

平成23年（行サ）第214号

上告人 A、B

被上告人 荒川区

上告理由書

平成24年1月26日

最高裁判所 御中

上記上告人ら訴訟代理人

弁護士 榊原 富士子

他14名

目次

第1	本件の概要	3 頁
第2	原判決に憲法 32 条及び 82 条違反があること	3 頁
1	裁判の公開原則	3 頁
2	本件不受理の取消しを求める紛争が「訴訟事件」に該当すること	4 頁
(1)	行政事件訴訟法 3 条 2 項の「処分」	4 頁
(2)	本件不受理が「処分」に該当すること	5 頁
(3)	原判決の判断	5 頁
(4)	原判決の問題性	6 頁
(5)	小括	8 頁
3	婚姻届の不受理処分と、戸籍法 121 条および行政事件訴訟法 1 条「特別の定め」との関係	8 頁
(1)	原判決の判断	8 頁
(2)	本件では非訟事件的な性質・作用が存しないこと	8 頁
(3)	本件では公開裁判が保障される必要性が大きいこと	9 頁
(4)	小括	10 頁
4	現行法制の下で、別姓のままでの婚姻の成否を確定することが裁判上可能であること	10 頁
(1)	原判決の判断	10 頁
(2)	国籍法違憲判決	11 頁
(3)	本件においても、国籍法違憲判決と同様の判断をなし得ること	13 頁
(4)	原判決の問題性	13 頁
第3	結論	14 頁

第1 本件の概要

1 上告人らは、婚姻届に、婚姻後に夫婦が称する氏として夫の氏及び妻の氏のいずれをも記載して届け出たところ、被上告人代表者である荒川区長は、夫婦の氏を選択がされていないとの理由でこれを不受理とした。そこで、上告人らは、夫婦同氏を定めた民法 750 条の規定は憲法 13 条、24 条、女性差別撤廃条約 16 条 1 項 (b) (g) に違反して無効であるから、同規定に従ってなされた上記不受理処分は違法であるとして、その取消しを求める訴えを提起した。

しかるに、一審は、本件は家事審判手続において審理されるべきであり、行政事件訴訟を提起して争うことはできないとして、本件訴えを不適法であるとして却下し、控訴審（原審）も同様の判断を示して上告人らの控訴を棄却した。

しかし、本件は婚姻の成否という実体的権利義務関係の存否を確定する訴訟事件であり、憲法 32 条及び 82 条の保障が及ぶべきことは当然であるから、行政訴訟によることは認められないとして却下をした一審判決を維持した原判決には明らかな憲法違反がある。

第2 原判決に憲法 32 条及び 82 条違反があること

1 裁判の公開原則

憲法 32 条は、「何人も、裁判所において裁判を受ける権利を奪はれない」と規定する。また、同 82 条 1 項は「裁判の対審及び判決は、公開法廷でこれを行ふ」と裁判の公開原則を定めている。

そして、最高裁判所判例は、同 32 条の「裁判」と同 82 条にいう「裁判」とは同義であり、「当事者の意思に拘らず終局的に、事実を確定し当事者の主張する権利義務の存否を確定する」「純然たる訴訟事件」についての裁判を指すとし、訴訟事件については憲法 32 条・82 条の保障が及ぶが、非訟事件についてはこれらの保障は及ばないとしている（最大決昭和 35・7・6 民集 14 卷 9 号 1657 頁等）。

なお、訴訟事件と非訟事件は、以下の 4 つの観点から区別される（渋谷秀樹意見書 4 頁）。

① 対象事項

訴訟事件は紛争（裁判所法 3 条 1 項にいう「法律上の争訟」）を対象とす

るのに対して、非訟事件は非紛争（「法律上の争訟」以外のもの）を対象とする。

② 裁判所の果たす機能およびその作用の性質

裁判所は訴訟事件について法規執行（適用）の機能を果たし確認的・判断的性質の作用を行うのに対して、非訟事件については後見的・監督的機能を果たし形成的・意欲的・裁量的性質の作用を行う。

③ 裁判所が準拠する手続

訴訟事件については公開の口頭弁論手続（対審手続）を行い原則として当事者の提出した資料のみを基礎にして（当事者主義）、「判決」形式の裁判をもつてのぞみ、厳格かつ形式主義的な特質をもつものに対して、非訟事件については公開・対審構造をとらず、資料も職権で探知でき、「決定」形式の裁判をもつてのぞみ、柔軟かつ実践主義的な特質をもつ。

④ 裁判の拘束力

訴訟事件の判決は既判力を有し、原則として訴訟当事者のみにその効果が限定されるのに対して、非訟事件の決定は状況に応じて取消・変更が可能であり、対世的効果をもつ。

2 本件不受理の取消しを求める紛争が「訴訟事件」に該当すること

(1) 行政事件訴訟法3条2項の「処分」

取消訴訟の対象となる「行政庁の処分その他の公権力の行使に当たる行為（次項に規定する裁決、決定その他の行為を除く。以下単に「処分」という。）」

（行政事件訴訟法3条2項）について、最高裁判所判例は、「行政庁の法令に基づく行為のすべてを意味するものではなく、公権力の主体たる国または公共団体が行う行為のうち、その行為によって、直接国民の権利義務を形成しまたはその範囲を確定することが法律上認められているもの」とする（最判昭和39・10・29民集18巻8号1809頁）。

すなわち、本件不受理が上記「処分」に該当するならば、本件不受理の取り消しを求める紛争は、前記最大決昭和35・7・6にいう「当事者の意思に拘らず終局的に、事実を確定し当事者の主張する権利義務の存否を確定する」「純然たる訴訟事件」となり、別途家庭裁判所における不服申立制度によることは可能としても、最終的に訴訟事件としての救済の道が閉ざされていれば、憲法32

条・82条に違反することになる。

(2) 本件不受理が「処分」に該当すること

婚姻の届出は、戸籍法の定めるところにより届け出るものとされており（民法739条）、同届出が受理されることによって、婚姻が成立しその効力を生じるものとされている。

婚姻の届出の受理自体は、講学上にいう公証行為であり、準法律行為的行政行為であり、それ自体効果意思に基づく法的効果は存在しないが、法律の定めにより法的効果を有する。本件の場合、民法739条によって、婚姻の届出の受理により、婚姻が成立しその効力を生じるという効果が発生し、婚姻の届出の不受理には、婚姻が成立しておらず婚姻の効力を生じないという効果が発生することになる。「当事者が婚姻の届出をしないとき」を婚姻の無効事由と定める民法742条2項本文も、婚姻届が受理されれば婚姻の効果が発生することを当然の前提としている。

したがって、婚姻届の不受理は、「直接国民の権利義務を形成しまたはその範囲を確定することが法律上認められているもの」であるといえるから、上記「処分」に該当する。戸籍法127条が、戸籍事件に関する市町村長の処分については、行政手続法第二章及び第三章の規定を適用しない旨を定めているが、この点も、婚姻の届出の受理・不受理という行政庁の行為が上記「処分」に該当することを基礎付けるものである。

なお、確かに、本件では婚姻届の不受理という行政処分取消しが求められているのであって、申請に対する拒否処分に対する取消訴訟が確定した場合、直ちに申請が認められたことになるわけではない。しかし、次に同内容の申請があった場合、行政庁の判断は判決の趣旨に従うように拘束される（行政事件訴訟法33条2項）のであるから、終局的な実体的権利義務関係を確定するものであることに何らの問題はない。

(3) 原判決の判断

原判決も、婚姻届の不受理が「処分」であるとしているが（もともと、「処分」という文言は多義的であり、行政事件訴訟法3条2項にいう「処分」であることまで認めているかは不明である）、以下の①ないし③の理由により、「家庭裁判所の非訟手続による司法判断しか受けられないとしても、このことが憲

法 32 条、82 条に違反して違憲無効であるということとはできない」とした。

- ①戸籍官吏は、届出書類を形式的に審査するものであり、婚姻届出が受理された場合でも、婚姻の成立・不成立の効果を確定させるものではないし、現行の戸籍法は、民法 750 条、790 条等を前提に氏を戸籍の編成基準とし、戸籍官吏が民法 750 条等の規定の憲法適合性について判断する権限を有するものでない。
- ② 法は、婚姻は戸籍法の定めるところにより届け出ることによってその効果を生ずる旨（739 条 1 項）を定めているが、この効果は、婚姻の届出につき同法が特に付与したものというべきである。
- ③婚姻の届出の不受理に対する裁判所に対する不服申立の手続きにおいては、戸籍官吏のした上記の形式的審査が関係法規に照らして適法か否かが審査されるにとどまるものであり、その手続の中で届出に係る婚姻の成否が実体的に審理されるものではなく、その審理に基づく裁判所の判断も、婚姻の成否を確定させるものではない。

（4）原判決の問題性

しかしながら、前記 1（2）の訴訟事件と非訟事件を区別する観点（基準）に照らしてみれば、その①の「対象事項」の見地からは、不受理処分の性質から本件は「法律上の争訟」に該当するし、その②の「裁判所の機能・作用」の見地からしても、本件では、夫婦別氏の違憲性を理由として不受理処分の違法性が争われているのであるから、家庭裁判所による後見的・監督的な作用は必要とされず、判断的性質の作用が必要となる事件である。また、③の「手続き」の観点からしても、家庭裁判所の甲類審判においては、乙類審判とは異なり全く対審構造をとらず、申立人に相対する事件の相手方は存在せず、職権調査主義は徹底しているのであるから、原判決の認定通りであるとするならば、家庭裁判所の審判で誠実に本件を審査するには、法律の違憲審査のために裁判所自ら 65 年前の法律制定過程における議論を論証する多くの文献を調査し、立法事実を調査し、社会の変遷にしたがって立法事実が変化したか調査しなければならない（家庭裁判所の調査官は法律の調査を担当しない）という、おおよそ家庭裁判所の審判の手続きとして想定していない重責を単独の裁判官に負わせるというものであり、③の手続きの面からも訴訟事件というべきであることは明

確である。

以上の通り、訴訟事件と非訟事件の区別の基準の①②③いずれも観点からも、訴訟事件に分類されるべきであるにもかかわらず、原判決はこれを非訟事件としたのであり、従前の判例理論に反する判断をしたものである。

また、原判決の判断の前記(3)①については、他の制度においても、形式的審査をされたものについて、その不服申立ての中で実体関係を争うことが予定されているものが存在する（不動産登記法）のであるから、形式的審査であることをもって訴訟事件に該当しないとすることはできない。

そもそも、婚姻届が受理された婚姻について、その効果が否定されるのは極めて限定的な場合であり（無効事由は民法 742 条が定める場合のみであり、取消事由も 744 条から 747 条の定める事由に限定され、また家庭裁判所に対する所定の請求手続によつてのみなされる）、婚姻届の受理が、行政庁の実質的に最終的な意思表示として機能していることを原判決は看過している。このような極めて限定された瑕疵を理由として、また厳格な手続を経由した場合に認められる効果の否定の可能性を理由として、「婚姻の成否を確定させるものではない」というのであれば、他のあらゆる行政処分にも、処分庁自身または上級監督庁もしくは審査庁による取消・変更の可能性があり、また裁判所による取消・変更の可能性があるのであるから、そのような処分もすべて行政事件訴訟法 3 条 2 項にいう「処分」に該当しないと論理になるのであって、原判決の論理は誤りである。

次に、原判決の判断の前記(3)②については、そもそも準法律行為的行政行為は、法律によって法律の効果が結びついて初めて行政処分になるという性質を持っており（建築基準法 6 条の建築確認、特定非営利活動促進法 10 条の設立の認証等）、「法が特に（法律上の効果を）付与した」ことを理由に処分性を否定することは理論的にあり得ない。

さらに、原判決の判断の前記(3)③については、かかる解釈を取るのであれば、本件のように、戸籍官吏が、婚姻届について、憲法違反の法律に従って処理したために不受理とした場合の婚姻の成否という法律上の実体的権利義務の存否について、訴訟で争う途を完全に否定することになり、法律上の争訟について公開裁判を受ける権利を保障した憲法 32 条、82 条に反する。最高裁昭和 40 年

6月30日大法廷決定（民集19巻4号1089頁、同1114頁）も、審判の前提となる権利義務関係の存否については、法律上の争訟として別途通常訴訟で争えるとしているというのであるから、従前の判例に反する解釈である。

（5）小括

以上のとおり、本件の婚姻届の不受理は行政事件訴訟法3条2項にいう「処分」に該当し、本件紛争は「訴訟事件」として、憲法32条・82条の保障が及ぶものというべきである。

3 婚姻届の不受理処分と、戸籍法121条および行政事件訴訟法1条「特別の定め」との関係

行政事件訴訟法1条は、「他の法律に特別の定めがある場合を除くほか、この法律の定めるところによる」と規定しているところ、戸籍法121条が、「戸籍事件（第124条に規定する請求に係るものを除く。）について、市町村長の処分を不当とする者は、家庭裁判所に不服の申し立てをすることができる」と規定しているため、この戸籍法121条が「特別の定め」に該当するかについて、以下主張する。

（1）原判決の判断

この点、原判決は、「（戸籍法（121条、122条、4条前段）、家事審判法（9条2項、8条）、特別家事審判規則13条以下は）戸籍事件についての不服の申立てに関しては、行政事件訴訟の方法による救済よりも、戸籍事件に係る事柄にふさわしい態勢を備えて常時関与している家庭裁判所による救済の方が適切であるとの立法政策上の判断の下に定められたものであり、上記戸籍法の規定は、行政事件訴訟法1条にいう『特別の定め』に該当する」として、「婚姻の届出につき不受理とする処分の適否は、家事審判手続において判断されるべきものであって、行政事件訴訟を提起して争うことはできない」とした。

（2）本件では非訟事件的な性質・作用が存しないこと

確かに、一般には、戸籍事件に関する市町村長の処分に対する不服申立については、その非訟事件的な性格・作用が大きいことから、家事審判手続において判断することにも司法政策上の合理性はある。

すなわち、一般に、非訟事件は、①形成処分的な性質、②形成処分をする際に裁量を要する性質、③対審構造になじみにくい性質、④迅速な解決を要する性質、

⑤事情に応じて裁判を適宜変更していく必要のある性質、⑥プライバシーの尊重が特に要請される性質等を有するとされるが（加藤新太郎「市町村長の処分に対する不服申立て」講座・実務家事審判法4・276-277頁）、戸籍事件に関する行政処分に対する不服申立においては、身分関係を形成・変更する事項が中心であり、個人のプライバシーの尊重が特に要請され（⑥）、迅速な問題の解決が求められ（④）、市町村長に処分の是正が命じられる点で（①）、一般に、非訟事件的な性格が大きいといえる。また、非訟事件は、裁判所が国家としての後見的な民事監督作用を果たすことが特徴であるが、戸籍事件に対する不服申立てにおいても、家庭裁判所による後見的な監督が求められることが多い。

しかし、本件のように、夫婦同氏制が違憲であるとして取消訴訟を提起し、婚姻届の不受理処分の有効性を争うケースでは、上告人らが望まない以上は④及び⑥の要請や必要はなく、また、取消判決の拘束力（行政事件訴訟法33条1項）があるから是正処分を命じる必要もないため①も認められない。また、家庭裁判所が後見的民事監督作用を働かせる余地もない。

したがって、戸籍法121条が定められた趣旨は原判決指摘の通りであったかもしれないが、本件に関しては、「戸籍事件についての不服申立てに関しては…家庭裁判所による救済の方が適切であるとの立法政策上の判断」は全く妥当しない。

なお、約65年前の戸籍法制定当時、おおよそ、立法者は民法750条が憲法違反として裁判の場で争われる可能性など予想しておらず（このほかに、婚姻届不受理に関しては、民法733条の女性のみの再婚禁止期間についての違憲訴訟が存在するが、こうした訴訟も同様であろう）、そうした紛争の審理・判断に家事審判手続きが適切であると考慮して戸籍法121条を定めた形跡は全くない。

（3）本件では公開裁判が保障される必要性が大きいこと

本件では、民法750条の規定が憲法上認められるか否かについての判断を前提に、市町村長による婚姻届の不受理処分の違法性・違憲性が争われている。かかる憲法上の判断については、国民の憲法上の権利利益が問題となっているのであるから、対審構造の下で当事者に十分な主張立証を尽くさせ、それを密室ではなく公開の下で審理すべき要請が非常に強い。

戸籍法121条は、「家庭裁判所に不服の申立をすることができる」とするのみ

で、戸籍法 123 条のように、明文で行政事件訴訟法の適用を排除する規定がないことも、かかる必要性を裏付けるものである。

(4) 小括

したがって、戸籍事件であっても、家事審判によることなく、行政訴訟を提起することは可能であるし、本件のように違憲性が争われるようなケースにおいては特に公開裁判の必要性が大きいのであるから、これを否定する解釈・運用は明らかに憲法 32 条、82 条に違反する。

なお、訴訟事件と非訟事件を峻別する判例理論に対しては、純粹の訴訟事件という基準の不明確さや、その抽象性故の画一的適用に伴う不都合、非訟事件に関して裁判を受ける権利が憲法で保障されないなどの問題点が指摘されているが（渋谷意見書 4 乃至 5 頁、芦部憲法第 5 版 200 頁等）、これらの学説によっても、本件が公開されるべき事件に該当することは明らかである。

4 現行法制の下で、別姓のままでの婚姻の成否を確定することが裁判上可能であること

(1) 原判決の判断

原判決は、「民法 750 条が違憲無効であるとするれば、これを前提とする戸籍法の定めや民法 790 条等関連する法令も違憲状態にあると言わざるを得ないが、これらの関係法令が全体として是正されることなく、荒川区長において控訴人らの婚姻届出を受理し、関係法令に適合する適法な手続に乗せることは法制度上できないことである。そして、関係法令の全体的な是正を立法によることなく法令の解釈・運用によって行うことはおよそ不可能というべきであるから、本件不受理処分に対する不服申立ての審理を担当する裁判所が、民法 750 条を違憲無効であると判断しても、荒川区長に控訴人らの婚姻の届出を受理すべき旨の内容の命令を出すことはできない筋合いである。結局のところ、現行法制の下では、控訴人らについて別姓のままでの婚姻の成否を確定することが裁判上可能であるとはいえず、これが可能であることを前提とする控訴人らの主張は理由がない」とした。

この主張は、本来本案審理をする場合の問題点を理由として訴訟要件の有無を決している点で適切ではないが、明白な誤りを含んでいることを以下に述べる。

(2) 国籍法違憲判決

この問題については、国籍法違憲判決（最大判平成20年6月4日民集62巻6号1367頁）が既に原判決の司法消極主義とは異なる立場をとっており、この点からも原判決の判断は最高裁判所判例とは異なるものというべきである。

最大判平成20年6月4日の事案は、日本国籍をもつ父から出生後認知された非嫡出子（母は外国籍）で準正のあった子は、国籍法3条1項によって届出によって国籍が取得できるのに対して、準正のない子は、この規定が適用されず、同法8条によって法務大臣の帰化の許可を要するとするのは、平等原則に反するとして争われたものである。

反対意見は、「多数意見は、同項の規定について、非準正子に対して日本国籍を届出によって付与しない趣旨を含む規定であり、その部分が違憲無効であるとしているものと解されるが、そのような解釈は、国籍法の創設的・授権的性質に反するものである上、結局は準正子を出生後認知された子と読み替えることとなるもので、法解釈としては限界を超えているといわざるを得ない」としたが、多数意見は、以下のように判示した。

「(1) ……国籍法3条1項の規定が本件区別を生じさせていることは、遅くとも上記時点以降において憲法14条1項に違反するといわざるを得ないが、国籍法3条1項が日本国籍の取得について過剰な要件を課したことにより本件区別が生じたからといって、本件区別による違憲の状態を解消するために同項の規定自体を全部無効として、準正のあった子（以下「準正子」という。）の届出による日本国籍の取得をもすべて否定することは、血統主義を補完するために出生後の国籍取得の制度を設けた同法の趣旨を没却するものであり、立法者の合理的意思として想定し難いものであって、採り得ない解釈であるといわざるを得ない。そうすると、準正子について届出による日本国籍の取得を認める同項の存在を前提として、本件区別により不合理な差別的取扱いを受けている者の救済を図り、本件区別による違憲の状態を是正する必要があることになる。

(2) このような見地に立って是正の方法を検討すると、憲法14条1項に基づく平等取扱いの要請と国籍法の採用した基本的な原則である父母両系血統主義とを踏まえれば、日本国民である父と日本国民でない母との間に出生し、父から出生後に認知されたにとどまる子についても、血統主義を基調として出生

後における日本国籍の取得を認めた同法3条1項の規定の趣旨・内容を等しく及ぼすほかはない。すなわち、このような子についても、父母の婚姻により嫡出子たる身分を取得したことという部分を除いた同項所定の要件が満たされる場合に、届出により日本国籍を取得することが認められるものとすることによって、同項及び同法の合憲的で合理的な解釈が可能となるものということができ、この解釈は、本件区別による不合理な差別的取扱いを受けている者に対して直接的な救済のみちを開くという観点からも、相当性を有するものというべきである。

そして、上記の解釈は、本件区別に係る違憲の瑕疵を是正するため、国籍法3条1項につき、同項を全体として無効とすることなく、過剰な要件を設けることにより本件区別を生じさせている部分のみを除いて合理的に解釈したものであって、その結果も、準正子と同様の要件による日本国籍の取得を認めるにとどまるものである。この解釈は、日本国民との法律上の親子関係の存在という血統主義の要請を満たすとともに、父が現に日本国民であることなど我が国との密接な結び付きの指標となる一定の要件を満たす場合に出生後における日本国籍の取得を認めるものとして、同項の規定の趣旨及び目的に沿うものであり、この解釈をもって、裁判所が法律にない新たな国籍取得の要件を創設するものであって国会の本来的な機能である立法作用を行うものとして許されないと評価することは、国籍取得の要件に関する他の立法上の合理的な選択肢の存在の可能性を考慮したとしても、当を得ないものというべきである。

したがって、日本国民である父と日本国民でない母との間に出生し、父から出生後に認知された子は、父母の婚姻により嫡出子たる身分を取得したという部分を除いた国籍法3条1項所定の要件が満たされるときは、同項に基づいて日本国籍を取得することが認められるというべきである。」

そして、最高裁判所が合憲的解釈による判断をしたことにより、その後、国籍法も改正され、裁判を経ないすべての子に関しても、解決が図られた。

(3) 本件においても、国籍法違憲判決と同様の判断をなし得ること

本件では、夫婦同氏制を定める民法750条の違憲性を争うものであるところ、同条の存在を前提として、本条によって不合理な取扱いを受けている者の救済を図り、本件区別による違憲状態を是正することは、憲法81条によって違憲審

査権が認められている裁判所の義務であるというべきである。

最高裁が国籍法を上記のように解釈して「違憲の瑕疵を是正」したように、民法 750 条の規定についても、例えば、同条を「全体として無効とすることなく」、夫婦同氏を望まない者にまで同氏の効果を及ぼすという過剰に課された要件（民法は効果の節に民法 750 条を置くが、婚姻改姓は婚姻の要件となっていることにつき当事者双方異論はない）についてのみ違憲無効とし、別氏であっても、他の民法所定の婚姻要件が満たされる場合には、婚姻届出の受理を命じることによって夫婦という法的地位を取得することを認められると解釈することも、十分可能である。

(4) 原判決の問題性

そして、仮に本事案において 750 条が違憲とされて婚姻届が受理された場合には、その判旨に適合するように民法の関連規定を改正することが国会に義務付けられるということになるにすぎず、上告人らは裁判所に法創造を求めているわけではない。

原審は、上記のような解釈が可能であるにもかかわらず、係属している事案と直接的には無関係の不都合性（750 条を違憲とした場合における、夫婦間の子の氏に関する 790 条等の関連条項との関係）を危惧して、本件を却下した一審判決を是認したのであるが、憲法 81 条が違憲立法審査権を認めた趣旨に照らしても、その判断に合理性はない。むしろ、ある法律が違憲である場合に、それに関連するすべての法律や規則についてまで、違憲判決に備えて改正されていなければ、裁判所は違憲の判断がなしえないとするならば、それは本末転倒であり、違憲立法審査権を放棄したというに等しい。

したがって、「別姓のままでの婚姻の成否を確定することが裁判上可能であるとはいえ」ないとした原判決は、明らかに誤っている。

第3 結論

以上のとおり、原判決には、憲法 32 条及び 82 条違反があるから（民訴法 312 条 1 項）、破棄を免れない。

<添付書類> 渋谷意見書