

# 研究ノート 最高裁大法廷判決と国際人権法

苑原 俊明

## 1. はじめに

2015年（平成27年）最高裁判所は家族法にかかる2つの大法廷判決を示した。一つは再婚禁止期間を定める民法733条1項のなかで100日を超える部分につき違憲とし、他方は夫婦同氏を定める民法750条を合憲とするものである。本稿では誌面の制約上から後者<sup>1</sup>のみを素材として、過去の最高裁判例と比較しながら国際人権法からみた問題点について考察する。

## 2 民法規定の変遷

### 2-1 明治民法

本稿の視点は国際人権法にあるが、問題となる民法規定が日本の法制史においていかなる位置にあるのかについて、考察する。明治民法においては家族の氏について746条が定めていた。

#### 746条 戸主及び家族ハ其ノ家ノ氏ヲ称ス

梅謙次郎はこの条文の趣旨を次のように解説した。

家には必ず氏があり、家の構成員である戸主および家族は当然その氏を称すべきである。

従来の行政慣習では、妻は実家の氏を称するべきものとしていたが、「我邦の家制の主義」に適しない。

#### 788条 妻ハ婚姻ニ因リテ夫ノ家ニ入ル

また梅によれば788条の結果として妻が夫の氏を称すべきであって、そのことは746条の規定によって明らかだとされる<sup>2</sup>。よって夫婦の同氏制は明治民法において「家」制度の一翼を担っていた。

### 2-2 現行民法

現行憲法24条の規定により、家族法は個人の尊厳および両性の本質的平等に基づくことが求められることとなり、民法の関連規定の改正がなされた。750条において、「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」とされる。

昭和22年、起草を行った臨時法律制度調査会・民法改正起草委員会の民法改正要綱では、親族共同生活を現実に即して規律することとされ、「夫婦は通例共に夫の氏を称し、その間の子は父母の氏を称し、男の子が婚姻すれば夫婦共にその氏を称する」とこととされた<sup>3</sup>。

従って、民法750条の文言上、夫婦の氏は夫または妻のいずれかを選ぶという点で中立的であるが、夫の氏を選ぶことが社会での「通例」との認識があったのである。

### 2-3 民法改正案

民法750条については、夫婦同氏かまたは別氏を選択できるようにするという改正案が示されている。つまり1996年の法制審議会答申である「民法の一部を改正する法律案要綱」では、次の改正案がある。

#### 第三 夫婦の氏

一 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し、又は各自の婚姻前の氏を称するものとする。

二宮周平教授によると本改正案は、「選択的夫婦別姓の導入で家族の中での夫・妻の独立性を示す意義と、同姓夫婦、別姓夫婦の共存による多様な家族の承認につながる意義がある」とされる。ただし同教授によると、性別役割分業の家族像に「固執する」側から「家族の崩壊」、「家族の一体感を損なう」などの批判を受けている<sup>4</sup>。

<sup>1</sup> 2015年12月16日最高裁大法廷判決

平成26年（オ）第1023号損害賠償請求事件

判例時報平成28年4月11日号（第2284号）38-52頁（以下、判時と略する）

<sup>2</sup> 梅謙次郎『初版民法要義巻之四親族編』を苑原が現代語に直して要約した。

<sup>3</sup> 我妻栄『民法改正要綱と家族制度との関係』『民法研究VII-2』昭和44年、8頁。

<sup>4</sup> 二宮周平『家族法と性別役割分業-法的仕組みの現状と改革の動向』『岩波講座現代の法11 ジェンダーと法』、1997年。

### 3 女性差別撤廃条約

本稿での国際人権法としては、1979年12月に国連総会で採択され、1981年9月3日に効力を生じた女性差別撤廃条約の規定と条約の実施を監視するために設置された女性差別撤廃委員会の採択した文書を参照する。なお日本は1980年に条約を署名し、1985年に批准した。

#### 3-1 条約規定

夫婦の氏に関連した条約の適用可能な規定は次の通りである。

2条 締約国は女性に対する差別を撤廃する政策をすべての適切な手段により、かつ、遅滞なく追求することに合意し、及びこのため次のことを約束する。

(f) 女性に対する差別となる既存の法律、規則、慣習及び慣行を修正し又は廃止するためのすべての適当な措置（立法を含む）をとること。

本条約についての日本における権威ある評釈書によれば、この規定は、社会慣習・慣行に存在する性差別こそが最も根源的な問題であるとの認識に立ち、事実上の平等を条約の射程に入れたものとされている<sup>5</sup>。

16条1項 締約国は婚姻及び家族関係に関するすべての事項について女性に対する差別を撤廃するためのすべての適当な措置をとるものとし、特に、男女の平等を基礎として次のことを確保する。

(g) 夫及び妻の同一の個人的権利（姓及び職業を選択する権利を含む）

前掲の評釈書によれば、民法750条の規定が「性に中立のように見えても、実際に98%の夫婦が夫の姓を称している現実」は、条約の16条1項（g）号と2条（f）号を併せて読むと、「条約違反となりうる」とされる。

#### 3-2 女性差別撤廃委員会の一般勧告

1994年に女性差別撤廃委員会が採択した婚姻及び家族関係における平等に関する一般勧告第21号は、条約規定を解釈する指針を下記のように示している<sup>6</sup>。

第24段落 各パートナーは、共同体における個性及びアイデンティティを保持し、社会の他の構成員と自己を区別するために、自己の姓を選択する権利を有するべきである。法もしくは慣習により、婚姻もしくはその解消に際して自己の姓の変更を強制される場合には、女性はこれらの権利を否定されている。

条約2条に基づく締約国の主要義務に関する2010年の委員会の一般勧告28号では、締約国が実施すべき義務の内容について、次のような指針を示している<sup>7</sup>。

#### Ⅲ 第2条に規定された一般義務 A. 第2条前文

第16段落 締約国は、女性が差別を受けない権利を尊重、保護、履行する義務があり、女性の地位ならびに法律上及び実質上の権利もしくは男性との実質的平等を改善すべく、女性の発展と地位向上を確保する義務がある。（中略）女性に対する間接差別は、法律、政策、計画や慣行が男女に関係するため中立であるようにみえるが、既存の不平等が明らかに中立的な方法で対処されていないため、実際には差別的影響をもたらしている。

#### B. パラグラフ2(a)-(g)

第31段落 パラグラフ2(a), 2(f), 2(g)は、女性に対する差別を撤廃するための一部として、締約国が法的保護を与え差別法及び規制を廃止または修正する義務を定めている。（中略）締約国は、女性差別を引き起こしている既存の法律、規則、慣習や慣行を修正または廃止するための措置を講ずる義務がある。

#### 3-3 最高裁判決以前の政府報告書審査

日本政府が条約の実施状況に関して提出した第6回報告書について2009年、女性差別撤廃委員会が審査した。

この審査の後に委員会が採択した総括所見（A）、そのなかで委員会が日本政府に対して勧告した事項の実施に関して（次回報告より前の）2年以内に情報提供を要請されたもの（フォローアップ、B）、この要請に対する日本政府の回答を受けての委員会による更なる追加情報提供要請への政府回答と委員会の評価（C）をとりあげる<sup>8</sup>。

<sup>5</sup> 山下泰子『女性差別撤廃条約の研究』尚学社、1996年、101頁。

<sup>6</sup> 金塚彩乃「第2章 民法（家族法）改正」、林陽子編著『女性差別撤廃条約と私たち』信山社、2011年からの引用。

<sup>7</sup> 内閣府男女共同参画局による仮訳を一部修正のうえ引用している。

<sup>8</sup> 政府のフォローアップへの対応および委員会の評価については、林陽子「解説女性差別撤廃条約フォローアップ手続」国際女性の地位協会編『学んで活かそう女性の権利（改訂2版）女性差別撤廃条約の新展開』2015年、を参照した。

(A) 総括所見

第17段落 委員会は、(中略) 夫婦の氏の選択に関する差別的な法規定が撤廃されていないことについて懸念を有する。  
(略)

第18段落 委員会は、(中略) 選択的夫婦別氏制度を採用することを内容とする民法改正のために早急な対策を講じるよう締約国に要請する。(以下略)

(B) フォローアップ

委員会の勧告に対して2011年8月に日本政府は、その回答のうちⅢ男女共同参画会議2010年7月答申及び第3次基本計画における家族法制の整備に関する記述並びに同計画の広報活動の実施について、という項目の第7,8段落において次のように述べた。

2010年7月男女共同会議は、「夫婦や家族の在り方の多様化や女子差別撤廃委員会の最終見解も踏まえ、選択的夫婦別氏制度を含む民法改正が必要」との答申を内閣総理大臣に提出し、2010年12月答申を踏まえて政府は第3次基本計画を閣議決定した。同計画では、「夫婦や家族の在り方の多様化や女子差別撤廃委員会の最終見解も踏まえ、婚姻適齢の男女統一、選択的夫婦別氏制度の導入等の民法改正について、引き続き検討を進める。」とした。

(C) 委員会の評価

2011年11月4日に委員会から日本政府に追加の情報提供の要請がなされた。そのなかで、委員会は民法及び戸籍法の差別的規定に関する総括所見第18段落での勧告について、一部履行されたものと判断した。民法及び戸籍法の一部を改正する法律案(仮称)は、(中略) 選択的夫婦別氏制度の導入(中略)を規定しておらず、内閣でまだ採択されていないことが理由である。

委員会は日本政府に対して、1年以内に、条約16条1(g)の規定に沿って、夫婦に氏の選択を認めることを内容とした民法改正法案の採択について講じた措置について、更なる追加情報の提供を要請した。この要請に対し2012年11月に日本政府からの追加情報が提供され、これを検討した委員会は2013年9月に、内閣が民法改正法案を国会に提出しておらず、この問題について引き続き国民の議論を深めることを望んでいるとしたことから、勧告が履行されていないものと判断し、次回の政府報告書のなかで講じた措置について情報提供するよう要請する評価を示した。

従って、最高裁判決の前の段階において条約の義務履行の上で、日本がとってきた措置は不十分であるという評価が委員会によって示されていた。

#### 4. 最高裁大法廷判決のなかの国際人権法

##### 4-1 法廷意見

本件判決の多数意見では、民法750条が憲法違反か否かという論点について、「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もなく、また「夫婦がいずれの氏を称するかは、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」とし、「夫婦同氏制は、婚姻前の氏を通称として使用することまで許さないというものではないこと、またアイデンティティの喪失感、婚姻前の氏を使用する中で形成してきた個人の社会的な信用、評価、名誉感情などを維持する上での困難という不利益は、氏を通称使用が広まることで一定程度緩和される」ことから合憲と判断した。ただ、付言として「この判断は、選択的夫婦別氏制に合理性がないと断ずるものではないこと、そして夫婦同氏制の採用は嫡出子の仕組みなどの婚姻制度や氏の在り方に対する社会の受け止め方に依拠することから、制度の在り方については、国会で論じられ、判断されるべき事柄である」とした。

また原審において女性差別撤廃条約の解釈に誤りがあり憲法98条に違反する旨の上告人の主張につき、「単なる法令違反」であって法律上の上告理由に該当しないとして、主張を斥けた<sup>9</sup>。

##### 4-2 岡部喜代子裁判官の意見(櫻井龍子、鬼丸かおる裁判官賛成)

3裁判官によると、「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の家族生活が標準的な姿として考えられていた。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が問題とされていないのであり民法規定は、(中略) 形式的平等を規定したことに意義がある」とした。

しかしながら、この意見によると、「同一性識別のための婚姻前の氏使用は、女性の社会進出の推進、仕事と家庭の両立策などによって婚姻前から継続する社会生活を送る女性が増加するとともに、合理性と必要性が増していること」ならびに女子差別撤廃委員会から繰り返し民法での夫婦の氏選択に関する差別的な規定が含まれていることについて懸念が表

<sup>9</sup> 判時46頁。

明され、その廃止が要請されている点に注目する。<sup>10</sup> これらを踏まえて意見は、「96%もの多数が夫の氏を称することは、女性の社会的・経済的立場の弱さ、家庭生活における立場の弱さ、種々の事実上の圧力など様々な要因のもたらすところであって、夫の氏を称することが妻の意思に基づくものであっても、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。夫婦同氏に例外を設けないことは、妻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、自己喪失感という負担を負うことになり、個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚しているとはいえない」とする。また、「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、氏が果たす家族の呼称という意義や機能」に関して多数意見ほどには「重視することはできない」こと、ならびに「現時点において夫婦別姓を認めないことは、個人の尊厳と両性の本質的平等の要請に照らし合理性を欠き、国会の立法裁量の範囲を超えているので、民法750条は憲法24条に違反する」と判断した<sup>11</sup>。

#### 4-3 山浦善樹裁判官の反対意見

山浦裁判官は、憲法24条違反という点で、岡部意見に同調する。反対意見において注目されるのは民法規定の改廃を行わない立法不作為の違法性との関連で、海外での動向として女性差別撤廃委員会から繰り返し、民法に夫婦の氏の選択に関する差別的な法規定が含まれていることに懸念が表明され、廃止が要請されるに至っていることに言及する。<sup>12</sup>

そして山浦裁判官は、民法改正案に関する法制審議会の答申から現時点まで、憲法違反の規定について国家が改廃の措置をとっていない立法不作為を国家賠償法上違法と評価した。

#### 4-4 判決に関する考察

さて本判決を国際人権法の視点で考察する。岡部、櫻井、鬼丸3裁判官の意見では違憲性を判断する際に考慮される要因として、山浦反対意見では、立法不作為の違法性を評価する上での要因として女性差別撤廃委員会の総括所見、勧告が明示的に言及されている。前述のような委員会からの勧告に誠実に対応したものである。

他方で多数意見は既に述べたように、条約違反が適法な上告理由ではないとしてなんら言及していない。ところが最高裁大法廷は2012年（平成25年）9月4日の決定のなかで、当時の民法900条4号但書きにおいて婚外子（嫡出でない子）の相続分を婚内子（嫡出子）の相続分の半分とする規定につき、憲法14条に違反するとしたのであるが、そのなかで大法廷は、「平成5年に自由権規約委員会が、包括的に嫡出でない子に関する差別的規定の削除を勧告し」、その後、同委員会と子どもの権利委員会が「本件規定を含む国籍、戸籍及び相続における差別的規定を問題にして、懸念の表明、法改正の勧告等を繰り返して」いること、ならびに平成22年に子どもの権利委員会が「本件規定の存在を懸念する」との意見を出していることに言及していたのである。<sup>13</sup>2015年判決の多数意見と2012年決定との間で見られるこうした最高裁のアプローチの差は何なのだろうか。

#### 5. 結論

本件の最高裁判決の後、2016年2月6日に日本政府が提出した第7・8回合併報告書の審査が行われた。審査の結果女性差別撤廃委員会が公表した総括所見では、その第13段落において従前の勧告を繰り返すとともに締約国である日本に対して、民法を改正し、女性の法的婚姻年齢を男性と同じ18歳に引き上げること、夫婦の氏の選択に関する法律の改正により女性が婚姻前の氏を保持することができるようにすること、及び離婚後の女性の再婚禁止期間を完全に廃止することを、遅滞なく行うよう強く要請している。<sup>14</sup>

2016年10月、国連人権理事会の次期理事国選挙に日本が立候補して選出された。立候補の際に「世界の人権保護促進への日本の参画」と題する自発的誓約を国連へ提出し、そのなかで「人権諸条約の実施に係るコミットメントを強化するため、これら人権諸条約の各委員会から出される勧告を適切にフォローアップしていく」との決意を掲げた。<sup>15</sup>とすれば女性差別撤廃条約の「実施に係るコミットメントの強化」のためにも、日本は今回の委員会勧告を「遅滞」なく「適切にフォローアップ」することが求められる。

<sup>10</sup> 判時48頁。

<sup>11</sup> 判時48-49頁。

<sup>12</sup> 判時52頁。

<sup>13</sup> 決定、(3)ウ、最終段落。

<sup>14</sup> この総括所見の翻訳は、日本女性差別撤廃条約NGOネットワーク(JNNC)の暫定訳に従った。なおこの勧告事項もフォローアップの対象とされ、2年以内に追加情報を提供するよう要請されている。

<sup>15</sup> 外務省HPに搭載された平成28年7月15日付け和文骨子より。