

# ジェンダー平等と氏

市川直子

城西大学 現代政策学部

## 要 旨

本稿では、同氏を合憲とする最高裁判所の判断を素材にして、ジェンダー平等が進まない日本社会の法的構造を考察する。婚姻にあたり当事者の一方が求められる改氏は、個人の尊重を謳う憲法13条に違反しない。のみならず、相対的な平等権と合理的な区別を受け入れる平等原則をともに定める憲法14条にも、それは違反しない。家族構成員に同一の氏を求める法制度の採用は、夫婦及び未成年の子を保護すると同時に規律もするという合理的理由に基づき、憲法24条に適合する。性をもつ個人を性別に基づき形成される家族という集団に含めた上で、社会一般のより大きな集団の中でのジェンダー平等をはかっていく。このような難解な憲法解釈が模索されることになる。

キーワード：ジェンダー平等、氏名、(選択的)夫婦別氏制(別姓)

## I はじめに

ジェンダー平等という表現が身の回りで散見される。全国紙はジェンダー平等に関する多様な記事を掲載し、メディアはこぞって社会、企業におけるウーマンエンパワーメントについて紹介する。のみならず、そのコミュニケーションを活性化させようと様々なジェンダー・フリーのプロジェクトを企画している<sup>(1)</sup>。女性活躍を進める取り組みやジェンダーバイアスをなくす工夫に注目したり、女性議員のセクハラ被害を大々的に報じて議員活動に支障のない環境整備を促したりしている。機関投資家が社会課題の解決や企業統治などへの配慮を評価するESG投資の広がる資本市場でも、資産運用会社が女性役員のいない企業に対し株主総会での議決権行使を厳しくする姿勢を強めてジェンダーレンズ投資を進めている<sup>(2)</sup>。地方創生に取り組む地方公共団体も女性の地域ビジネスを育てようと後押しをしている。

このようにジェンダー平等という言葉の認知度は相当に高いにもかかわらず、ニュースでも耳にすることの多い世界経済フォーラムのグローバル・ジェンダーギャップ・レポートで公表されるジェンダーギャップ指数は、ここ数年スコア・順位ともにほぼ横ばいであり低迷している<sup>(3)</sup>。日本の指数は特に政治と経済の分野で見劣りがすると評されて久しい<sup>(4)</sup>。なぜこのような状態が続いているのか。

この疑問は少し調べようとする、さらに深まる。内閣府の男女共同参画局<sup>(5)</sup>(Gender

Equality Bureau Cabinet Office) の検索に「ジェンダー平等」と入れると該当結果はなしであり、新設のデジタル庁に整備運営が移管された e-Gov の法令検索で調べても、法令名に「ジェンダー平等」が掲げられているものは0件、法文にでてくるものは1件で、それは不正競争防止法に関する省令の別表に掲載された機関名「ジェンダー平等と女性のエンパワーメントのための国連機関」である。日本の最高法規である憲法にもジェンダー平等という文言はなく、定評のある憲法のテキストにもジェンダー平等という項目はない<sup>(6)</sup>。憲法学ではジェンダー平等という文言を用いずに、ジェンダーにかかわる研究を進めている<sup>(7)</sup>。国家と個人との関係を対象とする憲法学は男女関係への立法介入等の切り口からジェンダー問題を扱うことが多い。

振り返れば、ジェンダー平等 (gender equality) という言葉は1999年の男女共同参画社会基本法の制定過程で「男女共同参画」という用語に置き換えられた。しかしながら、その「男女共同参画」という語よりも「ジェンダー平等」の方が世間では流布している。そうすると、ジェンダーギャップ指数で計測される「ジェンダー平等」と内閣府が進めている「男女共同参画」とは異なるものであり、「ジェンダー平等」に含まれるが「男女共同参画」には含まれない何かがありそうである。

そこで本稿はかねてよりジェンダー平等の課題として認識されている夫婦別氏 (別姓) 問題を取り上げる<sup>(8)</sup>。憲法学者はしばしば「ジェンダー平等」にも「男女共同参画」にも触れず、男女関係を定める法律の合憲性審査に関する研究を進めている。対する民法学者は幾度となく法律改正を先送りしながら<sup>(9)</sup>、長らくその論争を繰り返している。このような問題状況の中で、本稿は近年に最高裁判所が示した判決決定に注目し、その内包する論理とジェンダー平等の動向を接続させることにより、ジェンダー(不)平等なり男女共同(不)参画なりの法構造を探ることとする。

以下においては、まず最高裁判所の述べるところを抽出し、そこで触れられている法文に着目する。その後、世界のジェンダー平等の動きに目を向ける。その架橋を通して氏の問題に潜む個人と集団の関係を考察し、そこからジェンダー平等を実現していくための手がかりを見出していきたい。

## II 最高裁判所の判断

全国の裁判所が氏名を取り扱った事件は多数あるが、ここでは近年示された夫婦の氏をめぐる2つの最高裁判所の判断を取り上げる。ともに少数意見も付されているが、まずは多数意見に沿って裁判所の論理を追っていく。

### 1. 平成 27 (2015) 年 12 月 16 日最高裁判所大法廷判決<sup>(10)</sup>

本件は、婚姻による改氏後に通称を利用している者と協議離婚後に再度婚姻届を提出しようとしたが同一の氏を選択していないとして受理を拒まれた者とが原告となって、「夫婦は、婚姻の際に定めるところに従い、夫または妻の氏を称する」と定める民法 750 条の改廃措置をとらない

立法不作為の違法性を根拠として、国に対し損害賠償を請求した事案である。最高裁判所は次のように判示した。

憲法 13 条に関連し、「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」、「憲法上一義的に捉えられるものではなく、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」。(1-1)

民法の諸規定は「氏に、名と同様に個人の呼称としての意義があるものの、名とは切り離された存在として、夫婦及びその間の未婚の子や養親子が同一の氏を称することにより、社会の構成要素である家族の呼称としての意義があるとの理解を示しているものといえる。そして、家族は社会の自然かつ基礎的な集団単位であるから、このように個人の呼称の一部である氏をその個人の属する集団を想起させるものとして 1 つに定めることにも合理性があるといえる」。(1-2)

もっとも、「氏が、名とあいまって、個人を他人から識別し特定する機能を有するほか、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もあることから、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、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」。それらを「維持する利益等は、氏を含めた婚姻及び家族に関する法制度の在り方を検討するに当たって考慮すべき人格的利益である」。(1-3)

憲法 14 条 1 項につき、民法 750 条は「その文言上性別に基づく法的な差別的取扱いを定めているわけではなく、本件規定の定める夫婦同氏制それ自体に男女間の形式的な不平等が存在するわけではない」。(1-4)

もっとも、氏の選択に関し、「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」、「この点は、氏を含めた婚姻及び家族に関する法制度の在り方を検討するに当たって考慮すべき事項の 1 つというべきである」。(1-5)

憲法 24 条に関連し、1 項は「婚姻の効力の 1 つとして夫婦が夫又は妻の氏を称することを定めたものであり、婚姻をすることについての直接の制約を定めたものではない」。(1-6)

もっとも、「ある法制度の内容により婚姻をすることが事実上制約されることになっていることについては、婚姻及び家族に関する法制度の内容を定めるに当たっての国会の立法裁量の範囲を超えるものであるか否かの検討に当たって考慮すべき事項である」。(1-7)

同条 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といえる」。(1-8)

「憲法 24 条が、本質的に様々な要素を検討して行われるべき立法作用に対してあえて立法上の要請、指針を明示していることからすると、その要請、指針は、単に、憲法上の権利として保障

される人格権を不当に侵害するものでなく、かつ、両性の形式的な平等が保たれた内容の法律が制定されればそれで足りるというものではないのであって、憲法上直接保障された権利とまではいえない人格的利益をも尊重すべきこと、両性の実質的な平等が保たれるように図ること、婚姻制度の内容により婚姻をすることが事実上不当に制約されることのないように図ること等についても十分に配慮した法律の制定を求めるものであり、この点でも立法裁量に限定的な指針を与えるものといえる」。(1-9)

憲法 89 条 2 項に関連し、その上告理由の「実質は単なる法令違反をいうものである」。(1-10)

以上が第 1 次訴訟といわれる最高裁判所判決の概要である。この判決は、憲法 13 条及び憲法 14 条を憲法 24 条とつなぎ合わせ、挙げて憲法 24 条 2 項に丸投げしたと評されている<sup>(11)</sup>。氏は憲法上一義的に捉えられない (1-1)。氏は婚姻及び家族に関する法制度の一部であるところ、憲法上的人格権の保障及び人格的利益の考慮 (1-3)、両性の形式的な平等の保障及び実質的な平等の考慮 (1-5)、婚姻をすることの直接の制約及び事実上の制約の撤廃 (1-7) 等が、その法制度を構築する際の憲法上の要請指針である (1-8, 1-9)。国会は憲法 24 条のこの要請指針を十分に配慮した法律を制定しなければならない。このような論理で、最高裁判所は民法 750 条の改廃措置のないことを国家賠償法上の違法であるとは判示しなかった。次に、法的構成を変えている第 2 次訴訟<sup>(12)</sup>も見ておこう。

## 2. 令和 3 (2021) 年 6 月 23 日最高裁判所大法廷決定<sup>(13)</sup>

本件は、原告人らが「夫は夫の氏、妻は妻の氏を称する」と記載した婚姻届を提出しようとしたところ行政庁から不受理とされた事案である。原告人らは戸籍法 122 条に基づき市長に受理を命ずるよう家事審判を申し立てた。本件不受理処分は届出が民法 750 条及び婚姻届に「夫婦が称する氏」を記載するよう求める戸籍法 74 条 1 号に違反することを理由としたものであり、民法及び戸籍法の各規定が憲法 14 条 1 項、24 条、98 条 2 項に違反して無効である等と主張した。これに対し、最高裁判所は次のように示した。

「民法 750 条の規定が憲法 24 条に違反するものでない」ことは、平成 27 年大法廷判決の示すところであり、その「規定を受けて夫婦が称する氏を婚姻届の必要的記載事項と定めた戸籍法 74 条 1 号の規定もまた憲法 24 条に違反するものでないことは、平成 27 年大法廷判決の趣旨に徴して明らかである」。(2-1)

「平成 27 年大法廷判決以降にみられる女性の有業率の上昇、管理職に占める女性の割合の増加その他の社会の変化や、いわゆる選択的夫婦別氏制の導入に賛成する者の割合の増加その他の国民の意識の変化といった原決定が認定する諸事情等を踏まえても、平成 27 年大法廷判決の判断を変更すべきものとは認められない」。(2-2)

さらに「夫婦の氏についてどのような制度を採るのが立法政策として相当かという問題と」、  
「現行法の規定が憲法 24 条に違反して無効であるか否かという憲法適合性の審査の問題とは、次

元を異にする」。「制度の在り方は」「国会で論ぜられ、判断されるべき事柄にほかならない」。(2-3)

憲法 98 条 2 項を含むその他の違憲性につき、「その実質は単なる法令違反を主張するもの又はその前提を欠くものである」。(2-4)

以上が第 2 次訴訟といわれる最高裁判所決定の示すところである。この決定では平成 27 年判決を複数個所で引用し、独自の法律論は展開していない (2-1)。第 1 次訴訟からの 5 年間に生じた社会や国民意識の変化についても、それをどのように踏まえたのかを明確にすることなく、最高裁判所の判断を変更させるものではないと示した (2-2, 2-4)。そして再び、制度設計は国会で検討されるべきである旨を強調した (2-3)。これらの最高裁判所の判決決定に反対することによりその論理及び不備を明らかにしているのが、少数意見であり学説である。それを次に見ていこう。

### Ⅲ 憲法構造と氏, ジェンダー平等

女性の改氏を始めとするジェンダーに関することからは近年まで主に民法、特に家族法の問題として論じられてきた。憲法の問題として取り上げられる場合でも、女性の人権保障、殊に男女平等をめぐる憲法 14 条の問題として考察されてきた。

#### 1. 憲法 14 条の平等権及び平等原則

従来から憲法 14 条は 2 つの使命を有すると理解されている。1 つは個人が差別を受けない権利、つまり平等権の保障である。この平等は形式的なもので足りるのか、それとも同時に実質的な平等まで求められるのか。均質な個人の自由な活動を保障するためであれば、形式的な平等が重要であるが、諸個人の社会的な均等性が崩れていることに注目すれば、実質的な平等が要請される。通例、ジェンダー平等が語られるときには間接差別の禁止、すなわち私人間における実質的平等が求められる。この平等を進める手法が積極的差別解消措置であり、たとえばフランスでは社会構造的な差別に目を向けることでパリテ条項の挿入そしてポジティブ・アクションの採用がなされ、諸領域における実質的平等が加速されている<sup>(14)</sup>。しかしながら、日本ではこの平等権につき通説判例は形式説を採用する。この形式的平等観がジェンダー平等の障壁となって立ちだかっている。

いま 1 つは憲法総体を貫く原則の明記である。国会が立法をしたり行政機関が国民と接したりするにあたり、諸個人を機械的絶対的に扱うのではなく、同一条件同一事情にある者のみを均等に扱うという相対的平等原則が採用されている。すなわち、個人を一定の別異取り扱いにするときには、その区別を理に適ったものにすることが必要である。合理的理由があれば、それは平等待遇であり、差別を生じさせるものではない。もっとも、実際には合理的理由がどのようなものであるのかは明らかでない。学説では憲法 14 条後段に列挙された性別などの属性に関する区

別は厳格に審査されるべきと説かれることが多いが、やや緩めた厳格な合理性の基準で判定できると説く立場もある。判例は後段列挙事由を例示とし、合理性の有無で判断をする。したがって、合理的な説明のなされる限り、男女別の待遇は修正されるべきジェンダー差別として理解されない。

この点も先に見た通り、諸外国とは異なる。フランスにおいてジェンダー平等を推進するキーワードは男女平等 (l'égalité hommes-femmes) であり、両性の格差 (l'écart entre les sexes) の是正である。これらが日本におけるジェンダー平等に対応する用語である<sup>(15)</sup>。後述するSDGs 5で用いられる語句も両性の平等 (l'égalité des sexes) である<sup>(16)</sup>。男女という性による差別の禁止、つまりその平等化を他の平等の話と必ずしも同列に置かず、むしろ優先して取り組むべき課題として位置づけている。

憲法 14 条はこのような解釈がなされていない。現行の夫婦同氏制は夫になる者も妻になる者も婚姻にあたりどちらの氏を選択してもよいという形式的平等に則った制度であり、それは平等権を侵害するものとは解されない。その上で家族生活を定める条項等とつなげた説明をすることで、夫婦同氏制は法の下での平等原則にも即した制度であると判断される。そこで憲法の中核である個人主義を掲げている憲法 13 条の議論を次に見てみよう。

## 2. 憲法 13 条の個人の尊重、幸福追求権及び公共の福祉

かつて憲法 13 条は具体的な人権保障の規定とは解されていなかった。しかし社会の変化により個人の自律に不可欠の法的利益を憲法上の権利として保障する必要性が生じてきた。ここから憲法 13 条の定める「生命、自由及び幸福追求に対する国民の権利」が注目されるようになった。特に幸福追求権の内容は、通説では個人の人格的生存に不可欠な利益に限定されるが、その特定にあたっては種々の要素が考慮されてきた。

ここではしばしばアメリカ憲法学の成果を参照しながら、家族形成に関することを含めた幸福追求権ないし自己決定権 (プライバシー権) を考察する。殊に結社の自由の価値論から進めた私人間の親密圏 (intimate association) の内容を考察対象とする<sup>(17)</sup>。既に憲法上のプライバシー権によって憲法典に明示のない婚姻、出産、避妊、家族関係の自由等が認められ、その根拠づけが人格性の理論、関係性の理論、人格的關係性の選択の自由等により試みられている<sup>(18)</sup>。

この親密圏の問いは氏名にも投げかけられよう。氏名はかねてより個人の人格にまつわる本質的な利益にかかわるとされ、私法上の人格権として古くから認められてきた。しかも個人の氏名は戦時中の創氏改名や番号化を想起すればわかる通り、公権力の過度の介入や干渉が認められるべきものではなく、憲法的な保障を必要とする候補になりうるものである。氏名は個人が必ずしも自由に選び取ったものではないが、社会の変化と運命をともにする面がある。

人は出生すると、通常は親がその親権に基づき子に命名し、その名を親の氏とともに記載した出生届けを国に提出する。ここで子は氏名が確定する。その後、時を経ることによって「名は、氏と一体となって、個人を表象、特定し、他人と区別ないし識別する機能を有し、本人または命

名権者個人の利益のために存することは勿論であるが、そのためだけに存在するものではない。即ち、名は極めて社会的な働きをしており、公共の福祉にも係るものである<sup>(19)</sup>。個人の氏名は他者によって授けられるところから始まり、社会的な機能を発揮しながら国家による管理がなされる。ここで実体法としての民法と手続法としての戸籍法が整備されている<sup>(20)</sup>。

まず、この他者から与えられた氏名は生涯にわたって同一のものとも限らない。従前より本人の意思に基づく氏名の変更が認められている。出生時に奇異な名がつけられた場合等には、後に本人が改名の申請をできる。戸籍法 107 条の 2 によれば、「正当な事由」がある場合、家庭裁判所は改名を許可することができる。司法統計<sup>(21)</sup>では、名の変更の申し立て件数は年間およそ 6,500 件あり、名乗り出た者があげる理由は本人特定機能の不全やジェンダー・アイデンティティをめぐる苦悩等である。また奇異な氏等の場合も、本人の申し立てによる改氏を裁判所は許可することができる。戸籍法 107 条は本人が「やむを得ない事由」に基づき改氏を求める場合、裁判所はそれを許可することができる旨を定める。1 年間に氏の変更を求める者の数は約 1 万 2,000 名にのぼる。

また本人の積極的な改氏の意思に基づかずに、氏は一定の社会的な身分変動に連なり変更されることがある。未成年のときに親権者が離婚をすると、子の氏は養育権者の氏に合わせて変更されうる。成長して婚姻をするときにも、当事者の一方は改氏を求められる。ここで要求されているのが、かつては通称の利用であり<sup>(22)</sup>、その後は（選択的）夫婦別氏制の導入である。さらに婚姻を解消するとき、婚氏続称の届け出により婚姻中に称していた氏を名乗り続けることもできるところ、基本的には婚姻時に改氏をした者が氏の再変更をすることになる。

このような氏の変更を認めない制度をとる国もある。しばしば参照されるのがフランス法である。インスティトゥティオネス方式で編纂されたフランス民法典は、権利主体である人についての規定を冒頭に置く。フランス法は人及び家族に関する規定をともに民法で定めるが、氏名にまつわる記述は家族に関する部分ではなく人一般に関する部分においてなされ、それを個人の問題として扱うことに重きを置いている<sup>(23)</sup>。

氏名は名と氏からなる。出生のときにつけられた名は親の氏とともに出生証書に記載される。この出生証明書に登録された氏が生涯を通じて使われることになる。この仕組みは旧習を破壊していった大革命のときの立法に遡る。1794 年 8 月 23 日のデクレ 1 条は「いかなる市民も出生時に表明されたものとは異なる氏や名をもつことはできない」と定めた。1804 年の民法典もそれを変更せず、この仕組みを現在まで一貫して持ち続けている。

もっとも、この民法典は妻の権利を大きく制限したため、妻は夫の氏名を日常生活では用いていた。この通称使用から見て取れるように夫婦間には不平等が存在するとして男女平等を求める動きが出てくる。民法典の改正はその特徴を父（夫）権的家族思想の緩和と個人主義の強化に見出すことができる<sup>(24)</sup>。

一般に男女平等を力強く主張する活動はフェミニズムといわれるが、個人の平等を前面に押し出すフランス人の活動は普遍主義的フェミニズムと呼ばれる。この言葉に女性の地位を向上させ

るための闘争という意味を込めたのが、第1波フェミニズムと位置づけられる第3共和制期の諸活動である。1890年代に人々はフェミニスト協会を結成していった。フランス女性が政治的な権利である選挙権を獲得したのは1944年である。

第2波は、女性解放思想の草分けとされるボーヴォワールの『第二の性』（1949年）が公刊された後の1960年代に広まり、そこにアングロ・サクソン系のウーマン・リブが入ってきた。そして特に1960年代中葉以降、人及び家族に関する領域のほとんどすべての事項にわたり全面的な再検討を加えていった<sup>(25)</sup>。家事労働の再定義から始め、その照準を身体的自由、わけてもセクシュアリティの解放と中絶の自由の獲得に定めた。そして1975年1月17日の法律により、それまで禁止されていた妊娠中絶を受けることが女性に容認された。この通称バール法はフランス女性を自らが望まぬ妊娠出産から解放し、彼女たちが中絶を強いられることなく個人としての社会活動を続行できるようにしたと高く評価されている。

この後に続くのが第3波であり、それは職場におけるセクハラ禁止など女性の社会活動の環境整備をする立法を求めていく。さらに男女の関係性が変わってくることによっても夫と妻という家族のあり方を問い直し、その家族内の子の氏についても法の整備をはかっていく<sup>(26)</sup>。

このようなほぼ直線的なジェンダー平等の改革がフランスでは続けられているのだが、前述の通り、日本の法改革ではこのような展開はない。最高裁判所によれば、個人は氏の変更をまったく強制されない憲法上の人格権なるものをもたず、改氏によるアイデンティティの喪失等も婚姻家族制度のあり方を検討するにあたり考慮されるべき事項にすぎない。最近の社会や国民意識の変化も従来の判断の変更を迫るものではない。氏は個人の権利保障の問題を超えて、国の婚姻家族制度の問題であると示された。そこで、その家族に関わるとされる憲法24条を次に見てみる。

### 3. 憲法24条の家族生活における個人の尊厳と両性の平等

制定時におけるベアテ・シロタの活躍で知られる憲法24条は、かつての家制度の廃止を主たる目的とする。大日本帝国憲法には家に関する直接的な定めはなかったが、それより以前に制定された民法典に家、戸主、家督相続からなる一連の家制度が定められていた。氏に注目してそれを整理すると、次のような特色がある<sup>(27)</sup>。すべての個人はいずれかの家に属するところ、婚姻等により所属する家が変わると氏も変わる。家は共同生活の実体であるとともに戸籍上の存在であり、氏の変更は直ちに戸籍に記載される。家を同じくすることは相続、扶養、親権行使等の親族法上の効果を伴い、氏の異同は実質的に人の身分に影響を及ぼす。このような家制度と戸籍制度の廃止を憲法24条は主に担うものとして定められた。

日本国憲法の制定に合わせて民法も改正された。民法学では家制度の廃止をめぐる批判が噴出し、氏に関する論文が数多く公にされた<sup>(28)</sup>。しかしながら、憲法24条の方は必ずしも多くの論稿が出されたとは言えず、その内容は取り立てて明らかにされずに推移していった<sup>(29)</sup>。この家族条項が憲法学においても注目を浴びようになるのは比較的最近である。世帯数も一世帯内の人数もすでに減少し、さらに同性愛者等による質的にも新しい家族が作られてきている今日で



は、その実態に即した憲法 24 条論が探究される<sup>(30)</sup>。一方では家制度に対抗し、他方では新しい家族を取り込み、しかしまた同時に、氏を同じくする高次の家族という団体がむやみに保護されることを防ぐ必要がある。このような使命を帯びた憲法 24 条の解釈論が探られている。

かねてより学説の多くは憲法 24 条を人権規定であると解し、その権利の性質を論じてきた。夫婦を中心に据えた家族を想定すれば、憲法 24 条を結社の自由のように論考していくことになる。一般的には、憲法 24 条を憲法 14 条の確認規定あるいは同条の特別法であると考え。さらに憲法 24 条を憲法 14 条と憲法 13 条の両方の特別規定と捉えることもある。憲法 24 条 1 項は個人に婚姻、非婚、離婚の自由を保障するが、それは憲法 13 条が個人に保障する幸福追求権の一環としての人格的自律権ないし家族に関する自己決定権として具体化されたものである。それに対し憲法 24 条 2 項は、国会が婚姻及び家族に関するその他の事項を定める法律を制定するにあたり、それが個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚して行われなければならないことを求めるものである。この憲法 24 条 2 項が立法裁量の限界を示していると解する。この理解は個人が法律婚のほかに事実婚を選択する自由をもつことを積極的に評価していくことになる。改名は憲法 13 条の保障する権利として、また婚姻の際の改氏は憲法 24 条 1 項の保障する権利に対する制約として、それぞれ捉えられる。国会は憲法 14 条を基礎にした憲法 24 条 2 項に基づき婚姻に関する法律を制定改正していかなければならない。

このような人権理解に対し、憲法 24 条を制度とみる学説も従来から存在していた。ドイツ憲法学を参考にして、家族をいわゆる制度的保障と解したり<sup>(31)</sup>、基本権の内容形成論 (die Ausgestaltung der Grundrechte) を展開したりしていた<sup>(32)</sup>。憲法上の権利につき法律が規律を行う場合、それは権利の制約と捉えられるときと権利の具体化ないし内容形成と捉えられるときがある。主として自由権に関する前者の制約には正当化を要し、その合憲性は 3 段階審査で判定される。それに対し、社会権などに関する後者は権利の範囲や権利行使の方法を立法者が定め、その権利の具体化ないし内容形成をはかる必要がある。この立法裁量の広狭は権利規定の解釈に依存する<sup>(33)</sup>。

最高裁判所はこの後者の枠組みを採用したようである (1-1)。憲法 24 条の解釈にあたり、かつての家制度との関係を明らかにせず、「夫婦とその間の未成年の子や養親子」からなる集団を憲法上の家族モデルとして想定する (1-2)。そして婚姻縁組による家族制度の内容形成における考慮事項ないし憲法 24 条 2 項の規範内容を考え、それを憲法の明記する個人の尊厳及び両性の本質的平等のほか、家族制度へのアクセス可能性、並びに家族の構成員であることを表示し且つ実感させるという家族の共同性及び両親と同氏であることに関する子の利益等であるとする。

学説では、個人の尊厳について倫理学等における関係責任ないしケア責任をこの条項に持ち込み、家制度とは切り離す。家族は自律的な個人による自発的な結合のみではなくケアを要する依存的な存在を含む結合であることに注意を払う。家族内の弱者に対し、他の構成員は親密な関係性に基づくケア責任を負う。このケア責任の公正な分配のために、国家は法律で家族に介入することが求められると同時にそれは正当化される。個人には憲法 13 条に基づく自由権的な親密な

結合の自由とは別に、憲法 24 条と立法によって創設され限界づけられた家族制度の利用の自由がある<sup>(34)</sup>。

憲法 24 条はかつて家族を解体する要因を内包すると指摘されていたが<sup>(35)</sup>、近年ではほぼその真逆の婚姻縁組家族を保護する制度設計のための規定として認識され出している。そして家族内部の最大の弱者である子の養育等を理由に、親権者となる夫婦に関する法制度が作られてきている<sup>(36)</sup>。

先述の通り、最高裁判所は憲法 24 条の明示する個人の尊厳及び両性の本質的平等を家族制度の構築にあたっての要請指針であると述べることにより (1-8)、個人の尊厳及び両性の本質的平等の位置づけを憲法上の要請から明確に引き下げた。ここからは最高裁判所の意識においてジェンダー平等を実現する必要性の程度も下がっていることが窺えよう。憲法 98 条 2 項は「日本が締結した条約及び確立された国際法規」の誠実な遵守を、最高裁判所を含む日本の国家機関に求めている。そこで次に最高裁判所の反対意見が重視した国際協調主義<sup>(37)</sup>をめぐる動きに目を向けてみる。

### Ⅲ 国際協調主義と氏、ジェンダー平等

日本は条約の国内への編入手続きについて一般的受容方式を採用している。国際社会において法的拘束力を持つ条約は実施するための法律が制定されていなくても国内で当然に効力をもつ。最高裁判所は条約にかかわることがらを「単なる法令」として一蹴しているが、以下では日本をとりまくジェンダー平等の世界的な動きとともに個人の氏、特に婚姻の際の改氏に関する条約及びそれを具体化した法律等について確認していく。ここでは国際法の中心的な主体である国家政府のみならず非政府組織や私企業さらに世界的に著名な個人等も活躍していることに留意したい。

第 2 次世界大戦直後の 1946 年、国際連合の経済社会理事会の機能委員会として女性の地位委員会が設立された。この委員会は以後、経済社会理事会に対し政治的、市民的及び教育的な領域等における女性の地位改善に向けた勧告や報告その他提案等を行っていく。この女性の地位委員会の求めにより、第 1 回世界女性会議が 1975 年、国連主催の下に開かれ、その成果は 1979 年に女性差別撤廃条約として結実している。この条約 16 条 1 項(b)に「自由かつ完全な合意のみにより婚姻をする同一の権利」があり、同条項(g)に「夫及び妻の同一の個人的権利（氏及び職業を選択する権利を含む）」がある。このように夫婦別氏制は女性差別撤廃の文脈で 1970 年代には採用が求められていたものである。この女性差別撤廃条約について加盟国ごとの実施状況を審査するため、同条約 17 条に基づく女性差別撤廃委員会が 1982 年に発足した。1984 年に同条約を批准した日本は、以後、女性差別撤廃委員会の審査を受け<sup>(38)</sup>、夫婦同氏制について 2003 年、2009 年、2016 年と 3 回にわたり法改正の勧告を受けている<sup>(39)</sup>。

日本が同条約を批准した後の 1985 年には第 3 回世界女性会議がナイロビで開かれ、そこでは

グローバル・フェミニズムが誕生した。その1985年に日本では男女雇用機会均等法（昭和47年法律第113号）が定められ、主に労働法分野での男女平等が進められていく。夫婦別氏に関する世論調査も行われ、1991年には法相の諮問機関である法制審議会民法部会身分法小委員会が正式に夫婦別氏の検討に入り、1996年には法制審議会が「婚姻制度等に関する民法改正要綱」を答申した。

国際社会では1995年の第4回世界女性会議がジェンダー平等（gender equality）と女性のエンパワメントの達成に取り組むことを各国政府に課す北京宣言及び行動綱領を作成した<sup>(40)</sup>。さらに1999年にはその選択議定書もまとめた。同年、日本では男女共同参画社会基本法（平成11年法律第78号）が制定され、前文において「日本国憲法に個人の尊重と法の下での平等がうたわれ、男女平等の実現に向けた様々な取組が、国際社会における取組とも連動しつつ、着実に進められてきたが、なお一層の努力が必要」であり「社会のあらゆる分野において、男女共同参画社会の形成の促進に関する施策の推進を図っていく」と宣言された。この法律が日本政府のみならず地方自治体にもジェンダー平等に関する施策の計画的な策定と実施を求めている。

翌2000年6月に開かれた国連の特別総会「女性2000年会議」は、北京宣言及び行動綱領の実施状況を確認した。その10年後、国連総会は複数あった女性関連の組織をまとめてUN Womenというジェンダー平等と女性のエンパワメントをはかる国際機関を新設した。この機関が軸となり、2014年から2015年にかけて「2030年までのプラネット50-50平等な地球社会：ジェンダー平等を加速させよう」というキャンペーンを張っていく。これが翌2015年のサミットで採択される2030アジェンダ、つまり文脈をやや異にするSDGsにつながっていく。

パリに本部のある経済協力開発機構は1948年、マーシャルプランの受け入れ体制としての欧州経済協力機構に始まる。1961年には欧州と北米が対等のパートナーとして自由主義経済の発展に向けて改組されたため、日本は1964年にその経済協力開発機構に加盟した。そして1996年、その開発援助委員会第34回上級会合は「21世紀に向けて：開発協力を通じた貢献」を採択した。この新開発戦略は国際開発目標を掲げ、「社会的開発」分野の目標の1つに「初等中等教育における男女格差の是正」を含めていた。そこへ1998年、国連総会は第55回会合をミレニアム総会と称することとし、その不可欠の部分としてミレニアムサミットの開催を決議した。そして2000年、150名近い国家元首・政府首脳・政府高官が国連本部に参集したサミットにおいて、ミレニアム開発目標を定めたミレニアム宣言が採択された。この2015年までに達成すべき目標として掲げられたものの1つが「ジェンダー平等の推進と女性の地位向上」であった。

その2015年、国連本部において150名を超える加盟国首脳が出席した持続可能な開発サミットが開催され、「我々の世界を変革する：持続可能な開発のための2030アジェンダ」が採択された。この国連決議70/1は、2016年から2030年までの15年間で各国が達成すべきゴールを示し、17の目標と169のターゲットを掲げた。その持続可能な開発目標（SDGs）の5番目が「ジェンダーの平等を達成し、すべての女性と女子のエンパワメントを図る」ことである。ここに含まれる9項目のターゲットについては、国連総会が2017年、進捗具合を測定するための指標を採

択し<sup>(41)</sup>、各国の「議会及び地方議会において女性が占める議席の割合」や「管理職に占める女性の割合」などの指標を示している。日本も自国の評価をその2017年に行ったほか、政治分野における男女共同参画推進法（令和3年法律第67号）を翌2018年に制定した。

冒頭でみたように、スイスに本部を置く経済的、政治的、その他社会における著名人たちが連携する非営利財団である世界経済フォーラムは毎年、グローバル・ジェンダーギャップ・リポートを作成し、そこで各国における男女格差を測るジェンダーギャップ指数を公表している。経済、政治、教育、健康の4分野のデータから構成されるジェンダーギャップ指数は日本の総合スコアを0.656とし、2021年のリポートは日本を156か国中120位と位置づけた。特に政治と経済の分野で見劣りがすると評価された日本では、この指数及び順位をあげる事が「ジェンダー平等」という一語に込められている。

これまで通観してきたように、個人の氏名は全世界の女性差別の解消に向けた課題として捉えられ、既に約50年前にその方向性は明らかにされている。それ以降は先進国を中心により一層のこと実質的な平等が求められている。ジェンダー平等の推進役は、女性差別撤廃委員会やUN Womenなどの国連諸機関のみならず、かつて先進国のクラブと言われた経済協力開発機構という他の国際機構や世界経済フォーラム等もそれを担うに至っている。それらは女性差別撤廃委員会の求める伝統的な条約の遵守ではもはや満足せず、競争原理に基づく数値目標の達成を求めている。

先に若干ふれたところであるが、フランス社会では200年以上も前に氏名を個人に備わるものとして法制度化し、両性とも人は氏名を出生のときに確定させる。その上で、家庭生活や学校生活、職業生活と広がる男女の活動を平等化し、さらに構造差別に目を向けた社会全般にわたる実質的平等化を推進している。欧州連合からの影響も受けつつ国際連合の条約の遵守はもとより国内法の改正も積極的に行っている。ポジティブ・アクションにより数値目標も達成してきている<sup>(42)</sup>。フランスはもちろん国連加盟国であり常任理事国であり経済協力開発機構構成国である。このような国が国際機構や国際社会をリードしている。日本はジェンダー平等を押し進める諸国の法状況を知り、それを「単なる法令」に関するものとして扱うのではなく憲法の解釈に取り込むことが求められている。

#### IV 終わりに

これまで個人の氏をめぐる事案で最高裁判所が判断したところと個人の氏名を出発点にしてジェンダー平等を進める国際的な潮流とを俯瞰してきた。

最高裁判所によれば、婚姻にあたり当事者の一方が求められる改氏は個人の尊重を最重視する憲法13条に違反しないのみならず、相対的な平等権と合理的な区別を受け入れる平等原則をも定める憲法14条にも違反しない。憲法24条は1項2項で区別せず婚姻制度や家族制度を構築するための規定であり、家族構成員に同一の氏を求める法律は夫婦及び未成年の子等からなる

家族を保護すると同時に規律もする制度として憲法 24 条に適合する。

これが最高裁判所の示すジェンダー平等なり男女共同参画なりの憲法構造であり、性をもつ個人を性別に基づき形成する家族という集団に埋め込む論理である。このような憲法解釈はジェンダー秩序を克服するどころか、次世代にもその秩序を継続させていこうとするものであり、男女の実質的平等を目指して家族の変革そして社会構造の改革を促そうとする視点に欠ける。最高裁判所の判断は国会への法改正の圧力を高めたが、その論理は個人を家族という集団に埋没させ、社会におけるジェンダー平等を停滞させる危険性を大いに孕むものである。

もっとも、最高裁判所は現行の夫婦同氏制を唯一のあるべき制度として位置づけたわけではない。夫婦別氏制が国際社会における女性差別撤廃の流れで求められている以上、現在とは異なる法制度の採用は十分にあり得るところであろう<sup>(43)</sup>。個人と社会との関係を規律する憲法諸条項をジェンダーの視点から改めて解釈し直すことが求められている。

#### 《注》

- (1) 例えば、日経ウーマンエンパワーメントは 2021 年に 3 回のジェンダーギャップ会議を開催するなど情報の発信に力を入れている。日本経済新聞 2021 年 6 月 28 日。
- (2) 日本経済新聞 2021 年 7 月 2 日。
- (3) <https://www.weforum.org/reports/ab6795a1-960c-42b2-b3d5-587eccda6023>
- (4) [https://www.gender.go.jp/public/kyodosankaku/2021/202105/202105\\_05.html](https://www.gender.go.jp/public/kyodosankaku/2021/202105/202105_05.html)
- (5) 男女共同参画局のサイトには、ジェンダー平等に関する多種多様な資料が掲載されている。  
<https://www.gender.go.jp/>
- (6) 例えば、芦部信喜（高橋和之補訂）『憲法（第 7 版）』岩波書店（2019 年）。
- (7) 注(6)の補訂者によるものとして、高橋和之「夫婦別姓訴訟」世界 3 月号（2016 年）138 頁以下。
- (8) 第 5 次男女平等共同参画基本計画第 9 分野。
- (9) 石山玲子「選択的夫婦別姓をめぐる新聞報道の分析——賛否理由におけるニュースフレームを視野に入れて」成城文芸 209 号（2009 年）113 頁以下、参照。
- (10) 最大判平成 27 年 12 月 16 日民集 69 卷 8 号 2427 頁。
- (11) 蟻川恒正「夫婦同氏制の合憲性」『民法判例百選Ⅲ（第 2 版）』14 頁、駒村圭吾「夫婦同氏制の合憲性」『憲法判例百選Ⅰ（第 7 版）』66 頁等、参照。
- (12) 木村草太「同氏合意による婚姻・戸籍作成の区別の合憲性——東京地裁令和 3 年 4 月 21 日判決」法律時報 93 卷 9 号（2021 年）等、参照。
- (13) 最大決令和 3 年 6 月 23 日裁判所時報 1770 号 3 頁。
- (14) 植野妙実子「男女平等を推進する平等概念」中村陸男他編『欧州統合とフランス憲法の変容』有斐閣（2003 年）等、参照。
- (15) ジェンダー平等に似た用語として、ジェンダー理論（*théorie-du-gender*）がある。これは近代市民社会が市民社会と私的領域という公私二元論に立ち、一方の性を市民社会から排除してきた構造や性の視点から社会が構築されていること等を考察する講学的な内容をもつ。それに対し、男女平等は平等の ABCD という表現でもって教えられるものであり、初等・中等教育の場で実践されるべきことからである。
- (16) 国連諸機関は差別との闘いのテーマで女性のエンパワーメントのほか LGBT の人々への差別の禁止も取り扱っている。総会決議で人権理事会を設置した 2006 年以降、性的指向と性自認とを一括りにまとめた SOGI という言葉が国連諸機関で広く用いられている。国連事務総長は 2010 年末、同性

愛者・異性愛者・トランスジェンダーの人々を含めたLGBT平等に関する演説を行い、翌2011年6月には人権理事会が個人の性的指向と性自認を理由とする暴力や差別に懸念を表明し、「人権、性的指向と性自認」という決議を採択した。国連人権高等弁務官事務所も報告書を作成したが、人権理事会は2014年の決議を経て2016年に改めて「性的指向と性自認を理由とする暴力と差別からの保護」に関する決議を採択し、独立した専門家の設置を決めた。その後もLGBTIQ+の人々への憎悪をなくしていくことを国連指導者たちは表明している。この点でも日本法の整備は遅れ、LGBT理解増進法案は多様性を掲げた東京オリンピックの開催前には国会に上程されなかった。SDGsの目標5が言及するのは直接には女性であるが、国連は差別との闘いのテーマで女性のエンパワーメントのほかにはLGBTの人々への差別の廃止も目指している。それは1990年、世界保健機構が同性愛を精神疾患のリストから削除したことに始まる。性に基づく秩序の克服を目指すジェンダー平等は現代的な性の揺れや多様性とも関連している。

- (17) ハーバーマスの市民的公共圏論が政治哲学の文脈で隆盛した。これが公私二元論を背景として近代家族に同視された親密圏を批判的に捉える契機となった。齋藤笑美子「親密圏と『権利』の可能性」ジェンダー法学会編『ジェンダー法学が切り拓く展望』日本加除出版（2012年）85頁。
- (18) 上田宏和『「自己決定権」の構造』成文堂（2018年）等、参照。
- (19) 東京家八王子支審平成6年1月31日判時1486号56頁。
- (20) 明治政府がその成立後直ちに着手した政策の1つが戸籍制度による国民の管理であった。明治4年の太政官布告戸籍法（壬申戸籍）は、幕藩体制における身分規制を解放するために身分別編成方式を採用せず人一般を等しく把握し政治的平準化をはかった。しかし、新たに設けた戸を単位とすることで解放した全国民を再統合した。明治3年には平民に氏の使用を許したが、明治5年には氏の改称を禁じ、明治8年にはその氏の使用を強制した。この戸籍手続きを通じて実質的な家制度の骨格が形成されていく。その際、戸主が家族を統制できるように婚姻及び養子縁組等は戸籍への登記を必要とし法律婚主義を採用した。利谷信義「戸籍法と『家』制度の形成」牧英正・藤原明久『日本法制史』青林書院（1993年）275頁以下。
- (21) 司法統計は改名や改氏を求めた者の人数を公表しているが、実際に変更が認められた者の人数、氏名を変更した者の年代や性別その理由等は非公表である。「司法統計」家事事件編（令和元年度）[https://www.courts.go.jp/app/sihotokei\\_jp/search](https://www.courts.go.jp/app/sihotokei_jp/search)
- (22) 東京地判平成5年11月19日判時1486号21頁、判タ835号58頁。
- (23) 石井智弥「フランス民法における氏の位置づけ」茨城大学人文学部紀要（社会科学論集）62号（2016年）6頁。
- (24) 山口俊夫『概説フランス法 上』東京大学出版会（1978年）367頁。
- (25) 同368頁。
- (26) 子の氏については2003年6月18日の通称ラファランⅡ法によって変更された。色川豪一「フランスにおける子の氏」比較法学38巻2号（2005年）等、参照。
- (27) 滝沢幸代「フランスの判例からみた夫婦の氏——夫婦別氏制への展望——」成城法学34巻（1990年）50頁。
- (28) 同45頁。
- (29) 家制度の廃止と復活の阻止という従来から続く憲法24条の役割は、現在も主要な政党の憲法改正案が個人主義の廃止と家族主義の強化を目指しているところから、今後も必要性がなくなるということはないであろう。
- (30) 君塚正臣「日本国憲法24条解釈の検証：或いは『「家族」の憲法学的研究』の一部として」関西大学法学論集52巻1号（2002年）等、参照。
- (31) 工藤達朗「憲法における婚姻と家族」赤坂正浩他『ファーストステップ憲法』有斐閣（2005年）等、参照。
- (32) 小山剛『基本権の内容形成——立法による憲法価値の実現』尚学社（2004年）等、参照。

- (33) 曾我部真裕「憲法 24 条と婚姻の自由」法学教室 487 号 (2021 年) 103 頁。
- (34) 篠原永明『「婚姻の自由」の内容形成：夫婦同氏制合憲判決を参考に』甲南法学 57 巻 3・4 号 (2017 年)、同「婚姻・家族制度の内容形成における考慮事項とその具体的展開」甲南大学 58 巻 3・4 号 (2018 年) 等、参照。
- (35) 樋口陽一「人権主体としての個人」憲法理論研究会編『人権理論の新展開』敬文堂 (1994 年) 等、参照。
- (36) 水野紀子編『家族——ジェンダーと自由と法』東北大学出版会 (2007 年) 等、参照。
- (37) 松田浩道「国際法の国内的効力——宮崎・宇賀反対意見のインパクト」法律時報 93 巻 11 号 (2021 年) 79 頁以下。
- (38) 山下泰子「女性差別撤廃条約の日本へのインパクト——CEDAW のコメントへの日本の対応を中心に」ジェンダー法学会『ジェンダー法学のインパクト』日本加除出版 (2012 年) 等、参照。
- (39) 2016 年に審査をした女性差別撤廃委員会は、日本政府への個人通報に対する見解において民法 750 条が差別的であるとし、その勧告を実施するために講じた措置を 2 年以内に提出するよう求めた。また日本政府が 2018 年 3 月に行ったフォローアップ報告に対し、同年 12 月 17 日付けでさらなる行動に関する情報の提供を求める見解を日本政府に送っていた。しかし、その見解は外務省のもとにとどめられ、内閣府男女共同参画局には報告されなかった。このことが明らかにされたのは参議院特別委員会の質疑においてであった。朝日新聞 2021 年 3 月 23 日。
- (40) 北京会議以降、各国は女性のエンパワーメント、ジェンダー平等、ジェンダー主流化に取り組み始めた。
- (41) [https://www.soumu.go.jp/main\\_content/000562264.pdf](https://www.soumu.go.jp/main_content/000562264.pdf)
- (42) 日本のジェンダー平等で問題になる女性の政界への参画は、フランスでは 1970 年代に始まる。家族・女性の地位担当大臣が 1979 年に提案をしてまとめられた 1982 年の性別クォータ制法案には違憲判決が出されたが、しかしその後 1999 年の改憲を経て「議員職及び公職への男女の均等なアクセスを促進する法律」が 2000 年 6 月 6 日に公布されている。この通称パリテ法により、各政党は比例代表制をとる州選挙、市町村選挙、元老院議員選挙、欧州選挙において、男女同数の名簿の提示が求められる。さらに小選挙区制をとる選挙においても、「政党への助成金に関して男女同数を求める法律」が制定された。そして 2014 年 8 月 4 日の「男女の実質的平等のための法律」は、2017 年以降の国民議会議員選挙における男女平等を加速させている。また女性の経済界への参画も、それは 1983 年の EC/EU の男女均等待遇指令を国内法化した 1983 年 7 月 13 日の「男女職業平等法律」に始まる。それは労使間の団体交渉を男女均等待遇の実現手段とする 2001 年 5 月 9 日の「男女職業平等法律」にとって代えられている。均等待遇にとり重要な給与についても、2006 年 3 月 16 日の違憲判決が乗り越えられ、同年 3 月 23 日の「男女給与平等法律」が制定されている。現行法は 2011 年 1 月 27 日の「取締役会・監査役会内部における男女の均衡ある代表と職業平等に関する法律」であり、制定から 10 年になる 2021 年までのことが既に総括されている。糠塚康江「なぜポジティブ・アクションなのか」ジェンダー法学会『ジェンダー法学が切り拓く展望』日本加除出版 (2012 年) 等、参照。
- (43) 蟻川恒正「家族への法的介入と憲法——夫婦同氏強制を素材として」法律時報 90 巻 11 号 (2018 年) 参照。