

最高裁判所 御中

意 見 書

2014 年 7 月 29 日

東京大学名誉教授
高橋 和之

高橋和之 

一 民法750条の定める夫婦同氏制度については、日本国憲法に反するのではないかと
の疑問が以前より提起されてきました。憲法上問題となる点は、3つにまとめることが
できと思います。第1に、夫婦のいずれかに氏の変更を強制することにより、憲法13条
の保障する自己決定権を侵害するのではないか。第2に、婚姻するために夫婦となる者の
一方に氏の変更を強制する点で、憲法24条が保障する婚姻の自由を侵害するのではない
か。第3に、この制度の運用実態として夫婦の96パーセントが夫の氏を選択しているが、
これは妻による任意の選択ではありえず、社会的強制が働いた結果としてしか理解しえな
いものであり、実質上憲法14条の禁止する性に基づく差別となっているのではないか。
これらの憲法上の論点については、上告理由において詳細に論じられており、私も基本的
にはその主張に賛成ですので、屋上屋を架すことは控えたいと思います。そこで、ここ
では、第3点とも関連しますが、この制度が憲法24条の規定する「個人の尊厳と両性の本
質的平等」という日本国憲法の基本価値に反するのではないか、また、そのように解する
ことが最高裁の先例と最も整合的な理解ではないかという点につき、私の見解を述べさせ
ていただきたいと思います。

二 最高裁大法廷は、非嫡出子相続分差別判決（平成25年9月4日大法廷判決）において、
次のような理論構成で違憲の結論を導き出しています。すなわち、まず判断方法としては、
民法900条4号但し書きの「合理性は、……種々の要素を総合考慮し、個人の尊厳と法
の下での平等を定める憲法に照らし、嫡出でない子の権利が不当に侵害されているか否か
という観点から判断されるべき」であるという考え方を採用し、それに従って、その合理性
の判断に関連する種々の事柄を民法改正時から現在に至るまでの変遷をおいながら検討し
ます。その結果、第1に、家族形態の多様化とこれに伴う国民の意識の変化、第2に、諸
外国の立法のすう勢およびわが国が批准した条約の内容とこれに基づき設置された委員会
からの指摘、第3に、嫡出子と嫡出でない子の区別に関わる法制度等の変化、第4に、法
制審議会による改正試案の公表等を認定し、これらの諸事情を「総合的に考察すれば、家
族という共同体の中における個人の尊重がより明確に認識されてきたことは明らかな」で
あり、「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
えが確立されてきている」と述べ、「以上を総合すれば、……立法府の裁量権を考慮して
も、嫡出子と嫡出でない子の法定相続分を区別する合理的根拠は失われていたというべき
である」と判示しました。

ここで判断されたと同様の諸事情は、基本的にはほとんどそのまま夫婦同氏制度につい
ても指摘できるのではないのでしょうか。

三 この大法廷判決の場合との唯一大きな違いと考えるのは、夫婦同氏制度の場合には、
民法上（性に基づく）差別が規定されているわけではないという点です。民法900条4
号但し書きでは、相続分を2分の1とする差別が規定されていました。これに対し、民法
750条は、「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」と定め
ています。夫の氏を称するとはしていませんから、妻の氏を称することも可能であり、し
たがって形式的にはまったく平等です。しかし、実態は、誰もが知るとおり、96パーセ

ントの夫婦が夫の氏を称しています。これを夫婦の自由な話し合いによる合意の結果にすぎないとする者は、誰もいないでしょう。女は男の家に嫁ぎその家の氏を称するものだという、戦前に植えつけられた家族観、婚姻観が戦後にも国民の意識の中に持続し、それが無言の社会的圧力となって、婚姻前の氏を維持したいと考える女性に氏の変更を「強制」しているのです。しかし、そうだとすると、それは事実の問題であって、法的問題ではないのではないか。そう考えるのが、従来の支配的見解だったと思います。しかし、氏の選択において生じているこの事実上の差別は、社会的意識に存在する差別構造から生じているものであり、法的に平等な制度がたまたまそのような結果を生み出しているにすぎないというものではありません。以下に述べるような理由から、これは法的差別と同視すべきものだと思います。

四 法的にはまったく差別を行っていないのに、その制度の適用の結果を見ると差別的となっているという問題を、諸外国では間接差別あるいは差別的インパクト (discriminatory or disproportionate impact) の問題として議論しています。たとえば、アメリカ合衆国最高裁判所は、このような場合に差別であるとするためには、差別する目的の存在を論証することを要求しています。代表的な先例は、ほとんどが人種差別に関するものですが、アメリカの場合、法文上は人種中立的な定めでも、歴史上黒人が置かれてきた状況ゆえに法律の運用結果において人種間に差異を生み出すことがよく生じます。しかし、そのような結果は人種差別が主要な原因であることもあれば、それ以外の原因から生じていることもあり、すべてを人種差別と扱うことはできません。というのは、アメリカの平等権に関する判例理論においては、人種差別である場合にはその正当性が「厳格審査」に服するとされており、厳格審査の場合には差別を正当化することはきわめて困難だからです。そこで、厳格審査を行うべき場合を適切に限定するために、差別目的の論証を要求しているものと理解されます。

五 では、日本の場合は、どのように考えるべきでしょうか。日本の判例では、差別が合理的かどうかは、相続分差別の大法廷判例に見られるように、諸般の事情の総合判断により決定することになっており、差別の類型ごとに審査の厳格度を分けるという考え方はとっていません。したがって、間接差別についても、法の運用実態において無視しえない程度の差別が生じている場合には、差別の存在を認め、それが合理的差別かどうかを「総合判断」により決めるというアプローチとなり、間接差別であるという事実はその総合判断における一判断要素と捉えることになると思われます。そして、間接差別が主として憲法の許容しない理由が原因となって生じている場合には、このことは総合考慮において重要な要素と扱われるべきであろうと思います。

そこでこの考えに従って本件を検討すると、まず、無視しえない程度の差別が事実において生じているかどうか。この点については、96パーセントもの事例の存在を前にすれば、論ずるまでもないと思われます。夫婦の氏の選択において性に基づく差別は、厳然たる事実として存在すると言わなければならない。

では、この差別は合理的な差別といえるかどうか。換言すれば、この差別を生み出している主要な原因は何か、そしてその原因は日本国憲法が許容するものであるのかどうか。

まず主要な原因についてですが、それが戦前の家意識の残存であることは間違いないでしょう。結婚とは、女が夫となる者の家に嫁ぐものであり、その家の氏を称するのは当然のことであると、日本国憲法の下でも女性を含む多くの日本人が今だに意識的あるいは無意識的に受け入れているのです。そういう国民の意識が婚姻に際して自己の氏の変更を望まない女性に対しても、抗うことの困難な心理的な圧力として作用しているということが、主要な原因なのです。では、そのような国民意識は、日本国憲法の原理に照らしてどのように評価されるべきでしょうか。このような意識は、女性を男性と平等な個人として尊重するものとは言えないので、日本国憲法の依拠する「個人の尊厳と両性の本質的平等」（憲法24条2項）という基本価値とは整合しません。

六 しかし、国民がどのような意識を持とうと、そのこと自体は思想・良心の自由として憲法19条により保障されています。そもそも憲法は国民に対して直接には適用されるものではありませんから、国民（の意識）が憲法24条に反するという問題にはならないのではないかと。事実上の差別が国家の行為ではなく国民の意識を媒介にして生じているとすれば、そこに憲法問題など存在しないということになるのではないかと。このような疑問をもつ人がいるかもしれません。

本件の問題をそのように捉えるべきではないと思います。本件の問題は、婚姻に際して夫婦のいずれかの氏を選択することを強制する政府の行為（民法750条）が、形式的には男女に平等な選択の機会を与えているが、実質的には女性から選択の機会を奪っているのではないかとということなのです。憲法の平等保障は、実質的な平等の保障です。形式的平等を保障するに過ぎないと解することは、「個人の尊厳と両性の本質的平等」の保障とは整合しません。形式的な平等扱いが、実質的には差別を生み出しているということは、現代社会において問題視されるようになり、この問題の解決として、現代憲法は一般に実質的平等を保障するようになり、またそう解するようになってきたのです。誤解を避けるために申し添えますが、実質的平等を要求することは、「結果の平等」を要求することとは違います。「機会の平等」を形式的にではなく実質的に保障するのが、日本国憲法の意味だということです（高橋和之『立憲主義と日本国憲法（第3版）』149頁参照）。形式的に平等扱いをすることが実質的平等を害することを知りながらあえて形式的平等を定めているとすれば、個人を「個人として」尊重（13条）していないのであり、「個人の尊厳と両性の本質的平等」に反することは明らかです。民法750条は、まさにそのような意味をもつ規定ではないでしょうか。

七 戦後直後に民法が改正されたとき、新たな750条が、その運用実態においては、圧倒的に男性の氏の選択となっていくだろうということは、容易に予想できたのではないのでしょうか。単に予想できたというにとどまらず、そうなってもかまわないと考えた、さらにはそうなることを望んだのではないかとさえ疑うこともできないわけではありません。その意味で、「差別の目的」を認定することも困難ではないと思います。しかし、戦後の改正当時においては、夫婦が同氏を称することは諸外国の立法においても見られたことであり、同氏を要求する婚姻制度が憲法に反するなどとは思いつかなかったのでありましょう。ましてや、戦前の家制度を実態において残そうなどと意図したわけではなく、夫婦同

氏を当然の前提とした上で誠実に男女平等を追求し、形式的に平等な規定を置けば、それにより夫婦の間で平等な選択がなされようになるだろうと予想したのかもしれませんが。しかし、その後の運用の実態は、決してそうはなりません。そして、そのことを立法者は早くから知るに至っていたのです。

問題の根元は、夫婦は同氏でなければならないという前提にあります。戦後直後の民法改正当時とは異なり、今日では婚姻観・家族観の変化と多様化により、婚姻とは夫婦同氏を意味するとか、家族は同氏であるのが当然であるという考えを受け入れない人々も増大してきています。諸外国でもそうであり、別氏制度を採用する国も増えてきておりますし、国際機関からも日本の現状に対して法問題点の指摘を受けるに至っており、法制審も別氏を欲する夫婦にはそれを認める改正試案を提出しています。こうした動きは、嫡出でない子の相続分差別の問題の場合と非常によく似ております。このように民法750条には憲法上問題があることを長年にわたって指摘されてきたにもかかわらず、立法者はいつこうに改正しようとしません。

八 立法府による改正への動きは、一部の強硬な反対により阻止されてきました。この点でも、非嫡出子相続分差別の場合と同様です。法制審の改正試案に見られるとおり、改正して婚姻前の氏を保持したい者にはそれを可能にすべきだという意見は、法曹界では今や圧倒的多数です。しかし、立法府におけるごく少数の強硬な反対意見により阻止されてきました。彼らの反対の理由は何でしょうか。婚姻・家族とは、定義上当然に、氏を同じくするものだという前提から出発する議論は、今日ではもはやとりえません。そこで彼らは、夫婦同氏は家族の一体感を維持・強化するために重要であると主張します。しかし、別氏を望む夫婦に同氏を強制しても、その夫婦にとって一体感が得られることは期待できないでありましょう。一体感が得られると考える夫婦は、自分たちが同氏にすればすむことです。一体感を得ることを望む夫婦が、別氏の夫婦の存在により自分たちの一体感が阻害されるから、本人が望まなくとも強制すべきだというのであれば、他者の犠牲において自己の利益を得ようとする議論であり、個人の尊厳・尊重と相容れない思考です。したがって、夫婦同氏の強制により得られる利益は、全くないか、あるいは、憲法により許されない利益かのいずれかです。他方、強制が生み出している「害悪」は、国民の意識の中に女性の社会的従属状態を当然とする無意識的観念を持続させ、助長さえするというものなのです。このような制度は、可及的速やかに是正されるべきであります。

九 是正の役割は、まず立法府が引き受けるべきであり、民主的性格が相対的に劣後する裁判所があまり積極的になることは好ましくない、という意見があるかもしれません。たしかに、一般論としてはその通りですが、本件の問題については、裁判所が積極的に介入することが強く望まれます。それこそが、日本国憲法が想定している裁判所の役割であると思います。なぜなら、本件で問題となっているのは、「家」制度的な意識に順応し特に問題を感じていない多数派によっては十分に配慮されることが困難な、少数の女性の「個人として」尊重されたいという、まさに日本国憲法が保障した最も重要な価値に関わっているからです。夫婦同氏を支持する多数派のなかにも、別氏を望む夫婦にそれを認めることに理解を示す者は少なくありません。したがって、同氏と別氏の選択を認める法改正が提案

されれば、圧倒的多数で通過する可能性は十分にあります。ところが、多数派の中には、別氏の導入に断固反対するごく少数の人が存在するために、別氏の理解者も自身は別氏の導入を特に必要と感じているわけではないので、これらの声高な反対に真正面から対立してまで別氏制度の導入を擁護しようとはしません。このような政治力学が働いているときには、差別されている少数派に政治過程で多数を形成することを求めるのは、不可能を強いるに似ます。これは、ご承知のように、嫡出でない子の差別の問題についても見られた状況です。このような状況にあるときには、憲法の基本価値の擁護のために最高裁判所が介入することがとりわけ必要となるのです。憲法の基本価値がそれを求めていることを国民に説示することにより、少数者の最低限の権利を擁護する機関としての最高裁の立場は、国民の広い支持を受け、最高裁の大きな資産となることと確信しています。

十 民法750条は、夫婦が同氏であるべきことを強制していますが、そのことが女性の氏の選択の機会を実質的に奪っています。夫婦同氏の強制は、社会における女性の従属的地位を温存し、助長する機能を果たしており、これは「個人の尊厳と両性の本質的平等」を侵害するものといわざるをえません。同氏を望まないものにまで同氏を強制することは、違憲であり、選択を尊重する方向での救済を与えるべきであると考えます。

履歴書

高橋 和之

東京大学名誉教授

(主要著書)

『立憲主義と日本国憲法（第3版）』（有斐閣、2013年）

共著『憲法Ⅰ、Ⅱ』（有斐閣、2012年）