

**副 本**

平成26年(才)第1023号 損害賠償請求上告事件

上告人 塚本協子 ほか4名

被上告人 国

答 弁 書

平成27年11月4日

最高裁判所大法廷 御中

被上告人指定代理人

定	塚	誠
田	口	治 美
伊	藤	清 隆
木	上	寛 子
中	野	恭 介
鈴	木	秀 孝
前	田	佳 行
前	村	俊 二
大	塚	竜 郎
田	中	寿 径

第1	上告の趣旨に対する答弁	4
第2	事案の概要等	4
1	事案の概要	4
2	原判決の要旨	4
3	上告理由の要旨	5
4	被上告人の主張の要旨	6
第3	被上告人の主張	9
1	民法750条（夫婦同氏制度）の概要	9
2	立法不作為に関する国賠法1条1項の違法の判断枠組み	12
3	「氏の変更を強制されない権利」は憲法13条によって保障されているとはいえないこと	13
4	「個人として尊重」（憲法13条）及び「個人の尊厳」（憲法24条2項）は、個々の国民に対して具体的な権利を保障する趣旨の規定ではないこと	15
5	民法750条は、婚姻の自由（憲法24条）を侵害しないこと	16
6	民法750条は、平等権（憲法14条1項、24条）を侵害しないこと	18
7	女子差別撤廃条約は我が国の国民に対して直接権利を付与するものではなく、「婚姻及び婚姻に際し姓を選択する男女同一の権利」が同条約によって保障されているとはいえないこと	19
第4	上告人らの主張の誤り	22
1	国賠法上の違法性判断枠組みに係る上告人らの主張が失当であること（上告理由書第一について）	22
2	「氏の変更を強制されない権利」に関する上告人らの主張が失当であること（上告理由書第二の一について）	23

3 「個人として尊重」（憲法13条）及び「個人の尊厳」（憲法24条2項） に関する上告人らの主張が失当であること（上告理由書第二の二について） .....	24
4 婚姻の自由（憲法24条）に関する上告人らの主張が失当であること（上告 理由書第三について） .....	27
5 平等権（憲法14条1項及び24条）に関する上告人らの主張が失当である こと（上告理由書第四について） .....	29
6 女子差別撤廃条約に関する上告人らの主張が失当であること（上告理由書第 五について） .....	29
第5 結論 .....	30

## 第1 上告の趣旨に対する答弁

- 1 本件上告を棄却する。
- 2 上告費用は上告人らの負担とする。  
との判決を求める。

## 第2 事案の概要等

### 1 事案の概要

本件は、上告人らが、「氏の変更を強制されない権利」などの権利が、憲法13条、14条1項及び24条並びに女子に対するあらゆる形態の差別の撤廃に関する条約（昭和60年条約第7号。以下「女子差別撤廃条約」という。）16条1項(b)及び(g)によって保障されているとした上で、夫婦同氏を定める民法750条が、上記各権利を違法に侵害するものであることが明白であって、国会は民法750条を改正して、夫婦同氏制度に加えて夫婦別氏制度という選択肢を新たに設けることが必要不可欠であるにもかかわらず、正当な理由もなく、長期にわたり立法措置を怠ってきたのであるから、当該立法不作為は、国家賠償法（以下「国賠法」という。）1条1項の違法な行為に該当すると主張して、被上告人に対し、上告人 A 及び上告人 B については慰謝料各150万円の支払を、上告人塚本協子（戸籍上の氏名： ■■■ 協子）、上告人 C（戸籍上の氏名： C ）及び上告人 D（戸籍上の氏名： D ）については慰謝料各100万円の支払を、それぞれ求める事案である。

### 2 原判決の要旨

原判決は、最高裁判所平成17年9月14日大法廷判決（民集59巻7号2087ページ。以下「17年判決」という。）に従い、国会議員の立法又は立法不作為について国賠法1条1項に基づく損害賠償責任を認めるためには、国民に憲法上又は条約上保障された権利が存在することが不可欠の前提となるとした上で、上告人らが主張する権利は、いずれも、憲法上及び条約上保障され

ているとはいえないから、国会議員が民法750条を改正して選択的夫婦別氏制度を導入しない立法不作為は、国賠法1条1項の規定の適用上、違法の評価を受けないと判示した。

### 3 上告理由の要旨

上告人らは、上告理由として、民法750条は、(1)立法の当初から、又は立法後の社会の変化後においては、憲法13条により保障される氏名権ないし「氏の変更を強制されない自由」(以下、総称して「氏の変更を強制されない権利」という。)を違法に侵害するものであることが明白であり、又は上記権利を行使する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り続けている(上告理由書第二の一及び三)、(2)選択的夫婦別氏制度を導入する法律要綱案が作成された平成8年の時点、又は遅くとも現在においては、憲法13条により保障される「個人として尊重」及び憲法24条2項により保障される「個人の尊厳」を違法に侵害するものであることが明白であり、又はこれ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り続けている(上告理由書第二の二及び三)、(3)立法の当初から、又は上記平成8年時点若しくは遅くとも現在においては、憲法24条により保障される「婚姻の自由」を違法に侵害するものであることが明白であり、又は上記自由を行使する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り続けている(上告理由書第三)、(4)立法の当初から、又は上記平成8年時点若しくは現在においては、憲法14条1項及び24条が禁止する女性差別を生じさせるものとして平等権を違法に侵害するものであることが明白であり、又は上記権利を行使する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り続けている(上告理由書第四)、(5)女子差別撤廃条約16条1項(b)及び(g)が保障する「婚姻及び婚姻に際し姓を選択する男女同一の権利」を違法に侵害するものであることが明白であり、又は上記権利を行使する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り続けている(上告理由第五)から、民法750条の改正を怠った国会議員の立法不作為(以下「本件立法不作為」という。)は、国賠法上違法であると主張する。なお、上記(4)のうち憲法14条1項に係る主張は、上告理由書において、新たに追加されたものである。

#### 4 被上告人の主張の要旨

前記2で述べた原判決の判断は結論において正当であって、前記3で述べた上告人らの論旨には理由がないから、本件上告は棄却されるべきである。被上告人の主張は第3において詳述するが、その要旨は以下のとおりである。

##### (1) 立法不作為に関する国賠法1条1項の違法の判断枠組み

国会議員の立法行為又は立法不作為は、そ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、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、例外的な場合でない限り、国賠法1条1項の適用上、違法の評価を受けない(17年判決)。

##### (2) 「氏の変更を強制されない権利」は憲法13条によって保障されているとはいえないこと

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、人の氏は、氏に関する法律制度を前提にそれに従って決定、変更されるものであるから、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ことのない自由権を憲法上の権利として観念することはできない。

また、氏の制度をどのように構築するかは、家族の在り方に関わる様々な事情を総合的に考慮して決せられるべき立法政策の問題である。そして、現在の我が国においては、夫婦別氏制度の実現を是認する見解がすう勢化しているとはいえない状況にある。

このため、上告人らが主張する「氏の変更を強制されない権利」は、個人の人格的生存に不可欠であるとはいえず、婚姻に際し、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ている権利とは認められない。

したがって、「氏の変更を強制されない権利」は憲法上保障されている権利とは認められないから、本件立法不作為が17年判決の判示する例外的な場合に該当することはなく、国賠法1条1項の適用上、違法の評価を受けない。

- (3) 「個人として尊重」（憲法13条）及び「個人の尊厳」（憲法24条2項）は、個々の国民に対して具体的な権利を保障する趣旨の規定ではないこと

「個人として尊重」（憲法13条）は、個人の尊厳すなわち個人の平等かつ独立の人格価値を尊重するという個人主義原理を表明したものである（野中俊彦ほか「憲法I（第5版）」270ページ等）。また、憲法24条2項は、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指針として示し、その実現を法律に委ねた規定であっ

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とはいえない。

したがって、「個人として尊重」（憲法13条）及び「個人の尊厳」（憲法24条2項）は、いずれも個々の国民に対して具体的な権利を保障する趣旨の規定ではないから、これらの規定を根拠として、個々の国民に対して、選択的夫婦別氏制度の創設を求める権利などの権利が保障されているとはいえない。よって、本件立法不作為が17年判決の判示する例外的な場合に該当することはなく、国賠法1条1項の適用上、違法の評価を受けない。

#### (4) 民法750条は、婚姻の自由（憲法24条）を侵害しないこと

憲法24条1項の「婚姻は・・・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。」と規定する部分及び同条2項は、前記(3)で述べたとおり、個々の国民に対し、具体的な権利を保障する趣旨の規定とはいえない。

また、憲法24条1項の「婚姻は、両性の合意のみに基づいて成立し」と規定する部分は、婚姻制度の構築に当たり、新しい憲法下においては、それまでのように戸主の意思等に左右されることなく、両当事者本人の合意のみによって婚姻が成立することを明らかにし、何人も、自己の意に反する配偶者と婚姻を強制されず、また婚姻の成立に当たっては、当事者本人以外の第三者の意思によって妨げられないような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る。しかるに、民法750条は、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、婚姻それ自体について第三者によって本人たちの意思決定が強制されたり、当事者の合意による婚姻が妨げられることを規定するものではない。

したがって、民法750条は、婚姻の自由（憲法24条）を違法に侵害するものとはいえず、この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ともいえないから、本件立法不作為が17年判決の判示する例外的な場合に該当することはなく、国賠法1条1項の適用上、違法



の評価を受けない。

(5) 民法750条は、平等権（憲法14条1項、24条）を侵害しないこと

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、夫又は妻のいずれかの氏が優越するような取扱いを定めたものではない。

したがって、民法750条は、平等権（憲法14条1項、24条）を違法に侵害するものとはいえず、この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ともいえないから、本件立法不作為が17年判決の判示する例外的な場合に該当することはなく、国賠法1条1項の適用上、違法の評価を受けない。

(6) 女子差別撤廃条約は我が国の国民に対して直接権利を付与するものではなく、「婚姻及び婚姻に際し姓を選択する男女同一の権利」が同条約によって保障されているとはいえないこと

女子差別撤廃条約は、その文言等に照らし、自動執行力が認められないから、我が国の国民に対し、直接、権利を付与するものとはいえず、同条約により上告人らが主張する「婚姻及び婚姻に際し姓を選択する男女同一の権利」が保障されているとはいえない。

したがって、「婚姻及び婚姻に際し姓を選択する男女同一の権利」は条約上保障されている権利とは認められないから、本件立法不作為が17年判決の判示する例外的な場合に該当することはなく、国賠法1条1項の適用上、違法の評価を受けない。

### 第3 被上告人の主張

#### 1 民法750条（夫婦同氏制度）の概要

##### (1) 民法750条（夫婦同氏制度）の意義

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。」と規定し、夫婦同氏の原則を示している。同条は、単に婚姻の成立の際のことを定めたものではなく、婚姻関係の継続中、最初の定めに従って、夫又は妻の氏を称することを意味する。第三の氏を称することは許されない。夫婦の氏は、婚姻の際に協議で定め、婚姻の届出に際して、その届書に記載しなければならないとされている（戸籍法74条1号。以上につき、控訴審の弁論終結後に提出された甲第117号証・中川淳「親族相続法〔改訂版〕」70ページ）。

現行の民法750条は、昭和22年法律第222号による改正により、上記のとおりの内容に改正されたものである。その改正経緯をみると、戦後の民法親族編・相続編の改正作業は、「家」の制度の廃止を主眼として行われたが、夫婦の氏についての当初（第1次ないし第6次）の改正案は、「夫婦はともに夫の氏を称す。但し、当事者が婚姻と同時に反対の意思を表示したときは、妻の氏を称すべし。」とするものであった。しかし、その後、GHQとの折衝を経て、夫婦同氏制度の原則を維持しつつ、男女平等の理念に沿って「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。」と改められ、これが最終案となって、現行の民法750条の規定になったものである（甲第8号証・衆議院調査局法務調査室「夫婦の氏—検討のための基礎的資料—」44ページ）。

## (2) 民法750条の立法目的等

夫婦同氏の原則を規定する民法750条の立法目的については、夫婦は、生活共同体を形成するものであるから、その統体性を示すために、同一の氏を称するものである（甲第117号証・69ページ）などとされ、原判決も民法750条の立法目的は、「氏による共同生活の実態の表現という習俗の継続や家族の一体感の醸成ないし確保にある」と正しく判示している（原判決16ページ）。

同条の立法目的が上記のようなものであることは、同条の制定に当たり、昭和21年8月22日に開催された臨時法制調査会第2回総会において、我妻委員が、「我々の家族共同生活が或る場合に集り、或る場合に分れるというのを、氏を変更するという、そういう観念で現わしていこう、(中略)氏を同じうするかしないかという所を一つの拠り所として之を考えていこう、かように氏というものを頭の中に考えまして、その氏を同じうするか、しないかということが現実の共同生活が一緒になる、ならぬという所を抑える一つの拠り所にしようという風に考えている訳であります。」(資料1・我妻榮編「戦後における民法改正の経過」251ページ)と説明していることから明らかである。

そして、「氏による共同生活の実態の表現という習俗の継続や家族の一体感の醸成ないし確保」という立法目的は、「習俗」といった言葉を用いていることからしても、社会全体として夫婦同氏であることを前提とする制度によって達成し得るものであり、上記立法目的達成のための合理的な手段として、民法750条は夫婦同氏制度を採用したものである。

### (3) 夫婦同氏・夫婦別氏制度に対する国民意識

現在の我が国においても、夫婦同氏は夫婦(家族)という生活共同体の共通の呼称である「ファミリーネーム」として国民に深く浸透している。

また、夫婦同氏・夫婦別氏制度に対する国民意識については、これまで総理府(現内閣府)において累次世論調査が実施されているが、直近のものとしては平成24年12月に内閣府が実施した世論調査において、「婚姻をする以上、夫婦は必ず同じ名字(姓)を名乗るべきであり、現在の法律を改める必要はない」とする考えが36.4パーセント、「夫婦が婚姻前の名字(姓)を名乗ることを希望している場合には、夫婦がそれぞれ婚姻前の名字(姓)を名乗ることができるように法律を改めてもかまわない」とする考えが35.5パーセントとなっている(以下「平成24年調査」という。一審

の弁論終結後に提出された甲第92号証・内閣府大臣官房政府広報室「家族の法制に関する世論調査」53ないし57ページ)。このように、平成24年調査においても、夫婦別氏制度の導入に対しては賛否が分かれていて、夫婦別氏制度の実現を是認する見解がすう勢化しているとはいえない状況にあるといえる。

#### (4) 選択的夫婦別氏制度について

法制審議会は、平成3年1月から婚姻及び離婚に関する法制の見直し審議を開始し、平成8年2月、選択的夫婦別氏制度を含む民法改正案要綱を法務大臣に答申した。その内容は、「一 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。二 夫婦が各自の婚姻前の氏を称する旨の定めをするときは、夫婦は、婚姻の際に、夫又は妻の氏を子が称する氏として定めなければならないものとする。」というものであった(甲第8号証・2, 3及び74ページ)。

この答申を受け、法務省においては、平成8年及び平成22年にそれぞれ民法改正案を作成し準備したが、いずれも国会に提出するには至らなかった(甲第8号証・2及び3ページ)。

## 2 立法不作為に関する国賠法1条1項の違法の判断枠組み

国賠法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(職務行為基準説)。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る。

そして、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いうべきであって、国会議員の立法行為又は立法不作為は、そ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、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、例外的な場合でない限り、国賠法1条1項の規定の適用上、違法の評価を受けない(17年判決, 最高裁昭和60年11月21日第一小法廷判決・民集39巻7号1512ページ)。

### 3 「氏の変更を強制されない権利」は憲法13条によって保障されているとはいえないこと

(1) 憲法13条に基づいて新しい憲法上の権利と認められるかどうかについては、明確な基準もないことから、特定の行為が個人の人格的生存に不可欠であることのほか、その行為を社会が伝統的に個人の自律的決定に委ねられたものと考えているか、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か、行っても他人の基本権を侵害するおそれがないかなど、種々の要素を考慮して慎重に決定しなければならないとされている(芦部信喜著・高橋和之補訂「憲法第五版」120及び121ページ)。

(2) ア これを上告人らが主張する「氏の変更を強制されない権利」について見ると、人の氏は、夫婦同氏(民法750条)にとどまらず、親子同氏(民法790条)、養子の氏(民法810条)、子の氏の変更(民法791条)、婚姻又は縁組解消の場合の復氏(民法751条1項、767条1項、816条1項)等の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、戸籍法上の呼称上の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)、婚氏続称(民法767条2項、戸籍法77条の2)、外国人配偶者の氏への変更(戸籍法107条2項)、  
「やむを得ない事由」がある場合における氏の変更(戸籍法107条1

項)のように、いずれも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。

したがって、人の氏について、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ことのない自由権を憲法上の権利として観念することはできないというべきである。

この点、原判決も、「氏自体は民法その他の法令による規律を受ける制度というべきであるから、氏に関する様々な権利や利益は、法制度を離れた生来的、自然権的な自由権として憲法で保障されているものではないというべきである」(原判決10ページ)と正当に判示しているところである。

イ 上記のとおり、人の氏は、夫婦や親子等の密接な結合関係を基軸とした家族の在り方に深く関わるものであり、婚姻等の身分関係の変動に伴う氏に関する法律制度をどのように構築するかは、我が国における家族の形態等の実情や家族の在り方に関する国民意識のすう勢など、家族の在り方に関わる様々な事情を総合的に考慮して決せられるべき立法政策の問題である。

そして、我が国の夫婦同氏制度に関する国民意識のすう勢についてみると、前記1(3)で述べたとおり、現在の我が国においては、夫婦同氏は夫婦(家族)という生活共同体の共通の呼称である「ファミリーネーム」として国民に深く浸透している上、平成24年調査においても夫婦別氏制度の導入に対しては賛否が分かれており(選択的夫婦別氏制度を導入する法改正に反対する者が36.4パーセント、賛成する者が35.5パーセント)、夫婦別氏制度の実現を是認する見解がすう勢化しているとはいえない状況にある。

この点、原判決も、平成24年調査を含む近時の世論調査等の結果を分析した上で、これによれば、「最近の国民の意識として、必ずしも選択的夫婦別氏制度の導入に賛成する者が大勢を占めるに至っておらず、むしろ、

婚姻に際して氏を変更して同氏になることに積極的な意義を見出す国民が相当程度存在することは軽視できない要素というべきである」と判示している（原判決11ないし14ページ）。

ウ 以上のような状況に照らせば、上告人らが主張する「氏の変更を強制されない権利」は、個人の人格的生存に不可欠であるとはいえず、婚姻に際し、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ている権利とは認められない。

(3) したがって、「氏の変更を強制されない権利」は憲法上保障されている権利とは認められないから、本件立法不作為が17年判決の判示する例外的な場合に該当することはなく、国賠法1条1項の適用上、違法の評価を受けない。

#### 4 「個人として尊重」（憲法13条）及び「個人の尊厳」（憲法24条2項）

は、個々の国民に対して具体的な権利を保障する趣旨の規定ではないこと

「個人として尊重」（憲法13条）は、個人の尊厳すなわち個人の平等かつ独立の人格価値を尊重するという個人主義原理を表明したものである（野中俊彦ほか「憲法I（第5版）」270ページ。兼子一編著「註解日本國憲法 上巻」338ページ、宮澤俊義・芦部信喜「全訂日本國憲法」197ページも同旨。）。

また、憲法24条1項の「婚姻は・・・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。」と規定する部分及び同条2項は、「民主主義の基本原則である個人の尊厳と両性の本質的平等の原則を婚姻および家族の関係について定めたものであり、男女両性は本質的に平等であるから、夫と妻との間に、夫たり妻たるの故をもつて権利の享有に不平等な扱いをすることを禁じたものであつて、結局、継続的な夫婦関係を全体として観察した上で、婚姻関係における夫と妻とが実質上同等の権利を享有

することを期待した趣旨の規定と解すべく、個々具体の法律関係において、常に必らず同一の権利を有すべきものであるというまでの要請を包含するものではない」のであるから（最高裁昭和36年9月6日大法廷判決・民集15巻8号2047ページ。以下「36年判決」という。）、これらの規定は、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指針として示し、その実現を法律に委ねている規定である。このため、同条2項は、個々の国民に対し、具体的な権利を保障する趣旨の規定とはいえない。

したがって、「個人として尊重」（憲法13条）及び「個人の尊厳」（憲法24条2項）は、いずれも個々の国民に対して具体的な権利を保障する趣旨の規定ではないから、これらの規定を根拠として、選択的夫婦別氏制度の創設を求める権利などの権利が保障されているとはいえない。よって、本件立法不作為が17年判決の判示する例外的な場合に該当することはなく、国賠法1条1項の適用上、違法の評価を受けない。

#### 5 民法750条は、婚姻の自由（憲法24条）を侵害しないこと

(1) 憲法24条1項の「婚姻は・・・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。」と規定する部分及び同条2項は、前記4で述べたとおり、個々の国民に対し、具体的な権利を保障する趣旨の規定とはいえない。

(2) ア また、憲法24条1項の「婚姻は、両性の合意のみに基づいて成立し」と規定する部分は、婚姻制度の構築に当たり、新しい憲法下においては、それまでのように戸主の意思等に左右されることなく、両当事者本人の合意のみによって婚姻が成立することを明らかにし、何人も、自己の意に反する配偶者と婚姻を強制されず、また婚姻の成立に当たっては、当事者本人以外の第三者の意思によって妨げられないような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る。



このような趣旨は、その立法経過からも明らかである。すなわち、憲法24条1項の上記部分は、昭和21年2月13日に日本政府に提示された総司令部案(マッカーサー草案。(Draft) [as submitted to the Japanese Government by the General Headquarters, SCAP, on February 13, 1946])の第23条では、「・・・婚姻は・・・親の強制ではなく相互の合意に基づき、かつ男性の支配ではなく〔両性の〕協力により、維持されなければならない。・・・」(資料2・高柳賢三ほか「日本国憲法制定の過程Ⅰ原文と翻訳ー連合軍総司令部側の記録によるー」277ページ。なお、それ以前の案においても、上記部分については同様の文言であったとされる〔同223ページ、資料3・高柳賢三ほか「日本国憲法制定の過程Ⅱ解説ー連合軍総司令部側の記録によるー」169及び170ページ〕。)とされていたものが、日本政府に提示された後に、日本政府において、現在の文言に修正されたものである(同170ページ)。そして、日本政府による修正後の同部分については、昭和21年7月17日に開催された第90回帝国議会衆議院帝国憲法改正案委員会において、木村篤太郎司法大臣(当時)は、「此ノ『合意のみに基いて』ト御書キニナリマシタ限度ヲ承リタイノデアリマス」との質問に対し、「御承知ノ通り只今ノ民法ノ建前ト致シマシテハ、或ル一定ノ年限ニ達シナイモノニ付テハ、或ハ戸主ノ同意ヲ要スル或ハ親權者ノ同意ヲ要スルト云フ非常ナ制限ヲ設ケテアルノデアリマス、サウ云フ強イ意味ノ制限ハ之ヲ排除シテ、両性ノ合意ダケデ成立サセヨウト云フ趣意デアリマス」と答弁し、これに引き続く、「サウ致シマスト唯両性ガ、男女ガ合意シタト云フダケデ、婚姻ガ成立スル、サウ云フコトニナルノデゴザイマセウカ外ノ事情ハ差支ヘナイノデゴザイマス」との質問に対し、「是ハ原則ヲ定メタノデアリマシテ、或ハ届出トカ云フヤウナ手續ハ、是ハ又別問題デアリマス、唯二人ガ話合ツタダケデ婚姻ガ成立スルト云フ、サウ云フ進ンダ所マデハ考ヘテ居リマセヌ」と答弁して

いる(資料4・第九十回帝國議會衆議院帝國憲法改正案委員會議錄(速記)第十五回272ページ)。このような立法経過からも、同項の上記部分が上記のような趣旨のものであることが裏付けられる。

したがって、このような憲法24条1項の趣旨によれば、同項は、個々の国民に対し、夫婦別氏による婚姻の自由を保障したものとはいえず、また、第三者による意思決定の強制や妨害には当たらない事項を婚姻の成立要件とする制度を構築することを許さないものではない。

イ そして、民法750条は、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、第三者によって本人たちの意思決定が強制されたり、当事者の合意による婚姻が妨害されたりするものとはいえず、憲法24条1項の要請に反して、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規定するものではない。更にいえば、前記1(2)で述べたとおり、民法750条の立法目的は正当であり、夫婦同氏制度はこのような立法目的を達成するための合理的な手段であるから、同条は憲法24条1項に反するものではない。

(3) したがって、民法750条は、婚姻の自由(憲法24条)を違法に侵害するものとはいえず、そうである以上、この権利行使の機会を確保するために夫婦同氏制度と相反する選択的夫婦別氏制度を設ける立法措置を執ることが必要不可欠ともいえないから、本件立法不作為が17年判決の判示する例外的な場合に該当することはなく、国賠法1条1項の適用上、違法の評価を受けない。

#### 6 民法750条は、平等権(憲法14条1項、24条)を侵害しないこと

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、夫又は妻のいずれかの氏が優越するような取扱いを定めたものではない。このため、民法750条は性中立的な規定であり、これ

により、婚姻の際の氏を選択について性別による別異の取扱いが生じているとはいえないから、同条が平等権（憲法14条1項、24条）を侵害しているとはいえない。

したがって、民法750条は、平等権（憲法14条1項、24条）を違法に侵害するものとはいえ、そうである以上、この権利行使の機会を確保するために夫婦同氏制度と相反する選択的夫婦別氏制度を設ける立法措置を執ることが必要不可欠ともいえないから、本件立法不作為が17年判決の判示する例外的な場合に該当することはなく、国賠法1条1項の適用上、違法の評価を受けない。

7 女子差別撤廃条約は我が国の国民に対して直接権利を付与するものではなく、「婚姻及び婚姻に際し姓を選択する男女同一の権利」が同条約によって保障されているとはいえないこと

(1) 締結された条約は、仮に当該条約が何らかの形で個人の権利義務に言及している場合であっても、それだけでは、直ちに、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く、そのような裁判規範性が認められるためには、当該条約が自動執行力を有することが必要である（ここで、「自動執行力を有する条約」とは、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条約をいう〔山本草二著「国際法〔新版〕」乙第14号証・105ページ〕）。

すなわち、国際法は、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から、自動執行力のない条約は、締約当事国が何らかの国内的措置を執るよう義務付けられる内容のものであっても、その具体的な措置は各締約当事国の国内法に委ねられている。したがって、条約は、それが自動執行力のあるものでない

以上、各締約当事国の司法裁判所での裁判において、私人相互間や私人と国家機関との間の法律関係を規律するものとして適用することはできないのである（東京高裁平成14年3月27日判決・判例時報1802号76ページ）。

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結国の意思が確認できること、第2に「客観的要件」として、条約の規定におい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必要となる（宮坂昌利・最高裁判所判例解説民事篇平成19年度（上）433ページ参照）。

- (2) これを女子差別撤廃条約についてみると、同条約は、実体規定（2条ないし16条）において、「締結国は…適切な措置をとる」等と規定しており、締結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18条が「締結国は…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、女子差別撤廃条約が、締結当事国に対し、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る。

また、同条約の発効の経過における国会答弁において、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おり（この点については、原判決19ページにおいて引用される、一審判決34ページ11ないし14行目においても正当に認定されている。）、これによれば、我が国の立法府及び政府が、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。加えて、

女子差別撤廃委員会の2009年(平成21年)8月7日付け「女子差別撤廃委員会の最終見解」においても、「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。したがって、上記主観的要件を欠く。

さらに、上告人らが主張する女子差別撤廃条約16条1項(b)及び(g)の各規定の内容を見ても、同項は、柱書きにおいて「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子に対する差別を撤廃するためのすべての適切な措置をとるものとし、特に、男女の平等を基礎として次のことを確保する。」とし、「(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。)」と規定するにとどまる。このため、上記各規定において、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言い難い。したがって、上記客観的要件も満たさない。

よって、女子差別撤廃条約16条1項(b)及び(g)は、自動執行力をもつ条約ということとはできず、我が国の国民に対して直接権利を付与するものではないから、「婚姻及び婚姻に際し姓を選択する男女同一の権利」が同条約によって保障されているとはいえない。

(3) 以上により、「婚姻及び婚姻に際し姓を選択する男女同一の権利」は条約上保障されている権利とは認められないから、本件立法不作為が17年判決の判示する例外的な場合に該当することはなく、国賠法1条1項の適用上、

違法の評価を受けない。

#### 第4 上告人らの主張の誤り

##### 1 国賠法上の違法性判断枠組みに係る上告人らの主張が失当であること(上告理由書第一について)

###### (1) 上告人らの主張

上告人らは、原判決が、17年判決を引用して、「『国民に憲法上保障されている権利』の存否」から判断したことについて、このような判断手法では、「その権利性の判断が、必要以上に厳格になされる」から、「民法750条の規定の憲法適合性の判断は、『国民に憲法上保障されている権利』の存否の判断に先立って、まずなされるべきである」と主張する(上告理由書第一の一の2・7ページ、同第一の二・8及び9ページ、同第一の九・18及び19ページ)。

###### (2) 前提となる権利の存在が認められないか、前提となる権利・自由が認められても、その違法な侵害が認められない以上、17年判決に照らしても、国賠法上の違法が認められる余地はないこと

しかしながら、上告人らの前記主張は、国賠法上の違法性の判断枠組みについて、独自の見解を述べるものにすぎず、失当である。

すなわち、前記第3の2で述べたとおり、そもそも17年判決の枠組みに沿っても、国民に憲法上保障されている権利が存在するからこそ、その権利を制約する立法又は立法不作為の違憲性の判断ができるのである。このため、国賠法上の違法が認められるためには、国民に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、上告人らが主張するように、本件立法不作為が国賠法上違法であるというためには、上告人らが主張する権利が憲法上又は条約上それぞれ保障された権利であることが前提となる。

そして、前記第3の3ないし7で述べたとおり、前提となる権利の存在が認められないか、前提となる権利・自由が認められても、その違法な侵害が認められない以上、17年判決に照らしても、国賠法上の違法が認められないことは当然である。

## 2 「氏の変更を強制されない権利」に関する上告人らの主張が失当であること (上告理由書第二の一について)

### (1) 上告人らの主張

上告人らは、原判決が、上告人らが主張する「氏の変更を強制されない権利」が憲法13条によって保障されているとはいえないと判示したことについて(原判決10ないし14ページ)、「個人の人格的生存に不可欠であるか否かは、国民の多数がそのように考えているかという点から決せられるべきではなく、当該個人にとってその権利・自由が人格的生存に不可欠なものであるかという観点から判断されなければなら」ず、このような観点から「氏の変更を強制されない権利」について検討すると、同権利が「個人の人格的生存に不可欠であることは明らかである」と主張する(上告理由書第二の一の2(1)・22及び23ページ)。

### (2) 「氏の変更を強制されない権利」は憲法13条によって保障されている権利とは認められないこと

前記第3の3(1)で述べたとおり、憲法13条により保障される権利か否かは、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、その行為を社会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。

そこで検討すると、婚姻等の身分関係の変動に伴う氏に関する法律制度をどのように構築するかは、我が国における家族の在り方に関する国民意識のすう勢など、家族の在り方に関わる様々な事情を総合的に考慮して決せられ

るべき立法政策の問題である。したがって、原判決が、上告人らの主張する「氏の変更を強制されない権利」が憲法13条によって保障される権利か否かを判断するに当たり、国民意識のすう勢を考慮している（原判決12ないし14ページ）のは、当然のことであり正当である。そして、前記第3の1(3)で述べたとおり、現在の我が国においては、夫婦別氏制度の実現を是認する見解がすう勢化しているとはいえない状況にある。

以上によれば、上告人らが主張する「氏の変更を強制されない権利」は、個人の人格的生存に不可欠であるとはいえず、婚姻に際し、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ている権利とは認められない。

3 「個人として尊重」（憲法13条）及び「個人の尊厳」（憲法24条2項）に関する上告人らの主張が失当であること（上告理由書第二の二について）

(1) 最高裁判決を引用する上告人らの主張が失当であること

ア 上告人らの主張

上告人らは、原判決が、「氏に関する様々な権利や利益は、法制度を離れた生来的、自然権的な自由権として憲法で保障されているものではない」（原判決10ページ）と判示したことに対し、「裁判所は、これまでも、制度と不可分のものである選挙権（在外邦人違憲判決：最大判平成17年9月14日集〔ママ〕59巻7号2087頁）や国籍（国籍法違憲判決：最大判平成20年6月4日民集第228号101頁〔ママ〕）、相続制度（平成25年決定）」といった「後国家的な権利利益」について「違憲性を判断してきた」のであるから、「婚姻に際しての氏の選択という場面であっても、制度の構築について立法府に与えられた合理的な立法裁量権を逸脱した場合には違憲と評価されるべきことは当然である」と主張する（上告理由書第二の二の2・34ないし36ページ）。



イ 上告人らが指摘する最高裁判決は、本件とは事案を異にすること

しかしながら、17年判決は、憲法15条1項、3項、43条1項及び44条ただし書を根拠として、「憲法は、国民主権の原理に基づき、両議員の議員の選挙において投票をすることによって国の政治に参加することができる権利を国民に対して固有の権利として保障して」いることを前提として、公職選挙法（平成10年法律第47号による改正前のもの）が、国外に居住している国内の市町村の区域内に住所を有していない日本国民（以下「在外国民」という。）の国政選挙における投票を全く認めていなかったことは違憲であるとし、国会議員が上記投票を可能にするための立法措置を執らなかったことにつき、国賠法1条1項の違法を認めたものである。

以上のとおり、17年判決は、在外国民は憲法上保障された権利である選挙権を有しているにもかかわらず、その選挙権の行使が妨げられていたという事案である。これに対し、本件は、そもそも上告人らが主張する権利が憲法上保障された権利であるとは認められない事案であって、17年判決とは事案を異にする。

また、上告人が指摘していると思われる最高裁判所平成20年6月4日大法廷判決（集民228号101ページ）及び最高裁判所平成25年9月4日大法廷決定（民集67巻6号1320ページ）は、いずれも国家賠償請求訴訟ではない上、前者は、国籍法3条1項のうち、日本国民である父の非嫡出子について父母の婚姻により嫡出子たる身分を取得したことを日本国籍取得の要件とした部分が憲法14条1項に違反するか否かが、後者は、民法900条4号ただし書の規定のうち嫡出でない子の相続分を嫡出子の相続分の2分の1とする部分が憲法14条1項に違反するか否かが争われた事案であるから、上記判決及び決定はいずれも本件とは事案を異にする。

したがって、事案の異なる判決等を挙げて原判決を批判する上告人らの

前記主張は失当である。

(2) 民法750条の改正の必要性及び相当性に関する上告人らの主張が失当であること

ア 上告人らの主張

上告人らは、「我が国における家族形態の多様化やこれに伴う国民の意識の変化、諸外国の立法のすう勢、我が国が批准した条約の内容とこれに基づき設置された委員会からの指摘、氏に関わる法制等の変化並びに生来の氏を望む場合に受ける具体的不利益及び苦痛からすれば、民法750条を改正する必要に迫られていること及びその改正に相当性があることは明らかである」と主張する（上告理由書第二の二の3及び4・37ないし52ページ）。

イ 民法750条を改正する必要性及び相当性について

(7) しかしながら、前記第3の1(3)で述べたとおり、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分かれており、夫婦別氏制度の実現を是認する見解がすう勢化しているとはいえない状況にある。また、氏に関する制度の在り方は、夫婦同氏（民法750条）のみならず、親子同氏（民法790条）など、親族関係の発生及び終了等のあらゆる場面において問題となるものであるところ、我が国における家族の在り方に関わる事情を総合的に考慮した上で、専ら立法政策として定めるべき事柄であり、個人が自由に選択することができるものではない。

上記の各事情を踏まえると、我が国において夫婦同氏制度を維持している現状が、直ちに、憲法が要請する婚姻制度や家族制度に反するものではないし、ましてや憲法上保障された権利を侵害するものでもないことは明らかである。

(イ) なお、上告人らは、平成24年調査では「『通称をどこでも使えるようにする法改正には賛成である』という第三の選択肢が存在する」とした上で、上記世論調査の分析に当たっては、この「第三の選択肢」を選択した者を選択的夫婦別氏制度の導入に賛成する者に含めて分析すべきであると主張する（上告理由書第二の二の3(1)ア(ウ)・40ページ）。

しかし、上告人らが挙げている「第三の選択肢」は、正確には、「夫婦が婚姻前の名字（姓）を名乗ることを希望していても、夫婦は必ず同じ名字（姓）を名乗るべきだが、婚姻によって名字（姓）を改めた人が婚姻前の名字（姓）を通称としてどこでも使えるように法律を改めることについては、かまわない」という選択肢を指すものであり（甲第92号証・53ないし57ページ）、飽くまで別氏を「通称」として使用することを認めるというものであるから、選択的夫婦別氏制度に反対する立場を前提とした選択肢であると解さざるを得ない。このため、同選択肢を選択的夫婦別氏制度の導入に賛成する立場に含めて分析すべきであるとする上告人らの前記主張は、失当である。

#### 4 婚姻の自由（憲法24条）に関する上告人らの主張が失当であること（上告理由書第三について）

##### (1) 上告人らの主張

上告人らは、原判決が、36年判決を引用して、憲法24条によって「直接、何らの制約を受けない『婚姻の自由』が保障されていると解することはできない」と判示したことについて（原判決15ページ）、憲法24条が保障する婚姻の自由とは、「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」であって、これは個々の国民の具体的な権利として保障されているとした上で、「夫婦同氏制を定める民法750条」は、このような婚姻の自由に対して制約を課すものであると主張する（上告理由書第三の一の2及び3・53ないし58ページ）。

(2) 民法750条は、婚姻の自由（憲法24条）を違法に侵害するとはいえないこと

ア 前記第3の5で述べたとおり、民法750条は、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を妨げることを規定するものではない。

したがって、民法750条が、「婚姻の自由」に対する制約として憲法24条1項に違反する旨の上告人らの主張は失当である。

イ なお、上告人らは、36年判決について、「同判決は、憲法24条が家族に関する諸事項について『個人の尊厳』（憲法13条に由来）と『両性の本質的平等』（憲法14条に由来）に立脚して定めることを国家の責務としていることを指摘した上で、後者（両性の本質的平等）について判示したものであって、前者（個人の尊厳）について判示したものではないから、『個人の尊厳』に由来する『婚姻の自由』との関係で引用することは適切ではない」と主張する（上告理由書第三の一の2(2)・57ページ）。

しかしながら、同判決は、憲法24条は「民主主義の基本原理である個人の尊厳と両性の本質的平等の原則を婚姻および家族の関係について定めたものであ」とした上で、同条は「婚姻関係における夫と妻とが実質上同等の権利を享有することを期待した趣旨の規定と解すべく、個々具体の法律関係において、常に必らず同一の権利を有すべきものであるというまでの要請を包含するものではないと解するを相当とする」と判示している。同判決は、民法762条1項（夫婦別産制）の憲法24条違反が争われた事案であるが、「個人の尊厳」の観点からも検討した上で、所得税法が民法762条1項に依拠して、夫名義の所得を妻の所得と合算折半して計算することにしていないからといって、憲法24条に違反するとはいえないとしたものであるから、上告人らの前記主張は同判決を正解しないもので

ある。

5 平等権（憲法14条1項及び24条）に関する上告人らの主張が失当であること（上告理由書第四について）

(1) 上告人らの主張

上告人らは、民法750条は、「ほとんど女性のみにも不利益を負わせる効果を有する規定であり」、「夫婦の氏に関する国内事情及び国際情勢に鑑みれば同規定に合理性があるということはできず」、憲法14条1項及び24条に違反すると主張する（上告理由書第四の四・86ページ）。

(2) 民法750条は憲法14条1項及び24条に違反しないこと

前記第3の6で述べたとおり、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、夫又は妻のいずれかの氏が優越するような取扱いを定めたものではない。このため、民法750条により、婚姻の際の氏を選択について、性別による別異の取扱いが生じているとはいえない。したがって、民法750条は憲法14条1項、24条に違反せず、上告人らの主張は失当である。

6 女子差別撤廃条約に関する上告人らの主張が失当であること（上告理由書第五について）

(1) 上告人らの主張

上告人らは、原判決が「控訴人らは(中略)女子差別撤廃条約によって『氏の変更を強制されない権利』が保障されているかどうかを検討する必要はない(中略)と主張する」(原判決18ページ)などと判示したことに対し、「女性差別撤廃条約によって国民に保障されている権利として上告人らが主張しているのは『氏の変更を強制されない権利』ではなく、(中略)『婚姻及び婚姻に際し姓を選択する男女同一の権利』である」とした上、「原判決は、上告人らの女性差別撤廃条約に関する主張が、憲法違反の主張と異なる独立

のものであること、及び、女性差別撤廃条約が保障する権利の内容を正しく理解していないと言わざるを得ない」と主張する（上告理由書第五の一・86ないし88ページ）。

(2) 女子差別撤廃条約の規定には自動執行力がなく、上告人らの主張が失当であること

しかしながら、このような権利として検討しても、いずれにせよ前記第3の7で述べたとおり、女子差別撤廃条約の規定には自動執行力がなく、同条約は我が国の国民に対して直接権利を付与するものではないから、上告人らの主張は前提を欠き、失当である。

## 第5 結論

以上のとおり、上告人らの本件上告には理由がないから、速やかに棄却されるべきである。

以 上