

婚姻の際に夫婦別氏の選択を許さない民法 750 条及び戸籍法 74 条 1 号の合憲性

【文献種別】 決定／最高裁判所大法廷

【裁判年月日】 令和 3 年 6 月 23 日

【事件番号】 令和 2 年（ク）第 102 号

【事件名】 市町村長処分不服申立て却下審判に対する抗告棄却決定に対する特別抗告事件

【裁判結果】 特別抗告棄却

【参照法令】 民法 750 条・739 条 1 項、戸籍法 74 条 1 号、憲法 13 条・14 条 1 項・24 条・98 条 2 項、女性差別撤廃条約 16 条 1 項 (g)

【掲載誌】 裁時 1770 号 3 頁、判時 2501 号 3 頁、判タ 1488 号 94 頁、家庭の法と裁判 35 号 54 頁、判例自治 478 号 10 頁

◆ LEX/DB 文献番号 25571588

京都大学教授 土井真一

事実の概要

申立人（抗告人）らは、国分寺市長に対して、「婚姻後の夫婦の氏」の欄の「夫の氏」及び「妻の氏」の両方にチェックを入れ、「夫は夫の氏、妻は妻の氏を希望する」旨を記載して、婚姻届を提出したところ、民法 750 条及び戸籍法 74 条 1 号の規定（以下「本件各規定」という。）に違反することを理由に、これを不受理とする処分（以下「本件処分」という。）を受けた。これを不服として、家庭裁判所に夫婦別氏の婚姻届の受理を求める審判の申立てがなされたが、原原審はこれを却下し（東京家立川支審平 31・3・28）、原審も抗告を棄却した（東京高決令元・11・25）。

そこで、抗告人らは、①本件各規定が憲法 14 条 1 項・24 条に違反すること、②平成 27 年大法廷判決以降における国民の意識や社会状況等の変化により、夫婦同氏制の合理性は失われていることなどを理由として、最高裁判所に特別抗告を行った¹⁾。

決定の要旨

特別抗告棄却。

「民法 750 条の規定が憲法 24 条に違反するものでないことは、当裁判所の判例とするところであり（最高裁平成 26 年（オ）第 1023 号同 27 年 12 月 16 日大法廷判決・民集 69 巻 8 号 2586 頁（以下「平成 27 年大法廷判決」という。）、上記規定を受けて夫婦が称する氏を婚姻届の必要的

記載事項と定めた戸籍法 74 条 1 号の規定もまた憲法 24 条に違反するものでないことは、平成 27 年大法廷判決の趣旨に徴して明らかである。平成 27 年大法廷判決以降にみられる女性の有業率の上昇、管理職に占める女性の割合の増加その他の社会の変化や、いわゆる選択的夫婦別氏制の導入に賛成する者の割合の増加その他の国民の意識の変化といった原決定が認定する諸事情等を踏まえても、平成 27 年大法廷判決の判断を変更すべきものとは認められない。憲法 24 条違反をいう論旨は、採用することができない。

なお、夫婦の氏についてどのような制度を採るのが立法政策として相当かという問題と、夫婦同氏制を定める現行法の規定が憲法 24 条に違反して無効であるか否かという憲法適合性の審査の問題とは、次元を異にするものである。本件処分の時点において本件各規定が憲法 24 条に違反して無効であるといえないことは上記のとおりであって、この種の制度の在り方は、平成 27 年大法廷判決の指摘するとおり、国会で論ぜられ、判断されるべき事柄にほかならないというべきである。」

本決定には、深山卓也・岡村和美・長嶺安政裁判官の補足意見、本件各規定は違憲であるが、国会により改正されない限り、抗告人らの婚姻届の受理を命じることはできないとする三浦守裁判官の意見、並びに、本件各規定を違憲とし、抗告人らの婚姻届を受理するように命じるべきであるとする宮崎裕子・宇賀克也裁判官の反対意見及び草野耕一裁判官の反対意見がある。

判例の解説

一 本決定の意義

本決定は、夫婦同氏制を定める民法 750 条を合憲とした平成 27 年大法廷判決を基本的に踏襲するものである。しかし、平成 27 年大法廷判決とは異なり、①夫婦別氏での婚姻届の受理を直接求める審判に関するものであること、②戸籍法 74 条 1 号についても合憲判断を示していること、③平成 27 年以降の社会や国民意識の変化といった諸事情を踏まえても、判例を変更すべき必要はないとし、改めて国会の立法による解決を強調している点に独自の意義が認められよう。

以下では、主に、憲法 14 条 1 項に関する問題、憲法 24 条に関する問題、及び本件各規定を違憲とする場合の救済方法について検討する。

二 憲法 14 条 1 項に関する問題

平成 27 年大法廷判決では、96%以上の夫婦において夫の氏を選択していることが性差別に当たるか否かが争われたが、同法廷意見は、民法 750 条は夫婦が夫又は妻の氏を称するものとしており、その文言上性別に基づく法的な差別的な取扱いを定めるものではなく、憲法 14 条 1 項に違反しないとした²⁾。ただ、氏を選択する協議において社会に存する差別的な意識や慣習の影響があるとすれば、それを排除して夫婦間の実質的平等を図ることは、憲法 24 条 2 項の「両性の本質的平等」の要請であり、立法裁量の限界を画すると判示している。

性差別については、かかる先例が存すること、及び『『婚姻届出時にくじ引きで氏を決める』…といった制度でも問題は解決³⁾し、夫婦別氏を認めることに繋がらないことなどから、抗告人らは、夫婦別氏を希望するか否かは、憲法 14 条 1 項後段に定める「信条」に当たり、本件各規定は信条に基づく差別であると主張した。法廷意見は、この点について判示していないが、内心を理由に不利益を課す場合等は別として、法制度の適否に関する意見を「信条」と構成し、当該制度の平等違反を主張することに独自の意義を認めることは困難である。争点は、夫婦のうち一方のみが氏の変更に伴う不利益を甘受せざるを得ないという不均衡を公序として強制することが合理的か否かにあり⁴⁾、結局は、憲法 24 条に関する問題に帰着

するといえよう。

三 憲法 24 条に関する問題

1 憲法が保障する婚姻の意義及び内容

憲法 24 条が保障する婚姻の意義等については、法律婚に焦点を当てて、国家により創設された法制度に依拠する権利であることを重視する見解（法制度的権利説）⁵⁾と、「婚姻制度は、国家が提供するサービス」ではなく、「社会で自生的に成立する人間の営み」⁶⁾であることを重視する見解（社会制度的権利説）がある。平成 27 年大法廷判決及び深山ほか補足意見は法制度的権利説に近い立場であるのに対して、宮崎・宇賀反対意見は、社会制度的権利説に立って、本件各規定が婚姻に対する制約であることを強調する。

この点についてはまず、憲法 13 条が、親密な人的結合の自由、すなわち家族など社会に存在する多様な人間関係の自律性を保障するのに対して、24 条は国家が家族に関する法制度を創設・運用することを求めるものであり、この限りでは法制度的権利説が妥当である。しかし、本来、婚姻は社会的制度として形成されるものであり、24 条は、社会において形成される婚姻その他の家族関係のうち、憲法が家族に期待する役割・機能に照らし重要なものを取り上げて、適切に規整し、法的保護を与えるように求めるものである⁷⁾。24 条の基礎には、「婚姻は、その後の生活と人生を共にすべき伴侶に関する選択であり、個人の幸福の追求について自ら行う意思決定の中で最も重要なものの一つ」（三浦意見）であるとの認識が存するのであり、国会には制度形成において広範な立法裁量が認められるとしても、「個人の尊厳と両性の本質的平等」という憲法の理念と多様な社会的要請を適切に調整して、できる限り多くの国民が利用できる婚姻制度を構築すべき憲法上の要請があると解することができよう⁸⁾。

2 本件各規定による制約の性質

平成 27 年大法廷判決は、民法 750 条は婚姻の効力として夫婦同氏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」とし、また深山ほか補足意見は、婚姻後に称する共通の氏の記載のない婚姻届が受理されないことも、「婚姻の効力から導かれた間接的な制約」であるとしている。それに対して、三浦意見や宮崎・宇賀反対意見は、婚姻届が受理されな

ければ婚姻が成立しない以上、本件各規定は婚姻をするについての自由に対する直接的制約であると位置づける。

この対立の背景には、婚姻をするについての自由の直接的制約は24条1項の問題であり、違憲審査を厳格に行うべきとの理解があると推察されるが⁹⁾、しかし少なくとも夫婦同氏制に関する限り、この区別は問題の本質を捉えるものではない。争点は、夫婦同氏を強いられることによる不利益であって、不利益が生じる時期ではないからである。例えば、夫婦の称する氏の記載がない婚姻届も受理し、その後直ちに氏を法的に確定する仕組みにすれば、夫婦同氏は婚姻成立要件でなくなる。しかし、これにより夫婦同氏制をめぐる問題が解消されることにはならない。問題は、法律の定める婚姻の効果から生じる不利益が原因で婚姻を選択できなくなることにより、結局これも婚姻内容の合理性の問題である。それゆえ、基本的には、夫婦同氏制は憲法24条2項及び13条の問題と位置づけて、立法裁量の限界を審査することが適切であろう。

3 立法裁量の限界

(1) 判断の基本枠組み

平成27年大法廷判決は、婚姻及び家族に関する具体的な制度の構築は、第一次的には国会の合理的な立法裁量に委ねられており、憲法24条2項に基づく違憲審査は、「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」としている。

この判断枠組みを基本的に維持するとしても、①24条2項という家族に関する事項は多岐にわたり、国会の合理的裁量の範囲については事の性質上広狭があり得るところであり、問題となる事項や権利・利益の内容・性質等に照らして具体的に設定されるべきこと、②個人の尊厳は、立法の一考慮要素ではなく、立法の限界を画するものであり、憲法上尊重すべき重要な人格的利益が問題となる場合には、当該利益の性質、内容、その制約の態様・程度等を考慮に入れて判断すべきことに留意する必要がある。

(2) 氏名に関する人格的利益

「氏名は、社会的にみれば、個人を他人から識別し特定する機能を有するものであるが、同時に、

その個人からみれば、人が個人として尊重される基礎であり、その個人の人格の象徴であつて、人格権の一内容を構成する」(最判昭63・2・16民集42巻2号27頁)。しかし、平成27年大法廷判決は、氏には家族の呼称としての意義があり、「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」ことから、婚姻の際に「氏の変更を強制されない自由」は、憲法上の権利として保障される人格権の一内容ではないとした。もっとも、氏の変更は、自己のアイデンティティの喪失感を招いたり、個人の特定・識別を阻害し、個人の信用、評価、名誉感情等に影響を及ぼしたりするなどの不利益を生じさせることから、氏名の同一性の保持は、少なくとも憲法13条の趣旨に照らして尊重すべき人格的利益であるといえよう。それゆえ、原告人らの主張は、婚姻制度の内容が単にその意に沿わないとするのではなく、婚姻制度においてかかる人格的利益への配慮を求めるものであって、争点は、家族において氏を統一することに、氏名の同一性を保持する利益を制約するだけの必要性・合理性が認められるかにある。

(3) 夫婦の氏を同一にする必要性・合理性

夫婦の氏を同一にすべき理由について、平成27年大法廷判決は、嫡出子を含めて家族の構成員であることを公示・識別すること、及び氏の共有により家族の繋がりを実感する意義等を挙げている。抽象的には、立法者がこれらを考慮することは不当でなく、歴史的にも、夫婦同氏制がおよそ不合理な制度であるわけでもない。しかし、本件における争点は、現在の社会状況において、氏名の同一性を保持する人格的利益を制約して、夫婦同氏を強制する必要性・合理性が、立法事実を照らして認められるか否かにある。この点、平成27年大法廷判決も、氏の変更に伴う実質的な不利益を認定し、それに対する配慮の必要性を示唆しているものであり、婚姻前の氏の通称使用が広く許されてきていること等を総合衡量すると、直ちに合理性を欠く制度であると認めることはできないとするのである。

ただ、そもそも同居・協力・扶助義務や夫婦の財産関係など、婚姻にとってより重要と思われる事項について夫婦の自律的判断の余地が認められているにもかかわらず、夫婦同氏について例外を許さないことは不均衡である。これは戸籍編製の

在り方等に起因するものと解されるが、登録・公証に関する技術的事項に憲法判断を左右する意義を認めることは本末転倒であろう¹⁰⁾。

また、離婚等すべての身分変動時に氏の変更が強制されているわけではなく(民法767条2項等)、家族形態の多様化も相まって、現在、氏が生活実態を有する家族を公示する機能は低下してきている。さらに、通称使用には改氏による不利益を緩和する側面があるものの、他方でその拡大は、家族関係の徴表機能など、夫婦同氏制を支える根拠の喪失を示す立法事実であるとともに(宮崎・宇賀反対意見)、氏名の同一性を保持する人格的利益の重要性が高まっていることを示す憲法解釈の前提となる事実でもある。これらの事実は、夫婦同氏の立法政策上の当否のみならず、その合憲性の判断にも影響を及ぼし得るものである。本決定は、平成27年大法廷判決以降、判例変更を行うだけの立法事実等の変化を認定できないとするものであるが、今後、旧氏の通称使用の拡大や家族形態の多様化等が進めば、憲法判断を改めるべき必要性が生じることになる。

その場合、氏名の同一性を保持する人格的利益が憲法上尊重されるとし、その制約を違憲とする以上、夫婦別氏制を原則とすべきであるとする考え方もあり得ないわけではない。しかし、夫婦において同氏を選択することが不合理であるわけではなく、またできる限り立法者の判断を尊重し、現行制度との穏健な接続を図るならば、当事者の選択による夫婦別氏の例外を認めない限りにおいて違憲とするのが適当であろう。

四 救済方法について

上記のような形で違憲判断がなされた場合、どのような司法的救済を認めるべきかが問題となる。その際の課題としては、①夫婦の嫡出子の氏の決定¹¹⁾、②一の夫婦及びこれと氏を同じくする子を単位とする戸籍編製の在り方の見直し、③既に成立している婚姻に対する措置等がある¹²⁾。特に、①は憲法上一義的に定まるものではなく、政策的な価値判断を要し、②は一定の費用と時間を費やしてシステムの構築等を行う必要がある。それゆえ、第一次的には国会の立法措置により効果的に救済を図ることが適切であり、違憲状態を立法により是正する合理的期間論の活用などを検討すべきであろう。

しかし、合理的期間を徒過してなお必要な立法措置が講じられない場合には、最高裁判所は違憲判断の上、自ら救済を与えなければならない。国会による義務の懈怠に対するやむを得ない措置であるから、かかる救済には裁判所に一定の裁量を認めるべきであり、宮崎・宇賀反対意見が提示する手法を含めて、夫婦等の身分関係の登録・公証に混乱が生じない措置を検討する必要がある¹³⁾。

●—注

- 1) 原原審の審判、原審の決定及び特別抗告理由については、別姓訴訟を支える会ウェブサイト (<https://bessei.net/trial/> (2022年2月1日最終閲覧)) を参照。
- 2) この点については、「立法者はこの不利益が専ら女性に偏在していることを認識した上でそれを放置しているのであるから、遅くとも現時点で国会には不作為によって性差別を助長する意図があるとみる余地は十分ある」(江藤祥平「判批」自研94巻5号136頁)とする見解もある。
- 3) 木村草太「同氏合意による区別と平等権」法時93巻5号78頁。
- 4) 蟻川恒正「判批」民法判例百選III〔第2版〕15頁を参照。宮崎・宇賀反対意見は、夫婦の一方のみが氏の変更を求められることは「夫婦が同等の権利」を有すべきことに反するとする。
- 5) 長谷部恭男『憲法の理性〔増補新装版〕』(東京大学出版会、2016年)133頁、篠原永明「夫婦同氏制と憲法24条」法セ799号47頁などを参照。
- 6) 高橋和之「夫婦別姓訴訟」世界879号147頁。
- 7) 中山茂樹「家族と憲法：何が憲法上の問題となるのか」比較憲法学研究31号101～103頁、107～112頁を参照。
- 8) 立法政策論として、この点を強調する見解として、窪田充見『家族法〔第4版〕』(有斐閣、2019年)58頁を参照。
- 9) この点について、最大判平27・12・16民集69巻8号2427頁を踏まえて検討するものとして、篠原永明「『婚姻の自由』の内容形成」甲法57巻3＝4号614～616頁を参照。
- 10) 戸籍法と民法の関係について、窪田充見「判批」判時2284号60頁などを参照。
- 11) この点について具体的に検討したものとして、篠原・前掲注5)51～52頁を参照。
- 12) これらの事項は、主として救済方法の選択の際に考慮されるべきであり、夫婦同氏制を違憲と判断する可能性を排除するものではない。
- 13) 犬伏由子「夫婦別氏の婚姻届受理を求める裁判」新・判例解説 Watch 文献番号z18817009-00-041222077 (Web版2021年9月3日掲載)は、婚姻届を受理し、暫定的に当事者双方の戸籍の身分事項として婚姻の事実を記載する手法に言及する。