日本最高裁判所2015.12.16二婚姻法憲法裁判譯介與省思（上）

文／闕銘富

日本最高法院在2015年12月16日同一天之內，對 2 起傳統的婚姻法，作出迥然不同的判決。關於女性離婚後 6 個月內不得再婚的條文作出了違憲的判決；但對於婚後夫婦必須統一姓氏的規定，作出了不違憲的決定。其中有憲法相關規定及旨趣的辯證，有文化傳統及集團家族的意識，頗值得我國學界及司法實務界研究及探討，爰不揣翦陋，予以譯述介紹，並略抒感想於後，尚祈方家指正。

壹 夫妻同姓氏制之損害賠償請求事件（平成26（オ）1023）

主　　文

本件上訴駁回。

上訴費用由上訴人等負擔。

判決要旨

依夫婦結婚時約定，稱夫或妻之姓氏之民法第 750 條規定，不違反憲法第 13 條、第 14 條第 1 項及第 24 條。

理　　由

關於上訴代理人榊原富士子等之上訴理由：

一、案件之概要

（一）本件係上訴人等主張，依夫婦結婚時之約定，稱夫或妻之姓氏之民法第750條規定（以下稱「系爭規定」）違反憲法第13條、第14條第1項、第24條第1項及第2項等規定，以未採取修廢系爭規定之立法不作為違法作為理由，對被上訴人請求基於國家賠償法第1條第1項之損害賠償之案件。

（二）原審合法確定之事實關係之概要如下：

1. 上訴人A與夫結婚時，約定稱夫之姓氏，並以夫姓作為通稱之姓氏。

2. 上訴人 B 與夫結婚時，約定稱夫之姓氏，惟均已協議離婚。嗣後再度提出結婚登記，但因未選擇結婚後之姓氏，而被不受理。

3. 上訴人C與夫結婚時，雖約定稱夫之姓氏，但卻使用原姓氏為通稱之姓氏。

4. 上訴人D與夫結婚時，雖約定稱夫之姓氏，但卻使用原姓氏為通稱之姓氏。

二、關於系爭規定違反憲法第13條部分：

（一）論旨主張系爭規定不當侵害作為憲法上所保障人格權內容之「不被強制變更姓氏之自由」，違反憲法第13條。

（二）1. 姓名，從社會上來看，具有與他人識別、特定個人之機能；從個人來看，人是被尊重作為個人之基礎，該個人之人格象徵，應構成人格權之內容（最高裁昭和58年（オ）第1311號同63年2月16日第三小法庭判決・民集42卷2號27頁參照）。

2. 但姓氏構成婚姻及家族法制度之一部分，由法律規定其具體內容，因此，關於姓氏之上揭人格權內容，無法在憲法上作明確的掌握，而是依據憲法之旨趣訂定法制度，才可具體的落實。因此，若脫離具體之法制度，就姓氏被變更本身，議論其是否侵害人格權，是否違憲，即不適當。

3. 遍覽民法上關於姓氏之規定，計有：人在出生時，嫡生子取得父母之姓氏；非嫡生子取得母之姓氏（民法第790條）；結婚時，夫婦之一方因稱他方之姓氏，而改變其姓氏（系爭規定）；離婚或撤銷婚約時，因婚姻改變姓氏者回復其婚姻前之姓氏（同法第767條第1項、第771條、第749條）等規定。此外，亦有養子在被收養時，稱養親之姓氏而改變其姓氏（同法第810條）；因收養關係終止或撤銷收養，而回復收養前之姓氏（同法第816條第1項、第808條第2項）等規定。

上開規定，可說就姓氏之性質，宣示如下之理解：即姓氏雖與名相同，具有作為個人稱呼之意義；但姓氏也可與名切割，因夫婦與非婚生子或養子稱同一姓氏，而具有作為社會構成要素之家族稱呼之意義。而且，因家族是社會之自然且基礎之集體單位，從而，個人稱呼之一部分的姓氏，會令人想起其所屬之集體，故規定稱用其中一個姓氏，應有其合理性。

4. 惟隨著基於自己之意思選擇婚姻之身分關係的變動，而改變夫婦一方之姓氏時，並非與自己之意思無關，而係被強制改變姓氏。

若鑑於姓氏有作為個人稱呼之意義，與名相輔相成，在社會上具有與他人識別、特定個人之機能，故若肯認可依自己意思自由決定或改變，即不符其本來之性質。依照一定之統一基準決定或改變，難說係不自然之待遇，如上所述，若鑑於姓氏可與名切割，而具有作為社會構成要素之家族稱呼之意義，姓氏可反映親子關係等一定之身分關係，可能隨著包含婚姻之身分關係之變動而改變，此乃其性質上所使然。

5. 鑑於在上開現行法制度下之姓氏的性質，難認在結婚時，「不被強制變更姓氏之自由」係憲法上所保障之人格權的一部分內容。故本件規定未違反憲法第13條。

（三）然而，如上所述，姓氏與名相輔相成，具有與他人識別、特定個人之機能外，亦係人之所以被尊重作為個人之基礎，宣示其與個人人格結成一體，因此，對於改變姓氏之人而言，不能否定會因此致使其懷有喪失個人特徵之感覺；或產生使用從前姓氏所形成，與他人識別、特定之機能被阻害之不利益；或個人之信用、評價、名譽、感情也受影響之不利益。特別是近年晚婚化之趨勢，業已長期使用婚姻前之姓氏所建構之社會地位或業績，也易因婚姻改變姓氏致蒙受之不利益相形增加。

在結婚後仍維持上開婚姻前建構之個人信用、評價、名譽、感情等利益，尚無法認係憲法上所保障之人格權的內容，尚非檢討包含婚姻及家族相關之法制度的理想方策時，應考慮之人格利益，而應是在檢討是否逾越憲法第24條所肯認之立法裁量範圍時，應予考慮之事項。

三、關於系爭規定違反憲法第14條第1項部分：

（一）論旨主張系爭規定會發生令96%以上夫婦選擇夫的姓氏之性差別，幾乎只有女性背負不利益效果之規定，故違反憲法第14條第1項。

（二）憲法第14條第1項規定在法律上平等，本裁判所之判例認為此一規定具有：除基於事務本質之合理根據，否則，禁止法律為差別待遇之旨趣（最高裁昭和37年（オ）第1472號同39年5月27日大法庭判決・民集18卷4號676頁、最高裁昭和45年（あ）第1310號同48年4月4日大法庭判決・刑集27卷3號265頁等）。若進一步檢討，系爭規定明定夫婦稱夫或妻之姓氏，係委諸意欲結為夫婦者之間所作之協議，其文義上並未規定基於性別之法律上差別待遇，系爭規定所規定之夫婦同姓氏本身，並不存在男女間形式之不平等。在我國，即便認為意欲結為夫婦者之間協議的結果，選擇夫之姓氏占壓倒性的多數，但不能說此種情形係從系爭規定本身所產生之結果。因此，系爭規定未違反憲法第14條第1項。

（三）鑑於姓氏之選擇，迄今以選擇夫之姓氏占壓倒性的多數之狀況來看，必須注意此種現狀，是否基於意欲結為夫婦者雙方真意選擇之結果，假使有受社會上存在之差別的意識或習慣之影響，謀求排除此種影響俾保障夫婦間實質平等，可說是依循憲法第14條第1項之旨趣。而且，此點應是檢討包含婚姻及家族相關法制度之理想方策時應予考慮之事項，同時也是後述在檢討是否逾越憲法第24條所肯認之立法裁量範圍時，所應注意之事項。

四、關於系爭規定違反憲法第24條部分：

（一）論旨主張系爭規定將改變意欲結婚者一方之姓氏作為結婚登記之要件，實質上已侵害婚姻之自由；又縱認國會有立法裁量，系爭規定亦已侵害個人尊嚴，而違反憲法第24條。

（二）1. 憲法第24條規定「婚姻係基於兩性之合意成立，以夫婦具有同等權利為其基本，必須依相互之協力予以維持。」明確宣示是否結婚、何時與誰結婚，應委諸當事人間之自由及平等之意思決定之旨趣。系爭規定雖規定夫婦稱夫或妻之姓氏作為婚姻效力之一，但非就婚姻規定直接之限制。縱有認為系爭規定未依循婚姻及家族相關之法制度意旨，而選擇不結婚之人，亦不能因此逕予評價上開法制度所課予婚姻之限制，有不依循憲法第24條第1項之意旨。依某法制度而使婚姻事實上受到限制，要屬檢討婚姻及家族相關法制度內容，是否逾越國會立法裁量範圍時，應予考慮之事項。

2. 憲法第24條第2項規定「關於配偶者之選擇、財產權、繼承、住居之選定、離婚及婚姻暨家族相關事項之法律制定，必須立足於尊重個人及兩性本質之平等為之。」婚姻及家族相關之事項，是在相關連之法制度上明定，因此，該法制度之設計具有重要意義，而憲法第24條第2項將具體制度之第一次建構委諸予國會合理的立法裁量，同時，要求在立法時，也以同條第1項為前提，應立足於尊重個人及兩性本質之平等，宣示其方針，劃定其裁量之界限。

若從憲法第24條特意明示立法時應檢討各種本質上要素的要求來看，並非只要求制定不得不當侵害憲法上所保障之人格權、保障兩性形式上平等之法律即可，而是要求制定能充分考量且尊重尚未成為憲法上直接保障之人格的利益、能保障兩性實質平等、不能依婚姻制度而事實上不當限制結婚之法律，可說是立法裁量界限的方針。

（三）1. 另一方面，婚姻及家族相關之事項，除應根據包含國家傳統或國民感情之社會狀況因素，且應依各時代之夫婦或親子關係相關之整體規律綜合判斷，加以制定。特別因尚未成為憲法上所直接保障之人格的利益，或實質的平等，其內容多樣，實現其內容之理想方策，應在與各該時代之社會條件、國民生活狀況、家族之理想方策等考量上作成決定。

2. 於是，不可制定不當侵害憲法上所保障之人格權，而違反憲法第13條之意旨；或不可制定不合理之差別待遇，而違反憲法第14條第1項之意旨，要屬當然。對於憲法第24條之要求，具體上應採取何種立法措置，既係委諸國會多方檢討與判斷，則認定婚姻及家族相關法律不違反憲法第13條、第14條第1項，進而檢討其是否也符合憲法第24條時，即必須檢討該法制度之旨趣，或因採用該制度所生之影響、該規定對尊重個人及兩性本質上平等之要求，是否欠缺合理性，或已逾越國會立法裁量範圍的觀點進行判斷，才為妥適。

（四）基於上述觀點，檢討本件規定是否符合憲法第24條：

1.（1）夫婦因結婚而稱同一姓氏之夫婦同姓氏制，於明治31年施行之舊民法（昭和22年法律第222號修正前之明治31年法律第9號）即採為我國之法制度，深植於我國社會。如上所述，姓氏有作為家族稱呼之意義，在現行民法下，家族也被認為是社會之自然且基本之集合單位，規定其同一稱呼，應具有合理性。

而且，夫婦稱同一之姓氏，具有對

（文轉三版）

法源法 www.lawba 委任律師、裁判金額、歷審裁判 服務 TEL:02-2
JUDICIAL 司法 訂閱辦法 本刊每 全年 費用新臺 如蒙 請郵政 帳 5005 帳 司法院

民法第877條第2項適用之商榷

文／吳光陸

壹 前言

在民國96年3月28日增訂民法第877條第2項「前項規定，於第八百六十六條第二項及第三項之情形，如抵押之不動產上，有該權利人或經其同意使用之人之建築物者，準用之」之前，僅有1項規定「土地所有人，於設定抵押權後，在抵押之土地上營造建築物者，抵押權人於必要時，得將其建築物與土地併付拍賣。但對於建築物之價金，無優先受清償之權。」必須係抵押人興建之建物始可併付拍賣，如係第三人興建，即不能併付拍賣[1]，故以空地設定抵押權，其風險即在抵押人提供給第三人建屋時，無法併付拍賣，減損土地之擔保價值。金融機關皆以設定地上權方式以保障其抵押權；但法理上有問題[2]，蓋抵押權人並無使用土地之真正意思，此項地上權設定應屬通謀虛偽意思表示，依民法第87條第1項前段規定為無效。為解決此一問題，不僅最高法院89年台抗字第352號判例：「民法第八百七十七條係為保護抵押權人之利益，及社會之經濟而設之規定，故於土地抵押後，在其上營造之建築物，雖非土地所有人所建，但於抵押權實行時，該建築物若與抵押之土地已歸一人所有，則為貫徹上開立法目的，宜解為有該條之適用，得於必要時，將土地抵押後，在其上營造之建築物，與該土地併付拍賣。」已允許一定情形下，可併付拍賣。甚至最高法院92年度台抗字第641號裁定「土地所有人於設定抵押權後，在抵押之土地上營造建築物者，抵押權人於必要時，得將其建築物與土地併付拍賣，但對於建築物之價金，無優先受清償之權，民法第八百七十七條定有明文。此規定之目的，在於期使房屋與土地能同歸一人，易於拍賣，以保障抵押權人，並簡化法律關係，以避免或減少紛爭。故如土地所有人於將土地供抵押權人設定抵押權後，雖未自行於土地上營造建築物，但容許第三人在土地上營造建築物，為避免單獨拍賣土地，可能使土地及建物非由同一人所有，法律關係趨於複雜，衍生糾紛，及為使土地易於拍賣，保障抵押權人之權益，本於上述法條之立法意旨，自應許抵押權人行使抵押權時，將第三人於抵押權設定後在土地上營造之建築物與抵押之土地併付拍賣，而將房屋賣得價金交還該第三人」，認抵押人同意第三人建築者，亦可併付拍賣。

貳 併付拍賣需抵押人同意之第三人建築

現因有上開增訂第2項之規定，則除未經抵押人同意之第三人建築者，仍不可併付拍賣，拍賣後拍定人可主張無權占有請求拆除外，依民法第866條第2項「前項情形，抵押權人實行抵押權受有影響者，法院得除去該權利或終止該租賃關係後拍賣之。」及第３項「不動產所有人設定抵押權後，於同一不動產上，成立第一項以外之權利者，準用前項之規定」，凡經抵押人出租或同意而興建之建築物，即可併付拍賣。

參 併付拍賣需否先除去租賃或使用借貸關係

至於依民法第877條第2項併付拍賣，是否如同第１項，逕行併付拍賣，抑或須依民法第866條第2項、第3項先除去租賃或使用借貸關係始可併付拍賣？實務上，參照最高法院103年台抗字第987號裁定「惟依民法第八百七十七條第二項規定，抵押之土地上存有非土地所有人營造之建築物，抵押權人聲請將該建築物與抵押土地併付拍賣，係以同法第八百六十六條第二項及第三項所定情形為限，即以抵押權人實行抵押權受有影響，執行法院因而除去該條所規定之權利或終止該租賃關係為前提」，必須除去租賃或使用借貸關係始可併付拍賣。

肆 實務上認需先除去之反思

對於上開裁定愚意以為欠妥。蓋該第2項既準用第1項，參照第2項之立法理由「二、為維護抵押權人利益，於不動產抵押後，在該不動產上有用益物權人或經其同意使用之人之建築物者，該權利人使用不動產之權利雖得先依第八百六十六條第二項規定予以除去，惟為兼顧社會經濟及土地用益權人利益，該建築物允應併予拍賣為宜，但建築物拍賣所得價金，抵押權人無優先受償權，爰增訂第二項規定。」應在於非抵押人營造，但係抵押人出租或出借第三人使用土地建築者，亦可併付拍賣，未限制以除去租賃或使用關係為前提，自不可增加法律所無之限制。雖上開立法理由有「雖得先依第866條第2項規定予以除去」，應係指修訂前之情事，即在增訂此第2項規定以前，僅可以除去租賃方式，不可併付拍賣建築物，造成拍定人拍定後，僅可另花費用請求拆屋還地，影響拍賣價金，損及抵押權人權益，始多一項選擇，可以併付拍賣，毋庸因拆屋還地而減少拍賣價金。故不應解釋為須除去租賃或使用關係後，始可併付拍賣。況如執行法院不除去，是否即不可併付拍賣？造成本可併付拍賣，因此受有限制。

或謂如不除去，拍賣後，房屋所有權人是否會向拍定人主張租賃、借貸關係，造成困擾。愚意以為不會，蓋土地與建築物既已併付拍賣，拍定人取得土地與建築物所有權，原建物所有權人對抵押人（即原土地所有權人）之租賃關係，依民法第426條之1規定「租用基地建築房屋，承租人房屋所有權移轉時，其基地租賃契約，對於房屋受讓人，仍繼續存在」，既移轉給房屋受讓人，拍定人在取得土地所有權時，亦受讓土地與房屋間之租賃關係，適用民法第762條前段「同一物之所有權及其他物權，歸屬於一人者，其他物權因混同而消滅。」拍定人取得之土地租賃權，已因混同而消滅，毋庸藉除去以解決。至於使用借貸，亦應類推適用上開規定，縱不類推適用，借用人所興建之房屋，房屋所有權已屬拍定人所有，借用人之使用借貸契約如未定期者，依民法第470條第1項「借用人應於契約所定期限屆滿時，返還借用物；未定期限者，應於依借貸之目的使用完畢時返還之。但經過相當時期，可推定借用人已使用完畢者，貸與人亦得為返還之請求」，應認使用目的完畢，使用借貸關係消滅，如借貸定有期間，但期間尚未屆至，因使用借貸關係無買賣不破租賃原則適用，此借貸關係拍定人不繼受，原房屋所有權人不可對拍定人主張，對拍定人亦無影響。

伍 結論

依上所述，民法第877條第2項「前項規定，於第八百六十六條第二項及第二項之情形……」，應係指非土地所有人建築，而係伊同意之第三人建築，可併付拍賣，正如上開92年台抗字第641號裁定，亦無此限制，故上開實務見解，認須除去或終止租賃、使用借貸關係始可併付拍賣，應待商榷。

（作者為執業律師）

註釋

1. 多數學者均如是主張，例如張登科著《強制執行法》第50頁。但楊與齡著《強制執行法論》第87頁，則認：「由非土地所有人營造者，為維護抵押權人之利益，亦宜解為得併付拍賣」，為不同見解。
2. 參閱拙文〈談空地設定抵押權〉（刊《月旦法學雜誌》第5期）及〈談空地抵押之地上權設定〉（刊《法令月刊》第48卷第5期）。

（文接二版）

外公示、識別其構成上揭家族集合之一員的機能。特別是，夫婦間之子成為服從夫婦共同親權之嫡生子，是婚姻之重要法律上效果，為公示其係嫡生子，確保子與兩親雙方同姓氏之架構，也具有一定意義。構成家族之個人因稱同一姓氏，即會深切體認其係構成家族集體之一員，而有尋得其意義之想法。再者，在夫婦同姓氏制之下，就子之立場而言，容易享受與父母親任何一方均同姓氏之利益。此外，如前所述，系爭規定所定之夫婦同姓氏制不存在男女間形式的不平等，欲稱夫婦任何一方之姓氏，委諸意欲成為夫婦者之間的協議自由選擇。

（2）相對的，在夫婦同姓氏制之下，因結婚而使意欲成為夫婦者之一方必須改變其姓氏，對於因結婚而改變姓氏者而言，不能否認會因此使其懷有喪失個人特徵之感覺，或受到難以維持使用從前姓氏所形成之個人信用、評價、名譽、感情等不利益之情況。且從選擇夫之姓氏之夫婦占壓倒性多數之現狀來看，可推認會發生女性多蒙受上揭不利益之情況，也可了解為避免夫婦之任何一方蒙受上揭不利益，而有特意選擇不結婚之人。

但夫婦同姓氏制，並非不容許以結婚前之姓氏作為通稱使用，近來，以結婚前之姓氏作為通稱使用，在社會上已極普遍，上揭不利益因結婚前姓氏之通稱使用的普遍而呈一定程度之緩和。

（3）若綜合考量上述諸點，系爭規定所採之夫婦同姓氏制，縱不肯認夫婦稱其他姓氏，在上揭狀況下，不能逕認其係對尊重個人及兩性本質平等欠缺合理性要求之制度。因此，系爭規定未違反憲法第24條。

2. 又上訴論旨除理解夫婦同姓氏制之限制外，亦指摘尚有採用較諸此一限制程度較小之姓氏相關制度（例如可令希望夫婦不同姓氏者，達其願望之所謂「選擇式的夫婦別氏制」）之餘地，上揭1 之判斷，不能斷定該種制度無合理性。如上所述，採用夫妻同姓氏制，其依據也包含社會對於嫡生子之架構等婚姻制度，或姓氏之理想方策之接受度，惟如何建構此種制度之理想方策，應屬國會議論及判斷之事項。

五、其餘上訴理由：

論旨主張有違反憲法第98條第2項及有理由之不備；但其實質則僅是違反法令而已，也不該當民事訴訟法第312條第1項及第2項規定之任何事由。

六、結論：

綜上所述，不採取改廢系爭規定之立法不作為，不受國家賠償法第1條第1項適用上違法之評價。原審認為應駁回上訴人等請求之判斷，應予維持，上訴論旨委不足採。

基此，除有山浦善樹法官之反對意見外，依全體法官一致之意見，判決如主文。惟另有寺田逸郎之補充意見；櫻井龍子、岡部喜代子、鬼丸馨、木內道祥等法官之個人意見。（以下從略）

（下期待續）

（作者為最高行政法院法官）

法律網 ank.com.tw 裁判書 全新檢索功能 全文內容、裁判案由、裁判主文 資訊 事線 509-3536 WEEKLY 周刊 訂閱 定價400元 訂閱 劃撥 號 4377 戶 司法周刊