

平成30年（ワ）第 号, 第 号 損害賠償請求事件
原告 ほか2名
被告 国

第2準備書面

平成30年12月5日

東京地方裁判所民事第5部合議B係 御中

原告ら訴訟代理人弁護士 榊 原 富士子
他16名

本書面では、被告準備書面(1)に対する原告の反論を記載する。なお、平成27年最大判後の事情変更はないとの被告の主張に対する反論は、追って提出の第3準備書面にて詳述する。

目次

第 1	被告の主張の枠組(被告準備書面(1)第 2・1(1), 3～4 頁)に対する反論 .. 3
第 2	平成 27 年最大判の判断枠組みの要約 (被告準備書面(1)第 2・1(2), 4～8 頁) に対する反論 3
1	制度優先思考—高橋教授による批判..... 3
2	「憲法の趣旨」～憲法 24 条 2 項の解釈 4
3	氏名の起源は社会にあり国家に先行する..... 5
4	泉徳治元最高裁判事による同旨の批判 6
第 3	「民法 750 条の立法目的及び合理性」(被告準備書面(1)第 2・2, 8～12 頁) に対する反論 7
1	「民法 750 条の立法目的」 (被告準備書面(1)第 2・2(1), 8～9 頁) に対する反論 7
2	「立法目的との関係」 (被告準備書面(1)第 2・2(2)ア, 9～10 頁) に対する反論 8
3	「婚姻制度との関係」 (被告準備書面(1)第 2・2(2)イ, 10～11 頁) に対する反論 ... 10
	(1) 規格化と多様性について 10
	(2) 嫡出推定と夫婦同氏について 10
	(3) 嫡出子であることの公示について 11
	(4) 小括 13
4	「夫婦別氏という選択肢を設けていないことの合理性について司法審査を及ぼすことの当否について」(被告準備書面(1)第 2・2(3), 11～12 頁) に対する反論 13
第 4	「本件各規定は憲法 14 条 1 項に違反するものではないこと」(被告準備書面(1)第 2・4, 13 頁) に対する反論 14
1	被告の主張 15
2	法律の一律適用と別異取扱い 15
3	婚姻の形式的要件—戸籍法 74 条 1 号 17
第 5	「本件各規定は憲法 24 条に違反するものではないこと」(被告準備書面(1)第 2・5, 13 頁以下) に対する反論 18
1	被告による原告主張の要約の誤り 18
2	平成 27 年最大判の論理的な誤り 20
3	平成 27 年最大判の後の事情の変化 23

第1 被告の主張の枠組（被告準備書面(1)第2・1(1), 3～4頁）に対する反論

被告は、平成27年最大判につき、「同判決の枠組みを踏まえた上で、同判決後現在に至るまでの間、原告らの主張を裏付けるような事情変更があったか否か」の観点から審理がなされるべきとの判断枠組みを示した上で、平成27年最大判の要点を述べ、民法750条の立法目的及びその合理性を述べる（被告準備書面(1)第2・1(1), 4頁）。

しかし、平成27年最大判の多数意見及び寺田補足意見に対しては、その誤りを指摘する判例評釈、学説、及び社会的な批判が多数ある。それにもかかわらず、この点を全く無視して、平成27年最大判をただ盲目的に支持している点において、被告の主張は、極めて不当であるとともに、原告らの憲法上の権利・利益の侵害の主張を全く無視したものである。

第2 平成27年最大判の判断枠組みの要約（被告準備書面(1)第2・1(2), 4～8頁）に対する反論

1 制度優先思考—高橋教授による批判

被告は、平成27年最大判の多数意見に倣い、「氏は、婚姻及び家族に関する法制度の一部として法律がその具体的な内容を規律しているものであるから、氏に関する上記人格権の内容も・・・憲法の趣旨を踏まえつつ定められる法制度をまって初めて具体的に捉えられる」（被告準備書面(1)第2・1(2)ア、なお、下線は原告ら訴訟代理人。）と述べた後、現行の「氏に関する民法の規定」を通覧して無批判に肯定し（同イ）、それらの規定から、氏には「家族の呼称としての意義」があるため、家族を想起させるものとして「一つに定めることにも合理性がある」、「婚姻を含めた身分関係の変動に伴って改められることがあり得ることは、その性質上予定されている」、との結論を導き出している（同ウ）。

しかし、現行民法の氏の規定が憲法の趣旨を踏まえずに定められている場合には、いくら現行民法の氏の制度を通覧しても、氏に関する人格権の内容を適切に捉えることは不可能なのであるから、まずは現行民法の規定が「憲法の趣旨を踏まえつつ定められる法制度」となっているか否かが十分に検討されなければならないはずである。

この平成 27 年最大判の判断方法を、高橋和之東大名誉教授は以下の通り厳しく批判する。

「この議論の仕方には、人権と制度が衝突するときの調整の仕方に関する最高裁の特徴的な思考様式が現れている。つまり人権の保障内容は法制度により具体化されるのであるから、人権の保障範囲は制度の枠内に限定されるという考え方であり、制度優先思考と呼んでいる。しかし、本来は憲法が保障する人権が優先すべきであり、法律の定める制度は人権の制約として許される範囲の内容として制定されなければならないはずなのである。」（甲 9、高橋和之「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」143 頁最終行以下）

2 「憲法の趣旨」～憲法 24 条 2 項の解釈

そこで、まずは現行民法の規定が「憲法の趣旨を踏まえつつ定められる法制度」となっているかを検討する必要があるが、ここでいう「憲法の趣旨」の中核を占めるのは、いうまでもなく「婚姻及び家族に関するその他の事項に関しては、法律は、個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚して、制定されなければならない」と定める憲法 24 条 2 項である。この憲法 24 条 2 項について平成 27 年最大判は、「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」という具体的な

解釈を示した。そのため、現行民法の規定が「憲法の趣旨を踏まえつつ定められる法制度」となっているか否かを検討するということの意味は、具体的には、現行民法の規定が「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」に適合し、「(立法) 裁量の限界」を超えていないか否かを検討するということである。

そして、現行民法の規定が「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」に適合せず、「(立法) 裁量の限界」を超えていることについては、訴状において十分に論証したため、ここでは再論しない。

3 氏名の起源は社会にあり国家に先行する

高橋教授は、前記の「人権の保障範囲は制度の枠内に限定されるという考え方」への批判に加え、以下のように、そもそも「氏のもつ意味が制度により具体化されるという理解自体に疑問がある」と指摘している。

「本件では、それ以前に、氏のもつ意味が制度により具体化されるという理解自体に疑問がある。名前というものは、社会生活の中で各人を他者と識別し自己を同定する記号である。このような機能をもった名前自体は、国家により創設された制度ではなく、社会の中で自生的に成立したものである。この他者からの識別と自己の同定機能が社会の中で自律的に生きる個人にとって極めて重要な利益であるという認識が深まり、現在『憲法上の権利』としての保護が与えられるべきだとされるようになったのである。その名前に氏と名の区別を設定して『氏名』という形態を与えるに際しては、国家の何らかの関与があったかもしれない。しかし、名前（＝氏名）の本体は、起源的には社会の側に属し、国家の創設した制度ではない。そして、起源的に社会の側に属し、国家に先行する存在である点に着目して

『人権』としての憲法上の保障を及ぼすのである。

かりに氏については国家が家族の呼称として創設し、そのようなものとして法制度のなかに取り込んで規律したとしても、社会のなかで名と一体化し名前＝氏名として機能しているのであり、そこから氏だけを切り離し、氏は国家の法制度により意味が与えられるのであるから人格権の保障は及ばない、などという法律論は、恣意以外のなにものでもない。氏名が人格権の保障内容に含まれるのであれば、氏もそれと一体となって人格権に含まれるのであり、氏と名では保障の強度が違うという議論ならまだしも、氏には保障が及ばないというような議論は、とても理解できない。氏にも保障は及ぶとして人格権の制限を認め、その上で氏の変更が公益上必要とされる理由を検討し、この制限が正当化しうるかどうかを判断すべきであった。その場合には、制限する目的、つまり氏の変更を強制する理由はなにか、それに正当な理由があるとしても、その目的は氏の変更を一律に強制する以外の方法によっては達成できないのか、を論ずることになり、その説明を受けることにより判決という権力行使の理由が明らかにされるのである。本判決は、人格権の保障は及ばないからその制限は存在しないと『断定』して、理由の説明義務を回避してしまったのである。」（甲 9、高橋和之「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」144頁上段 8 行目以下）

4 泉徳治元最高裁判事による同旨の批判

この点、泉徳治元最高裁判所判事も、以下のように同様の批判を述べている。なお、この批判は直接的には憲法 13 条との関係について述べられたものであるが、憲法 13 条の「個人の尊重」と同 24 条の「個人の尊厳」はほぼ同旨であるため、下記の「憲法十三条」を「憲法二十四条」と、「個人

の尊重」を「個人の尊厳」と読み替えることで、この批判は平成 27 年最大判及び被告主張に対する批判としても成り立つものである。

『氏』は婚姻または家族に関する法制度の一部として法律が具体的な内容を規律しているのだから、氏に関する人格権の内容も法律制度をまって初めて具体的に捉えられる、というのも間違いです。法律があつて氏があるのではなく、憲法一三条の個人の尊重から個人のアイデンティティの象徴としての呼称があり、憲法一三条の下で法律が呼称に関する制度を定めます。法律で定めるにあたっては憲法一三条の拘束を受けます。」（甲 30, 泉徳治「一步前へ出る司法」267 頁）

第 3 「民法 750 条の立法目的及び合理性」（被告準備書面(1)第 2・2, 8～12 頁）に対する反論

1 「民法 750 条の立法目的」（被告準備書面(1)第 2・2(1), 8～9 頁）に対する反論

被告は、民法 750 条の立法目的について、「夫婦は、生活共同体を形成するものであるから、その総体性を示すために、同一の氏を称するものである」とか、「氏による共同生活の実態の表現という習俗の継続や家族の一体感の醸成ないし確保にある」とし、同条の立法目的がそのようなものであることは、同条の制定過程における我妻委員の説明からも明らかであると述べる（被告準備書面(1)第 2・2(1)）。

これを整理すれば、次の 2 点を立法目的として主張していると解される。

①氏による共同生活の実態の表現という習俗の継続

②家族の一体感の醸成ないし確保

しかし、まず、上記のうち②について、我妻委員が立法時にこれを立法目的であると説明した事実はなく、他に立法時の議論を示す資料をあたっ

ても②を立法目的としたことを示す資料は見あたらない。よって、この部分の被告の主張は誤りである。なお、平成 26 年 3 月 28 日東京高裁判決は、これを立法目的の 1 つとしているが、平成 27 年最大判はそのようには判断しておらず、「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ところである」（甲 5, 2594 頁）と述べたにとどまる。

また、上記のうち①については、そもそも昭和 22 年の民法改正時に選択肢なき夫婦同氏制を継続させたのは、それによって何らかの「目的」を達成するためではなく、単に従前の（家制度時代に形成された）「習俗」を「継続」させたものにすぎないということなのであるから、上記①は「立法目的」と評価できるほどのものではないことは既に訴状にて述べた通りである（訴状 22 頁最終行）。

2 「立法目的との関係」（被告準備書面(1)第 2・2(2)ア, 9～10 頁）に対する反論

被告は独自に設定した目的に対して、平成 27 年最大判を引用しつつ、「民法 750 条は上記目的達成のための合理的な手段として夫婦同氏制度を採用した」とする（被告準備書面(1)第 2・2(2)ア）。

しかし、仮に先に述べた①及び②が立法目的であると仮定しても、同氏でも別居しており共同生活を営んでいない家族や、別氏でも共同生活を営んでいる家族については、「共同生活の実態の表現」という目的は達成しえないことは言うまでもない。さらには、様々な家族形態が存在する昨今においては、家族の一体感の醸成ないし確保は、家族各々の事情によるのであり、同氏か別氏かに依存する類の話ではないことは自明である。

これらのことは、当然に、立法時にも認識されていた。我妻委員は、被告準備書面(1)が引用する部分の直後において、すでに以下のように述べて

いる。

「併し、御承知の通り親と子供が同じ所に生活するか、しないかということは、農村と都会とでは非常に違います。又都会地も、今日のような社会情勢になりますと、その現実の共同生活、或は世帯と申しますか、それが非常に複雑になりますので、世帯の儘を法律に現わすということは甚だしい困難、恐らく不可能であろうと思われる程の困難に逢着するのであります。」（昭和 21 年 8 月 22 日の臨時法制調査会第 2 回総会、乙 2・251 頁下段 5 行目以下）

そして、昭和 21 年から 72 年を経た現在においては、農村と都会の違いの対比というレベルにとどまらず、グローバル化、国際結婚の増加、共働き夫婦の増加、少子化、再婚の増加、晩婚化等により、家族の変化・多様化はさらにすすんでいる。本件の原告ら及び社会一般に存在する氏の変更を望まないために事実婚を営む夫婦を思い浮かべれば、「氏による共同生活の実態の表現」ができる家族の範囲は、昭和 21 年よりはるかに狭まっていることがわかる。

そのため、仮に、上記①及び②が立法目的であると仮定しても、現行の選択肢なき夫婦同氏制は、当該立法目的を達成する手段とは到底評価できず、そればかりか、婚姻による家族生活を希望する個人を規制し、婚姻に不必要な制約をかけているという点、さらには事実婚を発生・増加させる要因となっており、かえって立法目的と相反する効果をもたらしているという点で、立法目的と手段の間に合理的関連性を有するとは到底いえない状況に至っている。

3 「婚姻制度との関係」(被告準備書面(1)第2・2(2)イ, 10～11頁)に対する反論

(1) 規格化と多様性について

被告は、平成27年最大判の寺田補足意見を引用して、「法律上の仕組みとしての婚姻夫婦も、その他の家族関係と同様、社会の構成員一般からみてもそう複雑でないものとして捉えることができるよう規格化された形で作られていて、個々の当事者の多様な意思に沿って変容させることに対しては抑制的であるべきである。」と述べる。

しかし、原告らは家族に関する制度について規格化すべきではないといった極端な主張をしているものではない。原告らが実現を望んでいる選択的夫婦別氏制も、いわば1つの「規格」である。原告らは、現行民法が定める「規格」が憲法や条約に違反する場合には、裁判所によってすみやかにその違反の認定がなされるべきであると主張しているにすぎない。

(2) 嫡出推定と夫婦同氏について

被告は、平成27年最大判に倣い、立法目的を離れ、選択肢なき夫婦同氏制の持つ意義を述べ、それをもって当該制度の合理性の根拠としている。この点に関し、以下、反論する。

まず、被告は、平成27年最大判の寺田補足意見を引用して、「複雑さを避け、規格化するという要請の中で仕組みを構成しようとする場合に、法律上の効果となる柱を想定し、これとの整合性を追求しつつ他の部分を作り上げていくことに特に不合理はない。」とした上で、「法律上の効果となる柱」については、「嫡出推定は、父子関係を定める機能まで与えられていることから中心的な位置を占め、これこそが婚姻制度において想定される『法律上の効果となる柱』である」と述べる。

この点、原告らも、嫡出推定が婚姻の重要な効果であることを争うものではない。しかし、「嫡出推定と婚姻」の関係と「嫡出推定と夫婦同氏」の関係は別問題である。嫡出推定が婚姻の重要な効果であり柱であるからといって、夫婦同氏が嫡出推定のために必要であるとか不可欠であるという結論に至らないことは当然である。

嫡出推定は、妻が婚姻中に懐胎した子を夫の子と推定する制度であるから（民法 772 条 1 項）、その要件は、父母の婚姻と婚姻中の母の懐胎であり、これらの要件は、婚姻という社会的関係に基づいて父子関係を早期に安定させるという嫡出推定の目的と合致する。

これに対し、夫婦同氏は嫡出推定の要件ではないし、嫡出推定の上記目的とも理論的な結び付きを有しない。

諸外国の婚姻制度をみても、嫡出推定（または、嫡出という用語のない国、廃した国も多いので「父子関係」の推定）は婚姻の重要な効果であるが、どの国にも、夫婦同氏を強制する制度はなく、嫡出推定の制度が夫婦同氏強制の制度を必要としないことはすでに証明されている。

むしろ、法律上の夫婦になることを希望するが、氏の変更を望まないためにやむを得ず事実婚を選択している夫婦にとっては、選択肢なき夫婦同氏制によって、被告主張の婚姻における「法律上の効果となる柱」である嫡出推定の利益を得られないことになっているのである。このため、便宜上の解決策として、夫婦間の子の出生に際して、婚姻届を提出して、出産後にペーパー離婚をする夫婦は少なくない。

(3) 嫡出子であることの公示について

そして、被告は、夫婦同氏と嫡出推定の理論的關係について、平成 27 年最大判寺田補足意見を引用しつつ、「夫婦の氏に関する規定は、夫婦そ

れぞれと等しく同じ氏を称する程のつながりを持った存在として嫡出子が意義づけられていること（民法 790 条 1 項）を反映していると考えられる」とした上で、「民法 750 条が、法律上の効果となる柱である嫡出推定との整合性を追求しつつ、婚姻をする夫婦の氏をそのいずれかの氏とする仕組みを設けていることは・・・十分に合理性を有するというべきである」と主張する。

しかし、民法 790 条が嫡出子を「夫婦それぞれと等しく同じ氏を称する程のつながりを持った存在として意義づけている」とは、条文からは到底評価することはできない。すなわち、民法 790 条は、単に民法 750 条が定める選択肢なき夫婦同氏制を前提にした際の、子の氏を場合分けして規定したものに過ぎない。

さらには、被告は、平成 27 年最大判を引用して、「婚姻の重要な効果として夫婦間の子が夫婦の共同親権に服する嫡出子となるということがあるところ、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に（被告主張書面記載のまもの引用、「の」の誤りと考えられる）意義がある」とも主張する。

しかし、この「公示機能」は、その反面として、両親と氏が共通でない子どもは非嫡出子である（可能性が高い）ということも同時に公示するのであり、その公示機能の必要性を説くことは、非嫡出子差別につながる危険性を強く孕むものである。

非嫡出子差別に関しては、平成 25 年 9 月 4 日に、最高裁自身が「昭和 22 年民法改正時から現在に至るまでの間の社会の動向、我が国における家族形態の多様化やこれに伴う国民の意識の変化、諸外国の立法のすう勢及び我が国が批准した条約の内容とこれに基づき設置された委員会か

らの指摘，嫡出子と嫡出でない子の区別に関わる法制等の変化，更にはこれまでの当審判例における度重なる問題の指摘等を総合的に考察すれば，家族という共同体の中における個人の尊重がより明確に認識されてきたことは明らかであるといえる。そして，法律婚という制度自体は我が国に定着しているとしても，上記のような認識の変化に伴い，上記制度の下で父母が婚姻関係になかったという，子にとっては自ら選択ないし修正する余地のない事柄を理由としてその子に不利益を及ぼすことは許されず，子を個人として尊重し，その権利を保障すべきであるという考えが確立されてきているものということができる」と判示している。

したがって，同判例を踏まえれば，被告準備書面(2)において主張されているように，嫡出子の公示機能を重視することは決して許されないはずである。

(4) 小括

以上のとおり，被告の主張はいずれの点においても，失当である。

4 「夫婦別氏という選択肢を設けていないことの合理性について司法審査を及ぼすことの当否について」(被告準備書面(1)第2・2(2)ウ，11頁)に対する反論

被告は，「夫婦が別氏のまま婚姻をすることができるという制度を採用した場合に，その夫婦の間の嫡出子の氏がどのように定められるべきであるかについては多様な考え方があり得るが，その多様な考え方のうちどれを選択するかによって，氏が持つ法的な意味合いが変わり得る」，「選択的夫婦別氏制度の導入の是非を含め，氏の在り方やその法的取扱いについては，国会の広い立法裁量に委ねられるべき問題である」とも述べる。

しかし，ここで被告が言う「氏が持つ法的な意味合い」，「氏・・・の法的取扱い」が何を意味するのかは不明である。氏の「法的」な意味合いと

いう観点で言えば、むしろ、平成 27 年最大判は、氏名は、「人格権の一内容を構成するもの」であること（甲 5, 2588 頁）および婚姻前の氏によって「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」が「人格的利益」であることを認めているのである（甲 5, 2590 頁）。被告もまた、被告準備書面(1)第 2, 1 (2)の冒頭で、氏名が人格権の一内容を構成するものであることを肯定している。

ところが、被告は、氏の「法的な意味合い」や「法的取扱い」が何を意味するかについても、選択的夫婦別氏制を採用した場合に氏の「法的」な意味合いや取扱いがどう変わり得るのかについても、何ら説明しないまま、安易に「広い立法裁量に委ねられるべき」と結論付けるものであり、立法裁量に委ねられるべきとする根拠、言い換えれば現行民法の規定が立法裁量の限界を超えていないとする根拠を何ら示していない。

前述のとおり、本件各規定については、平成 27 年最大判が憲法 24 条 2 項の解釈として示した「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」に適合し、「(立法) 裁量の限界」を超えていないか否かが十分に検討されなければならないし、原告が主張する憲法 14 条 1 項の平等原則に違反するか否かについても、憲法審査の視点から判断されなければならない。そして、かかる検討の結果、本件各規定が憲法 14 条 1 項違反であるとともに、憲法 24 条 2 項の立法裁量の限界を超えていることについては、訴状において詳述したとおりである。

第 4 「本件各規定は憲法 14 条 1 項に違反するものではないこと」（被告準備書面(1)第 2・4, 13 頁）に対する反論

1 被告の主張

被告は、「本件各規定は、夫婦同氏を希望する者及び夫婦別氏を希望する者のいずれに対しても、婚姻をする場合には、夫又は妻の氏を称するものとすることを定めているものであるから、そもそも、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別異取扱いをしているものではない。したがって、本件各規定は、その文言上、夫婦同氏を希望する者であるか、夫婦別氏を希望する者であるかについて、法的な差別的取扱いを定めているわけではなく、本件各規定の定める夫婦同氏制それ自体に形式的な不平等が存在するわけではない。」(被告準備書面(1)13頁16行以下)と主張し、その趣旨を、「本件各規定は、誰に対しても一律に適用されるものなので、別異取扱いを定めているわけではなく、法的差別的取扱いを定めているわけでもなく、形式的不平等が存在するわけではない」というものであると説明する(2018(平成30)年10月15日進行協議期日)。

2 法律の一律適用と別異取扱い

しかし、そもそも、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ため(甲44 芦部信喜「憲法 第六版」岩波書店、2015年296頁)、法律の規定が「誰に対しても一律に適用される」のは当然のことである。被告の主張を敷衍すれば、その一律適用の結果、ある類型に属する者とそれ以外の者の間に必ず差異が生じる場合であっても、別異取扱いに該当しないという結論になってしまう。これは、不合理な別異取扱いを禁じた憲法14条1項の意義を完全に無にするものである。

実際に、被告が主張するように「誰に対しても一律に適用される」ことを理由として別異取扱いの存在が否定されるのであれば、これまでに判例により憲法14条1項違反であると判断されてきた全ての事案において別異

取扱いが存在しなかったことになり、それ故かかる別異取扱いに合理性があるか否かの検討に入るまでもなく、同項に違反しないという結論が導かれることとなる。

例えば、最大判昭和 48 年 4 月 4 日（昭和 45 年（あ）第 1310 号）が憲法 14 条 1 項に違反すると判断した刑法 200 条に被告の主張をあてはめると、「自己又は配偶者の直系尊属を殺害した者」及び「それ以外の者を殺害した者」のいずれに対しても、「自己又は配偶者の直系尊属を殺したる者は死刑又は無期懲役に処す」という規定が一律に適用されるので、かかる規定は「自己又は配偶者の直系尊属を殺害した者」と「それ以外の者を殺害した者」との間の別異取扱いを定めているわけではないということになる。しかし、かかる規定の適用の論理的帰結として、「自己又は配偶者の直系尊属を殺害した者」の刑は「それ以外の者を殺害した者」と比して加重されるのであり、それは「自己又は配偶者の直系尊属を殺害した者」に対する別異取扱いにほかならない。

また、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 号ただし書前段に被告の主張をあてはめると、「嫡出である子」と「嫡出でない子」のいずれに対しても、「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」という規定が一律に適用されるので、同規定は「嫡出である子」と「嫡出でない子」との間の別異取扱いを定めているわけでは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、やはり、「嫡出でない子」に対する別異取扱い以外の何ものでもない。

そのほか、国籍法 3 条 1 項が憲法 14 条 1 項に反する旨判断した最大判平

成 20 年 6 月 4 日（平成 18 年（行ツ）第 135 号ほか）や民法 733 条 1 項が憲法 14 条 1 項に反する旨判断した最大判平成 27 年 12 月 16 日（平成 25 年（オ）第 1079 号）についても同様であり，被告の主張をこれらの事案にあてはめると，いずれにおいても別異取扱いが存在しないことになってしまう。

3 婚姻の形式的要件—戸籍法 74 条 1 号

本件各規定（民法 750 条及び戸籍法 74 条 1 号）は，夫婦同氏を希望する者（夫婦の氏を一方の氏にする協議が調い，同氏による婚姻届を提出することができる者）及び夫婦別氏を希望する者（夫婦の氏を一方の氏にする協議が調わず，同氏による婚姻届を提出することができない者）のいずれに対しても一律に適用されるが，その結果，夫婦同氏を希望する者は法律婚をすることができるのに対し，それ以外の者（夫婦別氏を希望する者）は法律婚をすることができず，それに伴う権利・利益を享受することができない。

この結果の差異は，民法 750 条と 739 条 1 項及び戸籍法 74 条 1 号が以下のような関係性を有することによる。すなわち，民法 750 条は「婚姻の効力」として夫婦同氏を定めているが，民法 739 条 1 項が戸籍法の定めるところによる届出を婚姻の形式的要件とし，それを受けた戸籍法 74 条 1 号が「夫婦が称する氏」を婚姻届の必要的記載事項と定めていることによって，「婚姻の際に夫婦が称する氏を選択すること」は，実際には「婚姻の要件」となっている。夫婦別氏を希望する者は，かかる要件を満たさないことから，婚姻届が受理されないのである。なお，仮に同号が婚姻の要件を定めたものでないとするれば，「夫婦が称する氏」として夫婦双方の氏を記載した婚姻届（夫婦別氏による婚姻届）も受理され，婚姻が成立した上で，

夫婦同氏という効力を当該夫婦が享受しない状態が継続するにとどまるのが論理的帰結であるが、現行法の建付け及び実際の取扱いはそのようになっていない。

このような取扱いが夫婦同氏を希望する者とそれ以外の者（夫婦別氏を希望する者）との間の別異取扱いに該当することに異論を挟む余地はない。

そして、かかる別異取扱いが正当化され得ないことは訴状にて詳述したとおりであるから、本件各規定による別異取扱いは憲法 14 条 1 項が禁止する差別的取扱いに該当する。

第 5 「本件各規定は憲法 24 条に違反するものではないこと」（被告準備書面(1) 第 2・5, 13 頁以下）に対する反論

1 被告による原告主張の要約の誤り

(1) 被告は、原告らの憲法 24 条に関する主張を以下のように要約する。

「原告らは、本件各規定が、氏の変更によるアイデンティティの喪失感、他人から識別し特定される機能が阻害されない利益、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及び婚姻をするについての自由を合理的な理由なく制約するものであるとして憲法 24 条に違反すると主張する。」

そして、被告は、かかる要約に基づき、「婚姻をするについての自由」についても、「その他の制約される利益ないし被る不利益」についても、既に平成 27 年最大判で判示済みであるため、同最大判において「審理の対象とされなかった新たな争点であるとはいえない」、そして、「平成 27 年夫婦別姓訴訟最判後現在に至るまでの間に、原告らの主張を裏付けるような事情変更があったとまでは認められない。」と主張する。

(2) しかし、被告の上記の要約は極めて不正確である。原告らは、上記の 4 つの利益ないし不利益のみを取り上げて、それが合理的な理由なく制約されているため、本件各規定が憲法 24 条に違反する等とは全く主張していない（原告らの主張は、「利益」の「制約」論ではない）。

原告らは、平成 27 年最大判の憲法 24 条 2 項に関する以下の判示部分に照らせば、本件各規定に基づく選択肢なき夫婦同氏制という「制度」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状態に至っており、憲法 24 条に違反する」と主張しているのである。すなわち、原告らの主張は、「制度」の「立法裁量」逸脱論である。

＜平成 27 年最大判の憲法 24 条 2 項に関する判示部分＞

「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いえる。

そして、憲法 24 条が、本質的に様々な要素を検討して行われるべき立法作用に対してあえて立法上の要請、指針を明示していることからすると、その要請、指針は、単に、憲法上の権利として保障される人格権を不当に侵害するものではなく、かつ、両性の形式的な平等が保たれた内容の法律が制定されればそれで足りるというものではないのであって、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、両性の実質的な平等が保たれるように図ること、婚姻制度の内容により婚姻をすることが事実上不当に制約されることのないように図ること等についても十分に配慮した法律の制定を求めるものであり、この

点でも立法裁量に限定的な指針を与えるものといえる。」（下線は、原告ら訴訟代理人による。）

2 平成 27 年最大判の論理的な誤り

(1) 前記 1 の下線部記載のとおり、平成 27 年最大判は、憲法 24 条 2 項における考慮要素として、少なくとも、

①「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」、

②「両性の実質的な平等が保たれるように図ること」、

③「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」

の 3 点が含まれることを明らかにすると共に、憲法 24 条 2 項は、立法府に対し、これらの考慮要素に「十分に配慮した法律の制定を求める・・・限定的な指針」であると明言した。

(2) しかし、その後の判示部分で実際に同最大判がこれらの考慮要素に触れたのは、以下の部分のみである。

「夫婦同氏制の下においては、婚姻に伴い、夫婦となろうとする者の一方は必ず氏を改めることになるところ、婚姻によって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、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。そして、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。さらには、夫婦となろうとする者のいずれかがこれらの不利益を受けることを避けるために、

あえて婚姻をしないという選択をする者が存在することもうかがわれる。

しかし、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いるところ、上記の不利益は、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。」（甲 5, 2595 頁。

下線は、原告ら訴訟代理人による。）

- (3) 平成 27 年最大判は上記の部分で、現行の選択肢なき夫婦同氏制が上記①ないし③の考慮要素に「十分に配慮した法律」として制定されているということを示したかったのであらうと推測されるが、上記下線部の婚姻前の氏の通称使用は、婚姻前の氏を使用し続ける実際の社会的必要性から「便宜的に」かつ「事実上」社会に広まってきたものにすぎない。すなわち、婚姻前の氏の通称使用は、国会が上記①ないし③の考慮要素に「配慮」して広めたものではない。国会は、現行の選択肢なき夫婦同氏制を制定する際、あるいは当該制定以降現在に至るまで、①「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」にも、②「両性の実質的な平等が保たれるように図ること」にも、③「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」にも、全く「配慮」していないのである。

よって、平成 27 年最大判が自ら示した前記規範（限定的な指針）に照らせば、現行の選択肢なき夫婦同氏制は国会に与えられた立法裁量を逸脱して制定されたものであることは明らかである。平成 27 年最大判には、自ら示した規範とその後の判示部分とが論理的に整合していないという致命的な瑕疵があるといわざるを得ない。

- (4) 加えて、平成 27 年最大判が挙げる婚姻前の氏の通称使用については、同

最大判の個別意見において岡部裁判官が的確に指摘しているとおり、「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」があり、実際にも裁判例では、婚姻前の氏は、通称として使用する権利が否定されているだけでなく、法的保護も認められていない（日大三高を被告とする事件，東京地判平成 28 年 10 月 11 日，平成 27 年（ワ）第 5802 号氏名権侵害妨害排除請求事件）。

また、仮に、今後婚姻前の氏の通称使用が法制化され、上記の欠陥が解消されたとしても、岡部裁判官が別途指摘する「通称名と戸籍名との同一性という新たな問題」は解消されず、また、戸籍名を夫婦となる者のどちらかが必ず変更しなければならない点で、当該変更する者の①アイデンティティ等の人格的利益は尊重されず、②両性の実質的な平等も保たれない。その結果、当該立法後も夫婦のどちらが戸籍名を変更するかに関する協議が調わず、③婚姻をすることが事実上不当に制約される者が出てくるであろうことは、想像に難くない。

これらの点に鑑みると、平成 27 年最大判が挙げる婚姻前の氏の通称使用については、それが「事実上」広がっているというだけでは当然不十分である上、仮にそれが何らかの形で「法制化」された場合であっても、上記①ないし③の考慮要素に「十分に配慮した法律」が制定されたとは到底いえない。このように考えると、平成 27 年最大判が挙げた規範に照らしても、婚姻する夫婦が夫婦同氏と夫婦別氏のいずれをもシンプルに選択できる制度、すなわち選択的夫婦別氏制度の法制化が必要不可欠なのである。

- (5) 以上のとおり、平成 27 年最大判の憲法 24 条についての判断は、そもそもその内容に論理的な誤りがあるため、被告が主張するようにその「判断

枠組み」に無批判に従うことは到底できないといわざるを得ない。

3 平成 27 年最大判の後の事情の変化

平成 27 年最大判は、上記のとおり、その「判断枠組み」に無批判に従うことは到底できないものであるが、仮に、平成 27 年最大判を前提にしたとしても、当該判決後、選択肢なき夫婦同氏制をめぐっては、さまざまな事情の変化が生じている。これらの事情の変化を考慮すれば、現時点において、選択肢なき夫婦同氏制の改廃を行わないことは、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ことは明らかである。なお、具体的な事情の変化に関しては、追って提出する第 3 準備書面にて詳述する。

以 上