

平成23年(ワ)第6049号 損害賠償請求事件
原告 塚本協子 ほか4名
被告 国

準備書面(8)

2012(平成24)年12月13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14名



1 はじめに

すでに、準備書面(6)でも、国会(国会議員)の立法不作為の違法性について、整理をしたところであるが、今回提出する毛利透「選挙権制約の合憲性審査と立法行為の国家賠償法上の違法性判断」論究ジュリスト1号81頁(以下、「毛利論文」という。甲89)及び提出済みの申恵丰意見書(以下「申意見書」という。甲52)等をも援用しつつ、さらに、原告らの国家賠償法に基づく本件請求に理由があることについて、まとめをしてみたい。

2 平成17年判決は、昭和60年判決を実質的に変更したものであること

原告らの請求の基本に置かれているのは、最大判平成17年9月14日民集59巻7号2087頁(以下「平成17年判決」という。)であることは、繰り返すまでもない。

平成17年判決が、最一小判昭和60年11月21日民集39巻7号1512頁(以下「昭和60年判決」という。)と「異なる趣旨」ではないという表現をしているものの、『容易に想定し難いような例外的な場合』という表現を用いた昭和

60年判決に対して、本判決が違法となる場合を拡大しようとしていることは判決文面から明らかであり、さらに調査官解説がここまで明確にその趣旨を説明している以上（注『その射程を実質的に限定し、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』と述べている点を指すもの）、実質的判例変更があったとあってよかろう。」（甲89、毛利論文85、86頁）

したがって、平成17年判決を正確に理解する上で、昭和60年判決が実質的に変更されているという点を正確に直視する必要がある。

3 原告ら主張の「要件①」と「要件②」（訴状42頁、準備書面(6)）について

原告らは、平成17年判決に依拠して、要件①と要件②のいずれにも該当すると主張してきたところである。毛利論文（甲89）は、「国会議員に裁判所のいうとおりの憲法解釈を行うよう求めることはできないが、明白な違憲行為については、それにより憲法上の権利を侵害される者に対する職務義務違反を認めても、その立法行為を必要以上に阻害することにはならない。」とした上で、要件①を「第1類型」と、要件②を「第2類型」と呼び、不作為の場合は、すべて第2類型で考える方がすっきりするようと思われるとしている。もっとも、第1類型を「直接侵害型」、第2類型を「間接侵害型」と区分する見解もある（木村草太「判批」法協124巻6号1490頁、甲90）。この論点には、これ以上立ち入らないが、原告らは、本件においては、要件①、要件②のいずれにも該当すると主張するものである。

4 要件①について

要件①は、「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」である。

民法750条の存在が、夫婦のいずれか一方が、いかに希望しようとも、婚

姻後には、それまで使用してきた氏を使用することを不可能にしている。そのため、法律上の婚姻の効果を希望しても、法律上の婚姻をなし得ないという夫婦ができることになる。このような民法 750 条は、直ちに改正して、自己が使用してきた氏を結婚に際して変更することを望まない者に対しては、従来の姓の使用を許すべきである。

このような改正をなさない国会の立法不作為は、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は明白である。すなわち、国民に保障されている憲法 13 条及び憲法 24 条 2 項の保障する人格権の一内容である氏の変更を強制されない自由、憲法 24 条 1 項の保障する婚姻の自由及び夫婦の同等の権利、同条 2 項の保障する両性の本質的平等の権利を違法に侵害していることが明白である。さらに、女性差別撤廃条約が保障する同条約 16 条 1 項 (b) の「自由かつ完全な合意のみにより婚姻をする同一の権利」及び同 (g) の「婚姻に際して姓を選択する権利についての夫婦の同一の権利」を侵害していることが明白である。

5 要件②について

要件②は、「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っていること」である。

この点については、まず、「権利」が憲法上若しくは条約上保障されているものであることについては、前項で述べた。次に、夫婦のそれぞれが、いずれも婚姻まで使用してきた氏を婚姻後も使用することを希望した場合、すなわち、憲法上若しくは条約上保障されている上記の権利の行使を欲した場合、それができるような法律婚制度に改めるために、所要の立法措置を執ること

が必要不可欠であり、かつそれが明白である。

6 国会の立法不作為の違法性について

ここで、項を改めて、要件②についての、立法不作為の違法性、すなわち、被告国は民法 750 条を改廃する義務を有しているにもかかわらず、それを長期にわたって怠り、その義務の懈怠には正当な理由がないことについて、論証したい。

(1) 民法 750 条の改廃の不当な遅延状況

現行民法 750 条は、成立した当初から、明治民法の問題点を引きずった問題のある規定であり、一応、形式的平等を装った規定にしたものの、婚姻における男女不平等の実質を持つ、憲法 24 条 1 項・2 項等に違反する規定であるとの疑義がなげかけられてきた。そして、その後、次第に、その違憲性が強く意識されるようになったといえる。後記女性差別撤廃条約を日本が批准した 1985（昭 60）年の後、1991（平 3）年婦人問題企画推進本部が、男女平等の見地から、夫婦の氏のあり方を含めた婚姻及び離婚に関する法制の見直しを含んだ国内行動計画を閣議報告し、これを受けて法務大臣が法制審議会に諮問し、1996（平 8）年 2 月 16 日、法制審議会は、「民法の一部を改正する法律案要綱」を答申し、公表された。同要綱は、「夫婦は、婚姻の際に定めるところに従い、夫若しくは妻の氏を称し、又は各自の婚姻前の氏を称するものとする。」と述べ、選択的夫婦別氏制を採用している。しかし、この要綱は結果的に国会に提出されなかった。その後、1999

（平 11）年男女共同参画社会基本法が成立し、その 4 条では、「男女共同参画社会の形成に当っては、社会における制度又は慣行が、性別による固定的な役割分担等を反映して、男女の社会における活動の選択に対して中立的でない影響を及ぼすことにより、男女共同参画社会の形成を阻害する

要因となるおそれがあることにかんがみ、社会における制度又は慣行が男女の社会における活動の選択に対して及ぼす影響をできる限り中立的なものとするように配慮されなければならない」との基本理念が掲げられた。同法の理念に照らしても、夫婦同氏を強制する制度は、速やかに廃止されるべきものであった。したがって、民法 750 条を廃止若しくは改正しない、立法不作為には正当な理由がないというほかなく、その後、その立法不作為は、長期にわたっており、原告ら、夫婦別氏を許容する制度を待ち望む者にとって、これを耐え忍ぶには、余りにも長い期間がいたずらに経過したものだと言わなければならない。

(2) 条約上民法 750 条の改廃義務があること

ア 次に、立法不作為の違法性、すなわち、被告国は民法 750 条を改廃する義務を有しているにもかかわらず、それを長期にわたって怠り、その義務の懈怠には正当な理由がないことにつき、国際人権法に照らした検討をしたい。

昭和 60 年判決や平成 17 年判決と際立って異なる本件の特徴は、被告国が、女性差別撤廃条約により、明らかに民法 750 条の改廃義務を負っているという点にある。

民法 750 条が女性差別撤廃条約違反であること、及び、女性差別撤廃条約 16 条 1 項 (b) 及び (g) は直接適用可能であることについては、準備書面 (7) で詳述したところであるので、以下においては、国際条約上、日本に民法 750 条を速やかに改廃すべき義務があり、憲法 98 条 2 項上条約遵守義務があるのに、国会がこの義務を履行していない、しかも、女性差別撤廃委員会の累次にわたる勧告等を見無視し続けて、改廃義務を果たそうとしないことに焦点を当てて、そのことが、国会の立法不

作為の違法性を、弁解の余地がない程度にまで、際立たせていること、よって、本件の国賠請求の要件を優に満たしているという観点から、主として、申意見書（甲 52）を要約しつつ、これまでの主張を整理する形で、論ずることとしたい。条約に関しては、重複があると思われるが、以上の趣旨をご理解頂き、お読み下されば幸いである。

イ 詳細は、申意見書（甲 52）をお読み頂きたいが、①国際人権法における基幹的原則としての無差別・平等については、国連憲章 1 条 3 項、55 条、56 条、世界人権宣言 1 条、2 条が挙げられる。②国際人権規約の社会権規約 2 条 2 項、3 条、自由権規約 2 条 1 項、3 条が、男女平等を規定するほか、自由権規約 23 条 4 項で、締約国は「婚姻中及び婚姻の解消の際に、婚姻に係る配偶者の権利及び責任の平等を確保するため、適当な措置を取る。」と定めている。同条についての自由権規約委員会の法解釈を示した「一般的意見（ジェネラル・コメント）」19 は「各配偶者が自己の婚姻前の姓の使用を保持する権利（注 下線は、強調のために付したものである。以下、同じ。）又は平等の基礎において新しい姓の選択に参加する権利は、保障されるべきである。」と述べている（甲 15）。また、一般的意見 28 は、「23 条 4 項の義務を果たすために、締約国は、それぞれの配偶者が婚姻前の姓の使用を保持し、又は新しい姓を選択する場合に対等な立場で決定する配偶者各自の権利に関して性別に基づく差別が起こらないことを確保しなければならない。」としている（甲 46）。さらに、自由権規約には、法律の前の平等を定めた 26 条の規定及び一般的意見 18 もある。

ウ 次に、本件に直接に重要な意味をもつ、女性差別撤廃条約について述べたい。女性差別撤廃条約は、日本は、1985（昭 60）年にこれを批准し、

同条約は同年 7 月 25 日に日本について効力を発生した。同条約は、前文で、国際人権規約等の存在にもかかわらず依然として女性差別が広範に存在していることを述べ、「社会及び家庭における男性の伝統的役割を女性の役割とともに変更することが男女の完全な平等の達成に必要なであることを認識し」あらゆる女性差別を撤廃するための必要な措置を取ることとして協定されたのが本条約であるとしている。そして、1 条で「女性に対する差別」を定義し、「性に基づく区別、排除又は制限であって、政治的、文化的、市民的その他のいかなる分野においても、女性（婚姻をしているかいないかを問わない）が男女の平等を基礎として人権及び基本的自由を認識し、享有し又は行使することを害し又は無効にする効果又は目的を有するものをいう」と述べている。ここで重要なことは、「効果」をもつもの（間接差別）をも女性差別に含んでいることである。すなわち、外形的には性中立的な基準や制度、取扱いであっても、女性に対して人権及び基本的自由の認識・享有・行使を害し又は無効にする効果を生ずる場合には、女性差別の意図の有無にかかわらずそのような基準、制度、取扱いは本条にいう女性差別に該当する。この点に関し、女性差別撤廃委員会は、4 条に関する一般的勧告 25 において、「締約国の義務は、女性に対する直接的又は間接的な差別が法律に存在しないこと、さらに、女性が所轄裁判所、制裁措置その他の手段により、公的及び私的領域において、差別（国家機関、司法、団体、企業又は個人により行われた）から保護されることを確保することである。」と述べている。

エ さらに、2003（平 15）年の第 3 回日本政府報告審議後の総括所見（甲 17）で委員会は、次のように述べている。

「35 委員会は、民法の中に現在も依然として差別的な条項が残っていることに懸念を表明する。その中には、結婚最低年齢や、離婚後の女性が再婚するために必要な待婚期間、及び結婚した夫婦の氏の選択に関する条項が含まれる。 36 委員会は、締約国に対して、民法の中に未だに残る差別的な条項を削除し、立法や行政実務を条約に適合させることを求める。」このような懸念事項と勧告を受け、日本では、2006（平18）年に男女雇用機会均等法の改正が行われ、雇用における間接差別の撤廃については、一定の進展がみられたが、民法750条の改廃については、立法措置が執られていない。

オ ところで、条約については、少なくとも法律に優位する上位規範であることは、日本政府の立場であり、学説・判例でも争われていない通説的見解である。よって、既存の法令の中に条約の内容に適合しない規定がある場合には（条約と国内法との積極的抵触）、そのような法令を改廃する必要があるし、条約の定める内容を実現しうる国内法が整っていない場合には（条約と国内法との消極的抵触）、新たに立法措置を執り国内法整備を行う必要が生ずる。そして、条約を批准・加入した以上、締約国は、条約の批准・加入時はもちろん、条約の批准・加入後も引き続き、条約違反が生じないように国内法令を是正するための立法措置を執る義務を負うことは明らかである。国際人権規約に反する法規を改廃しない立法不作為の違法性が争われた事件で、大阪高裁平成11年10月15日判決（判時1718号30頁、重要判例解説平成23年度284頁）は、以上と同旨を述べている。

カ 再び、女性差別撤廃条約に戻って、同条約2条は、下記の通り、規定されている。

「締約国は、女性に対するあらゆる形態の差別を非難し、女性に対する差別を撤廃する政策をすべての適当な手段により、かつ、遅滞なく追求することに合意し、及びこのため次のことを約束する。

(c) 女性の権利の法的な保護を男性との平等を基礎として確立し、かつ、権限のある自国の裁判所その他の公の機関を通じて差別となるいかなる行為からも女性を効果的に保護することを確保すること。

(f) 女性に対する差別となる既存の法律、規則、慣習、及び慣行を修正し又は廃止するためのすべての適当な措置（立法を含む。）を取ること。」

以上の規定によれば、女性差別的な法律や規則の改廃は、立法府において直ちに措置を執ることが条約上明確に求められている事項といえる。実際、日本政府は、女性差別撤廃条約批准の際に、国籍法の改正（積極的抵触の場合）と男女雇用機会均等法の制定（消極的抵触の場合）を行っている。

キ 次に、本件に直接関連する同条約 16 条を検討する。同条は以下のよう

「1 締約国は、婚姻及び家族関係に係るすべての事項について女性に対する差別を撤廃するためのすべての適当な措置を取るものとし、特に、男女の平等を基礎として次のことを確保する。

(a) 婚姻をする同一の権利

(b) 自由に配偶者を選択し及び自由かつ完全な合意のみにより婚姻をする同一の権利・・・

(g) 夫及び妻の同一の個人的権利（姓及び職業を選択する権利を含む。）」

ク ここで、条約機関（委員会）の一般的勧告・見解等の条約解釈における重要性につき、あらためて、説明しておきたい。要するに、委員会の解釈は、法的拘束力をもつものではないが、有権解釈であるから、締約国は尊重すべきであるというのが、支配的見解といえよう。ウィーン条約法条約 32 条にいう「解釈の補足的手段」ないしそれに準ずるものとして、条約解釈の指針となるものである。裁判例の中で、一般的意見等を条約解釈の「補足的手段」として参照等したものとして、大阪高裁平成 6 年 10 月 28 日判決（判タ 868 号 59 頁）、広島高裁平成 11 年 4 月 28 日判決（高等裁判所刑事裁判速報集平 11 号 136 頁）、大阪地裁平成 16 年 3 月 9 日判決（判タ 1155 号 185 頁）等がある。

ケ まず、間接差別であることについては、圧倒的多数の夫婦、統計上 96.20 パーセント（2011 年厚生労働省人口動態統計）もの夫婦が、婚姻に際し、夫の姓を称し、妻が旧姓を喪失しているのが現状であり、このことは、妻の婚姻改姓が法的義務であった明治民法の時代から残存している、妻の方が改姓することが当然であるという旧態依然たる社会通念、及び結婚によって妻が夫の家に入るという伝統的な家意識が根強い日本社会では、婚姻に際しては妻の方が旧姓を捨てて夫の姓を称すべきであるという社会的圧力がいかに強力なものであるかを如実に示していることから、明らかであろう。そうすると、民法 750 条は、女性差別撤廃条約 1 条の女性差別の「効果」をもつ法規定であり、2 条（f）により、日本が条約上改廃義務を負う法規定であることになる。

コ 女性差別撤廃委員会も同様の立場に立ち、日本に対して早急の法改正を求める勧告を行っているところであり、以下、この点につき、述べる。2003（平 15）年の第 3 回日本政府報告審議後の総括所見については、す

で述べた。次いで、2009（平 21）年の第 4 回日本政府報告審議後の総括所見（甲 18）では、前回の総括所見で指摘された懸念事項や勧告への取り組みが不十分であることが遺憾とされ、「18 委員会は、・・・選択的夫婦別氏制度を採用することを内容とする民法改正のために早急な対策を講じるよう、締約国に強く要請する。・・・委員会は、本条約の批准による締約国の義務は、世論調査の結果のみに依存するのではなく、本条約は国内法体制の一部であるのだから、本条約の規定に沿って国内法を整備するという義務に基づくべきであることを指摘する。」との勧告を受けている。今回（2012（平 24）年 11 月）、改めて国連の人権理事会の理事国に選出された日本が、まずもって条約機関である女性差別撤廃委員会からの上記のような当然かつ基本的な要請及び指摘を直ちに真摯に履行すべきではないだろうか。

サ さて、この 2009（平 21）年の審査時に、委員会は、さらに日本に対し、民法の差別規定の撤廃についてどのような措置を執ったかにつき 2 年以内に報告するよう勧告し（甲 18）、2011（平 23）年 8 月がその提出期限とされた。通常定期報告提出期限とは別に、より短期間に特別の報告の提出が求められたということは、そのことが緊急の課題であると捉えられている証左であろう。

シ また、女性差別撤廃委員会は、16 条に関して、1994（平 6）年一般的勧告を採択（甲 14）した。（g）につき、「各パートナーは、共同体における個性及びアイデンティティを保持し、社会の他の構成員と自己を区別するために、自己の姓を選択する権利を有するべきである。法若しくは慣習により、婚姻もしくはその解消に際して自己の姓の変更を強制される場合には、女性はこれらの権利を否定されている。」と述べ、自己

の姓の変更を強制されない権利を高らかに宣言している。

さらに、委員会は、2010（平 22）年一般的勧告 28「女性差別撤廃条約 2 条における締約国の中核的義務」を採択し（甲 46）、条約 2 条に基づく締約国の差別撤廃義務の内容を具体的に述べている。その一部を抽出すると、

「16 ……女性に対する間接差別は、法律、政策、プログラムもしくは慣行が、女性と男性に関するものであるため中立的に見えるが、表面上中立な措置においては既存の不平等に注目されることがないために、実際には女性に対して差別的な効果を有するときに生じる。さらに、間接差別は、構造的及び歴史的な差別の種類と女性と男性の間の不平等な権力関係の認識を欠いているために、既存の不平等を強化する可能性がある。」

「31 第 2 条 (a) (f) (g) は、女性に対する差別を撤廃する政策の一部として、法的な保護を提供し、差別的な法律や規則を改廃するという締約国の義務を創設するものである。……締約国は、女性に対する差別を構成するような既存の法律、規則、習慣及び慣行を修正又は廃止するための手段を取る義務を有する。」

以上述べてきたように、民法 750 条の規定は、条約 1 条で禁止される「間接差別」に当たることは明らかである。よって、2 条 (f) により、日本が条約上改廃義務を負う法規定である。つまり、日本は、条約の締約国として、速やかに民法 750 条を改正する国際法上の義務がある。なお、前述した自由権規約 23 条 4 項、26 条によっても、同様の改廃が要請されているといえる。

ス なお、前述した 2011（平 23）年 8 月が提出期限とされた報告である

が、日本政府は、これに応じて「最終見解を真摯に受け止め、関係府省庁が一丸となってフォローアップに努めるとともに、国会や裁判所に対しても、この最終見解を周知し、フォローアップを依頼した。」と追加の報告（甲 57）を行ったものの、民法の諸規定の改正がなおなされていないことに鑑み、同年 11 月、委員会はあらためて、「女子差別撤廃条約 16 条 1 (g) の規定に沿って夫婦に氏の選択を認めること・・・を内容とする民法改正法案の採択について講じた措置」について 1 年以内に追加の情報を委員会に提供するよう日本政府に要請した（甲 58）。これに対し、日本政府は、2012（平 24）年 11 月、「婚姻適齢の男女統一、選択的夫婦別氏制度の導入・・・を内容とする民法及び戸籍法の改正については、政府部内及び国民の間に様々な意見があるため、前回の報告後、現在に至るまで法律案を提出するには至っていない」ことを認め、「選択的夫婦別氏制度に関する情報の検索を容易にするとともに、より分かりやすい内容とするために、法務省ホームページの見直し作業を実施した」ことを報告するのみで（甲 79）、委員会の要請に答える報告を行うことはできなかった。

セ 以上、条約機関である委員会の勧告等にも言及して、日本が、女性差別撤廃条約等が規定する、民法 750 条の改廃義務を果たしていないことを述べてきた。国会の立法不作為の違法性は、このような国際条約上の改廃義務を日本が、委員会からの度重なる勧告等を受けつつも、果たしていない事実からも、明らかかつ顕著というほかない。したがって、要件②がいう「正当な理由がなく」に当ることは、多言を要しない。しかも、「長期にわたって」怠っていることも、委員会からの累次の勧告等を受けつつも何らその義務を果たそうとしていないことから明らかで

あろう。

7 おわりに

以上、民法 750 条についての、国会の立法不作為の顕著な違法性を縷々主張してきた。上記のような状態にあっては、もはや司法機関である裁判所が、その違法性を判決において宣言する以外には、原告らの窮状は、救われないのである。原告 5 人は、当事者尋問において、これまでの苦勞及び夫婦別姓が許容される法制度の実現を待ち望む思いを、限られた時間内ではあったが、一人一人、切々と、裁判所に訴えたところである。原告 5 人は、日本において、同様に、困難に置かれている数えきれない女性の声を代表するものであった。パートナーである男性の立場に立っても、相手方である女性が、精神的に抑圧された状態で、人生を生きていくことは、到底許容できないことも明らかであろう。このような人権の抑圧状況を、大したことではない、あるいは、これまでの慣習に従わない者達の声であるから切り捨ててよいなどと、このまま放置することは、もはや到底許されないのではないだろうか。

以上