

令和元年（ラク）第 号 特別抗告提起事件

抗告人 ほか1名

特別抗告理由書 1 (憲法14条1項論・24条論)

2019（令和元）年12月19日

最高裁判所 御中

抗告人ら手続代理人弁護士 榊 原 富士子

ほか16名

特別抗告の理由

目次

第1	はじめに.....	3
1	原決定の要旨.....	3
①	平成27年最大判からの立法事実が大きく変化したという事情変更は認められず憲法24条違反とは評価できない.....	3
②	本件各規定は「事実上の制約」であり立法裁量の範囲を超えず、憲法14条1項の定める差別的取扱いには当たらない.....	3
③	本件各規定は一律の取扱いを定めたものであるから憲法14条1項の差別的取扱いに当たらない.....	4
④	本件各規定は婚姻についての要件ではなく憲法24条1項違反に当たらない	4
⑤	世論・社会の変化を前提にしても憲法24条違反とは評価できない.....	5
2	本書面の構成.....	6
第2	本件各規定は、婚姻の形式的成立要件・直接及び法律上の制約であること	6

第3	原決定が憲法14条1項に違反すること.....	8
1	原決定判示部分②について.....	8
(1)	原決定には「判断理由」が記載されていないこと.....	8
(2)	本件各規定は法律上の制約であり婚姻の要件であること.....	9
(3)	本件各規定は憲法14条1項の不合理な差別的取扱いであること.....	9
(4)	平成27年最大判において信条差別の判断はされていないこと.....	10
2	原決定判示部分③について.....	11
(1)	別異取扱いの存在は明らかであること.....	11
(2)	一律適用と平等は同義ではないこと.....	12
(3)	異なる立場・状況にある者を同じに扱うことは平等に反すること.....	13
(4)	原決定は制度優先思考であり不当であること.....	14
3	小括.....	15
第4	原決定が憲法24条に違反すること.....	15
1	原決定判示部分④について.....	15
2	原決定判示部分①及び⑤について.....	17
第4	結語.....	18

第1 はじめに

1 原決定の要旨

原決定は、大要、以下のように判示した（なお、本書では、憲法14条1項違反及び24条違反に関する判示部分のみを取り上げ、憲法98条2項違反（条約違反に関する部分は、別途特別抗告理由書2において取り上げる）。

- ① 平成27年最大判からの立法事実が大きく変化したという事情変更は認められず憲法24条違反とは評価できない

最判平成27年12月16日民集69巻8号2586頁（以下「平成27年最大判」とする。）から3年余りしか経過しておらず、選択的夫婦別氏制の導入に賛成する者が増えつつある一方、夫婦は同じ氏を称すべきであるとする者が未だ半数を超えているという内閣府の世論調査の結果の推移なども踏まえれば、選択的夫婦別氏制の導入などの氏制度の在り方について国会で議論をすべき要請が高まっていることはうかがえても、平成27年最大判以降に、家族の在り方や氏の意義などの民法750条の合理性を支える立法事実が大きく変化したという事情の変更があったとまでは認められず、民法750条及び同条を前提とする戸籍法74条1号（以下、「本件各規定」とする。）は、現時点においても憲法24条に違反しない（本件における家裁決定（東京家庭裁判所立川支部平成30年（家）第 号、以下「本件家裁決定」とする。）第3・1(1)（原決定による引用部分））。

- ② 本件各規定は「事実上の制約」であり立法裁量の範囲を超えず、憲法14条1項の定める差別的取扱いには当たらない

民法750条及び同条を前提とする戸籍法74条1号により夫婦同氏制が定められ、その結果、夫婦別氏を希望する者において、婚姻後に夫婦が称する同一の氏の届出を行うことがその意に沿わないために、法律上の婚姻をしないことを選択する事態が生じ得るとしても、そのことにより本件各規定自体において憲法14条1項が禁止する信条に基づく差別的取扱いを定めているものということとはできない。そして、夫婦同氏制により婚姻をすることが事実上制約されることに

なっているとしても、平成27年最大判において確認されているとおり（第2・2(4)）、当裁判所としても、このような法制度が国会の立法裁量の範囲を超えるものであるとまでは認め難いと考えるところであるから、結果として夫婦別氏を希望する者が婚姻をするに当たり夫婦別氏を採りえないこととなっても、これが「信条」に基づく差別的な取扱いその他の憲法14条1項が禁止する不合理な差別的取扱いに当たらないことは明らかである。

- ③ 本件各規定は一律の取扱いを定めたものであるから憲法14条1項の差別的取扱いに当たらない

民法750条は、夫婦が夫又は妻の氏を称することを定め、戸籍法74条1号は、これを受けて夫婦が称する氏を婚姻届の記載内容としているものであるところ、上記各規定は、夫婦となろうとする者の全てに対し一律の取扱いを定めているものであり、そのような者において有する信念や主義等のいかんによって取扱いに差異を設けているわけではない。特定の法制度が定められる場合に、その内容につき様々な受け止め方が生じることや、また、社会の変化に伴ってこれが変化することは当然あり得ることであり、本件規定が設けられていることにより、婚姻し同氏を称する夫婦が存在する一方で、夫婦同氏制度とこれに伴って婚姻後に夫婦が称する同一の氏届出を行う制度の内容が意に沿わないために、法律上の婚姻をしないことを選択する者が生じるとしても、そのことは、定められた制度の内容の受け止め方がそれぞれ多様であることにより生じる事象であって、これをもって上記各規定が信条に基づく差別的取扱いを定めているということとはできない。

- ④ 本件各規定は婚姻についての要件ではなく憲法24条1項違反に当たらない

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として解されるところ（平成27年最大判）、婚姻及び家族に関する事項のような一定の法制度を前提とする権利や利益は、関連する法制度においてそ

の内容が定められて初めて具体的に捉えられるものである。そして、民法750条が婚姻の効力として夫婦が夫又は妻の氏を称することを定めていることは、同条が婚姻の効力に関する同法第4編第2章第2節の規定であることから明らかであり、また、戸籍法74条1号は、上記民法750条を受けて夫婦が称する氏を婚姻届の記載内容としているものであるから、これらの規定が婚姻をすることについての要件を定めたものであるとは解し得ない。したがって、仮に、上記のような現在の法制度の内容に意に沿わないところがあることを理由として婚姻をしないことを選択する者がいるとしても、そのことをもって、直ちに当該法制度を定めた法律が婚姻をすることについて憲法24条1項の趣旨に沿わない制約を課したものと評価することはできず、上記のような事態が生じることは、婚姻をすることについての事実上の制約として、当該法制度の内容を定めるに当たっての国会の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考慮すべき事項というべきである（平成27年最大判）。

⑤ 世論・社会の変化を前提にしても憲法24条違反とは評価できない

抗告人らが指摘するような世論調査等の結果や地方議会における意見書の可決等の各事情に照らせば、平成27年最大判以降現在に至るまでの約4年間に、夫婦同氏制の採用を巡る社会の受け止め方には一定の変化や議論の高まりがあることがうかがわれる。

しかしながら、他方、夫婦が必ず同じ氏を名乗るべきと考える者が社会になお多数存在することも内閣府の世論調査の結果から認められるところである。そして、夫婦同氏制を含めた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こと（平成27年最大判）に照らせば、抗告人ら主張のような各事情をもってしてもなお、夫婦同氏制が維持されていることについて、国会の立法裁量の範囲を超えるものとまでは認め難く、現時点で民法750条及

び戸籍法74条1号（本件各規定）の合憲性が失われているということとはできない（なお、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ことをもって婚姻に際し氏を改めた者が受ける不利益が十分緩和されるとはいえない旨の抗告人らの指摘も、上記の結論を左右するものとはいえない。）。

2 本書面の構成

上記のうち、②及び③は、本件各規定が憲法14条1項に違反しないことを、①、④及び⑤は、本件各規定が憲法24条に違反しないことをそれぞれ述べるものであるから、下記第3及び第4において、憲法14条1項と憲法24条のそれぞれの観点から、原決定が憲法に違反することについて詳述する。また、その前提として、原決定の誤りは、「本件各規定が、両者相俟って婚姻の形式的成立要件になっており、婚姻に対する直接の制約になっている」という本件の本質を正しく理解していないことに端を発しているため、まず下記第2においてその点を再論する。

なお、上記①及び⑤に関しては、平成27年最大判以降の事情変更という観点から別途特別抗告理由書3として提出する。

第2 本件各規定は、婚姻の形式的成立要件・直接及び法律上の制約であること

- 1 夫婦同氏を定める民法750条は「婚姻の効力」の節（第4編第2章第2節）におかれているが、他方で、民法は、「婚姻の成立」の節（第4編第2章第1節）において、a. 実質的成立要件として婚姻障害事由の不存在（民法731条ないし737条）及び婚姻意思の存在（民法742条1号）を定め、b. 形式的成立要件として「届出」（民法739条ないし741条）を定めている。この届出を婚姻の形式的成立要件と解するのが通説である（高橋・床谷・棚村「民法7親族・相続 第5版」有斐閣43頁、窪田充見「家族法 第4版」有斐閣27頁）。

そして、b. の届出に関して、戸籍法が「夫婦が称する氏」を婚姻届の必要的記載事項に含めているため（戸籍法74条1号）、夫婦の氏が決定されなければ婚

婚姻届は受理されず、「婚姻は成立しない」。この意味で、夫婦同氏は、まさに、婚姻の成立要件になっている（平成27年最大判における岡部喜代子裁判官意見と同旨、甲9 高橋和之「夫婦別姓訴訟 同氏強制合憲判決に見られる最高裁の思考形式」世界2016年3月号147頁4行目以下）。

仮に、戸籍法74条1号によって要件化されていなければ、夫婦同氏は、民法752条が定める同居義務と同様に、純粹な婚姻の効力として、「婚姻の成否には関係なく」、「婚姻が成立した後に夫婦に課される義務」にとどまることになる。しかし、氏が統一できないと、そのカップルは「婚姻自体をすることができない」のであるから、夫婦同氏が同居義務のような婚姻の効力にとどまるものでないことは明らかである。

- 2 再婚禁止期間最高裁大法廷違憲判決（最判平成27年12月16日民集69巻8号2427頁）は、民法733条1項は「婚姻の要件」であり「婚姻に対する直接的な制約となっている」として、再婚禁止期間のうち100日を超える部分は合理性を欠き違憲であるとした。夫婦同氏制を定める民法750条及び戸籍法74条1号も、同様に「法律上」の「婚姻の要件」であり、「婚姻に対する直接的な制約」となっているのであって、これは「事実上の」制約でも、「間接的な」制約でもない。
- 3 本件では、上記の点を明確にするため、民法750条の違憲性のみが主張されていた平成27年最大判の事案と異なり、「民法750条及び戸籍法74条1号」（本件各規定）の違憲性を主張しており、原決定も、「第2 事案の概要」の「2 抗告の理由の要旨」において、民法750条及び戸籍法74条1号を「本件規定」と定義し、民法750条のみについて判示していた本件家裁決定を修正した上で、同様の整理を行っている。

しかし、それにもかかわらず、原決定は、憲法24条違反の有無を判断するに際して、「民法750条が婚姻の効力として夫婦が夫又は妻の氏を称することを定めていることは、同条が婚姻の効力に関する同法第4編第2章第2節の規定であることから明らかであり、また、戸籍法74条1号は、上記民法750条を受けて夫

婦が称する氏を婚姻届の記載内容としているものであるから、これらの規定が婚姻をすることについての要件を定めたものであるとは解し得ない」（原決定8頁。下線は、抗告人ら代理人による。）として、敢えて民法750条と戸籍法74条1号を分けて論じている。繰り返しになるが、戸籍法74条1号が「夫婦が称する氏」を婚姻届の必要的記載事項に含めていることにより、夫婦の氏が決定されなければ婚姻届が受理されず「婚姻は成立しない」のであるから、本件各規定は、両者相俟って「婚姻の要件」になっているのである。

- 4 このように、原決定は、「本件各規定が、両者相俟って婚姻の形式的成立要件になっており、婚姻に対する直接の制約になっている」という本件の本質を正しく理解せず、単に民法750条の条文の位置のみを根拠に、夫婦同氏が「婚姻の効力」であるという誤った前提に立った審理を行っているため、原決定には明らかな審理不尽の瑕疵がある。

以上の基本的な認識の下に、以下憲法14条1項違反及び憲法24条違反について論ずる。

第3 原決定が憲法14条1項に違反すること

1 原決定判示部分②について

(1) 原決定には「判断理由」が記載されていないこと

前記第1・1②のとおり、原決定は、本件各規定により、夫婦別氏を希望する者が法律上の婚姻をしないことを選択する事態が生じ得るとしても、そのことにより本件各規定自体において憲法14条1項が禁止する信条に基づく差別的取扱いを定めているものということとはできない、夫婦同氏制により婚姻をすることが事実上制約されることになっているとしても、このような法制度が国会の立法裁量の範囲を超えるものであるとまでは認め難いと述べる。

しかし、前記②の判示部分には、裁判所の決定において最も重要な「判断理由」の記載が欠けている。上記の記載のみでは、「何故」本件各規定が信

条に基づく差別的取扱いを定めていないといえるのか、「何故」夫婦同氏制により婚姻をすることが事実上制約されることになっていても、国会の立法裁量の範囲を超えないといえるのか、全く定かでない。この意味でも、原決定には明らかな審理不尽の瑕疵がある。

(2) 本件各規定は法律上の制約であり婚姻の要件であること

原決定は、夫婦別氏を希望する者が本件各規定を理由に「法律上の婚姻をしないことを選択する事態が生じ得る」として、そのことを以って、本件各規定が「事実上の制約」に過ぎないと評価している（原決定6頁17行以下）。

しかし、抗告人らは、法律上の婚姻を選択し、法律上の婚姻を強く希望し、婚姻届を提出した者である（甲3 婚姻届，甲4 不受理証明書）。それにもかかわらず、「夫婦の氏」を選択することが出来ないために、婚姻届は不受理となり、法律婚が成立しなかった。本申立ては、その届出の受理を求めるものである。

原決定の上記「法律上の婚姻をしないことを選択する」といった判断内容は、このような申立の趣旨を全く理解しないものである。加えて、抗告人らが実際に法律婚を強く選択・希望しているにもかかわらず、「夫婦の氏」を選択することが出来ないという1点のみによって、法律婚から排除され、届出が不受理になっているというこの事実自体が、既に第2において述べた通り、本件各規定が定める「夫婦の氏」の選択が、法律婚成立に際しての婚姻の要件となって居り、直接及び法律上の制約であることを示しているのである。

原決定の当該判示内容は、現状の制度の実態から目を背け、抗告人らの真摯な法律婚選択の希望について正面から受け止めようとしないものである。

(3) 本件各規定は憲法14条1項の不合理な差別的取扱いであること

本件各規定が憲法14条1項が禁止する信条に基づく不合理な差別的取扱いを定めていることは、以下の理由から明らかである。

ア まず、夫婦別氏を希望するか否かは、人生に関する信念・主義・主張等に含まれるため、「信条」に該当する（甲6 佐藤幸治「日本国憲法論」成文堂201頁，本件各規定及び憲法14条1項違反について本件と同趣旨の主張がなされた東京地裁令和元年10月2日判決及び東京地裁立川支部令和元年11月14日判決も同旨。）。

イ 次に、本件各規定は信条に基づく差別的取扱いを定めている。「本件各規定の存在」により、夫婦別氏を希望する者，すなわち，夫婦別氏を希望するという「信条を有する者」は，それ以外の者，すなわち，夫婦同氏を希望するという「信条を有さない者」と異なり，法律婚をすることができない（法律婚に伴う社会的承認や様々な権利利益を得られない）という「別異取扱い」を受けるのであるから，「本件各規定」が「信条」に基づく「差別的取扱い」を行っていることは，火を見るより明らかである。

ウ そして，当該「別異取扱い」を正当化する合理的な理由は，既に抗告人らが主張してきたとおり，何ら存在しない。これまで本件家裁決定，原決定ともに本件各規定の別異取扱いを正当化する合理的理由につき，何ら説得的な判断などしてきていない。合理的理由などないからである。したがって，本件各規定が憲法14条1項に違反することは明らかである。

(4) 平成27年最大判において信条差別についての判断はされていないこと

さらに，原決定は，「夫婦同氏制により婚姻をすることが事実上制約されることになっているとしても，平成27年最高裁判決において確認されているとおり（第2・2(4)），このような法制度が国会の立法裁量の範囲を超えるものであるとまでは認め難い」旨を述べる（原決定6頁20行以下）。

しかし，平成27年最大判において，本件のような憲法14条1項の信条差別についての主張は一切されていないし，裁判所も判示していない。

憲法14条1項の定める平等原則は，「直接的な法規範として，立法・行政・司法の全ての国家行為を拘束するものであり，「国民に対しては，平等権

すなわち法的に平等に扱われる権利ないし不合理な差別をされない権利を保障したもの」（甲51 野中俊彦ら「憲法Ⅰ」第5版287頁）である。すなわち、平等自体が憲法上の権利・利益・価値なのである。法律条項に平等原則違反があるとの主張に対して、全く審査をせずに他の憲法の条項（憲法24条）の認める立法裁量の限界の審理に吸収・集約して済ませてしまうなどあり得ない。

この点に関しては、障害福祉年金と児童扶養手当の併給禁止規定にかかるいわゆる堀木訴訟において、先例として判断がなされている。すなわち、生存権を定めた憲法25条と、平等権を定めた憲法14条の関係性について、「憲法25条の規定の要請にこたえて制定された法令において、受給者の範囲、支給要件、支給金額等につきなんら合理的理由のない不当な差別的取扱をしたり、あるいは個人の尊厳を毀損するような内容の定めを設けているときは、別に所論指摘の憲法14条及び13条違反の問題を生じ得ることは否定しえないところである」と判示されている（最大判昭和57年7月7日民集36巻7号1235頁）。同様に、仮に憲法24条2項の立法裁量の限界の問題としてはその要請に反しないと判断された場合であっても、憲法の他の個別の人権規定違反の有無は当然に別途問題になりうるのである。

2 原決定判示部分③について

(1) 別異取扱いの存在は明らかであること

前記第1・1③のとおり、原決定は、本件各規定は、夫婦となろうとする者の全てに対し一律の取扱いを定めているものであり、そのような者において有する信念や主義等のいかんによって取扱いに差異を設けているわけではないと述べる。

しかし、本件各規定は、夫婦別氏を希望する者、すなわち夫婦別氏を希望するという「信条を有する者」のみが、法律婚をすることができない（法律婚に伴う社会的承認や様々な権利利益を得られない）という「不利益な取扱

い」を受けるものである。よって、本件各規定が「信念や主義等のいかんによって取扱いに差異を設けている」ことは明らかであって、そこに異論を差し挟む余地は一切存在しない。

このことは、第2に述べた通り、「夫婦の氏」を選択することが婚姻の要件になっていることから明らかである。

(2) 一律適用と平等は同義ではないこと

原決定は、本件各規定が「夫婦となろうとする者の全てに対し一律の取扱いを定めている」ことを敢えて指摘して、このことを平等に取扱いをしていることの根拠としている。

しかし、法律は「一般的・抽象的な法規範」として、「不特定多数の人に対して、不特定多数の場合ないし事件に適用される」ことが、その性質上当然に予定されている（甲104 芦部信喜「憲法 第七版」岩波書店、305～306頁）。そのため、本件各規定が「夫婦となろうとする者の全てに対し一律の取扱いを定めている」ことは当然のことであり、その「一律の取扱い」は平等の根拠にはならないのである。

仮に、原決定のいうとおり「一律の取扱いを定めている」ことをもって不平等の存在が否定されるのであれば、これまで判例により憲法14条1項違反であると判断されてきたすべての事案について不平等が存在しないことになってしまう。例えば、最大判平成25年9月4日（平成24年（ク）第984号ほか）が憲法14条1項に違反すると判断した民法900条4号ただし書前段に原決定を当てはめると「嫡出でない子の相続分は、嫡出である子の相続分の二分の一と・・・する」という規定が「嫡出である子」と「嫡出でない子」のいずれに対しても一律に適用されることをもって、「嫡出である子」と「嫡出でない子」との間に不平等は存在しないということになる。しかし、この規定の適用の論理的帰結として、「嫡出でない子」の相続分は「嫡出である子」の2分の1になるのであるから、これは「嫡出でない子」に対する不平等な取扱

い以外の何物でもない。

憲法14条1項は、法適用の平等のみを意味するのではなく、法そのものの内容も平等の原則に従って定立されるべきであるという、法内容の平等をも意味している。法の内容に不平等な取扱いが定められていれば、いかにそれを平等に適用しても、平等の保障は実現されず、個人の尊厳の原理が無に帰するおそれがあるからである（甲104 芦部「憲法第七版」131～132頁）。選択肢なき夫婦同氏を定める本件各規定についても、そ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憲法が求める平等は保障されない。

(3) 異なる立場・状況にある者を同じに扱うことは平等に反すること

そもそも、個人を平等に処遇するとは、「同じ状況にある者は、同じに扱う」ということである。誰をも同じに扱うことは、必ずしも平等ではない。異なる立場・状況にある者を同じに扱うのは、同じ立場・状況にある者を別異に扱うのと同様、平等に反する（甲105 高橋和之「立憲主義と日本国憲法第3版」有斐閣148～149頁）。

例えば、①民法で「夫婦は、婚姻の際に定めるところに従い、信教を同じくする。」と定めた上で、戸籍法において「夫婦が信仰する宗教」を婚姻届の必要的記載事項と定めたり、②民法で「夫婦は、婚姻の際に定めるところに従い、同居する。」と定めた上で、戸籍法において「夫婦が同居する住所」を婚姻届の必要的記載事項と定めたり、あるいは、③民法で「夫婦は、婚姻の際に定めるところに従い、子をもうける。」と定めた上で、戸籍法において「子をもうける」ことに同意するチェックを婚姻届の必要的記載事項と定めた場合を想像されたい。

いずれの場合においても、①信教を統一することを希望しない者とそれ以外の者、②同居を希望しない者とそれ以外の者、あるいは③子をもうけることを希望しない者とそれ以外の者は、それぞれ、異なる立場・状況にある。

それにもかかわらず、それらを希望しない者に対しても、それ以外の者に対するのと同様に、信教の統一や同居や子をもうけることを求めることは、結局、それらの者から婚姻の自由（婚姻をするについての自由）を奪うことを意味するのであって、平等に反する。この場合に、「夫婦となろうとする者のすべてに対し一律に、夫婦となろうとする者の間の協議に委ねるという均等の取扱いをしている」という理由で、不平等が存在しないと結論付けることができないことは、誰の目にも明らかであろう。

同様に、夫婦別氏を希望する者（いずれの氏を称するかは協議が調わない者）は、「婚姻後も夫婦別氏を希望する」という「信条」を有しているから、それ以外の者（協議が調う者）とは異なる立場・状況にある。そうであるのに、そのような信条を有する者に対しても、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。それにもかかわらず、「一律の取扱いを定めている」ことをもって不平等がないとする原決定は、「平等」の本来の意味を理解していないものと言わざるを得ない。

(4) 原決定は制度優先思考であり不当であること

原決定は、前記③の判示部分において、本件各規定により「法律上の婚姻をしないことを選択する者」が生じるとしても、そのことは定められた制度内容の「受け止め方がそれぞれ多様であることにより生じる事象」とであると指摘を行っているが、この判示内容は、抗告人らの憲法上の主張に対する判断を回避した上で、無条件に現状の制度を正当化するものであり、明らかに誤りである。

「夫婦別氏を希望する者」は、「法律上の婚姻をしないことを選択」しているのではなく、既に述べたとおり、本件各規定が婚姻の形式的成立要件であることにより、「法律上の婚姻がそもそもできない」（法律婚の選択肢が

与えられていない) ののである。これは、「国民の側の制度内容の受け止め方の問題」ではなく、「適切な選択肢を与えていない制度の側の問題」である。

本件各規定が違憲であることは繰り返し述べているところであるが、この点において、かかる違憲の制度の問題点について何ら思考することなく、現行の制度を当然の前提として、それを受け入れない国民に不利益が及ぶことを単に「制度内容の受け止めの問題」などと言って放置するのは、明らかに論理が逆転しており、司法判断として看過できないものである。

3 小括

以上に述べてきたとおり、原決定が憲法14条1項に違反していることは明らかである。

第4 原決定が憲法24条に違反すること

1 原決定判示部分④について

(1) 前記④のとおり、原決定は、婚姻及び家族に関する事項のような一定の法制度を前提とする権利や利益は、関連する法制度においてその内容が定められて初めて具体的に捉えられるものである、そして、750条が婚姻の効力を定めていることは、同条が婚姻の効力に関する同法第4編第2章第2節の規定であることから明らかであり、また、戸籍法74条1号は、上記民法750条を受けて夫婦が称する氏を婚姻届の記載内容としているものであるから、これらの規定が婚姻をすることについての要件を定めたものであるとは解し得ないと述べる。

(2) しかし、本件の抗告理由書1でも述べたとおり、上記の原決定の判示は「制度優先思考」に陥っており、明らかに不当である。

すなわち、原決定が述べるように、「婚姻及び家族に関する事項のような一定の法制度を前提とする権利や利益は、関連する法制度においてその内容が定められて初めて具体的に捉えられる」と考えた場合、平成27年最大判の

判例解説にも記載されているとおり、「憲法上の人権の内容が何故下位法の解釈により決せられるのかについて素朴な疑問」が生じる（畑佳秀『最高裁判所判例解説民事篇 平成27年度（下）』737頁）。本来検討されるべきなのは、その「下位法」（すなわち、現行の民法及び戸籍法）の規定自体の合憲性であり、「下位法」の規定自体が違憲であれば、それに基づく法制度によって定められた権利や利益が憲法の要請を充たしていることはあり得ないのである。

- (3) また、先に述べたとおり、原決定は民法750条と戸籍法74条1号を敢えて分けて論じているが、本件各規定は、両者相俟って、夫婦別氏を希望する者の婚姻を「不可能にしている」のであるから、「婚姻の効力」ではなく、明らかに「婚姻の要件」である。本件各規定が「婚姻の効力」を定めたものであれば、夫婦別氏を希望する者も「婚姻することはできる」が、「同一の氏を称するという効力が生じない」ということになるが、現行法の建付けはそうにはなっていない。

そして、本件各規定が「婚姻の要件」を定めている以上、夫婦別氏を希望する者にとって本件各規定は、婚姻をすることについての「事実上の制約」ではなく「法律上」の「直接的な制約」であり、再婚禁止期間最高裁大法廷違憲判決の判示に照らせば、当該制約に合理的な根拠が認められなければ、当該制約は「憲法14条1項に違反するとともに、憲法24条2項にも違反する」。

この点、本件の家事審判申立書でも述べたとおり、「婚姻制度とは、公序という観点から、国家が、家族の実態及び国民意識を踏まえた上で、一定の要件や方式を定め、それに沿う婚姻に法的承認を与え、そのような法律婚を特別に保護し、尊重し、推奨するもの」であるところ、夫婦同氏はいかなる意味でも「公序の要請」（公の秩序維持のために必要不可欠な要請）とはいえない（甲11 大村敦「『家族法における契約化』をめぐり一考察」家族ジェンダーと自由と法（東北大学出版会）377頁）。その証左として、夫婦同氏

が法律によって強制されているのは日本だけであるところ、諸外国において、夫婦別氏の選択肢が認められていることにより公の秩序が乱れているという実態はない。さらに言えば、現行の夫婦同氏制により、夫婦別氏を希望する者は法律婚ができず、事実婚へと追いやられているのであるから、夫婦同氏は法律婚の推奨という婚姻制度の目的に資するどころか、かえってかかる目的を害し、婚姻制度を形骸化させている。

よって、現行の夫婦同氏制を定める本件各規定に合理的な根拠がないことは明らかであるため、本件各規定は「憲法14条1項に違反するとともに、憲法24条2項にも違反する」。

- (4) さらに付言すれば、前記④の判示部分においては、夫婦別氏を希望する者が婚姻できないことは、「婚姻をすることについての事実上の制約として、当該法制度の内容を定めるに当たっての国会の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考慮すべき事項」であるとして、平成27年最大判を引用しているが、同最大判は、憲法24条について「婚姻制度の内容により婚姻をすることが事実上不当に制約されることのないように図ること等についても十分に配慮した法律の制定を求めるものであり、この点でも立法裁量に限定的な指針を与えるもの」であると判示しているところであり、上記の原決定の判示を敷衍すれば、「国会の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考慮」されれば、おのずと「立法裁量の限界を超え違憲」という結論に至るはずなのである。この点で、原決定の判示は極めて中途半端で、明らかな審理不尽があると言わざるを得ない。

2 原決定判示部分①及び⑤について

上記①及び⑤では、平成27年最大判以降、種々の事情の変化は認められるが、夫婦同氏制が維持されていることについて、国会の立法裁量の範囲を超えるものとはまでは依然として認められない旨が述べられている。

しかし、前記①及び⑤の判示部分においては、平成27年最大判以降の事情変

更の大きさが過小評価されていると言わざるを得ない。この点については、特に近時（令和元年11月5日）、住民票及びマイナンバーカード等に旧氏（通称）を併記できる制度が施行されたことにより、さらなる事情変更が起こっているが、この制度の導入によってますます社会における旧氏の取扱いがバラバラとなり、通称使用（すなわち、ダブルネームの使用）による社会的混乱がより一層深まりつつある状況にある。少なくとも、原決定のように、何ら理由もないまま、括弧書きで「（なお、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ことをもって婚姻に際し氏を改めた者が受ける不利益が十分緩和されるとはいえない旨の抗告人らの指摘も、上記の結論を左右するものとはいえない。）」と軽く付言してすませることのできる事態ではない。

この点については、平成27年最大判以降の事情変更を整理した別書面（特別抗告理由書3）にて、詳細に論ずる。

第4 結語

- (1) 本書において述べた限りでも、原決定に憲法違反があることは明らかであるから、原決定は速やかに破棄されるべきである。
- (2) その際、本件の家事審判申立書でも述べたが、本件各規定を全部無効とすると、夫婦が同氏となることを希望する者が法律婚によって夫婦同氏となるための根拠規定の効力まで失われることとなり、それは立法者の合理的意思として想定し難い。そのため、本件においては、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）の判示に倣い、本件各規定の存在を前提として、夫婦別氏を希望する者の救済を図ることで違憲状態の是正を図るべきである。

具体的には、まず、本件各規定のうち民法750条は、「夫婦は、婚姻の際に定めるところに従い、夫又は妻の氏を称する」と定めているところ（下線は、申立人ら代理人による。）、これは夫婦別氏という選択肢を認めない点におい

て憲法に反するため、当該違反部分を除く形で、すなわち、夫婦別氏という選択肢を認める形で合憲的かつ合理的に解釈すると、平成8年2月26日付けで法務省が公表した「民法の一部を改正する法律案要綱」（甲13）の「第三 夫婦の氏」と同じく、「夫婦は、婚姻の際に定めるところに従い、夫若しくは妻の氏を称し、又は各自の婚姻前の氏を称する」（下線は申立人ら代理人による。）と解釈することができる。

また、本件各規定のうち戸籍法74条1号は、「婚姻をしようとする者は、左の事項を届書に記載して、その旨を届け出なければならない。一 夫婦が称する氏」と規定するが、民法750条を上記のように解釈するのであれば、この「夫婦が称する氏」についても、「夫の氏」、「妻の氏」又は「各自の婚姻前の氏」のいずれも記載可能と解釈すれば足りる。

このように、国籍法違憲最高裁大法廷判決の判示に倣えば、選択肢なき夫婦同氏制を定める本件各規定の全部を無効とすることなく、違憲状態を是正することが可能である。

(3) なお、前述のとおり、本件における抗告人らの憲法14条1項違反の主張は

「信条による差別」であり、「性別による差別」について判断した平成27年最大判とは論点が異なる。この点、原決定は、上記②の判示部分において、「そして、夫婦同氏制により婚姻をすることが事実上制約されることになっているとしても、平成27年最大判において確認されているとおり（第2・2(4)）、当裁判所としても、このような法制度が国会の立法裁量の範囲を超えるものであるとまでは認め難いと考えるところである」（下線は、抗告人ら代理人による）と述べているが、既に述べた通り、上記の「第2・2(4)」（すなわち、本件家裁決定の「第2・2(4)」）は、「(4) 最高裁判所平成27年12月16日大法廷判決」という表題の下で平成27年最大判の判示を確認した部分であり、その中の「イ 憲法14条1項適合性」の部分では「性別による差別」にしか言及はなく、本件で抗告人らが主張している「信条による差別」への言及は一切ない。

加えて、平成27年最大判においては、民法750条のみが問題となっており、裁判所も同条項について判断しただけであり、戸籍法74条1号に関する判断はされていない。

裁判所法10条1号は、「意見が前に大法廷でした、その法律、命令、規則又は処分が憲法に適合するとの裁判と同じであるとき」を除き、「当事者の主張に基いて、法律、命令、規則又は処分が憲法に適合するかしないかを判断するとき」は、「小法廷では裁判をすることができない」と定めている。本件と平成27年最大判の事案とは、上記のように論点が異なる以上、本件における裁判所の「意見」が「前に大法廷でした、その法律、命令、規則又は処分が憲法に適合するとの裁判と同じ」になることはあり得ない。

よって、本件は大法廷で審理されなければならない事案であることを念のため付言する。