

平成26年(才)第1023号 損害賠償請求上告事件

上告人 塚本協子 ほか4名

被上告人 国

弁論要旨書

平成27年11月4日

最高裁判所大法廷 御中

被上告人指定代理人

定塚



## 1 はじめに

国会議員が、民法750条を改正して選択的夫婦別氏<sup>うじ</sup>制度を創設するという立法をしてこなかったこと、すなわち、本件の立法不作為は、国賠法1条1項の適用上、違法の評価を受けるものではありません。

そもそも、最高裁判所平成17年9月14日大法廷判決（17年判決）は、国会議員の立法行為又は立法不作為は、その立法の内容又は立法不作為が国民に憲法上保障されている権利を違法に侵害するものであることが明白な場合や、国民に憲法上保障されている権利行使の機会を確保するために所要の立法措置を執ることが必要不可欠であり、それが明白であるにもかかわらず、国会が正当な理由なく長期にわたってこれを怠る場合など、例外的な場合でない限り、国賠法1条1項の適用上、違法の評価を受けないとしています。

上告人らは、この判断枠組みに従った上で、民法750条は、「氏の変更を強制されない権利」（憲法13条）、個人の尊厳（憲法13条、24条2項）、婚姻の自由（憲法24条）、平等権（憲法14条1項、24条）及び「婚姻及び婚姻に際し姓を選択する男女同一の権利」（女子差別撤廃条約16条1項(b)(g))を違法に侵害することが明白であり、又はこれを確保するために所要の立法措置を執ることが必要不可欠であり、それが明白であるにもかかわらず、国会が正当な理由なく長期にわたってこれを怠り続けている本件立法不作為は、国賠法上違法であると主張しています。

しかしながら、このような上告人らの主張については、以下に述べるとおり、17年判決に照らして、本件立法不作為が、国賠法1条1項の適用上、違法の評価を受ける余地はありません。

## 2 「氏の変更を強制されない権利」（憲法13条）について

前述の最高裁判例は、「国民に憲法上保障されている権利」を違法に侵害する場合や、その行使の機会の確保のために必要な場合というように「国民に憲法上保障されている権利」の存在を不可欠の前提とするものです。

しかしながら、上告人らが主張する「氏の変更を強制されない権利」が、憲法13条によって国民に保障されている権利ということではできません。

### 3 個人の尊厳（憲法13条，24条2項）について

憲法13条前段や憲法24条2項は、個々の国民に対して具体的な権利を保障する趣旨の規定とはいえ、これらの規定を根拠として、国民に選択的夫婦別氏制度の創設を求める権利が保障されているとはいえません。

### 4 婚姻の自由（憲法24条）について

憲法24条1項は、婚姻は、「両性の合意のみ」に基づいて成立し・・・と規定しています。しかし、これは、昭和22年法律第222号による改正前の民法（旧民法）において、封建的家父長家族制度の下で、婚姻に当たって、戸主の同意を要したり（旧民法750条）、年齢により家に在る父母の同意を要した（同772条）ことを排斥し、本人たちの合意のみによって婚姻が成立することを明らかにしたものです。そして、このような趣旨は、いわゆるマッカーサー草案における文言が、「親の強制ではなく相互の合意に基づき」とされていたことや、憲法制定当時の司法大臣が、憲法24条1項の「両性の合意のみに基いて成立し」という部分は、戸主の同意など旧民法下での「・・・制限はこれを排除して、両性の合意だけで成立させよう」と云う趣意であります」と説明していることなどからも明らかです。

したがって、この規定が、国民に夫婦別氏による婚姻の自由を保障したものではありません。

### 5 平等権（憲法14条1項，24条）について

民法750条は、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旨規定したものにすぎず、夫又は妻の氏のいずれを称するかを夫婦の協議による選択に委ねており、夫又は妻のいずれかの氏が優越するような取扱いを定めたものではないので、憲法14条1項及び24条に違反するとはいえません。

### 6 女子差別撤廃条約による「婚姻及び婚姻に際し姓を選択する男女同一の権利」

について

女子差別撤廃条約は、いわゆる自動執行力が認められませんから、我が国の国民に対して、直接、権利を付与するものではありません。このため、上告人らが主張する「婚姻及び婚姻に際し姓を選択する男女同一の権利」が国民に保障されているとはいえません。

## 7 結語

以上のとおり、上告人らの論旨には理由がありませんから、本件上告は棄却されるべきです。

以 上