

憲法上の権利の制限と内容形成

—— 夫婦同氏制を例に ——

小 山 剛

- I はじめに
- II 平成二七年最大判の論理と問題
- III ドイツ憲法判例における婚氏
- IV 基本的な考え方
- V むすびにかえて

I はじめに

(a) 憲法が保障する権利・自由には、憲法の次元で保障内容が確定するものと、法律による具体化ないし形成によって、はじめて具体的な保障内容が定まるものがある¹⁾。前者については、憲法上の権利・自由(以下、「基本権」と呼ぶことがある)と法律は、對抗関係に立つ。憲法上の権利・自由を制約する法律は、正当化されない限り違憲として排除される。これに対し、後者の権利・自由と法律は、基本権の内容を法律により具体化・形

成するという限りで、基本的には親和的關係に立つ。

財産権や生存権、国家賠償請求権の具体的内容は、法律で定まる。選挙権の行使に不可欠な選挙制度、——それ自体が憲法上の権利というわけではないが——国籍取得の要件もまた、法律による具体的な定めを必要とする。このように、権利の内容あるいは権利の行使が法律に依存する基本権は少なくない。人格権としての氏名権、婚姻の自由もそのような構造の権利・自由に属しよう。

もつとも、対抗関係か親和的關係かは、基本権ごとに一意に定まるものではない。その内容が「法律でこれを定める」(憲法一九条二項)とされる財産権、「法律の定めるところにより」賠償を求めるところができる¹⁾とされる国家賠償請求権等のほか、結社の自由のように、自由権的性格を基調としつつ、法人の種類および法人格取得の要件等、法律による具体的形成を必要とし、その限りで二つの性格が併存するものもある。また、表現の自由と法律は、基本的には対抗関係に立つが、放送制度(二本立ての放送制度)や、知る権利(情報開示請求)を具体化する法律は、表現の自由に対して親和的な關係に立つことになる。ただし、その場合にも、番組編集準則(放送法四条一項)や非開示情報(情報公開法五条)については、制約として捉えることもできよう。

(b) ある基本権が憲法自立的な権利か、それとも法律に依存した権利かは、当該基本権の内容ごとに、また、ある法律上の規定を権利制限的と捉えるべきか、内容形成的と捉えるべきかは、当該規定の内容ごとに、具体的に考察されなければならない。いわゆる夫婦別姓訴訟²⁾は、その素材を提供する。

民法七五〇条は「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。」と定める。戸籍法によって夫婦同氏・別氏が選択可能な国際結婚の場合を除き、婚姻を望む当事者のいずれか一方が氏を変えない限り、法律婚は認められない³⁾。夫婦別姓訴訟では、民法七五〇条の憲法一三条、一四条一項、二四條一項、二四條二項との適合性が主要な争点となった。これに対する最高裁の基本的な考え方は、夫婦同氏制を合憲とした、平

成二七年の大法廷判決（二七・二二・一六民集六九卷八号二五八六頁。以下、「平成二七年最大判」と呼ぶ）で示されている。その理由づけでは、①民法七五〇条は人格権（憲法一三条）、平等権（二四条一項）、婚姻の自由（二四条一項）に違反するものではなく、さらに、②憲法二四条二項の指針に照らした立法裁量の逸脱の有無については、「総合的に考慮」して、「夫婦同氏制が、……直ちに個人の尊厳と両性の本質的平等の要請に照らして合理性を欠く制度であるとは認めることはできない」とされた。

これには、少数意見が付されているが、夫婦同氏制の憲法適合性をめぐる最高裁内の不一致は、つまるところ、民法七五〇条を氏名権および／または婚姻の自由の内容を形成するものとして構成するのか、それとも、基本権に対する制限として構成するのかの対立である。この対立は、判断枠組みにも帰結を与える。以下ではまず、平成二七年最大判に示された憲法一三条論と二四条一項論の特徴を確認し（Ⅱ）、続いて、（婚）氏をめぐるドイツの憲法判例を紹介する（Ⅲ）。これらを踏まえて、最後に、制限か内容形成かという問題についての私見を述べること⁴にしたい（Ⅳ）。なお、本稿は、主に婚氏について検討するものであるが、必要に応じて、婚姻の自由にも触れる。

Ⅱ 平成二七年最大判の論理と問題

1 平成二七年最大判——法制度優位思考

平成二七年最大判は、氏および婚姻が法制度に依存することから、法制度、すなわち、法制度を形成する民法の規定を憲法に優位させる。

（a）民法優位思考の表れとして、平成二七年最大判は、氏名が人格権の一内容であることを承認する一方、

氏と名を切り離し、人格権としての氏の内容は法制度によってはじめて具体的に捉えられるものであるとする。

すなわち、氏名は「人格権の一内容を構成するもの」であるが、氏に関する人格権の内容は「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ぴら初めに具体的に捉えられる」。「人は、出生の際に、嫡出である子については父母の氏を、嫡出でない子については母の氏を称することによって氏を取得し（民法七九〇条）、婚姻の際に、夫婦の一方は、他方の氏を称することによって氏が改められ（本件規定）、離婚や婚姻の取消しの際に、婚姻によって氏を改めた者は婚姻前の氏に復する（同法七六七条一項、七七一一条、七四九条）等と規定されている。また、養子は、縁組の際に、養親の氏を称することによって氏が改められ（同法八一〇条）、離縁や縁組の取消しによって縁組前の氏に復する（同法八一六条一項、八〇八条二項）等と規定されている」。これらの規定は、氏には「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。そして、「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」のであり、「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」。

(b) 憲法二四一条一項との関係についても、平成二七年最大判は、憲法上の自由に対する（直接の）制約ではないとする。すなわち、憲法二四一条一項は、「婚姻をどうか、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規定である。そして、民法七五〇条は「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」。

法制度優位の思考は、寺田逸郎裁判官の補足意見において直截に述べられている。上告人らの主張は「いわば法律関係のメニューに望ましい選択肢が用意されていないことの不当性を指摘し、現行制度の不備を強調するものであるが、このような主張について憲法適合性審査の中で裁判所が積極的な評価を与えることには、本質的な難しさがある。」夫婦関係の「法律制度としての性格や、現実には夫婦、親子などからなる家族が広く社会の基本的構成要素となつているという事情などから、法律上の仕組みとしての婚姻夫婦も、その他の家族関係と同様、社会の構成員一般からみてもそう複雑でないものとして捉えることができるよう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」。

(c) 法制度優位の思考は、令和三年六月二三日の大法廷決定(判例時報二五〇一号三頁。以下、令和三年最大決という。)、令和四年三月二二日の第三小法廷決定(最高裁判所HP。⁵⁾以下、令和四年最決という。)にも引き継がれている。例えば、令和三年最大決の深山卓也ら三裁判官補足意見は、「ここでいう婚姻は法律婚であつて、その内容は、憲法二四條二項により婚姻及び家族に関する事項として法律で定められることが予定されているものであるところ、民法七五〇条は、婚姻の効力すなわち法律婚の制度内容の一つとして、夫婦が夫又は妻の氏いずれかを称するという夫婦同氏制を採っており、その称する氏を婚姻の際に定めるものとしている。」と説いている。

2 法制度優位思考の問題点

(a) 氏名や婚姻は、表現の自由や信教の自由のような前国家的・前憲法的な権利・自由ではない。⁶⁾表現の自由や信教の自由は、憲法が自然的自由を確認的に保障している基本権であり、その保障内容(保護領域)は、憲法の次元で画定している。自然発生的なあだ名や、複数人の何らかの永続的な共棲関係であれば、自然的自由

属するものであるとみることができよう。しかし、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、ひとまずは法律制度によつ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。

原則―例外関係として構成できる防御権とは異なり、そのような法律に依存する権利・自由については、はっきりとした憲法上の原形を観念するのは基本的に困難であり、権利・自由の具体的内容は、法律による確定を待つて把握される。しかし、このような思考を徹底すれば、法律に依存する権利は法律に従属した権利となり、憲法は、法律上の権利（法律で認められた権利）を保障するにとどまることになる。

法律上の権利保障説とも呼ぶべきそのような見解は、実際に、財産権について説かれたことがある。高橋正俊⁽⁷⁾は、「ある個人の自由は本人に帰属すべき正当性は疑われざることであるのに対し、ある個人の財産がその本人に帰属すべきものであるとは、それ自体として正当とはいえない」とし、財産権については「何か他の正当と考えられるルールに照らしてはじめて、その正当性が与えられ」とする。また、安念潤⁽⁸⁾は、「憲法は自由な財産権を制度として保障している」という制度保障論は自明視されてきたが理論的には少しも自明ではなく、財産権を定義づけることと財産権を制限することとは区別できないとすれば、原形すなわち憲法が制度として保障しているはずの自由な財産権が何であるかを観念することは難しいとする。⁽⁹⁾ 安念によれば、「森林法違憲判決およびそれを支持している学説……は、その出発点において誤っている」⁽¹⁰⁾。

(b) もちろん、財産権の法律依存性から直ちに法律への従属を帰結するのは短絡にすぎる。基本権は、権利の内容を形成する立法者に白紙委任を行うのではない。詳しく述べる余裕はないが、最高裁もまた、法律に依存する権利の内容を形成・確定する法律について、憲法適合性審査を行ってきた。⁽¹¹⁾ 例えば、法制度の基本設計について立法者に裁量があるとしても、立法者は、自らが選択・設計した制度の趣旨に拘束され、原則として、制度

趣旨と首尾一貫した立法を行わなければならない。立法者は、裁量権行使の判断過程を審査されることがある。また、立法裁量は、その実体的権利とは別の平等権・平等原則によって限界を画される。

さらに、これらの裁量統制に先行して、ある法律上の規定が権利の内容を形成するものなのか、それともこれに制約を加えるものなのか、慎重に検討されなければならない。この点、平成二十七年最大判は、上述した、財産権についての法律上の権利保障説に近い考え方であるとみることができ。しかし、法制度依存性の確認は、基本権解釈の終点ではなく、具体的考察への起点である。ある具体的な法律上の規定を権利制約的と捉えるべきか、それとも内容形成的と捉えるべきかは、具体的に考察されなければならない。次に見るドイツの判例は、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ことを示している。

Ⅲ ドイツ憲法判例における婚氏

この点について、連邦憲法裁判所の関連判例を見ることにしたい。

連邦憲法裁判所もまた、氏名および婚姻について、立法者による形成を必要とする権利・自由であると解している。その限りで、日独の基本理解に相違はない。しかし、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。以下では、氏名権についての主な憲法判例を見ることにしたい。

1 概要

(a) ドイツの婚氏は、戦後、種々に変遷し、現在もなお、法改正が予定されている⁽¹²⁾。一八九六年八月一八日のドイツ民法典 (RGRS 195) 一三五五条は、婚姻締結により妻は夫の氏を称するとしていた。戦後、一九五七年の男女同権法でも夫の氏を婚氏とする規定は維持され、妻は自己の出生氏を婚氏に添えることができるようになったとどまる。ようやく、一九七六年六月一日の「婚姻法および家族法の修正に関する第一法律」(BGBl. I S. 1421) によって改正された民法一三五五条⁽¹³⁾により、夫婦は夫または妻の氏を婚氏として選ぶことができるようになったが(同条二項一文)、婚氏が決定されない場合には夫の氏を婚氏とする旨が定められた(同条二項二文)。一九八八年の夫婦同氏制決定 (BVerfGE 78, 38) (後述) は、夫婦同氏制を定めた同条二項一文を合憲であるとしたが、続く一九九一年の決定 (BVerfGE 84, 9) (後述) は、決定がない場合には夫の氏を婚氏にするとした同条二項二文を、男女平等に違反し違憲であるとした。

この違憲決定を受けて、一九九三年には、再度の民法改正により、選択的夫婦別姓が導入された。子の出生氏については、夫婦が共通の婚氏を定めない場合、父または母の氏が与えられることになったが、二重氏を与えることはできないとされた(民法一六一条二項一文ほか)。二〇〇二年の判決 (BVerfGE 104, 373) では、二重氏を排除することの憲法適合性が争われたが、連邦憲法裁判所は、基本法六条二項(子の監護および教育は、両親の自然的権利であり、……義務である)を規準に審査し、これを合憲と判断した。

(b) 一九九三年の民法改正により夫婦別氏が可能となったことから、以降のドイツでは、夫婦同氏制の憲法適合性を争う裁判は存在しない。とはいえ、その後も、氏をめぐる憲法訴訟は継続する。

まず、婚氏については、夫または妻の「出生氏」を婚氏とするという、民法の規定が違憲とされた二〇〇四年の判決 (BVerfGE 109, 256) (後述)、婚氏とならなかった配偶者は出生氏または婚姻締結の際に用いていた氏を婚

氏に前置または後置できるが、「婚氏が複数の名前で構成されている場合にはこれを行うことができない。」と規定する民法一三五条四項二文を合憲とした二〇〇九年の判決 (BVerfGE 123, 90) がある。

さらに、婚氏ではないが、連邦通常裁判所にまで目を広げると、いわゆる「弱い養子縁組」(成年縁組) に際して養子の氏の変更を強制する、民法一七五七条と結びついた一七六七条二項の規定を違憲であるとした呈示決定 (BGH, Beschluss vom 13.05.2020 - XII ZB 427/19, NJW 2020, 2496) がある。これについても後述する。

2 一九八八年夫婦同氏制決定

(a) 出発点となる、一九八八年の夫婦同氏制決定を見ることにしたい。

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つ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。

「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はなく、アイデンティティと個性性 (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」。

この保護請求は無制約に保障されるのではない。氏名権は、法律による形成を必要とする。その際、顧慮されなければならないのは、名前は、区別のメルクマールとして社会的機能をも有しているので、一般の利益が考慮されなければならないことである。このため、各人は、以前の名前を保持する無制約の権利を持つものではない。「とはいえ、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、比例原則に従つてのみ行われなければならない」。

婚氏の形成に際して、立法者は原則として自由である。とりわけ、基本法六条一項は統一的婚氏の選択を命じるもの

ではない。とはいえ、立法者は、家族の一体性を外部からも見えるようにするという民法典一三五五条一項および二項一文によって追及された目的を、家族の一体性を保障し、個々の家族構成員ではなく、家族共同体の個別性を保護する基本法六条一項の評価に結びつけることができる。

(b) 続いて、本決定は、比例原則の審査に進む。比例原則は、手段の適合性、手段の必要性、狭義の比例性から構成される。本決定は、手段の適合性と必要性を簡単に肯定したのち、狭義の比例性（要求可能性）について比較的詳細に審査したが、①民法上、婚姻により氏を失った者は出生氏または婚姻締結の時点で用いていた氏を婚氏に前置できること、②ドイツ氏名法は名前の使用について厳格な義務を課しておらず、旧姓を用いる余地が広いこと、を理由に、夫婦同氏は「自分の名前を唯一の名前として用いることができなくなった配偶者に対し、要求しえない負担を課するものではない」と結論づけている。

(c) 本決定は、夫婦同氏制それ自体の憲法適合性について判断された、最初で最後の連邦憲法裁判所判例となった。夫婦同氏制を合憲としているが、本決定は、法律による形成に依存する氏についても法律上の規定を制限と解しうることを、したがって、その憲法適合性は、制限の目的および比例原則による審査に服するとしていることが重要である。また、比例原則のうちの狭義の比例性審査（受忍可能性審査）では、氏の喪失による人格権侵害の程度を緩和する種々の仕組みが、具体的に列挙されている⁽¹⁴⁾。このことについては、後に立ち戻る。

3 二〇〇四年前婚氏判決

二〇〇四年判決は、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一三五五条二項を違憲としたものである。一九九三年に導入された夫婦別氏において選択できたのは、それぞれ

の出生氏のみであり、再婚者が前婚によって取得し、前婚解消後も用いていた氏は、選択の対象から除外されていた。これを違憲とした本判決は、一九八八年決定の判断枠組みを用いつつ、氏の人格権性を明確に指摘し、狭義の比例性審査においても、氏の人格権性に荷重をかけた審査を行っている。

(a) まず氏について、本判決は、一九八八年決定ほかを引用し、基本法一条一項と結びついた二条一項は、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⁽¹⁵⁾。そして、婚姻により取得された氏も、「基本法一条一項と結びついた二条一項による完全な保護を受ける」。氏の人格関連性については、「子供が出生氏を氏として受け取った場合、この名前はその人に関連づけられる。その結果、出生氏は子のアイデンティティを傳達させ、それを他の人に対して表現することに奉仕する。自己認識の手段として個人に奉仕すると同時に他者との区別可能性という機能において、法制度はその持ち主の名前を尊重し保護しなければならない」との説明が加えられている。

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、名前はく奪や義務的な変更から保護する」。氏名保持権は、民法一三五五一条一項が配偶者に共通の婚氏の決定を強制せず、婚姻締結の際の氏を婚姻締結後も保持できるとしていることにより、尊重されている。しかし、配偶者が共通の婚氏を望む場合、民法一三五五二項は、配偶者の使用する氏が出生氏ではなく、前婚により法律によって割り当てられた、または婚氏選択によって取得された名前である場合に、配偶者はそれを婚氏とすることが禁止されている。「この制限により、立法者は、この取得された名前の持ち主の氏名権に介入している」。

(b) 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 (vgl. BVerfGE 78, 38 [49])。この要請を、民法一三五五二項は充足していない」。

当てはめでは、民法一三五条二項による氏名権への介入は、次の理由から比例性に反し、基本法一条一項と結びついた二条一項に違反するとされた。

① 離婚した前婚の相手方にも、自己の氏名に対する権利が認められるが、そこからは、他者の名前を決定する権利は生じない。憲法には、名前の排他性は存在しない。

② 本件の基本権侵害は、前婚において配偶者の氏を選択したために自己の氏を婚氏とすることを放棄したか、一九九一年判決で違憲となった民法の規定によって放棄せざるをえなかった者について生じている。これに対し、前婚で氏名を保持した元配偶者は、出生氏を婚氏するだけではなく、次の婚姻において、これを引き続き使用することもできる。この点で、二度の氏の変更によって生じる負担と対立しているのは、離婚した元配偶者の新しいパートナーの名前に自分の氏が使われたくないという利益の、一方的な考慮である。

③ 前婚において出生氏を保持した者の利益のみを一方的に考慮することは、婚姻法における男女の平等という憲法上のイメージにそぐわない観念を強固にするものであるため、基本権侵害を正当化することはできない。

④ 「前婚を通じて取得した名前を持つ配偶者が、民法一三五条四項により添氏 (Begleitname) として新しい婚姻においてそれを引き続き用いることができるという事情もまた、使用される名前への権利に対する侵害を受理可能なものとするものではない」。

4 養子縁組と氏の変更

平成二七年最大判が養子縁組による氏の変更を例示していることから、連邦通常裁判所の二〇二〇年五月三日の決定にも触れておくことにしたい。これは、成年者が養子となる養子縁組¹⁶⁾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。

(a) ドイツ法は、未成年養子縁組と成年養子縁組とを区別するが、本件で問題となったのは、「弱い」養子縁組と呼ばれる成年養子縁組である。未成年養子縁組では、養子は養親およびその親族との親族関係に入り、他方で実親およびその親族との親族関係から離脱する（民法一七五四条、一七五五条）。これに対し、成年養子縁組では、養子の親族関係は養親との間でのみ成立し、養親の親族との間では成立しない（民法一七七〇条一項一文）。養子の氏について、民法一七五七条一項一文は、「養子は、養親の氏を自らの出生氏として取得する。」と定める。同条三項一文二号によれば、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、従来の氏を付加することを認めることができる。また、民法一七六七条二項一文は、これらの規定が成年養子にも適用されるとしている。

(b) 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なく、一般的人格権への介入を行った。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。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ふ目的は正当であり、手段は適格的かつ必要であるが、要求可能性に違反すると判断した。そこでは、次の点が指摘されている。

① 未成年養子縁組とは異なり、成年養子縁組においては養親の親族との親族関係は成立せず、一方、従来の親族関係は存続することから、氏の強制的な変更は、この親族関係を不可視なものにする。

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 (Interest) 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」。

② 他方、社会的慣習の変化に直面して、家族への所属の外部からの可視性は、次第に重要性を失っている。この間に、両親と同じ氏を持つ子の数が減少した。また、連邦法務大臣ほかの大臣および省庁により設置されたワーキンググループが作成した二〇二〇年二月十一日の命名法改革に関する主要問題文書は、公的登録簿のデジタル化の進展により、養子縁組後の名前の選択に関する規制は不要になるとしている。

③ 仮に氏の変更の強制を原則とすることが立法者の形成の余地の範囲内であるとしても、氏を引き続き名乗ることに付いて、通常の場合を超えた利益を持つ者がいる。「養子が比較的年齢が高く、自己の出生氏を成年後においてもすでに何十年も用いていることは、継続性への利益を高める特別な事情となりうる」。また、養子の側に、彼の出生氏を名乗る子どもがいるという家族的状況も特別な事情となりうる。

④ そのような特別な事情が存在する場合、強制的な名前の変更と結びついた侵害は、現在の法的可能性の下では十分に緩和されない。

—— 民法一七五七条三項一文二号は二重氏の使用を認めるが、これが認められるための要件は厳格である。しかしながら、そのような二重氏も、名前の継続性を破壊するものであり、個別事例によっては比例性に反することになる。

—— このことは、ドイツ氏名法が厳格な名前の使用義務を課していないとしても変わるものではない。——〔略〕

5 補論——一九九一年決定・婚姻の自由との関係

夫婦同氏制と婚姻の自由との関係について付言しておく。

一九九一年決定によって違憲とされた、夫婦が婚氏を決定しない場合には「夫の氏が婚氏となる」(民法一三五五条二項二文) という奇妙な規定が採用されたのは、婚氏未決定の場合に婚姻の成立を認めないことが、基本法六条一項の保障する婚姻締結の自由に違反すると考えられたためである。この規定が生まれた一九七六年六月

一四日の「婚姻法および家族法の修正に関する第一法律」の制定過程で、連邦政府の草案 (BTDruckss. 7/650) は、婚姻に際して婚約者に婚氏決定を義務づけ、婚氏が決定されない場合には、身分登録官は婚姻締結を行わないという方式を提案していた。連邦議会法務委員会の多数派はこの方式を支持したが、少数派は婚氏の宣言を婚姻締結の前提条件とすることに反対した (BTDruckss. 7/3119, S. 4)。一方、連邦参議院は、この方式に対し、「婚氏についての宣言を配偶者に義務づけることは必要ではない。むしろこれにより、両方の配偶者の選択の自由が制限される。教育的理由から宣言の提供を義務づけるのは、成熟した市民に対して適切なことではない」との異議を唱えた (BTDruckss. 7/3268, S. 2)。宣言の義務づけに代えて連邦参議院は、夫の氏に婚氏を結びつけるのが「適切」であるとした。連邦議会・連邦参議院の調整委員会 (Vermittlungsausschuss) を経て、連邦参議院の修正案が法律となった。

制定過程の資料からは必ずしも明瞭ではないが、一九九一年決定において連邦政府を代表して連邦法務大臣は、問題の規定は婚姻の自由に配慮したものであると述べている。それによれば、婚氏の統一という憲法上の疑義のない原則を堅持するにあたり、婚氏決定について立法者に残された選択肢は限られていた。「婚約者が一つの名前に一致できない場合に婚姻締結を拒絶することは、立法政策的に問題があるばかりではなく、婚姻の自由を損ない、子供に嫡出の地位と婚姻した両親の家族の中で成長する機会を拒むものであるため、憲法上も疑義がある」。

このように、ドイツの立法者は、婚氏選択の強制を婚姻締結を制約するものであると捉えてきた。実際、ドイツ民法の変遷の中で、単一的な婚氏の選択が婚姻締結の要件となったことはない。一九九一年決定は、婚氏の決定を要件とすることが婚姻締結の自由に反しないかについて、「本件では判断する必要はない」としたが、同時に、立法者が憲法で保障された結婚の自由を制限するには、あらかじめ慎重な検討を経なければならない、と

指摘している。結局、一九九三年法は、夫婦同氏を原則としつつ、人格権、婚姻の自由、男女平等という憲法上の要請を同時に満たすためには、選択的別氏の許容が合理的であると考えたのであろう。⁽¹⁷⁾

IV 基本的な考え方

冒頭で述べたように、夫婦同氏制の憲法適合性については、制度の形成として構成する理解と、権利の制限として構成する理解との対立がある。以下では、この問題についての私見を述べ、あわせて、その帰結について触れることにしたい。

1 対立の所在

(a) 上述のように、平成二七年最大判は、氏について、「憲法の趣旨を踏まえつつ定められる法制度をまとめて具体的に捉えられる」ものであり、「婚姻の際に『氏の変更を強制されない自由』は憲法上の人格権の一内容であるとはいえないとした。これに対して、令和三年最大決における宮崎裕子、宇賀克也両裁判官の反対意見は、氏に関する人格権の内容は法制度をまとめて初めて具体的に捉えられるものではなく、「この人格的利益の内容は、……個人の尊重、個人の尊厳の基礎である人格の一内容と理解することができる」とし、「法制度によって具体的に捉えられるのは、この人格的利益の内容ではなく、この人格的利益に対して法制度が課している制約の内容にすぎない」とした。

同様の対立は、婚姻の自由についても生じている。多数意見は、これを「パッケージ」(令和三年最大決における深山卓也裁判官ほか二裁判官の補足意見参照)と捉えているのに対し、令和四年決定における渡邊恵理子裁判官

意見は、夫婦同氏制は「婚姻をしようとする者に従前の氏を変更するか法律婚を断念するかの二者択一を迫るものであり、婚姻の自由を制約することは明らか」であるとする。

(b) 制度論的構成と権利論的構成とで対立するのは、氏名および婚姻が、法律による形成を必要とすることによる。多数意見は、氏および婚姻の法制度依存性から、いわば一直線に制度論的構成を採用している。一方、少数意見に親和的な理解として、連邦憲法裁判所は、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はなく、アイデンティティと個別性の表現でもあるとし、これを一般的人格権に含まれるとしている。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ことになる。

2 内容形成か制限か

私見もまた、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、民法七五〇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考えられるものである。

(a) まず、形成的規定と制限的規定の区別は、多数意見が当然視するほど単純で自明のものではない。権利の制限と内容形成とをどのように見極めるかについては、ドイツでも定説がない。有力となりつつあるのは、当該基本権に内在的な目的による規律と、外在的な目的による規律とを区別する、という見解である。¹⁸⁾

日本においても、森林法判決（最大判昭和六二・四・二二民集四一卷三号四〇八頁）は、「分割請求権を共有者に否定することは、憲法上、財産権の制限に該当」するとしているが、「森林の細分化を防止することによって森林経営の安定を図ること」との目的が、憲法の財産権保障にとって外在的な目的であると考えられたためである

かもしれない。また、平等の事案であるが、再婚禁止期間判決（最大判平成二七・一二・一六民集六九卷八号二四二七頁）では、「婚姻に対する直接的な制約を課すことが内容となつている本件規定」という表現が用いられているが、嫡出推定の重複の回避が外在的目的であると考えられたのかもかもしれない。また、（選択的）夫婦別姓を採る国が多数存在することからすれば、夫婦同氏は婚姻に本質的に内在する目的の具体化とは言えず、家族の他者からの識別という社会的・外在的目的からの制限であると考えられることもできよう。⁽¹⁹⁾

(b) 次に、問題の規律が、権利や法的地位を最初の付与するためのルールか、既得のものに対する干渉かによる区別を考えることができる。財産権について、法制度依存性を重視する見解であつても、ある具体的財産権の内容を将来に向けて規律する法律か、それとも既得の具体的財産権の内容に変更を加える法律かを区別することができると。氏名の読み仮名の法制化についても、新たな命名に対する規律と既存の氏名への遡及適用とでは、問題の次元を異にするであろう。

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。⁽²⁰⁾ 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、自らによつても他者によつ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。

(c) 第一次的には婚姻の自由にかかわることであろうが、最後に、「侵害 (Eingriff)」概念の拡張がある。伝統的に「侵害」であるとされてきたのは、①目的志向性（規制する目的をもって意図的になされたのかどうか）、②直接的性、③命令性（命令権および強制権の発動としてなされたものかどうか）、④法形式性（法律・命令・判決という

法形式をもってなされたのかどうか)、の四要件を満たした国家の規制的介入である。しかし、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。⁽²¹⁾

最高裁もまた、国歌起立斉唱の強制を「間接的な制約」と捉え、⁽²²⁾宗教法人に対する解散命令が信者の宗教上の行為に「何らかの支障を生じさせることがあるとするならば、憲法の保障する精神的自由の一つとしての信教の自由の重要性に思いを致し、憲法がそのような規制を許容するものであるかどうかを慎重に吟味しなければならぬ」(最決平成八・一・三〇民集五〇巻一号一九九頁)としている。

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越えた負担は生じていないということができる。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越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。「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いる」(平成二七年再婚禁止期間大法院判決)。また、氏の人格権的性格は、時代の変化によって強まっていることはあっても、希薄化していることにはないであろう。連邦憲法裁判所は、一九八八年決定では、氏の意義について、「人の出生氏は、一般的人格権に含まれる。出生氏は、区別および帰属のメルクマールとなるだけでなく、アイデンティティと個性の表現で

もある」とだけ説いていた。しかし、二〇〇四年の前婚氏判決では、すでに紹介したように、「子供が出生氏を氏として受け取った場合、この名前はその人に関連づけられる。その結果、出生氏は子のアイデンティティを傳達させ、それを他の人に対して表現することに奉仕する。自己認識の手段として個人に奉仕すると同時に他者の区別可能性という機能において、法制度はその持ち主の名前を尊重し保護しなければならない」との説明が加えられている。

2 判断枠組み

氏名および婚姻締結の憲法上の位置づけ、憲法と法律との関係についての理解の差異は、憲法適合性審査の判断枠組みに対しても差異をもたらす。

(1) 裁量踰越審査と比例性審査

上で紹介したドイツの憲法判例は、いずれも、比例原則を用いて憲法適合性の審査を行っている。これに対し、平成二七年最大判は、「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」する審査を行っている。

(a) まず、一九八八年決定の比例原則による審査と、平成二七年最大判の裁量踰越審査とを比較したい。比例性審査は、目的の正当性ないし重要性が審査された上で、手段の適合性、必要性、狭義の比例性を審査するものである。しかし、一九八八年決定は、目的の正当性、手段の適合性と必要性を比較的簡単に肯定し、審査の重点を狭義の比例性に置いた。⁽²³⁾一九八八年決定において実質的には狭義の比例性しか審査されていないことをもつ

て、ある論者は、日独の「判断のプロセスはほぼ同じである」と評している。⁽²⁴⁾しかし、日独の審査には、看過できない相違がある。

(b) 一九八八年決定における狭義の比例性審査は、“Zumutbarkeit”（受忍可能性、要求可能性と訳されることが多い）の審査として行われている。この言葉に示されているように、氏の変更を望まぬ者に変更を強いことが、その者に受忍を求めうるのかどうかを審査するものである。同判決は、引き続き出生氏を使用することの法的、事実上の余地がどれだけ残っているかを比較的细节に挙げているが、これも、――挙げるだけの材料があったためでもあろうが――氏の変更を要求しうるかが問題とされたためであろう。

これに対し、平成二七年最大判の審査は、夫婦同氏制を採ることが不合理ではないことにほぼ尽きている。もとより、平成二七年最大判も、氏の喪失に伴う不利益に触れていないわけではない。しかしそれは、「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、……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」という簡単な言及である。同最大判における木内道祥裁判官意見は、「問題は、夫婦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なのである」と説いているが、もっともな指摘であろう。

夫婦同氏制を原則とすることの合理性と例外なき夫婦同氏制の合理性は、別である。

(2) 衡量の観点

比較衡量に際しては、夫婦を同氏とすることの合理性ではなく、それを望まぬ者に夫婦同氏を強制することの受忍可能性が審査されなければならない。氏名が個人のアイデンティティを形成し、個人の人格と直接に結びついたものであることが出発点とならなければならない。氏の変更を強いることは、アイデンティティの変更を強

いることである。

(a) 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されるにつれ、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。⁽²⁶⁾ ドイツの一九八八年決定は、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、三五年前に初めて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、連邦憲法裁判所の二〇〇四年前婚氏判決や連邦通常裁判所の二〇二〇年の呈示決定は、その程度の不利益緩和策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。

(b) 一方、選択的夫婦別姓を認めた場合に生じうる不利益として、子の氏の決定を含む子の福祉、外部からの可視性、夫婦の一体感、戸籍管理などが指摘されている。重要なのは、同氏を強制することによって維持される、それぞれの法益の地位の高低と、選択的別姓を導入した場合に生じる毀損の程度である。例えば、指摘された種々の法益のうち、憲法レベルの法益といえるのは、子の氏と結びついた子の福祉だけであろう。また、先に紹介した連邦通常裁判所の呈示決定が指摘するように、デジタル化技術の進展は、公的機関による個人単位の身分関係の管理・把握を著しく容易にしており、別氏による婚姻を認めた場合にも大きな障害は生じないものと思われる。その手間についても、韓国憲法裁判所の戸主制憲法不合法決定が三年間の猶予期間を指定し、実際にその間に法規制が行われたという経験⁽²⁷⁾に照らせば、過大に評価されるべきではない。同氏であることによる夫婦

の一体感という理由づけは、「高校球児は丸刈りでなければならぬ」とする主張と、本質において変わるものではないであろう。⁽²⁸⁾

V むすびにかえて

氏名、婚姻に関する日独の判例を見ると、日独ともに、①氏名が個人の人格と結びついていること、②氏名および婚姻が法律による形成を必要とすること、③氏が婚姻等により変動しうることなど、基本的な前提には相違がない。一方、日独で異なるのは、憲法適合性の判断枠組みとその前提となる制限／内容形成の振り分けである。

(a) 本稿が比較の対象としたドイツは、婚氏について、日本以上に保守的であった。一九七六年の改正まで、夫の氏が婚氏になると定められていた。性別による差別を禁止する基本法下でも、一九七六年までは、妻は出生氏を婚氏に添付することができすぎない。一九八八年決定も、夫婦同氏の強制を合憲としているように、決して革新的な内容の判決ではない。同じことは、婚姻にも当てはまる。二〇一七年から同性婚が可能となり、また、それに先立ち、二〇〇一年に同性による生活パートナーシップが法制化されるなど、婚姻をめぐるドイツの法制度は動いているが、憲法上の婚姻概念自体は、「男女」を維持している (BVerfGE 105, 313 ほか)。そのドイツにおいても、氏は法律の定めに従属し、婚姻は法律の定めるパッケージである、という制度優位の思考は採られていない。氏名の人格権性が強調され、氏の変更の強制を正当化しうるか否かについては比例原則、とくに受忍可能性(比較衡量)によって判断されてきたのである。

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するべきではない。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。

(b) ドイツでは、婚氏の問題は、基本法一条一項と結びついた二条一項を規準に審査されてきた。これは、ドイツにおいて一九九三年までは婚氏が（半ば）自動的に決まり、一九九三年以降は選択的別氏が認められたため、婚氏不決定による婚姻不成立という時代がなかったためである。日本については、夫婦同氏制の憲法適合性は、憲法一三条のほか、当然に二四条一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」（令和三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。憲法一三条論と二四条一論は、夫婦同氏制においては不可分に結びついている。

(1) 基本権の制限と内容形成の区別につき、詳しくは、小山剛『基本権の内容形成』（尚学社、二〇〇四年）（以下、小山・内容形成として引用）、簡潔には、同『憲法上の権利の作法（第三版）』（尚学社、二〇一五年）四一頁以下（以下、小山・作法として引用）。さらに、高橋和之『立憲主義と日本国憲法（第四版）』（有斐閣、二〇一七年）ii頁（第三版はしがき）。八五―八六頁も参照。

(2) 日本において氏と姓は元来区別されてきたが、現在では、法律上は「氏」が用いられ、一方、夫婦別の呼称を論ずる論考では「姓」が用いられることが多い。本稿では、氏と姓を区別せず、基本的には氏の語を用いている。

(3) 民法七五〇条は「夫婦は、婚姻の際に定めるところにより、夫又は妻の氏を称する。」定めている。この規定自体は、夫婦同氏の原則を謳ったものと解する余地があるが、民法七三九条一項が、婚姻は戸籍法の定めるところにより、これを届け出ることによってその効力を生ずるとし、夫婦が称する氏は婚姻届の必要的記載事項であるとされて

いる（戸籍法七四条一号）ところから、夫婦同氏は強制的なものとなっている。本稿で検討するのは、夫婦同氏を強制とすることの憲法適合性であり、以下において民法七五〇条という場合、周辺の規定を含めた同氏強制の規定という意味で用いている。

(4) あらかじめ私見を述べておくと、本稿は夫婦同氏制を氏名権および婚姻の自由の対する制約であると解し、その憲法適合性の判断に当たっては、比例原則、とりわけ、狭義の比例性を重視すべきだと解するものである。なお、平成二七年最大判が注目されたことから、夫婦同氏制に関する論考や評釈は多数あるが、ここでは、本稿とは異なる見解として、篠原永明「婚姻の自由」の内容形成」甲南法学五七巻三・四号六〇五頁（二〇一七年）と、茂木洋平「選択的夫婦別氏制をめぐる法理論」（敬文堂、二〇二二年）のみを挙げておく。

(5) https://www.courts.go.jp/app/hanrei_jp/detail?d=91054 最終確認二〇二三年一月一〇日（以下同じ）。

(6) 以下を含め、小山・内容形成三頁以下、一七頁以下、小山・作法一五五頁以下。

(7) 以下につき、高橋正俊「財産権不可侵の意義（二）」香川法学五巻四号五〇七頁（五二二頁以下）（一九八六年）を参照。

(8) 安念潤司「憲法が財産権を保護することの意味」長谷部恭男編『リーディングズ現代の憲法』（一九九五年）一三七頁以下（一四八頁ほか）。

(9) 安念（注8）一四八頁。

(10) 安念（注8）一五一頁。

(11) 以下につき、具体的判例を含め、小山・作法一七四頁以下。

(12) 二〇二三年三月三一日付のドイツ法務省ホームページ。 https://www.bmj.de/DE/Themen/FamilieUndPartnerschaft/Namensrecht/Namensrecht_node.html。

(13) 一九七六年のドイツ民法一三五五条は、次のように規定していた。一項…夫婦は共通の氏を称する（婚氏）。二項…婚氏として、夫婦は婚姻の際に登録官に対して夫または妻の出生氏を決定する。決定が行われない場合、夫の出生氏が婚氏となる。（三文略）。三項…自分の出生氏が婚氏とならなかつた配偶者は、登録官への申告により、出生氏または婚姻締結の時点で使用していた氏を婚氏の前に付することができる。申告は公的認証を必要とする。四項…略。

(14) 煩雑となるが、要点を紹介しておく。①旧姓の前置について・要求可能性の審査においては、民法一三五条三項により認められた権利、すなわち、出生氏または婚姻締結の時点で用いていた氏を婚氏に前置する権利が、重要な意味を持つ。これによって、その名前を失った配偶者の一般的人格権が、十分に考慮されている。「讓歩した」配偶者は、正式には自分の氏を失う。その配偶者は、法的には、それまでの氏を前置することが許されるだけである。しかし、実際には、これは、出生氏に婚氏を追加することと変わらない。日常の交流において、その者の個別性の表現という名前の機能は、本質的に維持されている。

②旧氏使用の余地について・ドイツ氏名法は、名前の使用について厳格な義務を規定しておらず、個別の形成に余地を残している。民事法上、名前の不完全な表示が法的帰結を引き起こすのは例外的場合に限られる。持ち主の同一性が確立されている限り、名前の表示が不完全であることに意味はない。

もともと、官庁に対して、とりわけ、公式な登録管理の領域では、完全な名前の使用が義務付けられる。これは、配偶関係制度 (Personenstandswesen) 並びに公式の身分証明書での名前の表示に当てはまる。ただし、これらの規律は、秩序ある共同生活を確保するという公共の利益のために名前の完全な表示が明示的に規定されている、狭く限定された領域にのみ関係するものである。

そのほか、名前を讓歩した配偶者は、婚姻前に出生氏を用いて職業活動を行っていた場合には、婚氏を付加せずに出生氏を用い続けることができる (いわゆる芸名ないし職業名)。出生氏の使用には、有名であることや「名声がある」ことは条件とされていない。この保護は、公の場での区別可能な名前の採用と使用から生じる。

登録法および旅券・身分証明書法は、職業名の社会的意義を考慮しており、婚氏に加えて職業名を取り入れることを予定している (一九八六年の身分証明書法一条二項四号、一九八〇年の住民登録大綱法二条一項五号)。その際、出生氏でもありうる職業名の登録には、過度に高い条件を課してはならない。

(15) 同判決は、次のように説示している。「子が氏として出生名を受け取ると、この名前は彼の人格に結びつく。名前は、その後、彼のアイデンティティを発展させ、他人に対してそれを表現するのを助ける (vgl. BVerfGE 104, 373 [385])。自己を認識し、同時に他者と区別するというこの機能において、法秩序は、その持ち主の名前を尊重し、保護しなければならぬ (vgl. BVerfGE 97, 391 [399])。」

- (16) ドイツの養子縁組について、商事法務研究会『各国の親子法制（養子・嫡出推定）に関する調査研究業務報告書』（二〇一八年）（＝ <https://www.moj.go.jp/content/001307936>）一頁以下（長野史寛執筆）を参照。
- (17) 政府の提案理由は、BTDDrucks 12/3163＝ <https://dserver.bundestag.de/brd/12/031/1203163.pdf> に掲載されている。
- (18) ハの見解を採るものとして、Thorsten Kingreen, Ralf Poscher, Die Ausgestaltung von Grundrechten, JZ 20/2022, S. 961 ff.
- (19) 小山剛「判批」ジュリスト一五〇五号（平成二八年度重要判例解説）二三頁（二〇一七年）。
- (20) 連邦憲法裁判所の二重氏判決（BVerfGE 104, 373）も、「子供の人格権には、自分の出生名を選択する権利は含まれない」、「子供の二重氏を排除することは、……親の人格権に影響を与えるものではない」としている。もとより、同判決は、氏名を得る権利は子に認められるとする。また、韓国憲法裁判所は、「婚姻中の女子と夫でない男の間で生まれた子女に対する出生申告事件」（憲裁二〇二三・三・一一三・一〇二一헌마九七五・判例集三五・一上、八三八）において、児童が人として人格を自由に発現し、親と家族などの保護の下で健康な成長と発達ができるよう最小限の保護措置を設けることを要求できる権利として、生まれて直ちに「出生登録される権利」を認めた。これには、氏の決定が含まれる。なお、韓国憲法裁判所の判決については、慶應義塾大学大学院法学研究科修士課程、韓スビン君の支援を得た。
- (21) 以下を含め、小山剛「間接的ないし事実上の基本権制約」中央大学法学新報二二〇巻一＝二号（二〇一三年）一五五頁以下。
- (22) 最判平成二三・五・三〇民集六五卷四号一七八〇頁、最判平成二三・六・六民集六五卷四号一八五五頁、最判平成二三・六・一四民集六五卷四号二一四八頁。
- (23) これには相応の理由がある。名前が区別のメルクマールという社会的機能を持ち、家族構成員の所属性を外部からも可視化するという目的が正当であるとすれば、夫婦同氏という手段は、この目的達成のために適格的であり、必要であるということにならざるを得ないためである。ちなみに、必要性の審査は、等しく実効的であるが制限の程度が低い手段の有無を問うものであるため、家族の一体性という目的に対する等しく実効的な手段が、そもそも存在し

ないことになろう。

(24) 富田哲「夫婦別姓論その後」福島大学行政社会論集三二巻四号一九七頁(二〇二〇年)。

(25) 前注15参照。

(26) 男女共同参画局のホームページ (<https://www.gender.go.jp/research/kyusei/index.html>) によれば、旧姓の併記が可能な主な制度として、住民票・マイナンバーカード(個人番号カード)、運転免許証、パスポート(旅券)がある。また、令和四年九月六日の内閣府男女共同参画局の調査結果「旧姓による預金口座開設等に係るアンケート結果概要」(https://www.fsa.go.jp/news/r4_ginkou/20220906/01.pdf) によれば、銀行の約七割、信用金庫の約六割が、旧姓名義による口座開設等に対応している(ただし、多くの金融機関が、顧客から旧姓口座の開設等の申し込みを受けた場合、その背景・理由や特段の事情を慎重に確認していると回答)。

(27) 韓国民法の旧規定(七七八条、七八一条、八二六条等)の「戸主制」は、「戸主を頂点として『家』という觀念的集合体を構成し、これらの『家』を、直系卑属男子を通じて承継させる制度」のことで、「男系血統を中心に家族集団を構成してこれを代々に永続させるに必要な諸法的装置」として機能していた。民法七八一条旧規定本文の後段は「子は父の姓と本に従つて父系に入籍する。」と規定し、同八二六条三項本文は「妻は夫の家に入籍する。」と規定した上で、旧民法九八四条は戸主の承継は被承継人の直系卑属男子が継ぐと規定していた。この「戸主制」に対して韓国憲法裁判所(韓国憲法裁判所二〇〇五. 一. 三. 二〇〇一호가九等, 判例集一七一, 一. 二〇〇五. 二. 三. 二〇〇一호마〇〇等, 判例集一七一. 一.)は、「戸主制は当事者の意思や福利とは無関係に男系血統中心の家の維持と継承という觀念に根差した特定な家族関係の形態を一方的に規定・強要することで、個人を家族内において尊敬ある人格体として尊重するのではなく、家の維持と継承のための道具的な存在として取り扱っているところ、これは婚姻・家族生活をどのように切り回すかに関する個人と家族の自律的な決定権を尊重すべきだ」という憲法第三六条第一項に適合しない。」と述べ、戸主制を構成する諸規定は違憲であると判断した。さらに、憲法裁判所は、これらの諸規定を直ちに無効であるとする、「身分関係を公示・証明する公的記録に重大な空白が発生する」ため、新たな体系に改正されるまで暫定的に継続適用を命じた。その後、上記決定を受け、国会は二〇〇五年三月に戸主制度を全面削除した民法改正案を可決し、二〇〇八年一月一日付で「家族関係の登録等に関する法律」が発効した。同法により、

以前の制度により作成された旧制度に基づき二〇〇三年に電算化された記録はすべて、「除籍謄抄本」と、個人ごとに身分関係を公示する「家族関係登録簿」に移転された。同法の施行前に死亡した人の記録は「除籍謄抄本」でのみ施行後に生まれた人の記録は「家族関係登録簿」でのみ記録を閲覧することができる。施行前に生まれて施行後に死亡した人または生きている人に係る記録は、「除籍謄抄本」と「家族関係登録簿」の両方から探すことができるが、施行後の結婚、離婚、死亡などの情報は「家族関係登録簿」にのみ記録される。以上については、慶應義塾大学大学院法学研究科修士課程、韓スビン君の協力を得た。

(28) ちなみに、一般的自由である髪型の自由と人格権、婚姻の自由との違いのほか、国家がある種の強制加入団体であるのに対し高校については学校選択の自由があること、また、球「兎」とは異なり成年に対してパターンナリスティックな制約を加えるのは許されない、といった相違点があるが、以下では立ち入らない。