

「婚姻・家族と個人の尊厳——夫婦同氏強制違憲訴訟を中心に」

辻村みよ子（東北大学名誉教授・弁護士〔東京弁護士会所属〕）

はじめに——憲法と家族をめぐる検討課題とアプローチ（ppt2）

近代家族から現代家族への変容と日本国憲法の家族像、憲法改正論の中の家族問題をふまえて、夫婦別姓訴訟（夫婦同氏強制違憲訴訟）最高裁 2015（平成 27）年 12 月 16 日大法廷判決と第二次訴訟 2021（令和 3）年 6 月 23 日大法廷決定を中心に検討し、憲法 13 条・24 条の個人の尊重/尊厳の視点から婚姻・家族の在り方について考える。（下記の 1・3・4 を主に扱う）

アプローチ 1) 日本と世界における現代家族の変容（歴史的視点）

- 2) 憲法・国際条約の家族規定（比較憲法的視点）
- 3) 日本国憲法 24 条と改憲動向（憲法史的視点）
- 4) 家族規定の合憲性（理論的視点） cf. 夫婦別姓訴訟と民法改正問題
- 5) 現代家族のあり方：現状と家族モデル（社会学的視点）
- 6) 男女共同参画社会と家族（政策的視点）・・・広範な視点からの検討が必要

Cf. 辻村『憲法と家族』（日本加除出版、2016 年 4 月刊）

辻村著作集第 5 巻『家族と憲法—国家・社会・個人と法』信山社、2022 年近刊）

I 現代家族の変容と多様化（ppt3）

- (1) 近代家族 2つの機能（①国民統合、②防波堤）
- (2) 現代家族 男女平等と法律婚による家族保護
- (3) 21 世紀家族：現代家族の変容
公序としての家族から、幸福追求の場としての家族へ
- (4) 新たな課題 1) 同性婚 2) リプロダクティブ・ライツ（代理出産）
⇒比較：フランスの展開（Ⅲ参照）1999 年パクス、2013 年同性婚法など

II 条約・憲法における家族規定と家族モデル（ppt4—5）

- (1) 国際人権条約における家族規定
- (2) 各国憲法における家族規定
A 社会主義国型 B 資本主義国型（社会国家型） C 発展途上国型
- (3) 家族モデルの変容と選択

III フランスにおける家族論の変容（ppt6—11）

- (1) 革命期の家族論（ナポレオン法典） →日本の旧民法（近代家父長制）
- (2) 19 世紀以降の展開——1970 年代からの家族法改革
- (3) 1999 年パクス法（PACS、民事連帯契約）（Pacte civil de Solidarité）
- (4) 2013 年同性婚法（Mariage pour tous）
- (5) 生殖補助医療と homo-parentalité（Filiation pour tous）
- (6) 2021 年生命倫理法改正→生殖補助医療の拡大
- (7) 2022 年 3 月 氏の変更を容易にする法律
cf. 日本の現状と課題——夫婦別姓訴訟 ⇒同性婚訴訟、代理出産

IV 日本国憲法 24 条の意義 (ppt12-21)

- (1) 明治憲法 (大日本帝国憲法) 下の家族制度
- (2) 日本国憲法制定 (帝国憲法改正) 時の家族像: 「柔軟性」と「先取り性」
ベアテ・シロタ草案、帝国議会審議 ⇒ 家族の個人主義的性格
- (3) 戦後の改憲案の展開と家族条項
 - 1) 第一次・二次改憲論
 - 2) 1990 年代 (第三次) 改憲論
 - 3) 2000 年代 (第四次) 改憲論
 - 4) 自民党憲法改正草案 (2012 年)
- (4) 日本社会と家族の変容、多様化
少子・高齢化社会、未婚率の増加、女性の就業率向上、意識の変化

V 家族規定の合憲性——解釈論的・立法論的課題 (ppt22-27)

- ① 民法 900 条 4 号但書 2013 (平成 25) 年 9 月 4 日最高裁違憲決定 ⇒ 法改正
- ② 民法 733 条 2015 (平成 27) 年 12 月 16 日最高裁一部違憲判決 ⇒ 法改正
- ③ 民法 750 条 2015 (平成 27) 年 12 月 16 日最高裁判決
- ④ 民法 750 条・戸籍法 (第二次訴訟) 2021 (令和 3) 年 6 月 23 日最高裁大法廷決定
2022 年 (令和 4) 年 3 月 22 日第三小法廷決定 ⇒ 第三次訴訟へ

VI 今後の検討課題

- (1) 理論的課題: ① 憲法 13 条・14 条・24 条解釈 (ppt28-36) 14 条論 (間接差別・木村説 (カップル間) 信条差別)
 - ② 選択的別姓制についての比較衡量論、L R A 基準
 - ③ 国賠法違反の要件の見直し 「違憲合法論」
 - ④ 抗告訴訟の解決方法、救済の可否
- (2) 家族・婚姻制度の在り方 (夫婦同氏原則等) の再検討
人権論の観点 ⇒ 個人の尊重 v. 制度 (公序) の維持,
* 例外を認めないことが憲法違反 (木内裁判官意見、第二次訴訟三浦裁判官意見)
* 意識の変化、調査の恣意性
- (3) 立法論的課題——戸籍・嫡出推定制度等の見直し
* 民法 774 条等違憲訴訟 ⇒ 2022 年 2 月 1 日法制審議会親子法部会、
同年 2 月 14 日法制審議会民法改正案要綱 民法 774 条等改正進行中
- (4) 同性婚訴訟、代理出産問題との関連 cf. フランスの展開

おわりに ——個人の尊重/尊厳のために

家族の問題は人権問題

* 個人の尊重/尊厳と自己決定権 + 平等の問題 ⇒ 憲法 13 条、14 条、24 条の再確認
家族の問題は、政治 / 憲法・立法政策問題

* 与党保守派の憲法論と家族論 ⇒ 憲法 13 条・24 条改憲論への対応

⇒ 男女共同参画、同性婚・生殖補助医療との接続 → 総合的研究の必要
以上

参考資料

I 条約・各国憲法における家族規定

(1) 国際人権条約 (出典詳細は辻村『憲法とジェンダー』有斐閣 297 頁以下、外務省訳)

A) 世界人権宣言 16 条

「16 条 1 成年の男女は、人種、国籍又は宗教によるいかなる制約をも受けることなく、婚姻し、かつ家庭をつくる権利を有する。

2 成年の男女は、婚姻中及びその解消に際し、婚姻に関し平等の権利を有する。

3 家庭は、社会の自然かつ基礎的な集合単位であって、社会及び国の保護を受ける権利を有する。」

B) 国際人権規約(経済的、社会的及び文化的権利に関する国際規約/A 規約)(市民的及び政治的権利に関する国際規約/B 規約)

A 規約 10 条「この規約の締約国は、次のことを認める。

- 1 できる限り広範な保護及び援助が、社会の自然かつ基礎的な単位である家族に対し、特に、家族の形成のために並びに扶養児童の養育および教育について責任を有する間に、与えられるべきである。婚姻は、両当事者の自由な合意に基づいて成立するものでなければならない。
- 2 産前産後の合理的な期間においては、特別の保護が母親に与えられるべきである。働いている母親には、その期間において有給休暇又は相当な社会保障給付を伴う休暇が与えられるべきである。
- 3 保護及び援助のために特別な措置が、出生その他の事情を理由とするいかなる差別もなく、すべての子ども及び年少者のためにとられるべきである。(以下略)」

B 規約 23 条「1 家族は社会の自然かつ基礎的な単位であり、社会及び国による保護を受ける権利を有する。

2 婚姻をすることができる年齢の男女が婚姻をし、かつ家族を形成する権利は、認められる。

3 婚姻は、両当事者の自由かつ完全な合意なしには成立しない。」

C) 女性差別撤廃条約・家庭責任に関する ILO 条約

「第 16 条 1 締約国は、婚姻及び家族関係に係るすべての事項について女子に対する差別を撤廃するためのすべての適切な措置をとるものとし、特に、男女の平等を基礎として次のことを確保する。

- a) 婚姻をする同一の権利、 b) 自由に配偶者を選択し及び自由かつ完全な合意のみにより婚姻をする同一の権利、 c) 婚姻中及び婚姻の解消の際の同一の権利及び責任、 d) 子に関する事項についての親(婚姻をしているかいないかを問わない)としての同一の権利及び責任。(以下略)、 e) 子の数及び出産の間隔を自由にかつ責任をもって決定する同一の権利並びにこれらの権利の行使を可能にする情報、教育及び手段を享受する同一の権利、 f) 子の後見及び養子縁組・・・に係る同一の権利及び責任。(以下略) g) 夫及び妻の同一の個人的権利(姓及び職業を選択する権利を含む。) h) 無償であるか有償であるかを問わず、財産を所有し、取得し、運用し、管理し、利用し及び処分することに関する配偶者双方の同一の権利、(2 略)」

D) 欧州人権条約・欧州基本権憲章

① 欧州人権条約(1950 年採択、以後選択議定書により改訂)

第 8 条「私生活及び家族生活が尊重される権利」に関する規定

第 1 項「すべての者は、その私生活、家族生活、住居及び通信の尊重を受ける権利を有する」

「第 12 条 婚姻をすることのできる年齢の男女は、権利行使を規制する国内法に従って、婚姻し、かつ家族を形成する権利を有する。

第 7 議定書第 5 条 配偶者は、婚姻中及び婚姻の解消の際に、配偶者相互間及びその子との関係において、婚姻に係る私法上の権利及び責任の平等を享受する。この規定は、国が子どもの利益のために必要な措置をとることを妨げるものではない。」

② 欧州基本権憲章(2000 年採択)

「欧州(EU)基本権憲章 第 II-3 条 1. すべての人は、自らの肉体的および精神的一体性

(integrity)を尊重される権利をもつ。(以下略)

第 II-7 条 すべての人は、私的ならびに家族の、生活、住居および通信を尊重される権利をもつ。

第 II-9 条 婚姻の権利および家族を形成する権利は、当該権利行使を規律する各国の法律に従って保障されるものとする。

第 II-21 条 1. 性別、人種、皮膚の色、民族のもしくは社会的出自、遺伝的形質、言語、宗教もしくは信念、政治的もしくはその他の意見、少数者への帰属、財産、出生、障害、年齢または性的指向等、すべての理由にもとづくあらゆる差別が禁止される。(2 項略)

第 II-23 条 男女の平等は、雇用、労働および報酬を含むすべての領域で確保されなければならない。平等原則は、進出度の低い性のための特別の優遇措置の維持または採択を妨げない。」

- (1) **各国憲法における家族規定** (出典： [A] 初宿＝辻村編『新解説世界憲法集 (第5版)』三省堂 (2020年)・[B] 畑＝小森田編『世界の憲法集 (第5版)』有信堂 (2018年))

A) 社会主義国型憲法 (および旧社会主義国憲法)

中華人民共和国憲法 (1982年制定, 2004年改訂, 2018年最終改訂) [A 鈴木訳]

「49 条 1 婚姻、家族、母親および児童は、国家の保護を受ける。

2 夫婦は、双方ともに計画出産を実行する義務を負う。

3 父母は未成年の子女を扶養・教育する義務を負い、成年の子女は父母を扶養・扶助する義務を負う。

4 婚姻の自由に対する侵害を禁止し、老人、夫人および児童に対する虐待を禁止する。」

旧社会主義国・東欧諸国：**ポーランド憲法** (1997年制定) [B 小森田訳]

「71 条 1 国家は、自らの社会政策および経済政策において、家族の福祉を考慮する。困難な物質的および社会的条件にある家族、とりわけ子どもの多い家族および単親家族は、公的権力からの特別の援助を受ける権利をもつ。

2 子を出産する前と後の母親は、公的権力の特別の援助を受ける権利をもつ。援助の範囲は、法律がこれを定める。」

B) 先進資本主義国 (社会国家) 型憲法

ワイマール憲法 119 条 1 婚姻は、家庭生活および民族の維持・増殖の基礎として、憲法の特別の保護を受ける。婚姻は、両性の同意を基礎とする。

2 家族の清潔を保持し、これを健全にし、これを社会的に助成することは、国家および市町村の任務である。子どもの多い家庭は、それにふさわしい扶助を請求する権利を有する。

3 母性は、国家の保護と配慮を求める権利を有する。」

ドイツ連邦共和国基本法 6 条 [A 初宿訳]

1 婚姻および家族は、国家秩序の特別の保護を受ける。

2 子どもの育成および教育は、両親の自然的権利であり、かつ、何よりもまず両親に課せられている義務である。この義務の実行については、国家共同体がこれを監視する。

3 (略)

4 すべての母は、共同社会の保護と配慮とを請求することができる。

5 嫡出でない子に対しては、立法によって、肉体的および精神的成長について、ならびに社会におけるその地位について、嫡出子と同等の条件がつくられなければならない。」

イタリア共和国憲法 (1948 年) [A 田近訳・2020 年]

29 条 1 共和国は婚姻に基づく自然的な共同社会としての家族の諸権利を承認する。

2 婚姻は、家族の一体性を保護するために法律が定める制限の下に、両配偶者相互の道徳的および法的平等に基づき、規律される。

30 条 1 子どもを養育し、訓育し、教育することは、子どもが婚姻外で生まれたものであっても、両親の義務であり、権利である。

- 2 両親が無能力の場合に両親の責務が果たされるような措置は法律でこれを定める。
 - 3 婚姻外で生まれた子どもに対しては、法律により、法律婚による家族の構成員の諸権利と両立するあらゆる法的保護および社会的保護を保障する。
 - 4 父の捜索に関する規範および制限は、法律でこれを定める。
- 31 条 1 共和国は、家族の形成および家族に関連する責務の履行に対し、大家族に配慮しつつ、経済的措置その他の豊作により、優遇措置をとる。
- 2 共和国は、母性、児童、青年を保護し、この目的に必要な施設に対し助成を行う。

フランス 1946 年憲法前文 (1946 年) [A 辻村訳]

(8・9 項) 国は、個人および家族に対して、それらの発展に必要な条件を確保する。

国は、すべての人に対して、とりわけ子ども、母親、および高齢の労働者に対して、健康の保護、物質的な安全休息および余暇を保障する。

C) 非西欧型・発展途上国型憲法

インド共和国 1947 年憲法 [B 孝忠訳]

- 15 条 1 国は、宗教、人種、カースト、性別、出生地・・・を理由として公民に対する差別を行ってはならない。3 本条の規定は、国が女性及び児童に対する特別規定を設けることを妨げない。
- 47 条 国は、国民の栄養水準および生活水準の向上ならびに公衆衛生の改善を第一義的な義務とみなさなければなら [ない]。

フィリピン 1987 年憲法 [B 萩野訳]

- 2 条 12 節 国は家族生活の尊厳を認め、家族を社会の基本的かつ自治的制度として保護し、強化する。妊娠における母胎と胎児の生命は、平等な保護が与えられる。青少年の市民としての能力の育成および徳育に関する両親の自然にして本来の権利および義務は、国家政府により援助される。
- 同条 14 節 国は、国家建設における女性の役割を認識し、法の下における男女の基本的平等を保障する。」

(3) 現代における家族モデル — 3つの家族モデル

- (i) 個人主義的家族モデル：個人の人権（幸福追求権・自己決定権・家族形成権など）保障と自立の重視、平等の徹底をめざす立場（「家族の個人化」）
 - (ii) 国家主義的家族モデル
 - 社会主義国型・途上国型のほか、天皇制絶対主義型家族モデル
 - 改憲論「行き過ぎた個人主義を是正し」「文化や伝統を尊重する」という名目で国家による家族保護を求める、伝統的・復古的な家族像も含まれる。
- cf. 国家による家族の保護
- (ア) 国民統合・国家統制のための保護：社会主義国型、明治憲法下の天皇制国家型家族、ナショナリズムに通じる血族的共同体型家族の保護など
 - (イ) 発展と救済（救貧）のための保護：途上国型
 - (ウ) 社会権（母子の健康等）を実現するための保護：社会国家型
 - (エ) 権利保障やパターナリズムに由来する国家介入・保護（子どもの保護やドメスティック・ヴァイオレンス防止等）：社会国家型など
- (iii) 共同体的家族モデル
 - 中間団体としての家族の（社会・共同体に対する）責務を重視する三極対立構造型の家族モデル：個人主義的ナリベラリズムに対する共同体主義（コミュニタリアニズム）や共和主義（リパブリカニズム）の影響——「新たな親密圏」

IV 日本国憲法 24 条の意義

(1) 憲法制定時の家族像

1) 日本政府案(松本案)「憲法改正要綱」1945年12月 該当条文なし

2) 日本進歩党案・日本自由党案

進歩党：憲法改正要綱（1946年2月14日発表）該当条文なし

自由党：憲法改正要綱（1946年1月21日発表）該当条文なし

3) 日本社会党案：憲法改正要綱（1946年2月24日発表）

「国民の家庭生活は保護せらる、婚姻は男女の同等の権利を有することを基本とす」

4) 日本共産党案：日本人民共和国憲法（草案）（1946年6月29日発表）

「第二十八条 婚姻は両性の合意によつてのみ成立しかつ男女が平等の権利をもつ完全な一夫一婦を基本とし純潔な家族生活の建設を目的とする。社会生活において家長および男子の専横を可能とする非民主的な戸主制ならびに家督相続制はこれを廃止する。夫婦ならびに親族生活において女子にたいする圧迫と無権利とをもたらず法律はすべて廃止される。」

5) 憲法研究会「憲法草案要綱」（1945年12月26日発表）

「男女ハ公的並私的ニ完全ニ平等ノ権利ヲ享有ス」

6) 「ベアテ・シロタ草案」[ベアテ・シロタ・ゴードン、平岡訳『1945年のクリスマス』柏書房、1995年、156頁によるが、familyは辻村が「家族」と訳している]

「家族(family)は、人類社会の基礎であり、その伝統は、よきにつけ悪しきにつけ、国全体に浸透する。それ故、婚姻と家族とは、法の保護を受ける。婚姻と家族とは、両性が法律的にも社会的にも平等であることは当然であるとの考えに基礎をおき、親の強制ではなく相互の合意に基づき、かつ男性の支配ではなく両性の協力に基づくべきことを、ここに定める。これらの原理に反する法律は廃止され、それにかわって配偶者の選択、財産権、相続、本拠の選択、離婚並びに婚姻および家族に関するその他の事項を、個人の尊厳と両性の本質的平等の見地に立って定める法律が制定さるべきである。・・・女性と子ども、恵まれないグループの人々は、特別の保護が与えられる。国家は、個人が自ら望んだ不利益や欠乏でない限り、そこから国民を守る義務がある。」

7) マッカーサー草案 23 条（1946年2月13日）（原文、訳文ともに、高柳ほか編著『日本国憲法制定の過程 I』有斐閣、1972年222、277頁以下による）

(訳) 第 23 条 「家庭は、人類社会の基礎であり、その伝統は、善きにつけ悪しきにつけ国全体に浸透する。婚姻は、両性が法律的にも社会的にも平等であることは争うべからざるものである〔との考え〕に基礎をおき、親の強制ではなく相互の合意に基づき、かつ男性の支配ではなく〔両性の〕協力により、維持されなければならない。これらの原理に反する法律は廃止され、それに代って、配偶者の選択、財産権、相続、本居の選択、離婚並びに婚姻および家庭に関するその他の事項を、個人の尊厳と両性の本質的平等の見地に立って規制する法律が制定さるべきである。」

8) 帝国議会での「憲法改正草案要綱」審議

*衆議院特別委員会小委員会——社会党議員らのワイマール憲法型の家族保護規定提案

*貴族院——保守派議員らの日本型家父長家族（「天皇のお膝元に大道が通じている」日本国の国体としての天皇制家族制度）擁護論

+	-----	+		+	-----	+		+	-----	+
	家族の「社会化」		vs.		家族の「個人化」		vs.		「家」制度の擁護	
	—社会国家型家族保護				—個人尊重主義				—日本型家父長家族	
+	-----	+		+	-----	+		+	-----	+

9) 1946年7月に設置された臨時法制調査会の第3部会（司法法制審議会）10月24日

「戸主も家督相続も、憲法24条の規定だけからみて、ただちに違憲だといえない」

→1947年4月17日「民法の応急措置に関する法律」成立

10) 親族・相続編改正 1948年1月1日施行 「法律がかわったとしても、現実の親族共同生

活たる家族制度を否定するものではない」（奥野・司法省民事局長）。

(2) 戦後の改憲論の展開と家族条項

1) 1950年代～1980年代 ①1954年—1956年（第一次）明文改憲論（1954年11月5日）
「極端な個人主義の立場から、家族という観念の抹殺を図ったのは行き過ぎである」「旧来の封建的家族制度の復活は否定するが夫婦親子を中心とする血族的共同体を保護尊重し親の子に対する扶養および教育の義務、子の親に対する孝養の義務を規定すること。農地の相続につき家産制度を取入れる」自由党「日本国憲法改正要綱案」

②1957年-1964年憲法調査会報告書：個人主義的人権原理の見直しと家族制度の強化

③憲法調査会報告書（1964年7月3日）「24条は、・・家族の共同生活および家庭の保護の上に適切でないとし、これに代わる新たな規定を設けるべきであるとする意見がある。・・第24条が個人の尊厳と両性の平等を強調するあまり、家族間、とくに親子・夫婦間の親和・敬愛・協力の観念が軽視され、日本古来の家族制度の伝統が失われ・・・ているとする意見である。」（報告書562頁参照）

2) 1990年代（第三次）改憲論 略

3) 2000年代（第四次）改憲論（両院の憲法調査会）① 衆議院憲法調査会中間報告（2002年）個別意見：「24条は、家族は個人主義に準じるものだという考え方で書かれている。憲法の最大の欠陥は、24条的なもの、家族やコミュニティといったものを全く認めてない点にある」（自民党議員）等

②衆議院憲法調査会報告書（2005年）、「24条が行きすぎた個人主義の風潮を生んでいる側面は否定できない」、「国家権力と個人が対立するという西欧の人権観や家族観は、個人より家族・家庭や共同体を重視する日本やアジアには適合しない」

③2004年6月自由民主党憲法調査会「憲法改正にむけた論点整理」「婚姻・家族における両性平等の規定（現憲法24条）は、家族や共同体の価値を重視する観点から見直すべきである」「夫婦別姓が出てくるような日本になったということは大変情けないことで、家族が基本、・・家庭と家族を守っていくことが、この国を安泰に導いていくもとなんだということ、しっかりと憲法でも位置づけてもらわねばならない」

4) 自民党改憲草案（2012年）24条1項に家族規定新設

「家族は、社会の自然かつ基礎的な単位として、尊重される。家族は、互いに助け合わなければならない」

V. 家族規定の合憲性——解釈論的課題（①900条、②733条関係略）（PPT21-32）

③夫婦別姓訴訟〔第一次訴訟〕（民法750条夫婦同氏原則違憲訴訟） 多数意見

a) 「家族は社会の自然かつ基礎的な集団単位であるから、このように個人の呼称の一部である氏をその個人の属する集団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。・・・現行の法制度の下における氏の性質等に鑑みると、婚姻の際に「氏の変更を強制されない自由」が憲法上の権利として保障される人格権の一内容であるとはいえない。本件規定は、憲法13条に違反するものではない。」

b) これらの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、憲法上の権利として保障される人格権の一内容であるとはとはいえないものの、後記のとおり、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はいえるのであり、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考慮すべき事項である。

c) 「本件規定〔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、本件規定の定める夫婦同氏制それ自体に男女間の形式的な不平等が存在するわけではない。・・したがって、本件規定は、憲法14条1項に違反するものではない。

d) 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、・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」・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。・夫婦が同一の氏を称することは、上記の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。特に、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があると考えられる。・上記の不利益は、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。以上の点を総合的に考慮すると、憲法 24 条に違反するものではない。」

個別意見 寺田逸郎裁判官の補足意見「総合的な検討を念頭に置くとすると、むしろ、これを国民的議論、すなわち民主主義的なプロセスに委ねることによって合理的な仕組みの在り方を幅広く検討して決めるようにすることこそ、事の性格にふさわしい解決であるように思える。」

B 裁判官岡部喜代子の意見（裁判官櫻井龍子、同鬼丸かおるが同調）「本件規定の制定後に長期間が経過し、婚姻前の氏から婚姻後の氏に変更することによって、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事態が生じてきた。現時点においては、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である」として婚姻の自由を制約するものである。」「多数意見は、氏が家族という社会の自然かつ基礎的な集団単位の呼称であることにその合理性の根拠を求め、それは全く例外を許さないことの根拠になるものではない。通称は便宜的なもので、使用の許否、許される範囲等が定まっているわけではなく、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、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。」

C 木内裁判官の意見「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、国会の立法裁量権を考慮しても、夫婦同氏制度は、例外を許さないことに合理性があるとはいえず、裁量の範囲を超えるものである。」

D 山浦裁判官の反対意見「世界の多くの国において、夫婦同氏の他に夫婦別氏が認められている。女子差別撤廃委員会からは、平成 15 年以降、繰り返し、我が国の民法に夫婦の氏を選択に関する差別的な規定が含まれていることについて懸念が表明され、その廃止が要請されるにまで至っている。以上を総合すれば、少なくとも、法制審議会が法務大臣に「民法の一部を改正する法律案要綱」を答申した平成 8 年以降相当期間を経過した時点においては、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。したがって、本件立法不作為は、国会が正当な理由なく長期にわたって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 項の適用上違法の評価を受けるものである。そして、本件立法不作為の結果、上告人らは、精神的苦痛を被ったものというべきであるから、上記の違法な本件立法不作為を理由とする国家賠償請求を認容すべきであると考えられる。」

④2021（令和 3）年 6 月 23 日 特別抗告事件最高裁決定（判例時報 2501 号 3 頁）

多数意見：「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、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。」「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。」「その余の論旨は、違憲をいうが、その実質は単なる法令違反を主張するもの 又はその前提を欠くものであって、特別抗告の事由に該当しない。」

(1) **三浦裁判官意見**「婚姻の際に氏を改めることは、・・・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ことは明らかである。したがって、婚姻前の氏を維持することに係る利益は、それが憲法上の権利として保障されるか否かの点は措くとしても、個人の重要な人格的利益とすることができる。」(ii)「法律が、婚姻の成立について、両当事者の合意以外に、不合理な要件を定めることは、違憲の問題を生じさせる。」(iii)「本件各規定に係る婚姻の要件について、法が夫婦別氏の選択肢を設けていないこと、すなわち、国会がこの選択肢を定めるために所要の措置を執っていないことは、憲法 24 条の規定に違反する。」しかし (iv)「本件各規定について、上記の違憲の問題があるとしても、婚姻の要件として夫婦別氏を選択肢に関する法の定めがないことには変わりはない。」「一つの選択肢に限定する部分については違憲無効であるというにしても」それを超えて、他の選択肢に係る婚姻の効力及び届書の記載事項が当然に加えられると解することには無理がある (17 頁)。

(2) **宮崎・宇賀裁判官反対意見** (i)「憲法 24 条 1 項の「夫婦が同等の権利を有する・・・」との規定部分における「権利」には、人格権(人格的利益を含む。)も当然含まれる。・・・かかる「権利」について、・・・一方のみが享有し他方が享有しないという不平等な扱いを禁じたものと解するのが、・・・趣旨に沿う。・・・抗告人らに対して 単一の氏の記載(夫婦同氏)を婚姻届の受理要件とするという制約を課すことは、・・・婚姻をするについての直接の制約に当たる。」(19-22 頁)、(ii)「氏名に関する人格的利益の由来、性質を明らかにした上で、夫婦同氏を婚姻成立の要件とするという本件各規定によって課されている制約に合理性があるか、公共の福祉による制限として正当性があるかが問われなければならない(25 頁)。」(iii) (憲法 24 条 1 項違反の点)「夫婦に同氏を強制し婚姻届に単一の氏の記載を義務づける点で、憲法 24 条 1 項の趣旨に反する (29 頁)。」(iv) (憲法 24 条 2 項違反の点)「夫婦同氏を婚姻成立の要件とすることは、当事者の婚姻をするについての意思決定に対する不当な国家介入に当たるから、本件各規定はその限度で憲法 24 条 1 項の趣旨に反する。」・「憲法 24 条 2 項の個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚した法律とはいえず、立法裁量を逸脱しており、違憲といわざるを得ない (31 頁)。

(v)「女子差別撤廃条約に基づいて夫婦同氏制の法改正を要請する 3 度目の正式勧告を平成 28 年に受けたという事実は夫婦同氏制が国会の立法裁量の範囲を超えるものであることを強く推認させる(36 頁)」。同条約 16 条 1 項 (g) の「夫婦の平等と同一の個人的権利」の確保が、日本国憲法「13 条、14 条 1 項、24 条 2 項においても基礎とされている「人権尊重と平等原則として国際的に普遍性のある理念に基礎を置くものである」(39 頁)。「裁判所においては、女子差別撤廃条約に締約国に対する法的拘束力があることを踏まえて、この事実を本件の判断において考慮すべきである(41 頁)。」(vi)「本件各規定により夫婦に同氏を強制し婚姻届に単一の氏の記載を義務付ける部分が違憲無効ということになれば、本件処分は根拠規定を欠く違憲な処分となり、・・・本件婚姻届についても・・・届出の日付での受理を命ずる審判をすべきことになる」。

(3) **草野裁判官意見** (i) (国会の立法裁量の範囲を超えるか否かの判断)「現行の夫婦同氏制に代わるものとして最も有力に唱えられている法制度である選択的夫婦別氏制を導入することによって向上する国民各位の福利とそれによって減少する国民各位の福利を比較衡量することが有用である」(42 頁)。(ii) (比較衡量を行う場合)、①婚姻する当事者、②子の福利、③親族の福利にわけて分析し、衡量する。(iii)「選択的夫婦別氏制を導入することによって向上する国民の福利は、同制度を導入することによって減少する国民の福利よりもはるかに大きいことが明白であり、・・・選択的夫婦別氏制を導入しないことは、余りにも個人の尊厳をないがしろにする所為であり、もはや国会の立法裁量の範囲を超えるほどに合理性を欠いているといわざるを得ず、本件各規定は、憲法 24 条に違反していると断ずるほかはない」(49 頁)。

⑤2022（令和4）年3月22日 損害賠償請求事件最高裁第三小法廷決定

上告棄却 理由「民事事件において最高裁判所に上告することが許されるのは民訴法312条1項又は2項所定の場合に限られるところ、本件上告の理由は、違憲をいうが、その実質は単なる法令違反を主張するもの又はその前提を欠くものであって、明らかに上記各項に規定する事由に該当しない。」裁判官全員一致（宇賀、渡辺裁判官の意見あり）。

渡邊恵理子裁判官の意見「（憲法24条）1項は、婚姻（法律婚）の自由を保障している。・・・（選択的夫婦別氏制のような）選択の機会を与えることこそ、個人の尊厳の尊重であると考ええる。以上によれば、婚姻の自由に対する本件各規定〔民法750条、戸籍法74条1項〕による制約には客観的な合理性があるとは認め難く、したがって、本件各規定は、婚姻の自由を侵害するものとして憲法24条に違反する・・・。」（宇賀意見は、上記④（2）と同じ）

（参考）

辻村みよ子著作集第4巻『憲法とジェンダー法学』信山社（2022年1月刊）

辻村著作集第5巻『家族と憲法——国家・社会・個人と法』信山社（2022年6月近刊）*

辻村「憲法と姓——民法750条違憲論の諸相」浅倉・二宮責任編集『ジェンダー法研究』8号 信山社（2021年12月）

辻村『憲法（第7版）』日本評論社（2021年）

辻村 最高裁宛『意見書』（2021年3月）〔*に所収〕

辻村『憲法と家族』日本加除出版（2016年）

辻村「憲法からみた家族の動向と課題」司法書士連合会『月報司法書士』月報司法書士543号

辻村『代理母問題を考える』岩波書店（2012年）

辻村編『かけがえのない個から——人権と家族をめぐる法と制度』岩波書店（2011年）

犬伏由子「夫婦別氏の婚姻届受理を求める裁判」TKC新判例解説民法no122（2021年）

木村草太「夫婦別姓訴訟の憲法的考察」司法書士連合会『月報司法書士』543号（2017年）

木村「同氏合意による婚姻-戸籍作成の区別の合憲性・追補」法律時報93巻9号（2021年8月）

佐々木くみ「夫婦同氏制の憲法24条適合性審査に関する覚書」辻村責任編集『憲法研究』第10号、信山社（2022年5月）

齊藤笑美子「婚姻・家族とフランス憲法」辻村編集代表・糠塚他編著『社会変動と人権の現代的保障』（「講座政治・社会の変動と憲法」第II巻）信山社（2017年）

二宮周平他編『家族の変容と法制度の再構築』法律文化社（2022年4月）

二宮「最高裁大法廷令和3（2021）年6月23日決定の紹介と分析」（法学者・法曹による選択的夫婦別姓早期実現共同声明）（2021年8月14日）

二宮「最大判平27・12・16と憲法的価値の実現」戸籍時報736・737号（2016年）

ジゼル・アリミ他『ゆるぎなき自由』（井上たか子訳）勁草書房（2021年）

イレヌ・テリー（石田・井上訳）『フランスの同性婚と親子関係』明石書店（2019年）

*ジェンダー法政策研究所(<https://www.gelepoc.org>)、弁護士等コメント参照。

**2022年6月5日（日）14-16時 ジェンダー法政策研究所主催シンポジウム
（オンライン、申込：研究所ウェブサイト <https://www.gelepoc.org> 参照）

「政治はなぜ夫婦に氏を選択を認めないのか——日本のジェンダー平等政策と国会——」

報告 二宮周平（立命館大学教授）「個人の尊重と夫婦同等の権利」、

青野慶久（ニュー夫婦別姓訴訟原告）「落選運動『ヤシノミ作戦』」

砂原庸介（神戸大学教授）「政治と世論：争点のブレを考える」ほか

以上