

平成26年（ネオ）第309号 上告提起事件
上告人 塚本協子 ほか4名
被上告人 国

上告理由書

2014（平成26）年6月4日

最高裁判所 御中

上記上告人ら訴訟代理人
弁護士 榊原 富士子
ほか18名

目次

第一 総論	7 頁
一 第1審判決及び原判決の判断枠組み	7 頁
1 第1審判決の判断の骨格	7 頁
2 原判決の判断の骨格	7 頁
二 民法750条の合憲性審査がまずなされるべきこと	8 頁
三 少数者の人権の切り捨て	9 頁
四 各論の序奏	10 頁
1 憲法14条1項、24条違反	10 頁
2 憲法24条1項違反	11 頁
3 憲法13条、24条2項違反	12 頁
4 国家賠償法1条1項の適用上、違法であること	12 頁
5 「家族の一体感の醸成」について	12 頁
五 民法750条制定(改正)の経緯、反対論、欠陥	13 頁
1 民法750条制定(改正)の経緯	13 頁
2 立案等時からの民法750条に対する反対論	14 頁
3 民法750条の規定の欠陥	14 頁
六 明治民法の家族法が、日本法制史上、特異な法律であったこと	15 頁
七 夫婦同一姓強制は、婚姻において本質的な事柄であるか	16 頁
1 福澤諭吉の主張	16 頁
2 穂積八束の主張	16 頁
3 個人の尊厳に立脚すべきこと	17 頁
八 婚外子相続分差別違憲大法廷決定(平成25年決定)との関係	17 頁
九 まとめ	18 頁
第二 氏名権(憲法13条)及び個人の尊厳(同24条2項)・個人の尊重(同13条)	20 頁
一 民法750条が氏名権ないし「氏の変更を強制されない自由」を不当に侵害するものとして憲法13条に違反すること	20 頁
1 氏名権	20 頁
(1) 氏名権が憲法13条により保障されること	20 頁
(2) 原判決の問題点	21 頁

2	新しい人権としての「氏の変更を強制されない自由」	22 頁
(1)	原判決の問題点	22 頁
(2)	「新しい人権」の要件	24 頁
3	民法 750 条による制約	26 頁
4	違憲審査基準	27 頁
5	民法 750 条の違憲性	28 頁
(1)	「やむにやまれぬ政府目的」も「極めて重要な政府利益」も存在しないこと	28 頁
(2)	立法目的は「正当」とすらいえないこと	29 頁
(3)	立法目的達成手段が必要最小限度とはいえないこと	31 頁
(4)	立法目的との合理的関連性すら認められないこと	31 頁
(5)	小括	33 頁
二	民法 750 条が個人の尊厳を侵害するものとして憲法 24 条 2 項及び同法 13 条に違反すること	33 頁
1	総論	33 頁
2	婚姻及び氏の制度としての側面と立法裁量権逸脱の判断基準	34 頁
3	民法 750 条の違憲性(立法裁量の逸脱)	37 頁
(1)	改正の必要性	37 頁
ア	日本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	37 頁
(ア)	平成 25 年決定が認める家族形態の多様化等	37 頁
(イ)	家族形態の多様化等に伴う氏の継続使用の必要性の高まり	37 頁
(ウ)	世論調査の分析に見てとれる国民意識の変容	38 頁
イ	諸外国の立法のすう勢	40 頁
ウ	日本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	41 頁
エ	氏に関わる法制等の変化	42 頁
オ	生来の氏を望む場合に受ける具体的不利益及び苦痛	44 頁
(ア)	上告人塚本協子(第一審塚本尋問調書)	44 頁
(イ)	上告人 A・上告人 B(第一審 A 及び B 尋問調書)	45 頁
(ウ)	上告人 C(第一審 C 尋問調書)	46 頁
(エ)	上告人 D(第一審 D 尋問調書)	46 頁
(オ)	(甲 129 陳述書)	47 頁

(カ)	(甲 130 陳述書)	47 頁
(キ)	(甲 131 陳述書)	48 頁
カ	小括	48 頁
(2)	改正の相当性	49 頁
4	結論	51 頁
三	国会の立法不作為の違法性	52 頁
第三	「婚姻の自由」と憲法 24 条	52 頁
一	「婚姻の自由」と民法 750 条による制約	52 頁
1	原判決の判断	52 頁
2	人権としての「婚姻の自由」の保障	53 頁
(1)	婚姻の意義	53 頁
(2)	「婚姻の自由」の意義と人権としての保障	53 頁
3	民法 750 条による「婚姻の自由」に対する制約	57 頁
二	民法 750 条の立法目的	58 頁
1	原判決の判示	58 頁
2	立法目的	58 頁
(1)	民法 750 条の制定過程	58 頁
(2)	仮定しうる立法目的	59 頁
3	立法目的の正当性	60 頁
(1)	「氏による共同生活の実態の表現という習俗の継続」の正当性	60 頁
ア	立法目的として求められる必要性	60 頁
イ	「個人の尊厳」及び「両性の本質的平等」との関係	61 頁
ウ	婚姻との関係	61 頁
エ	「夫婦」のあり方の多様化	61 頁
オ	小括	62 頁
(2)	「家族の一体感の醸成ないし確保」の正当性	63 頁
ア	立法目的として求められる必要性	63 頁
イ	「個人の尊厳」及び「両性の本質的平等」との関係	63 頁
ウ	婚姻との関係	63 頁
エ	「家族の一体感」	64 頁
オ	小括	65 頁

三	手段としての民法 750 条	65 頁
1	原判決の判示	65 頁
2	より制限的でない他の選びうる手段	66 頁
	(1) 「より制限的でない他の選びうる手段」の法理(LRA の法理)	66 頁
	(2) より制限的でない他の選びうる手段の存在	66 頁
	(3) 小括	67 頁
3	手段としての合理的関連性	67 頁
	(1) 手段の相当性についての原判決の判断	67 頁
	(2) ①男女間の自由かつ平等な意思に基づく協議による一方の改姓	68 頁
	(3) ②「氏による共同生活の実態の表現という習俗の継続」及び「家族の一体感の醸成ないし確保」の促進	69 頁
	(4) ③旧来からの社会的受容と現在の国民の支持	70 頁
	(5) 手段としての合理的関連性をさらに失わせた事情	71 頁
	(6) 小括	72 頁
四	国会の立法不作為の違法性	72 頁
第四	平等権(憲法 14 条 1 項及び 24 条)	73 頁
一	はじめに	73 頁
二	民法 750 条による女性差別の招来	74 頁
1	制定時における不十分な氏の改革と差別結果の予想・批判	74 頁
	(1) 家制度の結果としての夫婦同氏強制	74 頁
	(2) 不十分な戦後改革と起草者らの結果不平等の予想	74 頁
	(3) 改正前後からの厳しい批判	75 頁
	(4) 研究者らによる民法 750 条の分析	75 頁
	(5) 小括	76 頁
2	氏と戸籍の連動	76 頁
3	社会における男女間格差	77 頁
	(1) 雇用の場における男女の不平等	77 頁
	(2) 家庭における役割分業	77 頁
	(3) 男女間格差と夫婦の氏	78 頁
4	まとめ	78 頁

三	民法 750 条が憲法 14 条、24 条の平等権を侵害していること	79 頁
1	憲法 14 条 1 項の意義	79 頁
(1)	判例	79 頁
(2)	性別による差別禁止の強い要請	79 頁
(3)	女性差別撤廃条約等による平等概念の発展	79 頁
(4)	国内法における平等概念の発展	80 頁
ア	男女共同参画社会基本法	80 頁
イ	雇用機会均等法	81 頁
ウ	労働以外の分野での裁判例	81 頁
(5)	まとめ	82 頁
2	憲法 24 条の意義	82 頁
3	民法 750 条の違憲性	83 頁
(1)	民法 750 条は間接差別以上の差別規定である	83 頁
(2)	夫婦の氏に関する国内事情	83 頁
(3)	夫婦の氏に関する国際情勢	83 頁
ア	諸外国の状況	83 頁
イ	条約の遵守と憲法解釈	84 頁
(4)	違憲無効判決の必要性	84 頁
ア	民法 750 条の改正なしに夫婦の氏の平等は実現しないこと	84 頁
イ	司法判断の必要性	85 頁
四	まとめ	86 頁
第五	女性差別撤廃条約に関する解釈の誤りによる憲法 98 条 2 項違反	86 頁
一	17 年判決の枠組における「国民に条約上保障されている権利」の内容	86 頁
二	民法 750 条の改正が必要不可欠であること	88 頁
三	直接適用可能性ないし自動執行性	89 頁
1	原判決の問題点	89 頁
2	締約国の条約実施義務の規定は直接適用可能性否定の理由とはならない	90 頁
3	権利付与の有無は文言の形式によって決定されるものではない	92 頁
4	個人に対する権利付与は、直接適用可能性の要件ではない	92 頁
四	結論	93 頁
第六	結論	94 頁

原判決は、憲法 13 条、14 条 1 項、24 条 1 項、2 項に違反する。

原判決は、憲法 98 条 2 項の解釈を誤り、女性差別撤廃条約 16 条 1 項(b)、(g)に違反する。

原判決は、国家賠償法 1 条 1 項の解釈を誤り、理由不備の違法がある。

第一 総論

一 第 1 審判決及び原判決の判断枠組み

1 第 1 審判決の判断の骨格

第 1 審判決は、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場合につき、最高裁平成 17 年 9 月 14 日大法廷判決(民集 59 卷 7 号 2087 頁。以下、「17 年判決」という)の判断基準を採用の上、それを根拠として、上告人らが、民法 750 条は憲法 13 条、24 条に違反すると主張したのに対して、「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 項の適用上、違法の評価を受けるものではない」、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、上告人らの主張は失当であるとした。次いで、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、憲法を根拠とする上告人らの請求は理由がないとした。最後に、女性差別撤廃条約 16 条 1 項(b)、(g)が、我が国の個々の国民に対し、直接権利を付与するものとはいえず、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権利を保障するものであるともいえないから、いずれにしても、その余の点について判断するまでもなく、女性差別撤廃条約を根拠とする上告人らの請求も理由がないとした。

2 原判決の判断の骨格

原判決は、国家賠償法上の違法性判断の枠組について、やはり、まず民法 750 条の合憲性審査をすることなく、17 年判決の基準を引用の上、「氏の変更を強制されない権利」が憲法 13 条により「国民に憲法上保障されている権利」であるか否か、また、「婚姻の自由」が憲法 24 条により「国民に憲法上保障されている権利」であるか否か、さらに、女性差別撤廃条約により「国民に条約上保障されている権利」であるか否かについて、検討し、いずれについ

ても、これを消極に解し、上告人らの請求は理由がないとした。

二 民法 750 条の合憲性審査がまずなされるべきこと

- 1 原判決が指摘する「国会議員の立法行為又は立法不作為が同項（国家賠償法 1 条 1 項の意）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」との点を前提としても（以上は、17 年判決が述べる所であり、また、これは、おおむね最判昭和 60 年 11 月 21 日民集 39 卷 7 号 1512 頁（以下「60 年判決」という）に由来する。）、その趣旨の要点は、立法内容の違憲性の問題と国会議員の立法不作為の違法性とは「区別」されるべきであり、立法内容の違憲性が「直ちに」立法不作為の国家賠償法上の違法性を導くものでないことにある。「直ちに」影響しないにしても、立法内容の違憲性は、国家賠償法上の国会議員の立法不作為の違法性の判断に当たり、枢要な位置を占めることに変わりはない。なぜなら、立法内容が憲法に違反することが明らかな場合、国会議員は、直ちにこれを憲法に適合するように改正する職務上の法的義務を国民に対して負うというべきであるからである。
- 2 もちろん、原判決が、17 年判決を引用して指摘する、「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」との部分のうち、国家賠償法上違法とされる例外的場合の要件の一つである「国民に憲法上保障されている権利」の存否だけを判断すれば足りるとの考えがありうる。第 1 審判決及び原判決の立場である。
- 3 しかし、民法 750 条が憲法 13 条、14 条 1 項、24 条 1、2 項に違反することが、まず確定されれば、それが、民法 750 条を改正しない国会議員の立法

不作為の国家賠償法上の違法性の有無、程度の判断に重大な影響を与えることは、明らかである。また、国家賠償法 1 条 1 項の適用上違法となる例外としての要件の「国民に憲法上保障されている権利」の観点から説明すれば、民法 750 条が憲法 13 条、14 条 1 項、24 条 1、2 項に違反することが明らかであるとされれば、これを迅速に改正しない国会議員の立法不作為は、「国民に憲法上保障されている権利」を特定するまでもなく、「国民に憲法 13 条、14 条 1 項、24 条 1、2 項により保障されている権利」を違法に侵害することが明白になるのではないだろうか。判断手法として、まず「国民に憲法上保障されている権利」の存否の判断から入っていくと、どうしても、その権利性の判断が、必要以上に厳格になされることを恐れるものである。

- 4 したがって、民法 750 条の規定の憲法適合性の判断は、「国民に憲法上保障されている権利」の存否の判断に先立って、まずなされるべきである（甲 106 の 1、戸波意見書 17 頁以下、45 頁以下参照）。

つまり、上告人らの主張は、民法 750 条の規定は、憲法 13 条、14 条 1 項、24 条 1 項、2 項に違反することが明らかであり、民法 750 条は、憲法 13 条、14 条 1 項、24 条 1 項、2 項に違反しない規定に迅速に改正されるべきであった、その改正がなされないために、すなわち、国会議員の正当な理由のない長期間にわたる立法不作為、怠慢により、上告人らは、憲法 13 条、14 条 1 項、24 条 1 項、2 項により保障されている権利、すなわち、氏名権、氏の変更を強制されない自由、平等権、婚姻の自由を違法に侵害されていることが明らかである、というものである。

三 少数者の人権の切り捨て

原判決を言い渡されて感じるのは、日本において、少数者の人権はどこへ行ったのであろうか、という点である。民法 750 条が規定する夫婦同一姓強制制度（このように表現するのが、民法 750 条の本質を最も適切に現していると思われる。）の「被害者」と言ってもよい、上告人らの声は、無視してよいのであろうか。96%以上の女性は、夫の姓を名乗っている、このような夫優位の世間の流れに従えないような女性は、日本の社会の秩序を乱す異端者であると、切り捨てるようなことをしてよいのであろうか。原判決の結論を容認すれば、これを認めると同じことである。「個人の尊厳」（憲法 24 条 2 項）「個人としての尊重」（憲法 13 条）に対する考慮はどこへいったのか。

そうであってはならない。民法 750 条が憲法 13 条、14 条 1 項、24 条 1 項、2 項に違反することは、明らかである。したがって、民法 750 条は、結婚する男女が個人として尊重されるような制度に迅速に改正されるべきであった。そうでなければ、民法 750 条が規定する夫婦同一姓強制制度の「被害者」といってよい上告人らの苦しみは、いつまでも解消されない。上告人塚本は、「塚本の名で死にたい。」と切々と訴えている。このような願いを憲法上、無意味なものとして無視してよいのであろうか。また、上告人らだけではなく、同じように苦しんでいる妻は多いのではなかろうか。通称使用を求める積極的行動に出ることまでしなくても、泣き寝入り状態にいる人々も多いと推測される。妻が個人として尊重される制度であって、はじめて対等な夫婦といえる。これは、単に妻の側の問題にとどまらない。民法 750 条が、夫が意識しないうちに妻を抑圧している制度であることに気付けば、夫の側からも、そのような制度に賛成するはずがない。夫にとっても、重要な問題であることに気付くべきなのである。夫は、自分の姓を変更しないことから、妻がその姓の変更に抵抗があるか否かを考えることすらしないのが普通であろう。民法 750 条により同一の姓が強制されることから、結局、夫の姓が強制（当事者が「強制」と意識するとしないとにかかわらず。もちろん、夫の姓に変更することを希望する妻の存在を否定するものではない。）されるのである。

以下において、各論においてなされる主張の序奏を、重複があるかもしれないが、試みる（また、各論自体においても、主張する憲法の条文ごとに分けて記載した関係で、重複がありうることをお許し願いたい。）。

そのあとで、「五 民法 750 条制定（改正）の経緯、反対論、欠陥」、「六 明治民法の家族法が日本法制史上、特異な法律であったこと」、「七 夫婦同一姓強制は、婚姻において本質的な事柄であるか」、「八 婚外子法定相続分差別違憲大法廷決定（平成 25 年決定）との関係」、「九 まとめ」の順で説明をしたい。

四 各論の序奏

1 憲法 14 条 1 項、24 条違反

上告人らは、憲法 14 条 1 項違反については、これまで、特に項を立てて主張せず、憲法 24 条 2 項違反の主張に含ませて主張してきた（訴状 38 頁）。しかし、この上告理由書では、憲法 14 条 1 項、24 条違反として、十分に論証

しておきたい。もちろん、性別による差別、男女差別ということである。原判決は、「民法 750 条は、婚姻しようとする男女に対し、婚姻後にいずれか一方の婚姻前の氏を称することを、当該男女間の自由かつ平等な意思に基づく協議の結果に基づき届け出ることを定めた規定にすぎない」（16 頁）と、民法 750 条の文言を、形式的、表面的に見ているにすぎない。社会の実態に目を背けた判断である。しかし、後に、民法 750 条制定の経緯でも説明するが、「夫婦ハ共ニ夫ノ氏ヲ称ス」との民法改正法案第 1～6 次案が、GHQ の批判を受けて、現行法の「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。」と修正された経緯がある。形式的に平等を装った文言にしただけに過ぎず、立法担当者は、実態は、民法改正法案第 1 次案のとおりになることを予定していた。一見、性中立に見えるが、夫の氏と妻の氏の二者択一であるために、男女の経済的格差等力関係、明治民法が築いた婚姻後は夫の氏という強固な観念等とあいまって男女差別の効果を必然的に招来する規定であり、現に戦後 69 年を経ても 96%以上夫の氏という現実がこの規定が性差別規定であることを証明している。女性差別撤廃条約や自由権規約は、個人に保障されるべき平等に間接差別を含み、そうでなければ真の平等が実現しえないことを明らかにしているが、このような国際条約の平等概念は、我が国の憲法の解釈に取り入れられるべきである。女性差別撤廃条約は、民法 750 条は、「間接差別」に該当するととらえており（申意見書 6 頁以下参照）、間接差別の定義が国内法に取り込まれるべきことを日本の司法関係者の意識にも働きかけるよう、被告（日本国）に勧告している。

2 憲法 24 条 1 項違反

民法 750 条の夫婦同一姓強制制度が、これを望まない夫婦にとっては、婚姻届を提出する障害となっている。法律上の婚姻をしたいため、やむなく夫の姓とすることにして、通称使用を求める妻も多いが、そこにも幾多の障害・困難がある。また、あくまで夫の姓にしたいくないため、事実婚の道を選ぶ夫婦もある。しかし、法律婚を前提とする法律上の権利や社会的便宜を享受できないことになる。夫婦別姓を続けたい理由で事実婚を選択する夫婦がどの程度存在するかの統計はないようであるが、相当数存在するのではないだろうか（そのような夫婦がいると思うかとの世論調査はあり、62.1%がいると思うと答えている。準備書面 4 の 44 頁）。いずれにしても、同一姓の強制、そのことが、両性の合意のみに基づいて成立すべき婚姻（憲法 24 条 1 項）の障

害になっているという現実があるのである。このような実態を十分に直視すべきである。

3 憲法 13 条、24 条 2 項違反

上告人らは、訴状においては、人格権の中核的な権利としての「氏名保持権」が憲法 13 条により保障されると（訴状 25 頁）、その後の準備書面では、「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と主張してきた。後者は、女性差別撤廃委員会の一般的勧告の文言に由来するものであり（甲 52、申意見書 17 頁以下参照）、「強制」という要素に光を当てたもので、民法 750 条を妻の側から動的に捉えた権利（自由）ということができる。いずれにしても、婚姻に当たり姓の変更を強制する民法 750 条は、憲法 13 条が保障する人格権のうちの氏名権を侵害するものであるから、憲法 13 条に違反するということになる。また、憲法 13 条前段にいう「すべて国民は、個人として尊重される。」との規定に違反し、憲法 24 条 2 項にいう「・・・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。」との規定に違反する。

4 国家賠償法 1 条 1 項の適用上、違法であること

国家賠償法上の違法の観点からいえば、民法 750 条を憲法に適合するように改正しない国会議員の立法不作為は、「国民に憲法上保障されている権利」すなわち、憲法 14 条、24 条 1、2 項が保障する男女が平等に取り扱われる権利を、憲法 13 条が保障する人格権のうちの氏名権、氏名保持権、氏の変更を強制されない自由を、憲法 24 条が保障する婚姻の自由を、いずれも違法に侵害することが明白であるし、妻が氏の変更を強制されることなく婚姻するためには、所要の立法措置を執ることが必要不可欠であり、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でもあるから、いずれにせよ、国会議員の立法不作為は、国家賠償法 1 条 1 項の適用上、違法である。

5 「家族の一体感の醸成」について

民法 750 条の立法目的として「家族の一体感の醸成」を持ち出すことが妥当か。

第 1 審判決は「家族の一体感の醸成」を立法目的としなかったが、原判決は指摘する（16 頁）。しかし、その概念に実質的な意味があるのだろうか。単なる漠然としたもので情緒に訴えるにすぎないものではないのか。明治民法

の家制度の残滓の表現に過ぎないように思われる。そもそも、家族（夫婦、親子）の一体感の醸成を、国家が民法を通じて強制すべきことであろうか。それは、各個人（夫婦、親子）の間の愛情の維持・継続の努力に委ねられるべきことである。男と女が婚姻する約束をするに当たり、婚姻前と同様に別姓のままていくか、あるいは、同一姓にするかなどは、任意に選択できるべきであり、そこに強制の要素があってはならない。もし、夫婦（家族）の一体感の醸成を立法目的とするなら、それは、私法である民法の目的を逸脱している。民法の最重要解釈基準も、「個人の尊厳と両性の本質的平等」（民法 2 条）であることに十分留意すべきである。比較法の見地からいっても、多くの国で、夫婦別姓を採用しているわけであり、家族の一体感の醸成の問題は、障害となり得なかったことを示している。

五 民法 750 条制定（改正）の経緯、反対論、欠陥

1 民法 750 条制定（改正）の経緯

この点に関しては、すでに二宮意見書中で、詳細に説明されている（2 頁以下）。以下においては、強調したいところを、適宜引用しつつ、さらに訴えたいと考える。

立案の経緯について、大まかなところを指摘すると、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」とされていたのが、GHQ からの男性優位との批判を受けて、「夫婦ハ共ニ婚姻ノ際ニ定ムル所ニ従ヒ夫又ハ妻ノ氏ヲ称ス」と修正され、現行法の「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。」となったものである。立案担当者としては、「表現を変えただけでしょう。実質的には何の関係もない」という認識だった（甲 47 二宮意見書 9 頁）。明治民法と同様に、夫の姓を名乗ることが原則として続いて行くことが、当然のように予定されていた。そして、現に、民法 750 条の施行から 70 年近くを経過した今日においても、夫の姓を名乗る割合が 96%以上であり、民法改正法案第 1 次案を施行したと同様の実態が定着し続けている。結婚するに当たり、夫は、当然のように自分の姓を夫婦共同の姓とする、あるいは、妻の姓の変更を求める。妻が自分の姓を変更することにつき、不便があるかどうかを想像することすらしないのではなかろうか。加害者意識すらない。このような現状にこそ、まさに問題が存在する。夫の側に加害者意識

のない、男女差別なのである。女性差別撤廃委員会が選択的夫婦別氏制度の採用を勧告するのは、まさにこの男女差別の現実に対してである（甲 52 申意見書 15 頁以下参照）。

2 立案当時からの民法 750 条に対する反対論

ところで、民法 750 条が立案された当時から、すでに学者の間では、反対論が有力であった（詳細は、甲 47 二宮意見書 10 頁以下参照）。憲法学者の宮沢俊義は、「家破れて氏あり」と批判し、民法改正案研究会（川島武宜、来栖三郎、立石芳枝ら参加）は、「氏は家と異ならぬ」「民主化の不徹底」と批判した。改正を担った中川善之助も、夫婦別氏論を提案し、夫婦異姓は、父権主義の本陣をつくものだと指摘していた。その後、加藤一郎も、夫婦別姓を認めることが妥当とし、註解日本国憲法でも、民法 750 条の定める一方の氏の放棄の強制を行き過ぎとしていた。東京家裁（審判官加藤令三）審判昭和 34・6・15 家月 11 卷 8 号 119 頁は、氏を同じくするか、別氏とするかの選択の余地のない夫婦同氏制は、根本的に再考されるべきものとの見解を表明していた。このような、加藤一郎や加藤令三の夫婦別姓論の理由とするところは、今日、改めて、見直してみる必要があるのではなかろうか。

結局、今日の状態は、民法 750 条が有していた父権主義、男性優位の思想が、その後の 70 年近い施行期間に、国民の意識に埋め込まれてしまい、民法 750 条が男女差別的な本質を有し、個人の尊厳を侵害するものであることが、国民に意識されないまでに覆い隠されてしまったと評価することができる。

3 民法 750 条の規定の欠陥

民法 750 条を読み直してみると、法律としても欠陥のある条文であることに気付かされる。「婚姻の際に定めるところに従い」と規定するのみであり、夫婦間の協議が調わなかった場合の規定が存しない。合意ができなければ、婚姻は不可能である。フランスでは、子の氏に関してであるが、合意ができなかった場合の規定が置かれていることに照らしても、法の不備といえよう。逆から言えば、法は、夫婦の協議が調わないことは、予定していなかった。つまり、父権主義、男性優位の発想の下、妻は、夫の姓を名乗ることに当然従うと考えていたことが、図らずも見えてくるのである。このような欠陥がある条文であるということは、民法 750 条の憲法適合性の判断にも影響を与えるであろう。

六 明治民法の家族法が、日本法制史上、特異な法律であったこと

「明治民法における家制度と夫婦同氏」については、甲 47 二宮意見書 5 頁以下を参照されたい。

ここでは、最近発表された井ヶ田良治「つくられた『近代』からの解放-家族制度考」比較法と法律学-新世紀を展望して- 早稲田大学比較法研究所編 早稲田大学比較法研究所叢書 37 (2010、成文堂) 236 頁以下 (甲 111) から、その要点を紹介したい。

すなわち、法制史学界の最長老、中田薫は、明治民法の戸主権と家督相続を反歴史的制度であると非難していたし、京都大学の日本法制史の教授であった三浦周行も、武士の家族制度は此の時代の圧政政治の一面であり「一種の変態というべきであって」「到底これを以て我國民思想に合った風俗習慣の代表的事実と看做すことが出来ない」と断言していたことを、紹介した上で、以下のように述べる。

「では、明治民法の誕生によって近代市民家族法の民法典が生まれたであろうか。否である。生れたのは、男女不平等な、日本の伝統を無視した家制度的な家族法であった。戸主権と長男子単独相続の家督相続法を含む「家族制度」が誕生した。それは天皇制国家の基礎単位たる戸（家）の存続を基本とする男尊女卑の民法であった。醇風美俗の名で日本の伝統的美風と謳われ、あたかも遠い古代以来の普遍の制度であるかの如く賞賛されてはいるが、実際には、家族制度は明治中期に発明された近代天皇制国家の産物に過ぎなかった。その結果、妻の行為能力は夫権の制限を受け、法律婚主義の強化は、内縁の妻の無権利状態を生じ、妻は夫の家の氏を強制されただけでなく、姦通した夫に対し妻が離婚を請求することもできなくなった。

妻の姓氏についても、1891(明治 24)年にはなお、政府は地方庁からの質問に対し「婦女人に嫁するも……なほ生家の氏を用ふべきものと思ふ」(『人事慣例全集』愛知県の照会に対する明治 24 年 10 月 21 日付総務局長の回答)」と回答していたが、新しい民法により、妻は夫の家の氏を用ふることを強制されるにいたったのである。」

上記のように、井ヶ田良治は、日本法制史の研究成果に基づき、明治民法の家族法が、日本の法制史上、極めて特殊なものであることを喝破する。明治中期に発明された近代天皇制国家の産物と断言する。そのようなものであるなら、昭和 22 年の家族法改正に当たり、明治民法と同様の夫婦同一姓強制

制度を採用するべきではなかった。なぜなら、明治8年の「平民苗字必唱令」後、明治9年に、妻は生家の氏を称すべきことを命ずる太政官指令が出され、上記のとおり、明治24年においても、総務局長が同様の回答をしていた（ただし、庶民の間では、妻が夫の氏を称する慣行もできていたとの資料・見解がある（甲47二宮意見書4頁以下参照）。）。少なくとも、明治31年の明治民法成立までは、妻が生家の氏を称する場合と、夫の氏を称する場合とが併存していたとうかがえるから、それを許容するような改正とすべきであった。つまり、妻が任意に選択できるような制度にすべきであったのであり、生家の氏を放棄することを強制すべきではなかったのである。

七 夫婦同一姓強制は、婚姻において本質的な事柄であるか

1 福澤諭吉の主張

ここで、鈴木忠一裁判官の文章を紹介したい。落合京太郎随想集（法曹会、平成5年、甲112）に、「福澤諭吉先生」と題する随筆が収録されている。その中で、福澤は、民法編纂の場合に、男女平等の精神を以て規定されんことを希望していたが、悲しいかな民法典は福澤のこの声を聞かなかった、婚姻が男女の自由意思に基づく契約であることも福澤はこれを実地に実行したとして、福澤が関係した二つの婚姻契約を紹介している。その一つは、森有禮と廣瀬阿常との間のもので、福澤が証人となっている。1875（明治8）年になされたものであり、契約条項中でも署名でも、それぞれの姓が記されている。また、同契約には、夫婦財産契約とみられる条項がある。当事者間の自由意思に基づいての契約であり、男女平等対等の意識に基づいての結婚であり、これは、福澤の実践の一つであるとする。

思うに、男女平等の意識に基づいての当事者間の自由意思に基づく契約ということになれば、結婚後の姓についても、当事者間の私的自由に委ねられるべき事柄であり、国家が、これに容喙して、一方当事者（実際は、妻）に、婚姻前の姓を放棄することを強制することは、許されないことになる。

2 穂積八束の主張

前記井ヶ田論文において、「民法出テテ忠孝亡フ」の論文で知られる穂積八束は、家の制度は公法であり、それを私法である民法典のなかに規定するのは、公法の解釈に私法原理を導入する突破口になるとして嫌ったことが紹介されている（甲111・244頁）。これを言い換えれば、明治民法の家族法の家

制度は、公法的色彩の強いものであったということになる。そうであれば、戦後なされた、明治民法の家族法改正の方向は、より純粹に私法的なものを目指すべきであった。まさに、男女平等の精神を強調する福澤諭吉の思想に立ち返るべきであった。

3 個人の尊厳に立脚すべきこと

家族の一体感の醸成を民法 750 条の立法目的とすべきでないことは、すでに述べた。むしろ、個人の尊厳に土台を置くべきである。「一体感」という集団的発想に拠って立つべきではないし、それにより個人の尊厳を侵してはならない。あくまでも、夫婦であれば、夫と妻の間の問題であり、親子であれば、個々の親と子の間の問題である。各個人間の愛情の問題に法が干渉すべきではない。個人の尊厳を基調とした、法制度にすべきである。

これを憲法論に言い換えれば、憲法 13 条前段の個人としての尊重、憲法 24 条 2 項の個人の尊厳は、十分に配慮されるべきである。婚姻前の姓を放棄することを強制する法律婚制度は、憲法 13 条、24 条 2 項に違反することは明らかであるし、これが、社会の実態において、明治民法以来の慣行を基礎に、明確な男女差別となっており、憲法 14 条 1 項、24 条 1、2 項に明らかに違反する。しかも、民法 750 条は、このような憲法違反の重大な状態を、当然のこととのように、日々、促進しており、このような状態は耐え難いものとなっている。

八 婚外子相続分差別違憲大法廷決定（平成 25 年決定）との関係

最高裁大法廷は、2013（平 25）年 9 月 4 日、「民法 900 条 4 号ただし書前段の規定は、遅くとも平成 13 年 7 月当時において、憲法 14 条 1 項に違反していた」と判示した。この決定は、明治民法の家制度の残滓的発想から完全に決別して、家族法のうちの相続法の分野でも「個人の尊厳」にスタンスを置くべきことを明確にした意味で重要な意義がある。一方で、上記法定相続分の差別を合憲とした平成 7 年大法廷決定から、さらに 18 年の歳月を要したことからすると、明治民法的発想からの離脱が容易でないことが知れる。

しかし、今や、最高裁は、婚外子法定相続分差別を憲法 14 条 1 項違反であると宣言した。家制度の残滓を振り払って、個人の尊厳に舵を切った。そうすると、次は、本訴訟の、夫婦同一姓強制の違憲性に目を向けてもらいたい。ここでも、明治民法の特異な（我が国の古代以来の法制度の中でも）家制度

の名残りのような発想を断ち切って、「個人の尊厳」「個人の尊重」に立ち返った判断をしていただきたい。平成 25 年決定が出された以上、民法 750 条に対しても、同じく、個人の尊厳に基づいた判断がなされてしかるべきではなかろうか。また、その判断に当たっては、平成 25 年決定が、理由中で判示すると同様に、比較法的見地、国際条約の観点をも、十分に検討されることを希望するものである。すなわち、欧米であれ、アジア諸国であれ、夫婦別姓を許容するのが支配的であること、女性差別撤廃委員会の日本に対する総括所見、勧告のうち、今や、婚外子相続分差別の規定は、平成 25 年決定の違憲宣言により、撤廃された。同じ総括所見、勧告中で、残されている婚姻に当たり姓の変更を強制する法律（民法 750 条）についても、貴裁判所において、その違憲性を宣言されんことを切に希望する。これが、司法に与えられた使命ではないだろうか。上告人らはじめ、多くの女性、さらにはその女性を支持する男性が、これを待ち望んでいる。

九 まとめ

平成 17 年判決は、「国会議員の立法行為又は立法不作為は、その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、国家賠償 1 条 1 項の適用上、違法の評価を受ける。」と判示している。

原判決は、17 年判決の文言中の、「国民に憲法上保障されている権利」の存否を、まず審査し、「氏の変更を強制されない権利」及び「婚姻の自由」が「国民に憲法上保障されている権利」に当たらないとし、また、女性差別撤廃条約によって、上告人らの主張する権利が我が国の国民に保障されているとはいえないとして、上告人らの、国家賠償法上の請求は、認められないとしている。

しかし、このような審査方法が、果たして、17 年判決の趣旨に則ったものであろうか。つまり、国家賠償法 1 条 1 項の解釈として正しいであろうか。憲法が基本的人権として明文で規定したもののほかは、「国民に憲法上保障された権利」に該当しないという結果をもたらす、狭すぎる審査方法であると

いなければならない。

上告人らは、貴裁判所において、まず、民法 750 条が憲法 13 条、14 条 1 項、24 条 1 項、2 項に違反することについて判断されるよう求めたい。その上で、民法 750 条が憲法 13 条、14 条 1 項、24 条 1 項、2 項に違反するとなれば、結局、国会議員の民法 750 条を改正しない立法不作為は、憲法 13 条、14 条 1 項、24 条 1 項、2 項によって「国民に憲法上保障されている権利」、すなわち、氏名権、氏の変更を強制されない自由、平等権、婚姻の自由を違法に侵害するものであることが明白となるのである。このように、「国民に憲法上保障されている権利」の存否の判断をするに当たり、民法 750 条が憲法 13 条、14 条 1 項、24 条 1、2 項に違反するかどうかの判断が、前提として必要不可欠なのである。

その上で、違法性の判断それ自体や国会が正当な理由なく長期にわたって民法 750 条の改正措置を執ることを怠っている点に関しては、女性差別撤廃条約は国会による承認がなされ、批准されたこと、憲法 98 条 2 項は、条約を誠実に遵守する義務を定めていること、2009（平 21）年に行われた第 4 回日本政府報告審議後の総括所見（総括コメント）で、女性差別撤廃委員会は、「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、締約国に強く要請する」、「委員会は、本条約の批准による締約国の義務は、世論調査の結果のみに依存するのではなく、本条約は締約国の国内法体制の一部であるのだから、本条約の規定に沿って国内法を整備するという義務に基づくべきであることを指摘する」と述べられていること、その後、女性差別撤廃委員会から、民法の差別規定の撤廃についてどのような措置を取ったかにつき報告するよう 2 回にわたり勧告を受けていることが、十分考慮されなければならない（甲 52 申意見書 16 頁以下）。条約との関係での「立法不作為の違法性と国家賠償」については、申意見書 30 頁以下に詳細にまとめられているので是非御参照頂きたい。

第二 氏名権（憲法 13 条）及び個人の尊厳（同 24 条 2 項）・個人の尊重（同 13 条）

一 民法 750 条が氏名権ないし「氏の変更を強制されない自由」を不当に侵害するものとして憲法 13 条に違反すること

1 氏名権

（1）氏名権が憲法 13 条により保障されること

人格権の一内容を構成する氏名に関する権利は、人格権が憲法 13 条に由来し、また、氏名それ自体が人の人格的生存に必要な不可欠なものであることに鑑みると、人の人格的生存に不可欠な権利として、憲法 13 条により保障される。そして、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、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。

この点、最高裁は、「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ものというべきである」と明示し、氏名が「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」であることを根拠に、人格権の一内容を構成するとした（NHK日本語読み訴訟 最判昭63・2・16民集42巻2号27頁）。氏名の正確な呼称に関する利益が法的保護に値するとされる前提として、氏名それ自体に関する個人の権利が認められるべきであることは、論理的必然である。氏名権の一時的な侵害に過ぎないとも言える氏名の不正確な呼称に比べ、氏名ないし氏を意思に反して奪われることによる権利侵害は、侵害の態様としては根源的で継続的であり、侵害の程度はより大きい。

また、従前、最高裁は、「人格権としての個人の名誉」（北方ジャーナル事件 最大判昭61.6.11民集40巻4号872頁）のほか、「みだりに容ぼう等を撮影されない自由」（京都府学連事件 最大判昭44.12.24刑集23-12-1625）、「みだりに指紋の押なつを強制されない自由」（外国人指紋押捺拒否事件 最三小判平7.12.15刑集49-10-842）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」（住基ネット訴訟 最一小判平20.3.6民集

62-3-665) が憲法13条によって保障されることを認めてきた。これらの私生活上の自由が憲法13条によって保障されるのは、それらがいずれも人格と切り離せない重要な個人に関する情報であって、本人の意思によらず利用されることが許されないものであることに由来する。氏は、まさに人格そのものと密着するものであって、個人として尊重されることの基礎を構成するものであり、氏を意思に反して奪われないことの人格権としての重要性は、個人の尊重を前提に個人に関する情報の対外的利用を制限するこれらのどの自由にも勝るとも劣らない。

以上によれば、氏が意思に反して奪われないことが、人格権の一内容たる氏名権の中核的な権利・自由として憲法13条により保障されることは、疑いの余地がない。

この点、原判決も、「人の氏については・・・判例により様々な形で法的保護が図られ、その範囲が漸次拡充してきていることは控訴人らが指摘するとおりである。このような観点からすれば、例えば、国が、国民に対し、何ら身分関係の変動もない場面において、正当な理由がないのに氏の変更を強要することが、法的保護に値する国民の権利又は人格的利益を損なうことは、明らかである」(9頁)、「人の氏は、当該個人の出生後における長年にわたる社会生活に伴い、個人の人格の象徴としての人格権の一内容を構成して法的保護の対象となる側面を有することは明らかである」(10頁)として、氏が人格権の一内容を構成するものとして法的保護の対象となること、そして、正当な理由がないのに氏の変更を強要することが法的保護に値する国民の権利又は人格的利益を損なうことを認めている。すなわち、原判決は、氏が意思に反して奪われないことが国民の権利であることを認めたものである。

(2) 原判決の問題点

一方、原判決は、「もっとも、このような場面における国民の権利等の保護の在り方は、その法的根拠も含め、個々の訴訟において検討されるべき事柄であって、本件訴えにおける問題とは局面を異にする」として、正当な理由がないのに氏の変更を強要することが許されない法的根拠についての検討を回避した。

しかし、本件訴えがまさにその「個々の訴訟」なのであって、正当な理由がないのに氏の変更を強要することが許されない法的根拠についてき

んと検討がなされなければならない。すなわち、まず、正当な理由がないのに氏の変更を強要することが許されない法的根拠、つまり、氏名権が憲法 13 条により保障されているかを検討した上で、身分関係の変動のある場面（本件では婚姻という場面）における氏名権の侵害が許されるかという点が検討されなければならない。そして、前述のとおり、氏名権は憲法 13 条により保障されるどころ、憲法 24 条 2 項は、婚姻に関する事項が個人の尊厳に立脚して制定されることを規定しているのであって、氏名権は「婚姻」の場面においても当然保障されなければならない。

なお、原判決は、「何ら身分関係の変動もない場面において、正当な理由がないのに氏の変更を強要すること」が法的保護に値する国民の権利又は人格的利益を損なうとして（9 頁）、身分関係の変動のない場面に限定して述べるが、その趣旨は、よもや、身分関係の変動のある場合には正当な理由がなくとも氏の変更の強要が許されるという乱暴なものではないであろう。そうであれば、結局、身分関係の変動のある場面においても、正当な理由がなければ氏の変更を強要することは許されないという結論に帰着する他なく、よって、やはり、身分関係の変動のある場面（本件では婚姻という場面）における氏名権の侵害が許されるかという点が検討されなければならない。

2 新しい人権としての「氏の変更を強制されない自由」

(1) 原判決の問題点

原判決は、『氏の変更を強制されない権利』が・・・時代の推移によって、憲法 13 条の定める幸福追求権ないし包括的人格権から派生する具体的な権利として、新たに保障されるものと認められる余地もある」「そうした権利として承認されるか否かについては、それが個人の人格的生存に不可欠であることに加えて、その権利が長期間国民生活に基本的なものであったか、他人の基本権を侵害するおそれがないか、などの種々の要素を考慮して慎重に判断されるべき」とした上で（10～11 頁）、「最近の国民の意識として、必ずしも選択的夫婦別氏制度の導入に賛成する者が大勢を占めるに至っておらず、むしろ、婚姻に際して氏を変更して同氏になることに積極的な意義を見出す国民が相当程度存在することは軽視できない要素というべきである」として、『氏の変更を強制されない権利』・・・が、いまだ個人の人格的生存に不可欠であるとまではいえず、また、長期

間国民生活に基本的なものであったとはいえない」とする（以上 14 頁）。

しかし、まず、個人の人格的生存に不可欠である否かは、国民の多数がそのように考えているかという点から決せられるべきではなく、当該個人にとってその権利・自由が人格的生存に不可欠なものであるかという観点から判断されなければならない。そうでなければ、社会的少数者の権利・自由が「新しい人権」として憲法上保障されることはおよそありえないことになってしまう。多数決原理の民主制の過程において、少数グループは代表を得ることが困難な立場にあるため、司法による救済が求められるのである（最一小判平成15年3月31日、泉徳治裁判官の反対意見）。この観点から「氏の変更を強制されない自由」について検討すると、人格と密着している氏を個人の意思に反して奪うことは、その個人の人格を否定することに他ならない。上告人らがそのような重大な精神的苦痛を被っていること、婚姻改姓により自己喪失感を持つと感じる人々が相当程度存在し、上告人らの精神的苦痛は上告人らの特別な気質に起因するものではなく普遍的なものであること、人格を否定されることによる精神的苦痛に加え、当事者は社会生活上の大きな不利益を強いられていることについては、控訴理由書（19～21頁）にて述べたとおりである。この点、すでに地裁判決も、「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」（30頁）とし、原判決も、「婚姻に際していずれか一方が氏の変更を余儀なくされることに大きな苦痛を感じている国民が一定程度存在」していることを認めている（13頁）。よって、「氏の変更を強制されない自由」が個人の人格的生存に不可欠であることは明らかである。

また、その権利が長期間国民生活に基本的なものであったかという点も、やはり国民の多数がそう考えているかという点から決せられるべきではない。民法 750 条が氏の変更を強制する一方で、日本法が、むしろ氏名の不変を基調とすべきものとして氏名の変更を厳しく規制してきたこと、特に、氏の変更についての規制は厳しく、「やむを得ない事由」がある場合にのみ戸籍上の氏を変更できるものとし（戸籍法 107 条 1 項）、実際の氏の変更許可審判における解釈・運用も非常に厳しいこと、婚氏続称や縁氏続称が認められている中で、身分変動と氏の変更は法制度上必ず連動するものではなく、むしろ氏の継続性・不変性の社会的及び個人的価値を

重視する法制と転換したと言えること、原判決も認めるとおり、人の氏については、判例により様々な形で法的保護が図られ、その範囲が漸次拡充してきていることからすれば、「氏の変更を強制されない自由」は、憲法上保障される自由といえるだけの、国民生活に基本的なものとして、成熟しているといえるのである。

(2) 「新しい人権」の要件

原判決は芦部説を採用したものであるところ、そもそも、芦部説は、新しい人権を憲法上の権利として認めうるかの基準とする種々の要素の例示として挙げる4点（第一審答弁書21頁6～10行）の全てを満たすことを要求しているわけではない。

また、芦部説が種々の要素の例示として挙げる4点についても、学説において広範な支持があるわけではない。むしろ、渋谷秀樹教授が、「歴史的正当性（上告人ら代理人注：長期間国民生活に基本的とされてきたものか）は、社会変化に伴って新たに生じた状況に対してはむしろ消極的・否定的に作用するところに根本的な問題があり、また、社会意識の観点もその計量方法の問題、そして普遍性と同様に少数者の立場を無視する危険性をはらんでいる。」と批判するように（甲113 渋谷秀樹「憲法（第2版）」有斐閣2013年186頁）、他の学者から疑義が呈されている。「新しい」人権として認められるための要件として、「長期間」国民生活に基本的とされてきたことを要求することは、論理的に矛盾している。

また、芦部教授の著書「憲法」（岩波書店）の補訂者である高橋和之教授も、芦部説をそのまま自説として採用しているわけではない。高橋教授は、「人権は基本的には社会の少数派の保護を目的とするから、『新しい人権』が広範なコンセンサスの下に個人人権として承認されれば、その個々具体的な適用についてのコンセンサスまでは必要でない。新しい人権の承認のためには、少なくとも次の二点の論証が必要である。①自律的生のために不可欠な利益であること。②その利益の確保が非常に困難となっていること、換言すれば、その侵害の危険性が非常に高くなっていること。個人人権として列挙されているものは、制憲時にこのような性格をもつと判断されたものである。新しい人権は、制憲時には①あるいは②の要件を欠いていたが、今日状況の変化により要件に該当するに至ったものということになる。」として、原判決が挙げる「その権利が長期間国民生活に基本的なも

のであった」という要件を要求していない（甲 114 高橋和之「立憲主義と日本国憲法 第3版」有斐閣 2013年 141頁）。

「氏の変更を強制されない自由」についてこの観点から検討すると、まず、①の要件を満たすことについては、これまで述べてきたとおりである。

また、②の要件について検討するに、民法 750 条は、夫又は妻のいずれかの氏を選択するという意味では性中立的な規定であるものの、明治民法下では妻の婚姻改姓が慣習ではなく法的義務であったことから、民法 750 条下においても一つしか氏を選べない以上、「妻の改姓」は固定化した慣習として根強く残り、現在においてもなお 96.17%（2012 年厚生労働省人口動態統計より算出）の夫婦において妻が改姓するという異常な実質的不平等を招来し、それを固定化する条項となっていること、いずれか一方の氏を必ず選択しなければならないということは、法律婚をする当事者にとって他に選択肢のない強制された選択であり、自由意思による婚氏の選択、あるいは当事者の自由意思による協議と評価することはできないこと、婚姻制度はいずれの国にも存在し、健全な国家社会を形成するための根源的で重要な法制度の一つであるだけでなく、個人にとっては、生活の経済的安定・精神的安定の場として自己実現・幸福追求を実現する基盤であるから、法律婚をすることは、単なる制度上の「特権」を個人が得ることではなく、憲法上の人権の行使の一場面であるところ、法律婚の選択を断念しなければ氏を維持できないといった制度は、氏の変更の強制以外のなにものものでないことからすれば、民法 750 条の下において、「氏の変更を強制されない自由」を確保することは、非常に困難となっており、その侵害の危険性が非常に高いというにとどまらず、既に侵害を受けているという状況が続いているのである。

よって、遅くとも現時点において、「氏の変更を強制されない自由」が新しい人権として憲法 13 条により保障されるための要件（①及び②）が充足されていることは明らかである。

高橋教授が説くとおり、新しい人権は、制憲時には上記①あるいは②の要件を欠いていたが、状況の変化により要件に該当するに至ったものであるところ、氏の変更を強制されないことが自律的生のために不可欠な利益であること（①の要件の充足性）は制憲時から変わらないから、「氏の変更を強制されない自由」が制憲時に個人人権として列挙されなかったのは、

②の要件を充足していなかったことによるものと言える。

すなわち、明治民法の下で女性が婚姻時の改氏を法律上強いられていたことを背景として、制憲時には、現在のような、共働きの増加（婚姻後も社会に出て夫とは別の職場で働き続ける女性の増加）による婚姻後も婚姻前の氏を継続使用する必要性の高まり、晩婚化による婚姻前の氏の使用期間の長期化、少子社会の到来による親から承継した氏の維持の必要性の高まりなどという社会構造、家族形態及び人々の意識の変化が到来するに至っておらず、そのため、自ら望まないにもかかわらず氏の変更を強制される者が相当数生じるという想定自体がなされていなかったと思われる（②の要件の欠如）。あるいは、制憲時には、民法 750 条が文言的には中立的な規定であるが故に、婚姻前の氏を維持したいと考える女性がいればそれは当事者間の協議により解決されるはずであろうという安易な理解の下、法律婚をする当事者が他に選択肢のない中で氏の変更を強制される事態が実際に生じるとは想定されていなかった（②の要件の欠如）ということであろう。

原判決は、「家族を取り巻く国内的及び国際的状況の著しい変化を踏まえても、少なくとも現時点では、控訴人らが主張する『氏の変更を強制されない権利』が、いまだ個人の人格的生存に不可欠であるとはいえず」とか、「いまだ憲法 13 条によって保障される具体的な権利として承認すべきものであるとはいえない」などとするが（いずれも 14 頁）、裁判所はこれ以上どのような状況や事情が揃えば「氏の変更を強制されない自由」を憲法上の権利として承認されると考えるのであろうか。上告人らが第一審から指摘してきた家族を取り巻く国内的及び国際的状況の著しい変化を踏まえれば、「氏の変更を強制されない自由」が新しい人権として憲法 13 条により保障されるための要件は十分に満たされている。

3 民法 750 条による制約

民法 750 条は、婚姻の効力として「夫婦は、婚姻の際に定めるところに従い、夫又は妻の氏を称する。」と定めているが、これは実質的には夫婦同氏を「婚姻の要件」とするものであり、憲法 13 条の保障する重要な人権を放棄することを、法律婚を認める条件として課すものである。すなわち、婚姻をしようとする当事者のいずれもが氏の変更を望まない場合、当事者のいずれかが氏名権ないし「氏の変更を強制されない自由」を放棄して法律婚をするか、

あるいは法律婚を断念するかを選択を迫られることになるのである。

そのため、民法 750 条の定める夫婦同氏制は、婚姻を希望する当事者の氏名権ないし「氏の変更を強制されない自由」を制約していることは明らかである。

なお、地裁判決が、「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」（30 頁）とし、原判決も、「婚姻に際していずれか一方が氏の変更を余儀なくされることに大きな苦痛を感じている国民が一定程度存在」していることを認めていること（13 頁）は前述のとおりである。かかる「不利益」や「大きな苦痛を感じている国民」の存在は、民法 750 条が氏名権ないし「氏の変更を強制されない自由」の制約に他ならないことを裏付けるものというべきである。

4 違憲審査基準

「氏の変更を強制されない自由」は、氏という「自己そのものをあらわすもの（中略）自己とは何かを確認する自己存在確認利益」（甲 115 竹中勲「憲法上の自己決定権」成文堂 2010 年 201 頁）に直結し、個人の人格的生存に不可欠なものとして、憲法 13 条により保障される人格権の一部をなすものとして判例・学説上確立されてきた「氏名権」の一内容として、あるいは憲法 13 条の人格権から直接導かれるいわゆる「新しい人権」として、憲法 13 条により保障される権利である。

他方で、後述の通り、「婚姻の自由」も、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として憲法 24 条 1 項により保障される（訴状 34 頁及び第一審原告準備書面(4)22 頁以下）。婚姻の自由を、憲法 24 条からではなく同法 13 条から導く学説も有力であることが示すように、婚姻の自由もまた個人の人格的生存そのものにかかわる権利の 1 つである。

そして民法 750 条は、憲法上の人権であり人格的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。よって、民法 750 条による夫婦同氏の強制については、立法者である被上告人が「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」の存在を論証しなければならず、また、これに加えて、当該目的を達成する上で制約が必要

最小限度であることが論証されない限り、夫婦同氏の強制は違憲であるというべきである。

なお、仮に緩やかな違憲審査基準での審査が行われた場合を想定し、立法目的が正当かどうか、立法目的達成手段に立法目的との合理的関連性が認められるかどうかについても併せて検討する。

5 民法 750 条の違憲性

(1) 「やむにやまれぬ政府目的」も「極めて重要な政府利益」も存在しないこと

第一審原告準備書面(4)にて詳述した通り、1947（昭 22）年の民法 750 条の制定にあたり、夫婦同氏制の立法目的は何ら議論されていない。同条の趣旨について、第一回国会衆議院司法委員会においても、「ファミリー・ネーム」として個人を表すという意味での氏が必要と考えられたことを理由とする旨の説明がされたにとどまり、婚姻制度に必要不可欠のものであるとも、婚姻の本質に起因するものであるとも説明されていない（乙 1、地裁判決 28 頁）。結局、同条について、明確な立法目的は見いだせず、「氏による共同生活の実態の表現」という習俗が継続されたに過ぎない（甲 94 我妻栄編「戦後における民法改正の経過」123 頁、甲 95 唄孝一「戦後改革と家族法一家・氏・戸籍」1 巻 203 頁、甲 47 二宮意見書）。黒木三郎が、「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」（青山通夫編「注釈民法(20)親族(1)」有斐閣 1966 年 319 頁）と説明するように、単に立法にあたって従前の習俗を尊重したというにすぎないのである。

よって、そもそも民法 750 条制定にあたり、憲法 13 条によって保障される氏名権ないし「氏の変更を強制されない自由」を制約しなければならないほどの、やむにやまれぬ政府目的や極めて重要な政府利益は存在しなかったと言ふべきである。

これに対し、原判決は、立法目的として、「氏による共同生活の実態の表現という習俗の継続」のほか、これまで被上告人も全く主張してこなかった「家族の一体感の醸成ないし確保」という目的を、突然、明確な理由なく挙げています。しかしながら、民法 750 条の立法経緯に照らせば、原判決の示した立法目的は誤りであると言わざるを得ない。

また、仮に原判決を前提としても、やむにやまれぬ政府目的あるいは極めて

て重要な政府利益がある（ことが被上告人によって論証されている）とは到底言えない。なぜなら、まず、「氏による共同生活の実態の表現という習俗の継続」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」（最大判昭和 62 年 9 月 2 日民集 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からである。ましてや、「氏の変更を強制されない自由」を制約してまで実現すべきやむにやまれぬ政府目的あるいは極めて重要な政府利益とはいえない。また、「家族の一体感の醸成ないし確保」も、憲法上の要請でも、婚姻の本質に基づくものでもないから、やむにやまれぬ政府目的あるいはきわめて重要な政府利益とは到底言えない。

（2）立法目的は「正当」とすらいえないこと

ア さらに、「氏による共同生活の実態の表現という習俗の継続」という立法目的は正当とすらいえない。

そもそも、1947（昭 22）年の立法当時においても、すべての家族がこれに従うべきものとしての「氏による共同生活の実態の表現という習俗」が存在していたとはいえない。立法当時においても、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は、1つの家庭や共同生活に複数の氏が存在する実態があった。すなわち、立法当時においてすら、「氏による共同生活の実態の表現という習俗」がすべての家庭・共同生活に普及していたわけではないのである。

しかも、本書面の冒頭で指摘したように、明治民法以前の我が国においては、夫婦同氏は必ずしも一般的ではなく、したがって、「氏による共同生活の実態の表現」という習俗も存在しなかった。明治民法により夫婦同氏が強制されたことで、夫婦間では「氏による共同生活の実態の表現」がなされるようになったが、それでもなお、離婚後の母子家庭などにみられるように、親子、祖父母と孫などの間では必ずしも「氏による共同生活の実態の表現」がなされていたわけではなかった。

このように、「氏による共同生活の実態の表現」という「習俗」の存在自体が疑わしいものであるし、仮に、相当数の同居家族において同氏をなっていたとしても、これは明治民法の下、「家」の氏を称することが戸主及び同一戸籍に入籍する家族に法律上強制された結果にすぎないのであり（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)、国民が長年かけて自然に形成した風俗や習慣ではない。そもそも、「習俗」とは、「ある地域やある社会で昔から伝わっている風俗や習慣。風習。ならわし。」(デジタル大辞典)を言うが、日本の有史以来、明治初期までの習俗は、むしろ夫婦別姓であった(江戸時代以前は庶民には姓がなく、夫婦別姓は身分の高い者の習俗であった)ことは公知の事実であり、夫婦同氏は、たかだか明治民法が施行された 50 年弱の間、法律が国民に強制して実現したものにすぎない。

よって、すべての家族がこれに従うべきものとしての「氏による共同生活の実態の表現という習俗」は立法当時にすら存在していなかったというべきであるから、実際には存在しなかった「習俗」の「継続」を立法目的とすること自体、前提を欠き不当というほかない。

また、仮に「氏による共同生活の実態の表現という習俗」が一部において行われていたとしても、そもそも共同生活の実態を外部に表現するかどうか、どのように表現するかどうかは、「個人の尊厳と両性の本質的平等」(憲法 24 条 2 項)を尊重する立場にたてば、各人に委ねられるべき問題である。ところが、夫婦同氏強制は、全ての夫婦が「氏による共同生活の実態の表現」という「習俗」に従うべきであり、今後もその「習俗」は維持されなければならないとの考え方に立っており、各人に委ねられるべき問題に不当に干渉するものである。この点からも「氏による共同生活の実態の表現という習俗の継続」という立法目的は不当である。

次に、「家族の一体感の醸成ないし確保」は、立法当時において立法目的とは考えられていなかったのであるから、これを「立法目的」として認めること自体誤りである。

また、仮にこれを立法目的と仮定したとしても、やはり正当な立法目的とは言えない。

すなわち、そもそも、婚姻共同生活のあり方は、婚姻ごとに異なり、実際、多様な婚姻共同生活が存在している。「個人の尊厳と両性の本質的平等」(憲法 24 条 2 項)を踏まえれば、婚姻共同生活のあり方について、国が一定の価値観を強制すること、民法 750 条に即して言えば、同氏夫婦の方が別氏夫婦よりも優れているとの価値観を強制することは許されず、各自の人生観・価値観に委ねられるべきものである。

1994 年の国連国際家族年の宣言は、「家庭に関わる政策の遂行におい

て、明示的であれ、非明示的であれ、唯一の理想的な家庭像の追求をさけるべきである」とし、ライフスタイルに対する中立性を各国に要求している。

よって、夫婦同氏を一律に強制することで「一体感」を持つ家族を形成させようとする立法目的自体、本来各人に委ねられるべき婚姻共同生活のあり方に国家が介入するものであり、到底正当なものとはいえないのである。「家族の一体感」なるものを求めるかどうかは、婚姻共同生活を営む各人が判断すべきことであるし、「家族の一体感」を求めるとしても、それをどのようなスタイルで追求するのかは、各人が幸福追求権（憲法 13 条）に基づき、それぞれの人格的決断によって、選択し、決定すべきことがらである。

(3) 立法目的達成手段が必要最小限度とはいえないこと

仮に「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」の存在を認めたとしても、そのための規制手段は必要最小限度とはいえない。

まず、「氏による共同生活の実態の表現という習俗の維持」のためであれば、かかる習俗の維持を望む者にのみ夫婦同氏を認めれば十分である（夫婦別氏を強制しなければ足りる）。しかし、民法 750 条は、法律上の婚姻を望むすべての者に対して夫婦同氏を強制しており、習俗の維持という目的を達成するための必要最小限度をこえる規制であることは明らかである。

また、「家族の一体感の醸成ないし確保」との関係でも、夫婦同氏により家族としての一体感を覚えることができる者に対してのみ夫婦同姓を認めれば十分である。

よって、いずれの立法目的をとったとしても、目的達成の為に最小限度の手段とはいえないことは明らかである。

(4) 立法目的との合理的関連性すら認められないこと

原判決は、民法 750 条は、立法目的を「一定の限度で促進する効果が認められる」と述べている（16 頁）。しかし、これには全く根拠がない。

まず、「氏による共同生活の実態の表現」という「習俗」を尊重するのであれば、前述のとおり、夫婦同氏という選択肢を法律上残しておけば必要十分であるところ、これをこえて夫婦同氏を法律上の婚姻の要件と

し、夫婦同氏を望まないものに夫婦同氏を強制するのであれば、「氏による共同生活の実態の表現」に相反する効果すら発生させる。たとえば子連れの女性が再婚する場合、夫婦同氏を強制しなければ、母と子の氏は同一のままであり、その母子について「氏による共同生活の実態の表現」が維持される。しかし、夫婦同氏が強制され母（妻）が夫の氏を名乗った場合は、同居母子間での「氏による共同生活の実態の表現」は破壊されるのである。

また、戸籍上は夫婦同氏となっても、職業上の必要などから、婚姻前の氏を通称として使用する例が増えている。このような場合、たとえ夫婦同氏を法律によって強制したとしても、実際に用いられる氏は婚姻前の氏なのであるから、「氏による共同生活の実態の表現」がなされているとは言えない。それどころか、夫婦同氏の強制は、通称名使用、すなわち1人の者が複数の氏を使い分ける事態を蔓延させることになるのであって、氏の個人識別機能を混乱させることにすらなる。

このように夫婦同氏の強制は、従前の「習俗」を継続させる効果を持たない。それどころか、子連れの女性が再婚する場合等には「氏による共同生活の実態の表現」をかえって損なう効果を発揮しており、しかも、通称としての婚姻前の氏の使用を促進させ（20代の既婚有職女性の約4分の1が職場で旧姓を使用。甲107）、何ら立法目的との合理的関連性をもたない。いつまでも法が夫婦同氏を強制しているために、国においても、地方公共団体においても、やむなく職員の旧姓使用を保護する規定をもうけているところが多数あり（例えば、国家公務員につき、平成13年7月11日「各省庁人事担当課長会議申合せ」は、「職員から旧姓使用の申し出があった場合、旧姓の記載を行うこととする」とする）、婚姻前の氏の継続の要求は、「習俗」の継続を打ち破っているともいえる。

次に、夫婦同氏を望み、夫婦同氏により家族の一体感が生まれると信じる者に夫婦同氏を許容することは、「家族の一体感の醸成」をもたらす効果があるのかもしれない。しかし、夫婦同氏を望まず、夫婦同氏によっては家族の絆は確保できないと信ずる者に夫婦同氏を強制することは、かえって家族の一体感を弱めるものとなる。

むしろ、婚姻後も双方が生来の氏を名乗るために事実婚を選択している者が無視できない割合で存在していること、法律婚を回避するだけで

なく、いったん法律婚をした夫婦において双方が氏を婚姻後も保持するために、ペーパー離婚して法律婚を断念するといった現象すら引き起こしていることからすると、夫婦同氏の強制は、夫婦同氏を望まないカップルを法律婚制度から排除し、法律上の保護が薄い事実婚に迫りやっている。すなわち、夫婦同氏をそれを望まないカップルにまで強制することにより、夫婦同氏の前提となる法律婚からそれらのカップルを排除しているのである。

このように、夫婦同氏を望む者に夫婦同氏の機会を提供するにとどまらず、夫婦同氏を望まない者にまで一律に夫婦同氏を強制することが、立法目的を「一定の限度で促進する効果を持つ」とは到底いえない。さらに言えば、夫婦同氏制の下で、離婚する夫婦の数が増加してきた現実からも理解されるように、夫婦同氏と家族の一体感の醸成ないし確保との間に因果関係があるとも考えられない。

したがって、夫婦同氏を一律に強制することに、立法目的との合理的関連性はない。

(5) 小括

以上より、民法 750 条は、氏名権ないし「氏の変更を強制されない自由」を不当に侵害するものとして、立法当初から憲法 13 条に違反していたというべきである。

なお、仮に民法 750 条が立法当初は合憲であったとしても、その後の社会の変化により違憲になったと考えるべきであるが、その理由は、以下で詳述するところと同様である。

二 民法 750 条が個人の尊厳を侵害するものとして憲法 24 条 2 項及び同法 13 条に違反すること

1 総論

民法 750 条については、以下に述べる通り、婚姻及び家族に関する事項にかかる法律が個人の尊厳に立脚して制定されなければならないことを規定する憲法 24 条 2 項並びにすべての国民が個人として尊重されることを規定する憲法 13 条に反するものとして、遅くとも 1996 (平 8) 年の時点で違憲性が明らかとなっており、さらにどんなに遅くとも現在においては違憲性を疑う余地はないというべきである。

2 婚姻及び氏の制度としての側面と立法裁量権逸脱の判断基準

民法 750 条は、婚姻に際しての氏の選択について定める。婚姻及び氏について、それぞれ制度という側面があることについては上告人らも否定するものではない。しかし、制度という側面があるからといっていかなる制度の構築も許されるわけではないことは言うまでもない。

原判決は、「氏自体は民法その他の法令による規律を受ける制度というべきであるから、氏に関する様々な権利や利益は法制度を離れた生来的、自然権的な自由権として憲法で保障されているものではない」（10 頁）と判示する。しかし、裁判所は、これまでも、制度と不可分のものである選挙権（在外邦人違憲判決：最大判平成 17 年 9 月 14 日集 59 卷 7 号 2087 頁）や国籍（国籍法違憲判決：最大判平成 20 年 6 月 4 日民集第 228 号 101 頁）、相続制度（平成 25 年決定）などについて違憲性を判断してきた。

選挙権も、国籍も、いずれも後国家的な権利利益であって、必ずしも「生来的、自然権的な自由権」とはいえない。選挙権については、従来、憲法 47 条に基づき選挙に関する事項には立法裁量があると考えられてきており、特に日本国の主権の及ばない海外における選挙権の行使についての制度の構築にはかなり広い立法裁量が認められてきた。また、国籍を取得する権利は憲法に明記された権利ではなく、国籍には国家の対人主権の範囲を画する面があることから、日本国籍の付与についても広い立法裁量が認められてきた。国籍法違憲判決においても、「憲法 10 条の規定は、国籍は国家の構成員としての資格であり、国籍の得喪に関する要件を定めるに当たってはそれぞれの国の歴史的事情、伝統、政治的、社会的及び経済的環境等、種々の要因を考慮する必要があることから、これをどのように定めるかについて、立法府の裁量判断にゆだねる趣旨のものであると解される。」と、国籍取得という法制度の構築において立法裁量があることが前提とされている。

平成 25 年決定も「相続制度を定めるに当たっては、それぞれの国の伝統、社会事情、国民感情なども考慮されなければならない。さらに、現在の相続制度は、家族というものをどのように考えるかということと密接に関係しているのであって、その国における婚姻ないし親子関係に対する規律、国民の意識等を離れてこれを定めることはできない。これらを総合的に考慮したうえで、相続制度をどのように定めるかは立法府の合理的な裁量判

断にゆだねられている」と、立法裁量の存在を当然の前提としている。

それにもかかわらず、裁判所は、選挙制度、国籍取得の制度及び相続制度について、その具体的な内容に立ち入った丁寧な審査を行い、違憲の判断を下しているのである。

よって、婚姻に際しての氏を選択という場面であっても、制度の構築について立法府に与えられた合理的な立法裁量権を逸脱した場合には違憲と評価されるべきことは当然である。

では、いかなる場合に立法府の合理的な裁量権の逸脱と評価されるべきか。

この点、憲法 24 条 2 項は、「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。」として、婚姻について個人の尊厳に立脚した制度構築を求める。

また、氏名権ないし氏の変更を強制されない自由が、憲法上の権利として認められるべきことは既に述べてきた通りであり、また、仮にかかる権利・自由が憲法上の権利として醸成されていないとしても、法的保護に値することは原判決も認めるところである（9 頁 11～13 行目及び 10 頁 6～8 行目）。よって、当該氏に認められる個人の利益は、氏の制度の構築の中で最大限尊重されるべきであり、その尊重には憲法 13 条が定める「すべて国民は、個人として尊重される」という理念が最大限反映されるべきである。

さらに、平成 25 年決定は、「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。」と、家族の中における個人の尊重の重要性を指摘した上で、「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うことができる。」と、法律婚という制度自体の意義を認めつつその中で個人としての尊重という観点からその個人の権利を保障すべきであることを述べ、「遅くとも・・・相続が開始した平成 13 年・・・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」として、立法府の裁量権の逸脱との結論を導いた。

以上からすれば、氏及び婚姻の制度構築に際しては、いずれも個人の尊厳ないし個人としての尊重が最大限実現されるべきである。婚姻に際する氏の選択という、両者が複合的にかかわる民法 750 条については、なおさらその要請が強いと言える。「個人の尊厳」（憲法 24 条 2 項）と「個人としての尊重」（憲法 13 条）は同義であり、「人間社会における価値の根元が個人にあるとし、なににもまさって個人を尊重しようとする原理をいう。ここで個人とは、人間一般とか、人間性とかいう抽象的な人間ではなくて、具体的な生きた 1 人 1 人の人間をいう。個人主義は、一方において、他人の犠牲において自己の利益を主張しようとする利己主義に反対し、他方において、全体のためと称して個人を犠牲にしようとする全体主義を否定し、すべての人間を自主的な人格として平等に尊重しようとする」（宮澤俊義・芦部信喜「全訂 日本国憲法」日本評論社 1978 年 197 頁）。それはまた、多様な生き方、価値観、思想を有する個々人の存在を当然のこととして、「個々人が多様な存在のままとして尊重されなければならない。」という価値そのものであり、立法上、最大限尊重されるべき利益である。立法府に与えられた裁量権を考慮しても、当該価値を侵害することは、憲法 24 条 2 項及び同法 13 条に反する結果となる。

具体的には、平成 25 年決定と同様に、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、氏に関わる法制等の変化等を総合的に考察した上で、民法 750 条が個人の尊厳ないし個人としての尊重を侵害するに至っていないかが判断されなければならない。

3 民法 750 条の違憲性（立法裁量の逸脱）

（1）改正の必要性

ア 日本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

（ア）平成 25 年決定が認める家族形態の多様化等

平成 25 年決定は、「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」、「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」という具体的事情から、日本における「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」として、婚姻、家族の形態の著しい多様化及びこれに伴う国民の意識の変化を真正面から認める。

その上で、同決定は、「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。」として、「上記制度（上告人ら代理人注：法律婚制度）の下で・・・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方が確立されてきている」ことを指摘する。

平成 25 年決定が認める家族形態の多様化等を背景として、法律婚制度の中での個人の尊重の実現がより要請されているのである。

（イ）家族形態の多様化等に伴う氏の継続使用の必要性の高まり

1975（昭 50）年以降、日本では、継続して女性の労働力率は上昇傾向で推移しており、婚姻後も働き続ける女性が増えている。1997（平 9）年には、共働き世帯数は男性雇用者と無業の妻からなる世帯数を上回った。

また、婚姻についての動向をみると、近年男女とも晩婚化が年々進んでおり、2011（平 23）年における平均初婚年齢は男性 30.7 歳、女性 29.0 歳（厚生労働省「人口動態統計」参照）となっている。特に女

性の晩婚化は 1947（昭 22）年の 22.9 歳と比較すると大幅に進んでいることが見て取れる。

さらに、日本における戦後の離婚件数は、おおむね増加の一途をたどり（この 10 年に関して人口減の影響により漸減傾向）、再婚割合も同じくほぼ増加傾向にある。再婚の増加により、連れ子を伴う再婚（ステップファミリー）もまた増加した。特に女性による子連れ再婚の増加は、法律婚を選んで再婚相手の氏に変わることと、法律婚をせず母子同氏を継続することの難しい選択を再婚女性に迫るものである（以上につき、第一審原告準備書面 4 の 36 頁以下にて詳述）。

つまり、一般的な傾向として、女性の就業から婚姻時（又は再婚時）までの期間が長くなっており、多くの女性がキャリアを重ねている段階での婚姻による氏の変更の場面に直面していると言える。女性が社会的にも重要な役割を担っていることと併せ考えると、婚姻前の氏で積み重ねてきたキャリアを婚姻後も引き継ぐため、婚姻前の氏の継続使用の要請が極めて高くなっている。

現在の政権においても、内閣府男女共同参画局推進課などによって、女性の労働力及び活躍や社会参画の推進が経済力強化に不可欠であるという理念のもと、女性の社会支援のための活発な働きがされている。具体的には、女性活力・子育て支援担当大臣が設けられ、待機児童の解消、女性役員・管理職の増加、職場復帰・再就職の支援、子育て後の起業支援などが政策として掲げられている。社会は、女性の社会参画を受容するとともに必要とすらしているのであるから、それにかかる様々な弊害（氏の変更による不利益を含む。）は、社会全体として積極的に除去していかなければならない。

（ウ）世論調査の分析に見てとれる国民意識の変容

原判決が引用する、内閣府が実施した家族の法制に関する世論調査においても、婚姻及び氏に対する国民の意識の変化が読み取れる。原判決は、2012（平 24）年 12 月の世論調査（以下「平成 24 年調査」とする。）の内容について、選択的夫婦別氏制度への反対割合と賛成割合の全体平均を単純に比較した上で、「全体としてみれば、最近の傾向としては、賛否が拮抗している状況にある」と分析し（12 頁）、加えて、自己が婚姻前の氏を称することを希望するか否かの調査に対して「こ

れを希望する者の割合は、23.5%にとどまる一方、これを希望しない者の割合は、49.0%に上る」ことを理由として「一般論として選択的夫婦別氏制度の導入に賛成し、又は許容したとしても、自分自身が婚姻前の氏を称することについては、約半数の者が消極的であると認められる」と結論づけている（12～13 頁）。しかし、その分析方法及び結論はいずれも誤っている。

すなわち、平成 24 年調査において、選択的夫婦別氏制度を認めてもかまわない（賛成）との立場を示したのは全体の 35.5%、現在の法律を改める必要はない（反対）との立場を示したのは全体の 36.4%であり、確かに反対が賛成を上回っている。しかし、婚姻による氏の変更の問題にまさに直面する（若しくは「している」）のは、多くは 20 代から 30 代の女性である。よって、この調査についてもその点を十分考慮して分析する必要がある。

そこで、平成 24 年調査を年齢別にみると、同じ質問に対する 20 代の賛成割合は 47.1%、30 代では 44.4%であり、さらに女性に限定すると 20 代女性では 53.3%、30 代女性では 48.1%という、極めて高い賛成割合となる（反対割合は 10%台）。また、過去の調査からの変遷をみても、平成 13 年の調査では 20 代は賛成 42.3%・反対 16.8%、30 代は賛成 37.2%・反対 14.4%、平成 18 年の調査では 20 代は賛成 44.4%・反対 21.3%、30 代は賛成 42.8%・反対 18.8%となっており、着実に賛成割合が増加傾向にある。また、40 代、50 代も、賛成割合は 43.9%（40 代）、40.1%（50 代）となっており、20 代から 50 代を総じてみても、賛成の割合が 40%を超え、反対の割合は 20%台にとどまる結果となっている。

さらに、調査対象の年齢別の人数比に着目すると、平成 24 年調査では 70 歳以上の回答者数が全体の約 25%を占め、60 代も併せた 60 歳以上の回答者数となると約 47%と半数近くに上る。また、回収数は、それぞれ、20 代 411 人、30 代 369 人、60 代 989 人、70 代 746 人であり、60 代 70 代の回答者数の合計は 20 代 30 代の回答者数の合計の 2.2 倍以上になっている。今後婚姻によって氏の問題に直面する可能性が低いと思われる 60 代以上では急激に反対割合が高いために（60 代では賛成 33.9%・反対 43.2%、70 代では賛成 20.1%・反対 58.2%）、

全体平均はこれによる影響を大きく受けてしまっているのであるが、これは、年代別の回答者数及び回収数が偏っていることに起因することが分かる。

加えて、平成 24 年調査は昼間に行われた対面調査であるところ、有職者よりも主婦層の回答者が多いことが容易に予想されるから、婚姻前の氏の使用継続の必要性を強く感じている人々の意見が反映されにくい調査方法といえる。

さらに言えば、平成 24 年調査には、「通称をどこでも使えるようにする法改正には賛成である」という第三の選択肢が存在する。この選択肢は、何らかの形での夫婦別氏の必要性を認める立場と言えよう。しかし、原判決も採用する選択的夫婦別氏制度の賛成・反対の票中には、第三の選択肢を採用した者は反映されていない。つまり、法律婚による氏の変更強制からの救済措置に必要性を感じている者の率を、賛成と第三の選択肢で二分させているのであり、原判決がしたように選択的夫婦別氏制への賛成・反対だけを取り出して比較することは妥当でない。第三の選択肢を採用した者も含めると、法律婚による氏の変更強制からの救済措置に必要性を感じている者の率は全体でも 59.5% に上り、20 代 30 代の女性ではそれぞれ 83.2%、83.3% と、実に 8 割以上が何らかのかたちでの夫婦別氏を容認しているといえるのである。

以上からすれば、平成 24 年調査における賛成割合及び反対割合の全体平均を「国民の意識」として採用することは極めて不適切である。ましてや、当該全体平均を、「自己が」婚姻前の氏を称することを希望するか否かという「当事者」の意見として採用することが妥当でないことは、言うまでもない。

選択的夫婦別氏制度の必要性の有無が世論調査によって決せられるべきでないことは当然であるが、世論調査を正しく分析すれば、家族のあり方の多様性や家族の中における個人の尊重（氏の選択）を認める国民の意識が高まっていることや、選択的夫婦別氏制度の導入の必要性が高く要求されていることがうかがえる。

イ 諸外国の立法のすう勢

諸外国においては、夫婦別氏選択制あるいは結合氏選択制への法改正が

進んでおり、同氏の選択肢しか認めない法制を採用している国は、日本とインド（ヒンドゥー教徒）、ジャマイカくらいしか見当たらない（甲 8）。

ウ 日本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

国連は、1979（昭 54）年 12 月に女性に対するあらゆる形態の差別に関する条約（以下「女性差別撤廃条約」という）を採択した。同条約は、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ところ（同条約 2 条 (f)、16 条 1 項柱書）、日本は、同条約を 1985（昭 60）年 6 月 25 日批准し、同条約は同年 7 月 25 日に発効している。

また、女性差別撤廃条約の実施機関である女性差別撤廃委員会は、1994（平 6）年「婚姻及び家族関係における平等に関する一般勧告 21」を採択し、同条約 16 条 1 項 (g) について、「各パートナーは、共同体における個性及びアイデンティティを保持し、社会の他の構成員と自己を区別するために、自己の姓を選択する権利を有するべきである。法もしくは慣習により、婚姻に際して姓の変更を強制される場合には、女性はこれらの権利を否定されている。」とした（甲 14）。これはすなわち、家族という共同体の中においても、個人の尊厳を保持し、個人として尊重されなければいけないことが当然の理であり、女性が差別されてはならない場面の事例の一つとして、婚姻の際の氏を選択における差別が挙げられていることは、氏が個人の尊厳を保持する上で世界的に重要視されていることを表す。

しかし、依然として民法 750 条の改正措置を実施しない日本に対し、女性差別撤廃委員会は、2003（平 15）年及び 2009（平 21）年にそれぞれ民法 750 条における夫婦の氏を選択に関する差別的な法規定の撤廃を要請する内容の勧告をしている。すなわち、2003 年勧告においては、「民法が」「夫婦の氏を選択などに関する、差別的な規定を依然として含んでいる」点を指摘し（甲 17 の 371 項）、「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」よう要請した（甲 17 の 372 項）。また、2009 年勧告においては、前回勧告を経ても放置されている状態を問題視した上で、「差別的な法規定の撤廃が進んでいないことを説明するために世論調査を用いていること」に懸念を表明し（甲 18 の 17 項）、

女性差別撤廃条約の締約国は「世論調査の結果にのみ依存するのではなく、本条約は締約国の国内法体制の一部であることから、本条約の規定に沿うような国内法を整備するという義務に基づくべきである」と指摘した（甲 18 の 18 項）。これは、まさに、原判決に向けた警告に読み替えることができる。

さらに、2009 年勧告は、被上告人に対し、「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（甲 18 の 18 項）、民法 750 条を含む差別的規定の改正について、2 年以内の勧告の実施に関する詳細な情報を書面で同委員会に提出することを要請した（甲 18 の 59 項）。

女性差別撤廃条約の批准により、日本は、国家として、条約上及び憲法上、民法 750 条を改廃する義務を負うこととなり、また、女性差別撤廃委員会からの度重なる勧告によって、そのことはより明らかとなったのである。

エ 氏に関わる法制等の変化

民法 750 条は、1947（昭 22）年の民法改正に伴い、両性の平等に反するという GHQ からの指摘を受けながらも成立した。同年 10 月 27 日の当時の衆議院において更なる改正を必要とする旨の付帯決議がされるなど（甲 6、甲 8）、同改正は当時から不十分なものと認識されていた。

時代と共に、個人としての尊重の理念が浸透していく中で、まず家族法制では、離婚復氏制度（民法 767 条 1 項）が問題となった。婚氏続称制度導入前、婚姻中に使用して慣れ親しんだ氏を継続使用することを希望する者は、戸籍法 107 条 1 項による氏の変更の許可審判の申立てを要し、裁判所からの許可を得ることが求められたが、氏の継続使用を希望する者が増加することにより、次第に、婚氏の継続使用による利益が尊重され、氏の変更が認容されるようになっていった。そして、婚姻時、夫の氏を選択する割合が継続して 90%台を維持していること、離婚の増加及び離婚後の親権者の約 80%が母親であることなどが一因となり、1976（昭 51）年には婚氏続称制度が導入された。これは、継続使用してきた氏に対する個人の有する利益を容認し、法的保護の必要性を認めるものであるとともに、その選択権を個人の意思に委ねることを認めたものである。

また、国際結婚においては夫婦別氏がむしろ強制されていたところ、1984

(昭和 59) 年に日本人配偶者が外国人配偶者の氏に変更しうる旨の戸籍法 107 条 2 項の定めが設けられた。これにより、国際結婚においては、別氏強制から一歩進んで、自己の意思によって配偶者の氏を称することも認められることとなった。当該改正は、家族という共同体の中の自己の在り方(氏)を自らが選択することができるという意味において、個人の尊厳及び個人としての尊重をより重んじる法改正と言える。

さらに、1987(昭 22)年には、養子縁組における縁氏続称制度(民法 816 条 2 項)が導入された。当該制度も、やはり、継続使用してきた氏に対する個人の有する利益を容認し、法的保護の必要性を認めるものであるとともに、その選択権を個人の意思に委ねることを認めたものである。

以上のような法制度の変化は、日本において、第一に、家族の共同体の中における個人の尊厳及び個人としての尊重をより重んじることの要請が強くなってきたことを意味する。それは、離婚及び離縁という身分変動の場面において氏を選択を個人に委ねるようになった婚氏続称及び縁氏続称への改正の趣旨、国際結婚において選択的に外国人氏を称することを認めた趣旨から、明らかである。これらは、身分変動における家族内での個人の在り方(氏を選択)については、国が一定の価値観を設定するのではなく、個人の意思による自己決定が最も尊重されるべきであるという理念に基づいているといえよう。

第二に、長年使用してきた氏に包含される、個人の持つ法的利益の重要性が認められたことを意味する。法制度上、もはや身分関係の変動と氏の変更は連動が必然的ではなく、氏の継続性・不変性の社会的及び個人的価値を重視する法制へと転換するに至ったのである。

なお、1996(平 8)年には、選択的夫婦別氏制を含む法律案要綱が公表された。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、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つて差し支えなからう。」としており、被上告人自身が、1975（昭50）年以降、国民の価値観・人生観の多様化、個人の尊厳という観点から、個人の氏に対する人格的利益を選択的夫婦別氏制という形で保護すべきことを認めている。

オ 生来の氏を望む場合に受ける具体的不利益及び苦痛

（ア）上告人塚本協子（第一審塚本尋問調書）

上告人塚本協子（以下「上告人塚本」という。）は、 年 月 日に夫と結婚式を挙げたが、自己の生来の氏を称することを希望し、事実婚として婚姻生活を開始した。上告人塚本と夫は、3人の子をもうけたが、子らを夫婦の戸籍に入れるため、子の出生の度に婚姻届出と便宜的な離婚届出を繰り返した。そして、第三子出産後は、便宜的離婚届出をせず、現在に至るまで法律婚夫婦として暮らしている。

上告人塚本は、氏の変更後、職場において通称使用をしていたが、その使用範囲にはおのずと限界があり、通称使用では補えない具体的な不都合が生じてきたことを述べる。

そして、何よりも、上告人塚本は、自己の氏を犠牲にして婚姻届を提出した際の気持ちを「名前の喪失感、悲しみ、苦しみ、非常に味わいました。」と述べ、また子を出産した後、母乳が出なくなってしまうなど、その精神的苦痛は、体への異常を来すほどであったとする。また、職場において戸籍上の氏で呼ばれることについても辛い気持ちを味わい、それによって「少し痩せ」「生理が止まったりしました。」とも述べる。上告人塚本は、法律婚を維持するために、生来的な自己の氏を称することができないことに多大な精神的苦痛を感じてきたのであって、上告人塚本が氏の変更によって味わった苦しみは計り知れない。

上告人塚本は、「私は塚本協子で生き、塚本協子で死にたい」と強い思いを述べる。

氏は、それほどまでに、個人の人格に密接にかかわる人格的生存に必要な不可欠なものなのである。

(イ) 上告人 A・上告人 B (第一審 A 尋問調書及び第一審 B 尋問調書)

上告人 A (以下「上告人 A」という。) は、情報処理分野を専門とする技術者及びフリーライターとして稼働しており、これまで一貫して A 姓を使用してきた。上告人 B (以下「上告人 B」という。) は、技術者として勤務しており、現時点まで B 姓で 6 件の特許を保有している。上告人 A と上告人 B は、 年 月 日に結婚式を挙げ、同日婚氏を「B」とする婚姻届を提出した。上告人 A は、婚姻後、A 姓の通称使用を希望したところ、混乱や不都合に常に直面することになり、 年 月 日、やむなく離婚届出をした。 年 月 日、上告人 A と同 B は、荒川区に婚姻後の氏を各自の氏とする婚姻届を提出したが、受理されず、現在事実婚夫婦として暮らしている。

上告人 A は、婚姻前、婚姻によって氏を変更することに抵抗を持っておらず、社会一般の大多数の女性と同じように夫の氏に変更した。しかし、B 姓で生活する中で、具体的な不都合を感じ、「A という名前は私の名前なのに、もう、身分証明書や書類では証明できない名前になってしまって、まるで私の名前が架空の名前になってしまったような、借り物のような、そのうちに私の存在もなぜか借り物のような、とてもむなししい気持ちになりました。」と日々辛い思いするようになった旨述べる。

上告人 A 及び上告人 B は、氏の問題から事実婚夫婦として暮らすようになったが、事実婚夫婦では、子どもが生まれた時には共同親権者になることができず、共同して住宅ローンを組むことも認められず、妻を受取人とする生命保険に加入することも著しく困難であるなど、非常に深刻な問題に直面することとなった。上告人 B は、震災を経験したことで、手術の同意書や役所の手続きなどにも困難が生じることに強い危惧感を持つようになったとも述べる。

上告人 A 及び同 B は、法律婚を尊重し、夫婦としての共同体として生活することを強く望んでいる。しかし、一度氏を変更した上告人 A は、その体験によって生来の氏を失うことの辛さを身をもって感じたため、事実婚を選択せざるを得ないという状況に置かれ続けている。

なお、上告人 B は氏の同一性が失われた事実婚移行後も夫婦仲は変わらないと述べる。氏が同一でなくとも、夫婦として仲睦まじく共同体としての一体性を築いていくことは当然ながら可能であり、夫婦としての

家族の共同体と個人の尊重は両立しうるのである。

(ウ) 上告人 C (第一審 C 尋問調書)

上告人 C (以下「上告人 C」という。) は、行政書士の資格を有しており、 年 月に個人事務所を開業した。現在も行政書士として稼働している。

上告人 C は、 年 月 日に婚姻した。上告人 C は、結婚式当日まで婚姻改氏に悩み続けたが、やむなく夫の氏に改氏することを決意した。同夫婦間には子が一人いる。

上告人 C は、行政書士としての職務上は C 姓が使用できるものの、限界があり、公正証書遺言の署名や振込先口座の名義など、戸籍上の氏を用いなければならない場面があることを述べる。

また、上告人 C もまた、「やはり、婚姻届を出した方がいいと思っていました」「籍を入れていない状態ですと、どちらかが交通事故に遭ったりですとか、そのほかの不慮の事故に遭ったときに、お互いを家族として認められないという可能性があるので、それがとても不安だったからです。」として、法律婚の選択を積極的に希望している。

(エ) 上告人 D (第一審 D 尋問調書)

上告人 D (以下「上告人 D」という。) は、大学の専任講師として稼働しており、大学においては D 姓を用いている。

上告人 D は、 年に婚姻することとなったが、上告人 D は、婚姻までに既に自己の論文や業績を有していたため、継続して D 姓を用いることを強く希望していた。しかし、夫の社宅の契約において法律婚夫婦であることが必要条件であったこともあり、やむなく夫の氏を婚氏として、同年 9 月 22 日に婚姻届出をした。上告人 D は、改氏によって「強い自己喪失感にさいなまれ、非常に悩みました」「苦痛に感じて悩んだ」と当時の心境を述べる。

また、現在職務上 D 姓を使用している点についても、使用できる範囲に限界があり、他の上告人らと同様に具体的な不都合を強く感じている。

さらに、上告人 D は、夫との間に 3 人の子をもうけているが、子らは皆、母親である上告人 D のことを「D」として認識し、父親と姓が異なることを自然なこととして受け入れている。加えて、第三子は保育園に「D 姓」を用いて通園しており、他の子らも母親と父親の氏が違うこと

と同様に自然のこととして受け入れている。これは、氏を同一にすることが家族の一体性の本質ではないことの証左である。

(オ) (甲 129 陳述書) (同人は本件訴訟の当事者ではないが、同人を含め、本件訴訟の傍聴を続けてきた者等のうち複数の者より陳述書の提出希望があったため、今般提出するものである。以下、同様。)

訴外 (以下「 」という。) は、現在、公認会計士として稼働している女性である。 は、 年 月 日に夫の氏を婚氏として婚姻届出した。それまで、私生活も職務上も生来の氏である「 」を使用してきたため、改氏は苦渋の選択であった。しかし、子の戸籍のことを考え、法律婚を選択した。

その後、婚姻前の氏の使用場面がなくなっていき、「わたしの中の が、どんどん削り取られて、細くなっていくのを感じます。」と辛い心情を述べる。

また、私生活上では、これまで使用していた祖父に作ってもらった実印が使用できなくなり、職務上は、役所に登録された氏()と身分証明書上の氏(戸籍上の氏)が一致しないことによりなかなか役所に入れなかったりと、具体的かつ深刻な弊害を味わっている。

(カ) (甲 130 陳述書)

訴外 (以下「 」という。) は、 年 月まで私立大学で事務課長を務めていた女性である。 は、 年 月 日に夫と結婚式を挙げたが、氏を変更することによる「家に入る」という旧来の社会通念にからめとられることに大変な精神的な苦痛を感じ、事実婚を選択した。

そして、 は夫との間で 2 人の子をもうけたが、夫と共同親権者となることができず、現在 のみが親権を有している。 は、夫が子を認知していても、夫の親としての義務が薄いように感じられ、大きい苦痛を感じたと述べる。

また、事実婚であるため、税法上扶養家族になれず、夫の会社からは家族手当は対象外として支給されない。

他方で、子どもたちは、両親の氏が異なることについて何ら違和感を有しておらず、そのことをとても良く理解している。

(キ) (甲 131 陳述書)

訴外 (以下「 」という。)は、行政書士として稼働している女性である。 年 月 日に夫と婚姻したが、30年に渡って 姓で社会生活を送ってきており、婚姻後も 姓で勤務することを予定していたため、婚姻に際する氏の変更に非常に抵抗を持っていた。しかし、夫との同居生活に当たって、法律婚夫婦であることが社宅への入居条件となっていたため、やむを得ず法律婚を選択し、夫が年長者であり収入も高かったため婚氏として夫の氏を選択した。しかし、 姓の使用には限界があることを感じ、勤務先の変更に伴い 年に戸籍上も生来の氏に戻すため、夫の承諾を得て、ペーパー離婚した。

法律婚を選択直後、勤務先で給与振込口座を 姓のまま使用することを拒否され、その際「架空の人物に振り込むことになってしまう」と言われた。 は、その言葉に衝撃を受け、変更した後の戸籍上の氏こそが正しい氏として認識される現状は、「人格の抹消」であると述べる。

また、事実婚となった現在は、税法上の扶養家族となれず、 の夫は高額な所得税を納税し続けている。

なお、 と夫は、現在も変わらず夫婦円満で生活しており、子も父母の離婚に至った経緯をよく理解している。

カ 小括

上告人ら及び陳述書提出者ら(以下「上告人ら等」という。)は、上記に述べてきた通り、氏を奪われることによる喪失感や辛さなど、多大な精神的苦痛を味わってきた。この精神的苦痛により、時には母乳が出なくなり、生理が止まるなどの身体に不調をきたすほどであった。氏が奪われることによってこのような多大な精神的苦痛を味わう者が多数存在することは、氏はその個人の人格的利益に密接に関連しており、個人として尊重される基礎になっていることの証左でもある。上告人塚本が「私の後ろには、そのようにして夫婦別姓を心から待ち望んでいる人たちが多くいるんです。」と述べる通り(第一審塚本尋問調書)、上告人らが稀有の存在でないことは、陳述書提出者らによる陳述内容及び平成24年調査(選択的夫婦別氏制度に賛成と回答した者に対し、実際に別氏を希望するかという質問をしたところ、「希望する」と回答した割合は23.5%に上った。)からも明らかである。

また、氏を変更することによる具体的な不都合性及び弊害は、通称使用

によって一定程度補うことができるが、日本においては戸籍姓が非常に重んじられており、通称では補いきれない範囲が多く存在することもまた事実である。実際、職場で旧姓使用が認められず、法的紛争となっている事案が現在も存する。上告人ら等が実際に通称と戸籍姓の不一致により具体的かつ深刻な不利益を被ってきたことは、上記上告人ら等による陳述内容から顕著に見て取れる。

さらに、氏の変更を希望しない者には、事実婚という選択肢が存在するものの、法律婚による利益を無視することはできない。日本においては、實際上、家族として認められるためには、多くの場面で法律婚の要請がある。事実婚によって享受できない利益としては、上告人ら等が述べる通り、子の共同親権者、税法上の扶養者、保険の受取人、共同住宅ローンの設定、社宅の入居者制限、養子縁組により子を得ること、など様々な点が挙げられる。

民法 750 条の存在により、氏を変更することなく法律婚をすることを希望する者にかかる「個人の尊厳」及び「個人としての尊重」は侵害され続けており、その侵害の程度は極めて深刻である。このような弊害を生んでいる民法 750 条の改正の必要性は高く、早急に是正されるべき状況が続いている。

(2) 改正の相当性

上記(1)で述べてきた通り、民法 750 条は「個人の尊厳」及び「個人としての尊重」を著しく害するものであり、改正されるべきであるところ、必要とされる改正は、決して婚姻制度や氏の制度の根幹を害するものではない。

まず、婚姻によって夫婦が同氏になることは、婚姻制度の本質ではない。現在の家族法制でも、身分変動があった場合に氏を維持する制度は存在する（婚氏続称制度・縁氏続称制度）。従って、婚姻によって従前の氏を維持することは、氏及び家族法制の根幹を揺るがすものではないことは言うまでもない。上告人ら等が述べる通り、選択的夫婦別氏制度を望む者は、現在の法律婚制度を尊重するがゆえに、夫婦同氏強制を定める民法 750 条によって苦しめられているのであり、むしろ、現在の家族法制の本質部分を尊重することを前提にしているのである。

また、原判決は、「夫婦が別氏を名乗ると家族の一体感や絆が弱まると考

えている者が相当程度存在すること」(13頁18～19行目)、「国民の意識の根底には、現在の夫婦同氏制度が家族の一体感の醸成に寄与しており、これを維持するべきであるとする意識がある」(14頁6～8行目)ことなどを挙げ、選択的夫婦別氏制度が未だ社会に受容されていないとする。しかし、民法750条の改正とは、夫婦別氏の強制制度の創設を意味しないのであって、夫婦同氏による家族の一体性の醸成を希望する者は、継続して夫婦同氏を選択すればよい。従って、選択的夫婦別氏制度を導入したとしても、それらの価値観を有する者の利益を害することはない。また、そもそも、夫婦の氏が異なることによって夫婦仲が悪くなったり、家族としての一体性が失われたりするといった懸念があたらないことは、上告人ら等の陳述内容からも明らかである。加えて、(事実婚又は通称による)別氏を採用する夫婦間の子らにおいても、そのことを自然のこととして受け入れていることが実情として述べられている。そのため、夫婦別氏による具体的な弊害は想定できない。平成24年調査においても「氏が違うことで家族の一体感(きずな)が弱まると思う」と答えたのは全体の36.1%で、「家族の一体感(きずな)には影響がない」と答えた59.8%を大きく下回る結果となった。平成8年、平成13年、平成18年の調査と比較すると、一体感が弱まると回答する人の割合は減少傾向に、一体感に影響がないと回答する割合が増加傾向にあり、国民の意識も変化していることが読み取れる。

むしろ、平成25年決定が認める通り、「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意識されて」きているのであり、家族形態の多様化及びそれに伴う国民の意識の変化に伴い、夫婦双方が個人として尊重されることは、むしろ家族としての一体性を高め、両立するものとなっている。

以上の通り、民法750条の改正は、現在の家族法制の根幹を崩さずに行うことが可能なものである(なお、「関連規定との整合性を検討することの必要性」が現在の規定を当然に維持する理由とならないことは、平成25年決定が明確に述べるところである)。また、想定される改正は、反対の価値観を有する者に対して、その価値観の変更を強制するものではないため、改正に際して想定すべき反対利益も存在せず、改正によって生じる弊害も想定できない。従って、民法750条の改正には十分な相当性が認められる。

4 結論

以上述べてきた通り、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、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、氏に関わる法制等の変化並びに生来の氏を望む場合に受ける具体的不利益及び苦痛からすれば、民法 750 条を改正する必要に迫られていること及びその改正に相当性があることは明らかである。

この点、原判決は、氏にかかる権利について考察する際も民法 750 条の違憲性を判断する際においても、多数者の意識を重視するようであるが、憲法上の「個人の尊厳」及び「個人としての尊重」が侵害されているかの判断は、多数者の意識によってなされるものではない。平成 25 年決定も、民法 900 条 4 号の合理性について「種々の要素を総合考慮し、個人の尊厳と法の下での平等を定める憲法に照らし、嫡出でない子の権利が不当に侵害されているか否かという観点から判断されるべき法的問題であり、法律婚を尊重する意識が幅広く浸透しているということ（中略）は、上記法的問題の結論に直ちに結び付くものとはいえない」と、多数者の意識が問題の結論に直結するものでないことを明言する（8 頁）。ましてや、選択的夫婦別氏制の導入は、国民の選択肢を広げるものに過ぎず、国民全体に夫婦別氏を強要するものではないから、夫婦別氏を望まない国民に対して何らの不利益も与えるものではない。よって、選択的夫婦別氏制導入の要否が賛成者と反対者の割合の勝敗により決められるべきでないことは自明である。

民法 750 条は、上告人らを含む多数の人々に対して、長年にわたり、切実な不都合及び不利益を強いることにより、かかる人々の「個人の尊厳」及び「個人としての尊重」という重大な利益を害してきた。その民法 750 条は、今ある婚姻制度の根幹を変えずに改正が可能である。そして、むしろ、氏の変更の強制の是正は、氏を維持したまま法律婚を望む者に法律婚制度の門戸を開くものであり、法律婚制度の維持に資するものである。それにもかかわらず是正されてこなかった民法 750 条は、立法裁量の存在を考慮したとしても、「個人の尊厳」及び「個人としての尊重」を侵害するものとして、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）年の時点では憲法 24 条 2 項及び同 13 条に反することが明らかとなっており、どんなに遅くとも現在においては違憲性を疑う余地がないと言わざるを得ない。

三 国会の立法不作為の違法性

以上のとおり、民法 750 条は、制定時から憲法 13 条に反し、また、仮に制定時には合憲であったとしても、1996（平 8）年の時点又は遅くとも現在においては、憲法 24 条 2 項及び同 13 条に反することが明らかとなっている。このような民法 750 条を国会議員が改正しない立法不作為は、憲法 13 条及び同 24 条 2 項によって国民に保障されている権利、すなわち、氏名権、氏の変更を強制されない自由（17 年判決がいう「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り、かつ、その氏名権、氏の変更を強制されない自由を行使する機会を確保するために所要の立法措置（選択的夫婦別姓制度を容認する法制度）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り続けてきたものであり、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。

第三 「婚姻の自由」と憲法 24 条

一 「婚姻の自由」と民法 750 条による制約

1 原判決の判断

原判決は、「婚姻は、個人にとって、自己実現及び幸福追求の基盤として極めて重要な意義を有しており、国家ないし社会にとっても、それらの基幹をなす不可欠のものであって、何人も自己の意思に反した婚姻を強制されたり、婚姻が当事者以外の第三者の意思によって妨げられないことはいうまでもない」として、上告人らの主張を認めつつ、最高裁判所昭和 36 年 9 月 6 日大法院判決・民集 15 卷 8 号 2047 頁を引用し、憲法 24 条は「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、その実現を法律に委ねている規定である」として、憲法 24 「条によって直接、何らの制約を受けない『婚姻の自由』が保障されていると解することはできない」と判示し、「婚姻の自由」に対する制約として、「民法上、婚姻適齢、重婚禁止、近親者間の婚姻禁止等の制約や届出を要すること等の制約がある」と指摘する。

しかし、上告人らは、「婚姻の自由」について、何らの制約を受けない人権であるかのような乱暴な主張をしたことはなく、原判決が認めるとおり、何人も自己の意思に反した婚姻を強制されず、婚姻が当事者以外の第三者（被

上告人を含む。) の意思によって妨げられないという「婚姻の自由」が人権として保障されることを前提として、民法 750 条による「婚姻の自由」に対する制約が内在的制約ないし公共の福祉による制約として許されるものではなく、違憲であると主張しているのもであって、「婚姻の自由」が民法の定める形式的要件・実質的要件という一定の制約に服するものであることを否定したことはない。

2 人権としての「婚姻の自由」の保障

(1) 婚姻の意義

「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」(最高裁昭和 62 年 9 月 2 日大法院判決・民集 41 卷 6 号 1423 頁) のであって、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。

他方、社会や国家から見れば、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ことから、我が国においても、民法や税法等において、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図っている。

(2) 「婚姻の自由」の意義と人権としての保障

「婚姻の自由」とは、原判決が認めるとおり、個人にとっても社会・国会にとっても極めて重要な婚姻について、「何人も、自己の意に反する配偶者との婚姻を強制されず、また婚姻の成立にあたっては、当事者本人以外の第三者の意思によって妨げられない」(樋口陽一ら「注解法律学全集 憲法Ⅱ」132 頁) 自由であって、換言すれば、法律婚をすることあるいはしないことについて国家による干渉を受けない自由である。

「婚姻の自由」が憲法 24 条によって保障されるに至った経緯は、次のとおりである。すなわち、「わが国においては、旧憲法の下であって…、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德風習に支配され、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。…従来の民法では、家を中心とする家族主義の観念から、家長である戸主に家を統率するための戸主権を与え、婚姻も家のためとの思想があつて、戸主や親の同意が要件とされ…た。それに対して、本条（24条）が婚姻の自主性を宣言し、個人を自己目的とする個人主義的家族観に基づいた、家族生活の法律的規整を要求したことは、従来の封建的大家族主義への法律的支持をはずし、国民に新しい家族道徳を樹立する自由な基盤を与えることによって、民主主義の根底を固めようとする点で、大きな意義がある。…第98条第1項との関係で本条は廃棄的効力を有するから、本条の趣旨に反する制度や規定は、改正をまたずとも、憲法施行によって、当然効力を失うことになる。…本条は、家族生活における個人の尊厳と両性の平等を要求し、封建的家族制度における家のため、男子のための拘束から、個人特に婦人を解放することを目的とする。この点で、第13条の個人尊重及び第14条の法の下での平等の立法を通じての私人間の身分関係、家族生活関係における発現にほかならないともいえる。それだけに又本条は、国民にとって消極的な自由権的人権を保障する」（甲96・伊藤正巳ら「註解日本国憲法上巻改訂版」470頁）。

原判決は、この意味での「婚姻の自由」が当然に認められると指摘しつつ、憲法24条によっては保障されないと判断しているが、「婚姻の自由」は、次のとおり、多くの裁判例において、憲法24条（ないし憲法13条）によって人権として保障されることが認められてきたのであって、これを否定する裁判例は見当たらない。すなわち、「明治維新以来尚残存していた封建遺制は敗戦後全面的に撤廃せられ身分制度や家族制度が解消し、これに代えて民主主義制度が導入せられ婚姻は両性の合意のみによつて成立することが憲法を以て保障せられ姦通罪が刑法から抹消せられ恋愛や結婚の自由に加えられた制限は全く解除せられ恋愛自由の天国が現世に実現せられた」（京都地裁昭和32年11月8日判決・判時135号5頁）、「配偶者の選択に関する自由、結婚の時期に関する自由等結婚の自由は重要な法秩序の形成に関連しかつ基本的人権の一つとして尊重される」（東京地裁昭和41年12月20日判決・判時467号26頁）、「職場結婚を解雇の事由としたことは、配偶者の選択の自由に影響を及ぼし結婚の自由を制限することになる」（神戸地裁昭和43年3月29日判決・判時518号79頁）、「結婚の自由は、憲法により国が国民に対して保障した基本的人権の一つである」（千葉地裁

昭和 43 年 5 月 20 日判決・判タ 221 号 109 頁),「女子労働者が結婚したときは継続勤務の意思の有無にかかわらず一律に退職することを要する旨の前記慣行は…女子労働者の結婚の自由を合理的な理由なく制約するものである。従ってこのような慣行は憲法第 14 条, 第 13 条, 第 24 条の精神に違反する」(名古屋地裁昭和 45 年 8 月 26 日判決・労判 109 号 43 頁),「憲法第 24 条は『婚姻は両性の合意のみに基づいて成立する。』旨規定し, 国家が国民の結婚の自由を制限する立法を禁じられ, これを制約する要素を排除することが国家的責務であることを宣言する」(大阪地裁昭和 46 年 12 月 10 日判決・判タ 271 号 147 頁),「実親子型の養親子関係を基礎にすれば, 民法 736 条も, 734 条との関係で十分筋の通った合理的な規定だと考えられる。そこでは, 当事者の婚姻の自由, 配偶者選択の自由が, その限度で制限されること, 実親子が常にその制限を受けているのと異なる状態に置くことが是認される」(大阪高裁昭和 51 年 9 月 7 日判決・判タ 345 号 217 頁),「憲法 14 条 1 項, 24 条は, 婚姻の自由に対して男女の生理的な条件の違いを根拠として異なる制限を加えることを一切禁止するものではなく, そのような男女間での異なる取扱いは, 合理的な理由を有する限り, 憲法のこれらの規定に違反するものではない。」(広島地裁平成 3 年 1 月 28 日判決・判タ 752 号 89 頁),「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, …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穏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」(広島高裁平成 3 年 11 月 28 日判決・判時 1406 号 3 頁),「家族に対する恣意的又は不法な干渉を禁止する B 規約 17 条並びに家族の保護及び婚姻の権利を規定する同規約 23 条は, いずれも憲法 13 条, 24 条あるいは適正手続を定めた憲法の諸規定による人権保障を超えるものではないと解される」(東京高裁平成 13 年 12 月 12 日判決・判時 1777 号 43 頁), と判示されてきたのである (本書面において初めて引用した裁判例には下線を付した。)

「婚姻の自由」が憲法 24 条によって保障されることは, 被上告人においても, 繰り返し, 国際的に宣言されてきた。すなわち, 「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」(甲 103・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))、「婚姻は、わが国における家族の核をなす制度である。憲法第 24 条 1 項は、『婚姻は、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、相互の協力により、維持されなければならない。』と規定している。民法上、成人の男女の婚姻は、当事者双方が一定の方式の届出を行うことによって成立するものとされ、重婚の禁止、近親婚の禁止等の合理的な理由に基づく規制が設けられている以外には、婚姻の自由に対する法律上の制限はない」(甲 104・経済的、社会的及び文化的権利に関する国際規約の第 2 回政府報告(1998 年))、「憲法の保障する婚姻の自由及び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ことを粘り強く説いた」(甲 105・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(2001 年))、と明示的に憲法 24 条が「婚姻の自由」を保障していることを明らかにしているのである。

多数の学説においても、「婚姻の自由」が憲法 24 条(ないし 13 条)によって保障されることが明らかにされている。すなわち、「憲法 24 条 1 項は、『両性の合意』のみを要件とする婚姻の自由、およびその消極面としての非婚…離婚の自由を個人に保障する。これは、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(婚姻・離婚・妊娠・出産・墮胎の自由等)の具体化でもあり、これらへの不当な国家介入は排除される」(甲 73 の 2・辻村みよ子「ジェンダーと人権」241 頁)、「憲法 24 条は、1 項で婚姻の自由と夫婦の『同等の権利』をうたい、また 2 項で、家族に関する法律は『個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚して』制定されるべきことを要求している。これは、憲法 13 条、14 条からも当然に導かれることだともいえる」(甲 97 の 2・野中俊彦ほか「憲法 I 第 5 版」293 頁)、「憲法 24 条の下において、婚姻(結婚)は、男女が対等の立場で行う(両性の合意のみに基づく)親密な人的結合であり、憲法 24 条は、『婚姻の自由』(婚姻・結婚するか否かの選択・自己決定の自由)…をも保障するものであると解することができる。」(甲 49・竹中勲「憲法上の自己決定権」191 頁)、「憲法は、『婚姻は、両性の合意のみに基づいて成立』する、としている(憲法 24 条 1 項)。これは、明治民法が、婚姻を『家』存続のための一制度と考えて、戸主の同意を要するものとしたり、男子 30

歳未満，女子 25 歳未満までの婚姻につき親の同意を要するものとしていたため，婚姻の自由が妨げられていたが，現行憲法下では，婚姻の自由に対するかかる支障は，これを認めない，という趣旨である」（甲 116・鈴木祿弥「親族法講義」6 頁），と説明されているのである。

なお，原判決は，最高裁判所昭和 36 年 9 月 6 日大法廷判決・民集 15 卷 8 号 2047 頁を引用して，憲法 24 条は憲法 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であると判示しているが，同判決は，憲法 24 条が家族に関する諸事項について「個人の尊厳」（憲法 13 条に由来）と「両性の本質的平等」（憲法 14 条に由来）に立脚して定めることを国家の責務としていることを指摘した上で，後者（両性の本質的平等）について判示したものであって，前者（個人の尊厳）について判示したのではないから，「個人の尊厳」に由来する「婚姻の自由」との関係で引用することは適切ではない。

3 民法 750 条による「婚姻の自由」に対する制約

「婚姻の効力」（民法第四編第一章第二節）として夫婦同氏制を定める民法 750 条が，「婚姻の自由」の要件と化し，これを制約していることは，学説から繰り返し指摘されてきた。すなわち，「その一方の氏の放棄を強制しているのは，単なる方式以上の実質的な制限を定めるもので行過ぎではあるまいか」（甲 96・伊藤正巳ら「註解日本国憲法上巻改訂版」474 頁。甲 98・加藤一郎「座談会民法改正に関する問題点（下）」ジュリスト 98 号 17 頁同旨），「一方の改氏を婚姻届出の要件とすることで，実質的に婚姻の自由を制約する」（甲 73・辻村みよ子「ジェンダーと人権」246 頁），「現行制度では，夫婦の氏を定めなければ婚姻届が受理されない。これは，婚姻は両性の合意のみに基づいて成立するという憲法の原則（憲法 24 条 1 項）を制限するものといえる」（甲 21・二宮周平「家族法第 3 版」50 頁），「社会的必要性や個人のアイデンティティという意識から，夫婦同氏を受け容れることができないという場合に，ただその一点のみから婚姻という制度を選択できないという状況は，果たして適切なのだろうか。ほかのすべての点で，婚姻の法律効果を望むという当事者において，事実上の婚姻障害として機能させるほどに，戸籍上の夫婦同氏という仕組みは重要であり，社会的に不可欠なものなのだろうか。」（甲 22・窪田充見「家族法 民法を学ぶ第 2 版」51 頁），と指摘されているのである。

なお，原判決は，「何らの制約を受けない『婚姻の自由』が保障されている

と解することはできない」と判示したが、他方、民法 750 条について、「憲法 24 条に照らして、目的の正当性及び目的達成のための手段の相当性が認められる合理的なものでなければならない」と指摘してその合理性を検討しており、実質的には、上告人らが主張する「婚姻の自由」に対する制約であることを認めた上で、合憲性についての判断をしているといえる。

二 民法 750 条の立法目的

1 原判決の判示

原判決は、民法 750 条の立法目的につき、その理由を示すことなく、「氏による共同生活の実態の表現という習俗の継続や家族の一体感の醸成ないし確保にあると解すべき」であるとして、「立法目的の正当性…については、国会の合理的な裁量を認めるのが相当」とした上で、「このような立法目的には正当性が認められ」と判示した。

しかし、そもそも、原判決が示した立法目的は、民法 750 条の立法目的として認められるものではないし、仮に、これが認められるとしても、目的として重要でも正当でもない。

2 立法目的

(1) 民法 750 条の制定過程

明治民法は、家制度を基軸とした家族法であり、婚姻により妻が夫の家に入り、夫家の氏を称することとされていた。すなわち、夫の家に属するが故の、夫の家の氏による夫婦同氏であり、夫婦同氏の積極的な根拠は何ら示されていなかった（甲 47・二宮周平「意見書」5～7 頁）。

1947（昭 22）年、明治民法の民法親族・相続編は、憲法 24 条に基づき、個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚して全面改正され、家制度が廃止されたものの、夫婦同氏制は維持された。しかし、この制定過程においても、夫婦同氏制の立法上の根拠は何も語られず、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が理由とされたにすぎなかった。しかも、この「習俗」は、長い歴史の中で自然に醸成されたものではない。日本の習俗としては、明治初期までは夫婦別氏制であったものが（庶民には姓はなく高い身分の者の習俗）、1898（明 31）年に明治民法において採用された家制度の結果として、夫婦同氏が法的に強制されていたからできあがったものにすぎず（その期間も 50 年程度にすぎない。）、その「継続」に特段の立

法の目的が見出されたものでもなかった（甲 47・二宮周平「意見書」4～12 頁）。中川淳「親族相続法」69 頁（甲 117）においても、「夫婦は、生活共同体を形成するものであるから、その統体制を示すために、同一の氏を称する」と指摘されている程度であり、近江幸治「民法講義Ⅶ 親族法・家族法」56 頁（甲 118）においては、「同氏であれば夫婦であるという一般的推定が働く以外には、特段のメリットもなさそうである。…結局、便宜性以外には合理的理由を見いだせないのである」とまで指摘されている。第 1 審判決（28 頁）においても、昭和 22 年民法改正時における国会審議に関する「第一回国会衆議院司法委員会議事録第二十号」（乙 1）が引用され、「家制度の廃止により『家』の氏はなくなったものの、『ファミリー・ネーム』として個々人を表すという意味での氏が必要と考えられたことを理由とする旨の説明がされたにとどまり、婚姻制度に必要不可欠のものであるとも、婚姻の本質に起因するものであるとも説明されていない。」と認定されている。黒木三郎が、「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」（青山通夫編「注釈民法(20)親族(1)」有斐閣 1966 年 319 頁）と説明するように、結局のところ、単に立法にあたって従前の習俗を尊重したというにすぎないのである。

以上のように、民法 750 条の制定にあたり、夫婦同氏制の立法根拠は何ら議論されておらず、明確な立法目的は見出せないのであって、民法 750 条は、立法目的を欠くというべきである。

（2）仮定しうる立法目的

前述の制定過程に照らせば、議論・認識されてきた立法目的を強いて挙げることができるとしても、「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ない（甲 47・二宮周平「意見書」9～12 頁，甲 94・我妻栄編「戦後における民法改正の経過」123 頁，甲 95・唄孝一「戦後改革と家族法一家・氏・戸籍」1 巻 203 頁）。

これに対し、原判決は、立法目的として、「氏による共同生活の実態の表現という習俗の継続」に加え、上告人も被上告人も立法目的として全く主張していない「家族の一体感の醸成ないし確保」を、立法時の資料等を検討・指摘することなく、理由も示さずに挙げている。しかし、「家族の一体感の醸成ないし確保」は、民法 750 条の立法目的として議論・認識されて

きたものではなく、これを立法目的と解すべき客観的事実・資料は見当たらない。「家族の一体感の醸成ないし確保」は、せいぜい、夫婦同氏制がもたらしうる一つの効果というべきものであって、「立法目的を法律上の家族や夫婦の一体性の確保…と解することの妥当性には、大いに疑問がある」（辻村みよ子「ジェンダーと法〔第2版〕」97頁）。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」（ジュリスト1050号233頁）においても、「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、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。」と説明されていて、「家族の一体感の醸成ないし確保」が、立法目的ではなく、機能・効果の一つとして評価されるべきものであることが明らかにされている。

「家族の一体感の醸成ないし確保」を立法目的とする原判決は、その判断手法においても結論においても誤りである。

3 立法目的の正当性

仮に、民法750条の立法目的として、原判決の示した「氏による共同生活の実態の表現という習俗の継続」だけでなく、「家族の一体感の醸成ないし確保」も挙げられるとしても、以下に述べるように、これらの立法目的は、重要でも正当でもない。

(1) 「氏による共同生活の実態の表現という習俗の継続」の正当性

ア 立法目的として求められる必要性

原判決も認めるように、「婚姻は、個人にとって、自己実現及び幸福追求の基盤として極めて重要な意義を有しており、国家ないし社会にとっても、それらの基幹をなす不可欠のものであって」、封建的家族制度における家・男性による拘束から女性を解放するために定められたという憲法24条の歴史的経緯（甲96・伊藤正巳ら「註解日本国憲法上巻改訂版」470頁）に照らしても、「婚姻の自由」の重要性は際立っている。

「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」（憲法24条2項）のものであって、「個人の尊厳」または「両性の本質的平等」を実現するための法律については、国会の合理的な裁量が広く認められるとしても、逆に、これらと対立する立法目的に基づく法律については、「婚姻の自由」の重

要性に鑑み、立法目的の必要性の審査は厳格でなければならず、少なくとも重要な立法目的が認められなければならない。

なお、仮に、緩やかな審査がなされた場合を想定し、立法目的に正当性が認められるかどうかについても併せて検討する。

イ 「個人の尊厳」及び「両性の本質的平等」との関係

「氏による共同生活の実態の表現という習俗」が、夫婦関係に入ろうとする男女の一方に対し、人格と密着した氏の変更を必ず迫るものであって、「個人の尊厳」と対立することは、「第二 氏名権（憲法 13 条）及び個人の尊厳（同 24 条 2 項）・個人の尊重（同 13 条）」で述べたとおりである。また、現在も 96%超の女性が改姓していて、明治民法の下で強制されてきた女性の改姓を習俗として継続させ（内閣府「家族制度に関する世論調査」（昭和 28 年 3 月実施，甲 119）によれば，46%もの者が「女は結婚すれば必ず男の姓を名のらなければならない」と考えていた。），「両性の本質的平等」と対立することは、「第四 平等権（憲法 14 条 1 項及び 24 条）」で述べるとおりであって、「氏による共同生活の実態の表現という習俗」を継続することがもたらす弊害は甚大である。

ウ 婚姻との関係

「氏による共同生活の実態の表現という習俗」は、「婚姻制度に必要不可欠のものであるとも、婚姻の本質に起因するものであるとも説明されていない（乙 1）」（第 1 審判決 28 頁）ものであって、憲法上の価値から要請されるものでもない。

また、「氏による共同生活の実態の表現という習俗」は、論理的前提として、婚姻が成立しなければそもそも観念することができないものであるから、「婚姻の自由」に対する制約の立法目的として必要性を肯定しうるかは大いに疑問である。

エ 「夫婦」のあり方の多様化

1947（昭 22）年の民法 750 条成立以降、夫婦・家族をめぐる環境は著しく変化した。女性の就労率の上昇，晩婚化，離婚・再婚の増加，国際結婚（そもそも夫婦同氏制が適用されない。）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、「同氏＝家族ないし夫婦」という意識はすべての国民に共有されるものではなくなっていった。

内閣府による世論調査（甲 92）でも、内縁（事実婚）の夫婦に関する質問で、「同じ名字（姓）を変えたくないという理由で、正式な夫婦となる届出をしない内縁の夫婦もいると思う」と回答した者は、同様の質問が行われた平成 8 年は 59.3%、平成 13 年は 57.0%、平成 18 年は 62.1%、平成 24 年は 61.3%と通して 6 割程度おり、その中でさらに、「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」と答えた者は、平成 8 年は 32.5%、平成 13 年は 69.6%、平成 18 年は 72.0%、平成 24 年は 69.9%と、7 割近くに上る。こうした結果は、家族としての共同生活の実態を表現するツールとして、「氏」を重視しない国民が多く存在することを示している。

このように、実態として、別姓の夫婦（事実婚や通称使用により）や親子別姓の再婚家族等が増え、氏が必ずしも 1 つの家族共同体の呼称とは言えないばかりか、国民の意識としても、上記世論調査結果から明らかであるとおおり、1996（平 8）年の時点（遅くとも現在）では、氏は、1 つの家族共同体を表現するツールとして必ずしも受け止められなくなっていた。氏は、第三者に対する夫婦としての表示としての機能を必ずしも果たすものではなくなってきたのである。

オ 小括

以上のように、「氏による共同生活の実態の表現という習俗」は、そもそも、「個人の尊厳」及び「両性の本質的平等」と対立し、婚姻の本質に起因するものでも必要不可欠なものでもないのに、その存立基盤である婚姻を制約するものであるから、制定時から目的としての重要性・正当性が極めて疑わしいものである上、氏が必ずしも家族としての共同生活の実態を表現するツールとしての機能を果たさなくなってきたのであるから、1996（平 8）年の時点（遅くとも現在）では、目的としての重要性はおろか、正当性すら認めることはできず、せいぜい、この習俗の実践を希望する者に限って、その方法を提供する、あるいは便宜を図るといふ意味において正当性を有するに過ぎない。

(2) 「家族の一体感の醸成ないし確保」の正当性

ア 立法目的として求められる必要性

前述のとおり，個人及び国家・社会にとっての婚姻の重要性と家・男性による拘束から女性を解放するために定められたという憲法24条の歴史的経緯に照らし，「個人の尊厳」または「両性の本質的平等」を実現するための法律については，国会の合理的な裁量が広く認められるとしても，これらと対立する立法目的に基づく法律については，立法目的の必要性の審査は厳格でなければならず，少なくとも重要な立法目的でなければならない。

イ 「個人の尊厳」及び「両性の本質的平等」との関係

殊に，明治民法の下，封建的家族制度によって家・男性に拘束されてきた歴史を有するわが国においては，「家族の一体感」の名の下に，家族内における「個人の尊厳」が脅かされ，あるいは，女性に対し家・男性への従属を強いて「両性の本質的平等」を脅かされるおそれが否定できず，「家族の一体感の醸成ないし確保」を国家が目指すことは，常に，「個人の尊厳」または「両性の本質的平等」との対立の契機を孕んでいる。

実際，昭和28年3月実施の内閣府「家族制度に関する世論調査」（甲119）においては，「結婚して二人きりで新しい家庭をつくる場合のことですが(1)夫の家に馴れるように妻が協力するのと(2)夫と妻と両方のをとりいれてゆくのと(3)夫が妻のやり方に馴れてゆくのとこの三つのうちで，どれが一番よいと思いますか。」との質問に対し，22%の者が，妻が一方的に協力すべきと回答し，「『男女同権になると，家庭の秩序が乱れる。例えば，どんな立派な民主的な軍隊でも，兵隊ばかりで出来上っているものでなく，命令を下す人がいなければおさまらない。それと同じように家庭内でも，夫がすべてを指図して，妻は指導を受けるべきだ』という人がいますが，この意見に賛成ですか，反対ですか。」との質問に対し，44%もの者が賛成と回答し，「家族の一体」のためであれば女性の尊厳・平等を軽視してもよいと考える者は少なくなかったのである。

ウ 婚姻との関係

そもそも，どのような方法によって「夫婦の一体感」を醸成し，それを確保するか，ということは，個々人の価値観によりさまざまであり，自由であるべきものであり，人権を制約してまで国家が一つの方法を強

制すべきものではない。「夫婦の一体感」は、それぞれの夫婦・個人の内心の領域に属するというべきものであって、国家が強制すべきものではないのである。

また、「家族の一体感の醸成ないし確保」は、論理的前提として、婚姻が成立しなければそもそも観念することができないものであるから、「婚姻の自由」に対する制約の立法目的として必要性を肯定しうるかは大いに疑問である。

エ 「家族の一体感」

そもそも、原判決が立法目的として認定した「家族の一体感の醸成ないし確保」は、当事者双方が主張していないだけでなく、立法時の資料もなく、立法後の事情としても、「家族の一体感の醸成ないし確保に資する」という客観的資料・証拠もなく、これを裏付ける立法事実が存在するかは極めて疑わしい。

内閣府の世論調査（甲 92）においても、名字（姓）氏とはどういうものかと思うかという質問に対し、「夫婦を中心にした家族の名称」と答えた者は、平成 8 年は 19.4%、平成 13 年は 11.6%、平成 18 年は 16.7%、平成 24 年は 17.9%と通して 2 割に至らない。また、「夫婦・親子の名字（姓）が違ふと、夫婦を中心とする家族の一体感（きずな）に何か影響が出てくると思いますか。」という質問に対し、「家族の名字（姓）が違って、家族の一体感（きずな）には影響がないと思う」と答えた者は、平成 8 年は 48.7%、平成 13 年は 52.0%、平成 18 年は 56.0%、平成 24 年は 59.8%と、6 割近くまで増加している。さらに、上述のとおり、内縁（事実婚）夫婦に関する質問の中で、「同じ名字（姓）を名乗ってなくても、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」と答えた者は、相当数存在する。これらの世論調査結果を見ても、氏が「家族の名称」であると捉えている者は相当少なく、むしろ、氏と一緒になくても、家族の一体感（きずな）に影響がない（換言すれば、夫婦同氏制は「家族の一体感の醸成ないし確保」という効果を有しない）と思う者が多数を占めている。国民の多数は、家族の一体感について、本来、家族の間で信頼を築きあげることにより醸成し、確保していくものであって、1996(平 8)年の時点(遅くとも現時点)で既に、夫婦同氏の強制によって醸成され、確保されるものではないことを認識

しているのである。

オ 小括

以上のように、「家族の一体感の醸成ないし確保」は、そもそも、「個人の尊厳」及び「両性の本質的平等」と対立する契機を孕み、各人の内心的領域に過度に介入してその存立基盤である婚姻そのものを制約するものであるから、制定当初から、目的としての重要性・正当性が極めて疑わしいものである上、当事者双方の主張も客観的資料・証拠もなく、1996(平8)年(遅くとも現在)においては、国民の多数も効果を有さないと認識しているのであるから、目的としての重要性はおろか、正当性すら認めることはできず、この効果を有すると考える者に限って、その方法を提供する、あるいは便宜を図るという意味において正当性を有するに過ぎない。甲21・二宮周平「家族法第3版」50頁が指摘するとおり、「夫婦や親子は同じ氏の方が一体感があるという意見の人も多い。しかし、そう思わない人にまで、自己の家族観をおしつけるのはおかしい。個人の選択を尊重する制度こそ望まれている」のである。

三 手段としての民法750条

1 原判決の判示

原判決は、民法750条の手段の相当性につき、「目的達成のための手段の相当性については、国会の合理的な裁量を認めるのが相当」とし、世論調査等の結果等を根拠としたうえで、「民法750条は、婚姻しようとする男女に対し、婚姻後にいずれか一方の婚姻前の氏を称することを、当該男女間の自由かつ平等な意思に基づく協議の結果に基づき届け出ることを定めた規定にすぎないこと、…氏による共同生活の実態の表現という習俗の継続や家族の一体感の醸成ないし確保…を一定の限度で促進する効果が認められること、同条に基づき、婚姻しようとする男女が婚姻後にいずれか一方の婚姻前の氏を称することは、旧来から社会的に受容されてきており、現時点においてもなお国民の支持を失っていないといえること等…に照らすと、…立法目的を達成するための手段の相当性も認めることができる」と判示した。

しかし、仮に、原判決が判示した立法目的に正当性が認められるとしても、夫婦同氏制よりも規制の程度の小さい手段として選択的夫婦別氏制が考えられ、また、そもそも、立法目的と手段としての夫婦同氏強制との間には合

理的関連性は認められないから、手段としての相当性を欠くことは明らかである。

2 より制限的でない他の選びうる手段

(1) 「より制限的でない他の選びうる手段」の法理（LRAの法理）

およそ基本的人権の制約は最小限のものにとどまらなければならないということは、憲法13条の要請するところであるが、「婚姻の自由」については、個人及び国家・社会にとっての婚姻の重要性と家・男性による拘束から女性を解放するために定められたという憲法24条の歴史的経緯、さらには、国家の強い責務として、「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」との宣言に照らし、特に、（内容中立規制の場合に妥当するとされる）より制限的でない他の選択しうる手段が存しないか（LRAの法理）、が厳密に問われなければならない（いわゆる「優越的地位」にある「表現の自由」の違憲審査基準に関し、甲120・佐藤幸治「日本国憲法論」260頁参照）。殊に、「婚姻の自由」に対する制約が、「個人の尊厳」や「両性の本質的平等」から要請されるものでも、婚姻制度に必要不可欠なものでも、婚姻の本質に起因するものでもない場合には、国会に広範な立法裁量が認められるべきではなく、厳格に審査されるべきである。

(2) より制限的でない他の選びうる手段の存在

民法750条は、仮にその立法目的が正当であるとしても、婚姻を望む全国民に対して夫婦同氏を強制するものであり、夫婦同氏であることによって一体感を感じることもない夫婦または互いに生来の氏を尊重することによって夫婦の絆を深め一体感を醸成できると考える夫婦にも夫婦同氏を強制する結果、婚姻を希望するがいずれも氏の変更を望まない男女などにとっては、いずれか一方が意に反して氏を変更しない限り、婚姻を断念せざるを得ないのであって、「婚姻の自由」そのものの行使を否定するという深刻な結果をもたらす。

夫婦同氏制は、「婚姻制度に必要不可欠のものであるとも、婚姻の本質に起因するものであるとも説明されていない」ものであって、その意味で、婚姻との関係では形式的に内容中立的であると評価しうるから、より制限的でない他の選択しうる手段が存しないか（LRAの法理）、が厳格に判断されなければならない。

他の選びうる手段として考えられてきた選択的夫婦別氏制は、「氏による共同生活の実態の表現という習俗の継続」との関係では、習俗の実践を希望する者については、夫婦同氏という方法を提供し、その便宜を図ることができる一方、この習俗の実践を希望しない者についても、夫婦別氏という方法を提供し、その便宜を図ることができる。また、「家族の一体感の醸成ないし確保」との関係では、そもそも、「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」（最高裁昭和62年9月2日大法廷判決・民集41巻6号1423頁）という婚姻そのものが、家族としての一体感を醸成ないし確保するものであって、夫婦同氏によってさらにその実現を望む男女については、その方法を提供し、あるいは便宜を図ることができる一方、いずれも氏の変更を望まず、互いの努力等によってさらにその実現を望む男女については、夫婦別氏という方法を提供し、その便宜を図ることができ、夫婦同氏制に比して、明らかに、規制の範囲ないし態様が緩やかな手段といえる。「手段についても、選択的夫婦別氏制度というLRAが既に示されているといえる」との指摘のとおりである（甲121・田代亜紀『民法750条を改正しない立法不作為の合憲性』平成25年度重要判例解説14頁）。

（3）小括

以上より、選択的夫婦別氏制という夫婦同氏制よりも規制の範囲ないし態様の緩やかな手段が現実に考えられる以上、夫婦同氏を強制する民法750条が手段としての相当性を欠くものであることは明らかである。

3 手段としての合理的関連性

（1）手段の相当性についての原判決の判断

原判決が、

- ① 「民法750条は、婚姻しようとする男女に対し、婚姻後にいずれか一方の婚姻前の氏を称することを、当該男女間の自由かつ平等な意思に基づき協議の結果に基づき届け出ることを定めた規定にすぎない」
- ② 「氏による共同生活の実態の表現という習俗の継続や家族の一体感の醸成ないし確保…を一定の限度で促進する効果が認められる」
- ③ 「同条に基づき、婚姻しようとする男女が婚姻後にいずれか一方の婚姻前の氏を称することは、旧来から社会的に受容されてきており、

現時点においてもなお国民の支持を失っていないといえる」

との事情を示し、

「立法目的を達成するための手段の相当性も認めることができる」と判示しているので、以下、これらの事情に理由がないことを明らかにし、手段としての合理的関連性が認められず、いずれにしても、手段としての相当性を欠くことを明らかにする。

なお、原判決は、「民法その他の法令による規律を受けるものであるとしても、氏に係る民法その他の法令による制度は、いかなる内容であっても許されるわけではないことは当然であり、憲法24条に照らして、目的の正当性及び目的達成のための手段の相当性が認められる合理的なものではない」と判示しつつ、「目的達成のための手段の相当性については、国会の合理的な裁量を認めるのが相当」としているが、「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」（憲法24条2項）のであって、「個人の尊厳」または「両性の本質的平等」を実現するための法律については、国会の合理的な裁量が広く認められるとしても、逆に、これらと対立する立法目的に基づく法律については、「婚姻の自由」の重要性に鑑み、国会の裁量が認められる余地は小さい。

(2) ①男女間の自由かつ平等な意思に基づく協議による一方の改姓

民法750条は、これを単独で見れば、形式的には性中立規定である。

しかし、明治民法の下、妻の改姓が強制され、民法750条制定から5年以上が経過しても、尚、半数近くの者が、法律上、妻の改姓が強制されていると考える（甲119・内閣府「家族制度に関する世論調査」（昭和28年3月実施）わが国においては、夫婦同氏を継続すること自体が実質的には女性差別を招来・固定化するものである。

詳細は、「第四 平等権（憲法14条1項及び24条）」で述べるが、現在においても、96.17%というほとんどの場合に女性が改姓を迫られる現実が「男女間の自由かつ平等な意思に基づく協議による」ものでないことは明らかである。

(3) ②「氏による共同生活の実態の表現という習俗の継続」及び「家族の一体感の醸成ないし確保」の促進

ア 「氏による共同生活の実態の表現という習俗の継続」という目的は、「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として浸透した習俗（その期間も50年程度にすぎない。）であって、すでに廃止された家制度に由来するものであり、婚姻の本質から導かれるものではなく、婚姻に必要不可欠なものでもない。

「氏による共同生活の実態の表現という習俗の継続」は、婚姻が成立することを論理的前提とするものであるから、その目的を達成するためにその存立基盤である婚姻が不能となるようなことがあれば本末転倒であるが、夫婦同氏制という手段は、婚姻を望む全ての男女について夫婦同氏を強制する結果、氏の変更を望まない男女については婚姻を断念させており（事実婚を選択する理由のうち、女性で最も回答の多いのは、「夫婦別姓を通すため」で89.3%（男性は64.0%）である。2005年国民生活白書）、その存立基盤を脅かすという点で、目的の促進を検討する以前に、およそ合理性が認められるものではない。当然のことながら、この場合、婚姻を断念して事実婚を選んだ男女は、別氏であるから、「氏による共同生活の実態の表現」はない。

また、婚姻の届出がされない結果、国家・社会にとって不可欠な基盤である夫婦や家族の把握を困難とし、「それぞれの姓を維持するために事実婚を選び、そこで生まれた子は『嫡出でない子』ないし『婚外子』とされる事態」があるなど『個人の尊重』の原理の観点からは説明困難な制度実態」にもある（甲72・佐藤幸治「日本国憲法論」203頁）。

さらに、たとえば子連れの女性が再婚する場合、夫婦同氏を強制しなければ、母と子の氏は同一のままであり、その母子について「氏による共同生活の実態の表現」が維持されるが、夫婦同氏が強制され母（妻）が夫の氏を名乗った場合は、同居母子間での「氏による共同生活の実態の表現」はかえって損なわれるという結果が生じることになる。

イ 「家族の一体感の醸成ないし確保」という目的を達成する方法は、個人・夫婦各自の人生観・価値観により異なるものであり、国家が強制することによって達成できるものではない。

「家族の一体感の醸成ないし確保」は、婚姻が成立することを論理的前

提とし、かつ、婚姻の継続を図るためのものであるから、その達成のために、その存立基盤・目的である婚姻そのものが不能となるようなことがあれば本末転倒であるが、夫婦同氏制という手段は、氏の変更を望まない男女に対して婚姻そのものを断念させ、その存立基盤を脅かすという点で、やはり、目的の促進を検討する以前に、およそ合理性が認められるものではない。

統計上、夫婦同氏制を採用するわが国の離婚率が、1.8%（1980年）、1.8%（1990年）、3.1%（2000年）と増加する一方、1983年に選択的夫婦別氏制を採用したスウェーデンにおいては、3.7%（1980年）、3.5%（1990年）、3.8%（2000年）、3.5%（2008年）と推移し、選択的夫婦別氏制導入後、離婚率への影響は特に認められないのであって（甲126・久武綾子「夫婦別姓—その歴史と背景—」164頁、甲127・U.S Census Bureau の統計抜粋）、夫婦同氏制が「夫婦の一体感の醸成ないし確保」に寄与するか否かがそもそも疑わしい（原判決においても、具体的な事情や資料は指摘できていない。）。

現在の夫婦同氏制は、「家族の一体感」というものが同氏によって生み出されるとは考えておらず、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ものと考えている当事者や、むしろ、氏を変更したくないという相手方配偶者の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、夫婦同氏を強制するものであり、婚姻制度に対する国家の行き過ぎた後見的介入と言わざるを得ない。

（４）③旧来からの社会的受容と現在の国民の支持

夫婦同氏制は、明治民法の下、妻の改姓が強制されていた家制度に由来し、家制度は憲法24条に明白に抵触し、廃止されたのであるから、そもそも、夫婦同氏制について、旧来から社会的に受容されていたか否かは、手段としての相当性を判断する考慮要素たりえない。まして、制定から5年以上が経過しても、半数近くの者が妻の改姓が法律上強制されていると考えていたほど、家制度における妻の改姓強制が国民に深く刷り込まれていたのであるから、むしろ、旧来から社会的に受容されていたことは、実質的に女性差別を招来・固定化する点で、手段としての相当性を疑わせる事情である。

また、国民の支持が失われる状況にまで至っていれば、立法による改正が当然に期待できるのであって、「婚姻の自由」という重要な人権について、「個人の尊厳」及び「両性の本質的平等」の要請にも反する制約の手段としての相当性を検討するにあたって、少数の国民（しかもその多くは婚姻を予定していないであろう年齢層が占める。）の支持を理由とすることは、もはや違憲審査権を放棄したに等しい。

(5) 手段としての合理的関連性をさらに失わせた事情

国内的には、婚姻後も社会に出て働き続ける女性が増え、晩婚化が進み、女性が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った。2010(平22)年には、片働き世帯数797万世帯に対し、共働き世帯数は1012万世帯に達し、その必要性はさらに高まっている。

国際的には、アメリカ合衆国、イタリア、オーストラリア、中華人民共和国、デンマーク、スウェーデン、ドイツ、タイなど多くの国々で選択的夫婦別氏制あるいは選択的結合氏制などへの法改正が進んでいる。

女性差別撤廃条約の批准により日本は、国家として、条約上及び憲法上、民法750条を改廃する義務を負うこととなり、また女子差別撤廃委員会からの度重なる勧告によって、そのことはより明らかとなったのである。

このように、個人の氏の人格的利益がより意識されてきたこと、氏にかかる意識が変化したことを背景に（夫婦同氏制は「妻がそれまで築いてきた社会的地位や名声など、同氏によって遮断されることの不利益の方が大きい」甲118・近江幸治「民法講義Ⅶ 親族法・家族法」56頁。）、婚姻後も双方が生来の氏を名乗るために事実婚を選択している者が無視できない割合で存在するようになっていき、婚姻を回避するだけでなく、いったん婚姻した夫婦において双方が氏を婚姻後も保持するためにいわゆるペーパー離婚をして婚姻の継続を断念するといった現象まで生じている。内閣府による世論調査においても、上述のとおり、「同じ名字（姓）を変えたくないという理由で、正式な夫婦となる届出をしない内縁の夫婦もいると思う」と回答した者は、平成8年から平成24年にかけて6割程度おり、社会的にも認知されている。

夫婦同氏制が、「氏による共同生活の実態の表現」や「家族の一体感の醸成ないし確保」どころか、夫婦別氏を求める夫婦について、婚姻そのものから遠ざけ、婚姻制度を不安定にするという弊害が、いよいよ顕著とな

っているのである。

(6) 小括

以上のように、夫婦同氏制は、実質的な女性差別を招来・固定化し、「氏による共同生活の実態の表現という習俗の継続」や「家族の一体感の醸成ないし確保」という目的の存立基盤である婚姻（制度）そのものを危うくするものであって、これらの目的を夫婦同氏制に求めない者については婚姻そのものの断念という深刻な人権侵害をもたらすものであるから、制定当時から、手段としての合理的関連性を認める余地などなく、相当性を欠くことは明らかである。仮に、制定時には合憲であったとしても、上記世論調査結果から明らかであるとおりに、1996(平8)年(遅くとも現在)においては、手段としての合理的関連性を認める余地など全くなく、相当性を欠くことは明らかである。甲122・橋本昇二ら「実務家族法講義第2版」58頁が指摘しているとおりに、「夫婦同氏が、現実の家庭生活を反映し、これを維持、公示する機能を有するものである限り、合理的な制度であるといえる。しかし、現在の夫婦同氏には別の側面がある。国民のほとんどが夫の氏を称する婚姻をし、したがって、夫が戸籍筆頭者となり、実際の家庭生活では夫に経済力がある結果、家庭において夫優位であるかのような外観を呈し、そのような感じ方や実態が醸成されるという点である。また、多くの夫婦が夫婦同氏を希望したとしても、それを希望しない者に対して同姓を強制することが認められるべきかどうかは別の問題である。…婚姻によっても氏を変更しないことは、女性が1個の個人として生き続けることを象徴している」のである。

四 国会の立法不作為の違法性

以上のおりであるから、民法750条は、制定時から憲法24条に違反し、仮に制定時には合憲であったとしても、1996(平8)年の時点(遅くとも現在)においては、憲法24条に反することは明らかである。「一方の改氏を婚姻届出の要件とすることで、実質的に婚姻の自由を制約する点で24条1項に抵触する」(甲73・辻村みよ子「ジェンダーと人権」246頁)、「民法750条(夫婦同氏強制制度)は、『婚姻は、両性の合意のみに基づいて成立〔する〕』と明記する憲法24条に照らして違憲の疑いが濃い」(甲49・竹中勲「憲法上の自己決定権」202頁)と指摘されているとおりである。

このような民法 750 条を国会議員が改正しない立法不作為は、憲法 24 条によって国民に保障されている「婚姻の自由」（17 年判決がいう「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り、かつ、その婚姻の自由を行使する機会を確保するために所要の立法措置（選択的夫婦別姓制度を容認する制度）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り続けてきたものであり、国家賠償法 1 条 1 項の適用上、違法の評価を免れない。

第四 平等権（憲法 14 条 1 項及び 24 条）

一 はじめに

原判決は、憲法 24 条に関して、「民法 750 条は婚姻しようとする男女に対し、婚姻後にいずれか一方の婚姻前の氏を称することを、当該男女間の自由かつ平等な意思に基づく協議の結果に基づき届け出ることを定めた規定にすぎない（すなわち、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規定とは言えない）」（原判決 16 頁 15 行以下）と判断した。

しかし、日本において、民法 750 条が制定された 1947（昭 22）年においても、2014（平 26）年の現在においても、女性差別の社会的な実態は変わらず厳然として存在するため、婚姻に際し、夫婦となろうとする男女間で、夫婦の氏を選択に関し「自由かつ平等な意思に基づく協議」をすることは非常に困難であるという現実を、原判決は看過している。

上告人らは、従前、憲法 14 条違反の点は主張してこなかったが、原判決の憲法 24 条に関する判断があまりに形式的であり、夫婦の氏に関して「自由で平等な意思に基づく協議の存在しない」公知の事実ともいえる実態にあえて目をふさいでいるかのような判断がなされたことに鑑み、上告理由書においては、「平等」についても着目し、憲法 14 条違反であるとの主張を追加する。

以下、まず民法 750 条によって女性差別が生じていること、次に、憲法 14 条 1 項、24 条の保障する平等権の意義は女性差別撤廃条約批准等により拡大していること、民法 750 条による女性差別には合理性がなく、憲法 14 条 1 項、24 条の保障する平等権を違法に侵害することが明白であり、これを改正しない立法不作為は、国賠法 1 条 1 項の違法の評価を免れないことを論じる。

二 民法 750 条による女性差別の招来

民法 750 条により、96.17%（2012 年厚生労働省人口動態統計）の夫婦が夫の氏を選択するという、明らかな性差別が発生している。

それは、民法 750 条の制定経緯における改革の不十分さ、氏と密接に結びついた戸籍のしくみ及び社会における根強い男女間格差などを背景として、男女の 2 つの氏のうち 1 つしか選べないという民法 750 条自体の規定の様式により、発生する差別である。

1 制定時における不十分な氏の改革と差別結果の予想・批判

制定経緯については二宮意見書（甲 49）が詳しいため、以下、基本的にはそれに基づいて述べる。

（1）家制度の結果としての夫婦同氏強制

江戸時代以前、氏は武士などの身分の高い者にしか認められず、身分的特権、血統、由緒を示すものであったが、明治政府は、平民に氏を自由に公称することを認め、当初、妻は婚姻をしてもなお所生の氏（生家の氏）を名乗るべきとの指令を出していた。しかし、明治民法（1898、明治 31）において、家制度を採用し、女性は婚姻により夫の家に入り、夫の家の氏を名のるものとされ（明治民法 746 条）、その結果として、夫の氏による夫婦同氏が義務付けられた。

（2）不十分な戦後改革と起草者らの結果不平等の予想

戦後、新憲法の制定を受けて、家制度の解体と家族構成員の平等を実現するため、1947（昭 22）年、現行民法に改正された。家制度の廃止により氏は「家」の呼称ではなくなったが、我妻栄ら起草者は、民法 750 条により、通例は、明治民法下と同様に、夫婦は夫の氏を称することを予想していた。

すなわち、「民法改正法案」の条文の第 1～6 次案（同年 8 月 11 日～1947 年 3 月 1 日）では、夫の氏を称することを原則とする規定とされていたが、GHQ 司令部からの批判を受けて、「夫婦はその協議により共に夫又は妻の氏を称することを要す」との第 7 次案となり（1947（昭 22）年 6 月 24 日案、ほぼ現行法と同じ）、現行法が成立した（以上、甲 47、7～8 頁）。

しかし、立案の中心にいた我妻栄は、1947（昭 22）年 4 月、新民法施行（5 月 3 日施行）の直前に、「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婦共にその氏を称する。」と述べており（「民法改正要綱と家族制度との関係」（法律タイムズ所収、1947年4月、我妻栄『家の制度～その倫理と法理』（酣燈社1948）123頁より）、一見中立な規定であっても、ほとんどの夫婦は夫の氏を選ぶことを予想していた。

（3）改正前後からの厳しい批判

戦後の民法改正は親族・相続編の320条もの条文を1年間で立案・成立させるという時間の不十分な作業であったこと、かつ、家制度を温存しようとする貴族院の勢力により家制度の解体としての民法改正作業が不十分であったことが、国会でも民法改正直後より認識され、民法改正が可決された当時の衆議院で、「本件は、可及的に速やかに、将来においてさらに改正する必要があることを認める」との附帯決議が付された（甲6、8）。

また、憲法学者からも家族法学者からも、「氏は家と変わらぬ」「民主化の不徹底」等の厳しい批判がなされた（甲47、10頁）。

そして、実際、1953（昭28）年3月に実施した調査によれば、「女は結婚すれば必ず男の姓にならなければならない」と誤解している回答者が半数近くも存在していた（甲119）。

さらに、1959（昭34）年には、戸籍法107条によるやむをえない事由による氏の変更審判において（離婚した妻が婚姻中の氏を離婚後も称するための審判）、加藤令造裁判官は、「婚姻による改氏を強いられるのが多く女性の側にある現実」をみて、「憲法上保障される両性の本質的平等が実質的に冒される結果を招来するおそれさえある」（東京家審昭和34年6月15日家月11巻8号119頁）と指摘していた。

（4）研究者らによる民法750条の分析

二宮周平教授は、現行民法について、「法律の上ではともかく平等が規定されていたがゆえに、今日に至るまで大規模な法改正の必要がなかったし、改正民法は、家族の自治を保障するものであると同時に、家族紛争に対する国の柔軟な対応を可能にし、紛争の表面化を回避する道を開いたとして評価することができる…しかし、このような構造では、実際には社会規範と当事者の力関係が大きな影響を与える。つまり、当事者

間に経済的、社会的格差がある場合には、これらの面で優位な立場にある側が事実上、決定権を握ってしまう」と分析し、民法 750 条は形式的に中立でありながら「婚姻した夫婦の圧倒的多数が夫の氏を夫婦の氏に選択し」ていると指摘する（甲 51）。

また、申恵丰（シンヘボン）青山学院大学教授は、「妻の方が改正することが当然であるという旧態依然たる社会通念、及び結婚によって妻が夫の家に入るといふ伝統的な家意識が根強い日本社会では、婚姻に際しては妻の方が旧姓を捨てて夫の姓を称すべきであるという社会的圧力がいかに強力なものであるかを如実に示している。そのような社会的圧力とは、日本社会一般にみられる風潮のみならず、婚姻しようとする女性にとっては、夫となる男性自身およびその家族や職場からの有言無言の期待や希望も当然に含むものであって、女性の多くは、相手方の希望・期待に応えることで相手方に好かれたい、配偶者として気持ちよく迎えられたいという、婚姻しようとする当事者としては至極当然な気持ちからくる自己犠牲的努力もあいまって、旧姓を喪失することによる社会生活上の不便や不利益を自分の方が甘受することを受け入れるに至るのである（もちろん、96 パーセントの中には、夫の姓に改姓することに何の抵抗もない女性や、むしろ喜んで改姓する女性もいることは言をまたない）」と述べる（甲 52、15 頁）。

（5）小括

以上の通り、民法 750 条は、施行後もなお夫婦の氏はほとんど「夫の氏」となる効果を有する規定であることを起草者は制定時から予想し、また、施行直後からも、改革が不徹底であるとの批判を受け続けてきた。

2 氏と戸籍の連動

戦後、家制度の廃止に伴い、戸籍法も民法に続けて急ぎ改正されたが、時間不足もあり、家制度廃止に伴う必要最小限の改正にとどめられた。三代戸籍は禁止したものの、二代戸籍を残し、戸主に代わって「戸籍筆頭者」なる制度を生み出した。

夫婦同氏制度は、こうした戸籍法のしくみとあいまって、婚姻はいずれかが他方の籍に入るものとの観念を残し（婚姻により双方が親の戸籍から出て新戸籍を編製するため、正確には戸籍法の「入籍」概念にあたらないが、現在もマスコミほか社会一般において入籍との用語が使用されている）、

いずれの籍（又は家）に入ったかについての象徴機能を夫婦の氏が果たしてきた。男性が改氏を望まない理由の1つは今も、「養子に入ったと思われるから」というものであるが、このことは、氏と戸籍が密接に関連して国民の中に家意識を残存させ、夫の氏が96%以上という結果を招来する一因となっていることを裏付けている。

3 社会における男女間格差

夫婦の氏について、自由で平等な協議をほとんどなしえないさらなる要因として、以下に述べる日本社会における根強い男女間格差がある。日本のGDP（国内総生産）は世界3位（2012年）、HDI（人間開発指数）では10位（2012年）であるにもかかわらず、ここに性別を入れたGEM（ジェンダー・エンパワメント指数）では58位（2011年）、GGI（ジェンダーギャップ指数・男女格差指数）では135か国中105位（世界経済フォーラム2013年。GGIは、経済・教育・政治・健康の4分野の14の変数を総合して付けられる）であり、驚異的に他国に比して格差が大きい。

（1）雇用の場における男女の不平等

女性の就労環境の厳しさや低収入は、夫婦の関係を不平等なものにする。

働く女性の57.5%が非正規雇用にあり、非正規雇用者の67.8%を女性が占める（総務省統計局「労働力調査（基本集計）平成26年（2014年）3月分（速報）」）。さらに、正規雇用者についても、女性の賃金は男性の賃金の約7割であり（厚生労働省平成25年度賃金構造基本統計調査）、女性の管理職は1割に過ぎず、日本の主要企業の役員のうち女性は1%台にすぎない（ノルウェーでは企業の役員が4割を超える。2014年4月28日朝日新聞）。

（2）家庭における役割分業

日本における家事育児は女性の役割であるという固定的な分業意識は根強い。夫の家事育児関連時間は極めて短く、先進諸国の中で日本は最低であり、6歳児未満のいる夫の家事育児関連時間は先進諸国の3分の1程度である（平成25年度内閣府男女共同参画白書）。

末子が3歳未満の共働きの夫婦においては、男性の仕事の時間は平均8.45時間、女性は4.22時間であり、男性の家事育児の時間が1.13時間であるのに対して、女性の家事育児の時間は5.53時間であり、また、自

由時間については、女性の方が男性よりも1時間少ない（2008年総務省統計局「社会生活基本調査」）。

このように家事育児を主として女性が担うことにより、女性の就労機会は制限され、正規労働者になりにくく、その結果低賃金を招来し、賃金の低い妻の側が主として家事責任を担わざるをえないという悪循環が存在する。

育児休業法は男女双方に権利を与えているが、実際に育児休業を取得する割合は、女性では83.6%だが、男性では1.89%にすぎない（厚労省平成24年度雇用均等基本調査）。また、その内容として、女性は半年から1年間の育児休業を取得しているが、育児休業を取得したわずか1.89%の男性について、うち4割が取得した育児休業の期間は5日未満にすぎない。人事院が2014（平26）年に公表した育児休業を取得しなかった男性公務員の意識調査の結果によれば、実に7割近くが育児休業の取得の必要性がなかったからと回答している（人事院2014（平26）年4月25日「男性職員の育児休業取得に関する意識調査結果（一般職国家公務員）」）。

（3）男女間格差と夫婦の氏

以上の社会における男女間格差、特に妻の夫に対する経済的依存は、夫婦の氏に関する「自由で平等な協議」をほとんど不可能にする要因となっている。

4 まとめ

以上のとおり、氏を初めとする戦後の改革が不十分に終わった中、制定当時から、起草委員は、民法750条が、「夫婦の氏を夫の氏と定める」との明確な性差別の法律とほぼ同じ効果をもたらすことを予想していた。そして、その後も、男女間格差が依然として解消しない実態を背景に、夫の氏か妻の氏かという二者択一を迫る民法750条のしくみの中で、経済的に優位な立場にある男性の氏に統一するのが自明視され、96%以上が夫の氏にするという結果を、70年近くも温存させてきたのである。

三 民法 750 条が憲法 14 条、24 条の平等権を侵害していること

1 憲法 14 条 1 項の意義

(1) 判例

同規定は、法の下での平等を定めており、この規定は、事柄の性質に応じた合理的な根拠に基づくものでない限り、法的な差別的取り扱いを禁止する趣旨のものと解されている（最大判昭和 39 年 5 月 27 日民集 18 巻 4 号 676 頁、最大判昭和 48 年 4 月 4 日刑集 27 巻 3 号 265 頁、最大決平成 7 年 7 月 5 日民集 49 巻 7 号 1789 頁、最大判平成 20 年 6 月 4 日民集 62 巻 6 号 1367 頁、平成 25 年決定等）。

(2) 性別による差別禁止の強い要請

「性別」は 14 条 1 項後段の列举事由として挙げられている。列举されている事由はいずれも、「それぞれの人の生まれによって決定される先天的な条件」であるところ、「近代憲法が確立した平等の概念は、そもそも生まれによる差別を認めないことに、その核心があ」った（浦部「新版憲法学教室 I」135 頁）にもかかわらず、同時に、「歴史的にみて不合理な差別が行われてきた代表的な事項」（野中・中村・高橋・高見共著「憲法 I」284 頁）でもあった。とくに、「性別」による差別は、「戦前日本で最も甚だしかった」差別であった（芦部・「憲法 第四版」130 頁）。

日本国憲法は、過去への強い反省から、憲法 14 条において「性別」による差別の禁止を明示するだけでなく、家庭生活における男女平等を 24 条でもさらに保障した。したがって、「性別」による差別は、原則として不合理な差別とみなされるべきであり、差別を見逃さない厳格な審理が求められる。憲法が、家族における男女の平等の実現を非常に強く要請したことは、民法 2 条及び旧家事審判法 1 条において、総則として「個人の尊厳と両性の本質的平等」を掲げたことにも表れている。

(3) 女性差別撤廃条約等による平等概念の発展

従来に通説的な学説では、憲法 14 条は、原則として形式的平等を保障するものとされてきたが、女性差別撤廃条約等による平等概念の進展は、14 条の保障する平等の概念を拡張させたというべきである。

女性差別撤廃条約 1 条は、「この条約の適用上、『女子に対する差別』とは、性にに基づく区別、排除又は制限であって、(中略) 男女の平等を基礎として人権及び基本的自由を認識し、享有し又は行使するこ

とを害し又は無効にする効果又は目的を有するものをいう。」と定めた。

また、女性差別撤廃委員会は、条約 1 条において定める、女性が人権及び基本的自由を認識し、享有し、又は行使することを害し又は無効にする効果を有する区別や制限を「間接差別」と呼び、これには「女性と男性の同一あるいは中立的な取扱いが、女性が直面する既存のジェンダーに基づく不利益と不平等についての認識を欠いているゆえに、女性に対して権利の行使を否定するような効果を生んだり、有している場合」が含まれると述べている（女性差別撤廃条約一般勧告第 28 号、甲 46）。

また、女性差別撤廃委員会による 2003 年の最終見解（甲 17）は、パラグラフ 358（甲 17）において、以下の通り述べている。「委員会は、条約の第 1 条に沿った、直接及び間接差別を含む、女性に対する差別の定義が国内法にとりこまれることを勧告する。委員会は、また、条約についての、とりわけ間接差別の意味と範囲についての、特に国会議員、司法関係者、法曹一般を対象とした、意識啓発のためのキャンペーンを行うことを勧告する。」

すなわち、委員会は、立法者に対しては間接差別規定の改廃を勧告し、裁判官を含む司法関係者には、すでにある国内法の平等規定を間接差別をも禁じるものとして解釈すべきことを勧告しているのである。

なお、日本が批准した自由権規約 26 条の平等権の保障に関しても、規約委員会は、同様に、間接差別を含めて禁ずるものであることを明らかにしている（一般的意見 18、甲 52 申意見書 5 頁）。

（４）国内法における平等概念の発展

ア 男女共同参画社会基本法

女性差別撤廃条約等の間接差別をも禁ずる平等概念は、まず、男女共同参画社会基本法に結実した。

1999（平 11）年に成立した男女共同参画基本法は、男女共同参画社会の実現（言い換えれば男女平等社会）を日本社会を決定づける最重要課題と位置づけ（同法前文）、「男女共同参画社会の形成に当たっては、社会における制度又は慣行が、性別による固定的な役割分担等を反映して、男女の社会における活動の選択に対して中立でない影響を及ぼすことにより、男女共同参画社会の形成を阻害する要因となるおそれがあることにかんがみ、社会における制度又は慣行が男女の社会

における活動の選択に対して及ぼす影響をできる限り中立なものとするように配慮されなければならない。」(4条)とした。

イ 雇用機会均等法

また、女性差別撤廃条約及び男女共同参画社会基本法の平等概念、すなわち間接差別をも禁ずることは、労働法分野においてまず具体化された。

2006(平18)年の男女雇用機会均等法の改正により、「事業主は、募集及び採用並びに前条各号に掲げる事項に関する措置であって労働者の性別以外の事由を要件とするもののうち、措置の要件を満たす男性及び女性の比率その他の事情を勘案して実質的に性別を理由とする差別となるおそれがある措置として厚生労働省令で定めるものについては・・・当該措置の実施が雇用管理上特に必要である場合その他の合理的な理由がある場合でなければ、これを講じてはならない。」(男女雇用機会均等法7条)とされ、合理的理由のない間接差別の禁止を明文化した。この法改正を受け、昇格・昇進における差別が問題とされた住友電工事件の大阪高裁における和解(大阪高裁平15.12.1和解、宮地光子、林弘子「特集 住友電工大阪高裁和解の意義」労旬1575号)では、和解条項の前文に、「現在では、直接差別のみでなく、間接的な差別に対しても十分な配慮が求められている。」との文言が取り入れられた。

ウ 労働以外の分野での裁判例

労働以外の分野でも間接差別を禁ずる裁判例が見られるようになった。例えば、被災者自立支援金請求控訴事件(大阪高判平14.7.3判時1801-38)の判決は、震災3年後の時点で「世帯主が被災していること」が自立支援金の支給要件であったこと(世帯主被災要件と言われる)につき、憲法14条1項の平等原則ないし公序良俗に違反する無効なものであるかを審査し、世帯主被災要件は、男女間差別を招来するものとして、公序良俗に反し無効とした。被告は、財団法人阪神・淡路大震災復興基金であるので、公序違反とされたが、憲法14条1項の禁ずる性差別であるかを審理し、憲法14条1項が間接差別をも禁ずるものとする解釈を行った。

(5) まとめ

以上のとおり、性中立的な文言であっても、一方の性（多くの場合、女性）に対して不利な効果又は目的を有する扱いや規定につき、女性差別撤廃条約、男女共同参画社会基本法、雇用機会均等法はこれを禁じ、あるいは判決により、間接差別禁止規定のない分野においてもすでに、憲法 14 条 1 項に違背するものと解釈されるに至っている。

特に、女性差別撤廃条約に関して、国は条約遵守義務（憲法 98 条）を負うのであるから、憲法 14 条の保障する平等につき、女性差別撤廃条約等の保障する平等概念に十分に配慮して解釈されなければならない、従前の狭い形式的平等に限定すべきではない。

2 憲法 24 条の意義

憲法 24 条 1 項は、婚姻における「夫婦の同等の権利」を明記し、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」と定める。

明治民法の家制度下においては、妻は婚姻によって、「夫の家に入り」（旧民法 788 条）、その結果、夫の「家の氏をなす」（同法 746 条）、無能力者として財産管理権は制約され、子の共同親権者にもなれず、夫が婚外で産ませて認知した子との間に嫡母庶子関係を強制されるという著しい性差別を受けた。憲法 24 条は、こうした家制度及び男女差別への反省から、憲法 14 条の禁ずる性別による差別の中から、特に「夫婦の平等」を抽出し、二度と夫婦間の平等を害する立法が行われてはいけないことを強く国に対して戒め、義務付けた条項である。文言としても、14 条の「法の下での平等」よりもさらに踏み込み、「夫婦の同等」「両性の本質的平等」として具体化し、単なる形式的平等の実現ではなく、真の平等の実現を国に義務付けた。

なお、夫婦の所得税課税に関する最大判昭和 36 年 9 月 6 日（民集 15 卷 8 号 2047 頁）も、憲法 24 条 1 項 2 項を引用した上で、「結局、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と解すべく」と述べ、「夫婦間に実質上の不平等が生じないように立法上の配慮がなされている」か否かを問題にして審査し、結論を下している。

3 民法 750 条の違憲性

(1) 民法 750 条は間接差別以上の差別規定である

これまで、民法 750 条について、憲法 13 条の氏名権又は 24 条の婚姻の自由との関係につき言及する憲法学者の著作はあるものの、憲法 14 条又は 24 条の「平等権」との関係については、ほとんど検討がなされておらず、また、真正面からこの論点が争点となった裁判例も存しない。

本件訴訟の弁護団が、訴訟の前後を通じて、多数の憲法研究者に意見を尋ねてみたところ、形式的平等は満たされているとする見解がある一方で、間接差別に該当し違憲ではないかとの見解も複数みられ（甲 70、山元一慶応義塾大学教授による「ジェンダー関連領域における国際人権法と国内裁判」『講座国際人権法 3』385 頁下から 2 行ないし 386 頁 1 行等）、あるいは民法 750 条は、「性別以外の事由を要件とする」（男女雇用機会均等法 7 条）といった中立的要件を加味している規定ではなく、特殊な規定の仕方による差別規定ではないかとする見解もあった。

しかし、後述の事情から、民法 750 条が、間接差別以上の差別規定であることは明らかである。

(2) 夫婦の氏に関する国内事情

二で前述したように、民法 750 条が「夫又は妻の氏からの二者択一を選ぶ」という定めであるために、経済格差を初めとする男女間格差が反映され、男女を集団として見た場合に、96%以上の夫婦において夫の氏を選択するという明白な男女差別の効果を必然的に生じさせている。

同時に、個別の夫婦ごとに見た場合にも、婚姻に際し必ず夫婦の一方のみが生来の戸籍上の氏を失わざるを得ないという夫婦間格差を生じさせ、ほとんどの場合、妻が氏を失う不利益を強いられている。

こうした民法 750 条のしくみをありのままに見れば、民法 750 条は、単なる間接差別以上の性差別規定と捉えるべきであり、憲法 14 条 1 項に反するものというべきである。

(3) 夫婦の氏に関する国際情勢

ア 諸外国の状況

1970 年代以降、多くの国で夫婦別姓選択制又は結合姓の選択制などへの法改正が進み、現在では夫婦同氏を強制する法制を採用する国は、日本とインド（ヒンドゥー教徒）、ジャマイカくらいしかない（甲 8）。

後記の女性差別撤廃条約の要請が、諸外国の法改正を導いた。

ドイツは、日本と同様に厳格な夫婦同氏制を維持していたが、協議不調の場合に夫の氏とするとの定めにつき連邦憲法裁判所の違憲決定が下され、1993年、選択的夫婦別氏制を採用し、当事者が合意に至らない場合には、夫婦別氏とするものとされた（甲124・富田哲報告書）。

フランスでは、出生の際に取得した氏を変更することは原則的に認められず、夫婦の氏に関しても、「婚姻は夫婦の氏＝家名を変更しない」とされていた。ただし、民法上は直接規定されていないが、古くから、慣習上妻は夫の氏を使用する権利を取得することが認められ、実際に、妻が夫の氏を使用することが多かったが、現在では、夫婦各自に他方配偶者の氏を使用する権利が認められている（甲123号証・犬伏由子教授の報告書）。

イ 条約の遵守と憲法解釈

女性差別撤廃条約においては、16条1項(g)により、婚姻の際に姓を選択する個人的権利についての男女の平等が保障されている。

また、女性差別撤廃委員会の一般勧告（1994（平6）年）は、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、自己の姓を選択する権利を否定されていると指摘している（甲14）。

また、自由権規約委員会の一般的意見（1990（平2）年及び2000（平12）年）は、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（甲15、16）。

さらに、女性差別撤廃委員会は被上告人に対し、女性差別撤廃条約16条1項(g)の実現のための法改正を繰り返し勧告してきた（2003年甲17、2009年甲18、2011年甲57、58）。

このように、夫婦の氏についての平等の要請が国際的に進んだことを見ても、立法事実はすでに変遷されており、民法750条は性差別規定と捉えるべきで、憲法14条1項に反するものというべきである。

(4) 違憲無効判決の必要性

ア 民法750条の改正なしに夫婦の氏の平等は実現しないこと

すでに、東京家裁昭和34年6月15日審判は、「婚姻による改氏を強いられるのが多く女性の側にある現実をみれば、憲法上保障される両性の本質的平等が実質的に冒される結果を招来するおそれさえある」

と指摘していたが(東京家審昭和34年6月15日家月11巻8号119頁)、以来、55年経過した現在も夫婦の氏の割合にほとんど変化はない。

ちなみに、1986年までは夫の氏が98%台、1999年までは97%台であり、96%台になったのはようやく今世紀に入ってからである(厚生労働省人口動態統計動態統計)。実に夫の氏の選択が2%減るのに約30年を要したことになるが、仮にこの速度で変化するならば、夫の氏が50%という結果の平等を達成するには、今後700年近くを要することになるろう。

日本社会における男女差別の土壌は依然として変わらないこと、戦後69年も経た現在においても夫の氏を夫婦の氏とする婚姻の割合にほとんど変化はなく、将来的にも大きな変化が期待できないことに照らせば、同法を違憲、無効とすることなくして、氏の実現における男女平等は実現し得ない。

イ 司法判断の必要性

前記の住友電工事件(大阪高裁平15.12.1和解、宮地光子、林弘子「特集 住友電工大阪高裁和解の意義」労旬1575号)においては、大阪高裁裁判官は、和解勧告文において、「就業の場面においては、…過去の社会意識を前提とする差別の残滓を容認することは社会の進歩に背を向ける結果となることに留意されなければならない。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。」と指摘した。

また、婚外子相続分に関する最高裁判所平成25年9月4日大法廷決定は、「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。…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」として憲法14条1項に違反し無効とし、民法900条4号ただし書の立法による解決を促し、導いた。

1996（平成8）年には、国は選択的夫婦別姓を導入する法律案要綱まで作成し、その後、2回ほど改正の機運が生じたが、いずれも実現に至らなかった。このような状況下では、司法による救済がなされない限り、国は、今後も法改正を行わないと言っても過言ではなく、司法救済がない限り、この差別は解消されない。

四 まとめ

以上述べた通り、民法750条は、ほとんど女性のみにも不利益を負わせる効果を有する規定であり、二および三で論証してきたとおり、制定当初からそのような差別規定であることが認識されており、遅くとも、選択的夫婦別姓を導入する法律案要綱が作成された1996（平成8）年の時点においては、夫婦の氏に関する国内事情及び国際情勢に鑑みれば同規定に合理性があるということとはできず、憲法14条1項、憲法24条1項及び2項に違反するものといわざるをえない。

したがって、民法750条を国会議員が改正しない立法不作為は、憲法14条1項、憲法24条1項及び2項によって保障される平等権を違法に侵害することが明白であり、また、その平等権を行使する機会を確保するために所要の立法措置（選択的夫婦別姓制度を容認する法制度）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り続けてきたものであるから、国家賠償法1条1項の適用上、違法の評価を免れない。

第五 女性差別撤廃条約に関する解釈の誤りによる憲法98条2項違反

一 17年判決の枠組における「国民に条約上保障されている権利」の内容

原判決は、国家賠償法上の違法性判断の枠組について、「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ある」と述べ、17年判決の判断基準によることを明らかにした。

原判決が17年判決の判断基準を採用したこと自体は正当であるが、17年判決の趣旨に徴して、「氏の変更を強制されない権利」が、「女子差別撤廃条約により『国民に条約上保障されている権利』であるか否か」の検討が必要であるとされた点において、誤りがある。

なぜなら、上告人らは、第1審から一貫して、民法750条が、婚姻夫婦に対し同氏を強制することにより、婚姻夫婦の96.17%（厚生労働省人口動態統計）において女性が氏を変更し自己の氏を保持することができないという実態をもたらしていることが、婚姻及び氏の選択についての権利に関し、女性が男女の平等を基礎として人権及び基本的自由を行使することを害する効果を有するという、女性差別撤廃条約1条が規定する女性に対する差別にあたり、よって、婚姻及び姓の選択について男女同一の権利を保障した同条約16条1項(b)及び(g)に違反していることを主張してきたのである。すなわち、上告人らが、17年判決の枠組における、国賠法上の違法性の判断基準との関係で主張する、「国民に条約上保障されている権利」とは、女性差別撤廃条約16条1項(b)が規定する「自由かつ完全な合意のみにより婚姻をする同一の権利」及び同項(g)が規定する「夫及び妻の同一の個人的権利(姓を選択する権利を含む。）」（以下、これらを併せて、本件訴訟においては、「婚姻及び婚姻に際し姓を選択する男女同一の権利」という。）である。

上告人らは、本件において、「氏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ることを主張してきたが、女性差別撤廃条約が「氏の変更を強制されない権利」を保障していると主張したことはない。

日本が締結した条約は、憲法98条2項によって国内法的効力が付与されるが、国際人権条約は、憲法とは異なる国際法規範であり、国内法的効力が付与されることによって、国際人権条約としての独自の規範の意味を失うものではなく、国際人権条約が保障する権利は憲法上の権利と同視されるものではない。とりわけ、女性差別撤廃条約は、様々な分野において、女性に対し男性と平等・同一の権利を差別なく享有し行使できることを権利として保障する条約である。上告人らが本件訴訟において主張する条約上保障される権利は、憲法上保障される権利とは別のものであることに留意が必要である。

本件訴訟について言えば、17年判決の枠組において、女性差別撤廃条約によって国民に保障されている権利として上告人らが主張しているのは、「氏の変更を強制されない権利」ではなく、同条約16条1項(b)及び(g)が規定する、

「婚姻及び婚姻に際し姓を選択する男女同一の権利」である。民法750条の下で、婚姻夫婦の一方が、婚姻に際し、自己の姓または配偶者の姓のいずれかの使用を選択する権利は、圧倒的に男性が行使し、女性は行使できていない実態が存するのであり、民法750条が婚姻夫婦に同氏の使用を義務付けていることが、婚姻に際し姓を選択する男女同一の権利を女性が行使することを害する効果をもたらしているという点において、同規定は、「婚姻及び婚姻に際し姓を選択する男女同一の権利」を保障した女性差別撤廃条約16条1項(b)及び(g)違反となるのである。

この点、原判決は、上告人らの女性差別撤廃条約に関する主張が、憲法違反の主張と異なる独立のものであること、及び、女性差別撤廃条約が保障する権利の内容を正しく理解していないと言わざるを得ない。

二 民法750条の改正が必要不可欠であること

以上のとおり、本件においては、国家賠償法上の違法性の判断基準について、17年判決の枠組の下で、女性差別撤廃条約が、国民に対し、「婚姻及び婚姻に際し姓を選択する男女同一の権利」を保障していることを前提として、民法750条を改正しないことがその権利を違法に侵害するものであることが明白であるか否か、また、その権利行使の機会を確保するために、民法750条を改正するという立法措置を執ることが必要不可欠であり、それが明白であるか否かが問われなければならない。

前述のとおり、まず、女性差別撤廃条約16条1項(b)及び(g)が、国民に対し、具体的な権利として、「婚姻及び婚姻に際し姓を選択する男女同一の権利」を保障していることは、その文言から明らかである。

そして、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。」と規定し、表面的には中立的であるものの、法律婚夫婦に対し夫か妻のいずれかの姓の使用を義務付けている結果、第四 平等権にも詳述したとおり、根強い慣習や社会における男女間格差の実態等と相まって、女性が氏の選択権を享有し又は行使することを害する「効果」を有する間接差別に当たり(甲52、申教授の意見書)、同条を改正しないことは「婚姻および婚姻に際し姓を選択する男女同一の権利」を違法に侵害するものであることは明らかである。

また、同条約2条(f)により、差別的規定である同条の改正措置を執る必要

があることは明らかである。女性差別撤廃条約は、差別的規定の改廃を締結国に義務付けているが、どのように修正すべきかまでは具体的に定めていない。

しかしながら、同条約16条1項(g)が、婚姻に係る「夫及び妻の同一の個人的権利（姓及び職業を選択する権利を含む。）」と規定している以上、少なくとも、婚姻夫婦に対し夫または妻の姓のいずれか一方の使用を義務付ける同氏強制を廃止し、自己の姓か配偶者の姓のいずれかを婚姻後の姓として使用するかという、婚姻に際しての姓の選択権を夫及び妻のそれぞれが行使することを可能にするための立法措置を執ることが必要不可欠であることは、明白である。

三 直接適用可能性ないし自動執行性

1 原判決の問題点

原判決は、17年判決の趣旨に徴し、女性差別撤廃条約により「国民に条約上保障されている権利」が存するだけでは足りず、これに加えて、「女子差別撤廃条約の内容が国家と国民との間の法律関係に適用される規範として裁判所を拘束するためには、女子差別撤廃条約に直接適用可能性ないし自動執行力があることが必要である」と述べた。

条約の直接適用可能性ないし自動執行力の概念については、国内外の国際法学者の間でも用語法やその意味する内容について一致を見ておらず、論者によって異なる意味で用いられることがあるが、岩沢教授は、“self-executing”（自動執行力）及び「直接適用可能」とは、「それ以上の措置の必要なしに適用されうる」という意味であるとされる(岩沢281頁、乙17の2)。原判決が、本件において、「女性差別撤廃条約に直接適用可能性ないし自動執行力があることが必要である」と述べた意味が、この意味であるとすれば、異論はない。

しかしながら、原判決は、これに続けて、「しかるに、女子差別撤廃条約は、一定の権利を確保することに言及しているが、いずれも締結国がその権利を確保するよう適当な措置を執る必要があり、締結国の国民に対し、直接権利を付与するような文言になっておらず、国内法の整備を通じて権利を確保することが予定されているから、直接適用可能性ないし自動執行力があるとは認めることができないこと、したがって、女子差別撤廃条約の規定が、我が国の国民に対し、直接権利を付与するものとはいえない」と述べており、女

性差別撤廃条約の直接適用可能性を否定し、その結果、同条約の規定が国民に対し直接権利を付与するものではないとした点において、判断を誤っている。

2 締約国の条約実施義務の規定は直接適用可能性否定の理由とはならない

第一に、原判決は、女性差別撤廃条約においては、締結国(締約国)が条約上の権利を確保するよう適当な措置を執る必要があり、国内法の整備を通じて権利を確保することが予定されていることを理由に、同条約の直接適用可能性ないし自動執行力を否定するが、国際人権条約の構造について基本的な理解を欠くものである。

すなわち、締約国が条約の規定の実現のために必要な措置をとることを定める規定は、自由権規約2条2項が「この規約の各締約国は、立法措置その他の措置がまだとられていない場合には、この規約において認められる権利を実現するために必要な立法措置その他の措置をとるため、自国の憲法上の手続及びこの規約の規定に従って必要な行動をとることを約束する」と規定するように、国際人権条約において、一般的に置かれている締約国の条約実施義務を定めた総則的規定である。そして、「このような規定は、締約国は、条約をどのように国内で実施するかについては選択の自由をもつが、条約を完全に実現するために『必要な』措置はすべてとらなければならないこと、条約を誠実に履行しなければならないこと、を確認しているにすぎない」のであり、条約の直接適用可能性を否定する理由とはならない(岩沢302頁、乙17)。実際、日本においても、これまでの裁判例において、自由権規約については、上記の2条2項の総則的規定にもかかわらず、自動執行力(直接適用可能性)が否定されたことはなく、裁判所において適用可能な条約として用いられてきた(甲52・申23頁、甲84・阿部286頁)。

また、原判決は、女性差別撤廃条約において「確保」という用語が用いられていることについて、あたかも、締約国が国内法の整備を行うことにより、国内法によって初めて条約上の権利が具体化すると理解しているようであるが、これも誤りである。そもそも、国際人権条約において用いられている「確保」の用語は、締約国の条約実施義務の内容として、国家が権利を侵害してはならないということを意味する「尊重」との対比において、権利の実現のために締約国が積極的な措置を執らなければならないことを意味する。しかし、このことは、国家の条約実施措置によって初めて個人に権利が保障され

ることを意味するものではない。「確保」とは、個人は条約によって権利を付与されているが、権利の実現のために、締約国が積極的な作為義務を負うことを国家の義務の側面から規定したものである(甲52号証22頁)。

特に、女性差別撤廃条約は、自由権規約及び社会権規約が、男女の区別なく、権利を保障しているにもかかわらず、実際には、これらの人権条約によって保障された権利の享有や行使において、女性に対する差別が厳然と残っているという実態に対応し、女性に対する差別を根絶撤廃するために、作成された条約である。このことは、「人権に関する国際規約の締約国がすべての経済的、社会的、文化的、市民的及び政治的権利の享有について男女に平等の権利を確保する義務を負っていることに留意し、－(中略)－しかしながら、これらの種々の文書にもかかわらず女性に対する差別が依然として広範に存在していることを憂慮し、－(中略)－女性に対する差別の撤廃に関する宣言に掲げられている諸原則を実施すること及びこのために女性に対するあらゆる形態の差別を撤廃するための必要な措置をとることを決意して、次のとおり協定した」と述べる同条約の前文に示されている。

条約法に関するウィーン条約31条は、条約の解釈に関する一般的な規則として、「条約は、文脈によりかつその趣旨及び目的に照らして与えられる用語の通常の意味に従い、誠実に解釈するものとする」と定め(同条1項)、この場合の「文脈」とは、前文を含む条約文を基礎とするから(同条2項)、女性差別撤廃条約の解釈は、上記の前文を含む条約文が文脈として考慮されなければならない。

そして、前述のとおり、女性差別撤廃条約においては、自由権規約や社会権規約において、既に、女性に対し男性と平等に保障されているはずの権利の享有及び行使について、依然として残っている女性に対する差別を撤廃するためには、締約国は積極的な措置を執る必要があることから、条約の各規定において、「権利を確保する」、「すべての適当な措置をとる」という文言が用いられているのである。同条約の締約国の実施義務を定める条約2条は、各分野について列挙された権利を女性が差別なく享有・行使できることを確保するために締約国が「すべての適当な措置」をとらなければならないことを総則的に規定するが、法規定が目的または効果において差別的なものである場合は、差別を撤廃し権利を確保するための「すべての適当な措置」として「立法」が明記されている(2条(f))。

3 権利付与の有無は文言の形式によって決定されるものではない

第二に、原判決は、女性差別撤廃条約について、「締結国(締約国)の国民に対し、直接権利を付与するような文言になって」いないことを理由に、条約の直接適用可能性、及び、国民に対する直接の権利付与を否定するが、かかる判断は、規定の文言の形式にとらわれた、形式的解釈である。

女性差別撤廃条約の多くの規定は、女性に対する差別が広範に存在する分野毎に、締約国は差別の撤廃のために「すべての適切な措置をとる」義務があることを定め、特に、中でも、女性が差別なく行使することが確保されるべき権利を例示的に列挙する。女性差別撤廃条約の各規定が、自由権規約において用いられているような、「すべての者は」あるいは、「何人も」「・・・権利を有する」といった文言で規定されていないのは、このためであり、その規定形式が、個人が権利を有する、あるいは、個人に権利を付与するという文言になっていないという形式的理由から、同条約が個人に権利を保障することが否定されるものではない。女性差別撤廃条約は、女性に対し、各規定に明示的に列挙された権利を、差別なく男性と平等に保障するものである。

なお、同条約9条は、「締約国は、国籍の取得、変更及び保持に関し、女子に対して男子と平等の権利を与える」(1項)、「締約国は、子の国籍に関し、女子に対して男子と平等の権利を与える」(2項)と規定し、女性に対して権利を付与するという文言の形式で規定している。原判決が言うように、女性差別撤廃条約の規定が権利を付与する文言を使用しているか否かによって、国民に対する具体的な権利の付与の有無が判断されるとすれば、同条約は、国籍についてののみ女性に対し権利を付与したものであるということになるが、このような結論が不合理なものであることは、明らかである。

女性差別撤廃条約16条に関する女性差別撤廃委員会の一般勧告21(1994年)が、「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、自己の姓を選択する権利を否定されている」と述べているのも(甲14)、同条が女性に対し、婚姻に際し自己の姓を選択する権利を保障していることを前提としている。

4 個人に対する権利付与は、直接適用可能性の要件ではない

第三に、そもそも、条約が個人の権利を創設していることは、条約の直接適用可能性の条件ではない。

この点について、岩沢教授は、「条約が個人の権利(義務)を創設しているな

らば、その条約は司法又は行政機関によって直接適用されうるであろう。従って、条約が個人の権利(義務)を創設するということは、その条約が直接適用されることを前提としているということではできらるであろう。しかし、国内で直接適用されうる条約は、個人の権利義務を創設する条約には限られない。司法又は行政機関の権限又は義務を定めており、個人の『権利』又は『義務』を創設しているとはいえない条約が直接適用されうることは少なくない。個人の権利義務を創設するというのは、条約が国内で直接適用される場合の一部(「直接適用可能性の一つの形態(又は結果)」)にすぎないのである」と述べている(岩沢291頁、乙17の2)。

このように、条約が個人の権利を創設していることは、条約の直接適用可能性の要件ではない。しかし、岩沢教授は、逆に、条約が個人の権利を創設している場合は、直接適用可能であると明確に述べている。

そして、前述のとおり、女性差別撤廃条約16条1項(g)は、女性に対し、婚姻における「夫及び妻の同一の個人的権利」として、「姓を選択する権利」を明確に保障しているから、同規定が直接適用可能であることは、疑いがない。

また、原判決は、女性差別撤廃条約が直接適用可能ではなく、したがって、同条約の規定が我が国の国民に対し直接権利を付与するものとはいえないとしたが、上述のとおり、同条約16条1項(b)及び(g)の規定は、直接適用可能であり、国民に対し「婚姻及び婚姻に際し姓を選択する男女同一の権利」を保障するものであり、原判決は、同条約が直接適用可能でないとした点、及び、国民に対し権利を保障するものではないとした点のいずれについても、誤りである。

四 結論

以上のとおり、民法750条は、「婚姻及び婚姻に際し姓を選択する男女同一の権利」を保障する女性差別撤廃条約16条1項(b)及び(g)に違反する差別的規定であり、したがって、被上告人国は、同条約2条(f)に基づき、同規定の改廃義務を負っているにもかかわらず、長期にわたり、この改廃義務を怠っていることは、「立法の内容又は立法不作為が国民に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」、または、「国民に条約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」にあたり、17年判決の基準によれば、国家賠償法上の違法性が認められる。

原判決が、かかる結論に至らなかったのは、女性差別撤廃条約が国民に対し具体的な権利を付与していること、及び、直接適用可能であることについての解釈を誤ったためであり、このことは、日本国が締結した条約についての誠実な遵守義務を規定した憲法98条2項の違反にあたる。

第六 結論

以上によれば、原判決が、民法 750 条が憲法 13 条、14 条 1 項、24 条 1、2 項に違反するとの上告人らの主張に対し、判断することなく、「国民に憲法上保障されている権利」の存否に限定して判断した点は、平成 17 年判決が提示した判断基準の趣旨を正解せず、国家賠償法 1 条 1 項に違反し、理由不備の違法がある。さらに、上告人らに「国民に憲法上保障されている権利」及び「国民に条約上保障されている権利」は存在しないとされた原判決の判断は、憲法 13 条、14 条 1 項、24 条 1、2 項に違反し、また、憲法 98 条 2 項の解釈を誤り、女性差別撤廃条約 16 条 1 項(b)、(g)に違反する。よって、原判決は、破棄を免れない。