

正 本

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20準備書面
（被告準備書面(4)に対する反論）

2026（令和8）年2月27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

代



原告らは、本書面において、被告準備書面(4)に対する反論をする。なお、用語については従前の例による。

目次

第1	本件の審理の在り方	3
第2	憲法13条について	8
1	平成27年大法廷判決は「氏の性質」として身分関係の変動に伴って改められることを過剰に強調していること	8
2	二者択一の状況を踏まえた構造的な検討が必要であること	12
第3	憲法14条1項について	16
1	夫婦間の「協議」に関する被告の評価の誤り	16
2	社会に存する差別的な意識や慣習の存在を踏まえた検討	20
3	小括	21
第4	憲法24条1項について	21
1	本件各規定は婚姻に対する直接の制約であること	21
2	夫婦同氏の例外を一切認めないことに合理性はないこと	23
第5	憲法24条2項について	27
1	平成27年大法廷判決とは異なる基準で判断すべきこと	27
2	平成27年大法廷判決の基準の下でも違憲であること	27

第1 本件の審理の在り方

1 被告は、本件の審理の在り方について、中野次雄編『判例とその読み方 [三訂版]』74頁(乙16)等を参照して、「判例の判断を変更することについては慎重でなければならないものとされている」とし、「そうすると、判例が存在する場合には、事実上これに拘束されるべきことになるから、事実上の拘束力を否定すべき事情があるかどうか、すなわち、その判断を変更すべき事情があるといえるかどうかという観点から審理がされるべきことになる。」と述べる(被告準備書面(4)6頁)。

2 確かに、被告が参照している乙16号証には、判例が変わることは「法的安定の見地からいえば好ましいことではない。」との記載がある(乙16・74頁。甲A290・74頁も同じ)。

しかし、当該文献には、上記の記載に続いて「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。」(乙16・74頁)と指摘されており、問題となっている判例が内容において適当か、あるいは事情の変更等によって適当でなくなったといえるかは、不断に検討されるものであることを前提としている。

したがって、被告が引用する書証の内容からしても、判例があるからといって、直ちにその後の裁判において、当該判例が正しいことを前提に、その後の事情だけを審理すればよいということにはならない。

3 また、まさに乙16号証と同じ中野次雄編『判例とその読み方 [三訂版]』において、「強い判例」「弱い判例」の概念が整理されており、反対説にも相当の理由があり、将来裁判官に異動があると変更される可能性が比較的高いと考えられるような場合や、その内容について学

者・実務家の異論の多い判例も、変更可能性をもっているということができ、比較的弱い判例であると説明されている（甲A290・25頁）。その他にも、「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」（甲A290・98頁）と指摘されている。

平成27年大法廷判決及び令和3年大法廷決定の変更可能性という点でいえば、まず、①本件各規定を違憲とする少数意見も多く付されている。また、②学説上の批判も強くもはや違憲であることが多数説という状況がある（第7準備書面参照）。そして、③令和3年大法廷決定の補足意見ですら、「一般論として、この種の法制度の合理性に関わる事情の変化いかんによっては、本件各規定が上記立法裁量の範囲を超えて憲法24条に違反すると評価されるに至ることもあり得るものと考えられる」と指摘している。さらに、④家族であっても個人として尊重する意識の高まり（婚外子法定相続分差別違憲大法廷決定、原告ら第14準備書面参照）や、氏名に関する人格的利益の重要性の高まり（原告ら第1準備書面第2等参照）といった社会的な変化のみならず、i いわゆる「別姓待ち」をしている人が推計で58.7万人いたり（甲A338の1）、結婚していない女性のうち「別姓が選べれば法律婚をしたい」との回答が28%に達していること（甲A340）等、本件各規定がもたらしている個人の権利・利益に対する制約が重大であること、ii 女性が氏を変更した夫婦の約85%^[1]がそもそも話し合いをせずに夫の氏を選択しているように（甲A159）、夫婦が

¹ 甲A159の結果を基に、男性の「氏変更しなかった」及び女性の「氏変更した」のうち、「覚えていない」を除く合計635人に対する、「話し合わなかった」を選択した合計536人の割合を算出した（ $536 \div 635 = 0.844\dots$ ）。

自由な意思で協議しているという想定が誤りであることなど、法制度の合理性に関わる事情として、各判例の判断時点では前提とされてこなかった事実が新たに明らかになっている。

そうすると、本件は、まさに下級審の裁判官としても、平成27年大法廷判決及び令和3年大法廷決定が内容において適当かを改めて検討すべき事案であり、むしろそれが「判例のより良き発展」（甲A290・26頁）のためにも望ましい態度であるといえる。

これに対し、被告が述べる審理方法は、下級審の裁判官を、単に判例に外部から拘束される受け身の存在とし、自律的に判断する主体であることを否定するものであって妥当ではない（中野次雄『判例とその読み方〔三訂版〕』甲A290・27頁参照。同書は乙17でも「優れた書籍」として紹介されており、本件の審理においても指針とされるべきである。）。被告が引用するその他の論文等は、判例には事実上の拘束力があるという一般論を述べるのみであり、本件の審理の方法について参考になるものではない。

4 そして、最高裁が結論を変更した事例も、単に過去の最高裁判決後の事情のみを審理しているのではなく、問題となっている規定の制定時から積み重なった事情を踏まえて一から合理性を検討し直したうえで判断を下している（原告ら第14準備書面第2の2参照）。

そのため、生殖腺除去要件違憲大法廷決定が合憲判断からわずか4年後に違憲判断を出していることから典型的に見られるように、過去の合憲判断以降に何らか具体的かつ明確な変化がなければ判断が改められないというのではなく、制定当時の事情を積み上げた先の「最後の一滴（Last straw）」となる事情がありさえすれば違憲となりうるものである（原告ら第14準備書面第2の2も参照）。

したがって、仮に過去の判例の「判断を変更すべき事情があるとい

えるかどうかという観点」から審理をするとしても、結局、本件各規定の制定当時の事情の変更を踏まえた審理が必要となる。

5 さらに、最高裁における憲法判断の方法も発展している。

- (1) 例えば、生殖腺除去要件違憲大法廷決定によって変更される前の最高裁平成30年(ク)第269号同31年1月23日第二小法廷決定・裁判集民事261号1頁(以下「**平成31年生殖腺除去要件合憲大法廷決定**」という。)の法廷意見は、性同一性障害者によっては、生殖腺除去手術まで望まないのに性別の取扱いの変更の審判を受けるためやむなく当該手術を受けることもあり得るとして、「その意思に反して身体への侵襲を受けない自由を制約する面もあることは否定できない」としつつも、憲法13条によって保障された権利に対する制約があるとはまでは明示せずに合憲の判断を示した。

同決定の鬼丸かおる裁判官・三浦守裁判官の補足意見では、「性別は、社会生活や人間関係における個人の属性の一つとして取り扱われているため、個人の人格的存在と密接不可分のものということができ、性同一性障害者にとって、特例法により性別の取扱いの変更の審判を受けられることは、切実ともいえるべき重要な法的利益である。」として、性自認に従った法令上の性別の取扱いを受けることの重要性について認識されていたものの、かかる事情は、身体への侵襲を受けない自由に対する制約の評価や合理性の検討に必ずしも結び付いていなかった。

- (2) しかし、2023(令和5)年の生殖腺除去要件違憲大法廷決定は、性自認に従った法令上の性別の取扱いを受けることは個人の人格的存在と結び付いた重要な法的利益であるとした上で、身体への侵襲を受けないことと性同一性障害者とその性自認に従った法令上の性別の取扱いを受けることとの二者択一を迫る関係を踏まえて、身体への侵襲を受けない自由に対する制約が過剰になっていることを認め、憲法1

3条に違反すると判断した。

これは、平成31年生殖腺除去要件合憲小法廷決定の段階では、性別の取扱いは本人にとって重要な法的利益であるという理解自体はあったものの、生殖腺除去手術の実施が本人の意思に基づくものであるためか、かかる理解が制約態様の評価に十分反映されていなかったところ、2023（令和5）年の生殖腺除去要件違憲大法廷決定になって、二者択一を迫るという構造に着目することにより、生殖腺除去手術を実施するか否かの判断が真に本人の自律的な意思決定に基づくものといえるのかという観点から、憲法判断が実質化したものである。

(3) したがって、本件も、夫婦が称する氏を一方に定めて婚姻届を提出すること自体は本人らの意思に基づいて実施されるものであるために、氏名や婚姻に関する憲法上の権利利益の存在や保障の程度にかかる評価と、それに対する制約の評価が十分にされてこなかったが、上記のような生殖腺除去要件違憲大法廷決定にみられる最高裁における憲法判断の方法の発展を踏まえた再検討が求められる。

6 以上によれば、平成27年大法廷判決及び令和3年大法廷決定は、いわゆる「弱い判例」であって、無批判に判断の前提とすることは「判例のより良き発展」のためにも適切ではないことに加え、各判断時点では前提とされていなかった本件各規定の合理性に関わる事情も新たに明らかになっているから、本件各規定の制定当時から質的な事情の変化が生じていることや最高裁における憲法判断の方法の発展を踏まえた審理がなされなければならない。

よって、被告が述べるような審理方法は採用すべきではなく、平成27年大法廷判決及び令和3年大法廷決定が内容において適当かを改めて検討しなければならない。

第2 憲法13条について

1 平成27年大法廷判決は「氏の性質」として身分関係の変動に伴って改められることを過剰に強調していること

(1) 被告の主張

被告は、(原告らが例に挙げる)「婚氏統称制度又は縁氏統称制度は、民法上の氏が離婚又は離縁によって婚姻前の氏又は縁組前の氏に変動(復氏)するとしつつ、呼称上の氏を婚氏又は縁氏とするものであり(畑佳秀・最高裁判所判例解説民事篇平成27年度(下)764ページの(注7)参照)、身分関係の変動があっても民法上の氏が変わらない場合の例として前記各制度を挙げることは誤りである。」と主張し、平成27年大法廷判決の判示は「身分関係の変動によって改められる」という「氏の性質」を過度に強調するものではない旨主張する(被告準備書面(4)11頁)。

(2) 原告らの主張

ア 「呼称上の氏」及び「民法上の氏」は戸籍実務上の用語であること
「呼称上の氏」と区別して「民法上の氏」という場合、それは戸籍実務における整理のための用語を意味している。

例えば、同一の呼称の者同士が婚姻する場合、自己の氏を称しないこととした者は、氏の呼称は変わらないものの、法律上は相手方の氏に変更したものと理解されることになる。また、同一の呼称の者同士が婚外子を生み、父がその子を認知した場合、法律上は母の氏を称しているため(民法790条2項)、民法791条1項の子の氏の変更によってはじめて父と法律上の氏が同一になったと扱われ、父を筆頭者とする戸籍に入ることができるようになる(上記の説明について、甲A365・房村精一『民法上の氏』と『呼称上の氏』に関する若干の

問題」戸籍572号7頁、10頁（1991年）参照）。

このように、「呼称上の氏」と区別して「民法上の氏」という場合は、戸籍実務上の手続を整理するための概念として、出生や婚姻などの身分関係の変動の結果（効果）として当然に氏が定まるものとしている場合の氏のことを意味しているにすぎない^[2]（甲A365・房村21頁）。

また、こうした「呼称上の氏」や「民法上の氏」の位置づけも相対的なものである。例えば、離婚によって復した婚姻前の氏（民法767条1項）との関係では、離婚の際に称していた氏を称することとした場合（民法767条2項）にその続称が「呼称上の氏」と整理されるにすぎず、再婚してその続称の氏を称することとした場合、戸籍実務上、まさにその続称の氏が「民法上の氏」と整理されることになる。

イ 被告の理解の誤り

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の一つ」であるがゆえに、人格権のうちアイデンティティを構成する要素として保障されるものである（甲A43・小山18頁）。そのため、氏名に関する人格的利益（アイデンティティ）との関係では、戸籍に記載された法的に通用する氏名という意味での本名（呼称）が維持できることが重要であり、その氏が戸籍実務の取扱いとして「呼称上の氏」又は「民法上の氏」のどちらに分類されるかは問題ではない。

² このように「呼称上の氏」と「民法上の氏」を区別することの実益は、実方の氏に変更された後に離婚した場合に復すべき氏に変更後の氏であるとする戸籍実務が説明できる点にあるとされるが、そもそもかかる運用自体、「離婚により実家の氏に復するとの旧民法的発想を脱しきれていないのではなかろうか」と批判されている（甲A365・房村15頁）。

そして、原告らは、婚氏続称制度や縁氏続称制度が社会的に氏を維持することの必要性に鑑みて導入された規定であり、民法自体がアイデンティティ（自己の同一性）を保護するための規定を内包していることも踏まえて、氏名に関する人格的利益ないし氏名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解すべきことを論じたものである（原告ら第11準備書面参照）。本件はアイデンティティという実体的な人格権の存在が問題であって、民法という実体法の理論に応じた処理が求められる戸籍実務における説明方法が、実体法上の人格権の存否の判断に影響を及ぼすことはない。

これに対し、被告は、「身分関係の変動があっても民法上の氏が変動しない場合の例として前記各制度〔婚氏続称制度や縁氏続称制度〕を挙げることは誤りである。」と主張する。

しかし、ここでいう「民法上の氏」は上記アの戸籍実務上の用語としての意味であるところ、原告らは、「身分関係の変動があっても民法上の氏が変動しない場合の例」として婚氏続称制度や縁氏続称制度を挙げたものではない。原告らは、婚氏続称（民法767条2項）や縁氏続称（同法816条2項）は、いずれも「民法の規定によって定まる氏」であり、身分の変動があったとしても氏（戸籍に記載された法的に通用する氏）の呼称が継続される場合があることを民法が予定している例として挙げたものである。

したがって、平成27年大法廷判決の判示は「身分関係の変動によって改められる」という「氏の性質」を過度に強調するものではないとの被告の主張は、「民法の規定によって定まる氏」（戸籍に記載された法的に通用する氏）の問題と、戸籍実務上の「呼称上の氏」と区別される「民法上の氏」の議論とを混同するものであって、誤りである。

ウ 平成27年大法廷判決の問題点

以上の整理を踏まえて、改めて氏の性質の評価に関する平成27年大法廷判決の問題点を指摘する。

そもそも氏名に結びついたアイデンティティは制度によって与えられるものではないが、仮に民法の規定から「氏の性質」を検討する場合でも、恣意的に関連する規定を選択するのではなく、規程全体を踏まえる必要がある。

これに対し、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と」としながらも、婚氏続称（民法767条2項）や縁氏続称（同法816条2項）の規定を具体的に取り上げることなく、氏の性質として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を強調している。

しかし、平成27年大法廷判決の木内意見が指摘するとおり、身分関係の変動に伴って氏が変わることは、民法上、一貫しているとはいえない。むしろ、婚氏続称（民法767条2項）や縁氏続称（同法816条2項）は、氏名が「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の一つ」（甲A43・小山18頁）であるために、継続して使用してきた氏を変更することによる不利益を回避する趣旨で設けられたものである。したがって、民法は、既に「個人の呼称」としての意義を重視した制度になっていると理解するのが相当である。

平成27年大法廷判決は、このような規定の趣旨を考慮することなく「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しており、まさに「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するものであって説得性を欠くのである（原告ら第11準備書面第

3の8(3)50頁～51頁)。

2 二者択一の状況を踏まえた構造的な検討が必要であること

(1) 被告の主張

被告は、本件で問題となる場面では「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こと」を踏まえて、氏名に関する人格的利益が憲法上保障されるべき権利ないし利益にまでなっていると認めることはできないと主張し(被告準備書面(4)9頁)、かかる評価を前提として、生殖腺除去要件違憲大法廷決定は事案を異にするものであって本件の参考とはなりえないと主張する(被告準備書面(4)12頁脚注2)。

(2) 原告らの主張

ア しかし、かかる被告の主張は誤りである。

イ まず、憲法13条の保障が及ぶか否かの判断において必要なのは、氏名に関する人格的利益が個人の尊重や幸福追求との関係で重要な価値を有するかの検討である。「自らの意思に関わりなく氏を改めることが強制される」場面であるか否かは、氏名に関する人格的利益に対する制約の態様に関する事情であって、その前提となる憲法13条の保障の判断と直接関係するものではない。

例えば、生殖腺除去要件違憲大法廷決定も、生殖腺除去手術の実施を本人の意思に基づいて決定する場面が問題となっているが、自らの意思に関わりなく身体への侵襲が強制されるものではないからといって「身体への侵襲を受けない自由」が憲法13条によって保障されないと判断されているわけではない。

本件も同様に、夫婦の意思に基づいて婚姻届が提出されることによ

って夫婦の一方の氏の変更される場面が問題となっているが、自らの意思に関わりなく氏の変更が強制されるものではないからといって、氏名に関する人格的利益（ないし氏名の変更を強制されない自由）の憲法上の保障の有無の判断に影響を及ぼすものではない。

したがって、制約の態様を根拠として氏名に関する人格的利益が憲法13条によって保障されないとする被告の論証には誤りがある。

ウ これに対し、平成27年大法廷判決も、「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。」とした上で、「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。」と結論付けている。

平成27年大法廷判決における氏名の法的性質・権利性に関する評価は、氏の法制度依存性を前提とするもので学説からも多くの批判を受けているところであるが（原告ら第7準備書面第1の1、原告ら第11準備書面第3の7参照）、上記のように、本来、自らの意思によって婚姻届を提出する場面であるからといって氏名に関する人格的利益の憲法上の保障の有無に影響を及ぼすものではないことからすると、平成27年大法廷判決が検討対象としたのは、あくまで「“婚姻の際に”氏の変更を強制されない自由」という特定の局面を念頭においた自由の憲法上の保障の有無であったというべきである。

そうすると、平成27年大法廷判決からしても、例えば、身分関係に変動がないにもかかわらず国家が一方的に個人の氏を変更するような場合には憲法13条に違反すると解されるのであり、その意味で、一般的に氏名に関する人格的利益ないし氏名の変更を強制されない自由が憲法13条によって保障されると解することは、平成27年大法

廷判決の説示と矛盾するものではない。

エ また、そもそも生殖腺除去要件違憲大法廷決定において重要なのは、自らの意思に基づいて手術するか否かを選択する場面が問題となっても、本人が置かれている二者択一の状況を構造的に把握した上で違憲性について検討したという点にある。

かかる判断方法を本件について参照すれば、氏名に関する人格的利益が憲法13条によって保障されることもより一層明らかとなる。すなわち、本件各規定は、婚姻しようとする者に対して、婚姻するために夫婦のいずれか一方が氏を変更するか、双方が氏を維持するために婚姻を諦めるかの二者択一を迫る構造（本件二者択一構造）となっている。そして、婚姻がそれを望む者にとって人格的生存に関わる重要なものである一方で事実婚状態では社会生活において不安定な地位に置かれてしまうことは論を俟たないが（事実婚夫婦に対するアンケート調査として甲A391も参照。個別の事例として、甲A385・3～4頁、甲A387の1・2～3頁も参照）、それにもかかわらず、本件二者択一構造の下で、婚姻を望んでいても、本件各規定が夫婦同氏の例外を設けていないことによって婚姻を控えている事実婚当事者が推計で58.7万人にも上っていること（甲A338の1）、また、事実婚当事者に限らず、婚姻の際に氏を変えないといけないことが婚姻しない理由になっていること（甲A8・39頁、甲A340・2枚目）からすると、それだけ氏を維持することの人格的な価値が重要であることを示している（甲A391・109頁以下は、本件二者択一構造の問題を「トレードオフの問題」として事例を紹介している。）。

氏名が個人として尊重されることの基礎にありアイデンティティと密接に関係する性質を持つことは原告ら第11準備書面で主張したとおりであり（氏名の持つ個人識別機能との関係でいえば、社会的には

氏のみで呼ばれることの方が多く、むしろ名よりも氏の方にこそ個人識別機能としての重要な意義が認められる。)、氏名の変更を強制されない自由(氏名に関する人格的利益)が憲法13条によって保障されると解すべきであるが、かかる評価は、上記のように、本件二者択一構造の下で、氏を変えたくないことのみを理由に婚姻を控えている人が多数いるという社会的状況によっても裏付けられるところである。

オ これに対し、被告は、本件が憲法上保障された権利利益が問題となっていない以上は、生殖腺除去要件違憲大法廷決定は参考となりえないと主張する。

しかし、そもそも、本件二者択一構造を婚姻の自由の側面から見れば、婚姻の自由が憲法24条によって保障されていること自体は明らかであり、被告の主張を前提としても、生殖腺除去要件違憲大法廷決定における判断方法は、本件において参照されるべきものである。

また、上記エのとおり、本人が置かれている二者択一の状況を構造的に把握して憲法適合性判断をするものとして、生殖腺除去要件違憲大法廷決定を参照する必要がある。

カ 以上のとおり、生殖腺除去要件違憲大法廷決定の憲法判断の方法は、本人が置かれている二者択一の状況を構造的に把握して憲法適合性判断をするために参照されるべきものである。

そして、原告ら第11準備書面で主張したとおり、氏名に関する人格的利益ないし氏名の変更を強制されない自由は憲法13条によって保障されるものであり、かかる憲法上保障された権利利益を制約する本件各規定に合理性はない(原告ら第11準備書面第2の3参照。改氏による人格権侵害について、原告ら第22準備書面第2の1参照。)

よって、本件各規定は、夫婦同氏の例外を一切認めていない点で、憲法13条に違反する。

第3 憲法14条1項について

1 夫婦間の「協議」に関する被告の評価の誤り

(1) 被告の主張

被告は、準備書面(3)15頁において、民法750条の規定及び同法739条1項の婚姻の届出を行うに当たり夫婦が称する氏を届書に記載し又は市役所等にそれを陳述することを定めていることをもって、「基本的には、明示又は少なくとも黙示にはその自由意思により協議を行い、それが成立しているものと捉えるべきである。」とし、「原告らが指摘する個々のアンケート結果（甲A159、A296、A297）をもって、一般的に、夫婦において婚姻制度が想定する（平成27年大法院判決が判示する）ところの『協議』が行われていないということとはできない。」と主張する。

また、被告は、「仮に、上記協議の結果、夫の氏を選択した夫婦が妻の氏を選択した夫婦よりも多いことにつき、社会的・経済的要因等が背景にあり、それに対処することが求められるとしても、本件各規定が憲法14条1項に違反するか否かとは次元の異なる話であって、そのことゆえに、本件各規定が同項違反になるということとはできない」と主張する。

(2) 原告らの主張

ア 原告らは、夫婦の氏を選択に関する女性差別的な意識や慣習によって、婚姻の成立が自由意思に基づかない無効なものとなっていると主張しているものではない。

原告らは、「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を選択に関する自由かつ対等な協議が困難になってい

る点、それによって氏を変更することによる不利益が女性に極端に偏っている点、及び本件各規定が夫婦同氏の例外を一切認めていないことがかかる状況を固定ないし助長する機能を果たしている点において、憲法14条1項に違反すると主張している。

そして、原告らが証拠として提出した調査・アンケート結果（甲A159、甲A296、甲A297）は、夫婦の氏の選択について自由かつ対等な協議が困難であったり、女性が氏を変更している場合に限れば、氏の変更について約85%がそもそも協議をしていないことから、社会的な圧力によって夫婦の氏の選択に関する自由かつ対等な協議が困難になっており、本件各規定がかかる状況を固定ないし助長しているという現状を示すものである。

また、日本経済新聞の調査では、既婚女性のうち52.3%が「別姓を選びたかった」との回答であった（甲A340）。このような回答からも、妻が婚姻時に氏を変えた場合に、それが必ずしも本人が納得して又は積極的に希望して氏を変えたとは限らないこと、婚姻したら当然に妻が氏を変えるものだという女性差別的な意識・慣習により、氏を変えなければ婚姻ができないことによる不利益が女性に極端に集中しているという現状がうかがえる。

そして、個別の事例でも、夫婦間で自由かつ対等な協議ができないまま女性側が改氏を強いられているケースが多く見られた（原告ら第22準備書面第2の2(2)イ及びウ参照）。例えば、甲A380では、「婚姻により経済的な立場が弱くなる私としては、『納得できない』と言うことはできず、どうしようもなく、やむを得ず、法律婚により戸籍上夫の姓に改姓することとなりました。」（1・2枚目）と述べられている。また、甲A381では「私は勇気を出して、『結婚はしたいけど…氏は捨てたくないんだよね。』と口にしたのですが、夫はむっとして、

『しゃあないやろ、そんなん。』とだけ言って、その場から立ち去っておしまいになってしまいました。」(2頁)と述べられている。

また、甲A392・小泉明子「権力性の観点からみた夫婦同氏制度」では、「初婚時、「自分の名前を変えたくない」と言ったところ、夫から『俺が妻の名前になるなんて恥ずかしい』と回答」され、両方の両親からは「結婚は家と家とでするもの。長男の“嫁”になるのだから女が変えるのが当たり前」「あなたは別に大した家柄ではないのだから」「妻の姓にするなんて夫がかawaiiそう」と言われ、「泣く泣く〔氏を〕変えざるを得ませんでした」(214頁・③)という事例が紹介されている。

したがって、平成27年大法廷判決が、「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。」として憲法14条1項に違反しないとした点は、夫婦の氏に関する協議の実態について認識を欠き、評価を誤っているものであるから、改められなければならない。

イ これに対し、被告は、条文上の形式的な記載内容のみをもって「明示又は少なくとも黙示にはその自由意思により協議を行い、それが成立している」と主張している。

被告のかかる主張は、原告らの上記の主張に対する反論として記載されていることからすると、民法750条が夫婦の氏を一方に(例えば、夫の氏を称するという形で)決めているわけではないこと、同法739条1項の婚姻の届出を行うに当たり夫婦が称する氏を届書に記載し又は市役所等にそれを陳述することを定めていることのみをもって、夫の氏を選択する夫婦が圧倒的多数を占めている現状は夫婦の

個々の（自由かつ対等な）協議の結果とみなすべきであり、憲法14条1項の問題は生じないとの主張と解される。

しかし、平成27年大法廷判決は、夫の氏を選択する夫婦が圧倒的多数を占める現状が「本件規定の在り方自体から生じた結果」と評価できる場合には憲法14条1項違反の問題を生じること示唆しており、被告が主張するような条文上の形式的な記載内容のみをもって直ちに憲法14条1項に違反しないとは判断していない。

むしろ、平成27年大法廷判決が「氏を選択に関し、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。」と述べていることからすると、平成27年大法廷判決は、夫婦の氏を選択について自由かつ対等な協議が行われるべきことを前提に、本件各規定の在り方自体によって、かかる協議を困難にさせ、夫の氏を選択する夫婦が圧倒的多数を占める現状が生じている場合には憲法14条1項違反となり、仮に本件各規定の在り方自体によるとまでは認められないとしても、憲法14条1項の趣旨に沿うように憲法24条の判断においても留意すべきことを示している。

したがって、被告は、「一般的に、夫婦において婚姻制度が想定する（平成27年大法廷判決が判示する）『協議』が行われていないということはない」として平成27年大法廷判決を引用するが、かかる主張は平成27年大法廷判決を正解しないものである。

2 社会に存する差別的な意識や慣習の存在を踏まえた検討

- (1) 被告は、夫の氏を選択する夫婦が圧倒的多数を占めている現状について、仮に社会的・経済的要因等が背景にあり、それに対処することが求められるとしても、本件各規定が憲法14条1項に違反するか否かとは次元の異なる話であると主張する（被告準備書面(4)15頁）。
- (2) しかし、憲法14条は、憲法制定当時の趣旨からしても、差別に対する積極的な取組みを国に対して要請していることは原告ら第4準備書面第2の1で主張したとおりである。

また、平成27年大法廷判決も、夫の氏を選択する夫婦が圧倒的多数を占めていることが「本件規定の在り方自体から生じた結果」といえる場合には、憲法14条1項違反の問題が生じるという理解を示している。そして、平成27年大法廷判決の時点では、夫婦の氏を選択に関する実証的なデータが必ずしも明らかにされておらず、そのために本件各規定との関係性を検討する対象も明確ではなかったが、現時点では、社会に存する差別的な意識や慣習による影響が明らかになっており（家制度廃止の経緯と家制度意識の残存について甲A392・210頁も参照^[3]）、当該差別的な意識や慣習と本件各規定との関係（本件各規定による差別的な意識や慣習の固定ないし助長の有無）も具体的に評価することができるようになっている。

したがって、本件各規定が憲法14条1項に違反するかについて、新たに明らかにされた事情を踏まえて改めて検討しなければならない。

³ なお、原告らは、夫婦の氏に関する女性差別的な意識・慣習の起源について、家制度によって培われた国民の意識・慣習と、昭和22年民法改正が当該意識・慣習を解消しようとするものではなかったことを指摘していたが（原告ら第12準備書面9頁の図も参照）、甲A365・房村17頁でも、民法791条1項が家庭裁判所の許可を必要とした趣旨について、子の氏変更を関係者の自由委ねると「氏が家名であった時代の因襲的感情」にとらわれるおそれがあったという立法事実が指摘されている。このように、民法の規定自体からも、昭和22年民法改正当時、夫婦の氏に関する女性差別的な意識・慣習が存在していたことが裏付けられる。

3 小括

以上によれば、被告の主張を踏まえても、夫婦の氏の選択について自由かつ対等な協議が困難になっていることが認められるから、社会に存する差別的な意識や慣習によって氏を変更することによる不利益が女性に極端に偏っていることが、本件各規定の在り方自体から生じた結果であって憲法14条1項に違反しないか検討する必要がある。

そして、原告ら第12準備書面で主張したとおり、本件各規定は、夫婦同氏の例外を一切認めていないことによって、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果たしており、夫の氏を選択する夫婦が圧倒的多数を占める現状は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ができ、そのような機能を維持することに合理性はない。

よって、本件各規定は、夫婦同氏の例外を一切認めていない点において、憲法14条1項に違反する。

第4 憲法24条1項について

1 本件各規定は婚姻に対する直接の制約であること

- (1) 被告は、本件各規定は、「婚姻をすることについて直接的な制約を定めたものでない」と主張する（被告準備書面(4)18頁）。
- (2) しかし、本件各規定は婚姻をすることについての自律的意思決定を直接制約するものであることは、原告ら第13準備書面第3で主張したとおりである。

また、上記第1の5に記載のとおり、生殖腺除去要件違憲大法廷決定も踏まえた憲法判断として、原告らの置かれている二者択一の状況を構造的に把握して適切に評価に反映する必要がある。

そして、「令和3年度 人生100年時代における結婚・仕事・収入に関する調査」(甲A8)によれば、20～39歳の独身の男女のうち、積極的に結婚したいと思わない理由として「名字・姓が変わるのが嫌・面倒だから」と回答した人の割合は、女性の25.6%、男性の11.1%を占めていること(39頁)、事実婚でいる理由として最も多いのも夫婦別氏を維持したいというものであることが明らかになった(62頁)。また、事実婚の実態調査の結果、本件二者択一構造の下で、本件各規定が夫婦同氏の例外を設けていないことによって婚姻を控えている人が推計で58.7万人にも上っていることも明らかになった(甲A338の1)。さらに、日本経済新聞の調査では、婚姻していない女性のうち「別姓が選べれば法律婚をしたい」と回答したのは28%に達しているという結果であった(甲A340)。加えて、本件各規定によって婚姻を諦め又はためらっている個別具体的なケースについては、原告ら第22準備書面第2の2(2)アも参照されたい。

したがって、本件各規定それ自体が婚姻を諦める直接的な理由になっており、憲法上、婚姻に対する直接制約であると評価すべきである。

- (3) なお、被告は、「夫妻が称する氏の記載又は申述がない婚姻の届出が誤って受理された場合においても、婚姻の成立自体は否定されないとの指摘もあるところである(甲A23・94ページ、二宮周平編「新注釈民法(17)親族(1)」169及び170ページ)」と主張する。

しかし、婚姻の届出が誤って受理されることは極めて例外的な場面であるし、夫婦同氏は婚姻の本質ではないがゆえに、夫婦が称する氏の記載又は申述がない婚姻の届出が誤って受理された場合であっても婚姻の成立自体は否定されないと理解されているだけであって、被告が指摘する記載は、本件各規定が婚姻の直接制約であるとの評価を覆すに足りない。

2 夫婦同氏の例外を一切認めないことに合理性はないこと

(1) 被告も、憲法24条1項の解釈として、法律婚の要件として不合理なものを規定すれば同項違反の問題が生じうるという理解に立っている（被告準備書面(4)17～18頁）。

そして、本件は、上記のとおり、本件各規定が夫婦同氏の例外を一切認めないこと（夫婦が同じ氏を称することが法律婚の実質的な要件となっていること）が婚姻に対する直接の制約となっている事案である。したがって、本件の合理性審査においては、「本件各規定が夫婦同氏の例外を一切認めないことに合理的な根拠があるのか」という観点で検討することになる。

(2)ア これに対し、被告は、「本件各規定が『法律婚の要件』を定めたものと捉えられるとしても、それが不合理なものとはいえない」として、憲法24条2項に関する被告準備書面(4)第5を引用する（被告準備書面(4)18頁。）。被告が引用する部分のうち、本件各規定の合理性の議論として関連しうる部分は、被告準備書面(4)第5の1(2)エ・24～25頁の①から⑦の内容と思われる。

イ しかし、このうち①～④は単に夫婦同氏とすることの抽象的・感覚的な意義が指摘されているだけで、夫婦同氏の例外を一切認めないことの合理的根拠とはいえない。

ウ また、⑤には内閣府令和3年12月調査において、「あなたは、夫婦の名字・姓が違うことによる、夫婦の間の子どもへの影響の有無について、どのように思いますか。」との質問に対し、「子どもにとって好ましくない影響があると思う」との回答が69.0%であったことの指摘があるが、当該調査における「子どもへの影響の具体的内容」として一番多い回答は、「友人から親と名字・姓が異なることを指摘され

て、嫌な思いをするなどして、対人関係で心理的負担が生じる」というものであった（甲A28・20頁）。これはむしろ、令和4年第三小法廷決定の渡邊恵理子意見における「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。」という指摘を裏付けるものである（子どもへの影響という観点では、むしろ本件各規定によって具体的な不利益が生じていることについて、原告ら第14準備書面第3の3(2)28～29頁参照。）。なお、甲A387の3は、事実婚の夫婦のもとで育った子の陳述書であるが、そこでも「両親の氏が異なることで不利益があるとすれば、むしろそんな家族で『かわいそうだ』と言ってくる人たちの存在によってこそあると感じています。」（4頁）と述べられている。

婚姻に対する制約（と同時に、氏名に関する人格的利益に対する侵害）が問題となっている以上は、夫婦同氏の例外を一切認めていないことの合理性について、感性的かつ抽象的な懸念を根拠とするべきではなく（かかる判断方法について、性同一性障害行政措置要求判定取消等第三小法廷決定における渡邊恵理子裁判官の補足意見も参照）、被告が主張する⑤の点も、夫婦同氏の例外を一切認めていないことの合理的根拠とはいえない。

エ そして、⑥の「夫婦がいずれの氏を称するかは、規定上、夫婦となろうとする者の間の協議による自由な選択に委ねられている」という点も、夫婦間の協議の実態を何ら踏まえないものであって不当である（上記第3参照）。

ところで、夫婦間で話合いの末に男性が氏を変える場合も極めて少数ではあるが存在するものの、かかる夫婦関係にも「婚姻したら女性

が氏を変えるべき」という女性差別的な意識・慣習が悪影響を与えることもある。例えば、甲A384では、「妻の氏で婚姻届を出した後、そのことを自分の兄に電話で報告したところ、兄が両親に知らせたようで、その後父から電話があり勘当を言い渡されました。『二度と俺の前に顔を見せるな』とまで言われました。母からも『今までにかかったお金を返せ』等と言われました。その結果、私と私の実家側との関係は完全に破綻しました。」と述べられている（その他、甲A392・①Eさんの事例（213頁）、④Hさんの事例（214頁）もある。）。

このような例からも、規定上、性別に中立な表現がされていても、実際には「婚姻したら女性が氏を変えるべき」という意識・慣習が強く残っていることが分かる。

オ さらに、⑦の「通称使用の拡大は、婚姻に伴い氏を改める者が受ける不利益を一定程度緩和する」という点も、旧姓の通称使用の拡大によっても不利益が解消されるわけではないことは被告も前提としているところである（甲A366・8頁）。

個別の事例をみても、そもそも旧姓の通称使用は、氏を変更することによるアイデンティティの喪失自体は生じている点で問題の解決になっていないだけでなく、相手が旧姓の通称使用を認めるか否かに依存するものであるため、結局、釈然とした思いを抱えたまま、旧姓の通称使用を諦めるということがある（甲A381・4頁）。また、海外で生活している場合、パスポートと照合して本人確認が行われるため、旧姓を通称として用いること自体、本人確認ができずトラブルになるリスクが高いため、非常に高いハードルがある（甲A382・5頁以下、甲A383・3頁以下、甲A384・5頁以下、甲A390・4頁以下等参照）。なお、夫婦同氏制度を維持しているのが日本だけであることも関連して（国際的な動向については原告ら第9準備書面も参照）、

日本固有の事情を説明してもなかなか理解されないという事情も旧姓の通称使用を困難にしている（甲A382・5・6頁、甲A383・9～10頁以下参照）。

カ 加えて、被告は、本件各規定自体が夫婦間の「同等の権利」や「相互の協力」を侵害ないし阻害しているということはできないと主張しているが（被告準備書面(4)19頁）、本件各規定によって夫婦のいずれか一方が氏名に関する人格的利益に対する侵害を甘受しないといけないう点で、本件各規定自体が夫婦間の「同等の権利」を侵害していることは明らかである。

また、仮に、夫婦間で話合いがされていたとしても、氏を変更したことの苦痛や、氏を変更させてしまったことの苦痛を伴うものであり、上記のように「同等の権利」が侵害されているだけでなく、「相互の協力」を困難にする。例えば、個別の事例でも、甲A382では、「悩んだ末に私が戸籍名を変更することにしました。大変辛い選択でした。これは私だけが辛かったわけではなく、夫にも大きな精神的負担を与えることになりました。夫は現在に至るまで10年以上に渡り『望まない改姓を妻に強いてしまったこと』に良心の呵責と後悔を感じて続けています。もちろん夫のせいではないことを私は理解していますが、それでも夫は事あるごとに『申し訳なかつた』と私に謝っています」（3～4頁）と述べられている。男性が氏を変更した場合も同様であり、例えば、甲A384では、「妻は、私の氏を変更させたことについて『1万回謝る』と言っていました。この話には触れてほしくない様子がありありと見えるので、夫婦間ではこの話題にはあまり触れないようにしています」（3頁）と述べられている。

(3) よって、本件各規定は、夫婦同氏の例外を一切認めていない点において、憲法24条1項に違反する。

第5 憲法24条2項について

1 平成27年大法廷判決とは異なる基準で判断すべきこと

被告は、「典型的な意味での基本的人権を直接制約する規定の合憲性審査基準が問題となっているものではない」（被告準備書面(4)21頁）として、平成27年大法廷判決及び令和3年大法廷決定を踏襲した審査基準を主張する。

しかし、本件各規定が制定された当時以降の氏名に関する人格的利益の価値の高まり並びに、女性が氏を変更した夫婦の80%以上がそもそも話し合いをせずに夫の氏を選択していること（甲A159）及び本件二者択一構造の下で本件各規定が夫婦同氏の例外を設けていないことによって婚姻を控えている人が推計で58.7万人にも上っていること（甲A338の1）等の新たに明らかになった事情を踏まえれば、本件各規定は、憲法13条によって保障された氏名に関する人格的利益や婚姻をするについての自律的意思決定を直接制約するものと評価すべきである。

したがって、本件は、平成27年大法廷判決とは異なる基準で判断すべきであり、かかる観点に照らせば本件各規定が夫婦同氏の例外を一切認めていないことに合理性はなく、本件各規定はその点において憲法24条2項に違反する（原告ら第14準備書面第1）。

2 平成27年大法廷判決の基準の下でも違憲であること

(1) はじめに

仮に、平成27年大法廷判決と同じ基準で検討するとしても、本件各規定が制定された当時の事情の変化などを考慮すれば、本件各規定は憲法24条2項に違反する（原告ら第14準備書面第2参照）。

なお、この場合も、生殖腺除去要件違憲大法廷決定も踏まえ、原告らの置かれている二者択一の状況を構造的に把握したうえでの実質的な検討をする必要がある。

(2) 審査密度を低くする必要はないこと

ア これに対し、被告は、「問題となっている事項を変更した場合に法制度全体にどのような影響を及ぼすのか等といった点を見据えた総合的な判断が必要である」(被告準備書面(4)21～22頁)として、国会の広い立法裁量を踏まえた審査が相当であると主張する。

また、被告は、「夫婦双方が氏を維持したまま婚姻することを可能とする法制度は複数考えられる上、嫡出子の氏を含む婚姻及び家族に関する法制度の全体の在り方の検討が不可欠である」(被告準備書面(4)22頁)と主張する。

イ しかし、国会の広い立法裁量を踏まえた審査をするとしても、具体的に検討する際には、問題となっている事柄の性質に応じて、立法裁量の広狭ないし審査密度は変動するものである。

そして、本件は、本件各規定が夫婦同氏の例外を一切認めていないことによって婚姻制度を利用すること自体が制約されているという、制度のいわば入口における規制が問題となっており、仮に当該規制が違憲となった場合に、(本件各規定が全体として違憲無効となるものではないことは当然として、)夫婦同氏の例外を認めるにあたってどのような規定を設けるかという救済の問題とは区別されるものである。

制度を利用すること自体(地位・資格)の違憲性の問題と具体的な実現方法とを区別して、前者について違憲の判断をした判例として、最判令和4年5月25日民集第76巻4号711頁在外日本人国民審査権確認等請求事件がある。同判決は、在外国民の国民審査について、

「具体的な方法等のいかんを問わず、国民審査の公正を確保しつつ、在外国民の審査権の行使を可能にするための立法措置をとることが、事実上不可能ないし著しく困難であるとは解されない。」とした上で、「国民審査法が在外国民に審査権の行使を全く認めていないことは、憲法15条1項、79条2項、3項に違反するものというべきである。」と判断した。このように、具体的な制度設計について立法府に委ねることと、当該制度の利用（上記でいえば国民審査への参加）が制約されていること自体の違憲性を判断することは両立するのである。

したがって、本件各規定について、同氏の例外を一切認めていないことが違憲であると判断した後の救済として、何らか調整する規定があるとしても（そもそも制度全体に影響を及ぼすような懸念は想定されない）、それ自体は、違憲判断の審査密度を低くすべき理由とはならない。特に本件のように婚姻制度の利用自体を阻む本件各規定の合理性を検討する場合には、例えば法定相続分の割合のように婚姻を継続しながらも当事者の意思によって内容を調整できる規定と比べても、審査密度は高くなる。

ウ また、被告は、問題となっている事項を変更した場合に法制度全体に及ぼす影響の不透明性をことさら強調する。しかし、法制審議会により、平成8年には選択的夫婦別氏制度を含む民法改正要綱案の答申がされ、戸籍の記載方法についても既に案ができているから、夫婦同氏の例外として、選択的夫婦別氏を導入することが現実的に可能（かつ容易）であることの検討は既に完了している。

かかる観点からも、極端に国会の裁量を認める消極的判断をする必要もない。

(3) 嫡出子に関する規定は合理性の検討において関連性がないこと

被告は、「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意義づけられている」（被告準備書面(4) 23頁）と主張する。

しかし、被告も、別氏の夫婦（事実婚）の家族、子連れで再婚した家族又は国際結婚した家族のもとで養育されている子と、当該この親・家族との「つながり」が、嫡出子よりも弱い（又は劣っている）と主張するものではない（甲A366・4頁）。実際、夫婦が別氏であること自体が家族としての一体感等に悪影響を及ぼしているという事情は一切認められない（甲A387の1～3。その他の事例として、原告ら第22準備書面第2の3も参照。）

そうすると、被告の主張は、結局、民法が「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750条）、「嫡出である子は、父母の氏を称する。」（民法790条1項）と定めている結果として、嫡出子が夫婦それぞれと同じ氏を称することになっているという形式的な帰趨を述べているにすぎない。

したがって、嫡出子である子は夫婦それぞれと等しく同じ氏を称すべき必要性が被告から主張されているわけではないから、本件各規定が夫婦同氏の例外を一切認めていないことに合理的な根拠があるのかを検討する上で、嫡出子の規定に関する被告の主張は、本件各規定の合憲性判断と関連性を有するものではない。

(4) 小括

以上によれば、仮に平成27年大法廷判決の基準の下で判断するとしても、審査密度を低くする必要はなく、嫡出子の規定の存在は本件各規定の合理性審査とは関連性がない。

そして、本件二者択一構造により氏を変更した者や婚姻を諦めた夫

婦（とその子）に重大な不利益が生じていること、女性に対する差別的な意識や慣習の存在により夫婦の氏の選択について両性の実質的平等が損なわれていること、家族の多様性も広く認識される中で、夫婦間であっても、お互いを個人として尊重し、その権利を対等に保障すべきであるという考えや、夫婦としての在り方について当該夫婦の選択が尊重されるべきものであるという考えが確立されてきており、もはや本件各規定が夫婦同氏の例外を一切認めていない点は、個人の尊重と両性の本質的平等の要請に照らして合理性を欠く状態に至っていることは、原告ら第14準備書面や上記第4の2等で主張したとおりである。

よって、本件各規定は、夫婦同氏の例外を一切認めていない点で、憲法24条2項に違反する。

以上