

## 夫婦別氏の婚姻届受理を求める裁判

【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、戸籍法74条1号、憲法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、裁判所ウェブサイト

◆ LEX/DB 文献番号 25571588

慶應義塾大学名誉教授 犬伏由子

### 事実の概要

1  $X_1$ ・ $X_2$ は、平成30年2月27日、国分寺市役所において、婚姻届に、「夫になる人」の欄に $X_2$ の氏名を「妻になる人」の欄に $X_1$ の氏名を記入し、「婚姻後の夫婦の氏」の欄の「夫の氏」及び「妻の氏」の双方にチェックを入れ、「夫は夫の氏、妻は妻の氏を希望します」と明記して届け出たが、同年3月6日、民法750条、戸籍法74条1号（以下、本件各規定とする）に違反するとの理由で、不受理となった。これに対し、 $X$ らは、夫婦別氏の選択肢を認めない夫婦同氏制を定める本件各規定は憲法14条1項（夫婦同氏を希望する者と夫婦別氏を希望する者との別異取り扱いが「信条」による差別となる）に違反し、また、憲法24条及び国際人権条約（自由権規約、女性差別撤廃条約）に違反するとして、婚姻届の受理を命じる審判申立をした。原原審では申立却下、原審では抗告棄却となった。

2 そこで、 $X$ らは、3点の理由（①本件各規定は婚姻を直接に制約し、憲法14条1項・24条1項2項に違反する、②本件各規定は女性差別撤廃条約・自由権規約に違反する、③最大判平成27年以降の事情変更により、選択肢なき夫婦同氏制を維持する合理性は既に失われている）で特別抗告を行った<sup>1)</sup>。

### 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ことであり（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が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。」「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。」「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」である。

本決定には、3名の裁判官（深山卓也・岡村和美・長嶺安政）の（合憲）補足意見、三浦守裁判官の（違憲）意見（本件各規定を違憲とするが、結論は多数意見と同じ）、宮崎裕子・宇賀克也裁判官の反対意見、草野耕一裁判官の反対意見がある。

### 判例の解説

#### 一 本決定の意義と特徴

##### 1 本件事案の特徴

本件は、いわゆる夫婦別氏での婚姻届出は、民

法750条等に違反するとして婚姻届不受理となった当事者が、市長の婚姻届不受理処分の違法性を争い、婚姻届の受理を求めた事案<sup>2)</sup>での、初めての最高裁決定となった。なお、民法750条の違憲性（憲法13条、14条、24条違反）が争われた先例には、立法不作為の違法性に基づく国家賠償請求を提起した（第1次）夫婦別姓訴訟に関する平成27年大法廷判決がある。本件は、同様に選択的夫婦別姓の実現を求める複数の当事者から提起された第2次夫婦別姓訴訟のうちの1つである<sup>3)</sup>。本件では、別氏という選択肢を認めない民法750条及びこれに基づき夫婦が称する氏を婚姻届の記載事項とする戸籍法74条1号の違憲性（憲法14条、24条）を主張し、夫婦別氏での婚姻届受理を求めた点で先例の事案とは別途の訴訟形態が選択された。

## 2 先例との関係

多数意見は、平成27年大法廷判決による夫婦同氏原則（民法750条）の合憲解釈は判例として確立していると扱い<sup>4)</sup>、自らは憲法適合性判断について語らず、また、申立人らの憲法14条1項違反の主張及び国際条約違反の主張についての判断も示さなかった<sup>5)</sup>。また、平成27年大法廷判決以降の事情の変更を踏まえても判例変更は認められないとし、平成27年大法廷判決と同様に、氏制度の在り方は、国会で論議されるべき事柄とした。この点、補足意見は、平成27年大法廷判決の趣旨を敷衍して合憲（性）判断に説明を加えたといえる。これに対し、4名の裁判官の少数意見（以下では、三浦意見、宮崎・宇賀反対意見、草野反対意見とする）では、平成27年大法廷判決による750条の合憲解釈に反論を加える形で、本件各規定が、選択肢を設けず例外のない夫婦同氏制を定めていることの違憲性判断（違憲論）<sup>6)</sup>が詳細に展開された。さらに、3名の反対意見（宮崎・宇賀反対意見、草野反対意見）には、特別抗告を認容し、別姓での婚姻届を受理すべきとの画期的判断が含まれていた。

以下では、本件各規定の憲法24条適合性の問題を中心に扱うが、民法の観点からは、4名の裁判官の違憲論には多数意見が依拠した平成27年大法廷判決以上に、氏の法的性質を踏まえた婚姻制度と夫婦の氏に関する興味のある議論が詳細に展開されており、この点に着目して考察していく。

## 二 氏の法的性質

1 多数意見及び補足意見は、平成27年大法廷判決に依拠するのみで、氏の法的性質に関してあらためての言及はしていない<sup>7)</sup>。三浦意見、宮崎・宇賀反対意見は、平成27年大法廷判決が氏と名を切り離して論じた点や、氏に関する人格的利益を法制度依存的利益とした点に異論を唱え、氏の法的性質に踏み込み、本件各規定の憲法24条適合性審査に進んだ。

2 三浦意見は、「氏は、名とあいまって、個人の識別特定機能を有するとともに、個人として尊重される基礎であって個人の人格の象徴であることを中核としつつ、婚姻及び家族に関する法制度の要素となるという複合的な性格を有する」と捉える。その上で、夫婦同氏制により、「婚姻の際に氏を改めることは、個人の特定、識別の阻害により、その前後を通じた信用や評価を著しく損なうだけでなく、個人の人格の象徴を喪失する感情をもたらすなど、重大な不利益を生じさせ得る」として、「婚姻前の氏の維持」を「個人の重要な人格的利益」と位置づけた。三浦意見は、氏について、人格権（憲法13条）までは認めていないが、「重要な人格的利益」への格上げをし、憲法24条2項適合性の判断につなげた。

3 宮崎・宇賀反対意見は、氏を構成要素とする氏名に関する人格的利益を氏名が持つ高度の個人識別機能に由来するものとし、氏名は、この「個人識別機能の一側面として、当該個人自身においても、その者の人間としての人格的、自律的な営みによって確立される人格の同定機能を果たす結果、アイデンティティの象徴となり人格の一部になって」おり、憲法13条の保障する人格権に含まれるとする。宮崎・宇賀反対意見は、氏名の人格的利益に人格権の保護を認めた上で、憲法24条1項の趣旨に照らした本件各規定の合理性を検討する。

## 三 本件各規定と婚姻の自由の制約

1 本件各規定と婚姻自由の制約に関しては、憲法24条1項が保障する「婚姻」の自由の理解を前提に、憲法24条1項・2項適合性が論じられた。補足意見は、①憲法24条1項は、法制度のパッケージとしての法律婚の自由を保障し、法律婚の内容には適用外、②民法750条は法律婚の内容（婚姻の効力）を規定し、婚姻の成立に届

出婚主義（民法739条1項）が採られたため、夫婦の氏が婚姻届の必要的記載事項（戸籍法74条1号）となっただけで、「婚姻の成立段階で夫婦同氏とするという要件」は、「婚姻の効力から導かれた間接的な制約」にすぎないとした。補足意見は、憲法24条1項を（法律婚）制度保障と理解する平成27年大法廷判決の立場を、「法律婚＝パッケージ」と捉えることでより明確にし、制度内容（民法750条）の合理性は2項適合性の問題とした。この補足意見による憲法24条1項の理解に、三浦意見、宮崎・宇賀反対意見は反論し、本件各規定が婚姻の自由の制約にあたるとした。

2 三浦意見は、先ず、憲法24条1項による当事者間の婚姻合意は、婚姻という個人の幸福追求に関し重要な意義を有する意思決定とする。その上で、①本件各規定は、民法739条1項とあいまって、夫婦が称する氏を定めることを婚姻の要件とし、例外を認めない結果、婚姻の際に氏の変更を望まない当事者にとって、氏の維持に係る重要な人格的利益を放棄しない限り婚姻できない点で、婚姻の自由な意思決定の制約にあたり、②婚姻の自由を制約することの合理性について、婚姻の自由の性質に応じた合憲性の審査が必要であり、③婚姻の自由は、個人の尊厳に基礎を置き、当事者の自律的な意思決定に対する不合理な制約を許さないことが中核となるとする。合憲性審査においては、「個人の尊厳」が、法制度が立脚すべき基盤として立法の限界を画し、立法裁量の指針や考慮要素にとどまるものではないと指摘する。三浦意見は、例外を認めない本件各規定が婚姻の自由を制約すること、及び、婚姻の自由を個人の尊厳に基礎づけることにより、次の憲法24条2項と併せた合憲性審査に関する基準の厳格性を導いている。

3 宮崎・宇賀反対意見も、憲法24条1項の婚姻は、「国家が提供するサービスではなく、両当事者の終生的共同生活を目的とする結合として社会で自生的に成立し一定の方式を伴って社会的に認められた人間の営み」を意味し、法制度による特定の制約が、この意味での婚姻についての当事者の自由かつ平等な意思決定を憲法24条1項の趣旨に反して不当に侵害する場合には、侵害を生じさせる限度で違憲無効とされるべきとする。

そこで、①本件各規定が婚姻についての直接の制約にあたるか、②制約の意味、③制約（婚姻の

自由の侵害）の不当性について、順次検討を行っている。すなわち、①夫婦同氏が婚姻届の受理要件（成立要件）となっており<sup>8)</sup>、直接の制約にあたる、②夫婦同氏を婚姻成立要件とすることは、（ア）婚姻についての意思決定と同時に人格的利益の喪失を受け入れる意思決定を求めることを意味し、（イ）夫婦が同等の権利を享有できず、一方のみが負担を負い続ける状況を作出し、（ウ）双方が生来の氏を維持することを希望する者に対して、（ア）（イ）を前提とした上で、婚姻の意思決定を迫ることは、婚姻をするについての自由かつ平等な意思決定を妨げるものであり、憲法24条1項の趣旨に反する侵害となるとして、最後に、③公共の福祉の観点から、平成27年大法廷判決が挙げる夫婦同氏制の合理性の根拠（氏が家族の呼称としての意義を有すること）が、制約の合理性を基礎づけることができるかを検討し、次のように述べる。氏が家族の呼称としての意義を有するとの考え方には憲法上の根拠はなく、また、法的定義もなく範囲も明確でない「家族」の呼称として氏の意義を捉えることが、氏名に関する人格権を否定する合理的根拠とはならない。したがって、双方が生来の氏を維持することを希望する者にも、婚姻の成立要件として夫婦同氏を強制することは、公共の福祉の観点から合理性があるということとはできず、不当な国家介入にあたり、憲法24条1項の趣旨に反するとする。宮崎・宇賀反対意見は、氏の人格権的性質、当事者の婚姻についての自由かつ平等な意思決定の尊重を重視することにより、本件各規定が夫婦同氏に例外を設けていない点で、憲法24条1項の趣旨に反し、その限度で、憲法24条2項に立脚した法律とはいえ、立法裁量を逸脱し違憲であると結論づけたと考えられる。

#### 四 本件各規定と立法裁量の限界

三浦意見、草野反対意見<sup>9)</sup>は、憲法24条2項（「個人の尊厳」「両性の本質的平等」）に基づく立法裁量の限界という観点から違憲判断を行っている。三浦意見は、夫婦同氏制の合理性ではなく例外を許さない夫婦同氏制の合理性が問題となるとし、憲法24条2項適合性の判断基準を、夫婦同氏制の趣旨、目的と、その例外を許さないことの実質的な関連性ないし均衡の点に置く。そこで、平成27年大法廷判決が、夫婦同氏の趣旨・目的に挙

げた、①氏による家族識別機能、②家族の一体感、③両親双方と同氏であることにより嫡出子であること示すといった点は、家族の在り方の多様化を前提にすると、また、法制度の例外を許さない形で特に保護することが、憲法上の権利の制約を正当化する合理性の根拠にならないとした。両性の実質的平等という点でも著しい不均衡が生じていること、女性差別撤廃委員会からの法改正の勧告を受けていることから、本件各規定について、法が夫婦別氏の選択肢を設けず、婚姻の自由を制約している状況は、個人の尊厳と両性の本質的平等の要請に照らし、本件処分の時点で既に合理性を欠き、憲法24条に違反するとした。

### 五 別氏での婚姻届の受理

本件各規定の違憲判断に私見は賛同するが、夫婦の氏が子の氏や戸籍にも係わる点で、最後に、本件別氏での婚姻届の受理を認めるべきか検討する。三浦意見は、これを否定し、その理由について、別氏を選択肢を設けるために必要な立法措置（子の氏や戸籍記載に関する法整備）が欠缺したままで、「夫婦の氏を記載していない届書による届出を受理することは瑕疵を伴う法制度を設けるに等しい」とする。選択的夫婦別氏制の採用は国会による立法を待つ必要があるという点では、本件各規定について合憲判断をした多数意見・補足意見及び平成27年大法廷判決<sup>10)</sup>と三浦意見は結論を同じくした。

これに対し、宮崎・宇賀反対意見は、本件各規定のうち夫婦同氏を強制し婚姻届に単一の氏の記載を義務づける部分が違憲無効であれば、本件婚姻届不受理処分は違法であり、届出の受理を命ずべきとした。法の欠缺があったとしても、迅速な法改正がなされるまで、婚姻届は不受理とすべきとはいえないとする。法整備が必要なことは三浦意見の通りだが、宮崎・宇賀反対意見も指摘する通り、届出婚主義（民法739条1項）の下、婚姻届の受理により婚姻は成立し、戸籍記載は婚姻の成否には関係しない。手続法である戸籍法が整備されていないことによって実体法による婚姻の成立を制約すべきではなく、別氏での婚姻届の受理を認め、これに基づく戸籍記載の方法が定まっていなくても、当事者双方の戸籍の身分事項として婚姻の事実の記載は可能と考える<sup>11)</sup>。

### ●—注

- 1) 別姓訴訟を支える会 HP (<https://bessei.net/trial/>) (2021年8月27日最終閲覧) 参照。
- 2) 他には、岐阜家審平元・6・23家月41巻9号116頁、東京家審平18・4・25(未公刊)、東京高判平23・11・24LEX/DB25473443(不受理処分取消請求事件)がある。
- 3) 第二次別姓訴訟の全裁判経過の詳細は、注1)参照。
- 4) 平成27年大法廷判決の憲法論には疑問や再検討の必要があることを指摘する評釈も少なくない(高橋和之「夫婦別姓訴訟」世界879号138頁、山羽祥貴「判批」法協135巻6号135頁、蟻川恒正「判批」民法判例百選Ⅲ〔第2版〕15頁、小山剛「判批」ジュリ1505号21頁)。
- 5) 国際条約との関係では、三浦意見及び宮崎・宇賀反対意見が、人権の普遍性や憲法98条2項の趣旨に照らして考慮されるべきと踏み込んだ判断を示した。
- 6) 平成27年大法廷判決における、木内裁判官・岡部裁判官補足意見による指摘(駒村圭吾「判批」憲法判例百選I〔第7版〕67頁参照)に沿った主張である。
- 7) 平成27年大法廷判決は、氏について、個人の呼称性(個人識別機能)よりも、家族の呼称(帰属集団識別機能)であることを重視した(床谷文雄「判批」判評694号28頁)。しかし、現行民法下では、氏については夫婦・親子という個別身分関係に分節して規定されている。親子同氏には例外があり、また、戸籍実務では、兄弟間(父母と同じ氏を称する複数の子の間)では(民法上)同氏ではないと考えられている。現行制度下では、「家族」単位での氏の同一の実現には限界があり、「夫婦」単位で強制することの妥当性が問われる(拙稿「選択的夫婦別氏(別姓)制度導入の意味」二宮周平・犬伏由子編『現代家族法講座第2巻』(日本評論社、2020年)59頁)。
- 8) 民法750条は戸籍法74条1項とあいまって、婚姻届の受理要件で、実質的には婚姻の成立要件との理解が通説である(二宮周平編『新注釈民法(17)』(有斐閣、2017年)169頁[床谷文雄]、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』論ジュリ18号83頁、二宮周平「判批」民事判例22号115頁)。
- 9) 選択的夫婦別氏制の導入による国民各位の福利の向上とその減少の比較衡量によって、憲法24条2項適合性の判断を行い、福利の向上が減少よりもはるかに大きいことが明白であり、かつ減少する福利は人権またはこれに準ずる利益といえず、選択的夫婦別氏制を導入しないことは、あまりにも個人の尊厳をないがしろにするもので、本件各規定は、憲法24条に違反するとした。
- 10) 選択的別氏制に賛成の立場でも、民法750条を違憲とするハードルは高いとの指摘がある(窪田充見「夫婦別姓」法教429号11頁、なお、憲法学の立場から、篠原永明「夫婦同氏制と憲法24条」法セ799号45頁参照)。
- 11) 当事者間の子については、(母子関係の事実により)母の戸籍に入籍し、母の婚姻事項に示された父の名と続柄を記載する扱いが考えられる。なお、選択的夫婦別氏制度導入に関する国会での早急な論議が望まれる。