照らし、氏もまた人格権を構成することを明らかにする。

## 1 明治民法以前

江戸以前には、支配階級においては、氏は、身分的特権・血統・由緒・出自の表象であり、婚姻によっても変更しないのが通例であった。一方、ほとんどの庶民は氏を名乗ることは許されていなかった。

明治政府は、平民に苗字の自由な公称を認めたが(1870(明3).9.19太政官布告608号)、この布告を建議した細川潤次郎は、「元来、人の姓名といふものは、自他の区別を相立てて、相乱れざる様にするものであってみれば…姓氏を其の名前の上に加えて、一層これが区別を容易ならしむるようにせねばならぬ」と述べ、既に名と同様に、氏も個人の呼称としての機能、個人の識別機能を託されていた(以上甲47、二宮周平意見書。以下では、二宮意見書と言う)。

その後、明治民法は武家社会を模倣して家族に関して家制度を構築し、氏を、「家の名称」とした。夫婦は夫婦であるためではなく、同じ「家」に属するが故に同じ氏を称した。しかし、家制度下においても、氏が、名とあいまって、個人を識別し、個人の呼称であるという性質は失われなかった。

## 2 戦後の氏の法的性質論（本項は、主として甲 47 二宮意見書に依拠している）

戦後、家制度が廃止され、これに伴い、氏は「家」の名称ではなくなった。

現行法上の氏について、1950 年代、氏を足掛かりとする家制度復活の要素や危惧から、氏の法的性質が盛んに議論された。黒木三郎の整理によれば、次のような学説に大別される（青山道夫編「新版注釈民法(21)親族(1)」有斐閣 1989 年 346 ないし 347 頁〔黒木三郎〕、唄孝一「『氏』をどう考えるかということ」『戦後改革と家族法一家・氏・戸籍』唄孝一家族法著作選集 1 巻 125 頁以下）。

### (1) 「家族共同体」または「家庭の名（ファミリーネーム）」と解する説

家族共同体を夫婦の扶助的生活共同体、及び親と未婚または未成年の子の構成する保育的共同体から成るとし、この両者の共通の呼称が氏であるとする（外岡茂十郎「氏の性格」『親族法の特殊研究』1950 年 56 頁、於保不二雄「氏と戸籍」法曹時報 2 巻 5 号 1950 年 215 頁）。

### (2) 「血縁集団」ないしは「血統の名称」と解する説

氏が出生や親子の血縁によって決定されることを重視して、氏は、血縁集団または血統集団に属する各人がその名に冠して称するものとする（板木郁郎「氏の性格について」立命館創立 50 周年記念論文集 1951 年 62 頁）。

### (3) 「同籍者集団」と解する説

氏の法的性質論が観念的な論議を重ねることへの批判から、実務的に重要な戸籍との関係を重視し、同じ戸籍に記載される同籍者集団の名称であり、戸籍編製の基準とする（平賀健太「戸籍制度について」『身分法と戸籍』1953 年 305 頁）。

### (4) 個人の呼称説

氏の法的性質を個人の呼称とする。黒木三郎は、「憲法の定める『個人の尊厳と両性の本質的平等』の精神により、我が国の家族制度が法的に完全に解体され、徹底した個人単位のものになったのであるから、氏もまた『個人の呼称』とみるべきである」（黒木・前掲新版注釈民法 346 頁ないし 355 頁）とする。なお、黒

木は同書において、続けて、「妻の地位が向上したこんにち、妻が社会的にも知られた氏を有する場合、婚姻によって氏をあらためなければならないとすることは、妻にとって社会的にも不利であり、また個人の呼称であるならば、すなおいに夫婦別氏を選択できる立法に踏み切るべきである」と述べている。

現行法の氏の制度をみれば、①夫婦同氏、親子同氏、離婚や離縁による復氏を原則とし、氏と身分関係の変動を連結させていること、②一定の場合に子の氏の変更（民法791条）を認めていること、③戸籍を1組の夫婦及びこれと氏を同じくする子を単位として編製し、戸籍筆頭者の氏を基準に「同氏同籍」の原則をとること等から、氏の法的性質を一義的に決定することは困難である。

(1)説に対しては、何らかの集団を氏の背景に予定しなければならないと考えることには疑問があり（中川善之助『新訂親族法』青林書院1965年631頁）、現行法が排斥しようとした累代的・超代的な親族集団を温存するおそれがあるだけでなく、氏の共通呼称の範囲を硬直させる嫌いがある（我妻栄『親族法』有斐閣1961年422頁）との批判がある。

父母と未成年子からなる家族共同体を念頭においても、離婚後のひとり親家庭では親子別氏がありえるし、連れ子再婚の夫婦と未成年子からなる家族共同体では1つの家庭に2つ以上の氏が存在する場合があります（各連れ子は前配偶者の氏を名乗っているなど）、非婚のひとり親家庭では子は父の氏に変更し母子別氏で家庭を営む場合があります、事実婚の夫婦と未成年子の家庭では必ず2つの氏が存在するなど、さまざまな家族に目を向ければ、1つの氏が「家族共同体の呼称」となっていない場合はいくらかでも存在し、それは少数派というほど少ない割合ではない。

(2)説に対しては、血縁関係にない夫婦について、夫婦同氏である点を説明できないとの批判がある（清水兼男『夫婦の氏』家族法大系Ⅱ1959年160頁）。子の出生によって取得する氏は、(2)説で説明できるが、夫婦同氏や離婚復氏は(2)説では

説明できないのである。

(3)説に対しては、氏の取得と変更は民法が定めており、戸籍はそれを反映すべきであって、本末を転倒すべきではないと批判されている（我妻・前掲 422 頁）。

### 3 個人の呼称としての氏

もともと、上記(1)ないし(3)のいずれの学説も、氏が、(4)の個人の呼称としての性質を有していることは、否定していない。国が平民に名字を許した 1870 年の時点から、氏が個人の識別機能を高めるために必要なものと位置づけられていたことは、前記の細川潤次郎の建議により明らかであるし、戦後の氏についても、(1)説の外岡は、基本的には個人の呼称であることを否定するどころかむしろ強調しているし、(1)説の島津一郎も、「氏は基本的には個人の呼称だ」と述べており（唄・前掲 133 頁）、我妻は、「氏の基本的な作用ともいべき個人の識別の標識とすること自体を不必要とする論者は、おそらく絶無であろう」と述べる（我妻・前掲 416 頁）。本訴において、被告も、「個人の氏（姓）となった」（答弁書 5 頁 16 行）として、この点は認めている

### 4 氏名権

#### (1) 裁判例

1930（昭 5）年、東京地判昭 5・7・31 法律新聞 3218 号 4 頁は、判決でおそらく初めて氏名に関する権利を論じた。他人による氏の無断使用につき、氏の使用の禁止と損害賠償を求めた事案である。判決は、「氏名は個人が之を使用することに因りて適当に自己を表彰し以て自己の存在を明にせんとするものなれば氏名の使用は之を専用することに依りて始めて其の本来の職種を發揮し得るものと謂ふべく従つて各人は皆其氏名を専用し濫りに之を侵犯せられざるの権利を有するものと解するを相当とすべし」として、氏名保持者にはその氏名を専用する権利があること、第三者が濫りに他人の氏名を使用してその利益を侵害した場合には、妨害を排除しまたは使用禁止を求めることができ、氏名の冒用の結果、

名誉を毀損されたときは、不法行為として損害賠償を求めることができるとした。その後、氏名の無断使用につき、氏名の使用の差止めや損害賠償を請求した事例は多数あり（甲 47、二宮意見書、甲 48 の 1 ないし 3、木村和成「わが国における人格権概念の特質—その再定位の試み—（一）」撰南法学 34 号-85 頁、「同（二・完）」撰南法学 35 号-69 頁、同「民事紛争における人格権の機能について」撰南法学 38 号-43 頁）、東京地判昭 62・10・21 判時 1252-108 は、「氏名は人の同一性を示すものとして人格と密着しており、各人は人格権の一種としてこれを他人に冒用されない法律上の利益を有している」とするなど、その法的根拠について、人格権が挙げられてきた。

## (2) 学説

学説では、大正時代から氏名について人格権を認める見解があった。鳩山秀夫は、「個人ヲ個人ヨリ區別スルハ、個人ノ有スル人的利益トシテ、最モ重要ナルモノノ一ニ属スルガ故ニ、民法ガ既ニ人的利益ノ保護ノ為ニ人格権ヲ認ムルニ於テハ此ノ重要ナル人的利益ニ付テモ、亦一個ノ人格権ヲ認ムルコト、寧ロ法典ノ趣旨ニ適スルベキ」と述べ（鳩山秀夫「増訂 日本債権法各論（下）」岩波書店 1924 年 880 頁）、この見解は、学説上、通説となって今日に至っていると評価されている（齊藤博「人格価値の保護と民法」一粒社 1986 年 61 ないし 62 頁、甲 47、二宮意見書）。

その具体的内容としては、氏名の専用権が論じられてきており、川井健教授は、「氏名は、人の同一性を示すものとして人格と密着しており、それが他人に冒用されるときは、一般的な人格権侵害の一種として、法律上の保護が与えられる」として、冒用を中心に氏名権の保護を論じ（川井健「氏名権の侵害」『現代損害賠償法講座 2』日本評論社 1972 年 223 頁）、また、五十嵐教授は、「氏名権とは、自己の氏名の使用を他人が妨げたり、ある人の氏名を他人が権限なくして使用する場合に、これを禁止できる権利」であるとして、氏名専用権と位置づけ、人格

権の中では、最も早く成立した権利だとする（五十嵐清「人格権論」一粒社1989年65頁）。五十嵐教授は、「自己の氏名の使用を他人が妨げる」行為も氏名専用権の侵害と位置づけている。

### (3) NHK 日本語読み訴訟

このようにして、1980年代までには、不法行為法の分野において、親族法や戸籍法分野における氏名権の形成や裁判例の進展（訴状13ないし16等で詳細に整理）とは別に、氏名のもつ個人の呼称としての性質に着目して、氏名は、人の同一性を示すものとして人格と密着し、個人の人格的利益に結びつくものであって、人格権の1つとして位置づけられていた。

そのような中、訴状24頁で引用したとおり、NHK日本語読み訴訟の判決（最判昭63・2・16民集42巻2号27頁）は、氏名を正確に呼称される人格的利益を導く前提として、「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」ことを明示した。

## 5 氏と人格権

前述の通り、氏が個人の呼称として、識別機能を有することに争いはない。そして、社会生活上、氏のみで個人が特定される場面は少なくなく（日本社会では直接個人を呼び合うとき、「〇〇さん」として氏のみを使う方が一般的である）、他方、名のみで個人が特定される場面は少ない。氏は、氏名の構成要素であるだけでなく、それ自体で、個人の同一性を示すものとして人格と密着しているから、その個人からみれば、氏それ自体が、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として、人格権の一内容を構成する。

### 二 「氏の変更を強制されない自由」が憲法13条によって保障されること

前述の通り、氏は、人格権の一内容を構成する。以下、その中核をなす「氏の変



更を強制されない自由」について、憲法 13 条によって保障されることを明らかにする。

## 1 憲法 13 条の幸福追求権

憲法 13 条は、包括的基本的人権である幸福追求権について定め、憲法 14 条以下で保障されないものであっても、補充的に権利・自由を保障する規定である。

幸福追求権の性質に関しては、個人的人格的生存に必要な権利・自由を内容とする権利の総体と解する人格的利益説（佐藤幸治、芦部信喜ほか）と、あらゆる生活領域に関する一般的な行動の自由と解する一般的行為自由説（戸波江二、阪本昌成ほか）がある。

「氏の変更を強制されない自由」は、一般的行為自由説によれば、当然に憲法 13 条によって保障されることとなるが、以下、通説的見解とされる人格的利益説に基づいて憲法 13 条によって保障されることを論ずる。

## 2 人格的利益説など

人格的利益説の代表的な論者である佐藤幸治によれば、憲法 13 条の幸福追求権は、前段の「個人の尊重」原理を受けて、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権利（基幹的な人格的自律権）である。その内実は、社会政治状況と関係しつつ発展的に形成されていくものであるから、その具体的内容は多岐にわたる。対象法益に応じて、①生命・身体の自由、②精神活動の自由、③経済活動の自由、④人格価値そのものにかかわる権利、⑤人格的自律権（自己決定権）、⑥平等の取扱いを受ける権利、⑦適正な手続的処遇を受ける権利、⑧参政権、⑨社会権、⑩権利利益の侵害・特別犠牲を受けた場合の救済を受ける権利などに類型化され、憲法の個別規定によって保障されていない①、④、⑤、⑦及び⑧が憲法 13 条の補充的保障の対象となる（佐藤幸治「憲法（第三版）」青林書院 443 ないし 465 頁、「日本国憲法論」成文堂 172 頁ないし 195 頁）。

④の人格価値そのものにかかわる権利、すなわち人格権が憲法 13 条に由来し、憲法 13 条により基本的人権として保障されるとの点については、学説上、異論はないものと思われる。たとえば、山本敬三は「物権も人格権も憲法上の基本権に基礎を持つ（後者については憲法 13 条を根拠とするのが一般的である）」と論じ（民法判例百選 I 17 頁）、潮見佳男は、「人格的利益のあらゆる側面を保護するものとしての一般的・包括的人格権は、憲法 13 条にその基礎を有し、憲法上保障された基本権の 1 つであると同時に、私権としての性質を有する」とする（潮見「不法行為法」平成 14 年 77 頁）。

### 3 憲法上の基本的人権としての人格権と判例

最高裁判所は、公権力との関係では、被告が指摘する 3 つの判例（答弁書 22 頁）において、憲法 13 条によって権利・自由が保障されることを認めてきた。

すなわち、まず、京都府学連事件（最大判昭 44. 12. 24 民集 23-12-1625）において、最高裁大法廷は、「憲法 13 条は、…国民の私生活上の自由が、警察権等の国家権力の行使に対しても保護されるべきことを規定しているものといえることができる。」として、憲法 13 条が個人の私生活上の自由を保障していることを初めて明らかにし、「個人の私生活上の自由の一つとして、何人も、その承諾なしに、みだりにその容ぼう・姿態（以下「容ぼう等」という。）を撮影されない自由を有する」とした。

次に、最高裁第三小法廷は、外国人指紋押捺拒否事件（最三小判平 7. 12. 15 刑集 49-10-842）において、「指紋は、指先の紋様であり、それ自体では個人の私生活や人格、思想、信条、良心等個人の内心に関する情報となるものではないが、性質上万人不同性、終生不変性をもつので、採取された指紋の利用方法次第では個人の私生活あるいはプライバシーが侵害される危険性がある。このような意味で、指紋の押なつ制度は、国民の私生活上の自由と密接な関連をもつ」として、憲法 13 条に基づき、「個人の私生活上の自由の一つとして、何人もみだりに指紋の押なつを強

制されない自由を有する」とした。

さらに、最高裁第一小法廷は、住基ネット訴訟（最一小判平 20. 3. 6 民集 62-3-665）において、憲法 13 条に基づき、「個人の私生活上の自由の一つとして、何人も、個人に関する情報をみだりに第三者に開示又は公表されない自由を有する」とした。

これらのほか、最高裁大法廷は、北方ジャーナル事件（最大判昭 61. 6. 11 民集 40-4-872）において、「人の品性、徳行、名声、信用等の人格的価値について社会から受ける客観的評価である名誉を違法に侵害された者は、…人格権としての名誉権に基づき、加害者に対し、現に行われている侵害行為を排除し、又は将来生ずべき侵害を予防するため、侵害行為の差止めを求めることができるものと解する…。けだし、名誉は生命、身体とともに極めて重大な保護法益であり、人格権としての名誉権は、物権の場合と同様に排他性を有する権利というべきであるからである。」と述べた上で、「人格権としての個人の名誉の保護（憲法 13 条）」に言及し、「人格権としての個人の名誉」が憲法 13 条によって保障されることを明らかにした。大橋進裁判官も、補足意見の中で、憲法「13 条によって保障されている個人の名誉」と述べ、「人格権としての個人の名誉」が憲法 13 条によって保障されることを明示している。

「個人の私生活上の自由」に属する「みだりにその容貌・姿態を撮影されない自由」、「みだりに指紋の押なつを強制されない自由」及び「個人に関する情報をみだりに第三者に開示又は公表されない自由」も、人格的価値についての社会的評価である「人格権としての個人の名誉」も、「人格価値そのものにかかわる権利」である（佐藤幸治・前掲「日本国憲法論」179 頁以下）。

#### 4 氏の変更を強制されない自由

前述の通り、氏は、個人の呼称として識別機能を有し、個人の同一性を示すものとして人格と密着し、人格の象徴として人格権の一内容を構成する。移動・通信手段が発達し、あらゆる人の活動領域が広域化し、社会がグローバル化するにともな

い、社会にとっても個人にとっても氏の重要性は増大した。裁判や法が、さまざまな場面において氏を法的に保護してきたことは、訴状 25 頁以下に述べたとおりである。

ドイツの氏名に関する文献でしばしば引用されるゲーテの作品の 1 節は次のように述べている。「人間の自分の名というものは、たんに人間にまわりつき、つかまされたり、ひっぱられたりする、外套のようなものではなく、ちょうど皮膚自身のようにまったくぴったりと合った衣装であり、彼自身とともに成長し、彼自身を傷つけることなしには削いだり、剥がしたりできないものなのだ。」(Cohn、a. a. O.、S. 11-12. ゲーテの“Wahrheit und Dichtung”の一節。ゲーテが自分の名を嘲笑されたことに対する反発としてコメントしたもの。広渡清吾「氏名法について—ドイツと日本の比較法史的考察—」広中俊雄先生古稀祝賀論集『民事法秩序の生成と展開』創文社 241 頁)。この一節は、氏の本質を端的に表している。

こうした自身の一部ともなっている氏について、本人の意に反してその変更が強制されると、当該個人は、旧姓を通じて公私にわたり形成してきた人間関係、人や社会からの信頼・信用、人生そのものを分断され、精神的には人格や個人の尊厳そのものを否定される苦痛を蒙るのであって、「氏の変更を強制されない自由」の人格権としての重要性は、「個人の私生活上の自由」に属する「みだりにその容貌・姿態を撮影されない自由」、「みだりに指紋の押なつを強制されない自由」及び「個人に関する情報をみだりに第三者に開示又は公表されない自由」に勝るとも劣らない。

これを憲法上の権利として認められた「みだりに指紋の押なつを強制されない自由」と比較すれば、「指紋」それ自体は人格等に関する情報そのものではなく、その利用方法次第で私生活等が侵害される危険性があるが故に、押なつを強制されない自由が保障されたのであって、その「指紋」と比較しても、人格に密着し、人格に関する情報の対象そのものである「氏」が人格的生存にとって極めて重要である

ことは明らかである。

また、「氏」（ないし氏名）を、「名誉」と比較すると、いずれも、早期から人格権を構成することが論じられ、物権同様の排他性を有する点でも共通する（氏名について、最判平 18. 1. 20 民集 60-1-137。同民集は、憲法 13 条を参考条文として挙げており、編者が、氏名を他人に冒用されない権利とその排他性について、憲法 13 条と強く関連すると考えていることがうかがわれる。）。また、個人の同一性を示すものとして人格と密着し、人格の象徴である「氏」の重要性は、人格的価値の社会における客観的評価である名誉と比べても劣るものではなく、人格権としての「名誉」が憲法 13 条によって保障されるにもかかわらず、人格権としての「氏」の中核というべき「氏の変更を強制されない自由」が憲法 13 条によって保障されない理由は全くない。

したがって、「氏の変更を強制されない自由」が、人格そのものに関わる権利として憲法 13 条によって保障されることは明らかである。

被告自身ともいうべき法務省民事局参事官室は、すでに 1994 年、「婚姻制度等に関する民法改正要綱試案及び試案の説明」において、「国民の間に、生来の氏を称し続けることが一種の人格的利益であると主張する見解が拡がりを見せてきている。この主張は、最高裁の昭和 62 年 2 月 16 日の判決が氏名について・・・人格権の一内容を構成すると判示するに及んで、いわば公的に認知されるに至り」（ジュリスト 1050-220）・・・「法理論の面においても、我が国において、近時ますます個人の尊厳に対する自覚が高まりを見せている状況を考慮すれば、個人の氏に対する人格的利益を法制度上保護すべき時期が到来しているといつて差し支えなからう」（同 233 頁）と指摘している。

### 三 夫婦同氏制が「氏の変更を強制されない自由」を制約していること

夫婦同氏強制は、前述の通り、婚姻の実質的要件となっているので、法律婚をする男女の一方は、意に反しても必ず氏を変更しなければならず、夫婦同氏制は、法

法律婚を希望する当事者の「氏の変更を強制されない自由」を制約している。

後記第5の通り、内閣府の世論調査によれば、夫婦同氏制の下、「名字（姓）が変わったことに違和感を持つと思う」者は1996（平8）年で19.0%、2006（平18）年は23.9%、「今までの自分が失われてしまったような感じを持つと思う」者は1996（平8）年で8.9%、2006（平18）年は9.9%に達していて、国民のうち少なくない割合の者が、夫婦同氏制について、「氏の変更を強制されない自由」の制約を感じると回答しているというべきである。

#### 第4 民法750条制定時における違憲性

法律婚を希望するがいずれも氏の変更を望まない男女は、民法750条の夫婦同氏強制により、いずれか一方が意に反する氏の変更を強制されても法律婚をするか、あるいは、法律婚を諦めても双方が氏の変更を強制されずに生きるか、そのいずれかの方法しか選択することができず、「氏の変更を強制されない自由」または「婚姻の自由」のいずれかの放棄を迫られることとなる。このような民法750条は、「婚姻の自由」及び「氏の変更を強制されない自由」を制約していることが明らかである。これを踏まえ、以下では、こうした制約を課する民法750条の違憲性を判断する際に用いるべき違憲審査基準についてまず検討した上で、民法750条の制定時における違憲性について検討する。

##### 一 違憲審査基準

###### 1 厳格な審査基準及びそれを必要とする根拠(1)

民法750条は、前記第2及び第3で明らかにしたとおり、「婚姻の自由」と「氏の変更を強制されない自由」を制約しているが、「氏の変更を強制されない自由」は、前記の通り、人格価値そのものにかかわる権利として憲法13条により保障される。「婚姻の自由」は、憲法13条が保障する幸福追求権の一環としての人格的自律権ないし家族に関する自己決定権を婚姻について具体化したものであり、憲

法 24 条 1 項により保障される（訴状 34 頁、辻村みよ子「ジェンダーと人権」日本評論社 241 頁）。婚姻の自由を、憲法 24 条からではなく、13 条から導く学説も有力であることが示すように、「婚姻の自由」もまた人格価値そのものにかかわる権利の 1 つである。これらの権利はいずれも、人格的存在である個人にとって中核的な価値を有する権利・自由であるから、経済政策に依拠しつつその意義を有する経済的自由とは異なり、立法裁量が広範に認められる権利・自由ではない。

そして、民法 750 条は、憲法上の人権であり人格価値そのものにかかわる 2 つの自由である「婚姻の自由」と「氏の変更を強制されない自由」について、それらを両立させる制度の構築が容易であるにもかかわらず、その二者択一を個人に迫り、その一方の放棄を強制するという極めて特異な制度であるから、厳格な違憲審査がなされなければならない、立法者である被告より、「やむにやまれぬ政府目的」あるいは「極めて重要な政府利益」が示されなければならない、その立証責任は被告にある。

これに加え、当該目的を達成する上で、規制が必要最小限の手段であることが論証されない限り、違憲であるというべきである。

民法 750 条と違憲審査基準を論ずる憲法学説は多くはないが、米沢広一は、「やむにやまれぬ正当化事由」が必要であるとし（米沢「子ども・家族・憲法」286 頁）は、竹中勲は、「やむにやまれぬ政府目的」、少なくとも「正当かつ重要な政府目的」が必要であるとしており（甲 49、竹中「憲法上の自己決定権」201 頁）、両学説はいずれも厳格な審査基準によるべきとしている。なお、君塚正臣も家族法分野については厳格審査が妥当する場面が多いことを指摘する（君塚「幸福追求権—延長上に家族と平等を一部考える—」横浜国際経済法学 19-2-139）。

## 2 厳格な審査基準を必要とする根拠(2)

憲法は、13 条で個人尊重原理を明らかにし、14 条 1 項で性差別を禁じているが、重ねて、憲法 24 条 1 項において、「婚姻は、…夫婦が同等の権利を有することを

基本として…維持されなければならない。」、同 24 条 2 項において、「…婚姻及び家族に関するその他の事項に関しては、法律は、個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚して、制定されなければならない。」と規定した。これは、明治憲法下において、「私人としての私生活においては、封建的大家族制度の残存である道徳風習に支配され、これを法律までが支持していた結果、個人の尊厳と平等とが無視されがちであった」（「註解日本国憲法上巻 改訂」470 頁）ことへの大いなる反省に基づき、婚姻や家族に関して特に「個人の尊厳」と「平等」に関する規定をもうけたものである。その「平等」は、憲法 14 条とは異なり、単なる「平等」ではなく、「夫婦の同等の権利」「両性の本質的平等」との文言であり、単なる形式的平等にとどまる規定ではない。この点、判例も、憲法 24 条につき、「継続的な夫婦関係を全体として観察した上で、婚姻関係における夫と妻とが実質上同等の権利を享有することを期待した趣旨の規定」（最大判昭 36. 9. 6 民集 15-8-2047）と解しており、憲法 14 条における平等権の審査よりも、さらに厳格に「実質」や「本質」をとらえて審査されなければならない。

婚外子の相続分の違憲性が争われた最大判平 7. 7. 5 民集 49-7-1789 においても、裁判官中島敏次郎、同大野正男、同高橋久子、同尾崎行信及び同遠藤光男は反対意見において、「憲法 13 条は、その冒頭に『すべて国民は、個人として尊重される。』と規定し、さらにこれをうけて憲法 24 条 2 項は『相続…及び家族に関するその他の事項に関しては、法律は、個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚して、制定されなければならない。』と規定しているが、その趣旨は相続等家族に関する立法の合憲性を判断する上で十分尊重されるべきものである。」と述べ、違憲審査における憲法 24 条の趣旨の重要性を指摘している。

民法 750 条は、ほとんどの夫婦において夫の氏を夫婦の氏として選択するという実質的不平等を招来・固定化し、かつ個別の夫婦間においては必ず一方のみに氏の変更を強いるという形式的な不平等を招来する立法であることから、憲法 24



条1項に違反ないしその趣旨に反する立法であることが明白であること、かつ民法750条が招来したほとんど女性が改姓を強いられるという不平等な結果及びそれが成立後約65年を経た今も不変であるという結果をみれば、憲法24条2項にいう「個人の尊厳及び両性の本質的平等の権利」に立脚しない立法であることが明白であり、憲法24条についての違憲審査をしても、違憲性が強く推定される規定である。

前記1の憲法上の基本的人権の二者択一を迫るという特殊性に加え、憲法24条違背が濃厚である点、及び「家族に関するその他の事項に関しては、法律は、個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚して、制定されなければならない。」として24条が国に特に立法義務を課した（このような憲法学説も有力である）とも解せられる点を考慮すれば、民法750条の違憲審査について、厳格基準が採用されるべきである。

## 二 民法750条の立法目的

### 1 被告の立法目的についての主張

次に、本訴において被告が、民法750条の立法目的についていかなる主張をしているかを吟味する。被告は、「家制度が廃止された結果、氏は『家』の氏ではなく個人の氏（姓）となったことを前提として、家族の呼称（ファミリーネーム）という趣旨で、夫婦間の合意を前提とする夫婦・親子同氏制度が採用された」（答弁書5頁15行）と主張し、「日本国憲法の下でも『ファミリーネーム』として国民に深く浸透している」（答弁書19頁5行）ことがその趣旨を支えると主張するようであるが（婚姻の形式的要件であるとも主張するが、その趣旨は一切主張していない。）、「家族の呼称（ファミリーネーム）という趣旨」の意味するところは曖昧で、夫婦同氏制が採用された具体的な根拠・目的については特段の主張をしていない。

被告によれば、本件において、立法目的の重要性や正当性どころか、特段の立法目的が存しないという点で、まず、制定時より民法750条は違憲であったというべ

きである。

## 2 制定時の立法目的に関する議論

しかし、被告から特段の主張がなされないことにこだわらず、以下、制定当時の議論を確認し、これに基づいて立法目的が何であったかを論証する。以下、各引用文献のほか、二宮意見書（甲 47）に主として依拠している。

明治民法を改正するための審議は、1946（昭 21）年 7 月頃から臨時法制調査会（内閣）と司法法制審議会（司法省）で行われた。同年 8 月 15 日「民法改正要綱案」（司法法制審議会第 2 回総会決議）は、「夫婦は共に夫の氏を称するものとする事、但し入夫婚姻に該る場合に於て当事者の意思に依り妻の氏を称するを妨げざるものとする事。」という夫優位の夫婦同氏案であった。これがそのまま同年 9 月 11 日「民法改正要綱」（司法法制審議会第 3 回総会決議）とされた。要綱の作成と並行して改正民法の条文作成も行われ、同年 8 月 11 日民法改正法案第 1 次案では、「夫婦ハ共ニ夫ノ氏ヲ称ス、但シ当事者カ婚姻ト同時ニ反対ノ意思ヲ表示シタルトキハ妻ノ氏ヲ称ス」とされた。同月 20 日第 2 次案から 1947（昭 22）年 3 月 1 日第 6 次案（GHQ との間の折衝に入る前の最終案）まで変更はなく、夫の氏を称することを原則とし、妻の氏を称することを例外とする点で、氏の男系性を維持していた（唄孝一「戦後改革と家族法」家族法著作選集第 1 巻日本評論社 1992 年 164 頁）。その後、GHQ や民間諸団体の批判を受け、第 6 次案は現行法の規定へと転換を遂げたが、夫優位の夫婦同氏案が GHQ で問題になった際、起草者達は、「六次案までの考え方は、当事者の意思は夫の氏を称するのが通常だから、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」、（現行法への変更は）「たいしたことでもないからというので、簡単に直した」、（第 6 次案と現行法とは）「表現をかえただけ」と理解していた（我妻榮編「戦後における民法改正の経過」日本評論社 2009 年 131 ないし 132 頁）。

この制定過程において、夫婦同氏の立法上の根拠は何も語られていない。1946（昭

21) 年9月11日の「民法改正要綱」が、「第一 民法の戸主及家族に関する規定を削除し親族共同生活を現実に即して規律すること」とし、関連の要綱として、第八(夫の氏による夫婦同氏)等を挙げて、夫婦同氏の立法上の根拠を示唆している程度である。

この点につき、民法改正において主要な役割を担った我妻榮は、「本要綱は親族共同生活を現実に即して規律せんとする。即ち、先ず、夫婦は通例共に夫の氏を称し、その間の子は父母の氏を称し、男の子が婚姻すれば夫妻共にその氏を称する。・・・その他、現実の親族共同生活団体の変動を、能う限り氏の変動に反映させると共に、氏を中心として、始祖を同じうする親族団体の縦の発展を示さんとする」と述べている(我妻榮「家の制度—その倫理と法理」酣燈社 1948年 123ないし124頁)。すなわち、起草者達の考えの中核をなすものは、「共同生活の現実を押えるというのを、氏を同一にするというのと結びつけた」(我妻編・前掲「戦後における民法改正の経過」123頁)という考え方であって、「共同生活の実態が氏で現わされている」,「共同生活をしている間は氏も同じであり、共同生活から離れると氏が違ってくる」(同 122頁)ということへの確信から発していた(唄・前掲 203頁)。

以上のとおり、夫婦同氏制の立法上の根拠としては、せいぜい、共同生活をする者は同じ氏を称しているという当時の習俗や慣習が挙げられるに過ぎない。その「習俗」があるからというだけであって、その「習俗の継続」に特段の目的を見出したものでもない。その「習俗の継続」が、夫婦や婚姻生活にとって、有意義であるか、マイナスであるかの議論もなく、起草者達自身が、明治民法の中で生きてきており、「家族法は同じ氏を称する」「妻は夫の氏を称する」ということ以外の家族形態や個人の希望を、おおよそ観念しえなかったから、ただ現状を維持した結果ともいえる。

黒木三郎も、青山道夫編「注釈民法(20)親族(1)」有斐閣 1966年 319頁において、

「民法が氏（夫婦親子は呼称を同じくすること）を定めているのは、国民感情に適するものとして、また社会的な慣習として設けられたもの」と説明している。

もともと、習俗や慣習といっても、明治民法の下、「家」の氏を称することが戸主及び家族に法律上強制された結果、浸透した習俗であり、伝来的なものであるに過ぎず（太田知行・中村哲也編「民事法秩序の生成と展開」創文社 1996 年所収の広渡清吾「氏名法について—ドイツと日本の比較法史的考察—」250 頁も同旨）、これらは、夫婦同氏強制の積極的な根拠たりえない。

結局、夫婦同氏強制は、「家」の残滓に基づいて消極的に採用したものであったために、敢えて根拠が示されることはなかったというほかない。

その後、1990（平 2）年頃から、選択的夫婦別氏制の導入の是非が論じられるようになって、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を述べる者もあらわれるようになったが、これは立法目的ですらなかったと言える。

民法 750 条の制定過程において、我妻は、家制度の廃止に抵抗する守旧派を説得するため、法律上は家制度をなくすが、現実の家族制度＝共同生活まで否定するわけではないことを強調していたが（我妻編・前掲「戦後における民法改正の経過」250 ないし 251 頁）、現実の家族共同生活と氏を関連づけたことも、こうした説得、妥協の意味合いを持っていたのである。宮沢俊義が、氏が「家」と同じ作用を果たすことを見抜き、「家破れて氏あり」と批判しているとおりである（宮沢俊義「家破れて氏あり」法律タイムズ 1 巻 6＝7 号 1947 年 25 頁）（以上につき、甲 47、二宮意見書）。

### 三 民法 750 条が制定時において違憲であったこと

#### 1 厳格な審査—やむにやまれぬ政府目的の不存在

前記の通り、立法者によっても、民法 750 条の立法目的は、明確には意識されていなかったが、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。被告のいう「ファミリーネームという趣旨」は、「氏

による共同生活の実態の表現」と同義であるのかもしれない。

「氏による共同生活の実態の表現」が立法目的であるならば、それは、「両性が永続的な精神的及び肉体的結合を目的として真摯な意思をもつて共同生活を営む」（最大判昭和 62. 9. 2 民集 41-6-1423）という婚姻の本質から導かれるものではないし、婚姻に必要不可欠のものでもない。ましてや、「氏の変更を強制されない自由」や「婚姻の自由」を制約してまで実現すべき「やむにやまれぬ政府目的」や「極めて重要な政府利益」ではない。

この「やむにやまれぬ政府目的」が存しない、証明されないという点から、規制手段を審査する以前に、民法 750 条は違憲というべきである。

## 2 合理性の基準等による場合

### (1) 立法目的

原告は 1 の厳格審査によるべきと主張するものであるが、仮に、厳格な合理性の基準、あるいは合理性の基準によって審査されるべきとの見解にたつ場合についても、以下主張する。

「氏による共同生活の実態の表現」という習俗の継続が、「やむにやまれぬ政府目的」とまではいえないとしても、「重要な利益」あるいは「正当な利益」であると言いうるとすれば、それは、「氏による共同生活の実態の表現」が、さらに、その背景に、「婚姻や家族の安定」「夫婦や家族の一体感の醸成」といった、立法者が観念していなかった目的を見出すことによるものであろう。

なぜならば、親族法のしくみは、1947（昭 22）年の成立時より、離婚後の母子家庭や父子家庭、夫婦親子と祖父母の同居家庭、再婚家庭等において、1つの家庭・共同生活に複数の氏が存在することを予定していたものであり、「氏による共同生活の実態の把握」は、家族・家庭の限られた場合にしか実現できないことはもともとから明白であったのであり、「氏による共同生活の実態の表現」という目的のみでは、とうてい基本的人権の制約を正当化しえないからである。

なお、民法 750 条の違憲性が争われた夫婦別姓婚姻届不受理事件（岐阜家各務原支審平 1. 6. 23 家裁月報 41-9-116）及び国立大学女性教授が国に対して人事記録その他の文書において旧姓名を使用するよう義務付けを請求した事案（東京地判平 5. 11. 19 判時 1486-21）において、いずれも裁判所は、制定時の実際の議論を十分検証することなく、「親族共同生活の中心となる夫婦が、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。」と判断しており、「一体感を高める」との立法目的は、誤解であれ、一般的に観念されやすいところである。

しかし、「氏による共同生活の実態の表現」「婚姻や家族の安定」「夫婦や家族の一体感の醸成」という目的が正当性を持つとすれば、せいぜい、この習俗の実践を希望する者に対して、その方法を提供する・便宜を図るという意味において正当性を有するにすぎない。なぜならば、「婚姻や家族の安定」「一体感の醸成」をする方法は、個人・夫婦によってさまざまであり、各自の人生観・価値観により異なるものであるからである。同氏により一体感が高まると考える者にとっては、同氏制は居心地のよいものであるが、各自の氏を婚姻後も維持した方が互いを大切にしている実感がわく、仲良くなりやすいという夫婦・個人に対して、氏により一体感を持つように、あるいは、同氏により家族が安定するようにと国家が強制しようとしても、それは個人の内面を無理に変更しようとするものであり、到底不可能な作業だからである。

## (2) 規制手段

「氏による共同生活の実態の表現」「婚姻や家族の安定」「夫婦や家族の一体感の醸成」が正当な目的であるとするれば、夫婦同氏を希望する者にそれを可能とする制度を構築することによりその目的は達成可能である。しかし、民法 750 条は、婚姻を望む全国民に対して夫婦同氏を強制しており、規制の範囲が目的に対して広きすぎる。

それどころか、夫婦同氏強制は、婚姻に際して氏の変更を望まない男女に対して、法律婚を断念させ回避させるという効果をもたらしており、法律婚を断念した事実婚夫婦は別氏であるので、「氏による共同生活の実態の表現」はしないということとどまるのみでなく、「婚姻の安定」「夫婦の一体感の醸成」を立法目的と把握してみれば、むしろ、法律婚できない多数の男女の婚姻を不安定化させ、離婚の容易な事実婚を増加させ、当初の目的に反する結果を招来する有害な規制手段となっている。これを、夫婦や家族を把握するという国家の側からみれば、法律婚制度を形骸化させ、婚姻の届出がなされないことにより夫婦や家族の把握を困難にしている。届出がなく国家は夫婦を把握できないのであるから、事実婚夫婦についての正確な統計というものもない。

こうした点からみれば、民法 750 条について、立法目的と手段との関係を吟味すれば、規制手段が必要最小限ではないだけでなく、目的と手段の間の実質的関連性も合理的関連性も有しない。さらにいえば、目的とは逆の結果をもたらす有害な規制であるというべきであり、民法 750 条はまさに違憲というべきである。

## 第 5 制定後の国内的・国際的環境等の変化を踏まえた民法 750 条の違憲性

仮に、民法 750 条が制定時は（明白には）違憲ではなかったとしても、その後の国内的・国際的環境等の変化により、家族生活や婚姻生活に関する意識や実態が変化し、夫婦同氏強制を根拠づける立法事実が失われていった結果、選択的夫婦別氏制を含む法律案要綱が公表された 1996（平 8）年までに、そしてどんなに遅くとも 2011 年の現時点までに、民法 750 条は違憲性を有するに至ったことを、以下で主張する。

### 一 立法事実の意義

「憲法事件では、…違憲か合憲かが争われる法律の立法目的及び立法目的を達成する手段（規制手段）の合理性を裏付け支える社会的・経済的・文化的な一般事実

が、問題になる。」(芦部信喜「憲法」第五版(高橋和之補訂)岩波書店2011年372頁)のであり、「法律の規制目的の正当性、規制の必要性および規制方法・手段の相当性を、それを裏付ける事実状況が存するか否かと関連づけつつ、検討・評価する必要が生じる」(佐藤幸治「日本国憲法論」成文堂2011年665頁)のである。

「法律が合憲であるためには、その背後にあってそれを支えている…一般事実の存在と、その事実の妥当性が認められなければなら」(芦部・前掲「憲法」372頁)ず、「立法事実も、単なる事実の認定が問題となるのではなく、憲法訴訟において、そこで適用される法律の立法事実についての正当化根拠ないし合理性が問題とされるのであり、法的判断の性格をもっている。」(戸松秀典「憲法訴訟」第2版有斐閣2008年243頁)のであり、「もし法律の制定時ないし裁判時に、かかる法律による規制を裏付ける事実状況が存しないときには、不必要な人権規制として、違憲無効とされなければならない。」(佐藤・前掲「日本国憲法論」665頁)。「立法者による立法事実の認識に誤りはないか。立法事実は裁判の時点でも存在しているか等の審査が必要とされ」(野中俊彦・中村睦男・高橋和之・高見勝利「憲法Ⅱ」第2版有斐閣2008年291ないし292頁)、「法律制定時の社会的事実のみならず、裁判時における社会的事実も考慮される。むしろ判例は、後者の事実のほうが優先されることを示している」(渋谷秀樹「憲法」初版有斐閣2010年652ないし654頁)。

以下の最高裁判例及び各裁判例も、立法当時に認められた立法事実が国内的・国際的環境の変化に伴って失われた結果、違憲となる場合があることを認めている。

① 最大判平 20. 6. 4 国籍法違憲大法廷判決(民集 62-6-1367)

国籍法3条1項が父母の婚姻により嫡出子たる身分を取得した場合に限り日本国籍の取得を認めていることにより生ずる区別の違憲性が争われた事案において、判決は、まず、「我が国における社会的、経済的環境等の変化に伴って、夫婦共同生活の在り方を含む家族生活や親子関係に関する意識も一様ではなくなってきており、今日では、出生数に占める非嫡出子の割合が増加するなど、家族



生活や親子関係の実態も変化し多様化してきている。」と国内的環境の変化を述べ、次に、「諸外国においては、非嫡出子に対する法的な差別的取扱いを解消する方向にあることがうかがわれ、我が国が批准した市民的及び政治的権利に関する国際規約及び児童の権利に関する条約にも、児童が出生によっていかなる差別も受けないとする趣旨の規定が存する。さらに、国籍法3条1項の規定が設けられた後、自国民である父の非嫡出子について準正を国籍取得の要件としていた多くの国において、今日までに、認知等により自国民との父子関係の成立が認められた場合にはそれだけで自国籍の取得を認める旨の法改正が行われている。」と国際的環境の変化に言及した上で、「以上のような我が国を取り巻く国内的、国際的な社会的環境等の変化に照らしてみると、準正を出生後における届出による日本国籍取得の要件としておくことについて、前記の立法目的との間に合理的関連性を見いだすことがもはや難しくなっているというべきである。」として、上記区別が遅くとも上告人らが日本国籍取得届を提出した平成17年当時において憲法14条1項に違反していたと判断した。

② 大阪高決平23.8.4 嫡出性の有無による法定相続分差別事件（判例集未登載）

嫡出でない子の相続分を嫡出子の2分の1とする民法900条4号但書前段の規定の合憲性が争われた事案において、決定は、「被相続人が死亡した平成20年12月27日を基準に考えると、・・・平成7年決定以後、法制審議会における相続分平等化等を内容とする答申、我が国における婚姻、家族生活、親子関係における実態の変化や国民意識の多様化、市民的及び政治的権利に関する国際規約28条1項により設置される委員会の意見、諸外国における国際的な区別撤廃の進捗等、国内的、国際的な環境の変化が著しく、相続分平等化を促す事情が多く生じているといえる。」として、国内的・国際的な環境の変化を指摘した上で、「本件の相続開始時においては、法律婚を尊重するとの本件規定の立法目的と嫡出子と非嫡出子の相続分を区別することが合理的に関連するとはいえず、このような区別を

放置することは、立法府に与えられた合理的な裁量判断の限界を超えているといふべきである。」として、相続開始時である平成 20 年 12 月当時においては、民法 900 条 4 号但書前段が憲法 14 条 1 項、24 条 2 項等に違反していたと判断した。

③ 東京高判平 22. 3. 10 遺留分減殺請求控訴事件（判タ 1324-210）

同じく民法 900 条 4 号但書前段の規定の合憲性が争われた事案において、判決は、「立法当時と比較すると、その後の社会情勢、家族生活や親子関係の実態、我が国を取り巻く国際的環境等は、著しく変化をしているのであり（公知の事実）、本件規定及び本件区別を正当化する理由となった社会事情や国民感情などは、本件相続発生当時の時点（平成 7 年）でみると、もはや失われたのではないかとすら思われる状況に至っているという点も考慮しなければならない。」とした上で、国内的環境の変化、国際的環境の変化及び国内での改正議論状況を具体的に述べ、「本件規定ないしこれを準用する民法 1044 条が法令として違憲・無効であるとはいえないにしても、これを本件事案に適用する限りにおいては、違憲と評価され、効力を有しないといふべきである。」と判断した。

④ 嫡出性の有無による法定相続分差別訴訟における最高裁補足意見及び反対意見

民法 900 条 4 号但書前段の規定の合憲性が最高裁判所で争われた複数の事案において、反対意見に加え、結論は合憲とする補足意見においても、国内的・国際的環境の変化等に基づく検討がなされている。

すなわち、才口千晴裁判官は、最判平 16. 10. 14 判時 1884-40 における反対意見の中で、「男女の結婚観等も大きく変わり、非嫡出子が増加傾向にあるなど、立法当時に存した本件規定による相続差別を正当化する理由となった社会事情や国民感情などは、大きく変動しており、現時点では、もはや失われたのではないかとすら思われる状況に至っている」と述べ、また、今井功裁判官は、最決平 21. 9. 30 判時 2064-61 における反対意見の中で、「その後の社会の意識の変化、諸

外国の立法の動向、国内における立法の動き等にかんがみ、当初合理的であったとされた区別が、その後合理性を欠くとされるに至る事例がある」,「法制審議会による上記答申以来十数年が経過したが、法律の改正は行われないうまま現在に至っているものであり、もはや立法を待つことは許されない時期に至っているというべきである。」と述べている。

また、島田仁郎裁判官は、最判平 15. 3. 31 判時 1820-62 及び前掲最判平 16. 10. 14 における補足意見の中で、「少子高齢化に伴う家族形態の変化、シングルライフの増加、事実婚・非婚の増加傾向とそれに伴う国民の意識の変化には相当なものがある。我が国の伝統は別として、立法した当時に存した本件規定による区別を正当化する理由となった社会事情や国民感情などは、現時点ではもはや失われたのではないかとすら思われる状況に至っている。」「私は、少なくとも現時点においては、本件規定は、明らかに違憲であるとまではいえないが、極めて違憲の疑いが濃いものであると考える。」と述べ、竹内行夫裁判官は、前掲最決平 21. 9. 30 における補足意見の中で、「多数意見は、飽くまでも本件基準日において本件規定が憲法 14 条 1 項に違反しないとすものであって、本件基準日以降の社会情勢の変動等によりその後本件規定が違憲の状態に至った可能性を否定するものではないと解される。本件基準日以降も、本件規定の憲法適合性について判断をするための考慮要素となるべき社会情勢、家族生活や親子関係の実態、我が国を取り巻く国際的環境等は、変化を続けている。」「少なくとも現時点においては、本件規定は、違憲の疑いが極めて強いものであるといわざるを得ない。」と述べている。

- ⑤ 大阪地判平 12. 7. 31 住友電工事件 (判タ 1080-126) の控訴審 (大阪高裁) における和解勧告 (平成 15 年 12 月 24 日) (宮地光子監修 『公序良俗』 に負けなかった女たち』 明石書店 2005 年 490 ないし 492 頁)

採用後に男女間で異なる処遇を行ったことが違法な男女差別に該当するか等が争われた事案（大阪地判平 12. 7. 31）の控訴審において、裁判所は、労働事件としては珍しく、和解条項案の前に前文を記し、「国際社会においては、国際連合を中心として、男女平等の実現に向けた取組みが着実に進められており、女性がその性により差別されることなく、その才能及び能力を自己の充足と社会全体のために発展させ、男性と女性が共に力を合わせて社会を発展させていける社会こそが真に求められている平等社会であることは、既に世界の共通認識となっているというべきである。」と国際社会の共通認識を尊重する姿勢を打ち出した。そして、「現在においては、直接的な差別のみならず、間接的な差別に対しても十分な配慮が求められている。」と述べた上で、「男女差別の撤廃に向けた国際的な取組みと、男女共同参画社会基本法が制定され、その実現に向けて、社会の隅々における取組みが進められている今日のわが国の状況を考慮し」、国際的・国内的状況を踏まえた和解勧告を行い、裁判所の和解条項案は被控訴人らによってほぼ原案どおり受諾された。和解で終了した事案であるが、判決に至っていれば、国内外の状況の変化を、違法性判断の重要な基準としたであろうことがうかがえる。

## 二 国内的環境の変化

まず、立法事実の変遷の1つとして、民法 750 条制定後の国内的環境の変化について論証する。

### 1 夫婦共同生活の在り方を含む家族生活や親子関係の実態の変化と多様化

#### (1) 女性の就労状況・ライフスタイルの変化

1975（昭 50）年以降、女性労働力率（15 歳以上人口に占める女性労働力人口の割合）は上昇傾向に転じ、1992（平 4）年のバブル崩壊以降は停滞しているものの、25 歳から 54 歳でみると、以前として上昇傾向で推移している。2010（平 22）年における雇用者（就業者）5111 万人のうち、44.3%は女性である。また、

婚姻後も働き続ける女性が増え、1997（平 9）年に共働き世帯数は、男性雇用者と無業の妻からなる世帯（専業主婦世帯、片働き世帯）数を上回った。片働き世帯数は 1980（昭 55）年の 1114 万世帯から 2010（平 22）年の 797 万世帯となり約 317 万世帯減少したのに対して、共働き世帯数は、1980 年（昭 55）の 614 万世帯から 2010（平 22）年の 1012 万世帯となり約 398 万世帯増加した（以上、総務省統計局「労働力調査」）。婚姻後も社会に出て働き続ける女性の増加は、婚姻後の氏の継続使用の必要性を高めた。

なお、1947（昭 22）年当時も女性の多くは家事・育児以外の労働に従事していた。しかし、その多くは家業への従事（農水産業等の第一次産業や自宅における商売）であり、自宅の一部で、あるいは夫及びその父母などと同じ場所で賃金も得ず働いていたのであり、むしろ、1947（昭 22）年当時は、女性が働いている場合においても、夫婦同氏が便利であるという実態があった。しかし、前記統計は、家庭とは切り離された就労先における雇用者（就労者）として賃金を得ての就労であり、1947（昭 22）年の就労実態とは全く異なるものとなった。

## (2) 晩婚化

男女とも晩婚化は年々進んでおり、平均初婚年齢は、1947（昭 22）年では男性 26.1 歳、女性 22.9 歳であったが、1996（平 8）では男性 28.5 歳、女性 26.4 歳、2010（平 22）年では男性 30.5 歳、女性 28.8 歳である（厚生労働省、人口動態統計）。

特に女性の晩婚化が著しく、現在では、就職後婚姻時までの期間は、最終学歴が高卒の女性は平均 10 年間、大学卒の女性は平均 6 年間、すでに婚姻前の氏で社会において仕事をしている。晩婚化は、仕事上、婚姻前の氏で積み重ねた実績や信用を増やし、婚姻前の氏を婚姻後も継続使用する必要性を高めた。

## (3) 再婚の増加

戦後、1965（昭 40）年から 1971（昭 46）年頃に、男女とも再婚者の割合は最

低となったが、その後、婚姻数が減少傾向に転じたにもかかわらず、再婚の割合はほぼ増加傾向を示している。即ち、統計のある範囲では、男性の再婚割合は、1952（昭27）年に14.5%、1971（昭46）年に戦後最低の8.1%、その後増加し、1996（平8）年に13.4%、2010（平22）年に18.5%である。女性では、1952（昭27）年に10.4%、1965（昭40）年に戦後最低の5.7%、その後増加し、1996（平8）年に11.7%、2010（平22）年に16.2%である（厚生労働省 人口動態統計）。特に、女性の再婚割合の増加が顕著である。

再婚の増加は、婚姻前の氏の使用期間の長期化、及び連れ子を伴う再婚（ステップファミリー）の増加を意味する。

2005（平17）年の国民生活白書は、「夫婦のいずれかが再婚又は両方は再婚による婚姻件数の推移を見ると、80年の11万7000件から2003年には17万7000件へと増加している。全体の婚姻件数に占める割合の推移を見ると、70年以降上昇を続け2003年には23.9%に至っており、再婚が今や珍しくない状況となっている。・・・子どものいる離婚者は増加しており、一方で再婚件数が増加していることを踏まえると、つまりは子どもを伴った再婚が増加していることがうかがわれる。」と分析している。

そして、特に、離婚後の親権者割合は母が約80%を占めることを考慮すると女性の子連れ再婚の増加は、婚姻前の氏の使用期間の長期化の必要性が高くなったことを意味する。未成年子を伴った再婚においては、子には学校生活等における前配偶者の氏（子にとっては生来の氏）の使用期間の長期化の必要性があり、親は、再婚による夫婦同氏と、連れ子との親子同氏の継続との間で苦しい選択を迫られることが少なくない。すなわち、法律婚をして夫婦同氏を選んで親子別氏になるか、法律婚をして一定年齢の連れ子に親の氏への変更（民法791条、ほとんどは再婚後の母の氏への変更）という苦しい選択をさせるか、事実婚にとどめて親子同氏を選ぶか、の間で苦渋の選択をせざるをえないことがしばしばある。再婚の増加による

複合家族は、連れ子との親子同氏を維持したまま、再婚できる選択肢（つまり婚姻により姓を変更しない夫婦別氏の選択肢）の必要性を高めているのである。

また、連れ子再婚の家族の増加は、1つの家庭に複数の氏が存在する家族の増加を意味し、氏が家族共同体の1つの呼称とはいえない家族の増加を意味している。

#### (4) 離婚の増加及び婚氏続称制度

戦後、離婚件数はおおむね増加の一途をたどった。1947（昭22）年の離婚件数は79,551件にすぎなかったが、1996（平8）年には206,955件、2010（平22）年には251,378件（人口動態統計）に増加した。

一方、未成年子のいる離婚件数も、1945（昭22）年に56,683件、1995（平7）年に122,067件、2009（平21）年に146,408件と増加し、親が離婚した未成年子の数も、1945（昭20）年に89,687人、1995（平7）年に205,901人、2009（平21）年に249,864人と激増した。

このことは、離婚後の母子家庭における母子同氏の必要性を高め、1976（昭51）年における離婚後の婚氏続称制度導入の一因ともなった。そして婚氏続称制度の導入後、婚氏続称をする者は漸増し、2009（平21）年の離婚の際に称していた氏を称する届出件数（戸籍法75条の2による届出を含む。）は、101,057件であり、離婚数に占める割合は39.9%、約4割に及んでいる（2009（平21）年度戸籍事務統計、訴状15頁5参照）。

氏がファミリーネームとして認識されるのは、婚姻家族がそのまま継続することを前提としている。上記の離婚の際の婚氏続称制や配偶者の一方の死亡後に生存配偶者の復氏制により、婚姻解消時の氏の選択が事実上保障されており、氏は、部分的な家族の名称にとどまるようになってきており、氏の同一性が家族共同生活の実態の把握のために機能しなくなっていることを意味する。

#### (5) 国際結婚の増加

社会の国際化にともない、夫婦の一方が外国人である婚姻の件数は、増加の一途をたどっている。統計の存在する最も早い時期である1965（昭40）年には4156件、婚姻全体の0.4%に過ぎなかったが、1996（平8）年には28,372件、3.6%、2010（平22）年には30,207件、4.3%に上昇した（人口動態統計）。国際結婚においては、1984（昭59）年に、日本人配偶者が外国人配偶者の氏に変更しうる規定が戸籍法107条2項にもうけられたが、基本法である民法では依然として、国際結婚においては夫婦別氏制を貫いている。したがって、国際結婚の増加は、日本における夫婦別氏の法律婚が増加傾向にあることを意味している。

また、このことは、氏が、夫婦の把握、家族共同体の実態の把握に機能しない夫婦・家族が増えていることも意味している。

#### (6) 少子化

戦後、出生数も合計特殊出生率も概ね減少の一途をたどった。合計特殊出生率（一人の女性が仮にその年齢別出生率で一生の間に生むとしたときの子の数に相当）は、1947（昭22）年に4.54、1996（平8）年に1.43、2010（平22）年に1.39である（人口動態統計）。このことから、子に、父母の両方から墓の承継や心理的なものを含めて親の氏の継承の期待がかかり、これに子の側も応えていずれも氏を変えずに婚姻したいと考えるカップルが生じてきている。

内閣府の世論調査によれば、「実家の名前を残すために婚姻をするのが難しくなることがあると思う」と答えた者の割合は、1996（平8）年で既に40.3%に及び、2006（平18）年では、41.9%とさらに増加しており、夫婦同氏が婚姻の障害となっている事例があることを裏付ける。そして、「実家の名前を残すためには婚姻をするのが難しくなるようなことはないようにしたほうがいい」と答えた者の割合も、1996（平8）年で54.1%、2006（平18）年で57.9%であり、「仕方がない」と回答する者よりも多い。



## 2 夫婦共同生活の在り方を含む家族生活や親子関係、氏に関する意識の変化と多様化

### (1) 選択的夫婦別氏制導入の是非に関する世論

選択的夫婦別氏制度導入の是非に関する内閣府（2001（平13）年1月6日以前は総理府）による世論調査は、1976（昭51）年より実施されている。

婚姻改姓が自らの問題というべき女性の20代～30代でみると、調査が行われた1996（平8）年、2001（平13）年及び2006（平18）年のいずれの時点においても、賛成の割合は反対の割合を大きく上回っている。また、同制度に賛成の者と「婚姻前の名字（姓）を通称としてどこでも使えるように法律を改める」を選んだ者の合計は、調査が行われたいずれの年度においても8割存在し、婚姻前の氏を継続使用する必要性の高くないし婚姻前の氏に対する思い入れの強さ（氏の人格的利益に対する意識の高まり）が現れている。

選択的夫婦別氏制の導入についての20代及び30代の女性の回答

調査年	回答者年代	賛成 (%)	通称として婚姻前の姓を 使えるように法律を改める (%)	反対 (%)
1996（平8）	20代	43.0	36.7	19.0
	30代	45.4	38.0	14.8
2001（平13）	20代	52.1	32.3	11.7
	30代	52.9	33.7	9.4
2006（平18）	20代	46.4	33.6	17.6
	30代	40.2	41.1	15.9

また、調査対象者全て（20歳以上の男女）の回答の平均値をみても、民法改正案要綱が公表された1996（平8）年には既に32.5%の者が選択的夫婦別氏制度の

導入に賛成しており、2001（平13）年には賛成の割合が反対の割合を上回っている。さらに、同制度に賛成の者と「婚姻前の名字（姓）を通称としてどこでも使えるように法律を改める」を選んだ者の合計は、1996（平8）年で既に55%存在し、2006（平18）年には61.7%に至っている。なお、「婚姻前の名字（姓）を通称としてどこでも使える」制度はその構築が容易でなく、戸籍においても使えることとなれば通称ではなくなり、結局、現在に至るまで法案化されたことがない。

選択的夫婦別氏制の導入について

調査年	賛成 (%)	通称として婚姻前の姓を使えるように法律を改める (%)	反対 (%)	備考
1976 (昭51)	20.3	- 回答に選択肢なし	62.1	
1990 (平2)	29.8	- 同上	52.1	
1996 (平8)	32.5	22.5	39.8	
2001 (平13)	42.1	23.0	29.9	賛成が反対を上回る
2006 (平18)	36.6	25.1	35.0	

なお、2006（平18）年調査では、2001（平13）年よりも賛成割合が減少したが、これは調査方法の欠陥によるところが大きい。即ち、賛否割合は年齢層により差異が大きいことは官民いずれの調査でも証明されているが、賛成の多い若年層の回答数が減り、反対層の多い高齢層の回答数が増えたのである。回答した20～30代は全体の23.6%であったのに対して、60代以上は37.1%である。当時の60代以上の人口比は21%前後であり、その世代の回答が37%を占める統計結果は、世論を正確に反映しているとはいえない。その原因は、調査方法が訪問による個別面接聴取によっていることにある。若年層は昼間就労しており在宅しておらず回答を得にくいのに対し、退職後の高齢層は在宅者が多く回答が容易である。すべての世論調査に通じる難点であるが、上記調査結果にも現れている。

(2) 夫婦の氏に関する意識の変化

また、内閣府による世論調査によれば、下記のような意識の変化がみられる。

①□あなたは婚姻改姓した場合、どのような感じを持つと思うか

	新たな人生が始まる喜び (%)	相手と一体となった喜び (%)	姓が変わったことに違和感を持つ (%)	今までの自分が失われるような感じ (%)
1996 (平8)	43.4	25.1	19.0	8.9
2001 (平13)	42.8	26.8	24.7	7.6
2006 (平18)	47.1	30.2	23.9	9.9

②婚姻改姓により仕事の上で何らかの不便を生ずることがあると思うか

年	思う (%)	思わない (%)
1996 (平8)	41.1	53.9
2001 (平13)	41.9	52.9
2006 (平18)	46.3	50.9

③男性の兄弟のいない女性が改姓すると実家の姓がなくなるなどの理由で

婚姻をするのが難しくなることがあると思うか

年	思う (%)	思わない (%)
1996 (平8)	43.0	50.1
2001 (平13)	40.3	53.3
2006 (平18)	41.9	53.0

④ 内縁夫婦の中に双方が改姓したくないという理由で婚姻届出をしない人

がいると思うか

年	思う (%)	思わない (%)
1996 (平 8)	59.3	28.7
2001 (平 13)	57.0	30.0
2006 (平 18)	62.1	29.5

⑤ (④で「思う」と回答した者に対し) 名字 (姓) を変えたくないという理由で内縁夫婦とな

っている男女についてどう思うか

年	同じ名字 (姓) を名乗っていない でも、正式な夫婦と変わらないと 思う (%)	同じ名字 (姓) を名乗らない以 上、正式な夫婦とは違うと思う (%)
1996 (平 8)	69.8	26.8
2001 (平 13)	69.6	27.1

⑥ 姓が違くと家族の一体感 (きずな) に影響が出ると思うか

年	一体感が弱まると思 う (%)	家族の一体感には影 響がないと思う (%)
1996 (平 8)	46.5	48.7
2001 (平 13)	41.6	52.0
2006 (平 18)	39.8	56.0

1947 (昭 22) 年には上記同様の調査は実施されていないので、1947 (昭 22) 年との数字上の対比はできないが、1953 (昭 28) 年の調査 (家族制度に関する世論調査) によれば、半数近くの 46%の人が「女は結婚すれば必ず男の姓をなのらなければならない」ことにつき、正しいと答えており、民法 750 条の正確な理解

もなされていなかったことがわかる。

①婚姻改姓した場合に「相手と一体となった喜び」を感じるとする者は 1996（平 8）年には 25.1%、2006（平 18）年には 30.2%にとどまる一方、1996（平 8）年には 2 割が違和感、約 9%が自己喪失感を、2006（平 18）年には 24%が違和感、約 1 割が自己喪失感を感じていること、②改姓により仕事上の不便が生ずることがあると答えている者が 1996（平 8）年より漸増し 2006（平 18）年では半数近い 46.3%がそのように思うと答えていること、③婚姻改姓によって実家の姓を失うことを理由に婚姻を困難にしていると思う者が 4 割も存在すること、④婚姻改姓を回避するために事実婚を選んでいる者がいると、約 6 割の者が認識していること、⑤そのうち、「同じ名字（姓）を名乗っていなくても、正式な夫婦と同じような生活をしていれば、正式な夫婦と変わらないと思う」と答えた者が、調査が行われた 1996（平 8）年、2001（平 13）年及び 2006（平 18）年のいずれの時点においても 7 割存在すること、⑥姓が違って家族の一体感に影響ないと考える者が次第に増加し、2006（平 18）年では 56%に達していることが判明しており、夫婦同氏制を支えた 1947（昭 22）年の家族あるいは夫婦共同生活についての社会意識・実態は著しく変化した。

### (3) 事実婚を選択する理由

善積京子教授による事実婚カップルに対する調査（1997（平 9）年）によれば、事実婚を選択する理由のうち、女性で最も回答の多いのが、「夫婦別姓を通すため」であり、89.3%（男性で 64.0%）であった（2005（平 17）年国民生活白書）。

夫婦同氏が、婚姻の障害となっていることを端的に証明している。

### (4) 性別役割分業意識

「夫は外で働き、妻は家庭を支える」という考え方について、1973（昭 48）年には男女ともに賛成が 8 割を超えていたが、2004（平 16）年には賛否が逆転し、2009（平 21）年には反対 55.1%、賛成 41.3%（内閣府、男女共同参画に関する

世論調査等)となった。

### 3 小括

上記1及び2のうち主なものを、選択的夫婦別氏制を含む法律案要綱が公表された1996(平8)年当時(ないしその前後)とそれ以降に分けて改めて整理すると、以下のとおりとなる。

#### (1) 1996(平8)年当時(ないしその前後)

まず、家族生活や親子関係の実態の多様化として、①婚姻後も働き続ける女性が増えた結果、1997(平9)年には共働き世数が専業主婦世帯(片働き世帯)数を上回ると共に、②晩婚化が年々進み、平均初婚年齢は1996(平8)年には男性28.5歳、女性26.4歳にも達し、女性が仕事上婚姻前の氏を婚姻後も継続使用する必要性が高まった。また、③女性の再婚割合が1996(平8)年には11.7%にも上り、④離婚件数も1996(平8)年には206,955件にまで増加し、未成年の子のいる離婚件数も1995(平7)年には122,067件にまで激増したこと、⑤国際結婚の割合が1996(平8)年には3.6%にも達したことにより、婚姻前の氏の継続使用の必要性が高まると共に、氏が家族共同体の1つの呼称とはいえなくなってきた。さらに、⑥合計特殊出生率も概ね減少の一途をたどり、1996(平8)年には1.43まで下がり、子に親の氏の継承の期待がかかることを背景に氏を変更することなく婚姻できる選択肢の必要性が高まった。

次に、家族生活や親子関係、氏に関する意識の多様化として、①選択的夫婦別氏制導入への賛成の者と通称使用を求める者の合計が、20～30代の女性で見ると1996(平8)年には8割存在し、全体の平均で見ても55%に達していたこと、②婚姻に際しての氏の変更について1996(平8)年には2割が違和感を、約9%が自己喪失感を感じていたこと等は、「婚姻をすれば氏を変更するのが当然」という意識がもはや共有されていなかったことを示しているし、姓が違って家族の一体感に影響がないと思う者が48.7%存在し、双方が改姓したくないという理由

で婚姻届出をしない人がいると思う者 59.3%のうち、同じ姓を名乗っていないくても正式な夫婦と変わらないと考える者が 69.8%存在していたことは、「同氏=家族(夫婦)」という意識も薄らいでいたことを明らかにしている。さらに、③1997(平 9)年の調査で、事実婚カップルが事実婚を選択した理由として「夫婦別姓を通すため」が女性の 89.3%であったことは、当時既に夫婦同氏が婚姻の障害となっていたことを証明している。

## (2) 1996(平 8)年以降

1996(平 8)年以降も、上記(1)で述べた傾向は加速している。

すなわち、まず、家族生活や親子関係の実態の多様化として、①2010(平 22)年には共働き世数は 1012 万世帯にも増加した。また、②晩婚化も更に進み、平均初婚年齢が 2010(平 22)年には男性 30.5 歳、女性 28.8 歳にも至っている。③女性の再婚割合も 2010(平 22)年には 16.2%と更に増え、④離婚件数も 2010(平 22)年には 251,378 件にまで更に増加し、未成年の子のいる離婚件数も 2009(平 21)年には 146,408 件にまで更に増加している。さらに、⑤国際結婚の割合は 2010(平 22)年には 4.3%にまで上昇し、⑥合計特殊出生率も 2010(平 22)年には 1.39 まで下がっている。

次に、家族生活や親子関係、氏に関する意識の多様化として、①選択的夫婦別氏制導入への賛成の割合と通称使用を求める割合の合計は、20~30 代の女性で見ると 2006(平 18)年には 8 割以上存在し、全体の平均で見ても 61.7%に達している。また、②婚姻に際しての氏の変更について 2006(平 18)年には 24%が違和感を、約 1 割が自己喪失感を感じるとしている。さらに、③姓が違って家族の一体感に影響がないと思う者の割合も、2006(平 18)年において 56.0%へと増加し、双方が改姓したくないという理由で婚姻届出をしない人がいると思う者が 62.1%へと増加し、そのうち同じ姓を名乗っていないくても正式な夫婦と変わらないと考える者の割合も 72.0%へと増加している。加えて、④「夫は外で働き、

妻は家庭を支える」という考え方についての賛否が 2004（平 16）年に逆転し、2009（平 21）年には反対 55.1%、賛成 41.3%となっている。

(3) 以上のとおり、「夫婦共同生活の在り方を含む家族生活や親子関係の意識」及び「家族生活や親子関係の実態」（前掲最大判平 20. 6. 4 国籍法違憲大法廷判決 民集 62-6-1367）は、いずれも、日本における社会的、経済的環境等の変化に伴って、遅くとも 1996（平 8）年までには大幅に変化し、その傾向はそれ以降も続いているといえる。

### 三 国際的環境の変化

次に、立法事実の変遷の 1 つとして、民法 750 条制定後の国際的環境の変化について述べる。

#### 1 諸外国の制度及び法改正

アメリカ、イタリア、オーストラリア、旧西ドイツ、中華人民共和国、デンマーク、スウェーデン、ドイツ、タイ等、多くの国で夫婦別姓選択制あるいは結合姓選択制などへの法改正が進み、現在では、同氏という選択肢しか認めない法制の国がみあたらないことは、訴状（17 頁）記載のとおりである。

#### 2 条約、一般勧告、一般的意見及び被告への勧告

日本が 1985（昭 60）年に批准した女性差別撤廃条約は、婚姻に関して、自由かつ完全な合意のみにより婚姻をする同一の権利（同条約 16 条 1 項 (b)）と姓を選択する権利を含む夫及び妻の同一の個人的権利（同条約 16 条 1 項 (g)）を確保するために、遅滞なく既存の法律を修正する措置をとることを締約国に義務付けている（同条約 2 条 (f)、16 条 1 項柱書）。

また、女性差別撤廃委員会的一般勧告（1994（平 6）年）及び自由権規約委員会的一般的意見（1990（平 2）年及び 2000（平 12）年）は、自己の姓を選択する権利ないし婚姻前の姓の使用を保持する権利があると指摘している（訴状 21 ないし 22 頁）。



さらに、女性差別撤廃委員会は、被告に対し、2003（平15）年には「民法が…夫婦の氏の選択などに関する、差別的な規定を依然として含んでいることに懸念を表明する。…民法に依然として存在する差別的な法規定を廃止し、法や行政上の措置を条約に沿ったものとする」よう、2009（平21）年には「夫婦の氏の選択に関する差別的な法規定が改廃されていないことについて懸念を有する。…選択的夫婦別氏制度を採用することを内容とする民法改正のために早急な対策を講じるよう」要請し（訴状22ないし23頁）、2011（平23）年には、「女子差別撤廃条約16条1（g）の規定に沿って夫婦に氏の選択を認めること…を内容とする民法改正法案の採択について講じた措置」について1年以内に追加的情報を提供するよう勧告している。

なお、民法750条が女性差別撤廃条約16条1項（b）及び（g）に違反していること、そのような民法750条を改正する措置を被告が取っていないことにより被告が同条約2条に違反していること、国会が正当な理由なく長期にわたって立法措置を怠ってきたのは国家賠償法1条1項に該当する違法な行為であることについては、原告ら準備書面（3）にて詳述し、ここでは民法750条制定後の国際的環境の変化を裏付ける重要な一事実として条約や勧告等の存在を指摘することと定める。

#### 四 国内における議論状況

さらに、選択的夫婦別氏制について規定した法律案要綱公表及びその後の状況について整理する。

##### 1 1996（平8）年の法律案要綱の公表

1996（平8）年2月の法制審議会の最終答申及び法務省による法律案要綱の公表により、遅くとも1996（平8）年2月までには被告のとりべき立法措置の詳細が具体的内容まで明白となった。

法律案要綱公表に至るに際し、1994（平6）年7月の法務省民事局参事官室「婚姻制度等に関する民法改正要綱試案及び試案の説明」は、「基本的な考え方」とし

て、「夫婦同氏制は、・・・少なくとも昭和 50 年代に至るまでは、夫婦・親子の一体感を醸成・維持する機能を有するという評価のほかにも、国民感情の支持をも得て、全体としてほとんど問題視されることなく、運用されてきた。ところが、・・・国民の価値観・人生観が多様化してきたことを背景として、国民のかかなりの層に夫婦別氏制の採用を求める声が存在していること・・・にかんがみれば、夫婦の氏についても、画一的に同氏とする制度ではなく、個人の人生観・価値観の違いを許容する制度に改めるべきであると考えられる。また、法理論の面においても、我が国において、近似ますます個人の尊厳に対する自覚が高まりをみせている状況を考慮すれば、個人の氏に対する人格的利益を法制度上保護すべき時期が到来しているといって差し支えなかろう。」としており、被告（法務省）自身が、1975（昭 50）年以降、国民の価値観・人生観の多様化等により夫婦同氏制を支える立法事実が乏しくなったことを指摘している。

## 2 2000（平 12）年の男女共同参画基本計画等

また、1996（平 8）年の法律案要綱公表後も、2000（平 12）年には男女共同参画基本計画が、2001（平 13）年には男女共同参画会議基本問題専門調査会が、いずれも選択的夫婦別氏制の導入を提言している。

すなわち、男女共同参画会議基本問題専門調査会「選択的夫婦別氏制度に関する審議の中間まとめ」（2001（平 13）年 10 月 11 日）は、「女性の社会進出、ライフスタイルの多様化等、最近の社会経済情勢等の変化により、選択的夫婦別氏制度が導入されていないことによる不利益の場面が増大している」と夫婦同氏制から生じる不都合について述べた上、「両家が氏を存続させることを希望することから、長男・長女同士等の婚姻の妨げとなっているとする事例も寄せられており、夫婦同氏制度は婚姻の自由や少子化への対応の観点からも問題があるとの指摘もある。一方で、不利益を避けるため、形式的に離婚届を提出したり、あるいは、そもそも婚姻届すら提出していない、いわゆる事実婚を選択する者も少なくなく、法律婚制度の形骸

化を招いている。」と夫婦同氏制が法律婚制度の形骸化さえ招いていることを指摘している。また、「婚姻により改姓した者とその親との絆が弱まるとは一概にはいえない。また、氏を同じくしていても、家族における対話の欠如等から、家族の一体感（絆）が実質的に失われている場合もあるだろう。さらに、夫婦同氏制度の現行法の下においても離婚は増加傾向にあり、離婚の増加や家族の崩壊は、同氏・別氏制とは関係なく、家族の対話の欠如等、別の原因によってもたらされると考えられる。」として、家族の一体感と夫婦同氏制との間に理論的關係性がないことを論じている。つまり、被告（内閣府）自身が、夫婦同氏制が家族の一体感を高めるどころか、法律婚制度の形骸化を招いていることを認めているのである。

### 3 2010（平22）年の第3次男女共同参画基本計画

さらに、2010（平22）年には、国の第3次男女共同参画基本計画が、「女子差別撤廃委員会の最終見解も踏まえ、・・・選択的夫婦別氏制度の導入等の民法改正について、引き続き検討を進める」としている。

これに際し、男女共同参画会議「第3次男女共同参画基本計画策定に当たっての基本的な考え方（答申）」（2010（平22）年7月23日）は、「人生を通じた多様なライフスタイルを尊重し、ライフスタイルの選択に対し中立的に働くよう社会制度・慣行を見直す。その際、核家族化、共働き世帯の増加、未婚・離婚の増加、単身世帯の増加などの家族形態の変化やライフスタイルの多様化に対応した世帯単位から個人単位の制度・慣行への移行、男女が共に仕事と家庭に関する責任を担える社会の構築、国際規範・基準の積極的な遵守や国内における実施強化といった視点が必要である。」と、やはり社会的環境の変化を指摘した上で、「夫婦や家族の在り方の多様化や女子差別撤廃委員会の最終見解も踏まえ、選択的夫婦別氏制度を含む民法改正が必要である。」と結論付けている。

### 4 選択的夫婦別氏制についての学説

多くの学説は、家族意識の変容、家族の形態の多様化、夫婦同氏がもたらす実際

の不都合性等に触れた上で、選択的夫婦別氏制に賛同している。

すなわち、大村敦志（「家族法」第3版有斐閣2010年）は、「最近の家族の動向」として高齢化、流動化、国際化という三つの方向性を挙げた上で、「とりわけ、女性の就業率が上昇しその社会進出が進むと共に『個』としての意識が高まっているという事情は、家族法に大きな影響を与えている。」（甲50・22頁）、「これまで、家族は一個の独立の存在として理解され、それに対応するものとして家族法もとらえられていた。・・・ところが、近年、これを個人レベルに還元しようという流れが著しくなっているのである。」（甲50・23頁）と家族意識の変容を述べた上で、氏が変わることによる不便さについて、「かつては結婚をすると仕事を辞めてしまうことが多かったために、それほど問題は顕在化しなかったが、女性就業人口の増加に伴って、この不自由さは際だったものになってきた。」（甲20・47頁）と述べ、選択的夫婦別氏制について「価値観の多様化した現代にける立法のあり方としては、これがおそらく唯一の方向ではなかろうか」（甲20・52頁）とする。

また、二宮周平（「家族法」第3版新世社2009年）は、「若い世代の独身率の向上、同棲・事実婚の増加、婚外子の出生率の向上、共稼ぎ夫婦の増加、性別役割分業の見直し、離婚・再婚の増加などがあり、家族の形態が多様化するとともに、夫婦の行動様式も多様化」し、「家族法の役割は、家族の制度化よりも、多様な家族のニーズに応え、かつ当事者の人権と自律を尊重し、その自主的な紛争解決を援助することにあるようになった。」（甲51・10頁）と述べた上で、夫婦別氏制の導入につき、「解決へ向けて早急に取り組む必要がある」（甲51・13頁）と論じている。

さらに、窪田充見（「家族法」有斐閣2011年）は、夫婦別氏に対するニーズとして、「社会的にも氏の変更が少なからぬ不利益や障害をもたらすという事情」を挙げ、「それは制度的な問題として存在しなかったわけではなく、単に、結婚後も男性が従前通り仕事をして、女性は結婚すれば家庭に入って、従前の社会とのつながりが切断されるというのが通常だったという、当時の社会の状況によって支えられ

ていたにすぎない。」と述べる。そして、「夫婦同氏原則が事実上の婚姻障害として機能している」と指摘した上で、「選択的夫婦別姓というのは、十分に考えられる合理的な方向ではないか」とする（甲 22 の 50 ないし 52 頁）。

## 五 民法 750 条の違憲性

以上の立法事実の変遷により、以下、制定後に民法 750 条が違憲となるに至ったことを明らかにする。

### 1 立法目的の重大性

#### (1) 習俗

前記のとおり、民法 750 条については、立法目的が極めて重要な政府利益を有することが証明されない限り、違憲である。

制定時における民法 750 条の立法目的は、前記のとおり、強いて言えば、「氏による共同生活の実態の表現」という習俗の継続（これが被告の主張する「ファミリーネームという趣旨」であると一応考える。）であろう。

「氏による共同生活の実態の表現」という習俗が、もともと、婚姻制度は「個人の尊厳」及び「両性の本質的平等」に立脚して立法されるべきとする憲法 24 条 2 項の要請を受けたものではなく、婚姻の本質から導かれるものでもなく、その他の憲法上の価値から要請されるものでもないことに加えて、国内的環境の変化として、前記二 3 (1) で小括したとおり、遅くとも 1996 (平 8) 年には、女性の就労率の上昇、晩婚化、再婚の増加、離婚の増加、国際結婚の増加及び少子化という実態の変化、並びに、選択的夫婦別氏制導入、夫婦の氏、事実婚及び性別役割分業のそれぞれにかかる意識の変化を背景として、氏の人格的利益に対する意識及び女性が婚姻前の氏を婚姻後も使用継続する必要性が高まるとともに、「同氏＝家族ないし夫婦」という意識が共有されなくなって、実態としても氏が家族共同体の 1 つの呼称とはいえなくなってきていたから、「氏による共同生活の実態の表現」という習俗そのものが失われていって、極めて重要な政府目的を有すると解

する余地は全くなく、習俗の実践を希望する者に対する便宜を図るという程度の正当性さえ相当程度失われていた。国内の議論状況としても、前記四1のとおり、1996（平8）年に選択的夫婦同氏制を含む法律案要綱が公表され、それに至る前の1996（平4）年の時点で、被告自身、国民の価値観・人生観の多様化等を指摘して夫婦別氏の必要性を説き、「氏による共同生活の実態の表現」という習俗を支える立法事実が乏しくなっていたことを明らかにしている。

さらに、国内的環境の変化は、前記二3(2)のとおり、1996（平8）年以降、ますます加速し、これを背景として、氏の人格的利益に対する意識及び女性が婚姻前の氏を婚姻後も使用継続する必要性は益々高まり、また、氏が家族共同体の1つの呼称とはいえない状況が益々進み、「氏による共同生活の実態の表現」という習俗もその正当性も一層失われている。国内の議論状況としても、前記四3のとおり、被告自身、2010（平22）年、「家族形態の変化やライフスタイルの多様化に対応した世帯単位から個人単位の制度・慣行への移行、男女が共に仕事と家庭に関する責任を担える社会の構築、国際規範・基準の積極的な遵守や国内における実施強化といった視点が必要である」と指摘し、「氏による共同生活の実態の表現」という習俗を支える立法事実が乏しくなっていたことを明らかにしている。

したがって、仮に、民法750条の立法目的が、制定時においては極めて重要な政府目的であったとしても、遅くとも1996（平8）までには極めて重大な政府目的と云う状況が失われただけでなく、その正当性さえ相当程度失われ、現在においては、一応の正当性があるかも極めて疑わしい。

なお、被告は、「夫婦同氏は、日本国憲法の下でも『ファミリーネーム』として国民に深く浸透している」（答弁書19頁5行）とするが、上記二で示したとおり、選択的夫婦別氏制の導入に賛成する者の割合、夫婦同氏制（民法750条）が適用されない国際結婚の増加、夫婦別氏である事実婚の存在等を背景に、夫婦同氏を強制する現行民法下においても、夫婦同氏はファミリーネームとしては既に揺らぎ、ファミリーネームとして唯一の形態ではなくなり、むしろ、次第に定着性を

失う方向に向かっている。夫婦の氏をファミリーネームと捉える家族は、多様な家族の中の一つにとどまるのであり、被告の理解は正しくない。

## (2) 夫婦の一体感及び第三者に対する表示

民法 750 条の立法目的については、前記のとおり、岐阜家審平 1. 6. 23 家月 41-9-116 及び東京地判平 5. 11. 19 判時 1486-21 が、十分な検証をすることなく、「親族共同生活の中心となる夫婦が、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つ、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。」と判断しているので、この点についても、念のため、検討する。

上記二で示したとおり、姓が違って家族の一体感に影響がないと考える者が一定程度存在すること等は、遅くとも 1996（平 8）年には、「同氏が夫婦の一体感を高める」という意識や実態がもはや民法 750 条を支えるほどには存在していなかったことを如実にあらわしている。むしろ、性的役割分担意識の変化、婚姻後も働き続ける女性の増加、晩婚化、国際化、少子化等の様々な理由により氏の継続使用の必要性が高まったことや、個人の氏の人格的利益がより意識されてきたこと、氏が変わることに自己喪失感や違和感を覚える者が一定の割合で存在するなど、氏にかかる意識が変化したことを背景に、夫婦別氏を通すために事実婚を選択している者が 1996（平 8）年の時点で無視できない割合で存在するようになっていた。夫婦同氏制の維持は、原告加山や同渡邊のように、配偶者の双方が氏を婚姻後も保持するために、法律婚を回避したり、いったん婚姻をしたにもかかわらずペーパー離婚して法律婚を断念するといった現象まで引き起こしているのであって、皮肉にも、夫婦同氏制は、「家族の一体感を高める」どころか、「両性が永続的な精神的及び肉体的結合を目的として真摯な意思をもって共同生活を営む」ことを本質とする婚姻そのものから遠ざけ、婚姻を不安定にするという結果をもたらしている。「家族の一体感」は、同氏によって生み出されると考えておら

ず、夫婦間の日々の信頼関係の構築の努力によって生み出されると考えている当事者、むしろ、相手方配偶者の氏を変更したくない心情も思いやる気持ちをもつことこそが夫婦或いは家族の一体感の醸成・安定に資すると考える当事者に対してまで、国が、夫婦同氏は家族の安定に資するとして夫婦同氏を義務付けることは、国家の婚姻制度に対する行き過ぎた後見的介入というべきである。

また、第三者に対する夫婦としての表示という点については、そもそもそのような表示が期待される場面は想定しがたく（通常、当事者に確認すれば足り、他方、当事者に対する確認で足りなければ戸籍事項全部証明書等の提出が求められる。）、遅くとも1996（平8）年には、離婚・再婚の増加、事実婚の存在、国際結婚の増加等を背景として、同氏であっても夫婦ではなく、あるいは同氏でなくても夫婦（事実婚を含む。）であるという実態が散見され、また、国民がこれらの実態を十分認識するようになっていたから、第三者に対する夫婦としての表示という立法目的を支える立法事実は失われていたというべきである。

## 2 立法目的を達成する手段

「氏による共同生活の実態の表現」という習俗に配慮して夫婦同氏を可能とする制度を構築するとしても、夫婦同氏と夫婦別氏とを選択制とすることによってその目的は達成可能であって、夫婦同氏制が手段として必要最小限でないことは前記のとおりである。

繰り返しになるが、国内的環境の変化として、遅くとも1996（平8）年には、女性の就労率の上昇、晩婚化、再婚の増加、離婚の増加、国際結婚の増加及び少子化という実態の変化、並びに、選択的夫婦別氏制導入、夫婦の氏、事実婚及び性別役割分業のそれぞれにかかる意識の変化を背景として、氏の人格的利益に対する意識及び女性が婚姻前の氏を婚姻後も使用継続する必要性が高まり、実態としても氏が家族共同体の1つの呼称とはいえなくなっていた上、夫婦同氏制が深刻な婚姻障害ともなっていた。国際的環境の変化としても、1996（平8）年までに多くの国にお



いて夫婦別姓選択制あるいは結合姓選択制などへの法改正が進み、1985（昭60）年に女性差別撤廃条約が日本によって批准された後も、婚姻の各配偶者が婚姻前の姓の使用を保持する権利があると述べた自由権規約委員会の一般的意見19が1990（平2）年には採択され、法もしくは慣習により婚姻に際して自己の姓の変更を強制される場合には女性は姓の選択権を否定されていることになることを明らかにした女性差別撤廃委員会の一般勧告21も1994（平6）年には採択されていた。国内の議論状況としても、1996（平8）年に選択的夫婦同氏制を含む法律案要綱が公表され、それに至る前の1996（平4）年の時点で、被告自身、国民の価値観・人生観の多様化等を指摘して夫婦別氏の必要性を説き、夫婦同氏制が立法目的を超えて機能不全となっていたことを明らかにしている。

このように、1996（平8）年には、氏の人格的利益の重大性が増し、婚姻そのものを否定する結果を招くという致命的な欠陥がいよいよ露呈して、民法750条によって失われる利益が甚大であることが一層明らかとなっていただけでなく、実質的には女性が改氏を強制され、目的を遙かに超えて夫優位の夫婦同氏制を採用するに等しいものであるという実態は一向に改善されず、諸外国の趨勢にも反し、具体的な改正内容が明らかとなっていたにもかかわらず、国際人権規約に違反していても改正しないという状態に至っていたから、もはや、「氏による共同生活の実態の表現」という習俗のための手段としての単なる合理性さえ見いだせなくなっていた。

さらに、国内的環境の変化は、1996（平8）年以降、ますます加速し、氏の人格的利益に対する意識及び女性が婚姻前の氏を婚姻後も使用継続する必要性は益々高まり、実態としても氏が家族共同体の1つの呼称とはいえ、夫婦同氏制が婚姻障害となっている状況が益々明らかとなっている。国際的環境についても、1996（平8）年以降、タイにおいても別氏を認める法改正が進み、婚姻の各配偶者が婚姻前の姓の使用を保持する権利があると述べた自由権規約委員会の一般的意見28が2000（平12）年にも採択され、被告は、女性差別撤廃委員会より、2003（平15）

年及び2009（平21）年の2回にわたり、具体的に民法750条を改正すべきことを勧告され、2009（平21）年及び2011（平23）年の勧告においては民法750条を含む民法の差別的規定の改正の実施についてそれぞれ2年又は1年以内に書面で委員会に対し提出することを要請された。国内の議論状況としても、1996（平8）年の法律案要綱公表後も、2000（平12）年には男女共同参画基本計画が、2001（平13）年には男女共同参画会議基本問題専門調査会が、いずれも選択的夫婦別氏制の導入を提言し、また、2010（平22）年には、国の第3次男女共同参画基本計画が、選択的夫婦別氏制度の導入等の民法改正について「引き続き検討を進める」とし、被告自身、夫婦同氏制が法律婚制度の形骸化を招いていることを認め（2001（平13）年）、また、様々な社会的環境の変化を指摘した上で、「夫婦や家族の在り方の多様化や女子差別撤廃委員会の最終見解も踏まえ、選択的夫婦別氏制度を含む民法改正が必要である。」と結論付けている（2010（平22）年）のであるから、現在においては、民法750条が「氏による共同生活の実態の表現」という習俗のための手段として不合理極まりないことは疑問の余地がない。

### 3 結論

したがって、民法750条は、1996（平8）年の時点において、違憲であった。

さらに、1996（平8）年以降、国内的・国際的環境等は著しく変化し、国内の議論状況も更に発展し、どんなに遅くとも2011年の現時点においては、「氏の変更を強制されない自由」、「婚姻の自由」及び「夫婦の同等の権利」を侵害し、憲法13条及び24条に反し、違憲であることは明白である。

## 第6 結論

民法750条は、「氏の変更を強制されない自由」（憲法13条）及び「婚姻の自由」（憲法24条）を制約する立法であるところ、制定時の立法目的は、強いて挙げても、「氏による共同生活の実態の表現」という習俗の継続に過ぎず、1947（昭22）年の制定時

において既に、上記各自由を制約せざるをえない「やむにやまれぬ政府目的」が存在せず、制定時において違憲であった。

仮に習俗としての「氏による共同生活の実態の表現」の継続という目的が「やむにやまれぬ政府目的」とまではいえずとも、正当性を有していたといえるためには、その背景に、「夫婦や家族の安定」「家族の一体感の醸成」という目的を観念してはじめて(実際の立法者は意識していないが)、憲法上の権利を制約する正当化理由たりえた。

しかし、その手段としては、夫婦同氏によって夫婦の実態を表現したいと希望する者や夫婦同氏によって夫婦や家族が安定し一体感を醸成できると考える者に対して、夫婦同氏を認める限りにおいて、目的を達成しようとするところ、民法 750 条は、夫婦同氏を希望せず氏によって夫婦の実態を表現したいと思わない、夫婦同氏によって婚姻の安定や一体感を感じる事のない男女に対してまで夫婦同氏を強制しており、規制手段として広すぎるばかりか、これがために、かえって婚姻をすること自体を断念して事実婚にとどまる男女を生み出し、法律婚制度を形骸化させ、婚姻の安定や一体感の醸成という目的からみれば、かえって有害な結果をもたらしており、目的と手段の実質的関連性も、合理的関連性も認められないものとなっており、制定時より違憲というべきであった。

また、仮に、制定時には合憲であったとしても、その後の日本、家族を取り巻く国内的、国際的な社会的環境等が著しく変化し、夫婦同氏強制を支える立法事実は失われた。例えば、婚姻後も労働する女性の増加、晩婚化、再婚の増加、離婚の増加、国際結婚の増加及び少子化という実態の変化、氏の人格的利益に対する意識が高まり、「同氏＝家族ないし夫婦」という意識が後退し、改姓を望まないため法律婚姻を断念し事実婚とする夫婦が少なくない数で存在するようになった。こうした立法事実の変化により、法律案要綱により被告のとるべき立法措置の具体的内容が明白となった 1996 (平 8) 年の時点では、その違憲性は明らかとなり、さらにどんなに遅くとも現在においてはもはや違憲性を疑う余地はない。

例えば、世界で8億人が利用する最大のソーシャルネットワーキングサービスである Facebook は、世界中の人々と瞬時にして通信をすることができるが、実名登録であり、最初に検索する手段は「氏名」である。それは、単なる私的交流の場ではなく、仕事の依頼・獲得、社会活動、災害支援、芸術などあらゆる人間の活動を行い、人と人をつなぐことのできるシステムであるが、1947（昭22）年には想像しえなかった通信手段である。そこでは、婚姻改姓をすれば、婚姻前の知人からは検索されず、自身から知人にアクセスしても見知らぬ他人と思われるとアクセスを拒否され、婚姻の前後でネットワークが断ち切られてしまう。そこで、日本の Facebook 利用者においても、特に最近婚姻改姓をした若い人々は、自己の氏として、自然に、婚姻前の氏と婚姻後の氏を併記して表示を行うようになってきている（例えば、鈴木さんが婚姻改姓して渡邊さんになれば、鈴木渡邊などと表示する）。婚姻前の氏は、婚姻時まで生きてきた自身の証であり、人生の象徴であり、それを捨てることはできないのである。こうした通信手段の広がりや交流のありかたにより個人が婚姻前の氏の重要性を認識することは、おおよそ、65年前には想像もできなかった。氏の継続の個人にとっての重要性は、益々増加している。

なお、原告らは、訴状において、国家賠償法1条1項の規定の適用上違法の評価を受けるための要件として、①立法の内容又は立法不作為が国民に憲法上若しくは条約上保障されている権利を違法に侵害するものであることが明白な場合と②国民に憲法上若しくは条約上保障されている権利の行使の機会を確保す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の2種類を挙げ（以下、順に要件①、要件②という）、民法750条の「立法の内容」が婚姻の自由等を違法に侵害するものであることが明白であるから要件①を満たし、また、その後についても民法750条を改正して夫婦同氏に加えて夫婦別姓という選択肢を新たに新設することが必要不可欠でありそのこと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って

いることから要件②も満たすと主張した（訴状 43 ないし 46 頁）。

本準備書面においては、まず、要件①を満たしているという訴状記載の主張を前記第 4 において補充し、また、要件②との関係では、遅くとも 1996（平 8）年には民法 750 条が憲法 13 条及び 24 条に反して違憲であって、その解消のために執るべき措置が明らかとなっていたこと（にもかかわらず国会の懈怠により違憲状態が続いていること）を前記第 5 において明らかにした。加えて、前記第 5 においては、念のためどんなに遅くとも現在においては、民法 750 条が憲法 13 条及び 24 条に反して違憲であることは明白であることを指摘し、要件①との関係で、現時点における「立法不作為」も、国民に憲法上保障されている権利・自由（憲法 13 条及び 24 条）を違法に侵害するものであることが明白であることを明らかにした。

以上