

令和 6 年（行ウ）第 3 号 地位確認等請求事件

原告 佐藤 万奈 外 1 名

被告 国

第 1 1 準備書面
(憲法 1 4 条 1 項違反について)

2 0 2 5 (令和 7) 年 9 月 1 0 日

札幌地方裁判所民事第 5 部 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 1 4 条 1 項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	平成 27 年大法廷判決は、憲法 14 条 1 項が実質的平等を保障する趣旨を 含むと理解していること	3
第 2	平成 27 年大法廷判決が前提としていたことの誤り	5
第 3	家制度の下で形成された女性差別的な意識や慣習が現在も続いていること	6
第 4	本件各規定が家制度の下で形成された女性差別的な意識や慣習を固定ない し助長していること	11
第 5	本件各規定には合理性がなく憲法 14 条 1 項に違反すること	18

第 1 平成 27 年大法院判決は、憲法 14 条 1 項が実質的平等を保障する趣旨を含むと理解していること

1 憲法 14 条 1 項は、国に対して差別に対する積極的な取組みを要請する趣旨を含むものとして設けられたことは、同条の制定経緯からも明らかである（原告ら第 4 準備書面第 2 の 1 参照）。そして、平成 27 年大法院判決も、憲法 14 条 1 項が単に形式的な機会の平等だけを審査するものではなく、実質的な観点からも審査することを前提としている。

すなわち、平成 27 年大法院判決は、本件各規定について、「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ている」とした上で、「我が国において、夫婦となろうとする者の間の個々の協議の結果として夫の氏を選択する夫婦が圧倒的多数を占めることが認められるとしても、それが、本件規定の在り方自体から生じた結果であるということとはできない。」として、本件各規定が憲法 14 条 1 に違反するものではないと判断した。

このように、本件各規定が性別に対して中立的な規定をしているから憲法 14 条 1 項に違反しないと単に述べるのではなく、「本件規定の在り方自体から生じた結果」かどうかについて言及をしていることからすると、平成 27 年大法院判決は、夫の氏を選択する夫婦が圧倒的多数を占める現状が、①夫婦となろうとする者の間の個々の協議の結果とは言えないような場合や、②本件各規定の在り方（夫婦同氏の例外を認めないこと）が、夫の氏を選択する夫婦が圧倒的多数を占めている状況に何らかの寄与している場合には、憲法 14 条 1 項違反の問題が生じるという理解を前提としている。この点について、平成 27 年大法院判決の調査官解説も、上記の平成 27 年大法院判決の判示について、「間接差別や差別的効果の法理の観点をおいた上で、夫の

氏を選択する夫婦が圧倒的多数を占めている結果の原因を検討し、平等について単なる文言上の当てはめにとどまらない検討をしたものと思われる。」と指摘する（甲A15・746頁）。また、浅野博宣教授も、かかる平成27年大法廷判決の判示を踏まえて、「憲法14条の保障を形式的平等に限定したようにも読めるが『文言上』の差別的取扱いだけでなく『本件規定の在り方自体から生じた結果』については14条の問題に含める趣旨のようである。」（甲A182・82頁）と指摘する。

- 2 また、平成27年大法廷判決が、これに続いて、「もっとも、氏の実選択に関し、これまでは夫の氏を選択する夫婦が圧倒的多数を占めている状況にあることに鑑みると、この現状が、夫婦となろうとする者双方の真に自由な選択の結果によるものかについて留意が求められるところであり、仮に、社会に存する差別的な意識や慣習による影響があるのであれば、その影響を排除して夫婦間に実質的な平等が保たれるように図ることは、憲法14条1項の趣旨に沿うものであるといえる。」とした点も、「社会に存する差別的な意識や慣習による影響」によって、夫婦となろうとする者双方の「真に自由な選択」や「夫婦間の実質的な（機会の）平等」が阻害されて、夫の氏を選択する夫婦が圧倒的多数を占めているという結果に繋がっている場合には、憲法14条1項違反の問題が生じるということを述べたものである（原告ら第4準備書面第2の2(2)も参照。浅野博宣教授も上記の判示を踏まえて、「実質的な平等を14条とは全く無関係であると解しているのではないようである」（甲A182・82頁）と指摘する。）。)

- 3 なお、憲法14条1項は、その制定経緯に照らしても、実質的な機会の平等も保障しており、夫婦の氏の実選択に関する実質的な機会の平等として、差別的な意識や慣習による影響の排除を要請していること、

及び、このような理解が憲法の体系的な理解や、平成２７年大法廷判決の内容とも整合すること（原告ら第４準備書面第２参照）については、被告も争っていない。

第２ 平成２７年大法廷判決が前提としていたことの誤り

- 1 平成２７年大法廷判決が、実質的な機会の平等の観点も取り入れたものの、結論において、夫の氏を選択する夫婦が圧倒的多数を占めることが「本件規定の在り方自体から生じた結果」ではないと考えたのは、それが「夫婦となろうとする者の間の個々の協議の結果」であると想定していたからである。

この点について、被告も「夫婦の氏を選択は、夫婦となろうとする者の間の協議に委ねられている以上、総体として夫の氏を選択する夫婦が圧倒的多数を占めることが認められたとしても、それは、個々の協議の結果といわざるを得ず、本件各規定の在り方自体から生じた結果であるということは困難」であるとして、本件各規定それ自体に、女性差別的な意識や慣習を固定・助長させる機能があるということとはできないと主張している（被告準備書面(1)第２の２・８頁）。

したがって、平成２７年大法廷判決や被告の主張に照らしても、夫の氏を選択する夫婦が圧倒的多数を占めているという現状が、必ずしも夫婦となろうとする者の間の個々の協議の結果であるとは言えないという場合には、本件各規定が夫婦の氏を選択に関する女性差別的な意識や慣習を固定・助長させる機能を持っていないかを改めて慎重に検討すべきということになる。

- 2 そして、原告らがこれまで繰り返し主張してきたとおり、夫婦となろうとする者は、「妻は夫の氏を名乗るものである」という社会的圧力にさらされており、夫婦の氏を選択について自由かつ対等な協議がで

きていない（訴状第4の4(2)及び(3)も参照）。加えて、実際に、夫婦の氏の選択について、そもそも夫婦間での協議が行われていないという実態も明らかになった（甲159・原告第4準備書面第3の1(3)参照）。このように、夫婦同氏の例外を認めない本件各規定の在り方自体が差別的効果を生じさせているわけではないという平成27年大法廷判決の判断や被告の主張の前提にある想定が誤りであることが明らかになった以上、もはや「女性差別的な意識や慣習」が夫婦の氏の選択に影響を与えていないとか、そのような女性差別的な意識や慣習による影響を本件各規定が固定ないし助長させていないと安易に認定できるものではない。

よって、夫の氏を選択する夫婦が圧倒的多数を占めていることの背景として、女性差別的な意識や慣習が影響していないか、そのような女性差別的な意識や慣習による影響を本件各規定が固定ないし助長させていないかを具体的に検討する必要がある。

第3 家制度の下で形成された女性差別的な意識や慣習が現在も続いていること

- 1 国民の意識や慣習は必ずしも法から独立したものではない。そのため、氏に関する法制度の在り方の変遷を踏まえて、かかる法制度が国民の意識や慣習に及ぼした影響を検討する必要がある。
- 2 明治民法では、家族関係を規律するものとして、女性の従属を基礎とする封建的・家父長的制度である家制度が採用された。この家制度の下では、氏はあくまで「家」の呼称であった。そして、明治民法は「戸主及び家族ハ其家ノ氏ヲ称スル」（明治民法746条）、「妻ハ婚姻ニ因リテ夫ノ家ニ入ル」（明治民法788条）と定め、妻が婚姻して夫の「家」に入ることによって、夫の「家」の氏を称することとした。こ

のように、明治民法は、夫の「家」に属するが故の、夫の「家」の氏による夫婦同氏を採用するものであった（訴状第3も参照）。

したがって、こうした明治民法の家制度の下で、「妻は夫の（家の）氏を名乗るものである」という女性差別的な意識や慣習が形成されたといえる（原告ら第4準備書面第3の1も参照。被告も、明治民法の家制度の下で女性差別的な意識や慣習が形成されたことについては争っていない。）。

- 3 その後、昭和22年法律第222号による民法改正（以下「**昭和22年民法改正**」という。）の過程では、1946（昭和21）年の「民法改正要綱」（司法法制審議会第3回総会決議）が「第一 民法の戸主及び家族に関する規定を削除し親族共同生活を現実に即して規律すること」としていた（訴状第3の3、甲A4・7～9頁も参照。）。

そして、家制度の廃止に伴い、「家」の呼称としての氏という概念が存在する余地がなくなったことから、家制度の下で形成されていた現実に即して規律するにあたって、「家」の呼称を通じて実現されていた「夫婦が同じ氏であること」を維持するために固有の規定を設ける必要が生じたために民法750条が定められたということにすぎない（甲A24・9頁も参照）。そのため、昭和22年民法改正は、少なくとも夫婦の氏の選択に関する、家制度の下で形成された女性差別的な意識や慣習の解消まで行き届いたものではなかった。民法750条の立法者間ですら「当事者の意思は夫の氏を称するのが通常」（甲A5・131頁）と考えるにとどまり、夫婦の氏に関する女性差別的な意識や慣習について無自覚であった。

その結果、民法750条ができた後も、夫婦の約99%が夫の氏を選択する（女性が氏を変える）という現実を生み出した（甲A11参照）。このような不均衡は、家制度の下で形成された女性差別的な意識

や慣習が、昭和２２年民法改正後も国民の間に根強く存在していたことを端的に表している。

この点、被告も、明治民法における夫中心の態度を根本的に改めるために民法改正が行われたとは主張するが（被告準備書面(1)第２の２(2)）、明治民法の家制度の下で形成された女性差別的な意識や慣習が、昭和２２年民法改正後もなお国民の間で残存していたことについては争っていない。

- ４ また、そのような女性差別的な意識や慣習に加えて、夫婦の約９９％が夫の氏を選択していたという状況が、次世代にも「妻は夫の氏を名乗るものである」という意識や慣習を再生産させ、婚姻の際に妻が氏を変えるべきという社会的圧力、あるいは夫が妻の氏に変更することへの心理的な抵抗感を強固にしてきた。現在でも夫婦の約９４．５％は夫の氏を選択しており（２０２３（令和５）年厚生労働省人口動態統計参照）、夫婦の約４分の３はそもそも夫婦間での協議なしに氏を決めているという状況にあり（甲Ａ１５９）、このような女性差別的な意識や慣習の再生産は非常に強固なものである。

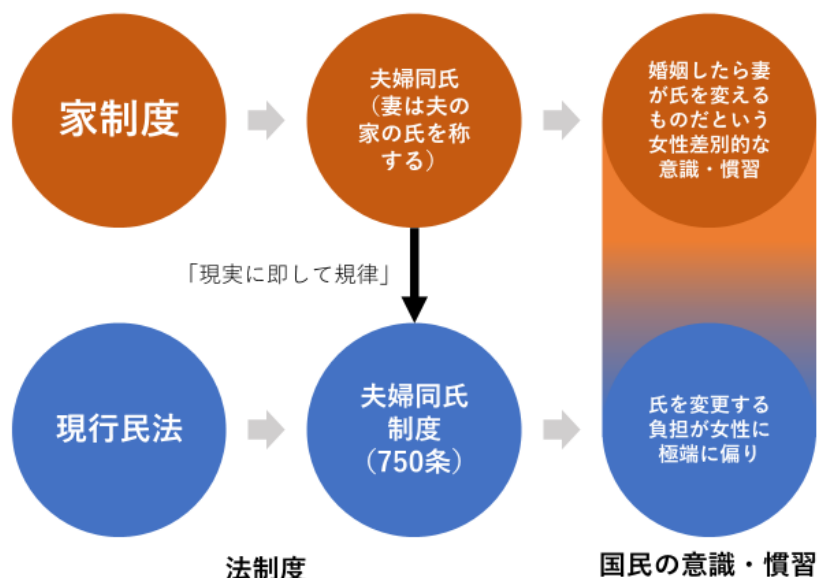
その結果、２０１８（平成３０）年に実施されたアンケート調査によれば、婚姻の際に夫が氏を変えるいわゆる「妻氏婚」をした女性が強い罪悪感を抱いてしまうこと（甲Ａ２９６・２０頁）、妻氏婚や事実婚を選択した場合に親族から圧力や説得を受けること（甲Ａ２９６・２０頁）、嫁に「入った」つもりはないのに、夫や夫の親族から「〇〇家に入ったのだから妻は夫に尽くせ」と支配的な扱いを受けること（甲Ａ２９６・２０頁）等が現在でも多く存在している。

また、２０２５（令和７）年５月のアンケート調査でも、女性から「若干（話し合いを）持ちかけたものの、夫の苗字になる路線が当たり前だろう、という感じでほぼ決め打ちだった」「そんな話し合いはし

てない。私は姓が変わることに戸惑いを感じたが、そんなことを言ったら、夫からうれしくないの？と言われそうではなかった」「夫の姓になることが当然だった。一度だけ入籍前に私自身の姓にするか聞いたら、どうして？と一蹴された」といった回答があり、「話し合わなかった」「暗黙の了解で女性側が改姓した」「夫の姓になることが当たり前の時代だった」との回答が多数を占める結果となった(甲A297)。

5 以上のとおり、夫婦の氏を選択について、「妻は夫の氏を名乗るものである」という家制度の下で形成された女性差別的な意識や慣習が影響しており、それが現在まで続く、夫の氏を選択する夫婦が圧倒的多数を占める状況の原因となっていることは明らかである。

よって、夫の氏を選択する夫婦が圧倒的多数を占めている状況が「夫婦となろうとする者双方の真に自由な選択の結果」とは到底いえない(家制度における夫婦同氏の在り方を現実に即して規律するものとしてできたのが現在の夫婦同氏制度であること、そのため家制度において培われた「妻は夫の氏を名乗るものである」という国民の意識・慣習はなお残存しており、圧倒的多数の夫婦が夫の氏を選択している状況に結びついていることを表したものとして、下記図も参照)。



6 この点、平成27年大法院判決の岡部意見（櫻井裁判官、鬼丸裁判官が同調）も、大多数の女性が氏の変更を行っている背景には「意思決定の過程に現実の不平等と力関係が作用している。」と指摘する。

また、令和3年大法院決定の三浦意見も以下のように指摘する。

「平成27年大法院判決は、旧民法（昭和22年法律第222号による改正前の明治31年法律第9号をいう。）施行以来、夫婦同氏制が我が国社会に定着してきたと評価している。しかし、昭和22年の上記改正までは、氏は家の呼称とされ、妻は婚姻により夫の家に入ることを原則とする家制度が定められていたものであり、それは、法律上妻の行為能力を著しく制限するなど、両性の本質的平等とはおよそ相容れないものであった。また、上記改正により、家制度は廃止されたものの、夫婦及び子が同一の氏を称する原則が定められたことから、氏は、一定の親族関係を示す呼称として、男系の氏の維持、継続という意識を払拭するには至らなかったとの指摘には理由がある。さらに、高度経済成長期を通じて、夫は外で働き妻は家庭を守るという、性別による固定的な役割分担（男女共同参画社会基本法4条参照）と、これを是とする意識が広まったが、そのような意識は、近年改善傾向にあるものの、男性の氏の維持に関する根強い意識等とあいまって、夫婦の氏の選択に関する上記傾向を支える要因となっていると考えられる。この問題に関する立法のプロセスについても、これらの事情に伴う影響を否定し難いところであろう。夫婦同氏制の「定着」は、こうして、それぞれの時代に、少くない個人の痛みの上に成り立ってきたということもできる。」

加えて、高橋和之教授も、夫婦の圧倒的多数が夫の氏を選択している状況について、「それが戦前の家制度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。」と指摘する（甲 A 1 7・4 頁）。

原告らの主張は、こうした平成 2 7 年大法廷判決の岡部意見、令和 3 年大法廷決定の三浦意見及び高橋和之教授の指摘が正しいことを、証拠に基づいて明らかにしたものである。

- 7 なお、被告は、夫婦の氏の選択は、個々の協議の結果といわざるを得ないと主張するのみで（被告準備書面(1)第 2 の 2 (2)ア）、原告ら第 4 準備書面で詳述した、①昭和 2 2 年民法改正後も、氏の選択に関する女性差別的な意識や慣習が残っていたこと（第 3 の 1 (1)）、②その後も、日本における社会内の男女間格差・性差別は根強く継続しており、近代的家族生活を標準とするような固定的な性別役割分担意識がなお根強く存在していたこと（同(2)）、③そのような状況下で圧倒的多数が夫の氏を選択し続けており、多くの夫婦において協議なく夫の氏が選択されていること（同(3)）について争っていない。

よって、被告の主張に照らしても、夫婦の氏の選択に関する女性差別的な意識や慣習がなおも残存していると言わざるを得ない。

第 4 本件各規定が家制度の下で形成された女性差別的な意識や慣習を固定ないし助長していること

1 原告らの主張

- (1) 以上のとおり、夫婦同氏制度は、妻が夫の氏を名乗ることが当然とされている社会の中では、夫婦となろうとする者に対して、婚姻の際に夫の氏を選択することへの強い誘因を生じさせる。その結果、多く

の夫婦が（協議することなく）夫の氏を選択することになり、「妻は夫の氏を名乗るものである」という意識や慣習が改められないまま再生産され、現在へと続いている（甲A159）。

かかる状況に対して、婚姻前の氏を維持したまま婚姻できるようになった場合、いずれかの氏に統一するのではない、中立的な選択肢が生まれる。そのため、夫婦の氏を選択について協議する機会が生まれるし、婚姻の際に受ける、「妻は夫の氏を名乗るものである」という夫婦の氏を選択に関する女性差別的な意識や慣習による影響を一定程度緩和することも可能になる。同氏を称する選択をする夫婦としても、別氏にするという選択肢もある中で、夫婦双方の意思によって同氏を選択することが可能になる。このような結果、「妻は夫の氏を名乗るものである」という夫婦の氏を選択に関する女性差別的な意識や慣習の再生産を緩和することができる。

このように夫婦の氏を選択に関する女性差別的な意識や慣習を緩和するような立法措置が可能であることから翻ってみると、本件各規定は、家制度の下で形成された夫婦の氏を選択に関する女性差別的な意識や慣習を温存するものとして機能していることが分かる。その他、日本において、なおも固定的性別役割分担意識が解消されていないこと、第3次男女共同参画基本計画がライフスタイルの選択に対して中立的に働くように社会制度・慣行を見直すための取組みとして選択的夫婦別氏制度の必要性を指摘したこと、女性差別撤廃委員会や自由権規約委員会の日本に対する勧告等の中で、本件各規定が氏を選択について差別的なものであることが繰り返し指摘されており、本件各規定が夫婦の氏を選択に関する女性差別的な意識や慣習の影響を固定・助長させていることが明らかになったことについて、原告ら第4準備書面第3の2(2)を参照されたい。

このような本件各規定がもたらしている現実の機能が明らかになっているにもかかわらず、本件各規定を改正して夫婦同氏の例外を設ける措置をとらないでいることは、もはや国が女性差別的な意識や慣習が継続することを容認しているとも評価できるものであり、差別に対する積極的な取組みを国に対して要請する憲法 14 条 1 項の趣旨に反するものである。

- (2) この点について、例えば泉徳治元最高裁判事は「96%以上の夫婦において夫の氏を選択するという結果になっていることは、戦前の家制度の意識が根強く残っていることの現れであろう。……民法 750 条は、実質的に妻に改姓を促し、前記の結果をもたらして、家制度の一部を残す働きをしている以上、憲法 14 条 1 項及び 24 条 2 項に違反すると解すべきである。」(甲 A 171・368 頁)と指摘している。

また、浅野博宣教授も、『社会に存する差別的な意識や慣習』も、必ずしも法から独立ではない。とりわけ氏の場合は、旧民法においては『家』の呼称であり、『家』制度が女性差別を制度化し、婚姻についても『妻ハ婚姻ニ因リテ夫ノ家ニ入ル』(旧民法 788 I)を原則としていたことが、婚姻時に女性が氏を変えるのが大多数であるという現実を生み出した。民法 750 条はそのような法＝現実の上に定められたのであり、それは婚姻において女性が氏を変えるという結果を創始したものではないとしても、温存するものであったといえることができるように思われる」と指摘している(甲 A 179・84 頁)。

2 被告の主張に対する反論

- (1) 被告は、本件各規定それ自体に女性差別的な意識や慣習を固定ないし助長させる機能があるわけではないことの理由として、①夫の氏を選択する夫婦が圧倒的多数を占めるとしてもそれは夫婦となろうとす

る者の間の個々の協議の結果と言わざるを得ないこと（被告準備書面(1)第2の2(2)・8頁）、②本件各規定の目的は「氏による共同生活の実態の表現という習俗の継続や家族の一体感の醸成ないし確保」にあり、女性差別的な意識や慣習を法律によって維持しようとするものではないこと（被告準備書面(1)第2の2(2)・8頁）、の2点を挙げる。

(2) しかし、①の点は、既に繰り返し主張しているとおり、「妻は夫の氏を名乗るものである」という社会的圧力等によって、夫婦の氏の選択について自由かつ対等な協議ができていないことが調査等によっても明らかにされており（甲A159・原告第4準備書面第3の1(3)、上記第3の4・甲A296、甲A297も参照。）、夫婦となろうとする者の間の個々の協議の結果であるという想定を前提とする被告の主張はもはや認められない。

(3) また、②の点は、そもそも被告が主張する目的が、夫婦同氏の例外をおよそ許さないことの合理性を基礎付けるものではない（原告ら第3準備書面第2の1参照）という点は措くとしても、ここでの問題は、本件各規定の目的や制定当時の意図はともかく、本件各規定が、実際に、夫婦の氏の選択に関する女性差別的な意識や慣習を維持する機能を持っているという現実である。

そして、平成27年大法院判決が「仮に、社会に存する差別的な意識や慣習による影響があるのであれば、その影響を排除して夫婦間に実質的な平等が保たれるように図ることは、憲法14条1項の趣旨に沿うものである」と指摘するとおり、上記のような女性差別的な意識や慣習を維持する機能を果たしているという現実が明らかになっている以上、憲法14条1項に基づき女性差別的な意識や慣習を緩和するための積極的な取組みが要請されるのである。

(4)ア なお、被告は、本件各規定の目的が「封建的・家父長的制度の下

で培われた習俗の継続ではない」ことは、「明治民法における夫中心の態度を根本的に改めるために民法750条を含む本件各規定が制定されたという立法経緯に照らしても明らかといえる」(被告準備書面(1)第2の2(2)・9頁)と主張する。

イ しかし、上記第3の3に記載のとおり、家制度を廃止するにあたって、夫婦が同じ氏を称するという家制度の下で培われた現実に即して規律するために現在の夫婦同氏制度ができ、明治民法の家制度の下で形成された夫婦の氏の選択に関する女性差別的な意識や慣習は、民法改正後もなお国民の間で残存していたのであり、本件各規定を制定した当時の意図はともかく、結果的に封建的・家父長的制度の下で培われた「習俗」が維持される形になっていることが問題である(「習俗」の辞書的な意味は、ある時代や社会のならわしや習慣である。「妻は夫の氏を名乗るものである」というならわし・習慣は、家制度の下で培われたものであり、現在においても多くの夫婦において議論されることなく夫の氏が選択されていることからすれば、本件各規定の下で、家制度と同じ「習俗」が維持されてしまっているといえる。)

ウ また、それを措くとしても、昭和22年民法改正作業は、上記第3の3に記載のとおり「現実に即して規律する」ことを目的としており(甲A4・7～9頁)、家制度の下で形成された女性差別的な意識や慣習(夫中心の態度)を解消することまで行き届いたものではない、不徹底なものであった。実際、昭和22年民法改正時には、「本法は可及的速やかに将来において更に改正する必要があることを認める」との付帯決議が付されている(甲A195。国会での議論の状況については、原告ら第7準備書面第2の1も参照。)。この昭和22年民法改正時の家制度廃止の「不徹底」さは、改正当時から多くの学者から批判されており、例えば宮沢俊義は氏が家と同じ作用を果たすことを見

抜き、「家敗れて氏あり」と批判していた（判例タイムズ１巻６＝７号２５頁、甲Ａ４・１０頁も参照。）。

その後、法務大臣は、１９５５（昭和２９）年に法制審議会に対して民法改正の包括的な諮問を行い、これを受けて、法制審議会は、民法部会身分法小委員会を設置した。同委員会は、１９５６（昭和３０）年と１９６０年（昭和３４）年に親族編改正の議論を整理し、「仮決定及び留保事項」（その１）及び（その２）を公表したが、その留保事項の中にも「夫婦異姓を認めるべきか」が掲げられていた（甲Ａ１９６の１・１０頁、甲Ａ１９６の２・６２頁。原告ら第７準備書面第２の２も参照）。

このように見ていくと、確かに昭和２２年民法改正作業は、家制度を廃止するための抜本的なものとして行われたが、この一度の改正によって全ての課題が解消したわけではなく、特に民法７５０条は、家制度による悪影響の排除を徹底するために検討しなければならない課題として明確に認識されていた。

しかし、家制度の時代と同様、氏の変更による負担が女性に極端に偏っているという状況が続いているにもかかわらず、具体的な検討がされないまま放置されてきたのである。

エ したがって、本件各規定が家制度を廃止することを目的とする改正作業の末に設けられたものであるからといって、本件各規定が夫婦の氏の選択に関する女性差別的な意識や慣習を固定ないし助長する機能を持たないということの理由にはならない。

(5) 被告の主張の前提には、全体として、仮に現実に夫婦の氏の選択に関する女性差別的な意識や慣習による影響といった不都合があったとしても、婚姻制度を修正してかかる不都合に対処することは憲法上の要請ではないから、具体的な立法措置をとっていなかったとしても憲

法に違反しないという発想があるように思われる。

しかし、憲法 14 条 1 項の制定経緯に照らすと、同条には差別に対する積極的な取組みを国に対して要請する趣旨を含んでいることは原告ら第 4 準備書面第 1 の 1 で主張したとおりである。また、憲法 24 条に関する憲法制定当時の議論をみても、第 90 回帝国議会において、新憲法草案に関する政府側の答弁を行った金森徳次郎国務大臣（当時）は、以下のとおり、憲法 24 条と具体的な婚姻制度の関係について、「封建制度風の遺物をも綺麗に掃除」して、今を生きる人々が満足するように法律を適宜修正することが必要であると述べていた。

「此の第二十二條（原告ら代理人注：現在の憲法 24 条）は本當に問題を深く掘下げて兩性の本質的平等——現實には色々なものが附加されて考へなければなりませぬ、根本に於て平等であると云ふことを基礎とし、又人間其のものの人格の尊重と云ふことを基にして考へ、故なく存在して居る封建制度風の遺物をも綺麗に掃除して、現代の人々が満足するやうに持つて行かなければならぬ、斯う云ふ風に考へて居ります、唯之を如何に具體化して行くかと云ふことは、是からの問題でありまして、司法大臣が主となられる所の法律制度の調査の上に實現されて行くことと考へて居ります」（甲 A 298・第 90 回帝国議会衆議院帝国憲法改正案委員会第 6 号昭和 21 年 7 月 5 日 79 頁）

したがって、「封建制度風の遺物をも綺麗に掃除」して、今を生きる人々が満足するように婚姻制度を適宜修正することが憲法の要請であり、夫婦の氏を選択に関する女性差別的な意識や慣習が影響していないか、かかる影響に照らして、夫婦同氏の例外を一切認めない本件各規定を維持すべき合理的な理由があるかは不断の検討を要するのである。

第5 本件各規定には合理性がなく憲法14条1項に違反すること

- 1 憲法14条1項も差別に対する積極的な取組みを要請する趣旨を含むものとして設けられたのであり、夫の氏を選択する夫婦が圧倒的多数を占めている状況が、夫婦となろうとする者の個々の協議の結果とはいえないことが明らかになった以上（甲A159）、本件各規定が憲法14条1項に違反するかの判断に当たっては、夫婦の氏を選択に関する女性差別的な意識や慣習が影響していないか、本件各規定の在り方（夫婦同氏の例外を認めないこと）が当該意識や慣習による影響を固定ないし助長させていないかを具体的に検討する必要がある。
- 2 そして、上記のとおり、①夫婦が同氏となることや、婚姻したら妻が氏を変えるという意識や慣習は家制度に由来するものであり、氏を選択に関する女性差別的な意識や慣習が影響を与えていること、②昭和22年民法改正時の制定者等の意図はともかくとして、夫婦同氏制度は、女性差別的な意識や慣習を維持する機能を有しており、結果として家制度の下で培われた習俗を法によって強制する形になっていることが認められる。これに対して、被告は、明治民法における夫中心の態度を根本的に改めるために民法750条を含む本件各規定が制定されたと主張するが、昭和22年民法改正時の家制度の廃止は不徹底であり「夫婦異姓を認めるべきか」も課題として認識されていたし、家制度によって培われた女性差別的な意識や慣習が解消したという事情もない。むしろ、国は夫婦の圧倒的多数が夫の氏を選択しているという著しい不均衡や、夫婦同氏の例外を設けることで夫婦の氏を選択に関する女性差別的な意識や慣習を一定程度緩和できることについて認識していながら、法改正を長年放置し続けているのであり、もはや国が女性差別的な意識や慣習が継続することを容認しているとも評価できるものである。

3 その結果、家制度以来の女性差別的な意識や慣習の影響が、現在においても根強く残存しており、かかる「社会に存する差別的な意識や慣習による影響」によって、夫婦となろうとする者双方の「真に自由な選択」や「夫婦間の実質的な平等」（実質的な機会の平等）が阻害されて、夫婦の約94.5%が夫の氏を選択するという著しい不均衡やそれによるアイデンティティの喪失という氏名に関する人格的利益の侵害、推計58.7万人が婚姻することを諦める（甲A338の1）という婚姻の自由の侵害といった極めて重大な不利益が生じている（その結果として、子どもを持つことへの躊躇も生じさせており、子どもを産み養育するという夫婦の重要な意思決定にも悪影響を及ぼしている。）。

したがって、本件各規定が憲法14条1項に違反するか否かの判断に当たっては、上記の重大な不利益に鑑みても、夫婦同氏の例外を一切認めない本件各規定を維持すべき合理的な理由があるかについて慎重に検討しなければならない。

この点、高橋和之教授も「国家は、妻が氏の変更を『強制』されているという事実を知っている。性差別が生じているという事実を知りながら、形式的平等を強制し続けるのは、やはり差別と見てその合理性の論証を求めるべきではないか。」（甲A181）とする。

また、江藤祥平教授も「女性の社会進出が著しい今日において、氏の変更により被る不利益がアイデンティティの喪失にも連なることは本判決（原告ら代理人注：平成27年大法廷判決）も認めるところである。そして、立法者はこの不利益が専ら女性に偏在していることを認識した上で、それを放置しているのであるから、遅くとも現時点で国会には不作為によって性差別を助長する意図があるとみる余地は十分あるように思われる。立法事実の変化によって民法750条は違憲

になったとする岡部意見の指摘は、この点で全く正しい。」(甲A20)とする。

4 そこで、夫婦同氏の例外を一切認めない本件各規定を維持すべき合理的な理由があるかについて検討する。

(1) 被告は、本件各規定の目的について「夫婦が、生活共同体を形成するものであるから、その統体性を示すために、同一の氏を称するものとする」とや「氏による共同生活の実態の表現という習俗の継続や家族の一体感の醸成ないし確保」と主張する(被告準備書面(1)第2の2(2)・8頁)。

(2) しかし、①夫婦の「統体性」とは何か、なぜ夫婦が統体性を示す必要があるのか、そのためになぜ夫婦が「例外なく」同一の氏を称する必要があるのかについて、被告は具体的な内容を明らかにしていない。

この点、被告は、夫婦同氏は夫婦という生活共同体の共通の呼称である「ファミリーネーム」として国民に深く浸透しているとも主張していたが(被告答弁書36頁)、日本において生活共同体の共通の呼称として氏が広く用いられているのも、単に日本が夫婦同氏制度を採用し、婚姻した夫婦に対して氏を一つに定めることを強制しているからにすぎず(原告ら第3準備書面第2の1(5)ア)、夫婦同氏の例外を一切認めない本件各規定を維持すべき合理的な理由とはならない。

(3) また、②「氏による共同生活の実態の表現という習俗の継続や家族の一体感の醸成ないし確保」という点も、夫婦同氏の例外を一切認めない本件各規定を維持すべき合理的な理由とはならない。

すなわち、本件各規定は、結果的に家制度の下で培われた習俗を継続する機能をもってしまっていることは上記のとおりである。

また、「家族の一体感の醸成ないし確保」のために設けられた本件各規定によりそもそも法律婚を諦める人が約58.7万人も生じている

というのは（甲 A 3 3 8 の 1）、本件各規定によって、その目的とは逆に家族としての法的安定性を損なわせるという結果が生じており、本末転倒である。

そして、被告は、かかる立法目的について「社会全体として夫婦同氏であることを前提とする制度によって達成し得る」と主張していたが（被告答弁書 3 3 頁）、その根拠だけでなく、夫婦の一方が氏を変更するという不利益や、氏を維持するために婚姻を諦めるという不利益を課してまで達成しなければならない合理的な理由もなお明らかにされていない（原告ら第 3 準備書面第 2 の 1 (1) 才参照）

したがって、「氏による共同生活の実態の表現という習俗の継続や家族の一体感の醸成ないし確保」という点も、本件各規定を維持すべき合理的な理由とはならない。

(4) ア なお、被告は、「法律上の効果となる柱」として嫡出制度を想定し、嫡出子が「夫婦それぞれと等しく同じ氏を称する程のつながりを持った存在として嫡出子が意義づけられている」として、夫婦同氏制度にも合理性があるとも主張している（被告答弁書 3 4 ・ 3 5 頁）。

しかし、一部の夫婦像や家族観を「規格化」して、その規格に当てはまらない者には婚姻制度の利用を許さないとすることは、特定の価値観を持つ者だけを優遇し、それ以外の者を劣位に扱うことになるおそれがあることは原告ら第 3 準備書面第 2 の 1 (2) で主張したとおりであり、被告はこの点に対して応答していない（本件各規定による家族の在り方の規格化は、近代的家族生活を標準的な姿としたものであって、個人の尊重といった憲法の根本規範と抵触することについては、原告ら第 1 0 準備書面第 2 の 2 (5) でも詳述したとおりである。）。

また、嫡出子が夫婦それぞれと等しく同じ氏を称することは、夫婦が同じ氏を称することを現在の婚姻制度が強制していることの結果に

すぎず、夫婦の一方が氏を変更するという不利益や、氏を維持するために婚姻を諦めるという不利益を課してまで達成しなければならない合理的な理由は見いだせない（嫡出子と嫡出でない子の区別に関わる法制度も変化していることについて、原告ら第3準備書面第2の1(3)イ参照）。

イ さらに、二当事者間における婚姻の成立と、その後の戸籍の記載等の取扱い（子どもの氏の取扱いを含む。）は区別できるものであり、かかる観点からも、夫婦同氏の例外を認めない合理的な理由は認められない（原告ら第3準備書面第2の1(4)イ参照）。

憲法24条が、第1項で特に婚姻の規定から始められていることは、家族の構成が夫婦関係を基礎とすることを示しており、「夫婦関係を基にして親子関係が築かれるとする点で、親子関係を基軸に家族を構成する旧民法の思想を否定し、家族を対等な人的結びつきによるものである」（甲A13・498頁）。したがって、まずは二当事者間の婚姻の成立が妨げられていないかという観点から検討すべきである。

そして、婚姻成立後の子どもとの関係（つながり）を理由に本件各規定の合理性を基礎付けようとすることは、それによってそもそも法律婚を諦める人が約58.7万人もいて、子どもを持つことも諦める夫婦を生じさせていること（甲A338の1。なお、選択的夫婦別氏制度の導入の理由としては、「社会の少子化への対応の必要性」も挙げられている。甲A299・2頁及び5頁。）を踏まえると、憲法24条が予定する、夫婦を基礎とした親子関係の構築という制度趣旨に反するものである。かかる主張は本末転倒であって認められない。

(5) よって、夫婦の氏の選択に関する女性差別的な意識や慣習による影響を固定ないし助長する機能をもつ本件各規定は、それによる不利益に鑑みても維持しなければならない合理性はなく、憲法14条1項に

違反する。

この点において、平成２７年大法廷判決及び令和３年大法廷決定は変更されなければならない（平成２７年大法廷判決がいわゆる「弱い判例」であり、下級審の裁判官が主体的に判断すべきことについて、原告ら第１０準備書面第３・甲Ａ２９０も参照）。

以上