

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

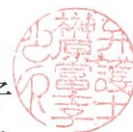
準備書面(5)

2012(平成24)年4月10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 榎原富士子
ほか14名



被告第2準備書面に対し、以下の通り反論する。

目次

第1	はじめに	2頁
第2	条約について	4頁
第3	国家賠償法について	18頁
一	国家賠償法	18頁
二	憲法第24条	22頁
三	憲法第13条	24頁

第1 はじめに

被告は、重要な本質論を回避し、原告主張と真正面から向き合わず、技巧的反論に徹している。また、その趣旨が不明であるといわざるをえない。

1 認否不在・本質論回避

被告は、

- (1)婚姻の自由が、憲法 24 条によって保障された憲法上の人権であるかにつき、率直に認否しない。
- (2)夫婦同氏強制（民法 750 条）の立法目的を明らかにせず、立法目的及び立法目的と手段の関連性に関する原告の主張につき認否しない。
- (3)民法 750 条の規定が女性差別撤廃条約 16 条 1 項 (b) 及び (g) に違反するとの原告の主張につき認否しない。

2 論理矛盾

被告は、

- (1)憲法 24 条に関して、「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保障する規定ではない」（同書面 9 頁 11 行）
- (2)条約に関しては、「その内容を具体化する法令を待つまでもなく国内的に執行可能な規定であるともいえない」（同 19 頁 2 行）とする。

(1)や(2)の「具体的立法」の意味について、被告はまさか、憲法や条約の文言と同じ文言を規定する法律が必要との趣旨で主張してはいないであろうから、被告の主張は、「婚姻前の氏を称したまま婚姻できる立法」が成立しなければ、憲法 24 条は婚姻の自由に関して裁判規範たりえず、「婚姻前の氏を称したまま婚姻できる立法」が成立しなければ、条約 16 条(b)(g)は国内法として執行できないというものであって、被告の論理は、おおよそ、憲法や条約

が国内法規範として効力を有することを否定するに等しい論理である。

なお、「婚姻前の氏を称したまま婚姻できる立法」が成立したならば、既に憲法 24 条にも、条約 16 条(b)(g)にも違反しない状況が実現されているのであって、民法 750 条に関して、これら憲法や条約に違反するとして提訴する者もありえず、裁判規範として機能させる必要も場面もない。

3 趣旨不明

2 の(1)に関しては、被告は一方で、「被告は、およそ憲法 24 条が裁判規範性を有しないなどと主張してはいない」(同 9 頁 7 行)とも述べており、結局、憲法 24 条の裁判規範性についてどのように主張しているのか不明である。

氏に関しても、被告は一方で、「被告は、氏自体に人格権的な側面が皆無であるとも、氏に公的制度の面があれば憲法上の人権として認められた権利を侵害することがあり得ないなどとも主張するものではない」(同 10 頁 8 行)としつつ、他方で、「何らの法律制度を前提としない氏を観念し、それについて公的制度によって侵害される・・・自由権・・・を観念することはできない」(同 12 頁 25 頁)としており、これらの主張の内容・関係が不明である。

4 司法による救済の必要性

今ほど司法が力を発揮すべき時はない。衆議院と参議院がねじれ現象をおこして国会は揚げ足取りの議論に終始して停滞し、異論がある重要法案は何 1 つ成立せず、国政のさまざまな面における遅延による国民の損害は著しい。

人権にかかわる重要な制度改革をどこまでも延期しても国会は責めを負わないとする判決が下るならば、国会はさらに安心して怠慢を続ける。

従前の多数の原発差止め訴訟において、司法が安全性を十分にチェックし、司法としての機能を発揮していたならば、福島原発事故はおきなかった。

婚外子相続分の差別につき、1995 年に最高裁判所が合憲との決定を出して

しまったことは、民法改正の動きをその後長く停止させた。理由中でどんなに立法による解決が望ましいと理由を添えて国会に対して実質的には勧告しても、国会議員らは、結論しか知らず、判決の理由を読んで勉強することはありません、立派な判決理由もその耳に届かない。

晩婚化、少子化は止まらず、年金財政は破綻している。国家財政も、赤字国債の消化が国内で行われ続けているから目立たないが、ギリシア破綻以上に破綻しているともいえる。こうした資本主義の成熟期、世界の最先端をいく高齢社会がすでに実現した日本において、女性労働の活用、即ち、女性が税金を払い、年金を払う側に立つことのできる社会を構築することが、少子化に歯止めをかけ、日本社会の衰退をとどめ、再生・発展に不可欠であることは異論がない。婚姻しやすく、婚姻しても女性が働きやすい社会を形成することは、日本がこれからさらに本格化する高齢社会を維持するために不可欠な施策である。選択的別姓制度はそのための一環でもある。

本件において、実際被告国の代理人として訴訟活動を行う者は、法務省に属する職員等である。選択的夫婦別姓を可能にするための法改正は、1996年以來、むしろ法務省の望むところであり、被告の代理人として訴訟活動を担う者こそが、国会議員らがいかに長年怠慢であり、司法から立法の不作為として違法であるとの判断を受けなければ、自発的に民法改正を実現することがありえないかを良く知っているはずである（議員定数判決を考慮すれば、違憲判断がおりてもなお、改革は遅い）。

第2 同書面第2(15頁～19頁)に対する反論 条約について

1 論点の整理

被告のこれまでの主張によれば、被告は、原告が本件訴訟において原告の

請求を法的に基礎付けるために女性差別撤廃条約を援用するためには、同条約が自動執行力を有する必要があるところ、同条約は自動執行力を有しないから、原告の条約違反を理由とする主張はその前提を欠くと述べるにとどまり、民法 750 条が女性差別撤廃条約に違反するとの原告の主張については争わない趣旨のようである。

よって、原告においても、(1) 本件国賠請求訴訟において違法性の根拠として条約違反を主張するために条約規定に直接適用可能性（被告らの用語によれば自動執行力ないし自力執行力）が必要であるか、仮に必要であるとした場合、(2) 女性差別撤廃条約 16 条 1 項 (b) 及び (g) が本件請求との関係で直接適用可能であるかという 2 点に絞って反論する。

2 女性差別撤廃条約上の国の義務違反に対する救済と条約の直接適用可能性の要否

(1) 被告は、「条約は、成立するとともに締約当事国間にその効力を生じ、締約当事国間にその条約の内容に従った法律関係を発生させるもので、原則として国家間の関係を規律する法規範であり、直接に締約当事国内の個々人の権利義務を規律するものではない」という。このことは、条約一般についての説明としては間違いとまでは言えない。

しかしながら、本件で問題となっている女性差別撤廃条約を初めとする国際人権条約についての説明としては正確ではないうえ、国際法平面における国際法規範としての効力と、当事国の国内法平面における法規範としての効力とを混同していると言わざるを得ない。

(2) 国際人権条約は、国家間の権利義務を規律する条約とは異なり、直接に個人の権利とこれを保障する国家の義務を規律する国際法規範である(申恵丰意見書 (甲 52)、22-23 頁)。このように、締約当事国内の個人の権利保障を

直接の目的として、この目的達成のために、個人の権利を保障する国際法上の義務を国家が相互に負うところに国際人権条約の特徴がある。

したがって、国際人権条約の当事国は、条約上の義務を履行しない他の当事国に対して、条約上の義務を履行するよう求める国際法上の権利を有するが、このことは、国際人権条約によって条約が保障する権利を個人が取得することとは何ら矛盾しない。

(3) また、本件で問題となっているのは、原告が女性差別撤廃条約によって保障された権利を、日本国の国内法上、日本国に対して国内裁判所において主張することができるかという問題である。

被告は、この点、女性差別撤廃条約が保障する権利が「(締約当事国内の個々の国民に対して保障される) ためには、女子差別撤廃条約 16 条 1 項 (b) 及び (g) が、締約当事国の個別の国民に対し、内容上そのままの形で国内法として直接に実施され、私人の法律関係について国内の裁判所及び行政機関の判断根拠として適用することができるもの、すなわち自動執行力を有するものでなければならない」と述べる。しかし、被告の理解にはいくつかの間違ひが見られる。

第一に、憲法 98 条 2 項は、条約の国内的効力について一般的受容体制を採用したものと解するのが通説判例であり、この点について被告も争いが無いようであるところ、一般的受容体制の下では、女性差別撤廃条約は、日本国が締結した条約として、国内法として効力を有する。ここで、国内法として効力を有するとは、国家間の権利義務を規律する国際法規範が日本の国内法上、国家を拘束する国内法規範としての効力を有することを意味する。すなわち、日本国は、国際法平面においては、他の締約当事国に対し日本国内において女性差別撤廃条約が保障する権利を個人に対し保障し、同条約を日本国内において実

施する国際法上の義務を負うが、憲法 98 条 2 項の効果として、国内法平面においては、個人に対して、同条約が保障する権利を保障し、同条約を実施する国内法上の義務を負うのである。

第二に、条約に基づいて個人が権利を有することと、条約が「それ以上の措置なしに実施されうる」という条約の直接適用可能性（岩沢雄司『条約の国内適用可能性』（乙 17）281 頁）とは別個の問題である。条約の直接適用可能性は、条約の個々の規定とそれが援用される形態に応じて個別的に判断されることから、条約の規定に基づいて個人が権利を有していても、具体的な裁判における条約規定の援用の形態によっては、当該規定が直接適用可能でない場合もある。例えば、市民的及び政治的権利に関する国際規約 14 条 5 項は、有罪の判決を受けた者が上級の裁判所によって再審理される権利を規定するが、オランダ憲法裁判所の 1989 年 10 月 11 日判決（NJ 1990, 812）は、オランダでは財政関係事件については、控訴裁判所が第一審かつ最終裁判所とされていたことについて、同規約 14 条 5 項に違反するが、司法制度の組織についての法改正なしに、最高裁判所その他の機関が、同規約 14 条 5 項に基づき、財政関係事件の控訴審裁判所として審理を行うことはできないと判断したが、これなどが、国内法によって権利の行使に必要な措置が取られなければ、個人は条約に基づき権利を有するといっても、条約のみを根拠にそれ以上の措置なしに権利を実現することはできない場合の例である。このように、条約規定が個人の権利を創設している場合でも、当該条約規定が直接適用可能とは言えない場合もあるし、反対に、条約規定が直接適用可能であるためには、条約が個人の権利を創設していることは要件ではないというのが一般に受け容れられた見解である（岩沢雄司他編『講義国際法』115 頁）。

第三に、被告は、原告らが本件訴訟において請求を法的に根拠付ける規範と

して女性差別撤廃条約を援用するためには、当該条約規定が「私人の法律関係について国内の裁判所及び行政機関の判断根拠として適用することができるもの」でなければならないと主張する。しかしながら、本件訴訟は、憲法 98 条 2 項によって国内法として受容された（すなわち、国内法規範としての効力を付与された）女性差別撤廃条約上の権利を有する原告らが、被告国が国内法上原告ら個人に対して負う条約の実施義務、具体的には、条約違反の国内法の改廃義務の履行を怠ったことにより、損害を被ったとして金銭賠償の形で司法的救済を求めるものである。被告のいう「私人の法律関係」が具体的にどのようなものを指すのか明らかではないが、本件において裁判所が判断を求められているのは、民法 750 条が女性差別撤廃条約に規定する差別的法規にあたるか否かであって、それ以上に、原告らの請求の内容を判断するために、女性差別撤廃条約が、それ以上の実施措置なしにそれ自体で実施可能か否か（すなわち、直接適用可能性の有無）を問う必要はない。原告らが、準備書面 3 において、本件のような国賠請求訴訟においては、条約の直接適用可能性の有無は問題にならないと述べたのは、この意味においてである。

(4) この点、被告は、「原告らは、国会議員の立法不作為が国賠法 1 条 1 項の適用上違法となるかどうか、すなわち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、という問題における、公務員が個別の国民に対して負う職務上の注意義務と、条約締結国が条約当事国に対して条約の効果として負う条約の遵守義務とを混同している」と主張する。

しかし、この主張は、日本国が女性差別撤廃条約を締結したことにより、国が国内法上、同条約違反の国内法を改廃する義務を負うこと、より具体的には、立法権を独占する国会、そしてその構成員である国会議員が個別の国民に対し

て、立法権を行使して条約違反の国内法を改廃する義務を負うことの理解を欠くものである。

(5) 被告は、また、原告らが、本件のような国賠請求訴訟においては、条約の直接適用可能性の有無は問題にならないことの根拠として、岩沢教授の著書を引用したことについて、論拠が十分ではない、あるいは、引用の仕方が適切ではないという。

被告も指摘するとおり、条約の国内的实施は国内法の問題であり、国家が条約を国内的に実施しないために損害を被った個人による国家賠償請求訴訟を認めるか否かも国内法の問題であり、原告らも、この点について異論はない。そして、日本においては、前述のとおり、締結された条約は国内法的効力を有し、国が負う条約違反の国内法を改廃する国際法上の義務は国内法上の義務に転化し、その違反は国賠請求訴訟における違法性の根拠となるのである。

また、原告らが引用した岩沢教授の著書の「国家が条約を国内的に実施しないために損害を被った個人による国家賠償請求訴訟を認める余地はあろう」との記述は、「条約は、国内において、直接適用可能でなくても、その他の効果をもちうる。直接適用可能性は、条約が国内においてもつ効果の一つにすぎないのである。」(岩沢『条約の国内適用可能性』(乙17)331頁)とする項の中で、直接適用可能性を有しない条約が有する法的効果の一つとして述べられており、原告らの主張に沿う。むしろ、「国賠請求訴訟における違法性の根拠として条約を援用するためには、条約が直接適用可能性を有していなければならない」と被告が主張するのであれば、被告において、その根拠を示す必要がある。

3 女性差別撤廃条約16条の直接適用可能性

原告らは、本件国賠請求訴訟において女性差別撤廃条約の直接適用可能性の

有無は問題とならないが、仮に、直接適用可能性が必要であるとしても、女性差別撤廃条約 16 条は直接適用可能性を有すると主張するものであるところ、被告は準備書面 2 において、女性差別撤廃条約の直接適用可能性を否定するので、この点について反論する。

(1) 条約の直接適用可能性の判断基準（一般論）

被告は、準備書面 1 においては、自動執行力の判断基準として、主観的要件や客観的要件が考慮されると述べ、山本教授及び岩沢教授の著書を引用していたが、今般、準備書面 2 では、「一般に、条約に自力執行力が認められるためには、主観的要件と客観的要件とが必要であると解されている」（下線は原告ら）として、主観的要件と客観的要件の両方を満たすことが必要であると主張する。

しかしながら、まず、山本教授は、自動執行力が認められる条約として、主観的要件による場合と客観的要件による場合とを挙げているが（山本『国際法（新版）』（乙 14）105 頁）、主観的要件と客観的要件の両方を満たす場合に限り、自動執行力が認められると述べている訳ではない。

次に、被告は、岩沢教授の著書『条約の国内適用可能性』（乙 17）297～314 頁を根拠として引用するが、条約の直接適用可能性が認められるためには、主観的要件及び客観的要件の両方を満たす必要があることの根拠として、同書を引用するのは誤りである。岩沢教授は、第六章「一般的考察—結論」において、第一節で「国内適用可能性の概念」を述べたうえで、第二節で「国内適用可能性の基準」について述べており、被告が引用するのは、この第二節の中の主観的基準及び客観的基準についての検討部分である。しかしながら、主観的基準に関する同教授の結論は、「当事国が条約の国内適用可能性を排除する否定的な意思を条約の中で明示した場合には」条約の国内適用可能性を排除する可能

性は認めるものの、条約が直接適用可能であるとする当事国の積極的な意思という意味での主観的要件は不要であるというものである。岩沢教授による主観的要件の位置付けが、このようなものであることは、既に、原告準備書面 3 (6～7 頁)において引用した『講義国際法』の岩沢教授の著述に明らかであるが、被告が引用する同教授の『条約の国内適用可能性』(乙 17) 301 頁により詳しく論じられているため、念のため、以下に引用しておく。

「しかし、条約が直接適用可能か否かに関する当事国の意思は、そもそも存在しないことが多いのであるから、当事国の意思に基づいて条約の直接適用可能性に『有利な推定』を認めるのは、やはり適当ではないように思われる。条約の国内適用可能性に『有利な推定』は、当事国の意思ではなく条約の国内的効力に基づいて認められるべきではないだろうか。国内法は、直接適用可能であることが『推定』されている。直接適用可能であることがしいて立証されることなくして、直接適用されている。国内法は、直接適用可能でないと主張される場合にこそ、その根拠が詳しく論述されている。それならば、条約も、国内法に受容され国内において法としての効力をもつことが承認された以上は(国内法に「変型」されたと考えるならなおさら)、国内法と同じように、直接適用可能であることが『推定』されてしかるべきではないだろうか。そうだとすると、立証責任は、条約が直接適用可能でないと主張する側が負うことになる。また、条約の国内適用可能性を根拠づける基準ではなく、それを排除する基準が検討されなければならないということになる。」(下線は岩沢教授)

(2) 日本における条約の直接適用可能性の判断基準

ところで、岩沢教授は、『条約の国内適用可能性』において、被告が引用する第二節「国内適用可能性の基準」に続けて、第三節では「条約が国内におい

て直接適用可能か否かを決定するのは国内法である」と述べる。

その根拠は、同教授によれば、「当事国の意思によって直接適用可能な条約と直接適用可能でない条約を国際法上截然と区別することは困難である」し、「条約が明確であるかの判断は、各国における権力分立のあり方、法的伝統によって異なりうる。その事柄に関する国内法性の状況によっても異なりうる。各国の『受け入れ構造』によっても異なりうる。国内の立法者が特定の条約の国内適用可能性を排除することもありうる。国内の憲法が特定の事項に関する条約の国内適用可能性を排除していることもありうる」からである（岩沢『条約の国内適用可能性』（乙17）323～324頁）。

この点は、山本教授も、「各国の国内裁判所その他の国家機関は、個々の条約規定について、このような主観的・客観的な要件を考慮して、自動的執行力の有無を認定せざるをえない」と述べており（山本『国際法（新版）』（乙14）106頁）、条約の直接適用可能の判断が国内裁判所に委ねられることに異論はないようである。

そこで、我が国における条約の直接適用可能性の判断基準が問題となるが、山本教授も岩沢教授も外国における例を引くのみで、日本における条約の直接適用可能性の判断基準については明らかにしていないことに留意することが必要である。したがって、被告が、山本教授や岩沢教授の著書を根拠として、日本における条約の直接適用可能性の基準として、「主観的要件と客観的要件とが必要であると解されている」と主張する趣旨であるとすれば、両教授の見解を正しく理解していないと言わざるを得ない。

とりわけ、岩沢教授の著書について言えば、日本における条約の直接適用可能性の判断基準について、明確な見解は示されていないものの、前述の引用部分の「条約も、国内法に受容され国内において法としての効力をもつことが承

認された以上は（国内法に「変型」されたと考えるならなおさら）、国内法と同じように、直接適用可能であることが『推定』されてしかるべきとの記述からは、被告の主張とは逆に、憲法 98 条 2 項により締結された条約が国内法的効力を有する日本の場合、条約の直接適用可能性が推定されることが示唆されている。

さらに、被告が主張するように、主観的要件および客観的要件が満たされた例外的な場合にのみ国内裁判所での条約の適用が可能であるとの理解を、日本における条約の直接適用可能性の判断基準とするとすれば、「日本では批准された条約が国内的効力を有する有効な法源となっていることを看過し、不必要に厳格な要件を設定して条約の適用可能性を狭めようとする立場であって妥当でない」と申教授も指摘している（申意見書（甲 52）28 頁）。

(3) シベリア抑留者訴訟控訴審判決の評価

以上のとおり、被告は、山本教授や岩沢教授が述べた条約の直接適用可能性についての一般論を我が国における条約の直接適用可能性の判断基準と混同し、しかも両教授の見解の内容についても誤解して、「主観的要件と客観的要件とが必要である」と主張するものであり、日本における条約の直接適用可能性の基準として被告が主張するような要件が必要とされることについては、根拠がないと言わざるを得ない。

この点、被告は、シベリア抑留者訴訟控訴審判決が、かかる基準を定立したものとして引用する。しかしながら、同事件は、国際慣習法に基づく補償請求等の事案であるところ、控訴審判決は、控訴人らが請求の根拠として主張した国際慣習法の成立を否定し、よって、それ以上に、同事件における控訴人らの請求の可否の結論を導くうえで、国際慣習法の直接適用可能性の有無を判断する必要がなかったにも関わらず、「国際慣習法が成立していると仮定した場合

においても、・・・右国際法を直接適用して結論を導くことが可能であるかどうかという国際法の国内適用可能性の有無の問題は、別途検討する必要がある」として、あえて国際法（条約及び国際慣習法）の直接適用可能性の判断基準についての一般論を述べたものである。

日本における国際法の直接適用可能性の判断基準についての一般論を述べた判決は、同判決以前にはなかったことから、条約の直接適用可能性の判断基準を示した裁判例として、本判決が引用されることが少なくないが、傍論として述べられたに過ぎない本判決の判示について、基準を定立したものとして評価すべきかは疑問である。小畑郁教授は、同判決「の法理を、判例として一般化することは全く不可能である」と述べる（小畑郁「国際人権規約－日本国憲法大系の下での人権条約の適用」ジュリスト 1321 号 10 頁注 15）。実際、本判決は、直接適用可能性の判断基準について、被告が引用するとおり、「当然のことながら」という以外、まったく、根拠も述べていない。

(4) 女性差別撤廃条約の直接適用可能性を排除する当事国の明確な意思はないこと

以上のとおり、我が国における条約の直接適用可能性の判断基準については、学説・判例のいずれにおいても確立されているとは言えないが、前述のとおり、岩沢教授は、国内法に受容され国内法としての効力をもつことが承認された条約は直接適用可能であることが推定されるが、当事国が条約の国内適用可能性を排除する否定的な意思を条約の中で明治した場合には条約が直接適用可能でないことになる可能性を示唆し（岩沢『条約の国内適用可能性』（乙 17）301 頁）、この考え方が日本における条約の直接適用可能性の判断においても妥当する可能性があることから、一応、本件で問題となっている女性差別撤廃条約について確認しておく、同条約中において、直接適用

可能性を否定する当事国の意思が明示されているといった事実はない。

(5) 我が国の立法府及び政府の理解は直接適用可能性を否定する理由とならないこと

被告は、被告が主張する「主観的要件」について、「我が国の立法府及び政府は、女子差別撤廃条約を自動執行力のない条約として理解していたことは明らかである」と述べる。

しかしながら、日本における条約の直接適用可能性の判断基準として、積極的な「主観的要件」が必要とされるのか、岩沢教授がいうように排除基準としては意味をもつと考えるべきかは別としても、山本教授も岩沢教授も、締約国ないし当事国の「意思」を問題としている。我が国の立法府及び政府が、条約の直接適用可能性についてどのように理解していたかを、日本国の「意思」と同視することはできない。いわんや、岩沢教授が、条約の直接適用可能性を排除する主観的基準としては意味をもつことがありうるとされる、直接適用可能性を否定する当事国の明示的な意思にあたらぬことは明らかである。

なお、岩沢教授は、以上の「否定的な当事国の意思」とは別に、「条約の国内適用可能性は、国内の立法者の意思によって排除されるということもありうる」（岩沢『条約の国内適用可能性』（乙17）305頁）と述べる。しかしながら、同教授が、そのような例として挙げるのは、オーストリア憲法の下で議会在て条約を承認する際に認められている「(当該)条約は法律の制定によって履行されなければならない」との決議や、アメリカで国際人権条約を批准する際に「この条約は self-executing ではない」という「宣言」を付す場合である（同 305～306 頁）。

日本国憲法 98 条 2 項の下では、条約は締結によって国内的効力を付与され、直接適用可能性を否定すべき積極的な理由がない限り、直接適用可能性が推定

されるところであるから、立法府や政府が女性差別撤廃条約は直接適用可能性がないと理解していたという程度では、条約の国内的効力に由来する直接適用可能性の推定が覆されることはない。

この点について、さらに、被告は、女性差別撤廃委員会自身も、日本が女性差別撤廃条約には自動執行力がないという「締約国意思」を有していることを前提としていると言う。しかしながら、被告が引用する最終見解において、同委員会は、同条約が日本において自動執行性がなく、裁判手続において直接適用されていないという事実について懸念を表し、「本条約の精神、目的及び規定が十分に認識され、裁判において活用されるように、本条約及び委員会の一般勧告に対する裁判官、検察官、弁護士意識啓発の取組を締約国が強めること」を勧告しているのである（2009年8月7日付け「女性差別撤廃条約の最終見解」20項）。このように、同委員会の最終見解の趣旨は、日本においては憲法98条2項において、条約が国内的効力を有するとされているにもかかわらず、自動執行性がなく直接適用されないという裁判実務の実態を懸念と共に指摘し、改善を求めているのであって、我が国において女性差別撤廃条約の直接適用可能性の推定を排除する「締約国意思」や「立法府の意思」を認定したものでも、肯定したものでもない。

(6) 女性差別撤廃条約16条は客観的要件において欠けるところはないこと

被告は、女性差別撤廃条約16条1項(b)(g)の各規定の内容は、「その内容を具体化する法令を待つまでもなく国内的に執行可能な規定であるともいえない」として、客観的要件の点からも、直接適用可能性が認められないと主張する。

しかしながら、被告の主張は、本件国賠請求訴訟との関連においての具体的な検討もなしに、抽象的に女性差別撤廃条約16条1項(b)及び(g)の規

定がそのままでは国内的に執行可能な規定ではないと断定しているに過ぎない。これに対し、原告らは、準備書面 3 において、条約規定の明確性は、訴訟類型及び条約規定の援用の仕方に応じ相対的に判断され、本件国賠請求訴訟において女性差別撤廃条約 16 条 1 項 (b) 及び (g) の規定は、民法 750 条が同規定に違反する差別的規定であるか否かの判断が可能な程度の明確性を有すれば足りると指摘したが、被告はこの指摘にまったく答えていない。

被告の主張によれば、これらの規定の内容を具体化する法令が制定されて初めて、国内的に執行可能となるということになるが、被告は、これらの規定の実施のためには、どのような内容の法令が必要であるというのかも示していない。仮に、16 条 1 項 (b) 及び (g) の規定の内容をそのまま国内法として規定し直す立法が必要であると主張する趣旨であるとするれば、憲法 98 条 2 項により条約は締結と同時に国内的効力が付与されるとの確立された解釈に反することになる。

また、被告が、16 条 1 項 (b) 及び (g) の規定を日本国内で実施するためには、これと矛盾する国内法すなわち民法 750 条の改正が必要であると主張する趣旨であるとするれば、原告らは国会がかかる立法措置を批准後も長期間取らずに放置していることによる損害についての賠償を求めるのに対し、その求める立法措置がとられていないから条約は執行不可能であるので条約違反があっても（被告は民法 750 条が条約に違反しないと主張していない）国家賠償法上の違法性の根拠たりえないという非論理的反論を被告はしていることになる。言い換えれば、立法措置の懈怠という自らの怠慢を、自己の法的責任の否定に有利な事実として援用するものであって、どんなに長期懈怠があっても司法的救済の可能性を完全に否定するものであり、おおよそ法治国家として許される論理ではない。

以上のとおり、本件訴訟において、被告は、民法 750 条が女性差別撤廃条約 16 条 1 項 (b) 及び (g) に違反するとの原告らの主張を争っておらず、原告らの国家賠償請求が認められるためには、同条約 16 条 1 項 (b) 及び (g) の規定の内容を具体化する法令は必要ないのであるから、被告の主張は、原告らの請求を否定する理由とはなり得ない。

第3 国家賠償法について

一 被告第2準備書面第1の1及び2(2～8頁)について(国家賠償法)

従前の主張の繰り返しとなってきたが、わかりやすくするために、以下述べる。

1 被告の主張

被告は、

- (1)最大判平成 17.9.14 (民集 59-7-2087、以下「平成 17 年最判」という。)は、最判昭和 60.11.21 (民集 39-7-1512、以下「昭和 60 年最判」という。)の考え方に立った上で、「例外的に違法と評価される『場合』について、例外的に言及した一般的説示にすぎない」(5 頁 1 行)から、正確に理解するためには、昭和 60 年最判での原則的場合の説示部分に示された考え方を踏まえる(被告第2準備書面 6 頁 5 行)ことが必要であるとする。
- (2)そして、昭和 60 年最判が採用したいわゆる職務行為基準説につき、「個別の国民に対して負う職務上の法的義務」は、「不法行為法において損害賠償を基礎づける法的注意義務と同様に、具体的な法的行為義務である」(同 6 頁 26 行)とし、
- (3)平成 17 年最判の示す例外的場合について、国会議員の立法不作為が国家賠償法 1 条 1 項上違法となるためには、「ある具体的かつ特定の内容の法制度(本

件でいうと夫婦別姓を選択できる法制度)を構築しなければならない法的義務を負っているのに、それに違背したような場合を想定していると理解するのが相当であり」(同7頁16行)とし、

(4)それは、結局、被告が主張する「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」(同7頁20行)ことにほかならないとする。

(5)そして、原告は、立法不作為が違憲であることを主張するにとどまり、職務上の法的義務の存在やその違反ひいては個別の国民として有する権利利益の侵害を主張しているとはいえない(同8頁10行)とする。

2 原告の反論

前記1(3)(本書面18頁)について

被告のいう「具体的かつ特定」の意味がどの程度のものか不明であるが(この点については、原告の立場は原告準備書面2の3頁15行で説明済み)、「ある具体的な立法ないし法改正を行わなければならない法的義務を負っているのに、それに違背したような場合」であることが必要なのであって、違憲の法が既に存在する場合は廃止する義務も負っているのであるから、新規に法を創造する場合のみをイメージする「法制度の構築」との表現は、必ずしも適切ではない。

前記1(4)について

この点に、被告の論理の飛躍がある。

原告主張の違法の要件の①(訴状42頁)に即していえば、「ある立法が国民の憲法上の権利を侵害するものであることが明白である場合、国会について、違憲の法律を廃止ないしや憲法適合性のある法律に改正する義務が、国家賠償法上生じている」のであって、これ以上を、昭和60年最判も平成17

年最判も要求するものではない。

前記 1(5)（本書面 19 頁）について

原告は、本件立法不作為が、国家賠償法上違法であると主張しているの
あって、違憲であるとは主張していない。

被告は、職務上の法的義務に違背したかという国家賠償法における違法
の問題と、当該立法の内容の違憲性の問題を混同している。

3 原告の主張

- (1) 原告らは、当初から、平成 17 年最判は昭和 60 年最判を前提として、国家
賠償法 1 条 1 項上違法となる一定の場合の要件につき判示したものであると
の理解のもと、国会は、氏の変更を強制されない自由及び婚姻の自由を保障
する立法措置を構すべき義務を有しており、具体的には、民法 750 条を改正
して、夫婦同氏に加えて夫婦別姓という選択肢を新設すべき法的義務が存す
ると主張している（訴状 44 頁 14 行等）。

民法 750 条の違憲性については繰り返さない。

- (2) 以下、昭和 60 年最判と平成 17 年最判に関する原告らの理解を再度示した上
で、原告らの主張を改めて整理する。

昭和 60 年最判と平成 17 年最判をあわせて読むならば、第 1 に、「国会議員
の立法行為または立法不作為が同項の適用上違法になるかどうかの問題と、当
該立法の内容または立法不作為の違憲性の問題とは区別されるべき」であり、

第 2 に、「国会議員の立法行為または立法不作為が同項の適用上違法になる
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る」ということであり、

第 3 に、「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には、例外的に、国会議員の立法行為又は立法不作為は、国家賠償法1条1項の規定の適用上、違法の評価を受けるものというべきである。」ということである。

したがって、上記二つの判例によれば、最高裁は、国会議員の立法行為または立法不作為が同項の適用上違法になるかどうかの問題と、当該立法の内容または立法不作為の違憲性の問題とは区別すべきとしているが、一定の場合、すなわち、「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には、例外的に、国会議員の立法行為又は立法不作為は、国家賠償法1条1項の規定の適用上、違法の評価を受けるものというべきである。」と述べているのである。いわば、最高裁が指摘する2つの場合などには、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と評価できるとしているのである。

よって、平成17年最判の「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、……これを怠る場合」に国会議員の立法不作為が国家賠償法1条1項上違法になるとすることを前提とした原告らの主張は、言うまでもなく、平成17年最判のみならず、昭和60年最判にも沿うものである。

なお、原告らがさらに、上記に加え、さらに「条約上保障されている権利の違法な侵害」も加えた根拠は、既に訴状に示したとおりである。

二 被告第2準備書面の第1の3及び第3の2（8頁以下、19頁以下）について（憲法24条）

1 憲法24条の裁判規範性について

(1) 被告は、「憲法24条は…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保障する規定ではない」（被告第2準備書面9～10頁、20～21頁）と繰り返し、その根拠として、憲法24条の趣旨が、家制度の解体等の指示（野中俊彦ほか「憲法I第4版」293頁）と「法の下での平等」（憲法14条1項）の具体化（佐藤幸治「憲法第3版」475頁）にあることを挙げる（被告第2準備書面20頁）。

しかしながら、憲法24条は、1項で婚姻の自由と夫婦の『同等の権利』をうたい、また2項で、家族に関する法律は『個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚して』制定されるべきことを要求している。これは、憲法13条、14条からも当然に導かれることだともいえる」（野中俊彦ほか「憲法I第4版」293頁。この引用に続いて、憲法24条の趣旨として被告引用部分が続く。）のであって、裁判規範として機能するような権利を保障する規定であることに疑義のない憲法13条、14条から当然に導かれ、かつ、これらを具体化した規定に基づく「婚姻の自由」・「夫婦の同等の権利」について、具体的な立法なくして裁判規範として機能するような権利ではないという被告の主張は、論理的に破綻しているというほかない。

(2) 被告は、「原告らが引用する裁判例において問題となった権利利益は、本件とは異なる内容のものであり、これらに基づいて、原告らの主張する婚姻に際して別氏を選択することができる権利を保障したとする根拠となるものではない」（被告第2準備書面21頁）と主張する。

しかしながら、原告らが訴状34頁以下で引用した3つの裁判例及び準備

書面(4)6頁以下で引用した広島高判平成3.11.28は、いずれも、「婚姻の自由」に対する制約が問題となった事案であり、問題となる権利利益は共通する。制約される場面は、結婚退職制、再婚禁止期間及び夫婦同氏強制と異なるが、これらはいずれも、憲法上保障される「婚姻の自由」に対する制約の違憲性の問題であって、被告の主張は、婚姻の自由が憲法上保障される人権であるかということと、これが首肯された上でその制約として合理的理由があり合憲であるかということとを混同している。

- (3) なお、被告は、敢えて訴状を引用し、「婚姻の自由」という自由権の意義が明らかにされていないと主張するが（被告第2準備書面21頁）、原告らは、準備書面(4)7頁以下において、婚姻・法律婚の意義について明らかにし、「婚姻の自由」について、法律婚をすることあるいはしないことについて国家による干渉を受けない自由であることを明らかにしている。

2 夫婦の氏と立法政策について

被告は、「夫婦同氏の原則を維持するか否かは、立法政策の問題としてその相当性は議論の対象となるものの、少なくとも現行の婚姻制度が憲法上保障された権利を侵害するものではない」と主張する一方、「憲法24条は…具体的な立法を待つことなく、個々の国民に対して国会議員の具体的な立法措置を講ずべき職務上の法的義務を導き出すような権利を保障する規定ではない」ことがその前提・根拠であると主張する（被告第2準備書面10頁）。

被告の主張は、結局、「婚姻の自由」・「夫婦の同等の権利」が具体的な立法を待つことなく裁判規範として機能するような権利として保障されているかということに帰着するものであって、夫婦の氏について立法政策の問題でもある（このこと自体は原告らも認めている。）ことは、被告の主張との関係では独自の意義を有さない。

なお、被告は、立法政策に言及するが、夫婦同氏制の立法目的については、訴訟提起から1年が経過しても、「家族の呼称（ファミリーネーム）」という曖昧な主張をするだけで、具体的な根拠・目的について明らかにできない。

三 被告第2準備書面第1の4（11～14頁）について（憲法13条）

1 被告は、

「氏について、何らの法律制度を前提とせずに個人の自立的決定に委ねられたものであるなどと考えられるものではない」（同12頁20行）

「およそ氏というのはそもそも現行の婚姻制度という法律制度の存在を前提としたものであって、その意味で、氏は制度に依存した存在である。そのため、何らの法律制度を前提としない氏を観念し、それについて公的制度によって侵害される自由権、『婚姻の際の氏名保持権』ないし『氏の変更を強制されない自由』などという憲法上保障された自由を観念することはできないというべきである」（同12頁23行以下）と主張する

2 原告らは、戸籍や住民基本台帳等の公的登録上の氏が、制度に「依存」しているかはともかく、法制度によって規制されていることを否定するものではなく、かつ「何らの法律制度を前提としない氏」（同12頁25行）など観念していない。原告らに変更を強制されないと主張する「婚姻前の氏」もまた、出生時からの民法上の氏であり戸籍上の氏であり、民法及び戸籍法に規律された氏である。

そして、被告の主張の通り、「氏について何らの法律制度を前提とせずに、個人の自律的決定に委ねられるしくみではない」からこそ、氏の変更を強制されない自由を保障するために、違憲である法律（民法750条）を改正する義務が被告にあると主張しているのである（訴状44頁）。

3 被告は、答弁書においても、氏名保持権が憲法上の権利ではないとする理由の一つとして、「氏を選択や変更は・・・いずれも法律によって認められた場合に限られている」と述べていた（答弁書 21 頁）。

被告の主張は、結局、法制度により定められたもの（本件では氏）については、憲法上の権利を観念しえないとするものであり、下位規範である法律が上位規範である憲法を制約すると述べているに等しい。

以上