

# 意見書

2013年10月21日

早稲田大学法学学術院教授

戸波江二

## 別姓訴訟意見書

はじめに

本件事件では、民法 750 条の夫婦同姓原則の違憲性が国家賠償訴訟によって争われている。立法行為（不作為）を国家賠償訴訟で争う事件は、在宅投票制度廃止違憲訴訟最高裁判決（最判昭和 60.11.21 民集 39.7.1512）以来、判例の積み重ねがあり、とりわけ在外選挙最高裁判決（最大判平成 17.9.14 民集 59.7.2087）が、在外選挙制度の不存在等について違憲判断を示すとともに、国家賠償法上の違法性をも認定し、上告人らに各 5000 円の慰謝料の支払いを命じており、きわめて注目される。

この間、明らかになってきていることは、立法（不作為）を争う国家賠償訴訟は、損害賠償を得ることを第一の目的とするものではなく、むしろ、立法（不作為）の違憲性を争い違憲判断を得ることにあるということである。また、それに呼応して、裁判所も、国家賠償訴訟において、立法（不作為）の合憲性の審査を行うことにやぶさかではないという態度を示していることである。このことは、立法（不作為）の国家賠償訴訟がとりも直さず立法（不作為）の違憲確認訴訟として機能することを意味する。最高裁の国家賠償訴訟での違憲審査に対する積極的な取り組みは、このことを是認しているといえよう。

ところが、原判決は、問題をもっぱら国家賠償訴訟の論理の枠内でのみ処理することに固執し、民法 750 条の合憲性の審査を徹底的に避けた。すなわち、民法 750 条の合憲性についてはまったく審査をせず、もっぱら民法 750 条の立法者の立法行為ないしそれを改正しないという不作為が、国賠法上違法と評価されるかどうかについて審査するにとどまった。さらに、国家賠償法の違法性の審査において、原告の憲法上の権利ないし利益として、原告の主張した「氏名の変更を強制されない自由」を「婚姻に際し、婚姻当事者がいずれも婚姻前の氏を称する権利」と読み替えたうえ、それは憲法上保障された権利とはいえないと説いて、請求を斥けた。憲法上の権利の内容およびそれが憲法上保障されていないとする原判決の論理は、これまでの憲法上の権利の導出に関して従来の判例がとってきた議論とまったく異なるものであり、原判決の独自の論理となっている。

本件での原判決の根本的な誤りは、次の 2 点である。

1. 民法 750 条の合憲性を国家賠償請求で争う本件原告の主張に対して、立法（不作為）の国家賠償法上の違法性の評価に関する審査に争点を限定し、民法 750 条の違憲性の審査を徹底的に避けたこと。
2. 民法 750 条の国家賠償法上の違法性の評価の審査において、憲法上の立法義務の根拠となる憲法上の権利として「婚姻に際し、婚姻当事者の双方が婚姻前の氏を称する権利」なるものを独自の見解としてその根拠の説明のないままにもちだし、その権利が憲法上の権利ではないと断ずることによって、国家賠償法上の違法性の評価に関する審査をしないままに、国賠法上違法ではないとして請求を斥けたこと。

本件国家賠償請求訴訟において、民法 750 条の合憲性審査は国家賠償請求の認否の判断にとって不可欠であるといわなければならない。そして、民法 750 条は違憲であると同時に、その改廃を怠った立法不作為は国家賠償法上も違法と解すべきである。その意味で、原判決が国賠法上違法かどうかの審査に限定し、民法 750 条の合憲性について判断しなかったことは、本件国家賠償請求訴訟の審査方法について重大な過誤を犯したものである。以下では、原判決の誤謬を指摘しつつ、民法 750 条の違憲性をめぐる国家賠償請求において、どのような審理判断がなされるべきかについて、意見を述べることにする。

## I 国家賠償訴訟における民法 750 条の合憲性審査に関する原判決の誤り

### 1. 原判決の国賠法上の違法性に関する判断の誤り

原判決は、立法（不作為）の国賠法上の違法性について、在外選挙の立法不作為を違憲と判断した 2005 年最高裁判決（以下、2005 年判決と呼ぶ）に依拠しつつ、以下のように論ずる（なお、(ア)(イ)(ウ)の表題はのちの説明の便宜のために付した）。

- (ア)「国家賠償法 1 条 1 項は、国又は公共団体の公権力の行使に当たる公務員が個別の国民に対して負担する職務上の法的義務に違背して当該国民に損害を加えたときに、国又は公共団体がこれを賠償する責任を負うことを規定するものである。したがって、国会議員の立法不作為が同項の適用上違法となるかどうかは、国会議員の立法過程における行動が個別の国民に対して負う職務上の法的義務に違背したかどうかの問題であって、当該立法の内容又は立法不作為の違憲性の問題とは区別されるべきであり、仮に

当該立法の内容又は立法不作為が憲法の規定に違反するものであるとしても、そのゆえに国会議員の立法行為又は立法不作為が直ちに違法の評価を受けるものではない。しかしながら、立法の内容又は立法不作為が国民に憲法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や、国民に憲法上保障されている権利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などには、例外的に、国会議員の立法行為又は立法不作為は、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ものというべきである（2005 年判決）。」

- (イ)「したがって、本件について、仮に民法 750 条を改廃しないことが憲法の規定に違反するものであるとしても、そのゆえに国会議員の立法不作為が直ちに国家賠償法 1 条 1 項の規定の適用上、違法の評価を受けるものではなく、国会議員の立法過程における行動が個別の国民に対して負う職務上の法的義務に違背したというためには、婚姻に際し、婚姻当事者の双方が婚姻前の氏を称する権利が憲法上保障されており、その権利行使のために選択的夫婦別氏制度を採用することが必要不可欠であって、それが明白であり、国会議員が個別の国民に対し選択的夫婦別氏制度についての立法をすべき職務上の法的義務を負っていたにもかかわらず、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といえる場合であることを要するものというべきである。」
- (ウ)「原告らは、民法 750 条が憲法 13 条、24 条に反し、違憲であることを主張するが、仮に民法 750 条が憲法に反するものであるとしても、そのことから直ちに国会議員の立法不作為が国家賠償法 1 条 1 項の規定の適用上、違法の評価を受けるものではないことは上記のとおりであり、また、そのことのみでは、国会議員が立法過程において個別の国民に対して負担している具体的な職務上の法的義務が存在しているといえるものではないから、原告らの上記に係る主張は失当である。」

以上の(ア)(イ)(ウ)のそれぞれについて、判断過程に誤りがあるので、それを分説する。なお、その前提として、原判決が 2005 年判決に基づいていることは賛成できる。立法（不作為）に対する国家賠償訴訟では、2005 年判決の論理がまず基本とされるべきである。ただし、原判決は、2005 年判決の趣旨を正

解していない。

## 2. 2005 年判決の論理的枠組みの誤解

(1) 2005 年判決は、国家賠償法上の違法性の判断の前提として、立法(不作為)の違憲性を判断している。

2005 年判決は、以下のような順序による判示となっている。

第 1 事案の概要等

第 2 在外国民の選挙権の行使を制限することの憲法適合性について

第 3 確認の訴えについて

第 4 国家賠償請求について

そして、上記(ア)で引用されている説示は「第 4 国家賠償請求について」の箇所で述べられたものであるが、判決は、判決の冒頭の「第 2 在外国民の選挙権の行使を制限することの憲法適合性について」において、在外選挙制度の不存在について独自に実体判断をして違憲と判示している。それを受けて、「第 4 国家賠償請求について」において、上記(ア)の説示をしたうえで、国賠法上も違法であると判示したのである。

また、2005 年判決は、「第 2 在外国民の選挙権の行使を制限することの憲法適合性について」での実体の合憲性審査において、厳格な違憲審査基準を提示し、それを本件事案にあてはめるにあたって立法事実を十分に検討したうえで違憲の結論を導き出している。すなわち、判決は、選挙権の制限について、「制限をすることがやむを得ないと認められる事由がなければならない」とし、「そのような制限をすることなしには選挙の公正を確保しつつ選挙権の行使を認めることが事実上不能ないし著しく困難であると認められる場合でない限り、上記のやむを得ない事由があるとはいえない」という厳格な審査基準を立てた。これは、選挙に関する立法裁量を広く認めてきた議員定数不均衡訴訟の審査基準とは大きく異なる。そして、在外選挙制度の不存在・不備に関して、1998 年改正前の在外選挙の不存在について、1984 年に内閣提出法案が廃案になって以来 10 年以上も放置してきたことは、やむを得ない事由があったとはいえないと論じ、さらに、1998 年改正後の選挙区選挙からの除外について、1998 年当初は在外選挙の実施にあたり比例代表選出議員の選挙についてだけ在外選挙を認めることとしたことには理由がないとはいえないが、その後の在外選挙の実施などに照らせば、本判決後に初めて行われる選挙において選挙区選出

議員の選挙に在外国民の投票を認めないことについてはやむを得ない理由があるとはいえないと説いた。その際に判決が行った立法事実の検証、つまり、在外選挙創設の必要性を前提として、それへの立法者の取組みが不徹底であったこと、通信手段が目覚ましい発達を遂げていることなどの指摘は説得的である。

2005年判決が在外選挙の不存在の合憲性という実体判断を先行させた理由としては、原告の請求が、確認の訴えと国家賠償請求の二つであり、双方について訴えの適法性を認めた以上、実体判断を独自に先行して行ったということと推測される。そして、実は、実体判断を独自に行ったことが、2005年判決の違憲判断を明快かつ説得的なものにしたのであった。

また、注意すべきは、2005年判決の在外選挙制度の不存在を違憲とする判示が、確認の訴えとの関係でのみ判断されたものではなく、国家賠償の訴えとの関係でもなされたことである。すなわち、2005年判決は、1998年改正前の公職選挙法が在外選挙制度を設けていなかったことを違憲と判示しているが、他方、過去の法律関係の確認を求める訴えは不適法であるとして斥け、具体的な選挙につき選挙権を行使する権利を有することの確認の訴えについて確認の訴えを適法であるとしている。つまり、1998年改正前の立法の不作為が違憲であるという判示は、もっぱら国家賠償請求との関係でなされた判示とみることができる。このことはとりも直さず、立法（不作為）に対する国家賠償訴訟において、国家賠償法上の違法性を判断する前提として、当該立法（不作為）の合憲性について独自に審査していることを意味する。

以上のように、2005年判決は、在外選挙制度を設けず、1998年在外選挙創設に際して選挙区選挙を除いていたことの合憲性について、国賠法上の違法性とは別に独自に審査をして違憲と判示している。このことがまず確認されるべきである。

## (2)2005年判決の国家賠償法上の違法性の判断方法

2005年判決は、在外選挙制度を設けなかった立法者の不作為の国家賠償法上の違法性について、原判決が上記(ア)において引用するように、国家賠償法上違法と評価される場合として、「立法の内容又は立法不作為が国民に憲法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（以下、第一要件と呼ぶ（引用者注））や、国民に憲法上保障されている権利行使の機会

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（以下、第二要件と呼ぶ（引用者注））などには、例外的に、国会議員の立法行為又は立法不作為は、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」と例示した。

ここで、第一要件は、立法（不作為）の違憲性が明白であること、第2要件は、憲法上の権利行使のための立法が必要不可欠かつ明白であること、および、長期間放置していること、というものである。第一要件は立法の違憲の場合、第二要件は立法不作為の違憲の場合に適合する基準と考えられるが、両者を総合して考えると、立法行為が国家賠償法上違法となるのは、①当該法律が違憲であることが明白であり、②その是正を長期にわたって怠った場合であり、また、立法不作為が国賠法上違法となるのは、③憲法上の権利行使のための立法が必要不可欠かつ明白であり、④その立法を長期にわたって怠った場合であると要約できる。このうち、①③の要件は、結局は当該立法（不作為）が違憲であり、しかもその違憲の程度が強い場合に成立するというものであり、それは前述(1)のように、立法（不作為）の合憲性を審査し、その違憲性の明白さの程度を測定することによらなければならないことになる。また、②④の立法（是正）を長期間怠った場合という要件は、国会議員の主観的な過失にかかわるものであり、それはまさに国家賠償法上の違法性の評価に特有のものである。②④の要件がこれまでの立法（不作為）に対する国家賠償訴訟において大きな役割を果たしてきたことは、後述する。

2005年判決は、この国賠法上の違法性の要件、とりわけ第二要件を在外選挙制度の不存在について適用し、以下のように論じている。すなわち、「在外国民であった上告人らも国政選挙において投票をする機会を与えられることを憲法上保障されていたのであり、この権利行使の機会を確保するためには、在外選挙制度を設けるなどの立法措置を執ることが必要不可欠であったにもかかわらず、前記事実関係によれば、昭和59年に在外国民の投票を可能にするための法律案が閣議決定されて国会に提出されたものの、同法律案が廃案となった後本件選挙の実施に至るまで10年以上の長きにわたって何らの立法措置も執られなかったのであるから、このような著しい不作為は上記の例外的な場合に当たり、・・・このような立法不作為の結果、上告人らは本件選挙において投票をすることができず、これによる精神的苦痛を被った」として、慰謝料

各 5000 円の支払いを命じた。

この第二要件のあてはめに関する説示において注意されるべきは、③の「憲法上の権利行使のための立法が必要不可欠かつ明白」という要件に関して、憲法上の権利として選挙権が明確に規定されていることである。このことは、本件訴訟での「氏名の改変を強制されない権利」が憲法上の権利とみなすことができるかどうか争われていることと対照的である。また、さらに注意すべきは、この説示では憲法上の権利として端的に「選挙権」が指示されており、選挙権の保障を根拠にして、「在外選挙制度を設けるなどの立法措置を執ることが必要不可欠」と認定されていることである。そこでは、「在外国民が国政選挙において投票する権利」、あるいは「在外国民が投票することができるために在外選挙制度を設けることを要求する権利」などという具体的な権利内容が憲法上明示されていなければならないという説示はない。この点は、本件訴訟での原判決が「婚姻に際し、婚姻当事者の双方が婚姻前の氏を称する権利が憲法上保障されており、その権利行使のために選択的夫婦別氏制度を採用することが必要不可欠であって、それが明白」でなければならないと説くとき、そこでは「婚姻に際し、婚姻当事者の双方が婚姻前の氏を称する権利」が憲法上保障されていなければならないとしているのであって、2005 年判決の憲法上の権利＝選挙権を根拠に立法義務を導き出した 2005 年判決の論理とはまったく異なっている。この点は後述する。

また、この第二要件のあてはめに関する説示において注意されるべき点として、判決が在外選挙制度の不存在を国家賠償法上も違法と評価するにあたってとくに留意したのは、④の長期間放置の要件であったことである。選挙権の場合には、すべての成年者が選挙権をもつことが大前提にあり、しかも、判決の冒頭で在外選挙制度の不存在が違憲であると明言しているので、③の要件は簡単にクリアーし、④の長期間放置の要件が重要になった。そして、1984（昭和 59）年に在外投票法案がすでに国会に提出されていることが、長期間放置と認定する決め手となっていた。選挙権に関する立法（不作為）を争う国家賠償訴訟が斥けられた事件では、③要件ではなく、④の長期間放置がみられないとされるものが多い。

### (3)在宅投票制度廃止に関する1985年最高裁判決での国賠法上の違法性判断の問題点

原判決の論理構成は、在宅投票制度の廃止に関する1985年最高裁判決の論理に類似する。しかし、1985年判決は、立法（不作為）に対する国家賠償訴訟の可能性をほぼ閉ざすものであり、学説によって強く批判された。また、それは2005年判決によって実質的に覆されている。以下ではその問題点を検討する。

1985年判決は、法律の違憲性とその国家賠償法上の違法性とを分け、後者について、「国会議員は、立法に関しては、原則として、国民全体に対する関係で政治的責任を負うにとどまり、個別の国民の権利に対応した関係での法的義務を負うものではないというべきであつて、国会議員の立法行為は、立法の内容が憲法の一義的な文言に違反しているにもかかわらず国会があえて当該立法を行うというごとき、容易に想定し難いような例外的な場合でない限り、国家賠償法一条一項の規定の適用上、違法の評価を受けない」という基準を設定し、在宅投票制度の不存在について、「憲法には在宅投票制度の設置を積極的に命ずる明文の規定が存しないばかりでなく、かえつて、その四七条は『選挙区、投票の方法その他両議院の議員の選挙に関する事項は、法律でこれを定める。』と規定しているのであつて、これが投票の方法その他選挙に関する事項の具体的決定を原則として立法府である国会の裁量的権限に任せる趣旨であり、したがって、「在宅投票制度を廃止しその後前記八回の選挙までにこれを復活しなかつた本件立法行為につき、これが前示の例外的場合に当たると解すべき余地はな」と判示している。ここでは、在宅投票制度の不存在そのものの合憲性について審査せず、「例外的場合」に当たらないという理由で、国家賠償請求を斥けたものである。しかし、この60年判決の審査方法は、2005年判決によって実質的に斥けられたというべきである。

まず、国賠法上の違法と評価される場合につき、この1985年判決は、「立法の内容が憲法の一義的な文言に違反しているにもかかわらず国会があえて当該立法を行うというごとき、容易に想定し難いような例外的な場合」ときわめて限定的な基準を採用したが、2005年判決は、前述のような第一要件、第二要件という、より広く違法性を認める基準へと変更している。また、在宅投票制度を廃止したのち復活しなかつた立法行為の例外該当性(国賠法上の違法性)について、在宅投票制度の設置を認める明文の憲法規定が存在しないこと、選

挙に関する事項の決定が広く立法裁量に委ねられていること、という2点を挙げて、「例外的場合」に当たらないとしたが、2005年判決は、前述のように、「第2 在外国民の選挙権の行使を制限することの憲法適合性について」での実体の合憲性審査において、厳格な違憲審査基準を提示し、それを本件事案にあてはめるにあたって立法事実を十分に検討したうえで違憲の結論を導き出している。とくに注意すべきは、1985年判決も2005年判決も、ともに「選挙権」という憲法上の権利の制限に関する立法（不作為）行為が問題になっているところ、2005年判決は、立法裁量を広く認めた1985年判決を否定し、選挙権の重要性とその制限の合憲性審査の厳格な基準をもって審査を行い、在外選挙不存在の立法不作為を違憲と判断していることである。すなわち、判決は、選挙権の制限について、「制限をすることがやむを得ないと認められる事由がなければならない」とし、「そのような制限をすることなしには選挙の公正を確保しつつ選挙権の行使を認めることが事実上不能ないし著しく困難であると認められる場合でない限り、上記のやむを得ない事由があるとはいえない」という厳格な審査基準を立て、在外選挙の不存在について違憲としたのである。

1985年判決の判断方法に依拠した原判決は、以上の意味で、2005年判決を正解していないといわざるをえない。

#### (4) 精神的要因による投票困難者の選挙権に関する2006年最高裁判決の場合

精神的要因による投票困難者の選挙権に関する最高裁判決(最判平成18.7.13 訟月53巻5号1622頁、判時1946号41頁)もまた、立法（不作為）に対する国家賠償訴訟の例として検討に値する。2006年判決は、精神的要因による投票困難者に対する立法措置を執らなかつたことに対する国家賠償請求について、国家賠償法上の違法性の評価に関して、「立法の内容又は立法不作為が国民に憲法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や、国民に憲法上保障されている権利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などには、例外的に、国会議員の立法行為又は立法不作為は、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ものというべきであることは、当裁判所の判例とするところである」と論じて2005年判決の第二要件を援用したのち、「憲法における選挙権保障の趣旨にかんがみれば、国民の選挙権の行使を制限することは原則とし

て許されず、国には、国民が選挙権を行使することができない場合、そのような制限をすることなしには選挙の公正の確保に留意しつつ選挙権の行使を認めることが事実上不可能ないし著しく困難であると認められるときでない限り、国民の選挙権の行使を可能にするための所要の措置を執るべき責務があるというべきである（上記大法廷判決参照）。このことは、国民が精神的原因によって投票所において選挙権を行使することができない場合についても当てはまる。しかし、精神的原因による投票困難者については、その精神的原因が多種多様であり、しかもその状態は必ずしも固定的ではないし、療育手帳に記載されている総合判定も、身体障害者手帳に記載されている障害の程度や介護保険の被保険者証に記載されている要介護状態区分等とは異なり、投票所に行くことの困難さの程度と直ちに結び付くものではない。したがって、精神的原因による投票困難者は、身体に障害がある者のように、既存の公的な制度によって投票所に行くことの困難性に結び付くような判定を受けているものではないのである。しかも、前記事実関係等によれば、身体に障害がある者の選挙権の行使については長期にわたって国会で議論が続けられてきたが、精神的原因による投票困難者の選挙権の行使については、本件各選挙までにおいて、国会でほとんど議論されたことはなく、その立法措置を求める地方公共団体の議会等の意見書も、本件訴訟の第1審判決後に初めて国会に提出されたというのであるから、少なくとも本件各選挙以前に、精神的原因による投票困難者に係る投票制度の拡充が国会で立法課題として取上げられる契機があったとは認められない」と説き、「本件立法不作為について、国民に憲法上保障されている権利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などに当たるということはできない」と論じて、国家賠償請求を斥けた。

この判決は、精神的原因による投票困難者の選挙権に関する立法不作為について、2005年判決の第二要件に基づいて国賠法上の違法性を否定したものである。この判決では、立法不作為の合憲性それ自体についての判断はない。しかし、この判決での泉徳治補足意見は、「投票所において投票を行うことが極めて困難な状態にある在宅障害者に対して、郵便等による不在者投票を行うことを認めず、在宅のまま投票をすることができるその他の方法も講じていない公職選挙法は、憲法の平等な選挙権の保障の要求に反する状態にある」と説示

している。この泉補足意見は、精神的原因による投票困難者の選挙権に関する立法不作為が違憲状態にあったとするものであり、すなわち、国賠法上は違法ではないが、立法不作為それ自体は違憲であるとするものである。それは、立法(不作為)に対する国家賠償訴訟において、立法(不作為)の違憲性と国賠法上の違法性とは異なることを前提に、立法(不作為)が違憲であっても、国賠法上も違法となるのではないこと、あるいは逆に言えば、国賠法上は適法であっても、立法(不作為)それ自体は違憲であることがありうることを示している。また、国賠法上違法であるとはいえない場合でも、立法(不作為)の合憲性について審査し違憲と判断することができることをも意味する。

この判決が国賠法上違法がないという判断のみを示したのは、当該事案において国賠法上の違法性に評価において明らかに違法とはいえないことが明らかであること、すなわち、立法(不作為)の違憲性と、国賠法上の違法性との乖離がきわめて大きかったことという事情、また、長期間放置という事態がほぼ存在しなかったという事情があったためと推測される。

#### (5)住民票記載義務付け等請求事件にかかる最高裁判決の場合。

これに対して、最近下された、住民票記載義務づけ等請求事件に関する最高裁判決(最判平成 25 年 9 月 26 日裁判所時報 1588 号 2 頁)は、国家賠償請求との関係で、国賠法上の違法性の判断の前に問題となった法律の合憲性を審査し、それが合憲であるとして請求を斥けており、注目される。

事案の概要は、まず前訴では、原告父母が原告子の出生届に嫡出・非嫡出欄に記載をせずに出生届を提出したが不受理となり、また、住民票への子の記載の要求が拒否されたことについて、被告世田谷区長に対して、住民票への記載の拒否の応答の取消、住民票への記載の義務付け等の訴えを提起した。1 審判決は原告の請求を是認したが、2 審判決は 1 審判決を破棄し原告の請求を棄却した。最高裁(最判平成 21 年 4 月 17 日民集 63 卷 4 号 638 頁)は、請求に係る訴えを却下した。その後、原告らは、原告子が住民たる地位の確認、住民票への記載の義務づけの訴えとともに、区長が原告子に係る住民票の記載をしないことの違法、および、出生届に嫡出・非嫡出の記載を義務づけている戸籍法 49 条 2 項 1 号が違憲であるのにそれを撤廃しない立法不作為の違法に基づく国家賠償を請求して出訴した。1,2 審判決は、請求を却下・棄却としたため、原告は上告した。この間、原告子の戸籍への記載が職権によりなされ、住民票

への記載もなされたため、住民票記載義務付けの請求等に係る上告は取下げられ、最高裁は、国家賠償請求についてのみ判断したが、その際、戸籍法 49 条 2 項 1 号の立法(不作為)の国賠法上の違法性についてはまったく論及せず、「上告理由のうち本件規定が憲法 14 条 1 項に違反する旨をいう部分について」審査し、「本件規定は、嫡出でない子について嫡出子との関係で不合理な差別的取扱いを定めたものとはいえず、憲法 14 条 1 項に違反するものではない。」と論じて、上告を棄却した。

この事案は、嫡出・非嫡出の記載を求める現行戸籍法の扱いをめぐる争いであり、請求が国家賠償請求のみではなく、多岐にわたっていた。したがって、純粋な立法(不作為)に対する国家賠償請求ではない。しかし、最高裁は、立法(不作為)に対する国家賠償請求の訴えについて、戸籍法 49 条 2 項 1 号が違憲ではないという実体判断を行い、それによって国家賠償請求を斥けたのである。この判決のように、立法(不作為)に対する国家賠償訴訟では、当該立法(不作為)の合憲性をまず審査することこそが、本来あるべき審査方法である。

#### (6)受刑者選挙権の否認を違憲と判示した大阪高裁判決の場合

最近下された受刑者の選挙権の否認を違憲とした大阪高裁判決(平成 25.9.27)もまた、立法行為に対する国家賠償請求訴訟としてきわめて注目される。事件では、受刑者の選挙権を認めていない公職選挙法 11 条 1 項 2 号の違憲性が国家賠償訴訟で争われた。1 審の大阪地裁判決(大阪地判平成 25.2.16)は、国家賠償法上の違法性について論ずる前に、受刑者の選挙権制限の合憲性について、2005 年判決の厳格な基準ではなく、合理性の有無を判断すべきであるとして、受刑者の選挙権制限そのものが合憲と判示し、国家賠償請求を斥けた。これに対して、大阪高裁控訴審判決は、2005 年判決の「やむを得ないと認められる事由」という厳格な基準に基づいて公選法 11 条 1 項 2 号の合憲性を審査し、「公職選挙法 11 条 1 項 2 号が受刑者の選挙権を一律に制限していることについてやむを得ない事由があるということはでき」ないとして、違憲と判示した。しかし、国賠法上の違法性については、2005 年判決の第一、第二要件に依拠しつつ、立法行為の国賠法上の違法性について、「公職選挙法 11 条 1 項 2 号が立法された昭和 25 年当時、受刑者であることを選挙権の欠格事由とすることが国民に憲法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であったとまでは認め難い」とし、立法不作為の違法性についても、

「平成 22 年 7 月 11 日当時、公職選挙法 11 条 1 項 2 号による受刑者の選挙権制限規定を廃止すべきことが明白な状況であったとは認め難いし、同時点において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状態にあったと評価することもできないから、国家賠償法上、その廃止立法不作為が違法であるということとはできない。」と判示した。

まず、1,2 審判決ともに、最初に公選法 11 条 1 項 2 号の合憲性について審査していることは、2005 年判決の論理に忠実にしたがったものである。そして、とくに 2 審判決は、2005 年判決の選挙権制限の厳格な審査基準に抛りつつ違憲判断を示し、しかし、国賠法上の違法性について 2005 年の第一、第二要件に依拠しつつ、立法および不作為の違法性を否定した。本件原判決も、本来このような論理がとられるべきであったというべきである。

なお、成年被後見人の選挙権の否認を違憲とした東京地裁判決(東京地判平成 25.3.24)は、原告の訴えが次回の選挙で投票できる地位の確認の訴えのみであり、国家賠償の訴えはなされていなかったため、違憲判決は公選法 11 条 1 項 1 号の違憲性のみを判示し、国賠法上の違法性の論議をしていない。

以上のように考えると、立法(不作為)による権利侵害の国家賠償訴訟では、立法(不作為)の合憲性についてまず審査がなされるべきであり、その違憲性が明白であり、かつまた、立法措置をとることを長期間怠った場合に、国家賠償請求が是認されるべきことになる。国家賠償法上の違法性が問題になる場合であっても、その前提としての立法(不作為)の違憲性について審査することは不可欠の前提となるというべきである。

### 3. 国賠法上の違法性の評価に関する原判決の誤り

#### (1) 立法者の国賠法上の違法性の評価に関する原判決の誤り

原判決の(イ)の判示の問題点は、「国会議員の立法過程における行動が個別の国民に対して負う職務上の法的義務に違背したというためには、婚姻に際し、婚姻当事者の双方が婚姻前の氏を称する権利が憲法上保障されており、その権利行使のために選択的夫婦別氏制度を採用することが必要不可欠であって、それが明白であり、国会議員が個別の国民に対し選択的夫婦別氏制度についての立法をすべき職務上の法的義務を負っていたにもかかわらず、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といえる場合であることを要する」という判示のうちの下線部である。つまり、立法(不作為)によってどのような憲

法上の権利が侵害されたか、立法者がどのような立法措置をすべきか、という点に関する判示である。

第一の問題は、2005年判決の第二要件には存在しなかった、「婚姻に際し、婚姻当事者の双方が婚姻前の氏を称する権利が憲法上保障されており、」という要件が加えられていることである。2005年判決の第二要件は、「国民に憲法上保障されている権利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」というものであり、その前に、「××の権利が憲法上保障されており」という要件は、第二要件には存在しない。

第二の問題は、ここに加えられた要件において挙げられている憲法上の権利が「婚姻に際し、婚姻当事者の双方が婚姻前の氏を称する権利」というものである。原告は「氏名の変更を強制されない権利」を挙げていたが、この点に顧慮することなく、一方的に「婚姻に際し、婚姻当事者の双方が婚姻前の氏を称する権利」をもちだし、そしてその結果、「婚姻に際し、婚姻当事者の双方が婚姻前の氏を称する権利が憲法上の権利とはいえないと断じている。

第三の問題は、「その権利行使のために選択的夫婦別氏制度を採用することが必要不可欠であって、それが明白であり、国会議員が個別の国民に対し選択的夫婦別氏制度についての立法をすべき職務上の法的義務を負っていたにもかかわらず、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といえる場合」というあてはめの部分の当否である。2005年判決の第二要件は、「国民に憲法上保障されている権利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」というものであり、原判決の読み替えの当否が問題になる。

(2) 「婚姻に際し、婚姻当事者の双方が婚姻前の氏を称する権利が憲法上保障されており」の必要性

2005年判決の第二要件は、「国民に憲法上保障されている権利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」というものであり、「婚姻に際し、婚姻当事者の双方が婚姻前の氏を称する権

利が憲法上保障されており」に対応する語句はなかった。しかし、2005年判決の場合には、憲法上の権利として「選挙権」の保障があり、在外選挙では立法不作為によって在外国民の「選挙権」が行使できないことが問題となっていたのであって、憲法上の権利についてとくに言及する必要はなかった。これに対して、本件では、どのような憲法上の権利かそれ自体が不確定であるので、第二要件の応用に当たって、憲法上の権利を明示する必要があった。この意味で、原判決が本件の事案において、「××の権利が憲法上保障されており」の要件を付加したことには理由がある。

(3) 「婚姻に際し、婚姻当事者の双方が婚姻前の氏を称する権利」？

しかし、原判決が憲法上の権利として挙げている「婚姻に際し、婚姻当事者の双方が婚姻前の氏を称する権利」は、本件で憲法上の権利として挙げるにふさわしいものではない。750条の違憲性が争われている本件訴訟では、どのような憲法上の権利の侵害なのかが最重要の問題であり、しかも、原告は正当にも「氏名の変更を強制されない権利」と主張したにもかかわらず、何の根拠も示さずに唐突に「婚姻に際し、婚姻当事者の双方が婚姻前の氏を称する権利」をもちだしたのである。そこでは、どのような憲法上の論理によって「婚姻に際し、婚姻当事者の双方が婚姻前の氏を称する権利」がもちだされたのか、それがなぜ憲法上の権利なのか、という論証がまったく欠けている。

実は、そもそも「婚姻に際し、婚姻当事者の双方が婚姻前の氏を称する権利」などというものは、憲法上の権利ではないのである。憲法上の権利としては、原告の主張する「氏名の変更を強制されない権利」を考えるべきであり、さらにその根拠として「氏名権」ないしは「人格権」を措定すべきなのである。原判決は、そもそも憲法上の権利ではない「婚姻に際し、婚姻当事者の双方が婚姻前の氏を称する権利」を憲法上の権利であるかのようにもちだしたうえで、それが憲法上の権利ではない、と説いているにすぎない。このような憲法上の権利の理解のしかた、このような不当前提に基づく論証が誤りであり、「氏名の変更を強制されない権利」こそが憲法上の権利ととらえられるべきことについては、後述Ⅱで詳述する。

(4) 「権利行使のために選択的夫婦別氏制度を採用することが必要不可欠」か。

原判決は、「権利行使のために選択的夫婦別氏制度を採用することが必要不

可欠」であり、「選択的夫婦別氏制度についての立法をすべき職務上の法的義務を負って」ることの論証が、国賠法上違法と認定するために必要であるとす。この説示は、2005年判決の第二要件である、「国民に憲法上保障されている権利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」の下線部分に本件事案の立法義務をあてはめたものである。この下線部を読み替えて「選択的夫婦別氏制度を採用すること」、「選択的夫婦別氏制度についての立法をすべき職務上の法的義務」と説くことは、基本的に正当というべきである。

本件訴訟では、選択的夫婦別氏制度が執られるべきであるのに、その立法措置が執られていないことの国家賠償法上の違法性の有無が争われている。したがって、「権利行使のために選択的夫婦別氏制度を採用することが必要不可欠」であること、また、「選択的夫婦別氏制度についての立法をすべき職務上の義務」があることは、国賠法上の違法性の評価にあたって検討されるべきことは必定である。ただ、2点を補足したい。

第一は、ここで問題になっているのは、民法750条に関する立法行為および立法不作為であることである。つまり、在外選挙違憲訴訟の場合には、在外選挙制度が公職選挙法上設けられていなかったという典型的な立法不作為の問題であり、したがって、それについては、「所要の立法措置を執ることが必要不可欠」という表現は適切である。これに対して本件では、民法750条はすでに存在しており、選択的別氏を認めないこと、および、時の変化によって夫婦同氏原則が社会的に支持されないものになってきていること、という状況の下での、民法750条の立法行為および立法不作為が問題となっている。したがって、ことがらを正確に表現すると、民法750条の制定段階で選択的夫婦別氏を認めていなかったこと、あるいは、その後の事情の変化にもかかわらず民法750条を改正しなかったことが争われている以上、「選択的夫婦別氏制度についての立法をすべき職務上の義務」というよりも、「民法750条の制定時に選択的別氏制度を併記すべき立法義務」、ないし、「その後の事情の変化に即応して選択的別氏制を導入すべき法改正義務」と表現するのが実際に叶うといえよう。そして、本件でとくに問題となるのは、「選択的別氏制を導入すべき法改正義務」である。

第二に、「選択的別氏制を導入すべき法改正義務」は、憲法上の義務として

認定されなければならないが、しかし、「選択的別氏制を導入すべき法改正義務」そのものが憲法で明示されている必要はない。ある憲法上の権利が確認され、その解釈論的帰結として、「権利行使の機会を確保するために所要の立法措置（＝本件では「選択的別氏制を導入すべき法改正」）を執ることが必要不可欠」でなければならないのである。換言すれば、原判決のいう「選択的夫婦別氏制度を設けるべき立法義務」が憲法上認められなければならないが、しかし、「選択的夫婦別氏制度を設けるべき立法義務」それ自体が憲法で規定されている必要はなく、「ある憲法上の権利」から解釈によって「選択的夫婦別氏制度を設けるべき立法義務」が導き出されれば、それで足りるのである。

#### (5) 原判決の(イ)の判示部分の誤り——小結

以上(2)(3)(4)で述べてきたところをまとめると、原判決の(イ)の判示の誤りは、ただ一つ、憲法上の権利として、「婚姻に際し、婚姻当事者の双方が婚姻前の氏を称する権利」を挙げたことに尽きる。なぜ誤りかは後述Ⅱ3で述べるが、それに代わる正しい憲法上の権利として、「氏名の変更を強制されない権利」を原判決(イ)に入れてみると、この(イ)の判示は正しいものとなる。

「国会議員の立法過程における行動が個別の国民に対して負う職務上の法的義務に違背したというためには、『氏名の変更を強制されない権利』が憲法上保障されており、その権利行使のために選択的夫婦別氏制度を採用することが必要不可欠であって、それが明白であり、国会議員が個別の国民に対し選択的夫婦別氏制度についての立法をすべき職務上の法的義務を負っていたにもかかわらず、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と見える場合であることを要する」。まさにその通りである。そして、のちに検討するように、ここでの要件はすべてクリアされ、民法750条を改正しなかった立法の不作为は、国賠法上も違法と評価されることになるのである。

### 4. 民法750条の違憲性とその国家賠償法上の違法性との切断の誤り

#### (1) 原判決(ウ)の誤り

原判決の上記(ウ)の説示は、「原告らは、民法750条が憲法13条、24条に反し、違憲であることを主張するが、仮に民法750条が憲法に反するものとしても、そのことから直ちに国会議員の立法不作为が国家賠償法1条1項の規定の適用上、違法の評価を受けるものではないことは上記のとおりであり、

また、そのことのみでは、国会議員が立法過程において個別の国民に対して負担している具体的な職務上の法的義務が存在しているといえるものではないから、原告らの上記に係る主張は失当である」とするものであるが、ここでの誤りは、上記2,3で述べたところと重複する。すなわち、第一に、国賠法上の違法性が立法(不作為)の違憲性の問題と密接に関わっていることを看過していることであり、第二に、民法750条の違憲性の審査において、いかなる憲法上の権利が侵害されているかを論ずべきであるのに、それを怠ったことである。

## (2) 立法（不作為）の違憲性と国賠法上の違法性との関連

たしかに、原判決のいうように、民法750条が違憲であるとしても、それが直ちに国賠法上違法と評価されるわけではない。しかし、逆に、国賠法上違法と評価されるような立法（不作為）は当然に違憲である。つまり、国賠法上違法と評価されるのは、当該立法（不作為）が違憲であることを前提にしつつ、第一要件、第二要件に基づいて、立法（不作為）の違憲性が重大かつ明白であること、立法者が違憲性を早くから了知し、それにもかかわらず立法（改正）を放置してきたこと、という要件によって判断される。国賠法上の違法性は強度の違憲性をもった法律について認められるのであって、したがって、法律の違憲性と国賠法上の違法性は密接に関連しているのである。

原判決が両者をことさらに分断し、審査の対象を後者のみに押しとどめたことは、国家賠償法上の違法性の審査のあり方として誤っているとわざるを得ない。前述2のように、2005年在外選挙最高裁判決は、まず在外選挙制度の不存在・不備について違憲と判断し、次いで、それが第二要件に照らして国賠法上も違法であると判断したのであって、国賠法上の違法性を評価する前提として立法（不作為）の違憲性について判断しているのである。

民法750条が違憲であるとしても、国賠法上違法となるわけではないと説くのは誤りではないが、それを根拠に民法750条の合憲性について審査しないとすることは、論理的に正当とはいえない。

## (3) 法律の合憲性と「職務上の立法義務」との関係

原判決(ウ)の後半の判示部分は、「そのことのみでは、国会議員が立法過程において個別の国民に対して負担している具体的な職務上の法的義務が存在しているといえるものではない」とする。ここでいう「そのこと」とは、「民法

750 条が違憲であること」を意味するので、この部分は、「民法 750 条が違憲であることのみでは、職務上の立法義務が存在していることにはならない」という意味である。しかし、この説示が論理的に誤っていることは明白である。

第一に、一般にある法律が違憲と判断された場合、違憲判決の効力論は別として、一般的に当該違憲立法を改廃すべき立法者の義務が生ずることは否定できないところである。これまでの裁判所が法律を違憲と判断した場合、立法者は当該法律を改廃してきている。違憲判決の効力論において、個別効力説に立ち、違憲判決は違憲とされた法律の当該事件への適用を排除するのみであって、法律を客観的に違憲無効とする効力をもたないという立場に立つ場合であっても、違憲判決は立法者に対して当該法律の改廃義務、しかも法的義務を課すものであり、そして、立法者がそれにしたがわない場合には、その法的義務違反であり、違憲・違法となると解される。国賠法上の違法性に関する第二要件が、「国会が正当な理由なく長期にわたってこれを怠る場合」を要件としていることにも、その趣旨が表れている。

第二に、「職務上の立法義務が存在している」かどうかは、違憲性の疑われた法律の合憲性審査において、当該法律のどの部分がどのように違憲なのかを確定しなければわからないはずである。つまり、「職務上の立法義務が存在している」かどうかは、民法 750 条の合憲性を審査してみないかぎり、不明である。民法 750 条の合憲性を審査して、それが違憲と判断される場合に、論理的にみれば、立法義務が生じないこともありうるが、立法義務が生じることもありうる場所である。職務上の立法義務が生ずるかどうかは、民法 750 条の合憲性を審査し、それが違憲であれば、2005 年判決の第二要件に基づいて職務上の立法義務違反が生ずるかどうかを審査すべきものである。

第三に、仮に民法 750 条の合憲性の審査が行われ、それが違憲となった場合には、その合憲性審査のなかで、民法 750 条がどのような憲法上の権利を侵害し、どのような点で違憲となるのかが審査されることになる。そして、民法 750 条の審査の場面では、原判決が国賠法上の違法性の評価にあたっていわば逆算的に導き出した「婚姻に際し、婚姻当事者の双方が婚姻前の氏を称する権利」なるものは、おそらく登場しなかったであろう。

以上のように、原判決(ウ)の誤りは、法律の違憲性に踏み込むことを回避し、国賠法上の違法性に極力限定しようとするあまり、本来密接に関連している立法（不作為）の違憲性と国賠法上の違法性の問題を過度に遮断した点にある。

国会議員の立法不作為（違憲法律の改廃義務違反）が国賠法上違法かどうかを判定するにあたって、民法 750 条の合憲性を審査することは不可欠の前提をなすというべきである。

## II 「婚姻に際し、婚姻当事者の双方が婚姻前の氏を称する権利」の憲法上の権利性

### 1. 原判決による国賠法上の違法性に関する判断枠組みとその論証

原判決は、国賠法上の違法性の評価について上記 I 1 のような判断枠組みを示し、とくに国賠法上違法と評価されるためには、「婚姻に際し、婚姻当事者の双方が婚姻前の氏を称する権利が憲法上保障されており、その権利行使のために選択的夫婦別氏制度を採用することが必要不可欠であって、それが明白であり、国会議員が個別の国民に対し選択的夫婦別氏制度についての立法をすべき職務上の法的義務を負っていたにもかかわらず、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と見える場合であることを要する」と説いた。

そして、それに続けて、「婚姻に際し、婚姻当事者がいずれも婚姻前の氏を称する権利が憲法上保障されているといえるかについて検討する」として、以下のアイウの論点を検討し、エで「婚姻に際し、婚姻当事者がいずれも婚姻前の氏を称する権利が憲法上保障されているということはできない」と断じた。

「ア 憲法上、上記の権利を明示した規定はないが、憲法 13 条は、個人としての尊重と共に、個人の生命、自由及び幸福追求の権利を定めており、憲法上明示的に列挙されていない利益を新しい人権として保障する根拠となる一般的包括的権利を規定するものといえる。

また、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り、氏名を他人に冒用されない権利・利益があり、正確に呼称される利益があるといえる（最高裁昭和 63 年 2 月 16 日第 3 小法廷判決・民集 42 卷 2 号 27 頁，最高裁平成 18 年 1 月 20 日第 2 小法廷判決・民集 60 卷 1 号 137 頁参照）。

しかし、人格権の一内容を構成する氏名について、憲法上の保障が及ぶべき範囲が明白であることを基礎づける事実は見当たらず、婚姻に際

し、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が憲法 13 条で保障されている権利に含まれることが明白であるということとはできない。」

「イ 婚姻に際しての氏の定め方について、掲記の証拠によると以下の事実が認められる。」

(ア) (イ) 略

「(ウ) 法務省(民事局参事官室)が平成4年12月に公表した「婚姻及び離婚制度の見直し審議に関する中間報告(論点整理)」における問題提起に対し、様々な意見が述べられたが、その中に、氏名は人格的利益の一内容であり、人格権の尊重のため、別氏を認めるべきであるとし、あるいは、夫婦同氏の強制は、氏名権の侵害であるとするものや、夫婦の一方が改氏を強制される以上、実質的平等とはいえないとするもの、女子差別撤廃条約16条1項(g)は、夫婦別氏の権利を保障するものと解すべきであるとする意見も述べられている。(甲8, 11)

そして、法務省(民事局参事官室)が、平成6年7月、公表した「婚姻制度等に関する民法改正要綱試案」に対し、選択的夫婦別氏制度の導入に賛成する意見が多く示され、平成11年に成立した男女共同参画社会基本法に基づき、政府は、平成12年12月12日、『男女平等等の見地から、選択的夫婦別氏制度の導入や再婚禁止期間の短縮を含む婚姻及び離婚制度の改正について、国民の意識の動向を踏まえつつ、引き続き検討を進める』との内容を含む男女共同参画基本計画を閣議決定し、男女共同参画会議基本問題専門調査会は、平成13年10月、『選択的夫婦別氏制度に関する審議の中間まとめ』を公表し、その中で、「婚姻に際する夫婦の氏の使用に関する選択肢を拡大するため、選択的夫婦別氏制度の導入が望ましいと考える。」と記載している。

(甲8, 12)

上記のような経過からは、夫婦同氏について検討の余地があることは昭和29年以降認識されており、選択的夫婦別氏制度の導入について積極的な意見も多く述べられてきたということができ、平成4年頃には、婚姻に際し、婚姻当事者の一方が改氏を迫られることについて、人格権の侵害であるとの意見も存在したことが認められるが、そのことから、婚姻に際し、婚姻当事者の双方が婚姻前の氏を称することが

できる権利が憲法上保障されているといえるものではない。

また、原告らは、婚氏続称の制度（民法 767 条 2 項）の導入によって「身分変動があっても氏の変更を強制されない権利」が認められたとも主張するが、そのことから、上記の権利が憲法上保障されているといえないことは上記と同様である。」

「ウ 憲法 24 条は、婚姻が、両性の合意のみに基づいて成立し、夫婦が同等の権利を有することを基本として維持されること、婚姻に関する事項に関しては、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定めているが、その趣旨は、民主主義の基本原則である個人の尊厳と両性の本質的平等の原則を婚姻および家族の関係について定めたものであり、両性は本質的に平等であるから、夫と妻との間に、夫たり妻たるの故をもって権利の享有に不平等な扱いをすることを禁じたもので（最高裁昭和 36 年 9 月 6 日大法廷判決・民集 15 卷 8 号 2047 頁参照）、憲法 13 条における個人の尊重と憲法 14 条における平等原則とを家族生活の諸関係に及ぼすものであって、家族に関する諸事項について憲法 14 条の平等原則が浸透していなければならないことを立法上の指針として示したものとみることができるから、憲法 24 条が、具体的な立法を待つことなく、個々の国民に対し、婚姻に際して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を保障したものであるということとはできない。」

「エ 以上のとおり、婚姻に際し、婚姻当事者がいずれも婚姻前の氏を称する権利が憲法上保障されているということとはできないから、その余の点について判断するまでもなく、憲法を根拠とする原告らの請求は理由がない。

なお、原告らは、婚姻に際し、妻が改氏する割合が 96%以上に上る（甲 8）ことを指摘し、婚姻後も働き続ける女性が増加し、晩婚化と相まって、仕事上、婚姻後も婚姻前の氏を継続使用する必要性が高まっていると主張しているところ、氏を変更することにより、人間関係やキャリアの断絶などが生じる可能性が高く、不利益が生じることは容易に推測し得ることであるから、婚姻について選択的夫婦別氏制度が採用されることに対する期待が大きく、これを積極的に求める意見の多いことは上記のとおりである。しかし、上記のような社会情勢にあることから、直ち

に、国会議員が個々の国民に対し、選択的夫婦別氏制度に関する立法を行うべき職務上の注意義務を負い、立法不作為が国家賠償法1条1項の適用上違法との評価を受けるものということができるものではないから、上記の事情は結論を左右するものではない。」

原判決の上記の説示は、ア氏名権、イ立法の動向、ウ憲法24条、のそれぞれから「婚姻に際し、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」が憲法13条で保障されている権利に含まれることが明白であるかどうかを検討し、結論として憲法で保障された権利とはいえないと断じたものである。しかし、その説示は、本件の別姓訴訟での「憲法上の権利」の意義を誤解し、憲法上の権利の導出の論理のうえで重大な誤りを犯しているといわなければならない。問題点は以下の通りである。

- ① 憲法上の権利の導出に関する議論を、民法750条に関する立法不作為の国家賠償法上の違法性の議論のなかで行っており、そのため、第二要件の条件である「明白である」かどうかという本来不要の条件が付加されたかたちで論じている。
- ② 本件別姓訴訟における憲法上の権利を、原告の主張する「氏名の変更を強制されない権利」とはせず、「婚姻に際し、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」と構成している。しかも、なぜ「婚姻に際し、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」なのか、どのような論理によってそのような権利が憲法上の権利になりうるのか、十分に説明していない。
- ③ 女性の改姓による人格的不利益や夫婦別氏制を要求する社会的・法的意識の高まりを指摘しながらも、「氏名の変更を強制されない権利」の憲法上の権利性に論及せず、また、是認せず、選択的別氏制度を執らないことの違憲性の審査を回避していること。
- ④ とりわけ氏名権から「婚姻に際し、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」が導き出されないと論じていること。判決は氏名権の憲法上の権利性を承認しているようであるが、なぜそこから「婚姻に際し、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」（あるいは少なくとも「氏名の変更を強制されない権利」）が導き出されないのか、不明であること。

2. 憲法上の権利の導出に関する議論を、国賠法上の違法性の判断のなかで行うことの誤り

(1) 原判決が憲法上の権利の導出に関する議論を、国賠法上の違法性の判断のなかで行ったことの誤り

原判決の問題点の第一は、憲法上の権利の導出に関する議論を、国賠法上の違法性の判断のなかで行い、そのために、権利の導出の当否についてそれが「明白である」かどうかという余分の条件が付加されていることである。換言すれば、憲法 13 条から「婚姻に際し、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」、(原告の主張する「氏名の変更を強制されない権利」)が導き出されるかどうかについて、国賠法上の違法性に関する第二要件の成否のなかで論じ、その結果、たとえば「人格権の一内容を構成する氏名について、憲法上の保障が及ぶべき範囲が明白であることを基礎づける事実は見当たらず、婚姻に際し、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が憲法 13 条で保障されている権利に含まれることが明白であるということとはできない」と結論づけている。

なぜこのような誤りが生じたかといえ、先に論じた I 3(2)のなかにある。すなわち、原判決は、2005 年判決の第二要件を本件に適用するにあたって、「婚姻に際し、婚姻当事者の双方が婚姻前の氏を称する権利が憲法上保障されており、その権利行使のために選択的夫婦別氏制度を採用することが必要不可欠であって、それが明白であり、国会議員が個別の国民に対し選択的夫婦別氏制度についての立法をすべき職務上の法的義務を負っていたにもかかわらず、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といえる場合であることを要する」という基準を立てた。この下線部分につき、「××の権利」が憲法上保障されていなければならないという説示は必要であり、この部分を付加したことには理由がある。しかし、「××の権利」が憲法上の権利か否かの審査を、国賠法上の違法性の審査基準である第二要件のなかで行うことは、違法性の審査を誤解するものである。それは実体法上の憲法解釈の問題として第二要件とは別に独自に行われなければならない。

ある権利・自由が憲法上保障されているかどうかという問題は、憲法ないし人権の重要な解釈問題であり、それがどのような訴訟で争われているかに関わりなく、人権解釈の実体法上の問題として論じられるべきものである。本件の場合では、民法 750 条がどのような憲法上の権利を不当に制限して違憲である

かという、民法 750 条の合憲性審査の際にこそ、民法 750 条によって制約を受けた憲法上の権利とは何か論ぜられるべきものである。原判決が民法 750 条の合憲性の審査を回避し、もっぱら 750 条の立法(不作為)の国賠法上の違法性の問題に局限したが、まさにその誤りが憲法上の権利の導出の当否に関するゆがんだ解釈をもたらしたのである。

## (2) 憲法上の権利の導出の議論と訴訟形態との無関係性

憲法上の権利の導出の議論は、これまでさまざまな訴訟・判決で論じられているが、最高裁は、憲法上の権利として認められるかどうかの審査について、そこで争われている訴訟形態によって審査方法を変えろというような判示をしたことはない。むしろ、ある権利が憲法上保障されているかどうかの判断は、訴訟形態に関わりなく、憲法・人権の実体の問題として議論してきている。

従来の判例で、憲法上列举されていない権利の導出を図った判例は、どのような訴訟において判断されてきたか。事件の具体的な内容については後述 4 でみることにして、さしあたり指摘すると、「みだりに容ぼう等を撮影されない自由」を導き出した京都府学連事件最高裁判決は警察官に対する公務執行妨害罪の成否に関する刑事事件において、「みだりに指紋の押捺を強制されない自由」に関する外国人指紋押捺訴訟最高裁判決も指紋押捺拒否に対する刑事事件において、「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」を是認した住基ネット訴訟最高裁判決は住民基本台帳からの被上告人らの住民票コードの削除を求める人格権に基づく妨害排除請求訴訟で、それぞれ論じられた。それらでは、憲法上の権利が導出されるかどうかについて、争われた訴訟形態に関係なく、その導出の当否が議論されている。それにもかかわらず、本件の民法 750 条の立法(不作為)に対する国家賠償訴訟において、なぜ憲法上の権利を導き出すことが「必要不可欠であって、明白である」という加重した要件が付加されるのか、まったく不明である。

また、立法(不作為)に対する国家賠償訴訟において「憲法上の権利」の導出基準を特別に厳しくすることにすると、他の訴訟との関係で矛盾する事態が生ずる。つまり、他の一般の訴訟、たとえば取消訴訟や違法確認の当事者訴訟においては憲法上の権利性が認められた行為について、立法(不作為)の国家賠償訴訟では憲法上の権利性が否定されるという事態である。本件の別姓訴訟の場合でも、訴訟での争い方は複数ありうるどころ、憲法上の権利性が認めら

れなかった「氏名の変更を強制されない権利」が、他の訴訟（旧姓のまま婚姻できる地位確認訴訟や夫婦別姓による婚姻届の提出の不受理の取消訴訟）では、「明白」性の要件がないために、その憲法上の権利性が認められるという事態がおこりうる。しかし、訴訟の形態によって、憲法上の権利であるかどうかは認められたり、認められなかったりするとは、それが人権にかかわる訴訟である以上、あってはならないことである。憲法上の権利性の是非の審査は、訴訟形態に関わりなく、同じ実体的な権利性の導出の基準によって判断がなされるべきである。

### 3. 「婚姻に際し、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」を憲法上の権利としたことの誤り

#### (1) 「婚姻に際し、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」の根拠づけの誤り

原判決が、憲法上の権利として、「婚姻に際し、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」をもちだしたことは、原判決の致命的な誤りであった。

原判決は、「婚姻に際し、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」なるものを突如登場させ、それが「憲法上保障され」ていなければならないという。しかし、なぜ「婚姻に際し、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」が憲法上保障されていなければならないのか、その論理のつながりは明確ではない。そもそも「婚姻に際し、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」とはどのような憲法上の権利なのか、それがどのようにして憲法から導き出されるのか、まったく不明である。もっとも、原判決自身も、結論として、「婚姻に際し、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」は憲法上の権利ではなく、憲法から導き出せないと結論づけているのであるから、そもそも憲法上の権利ではないものを憲法上保障されていなければならないとする出発点において、原判決は誤っていたのである。

原判決がなぜ「婚姻に際し、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」を憲法上保障されていなければならないとしたかといえば、おそらく、第二要件のなかでのそれにつながる条件、つまり、「その権利行使のために選択的夫婦別氏制度を採用することが必要不可欠である」という条件からいわ

ば逆算したものと推測される。つまり、「選択的夫婦別氏制度を採用することを必要不可欠とさせるような権利」を想定し、そこで、憲法上の権利として「婚姻に際し、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」をもちだしたものである。

しかし、この「婚姻に際し、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」なるものは、後述するように、およそ憲法上の権利の名にふさわしくないものである。むしろ、原告の主張する「氏名の変更を強制されない権利」こそをもちだすべきであった。憲法上の権利とは呼べないようなものをもちだして、それが憲法上の権利であるとはいえないという論理は、否定のための論理としかいいようがない。このような誤った論理が何の疑いもなく採られたのは、原判決が民法 750 条の合憲性の問題に立ち入らなかったためであるといっても過言ではない。

結論的にいえば、原判決の誤りは、立法者の立法義務違反といえるためには「婚姻に際し、婚姻当事者の双方が婚姻前の氏を称する権利が憲法上保障されて」いることが必要であった部分にある。「婚姻に際し、婚姻当事者の双方が婚姻前の氏を称する権利」が憲法上の権利として保障されていなくとも、他の憲法上の権利に基づいて、その権利の解釈によって、選択的夫婦別氏制度の立法・法改正義務を根拠づけることは可能であるし、また、そのように解すべきであるのである。

## (2) 「婚姻に際し、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」に関する被告国の主張の誤り

原判決が「婚姻に際し、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」というあやしげな権利をもちだした理由の一つに、被告国が国賠法上の違法について以下のような主張をしていたことを挙げることができる。

「ある立法不作為が国民に憲法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である（17 年判決）というためには、その前提として、具体的かつ特定の内容の法制度を構築すべきことを要求することができる権利が、個々の国民に対して憲法上保障されていることが必要である。

なぜなら、国会議員の立法行為（立法不作為を含む。以下同じ）が国家賠償法 1 条 1 項の適用上違法となるかどうかは、国会議員の立法過程における行動が個別の国民に対して負う職務上の法的義務に違背したかどうかの問題であ

って、当該立法の内容の違憲性とは区別されるべきである（60年判決）からである。そして、国家賠償請求訴訟における違法性は、究極的には他人に損害を加えることが法の許容するところであるかどうかという見地からの行為規範違反性であるから、原告らは、当該行為規範として、国会議員が、憲法上、損害賠償の対象となるような個別の国民の権利利益の侵害を回避するために、ある具体的かつ特定の内容の法制度（本件でいうと夫婦別氏を選択できる法制度）を構築しなければならない法的義務（立法義務）を負っているのに、それに違背したことを主張立証しなければならない。それにもかかわらず、原告らの主張は、一般的抽象的なものにすぎず、立法不作為が違憲であることを主張するにとどまり、国会議員の立法不作為が国家賠償法1条1項の適用上違法であることを基礎付ける職務上の法的義務の存在やその違反については個別の国民として有する権利利益の侵害を主張しているとはいえない。」

この被告国の主張の誤りは、「ある具体的かつ特定の内容の法制度を構築しなければならない法的義務」というように、立法義務が具体的かつ特定された法制度を構築すべき義務でなければならないとしていることである。たしかに、立法不作為の違憲性では、なすべき立法義務が認められ、それにもかかわらずそれが長期間放置されたことが違憲・違法と評価される。しかし、そこでの立法義務とは、具体的で特定された制度の構築義務ではない。何らかの法制度をつくるべき義務が導き出されるが、その具体的な内容は立法者に委ねられる。たとえば、在外選挙制度の場合に、在外国民が選挙をすることができる制度の構築が要求されるが、その選挙制度は、郵便投票か、在外公館投票か、あるいは、別に海外選挙区をつくるか、具体的な制度設計は立法者に委ねられるのである。つまり、立法不作為における立法義務とは、立法不作為の違憲性を解消するために何らかの立法をすべき義務をいうのであって、「具体的かつ特定の内容の法制度を構築しなければならない法的義務」ではないのである。

また、立法行為が国賠法上違法とされた場合にも、当該法律が違憲無効となれば当該法律の廃止義務が生ずるとし、また、当該法律の違憲部分を是正して当該法律の違憲性を改めることができるのであれば、そこでは当該法律の改正義務が生ずることになる。違憲とされた立法(不作為)をどのように是正すれば違憲状態が払拭されるかは、問題となった事案ごとに異なる。いずれにせよ、立法(不作為)の違憲性から生ずる立法義務の内容は多様でありうるのであり、

「ある具体的かつ特定の内容の法制度を構築しなければならない法的義務」というように特定されたものではないというべきである。

本件の事案においても、民法 750 条が違憲とされた場合に、立法者に課せられる立法義務の内容は多様であり、しかも、それは立法者の選択に依存する。民法 750 条の対極にあるまったくの夫婦別氏の婚姻のみとするという選択肢に至るまで、夫婦別氏を取り入れた制度としてさまざまな制度を考えることができる。そもそも婚姻が法律によって定められた要式の制度である以上、民法 750 条が違憲された場合に、どのような氏とするかという制度的な問題は常に残るのである。本件の事案は、まさに夫婦別姓の制度構築を要求する事案にほかならない所以である。

(3)国家賠償法上の被侵害利益と「婚姻に際し、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」との関係の不明確性

国家賠償請求の成立要件には、被害者の「権利利益の侵害」がある。権利利益の侵害がなければ、国家賠償請求はそもそも斥けられる。それでは、原判決は、原告の国家賠償請求の根拠として、いかなる被侵害利益を認めたのであろうか。原告の主張した「氏の変更を強制されない権利」か、「結婚の自由」か、あるいは、原判決が憲法上の権利とは認められなかった「婚姻に際し、婚姻当事者の双方が婚姻前の氏を称する権利」なのか。原判決は、被侵害利益についてまったく論じていない。

原判決の論理によれば、「婚姻に際し、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、立法不作為の国賠法上の違法性の認定に際して、国賠法上の違法性を根拠づける権利としては認められない、というものであり、それはすなわち、国賠法上の違法性に関連して「婚姻に際し、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」の憲法上の権利性を否定したものである。この論理を前提にして、原告の国家賠償請求の被侵害利益について考えると、まず、「婚姻に際し、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、立法不作為の国家賠償請求での明白な憲法上の権利性は否定されるものの、原告の国賠法上の被侵害利益としては肯定される、という論理が考えられる。しかし、国家賠償の被侵害利益としては権利性の認められる「婚姻に際し、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」が立法不作為の違法性の判断においては憲法上の権利性が認められないとする論理

には、大きな矛盾が生ずることは否めない。また、「婚姻に際し、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」が国家賠償請求の被侵害利益として認められることについての論証がないうえ、そもそも本件事案の被侵害利益としては、婚姻に際して意に反して改姓を強制されることへの嫌悪がある以上、むしろ「改姓を強制されない権利・利益」こそがもちだされるべきである。

では、原判決は、国家賠償請求の被侵害利益として、原告の主張する「氏の変更を強制されない権利」を認めたのであろうか。原判決の説示中に「氏を変更することにより、人間関係やキャリアの断絶などが生じる可能性が高く、不利益が生じることは容易に推測し得ることである」という認定があるので、「氏の変更を強制される不利益」を被侵害利益と解したようにみえなくもない。しかし、それでは、なぜ国家賠償請求の被侵害利益を「氏の変更を強制されないという利益」と解しつつ、立法不作為の国賠法上の違法性の認定にあたって、それをなぜ「婚姻に際し、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」と読み替えたのか、不可解である。「氏の変更を強制されない権利」を国家賠償法上の被侵害利益と認めたのであれば、国家賠償法上の違法性の判断にあたって、憲法上の権利として「氏の変更を強制されない権利」の権利性を問題とすべきである。

#### 4. 「氏名の変更を強制されない権利」の憲法上の権利性

##### (1) 「憲法上の権利」の意義と保護領域論

「氏名の変更を強制されない権利」の権利性について考えるにあたり、まず、「憲法上の権利」の意味が多義的であることに注意しなければならない。そして、とりわけ「憲法上の権利」と「憲法上の権利によって保護された行為」の区別に注意する必要がある。

「憲法上の権利」とは、通常、憲法に列挙された憲法の保障する権利をいう。「人権」と同義であるが、「人権」の概念はさらに多義的であり、自然権の意味での法哲学的な「人権」もあれば、国際人権のように条約で保障された「人権」もある。人権の観念のなかで重要なのが、実定法的意味での人権、つまり、憲法(日本国憲法)で保障されている「人権」であり、それはとくに「憲法上の権利」と呼ばれる。それは日本国憲法第3章「国民の権利及び義務」において、憲法10条から40条の間で列挙されている諸権利を指す。憲法19

条の思想及び良心の自由、20条の信教の自由、21条の表現の自由、22条の職業選択の自由などがそれである。憲法に列挙されていない権利であっても、憲法13条から憲法上の権利が導出されることは、通説・判例の認めるところであるが、本件ではまさにそれが問題となっている。

個別の「憲法上の権利」のなかで、権利の保障に段階的な構造がある。個々の憲法上の権利はある特定の行為類型を抽象的に保障しているが、具体的な事件で、「人権侵害」が争われる場合には、公権力によって規制を受けた行為が憲法上保障されているかどうかの問題になる。ドイツでは後者の「被制約行為」が特定の「憲法上の権利」によって保障されている場合、当該「被制約行為」は当該「憲法上の権利」の保護領域のなかにあると説き、当該被制約行為は憲法によって保護されているので、当該国家行為が合憲か否かが問題となる、と説明する。

たとえば、表現の自由との関係でいえば、憲法21条は「表現の自由」を保障している。また、「集会・結社の自由」、「言論・出版の自由」も明文で保障されている「憲法上の権利」である。さらに、憲法明文では定めはないが、「報道の自由」も判例上、「憲法上の権利」として保障されている。

それでは、デモ行進の権利やビラ配布の権利はどうか。表現の自由によって保障されていることは疑いないが、「ビラ配布の権利」が、上記の憲法上明文で保障されている「権利」と同様に憲法上の権利として保障されているとってよいかどうか、やや問題になる。ましてや、「駅前広場で駅の乗降客に政党支持を求めるビラを配布する権利」などというものが「憲法上の人権」として保障されているということとはできない。それはむしろ、表現の自由の行使の一態様であり、表現の自由という憲法上の権利によって保護された行為（つまりその行為が制限されると表現の自由の侵害の問題が生ずる）とみるべきものである。

以上を説明すれば、「憲法上の権利」とは、憲法で列挙された人権あるいはそこから解釈上当然に認められる権利で、ある程度包括的・抽象的な意味を持ち、その権利行使においてさまざまな行為形態を含みうる権利といえる。そして、その憲法上の権利（人権）の下で、当該権利の行使と評価され憲法的に保護される一群の行為がある。ドイツでは、そのような憲法上の権利によって保護された行為の範囲を「保護領域」(Schutzbereich)と呼び、人権制限が裁判で争われた場合には、裁判所は、国家行為によって制限を受けた行為がどの人権

(憲法上の権利)によって保護されているか、そして、どの人権制限の問題として審査するかが論じられる。

それでは、原判決のいう「婚姻に際し、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」とはいかなるものか。原判決は、それが「憲法上保障されてい」なければならないと論じており、それが「憲法上の権利」なのか、「憲法で保障された権利行使」なのかが明確ではない、しかし、その後の原判決の論旨を全体的にみれば、それが「憲法上の権利」でなければならないという前提に立っていることは疑いない。

しかし、「婚姻に際し、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」というような具体的な場面での具体的な権利行使が「憲法上の権利」として憲法上保障されることはありえないことである。それは、氏名に関する人格的権利の一内容として憲法上保護されるべき行為と解するのが正しい。つまり、必要なのは、「婚姻の際に以前の氏を称することは、どのような憲法上の権利によって保障されているか」、という問いを立てることこそある。そして、念のためにいえば、そのような「憲法上の権利」の意義は、とくに本件のように憲法に列挙されていない権利を憲法上の権利として確定させるためには、民法 750 条の国賠法上の違法性の議論においてではなく、民法 750 条の合憲性の議論のなかで行うべきなのである。

民法 750 条によって制限されている憲法上の権利は何か、そして、国賠法上の違法性に関する第二要件において、民法 750 条の改正義務を導き出す根拠となる権利は何か、についてはさらに後述する。ただ、ここに結論だけ示せば、これまで縷々指摘してきたように、第一には憲法上の権利としての「人格権」によって、そして、第 2 には、「人格権」の一内容としての「氏名の変更を強制されない権利」ないし「氏名保持権」によって、婚姻に際して従前の姓を保持することが憲法上の保護を受けており、そして、民法 750 条の夫婦同氏の定めはまさに氏名の変更を強制しており、「氏名の変更を強制されない権利」としての「人格権」(それらは憲法上の権利として憲法 13 条から導出される権利である)を制約している。そこで、婚姻に際して夫婦同一姓を要求している民法 750 条が正当な理由なく人格権を侵害するものかどうか、つまり、民法 750 条の規定の正当化が問題となるのである。

## (2) 憲法 13 条から導き出される「憲法上の権利」とその保護領域

それでは憲法 13 条から導き出される権利についてはどのように考えられるべきか。憲法 13 条の幸福追求権は、憲法上列挙されていない権利を導出する根拠となるとするのが判例・通説である。導出される権利についてはさまざまな議論がある。

まず、学説では、人格的利益説と一般的自由説との対立がある。人格的利益説は、個人の人格的生存にとって不可欠ないし重要な権利が導き出されると説き、一般的自由説はおよそ個人の自由な行動がすべて保障されると説く。この対立が生ずるのは、憲法の保障する人権は人格的・精神的な営為に限るかどうか、人権のなかに「瑣末な権利」をも含めるかどうかに関する対立に由来する。

私は、少数説ではあるが、一般的自由説をとる。およそ個人は自由に行動し、自己の考えるように決定することができるのであって、それが不当に制限される場合には、人権侵害と主張できると考えるからである。もっとも、一般的自由説をとるといっても、私は「人格」の概念を尊重し、人格にかかわる自由であれば、より強く保障されると解するので、一般的自由説との違いは、人格的利益に関わらない自由を憲法上の自由に含まれるかどうかという点の違いということになる。そして、後述するように、本件で問題となっている「氏名に関する人格権」ないし「氏名の変更を強制されない権利」は、人格的利益に関わる重要な権利であるので、本事案との関係では一般的自由説をとくに主張する実益はない。

ところで、学説では、憲法 13 条から導出される個別の憲法上権利として、人格権、プライバシー権、環境権、自己決定権を挙げるのが一般的である。このほかに、名誉権、氏名権、肖像権なども挙げられることがあるが、これらは「人格権」に包摂されると考えられている。また、眺望権、景観権、日照権なども主張されているが、これらは環境権に含まれるか、あるいはやや小振りの権利なので、とくに憲法 13 条から導き出される「憲法上の権利」とみなされるまでには至っていない。入浜権、道路通行権なども同様である。

## (3) 判例における「憲法上の権利」の導出

これに対して、判例では、「個人の私生活上の自由」と「人格権」とが憲法上の権利として承認されており、「プライバシー権」もようやく一個の権利として認められつつある。

判例の「憲法上の権利」の導出の特徴は、「私生活上の自由」を個別的な人権ないし人権行使の「受け皿」となる包括的自由として論理構成し、そこから個別の自由・権利を導き出していることである。たとえば、憲法 13 条に関するリーディングケースである京都府学連事件最高裁判決（最大判昭和 44 年 12 月 24 日刑集 23 卷 12 号 1625 頁）は、以下のように論ずる。

「〔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。そして、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ものというべきである。これを肖像権と称するかどうかは別として、少なくとも、警察官が、正当な理由もないのに、個人の容ぼう等を撮影することは、憲法一三条の趣旨に反し、許されないものといわなければならない。」

ここでの論理は、憲法 13 条が個人の私生活上の自由を保障しており、それは国家権力に対しても保護されるべきものであって、その内容として、「みだりに容ぼう等を撮影されない自由」があるというものである。そして、以上のような「私生活上の自由」から、最高裁は以下のような権利が保障されているとする。

① 外国人指紋押捺拒否事件最高裁判決(最判平成 7 年 12 月 15 日刑集 49 卷 10 号 842 頁)

「憲法一三条は、国民の私生活上の自由が国家権力の行使に対して保護されるべきことを規定していると解されるので、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ものというべきであり、国家機関が正当な理由もなく指紋の押なつを強制することは、同条の趣旨に反して許され」ない。

② 住基ネット最高裁判決（最判平成 20 年 3 月 6 日民集 62 卷 3 号 665 頁）

「憲法 13 条は、国民の私生活上の自由が公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であり、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」。

③ 和歌山毒入カレー被告人写真撮影事件最高裁判決（最判平成 17 年 11 月 10 日民集 59 卷 9 号頁）

「人は、みだりに自己の容ぼう等を撮影されないということについて法律上

保護されるべき人格的利益を有する」。

なお、この判決は、民事の損害賠償請求に関するものである。

他方、判例は、憲法 13 条から導き出される憲法上の権利として「人格権」をも挙げている。そして、人格権の内容としてさまざまな権利や権利行使ないし保護された権利を導き出している。人格権が憲法上の権利であることを示唆した北方ジャーナル事件は、以下のように述べて、憲法 13 条から導出される憲法上の権利としての人格権の内容として名誉の保護があることを示した。

「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、損害賠償（民法七一〇条）又は名誉回復のための処分（同法七二三条）を求めることができるほか、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のが相当である。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。

・・・しかしながら、言論、出版等の表現行為により名誉侵害を来す場合には、人格権としての個人の名誉の保護（憲法一三条）と表現の自由の保障（同二一条）とが衝突し、その調整を要することとなるので、いかなる場合に侵害行為としてその規制が許されるかについて憲法上慎重な考慮が必要である。」

この判示で注意すべきは、人格権が私法上の権利として多様な内容をもつこと、それが言論の差止請求の根拠となること、そしてまた、人格権の一内容としての名誉が表現の自由と衝突した場合には、憲法的衡量が必要とされていること、である。そして、判例は、人格権から以下のような権利利益を導き出している。

- ① 氏名日本語読み事件最高裁判決（最判昭和 63 年 2 月 16 日民集 42 卷 2 号 27 頁）

「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。」

② 氏名冒用事件最高裁判決（最判平成 18 年 1 月 20 日民集 60 卷 1 号 137 頁）

「氏名は、その個人の人格の象徴であり、人格権の一内容を構成するものといふべきであるから、人は、その氏名を他人に冒用されない権利を有する（最高裁昭和 58 年（オ）第 1311 号同 63 年 2 月 16 日第三小法廷判決・民集 42 卷 2 号 27 頁参照）ところ、これを違法に侵害された者は、加害者に対し、損害賠償を求めることができるほか、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もできると解するのが相当である（最高裁昭和 56 年（オ）第 609 号同 61 年 6 月 11 日大法廷判決・民集 40 卷 4 号 872 頁参照）。」

③ エホバの証人輸血拒否事件最高裁判決（最判平成 12 年 2 月 29 日民集 54 卷 2 号 582 頁）

「患者が、輸血を受けることは自己の宗教上の信念に反するとして、輸血を伴う医療行為を拒否するとの明確な意思を有している場合、このような意思決定をする権利は、人格権の一内容として尊重されなければならない。」

④ ピンクレディパブリシティ権事件最高裁判決（最判平成 24 年 2 月 2 日）

「人の氏名、肖像等（以下、併せて「肖像等」という。）は、個人の人格の象徴であるから、当該個人は、人格権に由来するものとして、これをみだりに利用されない権利を有すると解される（氏名につき、最高裁昭和 58 年（オ）第 1311 号同 63 年 2 月 16 日第三小法廷判決・民集 42 卷 2 号 27 頁、肖像につき、最高裁昭和 40 年（あ）第 1187 号同 44 年 12 月 24 日大法廷判決・刑集 23 卷 12 号 1625 頁、最高裁平成 15 年（受）第 281 号同 17 年 11 月 10 日第一小法廷判決・民集 59 卷 9 号 2428 頁各参照）。そして、肖像等は、商品の販売等を促進する顧客吸引力を有する場合があります、このような顧客吸引力を排他的に利用する権利（以下「パブリシティ権」という。）は、肖像等それ自体の商業的価値に基づくものであるから、上記の人格権に由来する権利の一内容を構成するものといふことができる。」

さらに、憲法 13 条から導かれる憲法上の権利として、プライバシー権がある。判例は、従来「プライバシー」について論及してこなかったが、近年の判例では、プライバシー権に言及するようになってきている。プライバシー権に関連する判例として、以下のものがある。

① 前科照会事件最高裁判決（最判昭和 56 年 4 月 14 日民集 35 卷 3 号 620 頁）

「前科及び犯罪経歴（以下「前科等」という。）は人の名誉、信用に直接にかかわる事項であり、前科等のある者もこれをみだりに公開されないという法律上の保護に値する利益を有するのであつて、市区町村長が、本来選挙資格の調査のために作成保管する犯罪人名簿に記載されている前科等をみだりに漏えいしてはならないことはいうまでもないところである。」

② ノンフィクション逆転事件最高裁判決（最判平成 6 年 2 月 8 日民集 48 卷 2 号 149 頁）

「ある者が刑事事件につき被疑者とされ、さらには被告人として公訴を提起されて判決を受け、とりわけ有罪判決を受け、服役したという事実は、その者の名誉あるいは信用に直接にかかわる事項であるから、その者は、みだりに右の前科等にかかわる事実を公表されないことにつき、法的保護に値する利益を有するものというべきである（最高裁昭和五二年（オ）第三二三号同五六年四月一四日第三小法廷判決・民集三五卷三号六二〇頁参照）。この理は、右の前科等にかかわる事実の公表が公的機関によるものであつても、私人又は私的団体によるものであつても変わるものではない。」

③ 早稲田大学名簿提出事件最高裁判決(平成 15 年 9 月 12 日民集 57 卷 8 号 973 頁)

「本件個人情報、早稲田大学が重要な外国国賓講演会への出席希望者をあらかじめ把握するため、学生に提供を求めたものであるところ、学籍番号、氏名、住所及び電話番号は、早稲田大学が個人識別等を行うための単純な情報であつて、その限りにおいては、秘匿されるべき必要性が必ずしも高いものではない。また、本件講演会に参加を申し込んだ学生であることも同断である。しかし、このような個人情報についても、本人が、自己が欲しない他者にはみだりにこれを開示されたくないと考えることは自然なことであり、そのことへの期待は保護されるべきものであるから、本件個人情報は、上告人らのプライバシーに係る情報として法的保護の対象となるというべきである。」

以上のように、判例では、憲法 13 条から導き出される憲法上の権利として、「私生活上の自由」、「人格権」、「プライバシーに関する情報」を挙げ、そこからさらに、肖像、名誉、信用、氏名、医療に関する自己決定、個人情報の不開示、前科情報の不公表、指紋押捺の不強制などを導き出している。また、私生

活上の自由、人格権、プライバシーの3つの権利・自由の間には率然とした区別があるわけではなく、たとえば「私生活上の自由」から導き出された写真撮影されない自由は肖像に関する人格権と関連し、「私生活上の自由」から導き出された個人情報の不公表はプライバシーと関連するなど、3つの権利・自由は内容的に重複している。

なお、判例で認められた憲法上の権利ないし憲法によって保障された権利・利益に関して、憲法上の権利と私法上の権利が混在している。そこで、憲法上の権利と私法上の権利の関係が問題となる。たとえば人格権について、①人格権には憲法上の人格権と私法上の人格権があり、両者は別のものか同じものか、②人格権侵害が民法709条の不法行為によって争われるとき、その人格権は私法上のものであって憲法と関係しないのか、あるいは、憲法の私人間効力論によって憲法上の人格権の私法への適用の問題になるのか、あるいは憲法上・私法上の区別はないのか、などの問題である。この問題は、学説でさまざまに議論されており、定説がない難問である。これについて、私は以下のように考えている。ここでは人格権を例にとって述べる。

まず、憲法上の人格権と私法上の人格権とは、基本的に区別されうるものである。ドイツでは、ドイツ民法上人格権の規定をもたないが、連邦通常裁判所が人格権を解釈によって導出し、その人格権の創設を連邦憲法裁判所が許される拡張解釈であるとして是認した(BVerfGE 34, 269、ソラヤ決定)。その後、連邦憲法裁判所は、基本法1条1項と結びついた2条1項から憲法上の人格権を導出している(BVerfGE 54,148、エップラー決定)。そして、連邦通常裁判所は民事の裁判において私法上の人格権の内容について判例を発展させ、連邦憲法裁判所は憲法事件において憲法上の人格権について判例を展開している。ただし、その内容について、両者に実質的な違いがあるわけではなく、ほぼ同様の内容のものと解釈され、それぞれの裁判で適用されている。ドイツでは、民事裁判権と憲法裁判権とが分かれているため、人格権の解釈適用もまた、民事裁判権と憲法裁判権の双方でそれぞれ独自に行われることになる。

これに対して、日本では、裁判権はすべて統一され、憲法上の権利と私法上の権利とを率然と区別する必要のないまま、民事事件でも憲法上の権利が論議されることになる。したがって、人格権についても、憲法上の人格権と私法上の人格権を区別する意義は乏しい。さらにまた、実定法に定められていない権利を導出するにあたって、それが憲法上の権利であるにせよ私法上の権利であ

るにせよ、その根拠を憲法 13 条に求めざるをえないことは否定できないことは、プライバシーの権利がはじめて論じられた宴のあと事件判決（東京地判昭和 39 年 9 月 28 日下民集 15 卷 9 号 2317 頁）に照らしても、否定できないところである。人格権について、あるいはそれ以外の新しい権利について、それが憲法上の権利か私法上の権利かを議論することには、実際上は実益がないというべきである。

#### (4) 「氏名の変更を強制されない権利」の憲法上の権利性

判例は、「私生活上の自由」、「人格権」、「プライバシー」という憲法上の権利からさまざまな内容の権利・利益を導き出してきたが、それでは、どのような場合にどのような権利・利益が導出されるかといえ、必ずしもその導出の可否の基準や条件は明確ではない。この点に関して、有力学説は、当該権利が、①長期間国民生活に基本的なものであったか、②多数の国民が行使できるものであるか、③他人の基本権を侵害するおそれがないか、という 3 つの要件を挙げている（芦部信喜）。この要件は新しい人権導出の必須の条件とまではいえないと思われるが、しかし、十分に参考にするに値しよう。

また、新しい権利が憲法上の権利と認められるための根拠としては、①当該権利が憲法の人権保障のなかに当初から織り込まれていた、②当該権利が時代の推移とともに生成されてきた、③当該権利が法律によって具体的に保障されるに至っている、という 3 つのものが考えられる。このうち、①と②は矛盾するように見えるが、それは背反する関係にあるのではなく、相互補完の関係にあるとみるべきである。

以上のような視点に基づいて「氏名の変更を強制されない権利」ないし「氏名保持権」の憲法上の権利性について考えてみると、まず、原判決もいうように、「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」であるので、出生とともに取得した氏名は当該個人の人格的象徴として、基本的に変更を許されないまま一生同一の氏名を維持することとされる。この意味で、個人は「自己の氏名を自由に変更する権利」「自己の氏名を自ら決定する権利」なるものは基本的にそもそも権利として認められない。氏名が原則として一生変更されるべきではないということは、同時に個人の権利として、氏名を意に

反して変更されることのない権利、氏名の変更を強制されない権利が認められるべきことである。この権利はすべての個人に妥当する普遍的な権利といえることができる。

氏名の変更を強制されない権利というものが、なぜ従来主張されてこなかったかといえ、国が個人に対して氏名の変更を強制するという事態が実際にほとんど生じなかったからである。法律上氏の変更を強制しているのは、民法 750 条のほか、養子の氏に関する民法 809 条があるのみである。以前は離婚復氏制や離縁復氏制があったが、今は選択制になっている。しかし、氏名の変更の強制が人権問題となり、人格権侵害となりうることは、たとえば、「宮は皇族の氏であるので、宮と称する氏は変更しなければならない」などの法律が制定されたと仮定した場合に、明らかであろう。正当な理由なく氏の変更を強制する法律は人格権侵害として違憲となると解される。そして、違憲の根拠は、出生とともに与えられた自己の氏名を意に反して変更されないという権利・利益であって、まさにそれは、氏名保持権ないし「氏名の変更を強制されない権利」としての人格権であろう。

また、当初は意識されなかった「氏名の変更を強制されない権利」が、時代の推移につれて別姓の主張によって強く叫ばれるようになるとともに社会的に承認されるようになってきている。このことは、原判決の上記引用イにおいてすでに説かれているところである。

「時の経過」とともに権利が生成し、あるいは合憲的な規制が違憲のものに転化するという論理は、最近の最高裁判決でしばしば語られている。まず、国籍法非嫡出子違憲判決では、日本人男性と外国人女性の子で、生後認知を受けた非嫡出子につき、両親が「婚姻」した場合にのみ日本国籍を与えると定める国籍法 3 条 1 項が憲法 14 条の平等原則に違反しないかが争われたが、最高裁判決は、国籍法 3 条 1 項は、1984 年の制定当時には合憲であったが、その後の社会情勢の変化、国際関係の変化、婚姻・家族に関する社会意識の変化などを挙げて、少なくとも係争事件において原告である子が国籍の取得の申請をした 2003 年の時点では、違憲のものとなっていたと論じて、国籍法 3 条 1 項を違憲とし、さらに、原告に国籍を付与する判決を下した。また、在外選挙違憲判決（最大判平成 17.9.14 民集 59 卷 7 号 2087 頁）でも、判決は、1998 年の在外選挙制度の導入にあたって比例代表選挙についてのみ在外選挙を認め、(小) 選挙区選挙について在外選挙を認めなかったことについて、問題の

少ない比例代表選挙についてだけ在外選挙を認めることとしたことにはまったく理由のないものであったとはいえないが、その後、小選挙区選挙について在外選挙を認めないことにはやむを得ない事由があるとはいえないとして、比例代表選挙への限定を違憲と判示している。さらに、衆議院議員定数不均衡事件において、2011年最高裁判決（最大判平成23.3.23民集65巻2号755頁）は、1994年選挙制度の改正にあたって採用された「1人別枠方式」につき、従前の制度との安定性・連続性を図る必要があったことなどにかんがみ、1人別枠方式は合理性があったが、その後、立法時の合理性は失われたとして、投票価値の平等の要求に反する状態に至っていたと判断している。

そして、何といっても重要なのが、本年9月の非嫡出子法定相続分差別事件最高裁違憲決定である（最大決平成25.9.4裁判所時報1587号1頁）。そこでは、判決は、以下のように時代の変化とともに家族、婚姻制度が変化していることを指摘し、民法900条4号但書を違憲とする根拠とした。

「昭和22年民法改正以降、我が国においては、社会、経済状況の変動に伴い、婚姻や家族の実態が変化し、その在り方に対する国民の意識の変化も指摘されている。すなわち、地域や職業の種類によって差異のあるところであるが、要約すれば、戦後の経済の急速な発展の中で、職業生活を支える最小単位として、夫婦と一定年齢までの子どもを中心とする形態の家族が増加するとともに、高齢化の進展に伴って生存配偶者の生活の保障の必要性が高まり、子孫の生活手段としての意義が大きかった相続財産の持つ意味にも大きな変化が生じた。昭和55年法律第51号による民法の一部改正により配偶者の法定相続分が引き上げられるなどしたのは、このような変化を受けたものである。さらに、昭和50年代前半頃までは減少傾向にあった嫡出でない子の出生数は、その後現在に至るまで増加傾向が続いているほか、平成期に入った後においては、いわゆる晩婚化、非婚化、少子化が進み、これに伴って中高年の未婚の子どもがその親と同居する世帯や単独世帯が増加しているとともに、離婚件数、特に未成年の子を持つ夫婦の離婚件数及び再婚件数も増加するなどしている。これらのことから、婚姻、家族の形態が著しく多様化しており、これに伴い、婚姻、家族の在り方に対する国民の意識の多様化が大きく進んでいることが指摘されている。」

そして、判決は、これに続けて、諸外国での法改正の状況、自由権規約や児童権利条約の児童の出生による差別禁止規定の援用、住民票や戸籍での子の記

載の方法の変更、法改正のための議論などを論じたあとで、以下のように議論をまとめて違憲の結論を出した。

「本件規定〔民法 900 条 4 号但書〕の合理性に関連する以上のような種々の事柄の変遷等は、その中のいずれか一つを捉えて、本件規定による法定相続分の区別を不合理とすべき決定的な理由とし得るものではない。しかし、昭和 22 年民法改正時から現在に至るまでの間の社会の動向、我が国における家族形態の多様化やこれに伴う国民の意識の変化、諸外国の立法のすう勢及び我が国が批准した条約の内容とこれに基づき設置された委員会からの指摘、嫡出子と嫡出でない子の区別に関わる法制等の変化、更にはこれまでの当審判例における度重なる問題の指摘等を総合的に考察すれば、家族という共同体の中における個人の尊重がより明確に認識されてきたことは明らかであるといえる。そして、法律婚という制度自体は我が国に定着しているとしても、上記のような認識の変化に伴い、上記制度の下で父母が婚姻関係になかったという、子にとっては自ら選択ないし修正する余地のない事柄を理由としてその子に不利益を及ぼすことは許されず、子を個人として尊重し、その権利を保障すべきであるという考えが確立されてきているものといえることができる。

以上を総合すれば、遅くとも A の相続が開始した平成 13 年 7 月当時においては、立法府の裁量権を考慮しても、嫡出子と嫡出でない子の法定相続分を区別する合理的な根拠は失われていたというべきである。」

以上のような非嫡出子法定相続分差別違憲決定の論証は、本件の別姓訴訟とほぼ重なるものである。違いは、非嫡出子違憲訴訟では憲法 14 条の平等違反が問題になったのに対して、本件別姓訴訟では、「氏名の変更を強制されない権利」であり、「結婚の自由」であることである。しかし、婚姻・家族に対する社会意識が大きく変化しているなかで、「家族という共同体の中における個人の尊重がより明確に認識されてきた」ことには変わりはなく、夫婦同氏を要求する民法 750 条は、「氏名の変更を強制されない権利」の保護が重要になることに比例して、違憲性を帯びてきているというべきである。

さらに実定法上も、「氏名の変更を強制されない権利」を尊重する方向での法改正がなされてきていることも看過されてはならない。1976 年の婚氏続称制度（民法 767 条 2 項）が導入され、婚姻の解消に際して復氏と婚氏続称のいずれかを本人が選択できることとされたこと、国際結婚に関して 1984 年に戸

籍法 107 条 2 項が新設され、日本人配偶者は外国人配偶者の氏に変更できることとされたこと、1987 年に離縁に関して縁氏続称制度（民法 816 条 2 項）が導入され、離縁復氏した者が離縁の際に称していた氏を称することができることとされたこと、などに表れている。

氏名は個人の表象であり、個人は自己の氏名を通じて社会的に認知される。個人が時間とともに多くの経験を得て多くの社会関係のなかで生活していくとき、それらの活動を体現する個人を特定し識別するのが氏名である。氏名は本人の社会的な確認のために不可欠であるのであって、それはみだりに変更されてはならず、また、個人の側からも意に反して変更されないという権利をもつのである。氏名の保持は、個人の側からみて人格権の内容をなす憲法上の権利というべきである。

#### (5) 氏名権と「婚姻に際し、婚姻当事者がいずれも婚姻前の氏を称する権利」との関係

原判決は、先に引用したイにおいて、以下のように論じて氏名権から「婚姻に際し、婚姻当事者がいずれも婚姻前の氏を称する権利」は導き出されず、憲法 13 条によって保障された権利には含まれないと論じた。

「憲法 13 条は、個人としての尊重と共に、個人の生命、自由及び幸福追求の権利を定めており、憲法上明示的に列挙されていない利益を新しい人権として保障する根拠となる一般的包括的権利を規定するものといえる。

また、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り、氏名を他人に冒用されない権利・利益があり、正確に呼称される利益があるといえる（最高裁昭和 63 年 2 月 16 日第 3 小法廷判決・民集 42 卷 2 号 27 頁，最高裁平成 18 年 1 月 20 日第 2 小法廷判決・民集 60 卷 1 号 137 頁参照）。

しかし、人格権の一内容を構成する氏名について、憲法上の保障が及ぶべき範囲が明白であることを基礎づける事実は見当たらず、婚姻に際し、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が憲法 13 条で保障されている権利に含まれることが明白であるということとはできない。」

原判決のこの説示は不可解である。「明白である」という要件が付されているのは国賠法上の違法性の評価との関係で付されたものであり、それが不当であることはすでに論じた。また、原判決が憲法上の権利として「婚姻に際し、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」を挙げていることが不当であることも、すでに指摘した。

原判決の上記の説示の最大の問題は、憲法 13 条は憲法上列举されていない利益を新しい人権として保障する根拠となること、氏名が人格権の一内容を構成すること、氏名の利益として氏名を冒用されない権利利益、正確に呼称される利益があることを確認したにもかかわらず、「婚姻に際し、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」がその一内容をなすことについて、理由を示さず否定していることである。「氏名を他人に冒用されない権利・利益」と「氏名を正確に呼称される利益」は、従来判例で認められているものである。そして、それらの権利・利益はその侵害が争われたことによって生成し承認されてきた権利・利益なのであって、氏名に関する権利・利益を限定的にとらえるべきではない。むしろ、状況に応じて氏名に関する新たな権利・利益は十分に導出されるものであると考えるべきである。新しい人権が判例・学説で承認されてきた背景には、まさにそのような状況の変化と権利救済のための必要性があったのである。

夫婦同氏原則を定める民法 750 条は、まさに氏名を個人の意思によらずに変更することを要求しているのであって、それに対抗する権利として、「氏名の変更を強制されない権利」をもち出すことが最も適切である。本件の事案において、「氏名の変更を強制されない権利」は憲法 13 条から導出される権利として、あるいは、憲法 13 条の保障する人格権の一内容として、憲法上保障されており、したがって、それは民法 750 条を違憲とする憲法上の根拠となりうるのである。

なお、ここで憲法上の権利として、「私生活上の自由」、「人格権」、プライバシー権、氏名権、氏名の変更を強制されない権利、の相互の関係について整理しておきたい。まず、氏名に関する権利は、「私生活上の自由」からも「人格権」からも導き出される。また、プライバシー権からも、住基ネット訴訟の最高裁判決にみられるように、導き出される。しかし、総じて氏名は個人の人格と結びついているので、人格権から導き出されるとするのが妥当であろう。そ

れでは、「氏名権」という一個の独自の権利として定立することはできないか。原告はそのような主張をしているが、氏名に関する権利・利益はさまざまな方向に向かっているので、氏名権の内容をひとまとめにまとめることは困難であり、したがって、「氏名権」を独自の人権として憲法 13 条から導き出すことは、できないわけではないが、あまり賛成できない。人格権を人格にかかわる包括的な権利にとらえ、その一内容として、氏名に関する氏名の変更を強制されない権利を導き出すのが妥当であろう。

### Ⅲ 民法 750 条の合憲性とその立法(不作為)の国賠法上の違法性

#### (1) 民法 750 条の合憲性

民法 750 条は、「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。」と定め、それ自体、特別に権利を制限しているようにはみえない。また、従来、結婚によってとくに女性が改姓してきており、それに異議を唱えない人々が一般的であった。しかし、本件原告らは、具体的な事情は異なるが、いずれも婚姻前の氏を婚姻によって変更することに大きな苦痛と不利益を被ったと主張して、民法 750 条に関する国家賠償を請求している。つまり、従前の氏を維持したいと考える原告らにとっては、民法 750 条は自己の「氏名の変更を強制されない権利」を制約するものであり、憲法 13 条に違反するものとして機能する。そこで、民法 750 条は、憲法 13 条によって保障されている「氏名の変更を強制されない権利」を侵害して違憲ではないか、が問題になる。

民法 750 条の合憲性の問題は、原判決ではまったく論じられておらず、被告国の側でも合憲性について積極的に立証していない。しかし、これまで述べてきたように、本件事案では、国賠法上の違法性の議論の前提として民法 750 条の違憲性が論じられるべきこと、「氏名の変更を強制されない権利」が憲法 13 条によって保障された権利であること、が論証された以上、控訴審においても当然に論ぜられるべき争点となる。ただ、ここでは、民法 750 条の合憲性について詳細に論ずる余裕がないので、その審査方法と違憲とする理由とを概略的に論ずるにとどめざるをえない。

#### (2) 違憲審査の基準と方法

法律の合憲性審査において、まず問題になるのが違憲審査基準論である。ど

のような基準で問題となった法律の合憲性を判断するかは、憲法訴訟論において従来から活発な議論があるが、この10年の間にさらに議論が進み、現在錯綜した状況にある。現在主要な違憲審査基準論には、①アメリカ憲法判例で展開されてきた二重の基準論に依拠して違憲審査基準を立てる従来の通説的見解、②ドイツ憲法判例でとられている3段階審査に基づく比例原則による審査の導入を主張する有力見解、③現在判例で採られている、規制の目的、必要性、程度、規制される自由の内容、性質、規制の態様、程度等を比較衡量するという審査方法、がある。

- (7) 二重の基準論とは、憲法上の自由を制限する法律の合憲性の審査にあたって、精神的自由と経済的自由とを分け、それに対応して厳格な違憲審査基準とゆるやかな合理性基準を適用する理論であり、アメリカ憲法判例において修正1条の権利に特別の保護を与える基準論として発展してきた。日本の判例でも、たとえば、「職業の自由は、それ以外の憲法の保障する自由、殊にいわゆる精神的自由と比較して、公権力による規制の要請が強い」と指摘した薬事法距離制限違憲判決（最大判昭和50・4・30民集29巻4号572頁）、「主権が国民に属する民主制国家は、その構成員である国民がおよそ一切の主義主張等を表明するとともにこれらの情報を相互に受領することができ、その中から自由な意思をもって自己が正当と信ずるものを採用することにより多数意見が形成され、かかる過程を通じて国政が決定されることをその存立の基礎としているのであるから、表現の自由、とりわけ、公共的事項に関する表現の自由は、特に重要な憲法上の権利として尊重されなければならない」と説いた北方ジャーナル事件最高裁判決（最大判昭和61・6・11民集40巻4号87頁）などで、二重の基準論について論及されている。

私は、日本の憲法判例において二重の基準論の考え方は基本的に採用されるべきであると考え。精神的自由についてその保障を優先させ、違憲審査権の行使を厳密に行うことは、立法者の決定を安易に追認しがちな比較衡量論に枠をはめ、違憲審査権を適切に行使する方向に向かわせるものとなる。二重の基準論は、違憲審査の基本的枠組みとして違憲審査の根底に置かれるべきである。

もともと、二重の基準論およびそれに基づく違憲審査基準論については、学説でも必ずしも意見の一致があるわけではない。現在、学説で最

も有力な見解は、二重の基準論をさらにアメリカの憲法判例の展開を参考にして展開してつくられた 3 重基準論である（芦部信喜）。これは、表現の自由について、言論の内容規制と内容中立的規制（時・所・方法規制）とを分け、それに対応して違憲審査基準を厳格な基準と厳格度のやや低い基準によって対応させ、他方、経済的自由について積極目的・消極目的二分論を用いて、積極目的規制には合理性の基準、消極目的規制には厳格な合理性の基準を適用するとともに、言論の内容中立的規制と経済的自由の消極目的規制とを同列に置くものである。この 3 重基準論は、アメリカ憲法判例での平等審査において、合理性の基準と「疑わしい区別（suspect classification）」、そしてその中間審査基準という 3 重の基準で審査されていることにも対応する。

しかし、私は、3 重の基準ではなく、まずは二重の基準論を確立すべきであると考え。3 重の基準論は、アメリカ憲法判例において、1970 年代以降の連邦最高裁判所の保守化の下での違憲審査基準の多様化、人種差別の平等審査における厳格審査など、アメリカ特殊の政治・社会状況を基礎にして展開してきたものであって、そのまま日本の憲法判例に取り入れるのは妥当とはいえない。むしろ、違憲審査基準論が確立していない日本の判例の現状を踏まえれば、二重の基準の基本思想にある精神的自由に関して厳格審査を行うという審査方法を確立することこそが重要である。3 重の基準論は二重の基準論が確立した後に、その後の判例の展開に委ねることで足りよう。

二重の基準論によれば、いかなる違憲審査基準が用いられることになるか。経済的自由規制立法については一般に合理性の基準が用いられるが、判例でも合理性基準によって審査されている。近時先例として援用される証券取引法 240 条合憲判決(最大判平成 14.2.13 民集 56-2-331)は、立法目的の正当性、達成手段たる人権制限の必要性・合理性を審査し、合憲の結論を導いている。かつて判例が展開した職業の自由に関する積極目的・消極目的二分論(小売市場最高裁判決、薬事法最高裁判決参照)は、1990 年代以降の判例ではすでに用いられていない。

これに対して、精神的自由規制立法に対する厳格審査の基準としては、さまざまなものが考えられる。1980 年代までの憲法学説では、事前抑制禁止の基準、明確性の基準、明白かつ現在の危険の基準、LRA の基準な

どが提唱されていたが、その後、アメリカの憲法判例が厳格審査基準として「必要不可欠な(やむにやまれぬ)政府利益」(compelling state interest)を要求し、他方で、中間審査基準として実質的関連性(substantive relationship)を要求するという審査基準をとっていることを参考にして、前述の3重の基準論を提唱する学説は、①厳格審査では立法目的と達成手段がともに必要不可欠でなければならないとする基準(「必要不可欠の基準」)、②中間審査では実質的関連性の基準ないしLRAの基準、③ゆるやかな審査基準としては合理性基準ないし合理的関連性の基準、がそれぞれ妥当する、と説いている(芦部)。私見のように二重の基準論の原義に沿って二重の審査基準の確立を説く場合、どのような論理枠組みに依拠するか、そして、とくにどの基準を主たる厳格審査基準とするかが問題になる。この選択は、違憲審査基準の意義とも関連して相当に難しいが、基準としては「実質的関連性」の基準を中心に置いて、論理枠組みを構成するのが妥当であろう。すなわち、論理枠組みとしては、①人権規制立法の規制目的が必要不可欠かどうか、②採られた規制手段が規制目的と実質的に関連しているかどうか、というものである。そして、「実質的関連性」の有無の判断にあたって規制の必要性・合理性を厳密に検討すると同時に、LRAの基準(他の代替手段がないか)や比例原則(ドイツ連邦憲法裁判所の採用している違憲審査基準で、とくに目的と手段とが釣り合っているか)の視点を加味して合憲性を審査することが妥当であると考えられる。

なお、ここで厳格審査といっても、アメリカ判例のように、compelling interestの基準が持ちだされるとほぼすべての場合に違憲の結論が導き出されるというような、結論誘導的な違憲審査基準であってはならない。むしろ、合理性審査と厳格な審査という2段階の違憲審査基準の双方において、一方では、合理性の基準が用いられるゆるやかな審査においても不必要・不合理な立法は違憲と判断されるし(森林法違憲判決がその例)、他方では、実質的関連性の基準による厳格審査に拠っても規制がどうしても必要であると考えられる場合には合憲と判断されることがあるのである。この意味では、違憲審査基準は合憲・違憲を判断するための基準であるといっても、法律の合憲違憲の結論を切り分ける鋭い論理ではなく、違憲審査にあたって規制立法にどの程度の必要性・合理性を

求めるかについての基準を示すもの、いわば合憲か違憲かの「めやす」を示すものにとどまる。したがって、違憲審査の基準は、法律の合憲性の判断にあたっての判断枠組みであるにとどまり、当該法律が合憲か違憲かは、当該法律の規制の目的・趣旨、規制手段の大要、程度、規制される人権の種類、規制の程度などを(厳格かゆるやかかという審査枠組みの下で)具体的に審査することによって決定されるというべきである。

- (イ) 近年、ドイツの3段階審査の方法が日本に紹介され、支持が高まっている。3段階審査とは、人権を制限する国家行為の合憲性の審査にあたって、①当該国家行為の規制する行為がどの基本権保護領域(Schutzbereich)によって保護されているか、②当該国家行為は当該基本権に介入(Eingriff)しているか、③当該国家行為による基本権制限は何らかの理由によって正当化(Rechtfertigung)されるか、という3段階で審査を行うというものである。①の保護領域の問題は、すでに憲法13条の保護領域との関係で説明したように、ある人権制限が争われた事案で、国家権力による制限を受けた行為がどの人権規定によって保護されているか、という問題である。②の介入は、当該事案において、国家権力による人権制限があったか、という論点であり、たとえば、ドイツでの問題になったように、小学校の教室に十字架を掲げることを命ずる法令が生徒の信教の自由を侵害するか、という問題である。日本では、君が代斉唱の職務命令が、君が代に反対する思想をもっている教員の思想に対する制約になるかどうかの問題になった。本件では、民法750条が婚姻に際して一方の改氏を要求している以上、それが「氏名の変更を強制されない権利」の制限になることは疑いない。③の正当化は、日本の違憲審査論では一般的な、規制の合憲性の審査であり、まさに違憲審査の基準によって合憲かどうか審査される。もっとも、ドイツでもちだされる基準は比例原則であり、アメリカのような二重の基準ではない。そして、違憲審査基準としての比例原則は、規制の目的と規制手段たる人権制限との関係で、目的と手段が釣り合っているかを審査することになる。ドイツでは、必要性、適合性、狭義の比例性の3点から審査される。もっとも、比例原則は現在ヨーロッパ人権裁判所をはじめイギリス、フランスの裁判所でも用いられるようになっており、そこでは目的と手段の均衡をみる点では共通しているが、具体的な審査方法はさまざまであ

る。

- (ウ) これに対して、日本の判例では、違憲審査基準による審査は明確には行われておらず、むしろ比較衡量の手法が用いられている。それは、公務員の政治的行為の制限の合憲性が争われた堀越事件・世田谷事件最高裁判決(最判平成 24 年 12 月 7 日)が、「本件罰則規定の目的のために規制が必要とされる程度と、規制される自由の内容及び性質、具体的な規制の態様及び程度等を較量して決せられるべきものである」と説いたものである。この点を敷衍して、千葉勝美補足意見は、「近年の最高裁大法廷の判例においては、基本的人権を規制する規定等の合憲性を審査するに当たっては、多くの場合、それを明示するかどうかは別にして、一定の利益を確保しようとする目的のために制限が必要とされる程度と、制限される自由の内容及び性質、これに加えられる具体的制限の態様及び程度等を具体的に比較衡量するという「利益較量」の判断手法を採ってきており、その際の判断指標として、事案に応じて一定の厳格な基準(明白かつ現在の危険の原則、不明確ゆえに無効の原則、必要最小限度の原則、LRA の原則、目的・手段における必要かつ合理性の原則など)ないしはその精神を併せ考慮したものがみられる。もっとも、厳格な基準の活用については、アプリアリに、表現の自由の規制措置の合憲性の審査基準としてこれらの全部ないし一部が適用される旨を一般的に宣言するようなことをしないのはもちろん、例えば、『LRA』の原則などといった講学上の用語をそのまま用いることも少ない。また、これらの厳格な基準のどれを採用するかについては、規制される人権の性質、規制措置の内容及び態様等の具体的な事案に応じて、その処理に必要なものを適宜選択して適用するという態度を採っており、さらに、適用された厳格な基準の内容についても、事案に応じて、その内容を変容させあるいはその精神を反映させる限度にとどめるなどしており(例えば、最高裁昭和 58 年 6 月 22 日大法廷判決・民集 37 卷 5 号 793 頁(「よど号乗っ取り事件」新聞記事抹消事件)は、「明白かつ現在の危険」の原則そのものではなく、その基本精神を考慮して、障害発生につき「相当の蓋然性」の限度でこれを要求する判示をしている。)、基準を定立して自らこれに縛られることなく、柔軟に対処しているのである」と述べている。

最高裁判例にいう比較衡量論は、一方では規制の目的において達成

されるべき利益と、他方では規制によって制限を受ける憲法上の権利とについて、規制の必要性、規制の程度や態様、規制される権利の性質や制約の程度などを衡量するものであるので、その審査は実質的に比例原則による審査に類似する。とくに、比較衡量論として目的＝手段の審査がなされる場合にその類似性は顕著である。そして、その衡量が詳細になされるのであれば、つまり、立法事実が厳密に検証されるのであれば、合理性の基準によっても合憲・違憲の妥当な結論を導くことは可能である。

以上の(ア)(イ)(ウ)の違憲審査基準・方法論を踏まえて民法 750 条の違憲審査基準としては、私見では、氏名の変更を強制されない権利が人格権と密接に結びついているので、二重の基準論のうちの厳格な審査基準である実質的関連性の基準によって審査されるのが最も妥当であると解される。しかし、最高裁判例において、比較衡量による審査が基本とされている以上、合理性基準によって審査をすることもありうると解される。もっとも、千葉勝美補足意見で論及されているように、比較衡量論を基本としながらも、適宜、厳格な審査基準を採用することもありうるので、実質的関連性基準を用いることも可能と解される。ずれにせよ、その審査では、目的の正当性と手段の必要性・合理性の審査がなされるべきである。

### (3)民法 750 条の目的＝手段審査

民法 750 条の目的＝手段審査では、民法 750 条の立法目的が正当か、手段としてとられた同氏原則が目的達成のために必要かつ合理的かが審査される。

民法 750 条の立法目的について、原告準備書面(4)28 頁によれば、民法 750 条の制定時において、立法目的は明確ではなく、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つたとする。また、1990 年頃から夫婦同氏強制は「家族の一体感の醸成」に資するなどの意見が表れるようになったともいわれている。

立法目的は立法の際の議会での議論から明らかになるものであるが、立法目的が不明確なこともまれではない。いずれにせよ、立法目的の確定は、違憲審査権を行使する裁判所の任務であり、議会での議論にとらわれずに立法の意図、社会的影響などの要素を勘案しながら確定されるべきものである。そして、夫

婦同氏原則は、婚姻・家族が社会のなかの構成単位として憲法上も尊重されていることから、婚姻したパートナーであることを社会的に公示し、その結合を促進することにあると考えられる。その意味で、立法目的として「家族の一体感の醸成」ないし「家族の一体性の確保」を立法目的と認定し、そして、それ自体は正当な目的とみることができる。

それでは、家族の一体性の確保という目的にとって、夫婦同氏原則は必要で合理的なものといえるか。家族の一体性の確保のために、夫婦同氏原則が必ず必要であるとまでいえないことは疑いない。夫婦別氏の下でも夫婦・家族の一体性は十分に確保されうるし、また、諸外国をみてもむしろ夫婦別氏が一般的になっていることから、夫婦同氏原則は必ずしも必要なものではない。とはいえ、夫婦同氏原則が家族の一体性の確保を一定の限度で促進する効果があることも否定できないところである。また、旧来から夫婦同氏原則が採用されてきており、社会的に受容されていることもまた認められなければならない。その意味で、婚姻にあたって、夫婦同氏とすることを法律で原則的に定めることそれ自体は違憲とまではいえないように思われる。少なくとも民法 750 条の制定当時において違憲とはいえないのではなかろうか。

しかし、先に引用した非嫡出子法定相続分違憲判決が説くように、時の経過とともに結婚観、家族観は大きく変化し、婚姻に対する社会意識も変遷してきている。そして、原告らのように、婚姻による氏の変更を望まない多数の人々が現れるようになってきている。そこでは、「氏名の変更を強制されない権利」の権利性が強く認められ、民法 750 条の立法目的である家族の一体性の確保の要請に優越する利益になっている。つまり、民法 750 条による同氏の強制が、原告らのような夫婦別氏を望む人たちに対して過剰規制となっており、まさに原告らの「氏名の変更を強制されない権利」を違憲的に制限するものとなっているのである。民法 750 条の夫婦同氏の強制は、現時点においては、少なくとも氏の変更を嫌う原告らとの関係では、憲法 13 条の人格権の一内容としての氏名の変更を強制されない権利を侵害して違憲というべきである。

#### (4)民法 750 条の違憲の状況

以上のような理由から民法 750 条が違憲であると判断する場合、その違憲性に関連してなおいくつか検討しなければならないところがある。民法 750 条のこの部分が違憲か、そして、いつから違憲となったか、である。

民法 750 条は制定当初は合憲であったが、婚姻・家族の変化、社会意識の変化とともに同氏の強制が同氏を拒否する人々の「氏名の変更を強制されない権利」を侵害して違憲のものとなったと考える場合には、民法 750 条が全面的に違憲無効となるということにはならない。民法 750 条は家族の一体性の確保という立法目的に資する面があることは否定できず、また、実際に夫婦同氏になりたいと考えて改姓する夫婦にとっては、民法 750 条は権利制限的に働いてはいない。そうすると、民法 750 条の違憲性は、夫婦同氏を定める部分にあるのではなく、同氏原則のほかにも別氏のまま婚姻できるという選択的別氏制度を認めていないという、立法不作為の部分にあることになる。あるいは、民法 750 条の制定当初は立法不作為は違憲とまではいえなかったが、「氏名の変更を強制されない権利」の権利性が強められてきたことに応じて選択的別姓制度を取り入れる法改正をしなかったことが違憲となったのである。

違憲となった時点がいつかという問題は、民法 750 条の夫婦同氏強制に対する不満や批判が徐々に、さまざまなかたちで現れてきたこと、婚姻・家族に関する社会意識の変化も徐々に醸成されてきたこと、民法 750 条の改正の動きがしばしばみられ、女子差別撤廃条約の批准もあることなど、さまざまな要因があるので確定は困難である。しかし、あえていえば、原告主張のように、法制審議会が「民法の一部を改正する法律案要綱」を法相に答申し、民法改正案の国会提出が模索されたが挫折した 1996 年が違憲となった時点と考えるのが妥当であろう。

#### (5) 憲法 24 条、憲法 14 条違反

なお、これまで論じてこなかったが、夫婦同氏の強制は、氏の変更を嫌い結婚しない人々との関係では、憲法 24 条の保障する結婚の自由を侵害するものであり、憲法 24 条にも違反する。また、婚姻とともに改姓するのが圧倒的に女性である点において、民法 750 条は女性に対する間接差別として機能しており、憲法 14 条にも違反する。

#### (6) 民法 750 条の法改正をしないことの国賠法上の違法性

民法 750 条の違憲性が、婚姻に際して婚姻前の氏を変更したくないと考える人々の「氏名の変更を強制されない権利」を侵害して違憲であるという点にあるとすれば、その国賠法上の違法性についても、2005 年判決の第二要件に照

らして違法であるということができると解される。

第二要件は、「国民に憲法上保障されている権利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」というものであり、憲法上の権利が「氏名の変更を強制されない権利」であるとすれば、上記のような選択的夫婦別氏制度を認めていない現行法については、「氏名の変更を強制されない権利」の行使を確保するために選択的夫婦別氏制度を取り入れること、ないしは、選択的夫婦別氏制度を導入すべく法改正することが必要不可欠であり、それが明白であるといえる。そして、1996年の改正法の国会提出の機会を失して以降、長期にわたって法改正を怠っているのであるから、この立法不作為は第二要件を充たすというべきである。

#### (7)民法 750 条の違憲性を宣言し、国賠法上の違法性を否定する判決について

控訴審において、民法 750 条の違憲性が認められ、国賠法上の違法性も認められた場合には、控訴人らの全面勝訴となり、これに勝る喜びはない。

しかし、控訴審判決では、受刑者選挙権に関する大阪高裁判決のように、民法 750 条の違憲性を認めつつ、国賠法上の違法性を否定するという判断もありうる場所である。そして、民法 750 条に対する国家賠償請求訴訟を提起した控訴人らの第一のねらいが民法 750 条の違憲判断を勝ち取ることにあることにかんがみれば、民法 750 条の違憲判断が得られれば、控訴人らの訴訟提起の目的は達成されたということができ、したがって、控訴審判決として民法 750 条の違憲性を認定しつつ国家賠償請求を棄却するという判決であっても満足できる場所である。

しかし、このような判決の最大の問題点は、民法 750 条を違憲とした判断につき、最高裁判所で審査されないことである。これまでも、法令ないし国家行為の違憲性が国家賠償訴訟によって争われる事件において、国家行為が違憲であると宣言しつつ国家賠償請求は斥けるという判決がみられた。首相の靖国参拝をめぐる訴訟において、中曾根首相の参拝に関する仙台高裁判決（仙台高判平成 3 年 1 月 10 日行集 42 卷 1 号 1 頁）、小泉首相の参拝に関する大阪高裁判決（大阪高判平成 17 年 9 月 30 日訟月 52 卷 9 号 2979 頁）がその例である。しかしこれらの判決に対しては、靖国参拝の政教分離違反の判断がいわば傍論においてなされたに過ぎず、最高裁判所への上訴によって審査の機会がないこ

とに対して批判的な意見が有力に唱えられた。私も、その批判に同調する。

たとえば、受刑者選挙権に関する大阪高裁の違憲判決において、公選法 11 条 1 項 2 号を違憲無効と判示したことは高く評価されるが、それではその違憲判決はどのような効果をもつのか。その違憲判決は、結論的には被控訴人たる国を勝訴させるものである以上、公選法 11 条 1 項 2 号を違憲とした判断について被控訴人たる国は上告して争いたくとも、上告することはできない。他方、公選法 11 条 1 項 2 号を違憲とした判決は、判決主文との関係では傍論における判断にすぎず、その判断が公選法 11 条 1 項 2 号を改廃すべきことを立法者に義務づけているかどうかは明確ではない。しかし、翻って考えると、受刑者の選挙権を否定する公選法 11 条 1 項 2 号の合憲性は、本来最高裁判所で審査されるべきことがらであり、高等裁判所の判断が終局的になることは好ましくない。否、むしろ裁判所で違憲とされた法律の処理という観点からいえば、法令ないし国家行為の違憲の判断が高裁段階で止まってしまうことは、そもそも許されないことである。

以上の考慮を踏まえるならば、本件事案においても、民法 750 条を違憲としつつ国賠法上の違法性を否定する判決を下すべきではなく、むしろ、ノミナルダメージとして、国賠法上の違法性も肯定して、控訴人らに一律 1 万円（2005 年判決のように各 5000 円でもよいし、極端な場合には、1 円でもよい）の慰謝料を認める判決を下すのがよいと考える。それによって国側の上告が可能となり、民法 750 条の違憲の判断が最高裁判所の審査の対象となり、最高裁判所の民法 750 条の合憲性についての終局的な判断を得られることになるからである。

ノミナルダメージとして形式的に損害賠償請求を認めるという判決は、これまでの日本の判例ではなかったものである。しかし、2005 年在外選挙違憲判決が上告人に各 5000 円の慰謝料を認めたのは、ノミナルダメージの処方をは認める端緒となるものであったとみることができる。いずれにせよ、国家賠償請求訴訟で立法（不作為）を争う訴えでは、本意見書の「はじめに」に記したように、法令ないし国家行為の違憲性の確認こそが求められている。したがって、裁判判決では、問題となった法令ないし国家行為の違憲性について特別に審理判断を行い、そして、上告の道を開くためにノミナルダメージによる損害賠償請求を認容することが、有用かつ必要となるのである。ノミナルダメージによる損害賠償請求を肯定するという判断方法は、憲法訴訟の活性化ないしは

(最高)裁判所による憲法判断の実質化のために、ぜひとも採用することが望まれる。

おわりに

婚姻・家族のあり方は、時代の流れとともに大きく変化してきている。立法による解決が求められているが、立法の動きは鈍い。裁判所の違憲審査権の行使にかかる期待は大きく、また、最高裁判所も違憲審査を活性化させる方向に向かっている。

違憲審査は、国会が制定した民主的な法律の効力を否定するものであるので、控えめに行使されるべきであると説かれる。しかし、現行の法律に不備・不合理があり、立法者も改めない場合には、積極的に違憲審査権を行使すべきである。違憲審査権は、10年後、20年後のあるべき立法を見据えて、将来を先取りするように行使されなければならない。

原判決は、民法750条が合憲かどうかの判断に立ち入ることを徹底的に避け、その結果、論理の通らない奇妙な判決になった。控訴審では、原審の誤りを匡し、民法750条の合憲性に正面から立ち入り、毅然とした判決を下して下さることを期待してやまない。

所属・地位 早稲田大学大学院法務研究科教授

【学歴】

1966年3月 東京教育大学附属高等学校 卒業  
1966年4月 東京大学教養学部文科1類 入学  
1968年4月 東京大学法学部1類 進学  
1970年3月 東京大学法学部1類 卒業  
1970年4月 東京大学法学政治学研究科大学院公法課程修士課程入学  
1972年3月 東京大学法学政治学研究科大学院公法課程修士課程修了  
1972年4月 東京大学法学政治学研究科大学院公法課程博士課程進学  
1977年3月 東京大学法学政治学研究科大学院公法課程博士課程単位取得退学

【職歴】

1976年4月 立教大学法学部助手  
1978年4月 日本大学法学部講師  
1982年4月 筑波大学社会科学系助教授  
1989年2月 筑波大学社会科学系教授  
1996年4月 早稲田大学法学部教授  
2004年4月 早稲田大学大学院法務研究科教授（現在に至る）

【本意見書に係る主要論文（1990年以降）】

1. 「信教の自由と剣道受講義務」筑波法政16号1-37頁（1993年）
2. 「科学技術規制の憲法問題」ジュリスト1022号82-87頁（1993年）
3. 「外国人の社会保障」法学セミナー462号76-80頁（1993年）
4. 「自己決定権の意義と射程」芦部古稀祝賀『現代立憲主義の展開上』（有斐閣）325-358頁（1993年）
5. 「自己決定権の意義と範囲」法学教室36-42頁（1993年）
6. 「違憲審査権と立法裁量論」憲法理論研究会編『違憲審査制の研究』（敬文堂）137-171頁（1993年）
7. 「ドイツ連邦憲法裁判所の現況とその後」ジュリスト1037号53-58頁（1994年）
8. 「在外日本国民の選挙権」法学教室162号39-45頁（1994年）
9. 「私立高校での校則違反を理由とする自主退学処分をめぐる憲法上の問題点」日本大学司法研究所紀要5巻97-120頁（1994年）
10. 「司法権・違憲審査制の50年」法律時報66巻6号85-91頁（1994年）
11. 「国の関与しない違憲判決？」法学教室166号59-64頁（1994年）
12. 「信教の自由と宗教的人格権」法学セミナー476号76-80頁（1994年）
13. 「学問・科学研究の自由」樋口編『講座憲法学4』79-103頁（1994年）

14. 「学問研究の自由の限界」法学セミナー479号66-70頁(1994年)
15. 「職業の自由と違憲審査」法学教室174号26-34頁(1995年)
16. 『ドイツの憲法判例』(栗城=戸波=根森共編、ドイツ憲法判例研究会編)(信山社)(1996年)
17. 「教育場所選択の自由と大学入学請求権」【前掲『ドイツの憲法判例』所収】234-239頁(1996年)
18. 「在外選挙の選挙法上の問題点(一)(二)」筑波法政19号115-144頁、同20号23-49頁(1996年)
19. 「生存と人権」奥平=杉原編『憲法を学ぶ〔第3版〕』(有斐閣)145-164頁(1996年)
20. 「司法権・違憲審査制の50年」樋口=森=高見=辻村編『憲法理論の50年』(日本評論社)109-131頁(1996年)
21. 「国の基本権保護義務と自己決定のはざままで——私人間効力論の新たな展開」法律時報68巻6号126-131頁(1996年)
22. 「裁判を受ける権利」ジュリスト1089号279-284頁(1996年)
23. 「幸福追求権の構造」公法研究58号1-27頁(1996年)
24. 「座談会・違憲審査制の活性化のために」(新井章=今村嗣夫=戸波江二=河野敬)自由と正義47巻11号87-112頁(1996年)
25. 「第3章国民の権利義務・総説」「10条」「11条」小林=芹沢編『基本法コンメンタール憲法〔第4版〕』50-65頁(1997年)
26. 『在外選挙——外国の制度と日本の課題』(岡澤憲英=戸波江二共編)(インフォメディア・ジャパン)(1998年)
27. 「在外選挙について」自治省編『地方自治論文集』371-384頁(1998年)
28. 「座談会・憲法訴訟の現在と未来」〔浦部法穂=江橋崇=戸波江二=野中俊彦〕法学セミナー521号27-51頁(1998年)
29. 『憲法〔新版〕』(ぎょうせい、1998年)
30. 「インタビュー記事での不正確な引用の『虚偽』性と名誉毀損」憲法訴訟研究会・芦部信喜編『アメリカ憲法判例』(有斐閣)26-33頁(1998年)
31. 「最高裁判所の憲法判例と違憲審査の活性化」法曹時報51巻5号1-40頁(1998年)
32. 『ドイツの最新憲法判例』(栗城壽夫=戸波江二=石村修共編、ドイツ憲法判例研究会編)(信山社)(1999年)
33. 「学問の自由」高橋和之=大石編『憲法の争点〔第3版〕』124-127頁(1999年)
34. 「科学技術の発展と人間の尊厳」栗城=戸波=青柳編『環境・科学技術・人間』(信山社、1999年)103-126頁
35. 「被害者の人権・試論上」法律時報71巻10号17-22頁(1999年)
36. 「憲法・行政法分野からみた司法改革の課題」月刊司法改革1999年10月号40-46頁
37. 「鼎談・司法制度改革審議会意見書をめぐって・意見書の論点、裁判官制度・法曹一元・最高裁判所」〔大野正男=竹下守夫=戸波江二〕ジュリスト1208号66-87頁(2000年)

年)

38. 「憲法訴訟論の現代的課題」 法学教室 253号 14-22頁(2001年)
39. 「国民教育権論の現況と展望」 日本教育法学会年報 30号 36-45頁(2001年)
40. 「国民教育権論の展開」 日本教育法学会編『講座現代教育法 1 教育法学の展開と 21世紀の展望』(三省堂、2001年) 107-125頁
41. 「学問の自由と科学技術の発展」 ジュリスト 1192号 112-119頁(2001年)
42. Koji Tonami, Die Öffnung des japanischen Verfassungsstaates gegenüber regionaler und internationaler Verantwortung für Wirtschaft, Sicherheit und Umwelt, Pitschas/Kisa (Hrsg.), Internationalisierung von Staat und Verfassung im Spiegel des deutschen und japanischen Staats- und Verwaltungsrechts, Duncker & Humblot, 2002, S.79-92.
43. 「人権論としての子どもの『成長発達権』」 子どもの人権と少年法に関する特別委員会/子どもの権利に関する委員会編『少年事件報道と子どもの成長発達権』(現代人文社、2002年) 204-219頁
44. 「憲法からみた教育基本法改正の問題点」 季刊教育法 136号 4-9頁(2003年)
45. 「戦後憲法学における立憲主義」 全国憲法研究会編『憲法問題[14]』(三省堂、2003年) 75-91頁
46. 「人権論の現代的展開と保護義務論」 樋口=上村=戸波編(栗城古稀記念)『日独憲法学の創造力上』(信山社)2003年 699-749頁
47. 『ドイツの憲法判例(第2版)』(栗城=戸波=根森共編、ドイツ憲法判例研究会編)(信山社、2003年)
48. 「憲法裁判の発展と日本の違憲審査制の問題点」 ドイツ憲法判例研究会編『憲法裁判の国際的発展』(信山社、2004年) 37-60頁
49. 「検閲概念の再検討」 高見=岡田=常本編『日本国憲法解釈の再検討』(有斐閣、2004年)163-189頁
50. Koji Tonami, Die Entwicklung der Verfassungsgerichtsbarkeit und die Probleme der richterlichen Prüfungsbefugnis über die Verfassungsmäßigkeit in Japan, Christian Starck (Hrsg.), Fortschritte der Verfassungsgerichtsbarkeit in der Welt --- Teil I, Nomos Verlag 2004, S. 15-33.
51. 「胎児の人権、死者の人権」 戸波ほか『生命と法』(成文堂、2005年) 1-49頁
52. 「被害者の人権のための人権論からのアプローチ」 被害者学研究 15号 3-20頁(2005年)
53. 『憲法ケースブック』(浦部法穂=戸波江二編)(日本評論社、2005年)
54. 「『君が代』ピアノ伴奏拒否に対する戒告処分をめぐる憲法上の問題点」 早稲田法学 80巻 3号 105-157頁(2005年)
55. 意見書「職務命令違反により懲戒処分を受けた者に対する再発防止研修命令をめぐる憲法上の問題について——とくに思想の自由との関連で——」(東京地方裁判所に提出)
56. 「憲法学における社会権の権利性」 芹田=棟居=薬師寺=坂元編『国際人権規範の形成と展開』(信山社、2006年) 377-406頁
57. The Development of the Idea of Human Rights in Japan, in: Edmund Ryden & Barbara Bundy(ed.), Human Rights in the Pacific Rim, p51-88, 2006. Fu Jen Catholic University Press

58. 「教育法の基礎概念の批判的検討」戸波＝西原編著『子ども中心の教育法理論に向けて』(エイデル研究所)18-70 頁(2006 年)
59. 「教育法の基礎概念の批判的検討」戸波＝西原編『子ども中心の教育法理論に向けて』(エイデル研究所 2006 年) 18-70 頁
60. 「座談会 戦後教育制度の変遷--戦後教育の軌跡と現況,将来の課題」(戸波江二＝兼子仁＝荻谷剛彦＝横田光平) ジュリスト 1337 号 2-31 頁(2007 年)
61. 「空港の騒音公害と人格権 ——大阪空港公害訴訟」高橋和之・長谷部恭男・石川健治編『憲法判例百選 1 [第 5 版]』(有斐閣、2007 年) 58-59 頁
62. Die Theorie und Praxis der Verfassungsänderung in Japan, in: Rainer Wahl(Hrsg.), Verfassungsänderung, Verfassungswandel, Verfassungsinterpretation, Duncker & Humblot Berlin, 2008, 147-164.
63. 『ドイツの憲法判例Ⅲ』(栗城＝戸波＝嶋崎共編、ドイツ憲法判例研究会編)(信山社、2008 年)
64. 『ヨーロッパ人権裁判所の判例』(戸波＝北村＝建石＝小畑＝江島編)(信山社、2008 年)
65. 「学問の自由」大石＝石川編『憲法の争点』(有斐閣、2008 年) 142-143 頁
66. 「鼎談・国籍法 3 条 1 項から見える『日本』」(近藤博徳＝木棚照一＝戸波江二)LAW AND PRACTICE 3 号 210-64 頁(2009 年)
67. 「最高裁・国籍法違憲判決コメント」憲法理論研究会編『憲法理論叢書 18 号・憲法学の未来』(敬文堂、2010 年) 175-180 頁
68. 「憲法学から企業を分析する視角」戸波江二編『企業の憲法的基礎』(日本評論社、2010 年) 1-38 頁
69. 「『君が代』起立斉唱の職務命令と思想および良心の自由」ジュリスト臨時増刊『平成 23 年度重要判例解説』(2012 年)18-19 頁
70. 「在外邦人選挙制限事件」石村＝浦田＝芹沢編『時代を刻んだ憲法判例』(尚学社、2012 年) 350-368 頁
71. 「近隣住民による開発許可取消訴訟における審理判断のあり方について」LAW AND PRACTICE 6 号 81-127 頁(2012 年)
72. 「法律と条例における抵触の判断方法」早稲田法学 87 巻 4 号 1-62 頁(2012 年)
73. 「成年被後見人の選挙権」早稲田法学 88 巻 4 号 (2013 年) 1-29 頁
74. 「成年被後見人が選挙権をもたないと定める公職選挙法 11 条 1 項 1 号を違憲無効と判示した東京地裁判決」実践成年後見 46 号 (2013 年) 37-49 頁