

## 選択的夫婦別氏制と外国法の参照

茂木 洋平

### 目次

- I 序
  - 1 問題の所在
  - 2 構成
- II 最高裁における外国法の参照
  - 1 平成 25 年最高裁婚外子法定相続分別異取扱違憲決定
  - 2 平成 27 年最高裁再婚禁止期間一部違憲判決
  - 3 平成 27 年最高裁夫婦同氏合憲判決
- III 外国法参照の意義と注意点
  - 1 外国法参照の重要性
  - 2 恣意的な参照の可能性
  - 3 氏の問題の特殊性
  - 4 社会実験としての外国法の意味
- IV まとめ

### I 序

#### 1 問題の所在

選択的夫婦別氏制の導入の支持派は、夫婦同氏を批判する際に、多くの諸外国では夫婦に別氏の選択肢を認めており、日本の法制度が国際的潮流から遅れている点を主張する。実際に、比較法的に見て、夫婦同氏を強制する国は極めて少数であり、日本の婚氏に関する法制度は世界的に特有である。だが、婚姻家族制度は国ごとの社会的背景や国民感情などに応じて決定される。故に、諸外国の氏の法制度の潮流（夫婦別氏の選択を是認し、氏の決定変更は個人の意思を反映させる傾向）と日本の氏の法制度との相違は、夫婦同氏

を批判する理由となるのかが問題となる。近年、最高裁では一定の婚姻家族制度（婚外子法定相続分別異取扱と女性の再婚禁止期間）を違憲とする判断が下されており、その際、諸外国の法制度が参照されている。本稿では、その国の特有の背景や国民感情が反映される婚姻家族制度の憲法適合性判断において、外国法の参照が如何なる意義を持つのかを検討する。

## 2 構成

本稿は、以下のように考察を進める。家族制度に関連する法制度の合憲性が問題とされた事例で、最高裁がどのように外国法を参照してきたのかを考察する。具体的には、婚外子法定相続分別異取扱を違憲とした平成 25 年の大法廷決定（Ⅱ 1）、女性に対する再婚禁止期間を一部違憲と判断した平成 27 年の大法廷判決（Ⅱ 2）、夫婦同氏を合憲と判断した平成 27 年の大法廷判決（Ⅱ 3）を考察する。次に、外国法を参照する際の意義と注意点を考察をする（Ⅲ）。最後に以上の議論をまとめる（Ⅳ）。

## Ⅱ 最高裁における外国法の参照

### 1 平成 25 年最高裁婚外子法定相続分別異取扱違憲決定

平成 25 年最高裁婚外子法定相続分別異取扱違憲決定は、婚外子の法定相続分別異取扱について、1947 年の民法改正時から問題とされた相続の開始時に至るまでの間の社会の動向、家族形態の多様化やこれに伴う国民の意識の変化、諸外国のすう勢及び日本が批准した条約の内容と国連各権利委員会からの懸念の表明や改善勧告、嫡出子と嫡出でない子の平等化を進めた法制、大法廷及び小法廷における度重なる問題の指摘などを総合的に考察して、「家族という共同体の中における個人の尊重がより明確に認識されたことは明らかである」とし、「子を個人として尊重し、その権利を保障すべきであるという考えが確立されてきているものということができる」ことを実質的な根拠として、法の下での平等原則（憲法 14 条 1 項）に反するとして違憲と判断した<sup>1</sup>。

同決定では、民法の規定に影響を与えた諸外国の状況の変化が「参照」さ

れた。まず、1947年の民法改正時に、特に欧米諸国では宗教上の理由から婚外子に対する差別意識が強く、多くの国で婚外子の相続分を制限する法制度が存在し、それが民法900条4号但書の制定に影響を与えたことを確認した。しかし、1960年代後半以降にはこれらの国の多くで、子どもの権利の保護の観点から婚内子と婚外子との平等化が進み、両者の相続分差別に関する法律が廃止されており、民法900条4号但書に影響を与えた諸外国の法律が変化していることを示す。さらには、婚内子と婚外子との間に相続分に別異取扱を設けている国は欧米諸国にはなく、世界でも数少ない旨を指摘する。

同決定では、様々な条約も参照された。自由権規約や子どもの権利条約には、児童が出生によって如何なる差別も受けない旨が規定されており、国連の関連組織として、前者の条約に基づく自由権規約委員会と後者の条約に基づく児童の権利委員会が設置されていることが示される。各委員会が民法900条4号但書に対して繰り返し懸念と法改正の勧告等を繰り返してきたことが指摘される。

同決定は法定相続分別異取扱の合理性に関連する（諸外国の立法動向や各種委員会による法改正の勧告を含む）これらの種々の事柄の変遷等は、その中のいずれか1つを捉えて、900条4号但書を不合理とする決定的な理由とはならないとしながらも、総合的に考察すれば、1947年民法改正時から「現在に至るまでの間の社会の動向、我が国における家族形態の多様化やこれに伴う国民の意識の変化、諸外国の立法のすう勢及び我が国が批准した条約の内容とこれに基づき設置された委員会からの指摘、嫡出子と嫡出でない子の区別に関わる法制等の変化、更にはこれまでの当審判例における度重なる問題の指摘等を総合的に考察すれば、家族という共同体の中における個人の尊重がより明確に認識されたことは明らかであるといえる」と判示した。

同決定は、婚外子法定相続分別異取扱は立法当時の諸外国の制度の影響を受けたものだが、今日それらの外国法はいずれの事実婚と婚外子の平等保護に舵を切っており、日本もこれに倣うべきと説いたと分析されている<sup>2</sup>。そして、選択的夫婦別氏制の導入にもこれと同様の議論が当てはまると指摘される<sup>3</sup>。

## 2 平成 27 年最高裁再婚禁止期間一部違憲判決

平成 27 年最高裁再婚禁止期間一部違憲判決は、女性の再婚禁止期間の旧規定の内、100 日を超える部分を違憲とした理由に外国法を引用した上で、次のように判示した。世界的に再婚禁止期間を設けない国が多くなっており、「再婚禁止期間に係る諸外国の立法の動向は、わが国における再婚禁止期間の制度の評価に直ちに影響を及ぼすものとはいえないが、再婚をすることについての制約をできる限り少なくするという要請が高まっていることを示す事情の 1 つとなり得るものである。」

これは各国で親子法制が異なる以上、諸外国の立法動向が再婚禁止期間の制度評価に直結はしないが、再婚の制約をできる限り少なくするという要請が高まっていることを示す社会状況及び経済状況の 1 つとして考えられることを示したものとされる<sup>4</sup>。見方によっては、この判示から、外国法の存在が、日本国憲法の解釈に意味を与える立法事実であるとことを示しているとも考えられる<sup>5</sup>。

同決定の山浦裁判官反対意見は、諸外国における再婚禁止の制度の全面廃止の流れ、国連自由権規約委員会や女性差別撤廃委員会から廃止すべきとの要請ないし勧告が繰り返されている事実を挙げて、「再婚禁止期間の制度が憲法 24 条 2 項に規定する夫婦及び家族に関する男女平等の理念に反していることを基礎付けることとなる社会の状況の変化を示す重要な事実」とする。

同決定の多数意見は、100 日超過部分を違憲と判断する際に、再婚の制約をできる限り少なくする要請の例として海外の立法を挙げるが、人権のグローバル化や条約及び確立された国際法規の遵守義務（憲法 98 条 2 項）を踏まえると、山浦裁判官反対意見のように、国際自由権規約委員会や女性差別撤廃委員会からの再婚禁止期間を廃止すべきとの要請ないし勧告を挙げるべきであったとも指摘されている<sup>6</sup>。だが、これを民法 733 条の憲法適合性で参照すれば、750 条の事案でも参照せざるをえなくため、あえて挙げなかったのではないかと分析されている<sup>7</sup>。

これに対しては、再婚禁止期間については、女性差別撤廃委員会及び自由権規約委員会によって、1998 年以降、廃止等の勧告等が繰り返し行われているが、同判決はそれらの勧告等が再婚禁止期間の短縮ではなく廃止を前提にするものであり、諸外国の状況自体は社会状況及び経済状況の変化等の 1 つ

として考慮していることから、違憲判断の根拠として示さなかったと推測されている<sup>8</sup>。

### 3 平成 27 年最高裁夫婦同氏合憲判決

平成 25 年最高裁婚外子法定相続分別異取扱違憲決定は平成 7 年の合憲決定（最大決平成 7 年 7 月 5 日民集 49 卷 7 号 1789 頁）を前提として、その後の社会事情の変化、外国の法制の変化、国際人権条約や委員会勧告、法律改正案の動向など、様々な事情を挙げて民法 900 条 4 号但書が違憲な法に転化したと説いた。平成 25 年の違憲決定が「婚姻や家族の在り方に対する国民意識の多様化」「差別を解消した諸外国の状況」「国連からの是正勧告」などを違憲判断の理由に挙げたことから、平成 27 年の訴訟で最高裁が違憲判断を下すことが期待されていたと指摘されていた<sup>9</sup>。平成 27 年最高裁再婚禁止期間一部違憲判決は女性の再婚禁止期間のうち 100 日を超える部分を違憲と判断する際に、女性差別撤廃委員会と自由権規約委員会の廃止勧告には言及しないが、再婚禁止期間を廃止する諸外国の立法動向を考慮要素とした。

平成 27 年最高裁夫婦同氏合憲判決は、1994 年の法制審議会での選択的夫婦別氏制の提案をはじめ近時の改正案と国会での不採用の過程には言及していない。また、女性差別撤廃条約に基づく選択的夫婦別氏制による女性差別の是正勧告には何も触れていない。

同判決寺田補足意見は「諸外国の立法でも柔軟化を図っていく傾向にあるとの指摘があるが、どこまで柔軟化することが相当かは、その社会の受け止め方の評価に関わるところが大きい」と外国法の参照に消極的である<sup>10</sup>。これに対し、同判決反対意見は、「かつて我が国と同様に夫婦同氏制を採っていたとされるドイツ、タイ、スイス等の多くの国々でも近時別氏制を導入しており、現時点において、例外を許さない夫婦同氏制を採っているのは我が国以外にはほとんど見当たらない」と外国法の動きを参照する<sup>11</sup>。

## II 外国法参照の意義と注意点

### 1 外国法参照の重要性

比較法的にみても、夫婦同氏を強制する法制度は極めて少数になった<sup>12</sup>。だが、氏に関する諸外国の動向を参照する上で重要なのは、選択の余地のない夫婦同氏制は外国にはほとんどないという事実それ自体ではなく<sup>13</sup>、かつては夫婦同氏（その多くは夫の氏）が当たり前であった国が、個人の尊厳、人格権、女性差別撤廃条約等による男女平等の観点から、夫婦別氏の選択を認めて、氏制度の見直しを行ってきたことだとされる<sup>14</sup>。平成 27 年最高裁夫婦同氏合憲判決が「家族の呼称」としての氏の意義を強調し、嫡出子にとって父母双方との同氏に重要な意義を見いだすことはこのような国際的な流れに反すると指摘される<sup>15</sup>。

### 2 恣意的な参照の可能性

婚外子法定相続分別異取扱の違憲決定や再婚禁止期間一部違憲決定では立法動向（前者については国際条約と国際機関による法改正の勧告等も含めて）が考慮されたにもかかわらず、民法 750 条の憲法適合性審査の際に最高裁がそれに言及せず合憲判断を行うのは説得力に乏しいとも評価されている<sup>16</sup>。外国法の参照に際しては、裁判官の選り好み（チェリーピッキング）によって参照する外国法が決定される可能性は否定できず、裁判官の恣意性がある<sup>17</sup>。

法制度の合理性をめぐっては、それを支える事実と逆にそれを掘り崩す事実の両方が併存する<sup>18</sup>。諸外国の立法動向が双方の当事者の主張を補強する際に効果を発揮するのであれば<sup>19</sup>、各国の立法の中には問題とされた法制度の合理性を補強あるいは掘り崩すものも存在する。判例が自らの結論を補強するには、どの外国法や条約を参照すればよいのかを考えるのは当然である。家族関係の法制度の憲法適合性判断に際し、最高裁の法廷意見は婚外子法定相続分別異取扱については諸外国の法制度、国際条約及び国際機関による法改正の勧告等を参照したが、再婚禁止期間については諸外国の立法動向のみを参照し、国際条約や国際機関による法改正の勧告等には言及しなかった。

そして、夫婦同氏規定については、双方ともに参照しなかった。このような判例動向を捉えて、最高裁は論点次第では、チェリーピッキングへの出発そのものを取り止めていると指摘されている<sup>20</sup>。

### 3 氏の問題の特殊性

日本とは逆に別氏制を採る国もあるが(韓国)、多くの国は同氏か別氏の選択を認め、夫婦同氏強制を採る国がほとんどないことは、今や周知の事実であり<sup>21</sup>、夫婦同氏を法律で規定するのは日本以外にはほほないという事実を日本政府も認める<sup>22</sup>。だが、女子差別撤廃委員会による法改正の要請に対しては、夫婦同氏は日本では100年以上の歴史があり社会に定着していること、通称利用の拡大である程度は女性の被る不利益を解消できること、夫婦同氏制を支持する意見と選択に夫婦別氏を認めるべきとする意見が国民の間で拮抗していることなどから、法律を改正する状況にはないという立場を崩していない<sup>23</sup>。

氏に関する制度は各国の婚姻や離婚、家族、家族のあり方、考え方、その社会的背景、一般的な国民感情などに応じて異なる<sup>24</sup>。外国の氏に関する法規制を、各国の習俗や歴史、身分登録の関係などと関連づけて正確に把握するのは難しく、氏について外国の法制度を参照するのは他の場合と比べて難しい<sup>25</sup>。特に日本には独自の戸籍制度が存在し、諸外国との単純な比較は慎重でなければならず、多くの外国の法制度が別氏の選択を認めているという事実だけでは、日本も選択的夫婦別氏制度を導入すべきとの結論には至らない<sup>26</sup>。他国の制度を単に追従することに対しては、主体性がなく、日本における氏の本質や性質を学際的に十分に検討すべきだと指摘されている<sup>27</sup>。

諸外国では夫婦別氏の自由に何らかの道を開いているが、その方法はそれぞれの国の氏の形態、伝統、法制度一般のあり方等によって様々である<sup>28</sup>。氏の問題については歴史的文化的土壌の違いが大きく、外国法との比較には重さが置かれ<sup>29</sup>。選択的夫婦別氏制の導入に肯定的な論者でも、日本と身分登録制度の異なる国における氏の取扱いや、日本の戸籍制度に近いものはもっていても家族制度を残す国における氏の取扱いは、日本の選択的夫婦別氏制と戸籍制度の係わりを論じるにあたり、直接の参考にはならないとする<sup>30</sup>。だが、この論者によれば、とくに個人の自由を尊重する国(英米など)

では、国民の把握という国家的な利益、伝統的な家族一体感よりも個人の名前に対する自由な意思を基準とする傾向がみられ、そこには、氏の保持・変更と身分行為を切り離す傾向もうかがわれるのは重要だとされる<sup>31</sup>。

しかし、英米ではもともとコモンロー上の氏の自由が原則とされており、氏に関する基本的な考えが日本とは異なり、参考にはできないと指摘される<sup>32</sup>。これに対しては、選択的夫婦別氏制に肯定的な立場では、欧米諸国と日本の氏に関する認識の違いを理解しながらも、かつて欧米諸国でも、それが明文規定によるのか慣習に基づくかの違いはあれ、妻が夫の氏を称するのは当然とされていたが、別氏の選択を認める諸外国の法制度の動きは、夫と妻それぞれの氏における独自性の確立を目指しているように考えられ、日本の今後の方向性を示唆すると主張する<sup>33</sup>。しかし、欧米では個人別身分登録制が採られているのに対して、日本では夫婦親子の共同体を一括登録する制度として戸籍制度が位置づけられており<sup>34</sup>、戸籍制度は諸外国には見られない日本独自の性格を有している<sup>35</sup>。個人別登録方式に変更させていけば、家意識は緩和されたのであり<sup>36</sup>、立法技術上の困難はあるにしても、民法が「家」を廃止した以上、「戸籍法」ではなくて「個籍法」をつくるべきであったと主張されている<sup>37</sup>。戸籍制度は日本独自の精緻な身分登録制度である。戸籍制度が欧米の身分証明制度と決定的に異なる点は、戸籍相互間の索引的連結的機能により、また住民票との連絡によって、戸籍が住民登録と国民登録と親族登録の機能を併せ持つ存在であるところにある。欧米の身分証書は基本的には出生・婚姻・死亡の証拠書類にすぎず、これらの機能を持たない。戸籍のこれらの機能は、戸籍が家族単位で編製されていることによるのではなく、戸籍を個人籍に改めても欧米流の身分証書になるわけではなく、戸籍の機能は失われないことが強調されておくべきだと指摘されている<sup>38</sup>。

身分登録制度として個人籍を採用し、その上で現在の戸籍制度を改革していくことが氏の個人化に最も近いとも評価されている<sup>39</sup>。その日本独自の戸籍制度に基づいて氏の観念が形成されており<sup>40</sup>、単純に個人の呼称としては捉えられていない<sup>41</sup>。夫婦別氏の選択を認めた国では、氏が個人の呼称として考えられていたことから、氏の制度を改変したと指摘されている<sup>42</sup>。日本独自の戸籍制度は家族秩序表示機能を果たしており、氏が戸籍の編製単位となっていることから、氏は純粋な個人の呼称として理解されておらず<sup>43</sup>、そ



の点が別氏の選択を導入した諸外国との違いである<sup>44</sup>。そのため、氏に関して外国法制を参照するハードルは非常に高い<sup>45</sup>。

#### 4 社会実験としての外国法の意味

国際機関による日本政府への差別の是正勧告などについては、社会の在り方に対する社会意識の問題であるから、外国と比較をして、特定の考え方が進んでいるとか近代的であるというだけでは決着しない難しい問題が含まれているとされる<sup>46</sup>。この考えに対しては、これでは国際社会からの批判を無視するに等しいし、国民の意識の相違や文化の相対性によって基本的人権の侵害が肯定されかねず、日本の社会意識が遅れているとしても、それを少数者に忍従を強いる根拠にはできないはずだと批判される<sup>47</sup>。

しかし、家族の在り方については、各国の歴史的・社会的・政治的事情に対応しており、他国の動向のみを引き合いに出して問題を結論付けられない<sup>48</sup>。選択的夫婦別氏を導入している諸外国の法制度に倣うべきとの主張を支持しない見解に対しては、選択的夫婦別氏制の導入が外国法の模倣に終始して日本の実情と制度との調和を度外視しているかを精査する必要がある旨が指摘される<sup>49</sup>。外国法は外国で為された一種の社会実験であり、選択的夫婦別氏制の導入によって同制度の導入の反対者の危惧（夫婦の一体感の喪失など）が起きていないのであれば、社会実験は成功したと見做して、諸外国の一般的動向（選択的夫婦別氏制の導入）に従わない理由はないとも主張される<sup>50</sup>。多くの国が選択的夫婦別氏制を導入していることから、そこに普遍的合理性があるのかを検討すべきとも指摘されている<sup>51</sup>。

氏は夫婦や家族の一体感を象徴する帯紐と考えられている<sup>52</sup>。民法750条は夫婦同氏の原則が家族の一体感の醸成に役立つという前提にたつ<sup>53</sup>。選択的夫婦別氏制の導入への1つ主たる批判として、氏の違う者が家族となることで「家族の一体性が損なわれる」と主張される<sup>54</sup>。平成27年最高裁夫婦同氏合憲判決もまた、夫婦同氏と親子同氏の原則が家族の一体感の醸成に役立つことを認めており、選択的夫婦別氏制の導入に反対する論者からは、この判旨は画期的だと評されている<sup>55</sup>。「家族の一体感」が壊れるという主張には説得力がないと多くの学説から批判がなされた<sup>56</sup>。何をもって家族の一体感が保たれると考えるのかは、著しく主観的である<sup>57</sup>。例えば、氏が同じでな

ければ夫婦の一体感を持ってない者は同氏にすればよく、それを保てると判断する者が別氏を選択するのを妨げることはできないといったようにである<sup>58</sup>。また、現行法下での「家族の一体感」というもの自体が家制度的なイデオロギーを支持しており<sup>59</sup>、夫婦に主従の関係をもたらず考えとして<sup>60</sup>、それ自体の存在を批判する見解もある<sup>61</sup>。そして、学説による批判は外国法を参照することでも行われた。

選択的夫婦別氏制を認めている国が多数あることを考えると、別氏であるために夫婦の一体感を損うという主張は信じる事が出来ないと主張されている<sup>62</sup>。諸外国で別氏を選択する制度の導入が原因で家族崩壊は起きておらず<sup>63</sup>、その制度の導入によって夫婦の一体感を欠くという批判は説得的ではなく<sup>64</sup>、理解できないとされる<sup>65</sup>。選択的夫婦別氏制は子どもがある場合には親子異氏となり、子どもに不利益（いじめなど）をもたらず危惧があるが、それは現行制度（夫婦同氏）下で親子同氏が当然視されるからであり、制度が変われば親子異氏によって子どもに不利益は及ばないとされる<sup>66</sup>。選択的夫婦別氏制は導入の仕方によっては、別氏夫婦の子どもが複数ある場合に、子どもの氏が異なる場合があるが、夫婦の氏については成人である親の自我を尊重して別氏を認めるにしても、子どもについては、成人に至るまで親の自我を及ぼすべきではなく、兄弟姉妹の家族としての一体感を助成するために同じ氏を称すべきとの主張もなされる<sup>67</sup>。これに対しては、制度が変われば社会意識が変化し、こうした懸念は無くなると反論できる<sup>68</sup>。別氏の選択を認める諸外国では、夫婦と親子で同氏でないことによって生じる弊害は問題にはされていないことを参考にして、親子で氏が違うことが子どもの利益を害するという論理は成立しないと主張されている<sup>69</sup>。異氏兄弟姉妹が社会に受容されれば、子どもの利益の観点から子どもの氏を同一にする必要性はなくなると指摘されており<sup>70</sup>、選択的夫婦別氏制の導入に反対する立場からもこのような考え方もありうると指摘されている<sup>71</sup>。

#### IV おわりに

婚外子法定相続分別異取扱を違憲と判断する際に、最高裁は、法定相続分

の平等化へと舵を切る諸外国の法制度の変化を参照しており、このことは、裁判所が日本もこれに倣うべきと示したと分析されている (Ⅱ 1)。再婚禁止期間の一部を違憲と判断する際に、最高裁は、再婚禁止期間を設けていない諸外国の立法動向は再婚の制約をできる限り少なくする要請が高まっている事情の1つとなり得ると示しており、このことは外国法が日本国憲法の解釈に意味を与える立法事実であることを示している (Ⅱ 2)。

これらの判決が諸外国の立法動向を参照して婚姻家族に関わる法制度の違憲判断を下したことから、夫婦同氏についても、諸外国の立法動向を参照して違憲判断が下されることが期待された。だが、平成 27 年最高裁夫婦同氏合憲判決は別氏の選択を認める諸外国の立法動向を参照せず、合憲判断を下した (Ⅱ 3)。再婚禁止期間の一部を違憲と判断する際に、最高裁は、国際自由権規約委員会や女性差別撤廃委員会からの再婚禁止期間を廃止すべきとの要請ないし勧告を参照しなかった。その理由は、民法 733 条の憲法適合性審査に際してそれらを参照すると、民法 750 条の憲法適合性を審査する際にも、国際機関からの夫婦同氏規定の撤廃の勧告や要請を参照しなければならなくなるところにあると分析されていた (Ⅱ 2)。この点から、外国法を参照する際に、最高裁は自身の結論を補強するのに都合が良いものであるか否かを判断し、参照の可否を決定しているとも考えられる (Ⅲ 2)。外国法の参照について、裁判官の主観が働くのは否定できない。夫婦同氏の憲法適合性審査に際しては、別氏の選択を認める外国法の潮流が最高裁の見解にとって都合がよくないため、参照されなかったと考えることもできる。だが、氏の法制度は国ごとの社会的背景や国民感情によって構築される。特に日本では独自の戸籍制度が存在するため、日本の氏に関する法制度は世界の中でも独自性が高い (Ⅲ 3)。氏に関する法制度は婚姻家族制度の価値観の中核を形成するため、その憲法適合性が問われる場面では、外国法の参照は意味がないと判断された可能性もある。

#### (Endnotes)

- 1 最大決平成 25 年 9 月 4 日民集 67 卷 6 号 1320 頁, 1324-31 頁。社会的現実の変容を踏まえて、個人の尊重の視点から判断するという違憲判断の手法は、夫婦同氏強制制度にも妥当すると評されている (二宮周平「家族法における憲法的価値

- の実現：家族法改正と司法判断 (2)」戸籍時報 728 号 (2015) 25 頁, 34 頁)。
- 2 滝沢津代『選択的夫婦別氏制：これまでとこれから』(三省堂, 2016) 20 頁。
  - 3 滝沢前掲 (2) 20 頁。学説の中には、外国では婚外子に対する不利な扱いは判例上ほぼ違憲とされ、法制度上ほとんど撤廃されていることを 1 つの理由として、婚外子法定相続分別異取扱 (旧民法 900 条 4 号但書) を許されない差別に当たると解する見解が見られた (戸波江二「国の関与しない違憲判決？」法学教室 166 号 (1994) 59 頁)。
  - 4 加本牧子「判解」法曹時報 69 卷 5 号 (2017) 1438 頁, 1479 頁。
  - 5 作花知志「再婚禁止期間訴訟 [最高裁大法廷平成 27.12.15 判決]」国際人権 28 号 (2017) 94 頁, 95 頁参照。
  - 6 二宮周平「最大判平 27・12・16 と憲法的価値の実現 (1) 女性のみ再婚禁止期間」戸籍時報 736 号 (2016) 2 頁, 6 頁。
  - 7 二宮前掲 (6) 6-7 頁。
  - 8 加本前掲 (4) 1480 頁。
  - 9 坂本洋子「選択的夫婦別氏はなぜ実現しないのか」時の法令 2051 号 (2018) 22 頁, 31 頁。
  - 10 最大判平成 27 年 12 月 16 日民集 8 号 2586 頁, 2599 頁。
  - 11 最大判平成 27 年 12 月 16 日民集 69 卷 8 号 2614 頁。日本と同様、夫婦同氏の原則をとってきたドイツも、1993 年に別氏が選択できる法改正を行っている (棚村政行「日本における家族法の改正」戸籍時報 672 号 (2011) 2 頁, 7 頁)。夫婦別氏制の導入に向けて外国法の動向、どくにドイツでの導入を参照していないことを問題視する見解として、戸波江二「夫婦同氏を要求する民法 750 条の違憲性 (2・完)」早稲田法学 91 卷 2 号 (2016) 1 頁, 28 頁参照。
  - 12 棚村前掲 (11) 7 頁。
  - 13 床谷文雄「別姓裁判と夫婦の姓に関する海外の動向」人権と部落問題 946 号 (2021) 6 頁, 9 頁。
  - 14 床谷文雄「判批」判例時報 2308 号 (2016) 188 頁, 193 頁。
  - 15 床谷前掲 (14) 193 頁。諸外国では、氏が人格の表象として、その変更について自己決定の対象として捉えられるようになってきたことが重要である旨が示されている (床谷文雄「比較法から見た姓」ジェンダー法研究 8 号 (信山社, 2021) 21 頁, 22 頁)。
  - 16 斎藤美沙「判批」法学研究論集 45 号 (2016) 1 頁, 15 頁。
  - 17 手塚崇聡「気まぐれの『参照』—どのような場合にいかなる意味で外国法や条約を『参照』するのか」大林啓吾・柴田憲司『憲法判例のエニグマ』(成文堂, 2018) 309 頁, 321 頁。
  - 18 大石和彦「判批」筑波ロー・ジャーナル 15 号 (2013) 111 頁, 116 頁。
  - 19 白水隆「平等違反基準の変更なき変更—目的手段審査か総合衡量か？」大林・柴

- 田編前掲 (17) 27 頁, 46 頁。
- 20 山元一「トランスナショナルとドメスティックの間で揺れる最高裁」法律時報 88 卷 3 号 (2018) 1 頁, 2 頁。
- 21 床谷前掲 (14) 193 頁。
- 22 氏に関する原則は国ごとに異なるが、個人の尊重と男女平等はあらがいがたい流れとして、それに抵触する氏の原則を崩さずにはおかないのであり、別氏を認める各国の法改正の動きは、氏に対する人格権の把握へと向かうものだと評されている (水野紀子「夫婦の氏」戸籍時報 428 号 (1993) 6 頁, 10 頁)。
- 23 床谷前掲 (14) 193 頁参照。
- 24 床谷文雄「夫婦別氏制と戸籍制度の再検討 (二・完)」民商法雑誌 101 卷 3 号 (1989) 335 頁, 361 頁。国民感情や社会学的事実を強調する場合、それらは国により様々であり、外国法ではこうなっているということ、日本法に関する議論で援用する有効性については疑問もある (大石和彦「非嫡出子相続分規定の合憲性をめぐる平成 7 年決定のその後—古い立法に対する違憲審査方法論の探求—」白鷗法学 12 卷 2 号 (2005) 129 頁, 137-38 頁)。
- 25 床谷前掲 (24) 357-58 頁。
- 26 大宮隆「夫婦別氏論」駒澤大学北海道教養部研究紀要 28 号 (1993) 1 頁, 13 頁。
- 27 久武綾子「選択的夫婦別氏制採用に関する意見書を読んで (第 2 報)」戸籍時報 377 号 (1989) 41 頁, 49 頁。
- 28 滝沢前掲 (2) 238 頁。
- 29 床谷前掲 (14) 193 頁。
- 30 床谷前掲 (24) 361 頁。氏と身分登録を直結させることは外国の法制度には見当たらず、この点は日本の戸籍制度の特徴だとされる (床谷前掲 (24) 361-62 頁)。
- 31 床谷前掲 (24) 361-62 頁。
- 32 小池信行「『民法の一部を改正する法律案要綱』の概要」法律のひろば 49 卷 6 号 (1996) 4 頁, 9 頁。
- 33 床谷文雄「夫婦の氏」『講座現代家族法第 2 卷』(日本評論社, 1991) 85 頁, 94 頁。
- 34 人の生活は各個人で個別に営まれるわけではなく、夫婦親子のような一定の関係によって構成される私的な生活共同体 (親族共同体) を単位として営まれるのが通常であるという考えに基づいて、戸籍の編製原理はつくられた (青木義人・大森政輔『全訂戸籍法』(日本評論社, 1982) 43 頁)。
- 35 廣井亮一「家事事件にみる『家』」家裁月報 45 卷 4 号 (1993) 63 頁, 74 頁。
- 36 西村信雄『戦後日本家族法の民主化 (上)』(法律文化社, 1978) 84 頁。
- 37 西村信雄『戦後日本家族法の民主化 (下)』(法律文化社, 1991) 390 頁。
- 38 水野前掲 (22) 17 頁。
- 39 木幡文徳「家族法改正の課題 (2) 選択的夫婦別氏論の隘路」専修大学法学研究所報 42 号 (2010) 28 頁, 33 頁。

- 40 夫婦別氏を認める制度が存在しないのは日本だけだとも指摘されるが、それは日本に特有の戸籍制度が存在するところにあると指摘されている (八木秀次「選択的でも夫婦別姓はいらない」正論 594 号 (2021) 208 頁, 211 頁)。
- 41 氏を個人の呼称と捉えたと祭具等の承継 (民法 897 条) の説明は難しいが、生存配偶者の復氏 (民法 751 条 1 項, 戸籍法 95 条, 同 19 条 2 項) と婚族関係終了届 (民法 728 条 2 項, 戸籍法 96 条) との関係は、氏を個人の呼称と考えないと説明がつかないと指摘される (大宮前掲 (26) 9 頁)。
- 42 滝沢前掲 (2) 104 頁。
- 43 家族の氏の統一は好ましい社会慣行であると評価されている背景には氏が家の名であった歴史があり、選択的夫婦別氏制が導入によって、氏は家の名から個人の名に転換できると指摘される (滝沢前掲 (2) 104 頁)。
- 44 富田哲「『氏』はいかにあるべきか?」私法 51 号 (1989) 169 頁, 174 頁参照。
- 45 戸籍制度の改変はいかなる家族がモデルであるべきかという価値判断に関わることから、激しい反対が伴う。氏の制度の変革を考える際には、日本独自の戸籍制度の維持は当面は不可欠の前提としなければならないとされるが (滝沢前掲 (2) 43 頁)、氏の制度改変に関する政治状況を捉えた的確な指摘である。
- 46 内田貴『民法Ⅳ [補訂版]』(東大出版会, 2004) 375 頁。
- 47 本山敦「判批」法学教室 276 号 (2003) 85 頁, 87 頁。
- 48 長尾英彦「非嫡出子相続分差別『合憲』決定の論理」中京法学 31 卷 2 号 (1996) 1 頁, 11 頁。
- 49 米倉明「家族立法のあり方」石川稔ほか編『家族法改正への課題』(日本加除出版, 1993) 1 頁, 14 頁参照。
- 50 米倉前掲 (49) 14-15 頁参照。
- 51 米倉前掲 (49) 15 頁参照。
- 52 山中永之佑「夫婦同氏の原則と憲法」追手門経営論集 3 卷 1 号 (1997) 294 頁, 266-65 頁。
- 53 秋山仁美「判批」法律のひろば 47 卷 4 号 (1994) 56 頁, 58 頁; 澤田省三「夫婦別氏 (姓) 制度の課題」法律のひろば 47 卷 2 号 (1994) 11 頁。
- 54 「家族一体感が損なわれる」という主張は、選択的夫婦別氏制の立法化を阻む非常に強力な反対論である (二宮周平「家族法と性別役割分業」岩村正彦ほか編『岩波講座現代の法 11 ジェンダーと法』(岩波書店, 1997) 137 頁, 160 頁; 二宮周平「一九九六年『民法の一部を改正する法律案要綱』とその後の状況」法律時報 78 卷 11 号 (2006) 19 頁参照)。
- 55 八木秀次「家族解体政策の流れを断ち切る「夫婦別姓・再婚禁止期間」最高裁判決」正論 532 号 (2016) 200 頁, 205 頁。
- 56 後藤安子「夫婦別氏選択制の導入をめざして」法学セミナー 460 号 (1993) 34 頁, 36-37 頁; 植木淳「判批」北九州市立大学法政論集 42 卷 2-4 号 (2015) 193 頁,

- 203-04 頁；大村敦志ほか「[座談会] 夫婦同氏規定・再婚禁止期間規定の憲法適合性をめぐって」法の支配 183 号 (2016) 5 頁, 11 頁 (西希代子)。
- 57 二宮周平「夫婦別氏選択制はどうあるべきか」民事研修 436 号 (1993) 7 頁, 14-15 頁。
- 58 床谷前掲 (24) 339 頁；米倉前掲 (49) 24 頁等。
- 59 小竹聡「ロー・ジャーナル 最高裁判所大法廷での再婚禁止期間と夫婦同氏強制制度に関する 2 つの訴訟の弁論を傍聴して」法学セミナー 731 号 (2016) 1 頁, 2 頁。一体感を保つために共同体の成員が同じ氏を称すべきという考えは、法制度の存在によって社会に浸透した (広渡清吾『「夫婦別姓時代」の解析』時の法令 1329 号 (1988) 42 頁, 49 頁参照)。
- 60 山中前掲 (52) 266-65 頁。
- 61 植野妙実子「憲法からみた家族」比較法雑誌 27 卷 2 号 (1993) 1 頁, 31 頁。
- 62 米倉前掲 (49) 23-24 頁。
- 63 イギリスやアメリカ合衆国の法制度では別氏夫婦の子どもの氏が異なることを認めているとされるが、これらの国ではもともとコモンロー上「氏の自由」が原則であり、氏についての基本的な考え方が日本とは異なるため、参照は難しい (小池前掲 (32) 9 頁)。
- 64 竹中勲「婚姻の自由と夫婦同氏強制制度の合憲性」ジュリスト 1234 号 (2002) 88 頁, 93 頁。
- 65 小竹前掲 (59) 2 頁。これに対しては、別氏の選択が是認されている諸外国で家族崩壊が起きていないことが、日本でその問題を生じさせないのは何故か明らかなでないと批判されるが (小坂実「夫婦別姓運動を先導する「危うい空論」」明日への選択 426 号 (2021) 18 頁, 19 頁)、別氏の是認が日本で家族崩壊を引き起こすのかは明らかではない。
- 66 米倉前掲 (49) 24 頁。
- 67 大森政輔「夫婦別姓選択制について (5)」戸籍時報 407 号 (1992) 4 頁, 8 頁。
- 68 二宮前掲 (57) 15 頁；松村晴路「妻の氏名自主権と子の個別氏名権」富山大学教育学部紀要 48 卷 (1996) 39 頁, 50 頁。
- 69 山中前掲 (52) 245 頁。
- 70 犬伏由子「選択的夫婦別氏 (別姓) 制度導入の意味—「氏の取得・変更」規定見直しの視点で」二宮周平・犬伏由子編『現代家族法講座 2 婚姻と離婚』(日本評論社, 2020) 59 頁, 84 頁。
- 71 後藤勇「夫婦別氏論」桐蔭論叢 2 号 (1995) 45 頁, 51 頁。