

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

答 弁 書


平成23年5月18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

〒100-8977 東京都千代田区霞が関一丁目1番1号

法務省大臣官房行政訟務課

課	付	平	野	朝	子	
課	付	平	井	直	也	
第 二 係 長		西	尾	昭	彦	
第 一 係 主 任		澤	田	勝	弘	

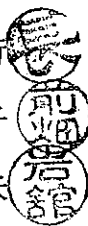
〒102-8225 東京都千代田区九段南一丁目1番15号

九段第2合同庁舎

東京法務局訟務部 (送達場所)

(電 話 03-5213-1397)

(FAX 03-3515-7307 岩館あて)

部	付	長		好	行	
法 務 事 務 官		前	畑	聡	子	
法 務 事 務 官		岩	館	裕	矢	

〒100-8977 東京都千代田区霞が関一丁目1番1号

法務省民事局

局 付 佐 野 文 規



〒102-8225 東京都千代田区九段南一丁目1番15号

九段第2合同庁舎

東京法務局民事行政部戸籍課

課 長 補 佐 大 澤 文

総 括 係 長 中 泉 英

第 一 係 長 原 孝



## 第1 請求の趣旨に対する答弁

本件訴えのうち請求の趣旨第1項に係る部分は既に却下されているので、被告は、その余の請求の趣旨に対し、以下のとおり答弁する。

- 1 原告らの請求をいずれも棄却する
- 2 訴訟費用は原告らの負担とする
- 3 仮執行宣言は相当ではないが、仮に仮執行宣言を付する場合は、
  - (1) 担保を条件とする仮執行免脱宣言
  - (2) その執行開始時期を判決が被告に送達された後14日経過した時とすることを求める。

## 第2 請求の原因（原告らの平成23年2月18日付け第1準備書面（以下「第1準備書面」という。）並びに同年3月1日付け及び同月7日付け各訴状の訂正申立書による訂正後のもの）に対する認否

### 1 「第1 はじめに」について

夫婦の氏について、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定める民法750条の規定が、原告らが主張する憲法13条に由来する氏名保持権及び憲法24条1項の婚姻の自由を侵害し違憲であるとの主張、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（以下「女子差別撤廃条約」という。）16条1項(g)に違反するものであるとの主張は争う。

その余は、主に提訴の経緯等を述べるものであり、認否の限りでない。

### 2 「第2 当事者」について

3 「第3 民法750条の制定から現在までの経緯」について

(1) 「一 民法750条と婚姻の成立要件」について

ア 第1段落

認める。

イ 第2段落

認める。ただし、婚姻の成立要件については、実質的要件として婚姻意思の合致に加えて婚姻障害事由（民法731条ないし737条）が存在しないことも必要である。また、形式的要件として届出（民法739条）が必要であるところ、戸籍法74条1号により、「夫婦が称する氏」が婚姻

届の必要的記載事項と定められている。

ウ 第3段落

認める。

(2) 「二 民法750条制定当初の議論」について

ア 「1 民法改正と夫婦同氏（1947年）」について

(7) 1行目（民法旧規定…）から9行目（…新設された。）まで

認める。

(4) 9行目（しかし、改正…）以下について

昭和22年法律第222号による民法改正により、同法第4編及び第5編（明治31年法律第9号による追加部分。以下「民法旧規定」という。）の家制度が廃止され、家督相続、庶子、妻の無能力に関する規定等が廃止されたこと、祭具などを共同相続の対象としない旨の規定が設けられたこと（ただし、民法旧規定987条のように家督相続人に相続させるものではない。）は認める。

民法750条は、家制度が廃止された結果、氏は「家」の氏ではなく個人の氏（姓）となったことを前提として、家族の呼称（ファミリーネーム）という趣旨で、夫婦間の合意を前提とする夫婦・親子同氏制度が採用されたものであり（第1回国会衆議院司法委員会議録第20号1，2ページ（昭和22年8月13日）の奥野健一政府委員の答弁（乙第1号証）参照），原告らが主張するように「家制度の結果としての「夫婦同氏」を継承」する趣旨ではない。

なお、原告らが引用する我妻栄「戦後における民法改正の経過」131ないし133ページ（乙第2号証）には、民法改正法案の第6次案までは「夫婦ハ共ニ夫ノ氏ヲ称ス但当事者カ反対ノ意思ヲ表示シタルトキハ妻ノ氏ヲ称ス」とされていたものの、その後「夫又ハ妻」に修正することを決めていたところに、GHQの司令部から夫の氏を称するとの部

分が両性の平等に反するとの示唆もあって、同法案の第7次案では「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。」と修正されたことが記載されている。原告らは同著を引用して「GHQの司令部から、両性の平等に反する、氏は全部自由にしてはとの示唆が相当になされたが、結局、家制度の結果としての「夫婦同氏」を継承し…民法750条が成立した」とその経緯を述べるが、それは引用として適切ではない。

イ 「2 附帯決議（1947年）」について

認める（ただし「可及的に速やかに」は「可及的速かに」が正しい。）。

ウ 「3 法制審議会審議と留保（1954年）」について

認める（ただし「夫婦異姓を認めるべきか否か…」は「夫婦異姓を認むべきか否か等…」が正しい。）。

なお、法務大臣の諮問がされた法制審議会第10回総会後、民法部会の第1回の会議が開かれ、同部会の委員8名で構成する小委員会において民法改正要綱の試案を作成し、部会に報告することとされた（なお、民法部会の第2回会議において財産法関係（第1編から第3編）の審議を行う小委員会が設けられたことから、第4編及び第5編の審議を行う従前の小委員会は身分法小委員会と呼ばれた。）。身分法小委員会が取り上げた問題点は、725条（親族の範囲）、730条（親族間の互助）をはじめとして多岐にわたっている（乙第3号証）。そのうち、750条が取り上げられた経緯は、「現行制度に不便を感じる人々がしだいに多くなっている。夫婦同氏ということはかならずしも絶対的なものではないのであって、現に婚姻による氏の変更を不利益とする人々がある以上、民法の規定の上でも夫婦の異姓を認める社会的必要があるのではないかという一方の考え方に対して、他方ではそこまでの社会的必要があるかどうかは疑わしいとして現行法どおりでよい、あるいは、氏は身分関係の実体とはもはや関連を

もっていないのであるから、氏に関する規定はすべて戸籍法に移し、夫婦の氏に関しても戸籍法のなかで現行法と同一趣旨を規定することとしてはどうかという考え方が述べられた。前回の改正いらい各方面で問題にされた「氏」に関する規定がはじめて小委員会における論議の俎上にのぼられたわけであるが、戸籍制度とも密接な関連があり、「氏」の制度全般の問題の一環として検討する必要があるので、右の点に関する結論は後日に留保された。」というものであった（乙第3号証41ページ）。

(3) 「三 民法及び戸籍法における氏の制度の変遷」について

ア 「1 戸籍法による氏の変更審判」について

婚氏続称制度（民法767条2項）の導入前、離婚復氏した者が戸籍法107条1項の「やむを得ない事由」があるとして婚姻中の氏に呼称変更することの可否について、消極に解する審判例が多かったことは認める。

原告らが引用する東京高等裁判所昭和24年5月19日決定（高等裁判所民事判例集2巻1号77ページ）が、原告らが引用する判示に続き、氏の変更について「眞に止むを得ない事由ある場合でなければ、その変更を許すべきでない。」と判示して、氏名保持の重要性・必要性を述べていることは認める。

しかし、同決定は、離婚復氏の場合を判断した事案でない上、決定の内容も、氏変更の申立てを却下した原審判を、「止むを得ない事由」の存否に関する審理を尽くしていないことを理由として取り消し、長野家庭裁判所上田支部に差し戻した事案であるから、そもそも「消極判断を示した高裁決定」ではない。

なお、「1969（昭和24）年」（訴状14ページ5行目）とあるのは、「1949（昭和24）年」が正しい。

イ 「2 離婚復氏後の氏変更審判例の変化」について

認める。ただし、「東京高判昭和49.10.6」として引用されてい

る裁判例は、「東京高決昭49. 10. 16」が正しいと思われる。

#### ウ 「3 婚氏続称制度の創設（1976年）」について

昭和51年に、民法等の一部を改正する法律（昭和51年法律第66号）により、いわゆる婚氏続称を認める規定（民法767条2項）が新設されたことは認める。

これにより、離婚により復氏した者が、離婚の日から3か月以内に戸籍法77条の2に定める届出をすることによって、離婚の際に称していた氏を称することができることになった。これは、離婚復氏の原則を維持しつつ、改めて別個の届出により、離婚の際に称していた氏を称することができるというものである。

上記の改正は、国際婦人年（昭和50年）を契機に婦人の地位の実質的向上をはかることなどを目的とする法改正の一環として、離婚による当然復氏の制度は、社会的活動をする女性にとって不利益であること、離婚後に母のもとで養育される子が母と氏を異にするのは子の養育上望ましくないことなどに配慮したものとされている（島津一郎・阿部徹「新版注釈民法(22)」166ページ）。

婚氏続称の導入の趣旨は上記のとおりであり、「氏は個人の人格の一部であるので、本来氏の変動は本人の選択に委ねられるべきことが、民法の一部で認められたことを意味する。」との原告らの評価は争う。

#### エ 「4 夫婦同氏についての国会答弁（1976年）」について

原告らが引用した香川保一氏の答弁は、質問者（佐々木静子理事）の「仮にそれ（引用者注：夫婦別氏）を選ぶ人が全体の割ぐらいしかなかったとしても、とりあえずは。それはそれでもいいんじゃないかというふうに思うのですが、そのあたりはもう少し議論はできないんですか。」との質問に対して答えたものである。その内容は「…何といたっても国民の仮に女性の方の割がそうしたいということになりますれば、これはやっぱ



り無視できない数字だと思っておりますけれども、率直にまあお聞きしたいので、こちらがはなはだその実態の把握に欠けておって申しわけないのですが、一体現在そういうふうにしたいという結婚される女性が女性の一割もおりますでしょうか。私はもうそれはきわめて少ない人たちじゃないかというふうに思うのでございますけれども、これは別に全国の女性の方にアンケートをとったわけでもございませんので。しかし、考えられるメリットから考えますと、そういうことを強く希望される女性は、私は一割どころじゃなくてその百分の一もないじゃないかというふうな、認識不足かもしれませんがそういうふうに思うのでございまして、そういうときにやはり国の基本法である民法自身に、まあ現在の民法は夫婦子供中心のものでございますが、その特定する一つの呼称としての氏というものが、好きなようでいいというふうなことにするということが、やはり根本的には相当問題じゃなかろうかというふうに思うのでございまして…」というものである。この答弁の中にある「一割」という数値は、あくまで仮定のものであり、また、その当時において改正を検討することに消極的な見解を示す中で述べられたものであることに留意する必要がある（乙第4号証8ページ）。

オ 「5 婚氏続称をする者の統計」について

平成21年の離婚数、同年度の戸籍法75条の2及び77条の2の届出事件数は認めるが、離婚数が「年」であるのに対し、戸籍統計の届出事件数は「年度」であるから、原告らが算出する「離婚に占める割合」は「目安」とどまる（乙第5号証）。

カ 「6 国際結婚における例外的な夫婦同氏制の導入（1984年）」について

認める。

戸籍事務の先例上、日本人と戸籍のない外国人との夫婦には民法750

条は適用されず、婚姻によって日本人の氏の変更はないと取り扱われている。戸籍の筆頭者でない日本人が外国人と婚姻した場合、その日本人についてだけ新戸籍が編製され、婚姻の前後を通じて氏の変更はない（戸籍法16条3項本文）。そのため、日本人と外国人との夫婦は、原則として別氏であった（日本人が外国人配偶者の氏に変更する場合には、戸籍法107条1項の手続が必要であった。）。

しかし、外国人と婚姻した者が、その外国人の称していた氏を称しようとする場合には、婚姻生活を維持継続し、また婚姻に伴う社会生活活動を円滑に行う上で変更の必要性が高いと思われるため、国籍法及び戸籍法の一部を改正する法律（昭和59年法律第45号）により、同法107条2項を新たに規定し、外国人と婚姻してから6か月以内に限り、家庭裁判所の許可を得ないで外国人配偶者の氏に変更することができることとしたものである。

キ 「7 縁氏続称制度の創設（1987年）」について

認める。

(4) 「四 国際的動向及び女子差別撤廃条約の批准」について

ア 「1 女性差別撤廃条約採択（1979年）」について

(7) 第1段落について

認める。

(1) 第2段落について

女子差別撤廃条約2条が、「締約国は、女子に対するあらゆる形態の差別を非難し、女子に対する差別を撤廃する政策をすべての適当な手段により、かつ、遅滞なく追求することに合意し、及びこのため次のことを約束する。」旨規定し、同条(f)で、「女子に対する差別となる既存の法律、規則、慣習及び慣行を修正し又は廃止するためのすべての適当な措置（立法を含む。）をとること。」と規定していること、また、1

6条1項は、「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当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。」旨規定し、同項(b)で「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」、同項(g)で「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。)」と規定していることは認める。

## イ 「2 諸外国における夫婦の姓についての法改正」について

### (7) 第1段落について

記載されている年における各国の制度状況として認める(例えば、オーストリアについては、1995(平成7)年にも改正があり、①夫婦は合意で定める共通の氏を称する(合意を欠く場合は夫の氏が共通の氏となる。)、②配偶者の氏を共通の氏とする者は自己の氏の後置を認めるものとされた(松倉耕作「オーストリア婚姻・離婚法」55, 56ページ(乙第6号証)))。

### (i) 第2段落について

ドイツでは、夫婦が姓について決定しない場合には夫の出生時の姓が婚姻姓になるという従前の規定(現実にも明確な意思表示によって夫の姓を選択する場合は少なく、そのほとんどがこの規定によって「自動的に」夫の姓が婚姻姓となっていた。)について、平成3年(1991年)3月5日、連邦憲法裁判所が基本法の男女同権規定に合致しないと判断したことから、平成5年(1993年)、婚姻姓について夫婦が合意できない場合は、婚姻後もそれぞれの出生時の姓又は婚姻前の姓(再婚の場合)を名乗り続けることができること、出生時の姓を婚姻姓としなかった夫又は妻は、婚姻姓の前又は後に付加して二重姓を名乗ることができること等を内容とする法改正がされた(ジュリスト1038号179ページ)。

ウ 「3 日本国による女性差別撤廃条約の批准（1985年）」について  
認める。

エ 「4 ナイロビ将来戦略（1985年）」について  
認める。

(5) 「五 法制審議会の審議開始から1996年の法律案要綱まで」について

ア 「1 法制審議会における審議開始までの経緯」について

(ア) 第1段落について

認める。

(イ) 第2段落について

「西暦2000年に向けての新国内行動計画」は、昭和62年に策定されたものであり、平成3年5月30日に婦人問題企画推進本部で決定され、閣議に報告されたのは、「西暦2000年に向けての新国内行動計画（第一次改定）」である。その余は認める。

(ウ) 第3段落について

平成3年1月、法制審議会民法部会身分法小委員会が婚姻、離婚法制の見直し審議を開始したことは認める。

イ 「2 「婚姻及び離婚制度の見直し審議に関する中間報告（論点整理）」」について

認める。

ウ 「3 婚姻制度等に関する民法改正要綱試案」について

(ア) 第1段落

認める。

「婚姻制度等に関する民法改正要綱試案」は、法務省（民事局参事官室）が、法制審議会民法部会における見直し審議の結果を取りまとめ、公表したものである。

(イ) 第2段落

上記公表に伴う意見照会のうち、選択的夫婦別氏制を採用すべきか否かという問題に関する裁判所各庁の意見と、そのほかに寄せられた433通の意見の内訳として認める。

エ 「4 「婚姻制度等の見直し審議に関する中間報告」」について認める。

オ 「5 「民法の一部を改正する法律案要綱」（1996年）」について認める。

なお、民事行政審議会による平成8年1月30日の答申名は、「選択的夫婦別氏制度の導入に伴う別氏夫婦の戸籍の取扱いに関する民事行政審議会答申」である。

(6) 「六 男女共同参画社会の形成に向けた動き」について認める。

ただし、第1段落の「当って」は「当たって」が、第2段落の「男女平等の見地」は「男女平等等の見地」（甲第8号証79ページ）が正しい。また、第5段落の千葉景子法務大臣（当時）の答弁は、平成22年3月26日の第174回国会衆議院法務委員会において、原告らが引用した答弁に関する質問に対してされたものである。千葉法務大臣は、「前回、御質問をいただきまして、お答えをさせていただきましたが、多少私も言葉足らずと申すでしょうか、そういうところもあったかと思えます。今の制度自体が憲法に抵触をする、明確に違反をするということはないというふうに私は思います。」

「規定自体が憲法に違反をするという規定ではないというふうには思いません。」などと答弁している（甲第8号証292ページ、乙第7号証）。

(7) 「七 国連の一般勧告および被告国に対する勧告」について

ア 「1 女性差別撤廃委員会の一般勧告（1994年）」について

女性差別撤廃委員会の一般勧告第21号に、原告らが引用する内容の指摘があることは認める。

イ 「2 自由権規約委員会の一般的意見」について

認める。

ウ 「3 女性差別撤廃委員会から被告国に対する勧告」について

女子差別撤廃委員会による最終意見に、原告らが引用する内容の指摘があることは認める。

4 「第4 民法750条の違憲性」について

(1) 柱書きについて

争う。

(2) 「一 憲法13条違反」について

原告らの引用する公刊物の存在は認めるが、民法750条が憲法13条に違反する旨の原告らの主張は争う。

(3) 「二 憲法24条」について

原告らの引用する公刊物の存在は認めるが、民法750条が憲法24条1項及び2項に違反する旨の原告らの主張は争う。

5 「第5 女性差別撤廃条約違反」について

争う。

6 「第6 婚姻届不受理処分の違法性」について

原告加山と原告渡辺が平成23年1月4日に提出した婚姻届を、荒川区長が受理しなかったことは認め、その余は争う。

7 「第7 国の立法行為の違法性」について

争う。

8 「第8 損害」について

9 「第9 結語」について  
争う。

### 第3 被告主張の概要

#### 1 はじめに

##### (1) 原告ら主張の要旨

原告らは、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「平成17年大法廷判決」という。）を引用し、①立法の内容又は立法不作為が国民に憲法上若しくは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な場合であるか、又は、②国民に憲法上若しくは条約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は、国会議員の立法行為又は立法不作為は、国家賠償法（以下「国賠法」という。）1条1項の規定の適用上、違法の評価を受けるとする（訴状42ページ）。

そして、憲法は、氏名保持権（13条及び24条2項）、婚姻の自由及び夫婦の同等の権利（24条1項）、両性の本質的平等の権利（24条2項）を保障しており、女子差別撤廃条約は、「自由かつ完全な合意のみにより婚姻をする同一の権利」（16条1項(b))及び「婚姻に際して姓を選択する権利についての夫婦の同一の権利」（16条1項(g))を保障しているところ、①民法750条はこれら権利を侵害していることが明白である、②これら権利の行使を確保するためには、民法750条を改正して、夫婦同氏に加えて夫婦別姓という選択肢を新設することが必要不可欠であり、そのことは明白であって、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から、上記のいずれの場合にも当たり、本件における国会議員の立法不作為は国賠法1条1項の適用上違法であると主張する（訴状42ないし46ページ）。

##### (2) 被告の主張の骨子

しかしながら、夫婦別姓を許容する立法の不作為は国賠法1条1項の適用上違法ということはできないし、また、原告らの主張する利益はそもそも国



賠法1条1項が保護の対象としている法的利益ともいえない。

## 2 本件における国会議員の立法不作為は国賠法1条1項の適用上違法ということとはできないこと

国賠法1条1項の違法についての原告らの考え方(上記1(1))は、平成17年大法廷判決の判示した判断枠組みに「条約上保障されている権利」を加えて構成し直したものである(訴状42ページ)。

しかし、本件における国会議員の立法不作為は、平成17年大法廷判決の判断枠組みに照らしても国賠法1条1項の適用上違法ということとはできない。

- (1) 「立法の内容又は立法不作為が国民に憲法上(引用者:中略)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」に当たらないこと  
ア 「立法の内容又は立法不作為が国民に憲法上(引用者:中略)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」の意義

まず、本件が、「立法の内容又は立法不作為が国民に憲法上(引用者:中略)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」に当たるか否かを検討する。

原告らは、現行婚姻制度における夫婦同氏の原則を定める民法750条が、氏名保持権等の憲法上保障された権利を「侵害」していると、るる論じている。

しかしながら、ある「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」というためには、その前提として、具体的かつ特定の内容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という前提が必要である。その理由は次のとおりである。

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に任ずることを規定す

るものである。したがって、国会議員の立法行為（立法不作為を含む。以下同じ。）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つて、当該立法の内容の違憲性の問題とは区別されるべきである（最高裁判所昭和60年11月21日第一小法廷判決・民集39巻7号1512ページ）。そうすると、具体的かつ特定の内容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という前提が肯定されて初めて、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」に違背したといふことができる。また、具体的かつ特定の内容の法制度を構築すべきことが憲法上保障されているという前提が肯定されて初めて、当該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」といふことができることとなる。

イ 憲法24条は婚姻に際して別氏を選択することができる権利を保障したものではないこと

(7) そもそも、憲法24条は、婚姻及び家族に関する法制度が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ことを明らかにしている規定であつて、具体的な立法を待つことなく、個々の国民に対して裁判規範として機能するような権利を直ちに保障する性質の規定ではない。

また、憲法24条は、夫婦別氏を選択することができるような具体的かつ特定の内容の法制度を構築すべきことを要求しているともいえない。

そして、民法750条は、婚姻が当事者の自由な意思によるものであることを前提とした上で、夫婦が夫の氏を称することも、妻の氏を称することも、対等な選択肢として許容し、しかもその選択を当該夫婦となる男女間の協議のみに委ねており、個人の尊厳と両性の本質的平等に十分配慮した規定であつて、憲法24条に違反するようなものではないこ

とは明らかである。

- (イ) 確かに、夫婦同氏の原則は、導入後から、そのメリットとともに、配偶者の一方が改氏しなければならないことによるデメリットも指摘されてきたことは事実である。

しかしながら、夫婦同氏は、日本国憲法の下でも「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の導入に対しては賛否両論が伯仲している。代表的な民法の解説書においても、「氏の問題は単なる個人の自由の問題ではなく、公的制度の問題であり、夫婦同氏が自由の抑圧であるか否か自体が論争の対象……」（内田貴「民法Ⅳ」（平成15年・財団法人東京大学出版社）51ページ）であるとの指摘がされているところであって、夫婦同氏の原則を維持すべきか否かは、立法政策の問題としてその相当性が議論されるべきものではあるが、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。

- (ウ) この点、原告らは、民法750条によって、婚姻要件が加重されて「婚姻の自由」（憲法24条1項）に違反するとか（訴状35, 36ページ）、夫婦の一方が婚姻後に氏を保持できないことや、96パーセントの夫婦において妻が改姓するという結果が、「夫婦の同等の権利」（憲法24条1項）、「両性の本質的平等」又は「個人の尊厳」（憲法24条1項及び2項）に違反する旨主張する（訴状37ページ）。

しかしながら、憲法24条1項は、既に指摘したとおり、婚姻に対する憲法の根本的態度を明らかにしているものであり、婚姻に関する客観的法制度を構築するに当たり、何人も自己の意に反する婚姻を強制されず、また、婚姻が当事者以外の第三者の意思によって妨げられることがあってはならないという趣旨であって、婚姻の成立には当事者の合意以

外に何らの要件も必要としないという意味ではない（青山道夫・有地亨「新版注釈民法(21)」176ページ）。

また、婚姻は法制度によって承認された男女の結合であるから、婚姻成立の実質的要件（民法731条ないし741条）を必要とするとともに、法制度によって承認された婚姻の社会への公示の方法として、形式的要件である婚姻届出（民法739条）を必要とするのであって（同247ページ参照）、そのことが婚姻の自由を制限するものであるということとはできない。そして、その形式的要件の一つとして、婚姻届出の適法要件として夫婦同氏が要求されていることも、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、いずれかの氏が優越するものとしていないことや他国の立法例等に照らしても、婚姻の自由、両性の本質的平等又は個人の尊厳に反するものとは考えられない。

(E) 以上のとおり、憲法24条は、個人の尊厳と両性の平等という根本理念に基づいて婚姻及び家族に関する事柄が法律において定められるべきことを当然の前提としているが、それを超えて、婚姻に際して別氏を選択することができるというような権利を、個々の国民に対し、憲法上の権利として保障したものでないのである。

ウ 憲法13条は夫婦別氏を選択できる権利を保障するものではないこと

原告らは、憲法13条が「新しい人権としての氏名保持権」なるものを保障しているとした上で（訴状31ページ）、民法750条は「氏名保持権」を侵害するものであると主張する。

しかしながら、憲法13条は、夫婦別氏を選択できる制度を構築すべきことを要求する権利を、個々の国民に対し、保障するものではない。

憲法13条に関しては、個人の尊厳の原理と結びついて、人格的自立の存在として自己を主張し、そのような存在であり続ける上で必要不可欠な権利・自由を包摂する包括的な権利であるとした上で、個別的な基本権規

定によってカバーされず、かつ人格的生存に不可欠な権利を保障する根拠となることがあり得るとする見解もある（佐藤幸治「憲法〔第三版〕」445ないし462ページ）。

確かに、憲法13条は個別の基本権規定によってカバーされない新しい権利の根拠規定となり得るが、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「憲法第四版」117、118ページ）。

原告らの主張する氏名保持権についてみるに、人の氏は、夫婦同氏（民法750条）に止まらず、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）等の氏に関わる制度の根幹をなし、これらの制度と密接に関連しているものであって、このような法制度を度外視して個人が自由に選択できるようなものではない（なお、棄児（戸籍法57条）や国籍取得者・帰化者などの民法の規定によって氏の決定ができない場合は除く。）。そして、氏の変更は、婚氏続称（民法767条2項）、外国人配偶者の氏への変更（戸籍法107条2項）や「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、いずれも法律によって認められた場合に限られている。

原告らが氏名保持権への発展経過として主張している婚氏続称制度（民法767条2項）、縁氏続称制度（民法816条2項）等の法改正も、氏の決定が立法政策の問題であることを前提に、社会生活上の利益等を考慮

して制度として採用されたにとどまり、離婚や離縁に際して氏を選択できる権利が憲法上の権利として保障されることを前提とするものではない。また、原告らが主張する氏の変更審判の傾向についても、裁判所は戸籍法が規定する要件に従って氏の変更の許否を判断したものにすぎず、それが憲法上の権利であることを前提とするものではない。

そもそも「夫婦同氏が自由の抑圧であるか否か自体が論争の対象」であるとされているところであって、氏名保持権なるものについて、一般的にみて、個人の人格的生存に不可欠であるとか、それ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とかいう性質のものではない。ちなみに、最高裁判所が公権力との関係で憲法13条により保障された権利・自由として判例により明確に認めたものは、「みだりにその容貌・姿態を撮影されない自由」（最高裁昭和44年12月24日大法廷判決・刑集23巻12号1625ページ）、「みだりに指紋の押捺を強制されない自由」（最高裁平成7年12月15日第三小法廷判決・刑集49巻10号842ページ）、「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」（最高裁平成20年3月6日第一小法廷判決・民集62巻3号665ページ）のみである。

また、婚姻前の氏名を通称・使用する権利を侵害されたとして損害賠償などが請求された事案においては、そのような権利は憲法13条によって保障されているとはいえないと判断されている（東京地方裁判所平成5年11月19日判決・判例時報1486号21ページ）。

- (2) 「国民に憲法上（引用者：中略）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…あるにもかかわらず、…これを怠る場合」にも当たらないこと

また、本件は、「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」にも当たらない。

なぜなら、そもそも、原告らの主張する氏名保持権なるものは憲法上保障された権利とはいえないからであり、この点において原告らの主張は既にその前提を欠いている。

また、平成17年大法廷判決が判示した「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」とは、同判決の事案のように「国政選挙において投票をする機会を与えられることを憲法上保障されて」おり、「この権利行使の機会を確保するためには、在外選挙制度を設けるなどの立法措置を執ることが必要不可欠」であるような事案を念頭においた判断である。すなわち、国民主権の根幹をなす選挙権のように国民が能動的に行使することが予定されていることを本質とする重要な権利について、その権利行使の機会が憲法上保障されているような場合を念頭においていると解される。

しかしながら、原告らが保障されていると主張する上記の各権利は、原告らの主張を前提としても、選挙権のように、国民が能動的に行使する機会が憲法上保障され、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なものということもできない。

### 3 原告らの主張する利益は国賠法において法律上保護されたものともいえないこと

さらに、原告らの主張する権利利益は国賠法において法律上保護されたものともいえない。

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、その職務を行うについて、故意又は過失によつて違法に他人に損害を加えたときは、国又は公共団体が、これを賠償する責に任ずる。」と定めるが、そもそも、

法律上保護された利益の侵害がなければ、国賠法1条1項に基づく損害賠償を請求することはできない。すなわち、国賠法1条1項の「違法」が認められるためには、公務員が法律上保護された権利利益を侵害したことが必要である。そして、それは、国賠法上の損害賠償請求権の成立の問題であるから、法律上保護された権利利益であることを要する。最高裁判所昭和43年7月9日第三小法廷判決・判例時報529号51ページ、最高裁判所平成2年2月20日第三小法廷判決・判例時報1380号94ページ等も、「法律上の利益ないし権利」又は「法的利益」の侵害がなければ、国賠法に基づく損害賠償請求をすることはできないことを当然の前提としている。

そこで、本件において、そのような法律上保護された利益が認められるか否かを検討するに、原告らが被侵害利益として主張する「氏名保持権」なるものの実質は、要するに婚姻に際して別氏を選択し得ることによる利益であると解される。

しかしながら、まず、そのような利益が憲法上の権利として保障されていないことはこれまで述べてきたとおりであるし、他にそのような利益を保護している法令は存在しない。

ちなみに、最高裁判所昭和63年2月16日第三小法廷判決は、テレビのニュース番組において在日韓国人の氏名を民族語読みによらず日本語読みで呼称したことが、氏名を正確に呼称される人格的利益を侵害するものとして、民法723条による謝罪等を請求した事案において、一般論として、「氏名は（引用者：中略）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から、人は、他人からその氏名を正確に呼称されることについて、不法行為法上の保護を受けうる人格的な利益を有するものというべきである。」と判示したものの、日本語読みによって呼称する慣用的な方法が是認されていた社会的状況の下では違法とはいえないと判断したが、この判例においても、原告らの主張するような婚



姻に際して別氏を選択し得ることによる利益が、不法行為法上の保護を受け得る利益として認められているわけではない。

したがって、国賠法において、婚姻に際して別氏を選択することができることによる利益というものがその法的な保護を受け得る利益として認められているものではないことは明らかである。

#### 4 結論

以上のとおり、夫婦別姓を許容する立法をしなかった不作為について、国賠法1条1項の適用上違法となる余地はなく、原告らの請求は、いずれも理由がないから、速やかに棄却されるべきである。なお、被告は、国際法（条約）が国賠法1条1項の適用上の違法を基礎付けることができるかという点も含めた被告の主張をする予定である。