

# 「婚姻の自由」の内容形成

——夫婦同氏制合憲判決を参考に——

篠原永明

## 目次

- I はじめに
- II 氏の性格の理解
- III 「婚姻の自由」の理解
- IV 憲法24条（2項）の規範内容
- V 内容形成の統制枠組み
- VI おわりに——総括と補論

## I はじめに

最高裁は、平成27年12月16日、民法750条の夫婦同氏制の憲法適合性を、最高裁として初めて判断し、合憲の結論を示した<sup>(1)</sup>。この夫婦同氏制合憲判決は、憲法24条は婚姻・家族制度の形成を国会の裁量に委ねるとともに、立法に当たっての「指針」を示すことによって国会の裁量の限界を画している<sup>(2)</sup>と、憲法24条の規範内容を明らかにした上で、婚姻・家<sup>(3)</sup>

---

(1) 最大判平成27年12月16日民集69巻8号2586頁以下。

(2) 最大判平成27年12月16日民集69巻8号2592-2593頁を参照。

(3) 尾島明「再婚禁止期間と夫婦同氏制に関する最高裁大法廷の判断」法律のひろば69巻4号(2016年)69頁は、「最高裁が憲法24条の構造を明確に示したことは、

## 論 説

族制度の「内容形成」の問題として民法750条の合憲性を審査した点でも注目に値する。憲法は、その保障する自由・利益の性質に応じて、誰がその実現を担うのか権限配分を行っているところ、<sup>(4)</sup>憲法25条や憲法29条のように、憲法上保障された自由・利益を実現する第一次的権限を国会に与え、かつ実現を義務付けている場合もある。こうした場合には、違憲審査が必要であるとしても、裁判所が国会の権限を篡奪することがないよう、防御権とは異なる統制枠組みを構築する必要がある。しかし、内容形成の統制枠組みは、原則—例外関係に基づく防御権の統制枠組みに比べ、未だ十分に練り上げられているとは言い難い。それ故、本稿では、我が国における内容形成の統制を行った貴重な実践例として、夫婦同氏制合憲判決における内容形成の統制枠組みを分析することにしてしう。

以下では、まず前提問題として、氏の性格についての夫婦同氏制合憲判決の理解を確認した後(Ⅱ)、主題である憲法24条についての同判決の理解(Ⅲ・Ⅳ)、同判決における内容形成の統制枠組み(Ⅴ)について、其々検討していこう。なお、間接差別と実質的平等、違憲確認と国家賠償請求の関係など、夫婦同氏制合憲判決の提示するその他の論点は、内容形成の統制枠組みの分析という主題との関連で特に必要がない限り、本稿では扱わない。

---

「憲法理論の進展という観点から非常に重要な意義を有する」と述べる。

(4) 我が国における「内容形成」の議論としては、まずもって小山剛『基本権の内容形成』(尚学社、2004年)を参照。また、筆者の分析としては、拙稿「立法者による基本権の保護の対象の決定(一)・(二)完」自治研究91巻3号(2015年)108頁以下・自治研究91巻4号(2015年)104頁以下を参照。

(5) 自然的自由保障型基本権規定の規範内容についての考察であるが、こうした憲法の理解につき、拙稿「『指導原理』・客観法・憲法上の権利」甲南法学57巻1・2号(2016年)163-176頁を参照。

(6) 夫婦同氏制合憲判決及び同日の再婚禁止期間違憲判決に関する、この論点の分析としては、差し当たり、宇賀克也「立法不作為の国家賠償法上の意義と効果」法の支配183号(2016年)84-93頁(特に89-92頁)を参照。

## Ⅱ 氏の性格の理解

### 1. 「憲法上の権利」性の否定

夫婦同氏制合憲判決は、まず、民法750条が憲法13条の保障する「憲法上の権利」としての人格権（「氏の変更を強制されない自由」）を侵害するという主張を斥ける。「自由」・「強制」という点が強調されていることからすれば、ここでは防御権が想定されているのであろう。夫婦同氏制合憲判決は、昭和63年の氏名読み方訴訟判決を参照し、「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って、人格権の一内容を構成するものというべきである（傍点：筆者）」とする<sup>(7)</sup>。しかし、それに続けて、名と氏を切り離し、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もの」であり、「具体的な法制度を離れて、氏の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」という。そして、氏に関する民法の規定を通覧した上で、「氏に、……社会の構成要素である家族の呼称としての意義があることからすれば、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」と氏の性格を分析し、「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（傍点：筆者）」とするのである<sup>(8)</sup>。

夫婦同氏制合憲判決が、氏名は「人格権」の内容を構成するという一方で、なぜ、氏名の一部をなす氏に関し、「婚姻の際に『氏の変更を強制されない自由』」は人格権として保障されないとするのか、一見するとこ

(7) 最判昭和63年2月16日民集42巻2号27頁。

(8) 以上につき、最大判平成27年12月16日民集69巻8号2587-2589頁を参照。

れは奇妙である。しかし、ここでまず、氏名読み方訴訟はあくまで民法の不法行為の事案を扱ったものであり、違憲審査を可能とする「憲法上の権利」を導出する場面で、氏名が「人格権の一内容を構成する」と述べたわけではないということに注意すべきである。また、夫婦同氏制合憲判決は、「婚姻の際に『氏の変更を強制されない自由』」の憲法13条による保障を否定する段階で、殊更に「憲法上の権利として保障される人格権」という言い回しをしている。これらの点からすれば、先に「人格権」といったのは、「憲法上の権利」としての人格権という意味ではなく、憲法秩序が承認する人格的利益の総称という意味で理解しておくべきであろう。こうした人格的利益との関係で、憲法が国家に如何なる行為を命令あるいは禁止しているか、更には、国家の義務に対応して「憲法上の権利」が成立するか否かは、別途論証を必要とする問題である。そして、人格的利益として観念されうるものの多様性に鑑みれば、国家の義務とそれに対応する「憲法上の権利」の導出は、具体的状況ごとに裁判所が問題発見的に行うことにも意味がある<sup>(9)</sup>。夫婦同氏制合憲判決は、上記の氏の性格に鑑み、民法750条との関連で捉えられた「婚姻の際に『氏の変更を強制されない自由』」と議論の対象を限定し、そうした「自由」は、「憲法上の権利」としては憲法13条で保障されていないとしたと考えられる。こうした理解からすれば、氏に関するその他の利益の「憲法上の権利」性については、夫婦同氏制合憲判決においては、差し当た

---

(9) 以上の点については、「『人格権』の概念は、多義的である」として、最高裁の諸判例——そこでは、憲法上の権利性が認められたものから、私法上の法的利益としての性格が認められたにとどまるものまでが列挙されている——を検討した後、「氏名は『人格権の一内容を構成するもの』……であるとしても、具体的な検討は、氏名に関するいかなる内容の利益が問題となっているか、それが憲法上の権利として保障される性格のものであるのかといった点を念頭に置いた上で行う必要がある」と指摘する、畑佳秀「最高裁大法廷時の判例」ジュリスト1490号(2016年)98頁の分析が参考になる。

## 「婚姻の自由」の内容形成

り判断が留保されているといえよう。<sup>(10)</sup>

なお、夫婦同氏制合憲判決に対しては、氏を名とともに「社会の中で自生的に成立したもの」と位置づけ、<sup>(11)</sup>氏名の持つ「他者からの識別と自己の同定機能が社会の中で自律的に生きる個人にとって極めて重要な利益」であることから、氏に「憲法上の権利」としての人格権の保障を及ぼし、「人格権の制限を認め、その上で氏の変更が公益上必要とされる理由を検討し、この制限が正当化しうるかどうかを判断すべきであった」という主張もなされている。<sup>(12)</sup>制限の正当化が念頭に置かれていることから、ここでも「憲法上の権利」として、防御権が想定されているといえよう。しかし、仮にそうした「憲法上の権利」を認めたとしても、民法750条がその「制限」にあたる<sup>(13)</sup>とは直ちには言えない。夫婦同氏制合憲判

---

(10) 石崎学「夫婦同氏訴訟」新・判例解説 Watch vol. 18 (2016年) 33頁は、夫婦同氏制合憲判決は「およそ氏、名又は氏名の変更の強制が憲法上の人格権侵害としてその憲法適合性が問題になるかどうかについてはその余地を残しつつ、婚姻という自己の意思に基づく身分変動に際しての『氏の変更を強制されない自由』という婚姻制度に関わるピン・ポイントな自由について憲法上の人格権であることを否定した」と述べる。この他、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」論究ジュリスト18号 (2016年) 81頁の注 (17)、巻美矢紀「憲法と家族」論究ジュリスト18号 (2016年) 90頁も参照。

(11) なお、我が国において、氏が「社会の中で自生的に成立したもの」といえるのかは、検討を要する。氏を巡る制度の発展の概略として、床谷文雄「夫婦の氏」川井健他編『講座・現代家族法2』(日本評論社、1991年) 87-88頁を参照。

(12) 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年) 143-144頁の他、二宮周平「夫婦同氏を強制する民法750条の憲法適合性」私法判例リマークス53号 (2016年) 61頁を参照。また、佐々木雅寿「民法733条および民法750条の合憲性」月報司法書士532号 (2016年) 83-84頁も、「アイデンティティ保持権としての氏名保持権」の「憲法上の権利」性を肯定する。

(13) 氏は「個人の呼称」に過ぎず、婚姻する男女が如何なる氏を称するのかという決定は婚姻制度の形成にとって外在的な考慮であり、かつ、民法750条が婚姻成立要件であるとするのであれば、「婚姻の自由」が法制度の存在を前提にした自

決のように、民法750条を婚姻の効力の定めと理解するのであれば、<sup>(14)</sup>「本件で問題となっているのは、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って、自らの意思に関わりなく氏を改めることが強制されるというものではない」<sup>(15)</sup>。婚姻制度を利用する場合に、夫婦同氏という効果も含まれていることが問題であるというのであれば、婚姻制度の内容形成の問題に帰着しよう。

## 2. 氏の性格の理解

いずれにせよ、ここでは、夫婦同氏制合憲判決が、名と氏を切り離れた上で、氏を婚姻・家族制度と関連付け、「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、氏に、いわば身分関係表示機能とでも言うべき、単なる「個人の呼称」を超えた意義を見出していることが重要である。<sup>(16)</sup> それに先立ち、「氏に、……社会の構成要素であ

---

由だとしても、民法750条を「婚姻の自由」に対する制約と評価しうる。この場合、氏に「憲法上の権利」としての人格権の保障を及ぼすのであれば、婚姻制度の効果を享受したい者には氏の変更が強いられているとして、その「制限」該当性を基礎付ける余地もあろう。但し、こうした諸前提は夫婦同氏制合憲判決の採用するところではない（Ⅱ-2. 更にはⅢを参照）。

なお、婚姻の届出書に「夫婦が称する氏」を記載しなければ、その届出は受理されないため（民法739条・740条、戸籍法74条1号）、民法750条は実質的に婚姻成立要件になっていると指摘するものとして、岡部喜代子裁判官の意見（最大判平成27年12月16日民集69巻8号2604頁）の他、石綿・前掲注（10）83頁、巻・前掲注（10）90頁、高橋・前掲注（12）146-147頁、竹中勲『憲法上の自己決定権』（成文堂、2010年）200頁、羽生香織「婚姻の効力としての夫婦同氏——民法750条の合憲性」新・判例解説 Watch vol. 19（2016年）111頁を参照。

(14) 最大判平成27年12月16日民集69巻8号2592頁を参照。

(15) 最大判平成27年12月16日民集69巻8号2589頁。

(16) 氏の多様な法的性格については、床谷・前掲注（11）86-87頁、同「夫婦別氏

「婚姻の自由」の内容形成

る家族の呼称としての意義がある（傍点：筆者）」としている点は、現行民法上の氏の取扱いに引きずられ、憲法論として論じるべき氏の性格を下位法から固定化しており、問題があろう。しかし、それに続く上記の、身分関係表示機能にかかる部分は、下位法から一応独立した、相対的に一般性のある氏の性格を述べたものであり、憲法論としての考察に耐える適切な性格づけといえよう。「氏」は単なる「個人の呼称」に過ぎず、例えば、「甲山」と「乙川」の子の氏が「丙谷」でも「丁原」でもよいと言うのであれば、名のみがあるとせばよく、氏なるものを観念する必要はない。名と区別された氏の性格を示すのは、まさに、この身分関係表示機能であろう。そうであれば、氏の変更による「アイデンティティの喪失感」が問題になるとしても、そこで言うアイデンティティとは、<sup>(17)</sup>一定の身分関係との関連で初めて語られうるものと言えよう。<sup>(19)</sup>

---

制と戸籍制度の再検討（一）」民商法雑誌101巻2号（1989年）165-167頁を参照。

なお、床谷文雄は、家制度を廃止した現行制度の下では、氏は「身分的なものをとまわらないと考えられ」、「基本的には単なる個人の呼称の一部であって、名前とあわせて個人を特定するもの」と述べており、氏の「個人の呼称」としての意義を強調している（民商法雑誌101巻2号165頁）。この他、氏の「個人の呼称」としての意義を強調するものとして、窪田充見「夫婦別姓」法学教室429号（2016年）8-9頁の他、竹中・前掲注（13）201頁も参照。

(17) 実際、氏が「家族の呼称」であるというのは、氏に関する民法上の規定を通覧した上で、「これらの規定は、氏の性質に関し、氏に、名と同様に個人の呼称としての意義があるものの、名とは切り離された存在として、夫婦及びその間の未婚の子や養親子が同一の氏を称するとすることにより、社会の構成要素である家族の呼称としての意義があるとの理解を示しているものといえる」（最大判平成27年12月16日民集69巻8号2588-2589頁）とした、現行民法における氏の性格の評価を受けてのものである。

(18) 最大判平成27年12月16日民集69巻8号2589-2590頁・2595頁を参照。

(19) 例えば、大村敦志は、「氏名の基本的な機能は、個人のアイデンティフィケーションにある」としつつ、「氏名によって示されるのは個人のアイデンティティでもあるが、同時に、共同体のメンバー（家族や国民）としてのアイデンティティでもある」と述べる（大村敦志『新基本民法7家族編』[有斐閣、2014年]66頁）。

こうした、「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」という氏の性格からすれば、婚姻する男女が如何なる氏を称するのかという決定は、夫婦同氏を維持するにせよ、夫婦別姓を認めるにせよ、婚姻・家族制度の内容形成の問題そのものと考えられる。更には、以下でも述べるように（Ⅳ-2.）、「夫婦とその子からなる集団」を憲法上の「家族」モデルとするのが最高裁の立場と考えられるところ、こうした立場からすれば、家族ないし親との関係で子が如何なる氏を称するのかという問題も、婚姻・家族制度の内容形成の問題そのものと捉えられよう。

### Ⅲ 「婚姻の自由」の理解

#### 1. 法制度を前提にした自由としての「婚姻の自由」

続いて、夫婦同氏制合憲判決における「婚姻の自由」の理解について検討していこう。夫婦同氏制合憲判決は、民法750条は「婚姻の自由」を侵害するという主張を受け、憲法24条1項は「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される」と述べる<sup>(20)</sup>。同判決が他の個所で、「婚姻及び家族に関する事項は、関連する法制度においてその具体的内容が定められていくものであることから、当該法制度の制度設計が重要な意味を持つ」とも述べていることからすれば、そこで問題にされた「婚姻」とは、法制度によって承認され、様々な法的効果を付与された人的結合関係としての「婚姻」であるといえよう<sup>(21)</sup>。差し当たり、夫婦同氏制合憲判決では、社会において他者と親密<sup>(22)</sup>

---

家族や親子関係といった個人の基盤をなす身分関係と関連付けられたアイデンティティを示すのは、まさに氏の機能であろう。

(20) 最大判平成27年12月16日民集69巻8号2592頁。

(21) 最大判平成27年12月16日民集69巻8号2592頁。



## 「婚姻の自由」の内容形成

人的結合関係を取り結ぶ自然的自由は問題にされていないと考えられる。こうした理解の下で「婚姻の自由」を語るとすれば、それは、「婚姻制度の提供する効果<sup>(23)</sup>を享受すべく婚姻制度にアクセスする自由」ということになろう。こうした「婚姻の自由」の理解からすれば、まずもって憲法24条において問題にされるべきは、憲法レベルで婚姻・家族制度の内容を一義的に確定することが可能か否か、あるいは、婚姻・家族制度の内容形成が必要であるとすれば、内容形成の際に憲法24条が何を指示しているのか、ということであろう。以下で詳しく検討するように(Ⅳ)、夫婦同氏制合憲判決は、憲法レベルでは婚姻・家族制度の内容を一義的に確定できず、それ故に、婚姻・家族制度の内容形成を国会に委ねるとともに、内容形成の際の「指針」を示すことで立法裁量の限界を設定している<sup>(24)</sup>と、憲法24条の規範内容を理解している。

---

(22) 畑・前掲注(9)100頁も参照。

(23) 「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、法の設定する様々な効果へのアクセスを保障する権利である」とする、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頁も参照。

(24) 法制度を前提にしたものとしての「婚姻」及び「婚姻の自由」の位置づけは、同日の再婚禁止期間違憲判決において一層明確である。すなわち、以下で検討していく夫婦同氏制合憲判決の議論の順序と異なり、再婚禁止期間違憲判決は、まず、(1)「婚姻及び家族に関する事項は、……それぞれの時代における夫婦や親子関係についての全体の規律を見据えた総合的な判断を行うことによって定められるべきもの」であり、「その内容の詳細については、憲法が一義的に定めるのではなく、法律によってこれを具体化することがふさわしい」とした上で、(2)「憲法24条2項は、このような観点から、婚姻及び家族に関する事項について、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、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である」と、憲法24条2項の趣旨について言及する。こうした「婚姻」の法制度依存性を前提に、(3)憲法24条1項につき、「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その趣旨を述べ、「国民の中にはなお法律婚を尊重する意識

以上に対し、学説においては、「婚姻の自由」をいわば自然的自由と構成し、民法750条をこの自然的自由の制約と捉える見解も主張されている。<sup>(25)</sup>しかし、自然的な人的結合の自由は、上述のように、夫婦同氏制合憲判決においては問題にされていない。また、仮にそうした自然的自由の防御権的な保障を認めたとしても、その「制約」は本件では問題になり得ない。というのも、氏を同じくすることを拒む男女は、婚姻制度を利用せずに当該人的結合関係を継続すればよく、民法750条は婚姻制度へのアクセスの阻害要因にはなり得ても、一定の人的結合関係を築くことを禁止あるいは強制するものとは言えないからである。氏の性格の箇所でも述べたように（Ⅱ-1.）、結局、氏を同じくすることを拒む男女の人的結合関係が、「婚姻」として法制度上承認されないことを問題にしているのであれば、如何なる人的結合関係を「婚姻」として承認すべきかという婚姻制度の内容形成の問題に帰着しよう。

## 2. 「婚姻の自由」の尊重の意味

しかし他方で、こうした「婚姻の自由」に関して、最高裁は、同日の再婚禁止期間違憲判決において、「婚姻をするについての自由は、憲法24

---

が幅広く浸透していると考えられることをも併せ考慮すると、上記のような婚姻をするについての自由は、憲法24条1項の規定の趣旨に照らし、十分尊重に値するものと解することができる」とする（最大判平成27年12月16日民集69巻8号2431-2432頁）。すなわち、（1）法制度を前提にしたものとしての「婚姻」→（2）憲法24条2項による内容形成権限・義務の承認→（3）そうした婚姻制度へのアクセスとの関係で捉えられた憲法24条1項の「婚姻の自由」＝「婚姻をするについての自由」という理解である。

- (25) 高橋・前掲注(12) 147頁は、「婚姻そのものは前国家的な人権の問題であり、国家が法律婚という制度をもって介入するのは、社会が婚姻につき一定の秩序付けを必要とするからにすぎない」ので、「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」と述べる。この他、佐々木・前掲注(12) 84頁も参照。

### 「婚姻の自由」の内容形成

条1項の規定の趣旨に照らし、十分尊重に値するものと解することができる(傍点:筆者)<sup>(26)</sup>と述べている。そこで、最高裁のこの表現が、法制度を前提にする「婚姻の自由」の性格を踏まえてなお、憲法24条1項のみを適用条項として、既存の婚姻制度から憲法上の要請に適う「原則」部分を抽出し、一定の婚姻成立要件を「原則」に対する「例外」として位置づけ、防御権的な原則—例外関係に依拠した憲法上の正当化を要求するという手厚い保護を与える趣旨であるか否かが問われ<sup>(27)</sup>る。

だが、夫婦同氏制合憲判決と再婚禁止期間違憲判決からは、この点は定かではないというべきであろう。まず、夫婦同氏制合憲判決は、民法750条は婚姻の効力の定めであり、「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<sup>(28)</sup>、「婚姻の自由」に対する「直接の制約」を否定している。その上で、「ある法制度の内容により婚姻をすることが事実上制約されることになっていること」に関しては、内容形成にかかる立法裁量の統制の中で考慮すべき事項であるとしているので、夫婦同氏制合憲判決においては、「直接の制約」があるとされた場合に、どのような統制が行われるべきかの判断は留保されている。また、そこでの氏の性格の理解からすると、婚姻する男女が如何なる氏を称するのかという決定は、婚姻制度の内容形成の問題そのものと考えられる。それ故、民法750条に関する限り、それを婚姻成立要件と解したとしても、

---

(26) 最大判平成27年12月16日民集69巻8号2432頁。

(27) 「婚姻をしようかどうか、いつ誰と婚姻をしようかについては、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する夫婦同氏制合憲判決は、「婚姻の自由を憲法上の権利と認めたもの」であるとした上で、民法750条が「直接の制約」に当たらないことから、憲法24条1項違反の主張を斥けたものと評価する石埼・前掲注(10)33頁は、同判決をこのように理解するという趣旨と読める。更には、常岡史子「夫婦同氏原則を定める民法750条の合憲性」法の支配183号(2016年)127頁も参照。

(28) 最大判平成27年12月16日民集69巻8号2592頁。

(29) 最大判平成27年12月16日民集69巻8号2592頁を参照。

「婚姻の自由」に対する「例外」とは評価されないとと思われる。<sup>(30)</sup>

そこで次に、再婚禁止期間違憲判決を見てみると、同判決は、民法733条の婚姻障害規定を「婚姻に対する直接的な制約」としてはいるが、こうした事情は、民法733条の憲法14条1項適合性を判断する中で、審査を厳格化する要素の一つとして論じられているに過ぎない<sup>(31)</sup>。これに引き付けて考えれば、「直接の制約」が認められたとしても、防御権的な原則-例外関係に依拠した憲法上の正当化までは要請されず、「直接の制約」という事情は憲法24条（2項）による内容形成の統制の厳格化を導くに過ぎないという可能性も否定できない。

---

(30) 勿論、法制度を前提にした自由として「婚姻の自由」を理解したとしても、氏の性格の理解（「個人の呼称」としての意義を重視するか、身分関係表示機能を重視するか）、及び、夫婦同氏制の理解（婚姻の効力と解するか、婚姻成立要件と解するか）によっては、民法750条との関係で、防御権的な原則-例外関係による正当化が要請されるという議論も成り立ち得る。こうしたアプローチを採用する学説として、例えば、竹中勲の議論がある。竹中は、氏の性格につき、「各個人の氏は、自己そのものをあらわすもの・個人の呼称の側面をもち、自己とは何かを確認する自己存在確認利益……にかかわるものである」と述べ、氏の「個人の呼称」としての意義を強調する（この点については、前掲注 [16] も参照）。こうした氏の性格の理解からすれば、「夫婦の氏を同一とすること……は、憲法24条の『婚姻』概念に、論理必然的に内在するものとはいいがたい」ということになる。それ故、竹中は、「民法750条等の定める夫婦同氏強制制度は、憲法13条の保障する重大な法的利益を放棄することを、法律婚を認める条件として課すもの」と評価し（民法750条を婚姻成立要件と解することについては、前掲注 [13] も参照）、防御権的な原則-例外関係に依拠した正当化を求めている（竹中・前掲注 [13] 200-203頁及び209頁の注 [38] を参照）。

(31) 以上につき、最大判平成27年12月16日民集69巻8号2431-2432頁を参照。また、再婚禁止期間違憲判決において、「婚姻に対する直接的な制約」という事情が、憲法14条1項適合性の審査の厳格化を導いたという点を指摘するものとして、巻・前掲注 (10) 87-88頁、佐々木・前掲注 (12) 76頁を参照。

## IV 憲法24条（2項）の規範内容

### 1. 承前

「婚姻の自由」の法制度を前提にした性格からすれば、まずもって憲法24条において問題にされるべきは、既に指摘したように、憲法レベルで婚姻・家族制度の内容を一義的に確定することが可能か否か、あるいは、婚姻・家族制度の内容形成が必要であるとすれば、内容形成の際に憲法24条が何を指示しているのか、ということであろう。

夫婦同氏制合憲判決は、まず、「婚姻及び家族に関する事項は、関連する法制度においてその具体的内容が定められていくものであることから、当該法制度の制度設計が重要な意味を持つものであるところ、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」とし、婚姻・家族制度についての国会の内容形成権限及び義務を承認する。そして、それに続けて、「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」とし、憲法24条2項は内容形成の際の「指針」を示すことで立法裁量に限界を設定しているとも述べる<sup>(32)</sup>。

そこで以下では、この、国会の内容形成権限及び義務の承認（2.）と、「指針」提示による立法裁量の限界設定機能（3.）の二点につき検討していこう。

### 2. 国会の内容形成権限及び義務の承認

まず、夫婦同氏制合憲判決は、国会の内容形成権限及び義務を承認する前提として、「婚姻及び家族に関する事項は、関連する法制度においてその具体的内容が定められていくものであることから、当該法制度の制

---

(32) 以上につき、最大判平成27年12月16日民集69巻8号2592-2593頁。

度設計が重要な意味を持つ」と述べている。立法によって内容が具体化されるべきであるから、国会に内容形成権限及び義務があるというだけでは、トートロジーである。しかし、憲法24条（2項）適合性の審査基準を設定する箇所、憲法上の要請として、「婚姻及び家族に関する事項は、国の伝統や国民感情を含めた社会状況における種々の要因を踏まえつつ、それぞれの時代における夫婦や親子関係についての全体の規律を見据えた総合的な判断によって定められるべき」と指摘されていること<sup>(33)</sup>も踏まえれば、憲法レベルでは婚姻・家族制度の内容を一義的に確定できず、<sup>(34)</sup>それ故に、様々な事情を考慮して内容形成を行うことを国会に委ねるとするのが、憲法24条2項の趣旨であると最高裁は理解したということであろう。また、「それぞれの時代における夫婦や親子関係についての全体の規律を見据えた総合的な判断（傍点：筆者）」と述べていることからすると、“夫婦とその子からなる集団”が、憲法上の「家族」モデルと考えられているのであろう。このことからすれば、憲法24条2項がまずもって命じるところは、“夫婦とその子からなる集団における構成員の相互関係の適切な規律を国会は行わなければならない”ということであろう。なお、こうした憲法上の「家族」モデルの想定について、夫婦同氏制合憲判決は理由を述べていないが、このモデルの当否については後で検討しよう（VI-2.）。

ここでは、以下でも検討するように（V-2.）、夫婦同氏制の合憲性を基礎付ける一事情として、①夫婦や嫡出子を「社会の自然かつ基礎的な集団単位」である家族の構成員として対外的に示し、また、その構成員であることを家族構成員たる個人に実感させるという、いわば「家族の共同性」の確保とでも言うべき点、及び、②「子の立場として、いずれ

---

(33) 最大判平成27年12月16日民集69巻8号2593頁。

(34) こうした点は、前掲注(24)のように、再婚禁止期間違憲判決において、より明確に述べられている。

## 「婚姻の自由」の内容形成

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」とことという、「子の利益」<sup>(35)</sup>の確保という点が挙げられていることに注目すべきである。<sup>(36)</sup>“夫婦とその子からなる集団における構成員の相互関係の適切な規律を国会は行わなければならない”という憲法24条2項の要請に鑑みれば、①「家族の共同性」や②「子の利益」という点を考慮した立法がされていないのであれば、そもそも国会が婚姻・家族制度にかかる内容形成義務を履行したとは言えず違憲となろう。これらの考慮事項は、婚姻する男女という「個」を家族という「集団」に包み込むことを指向するものであり、婚姻・家族制度の内容形成における「集団指向原理」と呼ぶことができよう。

### 3. 「指針」提示による立法裁量の限界設定機能

続いて、夫婦同氏制合憲判決は、国会の内容形成権限及び義務を認めたと上で、憲法24条2項は、「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、

---

(35) 「子の利益」については、再婚禁止期間違憲判決も強調しているところである。

すなわち、再婚禁止期間違憲判決は、民法733条の目的を「女性の再婚後に生まれた子につき父性の推定の重複を回避し、もって父子関係をめぐる紛争の発生を未然に防ぐことにある」とした上で、DNA鑑定による父子関係の確定が可能という主張に対し、「父子関係の確定を科学的な判定に委ねることとする場合には、父性の推定が重複する期間内に生まれた子は、一定の裁判手続等を経るまで法律上の父が未定の子として取り扱わざるを得ず、その手続を経なければ法律上の父を確定できない状態に置かれることになる」ところ、「生まれてくる子にとって、法律上の父を確定できない状態が一定期間継続することにより種々の影響が生じ得ることを考慮すれば、子の利益の観点から、……法律上の父を確定するための裁判手続等を経るまでもなく、そもそも父性の推定が重複することを回避するための制度を維持することに合理性が認められるというべき」としている（最大判平成27年12月16日民集69巻8号2434-2435頁）。

(36) 最大判平成27年12月16日民集69巻8号2594頁。

指針を示すことによって、その裁量の限界を画し」ていると述べる。

ここでまず注意すべきは、憲法24条2項においては、婚姻・家族制度の内容形成にかかる国会の権限・義務が前提であり、ここで示された「指針」は、あくまで内容形成の際の考慮事項の一つに過ぎないということである。したがって、上述の④「家族の共同性」や⑤「子の利益」という要素を考慮した結果、「個人の尊厳」等、「指針」とされた利益に一定の後退を迫ることになっても、そうした利益に対し、防御権の場合のような手厚い保護が与えられるわけではない<sup>(37)</sup>。

続いて、夫婦同氏制合憲判決が掲げる各「指針」について検討していこう。まず、同判決が、憲法24条2項が明文中に掲げる①「個人の尊厳」と②「両性の本質的平等」と並び、「同条1項も前提としつつ」として、③「婚姻の自由」への配慮、すなわち、上述の(Ⅲ-2.)、「ある法制度の内容により婚姻をすることが事実上制約されることになっていること」への配慮も、「指針」の一つとして位置付けていることが注目に値する<sup>(38)</sup>。「婚姻の自由」に関しては、まずもって法制度の内容形成が問題になるところ、憲法24条2項だけでなく憲法24条1項も内容形成の「指針」を提供し、立法裁量の統制規範として機能するということである。憲法24条においては婚姻・家族制度というインフラの提供が問題となるところ、それらは利用されなければ意味がないので、制度への事実上のアクセス可能性を如何に確保するのかという点は、内容形成に当たっての重要な考慮事項といえよう(以下、「制度へのアクセス可能性」)。

また、①「個人の尊厳」と②「両性の本質的平等」について、夫婦同

---

(37) 「それらは、一切の例外を許さないものではなく、様々な事情を考慮して立法府が法制度を構築する際の指針という程度の規範性の弱い法原則であり、原則的なものであるとはいえ、立法府の立法裁量権の行使における考慮要素の一つにとどまる」と述べる、石埼・前掲注(10)34頁も参照。

(38) 最大判平成27年12月16日民集69巻8号2593頁を参照。



## 「婚姻の自由」の内容形成

氏制合憲判決は、敢えてこれらを「指針」として憲法が明示していることからすれば、その趣旨は、「憲法上の権利として保障される人格権を不当に侵害するものでなく、かつ、両性の形式的な平等が保たれた内容の法律が制定されればそれで足りるというものではない」と述べ<sup>(39)</sup>、憲法13条の人格権保障や憲法14条1項の形式的平等の保障を超えた意義を認めている<sup>(40)</sup>。この「指針」①②は、婚姻する男女が対等な「個」であることを確保し、家族という「集団」に埋没してしまうことを防止するものと考えられる。先の「集団指向原理」と対比すれば、内容形成における「個人指向原理」と呼ぶことができよう。

以上を踏まえ、夫婦同氏制合憲判決は最終的に制度形成にかかる立法裁量の統制の際の適用条項を憲法24条に一元化し、①「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」、②「両性の実質的な平等が保たれるように図ること」<sup>(41)</sup>、③「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、と「指針」の内容を敷衍した上で、憲法24条は、これらの「指針」についても「十分に配慮した法律の制定を求め」ているとする<sup>(42)</sup>。

## 4. 小括

以上をまとめると、“憲法24条は、「集団指向原理」(a)(b)だけでなく、それと逆ベクトルの要請である「個人指向原理」(①②)、更には③「制度へのアクセス可能性」も考慮して、それらの要素の調和のとれた婚姻・家族制度を定めることを、国会に義務付けている”と、夫婦同氏制合憲

---

(39) 最大判平成27年12月16日民集69巻8号2593頁。

(40) この点につき、畑・前掲注(9)101-102頁、石埼・前掲注(10)34頁を参照。

(41) 但し、この「実質的な平等」という要請を、夫婦の氏の決定にかかる制度によって処理することには限界がある。この点につき、以下の注(66)を参照。

(42) 最大判平成27年12月16日民集69巻8号2593頁。

判決は憲法24条の規範内容を理解していると言えよう。学説においては、法制度を前提にした自由という「婚姻の自由」の性格を踏まえた上で、歴史的に形成された法制度の核心部分を廃止することの禁止という伝統的な「制度保障」の枠組みで、憲法24条の規範内容を捉える見解も主張されてきたところである。<sup>(43)</sup>これに対し、夫婦同氏制合憲判決の示した憲法24条の規範内容は、国会による内容形成という作為の適切性を正面から問い、時代に適合しなくなった法制度の修正も要請している点で、伝統的な「制度保障」とは大きく内容を異にしている。<sup>(44)</sup>

## V 内容形成の統制枠組み

### 1. 審査基準の設定

以上、婚姻や家族に関する事項は憲法レベルでは一義的に内容を確定できないことから、憲法24条は、様々な事情を考慮して内容形成を行うことをまずは国会に委ねるとともに、その立法裁量の限界を画する「指針」を提供しているということを踏まえ、夫婦同氏制合憲判決は、「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ものとするのが相当である」と、憲法24条適合性の審査基準を

(43) 例えば、工藤達朗「憲法における婚姻と家族」赤坂正浩他『ファーストステップ憲法』（有斐閣、2005年）154-155頁を参照。

(44) 関連して、伝統的な「制度保障」と新たな内容形成の議論の違いの分析として、小山・前掲注（4）197-200・203-208頁の他、同「人権と制度」西原博史編『岩波講座憲法2 人権論の新展開』（岩波書店、2007年）61-65頁、同「権利の保障と制度の保障」小山剛他編『論点探究憲法（第2版）』（弘文堂、2013年）53-55頁、拙稿・前掲注（4）自治研究91巻4号107-111頁を参照。

<sup>(45)</sup>  
定式化する。

ここでまず、夫婦同氏制合憲判決が審査の対象として設定するのは、「当該制度」=民法750条の合理性、すなわち、「夫婦が同氏であることの合理性」であって、木内道祥裁判官の意見が問題とするような<sup>(46)</sup>、「夫婦同氏に例外を許さないことの合理性」ではないということに注目すべきである。「夫婦同氏に例外を許さないことの合理性」を裁判所が問えんとすれば、国会の決定したところを離れ、他のより良い選択肢——ここでは「夫婦同氏に例外を認める制度」——が観念できるという前提に立たねばなるまい。すなわち、憲法自体が「夫婦同氏に例外を認める制度」を原則としている、あるいは少なくとも、違憲審査権を行使する裁判所は国会よりも「あるべき婚姻・家族制度」について認識する能力に優れるというのが憲法の立場であると解することになろう。しかし、こうした理解は、最高裁の上述の憲法24条の理解とは相容れない。

また、「夫婦が同氏であることの合理性」を判断する上で、「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」というように、国会の決定がおおよそ憲法上の「指針」を踏まえているとは言えない場合に、裁判所は初めて違憲と判断できるという緩やかな審査基準も、国会の権限を尊重したものとして、差し当たり正当というべきであろう。<sup>(47)</sup> 上述の憲法24条の趣旨からすれば、国会が憲法の趣旨

---

(45) 最大判平成27年12月16日民集69巻8号2594頁。

(46) 木内裁判官は、「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、立法裁量の合理性という場合、単に、夫婦同氏となることに合理性があるということだけでは足りず、夫婦同氏に例外を許さないことに合理性があるといえなければならない」と述べる（最大判平成27年12月16日民集69巻8号2608頁）。

(47) 夫婦同氏制合憲判決の審査基準につき、「少数者の基本的な権利を保障するために厳格な審査をするというのではなく、第一次的には国家における民主主義の過程に重きを置いたものとするという趣旨」と評価する、尾島・前掲注（3）70

に適うと判断して定めた法制度につき、不合理性の推定を働かせるのが憲法の原則的立場とは考え難い。

なお、こうした統制枠組みからすれば、違憲審査の結果、民法750条が合憲と判断されたとしても、それは夫婦同氏制を唯一のあるべき制度として承認することを意味するのではない。<sup>(48)</sup>この点は、夫婦同氏制合憲判決自身が、付言として正しく述べているところである。<sup>(49)</sup>夫婦同氏制以外にも、憲法24条の趣旨に照らし不合理と言えない制度は存在する。ただ、憲法24条の趣旨に照らし不合理と言えない以上は、そうした法制度の中から何れを選択するのは、国会の判断に委ねられるというだけである。<sup>(50)</sup>

## 2. 審査基準への当てはめ

以上の審査基準を踏まえ、夫婦同氏制合憲判決は、夫婦同氏制のメリットとデメリットを総合考慮する。まず、同判決が夫婦同氏制のメリットとして挙げるのが、<sup>(51)</sup>①夫婦や嫡出子を「社会の自然かつ基礎的な集団

-71頁も参照。

(48) 中里見博「夫婦同氏訴訟最高裁大法廷判決」法学教室431号（2016年）38頁、窪田充見「二つの最高裁大法廷判決」判例時報2284号（2016年）57・60頁、二宮・前掲注（12）60頁、常岡・前掲注（27）130頁も参照。但し、本文で述べた最高裁の憲法24条の理解からして、「選択的夫婦別氏制を導入するほうがより14条1項やその他の憲法規定の趣旨に沿うとみなしていると解釈しうる」（中里見）、あるいは「本判決は、本件規定を合憲として肯定したものではない」（二宮）という指摘には賛同できない。

(49) 最大判平成27年12月16日民集69巻8号2595-2596頁を参照。

(50) 以上の点につき、尾島・前掲注（3）71頁、畑・前掲注（9）104頁も参照。

(51) なお、夫婦同氏制合憲判決は以下の①②の各点に言及する前に、「氏は、家族の呼称としての意義があるところ、現行の民法の下においても、家族は社会の自然かつ基礎的な集団単位と捉えられ、その呼称を一つに定めることには合理性が認められる」とも述べている（最大判平成27年12月16日民集69巻8号2594頁）。しかし、本件で問われているのは、まさに、氏に「家族の呼称としての意義」を認め、夫婦同氏制を採用し、もって家族構成員（夫婦及び子）の氏を共通のものと

## 「婚姻の自由」の内容形成

単位」である家族の構成員として対外的に示し、また、その構成員であることを家族構成員たる個人に実感させるという、「家族の共同性」の確保、及び、⑥「夫婦同氏制の下においては、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」という「子の利益」の確保という観点である（但し、その具体的内容は必ずしも明らかとは言えない。この内容については後で検討しよう〔VI-2.〕<sup>(53)</sup>）。これらは、民法750条が、上述の「集団指向原理」を踏まえたものであるということを示す事情といえよう。

以上に対し、夫婦同氏制合憲判決が夫婦同氏制のデメリットとして挙げるのは、(i) 氏を改める者の「アイデンティティの喪失感」や「社会的な信用、評価、名誉感情等を維持することが困難」になるという不利益、(ii) 「氏の選択に関し、夫の氏を選択する夫婦が圧倒的多数を占めている現状からすれば、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」こと、(iii) (i) の不利益を避けるため、「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」、である<sup>(54)</sup>。(i) (ii)

---

することが合理的か否かということである。この部分はいわば結論を述べているに過ぎない。夫婦同氏制の合理性を示す実質論は、その後言及された④⑥の各点である。

(52) こうした「家族の共同性」という観点から夫婦同氏制の合理性を基礎付けることについては、まったく根拠がないとは言えないと一般に考えられているようである。夫婦同氏制合憲判決の岡部裁判官意見（最大判平成27年12月16日民集69巻8号2604頁）の他、例えば、初宿正典『憲法2 基本権（第3版）』（成文堂、2010年）317頁も参照。

他方で、「家族の共同性」という観点から夫婦同氏制の合理性を基礎付けることに対しては、懐疑的な立場も存在する。こうした立場として、夫婦同氏制合憲判決の木内裁判官意見（最大判平成27年12月16日民集69巻8号2609-2610頁）の他、窪田・前掲注（16）14頁、同・前掲注（48）60-61頁、竹中・前掲注（13）201-202頁を参照。

(53) 最大判平成27年12月16日民集69巻8号2594頁を参照。

(54) 最大判平成27年12月16日民集69巻8号2595頁。

(iii) の各点は、其々、上述の「指針」①②③に対応するものと考えられる。同判決は、こうした問題点を列挙したうえで、問題を (i) の不利益に収斂させ、「夫婦同氏制は、婚姻前の氏を通称として使用することまで許さないというものではなく、……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」と述べる<sup>(55)</sup>。

こうしたメリット・デメリットの検討を踏まえ、夫婦同氏制合憲判決は、民法750条は不合理とは言えないとするのであるが、やはり論証不足という感は否めない。まず、(ii) (iii) の問題点を (i) の不利益からの派生的な問題と位置づけ、対処すべき問題を (i) に収斂させてよいのかがそもそも疑問である。また、仮に (i) の問題への収斂が許されたとしても、「通称使用」では「アイデンティティの喪失感」という点に答えられない（この点については、⑥「子の利益」との関係で、後で検討しよう [VI-2.]<sup>(56)</sup>）。しかし、これら以上に問題であるのは、夫婦同氏制のメリットとデメリットとを別個に検討し、後者について通称使用の可能性を指摘することで簡単に議論を済ませている点である。憲法24条2項の「指針」提示による立法裁量の限界設定機能からすれば、内容形成の統制の際には、問題とされた婚姻・家族制度（本件では、民法750条）が、上述の「指針」①②③も踏まえて制定されたものであること、換言すれば、上述の「集団指向原理」(a)(b) と、「個人指向原理」(①②) や「制度へのアクセス可能性」(③) との調整のあり得べき一つの選択肢であるということの論証がされなければならないはずである。しかし、両者を別個に検討する同判決の論証は、夫婦同氏制は通称使用を禁

(55) 最大判平成27年12月16日民集69巻8号2595頁。

(56) 窪田・前掲注(16)12-13頁の他、石綿・前掲注(10)84頁も参照。

(57) この点は、本文で述べたように(IV-3.)、憲法24条(2項)の「指針」提示による立法裁量の限界設定機能を論じた箇所、とりわけ明確に強調されていたところである(最大判平成27年12月16日民集69巻8号2593頁を参照)。

止していないとするだけで、後者にかかる問題の解決を通称使用という他の制度に丸投げしている。これでは、夫婦同氏制において上記の各考慮事項が如何に調整されたのかを論証したことにならず、自身の設定した基準と当てはめの論証が対応していないと言わざるを得ない。

あるいは、夫婦同氏制合憲判決が、夫婦同氏制の合理性を論じる箇所<sup>(58)</sup>で補足的に（「加えて」）、「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間の協議による自由な選択に委ねられている」と再度確認しているところ、これは、民法750条が①「個人の尊厳」と②「両性の本質的平等」について最低限の配慮はしているという趣旨であろうか。しかし、それで足りるというのであれば、「指針」の内容を、敢えて、①'「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」、②'「両性の実質的な平等が保たれるように図ること」と敷衍した意味がない。

### 3. 小括

夫婦同氏制合憲判決における内容形成の統制に対しては、学説上、審査基準が緩やかに過ぎる、「総合判断」の枠組みは判断過程の「ブラックボックス」化をもたらし等、批判が強い<sup>(59)</sup>。しかし、憲法24条（2項）が国会に婚姻・家族制度の内容形成を委ねているということに鑑みれば、その審査基準自体は差し当たり正当というべきであろう。内容形成が問題になる場合に、防御権と同様の統制枠組みを用いることには無理がある。また、夫婦同氏制合憲判決は内容形成に当たっての「指針」を特定しており、統制の観点を何ら限定していないわけではない。但し、夫婦

---

(58) 最大判平成27年12月16日民集69巻8号2595頁。

(59) 高橋・前掲注(12) 147-149頁、巻・前掲注(10) 92頁、佐々木・前掲注(12) 83-84頁、中里見・前掲注(48) 37頁等を参照。

同氏制合憲判決には、夫婦同氏制において内容形成の際の考慮事項が如何に調整されたのかが論証されておらず、審査基準と当てはめの論証が対応していないという重大な問題があることも既に指摘した通りである。当てはめの際の論証の精緻化が今後の課題であろう。

## VI おわりに——総括と補論

### 1. 総括

夫婦同氏制合憲判決の論理をまとめると、以下の通りである。すなわち、「婚姻の自由」は法制度を前提にした自由であるところ（Ⅲ）、憲法レベルでは婚姻・家族制度の内容が一義的に確定されていないので、憲法24条は、その内容形成を国会に委ねるとともに、内容形成に当たっての「指針」を示し、立法裁量に限界を設定している（Ⅳ）。親子関係等、一定の身分関係を反映し、身分関係の変動に連動するという氏の性格からすれば、婚姻に際し夫婦が如何なる氏を称するのか、更には子が如何なる氏を称するのかという決定も、婚姻・家族制度の内容形成の問題と捉えられる（Ⅱ）。それ故、民法750条の憲法適合性の判断に当たっては、国会の内容形成権限を尊重しつつ、それが憲法24条の掲げる「指針」も踏まえて制定されたものであり、不合理とは言えないことが論証されなければならない（Ⅴ）。

憲法は、その保障する自由・利益の性質に応じて、誰がその実現を担うのか権限配分を行っているのであり、違憲審査権を行使する裁判所だけが、憲法上保障された自由・利益の実現を担うわけではない。憲法が憲法上保障された自由・利益を実現する第一次的権限を国会に与え、かつ実現を義務付けている場合には、違憲審査権を行使する裁判所が国会の権限を篡奪することがないように、防御権とは異なる統制枠組みを構築することが必要である。憲法24条は婚姻・家族制度の内容形成を国会に委ねているとした上で、国会の行なった内容形成が憲法の掲げる「指針」（甲南法学'17）57-3・4-628（816）



を踏まえられない不合理なものである場合に初めて、裁判所が違憲と判断できるとする夫婦同氏制合憲判決の示した内容形成の統制枠組みは、内容形成権限を持つ国会と違憲審査権を行使する裁判所の役割分担のあり方として、適切なものと言えよう。その意味で、同判決は、今後、内容形成の統制枠組みを練り上げていく上での重要な参照軸となるであろう。但し、当てはめの際の論証の精緻化が今後の課題であることも指摘した通りである。

## 2. 補論

最後に、夫婦同氏制合憲判決において議論が十分になされているとは言えないと指摘した、憲法の想定する「家族」モデル（1）、氏とアイデンティティの問題（2）の各点につき、若干の検討を加えておこう。

### (1) 憲法上の「家族」モデル

上述のように、夫婦同氏制合憲判決は、“夫婦とその子からなる集団”を、憲法上の「家族」モデルとしていると考えられる。こうした特定の人的結合関係を憲法上の「家族」モデルとすることに対しては、学説上、「各人の自己決定権を尊重するのであれば、個人が誰といかなる結合関係を取り結ぶかを各人の自由に委ね、ある特別の結合関係だけを抽出して特別の法規整を加えることを断念すべきなのではなかろうか」という議論も展開されている<sup>(60)</sup>。しかし、憲法24条が明示的に、「両性」、すなわち男女の「婚姻」を基礎にした「家族」という一定の人的結合関係を他の人的結合関係と区別し、それを特別に保護すべきことを定めている以上、

---

(60) 安念潤司の「契約的家族観」である。「契約的家族観」については、安念潤司「家族形成と自己決定」『岩波講座現代の法14 自己決定権と法』（岩波書店、1998年）134-138頁の他、同「『人間の尊厳』と家族のあり方」ジュリスト1222号（2002年）22-24頁を参照。

憲法上の「家族」モデルを特定する必要性を否定する立場は、少なくとも現行の憲法24条の解釈論としては支持できない<sup>(61)</sup>。

では、なぜ、“夫婦とその子からなる集団”が、憲法上の「家族」モデルといえるのであろうか。子の位置づけは憲法24条の文言からは必ずしも明らかとは言えず、夫婦同氏制合憲判決もその理由を明示的には述べていない。それ故、その理由づけを学説が補う必要がある<sup>(62)</sup>。ここでは詳細に検討する余裕はないが、次の点を指摘しておこう。すなわち、理由づけの際には、数多存在する人的結合関係の中、とりわけ、親密性に基づく基礎的な人的結合関係の中でも、なぜ男女の人的結合関係にのみ憲法24条は注目しているのかという観点から議論がなされなければならない、ということである。こうした観点からすれば、例えば、「リプロダクション」、将来世代の育成の場という観点から「家族」を捉える見解は、注目に値するものであり、議論が深められてよい。かような立場からすれば、“夫婦とその子からなる集団”を、憲法上の「家族」モデルとして位置づけることも可能である。将来世代の育成については、国家としても関心を払わざるを得ず、将来世代の育成を期待できる人的結合関係を保護・支援するためのインフラを整備するよう、憲法が国会を義務付けることにも合理性があろう。

---

(61) 以上の点につき、米沢広一「憲法と家族法」ジュリスト1059号（1995年）8頁も参照。

(62) 憲法上の「家族」モデルとして“夫婦とその子からなる集団”を想定する議論として、しばしば引用されるのが、米沢・前掲注（61）8頁である。しかし、同論文においては、その根拠は明確には述べられていない。

(63) こうした見解として、例えば、高井裕之「家族をめぐる憲法理論の分析」京都産業大学論集24巻4号（1994年）96・98-99・102-104頁、水野紀子「団体としての家族」ジュリスト1126号（1998年）76頁を参照。

## (2)氏とアイデンティティ——「子の利益」の観点から

夫婦同氏制合憲判決は、夫婦同氏制のデメリットとして、氏を改める者の「アイデンティティの喪失感」を挙げるが、通称使用では「アイデンティティの喪失感」という問題には答えられない。他方で、当該個人の基盤をなしてきた身分関係を氏が表すからこそ、氏の変更が「アイデンティティの喪失感」をもたらすというのであれば<sup>(64)</sup>、これからアイデンティティを形成していく基礎として、如何なる身分関係を反映した氏を子が称するのかというルール<sup>(64)</sup>の決定も、婚姻・家族制度の内容形成に当たって重要な問題となろう。それ故、「アイデンティティの喪失感」との関係で、夫婦同氏制を合理化するための論拠として、⑥「子の利益」に注目することが考えられる。夫婦同氏制合憲判決が想定する⑥「子の利益」の具体的内容は必ずしも明らかとは言えないが、子の氏の決定という点に鑑みれば、両親と氏を同じくできるという利益のみならず、夫婦同氏制の下で嫡出子は「父母の氏を称する」（民法790条1項：親子同氏原則）とすることで、嫡出子の氏の決定が確定的になされるという利益も観念できよう。

このことと関連して、夫婦別姓を認める場合、氏を巡る問題は、既存の婚姻制度を利用するか否か、利用するとして、何れの氏を称するかについて差し当たり自由に選択できる男女ではなく、親との関係で決めら

---

(64) この点は、岡部裁判官の意見も強調するところである（最大判平成27年12月16日民集69巻8号2603頁を参照）。

(65) この点につき、石綿・前掲注（10）84頁、巻・前掲注（10）95頁も参照。

(66) こうした選択の機会が実際には与えられていないというのが、「機会の実質的平等」の観点からの批判である。この点については、「96%もの多数が夫の氏を称することは、女性の社会的経済的な立場の弱さ、家庭生活における立場の弱さ、種々の事実上の圧力など様々な要因をもたらすところであるといえるのであって、夫の氏を称することが妻の意思に基づくものであるとしても、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」とする岡部裁判官意見（最大判平成

れた氏に基づき自己のアイデンティティを形成していかざるを得ない嫡出子の負担に姿を変えて現れるということに注意する必要がある。夫婦別姓を認めた場合、子の氏を夫婦の何れか一方の氏に統一しなければならないとすれば、<sup>(67)</sup>その選択につき両親の間で対立が生じた際に、如何にして子の氏を決めるのが問題になる。あるいは、子の氏を統一するのではなく、子が生まれる度に、何れの氏にするか決めるといふのであれば、兄弟姉妹で氏を別にすることの当否の問題に加え、ここでも両親の間で対立が生じた際に、如何にして子の氏を決めるのかという問題が生じる。<sup>(68)</sup>こうした点を踏まえれば、①「個人の尊厳」(婚姻する男女のアイデンティティの保護)と、②「子の利益」(子の氏の確定)の調整の一つのあり方として、夫婦同氏制は、不合理とまでは言えないように思われる。

但し、以上の議論は、相当数の者が、既存の婚姻・家族制度を利用しているという前提の下での議論であることに注意されたい。再婚禁止期

27年12月16日民集69巻8号2603頁)の他、高橋・前掲注(12)144-146頁も参照。

しかし、岡部裁判官意見の指摘が正しかったとしても、夫婦の氏の決定にかかる制度によって「機会の実質的平等」の問題を解決することには限界がある。他の選択肢があっても事実上それを選択できないことが問題だといふのであれば、選択的夫婦別姓のように選択肢を増やすことは問題の解決にならない。「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」といふ社会のあり方こそを是正しなければ、結局のところ意味がない。それでもなお、夫婦の氏の決定の問題として解決を図るといふのであれば、夫婦別姓に一元化する他なかるう。しかし、これは逆に、夫婦同氏を望む者の選択を奪うことになる。

(67) この場合、子の氏の決定を婚姻時に行い、届け出なければならないとすれば、子の氏の決定が、今度は婚姻成立要件になってしまいうる。また、「家族の呼称としての氏」の決定を巡る争いが、子の氏の決定に姿を変えて登場することになる。この点につき、大村敦志『民法読解 親族編』(有斐閣、2015年)57頁、石綿・前掲注(10)85頁を参照。

(68) 以上の点について、大村・前掲注(67)52-53・57頁、石綿・前掲注(10)85頁、羽生・前掲注(13)112頁を参照。

間違憲判決が指摘するように「近年家族等に関する国民の意識の多様化が指摘されつつも、国民の中にはなお法律婚を尊重する意識が幅広く浸透して」<sup>(69)</sup>おり、依然として既存の婚姻・家族制度利用者が多いのは事実であろう。そうであれば、夫婦同氏制（民法750条）及び親子同氏原則（民法790条1項）を基本とした制度の組立てを、直ちに修正すべきとまでは言えないであろう。<sup>(70)</sup>しかし、今後、氏の変更を避けるため婚姻をしないことを選択する男女が増えたとすれば、それにもかかわらず夫婦同氏制に固執し、⑥「子の利益」のためにも定められた婚姻・家族制度が利用されない状態を招くのは、本末転倒である。<sup>(71)</sup>これは、⑥「子の利益」の観点からも、③「制度へのアクセス可能性」という観点からも問題となろう。確かに、制度の側が社会の変化を促すこともあろうが、社会の実践に制度が適合しなくなった場合には、当該制度は修正されなければならない。この点で、夫婦同氏制合憲判決の掲げた③「制度へのアクセス可能性」という考慮事項は、夫婦同氏制の合理性を今後見直していく上で、社会の実践と既存の婚姻・家族制度との距離を測るパラメーターとして重要なものになると思われる。

---

(69) 最大判平成27年12月16日民集69巻8号2432頁を参照。

(70) この点について、「複雑さを避け、規格化するという要請の中で仕組みを構成しようとする場合に、法律上の効果となる柱を想定し、これとの整合性を追求しつつ他の部分を作り上げていくことに何ら不合理はないことを考慮すると、このように作り上げられている夫婦の氏の仕組みを社会の多数が受け入れるときに、その原則としての位置付けの合理性を疑う余地がそれほどあるとは思えない」と述べる、寺田逸郎裁判官の補足意見も参照（最大判平成27年12月16日民集69巻8号2598頁）。

(71) 窪田充見は、「たかだか氏のことで、婚姻を選択しないという状況が助長されるのであれば、夫婦同氏原則にこだわって、ある種の婚姻観に固執する立場は、結局、婚姻という法制度自体を脆弱化させることにつながる」と指摘する。窪田・前掲注（16）14頁の他、同・前掲注（48）61頁も参照。