

2020 年度名古屋大学学生論文コンテスト

優秀賞受賞

夫婦同氏制度は憲法上男女不平等か

法学部 2 年 渋谷 大良

夫婦同氏制度は憲法上男女不平等か

1. はじめに

現行民法の 750 条は、以下のとおりである。

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。

この条文は、夫婦は婚姻を結ぶ際、夫になる男性の氏または妻になる女性の氏のいずれかを選び、両者ともその氏を称することを規定している¹。いわゆる夫婦同氏制度である²。

民法 750 条は一見、素朴な感覚では、特に男女不平等にみえる条文ではない。なぜなら、男性の氏あるいは女性の氏の、どちらを名乗らなければならないかまでは規定していないからである。たとえば、「夫の氏を称する」という内容であったら女性差別であるといえそうであるが、当規定はそうはなっていない。

ところが実際には、男性の氏が選択されることが多い。2015 年に男性の氏を選択した夫婦の割合は 96 パーセントである(厚生労働省、2017、p.10)。たしかに、女性の方が氏を変えるべきである、変えるのが当然である、という規範意識があることは否定できない³。結果として、多くの夫婦が男性の氏を選択し、女性が氏を変えることとなる。

また民法 750 条が、「平等」を保障している憲法 14 条あるいは憲法 24 条などに違反しているとして、国家が訴えられたという裁判例がある⁴。このように、夫婦同氏制度の是非は、男女平等なのかという争点も含めて社会問題になっているといえよう。

そこで本稿では、夫婦同氏制度たる民法 750 条が、日本国憲法上の男女不平等に該当するか否かを考える。

民法 750 条が憲法上の「平等」に違反しているか否かを考える利点は、現在社会で活発に行われている「選択的夫婦別氏制度」の導入の是非に関する議論を検討するうえで役立つと考えられることである。もし、当規定が憲法上の「平等」に反しているとしたら、憲法違反である規定は直ちに削除あるいは改正されなければならないため、「選択的夫婦別氏制度」の導入に追い風が吹くであろう。一方、憲法上の「平等」に反しなくなれば、他の憲法の条文に違反しないのか、あるいは憲法違反でないなら立法論的になぜ「選択的夫婦別氏制度」を導入すべきなのか、というように議論が移っていく。このように、民法 750 条と憲法上の「平等」の関係を思索することを端緒に、「選択的夫婦別氏制度」の導入の是非に関する議論の争点を整理することができる。

2. 憲法上の「平等」とは何か

民法 750 条が憲法上男女不平等か否かを論じる際には、当然、まず憲法上の「平等」の内容を考えなければならない。

日本国憲法には「平等」という言葉が2回登場する。1回目は14条1項で、2回目は24条2項である。

第十四条 すべて国民は、法の下に平等であつて、人種、信条、性別、社会的身分又は門地により、政治的、経済的又は社会的関係において、差別されない。

第二十四条 ② 配偶者の選択、財産権、相続、住居の選定、離婚並びに婚姻及び家族に関するその他の事項に関しては、法律は、個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚して、制定されなければならない。

この2つの「平等」の内容について、24条の「平等」は14条の具体化であり固有の意味を持たないとする見解と、24条の「平等」は14条に還元されず2つの「平等」は保障範囲が異なるとする見解の両方がある(本、2018、p.496)。そこで、まずは14条の内容を検討し、それを基準に24条の「平等」が14条とどう異なるのか、あるいは異なるのかということについて考察することにする。

2-1. 憲法14条1項の「平等」はどのように解釈されるべきか

憲法14条1項の「平等」の内容をめぐって、保障しているのは「形式的平等」なのか「実質的平等」なのかという、法令が憲法に適合するかを検討するうえでは特に重要となる論点がある。「形式的平等」とは、たんに法律上などで均一な扱いをすることであり、それに対して「実質的平等」は、現状として事実上劣位にあるものを優位に扱うなどして結果的には平等にすることである、と一般的には解される(辻村、2013、p.54)。憲法14条の「平等」がこの2つのどちらに該当すると解釈されるかによって14条の保障する「平等」の内容が大きく変わってくる。

先ほど提示した裁判⁵には、14条の平等の内容に関する記述がある。その判決文中の、民法750条の憲法14条適合性を審査する部分に「本件規定は、夫婦が夫又は妻の氏を称するものとしており、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」とある。そして、これをもとに民法750条が憲法14条に違反することが否定された。ここから最高裁は、形式的平等に反していなければ憲法14条の違反にならないと判示したことがうかがえる。少なくとも形式的平等は憲法14条の「平等」の要素であると考えられているのである。

憲法14条の保障範囲には「実質的平等」も含まれると解する意見も存在する。形式的平等を前提としたうえで、実質的平等を実現するための非均一的な(形式的平等に違反しうる)扱いも一定の程度で許容するというような解釈の仕方である(本、2018、p.330-331)⁶。

憲法の条文を解釈するという行為は、究極的には制度がどうある“べき”と考えるかという価値的判断と深く関係する。憲法は、国家機関の権力を規定・抑止することで国民の権利を保障するという、対公権力性を持つものであるから、国家の構成の根幹に関わる。憲法は、

法律などの他の法規よりも条文の内容の抽象度が高く、文言だけを捉えれば様々な解釈が可能であるが、解釈をする際は立憲主義的なアイデア—人権、法の支配、民主主義、三権分立、平和主義などを念頭に置く必要がある。とすると、こうした立憲主義のアイデアを踏まえたうえで、国家の制度がどうあるべきかという「理念」に基づいて憲法を解釈すべきである。

憲法 14 条が形式的平等を保障していることは間違いない。少なくとも、法律の文言上性別や社会的身分などで差別的な扱いをするのは、人権規範的にも道徳的にも不適當である。

では、実質的平等はどうか。実質的平等を認める、すなわち劣位におかれるものに対して特別な扱いをすることにより、結果的な平等を実現しようとすることは、現状の不平等の是正に国家などが介入することを許すことである。これはまさしく人権の理念に基づいている。「社会権」などの登場から、国家は「弱者」を救うべきであると考えられることができるからである⁷。例外的に形式的平等に違反する可能性があるとしても、一定の範囲内では許容されると解することができる⁸。

以上から、憲法 14 条の「平等」は、法律などの文言上で均一な取り扱いをするという意味の平等と、それを前提としたうえで、一定程度の範囲内で例外的に行われた均一でない取り扱いの結果として実現した平等の両方を含んでおり、そのどちらも保障されていると解する。

2-2. 憲法 24 条 2 項の「平等」はどのように解釈されるべきか

次に、憲法 24 条 2 項の「平等」の内容を検討する。24 条の「両性の本質的平等」は、前述したように 2 つの解釈の仕方がある。24 条はたんに 14 条の「平等」を具体化したもので固有の意味を持たないとする解釈と、24 条は 14 条の「平等」とは異なる内容を保障しているとする解釈の 2 つである。

前者の、14 条と 24 条のそれぞれの「平等」にさほど意味の差がないという立場から考えれば、各条文が保障する「平等」の内容は同じで、しいていえば 24 条は 14 条の内容を家庭生活や夫婦といった個別の場合に当てはめて言い換えたものであるということになる。とすると、民法 750 条が憲法 24 条に適合するかという問題は、憲法 14 条の適合性の問題に吸収され、14 条に違反しているなら 24 条にも違反しており、14 条に違反していないなら 24 条にも違反していない、ということになるであろう。

しかし、そのように解してしまったら、わざわざ家族や夫婦に限って「平等」という同じ内容を二度書く意味がない。24 条は 14 条には吸収されない固有の内容があると考えるのが妥当である。

24 条は 14 条の「平等」とは異なる内容を保障しているとする、どう違うのかということが問題となるが、「法律は」「両性の本質的平等に立脚して制定されなければならない」とされていることが手掛かりになると考えられる。

14 条の「平等」における実質的平等は、結果的な平等を実現させるために、ある一定程度の範囲内であれば、法律で均一でない取り扱いをしてもよい、ということであると確認した。しかし、「結果的な平等のために異なる取り扱いを必ず“しなければならない”」というところ

まで規定しているとは考えづらい。

それに対して24条は、「立脚して制定され“なければならない”」であるから、14条の形式的平等、あるいは実質的平等よりも、さらに国家に対して現状を是正する積極的な役割を求めていると解することはできないであろうか。つまり、是正されなければならない家族に関する現状が、憲法制定当時存在していた、あるいは現在も存在していることが、憲法24条2項の背景にあるのである。

そして、その「是正されなければならない家族に関する現状」とは、家制度的な家族観、あるいは近代家族的な家族観からくるものである。個人と国家の中間団体である「家族」というものの位置づけとして、国家の社会統制の一翼を担う組織という面と、国家権力から個人を保護する集団としての面の両面がある(辻村、2008、p.231)。前者の面が強調されるのが男性である戸主に家族の統率権を与えた戦前までの「家制度」的な家族観である。一方、後者が強調されると、まさに自由と平等を基調とした近代家族的な家族観⁹になる。ところが、近代家族の時代になっても、家制度の残滓というべきか、男性が女性を支配する構図が存続した。というのも、一見中間団体を排除した近代社会という「外」に対して男性が自由と平等を求める一方で、家庭という「内」には女性を抑圧するという構造がみられたのである(辻村、2016、p.232)。そうした現状を、“女性も含めた”個人を尊重するという形で“本質的に”是正すべきであるとしたのが、憲法24条なのである¹⁰¹¹。

以上のように、憲法24条は、家制度的あるいは近代家族的な家族観から生じる男女の不平等を是正するために、14条の「平等」よりもさらに積極的な意味を持っていて、こうした家族観から抜け出すような法制をするといった、積極的な役割を国家に期待している、と解されるべきである。

3. 民法750条は憲法上の「平等」に違反しているのか

では、上記のような憲法14条1項ならびに24条2項の「平等」に、民法750条は違反しているのだろうか。14条の保障内容と24条の保障内容は異なり、24条の方がより積極的であると確認したため、まずは14条の適合性から検討する。

3-1. 民法750条は憲法14条に違反するか

憲法14条の「平等」とは、法律などの文言上で均一な取り扱いをすることを前提とし、結果的な平等の実現のための一定程度の範囲内で例外的に行われた均一でない取り扱いは許容する、という内容である。とすると、ある法律が14条の平等原則に違反するとされる場合は、文言上人種、信条、性別、社会的身分または門地によって均一でない取り扱いがあり、さらにその取り扱いが結果的な平等を実現するために許容される限度を超えている場合である¹²。

民法750条は、冒頭で述べた通り、条文自体が男性または女性に対して非均一的すなわち差別的な取り扱いをしているとは到底言い難く、その時点で憲法14条1項に違反していな

いことになる。あくまでも形式的平等が原則であり、それに違反していない限りは、14条の範囲の中では「不平等である」とはいえない。24条との対比の部分で述べた通り、実質的平等は14条においては、「例外的に許容される場合がある」というだけで、「実現しようとしなければ違反している」とまでは規定されていない。

したがって、民法750条は憲法14条には違反していない¹³。

3-2. 民法750条は憲法24条に違反するか

次に、憲法24条の「両性の本質的平等」はどうか。24条2項は、家父長制や近代家族観によって生じる弊害—家長たる男性の大きな権限と支配、それに伴う女性への差別的規範を是正するという理念に立って、国家は法律を制定しなければならない、ということを決めていると解せる。つまり、民法750条が、これらの理念、とりわけ家父長制や近代家族における男性による女性支配を解体しようとする概念としての「両性の本質的平等」に違反しているか否かが重要となる。

では、民法750条はどのような規範によって成立しているのか。民法750条が提示している規範を考察するためには、夫婦同氏制度の成り立ちを検討することが必要であろう。

1875(明治8)年、氏の使用が義務化され、翌年の太政官指令では妻は実家の氏を用いることとされたが、1898(明治31)年に旧民法が成立し、「夫婦は、家と同じくすることにより、同じ氏を称することとされる」(法務省ホームページ「我が国における氏の制度の変遷」)という、夫婦同氏制が導入された¹⁴。旧民法には家制度が導入されており、まさにこの規定も家制度の影響を受けた結果として存在した(滝沢、2016、p.32)。片方(多くの場合は女性)がもう片方の家に「入り」、夫婦、家族は同一の「家の氏」を名乗るべきである、といういかにも家制度的、あるいは近代的家父長制的な規範が、当時の夫婦同氏制度に影を落としているといつてよい。

戦後になり、1947(昭和22)年に改正民法が成立されたが、夫婦同氏制度は維持された。法務省の説明には「旧民法以来の夫婦同氏制の原則を維持しつつ、男女平等の理念に沿って、夫婦は、その合意により、夫又は妻のいずれかの氏を称することができる」とした(法務省ホームページ「我が国における氏の制度の変遷」)とある。とはいうものの、依然として「家族は1つの統一された氏を名乗る」という家制度的な規範は、「原則」として残っている。このように、民法750条は家制度的な規範から生まれ、そのまま維持されてきたといつてよさそうである。

そして、こうした法律が示している規範は、国民にはどのような影響を与えるか。「選択的夫婦別氏制度」の導入についての世論調査では、約半数の人が「夫婦は必ず同じ名字(性)を名乗るべき」と回答している(内閣府、2017)。加えて、現在実際に多くの夫婦が男性の氏を選択していることにも再び注目したい。約96パーセントの夫婦が男性の氏を名乗っており、婚姻に伴い氏を変えるのは女性が圧倒的に多い。冒頭で示したように、「女性が氏を変えるべき」という規範がいまだに強く存在する¹⁵。民法750条だけがこうした規範意識を形成しているとは言い切れないが、夫婦同氏制度が存在して、ある人が生まれた時から定着していること

で、その人はそれが「当たり前である」と内面化してしまうということは容易に考えうることである。このように、民法 750 条が夫婦同氏を規定しているからこそ、夫婦は同じ氏を名乗るべきで、女性が氏を変えるべきであるという、家制度の延長のような規範が社会で再生産されている、ということは否定できまい。

そもそも、家族の在り方について、国家が同氏という選択肢 1 つしか提示しないということ自体が、家族は「国家の社会統制の一翼を担う組織」であるという家制度的発想から抜け出せていないことにはならないであろうか。一般に「国家は家族の自律を尊重して家族内部の問題に不当に介入してはならない」(米沢、1992、p.274)と考えられる。国家の介入によって、家父長制的な家族観を排すというのなら、個人の尊重の観点から納得できる。しかし、夫婦同氏が家制度に関係ないとしても、一定の家族観をモデルとし、それ以外を認めないとしているのは確かである。国家は夫婦同氏制度によって、「家族は一体感を持つべきである」という極めて家族の内部的な、私的な人間関係に関する規範をすべての家庭に「押し付けて」いるのである¹⁶。これは、家族を国家が統治する、あるいは家族を通して国民を支配するという家制度的な考えとまさに同じ方向を向いている。

以上のように、家制度、あるいは近代的家父長制から生まれた夫婦同氏制度を規定する民法 750 条は、女性が不利になるような規範を残存させ、「一体感を持つべきである」という単一的な家族観しか想定していないことから、憲法 24 条の「両性の本質的平等」に違反しているといえる。

4. おわりに

夫婦同氏制度を規定する民法 750 条は、直接的な差別的文言はないため憲法 14 条の違反にはならない。しかし当規定は、家制度あるいは近代的家父長制の色合いを強く残しているという点で、憲法 24 条の「両性の本質的平等」に違反すると考え、夫婦同氏制度は憲法上男女不平等であると結論付ける。

性の在り方がめまぐるしく変化する現在、家族、夫婦に対する人々の考え方は多様化している。家族の一体感を重視する考えも根強く残っているが、一方で女性の権利や個人の尊重を家族関係においても、家族内であるからこそ強調する声も少なからず存在する。自由で平等な家族観も含めて、様々な家族観が法制度によって認められるように、家族の氏に関する議論が深まってゆくことを願うばかりである。

-
- 1 現代は、男性または女性には分類できないほどセックス、あるいはジェンダーが多様化しているといわれる(千田・中西・青山、2013、p.17)。しかし、民法がその多様性を想定していないと考えられ、「男性」と「女性」の婚姻以外が認められていないため、本稿では男性と女性が婚姻を結ぶことのみを前提とする。
 - 2 夫婦同氏制度は、一般に「夫婦同姓制度」と称されるが、日常生活上用いられる「姓」や「苗字」は法律上は「氏」とされている(滝沢、2016、p.3)。したがって本稿でも夫婦同氏制度と呼ぶこととする。
 - 3 たとえば、あるネット記事(伊藤まり「姓を変えたらナメられる」「普通”の結婚でよくない?”名字を変えたくない女性がぶつかった壁」文春オンライン、2020年)に見られるように、「氏は結婚したら女性が変わるもの」という観念が一定程度社会に存在しているといっている。
 - 4 平成26年(オ)第1023号 損害賠償請求事件 平成27年12月16日 大法廷判決。なお、この判決では民法750条について、憲法14条と24条(本稿のテーマとなる「両性の本質的平等」に加えて、「結婚の自由」も含まれる)のほかに、13条の適合性についても論じられ、「人格権」の侵害の有無が問題となった。男女不平等かを論じることが本稿の目的で、必ずしも人格権の内容について紙幅を割かなければならないというわけではないから、民法750条が憲法13条に違反しているかについて詳しくは措くが、判決のその部分に1つ不可解な点がある。それは、「氏の変更を強制されない自由」は憲法上の権利として保障されるものではないと結論付けている一方で、本件で問題となっている場面は自らの意思に関わりなく氏を改めることを強制されるというものではない、としている点である。「氏の変更を強制されない自由」が憲法上の権利でないなら、民法750条が自らの意思に関わりなく氏の変更を強制しているかどうかは憲法13条の違憲審査に関係ないはずである。なぜなら、ある権利が憲法で保障されている権利か否かという議論と、憲法に認められた権利が特定の規定によって侵害されているためその規定は違憲であるという議論は、別の次元の議論であるからである。それとも本判決は、民法750条は「氏の変更を強制されない自由」を侵害していないし、その上も侵害しているとしてもそれは憲法上の権利ではない、という二重の否定を強調したかったということなのであろうか。
 - 5 前掲注4。
 - 6 辻村(2016、p.107)にも同様の記述がある。
 - 7 こうした人権的理念は、20世紀以降の立憲主義の現代的変容と密接に関係していることが指摘できよう。
 - 8 実質的平等実現のための形式的不平等の具体例は、「累進課税制」や「社会保障法において所得制限を設けること」が挙げられる(辻村、2016、p.107)。また、形式的平等の原則が放棄されたわけではない。
 - 9 近代家族的な家族観に基づく制度は、近代的家父長制という(辻村、2016、p.86)。
 - 10 憲法24条2項において、「個人の尊厳」が「両性の本質的平等」と並列されているのも、そのためであると思われる。
 - 11 このように近代家族を克服しようとした「現代家族」には、家族に対する国家の保護を強めるという選択肢と、個人の自律と平等の徹底を行う「家族の個人化」という選択肢の2つがあり、日本国憲法は後者を選択した、という細分化もできる(辻村、2016、p.233)。

-
- 12 あるいは、実質的平等の実現のためでなくても、一定の合理性があれば形式的平等でないとされても違反しているとならないことがある。
- 13 ちなみに、先ほどの提示した判決(前掲注 4)でも、14 条の適合性の審査の部分では、多数意見は、民法 750 条は形式的平等に違反しておらず、実質的平等については言及がなく適合としていて、岡部喜代子裁判官などの反対意見の部分にも、14 条の適合に対する反対意見を述べる箇所はない。やはり、24 条の適合性が主戦場となる。
- 14 なお、1876 年の指令にもかかわらず、妻が夫の氏を称することが慣習化していったといわれる。
- 15 さらに、「女性が変わるべきである」という規範の存在を差し置いても、夫婦同氏制度は婚姻の際にどちらか一方だけが負担を強いられることを確定させてしまっている。氏を改めることにより、自己のアイデンティティの喪失を感じる者や、評価や名誉について不利益を被る者もいる(判例(前掲注 4)の多数意見でも、「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、従前の氏を使用する中で形成されてきた他人から識別し特定される機能が阻害される不利益や、個人の信用、評価、名誉感情等にも影響が及ぶという不利益が生じたりすることがあることは否定できず」というように述べられている)。氏を改める手続きだけをとっても、とても煩雑である。このような負担を、夫婦の片方だけに確定的に背負わせてしまう制度は、夫婦間で片方がもう片方を支配することなく、自由な家族関係を構築するという理念には向かい風になると思われる。
- 16 自由民主党のある議員は、選択的夫婦別氏制度は家族の一体感を揺るがしかねないと主張している(産経新聞、2020)。すなわち自民党は、そもそも家族は一体感を持つべきであることを前提としているわけであるが、同氏を名乗る方が別氏を名乗るよりも家族に一体感が生まれるかは別論で、疑問である。

[参考文献]

伊藤まり「「姓を変えたらナメられる」「普通」の結婚でよくない？」名字を変えたくない女性がぶつかった壁」文春オンライン、2020年

<https://bunshun.jp/articles/-/39400>

2020年12月30日確認。

厚生労働省「平成28年度人口動態統計特殊報告「婚姻に関する統計」の概況」
2017年

<https://www.mhlw.go.jp/toukei/saikin/hw/jinkou/tokusyuu/konin16/dl/gaikyo.pdf>

2020年12月30日確認。

裁判所「裁判例結果詳細 最高裁判所判例集 平成26年（オ）第1023号 損害賠償請求
事件 平成27年12月16日 大法院判決」

https://www.courts.go.jp/app/hanrei_jp/detail2?id=85546

2020年12月30日確認。

産経新聞「選択的夫婦別姓、自民党内で賛否の綱引き 公明党代表は実現を要求」2020年

<https://www.sankei.com/politics/news/201201/plt2012010041-n1.html>

2020年12月30日確認。

篠原永明「「婚姻の自由」の内容形成：夫婦同氏制合憲判決を参考に」甲南法学、2017年

<https://core.ac.uk/download/pdf/148080166.pdf>

2020年12月30日確認。

千田有紀、中西祐子、青山薫『ジェンダー論をつかむ』有斐閣、2013年。

高橋和之「意見書」2014年

<http://www.asahi-net.or.jp/~dv3m-ymsk/takahasi.pdf>

2020年12月30日確認。

滝沢隼代『選択的夫婦別氏これまでとこれから』三省堂、2016年。

辻村みよ子『ジェンダーと人権』日本評論社、2008年。

辻村みよ子『憲法とジェンダー』有斐閣、2009年。

辻村みよ子『概説ジェンダーと法 [第2版]』信山社、2013年。

辻村みよ子『憲法と家族』日本加除出版、2016年。

内閣府「平成29年度家族の法制に関する世論調査」

<https://survey.gov-online.go.jp/h29/h29-kazoku/zh/z16.html>

2020年12月30日確認。

中曾久雄「判例研究 夫婦同氏規程（民法750条）の合憲性（最高裁 大法院判決平成27年12月16日）」地域創成研究年報. vol.11、2016年

<https://core.ac.uk/download/pdf/71502792.pdf>

2020年12月30日確認。

法務省「我が国における氏の制度の変遷」

<http://www.moj.go.jp/MINJI/minji36-02.html>

2020年12月30日確認。

本秀紀編『憲法講義 [第2版]』日本評論社、2018年。

米沢広一『子ども・家族・憲法』有斐閣、1992年。