

令和6年（行ウ）第85号 地位確認等請求事件

原告 （閲覧制限）ほか9名

被告 国

第15準備書面

（違憲となった時期／国賠法上の違法性について）

2025（令和7）年8月15日

東京地方裁判所民事第2部D b係 御中

原告ら訴訟代理人弁護士 寺原真希子

ほか

原告らは、本件各規定が別氏という例外を認めていないことはその制定時から違憲であったと主張しているが（訴状第5の5参照）、本書面において、本件各規定が違憲となった時期について改めて論じた上で（第1～第3）、国家賠償法上の違法性についても補足する（第4）。

なお、用語については訴状記載の「略語表」に従う。

目次

第 1	本件各規定の制定当時から違憲であること	3
1	本件各規定の制定当時から本件二者択一構造の違憲性の問題は存在していたこと	3
2	憲法 14 条 1 項及び憲法 24 条は、その制定当初から、夫婦の氏の選択についても、女性差別的な意識や慣習による影響を排除することを要請していたこと	4
3	本件各規定の制定当時における問題意識の有無にかかわらず、違憲と評価すべきこと	5
第 2	仮に制定当時は合憲であったとしても、家族の在り方の多様化等によって違憲となったこと	8
1	はじめに	8
2	家族の在り方の変化と女性の社会進出	9
3	憲法の規範的な変化（1995（平成7）年頃までには本件各規定は違憲となったと評価すべきこと）	11
第 3	どんなに遅くとも現時点では違憲であること	12
第 4	国家賠償法 1 条 1 項の違法性（違憲の明白性・相当期間の経過）	13

第 1 本件各規定の制定当時から違憲であること

1 本件各規定の制定当時から本件二者択一構造の違憲性の問題は存在していたこと

(1) 氏名に関する人格的利益は、本件各規定の制定当時から重要な権利であること

本件各規定が制定された1947（昭和22）年当時から、人は単なる抽象的な「人格」だけの存在ではなく、「自己の生の作者」として人生を形成していくことで、他の人格（他者）と識別可能な具体的な「個人」となる存在であり（原告ら第13準備書面第2の1参照）、その中で氏名（名前）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」であり、人格権の一内容を構成するものである（昭和63年第三小法廷判決）。

そして、氏名（名前）の法制度における位置づけがどのようなものであろうとも、現実の機能として、「氏名は、自らによっても他者によっても繰り返し用いられることで自己同一性を確認するための最も重要な結節点」（甲A43・18頁）であることも、1947（昭和22）年当時から変わらない。

したがって、氏名に関する人格的利益（とりわけ本件各規定との関係では、婚姻に際して氏の変更を強制されない自由）は、本件各規定の制定当時から憲法13条によって保障された権利・利益である。

(2) 婚姻の自由は、本件各規定の制定当時から重要な権利であること

婚姻は、個人の人格的生存の基盤としての意義を持つ前国家的な営みであり、日本国憲法が施行される前から、夫婦としての関係を公証して社会的承認を受けるための制度が日本社会に定着していた（婚姻が前国家的なものであることについて、原告ら第13準備書面第2の

1 及び 2 も参照)。

そして、憲法 24 条は、明治民法における家制度を撤廃して、「封建制度風の遺物を綺麗に掃除」するためのものとして設けられた（甲 A 298・79 頁）。婚姻は自律した個人の自由かつ平等な意思決定によることが憲法上の本質的な価値として据えられ、その価値を実現するために、憲法 24 条は、対外的には夫婦間の合意のみに基づいて婚姻できること、対内的には婚姻当事者が平等であることを基礎として婚姻制度を設けることを要請しているのである。

したがって、婚姻の自由ないし婚姻をするについての自律的な意思決定は、本件各規定の制定当時から、憲法 24 条 1 項で保障された重要な権利である。

(3) 小括

よって、本件各規定は、1947（昭和 22）年の制定時から、婚姻を望む夫婦に対して、本件二者択一構造の下で、憲法 13 条によって保障された氏名に関する人格的利益及び憲法 24 条 1 項によって保障された婚姻をするについての自律的な意思決定を制約しているものであり、その合理性も認められないから、1947（昭和 22）年時点で既に、各条に反して違憲であった。

2 憲法 14 条 1 項及び憲法 24 条は、その制定当初から、夫婦の氏の選択についても、女性差別的な意識や慣習による影響を排除することを要請していたこと

- (1) 諸般の差別が行われている場合、憲法（国法）はいうまでもなく「眠って居ってはいけない」のであって、憲法 14 条 1 項は、かかる差別に対して「十分の措置を講じて斯様なことの起こらないやうにすべき」

旨の原則を定めたものである（昭和21（1946）年の帝国憲法改正案委員会における金森国務大臣発言（甲A155・250頁）。原告ら第4準備書面第2の1(2)も参照）。

とりわけ家族に関する事項として、憲法24条は、家制度を廃止し、家族という共同体の中においても、そこに属する個人の尊厳及び両性の本質的平等を実現すること、そして「故なく存在して居る封建制度風の遺物をも綺麗に掃除」すること（甲A298・79頁）を意図して定められた（原告ら第12準備書面第4の2(5)も参照）。

したがって、憲法14条1項及び憲法24条は、その制定当初から、夫婦の氏の選択についても、女性差別的な意識や慣習を排除することを要請していたものといえる。

- (2) そして、原告ら第4準備書面及び第12準備書面にて主張したとおり、家制度の下で形成された女性差別的な意識や慣習は、本件各規定の制定当時から夫婦の氏の選択について悪影響を及ぼしており、本件各規定はその制定当時から、かかる悪影響を固定ないし助長してきた。
- (3) よって、本件各規定は、憲法14条1項や憲法24条の制定趣旨に反するものとして、1947（昭和22）年時点で既に違憲であった。

3 本件各規定の制定当時における問題意識の有無にかかわらず、違憲と評価すべきこと

- (1) 本件各規定の制定当時は近代的家族生活を標準的としたこと

もつとも、本件各規定によって夫婦のいずれか一方が氏を変更しなければ婚姻できないこととされていたとしても、本件各規定の制定当時は、婚姻したら女性が氏を変えることが当然であると思われており、性別役割分業の意識が強く、女性の社会進出も進んでいなかったことから、婚姻に際して妻が氏を変更することによって具体的な支障があ

るとは一般には認識されず、違憲性に対する人々の問題意識はさほど強くなかったと言えるかもしれない。

この点について、例えば平成27年大法廷判決の岡部意見も、「昭和22年法律第222号による民法改正時においても、夫婦とその間の未成熟子という家族を念頭に、妻は家庭内において家事育児に携わるという近代的家族生活が標準的な姿として考えられており、夫の氏は婚姻によって変更されず妻の氏が夫と同一になることに問題があるとは考えられなかった。実際の生活の上でも、夫が生計を担い、妻がそれを助けあるいは家事育児を担うという態様が多かったことによって、妻がその氏を変更しても特に問題を生ずることは少なかったといえる」と指摘する。

(2) 問題意識の低さは女性差別的な意識や慣習による影響によるものであったこと

ア しかし、昭和22年法律第222号による民法改正（以下「**昭和22年民法改正**」という。）の改正過程では、「親族共同生活を現実に即して規律すること」が方針とされており（甲A・7～9頁も参照）、少なくとも夫婦の氏の選択について、家制度の下で形成された女性差別的な意識や慣習の解消まで行き届いたものではなかった（原告ら第12準備書面第3の3参照）。そのため、本件各規定の制定当時に、国民の間で婚姻したら女性が氏を変えることが当然であると思われていたことも、性別役割分業の意識が強く、女性の社会進出も進んでいなかったことも、いずれも明治民法の家制度の下で培われた慣習というべきものである。

したがって、本件各規定については、社会のニーズや価値観が変化したことによって新たに違憲性の問題が生じたのではなく、女性の社

会進出が進み、また個人の尊重や法の下での平等の意識が人々の間でも定着し高まりを見せる中で、制定当時から存在して居た本件各規定の違憲性の問題が社会的にも認識されるようになったにすぎない。

例えば、女性の社会進出によって初めて氏名に関する人格的利益の重要性が高まったのではない。昭和22年民法改正当時（あるいはそれ以前）から、近代的家族生活の中で公共領域を代表する男性にとっては、社会との相互承認の結節点として、自己を識別するための氏名に関する人格的利益は重要なものであった。しかし、家内領域を生きる者とされた妻には、社会生活を継続するという「人生」が想定されていなかったために、妻が氏を変えることに問題があると考えられなかったものである（原告ら第11準備書面第2の2(5)）。こうした状況が個人の尊重や法の下での平等といった憲法の基本原理にも反するものであることは、一般人の人権意識等によって変わるべきものではない。

イ 憲法に違反するか否かは当時の一般人の人権意識とは別に評価すべきことは最高裁の判例からも裏付けられる。すなわち、旧優生保護法判決・最高裁令和5年（受）第1319号同6年7月3日大法廷判決（甲A286。以下「**旧優生保護法大法廷判決**」という。）は、生殖を不能にする手術について定めたいわゆる旧優生保護法の規定（以下、この項において「**本件規定**」という。）が問題となった事案において、本件規定の問題性が認識されて削除されたのは平成8年であると認定する一方、「憲法13条は個人の尊厳と人格の尊重を宣言しているところ、本件規定の立法目的は、特定の障害等を有する者が不良であり、そのような者の出生を防止する必要があるとする点において、立法当時の社会状況をいかに勘案したとしても、正当とはいえないものであることが明らかであり、本件規定は、そのような立法目的の下で特定の個人に対して生殖能力の喪失という重大な犠牲を求める点において、

個人の尊厳と人格の尊重の精神に著しく反するものといわざるを得ない。」として、「本件規定に係る国会議員の立法行為は、国家賠償法1条1項の適用上、違法の評価を受けると解するのが相当である」と判断し、当時の一般的な意識や感覚とは別に違憲判断すべきことを示している。

この点については、最高裁判所調査官による旧優生保護法大法廷判決の判例解説でも「優生保護法の制定当時は、終戦から間もない時期であり、一般人の人権意識や人権感覚が現在とは大きく異なっていたであろうことは想像に難くないが、憲法の基本原理としての個人の尊重（尊厳）の意味するところは、一般人の人権意識等によって変わるべきものではない。」と指摘されている（甲A314・鷹野旭「旧優生保護法違憲最高裁大法廷判決の解説」ジュリスト1605号71頁）。

ウ よって、本件各規定について、仮に制定当時にはその違憲性について必ずしも一般人には意識されていなかったとしても、本件各規定は、本件二者択一構造及び女性差別的な意識や慣習の再生産という差別的構造を当初から内在しており、制定当時から憲法13条、憲法14条及び憲法24条に違反するものであったと評価されなければならない。

第2 仮に制定当時は合憲であったとしても、家族の在り方の多様化等によって違憲となったこと

1 はじめに

仮に、本件各規定が制定された当時は、近代的家族生活を標準的なものとし、憲法の規範との関係でも、本件各規定が違憲であるとはいえなかったとしても、その後の家族の在り方の変化、女性の社会進出等により、本件各規定は違憲となったというべきである。

2 家族の在り方の変化と女性の社会進出

- (1) 平成27年大法廷判決の岡部意見も指摘するとおり、本件各規定が制定された1947（昭和22）年当時は、夫婦とその間の未成熟子という家族を念頭に、妻は家庭内において家事育児に携わるという近代的家族生活が標準的な姿として考えられていた。

特に明治民法の家制度の下では、男性である夫は、家庭の外である公共領域を代表し、他方で女性である妻は、家庭内領域を代表するものとして規格化され、女性の従属を基礎とする封建的・家父長的制度として家族制度が作られていた。そのため、本件各規定は、その制定当時としては、夫婦が「家」から独立し、対等な主体として協議によりどちらかの氏を選択するという形式的平等を（少なくとも法律上は）導入した点で一定の意義が認められる。

- (2)ア しかし、家族の在り方は本件各規定の制定後に大きく変わっており、多様化が進んでいる。女性の社会進出も進み、総務省統計局「労働力調査」によれば、女性の生産年齢人口（15～64歳）に占める就業率は、1968（昭和43）年時点でも50%を超え、その後一時期50%を下回るが、1977（昭和52）年以降は50%を超え、その後も増加し続けている（甲A44）。それに伴い、共働き世代も増加し続けている（甲A46）。その他の社会状況の変化等については、原告ら第1準備書面及び原告ら第16準備書面を参照されたい。

これにより、夫が公共領域を代表し、妻が家庭内領域を代表するという近代的家族生活はもはや標準とはいえなくなった。そして、妻としても、（夫においては当然のように実現している）婚姻後も婚姻前の氏によって社会的経済的な場面における生活を継続したいという当然の欲求が社会的に高まったのである。

- イ この点について、平成27年大法廷判決の岡部意見も「本件規定の

制定後に長期間が経過し、近年女性の社会進出は著しく進んでいる。婚姻前に稼働する女性が増加したばかりではなく、婚姻後に稼働する女性も増加した。その職業も夫の助けを行う家内的な仕事にとどまらず、個人、会社、機関その他との間で独立した法主体として契約等をして稼働する、あるいは事業主体として経済活動を行うなど、社会と広く接触する活動に携わる機会も増加してきた。そうすると、婚姻前の氏から婚姻後の氏に変更することによって、当該個人が同一人であるという個人の識別、特定に困難を引き起こす事態が生じてきたのである。そのために婚姻後も婚姻前の氏によって社会的経済的な場面における生活を継続したいという欲求が高まってきたことは公知の事実である。」と指摘する。

ウ また、1996（平成8）年には、法務省が法制審議会の答申を受け、選択的夫婦別氏制度の導入を認める「民法の一部を改正する法律案要綱」を公表しているが、法務省は、審議の背景として「家族の構成員である個人の人生観・価値観も多様化し、その婚姻や離婚に対する考え方においても、従前の『家』的な拘束から脱却した新しい意識が芽生えてきている」（甲A42・219頁）と説明している。

また、法務省は、夫婦の氏に関する問題の所在として、「この規定の下での婚姻の実態を見ると、圧倒的多数が夫の氏を称する婚姻をしており、法の建前はともかく、女性が結婚により氏を変更するのが社会的事実となっている。ここに、女性の社会進出が顕著になってきた昭和五〇年代以後、主として社会で活動を営んでいる女性の側から、女性にとっての婚姻による改氏が、その職業生活・社会活動に著しい不利益・不都合をもたらしているとして、（選択的）夫婦別氏制度の導入を求める声が芽生えるに至った根拠がある。」とも指摘している（甲A42・229頁）。

3 憲法の規範的な変化（1995（平成7）年頃までには本件各規定は違憲となったと評価すべきこと）

(1) 本件各規定の制定当時は、婚姻の際に妻が氏を変更することが当然であるとされており、また妻は家庭内領域を代表するものとして社会と広く接触する機会を与えられてこなかったがゆえに、本件二者択一構造の不合理性が表面上は問題とされてこなかった。

しかしながら、上記のとおり、男性だけでなく、女性においても、氏名に関する人格的利益の重要性（本件各規定との関係では氏名の変更を強制されない自由）が高まると、本件各規定の本件二者択一構造の不合理性が先鋭化するようになる。

これにより、憲法13条が保障する氏名に関する人格的利益及び憲法24条1項が保障する婚姻をするについての自律的な意思決定に対する制約がより重大なものとなった。

(2) また、本件各規定の制定当時から、夫婦の氏の選択について、圧倒的多数が夫の氏を選択しており、氏を変更することによる負担が女性に偏っていることも経験的に明らかとなった（甲A42・229頁でも、「法の建前はともかく、女性が結婚により氏を変更するのが社会的事実となっている。」と指摘されている。）。そのため、本件各規定は、夫婦の氏の選択に関する女性差別的な意識や慣習の影響に対して、何ら緩和する効果を持たず、むしろかかる影響を固定ないし助長するものであることもまた経験的に明らかとなった。

(3) よって、本件各規定は、仮に制定当時としては一定の合理性が認められて合憲であったとしても、女性の社会進出が顕著になってきた1975（昭和50）年頃以降、遅くとも専業主婦世帯と共働き世帯とが拮抗するようになった1995（平成7）年頃までには（甲A46）、

①家族の在り方の変化や（男性だけでなく）女性にとっても氏名に関する人格的利益の重要性が高まったことによって、憲法上保障された権利利益に対する制約がより重大なものとなり（上記(1)）、また②女性差別的な意識や慣習を解消すべきという憲法上の要請が本件各規定によって果たされていないことも明らかになったため（上記(2)）、憲法に違反するものとなった（憲法の解釈が変わった）と評価すべきである。

なお、平成27年大法廷判決及び令和3年大法廷決定では、本件各規定について違憲とまでは評価しなかったが、その判断においては、夫婦の氏の選択が個々の夫婦の協議の結果であるということが前提とされていた。しかし、実際には、多くの場合において、特に夫婦間で議論されることなく夫の氏の選択がされていたことが明らかになっており（甲A159）、平成27年大法廷判決及び令和3年大法廷決定とは裁判所として認識されている事実の前提が異なる。

第3 どんなに遅くとも現時点では違憲であること

- 1 万が一、1995（平成7）年頃までに本件各規定が違憲となったと評価できない場合であっても、その後の家族の在り方の更なる多様化、氏名に関する人格的利益の重要性の更なる高まりを踏まえれば、どんなに遅くとも現時点までには、本件各規定は違憲となったというべきである（社会状況及び意識の変化について原告ら第1準備書面及び原告ら第16準備書を参照。）。
- 2 とりわけ、女性差別撤廃委員会・自由権規約委員会からも、本件各規定の改正について明示的に繰り返し勧告がなされていることは、本件各規定の違憲性を裏付けるものである。すなわち、女性差別撤廃委員会は、日本政府に対して、2003（平成15）年、2009（平成21）年、2016（平成28）年に勧告をしており（訴状第7の2

(4)、直近では、2024（令和6）年に4回目となる勧告をしている。
また、自由権規約委員会も2022（令和4）年に勧告している（訴状第7の3(4)）。

- 3 婚外子法定相続分差別違憲大法廷決定も「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。」と指摘するとおり、夫婦間であっても、お互いを個人として尊重し、その権利を対等に保障すべきであるという考えや、夫婦としての在り方について当該夫婦の選択が尊重されるべきとの考えもより一層、確立されてきた（原告ら第14準備書面第2の4参照）。
- 4 加えて、夫婦の氏の選択は、多くの場合において、特に夫婦間で議論されることなく夫の氏の選択がされていたことも現時点では明らかになっており（甲A159）、本件各規定は女性差別的な意識や慣習を緩和するものではなく、むしろ固定ないし助長するものであることもまた明らかとなった。また、本件各規定によって婚姻を諦めている婚姻待機人数が推計で58.7万人いるという、婚姻をするについての自律的な意思決定が侵害されている深刻な状況も明らかになった（甲A338の1）。
- 5 よって、本件各規定は、どんなに遅くとも現時点までには、憲法に違反するに至っている。

第4 国家賠償法1条1項の違法性（違憲の明白性・相当期間の経過）

- 1 本件各規定が、制定当時から違憲であるか（第1）、遅くとも1995（平成7）年までには違憲である（第2）という場合、法制審議会が1996（平成8）年に法務大臣に答申した「民法の一部を改正する法律案要綱」（甲A206）において、婚姻の際に夫婦の一方が氏を改めることになる本件各規定には、人格的利益や夫婦間の実質的な平等

の点において問題があることが明確に意識されており、少なくともこの時点においては、本件各規定が別氏という例外を認めないことが憲法及び条約に違反することは、国会にとっても明白になっていたといえる(訴状第10の2参照)。

そして、1996(平成8)年からの長期にわたる立法措置の懈怠も認められるから、国家賠償法1条1項の違法性が認められる(訴状第10の3)。

2 仮に遅くとも現時点までには違憲に至っているという場合(第3)でも、本件では、被告の立法不作為について、国家賠償法1条1項の違法性が認められるというべきである。

すなわち、本件各規定については、平成27年大法廷判決において5人、令和3年大法廷決定において4人、令和4年第三小法廷決定において2人の裁判官が本件各規定は違憲であるとの個別意見を付しており(このうち、宇賀克也裁判官が令和3年大法廷決定及び令和4年第三小法廷決定の両方において個別意見を付しているため、合計10名もの最高裁裁判官が本件各規定について違憲と判断してきたことになる。)、本件各規定は違憲とまではいえないとする補足意見においても、「国会において、この問題をめぐる国民の様々な意見や社会の状況の変化等を十分に踏まえた真摯な議論がされることを期待するものである。」(令和3年大法廷決定)との付言がされていた。しかし、このような最高裁による指摘や期待とは相反して、各政権は、具体的な議論には入ろうとせず、むしろ最高裁による合憲判断が国会において審理しないことを正当化する理由として使われてきた(原告ら第8準備書面参照)。

加えて、被告は、条約締結国であるにもかかわらず条約上の義務を遵守する法的義務はないという認識の下で(被告は、被告準備書面(3)

において、「条約締結国には、当該条約を遵守する法的義務がある。」との原告ら主張について「争う」と認否している。)、女性差別撤廃委員会や自由権規約委員会からの繰り返しの勧告を無視し、本件各規定の改正を放置している。

このように、被告は、最高裁における違憲の個別意見や、最高裁から国会に投げかけられた期待にも反して改正のための検討を放置し続けてきたものであるし、国内でも法規範として認められている条約上の義務（憲法98条）を無視するという国の故意ないし重過失が認められる本件においては、仮に遅くとも現時点までには本件各規定が違憲であるという場合には、「長期にわたってその改廃等の立法措置を怠った」という、いわゆる相当期間の経過の要件を満たしていなくとも、遅くとも現時点では違憲であることを踏まえて、直ちに国家賠償法1条1項の違法性が認められるべきである。

以上