

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

控訴審第1準備書面

2013（平成25）年11月22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

第一 国家賠償法の違法性を判断する前提として、まず合憲性の審査をすべき であること

1 原判決の判断

原判決は、国賠法上の違法性を判断するにあたり、「原告らは、民法750条が憲法13条、24条に反し、違憲であることを主張するが、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はない」（原判決27頁8行以下）として、本件で控訴人らが問題とする民法750条の合憲性の判断を回避した。

そして、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た。

しかしながら、立法不作為による権利侵害の国家賠償訴訟では、立法不作為の合憲性についてまず審査がなされるべきであり、民法750条の合憲性の審理を回避した原判決は、重要な争点に関する判断を遺脱したものである。この点については、これまでも主張してきたところであるが(控訴理由書7頁以下等)、本書面では、最高裁判例等を取り上げつつ、主張を補足する。

2 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。)はまず合憲性審査をしたこと

控訴理由書8頁でも述べたとおり、17年判決は、国賠法上の違法性の判断を行う前に、まず、在外選挙制度の不存在・不備が在外国民の選挙権を侵害して違憲であることの判断を行った(甲106の1・5頁, 18頁)。

17年判決が立てた判断基準によれば、国賠法上の違法性が認められるためには、「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」であること、あるいは、「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」ことが必要である。そして、これらの要件は、当該立法(不作為)が違憲であり、しかもその違憲の程度が強い場合に成立するというものであるから、これを審査するためには、結局、立法(不作為)の合憲性を審査し、その違憲性の明白さの程度を測定することによらなければならないのである(甲106の1・6頁)。

控訴人らは、立法不作為の国賠法上の違法性を判断するにあたり、17年判決に基づいた枠組みを主張しており、原判決も、17年判決を引用した上で判

断基準を定めているところであるから、17年判決と同様、国賠法上の違法性の審査のためには、まず民法750条の合憲性の審査をすべきである。

なお、17年判決は、原告の請求が確認の訴えと国家賠償請求の二つであった点で本件とは異なる。しかしながら、17年判決は、過去の法律関係の確認を求める訴えを不適法であるとして斥けた上で、平成10年改正前の公職選挙法が在外選挙制度を設けていなかったことを違憲であると判断していることから、国家賠償法上の違法性を判断する前提として、当該法律の違憲性について独自に審査したものである（甲106の1・5頁）。

3 他の判例・裁判例における、積極的な合憲性審査の動向

17年判決以降の立法（不作為）による権利侵害の国家賠償訴訟においても、法律自体の合憲性についての判断が回避されることなく行われている。

(1) 精神的要因による投票困難者の選挙権に関する最高裁平成18年7月13日判決（訴月53巻5号1622頁，甲106の1・9～11頁）の補足意見

当該判決は、精神的要因による投票困難者に対する立法措置を執らなかつたことに対する国家賠償請求について、国賠法上の違法性の評価に関して、「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や、国民に憲法上保障されている権利行使の機会を確保するために所要の立法措置を執ることが必要不可欠であり、それが明白であるにもかかわらず、国会が正当な理由なく長期にわたってこれを怠る場合などには、例外的に、国会議員の立法行為又は立法不作為は、国家賠償法1条1項の規定の適用上、違法の評価を受けるものというべきであることは、当裁判所の判例とするところである」と論じて17年判決のいわゆる第二要件を援用した上で、「精神的原因による投票困難者は、身体に障害がある者のように、既存の公的な制度によって投票所に行くことの困難性に結び付くような判定を受けているものではない」し、「身体に障害

がある者の選挙権の行使については長期にわたって国会で議論が続けられてきたが、精神的原因による投票困難者の選挙権の行使については、本件各選挙までにおいて、国会でほとんど議論されたことはなく、その立法措置を求める地方公共団体の議会等の意見書も、本件訴訟の第1審判決後に初めて国会に提出されたというのであるから、少なくとも本件各選挙以前に、精神的原因による投票困難者に係る投票制度の拡充が国会で立法課題として取上げられる契機があったとは認められない」として、国賠法上の違法性を否定した。

この判決では、立法不作為の合憲性それ自体についての判断はない。しかし、泉徳治補足意見は、「投票所において投票を行うことが極めて困難な状態にある在宅障害者に対して、郵便等による不在者投票を行うことを認めず、在宅のまま投票をすることができるその他の方法も講じていない公職選挙法は、憲法の平等な選挙権の保障の要求に反する状態にある」と説示している。この泉補足意見は、精神的原因による投票困難者の選挙権に関する立法不作為が違憲状態にあったとするものであり、すなわち、国賠法上は違法ではないが、立法不作為それ自体は違憲であるとするものである。このことは、立法(不作為)に対する国家賠償訴訟において、立法(不作為)の違憲性と国賠法上の違法性とは異なることを前提に、国賠法上は適法であっても、立法(不作為)それ自体は違憲であることがありうることを示しており、国賠法上違法であるとはいえない場合でも、立法(不作為)の合憲性について審査し違憲と判断することができることを意味している。

(2) 住民票記載義務づけ等請求事件に関する最高裁平成25年9月26日判決(裁判所時報1588号2頁, 甲106の1・11~12頁, 106の2)

この事件は、上告人らが、上告人らの子の出生の届出に際し、戸籍法49条2項1号所定の届書の記載事項である嫡出子又は嫡出でない子の別を記載

しなかったため、子の出生届が受理されず、子に係る戸籍及び住民票上の記載がされなかったところ、上告人らが同号の規定のうち届出に嫡出子又は嫡出でない子の別を記載すべきものと定める部分（以下、「本件規定」という。）は憲法14条1項に違反するものであるなどと主張して、被上告人国に対し本件規定を撤廃しない立法不作為の違法を理由に、被上告人世田谷区に対し上告人子に係る住民票の記載をしない不作為の違法を理由に、それぞれ国家賠償法1条1項に基づき慰謝料の支払いを求めたものである。

最高裁は、戸籍法49条2項1号の立法(不作為)の国賠法上の違法性についてはまったく論及せず、「上告理由のうち本件規定が憲法14条1項に違反する旨をいう部分について」審査し、「本件規定は、嫡出でない子について嫡出子との関係で不合理な差別的取扱いを定めたものとはいえず、憲法14条1項に違反するものではない。」と論じて、上告を棄却した。

このように、最高裁は、立法(不作為)に対する国家賠償請求の訴えについて、戸籍法49条2項1号が違憲ではないという実体判断を行い、それによって国家賠償請求を斥けた。すなわち、国賠法上の違法性を判断する前提として、法律の合憲性の審査を行ったのである。

(3) 受刑者選挙権の否認を違憲と判示した大阪高裁平成25年9月27日判決（甲106の1・12～13頁，甲第108号証）

この事件では、禁錮以上の刑に処せられその執行を終わるまでの者（以下、「受刑者」という。）の選挙権の行使を認めていない公職選挙法11条1項2号の違憲性が国家賠償訴訟で争われた。

1審の大阪地裁判決(大阪地判平成25.2.16)は、国家賠償法上の違法性について論ずる前に、受刑者の選挙権制限の合憲性について、17年判決の厳格な基準ではなく、合理性の有無を判断すべきであるとして、受刑者の選挙権制限そのものが合憲と判示し、国家賠償請求を斥けた。

これに対して、大阪高裁控訴審判決は、17年判決の「やむを得ないと認められる事由」という厳格な基準に基づいて公選法11条1項2号の合憲性を審査し、「公職選挙法11条1項2号が受刑者の選挙権を一律に制限していることについてやむを得ない事由があるということとはでき」ないとして、違憲と判示した。しかし、国賠法上の違法性については、17年判決の判断枠組に依拠しつつ、立法行為の国賠法上の違法性について、「公職選挙法11条1項2号が立法された昭和25年当時、受刑者であることを選挙権の欠格事由とすること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であったとまでは認め難い」とし、立法不作為の違法性についても、「平成 22年 7月 11日当時、公職選挙法11条1項2号による受刑者の選挙権制限規定を廃止すべきことが明白な状況であったとは認め難いし、同時点において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状態にあったと評価することもできないから、国家賠償法上、その廃止立法不作為が違法であるということとはできない。」と判示した。

まず、1、2審判決ともに、17年判決の論理に忠実にしたが、最初に公選法11条1項2号の合憲性について審査していることは注目に値する。

しかも、2審判決は、17年判決の選挙権制限の厳格な審査基準に拠りつつ違憲判断を示した上で、国賠法上の違法性について17年判決の判断枠組に依拠して審査し、立法（不作為）の違法性を否定した。すなわち、国賠法上の違法性の判断の前提として、まず法律の合憲性を審査し、それが違憲である場合、さらに違憲性の程度を測定しつつ、立法（不作為）による権利侵害の明白性や立法措置が必要不可欠であることの明白性につき審査するという、まさに17年判決と同様の方法で判断しているのである。

(4) 小括

以上のように、17年判決の審査方法、すなわち、立法(不作為)の違憲性と

国賠法上の違法性とは異なることを前提に、国賠法上の違法性の判断の前提として、まず合憲性についての審査を行うという方法は、その後の判例、裁判例にも踏襲されている。

原判決もまた、控訴人らが主張する立法不作為の国賠法上の違法性を審査する前提として、民法750条の合憲性を審査すべきであったことは論を俟たない。

4 憲法上の権利を真正面から判断すべきであったこと

原判決は、民法750条の合憲性の判断を回避し、すべて国賠法上の違法性の議論の中で審査を行った。そのため、「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」(答弁書28頁2行目)といったように、本来憲法上の権利の導出に関する議論であるべき部分に、立法不作為の国賠法上の違法性の要件である「明白である」かどうかという条件を付加したかたちで論じている。

しかしながら、ある権利・自由が憲法上保障されているかどうかという問題は、憲法ないし人権の重要な解釈問題であり、それがどのような訴訟で争われているかに関わりなく、人権解釈の実体法上の問題として論じられるべきものである。最高裁も、憲法上の権利として認められるかどうかの審査について、訴訟形態によって審査方法を変えるようなことはなく、憲法・人権の実体の問題として、その導出の当否を議論してきたところである(京都府学連事件最高裁判決(最大判昭44.12.24民集23-12-1625)、外国人指紋押捺訴訟最高裁判決(最三小判平7.12.15刑集49-10-842)、住基ネット訴訟最高裁判決(最一小判平20.3.6民集6-3-665)等。以上、甲106の1・24～26頁)。

原判決も、控訴人らが主張する権利が憲法上の権利か否かを審査するにあたり、実体法上の憲法解釈の問題として真正面から憲法判断をすべきであった。しかしながら、原判決は、すべて国賠法上の違法性の議論の中で審査を

行ったことから、憲法解釈の問題として憲法判断をすべき部分に明白性という余分な要件を付加して判断するという看過できない誤りを犯している。

5 小括

以上のように、原判決は、本件立法不作為が国賠法上違法であるかを判断するにあたり、まず民法750条の合憲性につき真正面から審査すべきであった。それにもかかわらず、この審査を回避し、国賠法上違法であるか否かの審査に限定した原判決は、重要な争点についての判断を遺脱している。

第二 民法750条の違憲性及びそれを改廃しない立法不作為の違法性

1 非嫡出子法定相続分差別事件最高裁違憲決定

控訴人らは、民法750条が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が失われ、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がなくなったことを主張してきた。

家族を取り巻く国内的・国際的な社会的環境等の変化について触れた判例及び裁判例については、原審においても複数引用してきたところであるが（原告準備書面(4)の第5の一）、本年9月4日に下された非嫡出子法定相続分差別事件最高裁違憲決定（最大決平成25.9.4判例時報2197号10頁）は、その著しい変化について改めて指摘している。

すなわち、同最高裁決定は、まず、①婚姻及び家族の形態の多様化並びにそれに伴う婚姻及び家族の在り方に対する国民の意識の多様化について、「戦後の経済の急速な発展の中で、職業生活を支える最小単位として、夫婦と一定年齢までの子どもを中心とする形態の家族が増加するとともに、高齢

化の進展に伴って生存配偶者の生活の保障の必要性が高まり、子孫の生活手段としての意義が大きかった相続財産の持つ意味にも大きな変化が生じた」こと及び「昭和50年代前半頃までは減少傾向にあった嫡出でない子の出生数は、その後現在に至るまで増加傾向が続いているほか、平成期に入った後においては、いわゆる晩婚化、非婚化、少子化が進み、これに伴って中高年の未婚の子どもがその親と同居する世帯や単独世帯が増加しているとともに、離婚件数、特に未成年の子を持つ夫婦の離婚件数及び再婚件数も増加するなどしている」ことから、「婚姻、家族の形態が著しく多様化しており、これに伴い、婚姻、家族の在り方に対する国民の意識の多様化が大きく進んでいることが指摘されている。」とした。

次に、同最高裁決定は、②諸外国での法改正の状況、我が国による「市民的及び政治的権利に関する国際規約」及び「児童の権利に関する条約」の批准、並びに、自由権規約委員会及び児童の権利委員会による懸念の表明及び法改正の勧告について触れ、さらに、③我が国における嫡出子と嫡出でない子の区別に関わる法制等の変化及び法改正のための議論に言及した。

その上で、同最高裁決定は、④「本件規定の合理性に関連する以上のような種々の事柄の変遷等は、その中のいずれか一つを捉えて、本件規定による法定相続分の区別を不合理とすべき決定的な理由とし得るものではない。しかし、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、嫡出子と嫡出でない子の区別に関わる法制等の変化、更にはこれまでの当審判例における度重なる問題の指摘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いえる。」と、個人の尊重がより明確に認識されてきたこと

を指摘し、「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、上記のような認識の変化に伴い、上記制度の下で父母が婚姻関係になかったという、子にとっては自ら選択ないし修正する余地のない事柄を理由としてその子に不利益を及ぼすことは許されず、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ものということができる。」と、自ら選択する余地のない事柄を理由として不利益を及ぼすことは許されないことを理由に、「遅くとも・・・相続が開始した平成13年・・・当時においては、立法府の裁量権を考慮しても、嫡出子と嫡出でない子の法定相続分を区別する合理的な根拠は失われていた」と結論付けた。

2 夫婦同氏強制を支える立法事実が失われたこと

上記最高裁決定が嫡出子と嫡出でない子の法定相続分を区別する合理的な根拠が失われたことを示すために触れた種々の事柄の変遷は、夫婦同氏強制を支える立法事実が失われたとして控訴人らが原審で述べてきたところとまさしく重なるものである。

まず、①婚姻及び家族の形態の多様化並びにそれに伴う婚姻及び家族の在り方に対する国民の意識の多様化について、控訴人らは、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、氏の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

くなったことを論じてきた（原審原告準備書面(4)の第5の二）。

次に、②諸外国での法改正の状況として、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み、現在では、同氏という選択肢しか認めない法制の国はみあたらないことも、原審にて述べてきたとおりである（原審訴状の第3の四の2など）。また、条約の批准及び委員会による勧告について、日本が1985（昭60）年に批准した女性差別撤廃条約が、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ていること（同条約2条（f）、16条1項柱書）、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）が、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たこと、女性差別撤廃委員会が、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たこと、特に、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行ったことも、これまで指摘してきたとおりである（原審原告準備書面(4)の第5の三）。

さらに、③法制等の変化についても、繰り返し述べてきたとおり、1976（昭51）年には婚氏続称制度が、1987（昭62）年には縁氏続称制度が創設され、身分変動と氏の変更が必ず連動するものではなくなり、氏の継続性ないし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（原審訴状の第3の三など）。また、法改正のための議論として、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こと、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たこと、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たこと、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、やはり被控訴人自身が、「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、「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ことについても、これまで述べてきたとおりである（原審原告準備書面(4)の第5の四）。

加えて、④上記最高裁決定は、「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」「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」とするところ、本件においてもまさに、上記①ないし③で述べてきた国内外の事情の変化が、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を明らかにし、法律婚の場面において個人が生来の氏を維持することが尊重されるべきであるとの考え方を確立させたものである。

3 結論

以上からすれば、これまで述べてきたとおり、民法750条が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が失われ、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くなったというべきである。

そして、同様に、立法事実の変化により、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（平8）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というべきである。

原判決は、非嫡出子法定相続分差別事件最高裁違憲決定が改めて指摘した、家族を取り巻く国内的・国際的な社会的環境等の著しい変化、すなわち、夫婦同氏強制を支える立法事実が失われたという事実を直視しなかったものである。

以上の通り、原判決は重大な誤りを犯しており、取り消しを免れない。

以 上