

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3準備書面

平成24年10月10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

板崎 一雄



若山 政行



澤田 勝弘



長好行



前畑 聡子



岩館 裕矢



佐藤 彩香



大澤 文公



原 孝文



森 田 大輔



被告は、本準備書面において、原告らの平成24（2012）年4月23日付準備書面(5)（以下「原告準備書面(5)」という。）及び平成24（2012）年7月2日付準備書面(6)（以下「原告準備書面(6)」という。）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、従前の例による。

第1 女子差別撤廃条約に係る原告らの主張が失当であること

1 民法750条が女子差別撤廃条約に違反するとはいえないこと

原告らは、「被告は、原告が本件訴訟において原告の請求を法的に基礎付けるために女性差別撤廃条約を援用するためには、同条約が自働執行力を有する必要があるところ、同条約は自働執行力を有しないから、原告の条約違反を理由とする主張はその前提を欠くと述べるにとどまり、民法750条が女性差別撤廃条約に違反するとの原告の主張については争わない趣旨のようである。」

（原告準備書面(5)4及び5ページ）などと述べる。

しかしながら、被告は、民法750条の規定が女子差別撤廃条約の規定に違反するとの原告らの主張について争わない趣旨ではない。被告は、「そもそも、女子差別撤廃条約は、我が国の国民個人々人に対し、国に対して特定の内容を持つ法制度を構築すべきことを要求できる権利を創設し保障するものでもないし、司法裁判所において直接適用できる自動執行力を有するものではない。また、原告らが援用する同条約16条1項(b)及び(g)も、原告らを始めとする我が国の国民個人々人に対し、婚姻に際して夫婦別氏を選択できるような特定の内容を持つ婚姻制度を構築すべきことを要求できる権利を認めたものではない。」

（被告第1準備書面2及び3ページ）と主張している。要するに、女子差別撤廃条約は、原告ら各個人に対し、原告らが主張するような権利を創設し保障することの法的根拠として、我が国の裁判所が援用できるような内容のものではない、と言っているのである。

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、同条が、夫又は妻の氏のいずれを称するかという選択に加えて、夫と妻が異なる氏を称するという選択を認めていないことが、「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)）と抵触するものであるとは解し難い。

ちなみに、女子差別撤廃条約は、締約当事国に対し、ある事項について一定の水準若しくは内容の国内制度を設け又は維持することを義務付けるタイプの条約であって、原告ら個人に直接何らかの権利を付与するものでないことは、被告第1準備書面8ページで述べたとおりである。

したがって、原告らの上記主張は、明らかに失当である。

2 女子差別撤廃条約は、国賠法1条1項適用上の違法性の根拠となり得るものではないこと

(1) 女子差別撤廃条約16条1項(b)及び(g)は、個別の国民に対し、別氏のまま法律婚をする権利という、国賠法1条1項適用上の違法性を根拠付ける具体的な権利利益を保障するものではないこと

ア この点、原告らは、「国際人権条約は、…直接に個人の権利とこれを保障する国家の義務を規律する…。(傍点引用者。以下同じ。）」（原告準備書面(5)5ページ）、「本件で問題となっているのは、原告が女性差別撤廃条約によって保障された権利を、日本国の国内法上、日本国に対して国内裁判所において主張できるかという問題である。」（同6ページ）、「日本国は、…女性差別撤廃条約が保障する権利を個人に対し保障…する国際法上の義務を負うが、憲法98条2項の効果として、国内法平面にお

いては、個人に対して、同条約が保障する権利を保障…する国内法上の義務を負うのである。」（同6及び7ページ）、「本件訴訟は、…女性差別撤廃条約上の権利を有する原告らが、…条約違反の国内法の改廃義務の履行を怠ったことにより、損害を被ったとして金銭賠償の形で司法的救済を求めるものである。」（同8ページ）、などと主張する。

しかしながら、本件では、女子差別撤廃条約16条1項(b)及び(g)によって、原告らが、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ところ（下記カ参照）、原告らの上記主張は、憲法98条2項による条約の国内的効力と裁判規範性（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か）の問題を混同した上（下記イ及びウ参照）、原告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に終始しており（下記ウないしオ参照）、明らかに失当である。以下、詳述する。

イ 日本国憲法98条2項は、「日本国が締結した条約…は、これを誠実に遵守することを必要とする。」と規定するにとどまり、適正に締結された条約は、国会による承認とその公布により、それ以上に特別の変型・編入手続を要せずに国内的効力を持つ（これを通常、一般的受容方式という。）ことを規定したにすぎない（宮澤俊義著・芦部信喜補訂「全訂日本国憲法」808ページ、村瀬信也ほか「現代国際法の指標」（乙第22号証）54ページ）。

ここで、締結された条約が国内的効力を持つということは、日本国内において、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、裁判所が、個々の具体的紛争を解決する上で、当該条約を直接適用することが可能であるということを直ちに意味するもので

はなく、当該条約が上記の意味における裁判規範性を有するかどうかは、別途検討する必要がある（岩沢雄司・条約の国内適用可能性（乙第17号証の2）285、291及び292ページ、東京高裁平成5年3月5日判決・判例時報1466号40ページ（以下「シベリア抑留訴訟控訴審判決」という。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）、東京地裁昭和38年12月7日判決・判例時報355号17ページ、東京地裁平成10年11月30日判決・判例時報1685号19ページ、東京高裁平成14年3月27日判決・判例時報1802号76ページ）。

ウ 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（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であること（これを、いわゆる自動執行力のある条約という。山本草二・国際法〔新版〕（乙第14号証）105ページ。）が必要である（被告第1準備書面第1の3、被告第2準備書面第2））。

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（被告第1準備書面第1の2，前掲東京高裁平成14年3月27日判決参照）。

多数の学説も上述したところと同旨の立場に立脚しており（山本草二・国際法〔新版〕（乙第14号証）104及び105ページ，藤田久一・国際法講義I（乙第23号証）122ページ，高野雄一・全訂新版国際法概論（上）（乙第13号証）41及び42ページ）；村瀬信也ほか「現代国際法の指標」（乙第22号証）55ページは，「国内的に実施するための国内法がない場合，その条約の『国内的効力』は，あたかも憲法のプログラム規定がもつ効力に類似のものと捉えられよう」と指摘しているところである。

エ 被告第1準備書面第1の3（5ページ）で述べたとおり，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などが挙げられる（前掲山本（乙第14号証）105及び106ページ，島田征夫・国際法〔第4版〕（乙第15号証）32ページ，岩沢雄司・条約の国内適用可能性（乙第17号証）297ないし314ページ，杉原高嶺ほか・現代国際法講義〔第4版〕（乙第18号証）250ページ，高橋和之「国際人権論の基本構造—憲法学の視点から—」国際人権17号（乙第19号証）54ページ，村瀬信也ほか「現代国際法の指標」（乙第22号証）55ページ，前掲シベリア抑留訴訟控訴審判決，前掲東京高裁平成14年3月27日判決）。

上述したように，女子差別撤廃条約は，締約当事国に対し，ある事項について一定の水準若しくは内容の国内制度を設け又は維持することを義務付けるタイプの条約であって，それ自体が私人の権利義務を明白，確定的，

完全かつ詳細に定めたものではなく(例えば、女子差別撤廃条約16条1項(b)は「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。)」と概括的な規定振りとなっている。)、これを具体化する法令の規定を待つまでもなく、国内的に執行可能なものということとはできず、我が国の立法府や政府も、これを自動執行力がないものと理解してきたことは、被告第1準備書面第1の4(5ないし8ページ)、被告第2準備書面18及び19ページで述べたとおりである。

オ この点につき、原告らは、我が国の立法府及び政府が、条約の直接適用可能性についてどのように理解していたかを、日本国の意思と同視することはできない旨主張するが(原告準備書面(5)15ページ)、憲法上、条約を締結することは内閣の権能とされ(憲法73条3号)、条約の締結に対する承認は国会の権能とされているのであるから(同法61条)、条約の自動執行力を認めるか否かを判断すべき我が国の意思を、政府や国会が当該条約が直ちに裁判規範等として機能するものと理解していたかどうかを考慮して判断すべきことは当然であって、原告らの上記主張は失当である。

また、原告らは「山本教授は(中略)主観的要件と客観的要件の両方を満たす場合に限り、自動執行力が認められると述べている訳ではない」とし、岩沢雄司教授が「『当事国が条約の国内適用可能性を排除する否定的な意思を条約の中で明示した場合には』条約の国内適用可能性を排除する可能性は認めるものの、条約が直接適用可能であるとする当事国の積極的な意思という意味での主観的要件は不要である」としているを指摘する(原告準備書面(5)11及び12ページ)。

しかしながら、まず、山本草二教授は、個々の条約規定の自動的執行力は「主観的・客観的な要件を考慮して」認定せざるを得ないとし(乙第14号証106ページ。谷内正太郎「第5節国際法規の国内的実施」・山本

草二先生還暦記念国際法と国内法（乙第16号証）115ページ参照。）、主観的要件及び客観的要件の両方を考慮すべきものとしていることは明らかである。シベリア抑留訴訟控訴審判決も、「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」と判示しているところであり、前掲東京高裁平成14年3月27日判決も、客観的要件のみならず、個人の権利義務を定めようという締結国の意思が確認できるかという主観的要件についても検討の上、自動執行力の有無を判断している。

他方、岩沢雄司教授も、少なくとも「当事国の意思は、条約の国内適用可能性を排除する基準としては意味をもつ」とした上、「締結国は、自国の憲法に従い、この条約の規定を実現するために必要な措置をとる」といった規定が、直接適用可能でないという否定的な当事国の意思を示しているといわれることが少なくないとした上、条約の「準備作業」を調べてみると、当事国は、このような規定によって、条約の国内適用可能性を排除することを意図したわけではないことが明らかになるのが普通であるとする（乙第17号証302ないし304ページ）。

そうすると、被告第1準備書面5ないし7ページで述べたとおり、女子差別撤廃条約は、「締約国は……適当な措置をとる」等と規定している上（第2条から第16条。第18条参照）、我が国の同条約の発効までの経過においても、「国内法制等諸条件の整備に努める」（傍点は引用者。乙第8号証、乙第9号証）、「具体的にどのような措置をとるべきかという判断は、第一義的には各締約国が判断すべき」（傍点は引用者。乙第10号証）など、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再三されており、同条約を自動執行力のない条約として理解するのが我が国の意思であったことは明らかである。

したがって、岩沢教授の著書の上記記載を踏まえても、条約の国内適用可能性を排除する主観的要件が認められることは明らかである。

また、仮に客観的要件を重視するとしても、女子差別撤廃条約の文言等に照らして女子差別撤廃条約16条1項(b)及び(g)には自動執行力が認められないことは明らかである(上記エ、被告第1準備書面8ページ、柳井俊二「第四節国際法規の形成過程と国内法」・山本草二先生還暦記念国際法と国内法(乙第16号証)102ページ)。

以上のとおり、いずれにせよ女子差別撤廃条約16条1項(b)及び(g)には自動執行力が認められず、本件「訴訟」において、国賠法1条1項適用上の違法性を根拠付けるものとして援用することができないことは明らかであって、原告らの上記指摘は何ら意味のあるものとなっていない。

カ 答弁書第3の3(23及び24ページ)、被告第2準備書面(6及び7ページ)で述べたとおり、国賠法1条1項の「違法」が認められるためには、公務員が、個別の国民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ところ、前述したところからすれば、女子差別撤廃条約1項(b)及び(g)等を根拠として、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ことはできない。

(2) 平成17年大法廷判決等に照らしても、国賠法1条1項適用上の違法性を認める余地がないこと

ア 国会議員の立法行為(立法不作為を含む。以下同じ。)が国賠法1条1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担する職務上の法的義務に違反したかどうかの問題であって、仮に当該立法の内容が憲法の規定に違反する場合であっても、国会議員の立法行為が直ちに違法と評価されるものではなく、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(昭和60年第一小法廷判決)。

そして、原告らもしばしば引用する平成17年大法廷判決は、「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」等は、例外的に国会議員の立法行為は、国賠法1条1項の適法上、違法の評価を受けるものと判示している。

イ 上述のように、女子差別撤廃条約は、締約当事国に対し、ある事項について一定の水準若しくは内容の国内制度を設け又は維持することを義務付けるタイプの条約であって、同条約16条1項(b)及び(g)が掲げる権利も、国内法の立法措置等を待つことなく具体的権利と認められるものではなく(後述する夫婦が別氏のまま法律婚をすることができる権利というものが、これらの規定から当然に導き出されるものでもない。)、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ともいえない。したがって、平成17年大法廷判決の判旨に照らしても、原告らが同条約16条1項(b)及び(g)を根拠として、婚姻に際して夫婦が別氏を称することを可能とするために国会議員が民法750条の規定を改廃しないことによって上記条項が保障する権利が侵害されており、同判決が判示する「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」等にあたるとして、上記の立法不作為が国賠法1条1項の適用上違法と評価される余地はない。

第2 憲法24条は、国賠法1条1項適用上の違法性の根拠となり得るものではないこと

1 憲法24条は、個別の国民に対し、夫婦が別氏のまま法律婚をする権利を保

障する規定ではないこと

原告らは、要するに、後記(2)及び(3)に掲げる理由等により、憲法24条が夫婦が別氏のまま法律婚をする権利を保障しているとの理解を前提に、民法750条がこの権利を侵害するものであるとして、民法750条を改廃しないことが国賠法上違法であると主張しているようである。

しかしながら、以下に述べるように、原告らの上記主張は、憲法24条の趣旨や規範内容を正解しないものであり、同条は、国会議員が民法750条の規定を改廃しないことが国賠法1条1項の適用上違法と評価されることの根拠とはなり得ない。

(1) 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。また、憲法24条1項は、婚姻の成立には当事者の合意以外の何らの要件も必要としないという利益構築を要請するものでもなく、婚姻の形式的要件としての届出(民法739条)に際し、夫婦の双方がいずれか一方の氏を称することを要求することが、同項の趣旨に反するものでない(被告答弁書18ないし20ページ、被告第2準備書面9及び10ページ、19ないし21ページ)。

(2) 原告らは、「『婚姻前の氏を称したままで婚姻できる立法』が成立しなければ、憲法24条は婚姻の自由に関して裁判規範たりえず、「被告の論理は、おおよそ、憲法…が国内法規範として効力を有することを否定するに等しい論理である」などと主張する(原告準備書面(5)2及び3ページ)。

しかしながら、被告は、民法750条を改廃しないという国会議員の立法

不作為が個別の国民との関係で職務上の法的義務違反を構成するかどうかという観点から、憲法24条が、原告らが主張するように、夫婦それぞれが別氏を維持したまま法律婚をする権利や、そのような内容の婚姻制度の構築を求める権利を、個々の国民に対して具体的権利として保障する趣旨を含むものではないと主張しているのであり、この主張が、憲法24条や同法の規定全体の国内法規範としての効力をおよそ否定するものではないことは論をまたない。原告らの上記主張は、被告の主張を著しく歪曲するものであって、明らかに失当である。

- (3) また、原告らは、憲法24条が保障する「婚姻の自由」は、婚姻に際し「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」（原告準備書面(5)(22及び23ページ)傍点は引用者。以下同じ。)をいい、「民法750条のもとでは、婚姻する男女のいずれか一方は、婚姻して『氏名保持権』という憲法13条に由来する基本的人権を放棄するか、あるいは夫婦双方が氏を保持して『婚姻の自由』という基本的人権を放棄するか¹の二者択一の選択が強制される」（訴状35ページ。）から、民法750条は上記婚姻の自由を明らかに侵害し、これを改廃しない行為は国賠法1条1項の適用上違法と評価される²とも主張する。

しかしながら、憲法24条1項は、婚姻が「両性の合意のみに基いて成立し」と定めるが、これは、上記(1)のとおり、構築すべき婚姻制度が、婚姻をする、しないという意思が当事者のみによって決せられ、自己の意に反して当事者以外の第三者によって強制されたり、妨害されたりすることが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。同項に基づき、例えば、明治憲法下の旧民法に定められていたような戸主や親、といった当事者以外の者の同意は必要としないことが要請されるのである（樋口陽一・佐藤孝治ほか・注解法律学全集2 憲法Ⅱ（乙第24号証）132ページ、佐藤功・日本国憲法概説〈全訂第5版〉（乙第25号証）188、ペ

ージ)。

他方、憲法24条1項は、上記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およそ許さない趣旨ではない。例えば、当事者の合意いかんに関わらず、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)。

そして、民法750条が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以外に氏の選択を認めていないことは、婚姻自体の成立要件ですらなく、婚姻の形式的要件としての届出(民法739条)に伴う氏の取扱いという氏制度自体の仕組みの問題であるが、そのような氏選択の制度は、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。

よって、原告らの上記主張も失当である。

2 憲法24条は、国賠法1条1項適用上の違法性の根拠となり得るものではないこと

憲法24条は、個々の国民に対し、夫婦が別氏のまま法律婚をする権利や、そのような氏の選択を可能とする婚姻制度の構築を求める具体的な権利を保障する趣旨の規定ではなく、それを根拠として、国会議員が、個別の国民との関係で、そのような権利利益を確保するために民法750条の規定を改廃すべき職務上の法的義務を負っているということとはできないことは前記のとおりであ

り、憲法24条は、国会議員が民法750条を改廃しないことが、国賠法1条1項の適用上、違法と評価されるための根拠とはなり得ないことが明らかである。

第3 憲法13条は、国賠法1条1項適用上の違法性の根拠となり得るものではないこと

1 憲法13条は、個別の国民に対して夫婦別氏のまま法律婚をする権利を保障するものではないこと

(1) 原告らは、氏は一定の法制度を前提にしているものであり、そのような法制度を前提とせずに、婚姻に際して氏の変更を要しない権利といったものを観念することはできない旨の被告主張(被告第2準備書面11ないし13ページ)に対し、「『氏について何らの法律制度を前提とせずに、個人の自立的決定に委ねられるしくみではない』からこそ、氏の変更を強制されない自由を保障するために、違憲である法律(民法750条)を改正する義務が被告にある」として、憲法13条により「氏の変更を強制されない自由」が保障され、民法750条の規定がこれを侵害する旨主張しているようである(原告準備書面(5)23及び24ページ)。

(2) しかしながら、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立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、我が国の氏の制度は、そもそも、夫婦や親子等の家族の密接な結合関係を基軸とする法制度の根幹をもなし、婚姻等に際しては変更を要することがあり得ることを念頭に置いた法制度として構築されているのであり(民法750条, 751条1項, 767条1項, 790条, 791条, 81

0条、816条1項等)、氏の制度をどのように構築するかは、これらの諸事情を考慮して決せられるべき立法政策の問題であって、強い社会的性格を帯び、多くの制約を受けざるを得ない性質のものである。夫婦同氏は、日本国憲法下でも「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両論が伯仲しており、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、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いないというべきである。

以上によれば、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。

2 憲法13条は、国賠法1条1項適用上の違法性の根拠となり得るものではないこと

前記のとおり、夫婦とも氏の変更を要しないまま法律婚をする権利は、憲法13条によって保障される憲法上保障された権利であるとは認められないから、国会議員が、そのような氏の選択を確保するために民法750条を改廃しないことが、個別の国民との関係で、職務上の法的義務違反に当たるとはいえない。

したがって、憲法13条を根拠に、国会議員の上記の立法不作為が国賠法1条1項の適用上、違法と評価される余地はない。

第4 法律案要綱を理由とする原告らの主張が失当であること

原告らは、民法の一部を改正する法律案要綱により執るべき立法措置の具体的内容が明白となった平成8年から現在までの約16年間にわたり国会議員は

民法750条を改正して選択的夫婦別姓制を導入してこなかったことを理由に、このような立法不作為は、「国民に憲法上……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る場合」に該当するから、国賠法1条1項の違法がある旨主張する（原告準備書面(6)3ページ）。

しかしながら、既に述べたとおり、原告らが主張する権利は、そもそも「憲法上保障された権利」とは認められないのであるから、原告らが、あたかも本件に平成17年大法廷判決の射程が及ぶかのように主張し、国賠法1条1項の適用上違法と評価されるとすることは、その前提を欠くものであることが明らかである。

また、被告第2準備書面(22及び23ページ)で述べたとおり、上記の法律案要綱は、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民法により明示的に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たものであり、そのことから直ちに夫婦別氏を選択できる権利が憲法上保障された具体的権利であるとか、そのような氏を選択できる法制度を導入すべきことを所与の前提として公表されたものではない。それゆえ、同要綱案を前提としても、原告らの主張する権利が憲法上保障される権利であって、これが違法に侵害されたことが明白であると認められないことは明らかであり、国会議員が上記のような氏に関する法制度を構築しなければならないという職務上の法的義務を負っていたとはいえない。

第5 結語

以上によれば、原告らの主張する女子差別撤廃条約の規定や、憲法24条、13条の規定は、いずれも、個別の国民に対して具体的な権利を保障したものでなく、これらの規定は、国会議員が民法750条を改廃すべき職務上

の法的義務を負っていたことや、これが改廃されないことによって、原告らの憲法上保障された利益が違法に侵害されたことの根拠となり得るものではない。他に、婚姻に際し夫婦が別氏を称する選択が不可能であることが、国賠法1条1項の適用上、保護されるべき被侵害利益に当たると解すべき根拠はおよそ見いだし得ない。

よって、原告らの請求はいずれも理由がないことが明らかであるから、棄却されるべきである。