

平成26年(オ)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

弁論要旨

平成27年11月4日

最高裁判所大法廷 御中

上告人ら代理人弁護士 榊原 富士子
ほか18名

《目次》

第1	はじめに	2
第2	憲法13条	4
1	氏名権が憲法13条によって保障されていること	4
2	「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ていること	4
3	個人の尊厳を侵害するものとして、立法裁量の逸脱があること	5
4	小括	6
第3	憲法24条・13条	7
1	婚姻の意義	7
2	「婚姻の自由」の保障とその制約	7
3	民法750条の違憲性	8
4	小括	12
第4	憲法14条	12
1	民法750条は女性差別規定	12
2	憲法14条1項、24条の保障する平等権を侵害すること	14
第5	条約	15
1	女性差別撤廃条約とは	15
2	女性差別撤廃条約の批准により日本が負った法的義務	15
3	婚姻における差別の禁止	16
4	国家報告制度	17
5	日本による積極的貢献と日本への期待	18
第6	終わりに	18
1	まとめ	18
2	立法義務	19
3	立法不作為の違法	19
4	司法救済	20

第1 はじめに

民法 750 条は違憲であり、女性差別撤廃条約に違反する。

最高裁判所がそう判断することを、上告人らだけではなく、たくさんの人たちが、かたずをのんで待っています。

結婚して改姓することを気にしない人もいるでしょう。しかし、望まない改姓を余儀なくされた上告人ら、そして同様にやむを得ず婚姻改姓した女性たちは、「自分が自分でなくなってしまった」と悲しみ、苦しんでいます。自分の氏を喪って、上告人の塚本さんは、母乳が出なくなったり、生理が止まったりしましたが、鬱状態に陥った人もいます。役所の人から実印を変更するようにと、実印を押し返されたとき、悔しくて悲しくて、涙が出たという人もいます。ある女性は、旧姓が記載された最後の公的証明書だった運転免許証を更新する際、自分の氏がなくなってしまうという喪失感で、眠れない日々が続いたそうです。

また、ある女性は、「嬉しい瞬間のはずの結婚が、わたしにとっては本当に苦渋の決断となりました」と言います。

やむをえない手段として通称使用があります。しかし、通称を使えない場面はたくさんあります。新規に開設する銀行口座、健康保険証、運転免許証などでは通称は使えません。上告人の塚本さんは、旧姓を通称として使用しようとしたのですが、周囲に理解されず、改姓後の氏で呼ばれ、とても悲しく、いつまでも慣れなかったといます。また、学校で、同僚の教員や学生は通称で呼んでくれるのに、学校が通称を認めない方針であるため、通称使用を求めて現在裁判をしている教員の例もあります。今も通称使用が可能か否かは、上司次第なのです。

病院に行けば、健康保険証上の氏、すなわち自分の氏とは思えない戸籍姓で呼ばれます。それが苦痛であるために、病院に行くことすらためらう人もいます。

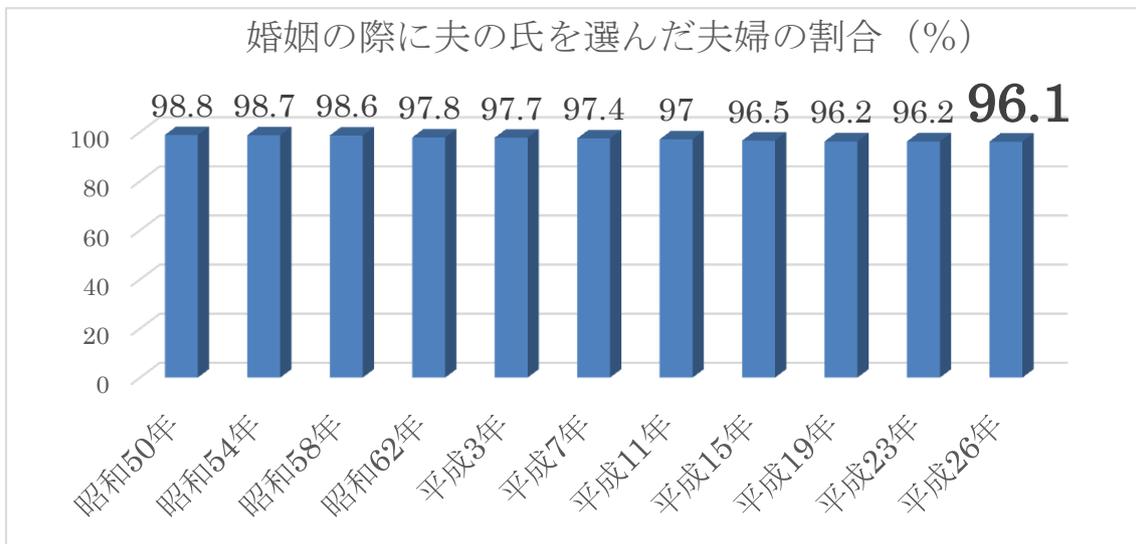
他方、夫婦とも氏を維持するために、やむなく法律婚を断念し事実婚にするカップルがいます。また、上告人の A さん、B さんのように、いったん法律婚をしたけれども、耐えられずにペーパー離婚するケースがあります。

しかし、彼ら彼女らもそれぞれの氏を維持できさえすれば、法律婚をしたいのです。法改正がなされたら法律婚をしたいと何年も何年も待ち続けているカップルもいます。

事実婚には法律婚に比べさまざまな不利益があります。事実婚ならば、夫の手術の承諾書に署名することを認められるだろうかと上告人のCさんは非常に心配しています。

さらに、事実婚では、税法上の扶養家族になれず、配偶者控除、相続税非課税枠などさまざまな配偶者としての税法上の優遇制度の適用がなく、経済的な負担がかかります。保険会社によっては生命保険の受取人になれない場合がありますし、住宅ローンの連帯債務者となることを断られる場合もあります。

多くの女性たちは、女性であるがゆえに、改姓を強いられると実感しています。彼女たちの思いこみでしょうか。そんなことはありません。



婚姻の際に夫の氏を選んだ夫婦の割合の推移をグラフにしてみれば、夫の氏を選んだ割合が一貫して高い、それも100%近くの数値が続くことに息をのみます。昭和50（1975）年には98.8%でした。その割合はほとんど減少せず、平成26（2014）年でも、婚姻した夫婦の実に96.1%が夫の氏を夫婦の氏としました。このような極端な数字を、夫婦の自由な話し合いによる合意の結果であると考え人は、誰もいないでしょう。民法750条の構造から必然的に生み出された差別的な結果なのです。

上告人らだけでなく、多くの女性たちは、自分の氏で生きたいという願い、自分の子どもや次世代には自分の経験した辛さを経験させたくないという切実な願いを、最高裁判所に託しています。

第2 憲法13条

1 氏名権が憲法13条によって保障されていること

そもそも、氏名とは、私達にとってどのような存在なのでしょう。私達には、出生時に、名字と名前の組み合わせである氏名が与えられ、氏名は、個人が日常生活・学校生活を送り、仕事をする中で、常に個人と共にあります。個人は自己の氏名を通じて社会的に認知されるのであって、社会の中で行う活動を体現する個人を特定し識別するのが氏名です。私達の様々な思い出や成果物は、氏名と共に刻まれてきたものと言えるでしょう。そのように使用され、そして使用し続けることによって、氏名は、個人の識別という機能的な側面にとどまらず、人が生きる上で常にそこにあるべき当然のものとして、人生・人格に深く根ざすものとなっていきます。

最高裁（NHK 日本語読み訴訟 最判昭 63・2・16 民集 42 卷 2 号 27 頁）が、「氏名は、社会的にみれば、個人を他人から識別し、特定する機能を有するものであるが、同時に、その個人からみれば、人が個人として尊重される基礎であり、その個人の人格の象徴であって、人格権の一内容を構成するものというべきである」と明示したのも、そのような事実を背景とするものです。氏名権は、人格権の一内容として憲法13条により保障されています。氏名ないし氏をその個人の意思に反して奪うことは、明らかな権利侵害です。

2 「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ていること

控訴審判決は、「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、・・・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」などを理由として、「氏の変更を強制されない権利」の具体的権利性を否定しました。

しかし、ここで控訴審判決が明らかに誤っているのは、憲法上の具体的権利と言えるか否かを、結局のところ、選択的夫婦別氏制度の導入に対する賛否割合という多数決によって判断している点です。

高橋和之東京大学名誉教授は、その意見書において、新しい人権の承認のための要件として、①自律的生のために不可欠な利益であること、②その利益の確保が非

常に困難となっていることの2点を挙げています。ここでは、多数の国民による承認などという要件は要求されていません。それを要求することは、少数派の人権を尊重するという憲法の基本価値と相反することになるからです。

憲法13条により保障される新しい人権とは、以前は人権として存在していなかったが、国民の多数の承認によりある時点で人権として存在するようになる、というものではありません。以前から潜在的に人権として存在していたものの、侵害の危険性が高くなったり、あるいは、実際に侵害されるという事態に至ったために、その存在が意識されるようになった人権のことを言うのです。

「氏の変更を強制されない自由」が、高橋教授のいう2つの要件を満たし、憲法13条によって保障されるべきことは、上告理由書において詳述したとおりです。法律婚を選択するために氏を変更しなければならないことを定める民法750条は、氏の変更の強制以外のなにものでもなく、「氏の変更を強制されない自由」を侵害するものです。

3 個人の尊厳を侵害するものとして、立法裁量の逸脱があること

氏及び婚姻について、それぞれ制度という側面があることについては上告人らも否定するものではありません。しかし、そうであるからといって、いかなる制度構築も許されるわけではないことは言うまでもありません。裁判所は、これまでも、制度と不可分のものである選挙権（在外投票制度違憲判決）、国籍（国籍法違憲判決）、相続分（婚外子相続分差別違憲決定）などについて違憲性を判断してきました。婚姻に際しての氏を選択という場面においても、制度の構築について立法府に与えられた合理的な裁量権を逸脱した場合には違法・違憲と評価されることがあるのは当然です。

では、どのような場合に裁量権の逸脱と評価されるべきでしょうか。

憲法13条は「すべて国民は、個人として尊重される」と定めます。また、憲法24条2項は、「婚姻及び家族に関するその他の事項に関しては、法律は、個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚して、制定されなければならない。」として、婚姻について個人の尊厳に立脚した制度構築を求めています。さらに、婚外子相続分違憲決定は、「家族という共同体の中における個人の尊重がより明確に認識されてきた

ことは明らかである」として、家族の中における個人の尊重の重要性を指摘した上で、「法律婚という制度自体は我が国に定着しているとしても、・・・子を個人として尊重し、その権利を保障すべきであるという考えが確立されてきている」として、法律婚という制度自体の意義を認めつつその中で個人を尊重し、個人の権利を保障すべきであることを確認し、立法府の裁量権の逸脱であるとの結論を導きました。

憲法 13 条がいう「個人としての尊重」と憲法 24 条 2 項がいう「個人の尊厳」は同義であり、人間社会における価値の根元が個人にあるという原理をいいます。それはまた、「多様な生き方、価値観、思想を有する個々人が多様な存在のままとして尊重されなければならない」という価値そのものです。

民法 750 条の放置により、個人の尊厳という価値が、侵害され続けています。これを食い止めるべく、方策をとるべき責任が立法府にはあります。それをしないのは、裁量権の逸脱であると言わざるを得ません。

4 小括

本件を担当されている裁判官の皆さん、そして、本日この法廷におられる全ての皆さんのうち、ご自身の氏が変わったという経験をされたことがない方は、どうか、ご自身の氏が明日から婚姻によって全く別の氏になったと想像してみてください。たしかに、その変更後の氏は、あなたの愛する人の氏です。しかし、その瞬間から、あなたはこれまでの氏を失います。役所へ行っても銀行へ行っても病院へ行っても、これまでの氏で呼ばれることはありません。もちろん、一定の範囲では、通称としてこれまでの氏を使用することは可能です。しかし、さまざまな場面で、通称として旧姓を使用していることを説明しなければなりません。また、どうしても通称を使用することが許されない場面もあります。例えば、裁判官であれば作成した判決の末尾に、ご自身がこれまで慣れ親しんできた旧姓を記載することは許されていません。

自分は男性だから、あるいは既に結婚しているから、これから氏を変更する可能性は極めて低い、また、自分の妻はむしろ喜んで氏を変更してくれた、と思われる方もいらっしゃるかもしれませんが、しかし、どうか、自分以外の「誰か」が氏を変更するのではなく、ご自身を変更することを、現実のものとして想像してみてください

い。上告人ら、そして、それと同じ思いを抱えたたくさんの女性たちが、その現実
に長年にわたって直面してきたのです。

あるいは、「もう少し議論が熟す期間が必要ではないか」とお考えの方もいらっ
しゃるでしょうか。しかし、これまで長すぎる期間、待ってきたことは、この訴訟
において繰り返し述べてきたとおりです。そもそも、人権侵害を排除するのに、議
論が熟すのを待つ必要があるでしょうか。特に、選択的夫婦別氏制の導入は、国民
の選択肢を広げるものに過ぎず、国民全体に夫婦別氏を強要するものではありません
から、それによって利益を損なわれる人は存在しません。反対利益がない中で、
何のために議論が熟すのを待つのでしょうか。侵害されているのは、その人の人権
です。周りの人の人権ではありません。ある人の人権が現実には侵害され続けている
ときに、その侵害を排除する必要はないと、周りが口を挟む余地があるでしょうか。

婚外子相続分違憲決定も、「個人の尊厳と法の下での平等を定める憲法に照らし、
嫡出でない子の権利が不当に侵害されているか否かという観点から判断されるべ
き法的問題であり、法律婚を尊重する意識が幅広く浸透しているということ・・・
は、上記法的問題の結論に直ちに結び付くものとはいえない」として、多数者の意
識が問題の結論に直結するものではないことを明言しています。

本件で問題となっているのも、まさに、日本国憲法が保障した最も重要な価値で
ある「個人の尊厳」に対する侵害なのです。

第3 憲法24条・13条

1 婚姻の意義

婚姻は、個人にとっては、家族を形成し、生活の本拠を築き上げていくという自
己実現・幸福追求を実現する基盤です。また、社会や国家から見れば、社会の安定・
継続・発展を保障する基盤です。その重要性から、婚姻する夫婦については、扶養、
相続、税制、社会保障等の法的な面でも、生命保険、住宅ローン等社会の様々な契
約の中でも、特別な保護が図られています。

2 「婚姻の自由」の保障とその制約

婚姻の自由とは、法律婚をすることについて、両性の合意のみに基づいてなされ

ること、国家による不当な干渉、不合理な制約を受けないという自由です。例えば、明治民法 750 条 1 項は、婚姻の成立には戸主の同意を要すると定めていましたが、戸主の同意を必要とするこのような国家の不当な干渉は受けないということです。民法が、婚姻年齢を 30 歳としたり、離婚後 3 年間再婚はできないなどとしたりすれば、いずれも、婚姻の自由に対する不当な国家の干渉というべきで、違憲の立法と言うべきでしょう。婚姻の自由は、多くの学説や裁判例において、憲法 24 条、または 13 条によって保障されるとして、認められてきました。

婚姻の自由が保障されることは、被上告人である国も、繰り返し、国際的に宣言してきました。昭和 55 (1970) 年には、市民的及び政治的権利に関する国際規約の政府報告書において、「婚姻を…する権利については、憲法第 24 条は…これを保障している」と報告しています。

これに対し、民法 750 条は、男女の一方が氏を変更しない限り婚姻することを認めていません。婚姻の自由に対するこのような制約は許されるのでしょうか。

3 民法 750 条の違憲性

(1) 憲法 24 条 2 項は、「婚姻…に関する…事項に関しては、法律は、個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚して、制定されなければならない。」と定めています。

しかし、民法 750 条は、個人の尊厳と両性の本質的平等のいずれにも立脚していません。

(2) 立法目的

民法 750 条の制定過程において、立法上の根拠は特段何も語られませんでした。制定の理由としては、せいぜい、共同生活をする者は同じ氏を称しているという当時の習俗がありそれを継続するとされているだけです。しかも、この「習俗」なるものは、明治民法による家制度の創設によって、明治 9 (1876) 年の太政官指令等によるそれまでの夫婦別氏制を改め、49 年間法律上強制された結果、皆が同氏をなのったというにすぎず、国民の生活の中で自然に根付いたものではなく、また、古くからの日本の伝統でもありません。

第 1 審判決は、制定当時の議事録を引用し、次のように認定しています。「家制度の廃止により、『家』の氏はなくなったものの、『ファミリー・ネーム』として

個々人を表すという意味での氏が必要と考えられたことを理由とする旨の説明がされたにとどまり、婚姻制度に必要不可欠のものであるとも、婚姻の本質に起因するものであるとも説明されていない。」

ところが、控訴審判決は、立法目的として、この「習俗」の継続だけでなく、「家族の一体感の確保」も挙げました。しかし、制定当時に、家族の一体感の確保を立法目的としたかのような資料は見当たりません。そもそも本訴訟において、国側も控訴審までかかる主張は一切しておらず、争点になっていませんでした。しかも、控訴審判決は、このような認定をした根拠を一切述べていません。

控訴審判決が唐突に、当事者による主張も証拠資料もないのに、立法目的は家族の一体感の確保にあると認定した、このような判断手法は、憲法判断を求められている裁判所としては、あまりにも杜撰ではないでしょうか。

内閣府の世論調査においても、「夫婦・親子の名字…が違ふと、…家族の一体感…に何か影響が出てくると思いますか。」という質問に対し、「家族の名字…が違っても、家族の一体感…には影響がないと思う」と答えた者は、平成 24 (2012) 年には 6 割にまで増加しています。国民の多数は、「家族の一体感」とは、夫婦同氏の強制によって確保されるものではなく、日々の夫婦の努力・愛情により築き上げていくものであることを十分認識しているのです。そもそも、何をもって家族の一体感を感じるかは、夫婦・家族ごとに異なる極めて内面的な問題ですから、法が「氏で家族の一体感を感じなさい」と国民に強制することはおよそ不可能です。「夫婦同氏制が家族の一体感の確保に寄与する」ことを裏付ける客観的資料は何もないのです。

諸外国ではいずれも別氏の選択肢をすでにもうけていますが、これによって、家族の一体性が損なわれた、家族が崩壊しやすくなったという報告はいまだありません。つまり、「選択的別氏制になっても家族の一体感が失われることはない」との事実が、すでに他国での実践で証明済みなのです。

(3) 手段の相当性

民法750条の立法目的が、共同生活を同じ氏で表現するという「習俗」を継続することにあるとしても、また、仮に、家族の一体感を確保することにあるとしても、民法750条の下では、婚姻するには、同氏を望まない者にとっては、氏

の変更を強制されることに従うか、婚姻を断念するか、いずれかの選択しかできませんので、目的を達成する手段としても不合理極まりないものです。

選択的夫婦別氏制を採用すれば、同氏の「習俗」の継続を希望する男女も、同氏で家族の一体感を確保したいと希望する男女も、生来の氏の使用継続を双方が希望する男女も、みな、希望する氏で婚姻できます。立法目的との関係では、夫婦同氏強制でなければならない理由などありません。

夫婦同氏制という手段それ自体が極めて不合理であることについては、次の3点に整理することができます。

第1に、男女間の自由かつ平等な協議が期待できないことです。14条論で述べますが、夫婦同氏制は必然的に不平等な結果をもたらす性差別の規定です。

第2に、立法目的の存立基盤を失わせる事態が生じることです。

民法750条は、民法の「婚姻の効力」に規定されていて、「婚姻の要件」に規定されているわけではありません。夫婦同氏は、婚姻の成立を前提とした効果として定められているのです。ところが、夫婦同氏制は、氏の変更を望まない男女については婚姻を断念させますので、婚姻の成立というその前提を失わせ、本末転倒な結果を招きます。婚姻の効力を定めた条文のために、婚姻の成立を否定する、つまり法律婚が尊重されなくなることがあっても合理的であるというのは、健康増進のためには命を失うことがあっても合理的であるという考えと変わらないというのは言い過ぎでしょうか。

第3に、立法目的達成のための手段としても効果的ではありません。同氏を回避して事実婚を選んだ男女は、氏が異なりますので、共同生活を氏で表現するという習俗が継続されることも、氏で家族の一体感を醸成することもあります。

(4) 国内外の事情の変化

同氏強制が婚姻の自由の制約の合理的な理由といえるかについては、民法750条成立後約70年間における、日本の社会的、経済的環境の著しい変化、家族生活に関する意識の変化や国際的变化も考慮されなければなりません。この点は、憲法13条、24条、14条いずれの解釈についてもいえることです。

また、この点は、平成20（2008）年の国籍法違憲判決も、平成25（2013）年

の婚外子相続分違憲決定も述べるところで、国籍法違憲判決は、「我が国を取り巻く国内的、国際的な社会的環境等の変化に照らしてみると（中略）・・立法目的との間に合理的関連性を見いだすことがもはや難しくなっている」とし、婚外子相続分違憲決定では、「昭和22年民法改正時から現在に至るまでの間の社会の動向、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及び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、（中略）等を総合的に考察すれば、家族という共同体の中における個人の尊重がより明確に認識されてきたことは明らかである」として

います。

夫婦の氏についても全く同様のことがいえるはずで、国内的には、女性の社会進出、共働き世帯数の増加、晩婚化、少子化、再婚の増加、情報社会の発達、グローバル化等によって、生来の氏を継続使用する必要性は一貫して高まっています。

氏名を手掛かりにして交流するSNS（ソーシャルネットワーキングサービス）、例えば、フェイスブックでは、平成25（2013）年において、20代既婚女性で本名（仮名でないの意味）で登録している人のうち、22.6%が旧姓で登録、19.4%が旧姓と新姓の両方で登録しており、実に、合計42%が旧姓を使用しています（甲107）。旧姓が表示されないと婚姻前の知人・友人とつながることが不可能だからです。

控訴審判決は、平成24（2012）年内閣府調査によれば、選択的夫婦別姓の法改正に賛成の者（35.5%）のうち、法改正後に別氏を称することを希望する者は23.5%にとどまる、としています。しかし、これは全体の8.3%にあたります。これは、同氏強制がすでに少数者の人権の侵害ではなく、相当数の人権問題となっていることをあらわします。

当事者として最もこの問題にさらされるのは働く既婚女性です。平成27（2015）年の日経新聞の調査によれば、20～50代の働く既婚女性のうち、選択的夫婦別氏制に賛成は77%と全年齢・性別を対象とする政府調査より数字は高く、そのうち「改正後に別姓にしたい人」が15.8%、「すでに同姓にしているので改めて別姓にしない人」が48.7%、「別姓にしたくない人」が18.9%です（甲169）。これ

まで同氏しか選択肢がないので、すでに氏を変更し新しい氏に慣れてしまった人が、再び氏の変更を希望しないのは当然の現象です。そうした点も考慮し、内閣府の数字を検討すべきです。日経新聞の調査からは、潜在的には別姓希望者は64.5%と読むこともできます。平成26（2014）年には、旧姓使用を認めている民間企業は60.7%、従業員1000人以上の大企業では70.2%との調査結果も出ています。

そして、ひとたび、外国に目をむければ、ほとんどの国で、選択的夫婦別氏制の法改正が進み、今では同氏強制の国を見つけることが困難です。

4 小括

以上のとおり、同氏強制は「婚姻の自由」に対する不合理な制約以外のなにものでもなく、民法750条は婚姻の自由を保障する憲法24条または13条に反し違憲であることは明らかです。

第4 憲法 14 条

1 民法 750 条は女性差別規定

(1) 夫婦の間の自由で平等な協議は成り立たない

控訴審判決は、「民法 750 条は、婚姻しようとする男女に対し、婚姻後にいずれか一方の婚姻前の氏を称することを、当該男女間の自由かつ平等な意思に基づく協議の結果に基づき届け出ることを定めた規定にすぎない」と判断しました。

しかし、本当に、「自由かつ平等な意思に基づく協議」ができたのであれば、96.1%の夫婦が夫の氏を称するという結果が生じるでしょうか。

そもそも、結婚するときに、どちらの氏にするかについて話し合う夫婦がどのくらいいるでしょうか。多くは話し合いをせずに、当然に夫の氏にしているのが実態です。夫となる男性から「普通は女性が氏を変えるものでしょう」と当然のように言われた女性も少なくないと思います。これはなぜでしょうか。

(2) 女性に対する社会的圧力

結婚によって妻が夫の家に入るという(旧来の)家意識が根強い日本社会では、婚姻に際しては妻が氏を変えるものという社会的な意識が厳然と存在しています。

そのため、女性に対して、家族から、或いは職場から、生来の氏を捨てて夫の氏を称すべきという社会的圧力が、当事者には圧力とも感じさせないまま、かかります。女性は、ごく小さい頃から、結婚したら氏を変えるものと教えられ、期待されて育つのです。多くの女性には、相手や相手の家族の期待に応えることで相手に好かれたい、配偶者として気持ちよく迎えられたいという、至極当然な気持ちからくる自己犠牲的感情もあります。女性にとって、改姓は結婚の象徴ですから、改姓が嬉しいという気持ちも生じうることになります。その結果、話し合いなどほとんどしないまま、改姓による社会生活上の不便や不利益を、女性だけが一身に背負うことを受け入れるのです。

(3) 民法改正時の不十分な氏の改革

明治民法（明治 31（1898）年施行）下では、家制度として、妻は婚姻によって夫の家に入籍し、家族として夫の家の氏を名乗るものとされ、この制度に 49 年間国民は縛られ、夫婦同氏が定着しました。戦後の民法改正の際も、一見中立的な規定になったように見えますが、立法者は「表現を変えただけ」で、当然、ほとんどの国民が夫の氏を称するものと認識していました。そして、戦後の高度経済成長の下では、性別役割分業が徹底し、夫が家計の担い手として勤労し、それまで生産労働の一部を担っていた妻も多くが主婦となり家事に専念するようになり、経済的に優位な立場にある夫の氏を妻がなのるのが当然という認識が助長されました。家制度は廃止されましたが、氏と戸籍が密接に関連して今も国民の中に家意識を残しています。婚姻届を出すことを入籍と呼び、男性が結婚によって氏を変えると「婿養子に入ったと思われる」のも、その現れです。

(4) 現在も続く男女格差

そして、現在も家事育児は女性の役割とする固定的な分業意識は根強く続いています。女性が働いている場合であっても、男女の賃金格差は他の先進諸国に比べて大きいので、男性の経済力に依存せざるを得ない状況があります。

このような男女格差が現実にあるなかで、女性が男性と対等な立場で「自由かつ平等な意思に基づく協議」をすることはほとんど不可能なのです。

(5) まとめ

このように、いずれの氏でもよいという民法 750 条の一見中立的なルールが、

日本の社会的状況のもとにおいては、96%以上という圧倒的な割合で夫の氏を選択させ、女性にのみ氏の変更を強いる結果をもたらしています。このようなルールは、もはや中立的ではなく、差別的結果を必然的にもたらずルールだと言うべきです。

夫婦同氏の問題は、性差別の問題なのです。

2 憲法 14 条 1 項、24 条の保障する平等権を侵害すること

(1) 民法 750 条が間接差別であること

民法 750 条のように、一見形式的には平等で中立的な規定であっても、実質上女性差別の結果をもたらすものを、間接差別といいます。そして、間接差別規定もまた、次に述べるように憲法 14 条に違反します。

(2) 憲法 14 条 1 項、24 条 2 項の平等の概念は拡大されていること

憲法 14 条 1 項に規定された事項は、歴史的に見て不合理な差別が行われてきた代表的な事項です。特に性差別は、戦前の日本で最もはなはだしかった差別でした。そのため日本国憲法は、過去への強い反省から、14 条に性別による差別の禁止を明示し、重ねて憲法 24 条において「夫婦の同等の権利」及び「両性の本質的平等」を保障することを宣言したのです。憲法は、制定当初から、もともと性差別の撤廃につき非常に強い態度を示しているのです。さらに、女性差別撤廃条約は、後に述べる通り、間接差別もまた女性に対する差別であると定義し、この撤廃を締約国に義務付けました。

そして、女性差別撤廃委員会は、性差別の解消のためには、間接差別の定義が国内法に取り込まれるべきことを日本の司法関係者の意識にも働きかけるよう、日本国に勧告しています。日本でも労働法分野では雇用機会均等法 7 条などで間接差別が禁じられ始めています。

こうした憲法成立の経緯や国際動向を踏まえると、憲法 14 条は、性差別に関して直接的な差別のみならず間接差別をも禁じていると解すべきです。

(3) 750 条が憲法の保障する平等権を侵害していること

96%以上の夫婦が夫の氏を夫婦の氏とするというこの割合は、このままでは、将来自然に大きく変化することは全く期待できません。戦後 70 年経ても数字は

ほとんど変わらなかったことから明らかです。司法が、この間接差別を憲法 14 条に違背するものとして禁じない限り、この性差別は永久に解消されず、憲法の意図した両性の真の平等は実現しません。

第 5 条約

1 女性差別撤廃条約とは

女性差別撤廃条約は、男女の完全な平等を実現し、女性に対するあらゆる差別を撤廃することを目的として作られました。昭和 20 (1945) 年に創設された国際連合は、「性による差別」なく人権が尊重されることを目的の 1 つに掲げ、男女平等の実現のために積極的な取り組みを行ってきました。昭和 41 (1966) 年に国連で採択された自由権及び社会権に関する 2 つの人権条約も「男女の平等の原則」を定めています。しかし、「男女の平等」を謳うだけでは、「女性に対する差別」はなくなりませんでした。この現実を踏まえて、国連は、一步踏み込んで、各分野に今なお存在する「女性に対する差別を撤廃するために必要な措置を取ること」を国家に義務付ける条約を作ったのです。

女性差別は、形式的には男女平等な法律の陰に隠され、あるいは、社会の慣習の名の下に女性差別と認識されないことが多くあります。女性差別撤廃条約は、このように、一見、女性差別とは認識されにくい、女性が人権及び自由を行使することを害する効果を持つような制限、すなわち、「間接差別」を女性に対する差別であると定義し、これを撤廃することを国家に義務付けました。

2 女性差別撤廃条約の批准により日本が負った法的義務

30 年前の昭和 60 (1985) 年、日本は、女性差別撤廃条約を批准し、同条約の締約国となりました。このことは、日本が、自ら積極的に、条約が定める義務を法的に引き受けたということを意味します。日本は、女性差別を撤廃する政策をすべての適当な手段により、遅滞なく行う国際法上の義務を負ったのです。「すべての適当な手段により」とは、具体的には、女性に対する差別となる既存の法律があれば、改廃の措置、すなわち立法措置を取ることがを意味します。また、差別を受けた女性がいれば、裁判所が効果的な保護を与えなければなりません。

そして、重要なことは、女性差別撤廃条約は、憲法 98 条 2 項により、自動的に日本の国内法としての効力を有するという事です。すなわち、日本の締約国としての国際法上の義務は、同時に、日本の国民 1 人 1 人に対する国内法上の義務でもあるのです。

なお、自動執行力に関する議論については、既に上告理由書等において詳細に反論している通り、この条約は国民に対し具体的な権利を付与するものであり、日本の裁判所において直接適用することが可能です。

3 婚姻における差別の禁止

婚姻は、女性に対する差別が根強く存在する分野の 1 つです。女性差別撤廃条約は、16 条で、婚姻における男女の権利についての差別を禁止しています。16 条 g 項は、婚姻に当たり姓を選択する権利について夫と妻の間に差別があってはならないことを明確に規定しています。先に述べたとおり、条約の定義によれば、たとえ形式的には平等であっても、女性の人権及び自由の行使を妨げる効果があれば、女性差別にあたります。締約国による条約の履行を監視する女性差別撤廃委員会は、平成 6 (1994) 年に、16 条に関する一般勧告 21 (甲 14) により、「法もしくは慣習により婚姻に際して自己の姓の変更を強制される場合には、女性は自己の姓を選択する権利を否定されている」との解釈を示しています。

民法 750 条は、表面上は姓について中立的ですが、実際には 96% を超える夫婦が婚姻の際に、夫の氏を選んでいきます。その中には、本件の上告人らのように、自己喪失感に苦しみ、あるいは様々な職業上の不都合に直面して、大きな精神的苦痛を受け続けている女性が数多くいるのです。民法 750 条が夫婦同氏を強制することが、日本に存在する「婚姻の際には夫の氏を名乗るもの」との社会慣習の下で、婚姻における姓の選択に関する権利を女性が行使することを害する効果を生んでいることは明らかです。つまり、民法 750 条は、女性差別撤廃条約が定める差別的法規にあたり、日本は、立法機関である国会により、改廃のための立法措置を取る義務があります。また、民法 750 条という差別的法規により差別を受けた女性に対し、日本は、司法機関である裁判所により、司法的救済を付与する義務があります。

4 国家報告制度

女性差別撤廃条約の締約国は、条約の実施のためにとった立法上、司法上、行政上の措置について定期的に報告する義務があります。締約国の報告は、女性差別撤廃委員会が審査し、締約国に対し勧告を行います。女性差別撤廃委員会は、平成 15（2003）年と平成 21（2009）年に行った日本の定期報告審査において、民法 750 条の問題を指摘しています。平成 21（2009）年の審査では、「前回の最終見解における勧告にもかかわらず、民法における・・・夫婦の氏の選択に関する差別的な法規定が撤廃されていないことについて懸念を有する」と述べ、「締約国の義務は、・・・、本条約は締約国の国内法体制の一部であることから、本条約の規定に沿うように国内法を整備するという義務」であることを再確認しました。そして、日本に対し「選択的夫婦別氏制度を採用する」ための民法改正の早急な対策を講じるよう要請し、その後も 2 度に渡り進捗状況に関して特別に報告を求めました。

女性に対する差別は、法律の規定だけでなく、法律の適用の仕方や、慣習・慣行によるものもあります。差別の主体も、国家だけでなく、企業や個人による場合もあります。女性差別撤廃条約は、これらのすべてについて、「女性に対するあらゆる形態の差別の撤廃」を国家に義務付けました。慣習・慣行による差別や、企業・個人による差別の撤廃を国家が実現するには、困難も多く、時間がかかることもあるでしょう。しかし、差別的法規は、国家が作った法律が女性差別を引き起こしているものです。国家による差別であり、改廃という立法措置により直ちに差別が撤廃でき、しかも、国家にしか行うことができません。この点で、差別的法規の放置は、重大な女性差別撤廃条約違反です。女性差別撤廃委員会が日本に対し民法 750 条が差別的法規であると指摘しても、条約批准から 24 年経った平成 21（2009）年に至っても、まだ改廃されていないことを、委員会が重視し、厳しい態度で改廃を促していることは、当然とすべきでしょう。

日本の次回定期報告審査は、平成 28（2016）年 2 月に行われます。本年 7 月、女性差別撤廃委員会は、審査に向けた日本に対する質問事項の 1 つに、再度、民法 750 条の問題を取り上げました。この差別的法規が条約締結から 30 年間も放置され、立法による改廃措置が取られない以上、日本は、司法的救済により、国際法上・国内法上の義務を果たす責任があります。批准した条約から生じた義務の履行を拒否

し続けることは、条約違反であるだけでなく、条約遵守義務を定めた憲法 98 条 2 項にも違反するものです。

5 日本による積極的貢献と日本への期待

現在、女性差別撤廃条約の締約国は、189 ヶ国です。日本は、その中の一締約国であるだけでなく締約国が指名する候補者の中から選挙によって選出された 23 名の専門家で構成される女性差別撤廃委員会の委員を、条約締結直後の昭和 62 (1987) 年から継続して輩出してきました。現在は、林陽子弁護士が、日本人として初めて同委員会委員長を務めています。日本が、28 年間にわたり、同委員会の委員を輩出してきたことは、条約の実施に対する積極的な貢献の姿勢を示すものと言えます。それにもかかわらず、日本が長年にわたり、委員会から繰り返し、民法 750 条の改廃を勧告されながら、立法措置を取るべき国会が放置し続けていることは、極めて残念なことです。林委員長は、「グローバル時代にふさわしい判決で、時代を切り開いてほしい」と本訴訟についての期待を述べています (別紙参照)。今から 3 か月後の平成 28 (2016) 年 2 月の次回定期報告審査を前に、今こそ、最高裁判所が司法救済の英断をされることを強く求めます。

第 6 終わりに

1 まとめ

以上、述べたとおり、民法 750 条は、憲法 13 条に由来する人格権の一部である氏について、本人の意思に反し変更を強制されない自由を侵害し、憲法 24 条または 13 条を根拠とする「婚姻の自由」に対する不合理な制約を課し、憲法 13 条および 24 条の個人の尊厳を侵害し、また、性差別を禁ずる憲法 14 条に違背し、憲法 24 条の両性の本質的平等に立脚せずに制定された法律です。

また、同条が、憲法 98 条 2 項により国内法的効力が与えられている女性差別撤廃条約 16 条 (b) 及び (g) に反することは明白です。

2 立法義務

国の立法義務については、そもそも憲法 24 条が、婚姻法に関して、個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚して制定すべき国の立法義務を、憲法制定時から強く打ち出していました。

その後、昭和 60（1985）年の女性差別撤廃条約の批准により、国には、民法 750 条を条約 16 条(b)及び(g)に適合するよう改正すべき立法義務が発生しました。その法改正の内容も、平成 8（1996）年に、法制審が答申することによって具体化し、民法 750 条を憲法及び条約に適合するよう改正すべき国の作為義務は、より一層明確になりました。

3 立法不作為の違法

しかし、条約の批准から 30 年、法務省による改正案の公表から約 20 年がすでに経過しましたが、今も法改正のきざしは全くなく、むしろ国は改正を強く拒絶していると言っても過言ではありません。

平成 17（2005）年判例が示した立法不作為が国家賠償法上違法となる 2 つのケースは、立法不作為の違法性が極限的に高度な場合を例示したものと解されますが、本件における不作為の違法性は、極めて高度です。

国は、女性活躍推進法を本年 8 月に成立させ、その 1 条（目的）に、「・・・女性の職業生活における活躍を迅速かつ重点的に推進し、もって男女の人権が尊重され、かつ、急速な少子高齢化の進展、国民の需要の多様化その他の社会経済情勢の変化に対応できる豊かで活力ある社会を実現することを目的とする。」としたものの、選択的夫婦別氏制の実現をその具体的施策対象から敢えて外しています。また、本年 6 月 9 日、与党の女性活躍推進本部は、婚姻適齢を平等化する提言をまとめました。婚姻適齢と選択的夫婦別氏制は、いずれも平成 8（1996）年の法務省改正案に含まれ、かつ女性差別撤廃委員会から改正勧告を受け続けてきましたが、やはりあえて選択的夫婦別氏のみ除外しているのです。

このような国の「立法不作為」は、単なる遅滞というようなものではありません。法改正を拒絶する国の意思は明確かつ強固であり、国家賠償法上、他に例を見ない違法性の高度な立法不作為であり、その違法性は極限にまで達しているといえます。

これまで法制審が答申した民事関係の法案の中で、改正の実現していないものはこの家族法改正のみです。その不作為の期間も、許容限度をはるかに超えています。

4 司法救済

立法府に全く期待できない状況であるから、上告人らは人権の最後の砦としての裁判所に救済を求めました。

婚外子の相続分については、最高裁判所は、平成7（1995）年の合憲決定以来、平成25（2013）年の違憲決定より前の決定まで、合憲としつつも、補足意見の中で、裁判官らは18年間、何度も何度も、合憲性に疑いが生じていること及び立法により解決すべきことを国に促し続けてきました。

たとえば、「極めて違憲の疑いが濃い（略）法改正が立法府により可及的速やかになされることを強く期待する」（平成15（2003）年3月31日の第一小法廷決定の補足意見）、や「立法府が改正することが強く望まれている」（平成21（2009）年9月30日第二小法廷決定の補足意見）等と述べました。しかし、こうした理由中の判断に、国会が真摯に対応することは決してありませんでした。平成25（2013）年の違憲決定が出てようやく国は改正したのです。もし、本件で、民法750条が合憲であるとの判決が下れば、国会では、最高裁判所も合憲と判断したので何ら改正の必要なしとして、むしろ立法不作為を固定化、より長期化させることになるのは間違いありません。

本件判決は、世界中から注目されています。

最高裁判所が、民法750条の違憲性、国会の立法不作為の違法性を明確に宣言されることを心から期待いたします。