

平成25年(ネ)第3821号 損害賠償請求控訴事件

控訴人 塚本協子 ほか4名

被控訴人 国

答 弁 書

平成25年10月25日

東京高等裁判所第17民事部 御中

被控訴人指定代理人

〒102-8225 東京都千代田区九段南一丁目1番15号  
九段第2合同庁舎(送達場所)

東京法務局訟務部 梅田宛て

(電話 03-5213-1397)

(FAX 03-3515-7307)

部 付 玉 田 康 治 

訟 務 官 梅 田 敦 

法 務 事 務 官 岩 舘 裕 矢 

法 務 事 務 官 浅 原 陽 子 

〒100-8977 東京都千代田区霞が関一丁目1番1号  
法務省民事局

局 付 佐 藤 彩 香 

第 1	控訴の趣旨に対する答弁	4
第 2	はじめに	4
第 3	控訴人らの主張に対する反論及び被控訴人の主張	4
1	原判決が合憲性審査を回避したとの主張が失当であること	4
	(1) 控訴人らの主張	4
	(2) 控訴人らの主張が失当であること	5
2	原判決の国賠法上の違法の判断枠組みに対する主張が失当であること	7
	(1) 控訴人らの主張	7
	(2) 控訴人らの主張が失当であること	8
3	「婚姻に際し、婚姻当事者がいずれも婚姻前の氏を称する権利」を検討した 原判決に対する主張が失当であること	9
	(1) 控訴人らの主張	9
	(2) 控訴人らの主張が失当であること	10
4	「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旨の控訴人 らの主張が失当であること	12
	(1) 控訴人らの主張	13
	(2) 控訴人らの主張が失当であること	13
5	憲法 24 条に関する控訴人らの主張が失当であること	15
	(1) 控訴人らの主張	15
	(2) 控訴人らの主張が失当であること	15
6	女子差別撤廃条約に関する控訴人らの主張が失当であること	18
	(1) 控訴人らの主張	18
	(2) 控訴人らの主張が失当であること	18
7	女子差別撤廃条約についての控訴人らのその他の主張も失当であること	22
	(1) 控訴人らの主張	22
	(2) 控訴人らの主張が失当であること	22



## 第1 控訴の趣旨に対する答弁

- 1 本件控訴をいずれも棄却する。
- 2 控訴費用は控訴人らの負担とする。

## 第2 はじめに

- 1 被控訴人の事実上及び法律上の主張は、原審口頭弁論において主張したとおりであって、控訴人らの請求を棄却した原判決は正当であり、本件控訴には理由がないから、速やかに棄却されるべきである。
- 2 控訴人らは、2013（平成25）年7月31日付け控訴理由書（以下「控訴理由書」という。）において、原判決に誤りがあるなどとする主張するが、それらは原審における主張の繰り返しであるか、あるいは独自の見解をもって原判決を論難するものにすぎない。

したがって、本件控訴には理由がなく、速やかに棄却されるべきものであるが、以下、被控訴人は、念のため、控訴理由書における控訴人らの主張に対し、必要と認める範囲で反論する。

なお、略語等は、本書面で新たに用いるもののほかは、原判決の例による。

## 第3 控訴人らの主張に対する反論及び被控訴人の主張

### 1 原判決が合憲性審査を回避したとの主張が失当であること

#### (1) 控訴人らの主張

控訴人らは、①原判決が「仮に民法750条が憲法に反するものであるとしても・・・」（原判決27ページ）と判示したことについて、「民法750条の合憲性についての判断を回避した」ものであるとした上で、②17年判決は、「国賠法上の違法性の判断を行う前に、まず、1段階目として在外国民の選挙権を全く認めない改正前の公選法が、憲法15条1項・3項、43条1項、44条ただし書に違反するとの判断を行」ったのであるから、本

件においても、「1段階目として、民法750条が憲法13条及び24条に違反するかという合憲性の審査を行うべきであり」、③「この点について審査せず判断をしなかった原判決は、最も重要な争点について判断を遺脱した」と主張する（控訴理由書第二の二1・7ないし10ページ）。

## (2) 控訴人らの主張が失当であること

ア しかしながら、控訴人らの上記主張は、原判決を正解しないものである。

控訴人らが上記(1)①のとおり原判決について合憲性判断を回避した旨主張する「仮に民法750条が憲法に反するものであるとしても・・・」との判示部分（原判決27ページ）は、本件における国家賠償法（以下「国賠法」という。）1条1項の違法性の判断枠組みに関連して判示したものであり、控訴人らが主張するような、合憲性判断を回避する文脈で述べられているものではない。

しかも、上記の判示部分は、17年判決が、「国家賠償法1条1項は・・・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。」と判示したことに沿うものである（原判決26ページ）。

すなわち、原判決は、17年判決を引用した後、「仮に民法750条が憲法に反するものであるとしても」と述べ、それに続け、「そのことから直ちに国会議員の立法不作為が国家賠償法1条1項の規定上、違法の評価を受けるものではないことは上記のとおりであり、また、そのことのみでは、国会議員が立法過程において個別の国民に対して負担してい

る具体的な職務上の法的義務が存在しているといえるものではない」  
（原判決27ページ）と、上記の17年判決の判示からして当然の判示  
をしたものである。

したがって、原判決の上記判示部分に係る控訴人らの指摘は失当である。  
イ また、原判決には、以下のとおり、控訴人らが指摘するような判断の遺  
漏（上記(1)③）はない。

17年判決が「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。」（傍点は引用者）と判示  
するように、国賠法上の違法が認められるためには、憲法上保障されて  
いる権利の存在が前提となっている。

それゆえ、控訴人らが主張するように、民法750条を改廃しない立  
法不作為が憲法13条及び24条に反し、国賠法上違法であるというた  
めには、「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  
ているか、「氏の変更を強制されない」形での婚姻が憲法24条により  
それぞれ保障されている権利であることが前提となる。

そして、正に、原判決は、控訴人らの主張するかかる権利が、いづれ  
も憲法上保障されないことを判示しているのであるから（原判決27な  
いし30ページ）、前提となる権利の存在が認められない以上、17年  
判決に照らしても、本件で国賠法上の違法が認められる余地がないこと  
は明らかである。

したがって、原判決に何ら判断の遺漏はない。

ウ なお、控訴人らは、上記(1)②のとおり、17年判決は、立法不作為の国賠法上の違法の判断の前提として、まず問題となっている法律の合憲性を判断している旨主張する。

しかしながら、後記3(2)ウ(11ページ)のとおり、17年判決も憲法上保障され、公職選挙法で具体化された権利の存在を前提としている。

また、その点をおくとしても、17年判決は、「第2 在外国民の選挙権の行使を制限することの憲法適合性について」との項で公職選挙法の規定の違憲性について論じ、「第3 確認の訴えについて」の項目で、同事件上告人らの請求に係る行政事件訴訟法上の請求について論じ、一部認容した上で、その後、「第4 国家賠償請求について」として同じく同事件上告人らの請求に係る国家賠償請求について論じてこれを認容しているのである。すなわち、同事件においては、国家賠償請求のみならず、行政事件訴訟上の請求についても併合されている上、行政事件訴訟上の請求の一部及び国家賠償請求のいずれについても認容されていることから、両者の判断の前提として共通する事項である公職選挙法の規定の違憲性について先に論じられているものにすぎないものと解されるから、これをもって、立法不作為に関する国賠法の判断の前提として、違憲性を独立して論ずるべきことの根拠にはならないというべきである。

エ したがって、控訴人らの上記主張は失当というべきである。

## 2 原判決の国賠法上の違法の判断枠組みに対する主張が失当であること

### (1) 控訴人らの主張

控訴人らは、原判決が、本件について、①「仮に民法750条を改廃しないこと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不作為が直ちに国家賠償法1条1項の規定の適用上、違法の評価を受けるものではなく」、②「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いうためには、婚姻に際し、婚姻当

事者の双方が婚姻前の氏を称する権利が憲法上保障されており、その権利行使のために選択的夫婦別氏制度を採用することが不可欠であって、それが明白であり、国会議員が個別の国民に対し選択的夫婦別氏制度についての立法をすべき職務上の法的義務を負っていたにもかかわらず、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といえる場合であることを要するものというべきである」（原判決26及び27ページ）と判示したことについて、17年判決に反するもので、60年判決まで後退させた判断枠組みである旨主張する（控訴理由書第二の二2・10ないし13ページ）。

## (2) 控訴人らの主張が失当であること

ア しかしながら、控訴人らの主張は、原判決の判断枠組みのどこがどのように、17年判決に反し、60年判決まで後退させた判断枠組みとなるというのか不明である。かえって、原判決は、以下のとおり、正に17年判決に従った判断枠組みを定立したものであるから、控訴人らの主張は、誤っている。

(ア) 17年判決は、まず、国賠法1条1項の違法に係る原則論として、以下のとおり判示している。

「国家賠償法1条1項は、・・・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。」

この部分は、60年判決と全く同様の説示であるところ、原判決の上記(1)①の判示は正当にこの原則論を確認したものである。

(イ) 次に、17年判決は、上記原則論に対する例外として、「しかしなが



ら、①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、②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。」（「①」、「②」は引用者）と判示している。

そして、原判決は、上記②を本件における違法性の判断枠組みとして具体化させ、上記(1)②のとおり判示したものである。このように、原判決は、正に17年判決に沿った判断枠組みを定立したというべきである。

(ウ) なお、原判決が、17年判決の上記(イ)②の部分における「所要の立法措置」を「選択的夫婦別氏制度」と置き換えたのは、控訴人らの主張に沿うものである（訴状第7の二の3(2)・44ページ）。

また、いずれにせよ、控訴人らの主張する権利は、上記1(2)イ（6ページ）、後記4(2)（13ページ）及び後記5(2)イ（16ページ）のとおり、17年判決の前提となる憲法上保障されている権利に当たらないから、本件において国賠法1条1項の違法を認める余地はない。

イ 以上のとおりであるから、控訴人らの上記主張は失当である。

### 3 「婚姻に際し、婚姻当事者がいずれも婚姻前の氏を称する権利」を検討した 原判決に対する主張が失当であること

#### (1) 控訴人らの主張

控訴人らは、原判決が「婚姻に際し、婚姻当事者がいずれも婚姻前の氏を称する権利が憲法上保障されているといえるか」について検討したこと（原判決27ページ）について、「控訴人らが主張してきたのは、『氏の変更を

強制されない自由』が憲法13条によって保障されるということであり、控訴人らは、『婚姻に際し、婚姻当事者がいずれも婚姻前の氏を称する権利』が憲法13条によって保障されるか否かを問題にしたことはない。」として原判決を批判する（控訴理由書第三の一・14ページ）。

## (2) 控訴人らの主張が失当であること

ア しかしながら、原判決は、以下のとおり、本件で憲法13条によって保障されている権利か否かを検討すべき対象を誤っておらず、控訴人らの主張は失当である。

控訴人らのいう「氏の変更を強制されない自由」があるとは、要は、控訴人ら自身が主張するように、「氏名保持権」（訴状24及び25ページ、原審原告ら準備書面（2）一の1（2）・3ページ）があるということと同義である。そして、本件が、婚姻の際の定めである民法750条の改廃の不作为の国賠法上の違法性の関係で問題となっていることを踏まえると、具体的には「婚姻の際の氏名保持権」なる権利となる。そして、原審被告第2準備書面第1の4（2）（13ページ）において述べたとおり、控訴人らの主張するかかる「婚姻の際の氏名保持権」なる権利は、要するに「婚姻に際して婚姻前の氏を称する権利」にはかならない。

そして、原判決は、上記2（1）（7ページ）のとおり、本件において国賠法上の違法が認められる前提として「婚姻に際し、婚姻当事者の双方が婚姻前の氏を称する権利が憲法上保障されて」いることが必要と解し、控訴人らの主張する「氏の変更を強制されない自由」、すなわち「婚姻に際し、婚姻当事者の双方が婚姻前の氏を称する権利」が憲法13条によって保障されているといえるかを検討しているのであるから、何ら検討すべき対象を誤っていない。

イ なお、この点、控訴人らは、「夫婦は、婚姻の際に定めるところに従い、夫又は妻の職業に従事する」との規定があった場合を例に出し、「憲法

上の権利の保障の有無の検討対象は、『職業選択の自由』であって（職業選択の自由については憲法が明示的に保障しているため、検討するまでもないが）、その自由が当該規定により侵害されているかがまず判断されるべきであり、『婚姻に際し、婚姻当事者がいずれも婚姻前の職業に従事する権利』が憲法上保障されているかを検討すべきではないことは、明らかである」と主張する（控訴理由書第三の一・14ページ）。

しかしながら、控訴人らの主張は、氏の問題とは明らかに異なり憲法上明示的に保障されている職業選択の自由を例としていることからそもそも前提において失当である。

また、このような例を前提としても、「夫婦は、婚姻の際に定めるところに従い、夫又は妻の職業に従事する」との規定により、憲法上保障されている職業選択の自由が侵害されているかがいきなり判断されるべきではなく、本来は、その前提として、職業選択の自由の中に、「婚姻に際し、婚姻当事者がいずれも婚姻前の職業に従事する権利」が含まれているかが問題となる。

しかし、このような例では、「職業選択の自由」が保障されていることが明白であり、「婚姻に際し、婚姻当事者がいずれも婚姻前の職業に従事する権利」がこれに含まれ保障されることもまた明らかであるために、その検討が問題とならないと考えられるにすぎない。本件では、控訴人らの主張する権利利益が憲法上保障されているとは認められないのであるから、控訴人らの挙げる例とは全く異なる。

ウ さらに控訴人らは、17年判決も例に出し、①「17年判決も、在外国民の『選挙権』が侵害されていることを検討しているのであって」、②「『国民が国外に居住している場合の選挙権』が憲法上保障されているかをあえて審査せず、『在外選挙権を10年以上創設しないまま放置した』立法不作為を国賠法上違法としている」と主張する（控訴理由書第三の

一・14ページ)。

しかしながら、そもそも控訴人らの上記主張は甚だ不明確であるが、17年判決は、在外国民が選挙権を「行使」する「機会（投票の機会）」が確保されていなかったことをもって、国賠法1条1項の違法を認めた事案であるから、上記①は正確ではない。

また、17年判決における「在外国民」とは、「国外に居住していて国内の市町村の区域内に住所を有していない日本国民」をいうのであるから、上記①の「在外国民の選挙権」と、上記②の「国民が国外に居住している場合の選挙権」とは同義である。そうすると、上記②の趣旨は不明確であるが、在外国民の権利が「保障」されているか否かを問うことなく、いきなり「侵害」を判断すべきという趣旨であれば、権利が保障されていなければ、その侵害や行使の機会の確保はあり得ないのであるから、明らかに失当である。

17年判決も、原審被告第4準備書面第2の3(2)(5ないし7ページ)において述べたとおり、既に公職選挙法によって、在外国民には、同法によって具体化された選挙権が付与されていたのであり、その行使が、立法不作為によって制限されていたとして、その侵害があったとみる事が可能であった事案に係るものである。

すなわち、同判決も、当該立法不作為による侵害が観念し得る、個々の国民個人の法律上保護された権利利益の存在を前提としたものであって、法律上保護された権利利益の存在を前提とせず、その侵害を検討したものではない。

控訴人らの主張は、この点についての理解を根本的に欠いたものであり、失当である。

#### 4 「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旨の控訴人らの主張が失当であること

## (1) 控訴人らの主張

控訴人らは、北方ジャーナル事件（最高裁昭和61年6月11日大法廷判決・民集40巻4号872ページ）及びNHK日本語読み訴訟（最高裁昭和63年2月16日第三小法廷判決・民集42巻2号27ページ）によって、氏名権が人格権の一内容として憲法13条により保障されていることが明らかで、「氏名ないし氏が意思に反して奪われることによる権利侵害の態様は、根源的で継続的であり、侵害の程度はより大きいものであるから」、「氏名の変更を強制されない自由」は、人格権の一内容たる氏名権の中核的な権利・自由として憲法13条により保障される旨主張する（控訴理由書第三の二2・16ないし19ページ）。

## (2) 控訴人らの主張が失当であること

ア 原審被告第2準備書面第1の4（11及び12ページ）において述べたとおり、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る。

しかるところ、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。

したがって、およそ氏というものはそもそも民法750条を含む現行の法律制度の存在を前提としたものであるから、これを前提としない婚姻に際して変更しないまま称することができる氏を観念し、それについて法律制度（民法750条）によって侵害される自由権として、控訴人らの主張するところの「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観念することはで

きないというべきである。

換言すれば、控訴人らの主張するところの「氏の変更を強制されない自由」なるものをもって、個々の国民に対して、国会議員がそもそもその氏が前提としている法律制度を改正するような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は困難というべきである。

イ また、憲法13条により保障される権利かどうかは、社会通念上、特定の行為が個人の人格的生存に不可欠であると認められることのほか、社会一般に、当該行為が伝統的に個人の自律的決定に委ねられたものと考えられているかどうかなどの種々の要素を考慮して慎重に決定しなければならない（芦部信喜著 高橋和之補訂「憲法第五版」120及び121ページ）。

そして、夫婦同氏は、「ファミリーネーム」として国民に深く浸透している上、近時の世論調査結果においても夫婦別氏制度の導入に対しては賛否が大きく分かれており、夫婦別氏制度の実現を是認する見解が趨勢化しているとはいえない状況にある（以上、原審答弁書19ないし22ページ）のであって、社会通念上、夫婦別氏制度の導入が個人の人格的生存に不可欠であると認められるまでには至っておらず、また、伝統的に個人の自律的決定に委ねられたものと考えられているともいえない。

我が国の氏の制度は、婚姻制度や家族の在り方の根幹に関わるものであり、種々の事情を考慮した上、婚姻制度全体の在り方との関係で決せられるべき立法政策の問題であって、憲法第13条から夫婦別氏制度の導入が当然に導かれるものでないことは明らかである。

以上によれば、控訴人らのいう「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」、すなわち、夫婦のいずれもが氏の変更をしないままで法律婚をする権利は、社会通念上、個人の人格的生存に不可

欠であるとはいえず、このように夫婦が別の氏を称することが、伝統的に個人の自律的決定に委ねられたものと観念されているとも認め難いから、憲法13条によって保障される権利とは認められないというべきである（以上、原審被告第3準備書面第3の1(2)・14及び15ページ、原審被告第4準備書面第5の2(2)・14及び15ページ）。

ウ よって、控訴人らの上記主張は失当である。

## 5 憲法24条に関する控訴人らの主張が失当であること

### (1) 控訴人らの主張

控訴人らは、①「原判決は、氏名についての憲法上の保障については、触れているものの、もう1つの憲法上の人権である『婚姻の自由』については検討そのものを放棄しており、審理不尽が著しい」（控訴理由書第四の一・26ページ）と主張し、②さらに、原判決が憲法24条が、「憲法13条における個人の尊重と憲法14条における平等原則とを家族生活の諸関係に及ぼすものであって、家族に関する諸事項について憲法14条の平等原則が浸透していなければならないことを立法上の指針として示したものとみることができる」（原判決30ページ）と判示したことについて、憲法24条が裁判規範性を有することは明らかであって（控訴理由書第四の一・3・29ページ）、「民法750条が『夫婦の同等の権利』及び『両性の本質的平等』を保障する憲法24条2項に違反する」旨主張する（控訴理由書第四の二・29ないし37ページ）。

### (2) 控訴人らの主張が失当であること

#### ア 上記(1)①について

控訴人らの上記(1)①の主張は、原判決について正解しないものである。そもそも原判決は、本件における国賠法上の違法の判断枠組みとして「本件について・・・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いうためには、婚姻に際し、

婚姻当事者の双方が婚姻前の氏を称する権利が憲法上保障されており、その権利行使のために選択的夫婦別氏制度を採用することが不可欠であって、それが明白・・・であることを要するものというべきである」(原判決26及び27ページ)との判断枠組みを示した上で、「婚姻に際し、婚姻当事者の双方が婚姻前の氏を称する権利が憲法上保障されて」いるか否かを検討する過程で、憲法24条について検討をしているのである(原判決30ページ)。

したがって、原判決が婚姻の自由について検討そのものを放棄しているなどとはいえない。

イ 上記(1)②について

(ア) 原審被告第3準備書面第2の1(1)(11ページ)において述べたとおり、そもそも憲法24条は、婚姻に関する法制度を構築するに当たり、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であるとの根本的態度を明らかにする趣旨の規定であり、同条1項の「両性の合意のみに基いて成立し」との文言も、構築すべき婚姻制度が、自己の意に反して強制されたり、当事者以外の第三者の意思によって妨げられたりすることがないように制度でなければならないことを要請する趣旨のものであって、個々の国民に対し、具体的な権利を保障する趣旨の規定ではない。

(イ) また、原審被告第2準備書面(2)第1の3(2)(10ページ)において述べたとおり、控訴人らの主張するように民法750条が憲法24条に違反し、当該立法の不作為が国賠法上違法というためには、同条に基づき、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る。

しかるに、憲法24条1項は、上記(ア)のような第三者による意思決



定の強制や妨害に当たらない当事者の合意以外の事項を婚姻の成立要件等とする制度を構築することを許さない趣旨ではない。

例えば、当事者の合意いかんにかかわらず、婚姻適齢（民法731条）、重婚の禁止（同法732条）、近親者間の婚姻の禁止（同法734条）等に違反した場合に婚姻の成立が妨げられたり（婚姻の実質的要件）、所定の方式を具備した届出なしに婚姻が成立しないこと（同法739条。婚姻の形式的要件）は、第三者による婚姻の意思決定の強制や妨害を伴うものでもなく、憲法24条1項に反するなどとは考えられていない（前掲樋口陽一ほか（乙第24号証）132及び133ページ）。

裁判所職員総合研修所監修・親族法相続法講義案（七訂版）40、41ページも、「憲法が、婚姻は『両性の合意のみ』によって成立するとしながら、民法、戸籍法などが、実質的・形式的要件を必要としているのは矛盾ではないかとする点」について若干疑義があるとしつつも、「この憲法の文言の趣旨とするところは、当事者双方の婚姻意思の合致することが最も基本的な要件であり、これを拘束する他の意思の存在を否定するにあり、合意以外は一切の要件を不要とするものではないから違憲ではないと解されよう」としているところである。

しかるに、民法750条は、婚姻の効力の一つとして、夫婦が夫又は妻のいずれかの氏を称することを定めているにすぎず、憲法24条1項の要請に反して、婚姻をする、しないという婚姻それ自体について第三者によって当事者の意思決定が妨げられることを意味するものではない（以上、原審被告第3準備書面第2の1(3)・12及び13ページ、原審被告第4準備書面第5の2(1)・13ページ）。

ウ 小括

以上のとおりであるから、控訴人らの上記主張は失当である。

## 6 女子差別撤廃条約に関する控訴人らの主張が失当であること

### (1) 控訴人らの主張

原判決は「特定の条約が、国内法による補完ないし具体化といった措置を執ることなく直接個人の所属国に対する権利を保障するものとして国内の裁判所において適用可能である（直接適用可能性がある、ないし自動執行力がある）というためには、上記条約一般の本来的な性格にかんがみて、当該条約によって保障される個人の権利内容が条約上具体的で明白かつ確定的に定められており、かつ、条約の文言及び趣旨等から解釈して、個人の権利を定めようという締約国の意思が確認できることが必要であると解するのが相当である」（原判決33ページ）と判示した。

これに対して、控訴人らは、①「本件において、裁判所が判断を求められているのは」、「条約を直接の根拠とする権利の可否ではない。」、「いわば、私人間においては、直接に適用することができない憲法の人権規定を、民法709条の違法の要件を介して間接的に適用するのと、同様の構造にある」から、女子差別撤廃条約16条1項(b)及び(g)の「直接適用可能性ないし自動執行性の有無を問題とする必要はない」、②「多くの有力な国際法学者が主張するように、条約に国内的効力を付与する日本においては、裁判所が条約規定を裁判規範として適用することができない積極的な理由がない限り、条約規定は直接適用可能と言うべきであり、女子差別撤廃条約16条1項(b)及び(g)の規定について、当事者の意思や明確性の点で直接適用可能性が否定されるべき事情はない」などと主張する（控訴理由書第七の四2及び3・50ないし53ページ）。

### (2) 控訴人らの主張が失当であること

#### ア 上記(1)①について

(ア) しかしながら、国賠法1条1項の適用上の「違法」が認められるためには、公務員が、個々の国民個人に対して負っている職務上の法的

義務に違反し、当該国民の法律上保護された具体的な権利利益を侵害したことが必要である。そこで、本件では、女子差別撤廃条約16条1項(b)及び(g)によって、控訴人らが、別氏のまま法律婚をする権利という、国賠法1条1項の適用上の違法性を根拠付ける具体的な権利利益が保障されているかがまずもって問題となる。しかるところ、下記のとおり、条約によってかかる権利利益が保障されていると判断されるためには、直接適用可能性ないし自動執行力があることが必要であるから、原判決が女子差別撤廃条約についてこの点を検討していることに何ら誤りはない。

これに対し、控訴人らの上記(1)①の主張は、控訴人ら個々人が上記条約規定によって上記の具体的な権利を保障されていることを前提とするいわば結論先取りの主張であり、明らかに失当である。

(イ) 我が国において、国会により承認され公布された条約は、憲法98条2項、7条1号により、他に特段の立法措置を講ずるまでもなく、我が国の法体系に自動的に受け容れられる(一般的受容方式)。

しかし、個々の国民が条約を直接の法的根拠として具体的な権利ないし法的地位を主張したり、あるいは、裁判所が法的紛争を解決するに当たり条約を裁判規範性があるものとして直接適用して結論を導くことが可能かという問題(条約の直接適用可能性の問題)は、一般的受容方式とは別途検討する必要がある(東京高裁平成5年3月5日判決・判例時報1466号40ページ)。

条約は、国際法の一形式であるが、これを締結するのは国家であって、国家間の権利義務関係を定立することを主眼とする。このため、条約が直接国内法上の効果を期待し、国民に権利を与え義務を課すことをも目的とする場合には、原則として、その目的を達成するため国家機関に立法義務を課し又は行政措置を執ることを命じ、これを受け

て、立法機関が法律を制定し、また、行政機関が法令に基づきその権限内にある事項について行政措置を執ることになる。したがって、条約の内容が私人相互間又は私人と国家間の法律関係に適用可能なものとして裁判所等の国家機関を拘束するためには、原則として、上記のような国内措置による補完が必要であり、現にそのような国内法が多数制定されている。

ただ、例外的に、自動執行力のある条約（後記イ(ア)）については、条約の規定がそのままの形で国内の裁判所及び行政機関の判断根拠として直接適用し得るのである（以上、原審被告第3準備書面第1の2(1)・4ないし7ページ）。

したがって、以上のような直接適用可能性ないし自動執行力がなければ、条約を適用して、国賠法1条1項の適用上の違法性を根拠付ける具体的な権利利益を認めることができないのである。

(ウ) よって、原判決が直接適用可能性ないし自動執行力を問題としたことに何ら誤りはなく、控訴人らの上記(1)①の主張は失当である。

#### イ 上記(1)②について

控訴人らは、上記(1)②のとおり、女子差別撤廃条約16条1項(b)及び(g)の規定は、具体性、明確性等の点からみても、自動執行力を有するものである旨主張する。

(ア) しかしながら、原審被告第1準備書面第1の3（5ページ）において述べたとおり、条約に自動執行力が認められるためには、第1に「主観的要件」として、私人の権利義務を定め直接に国内裁判所で執行可能な内容のものにするという締約国の意思が確認できること、第2に「客観的要件」として、私人の権利義務が明白、確定的、完全かつ詳細に定められていて、その内容を具体化する法令に待つまでもなく国内的に執行可能な条約規定であることが挙げられている（宮坂昌

利・最高裁判所判例解説民事篇（上）平成19年度433ページ参照）。

そして、女子差別撤廃条約についてみると、原審被告第1準備書面第1の4(1)及び(2)（5ないし7ページ）において述べたとおり、女子差別撤廃条約は、条約の実体規定（第2条から第16条）において、「締約国は……適切な措置をとる」等と規定しているから、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切な措置を執る義務を課している。また、同条約第18条が「締約国は……この条約の実施のためにとつた……措置及びこれらの措置によりもたらされた進歩に関する報告を、委員会による検討のため、国際連合事務総長に提出することを約束する。」旨規定していることから、女子差別撤廃条約は、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切な国内的措置を執る義務を課すという内容の条約であることは明らかであり、同条約の発効の経過における国会答弁においても、同条約の国内における実施については、国内法制の整備を通じて行うことを前提とする答弁が繰り返し行われていたことから、同条約を自動執行力のない条約として理解していたことが明らかであるから、上記の主観的要件を欠く。

また、原審被告第1準備書面第1の4(3)（8ページ）において述べたとおり、女子差別撤廃条約16条1項(b)及び(g)の各規定の内容をみても、私人の権利義務が明白、確定的、完全かつ詳細に定められているとか、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条約規定であるともいい難いから、客観的要件も満たさない（以上について原審被告第3準備書面第1の2(1)エないしオ・6ないし9ページ参照）。

(イ) よって、女子差別撤廃条約16条1項(b)及び(g)について、自動執

行力をもつ条約ということはできないから、控訴人らの主張は失当である。

## 7 女子差別撤廃条約についての控訴人らのその他の主張も失当であること

### (1) 控訴人らの主張

控訴人らは、原判決が、「女子差別撤廃条約16条1項(b)及び(g)が、婚姻に際し、婚姻当事者の双方が婚姻前の氏を称する権利を保障するものであるとはいえない」（原判決35ページ）と判示したことについて、「同規定が保障しているのは、男女の平等を基礎として、『自由に配偶者を選択し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、『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。）』であり、控訴人らは、差別的規定である民法750条の改廃を怠った立法不作為によって、これらの条約によって保障された婚姻及び姓の選択について男女の同一の権利が侵害されたと主張しているのである。したがって、本件国賠訴訟において民法750条の改廃を怠った立法不作為が国賠法上違法の評価を受けるかの判断において、原判決が述べるような『婚姻に際し、婚姻当事者の双方が婚姻前の氏を称する権利』が、女子差別撤廃条約16条1項(b)及び(g)によって保障されているか否かを問う必要はない」などと批判する（控訴理由書第七の三五・49及び50ページ）。

### (2) 控訴人らの主張が失当であること

ア しかしながら、原判決は、国賠法1条1項の違法の判断枠組みとして、「女子差別撤廃条約を根拠として、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いうためには、婚姻に際し、婚姻当事者双方が婚姻前の氏を称する権利が、同条約により、直接、我が国の個々の国民に対し保障されている場合であって、その権利行使のために選択的夫婦別氏制度を採用することが必要不可欠であり、そのこと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といえることを要するものというべきである」(原判決32ページ)と判示した上で、その枠組みに従って、上記(1)のとおり  
の判示をしたものである。したがって、原判決は、自ら定立した判断枠組  
みへの当てはめとして、当然の判示をしたにすぎない。

イ また、前記のとおり、本件においては、控訴人らに、国賠法1条1項の  
違法を基礎づける法律上保護された具体的な権利利益を観念し得るかどう  
かがまずもって問題となる。

しかるに、上記6(2)イ(20ページ)のとおり、女性差別撤廃条約1  
6条1項(b)及び(g)は、裁判所が個人の権利を認め、義務を課すための裁  
判規範として用いることができるものではないのであるから、そもそも、  
女子差別撤廃条約16条1項(b)及び(g)等の規定を根拠として、このよう  
な国賠法1条1項適用上の違法性を根拠づけるための、法律上保護された  
具体的な権利利益が、控訴人らを始めとする個々の国民個人に対して付与  
されているということができない(原審被告第3準備書面3ないし9ペー  
ジ)。

これは、控訴人らが主張する権利の名称が、女子差別撤廃条約16条1  
項(b)及び(g)の文言そのままの名称であっても、何ら変わりはない。

しかも、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、いずれかの氏が優越するよう  
な取扱いをしているものではなく、性別による取扱いを何ら異にしていな  
い。

したがって、民法750条を改廃しないことが、「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(傍点は引用  
者。以下同じ。)」(女子差別撤廃条約16条1項(b))及び「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。)」(同項(g))を侵

害するとか、これらの権利を行使するために、同条の改廃が不可欠であるなどとは到底解し難い（原審被告第3準備書面第1・3ページ参照）。なお、17年判決も、公職選挙法の規定上、在外国民は、同法によって具体化された選挙権を行使するための要件であった選挙人名簿の被登録資格がなかったので、およそこれを行使することができなかったという事案である。

ウ 以上のとおり、控訴人らの上記主張は、何ら原判決の判断の正当に影響し得るようなものではなく、失当である。

#### 第4 結語

以上のとおり、本件控訴には理由がないから、速やかに棄却されるべきである。