

令和6年（行ウ）第85号地位確認等請求事件

原告（閲覧制限）ほか9名

被告国

第11準備書面
（憲法13条違反について）

2025（令和7）年8月15日

東京地方裁判所民事第2部D b係御中

原告ら訴訟代理人弁護士寺原真希子

ほか

原告らは、本書面において、憲法13条違反について論じる。

なお、用語については訴状記載の「略語表」に従う。

目次

第1	はじめに.....	4
第2	本件各規定が憲法13条に違反すること.....	4
1	氏名（名前）の変更を強制されない自由が憲法13条で保障されること.....	4
(1)	はじめに.....	4
(2)	憲法13条で憲法上の権利が保障される判断枠組み.....	5
(3)	氏名（名前）の変更が強制されない自由が憲法上の権利であること.....	6
(4)	小括.....	20
2	本件各規定による制約及びその制約の程度が強いこと.....	21
(1)	はじめに（違憲判断がされるべき対象について）.....	21
(2)	本件二者択一構造による権利の制約について.....	22
(3)	氏名（名前）の変更を強制されない自由が制約されることの意味.....	24
(4)	本件各規定により夫婦が人格的利益を同等に享受できなくなること.....	26
(5)	本件各規定が女性の人生まで規格化すること.....	27
(6)	小括.....	32
3	本件各規定を正当化する合理的理由が認められないこと.....	33
(1)	判断枠組み.....	33
(2)	本件各規定に自由の制約を正当化する合理的理由がないこと.....	33
(3)	小括.....	34
第3	平成27年大法廷判決が判例変更されるべき理由.....	34
1	はじめに.....	34
2	平成27年大法廷判決がいわゆる「弱い判例」であること.....	35
3	平成27年大法廷判決において最高裁判事の男女間で経験則が異なっていたこと.....	36
4	平成27年大法廷判決が社会の変化を不断に検討・吟味していないこと.....	39
5	平成27年大法廷判決が「個人」よりも「家族」を優先し過ぎていること.....	41
6	平成27年大法廷判決が氏名変更の不利益を過小評価していること.....	43
7	平成27年大法廷判決が「氏」が法制度であることを過大評価していること.....	44

8	平成27年大法廷判決による「氏の性質」の意味づけが不合理であること.....	46
	(1) はじめに.....	46
	(2) 「家族の呼称としての意義」を過大評価していること.....	46
	(3) 「身分関係の変動に伴って改められる」という性質を過大評価していること.....	50
	(4) 小括.....	51
9	「氏名」(名前)から「氏」を切り離すことが不合理であること.....	52
10	平成27年大法廷判決が前提とする婚姻の規格が恣意的であること.....	53
11	平成27年大法廷判決が本件二者択一構造を考慮していないこと.....	56
12	まとめ(下級審の裁判官が主体的に判断すべきであること).....	57

第1 はじめに

原告らは、訴状第5（26頁～61頁）、原告ら第3準備書面第2の2（23頁～26頁）、原告ら第7準備書面第1の1（4頁～9頁）等において、本件各規定が憲法13条に違反すると主張してきた。

これに対して、被告は、被告準備書面(3)第2の2（4頁、5頁）において、「平成27年大法廷判決は、原告らが主張する『氏名に関する人格的利益』を憲法上の権利として認めなかったものである」と主張して、平成27年大法廷判決を唯一の根拠として反論するだけである。

しかしながら、平成27年大法廷判決における「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。本件規定は、憲法13条に違反するものではない。」との判断は、その判断枠組み、判断方法、考慮事項の選択、事実の評価などの点に多くの問題が内在しており、そもそもその判断自体が誤っていることから、判例変更されるべきである。

そこで、本書面では、第2において、本件各規定が憲法13条に違反することについて改めて主張を整理した上で、第3において、平成27年大法廷判決が判例変更されるべきである理由について論じる。

第2 本件各規定が憲法13条に違反すること

1 氏名（名前）の変更を強制されない自由が憲法13条で保障されること

(1) はじめに

原告らは、訴状第5の2において、「人格権の一内容としての氏名と結びついた個人の自己同定（自己認識）やアイデンティティ、当該個人に対する社会的認識や評価等という利益（以下「氏名に関する人格的利益」という。）は、個人の尊重、個人の尊厳の基盤をなす個人の人格の一内容に関わる権利であるから、憲法13条によって保障される重要な権利・利益である。」（27頁）と主張し

た。

原告らが訴状第5の2（26頁～33頁）で主張したとおり、氏名に関する人格的利益は、それ自体、憲法13条によって保障される重要な権利・利益であるが、本件各規定との具体的な関係においても、その重要性を論じておく。すなわち、本件各規定との具体的な関係では、婚姻の際に、夫婦の一方が氏を維持することができなくなることから、原告らは、氏名に関する人格的利益の一内容としての氏名（名前）の変更を強制されない自由を制約されている。

以下では、氏名に関する人格的利益の一内容として、氏名（名前）の変更を強制されない自由が憲法13条で保障されていることについて詳述する。

(2) 憲法13条で憲法上の権利が保障される判断枠組み

佐藤幸治教授は、憲法13条後段の「幸福追求権」を「基幹的な人格的自律権」と称して、「基幹的な人格的自律権」の実現に必要な権利・自由であれば、憲法第3章の個別規定によって明記されていなくても、補充的保障対象の権利・自由として、「人格的自律性にとって重要なものが、なお13条によって保障される」と述べる（甲A280・197頁）。その上で、佐藤幸治教授は、補充的保障対象の権利・自由について、「個人は、一定の個人的事柄について、公権力から干渉されることなく、自ら決定することができる権利を有すると解され、この権利は『幸福追求権』の一部を構成する。」と指摘し、「『基本的人権』と捉えるにふさわしい内実をもつものでなければならない。」とする。そして、その内実について、「先に『一定の個人的事柄』と述べたが、抽象的にいえば、個人が自己の人生を築いていくうえで基本的重要性をもつと考える事柄……より具体的にいえば、……家族の形成・維持にかかわる事柄……が考えられる。」と述べる（甲A280・212頁）。

最高裁において、憲法13条に基づく権利が憲法上の権利として認められるための具体的な基準について明示的に判断したものはないが、最高裁判所調査

官によると、「人格権等に関連するこれまでの最高裁判例の判文等で着目されてきた要素を検討すると、権利や利益の憲法上の位置づけや性質、権利や利益の内容（具体的・強固・絶対的なものといえるか）、第三者の事情（権利行使に関与する者の裁量の有無や他者の権利の侵害の可能性）といった点が総合的に考慮されている」とされる（甲A15・736頁）。

上記学説等の指摘を踏まえ、以下では、「基本的人権」と捉えるにふさわしい内実を持つか（個人の自己の人生を築いていく上で基本的重要性を持つと考える事柄か否か）という観点から、「氏名」の性質等の重要な考慮要素を検討し、本件で問題となる氏名（名前）の変更を強制されない自由が憲法13条で保障されることについて論じる。

(3) 氏名（名前）の変更が強制されない自由が憲法上の権利であること

ア 氏名（名前）が「個人として尊重される」ことの基礎にあること

昭和63年第三小法廷判決は、「氏名は、社会的にみれば、個人を他人から識別し特定する機能を有するものであるが、同時に、その個人からみれば、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であって、人格権の一内容を構成するものというべきである」と定義した。

同判決によると、「氏名」は、単なる機能的な概念ではなく、「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」であると定義されていることから、「氏名」の性質については、日本国憲法の根本規範である憲法13条の「個人として尊重される」ことの意義から検討される必要がある。

そして、佐藤幸治教授は、「個人として尊重される」ことの意味（ないし憲法24条が言及する「個人の尊厳」の意味）について、「一人ひとりの人間（個人）が、自由・自律という尊厳性を表象する『人格』主体、『権利』主体として（端的に言えば、人格的自律の存在として）、他者と協働しつつ、それぞれのかげがえない生の形成を目指す、いわば“自己の生の作者”として己の道を歩む、とい

うことを最大限尊重しようという趣旨である」と論じている（甲A280・139頁）。

要するに、「個人として尊重される」ことの意味は、「自己の生の作者」として（人格的自律の存在として）己の道（人生）を歩むことを最大限尊重されなければならないということである。また、「他者との協働」という、他者から識別されて、他者から承認を受けることが、「個人として尊重される」ことの前提となっていることも忘れてはならない。

佐藤幸治教授の上記表現はやや比喩的ではあるが、「自己の生の作者」という表現に平仄を合わせると、氏名（名前）は、人が「自己の生の作者」として形成していく人生という物語の主人公（人格）を「象徴」するものである。

以上の判例及び憲法学説等に鑑みると、氏名（名前）は、人生という物語の主人公として、その個人の人格を象徴するものであるから、まさに「個人の自己の人生を築いていく上で基本的重要性を持つと考える事柄」である。この意味で、氏名（名前）は、「個人として尊重される」基礎であり、憲法13条（個人の尊重及び尊厳）等の根本原理に深く関係する重要な性質を有する。

この点、唄孝一教授は、「氏名」に係る「自己決定」の意味について、「自己の存在の証として自己の同一性を託し、自己と社会とのかけはしとして自己表現を貫くために呼称を選ぶこと、それが真に中心となるべき芯としての自己決定である。これこそ、制度対応型の自己決定よりも論理的に先行すべき心の中の本来の自己決定であろう」（甲A281の3・101頁）と論じており、氏名に係る「自己決定」の本質を「自己表現を貫く」という目的として論じており、氏名（名前）が「自己の生の作者」として「人生を形成する」ことに関係するという原告らの上記主張と同趣旨を述べる。

このように、氏名（名前）が「個人として尊重される」基礎であるという性質を有していることは、本件各規定の違憲性を判断する上で、判断の基底に置かれるべきである事項である。

この点、令和3年大法廷決定の宮崎・宇賀反対意見は、氏名（名前）に関する利益について、「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であるから、憲法13条により保障される」と判示した。また、令和4年第三小法廷決定の渡邊意見も、「氏名は、個人にとっての重要性は極めて高く、個人の尊厳として尊重されるべきものである。」と判示した。いずれの判示も、氏名（名前）の意義が憲法13条の根本原理と深く関わっていることを指摘している。

イ 氏名（名前）が「人格」を「個人」として識別させること（識別機能）

平成27年大法廷判決は、「氏名は、社会的にみれば、個人を他人から識別し特定する機能を有する」と述べ、氏名が識別機能を有することを認めている。しかしながら、平成27年大法廷判決は、その具体的な意義を十分に評価できていない。以下、氏名（名前）の識別機能が有する意義を補充する。

法的な意味での「人格」は、法的に「人」として承認された権利主体である。広辞苑第七版によると「法律関係、特に権利・義務が帰属し得る主体・資格。権利能力。」（甲282）と説明されている。いわば、法的な意味での権利能力を有する自然人という抽象的な意味でしかない。しかしながら、それぞれ顔のある「個人」は、単に法的な「人格」というだけでは、他の人格（他者）と識別することができない。

法的な「人格」には、個々人の身体的な特徴、セクシュアリティ、性格等の多様な属性が付与される。また、それぞれの個人は、自己の生の作者として、人生を形成していく。そして、人生を歩めば歩むほど、「人格」に、家族関係、友人関係、学校関係、社会関係（仕事や社会活動等）が積み上げられ、社会的な地位や業績が付加されていく。なお、それらの属性や業績等の総体は、個々人の人生ごとに多様なものである点で、容易に一般化できないものである。

以上のとおり、人は、法的な「人格」であることを前提として、多様な属性

を付与され、自己の生の作者として人生を形成し、その過程で社会的な地位や業績等が付与されることで、抽象的な「人格」というだけの存在から、他の人格（他者）と識別可能な具体的な「個人」となるのである。

要するに、人が、他の「人格」と識別可能であるということは、憲法13条の「個人として尊重」されるということに直結することである。

したがって、「氏名」が「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」であることに鑑みると、氏名は、人が抽象的な「人格」という存在にとどまることなく、個々人が尊重されるべき具体的な「個人」として識別可能な状態にするための「象徴」なのである。

この点、昭和63年第三小法廷判決が、「氏名は、社会的にみれば、個人を他人から識別し特定する機能を有するものであるが」と判示していた点も、単なる技術的に識別ができればいいというような効用の有無に矮小化すべきではなく、憲法の根本規範である人が「個人として尊重される」ために他の人格（他者）から識別することができるという憲法13条の根本規範に直結する意味として解釈されなければならない。そうであるからこそ、それが「同時に、その個人からみれば、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であって、人格権の一内容を構成するものというべき」ことになるのである（昭和63年第三小法廷判決）。

この点、平成27年大法廷判決の岡部喜代子裁判官の意見（櫻井龍子裁判官、鬼丸かおる裁判官が同調。以下、併せて「**岡部等意見**」という。）は、「識別困難であることは単に不便であるというだけではない。」「氏は名との複合によって個人識別の記号とされているのであるが、単なる記号にとどまるものではない。」「多くの場合妻となった者のみが個人の尊厳の基礎である個人識別機能を損ねられ」るなどと判示しており、氏名の識別機能について、多数意見がその意義を過小評価している点を批判的に論じている。かかる判示は、原告らの主張と同様の文脈で読まれるべきである。

ウ アイデンティティが氏名（名前）の本質的な性質であること

平成27年大法廷判決は、「氏が、名とあいまって、……人が個人として尊重される基礎であり、その個人の人格を一体として示すものであることから、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」という「不利益」があると判示する。

平成27年大法廷判決も認めるとおり、氏名（名前）には、アイデンティティそのものであるという性質がある。しかし、平成27年大法廷判決がアイデンティティの意味を適切に評価できていたかについては、強い疑義があるため、アイデンティティが氏名（名前）の本質的な性質であることを論じておく。

広辞苑第七版によると、「アイデンティティー」とは、「人格における存在証明または同一性。ある人が一個の人格として時間的・空間的に一貫して存在している認識をもち、それが他者や共同体からも認められていること。自己同一性。同一性。」（甲A282）と説明されている。

ここで注意すべき点は、氏名（名前）が、単に自己にとっての人格の同一性を意味するというだけではなく、他者や社会との承認関係を含むという点である（甲A283・石川健治「人格と権利——人権の観念をめぐるエチュード」も参照）。そして、その他者や社会は、単に家族関係だけを意味するわけではなく、人が人生を形成する上で必要な友人関係、学校関係、仕事関係等の多様な社会関係を含むものである。

したがって、氏名（名前）は、人が他者や社会から承認を受けながら社会活動を行っていく上で、人格の同一性を確認するための重要な結節点である以上、氏名（名前）は、その本質的な性質としてアイデンティティ（人格の存在証明）そのものであるという性質を有しており、その意味は、背景にある意味も含めて理解されなければならない。

この点、平成27年大法廷判決の岡部等意見は、「氏を変更した一方はいわゆる

るアイデンティティを失ったような喪失感を持つに至ることもあり得る」と判示しており、氏名（名前）がアイデンティティと結びついていることを指摘している。

また、令和3年大法廷決定の宮崎・宇賀反対意見は、「氏名に関する人格的利益は、氏を構成要素の一つとする氏名（名前）が有する高度の個人識別機能に由来するものであり、氏名が、かかる個人識別機能の一側面として、当該個人自身においても、その者の人間としての人格的、自律的な営みによって確立される人格の同定機能を果たす結果、アイデンティティの象徴となり人格の一部になっていることを指すものである」と判示している。

また、令和4年第三小法廷決定の渡邊意見は、「氏名は、個人がそれまで生きてきた歴史、人生の象徴ともいふべきものであり、婚姻時まで使用してきた従前の氏の変更は、個人の識別機能を喪失させ、また、個人の人格（アイデンティティ）の否定に繋がる」と判示する。

また、小山剛教授は、「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て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。」（甲A43・21～22頁）と指摘する。

また、山羽祥貴教授は、「人は自己の生の作者（author）である——そのようにいうとき、その作者の同一性は、そこで展開される物語の中で行われる自己決定そのものとは別の水準でも、語りえるのでなければならない。自己決定の連鎖において形成された個別的なライフ・ヒストリーは、それが他者との間での相互承認と結びつくことによって、はじめてその人とのアイデンティティを基礎付けるからである（acceptabilityの観点）。社会において自己を識別特定する記号である名前としての『氏名』が、その相互承認の媒体をなすことには疑いがない。そして、家族のような親密な共同体の外部としての社会（Gesellschaft）における業績等に紐づけられた『氏』が、人生の途上において

変更を被ることによるアイデンティティの危機は、選択的夫婦別氏制の導入を主張する側から最も強調されてきた論点である。」（甲A284・1469～1470頁）として、他者との間での相互承認がアイデンティティを基礎付けるものであることと共に、氏名がその相互承認の媒介となっている点が本件の根幹であることを論じている。

上記の最高裁判事の個別意見や憲法学説は、氏名（名前）は、アイデンティティ自体や人格自体と等しく捉えるほど、重要な意味を有していると位置付けており、原告らの主張と等しい主張である。

エ 氏名（名前）が時間の経過とともにそれを保持する意義を強めること

氏名（名前）の上記性質に鑑みると、「その個人の人格の象徴」である氏名（名前）には、人が自己の生の作者として、その人生を歩む時間が長いほど、多くの属性が加わり、社会的な地位や業績等が積み重なっていくことになる。

本件各規定を検討する際には、婚姻をする際の氏名（名前）の変更が問題になることに鑑みると、婚姻時点での氏名（名前）を維持する利益の重要性が具体的に検討されなければならない。

訴状18頁で述べたとおり、厚生労働省人口動態統計（甲A6の1）によると、2022（令和4）年における平均初婚年齢は、男性が31.1歳、女性が29.7歳である。なお、再婚をする場合には、さらに年齢が高くなることが予測できる。

人は、最初に婚姻をするまでに、少なくとも約30年間の期間を経ていることが一般的であるところ、その間、家族関係、友人関係、学校関係、社会関係（仕事や社会活動等）の中でキャリアを積み重ねることで、自己の生の作者として、人生という物語を形成している。これらの期間で、キャリアが積み重ねられることに付随して、社会的な信用、評価、名誉感情等の社会的な承認が積み重ねられ、それらの総体として、アイデンティティ（人格の存在証明）が形

成される。

したがって、婚姻をするに伴って氏を変更する場合、婚姻するまでの期間、氏名（名前）を保持する利益がそれだけ高まっている。時間の経過という事実は、重く考慮されなければならない。

この点、平成27年大法廷判決の岡部等意見は、「例えば、婚姻前の営業実績を積み上げた者が婚姻後の氏に変更したことによって外観上その実績による評価を受けることができないおそれがあり、また、婚姻前に特許を取得した者と婚姻後に特許を取得した者とが同一人と認識されないおそれがあり、あるいは論文の連続性が認められないおそれがある等、それが業績、実績、成果などの法的利益に影響を与えかねない状況となることは容易に推察できるところである。」と判示し、婚姻までの時間の経過を考慮要素として重視した。

また、令和3年大法廷決定の三浦意見は、「人が出生時に取得した氏は、名とあいまって、年を経るにつれて、個人を他人から識別し特定する機能を強めるとともに、その個人の人格の象徴としての意義を深めていくものであり、婚姻の際に氏を改めることは、個人の特定、識別の阻害により、その前後を通じた信用や評価を著しく損なうだけでなく、個人の人格の象徴を喪失する感情をもたらすなど、重大な不利益を生じさせ得ることは明らかである」と、原告らの主張と同様の認識を述べており、時間の経過とともに氏を失うことの深刻さが高まることを考慮要素として重要視している。

また、令和4年第三小法廷決定の渡邊意見は、「氏名は、それを用いて生活する年月の経過や経験の積み重ねに伴い、個人の識別機能とともに、個人の人格を表すものとしての意義をさらに深めていく。このように、氏名は、個人がそれまで生きてきた歴史、人生の象徴ともいふべきものであり、婚姻時まで使用してきた従前の氏の変更は、個人の識別機能を喪失させ、また、個人の人格（アイデンティティ）の否定に繋がることから、近年の晩婚化が進む傾向のなかで、氏名は、個人にとっての重要性は極めて高く、個人の尊厳として尊重されるべ

きものである。」と判示しており、同様に、婚姻までの時間の経過を考慮要素として重視した。

また、小山剛教授は、「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」(甲A43・18頁)と論じており、原告らの上記主張と同趣旨の見解を示している。

また、山羽祥貴教授は、「氏は、社会において個人を識別特定する記号として継続して用いられているという事実によって、人格の象徴となるのであるから、それはその個人単独の自己決定によって左右しうる事柄ではない。しかしそれでも、あるいはそうであるがゆえに、氏を保持することは個人の自律にとって重要なのである。」(甲A284・1469頁)と論じる。かかる指摘は、極めて重要である。要するに、原告らが主張するとおり、氏を含む氏名(名前)の意味は、他者や社会との承認関係の中で、その時間の経過とともに用い続けられたという事実によって「人格の象徴」に「なる」という点である。そして、その事実こそが、上記のとおり、「個人として尊重される」ことである。

したがって、氏名(名前)は、時間の経過という事実により、それを保持する意義が強まっていく性質を有している。かかる性質は、氏名(名前)の変更を強制されない自由が憲法13条で保障されるかどうかを判断する上では、考慮要素として、重視されなければならない。

オ 氏名(名前)から氏だけを恣意的に切り離すべきではないこと

上記のとおり、氏名(名前)は、人が自己の生の作者として人生を形成する過程で、アイデンティティ(人格の存在証明)として、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、その意義が深まっていくものである。

氏名(名前)は、その過程で、氏だけで用いられるわけではなく、氏と名が一体となった人格の象徴として用いられる。人が社会で氏名(名前)を用いる時に、氏と名を一体として、名乗ったり、署名したり、登録したりすることは、

社会常識である。人が氏だけや名だけを用いても社会的に通用するものではないことは、一般的な経験則として認められる。

したがって、氏名（名前）の性質から、氏だけを安易に切り離すことは、個人識別機能という氏名（名前）の本質的性質自体を失わせることになる。そして、氏名（名前）がアイデンティティ（人格の存在証明）であることに鑑みると、氏を喪失するということは、人格の半分を失うことに等しい。

そのため、氏名（名前）から氏だけを切り離して、氏名（名前）に関する法的性質を論じることは、氏名（名前）の意義や機能を全く失わせることと等しい議論であり、氏名（名前）に関する法的利益を検討する上で相応しい方法ではない。少なくとも、氏名の性質等を検討する上で、氏の性質だけを切り離して、過剰にその意味を考慮することは、現実にある氏名（名前）の意義や機能を無視した恣意的な考慮方法であると言わざるを得ない。

この点、平成27年大法廷判決の木内意見は、「氏の変更は、本来的な個別認識の表象というべき氏名の中の氏のみの変更にとどまるとはいえ、職業ないし所属と氏、あるいは、居住地と氏による認識を前提とすると、変更の程度は半分にとどまらず、変更前の氏の人物とは別人と思われかねない。」と判示しており、氏だけを変更したとしても、別人として認識されることになり、個人識別機能を損なうことを指摘している。

また、平成27年大法廷判決の岡部等意見は、「氏は名との複合によって個人識別の記号とされている」と判示して、氏名の識別機能が氏と名の複合によって機能するものであり、安易に切り離せないことを強調する。

令和3年大法廷決定の宮崎・宇賀反対意見は、「今日では、氏と名によって構成される氏名が個人の名前であると認識されているところ、①氏名には氏だけよりもはるかに高度の個人識別機能及び自己同定機能がある」と判示している。また、宮崎・宇賀反対意見は、「人格権については分割を観念することができない」という前提に立ちつつ、「氏名に関する人格的利益」を「人格権に含まれる

もの」と認定している。したがって、宮崎・宇賀反対意見は、氏名（名前）から氏を切り離す議論を強く批判しており、原告らと同様の見解である（宮崎・宇賀反対意見が、「氏」と「名」は安易に切り離せず、一体としての意義を検討する必要があるという理解から、「氏名」を「名前」と表現していると思われる。）。

また、令和4年第三小法廷決定の渡邊意見は、「『氏』は『名』と一体をなし、『氏名』は、個人を識別するという重要な機能を有するとともに、その個人にとっては、個人として尊重される基礎であり、人格の象徴でもある」と判示しており、「氏」と「名」が「一体」であることを強調している。

また、高橋和之教授は、「社会のなかで氏と一体化し名前＝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。」（甲A162・144頁）と述べ、氏を社会との関係で捉えた上で、氏名から氏を恣意的に切り離す議論を強く批判している。

カ 氏名（名前）の内で氏がプライバシーと密接に関わること

平成27年大法廷判決の岡部等意見が述べるとおり、「氏は身分関係の変動によって変動することから身分関係に内在する血縁ないし家族、民族、出身地等当該個人の背景や属性等を含むもの」である。そのため、氏に変更された場合、婚姻を含む身分関係の変動が推認される。

そして、婚姻は、プライバシーや個人情報に属する情報であるところ、氏に変更された場合、氏を変更した婚姻当事者は、婚姻の事実を公表することを望んでいなくても、婚姻というプライバシーや個人情報に属する情報を強制的に開示することを余儀なくされる。

この点については、令和3年大法廷決定の宮崎・宇賀反対意見と草野反対意見も指摘するところである（訴状19頁も参照）。

キ 氏名（名前）が本来社会のものであり法制度から発生するわけではないこと

人は、社会の中で存在する生き物である以上、個人として識別されるために、人格の象徴である氏名（名前）が必要である。つまり、氏名（名前）は、上記のとおり、社会の中で「人格」を「個人」として識別する機能を有するものである。

氏名（名前）の本質的な識別機能は、法制度として整備されるか否かと無関係に、人が社会生活を送るために必要不可欠なものとして存在している。そして、その識別機能は、法制度として整備される以前から人格的利益として社会の中で存在している利益である。氏名（名前）に係る人格的利益に対し法整備を行う場合、その機能を維持・拡充する場合は、その人格的利益に資する法整備である。この場合には、社会制度を法整備しただけでしかなく、氏名（名前）に係る人格的利益の侵害がなく何ら問題がない。

しかしながら、氏名（名前）の上記機能を制限する法整備を行う場合は、その法整備は、氏名（名前）に関する人格的利益に対するただの制約でしかないはずである。この場合、氏名（名前）に係る人格的利益は、法制度として単に整備されるだけでなく、人格的利益が侵害されるという問題が発生する。

本件各規定は、氏の法整備であるとしても、下記第2の2記載のとおり、氏名（名前）の変更を強制されない自由（人格的利益）を制約するものであり、法制度の内容を整備することだけで完結するわけではなく、かかる人格的利益を侵害するのである。

この点、令和3年大法廷決定の宮崎・宇賀反対意見は、「名前を個人識別に使用することは、社会において自然発生的に行われていた習俗ともいうべきことであるから、氏名（名前）の個人識別機能や自己同定機能は法制度がなければ認められない性質のものとはいえない」と判示した上で、「氏に関する人格的利益」について、「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。」と判示している（甲A172・95頁も参照）。かかる判示は、原告らの上記主張と同趣旨である。また、宮崎・宇賀反対意見は、「この人格的利益は、法律によって創設された権利でも、法制度によって与えられた利益や法制度の反射的利益などというものでもなく、人間として的人格的、自律的な営みによって生ずるものであるから、氏が法制度上自由に選択できず、出生児に法制度上のルールによって決められることは、この人格的利益を否定する理由にはなり得ない。」と判示している。

また、高橋和之教授は、平成27年大法廷判決の評釈において、「本件では、それ以前に、氏を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。」、「名前（＝氏名）の本体は、起源的には社会の側に属し、国家の創設した制度ではない。そして、起源的に社会の側に属し、国家に先行する存在である点に着目して『人権』としての憲法上の保障を及ぼすのである。」（甲A162・144頁）。と論じており、原告らの上記主張と同趣旨である。

ク 氏を変更しなくても他者の権利侵害の可能性が存在しないこと

上記第2の1(2)記載のとおり、最高裁判所調査官によると、新しい権利が憲法上の権利として保障されるか否かを判断する上で、「最高裁判例の判文等で着目されてきた要素を検討すると、権利や利益の憲法上の位置づけや性質、権利や利益の内容（具体的・強固・絶対的なものといえるか）、第三者の事情（権利行使に関与する者の裁量の有無や他者の権利の侵害の可能性）といった点が総合的に考慮されている」とされる（甲A15・736頁）。

原告らは、氏名（名前）の変更を強制されない自由については、他者への権利侵害の可能性が存在しないと考える。

これに対して、平成27年大法廷判決は、「氏」の「家族の呼称としての意義」を強調した上で、氏名（名前）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ないと判示していることから、氏名（名前）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と、「氏」の「家族の呼称としての意義」がなんらか低減すると考えていると思われる。

しかしながら、仮に「氏」の「家族の呼称としての意義」がなんらか低減すると考えたとしても、家族の構成員等に生じる権利侵害の具体的な危険が存在するわけではない。少なくとも、そのような具体的な危険は想定し難い（なお、「氏」の「家族の呼称としての意義」を過大評価すべきでないことについては、下記第3の8(2)で詳述する。）。

この点、平成27年大法廷判決の岡部等意見は、「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、氏が果たす家族の呼称という意義や機能をそれほどまでに重視することはできない。」と指摘する。

また、令和3年大法廷決定の草野反対意見は、「夫婦別氏とすることが子にもたらす福利の減少の多くは、夫婦同氏が社会のスタンダード（標準）となっていることを前提とするものである。」と指摘する。

令和4年第三小法廷決定の渡邊意見は、「そもそも、家族の一体感は、間断のない互いの愛情と尊敬によってはじめて醸成、維持され得るものであり、同一氏制度によってのみ達成できるものではない。同一の氏を名乗る家族が必ずしも家族の一体感を持っているわけではなく、また、氏の変更を回避するために事実婚を選んだ（あるいは選ばざるを得なかった）家族の一体感が存在しないまたは低いというものではないことも自明であると思われる。」、「事実婚の場合のほか、法律婚についても離婚や再婚、外国人との婚姻などによって子の氏が親の氏と一致しない事態が既に生じていることは先に述べたとおりであり、また、夫婦同氏制を採用するか否かにかかわらず過去から存在する非嫡出子の

氏の問題は、法律において相応の手当てが行われている（民法790条2項参照）。また、親と氏を異にする場合に子が受けるおそれがある不利益は、氏を異にすることに直接起因するというよりは、家族は同氏でなければならないという価値観やこれを前提とする社会慣行等に起因するもののようにも思われる。」と指摘する。

したがって、氏名（名前）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か否かを検討する上では、それが保障されることによって、仮に「氏」の「家族の呼称としての意義」がなんらか低減することがあるとしても、それ自体を第三者の権利侵害が生じるものとして考慮する必要はない。仮に考慮するにしても、その意味を過大に評価すべきではない。

(4) 小括

ア 以上のとおり、氏名（名前）は、「個人として尊重される」（憲法13条）ことの基礎にあるものであり、人格の象徴として識別される機能を有しており、そのため、アイデンティティと密接に関係する性質を有している。また、その性質ゆえに、時間の経過とともに、その意義が深まっていくことになる。

これらの氏名（名前）の意義に鑑みると、氏名（名前）が、個人の自己の人生を築いていくうえで基本的重要性を持つと考える事柄であることは明らかである。

したがって、氏名（名前）の変更を強制されない自由は、憲法13条で保障されなければならない。

イ この点、令和3年大法廷決定の宮崎・宇賀反対意見は、「本件で主張されている氏名に関する人格的利益は、……人格権に含まれるものであり、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であるから、憲法13条により保障されるものと考える。」と判示しており、原告らの主張と同様の見解である。

また、令和3年大法廷決定の三浦意見は、「婚姻の際に婚姻前の氏を維持することに係る利益は、それが憲法上の権利として保障されるか否かの点は措くとしても、個人の重要な人格的利益とすることができる。」と判示しており、憲法上の権利として保障されるか否かについて明言までは避けているが、原告らの主張と実質的に同様の見解である。

また、小山剛教授は、「氏名は、……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。」（甲A43・18頁）と論じている。二宮周平教授も、「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」（甲A164・38頁）と論じている。いずれの学者も、原告らの主張と同様の見解である。

また、泉徳治元最高裁判事は、平成27年大法廷判決について、「憲法十三条は、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」（甲A171・368頁）、「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』」（同369頁）と論じており、「婚姻の際に氏の変更を強制されない自由」が憲法13条により憲法上の権利として保障されることを認めている。

以上のとおり、多数の最高裁判事や学者が、氏名（名前）の変更を強制されない自由が憲法上の権利として憲法13条で保障されなければならないと論じている。

2 本件各規定による制約及びその制約の程度が強いこと

(1) はじめに（違憲判断がされるべき対象について）

本件各規定は、全ての夫婦に対して、婚姻に際していずれか一方が氏を変更して夫婦同氏となることを求めており、双方が氏を維持したまま婚姻する等の例外を一切認めていない（夫婦同氏制度）（訴状7頁）。

原告らは、訴状第1の2（8頁）に記載したとおり、「本件各規定が全体として違憲無効である（すべての夫婦が別氏であるべきである）と主張するものではなく、本件各規定が別氏という例外を認めていないという限度において違憲無効であると主張するものである。」

この点、平成27年大法廷判決の木内意見は、「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。」と判示しており、問題の本質を誤らないように釘を刺している。

また、令和3年大法廷決定の宮崎・宇賀反対意見は、「私たちの意見は、もとより、夫婦別氏を一律に義務付けるべきとするものではなく、夫婦同氏制に例外を設けていないことを違憲とするものであり、この点については平成27年大法廷判決における木内道祥裁判官の意見と趣旨を同じくする。」と判示する。

したがって、裁判所は、本件各規定の違憲判断をする場合には、平成27年大法廷判決が判断したように単に夫婦同氏制度の合理性を論じるだけに終始することで問題の本質を回避するのではなく、夫婦同氏制度の例外として双方当事者が婚姻前の氏を維持したまま婚姻することを選択する余地が全くないという本質的な問題点について、合憲性が判断されなければならない。

本件各規定(夫婦同氏制度)によって生じる制約に関する諸問題については、訴状第4（15頁～26頁）及び訴状第5（30頁～33頁）で詳細に論じたとおりであるが、以下、繰り返しになる部分もあるものの、本件各規定の制約及び制約態様等について、氏名（名前）の変更を強制されない自由の制約態様の観点から整理して、必要な限度で整理して論じておく。

(2) 本件二者択一構造による権利の制約について

訴状第5の2(2)（30～31頁）記載のとおり、本件各規定は、本件二者択一構造（訴状7頁）により、氏名（名前）の変更を強制されない自由を制約している。具体的には、夫婦同氏制度は、婚姻前の氏名の維持を希望する者に対

しても、婚姻するためには、氏名に関する人格的利益の喪失を受け入れるという（本人の希望に反する）意思決定をしなければならないとしている点で、婚姻のために指名に関する人格的利益の喪失を受け入れるか、婚姻前の氏を維持するために婚姻を諦めるかの二者択一を迫っているところ（本件二者択一構造）、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（名前）の変更を強制されない自由に対する制約である。

この点は、令和3年大法廷決定の宮崎・宇賀反対意見は、「夫婦同氏を婚姻成立の要件とすることは、婚姻をするについての意思決定と同時に人格的利益の喪失を受け入れる意思決定を求めることを意味すること」という項目で、原告らがいうところの本件二者択一構造を説明した。また、令和4年第三小法廷決定の渡邊意見も、「本件各規定は、民法739条1項とあいまって、夫または妻の氏のいずれかを夫婦が称する氏として定めて届け出ることを要求することによって、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。」と判示しているとおり、本件各規定の本件二者択一構造を踏まえた制約の評価をしている。

また、性別取扱い変更にかかる生殖腺除去要件違憲大法廷決定（甲A285）は、「身体への侵襲を受けない自由」（6頁）が憲法上の権利として保障されるとし、他方で、「性同一性障害者がその性自認に従った法令上の性別の取扱いを受けると」（6頁）が「個人の人格的存在と結び付いた重要な法的利益」（7頁）であることを前提として、「本件規定は、治療としては生殖腺除去手術を要しない性同一性障害者に対して、性自認に従った法令上の性別の取扱いを受けるという重要な法的利益を実現するために、同手術を受けることを余儀なくさせるという点において、身体への侵襲を受けない自由を制約するもの」（7頁）と判示した。かかる判示は、本件各規定の本件二者択一構造を検討する上で参

考にされるべきである（訴状第5の2(2)ウ・32頁以下も参照）。

本件二者択一構造によると、氏名（名前）を強制されない自由の制約と婚姻の自由等の制約が二者択一関係にあり、いずれの権利も憲法上の権利として保障される重要な権利（仮に憲法上の権利として保障されないとしても、少なくとも「個人の人格的存在と結びついた重要な法的利益」である。）であることに鑑みれば、本件各規定は過酷な二者択一を迫るものであり、これによる制約が重大であることは明らかである。

(3) 氏名（名前）の変更を強制されない自由が制約されることの意味

氏名（名前）の変更を強制されない自由が重要なものであり、憲法上の権利として保障されることは、上記第2の1で論じたところである。

要するに、氏名（名前）は、人が自己の生の作者として人生を形成する上で必要不可欠な人格の象徴であり、その人格の象徴を、自ら用い、他者から用いられ続けるという事実からアイデンティティ（人格の存在証明）として機能することになるのである。そして、この意味は、氏名（名前）が「個人として尊重される」ことと密接に関わっているのである。

本件各規定は、氏名の一部である氏を強制的に変更させることになる。上記第2の1(3)ウに記載したとおり、アイデンティティ（人格の存在証明）が氏名の本質的な性質であるところ、氏が強制的に変更させられるということは、氏名の本質的な性質であるアイデンティティまで喪失させられることを意味する。その喪失は、人格自体を失わせることと同義であり、侵害の程度は極めて強いものである。この点、性別取扱い変更にかかる生殖腺除去要件違憲大法廷決定といわゆる旧優生保護法に関する最高裁令和5年（受）第1319号同6年7月3日大法廷判決・民集78巻3号382頁（甲A286。以下「**旧優生保護法違憲大法廷判決**」という。）は、憲法13条が、人格的生存に関わる重要な権利として、自己の意思に反して身体への侵襲を受けない自由を保障していると

判示する（甲A285・6頁及び甲A286・9頁）。いずれの事案も、重大な結果をもたらす身体への侵襲の事案であるところ、氏名（名前）の変更を強制されることは、アイデンティティ（人格の存在証明）を失うことであり、人格の一部を失うことと等しく、それは人生の形成に影響を与える点で極めて重大な結果をもたらすことから、これらの事案と何ら遜色がない極めて重大な権利侵害である。

抽象的に説明すると上記のとおりであるが、念のために具体的不利益の一例として、蟻川恒正教授の論文を引用する。

「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、氏を改めた一方配偶者が心身のバランスを崩し、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場所である。」（甲A7・14頁）

また、松村（森）悠一郎准教授は、「男性法学者、姓を変えてみる——ハーバード在外研究記」（甲A287の1）というエッセイの中で、自ら氏を変えた経験について、「いずれにせよ私自身の経験に即して言えば、それを『アイデンティティの喪失』と表現するかは別として、少なくとも自身がそれまで大切にしてきたものを踏みにじられるような、忸怩たる思いを抱いたのは事実である……たとえ改姓後の生を生きるのが同じ私だとしても。そこには確かにこれまで慣れ親しんできた自らの姓を、わが国の不条理な婚姻法ゆえに変えることを余儀なくされることへのやるせなさもあった。」（甲A287の1・47頁）と、「アイデンティティの喪失」の具体的な意味を実体験に即して論じている。

(4) 本件各規定により夫婦が人格的利益を同等に享受できなくなること

令和3年大法廷決定の宮崎・宇賀反対意見は、「夫婦同氏を婚姻の要件とすることによって、婚姻により氏を変更することとなる当事者は、婚姻が継続する限り、かかる人格的利益を他方当事者と同等に享受することを期待することすらできないという状況、すなわち、夫婦同氏制のゆえに、婚姻によって夫となり妻となったがゆえにかかる人格的利益を同等に共有することができない状況が必ず作出されることになる」とした上で、その結果として、「①自身が氏を変更する側となる当事者にとっては、生来の氏名に関する人格的利益が侵害されることを前提として受け入れた上で、婚姻の意思決定をせよというに等しく、②当事者双方にとっては、自身が氏を変更する側になるかを変更しない側となるかにかかわらず、自分又は相手の人格の一部を否定し、かつ婚姻が維持される限り夫と妻とがかかる人格的利益を同等に享受することができないこととなることを前提とした上で婚姻の意思決定をせよというに等しい。」と論じ、本件各規定によって「婚姻後、夫婦が同等の権利を享受できず、一方のみが負担を負い続ける状況を作出させること」になることを指摘している。

夫婦が人格的利益を同等に享受できなくなる本件各規定の制約態様の問題点は、蟻川恒正教授や木村敦子教授がその重要性を指摘しているところであり(甲A7、甲A166)、極めて重要な法的利益の侵害を生じさせることにつながる。この点については、原告ら第7準備書面第3の3(24頁～26頁)に記載したとおりである。

上記各指摘は、令和3年大法廷決定以降に強調されてきた事情であり、平成27年大法廷判決は、夫婦が人格的利益を同等に享受できなくなる不利益が侵害されていることについて考慮することさえできていなかったことが予測される。かかる利益侵害は、本訴訟においては、重要な利益として必ず考慮されなければならない。

なお、実際には、訴状第4の4（23頁～26頁）記載のとおり、2022（令和4）年時点でも、全体の94.7パーセントが夫（男性）の氏を選択しており（甲A10）、未だに、不利益の女性への偏在が再生産され続けている。この点、平成27年大法廷判決の岡部等意見は、「現実には96%を超える夫婦が夫の氏を称する婚姻をしているところからすると、近時大きなものとなってきた上記の個人識別機能に対する支障、自己喪失感などの負担は、ほぼ妻について生じているといえる。」「そうすると、その点の配慮をしないまま夫婦同氏に例外を設けないことは、多くの場合妻となった者のみが個人の尊厳の基礎である個人識別機能を損ねられ、また、自己喪失感といった負担を負うこととなり、個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚した制度とはいえない。」と指摘していた。こうした状況は、平成27年の時点からも何ら変わっていない。

(5) 本件各規定が女性の人生まで規格化すること

ア はじめに

上記第2の1(3)記載のとおり、氏名（名前）は、人が「自己の生の作者」として形成していく人生という物語の主人公（人格）を「象徴」するものである。そして、本件各規定は氏名（名前）の変更を強制するものであるから、その制約態様を検討する上で、人生への影響を見過ごすわけにはいかない。

これに対して、平成27年大法廷判決の寺田逸郎の補足意見は、「法律上の仕組みとしての婚姻夫婦も、……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。」「家族制度は、……社会一般に関わる度合いが大きいことが考慮されているのであろう、この姿勢が一層強いように思われる。」と判示する。

確かに、婚姻は、一定のパッケージの形で規格化され、当事者は、そのパッケージを一定の形で受け入れざるを得ない面がある。しかし、婚姻を一定の形

に規格化する場合において、そもそも夫婦同氏を強制することまで規格化する必要はなく、夫婦同氏の例外を認めないことは不合理である。このように必要性のない「規格化」によって、人の「自己の生の作者」として己の道を歩むことが損なわれることがあってはならない。

平成27年大法廷判決は、本件各規定の意味について婚姻の規格化を強調する寺田逸郎の上記補足意見を前提にした上で、本件各規定を合憲であると判示しているが、このような婚姻の規格化による影響を全く考慮していない。

以下では、上記婚姻の規格化の論理に従った場合に本件各規定による制約態様がどういった意味を有するのかを論じ、そして本件各規定が、女性の人生まで規格化してしまっていることを論じる。

イ 夫婦同氏制度が婚姻家族制度として規格化されていることの意味

婚姻は、一定のパッケージの形で規格化され、当事者は、そのパッケージを一定の形で受け入れざるを得ない側面がある。そして、平成27年大法廷判決の寺田逸郎の上記補足意見の論理に従えば、本件各規定の夫婦同氏制度は、婚姻というパッケージの一内容であることになる。

一方で、平成27年大法廷判決の岡部等意見は、「民法改正時において」「夫婦とその間の未成熟子という家族を念頭に、妻は家庭内において家事育児に携わるという近代的家族生活が標準的な姿として考えられて」いたと指摘する。

ここでいう「近代的家族」について、「家族社会学辞典」(甲A288)によると、「近代家族とは何か」という項目において、以下のように説明されている。

「近代家族の特徴として、落合恵美子は、①私的領域と公共領域の分離(公私の分離)、②家族〔構〕成員相互の強い情緒的關係、③性別役割分業の成立、④子ども中心主義、⑤家族の集団性の強化を指摘している……。夫が仕事、妻は家事・育児という性別役割分業を行い、夫婦・親子が愛し合い、子どもの発達と教育に関心をもつ子ども中心主義的な家族。1980年代頃まで、日本に

においても当たり前だったこの家族は、18世紀に西欧のブルジョアジーに端を発する歴史的・文化的産物であった。」(242頁)。近代家族概念の理念的な特徴としては、「家内領域と公共領域との分離」、「男は公共領域・女は家内領域という性別分業」という点も重要である(甲A288・118頁)。

また、婚姻家族制度と夫婦同氏制度の関係についても、中川淳教授によって、以下のとおり説明されている。「現行法の考え方は、基本的には、婚姻家族(家庭)の理念型を氏において具現しているということが出来る。すなわち、夫婦は、婚姻によって新たな家族(家庭)をつくり、その間に出生した子を含めて、社会生活の単位として位置付ける、いわゆる家族共同体の思想を基本としている。この家族共同体の形式的(かもしれない)表現が、氏の性格と結びついている。氏が個人の呼称であることを基本としながら、なお、家族共同体の名称をもなっている」とされるゆえんである(甲A289・83頁)。平成27年大法廷判決が強調する「氏」の性質としての「家族の呼称としての意義」の背後にある思想は、このことである。

これらの上記説明に従って、本件各規定を、近代家族という理念型を、パッケージの一内容として規格化した婚姻家族制度のなかで位置付けると、氏が家族共同体の名称という意味を持ち、男性である夫は、家庭の外である公共領域を代表することから氏名(名前)を維持する必要性が高く、他方で、女性である妻は、家内領域を代表することから氏名(名前)を「家族の呼称としての意義」を持つ「氏」に変更しても特に問題がないという規格を前提にしていることが分かる。かかる「規格化」の重大な問題点は、女性である妻が社会活動を継続するという「人生」を想定していない点である。

かかる意味を端的に表現している記述が、平成27年大法廷判決の岡部等意見の以下の指摘である。「昭和22年法律第222号による民法改正時においても、夫婦とその間の未成熟子という家族を念頭に、妻は家庭内において家事育児に携わるという近代的家族生活が標準的な姿として考えられており、夫の

氏は婚姻によって変更されず妻の氏が夫と同一になることに問題があるとは考えられなかった。実際の生活の上でも、夫が生計を担い、妻がそれを助けあるいは家事育児を担うという態様が多かったことによって、妻がその氏を変更しても特に問題を生ずることは少なかったといえる。」

平成27年大法廷判決の岡部等意見が、夫婦同氏制度が婚姻家族制度の一内容として規格化されていること自体が上記意味を持つことを当時から指摘していた点は、改めて見直されるべきである。

ウ 夫婦同氏制度が女性の生き方まで規格化してしまうこと

上記のとおり、本件各規定（夫婦同氏制度）は、婚姻制度のパッケージの一内容として、婚姻を規格化している。そして、その婚姻制度は、「家内領域と公共領域との分離」、「男は公共領域・女は家内領域という性別分業」という近代家族の特徴を要素として持っている。

一方で、平成27年大法廷判決も判示するとおり、「家族は、社会の自然かつ基礎的な集団単位である」（参照：世界人権宣言16条、A規約10条）。したがって、婚姻をするということ（あるいは、しないということ）は、社会で人生を形成する上で、自然かつ基礎的な集団を形成する行為であり、人が人生を形成する上で重要なイベントであり、人生を形成する中で多くの人にとって避け難いイベントである。

しかしながら、平成27年大法廷判決の論理構造（寺田逸郎の補足意見を含む。）によると、現行民法において婚姻するということは、夫婦同氏制度を含む婚姻制度だけを「規格」として強制されるということである。その意味は、平成27年大法廷判決の岡部等意見の言葉を借りれば、特に女性にとっては、「夫とその間の未成熟子という家族を念頭に、妻は家庭内において家事育児に携わるという近代的家族生活」を標準的な姿として押し付けられるということになる。

婚姻が人生を形成する上で重要なイベントであることに鑑みれば、夫婦同氏制度を含む婚姻制度だけを「規格」として強制されるということは、女性の「人生」まで規格化してしまうことを意味する。

なお、上記規格が社会の変化に対応できなくなっていることについては、平成27年大法廷判決の岡部等意見が「本件規定の制定後に長期間が経過し、近年女性の社会進出は著しく進んでいる。婚姻前に稼働する女性が増加したばかりではなく、婚姻後に稼働する女性も増加した。その職業も夫の助けを行う家内的な仕事にとどまらず、個人、会社、機関その他との間で独立した法主体として契約等をして稼働する、あるいは事業主体として経済活動を行うなど、社会と広く接触する活動に携わる機会も増加してきた。そうすると、婚姻前の氏から婚姻後の氏に変更することによって、当該個人が同一人であるという個人の識別、特定に困難を引き起こす事態が生じてきたのである。そのために婚姻後も婚姻前の氏によって社会経済的な場面における生活を継続したいという欲求が高まってきたことは公知の事実である。」と判示するところである。

エ 夫婦同氏制度を含む婚姻の規格が個人の尊重の理念に反すること

上記第2の1(3)ア記載のとおり、「個人として尊重される」ことの意味は、「自己の生の作者」として己の道を歩む、ということをも最大限尊重しようとする趣旨である」（甲A280・139頁）。

しかしながら、上記のとおり、夫婦同氏制度を含む婚姻制度だけを規格として強制されるということは、女性の人生まで規格化してしまうことになる。女性の人生をまで規格化しているということは、女性が「自己の生の作者」として人生を形成することができなくなるということである。

したがって、女性にとって、夫婦同氏制度を含む婚姻制度だけを規格として強制されるということは、「個人として尊重」されていないことを意味する。

この点、令和4年第三小法廷決定の渡邊意見は、「なお、個人が婚姻相手の氏

に変更するとしても、選択的夫婦別氏制により選択の機会が与えられたうえで、個人がその意思で婚姻相手の氏への変更を選択したものであるか、夫婦同氏制により氏の変更が事実上余儀なくされた結果であるかには大きな違いがあり、その個人の意思決定がその後の生き方にも影響を与えることに鑑みると、このような選択の機会を与えることこそ、個人の尊厳の尊重であると考える。」と判示しており、夫婦同氏制度が「生き方」（人生）に関係すること、そして、そのことが「個人として尊重」することに関わることを論じている。

オ 小括

平成27年大法廷判決の寺田逸郎の補足意見の論理に従った場合、夫婦同氏制度を含んで規格化された婚姻は、「夫婦とその間の未成熟子という家族を念頭に、妻は家庭内において家事育児に携わるという近代的家族生活が標準的な姿」として規格化されており、婚姻当事者は、その規格を受け入れる必要があることになる。

それは、人は「自己の生の作者」として人生を形成できるにもかかわらず、女性の生き方は一定の規格に押し込めることを意味する。

かかる夫婦同氏制度を含んで規格化された婚姻は、「個人として尊重される」ことの否定を意味し、憲法の根本規範と抵触することになる。

なお、原告らは、近代家族の理念型である「家内領域と公共領域との分離」、「男は公共領域・女は家内領域という性別分業」という要素を前提とした個々の家族観まで否定するわけではない。あくまで、かかる家族観と結びついた夫婦同氏制度について、例外的に夫婦別氏を認める選択肢さえないことが、女性の生き方まで制約していると主張していることを付言しておく。

(6) 小括

以上のとおり、本件各規定による制約は、本件二者択一構造により、氏名（名

前)の変更を強制されない自由に対して、深刻な侵害を与えているだけでなく、夫婦の人格的利益を同等に享受できなくすること、女性の人生（生き方）まで規格化する点で個人の尊重の理念に反すること等の極めて深刻な問題がある。

3 本件各規定を正当化する合理的理由が認められないこと

(1) 判断枠組み

氏名（名前）の変更を強制されない自由が、憲法13条で憲法上の権利として保障され、その内容が、「個人の尊重」の理念に深く係る内容であることについては、第2の1記載のとおりである。

また、本件各規定による氏名（名前）の変更を強制されない自由への制約態様は、第2の2記載のとおり極めて深刻である。

したがって、本件各規定の合憲性については厳格に判断すべきである。

(2) 本件各規定に自由の制約を正当化する合理的理由がないこと

繰り返しになるが、本件各規定の合憲性を判断する際に最も問われなければならない問題点は、夫婦同氏制度の例外として、双方当事人が婚姻前の氏を維持したまま婚姻することを選択する余地が全くないことの合理性である。

そして、夫婦同氏制度の例外として双方当事人が婚姻前の氏を維持したまま婚姻することを選択する余地が全くないことに、何ら合理的な理由はない。

したがって、本件各規定が氏名（名前）の変更を強制されない自由を制約することを正当化する合理的な理由は、存在しない。

そもそも、夫婦同氏制度の例外として双方当事人が婚姻前の氏を維持したまま婚姻することを選択する余地さえ全くない制度を強制する目的や理由について、被告も具体的な主張をするわけではない。

本件各規定の合憲性を厳格に判断した場合、本件各規定を正当化する予定は存在しない。なお、夫婦同氏制度の例外として双方当事人が婚姻前の氏を維持

したまま婚姻することを選択する余地が全くないことについて合理的な理由がない以上、例えば平成27年大法廷判決の多数意見のように緩やかな判断枠組みで本件各規定の合憲性を審査するとしても違憲となる。

(3) 小括

以上のとおり、本件各規定は、憲法13条に違反する。

第3 平成27年大法廷判決が判例変更されるべき理由

1 はじめに

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ない。本件規定は、憲法13条に違反するものではない。」と判示する。

中野次雄編『判例とその読み方 [三訂版]』（甲A290）には、「判例が裁判実務に及ぼしている強い支配力を考えると、判例が変わることは裁判所全体の法的判断が変わるということであり、ひいては国民の法生活にも大きな影響を及ぼすことであるから、法的安定の見地からいえば好ましいことではない。しかし、他方、もしある判例がその内容において適当でない（あるいは適当でなくなった）のならば、そのような判例をそのまま存続させておくのは裁判の生命である実質的正義に反することである。法的安定は重要なことで、判例を変更するには慎重でなければならないが、それにも限度があり、結局においてその変更の必要を否定するわけにはいかない。そして、それによって判例は正しい発展の道を歩んで行くのである。」（74頁）とある。

そして、平成27年大法廷判決の上記判示は、その内容において適当でないし、少なくとも適当でなくなったことが明らかであることから、裁判の生命である実質的正義の観点から、判例変更されるべきである。

以下、平成27年大法廷判決が判例変更されるべき理由を詳述する。

2 平成27年大法廷判決がいわゆる「弱い判例」であること

中野次雄編『判例とその読み方 [三訂版]』（甲A290）には、「変更される可能性の少ない判例を『強い判例』、その可能性がかなりあると思われるものを『弱い判例』と呼ぶことにしよう。」（25頁）という前提に基づいて、「少数意見については……将来の判例の予測のためにかなり重要なはたらきをする。すなわち、反対意見の場合、それは一人もしくは数人の裁判官の意見にすぎないけれども、後日裁判官の退任・新任の結果法廷の構成に変動があると、その意見が多数を占めて法廷意見となる可能性があるからである。 ことに、少数意見の裁判官の数が多く、かつその意見の内容が説得力に富むものであれば、その可能性は一層強くなるであろう。つまり、そういう場合の判例（法廷意見）はやや「弱い判例」……だということになる。その意味で、反対意見は、場合によって判例の安定度を測る重要な目安となることがあることは忘れない必要がある」（98頁）とある。

本件についてみると、平成27年大法廷判決は、岡部等意見、木内意見及び山浦反対意見という少数意見がある。いずれの少数意見も、民法750条が憲法違反である旨の意見である。また、平成27年大法廷判決と同様の論点が争われた事件である令和3年大法廷決定は、三浦意見、宮崎・宇賀反対意見及び草野反対意見という少数意見がある。いずれの少数意見も民法750条を含む本件各規定が憲法違反である旨の意見である。同様に令和4年第三小法廷決定は、渡邊意見及び宇賀意見という少数意見がある。いずれの少数意見も民法750条を含む本件各規定が憲法違反である旨の意見である。

これらの少数意見はいずれも、複数の最高裁判事によるものであり、かつ、多数意見と比較して、その理由づけが充実しており、極めて説得力に富む内容である。

また、平成27年大法廷判決については、憲法学説からの多くの批判があり、

「夫婦同氏強制を憲法違反だとする学説が多数である」(甲A31)とされていることは、原告ら第7準備書面(学説の議論状況)で詳述したとおりである。

かかる事情に鑑みると、平成27年大法廷判決は、いわゆる「弱い判例」であることが明らかである。したがって、下級審の裁判所であっても、平成27年大法廷判決が判例変更される必要について吟味すべき事案であるという前提に基づいて、改めて、その内容において適当でない(あるいは適当でなくなった)かどうか、改めて一から判断がなされるべきである。

3 平成27年大法廷判決において最高裁判事の男女間で経験則が異なっていたこと

- (1) 平成27年大法廷判決における多数意見と岡部等意見は、同じ立法事実を評価しているにもかかわらず、その法的評価及び結論が大きく異なっている。特に、女性が置かれている社会状況及びその変化状況については、その法的評価の対象となっている事実の量だけを見ても、大きく異なっている。また、氏の変更が強制されることに伴うアイデンティティの喪失に対する法的評価にも、違いが顕著に表れている(甲A291・田代亜紀「理論と実務の架け橋——岡部喜代子」も参照)。

かかる多数意見と岡部等意見の差異は、多数意見を構成した最高裁判事(男性)のしている生活世界と、岡部喜代子裁判官、櫻井龍子裁判官、鬼丸かおる裁判官の3人の最高裁判事(女性)が見ている生活世界が異なることに起因すると言わざるを得ない。それぞれの生活世界から抽出される経験則が異なることから、同じ立法事実(女性を取り巻く社会状況や氏の変更を強制される被害の大きさなど)を評価する場合、アウトプットとしての結論が全く異なってしまうのである。

- (2) この点、櫻井龍子元最高裁判事は、インタビュー(甲A292)で「最高裁に女性をなぜ増やさなければいけないのか。」と質問をされた際に、「特に例と

して申し上げたいのは、夫婦別姓訴訟のことです。多数意見は民法750条を合憲だと書いたわけですが、女性3人の意見、それから山浦さんと木内さんが男性で2人だけ、違憲だといったものです。そのお二人はおくとして、女性3人と他の合憲と言った男性の議論なり意識の違いというのを、そのとき一番感じました。民法750条の合理性というものと、侵害される権利なり利益の侵害の度合い、重要性、重大性、その比較衡量が最終結論には相当影響するわけです。、「具体的に言えば、私は『藤井』という旧姓で仕事をしてきたのを、最高裁に入るときに『櫻井』という姓に変えざるを得なかったわけです。」「岡部さんにしても鬼丸さんにしても、結婚で姓を変えざるを得なかった。それを経験している人間とそうでない人は、姓が変わることによる精神的苦痛、実際的不利益の重大さが実感として分からないんだなと。」、「男性でも想像力があれば分かると言われるかもしれないけれども、やっぱりこの憲法判断のときは、1人の個人の権利ないし利益の侵害の重大さ、そこがどうしても通じなかったですね。」(甲A292・31頁)と、平成27年大法廷判決を振り返っている。

また、岡部喜代子元最高裁判事は、インタビュー(甲A293)で「女性の最高裁判事がもっといたら、結論が変わっていたという事件はありますか。」と質問をされた際に、「別姓の事件はそういう可能性はあると思いますね、不合理性を実感していますから。ですからそういう事件はこれからもあるかもしれません。」(甲A293・24頁)と、平成27年大法廷判決を振り返っている。

加えて、鬼丸かおる元最高裁判事は、インタビュー(甲A294)で「2つの判決(原告ら代理人注・再婚禁止期間違憲大法廷判決と平成27年大法廷判決のこと)で、男性と女性の裁判官との間で価値観や考え方が分かれるようなことはあったのでしょうか。」という質問をされた際に、「男性と女性の間にはかなりありました。男性は民法750条を素直に読んで、婚姻を欲する男女間で氏をどちらかに決めたときだけ法律婚を認めるのであって、氏を統一しないのであれば法律婚ではないとする考え方の方が多いように思いました。アイデ

ンティティの喪失感といったマイナス要因は法律上の問題ではないと暗に考えられていらっしやったのかもかもしれません。男性の弁護士が2人同調されて反対意見を書かれていますけれども、やはり男性は家の問題になると、他の事案には民主的だった方もかなり強硬に反対されるという感じでした。」（甲A294・21頁、22頁）と平成27年大法廷判決を振り返っている。また、同インタビューで「そのような規定に問題があるという意見が多数派になるためには、やはり女性の裁判官が増えていかないと変わらないという雰囲気があるのでしょうか。」という質問をされた際に、「はい。すごくそれは感じております。たぶん人数が、1つの小法廷に女性が1人だとほとんど力にならないのですね。だから2人の女性がいて、もう1人が同じような意見だということにならないと変わっていかないと気がします。」、「法律的な問題になると男女で結論が割れるということはないのですが、性別に関することになると男女差が表面に出やすいと感じます。例えば夫婦別姓のようないわゆる性別にかかわることだけではなくて、いろいろな事件に性別ってかかわってきますが、男性の意見が多数意見で採用されていくのは、妥当とはいえないと思います。私もある時、君は女性だからそういう考え方を持つんだよと、男性裁判官から言われたことがあって、考え込んでしまいました。様々な事件への視点が男女で変わるなら、人口比で女性の最高裁判事を増やすべきだと思います。」（甲A294・22頁）と回答している。

- (4) 女性の元最高裁判事の上記インタビュー記事に鑑みると、平成27年大法廷判決において、男性の最高裁判事と女性の最高裁判事の間で、立法事実を評価するための大前提である経験則が大きく異なっていたことは明らかである。

また、女性の元最高裁判事の上記インタビュー記事に鑑みると、その文脈から、女性の元最高裁判事は、平成27年大法廷判決には最高裁判事の男女比の影響があったことを示唆している。

なお、令和3年大法廷決定は、女性である宮崎裕子裁判官の反対意見があり、

令和4年第三小法廷決定は、女性である渡邊恵理子裁判官の意見がある。かかる事実も、多数意見を形成した男性の最高裁判事と女性の最高裁判事が見ている生活世界及びそこから抽出される経験則が異なっていることの証左である。

- (5) 以上の事情に鑑みると、平成27年大法廷判決は、男性である最高裁判事と女性である最高裁判事が用いた経験則が異なっていることが明らかである。そのため、平成27年大法廷判決は、最高裁判事の男女比の影響がある点でも、最高裁判事の男女構成で結論が変わりうる「弱い判例」である。

4 平成27年大法廷判決が社会の変化を不断に検討・吟味していないこと

- (1) 最高裁判所は、家族制度等に関する事項については、家族制度等の理解に関する社会的状況の変化等に応じて変わり得るものであることから、憲法適合性については、個人の尊厳や法の下での平等という憲法の根本規範に照らして不断に検討され、吟味されなければならないことを繰返し言及している。

具体的には、婚外子法定相続分差別違憲大法廷決定は、「法律婚主義の下においても、嫡出子と嫡出でない子の法定相続分をどのように定めるかということについては、前記2で説示した事柄を総合的に考慮して決せられるべきものであり、また、これらの事柄は時代と共に変遷するものでもあるから、その定め
の合理性については、個人の尊厳と法の下での平等を定める憲法に照らして不断
に検討され、吟味されなければならない。」と判示した。

また、性同一性障害者の性別の取扱いの特例に関する法律3条1項4号の合憲性が問題となった最高裁平成30年（ク）第269号同31年1月23日第二小法廷決定は、「本件規定は、当該審判を受けた者について変更前の性別の生殖機能により子が生まれることがあれば、親子関係等に関わる問題が生じ、社会に混乱を生じさせかねないことや、長きにわたって生物学的な性別に基づき男女の区別がされてきた中で急激な形での変化を避ける等の配慮に基づくものと解される。これらの配慮の必要性、方法の相当性等は、性自認に従った性別

の取扱いや家族制度の理解に関する社会的状況の変化等に応じて変わり得るものであり、このような規定の憲法適合性については不断の検討を要するものというべきである」と述べている。公知の事実であるが、同決定は結論として合憲と判断していたが、不断の検討・吟味の結果、性別取扱い変更にかかる生殖腺除去要件違憲大法廷決定において判例変更された。

- (2) 家族制度の理解に関する社会的状況、特に女性の社会進出等にも伴い、家族の在り方の多様化が急速に進んでいる現代社会において、個人の尊重及び個人の尊厳（13条、24条2項）、法の下での平等（14条、24条2項）を定める憲法の根本規範に照らして、本件各規定の憲法適合性は、不断に検討し、吟味されなければならない。

平成27年大法廷判決の岡部等意見は、上記観点から、改めて読み直されなければならない。同意見は、家族の在り方等を含む社会状況の変化を通時的に捉えた上で、「本件規定は、昭和22年の民法改正後、社会の変化とともにその合理性は徐々に揺らぎ、少なくとも現時点においては、夫婦が別の氏を称することを認めないものである点において、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おり、憲法24条に違反するものといわざるを得ない。」と結論付けており、社会状況の変化等を不断に検討・吟味した判断をしている。

また、平成27年大法廷判決の山浦反対意見、令和3年大法廷決定の三浦意見、同決定の宮崎・宇賀反対意見及び同決定の草野反対意見も、平成27年大法廷判決の岡部等意見と同様に、社会の変化等を不断に検討・吟味している。

他方、平成27年大法廷判決の多数意見は、岡部等意見や令和3年大法廷決定の宮崎・宇賀反対意見等の少数意見と比較すると、社会状況の変化等に対する言及がないに等しい。特に「氏」に関する事情については、平成27年大法廷判決の多数意見は、法制定時点の制度の在り方に固執していると言わざるを得ない。

したがって、平成27年大法廷判決の多数意見は、家族に関する事項について社会の変化を不断に検討・吟味しなければならないとしている近年の判例の傾向に反する。社会の変化等を不断に検討、吟味した上で、本件各規定の合憲性を判断すれば、平成27年大法廷判決（及び令和3年大法廷決定）が判例変更されなければならないことは明らかである。

5 平成27年大法廷判決が「個人」よりも「家族」を優先し過ぎていること

- (1) 平成27年大法廷判決は、「氏の性質」について、「個人の呼称としての意義」と「家族の呼称としての意義」があるという判断を前提とした上で、「氏に、名とは切り離された存在として社会の構成要素である家族の呼称としての意義があることからすれば、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といえる。」として、「以上のような現行の法制度の下における氏の性質等に鑑みると、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。」と判示した。かかる判示は、「個人の呼称としての意義」よりも「家族の呼称としての意義」を優先することから明らかなおり、「個人」よりも「家族」（ないし、それを統制しようとする制度の都合）を優先する思考が背後にある。

しかしながら、平成27年大法廷判決の背後にあるかかる思考は、国民一人一人が「個人として尊重」（憲法13条）される趣旨に違反しており、極めて不合理である。

- (2)ア 平成27年大法廷判決の多数意見自身も、氏や婚姻という法制度の合憲性を検討する際に、「婚姻及び家族に関する事項は、関連する法制度においてその具体的な内容が定められていくものであることから、当該法制度の制度設計が重要な意味を持つものであるところ、憲法24条2項は、具体的な制度の構築を第一次的には国会の合理的な立法裁量に委ねるとともに、その立法に当たっ

ては、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である。という判断枠組みを設定している。

かかる判断枠組みは、「婚姻」や「家族」という個人が所属する団体（法制度）と「個人の尊厳」等の間に緊張関係があると捉えた上で、「個人の尊厳」が家族等の団体（法制度）よりも優先するものと捉えていると解することができる。憲法の根本規範が「個人の尊重」（憲法13条）や「個人の尊厳」（憲法24条2項）にあることに鑑みれば、憲法24条の解釈として、極めて自然な解釈である。

イ そして、上記第2の1記載のとおり、氏名（名前）の変更を強制されない自由の制約は、自己の生の作者として人生を形成すること自体への侵害を伴うものであり、「個人として尊重される」こと自体への深刻な侵害である。

また、上記第2の1(3)ウで記載したとおり、人は、他者と社会から承認を受けながら人生を形成するところ、人が関係を形成する他者や社会は、家族関係だけでなく、友人関係、学校関係、仕事関係等の多様な社会関係を含むものである。そして、「個人」は、それらの社会の中で人生を形成するのである。

ウ それにもかかわらず、平成27年大法廷判決の多数意見は、「個人」が所属する「家族」だけを安易に優先しており、「個人」に係る深刻な問題を軽視しており、自身が考慮要素として掲げていたはずの、個人の尊重や個人の尊厳への配慮が極めて乏しい。

エ 特に、下記の少数意見と比較した場合、そのことは明らかである。

すなわち、令和3年大法廷決定の三浦意見は、「婚姻の際に婚姻前の氏を維持することに係る利益は、……個人の重要な人格的利益ということが出来る。」と判示している。また、同決定の宮崎・宇賀反対意見は、「氏名に関する人格的利益」について、「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であるから、憲法13条により保障されるものと考えられる。」と判示

している。また、令和4年第三小法廷決定の渡邊意見は、「個人が婚姻相手の氏に変更するとしても、選択的夫婦別氏制により選択の機会が与えられたうえで、個人がその意思で婚姻相手の氏への変更を選択したものであるか、夫婦同氏制により氏の変更が事実上余儀なくされた結果であるかには大きな違いがあり、その個人の意思決定がその後の生き方にも影響を与えることに鑑みると、このような選択の機会を与えることこそ、個人の尊厳の尊重であると考える。」と判示している。

この点、作内良平教授は、令和3年大法廷決定の少数意見について、「個別意見を一読して気づくことは、憲法24条解釈における重心の変化である。平成27年大法廷判決とは異なり、……違憲判断を導いた個別意見はすべて『個人の尊厳』を鍵に議論を行なっているのである。」(甲A188・165頁)と評している。

なお、樋口陽一は、平成27年大法廷判決を評釈する中で、「多くの人びとの日常生活のなかで受け入れられてきたそのような家族観がかりに社会通念だったとしても、それを裁判所の判決が、憲法二四条二項に明記されている『個人の尊厳』との緊張について説明することなしに確認してしまっていた。」(甲A295・283頁)と批判しており、本件の核心的な問題を指摘している。

以上のとおり、平成27年大法廷判決の背後にある思考は、「個人」よりも「家族」(ないし、それを統制しようとする制度の都合)を優先する思考であり、憲法の根本規範である「個人として尊重される」(憲法13条)ことをあまりに軽視しており、極めて不合理である。

6 平成27年大法廷判決が氏名変更の不利益を過小評価していること

平成27年大法廷判決は、「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、特に、近年、晩婚化が進み、婚姻前の氏を使用する中で社会的な地位や業績が築かれる期間が長くなっていることから、婚姻に伴い氏を改めることにより不利益を被る者が増加してきていることは容易にうかがえるところである。」と判示しており、「氏を改める者」の不利益が存在する現状を認めている。

しかしながら、上記第2の1及び2で詳述したとおり、氏名（名前）の変更を強制されることの不利益は、平成27年大法廷判決の上記記載内容程度では語り尽くすことができない性質のものである。

したがって、平成27年大法廷判決は、氏名（名前）の変更を強制される不利益を過小評価していることから、その法的評価は誤っており、この点からも判例変更されるべきである。

7 平成27年大法廷判決が「氏」が法制度であることを過大評価していること

(1) 平成27年大法廷判決は、「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。」、「したがって、具体的な法制度を離れて、氏が変更されること自体を捉えて直ちに人格権を侵害し、違憲であるか否かを論ずることは相当ではない。」という前提に基づいて、「氏」の法制度の内容を検討した上で、「『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。」と判示する。

(2) しかしながら、以下のとおり、平成27年大法廷判決の上記判示部分は、その判断枠組みや判断方法自体が、極めて不合理である。

ア すなわち、平成27年大法廷判決の調査官解説は、当該判示部分について「一定の法制度を前提とする人格権や人格的利益については、いわゆる生来的な権

利とは異なる考慮が必要であって、具体的な法制度の構築とともに形成されていくものであるから、当該法制度において認められた権利や利益を把握した上でそれが憲法上の権利であるかを検討することが重要となる」(甲A15・739頁)と解説しており、法制度を前提とした憲法上の権利が存在することを認めている。

したがって、まずは、平成27年大法廷判決や調査官解説の判断枠組みを前提としても、「氏」や「氏名」が法制度で構築されること自体から、直ちに憲法上の権利であることが否定されるわけではないことを押さえるべきである。

なお、令和3年大法廷決定の宮崎・宇賀反対意見は、「この人格的利益は、法律によって創設された権利でも、法制度によって与えられた利益や法制度の反射的利益などというものでもなく、人間としての人格的、自律的な営みによって生ずるものであるから、氏が法制度上自由に選択できず、出生児に法制度上のルールによって決められることは、この人格的利益を否定する理由にはなり得ない。」、「平成27年大法廷判決は、氏に関する人格権について、その内容は法制度をまって初めて具体的に捉えられると判示しているが、法制度がこの人格的利益の内容を定めているのではなく、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のである。」と判示している。

イ また、上記第2の1(3)キで詳述したとおり、氏名(名前)の変更を強制されない自由は、法制度として整備される以前から人格的利益として社会の中で存在している利益であり、本件各規定は、氏名(名前)の変更を強制されない自由を制約する。

ウ 以上のとおり、平成27年大法廷判決は、氏名(名前)の変更を強制されない自由の実質的な意味や現実に社会の中で存在している利益を検討することなく、単に「具体的な法制度」であることだけをもって権利性を否定しており、極めて不合理である。

8 平成27年大法廷判決による「氏の性質」の意味づけが不合理であること

(1) はじめに

平成27年大法廷判決は、「民法における氏に関する規定を通覧する」などとして、民法790条、同法750条、同法767条、同法771条、749条、同法810条、同法816条1項、同法808条2項等を列挙しつつ、「氏の性質」について、「個人の呼称としての意義」に加えて、「家族の呼称としての意義」があることを前提とした上で、「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といえる。」と判示する。

つまり、平成27年大法廷判決は、「氏の性質」について、「家族の呼称としての意義」と「身分関係の変動に伴って改められること」という性質があることを、本件各規定の合理性を基礎付ける根拠としている。

しかしながら、以下論述するとおり、平成27年大法廷判決による「氏の性質」は、いずれもその意味づけが不合理である。

(2) 「家族の呼称としての意義」を過大評価していること

ア はじめに

平成27年大法廷判決の上記判示は、「氏の性質」について、「家族の呼称としての意義」を過大に評価し過ぎている点で、極めて不合理である。

この点、令和3年大法廷決定の宮崎・宇賀反対意見は、以下の複数の理由を述べて、「平成27年大法廷判決が夫婦同氏制に合理性があるとして挙げている『氏は、家族の呼称としての意義がある』という説明に氏名に関する人格権を否定する合理的な根拠があるとは考えにくい。」と結論づけている。

宮崎・宇賀反対意見に説得力があることから、その内容を紹介しながら、原告らの説明に代える。

イ 宮崎・宇賀反対意見 1(5)イについて（憲法上の根拠を有しないこと）

まず、宮崎・宇賀反対意見（1(5)イ）は、「憲法上の根拠を有するものではない」ことを理由として述べる。

具体的には、「夫婦同氏制が合理性を有する理由として平成27年大法廷判決が挙げる、氏が家族の呼称としての意義を有することが、公共の福祉の観点からこの制約の合理性を基礎付けることができるかを検討すると、そもそも氏が家族の呼称としての意義を有するとする考え方は、憲法上の根拠を有するものではない。（振り返ると、我が国でもかつては夫婦別氏制であった時代があったが、その制度が、明治31年施行の旧民法によるいわゆる『家』制度の採用に伴って、夫婦同氏制に改められ、その後『家』制度は現行憲法の制定とともに廃止されたものの、夫婦同氏制は、維持されたという歴史をたどったことは一般的に知られている。旧民法においては、氏は『家』の呼称であり、その結果として夫婦同氏となったのであるが、『家』制度を前提としない現行憲法の制定過程において夫婦同氏制の憲法適合性について十分な議論がなされたことはうかがわれない。）」と判示する。

かかる同反対意見に鑑みると、「家族の呼称としての意義」については、憲法上の根拠を有しているわけではない以上、憲法上の権利の有無やそれに対する制約の内容等を検討するにあたって、「家族の呼称としての意義」を過大に評価すべきではないということである。

加えて、宮崎・宇賀反対意見の「振り返ると」以降に記載された内容は、要するに、「氏は、家族の呼称としての意義がある」という説明を許してしまう本件各規定は、旧民法の「家」制度にルーツを持つ夫婦同氏制度であったにもかかわらず、「家」制度を否定した現行憲法の制定過程で議論もされず、合憲性が問われないうまま維持されてしまったという問題があるということである。なお、かかる夫婦同氏制度の制定経緯は、訴状第3（11頁～14頁）等で論じてい

るとおりである。この指摘は重要であり、「氏の性質」として、「家族の呼称としての意義」を強調させてしまう本件各規定は、新憲法の制定過程を通じて、その正統性を付与されていなかったということであり、その意義を考慮する際に過大に評価すべき事情となるはずではなかったという意味である。

ウ 宮崎・宇賀反対意見 1(5)ウについて（家族の規格が恣意的であること）

また、同反対意見（1(5)ウ）には、「家族という概念は、憲法でも民法でも定義されておらず、その外延は明確ではない。社会通念上は、その概念は多義的である。戸籍法は、夫婦及び父母の氏を称する未婚子を単位として戸籍を編成しているが、その単位のみが家族として社会的に認知されているわけではなく、社会通念上は、婚姻後においても、自分の両親、祖父母や兄弟姉妹を含み得る概念として自然に用いられているといえよう。そして、今日においてもなお、氏が家系という意味での『家』の呼称として用いられる場合すらある。また、夫婦とその未婚子から成る世帯は、ますます減少しており、世帯の実態は多様化している。そのような中であって、夫婦とその未婚子から成る世帯のみを家族と捉え、そのことをもって、氏はかかる家族の呼称としての呼称としての意義があることが、氏名に関する人格権を否定する合理的根拠になるとは考え難い。」と判示する。かかる判示は、平成27年大法廷判決が、法的な輪郭が曖昧な「家族」という概念について、特定の「家族」の規格を恣意的に前提とした上で、「家族の呼称としての意義」を検討したことを批判している。

以上のとおり、「氏の家族の呼称としての意義」は、憲法上の根拠を有していない等の問題があることから、本件各規定の合憲性を判断する上で、「氏の呼称としての意義」は、その意義を考慮する際には、過大に評価されるべきではない。

エ 宮崎・宇賀反対意見 1(5)エについて（子の氏が異なる状況を否定していない

こと)

宮崎・宇賀反対意見(1(5)エ)は、「憲法24条1項は婚姻の自由だけでなく、その反面において離婚の自由、再婚の自由も保障する趣旨の規定であると解され、民法も、本人の合意による離婚や再婚を制限する規定を何ら設けていない。そして、民法が定める家族制度においては、法律婚をしている父母の嫡出子の氏は父母の氏とするというルールが設けられている一方で、子を持つ両親が離婚し、さらにそれぞれが別の相手と再婚し、それを繰り返すことは何ら制限されておらず、その結果として子自身の意思によることなく、親の離婚、再婚により、実の両親と、さらには同居の家族とみられる者とも、子の氏が異なる状況に置かれることが民法の制度上も当然想定され、容認されている。このことは、民法が、子の氏とその両親の氏は同じでなければならないことを常に要求しているわけではないことを示している。この点を勘案すると、子の氏とその両親の氏が同じである家族というのは、民法制度上、多様な形態をとることが容認されている様々な家族の在り方の一つのプロトタイプ（法的強制力のないモデル）にすぎないと考えられる。」と判示しており、「氏の家族としての呼称」の意義は、あくまで家族の在り方のプロトタイプ（法的強制力のないモデル）ではあっても、そのほかの家族の在り方を否定するものではないことを強調している。むしろ、子の氏等が異なる家族の在り方を否定すれば、それ自体平等原則（憲法14条、憲法24条2項）に違反することになる。

オ 小括

以上のとおり、平成27年大法廷判決が理由づけとして重視する「氏の性質」の「家族としての呼称の意義」は、その意味内容自体が、少なくとも合理的な根拠に基づく内容とは言い難く、その意味を過大評価して考慮すべきではない。

(3) 「身分関係の変動に伴って改められる」という性質を過大評価していること

ア 平成27年大法廷判決は、上記の列挙した民法の規定を通覧した結果、「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」という「氏の性質」を強調する。

しかしながら、民法は、以下のとおり、氏が身分関係の変動に伴わない場合の法制度についても、並列して規定している。具体的には、民法は、離婚後であっても婚氏を続称すること（民法767条2項）、養子縁組の離縁後も縁組時の氏を称し続けること（民法816条2項）などを定めている。つまり、民法は、身分関係の変動があっても、氏が変わらない場合を想定している。

よって、平成27年大法廷判決が「氏の性質」として「身分関係の変動に伴って改められる」という性質を過度に強調していることは、説得力に欠けると言わざるを得ない。

イ この点について、平成27年大法廷判決の木内意見も、「身分関係の変動に伴って氏が変わるという原則が、民法上、一貫しているかといえば、そうではない。離婚の際の氏の続称（婚氏続称）は昭和51年改正、養子離縁の際の氏の続称は昭和62年改正により設けられたものであるが、離婚・離縁という身分関係の変動があっても、その選択により、従来の氏を引き続き使用することが認められている。この改正に当たっては、各個人の社会的活動が活発となってくると婚姻前の氏により社会生活における自己の同一性を保持してきた者にとって大きな不利益を被るという夫婦同氏制度の問題を背景とすることは意識されており、それには当面手をつけなくても、婚姻生活の間に形成された社会的な認識を離婚によって失うことの不利益を救済するという趣旨であった。」と判示しており、そもそも現行民法の法制度自体が、アイデンティティ（自己の同一性）を保護するための例外規定を内包する制度設計がされていることを指摘している。

また、木内意見は、「身分関係の変動に伴って氏が変わるという原則は、それ

自体が不合理とはいえないが、この原則は憲法が定めるものではなく、それを婚姻の場合についても維持すること自体が無前提に守られるべき利益とはいえない。」と判示しており、「身分関係の変動に伴って氏が変わる」という「氏の性質」を考慮するとしても、その意味を過大評価すべきではないことに釘を刺している。木内意見は、「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。」ことを強調しているところ、「身分関係の変動に伴って氏が変わる原則」の合理性を検討する上でも、平成27年大法廷判決が「身分関係の変動に伴って氏が変わるという原則」を貫いて例外を許さないことの合理性を問題にしている。

ウ 以上のとおり、平成27年大法廷判決が「氏の性質」として「身分関係の変更を伴って改められる」という性質を過度に強調している点は、極めて不合理であり、説得力に欠くと言わざるを得ない。

原告らは、夫婦同氏制度の例外として、双方当事者が婚姻前の氏を維持したまま婚姻することを選択する余地が全くないことが不合理であると主張しているところ、現行民法制度の体系からしても、例外を認めることなく、夫婦同氏だけに固執することは極めて不合理である。

(4) 小括

以上のとおり、平成27年大法廷判決は、「氏の性質」として、「家族の呼称としての意義」と「身分関係の変動に伴って改められること」という性質があることを、本件各規定の合理性を基礎付ける根拠としているが、いずれもその意味は、本件各規定の合理性を基礎付ける根拠として、極めて説得力の乏しい事情と言わざるを得ない。

他方で、上記第2の1記載のとおり、「氏名」(名前)には憲法13条が定める「個人として尊重される」ことと直結する意義がある。かかる「氏名」(名前)の意義と比較して、なんら憲法に根拠がない「家族としての呼称の意義」や「身

分関係の変動に伴って改められること」という「氏の性質」を過大評価すべきではないことは明らかである。

したがって、氏名（名前）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かどうかを判断する上で、平成27年大法廷判決が定めた「氏の性質」の意味づけを過大に評価すべきではない。

9 「氏名」(名前) から「氏」を切り離すことが不合理であること

- (1) 平成27年大法廷判決は、「氏に、名とは切り離された存在として社会の構成要素である家族の呼称としての意義があることからすれば、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」と判示して、「氏」を「氏名」(名前) から切り離した上で、「以上のような現行の法制度の下における氏の性質等に鑑みると、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。」と判示しており、「氏名」(名前) から「氏」を切り離した上で、「氏名」の性質よりも「氏」の性質を優先した上で結論を導いている。

しかしながら、「氏名」(名前) から「氏」を安易に切り離すことが不合理であることは、上記第2の1(3)オに記載のとおりである。

- (2) 氏名(名前) は、「個人として尊重される」ことの基礎にあるものであり、人格の象徴として識別される機能を有しており、そのため、アイデンティティそのものであるという性質を有している。また、その性質ゆえに、時間の経過とともに、その意義が深まっていくことになる。これらの氏名(名前) の意義に鑑みると、氏名(名前) は、個人の自己の人生を築いていくうえで基本的重要性を持つ「人格の象徴」である。したがって、氏名(名前) から氏だけを切り離すことは、氏名(名前) の上記意義を矮小化するものである。

本来、氏は、その全体を形成する氏名(名前) の部分にすぎない。その全体

である氏名（名前）自体が、その本来の意味（識別機能やアイデンティティ）を有するはずである。他方で、部分にすぎない氏だけの性質は、本来の性質と比較すると、あくまで付随的な性質である。なお、平成27年大法廷判決がその根拠とする「氏の性質」の内容自体が、そもそも過大評価すべき内容ではないことは、上記8で詳述したとおりである。

平成27年大法廷判決は、氏を氏名（名前）から安易に切り離すことで、氏の性質を考慮する際には過大に評価しつつ、他方で、氏名（名前）の性質や意義を考慮する際には過小に評価している。かかる手法は、氏名（名前）の本来の意味と氏の付随的意味の関係を考慮しておらず、極めて恣意的であると言わざるを得ない。恣意的な考慮手法は、その結果、「氏名」（名前）の中の「氏」の性質を過剰に評価しすぎる結論を招くことになっている。

- (3) よって、平成27年大法廷判決は、氏と氏名を切り離すことで、氏名（名前）の変更を強制されることの不利益の本来の意味を矮小化しており、極めて不合理である。

10 平成27年大法廷判決が前提とする婚姻の規格が恣意的であること

- (1) 平成27年大法廷判決は、『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」とする理由として、「氏に、名とは切り離された存在として社会の構成要素である家族の呼称としての意義があることからすれば、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といえる。」と判示する。かかる判示は、「氏」が親子や婚姻が想定する一定の身分関係に影響される性質を有しており、その法的性質まで含めて、婚姻や家族として規格化されていることを前提としている。
- (2) しかしながら、平成27年大法廷判決の多数意見の上記判示部分は、前提とする家族の規格の在り方が極めて恣意的かつ不合理である。

ア まず、平成27年大法廷判決の多数意見が想定する身分関係の規格がいかなる内容であるのかを検討する。平成27年大法廷判決の多数意見が想定する身分関係の規格の内容は、多数意見の中で具体的に判示されているわけではないことから、寺田補足意見を参照するしかない。

寺田補足意見は、「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。」、「複雑さを避け、規格化するという要請の中で仕組みを構築しようとする場合に、法律上の効果となる柱を想定し、これとの整合性を追求しつつ他の部分を作り上げていくことに何ら不合理はないことを考慮すると、このように作り上げられている夫婦の氏の仕組みを社会の多数が受け入れるときに、その原則としての位置付けの合理性を疑う余地がそれほどあるとは思えない。」、「このように、法律上の婚姻としての効力の核心部分とすらいえる効果が、まさに社会的広がりを持つものであり、それ故に、法律婚は型にはまったものとならざるを得ないのである。」などと述べている。このことからすると、平成27年大法廷判決も、夫婦の氏を規律した民法750条が法律上の婚姻の核心部分（柱）としてあり、婚姻当事者が、法律上の婚姻を規格として受け入れる以上、婚姻という規格の核心部分（柱）である氏も必然的に受け入れざるを得ないという意味であると思われる。

イ しかしながら、このような身分関係の規格化は極めて不合理である。

令和3年大法廷決定の宮崎・宇賀反対意見が述べるとおり、「そもそも氏が家族の呼称としての意義を有するとする考え方は、憲法上の根拠を有するものではない」。したがって、そもそも家族の呼称としての「氏」制度は、法律上の婚姻制度にとって、憲法が要請する不可欠な制度ではそもそもない。

また、法律上の婚姻制度の核心部分（柱）については、多数意見から明確な基準が見出せないことから、平成27年大法廷判決の寺田補足意見が、その中

で、自ら引用した最高裁平成25（許）第5号同年年12月10日第三小法廷決定・民集67巻9号1847頁の寺田補足意見を参考に検討する。同判決の寺田補足意見は、「現行の民法では、『夫婦』を成り立たせる婚姻は、単なる男女カップルの公認に止まらず、夫婦間に生まれた子をその嫡出子とする仕組みと強く結びついているのであって、その存在を通じて次の世代への承継を予定した家族関係を作ろうとする趣旨を中心に据えた制度であると解される。嫡出子、なかでも嫡出否認を含めた意味での嫡出推定の仕組みこそが婚姻制度を支える柱となっており、婚姻夫婦の関係を基礎とする家族関係の形成・継承に実質的な配慮をしていると考えられる」と述べる。かかる意見に鑑みると、寺田補足意見が想定する婚姻の中核部分（柱）は、夫婦、夫婦間に生まれた嫡出子、及び当該夫婦と当該嫡出子の相互の関係であることまでは伺える。しかしながら、論理に従って見たとしても、氏が異なっても、夫婦と夫婦間に生まれた嫡出子の関係を維持することは可能であり、家族の呼称としての「氏」制度は、婚姻や家族制度の中核部分とまでは言い難い。実際に、家族の呼称としての「氏」制度がない国は数多く存在するし、いわゆる事実婚の家族等の多様な家族も存在する。

ウ 以上のとおり、平成27年大法廷判決の多数意見の上記判示部分は、前提とする家族の規格の在り方が極めて恣意的かつ不合理である。

この点、山羽祥貴教授は、平成27年大法廷判決の評釈において、平成27年大法廷判決の多数意見と寺田逸郎の家族の規格化が引き起こす本質的な問題を以下のとおりに論じている。

「家族が『社会の自然かつ基礎的な集団単位』であるという表象は、たとえそれを理念レベルでは、法廷意見を含めた特定の立場からの独断として批判できるとしても、そうした表象が現実社会において妥当している限り、その社会で規格とされた家族制度を『窮屈に受け止める』個人等の結合を排除し、劣位におく(subordinate)。」、「そこで行われる規格＝規範からの排除は、婚姻に

よる法的効果を受けられないということだけでなく、婚姻家族以外の個人的結合が社会関係において被る不利益というかたちで現れる。」（甲A284・1483頁）

山羽祥貴教授が論じるとおり、平成27年大法廷判決の多数意見や寺田逸郎が強調する家族の規格化は、規格外の家族の在り方に対して、「排除」や「劣位」化するという機能を有している。平成27年大法廷判決は、かかる規格＝規範から必然的に生じる機能に無自覚にすぎる点でも、判例変更されるべきである。

11 平成27年大法廷判決が本件二者択一構造を考慮していないこと

平成27年大法廷判決は、本件各規定の制約態様について、「本件で問題となっているのは、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って夫婦の一方が氏を改めるという場面であって、自らの意思に関わりなく氏を改めることが強制されるというものではない。」と判示する。

しかしながら、平成27年大法廷判決の上記判示は、その内容自体が誤っているだけでなく、近時の判例の傾向にも沿っておらず、改められなければならない。

すなわち、平成27年大法廷判決は、本件二者択一構造の深刻な問題を全く考慮していない。繰り返しになるが、夫婦同氏制度の下では、婚姻前の氏名の維持を希望するものに対しても、婚姻するためには、氏名に関する人格的利益の喪失を受け入れるという（本人の希望に反する）意思決定をしなければならないとしている点で、婚姻のために指名に関する人格的利益の喪失を受け入れるか、婚姻前の氏を維持するために婚姻を諦めるかの二者択一を迫っている（本件二者択一構造）。そのことは、婚姻することと、婚姻前の氏を維持することという、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・利益の二者択一を迫ることになる。平成27年大法廷判決の上記判示は、かかる深刻な問題や夫婦となろうとする者の自律的な意思決定が損なわれていることを

考慮していない点で、その内容自体が誤っている。

本件のような二者択一構造の判断枠組みが確立しつつあることは、近時の判例（令和3年大法廷決定の宮崎・宇賀反対意見、性別取扱い変更にかかる生殖腺除去要件違憲大法廷決定など）の傾向である。現時点では、平成27年大法廷判決の上記判示は、本件二者択一構造を考慮していない点で、近年の判例の傾向に沿っていないと言わざるを得ない。

したがって、平成27年大法廷判決は、本件二者択一構造を踏まえて、判例変更されるべきである。

12 まとめ（下級審の裁判官が主体的に判断すべきであること）

中野次雄編『判例とその読み方 [三訂版]』（甲A290）は、以下のように指摘する。「判例とその読み方 [三訂版]」（中野次雄編）（甲A290）によると、「下級審の裁判官として、自分の抱えている問題について判例がある場合、それが右にいう強い判例、とりわけ『確立した判例』があればそれに従って裁判すべきことになるし、それがまた裁判実務の通常のあり方である。しかし、時としてはその判例の維持される蓋然性がそれほど高くなく、しかも最高裁判所としてそれとは違う判断をすることが相当だと思われる場合もないわけではない。そのようないわば例外的な場合には、下級審の裁判官として従来の判例と反する判断をあえてすることは許されるし、むしろそれが望ましい態度だともいえるであろう。なぜなら、説得力のある理由づけをもってした下級審の裁判が最高裁判所の判例変更を促すというのはいりうることであり、それはまた最高裁判所の有権的判断つまり判例のよりよき発展に資することになるからである。」（26頁）

平成27年大法廷判決は、その理由づけの説得力も極めて乏しく、一方で多数の説得的な少数意見がある、いわゆる「弱い判例」である。

したがって、下級審の裁判官としては、判例のよりよき発展のために、平成

27年大法院判決の判例と異なる判断をすることが相当である。

なお、中野次雄編『判例とその読み方 [三訂版]』（甲A290）では、「下級審の裁判官は、単に判例に外部から拘束されるという受け身の存在に止まるものではなく、判例の判断を進んで自己の判断とするものであり、時としては判例と反する判断をすることによってこれを動かしていくこともあるきわめて主体的な存在なのである。」（27頁）との記載がある。

裁判所には、本件について、「単に判例に外部から拘束されるという受け身の存在にとどまる」ことなく、「主体的」に判断していただきたい。

以上