

副本

平成23年(ワ)第6049号 損害賠償請求事件

原告 塚本協子 外4名

被告 国

第2準備書面

平成24年2月8日

東京地方裁判所民事第24部合議B係 御中

被告指定代理人

平野朝子



平井直也



西尾昭彦



澤田勝弘



長好行



前畑聡子



岩館裕矢



佐野文規



大澤文公



中泉英知



原孝文



被告は、本準備書面において、原告らの平成23年9月5日付準備書面(2)（以下「原告準備書面(2)」という。）、平成23年12月7日付準備書面(3)（以下「原告準備書面(3)」という。）、平成23（2011）年12月14日付準備書面(4)（以下「原告準備書面(4)」という。）に対し、必要と認める範囲で反論する。

なお、略語は、新たに用いるもののほかは、答弁書及び被告第1準備書面の例による。

第1 原告準備書面(2)に対する反論—国賠法1条1項の適用上違法とはいえないこと

1 はじめに

被告は、原告らの主張に対し、本件における国会議員の立法不作為は平成17年大法廷判決に照らしても国賠法1条1項の適用上違法ということはできない、そもそも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、と指摘した。

これに対し、原告らは、原告準備書面(2)において、①国会議員の立法不作為が国賠法1条1項の適用上違法であると評価される「要件」について、i) 被告は、平成17年大法廷判決が判示した「要件」に対し、根拠の明白でない独自の「要件」を加えている（原告準備書面(2)2ページ）、ii) 原告らは、憲法13条、24条等に基づき氏の変更を強制されない自由及び婚姻の自由を侵害された場合には、その侵害を除去できるよう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（同3ページ）、などと反論する。また、②憲法24条につき、i) 同条が裁判規範性を有することは明らかである（同4ページ）、ii) 民法750条という公的制度が憲法上の人権を侵害していると主張しているのであって、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（同5ページ）、などと反論する。③憲法13条について、i) 新しい人権

が憲法上の権利として認められる基準に関する芦部説からしても、原告らの主張する「氏の変更を強制されない自由」は憲法上の権利として保障される（同7ページ）、ii）原告らが主張しているのは「意に反して氏の変更を強制されない自由」であり、氏を自由に選択・変更できる権利などは主張してはいない（同7ページ）などと反論する。さらに、④国賠法において法律上保護された利益か否かにつき、原告らには「氏の変更を強制されない自由」や「婚姻の自由」が憲法上保障されているから、国賠法において法律上保護された利益があることは明らかである（同9ページ）、などと反論する。

しかしながら、原告らの主張は被告の指摘に対する反論となっていない。

本件は国賠法1条1項に基づく国家賠償請求訴訟であり、国家賠償請求訴訟における違法性は、究極的には他人に損害を加えることが法の許容するところであるかどうかという見地からの行為規範違反性を本質とするから、原告らは、以上のような行為規範として、国会議員が個別の国民に対して負担する具体的な職務上の法的義務が存すること、及び、国会議員がそれに違反したことを、基本的な請求原因として主張かつ立証しなければならない。にもかかわらず、原告らの主張は、総じて憲法論に終始し、それらを主張しているとはいえない。

すなわち、原告ら主張の骨子は、①民法750条は、原告らのいう、憲法上保障された自由権を侵害している、②国会議員はこの違憲状態を解消する立法措置を講じなければならない（その具体的な方法・内容は立法裁量に任せる。）、③にもかかわらず何らの立法措置が講じられていない、④よって、国賠法1条1項の適用上違法である、というもののようであるが、これでは要するに、国民一般の立場から立法不作為による違憲状態をいうに等しく、「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」

（最高裁判所昭和60年11月21日第一小法廷判決・民集39巻7号1512ページ。以下「昭和60年第一小法廷判決」という。）を主張しているとはいえない。

被告は、本件の事実関係に照らし、民法750条が憲法上保障された「自由権」を「侵害」していると構成すること自体に無理があり、そのため、本件では、国家賠償請求訴訟において主張されるべき、国会議員が個別の国民に対して負う具体的な職務上の法的義務やその違反に対応する個々の国民の権利利益の侵害を認めることができない、と指摘したのである。しかし、原告らの上記反論は、従前の主張の域を出ていない。

以下、詳論する。

2 国会議員の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前提について

(1) 原告らは、標記に関し、被告は、平成17年大法廷判決が判示した「要件」に対し、根拠の明白でない独自の「要件」を加えている（原告準備書面(2)2ページ）などと反論するが、以下のとおり、国会議員の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には、被告が指摘した前提が必要であり、原告らの主張は誤りである。

そもそも、平成17年大法廷判決が判示した「…しかしながら、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。…」との説示部分（以下「例外的場合の説示部分」という。）は、そもそも、国賠法1条1項の適用上違法の評価を受けるための「要件」を説示したものではない。上記説示部分は、飽くまで、国会議員は、立法に関しては、原則として、国民全体に対する関係で政治的責任を負うにとどまり、個別の国民の権利に対応した関係での法的義務を負うものではない、とする昭和60年第

一小法廷判決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、例示的に言及した一般的説示にすぎない。

すなわち、平成17年大法廷判決の「第4 国家賠償請求について」部分を見ると、上記説示部分に先立ち、まず、「国家賠償法1条1項は、国又は公共団体の公権力の行使に当たる公務員が個別の国民に対して負担する職務上の法的義務に違背して当該国民に損害を加えたときに、国又は公共団体がこれを賠償する責任を負うことを規定するものである。したがって、国会議員の立法行為又は立法不作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、当該立法の内容又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、仮に当該立法の内容又は立法不作為が憲法の規定に違反するものであるとしても、そのゆえに国会議員の立法行為又は立法不作為が直ちに違法の評価を受けるものではない。」（以下「原則的場合の説示部分」という。）と、昭和60年第一小法廷判決と全く同じ説示をして、原則として、国会議員は国民全体に対する関係で政治的責任を負うにとどまり、個別の国民の権利利益に対応した法的義務を負うものではない、との考え方に立つことを明らかにしている。しかも、例外的場合の説示部分に続けて「最高裁昭和53年（オ）第1240号同60年11月21日第一小法廷判決・民集39巻7号1512頁は、以上と異なる趣旨をいうものではない。」と念を押しているばかりでなく、「…場合などには、例外的に、…違法の評価を受けるものというべきである。…（傍点は引用者）」という説示振りをしているのである。

以上の理解は、同判決の担当調査官解説でも、「第3の考え方（引用者注：本判決の依拠する考え方）は、昭和60年判決（引用者注：昭和60年第一小法廷判決）を前提にしても、本件国家賠償請求を認容する余地があるというものである。…本件については、…このような著しい不作為は上記（引

用者注：昭和60年第一小法廷判決)の例外的場合に当たると解する余地があるというものである。」と説明されていることからもうかがえる(最高裁判所判例解説民事篇平成17年度(下)655ページ)。

そうすると、平成17年大法廷判決の、例外的場合の説示部分の意味については、それに先立つ、原則的場合の説示部分に示された考え方を踏まえた上でなければ、正確な理解はできないのであり、例外的場合の説示部分の文言のみを取り上げて、それをあたかも法律「要件」のように考え、それへの当てはめ(包摂)に終始することは誤っているといわなければならない。

(2) 以上の観点からすると、まず、原則的場合の説示部分の拠って立つ考え方を正確に理解する必要がある。

本件は国賠法1条1項に基づく国家賠償請求訴訟であり、「国家賠償法1条1項は、国又は公共団体の公権力の行使に当たる公務員が個別の国民に対して負担する職務上の法的義務に違背して当該国民に損害を加えたときに、国又は公共団体がこれを賠償する責任を負うことを規定するものである。」。

これは、国会議員の立法行為に係る国賠法1条1項の違法性について職務行為基準説を採用したものである。

職務行為基準説は、国家賠償請求訴訟における違法性とは「究極的には他人に損害を加えることが法の許容するところであるかどうかという見地からする行為規範違反性である」(最高裁判所判例解説民事篇平成5年度(上)377ないし379ページ)という理解を前提としており、その意味では、国賠法も、損害賠償法の一環として、民法上の不法行為法における違法性の議論と大きく異なるものではない。そのため、「国会議員の立法行為又は立法不作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る」となる。そして、そこでいう「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付ける法的注意義務

と同様に、具体的な法的行為義務であると理解される。すなわち、具体的な状況の下において、個別の国民の権利利益を侵害しないようにすることに対応する法的行為義務であって、その違反が個別の国民の権利利益の侵害に対応する損害賠償を要請するようなものであると理解されるのである。そうであるからこそ、「当該立法の内容又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、仮に当該立法の内容又は立法不作為が憲法の規定に違反するものであるとしても、そのゆえに国会議員の立法行為又は立法不作為が直ちに違法の評価を受けるものではない。」ことになるのである。

そうすると、例外的場合の説示部分である、「…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ものであることが明白な場合」についても、当該立法の内容又は立法不作為の違憲性の問題とは区別された、国会議員が具体的な立法過程の下において、個別の国民の権利利益を侵害しないようにすることに対応する法的行為義務に違背するという内実を有するものと理解しなくてはならない。そのような観点から、同説示部分を立法不作為に即して具体的にいえば、国会議員が、憲法上、損害賠償の対象となるような個別の国民の権利利益の侵害を回避するために、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（立法義務）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、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」ことにほかならないのである。

このように、「具体的かつ特定の内容の法制度」本件でいえば、夫婦別姓を選択できる制度を構築することが憲法上要請されているといえなければ、そもそも、両最高裁判決がいう「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」を観念することはできず、したがって

「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」場合に当たらず、その立法又は立法不作為が国賠法1条1項上違法と評価されることはない。

これに対し、原告らの主張は、要するに、①民法750条は、原告らのいう、憲法上保障された自由権を侵害している、②国会議員はこの違憲状態を解消する立法措置を講じなければならない（その具体的な方法・内容は立法裁量に任せる。）、③にもかかわらず何らの立法措置が講じられていない、という一般的抽象的なものにすぎず、ひっきょう、立法不作為が違憲であることを主張するにとどまり、本件における、国会議員の立法不作為が国賠法1条1項の適用上違法であることを基礎付ける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。

以上のことわりは、例外的場合の説示部分のうち、「…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」についても同様に当てはまる。また、原告らの主張では、例外的場合の説示部分のうち前段と後段との関係すら判然としない。

3 憲法24条について

原告らは、憲法24条につき、同条が裁判規範性を有することは明らかである（原告準備書面(2)4ページ）、民法750条という公的制度が憲法上の人権を侵害していると主張しているのであって、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（同5ページ）、などと反論する。

しかしながら、被告は、そもそも、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し、民法750条が公的制度であるから立法政策の問題にすぎないとも主張していない。

(1) 原告らは、判例等は、既に憲法24条が裁判規範性を有することを認めてきたにもかかわらず、被告はこれを否定する根拠を示していないとする（原告準備書面(2)3及び4ページ）。

しかしながら、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。

被告は、憲法24条は婚姻及び家族に関する法制度が個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚して構築されるべきことを明らかにしている規定（客観法）であって、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、と指摘したのである。憲法24条は、個人の尊厳と両性の本質的平等という根本理念に基づいて婚姻及び家族に関する事柄が法律において定められるべきことを当然の前提としているが、それを超えて、裁判規範として機能するような権利、すなわち国会議員の個別の国民に対する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、例えば、婚姻に際して別氏を選択することができるというような権利を、個々の国民に対し、憲法上の権利として保障したものでない（答弁書18ないし20ページ）。

(2) 原告らは、民法750条という公的制度が憲法上の人権を侵害していると主張しているのであって、公的制度であるから立法政策の問題にすぎないと結論を導くことは誤りである、とする（原告準備書面(2)5ページ）。

しかしながら、被告は、「公的制度であるから立法政策の問題にすぎない」などと主張してはいない。

被告の主張は、前項で述べたように、憲法24条は婚姻及び家族に関する法制度が個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚して構築されるべきことを明

らかにしている規定（客観法）であって、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、との理解の下に、婚姻に関する法制度を具体的にどのように設計していくかは、客観法である憲法24条の要請の下での立法政策の問題である、というものである。そして、このまま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。さらにまた、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。

要するに、本件では、例えば夫婦別氏を選択できる権利のような、国会議員の個々の国民に対する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が憲法上保障されているか否かが問題であって、個人の氏に人格権的な側面があるにしても、そのことから直ちに婚姻に際して夫婦別氏を選択できる権利が人格権の一内容であるとして憲法上保障されるとすることは論理の飛躍であり、失当である。

- (3) なお、原告らは、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・実務である旨主張し、これを根拠に、氏の人格権としての面が重視されるべきであって夫婦別氏を選択できる権利が憲法上保障されていると主張するようである（原告準備書面(2)5ページ）。

しかしながら、法の適用に関する通則法（平成18年法律第78号）の制定過程において、法制審議会では、氏名の準拠法について規定を設けるべきか否かについて検討が行われたが、「我が国の学説上、氏名の準拠法についての考え方が様々に分かれており、なお、国内における議論が熟していないと考えられること」を理由の一つとして、氏名の準拠法について規定を設ける

ことは時期尚早と考えられ、規定されなかったのである（小出邦夫編著「逐条解説 法の適用に関する通則法」325, 326及び328ページ注8・乙第20号証）。また、実務の現状は、「公簿に登録される人の氏名は、私法関係においてだけ問題になるのではなく、様々な場面で公証力が与えられるものである。これを踏まえ、氏名公法説的な考え方を採った上で、戸籍法上の氏の変更制度や記載例の枠組みの中で当事者の便宜と氏名の安定性を考慮し、具体的結果の妥当性を図っているのが現在の実務であるように思われる。」（清水響「夫婦の氏」国際司法判例百選（新法対応補正版）163ページ・乙第21号証）と評されている。

そもそも、国際私法における人の氏の問題の法性決定のいかんが原告らの主張する選択的夫婦別氏に関する憲法上の権利の存在を根拠づけるものではないが、それをおいても人格権説が通説・実務である旨の原告らの主張は相当ではない。

4 憲法13条について

原告らは、憲法13条につき、新しい人権が憲法上の権利として認められる基準に関する芦部説からしても、原告らの主張する「氏の変更を強制されない自由」は憲法上の権利として保障される（原告準備書面(2)7ページ）、原告らが主張しているのは「意に反して氏の変更を強制されない自由」であり、氏を自由に選択・変更できる権利などは主張してはいない（同7ページ）などと反論する。

- (1) しかしながら、そもそも、前述したように、本件では、例えば夫婦別氏を選択できる権利のような、国会議員の個々の国民に対する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が憲法上保障されているか否かが問題であって、原告らの主張するところの、新しい人権たる「氏の変更を強制されない自由」という自由権をもって、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

とすること自体に無理がある。また、どうして「氏の変更を強制されない自由」が実定憲法上保障された権利になるのか、原告らの主張からは判然としない。

- (2) さらに、被告が、氏に関する民法の法律制度を指摘して、氏については、個人が法律制度を前提としないで選択・変更できるようなものではなく、原告らが氏名保持権への発展過程として主張している婚氏続称制度（民法767条2項）等も、それが憲法上の権利として保障されているものではない旨指摘したことに対し、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ので、被告は原告らの主張を歪曲して反論しているなどと反論する（原告準備書面(2)6及び7ページ）。

しかしながら、被告の主張の趣旨は、およそ人の氏は、親子同氏（民法790条）から始まり、常に氏に関する法律制度を前提にそれに従って決定されるのであり、氏の変更の場面についても（本人に複数の氏の選択の余地がある場合も含めて）法律の定める場合に法律の定める要件の下で許されているにすぎないのであるから、原告らが主張するように、婚氏続称制度（民法767条2項）、縁氏続称制度（民法816条2項）等の法改正等があったことも、氏名保持権なる憲法上の権利の存在が保障されることを裏付ける事情とはならないし、また、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たものであるなどと考えられるものではない、というものである。

要するに、被告の主張は、原告らの氏も含め、およそ氏というも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権を觀念することはできないというべきである。被告の主張は、以上のような理解を前提にしたもので、原告らが批判するような無制限の選択、変更という意味（原告準備書面(2)7ページ参照）で述べたものでなく、本件のように特定の身分変動の場面においていかなる氏を名乗るかという選択の意味で用いている。原告らの上記主張は、被告の主張の趣旨を殊更に曲解して議論をすり替えるものである。

そして、原告らの主張する「婚姻の際の氏名保持権」なる権利は、要するに「婚姻に際して婚前氏の続称を選択できる権利」にほかならず（しかも、かかる権利は、夫婦別氏を可能とする法律制度の構築を不可欠の前提とするものであるから、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法律制度の構築を要求する権利にほかならない。）、いずれにしても憲法上の権利として保障されるものではない。

5 国賠法において法律上保護された権利利益について

原告らは、国賠法において法律上保護された利益か否かにつき、原告らには「氏の変更を強制されない自由」や「婚姻の自由」が憲法上保障されているから、国賠法において法律上保護された利益があることは明らかである、などと反論する（原告準備書面(2)9ページ）。

本件において、原告らが被侵害利益として主張する「氏名保持権」なるものは、要するに婚姻に際して別氏を選択し得ることによる利益であるが、憲法上はもとより、そのような利益を保護する法令は存在しないから、国賠法において法律上保護された利益とはいえず、国賠法1条1項の違法が認められる余地はないことは、答弁書24ページに述べたとおりである。

原告らは、被告が、最高裁判所昭和63年2月16日第三小法廷判決について、「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と」判示したものの、この判決

においても「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」旨主張したこと（答弁書24及び25ページ）に対し、この判例において、「別氏を選択し得ることによる利益」は全く争点になっておらず、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ない旨反論する（原告準備書面(2)11ページ）。

しかしながら、そもそもは、原告らが上記最高裁判所判決を引用して、そのような「人格権の一内容を構成する氏名に関する権利」は憲法13条により保障されるどころ、「より根源的には…氏名を自己の意思に反して奪われない権利である…『氏名保持権』を有している」旨主張した（訴状24及び25ページ）からこそ、被告は、同判決は氏名に関する何らかの利益一般ではなく「他人から氏名を正確に呼称される利益」が不法行為法上の保護を受け得る人格的な利益を有するとしたにすぎない。そして、同判決は、原告らが主張するような、婚姻に際して別氏を選択し得る利益が不法行為法上の保護を受け得る利益であると認めたものではなく（すなわち事案を異にする）、同最高裁判所判決が原告らの主張する権利利益が法律上保護を受け得るものであるという根拠とはなり得ないと主張したのであって、上記判決が原告らの主張する権利自体について判断したなどと指摘したものでない。原告らの主張は、自らの都合のよい文脈においては、意図的に人格権一般と自らが主張する自由権とを混同し、都合の悪い文脈においてはこれを峻別するというもので、恣意的である。原告らの批判は、自己の主張する権利について争点となっておらず、原告らのいうとおり「何の判断もして」いない判決を自己の主張する権利の根拠として援用したことを認めるものであって、その批判は原告らの主張自体に向けられるべきものであり、被告に対する批判たり得ない。

第2 原告準備書面(3)に対する反論—女子差別撤廃条約16条1項(b), (g)は国賠法1条1項の違法性を基礎付ける根拠として援用できないこと

1 はじめに

被告は、第1準備書面において、大要、①条約の中には、国内法による補完・具体化がなくとも、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（いわゆる「自動執行力のある」条約）がある、②原告らのように、我が国の裁判所において条約を直接適用・援用して同人らの個人的権利を根拠付け、その主張を正当化しようとする場合には、当該条約が自動執行力を有するものであることがそもそもの前提となる、③女子差別撤廃条約、具体的には同条約16条1項(b)及び(g)は、締約当事国に対し、女子差別を撤廃するという目的を達成するために適当な国内的措置を執る義務を課すという内容のものにすぎず、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とはいえず自動執行力がない、と指摘した。

これに対し、原告らは、原告準備書面(3)において、①「同条約（引用者注：女子差別撤廃条約）16条1項では『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とるものとし、特に、男女の平等を基礎として』、『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』（同条約16条1項(b)）および『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。)]（同条約16条1項(g)）を確保することを締約国の義務としている。すなわち、同条約16条1項(b)及び(g)により、婚姻に際し姓を選択する個人的権利についての男女の平等が保障されている。（下線は引用者）」のであって、個々の日本国民に「婚姻の際に姓を選択する個人的権利についての男女の平等」が「保障」されている（原告準備書面(3)2ページ）、②民法750条は、「女子差

別撤廃条約16条1項(b)及び(g)に違反し、同規定により保障される、婚姻の際に姓を選択する男女の同一の権利を侵害する（下線は引用者）」（同3ページ）、③よって、被告国は、女子差別撤廃条約2条(f)に基づき、民法750条を遅滞なく改廃する義務を負っているし、また、我が国の裁判所も、同条約2条(c)に基づき、司法的救済を行うべき義務を負っている（同4ページ）、などと主張する。

しかしながら、女子差別撤廃条約は、自動執行力がある条約とは認められないこと、同条約16条1項(b)、(g)の各規定が、内容上そのままの形で国内法として直接に実施され、締約国の国民個人に、婚姻の際に姓を選択する男女の同一の権利を保障している規定であるということとはできず、したがって、原告らの主張は、そもそもその前提を欠いている。以上のことについては、被告第1準備書面で述べたとおりである。

以下、必要な限度で反論する。

2 女子差別撤廃条約16条1項(b)、(g)の自動執行力について

(1) 前述したように、原告らは、女子差別撤廃条約16条1項(b)が「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」を、同条約16条1項(g)が「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。)」を確保することを、締約国である我が国に対して義務付けているから、原告らを始めとする個々の日本国民には「婚姻の際に姓を選択する男女の同一の権利」という、本件において国会議員が個別の国民に対して負うべき、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が保障されている、とするようである。

しかしながら、被告の第1準備書面において述べたとおり（3ページ）、そもそも、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人

利義務を規律するものではない。原告らは、我が国の裁判所において女子差別撤廃条約を直接適用・援用して同人らのいう個人的権利を根拠付け、その主張を正当化しようとしているが、女子差別撤廃条約が締約国に対して女子差別を撤廃するという目的を達成するために適当な措置を執る義務を課しているからといって、そのことから直ちに、原告らが主張する、「婚姻の際に姓を選択する男女の同一の権利」が原告らを始めとする締約当事国内の個々の国民に対して保障されるわけではない。そのためには、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。

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。

- (2) この点、原告らは、岩沢雄司教授の論文を引用して、本件のような国家賠償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旨主張しているが、同論文中の原告らの指摘する部分（乙17号証333ページ）には、原告らが指摘するかぎ括弧内の文章に続いて、「オランダには、国家がマンハイム条約に従ってヴァール川を維持しなかったことに対して賠償が認められた例がある。」旨指摘し、外国文献が引用されているにとどまる上、可能性を指摘するにすぎず、同論文全体を見ても、また通説的見解からしても（被告第1準備書面4ページ）、条約の国内的实施の問題が締約当事国の国内法の問題と解されていることからすると、論拠が十分とはいえないし、また、原告らの指摘する部分には、本件のような国家賠償請求訴訟に

において条約の直接適用性の有無が問題にならないとまでは記載されておらず、引用の仕方も適切ではない。

- (3) 原告は、仮に、本件で直接適用可能性が必要であるとしても、女子差別撤廃条約16条1項(b)、(g)は、本件において直接適用可能である旨主張している(原告準備書面(3)9ページ)。

しかしながら、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(被告第1準備書面5ページ)。このことは、例えば、シベリア抑留訴訟控訴審判決(東京高裁平成5年3月5日判決・判例時報1466号40ページ。最高裁平成9年3月13日第一小法廷判決・判例時報1607号11ページにより上告棄却。)においても、「国内的効力が認められた国際法規(条約のほか、国際慣習法を含む。)が国内において適用可能か否かの判断基準について考えるに、まず、当然のことながら条約締結国の具体的な意思如何が重要な要素となることはもとより、規定内容が明確でなければならない。」と判示されているとおりである。

そして、女子差別撤廃条約に関する諸要素を検討すると、被告第1準備書面に述べたとおり(5ないし7ページ)、まず、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。この点については、女子差別撤廃委員会の2009年8月7日付け「女子差別撤廃委員会の最終見解」において、「委員会は、締約国の憲法第98条2項に、批准・公布された条約が締約国の国内法の一部として法的効力を有する旨が明記されていることに留意する一方、本条約の規定は自動執行性がなく、法的審理に直接適用されないことに懸念を有する。」(甲第18号証4ページ)と記述されているとおり、同委員会自身も、少なくとも我が国は女子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のである。

また、客観的要件については、女子差別撤廃条約16条1項(b)、(g)の各規定の内容を見ても、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(被告第1準備書面8ページ)。

したがって、原告らが主張する女子差別撤廃条約16条1項(b)、(g)の各規定は、前記の主観的要件、客観的要件のいずれの点からも、自動執行力があるとは認められず(被告第1準備書面8及び9ページ)、原告らのこの点に関する主張は誤りである。

第3 原告準備書面(4)に対する反論

1 はじめに

原告らは、原告準備書面(4)において、従前の主張をふえんし、①憲法24条1項によって「婚姻の自由」が保障されている(原告準備書面(4)7ページ)、②憲法13条によって「氏を変更されない自由」が保障されている(同21ページ)、③民法750条の下では、法律婚を希望するがいずれも氏の変更を望まない男女は、「氏の変更を強制されない自由」又は「婚姻の自由」のいずれかの放棄を迫られるから、同法が上記憲法上保障された自由権を侵害している(同22ページ)、④民法750条が上記自由権を制約する「やむにやまれぬ政府目的」は存在せず、同条は制定時から違憲であった(同28及び29ページ)、⑤仮にそうでなくとも、その後の国内的・国際的環境等の変化を踏まえると、平成8年までに、そしてどんなに遅くとも現時点までに、民法750条は違憲となった(同31ページ)、と主張する。

原告ら主張に対する、被告の反論は、基本的に、答弁書、第1準備書面及び前項までに述べたとおりであるが、以下、必要と認める範囲において、若干の補足をする。

2 憲法24条について

(1) 原告らは、憲法24条1項によって「婚姻の自由」という「自由権」が保

障されている，とする（原告準備書面(4)7ページ）。

しかしながら，そもそも，答弁書（18ないし20ページ）で述べたとおり，憲法24条は，婚姻及び家族に関する法制度が個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚して構築されるべきことを明らかにしている規定（客観法）であって，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。

例えば，原告らも引用する，現時点でもっともポピュラーな憲法教科書の一つである野中俊彦ほか「憲法I第4版」293ページによれば，「憲法24条は，…かつての明治憲法時代の男尊女卑思想に貫かれた『家』制度の解体と，新しい近代的な家族制度の構築を指示したもの…」とされているし，佐藤幸治「憲法第三版」475及び476ページでは「平等原則の制度的具体化」の見出しの下に，「一四条一項の『法の下での平等』をうけて，憲法はそれを制度的に具体化するための規定を設けている。これらの憲法諸規定をうけて，さらに法律上平等原則が具体化されているわけである…。」とした上で，「家族生活における平等」の見出しの下に憲法24条が紹介されている。そのほか，同様の記載は枚挙に暇がない。このように，憲法24条は，婚姻及び家族に関する法制度が個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚して構築されるべきことを明らかにしている規定（客観法）であって，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ことは明らかである。

この点，原告らは，「婚姻の自由」が憲法24条1項によって保障されることは訴状33ないし35ページで主張したとおりである，とするが，そこでは，「日本国憲法24条1項は，『婚姻は，両性の合意のみに基づいて成立し，夫婦が同等の権利を有することを基本として，相互の協力により，維持されなければならない。』と規定し，『婚姻の自由』及び『夫婦の同等の権利』を保障した。」とするのみである（訴状33ページ）。そして，そもそ

も、原告らのいう「婚姻の自由」という自由権の意義も明らかにされていない。

(2) また、原告らは、裁判例を引用した上で、判例等は既に憲法24条が裁判規範性を有することを認めてきたにもかかわらず、被告が憲法24条の裁判規範性を否定するのが誤りであると主張する（原告準備書面(4)6及び7ページ）。

しかしながら、第1の3の(1)で前述したように、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。

繰り返しをいとわず再説すれば、被告は、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否かとの観点から、憲法24条は、具体的な立法を待つことなく、婚姻に際して別氏を選択することができる具体的な権利を個々の国民に対して憲法上の権利として保障する規定ではない旨主張しているのであって（答弁書17ないし20ページ）、憲法24条について、裁判所が具体的な争訟を裁判する際に用いることのできる裁判規範性が一切ないと主張したものでない。原告らの主張は、被告の主張を正解しないものである。そして、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。

3 憲法13条について

原告らは、氏名保持権（自己の氏の変更を強制されない自由）、すなわち婚姻の際に夫婦別氏を選択できる権利が憲法13条によって憲法上の権利として保障されるとして、裁判例等を引用して、るる主張している（原告準備書面(4)14ないし19ページ）。

しかし、原告らが引用する裁判例は、いずれも本件とは事案が異なり、原告らが主張する婚姻の際に夫婦別氏を選択できる権利が憲法上保障されているこ

とを裏付けるものではない。例えば、原告らの引用する前記第1の3に述べた最高裁判所昭和63年2月16日第三小法廷判決は、氏名を正確に呼称されることが不法行為法上の保護を受けるか否かの判断において、氏名が人格権の一内容を構成することを述べたにとどまり、氏名を正確に呼称されることが憲法上の権利であることを認めたものではないし、まして、婚姻に際し夫婦別氏を選択できる権利が憲法上保障されるものであることを認めたものではない（答弁書24及び25ページ）。

4 民法750条の憲法適合性について

前項までに述べたように、そもそも本件では、原告らの主張する憲法上の権利として保障された「自由権」が認められないから、憲法上の自由権「侵害」を前提とする憲法適合性についての考え方、すなわち、原告らが、原告準備書面(4)(22ページ以下)において憲法適合性判断基準等について主張している内容も、主張自体が失当であるといわざるを得ない。

また、原告らは、仮に民法750条が制定時に明白には違憲でなかったとしても、その後の国内的・国際的環境等の変化等によれば、選択的夫婦別氏制を含む法律案要綱が公表された平成8年までに、あるいは遅くとも現時点までに、民法750条は違憲性を有するに至った旨主張する（原告準備書面(4)31ないし58ページ）。

上述したところからすれば、この点の原告らの主張もその前提において失当である。仮にその点をおくとしても、原告らがるる主張する事情、すなわち原告らの引用する各判決等において、家族生活や親子関係に関する意識が一様でなくなったことや、家族関係や親子関係に関する実態の多様化等について記載されていること、国内的環境の変化として主張する各事情及び世論調査の結果、国際的環境の変化として主張する各事情は、婚姻制度を今後どのように設計変更していくのが相当であるのかという立法政策において考慮すべきものであろう。しかしながら、それを超えて、憲法の要請する婚姻制度や家族制度に反す

る制度となるに至ったことを裏付けるに足りるものではないというべきであるし、夫婦別氏を選択できる権利が人格的生存に不可欠なものとして憲法上の保障を受けるに至ったことを裏付けるに足りるものでもないというべきである。同様に、原告らが主張する平成8年の選択的夫婦別氏制を含む民法改正に関する法律案要綱の公表（原告準備書面(4) 49及び50ページ）についても、夫婦同氏制度を維持するか、それとも夫婦別氏を選択できるという利益を新たに立法により法制度上保護すべきかどうかという立法政策の問題として検討されていたものであり、夫婦別氏を選択できる権利が憲法上保障されていることを前提として公表された形跡はない。

したがって、原告らが主張する民法750条制定後の事情を踏まえても、夫婦同氏制度を定める民法750条は憲法に違反することになったものということとはできないし、ましてや、婚姻に際し夫婦別氏を選択することができる権利や夫婦別氏を選択できる制度を構築することを憲法上要求する権利が、個々の国民に対し、憲法上の権利として保障されるに至ったということもできない。

第4 結語

以上によれば、原告らの請求には理由がないから、速やかに棄却されるべきである。