

2016 年 1 月 6 日

弁護団長 榊原富士子

## 1 はじめに

大法廷判決まで 4 年 10 か月の間、裁判への応援、支援をありがとうございました。直接お会いしていませんでしたが、多くの方の熱い支持を感じ、それが訴訟活動の原動力になってきました。心から感謝申し上げます。

また、提訴前から最高裁の段階まで、憲法、民法、行政法、国際法等多岐にわたる分野で、多くの学者の先生方より、有益なアドバイスやご教授をいただきました。特に裁判所に提出しました意見書を作成くださった 6 名の先生方、本当にありがとうございました。判決について、すでに弁護団の 2015 年 12 月 16 日付コメントを出しましたが、これに加えて、もう少し詳細に意見・感想を記しておきたいと思っております（文責は榊原個人です）。

## 2 結論と今後について

民法 750 条は違憲ではないとの結論は残念でした。しかし、5 人の裁判官、つまり 15 人の 3 分の 1 の裁判官が、憲法 24 条に違反するとの意見を述べた点は、初めて婚姻改姓強制の違憲性を問う裁判の到達点として、高く評価したいと思います。

同じ家族法の問題であった婚外子の相続分差別解消の問題と対比すると、別姓を名乗りたいと望む当事者は、多数ではないけれど、圧倒的少数でもありません。また、自身は別姓を選ばなくても「望む人が選べる制度」の方が望ましいと考える人は相当数存在します。その人たちは、ただ、別姓夫婦のことにのみ理解を示しているのではなく、自分と違う存在を排除したり否定するのではなく、違いを互いに認めて共存しあう社会をより好ましいと考えており、法改正の実現はそうした層が今後どれほど増えていくかにもよっていると思っております。

また、今回、大法廷が開かれたことで、大きく報道され、今までになく多くの方に、この問題を考えていただくことができました。司法記者クラブの方たちをはじめ、マスコミがどんなに熱心に報道してくださったか、実質的には原告を応援してくださっていたかしれません。全国からの多くの支援もそうですが、多くの方にこの問題をリアルに伝えてくださった記者たちの熱意にも感謝しています。この機運をつないでいけたらと思っております。

なお、婚外子相続分については、2013 年の大法廷の違憲決定より前に、平成 15 年 3 月 31 日最高裁判所第一小法廷決定の反対意見（泉裁判官の違憲

意見)においてすでに、少数グループは代表を得ることが困難な立場にあり司法救済が求められているとして、司法の役割が強く説かれていました。本件では、氏について、憲法上の人権であることを認めなかったのが、残念ながら、「司法による少数者の人権の救済」という積極的姿勢はみられず、民主主義的プロセス(国会)に委ねるとされてしまいました。

民主主義的プロセスでは何年たっても実現しないので、司法に最後の手段として訴えかけたのに、再び国会にボールをもどされてしまいました。もう生きている間の法改正はありえないと大きく落胆した方は少なくありません。判決後に、さまざまな方から感想・連絡をいただいておりますが、この大法廷判決で(法改正はなくなると見切って)ペーパー離婚を決心しましたとの報告が少なからず入ってきています。直接、弁護士にこうした声が届けられることは異例ですので、他にそういう選択をしてわざわざわしい通称使用から解放されようとする方は相当数おられると推測します。

「(夫婦同氏は)家族という1つの集団を構成する一員であることを実感することに意義をみいだす」(判決9頁)とした大法廷判決が、皮肉にも、ペーパー離婚を促進し、法律婚制度を空洞化させる一因になっているという現実を、多数意見の裁判官らに是非知ってほしいと思います。

## 2 判決を評価する点

端的に、評価すべきと思う点をあげてみたいと思います。

### (1)合憲意見(多数意見)・違憲意見を通じて評価する点

#### ①人格的不利益の認定

違憲意見はもちろんですが、合憲意見も、婚姻改姓によって同一性識別機能の阻害、個人の信用、評価、名誉感情等に影響が及ぶ人格的不利益が生ずることがあることを認めたこと。

#### ②憲法24条の裁判規範性

憲法24条の裁判規範性を合憲意見も違憲意見も、これを正面から認めたこと(労働法分野では結婚退職制の裁判等、下級審で認めるものがあつたものの、本件の第一審判決はこれを否定するかのような認定であつた)

#### ③憲法24条の意義

合憲意見も違憲意見も、「憲法24条2項は、具体的な制度の構築を第一次的には国会の合理的な立法裁量に委ねるとともに、その立法にあたっては、同条1項も前提としつつ、個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚すべきであるとする要請、指針を示すことによって、その裁量の限界を画した。

- ・憲法上直接保障された権利とまでいえない人格的利益をも尊重すべきこと、両性の実質的な平等が保たれるように図ること、婚姻制度の内容によ

り婚姻をすることが事実上不当に制約されることのないように図ること等についても十分に配慮した法律の制定を求めるものであり、この点でも立法裁量に限定的な指針を与えるものである」とし、ある意味では、憲法13条及び14条よりも間口を広げたこと。

憲法の24条の「本質的平等」の意味につき、憲法14条では通説が形式的不平等に限定していることとの関係、「実質的平等」との表現ではなく「本質的平等」と表現していることの意義などにつき、弁護団としてはやや苦慮してきたが（こうした点に触れる文献はほとんどなく）、上告人主張の通り、14条よりも広く実質的不平等を問題にするとの点を明確にしたこと。

さらに、細かい点ですが、

#### ④夫婦同氏制と通称使用の自由

夫婦同氏制は、婚姻前の氏を通称として使用することまで許さないというものではないと認めたこと（他の通称使用を求める裁判の応援になる）。

#### ⑤合憲意見も、選択的夫婦別氏制に合理性がないと断ずるものではないとしたこと。

等です。

### (2)違憲意見の評価すべき点

#### ⑥婚姻改姓による不利益

婚姻改姓の不利益をより強く認定し、「氏の第一義的な機能が同一性識別機能であると考えられることからすれば、・・婚姻前の氏使用を希望することは十分な合理的理由があるといわなければならない。」としたこと、氏の機能は、家族としての呼称よりも、まず個人の同一性識別機能にあるという実態に即して判断したこと（氏は名とあいまって個人の呼称であると民法起草者の我妻栄氏も早くに明言しています）。

家族を構成する個人の尊厳を重視したこと。

#### ⑦選択が自由意思によるか

合憲意見が、婚姻という身分変動を自らの意思で選択する場面であるから自らの意思に関わりなく氏を改めることが強制されるというものではない（3頁）としたのに対し、96%もの多数が夫の氏を称することは、その意思決定の過程に現実の不平等と力関係が作用しているとして、実質的な判断をしたこと。

「改姓が強制されるものではない」との合憲意見は、「改姓が嫌なら婚姻しなればよい。」との、法律婚を望んでいる国民をつきはなした意見と同じです。法律婚の尊重や法律婚の意義を婚外子の裁判ではことごとく強調

してきた最高裁判所の立場とも、あるいは同日の民法 733 条についての大法廷判決の「婚姻の自由は憲法 24 条 1 項の趣旨に照らし十分尊重すべきもの」との意見とも矛盾するように思います。

#### ⑧結論

⑥⑦より、民法 750 条が個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚した制度とはいえないと結論づけたこと。

#### ⑨法律婚をしない選択

現在では、改姓の不利益を避けるため、あえて法律上の婚姻をしないという選択をする者を生んでおり（この点は合憲意見も認めています）、婚姻成立に不合理な要件を課したものとして婚姻の自由を制約するものとしたこと。

#### ⑩合憲意見と違憲意見の論点・判断方法の違い

合憲意見は、家族の呼称であること、家族の一員であることを公示し識別する機能等を強調して夫婦同氏制を合憲とするが、それは夫婦同氏の合理性であって、それに全く例外を許さないことの根拠になるものではない（19 頁、岡部ほか 3 名の意見）、あるいは、問題となる合理性とは、夫婦が同氏であることの合理性ではなく、夫婦同氏に例外を許さないことの合理性であり、（憲法 24 条の）立法裁量の合理性という場合、単に、夫婦同氏となることに合理性があることだけでは足りず、夫婦同氏に例外を許さないことに合理性があるといえなければならない（23 頁、木内意見）として、同じく合憲意見の判断方法の問題点を明確にしていること。

この辺の記述から、判決前に相当に合議された様子が伝わります。

#### ⑪通称の限界

通称について、便宜的なもので、使用の許否、許される範囲が定まっていない、通称と戸籍名との同一性という新たな問題を惹起すること、通称使用によって婚姻改姓の不利益が一定緩和されているからといって、別姓を全く認めないことに合理性が認められるものではない（20 頁岡部ほか 3 名の意見）、あるいは、法制化されない通称は、通称を許容するか否かが相手方の判断によるしかなく、個人の呼称として欠陥があり、通称を法制化すると全く新たな性格の氏を誕生させることになり、その当否は別として、法制化がなされないまま夫婦同氏の合理性の根拠となし得ない（26 頁、木内意見）と判断されたこと。

#### ⑫家族の一員である実感等

多数意見の家族の一員である意識をもつ意義の強調等に対し、同氏でないと夫婦親子の実感が生まれないとはいえない、子の利益の観点からは、未成熟子に対する養育の責任と義務という点において、夫婦であるか否か、同氏

であるか否かは関わりないと指摘していること（24頁、木内意見）。

### 3 問題点

多々ありますが絞ります。

#### ①氏の変更を強制されない自由

多数意見は、「氏の変更を強制されない自由」を憲法 13 条上の権利であると認めなかったこと。

氏名は、「人が個人から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といふべきものである」として、最三小判昭和 63 年 2 月 16 日を引用して述べつつ、「氏は、婚姻及び家族に関する法制度の一部として法律がその具体的な内容を規律しているものであるから、氏に関する上記人格権の内容も、憲法上一義的に捉えられるべきものではなく、憲法の趣旨を踏まえつつ定められる法制度をまって初めて具体的に捉えられるものである。したがって、具体的な法制度を離れて、氏の変更されること自体を捉えて直ちに人格権を侵害し、違憲であるか否かを論ずることは相当でない。」としました。

この文章の意味が理解できたという方は、法律の専門家であってもどれほどいるのでしょうか。たとえ、判決であっても、これほど不明な文章を書くべきではないのではと思いました。私も、何らか感じたことを記載しようと思いましたが、文章の意味が正確にとらえられないので、反論も不正確になりそうで、書くことができません。

明確にわかるのは、婚姻改姓は、憲法論を論ずる場面ではないという結論のみです。

そして、多数意見は、婚姻改姓の場面を、「自らの意思に関わりなく氏を改めることが強制されるというものではない」ともしました。

しかし、たとえ、制度によって氏が賦与され、変更の場合も定められているとしても、その変更の場合については、本人ではなく制度が変更の場面を決め、その変更によってアイデンティティの喪失に傷つく人が少なからず存在するに至っているならば、その変更を定めている制度そのもの（婚姻すれば夫婦の一方は必ず氏を変更しなければならないという制度）が人格権を侵害していると考えられるのではないのでしょうか。

なお、もう少し、易しく感想を書くならば、氏はその個人にとってどれほど重要な意味を持つものであるか、望まないのに氏を変更することがどれほどの痛みを伴うのかが、多数意見の方たちには理解されなかったのでしょうか。

なお、違憲意見は、この自由が憲法上の権利であるともないとも述べていませんが、書かれていない以上、憲法 13 条及び 14 条に関しては、多数意

見と同意見ということと解されます。ただし、24条違反とする違憲意見の内容からすると、13条に関して、本心、多数意見と同意見だったのだろうか、と気になるところです。13条の「個人として尊重」と、24条2項の「個人の尊厳」は、そんなに異なるものとは思えないのです。

## ②婚姻の自由

「婚姻の自由」につき、憲法上の権利であるとの上告人の主張に対し、応答がなく、憲法上の権利であるか否かが明らかにされなかったこと。婚姻の自由については、憲法学説では、憲法13条に由来するとするものと、憲法24条から導くものがある。「婚姻の自由」がどういう自由であるか、憲法上の権利であるかはともかく、婚姻の自由自体を否定する説はなく、多数意見も、「婚姻の自由」とは述べないものの、憲法24条の合憲性審査の中で、「婚姻をすることが事実上不当に制約されることのないように図る」（7頁）と述べていること。

同日言い渡された再婚禁止期間（民法733条）に関する判決では、「婚姻をするについての自由は、憲法24条1項の規定の趣旨に照らし、十分尊重に値するものと解することができる」（同判決4頁）としており、これが現在の大法廷の到達点と思われます。

## ③多数意見は嫡出でない子や親子別氏の嫡出子への配慮に欠けること

寺田意見を読むと、多数意見は寺田意見に影響を受けたように推測されます。その中でも「夫婦それぞれと等しく同じ氏を称するほどのつながりを持った存在として嫡出子が意義づけられている」（12頁、寺田意見）といった記述は、単に夫婦の氏の問題ではなく、別氏夫婦では親子別氏が生ずることへの裁判官の大きな、かつ素朴な抵抗感を示しているように思われます。

特に、多数意見の「嫡出であることを示すために子が両親双方と同氏である仕組みを確保することにも一定の意義があると考えられる」（9頁）との記述には、嫡出でない子への差別感すらにじませるものとして驚きました。このくだりを読んだ嫡出でない子や父母が離婚して親と別氏になった嫡出子は、これをどんな風を感じるのでしょうか。

婚外子相続分に関する2013年大法廷決定は、全員一致で、「本件規定（民法9007条4号但書のこと）の存在自体がその出生時から嫡出でない子に対する差別意識を生じさせかねない」「社会の動向・・・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」「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た」ことなどを理由として、憲法14条1項に違反すると判断しました。2年前のこ

の最高裁の差別を許さないという高らかな姿勢と矛盾するように思います。

また、前記の通り、多数意見は、嫡出親子の氏の意義を問題にしつつ、それは、親が離婚していない嫡出親子（未婚の子）に限定するものであって、離婚後に親子別氏の嫡出子が多数存在するという現実への配慮が感じられない記述でもあります。年間、婚姻する3組に1組が離婚、2014年の出生数は100万3539人ですが、同年に離婚を経験した未成年の子は22万4314人、というのが現実です。子の利益や人権を問題にするならば、多数意見が言うところの「例外」の形の家族における子（離婚した夫婦の子や父母が婚姻していない子）についても、同じように配慮しなければならないのではと思います。

#### ④家族の原則の形を強調しすぎる危うさ

寺田意見は、合憲性の根拠として、同氏の夫婦と嫡出親子につき、「その原則としての位置付けの合理性を疑う余地がそれほどあるとは思えない」（13頁）と述べます。もしこれに賛同するとしても（原則の形というものを仮に認めるとしても）、なぜ「別氏夫婦、別氏の嫡出親子」という例外をもうけてはいけないのかの根拠になっていません。

むしろ、国が家族の原則の形を強調しすぎるのが、現実に存在する多様な家族を否定し子どもを差別することにつながり危険であることが、すでに国連国際家族年（1994年）の宣言の中で指摘され、次のように述べられています。「国によって、理想の家族像も大きく異なる。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、唯一の理想的な家族像の追及を避けるべきである」と。

#### ⑤女性差別撤廃条約の無視

多数意見は、女性差別撤廃条約にはひとつも触れていません。女性差別撤廃委員会が夫婦同氏制は同条約違反であるとして法改正を勧告し続けていることにも言及しません。確かに、条約違反は上告理由ではありませんが、70年前に成立した憲法も、その後の国際的・国内的な社会環境の変化によって解釈が変更されうること、その1つに国際人権条約や国連勧告があることは（いわゆる時の経過論）、最高裁判所が、婚外子についての国籍法判決や相続分についての決定の中で述べてきたことです。憲法学説もこれを認めるのが通説です。ひとつも判決が条約に触れなかったのは、民事訴訟法上、上告理由として条約違反があげられていないからではなく、民法750条と条約との整合性を説明できず、「条約に違反しない」と述べることもできず（そのような説明をすれば国際的に非難されるでしょう）、せめて何も言わないという形でとどめるしかなかったのではないかというのが、弁護団の共通意見です。

#### ⑥憲法24条の判断基準

多数意見は、前記2(1)③の通り、憲法24条について、憲法上直接保障された権利とまでいえない人格的利益をも尊重すべきこと、両性の実質的な平等が保たれるように図ること、婚姻制度の内容により婚姻をすることが事実上不当に制約されることのないように図ること等についても十分に配慮した法律の制定を求めるものであり・・・としながら、結局、その審査基準は、なんらか(かろうじて)合理性が説明できればよしとする(といっても違憲意見からすれば、多数意見は夫婦同氏の合理性を説明するだけで、例外を認めないことの合理性は説明できていないが)非常に緩やかな審査であり、結局、司法消極主義の域を出なかったこと。

#### ⑦一般の方の感じる違和感

特に、多数意見の下記部分は、婚姻改姓で苦しむ人々を全く納得させないものと思われます。

ア婚姻という身分関係の変動を自らの意思で選択することによって夫婦の一方が氏を改めるという場面であって、自らの意思に関わりなく氏を改めることが強制されるというものではない。

イ(婚姻改姓の不利益は)氏の通称使用が広まることにより一定程度は緩和される(10頁)。

#### 4 立法不作為の違法性について

上告人は、女性差別撤廃条約から30年、法制審の答申から約20年を経ている事実をもって、立法の不作為の国賠法上の違法性を問いました。

この主張は、2005(平成17)年に在外日本人の選挙権に関して最高裁判決(以下、平成17年判決と言います)の示した基準に照らしても、認められることが難しいことは承知で提訴しました。それでもお一人ですが、国賠法上も違法であるとの判断を示してくださり、この問題の深刻さを理解いただけたことは、よかったですと思います。

もともと、最高裁判所の昭和60年判決及び平成17年判決の示した立法不作為の違法性の基準の読み取り方は難しいですが、本件と同日の民法733条判決で、千葉裁判官が、「国会議員の行為が・・・違法となりうる場合は極めて限定的にとらえるべきであるという見解を強調する趣旨で、当然にあるいは即時違法となるような典型的なしかも極端な場合を示したものであり、・・・これ以外はおよそ違法とはならないとまでいったわけではなく、違法となるすべての場合に言及したものではないと解するべきである」(同判決22頁)、「平成17年判決の判示する判断基準は、・・・今回整理し直された」と述べていることにも注目したいと思います。



いずれにせよ、憲法裁判所のない現在の日本の法制度下では、法律の違憲性を問う裁判を提訴するための方法として、立法不作為の国家賠償法上の違法性を問う方法は、今後も有効と思います。損害賠償請求ですので、門前払い却下の判決はありえず、公開の弁論が開かれ、証人尋問がなされ、少なくとも原告は法廷で証言して裁判官に直接訴えることができます。また、今回の上告人らのうち3人のように、法律婚をして通称使用している者が裁判所に訴えて裁判の形を作るには、この方法しか思い浮かびませんでした。

国賠法上の違法性を認定するハードルは極めて高いですが、棄却判決であったとしても、その理由中で、ある法律の違憲・合憲の判断を裁判所は示すことができます。平成17年判決のいう「明白な違憲性」が認定されなくても（そのような事態ならば国会は裁判しなくても動いているでしょう）、「違憲性」を認定することは可能で、それが仮に大法廷であるならば、8人が違憲と述べれば、多数意見になります。

そして、多数意見が「違憲」となれば、その後、立法に必要な適切な期間中に国会が法改正しなければ、今度は、立法不作為が違法に転じ、訴えがあれば、違法性が認定される可能性、損害賠償金を支払う義務が認定される可能性が生じてくることとなります。結局、立法不作為が違法とまで判断されなくても、ある法律が違憲と最高裁が判断すれば、立法化につながることは必須です。

なお、行政訴訟等ではなく、損害賠償請求をする方法としては、事実婚の2人が婚姻を届け出て、不受理となり、その不受理処分が違憲であるとして損害賠償請求するという方法はあるのではと思います。住民票続柄の表記の違憲性を争った裁判の形です（東京高判平成7年3月22日は、当時の続柄区別表記は違憲だが記載処分につき国賠法上の違法性はないと判断しました）。被告は誰なのか等難しい問題はありますし、違法性の基準は職務行為基準説によるのでやはりハードルは高いですが、少なくとも立法不作為の違法性のハードルよりは低いと思われます。

## 5 憲法14条について

憲法14条違背との点は、上告後、初めて主張しました。

男女間で扱いを異にしているとの形式的差別の主張ではなく、「形式的には平等であっても、実質上女性差別の結果をもたらす制度」であるとの間接差別の主張です。

この主張を追加するか否かについては弁護団の中で賛否両論がありました。最も原告らの主張したいのは、氏を失う辛さであるという点が霞んでしまうのではないかと、憲法14条は実質的差別を対象としないのが通説判例であるので結論はみえており、論点を増やすことは望ましくないのではないかと等を議論し

ました。

しかし、民法750条の本質は、やはり男女差別にある、1つしか選べなければ男性が優先されるに決まっておき、必ず不平等を生み出す法制であるということを訴えたいという強い意見がありました。

間接差別でも、憲法論や労働法分野でいわれる定義と自由権規約や女性差別撤廃条約の定義は異なります。前者では、例えば、身長175センチ以上という条件を付けて労働者を募集すれば、ほとんど男性しか応募・採用できない結果になるといった場合に「身長175センチ」という中間項が存在し、こうした形を間接差別といっています。しかし、女性差別撤廃条約での定義は前記の通りで、中間項は不要です。民法750条はまさに女性差別撤廃条約の禁じる間接差別に該当します。条約批准からすでに30年、条約の高らかな人権の捉え方を、ストレートに訴えたいということで、結局、14条を追加しました。判決は14条については軽く触れるのみですが、14条違反の主張の中で、夫の氏96%との数字は、本当に自由で対等な議論の中で生じた結果ではないとの主張を丁寧に展開したことが、違憲意見の憲法24条の「両性の本質的平等」に反するとの判断につながったと思います。

## 6 事実婚からのアプローチ

判決後、「婚姻届を出せてない人が原告になり、氏の変更を望まない人は婚姻届が出せず、望む人が婚姻できることと対比して差別されており憲法14条違反」との主張をすれば勝てたのではとの学者の方の評釈に接しました。

婚姻の自由が憲法上の権利であることが前記のように認められないとしても、こうした主張方法もあったと思います。旧姓を維持できる国際結婚との対比で、国内結婚は不平等扱いを受けているという主張はどうかとの提案すら、提訴前にありました。

しかし、多数意見をみますと、「同氏の嫡出親子」を法が家族の原則として位置付けることへの強い感情がベースにあり、上記の14条違反主張で結論が変わったとも思えません。今後、再び訴訟される方がいれば、参考になる提案かとは思いますが。ただし、本件でも、当初から、事実婚の2人も原告になっており、法律婚をできないことの法的及び事実上の不利益（共同親権者になれない、税法上の優遇措置を受けられない等多数の不利益）を種々訴え証明してきました。

通称使用の原告と、事実婚の原告が一緒になって、婚姻を選んで氏を捨てざるをえなかった苦しみと、氏を維持するために婚姻を諦めざるをえなかった苦しみの両方を訴えてきました。

そうした原告構成によって、相当数の女性が（中には男性の場合も）、結婚

するという人生で最も嬉しい場面の中で、法律婚か氏かという二者択一を迫られ苦しんでいることを、浮き彫りにしてきたと思います。残念ながらその苦しさはまだ十分に裁判所には伝わりませんでした。

## 7 最後に

別姓訴訟を支える会のこのサイトでは、第一審から最高裁までのすべての判決、原告のすべての訴状・準備書面、被告の答弁書・準備書面を公開し、ダウンロードできるようにしていますので、ぜひ、吟味していただければと思います。

詳細にといいつつ、簡単にしかコメントできませんでした。ここまでの主張・裁判の方法について、弁護団として反省すべきところも多々あるかと思います。真摯なご批判、ご意見をいただければと思います。

当初は、法律的主張の方法すら見えていないところで始めた訴訟ですが、最高裁判所で大法廷を開いてもらい、全裁判官に真正面から憲法判断をしてもらうところまでくることができました。原告5人、弁護団19人、別姓訴訟を支える会、そして傍聴やカンパその他の支援をくださる多くの方々が一丸となって、最後まで仲良く裁判に取り組んでくれたからこそと思います。皆様、本当にありがとうございました。