

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

控訴理由書

2013（平成25）年7月31日

東京高等裁判所第17民事部 御中

控訴人ら訴訟代理人

弁護士 榊原 富士子

ほか16名

目次

第一	はじめに	4頁
第二	原判決の問題点	4頁
一	原判決の判断構成	4頁
1	17年判決の引用	4頁
2	本件における国賠法上の違法性判断基準	5頁
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」と憲法13条	6頁
4	「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」と憲法24条	6頁
5	原判決の結論	7頁
二	原判決の誤り	7頁
1	合憲性審査の回避	7頁
(1)	原判決	7頁
(2)	17年判決はまず合憲性審査をした	8頁
(3)	17年判決の要件①と合憲性審査の必要性	9頁
(4)	17年判決の要件②と合憲性審査の必要性	9頁
(5)	まとめ	10頁
2	原判決の国賠法上の違法性の基準は17年判決に違反する	10頁
(1)	原判決	10頁
(2)	17年判決と60年判決の関係	11頁

(3) 17年判決違反	12頁
3 明白性についての誤解	13頁
第三 氏の変更を強制されない自由	13頁
一 原判決は「氏の変更を強制されない自由」についての判断を回避	13頁
二 控訴人の主張-「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こと	15頁
1 氏名不変を基調とする法制	15頁
2 意に反して氏の変更を強制されない自由	16頁
3 意に反する氏の変更の強制は人格の否定	19頁
三 民法750条の違憲性	21頁
1 民法750条は「氏の変更を強制されない自由」を制約	21頁
(1) 民法750条の「制約」性について	21頁
(2) 自由意思によらない変更・強制された変更であること	21頁
2 民法750条による制約には目的や実質的関連性が欠けていること	23頁
(1) 「やむにやまれぬ政府目的」等の存在と、必要最小限の規制の論証	23頁
(2) 制定時のやむにやまれぬ政府目的の欠落・実質的関連性あるいは合理的関連性の欠落	23頁
(3) その後の状況変化による立法事実の喪失	24頁
第四 憲法24条と民法750条	26頁
一 原判決の不当性	26頁
1 「婚姻の自由」との関係を審査しない	26頁
2 「夫婦の同等の権利」及び「両性の本質的平等」につき審査しない	26頁
3 憲法24条は立法の指針にとどまらない	26頁
二 控訴人の主張	29頁
1 「婚姻の自由」とその違法な侵害	29頁
(1) 婚姻の自由	29頁
(2) 婚姻の自由に対する制約	31頁
(3) 婚姻の自由に対する違法な侵害(違憲性)	31頁
ア 厳格な審査基準	31頁
イ 立法目的	32頁
ウ 目的と規制手段	33頁
エ 立法事実の変遷と規制の合理性	34頁
2 「夫婦の同等の権利」及び「両性の本質的平等」とその違法な侵害	35頁
(1) 「夫婦の同等の権利」及び「両性の本質的平等」	35頁
(2) 「夫婦の同等の権利」及び「両性の本質的平等」に対する制約	35頁

(3) 「夫婦の同等の権利」及び「両性の本質的平等」に対する違法な侵害(違憲性)	36 頁
第五 民法 750 条による人権制約の特殊性-2 つの自由の二者択一性	37 頁
1 人権の二者択一を求める制度の違憲審査基準	37 頁
2 民法 750 条の違憲性	38 頁
第六 本件立法不作為が国賠法 1 条 1 項の違法性を有すること	38 頁
一 立法不作為の違法性	38 頁
二 要件①	39 頁
1 本件へのあてはめ	39 頁
2 要件①の(iv)の権利侵害の「明白性」	39 頁
(1) 明白性の要件を必要とする趣旨	40 頁
(2) 遅くとも 1996 年には権利侵害は明白	40 頁
三 要件②	43 頁
1 要件②を本件にあてはめれば	43 頁
2 要件②の(v)の「国会が正当な理由なく長期にわたって上記制度の創設を怠ったこと」	43 頁
四 結論	44 頁
第七 女性差別撤廃条約違反の立法不作為の違法性	44 頁
一 原判決の判断	44 頁
二 条約違反の立法不作為が違法となる場合を不当に限定したこと	45 頁
三 女性差別撤廃条約が個人に権利を保障していること	46 頁
1 原判決の判断	46 頁
2 条約の一般論を人権条約に持ち込むことの誤り	46 頁
3 女性差別撤廃条約 16 条 1 項 (b) 及び (g) の解釈の誤り	47 頁
4 女性差別撤廃条約上の権利を侵害された個人の救済	48 頁
5 女性差別撤廃条約 16 条 1 項 (b) 及び (g) が保障する権利の内容	49 頁
四 条約が個人に権利を保障しているとの判断に直接適用可能性の概念は不要	50 頁
1 原判決の判断	50 頁
2 本件において条約の直接適用可能性の有無を検討する必要はない	50 頁
3 女性差別撤廃条約 16 条 1 項 (b) 及び (g) は直接適用可能	52 頁
五 差別的規定の改廃義務違反と国会議員の職務上の法的義務違背	53 頁
六 民法 750 条の条約違反の判断を回避した誤り	56 頁
七 裁判所は締約国の司法機関として司法的救済の義務を負う	57 頁

第一 はじめに

控訴人は、第二で、まず原判決の問題点を指摘する。そして、そこで述べる通り、立法不作為の国賠法上の違法性を判断する前提として合憲性の審査が必要不可欠であるから、第三ないし第五で、民法750条の違憲性について主張し、その上で、第六で国賠法上の違法性について主張する。

条約に関連する主張は、原審とは異なり独立させ、第七において行う。

第二 原判決の問題点

一 原判決の判断構成

1 17年判決の引用

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頁。以下「17年判決」という。）を引用し、以下のように述べる。

「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。」（原判決26頁8行以下。この部分は最一小判昭和60年11月21日民集39巻7号1512頁（以下「60年判決」という。）と同旨）

「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（要件①とする一控訴人）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（要件②とする一控訴人）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。」（原判決26頁17行以下。この部分は17年判決のみでの記述）

すなわち、原判決は、60年判決及び17年判決の判示するところに従い、立法の内容又は立法不作為が国賠法上違法とされるのは職務上の法的義務違反（義務違反的構成）に該当する場合であると解した上で、17年判決の示した国賠法上違法と評価される場合として例示した例外的場合についての基準に、本件が該当するかどうかの判断を入口では一応しようとする。

控訴人も、17年判決が例示した上記例外的場合の基準を用いて、被控訴人の立法不作為がこれに該当し国賠法上違法と評価されると主張してきたところである。

2 本件における国賠法上の違法性判断基準

次に、原判決は、「本件について、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」（同26頁24行以下）いとして、17年判決とは異なり、本件で問題とする民法750条の合憲性の判断を回避しつつ、本件における国賠法上の違法性の判断枠組につき、

「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

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。」(同27頁1行以下)

との基準を定め、国賠法上違法であるか否かの審査に限定して審理している。

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」と憲法13条

そして、原判決は、「人格権の一内容を構成する氏名について、憲法上の保障が及ぶべき範囲が明白であることを基礎づける事実は見当たらず、婚姻に際し、婚姻当事者の双方が婚姻前の氏を称することができる権利が憲法13条で保障されている権利に含まれることが明白であるということはできない。」(同28頁2行)とする。

4 「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」と憲法24条

次に、原判決は、憲法24条については、「立法の指針」を示したものであり、「憲法24条が、具体的な立法を待つことなく、個々の国民に対し、婚姻に際して婚姻当事者の双方が婚姻前の氏を称することができる権利を保障したものということはできない。」(同30頁15行以下)とし、民法750条が憲法24条の保障する「婚姻の自由」を侵害するものであるかの判断を回避するだけでなく、憲法24条に関する判断をおおよそすべて回避した。

5 原判決の結論

そして、原判決は、「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」が憲法上保障されているということはできないから、憲法を根拠とする控訴人らの請求は理由がない（同30頁25行）と結論づけた。

二 原判決の誤り

しかし、原判決には、以下のような看過できない誤りがある。

1 合憲性審査の回避

民法750条の合憲性の審理は国賠法上の違法性審査に不可欠であるにもかかわらず、原判決はそれをしていない。

(1) 原判決

原判決は、「仮に民法750条が憲法に反するものであるとしても、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項の規定の適用上、違法の評価を受けるもので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から、原告らの上記に係る主張は失当である。」(同判決27頁8行以下)とし、民法750条の合憲性についての判断を回避した。

しかし、立法の内容が違憲であるからといって直ちに国会議員の立法行為又は立法不作為が違法の評価を受けるものではないことは、国賠法上の違法性の判断につき義務違反的構成をとる以上、当然の帰結となる。控訴人らは、原判決において整理されているとおり、もともと、立法の内容が違憲であるからといって直ちに国会議員の立法行為又は立法不作為が違法の評価を受けるなどとは主張しておらず、原判決は、控訴人ら

の主張を曲解しており、その結果、要件①についての判断が避けられている。

(2) 17年判決はまず合憲性審査をした

国家賠償請求訴訟において、立法又は立法不作為の違法性が争われる場合、以下の通り、その立法の違憲性及びその程度の審査、又は立法不作為の違憲性及びその程度の審査は、必要不可欠であり、国賠法上の違法性の審査の前にまず当該法律の合憲性審査を行うべきである。

「およそ国民の基本的権利を侵害する国権行為に対しては、できるだけその是正、救済の途が開かれるべきであるという憲法上の要請」（最高裁判所大法廷昭和51年4月14日判決・最高裁判所民事判例集30巻3号223頁）に照らせば、「裁判所が公権力の行使を統制する論証のあり方としては、こうした段階的な論証方法が望ましい」（山本隆司「在外邦人選挙権最高裁大法廷判決の行政法上の論点」法学教室308号25頁）のである。

17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い、そのうえで、2段階目として前記①及び②要件に照らして、10年以上の長きにわたる立法不作為につき国賠法上も違法と評価されるとの二つの審査を行っている。

この判断方法を本件にあてはめれば、

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、

2段階目として、民法750条を改廃しなかった国会議員の立法不作為についての国賠法上の違法性の審査を、要件①及び②に照らして行うべき

ということになる。

(3) 17年判決の要件①と合憲性審査の必要性

理論的にみても、17年判決の国賠法上の違法性基準である要件①は、「立法の内容もしく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」にあたるか否かを問題にするのであるから、

(i) 控訴人の主張する「氏の変更を強制されない自由」及び「婚姻の自由」が憲法上保障される権利であるか（17年判決は選挙権が対象であり明記されているのでこの点の審査は不要）

(ii) 夫婦同氏を強制する民法750条が、「氏の変更を強制されない自由」及び「婚姻の自由」を違法に侵害するものであるか

(iii) 民法750条を改廃しない立法不作為が、控訴人らの上記2つの自由（権利）を違法に侵害するか

(iv) その違法な権利侵害は明白であるか

との判断過程を経た上でなければ、国賠法上の違法性の有無の結論を出すことはできないというべきである。

(iv) 権利の違法な侵害が明白である場合に、国賠法上の違法性が認定されるが、この「明白性」を審理するには、その前提として、(i) 及び (ii) の民法750条の合憲性審査が不可欠である。

(4) 17年判決の要件②と合憲性審査の必要性

また、要件②については、「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」にあたるかを問題にするものであるから、

- (i) 控訴人の主張する「氏の変更を強制されない自由」及び「婚姻の自由」が憲法上保障される権利であるか
- (ii) 民法750条はこれらの2つの自由を違法に侵害するものであるか
- (iii) これらの侵害を除去するために（これらの権利の行使の機会を確保するために）、所要の立法措置をとることが必要不可欠か
- (iv) 立法措置が必要不可欠であることは明白であるか
- (v) 国会が正当な理由なく長期にわたりこれを怠っているか

との判断過程を経た上でなければ、国賠法上の違法性の有無の結論を出すことはできないというべきである。すなわち、国賠法上の違法性の判断には (iii) 以下の審理が必要であるが、そのためには、(i) 及び (ii) の合憲性の審理が不可欠なのである。

(5) まとめ

以上の通り、本件立法不作為が国賠法上違法であるか否かを判断するにあたって、民法750条の合憲性の審査を避けることは到底できなかった。したがって、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いうほかない。

2 原判決の国賠法上の違法性の基準は17年判決に違反する

(1) 原判決

原判決は、本件における国賠法上の違法性の判断枠組について、「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見える場合であることを要するものというべきである。」(同27頁1行以下)とし、この国賠法上の違法性の審査に限定して審理し、この中で、控訴人の主張していない「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につき審理している(なお、審理しているといっても、その審理の結果は「憲法13条で保障されている権利に含まれることが明白であるということとはできない」というものであり、含まれるか否かの判断を放棄している。原判決28頁2行)。

しかし、この違法性の判断枠組は、一見、17年判決に添うかのように見えるが、実際にはほとんど60年判決に後退させてあてはめた基準である。

(2) 17年判決と60年判決の関係

原判決が引用する17年判決は60年判決を一応、引き継いでいる。しかし、60年判決では、国賠法上違法となり得る場合を、「国会議員の立法行為は、立法の内容が憲法の一義的な文言に違反しているにもかかわらず国会があえて当該立法を行うというごとき、容易に想定し難いような例外的な場合でない限り、国家賠償法1条1項の規定の適用上、違法の評価を受けない」と厳しく制限していたのに対し、17年判決は、前記要件①「や」要件②の場合「などには」「違法の評価を受けるものというべきである」として、国賠法上違法となる例外的場合を例示し、実質的に拡張したものである。

17年判決は、以上の判示に関して、60年判決の趣旨と異なるものではないと判示するが、60年判決の射程を実質的に限定し、国会の立法又は

立法不作為について国家賠償責任を肯定する余地を拡大し、実質的変更があったと解釈する見解が学界の定説である（「最高裁判所判例解説民事編平成17年度（下）」657及び658頁も同旨）。最高裁大法廷としては、明示的判例変更をすることによって生ずる弊害を恐れ、形の上で、判例の継続性を維持したのであろう。しかし、いずれにしても、17年判決が先例として重視されるべきであるし、その結果、60年判決が提示した義務違反的構成の持つ意味も、17年判決後は、従来より小さなものとして考えるべきである（甲93、芝池義一「行政救済法講義第3版」268頁参照）。

（3）17年判決違反

ところが、原判決の国賠法上の違法性の判断枠組みは、結局、「具体的かつ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個々の国民に対して憲法上保障されていること」が国家賠償法上の違法性の前提として必要であるとする被控訴人の誤った主張に安易に追随したものに他ならない。

原判決の説明不足は著しく、「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」が保障される場合の帰結として、「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不可欠である」ことを要するとして、「具体的かつ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」の憲法上の保障が、国家賠償法上の違法性の前提として必要であるとしているのである。

しかし、17年判決は、「具体的かつ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個々の国民に対して憲法上保障されていることが国家賠償法上の違法性の前提として必要である」などとは全く述べておらず、違法性を評価する基準として前記要件①又は②を例示するの

みである。結局、原判決の前記判断枠組みは、国家賠償法上違法となりうる憲法上の権利（侵害）の対象を不当に制限し、国家賠償責任を肯定する余地を狭め、実質的には60年判決の示した基準である「憲法の一義的な文言に違反している場合」まで、根拠も述べず、ほとんど後退したものであり、17年判決に違反しており、極めて不当である（原審原告準備書面(2)2～3頁などで再三指摘してきた）。

3 明白性についての誤解

原判決は、控訴人らが主張してきた「氏の変更を強制されない自由」を、勝手に、「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」に言い換えたうえで、「しかし、人格権の一内容を構成する氏名について、憲法上の保障が及ぶべき範囲が明白であることを基礎づける事実は見当たらず、婚姻に際し、婚姻当事者の双方が婚姻前の氏を称することができる権利が憲法13条で保障されている権利に含まれることが明白であるということとはできない。」（同28頁2行）としている。

「憲法上の保障が及ぶべき範囲が明白であることを基礎づける事実は見当たらず」の意味はほとんど不明である。

また、この中で、国民に憲法上保障されている権利であることの「明白」性を要件として検討しているが、これは誤りである。17年判決が要求しているのは、権利の明白性ではなく、権利侵害の明白性である。

第三 氏の変更を強制されない自由

一 原判決は「氏の変更を強制されない自由」についての判断を回避

原判決は、「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ているかを検討している（原判決27頁15行以下）。

しかし、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。控訴人らの主張がそのようなものであることは、原判決も、「原告らの主張」として整理しているにもかかわらず（原判決5頁25行以下）、原判決は、「氏の変更を強制されない自由」の保障の有無について理由を述べることなく検討を行わない上、「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」の保障の有無を検討する理由についても一切述べておらず、不当である。

仮に、民法の「婚姻の効力」の節に、「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」（夫婦の一方に対し他方配偶者と同じ職業への変更を強制することを意味する）との規定があった場合に例えてみれば、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ないことは、明らかである。

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、「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、「在外選挙制度を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。

後述のとおり、「氏の変更を強制されない自由」は憲法13条によって保障されているところ、この自由は「婚姻」の場面においても当然保障さ

れなければならない（憲法24条2項は、婚姻に関する事項が個人の尊厳に立脚して制定されることを規定し、婚姻期間中の「氏の変更を強制されない自由」について憲法13条による保障に重ねて保障している。訴状39頁13行以降）。

よって、本来は、民法750条が、婚姻という場面においてかかる自由を侵害していないかが検討されるべきであるにもかかわらず、原判決はこれをせず、「問題としている権利が憲法上保障されていないから、侵害されているか否かを判断するまでもない」という結論を導き出すため、意図的に、憲法上の保障の有無の検討対象を、「具体的かつ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」と狭く設定したものと解さざるを得ない。

二 控訴人の主張—「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こと

1 氏名不変を基調とする法制

民法750条が氏の変更を強制する一方で、日本法は、むしろ氏名の不変を基調とすべきものとして氏名の変更を厳しく規制してきた。特に、氏の変更についての規制は厳しく、「やむを得ない事由」がある場合にのみ戸籍上の氏を変更できるものとし（戸籍法107条1項）、実際の氏の変更許可審判における解釈・運用も非常に厳しい。たとえば、永年使用を根拠として氏の変更が許可されるには約10年以上の通称としての使用実績が必要とされており、変更後の氏がすでにその個人の表象として社会的に機能し定着していることが求められているといっても過言ではない。また、夫婦の一方が外国人である国際結婚については、1984年まで婚姻改姓しないことが強制

されていた。

また、婚氏続称や縁氏続称が認められている今日、法制度上、もはや身分変動と氏の変更は、必ず連動するものではなくなり、むしろ氏の継続性・不変性の社会的及び個人的価値を重視する法制と転換するに至っているということができる。

氏の制度全体からみれば、婚姻、しかも日本人どうしの婚姻に関してのみ、氏の不変性・継続性を否定する合理的理由を見出すことはもはや困難である。

2 意に反して氏の変更を強制されない自由

氏名については、権利主体としての個人の人格の観点から、これまで、裁判例により様々な形でその権利性を認められ、具体的内容が明らかにされ、法的保護の拡充が図られてきた。

まず、1930（昭5）年という極めて早い段階において、東京地裁は、氏名所持者にはその氏名を「専用する権利」があることを明らかにし、第三者により濫用された場合には、その使用の差止や損害賠償請求を行うことができるとした（東京地判昭5・7・31法律新聞3218号4頁）。

1986（昭61）年には、最高裁判所が、「人格権としての個人の名誉」が憲法13条によって保障されることを認め、人格権が憲法13条によって保障されることが明らかとなり（北方ジャーナル事件 最大判昭61.6.11民集40巻4号872頁）、その翌年、東京地裁は、「氏名は人の同一性を示すものとして人格と密着しており、各人は人格権の一種としてこれを『他人に冒用されない法律上の利益』を有している」と判断し（東京地判昭62・10・21 判時1252号108頁）、氏名が人格権として保護されること、そしてその根拠は、氏名が人格と密着しているところにある旨を示した。さらに、1988（昭63）年、最高裁は、『氏名を正確に呼称される人格的利益』を導く前提として、

「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、氏名が「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」であることを根拠に、人格権の一内容を構成するとした（NHK日本語読み訴訟 最判昭63・2・16民集42巻2号27頁）。

この判例と、人格権が憲法13条によって保障されることを認めた前記の北方ジャーナル事件判例（最大判昭61.6.11）とをあわせ読めば、氏名権が人格権の一内容として憲法13条により保障されることが自ずと明らかとなる。そして、これらに続き、札幌地裁は、最高裁の示した人格権の重要性を根拠に、仮に被冒用者が冒用の事実を知らなかったとしても、また、冒用の事実が公開されなかったとしても、他人の氏名を無断で使用するような行為はそれだけで直ちに人格権侵害にあたりと判示し、氏名権につき、強い権利性を認めた（札幌地判平17・8・18判時1913号112頁）。

確かに、これらの裁判例で直接の対象とされてきたのは、氏名の冒用や、氏名の正確な呼称であり、氏名を意思に反して奪われるという場面ではない。しかしながら、上記最高裁判例（最判昭63・2・16）が示すように、そもそも、氏名の冒用や氏名の正確な呼称に関する利益が法的保護に値するとされる前提として、氏名それ自体に関する個人の権利が認められるべきであることは、論理的必然である。そうであるからこそ、氏名それ自体が「人格権の一内容を構成する」ものとして最高裁も判断を示したのである。

氏名は、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るから、その氏名が本人の意思に反して奪われないということは、根

本的な個人の権利というべきである。そして、氏は、氏名の構成要素であるだけでなく、それ自体で、個人の同一性を示すものとして人格と密着しているから、氏それ自体が、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として、人格権の一内容を構成する。

氏名権の一時的な侵害に過ぎないとも言える氏名の冒用や不正確な呼称に比べ、氏名ないし氏を意思に反して奪われることによる権利侵害は、侵害の態様として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、氏名ないし氏が意思に反して奪われないことが、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ことは、疑いの余地がない。

従前、最高裁判所は、前述の「人格権としての個人の名誉」のほか、「みだりに容ぼう等を撮影されない自由」（京都府学連事件 最大判昭44.12.24 刑集23-12-1625）、「みだりに指紋の押なつを強制されない自由」（外国人指紋押捺拒否事件 最三小判平7.12.15刑集49-10-842）及び「個人に関する情報をみだりに第三者に開示又は公表されない自由」（住基ネット訴訟 最一小判平20.3.6民集62-3-665）が憲法13条によって保障されることを認めてきた。これらの私生活上の自由が憲法13条によって保障されるのは、それらがいずれも人格と切り離せない重要な個人に関する情報であって、本人の意思によらず利用されることが許されないものであることに由来する。

氏については、まさに人格そのものと密着するものであって、個人として尊重されることの基礎を構成するものであり、「氏の変更を強制されない自由」の人格権としての重要性は、個人の尊重を前提に個人に関する情報の対外的利用を制限するこれらのどの自由にも勝るとも劣らないから、これらの判例からも、「氏の変更を強制されない自由」が、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ことは、明らかである。

3 意に反する氏の変更の強制は人格の否定

人格と密着している氏を個人の意思に反して奪うことは、その個人の人格を否定することに他ならない。それ故に、本人の意に反して氏を奪うことは、その個人に対し、重大な精神的苦痛を与えることとなる。

実際、控訴人Cは、戸籍名の使用を要求されるその都度、「自分が否定されているような感じ」を受け、「不安になったり、嫌な気持ち」になった（原審C調書5頁）。また、控訴人塚本は、戸籍上夫の氏に変わったことで、「喪失感、哀しみ、苦しみを非常に」味わい、その苦しみが身体症状にまで現れ、痩せたり生理が止まったりしたこともあったし（塚本調書2～4頁）、実に半世紀もの間、「名前を喪った苦しみ、悲しみ、喪失感で、心にとげができ、何か心が苦しんでいぶしているような感じ」を味わってきた（同5頁）。控訴人Aは、いったん夫の氏に改氏した際に、控訴人Aの氏が「架空の名前」になり、控訴人A自身の存在自体も「借り物のような、とてもむなしい気持ち」になり、「前向きな気持ちがどんどんそがれていって、とてもつらい日々」だった（A調書2頁）。控訴人Dも、婚姻改氏した後、強い自己喪失感にさいなまれ続けている（D調書2頁及び4頁）。

また、内閣府による2012（平24）年の世論調査によれば、姓（氏）が変わったことによって「違和感を持つと思う」と答えた者の割合が22.3%、「今までの自分が失われてしまったような感じを持つと思う」と答えた者の割合が7.4%である。特に、世代別に注目すれば、姓が変わったことによって「違和感を持つと思う」と答えた者の割合は、20歳～29歳で34.3%（男性36.2%、女性32.8%）、30～39歳で32.5%（男性37.1%、女性29%）、40～49

歳で28.7%（男性35.5%、女性23%）であり、「今までの自分が失われてしまったような感じを持つと思う」と答えた者の割合は、20～29歳で7.4%（男性5.7%、女性8.8%）、30～39歳で9.2%（男性8.8%、女性9.5%）、40～49歳で12.8%（男性11%、女性14.4%）となっている。「今までの自分が失われてしまったような感じを持つと思う」と答えた者以外の者に、自分以外の人の中には、婚姻によって姓を変えると今までの自分が失われてしまったような感じを持つ人もいると思うか、と訊いたところ、「そのような感じを持つ人がいると思う」と答えた者の割合は33.0%である。もとより、人権保障の有無や要否は、世論により決すべき事柄ではないが、婚姻改姓により自己喪失感を持つと感じる人々が相当程度存在すること、また、仮に自分自身はそうは感じなくても他者が自己喪失感等を感じることを理解する人々も相当程度存在することは、氏名が人格と深く結びついていることの認識が社会においても共有されていることを意味する。

さらに、人格を否定されることによる精神的苦痛に加え、「氏の変更を強制されない自由」の侵害は、当事者には社会生活上の不利益を強いることともなる。この点は、原判決も、「氏を変更することにより、人間関係やキャリアの断絶などが生ずる可能性が高く、不利益が生じることは容易に推測し得る」（原判決30頁25行）として、認めているところである。改氏により被る不利益は、精神的苦痛にとどまらず、「改氏によって社会生活上の、なかんずく取引関係での混乱を惹起し、もって氏の不可変更性の根本理由である法的安定性を害するに至るばかりでなく、婚姻による改氏を強いられるのが多く女性の側にある現実をみれば、憲法上保障される両性の本質的平等が実質的に冒される結果を招来するおそれさえある」と東京家庭裁判所が判断を示したとおりである（東京家審昭和34.6.15家月11-8-119）。

三 民法750条の違憲性

1 民法750条は「氏の変更を強制されない自由」を制約

(1) 民法750条の「制約」性について

夫婦同氏強制は、実質的には婚姻の要件となっているため、婚姻をする男女の一方は、意に反しても必ず氏を変更しなければならず、夫婦同氏制は、婚姻を希望する当事者の「氏の変更を強制されない自由」を制約している。

前述の内閣府の世論調査において、夫婦同氏制の下、姓（氏）が変わったことによって「違和感を持つと思う」者や「今までの自分が失われてしまったような感じを持つと思う」者が少なくない一定割合で存在することも、夫婦同氏制が婚姻を希望する当事者の「氏の変更を強制されない自由」を制約していることを裏付けるものというべきである。

(2) 自由意思によらない変更・強制された変更であること

被控訴人は、原審において、「夫婦の氏を選択は、当該夫婦となる男女間の協議に委ねられており、・・・個人の尊厳に反するものとは考えられない」と主張した（原審答弁書20頁8～12行以降）。

国家が婚姻とは無関係に何ら特段の理由なく突然個人に対し戸籍上の氏の変更を命じた場合と対比すれば、婚姻改姓の場合には、氏を変更した本人の自由意思や協議が介在しているかのように一見みえるため、「変更の強制」が理解されにくい面があると思われることから、以下、簡単に敷衍して記述する。

第1に、「氏を変更したい者は、婚姻をするに際して相手方配偶者に自分の氏に変更してもらえば足りるが、それをせず自らの氏を相手方配偶者の氏に変更することを自由意思によって選択したのであるから、氏

の変更を強制されてはいない」との誤解である。

もし、相手方配偶者も氏の変更を望んでいない場合には、自分の氏を維持すれば、相手方配偶者に意に反する氏の変更を強制することになるし、逆に、氏の変更を望まない相手方配偶者の意思を尊重し自分の側が変更すれば、自身が氏の変更を強制されない自由を放棄せざるをえないこととなる。一方が婚姻改姓を積極的に望んで真に自由意思による婚氏の合意をしている場合は別として、それ以外の場合には、夫婦のいずれか一方に必ず意に反する氏の変更を強制していることとなる。いずれか一方の氏を必ず選択しなければならないということは、婚姻をする当事者にとって、他に選択肢のない強制された選択であり、自由意思による婚氏の選択、あるいは当事者の自由意思による協議と評価することはできない。

第2に、「氏の変更を強制されたくなければ、婚姻しないという選択肢を選べばよいのであり、婚姻することは本人の自由意思によるものであり、夫婦同氏制によって氏の変更が強制されたとはいえない」との誤解である。

第四で主張する通り、婚姻制度はいずれの国にも存在し、健全な国家社会を形成するための根源的で重要な法制度の1つであるだけでなく、個人にとっては、生活の経済的安定・精神的安定の場として自己実現・幸福追求を実現する基盤であるから、婚姻をすることは、単なる制度上の「特権」を個人が得ることではなく、憲法上の人権の行使の1場面である（憲法24条）。したがって、婚姻の選択を断念しなければ氏を維持できないといった制度は、氏の変更の「強制」以外のなにものでもない。

2 民法750条による制約には目的や実質的関連性が欠けていること

(1) 「やむにやまれぬ政府目的」等の存在と、必要最小限の規制の論証

民法750条による「氏の変更を強制されない自由」の制約が違憲であるかについては、原審で主張したとおり、憲法13条に基づく権利を制約するだけでなく、婚姻の自由というもう1つの憲法上の重要な人権との二者択一を迫る異例な制約方法による制度であるから、厳格な違憲審査がなされなければならない。すなわち、立法者である被控訴人より、「やむにやまれぬ政府目的」あるいは「極めて重要な政府利益」が示された上で、当該目的を達成する上で規制が必要最小限の手段であることが論証されない限り、「氏の変更を強制されない自由」を侵害するものとして、違憲であるというべきである（原審原告準備書面(4)22頁8行以降）。

(2) 制定時のやむにやまれぬ政府目的の欠落・実質的関連性あるいは合理的関連性の欠落

しかし、民法750条の制定時に、議論・認識された立法目的は、しいて挙げても、「氏による共同生活の実態の表現」という習俗の継続に過ぎず（甲94我妻栄編「戦後における民法改正の経過」123頁、甲95唄孝一「戦後改革と家族法一家・氏・戸籍」1巻203頁、甲47二宮意見書）、「氏の変更を強制されない自由」を制約せざるをえない「やむにやまれぬ政府目的」は存在していなかった。また、それにとどまらず、合理的な理由も、目的らしい目的も存在しなかった。

この点については、原判決も、「第一回国会衆議院司法委員会においては、・・・『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」と認定しており（原判決28頁8～14行）、意に反する氏の変更を強制されない自由を制約しなければならないような目的はもともと存在していなかったというべきである。

従って、民法750条による制約には、目的と手段の実質的関連性も、合理的関連性も認められず、民法750条は「氏の変更を強制されない自由」を侵害するものとして、制定時より違憲であったというべきである（原審原告準備書面(4)の第4）。

（3）その後の状況変化による立法事実の喪失

また、仮に制定時には合憲であったとしても、その後の家族を取り巻く国内的・国際的な社会的環境等が著しく変化し、夫婦同氏強制を支える立法事実は失われた。

すなわち、国内的環境の変化として、遅くとも民法改正要綱案が示された1996（平8）年には、女性の就労率の上昇、晩婚化、再婚の増加、離婚の増加、国際結婚の増加及び少子化という実態の変化、並びに、選択的夫婦別氏制導入、夫婦の氏、事実婚及び性別役割分業のそれぞれにかかる意識の変化を背景として、氏的人格的利益に対する意識及び女性が婚姻前の氏を婚姻後も使用継続する必要性が高まるとともに、離婚後の親子、連れ子のある再婚家庭、事実婚などの増加により、未成年子とその子を養育する親という一つの世帯内においても複数の氏が使用されるという実態が増え、1つの氏が家族共同体の呼称であるとは言えなくなり、「氏による共同生活の実態の表現」という習俗そのものが後退していき、「同氏であることが家族ないし夫婦」という意識が必ずしも共有されなくなり、同氏強制に極めて重要な政府目的があると解する余地は全くなかった（原審原告準備書面(4)の第5の二）。

また、国内の議論状況としても、1996（平4）年の時点で、被控訴人自身が、国民の価値観・人生観の多様化等を指摘して夫婦別氏の必要性を説き、1996（平8）年に選択的夫婦同氏制を含む法律案要綱が公表された後も、2000（平12）年には男女共同参画基本計画が、2001（平13）年には男女共同参画会議基本問題専門調査会が、いずれも選択的夫婦別氏制の導入を提言し、また、2001（平13）年には、被控訴人自身が、夫婦同氏制がかえって婚姻制度の形骸化を招き、婚姻制度の存在意義を揺るがせていることを認め、2010（平22）年には、国の第3次男女共同参画基本計画が、選択的夫婦別氏制度の導入等の民法改正について「引き続き検討を進める」とし、やはり被告自身が、「夫婦や家族の在り方の多様化や女子差別撤廃委員会の最終見解も踏まえ、選択的夫婦別氏制度を含む民法改正が必要である。」と結論付けており、「氏による共同生活の実態の表現」という習俗を支える立法事実が乏しくなっていたことを明らかにしている（原審原告準備書面(4)の第5の四）。

さらに、国際的環境としても、日本が1985（昭60）年に批准した女性差別撤廃条約は、婚姻に関して、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））と姓を選択する権利を含む夫及び妻の同一の個人的権利（同条約16条1項（g））を確保するために、遅滞なく既存の法律を修正する措置をとることを締約国に義務付け（同条約2条（f）、16条1項柱書）、20世紀のうちに多くの国で夫婦別姓選択制あるいは結合姓選択制などへの法改正が進んだ。また、女性差別撤廃委員会の一般勧告（1994（平6）年）及び自由権規約委員会の一般的意見（1990（平2）年及び2000（平12）年）は、自己の姓を選択する権利ないし婚姻前の姓の使用を保持する権利があると指摘している。そして、女性差別

撤廃委員会は、被控訴人に対し、2003（平15）年及び2009（平21）年の2回にわたり、民法750条を改正すべきことを勧告し、特に日本の民法改正の遅れに危機感をつのらせ、2009（平21）年及び2011（平23）年の勧告においては、民法750条を含む民法の差別的規定の改正の実施についてそれぞれ2年又は1年以内に書面で委員会に対し提出することという特別の要請を日本に対してした（原審原告準備書面(4)の第5の三）。

こうした立法事実の変化により、遅くとも法律案要綱により被控訴人のとるべき立法措置の具体的内容が明白となった1996（平8）年の時点では、民法750条の違憲性は明らかとなり、さらにどんなに遅くとも現在においてはもはや違憲性を疑う余地はないというべきである。

第四 憲法24条と民法750条

一 原判決の不当性

1 「婚姻の自由」との関係を審査しない

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。

2 「夫婦の同等の権利」及び「両性の本質的平等」につき審査しない

原判決は、憲法24条の「夫婦の同等の権利」及び「両性の本質的平等」については、検討することを放棄しただけでなく、控訴人の主張を整理する際に排除しており、その審理不尽の程度はさらに著しい。

3 憲法24条は立法の指針にとどまらない

原判決は、憲法24条の意義について、最高裁昭和36年9月6日大法廷判決（民集15巻8号2047頁）を参照した上で、「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庭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ぬことを立法上の指針として示したもの」(原判決 30 頁 13 行)と指摘する。

しかし、憲法 24 条は、明治民法の家制度下における甚だしい夫婦間の差別(妻についての行為能力制限や原則親権者になれないなど)や著しい人格的自律の否定(婚姻についての戸主や親の同意など)という問題を根本的に改める必要があったことから、「個人の尊厳・両性の本質的平等などを、単に参政権などの分野のみならず、家族生活の分野から確立しようとし」(佐藤功「日本国憲法概説〈全訂第 5 版〉」乙 25-188 頁)、特に 2 項では国に対し立法上の強い責務を課したものであって、単なる立法上の指針にとどまるようなものではない。

このことは、「殊に、わが国においては、旧憲法の下にあって…、私人としての私生活においては、封建的大家族制度の残存である道德風習に支配され、これを法律までが支持していた結果、個人の尊厳と平等とが無視されがちであった。このことが、権力に頼り易く、又服し易い卑屈な性格を抜け切れないようにさせ、民主主義の成長を萎縮させた原因の一つであった。即ち、従来の民法では、家を中心とする家族主義の観念から、家長である戸主に家を統率するために戸主権を与え、婚姻も家のためとの思想があって、戸主や親の同意が要件とされ、又男子及び男系尊重の封建武家的道德に基づき、婚姻関係にも夫の妻に対する優越が認められ、相続についても、長子単独相続の家督相続が主眼とされ、女子は相続順位において男子より、劣後的な地位にあった。それに対して、本条(引用注：憲法 24 条。以下同じ)が婚姻の自主性を宣言し、個人を自己目的とする個人主義的家族観に基づいた、家族生活の法律的規整を要求したことは、従来の封建的大家族主義への法律的支持をはずし、国民に新しい

家族道徳を樹立する自由な基盤を与えることによって、民主主義の根底を固めようとする点で、大きな意義がある。本条に基づいて、当然民法の身分法の部門、即ち親族編、相続編の規定の根本的改正が必要となる。しかし第 98 条第 1 項との関係で本条は廃棄的効力を有するから、本条の趣旨に反する制度や規定は、改正をまたずとも、憲法施行によって、当然効力を失うことになる。ところが、民法の改正は、これまでに間に合わなかったので、失効による混乱を防ぎ、本格的改正までのつなぎとして、『日本国憲法の施行に伴う民法の応急的措置に関する法律』（昭和 22 法律 74）が制定され、第 1 回国会において、民法中改正法律として、新しい親族編及び相続編の規定ができた」（甲 96 註解日本国憲法上巻改訂版・470 頁）という憲法の制定過程とその後の立法経過に照らして明らかである（甲 97 野中ほか「憲法 I」有斐閣第 5 版 302 頁、甲 49 竹中勲「憲法上の自己決定権」成文堂 198 頁ほか同旨）。なお、甲第 96 号証、「本条は、家族生活における個人の尊厳と両性の平等を要求し、封建的家族制度における家のため、男子のための拘束から、個人特に婦人を解放することを目的とする。この点で、第 13 条の個人尊重及び第 14 条の法の下での平等の立法を通じての私人間の身分関係、家族生活関係における発現にほかならないともいえる。それだけに又本条は、国民にとって消極的な自由権的人権を保障する」（甲 96 の 471 頁）と続ける。

以上より、憲法 24 条は、一般的規定であるがそれ自体人権保障規定であることに異論がない憲法 13 条及び 14 条を、特に家族生活の場面について具体化した人権保障規定であって、第 1 項においては、「婚姻は、両性の合意のみに基いて成立」という婚姻の自由及び「夫婦が同等の権利を有すること」を保障し、第 2 項においては、「配偶者の選択、財産権、相続、住居の選定、離婚並びに婚姻及び家族に関するその他の事項に関し」、「個人の尊厳」に由来

する基本的人権及び「両性の本質的平等」を保障し、国に立法上の強い責務を課したことを明らかにしたものであって、裁判規範性があることは明らかである。

原判決は、憲法 24 条について「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」と明示して同条違反の有無について判断した前記最判昭和 36 年や憲法 24 条の裁判規範性を肯定してきた多数の裁判例（訴状 3 4 頁以下及び原審原告準備書面(4) 6 頁以下参照）にも反している。

二 控訴人の主張

1 「婚姻の自由」とその違法な侵害

(1) 婚姻の自由

「婚姻は、両性の合意のみに基いて成立し」（憲法 24 条 1 項）とは、「何人も、自己の意に反する配偶者との婚姻を強制されず、また婚姻の成立にあたっては、当事者本人以外の第三者の意思によって妨げられない、という婚姻の自由を認めたものである」（樋口陽一・佐藤幸治・中村睦男・浦部法穂「注解法律学全集 憲法Ⅱ」乙 24-132 頁）。

「婚姻の本質は、両性が永続的な精神的及び肉体的結合を目的として真摯な意思をもって共同生活を営むことにある」（最大判昭和 62.9.2 民集 41-6-1423）のであって、当事者である個人にとって、婚姻とは、生活の経済的安定、精神的安定、性愛の充足、子の安定的な養育を保障し、高齢者や障害者等の弱者を保護する場であり、個人の自己実現・幸福追求を実現する基盤として、非常に重要な意義・機能を有するものである。

一方、社会や国家からみれば、婚姻は、いずれの国においても、家族形成の基幹というべき不可欠な制度であり、子孫の養育、労働力の提供、世代

を追っての文化や価値の伝承、社会を安定発展させるという役割を担っており、社会の多元性の維持、社会の安定・継続・発展を保障する基盤であり、人類の存続にとって不可欠ともいえるべき重要な機能を有するものである。

こうした個人及び社会のいずれにとっても重要な意義・機能を有するからこそ、婚姻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る「婚姻の自由」が憲法上の人権として保障されるのである（甲 73 辻村みよ子「ジェンダーと人権」日本評論社 2008 年 241 頁）。

「婚姻の自由」が憲法 24 条 1 項(及び憲法 13 条)によって保障されることは、裁判例で繰り返し認められてきた。例えば、「結婚の自由は重要な法秩序の形成に関連しかつ基本的人権の一つ」とする東京地判昭和 41.12.20 判時 467-26、「結婚の自由は、憲法により国が国民に対して保障した基本的人権の一つ」とする千葉地判昭和 43.5.20 判タ 221-109、「国家が国民の結婚の自由を制限する立法を禁じられ」とする大阪地判昭和 46.12.10 判タ 271-147、婚姻の自由の制約を検討する広島高判平成 3.11.28・判時 1406-3 などである。

また、被控訴人自身が「婚姻の自由」は憲法 24 条が保障する基本的人権であることを繰り返し認めてきた。例えば、市民的及び政治的権利に関する国際規約 23 条に関し、「2 項…に言及されている権利（引用注：婚姻をすることができる年齢の男女が婚姻をしかつ家族を形成する権利）については、憲法第 24 条は…これを保障している。」と第 1 回政府報告書審査（甲 103、1880 年）で報告し、経済的、社会的及び文化的権利に関する国際規約 10 条に関し、「婚姻は、我が国における家族の核を成す制度である。憲法第 24 条第 1 項は、『婚姻は、両性の合意のみに基いて成立し、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

い。』と規定している。民法上、成人の男女の婚姻は、当事者双方が一定の方式の届出を行うことによって成立するものとされ、重婚の禁止、近親婚の禁止等の合理的な理由に基づく規制が設けられている以外には、婚姻の自由に対する法律上の制限はない」と第2回政府報告書審査で報告し（甲104、1998年）、経済的、社会的及び文化的権利に関する委員会からの質問事項に対する回答においても、「(法務省の人権擁護機関が) 憲法の保障する婚姻の自由及び同和地区出身を理由に結婚に反対することは、重大な人権侵害であることを粘り強く説いた」と回答している（甲105、2001年頃）。

（2）婚姻の自由に対する制約

民法750条は、「婚姻改姓」を婚姻（届出）要件に加重し、「婚姻の自由」を制約している（辻村前掲246頁（甲73）、竹中前掲202頁（甲49）、「註解日本国憲法上巻 改訂版」474頁（甲96）、加藤一郎・中川善之助ほか「座談会 民法改正に関する問題点（下）」ジュリスト98号17頁（甲98）、甲22窪田52頁）。

控訴人らについての事実経過からみても、夫婦同氏制は、婚姻の自由に対する制約であることが明らかである。すなわち、控訴人塚本は、夫婦双方とも生来の氏を称するために事実婚として婚姻生活を送っていたのである。控訴人B及び同Aは、婚姻したものの、控訴人Aにとって夫婦同氏による弊害が著しく、形式的に離婚し、現在まで事実婚状態のままである。

（3）婚姻の自由に対する違法な侵害（違憲性）

ア 厳格な審査基準

「婚姻の自由」は、人格的存在である個人にとって中核的な価値を有する権利・自由であるから、経済政策に依拠しつつその意義を有する経済的自由とは異なり、立法裁量が広範に認められる権利・自由ではないこと、

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 24 条が国に特に強い責務を課したことをも考慮すれば、合憲性の審理には厳格な審査基準が妥当する。

イ 立法目的

夫婦同氏制の趣旨については、原判決が指摘するとおり、「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。」(原判決 28 頁 10 行)。

夫婦同氏制の立法上の根拠としては、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や慣習が挙げられるに過ぎない(甲 47 二宮意見書)。その「習俗」も自然に醸成されたものではなく直前の明治民法が家制度の結果として夫婦同氏を強制していたからできあがったものにすぎず、江戸時代以前の日本の習俗は夫婦別姓である(甲 47 二宮意見書)。また、「習俗」があるからというだけであって、その「習俗の継続」に特段の立法の目的を見出したものでもない。その「習俗の継続」が、夫婦や婚姻生活にとって、有意義であるか、有害であるかの議論もなく、起草者達自身が、明治民法の中で生きてきており、「家族は同じ氏を称する」「妻は夫の氏を称する」ということ以外の家族形態や個人の希望を、観念しなかったから、ただ現状を維持した結果ともいえる。

「氏による共同生活の実態の表現」という目的が正当性を持つとすれば、せいぜい、この習俗の実践を希望する者に対して、その方法を提供する・

便宜を図るという意味において正当性を有するにすぎない。

ウ 目的と規制手段

しかし、民法 750 条は、婚姻を望む全国民に対して夫婦同氏を強制しており、規制の範囲が目的に対して広きにすぎる。

それどころか、夫婦同氏強制は、婚姻に際して氏の変更を望まない男女に対して、法律婚を断念させ回避させるという効果をもたらしており（事実婚を選択する理由のうち、女性で最も回答の多いのが、「夫婦別姓を通すため」であり、89.3%（男性で 64.0%）であった（2005（平 17）年国民生活白書）。）。法律婚を断念した事実婚夫婦は別氏であるので、「氏による共同生活の実態の表現」はしないということにとどまるのみでなく、法律婚制度を形骸化させ、婚姻の届出がなされないことにより夫婦や家族の把握を困難にしている。届出がなく国家は夫婦として把握できないのであるから、事実婚夫婦についての正確な統計というものもなく、「それぞれの姓を維持するために事実婚を選び、そこで生まれた子は『嫡出でない子』ないし『婚外子』とされる事態」があるなど『個人の尊重』の原理の観点からは説明困難な制度実態」にある（佐藤幸治「日本国憲法論」203 頁（甲 72））。

これらの点からみれば、民法 750 条について、立法目的と手段との関係を吟味すれば、規制手段が必要最小限ではないだけではなく、目的と手段の間の実質的関連性も合理的関連性も有しない。さらにいえば、少なくとも、共同生活の実態を表現しようとした目的に反し、法律婚を断念させるという結果をもたらす有害な規制であるというべきであり、民法 750 条は制定当初から違憲というべきである。

エ 立法事実の変遷と規制の合理性

前述の国内的・国際的環境の変化を踏まえれば、遅くとも 1996（平 8）年には、「同氏＝家族ないし夫婦」という意識が共有されなくなって、実態としても氏が家族共同体の 1 つの呼称とはいえなくなってきていたから、「氏による共同生活の実態の表現」という習俗そのものが失われていって、極めて重要な政府目的を有すると解する余地は全くなく、習俗の実践を希望する者に対する便宜を図るといふ程度の正当性さえ相当程度失われていた。

また、国内的環境の変化が 1996（平 8）年以降ますます加速した結果、氏が家族共同体の 1 つの呼称とはいえない状況が益々進み、「氏による共同生活の実態の表現」という習俗の正当性は一層失われている。被控訴人自身、2010（平 22）年、「家族形態の変化やライフスタイルの多様化に対応した世帯単位から個人単位の制度・慣行への移行、男女が共に仕事と家庭に関する責任を担える社会の構築、国際規範・基準の積極的な遵守や国内における実施強化といった視点が必要である」（第三次男女共同参画基本計画）と社会的変化を指摘しつつ「選択的夫婦別氏制度を含む民法改正が必要である」（前同）と結論づけており、「氏による共同生活の実態の表現」という習俗を支える立法事実が乏しくなっていたことを明らかにしている。

したがって、仮に、民法 750 条の立法目的が、制定時には極めて重要な政府目的であったとしても、遅くとも 1996（平 8）までには極めて重大な政府目的と云う状況が失われただけでなく、その正当性さえ相当程度失われ、現在においては、一応の正当性があるかも極めて疑わしい。

他方、実質的には女性が改氏を強制され、目的を遙かに超えて夫優位の夫婦同氏制を採用するに等しいものであるという実態は一向に改善されず、諸外国の趨勢にも反し、具体的な改正内容が明らかとなっていたにもかかわらず

らず、国際人権規約に違反していても改正しないという状態に至っていたから、もはや、「氏による共同生活の実態の表現」という習俗のための手段としての単なる合理性さえ見いだせなくなっていき、現在においては、民法 750 条が「氏による共同生活の実態の表現」という習俗のための手段として不合理極まりないことは疑問の余地がない。

2 「夫婦の同等の権利」及び「両性の本質的平等」とその違法な侵害

(1) 「夫婦の同等の権利」及び「両性の本質的平等」

「夫婦の同等の権利」及び「両性の本質的平等」は、憲法 14 条 1 項が定める性別による差別の禁止を婚姻の場面に具体化し、深化させたものであり、形式的な平等を言うものではない。最大判昭和 36.9.6（民集 15-8-2047）においても、「夫婦間に実質上の不平等が生じないよう立法上の配慮がなされている」か検討し、「実質的同等」・「実質的平等」を問題とする。

(2) 「夫婦の同等の権利」及び「両性の本質的平等」に対する制約

民法 750 条は、夫または妻のいずれかの姓を選択するという意味では性中立的な規定であり、婚姻時における氏名の選択という人格権（憲法 13 条、女性差別撤廃条約 16 条 1 項(g)、自由権規約 23 条 4 項）についての形式的平等は害していない。しかし、明治民法下では妻の婚姻改姓が慣習ではなく法的義務であったことから、民法 750 条下においても 1 つしか姓を選べない以上、「妻の改姓」は固定化した慣習として根強く残り、男女共同参画会議基本問題専門調査会「選択的夫婦別氏制度に関する審議の中間まとめ」（2001(平 13)年 10 月）において指摘されているとおり、夫婦同氏制度が男女に中立的に機能しておらず（訴状 20 頁）、現在においてもなお 96.3%（2009 年厚生労働省人口動態統計）の夫婦において妻が改姓

するという異常な実質的不平等を招来し、それを固定化する条項となっている。被控訴人においても、夫婦の氏の在り方について男女平等の見地から問題があることは、繰り返し指摘されて把握してきた（甲 10-31 頁、甲 8-11、79 頁、訴状 16、18 頁）。

また、民法 750 条は、個別の夫婦ごとに着目すれば、一方は婚姻後も氏名を保持することができ他方は保持できないという、「all or nothing の選択の積み重ねにすぎない」（広渡清吾「現代社会と法 西ドイツと日本夫婦別姓時代の解析」時の法令 1329 号（甲 99））のであり、1 組の夫婦ごとに必ず不平等をもたらす規定であり、仮に婚氏を選択の割合が統計で 50% ずつになったとしても、個別の夫婦間の不平等は解消することができず、「氏の変更を強制されない自由」については形式的にも不平等である。

したがって、いずれにしても、夫婦同氏制が、「夫婦の同等の権利」及び「両性の本質的平等」を制約していることは明らかである。

なお、外国人と婚姻する日本人は、民法 750 条が適用されず、原則として夫婦別氏となるが、1984（昭 59）年に新設された戸籍法 107 条 2 項によって、外国人配偶者の氏に変更して夫婦同氏とすることもでき、形式的にも実質的にも夫婦間の平等が図られている。

（3）「夫婦の同等の権利」及び「両性の本質的平等」に対する違法な侵害（違憲性）

ア 前述の制定経過を踏まえれば、「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」（最大判昭 36.9.6 民集 15-8-2047）である憲法 24 条については、憲法 14 条における平等権の審査よりも、さらに厳格に「実質」や「本質」をとらえて審査されなければならない。

イ 前述のとおり、民法 750 条の立法趣旨は、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や慣習が挙げられるに過
ぎない。

他方、前掲東京家審昭和 34.6.15 が指摘した「婚姻による改氏を強いら
れるのが多くは女性の側にある現実をみれば、憲法上保障される両性の
本質的平等が実質的に冒される結果を招来するおそれ」は、顕在化して
久しく、現在もなお 96%以上の女性が改姓をするという異常な実質的不
平等を固定化しているのであって、その実質的不平等について合理的な
説明を与える余地がない。

したがって、民法 750 条は、「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 項に違反するというべきである。

第五 民法 750 条による人権制約の特殊性—2 つの自由の二者択一性

1 人権の二者択一を求める制度の違憲審査基準

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
の変更を強制されない自由」という憲法 13 条及び 24 条 2 項が保障する基本的
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」という憲
法 24 条 1 項及び 13 条が保障する基本的人権を放棄するかの二者択一の選択
が強制される。

憲法上の権利間での選択を迫る場合には、選択を強制することについてのや
むにやまれざる正当化事由が示されなければならない（甲 100 米沢広一「子
ども・家族・憲法」有斐閣初版 286 頁。同様に厳格な審査基準とするもの
として、甲 101 君塚正臣「幸福追求権—延長上に家族と平等を一部考える—」
横浜国際経済法学 19 巻 2 号 139 頁）。公権力はそれが「やむにやまれぬ政府

目的」または少なくとも、「正当かつ重要な政府目的」により裏づけられたものであること等を論証しなければならない（甲 49 竹中前掲 201 頁）。

2 民法 750 条の違憲性

夫婦同氏を義務づける「やむにやまれぬ政府目的」が論証されたことは制定以来一度もない。日本人間には夫婦同氏を強制する一方で、外国人と婚姻する日本人には民法 750 条を適用せず、かえって、1984（昭 59）年に戸籍法を改正するまでは、夫婦別氏を強制するという矛盾した対応をとっていたのであり、民法 750 条は、制定当初より、矛盾をかかえ、夫婦同氏の根拠の薄弱さを露呈してきたといっても過言でない。

やむをえない政府目的どころか、正当な理由もなく 2 つの基本的人権の択一を迫る民法 750 条は、そのいずれの基本的人権をも侵害しているというべきである。

第六 本件立法不作為が国賠法 1 条 1 項の違法性を有すること

一 立法不作為の違法性

国会議員の立法行為又は立法不作為は、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場合に、国賠法上違法と評価される。

そして、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（要件①）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（要件②）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、職務上の法的義務に違背したものとして、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（以上、17年判決、原判決26頁もまずこの基準に依拠している）。

二 要件①

1 本件へのあてはめ

上記の要件①を本件にあてはめれば、

- (i) 「氏の変更を強制されない自由」及び「婚姻の自由」が憲法上保障されていること
- (ii) 夫婦同氏を強制する民法750条は、「氏の変更を強制されない自由」及び「婚姻の自由」を違法に侵害するものであること
- (iii) 民法750条を改廃しない立法不作為が、控訴人らの「氏の変更を強制されない自由」及び「婚姻の自由」を違法に侵害すること
- (iv) この違法な権利侵害が明白であることとなる。

上記のうち、(i)及び(iii)については、すでに、第三ないし第五において、主張し証明したところである。(iii)は、(i)及び(ii)の当然の帰結でもある。

なお、(iii)の民法750条の改廃の態様には、(a)民法750条を削除する、(b)民法750条につき、最後の「称する」を「称することができる」と改める、(c)1996年の民法改正要綱案の提案する改正、などが考えられるが、そのいずれの方法を選択するかは、これこそ立法の裁量の範囲に属する事柄であり、原告は特定できる立場、あるいは特定すべき立場にない。

2 要件①の(iv)の権利侵害の「明白性」

明白性とは、国会議員が、憲法上の権利の違法な侵害を知っていたこと又は容易に知り得たことを意味する。

(1) 明白性の要件を必要とする趣旨

立法行為は、原則としては立法府の裁量的判断に委ねられている。そのことは、立法不作為の国賠法上の違法性判断においても、当然、考慮されなければならない。しかし、憲法又は条約に違反する法律を改廃しない国会の立法不作為が、国民に憲法上保障された権利を違法に侵害することが明白な場合には、例外として、その立法不作為を国賠法上違法と評価するというのが、17年判決の示した要件①(iv)の趣旨である。

(2) 遅くとも1996年には権利侵害は明白

明治民法の家制度の解体・民法第四編・五編の全面改正は、憲法制定に伴う重大な戦後改革の1つであった。しかし、家制度の存続を図る貴族院議員ら守旧派の強い抵抗の中で、民法改正は、一部妥協的に行われざるを得なかった。憲法学者の宮沢俊義が、「家破れて氏あり」「家破れて戸籍あり」との言葉を残したのはあまりに有名である。

このため、憲法の要求する個人の尊厳・両性の本質的平等が徹しなかった民法の主たる部分は氏に関連する条文であり、民法750条もまたその典型的な1つであり、原判決も指摘したように、婚姻制度に必要不可欠でも、婚姻の本質に起因するものでもないのに（原判決28頁）、夫婦同氏強制が残された。立法の中心であった我妻栄は、守旧派をなだめ説得するには、家制度はなくなったがこれからは家族を氏で表すと説明し、一方、新憲法の趣旨を徹底しようとする若手法学者らに対しての説明や、あるいは国会での説明では、ファミリーネームといってもあくまで「個人を表す」（原判決も28頁で引用した乙第1号証）と説明されていたことは、同氏が多くのエッセイや論稿に書き残している通りである。

このように、民法750条は、1947年の成立時より憲法との適合性に問題が

ある内容であり、違憲であったというべきであるが、1947年の民法改正時には見直しをすべしとの付帯決議が付された。

その後、1954年7月から開始された法務省法制審議会による民法の親族編についての審議において、夫婦別姓の選択肢をもうけることが早くも検討され、1955年7月には、夫婦異姓を認めるべきかにつき検討すべき留保事項としてその記録が公表され、国会議員は、すでに、民法750条が氏の変更を望まない者に変更を強制していることを認識しうる立場にあった。

その後現在に至るまで、女性の社会進出は進み続け、女性の就労率の上昇、晩婚化、離婚・再婚の増加などのライフスタイルの変化により、家族を取り巻く環境、意識が著しく変化し、婚姻改姓する者のうちの一定割合が、職業上又は生活上の不便・不利益を被るだけでなく、その人格を喪失したと感じ苦痛を蒙ることが、1976年より始まった国による婚姻改姓に関する世論調査によって明らかになっていった。

また、1976年には婚氏続称制度が、1987年には縁氏続称制度が創設され、身分変動に伴う氏の変更の強制により不利益・精神的苦痛を蒙る者が存在することが国会の場でも明らかになっていった。

民法750条の改正に関する請願は、早くも、婚氏続称制度の導入前の1975年より出され続け（甲102）、国会議員らは、これらの請願、民法750条により権利が侵害されている者がいることをいち早く知る立場にあった。

国際的には、男女の平等の進展を国際的にめざすために国連がもうけた1975年の国際婦人年、及びそれに続く国連婦人の10年があり、そして、その中間の時点である1979年に、国連で女性差別撤廃条約が採択された。

日本も、1985年6月25日には同条約を批准し、同年7月25日に発効した。同条約2条、16条（b）及び（g）は、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」、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。）」を締約国である日本の国民に保障し、批准国である日本に対し、これらの権利を確保するために遅滞なく民法750条を改廃することを義務づけた。

そして、以上の流れを受け、国内では、1991年婦人問題企画推進部が、夫婦の氏のあり方を含めた婚姻及び離婚に関する法制の見直しを含んだ国内行動計画を閣議報告し、これを受けて法務大臣が法制審議会に諮問し、1996年2月16日、法制審議会は「民法の一部を改正する法律案要綱」を答申し、公表された。同要綱は、民法750条につき、「夫婦は、婚姻の際に定めるところに従い、夫も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。」との改正案を採用している。国会議員らは、当然にこの審議経過及び結果を知っており、遅くとも、1996年には、民法750条の違憲性を認識し、又は容易に認識しえた。

その後1999年には、男女共同参画社会基本法が成立し、2000年の男女共同参画基本計画、2001年の男女共同参画会議基本問題専門調査会による「選択的夫婦別氏制度に関する審議の中間まとめ」、及び2005年の男女共同参画基本計画といった国の公式文書の中で、いずれも選択的夫婦別氏制度の実現の必要性が指摘され、国会議員は、民法750条の改廃をしないことが、国民の氏の変更を強制されない自由及び婚姻の自由を侵害し続けていることを知り、又は容易に知りえた。

したがって、遅くとも1996には要件①（iv）の明白性の要件を満たし、また仮にそうでないとしても現在において明白性の要件を満たしており、国会議員が、民法750条を改廃しない立法不作為は、国賠法上違法と評価すべきである。

三 要件②

1 要件②を本件にあてはめれば、

- (i) 「氏の変更を強制されない自由」及び「婚姻の自由」が憲法上保障されていること
- (ii) 民法750条が、「氏の変更を強制されない自由」及び「婚姻の自由」を違法に侵害するものであること
- (iii) これらの自由の侵害を除去するために（これらの権利の行使の機会を確保するために、婚姻時に氏の変更を強制しない制度を創設することが必要不可欠であること
- (iv) 侵害除去のために上記立法措置をとることが必要不可欠であることが明白であること
- (v) 国会が正当な理由なく長期にわたって上記立法措置をとることを怠っていること

が証明された場合に、国会議員の立法不作為が、国賠法上違法の評価を受ける。

このうち、(i) 及び (ii) については、すでに、第三ないし第五において、主張し証明したところである。

(iii) 及び (iv) は、(i) 及び (ii) の当然の論理的帰結である。

2 要件②の(v)の「国会が正当な理由なく長期にわたって上記制度の創設を怠ったこと」

この要件の意味は、立法措置を執るべきことが必要不可欠であることが明白になった時点から、正当な理由なく、長期にわたり立法を怠るときに、国賠法上違法と評価されるということである。

1985年に日本が女性差別撤廃条約を批准した時点において、締約国の義

務として、条約上、民法750条の改廃義務を負うことがすでに明らかであったが、どんなに遅くとも、1996年の法律案要綱公表時において、民法750条を改廃する立法措置を執ることが必要不可欠であることが明白になっていた。しかし、国会は、これを正当な理由なく、要綱策定から17年を経ても実行せず放置しており、その立法不作為の違法性は強度である。

したがって、要件②（v）の要件も満たしており、本件において、国会議員が、民法750条を、1996年以降、長期にわたって改廃しない立法不作為は、国賠法上違法と評価すべきである。

四 結論

以上の通り、国会議員が民法750条を改廃しない立法不作為、又は遅くとも1996年より17年の長期にわたって民法750条を改廃してこなかった立法不作為は、国会議員の職務上の義務に違反するものとして、国賠法1条1項上、違法の評価を免れない。しかも、その不作為の期間は長期に及び、違法性は顕著である。

第七 女性差別撤廃条約違反の立法不作為の違法性

一 原判決の判断

原判決は、「条約が、直接締約国の個々の国民に対し具体的な権利を保障するものである場合に、そ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ときには、例外的に国家賠償法1条1項の適用上違法の評価を受けるものと解する余地もある」（原判決31頁20行ないし25行）と述べ、条約違反の立法不作為が国家賠償法上、違法と評価される

場合があることを認めた。

そのうえで、原判決は、本件において控訴人らが主張する女性差別撤廃条約違反を根拠とする国賠法上の違法性について、「民法750条を改廃しないこと自体が条約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、「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、婚姻当事者の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」（同32頁4行ないし11行）と述べた。

かかる原判決の論理及び判断には、以下のとおりの誤りが存する。

二 条約違反の立法不作為が違法となる場合を不当に限定したこと

原判決は、憲法違反の立法不作為が国賠法上違法の評価を受ける例外的場合について、60年判決及び17年判決を根拠として、「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（控訴人が主張する要件①）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（控訴人が主張する要件②）」であると述べ（原判決26頁）、控訴人らが主張した違法性の判断基準①②（原判決5頁）をそのまま採用した。

しかるに、原判決は、条約違反の立法不作為が国賠法上違法の評価を受ける例外的場合については、同じく60年判決及び17年判決を根拠としながら、控訴人らが主張した違法性の要件①②（原判決12～13頁）のうち、②の場合のみを認め、①の「立法の内容若しくは立法不作為が国民に条約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である場合」を認めなかった（原判決31頁20行）。しかも、条約違反の立法不作為については、憲法違反の立法不作為と異なり、なぜ、①の場合に国賠法上の違法と評価することができないのかについて、何ら説明をしていない。

本件の場合、後述するとおり、民法750条を改廃しないという立法不作為は、それ自体、女性差別撤廃条約に違反し、国民が同条約により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である。原判決が、条約違反の立法不作為について、①の場合を国賠法上違法と評価される例外的場合を含めなかったことは、17年判決に違反し、本件訴訟における結論を左右することになる重大な誤りである。

三 女性差別撤廃条約が個人に権利を保障していること

1 原判決の判断

原判決は、女性差別撤廃条約16条1項(b)及び(g)は、「我が国の個々の国民に対し、直接、権利を付与するものということとはできない」、「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」と述べるが、この判断は、女性差別撤廃条約の性質を誤解するものである。

2 条約の一般論を人権条約に持ち込むことの誤り

原判決の判断の前提になっているのは、「条約は、一般に、締約国相互にお

いて権利義務を発生させる国際法規であり、直接各締約国とこれに所属する国民個人との間の権利義務を規律するものではない」(原判決32頁)という条約についての一般論である。

しかしながら、人権条約においては、国際法が直接個人の権利を創設しているのであり、かかる条約についての一般論は人権条約については妥当しない(甲52・申意見書22頁)。

3 女性差別撤廃条約16条1項(b)及び(g)の解釈の誤り

原判決は、「個人に対して権利を付与することが明確に規定されている条約も存在し得ることから、対象となる条約を個別に解釈して決すべき」(原判決32頁 24行ないし26行)であるとして、女性差別撤廃条約16条1項(b)及び(g)については、締約国が女性に対し権利を「確保する」と規定され、「直接、権利を付与する旨の文言はない」から、同条項は締約国の国民に直接権利を付与するものではないと判断した(原判決34頁3行ないし4行)。

しかしながら、かかる判断は、「権利を付与する旨の文言」の有無にこだわった形式的解釈であり、条約の解釈規則に反する。すなわち、条約は、文脈によりかつその趣旨及び目的に照らして与えられる用語の通常の意味に従い、誠実に解釈されるべきところ(条約法に関するウィーン条約31条1項)、「条約の目的は、性に基づく女性に対するあらゆる形態の差別の撤廃である。条約は、政治的、経済的、社会的、文化的、市民的、家庭内その他のすべての分野において、その婚姻状況に関係なく、また、男性との平等を基礎として、女性にあらゆる人権と基本的自由の平等な認識、享有および行使を保障する」(甲46・女性差別撤廃委員会一般的意見28、4項)。実際、同条約16条1項(b)及び(g)は、「権利」の用語を用い(特に、(g)は、「個人的権利」の用語を用いている)、個人に権利を保障していることは明らかである。

しかも、国際人権条約において用いられる「確保する」(ensure)とは、条約による個人の権利の保障を、締約国の義務の側面から規定する文言である。実際、「確保する」という文言は、個人に権利を保障した条約であることが異論なく受け容れられている自由権規約においても、締約国の義務を定めた2条等において用いられているが、「確保する」という文言のために、同条約が個人に権利を付与するものではないなどとは考えられていない。

4 女性差別撤廃条約上の権利を侵害された個人の救済

女性差別撤廃条約は、女性に対し性にに基づく差別なく男性との平等を基礎として権利を保障するために、締約国が差別の撤廃を実現するために執るべき義務を具体的に規定するものであるが、締約国の国民（を含む締約国の管轄下にある個人）は、締約国に対し、「女性の権利の保護を男性との平等を基礎として確立」し、差別により権利を侵害された場合は、裁判所を通じて効果的に保護することを確保すること、すなわち、司法的救済を求めることができる（同条約2条(c)）。

さらに、選択的議定書を締結している国の国民（を含む締約国の管轄下にある個人）の場合には、条約に定める権利を侵害された被害者として、国際法上の救済手段である個人通報制度を利用して、権利侵害に対する救済を求めることができるのである。以上のことは、まさに、女性差別撤廃条約が、女性に対し、性による差別なく男性との平等を基礎として権利を保障していることの証左にほかならない（甲52・申意見書同旨）。

この点、原判決は、「条約の文言そのものの解釈から離れて、後に個人通報制度が導入されたことから、条約が、締約国の国民個人に具体的権利を付与するものと解することができるものではなく、我が国が上記選択議定書を批准していないことは原告らも認めるところである」と述べて、選択議定書の

規定は、同条約が個人に権利を付与していることにはならないとする（原判決34～35頁）。

しかしながら、選択議定書は、もともと同条約が個人に権利を保障するものであることを前提として、新たに国際法上の権利救済という手続的権利を創設したものであり、選択議定書の採択によって、初めて同条約が個人に実体的権利を付与することとなったものではない。原判決のような理解に立てば、女性差別撤廃条約は、締約国が選択議定書を締結することによって、その管轄下にある個人に対してのみ、条約上の権利が付与されるという不合理な結論を認めることになる。このことから、原判決の解釈が不当なものであることが明らかである。したがって、日本が選択議定書を締結していないことは、同条約が日本の国民個人に対し権利を保障することを否定する理由とはならない。

5 女性差別撤廃条約16条1項(b)及び(g)が保障する権利の内容

さらに、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頁11行ないし12行）と述べた点も、同規定の解釈として正しいものとは言えない。

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」、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の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、本件国賠請求訴訟において、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、女性差別撤廃条約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。仮に、原判決が述べるように、同規定によって、原判決が自ら設定した上記の権利が保障されているとは言えないとしても、民法750条の改廃を怠った立法不作為が、女性差別撤廃条約16条1項(b)及び(g)が保障する権利を違法に侵害することが明白であるとの結論を左右するものではない。

四 条約が個人に権利を保障しているとの判断に直接適用可能性の概念は不要

1 原判決の判断

さらに、原判決は、「我が国においては、一般的に、条約は公布により当然に国内的効力を有する」ことを認めつつ、「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（直接適用可能である、ないし自動執行力がある）というためには、上記の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」と述べた（原判決33頁）。

しかしながら、この判断は、次の二点において、誤りであると言わざるを得ない。

2 本件において条約の直接適用可能性の有無を検討する必要はない

本件において、裁判所が判断を求められているのは、国会が民法750条を改廃しなかった立法不作為が、女性差別撤廃条約によって保障されている個人の権利を違法に侵害していることが明白であるか（違法性の要件①）、又は、

国民に条約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（違法性の要件②）という問題であり、条約を直接の根拠とする個人の権利の実現の可否ではない。

つまり、本件の国賠請求訴訟においては、裁判所が、控訴人らの主張事実に法を適用して控訴人らの請求の可否の判断を導き出す際に、直接適用するのは国家賠償法という国内法なのであって、条約そのものではない。すなわち、裁判所が本件訴訟において求められているのは、国家賠償法上の違法の評価の枠組みにおける、違法性の有無の判断のための条約の解釈なのであって、裁判所が条約を直接適用して請求権を導き出すことの可否ではない。本件における条約の適用は、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、同様の構造にあるといえる。

したがって、本件においては、女性差別撤廃条約16条1項(b)及び(g)について、「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」ことという、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のである。

控訴人らが、原審において、本件の国家賠償法に基づく損害賠償請求においては、条約の直接適用可能性は問題とならないと主張してきたのも、岩沢教授が、他の訴訟類型においては直接適用可能性が否定されるような条約規定についても、「国家が条約を国内的に実施しないために損害を被った個人による国家賠償請求訴訟を認める余地」（乙17・岩沢333頁）はあると述べるのも、この趣旨である。

この点、原判決は、そもそも本件において条約の直接適用可能性の有無を問題にする必要の有無自体が争点の一つであったにもかかわらず、何の根拠も示さず、また、直接適用可能性の有無を問題にする必要がないとの控訴人らの主張を排斥したことについての説明もなく、前述のとおり、漫然と、条約違反の立法不作為の違法性の判断のために、条約の直接適用可能性を必要とするとの誤った立場を採用した。かかる原判決の態度は、国内法上の違法性の要件として条約が保障する権利の侵害が主張された場合であっても、およそ条約を根拠とする主張について判断するためには、必ず条約規定の直接適用可能性の有無をまず検討しなければならないとの条約についての誤った理解に基づくものにほかならない。

3 女性差別撤廃条約16条1項(b)及び(g)は直接適用可能

2で述べた通り、本件において条約の直接適用可能性の有無を検討する必要はないが、原判決は、その不要であった、女性差別撤廃条約16条1項(b)及び(g)の規定の直接適用可能性を審理したうえ、直接適用可能性の判断基準についても、「上記の条約一般の本来的な性格にかんがみて」との漠然とした理由のみを根拠として、「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に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」とする誤った判断基準を述べた。

しかしながら、原審において詳しく述べたとおり、直接適用可能性の判断基準については、国際法学者の間においても争いがあるところであり、条約の一般的性格から当然に導き出されるものではない。特に、原判決は、日本においては、憲法98条2項が、条約について一般的に国内的効力を付与しているにもかかわらず、裁判所が条約を直接適用するために、条約規定が、上記

のような厳格な基準を満たさなければならないことについて、まったく説明をしていない。

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、女性差別撤廃条約16条1項(b)及び(g)の規定について、当事国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。

また、条約規定が直接適用可能であると認められるために、原判決が述べる上記のような厳格な基準を満たす必要はないものの、女性差別撤廃条約16条1項(b)及び(g)の規定について言えば、条約によって保障される個人の権利内容の具体性・明確性・確定性の点でも、また、個人の権利を定めるという締約国の意思の点でも何ら欠けるところはなく、原判決が示した直接適用可能性の基準によっても、同条項は直接適用可能と認められる。

五 差別的規定の改廃義務違反と国会議員の職務上の法的義務違背

女性差別撤廃条約16条1項(b)及び(g)は、婚姻及び姓の選択についての男女同一の権利という明確で具体的な権利を保障している。

民法750条は、夫婦の氏について夫婦が合意により夫又は妻の氏を選択することができるという点では、形式的には性別に基づく差別を行うものではない。しかし、控訴人らが原審においても主張してきたように、96%以上の夫婦において妻が婚姻改姓をするという現状に鑑みれば、民法750条が、日本における慣習の存在と相まって、女性が氏の選択権を享有し又は行使することを害する効果を有している差別的規定にあたることは明らかである。

したがって、民法750条が同規定に違反する差別的規定にあたる以上、民法

750条を改廃しないことは、同条約2条(f)に違反して、国民に条約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であり、条約違反の立法不作為が国賠法上の違法と評価されるための要件①を満たすものである。

すなわち、国は、女性差別撤廃条約の締約国として、16条1項(b)及び(g)の権利を確保する義務を負い、これら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切な措置をとることを義務付けられているが、国内法に、同条項が保障する権利について女性に対する差別となる差別的規定がある場合は、すべての適切な措置の内容として、当該差別的規定の改廃という具体的な法的義務を負うのである（2条(f)）。

この点、17年判決の基礎となっている60年判決は、国賠法上の違法性の判断基準としての、「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」について、「憲法の採用する議会制民主主義の下においては、国会は、国民の間に存する多元的な意見及び諸々の利益を立法過程に公正に反映させ、議員の自由な討論を通してこれらを調整し、究極的には多数決原理により統一的な国家意思を形成すべき役割を担うものである。そして、国会議員は、多様な国民の意向をくみつつ、国民全体の福祉の実現を目指して行動することが要請されているのであつて、議会制民主主義が適正かつ効果的に機能することを期するためにも、国会議員の立法過程における行動で、立法行為の内容にわたる実体的側面に係るものは、これを議員各自の政治的判断に任せ、その当否は終局的に国民の自由な言論及び選挙による政治的評価にゆだねるのを相当とする。さらにいえば、立法行為の規範たるべき憲法についてさえ、その解釈につき国民の間には多様な見解があり得るのであつて、国会議員は、これを立法過程に反映させるべき立場にあるのである」とし、「国会議員の立法行為は、本質的に政治的なものであつて、その性質上法的規制の対象になじ

まず、特定個人に対する損害賠償責任の有無という観点から、あるべき立法行為を措定して具体的立法行為の適否を法的に評価するということは、原則的には許されないものといわざるを得」ず、「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」と述べた。

しかしながら、女性差別撤廃条約に違反する差別的規定の改廃義務については、上記の立法過程について述べられた一般論は妥当しない。国は、国会の承認を得て、女性差別撤廃条約を締結したことにより、国内法に同条約違反の差別的規定が存在するときは、差別の撤廃のための措置として、差別的規定を改廃するという国際法上の義務を引き受けたのである。そして、この国際法上の義務は、条約に基づき締約国が相互に負う義務であるが、同時に、憲法98条2項によって、条約に国内法的効力が付与されることにより、国内法上の義務に転化され、日本国憲法上唯一の立法機関である国会の国会議員が、条約によって権利を保障された国民個人に対して負う法的義務になったのである。

この場合に、差別的規定である民法750条を改廃し、条約16条1項(b)及び(g)が保障する権利を確保するために、具体的にどのような制度を構築するか、すなわち、民法750条をどのように改正するかという内容については必ずしも一つに絞られる訳ではなく、国会の立法裁量に委ねられる。しかしながら、差別の撤廃のために、差別的規定を存続させてはならず、改廃しなければならないという条約上の義務自体は明白であり、一義的かつ即時的なものである。

したがって、国が、この改廃義務を怠っている以上、かかる立法不作為は女性差別撤廃条約に違反し、差別的規定の存続によって生じている差別によって、条約によって保障された個人の権利利益を違法に侵害していることは明白で

あり、よって、条約違反の立法不作為が国賠法上の違法と評価されるための要件①の場合にあたる。

しかも、女性差別撤廃条約16条1項(b)及び(g)が保障する権利の行使の機会を確保するためには、同規定に違反する差別的規定である民法750条を改廃するという所要の立法措置を執ることは必要不可欠なものであり、このことは、同条約2条(g)の規定から明白である。それにもかかわらず、本件においては、国会は、正当な理由なく長期にわたってこれを怠ってきたのであるから、条約違反の立法不作為が国賠法上の違法と評価されるための要件②の場合にもあたる。

六 民法750条の条約違反の判断を回避した誤り

以上のとおり、民法750条が女性差別撤廃条約16条1項(b)及び(g)に違反する差別的規定であるとするれば、これを長期間にわたり正当な理由なく改廃してこなかった本件の立法不作為は、国賠法上の違法性の要件①及び②のいずれの場合にも該当する。

しかるに、原判決は、「仮に女子差別撤廃条約を誠実に遵守するためには民法750条を改廃する必要があり、これを改廃しないことが女子差別撤廃条約に反するとしても、そのことから直ちに国会議員の立法不作為が違法の評価を受けるものではない」（原判決35頁7行、傍点は控訴人ら）と述べ、条約違反の判断を行わなかった。裁判所としては、まず、民法750条が女性差別撤廃条約違反にあたるかを判断する必要があったにもかかわらず、原判決は、この判断を不当にも回避した点で、重大な誤りを犯したものである。

七 裁判所は締約国の司法機関として司法的救済の義務を負う

このことは、また、原判決が、女性差別撤廃条約の締約国の司法機関として、同条約2条(c)の司法的救済の義務を負っていることを、正しく理解していないことを示している。

一般的意見28では、2条(b)の「女性に対するすべての差別を禁止する適当な立法その他の措置（適当な場合には制裁を含む。）をとること。」という締約国の義務の内容として説明されているが、締約国は、条約の下で保障される権利を侵害された女性に対し適切な救済を付与する義務を負うのであり、かかる救済の様々な形態の一つが金銭賠償なのである（甲46・一般的意見28、32項）。

本件の国賠請求訴訟は、まさに、女性差別撤廃条約が定める女性に対する差別の定義に照らし、同条約上の差別的規定にあたる民法750条によって、同条約16条1項(b)及び(g)によって保障された権利を侵害された控訴人らが、金銭賠償という形で司法的救済を求めたものなのである。しかるに、原判決は、締約国の司法機関として、同条約2条(c)に基づき、権利を侵害された被害者を救済すべき義務があることの認識を欠き、民法750条が女性差別撤廃条約に違反すること自体の判断を回避するという決定的な誤りをしたうえ、60年判決及び17年判決の違法性の判断基準を、差別的規定の改廃義務違反という条約違反の立法不作為に適用するにあたり、かかる改廃義務は、国会議員が国民個人に対し負う職務上の法的義務であることを看過し、誤った結論に至ったものである。

以上