令和２年（ネオ）第　　号　上告提起事件

上 告 人　　ほか１名

被上告人　国

# 上告理由書

２０２０（令和２）年１２月２５日

最高裁判所第　御中

上告人ら訴訟代理人弁護士　榊　原　富　士　子

ほか１５名

頭書事件について，上告人らは，次のとおり上告理由を提出する。

## 上　告　の　理　由

原判決には，憲法 14 条 1 項，17 条，24 条及び 98 条 2 項の解釈に誤りがある。

目次

第１　はじめに……6
第２　原判決の誤り・不当性……8
１　本件について平成27年最大判に先例としての拘束性はないこと……8
⑴　審理対象範囲が異なること―戸籍法74条1号も審理対象であること……8
⑵　新たな法的主張をしていること―信条等による差別を主張していること11
⑶　前提たる立法事実が異なること……11
２　別氏婚という例外を許容しないことの憲法適合性を判断すべきであること……12
３　制度優先思考の指摘をすり替えていること……12
４　審査すべき不利益を間違っていること……13
５　社会状況の変化の位置付けを誤っていること……14
６　自由権規約及び女性差別撤廃条約に関し，条約遵守義務を怠っていること……15
第３　憲法14条1項適合性……15
１　判断手法……15
２　法的な別異取扱いの存在（形式的平等の不存在）……16
３　区別を生じさせている事由の性質……16
４　区別の対象となる権利利益の性質とその重要性……19
５　審査基準……20
６　検討……21
７　小括……22
第４　憲法24条適合性……22
１　憲法24条適合性の判断規範……22
⑴　憲法24条2項は立法裁量を限定する指針であること……22
⑵　憲法24条2項の要請及び指針との適合性の判断規範・考慮要素等……23
ア　判断規範（制度趣旨・制度採用の影響）……23
イ　考慮要素（人格的利益の尊重，両性の本質的平等，婚姻への不当な制約）……23
ウ　社会状況及びその変化を前提にすべきこと……23
⑶　本件各規定は憲法24条1項「婚姻の自由」に対する法律上の直接の制約であり，制約の程度が強度であることから合理性判断は慎重にすべきであること……24
⑷　小括……25
２　①選択肢なき夫婦同氏制の制度趣旨……25
⑴　明確な立法目的・立法趣旨がないこと……25
ア　立法時の立法目的……25
イ「習俗」は明治民法下の限定的な期間のものに過ぎないこと……26
ウ　本件各規定の立法当初からの批判……26
エ　小括……27

⑵　夫婦同氏制の機能は限定的であり問題点が多いこと……27
ア　対外的な家族公示識別機能……27
イ　嫡出子の公示機能及び両親双方と同氏であることの仕組み確保……28
ウ　家族としての集団構成員としての実感……30
⑶　小括……30
3　②選択肢なき夫婦同氏制採用により生ずる影響……31
⑴　人格的利益が著しく阻害されていること……31
⑵　夫婦間の実質的平等が保たれていないこと……32
⑶　婚姻することが法律上直接に制約されていること……34
4　本件各規定の合理性の検討……34
第5　事情変更……35
1　はじめに……35
2　社会の変化……37
⑴　女性の有業率などの上昇……37
⑵　婚姻および離婚の増減と婚氏続称制度……43
⑶　再婚の割合の増加……45
⑷　婚姻減少に伴う人口減少……47
⑸　グローバル化，ＩＴ化，勤務形態等の変化……48
⑹　小括……50
3　国民の意識の変化……50
⑴　選択的夫婦別氏制度の導入についての考え方の変化……50
ア　内閣府の世論調査……50
イ　民間の世論調査……53
ウ　小括……58
⑵　家族の一体感と氏の関係に関する意識の変化……58
⑶　女性と仕事に関する意識の変化……60
⑷　小括……60
4　諸外国の動向と，女性差別撤廃委員会の日本に対する勧告……60
⑴　諸外国の制度及び法改正……60
⑵　条約，一般勧告，一般的意見及び被上告人への勧告……61
5　法改正を求める動き……63
⑴　地方議会における意見書採択と市民の運動の広がり……63
⑵　裁判の広がりと世論の高まり……64
⑶　女性活躍推進政策と選択的夫婦別氏制度導入の必要性……65
6　まとめ……68
第6　平成27年最大判に対する学者の批判……69
第7　平成27年最大判後の通称使用の拡大と限界・新たに生じる不利益……85

1　原判決の判断の誤りについて……85
2　婚姻前の姓の価値の重要性と通称使用の限界……86
3　婚姻前の氏の通称使用の広がり……86
⑴　法人登記簿の役員欄における婚姻前の氏の併記……86
⑵　金融庁への提出書類への婚姻前の氏の併記……87
⑶　住民基本台帳，マイナンバー及びパスポートへの旧姓併記……87
⑷　国家資格における旧姓使用……90
⑸　銀行口座等金融機関における旧姓使用……91
⑹　国家公務員の旧姓使用……91
⑺　裁判官及び検察官の旧姓使用……92
4　通称使用又は旧氏併記の実態について……93
⑴　多額の国費投入による実効性のない旧氏併記の開始……93
⑵　通称使用の実際の状況……94
5　通称使用の限界と問題点……99
⑴　平成27年最大判の岡部意見の指摘……99
⑵　通称使用を求める裁判等……99
⑶ 学説による批判……100
⑷　アイデンティティの喪失感……101
⑸　通称使用の具体的な問題点……102
⑹　小括……104
6　国は2001（平13）年の段階で通称使用の問題点を認識していたこと……105
7　結語……105
第８　自由権規約及び女性差別撤廃条約について……106
1　原判決と憲法98条2項……106
⑴　自由権規約についての判断……106
⑵　女性差別撤廃条約についての判断……107
⑶　条約実施機関による一般的意見ないし勧告と法令解釈……108
2　「個々の権利が具体的に定められていること」等について……110
⑴　具体的権利の内容が一義的かつ明確に定められていないとしても法令解釈及び法令の適用が可能であること……110
⑵　自由権規約及び女性差別撤廃条約は人権に関する条約であること……111
⑶　小括……112
3　条約の適合性審査について……113
⑴　条約適合性審査の必要性……113
⑵　条約法に関するウィーン条約……114
⑶　行政府において条約の主観的基準や客観的基準は考慮されていないこと……114
⑷　主観的基準や客観的基準を必要とする最高裁判例はないこと……115

⑸　司法審査が必要不可欠であること ..... 116
⑹　小括 ..... 116
4　女性差別撤廃条約と自由権規約を区別すべき理由はないこと ..... 116
5　学説上の概念について ..... 120
⑴　国内的効力 ..... 120
⑵　自動執行的（セルフ・エクセキューティング） ..... 120
⑶　国内適用可能性（国内における直接適用可能性） ..... 120
⑷　相対的把握 ..... 122
⑸　学説の整理 ..... 122
⑹　学説による本件への当てはめ ..... 123
⑺　小括 ..... 124
6　本件各規定等が自由権規約及び女性差別撤廃条約に違反していること ..... 125
7　裁判所の責務の明記 ..... 126
8　結論 ..... 127
第９　国家賠償法の主張 ..... 127
1　立法不作為の国家賠償法上の違法性に関する基準（従前の基準）の不当性について ..... 127
⑴　「従前の基準」について ..... 127
⑵　国家無答責の原則について ..... 128
⑶　三権分立の趣旨の没却について ..... 130
⑷　結論 ..... 133
2　従前の基準によっても，本件では国家賠償法上違法となること ..... 133
⑴　憲法又は条約違反 ..... 133
⑵　長期にわたる立法措置の懈怠 ..... 134
⑶　結論 ..... 146
3　損害 ..... 146
第１０　終わりに ..... 147
1　違憲及び条約違反部分を除く形，すなわち別氏婚の選択肢を認める形での違憲状態の是正 ..... 147
2　法改正までの暫定的な措置 ..... 147
3　結語 ..... 148

## 第１　はじめに

上告人らは，　　（　　）年に披露宴を挙げ，事実婚を開始した。いずれも研究者であり既に論文を発表していたため，婚姻改姓は，どちらにとってもそれまでの自己の研究業績を抹殺する，絶対にとりえない道であった。改姓は，研究実績を遮断し，同分野に類似研究をする２人の研究者が存在するかのように国内外から受け止められ，時には，研究を発展させた後出論文が自身の前出論文の著作権侵害をしているかのような外観をもたらすという不利益まで発生させる。

しかし，既に双方が高齢者となり健康不安を感じるようになった今，緊急入院，手術等，今後避けられないであろう事態が発生したとき等に，配偶者として正当に扱われるだろうかという不安を絶えずもって過ごしており，生きている間に，それぞれが自分の姓のまま婚姻できることを切に望んでいる。

相手方にも氏を変えることを強制したくないと願う平等を重んじる夫婦が，婚姻することができないという最も不平等な取扱いを受けている。

最高裁判所におかれては，改姓の苦しさと辛さ，そして改姓をしないならば婚姻できないという辛さに十分に真摯に耳を傾け，婚姻についての過剰な要件が，上告人らのようにやむなく事実婚となっている者たちを切り捨てていることに光を当てていただきたい。そして，原判決がしなかった「法律婚において夫婦同氏に例外を許容せず，夫婦同氏を一律に強制することの合理性」の審査（平成 27 年最大判の 5 人の裁判官はこれを判断した）を，正面からしていただきたい。

1947（昭 22）年，国会において，「本法（民法第 4 編，5 編を指す）は，可及的速やかに将来に於いて更に改正する必要があることを認める」との付帯決議（甲 155，156 第一回国会衆議院司法委員会議録等）がされてから，既に 73 年も経過した。民法 750 条及び戸籍法 74 条 1 号（以下，「本件各規定」という。）は，女性が配偶者又は家業から独立した存在として社会で経済活動を営むことが極めて稀であった時代に成立したが，時代は変わり，今や約 3000 万人の女性が社会に出て働いている。また，婚姻時に改姓を強制されることによる苦しみは，女性

だけの問題ではなく，男性の問題でもある。今日においては，男性による提訴まで起きている。

選択肢なき夫婦同氏制は，婚姻を強化するものではなく，むしろ事実婚奨励策となり（甲 157 渋谷秀樹「憲法」3 版），婚外子を増やす要因になり（甲 158 佐藤幸治「日本国憲法」2 版），あるいは出産を抑制し，さらには事実婚も含めて婚姻を諦めさせ，「法律婚制度の形骸化を招」くものとなっている（甲 159 2001（平 13）年内閣府男女共同参画会議基本問題専門調査会「選択的夫婦別氏制度に関する審議の中間まとめ」5 頁の指摘）。ある民間調査によれば，別姓を選べないことを理由に結婚を諦めたり事実婚を選んだりする人は，既に４％に至っている（甲 147 西日本新聞 2020 年調査。政府調査は存在しない）。

加えて，平成 27 年最大判の後に，選択的夫婦別姓に賛成する者の割合は加速度的に増加した。内閣府調査は，「どこでも通称使用可能とする法改正」という一見ソフトだが内容が不明確な選択肢（戸籍以外のどこでも使用できることを法律が認めるならば，それは既に法律の根拠のある氏であり，通称ではない。）を設けているため，賛否の世論を正確に把握したものではない。第 5 に詳述するとおり，シンプルに選択的別姓への賛否を聞く民間調査では，2020（令 2）年，朝日新聞社調査 69%，西日本新聞調査約 80%，TOKYOFM 調査 82.9%，早稲田大学法学部棚村政行研究室と選択的夫婦別姓全国陳情アクション合同調査 70.6%と，多数の者が既に賛成している（いずれも男女含めた全年齢の統計）。また，経年変化の調査をしている朝日新聞調査によれば，賛成は，平成 27 年最大判の時点の 49%から 2019 年の 69%まで，4 年の間に 20%も増加している。婚姻改姓の主な当事者である女性に限れば，87.5%が賛成との結果もあり，今や国民の多くが，別氏でも婚姻できるようにすべきであると考えているのである（甲 147 西日本新聞）。

2013（平 25）年 9 月，最高裁判所は，婚外子相続分規定を違憲とした決定において，「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」,「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方が確立されてきている」と既に判示している（前記最大決平成25年9月4日民集67巻6号1320頁，以下「婚外子相続分違憲決定」という。）。夫婦においても，全く同様であり，各配偶者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は，各世論調査をみても明らかなとおり，国民の中で既に確立されてきているのである。

なぜ，婚姻するために，どちらか一方が必ず氏を変えなければならないのか。なぜ，個々人の考え方を尊重し，その選択に委ねないのか。

世界の法制の中で，別氏婚の選択肢が認められていないのは，今や日本における日本人同士の婚姻のみとなった。

最高裁判所には，こうした日本及び世界の社会の変化を十分に踏まえ，国民の権利や利益を守る歴史的判断を下していただきたい。

## 第２　原判決の誤り・不当性

原判決は，憲法適合性にかかる判断手法・内容において，以下のとおり複数の点において誤っており，不当である。

### １　本件について平成27年最大判に先例としての拘束性はないこと

第一に，原判決は,「平成27年最大判が示した民法750条の憲法14条1項適合性及び憲法 24 条適合性に関する憲法判断は…先例として拘束性を持つ」とするが（原判決15～16頁），以下の3つの理由により，誤っている。

#### ⑴　審理対象範囲が異なること―戸籍法74条1号も審理対象であること

まず，平成27年最大判（甲5）の事案では，民法750条の違憲性のみが主張されていたが，本訴訟において，上告人らは，民法750条にとどまらず戸籍法74条1号をもあわせて違憲主張の対象としており，原判決も,「第２　事案の概

要等」においてそのように整理している（原判決 1 頁ほか）。つまり，平成 27 年最大判の事案と本訴訟とでは，審理の対象たる法律の範囲が異なる。

平成 27 年最大判は，民法 750 条のみを検討し，「婚姻の効力の一つとして夫婦が夫又は妻の氏を称することを定めたものであり，婚姻をすることについての直接の制約を定めたものではない」と判示した。しかし，上告人らが繰り返し述べてきたように，婚姻の届出（民法 739 条 1 項）を婚姻成立の形式的要件と解することは通説であり（甲 160 高橋朋子・床谷文雄・棚村政行『民法 7 親族・相続第 6 版』有斐閣アルマ 44 頁），「夫婦が称する氏の記載」（戸籍法 74 条 1 号）が，婚姻の届出の受理要件の一部を構成するものとして婚姻の形式的要件の一部となっていることは，学説上も共通した理解である（甲 153 床谷文雄「婚姻後の夫婦の氏に関する定めの意義」と題する意見書，甲 154 新注釈民法 17 親族 1，169 頁床谷）。

民法は，婚姻の成立要件として，実質的要件（民法 731 条ないし 737 条の各要件及び 742 条 1 号の婚姻の意思）と形式的要件（民法 739 条の婚姻の届出）を定め，夫婦同氏（民法 750 条）は婚姻の効力の節に規定した。しかし，婚姻の届出についての戸籍法 74 条 1 号は「夫婦が称する氏」を婚姻届の必要的記載事項と定め，「夫婦が称する氏の記載」を婚姻の形式的要件の中に取り込み，「夫婦が称する氏の記載」すなわち夫婦同氏を婚姻の成立要件に転化させている。

本訴訟において，民法 750 条にとどまらず戸籍法 74 条 1 号をもあわせて違憲主張の対象としたのは，上記の点，すなわち「夫婦が称する氏の記載」が婚姻の成立要件の１つであることを明確にするためである。そして，夫婦が称する氏の記載が「婚姻の要件」であるならば，本件各規定については，再婚禁止期間違憲判決（最大判平成 27 年 12 月 16 日民集 69 巻 8 号 2427 頁，以下「再婚禁止期間違憲判決」という。）の事案と同様に，「婚姻に対する直接的な制約を課すことが内容となっている」ものとして，検討がなされなければならない。

これに対し，原判決は，本件について平成 27 年最大判が先例拘束性を持つ理由の一つとして，「民法 750 条を受けて婚姻の届出の際に夫婦が称する氏を届書に記載するという手続について規定した戸籍法 74 条 1 号もまた憲法 14 条，24 条に違反するものではないこと」を挙げるが（原判決 16 頁），民法 750 条と戸籍法 74 条 1 号の関係を見誤っている。

すなわち，戸籍法は，戸籍について「夫婦同籍，同氏同戸籍，夫婦の一方が戸籍筆頭者」という民法が要求しない戸籍独自の原理を採用したため，夫婦が同じ氏を称することを民法が「婚姻の効力」の節に規定してみても，夫婦の氏が決まらない限り新戸籍を編製できないため，戸籍法 74 条 1 号は「夫婦が称する氏」を婚姻届の必要的記載事項に含めざるをえず，夫婦の氏が決定されなければ婚姻届は受理されず，婚姻は成立しないこととなったのである。つまり，民法の手続法にすぎないはずの戸籍法 74 条 1 号の存在によってこそ，夫婦が称する氏の記載は婚姻の形式的成立要件に転化されているのであるが，この戸籍法の仕組みと役割から原判決はあえて目をそらしている。

被告たる国は，夫婦が称する氏の合意が婚姻の成立要件であることを別訴においては認めており（東京地方裁判所平成 30 年（行ウ）第 246 号婚姻関係確認等請求事件），本件第 1 審判決には，夫婦が称する氏の記載ないし合意が婚姻の成立要件として婚姻に対する直接的な制約となっていることを前提とした審理を行っていないという重大な審理不尽の瑕疵があることについて，上告人らは，控訴理由書１（4～5 頁）及び控訴・第１準備書面（1～2 頁）において改めて指摘したところである。にもかかわらず，原判決は，かかる指摘について一切検討していない。

「夫婦同氏制といった婚姻制度の内容により婚姻をすることが事実上制約される場合がある」（原判決 15 頁）として，夫婦が称する氏の記載が婚姻の成立要件であることを直視しない原判決は，平成 27 年最大判の射程範囲内として判断するという結論ありきの立論であると解さざるを得ない。

### ⑵　新たな法的主張をしていること―信条等による差別を主張していること

次に，本訴訟において，上告人らは，夫婦別氏を希望する者に対する信条等に基づく別異取扱いが憲法 14 条 1 項に違反するものであることを主張しており，原判決もそのように整理した上（原判決 4 頁），「婚姻に際して婚姻後も夫婦別氏を希望することは『信条』に当たる」とした本件第 1 審判決の判断（第 1 審判決 37 頁）を維持している（原判決 12 頁）。これは，平成 27 年最大判の事案においては主張していなかった新たな別の主張である。

すなわち，平成 27 年最大判は，「性別」に基づく「女性」に対する別異取扱いの有無について審理したものの，「信条」等に基づく「夫婦別氏を希望する者」に対する別異取扱いの有無については審理していない。ある法律の規定による取扱いが，「性別」に基づく別異取扱いではないとしても，そうであるからといって当然には「人種」に基づく別異取扱いでないことにはならないように，本訴訟におけるかかる新主張が平成 27 年最大判の射程外であることは明白である。

この点，原判決は，本件について平成 27 年最大判が先例拘束性を持つ理由の一つとして，「民法 750 条について，信条による差別の観点から検討しても憲法 14 条 1 項には違反しないこと」を挙げる（原判決 16 頁）。しかし，本件について平成 27 年最大判に先例拘束性があることを前提として導き出した，「民法 750 条について，信条による差別の観点から検討しても憲法 14 条 1 項には違反しない」という結論は，平成 27 年最大判に先例拘束性があることの理由とはなりえず，論理が破綻している。

### ⑶　前提たる立法事実が異なること

さらに，上告人らが具体的な事実やデータを示しつつ指摘してきたとおり，平成 27 年最大判後，2020（令 2）年の現在までの 5 年間の間にも，夫婦同氏制をとりまく社会的状況は大きく変化している。原判決自身が「国民の意識を含めた社会状況の変化は，国会…の裁量の範囲を限定する要素となり得る」と述べているとおり（原判決 19 頁），立法事実たる社会的状況が 2015（平 27）年と 2020

（令 2）年で異なる以上，夫婦同氏制の憲法適合性を審理するにあたり，安易に平成 27 年最大判を出発点とすることは，誤りである。

**２　別氏婚という例外を許容しないことの憲法適合性を判断すべきであること**

第二に，原判決は，夫婦同氏となることに一応の合理性があるか否かのみを検討し、それをもって夫婦同氏制の合理性としているが（原判決 17 頁 15 行以降），この判断手法も誤りである。

夫婦同氏制は，夫婦別氏を希望する者を例外なく婚姻制度から排除するという，極めて甚大な不利益を与えるものである。そうであれば，夫婦が同氏となることに何らかの合理性があるというだけでは，そのような甚大な不利益を正当化し得ない。

平成 27 年最大判の木内道祥裁判官の個別意見が，「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という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」と指摘するとおり，本件各規定が憲法に適合しているか否かは，夫婦が同氏となることに何らかの合理性があるか否かという観点ではなく，夫婦別氏という選択肢を認めず，夫婦別氏を希望する者を婚姻制度から排除することが，はたして正当化され得るかという観点から，判断されなければならない。

**３　制度優先思考の指摘をすり替えていること**

第三に，原判決は，「人権の保障範囲は制度の枠内に限定されるという制度優先思考に陥っている」との上告人らの主張に対し，「当該法制度の趣旨や同制度を採用することにより生ずる影響につき検討し，当該規定が個人の尊厳と両性の本質的平等の要請に照らして合理性を欠き，国会の立法裁量の範囲を超えるものとみざるを得ないような場合に当たるか否かという観点から判断すべきものと解することをもって，人権の保障範囲が制度の枠内に限定されることになるものとはいえない」とするが（原判決 16 頁），議論のすり替えである。

上告人らは，平成 27 年最大判が掲げた上記判断方法自体をもって「制度優先思考」であると指摘したわけではない。原判決（4 頁）が正しく認定しているとおり，上告人らの指摘は，「平成 27 年最大判は，現行民法における『氏に関する規定』を通覧してそれを無批判に肯定し，現行民法の規定から，氏には『家族の呼称としての意義』があるため『一つに定めることにも合理性がある』とするが，…本来検討されるべきであるのは，現行民法の規定の合憲性のはずであ」るというものである。制度は人権が保障されるように構築されなければならないのであって，裁判所の責務は，本件各規定が憲法に違反するか否かを判断することにある。

原判決は，上告人らの主張をすり替え，本来の主張に対する審理を回避したものであり，不当である。

**4　審査すべき不利益を間違っていること**

第四に，原判決は，「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く…上記の不利益は一定程度緩和され得ること」を夫婦同氏制に合理性があることの理由として挙げ，「通称使用について，婚姻に伴い氏を改めた者の受ける不利益を緩和するものとして不十分であるという控訴人らの主張する事情が存するとしても，そのことをもって直ちに上記判断を左右するとはいえない」とする（原判決 18 頁）。

しかし，上記理解は 2 点において誤っている。

まず，通称使用（旧氏併記）の拡大は，多数の国民が婚姻前の氏の継続使用を要請していることの証左であるとはいえても，氏を変更したことによる不利益・弊害を緩和する機能は極めて限定的であり，限界がある（広島高判令和 2 年 9 月 16 日はこれを認定した）。2019（平 31）年に導入した住民票及びマイナンバーカード等の旧姓併記制度も、婚姻前の姓のみで活動することの助けにならず，種々の場面で結局戸籍姓の記載を要求されているのが現状であり，成功していない。この点の詳細については，第 7 において述べる。

次に，より本質的な点として，本件各規定の憲法適合性を審理する際に重要であるのは，「婚姻に伴い氏を改めた者の受ける不利益が緩和されるか」ではなく，「本件各規定のために婚姻できないという不利益を上告人らが甘受し続けなければならない程の正当化理由が存在するか」という点の吟味である。

「婚姻に伴い氏を改めた者の受ける不利益」は，婚姻して夫婦同氏となった後に生じる不利益であり，夫婦同氏制に一応の合理性があるか否かを検討する際に問題となるものである。かかる不利益が「人格的」な不利益であることは平成27年最大判も述べるところである。

しかし，婚姻をすることができない上告人らが主張しているのは，前述のとおり，例外を許容しない本件各規定の内容が憲法に違反しているという点であり，その際にまず検討すべき不利益は「婚姻できないという不利益」である。かかる不利益が甚大であることは訴状において詳述したとおりであるが，原判決は，「婚姻に伴い氏を改めた者の受ける不利益」に言及するにとどまり，「婚姻できないという不利益」の存在を正当化する事情がはたして存在するのかについて，一切検討しておらず，失当である。

## ５　社会状況の変化の位置付けを誤っていること

第五に，原判決は，選択的夫婦別氏制の導入に賛成する者の割合が増加傾向にあること等の事実を認定した上で，「国民の意識を含めた社会状況の変化は，国会…の裁量の範囲を限定する要素となり得る」としつつも，「そのような社会の変化や選択的夫婦別氏制の導入に関する国民の意識の変化は，まさに，国民の意思を託された国会における立法政策として婚姻及び家族制度の在り方を定めるに当たり十分に考慮されるべき事柄にほかならないこと」を理由として，「夫婦同氏制が…国会の合理的な立法裁量の範囲を超えるものではな…いとした平成 27年最大判の正当性を失わせるほどの事情変更があったと認めることはできない」とした（原判決19頁）。

しかし，社会状況の変化を自ら「国会の裁量の範囲を限定する要素」と位置付けたのであれば，本来，まずは国会の裁量範囲を限定した上で，そのように限定された裁量の範囲を超えているか否かが審理されなければならない。にもかかわらず，原判決は，それをせず，そのかわりに，社会状況の変化を「立法政策として考慮されるべき事柄」の一つに格下げし，社会状況の変化によって限定される前の広い立法裁量を前提として，「立法裁量の範囲を超えるものでない」との結論を導き出した。

これは，社会状況の変化を自ら「国会の裁量の範囲を限定する要素」と位置付けたことと矛盾しており，不当である。

### ６　自由権規約及び女性差別撤廃条約に関し，条約遵守義務を怠っていること

第六に、原判決は自由権規約について，条約の各規定の解釈を行うことを一切しないまま，個々の権利が具体的に定められていない限り，これを無視しても条約違反とはならないとした。また，女性差別撤廃条約については，単なる「宣言」に過ぎないものとし，裁判所が解釈・適用する法令としての効力を認めないとの判断をした。このように条約の各規定の解釈を行うことを一切しないまま，締約国が国内法の整備を通じてその権利を確保することをいつまでもせず，あるいは，その内容を具体化する法令がいつまでも制定されず，又は阻害する法令のみがある状態であっても，条約違反にはならないという判断をした点において，憲法 98 条 2 項に違反し，不当である。

## 第３　憲法14条1項適合性

以上を踏まえ，本件各規定が憲法 14 条 1 項に違反していることについて，改めて整理して主張する。

### １　判断手法

本件においては，本件各規定が「法的な別異取扱い」を生じさせているか否かを審査し，「法的な別異取扱い」に該当するのであれば，それが「事柄の性質に

応じた合理的な根拠」に基づくといえるか否かが更に審査されなければならない（最高裁昭和 37 年（オ）第 1472 号同 39 年 5 月 27 日大法廷判決・民集 18 巻 4 号 676 頁等）。

ここでいう「合理的な根拠」が，夫婦が同氏となることについての「合理的な根拠」ではなく，夫婦別氏という選択肢を認めないこと（夫婦別氏を希望する者を婚姻制度から排除すること）についての「合理的な根拠」でなければならないことは，上記第 2 の 2 で述べたとおりである。

そしてその際の審査の厳格さ（立法裁量の広狭）は，①区別を生じさせている事由（何を区別の事由としているか）の性質及び②区別の対象となる権利利益の性質とその重要性を総合的に考慮して定まる（再婚禁止期間違憲判決の最高裁判所判例解説 227 頁参照）。

**２　法的な別異取扱いの存在（形式的平等の不存在）**

まず，本件各規定は，夫婦となろうとする者を，婚姻届上の「夫婦が称する氏の記載」の有無で区別し，記載のある者に婚姻を認め，記載のない者には認めないという異なる取扱いをしている。これが本件各規定による「法的」な別異取扱いに該当する（形式的平等が保たれていない）ことに争いの余地はない。

これに対し，原判決は，「民法 750 条は，婚姻の効力の一つとして，夫婦が夫又は妻の氏を称することを定めたものであり，婚姻をすることについての直接の制約を定めたものではない」とするが（原判決 14 頁），審理の対象を民法 750 条のみとしている点，夫婦が同一の氏を称することを「婚姻の効力」と位置付け，夫婦が称する氏の記載が婚姻の形式的成立要件へと転化されていること及びそれが婚姻への「直接の制約」となっていることを直視していない点において，いずれも誤っていることは，第 2，1⑴において指摘したとおりである。

**３　区別を生じさせている事由の性質**

次に，かかる法的な別異取扱い（形式的不平等）を生じさせている事由（「夫婦が称する氏の記載」の有無）は，法律婚を希望するカップルが夫婦同氏を希望

（ないし許容）するか夫婦別氏を希望するかということの帰結（あらわれ）であるところ， 氏名は，「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」（最判昭和 63 年 2 月 16 日民集 42 巻 2 号 27 頁）。特に，婚姻までの長期間の使用実績に裏付けられる生来の氏には，高い人格的利益が認められる。そしてさらに，平成 27 年最大判の多数意見は，従前の氏を使用する中で形成されてきた人格的利益を指摘し，「婚姻前に築いた個人の信用，評価，名誉感情等を婚姻後も維持する利益等は・・・氏を含めた婚姻及び家族に関する法制度の在り方を検討するに当たって考慮すべき人格的利益である」とした。

このような高い人格的利益を有する生来の氏を婚姻に伴って失うことについて，平成 27 年最大判は，「氏を改める者にとって，そのことによりいわゆるアイデンティティの喪失感を抱いたり，従前の氏を使用する中で形成されてきた他人から識別し特定される機能が阻害される不利益や，個人の信用，評価，名誉感情等にも影響が及ぶという不利益が生じたりすることがあることは否定できず，特に，近年，晩婚化が進み，婚姻前の氏を使用する中で社会的な地位や業績が築かれる期間が長くなっていることから，婚姻に伴い氏を改めることにより不利益を被る者が増加してきていることは容易にうかがえるところである。」とし，また，個別意見として木内道祥裁判官も，「人にとって，その存在の社会的な認識は守られるべき重要な利益であり，それが失われることは，重大な利益侵害である。同氏制度により氏を改めざるを得ない当事者は，このような利益侵害を被ることとなる。」と指摘する。

そうであるとすれば，夫婦双方が婚姻後も継続して生来の氏の継続使用を希望し，かつ互いのそうした希望を尊重しあう夫婦として生きるか，あるいは夫婦の一方が氏を変更することによって不利益を被る面があるとしても同氏であることに一体感を感じ同氏夫婦として生きるかは，夫婦としての在り方を含む個人としての生き方に深くねざす，憲法 13 条に由来する自己決定に委ねられるべき事項

であり，憲法 14 条 1 項後段の「信条」（宗教的信仰に限らず，政治や人生に関する信念を包含する。甲 6 佐藤幸治「日本国憲法論」201 頁）に該当する。この点，原判決も，「婚姻に際して婚姻後も夫婦別氏を希望することは『信条』に当たる」とした本件第 1 審判決の判断（第 1 審判決 37 頁）を維持している（原判決 12 頁）。

よって，本件各規定による「夫婦が称する氏の記載」の有無による法的な別異取扱い（形式的不平等）は，実質的には，夫婦同氏を希望する者と夫婦別氏を希望する者をその「信条」によって別異に取り扱うものである。

これに対し，原判決は，「民法 750 条の規定は夫婦となろうとする者を夫婦別氏を希望する者と夫婦同氏を希望する者とに二分し，夫婦別氏の希望を指標として不利益な取扱いを定めたものではなく，一律に，夫婦が夫と妻のいずれの氏を称するかの選択について，夫婦となろうとする者の間の協議に委ねるという取扱いをしているのであって，法律婚に関し，夫婦同氏を希望する者と夫婦別氏を希望する者との間でその信条の違いに着目した法的な差別的取扱いを定めているものではない」とする（原判決 14～15 頁）。

しかし，上記の冒頭 3 行は，戸籍法 74 条 1 号を全く無視する立論であり誤りである。戸籍法 74 条 1 号は，まさに法律の形式として（すなわち，条文上），「夫婦が称する氏の記載」があれば，婚姻届を受理するとしており，「夫婦が称する氏の記載」の有無は，法律婚を希望するカップルが夫婦同氏を希望（ないし許容）するか夫婦別氏を希望するかということの帰結（あらわれ）にほかならない。そうであれば，本件各規定は，夫婦となろうとする者を「夫婦が称する氏の記載がある者，すなわち夫婦同氏を希望する者」と「夫婦が称する氏の記載がない者，すなわち夫婦別氏を希望する者」に二分し，夫婦別氏の希望を指標として婚姻届を受理しないという不利益な取扱いを定めているのと同義であるからである。

また，上記の原判決の理由付けは，本件第1審判決が示した理由付けをほぼそのまま踏襲したものであるところ，これに対して，上告人らは，控訴理由書1（8～11 頁）において，①一律適用と平等は同義でなく，本件各規定の内容自体に不平等な取扱いが含まれていないかが検証されなければならないこと及び②夫婦別氏を希望する者に対して，それ以外の者に対するのと同様に一律に氏の統一を求めることは，結局，そのような者から婚姻の自由（婚姻をするについての自由）を奪うという重大な不利益を課すことを意味するのであって，平等に反することを指摘した。しかし，原判決は，それらの指摘（控訴理由）について検討することなく，第1審判決の理由付けを繰り返すにとどまっている。

**４　区別の対象となる権利利益の性質とその重要性**

また，本件において区別の対象となっているのは，婚姻の自由（婚姻をするについての自由）並びに婚姻に伴う法律上・事実上の権利利益及び社会的承認である。

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」にあるところ（最大判昭和 62 年 9 月 2 日民集 41 巻 6 号 1423 頁），再婚禁止期間違憲判決が「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」と判示したように，婚姻の自由（婚姻をするについての自由）の重要性については，多言を要しない。

婚外子相続分違憲決定が，「家族等に関する国民の意識の多様化がいわれつつも，法律婚を尊重する意識は幅広く浸透しているとみられる」と判示し，また，再婚禁止期間違憲判決が，「婚姻は，これにより・・・重要な法律上の効果が与えられるものとされているほか・・・国民の中にはなお法律婚を尊重する意識が幅広く浸透していると考えられる」と判示しているように，国民の意識としても，法律上の婚姻が重要なものであることは幅広く浸透している。

本件各規定は，夫婦別氏を希望する者の「婚姻の自由（婚姻をするについての自由）」を，「法的」に「直接」制約するものである。

## ５　審査基準

以上のとおり，本件において，①区別を生じさせている事由は，「夫婦が称する氏の記載」であり，それは，法律婚を希望するカップルが夫婦同氏を希望（ないし許容）するか夫婦別氏を希望するかということの帰結（あらわれ）である。そして，夫婦同氏を希望するか夫婦別氏を希望するかは，憲法 14 条 1 項後段の「信条」ないし憲法 13 条に由来する自己決定に委ねるべき事項である。

また，②区別の対象となる権利利益は，「憲法 24 条 1 項の規定の趣旨に照らし，十分尊重に値する」（再婚禁止期間違憲判決）婚姻の自由（婚姻をするについての自由）並びにそれに伴う法律上・事実上の権利利益及び社会的承認であって，本件各規定は，かかる権利利益を「法的」に「直接」制約するものである。

本件各規定が定める夫婦同氏制は，いずれも憲法上保障されている婚姻の自由（または少なくとも憲法上十分尊重に値するとされている人格的利益である「婚姻をするについての自由」）と氏に関する信条（ないし憲法 13 条に由来する自己決定に委ねられるべき事項）の二者択一を個人に迫るものであって，そのような法的な別異取扱いが「事柄の性質に応じた合理的な根拠」に基づくといえるか否かは，厳格かつ慎重に判断されなければならない。

再婚禁止期間違憲判決も，「婚姻に対する直接的な制約を課すことが内容となっている本件規定については，その合理的な根拠の有無について以上のような事柄の性質を十分考慮に入れた上で検討をすることが必要である」として，「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」であり，審理対象規定が「婚姻に対する直接的な制約を課すことが内容となっている」という「事柄の性質」を「十分に考慮」に入れるべきと述べている。また，この多数意見について，千葉勝美裁判官の個別意見は，「形式的な意味で上記の手段に合理的な関連性さえ肯定できれば足りるとしてよいかは問題であろう」「手段それ自体が実質的に不相当でないかどうか（この手段の採用自体が立法裁量の範囲内といえるかどうか）もさらに検討する必要がある」という

趣旨をも含めた説示であると指摘し，形式的な合理性審査では足りず，実質的な合理性審査が必要であることを強調している。

## ６　検討

以上を踏まえ，夫婦が称する氏の記載ができない者，すなわち，夫婦別氏を希望する者に対する本件別異取扱いについて，「事柄の性質に応じた合理的な根拠」が存在するかを慎重に検討するに際しては，夫婦同氏制をとりまく社会的状況（立法事実）が「時代と共に変遷するもの」でもあることから，本件各規定の合理性を，「個人の尊厳と法の下の平等を定める憲法に照らして不断に検討」し「吟味」する必要がある（婚外子相続分差別違憲決定)。そして，その際には，同決定が指摘するとおり，「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認識されてきた」（前同）という視点を忘れてはならない。

1947（昭 22）年民法改正以降の夫婦同氏制をとりまく社会的状況（立法事実）の変化（詳細は第 5 にて後述）を踏まえ，夫婦別氏を希望する者に対する本件別異取扱いについて，「事柄の性質に応じた合理的な根拠」が存在するかを，「個人の尊厳と法の下の平等を定める憲法に照らして」慎重に検討した場合，本件各規定は，憲法 14 条 1 項後段の「信条」ないし憲法 13 条に由来する自己決定に委ねられるべき事項に基づき，憲法上保障されている婚姻の自由（または少なくとも憲法上十分尊重に値するとされている人格的利益である「婚姻をするについての自由」）を夫婦別氏を希望する者から奪うものであり，彼らの「個人の尊厳」を侵害するものであると言わざるを得ない。

原判決が挙げた子の共同親権や嫡出子であることを示す等の夫婦同氏制の意義ないし機能等は，同氏となる夫婦・家族について得られる意義ないし機能にすぎず，別氏婚を望む上告人らを婚姻から排除することを合理化する根拠足りえない（第 4 で詳述)。婚姻から排除された上告人らは，それらの機能を得ることはできないのであって，原判決は，別氏婚を排除することの合理性を全く論じていないものである。

## 7　小括

以上のとおり，夫婦が称する氏の記載ができない者，すなわち，夫婦別氏を希望する者に対する本件別異取扱いは，「法的」な別異取扱い（形式的不平等）であり，そこに「事柄の性質に応じた合理的な根拠」は存在しないから，本件別異取扱いは，憲法 14 条 1 項が禁止する法的な差別的取扱いであり，本件各規定は憲法 14 条 1 項に違反する。

原判決は，本件各規定が，憲法 14 条 1 項後段の「信条」ないし憲法 13 条に由来する自己決定に委ねるべき事項の帰結（あらわれ）である「夫婦が称する氏の記載」を区別事由として，少なくとも憲法上十分尊重に値する婚姻の自由（婚姻をするについての自由）を法的に直接制約するものであるという「事柄の性質」を一切踏まえず，制定時の状況及び制定後以降の立法事実の変化を考慮・検証しないまま，結論を述べるものであり，失当である。

# 第４　憲法24条適合性

## １　憲法24条適合性の判断規範

### ⑴　憲法24条2項は立法裁量を限定する指針であること

「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，その立法に当たっては，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もの」と解されている（平成 27 年最大判。下線は上告人ら代理人による（以下同じ）。）。

すなわち，立法府は婚姻及び家族による法制度を無制約かつ自由に構築できるわけではなく，憲法上の権利・利益に配慮した上で，制度構築すべき責務を負っているのであり，仮に，このような憲法上の要請・指針に沿わない制度が構築・維持されている場合には，当該法制度は憲法 24 条違反であるとの判断を免れ得

ない。その意味で，憲法 24 条は立法への要請・指針を示すとともに，立法裁量の限界を画し，裁判規範としての意味を有する。

**⑵ 憲法24条2項の要請及び指針との適合性の判断規範・考慮要素等**

**ア 判断規範（制度趣旨・制度採用の影響）**

「婚姻及び家族に関する法制度を定めた法律の規定が（略）憲法 24 条に（略）適合するものとして是認されるか否かは，①当該法制度の趣旨や②同制度を採用することにより生ずる影響につき検討し，当該規定が個人の尊厳と両性の本質的平等の要請に照らして合理性を欠き，国会の立法裁量の範囲を超えるものと見ざるを得ないような場合に当たるか否かという観点から判断」されるべきとされており（平成 27 年最大判。①・②の番号加筆及び下線は上告人ら代理人による。），本件各規定の制度趣旨を前提に，同制度を採用することによって生ずる影響との比較考量によって合理性の判断がされるべきである。

**イ 考慮要素（人格的利益の尊重，両性の本質的平等，婚姻への不当な制約）**

当該法制度の趣旨及び同制度採用による影響を検討する上で考慮すべき最も重要な要素は，「❶憲法上直接保障された権利とまではいえない人格的利益をも尊重すべきこと，❷両性の実質的な平等が保たれるように図ること，❸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」（平成 27 年最大判。❶～❸の加筆及び下線は上告人ら代理人による。）である。平成 27 年最大判はこれらについて「十分に配慮したものである必要がある」としている。

**ウ 社会状況及びその変化を前提にすべきこと**

「婚姻及び家族に関する事項は，国の伝統や国民感情を含めた社会状況における種々の要因を踏まえつつ，それぞれの時代における夫婦や親子関係についての全体の規律を見据えた総合的な判断を行うことによって定められるべきものである。」（平成 27 年最大判及び再婚禁止期間違憲判決）

なお，具体的な社会状況の変化については，別途，第 5 にて詳論する。

### ⑶　本件各規定は憲法24条1項「婚姻の自由」に対する法律上の直接の制約であり，制約の程度が強度であることから合理性判断は慎重にすべきであること

憲法 24 条 1 項は「婚姻をするかどうか，いつ誰と婚姻をするかについては，当事者間の自由かつ平等な意思決定に委ねられるべきであるという趣旨を明らかにしたもの」であり（平成 27 年最大判及び再婚禁止期間違憲判決），憲法 24 条 1 項の規定の趣旨に照らし，「婚姻の自由」は，十分尊重に値する憲法上の人格的利益である（再婚禁止期間違憲判決）。なお，学説上は，婚姻の自由を憲法上の権利であるとする説が有力である（甲 157 渋谷秀樹「憲法 第 3 版」，甲 138 辻村みよ子意見書）。

これに対して，本件各規定は，第 2・1 で詳述したとおり，「夫婦の称する氏の記載」を「婚姻の要件」としており，憲法 24 条 1 項に由来する婚姻の自由を法律上，直接，制約するものである。

再婚禁止期間違憲判決が「婚姻制度に関わる立法として，婚姻に対する直接的な制約を課すことが内容となっている」場合には，「その合理的な根拠の有無について」「事柄の性質を十分考慮に入れた上で検討をすることが必要である」と判示する通り，憲法上の権利・利益である婚姻の自由に対する直接の制約が存する場合には，制約の程度が強度であることから，その憲法適合性判断は，より一層慎重に行われるべきである。

したがって，本件各規定も憲法 24 条 1 項に由来する婚姻の自由を法律上直接に制約するものであることから，慎重に合理性が判断されるべきである。

なお，原判決は，この点について「夫婦同氏制といった婚姻制度の内容により婚姻をすることが事実上制約される場合があることについては，婚姻及び家族に関する法制度の内容をどのように定めるべきかという制度設計の具体的内容の問題」（原判決 15 頁）などと判示する。しかし，上告人らは，実際に法律婚を切に希望し，婚姻届を各役所に提出したが，本件各規定を根拠に（すなわち「法律」を根拠に）受理されなかったのである（甲 4 不受理届に不受理の根拠規定とし

て明示)。原判決は，このような事実を直視せず，本件各規定による制約を「事実上」の制約などと，過小評価するものであり，重大な事実誤認があり，法解釈にも誤りがあると言わざるを得ない。

**⑷　小括**

以上に述べてきたとおり，憲法 24 条適合性は，①本件各規定の制度趣旨，②本件各規定採用による影響を，❶人格的利益の尊重，❷両性の本質的平等，❸婚姻への不当な制約の有無の 3 要素を主軸に考慮し判断されるべきであり，その前提として，社会の状況の変化にも配慮し（第 5 で後述)，本件各規定が婚姻の自由に対する強度の制約であることから，その合理性判断については，より一層慎重に行われるべきものである。

**２　①選択肢なき夫婦同氏制の制度趣旨**

**⑴　明確な立法目的・立法趣旨がないこと**

**ア　立法時の立法目的**

本件各規定は，1946（昭 21）年の日本国憲法の公布に伴い，1947（昭 22）年 12 月，民法親族・相続編が全面改正されたことに伴い制定された。

婚姻と氏に関しては，「民法改正法案」の第 1～6 次案（1946（昭 21）年 8 月 11 日～1947（昭 22）年 3 月 1 日）において，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，現行法が成立した（以上，甲 11，7～8 頁)。民法改正の過程において，立法上の根拠として挙げられたのは，共同生活をする者は同じ氏を称するのが一般の「習俗」となっているということであった（甲 11 二宮意見書)。

しかし，この「習俗」は，次に述べるとおり長い歴史の中で醸成されたものではなく，1898（明 31）年に明治民法が採用した家制度のもとで法律が強制した結果にすぎず，期間も 50 年程度である（甲 11 二宮意見書 4～12 頁。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―」太田知行・中村哲也編

『民事法秩序の生成と展開』創文社 1996 年，250 頁も同旨）とともに立法時から批判が強く，明確な立法目的・立法趣旨と評価できるものではない。

**イ「習俗」は明治民法下の限定的な期間のものに過ぎないこと**

江戸時代以前，庶民に氏はなく，身分の高いものにのみ氏を名乗ることが認められ，婚姻時は夫婦別氏制が原則であり，日本の古来の習俗としては夫婦別氏制であった。

明治政府は，1870（明 3）年，全国民に氏を自由に公称することを認め（9 月 19 日太政官布告 608 号），1876（明 9）年に「3 月 17 日太政官指令」で夫婦は別氏とすることを定めた。1891(明 24)年，政府は地方庁からの質問に対しても「婦女人に嫁するも・・なほ生家の氏を用ふべきものと思考す」と回答した（『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)。すなわち，明治初期の時点においてまで，夫婦別氏制が日本の習俗であった。

1898（明 31）年に成立・公布された旧民法は，強力な家父長制である「家制度」を確立させ，ここで初めて武家の制度をまねて，個別の家族についての「家ノ氏」という観念が登場した。妻は，原則，婚姻によって夫の家に入り夫の家の家族となり，夫の「家ノ氏」を称することとされた（明治民法 746 条)。これによって，別氏という選択肢のない夫婦同氏制が実現した（甲 11 二宮周平「意見書」5～7 頁，井ケ田良治「つくられた『近代』からの解放−家族制度考」比較法と法律学ー新世紀を展望してー　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)。

**ウ　本件各規定の立法当初からの批判**

本件各規定は，立案当時から，すでに学者の間では反対論が有力であった（詳細は，甲 11 二宮意見書 10 頁以下参照)。民法改正に携わり，当時より選択的夫婦別氏制を提案していた中川善之助は，夫婦同氏の要求は，家族制度的なものに根ざしており，将来，女性の地位が高くなり，個人の自主独立が確乎としてくれ

ば，当然問題とされるに違いない点だと思うと指摘していた。憲法学者の宮沢俊義も，「家破れて氏あり」と批判し，若手民法研究者らで構成する民法改正案研究会（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。

戦後まもなく執筆された註解日本国憲法でも，「婚姻は，国家的社会的に，公認された，両性の終生的共同生活を目的とする結合であるから，それを公示するだけの法律上又は慣習上の方式を伴わなければならないのは当然である。この意味で，改正民法が，従来の届出制度（いわゆる法律婚主義）を，そのまま維持していることは（新 739 条），本条に反するものではない。但し，民法がその際配偶者は同一の氏を称しなければならないとして，その一方の氏の放棄を強制しているのは（民法 750 条）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 161 「註解日本国憲法」474 頁，1953（昭 28）年）としていた。

**エ　小括**

このように立法時の趣旨は，「習俗」しか挙げられておらず，明確な立法目的と評価できるほどのものは存在しない。また，「習俗」といっても，明治民法下の 50 年程度のものにすぎず，別氏婚という例外を一切認めないことの合理性を認めるほどの根拠は，そもそも 1947（昭 22）年の立法時より存しなかった。

**⑵　夫婦同氏制の機能は限定的であり問題点が多いこと**

平成 27 年最大判及び原判決は，夫婦同氏とすることによる以下の「機能」「意義」を挙げるが，以下に述べるとおり，いずれもその機能は限定的なものであり，その機能を強調することには問題点が多い。

**ア　対外的な家族公示識別機能**

平成 27 年最大判は「家族という一つの集団を構成する一員であることを，対外的に公示し，識別する機能を有している」として，夫婦同氏にすることの意義を述べる。

しかし，この公示識別機能の意味するところは具体的には述べられておらず，どのような機能として有益であるのか，具体的には不明確である。

仮に，社会生活上，第三者から外観的に家族集団を公示識別する機能を指すのであれば，配偶者の一方が婚姻前の氏を通称使用している場合，事実婚夫婦である場合，再婚したステップファミリーの場合など，第三者から見ると氏の異なる家族集団は，現代社会においては数多存在しており，このような機能は限定的であり，もともと全ての家族に一律に必須のものとはいえない。

さらに言えば，婚姻改姓した娘家族と親が同居する場合のように，同居していても氏による家族公示機能を持たない家族はこれまでも多数存在したのであり，平成 27 年最大判及び原判決は，どこまでを「家族」と定義し，氏の統一に意味を見い出そうとしているのか，そもそも当該機能の意義は不明確かつ不安定なものであると言わざるを得ない。

また，家族公示識別機能を身分登録（戸籍）上のそれを指すのであれば，身分登録上も，別氏で別戸籍の家族は多数存在するのであるから，夫婦同氏による家族公示識別機能は限定的であると言わざるをえない。むしろ，別氏婚という選択肢がないために事実婚となっている夫婦が相当数存在していることに鑑みれば（甲 147 西日本新聞調査），事実婚は，身分登録上公示されず，把握されず，国，自治体及びその他の第三者の誰からも家族として識別されないのであるから，選択肢なき夫婦同氏制は家族公示識別機能の阻害要因ですらある。

以上のとおり，選択肢なき夫婦同氏制による家族の公示識別機能は限定的であり，その意義や，必要性が乏しいだけでなく，身分登録上の家族公示識別機能をかえって阻害するものである。

**イ　嫡出子の公示機能及び両親双方と同氏であることの仕組み確保**

平成 27 年最大判及び原判決は「嫡出子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」にも一定の意義を見出す（原判決 18 頁）。それにもかかわらず，平成 27 年最大判及び原判決は，いずれも「嫡出子である

ことを示す」機能について，具体的にどのような意義があるかについて，何も触れない。

しかし，「嫡出子であることを示す」ことは，それ以外の者が「非嫡出子であることを示す」ことに他ならず，このことに何も意義はなく，むしろ差別的意識を助長するマイナスの効果しか想定しえない。最高裁は，婚外子相続分違憲決定において「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」と判断した。同氏によって「嫡出子であることを示す」機能に意義を見出す考え方は，この判断と相矛盾するものであり，この機能には何らの意義もない。

なお，国連の各委員会（自由権規約委員会，社会権規約委員会，女性差別撤廃委員会及び子どもの権利委員会）は日本に対し，婚外子差別の廃止を度々勧告している。例えば，2004（平 16）年 1 月，子どもの権利委員会は，日本に対する総括所見において，「24．委員会は法律が婚外子を差別していること…を懸念する」，「25．委員会は締約国が，法律及び規則から『非嫡出子』のような差別的な用語を削除するだけでなく，特に相続及び国籍に関する権利，そして出生登録に関する婚外子に対するあらゆる差別を撤廃するために法律を改正することを勧告する」と述べる（甲 162 堀見裕樹「国際人権法の視点からみた日本における婚外子相続分差別訴訟に関する一考察」のⅢ）。おりしも，現在，法務省法制審議会民法（親子法制）部会では，民法における「非嫡出子」の用語の廃止も話題とされている。

以上のとおり，嫡出子の公示機能はむしろ差別を助長するものであり，有益な機能ではなく，この機能のために子が両親双方と同氏であることの仕組みを確保する意義は何ら見いだせない。

### ウ　家族としての集団構成員としての実感

平成 27 年最大判は「家族を構成する個人が，同一の氏を称することにより家族という一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」があることを指摘する。しかし，このような機能も限定的なものである。2017（平 29）年 12 月「家族の法制に関する世論調査」（甲 39）によれば，「夫婦・親子の名字（姓）が違うと，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うか」という質問に対し，「家族の名字（姓）が違っても，家族の一体感（きずな）には影響がないと思う」と答えた者の割合は 64.3%に上り，「家族の一体感（きずな）が弱まると思う」と答えた者の割合(31.5%）の 2 倍以上となっている（本書第 5，3⑵で詳述)。

この調査により，同氏であることによって家族の一員であることを実感する者は，すでに国民のうちの少数派となっていることが分かる。加えて，同氏によって家族としての集団構成員としての実感を持つ者がいることは，別氏婚の選択肢を否定する根拠には全くならない。家族の一員であるという意識や家族の一体感は，相互の思いやりや信頼によってこそ醸成されるものであるが，そうした一体感に加えて氏による一体感も感じる者があるという程度の機能にすぎず，この機能のために，別氏婚の選択肢を否定し夫婦の氏の統一を強いることは，「両性の本質的平等」「個人の尊厳」を掲げる憲法 24 条の要請する家族法制とは大きくかけ離れていると言わざるを得ない。

## ⑶　小括

以上にのべてきたとおり，本件各規定は立法時から明確な立法目的がなく，平成 27 年最大判及び原判決が掲げる夫婦同氏制の機能・意義も極めて限定的かつ問題点を多分にはらんだものである。すなわち，憲法上の権利・利益を制約してまで尊重すべき価値・利益は存在せず，別氏婚の選択肢を排除すべき合理的根拠には到底なり得ないものばかりである。

## ３　②選択肢なき夫婦同氏制採用により生ずる影響

### ⑴　人格的利益が著しく阻害されていること

既に述べたとおり，憲法 24 条 2 項によって，婚姻及び家族に関する法制度構築の際には「憲法上直接保障された権利とまでは言えない人格的利益をも尊重すべき」ことが要請されているところ，婚姻改姓は「婚姻前の氏を使用する中で形成してきたアイデンティティ，社会的信用，評価，名誉感情等の人格的利益」の維持を著しく困難にさせ，ひいては分断する，という著しい不利益をもたらす。このことは，平成 27 年最大判及び原判決も認めるところである。

特に，氏は「第一義的な機能が個人の同一性識別機能であ」り，「当該個人が同一人であるという個人の識別，特定に困難を引き起こす」。「例えば，婚姻前に営業実績を積み上げた者が婚姻後の氏に変更したことによって外観上その実績による評価を受けることができないおそれがあり，また，婚姻前に特許を取得した者と婚姻後に特許を取得した者とが同一人であると認識されないおそれがあり，あるいは論文の連続性が認められないおそれがある等，それが業績，実績，成果などの法的利益に影響を与えかねない状況となる」のである（平成 27 年最大判・岡部個別意見）。

そして，氏は，職業上の実績といった実際上の不利益だけではなく，「名とあいまって，個人を他人から識別し特定する機能を有するものであり」「人が個人として尊重される基礎であり，その個人の人格の尊重であって，人格権の一内容を構成するもの」であり（平成 27 年最大判），すなわち，アイデンティティそのものであるところ，選択肢なき夫婦同氏制の制度下においては，婚姻に際して，夫婦の双方がこれまで形成してきたアイデンティティの維持を希望した場合であっても，必ずいずれか一方がそれを放棄することを例外なく強いられるのである。

憲法 24 条が旧民法の家制度における封建的な考えを排除・脱却することを趣旨とし「個人の尊厳」を掲げていることに鑑みれば，家族の一構成員である「個人」が形成してきたアイデンティティ，社会的信用，評価，名誉感情等の人格的

利益を尊重することこそ，憲法 24 条の掲げる「個人の尊厳」の価値を具体化したものと評価でき，婚姻制度を考える上で，決してこれらの利益を軽視してはならない。

制度として別氏婚の選択肢がないことにより，法律婚による利益を享受するためには，夫婦のいずれかが人格的利益の喪失をやむを得ず甘受しなければいけないということは，人格的利益の侵害の程度が著しく高度なものと言わざるを得ない。

なお，この点について，平成 27 年最大判は「婚姻前の氏を通称として使用することが社会的に広まっているところ」「このような氏の通称使用が広まることにより一定程度は緩和され得るものである」などと述べるが，通称使用によって婚姻改姓による人格的利益の侵害が緩和されることなど全くありえない。このような認定は，婚姻改姓や通称利用の経験がない者による第三者的な想像力を著しく欠く認定に他ならず，事実を直視しない判断であるところ，この点は第 7 に詳述する。

**⑵ 夫婦間の実質的平等が保たれていないこと**

本件各規定の定める選択肢なき夫婦同氏制は，婚姻に際して，夫婦の双方が婚姻前の氏の維持を希望した場合であっても，必ずいずれか一方がそれを放棄することを例外なく強いるものであり，そもそも，夫婦間の公平性を阻害する制度設計であることは自明である。夫婦のうちいずれか一方のみが氏の変更に伴う不利益を受け，他方はその不利益から一切免れているという配偶者間の不均衡を民法が「公序」として強制していることは，夫婦の間に自律的で対等な関係にもとづく「相互の協力」が構築されることを類型的に困難にする原因となっており，憲法 24 条 1 項後段の趣旨に沿わず，したがって，憲法 24 条 2 項の認める立法裁量の範囲を超えて違憲である（甲 65 の 1，2 蟻川）。

加えて，本件各規定が採用されて以来，婚姻に際して夫の氏を選択する夫婦が圧倒的大多数を占めている状況が続いており，その割合は，2019（令元）年にお

いても約 96％（厚労省人口動態統計）と，その比率は極端なものであるというほかない。平均初婚年齢が上がり，第 7 に後述のとおり通称使用の拡大を前提にすれば，男女ともに社会生活上の氏の継続使用の需要が拡大しているにもかかわらず，妻の改姓が 96％という圧倒的多数であることは，平成 27 年最大判岡部個別意見が指摘するとおり「女性の社会的経済的な立場の弱さ，家庭生活における立場の弱さ，種々の事実上の圧力など様々な要因のもたらすところであるといえるのであって，夫の氏を称することが妻の意思に基づくものであるとしても，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のである」。

平成 27 年最大判は，この圧倒的多数が夫の氏を選択している点について，「この現状が，夫婦となろうとする者双方の真に自由な選択の結果によるものかについて留意が求められるところであり，仮に，社会に存する差別的な意識や慣習による影響があるのであれば，その影響を排除して夫婦間に実質的な平等が保たれるように図ることは，憲法 14 条 1 項の趣旨に沿うものであるといえる。そして，この点は，氏を含めた婚姻及び家族に関する法制度の在り方を検討するに当たって考慮すべき事項の一つというべきであり，後記の憲法 24 条の認める立法裁量の範囲を超えるものであるか否かの検討に当たっても留意すべきものと考えられる」とまで述べ，本件各規定において両性の実質的平等が保たれていないこと自体を否定せず，むしろ，重要な考慮要素として掲げている。

また，このような女性に対する実質的不平等はどの国でも起こり得るからこそ，女性差別撤廃条約でも，姓の選択に関し，夫及び妻が同一の権利を持つことが明記されているのである（16 条 1 項(g)）。

実際，これほどの実質的不平等をもたらし続けてきた本件各規定について，憲法 24 条 2 項の要請する「両性の本質的平等に立脚」していると評価することなどできるはずもなく，制度として明らかに欠陥がある。

### ⑶　婚姻することが法律上直接に制約されていること

既に第 2・1 及び第 4・1⑶に詳述したとおり，本件各規定は「夫婦の称する氏の記載」を「婚姻の要件」としており，憲法 24 条 1 項の婚姻の自由を法律上，直接，制約するものである。

これは婚姻そのもの及び婚姻の自由に対する強度の制約であるため，合理性の判断に際しては十分慎重に判断されるべきである。

## ４　本件各規定の合理性の検討

これまでの検討を前提に本件各規定の合理性を検討するが，上記第 2・2 で述べたとおり，ここでいう合理性とは「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」，「単に，夫婦同氏となることに合理性があるという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」るか否かが検討されなければならない（平成 27 年最大判・木内個別意見）。

このことを前提に，上記 2 及び 3 に述べてきたところを検討するに，本件各規定には立法時から明確な立法趣旨及び目的はなく，成立時から両性の本質的平等及び個人主義の観点から多くの批判を受けてきた上，平成 27 年最大判及び原判決が挙げる夫婦同氏制の意義・機能は，限定的かつ問題点が多いものである。

これに比して，別氏婚の選択肢のない制度による悪影響は甚大なものであり，婚姻に明らかに不合理な要件を課すもので婚姻の自由に対する強度の制約であるとともに，夫婦のいずれか一方の人格的利益を著しく棄損し，かつ，その不利益は多くが女性が被っているという実質的不平等を生じさせている状況にある。

以上に加え，第 5 において詳述する 1947（昭 22）年から現在に至るまでの社会状況の変化（立法事実の変遷）を踏まえると，今や本件各規定による選択肢なき夫婦同氏制は明らかに合理性を欠いたものであり，個人の尊厳と両性の本質的平等の要請に照らして著しく合理性を欠き，国会の立法裁量の範囲を明らかに超える状態に至っており，憲法 24 条に違反するものである。

## 第５　事情変更

### １　はじめに

民法 750 条及び戸籍法 74 条 1 号が成立した 1947（昭 22）年からすでに 73 年を経過した。この 73 年間の社会・家族の在り様・個人の生き方の変化は著しい。特に平成期すなわち 1990 年代以降の変化は大きく，平成 27 年最大判の後もさらにその変化に加速度がついている。

こうした立法の背景となった事情の変更が違憲判断を導いたものとして，前掲婚外子国籍違憲判決（2008（平 20）年 6 月 4 日）がある。同最大判は，国籍法 3 条 1 項の規定が設けられた当時の社会通念や社会的状況の下においては，日本国民である父と日本国民でない母との間の子について，同項の規定が，認知に加えて準正を日本国籍取得の要件としたことには，立法目的との間に合理的関連性があったとしたが，「その後，我が国における社会的，経済的環境等の変化に伴って，夫婦共同生活の在り方を含む家族生活や親子関係に関する意識も一様ではなくなってきており，今日では，出生数に占める非嫡出子の割合が増加するなど，家族生活や親子関係の実態も変化し多様化してきている。」と述べ，家族生活や親子関係に関する社会通念及び社会的状況の変化を適正に評価し，さらに，諸外国における法改正の事実を指摘して，「我が国を取り巻く国内的，国際的な社会的環境等の変化に照らしてみると，準正を出生後における届出による日本国籍取得の要件としておくことについて，前記の立法目的との間に合理的関連性を見いだすことがもはや難しくなっているというべきである。」とし，「国籍法 3 条 1 項の規定は，日本国籍の取得につき合理性を欠いた過剰な要件を課するものとなっている。」と判断した。

また，婚外子相続分違憲決定（2013（平 25）年 9 月 4 日）では，相続制度をどのように定めるかは，それぞれの国の伝統，社会事情，国民感情，その国における婚姻ないし親子関係に対する規律，国民の意識等を総合的に考慮して決せられるべきものであるが，「これらの事柄は時代と共に変遷するものでもあるから，

その定めの合理性については，個人の尊厳と法の下の平等を定める憲法に照らして不断に検討され，吟味されなければならない。」とした上で，「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」，「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」，「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。」，「上記制度（抗告人代理人注：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」ことなどの事情の変化を認定し，民法 900 条 4 号但書の旧規定を違憲とした。

さらに，平成 27 年最大判の多数意見は，憲法 24 条審査において，「婚姻及び家族に関する事項は，国の伝統や国民感情を含めた社会状況における種々の要因を踏まえつつ，それぞれの時代における夫婦や親子関係についての全体の規律を見据えた総合的な判断によって定められるべきものである。」との規範を述べていたところ，違憲意見を述べた 5 名の裁判官のうち 4 名は，女性の著しい社会進出，社会のグローバル化とインターネットの利用等による氏名の世界的広がり，離婚や再婚の増加，非婚化，晩婚化，高齢化などによる家族形態の多様化等の事情の変更を指摘して，「本件規定は，昭和 22 年の民法改正後，社会の変化とともにその合理性は徐々に揺らぎ，少なくとも現時点においては，夫婦が別の氏を称することを認めないものである点において，個人の尊厳と両性の本質的平等の要請に照らして合理性を欠き，国会の立法裁量の範囲を超える状態に至っており，憲法 24 条に違反する」等とすでに判示していた。

その平成 27 年最大判以降の約 5 年の間にも，社会状況及び国民の意識は，２以下で詳述する通り，ますます変化した。これらの事情の変化からすれば，本件

各規定は，夫婦が別の氏を称することを認めないものである点において，個人の尊厳と両性の本質的平等の要請に照らして合理性を欠き，国会の立法裁量の範囲を超える状態に至っていることは明確というべきである。

原判決は，「平成 27 年最大判の当時と比較して判例変更を正当化し得るほどの変化があるとまでは認められない」などとして，「民法 750 条の定める夫婦同氏制が･･･国会の合理的な立法裁量の範囲を超えるものではなく憲法 24 条に違反しないとした平成 27 年最大判の正当性を失わせるほどの事情変更があったと認めることはできない」と判示したが（原判決 19 頁），現実に起きている社会の変化や国民の意識の変化を軽視した判断というほかない。

以下，事情変更については，既に詳細に主張してきたが，これまで主張した内容も合わせ，改めて主張する。

## ２　社会の変化

### ⑴　女性の有業率などの上昇

#### ア　女性の有業率の上昇

1947（昭 22）年当時，女性の多くは家事･育児以外の労働に従事していた。しかし，その多くは家業への従事（農水産業等の第一次産業や自宅における商売）であり，自宅の一部で，あるいは夫及びその父母などと同じ場所で賃金も得ず働いていたのであり，むしろ，1947（昭 22）年当時は，女性が働いている場合においても，夫婦同氏が便利であるという実態があった。

その後，女性の就業率は減少し専業主婦が増加したが，1975（昭 50）年を底にして，女性労働力率（女性の 15 歳以上人口に占める女性就業者人口の割合）は上昇傾向に転じた。1992（平 4）年のバブル崩壊以降 10 年間ほど停滞していた時期はあったものの，2003（平 15）年以降は上昇の一途をたどり，特に，平成 27 年最大判後の 5 年間においては，急激に上昇している。

総務省統計局が実施した労働力調査（基本集計）によれば，女性の就業率は，2015（平 27）年は 48.0％，2016（平 28）年は 48.9％，2017（平 29）は 49.8％，

2018（平 30）年は 51.3%，2019（平 31）年 52.2%である（労働力調査（基本集計），甲 163 女性の就業率，甲 105・18 頁）。

2009（平 21）年から 2019（令元）年までの女性就業者数の推移のグラフを見ても，人口が減少に転じてからも，女性就業者数が右肩上がりで増加していることが明らかである（甲 164 明日への統計 2020・13 頁，下図）。

年齢別に見ると，特に，20～29 歳の若者の女性の有業率は，1997（平 9）年から，この 20 年間で 17.8 ポイントの大幅な上昇となっている（甲 164 明日への統計 2020・15 頁）。

こうした就業率上昇は，女性が，個人，会社その他さまざまな組織との間において，配偶者とは別個の独立した法主体として，労働契約等を締結して稼働する，あるいは事業主体として経済活動を行うなど，社会とかかわって経済活動をする機会が増加したことを示す。起業し，会社を設立し，取締役となる女性数，管理職の女性数（甲 167）も増加傾向にあり，2015（平 27）年に商業登記規則第 81 条の 2 が新設され，商業登記簿における取締役および監査役の氏名につき，婚姻前の姓の併記が認められるようになったことは，女性経営者の増加を反映している。

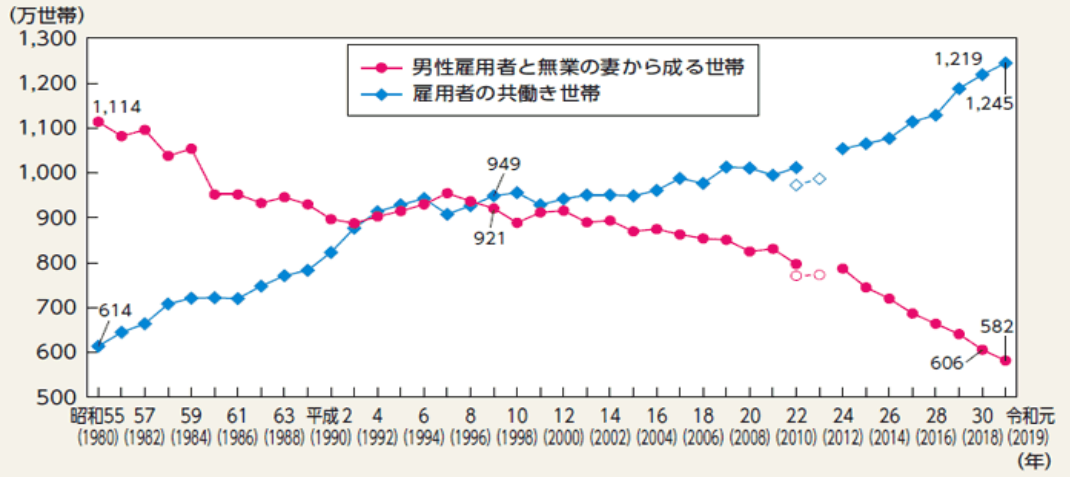
### イ　共働き世帯の割合増加

また，婚姻後も働き続ける女性が増えたことから，共働き世帯も増えた。具体的には，共働き世帯は，統計の存在する 1985（昭 61）年以降増加し，1994（平 6）年から 2005（平 17）年の間は 32～34％の間を推移したものの，2006（平 18）年以降現在に至るまで，増加傾向である（労働力調査，甲 165 夫婦のいる世帯に占める共働き世帯の割合）。

1997（平 9）年に共働き世帯数は，男性雇用者と無業の妻からなる世帯（専業主婦世帯，片働き世帯）数を上回り，上昇傾向で推移している。

平成 27 年最大判後を見ると，2015（平 27）年は共働き世帯が 1114 万世帯，専業主婦世帯が 687 万世帯であったところ（甲 106 2015 年労働力調査（詳細集計）第Ⅴ-1 表），2019（令元）年は共働き世帯が 1245 万世帯，専業主婦世帯が 582 万世帯となっており，2015（平 27）年以降も，共働き世帯の数と割合の急速な増加傾向及び専業主婦世帯の減少傾向は，顕著である。

Ⅰ－特－11図　共働き等世帯数の推移




（備考）1．昭和55年から平成13年までは総務庁「労働力調査特別調査」（各年２月。ただし，昭和55年から57年は各年３月），平成14年以降は総務省「労働力調査（詳細集計）」より作成。「労働力調査特別調査」と「労働力調査（詳細集計）」とでは，調査方法，調査月等が相違することから，時系列比較には注意を要する。
2．「男性雇用者と無業の妻から成る世帯」とは，平成29年までは，夫が非農林業雇用者で，妻が非就業者（非労働力人口及び完全失業者）の世帯。平成30年以降は，就業状態の分類区分の変更に伴い，夫が非農林業雇用者で，妻が非就業者（非労働力人口及び失業者）の世帯。
3．「雇用者の共働き世帯」とは，夫婦共に非農林業雇用者（非正規の職員・従業員を含む）の世帯。
4．平成22年及び23年の値（白抜き表示）は，岩手県，宮城県及び福島県を除く全国の結果。

（上図は，内閣府男女共同参画局のホームページより引用

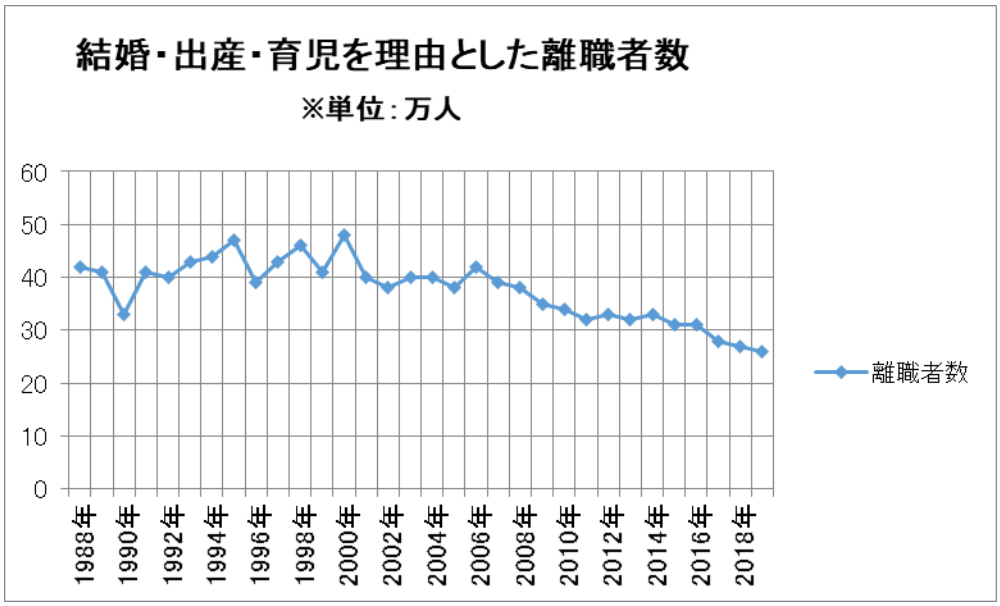
http://www.gender.go.jp/about_danjo/whitepaper/r02/zentai/html/zuhyo/zuhyo01-00-11.html ）

女性の有業率の上昇は別氏婚を希望する者の増加の最大の要因であり，少子化による氏の承継の困難さもまた別氏婚希望者を増加させる要因である。こうした日本社会の変化の長期的傾向は，平成 27 年最大判後 5 年間の変化を示すだけではなく，今後の別氏婚希望者の増加を強く推計させる。平成 27 年最大判は，憲法 24 条の審査において，立法の合理性について総合考量する方式を採用したが，総合考量であれば，予測できる近未来の事情もまた考慮すべき重要な一事情に加えなければならない。

そして，2019（平 31）年からの幼児教育・保育の無償化は，女性の就労率を今後さらに押し上げる要因となっている。

**ウ　結婚・出産・育児後も就業を継続する女性の増加**

総務省統計局が実施した労働力調査によれば，結婚・出産・育児のために離職した者は，2006（平 18）年以降減少を続けている（甲 166　過去１年間に離職した者のうち前職の離職理由が結婚・出産・育児のための者）。



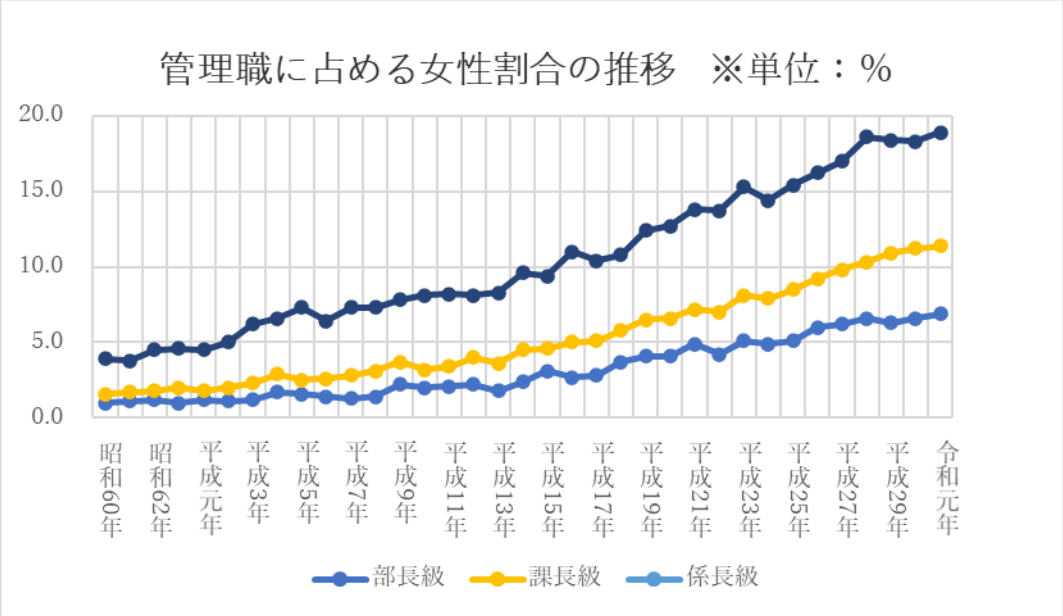

（総務省統計局「労働力調査」より）

また，2017（平 29）年就業構造基本調査によれば，「過去 5 年間に出産，育児を理由に離職した者の人数」は，前回調査 2012（平 24）年に比べ，23 万 1000

人減少し（甲 47 の 1 の 3 頁），育児をしている女性の有業率は，前回調査 2012（平 24）年と比べると，全ての年齢階級で上昇した（甲 47 の 1・2 頁）。

**エ　女性管理職の割合の増加**

厚生労働省が実施した「賃金構造基本統計調査」によれば，企業規模 100 人以上の会社における管理職（部長級，課長級，係長級）に占める女性割合は，調査結果が残っている 1985（昭 60）年は部長級 1.0%，課長級 1.6%，係長級 3.9%であったものが，1996（平 8）年には部長級 1.4%，課長級 3.1%，係長級 7.3%となり，2015（平 27）年には部長級 6.2%，課長級 9.8%，係長級 17.0%となり，2019（令元）年には部長級 6.9%，課長級 11.4%，係長級 18.9%となり，確実に増加している（甲 167 管理職に占める女性割合の推移（企業規模 100 人以上）。なお，2001（平 13）年から 2016（平 28）年までの推移につき，甲 48 の 1 の図参照）。




（厚生労働省　「賃金構造基本統計調査」より）

また，総務省統計局が実施した労働力調査においても，管理職に占める女性の割合は，2014（平 26）年に 11.3%（甲 48 の 2 「女性管理職の割合」），2016

（平 28）年に 13.0%（甲 48 の 1 「労働のようす」明日への統計 2017），さらに 2019（令元）年には 14.8%と上昇傾向が続いており（甲 168 労働力調査（基本集計）基本集計　第 II-A 表），社会において，女性が信用や実績を築き重要な地位につく機会が確実に増えている実態が明らかになっている。

**オ　晩婚の現象の継続**

近年，男女とも晩婚化が進んでいる。

平均初婚年齢は，1947（昭 22）年では男性 26.1 歳，女性 22.9 歳であったが，1996（平 8）では男性 28.5 歳，女性 26.4 歳，2011（平 23）年では男性 30.7 歳，女性 29.0 歳，さらに，平成 27 年最大判の後である 2015（平 27）年から 2018（平 30）年の間における平均初婚年齢は，各年とも男性 31.1 歳，女性 29.4 歳であり，2019（令元）年は男性 31.2 歳，女性 29.6 歳と上昇した（甲 169 厚労省令和元年人口動態調査 9-11 全婚姻－初婚別にみた年次別夫妻の平均婚姻年齢及び夫妻の年齢差)。特に女性の晩婚化は，1947（昭 22）年の 22.9 歳，1996（平 8）年の 26.4 歳と比較すると顕著であり，2015 年以降，統計上の最高齢が維持され続けている（甲 169)。

晩婚化は，学業を終えて結婚するまでの就労期間が長くなったことを示す。例えば，女性が高卒で就労し平均結婚年齢で婚姻すれば婚姻前に 10 年以上，大卒で就労しても平均結婚年齢までにすでに 7 年以上働いていることになる。すると，多くの人（主として女性）が社会的な信用と実績を既に築いた後に，婚姻改姓の問題に直面していることになり，改姓による不利益を被る者が増加していることは明らかである。そして，こうした事情は，平成 27 年最大判以降も継続していることを統計は示している。

**カ　M字型カーブの変化**

ア～オで述べた変化は，日本の女性の有業率の曲線によく表れる。かつては学校卒業後の年代で上昇し，その後，結婚・出産期に一旦低下し，育児が落ち着いた時期に再び上昇するという明確なM字型カーブを描いていた。

しかし，1987（昭 62）年から 10 年ごとの推移を見ると，2007（平 19）年まではM字カーブの底は 30～34 歳であったが，2017（平 29）年は，35～39 歳となり，出産年齢が高くなっている。また，M字カーブの底は 1997（平 9）年以降上昇傾向にあり，2017（平 29）年では，35～39 歳の有業率は 72.9%まで上がり，M字型は緩やかになりヨーロッパ諸国のようななだらかな台形に近づいていることがわかる。このM字カーブの変化からは，女性の有業率の上昇，晩婚化，出産年齢の高齢化，結婚・出産を経ても就業を続ける女性の割合の増加といった社会の変化が一目瞭然である（以上，甲 105　明日への統計 2019・20 頁，労働のようす，下図は甲 105・20 頁の抜粋）。

### ⑵　婚姻および離婚の増減と婚氏続称制度

婚姻数は 1972（昭 47）年の約 110 万組をピークに減少を続け，2019（令元）年には約 60 万組まで下がった（人口動態統計）。一方，離婚数は 2002（平 14）年の約 29 万組をピークに下がり始め，2019 年では約 21 万組（208,496 組）とな

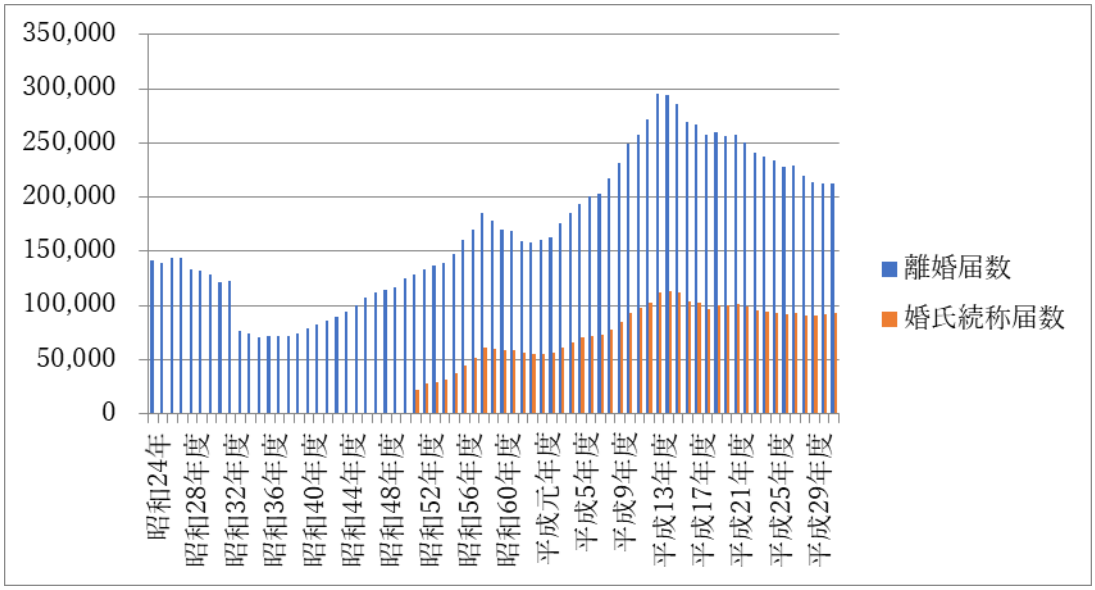
った（人口動態統計）。しかし，婚姻件数に対する離婚件数の割合は高く止まったままであり，婚姻 3 組に 1 組以上の割合で離婚する状況が続いている。人口千人に対する離婚割合である離婚率は，すでに欧州並みあるいはそれを超えている（総務省統計局「世界の統計 2020」）。

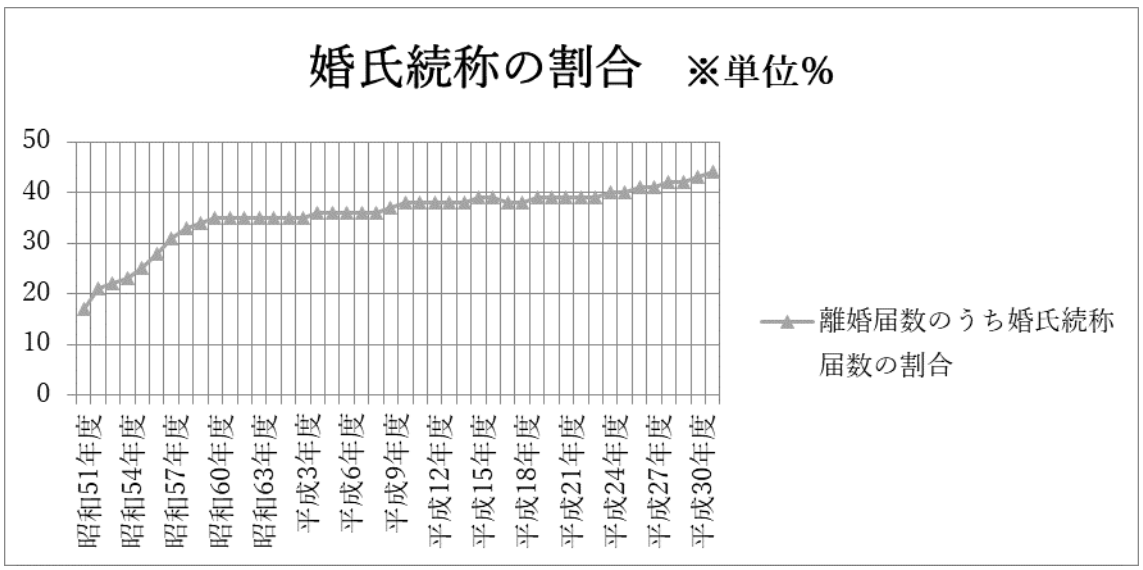
一方，離婚のうち未成年子のいる離婚件数は半数以上を占め，毎年 20 万人以上の未成年子が親の離婚を経験している（人口動態統計）。

そして婚氏続称制度の導入後，婚氏続称をする者の割合は増加し続けている。制度が導入された 1976（昭 51）年は離婚数に対して婚氏続称届（戸籍法 75 条の 2 及び 77 条の 2 による届出）が出された割合は 17％であったが，1996（平 8）年には 36％，2015（平 27）年には 41％，2019（令元）年には 44％となり，すでに 5 割近くとなった（甲 170 婚氏続称届の割合）。

上記の統計は，離婚によって未成年子が父母の一方と氏を異にする数は多数に及び，氏の同一性が嫡出親子であることを示すとはいえない家族が多数あること，このほかにも連れ子がいて再婚する家族，里子のいる家族などを併せると，氏の同一性が家族を示すとはいえない家族がすでに少数とは言えない数で存在すること，婚姻改姓した者は離婚の際に氏の継続の有無について苦悩することが多く，破綻して好感情を持てない元配偶者の氏であっても氏の継続を望む者が半数近く存在すること，身分変動があっても氏を続称することができる選択肢があるならば続称を選ぶ者が半数近く存在することを証明する。そして「このことは，婚姻の際にも氏を続称できる制度が存在するならば，半数近くの者がそれを選ぶであろうことを強く推認させる。

**離婚届数と婚氏続称届数**　※単位：件数



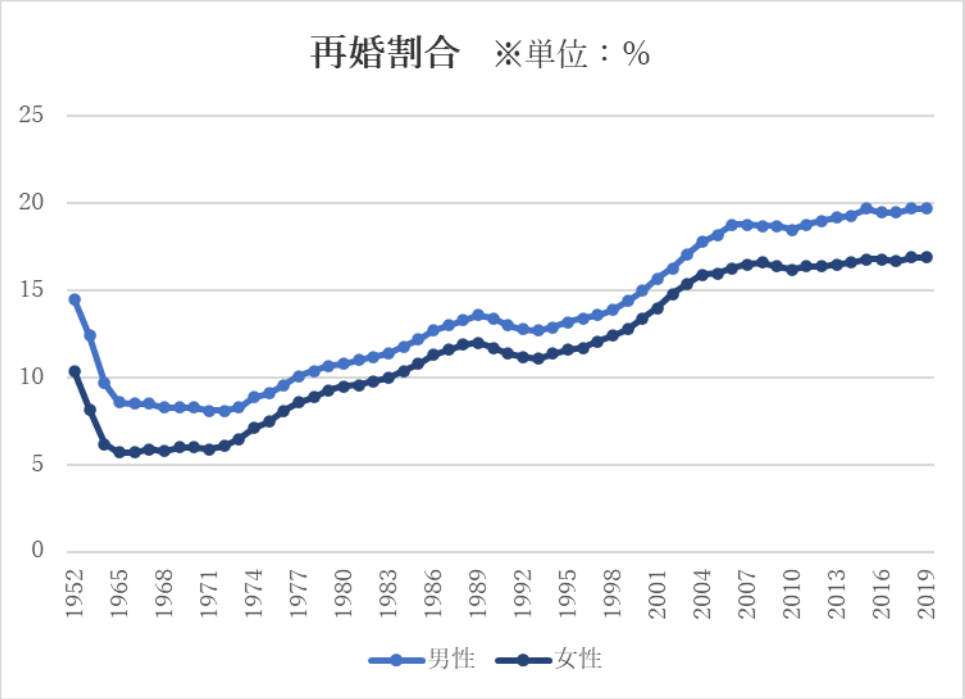




（以上，法務省大臣官房司法法制部「法務年鑑」，法務省「戸籍統計」より）

### ⑶　再婚の割合の増加

1971（昭 46）年頃より婚姻にしめる再婚の割合はほぼ増加傾向を示してきた。特に女性の再婚割合の増加が顕著であり，1965（昭 40）年に戦後最低の 5.7%となった後増加し続け，2015（平 27）年に 16.8%，2019（令 2）年に 16.9%となっ

た（甲 171 厚労省令和元年人口動態統計 9-4　年次・夫－妻別にみた初婚－再婚別婚姻件数及び再婚の占める割合）。




（厚生労働省「人口動態統計」より）

再婚の増加は，婚姻前の氏で生きた期間の長期化，氏によって築いた信用や実績の多いこと，及び連れ子を伴う再婚（ステップファミリー）の増加を意味する。

そして，離婚後の親権者割合は母が 84.5%（令和元年人口動態統計）を占めることを考慮すると女性の子連れ再婚の増加は，婚姻前の氏の継続使用の必要性を上昇させていることを意味する。連れ子は学校生活等において自身の生来の氏（多くは母からみれば前配偶者の氏）の継続使用の必要性があり，ひとり親（多くは女性）は，再婚相手との夫婦同氏と，連れ子との親子同氏のニーズとの間で苦しい選択を迫られることが少なくない。すなわち，法律婚をして夫婦同氏を選んで連れ子と親子別氏になるか，事実婚にとどめて連れ子との親子同氏を選ぶか，の間で苦渋の選択をしている。再婚の増加による複合家族の増加は，連れ子との親子同氏を維持したまま，別氏で再婚できる選択肢の必要性を高めている。

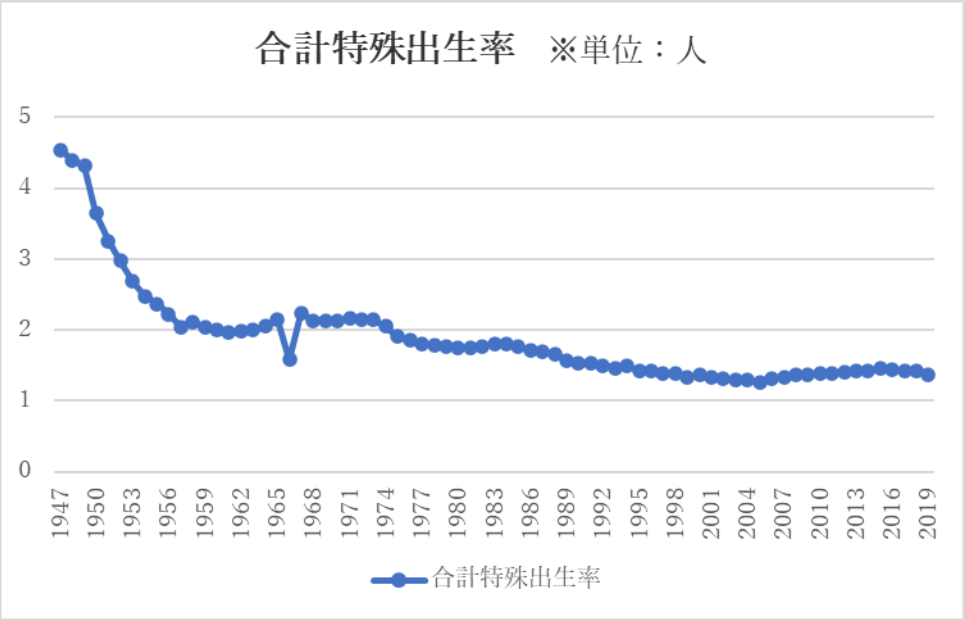
また，連れ子再婚の家族の増加は，１つの家庭に複数の氏が存在する家族の増加を意味し，氏が家族共同体の呼称であるとはいえない家族の増加を意味している。

2018（平 30）年 8 月，連れ子のある者どうしで再婚をした男性弁護士とその妻が，国が選択的夫婦別氏を認める法改正を怠ったことによって精神的苦痛を受けたとして，国に対して，損害賠償を求める訴訟を提起した（最高裁判所第二小法廷：令和 2 年（オ）1168 号)。当該ケースでは，再婚する際に子らの氏との関係で葛藤があったとのことであり，まさに，本件各規定による同氏強制が新しい家族形態に対応できていないことを示す例である（甲 54 の 5 弁護士ドットコムニュース)。

### ⑷ 婚姻減少に伴う人口減少

戦後，出生数も合計特殊出生率も概ね減少の一途をたどった。合計特殊出生率（一人の女性が仮にその年齢別出生率で一生の間に生むとしたときの子の数に相当）は，1947（昭 22）年に 4.54， 2015（平 27）年に 1.45 であったが，2019（令元）年には 1.36 まで減少した（甲 172 厚労省令和元年人口動態調査 4-1 年次別にみた出生数・出生率（人口千対）・出生性比及び合計特殊出生率)。想定を超えて加速する少子化に政府関係者は「大変厳しい状況」と強い懸念を示している（2019 年 12 月 6 日新聞各紙)。

このことから，ひとりの子に墓の承継や複数の氏の継承の期待がかかり，これに子の側も応えて，別氏婚を望むカップルが増えてきている。




（厚生労働省「人口動態統計」より）

日本の少子化の出生数減少の大きな要因の１つが婚姻数の減少にあるとするのは定説である。2019（令元）年に生まれた子のうち婚外子の出生割合は 2.3%（令和元年厚労省人口動態統計）で経年変化を見ても横ばいであり，3～5 割である欧米諸国と対比し際立って少ない。「法律婚をしなければ出産しない」という傾向は日本の特徴であり（甲 7 平成 17 年度版国民生活白書），婚姻数が増加しなければ出生数の増加は見込めないのである。現在の出生率のままでは 100 年後には人口は 4000 万人台となるとも推計されている（甲 173，2020（令 2）年 10 月 19 日朝日新聞）。婚姻の不合理な制約を迅速に除去し，経済の衰退を阻止することは日本社会にとって急務である。

### ⑸　グローバル化，ＩＴ化，勤務形態等の変化

現代社会における社会的コミュニケーションの手段，拡大は，民法制定当時と全く異なるものとなった。グローバル化，IT 化である。

例えば，世界で 27 億人が利用する（2020 年 6 月現在。Facebook 社 2020 年第 2 四半期（4 月－6 月）業績ハイライト）とされる世界最大級のソーシャルネットワーキングサービスである Facebook は，世界中の人々と瞬時にして通信をす

ることができるが，実名登録であり，最初に検索する手段は「氏名」である。それは，単なる私的交流の場ではなく，仕事の依頼・獲得，社会活動，災害支援，芸術などあらゆる人間の活動を行い，人と人，または法人と人をつなぐことのできるシステムであり，1947（昭 22）年には想像しえなかった通信手段である。

そこでは，婚姻改姓をすれば，改姓を知らない婚姻前の知人からは検索できず，自身から知人にアクセスしても見知らぬ他人と思われるとアクセスを拒否され，婚姻の前後でネットワーク・コミュニケーションが断ち切られてしまう。そこで，日本の Facebook 利用者においても，特に最近婚姻改姓をした若い世代の人々は，自己の氏として，自然に，婚姻前の氏と婚姻後の氏を併記して表示を行うようになってきている（例えば，鈴木さんが婚姻改姓して渡邊さんになれば，「鈴木渡邊」などと表示する)。7 年前の 2013（平 25）年において 20 代既婚女性の 22.6％がすでに旧姓で登録し，19.4％が旧姓と新姓の両方で登録をしており，合計すると 20 代既婚女性の 42.0％が旧姓を使用している（甲 174 既婚女性の「新姓・旧姓の使用」に関する実態調査)。現時点の調査はないが旧姓使用が一般に増加していることを考慮すれば，7 年前よりもその割合は増加していることが推測される。

また，同調査によれば，同じく広く使用される SNS である Line や Twitter においても旧姓表記率は高い。LINE 及び Twitter の使用者は 2015（平 27）年には限定されていたが，Facebook の 2600 万人（2019（令和元）年 7 月時点）に比べて,Line は 8400 万人（2020（令 2）年 7 月，LINE Business Guide 2020 年 7 月-12 月期）,Twitter は 4500 万人（2018（平 30）年 10 月，Twitter Japan12 月 26 日事業戦略説明会）と大幅に増加しており,現在では Facebook よりも一般化している。旧姓使用の必要性は益々高まっている。

婚姻前の氏は，婚姻時まで生きてきた自身の存在の証であり，人生の象徴であり，それを捨てることはできないのである。

また，昨今，新型コロナウィルス感染拡大防止の観点から，職場ほか様々な組織において，リモートワーク（テレワーク）が急速に広がり，直接面談による連絡が減り，ウェブ会議の機会も増えた。シンポジウムもウェビナー中心となり，大学授業はオンライン教育が続いている。リモートワークへの転換は，新型コロナの問題が落ち着いた後も続き，元の社会に戻らないと予想されている。ウェブ会議では，自身の画像を開示しない選択もでき，その場合は，自身の氏名のみが表示され，氏名により，個人が識別される。

こうしたコミュニケーション手段の変化と拡大による自己を識別する手段としての「氏名」の重要性は，おおよそ，1947（昭 22）年には想像もできなかったし，平成 27 年の最大判当時にも予想できなかった。

### ⑹ 小括

以上述べてきた社会，家族形態，個人の生き方等の変化は，別氏婚希望者を増加させてきた。こうした日本社会の変化の長期的傾向は，1947（昭 22）年からの変化および平成 27 年最大判後からの現在までの 5 年の変化を示すだけではなく，今後の別氏婚希望者の増加傾向も証明している。平成 27 年最大判は，憲法 24 条の審査において，立法の合理性について総合考量する方式を採用したが，総合考量であれば，予測できる近未来の事情もまた考慮すべき重要な一事情に加えなければならない。5 年後,10 年後,20 年後にも耐えうる判決が必要である。

## ３ 国民の意識の変化

### ⑴ 選択的夫婦別氏制度の導入についての考え方の変化

#### ア 内閣府の世論調査

##### (7) 世論調査

社会の変化に伴い国民の意識も大きく変化した。選択的夫婦別氏制度導入に関する内閣府（2001（平 13）年 1 月以前は総理府）による世論調査は，1976（昭 51）年より実施されている。

### (ｲ)　改姓当事者というべき若年女性の回答

婚姻改姓が自らの問題というべき女性の 20 代～30 代でみると，下記表の通り，いずれの時点においても，賛成の割合は反対の割合を大きく上回っている。

また，選択的夫婦別姓制に「賛成」の者と「婚姻前の名字（姓）を通称としてどこでも使えるように法律を改める」を選んだ者の合計は，いずれの年度においても８割存在し，婚姻前の氏を尊重すべきとする考え方が定着していることを証明する。

選択的夫婦別氏制の導入についての 20 代及び 30 代の女性の回答

| 調査年 | 回答者年代 | 賛成（%） | 通称として婚姻前の姓をどこでも使えるように法律を改める（%） | 反対（%） |
|---|---|---|---|---|
| 1996（平 8） | 20 代<br>30 代 | 43.0<br>45.4 | 36.7<br>38.0 | 19.0<br>14.8 |
| 2001（平 13） | 20 代<br>30 代 | 52.1<br>52.9 | 32.3<br>33.7 | 11.7<br>9.4 |
| 2006（平 18） | 20 代<br>30 代 | 46.4<br>40.2 | 33.6<br>41.1 | 17.6<br>15.9 |
| 2012（平 24） | 20 代<br>30 代 | 53.3<br>48.1 | 29.9<br>35.2 | 16.1<br>16.2 |
| 2017（平 29） | 20 代<br>30 代 | 50.2<br>52.5 | 28.1<br>31.9 | 19.8<br>13.6 |

さらに，直近の 2017（平 28）年の調査では，婚姻改姓の不利益を被る主な当事者である 18～49 歳の女性では，どの層でも賛成が 50%を超えたことも，特筆すべき事情である（甲 39 の 51 頁以下）。

### (ｳ)　調査対象者全体の回答

次に，調査対象者全て（20 歳以上の男女）の回答をみると，2001（平 13）年に賛成の割合が反対の割合を上回り，平成 27 年最大判後の 2017（平 29）年には，賛成は 42.5%となり，賛否が拮抗した 2012（平 24）年よりも賛成多数が明確になった（甲 50　東京新聞社説）。

選択的夫婦別氏制の導入について（全年代）

| 調査年 | 賛成 (%) | 通称として婚姻前の姓を使えるように法律を改める（%） | 反対 (%) | 備考 |
|---|---|---|---|---|
| 1976（昭 51） | 20.3 | － 回答に選択肢なし | 62.1 | |
| 1990（平 2） | 29.8 | － 同上 | 52.1 | |
| 1996（平 8） | 32.5 | 22.5 | 39.8 | |
| 2001（平 13） | 42.1 | 23.0 | 29.9 | 賛成が反対を上回る |
| 2006（平 18） | 36.6 | 25.1 | 35.0 | |
| 2012（平 24） | 35.5 | 24.0 | 36.4 | |
| 2017（平 29） | 42.5 | 24.4 | 29.3 | |

**(ｴ) 通称の選択肢があることによる不明さ**

政府の調査には,民間の調査にはない「通称として婚姻前の姓をどこでも使えるように法律を改める」という選択肢がもうけられており,このために制度導入についての世論の把握をかえって困難・不透明にしている。

まず,「婚姻前の姓をどこでも使える法律」が成立するならば,それはすでに「通称」ではなく法律に根拠のある「法律上の姓」である。「どこでも」とは戸籍以外のすべての場面を指すと考えられるが,そのような法律が成立すれば,戸籍でしか見ることのできない戸籍姓は,人の同一性を証明する機能を失い,実際には選択的夫婦別氏制の一方法となる。なお，どこでも使用できる法律上の姓を個人が２つ持つことのできる制度は，違法行為を誘発する要因となるのでその実現はほとんど想定できない。

あるいは,例えば,商業登記簿の役員欄のように,すべての場面ごとに,「婚姻前の姓の併記が可能」と法律や規則に書き込んでいく方法を意味するならば,それは不可能であり,これもまたありえない法改正である。2019（令元）年より実施

された住民票等の婚姻前の姓の併記制度が,膨大な税金が投与されて作られたにもかかわらず効果が薄弱で成功せず,相変わらず個人は種々の場面で戸籍姓の使用を強いられている現実を考慮しても,すべての場面ごとに法改正をする方法はありえない。

政府の調査というだけで高い信用性をおかれがちであるが,実際には設問の不適切さ故に世論の把握が不正確,不十分となる結果に終わっていることに留意すべきである。

**イ　民間の世論調査**

**(ｱ)　はじめに**

一方，民間の最近の調査をまとめると，以下の結果が出ており，選択別氏制度の導入について賛成する者の割合が極めて高いことが証明される。こうした高い数字は，平成 27 年最大判の時期にはみられなかったものである。これらの調査はいずれも内閣府の世論調査と異なり，「通称使用」の選択肢がないことから，賛否の割合がより明確に把握できるものとなっている。

選択的夫婦別氏制に賛成する者の割合（民間調査）

| 調査主体 | 回答者 | 賛成割合 | 調査実施時期 | 甲号証 |
|---|---|---|---|---|
| ｻﾝｹｲﾘﾋﾞﾝｸﾞ新聞社 | 全年齢男女 | 80% | 2019(平31)年3月～4月 | 甲 78 |
| 日経新聞 | 働く 20 代～50 代女性 | 75.1% | 2019(令元)年11月～12月 | 甲 143,<br>甲 144 |
| 朝日新聞 | 全有権者男女 | 69% | 2020（令2）年1月 | 甲 122,<br>甲 175 |
| 西日本新聞 | 全年齢男女 | 約 8 割 | 2020（令2）年3月 | 甲 147 |
| TOKYO　FM | 全年齢男女 | 82.9% | 2020（令2）年10月 | 甲 176<br>の 1～3 |
| 早稲田大学法学部棚村政行研究室／選択的夫婦別姓・全国陳情アクション | 20 歳から 59 歳までの男女 | 70.6％ | 2020(令2)年10月 | 甲 177 |

### (ｲ)　サンケイリビング新聞社による調査

2019（平 31）年 3 月 28 日～同年 4 月 11 日の間に行われたサンケイリビング新聞社による調査では，回答総数は 55 件ではあるが，選択的夫婦別姓への賛成意見（「賛成」と「どちらかといえば賛成」の合計）は 80％と，圧倒的多数が選択的夫婦別姓の導入を支持している（甲 78 リビング Web)。

### (ｳ)　日経新聞による調査

日経新聞が，2019（令元）年 11 月から 12 月にかけて，全国の働く女性 2000 人にインターネットで調査したところ，働く未婚女性の 65％が，仕事をする上で旧姓使用を希望していることが明らかになった。

また，選択的夫婦別姓については，未婚者の 75.1％が賛成と答え，既婚・離別を含む全体では 74.1％が賛成と答え，20 代から 50 代の全年齢層で賛成が 7 割を超えた。(以上，甲 143，甲 144)

### (ｴ)　朝日新聞による調査

朝日新聞による 2020（令 2）年 1 月の全国世論調査では，選択的夫婦別姓について，2015（平 27）年に 49％であった賛成が年々急速に増え，2020（令 2）年 1 月には 69%に至り，反対の 24%を大きく上回った（甲 122)。特に，改姓の当事者ともいうべき 50 代以下の女性では 8 割以上が賛成であり，保守層と言われる自民支持層でも 63%に及んでいる。

賛成の経年変化は，2015 年 49%，2016 年 47%，2017 年 58%，2019 年 69%であり，平成 27 年最大判以降，4 年間で急速に 49%から 69%まで賛成が 20%も増加していることが明らかとなっている（甲 175,2020 年 10 月 23 日朝日新聞下記表)。

**(オ)　内閣府調査で通称使用制度化を選んだ者の意見の内実**

内閣府調査と朝日新聞調査の 2 つの調査を同じ年の調査で比較すると，通称使用制度賛成のうち，「実は選択制に賛成である者」の割合がわかる。例えば，3 年前の 2017（平 29）年で比較すると，

内閣府　　「賛成 42.5%」「通称制度賛成 24.4%」の合計　66.9%

朝日新聞　「賛成」　58%

であるが，上記から，

内閣府調査で通称使用制度賛成 24.4%のうち 15.5%が，「賛成」へ

内閣府調査で通称使用制度賛成 24.4%のうち 8.9%が「反対」または「わからない」へ

移動すること，すなわち「通称使用制度賛成」の 3 分の 2 は，実は選択制に賛成であると読みとることが可能である。

### (カ)　西日本新聞による調査

西日本新聞が，2020（令 2）年 3 月,無料通信アプリ LINE でつながる通信員約 1 万 1 千人に呼び掛け，4 日間で 1821 人から得た回答によれば，夫婦別姓に賛成と答えたのは約 8 割に相当する 1456 人で，女性の 87.5%，男性の 69.8%が賛成と答えた。別姓を選べないことを理由に結婚を諦めたり事実婚を選んだ人は，4%であった。（甲 147）

### (キ)　朝日新聞と東京大学谷口将紀研究室による調査

朝日新聞と東京大学の谷口将紀教授の研究室が，2020（令 2）年 3 月から 4 月にかけて，無作為で選んだ全国の有権者 3000 人を対象として実施した共同調査（回収率 68%）によれば，夫婦別姓に「賛成」,「どちらかといえば賛成」と答えた賛成派は 57%,「どちらともいえない」の中立は 25%,「反対」,「どちらかといえば反対」と答えた反対派は 17%で，賛成派が反対派の 3 倍を超えた（甲 152)。

2017（平 29）年衆院選時に行った有権者を対象にした同調査と比べると，夫婦別姓の賛成派は 19 ポイント増え，支持政党別にみると自民支持層で賛成意見は 25 ポイント増の 54%となった。

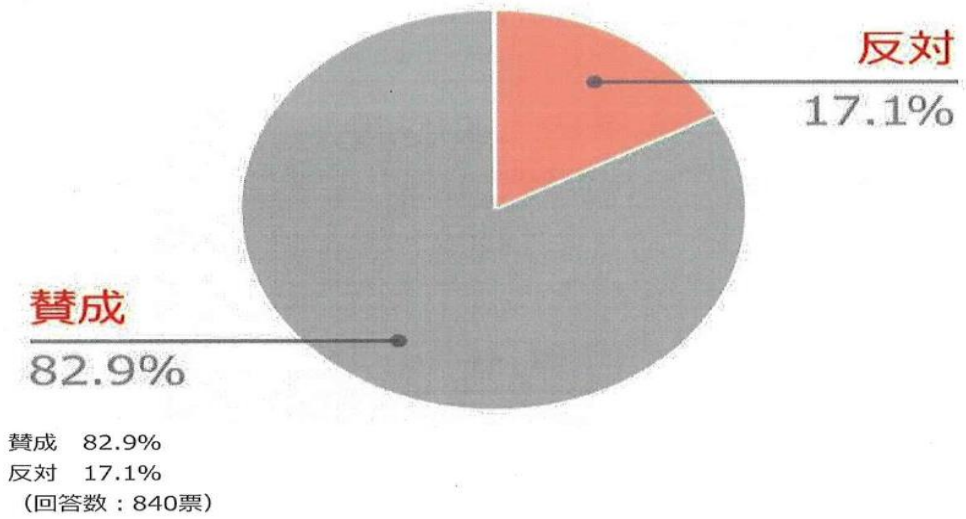
2019（令元）年参院選の際に行った候補者を対象にした調査では，自民党の候補者の賛成派は 19%にとどまる一方，その他の政党の候補者では賛成派は 8 割以上となっており，自民候補者の意識は有権者やその他の党との差が際立っている。

谷口教授は,「わずか数年でこれほど世論が動くのは珍しい。政治の対応能力が問われている。」と分析している。

### (ク)　TOKYO　FM

TOKYO　FM が，2020（令 2）年 10 月 27 日から 28 日にかけて,全年齢男女に対し「選択的夫婦別姓」という制度に賛成か反対かというアンケートを実施したところ,840 票の回答があり,夫婦別姓に賛成と答えたのは全体の 82.9%で，女性の

93.2%，男性の 75.5%が賛成と答えた（甲 176 の 1～3　「選択的夫婦別姓」という制度に賛成？反対？女性の「賛成」93%）。

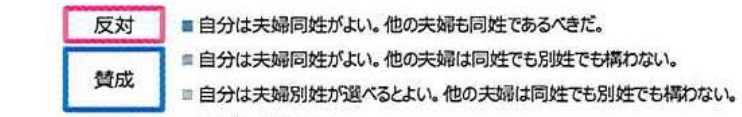



（上図は，甲 176 の 1　　回答者全体のグラフ）

**(ｹ)　早稲田大学法学部・棚村政行研究室／選択的夫婦別姓・全国陳情アクションの合同調査**

早稲田大学法学部・棚村政行研究室及び選択的夫婦別姓・全国陳情アクションは，2020（令 2）年 10 月 22 日から同月 26 日にかけて，マーケティングリサーチ業界で最大規模のインターネット調査モニター（441 万人）を有する株式会社インテージによるインターネットモニター調査を実施した。同調査（7000 サンプル）によれば，「他の夫婦は同姓でも別姓でも構わない」とする回答（選択的夫婦別姓に賛成と分析できる）は，全体の 70.6%にのぼった。しかも，20 代・30 代の賛成意見は 8 割近くにのぼり，特に女性は，20 代 30 代共に 8 割を超える者が賛成であった。（甲 177：47 都道府県「選択的夫婦別姓」意識調査レポート。以下の図は甲 177 より）

■「結婚の際の姓のあり方」について




| | n= | | | | | (%) 賛成・計 | 反対 |
|---|---|---|---|---|---|---|---|
| TOTAL | 7000 | 14.4 | 35.9 | 34.7 | 15.0 | 70.6 | 14.4 |
| 男性20-29歳 | 209 | 13.4 | 26.3 | 41.6 | 18.7 | 67.9 | 13.4 |
| 男性30-39歳 | 412 | 17.0 | 29.6 | 37.6 | 15.8 | 67.2 | 17.0 |
| 男性40-49歳 | 1179 | 20.5 | 28.2 | 30.2 | 21.1 | 58.4 | 20.5 |
| 男性50-59歳 | 1700 | 23.4 | 31.8 | 28.7 | 16.1 | 60.5 | 23.4 |
| 女性20-29歳 | 528 | 6.3 | 45.5 | 37.9 | 10.4 | 83.4 | 6.3 |
| 女性30-39歳 | 900 | 6.6 | 44.6 | 37.6 | 11.3 | 82.2 | 6.6 |
| 女性40-49歳 | 1113 | 8.2 | 39.3 | 39.4 | 13.1 | 78.7 | 8.2 |
| 女性50-59歳 | 959 | 8.8 | 39.9 | 38.5 | 12.8 | 78.4 | 8.8 |

### ウ　小括

氏名は人が個人として尊重される基礎であり，その個人の人格の尊重であって，人格権の一内容を構成する（最判昭和 63 年 2 月 16 日）ところ，かかる個人の人格権の問題は，もともと世論の動向で決すべき問題ではないが，選択的夫婦別氏制度の賛成層が次第に増加し，平成 27 年最大判後には飛脚的に増加している事実，殊にこの問題の当事者である 50 代以下の女性の 8 割以上が賛成との調査結果が出ている事実は，立法事実の変化を正しく評価するうえで，極めて重要である。

## ⑵　家族の一体感と氏の関係に関する意識の変化

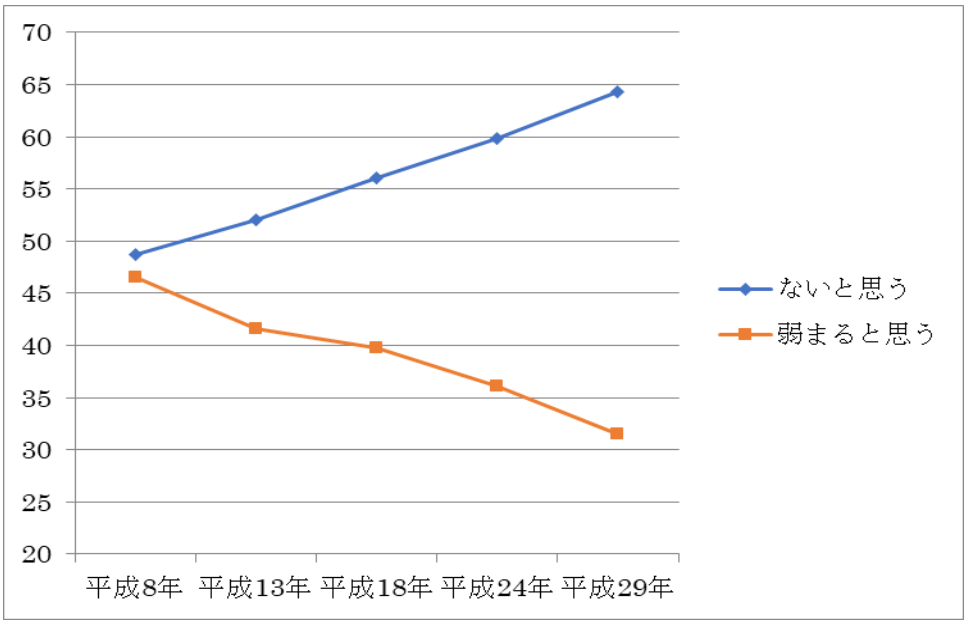
家族の法制等に関する世論調査（内閣府）は，民法改正案要綱が公表された 1996（平 8）年以来，「夫婦・親子の名字（姓）が違うと，夫婦を中心とする家族の一体感（きずな）に何か影響が出てくると思うか」という趣旨の質問を約 5 年ごとに行ってきた。

この質問に対して，「家族の姓が違っても家族の一体感（きずな）に影響がないと思う」と答えた者の割合は，年々増加し，平成 27 年最大判後の 2017 年（平 29）の調査では，64.3%（甲 39 の 41 頁以下）までになった。

平成 27 年最大判は，「家族を構成する個人が，同一の氏を称することにより家族という一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見いだす考え方も理解できる」ことを，同氏強制の合理性と根拠としているが，すでに国民の 3 分の 2 は，氏の同一性と家族の一体感は関係がないと知っているのである。

※申立書別紙　内閣府世論調査

夫婦・親子の名字（性）が違うと夫婦を中心とする「家族の一体感（きずな）に影響がでてくるか」という問いに対する回答




| | ないと思う | 弱まると思う |
|---|---|---|
| 1996（平 8）年 | 48.7% | 46.5% |
| 2001（平 13）年 | 52.0% | 41.6% |
| 2006（平 18）年 | 56.0% | 39.8% |
| 2012（平 24）年 | 59.8% | 36.1% |
| 2017（平 29）年 | 64.3% | 31.5% |

### ⑶　女性と仕事に関する意識の変化

「(結婚や) 出産をしても，ずっと職業を続ける方がよい」との回答は，

1972（昭 47）年　女性は 11.5％（Q66)，男性は 9.7％（Q55）

「婦人に関する世論調査」（男女別調査）

2014（平 26）年 8 月　44.8％（Q2　男女あわせて）

2019（令元）年 9 月　61.0％（甲 178 令和元年「男女共同参画社会に関する世論調査」概要，Q4　男女あわせて）

となっており，増加し続けており，特に，2014 年から 2019 年の 5 年間に，16.2%も増加している。

### ⑷　小括

以上のとおり，選択的夫婦別氏制についての意識や女性が結婚や出産後も仕事を継続することについての国民の意識は変化し続けており，特に，平成 27 年最大判後の選択的夫婦別氏制についての賛成の増加は著しい。

同氏により家族の一員であることを実感する意義を全ての家族にあてはめ，これをもって民法 750 条の合理性の根拠の 1 つとした平成 27 年最大判はかえって世論の反発を招き，多くの国民の意識・実態から大きく乖離していることが，その後の世論調査により証明されている。平成 27 年最大判後の重要な事情変更である。

## ４　諸外国の動向と，女性差別撤廃委員会の日本に対する勧告

### ⑴　諸外国の制度及び法改正

アメリカ，イギリス，ニュージーランド，カナダ，ドイツ，オーストリア，スイス，フランス，イタリア，オランダ，スウェーデン，スペイン，ポルトガル，ブラジル，ジャマイカ，トルコ，韓国，中国，台湾，タイ等，多くの国で夫婦別姓選択制あるいは結合姓選択制が認められ，あるいは法改正が進んでおり，現在では，日本以外には同氏という選択肢しか認めない法制の国はみあたらない（甲 154 新注釈民法（17）親族（1）178～182 頁)。

2015（平 27）年 9 月 25 日付で糸数慶子参議院議員が提出した選択的夫婦別姓に関する質問主意書 5「2015 年現在，日本のように婚姻した際，法律で夫婦の姓を同姓とするように義務付けている国があれば示されたい」に対しても，内閣総理大臣は，「現在把握している限りにおいては，お尋ねの『法律で夫婦の姓を同姓とするように義務付けている国』は，我が国のほかには承知していない。」と回答している（甲 16，17　糸数慶子参議院議員の質問主意書，内閣総理大臣安倍晋三の答弁書)。

**⑵　条約，一般勧告，一般的意見及び被上告人への勧告**

ア　日本が 1979（昭 54）年に批准した自由権規約は，私生活に対する恣意的な干渉から保護し（同規約 17 条)，婚姻の自由を保障し，婚姻中の配偶者の権利及び責任の平等を確保するため適当な措置をとることを締約国に義務付けている（同規約 23 条)。

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

そして，女性差別撤廃委員会の一般勧告（1994（平 6）年）及び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，自己の姓を選択する権利ないし婚姻前の姓の使用を保持する権利があると指摘し続けている。

イ　一向に法改正がなされない日本の状況に照らし，女性差別撤廃委員会は，被上告人に対し，2003（平 15）年には「民法が…夫婦の氏の選択などに関する，差別的な規定を依然として含んでいることに懸念を表明する。…民法に依然として存在する差別的な法規定を廃止し，法や行政上の措置を条約に沿ったものとする」よう（甲 21 の 1，2)，2009（平 21）年には「夫婦の氏の選択に関する差別的な法規定が改廃されていないことについて懸念を有する。…選択的夫婦別氏制

度を採用することを内容とする民法改正のために早急な対策を講じるよう」要請し，2009（平 21）年の勧告の際には，2 年以内に勧告の実施に関する詳細な情報を書面で委員会に提出することを要請した（甲 22 の 1，2)。

しかし，その後も改正されなかったことから，同委員会は，2011（平 23）年には，「女子差別撤廃条約 16 条 1（g）の規定に沿って夫婦に氏の選択を認めること・・・を内容とする民法改正法案の採択について講じた措置」について 1 年以内に追加的情報を提供するよう勧告し（甲 23 の 1，2)，さらに，2013（平 25）年の見解においても，民法改正法案を採択することについて講じた措置に関し，次回定期報告において追加的情報を提供するよう勧告した（甲 24 の 1，2)。

ウ　そしてそれでも法改正がなされないまま，平成 27 年最大判が民法 750 条を合憲としたため，女性差別撤廃委員会は強い危機感を持ち，2016（平 28）年に実施された日本の第 7 回・第 8 回定期報告書の審査についての 2016 年 3 月 7 日付総括所見（最終見解）において，「2015 年 12 月 16 日に最高裁判所は夫婦同氏を求めている民法第 750 条を合憲と判断したが，この規定は実際には多くの場合，女性に夫の姓を選択せざるを得なくしている」とし，「女性が婚姻前の姓を保持できるよう夫婦の氏の選択に関する法規定を改正すること」を再び勧告した（甲 25 の 1，2)。

さらに，同委員会は，最終見解のフォローアップとして特に 3 項目を抽出し，2 年以内に勧告の実施に関する詳細な情報を書面で委員会に対し提出することを要請したが，その 1 つが，民法 750 条を含む差別的規定の改正であった。このたび重なる勧告は，同委員会が，民法 750 条の改正を厳しく日本に迫っていることを意味している（甲 25 の 1，2，甲 46 北海道新聞)。

こうした度重なる勧告は，選択肢なき夫婦同氏制の合理性を揺るがす重要な立法事実の変遷と正面からとらえられなければならない。

## ５　法改正を求める動き

### ⑴　地方議会における意見書採択と市民の運動の広がり

動かない国会に業を煮やし，地方議会においては，平成 27 年最大判以降，国に対する選択的夫婦別氏制の導入を求める意見書等が採択され続けている。

平成 27 年最大判後，2020（令 2）年 12 月 21 日までに採択された意見書の合計数は 127 議会に及んでいる（甲 43 の 1～17，甲 52 の 2，甲 53 の 2，甲 79 の 1～11，甲 99 の 1～12，甲 108 の 1～20，甲 121 の 1～6，甲 142 の 1～22，甲 151 の 1～6，甲 179 の 1～30　本書末尾添付の意見書一覧表）。

こうした動きは，有志の一般市民による「選択的夫婦別姓・全国陳情アクション」という形で全国に広がっており（甲 54 の 2 2018 年 12 月 17 日朝日新聞），現在も，多くの自治体において採択に向けた活動が継続中である。2020（令 2）年 2 月 14 日には，超党派の国会議員に向けた選択的夫婦別姓に関する勉強会が開かれ，クラウドファンディングも開始されるなど，市民の法改正を求める意思はさらに強く示されている（甲 131）。

2020（令 2）年 10 月には，「名字が変わると不便なこと，ありますか？」とのテーマで，河野太郎行政・規制改革担当相に提出する資料として市民の声を募集する企画が行われ，そのサイトには婚姻改姓による不利益の実例が多く寄せられており，「姓を変えると変更手続が多くあり，それがずっと続く。時間もコストもかかり，キャリアの継続にマイナスがある。」，「日本が『女性活躍』『ダイバーシティ』を進めるなら，一人ひとりの人間が，その名前で生き，働くことのできる社会にしてほしい。保険も年金も個人単位になれば，人々の意識も変わるのでは。」と述べられている（甲 180 働く人の円卓会議　名字が変わると不便なこと，ありますか？）。

### ⑵ 裁判の広がりと世論の高まり

ア　平成 27 年最大判の後も国会は法改正をしようとしないため，司法救済を求める動きが活発化し，2018（平 30）年 1 月以降，民法 750 条や戸籍法 74 条 1 号の合憲性を問う複数の裁判の提起が続いた（甲 54 の 1，2)。

イ　2018（平 30）年，本件と同内容の訴訟が東京地方裁判所立川支部及び広島地方裁判所に提起され，現在いずれも上告審に係属中である。また，市区村長による別姓での婚姻届の不受理処分に対し，婚姻届の受理を求める複数の家事審判が，東京家庭裁判所，同立川支部及び広島家庭裁判所に申し立てられ，特別抗告審として，係属中である。

ウ　2018（平成 30）1 月，サイボウズ株式会社代表取締役青野慶久氏をはじめとする 4 名が，国を被告として，選択肢なき夫婦別氏制について戸籍法の規定の違憲性等を主張する訴訟を東京地方裁判所に提起し（甲 54 の 3 沖縄タイムス，以下「青野訴訟」という。)，現在，上告審に係属中である（第一小法廷令和 2 年（オ）第 830 号，令和 2 年（受）第 1040 号)。

エ　2018（平 30）年 6 月 18 日，ニューヨーク州で婚姻手続をした映画監督の想田和弘氏と舞踏家の柏木規与子氏が，国を被告として，互いに相手方と婚姻関係にあるとの公証を受けることができる地位にあることの確認等を求める訴えを東京地方裁判所に提起し（甲 54 の 4 弁護士ドットコムニュース)，現在，同裁判所に係属中である（平成 30 年（行ウ）第 246 号)。

オ　2018（平 30）年 8 月 10 日，男性弁護士とその妻が，国会が選択的夫婦別氏を認める法改正を怠ったことによって精神的苦痛を受けたとして，国に対して，損害賠償を求める訴訟を提起し，現在上告審に係属中である（第二小法廷令和 2 年（オ）1168 号)。

当該ケースでは，原告らそれぞれに初婚の配偶者との間の子がおり，再婚する際に子らの氏との関係で葛藤があったとのことである。原告らは，「民法 750 条の同氏強制は初婚しか想定していない」と述べている（甲 54 の 5 弁護士ドット

コムニュース)。この点について，平成 27 年最大判の木内判事の個別意見においても「父母が同氏であることが保障されるのは，初婚が維持されている夫婦間の子だけである」として，夫婦同氏強制は離婚や再婚の場合を想定していないことが指摘されていたが，まさにかかる指摘どおり子がいる再婚のケースに関する提訴がなされたものである。

夫婦の一方又は双方が再婚である婚姻の婚姻全体に対する割合は，1965（昭40）年以降増加傾向にあり， 2017（平 29）年は 26.6%，2018（平 30）年は 26.7%，2019（令元）は 26.7%と，高い割合を維持している（甲 181 厚労省人口動態調査 9-5 夫妻の初婚－再婚の組合せ別にみた年次別婚姻件数及び百分率)。特に，上記裁判のように未成年子の連れ子のある再婚では，夫婦別氏の選択肢のないことが事実婚を増やす 1 つの重要な要因となっている。

### ⑶ 女性活躍推進政策と選択的夫婦別氏制度導入の必要性

#### ア 2000（平12）年の男女共同参画基本計画等

2000（平 12）年には男女共同参画基本計画が，2001（平 13）年には男女共同参画会議基本問題専門調査会が，いずれも選択的夫婦別氏制の導入を提言した。

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

さえ招いていることを指摘している（甲 159 選択的夫婦別氏制度に関する審議の中間まとめ)。

また，「婚姻により改姓した者とその親との絆が弱まるとは一概にはいえない。また，氏を同じくしていても，家族における対話の欠如等から，家族の一体感（絆）が実質的に失われている場合もあるだろう。さらに，夫婦同氏制度の現行法の下においても離婚は増加傾向にあり，離婚の増加や家族の崩壊は，同氏・別氏制とは関係なく，家族の対話の欠如等，別の原因によってもたらされると考えられる。」として，家族の一体感と夫婦同氏制との間に理論的関係性がないことを論じた。

つまり，被上告人自身が，夫婦同氏制が家族の一体感を高めるどころか，法律婚制度の形骸化を招いていることを認めていたのである。

**イ　2010（平22）年の第3次男女共同参画基本計画**

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

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

### ウ　女性活躍推進のための重点方針

(ｱ)　第二次安倍内閣は，日本経済の再生に向けて 3 本の矢と呼ばれる政策を掲げたが，そのうちのひとつが「民間投資を喚起する成長戦略」であり，その戦略を具体化するものとして，2013 年以降毎年，「日本再興戦略」（2017 年度以降は「未来投資戦略」と改称）が閣議決定されており，女性の活躍はその成長戦略の中核に位置づけられてきた。

(ｲ)　女性の活躍を具体的に推進する施策・方針を決定する場として，2014（平 26）年 10 月 3 日に内閣内に設置された「すべての女性が輝く社会づくり本部」（本部長 内閣総理大臣，副本部長 内閣官房長官と女性活躍担当大臣，本部員 他のすべての国務大臣）があり（甲 56 の 1 「すべての女性が輝く社会づくり本部の設置について」），同本部は 2015（平 27）年以降毎年，「女性活躍加速のための重点方針」を決定した。

(ｳ)　この流れを受けて，2015（平 27）年 8 月 28 日，「女性の職業生活における活躍の推進に関する法律」（以下「女性活躍推進法」という。）が成立し，同年 9 月 4 日に公布・施行された。

(ｴ)　平成 27 年最大判が，通称使用は婚姻改姓した者の不利益を緩和させると述べたことを受けてか，2016 年及び 2017 年の「女性活躍加速のための重点方針」には，「旧姓の通称としての使用の拡大」の項目が追加された（甲 56 の 2，3）。そして，政府は第 7 で後述する旧姓併記を可能とする施策を推進するようになった。

(ｵ)　2018（平 30）年の「女性活躍加速のための重点方針 2018」（甲 56 の 4）の「3　女性活躍の視点に立った制度等の整備」の項目では，通称使用という中途半端な政策ではなく，「選択的夫婦別氏制度の導入に関し，平成 29 年 12 月に実施した家族の法制に関する世論調査の結果について分析を加え，引き続き検討を行う。」として，選択的夫婦別氏制度の導入への言及が初めてなされた。

(ｶ)　さらに，2019（令元）年の「女性活躍加速のための重点方針 2019」（甲 129）の「4　女性活躍の視点に立った制度等の整備」の項目でも，下記に一部引用す

るとおり，通称使用にとどまらず，選択的夫婦別氏制度の導入を目指すことが，改めて示された。

記

社会における活動や個人の生き方が多様化する中で，働く女性が不便さを感じ，働く意欲が阻害されないよう，女性活躍の視点に立った制度等を整備していくことも重要である。

（中略）

選択的夫婦別氏制度の導入に関し，国会における議論の動向を注視しながら，引き続き検討を行う。

(ｷ)　2020（令 2）年の「女性活躍加速のための重点方針 2020」（甲 182 女性活躍加速のための重点方針 2020)の「4　女性活躍の視点に立った制度等の整備」の項目では，「選択的夫婦別氏制度の導入に関し，国会における議論の動向を注視しながら，引き続き検討を行う。」と明言された。

通称使用施策ではきわめて不十分で限界があることを国も十分知っているというべきである。

## ６　まとめ

以上の通り，1947（昭 22）年以降の社会の変化は著しく，特に 1990 年代以降，女性の有業率，結婚・出産を経ても仕事を継続する女性数，女性の管理職割合の増加，晩婚化等の変化により婚姻前の氏を維持する必要性が飛躍的に高まった。婚氏続称利用割合が 44%まで増加したことは身分変動後の氏の継続使用の必要性を裏付け，高い再婚率は婚姻前の氏の継続使用の必要性を高める。グローバル化がすすみ，平成 27 年最大判の後には国民一般が使う SNS の種類とその利用者数はさらに急速に増加したが，こうしたコミュニケーション手段が発達した現在，自己のアイデンティティを示す上での氏名の維持の重要性はより強いものとなった。こうした社会の変化を受けて，世論調査によれば，平成 27 年最大判後に選択的夫婦別氏制度の導入についての賛成意見は顕著に増加し，特に主たる当事者

というべき若年女性層の賛成の割合については 9 割近いという調査結果も出ている。氏の同一性は家族の一体感に影響しないという意見も国民の 3 分の 2 を占めるようになった。こうした社会の変化と国民の意識の変化を「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。」（婚外子相続分違憲決定）

夫婦同氏しか認めない法制の国はすでに日本以外に見当たらず，女性差別撤廃委員会からは，度重なる民法改正勧告を国は受けているが，この問題に関しては，グローバル化を拒否するかのように法改正作業に入ることを国会は拒否している。このため，平成 27 年最大判後に夫婦同氏強制の違憲性を問う訴訟が複数提起されたが，原告が男性である事案も多く，この問題が，女性のみの問題ではなく男女共通の問題であることも明らかとなっている。

こうした立法事実の著しい変化をふまえれば，本件各規定は別氏婚という選択肢を認めない点において憲法 14 条及び憲法 24 条に違反するというべきである。

## 第６　平成27年最大判に対する学者の批判

平成 27 年最大判に対して，多数の学者がこれを強く批判した。

東北大学名誉教授の辻村みよ子氏は，同最大判後，多くの学説が最高裁判決の論理を批判し，多くの理論的課題があることを指摘したこと自体が同最大判後の重要な事情変更の１つであると指摘している（甲 138）。

以下は，平成 27 年最大判に対する批判的な論考の例である。

### １　高橋和之

#### ⑴　「夫婦別姓訴訟 同氏強制合憲判決にみられる最高裁の思考様式」（甲9）

「憲法 24 条 1 項は，『婚姻は，両性の合意のみに基づいて成立』すると定める。一般に婚姻の自由を定めた規定と理解されている。ところが，現行法の運用においては，夫婦のいずれかが氏を変更しない限り，婚姻の届出は受理されない。これは婚姻の自由を制約するものであり，その制約の正当性が審査されなければな

らないはずである。しかし，多数意見は，こう応えた。24 条 1 項の規定は，『婚姻するかどうか，いつ誰と婚姻をするかについては，当事者間の自由かつ平等な意思決定に委ねられるべきであるという趣旨』であるが，民法 750 条は『婚姻の効力の一つとして夫婦が夫又は妻の氏を称することを定めたものであり，婚姻をすることについての直接の制約を定めたものではない』と。」

「これは，素人の常識に反する，誠に法律家らしい『非常識な』理屈である。もし婚姻の届出が氏を統一しないで行なうことができ，それにより法律上婚姻が成立し，その上で婚姻の効力として氏の統一が必要ですから，どちらの氏にするかを決めて早急に届け出てください，と要求する制度運用となっていれば，この多数意見の理屈も分からないわけではない。しかし，実際には，氏を統一して届け出ない限り婚姻は成立しないのである。そのような運用を前提とする限り，氏の統一は成立した婚姻の法的効果として発生するものではなく，婚姻が発生するための要件なのであり，婚姻の自由に対する制限となっているのは明らかである。実際，違憲論に立った岡部裁判官の意見は，本件が婚姻の自由に対する制約であることをはっきりと認めている。ところが，多数意見は，婚姻の自由など制約していないとして，制約した場合に要求されるはずの正当化の議論を巧妙に逃げてしまった。」

「婚姻制度は，国家が提供するサービスといったものではない。もしサービスならば，サービス（法律婚の提供する効果）を享受したい者が自由な意思で選択し利用すればよいことであり，利用する場合には国家が定めたサービスの内容を丸ごと承認せよと要求することも分からないわけではない。しかし，婚姻制度は決してそのようなものではなく，社会で自主的に成立する人間の営みであり，しかしそれをまったく各人の自由に任せるといろいろな問題が生じるので，それを予防し皆が平等に婚姻生活を送ることができるように，社会の要請に応えて国家が規律を施したものなのである。したがって，婚姻の要件は，婚姻の自由を制限

するものであり，なぜその要件が必要かの論証が必要なのである。正当化が論証し得ない場合には，当然違憲となる。」

**⑵ 「夫婦同氏強制合憲判決にみられる判断手法の問題点」（甲29）**

「本件の憲法論の核心は，憲法 24 条の問題です。その 24 条の問題について，立法裁量論をとったのです。24 条 2 項は『配偶者の選択，財産権，相続，住居の選定，離婚並びに婚姻及び家族に関するその他の事項に関しては，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』と定めています。判決はこの規定を立法裁量を定めた規定と理解しましたが，日本の憲法史においてこの規定の持つ意味をまったく理解しない解釈だと思います。私はこの規定こそ明治憲法の想定した日本の社会と国家のあり方と日本国憲法の想定する日本の社会と国家のあり方の違いを凝縮した規定だと理解しています。日本国憲法のなかで最も根本的な規定だと多くの憲法学者が考えているのは 13 条であり，その最初の文章である『すべて国民は，個人として尊重される』という規定こそ，明治憲法との根本的な違いを表現した規定なのですが，24 条 2 項の『個人の尊厳と両性の本質的平等』は，社会の最も基本的な単位である家族のあり方につき，家族構成員が『個人として尊重』されるような家族であるべきこと，戦前の『家制度』的な家族であってはならないということを表現したフレーズなのです。『個人の尊厳と両性の本質的平等』は，『個人としての尊重』と共鳴する日本国憲法の根本規範を構成するものなのです。このことを理解すれば，『個人の尊厳と両性の本質的平等』が立法裁量に際しての単なる指針にすぎないというような最高裁の理解は生じようがないと私には思えます。最高裁は，これを立法裁量に際しての指針とすることにより，この根本的規定を立法裁量における総合考慮の一要素に格下げしてしまったのです。」

「実際には 96 パーセントの夫婦が男性の氏を『選択』しています。それを自由な選択の結果だという人はいないでしょう。明らかに女性に氏の変更を『強制』する『社会的圧力』が働いているのです。このような場合に，国は，それは

社会の問題であり，国の責任ではないと言えるのでしょうか。夫婦同氏を強制しているのは国です。その結果，女性が氏の変更を『強制』されているのです。国がそのような事実と問題を知らないときには，国の責任とまでは言えないという理屈も分からないではありません。しかし，国は，今やそのような状態が生じていることを十分に承知しているのです。事は憲法が想定する社会の根本的なあり方に関わる問題です。そのような場合にまで，立法裁量の問題という捉え方でよいのでしょうか。疑問を禁じ得ません。憲法が憲法の根本原理に関わる問題を立法裁量に委ねているというようなことはあり得ないと私には思えるのです。」

**２　辻村みよ子『憲法と家族』（甲28）**

「権利と制度の関係において，制度を前提として権利の内容を決するという論理構造は逆であるようにみえる。本件では，婚姻に際しての改氏制度（夫婦同氏を強制する制度）の合憲性が争われているのであり，制度の合憲性を安易に肯定して，権利を否定することは論理的ではない。木内裁判官の意見も指摘するように，この制度自体が例外を認めない制度であることが重要であり，そのこと自体が違憲であると批判されているのである。」

「夫婦同氏制度によって，婚姻が制約されることがあるのは，『事実上』のことではなく，『法律上』の問題であり，法律の規定及び戸籍実務の運用等によって，法律によって強制的に氏の選択を要素として，婚姻の効果が法的に承認されていることを直視すべきであろう。この点，再婚禁止期間訴訟の方では『婚姻に対する直接的な制約を貸すことが内容となっている本件規定』と解されていたのに対し，本件では『事実上の制約』があり得る程度と軽く扱われているという差異が根底的に存在するといえる。」

「立法裁量が長期間怠られているために，司法手続に望みを託し，最高裁まで闘い続けた当事者にとって，結局は国会の取組みに任せるという結論はとても容認できるものではない。それでは法の番人としての役割は果たせないという意味

でも，5 名の裁判官の違憲論に敬意を払うとともに，司法府における国賠請求訴訟の扱いの是正と人格権論等の再考を求めたいと思う。」

### ３　泉徳治「一歩前へ出る司法」（甲30）

「多数意見を読むと，『個』がない，『個』が見えない判決だと思います･･･多数決原理で個人の人権を無視することは許されないと思います。･･･憲法 13 条の個人の尊重から個人のアイデンティティに象徴としての呼称があり，憲法 13 条の下で法律が呼称に関する具体的制度を定めます。法律で定めるに当たっては憲法 13 条の拘束を受けます。ところが大法廷判決は･･･法律で婚姻により夫婦同氏を強制するように規定しているのであるから，氏の変更を強制されない自由など憲法上認められないというのです。･･･また，大法廷判決は･･･（憲法 24 条 2 項の規定は）立法府に対する『要請，指針』であるとしていますが，同項は，立法府に対し『個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚』することを命じたものです」

なお，泉氏は，朝日新聞のインタビューに対しても，『少数者の人権を守ることができるのは裁判所しかない・・国会で論ぜられ，判断させるべき事柄』と突き放した今回の判決は，裁判所が果たすべき役割を果たしておらず，残念です」と答えた（甲 45 の 5)。

### ４　小山剛「夫婦同氏制を定める民法750条の合憲性」（甲31）

「本判決は極めて具体的な『自由』を切り出しているが，憲法上の権利を観念するうえで，あまりに狭小な場面設定は，保護領域／制限の段階と，正当化の段階の際を消滅させることにもつながり，適切でない」

「本判決は，本件規定が『婚姻の効力の一つ』を定めたものであり，『婚姻をすることについての直接の制約を定めたものではない』とするが，婚氏決定は，婚姻届が受理され，法律婚が成立する前提条件である。また，夫婦同氏の強制は，婚姻それ自体に本質的に内在するものではなく（現に，〔選択的〕夫婦別氏制を採用する国が多数存在する)，家族を他者から識別するという，社会的・外在的

な要請による。そうであれば，憲法上の婚姻の自由に対する下位法による制約と観念した方がむしろ素直であろう」

**５　建石真公子「民法733条1項・750条の憲法適合性判断」（甲32）**

「確かに民法 750 条は，選択に関して両性に平等の形式を採用しているが，選択する対象が『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』の人格的利益の行使である点が問題とされる。婚姻に際して，両者のうち必ず一人が『個人の人格の尊重』を喪失する選択が，平等の形式で行われることの是非の判断，すなわち 13 条との併合で 14 条 1 項の判断がなされることが必要である。」

「本判決の特徴として，民法 750 条が憲法 24 条に適合するかに関する審査において，憲法 24 条 2 項が具体的な内容を立法に委ねている点を強調し，具体的に憲法 24 条 2 項の個人の尊厳や両性の本質的な平等がどのような権利を保障しているのかについては明らかでない点があげられる。」

「判決の述べるように，家族が社会の基礎であるがゆえに，そこにおいてすべての個人の尊厳が保障されるような法制度こそが憲法 24 条の趣旨であろう。婚姻を選択する個人が，そのことにより，判例の認める権利である『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』としての氏名について変更を余儀なくされることは，婚姻や家族における個人の尊厳を傷つけ，憲法 24 条の目指す家族像とは離れる結果となるのではないだろうか。

さらに，違憲審査制において選択的夫婦別姓を認めることは，違憲審査制の枠を超えるという指摘もあるが，木内裁判官の主張のように，問題となる夫婦同氏制度の合理性とは，夫婦同氏に例外を許さないことの合理性の問題である。例外を許さないこと，ひいては憲法 24 条の保障する個人の尊厳を侵害することの違憲性が問題なのである。」

## ６　水野紀子「夫婦同氏を定める民法750条についての憲法13条，14条1項，24条の適合性」（甲33）

「民法 750 条の夫婦同氏は，婚姻の要件ではなく，婚姻の効果とされており，法廷意見もその前提に立つ。しかし実際には，日本人同士が日本において婚姻しようとする場合には，本件の原告がそうであったように，夫婦の氏を定めないと戸籍上受理されないため婚姻できず，婚姻の要件として機能する。」

「法廷意見は，通称使用によって改氏の不利益が緩和されるとするが，現実には通称使用の限界はいたるところにあり，通称使用者は日常生活のあらゆる場面で『これはあなたの『本当の名前』ではない』と非難する官民における官僚主義と絶えず闘い続けなくてはならないのである。法廷意見には，『本当の名前』を意思に反して奪われる被害への想像力が欠落している。」

「立法によらず判例によって夫婦同氏強制制度を違憲とすると，寺田補足意見は『氏を異にする夫婦関係をどのように構成するのかには議論の幅を残すことを避けられそうもない。例えば，嫡出子の氏をどのようにするかなどの点で嫡出子の仕組みとの折り合いをどのようにつけるかをめぐっては意見が分かれるところであり（現に，平成 8 年の婚姻制度に関する法制審議会の答申において，子の氏の在り方をめぐって議論のとりまとめに困難があったようにうかがわれる。），どのような仕組みを選択肢の対象として検討の俎上に乗せるかについて浮動的な要素を消すことができない。』とする。」

「しかしそれは氏の強制的変更という人権侵害を最高裁が違憲と判断することの障害になるべきではなかろう。最高裁は，これほどの人権侵害規定は違憲であると判断すればよいのであって，その具体的な立法については国会に委ねることで足りる。実際に，法制審議会の要綱が，結論としては一定の現実的な解決策を出しているのである。」

## 7　二宮周平「最大判平27・12・6と憲法的価値の実現（2）～夫婦同氏強制制度」（甲34）

「第1に，多数意見の最大の問題点は，氏と名を切り離し，本件規定が氏名の人格権に関わる問題であることを意図的に捨象して，『氏の変更を強制されない権利』を人格権の一内容として認めず，氏を家族の呼称と捉えた結果，家族のあり方論に問題をすり替え，法律婚と嫡出子を規範とする家族観を示したことである。」

「ここまで，『嫡出子』の意義を強調されると，婚外子の相続分差別を違憲とした最大決平25・9・4と整合性が保たれているのか疑問に思われる。」

「第2に，多数意見が依拠する家族観に法的根拠がないことである。現行民法は，1947年12月，日本国憲法を根拠として，家制度を廃止し，男女の平等を徹底したものであり，家族を，夫と妻，親と子，親族相互の個人と個人の権利義務関係として規定する。家族を団体として捉える規定は存在しない。」

「また『家族が社会の自然かつ基礎的な単位』とする表現は，国連国際人権規約自由権規約第23条1項に規定されているものではあるが，その一般的意見19（1990）の2によれば，『家族の概念がいくつかの国により異なりうるし，一国内の地域によってさえ異なりうること，それゆえ，本概念に標準的な定義を与えることが不可能であることに，留意する』とし，その7では，『各配偶者が自己の婚姻前の姓の使用を保持する権利又は平等の基礎において新しい姓の選択に参加する権利は保障されるべきである』とされている。」

「多数意見も寺田補足意見も現行法の予定しない，かつ国際人権の規定から離れた，自身が主観的に望ましいと思う家族観に依拠していることが明白である。」

「第3に，前述の最大決平25・9・4で示された，『家族という共同体の中における個人の尊重がより明確に認識されてきたことは明らかであるといえる。そして，法律婚という制度自体は我が国に定着しているとしても，上記のような認識

の変化に伴い，上記制度の下で父母が婚姻関係になかったという，子にとっては自ら選択ないし修正する余地のない事柄を理由としてその子に不利益を及ぼすことは許されず，子を個人として尊重し，その権利を保障すべきであるという考えが確立されてきているものということができる』という考え方が，本判決に継承されなかったことである。」

「2015 年 12 月 16 日の 2 つの大法廷判決は，いずれも制度を人権よりも優先している。女性のみの再婚禁止期間については，再婚の自由よりも，法規定上の嫡出推定の重複を避けることで，子の利益が守られると考える。夫婦同氏強制制度については，氏の変更を強制されない権利（人格権）よりも，所属する家族集団が同一の呼称を用いることの合理性を肯定し，氏に関する制度を重視する。いずれも制度を守れば，人々の利益が守られるという幻想，いわば法律万能主義である。しかし，事実を踏まえない制度は現実を規律することができず，人々の信頼を失う結果となる。本判決後，法改正はなくなったと見切って，ペーパー離婚を決心した例が少なからず報告されているという。国会は，現実を見据えて，少しでも早く家族法の改正に着手すべきである。」

**８　床谷文雄「夫婦同氏の原則を定める民法750条の規定は憲法13条，14条1項，24条に違反しないとされた事例」（甲36）**

「本件で問題となっているのは，公序良俗性の強い婚姻障害（違反は取消しの対象となる）ではなく，形式的には婚姻の効力として定められながらも，実質的には婚姻の要件と化していると評される夫婦同氏である。多数意見はあくまで夫婦同氏を婚姻の効力として取り扱うが，岡部意見は『夫婦が称する氏を選択しなければならないことは，婚姻成立に不合理な要件を課したものとして婚姻の自由を制約するものである。』と上告人らの主張に耳を傾けている。成立した婚姻において本質的といえるものは，相互協力扶助による婚姻共同生活の維持であり，夫婦の氏は，それを補助する存在に過ぎない。氏のために婚姻を妨げられるのは，本末転倒ではなかろうか。」

「こうした多数説の考え方は，嫡出家族を社会の典型的基礎単位として際立たせるものであり，家族の多様性を認め，嫡出であるか嫡出でないかによる子の差別を撤廃するという世界的な潮流に背を向けるものであるし，最高裁自身が採った立場にも反する。」

「補足意見（寺田裁判官）は，選択肢がないことの不合理を裁判の枠内で見いだすことは困難であり，国民的議論，すなわち民主主義的なプロセスに委ねることが事の正確にふさわしい』と立法によるべきことを強調する。確かに，複雑な氏法制を全体として組み直すことは立法府に委ねざるを得ないとしても，1996年改正要綱で民法と戸籍の改正提案が出されているのであるから，司法が法改正に向けた積極的な姿勢を示して民法750条を違憲とすることで，国会が対応に窮することはなかろう。」

「重要なのは，選択肢のない夫婦同氏制は外国にはほとんどないという，今やよく知られている事実それ自体ではなく，かつては夫婦が同氏であることが当たり前であった国（多くは夫の氏）において，夫婦別氏が認められてきた契機として，個人の尊厳，人格権，女性差別撤廃条約等による男女平等の観点から，氏制度の見直しが行われてきたということ，また，父母別氏の場合の子の氏の定め方につき，父母が婚姻している場合とそうでない場合をできる限り同じように取り扱うために，父母の合意がないときは母の氏とする国（早くにはスウェーデン，最近では2013年に改正されたオーストリア法）が見られることである。」

**９　蟻川恒正「夫婦同氏制の合憲性」（甲65の1）**

「夫婦のうち一方のみが氏の変更による何らかの不利益を引き受け，他方はそうした不利益から一切免れているという配偶者間での不利益の不均衡を民法が『公序』として強制していることの問題性は解消されない･･･この不均衡の『公序』化は，婚姻は『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』とする憲法第24条1項後段の趣旨に沿わな

い可能性がある。本判決が示した夫婦同氏のメリットは，上記の『公序』を容認してもなお確保される必要がある利益として論証されていない」

**10　渋谷秀樹『憲法』3版（甲157）**

「・・民法 750 条による夫婦の同氏（同姓）の義務付けは，この判決に付された少数意見で示されたように，氏の変更による個人の同一性識別機能に支障を及ぼし，氏を変更した者に対し，自己喪失感の負担を課すという問題がある。・・この義務付けによって 96%を超える夫婦が夫の氏を選択するという現実が，女性の社会経済的な立場の弱さ，家庭生活における立場の弱さ，種々の事実上の圧力などのさまざまな要因が反映していて，形式的平等をうたう制度が，実質的不平等の固定化を産み，男性優位の社会構造を温存するという問題がある。・・夫婦に別の氏（別姓）を選択する余地を認めない制度は，婚姻届の提出を躊躇させて，事実婚の奨励機能を果たし，また通称使用の広がりは，通称名と戸籍名の混乱を招くという問題がある。」

**11　佐藤幸治『日本国憲法論』（甲158）**

「夫婦がそれぞれの姓を維持するために事実婚を選び，そこで生まれた子が『嫡出でない子』（『婚外子』）とされる事態は，憲法上どのように理解すべきか，といった強い疑問が避けられないところである。」

**12　石埼学「夫婦同氏訴訟―民法750条の合憲性」（甲185）**

「特に憲法 24 条がその存在を想定している婚姻及び家族に関する制度の欠陥の被害者の権利をより重視する余地がなかったかどうかが問題となりうる。」

**13　竹中勲「民法750条違憲訴訟の再開の必要性」（甲186）**

「…2015 年 12 月 16 日の最高裁大法廷判決（民法 750 条）合憲判決には重大な問題点があることを否めない。民法 750 条違憲訴訟の再開にむけての私見（試論）としては，①戸籍法 121 条の訴訟形式を援用する憲法訴訟を試みること，②婚姻の自由は憲法 24 条 1 項により保障され，民法 750 条はこの婚姻の自由を直接的に制約するものであり，その違憲審査基準としては厳格な審査基準が妥当す

べきこと，③民法 750 条の問題性は夫であれ妻であれ婚姻当事者二人の個人に氏を統一するよう一律画一的に強制しているという立法作為にあること，④裁判所の役割はこの一律画一的強制部分が憲法違反であることを判示すれば足り，氏をめぐる家族制度の全体について提示しえない限り違憲判断を下すことができないとの立場を取る必要はないのではなかろうか。」

**14　野村豊弘「夫婦の氏に関する民法750条の憲法適合性」（甲187）**

「判旨は，現在の制度において，夫の氏を選択するか妻の氏を選択するかについて優劣はなく，形式的な不平等はないとしているが，実際に圧倒的多数の婚姻において，夫の氏が選択されていて，その結果，夫を筆頭者とする戸籍が編成される･･･ことからすると，形式的不平等がないと簡単に言い切れるか多少疑問を感じざるをえない。また，通称として，婚姻前の氏を使用することが許されているといっても，行政上は民法 750 条にしたがって氏を使用しなければならず，社会において婚姻前の氏を通称として使用することにも煩雑な手続きが課せられていることを考えると，判旨はその負担を軽視しすぎていないかと思われる」

**15　巻美矢紀「憲法と家族－家族法に関する二つの最高裁大法廷判決を通じて」（甲188）**

「氏名を『個人の人格の象徴』と認めながら，名と切り離された氏につき『法制度をまって初めて具体的に捉えられるもの』として制度に全面的に依存させてしまうことは，『人格』を真面目に考えているのか疑われる。また，氏が自主的に成立したものであるとすれば，そもそも『法制度をまって初めて具体的に捉えられるもの』との位置づけを疑ってみる必要がある」

「戸籍法によれば，氏の統一をしていない場合，婚姻届は受理されないのであるから，婚姻の自由に対する直接的な制約と解すべきである」

「氏と同様，婚姻それ自体は自生的に発生したものであるとすれば，婚姻の自由につきそもそも法制度を前提とするとの理解を疑ってみる必要がある。」

**16　石綿はる美「『家族』の呼称としての氏と婚姻の効力としての夫婦同氏」（甲189）**

「双方の親と子が同じ氏であることにより，子のどのような利益があるのかと言うことについては十分に説明していない･･･また，嫡出子と非嫡出子の相続分差別もなくなった現状において，社会により嫡出子であるということを認識してもらうことにどのような意義があるのかも明らかではない･･･さらに，『婚姻の効力』としての夫婦同氏について検討する際に，婚姻をする夫婦のみならず，嫡出子についてかなり重視しているところに『家族』として『夫婦及びその嫡出子』というものを強く念頭に置いていることがうかがえよう･･･ただし，多数意見が想定する『家族』像に立ったとしても，家族を取り巻く状況の変化により，嫡出子である子が，両親の離婚等により両親双方と同じ氏を称しない場合もある。」

**17　中里見博「夫婦同氏訴訟最高裁大法廷判決」（甲190）**

「憲法 14 条 1 項が実質的平等を保障していないとしても，60%や 70%ではなく 96%以上の夫婦が夫の氏を名乗っている事実は，形式的平等の侵害に限りなく近い形で実質的平等の侵害が起きていることの現れである点に留意すべきであろう。民法 750 条の定める夫婦間協議はほとんど機能しておらず死文化しているに等しい。このような状態に対して，『憲法 14 条は実質的平等を保障していない』という理由で差別の主張を退けるのは説得力を欠くといわざるをえない。」

「本判決は，個人の呼称が婚姻前後で変わらないことによる個人識別上の利益や個人の尊厳の維持よりも，家族が一つの氏を共有することによる，家族集団の一員であることの識別上の利益を優先させたが･･･『個人の尊重』（憲 13 条）と「個人の尊厳」（同 24 条 2 項）を軽視するものである。なぜなら，13 条の『個人の尊重』は『明治憲法のもとで形成された社会のあり方からの決定的な決別宣言』であり，『家制度こそが，集団を優先させる社会構成原理を体現するものであった』がゆえに 24 条で使われた『個人の尊重』は，『家制度の残滓はすみやか

に克服されねばならない』という『日本国憲法の最も根源的な要請』を示すものといえるからである。」

**18　滝沢聿代　「選択的夫婦別氏制　これまでとこれから」（甲191）**

「･･･いかにも体制順応型のこの判決は導かれている。憲法違反はないとする現状肯定の多数意見には注目すべき議論がほとんど見られず･･･夫婦別姓の導入がこんなにも手がかりのない，空疎な要望としかなり得ていないことに改めて驚かされる」

**19　駒村圭吾「夫婦同氏性の合憲性」（甲192）**

「同氏制自体の合理性ではなく，選択的別氏制という例外を認めないことの合理性を追及する必要があろう（木内道祥裁判官意見）。」

**20　横尾日出雄「憲法判断の積極主義的傾向と最高裁判例―再婚禁止期間違憲訴訟最高裁判決と夫婦別姓訴訟最高裁判決をめぐってー」（甲193）**

「本判決は，本件規定の憲法適合性の問題を，憲法上の権利の侵害の問題ではなく，婚姻及び家族に関する事項の制度構築上の立法裁量の限界の問題として，憲法適合性の具体的な判断においては，必ずしも具体的な判断過程が示されないまま，『不透明な総合考慮』によって判断されたように思われる」

**21　江藤祥平　「行政判例研究653」（甲194）**

「本判決は画一的な家族観を念頭に置いており，個人の尊厳と両性の本質的平等の要請を満たす判断であったかについては疑問が残る。」「問題は，ある自由が憲法上の権利として保障されるか否かを知るにあたって，なぜ憲法の下位法である民法を参照するのかという点にある･･･この点に関する判示の論理構成は，明確なものとはいいがたい。」

「本判決は，婚姻は自らの意思で選択するから氏の変更の強制には当たらないというが，ここでは婚姻をして氏を改めるか，婚姻をあきらめるかの二択しかなく，婚姻をして氏を保持するという選択肢は与えられていない。婚姻の自由を前

提にする限り，この二択から選ぶべきとすることは強制に当たるといわざるをえない。」

「たしかに，家制度が健在であった旧憲法下であれば婚姻と身分とは不可分一体であったといえようが，両性の合意のみで婚姻が成立するとされる現憲法下で身分関係を持ち出すことは妥当とは思われない。」

「以上のとおり，本判決は，法制度や身分関係を根拠に議論を展開しているが，その内実は明確ではなく，氏の変更に関する人格権の権利性を否定する論拠としては不十分といえる。」

「立法事実の変化によって民法 750 条は違憲になったとする岡部意見の指摘は，この点で全く正しい」

「少なくとも，今回のように余りに著しい偏差がみられる場合には，規定の在り方自体から生じた結果に準ずるものとみて，平等違反の審査を行うべきだったように思われる。」

**22　斎藤一久「夫婦同氏原則を定める民法750条の合憲性」（甲195）**

「『氏の変更を強制されない自由』について，多数意見は現行の法制度における氏の性質から，憲法 13 条の射程に含まれないとしている。しかし氏の果たす機能からして，まったく 13 条の保障が及ばないというのは理解し難い。たとえば三段階審査に準拠すれば，多数意見に立っても，保護領域に含まれるとして捉えられ，正当化の審査で決着をつけることも可能であろう。」

「なお寺田逸郎裁判官の補足意見には，家族制度といった標準的な『規格』に関する司法審査には司法としての限界があり，民主主義的なプロセスに委ねるべきだといった弁明がなされているが，多数派にとって使い勝手がよい『規格』から疎外された人たちの声を拾い上げることこそが『憲法の番人』の本来の役割ではないだろうか」

**23　山元一「トランスナショナルとドメスティックの間で揺れる最高裁」（甲196）**

「このようにみてくると際立つのは，夫婦同姓強制合憲判断における法廷意見のグローバル化した世界に対して目を閉ざされたドメスティックな傾向である。もっぱら自らに都合のよい比較法素材を援用して自らの法解釈論を正当化しようとする態度は，一般に cherry-picking（さくらんぼ狩り）といわれるが，最高裁の態度は，論点次第で，さくらんぼ狩りへの出発そのもの中止する，meta-cherry-picking の次元に属する態度だということができよう。」

「本判決の合憲論では，夫婦間の氏の統一を実現する現行制度は，社会の多数派によって支持されている法律婚カップルとそこで生まれる嫡出子によって構成される家族モデルの目線からみて合理的な制度設計となっており，しかも通称使用の広がりがある以上，同規定についてネガティブな判断を下すことは裁判部門の役割に属さない，と考えられている。女子差別撤廃委員会はまさに，そのような社会の多数派と状況や感性を共有しないカップルからみれば，婚姻に不当な条件を課し，実際には姓を変更する女性配偶者に一方的に大きな社会的・心理的負担をかける結果を招来している差別性を批判しているのである。」

「グローバル化世界からの法的問いかけに常に誠実に向き合うことを通じてのみ，日本法のインテグリティが高められ，この国における法的営為，そしてその主要な担い手としての日本の裁判官はリスペクトされるはずだ，と筆者は考える」

**24　小竹聡「最高裁判所大法廷での再婚禁止期間と夫婦同氏強制制度に関する二つの訴訟の弁論を傍聴して」（甲197）**

「女性の 96 パーセントが結婚を機に夫の姓に変更してしまう制度を温存し，およそ違憲でないなどと最高裁が判示することとなれば，日本は，一体，どのような国なのかと世界中から疑われることになるだろう。そうした自覚と責任を持って，歴史に残る判決を出して欲しいとわが最高裁には強く希望する」

## 第７　平成27年最大判後の通称使用の拡大と限界・新たに生じる不利益

### １　原判決の判断の誤りについて

原判決は「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く，近時，婚姻前の氏を通称として使用することが社会的に広まってきていることにより，上記の（アイデンティティの喪失感や氏を改めることにより生じる：括弧内は上告人代理人付記）不利益は一定程度緩和され得ることなどの事情も認められること」を理由の一つとして，選択肢なき夫婦同氏制が個人の尊厳と両性の本質的平等の要請に照らして合理性を欠く制度であるとは認められないとし，さらに，通称使用は婚姻改姓をする者が受ける不利益を緩和するものとして不十分であるという上告人らの主張する事情が存するとしても，そのことをもって直ちに上記判断を左右するものとはいえない（原判決 18 頁）と判示する。

しかし，婚姻により改姓する者にとって、改姓によりアイデンティティの喪失感を抱いたり，従前の氏を使用する中で形成されてきた他人から識別される機能，職務上又は生活上築き上げられた個人の信用，評価，名誉感情等を維持することが困難になるなどの不利益が生じること，特に近年晩婚化が進んでいる上，再婚する夫婦も一定の割合を占めており，婚姻前の氏を使用する中で社会的な地位や業績が築かれる期間が長くなっていることから，婚姻に伴い氏を改めることにより不利益を被る者が増加してきていること，このようなアイデンティティの喪失感や氏を改めることによる不利益を避けるため，法律婚をしないという選択をする者が一定の割合で存在し，その者にとっては婚姻をするについて事実上の制約が生じていることなどは原判決が述べる通りであり（原判決 17〜18 頁），通称使用の拡大によっても，アイデンティティの喪失感は緩和されず，通称は使用できる場面が限定されることから，通称使用という手段では上記不利益に対する根本的な解決には全くならない。

以下，平成 27 年最大判以降の通称使用の拡大とその限界、新たに生じる不利益について詳述する。

## ２　婚姻前の姓の価値の重要性と通称使用の限界

女性の社会進出が進むにつれて，旧姓の通称使用は長い時間をかけて少しずつ広がってきた。そして，平成 27 年最大判の後には，以下のとおり，通称使用の可能な範囲がさらに広がった。このこと自体，「婚姻前の姓」の高い人格的価値が，社会においてより広く認識されるようになったことを意味している。

特に，国内で身分証として通用する「住民票」と「マイナンバーカード」及び海外では唯一の身分証となる「パスポート」にまで，膨大な税金を使って旧姓を併記する政策がとられていることは，なにより旧姓を法が保護すべき重要性がそれほどまでに増したという事情変更が生じたことを示している。

しかし，通称使用の範囲が拡大したといっても，依然として通称を使用できない場面が多く，使用可能な範囲の限界があるため，この方法では，婚姻による改姓の不利益を解消すると評価できない。

また，通称使用する者には，氏が 2 つあることになり，本人にとっても所属する組織や周りの人間にとっても，使い分けの煩雑さや混乱のほか，時には個人の同一性の把握ができないといった新たな不利益が発生している。

## ３　婚姻前の氏の通称使用の広がり

### ⑴　法人登記簿の役員欄における婚姻前の氏の併記

平成 27 年最大判の少し前の事象であるが，2015（平 27）年 2 月に，商業登記規則の一部を改正する省令により，法人登記簿の役員欄に婚姻前の氏が併記できるようになった（施行後の併記数についての統計はないとのことである）。

しかし，同時に，併記によって，当該役員の婚姻に関わる私的な事柄が，誰でも閲覧謄写が可能な法人登記簿によって，不必要に開示されてしまうこととなった。このことは，併記する者にとって新たな不利益となっている。

### ⑵　金融庁への提出書類への婚姻前の氏の併記

金融庁は，金融庁への役員等の氏名届出等に係る内閣府令等及び監督指針の改正を行い，2016（平 28）年 3 月 1 日に公布・施行した。この改正により，金融機関が同庁に対して各種申請をする際，役員の氏名を記載する場合に，希望により戸籍姓と婚姻前の氏を併記することができるようになった（金融商品取引業等に関する内閣府令による。非常に長い省令であるので書証としては提出しない）。また，2017（平 29）年 4 月に，併記が可能とされている書類の一部について，婚姻前の氏のみを使用することを可能とする改正が行われた。

しかし，これも⑴と同様に，併記によって当該役員の私的事柄が不必要に推測される不利益を生じさせ，かつ，併記が認められない書類もあるため，使い分けが煩雑であるなどの問題が新たに生じることになった。

### ⑶　住民基本台帳，マイナンバー及びパスポートへの旧姓併記

#### ア　住民基本台帳・マイナンバーカード

「女性活躍加速のための重点方針 2016」（甲 56 の 2），「女性活躍加速のための重点方針 2017」（甲 56 の 3），「女性活躍加速のための重点方針 2018」（甲 56 の 4）では，住民基本台帳及マイナンバーカードへの旧姓併記が 2019（平 31）年 11 月を目途に可能となるよう関係法令の改正を行うとともに，システム改修を行うこと，また，パスポート（旅券）について，2019（平 31）年度中に旧姓を併記することが可能となるよう，諸外国の運用も考慮に入れつつ，旧姓の記載方法変更も含め，早急に実現に向けて取り組むことなど，旧姓使用の拡大のための制度を整備するよう明記された。2018（平 30）年以降の旧氏併記の経過については，３で後述する。

#### イ　パスポート（旅券）

パスポートへの旧姓併記については，外務省が 2017（平 29）年 9 月 14 日に原則自由化した。以前は要件が厳しく併記が認められない人も少なくなかった（甲 58 の 1 読売新聞）。

別名併記が認められた数は下記の通りである（甲 58 の 2 外務省説明資料)。

2016（平 28）年　31,895 件

2017（平 29）年　30,855 件

2018（平 30）年　30,304 件

2019（平 31）年　30,352 件（以上，外務省領事局旅券課)。

このすべてが婚姻前の姓によるものとはいえないが，毎年連続して 3 万件以上の別名併記が認められていることは，その必要性の高さを証明している。

しかし，パスポートの別名併記には，以下の通り，取得を求める側に相当な負担がかかる。そして，別名併記には限界があり，真の解決にはならない。

まず，実際に旧姓併記のパスポートを得るためには，多くの時間とコストを要する。たとえば，仕事上で旧姓を使用してきた女性が海外出張先でカンファレンスに出席するために旧姓併記のパスポートを作るには，カンファレンス入場ＩＤの現物，出張証明書及び旧姓使用証明書（会社の代表者の自署及び会社代表者印を捺印済みのもの)，自筆での渡航と職務内容の関係を書いた書面，旧姓併記が必要な事情説明書等膨大な書面の提出を求められ，書類の不備や内容の書き直しなどがなく最短でも 2 回（申請時及び取得時）のパスポートセンターへの出頭とそこでの書類チェックや担当者とのやり取りなどの時間，6000 円の手数料の負担が発生する。書類の不備や提出書面の内容の修正があれば更なる出頭回数の増加と時間がかかる（甲 196 井田奈穂陳述書)。

そのような時間とコストをかけて旧姓併記のパスポートを取得した後も，パスポートに組み込まれているＩＣチップの情報は国際標準で定められているため，日本独自での改良が不可能であり，「姓（Surname)」欄に括弧書きで記載される旧姓は，ＩＣチップには反映されてない。そのため入国審査の際は必ず戸籍名の提示が必要となる（甲 58 の 3 日本経済新聞)。このため，航空券や乗船券の予約は戸籍名で行わなければならないが，航空券を本人ではなく海外の招聘元や日本での所属組織の他の部署が予約したりする場合には，通称名とは別に戸籍名を事

前に伝えておく必要があり，うっかり通称名で予約してしまうと，いったんキャンセルした上で再予約が必要になるなどのトラブルも生じている（甲 59 陳述書)。また，併記の場合には入国審査に時間を要したりトラブルを生じたりすることがある（甲 58 の 2 外務省説明資料)。さらに，ビザには旧姓併記ができないので，旧姓を表示する必要がある場合には大使館などでビザを取得するに際して事情を説明して交渉し，理解を得てビザの番号が記載されている欄の下に AKA（Also Known As，別名）として旧姓を表記してもらうなどするほかない。アメリカでは，パスポート，銀行口座の名義，ソーシャルセキュリティカードなどについて旧姓併記の有無や旧姓の記載方法がそれぞれ異なっていると，名前の統一がされていないという理由で，運転免許証を取得することができないこともある（甲 197「パスポートの旧姓併記で途方もない苦労が発生した既婚女性の憂鬱」と題する記事，現代ビジネス)。

上記の通り，旧姓併記の方法では解決しえない最たる場面は，日本人が海外でグローバルに活動する場合である。旧姓使用は，選択的夫婦別氏制への法改正を拒否する唯一の国となってしまった日本の政府の日本特有の内向きな政策であり，国際的には通用しないのである。

2019（平 31）年 4 月 24 日，内閣府の男女共同参画会議重点方針専門調査会において，外務省旅券課によるパスポートへの旧姓併記の検討についての報告がなされた。そこでは，①括弧書が何を意味するかを海外の人は知らないので，海外での出入国審査時や滞在時にトラブルが起きる可能性があること（本人が都度，括弧内が旧姓であることを説明する必要がある)，②海外で旧姓による手続きを行えるかは手続きを受ける機関次第であること（保険，金融手続など)，③旧姓が IC チップに記録されたとしても旧姓による査証（ビザ）取得は不可であること，④航空券の旧姓による取得も原則不可であること，⑤複数の姓を公証しているように見えるため，旅券の旧姓を国内外で悪用（詐欺行為等の犯罪に利用）する者が現れる可能性があること，などの問題点・併記の困難さが報告された。実

際，併記パスポートによりトラブルが生じた例は，オーストラリア在住の研究者である菊池利奈の陳述書（甲第 69 号証の 2）で下記の通り，報告されている。

「私のオーストラリアの書類はすべて菊地で作成されており，パスポートと永住権 Visa のみがＯ になっています。日本国内に別姓制度がないこと，そのためパスポートと免許証の名前が違うことを説明すると，『今回はこれでお渡ししますが，このままでは，あなたはふたりの人間になりすましていることになるので，どちらかに統一しなければいけない』と注意を受けました。このように，ふたつの姓を維持することは，あらぬ疑いをかけられ，社会的信用を失い，犯してもいない犯罪行為を疑われることにもなっているのです。特に，国際社会においては，想像もしないような大問題に発展する可能性があるのです。（中略）

女性が職業を持ち，家庭も持ち，こどもも育て，生涯を過ごせるような社会に日本が変わらなければ，日本から国外への知識の流出は今度ますます進むでしょう。日本国籍を捨て，オーストラリア国籍を取得し，この姓の問題から解放されたい，と考えているのは私だけではありません。日本国内で別姓法案が認められるか認められないのか，というのは，私にとっては日本国籍を捨てるか捨てないかを意味しているのです。」

### ⑷ 国家資格における旧姓使用

2017（平 29）年 5 月，内閣府が 14 の国家資格の職業について調べたところ，事実上の運用によるものを含めると，すべての資格で旧姓使用が可能であった。職業上では婚姻による改姓の不利益が非常に大きいことの証左である。前回 2001（平 13）年の調査で旧姓使用可能であったのは 2 資格（弁護士，司法書士）だけであり（甲 60），各所属会の規則等により旧姓使用が認められていたが，2001（平 13）年以降，公認会計士，税理士，建築士の 3 資格でも認められるようになった。また，教員，医師，薬剤師等では登録証の書換え義務がないことにより事実上旧姓使用が可能であるとされていた。そして，平成 27 年最大判以降に初めて調査がなされた「保育士」及び「介護福祉士」については，「制度上は

不可」だが，「経営者の方針等で，業務上の名称使用が可能である」との結果であった。

教員、医師、薬剤師、保育士及び介護福祉士では、免許状や登録証等の書換えをしないことによって事実上旧姓使用が可能であるにすぎず、不安定な状況であるし，認められている場合にも範囲が限定されることがある。

現に，教員が通称使用を求めて所属する学校法人を訴えた事件（東京地判平成28 年 10 月 11 日労判 1150 号 5 頁）や，弁護士法人の役員の登記において旧姓（職務上の氏名）の登記が認められず行政不服審査請求を申立てている事件（甲61 京都新聞）などが発生しており，通称使用の可否や範囲は，雇用者や管理者の判断によって左右される不安定なものである。

### ⑸ 銀行口座等金融機関における旧姓使用

2017（平 29）年 7 月，政府は全国銀行協会に対し，可能な限り円滑に旧姓での口座開設などが行えるよう協力を求めた（甲 62 の 1 読売新聞）。

しかし，業界対応はまちまちであり，2018（平 30）年 12 月現在，都市銀行では，旧姓での口座も例外的に認められ始めているが，ゆうちょ銀行では未対応である（甲 62 の 2 しんぶん赤旗）。また，旧姓口座を認める都市銀行においても，その範囲は限定的であり，外国送金や運用性商品等では戸籍名によるほかない。さらに，全国銀行協会のホームページには，旧姓での口座を維持する場合に，例えばペイオフで保証される場合，戸籍名と口座名が違えば本人とみなされない場合があること，定期預金を下ろす際に本人確認が必要となることなどが警告されており（甲 62 の 3「結婚に関する口座の手続き」），旧姓口座は不利益やリスクを伴うものである。なお，最近の金融機関における旧姓使用の状況は後述する。

### ⑹ 国家公務員の旧姓使用

国家公務員全般については，すでに 2001（平 13）年 7 月に各省庁人事担当課長会議申合せによって旧姓使用が認められていたが，2017（平 29）年 9 月 1 日，国家公務員が政府の公文書に名前を記載する際，旧姓使用を全面的に認めること

とされた。従前は，府省ごとに対応が異なっていたが，同年より，希望すれば法的効果を伴う行政処分や立ち入り検査など，国民向けに出す法令上の文書についても，原則として認めることとなった（甲 63 読売新聞）。

### ⑺ 裁判官及び検察官の旧姓使用

最高裁判所は，2017（平 29）年 7 月 3 日，同年 9 月 1 日から職場における呼称，給与の支給及び共済組合の事務に関する文書を除くさまざまな職場における文書について，旧姓使用を希望する者があらかじめ申出書を提出する方法で申し出て，所属庁の長から旧姓使用通知書による通知を受けた場合には旧姓を使用することができるものとした（甲 64「裁判所職員の旧姓使用について」抜粋）。これにより，裁判官も裁判関係文書（判決文を含む）において旧姓を使用できることとなった。

最高検察庁も同様に，2017（平 29）年 10 月 1 日以降，起訴状等の対外的な文書においても旧姓使用を認めるようになった。

2018（平 30）年 7 月 1 日時点において，旧姓を使用する裁判官は 49 人，裁判官以外の職員は 279 人であったが，1 年半後の 2019（令元）年 12 月 1 日時点では，旧姓を使用する裁判官は 79 人，裁判官以外の職員は 409 人と大きく増加した（甲 132）。また，2019（令元）年に，旧姓で仕事をしている検察官は 53 人（全体数は 2756 人），その他の検察庁職員は 96 人（全体は 9104 人）となっている（甲 133）。

国家公務員や裁判官、検察官の旧姓使用の拡大は，社会的に旧姓を保護すべき重要性が増したという事情変更が生じたことを示しているが、給与の支給や共済組合の事務に関する場面では認められておらず，2 つの名前があることとなり，さまざまな事務の煩雑さや混乱の元となっている。

## ４　通称使用又は旧氏併記の実態について

### ⑴　多額の国費投入による実効性のない旧氏併記の開始

平成 27 年最大判後の 2019（平 31）年 4 月 17 日，居住する市区町村への届出により，住民票とマイナンバーカードに旧氏併記ができることとする政令が公布され，2019（平 31）年 11 月 5 日から施行された。(甲 89，90 住民票基本台帳法施行令等の一部を改正する政令要綱)。上告人代理人が調査した限り，住民票，既発行のマイナンバーカード及び住民票に連動する印鑑証明書面には，新たに設けられた「旧氏」という別の欄に旧氏がただ単に記載される仕様となっている。2019（令元）年 12 月 1 日より施行された運転免許証と新発行のマイナンバーカードについては，「鈴木（田中)」という形で旧氏が括弧書きで併記される。

国の財政状況が著しく厳しい中，この旧氏併記を可能にするために既に投じられた国の支出額は，約 194 億円に上っている（甲 109，総務省「平成 31 年度行政事業レビューシート（事業番号 0048)」総務省 HP)。

しかし，かかる巨額の税金を投じておきながら，この制度は公私の機関を何ら法的にも道義的にも拘束するものではなく，周知も極めて不十分である。このため，上記以外の行政関係の書面作成においては，「旧氏のみ」では通用せず，「旧氏併記」することすら断られることがあるのが現状である（戸籍名を記載してください、と指示される)。すなわち，施行から 1 年以上を経ても，通称使用の拡大に成功していない。また不動産登記，健康保険証，介護保険証，年金証書等，重要な公文書において旧姓併記は不可のままであり（もちろん，旧姓のみ表記も不可)，民間においても，金融機関の口座開設，種々の契約等のさまざまな法律行為及び事実行為において，旧姓のみで可能とされる範囲については，従前とほぼ何も変わっていない（甲 110，「194 億円を投じた『旧姓併記』の限界と選択的夫婦別姓」法学館憲法研究所 HP)。こうした点を，⑵以下で個別に論じる。

### ⑵　通称使用の実際の状況

#### ア　健康保険証

健康保険証については，国民健康保険は自治体が，会社員等の加入する健康保険は全国健康保険協会が，健康保険組合のある組織では組合がそれぞれ発行し，「本人確認書類」として社会で広く通用していることは公知の事実である。しかし，いずれの発行主体も，住民票等の旧氏併記制度の施行後も，旧氏での発行を認めていない（なお，DV から逃避した場合等に例外的に以前より新規に名乗る通称での発行が認められている)。

#### イ　銀行口座の開設

銀行により異なる上、同じ銀行であっても対応が違う場合もあり、極めて不安定である。

##### (ｱ)　みずほ銀行

旧氏のみの口座開設が可能（甲 111 の 1 弁護士寺原真希子作成にかかる調査報告書)。

##### (ｲ)　三菱UFJ銀行

戸籍名でなければ口座開設はできないが第三者向けに旧氏表示が可能との　対応がある一方で（甲 111 の 1)，個別の窓口で旧姓併記の身分証明書を持参して，事情と必要性を説明し旧氏での口座開設が例外的に認められる場合もあり（甲 196 井田奈穂陳述書)，ケースバイケースの取扱いであり一貫性がない。

##### (ｳ)　三井住友銀行

戸籍名でなければ口座開設はできず，旧氏表示も不可との回答がなされたり（甲 111 の 2 弁護士榊原富士子作成にかかる調査報告書)，申込者=戸籍姓，使用者=旧姓として開設可能な場合もある（甲 196）など，対応が一定しない。

##### (ｴ)　ゆうちょ銀行

戸籍名でなければ口座開設はできず，旧氏表示も不可（甲 111 の 2、196)。

**(オ)　住信ＳＢＩネット銀行**

戸籍名でなければ口座開設はできず，旧氏表示も不可

**(カ)　東京スター銀行**

戸籍名でなければ口座開設はできず，旧氏表示も不可

（以上(オ)，(カ)について甲 111 の 3 弁護士早坂由起子作成に係る調査報告書）

また，旧氏での口座開設が可能な銀行でも，外国送金や運用性商品等については，戸籍名での対応のみである。

なお，全国銀行協会のホームページでは，旧氏での口座を維持する場合に（婚姻等で改氏した後に銀行に届け出ない場合等），例えばペイオフで保証される場合，戸籍名と口座名が違えば本人とみなされない場合があること，定期預金を下ろす際に本人確認が必要となること等があり，「戸籍と口座を一致させておかないと不都合が生じる可能性があります」との警告がなされており（甲 62 の 3），これは旧氏併記制度が導入された今も記載内容は変わらず（甲 112 全国銀行協会 HP「結婚に関する口座の手続き」），結局，旧氏口座を持ったとしても安心して使用することはできない。

**ウ　不動産登記・住宅ローン**

不動産登記簿は，旧氏併記は不可である。そのため，住宅ローンに関する金融機関との金銭消費貸借契約や抵当権設定契約を旧氏のみで締結し登記することは不可能である。

この点に関する金融機関からの聴取結果は，以下のとおりである（甲 111 の 3 弁護士早坂由起子作成に係る調査報告書）。

**(ｱ)　みずほ銀行**

旧氏による住宅ローン契約は不可である。

**(ｲ)　住信ＳＢＩネット銀行**

旧氏による住宅ローン契約は不可である。

(ｳ)　東京スター銀行

旧氏による住宅ローン契約は不可である。

エ　納税及び税金還付

(ｱ)　所得税

納税通知書及び税金の領収書は，戸籍名のみで表記され，納税名義も還付名義も戸籍名でなければならない。旧氏口座からの自動引落しも，旧氏口座への還付も認められない。住民票等に旧氏併記がなされても上記取扱いに変化はない。

仕事上，一貫して旧氏を使用し，契約書，請求書，領収書など，収入支出の証拠資料がすべて旧氏名義であっても，確定申告は戸籍名でなければならない。通称と戸籍名の２つの氏を持つことは，税務行政にとっては収入の捕捉を困難にすることを意味する。

(ｲ)　地方税

納税通知も領収書も，戸籍名のみで表記される。但し，国税と異なり，自動引落口座については，旧氏口座の利用が可能な自治体もある。

(ｳ)　固定資産税

納税通知も領収書も，戸籍名のみで表記される。但し，国税と異なり，自動引落口座については，旧氏口座の利用が可能な自治体もある。

（以上，甲 111 の 4 弁護士榊原富士子作成に係る調査報告書）

オ　クレジットカード

旧氏でクレジットカードを新規作成できるか否かは，カード会社によって異なる。

(ｱ)　ビザカード及びオリコマスターカード

旧氏併記の運転免許証及び旧氏名義の銀行口座を持っていても，旧氏名義のクレジットカードを作ることはできず戸籍名のみでしか作成できない。

(ｲ)　JCBカード

引落口座の名義とクレジットカードの名義が一致している必要があるため，旧氏名義の銀行口座があり，かつ旧氏併記の運転免許証で本人確認ができれば，旧氏でカードを作成することができる。

（以上，甲 111 の 5 弁護士木村いずみ作成に係る調査報告書）

**カ　携帯電話**

ドコモ，ソフトバンク及びＡＵでは，旧氏併記の本人確認書類があっても，新規の契約は戸籍名のみでしかできず，また，戸籍名で契約していたものを旧氏名義に変更することは不可能である（甲 111 の 6 弁護士塩生朋子作成に係る調査報告書)。

**キ　職務上氏名を届け出ている弁護士による成年後見人，保佐人補助人及び後見監督人の業務**

弁護士が成年後見人，保佐人，補助人及び後見監督人（以下「後見人等」という。）としての業務を行う場合，当該弁護士が弁護士会に旧氏を職務上氏名として届出をしている場合には，家庭裁判所に対して職務上の氏名での選任を希望する旨の意思表示を行うことで，職務上の氏名と戸籍上の氏名が併記される形で選任の審判がなされる。しかし，成年後見等に関する登記事項証明書に記載される氏名は「戸籍上の氏名」のみで，職務上の氏名として旧氏が併記されることはない。

登記事項証明書に記載される氏名が戸籍上の氏名のみであるため，後見人等としての職務行為を行う場合には，戸籍上の氏名と職務上の氏名との同一性の確認が逐一求められる。例えば，市区町村役場その他公的機関等への届出，金融機関への届出，不動産登記手続等については，戸籍上の氏名と職務上氏名の同一性を示すため，取得 1 回につき 550 円を要する弁護士会の会員証明書（3 か月以内のもの）を提示すること等が必要である。但し，住民票，マイナンバーカード，運転免許証に旧氏併記が可能となったために今後はこれらの資料を提示することで

足りる可能性はあるが，これらの資料には自宅住所の記載しかなく，法律事務所の住所の記載がないため，後見人等の審判書に住所として法律事務所の住所が記載されている場合には，従前同様に会員証明書の提示が別途必要となる。

以上のとおり，職務上の氏名の使用が弁護士会によって認められている弁護士の場合でも，後見人等の日常業務では非常に煩雑な対応を余儀なくされている。

（以上，甲 111 の 7　弁護士折井純作成に係る調査報告書）。

**ク　不動産登記等（甲148）**

住民票等の旧氏併記制度施行後も，不動産登記名義は依然として戸籍名のみの記載しか認められていない。婚姻改姓後，不動産登記名義を改姓後の戸籍姓に変更する手続きでは，その改姓の証明資料として，旧氏併記がなされている住民票であっても足りず，結局戸籍謄本が必要とされている。住民票には改姓の年月日が記載されておらず情報不足だからである。また，旧氏併記の住民票を提示しても，銀行では人物の同一性を認めず，銀行のサービスの一部が受けられない。旧氏併記制度は，重要な権利義務にかかわる実務において役立っていない。

**ケ　その他**

人として社会で生きるためのあらゆる場面で氏名の表示は必要であるが，例えば，株式会社の従業員や公務員等，組織に属する労働者の給与・年金関係書類，不妊治療や不妊検査等の助成金申請手続等（甲 113　飯田亜由香作成陳述書），数えきれない場面で，旧氏ではなく戸籍名でなければ取扱いを受けられないのが現実である。また，ある生命保険会社では，社則において，通称使用は不可で，戸籍名での勤務が義務づけられている。なぜならば，日本国内で生命保険の販売・付随する事務をする人は，前科等の情報を把握するために生命保険募集人登録が必須であり，そういった社員の情報を会社が把握し，生命保険協会に報告することが求められているが，生命保険募集人登録の氏名（戸籍名）と社内での氏名が異なってしまうと，会社に多大な事務負担と労力がかかってしまうからである。

（以上，甲 114　橋本直子作成陳述書）

## ５　通称使用の限界と問題点

### ⑴　平成27年最大判の岡部意見の指摘

平成 27 年最大判は，「氏の選択に関し，夫の氏を選択する夫婦が圧倒的多数を占めている現状からすれば，妻となる女性が上記の不利益を受ける場合が多い状況が生じているものと推認できる」と述べた上で，かかる不利益は，「氏の通称使用が広まることにより一定程度は緩和され得るものである」と述べる（2595頁）。しかし，同最大判の岡部裁判官の個別意見が適確に指摘するように「通称は便宜的なもので，使用の拒否，許される範囲等が定まっているわけではなく，現在のところ公的な文書には使用できない場合があるという欠陥がある上，通称名と戸籍名との同一性という新たな問題を惹起することになる。そもそも通称使用は婚姻によって変動した氏では当該個人の同一性の識別に支障があることを示す証左なのである。既に婚姻をためらう事態が生じている現在において，上記の不利益が一定程度緩和されているからといって夫婦が別の氏を称すること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。」（2605 頁）

岡部意見も指摘するとおり，どんなに通称使用の可能な範囲が拡大しても，通称使用には以下の限界及び問題点があり，通称使用では婚姻改正による不利益の救済としては不十分である。

① 通称は便宜的なもので，使用の拒否，許される範囲等が定まっているわけではない。

② 通称名と戸籍名との同一性の証明を要するという新たな問題を惹起することになる。

③ ２つの氏の使い分けは，本人にとっても他者からみても複雑であり，混乱を招いている。

### ⑵　通称使用を求める裁判等

上記の(1)①に関連して，平成 27 年最大判後にも，教員が私立学校に対して旧姓の通称使用を求めた裁判（東京地判平成 28 年 10 月 11 日労判 1150 号 5 頁）や，

弁護士が弁護士法人の登記において通称使用を求めた行政不服審査請求事件（甲61 京都新聞）などがある。これらの裁判等の発生は，通称使用の前記問題点①の存在を，具体的に証明している。

### ⑶ 学説による批判

平成 27 年最大判の通称による不利益緩和論に対しては，世論や新聞各紙の前記批判（第 2 記載）だけでなく，研究者からも厳しい批判がおきた（学説による批判については第 6 参照）。その一部を下記に記載する。

#### ア　辻村みよ子明治大学法科大学院教授（憲法学）

「通称利用による不利益緩和可能性については，・・・それが，本質的な批判になり得ず，量的な緩和策に過ぎないことが確認される」，「通称を公文書に使用できないという欠陥がある場合には，それが研究者の場合には，憲法 23 条の学問の自由，・・・行政書士などの例では憲法 22 条が保障する職業選択の自由や営業の自由にも抵触する不利益であるといえる」（甲 28「憲法と家族」280 頁，現在東北大学名誉教授）。

#### イ　水野紀子東北大教授（家族法学）

「法廷意見は，通称使用によって改氏の不利益が緩和されるとするが，現実には通称使用の限界はいたるところにあり，通称使用者は日常生活のあらゆる場面で「これはあなたの『本当の名前』ではない」と非難する官民における官僚主義と絶えず闘い続けなくてはならないのである。法廷意見には，『本当の名前』を意思に反して奪われる被害への想像力が欠如している」（甲 33「夫婦同氏を定める民法 750 条についての憲法 13 条，14 条 1 項，24 条の適合性」家庭の法と裁判第 6 号 20 頁，現在白鷗大学教授）。

#### ウ　床谷文雄大阪大学教授(家族法学)

「通称としての婚姻前の氏（旧姓）の使用度・許容度は格段に上昇している事実はあるが，その使用の限界も指摘されている。ここでいう通称は法的基礎がなく，行政の申合わせや個別企業の了解によるものであり，通用性の限界や不安定

さは岡部意見・木内意見の通りである」「自己の真正な氏として法的に通用するものでなければ意味がないし，氏を変えない婚姻へのニーズは，通称使用によって充たされるものではない」（甲 36「夫婦同氏の原則を認める民法七五〇条の規定は憲法一三条，一四条一項，二四条に違反しないとされた事例」判例評論 694 号 192 頁，現在奈良大学教授）。

**エ　蟻川恒正日本大学教授（憲法学）**

「氏の変更により生じる不利益が今後通称使用の著しい拡大などによって相当程度緩和されたとしても，夫婦の一方のみが氏の変更による何らかの不利益を引き受け，他方はそうした不利益から一切免れているという配偶者間での不利益の不均衡を民法が『公序』として強制していることの問題は解消され」ず（甲 65 の 1「夫婦同氏制の合憲性」民法判例百選Ⅲ親族・相続［第 2 版］」15 頁），このような「公序」を「強制する意味を有する夫婦同氏制は，それ自体が，・・・憲法 24 条 1 項後段の趣旨に沿わない・・・したがって，憲法 24 条 2 項の認める立法裁量の範囲を超えて違憲であると解する」（甲 65 の 2「家族への法的介入と憲法―夫婦同氏強制を素材として」法律時報 90 巻 11 号 15 頁）

**⑷　アイデンティティの喪失感**

人は，出生と同時に氏名が与えられ，その氏名であらゆる活動を行い，その氏名と共に生きている。そのため，自分以外の他者は，自分のことをその氏名で認識するし，また，自分自身も，自分のことをその氏名で認識する。それにより，人の名前には，信用，評価，名誉感情等が蓄積していくことになる。

そのため，まさに平成 27 年最大判が述べるとおり，婚姻により氏を改めれば，それにより「アイデンティティの喪失感を抱いたり，従前の氏を使用する中で形成されてきた他人から識別し特定される機能が阻害される不利益や，個人の信用，評価，名誉感情等にも影響が及ぶという不利益が生じたりすることがある」のである（平成 27 年最大判は，さらに続けて，「特に，近年，晩婚化が進み，婚姻前の氏を使用する中で社会的な地位や業績が築かれる期間が長くなっていることか

ら，婚姻に伴い氏を改めることにより不利益を被る者が増加してきていることは容易にうかがえるところである」とまで述べている。)。このアイデンティティの喪失感については，平成 27 年最大判の岡部意見において，より一層具体的に，「氏は名との複合によって個人識別の記号とされているのであるが，単なる記号にとどまるものではない。氏は身分関係の変動によって変動することから身分関係に内在する血縁ないし家族，民族，出身地等当該個人の背景や属性等を含むものであり，氏を変更した一方はいわゆるアイデンティティを失ったような喪失感を持つに至ることもあり得るといえる。」と指摘されているのである。

かかるアイデンティティの喪失による不利益は，旧氏を通称として使用することができるようになったとしても，回避できない。すなわち，通称は「本名」ではなく，あくまでも括弧書きないし付記されるだけという取り扱いのものだからである。また，婚姻改姓に伴う個人の識別機能への支障は，主に，就労する者の業績，実績，成果などの法的利益に影響するという文脈で語られてきたが，このアイデンティティの喪失感は，いわゆる専業主婦・専業主夫であっても感じるのであって，夫婦同氏制が，望まない婚姻改姓を余儀なくされている男女全体の問題であることを示すものである。なぜ，「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」氏名を，婚姻という一事をもって，夫婦の一方だけが失わなければならないのか。旧姓の通称使用では，このアイデンティティの喪失に対する解決にならないことは明らかである。

### ⑸ 通称使用の具体的な問題点

#### ア 人事管理の煩雑さ

いずれの職場においても，給与明細等の税務関係書類や年金関係書類など，戸籍上の氏名との同一性が求められる人事関係書類については通称使用は認められていない。このため，どの職場においても，通称と戸籍上の氏名との 2 つの氏名を管理しなければならず，その事務手続の煩雑さは所属する組織の負担となっている。昨今，多くの職場でシステムによる人事管理を行っているが，2 つの氏名

を使用するためのシステム変更，人事管理ソフトの変更のための費用等が発生している。

**イ　ミスや混同によるトラブル**

2 つの氏の使い分けは，周囲の者にも，本人の属する組織にも，また本人自身にも，どこでどちらを使用するのについての混乱を生じさせ，しばしばミスやトラブルを発生させている（甲 66 北海道新聞）。

**ウ　違法を疑われる**

旧姓を括弧書で記載する現行のパスポートの併記方法は国際的に広く認知されているものではないため，出入国の際に無用なトラブルを生じさせている（甲 58 の 2 外務省説明資料）。外国での日常生活において，全て「A」として活動している者につき，パスポートには「B（A）」と記載されている場合，「なりすまし」と推測され，違法行為を行っているとすら疑われる場合がある（甲 59 陳述書）。

**エ　氏変更に伴う種々の手続きの負担**

通称使用という解決方法は，依然として夫婦の一方が，戸籍姓の変更をし，普段使わない氏のために，膨大な数の手続きをとらなければならない。時代が進むにつれ，氏名を表記する場面は増えており（クレジットカードやポイントを付与するカードの数の増大のみを考えても），氏の変更に伴う事務量は膨大なものとなっている。運転免許証の氏名変更１つをとっても半日を要する仕事である。

**オ　プライバシーの不必要な開示**

日常生活において本人確認が要求される場面は多々あるところ，旧姓併記という中途半端な対処法では，婚姻しているという私的な事項，プライバシーを絶えず不必要に開示しなければならない。

### カ　夫婦の一方のみの負担

上記ア～オのような様々な負担は，夫婦の一方のみが負わなければならず，婚姻の最初から，配偶者間での不利益の不均衡を民法が「公序」として強制し，実質的不平等を負わせていることになる（甲 65 の 1,2 蟻川）。

### キ　通称が使用できる範囲（個人識別機能）は限定的

既に述べたとおり，通称（旧氏）の使用可能な範囲は限定的である。住民票の旧姓併記制度ができたからといって，あらゆる場面で旧姓使用ができるようになるわけではなく，実態は，当該制度の施行以前と大きく変わったとはいえない。

仕事上，旧氏を使用している者でも，平凡な日常生活の中で，旧姓を使用できない場面は多々ある。例えば，病院に通えば戸籍姓で順番を呼ばれ，採血など各種検査の都度，本人確認のために看護師より戸籍姓を名乗らされる。公立の図書館で本を借りるにも，自治体の公共施設を借りるにも，戸籍名でなければ対応してもらえない。税金の支払いも戸籍名で行わなければならず，銀行でも戸籍名で呼ばれる。旧氏で仕事をし，種々の契約書上の名義は旧氏であっても，報酬送金口座は戸籍名であるため，顧客に都度その不一致の理由を説明し不法な目的ではないことを信じてもらわなければならない（甲 115，二木泉作成陳述書）。

## ⑹　小括

上記のとおり，通称使用は，アイデンティティの喪失という夫婦同氏制の問題の解決には全くならないことはもちろん，便宜的なものであり，使用の拒否，許される範囲等が定まっているわけではなく，通称名と戸籍名との同一性という新たな問題を惹起させ（以上，平成 27 年最大判の岡部意見），各組織に人事管理の煩雑さ，日常生活における様々な場面での混乱やトラブル，プライバシーの不必要な開示をもたらし，そしてそれらが夫婦の一方のみに発生するという夫婦間の実質的不平等を発生させている。そして，上記のような通称使用によって生じる問題については新聞報道でも繰り返し指摘されている（甲 123～126，134 の 1，134 の 3，159）。

## ６　国は2001（平13）年の段階で通称使用の問題点を認識していたこと

このような旧姓の通称使用の問題点は，すでに 2001（平 13）年 6 月 29 日の内閣府男女共同参画会議基本問題専門調査会において明らかにされていた。同調査会に提出された旧姓使用拡大に対する消極意見は，

① 旧姓使用を広く浸透させるためには，相当のコスト，労力等を伴う

② 行政関係の文書に限っても所管省が多岐にわたっており，足並みをそろえた対応が困難（旧姓使用を部分的に認めることは，却って他の手続との関係で混乱を生じさせるおそれ。）

③ 通称使用を広めることは，選択的夫婦別姓制の導入に向けての動きをなし崩しにするものであり，ごまかしであるとの批判を免れない

というものであった（「旧姓使用拡大に対する意見について」甲 116・内閣府男女共同参画会議基本問題専門調査会資料）。

そして，同年 10 月 11 日，同会は「選択的夫婦別氏制度に関する審議の中間まとめ」甲 159）を公表し，「今後旧姓の通称使用の範囲が拡大したとしても，長期間保存される公的書類においては，戸籍名と異なる通称使用に限界がある。また，通称名と戸籍名の使い分けに伴う混乱等はなお存在する。・・問題の根本的解決のためには，民法における所要の措置が採られることが望ましい」と結論づけた。通称使用の拡大策は根本的な解決にならないことを国自身が以前から認識していたのである。

## ７　結語

通称使用（旧氏併記）の拡大策は，婚姻前の氏の継続使用についての国民からの要請の高さと氏が個人にとって重要な価値をもつことの証明である。

しかし，膨大な税金を使った旧氏併記策も、住民票、マイナンバー、パスポート、運転免許証までにとどまり、そこから広がらず成功しなかった。小さく旧氏が併記されたこれらの文書を示しても、行政官にもその意味が周知されておらず、他の行政上の文書（例えばすべての税務関係書類、各種の役所に提出する補助金

申請書、新型ウイルス対策の特例金給付申請書・・あげればきりがない）には戸籍姓の記載を求められている。

住民票などの旧氏併記の制度については，保守派の国会議員でさえ，「社会をすごく混乱させると思った」との意見を述べている（甲 119「自民党・稲田朋美元防衛相が選択的夫婦別姓に賛成の理由」）。

原判決は，平成 27 年最大判以降の通称使用の拡大により，婚姻改正による不利益が一定程度緩和されているとして、夫婦同氏制が憲法 24 条に違反するものとはいえないと判示するが（原判決 18 頁）が，日々２つの氏を使い分けて生活しなければならない煩雑さを体験したことがない立場からの誤った評価である。

裁判所におかれては，通称使用（旧氏併記）の拡大や一部の旧氏併記制度が，おおよそ婚姻改姓のもたらす不利益の根本的な解決策になっていないこと及び選択肢なき夫婦同氏制の合理性を決して補完するものでないことを踏まえて判断をされたい。

## 第８　自由権規約及び女性差別撤廃条約について

### １　原判決と憲法98条2項

#### ⑴　自由権規約についての判断

原判決は，自由権規約について，民法 750 条はその文言上性別に基づく法的な差別的取扱いを定めているわけではなく，夫婦同氏制自体に男女間の形式的な不平等は存在せず，我が国において，夫婦となろうとする者の間の個々の協議の結果として夫の氏を選択する夫婦が圧倒的多数を占めることが認められるとしても，それが民法 750 条の規定の在り方自体から生じた結果ではないこと，自由権規約 2 条 1 項・3 項(b)，3 条，17 条 1 項及び 23 条の各規定の文理をみても，各配偶者が自己の婚姻前の氏の使用を保持する権利が保護されていることが具体的に定められているとはいい難いこと，したがって，夫婦同氏制を定める本件各規定が

上記各規定に違反していることが明白であるとは認められないから，自由権規約違反の主張は採用することができない旨判示した。

しかしながら，上記判示は，法令の解釈を行うことを一切しないまま，個々の権利が具体的に定められていない限り，これを無視しても条約違反とはならないとしたものであり，「日本国が締結した条約及び確立された国際法規は，これを誠実に遵守することを必要とする。」と定めた憲法 98 条 2 項に違反する。

**⑵ 女性差別撤廃条約についての判断**

また，原判決は，女性差別撤廃条約について，内容を具体化するための国内法上の措置をとることなく，個々の国民に権利を保障するものとしてそのままの形で直接に適用されて裁判規範性を有するといえるためには，主観的要件として，条約の内容をその公布により個々の国民の権利義務を直接に定めるものとするという締約国の意思が確認できること，客観的要件として，条約の規定において個々の国民の権利義務が明確かつ完全に定められていて，その内容を補完し，具体化する法令を待つまでもない内容となっていることが必要になるとし，女性差別撤廃条約の文言や条約の発効の経過における国会答弁によれば主観的要件が充たされず，政治的責任を負うことを宣明したものにすぎず，また 16 条 1 項柱書，同項(b)，(g)の規定によって保障される権利の具体的な内容は一義的に明確ではない上，その執行に必要な機関や手続についての定めを欠いているから，これらにより個々の国民の保有する権利義務が明確かつ完全に定められているとはいい難く，その内容を補完し，具体化する法令の制定を待つまでもなく，国内的に執行可能なものということはできないから客観的要件も充たさず，したがって上記各規定が直接に適用されて裁判規範性を有しているものと解することはできないから，女性差別撤廃条約違反の主張は採用することができない旨判示した。

しかしながら，前記のとおり，憲法 98 条 2 項は，「日本国が締結した条約及び確立された国際法規は，これを誠実に遵守することを必要とする」と定めており，これを実現するためには，当然ながら，日本国が締結した条約が誠実に遵守され

ているか否かを，国内において，誰かが判断する必要がある（条約の適合性審査)。

そして，既に締結した条約について，この点を終局的に判断する主体は，法令の解釈・適用につき専権を有する裁判所をおいて，ほかにはない。

ところが，上記判示は，日本国が締結した条約に関し，これが国内において遵守されているか否かという条約の適合性審査の場面において，条約を単なる「宣明」に過ぎないものとし，裁判所が解釈・適用する法令としての効力を認めず，いわば単なる「紙切れ」と同じという判断をしたのであるから，「日本国が締結した条約及び確立された国際法規は，これを誠実に遵守することを必要とする」旨定めた憲法 98 条 2 項に違反する。

加えて，上記判示は，条約の各規定の解釈を行うことを一切しないまま，締約国が国内法の整備を通じてその権利を確保することをいつまでもせず，あるいは，その内容を具体化する法令がいつまでも制定されず，又は阻害する法令のみがある状態であっても，なぜか一向に条約違反にはならないという判断をした点において，憲法 98 条 2 項に違反する。

### ⑶ 条約実施機関による一般的意見ないし勧告と法令解釈

さらに，原判決は，自由権規約の履行監視機関である自由権規約委員会が，「(締約国は）夫妻の婚姻前の氏の使用を保持し，又新しい氏を選択する場合に対等の立場で決定する配偶者各自の権利に関して性別の違いに基づく差別が起きないことを確実にしなければならない。」等とする一般的意見を採択していることについて，これらは条約解釈の指針ないし補足的手段となり得るものではあっても，締約国の国内機関による解釈を法的に拘束する効力を有するものとは認められないから，本件各規定が条約に違反するということはできない旨判示した。

しかしながら，上告人は，自由権規約委員会の一般的意見ないし女性差別撤廃委員会の勧告に法的拘束力があるという主張など，していない。締約国において同条約を解釈する際には，条約により設置された履行監視機関である各委員会の

見解は，十分に考慮し尊重されるべきで，特段の事情のない限り，同委員会の勧告等に基づいて，これを行うのが相当であり，また，仮に締約国が，条約についてこれと異なる独自の解釈・適用をするのであれば，そこには，相応の理由と根拠を示す必要があると解すべきであると，主張しているのである（勧告等に法的拘束力があるのであれば，異なる解釈・適用をすることなど，そもそも許されないはずである。）。

法令の解釈・適用に際して，勧告等を考慮し尊重するということと，勧告等に法的拘束力があるということとは，全く異なる。例えば，行政機関の通達やガイドライン等には，裁判所に対する法的拘束力はないが，法令の解釈・適用に当たっては，これが考慮されることがあるのは，裁判所に顕著な事実である。

また，現に最高裁判所も，例えば日星租税条約を解釈するに当たって，OECD 租税委員会が OECD モデル租税条約の解釈に関して作成したコメンタリーを参照しているのであり（最高裁平成 20 年（行ヒ）第 91 号平成 21 年 10 月 29 日第一小法廷判決・民集 63 巻 8 号 1881 頁参照），このような行為は，法律の実務において，ごく自然かつ当然のこととして行われているものである。

さらに，原判決は，勧告等が条約の指針ないし補足的手段となり得るものであることを認めており，これは，上告人の主張と実質的に重なるところがあるものといえる。ところが，原判決は，その直後にこれを法的拘束力の議論にすり替えて，結論を導いている。

このような議論のすり替えと条約の解釈自体の放棄，これによる条約の実質的無効化は，条約を「誠実に遵守することを必要とする」と定める憲法上の義務と，正反対のものであり，憲法 98 条 2 項に違反する。

以上のとおり，原判決は，憲法 98 条 2 項に違反しているものである。以下に詳述する。

## ２　「個々の権利が具体的に定められていること」等について

### ⑴　具体的権利の内容が一義的かつ明確に定められていないとしても法令解釈及び法令の適用が可能であること

原判決は，いずれの条約についても，「それらの規定によって各配偶者が自己の婚姻前の氏の使用を保持する権利が保障されていることが具体的に定められて」いない限り，又は，「規定によって保障される権利の具体的な内容は一義的に明確」でない限り，条約違反とはならない旨判示した。

しかしながら，上記判示は，法令の一般的解釈の在り方から，著しく乖離しているものである。すなわち，法令は，解釈の上で適用されるものである。一切の解釈をせずに，具体的に，一義的かつ明確に定められていない限り，法令違反とはならないのであれば，当該法令は，その適用場面が著しく制限されて，もはやないも同然となり，およそ遵守されないこととなる。

例えば，日産自動車女子若年定年制事件（最高裁昭和 54 年（オ）第 750 号昭和 56 年 3 月 24 日第三小法廷判決・民集 35 巻 2 号 300 頁参照）は，女性と男性とで定年に差があることが不合理な差別となるか否かが争われた事件である。このとき，裁判所が，「憲法 14 条及び民法 90 条には，女性の定年を 60 歳とする権利が保障されていることが具体的に定められているとはいえないから」という理由により，原告の請求を棄却したならば，それは，議論のすり替えにほかならず，法令の解釈・適用を全くしていないこととなる。また，その結果，憲法 14 条及び民法 90 条は，その適用場面がおよそ失われ，これらが遵守されることも，なくなってしまう。

同様に，薬局距離制限事件（最高裁昭和 43 年（行ツ）第 120 号昭和 50 年 4 月 30 日大法廷判決・民集 29 巻 4 号 572 頁参照）において，「憲法 22 条には，原告が広島県福山市で薬局を開設する権利が保障されていることが一義的かつ明確に定められているとはいえないから」という理由により，原告の請求を棄却することも，認められないものである。

仮に，原判決のような理由付けが許されるのであれば，殆ど全ての訴訟において，直接これに答えることをせずに，棄却することができることとなってしまう。なぜなら，法令は，罪刑法定主義（憲法 31 条）や租税法律主義（憲法 84 条）等，国民の権利・自由を守るという見地から，歴史的に独自の原則が形成されていったものを除き，あらゆる場面を個別具体的に網羅して，一義的かつ明確に定められるものではないからである。むしろ，あらゆる場面に適用可能なように，抽象的に規定されるのが一般的である。

**⑵　自由権規約及び女性差別撤廃条約は人権に関する条約であること**

特に，自由権規約及び女性差別撤廃条約は，「人権」に関するものである点も，留意されなければならない。

人権に関する規定は，その性質上，原理原則が定められるもので，個々の具体的場面について，一義的かつ明確に，特定の具体的な権利の形式で定められるものではない。

例えば，個人の尊重等を定める憲法 13 条は，「すべて国民は，個人として尊重される。生命，自由及び幸福追求に対する国民の権利については，公共の福祉に反しない限り，立法その他の国政の上で，最大の尊重を必要とする。」と規定しているが，この条文のどこにも，「プライバシー権」や「パブリシティー権」は，具体的に定められておらず，一義的かつ明確に規定されてもいない。

また，法の下の平等を定める憲法 14 条は，「すべて国民は，法の下に平等であつて，人種，信条，性別，社会的身分又は門地により，政治的，経済的又は社会的関係において，差別されない。」と規定しているが，この条文（及び民法 90 条）のどこにも，「私企業が定年を定める場合，男性は 60 歳，女性は 55 歳としてはならない。」とか，「相続人に嫡出子と非嫡出子がいる場合，非嫡出子も嫡出子と同じ法定相続分となる。」などとは，規定されていないのである。

仮に，原判決が判示するように，特定の権利が具体的に定められていない限り，又は，個々の国民が保有する具体的権利の内容が一義的かつ明確に定められてい

ない限り，権利として認められないというのであれば，日本においては，憲法上，いかなる人権も認められないこととなってしまう。

しかしながら，かかる見解が受け入れ難いことは，誰の目にも明らかであろう。また，もし裁判所がそのような要件を独自に定立して，憲法上の権利なしと判示すれば，たちまち憲法違反となることも，明らかである。

### ⑶ 小括

以上のとおり，法令の規定が遵守されるためには，当該規定を解釈した上で，これを適用しなければならない。一切の解釈をせずに，「具体的に書かれていないから，違反はない。」と判断するのであれば，当該法令は，結局のところ，全く遵守されないこととなる。

法令が憲法や条約に違反しているかどうかということと，憲法や条約が個別具体的な権利を一義的かつ明確に定めているかどうかということとは，別の問題である。後者が認められない限り，法令は憲法や条約に違反しないというのであれば，「離婚後 300 日は再婚してはならない。」という法令や，「左利きの者は東京都に住むことができない。」という法令も，認められることとなる。なぜなら，「離婚後 300 日以内に再婚できる権利」や，「左利きの者が東京都に住む権利」は，憲法及び条約のどこにも，具体的に定められていないからである。

このように，原判決の論旨によれば，いかなる法令も，憲法及び条約に違反することは，なくなるであろう。その結果，憲法及び条約は，およそ遵守されないこととなる。

したがって，かかる一事をもってしても，原判決の論旨が誤りであり，憲法 98 項 2 項が定める条約誠実遵守義務に違反することは，明らかである。

なお，下級審の裁判所は，条約について様々な理屈を付けては，ないものとして扱い，その解釈・適用を回避しようとする傾向が見受けられる。

しかしながら，条約も，法令という点では，憲法や民法といった他の法令と同じである。したがって，その解釈や適用も，他の法令と同様に，各規定の文脈や

その趣旨及び目的，条約の立案過程やコメンタリー，委員会の一般的意見等を参考にして，堂々と行えばよいだけである。現に，後記のとおり，行政府や最高裁判所は，いわゆる主観的基準や客観的基準という独自の要件など持ち出すまでもなく，条約を誠実に解釈して適用しているのである。

下級審の裁判所の，条約判断に対する姿勢は目に余るほどである。これでは，憲法が定める条約誠実遵守義務は，到底守られていないといわざるを得ない。また，国際社会においても，日本は名誉ある地位を占めるどころか，条約無視の無法国家という，恥ずべき地位を占めることとなってしまう。多くの文献が外国語であることや，先例に乏しいことが影響しているのかもしれないが，条約も，法令である。行政府では，社会人となって1年ないし数年の者ですら，これらの資料を元に，条約の解釈を行っているのである。なぜ，本来のスペシャリストである裁判官が，本来の任務から逃げ続けるのか，その姿はあまりに情けないといわざるを得ない。ぜひ，正面から堂々と，解釈・適用をしていただきたい。

## 3　条約の適合性審査について

### ⑴　条約適合性審査の必要性

条約締結国には，当該条約を遵守する法的義務がある。そのため，条約違反とならないためには，国内の法令や具体的状況が当該条約に適合しているか否かを判断する必要がある。なぜなら，条約を締結したにもかかわらず，国内法令等が当該条約に適合しているか否かの判断を誰も行わないのであれば，当該条約には，その履行を確保する手立てがなく，当該条約はないも同然の存在となり，また，条約違反の状態がそのまま放置されて，これを遵守することができないからである。

したがって，締結した条約を遵守するとともに，その旨定めた憲法98条2項を守るためには，その当然の前提として，当該条約が遵守されているか否かが，判断される必要がある。

そして，上記判断を行うためには，当該条約を解釈・適用する必要があるところ，この法の終局的解釈・適用権限は，裁判所の専権に属する。

よって，裁判所は，日本が締結した条約について，これを遵守し，またその旨定めた憲法 98 条 2 項を守るために，国内の法令や具体的状況が当該条約に適合しているか否かを判断する権利を有し，義務負う。

しかるに，原判決は，条約の適合性判断の場面において，女性差別撤廃条約を解釈することなく，その判断をすることを回避した。これでは，日本において，女性差別撤廃条約が遵守されているか否かが判断されず，また，条約違反の状態も，そのまま放置されることとなる。

よって，かかる判断をした原判決は，条約誠実遵守義務を定めた憲法 98 条 2 項に違反しているものである。

### ⑵ 条約法に関するウィーン条約

なお，条約法に関するウィーン条約は，当事国は，条約の不履行を正当化する根拠として自国の国内法を援用することができない旨定めている（27 条)。このように，法ですら条約の不履行を正当化する根拠とはならない以上，法ですらない「学説」や「理論」に基づき，条約の不履行を正当化することなどできないことは，明らかである。

しかるに，原判決は，条約が裁判規範性を有するためには，いわゆる「主観的要件」及び「客観的要件」を要するとの理論を展開して，条約の解釈・適用を排除しており，結果として，条約の不履行を正当化する根拠としている。

よって，原判決の論旨は，条約法に関するウィーン条約にも違反しており，条約誠実遵守義務を定めた憲法 98 条 2 項に違反しているものである。

### ⑶ 行政府において条約の主観的基準や客観的基準は考慮されていないこと

また，条約の締約国となるのであれば，当該条約を遵守しなければならないことは，当然である。そのため，日本の行政府は，条約を締結するに際し，各条文を解釈して，国内の法令や具体的状況が当該条約に適合しているか否かを検討し，

必要であれば適宜法令の改廃や新規立法を行った上で，これが確保されていると判断してから，当該条約を締結している。

このように，日本の行政府は，「締結した条約は守る」という当然かつ簡潔な考えの下に，条約を解釈して，国内法令の整備等を行っている。そして，その際，当該条約が「主観的基準」及び「客観的基準」を満たすか否か，あるいは，いわゆる自動執行力を有するか否かなど，全く考慮していないのである（甲 199 松田浩通「国際法と憲法秩序」（東京大学出版会，2020 年）14 頁）。

現に，上告人代理人の中にも，条約起草・交渉過程や条約締結過程等に関与した者が複数いるが，上記議論がされることなど，皆無であった。条約の扱いは，他の法令と同じであり，その内容を解釈した上で，日本において遵守できるか否か，日本にとって有意な内容であるか否かといった点が，検討されているのである。

**⑷ 主観的基準や客観的基準を必要とする最高裁判例はないこと**

さらに，最高裁判所も，主観的基準や客観的基準を詳細した判例は，未だ見当たらない。以前から，最高裁判所の基本的な態度は「憲法上条約は国内的効力を有するということから直ちに条約を解釈，適用」するというべきものだと指摘されていたが，現在でも，その立場は変わっていないといえる（甲 199 前掲松田 14-15 頁）。

条約は解釈・適用されなければ遵守されることもないこと，条約法に関するウィーン条約の規定があること，条約締結作業を担う行政府も，主観的基準や客観的基準といった考え方など採用しておらず，「締結する以上は遵守する」という当然の理念の下に，これを解釈して国内法令の整備等をしていること等からしても，最高裁判所の上記考え方は，極めて正当である。

以上のように，一部の学説により説かれてきた主観的基準や客観的基準からなる要件論は，実際には，学説においてのみ議論されてきたものである。これを，条約の解釈をできる限り回避したいと考える一部の下級審裁判所が，利用してき

たに過ぎない。行政府は，およそそのような考え方はしておらず，また，最高裁判所も，その旨明示した判決を出したことはないのである。

### ⑸　司法審査が必要不可欠であること

条約は，締結された以上は遵守されなければならない。そして，その遵守は，締結時は行政府が条約違反のないよう各規定を解釈して，国内法令の整備等を行うことにより，締結後は裁判所が遵守されているか否かを審査・判断することにより，それぞれ確保されることとなる。

なお，行政府の判断は，その当時の担当官の考え方であり，担当官が変われば，考え方が正反対になることも決して珍しくはない。また，行政府は，法の終局的な解釈・適用権限を有するものでもなく，最終的な判断権者は，裁判所をおいてほかにない。さらに，法令の解釈は，時の変化にあわせて変わっていくものであり，締結時の解釈と国内法令の状況が，現在も条約に適合しているものとは，限らないのである。加えて，条約はひとたび締結されてしまえば，それ以降は行政府も立法府も，条約が遵守されているか否かという点について，主体的に取り組んで見直すということなどしない。そのため，条約を遵守するためには，果たして現在においても，条約違反の状態が生じていないかについて，事後的に裁判所が判断することが，必要不可欠なのである。

### ⑹　小括

以上のとおり，条約の適合性審査の場面において，条約を解釈することなくその判断を回避し，また，独自の理論を理由に条約の不履行を正当化した原判決は，条約誠実遵守義務を定めた憲法 98 条 2 項に違反する。

## ４　女性差別撤廃条約と自由権規約を区別すべき理由はないこと

⑴　原判決は，自由権規約については直接適用されることを前提としつつ，女性差別撤廃条約については，締約国が条約上の権利を確保するよう適当な措置をとる必要があり，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を否定する。

⑵　しかしながら，両者を区別する合理的根拠は，何ら見当たらない。むしろ，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解消するために，特にこの点に特化し，これを具体化・明確化する形で，作成された条約である。

そのため，同条約の前文にも，「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」として，その旨が明記されている。

このように，女性差別撤廃条約は，自由権規約及び社会権規約を，女性に対する差別の解消という見地から，特に具体化・明確化したものであり，条文上も，同条約の方がより具体的である。

したがって，かかる事実に鑑みれば，自由権規約は直接適用されるとしつつ，女性差別撤廃条約は直接適用されないとすることは，理論的にあり得ないというほかない。

具体的にみても，女性差別撤廃条約 16 条は，自由権規約 23 条をより具体化・明確化したものであり，（社会権規約ではなく）自由権規約の内容に含まれるものである。そして，自由権規約が直接適用されることについては，これまでの裁判例でも認められてきており，本件の第一審判決及び原判決も，当然の前提としている。したがって，女性差別撤廃条約 16 条も，直接適用されることとなる。

加えて，女性差別撤廃条約は，2 条柱書において「遅滞なく追求する」との即時性を表明しており，社会権規約 2 条 1 項のような漸進的性格に相当する規定は，存在しない。また，締約国の差別撤廃義務に関する一般勧告 28 も，義務の即時性を明記しているものである（パラグラフ 29）（甲 198 55 頁）。したがって，かかる観点からしても，自由権規約と区別して，これを適用しないと判断する理由はない。

⑶ また，原判決は，女性差別撤廃条約について，「確保するよう適当な措置をとり」，「措置をとることを約束する」という用語が用いられていて，個々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，直接適用されない理由として挙げている。

しかしながら，この点は自由権規約も同様である。すなわち，現に自由権規約 2 条も，「この規約の各締約国は，その領域内にあり，かつ，その管轄の下にあるすべての個人に対し，人種，皮膚の色，性，言語，宗教，政治的意見その他の意見，国民的若しくは社会的出身，財産，出生又は他の地位等によるいかなる差別もなしにこの規約において認められる権利を尊重し及び確保することを約束する。」，「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」と規定しており，また，同規約 23 条 4 項も，「この規約の締約国は，婚姻中及び婚姻の解消の際に，婚姻に係る配偶者の権利及び責任の平等を確保するため，適当な措置をとる」と規定しているのである。

つまり，「措置をとる」，「約束する」という用語が用いられているという点では，自由権規約と女性差別撤廃条約との間に，何ら差異はない。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，自由権規約の例が示すとおり，条約の直接適用可能性を否定する理由とは，ならないのである（岩沢 302 頁，甲 201)。

また，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ものである。したがって，当然ながら，上記用語は，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（申 22 頁，甲 26)。

さらに，条約起草過程においても，「この規定は，締約国内で具体化する法令が制定されない限り，適用されないから，『措置をとる』，『約束する』という用語を用いる。」という検討・合意など，されていない。そのような用語があるから，直接適用されず，これを具体化する法整備や司法機関による救済等が行われなくても，条約違反とはならないとは，夢にも考えられておらず，むしろ反対に，措置をとることを義務として明記し，これを怠った場合には，条約違反になるということを，より明確にすると考えられているのである。条約起草過程や締結過程に参画したことがなくとも，前者の考え方が非常識であり，後者の考え方によるべきことは，明らかであろう。よって，原判決が上記用語を理由として女性差別撤廃条約の適用を否定したことは，誤りである。

⑷ 以上のとおり，女性差別撤廃条約と自由権規約を区別すべき理由はなく，女性差別撤廃条約につきこれを適用することを否定した原判決の判示は，条約誠実遵守義務を定めた憲法 98 条 2 項に違反する。

## ５　学説上の概念について

前記のとおり，いわゆる主観的基準や客観的基準は，学説上の概念であり，行政実務は，これを全く考慮していない。また，これを採用する旨明記した最高裁判所の判例も，見当たらない状況である。

そして，学説上も，その概念の意味が論者により異なり，混乱が見られる状況にある。

もっとも，著名な研究者による学説によっても，本件は，条約の適用が認められて然るべき事案である。以下に，念のため，学説による概念の整理と本件への当てはめを行う。

### ⑴　国内的効力

日本においては，条約は批准・公布されれば，何ら特別な法的措置をとらずとも，自動的に国内的効力を付与される（自動的受容。甲 200 の 520 頁，537 頁，538 頁）。

### ⑵　自動執行的（セルフ・エクセキューティング）

自動執行的という言葉は，何らの立法なしに国内で法としての効力を持つという意味で用いられることが非常に多い。すなわち，直接適用可能という意味のほかに，自動的に国内的効力を持つという意味で用いられることが多く，極めて紛らわしい。

直接適用可能性や自己執行的という言葉を国内的効力の意味で用いるのは，混同を招くので避けるべきであり，国内適用可能性と国内的効力は，峻別されなければならない（甲 200 の 524～525 頁）。

### ⑶　国内適用可能性（国内における直接適用可能性）

ア　国内における直接適用可能性とは，国際法が国内において裁判所や行政府によってそれ以上の措置（法律や命令による具体化）の必要なしに直接適用され得るかという問題である（甲 200 の 522 頁）。

直接適用可能性の検討は，二段階で行われ，まず条約全体の直接適用可能性が当事国の意思等によって排除されていないかを検討し（主観的基準），次に具体的な規則が直接適用され得る性質のものかを検討する（客観的基準）。そして，国際法は，国内的効力を与えられたことに基づいて，他の国内法と同様に，原則として直接適用可能であると推定されるべきである。そのようにして推定した上で，直接適用可能性を根拠づける基準ではなく，これを排除する基準を検討すべきである。すなわち，基準が認められて初めて直接適用可能性があると認められるのではなく，基準が認められて初めて直接適用可能性がないと認められるのであり，条約には，原則として直接適用可能性があると推定されることとなる（甲200の527頁）。

主観的基準について，当事国の意思を直接適用可能性の基準とする裁判例や基準があるが（原判決もそうである），このような形で当事国の意思を基準とすると，ほとんどの条約は直接適用可能でないことになってしまう。国は条約が国内でどのように実現されるかに関心を持っていないことが多く，条約が直接適用可能と意図されたことを立証するのは，ほとんどの場合不可能である。特に多国間条約では，そのような当事国の意思は，通常は条文においても準備作業においても確認できない。このように，当事国の意思は基準となり得ない。ただし，国が条約中で直接適用可能性を否定する意思を示したなら，その意思は尊重されるべきである。また，自動的受容の国の議会は，条約を承認する際に，条約が法律等で実施されることを条件とすることができる。客観的基準は，規則の内容の明確性と完全性の2つの面がある（甲200の527～529頁）。

イ　上記に対して，主観的基準と客観的基準からなる直接適用可能性の要件論は，あくまで講学上の議論としての意味合いが強く，日本の行政実務や最高裁判所において実際に用いられているわけではないと指摘した上で，これを再考し，素直に憲法98条2項の文理から出発すべきであるとする学説がある。そして，日本においては，同条により，全ての機関が権限を協働させて誠実遵守義務を果たす

という仕組みがとられており，司法府は，具体的な紛争が生じた際に行政・立法府による実施について事後審査を行うことで，誠実遵守義務を果たすべきこととされている（甲 199 の 14 頁，167 頁，168 頁，178 頁）。

### ⑷ 相対的把握

また，条約は，直接適用可能なものとそうでないものとに二者択一的，絶対的に区別されることが少なくない。そして，直接適用可能でない条約は，そもそも国内に受容されず国内的効力を持たないといわれる。しかし，国際法の国内適用可能性は，このように絶対的に捉えられるべきではない。国に対する請求（社会保障給付など）の根拠としては直接適用され得ないが，国からの侵害（刑事訴追，課税など）を排除する根拠としては直接適用され得るというように，請求の仕方，規則の適用のされ方によって，国内適用可能性の結論は異なり得るのであって，相対的になされるべきものである。

さらに，直接適用は，国際法が国内で効果を持つ効果の一つでしかなく，国際法は国内において直接適用以外の様々な効果を発揮し得る。国際法が直接適用可能でなくても，裁判所は，国際法に照らして国内法の司法審査をすることができると考えるべきである。裁判所は国内法が国際法の枠を超えていないか審査し，枠を超え国際法に反する国内法の適用を拒否することができるというべきである（甲 200 の 530 頁）。

### ⑸ 学説の整理

以上のとおり，今日では，国際法の国内適用については，原則として直接適用可能と推定されており，例外的に，これが排除されるか否かが検討されることとなる。また，そもそも主観的基準・客観的基準という行政及び裁判実務と乖離した考え方自体に疑問を呈し，憲法 98 条 2 項を素直に解釈すれば，司法府は国際規範を用いた裁判により，又は国際規範と国内法制度との間に抵触が生じていることを裁判において明らかにし，立法府と行政府の対応を促すことにより，条約遵守義務を果たすと考える学説もある（甲 199 の 178 頁）。さらに，国際法の国

内適用可能性は，絶対的に捉えられるべきではなく，国に対する請求（社会保障給付など）の根拠としては直接適用され得ないが，国からの侵害（刑事訴追，課税など）を排除する根拠としては直接適用され得るというように，請求の仕方，規則の適用のされ方によって，国内適用可能性の結論は異なり得る。加えて，裁判所は，条約と国内法の適合性の審査権を有し，適合解釈ができない場合，国内法や国家行為等は国際法に照らして違法となり得る。そして，適合解釈が不可能な場合，司法府は不適合状態を明らかにし，立法府が国内法を改正するか，行政府が国際規範を変更する等の方法により，国際義務違反の状態を解消しなければならない（甲 71　申惠丰(ヘボン)「人権条約の直接適用可能性」『青山法学論集』第 49 巻第 1 号 191 頁，甲 199 の 186 頁～191 頁)。

### ⑹　学説による本件への当てはめ

ア　前記の直接適用可能性の基準を本件に当てはめると，女性差別撤廃条約は，国内的効力を与えられており，原則として直接適用可能であると推定されることとなる。

そこで，これが例外的に排除されるか否かを検討すると，国が条約中に直接適用可能性を否定する意思を示した部分は，あるとは認められない。また，日本が同条約を批准する際にも，条約の締結に対する承認の権能を有する国会（憲法 61 条）が，同条約は日本においては直接適用可能性を有しないことを締結承認の条件とする旨の附帯決議を採択したとか，条約を締結する権能を有する内閣（憲法 73 条 3 号）が，批准書の寄託と共に，同条約は日本においては直接適用可能性を有しない旨の解釈宣言を付したという事実もない。よって，直接適用可能性を否定する主観的意思があるとは認められないことは，明らかである。

さらに，控訴理由書２の 9 頁以下にて詳述したとおり，上告人指摘の各規定は，十分に明確であり，これが不明確でその適用が権力分立の原則等に反するというのであれば，裁判所は，憲法をはじめ他の多くの法令も，解釈・適用できないこととなる。よって，客観的基準を欠くとは認められないと考えるのが相当である。

以上のとおり，本件においては，例外的に排除される基準を満たすとは認められず，女性差別撤廃条約は，原則どおり，直接適用可能であると解される。

イ　また，憲法 98 条 2 項により，そもそも裁判所は，国際規範を用いた裁判により，又は国際規範と国内法制度との間に抵触が生じていることを裁判において明らかにし，立法府と行政府の対応を促すことにより，条約遵守義務を果たすべきこととなる。

そして，本件においては，国に対し，婚姻に際して氏を変えることを強制してはならないという不作為義務を課すものであるから，裁判所は，女性差別撤廃条約を用いて，民法 750 条，戸籍法 74 条 1 号，慣習及び慣行並びに国内法の措置がとられていないという不作為による国家行為（以下「本件各規定等」という。）は，同条約に違反すると判断すべきこととなる。

ウ　さらに，本件において，女性差別撤廃条約は，国に社会保障給付等を求める根拠として用いられているのではなく，氏の変更を強制されるという国からの侵害を排除する根拠として，用いられているものである。

よって，かかる観点からも，直接適用されることは，明らかである。

エ　加えて，直接適用可能性の有無にかかわらず，裁判所は，国際法に照らして国内法の司法審査をすることができ，国際法に反する国内法の適用を，拒否することができる（条約の適合性審査）。

よって，本件においても，裁判所は，本件各規定等が女性差別撤廃条約に反していないか，審査を行い，もし反している場合は，これらを違法としなければならない。

**⑺　小括**

以上のとおり，本件においては，学説によっても，女性差別撤廃条約は直接適用されると解するのが相当である。また，いずれにしても，裁判所は，本件各規定等が同条約に違反していないか，その適合性審査を行うべきこととなる。

よって，女性差別撤廃条約につきこれを適用することを否定した原判決の判示は，上記の判断を誤り，同条約を無効化して無視したものであるから，憲法 98 条 2 項が定める条約誠実遵守義務に違反する。

**６　本件各規定等が自由権規約及び女性差別撤廃条約に違反していること**

前記のとおり，本件においては，自由権規約及び女性差別撤廃条約を解釈・適用して，本件各規定等がこれらの条約に違反していないか，審査・判断する必要がある。

そして，本件各規定等が女性差別撤廃条約に違反していることについては，控訴理由書 2 の 11 頁以下に，自由権規約に違反していることについては，同 21 頁以下に述べたとおりである。

特に，原判決が，「民法 750 条はその文言上性別に基づく法的な差別的取扱いを定めているわけではなく，夫婦同氏制自体に男女間の形式的な不平等は存在せず，我が国において，夫婦となろうとする者の間の個々の協議の結果として夫の氏を選択する夫婦が圧倒的多数を占めることが認められるとしても，それが民法 750 条の規定の在り方自体から生じた結果ではないこと」としている点については，女性差別撤廃条約 1 条が定める差別禁止は形式的な不平等のみでなく，不平等の効果を有しているものに関しても女性差別と定義していること，自由権規約委員会も同様の差別の概念を採用していること（自由権規約委員会の一般的意見 18（甲 203 の 1，203 の 2)）が重要である。たとえ法律が中立にみえても，既存の不平等が明らかに中立的な方法で対処されていないため，実際には差別的影響が生じている場合には，女性差別撤廃条約が禁止する差別に該当する（女性差別撤廃委員会の一般勧告 28(甲 204 の 1，204 の 2))。さらに，本件においては，民法 750 条を単独でみるのではなく，慣習や慣行と相まって，女性差別に該当するかという視点で判断がされるべきなのであるから（女性差別撤廃条約・一般勧告 21（甲 20))，原判決が誤っていることは明白である。

## 7　裁判所の責務の明記

自由権規約及び女性差別撤廃条約の締約国は，以下のことを守る法的義務があり，これを守らない場合は，条約違反となる。

自由権規約 2 条 3 項(b)：救済措置を求める者の権利が権限のある司法上，行政上若しくは立法上の機関又は国の法制で定める他の権限のある機関によって決定されることを確保すること及び司法上の救済措置の可能性を発展させること。

女性差別撤廃条約 2 条(c)：権限のある自国の裁判所その他の公の機関を通じて差別となるいかなる行為からも女子を効果的に保護することを確保すること。

そして，締約国が条約を守るためには，締約国の全ての国家機関が，これを遵守する必要がある。けだし，行政府は守る必要があるが，司法府と立法府は守らなくて良いというのであれば，条約の目的は，何ら達成されないからである。

そのため，裁判所は，救済措置を求める者の権利が裁判所によって決定されることを確保しなければならず，かつ，司法上の救済措置の可能性を発展させなければならない。

また，裁判所は，差別となるいかなる行為からも女性を効果的に保護することを確保しなければならない。したがって，裁判所がかかる責務を放棄することは，条約上，許されていないものである。

ところが，原判決は，具体的に書かれていないという理由により，あるいは，その内容を具体化する法令の制定がない限りは適用されないという理由等により（いつまでも法令が制定されない場合は，どうなるのであろうか。），救済を求める者の権利の決定から逃げ，司法上の救済措置の可能性を否定し，差別となるいかなる行為からも女性を効果的に保護することはしない旨を宣言した。かかる裁判所の行為は，恥ずべきものというほかなく，前記各条約にも違反しているものである。

そして，前記各条約がその責務を明記しているにもかかわらず，当の裁判所自身が，全ての責務から逃げ，同条約を単なる「紙切れ」と同じにしたのであるか

ら，原判決は，憲法 98 条 2 項が定める条約誠実遵守義務に違反しているものである。

### ８　結論

以上のとおり，原判決は，「日本国が締結した条約及び確立された国際法規は，これを誠実に遵守することを必要とする。」と定めた憲法 98 条 2 項に違反する。

よって，速やかに修正されなければならない。

## 第９　国家賠償法の主張

### １　立法不作為の国家賠償法上の違法性に関する基準（従前の基準）の不当性について

#### ⑴　「従前の基準」について

原判決は，立法不作為の国家賠償法上の違法性に関する基準について，国会議員の立法行為又は立法不作為は，原則として国家賠償法 1 条 1 項の適用上違法の評価を受けず，例外として，①法律の規定が憲法上保障され，保護されている権利利益を合理的な理由なく制約するものとして，憲法の規定に違反するものであることが明白であるにもかかわらず，②国会が正当な理由なく長期にわたってその改廃等の立法措置を怠る場合などに限り，違法の評価を受けることがあると判示した（原判決 24 頁。なお，東京高裁平成 26 年 3 月 28 日判決（平成 25 年(ネ)第 3821 号）は，①のほか，条約上保障されている権利についても，国家賠償法の違法性判断の枠組みの中で審理するものとしている。）。

この基準（以下，「従前の基準」という。）の基礎は，1985（昭 60）年という，今から約 35 年も前に定立されたものである（最一小判昭和 60 年 11 月 21 日民集 39 巻 7 号 1512 号)。これが，今に至るまで，その妥当性についての思考が停止されたまま，金科玉条のごとく承継されている。

しかし，①法律の規定が憲法上又は条約上保障され，保護されている権利利益を合理的な理由なく制約するものとして，憲法又は条約の規定に違反し，②法の

改廃に通常必要な期間を経過しても法の改廃が行われていない場合には，当該立法行為又は立法不作為は，国家賠償法上も当然に違法になると解すべきである。けだし，それが，被害の救済と人権の尊重という憲法 17 条の趣旨を具体化した国家賠償法の規定の適切な解釈であり，また，真の権力分立の実現という見地からも，相当であるからである。

よって，従前の基準は，速やかに変更されなければならない。以下，詳述する。

**⑵ 国家無答責の原則について**

ア 国家賠償法１条１項は，①国又は公共団体の公権力の行使に当たる公務員が，②その職務を行うについて，③故意又は過失によって違法に他人に損害を加えたときは，国又は公共団体が，これを賠償する責めに任ずる旨規定しており，公務員の違法行為については，国又は公共団体が責任を負うことのみを，明記している。

したがって，この条文のどこにも，例外として責任を負わない場合の規定はない。また，この条文のどこにも，国会議員の立法行為又は立法不作為は原則として責任を負わない旨の規定もない。

国家賠償法は，公務員の違法行為について，国又は公共団体に賠償責任を負わせることにより，被害者の救済を図ることを旨とする法である。

したがって，公務員である以上，その責任は等しく負うと解するのが相当である。被害者にとっては，加害主体が国会議員による立法行為又は立法不作為であろうとなかろうと，関係がなく，立法府の行為であれば原則として救済を受けられない理由など，ないからである。

よって，裁判所が，法文上何らの例外規定すらないにもかかわらず，独自に例外規定を作り出した上で，これを原則とし，国会議員の立法行為又は立法不作為は国家無答責であるとして，いわば無法地帯を独自に作り出すことは，法の趣旨に真っ向から反するといわなければならない。

イ　なお，国家無答責の原則は，戦前及び戦時中に，堂々とまかり通っていた理論である。特に，戦時中，人々の生命や自由を奪ったものは，まさしく立法行為又は立法不作為であった。実際にも，個々の公務員による単独の不法行為と比べて，立法行為又は立法不作為は，広く人々の自由や権利を制限し，長期にわたって抑圧するなど，より重大な効果をもたらすものである。例えば，「旧優生保護法」や「らい予防法」など，多数の人々が長期にわたって人権を侵害されてきたことは，記憶に新しい。

したがって，立法行為又は立法不作為こそが，人々（特に少数者）の自由や権利を制限するものとして，とりわけ警戒されなければならないことは，明らかである。

戦後は，これに対する強い反省から，日本国憲法１７条が，「何人も，公務員の不法行為により，損害を受けたときは，法律の定めるところにより，国又は公共団体に，その賠償を求めることができる。」と明記し，これを受けて，国家賠償法が制定されたものである。

したがって，このような経緯及びその実質に鑑みても，立法行為又は立法不作為だけは例外とする合理的理由など，何らない。むしろ，その効果の格段の大きさに鑑み，人々の自由や権利が合理的根拠なく制限されることのないように，その行為には，特段の監視を要すると解するのが相当である。また，その制限があると認められるときは，直ちに是正・救済される必要があることは，他の不法行為の場合と何ら異ならない。憲法及び国家賠償法の基本的理念は，人権の尊重である。多大な被害を被ったにもかかわらず，「明白」に，「長期にわたって」侵害され続けなければ，１円の救済も受けることができないという解釈には，人権の尊重という見地からも，合理性があるとは認め難いものである。

ところが，裁判所が，多くの人々に多大な被害をもたらす立法行為及び立法不作為を，明文の規定に反して国家賠償法の埒外に置いたために，現在に至るまで，その被害の救済は，臨時の特別措置法に頼らざるを得ない状態が続いている（特

別措置法の例としては，C 型肝炎特別措置法)。しかし，これは，憲法及び国家賠償法が本来予定していない事態というほかない。また，被害者らにとっても，二度手間というほかなく，このような特別法が立案されるために，世論や国会議員への働きかけ等，さらに多大な労力と時間を費やすことを強いられる。そして，そこまでしても，なお救済立法がされるか否かは分からないという，極めて不安定な立場に置かれることとなるのである。

仮に，現在，戦時中の「国家総動員法」と同内容の法律が成立・施行された場合，それでも裁判所は，なお従前の基準を維持し続けるつもりであろうか。そして，「正当な理由なく」，「明白」に，「長期にわたってその改廃等の立法措置を怠」ったと評価することができるまで，何年も，あるいは何十年も，違法との評価を下さず，すなわち合法と判断して，人々を救わないつもりであろうか。

また，何十年も経った時には，旧優生保護法訴訟の一審判決のように，今度は除斥期間が成立しているとして，やはり請求を棄却するのであろうか。そうであれば，人々は，一体いつ，どのようにして，人権侵害からの救済を受けることができるというのであろうか。

かかる一事をもってしても，従前の基準の維持が誤りであること，その解釈は，公務員による不法行為からの救済を明記した憲法 17 条にも違反するものであることは，明らかである。

ウ　以上のとおり，従前の基準は，憲法並びに国家賠償法の趣旨及び規定を無視し，国家無答責の原則を採用したもので，著しく不当である。

よって，速やかに変更されるのが相当である。

**⑶　三権分立の趣旨の没却について**

ア　日本国憲法は，国会，内閣，裁判所の３つの独立した機関が相互に抑制し合い，均衡を保つことにより，権力の濫用を防ぎ，これにより市民の権利と自由を保障する「三権分立」の原則を定めている（チェック・アンド・バランス)。

そして，裁判所は，立法府が制定した法の終局的解釈・適用権限を有し，国家の行為が違法であれば，これを違法と判断して速やかに是正することが，その権限及び任務とされている。

実際，国会及び内閣は，多数者の専制により，又はスピードを重視することにより，あるいは単なる勘違い等により，過ちを犯すことが多々あるのであり，これを，事後的に審査してあるべき姿に正し，もって，権力の抑制と均衡を保つとともに，市民の自由と権利を守ることが，裁判所の何よりも大切な使命である。

海外に目を向けてみても，アメリカ合衆国の連邦最高裁判所は，2015（平27）年6月，同性婚は合衆国憲法の下の権利であり，州は同性婚を認めなくてはならないとの判断を下している。また，イギリスの最高裁判所は，2019（令元）年9月，ボリス･ジョンソン首相が5週間にわたり議会を閉会したのは，違法だとの判断を下した。

このように，先進国の裁判所は，法の番人として，また自由と正義の擁護者として，国会及び内閣に対しても，毅然とした態度を示し，もって，真の権力分立を実現するとともに，市民の自由と権利を守り続けているのである。

これこそが，裁判所のあるべき真の姿といわなければならない。

イ　ところが，日本の裁判所は，国会及び内閣に過度におもねり，裁量論や統治行為論等の理論を持ち出して，その任務から逃げ続け，自らの責務を果たすことに，異常なまでに消極的である。

従前の基準も，そのひとつであり，国家無答責の原則まで，持ち出すに至っている。

ウ　結果として，日本においては，本来の権力分立が実現されず，市民の自由や権利も，よほどの場合でない限り，裁判所を通じては実現されないという，憲法が予定した世界とはかけ離れた状態が続いている。

また，かかる状態が続いたために，今や，国会及び内閣は，裁判所を著しく軽視するに至っている。

例えば，一票の格差訴訟において，最高裁判所が最初に違憲判決を出したのは，1976（昭 51）年である。ところが，以降現在に至るまで，裁判所が複数回にわたって違憲ないし違憲状態の判決を出しているにもかかわらず，実に，40 年以上も，国会は，抜本的解決を図る法改正をしていない。

また，婚外子の相続分について，最高裁判所は，2013（平 25）年に違憲決定を出した。ところが，これに基づく民法改正をしようとした際，「なぜ自分たちが裁判所の言うことを聞かなければならないのだ。」などと言う国会議員が，その主張を曲げず，信じ難いことに，頑として，違憲決定に従った法改正案の国会提出に，賛成しようとしなかった。そこで，やむなく法務省は，「嫡出でない子に財産がいくのは許せないから，妻の相続分を 3 分の 2 にすべき。」などという国会議員の声を踏まえて，相続法分野の見直しを行うことを交換条件として提示し，これにより，何とか，裁判所の違憲決定に従った民法改正案を，国会に提出することができたのである。そして，同年 12 月に，上記改正案が成立すると，翌 2016（平 26）年 1 月に，交換条件のとおり，相続法制検討ワーキングチームが法務省内に設置された（堂島幹一郎等編著「一問一答・新しい相続法」（商事法務，2019 年）Q1「今回、相続法の改正が行われたのはなぜか。」参照）。

最高裁判所の違憲決定に，国会が従わないなど，立憲民主主義国家ではあり得ない事態である。しかしながら，現実には，現職の国会議員が，「最高裁の言うことなど聞く必要はない。」と堂々と言い放ち，かつ，実際にも，その判断に従った法改正を，断固として拒否したのである。裁判所自身の長期にわたるこうした弱腰な姿勢が，国会議員に「裁判所は自分たちの行為を追認して当然。」，「違憲判決など出っこない。」という傲慢な思想を生み出し，国会の著しい司法軽視の要因となっている。その結果，日本における三権分立は，もはや崩壊の危機に瀕しているといわざるを得ない。

裁判所は，自らの行為により，今やその存在が著しく軽視され，信じ難い主張や蛮行が，国会議員の間で堂々とまかり通っているという現実を，どうか直視し

ていただきたい。そして，その本来の姿を取り戻し，人権（特に少数者の権利）を守るという任務を，誠実に遂行していただきたい。

エ　以上のとおり，従前の基準は，要件を過度に加重して，立法府におもねり，憲法が定める三権分立の趣旨を，完全に没却させる効果を生じさせている。

よって，速やかに変更されるべきである。

**⑷　結論**

これまで述べてきたとおり，本件の立法不作為の違法性は，上告人が⑴で主張した基準によるべきである。即ち，①法律の規定が憲法上又は条約上保障され，保護されている権利利益を合理的な理由なく制約するものとして，憲法又は条約の規定に違反し，②法の改廃に通常必要な期間を経過しても法の改廃がされていない場合に，当該立法行為又は立法不作為は，国家賠償法上違法であるとの基準によって判断されるのが相当である。

これを本件についてみると，①に関し，本件各規定が憲法及び条約に違反することは，既に第８以前で詳述したとおりである。

また，②に関しても，第５及び後記２⑵において述べるとおりであり，かかる事情に鑑みれば，既に通常必要とされる期間は経過しているものと認められる。

よって，本件においては，国家賠償法上も違法であると認めるのが相当である。

**２　従前の基準によっても，本件では国家賠償法上違法となること**

**⑴　憲法又は条約違反**

仮に，従前の基準を用いるとしても，本件の国会による立法不作為は，国家賠償法上も違法であると解するのが相当である（なお，従前の基準として，最高裁判例が示した憲法違反のみでなく，前記東京高裁判決が認めた条約違反についても含むものとして主張する。）。

すなわち，前述のとおり，本件各規定は，婚姻届に夫婦が称する氏の記載がある者とない者，すなわち，同氏を希望する者と別氏を希望する者との間に法律上

の婚姻の可否という別異の取扱いを生じさせており，憲法 14 条 1 項に違反することは，明らかである。

また，本件各規定は，夫婦が称する氏を婚姻届に記載しなければ婚姻することができないという点で，婚姻に不合理な要件を課すものであり，婚姻の自由に対する強度の制約であるとともに，夫婦のいずれか一方の人格的利益を著しく棄損し，かつ，その不利益は多くの場合に女性が被っているという実質的不平等を生じさせている状況にある。このような状況は，個人の尊厳と両性の本質的平等の要請に照らし，著しく合理性を欠き，国会の立法裁量の範囲を超えており，憲法 24 条に違反するものであることも，明白である。

さらに，本件各規定等により，各配偶者が自己の婚姻前の姓の使用を保持する権利に関して女性が差別されているという点で，女性に対する差別を禁止し，男女の平等を保障する自由権規約 2 条 1 項，3 条，23 条 4 項及び女性差別撤廃条約 16 条 1 項(g)に違反しており，また，婚姻の自由を制約している点で，自由権規約 23 条 1 項ないし 3 項及び女性差別撤廃条約 16 条(b)に違反し，さらに家族に対する恣意的干渉という点で，自由権規約 17 条に違反していることは明らかである。

### ⑵ 長期にわたる立法措置の懈怠

#### ア 1947（昭22）年

第二次世界大戦後，日本国憲法の施行に伴って，個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚する形での民法の改正が，最優先課題とされた。そして，我妻栄や中川善之助らが立法作業に参加したものの，同憲法施行には間に合わなかったことから，1947（昭 22）年 5 月 3 日，「日本国の憲法施行に伴う民法の応急措置法に関する法律」が施行された（同法 1 条ないし 3 条参照）。これにより，戸主をはじめとする家制度は廃止されたが，骨子しかない同法に代わる法規を早急に制定しなければならなかったため，そのわずか 7 か月後に成立した改正民法及び戸籍法は，新憲法の精神に照らして，不十分なものとならざるを得なかった。

そのため，同年 10 月 27 日の衆議院司法委員会においても，改正民法採択の際，法案提案者の政党に属する議員が，「かかわる範囲は非常に廣汎でありまして、しかも條文に對しましても、まことに厖大に上ぼるのであります。從いまして、今にわかに全部の民法の改正ということは及ぶべくもないのでありまして」，「私どももなお研究し、あるいは改廢をいたさなければならぬところがあると考えるのでありますが、現在の情勢は、そのような調査研究のために荏苒延ばすことを許されない現状にあるのでありまして、私どもは最小限度において、この第一條だけの修正に止めたいということを考えておるのであります。」，「しかしながら、今も申すように、なお研究の餘地が非常にある。」，「可及的速やかにこの改正を必要とすることを、痛切に考えておるのでありまして」と述べており，その不十分性は，全議員の一致した意見であった。そこで，「本法は、可及的速やかに、将来においてさらに修正する必要があることを認める。」との附帯決議が，全会一致により付されることとなったのである（甲 155 第 1 回国会衆議院司法委員会議事録第 50 号 420 頁， 439 頁，甲 198 林陽子「女性差別撤廃条約から見た民法 750 条」『普遍的国際社会への法の挑戦』芹田健太郎先生古希記念，信山社，2013 年)。

なお，起草者のひとりである中川は，法案作成時に既に選択的夫婦別氏を提案しており，「将来，女性の地位が高くなり，個人の自主独立が確呼としてくれば，当然問題にされる」と指摘していた（甲 11 二宮 12 頁)。

また，この時，婚姻の届出を「成立要件」とする民法 739 条は，婚姻は両性の合意のみによって成立する旨定める憲法 24 条に違反するとの修正意見も，出されていた。

しかしながら，上記のとおり，時間不足であったために，民法第 1 条を除いては，修正されることなく可決されたのである（前記第 1 回国会衆議院司法委員会議事録 422 頁)。そのため，改正前民法（明治民法）の届出を婚姻の成立要件とする届出婚主義（梅謙次郎「七百八十八健二於テ届出ト云ウモノガ婚姻成立ノ要

素ニナツタ以上ハ其要素ヲ鉄イテ居ルモノハ最早私通デアツテ婚姻デハナイ」法務大臣官房司法法制調査部監修『法典調査会民法議事録速記録六』日本近代立法資料叢書 6，212 頁，商事法務研究会，1984 年）が，改正民法にもそのまま引き継がれることとなった。

よって，かかる立法経緯に照らしても，届出が婚姻の「成立要件」となっていることは，明らかである。

こうして，夫婦同氏制は，1000 年以上の日本の歴史において，わずか 50 年程度しか採用されていなかったにもかかわらず，戦後も，選択肢なき夫婦同氏制及び「同一戸籍同一氏の原則」が残り，手続法であるはずの戸籍法が民法を制約するという，主従が逆転した現象が残ることとなった。

また，選択肢なき夫婦同氏制を含む氏と戸籍の制度については，法案立案当時から，既に民法学者の間で，氏はさながら旧来の「家」の生まれ変わりに等しいと批判する反対説が有力であり（川島武宜ほかによる民法改正研究会「民法改正案に対する意見書」1947 年 6 月 28 日法律時報同年 8 月号 2 頁，甲 11 二宮意見書 10 頁以下参照），憲法学者の宮沢俊義は，批判をこめて「家破れて氏あり」との有名な言葉を残した。

このように，1947（昭 22）年の立案時から，時間がないという理由により，新憲法の精神に則った立法作業は不徹底であり，速やかに修正することが必要と考えられていたのである。

また，戦後まもなく執筆・発刊された『註解日本国憲法』でも，憲法 24 条の解説として，「民法がその際（代理人注：婚姻の際）配偶者は同一の氏を称しなければならないとして，その一方の氏の放棄を強制しているのは（民法 750 条）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 161「註解日本国憲法」474 頁，1953（昭 28）年，共同執筆であり該当部分の執筆者名は不明）と明記されており，早くもその違憲性が指摘されていた。

### イ　1954（昭29）年

1954（昭 29）年 7 月，法務大臣から法制審議会に対し，「民法に改正を加える必要があるとすれば，その要綱を示されたい。」との諮問がされ，まず，民法の「第４編親族」の改正について，検討が開始された。この審議において，早くも夫婦別氏を認める制度の導入の可否が検討されており，1955（昭 30）年の法制審議会民法部会小委員会の会議記録には，「夫婦異性を認むべきか。」との検討結果が記されている。このように，この点に関する法改正の必要性は，当時から強く認識されていたのである（「法制審議会民法部会小委員会における仮決定及び留保事項（その一)」ジュリスト 185 号 49 頁，（その一）は昭和 30 年 7 月 5 日会議資料)。

また，この審議会での議論を委員らが振り返る座談会記録（ジュリスト 1956 年 1 月 15 日号）も残されており，我妻栄は，委員の間では別姓も認める意見が有力であったと記している。一部を以下に抜粋するが，この当時，既に憲法 24 条違背を認識して，改正の必要性が議論されていたのである。

加藤一郎氏

「憲法 24 条　婚姻は両性の合意のみに基づいて成立する　という規定に対して，一方の氏を変えるということは実質的要件を加味しているわけなんですね。」

中川善之助氏

「自分が従来の氏を変えるということは，何か自分が屈服したのだというような意識があるんです。だから男は絶対に自分の氏を変えようとしない。変えないのが当然だと考えるんです。何故当然なのかといえば，俺は男だからということだけなんです。だからもし憲法 24 条を守るというなら、女の人の場合に同じ問題が出て来たのを無視するテはないとぼくは思いますね」

### ウ　1959（昭 34）年

1959（昭 34）年，戸籍法の専門家でもある加藤令造審判官は，氏変更を認容する審判の理由中において，夫婦同氏制について，「氏の不可変性の根本理由である法的安定性を害するばかりでなく，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」と判示しており（東京家審昭和 34 年 6 月 15 日家月 11 巻 8 号 119 頁），この当時既に審判官も，夫婦同氏を強制する法制度は，憲法 24 条に違反するおそれがあるとの認識を有していた。

### エ　1991（平 3）年まで

1985 年の女性差別撤廃条約批准と，同年のナイロビ世界女性会議（「国連婦人の 10 年」としての会議）による「婦人の地位向上のためのナイロビ将来戦略」を受けて，欧州より遅れながらも，日本において，民法親族編の改正課題が再び活発に議論されるようになった。欧州では，この頃，条約に適合するように迅速に夫婦の氏につき選択制とする法改正が行なわれ（米国は条約を批准していないが欧州より早く選択制となっている。），20 世紀の間に，ほぼ別氏の選択制のない国は存在しなくなった。

日本では，1991（平 3）年，総理府（現在の内閣府）の諮問機関である婦人問題企画推進有識者会議により，その報告中で，「男女平等の見地から、夫婦の氏や待婚期間の在り方などを含めた婚姻及び離婚に関する法制の見直しを行う必要がある」との提言がなされ，これを受けて同年，婦人問題推進本部は、男女平等の見地から夫婦の氏を含めた婚姻及び離婚の法制の見直しを行うとの新国内行動計画を内閣に報告した。

### オ　1996（平8）年

(ｱ)　前記新国内行動計画が策定される前に，法務省は，1991（平 3）年 1 月，積み残しとなっていた婚姻及び離婚制度の全般的な見直しの審議を法制審議会に諮問し，民法改正の審議が開始された。

法務省における審議は，男女の平等を定める憲法規定との適合性のみでなく，女性差別撤廃条約との適合性を強く意識して（いわば，条約違背を長く放置することは許されないとして），開始されたものである。

そして，法制審議会は，5 年もの歳月をかけて，丁寧に議論と検討を行い，この間法務省は，審議会の中間報告の公表とパブリックコメント，民法改正要綱試案の公表と関係各界への意見照会，家族法ホットラインの設置等により，幅広く多数の国民の意見を収集した上，これらを踏まえて，1996（平 8）年 2 月 26 日，選択的夫婦別氏制を含む「民法の一部を改正する法律案要綱」を公表した。

その提案趣旨は，以下のとおりであり，この当時から，「個人の尊厳に対する自覚が高まり」「氏についての人格的利益を法制度上保護すべき」としており，憲法 13 条や 24 条との適合性を強く意識しつつこの結論に至っていたことが，明確に指摘されている（甲 14, 233 頁）。

「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，中間報告に対する意見においても，その理由付けはさまざまであるが，別氏制を採用すべきであるとする意見が支配的であった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，ますます個人の尊厳に対する自覚が高まりをみせている状況を考慮すれば，個人の氏に対する人格的利益を法制度上保護すべき時期が到来しているといって差し支えなかろう。さらに，夫婦が別氏を称することが，夫婦・親子関係の本質なり理念に反するものではないことは，既に世界の多くの国において夫婦別氏制が実現していることの一事をとっても明らかである。」

また，その内容には，選択的夫婦別氏制の導入のほか，①婚姻適齢を男女ともに満 18 歳とすること，②女性の再婚禁止期間を 100 日に短縮すること，③婚外子の相続分を婚内子と同等とすることも，含まれていた。

(ｲ)　ところが，このように法務省が 1947（昭 22）年来の課題であった民法の不十分性の解消を目指し，多数の実務家や学者の英知を結集して，幅広く国民の声にも耳を傾け，5 年もの歳月をかけて立案した上記答申は，自民党保守派の中でも一部の国会議員という，ごく一部の者の反対により，国会に提出することができないという事態になったのである。その後，2009（平 21）年頃，民主党政権時に千葉景子法務大臣は同法案を国会に提出しようとしたが，亀井静香氏が閣内で唯一反対したがために，これを果たすことができず，再び自民党政権に戻って以降も，法案は日の目を見ることがなかった。そのため，法務省としては，法改正すべきとの結論を 25 年も前に出しているにもかかわらず，国会質問がくる度に，その意に反する答弁の原稿作成を現在まで続けることとなった。そして，その理不尽さから，「早く違憲判決を出してほしい。」というのが，偽ることのない本音であった。

(ｳ)　その後，四半世紀を経て，上記②の論点は違憲判決を，③の論点は違憲決定を受け，違憲性を疑われていた①ないし③すべての条文が，既に法改正されている。

そして，「民法の一部を改正する法律案要綱」において，当時から違憲性が疑われていた論点のうち，今日まで未達成のものは，選択的夫婦別姓制，ただ一つとなったのである。

**カ　平成27年最大判**

平成 27 年最大判においては，5 名の最高裁判事が，「ここで重要なのは，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，」，氏が集団単位の呼称であること等は，「全く例外を許さないことの根拠になるものではない」などと指摘した上で，「少なくとも現時点においては，夫婦が別の氏を称することを認めないものである点において，個人の尊厳と両性の本質的平等の要請に照らして合理性を欠き，国会の立法裁量の範囲を超える状態に至っており，憲法 24 条に違反する」と判示した。

さらに，うち１名の最高裁判事は，前記 1996（平 8）年答申以降，相当期間を経過した時点においては，民法 750 条の規定が憲法の規定に違反することが国会にとっても明白になっていた等として，その改廃を怠った立法不作為は，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あると判示している。

加えて，多数意見も，婚姻による氏の喪失により，「いわゆるアイデンティティの喪失感を抱いたり，婚姻前の氏を使用する中で形成してきた個人の社会的な信用，評価，名誉感情等を維持することが困難になったりするなどの不利益を受ける場合があることは否定できない」と明示した上で，「夫の氏を選択する夫婦が圧倒的多数を占めている現状からすれば，妻となる女性が上記の不利益を受ける場合が多い状況が生じているものと推認できる」，「さらには，あえて婚姻をしないという者が存在することがうかがわれる」と指摘し，最終的に，「この種の制度の在り方は，国会で論ぜられ，判断されるべき事項にほかならない」として，立法による解決を求めた。

ところが，このようにして最高裁判所から議論を託された国会は，その後も現在に至るまで，法の改廃を現実に実行に移す姿勢を，示していない。近時も，第５次男女共同参画基本計画において，自民党保守派のごく一部の議員の反対により，選択的夫婦別姓制度の導入について，極めて消極的な原案が作成されたばかりである（なお，かかる議員の認識は，今や自民党支持層すらからも，乖離しているものである（甲 152)。)。この種の家族法の問題について，国会にはおよそ期待できないことは，1996（平８）年の法務省法制審議会答申の顛末のほか，裁判所が判示するまで法改正をしなかった尊属殺人重罰規定違憲判決，婚外子相続分違憲決定，再婚禁止期間違憲判決等に照らしても，明らかである。今度こそ，最高裁判所が判断を示すほかないのであり，その事実は，これまでの歴史が何よりも雄弁に語っている。

### キ　諸外国の動向

この間，諸外国は条約の実現に向けて，あるいはそれぞれの国の違憲判決等を経て，選択的夫婦別姓制を採用し続けており，婚姻をするためには夫婦同氏となることを法律により強制する法制を取っている国は，今や，日本における日本人同士の婚姻のほかは，見当たらない状況である。この広い世界の中で，日本人同士の婚姻のみが，いずれか一方が氏を変更しない限り，認められないという制約を受け続けているのである。

なお，この点に関し，「家族としての一体感の保持」がその意義として挙げられることがある。では，日本以外の全ての国の家族や，離婚等により氏を異にするに至った日本の家族，事実婚の家族，明治民法制定前の日本の家族は，「家族としての一体感がない」のであろうか。そして，日本の裁判所が，日本以外の全ての国と，上記家族に向かって，「あなたたちには，家族としての一体感がない。」と宣言することが，果たしてできるのであろうか。

また，同氏の方が一体感があって良いと考える者同士は，同氏にすればよく，別氏でも一体感は損なわれないと考える者同士は，別氏にすれば良いだけである。この時，同氏を希望する者たちが，別氏を希望する者たちに対して，「家族の一体感が損なわれる」と主張し，その結婚を許さない権利など，ないというほかない。同様に，別氏を希望する者たちが，同氏を希望する者たちに対して，「法の下の平等が損なわれる」と主張し，その結婚を許さない権利も，ないのである。いずれの考え方であっても，結婚を禁止すべき理由はなく，全ての人が，結婚することができればよいだけある。この点に関する上記論争は，不毛というほかなく，だからこそ，日本以外の全ての国は，いずれでも良いという法制に，既に切り替えているのである。

以上のとおり，現在の日本は，夫婦の氏に関するグローバルな人権水準から，唯一取り残された状況にある。かかる事態は，一刻も早く，改善されなければならない。

**ク　国際社会からの度重なる要請**

女性差別撤廃条約の条約実施機関である女性差別撤廃委員会は，その締約国審査等において，2003（平 15）年，2009（平 21）年，2011（平 23）年，2013（平 25）年及び 2016（平 28）年と，繰り返し，現在の選択肢なき夫婦同氏制を問題視し続けており，とうとう，平成 27 年最大判後も含めて３回も，日本に対し，女性が婚姻前の姓を保持できるよう夫婦の氏の選択に関する法規定を改正することを，具体的に勧告し要請するに至っている。

ところが，国会は，憲法 98 条 2 項の条約遵守義務に違反して，かかる勧告をも完全に無視し，現在に至るまで，改廃を怠り続けている。なお，前記のとおり，女性差別撤廃条約に加盟した各国は，条約に適合するように 20 世紀の間に改正を行い，今や夫婦が別の氏を名乗ることを認めない加盟国は，日本のみとなった。

**ケ　その後の社会の更なる変化**

その後も，社会は更なる変化を続けており，その詳細は，「第５　事情変更」において述べたとおりである。

特に，民間の世論調査においては，実に７０％から８０％の国民が，選択的夫婦別姓制に賛成している。したがって，今や世論大勢は，賛成多数となっていることが明らかである（甲 78，122，143，144，147，175，176，177）。また，自民党以外の全ての政党も，選択的夫婦別姓制の導入に賛成しており（甲 101），自民党支持層ですらも，その過半数は導入に賛成しているのである（甲 152）。さらに，前記のとおり，既に法務省は，1996（平 8）年にこれを導入すべきとの結論を出しており，世界を見ても，今や夫婦同氏を法律により強制している国は，日本以外にはない状況である。

このように，現在は，世論も，政党も，行政府（法務省）も，世界も，その大多数ないし全てが選択的夫婦別姓制の導入に賛成している。

よって，かかる現状を踏まえれば，司法がこれに否定する理由は，ないというほかない。

### コ　自由主義の問題であること

また，自分の名前が何かという個人の氏の問題は，個人の尊厳の問題である。民主主義に名を借りた単なる多数決原理によって，判断されるべきものではなく，自由主義，立憲主義によって確保されるべき，まさに「個人の尊厳」と「人権保障」の問題なのである。そのため，多数意見のみしか通ることのない国会の判断に，そもそも委ねられるべき事柄ではない。

したがって，多数決原理を基礎とする国会における立法作用おいては，この人権保障の実現が困難である以上，積極的な司法救済がされて，然るべきなのである。

例えば，人種による差別について，世論調査の結果，差別をしてよいと考える人が 100%であっても，それをもって，人種差別に合理性があると認めることはできない。また，国会において，全員が人種差別に賛成をしたとしても，同様に，それをもって，人種差別には合理性があると認めることなどできないことは，いうまでもない。

なぜなら，それは多数決によって決められるべき問題ではなく，ひとえに，個人の尊厳と法の下の平等とに由来する，自由主義の問題だからである。

そして，この自由主義の問題は，裁判所こそが，判断をしなければならない事柄である。

婚外子の相続分を婚内子の 2 分の 1 としていた過去の民法 900 条 4 号但書について，平成 15 年 3 月 31 日最高裁判所第一小法廷判決にて泉徳次裁判官は，「本件が提起するような問題は，立法作用によって解決されることが望ましいことはいうまでもない。しかし，多数決原理の民主制の過程において，本件のような少数グループは代表を得ることが困難な立場にあり，司法による救済が求められていると考える」と述べ，違憲の少数意見をとなえて救済を図ろうとしたことは，記憶に新しい。

よって，本件が自由主義に属する問題であること，すなわち，少数者の自由と権利の擁護に十分に配慮した議論と判断をすべき問題であることに鑑みれば，従前の基準における立法府の裁量も，自ずから相当程度制限される（前記人種差別の例からすれば，むしろ，裁量などない。）と考えるのが相当である。

サ　以上のとおり，1947（昭 22）年の民法改正時より，改正が新憲法の精神に照らして非常に不十分であり，可及的速やかにさらなる改正を必要とすることが，国会自身により決議されていた。また，別氏婚の選択肢なき夫婦同氏制については，法案審議時より，学者の間で有力な反対説が提唱されていた。

その後，1954（昭 29）年ないし 1955（昭 30）年に開かれた法務省法制審議会民法部会小委員会の検討報告においても，夫婦別氏を認める制度の導入の可否が検討されており，戦後の早期から，その導入説が有力説となっていた。

そして，女性差別撤廃条約の批准及び婦人問題推進本部の新国内行動計画の決定等が続き，このような一連の流れを受けて，行政府である法務省は，既に 1996（平 8）年に，選択的夫婦別姓制度を導入すべきであるとの判断を下している。

また，平成 27 年最大判は，5 名の最高裁判事が，民法 750 条は憲法に違反している旨判示しており，多数意見も，問題点を指摘した上で，国会で議論するよう求めていた。

国際社会においても，現在は，日本のような法制を取っている国は見当たらず，日本は，世界の常識から唯一取り残されている状況である。

さらに，国際機関からは，その法制を繰り返し厳しく指弾され，平成 27 年最大判の前にも後にも，日本は，女性が婚姻前の姓を保持できるよう夫婦の氏の選択に関する法規定を改正すべきであると，明確に要請され続けている。

平成 27 年最大判の後も，社会は更なる変化を続け，今や，世論すなわち国民の多くが，選択的夫婦別姓制の導入に賛成している。

また，この問題は，そもそも多数決の問題ではなく，自由主義の問題であり，立法府における裁量も，自ずから相当程度制限される（むしろ，裁量などない）と解するのが相当である。

そして，かかる一連の諸事情があるにもかかわらず，その後，現在に至るまで，国会は，選択的夫婦別氏制の導入を怠り続けている。

よって，以上の事実に照らせば，本件においては，国会が正当な理由なく長期にわたってその改廃等の立法措置を怠っていたものと認めるのが相当である。

### ⑶　結論

以上のとおり，本件における立法不作為は，現時点においては，憲法上及び条約上保障され又は保護されている権利利益を合理的な理由なく制約するものとして憲法の規定に違反するものであることが明白であるにもかかわらず，国会が正当な理由なく長期にわたってその改廃等の立法措置を怠っていたものとして，国家賠償法１条１項の規定の適用上違法の評価を受けるものであると認めるのが相当である。

## ３　損害

これまでの書面で述べてきたとおり，被上告人国の行為によって，上告人らは，「婚姻をするについての自由」を制約されて，婚姻することができない状態が続いている。また，婚姻が認められるならば享受できる民法や税法等の法律上の権利・利益を享受できず，事実上も，様々な不利益を受けて，夫婦であることの社会的承認を受けることすらもできないという損害を，日々被り続けている。そして，これらにより上告人らが受けている精神的苦痛は，多大である。

かかる精神的苦痛を金銭的に評価すれば，少なくとも各金 50 万円を下回ることはない。

よって，上告人らは，被上告人国に対し，損害賠償として，各金 50 万円の支払を求める。

## 第１０　終わりに

本件の判決において，本件各規定は憲法 14 条 1 項，24 条，自由権規約及び女性差別撤廃条約に違反すると判断された場合，その後の本件各規定の解釈や法改正までの暫定的な措置については，以下のように考えることができる。

### １　違憲及び条約違反部分を除く形，すなわち別氏婚の選択肢を認める形での違憲状態の是正

国籍法違憲最高裁大法廷判決（最大判平成 20 年 6 月 4 日民集 228 号 101 頁）は，旧国籍法 3 条 1 項の規定の一部（準正要件）を違憲無効と判断した上で，その余の要件を満たす子にも日本国籍の取得を認めるという解釈を行うことによって，当事者の救済を図った。この判例に倣えば，本件各規定についても以下のような解釈を行うことが考えられる。

すなわち，まず民法 750 条については，「夫又は妻の氏を称する」という文言を，「夫又は妻の氏を称することができる」と解釈し，夫婦が「夫又は妻のいずれか一方の氏」を称することも，それぞれが「各自の氏」（夫は夫の氏，妻は妻の氏）を称することも，いずれも可能であるとする。

次に戸籍法 74 条 1 号の「夫婦が称する氏」についても，「夫又は妻のいずれか一方の氏」に加えて「各自の氏」もこれに含まれると解釈し（もともと戸籍法 74 条 1 号には，夫又は妻の氏とも明記されていない），婚姻届書は従前のとおり「夫の氏」及び「妻の氏」のチェック欄を設けたままとし，いずれか一方の欄に，あるいは上告人らがしたように双方の欄にチェックをつければ，「夫婦が称する氏」の記載があるものとして受理することができるとする。

これにより，各市区町村長は夫婦別氏を希望する者が届け出た婚姻届を受理することが可能となる。前記憲法および条約に合致した方法である。

### ２　法改正までの暫定的な措置

本件において違憲判決が下されれば，国会は直ちにそれに対応する法改正を行うこととなるが，法改正までの間の暫定的な対応については，既に 2015（平

27）年に同年の最大判が下される前に，法務省において一度検討済みのはずである。すなわち，法務省あるいは関係各省庁は，一般的に，最高裁判所により憲法判断が下される場合，合憲・違憲いずれの判決が出ても直ちに対応可能なように，規則や通知の改定の検討も含めて，可能な限り事前に綿密に準備をしている。したがって，本件で違憲判決が出た場合に必要な措置についても，既に 2015（平27）年の段階で検討済みのはずであり，今回は，それを修正する必要があるか否かを検討するだけである。

さらにいえば，法務省は 1996（平 8）年の時点で，審議会での詳細な議論を経た上で，「民法の一部を改正する法律案要綱」（甲 13）及び「別氏夫婦に関する戸籍の取扱いについて―民事行政審議会答申―」（甲 207 戸籍時報 457 号平成 8 年 2 月）を公表しており，その意味でも本件において違憲判決が出ても，法務省が突然右往左往することはない。

なお，違憲判決後法改正までに別氏の婚姻届を受理した場合の暫定的な身分登録及びその公証方法についても，婚姻届受理証明書や出生届受理証明書等の交付による公証方法（甲 208 二宮周平「夫婦同氏を強制する民法 750 条の憲法適合性」私法判例リマークス 53 号 61 頁 2016 年下）や，戸籍の身分事項欄への記載により解決する方法（例えば，未成年の日本人子につき外国の裁判所で父母共同親権とする離婚裁判が確定した場合，日本民法は離婚後の共同親権を認めないが，戸籍実務は子の戸籍に親権事項として『〇年〇月〇日親権者を父及び母と定められる㊞』と記載することを認め（甲 209 昭和 58 年 3 月 7 日付法務省民二第 1797 号民事局長回答），民法の欠缺を補うあるいは民法を超えた解決をしている），その他前記の民事行政審議会答申を参考にする方法等があり，必ず対応は可能である。

## 3　結語

上記の次第であるため，最高裁判所におかれては，違憲判決後のことを過度に憂う必要はない。内閣府が選択的夫婦別氏制度導入に前向きな原案を提示してい

た第 5 次男女共同参画基本計画は，そのパブリックコメント（甲 206）において同制度導入への賛成意見が約 400 件も寄せられていたにもかかわらず（反対意見はゼロ），またしても自民党の一部議員からの強い反対により「選択的夫婦別姓」という文言が削除されてしまった。しかし，そこには新たに，「司法の判断を踏まえ，さらなる検討を進める」という記載が盛り込まれている。

最高裁判所におかれては，後顧の憂いなく，本件各規定が，夫婦が別の氏を称することを認めないものである点において違憲であると明確に判断していただきたい。

以　上