

1 事件の種類と進行

種類	原々審	最高裁	被告等
別氏婚姻届の受理を 求める審判申立 (家事1表 非公開)	東京家裁本庁	申立人 2人	区 市 市 広島市
	東京家裁立川支部	申立人 2人	
	同	申立人 2人	
	広島家裁	申立人 2人	
立法不作為の違法に よる国家賠償請求訴 訟 (公開)	東京地裁本庁	原告 1人	国 国 国
	東京地裁立川支部	原告 6人	
	広島地裁	原告 1人	
確認訴訟 (公開)	東京地裁	2021.4.21 判決 103 法廷	国

他の訴訟 原告青野さん等の裁判 (一小)、原告出口弁護士等の裁判 (二小)

2 判決・決定

夫婦別姓訴訟を支える会 <https://bessei.net> に登載

上告理由書・特別抗告理由書等も登載

受理事件

東京家審	2019 (H31) 3.28	東京高決	2020 (R2) .1.21
東京家立川支審	2019 (H31) 3.28	東京高決	2019 (R1) 11.25
東京家立川支審	2019 (H31) 3.28	東京高決	2020 (R2) .1.23
広島家審	2019 (R1) 9.27	広島高決	2020(R2).10.26

国賠請求事件

東京地判	2019 (R1) .10.2 判時 2443-55	東京高判	2020(R2).10.20
東京地立川支判	2019 (R1) .11.14	東京高判	2020(R2).10.23
広島地判	2019 (R1) .11.19	広島高判	2020(R2).9.16

3 一次訴訟と二次訴訟の違い

- ◆民法 750 条に加え戸籍法 74 条 1 項をあわせて、法令の違憲・条約違反を主張
婚姻届に「夫婦の称する氏の記載」をすることが、婚姻届受理の要件 (形式的要件)、つまり、婚姻に対する法律上 (事実上ではない) の直接の (間接ではない) 制約であり、婚姻の形式的要件であること、婚姻の制約そのものであることを明確にするため。
- ◆婚姻の直接の制約であることを明確にするため、原告・申立人は全員事実婚
- ◆性差別・憲法 14 条違反の主張はしない。
- ◆信条による差別・夫婦が称する氏の記載の有無による差別 憲法 14 条違反を主張
- ◆「氏の変更を強制されない自由」の侵害・憲法 13 条違反の主張はしない。
- ◆女性差別撤廃条約違反に加え自由権規約違反を主張

4 法令の構造 審理対象は、民法 750 条と戸籍法 74 条 1 号（本件各規定）[戸籍法追加](#)

民法 750 条（夫婦の氏）	婚姻の要件ではなく二章婚姻・二節婚姻の効力に位置 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。
民法 739 条（婚姻の届出）	一節婚姻の成立・一款婚姻の要件に位置 1 項 婚姻は、戸籍法の定めるところにより届け出ることによって、その効力を生ずる。
戸籍法 74 条 1 号（婚姻届）	必要的記載事項 受理要件 婚姻をしようとする者は、左の事項を届書に記載して、その旨を届なければならない。 一 夫婦が称する氏 二 その他法務省令で定める事項

民法通説による整理

婚姻の実質的要件 民法 731～737 条 婚姻年齢・重婚禁止・再婚禁止期間・・・等
民法 742 条 1 号 婚姻意思

婚姻の形式的要件 民法 739 条 婚姻の届出（方式）

論じられてこなかった問題

夫婦の氏は、婚姻の要件か効果か・実質的要件か形式的要件か
平 27 最大判

「(民法 750 条は) 婚姻の効力の 1 つ（中略）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。（中略）ある法制度の内容により婚姻をすることが事実上制約さ
れることになっていることについては、(24 条の) 国会の立法裁量の範囲を超えるか否
かの検討に当たって考慮すべき事項」

5 原告・申立人の主張

* 確認訴訟は別

(1) 民法 750 条及び戸籍法 74 条 1 号について

① 憲法 14 条 1 項違反 あらたな主張

同氏を希望する者	法律婚できる
別氏を希望する者	法律婚できない・婚姻のさまざまな効果を受けられない

区別を生じさせている事項 差別のメルクマールは

主位「信条」による別異取扱い 信条：14 条 1 項に例示

予備 信条にあたらなくても

「(氏の選択は) 夫婦としての在り方を含む個人としての生き方に深くねざす

憲法 13 条に由来する自己決定に委ねられるべき事項」による別異取扱い

最後は戸籍法の文言通りの主張

「夫婦が称する氏の記載」の有無による別異取扱い

区別の対象となる権利・利益

・婚姻の自由

憲法 24 条 1 項の趣旨に照らし十分尊重に値する（平 27 再婚禁止期間最大判）

憲法上保護されるべき法的利益

・さまざまな婚姻の法的効果及び事実上の利益（共同親権、相続税、・・・）

この別異取扱いに、事柄の性質に応じた合理的な根拠は存しない。

② 憲法 24 条違反 =平 27 最大判の 5 人の裁判官の個別意見

平 27 最大判の示した 24 条判断枠組（将来の判例変更の布石）に依拠

- ◇「憲法 24 条に（略）適合するものとして是認されるか否かは、①当該法制度の趣旨や②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見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」されるべき
- ◇「憲法 24 条 2 項は（中略）同条 1 項も前提としつつ、個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚すべきであるとする要請、指針を示すことによって、その裁量の限界を画したものといえる。（中略）その要請、指針は、（中略）憲法上直接保障された権利とまではいえない人格的利益をも尊重すべきこと、両性の実質的な平等が保たれるように図ること、婚姻制度の内容により婚姻をすることが事実上不当に制約されることのないように図ること等についても十分に配慮した法律の制定を求めるものであり、この点でも立法裁量に限定的な指針を与えるものといえる。」
- ◇「婚姻及び家族に関する事項は、国の伝統や国民感情を含めた社会状況における種々の要因を踏まえつつ、それぞれの時代における夫婦や親子関係についての全体の規律を見据えた総合的な判断を行うことによって定められるべきものである。」（平 27 再婚禁止期間判決も同旨）

2015（平 27）からの事情変更（社会状況の変化・立法事実の変遷）

女性の有業率の上昇（2019:52.2%）、女性管理職割合の増加、共働き世帯の割合増加（2019:1245 万世帯）、結婚出産後も就業継続する女性の増加、晩婚の継続（2019:女性 29.6 歳）、婚氏続称（2019:44%）、再婚割合増加、グローバル化、IT 化、コミュニケーション手段の変化（FB2019:2600 万人、Line2020:8400 万人等）、オンライン化、リモートワーク化、世論調査（通称使用の選択肢をいれない民間調査では、7～8 割賛成）、氏は家族の一体感に影響しない 64.3%、諸外国動向、女性差別撤廃委員会による勧告や見解、地方議会における導入を求める意見書の増加、平 27 最大判への学説からの多数の批判、通称使用策の煩雑性と限界・・・

通称使用の選択肢のない世論調査では

7～8割選択制に賛成

調査主体	回答者	賛成割合	調査実施時期
カンケイリビング新聞社	全年齢男女	80%	2019(平31)年3～4月
日経新聞社	働く20～50代女性	75.1%	2019(令1)年11～12月
朝日新聞社	全有権者男女	69%	2020(令2)年1月
西日本新聞社	全年齢男女	約8割	2020(令2)年3月
TOKYO FM	全年齢男女	82.9%	2020(令2)年10月
早稲田大棚村研究室／選択的夫婦別姓・全国陳情アクション	20～59歳までの男女	70.6%	2020(令2)年10月

③ 条約違反

自由権規約

2条1項(差別禁止)、3項(b)(司法上の救済措置)、3条(男女同等の権利)、17条(プライバシー権)、23条4項(婚姻に係る配偶者の権利及び責任の平等確保)違反

女性差別撤廃条約

2条(c)(司法機関等による差別の効果的保護)、2条(f)(女性差別となる既存の法律、規則、慣習及び慣行を修正し又は廃止するためのすべての適当な措置(立法を含む)をとること)、16条1項(b)(自由かつ完全な合意のみにより婚姻をする同一の権利)、(g)(夫及び妻の同一の個人的権利(姓及び職業を選択する権利を含む))違反

上告理由として憲法98条2項違反(上告理由は民訴法により憲法違反に限定)

司法の条約遵守義務 裁判所は国際規範を用いた裁判により、又は国際規範と国内法制度との間に抵触が生じていることを裁判において明らかにし、立法府と行政府の対応を促すことにより、条約遵守義務を果たすべき。

(2) 受理申立(審判)

区長(または市長)に対し、婚姻届を受理すべきことを命ずる旨の審判を求める。

(3) 国家賠償請求(訴訟)

違憲が明白であり、長期(民法改正案公表の平8年より)にわたって国会はその改正の立法作業を怠っており(立法不作為)、国家賠償法1条1項の違法がある。

6 下級審判決・決定の内容

① 憲法14条1項違反について

信条と認めつつ差別的取扱いを否定

「婚姻に際して婚姻後も夫婦別氏を希望することは信条に当たると考えられる。」

(東京地判本庁、東京地判立川・各高判も否定せず)

「民法 750 条の規定は夫婦となろうとする者を夫婦別氏を希望する者と夫婦同氏を希望する者とに二分し、夫婦別氏の希望を指標として不利益な取扱いを定めたものではなく、(中略)文言上、信条の違いに着目した法的な差別的取扱いを定めているものではないから (中略) 形式的な不平等が存在するわけではない・・・」

(東京高判本庁 15 頁、東京高判立川も同じ)

要件性を否定、戸籍法(手続法)が民法(実体法)を変えている構造を無視

「本件各規定が夫婦同氏が婚姻の要件であることを定めたものであるとは解されず、婚姻をすることについての直接の制約を定めたものであるとはいえないから、・・・婚姻の自由を侵害するものとして憲法 14 条 1 項に違反するとはいえない。(中略) 婚姻をすることが事実上制約されることになっていることについては、(中略) 憲法 24 条の認める立法裁量の範囲を超えるものであるか否かの検討に当たって留意すべきもの」(東京高判原審立川 19 頁)

混乱のみられる判決もあり

「民法 750 条は、(中略)『婚姻の際に定めるもの』という要件を明記し、(中略)氏についての合意をすることが婚姻の実質的要件になっている(中略)夫婦の一方の氏の変更が婚姻の形式的要件となっている・・・」(広島高判 22、33 頁)

全体に、平 27 最大判に依拠しようとし、一次とは異なる二次主張を無理に一次の論理で合憲の結論を出した感がある。

←「夫婦同氏」「夫婦が称する氏」の記載は、婚姻の形式的要件に組み込まれ、形式的要件、直接の(間接ではない)制約、法律上の(事実上ではない)制約である。信条の該当性如何にかかわらず、平 27 再婚禁止期間最大判同様、婚姻の直接の制約として慎重に合理性審査をすべき

② 憲法 24 条違反について

いずれの判決・決定も、

- ・氏の変更によるアイデンティティの喪失、他人から識別し特定する機能の低下、信用・評価・名誉感情等の維持の困難を肯定する。
- ・2015 年 12 月以降の社会状況や国民の意識の変化を比較的ていねいに認定。
- ・しかし、「(事情を)しんしゃくしても、現時点において、いまだ各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状態に至っているとは認められない」(広島高判、東京高判原審立川)
- ・広島高判以外は、通称使用を評価
- ・24 条審査においても、婚姻の直接の制約か否かは重要

③ 条約違反

女性差別撤廃条約は、個々の国民に対して直接権利を保障するものということとはできず、国内の裁判所において適用可能なものではない、で終わる。

自由権規約は、裁判規範性を認めるもの(東京地判本庁、東京高判(本庁分)、広島地判、広島高判)、一部の条項に裁判規範性を認めるもの(広島家審)、言及のないものに判断が分かれている(別表 塩生「自由権規約に関する判断比較」)

従前自由権規約の裁判規範性を認めた多数の裁判例がある。

←条約適合性審査において直接適用可能性の有無は問題とならない（松田浩道准教授意見書）。

形式的理由で主張を切り捨て、条約適合性の判断を回避。

実質は、条約違反ではないというに等しい。

下級審判決や決定自体が、憲法 98 条 2 項（条約遵守義務）違反である。

直接適用可能 国際法が国内において裁判所や行政府によってそれ以上の措置（法律や命令による具体化）の必要なしに直接適用され得るかという問題
裁判規範 直接適用可能でなくても裁判所は国際法に照らし国内法の司法審査をすることができる。

条約違反ではないと判示すると多大な国内外の非難が起きるので言えない。

条約違反でかつ合憲との判断をすることも困難だろう。

広島高判 31～32 頁に注目

通称使用の限界を認定

「婚姻前の氏を通称使用できる場面は限られるし、また、仮にこれが今後広まっていったとしても、複数の氏を使用するために混乱を生じたり不利益を受けたりする場面があることは否定できない（中略）法的な裏付けのない通称使用には限界があるといわざるを得ず」

条約の尊重

「上記(3)ウ（ア）及び（イ）の各事実や、後述するとおり、女子差別撤廃委員会が我が国に対し本件各規定の改廃を行うよう度々勧告していることは重く受けとめるべきであり、憲法 24 条 2 項によって婚姻及び家族に関する法制度の構築を国民から委ねられている国会には、控訴人や控訴人と同様に選択的夫婦別氏制度の導入を切実に求めている人々の声にも謙虚に耳を傾け、選択的夫婦別氏制度の導入について、現在の社会情勢を踏まえた真摯な議論を行うことが期待されているものと考え」

7 展望