



## つれづれ時事寸評16

# 「姓」と「性」

## —その1—

本研究所研究員 大江 正昭  
(憲法学)

### 「ジェンダーと法」に関わる2つの動き

私は、「ジェンダーと法」という科目を10数年開講している(含む非常勤先)。内容は、ジェンダーとは何か、女性の人権・女性差別の歴史、セクシャリティー・結婚・離婚、女性兵士問題、ポルノグラフィー、司法とジェンダー、男女共同参画などである。

さて、最近、この授業に大いに関連がある注目すべき2つの動きがあった。

一つめは、最高裁は、本年2月18日、婚姻関係にある夫婦が同じ氏(姓)を名乗るという夫婦同氏原則(民法750条: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。)及び再婚禁止期間制度(民法733条:女は、前婚の解消又は取消しの日から六箇月を経過した後でなければ、再婚をすることができない。)に関する訴訟を大法廷へ回付することを決定し、両原則について、初めて憲法判断をすることになったことである。11月4日に弁論が行われ、判決言い渡しは12月16日の予定である。

二つめは、本年11月4日、渋谷区が「パートナーシップ証明」を発行し、世田谷区が「パートナーシップ宣誓書」受領証明を行ったことである。この動きは、同性婚問題はもとより、「ジェンダーと法」に関わる問題全体にとっても新たな一歩が踏み出されたといわねばならない。

まずは、「姓」について考えてみることに

する。

### 「姓」に対する学生の意識

学園大、熊大、県大の授業(今年度の受講者数:学園大10数名、熊大、県大ともに170名ほどで、男女ほぼ半々か女性が幾分多い。学年は学園大3年生以上、熊大は法学部生は2年生以上、他学部は1年生、県大は1年生)で、学生に、婚姻届を提出するに当たっては、夫婦同氏原則よりして、婚姻後の氏を夫又は妻のどちらかにするかを決めなければならないこと(どちらかが姓を変えなければならないこと)を説明した上で、「自分が変える」と考えている人に手を上げてもらった。結果は鮮明である。女子学生は、ほぼ100%手を上げたが、男子学生は、ほぼ100%手を上げなかった。10数年間では手を上げた男子学生が3名ほどいたが、その顔は、「笑っているようで笑っていないようで」、表現し難い、複雑な表情だったのが忘れられない。

男子学生にとっては、(法律上の)結婚に際して「姓」は全く意識されていないのに対し、女子学生は、結婚はまだかなり先のこと(女性の初婚平均年齢は30歳近い)であるハズの1年生でも、強く意識しているということである。いわば、「空気」なのである。そして、このような学生の反応は、以下のことを思い出させる。

家制度や妻の無能力制度など、女性差別に当たる内容を非常に多く持っていた民法(明治29年制定。ただし、家族関係は明治31年制定)は、日本国憲法14条1項(性別による差別禁止)、24条(「個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚した家族法制定」)に違反しており、憲法の本質に沿った現民法への改正過程の議論でも、夫婦同氏原則は廃止される家制度に類似した機能をすると指摘がなされて

いた。上述の学生の反応は、まさしく家制度的発想に立脚したもので、指摘の通りであるといえることができるであろう。

## 結婚の自由の侵害

夫婦同氏原則とは、婚姻届を出そうとするかぎり、夫か妻のどちらかが姓を変えねばならないということ、つまり、姓の変更を強制されることである。したがって、夫婦同氏「原則」という名称は「強制」の側面が影に隠れてしまう。端的に、夫婦同氏強制制度というべきである。このような「親から貰った姓名の一部である姓を変えないと結婚できない（させない）」ということは、憲法24条1項の婚姻の自由の侵害であるといわねばならない。

ところで、姓（氏、苗字）とは何か。実は、明治維新時点では、日本人の大部分は苗字を持っていなかった。1870（明3）年、明治政府は「平民苗字許可令」を出す、あまり普及しなかった。しかし、1875（明8）年、徴兵制度との絡み（兵籍調査への支障）から、「平民苗字必称義務令」を出し、苗字を強制した。つまり、今度は、政府（支配する側）が苗字を必要としたのである。

「令」以前、苗字を持った者は全人口の6%台であった。全人口の93%の平民には苗字がなかった（苗字が伝統ではなかった）のだから、夫婦同氏など成立しえないのである。歴史的事実としても、民法制定までは妻は生家の姓を用いることとされ（「所生ノ氏ヲ用ユ可キ事」明治9.3.17太政官指令15号）、夫婦同氏原則はとられなかった。

## 最高裁判決の予想

氏名は、その人の人格そのもので、個性と密接不可分で、アイデンティティの象徴であ

り、憲法13条が保障する人格権の内容の一つであって、強制的に奪われてはならないものである。よって、結婚に際して、夫又は妻のいずれかに姓の変更を強制する民法750条は人格権を侵害し、憲法13条に違反している。また、個人の尊重・尊厳との関係で、家族関係法律は「個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚して制定」すべきと定める憲法24条2項にも違反している。

さて、最高裁は、12月16日、どのような内容の判決を言い渡すのであろうか。最も新しい婚外子相続分差別規定違憲決定（最大決平25.9.4）における「家族という共同体の中における個人の尊重」への注目などからすると、違憲判決への期待が高まっているが、あまりに違憲判決を書かないので、《合憲判決積極主義》と揶揄されてきた最高裁ゆえに断定は控えておきたい。【2015年11月24日稿】

夫婦同氏原則に関する最高裁判決（平成27年12月16日）（夫婦別姓判決）：補遺文

「違憲判決を書かない最高裁」の予想通りの合憲判決であった。いくつかの理由のうち、「改姓者の不利益は否定できないが、通称使用で不利益は一定程度解消される」についてのみ触れる。この表現については、その人権感覚を疑うしかない。人権とは、少数者だからこそ、その保障が必要なのであるが、本判決（多数意見）は、このような人権観念の対極にあるものである。

合憲とする裁判官10人は全員男性であった。彼らは結婚に際して改姓したのだろうか。いとも簡単に「通称使用で一定程度解消」などと書けたのは、自ら経験しない他人の痛み（女性の痛み）を感じとれないことのなせる業（わざ）であったのではないかとだけ指摘しておきたい。【2016年1月5日 補遺】