

2018年9月25日 12時55分

東京法務局 法務部

NO. 9951 P. 5

二〇一八年九月二十五日
平成三十一年十月一日

平成30年(ワ)第 号 損害賠償請求事件

原 告 ほか1名

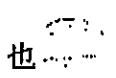
被 告 国

準備書面(1)

平成30年10月1日

東京地方裁判所民事第5部合議B係 御中

被告指定代理人

今井志津	
森智也	
岩澤賢司	
吉野秀保	
倉重龍輔	
陶山敦司	
岡田裕一	

第1	はじめに	3
第2	被告の主張	3
1	平成27年夫婦別姓訴訟最判における判断枠組み	3
2	民法750条の立法目的及び合理性	8
3	立法不作為における国賠法上の違法性について	12
4	本件各規定は憲法14条1項に違反するものではないこと	13
5	本件各規定は憲法24条に違反するものではないこと	13
6	小括	15
第3	結語	15

被告は、本準備書面において、本件における被告の主張を述べる。

なお、略語等は、本準備書面において新たに用いるもののほか、従前の例による。

第1 はじめに

原告らは、民法750条及び戸籍法74条1号の各規定（以下「本件各規定」という。）が、①「同氏を希望する者」と「別氏を希望する者」との間に法律上の婚姻の可否という別異取扱いを生じさせていることから、憲法14条1項に違反し、②「（氏の変更による）アイデンティティの喪失感」、「他人から識別し特定される機能が阻害されない利益」、「婚姻前に築いた個人の信用、評価、名誉感情等を婚姻後も維持する利益等」及び「婚姻をするについての自由」を合理的な理由なく制約するものであるとして憲法24条に違反し、並びに③国際人権条約に違反していることが明白であるところ（訴状第6の2・53及び54ページ）、被告は、遅くとも法務省法制審議会が選択的夫婦別氏制を含む「民法の一部を改正する法律案要綱」を答申し、法務省が公表した平成8年2月26日には、本件各規定の違憲性を認識していたにもかかわらず、その後22年間、正当な理由なくその改廃等の立法措置を怠っているから、かかる立法不作為が国賠法1条1項の規定の適用上違法である旨主張する（訴状第6の3・54ページ）。

しかしながら、後記第2で述べるとおり、夫婦別氏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。

第2 被告の主張

1 平成27年夫婦別姓訴訟最判における判断枠組み

- (1) 民法750条が定める夫婦同氏制については、平成27年12月16日の最高裁判所大法廷判決（平成27年夫婦別姓訴訟最判）において、憲法14条1項及び24条に違反しない旨の判断が下されている。

本訴訟においても、同判決における判断枠組みを踏まえた上で、同判決後現在に至るまでの間、原告らの主張を裏付けるような事情変更があったか否か、また、平成27年夫婦別姓訴訟最判において審理の対象とされなかつた新たな争点につき、原告らの主張に合理性が認められるか否かという観点から審理がなされるべきである。

そのため、本項では、まず、平成27年夫婦別姓訴訟最判における判断枠組みについて、その要点を述べることとする。

(2) 平成27年夫婦別姓訴訟最判においては、以下の判断枠組みが示されている。

ア 我が国における氏の位置付け

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（最高裁判所昭和63年2月16日第三小法廷判決・民集42巻2号27ページ）。

しかし、氏は、婚姻及び家族に関する法制度の一部として法律がその具体的な内容を規律しているものであるから、氏に関する上記人格権の内容も、憲法上一義的に捉えられるべきものではなく、憲法の趣旨を踏まえつつ定められる法制度をまって初めて具体的に捉えられるものである。

イ 氏に関する民法の規定

そこで、民法における氏に関する規定を通覧すると、人は、出生の際に、嫡出である子については父母の氏を、嫡出でない子については母の氏を称することによって氏を取得し（民法790条）、婚姻の際に、夫婦の一方は、他方の氏を称することによって氏が改められ（同法750条）、離婚や婚姻の取消しの際に、婚姻によって氏を改めた者は婚姻前の氏に復する（同法767条1項、771条、749条）。また、養子は、縁組の際に、

義親の氏を称することによって氏が改められ（同法810条），離縁や縁組の取消しによって縁組前の氏に復する（同法816条1項，808条2項）。

ウ 民法の規定等からうかがわれる氏の意義及び性質

これらの規定は，氏の性質に関し，氏に，名と同様に個人の呼称としての意義があるものの，名とは切り離された存在として，夫婦及びその間の未婚の子や義親子が同一の氏を称することにより，社会の構成要素である家族の呼称としての意義があるとの理解を示しているものといえる。そして，家族は社会の自然かつ基礎的な集団単位であるから，このように個人の呼称の一部である氏をその個人の属する集団を想起させるものとして一つに定めることにも合理性があるといえる。

また，氏は，個人の呼称としての意義があり，名とあいまって社会的に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ことからすれば，自らの意思のみによって自由に定めたり，又は改めたりすることを認めることは本来の性質に沿わないものであり，一定の統一された基準に従って定められ，又は改められることが不自然な取扱いとはいえないところ，上記のように，氏に，名とは切り離された存在として社会の構成要素である家族の呼称としての意義があることからすれば，氏が，親子関係など一定の身分関係を反映し，婚姻を含めた身分関係の変動に伴って改められることがあり得ることは，その性質上予定されているといえる。

エ 民法750条が憲法14条1項に違反するか否かについて

憲法14条1項は，法の下の平等を定めており，この規定が，事柄の性質に応じた合理的な根拠に基づくものでない限り，法的な差別的取扱いを禁止する趣旨のものであると解すべきである。

民法750条は，その定める夫婦同氏制それ自体に男女間の形式的な不平等が存在するわけではなく，憲法14条1項に違反するものではない。

オ 民法750条が憲法24条に違反するか否かについて

憲法24条1項は、婚姻をするかどうか、いつ誰と婚姻をするかについては、当事者間の自由かつ平等な意思決定に委ねられるべきであるという趣旨を明らかにしたものと解される。

民法750条は、婚姻の効力の一つとして夫婦が夫又は妻の氏を称することを定めたものであり、婚姻することについての直接の制約を定めたものではない。仮に、婚姻及び家族に関する法制度の内容に意に沿わないところがあることを理由として婚姻をしないことを選択した者がいるとしても、これをもって、直ちに上記法制度を定めた法律が婚姻することについて憲法24条1項の趣旨に沿わない制約を課したものと評価することはできない。

婚姻及び家族に関する事項は、関連する法制度においてその具体的な内容が定められていくものであることから、当該法制度の制度設計が重要な意味を持つものであるところ、憲法24条2項は、具体的な制度の構築を第一次的には国会の合理的な立法裁量に委ねるとともに、その立法に当たっては、同条1項も前提としつつ、個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚すべきであるとする要請、指針を示すことによって、その裁量の限界を画したものといえる。

そして、憲法24条による立法上の要請、指針は、憲法上直接保障された権利とまではいえない人格的利益をも尊重すべきこと、両性の実質的な平等が保たれるように図ること、婚姻制度の内容により婚姻をすることが事实上不當に制約されることのないように図ること等についても十分に配慮した法律の制定を求めるものであり、この点でも立法裁量に限定的な指針を与えるものといえる。

憲法24条の要請、指針に応えて具体的にどのような立法措置を講ずるかの選択決定が国会の多方面にわたる検討と判断に委ねられているもので

あることからすれば、婚姻及び家族に関する法制度を定めた法律の規定が憲法14条1項等に違反しない場合に、更に憲法24条にも適合するものとして是認されるか否かは、当該法制度の趣旨や同制度を採用することにより生ずる影響につき検討し、当該規定が個人の尊厳と両性の本質的平等の要請に照らして合理性を欠き、国会の立法裁量の範囲を超えるものとみざるを得ないような場合に当たるか否かという観点から判断すべきものとするのが相当である。

婚姻に伴い夫婦が同一の氏を称する夫婦同氏制は、旧民法（昭和22年法律第222号による改正前の明治31年法律第9号）の施行された明治31年に我が国の法制度として採用され、我が国の社会に定着してきたものである。

氏は、家族の呼称としての意義があるところ、現行の民法の下においても、家族は社会の自然かつ基礎的な集団単位と捉えられ、その呼称を一つに定めることには合理性が認められる。

そして、夫婦が同一の氏を称することは、上記の家族という一つの集団を構成する一員であることを対外的に公示し、識別する機能を有している。特に、婚姻の重要な効果として夫婦間の子が夫婦の共同親権に服する嫡出子となることがあるところ、嫡出子であることを示すために子が両親双方と同氏である仕組みを確保することにも一定の意義があると考えられる。また、家族を構成する個人が、同一の氏を称することにより家族という一つの集団を構成する一員であることを実感することに意義を見いだす考え方も理解できるところである。さらに、夫婦同氏制の下においては、子の立場として、いずれの親とも等しく氏を同じくすることによる利益を享受しやすいといえる。

加えて、前記のとおり、民法750条の定める夫婦同氏制それ自体に男女間の形式的な不平等が存在するわけではなく、夫婦がいずれの氏を称す

るかは、夫婦となろうとする者の間の協議による自由な選択に委ねられている。

これに対し、夫婦同氏制の下において、婚姻によって氏を改める者にとって、一定の不利益を受ける場合があるものの、近時、婚姻前の氏を通称として使用することが社会的に広まっているところ、上記の不利益は、このような氏の通称使用が広まることにより一定程度は緩和され得るものといえる。

以上の点を総合的に考慮すると、民法750条の採用した夫婦同氏制は、直ちに個人の尊厳と両性の本質的平等の要請に照らして合理性を欠く制度であるとは認めることができず、民法750条は憲法24条に違反するものではない。

カ その余の上告理由について

論旨は、憲法98条2項違反及び理由の不備をいうが、その実質は単なる法令違反をいうものであって、民訴法312条1項及び2項に規定する事由のいずれにも該当しない。

(3) 小括

平成27年夫婦別姓訴訟最判における上記判断枠組みを踏まえた上で、本訴訟における原告らの主張をみると、平成27年夫婦別姓訴訟最判後現在に至るまでの間、原告らの主張を裏付けるような事情変更があったとはいえず、また、平成27年夫婦別姓訴訟最判において審理の対象とされなかった新たな争点につき、原告らの主張に合理性があるとは認められない。

以下、理由を述べる。

2 民法750条の立法目的及び合理性

(1) 民法750条の立法目的

平成27年夫婦別姓訴訟最判においては、民法750条の立法目的について特段の判断はされていないが、本項では、この点について若干ふえんする

こととする。

民法750条の立法目的については、夫婦は、生活共同体を形成するものであるから、その統体性を示すために、同一の氏を称するものである（中川淳著「親族相続法（改訂版）」69ページ〔乙第1号証〕）とか、氏による共同生活の実態の表現という習俗の継続や家族の一体感の醸成ないし確保にある（東京高裁平成26年3月28日判決〔平成27年夫婦別姓訴訟最判の原審判決〕・民集69巻8号2741ページ）などとされている。

同条の立法目的が上記のようなものであることは、同条の制定に当たり、昭和21年8月22日に開催された臨時法制調査会第2回総会において、我妻委員が、「我々の家族共同生活が或る場合に集り、或る場合に分れるというのを、氏を変更するという、そういう観念で現わしていこう、（中略）氏を同じうするかしないかという所を一つの拠り所として之を考えていこう、かのように氏というものを頭の中に考えまして、その氏を同じうするか、しないかということが現実の共同生活が一緒になる、ならぬという所を抑える一つの拠り所にしようという風に考えている訳であります。」（我妻柴編「戦後における民法改正の経過」251ページ〔乙第2号証〕）と説明していることからも明らかである。

(2) 民法750条の合理性

ア 立法目的との関係

「氏による共同生活の実態の表現という習俗の継続や家族の一体感の醸成ないし確保」という立法目的は、「習俗」といった言葉を用いていることからしても、社会全体として夫婦同氏であることを前提とする制度によって達成し得るものであり、民法750条は、上記立法目的達成のための合理的な手段として、夫婦同氏制度を採用したものである。

この点については、平成27年夫婦別姓訴訟最判においても、「夫婦同氏制は、旧民法（昭和22年法律第222号による改正前の明治31年法

律第9号)の施行された明治31年に我が国の法制度として採用され、我が国の社会に定着してきたものである。(中略)氏は、家族の呼称としての意義があるところ、現行の民法の下においても、家族は社会の自然かつ基礎的な集団単位と捉えられ、その呼称を一つに定めることには合理性が認められる。」と判示されているところである。

イ 婚姻制度との関係

婚姻夫婦は、形の上では二人の間の関係であっても、法律制度としてみれば、家族制度の一部として構成され、身近な第三者ばかりでなく広く社会に効果を及ぼすことがあるものとして位置づけられる。このような法律制度としての性格や、現実に夫婦、親子などからなる家族が広く社会の基本的構成要素となっているという事情などからすると、法律上の仕組みとしての婚姻夫婦も、その他の家族関係と同様、社会の構成員一般からみてもそう複雑でないものとして捉えることができるよう規格化された形で作られていて、個々の当事者の多様な意思に沿って変容させることに対しては抑制的であるべきである。

このように、複雑さを避け、規格化するという要請の中で仕組みを構成しようとする場合に、法律上の効果となる柱を想定し、これとの整合性を追求しつつ他の部分を作り上げていくことに何ら不合理はない。

この点、現行民法における婚姻は、相続関係(民法890条及び900条等)、日常の生活において生ずる取引関係(同法761条)など、当事者相互の関係にとどまらない意義・効力を有するが、制度としての婚姻を特徴付けるのは嫡出子の仕組み(同法772条以下)であるといえ、これこそが婚姻制度において想定される「法律上の効果となる柱」であるといえる。夫婦の氏に関する規定は、夫婦それぞれと等しく同じ氏を称する程のつながりを持った存在として嫡出子が意義づけられていること(同法790条1項)を反映していると考えられるところ、婚姻制度について、複

雑さを避け、規格化するという要請の中で、民法750条が、法律上の効果となる柱である嫡出推定との整合性を追求しつつ、婚姻をする夫婦の氏をそのいずれかの氏とする仕組みを設けていることは、後記(3)のとおり、かかる仕組みを社会の多数が受け入れていることをも踏まえると、十分に合理性を有するというべきである（以上につき、平成27年夫婦別姓訴訟最判における寺田逸郎裁判官の補足意見参照）。

この点については、平成27年夫婦別姓訴訟最判においても、「婚姻の重要な効果として夫婦間の子が夫婦の共同親権に服する嫡出子となるということがあるところ、嫡出子であることを示すために子が両親双方と同氏である仕組みを確保することにも一定に意義があると考えられる。」などと判示されているところである。

ウ 夫婦別氏という選択肢を設けていないことの合理性について司法審査を及ぼすことの当否について

夫婦が別氏のまま婚姻をすることができるという制度を採用した場合に、その夫婦の間の嫡出子の氏がどのように定められるべきであるかについては多様な考え方があり得るが、その多様な考え方のうちどれを選択するかによって、氏が持つ法的な意味合いは変わり得るものである。

そして、このことは正に、選択的夫婦別氏制度の導入の是非を含め、氏の在り方やその法的取扱いについては、国会の広い立法裁量に委ねられるべき問題であることを示すものといえる。

(3) 我が国における夫婦同氏・夫婦別氏制度に対する国民意識

現在の我が国においても、夫婦同氏は夫婦（家族）という生活共同体の共通の呼称である「ファミリーネーム」として国民に深く浸透している。

また、夫婦同氏・夫婦別氏制度に対する国民意識については、これまで内閣府において累次世論調査が実施されているが、答弁書第2の4(3)キ(11及び12ページ)で述べたとおり、直近のものとしては平成29年12月

に内閣府が実施した世論調査において、「婚姻をする以上、夫婦は必ず同じ名字（姓）を名乗るべきであり、現在の法律を改める必要はない」とする考えが29.3パーセント、「夫婦が婚姻前の名字（姓）を名乗ることを希望していても、夫婦は必ず同じ名字（姓）を名乗るべきだが、婚姻によって名字（姓）を改めた人が婚姻前の名字（姓）を通称としてどこでも使えるように法律を改めることについては、かまわない」とする考えが24.4パーセントであり、これらの合計は53.7パーセントに上るのに対し、「夫婦が婚姻前の名字（姓）を名乗ることを希望している場合には、夫婦がそれぞれ婚姻前の名字（姓）を名乗ることができるように法律を改めてもかまわない」とする考えは42.5パーセントにとどまっている（以下「平成29年調査」という。内閣府大臣官房政府広報室「家族の法制に関する世論調査」51ページ〔甲第39号証〕）。このように、平成29年調査においても、夫婦別氏制度の導入に対しては賛否が分かれている、夫婦別氏制度の実現を是認する見解がすう勢化しているとはいえない状況にある。

(4) 小括

以上の事情を踏まえれば、民法750条をめぐる社会情勢につき、平成27年夫婦別姓訴訟最判後現在に至るまでの間、前記1で述べた判断枠組みを覆すほどの事情変更があったとは到底認められない。

3 立法不作為における国賠法上の違法性について

国賠法1条1項にいう「違法」とは、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反することをいう（職務行為基準説）。そして、国会議員の立法行為又は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々の国民に対して負う職務上の法的義務に違反したかどうかの問題であり、立法の内容の違憲性の問題とは区別されるべきものである。そして、上記行動についての評価は原則として国民の政治的判断に委ねられるべき事柄であって、仮に当該立法の内容が憲法

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国賠法1条1項の適用上違法の評価を受けるものではない。もっとも、法律の規定が憲法上保障され又保護されている権利利益を合理的な理由なく制約するものとして憲法の規定に違反するものである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その改廃等の立法措置を怠る場合などにおいては、国会議員の立法過程における行動が上記職務上の法的義務に違反したものとして、例外的に、その立法不作為は、国賠法1条1項の適用上違法の評価を受けることがあると解される（平成27年再婚禁止訴訟最判）。

4 本件各規定は憲法14条1項に違反するものではないこと

原告らは、本件各規定が、夫婦同氏を希望する者と夫婦別氏を希望する者の間に法律上の婚姻の可否という別異取扱いを生じさせていることから、憲法14条1項に違反する旨主張する（訴状第3・9ページ以下）。この点は、平成27年夫婦別姓訴訟最判において審理の対象とされなかった新たな争点である。

しかるに、本件各規定は、夫婦同氏を希望する者及び夫婦別氏を希望する者のいずれに対しても、婚姻をする場合には、夫又は妻の氏を称するものとすることを定めているものであるから、そもそも、夫婦同氏を希望する者と夫婦別氏を希望する者との間で別異取扱いをしているものではない。

したがって、本件各規定は、その文言上、夫婦同氏を希望する者であるか、夫婦別氏を希望する者であるかについて、法的な差別的取扱いを定めているわけではなく、本件各規定の定める夫婦同氏制それ自体に形式的な不平等が存在するわけではない。

よって、本件各規定は、平等原則を定めた憲法14条1項に何ら反するものではない。

5 本件各規定は憲法24条に違反するものではないこと

原告らは、本件各規定が、氏の変更によるアイデンティティの喪失感、他人から識別し特定される機能が阻害されない利益、婚姻前に築いた個人の信用、評価、名誉感情等を婚姻後も維持する利益等及び婚姻をするについての自由を合理的な理由なく制約するものであるとして憲法24条に違反すると主張する（訴状第4・31ページ以下）。

しかしながら、まず、原告らの主張する「婚姻をするについての自由」については、前記1(2)オで述べたとおり、平成27年夫婦別姓訴訟最判において、「民法750条は、婚姻の効力の一つとして夫婦が夫又は妻の氏を称することを定めたものであり、婚姻することについての直接の制約を定めたものではない。仮に、婚姻及び家族に関する法制度の内容に意に沿わないところがあることを理由として婚姻をしないことを選択した者がいるとしても、これをもって、直ちに上記法制度を定めた法律が婚姻することについて憲法24条1項の趣旨に沿わない制約を課したものと評価することはできない。」と判示されているところである。

また、原告らの主張する、その他の制約される利益ないし被る不利益についても、平成27年夫婦別姓訴訟最判において、原告本人の個別損害として実質的に審理が尽くされており、前記1(2)オで述べたとおり、平成27年夫婦別姓訴訟最判も、「婚姻によって氏を改める者にとって、そのことによりいわゆるアイデンティティの喪失感を抱いたり、婚姻前の氏を使用する中で形成してきた個人の社会的な信用、評価、名誉感情等を維持することが困難になったりするなどの不利益を受ける場合があることは否定できない。」などとして、個別損害に関する主張を踏まえた上で、「夫婦同氏制は、婚姻前の氏を通称として使用することまで許さないというものではなく、近時、婚姻前の氏を通称として使用することが社会的に広まっているところ、上記の不利益は、このような氏の通称使用が広まることにより一定程度は緩和され得るものである。」と判示しているのであって、原告らの主張する上記利益ないし不利益は、平成2

7年夫婦別姓訴訟最判において審理の対象とされなかつた新たな争点であるとはいえない。

そして、憲法24条違反の主張との関連で、平成27年夫婦別姓訴訟最判後現在に至るまでの間に、原告らの主張を裏付けるような事情変更があつたとまでは認められない。

とするならば、手続法である戸籍法74条1号について格別検討するまでもなく、本件各規定は憲法24条に違反するものではない。

6 小括

上記のとおり、本件各規定は、憲法14条1項及び24条に違反するものではないから、「法律の規定が憲法上保障され又は保護されている権利利益を合理的な理由なく制約するものとして憲法の規定に違反するものである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その改廃等の立法措置を怠る場合」に当たらず、国賠法1条1項の適用上、違法の評価を受けるものではない。

第3 結語

以上のとおり、原告らの主張にはいずれも理由がないことから、本件請求はいずれも速やかに棄却されるべきである。

以上