

# 氏名の変更を強制されない自由 —民法750条の合憲性の検討—

井 上 亜 紀

- 1 はじめに
- 2 2015年最高裁判決の概要
  - (1)憲法13条適合性について
  - (2)憲法14条1項適合性について
  - (3)憲法24条適合性について
- 3 本判決の意義
- 4 本判決の問題点
  - (1)審査の方法に関する問題点
  - (2)合憲性の判断に関する問題点
- 5 本件規定の合憲性
  - (1)人格権としての「氏名の変更を強制されない権利」
  - (2)本件規定による制限の許容性
  - (3)憲法24条との関係
- 6 おわりに

## 1 はじめに

2000年代に入り、婚姻や家族に関する法制度の合憲性を問う裁判において複数の法令違憲の判断が示された。中でも、婚外子の相続分に関する決定(最大決25. 9. 4民集第67巻6号1320頁)で、最高裁が、「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」に伴い、「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方が確立されてきている」と述べて、婚外子の異なる取り扱いを違憲と判断したことは、注目される。

他方、夫婦同氏を定める民法750条（以下本件規定という）に関する裁判で、最高裁は、本件規定が憲法13条、14条、24条に違反するという原告らの訴えを認めなかった（最大判平成27.12.16民集第69巻8号2586頁）。この訴訟は、婚姻後も婚姻前の氏を通称名として使用している者及び氏の選択をせずに提出した婚姻届けが不受理となった者5名が原告となり、本件規定を改廃する立法措置をとらない立法不作為の違法を理由に損害賠償請求をしたものである。夫婦の氏については、女性の社会進出が進む中で、選択的夫婦別氏制の必要性が意識され、1996年には法制審議会の「民法の一部を改正する法律案要綱」の中でも本件規定の改正案が示されていたが、その後も法改正は行われず現在に至っている。

同判決についてはすでに多くの検討がなされているが、判決が憲法上保障される人格権の問題には当たらないと明言したこともあり、議論の多くは、本件規定の憲法24条適合性を中心に展開されている。それらの指摘には同意するところが多いものの、私は、本件規定の問題の本質は、氏の変更による人格権の侵害、つまり「氏名の変更を強制されない自由」の侵害にあると考えている。

本稿では、同判決の憲法判断に関わる部分の概要（2）を紹介し、同判決の意義（3）及び問題点（4）に関する議論を整理した上で、本件規定の合憲性について検討する（5）。5では、「氏名の変更を強制されない権利」は憲法13条が保障する人格権の内容であること、本件規定によるこの権利の制限には十分な理由がないことを明らかにした上で、本件規定と憲法24条の関係にも言及する。

本件規定については、2015年に最高裁の合憲判決が示されたばかりであるが、2018年には各裁判所で夫婦別氏を求める訴訟が提起されており、この問題をめぐる議論は現在も進行中である。

## 2 2015年最高裁判決の概要

2015年の最高裁判決（以下、本判決という）は、民法750条は憲法13条、14条、24条に違反するという原告の主張に対し、以下のように述べて、いずれ

の違反もないと判断している。

### (1)憲法13条適合性について

本判決は、氏名が「個人を他人から識別し特定する機能を有するもの」であると同時に、「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って、人格権の一内容を構成するもの」であるのに対し、氏は、「婚姻及び家族に関する法制度の一部として法律が規律するもの」であるから、氏に関する人格権の内容も「憲法上一義的に捉えられるべきものではなく」、「法制度をまって初めて具体的に捉えられるもの」と述べる。

その上で、民法の氏に関する諸規定によれば、氏は「個人の呼称としての意義があるもの」、「名とは切り離された存在として」、「家族の呼称としての意義がある」と理解されており、氏をその個人の属する集団（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という。そして、本件で問題になっているのは、「婚姻という身分関係の変動を自らの意思で選択することに伴って夫婦の一方が氏を改めるという場面」であり、「氏が親子関係など一定の身分関係を反映し、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」と述べる。

そして、「以上のような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とはいえない」ので、「本件規定は、憲法13条に違反するものではない」と判示している。

### (2)憲法14条1項適合性について

次に、憲法14条1項に違反するという主張について、本判決は、本件規定は「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」ので、憲法14条1項に違反するものではないと判示する。

### (3)憲法24条適合性について

#### (a)憲法24条1項について

本判決は、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を明らかにしたものと解している。

その上で、本件規定は、「婚姻の効力の一つとして夫婦が夫または妻の氏を称すること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」ではないから、直ちに「24条1項の趣旨に沿わない制約を課したものと評価することはできない」とし、婚姻をすることにおける事実上の制約については、「国会の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」と述べる。

#### (b)憲法24条2項について

憲法24条2項については、婚姻及び家族に関する「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」、「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」によって裁量の限界を画しており、その要請・指針は「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」であるとする。

他方で、婚姻及び家族に関する「法律の規定が憲法13条、14条1項に違反しない場合」に、憲法24条適合性は、「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」であると述べる。

#### (c)憲法24条適合性について

その上で、本判決は、本件規定の憲法24条適合性について、氏は、「家族の呼称としての意義」があるところ、「家族は社会の自然かつ基礎的な集団単位」と捉えられるので、「その呼称を一つに定めることには合理性が認められる」とする。その理由として、本判決は、夫婦が同一の氏を称すること

は、「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」おり、「嫡出子であることを示すために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」こと、同一の氏を称することにより、家族の一員であることを実感することに意義を見出す考え方も理解できること、子の立場として、いずれの親とも等しく氏を同じくすることによる利益を享受しやすいこと、「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く」、いずれの氏を称するかは、自由な選択に委ねられていることを挙げる。

他方、婚姻によって氏を改めることにより、「アイデンティティの喪失感を抱いたり」、「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」があり、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、さらにこれらの不利益を避けるために「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」としながら、これらの不利益は、「氏の通称使用が広まることにより一定程度は緩和されうる」とする。

そして、これらの総合的考慮の結果として、夫婦同氏制が「直ちに個人の尊厳と両性の本質的平等の要請に照らして、合理性を欠く制度であるとは認めることができない」ので、「本件規定は、憲法24条に違反するものではない」と結論付ける。

### 3 本判決の意義

ここでは、本判決を積極的に評価する見解をまとめる。

まず、夫婦別氏を認めることが望ましいと考える立場からも、夫婦の氏に関する制度設計は立法者の裁量権の問題であり、形式的平等は確保されているので、直ちに違憲と判断することは困難であるとして、民法750条は憲法に違反しないとした結論に同意する見解がある<sup>1</sup>。そこでは、夫婦同氏を定める本件規定を違憲無効とすることにより、現行法で父母の氏が共通であることを前提としている婚内子の氏をどのように扱うのかという問題が生じること、別途何らかの措置を当事者が講じなければ夫婦別氏が強制されること

になること等が指摘されている。

他方、本判決が本件規定を合憲とした点はともかくとして、本判決が国賠法上の違法性の議論にとどまることなく、本件規定の合憲性を審査した点について、「法律（不作為）の合憲性を争う訴えの間口を広げ、同時に、裁判所による違憲審査の行使に大きく門戸を開いた」点も評価される<sup>2</sup>。

また、本件規定の合憲性審査において、憲法13条、14条1項及び24条についての判断枠組みやそれぞれの趣旨に言及したことは、理論上及び実務上重要な意義を有するとされる<sup>3</sup>。中でも、憲法24条について、同条が婚姻及び家族に関する制度の構築に際し立法裁量の限界を画す意味があることを示し、「憲法上直接保障された権利とまではいえない人格的な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」と述べて、憲法24条に憲法13条や14条1項の範囲にとどまらない固有の意義があることを認めた点が評価される<sup>4</sup>。

さらに、本判決は、夫婦同氏制を定めた本件規定に合理性があるとしたものの、原告らが主張した選択的夫婦別氏制に合理性がないと断ずるものではないとした点も積極的に評価されている<sup>5</sup>。

## 4 本判決の問題点

他方、本判決には、5人の裁判官による意見や反対意見も含めて多くの論者から批判があり、様々な観点から問題点が指摘されている。それらの批判は、審査の方法に関するものと合憲性の判断に関するものに大きく分けることができる。

### (1)審査の方法に関する問題点

#### (a)立法裁量論

まず、本判決が夫婦の氏の定めを立法裁量論によって審査した点が問題とされる<sup>6</sup>。本判決は、憲法24条2項が国会の裁量の限界を画したものとしつ

つ、同項適合性については、問題となっている規定が「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」だと述べて、緩やかな審査を行っている。

判決がこのような判断枠組みを示しているのは、夫婦の氏の定めに原型がなく、国会の任務とされていることによるものである。しかし、このような審査の枠組みを採用した結果、憲法24条固有の意義としてすくい上げた氏の変更に伴う不利益や事実上の不平等について、同条2項の要請は裁量統制の場において強い指針とならず、「このような審査の下では本件規定を含む婚姻制度が憲法に反する場面は容易に想定できない」状況を生み出している<sup>7</sup>。

#### (b)制度依存的判断

本判決の特徴として、様々な場面で制度依存的判断をしていることが挙げられる。例えば、憲法13条適合性の審査に際し、「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」ことを理由に、「具体的な法制度を離れて氏が変更されること自体を捉えて直ちに人格権を侵害し違憲であるか否かを論ずることは相当ではない」としている。そして、現行民法の婚姻及び家族に関する諸規定から「氏が、親子関係など一定の身分関係を反映し、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」として、「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」と述べている。

これに対し、「本判決は、法制度依存性を理由に、氏の変更については保護領域の段階で、婚姻については制限の段階で、権利論的構成から離れ、制度の論理へと逃げ込んで」おり、このような判断方法は「法制度への従属」であると指摘される<sup>8</sup>。同様に、このような「ある法規定の憲法適合性は、当該法規定がその中に位置づけられる『法制度』の存在とその合理性を前提としてでなければ判断することはできないという思考」を、「制度準拠的思考」と呼び、再検討を促す見解もある<sup>9</sup>。

加えて、本判決が問題となる権利の設定において「婚姻の際に」を加えたことについても、「憲法上の権利を観念するうえであまりに狭小な場面設定

は、保護領域／制限の段階と正当化の段階の差異を消滅させることにもつながり、適切でない」と批判される<sup>10</sup>。

### (c)合理性判断の対象

本判決については、本件規定の合憲性を審査するにあたり、夫婦同氏制の合理性を審査の対象とした点にも批判がある。本件は、夫婦同氏制を定める本件規定が問題になったものであるが、ここで問題となっているのは「夫婦同氏に例外を許さないことの合理性」である<sup>11</sup>。

この点について、本件では「夫婦同氏制の下で、婚姻前の氏を婚姻後も保持したいと考える女性が氏を改めないと結婚できず、そこに表れた不備・不平等そして権利侵害が違憲でないか」が問題となっているのであり、本判決は違憲審査の対象を「夫婦同氏制そのものの合憲性へとずらすことによって、本件の真の争点をはぐらかした」とする厳しい批判がある<sup>12</sup>。

## (2)合憲性の判断に関する問題点

本判決が、本件規定は憲法に違反しないと判断したことに対する批判は、主に人格権もしくは人格的利益の侵害、平等原則に対する違反、婚姻の自由の侵害という視点からなされている。

### (a)人格権、人格的利益の侵害

本判決は、氏名は人格権の一内容を構成するとしつつ、氏名と氏を区別し、氏に関する人格権の内容は法制度によって具体化されるものであるから、具体的法制度を離れて違憲か否かを判断することはできず、現行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』」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いえないとして、憲法13条には違反しないとした。

さらに、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、「婚姻及び家族に関する法制度のあり方を検討するにあたって考慮すべき人格的利益」であり、憲法24条との関係で考慮されるとしたものの、24条適合性の判断については、合理性の有無という緩やかな審査で足りるとした。そして、現行法の下で家族の氏を一つに定めることには合理性があること、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、いずれの氏を称するかは当事者の協議によること、アイデンティティの喪失感や信用等に関する不利益は通称名の使用によって緩和されること等を理由に、憲法24条2項に違反するものではないと判断した。

憲法13条に違反しないとする点について、『氏の変更を強制されない権利』は、人格の本質にかかわる権利であり、憲法13条によって保障されていると解することは論理的に十分可能」という指摘<sup>13</sup>や「本件の核心は人権・権利の制限の問題にあり、すなわち結婚後も従前の氏を維持したいと考える配偶者（多くは女性）が、自己のアイデンティティと人格の象徴である従前の（生まれながらの）氏を改めさせられることによって人格権を傷つけられることにあるとして、最高裁の判断はそのような権利侵害の実態を無視し黙認したものとする批判がある<sup>14</sup>。また、アイデンティティの喪失感や婚姻前に築いた個人の信用等を維持できない利益について、憲法13条の問題ではなく24条の問題とする判決について、「人格権と人格的利益の区別が元来判然としない以上、割り切り過ぎの憾みがある」との指摘もある<sup>15</sup>。

憲法24条に違反しないと判示する点についても、「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」としての氏名について変更を余儀なくされることは、「婚姻や家族における個人の尊重を傷つけ、憲法24条の目指す家族とは離れる結果となるのではないか」とされる<sup>16</sup>。

#### (b)平等原則違反

上告人らは、本件規定に基づいて96%以上の夫婦が夫の氏を選択しており、ほとんど女性のみが不利益を負っていることから、本件規定は憲法14条1項に違反すると主張した。これに対し、本判決は、本件規定は当事者の協議に委ねているのであって、文言上性別に基づく法的な差別的取り扱いを定めているわけではないとして、本件規定は14条1項に違反するものではないと判示している。

その上で、「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」であり、「憲法24条の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」と述べている。しかし、(a)で述べたように、最終的には24条に違反するものではな

いと結論を出し、その理由として、「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く、夫婦がいずれの氏を称するかは、夫婦となろうとする者の協議による自由な選択に委ねられている」と、憲法14条適合性の判断のときと同じ理由を繰り返している。

これに対し、夫婦同氏の強制は夫婦間の平等を損ねるものであり、憲法14条はともかくとして、婚姻及び家族に関する法制度は両性の本質的平等に立脚すべきとする憲法24条に違反するものとする批判が多くみられる。

例えば、岡部喜代子裁判官の意見は、民法が制定された昭和22年当時に比べて、婚姻前から継続する社会生活を送る女性が増加し、グローバル化が進む中で、婚姻前からの氏使用の有用性、必要性は高まっており、「女子差別撤廃条約」に基づいて設置された女子差別撤廃委員会からも、平成15年以降、民法に氏に関する差別的な法規定が含まれているとの懸念が表明されていることを指摘する。その上で、協議によるものであるとしながら、96%もの多数が夫の氏を称することは、「その意思決定の過程に現実の不平等と力関係が作用している」のであり、「夫婦同氏に例外を設けないことは、多くの場合妻となった者のみが個人の尊厳の基礎である個人識別機能を損ねられ、また、自己喪失感といった負担を負うこととなり」、個人の尊厳と両性の本質的平等に反すると述べる。

さらに、木内道祥裁判官の意見は、「本件規定は婚姻の際に、例外なく夫婦の片方が従来を維持し、片方が従来を改めるとするものであり、これは、憲法24条1項にいう婚姻における夫婦の権利の平等を害するものである」とした上で、夫婦同氏の例外を許さないことの合理性を審査している。そして、身分関係の変動に伴って氏が変わるという原則は無前提に守られるべき利益ではないこと、夫婦同氏には夫婦親子であることの実感を得られるなどの利益が認められるとしても例外を許さないという根拠がないこと、法制化されない通称名は合理性の根拠となり得ないことなどから、24条2項が許容する国会の裁量権の範囲を超えると述べている。

学説でも、「夫婦の一方は氏を変更しなければならず、『氏の変更を強制されない権利』の視点からみれば同等ではない」とする見解<sup>17</sup>や、夫婦同氏の強制は氏の変更に伴う配偶者間の不利益の不均衡を民法が「公序」として強

制することを意味しており、憲法24条1項後段の趣旨に沿わず、同条2項の立法裁量の範囲を超えて違憲であるとする見解が示されている<sup>18</sup>。

また、夫婦同氏制と平等原則の関係については、男女あるいは夫婦間の不平等ではなく、「同姓になることを許容するカップル」と「同姓になることを許容しないカップル」との不平等の問題とする見解もある<sup>19</sup>。

### (c)婚姻の自由の侵害

本判決は、婚姻の自由について、本件規定は、「婚姻の効力の一つとして夫婦が夫または妻の氏を称すること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ない」ことから、憲法24条1項の趣旨に沿わない制約を課したものと評価することはできず、事実上の制約については24条2項の立法裁量の問題であるとした上で、(a)で述べた理由により、夫婦同氏制は合理性を欠く制度と認めることはできず、立法裁量を超えるものではないとしている。

この点について、学説は、本判決は婚姻の自由を「民法がパッケージとして定めた婚姻関係へと入る自由」と理解しているとした上で、パッケージに属するあらゆる法律上の規定が婚姻の自由に対する制約となり得ないわけではなく、婚氏の決定は法律婚が成立する前提条件であり、夫婦同氏は婚姻それ自体に本質的に内在するものでないことから、「法的構成としては、憲法上の婚姻の自由に対する下位法による制約と観念した方がむしろ素直であろう」と指摘する<sup>20</sup>。

岡部意見でも、本件規定は婚姻の効力の一つとして夫婦同氏を定めているとしつつ、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すものであり、婚姻の自由を制約していると指摘されている。

## 5 本件規定の合憲性

### (1)人格権としての「氏名の変更を強制されない権利」

私は、本件規定は憲法に違反しないとした本判決に反対であり、4で紹介した本判決に対する批判的論説の多くに賛成する。特に、本件規定が憲法14条の平等原則及び憲法24条の両性の本質的平等の要請に反するという議論は、

婚姻や家族に関する法制度のように、明確な原型がなく、その具体化が立法に委ねられている場合において、立法裁量を統制するための重要かつ有効なアプローチだと考える<sup>21</sup>。

他方で、私は、本判決の本質的な問題は、本件規定が氏名に関する人格権を侵害していることを認めなかったことであり、本件規定が憲法13条及び憲法24条に違反しないとした点だと考えている。判決は、「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あるとはいえない」として憲法13条違反の主張を退け、憲法24条との関係では、夫婦同氏制とアイデンティティの喪失感や信用、評価、名誉感情等を維持できないという人格利益に対する制約の合理性を審査している。これに対し、私は、氏名について、少なくとも「氏名の変更を強制されない自由」は憲法13条が保障する人格権の内容であり、憲法24条との関係でも、まずはこの自由に対する制約が問題にされるべきであると考えている。以下、その理由を論じる。

#### (a)極めて限定的な権利の設定

本判決は、民法750条によって問題となる権利を「氏の変更を強制されない権利」ではなく、「婚姻の際に『氏の変更を強制されない自由』」と限定している。その理由は、「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」、「具体的な法制度を離れて、氏が変更されること自体を捉えて（略）違憲であるか否かを論ずることは相当でない」と説明されている。

確かに、権利の具体化が立法に委ねられている場合において、権利の内容を法制度から完全に離れて論ずることはできない。しかし、本判決のように狭小な場面設定によって極めて具体的な権利を観念することは、保護領域／制限の段階と正当化の段階の差異を消滅させることになり妥当ではないことが指摘されている<sup>22</sup>。それによって、主張される権利を早い段階で憲法上の保障の対象から外すことができれば、憲法上の権利の「制約」はあり得ず、審査の対象を制約の正当性の問題から逸らすことができるからである<sup>23</sup>。したがって、憲法上の保障の対象を狭く捉えることに対しては、慎重になる必要がある。

(b)権利の設定における法律への依存

加えて、本判決の問題は、現行民法が婚姻・離婚・婚姻取消や養子縁組・離縁という身分関係の変動の際に氏の変更を規定していることを前提に、問題となる自由を「婚姻の際に」と限定して憲法上的人格権の内容にあたらなと判断した点にある。このように現行の法律を前提に憲法が保障する権利の範囲を限定すれば、当該法律による憲法上の権利に対する制約は、常に合憲性審査の対象から外れることになる。

確かに、権利の具体化が法律に委ねられている場合、法律が権利の内容を画定するのであるから、当該法律による「制約」は観念しにくい。しかし、そのような場合でも、当該法律による憲法上の権利に対する「制約」が問題となる場合もある<sup>24</sup>。例えば、在外邦人選挙権訴訟では「国民に保障される選挙権及びその行使」の制約が問われ<sup>25</sup>、森林法訴訟では共有物分割請求権の制限が財産権を保障する憲法29条2項の公共の福祉に適合するかが審査されている<sup>26</sup>。これらの事例で問題になった選挙権や財産権の具体化は法律に委ねられているが、判例は憲法上の権利に対する法律による「制約」の問題として扱い、違憲判決を下している。

このように、権利の内容の具体化が法律に委ねられているからといって、必ずしも憲法上の権利の内容が法律によってのみ決定されるわけではなく、法律による憲法上の権利の制約が問題になる可能性はある。

(c)「氏名の変更を強制されない自由」の性質

しかし他方で、同様に立法に権利の具体化が委ねられている場合で、法律が定めた社会保障制度が憲法25条の生存権を制約しているとする裁判例は、ほとんどない。このように、権利の具体的内容形成が法律に委ねられているながら法律を離れて憲法上の権利を設定し、法律による制約の合憲性を問うことができる場合と、憲法上の権利の制約と捉えることができない場合の相違は、以下の二点にあるように思われる。

まず、憲法が保障している権利が防御権的権利であるのか、それとも国家の作為を要する請求権的権利であるのかということが挙げられよう。生存権侵害の主張を退けた判例では、必ずといっていいほど、その請求権的性質について言及されている。

もう一つの相違は、憲法上の権利として措定される権利の輪郭を、法律の有無に関わらずわれわれが共有できるか否かということにあるように思われる。例えば、生存権は憲法上の権利として明文で保障されているものの、憲法が保障する「健康で文化的な最低限度の生活」についてわれわれが共通の認識を持てているとはいい難い<sup>27</sup>。これに対し、選挙権や財産権については、例えば「平等に投票する資格や機会をもつこと」や「財産を取得し保持すること」というように、おおよそ共通の認識を持つことができる。後者の場合において、権利の具体的内容が法律に委ねられていても、法律の規定が共通の認識とずれている場合に、裁判所は憲法上の権利に対する制約ととらえることができるのである。

この二点について検討すると、氏名に関する人格権の主張には多様なものが含まれているが、少なくとも「氏名の変更を強制されない自由」は、防御権的性質のものであり、共通の認識を持つこともできる<sup>28</sup>。そうだとすると、氏の具体的な内容が法律によって規律されることは、「氏名の変更を強制されない自由」を憲法上の権利ではないとすることの理由とはなり得ない。

#### (d)「氏名の変更を強制されない権利」の憲法上の権利性

したがって、「氏名の変更を強制されない自由」が憲法で保障された権利であるか否かは、具体的な法制度を離れ、名誉権やプライバシー権と同じく憲法上の保護に値するといえるか否かという点で決まることになる。

この点について、本判決は、「氏名は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って人格権の一内容を構成するもの」と述べている。最高裁の判例は、「人格権」という概念を多様な意味で用いており、それが憲法上の権利を示しているのかは個別に検討する必要がある<sup>29</sup>。しかし、氏名は「個人として尊重される基礎」であり「個人の人格の象徴」というのであるから、ここでの「人格権」は、個人の尊重の原理に基づく憲法13条によって保障された権利としての人格権を意味していると理解できよう。

そもそも、私たちは、どのような社会であれ、個人の呼称としての名前を持たずに人間らしく生きていくことはできない。法制度の有無、どのような法制度であるかに関わりなく、名前を持つことは、普遍的権利といえる。そして、個人の名前は、それぞれの社会のルールによって決定され、ほとんど

の場合生まれた後に与えられるものではあるが、それを一度獲得したのちには、自分であることを示し、また個人として認識されるために欠かすことができない指標として、その人の重要な要素となる。したがって、本判決がいうように、個人の名前＝氏名もまた憲法上保障された人格権の一内容といえよう<sup>30</sup>。

そして、このように個人の氏名も憲法上保障される人格権の一内容であると解すならば、本人の同意なく氏名の変更を強制することは、人格権に対する直接的な侵害となる。したがって、「氏名」についての人格権は、「その意に反して変更を強制されない自由」を含んでいると考えられる<sup>31</sup>。

## (2)本件規定による制約の正当性

以上により、「氏名の変更を強制されない自由」が憲法上保障される人格権であるとすれば、本件規定により婚姻の際に氏の変更を求められることは、この自由に対する制約ととらえることができる。したがって、その正当性が問われることになるが、本判決は本件規定について人格権の問題ではなく、アイデンティティや信用等の人格的利益の問題としていたこともあり、この点について十分な論証はなされていないように思われる。本件規定を合憲と判断した判決理由について多くの批判があることはすでに紹介した通りであるが、ここでは、特に次のことを指摘しておきたい。

まず、本判決が、氏の変更について、氏名と氏を区別し、民法の諸規定を根拠に氏には個人の呼称としての意義の他に家族の呼称としての意義があることから、氏が身分の変動に伴って改められることがその性質上予定されているとする点についてである。このような制度依存的判断自体の問題も指摘されている通りであるが、そもそも名前に関する法制度のあり方は国によって様々であるから、氏名に関する権利を婚姻や家族制度と結びつけて考える必然性はなく、家族制度に基づく制約を氏名に対する内在的制約と解することはできない。また、氏名と氏は観念的には区別することが可能であり、法律上も扱いが異なるが、氏は氏名を構成する要素であり、氏を氏名と切り離して氏の変更と氏名の変更を別の問題として考えることは無理がある。

本判決のこの部分については、氏の家族の呼称としての意義を強調してい

る点にも疑問がある。氏が家族の呼称としての意義を有することは間違いなが、はたしてそれは個人の呼称としての意義よりも優先されるべきものなのだろうか。少なくとも現在の日本社会では、子どものころはともかく、大人になれば、家族や友人など特に親しい人との間を除けば、氏で呼び合うのが一般的である。社会の認識として、氏は、家族の呼称としてよりも個人の呼称としての意義を増しているといえる。さらに、法律上も、戦後の民法において氏について「個人の名称の一部としての意味以上のものを見出すことは困難」であるとし、戸籍制度との関係で「家族の呼称」としての側面があるにすぎないという指摘もある<sup>32</sup>。婚外子法定相続分訴訟において、判例は「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」と述べており、「夫婦同氏問題においても、家族と個人に関する社会の認識と法との関係の理解が試されている」という指摘は重要である<sup>33</sup>。

次に、本判決が、本件で問題になっているのは「婚姻という身分関係の変動を自らの意思で選択すること」に伴う改氏であるから、「氏を改めることが強制されるというものではない」と述べている点についてである。ここでは、本件規定により、婚姻をしようとする当事者の一方が「氏名の変更を強制されない自由」と「婚姻の自由」という憲法上の権利のいずれかを選択しなければならず、その結果としていずれかの権利を放棄しなければならないことが見落とされている。確かに、このように自分の選択の結果として憲法上の権利が制限される場面は、公務員の政治活動の自由や労働基本権の制限の例にも見られる。しかし、公務員の権利の制限は、公務員になることを「自らの意思で」選択した結果として無条件に認められるわけではなく、公務の中立性や公共性の確保という目的の範囲で認められるのである。したがって、婚姻を選択した結果として「氏名の変更を強制されない権利」が制限されることが認められるためには、婚姻という場面において制限（ここでは、同氏強制）を必要とする合理的な理由が必要になるが<sup>34</sup>、この点の説明は十分ではない<sup>35</sup>。

最後に、本判決は、氏の変更に伴う不利益は通称名の使用によって緩和されると述べているが、本判決の少数意見でも指摘されているように通称名は改氏に伴う問題を解決するものではない<sup>36</sup>。氏名は、自分が自分であること

をつなぎとめるものであり、人格の基礎である。ライフスタイルが多様化し、インターネットが発達した社会の中で、私たちは様々な顔を持ち、様々な通称名を持つ可能性がある。むしろ、だからこそ、それらをつなぎとめる氏名の重要性が増しているのである。

### (3)憲法24条との関係

本判決は、本件規定と憲法24条との関係については、夫婦同氏制の合理性と、アイデンティティの喪失感を抱かせることや信用、評価、名誉感情等を維持できないことが立法裁量の範囲を超えるものかを主に審査の対象としている。しかし、「氏名の変更を強制されない自由」を人格権の一内容とするならば、憲法24条との関係でも、まずは、「氏名の変更を強制されない自由」の制約の正当性が問われることになる。

なお、審査基準について、本判決は広い立法裁量論を採用したが、それでは憲法13条や14条に違反しないとされた立法が憲法24条に違反すると判断される可能性はほとんどない。憲法24条を家族関係における自由と平等を実質的に確保すべき立法の要請、指針を示した規定だと解するのであれば、憲法13条、14条で保障された権利が問題になる立法については、むしろ、より厳格な審査基準が用いられるべきであろう。

## 6 おわりに

本稿では、夫婦同氏制を定める民法750条の合憲性について、2015年の最高裁判決を素材に論じてきた。判決では、氏は法制度によって具体化されるものであることから、具体的法制度を離れて同条の合憲性を論じることはできないとされた。しかし、権利の具体化が法律に委ねられている場合であっても、憲法上の権利を法律と離れて観念することは可能であり、「氏名の変更を強制されない権利」は憲法上保障された人格権の一内容だといえる。したがって、婚姻に際し当事者の一方が変更を余儀なくされることは人格権に対する制約であり、その正当性が問われるが、この点について、本判決は十分な論証をしていない。

学説では、現行法が婚内子の氏について父母の氏が共通であることを前提としていることから、夫婦の子の氏をどうするか決めないまま、本規定を違憲と判断することの難しさが指摘されている。子の氏の問題はこれまでの議論でも大きな争点となっており、今後、選択的夫婦別氏制度の法制化が検討されることになれば、最も重要な論点の一つとなろう。しかし、同氏を前提として定められている現行規定を根拠に同氏を正当化することは、やはり説得的ではない。

ところで、本判決は、「氏の変更を強制されない自由」を憲法上の人格権と認めなかったものの、アイデンティティの喪失感や信用、評価、名誉感情等を維持できないことを「人格的利益」の侵害ととらえ、氏の選択に関し圧倒的多数が夫の氏を選択している現状と合わせて、憲法24条において考慮されるべき事項としてすくい上げている。憲法24条の意義を明らかにし、憲法上保障された権利とまではいえない人格的利益もその適合性において考慮されるとした点は、高く評価される。

しかし、本件規定に限って言えば、問題の本質はアイデンティティの喪失感や信用、評価、名誉感情等を維持できないことなどの氏の変更に伴う不利益ではなく、氏の変更そのものにあり、このことは、控訴審までの上告人らの一貫した主張であった<sup>37</sup>。夫婦の氏をめぐる議論の中で、婚姻後も働く女性たちの声が夫婦同氏を強制することの問題を明らかにし、民法750条の改正を求める運動を大きくけん引したことは間違いない。しかし、氏の変更の強制はどのような立場にある人にとっても人格権の侵害という点で問題であり、婚姻後も社会で活躍する人だけの問題ではないということを改めて指摘しておきたい。

## 注

<sup>1</sup> 窪田充見「最高裁大法廷平27.12.16判決論評②二つの最高裁大法廷判決」判例時報2284号57頁以下。

<sup>2</sup> 戸波江二「夫婦同氏を要求する民法750条の違憲性(1)(2・完)」早法90巻4号(2015)、91巻1号(2016)29頁。調査官解説では、合憲性の判断を明示的に示すか否かは個々の事

- 案ごとの裁判所の裁量に委ねられるとしつつ、「憲法判断を責務とする最高裁の判決においては、憲法適合性につき各裁判官に多様な意見があり得る事件について、(略)各裁判官の意見を明示的に示すために上記の必要性が認められることがある」とされている。畑佳秀・ジュリスト1490号97頁。
- <sup>3</sup> 畑・前掲注2・104頁
- <sup>4</sup> 畑・前掲注2・102頁、蟻川恒正「家族への法的介入と憲法—夫婦同氏強制を素材として」法律時報90巻11号12頁。
- <sup>5</sup> 辻村みよ子『憲法と家族』（日本加除出版、2016年）280頁。
- <sup>6</sup> 戸波・前掲注2（2016）30頁。
- <sup>7</sup> 小山剛「夫婦同氏制を定める民法750条の合憲性」平成27年重要判例解説23頁。
- <sup>8</sup> 小山・前掲注7。
- <sup>9</sup> 蟻川・前掲注4・11頁。同旨の指摘として、辻村・前掲注5・276頁。
- <sup>10</sup> 小山・前掲注7。
- <sup>11</sup> 木内道祥裁判官意見、建石真公子「最高裁大法廷平27.12.16判決論評①民法733条1項750条の憲法適合性判断」判例時報2284号57頁。
- <sup>12</sup> 戸波・前掲注2（2016）・29頁。
- <sup>13</sup> 辻村・前掲注5・277頁。
- <sup>14</sup> 戸波・前掲注2（2016）・25頁以下。
- <sup>15</sup> 蟻川恒正、民法判例百選Ⅲ（第2版）、15頁。
- <sup>16</sup> 建石・前掲注11・57頁
- <sup>17</sup> 辻村・前掲注5・138頁。
- <sup>18</sup> 蟻川・前掲注4・15頁。
- <sup>19</sup> 木村草太『憲法という希望』講談社現代新書（2016年）74頁。
- <sup>20</sup> 小山・前掲注7・23頁。辻村・前掲注5・279頁も、夫婦同氏制度による婚姻の制約は、「事実上」のことではなく、「法律上」の問題としている。
- <sup>21</sup> このことは婚外子の国籍や相続に関する判決でも示されている」。平成20.6.4大法廷判決（集民第228号101頁）、平成25.9.4大法廷決定（民集 第67巻6号1320頁）。
- <sup>22</sup> 小山・前掲注7・23頁。
- <sup>23</sup> 小山『「憲法上の権利」の作法』（尚学社、2009年）26頁。
- <sup>24</sup> 小山・前掲注23・38頁以下は、法律による具体化を要する権利についても、「ひとたび法律による具体化が行われ、一群の具体的権利や制度・施設が創設された場合」には、「制限」ととらえられる場合があるとしている。
- <sup>25</sup> 最大判平成17.9.14（民集 第59巻7号2087頁）。同様に、公職選挙法11条2号が受刑者は選挙権を有しないとしていることについても、受刑者の「選挙権」の制限の正当性の問題として議論される。
- <sup>26</sup> 最大判昭和62.4.22（民集 第41巻3号408頁）。ただし、本判決における憲法的保障の中核は、「近代市民社会における原則的所有形態である単独所有」とされているという指摘があり、その根拠については議論があるが、いずれにせよ保障の内容は法律から導

き出されていない。巻美矢紀・憲法判例百選Ⅰ（第5版）213頁。

- <sup>27</sup> もっとも、生存権についてもある程度の共通認識をもつことは可能だと思われる。
- <sup>28</sup> なお、氏名については、これまでも、氏名を冒用されないという氏名権、氏名を正確に呼称される権利、通称名使用の権利、氏または名の変更を求める権利等、多様な権利が法律で保障され、あるいは主張されてきた。これらを、「氏名に関する人格権」と総称して憲法上の権利と主張することも考えられるが、それぞれの権利の憲法上の位置づけや性質、具体的内容、社会的影響等については、個別の検討が必要であり、それらを一つの権利として扱うことは難しいように思われる。そのため、本稿では、権利の内容を「氏名の変更を強制されない自由」に絞っている。この点に関連して、本判決は、氏について「自らの意思のみによって自由に定めたり、又は改めたりすることを認めることは本来の性質に沿わない」ことから、氏が「身分関係を反映し」、「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」と論じているが、「氏名選択の自己決定権」と「氏の変更を強制されない自由」は区別しなければならないという指摘がここでも当てはまる。参照、佐々木くみ、新・判例解説 watch Vol. 14。同様に、「出生、又はその他の理由で取得した氏名を原則としていつまでも保持する利益」を人格権に含むことは可能であり、「それまでの人生の中で自己同一性の基軸となっていた氏名を保持し続ける権利は、単なる『氏名選択の自己決定権』とは異なるものとして、人格的利益に直結する」との指摘がある、植木淳「判例評釈『民法750条の合憲性』〔東京高判2014年3月28日判例集未登載 LEX/DB25503188〕」北九州市立大学法政論集第42巻2. 3. 4 合併号（2015年3月）202（306）頁。
- <sup>29</sup> 畑・前掲注2・98頁。
- <sup>30</sup> このように生まれた後に獲得したものであっても憲法で保障された人格権の一内容として認められるものとして、名誉に関する権利がある。
- <sup>31</sup> 関連して、自己の意思によらないで身分関係の変動で氏が変わることは、意思という人格の根幹を無視するものであり、人格権の本質に反しているという視点から、氏名権は氏名の自己決定権を内包するという学説がある。二宮周平「氏名の自己決定権としての通称使用の権利」立命館法学241号617頁。判例は、「氏名を正確に呼称されること」については、不法行為法上の保護を受ける人格的利益としているが、変更は「氏名」そのものを損なうものであり、「正確に呼称されること」とは別途、考えることができる。最判昭和63. 2. 16民集42巻2号27頁。
- <sup>32</sup> 窪田・前掲注1・60頁。
- <sup>33</sup> 田代亜紀「民法750条を改正しない立法不作為の合憲性」平成25年度重要判例解説14頁。
- <sup>34</sup> この点については、前掲注22。
- <sup>35</sup> 夫婦同氏を強制し、例外を認めないことに理由がないことについては、木内意見が詳しく論じている。
- <sup>36</sup> 辻村・前掲注5・280頁。
- <sup>37</sup> 「アイデンティティの喪失感」について、「アイデンティティ」を本人の視点で自己を自己としてみる同一性（自我の統一感）という意味で理解すると人格そのものの喪失感と

氏名の変更を強制されない自由—民法750条の合憲性の検討—

解することができるが、判決は「アイデンティティの喪失感」と「信用、評価、名誉感情等を維持できないこと」を並べており、そこでの「アイデンティティ」は、他者や社会から見た同一性（個人識別性）を意味しているようである。