

平成23年(ワ)第6049号 損害賠償請求事件

原告 塚本協子外

被告 国

## 準備書面(2)

平成23年9月5日

東京地方裁判所民事第24部B係 御 中

原告ら訴訟代理人

弁護士 榊原富士子

ほか13名

答弁書第3は、「被告主張の概要」(答弁書16頁)と題されており、被告によれば、概要ではない主張をさらに追加する可能性はあるとのことであるが、とりあえず、第3「概要」に対して、以下の通り、認否ないし反論する。

なお、氏の変更を強制されない自由及び婚姻の自由が憲法上の権利であること、夫婦同氏制はこれらを侵害するものであることにつき、さらに書面を提出する予定である。

一 答弁書第3、1、(2)「被告の主張の骨子」(同16頁)について

争う。

二 答弁書第3、2、(1)「立法の内容又は立法不作為が国民に憲法上若しくは条約上(被告は条約上を略している)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」(訴状42頁記載の①、答弁書17頁)について

1 同第3、2(1)ア(同17及び18頁)について

(1) 被告は、原告らが最大判平成17.9.14に沿って、条約を付加して示した「立法の内容又は立法不作為が国民に憲法上若しくは条約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」という要件(訴状42頁記載の①)につき、「若しくは条約上」という文言を略した上で、『ある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ことが明白な場合である』というためには、その前提として、具体的かつ特定の内容の法制度を構築すべきことを要求することができる権利が、個々の国民に対して憲法上保障されているという前提が必要である。」(答弁書17頁19ないし23行)として、独自の要件(傍点部)を加え、「その理由は以下の通りである。」として最判昭和60.11.21の判決理由の一部を引用する。

しかし、最判昭和60.11.21の述べた内容は、まさに被告が答弁書で引用した部分である「国会議員の立法行為が同項の適用上違法となるかどうかは、国会議員の立法過程における行動が個別の国民に対して負う職務上の法的義務に違背したかどうかの問題であって、当該立法の内容の違憲性の問題とは区別されるべきである」というものであって、被告が独自に加えた要件、即ち、「具体的かつ特定の内容の法制度を構築すべきことを要求することができる権利が、個々の国民に対して憲法上保障されているという前提が必要である。」との点は、最判昭和60.11.21の趣旨からは直ちには導き出されない。

被告の主張は、「そうすると、・・・」(答弁書18頁6行)以下において説明された箇所をそこに付された傍点を加味して検討しても、やや分かりにくく、論理の飛躍があるように思われ、やはり、最大判平成17.9.14が判示する要件に対して、独自に根拠の明白ならざる要件を加えたものといわざるを得ない。

そもそも、最大判平成17.9.14は、最判昭和60.11.21は最大判平成17.9.14の判旨と異なる趣旨をいうものではない(民集59巻7号2101頁)と念押ししていたところ、同判決は、「昭和60年判決を維持しつつも、…国会の立法又は

立法不作為について国家賠償責任を肯定する余地を拡大したものであり、…その意義は極めて大きい」と担当調査官によって解説されているところである（「最高裁判所判例解説民事編平成 17 年度（下）」657 及び 658 頁）。

それにもかかわらず、最大判平成 17.9.14 の示した要件への本件の該当性を否定するために、最判昭和 60.11.21 を根拠の一つとして、最大判平成 17.9.14 の要件に、それを制約する新たな要件を追加することには、理由がないというべきである。

- (2) 仮に、上記の被告追加の前記要件（傍点部）が必要との立場に立つとしても、原告らは、憲法 13 条、24 条等に基づき、氏名保持権（氏の変更を強制されない自由）及び婚姻の自由が侵害された場合には、その侵害を除去するよう要求することができる（すなわち、夫婦同氏制との関係では、選択的夫婦別氏制を要求することができる）のであって、特定の法制度を構築すべきことを要求することができる権利が保障されているのであるから、その要件を満たしているというべきである。

なお、被告は、「具体的かつ特定の内容の法制度・・・」と主張するが、原告の主張において必要な特定は十分になされている。これ以上の特定、例えば、同姓を原則とするか別姓を原則とするか、別姓夫婦間の子の姓を婚姻時に決定しなければ婚姻できない制度とするか等の具体的特定は、立法裁量に属する事柄であるから、原告らが訴訟において特定して主張すべきではない。

## 2 答弁書第 3、2（1）イ（憲法 24 条論）について

- (1) 答弁書第 3、2（1）イ（ア）（答弁書 18 頁）について

被告は、憲法 24 条について、「具体的な立法を待つことなく、個々の国民に対して裁判規範として機能するような権利を直ちに保障する性質の規定ではない。」（答弁書 18 頁 18 行）と主張するが、争う。

判例等は、すでに憲法 24 条が裁判規範性を有することを認めてきた（別途、書面で整理して主張する）。それにもかかわらず、被告がこれを否定する具体



的な根拠について、被告からは全く言及がなされていない。

被告は、「憲法 24 条は、夫婦別氏を選択することができるような具体的かつ特定の内容の法制度を構築すべきことを要求しているともいえない」（答弁書 18 頁 20 行）と主張するが、争う。そもそも、このような要求をする権利の存在が、国家賠償法上の違法性を認定する要件ではないことは、前記 1 (1) で反論した通りである。

民法 750 条が、「夫婦が夫の氏を称することも、妻の氏を称することも、対等な選択肢として許容し、しかもその選択を当該夫婦となる男女間の協議のみに委ねて」（答弁書 18 頁 23 行）いることは認める。しかし、このことから直ちに、「憲法 24 条のいう個人の尊厳と両性の本質的平等に十分配慮した規定である」と結論づける被告の主張は争う。

民法 750 条の立法後 65 年近くを経ても 96%以上の夫婦において妻が改姓するという異常な実質的不平等が継続し、また、「それぞれの姓を維持するために事実婚を選び、そこで生まれた子は『嫡出でない子』ないし『婚外子』とされる事態」があるなど『個人の尊重』の原理の観点からは説明困難な制度実態」（佐藤幸治「日本国憲法論」203 頁）が存在しているのであって、この実態に言及しないままの被告の主張は空疎であり根拠がない。

- (2) 答弁書第 3、2 (1) イ(イ)（答弁書 19 頁、立法政策論）について  
立法政策の問題であるとの点は争う。

ここでの被告の主張は、被告の表題（16 頁 1 行の「被告主張の概要」）の通り、まさに「概要」であって、法律論として反論するには熟していないため、認否・反論は簡単な範囲にとどめる。

被告は、「夫婦同氏がファミリーネームとして国民に深く浸透していること」「世論調査が伯仲していること」をもって、「夫婦同氏制を維持すべきかは立法政策の問題にすぎない」との主張の根拠とする。しかし、「ファミリーネームとして国民に深く浸透していること」も、「世論調査が伯仲していること」も、立

法政策の問題にすぎないことを根拠づけないし、夫婦同氏が原告らの人権を侵害していることを否定する理由にもならない。多数の者がそれをよしとすることは、少数者の人権侵害の存在を否定する理由にはならない。

被告主張の「世論調査における賛否伯仲」は、「夫婦同氏はファミリーネームとして深く浸透」との被告の主張が、現在、すでに事実と反していることを証明する。

被告は、内田貴「民法Ⅳ」より「氏が公的制度の問題である」（答弁書 19 頁 8 行）との部分を引用して、これを理由として「立法政策の問題であり、憲法上保障された権利を侵害しない」（答弁書 19 頁 12 行）との結論につなげるようであるが、この論理も飛躍がある。氏に、公的制度である面と個人の人格権の問題である面の二面性があることは、およそどの論者も否定しない（従来の「氏の性質論」との関係は別途、書面で主張する）。しかし、公的制度が憲法上の人権を侵害することはありうるのであって（だからこそ違憲立法審査権も存在する）、公的制度であるから立法政策の問題にすぎないとの結論を導くことは誤りである。

原告は民法 750 条という公的制度が原告の人権を侵害していると主張しているのであって、原告の主張と被告の反論はかみあっていない。

なお、国際私法における人の氏の問題の法性決定については、人格権説と公法説があるが、「人の独立の人格権たる氏名権の問題」として属人法によるのが通説・実務であり（京都家審昭和 55. 2. 28 家月 33-5-90 等）、国際的通説でもある。氏の二面性のうち、人格権としての面をより重視するからである。

被告は代表的民法の解説書として、内田貴「民法Ⅳ」51 頁を引用するが（答弁書 19 頁 8 行）、他のほとんどの代表的な親族法の教科書は選択的別氏制に賛同しており（甲 20 大村敦志「家族法」第 3 版 46 頁有斐閣 2010 年、甲 21 二宮周平「家族法」第 3 版 48 頁新世社 2009 年、甲 22 窪田充見「家族法」50 頁有斐閣 2011 年ほか）、いずれもその根拠として、個人のアイデンティティの確保

(甲 20 大村 47 頁)、人格権の侵害 (甲 21 二宮 50 頁)、氏が個人のアイデンティティとしての意味を有すること及び夫婦同氏制が事実上の婚姻障碍として機能していること (甲 22 窪田 52 頁) 等を挙げており、むしろ、民法の研究者の多くも、人格権及び婚姻の自由との関係を問題にしている。

(3) 答弁書第 3、2 (1) イ(ウ) (答弁書 19~20 頁) について

被告主張の、「憲法 24 条 1 項の趣旨は、意に反する婚姻の強制や第三者による婚姻の妨害を許さないというものであって、当事者の合意以外の何らの要件も必要としないという意味ではない。」という点は認める。しかし、これを根拠として、その要件の内容、目的や手段の正当性・合理性を一切問うことなく「夫婦同氏は、法が婚姻の形式的要件として要求している」から「婚姻の自由や両性平等の本質的平等又は個人の尊厳に反しない」と結論づける被告の論理は、あまりに短絡的である。

被告は、「他国の立法例等に照らしても、婚姻の自由、両性の本質的平等又は個人の尊厳に反するものとは考えられない」(答弁書 19 頁 11 行) とするが、他国の立法例において、婚姻に際して意に反して氏の変更を強制する国は、訴状記載の通りほとんど見当たらず、かつ他国が同姓別姓選択制へと法改正をしてきた根拠は氏が個人の人格の問題であることにあり、他国の立法例を根拠とすれば、被告とは逆の結論に至るはずである。

(4) 答弁書第 3、2 (1) イ(エ) (答弁書 20 頁) について

前段は認め、後段は争う。

3 答弁書第 3、2 (1) ウ (憲法 13 条論) について

- (1) 被告は、「憲法 13 条は、夫婦別氏を選択できる制度を構築すべきことを要求する権利を、個々の国民に対し、保障するものではない。」と主張する (答弁書 20 頁 22 行)。これは原告の主張への被告の反論ではなく、被告が独自に加えた国家賠償法上の違法性の認定要件 (答弁書 17 頁 21 行) への該当性を被告自身が否定しているにすぎず、原告が反論すべき内容ではない。そもそも、



このような要求権の存在が、違法性の認定要件ではないことは、前記1(1)で反論した通りである。

- (2) 被告は、佐藤幸治説と対比して、芦部信喜氏の憲法13条に関する見解を被告主張の補強となるかのように引用している(答弁書21頁4行)。しかし、芦部説は佐藤説と同様、憲法13条につき、個人の人格的生存に不可欠な利益を内容とする権利の総体であるとするいわゆる人格的利益説にたつものであって、憲法の個別の人権条項との関係は一般法と特別法との関係にあり、個別の人権条項が妥当しない場合に限って13条が適用されるとするもの(補充的保障説)であり、佐藤説と対比して、憲法13条の適用範囲を狭めようとするものではない。

芦部説が新しい権利を憲法上の権利として認めうるかの基準とする種々の要素の例示として挙げる4点(答弁書21頁6ないし10行)について、この全てを満たすことを芦部説は要求しているわけではない。

むしろ、芦部説の挙げる要素のうち、「特定の行為が個人の人格的生存に不可欠であること」「その行為は多数の国民が行おうと思えば行うことができる」「行っても他人の基本権を侵害するおそれがない」は、原告の主張する「氏の変更を強制されない自由」に該当するものであって、これを新しい人権の1つとする原告の主張を根拠づけるものである。

- (3) 被告は、夫婦や親子の氏に関する民法の諸規定を引用して、氏は、「このような法制度を度外視して個人が自由に選択できるようなものではない」「氏の選択や変更は、法律によって定められた場合に限られている」と主張する(答弁書21頁12行以下)。

しかし、原告らは、「意に反して氏の変更を強制されない自由」が憲法13条により保障されると主張しているのであり、「氏を自由に選択できる権利」や「氏を変更できる権利」が存在するとは主張していない。被告は原告の主張を歪曲した上で反論しているにすぎない。

(4) 被告は、「婚氏続称及び縁氏続称の法改正は立法政策の問題であることを前提として採用したにとどまり、氏を選択する権利が憲法上の権利として保障されることを前提とするものではない」（答弁書 21 頁 24 行）、「氏の変更審判の傾向はそれ（婚氏の継続を指す）が憲法上の権利であることを前提とするものではない」と主張する（同 22 頁 3 行）。

しかし、(3)同様、原告はもともと「氏を選択する権利」を主張していないので、被告の反論は的を得ていない。

1976（昭 51）年の婚氏続称制度の導入の際、法務大臣官房参事官であった千種秀夫氏は、改正理由として「氏の個人の『人格権的性格』に思いをいたす」（甲 19 の 15 頁）と説明しており、単なる立法政策の問題にとどまらず人格権の問題であることを前提としていた。

また、婚氏続称制導入前の氏変更審判において、家庭裁判所は理由中において、夫婦同氏制について、「憲法上保障される両性の本質的平等が実質的に冒される結果を招来するおそれさえある」と述べており（東京家審昭和 34. 6. 15 家月 11-8-119、訴状 14 頁）、氏の変更の強制が憲法上の権利の問題であることを前提としていた。

**三 答弁書第 3、2、(2)「国民に憲法上若しくは条約上（被告は条約上を略）保障されている権利の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」（訴状 42 頁記載の②、答弁書 22 頁 22 行以下）について**

被告は、原告らが最大判平成 17. 9. 14 に沿って示した「国民に憲法上若しくは条約上保障されている権利の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」との要件（訴状 42 頁記載の②）につき、「若しくは条約上」という文言を省いた上で、「国民主権の根幹をなす選



挙権のように国民が能動的に行使することが予定されていることを本質とする重要な権利について、その権利行使の機会が憲法上保障されているような場合を念頭においている」（答弁書 23 頁 12 行）とする。

しかし、最大判平成 17. 9. 14 には、「国民主権の根幹をなす選挙権のように国民が能動的に行使することが予定されていることを本質とする重要な権利」に限定する旨の文言はないし、それを導き出すための糸口さえ見当たらない。むしろ、同判決は、「…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には」としており、個人の国家賠償請求が認められる範囲の拡張に含みを持たせている。被告の解釈は独自のものであり誤りである。

#### 四 答弁書第 3、3「原告らの主張する利益は国賠法において法律上保護されたものともいえないこと」（答弁書 23 頁 20 行以下）について

- 1 被告は、国家賠償法 1 条 1 項の「違法」が認められるためには公務員が「法律上保護された権利利益」を侵害したことが必要であるとした上で、原告らが被侵害利益として主張する氏名保持権の実質は「婚姻に際して別氏を選択し得ることによる利益」であるとし（答弁書 24 頁 12 行）、そのような利益は「憲法上の権利として保障されていない…し、他にそのような利益を保護している法令は存在しない」から、法的な保護を受け得る利益として認められていないと主張する。

しかし、原告らには、憲法 13 条により「自己の氏の変更を強制されない自由」が、憲法 24 条（ないしは 13 条、追って補充予定）により「婚姻の自由」が保障されているのであるから、「法律上保護された権利利益」が保障されていることは明らかである。

- 2 また、被告は「婚姻に際して別氏を選択し得ることによる利益を保護している法令は存在しない」（答弁書 24 頁 15 行）と主張し、これをもって、原告ら主張の権利利益は国賠法において法律上保護されたものといえないとの主張の根拠とする。しかし、「婚姻に際して別氏を選択する権利」を保障する各国際条約（訴状 32 頁）が存在しており、批准した条約は法律に優位し、国は条約につき誠実に遵

守する義務を負っている（憲法 98 条 2 項）のであるから、被告の主張は論理的ではない。

- 3 被告は、「国賠法 1 条 1 項の「違法」が認められるためには、公務員が法律上保護された権利利益を侵害したことが必要」（答弁書 24 頁 2 行）と主張する。法律上保護された権利利益か否かという問題と、その権利利益が侵害されているかという問題は別次元の問題であるが、念のため、原告らに憲法 13 条、24 条等により保障されている権利が、被告の立法不作為により侵害されていることを以下に主張する。なお、訴状 9 頁以下及び 46 頁以下において、各原告につき、具体的にどのような損害が生じているかを既に主張している。

原告塚本は、50 年に及ぶ婚姻生活を通じて、生来の氏を保持したいという思いから、法律婚や離婚を繰り返さざるを得ず、憲法 13 条で保障される自己の氏の変更を強制されない自由及び憲法 24 条 1 項で保障される婚姻の自由等を侵害されてきた。

原告 A と原告 B は、原告 A はライターとしての、原告 B は特許職としての仕事の都合上、双方が従来を保持する必要性があるため、〇〇年〇月、便宜的に離婚届を提出せざるを得ず、2011 年 1 月 4 日には、荒川区に対し、婚姻後の姓を各自の氏とする婚姻届を提出したが受理されなかったものであり、憲法 13 条で保障される自己の氏の変更を強制されない自由及び憲法 24 条 1 項で保障される婚姻の自由等が侵害されてきた。

原告 C は、法律婚により夫の氏に変更したものの、行政書士として「C」を通称使用しながら、職業上の氏と戸籍上の氏が不一致であることによる不都合や生来の氏を使用できない精神的苦痛を蒙ってきており、憲法 13 条で保障される氏の変更を強制されない自由及び憲法 24 条 1 項で保障される婚姻の自由等を侵害されてきた。

原告 D は、法律婚により夫の氏に変更したものの、戸籍上の氏と呼ばれる度に自己喪失感に苛まれたり、通称使用により仕事上の不都合を蒙るなど、憲法 13

条で保障される氏の変更を強制されない自由及び憲法24条1項で保障される婚姻の自由等を侵害されてきた。

したがって、原告らの法律上保護された権利利益が侵害されていることは明らかである。

- 4 被告は、最判昭和63.2.16を引用し（答弁書24頁17行以下）、「この判例においても、原告らの主張するような婚姻に際して別氏を選択し得ることによる利益が、不法行為法上の保護を受け得る利益として認められているわけではない」（同26行）と主張する。しかし、この判例において、「別氏を選択し得ることによる利益」は全く争点となっておらず、従ってこれにつき何の判断もしておらず、別氏を選択し得ることによる利益が不法行為法上の保護を受け得る利益であることを否定したわけでも何でも無い。

むしろ、上記判例は、「人は他人からその氏名を正確に呼称されることについて、不法行為法上の保護を受けうる人格的な利益を有するもの」であることを認めたのであり、その前提として、「氏名は…人が個人として尊重される基礎であり、その個人の人格の象徴であって、人格権の一内容を構成する」と判示した重要判例である。

自己の氏の変更を強制されない自由は、上記判例が法的保護を受けうるとして認めた「他人からその氏名を正確に呼称される利益」よりはるかに重大な人格的利益というべきものであり、国賠法上保護の対象として認められるべきであることは論を俟たない。

- 五 答弁書第3、4結論（同25頁）について

争う。