

令和6年（行ウ）第3号 地位確認等請求事件

原告 佐藤 万奈 外1名

被告 国

第6準備書面  
(学説の議論状況)

2025（令和7）年1月20日

札幌地方裁判所民事第5部 御中

原告ら訴訟代理人弁護士 寺 原 真 希 子

ほか24名

原告らは、本書面において、平成27年大法廷判決に関する学説の展開を論じ、遅くとも現時点においてその判断を維持することは不可能であることを明らかにする。なお、用語については訴状記載の「略語表」に従う。

## 目次

はじめに .....	3
第1 法的性質・権利性 .....	4
1 氏の法的性質・権利性 .....	4
2 婚姻の法的性質・権利性 .....	9
第2 夫婦同氏制度の権利制約性 .....	12
1 最高裁多数意見の立場 .....	12
2 学説の議論状況 .....	13
3 小括 .....	18
第3 合理性判断 .....	18
1 夫婦同氏制度における合理性判断の対象 .....	18
2 憲法24条における裁量審査 .....	20
3 配偶者間の不均衡 .....	24
4 「家族の呼称」としての意義 .....	27
5 子の利益 .....	29
6 通称使用の位置づけ .....	32
7 夫婦同氏制度の性差別的側面 .....	35
8 婚姻制度の脆弱化及び婚姻の本質との関係 .....	39
第4 夫婦同氏制度の合憲性 .....	42
1 最高裁多数意見の立場 .....	42
2 学説の議論状況 .....	42
3 小括（違憲説が多数であること） .....	45
結語 .....	45

## はじめに

原告らは、訴状において、夫婦同氏制度の制定経緯（同第3）と夫婦同氏制度がもたらす諸問題（同第4）を指摘した上で、本件各規定は憲法13条と憲法24条1項に違反すること（同第5）、また憲法24条2項に違反すること（同第6）を論じた。これに対し、被告は、平成27年大法廷判決及び令和3年大法廷決定における判断内容を踏まえて原告らの主張を見れば、「原告らが主張する事情はこれらの判断を変更すべき事由に当たるものとはいえない」と主張する（答弁書30～31頁）。

しかし、社会的状況及び意識の変化（第1準備書面）、通称使用の拡大と限界（第2準備書面）、国会における議論状況（第7準備書面）等を踏まえれば、平成27年大法廷判決の判断を変更すべき状況にあることは明らかである。

これに加え、平成27年大法廷判決には5名の裁判官の違憲意見が付され、当初よりその脆弱性が指摘されていた。その後、平成27年大法廷判決を支持した令和3年大法廷決定においても4名、令和4年第三小法廷決定においても令和3年大法廷決定で違憲意見を付した宇賀克也裁判官を含む2名の裁判官の違憲意見が付された。このように、平成27年大法廷判決は、その時点から、本件規定を合憲とする結論を辛うじて維持したものとみることができる。

こうした複数の最高裁裁判官による違憲意見をも踏まえ、憲法学者及び民法学者を中心に、平成27年大法廷判決に含まれる様々な問題点が論じられてきた。その結果、遅くとも現時点では、本件各規定の合憲性を維持できないことが明らかになり、本件各規定を違憲とする立場が多数説になっている。

以下では、学説が指摘する平成27年大法廷判決の問題点を概観し、遅くとも現時点では平成27年大法廷判決の判断を維持することは許されず、原告らの主張が学説上も支持されることを明らかにする。学説の議論状況を論点ごとに整理した一覧表を本書面別紙に添付したので、併せて参照されたい。

## 第1 法的性質・権利性

### 1 氏の法的性質・権利性

#### (1) 最高裁多数意見の立場

平成27年大法廷判決は、憲法13条適合性の検討(第2の2(2))の中で、「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、氏に関する上記人格権の内容も、憲法上一義的に捉えられるべきものではなく、憲法の趣旨を踏まえつつ定められる法制度をまって初めて具体的に捉えられるものである」とする。これは、氏の法制度依存性を指摘する趣旨であると解される。

また、平成27年大法廷判決は、氏の取得・変動に関する民法の規定は、「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」(第2の2(3))と述べた上で、「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」(第2の2(4))とする。これは、氏の法制度依存性を前提として、氏について定める法制度である民法が、氏を「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」ことを認めていないと指摘し、もって(名とは切り離された)氏の権利性を否定する趣旨とも解される。

#### (2) 学説の議論状況

学説は、氏の法制度依存性をどこまで承認するかは論者によって異なるものの、氏の法制度依存性から直ちに氏の権利性を否定するかのような最高裁多数意見を批判している。

ア 高橋和之教授の見解（甲A162）

高橋教授は、「氏のもつ意味が制度により具体化されるという理解自体に疑問がある」として、氏の法制度依存性に異議を唱える。「名前自体は…社会生活の中で各人を他者と識別し自己を同定する記号」であり「このような機能をもった名前自体は、国家により創設された制度ではなく、社会の中で自生的に成立したものである」として、氏名（名前）の自然性・前国家性を強調し、「人権」としての憲法上の保障を及ぼすべきだとする（甲A162・144頁）。

また、高橋教授は、「かりに氏については国家が家族の呼称として創設し、そのようなものとして法制度のなかに取り込んで規律した」という理解を前提としたとしても、「社会のなかで名と一体化し名前＝氏名として機能しているのであり、そこから氏だけを切り離し、氏は国家の法制度により意味が与えられるのであるから人格権の保障は及ばない、などという法律論は、恣意以外のなにものでもない」と厳しく批判する（甲A162・144頁）。これは、仮に氏の法制度依存性を肯定したとしても、社会生活において氏が名と一体化して用いられることで、氏に人格権としての保障が及ぶと解する趣旨である。

このように、高橋教授は、氏の法制度依存性を否定し、氏名（名前）の自然性・前国家性を肯定する立場から氏の権利性を認める。また、仮に氏の法制度依存性を肯定したとしても、氏が社会において果たす機能を踏まえれば、氏の権利性は認められるとする。

イ 小山剛教授の見解（甲A43）

小山教授は、氏の法制度依存性を一定程度肯定しつつも、そこから直ちに氏の権利性を否定するのは誤りであると指摘する。

小山教授は、「夫婦別姓訴訟で問題の氏は、そもそも出生時に法の定め

るところに従い決定したものであり、婚姻は、法律婚である」という意味において、「氏名権も婚姻も、ひとまずは法制度によってその具体的内容が定まる権利・自由に属する」として、氏（及び婚姻）の法制度依存性を留保付きで承認する。しかし、「氏の社会的機能や、氏が法の定めに従い変動しうることは、氏から人格権としての性質を奪うものでなければ、氏の変更の強制から『制限』という性質を消失させるものでもない」とし、「法制度依存性を理由に、すべてがパッケージの内容等を定める立法者の裁量であるとするのは論理の飛躍であり、民法750条等の規定は人格権および婚姻の自由に対する制限として捉えるべきである」とする（甲A43・17頁）。

そして、「ある氏名の最初の取得は人格権とみることはできないであろう」とする一方で、「氏名は、自らによっても他者によっても繰り返し用いられることで自己同一性を確認するための最も重要な結節点の一つであり、人格権のうち、アイデンティティを構成する要素として憲法上、保護される」として、氏の権利性を肯定する。

このように、小山教授は、氏名の最初の取得における法制度依存性を承認しつつも、「他者との接触」の中で氏名が繰り返し用いられることで、「個人の人格ないしアイデンティティ」との結びつきは強固となり、憲法上人格権として保護されるとするのである（甲A43・18頁）。

#### ウ 井上亜紀教授の見解（甲A163）

井上教授は、氏の法制度依存性に関し、「権利の内容の具体化が法律に委ねられている」としても「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」として、権利制約性の可能性を肯定する（甲A163・103頁）。その上で、「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、[原告ら代理人注：憲法上の権利として措定

される権利の輪郭についてわれわれは] 共通の認識を持つこともできる」とし、「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」とする（甲A163・104頁）。

エ 二宮周平教授の見解（甲A164）

また、民法学者の二宮教授は、「現行法においては、氏は、親子同氏の原則（婚内子は父母の氏、婚外子は母の氏を称する）で自動的に定められ、名は、親の命名によって定められる」とする。これは、氏名の最初の取得における法制度依存性を指摘するものである。

その上で、二宮教授は、「こうして定められた氏名で人は生きる。前述のように氏名には、個人の識別機能と人格の象徴としての意義があり、人格の同一性を保持するためには、氏名の同一性の保持が不可欠となる」、「とりわけ日本では、個人を氏で表現する慣例があるので（木内意見22頁）、氏の変更を強制されない権利ないし自由を内包するものである」として、その後の人生において氏が人格の象徴としての意義を帯びることを指摘して、「氏の変更を強制されない権利は、人格的生存にとって不可欠の権利、すなわち人格権として憲法上の保障を受けており、本件規定は13条違反ではないのか」と述べる（甲A164・38頁）。

平成27年大法院判決は、氏に関する民法の規定を参照して氏の権利性を否定したが、このような解釈は民法学者の二宮教授にも支持されていない。

オ ドイツの憲法判例（甲A43・7～16頁）

小山教授は、氏に関する法制度に関するドイツの憲法判例を分析し、「連邦憲法裁判所は、氏の放棄の強制や、婚姻締結に前提条件を課すことを、

一般的人格権ないしは婚姻の自由に対する制約であると捉え、比例原則を中心とした憲法上の正当化を要求してきた」とする。

まず、ドイツ連邦憲法裁判所1988年決定では、ドイツの夫婦同氏制度の違憲性が問題になった。同裁判所は、夫婦同氏制度は違憲ではないとしたものの、「人間の出生氏は一般的人格権に含まれている」として権利性を肯定し、「自己の名前について認められる高い価値に鑑みれば、侵害は重要な理由なしに行われてはならず、比例原則に従ってのみ行われなければならない」として正当化論証を行った。

また、ドイツ連邦憲法裁判所2004年前婚氏判決は、「再婚にあたり、前婚解消後も用いていた婚氏を新たな婚氏として選択できない」とした民法の規定を違憲とした。「人の名前をアイデンティティと個別性の表現として保護するとし、『この保護には、名に加えて、氏も含まれる』と明示した」上で、「制限については（中略）『一般的人格権は、名前の持ち主を、名前のはく奪や義務的な変更から保護する』」と説示して制約を肯定し、「比例原則による実質的正当化については（中略）『氏名権への介入は、自己の名前に認められる高い価値に鑑みると、重要な理由なしに行われてはならず、比例原則に従ってのみ行われなければならない（中略）。』」として、違憲との結論を導いた。

そして、ドイツ連邦通常裁判所2020年呈示決定は、「成年者が養子となる養子縁組について、養親の氏への変更を強制する民法の規定には違憲の疑いがあるとして、連邦憲法裁判所への呈示決定を行った」というものである。同決定は、成年者の養子縁組において「出生氏の付加のみが許容されていることにより、『法律は、氏名権を内容形成する規律を行っただけではなく、一般的人格権への介入を行った。（中略）』」とした上で、「続く実質的正当化の審査において、同決定は、養親の家族への新しい所属を対外的にも可視化させるという目的は正当であり、手段は適合的かつ

必要であるが、要求可能性に違反すると判断した」。その理由の一つとして、同決定は、「成年者は、未成年者と比較して、従前の氏名を引き続き用いることについての高い利益（Interesse）を有する。『継続を求める利益の重要性は、氏のアイデンティティ形成機能を鑑み、とくに高く評価されなければならない』。」として、氏を維持することの重要性に言及した。

このように、ドイツの憲法判例は、氏の権利性を肯定し、「義務的な変更」は制約に該当するとして、近年では違憲判断を行っている。

### （3）小括

このように、学説は、仮に氏の法制度依存性を前提としたとしても、氏が名と結びついて社会の中で繰り返し用いられることで、氏名は人格の象徴としての意義を帯び、憲法上保護される人格権の一内容として保護されるところとしている。この点に関し、原告らは、氏名は、自らによっても他者によっても繰り返し用いられることで自己同一性を確認するための最も重要な結節点の一つとなり、氏名に関する人格的利益は、個人の尊重、個人の尊厳の基盤を成す個人の人格の一内容に関わる権利として、憲法13条によって保障されると主張しているところ（訴状第5の2）、当該主張は前述の学説と一致するものである。

## 2 婚姻の法的性質・権利性

### （1）最高裁多数意見の立場

平成27年大法院判決は、憲法24条適合性の検討（第4の2（1））の中で、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」とする。これは、憲法24条1項の保障内容に、「婚姻をするかどうか、いつ誰と婚姻をするか」（婚姻

制度の利用、アクセス) についての自由が含まれることを指摘するものである。婚姻の内容の法制度依存性を理由に、婚姻の内容が憲法 24 条 1 項に違反することはないと理解するのであれば、当該判示は、同項は婚姻をするについての自由しか保障していないと指摘していることになる。

## (2) 学説の議論状況

学説の多くは、仮に婚姻の法制度依存性を前提としたとしても、憲法 24 条 1 項の保障内容は婚姻をするについての自由にとどまるものではなく、婚姻制度の立法内容によっては同項が保障する権利の侵害となりうるとする。

### ア 高橋和之教授の見解 (甲 A 1 6 2)

高橋教授は、「法律上の婚姻は制度の問題」であるとしても「婚姻そのものは前国家的な人権の問題」であるとして、自然的・前国家的な権利として婚姻の自由を承認する (甲 A 1 6 2・1 4 7 頁)。そして、婚姻制度を、婚姻を「まったく各人の自由に任せるといろいろな問題が生じるので、それを予防し皆が平等に婚姻生活を送ることができるように、社会の要請に応じて国家が規律を施したもの」と理解した上で、「婚姻の要件は、婚姻の自由を制限するものであり、なぜその要件が必要かの論証が必要」であるとして、「正当化を論証し得ない場合には、当然違憲になる」とする (甲 A 1 6 2・1 4 7 頁)。

このように、高橋教授は、婚姻の自由を自由権的・防御権的に捉え、(立法内容である)婚姻の要件は、正当化論証をクリアする必要があるとする。

### イ 巻美矢紀教授の見解 (甲 A 2 2)

巻教授は、「婚姻は、法制度を前提とする」と述べて法制度依存性に言

及しつつも、「憲法 24 条 1 項は婚姻の成立要件として両当事者の『合意のみ』を明記することから、それは憲法上の要請として、婚姻制度の中核をなす」と述べ、合意のみによって婚姻が成立することは「婚姻制度の中核」であるとする。そして、「この制度の中核につき国家は原則として侵害しえないという意味での、婚姻の自由は、憲法 24 条 1 項により直接保障される」とし、「合意以外に要件を課すことは、それが戸籍法も含めた制度の結果であっても、制度の中核の侵害である以上、婚姻の自由の直接的制約として、厳格な合憲性審査をすべき」とする。

このように、巻教授は、婚姻の成立において「合意」以外の要件を国家から課せられないという意味での婚姻の自由を肯定する。

#### ウ 宍戸常寿教授の見解（甲 A 1 6 5）

宍戸教授は、「憲法 24 条 1 項の『婚姻をするについての自由』は、両性の自由かつ平等な意思決定により（第三者の同意等を要せず）『婚姻』が成立するという防御権的側面に加えて、『婚姻』という法制度を利用する権利という側面を含む」とする（甲 A 1 6 5・483 頁）。

これも、巻教授と同様に、婚姻の成立において「両性の自由かつ平等な意思決定」以外の要件を国家から課せられないという防御権として、婚姻の自由を肯定するものである。

### （3）小括

このように、学説は、婚姻は立法による内容形成を要するとしつつも、婚姻制度の中核（当事者の自由かつ平等な意思決定）を害するような要件は、婚姻の自由の侵害になりうるとして、憲法 24 条 1 項の保障内容は婚姻をするについての自由にとどまるものではないとする。

この点に関し、原告らは、平成 27 年大法廷判決の判示を前提としても、

憲法 24 条 1 項は、同項の趣旨に照らして合理性のない制約を禁止しており、同項の趣旨に照らして合理性のない制約を排除した婚姻をすることについての自律的な意思決定（婚姻をすることについての自律的な意思決定）を保障すると主張しているところ、当該主張は前述の学説と一致するものである。

## 第 2 夫婦同氏制度の権利制約性

### 1 最高裁多数意見の立場

平成 27 年大法廷判決は、夫婦同氏制度の憲法 24 条適合性の検討（第 4 の 2（1））の中で、「本件規定は、婚姻の効力の一つとして夫婦が夫又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。仮に、婚姻及び家族に関する法制度の内容に意に沿わないところがあることを理由として婚姻をしないことを選択した者がいるとしても、これをもって、直ちに上記法制度を定めた法律が婚姻をすることについて憲法 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ない」とする。これは、夫婦同氏制度は、婚姻の自由等の憲法上の権利を制約するものではないとする趣旨であると解される。

また、上記の結論を補強する趣旨で、平成 27 年大法廷判決に付された寺田逸郎裁判官の補足意見は、「法律上の仕組みとしての婚姻夫婦も（中略）規格化された形で作られていて、個々の当事者の多様な意思に沿って変容させることに対しては抑制的である」とする。さらに、平成 27 年大法廷判決を踏襲した令和 3 年決定に付された深山・岡村・長嶺裁判官の補足意見も、同様の趣旨で、憲法 24 条 1 項に言う「婚姻」も法律婚であり、法律婚は「法制度のパッケージとして構築される」と指摘する。これらは、婚姻制度の規格化・画一性を理由に、婚姻の効果として定められる夫婦同

氏は憲法上の権利を制約するものではないとする趣旨と解される。

## 2 学説の議論状況

学説の多くは、憲法13条は氏を人格権として保障しており、憲法24条1項は婚姻の内容に関する権利を保障していることを前提に、夫婦同氏制度は氏名に関する人格的利益や婚姻の自由に対する制約に該当するとする。その理由としては、夫婦同氏制度の下では、婚姻するためには夫婦の一方が氏の変更を甘受しなければならない、別氏を希望する場合には婚姻を断念しなければならないこと（本件二者択一構造、後記（1））や、夫婦同氏は憲法24条1項において想定されたものではない（社会的・外在的な要請による）こと（後記（2））、婚姻制度の規格化・画一性は憲法上の権利の制約を否定する根拠にならないこと（後記（3））等が挙げられている。

### （1）本件二者択一構造の制約性

#### ア 小山剛教授の見解（甲A43）

小山教授は、最高裁多数意見が夫婦同氏制度の直接制約性を否定したことに関し、「現在では、国家の作用形式が命令・強制から非権力的・間接的手段へと多様化した等を受け、侵害概念の拡張が図られてきた」として、「一定の閾値を超えた実質的負担」を課すものは、憲法上の正当化を要する制約となるとする（甲A43・19頁）。

そして、夫婦同氏制度については、「法律婚の意義が希薄になり、婚姻率も低下し、法律婚が法的にも社会生活上も、事実婚と変わらないのであれば、法律婚を断念しても閾値を超えた負担は生じていないと言うことができよう。また、時代が変わることで現在の氏がアイデンティティ形成機能を失い、人格的価値として認識されないようになれば、氏の変更を迫ら

れても閾値を超えた負担は生じないことになろう。しかし、現在はそのいずれでもない」とする（甲A43・19頁）。

このように、小山教授は、夫婦同氏制度は、婚姻及び氏に関する意思決定に「一定の閾値を超えた実質的負担」を課すものとして、権利制約性を肯定する。憲法論の構成としては、「氏の変更を強いることの憲法適合性として問題設定し、その正当化審査の中に婚姻の自由に対する制約を取り込むこと」（氏名に関する人格的利益の制約）も、「婚姻の自由に対する制約の憲法適合性として問題設定し、その正当化審査の中に氏の変更の強制を取り込むこと」（婚姻の自由の制約）も可能であるとする（甲A43・24頁）。

#### イ 木村敦子教授の見解（甲A166）

民法学者の木村教授は、「夫婦の氏にかかる規定は、夫婦の氏及び婚姻に関する決定を要求する点において、婚姻の要件であり、婚姻を制約する」（甲A166・52頁）として権利制約性を肯定する。

そして、「夫婦同氏制は、一方婚姻当事者による氏の決定が他方の氏の決定権の行使を妨げうる点で、配偶者間の不均衡を内包している」とした上で、権利制約性の内実について、「配偶者間の不均衡性を内包する婚姻制度のあり方それ自体が、婚姻をするかどうかの決定を妨げていると捉えるべきである」とする（甲A166・54頁）。

このように、木村教授は、夫婦同氏制度の下では、氏に関して配偶者間の不均衡を必ず帰結する選択をせざるを得ない点で、婚姻の意思決定を制約するとする。

#### ウ 江藤祥平教授の見解（甲A20）

江藤教授は、平成27年大法廷判決が「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」場面であるから氏の変更の「強制」ではないとした点を、「強制の定義をはき違えた説示」と批判する。江藤教授は、「強制とは、行為主体の選択肢の幅を減少させる場合、すなわち選択肢の幅が十分な程度を下回る場合や、特定の選択肢を追求しないように迫られる場合」とした上で、夫婦同氏制度においては、「婚姻をして氏を改めるか、婚姻をあきらめるかの二択しかなく、婚姻をして氏を保持するという選択肢は与えられていない。婚姻の自由を前提とする限り、この二択から選ぶべきとすることは強制に当たるといわざるをえない」とした（甲A20・132～133頁）。

このように、江藤教授は、婚姻か氏かの二者択一を迫ること（本件二者択一構造）は婚姻の自由に対する制約であり、氏の変更の強制であるとしている。

エ 井上亜紀教授の見解（甲A163・106頁）

井上教授も、平成27年大法廷判決が氏の変更の「強制」ではないとした点に関し、「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」と批判する。そして、「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」として、権利制約性を肯定する（甲A163・106頁）。

井上教授の批判は、本件二者択一構造が「氏名の変更を強制されない自由」と「婚姻の自由」を制約するとした上で、正当化論証を要することを指摘するものである。

## (2) 夫婦同氏制度と憲法上の婚姻の関係

### ア 高橋和之教授の見解 (甲A167)

高橋教授は、最高裁多数意見が前提とする「婚姻の成立とその効果の区別は、民法あるいはその解釈論が行っているものであり (中略)、憲法が行っている区別ではな」く、「氏の変更を要請する法律規定が憲法24条1項の規定を制約するかどうかを憲法の観点から独自に判断しなくてはならない」とする。その上で、憲法24条1項の想定する婚姻が、夫婦の氏を同一にすることを要請しているとは読みようがないため、「氏を同一にしないで婚姻することは、婚姻の自由の内容に含まれているということにな」り、「氏を同一にすることを定める民法750条は、それが婚姻の成立要件か効力かとは関係なく、婚姻の自由を制約していることになる」とする (甲A167・299～300頁)。

### イ 小山剛教授の見解 (甲A168・23頁)

小山教授は、「婚氏決定は、婚姻届が受理され、法律婚が成立する前提条件である」とする。そして、「夫婦同氏の強制は、婚姻それ自体に本質的に内在するものではなく (現に〔選択的〕夫婦別氏制を採用する国が多数存在する)、家族を他者から識別するという、社会的・外在的な要請による」として、夫婦同氏の要請は憲法24条1項が想定するものではないことを理由に、「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」として、夫婦同氏制度の権利制約性を肯定する (甲A168・23頁)。

## (3) 婚姻制度の画一性・規格化との関係

### ア 米村滋人教授の見解 (甲A169)

民法学者の米村教授は、「婚姻を望む個人が自らに適用される婚姻の効力を選択することはできない」という意味で、「婚姻制度の画一性は当然の前提となっている」とする。しかし、「その意味における婚姻制度の画一性を根拠に、憲法24条の定める『婚姻の自由』を限定的に解することは、論理必然的に導かれるものではなく、むしろ「両者は全く別の問題である」とする。なぜなら、「いかなる内容の婚姻制度であっても、およそ立法により婚姻制度が定められ、それを国民が選択可能になっているのであれば婚姻の自由の侵害はないと解するのでは、人権としての婚姻の自由は存在しないのと同様」であるからである（甲A169・9～10頁）。

このように、米村教授は、（婚姻の諸効果をパッケージとして引き受けなければならないという）婚姻制度の画一性は、婚姻の自由の制約を否定する根拠にならないとする。

#### イ 江藤祥平教授の見解（甲A29）

江藤教授は、「規格化の要請とは、要するに一つのパッケージとして構築される必要があるということである」とした上で、「規格化を背景とする法廷意見の議論は理論的には脆弱である」と指摘し、その理由の一つとして、憲法24条の「立法趣旨をほとんど顧慮できていない」点を挙げる。

すなわち、「憲法24条の立法趣旨は（中略）民主主義を根底から固めるべく、新しい家族道徳を生み出すための自由な基盤を保障する」点にあるのに、「規格化の議論は、制度が社会に通用していることを正統性の根拠とするから、この立法趣旨は殆ど意味をなしていない」からである（甲A29・47～48頁）。

このように、江藤教授は、婚姻制度は一つのパッケージとして構築されなければならないという規格化の要請を理由に婚姻の自由の制約を否定するのは、憲法24条の趣旨を没却すると批判する。

### 3 小括

このように、学説は、夫婦同氏とするためには夫婦の一方が氏の変更を甘受しなければならず、別氏を希望する場合には法律婚を断念しなければならないという本件二者択一構造や、夫婦同氏は憲法24条1項とは関係のない社会的・外在的な要請によるものであること等を理由に、いずれも権利制約性を肯定する。そして、婚姻制度の画一性・規格化は、権利制約性を否定する根拠にはならないとする。

この点に関し、原告らは、婚姻することと、婚姻前の氏を維持することは、それぞれ個人の幸福追求・人格的生存にとって極めて重要な権利・利益であるから、両者の二者択一を迫ることは、「氏名に関する人格的利益」に対する制約であると主張し（訴状第5の2（2））、また、夫婦同氏制度は、憲法13条の理念にも憲法14条1項の理念にも沿わないものであるから、本件各規定は憲法24条1項が保障する「婚姻をするについての自律的な意思決定」を制約するものにほかならないと主張する（訴状第5の3（3））。当該主張は前述の学説と一致するものである。

## 第3 合理性判断

### 1 夫婦同氏制度における合理性判断の対象

#### （1）最高裁多数意見の立場

平成27年大法院判決は、夫婦同氏制度の憲法24条適合性に関する具体的判断の冒頭（第4の4（1））で、夫婦同氏によって得られる（と最高裁多数意見が考える）メリットとデメリットを考量し、夫婦同氏とすることの合理性を検討するにとどまる。

#### （2）学説の議論状況

この点に関し、学説は、検討すべきは夫婦同氏の合理性ではなく、同氏を全ての夫婦に強制することの合理性であると指摘する。

ア 小山剛教授の見解（甲A43・23～24頁）

小山教授は、「憲法適合性の審査は、夫婦同氏制の（とりあえずの）合理性ではなく、夫婦同氏を強いること、すなわち、婚氏を定めない限り婚姻締結を認めず、婚姻を望む者には（その少なくとも一方に）氏の放棄・変更を強いることの合理性が審査されなければならない」とする。

イ 宍戸常寿教授の見解（甲A165）

宍戸教授も、「戸籍法74条1号は一体として夫婦同氏を婚姻の要件と定めるものであり、夫婦同氏規定令和3年決定における宮崎裕子・宇賀克也裁判官の反対意見が説くとおおり、夫婦同氏制が婚姻をするについての自由を直接的に制約するものと解すべきであろう。」として、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と解されると指摘する（甲A166・486～487頁）。

ウ 佐々木くみ教授の見解（甲170）

佐々木教授は、平成27年大法院判決の「多数意見は、夫婦同氏制によってもたらされる不利益が通称使用によって緩和されると述べるだけで、およそ例外を許さないとする点について、その目的などの合理性は審査していない」点について、「直接的制約が否定され間接的制約あるいは事実上の制約しか認定されなかった従来の最高裁判例でも、当該制約にフォーカスした審査が行われてはいること」との比較や、「夫婦同氏の例外を許さないことは、低く見積もっても、義務的考慮事項の一つである婚姻制

度へのアクセス可能性を減じている」ことから、「憲法適合性審査が不十分であることは否めない」とする（甲A170・99頁）。

エ 泉徳治元最高裁判事の見解（甲A171）

泉元判事は、平成27年大法廷判決は「憲法上の保障である個人の尊厳と両性の本質的平等から導かれる自由であるところの『婚姻の際に氏の変更を強制されない自由』を制約することの目的が正当なものであるか、夫婦同氏を強制することが同目的達成のため必要不可欠なものであるかの審査を行っていない」と批判する（甲A171・369頁）。

そして、「夫婦同氏制は家族制度を営むのに不可欠な存在ではない」とした上で、「その夫婦同氏制によって『氏の変更を強制されない自由』を制約することがなぜ必要なのかを説明すべき」であったとする（甲A171・369頁）。

(3) 小括

このように、学説は、合理性判断の対象となるのは、夫婦同氏とすることの合理性ではなく、全ての夫婦に夫婦同氏を強制することの合理性であり、平成27年大法廷判決の審査は不十分であると批判する。

この点に関し、原告らは、合理性判断の対象は、夫婦同氏に例外を許さないことの必要性及び合理性であり、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、夫婦同氏に別氏という例外を許さないことに必要性と合理性があるといえなければならないと主張する（訴状第5の4）。当該主張は、前述の学説と一致するものである。

## 2 憲法24条における裁量審査

(1) 最高裁多数意見の立場

平成27年大法廷判決は、「憲法24条が、本質的に様々な要素を検討して行われるべき立法作用に対してあえて立法上の要請、指針を明示している」ことを踏まえ、「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」(第4の2(2))とする一方で、「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や実質的平等は、その内容として多様なものが考えられ、それらの実現の在り方は、その時々における社会的条件、国民生活の状況、家族の在り方等との関係において決められるべきものである」(第4の3(1))として、「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」(第4の3(2))という緩やかな判断枠組みを設定する。

## (2) 学説の議論状況

### ア 駒村圭吾教授の見解 (甲A172)

駒村教授は、平成27年大法廷判決が、『個人の尊厳と両性の本質的平等』という『要請、指針』は、『様々な要素を検討して行われるべき立法作用に対してあえて』憲法が明示したものであったにもかかわらず、『様々な要素』の検討に対して『あえて』明示したその指針自体もまた『多様なもの』が想定されるから、元に戻って『国会の多方面にわたる検討と判断』に委ねるべきである、と結論する」点を、循環論に陥りかねない「奇妙な論法」として批判する。そして、「選択的夫婦別氏制を含む婚姻制度のあり方は、はなから『国会で論ぜられ、判断されるべき事柄』に投げ出される運命にあったと言ってよい」として、結論ありきの判示であると喝破

する（甲A172・91～92頁）。

イ 篠原永明教授の見解（甲A173）

篠原教授は、平成27年大法廷判決は、「アイデンティティの喪失感への配慮、氏の選択における婚姻する男女の実質的平等への配慮など、幅広く考慮事項を列挙しているが、結局、どれが夫婦同氏制（民法750条）において決定的な考慮事項なのか判然とせず、列挙された考慮事項が全て、夫婦同氏制の合憲性を論証する中で有意義に機能しているわけでもない」として、前記判断枠組みが裁量統制として機能していないと批判する（甲A173・30頁）。

そして、「問題にし得る考慮事項を幅広く単純に列挙することは、むしろ論点を曖昧にするだけで、制度形成の実効的な統制に資するものではない。先ずは、憲法上の要請である義務的考慮事項と考慮禁止事項を特定し、それらに焦点を絞った議論を組み立てる必要がある」とする（甲A173・31頁）。

ウ 土井真一教授の見解（甲A26）

土井教授は、仮に平成27年大法廷判決の判断枠組みを維持するとしても、「①24条2項にいう家族に関する事項は多岐にわたり、国会の合理的裁量の範囲については事の性質上広狭あり得るところであり、問題となる事項や権利・利益の内容・性質等に照らして具体的に設定されるべきこと、②個人の尊厳は、立法の一考慮要素ではなく、立法の限界を画するものであり、憲法上尊重すべき重要な人格的利益が問題となる場合には、当該利益の性質、内容、その制約の態様・程度等を考慮に入れて判断すべきことに留意する必要がある」として、24条2項適合性審査においては具体的な検討が求められるとする（甲A26・3頁）。

エ 江藤祥平教授の見解（甲 A 2 9）

江藤祥平教授は、憲法 2 4 条の趣旨は、「旧民法下で婚姻及び家族関係において両性が不平等に扱われていたことを受けて、それらの規定を廃止し新しく民主主義に立脚した制度を構築する義務を立法府に課すこと」にあり、「2 4 条 2 項は 1 項の保障を切り詰めるものではなく、その保障をより十全にしようとして設けられたものである」と理解する（甲 A 2 9・4 6 頁）。

その上で、江藤教授は、平成 2 7 年大法廷判決が、「2 4 条 1 項の保護範囲を『婚姻をするかどうか、いつ誰と婚姻をするか』についての意思決定に限定して、その他の利益はすべて婚姻制度の内容形成に関わる事柄として、2 4 条 2 項における国会の立法裁量で考慮すべきものとしている」点について、「これは同じ民主主義でも、家族の民主化ではなく、憲法問題を民主主義的なプロセスに委ねるもので、2 4 条の包囲を形骸化することに等しい」と批判する（甲 A 2 9・4 7 頁）。

オ 泉徳治元最高裁判事の見解（甲 A 1 7 1）

泉元判事は、「夫婦の 9 6 % 以上が夫の氏を選択している日本社会にあって、自己の婚姻前からの氏を保持し続けようとする女性は社会的少数者である」とした上で、「社会的少数者の憲法で保障された権利については、少数者に対する偏見のために民主政の政治過程による保護が働きにくいから、当該権利に対する制約の合憲性は裁判所が厳格に判断すべきである」とし、平成 2 7 年大法廷判決が「選択的夫婦別氏制の採否を国会の判断に全面的に委ねているのは、少数者の権利保障については多数決原理の民主政が有効に機能せず、裁判所が積極的に乗り出すべき役割を担っていることの認識を欠いていると言わざるを得ない」と厳しく批判する（甲 A 1 7

1・370頁)。

### (3) 小括

このように、学説は、氏及び婚姻が憲法上の権利であることを踏まえ、夫婦の氏に関する規律を国会に全面的に委ねるべきではなく、厳格に審査すべきであるとしている。また、平成27年大法廷判決は、その判断枠組みを前提としたとしても考慮要素の検討が不十分かつ不明瞭であり、立法裁量の統制として機能していないと指摘している。

この点に関し、原告らは、平成27年大法廷判決が述べた3つの指針(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)について十分に配慮されているかを検討した上で、各指針についての検討結果を踏まえて、平成27年大法廷判決が判断基準として示した「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」につき検討している(訴状第6の3)。このような検討方法は、学説が求める具体的な裁量審査の手法に一致するものである。

## 3 配偶者間の不均衡

### (1) 最高裁多数意見の立場

平成27年大法廷判決は、「婚姻によって氏を改める者にとって、そのことによりいわゆるアイデンティティの喪失感を抱いたり、婚姻前の氏を使用する中で形成してきた個人の社会的な信用、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ることは否定できない」としつつも、そのような不利益が必ず婚姻の一方当事者にもみ偏ることについては何ら言及しない。

## (2) 学説の議論状況

学説は、夫婦同氏制度の下においては必ず配偶者の一方のみが改氏の不利益を被ることになる点を強調し、そのような制度を強制することの問題性を論ずべきであると批判する。

### ア 蟻川恒正教授の見解（甲A7）

蟻川教授は、氏の変更によるアイデンティティの喪失感や自己充足感の困難化は、氏を改めた一方当事者が心身のバランスをもたらす可能性を指摘した上で、そうした失調を、氏を改めなかった者が十分に理解できない場合には、「これを夫婦の共同生活に支障をもたらすものと捉えて不快の念を抱く場合もありうる」とする。そして、「これらの結果生じた小さな不協和が積み重なると、夫婦は相互に不信を募らせることとなって、互いを自律した人格として尊重し、対等な関係性の基盤の上に協力して婚姻生活を築くことが難しくなる」と指摘する（甲A7・14頁）。すなわち、氏の変更を契機とする配偶者間の不均衡が不信をもたらし、健全な協力関係の構築を困難にする場合があるのである。

また、仮に夫婦がこのような相互不信を募らせない場合であっても、一方配偶者の氏の変更は配偶者間に解消不能な不均衡をもたらし、協力関係の構築を阻害すると指摘する。すなわち、「氏を改めなかった一方配偶者は、氏を改めた他方配偶者が前記のような不利益の故に苦しむ姿を前にしても、他方配偶者を氏の変更前の状態に戻すことは法制度により不可能であるから、他方配偶者の人格的利益を快復させるために助力することは自らの努力をもってしてはできない」「さればとって、かかる他方配偶者の苦境を軽減しようとして、氏を改めなかった一方配偶者が不均衡ないし不平等な形で家事の分担等を引き受けるならば、共同生活の安定を掘り崩

すことにもつながりかねない」とする（甲A7・14頁）。

こうして、蟻川教授は、夫婦同氏制度の問題点は、夫婦のうち一方のみが氏の変更による何らかの不利益を引き受け、他方はそうした不利益から一切免れているという配偶者間での不利益の不均衡を民法が『公序』として強制していることにあり、憲法24条1項の趣旨に沿わないとする（甲A7・15頁、甲A174・15頁）。

#### イ 木村敦子教授の見解（甲A166）

民法学者の木村教授は、「婚姻当事者は、等しく、氏に関する決定、具体的には『氏を維持するか、氏を変更するか』に関する決定する権利を有している」とした上で、夫婦同氏制度の問題点は、「両者が、氏を維持するという権利を同時に実現することができない仕組み」になっており、「一方婚姻当事者による氏の決定が他方の氏の決定権の行使を妨げうる点で、配偶者間の不均衡を内包している」と指摘し、憲法24条2項の趣旨に合致しないと考える余地があるとする（甲A166・54頁）。

### （3）小括

このように、学説は、氏の変更による不利益をただ取り上げるのではなく、夫婦同氏制度の下では必ず当事者の一方が当該不利益を強いられるという構造に着目し、夫婦同氏制度の不合理性を指摘する。

この点に関し、原告らは、氏の変更による不利益を具体的に列挙した上で、「夫婦間において、氏を変更することによる不利益を受ける者とそうでない者という不均衡が生じることになる」とし、さらにこうした夫婦間の不均衡が婚姻生活に支障をもたらすと主張する（訴状第4の2（6））。当該主張は、配偶者間の不均衡を指摘する前述の学説と一致するものである。

#### 4 「家族の呼称」としての意義

##### (1) 最高裁多数意見の立場

平成27年大法廷判決は、夫婦同氏制度の憲法24条適合性に関する具体的検討(第4の4(1)ア)の中で、「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」(家族の公示識別機能)、「家族を構成する個人が、同一の氏を称することにより家族という一つの集団を構成する一員であることを実感することに意義を見いだす考え方も理解できることである」(家族の一体感)と述べ、氏には「家族の呼称」としての意義があるとする。

##### (2) 学説の議論状況

「氏」は「名」と合わさって個人を識別・同定するための標識であるとともに、他者との関係性を示す機能を有するものであり、「氏は、戦前の『家の氏』(家名)から、戦後改正民法の下で家制度の廃止に伴い『個人の呼称』へと変じたとの理解が一般的である」(甲A175)。

学説はこれを前提に、平成27年大法廷判決が氏に「家族の呼称」としての意義を認めた点を批判している。

##### ア 窪田充見教授の見解(甲A176)

民法学者の窪田教授は、明治民法において氏は「家の呼称」であったが、「家という概念が廃止された戦後の民法においては、氏については、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」とする。確かに、戸籍筆頭者や夫婦・親子同氏戸籍原則といったものに「家族の呼称」としての側面を見出すことは可能であるものの、現行の戸籍制度を理

由に、氏は個人の名称にとどまるものではないという結論を導くのは、「形式法としての戸籍法に、民法の定める内容とは異なる実体法としての性格を認めるもの」であり、「本末転倒」であると批判する（甲A176・60頁）。

その上で、「むしろ戦後の改正によって民法上は個人の名称となった氏について、現在の戸籍法の規定が整合的なものであるのかといった観点からの検討が必要であるように思われる」として、実体法である民法上は氏に「個人の呼称」の性格しかないことを前提に、戸籍法の規定を検討すべきであるとする（甲A176・60頁）。

#### イ 二宮周平教授の見解（甲A164）

民法学者の二宮教授は、「多数意見が依拠する家族観に法的根拠がない」と批判する。「現行民法は、1947年12月、日本国憲法を根拠として、家制度を廃止し、男女の平等を徹底したものであり、家族を、夫と妻、親と子、親族相互の個人と個人の権利義務関係として規定する」のであって、「家族を団体として捉える規定は存在しない」と指摘する（甲A164・37頁）。

#### ウ 木村敦子教授の見解（甲A166）

民法学者の木村教授は、「憲法24条2項において、家制度の克服という方針のもと、『個人の尊厳』を掲げているのであれば、そこに個人を超越する団体としての家族を観念することは許されない」とした上で、『『家族の呼称』として、家族という社会的存在を打ち立てることは、その家族に所属する個人の観点から正当化される必要がある」として、「個人の観点」から「家族の呼称」としての意義を検討する（甲A166・55頁）。

当該検討の中で、木村教授は、「氏を用いて、『家族の呼称』として家族

の存在を示すこと、あるいは家族構成員であることを公示職別することは、憲法 24 条 2 項の家族の存在意義・自律性にかかる評価と整合的であるとしても、それだけのことにすぎない」、すなわち、「氏によって家族関係を公示識別することには、個人の利益や社会における利便性が認められる」としても、「その作用が家族制度の運用に不可欠な事柄であるとは考え難い」とする（甲 A 1 6 6 ・ 5 5 頁）。

### （3）小括

このように、学説は、氏はあくまでも「個人の呼称」であることを前提として、氏に「家族の呼称」としての意義は認められないか、認められるとしても「個人の観点」からその意義を検討する必要があるとする。

この点に関し、原告らは、離婚や再婚の増加、非婚化、晩婚化、高齢化などにより家族形態も多様化している現在において、家族の呼称を一つに定めることの意義や機能をそれほどまでに重視することはできないため、夫婦同氏に例外を認めない理由とはならないと主張する（訴状第 5 の 4（2））。当該主張は、氏の「個人の呼称」としての意義が社会的にも強固になっていることを示している点で、前述の学説と一致するものである。

## 5 子の利益

### （1）最高裁多数意見の立場

平成 27 年大法院判決は、夫婦同氏制度の憲法 24 条適合性に関する具体的検討（第 4 の 4（1）ア）の中で、「婚姻の重要な効果として夫婦間の子が夫婦の共同親権に服する嫡出子となるということがあるところ、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」「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

享受しやすいといえる」として、夫婦同氏制度は子の利益に資するとする。

## (2) 学説の議論状況

学説は、夫婦同氏制度の下で親子同氏となることのメリットは抽象的であり、嫡出子であることの公示機能を挙げる点は差別を助長しかねないと批判する。

### ア 卷美矢紀教授の見解（甲A177）

卷教授は、平成27年大法廷判決が言及する嫡出子であることの公示機能について、「最高裁が想定する憲法上の家族観を前提にするにしても、それは便益でしかない」とし、また「差別の元凶となる区別の公示機能は憲法上問題視されうる」と批判する。そして、子どもが両親と同氏の方が利益を享受しやすいとの指摘も、「たしかに子どもの保護は憲法上の要請と解されるが、具体的な利益との関係で論証されているわけではなく、しかも傾向性にとどまる」として、夫婦同氏制度が子の具体的利益に資するものではないと指摘する（甲A177・95頁）。

### イ 石綿はる美准教授の見解（甲A178）

民法学者の石綿准教授は、平成27年大法廷判決は夫婦同氏制度による子の利益の具体的内容を説明していないと批判する。平成27年大法廷判決において、「家族」は「夫婦及びその嫡出子」であること、夫婦同氏の原則から親子同氏の原則が導かれているということから考えると、「子の氏について検討する必要も一定程度あろう」とする。

しかし、「双方の親と子が同じ氏であることにより、子にどのような利益があるのか」について十分な説明がなされていないと批判する。また、「嫡出子と非嫡出子の相続分差別もなくなった現状において、社会により

嫡出子であるということを認識してもらうことにどのような意義があるのかも明らかではない」と指摘する（甲A178・84頁）。

ウ 木村敦子教授の見解（甲A166）

民法学者の木村教授は、嫡出子においては「夫婦と子が同一の氏であることにより、子に対する養育監護責任を担う者として両親（夫婦）の所在が明確となる」点で、夫婦同氏制度は子の利益や公益に資する面があるものの、「これら子の利益は、嫡出子でない子について、その出生と同時に母の氏を称すると定められている（民法790条）点においても認められる」として、必ずしも夫婦同氏制度に限られた利益ではないと指摘する。また、「共同親権のもとでも、両親のうち、子の監護養育を担う者として一名の所在が明らかになっていれば、親権制度の運用面でも支障はない」として、両親（夫婦）の所在を明確にすることによるメリットは限定的であるとする。こうしたことから、夫婦の氏は「子の養育監護にかかる共同生活の形成・維持の中核的・本質的要素ではない」として、「これをもって婚姻制度における不均衡性を正当化することはできない」とする（甲A166・56頁）。

加えて、平成27年大法廷判決が、嫡出家族・嫡出子についてのみ家族の公示識別機能を強調する点に関し、これは、「父母と同一の氏を称する嫡出子と、父母と同一の氏を称しない子、あるいは共同親権に服しない子（非嫡出子・父母が離婚した嫡出子）を区別することを含意する」とした上で、「家族形態の区別・差異化を前提とした家族公示識別機能が社会に定着する（中略）によって〔原告ら代理人注：原文ママ〕、ある特定の家族が規範化し、それ以外の家族形態を『排除』する構造になっている点に留意しなければならない」として、最高裁が嫡出家族を規範化する判示をしたことを批判する（甲A166・56頁）。

### (3) 小括

このように、学説は、親子同氏が子にもたらす利益は抽象的であり、また嫡出子であることの公示を強調することは非嫡出子に対する差別や排除になりかねないと批判する。この点は、原告らが訴状第5の4(3)において主張しているところである。

## 6 通称使用の位置づけ

### (1) 最高裁多数意見の立場

平成27年大法院判決は、夫婦同氏制度の憲法24条適合性に関する具体的検討(第4の4(1)イ)の中で、「婚姻によって氏を改める者にとって、そのことによりいわゆるアイデンティティの喪失感を抱いたり、婚姻前の氏を使用する中で形成してきた個人の社会的な信用、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ることは否定できない」としつつも、「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、近時、婚姻前の氏を通称として使用することが社会的に広まっているところ、上記の不利益は、このような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。」とする。

### (2) 学説の議論状況

学説は、通称使用の拡大による改氏の不利益の緩和は限定的であり、また通称使用の拡大は夫婦同氏制度の不合理性を基礎づける事実と評価すべきであると批判する。

ア 小山剛教授の見解(甲A43・22頁)

小山教授によると、ドイツでは、1988年、連邦憲法裁判所は、旧姓を用いる余地が広いことなどを理由に、夫婦同氏制の人格権違反を否定する旨の決定（1988年決定）をしたが、その後、晩婚化や再婚等による婚姻年齢の多様化など、氏名とアイデンティティとの結びつきは一層重視され、連邦憲法裁判所の2004年前婚氏判決（「再婚にあたり、前婚解消後も用いていた婚氏を新たな婚氏として選択できない」とした民法の規定を違憲と判断）や連邦通常裁判所の2020年呈示決定（「成年者が養子となる養子縁組について、養親の氏への変更を強制する民法の規定には違憲の疑いがある」と判断）は、その程度の不利益緩和では人格権侵害を正当化できるものではないとした。

こうしたドイツでの議論を踏まえ、小山教授は、「通称使用の拡大は、日常生活における煩雑さの緩和や職業生活における継続性の維持には寄与するであろうが、人格権としての氏名権との関係では、通称は、正規の氏と質的に異なるものであり続ける」とする（甲A43・22頁）。

#### イ 浅野博宣教授の見解（甲A179）

平成27年大法廷判決が、氏の変更による不利益は通称使用により「一定程度」緩和され得ると判示した点に関し、浅野教授は、『「一定程度」で合憲と言って良いのだろうか』と疑問を呈する。そして、「婚姻・家族制度に関する立法裁量は認められても、国が通称使用を普及させ不利益緩和のために努力したと認定されているわけでもないから、その意味で国にとっては偶然的・外部的事情であって、立法裁量が適切に行使されたということでもない」として、『「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』という多数意見の定式（浅い裁量審査を意味しているのだろうか）を前提としても、あまりに素っ気ない審査ではないだろうか』と批判する（甲A179・84頁）。

ウ 篠原永明教授の見解（甲A180）

篠原教授は、平成27年大法廷判決が設定した、「国会による内容形成が憲法の掲げる各考慮事項の調整として不合理なものである場合に初めて違憲となるという合憲性の審査基準」を前提にしたとしても、「夫婦同氏制合憲判決には審査基準と当てはめの論証が対応していないという問題」があると指摘する。その具体例として、平成27年大法廷判決が考慮事項として通称使用の可能性を指摘した点を挙げ、「通称使用では、氏に由来する『アイデンティティ』の保持という問題には答えられ」ず、「そもそも、通称使用の可能性を指摘することでは、夫婦同氏制（および関連する家族法上の制度）の中で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」ないと批判する（甲A180・128～129頁）。

エ 土井真一教授の見解（甲A26）

土井教授は、通称使用が拡大している事実の意味合いを検討する。「通称使用には改氏による不利益を緩和する側面がある」とする一方で、通称使用の拡大は「家族関係の徴表機能など、夫婦同氏制を支える根拠の喪失を示す立法事実であるとともに（宮崎・宇賀反対意見）、氏名の同一性を保持する人格的利益の重要性が固まっていることを示す憲法解釈の前提となる事実でもある」とし、「これらの事実は、夫婦同氏の立法政策上の当否のみならず、その合憲性の判断にも影響を及ぼし得るものである」とする。

オ 大西祥世教授の見解（甲A12）

平成27年大法廷判決が通称使用の拡大を合憲の理由の一つとして積極的に評価したのに対し、大西教授は、「実際は婚姻後の氏を用いると事

実上社会的に不利益があるから、旧姓をそのまま用いたい者が増えているという消極的な意味合いがある」と評価する。そして、『通称』は日本国内の一部で利用できるが、グローバル化世界では用いることができず、不利益や不都合はさらに拡大する」点を指摘し、「こうした負担を婚姻の当事者の一方に課すことで成立している通称使用を夫婦同氏制合憲の理由とするのは、『人権の保護者』としての裁判所の役割として疑問であろう」と批判する。

### (3) 小括

このように、学説は、通称使用は改氏の不利益を緩和する側面があるとしても、それは一定程度に過ぎないとする。そして、通称使用の拡大は、女性の社会進出に伴って改氏の不利益が拡大している状況を示すとともに、夫婦同氏制度それ自体にはそのような不利益を解消する手段が用意されていないことを示しているとして、夫婦同氏制度の不合理性・違憲性を基礎づけるものとする。

この点に関し、原告らは、通称使用により夫婦同氏制度がもたらす様々な不利益のうちの一部が一定程度緩和されているとしても、それは限定的であり、既に婚姻自体をためらったり諦めたりする事態が生じている現在において、夫婦が別氏を称することを全く認めないことの理由づけにはならない、むしろ、旧姓の通称使用を認めるということは、夫婦同氏制度自体に不合理性があることを認め、証明していることにほかならないと主張する（訴状第5の4（4）、第2準備書面第3及び同第4も参照）。当該主張は、前述の学説と一致するものである。

## 7 夫婦同氏制度の性差別的側面

### (1) 最高裁多数意見の立場

平成27年大法院判決は、夫婦同氏制度の憲法14条1項適合性に関する検討（第3の2）の中で、「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、また、「我が国において、夫婦となろうとする者の間の個々の協議の結果として夫の氏を選択する夫婦が圧倒的多数を占めることが認められるとしても、それが、本件規定の在り方自体から生じた結果であるということとはできない」とする。

また、平成27年大法院判決は、夫婦同氏制度の憲法24条適合性に関する具体的検討（第4の4（1）イ）の中で、「本件規定は（中略）夫婦がいずれの氏を称するかを夫婦となろうとする者の間の協議に委ねているのであって、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」とする。

## （2）学説の議論状況

学説は、夫婦同氏制度に形式的平等の観点から問題がなかったとしても、約96%（2023年には約95%）の夫婦が夫の氏に統一しており、そのことを国家が認識しながら何らの対応もしないことは、平等の観点から問題であると指摘する。

### ア 高橋和之教授の見解（甲A181）

高橋教授は、憲法14条1項に関して、夫婦同氏制度の下で約96%の夫婦が夫の氏に統一していることは、「法的には差別ではないとしても、実質的に見ると女性が差別されているというべきではないであろうか」として、間接差別の問題と捉える。そして、国家が、「女性に氏を放棄させることへの社会的圧力が働いており、選択の機会の実質的な平等が存在しない」という事実を知りながら、「形式的平等を強制し続けるのは、やはり

差別と見て合理性の論証を求めるべき」とした上で、「女性差別への社会的圧力は、戦前の『家』制度の意識の残滓により生じている」のだとすれば、「まさに『個人の尊厳と両性の本質的平等』が否定した『核心』に属する問題」であるから、「それを放置する国家の不作為は、それだけで違憲というべきもの」として、国家の不作為の平等違反を指摘する（甲A181・188頁）。

イ 江藤祥平教授の見解（甲20）

江藤教授は、憲法14条1項に関する平成27年大法廷判決の判示に関し、夫婦同氏制度の下で約96%の夫婦が夫の氏を選択していることが「平等問題ではないとすると、規定の文言が中立的でありさえあれば、力関係の不平等を利用することで立法者はいかようにも差別的取扱いを正当化することができてしまう」（甲A20・135頁）のは不当であり、アメリカにおける「規制が不釣り合いな結果をもたらすというだけでは平等条項には反しないが、差別の意図や目的があれば違憲になりうる」という判例法理を踏まえ、「立法者はこの不利益〔原告ら代理人注：改氏による不利益〕が専ら女性に偏在していることを認識した上でそれを放置しているのであるから、遅くとも現時点で国会には不作為によって性差別を助長する意図があるとみる余地は十分ある」（甲A20・136頁）として、夫婦同氏制度は平等違反になりうるとする。

また、氏を選択が一括りに性差別の所産とみることは容易でない等の事情があるとしても、「少なくとも、今回のようにあまりに著しい偏差が見られる場合には、規定の在り方自体から生じた結果に準ずるものとみて、平等違反の審査を行うべき」と指摘する（甲A20・136～137頁）。

ウ 浅野博宣教授の見解（甲A182）

浅野教授は、憲法14条1項は、「形式的平等とともに、一定程度の実質的平等も保障していると解釈すべき」とした上で、「法・制度として性別に基づいて区別しているわけではないので形式的には平等であっても、実際は、婚姻時に氏を変更するのがほとんど女性であるというような場合は、14条の問題として検討すべき」とする（甲A182・82頁）。

また、浅野教授は、「夫婦となろうとする者の間の個々の協議の結果として夫の氏を選択する夫婦が圧倒的多数を占めることが認められるとしても、それが、本件規定の在り方自体から生じた結果であるということとはできない」という平成27年大法廷判決の判示について、『文言上』の差別的取り扱いだけでなく『本件規定の在り方自体から生じた結果』については14条の問題に含める趣旨のようである」として、平成27年大法廷判決自身が憲法14条1項において実質的平等を取り扱う余地を否定していないと指摘する（甲A182・82頁）。

#### エ 泉徳治元最高裁判事の見解（甲A171）

泉元最高裁判事は、「96%以上の夫婦において夫の氏を選択するという結果となっていることは、戦前の家制度の意識が根強く残っていることの現れであろう」とした上で、「憲法が、14条1項で性別による差別を禁止し、24条2項で婚姻および家族に関する事項は個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚して制定することを命じているのは、戦前の家制度を禁止することを目的としたもの」であるから、「民法750条は、実質的に妻に改姓を促し、前記の結果をもたらして、家制度の一部を残す働きをしている以上、憲法14条1項及び24条2項に違反する」とする（甲A171・368頁）。

### （3）小括

このように、学説は、本件各規定が形式的平等に反しないとしても、夫婦同氏制度の下で約96%の夫婦が夫の氏を選択していることについて、本件各規定に性差別的側面があると指摘している。

この点に関し、原告らは、女性を従属的な存在とする差別的な意識が社会に強固に残存している中、夫婦同氏制度は、形式的には平等な規定ぶりを通じて、「婚姻したら夫（男性）の氏を名乗るものである」という男女不平等の経験則・価値観を再生産し、実質的不平等を慣習として固定化するという役割を果たしていると主張している（訴状第4の4（3））。また、原告らは、婚姻したら女性が氏を変えるものだという意識や慣習が、婚姻の際の夫婦の氏を選択について強く影響を及ぼしており、本件各規定はこうした氏を選択に対する女性差別的な意識や慣習による影響を固定・助長させるものであるから、その限りで憲法14条1項に違反すると主張している（第4準備書面）。当該主張は、前述の学説と一致するものである。

## 8 婚姻制度の脆弱化及び婚姻の本質との関係

### （1）最高裁多数意見の立場

平成27年大法廷判決は、「夫婦となろうとする者のいずれかがこれらの不利益〔原告ら代理人注：アイデンティティの喪失感や個人の社会的な信用、評価、名誉感情等の維持困難〕を受けることを避けるために、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。」と指摘するものの、婚姻制度がそのような選択をする者を生み出していることの合理性について何ら具体的検討をしない。

### （2）学説の議論状況

学説は、婚姻制度が目的とする婚姻共同生活の保護が、夫婦同氏制度によって阻害されている点を指摘し、本末転倒であると批判する。

ア 床谷文雄教授の見解（甲A183）

民法学者の床谷教授は、「成立した婚姻において本質的といえるものは、相互協力扶助による婚姻共同生活の維持であり、夫婦の氏は、それを補助する存在に過ぎない」と述べ、夫婦の氏は婚姻共同生活の維持という目的のための手段であると位置づける。そうであるのに、夫婦同氏制度の下、一方婚姻当事者の改氏の不利益のために婚姻を妨げられるのは「本末転倒」とであると指摘する（甲A183・191頁）。

イ 窪田充見教授の見解（甲A24）

民法学者の窪田教授は、「夫婦は同氏でなければならない」という夫婦同氏制度は「一定の価値観（結婚観）を他者に強制するもの」であり、「たかだか氏のこと、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、ある種の結婚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のではないかと指摘する。これは、夫婦同氏という一定の価値観の強制により婚姻が妨げられている状況は、法律婚の保護という婚姻制度の目的を阻害する（婚姻制度の脆弱化）とするものである（甲A24・14頁）。

ウ 佐々木くみ教授の見解（甲A170）

佐々木教授は、夫婦同氏制度が、「法律婚の保護というより大きな制度目的」に照らして、「法律婚の利用を希望する者を『取り込む』ための手段」として合理的かを問うことによっても、婚姻選択に課される要件の合理性を審査することが可能であると指摘する。この場合、「婚姻の自由との間で二者択一の選択を迫られている氏に関する問題を人格権といった重要な法的利益とはみなさない場合にも、婚姻選択に課される要件が違憲になる余地が残る」と指摘する（甲A170・99頁）。

エ 木村敦子教授の見解（甲A166）

民法学者の木村教授は、まず、「憲法24条2項は、個人を個人として直接支援・保護するのではなく、家族制度の創設・運用を通じて支援・保護するという点において、家族・家族制度の存在意義を認め、その意味での家族の保護（自律）を認めている」とする。夫婦同氏制度は、この家族・家族制度の存在意義の具体化として捉えることが可能であるところ、夫婦同氏制度が一方当事者に改氏の不利益を強制していることにより、婚姻制度は「配偶者間の不均衡を内包するもの」となり、「憲法24条2項が要請する家族制度に合致しない形になっている」とする。その結果、憲法24条2項が意図した、「婚姻制度を通じて個人が支援・保護されること自体が阻害される（すなわち、法律婚を前提とした婚姻の自由の制約）こと」になり、「本末転倒」とであると指摘する（甲A166・55頁）。

(3) 小括

このように、学説は、夫婦同氏制度は、婚姻共同生活の保護という婚姻制度の根本目的（本質）を阻害し、カップルに法律婚の利用を躊躇わせる点で「本末転倒」とであると指摘する。

この点に関し、原告らは、婚姻の本質は「両性が永続的な精神的及び肉体的結合を目的として真摯な意思をもって共同生活を営むこと」（昭和62年大法廷判決）にあり、夫婦が同氏であることは婚姻の本質から導かれるものとは言えないとして、夫婦同氏制度は婚姻の本質と無関係な事柄による制約であり（訴状第5の4（1））、そのような制約によって実際に婚姻を諦める人々が存在すると主張する（同20頁以下）。当該主張は、夫婦同氏制度の権利制約性の根拠を婚姻制度の根本目的との矛盾に求めるものであり、前述の学説と一致するものである。

## 第4 夫婦同氏制度の合憲性

### 1 最高裁多数意見の立場

平成27年大法廷判決は、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ず、夫婦同氏制度は憲法13条に違反するものではないとする。また、夫婦同氏制度には男女間の形式的な不平等が存在するわけではなく、憲法14条1項に違反するものではないとする。そして、夫婦同氏制度は、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はできず、憲法24条に違反するものではないとする。

### 2 学説の議論状況

前述のとおり、学説は平成27年大法廷判決の判示を徹底的に批判しており、少なくとも現時点において、裁判所が前記結論を維持することが許されないのは明らかである。ここでは、本件各規定の違憲性に明示的に言及する学説を以下に列挙する。

#### (1) 高橋和之教授の見解（甲A162）

高橋教授は、「民法750条の合憲性判断は、憲法24条2項の『個人の尊厳と両性の本質的平等』という日本国憲法の根本原理に反する状態を生みだしており違憲であるとするか、あるいは、人格権あるいは婚姻の自由を制約しており、または実質的平等に反しているがその正当化は困難であり、違憲であるとするのが正しい解決であったと思う」として、夫婦同氏制度を違憲と判断すべきだとする（甲A162・150頁）。

#### (2) 辻村みよ子教授の見解

辻村教授は、「夫婦の一方が旧姓を捨てることを強制する点は憲法13条の氏名権（人格権、「氏の変更を強制されない権利」）や24条1項（夫婦同権）・2項（個人の尊厳）、女性差別撤廃条約16条G項（姓に関する夫婦同権）にも違反する」とする（甲A184・476頁）。

また、氏の変更による不利益が女性に著しく偏在している点については、「この規定〔原告ら代理人注：民法750条〕を憲法14条の実質的平等違反、さらに家族領域での実質的平等保障は24条に委ねられると解した上で、24条2項の両性の平等原則に反すると解することになる」とする（甲A185・138頁）。

### （3）巻美矢紀教授の見解（甲A177）

巻教授は、「夫婦同氏制は『婚姻』を構成するものではなく、憲法上の権利はもちろん利益にさえ優位するものではなく、婚姻の自由に対する直接的制約として、制約の正当化審査を行うべきだったのであり、これまでの考察からして、その正当化は無理であろう」として、本件各規定の違憲性を指摘する（甲A177・95頁）。

### （4）蟻川恒正教授の見解（甲A7）

蟻川教授は、「夫婦となろうとする者のうち、一方のみが氏の変更をせざるをえず、したがって、そのことに伴う不利益を引き受け、他方は氏の変更をする必要がなく、したがって、氏の変更に伴う不利益から一切免れているという配偶者間での不利益の不均衡を民法が『公序』として強制する意味を有する夫婦同氏制は、それ自体が、今日においては、夫婦の間に自律的で対等な関係にもとづく『相互の協力』が構築されることを典型的に困難にする原因となっていると考えるほかなく、憲法24条1項後段の趣旨に沿わないと解するのが相当である」から、民法750条は「憲法2

4条2項の認める立法裁量の範囲を超えて違憲であると解する」とする  
(甲A7・15頁)。

(5) 松井茂記教授の見解 (甲A186)

松井教授は、「かつて『家』制度の下では妻は夫の家の姓を名乗っていたことに照らすと、この規定は一見中立的ではあるが、まさに夫婦が事実上夫の姓を選択することを強制するために設けられたものといえることもできる」から、「これも性差別と捉えるべきであり、同姓を強制するやむにやまれない利益が考えられない以上、違憲というべきであろう」として、憲法14条1項違反になるとする (甲A186・371～372頁)。

(6) 志田陽子教授の見解 (甲A19)

志田教授は、「男女にかかわらず婚姻をしたカップルは必ずその片方が自己アイデンティ感に深くかかわる氏名の継続使用の権利(人格権)を拒まれる結果となるわけで、二者のうちの片方に必ずこの不利益が課され不平等が強いられることになる点で、13条および14条への違反および24条の『個人の尊厳』と『両性の本質的平等』への違反となると考えている」とする。

(7) 田代亜紀教授の見解 (甲A187)

田代教授は、平成27年大法廷判決が憲法24条に立法裁量の限界を画する意義を認めた点に関し、「それが言葉通りになされていれば、本件の結論は合憲にはならなかったのではないか」とする。また、民法学における「夫婦同氏制度は家制度の残滓であり、氏を個人のものとして規定しなおすことが戦後の民法改正がめざした『家』の解体として理論的に貫徹するという指摘」を踏まえ、田代教授は、「この個人主義の観点は憲法学も

共有するはずであり、以上のような解釈から、夫婦同氏制度は憲法 24 条違反であるという結論が導かれるべきだったと考える」とする（甲 A 187・254 頁）。

#### （8）泉徳治元最高裁判事の見解（甲 A 171）

泉元最高裁判事は、憲法 13 条は「個人が自己の呼称を持つことを保障し、その呼称の変更を理由なく強制されないことをも保障している」とした上で、夫婦同氏制度による制約は「必要やむを得ないものとは言えないと言ふべき」とする（甲 A 171・368 頁）。

また、夫婦同氏制度は「実質的に妻に改姓を促し（中略）家制度の一部を残す働きをしている以上、憲法 14 条 1 項及び 24 条 2 項に違反すると解すべき」とする（甲 A 171・368 頁）。

### 3 小括（違憲説が多数であること）

このように、多くの学説が本件各規定の憲法違反を明示している。芦部信喜著・高橋和之補訂『憲法 第七版』（2021 年）が「夫婦同氏強制を憲法違反だとする学説が多数である」（甲 A 31）とするのは、こうした議論状況を踏まえたものである。

## 結語

以上見てきたように、平成 27 年大法廷判決は学説から徹底的に批判しつくされており、こうした批判を踏まえれば、裁判所が遅くとも現時点においてその判示を維持することは不可能である。

このような平成 27 年大法廷判決に当初より内在していた論理的な矛盾や脆弱性に加え、原告らがすでに主張する社会的状況及び意識の変化（第 1 準備書面）、通称使用の拡大と限界（第 2 準備書面）、国会における議論状況（第 7

準備書面)、婚姻後の氏の保持に関する国際的動向(第8準備書面)等を踏まえれば、本件各規定が憲法13条、憲法24条及び憲法14条1項(第4準備書面)に違反するものであり、裁判所が本件各規定について違憲判断をし、原告らの請求を認容すべきことは明らかである。

以上

## 第1 法的性質・権利性

## 1 氏の法的性質・権利性

<p>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」(甲A162)</p>	<p>世界 879 号 138 頁 (2016 年)</p>	<p>「氏のもつ意味が制度により具体化されるという理解自体に疑問がある。名前というものは、社会生活の中で各人を他者と識別し自己を同定する記号である。このような機能をもった名前自体は、国家により創設された制度ではなく、社会の中で自生的に成立したものである。この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という認識が深まり、現在『憲法上の権利』としての保護が与えられるべきだとされるようになったのである。」(144 頁)</p> <p>「かりに氏については国家が家族の呼称として創設し、そのようなものとして法制度のなかに取り込んで規律したとしても、社会のなかで名と一体化し名前＝氏名として機能しているのであり、そこから氏だけを切り離し、氏は国家の法制度により意味が与えられるのであるから人格権の保障は及ばない、などという法律論は、恣意以外のなにものでもない。(中略)氏にも保障は及ぶとして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。」(144 頁)</p>
<p>小山剛 「憲法上の権利の制限と内容形成」(甲A43)</p>	<p>法学研究 97 卷 2 号 1 頁 (2024 年)</p>	<p>「法律依存性を理由に、すべてがパッケージの内容等を定める立法者の裁量であるとするのは論理の飛躍であり、民法 750 条等の規定は人格権および婚姻の自由に対する制限として捉えるべきである」(17 頁)</p> <p>「氏名は人格権の一内容であるとしても、ある氏名の最初の取得は人格権とみることはできないであろう。氏および名は、初めから個人の人格ないしアイデンティティと結びついているのではなく、結びつきは、その氏名を用い、他者との接触の中で自己の人格の発展を積み重ねることによって成立し、強固となる。氏名は、自らによっても他者によっても繰り返し用いられることで自己同一性を確認するための最も重要な結節点の一つであり、人格権のうち、アイデンティティを構成する要素として憲法上、保護される。そのような段階において氏の変更を強いること</p>

		<p>は、憲法上の権利に対する制約と捉えられるべきであろう。」(18頁)</p> <p>「氏が名とともに個人の個別性の表現であるとすれば、氏の変動を規律する規律を、人格権の内容を確定する規定であるとみるべきではない。」(23頁)</p>
<p>小山剛</p> <p>「夫婦同氏制を定める民法750条の合憲性」(甲A168)</p>	<p>ジュリスト 1505号 22頁(2017年)</p>	<p>「本判決〔原告ら代理人注：平成27年大法廷判決〕は、家族性の側面を重視し、人格権的構成を退けているが、氏に家族性があり、身分の変動に伴い氏が変わりうることは、権利論的構成それ自体を退ける理由にはならず、制約の正当化を容易にする要素であっても、制約という性質自体を変えるものではないだろう。また、氏が法に従い、身分に応じて変動するものであるとしても、氏の決定と氏の変更は、別に考える余地がある。既得の氏を変更するルールには、より高度の正当化が要求されよう」(23頁)</p>
<p>井上亜紀</p> <p>「氏名の変更を強制されない自由」(甲A163)</p>	<p>佐賀大経済論集 51巻4号91頁(2019年)</p>	<p>「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。」(103頁)</p> <p>「権利の具体的内容形成が法律に委ねられてい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。」「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。」「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。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理由とはなり得ない。」(103～104頁)</p> <p>「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</p>

		<p>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〔原告ら代理人注：平成27年大法廷判決〕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。」「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。」 (104～105頁)</p>
<p>二宮周平 「最大判平 27・12・16 と憲法的価値の実現(2)～夫婦同氏強制制度」 (甲A164)</p>	<p>戸籍時報737号28頁(2016年)</p>	<p>「多数意見も少数意見も憲法13条を規範として作動させなかったことへの疑問を呈したい。違憲とする少数意見も憲法13条には言及しなかった。(中略)個人の尊厳を明記する憲法24条2項に照らして本件規定の違憲性を根拠づけることができるとしても、氏名が人格権であることを根拠づけるのは13条ではないだろうか。」「現行法においては、氏は、親子同氏の原則(婚内子は父母の氏、婚外子は母の氏を称する)で自動的に定められ、名は、親の命名によって定められる。こうして定められた氏名で人は生きる。前述のように氏名には、個人の識別機能と人格の象徴としての意義があり、人格の同一性を保持するためには、氏名の同一性の保持が不可欠となる。とりわけ日本では、個人を氏で表現する慣例があるので(木内意見22頁)、氏の変更を強制されない権利ないし自由を内包するものである。」(38頁)</p> <p>「憲法13条は、15条以下の個別的権利を包含する規定であると同時に、15条以下で規定されていない権利の根拠規定でもあるのだから、人格権も13条で根拠づけられる。したがって、氏の変更を強制されない権利は、人格的生存にとって不可欠の権利、すなわち人格権として憲法上の保障を受けており、本件規定は13条違反ではないのか。」(38頁)</p>

辻村みよ子 「憲法と姓一民法750条違憲論の諸相」(甲A18)	ジェンダー法研究第8号35頁 (2021年)	『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(もしくは『尊重』)されていると解することが基本である。この権利の合理性を審査する場合の違憲審査基準として、厳格審査基準(=必要最小限の基準)までゆかない場合も、せめてLRAの基準が妥当であると考えられる。」(42~43頁)
江藤祥平 「行政判例研究653」(甲A20)	自治研究94巻5号127頁(2018年)	「本判決[原告ら代理人注:平成27年大法廷判決]は、法制度や身分関係を根拠に議論を展開しているが、その内実は明確ではなく、氏の変更に関する人格権の権利性を否定する論拠としては不十分といえる。」(133頁)
作内良平 「婚姻による氏の変更と個人の尊厳—最大決令和3年6月23日(令和2年(ク)第102号)の検討一」(甲A188)	都法62巻2号163頁(2022年)	「理論的に見れば、氏(名)は、(住所が人格と財産とを結びつけるように)ある人間の活動をその個人に帰属させるための結節点と位置づけることもできるだろう。(中略)このように考えると、『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』(三浦意見、7頁[原告ら代理人注:令和3年大法廷決定の裁判所サイト所掲のpdfファイルの頁])氏名は、社会において個人が自律的に活動するために法によって用意された基盤だといえる。(中略)仮に法人格という言葉を用いるならば、法人の活動の継続性を妨げるような制度が用意されていることがここでの問題である。」(196頁)
小山剛 「憲法上の権利の制限と内容形成」(甲A43) ※ドイツの憲法判例	法学研究97巻2号1頁(2024年)	「[原告ら代理人注:ドイツ]連邦憲法裁判所は、氏の放棄の強制や、婚姻締結に前提条件を課すことを、一般的人格権ないしは婚姻の自由に対する制約であると捉え、比例原則を中心とした憲法上の正当化を要求してきた。」(7頁)  [ドイツ連邦憲法裁判所1988年決定](9頁~10頁) 「連邦憲法裁判所は、夫婦同氏制は自己の氏が婚氏とならなかった者の人格権に違反するものではないとしたが、氏の意義および夫婦同氏の強制が人格権を制約するものであるか否かについて、次のように説いている。」

		<p>「人間の出生氏は一般的人格権に含まれている。出生氏は、区別および帰属のメルクマールとして機能するだけでなく、アイデンティティと個別性 (Identität und Individualität) の表現でもある。それゆえ、各人は、法秩序が自己の名前を尊重し、保護することを要求することができる」。</p> <p>「自己の名前について認められる高い価値に鑑みれば、侵害は重要な理由なしに行われてはならず、比例原則に従ってのみ行われなければならない」。</p> <p>[ドイツ連邦憲法裁判所 2004 年前婚氏判決] (10 頁～12 頁)</p> <p>「2004 年判決は、再婚にあたり、前婚解消後も用いていた婚氏を新たな婚氏として選択できないとした民法 1355 条 2 項を違憲としたものである。」</p> <p>「まず氏について、本判決は、1988 年決定ほかを引用し、基本法 1 条 1 項と結びついた 2 条 1 項は、人の名前をアイデンティティと個別性の表現として保護するとし、『この保護には、名に加えて、氏も含まれる』と明示した。」</p> <p>「制限については、次のように説示されている。『一般的人格権は、名前の持ち主を、名前のはく奪や義務的な変更から保護する』。」</p> <p>「比例原則による実質的正当化については、次のように説示されている。『氏名権への介入は、自己の名前に認められる高い価値に鑑みると、重要な理由なしに行われてはならず、比例原則に従ってのみ行われなければならない (中略)。』」</p> <p>[ドイツ連邦通常裁判所 2020 年呈示決定] (12 頁～14 頁)</p> <p>「これは、成年者が養子となる養子縁組について、養親の氏への変更を強制する民法の規定には違憲の疑いがあるとして、連邦憲法裁判所への呈示決定を行ったものである。」</p> <p>「養子の氏について、民法 1757 条 1 項 1 文は、『養子は、養親の氏を自らの出生氏として取得す</p>
--	--	--

		<p>る。』と定める。同条3項1文2号によれば、養親の申立ておよび養子の同意があれば、家庭裁判所は、『重大な事由によりそれが子の福祉のために不可欠と認められる場合』に、養子縁組により取得する新たな氏の前または後に、従来を付加することを認めることができる。また、民法1767条2項1文は、これらの規定が成年養子にも適用されるとしている。」</p> <p>「本件の呈示決定理由では、出生氏の付加のみが許容されていることにより、『法律は、氏名権を内容形成する規律を行っただけではなく、一般的人格権への介入を行っただけ。この法律は、養子となる者に対して、養子縁組以前に用いていた名前を引き続き単一の家族氏として用いることを禁止するためである』と説かれている。」</p> <p>「続く実質的正当化の審査において、同決定は、養親の家族への新しい所属を対外的にも可視化させるという目的は正当であり、手段は適合的かつ必要であるが、要求可能性に違反すると判断した。」</p> <p>「成年者は、未成年者と比較して、従前の氏名を引き続き用いることについての高い利益 (Interesse) を有する。『継続を求める利益の重要性は、氏のアイデンティティ形成機能を鑑み、とくに高く評価されなければならない。』」</p>
--	--	---

## 2 婚姻の法的性質・権利性

<p>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」(甲A162)</p>	<p>世界879号138頁 (2016年)</p>	<p>「たしかに、法律上の婚姻は制度の問題であろう。しかし、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。したがって、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。もし不必要な制限であれば、その制限は憲法違反なのである。」(147頁)</p> <p>「婚姻制度は(中略)社会で自生的に成立する人間の営みであり、しかしそれをまったく各人の自由に任せるといろいろな問題が生じるので、それを予防し皆が平等に婚姻生活を送ることが</p>
--	-------------------------------	--

		できるように、社会の要請に応じて国家が規律を施したものである。したがって、婚姻の要件は、婚姻の自由を制限するものであり、なぜその要件が必要かの論証が必要なのである。正当化が論証し得ない場合には、当然違憲となる。」(147頁)
卷美矢紀 「夫婦同氏制に関する民法 750 条・戸籍法 74 条 1 号の合憲性」(甲 A 2 2)	法学教室 493 号 137 頁 (2021 年)	「婚姻は、法制度を前提とするとはいえ、(中略) 憲法 24 条 1 項は婚姻の成立要件として両当事者の『合意のみ』を明記することから、それは憲法上の要請として、婚姻制度の中核をなす。この制度の中核につき国家は原則として侵害しえないという意味での、婚姻の自由は、憲法 24 条 1 項により直接保障されると解すべきである (中略)。そして、合意以外に要件を課すことは、それが戸籍法も含めた制度の結果であっても、制度の中核の侵害である以上、婚姻の自由の直接的制約として、厳格な合憲性審査をすべきであろう。」(137 頁)
宍戸常寿 「第 20 章 家族」 (甲 A 1 6 5)	渡辺康行他『憲法 I 基本権 第 2 版』482 頁 (2023 年)	「憲法 24 条 1 項の『婚姻をするについての自由』は、両性の自由かつ平等な意思決定により (第三者の同意等を要せず) 『婚姻』が成立するという防御権的側面に加えて、『婚姻』という法制度を利用する権利という側面を含む」(483 頁)
小山剛 「憲法上の権利の制限と内容形成」(甲 A 4 3)	法学研究 97 巻 2 号 1 頁 (2024 年)	「夫婦別姓訴訟で問題の氏は、そもそも出生時に法の定めるところに従い決定したものであり、婚姻は、法律婚である。その限りで、氏名権も婚姻も、ひとまずは法制度によってその具体的内容が定まる権利・自由に属するといえよう。」(6 頁) 「基本権が法律による内容形成を必要とすることは当該基本権から憲法上の権利・自由としての属性を奪うものではなく、法律と憲法の優劣関係を逆転させるものでもない」(7 頁)
長谷部恭男 (甲 A 1 8 9)	『憲法の理性 (増補新装版)』128 頁 (2016 年)	「婚姻の自由 (中略) など、国会による制度の設営があってはじめて存立しうる権利であっても、各制度の内容について、きわめて広範な立法裁量が認められる抽象的な権利にとどまるとの結論が直ちに導かれるわけではない。」

## 第2 夫婦同氏制度の権利制約性

## 1 本件二者択一構造の制約性

<p>小山剛 「憲法上の権利の制限と内容形成」(甲A43)</p>	<p>法学研究 97 巻 2 号 1 頁 (2024 年)</p>	<p>「現在では、国家の作用形式が命令・強制から非権力的・間接的手段へと多様化した等を受け、侵害概念の拡張が図られてきた。」「もとより、婚姻の断念、あるいは氏の変更が、単なる不快感や負担といった、ごく軽微な不利益しか与えないのであれば、婚姻締結に際して夫婦同氏を強制しても、憲法上の権利・自由に対する制約だと声高に問題視されることはないであろう。古典的『侵害』概念が緩和され、名宛人に対する直接的で目的的な命令・禁止にとどまらず、事実上の制約や間接的制約に拡張されたとしても、一定の閾値を越えた実質的負担のみが、憲法上の正当化を要する制約となるためである。」「法律婚の意義が希薄になり、婚姻率も低下し、法律婚が法的にも社会生活上も、事実婚と変わらないのであれば、法律婚を断念しても閾値を超えた負担は生じていないとすることができよう。また、時代が変わることで現在の氏がアイデンティティ形成機能を失い、人格的価値として認識されないようになれば、氏の変更を迫られても閾値を超えた負担は生じないことになろう。しかし、現在はそのいずれでもない。」(19 頁)</p> <p>「夫婦同氏の憲法適合性は、憲法 13 条のほか、当然に 24 条 1 項に照らして審査されることになろう。(中略) 氏の変更を強いることの憲法適合性として問題設定し、その正当化審査の中に婚姻の自由に対する制約を取り込むことも、婚姻の自由に対する制約の憲法適合性として問題設定し、その正当化審査の中に氏の変更の強制を取り込むこともできよう。憲法 13 条と 24 条 1 項は、夫婦同氏制においては不可欠に結びついている。」</p>
<p>木村敦子 「夫婦の氏と婚姻の自由—『家族の呼称』としての氏の分析を中心</p>	<p>法律時報 94 巻 6 号 50 頁 (2022 年)</p>	<p>「夫婦の氏にかかる規定は、夫婦の氏及び婚姻に関する決定を要求する点において、婚姻の要件であり、婚姻を制約する。婚姻が婚姻制度に依拠する権利であるとしても、こうした身分法制に基づく(外在的)要請に基づく婚姻の自由に対する制約を正当化できるかどうかの検証が必要である。」(52 頁)</p> <p>「このように婚姻の自由が具体的な法制度を前提としているとしても、その法的効果の一つで</p>

に」(甲A166)		ある夫婦同氏制に関しては、法律婚制度に不均衡性が内在し、法制度が婚姻当享者に不均衡を課している点において、その他の婚姻の法的効力と大きく問題の質を異にする。それゆえ、法律婚が抱える配偶者間の不均衡と法による強制を理由に、婚姻制度を選択しないことは、単に『法律婚制度の内容の一部……が意に沿わないことを理由に婚姻をしない』との選択にとどまるものではない。まさに、配偶者間の不均衡性を内包する婚姻制度のあり方それ自体が、婚姻をするかどうかの決定を妨げていると捉えるべきである。」(54頁)
江藤祥平 「行政判例研究 653」(甲A20)	自治研究 94 卷 5 号127頁(2018年)	「最高裁も、(中略)『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』場面であるから、氏の変更の『強制』ではないとの理由づけを加えている。しかし、これは強制の定義をはき違えた説示である。強制とは、行為主体の選択肢の幅を減少させる場合、すなわち選択肢の幅が十分な程度を下回る場合や、特定の選択肢を追求しないように迫られる場合に認められる。本判決は、婚姻は自らの意思で選択するから氏の変更の強制には当たらないというが、ここでは婚姻をして氏を改めるか、婚姻をあきらめるかの二択しかなく、婚姻をして氏を保持するという選択肢は与えられていない。婚姻の自由を前提にする限り、この二択から選ぶべきとすることは強制に当たるといわざるをえない。」(132～133頁)
井上亜紀 「氏名の変更を 強制されない自 由」(甲A163)	佐賀大経済論集 51 卷 4 号 91 頁 (2019年)	「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。(中略)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、この点の説明は十分ではない。」(106頁)
泉徳治	石川健治他『憲法	「婚姻をするには、民法 750 条により、夫または妻のいずれかが必ず改姓しなければならない

「最高裁の『総合的衡量による合理性判断の枠組み』の問題点」(甲A171)	訴訟の十字路—実務と学知のあいだ』弘文堂 335頁 (2019年)	のであるから、同条が婚姻をすることに対する一つの制約であることは間違いのないところである。そのことを肯定した上で、その制約が正当性を有するか否かを審査すべきであった。」
--------------------------------------	-----------------------------------	--

## 2 夫婦同氏制度と憲法上の婚姻

高橋和之 「第9章 婚姻の自由と家族制度」 (甲A167)	『立憲主義と日本国憲法 第6版』281頁 (2024年)	「婚姻の成立とその効果の区別は、民法あるいはその解釈論が行っているものであり(中略)、憲法が行っている区別ではない。憲法24条1項が定めているのは婚姻の成立要件と内容要件である。かりに法律論としては、氏の変更要請は法律上の婚姻の成立要件ではないとしても、そのことが憲法24条1項の解釈の決め手とはならない。憲法論としては、氏の変更が法律上の婚姻の成立要件か効力かとは関係なく、氏の変更を要請する法律規定が憲法24条1項の規定を制約するかどうかを憲法の観点から独自に判断しなくてはならないのである。(中略)では、氏を同一にすることは、1項の定める要件により要請されているものか。そうではないだろう。1項の想定する婚姻が、夫婦の氏を同一にすることを要請しているとは読みようがない。そうだとすれば、氏を同一にしないで婚姻することは、婚姻の自由の保障範囲に含まれているということになる。ゆえに、氏を同一にすることを定める民法750条は、それが婚姻の成立要件か効力かとは関係なく、婚姻の自由を制約していることになる。」(299～300頁)
宋戸常寿 「第20章 家族」 (甲A165)	渡辺康行他「憲法I 基本権 第2版」482頁 (2023年)	「届出が適法に受理されない限り婚姻の効力は生じない以上、民法750条と戸籍法74条1号は一体として夫婦同氏を婚姻の要件と定めるものであり、(中略)夫婦同氏制が婚姻をすることについての自由を直接的に制約するものと解すべきであろう。」(486頁)
小山剛	ジュリスト 1505	「婚氏決定は、婚姻届が受理され、法律婚が成立する前提条件である。また、夫婦同氏の強制

「夫婦同氏制を定める民法 750 条の合憲性」(甲 A 1 6 8)	号 22 頁 (2017 年)	は、婚姻それ自体に本質的に内在するものではなく（現に[選択的]夫婦別氏制を採用する国が多数存在する）、家族を他者から識別するという、社会的・外在的な要請による。そうであれば、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。」(23 頁)
木村敦子 「夫婦の氏と婚姻の自由－『家族の呼称』としての氏の分析を中心に」 (甲 A 1 6 6)	法律時報 94 卷 6 号 50 頁 (2022 年)	「婚姻が婚姻制度に依拠する権利であるとしても、こうした身分法制に基づく（外在的）要請に基づく婚姻の自由に対する制約を正当化できるかどうかの検証が必要である。」(52 頁)

### 3 婚姻制度の画一性・規格化との関係

米村滋人 『婚姻の自由』に関する基本的な問題状況」(甲 A 1 6 9)	法律時報 94 卷 6 号 7 頁 (2022 年)	「婚姻を希望する者は、婚姻の効力を一括して受け入れる必要があり、婚姻をした者には婚姻の効力がすべて発生する。それゆえ、婚姻を望む個人が自らに適用される婚姻の効力を選択することはできない。その意味での婚姻制度の画一性は当然の前提となっている。」「しかし、その意味における婚姻制度の画一性を根拠に、憲法 24 条の定める『婚姻の自由』を限定的に解することは、論理必然的に導かれるものではない。むしろ、両者は全く別の問題であるとするのが論理的である。いかなる内容の婚姻制度であっても、およそ立法により婚姻制度が定められ、それを国民が選択可能になっているのであれば婚姻の自由の侵害はないと解するのでは、人権としての婚姻の自由は存在しないのと同様となる。」(9～10 頁)
江藤祥平 「夫婦の氏とデモクラシー」(甲	法律時報 94 卷 6 号 44 頁 (2022 年)	「規格化の要請とは、要するに一つのパッケージとして構築される必要があるということである。」(47 頁) 「規格化を背景とする法廷意見の議論は理論的には脆弱である。一つには、それが立法趣旨を

A 2 9)		ほとんど顧慮できていない点にある。24 条の立法趣旨は（中略）民主主義を根底から固めるべく、新しい家族道徳を生み出すための自由な基盤を保障するところにあった。（中略）ところが、規格化の議論は、制度が社会に通用していることを正統性の根拠とするから、この立法趣旨は殆ど意味をなしていない。」（47～48 頁）
江藤祥平 「行政判例研究 653」(甲 A 2 0)	自治研究 94 巻 5 号 127 頁(2018 年)	「氏が一定の法制度を前提にすることはそのとおりであるとしても、そのことから直ちに憲法上の権利の内容が民法により規律されることにはならないはずだからである。たとえば、憲法 25 条の生存権も法制度による具体化を必要としているが、だからといって『最低限度』の生活か否かの判断が、下位法に一任されるとは考えられていない。これは、生存権のような請求権的側面が問題となる自由でさえそうなのであるから、自由権的側面が問題である憲法 13 条の文脈ではなおさらそうといえる。」（131 頁）
小山剛 「夫婦同氏制を定める民法 750 条の合憲性」(甲 A 1 6 8)	ジュリスト 1505 号 22 頁(2017 年)	「確かに、法律婚は、法律による内容形成を必要とする。しかし、だからといって、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えないわけではない。（中略）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。」（23 頁）
小山剛 「憲法上の権利の制限と内容形成」(甲 A 4 3)	法学研究 97 巻 2 号 1 頁(2024 年)	「法律依存性を理由に、すべてがパッケージの内容等を定める立法者の裁量であるとするのは論理の飛躍であり、民法 750 条等の規定は人格権および婚姻の自由に対する制限として捉えるべきである」(17 頁)
渡辺康行 「憲法判例のなかの家族一尊属殺重罰規定違憲	駒村圭吾編『テクストとしての判決』有斐閣 69 頁(2016 年)	「ある権利が制度構築に依存していることを認めることが、『制度優先思考』を直線的に導くわけではない。」(107 頁) 「立法部による家族制度の構築に関して、憲法上の権利に対する制約があると構成できる場合、あるいは現在の制度が立法裁量の枠を超えている場合については、裁判所がそれを統制しなけ

判決と婚外子法定相続分規定違憲決定」(甲A190)		ればならない。夫婦同氏規定合憲判決は、そのような事例だったのではないか。」(107頁)
---------------------------	--	---

### 第3 合理性判断

#### 1 合理性判断の対象

小山剛 「憲法上の権利の制限と内容形成」 (甲A43)	法学研究97巻2号 1頁(2024年)	「憲法適合性の審査は、夫婦同氏制の(とりあえずの)合理性ではなく、夫婦同氏を強いること、すなわち、婚氏を定めない限り婚姻締結を認めず、婚姻を望む者には(その少なくとも一方に)氏の放棄・変更を強いることの合理性が審査されなければならない。」(23~24頁)
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」 (甲A170)	憲法研究第10号 87頁(2022年)	「夫婦同氏制を違憲と判断した個別意見は、いずれも『夫婦同氏がおよそ例外を許さないこと』の合理性を審査している。これに対して、これを合憲と判断した多数意見は、夫婦同氏制によってもたらされる不利益が通称使用によって緩和されると述べるだけで、およそ例外を許さないことについて、その目的などの合理性は審査していない。直接的制約が否定され間接的制約あるいは事実上の制約しか認定されなかった従来の最高裁判例でも、当該制約にフォーカスした審査が行われてはいることと比較すると、夫婦同氏の例外を許さないことは、低く見積もっても、義務的考慮事項の一つである婚姻制度へのアクセス可能性を減じているといえ、2015年判決の憲法適合性審査が不十分であることは否めないだろう。」(99頁)
泉徳治 「最高裁の『総合的衡量による合理	石川健治他『憲法訴訟の十字路—実務と学知のあい	「最大判[原告ら代理人注:平成27年大法廷判決]は、法律が現に定めている夫婦同氏制にもメリットがあること等を『総合的に考慮すると』夫婦同氏制が合理性を欠く制度であるとは認められないと言う。憲法上の保障である個人の尊厳と両性の本質的平等から導かれる自由であ

性判断の枠組み』の問題点」(甲A171)	だ』弘文堂 335 頁 (2019 年)	<p>るところの『婚姻の際に氏の変更を強制されない自由』を制約することの目的が正当なものであるか、夫婦同氏を強制することが同目的達成のため必要不可欠なものであるかの審査を行っていない。(中略) 夫婦同氏制は家族制度を営むのに不可欠な存在ではないのである。その夫婦同氏制によって『氏の変更を強制されない自由』を制約することがなぜ必要なのかを説明すべきところ、最大判にはその説明がない。」(369 頁)</p> <p>「結局、最大判は、婚姻および家族制度に関する法律制度の趣旨説明に終始し、違憲審査として当然行うべき①『氏の変更を強制されない自由』が憲法 13 条によって保障されているか、②民法 750 条の立法目的は何なのか、③夫婦同氏の強制が憲法 24 条 2 項の保障する『個人の尊厳と両性の本質的平等』に適合するのかの審査を十分に行っているとは言い難い。」(370 頁)</p>
土井真一 「婚姻の際に夫婦別氏の選択を許さない民法 750 条及び戸籍法 74 条 1 号の合憲性」(甲A26)	新・判例解説 Watch 憲法 No. 195 (2022 年)	「争点は、夫婦のうち一方のみが氏の変更に伴う不利益を甘受せざるを得ないという不均衡を公序として強制することが合理的か否かにあ」る。(2 頁)
木村敦子 「夫婦の氏と婚姻の自由－『家族の呼称』としての氏の分析を中心に」(甲A166)	法律時報 94 巻 6 号 50 頁 (2022 年)	「夫婦同氏制においては、両者が、氏を維持するという権利を同時に実現することができない仕組みになっており、その点が問題なのである。」(54 頁)

## 2 憲法24条における裁量審査

<p>駒村圭吾 「時論 褪色する“家族の肖像”と最高裁」(甲A172)</p>	<p>ジュリスト 1565号 91頁 (2021年)</p>	<p>『個人の尊厳と両性の本質的平等』という『要請、指針』は、『様々な要素を検討して行われべき立法作用に対してあえて』憲法が明示したものであったにもかかわらず、『様々な要素』の検討に対して『あえて』明示したその指針自体もまた『多様なもの』が想定されるから、元に戻って『国会の多方面にわたる検討と判断』に委ねるべきである、と結論するのである。(中略) 循環論に陥りかねないこの奇妙な論法によって、選択的夫婦別氏制を含む婚姻制度のあり方は、はなから『国会で論ぜられ、判断されるべき事柄』に投げ出される運命にあったと言ってよい。」(91～92頁)</p>
<p>篠原永明 「制度形成の統制」(甲A173)</p>	<p>法律時報91巻5号 26頁 (2019年)</p>	<p>「考慮事項調整型の統制枠組みの下では、裁判所は複数の考慮事項を同時に睨んだ審査をしなければならぬ結果、論証の軸が定まらず、論証が不明確なものになってしまう危険がある。例えば、夫婦同氏制合憲判決は、アイデンティティの喪失感への配慮、氏の選択における婚姻する男女の実質的平等への配慮など、幅広く考慮事項を列挙しているが、結局、どれが夫婦同氏制(民法750条)において決定的な考慮事項なのか判然とせず、列挙された考慮事項が全て、夫婦同氏制の合憲性を論証する中で有意義に機能しているわけでもない。」(30頁)</p> <p>「問題にし得る考慮事項を幅広く単純に列挙することは、むしろ論点を曖昧にするだけで、制度形成の実効的な統制に資するものではない。先ずは、憲法上の要請である義務的考慮事項と考慮禁止事項を特定し、それらに焦点を絞った議論を組み立てる必要がある。」(31頁)</p>
<p>土井真一 「婚姻の際に夫婦別氏の選択を許さない民法750条及び戸籍法74条1号の合憲性」(甲A2)</p>	<p>新・判例解説 Watch 憲法 No. 195 (2022年)</p>	<p>「①24条2項にいう家族に関する事項は多岐にわたり、国会の合理的裁量の範囲については事の性質上広狭あり得るところであり、問題となる事項や権利・利益の内容・性質等に照らして具体的に設定されるべきこと、②個人の尊厳は、立法の一考慮要素ではなく、立法の限界を画するものであり、憲法上尊重すべき重要な人格的利益が問題となる場合には、当該利益の性質、内容、その制約の態様・程度等を考慮に入れて判断すべきことに留意する必要がある。」(3頁)</p>

6)		
江藤祥平 「夫婦の氏とデモクラシー」(甲A29)	法律時報94巻6号 44頁(2022年)	「24条2項は本来、立法裁量を説いた規定ではなかった。(中略)24条2項は1項の保障を切り詰めるものではなく、その保障をより十全にしようとして設けられたものである。」(46頁) 「24条1項の保護範囲を『婚姻をするかどうか、いつ誰と婚姻をするか』についての意思決定に限定して、その他の利益はすべて婚姻制度の内容形成に関わる事柄として、24条2項における国会の立法裁量で考慮すべきものとしている。これは同じ民主主義でも、家族の民主化ではなく、憲法問題を民主主義的なプロセスに委ねるもので、24条の包囲を形骸化することに等しい。」(47頁)
泉徳治 「最高裁の『総合的衡量による合理性判断の枠組み』の問題点」(甲A171)	石川健治他『憲法訴訟の十字路—実務と学知のあいだ』弘文堂335頁(2019年)	「夫婦の96%以上が夫の氏を選択している日本社会にあって、自己の婚姻前からの氏を保持し続けようとする女性は社会的少数者である。社会的少数者の憲法で保障された権利については、少数者に対する偏見のために民主政の政治過程による保護が働きにくいから、当該権利に対する制約の合憲性は裁判所が厳格に判断すべきである。」(370頁) 「最大判が、選択的夫婦別氏制の採否を国会の判断に全面的に委ねているのは、少数者の権利保障については多数決原理の民主政が有効に機能せず、裁判所が積極的に乗り出すべき役割を担っていることの認識を欠いていると言わざるを得ない。」(370頁)
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」(甲A170)	憲法研究第10号 87頁(2022年)	「夫婦同氏制が法律婚を利用させないことをねらいとしたものではないとしても、法律婚の利用を希望するにもかかわらず法律婚を全面的に利用できないという事態も生じている現実を踏まえるならば、少なくとも、安易に間接的制約に位置付けて審査密度を緩めるべきではない。」(94頁)
小山剛 「夫婦同氏制を定める民法750条の	ジュリスト1505号 21頁(2017年)	「氏が法に従い、身分に応じて変動するものであるとしても、氏の決定と氏の変更は、別に考える余地がある。既得の氏を変更するルールには、より高度の正当化が要求されよう。」(23頁)

合憲性」(甲 A 1 6 8)		
-----------------	--	--

## 3 配偶者間の不均衡

蟻川恒正 「家族への法的介入と憲法」(甲 A 7)	法律時報 90 卷 11 号 10 頁 (2018 年)	<p>「氏の変更により、他者から見た同一性識別が弱まった結果、過去の自己の業績が氏を改めた後には自己の業績として評価されにくくなったり、それまでに苦勞して構築した職業上の信用等が現在の自己に帰属しにくくなったりすると、氏の変更によるアイデンティティの喪失感は一層増幅されることとなるであろうし、仕事のやり甲斐という面でも、それまでと同様の自己充足感を得るのは難しくなるであろう。そうした違和感が嵩じて、氏を改めなかった他方当事者との生活において協調性を発揮することができなくなる可能性があることも容易に想像されるところである。</p> <p>他方、夫婦のうち、氏を改めなかった者は、配偶者のそうした失調を知覚しても、十分な理解ができない場合には、これを夫婦の共同生活に支障をもたらすものと捉えて不快の念を抱く場合もありうる場所である。</p> <p>これらの結果生じた小さな不協和が積み重なると、夫婦は相互に不信を募らせることとなり、互いを自律した人格として尊重し、対等な関係性の基盤の上に協力して婚姻生活を築くことが難しくなる。</p> <p>同様の消息は、夫婦が相互に不信を募らせない場合にも生じうる。夫婦は、互いに、配偶者の生活の安定のために配慮し、努力したいと考えるのが通例であるところ、氏を改めなかった一方配偶者は、氏を改めた他方配偶者が前記のような不利益の故に苦しむ姿を前にしても、他方配偶者を氏の変更前の状態に戻すことは法制度により不可能であるから、他方配偶者の人格的利益を快復させるために助力することは自らの努力をもってしてはできない。しかも、さればとって、かかる他方配偶者の苦境を軽減しようとして、氏を改めなかった一方配偶者が不</p>
------------------------------	------------------------------	---

		<p>均衡ないし不平等な形で家事の分担等を引き受けるならば、共同生活の安定を掘り崩すことにもつながりかねない。</p> <p>このように、民法 750 条の下で夫婦が健全な協力関係を構築することができない事態は、決して例外的な事象とはいえないのである。」(14 頁)</p>
<p>蟻川恒正 「夫婦同氏制の合憲性」(甲 A 1 7 4)</p>	<p>別冊ジュリスト 239 号 14 頁 (2018 年)</p>	<p>「夫婦の氏を決定する協議により『真に自由な選択』が可能になったとしても、また、氏の変更により生じる不利益が今後通称使用の著しい拡大などによって相当程度緩和されたとしても、夫婦のうち一方のみが氏の変更による何らかの不利益を引き受け、他方はそうした不利益から一切免れているという配偶者間での不利益の不均衡を民法が『公序』として強制していることの問題性は解消されない。」(15 頁)</p>
<p>木村敦子 「夫婦の氏と婚姻の自由—『家族の呼称』としての氏の分析を中心に」(甲 A 1 6 6)</p>	<p>法律時報 94 巻 6 号 50 頁 (2022 年)</p>	<p>「婚姻当事者は、等しく、氏に関する決定、具体的には『氏を維持するか、氏を変更するか』に関する決定する権利を有している。しかし、夫婦同氏制においては、両者が、氏を維持するという権利を同時に実現することができない仕組みになっており、その点が問題なのである。夫婦同氏制は、一方婚姻当事者による氏の決定が他方の氏の決定権の行使を妨げうる点で、配偶者間の不均衡を内包している。こうした配偶者間の不均衡を内包する婚姻制度は、対等な婚姻当事者による協力に基づいた婚姻の維持・形成を要請する憲法 24 条 2 項の趣旨と合致しないと考える余地がある。」(54 頁)</p>

#### 4 「家族の呼称」としての意義

<p>床谷文雄 「〔夫婦の氏〕第 750 条」(甲 A 1 7 5)</p>	<p>『新注釈民法(17) 親族(1)』167 頁 (2017 年)</p>	<p>「個人の氏名のうち、『氏』は夫婦・親子など一定の身分関係にある者が共通に称する法律上の呼称であり、『名』と合わさって個人を識別・同定するための標識であるとともに、他者との関係性を示す機能も有する。氏は、戦前の『家の氏』(家名) から、戦後改正民法の下で家制度の廃止に伴い『個人の呼称』へと変じたとの理解が一般的である (新版注民(21)347 頁〔黒木〕、新基本法コメ 52 頁〔窪田充見〕)。」</p>
--	--	---

<p>窪田充見 「二つの最高裁大法廷判決」(甲A176)</p>	<p>判例時報 2284 号 57 頁 (2016 年)</p>	<p>「戦前の明治民法においては、『戸主及ヒ家族ハ其家ノ氏ヲ称ス』(同 746 条)と規定され、氏は「家の呼称」であった。そこでは、夫婦同姓か、別姓かという問題自体が成立する余地はなかった。それに対して、家という概念が廃止された戦後の民法においては、氏については、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。その点で、個人のアイデンティティをめぐる問題として、これが扱われたことは当然であるし、また制度設計についても、その点をふまえて制度を設計すべきだということになる。なお、現行法上においても、戸籍制度との関係では、氏について、単なる個人の名称の一部に限定されない、「家族の呼称」としての側面があるのではないかということは考えられる(なお、大法廷判決では、「家族の呼称」としての意義について言及されている。ただし、現行民法においては、そもそも「家族」という概念が明確に規定されているわけではないという点は確認しておくべきであろう)。たとえば、婚姻に際していずれの氏を選択したかで決まる戸籍筆頭者、あるいは、誰を同一の戸籍に記載するか基準となる夫婦・親子同氏戸籍原則といったものに、そうした側面を見出すことは可能であろう。ただし、現行の戸籍制度を理由に、氏は個人の名称にとどまるものではないという結論を導くのは、本末転倒であろう。それは形式法としての戸籍法に、民法の定める内容とは異なる実体法としての性格を認めるものである。むしろ戦後の改正によって民法上は個人の名称となった氏について、現在の戸籍法の規定が整合的なものであるのかといった観点からの検討が必要であるように思われる。」(60 頁)</p>
<p>二宮周平 「最大判平 27・12・16 と憲法的価値の実現(2)～夫婦同氏強制制度」(甲A164)</p>	<p>戸籍時報 737 号 28 頁 (2016 年)</p>	<p>「多数意見が依拠する家族観に法的根拠がないことである。現行民法は、1947 年 12 月、日本国憲法を根拠として、家制度を廃止し、男女の平等を徹底したものであり、家族を、夫と妻、親と子、親族相互の個人と個人の権利義務関係として規定する。家族を団体として捉える規定は存在しない。(中略)多数意見も寺田補足意見も現行法の予定しない、かつ国際人権の規定から離れた、自身が主観的に望ましいと思う家族観に依拠していることが明白である。」(37 頁)</p>

<p>木村敦子 「夫婦の氏と婚姻の自由—『家族の呼称』としての氏の分析を中心に」 (甲A166)</p>	<p>法律時報 94 巻 6 号 50 頁 (2022 年)</p>	<p>「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」という) 「判例の言説においては、あたかもその家族という共同体(団体性)において、家族独自の利益や安定性の追求とそこにおける個人の埋没が意図されているかのような印象を受ける。しかし、憲法 24 条 2 項において、家制度の克服という方針のもと、『個人の尊厳』を掲げているのであれば、そこに個人を超越する団体としての家族を観念することは許されない。」(55 頁) 「氏を用いて、『家族の呼称』として家族の存在を示すこと、あるいは家族構成員であることを公示識別することは、憲法 24 条 2 項の家族の存在意義・自律性にかかる評価と整合的であるとしても、それだけのことにすぎない。たしかに、(中略)氏によって家族関係を公示識別することには、個人の利益や社会における利便性が認められる。しかし、その作用が家族制度の運用に不可欠な事柄であるとは考え難い。」(55 頁)</p>
<p>泉徳治 「最高裁の『総合的衡量による合理性判断の枠組み』の問題点」(甲A171)</p>	<p>石川健治他『憲法訴訟の十字路—実務と学知のあいだ』弘文堂 335 頁 (2019 年)</p>	<p>「憲法 13 条は、『すべての国民は、個人として尊重される』としている。国民はまず個人として尊重されるのであり、その個人が家族を作り、家族が国家という社会集団を作っていると考えべきであり、氏についても個人の呼称としての意義を重視すべきである。個々人の呼称としての意義を重視するとき、氏の制度設計は、国会の多数決による採決に委ねておけばよいというのではなく、裁判所が憲法理念の下で審査すべき事柄であると言うべきである。」(370 頁)</p>
<p>中里見博 「夫婦同氏訴訟最高裁大法廷判決」 (甲A30)</p>	<p>法学教室 431 号 30 頁 (2016 年)</p>	<p>「本判決[原告ら代理人注：平成 27 年大法廷判決]は、個人の呼称が婚姻前後で変わらないことによる個人識別上の利益や個人の尊厳の維持よりも、家族が一つの氏を共有することによる、家族集団の一員であることの識別上の利益を優先させたが、それは『社会の自然かつ基礎的な集団単位』とされた『家族』を『個人』よりも優先させる発想にほかならない。判決を根源的に批判した説のいうように、それは『日本国憲法の根本原理』である『個人の尊重』(憲 13 条)と『個人の尊厳』(同 24 条 2 項)を軽視するものである。なぜなら、13 条の『個人の尊重』は</p>

		『明治憲法のもとで形成された社会のあり方からの決定的な決別宣言』であり、『家制度こそが、集団を優先させる社会構成原理を体現するものであった』がゆえに 24 条で使われた『個人の尊厳』は、『家制度の残滓はすみやかに克服されねばならない』という『日本国憲法の最も根源的な要請』を示すものといえるからである。」(37～38 頁)
作内良平 「婚姻による氏の変更と個人の尊厳—最大決令和 3 年 6 月 23 日 (令和 2 年(ク)第 102 号)の検討—」(甲 A 1 8 8)	都法 62 卷 2 号 163 頁 (2022 年)	「平成 27 年大法廷判決及び本決定 [原告ら代理人注：令和 3 年大法廷決定] は、『家族の呼称としての氏』を重視することから民法 750 条を合憲とする判断を行っている。はたして、最高裁の考える法制度において、個人は、家族の一員としてしか把握できないのか。法制度において、個人が把握される最小の単位は『家族の一員』であり、それ以上に還元することはできないのだろうか。『氏を真に個人のものとして規定し直すことは、社会の根底を個人主義のレベルで把握し直すことにつなが』るとの指摘はこのような意味において理解できる。この意味でも、三浦意見の表現を用いれば『民主主義的なプロセスに委ねるのがふさわしいというべき問題ではない』」(197 頁)

## 5 子の利益

巻美矢紀 「憲法と家族—家族法に関する二つの最高裁大法廷判決を通じて」(甲 A 1 7 7)	論究ジュリスト 18 号 86 頁 (2016 年)	「最高裁は夫婦同氏制の合理性として、家族、特に嫡出子であることの公示機能をあげるが、最高裁が想定する憲法上の家族観を前提にするにしても、それは便益でしかないし、逆に、差別の元凶となる区別の公示機能は憲法上問題視されうる。また子どもが両親と同氏の方が利益を享受しやすいとの指摘も、たしかに子どもの保護は憲法上の要請と解されるが、具体的な利益との関係で論証されているわけではなく、しかも傾向性にとどまる (既に諸外国で選択的夫婦別姓制がとられているが、子どもの具体的な不利益は問題となっていない)。」(95 頁)
石綿はる美 『『家族』の呼称としての氏と婚姻の	論究ジュリスト 18 号 79 頁 (2016 年)	「本判決 [原告ら代理人注：平成 27 年大法廷判決] は、氏の『家族の呼称』としての側面を重視しており、そこでいう『家族』は『夫婦及びその嫡出子』であること、夫婦同氏の原則から親子同氏の原則が導かれているということから考えると、子の氏について検討する必要も一定程

効力としての夫婦同氏」(甲A178)		度あろう。しかしながら、双方の親と子が同じ氏であることにより、子にどのような利益があるのかということについては十分に説明していない(⑤)。また、嫡出子と非嫡出子の相続分差別もなくなった現状において、社会により嫡出子であるということを認識してもらうことによつたような意義があるのかも明らかではない(③)。(84頁)
木村敦子 「夫婦の氏と婚姻の自由—『家族の呼称』としての氏の分析を中心に」 (甲A166)	法律時報 94 巻 6 号 50 頁 (2022 年)	<p>(平成 27 年大法廷判決における「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」「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」という判示に関して)「これら子の利益は、嫡出子でない子について、その出生と同時に母の氏を称すると定められている(民法 790 条)点においても認められるものである。また、共同親権のもとでも、両親のうち、子の監護養育を担う者として一名の所在が明らかになっていれば、親権制度の運用面でも支障はないものと考えられる。(中略)こうしたことから、夫婦の氏は、夫婦共同生活の表象であるとしても、子の養育監護にかかる共同生活の形成・維持の中核的・本質的要素ではないことは明らかであり、これをもって婚姻制度における不均衡性を正当化することができないだろう。」(56 頁)</p> <p>「さらに、嫡出家族・嫡出子についてのみ、その家族関係の公示識別機能を強調することは、父母と同一の氏を称する嫡出子と、父母と同一の氏を称しない子、あるいは共同親権に服しない子(非嫡出子・父母が離婚した嫡出子)を区別することを含意する。家族形態の区別・差異化を前提とした家族公示識別機能が社会に定着する(考慮要素①)によって[原告ら代理人注:原文ママ]、ある特定の家族が規範化し、それ以外の家族形態を『排除』する構造になっている点に留意しなければならない。」(56 頁)</p>
水野紀子 「夫婦同氏を定める民法 750 条につ	家庭の法と裁判 6 号 15 頁 (2016 年)	「その設計において、夫婦がとても受諾できない婚姻障壁を課するのは、二人の間に生まれる子から嫡出子としての保護を奪うことになる。法廷意見は、嫡出子の保護を強調しながら、嫡出子として出生すべき子から、その民法上の保護を奪う結論を採ったと言わざるを得ない。」(18

いての憲法 13 条、 14 条 1 項、24 条の 適合性」(甲 A 1 9 1)		頁)
中里見博 「夫婦同氏訴訟最 高裁大法廷判決」 (甲 A 3 0)	法学教室 431 号 30 頁 (2016 年)	<p>「本判決が夫婦同氏制によって得られる利益の一つとして『嫡出子であることを示す』ことを挙げていることは、本判決〔原告ら代理人注：平成 27 年大法廷判決〕のそうした問題性〔原告ら代理人注：「家族」を「個人」よりも優先させる発想〕を象徴的に示している。その判示は『嫡出でない子への差別感すらにじませる』という批判が指摘するように、わずか 2 年前の婚外子相続分差別規定違憲大法廷決定が、『子にとっては自ら選択ないし修正する余地のない事柄を理由としてその子に不利益を及ぼすことは許されず、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が確立されてき』た等として述べた姿勢と子の判示を整合させるのは難しい。嫡出子と嫡出でない子を氏で区別することの社会的合理性が、仮に敗戦直後の民法改正時にはありえたとしても、『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が確立』した今日でもあるかは疑問であるし、少なくとも人権上の意義はない。本判決は、そのような後ろ向きで薄弱な論拠も一つの理由にして、改氏を強いられる側の『人権侵害』という訴えを斥けた。」(38 頁)</p>

## 6 通称使用の位置付け

小山剛 「憲法上の権利の 制限と内容形成」 (甲 A 4 3)	法学研究 97 巻 2 号 1 頁 (2024 年)	<p>「氏の変更を強いることにより生じる生活上の不利益の程度は、確かに、旧姓を使用する範囲が拡大するにつれ、軽減しうる。現在の日本では、運転免許証やパスポートを含め、旧姓の併記が認められている。ドイツの 1988 年決定は、出生氏を婚氏に前置することが法的に許されていることのほか、民法上も、旅券法や住民登録大綱法のような公法上も、出生氏や職業名を使用しないし併記できる範囲が広がったことが主要な理由となっている。しかし、35 年前に初めて</p>
--	-------------------------------	--

		氏名権を一般的人格権の一内容であるとしたこの判決の後、ドイツでは、晩婚化や再婚等による婚姻年齢の多様化など、氏名とアイデンティティとの結びつきは一層重視され、連邦憲法裁判所の 2004 年前婚氏判決や連邦通常裁判所の 2020 年の呈示決定は、その程度の不利益緩和では人格権侵害を正当化できるものではないとしている。通称使用の拡大は、日常生活における煩雑さの緩和や職業生活における継続性の維持には寄与するであろうが、人格権としての氏名権との関係では、通称は、正規の氏と質的に異なるものであり続ける。」(22 頁)
浅野博宣 「夫婦同氏制」(甲 A 1 7 9)	『判例プラクティス憲法 [第 3 版]』 信山社 (2022 年) 83 頁	「憲法 24 条 2 項に違反しないとした判断もその理由づけが分かりづらい。夫婦同氏制がもたらす不利益が通称使用によって一定程度は緩和され得るという判断が決め手になったということであろうか。」「しかし、『一定程度』で合憲と言って良いのだろうか。また、婚姻・家族制度に関する立法裁量は認められても、国が通称使用を普及させ不利益緩和のために努力したと認定されているわけでもないから、その意味で国にとっては偶然的・外部的事情であって、立法裁量が適切に行使されたということでもない。『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』という多数意見の定式(浅い裁量審査を意味しているのだろう)を前提としても、あまりに素っ気ない審査ではないだろうか。」(84 頁)
篠原永明 「婚姻・家族制度の内容形成における考慮事項とその具体的展開」(甲 A 1 8 0)	甲南法学 58 卷 3・ 4 号 111 頁 (2018 年)	「夫婦同氏制合憲判決は、氏を変更することに伴う人格的利益に関する問題の解決を通称使用へ丸投げしているが、通称使用では、氏に由来する『アイデンティティ』の保持という問題には答えられない。さらに言えば、そもそも、通称使用の可能性を指摘することでは、夫婦同氏制(および関連する家族法上の制度)の中で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、自身の設定した合憲性の審査基準と当てはめの論証が対応していないという問題がある。」(128~129 頁)
土井真一 「婚姻の際に夫婦別氏の選択を許さ	新・判例解説 Watch 憲法 No. 195 (2022)	「通称使用には改氏による不利益を緩和する側面があるものの、その拡大は、家族関係の徴表機能など、夫婦同氏制を支える根拠の喪失を示す立法事実であるとともに(宮崎・宇賀反対意見)、氏名の同一性を保持する人格的利益の重要性が高まっていることを示す憲法解釈の前提と

ない民法 750 条及び戸籍法 74 条 1 号の合憲性」(甲 A 2 6)		なる事実でもある。これらの事実は、夫婦同氏の立法政策上の当否のみならず、その合憲性の判断にも影響を及ぼし得るものである。」(4 頁)
大西祥世 「夫婦同氏制と憲法」(甲 A 1 2)	判例時報 2504 号 122 頁 (2022 年)	「合憲の理由とされた通称使用の拡大を最高裁は積極的に評価するが、実際は婚姻後の氏を用いると事実上社会的に不利益があるから、旧姓をそのまま用いたい者が増えているという消極的な意味合いがある。また、『通称』は日本国内の一部で利用できるが、グローバル化世界では用いることができず、不利益や不都合はさらに拡大する。こうした負担を婚姻の当事者の一方に課すことで成立している通称使用を夫婦同氏制合憲の理由とするのは、『人権の保護者』としての裁判所の役割として疑問があろう。」(122 頁)
江藤祥平 「夫婦の氏とデモクラシー」(甲 A 2 9)	法律時報 94 巻 6 号 44 頁 (2022 年)	「法制度の不備を補うために社会的に広がってきた慣習を、制度化することで法制度の不備を補うというのは、議論としては筋が悪い。通称の制度化はもう一つの氏を公認することに他ならず、そうするくらいなら、端的に元の法制度の不備を是正する方が理に適っている。」(48 頁)
水野紀子 「夫婦同氏を定める民法 750 条についての憲法 13 条、14 条 1 項、24 条の適合性」(甲 A 1 9 1)	家庭の法と裁判 6 号 15 頁 (2016 年)	「法廷意見は、通称使用によって改氏の不利益が緩和されるとするが、現実には通称使用の限界はいたるところにあり、通称使用者は日常生活のあらゆる場面で『これはあなたの「本当の名前」ではない』と非難する官民における官僚主義と絶えず闘い続けなくてはならないのである。法廷意見には、『本当の名前』を意思に反して奪われる被害への想像力が欠如している。」(20 頁)
野村豊弘 「夫婦の氏に関する」	ジュリスト 1505 号 89 頁 (2017 年)	「通称として、婚姻前の氏を使用することが許されているといっても、行政上は民法 750 条にしたがった氏を使用しなければならず、社会において婚姻前の氏を通称として使用することに

る民法 750 条の憲法適合性」(甲 A 192)		も煩雑な手続きが課せられていることを考えると、判旨はその負担を軽視しすぎていないかと思われる。」(91 頁)
作内良平 「婚姻による氏の変更と個人の尊厳—最大決令和 3 年 6 月 23 日 (令和 2 年 (ク) 第 102 号) の検討—」(甲 A 188)	都法 62 卷 2 号 163 頁 (2022 年)	<p>「社会的に見れば、通称使用の広がり取引関係における混乱を生じさせるものである。たとえば、ダブルネームを使う個人の増加は、個人の負担や (企業等の) 管理コストの増加 (36 頁 [原告ら代理人注: 令和 3 年大法廷決定の裁判所サイト所掲の pdf ファイルの頁]) にとどまらない新たな社会的なコストを生み出すものとなりうる。本人確認の問題や債権回収の場面の場面を考えればわかるだろう。現在は不動産の登記名義 (あるいは銀行の口座名義) に旧姓を用いることは認められていないが、仮にこれが認められた場合、戸籍名によって生じた取引債務の引き当てとすることはできるのだろうか。このような取引関係における本人確認のコストの上昇は容易に想像できる。従来から氏の『人格権的把握の要素と、識別機能的把握・家族秩序維持的把握の要素が衝突する場面』は意識されてきたが、ここで問題となっているのは、夫婦同氏制の維持と引き換えに旧姓の通称使用を認めたことによって生じた家族秩序維持的把握と人格権的把握・識別機能的把握との衝突といえるだろう。」(194 頁)</p> <p>「法制度の観点から見れば、夫婦同氏制は、婚姻及び家族に関する法制度の問題であると同時に、それが民法・戸籍法の定める氏に関わる制度である以上、『夫婦同氏制』についての合理性の説明は、個人の『氏 (名) 制度』としての合理性を損うものであってはならない。このように考えると、平成 27 年大法廷判決の『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のではなく…』(民集 2595 頁) と述べたことは、すでに多くの指摘があるように、夫婦同氏制の合理性を維持するための説明であると同時に、結果として、氏 (名) 制度の根拠を掘り崩すものとなっている。」(196~197 頁)</p>

## 7 夫婦同氏制度の性差別的側面

<p>高橋和之 「第6章 包括的人権と法の下 の平等」「Ⅱ 法の下 の平等」(甲A181)</p>	<p>『立憲主義と日本 国憲法 第6版』 162頁 (2024年)</p>	<p>「ほぼ 96 パーセントの夫婦が夫の氏に統一している。これは、法的には差別ではないとしても、実質的に見ると女性が差別されているというべきではないであろうか。その意味で、間接差別の問題の典型例である。(中略) 形式的には、婚姻に際して男女に氏を選択する機会を平等に与えているが、女性に氏を放棄させることへの社会的圧力が働いており、選択の機会の実質的な平等が存在しない。この場合、社会的圧力による制約であり、国家による制約ではないから、平等権の適用される場面ではなく、国家に責任はないとってよいのか。国家は、妻が氏の変更を『強制』されているという事実を知っている。性差別が生じているという事実を知らながら、形式的平等を強制し続けるのは、やはり差別と見てその合理性の論証を求めるべきではないか。(中略) 女性差別への社会的圧力は、戦前の『家』制度の意識の残滓により生じているのではないだろうか。もしそうだとすれば、まさに『個人の尊厳と両性の本質的平等』が否定した『核心』に属する問題であり、それを放置する国家の不作為は、それだけで違憲というべきものと思われる。」(187～188頁)</p>
<p>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」(甲A 162)</p>	<p>世界 879 号 138 頁 (2016 年)</p>	<p>「実質的平等論が要請しているのは、機会の実質的平等の実現である。本件でいえば、婚姻に際して女性に氏を選択する機会が実質的に保障されているかどうかという問題である。形式的には男女に平等に機会は保障されているが、96 パーセントの夫婦が男性の氏を選択している『結果』を見たとき、これを選択の平等な機会を行使して生じた偶然的な結果といえるのかが問われているのである。」(146頁)</p> <p>「96 パーセントという結果は、誰がみても選択の機会の自由な行使の結果とは言えないからである。何らかの社会的な事実上の心理的圧力が作用していると考え以外にない。それは何か。戦前の家制度の意識の残存と考えるのが最も説得的であり、そうだとすれば日本国憲法の根本原理に反する状態が表れているという理解になるのである。」(146頁)</p>
<p>江藤祥平 「行政判例研究</p>	<p>自治研究 94 巻 5 号 127 頁 (2018 年)</p>	<p>「この判決 [原告ら代理人注：平成 27 年大法廷判決] の見方は、明らかに妥当ではない。これが平等問題ではないとすると、規定の文言が中立的でありさえあれば、力関係の不平等を利用</p>

653」(甲A20)		<p>することで、立法者はいかようにも差別的取扱いを正当化することができてしまう。こうした事態を避けようと、アメリカの判例法理では、規制が不釣り合いな結果をもたらすというだけでは平等条項には反しないが、差別の意図や目的があれば違憲になりうると解されている(中略)。この点で、民法750条の立法者自身にそうした意図があったかは定かではないが、女性の社会進出が著しい今日において、氏の変更により被る不利益がアイデンティティの喪失にも連なることは本判決も認めるところである。そして、立法者はこの不利益が専ら女性に偏在していることを認識した上でそれを放置しているのであるから、遅くとも現時点で国会には不作為によって性差別を助長する意図があるとみる余地は十分あるように思われる。立法事実の変化によって民法750条は違憲になったとする岡部意見の指摘は、この点で全く正しい。」(135～136頁)</p> <p>「実質的平等の問題が困難だからといって、これを一括りに憲法14条1項の埒外に追いやるのはやはり行き過ぎである。少なくとも、今回のようにあまりに著しい偏差が見られる場合には、規定の在り方自体から生じた結果に準ずるものとみて、平等違反の審査を行うべきだったように思われる。」(136～137頁)</p>
江藤祥平 「夫婦の氏とデモクラシー」(甲A29)	法律時報94巻6号 44頁(2022年)	<p>「それ自体はニュートラルに見える規定が、実は社会的差別を法システムに回帰させることで性的な従属構造を維持する統治の技法である可能性は十分にある。『夫又は妻の氏』は『夫の氏』とするのと実質的に何も変わらないと民法750条の立法者が考えた事実は、そのことを裏付けるのに十分である。」(49頁)</p>
浅野博宣 「第3章 平等」 (甲A182)	『リーガルクエスト 憲法Ⅱ 人権 [第3版]』有斐閣 73頁(2022年)	<p>「夫婦同氏制(民法750条)のように、法・制度として性別に基づいて区別しているわけではないので形式的には平等であっても、実際は、婚姻時に氏を変更するのがほとんど女性であるというような場合は、14条の問題として検討すべきではないだろうか。そのように考えるなら、14条は、形式的平等とともに、一定程度の実質的平等も保障していると解釈すべき、ということになるだろう。」(82頁)</p> <p>(平成27年大法廷判決は)「憲法14条の保障を形式的平等に限定したようにも読めるが、『文</p>

		言上』の差別的取り扱いだけでなく『本件規定の在り方自体から生じた結果』については14条の問題に含める趣旨のようである。また、上記につづけて、『もっとも、氏の選択に関し、これまでは夫の氏を選択する夫婦が圧倒的多数を占めている状況にあることに鑑みると、この現状が、夫婦となろうとする者双方の真に自由な選択の結果によるものかについて留意が求められるところであり、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』と述べているので、実質的平等を14条とは全く無関係であると解しているのではないようである。」(82頁)
泉徳治 「最高裁の『総合的衡量による合理性判断の枠組み』の問題点」(甲A171)	石川健治他『憲法訴訟の十字路—実務と学知のあいだ』弘文堂335頁(2019年)	「96%以上の夫婦において夫の氏を選択するという結果となっていることは、戦前の家制度の意識が根強く残っていることの現れであろう。憲法が、14条1項で性別による差別を禁止し、24条2項で婚姻および家族に関する事項は個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚して制定することを命じているのは、戦前の家制度を禁止することを目的としたものである。民法750条は、実質的に妻に改姓を促し、前記の結果をもたらして、家制度の一部を残す働きをしている以上、憲法14条1項及び24条2項に違反すると解すべきである。」(368頁)
辻村みよ子 「第Ⅱ章 日本国憲法と家族法規定」第2節 憲法13条・14条・24条の内容と射程」(甲A185)	『憲法と家族』日本加除出版137頁(2016年)	「従来の憲法学では14条は形式的平等の規定で実質的平等の保障は25条等の社会権規定によってなされると解してきたのに対し、近年では14条の保障にも実質的平等の保障が含まれると解されるようになった。とすれば、この規定を憲法14条の実質的平等違反、さらに、家族領域での実質的平等保障は24条に委ねられると解した上で、24条2項の両性の平等原則に反すると解することになろう。上記の諸権利(婚姻の自由、氏の変更を強制されない権利)についての平等侵害という点でも、14条1項、24条2項の平等違反という立論が可能となる。」(138頁)
辻村みよ子 「新型コロナとジ	『日本と世界の学際交流』辻村みよ	「2015(平成27)年12月16日最高裁大法廷判決がいうように、『夫又は妻の氏を称する』という規定は、性中立的であり形式的平等違反ではない。しかし実際に96%の夫婦で妻が氏を変え

エンダー・選択的夫婦別姓制」(甲A184)	子著作集 8 巻 476 頁 (2024 年)	ていることから実質的平等違反で間接差別になるという問題がある。」(476 頁)
中里見博 「夫婦同氏訴訟最高裁大法廷判決」 (甲A30)	法学教室 431 号 30 頁 (2016 年)	「民法 750 条の定める夫婦間協議はほとんど機能しておらず死文化しているに等しい。このような状態に対して、『憲法 14 条は実質的平等を保障していない』という理由で差別の主張を斥けるのは説得力を欠くといわざるをえない。」(35 頁)

#### 8 婚姻制度の脆弱化及び婚姻の本質との関係

床谷文雄 「夫婦同氏の原則を定める民法 750 条の規定は憲法 13 条、14 条 1 項、24 条に違反しないとされた事例」 (甲A183)	判例時報 2308 号 188 頁 (2016 年)	「成立した婚姻において本質的といえるものは、相互協力扶助による婚姻共同生活の維持であり、夫婦の氏は、それを補助する存在に過ぎない。氏のために婚姻を妨げられるのは、本末転倒ではなかろうか。」(191 頁)
窪田充見 「夫婦別姓」(甲A24)	法学教室 429 号 8 頁 (2016 年)	「筆者自身には、夫婦は同氏でなければならないというのも、夫婦は別姓でなければならないというのも、両者異なる立場ではあっても、一定の価値観（結婚観）を他者に強制するものであるように思われる。」(14 頁) 「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のではないか。」(14 頁)

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」 (甲 A 1 7 0)	憲法研究第 10 号 87 頁 (2022 年)	<p>「法律婚の保護というより大きな制度目的に照らして、法律婚の利用を希望する者を『取り込む』ための手段としての夫婦同氏制の合理性を問うことによっても、婚姻選択に課される要件の合理性を審査することが可能かもしれない。いわゆる『制度準拠的思想』である。制度準拠的思想には、三浦意見や宇賀反対意見と異なり、婚姻の自由との間で二者択一の選択を迫られている氏に関する問題を人格権といった重要な法的利益とはみなさない場合にも、婚姻選択に課される要件が違憲になる余地が残るというメリットもある。」(99 頁)</p>
木村敦子 「夫婦の氏と婚姻の自由－『家族の呼称』としての氏の分析を中心に」 (甲 A 1 6 6)	法律時報 94 巻 6 号 50 頁 (2022 年)	<p>「むしろ、そうした憲法 24 条 2 項が見出す家族の存在意義 [原告ら代理人注：個人を個人として直接支援・保護するのではなく、家族制度の創設・運用を通じて支援・保護するという意義] を『夫婦の氏』という法的効力に具現化してしまうことで、婚姻制度が配偶者間の不均衡を内包するものとなり、憲法 24 条 2 項が要請する家族制度に合致しない形になっている。その結果、婚姻制度を通じて個人が支援・保護されること自体が阻害される (すなわち、法律婚を前提とした婚姻の自由の制約) ことになるという、本末転倒の事態が生じているのである。」(55 頁)</p> <p>「夫婦同氏制は、夫婦の氏に関する決定にかかる配偶者間の不均衡性を内包している点において、家族法制・婚姻法制の制度設計・運用にかかる憲法 24 条 2 項の要請に合致しないと見る余地があるとともに、婚姻制度を利用するか否かの選択を阻害している。そのうえで、家族の呼称としての氏に、婚姻制度に内在する配偶者間の不均衡性ないし婚姻の自由の制約を正当化できるほどの積極的な意義は認められない。」(56 頁)</p>
建石真公子 「民法 733 条 1 項・750 条の憲法適合性判断」(甲 A 1 9 3)	判例時報 2284 号 53 頁 (2016 年)	<p>「判決 [原告ら代理人注：平成 27 年大法院判決] の述べるように、家族が社会の基礎であるがゆえに、そこにおいてすべての個人の尊厳が保障されるような法制度こそが憲法 24 条の趣旨であろう。婚姻を選択する個人が、そのことにより、判例が認める権利である『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厳を傷つけ、憲法 24 条の目指す家族像とは離れる結果と</p>

		なるのではないだろうか。」(57頁)
土井真一 「婚姻の際に夫婦別氏の選択を許さない民法750条及び戸籍法74条1号の合憲性」(甲A26)	新・判例解説 Watch 憲法 No. 195 (2022)	「24条の基礎には、『婚姻は、その後の生活と人生を共にすべき伴侶に関する選択であり、個人の幸福の追求について自ら行う意思決定の中で最も重要なものの一つ』(三浦意見)であるとの認識が存するのであり、国会には制度形成において広範な立法裁量が認められるとしても、『個人の尊厳と両性の本質的平等』という憲法の理念と多様な社会的要請を適切に調整して、できる限り多くの国民が利用できる婚姻制度を構築すべき憲法上の要請があると解することができよう。」(2頁)

## 第4 夫婦同氏制度の違憲性

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」(甲A 162)	世界879号138頁 (2016年)	「民法750条の合憲性判断は、憲法24条2項の『個人の尊厳と両性の本質的平等』という日本国憲法の根本原理に反する状態を生みだしており違憲であるとするか、あるいは、人格権あるいは婚姻の自由を制約しており、または実質的平等に反しているがその正当化は困難であり、速憲であるとするのが正しい解決であったと思う。」(150頁)
辻村みよ子 「新型コロナとジェンダー・選択的夫婦別姓制」(甲A 184)	『日本と世界の学際交流』辻村みよ子 著 8巻476頁 (2024年)	「夫婦の一方が旧姓を捨てることを強制する点は憲法13条の氏名権(人格権、「氏の変更を強制されない権利」)や24条1項(夫婦同権)・2項(個人の尊厳)、女性差別撤廃条約16条G項(姓に関する夫婦同権)にも違反する。」(476頁)
辻村みよ子	自由と正義 74号	「民法750条は、夫婦同権を定める憲法24条1項違反となり、この点で個人の尊厳を保障した

「現代家族の変容と『氏を選択』—選択的夫婦別姓制の実現に向けて」(甲A194)	No. 2、8 頁 (2023 年)	憲法 24 条 2 項違反とも言えることになるであろう。」(15 頁)
辻村みよ子 「憲法と姓—民法 750 条違憲論の諸相」(甲A18)	ジェンダー法研究 第 8 号 35 頁 (2021 年)	「夫婦の一方のみが『氏の変更を強制されない権利』を侵害されて不利益を負う制度となっており、氏の変更に関して夫婦の同権を保障していない点で、24 条 1 項、及び女性差別撤廃条約 16 条 1 項(g)の『同一の権利』保障規定に明確に反するものと考え。」(44 頁)
辻村みよ子 「第 II 章 日本国憲法と家族法規定」第 2 節 憲法 13 条・14 条・24 条の内容と射程」(甲A185)	『憲法と家族』日本加除出版 137 頁 (2016 年)	「この規定 [原告ら代理人注：民法 750 条] を憲法 14 条の実質的平等違反、さらに家族領域での実質的平等保障は 24 条に委ねられると解した上で、24 条 2 項の両性の平等原則に反すると解することになろう。」(138 頁)
巻美矢紀 「憲法と家族—家族法に関する二つの最高裁大法廷判決を通じて」(甲A177)	論究ジュリスト 18 号 86 頁 (2016 年)	「夫婦同氏制は『婚姻』を構成するものではなく、憲法上の権利はもちろん利益にさえ優位するものではなく、婚姻の自由に対する直接的制約として、制約の正当化審査を行うべきだったのであり、これまでの考察からして、その正当化は無理であろう。」
蟻川恒正	法律時報 90 卷 11	「夫婦となろうとする者のうち、一方のみが氏の変更をせざるをえず、したがって、そのこと

「家族への法的介入と憲法」（甲 A 7）	号 10 頁（2018 年）	に伴う不利益を引き受け、他方は氏の変更をする必要がなく、したがって、氏の変更に伴う不利益から一切免れているという配偶者間での不利益の不均衡を民法が『公序』として強制する意味を有する夫婦同氏制は、それ自体が、今日においては、夫婦の間に自律的で対等な関係にもとづく『相互の協力』が構築されることを典型的に困難にする原因となっていると考えるほかなく、憲法 24 条 1 項後段の趣旨に沿わないと解するのが相当である。」「本稿は、民法 750 条は憲法 24 条 1 項後段の趣旨に沿わず、したがって、憲法 24 条 2 項の認める立法裁量の範囲を超えて違憲であるとする。」（15 頁）
松井茂記 「第 14 章 平等権」（甲 A 1 8 6）	『日本国憲法[第 4 版]』366 頁（2022 年）	「かつて『家』制度の下では妻は夫の家の姓を名乗っていたことに照らすと、この規定は一見中立的ではあるが、まさに夫婦が事実上夫の姓を選択することを強制するために設けられたものといえることのできるのではなかろうか。それゆえ、これも性差別と捉えるべきであり、同姓を強制するやむにやまれない利益が考えられない以上、違憲というべきであろう。」（371～372 頁）
志田陽子 「開かれた 24 条論に向けて」（甲 A 1 9）	判例時報 2503 号 94 頁（2022 年）	「男女にかかわらず婚姻をしたカップルは必ずその片方が自己アイデンティ感に深くかかわる氏名の継続使用の権利（人格権）を拒まれる結果となるわけで、二者のうちの片方に必ずこの不利益が課され不平等が強いられることになる点で、13 条および 14 条への違反および 24 条の『個人の尊厳』と『両性の本質的平等』への違反となると考えている。」（94 頁）
田代亜紀 『『家族』・『婚姻』の憲法学的意味を探る』（甲 A 1 8 7）	愛敬浩二編「講座立憲主義と憲法学（第 2 巻）人権 I」249 頁（2022 年）	「本章が特に重要であると考えるのは、最高裁判所〔原告ら代理人注：平成 27 年大法廷判決〕が婚姻・家族に関する具体的な制度の構築について、第一次的には立法裁量にゆだねられるものの、その立法裁量の限界を画するとして憲法 24 条を挙げている点である。それが言葉通りになされていれば、本件の結論は合憲にはならなかったのではないかと考える。」（253 頁） 「夫婦同氏制度は家制度の残滓であり、氏を個人のものとして規定しなおすことが戦後の民法改正がめざした『家』の解体として理論的に貫徹するという指摘は民法学においてもなされている。この個人主義の観点は憲法学も共有するはずであり、以上のような解釈から、夫婦同氏

		制度は憲法 24 条違反であるという結論が導かれるべきだったと考える。」(254 頁)
泉徳治 「最高裁の『総合的衡量による合理性判断の枠組み』の問題点」(甲 A 17 1)	石川健治他『憲法訴訟の十字路—実務と学知のあいだ』弘文堂 (2019 年) 335 頁	「憲法 13 条は、個人が自己の呼称を持つことを保障し、その呼称の変更を理由なく強制されないことをも保障しているところ、『夫婦は、婚姻の際に定めるところに従い、夫又は妻の氏を称する』という制約は、必要やむを得ないものとは言えないと言うべきではなかろうか。」(368 頁) 「民法 750 条は、実質的に妻に改姓を促し、前記の結果 [原告ら代理人注：約 96%の夫婦において夫の氏を選択するという結果] をもたらして、家制度の一部を残す働きをしている以上、憲法 14 条 1 項及び 24 条 2 項に違反すると解すべきである。」(368 頁)
小山剛 「憲法上の権利の制限と内容形成」(甲 A 4 3)	法学研究 97 巻 2 号 1 頁 (2024 年)	「日本については、夫婦同氏制の憲法適合性は、憲法 13 条のほか、当然に 24 条 1 項に照らして審査されることになろう。日本において夫婦同氏制は、『意思に反しても氏の変更をして婚姻をするのか、意思に反しても婚姻をしないこととするのかという選択を迫るもの』(令和 3 年最大決における草野耕一裁判官反対意見) となっている。憲法適合性審査に当たっては、氏の変更を強いることの憲法適合性として問題設定し、その正当化審査の中に婚姻の自由に対する制約を取り込むことも、婚姻の自由に対する制約の憲法適合性として問題設定し、その正当化審査の中に氏の変更の強制を取り込むこともできよう。憲法 13 条論と 24 条 1 論は、夫婦同氏制においては不可分に結びついている。」(24 頁)
江藤祥平 「夫婦の氏とデモクラシー」(甲 A 29)	法律時報 94 巻 6 号 44 頁 (2022 年)	「24 条の意義を民主主義の完成に見るなら、夫婦同氏制が反民主的な制度であることは疑いようがない。事実、夫婦となろうとする者のうち 96%が夫の氏を選択している現状は、この制度が『夫の氏』を原則とする旧憲法下の頃と変わらない反民主的な制度として機能していることを示している。」(45 頁) 「24 条の意義を民主主義の完成に見る限り、夫婦同氏制が憲法に適合しているとは難しい。」(45 頁)

芦部信喜著・高橋和之補訂（甲A31）	『憲法 第七版』 139頁（2021年）	「憲法上は、①婚姻の自由を不当に制限するものである、②氏名に関する自己決定権の侵害である、③夫婦の96%が男性側の氏を採用しており、これは女性の自由な選択とはいえ、事実上の女性差別として機能している、などの理由から、夫婦同氏強制を憲法違反だとする学説が多数である。」（138～139頁）
--------------------	-------------------------	---

以上