

夫婦同氏制の合憲性と選択的夫婦別氏制

——国内法・比較法の両視座からの検討——

釋 悟史

竹下 力哉

(駒村研究会4年)

- I はじめに
- II 婚姻に関する規定の合憲性判断
 - 1 本章の趣旨・目的
 - 2 婚姻の自由の保障領域
 - 3 婚姻の自由に対する制約と婚姻制度形成の峻別
 - 4 婚姻に関する規定の合憲性判断基準
- III 夫婦の氏に関する法制度の国際比較
 - 1 本章の趣旨・目的
 - 2 諸外国における夫婦の氏に関する法制度の比較分析
 - 3 米国・ドイツとの比較分析
- IV 結 語

I はじめに

「夫婦同氏制訴訟」などと呼ばれる、最大判平成27年12月26日民集69巻8号2586頁（以下、「本判決」とする）において、夫婦同氏制を定める民法750条が、憲法13条・14条1項・24条に反しない旨判示された。本判決に対する判例評釈等の姿勢はさまざまであるが、とりわけ憲法24条に関連して、いわゆる婚姻の自由の保障領域や、婚姻に関する規定の合憲性判断の手法について議論がある。

また、本判決では日本においても選択的夫婦別氏制度を採用する余地がある旨

判示されているが、具体的な立法内容については明らかではない。

そこで、本稿では、憲法24条に関する学説を整理し、その保障領域を明らかにすることによって、夫婦同氏制を定めた民法750条等、婚姻に関する規定の合憲性判断の手法について検討していく。併せて、諸外国の婚姻規定やその合憲性に関する判例を概観し、日本法における婚姻規定の合憲性判断や、選択的夫婦別氏制度の立法化に関する示唆を得ることを目指す。

II 婚姻に関する規定の合憲性判断

1 本章の趣旨・目的

本章では、以下のような過程を経て、婚姻に関する規定の合憲性判断の手法を検討していく。

まず、婚姻の自由の保障領域を明らかにすることによって、婚姻の自由を制約する規定とそうでない規定の分水嶺を見出す。そして、それぞれの規定についてどのように合憲性を判断すべきか、判例をもとに探っていく。

2 婚姻の自由の保障領域

憲法24条1項は「婚姻は、両性の合意のみに基いて成立し、夫婦が同等の権利を有することを基本として、相互の協力により、維持されなければならない」、2項は「配偶者の選択、財産権、相続、住居の選定、離婚並びに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」と定めている。

これらの条文が保障する権利については、少なくとも本判決以前は、婚姻の自由と呼ばれる権利があるかどうかについてはっきりと議論されてきたわけではない¹⁾。また、仮に婚姻の自由が存在するとしても、その具体的内容に関する見解も、論者によりさまざまなものがある。

具体的には、次のようなものが挙げられる²⁾。

(1) 法律婚を念頭におく立場

多数説においては、婚姻の自由は生存権や財産権と同様に、法制度をまっぴら初めてその保障領域が捉えられるとされ、この意味で、婚姻の自由は、「制度的権利」³⁾や「法制度に依存した権利」⁴⁾の一つであると表現されることもある。

もっとも、多数説の立場に立脚したとしても、婚姻の自由の具体的内容についての見解はさらに分かれている。代表的な見解としては、次のようなものがある。

(a) 婚姻に介入されない権利として構成する説

かねてより、婚姻の自由は、旧民法下の、婚姻に際して戸主や父母の同意が必要であるとする規定を否定する趣旨であり、何人も、意に反して婚姻を強制されることがなく、婚姻が本人の合意以外によって妨げられないことを保障するものと理解されてきた⁵⁾。(b) や (c) の見解も、基本的にはこの立場を踏まえたものであると思われる。

(b) 人格的自律権や家族に関する自己決定権の具体化とする説

(a) 説的な見解を述べたうえで、24条は、「13条で保障される幸福追求権の一環としての個人の人格的自律権、ないし家族に関する自己決定権（婚姻・離婚・妊娠・出産・墮胎の自由等）の具体化でもあり、これらへの不当な国家介入は排除される」とする説がある⁶⁾。この説は、婚姻の自由について特別な理解を示しているというよりも、24条が婚姻の自由の他に「妊娠の自由」等も保障しているという理解を示している立場とするのが適切であると思われる。

この説を「支配的見解」であるとしたうえで、24条を13条の特則的規定であると説明するものもある⁷⁾。

(c) 婚姻の効果へのアクセスとする説

さらに、「婚姻は、それに関わる法制度の存在を前提としており、婚姻の自由とは、法の設定するさまざまな効果へのアクセスを保障する権利である」とする説もある⁸⁾。

もっとも、この説からは、24条が直接的に保障しているのは婚姻の効果、すなわち利益の享受であって、婚姻すること自体は間接的に保障されるに過ぎないような印象を受け、これを婚姻の自由と呼ぶことには違和感がある。この点を踏まえてか、婚姻の自由を、「婚姻制度の提供する効果を享受するべく婚姻制度にアクセスする自由」と理解する可能性も示唆されている⁹⁾。

(2) 自然的婚姻を念頭におく立場

このように法律婚を念頭において婚姻の自由を理解する多数説に対して、自然的婚姻を念頭において婚姻の自由を捉える説も提唱されている。たとえば、「婚姻は前国家的な人権の問題であり……国家の定める婚姻制度は、基本的には婚姻の自由の制限と捉え、それがなぜ正当かをきちんと説明する必要がある」とする

説がある¹⁰⁾。この説に基づけば、法制度をまたずとも婚姻の自由の保障領域が観念できるものと思われる。

もっとも、この説に対しては、国家による法律婚をしなくとも事実婚として自然的婚姻をすることはできるから、国家の定める婚姻制度がこの意味での婚姻の自由を制約していると観念することはできない旨の指摘がある¹¹⁾。

(3) 両方を念頭におく立場

また、法律婚と自然的婚姻の両方を念頭におく説も提唱されている。たとえば、「婚姻」を「共同で生活し、また、子どもがいる場合にその子どもを養育するために締結する、二当事者間の契約」と定義し、そこには法律婚契約及び事実婚契約が含まれるとしたうえで、「婚姻に介入されない権利」として捉える説がある¹²⁾。

(4) 最高裁の立場

本判決においては、憲法24条1項について「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」、2項について「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」判示している。この部分からは、最高裁が憲法上の権利としての婚姻の自由の存在を認めているのか明らかではない¹³⁾が、24条に固有の保障領域が存在すること¹⁴⁾や、24条による保障について法律婚を前提としているということ¹⁵⁾は理解できる。

また、民法750条の合憲性についての判断基準の定立に関する説示から、最高裁の婚姻の自由に関する捉え方を推測できるものと思われる。この点は後述する。

3 婚姻の自由に対する制約と婚姻制度形成の峻別

前節では、婚姻の自由の保障領域に関する学説及び最高裁の立場を通覧した。本節では、一般論として、制度的権利全体に妥当する権利制約規定と制度形成規定の峻別方法を確認した後、具体論として、前節における婚姻の自由の保障領域に関する議論を基礎として、婚姻の自由を制約する規定と婚姻制度形成規定の分水嶺を探っていく。

(1) 制度的権利に対する権利制約規定と制度形成規定の峻別

制度的権利は、制度がなければ権利として実現されないものであり、法律の規定によって制度が形成されること、すなわち、権利の内実を具体化されることが必要である。しかし、制度的権利に関する規定がすべてそのような働きをするわけではなく、かえってその権利を制約する規定も存在し、これらを峻別しないことには違憲審査基準を定立することはできない。

制度的権利一般に妥当する権利制約規定と制度形成規定の峻別方法について、学説においては次のような方法が示されている。

(a) 制限の有無を判断する段階で峻別する方法

第一に、主観法レベルで、三段階審査における制限の有無を判断する段階で峻別する方法がある。具体的には、婚姻の自由を例として、婚姻に関する規定のうち、「一定年齢に達した男女の自由な意思決定に基づく持続的な共同生活」を法制化するものは「婚姻の自由を内容形成する法律」であり、それ以外の法益保護を目的として婚姻に要件を課すものは、婚姻の自由の制約となり正当化が要求されるとする説がある¹⁶⁾。この説示の「一定年齢に達した男女の」「持続的な共同生活」という部分は婚姻そのものを意味し、「自由な意思決定に基づく」という部分は、婚姻の自由を「婚姻に介入されない権利」として捉えた場合の婚姻の自由の核心部分を意味するものと思われる。ここから読み取れることは、婚姻制度形成規定には、婚姻そのものを法制化するものと、婚姻の自由の核心を法制化するものがあるということである。

あえて第一の説を制度的権利に一般化するとすれば、三段階審査における制限の有無を判断する段階で、ある制度的権利に関する規定のうち、その権利の核心を法制化する規定は制度形成規定であり、それ以外の法益のために制度の適用場面等を限定する規定は権利制約規定であると判断されるということになるだろう。そして、前者の規定については広く立法裁量が認められ、その合憲性は緩やかに審査される一方で、後者の規定については権利制約の正当化審査へと進み、合憲性は比較的厳格に審査されることになる。

(b) 立法裁量審査の審査密度を判断する段階で峻別する方法

第二に、客観法レベルで、立法裁量の判断の段階で峻別する方法がある。具体的には、ある法制度に関する立法裁量の判断において、「制度形成の原則が、例えば、ベースライン（制度の標準形）として明確に設定されている場合や、伝統的な法制度保障の核心部分（ex. 近代市民法の原形たる単独所有）として明らかで

ある場合は、かかるラインや原形の変更の禁止をある種の妨害排除と見立てて、自由権の構成において審査することができるだろう」「他方で、客観法原則が“理念・目標”のレベルにとどまる場合は、そのような理念・目標に誘導されて行使される立法裁量の合理性を、裁量統制の手法を駆使して、丁寧に検証することになるだろう」とする説がある¹⁷⁾。

この説は、対応する制度的権利が確立している制度についてはその権利に基づいて、そうでない制度については13条又は14条1項に基づいて立法裁量の判断を行い、その過程で上記の客観法適合審査を行っていくとする。なお、この説は婚姻の自由の存在を留保する文脈で示されているため、婚姻制度については、対応する制度的権利が確立していない制度として扱われていることに注意を要する¹⁸⁾。

(c) 本稿の立場

主観法と客観法は異なるレベルにあることからすれば、本来、制度的権利と法制度保障は区別すべきである。しかし、婚姻の自由観と婚姻制度保障観はきわめて密接しており、婚姻の自由の保障領域の捉え方は、ベースラインや法制度保障の核心部分の捉え方に大きく影響する。

そこで、本稿では、婚姻の自由に関する立場ごとに婚姻制度のベースラインや婚姻制度保障の核心を探り、そのベースラインや核心を形成する規定を制度形成規定、変更する規定を権利制約規定と判断する。このようにして、それぞれの立場からいかなる規定が制度形成規定として判断されるのかを検討していく。

(2) 法律婚を念頭におく立場

(a) 婚姻に介入されない権利として構成する説

伝統的な説からは、婚姻の自由の核心は、「当事者以外の第三者の意思によって、婚姻の成立や効力が妨げられてはならない」¹⁹⁾という点に求められる。そうすると、婚姻制度のベースラインも、家長や国家といった第三者から不当な要件を課されない状態になるものと思われる。

この理解は、民法750条について「婚姻の効力の一つ……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」として、婚姻の効果であるか否かを婚姻の自由に対する制約の不存在の理由の一つに挙げている本判決と整合的であると思われる。この判示からも読み取れるように、この説は、婚姻の要件については婚姻制度の核心とみなしうが、婚姻の効果については核心から外されてしまうという危険性がある。

(b) 人格的自律権や家族に関する自己決定権の具体化とする説

「第三者に介入されない」と「自ら決定する」ことが同一であると考えれば、この説に立脚しても、婚姻の自由の保障、婚姻制度保障は質的に (a) の立場と基本的に同様であると思われる (量的に婚姻制度そのものに留まらない部分まで保障領域が広がるという差異はある)。

もっとも、婚姻の効果についても「自ら決定する」ことができるのだとすると、その限りで質的にも (a) の立場とは異なってくるが、婚姻の効果は要件に比して多様であり、その一つ一つを自ら決定できるとは考えにくい。そのため、婚姻の効果の具体的内容が核心部分として「明らかになっている」とはいえないだろう。

このように考えるかぎり、この説からも、民法750条は権利制約規定ではなく、制度形成規定と判断されることになる。

(c) 婚姻の効果へのアクセスとする説

この説は、婚姻の効果の存在を前提としているから、(a) や (b) とは対照的に、国家が婚姻の効果について法定するべく要求することが重要になってくる。そのため、この立場に立脚すると、法律婚の効果を定めた規定が存在していることがベースラインとして設定されることになる。

そして、その効果へのアクセスを保障するためには、要件をできるだけ緩和することも重要である。もっとも、法律効果を生じさせるためには法律要件が必要となる。それゆえ、(a) 説や (b) 説に比して、婚姻の要件をベースラインから逸脱したものとして観念することのハードルは上がってしまうのではないと思われる。

また、婚姻の効果の内容としてどのようなものが設定されるかについては、(b) 説と同様に「明らかになっている」とはいえない。そうすると、この説からも、民法750条を権利制約規定として考えることは難しいだろう。

(3) 自然的婚姻を念頭におく立場

これに対して、法制度をまずに婚姻の自由を理解し、婚姻制度は基本的にすべて権利制約と捉える立場は、そもそも婚姻の自由を制度的権利とは理解していないようである。婚姻に関する規定が存在しないことがベースラインといえなくもないが、国家が婚姻に関してまったく関与しないことを基本とするのは現実的ではない。

この立場からは、民法750条も当然に権利制約規定と判断される。そうすると、後述のとおり、違憲の疑いが生じることになる。

(4) 両方を念頭におく立場

婚姻の自由について法律婚と自然的婚姻の両方を念頭において理解する場合、ベースラインの画定は難しいように思われる。自然的婚姻と法律婚という選択肢を国家が用意していることがベースラインとして想定されると考えることもできそうであるが、そうすると、法律婚を想定している以上、その要件や効果が一定程度法律の規定に委ねられることもまた想定されているといえ、契約自由の原則が完全に妥当するとはいえないだろう。

(5) 最高裁の立場

まず、最高裁が憲法24条の保障領域をどのように捉えているのかについては、民法750条の合憲性の判断基準について説示した部分が参考になる。最高裁は、本判決において、「婚姻及び家族に関する法制度を定めた法律の規定が憲法13条、14条1項に違反しない場合に、更に憲法24条にも適合するものとして是認されるか否かは、当該法制度の趣旨や同制度を採用することにより生ずる影響につき検討し、当該規定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」と判示している。

この部分からは、婚姻に関する制度の合憲性については、13条、14条1項の枠内で判断し、どちらにも違反しなければ、24条に基づく立法裁量によって判断するということが読み取れる。13条、14条1項の保障する権利に対する制約がない場合には、24条の保障する権利に対する制約は想定されていない。すなわち、婚姻の自由に対する制約が観念される場合には、必ず13条か14条1項の保障する権利のいずれかに対する制約が観念できるということになるから、24条の保障する権利の核心部分は、これらの条文の保障領域と重なり合っているものと思われる。この発想は、婚姻の自由は幸福追求権の具体化であり、24条は13条の特則であるとする理解と整合的である。

もっとも、「婚姻に関する自己決定権」や「婚姻に関する平等権」が24条の保障領域に当然に含まれるのであれば、婚姻に関する規定について、13条や14条1項に基づく審査を行う必要はないはずである^{20) 21)}。

この疑問に対しては、24条は13条や14条1項の特則的な規定ではあるが、その保障の強度は13条等に比して弱い、との回答が考えられる。この理解は、いわゆる再婚禁止期間違憲判決において、14条1項違反の枠組みにおいて、再婚禁止期間規定が「婚姻に対する直接的制約」とされながらも、「法律婚の内容・効果が法律の定めによるところが多いこと」などから「審査密度を高めるものとして機能しなかった」²²⁾ という理解とも整合する。

以上を整理すると、最高裁の立場からは、婚姻の自由に対する権利制約規定が、24条に固有の枠組みで判断されるという場面はないことになる。そして、婚姻の自由を形成する規定については、立法裁量を用いてその合憲性を判断することになる。

4 婚姻に関する規定の合憲性判断基準

前節では、婚姻の自由の保障領域についていかなる立場に立脚するかによって、制度形成規定と権利制約規定の分水嶺が異なることをみてきた。本節では、制度形成か権利制約かを峻別した後の処理、すなわち制度形成であれば立法裁量、権利制約であればその正当化についてどのように判断するかをみていく。

(1) 権利制約規定の合憲性判断基準

(a) 最高裁の立場

上述の通り、最高裁の立場に立脚するのであれば、婚姻の自由に対する制約が正当化されるかどうかについて、24条に固有の枠組みで判断することはなく、従来の13条や14条1項の判断枠組みによって判断していくことになる。具体例としては、再婚禁止期間違憲判決においては、「婚姻に対する直接的制約」であり、憲法14条の平等原則違反の疑いもある再婚禁止期間規定について、平等原則違反の枠組みを用いて、立法目的の合理的根拠の有無と区別内容と目的の合理的関連性の有無によって判断されている。

(b) 24条固有の判断枠組みが必要とされる場合

かりに、判例とは異なる立場に立脚するのであれば、婚姻の自由に対する制約の合憲性判断基準について検討する際、選挙制度に関する裁判例が参考になる。たとえば、戸別訪問禁止事件昭和56年6月判決²³⁾においては、選挙立候補者の戸別訪問を禁ずる公職選挙法138条1項が「意見表明の自由」を制約することを認め、目的の正当性と目的と手段の合理的関連性によって違憲性の有無を判断す

る、いわゆる合理的関連性の基準が採用されている²⁴⁾。

前述のとおり、自然的婚姻を念頭において婚姻の自由を捉える説からは、民法750条は権利制約規定となるため、合理的関連性の基準を用いて合憲性が審査されると考えられる。そうすると、同条の目的が不明確である²⁵⁾がゆえに、目的が正当といえず違憲となる可能性があるものと思われる。

(2) 制度形成規定の合憲性判断基準

これに対して、ある規定が制度形成規定と判断された場合は、広く立法裁量が認められることになるが、婚姻の自由を形成する規定については、特有の判断の指針があるものと思われる。これについて、本判決を参考に、最高裁の姿勢を探っていく。

本判決においては、2(4)にて示した基準を用いて、民法750条についての立法裁量の逸脱の有無が判断されているが、立法裁量の判断基準に関する判示はこれだけではない。13条との関係では、「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まではいえないものの……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」と判示している。また、14条1項との関係では、夫婦のほとんどが夫の氏を選択していることにつき、「仮に、社会に存する差別的な意識や慣習による影響があるのであれば、その影響を排除して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……憲法24条の定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ものと考えられる」と判示している。

これらの判示部分は、13条、14条1項と24条の関係に関する示唆を含んでいる。すなわち、権利制約に関する限り、13条、14条1項の枠組みの中では婚姻の自由が考慮要素の一つにしかかなりえないにもかかわらず、制度形成の場面では、24条の枠組みの中で、人格権や平等原則が考慮要素になるということである。このことと3(4)で得られた理解を踏まえると、24条は13条や14条1項の保障領域にとどまらない固有の領域を有する一方で、その領域は、13条によって明確化された「人格権」の少し外側にある「人格的利益」の部分と重なり合うものであり、まったく24条に固有とはいえない可能性がある。これに対し、判示されている14

条1項に基づく考慮要素は、どのような立法裁量の判断においても登場しうる一般論を述べたにすぎず、24条の固有領域と14条1項に特別の関連がみられるとはいえないものと思われる。

このことは、立法裁量の内容について具体的に審査している部分にも表れている。氏を改めることによって受ける不利益については、「妻となる女性が上記の不利益を認めることが多い」と認めたとうえで、「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」として、そうでなければ立法裁量の逸脱が認められることを示唆している。他方、実質的平等については、「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」いことのみをもって、「直ちに……両性の本質的平等の要請に照らして合理性を欠く制度であるとは認めることはできない」と判示しているのである。

Ⅲ 夫婦の氏に関する法制度の国際比較

1 本章の趣旨・目的

さて、前章まででは主として夫婦同氏制訴訟（最判平成27年12月16日）を題材に、日本における夫婦の氏に関する規定の合憲性判断の手法等に関する議論を概観してきたわけだが、本章では他国の法制度を題材として、日本における議論への有益な示唆の抽出を試みていきたい。

いうまでもないことだが、夫婦の氏に関する法制度の問題は、国ごとの伝統・慣習・国民の問題認識等を踏まえ、本来的には国民の代表たる立法府における議論を経て決定されるべきものである。一方で、日本が女子差別撤廃委員会から度重なる改善勧告を受けていることから分かるように²⁶⁾、今日における夫婦の氏に関する法制度の問題は、単に日本国内の状況のみを踏まえて決定できるような事柄ではなく、国際的な潮流や諸外国における実践の状況をも考慮に入れて決定することが求められるようになっている²⁷⁾。

以下では、まず「2 諸外国における夫婦の氏に関する法制度の比較分析」において世界各国の法制度の状況を概観し、夫婦の氏に関する国際的潮流なるものの実態把握を試みる。そして、続く「3 米国・ドイツとの比較分析」では、日本との個別比較の文脈で参照にされることが多く、かつ、裁判所における違法・違憲判決の後に、立法府における議論を経ていわゆる選択的夫婦別氏制度に移行していった米国・ドイツにおける議論の状況を把握する。以上の二つのレベルか

らなる比較分析を通じ、今後の日本における議論を考えるうえでの示唆、ないしは今後採用されるべき具体的な法制度の方向性を提供できれば幸いである。

2 諸外国における夫婦の氏に関する法制度の比較分析

さて、本節からいよいよ実際の比較分析に入っていくわけであるが、諸外国の法制度を全体として比較検討していくうえでは、以下の4つの類型に分類して類型化することが有益であると考えられる。なお、以下の4類型はあくまで公的な場面で用いられる婚氏の決定方法に関するものであり、通称使用の可否を考慮に入れたものではないことに留意されたい。

まず第一に、「夫婦同氏(夫の氏のみ)」という類型が考えられる。法律の規定上、夫婦の婚氏を夫の氏に統一することが求められる国の法制度が該当する類型であり、憲法上の両性の本質的平等の観点からすると日本における保障の程度より劣後するものと評価されよう。

第二の類型としては、「夫婦同氏(夫婦いずれかの氏)」が考えられる。日本(民法第750条)やかつてのドイツ(1976年改正民法第1355条2項)がこの類型に該当する。法律の規定のうえでは夫婦間の平等が達成されているものの、実際には社会慣習等の影響で夫の氏が圧倒的多数の夫婦に選択される可能性も否定できない類型であり、両性の本質的平等の保障の程度からすると、あくまで形式的な平等の保障にとどまってしまっている。

そして、夫婦の氏に関する第三の類型が「選択的夫婦別氏制度」である。具体的な定義は法務省のそれ²⁸⁾に譲るが、本類型に該当する法制度を有する国においては、夫婦は婚姻に際して夫婦間で婚氏を夫婦いずれかの氏に統一するか、夫婦双方が婚姻前の氏を維持するかを選択することができる。西欧諸国は1970年代に相次いで選択的夫婦別氏制度を採用し²⁹⁾、夫婦同氏(夫婦いずれかの氏)を維持していたドイツも、1991年の連邦憲法裁判所による違憲決定(1991年3月5日連邦憲法裁判所第一法廷決定)³⁰⁾を受け、1993年の民法改正により本制度に移行した³¹⁾。

夫婦の氏に関する法制度の最後の類型が「夫婦別氏」である。これは、カナダのケベック州(民法第442条)や大韓民国(民法第809条)のように、婚姻後も夫婦双方が婚姻前の氏を維持する制度であり、夫婦間での婚氏の統一は認められない(但し、フランスのように、通称として共通の婚氏を称することを認める国もある)。例外を認めない夫婦別氏の憲法上の許容性については、議論が本筋から逸れること

を避けるためここでは言及しないこととする。

上記4類型は各国の法制度の内容に着目した類型であるが、本節では制度の法源に着眼した分類にも踏み込んでいく。というのも、国によってはフランスのように命令（家族簿の書式を定める1974年5月30日の司法省令を改正する1985年3月20日の司法省令）を根拠として夫婦の氏を規律する国もあれば、米国やカナダをはじめとする連邦国家のように、連邦と州との間で制度の法源が異なる国もあり、単に制度の内容に準拠した類型化のみによっては、諸外国における法制度の実相を把握することが困難なためである。無論、日本においては法律を制度の法源とする（つまり、民法750条の改正）以外に選択肢らしい選択肢はないように思われるが、次節の米国との比較分析を考えるうえでの前提となる内容でもあるため、参考程度にお付き合いいただきたく思う次第である。

なお、国際比較を困難とする要因の一つに、米国・カナダの一部の州や、欧州の一部の国などが採用する「結合氏」という制度がある。結合氏とは、夫婦の一方が夫婦の共通の氏に自身の婚姻前の氏をハイフンを用いるなどして付加する方式であり、仮に夫婦間で共通の氏を用いることを選択した場合でも、婚姻前の氏を婚氏とすることが叶わなかった婚姻当事者に一定の配慮を示すことができる制度であるといえる。原則的には夫婦同氏（夫婦いずれかの氏）を採用する国であっても、結合氏を可能とする法制度が整備されていれば、共通の婚氏を定めることにより生じる不利益をある程度は緩和することが可能であろう³²⁾。しかし、内閣府による世論調査³³⁾において、そもそも質問項目に結合氏の導入の可否に関する設問が存在しないことから分かるように、国民の理解という観点からして、日本における結合氏の導入は到底現実的とはいえない。結合氏を採用する国とそうでない国とを区別して類型化することは、前述の法制度の内容に着眼した4類型と相まって議論を複雑化するきらいがあるため、本節の比較分析において結合氏に準拠した類型化は行わないものとする。

以上を前提に、各国における夫婦の氏に関する法制度を、法制度が属する類型・法制度の法源の二つを基準として整理したのが次頁の表1^{34) 35) 36) 37) 38) 39)}である。表の作成に当たっては、1991年の南野聡氏による調査及び1992年の柳下み咲氏・山田敏行氏による共同調査をベースとし、それら調査よりも後に行われたドイツ、オーストリア、スイス、タイ、フィリピン等における法改正を踏まえて若干の修正を行った。米国やカナダのような連邦国家については、基本的に連邦レベルでの法制度を記載したが、州により連邦とは異なる法制度を有する場合に

表1 婚姻後の夫婦の氏に関する諸外国の法制度

		制度の類型			
		夫婦同氏 (夫の氏のみ)	夫婦同氏 (夫婦いずれかの氏)	選択的 夫婦別氏制度	夫婦別氏
制度の 法源	慣習法	インド	ルクセンブルク*	英国 (北アイルランド除く) ベルギー アメリカ合衆国 (連邦法レベル) オーストラリア*	
	命令				フランス
	条例			カナダ・ユーコン準州	シンガポール
	州法			米・カリフォルニア州 米・ハワイ州* 米・アイオワ州* 米・ニューヨーク州* 米・イリノイ州* カナダ・アバータ州 カナダ・ブリティッシュコロンビア州	カナダ・ケベック州
	法律		日本	ドイツ* オーストリア* オランダ* スイス* ハンガリー* ブルガリア* チェコスロバキア ルーマニア* ポーランド* デンマーク スウェーデン フィンランド* ノルウェー ロシア ウクライナ* ベラルーシ* フィリピン* タイ イスラエル*	イタリア* スペイン* ポルトガル* ギリシャ アルゼンチン* ペルー* ブラジル* 中華人民共和国* 台湾(中華民国)* 大韓民国 朝鮮民主主義人民共 和国 コートジボワール*

*…アスタリスクが付されている国は、結合氏を採用している国を指す。

は当該州の名前もまた記載している。また、結合氏を採用する国については、国名の右にアスタリスクを付してそれ以外の国と区別した。なお、紙面の構成を考慮し、各国の法制度の具体的な根拠条文については表1に記載していない。

表1からは、まず第一に、日本と同様に夫婦同氏（夫婦いずれかの氏）を採用する国の少なさが指摘できよう。日本のほか、ルクセンブルク（慣習法による⁴⁰⁾のみが夫婦同氏（夫婦いずれかの氏）を採用する国として該当するが、ルクセンブルクは補充的に結合氏を採用しており、両性の本質的平等の観点においては日本よりも一歩進んだ状況にあるといえる。

第二に、比較分析の対象となった国・州の大部分において、選択的夫婦別氏制度が採用されていることが分かる。選択的夫婦別氏制度を採用するのみならず、結合氏をも採用することで婚姻当事者により広い選択肢を提供する国や州もあり、この問題に関して日本が女子差別撤廃委員会等から国際的な追及を受ける背景が視覚的に理解できるといえよう。

また、中華人民共和国、大韓民国等の東アジア諸国においては、夫婦別氏が広く採用されていることも確認できる。これらは多くが慣習上の理由によるものであるため⁴¹⁾、ここでは深く言及しないこととする。

3 米国・ドイツとの比較分析

(1) 個別比較の意義・対象の選定

さて、前節「諸外国における夫婦の氏に関する法制度の比較分析」では、なるべく多くの国々の夫婦の氏に関する法制度を、制度の属する類型・制度の法源に則って整理することにより、日本の採用する夫婦同氏（夫婦いずれかの氏）の特殊性、および夫婦の氏に関する国際的な潮流を把握することができた。しかしながら、単にグロスレベルの分析を行うことのみによっては、問題の表層しかうかがい知ることができないうえに、夫婦の婚氏の決定方法に関する法制の今後を考えるうえでの困難を没却することにもなりかねない。ここにおいては、現在の日本における理想的なシナリオ（つまり、裁判所による違憲判断や立法府における議論を通じて夫婦同氏から選択的夫婦別氏制度へと移行すること）を実際にたどった特定の国における過去の議論から、日本における議論に資する有益な示唆を抽出し、法改正に向けた具体的な方向性のイメージを獲得することが必要となる。

日本との個別比較の対象として、1972年の *Stuart v. Board of Supervisors*⁴²⁾ を皮切りとして従前多くの州で採用されてきた夫婦同氏制（夫の氏のみ）がコモン・

ローの解釈に反するとする判決が相次ぎ、現在ではほとんどの州で選択的夫婦別氏制度が採用されるに至った米国がまず挙げられる。そして、1976年改正民法第1355条2項では現在の日本と同じく夫婦同氏（夫婦いずれかの氏）を採用していたが、1991年の連邦憲法裁判所違憲決定を受けて1993年の法改正で選択的夫婦別氏制度へと移行したドイツも、魅力的な比較対象となろう。以下、米国、ドイツの順で両国がそれぞれ選択的夫婦別氏制度に移行するに至った経緯を説明していく。

(2) 米国における議論

(a) 法源

連邦制を採用し、かつ英米法圏に属する米国では、基本的に連邦法やコモン・ローが各種法制度の法源として機能するが、州によっては独自に制定法を定めるところもある⁴³⁾。婚氏の決定方法を定めた連邦レベルの制定法は存在せず、イングランド法由来のコモン・ローによる規律⁴⁴⁾がなされている。それによると、「婚姻時に女性が、夫の姓を称することは慣習によるもので、制定法によるものではない」とされ、「女性は、そのような趣旨の婚姻前契約を夫と結ぶことにより、婚姻後も自己の姓を維持することができ、それにより合理的に公然と自己の姓を用い、かつ同一の公的な証明を得ることもできる」のである。こうした女性の権利は、「不正の目的」によるものでない限り保障される。

しかしながら、こうしたコモン・ローの解釈が明確になされるようになったのは前述の *Stuart v. Board of Supervisors* 以降であり、それ以前の裁判例においては、婚姻時に妻が夫の姓を称するという社会的慣習が、コモン・ローの正しい解釈であると誤解されて用いられてきた^{45) 46)}。

(b) 憲法的規律

このように、夫婦の氏に関する連邦レベルの法源がコモン・ローに拠っていることは、アメリカ合衆国憲法の平等に関する規定の内容が関係している。合衆国憲法の平等権規定として広く理解されているのが修正第14条であるが、制定当初、同条項は性差に基づく差別をも禁止するものとは解されなかった。当時、奴隷制の廃止を定めた修正第13条に続いて定められた修正第14条は、もっぱら人種間の平等を定めたものとして理解されており、そのことは、*Slaughter-House Cases*⁴⁷⁾における修正第14条の解釈に顕著に表れている。しかしながら、現在においては人種間の平等に限られない一般的な平等権規定として理解されている⁴⁸⁾。

一方で、合衆国憲法には、日本国憲法第24条にみられるような、両性の平等について直接定めた規定は存在しない。一応、修正第19条において男女間の参政権の平等が保障されているが、同条項が本稿において問題とする夫婦の氏などのより広い範囲の問題に適用されるわけではない⁴⁹⁾。

こうした規定の不備を補うべく、両性の平等について直接定めた「平等保護修正案」(Equal Right Amendment, ERA)が、1923年に初めて連邦議会に対して上梓されて以降、たびたび国民的な議論の俎上に上がってきた。1972年には合衆国憲法の第27修正として連邦議会を通過し、各州の批准に委ねられるに至ったが、結局必要な4分の3以上の州からの批准を得ることはできず⁵⁰⁾、廃案となってしまっている。

こうした事情もあり、夫婦の氏に関する問題については、もっぱら憲法解釈ではなくコモン・ローの解釈にゆだねられてきたのである。

但し、性差に基づく差別のすべてが、憲法的規律の射程の外に置かれてきたわけでは決してない。修正第14条が平等権に関する一般的規定と解されてきたことから、夫婦の氏以外の男女間格差に関する裁判例では、広く一般的に修正第14条が用いられてきた⁵¹⁾。この問題に関するリーディング・ケースとも呼べるのが、性差に基づく区別に初めて違憲判決を下した1971年の *Reed v. Reed*⁵²⁾ である。本件において、連邦最高裁は、死亡した子が所有していた不動産の遺産管理人の選定方法に関して、死亡した子の父を母に優先して遺産管理人に任命する旨を定めたアイダホ州法⁵³⁾ に対し、比較的厳しい基準である中間審査基準 (intermediate scrutiny)⁵⁴⁾ を用いて法令違憲判決を下した。*Reed v. Reed* 以降、男女間の平等を巡る裁判では中間審査基準が用いられるようになっていく。

しかしながら、夫婦の氏に関する問題に対し、憲法的な規律を及ぼそうとする試みは、今のところ、これといった成果を上げることはできていないのが実情である。1972年の *Forbush v. Wallace*⁵⁵⁾ においては、妻が婚姻前の氏を運転免許証の取得等の公的な場面で用いることを禁止したアラバマ州規則の合憲性が問われ、連邦最高裁は、同問題に合憲の判断を下した下級審判決⁵⁶⁾ をこれといった理由を付すこともなく是認している⁵⁷⁾。注目すべきは、前年の *Reed v. Reed* では中間審査基準を用いて性差に基づく区別に違憲判断を下した連邦最高裁が、夫婦の氏を巡る問題については自ら判断を下すことなく、原審の合憲判断を全面的に支持している点である⁵⁸⁾。この事実からは、たとえ性差に基づく区別の可否が問われていようとも、夫婦の氏に関する問題については憲法問題として扱われるべきで

はなく、あくまでコモン・ローの解釈によるべきだとする連邦最高裁の厳格な姿勢を窺うことができよう。

(c) コモン・ローの解釈

しかしながら、先述したコモン・ローの解釈でさえ、当初から一義的に定まっていたわけではない。というのも、1970年代初頭の米国においては、婚姻時に妻が夫の姓を称するという古くからの慣習が制定法や規則等のかたちで明文化されてきたことにより、社会的慣習がコモン・ローの解釈を塗り替えてしまったかのような誤解が生じてしまっていたのである。この誤解を如実に示すのが、1881年の *Chapman v. Phoenix National Bank*⁵⁹⁾ におけるニューヨーク州裁判所の判断であろう。同事件の法廷意見においては、「女性が婚姻に際して夫の姓を名乗るのは、英米法圏において数世紀にわたって確立してきたコモン・ローによるものである」という、現在のコモン・ローの解釈とは正反対の判断が下されてしまったのである⁶⁰⁾。

その後は一世紀近くにわたって *Chapman v. Phoenix National Bank* に準拠したコモン・ローの解釈を用いる判決が続いたが、こうした流れを断ち切って、現在まで受け継がれる夫婦の氏に関するコモン・ローの解釈を確立し、新たなリーディング・ケースとなったのが、本稿中でも何度か言及してきた *Stuart v. Board of Supervisors* である。原告は婚姻後も生来の氏を用い続けてきた女性であり、彼女のこうした希望については夫との間で合意がなされていたうえ、周囲は彼女を婚姻前の氏で認識していた。原告は婚姻前の氏で有権者登録をメリーランド州選挙管理委員会に対して申請したが、同選挙管理委員会は有権者登録は婚姻後の公的な氏で行うべきとする州法を根拠に、原告の申請を受理しなかった。州控訴裁判所 (Court of Appeals) は、イングランド法から承継されたメリーランド州のコモン・ローの解釈⁶¹⁾ から、選挙管理委員会による登録不受理を違法なものとし、原告に対し公的な場面においても婚姻前の氏を用いる権利を認めた。

Stuart v. Board of Supervisors におけるコモン・ローの本来的な解釈の確立の後、妻が婚姻前の氏を慣習上ないし法律上用いることを認める判決が次々となされ、各州で女性に不利な婚氏の決定方法を定めた制定法が改正されるに至った。

(d) 米国における議論から得る示唆

ここまで俯瞰してきた米国における議論は、おおよそ以下の2点に要約することができよう。すなわち、①憲法に両性の平等を直接に定めた規定を持たない米国⁶²⁾ においては、一般的な平等権規定である修正第14条が両性の平等に関す

る問題においても適用されてきた。②しかし、夫婦の氏を巡る問題については修正第14条が適用されることは基本的になく、むしろイングランド法由来のコモン・ローの解釈問題として扱われてきた。

そもそも、日本は制度の法源を米国とは異にしており、憲法的規律の問題についても、日本国憲法には両性の本質的平等を謳った24条が定められている。日本とはあまりにも状況が異なる米国の状況を日本におけるそれに適用し、日本法への示唆を無理に抽出しようと試みることは、夫婦の氏についての日本特有の論点をぼやけさせてしまう恐れもあり、あまり得策とはいえない。

(3) ドイツにおける議論

(a) 法源

ドイツは米国と同様連邦国家ではあるが、婚氏の決定方法に関しては連邦法が一律に規律している。根拠規定となるのがドイツ民法1355条⁶³⁾であり、同条1項は「夫婦は共通の氏(婚氏)を決定するべきである。夫婦は彼らによって決定された婚氏を称する。その夫婦が婚氏を決定しないときは、彼らは婚姻締結時に称している氏を婚姻締結後も称する」としており、原則的には夫婦同氏(夫婦いずれかの氏)を求めつつも、夫婦間で合意がなされない場合には夫婦別氏という選択肢をも認める選択的夫婦別氏制度を採用していることが分かる。

しかしながら、民法1355条が現在の規定に改正されたのは1993年のことである。それ以前は現在の日本民法750条と同様、夫婦同氏(夫または妻の氏)が採用されており、規定のうえでの形式平等は担保されていたものの、両性の本質的平等までは保障できていない状況にあった。改正の契機となったのが先述の1991年連邦憲法裁判所決定であるが、同決定の詳細な説明に移る前に、両性の平等に関するドイツ連邦共和国基本法の規定を紹介していきたい。

(b) 憲法的規律

両性の平等に関する直接の規定を持たない合衆国憲法とは異なり、ドイツにおける憲法に該当するドイツ連邦共和国基本法⁶⁴⁾(1949年5月23日採択、以下・ボン基本法)には、一般的な平等権規定である第3条1項に加えて両性の平等、婚姻・家族・母子関係の保護に関する規定が定められている。殊に重要なのが、男女同権の原則を定めた基本法第3条2項であり、「男性と女性は同権である。国は、女性と男性の同権が現実的に達成されることを促進し、現に存する不利益の除去を目指す」とされ、「夫婦が同等の権利を有する」ことを定めた日本国憲法第24

条と対応する内容となっている。また、日本国憲法とは異なって、婚姻・家族・母子関係に関して、ボン基本法は3条1項とは別の条文中に規定をおいており、同6条1項は「婚姻及び家族は、国家秩序の特別の保護を受ける」としている。ボン基本法が両性の平等について憲法上個別の規定をおいていることを考えるに、同問題について個別の規定を持たない合衆国憲法と比して日本国憲法との親和性が高いことが分かる。憲法的規律の視座からする日独比較分析の有用性は、日米間におけるそれよりも高いものがあるだろう。

(c) 1991年連邦憲法裁判所決定⁶⁵⁾

さて、1991年連邦憲法裁判所決定以前のドイツにおいては、1976年改正民法(以下、(旧)民法)1355条第2項⁶⁶⁾により、夫婦同氏(夫または妻の氏)が採用されていた。同条項は1文と2文、3文とに分かれており、1文は「夫婦は、婚姻に際して身分官吏に対する表示により、夫の出生氏または妻の出生氏を婚氏として決定することができる」と定め、2文においては「両者がこれを決定するに至らないときは、婚氏は夫の出生氏とする」とする補充規定(Auffangregelung、事務処理規定)がおかれていたのである。1文が夫婦同氏(夫または妻の氏)を採用することを明確に述べた規定であり、2文の補充規定が付されていることにより、結果として、婚姻時に夫の氏が選択されやすい状況が現出していたといえる。

本件における原告は、本人の意思に反して統一的な婚氏を婚姻簿に記載されたため、その訂正を求めた女性であり、婚姻における別氏使用の容認の可否が事件の実質的な論点となった。当初事件を担当していたチュービンゲン区裁判所は、夫婦間で意思の合致がない場合の補充規定である(旧)民法1355条2項2文が、両性の平等を定めたボン基本法第3条2項に違反する疑いがあると考え、本事件を連邦憲法裁判所に提示する決定(ボン基本法第100条I、連邦憲法裁判所法第13条11号)を下した。

連邦憲法裁判所は、「基本法3条2項は、不平等な取扱いについて、性の差異を主要な根拠とすることを禁止している。……この点は、特に女性が不利益を受けている場面について当てはまる」として、憲法上の男女同権原則の厳格な解釈を示し、「民法1355条2項2文は、基本法3条2項に反する」という違憲判断を下した。なお、本決定の効果として、(旧)民法1355条2項2文は一般的に効力を失ったわけだが、連邦憲法裁判所はそれに代わる新たな立法がなされるまでの暫定的経過措置を定め、1文によって婚氏に関する合意に至らなかった夫婦については、夫婦同氏・夫婦別氏いずれの選択も可能だとした。

注意しなければならないのは、本決定は、夫婦間で婚氏に関して合意がなされない場合に夫の氏が優先的に適用されるとした2文の補充規定に対してのみ違憲判断を下したのであって、1文の定める夫婦同氏の原則そのものに対しては憲法判断を回避したということである⁶⁷⁾。この点に関し、連邦憲法裁判所は、「民法1355条2項1文による制約において、婚姻の前提条件として共通の氏の選択を明らかにさせることが、基本法6条1項に実質的に適合しているかどうかという審査を要しない。いかなる場合においても、憲法上保障された婚姻の自由は、立法者が入念な検討に基づいてしなければならない判断によってのみ制限することが可能なのである」⁶⁸⁾として、立法府の裁量を尊重する判断を下した。実のところ、連邦憲法裁判所は、既に1988年3月8日の決定⁶⁹⁾の中で(旧)民法1355条2項1文の憲法適合性の議論に踏み込み、これを合憲とする判断を下しているのである⁷⁰⁾。1988年決定と1991年決定を連続させて考えるに、婚氏の決定方法如何の問題は、立法府における議論を通じて解決されるべきというのが、連邦憲法裁判所の一貫した立場であり、憲法的な考察の視座に立った時に得られる一つの有効な解ともいえるだろう。

1991年決定を受け、連邦議会は(旧)民法1355条を本項冒頭に示したかたちに改正し、実質的な選択的夫婦別氏制度に移行したわけだが、なぜ連邦議会が違憲判断の下されていない1文も含めて、大幅な条文の改定を行って選択的夫婦別氏制度を採用したかということ、その明確な理由ははっきりしない。同決定における連邦憲法裁判所は、「立法者は、家族の氏の統一を維持するために、男女間で中立的な補充的規定を定めることができる。しかし、また、氏の統一の原則の例外を許すこと又は包括的に婚氏に関する法を新たに定めることも自由である」とし、①差別的な補充規定の改正、②選択的夫婦別氏制度の採用、③全く新たな制度を定めるという3つの選択肢を提示したうえ、「その際立法者には、広範な裁量を与えられていなければならない」とまで述べている。つまり、連邦議会としては、2文の補充規定を改正することのみによっても、1991年決定の要請に応えることは十分にできたのである。この点に関しては、当時のドイツ国内で他のEC加盟国と氏に関する法規制を統一する必要性が問われていたことを要因に挙げる見解もある⁷¹⁾。ただ、連邦憲法裁判所が自ら定めた暫定的経過措置の中で、夫婦別氏が一時的とはいえ法的に有効な選択肢として挙げられていたことが、後の連邦議会による具体的な立法の内容に影響したとの見方もできよう。

(d) ドイツにおける議論から得る示唆

1991年連邦憲法裁判所決定の解釈により、ドイツにおける議論が日本におけるそれへと与える示唆もまた、大きく異なるものとなろう。1991年連邦憲法裁判所決定は、夫婦同氏の原則そのものを定める民法1355条2項1文の審査には踏み込まなかったうえ、1988年決定では、同裁判所が既に1文に対して合憲判断を下していた。上記の事実を考えるに、仮に1991年決定で再度1文の審査を試みていたとしても、夫婦同氏の原則そのものに対する違憲判断が下った可能性というのは想定しづらいのではないだろうか。1991年決定の意義は、あくまで連邦議会による法改正の具体的な内容に一定の方向性を示したのものとして限定的に解すべきであり⁷²⁾、選択的夫婦別氏制度はその方向性の中において提示された複数の選択肢の一つに過ぎないのである。

ドイツの議論から得るべき直接的な示唆とは、まず第一に、1993年の法改正時に、夫婦別氏を選択した場合の子の氏の決定方法が定められたことである⁷³⁾。今後、仮に日本が民法750条を改正して選択的夫婦別氏制度を導入したなら、必ず表出するのが子の氏の決定方法の問題であり、ドイツにおける先例は法改正の具体的内容を考えるに際して大いに参考になろう。

第二の示唆として、日本の夫婦同氏制訴訟と同様、1991年決定においても立法府の広範な裁量を尊重する判断が下されたことが挙げられる。畢竟、夫婦の氏に関する問題とは、自国の文化・慣習・社会情勢等を総合的に判断して、国民の代表機関たる国会による立法作業を通じて解決されるべきものである。司法府の判断が一つの契機になったとはいえ、連邦議会による法改正によって自発的に選択的夫婦別氏制度に移行したドイツからは、日本の氏制度の今後を考えるうえで参考にすべき要素が多くあろう。

IV 結 語

以上の検討から、次のような示唆が得られた。

第一に、憲法24条の保障領域に関する最高裁の立場である。最高裁は、24条の保障領域の核心を13条、14条1項と重なり合う部分に見出しているのであるが、24条に固有の領域の存在も認められる。そして、その領域は、13条が保障する人格権の領域とかなり接近しているものと思われる。

第二に、選択的夫婦別氏制を導入する際の、子の氏の決定方法である。憲法裁

判所の違憲決定を経て夫婦同氏制から選択的夫婦別氏制度へと移行したドイツの方式は、現在夫婦同氏制を採用しているわが国の法体系へ応用できる可能性が高いものと思われる。

第三に、夫婦の氏に関する規定については、広く立法裁量に委ねられることである。外国での議論状況からみても、また、日本における主要な学説の立場に立脚しても、夫婦の氏に関する規定は、広く立法裁量を認めたくえで合憲性が審査されるべきであり、少なくともその限りにおいて、本判決は支持されるものであるといえる。

今日では、婚姻の在り方、家族の在り方はますます多様化している。すべての人々が配偶者や家族との関係をそれぞれの理想とするかたちで築いていけるよう、旧来の価値観に囚われることなく婚姻の自由を捉え直し、新たな婚姻制度を模索することは喫緊の課題といえよう。本稿で得られた示唆が、それらの課題解決の一助となれば幸いである。

- 1) 駒村圭吾『憲法訴訟の現代的転回』（日本評論社、2013）295頁を参照。
- 2) これらの分類について、畑佳秀「判解」法曹時報68巻12号（2016）253-254頁、篠原永明「『婚姻の自由』の内容形成—夫婦同氏制合憲判決を参考に—」甲南法学57巻3・4号（2017）800-802頁を参照。
- 3) 駒村・前掲注1）294頁。もっとも、同書では婚姻の自由が権利として認められるか否かについては留保されている。
- 4) 小山剛『憲法上の権利の作法 第3版』（尚学社、2016）42頁。
- 5) 有倉遼吉編『判例コンメンタール I 憲法 I』（三省堂、1977）318頁、木下智史・只野雅人編『新・コンメンタール 憲法』（日本評論社、2015）等を参照。
- 6) 辻村みよ子『憲法と家族』（日本加除出版、2016）125頁。
- 7) 渡辺康行ほか『憲法 I 基本権』（日本評論社、2016）454頁。
- 8) 長谷部恭男『憲法の理性 増補新装版』（東京大学出版会、2016）133頁。
- 9) 篠原・前掲注2）801頁。
- 10) 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」世界879号（2016）147頁。
- 11) 篠原・前掲注2）802頁。
- 12) 木村草太『憲法の急所—権利論を組み立てる—第2版』（羽鳥書店、2017）79頁。
- 13) 畑・前掲注2）254頁。
- 14) 畑・前掲注2）259頁を参照。
- 15) 篠原・前掲注2）800-801頁。
- 16) 小山・前掲注4）42頁。
- 17) 駒村・前掲注1）296頁。

- 18) 駒村・前掲注1) 294-295頁参照。
- 19) 辻村みよ子=山元一編『概説 憲法コンメンタール』〔糠塚康江〕(信山社、2018) 154頁。
- 20) 渡辺ほか・前掲注7) 117頁を参照。
- 21) 14条1項に関して、小山・前掲注4) 105頁では、差別禁止が自由権に当然に含意される場合には、自由権のみの審査が行われるとしている。婚姻の自由が自由権であるとはいえないとしても、立法趣旨からみて自由権の側面を持つことは明らかであるから、同様に解されるものと思われる。
- 22) 木下智史「判批」増刊ジュリスト重要判例解説平成28年(2017) 19頁。
- 23) 最判昭和56年6月15日刑集35巻4号205頁。
- 24) もっとも、この判決については、表現の自由に対する内容中立規制と捉えて、より厳格な基準で審査すべきとの批判が強い。小山・前掲注4) 168頁を参照。
- 25) 木村草太「判批」月報司法書士543号(2017) 27頁では、「民法750条の立法目的を明確に説明することは難しく、民法の体系書の多くも、夫婦は同氏になる、と事実を述べるだけにとどめるものが多い」とする。
- 26) 民法改正を考える会編著『よくわかる民法改正—選択的夫婦別姓&婚外子差別撤廃を求めて—』(朝陽会、2010) 62-64頁。
- 27) 一方で、山元一「トランスナショナルとドメスティックの間で揺れる最高裁」法律時報88巻3号(2016) 1-3頁にあるように、婚外子相続分差別規定違憲判決(最大決平成25年9月4日)では比較法及び国際人権規約に言及した最高裁が、夫婦同氏制訴訟の法廷意見においてはあくまで国内的な事情のみを考慮して判断を下した点には注意を要する。
- 28) 法務省「選択的夫婦別氏制度(いわゆる選択的夫婦別姓制度)について」(<http://www.moj.go.jp/MINJI/minji36.html>) 2018年12月28日にアクセス。
- 29) 高橋菊江ほか『夫婦別姓への招待』(有斐閣、1993) 8-15頁。
- 30) BVerfGE 84, 9, Beschluß v. 5. 3. 1991.
- 31) 富田哲『夫婦別姓の法的変遷—ドイツにおける立法化—』(八朔社、1998) 227-257頁。

なお、現行のドイツ民法第1355条2項は、あくまで原則は夫婦同氏を適用し、例外的に夫婦別氏という選択肢をも認めるものであり、前掲・注28)の法務省による定義のうえでは「例外的夫婦別氏制度」にあたるものである。しかし、いずれにせよ、婚姻当事者たる夫婦の立場からすれば夫婦別氏という選択をもないうる点では変わりがないため、分類上の便宜も踏まえ、ここでは選択的夫婦別氏制度に含まれるものとして理解する。

- 32) しかしながら、夫婦同氏(夫の氏のみ)もしくは結合氏を婚氏の選択肢として定めていた(旧)トルコ民法第153条が、欧州人権裁判所(European Court of Human Rights)によって欧州人権条約(European Convention on Human Rights)の規定に照らして正当化されない区別を設けたものとされたUnal Tekeli v. Turkey (29865/96 Eur. Ct. H. R. (2004))を考えるに、結合氏によって緩和され

る婚姻当事者の不利益の程度にはある程度懐疑的であるべきだろう。

- 33) 内閣府 (2017) 「家族の法制に関する世論調査」〈<https://survey.gov-online.go.jp/h29/h29-kazoku/index.html>〉 2018年12月28日にアクセス。
- 34) 南野聡「諸外国における氏制度の調査結果について」民事月報46巻12号 (1991) 1-40頁。
- 35) 柳下み咲 = 山田敏行「外国の夫婦の姓についての法」外国の立法31巻4号 (1992) 95-119頁。
- 36) 久武綾子『夫婦別姓—その歴史と背景—』(世界思想社、2003) 160-167頁。
- 37) 民法改正を考える会・前掲注26) 59頁。
- 38) 早稲田の学問 (2018) 「〈民事法学〉夫婦別姓を巡る議論の今」〈<https://www.waseda.jp/inst/weekly/academics/2018/10/19/42291/>〉 2018年12月30日にアクセス。
- 39) Legal Updates and free legal information Family Code Philippines (2010) “Miss, Ms, or Mrs? Philippine law on surnames for married women” 〈<https://family.blogspot.com/2008/04/miss-ms-or-mrs-philippine-law-on.html>〉 2018年12月30日にアクセス。
- 40) *Juris-Classeur de droit Compare*. mise à jour 1983.
- 41) 黒木三郎ほか編『家の名・族の名・人の名—氏—』(三省堂、1988) に収録の加藤美穂子「中国解放後における夫婦・親子の「姓」及び李丙洙「朝鮮の「姓」を参照のこと。
- 42) 266 Md. 440 (1972).
- 43) 柳下 = 山田・前掲注35) 107-111項。
- 44) *Corpus Juris Secundum* 65 NAMES § 3 .
- 45) Barbara A. Brown; Thomas I. Emerson; Gail Falk; Ann E. Freedman, *The Equal Rights Amendment: A Constitutional Basis for Equal Rights for Women*, 80 Yale L.J. 871 (1971) p.940.
- 46) Julia C. Lamber, *A Married Woman's Surname: Is Custom Law*, 1973 Wash. U. L. Q. 779 (1973) pp.794-795.
- 47) 16 Wal. (83 U.S.) 36 (1873).
- 48) 松井茂記『アメリカ憲法入門 (第5版)』(有斐閣、2004) 285頁。
- 49) T.I. エスマン = 木下毅『現代アメリカ憲法』(東京大学出版会、1978) 283頁。
- 50) エスマン = 木下・前掲注49) 292頁。
- 51) なお、修正第14条はあくまで州と個人の関係を規律するものであるため、連邦と個人との関係においては修正第5条のデュー・プロセス条項を通じて平等を確保している (鈴木康彦『注釈アメリカ合衆国憲法』(国際書院、2000) 242頁を参照)。
- 52) Administrator, 404 U.S. 71 (1971).
- 53) Idaho Code §§ 15-312, 15-314 (repealed 1972).
- 54) なお、Linda J. Mead, *Married Woman's Right to Her Maiden Name: The Possibilities*

- for Change, 23 Buff. L. Rev. 243 (1973) pp.255-256のように、Reed v. Reed より前の男女間の平等を巡る判決で用いられてきた合理的関連性の基準 (rational relation test) と対比するかたちで、Reed v. Reed 以降用いられるようになった中間審査基準を「新しい (New)」合理的関連性の基準と呼び、一定の連続性を持って捉える見解もある。
- 55) 405 U.S. 970 (1972).
- 56) 341 F. Supp. 217 (M.D. Ala. 1971).
- 57) エスマン = 木下・前掲注49) 287-288項。
- 58) Patricia J. Gorence, *Women's Name Rights*, 59 Marq. L. Rev. 876 (1976) pp.894-895.
- 59) 85 N.Y. 437 (1881).
- 60) この点に関し、Diana L. Fuller, *Domestic Relations: The Right of a Married Woman to Retain Her Maiden Name*, 79 W. Va. L. Rev. 108 (1976) pp.110-111は、Chapman v. Phoenix National Bank に60年先立つ The King v. Inhabitants of St. Faith's Newton (13 Dowling & Ryland's Reports 348 (1823). Reported in 16 Eng. Common Law Rep. 171 (1830.)) という英国の裁判例を引用し、同裁判例において夫婦の氏に関するコモン・ローが現在と変わらないかたちで解釈されていることから、Chapman v. Phoenix National Bank における解釈は誤りであったとしている。
- 61) “Under the common law of Maryland, as derived from the common law of England, Mary Emily Stuart's surname thus has not been changed by operation of law to that of Austell solely by reason of her marriage to him.” 前掲注42).
- 62) なお、Kenneth L. Karst, *A Discrimination so Trivial: A Note on Law and the Symbolism of Women's Dependency*, 35 Ohio St. L.J. 546 (1974) のように、仮に平等保護修正案が採択されれば、性差に基づく区別が米国憲法論にいう「疑わしい区分」(suspect classification) に当たるとされ、中間審査基準でなく厳格審査基準が適用されるようになるだろう、と予測した見解もある。結局のところ、平等保護修正案は今日に至るまで成立していないため、Karst の見解は憶測の域を出るものではないが、平等保護修正案が夫婦の氏を巡る問題に憲法的規律を及ぼす契機になったであろう可能性は否定できない。
- 63) ドイツ民法の該当条文の和訳は、富田・前掲注31) 275-277頁を参照。
- 64) ボン基本法の訳文については、高田敏 = 初宿正典編訳『ドイツ憲法集〔第7版〕』(信山社、2016) 212-313頁を参照。
- 65) 同決定の訳文・解説については、小川秀樹「ドイツ連邦憲法裁判所における夫婦の氏に関する違憲決定について」戸籍581号(1991) 1-18頁、及び山下威士「婚氏未決定の場合における夫の出生氏の優先適用規定の違憲性—婚氏 (Ehenamen) 事件—」(ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例Ⅱ (第2版)』信山社、2006) 91-97頁等を参照のこと。
- 66) (旧) 民法1355条の規定の和訳については、富田・前掲注31) 273頁を参照。
- 67) 山下・前掲注65) 93頁。
- 68) なお、続く一文では、2文の補充規定の立法者意思として、連邦参議院が婚氏

の統一の意思表示を強制することで婚姻の自由が侵害される事態を避けるべく2文を設けたことが引用されている。また、同様の理由から2文の合憲性を主張した当時の連邦司法大臣の見解も、同決定中の別の箇所において紹介されている。

- 69) BVerfGE 78, 38.
- 70) 齊藤哲「夫婦別氏制の憲法上の根拠」判例タイムズ758号(1991)109頁。
- 71) 富田・前掲注31) 168頁。
- 72) ただ、小川・前掲注65) 18頁は、「本決定の判断は予想されたものといえるが、これにより子の氏を含めた家族の氏に関する基本的な方針が大きく変更されたと評価することができよう」として、1991年決定の意義を高く評価している。あくまで法改正の方向性の提示にとどまるとはいえ、従前取られていた方向性の内容と対比するならば、1991年決定の意義は相当程度重要なものとなる。
- 73) 1993年に1355条と同じく改正されたドイツ民法1616条は、夫婦別氏を選択した場合の子の氏の決定方法を第一義的には夫婦間の協議に委ね(同条2項)、夫婦間で意思の合致がみられなかった場合には、後見裁判所により夫婦の一方に子の氏の決定権が委託されるとした(同条3項1文)。なお、後見裁判所は委託される決定権に期限を設定することができ(同項2文)、設定された期限の経過時になっても子の氏の決定権が行使されなかったときは、子は決定権の委託を受けた親の氏を取得する(同項3文)。