

平成23年（行コ）第76号 不受理処分取消等請求控訴事件

控訴人 A, B

被控訴人 荒川区

準備書面（1）

2011年9月22日

東京高等裁判所第19民事部 イ係 御中

控訴人ら代理人

弁護士 榎原富士子

外14名

第1 答弁書第2の4に対する反論

1. 2つの最高裁昭和40年6月30日大法廷決定（民集19巻4号1089頁、同1114頁）について

これらの決定においては、性質が非訟事件である訴訟事件については、非訟事件手続あるいは審判手続によって判断されることが許される旨が判示された。これにつき、被控訴人は性質が非訟事件である限り、訴訟手続を保障しなくとも憲法32条及び82条に反しないと解しているようである。しかし、これら二決定においては、審判の前提となる権利義務関係の存否については純然たる訴訟事件であることが明示されており、権利義務関係の存否そのものについては別途通常訴訟で争えることを前提に、非訟事件手続・審判手続も許されるものとしている。

すなわち、夫婦の同居義務等に関する決定（同1089頁）においては、「同居義務等は多分に倫理的、道義的な要素を含むとはいえ、法律上の実体的権利義務であることは否定できないところであるから、かかる権利義務自体を終局的に確定するには公開の

法廷における対審及び判決によって為すべきものと解せられる」とし、「審判確定後は、審判の形成的効力については争いえないところであるが、その前提たる同居義務等自体については公開の法廷における対審及び判決を求める途が閉ざされているわけではない」としている（下線控訴人。以下同じ）。

また、婚姻費用の分担に関する決定（1114 頁）においても、「婚姻費用の分担に関する審判は、夫婦の一方が婚姻から生ずる費用を負担すべき義務あることを前提として、その分担額を形成決定するものであるが、右審判はその前提たる費用負担義務の存否を終局的に確定する趣旨のものではない。これを終局的に確定することは正に純然たる訴訟事件であつて、憲法 82 条による公開法廷における対審及び判決によつて裁判されるべきものである。本件においても、かかる費用負担義務そのものに関する争であるかぎり、別に通常訴訟による途が閉ざされているわけではない」としているのである。

したがって、ある事件に関し非訟事件手続・審判手続による判断を行うことが許されることは、その前提となる権利義務関係につき通常訴訟を行えないということを意味するものではない。逆に、上記の二事件の決定は、別途通常訴訟で争えることを保障していると解するべきであると判断しているものであつて、権利義務関係の存否につき通常訴訟で争えないとする解釈は、憲法 32 条及び 82 条に反するものである。

2. 本件における、被控訴人の主張

被控訴人はその答弁書において、本件は上記二決定のいうところの「終局的に事実を確定し、当事者の主張する実体的権利義務の存否を確定するような裁判」ではないと主張する。その理由としては、①戸籍の届出の受理に際する審査は形式的審査であるか

ら本件で争われているのは「法律上の実体的権利義務」に当たらないこと、及び、②婚姻の届出の受理・不受理では婚姻の有効性を確定せず、また、婚姻届不受理処分に対する家事審判手続は当該婚姻の有効性を審査しないため、本件は「実体的権利義務の存否を確定するような裁判」には当たらないことを挙げている。

しかし、①本件で争われているのは婚姻が成立したか否かというまさに「法律上の実体的権利義務」であり、②本件はかかる「実体的権利義務の存否を確定するような裁判」に該当すると解すべきである。以下、①及び②について検討する。

3. 形式的審査であるとの点について（上記①）

本件では、法律上の実体的権利義務が争われている。

（1）法律婚主義をとる現行法の下においては、婚姻は民事法上及び公法上の様々な権利義務関係の基礎となるものであり、婚姻の成立によって民事法上・公法上の権利義務が変動する。民事法・公法という実体法上の権利義務に変動を及ぼすものである以上、婚姻の成立は法律上の実体的権利義務関係であると解すべきである。

また、行政処分は「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るもの」（最（一）判昭和39年10月29日・民集18巻8号1809頁）を意味する。法律上婚姻が成立するためには婚姻届が受理されることが不可欠である以上、婚姻届の不受理は、法律上婚姻が成立しないという法的効果を有し、婚姻の成立に基づき発生するはずの民事法上・公法上の権利義務の範囲を画するものであると言える。したがって、婚姻届の不受理は行政処分である。

確かに、本件では婚姻届の不受理という行政処分の取消し

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判決が確定した場合、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（行政訴訟事件法 33 条 2 項）。すなわち、本件訴訟において婚姻届の不受理の行政処分取消しが確定した場合、次に控訴人らが同内容の婚姻届を提出した場合、受理されることが保障されることになる。したがって、本件では直接婚姻の成立という実体的権利義務関係が争われていると言えるのである。

(2) 被控訴人は戸籍の届出の受理・不受理に関して、戸籍官吏が届出の受理に際して行う審査が形式的審査であり実体的審査でないことを理由に、受理・不受理は実体的婚姻の成立・不成立の効果を「確定させない」と主張しているが、この論理には飛躍がある。

なぜならば、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からである。

たとえば、不動産登記法においては、登記官の審査は申請人の本人性の確認を除き、登記記録を基に申請情報の形式的適合性を審査するだけである（大判昭和 15 年 4 月 5 日「登記官吏ハ登記申請ニ対シ単ニ形式上ノ審査権ヲ有スルニ止リ申請内容カ実体法上ノ権利関係ト一致スルヤ否ノ審査権限ヲ有セサル」）。

そして、登記官が不動産登記関係法令に基づきその権限に属する事項についてなすすべての処分についての不服申立の方法として、国家賠償請求訴訟の他、不動産登記法に定められた審査請求をする方法と行政事件訴訟法に基づいた処分取消訴訟が用意されている。すなわち、不動産登記法において

は、登記官の形式的審査に対して、その処分の法的効果を認め、処分取消訴訟の中で実体関係を争うことが予定されているのである。

以上の例から見ても、被控訴人の主張する形式的審査であるから実体的な法的効果を有しないという論理は失当である。

4. 婚姻届出の受理・不受理では婚姻の有効性を確定しないとの点について（上記②）

本件は、法律上の実体的権利義務の存否を確定する裁判である。

（１）被控訴人は、婚姻届が受理された場合でも、民法742条の無効原因が認められる場合には当該婚姻は無効であり、また同法731条から736条までで定められた不適法な場合には当該婚姻は取消し得ると述べ、婚姻届の受理・不受理によっては婚姻の有効性は確定しない旨主張している。

また、「婚姻届の不受理処分に対する家事審判手続では、その審査は戸籍官吏が当該婚姻届を受理すべきであったか否かについてされるものにすぎず、当該婚姻が実体的に有効か否かを審査するものではない」とも述べている。

これらによって、被控訴人は婚姻届不受理処分の取消しを求める本件においては、当該婚姻の有効性を確定することはなく、そのため本件は「実体的権利義務の存否を確定するような裁判」には当たらないと主張しているものと考えられる。

（２）しかし、本件で問題となっているのは婚姻の成否であり、有効性ではない。婚姻の成否と有効性は全く別の問題であり、これは被控訴人による論理のすり替えであるとしか言いようがない。

婚姻届の受理によって法律上婚姻が成立したと認められな

い限り、当該婚姻の有効無効を論じることには意味はない。これは、たとえば、売買契約が成立していないのにその有効性を論じると同じことであり、明らかに意味のない議論である。

したがって、婚姻の成立が問題となっている本件において、当該婚姻の有効性を確定することはないため本件は「実体的権利義務の存否を確定するような裁判」には当たらない、という被控訴人の主張は失当である。

(3) また、先に検討した通り、申請に対する拒否処分に対する取消判決が確定した場合、直ちに申請が認められたことになるわけではないが、行政庁の判断は判決の趣旨に従うように拘束されるものである（行政訴訟事件法 33 条 2 項）。したがって、取消訴訟は行政処分について当事者間の「実体的権利義務の存否を確定する」裁判に当たり、本件は法律上の実体的権利義務の存否を確定する裁判であると言える。

5. 公開の法廷において争う権利が保障されるべきこと

先に検討した通り、現行法の法律婚主義の下においては、婚姻の成立は実体的権利義務関係である。そして、前掲の二つの最高裁昭和 40 年決定によると、実体的権利義務関係である以上、その存否については公開の法廷における、通常裁判で争うことが憲法上保障されている。

ところが、被控訴人の主張によれば、本件のような婚姻届の受理・不受理について、家庭裁判所への不服申立という手段以外に争う手段がないということになり、公開の法廷における、通常裁判で争う手段がないということになる。

しかし、先に述べた通り、実体的権利義務関係の存否に関する争いである以上、通常裁判で争うことが保障されているのは

最高裁昭和40年決定により明らかである。そうであるとすれば、その方法が認められないとする原判決及び被控訴人の主張は、被控訴人の憲法上の権利を侵害するものである。

ちなみに、本件においては、控訴人らの間には婚姻の成立及びこれによって生ずる民事法上及び公法上の権利義務関係について争いはなく、控訴人らと被控訴人国との間において、これを争っているものである。そして、本件においては、婚姻届の不受理という行政処分が介在するので、その効力を争う訴訟としては、取消訴訟によることとなる。

第2 答弁書第2の3に対する反論

1. 被控訴人の主張

被控訴人は、戸籍事件に関する市町村長の処分に対する家庭裁判所への不服申し立てについて定める戸籍法121条の規定をもって、行政事件訴訟法1条にいう「他の法律に特別の定めがある場合」に該当するものとし、戸籍事件に関する市町村長の処分に対する不服申し立ては、排他的に家庭裁判所の家事審判手続によって審理されるべきであって、行政事件訴訟でこれを争うことは許されない、と主張する。そして、その理由としては「戸籍事件に係る事柄の処理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に委ねる方が適切であるため」であるとの司法政策上の理由を述べる。

しかし、本件のように、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た婚姻の届出についての不受理処分に対し、その違憲・違法な点があることを主張して取消しを求める場合についても、他の戸籍事件に関する市町村長の処分に対する不服申し立てと同様に扱うべきということとはできない。

2. 戸籍事件に関する市町村長の処分に対する不服申立ての非訟事件性

(1) 非訟事件の有する性質

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（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）。

これに対し、戸籍事件に関する市町村長の処分に対する不服申立てにおいては、個別具体的な名宛人に対する市町村長の処分の適否を争うため、必ずしも対審構造になじまないという性質（③）は有しないものの、身分関係を形成・変更する事項を中心とし、個人のプライバシーと密接に関わるもの（⑥）であって、迅速な問題の解決が求められるもの（④）であり、市町村長に処分の是正を命ずる（①）のであるから、主として非訟事件の性質を有するものといえる。したがって、一般には本件のような戸籍事件に関する市町村長の処分に対する不服申立てを非訟事件として扱うことには、司法政策上の合理性があるといえよう。

(2) 本件事案における検討

しかし、本件のように、本人自らが行政事件訴訟によることを望んでいる場合には、同様に扱うことはできない。

まず、プライバシーの点（⑥）についてであるが、本件では不受理となった届出の提出者である控訴人自らが、公開の法廷において行政事件訴訟として本件の具体的な処分の違憲性・違法性を争う意思を有している。⑥の点は名宛人等の利益のみを考慮したものであるから、プライバシーの保護を考慮されるべ

き者自身がその保護を望まない以上、本件においては⑥の性質は認められない。

次に、迅速な解決の要請（④）についても、処分の名宛人たる控訴人は、簡易迅速な手続きによる解決ではなく、対審構造の公開法廷において、互いに十分な主張をした上での判決を求めているのである。④の点も、行政庁側の利益ではなく、名宛人等の利益を考慮したものであるから、本件においては④の性質も認められない。

また、形成処分的性質（①）についても、本件で控訴人が求めている処分の取消判決が得られれば、取消判決の拘束力（行政事件訴訟法 33 条 1 項）により被告市町村長は同一理由による不受理処分をすることができなくなるため、本件においては必ずしも裁判所が市町村長に対し是正処分を命じなければならないわけではない。したがって、①の性質も本件では認められない。

以上より、本件では、戸籍事件に関する市町村長の処分に対する不服申立て一般において認められる非訟事件性の要素がいずれも存在しない。そのため、本件を非訟事件として扱うべき司法政策上の合理性はない。

3. 家庭裁判所による後見的民事監督作用

（1）非訟事件には、上記であげた性質のほかに、その本質的要素として、裁判所が国家としての後見的な民事監督作用を果たしている、という点が存する。

例えば、罹災都市借地借家臨時処理法第 15 条による借地権設定に関する裁判の合憲性等が問題となった最大判昭和 33 年 3 月 5 日・民集 12 卷 3 号 381 頁においては、「非訟事件は・・・秩序の維持保護監督等いわば国の後見的役割の発動

を求むるもの」（下飯坂裁判官少数意見）と述べられている。また、民法84条1号が法人の登記懈怠に対し秩序罰たる過料の制裁を科することになっている点についてその合憲性が問題となった最大決昭和41年12月27日・民集20巻10号2279頁においても、「右のような民事上の秩序罰としての過料を科する作用は、国家のいわゆる後見的民事監督の作用であり、その実質においては、一種の行政処分としての性質を有するものであるから、必ずしも裁判所がこれを科することを憲法上の要件とするものではなく、・・・過料を科する作用は、もともと純然たる訴訟事件としての性質の認められる刑事制裁を科する作用とは異なる」と述べられている。

そして、家事事件についても、最大決昭和40年6月30日・民集19巻4号1089頁では、「家庭裁判所が後見的立場から、合目的の見地に立つて、裁量権を行使してその具体的内容を形成することが必要であり、かかる裁判こそは、本質的に非訟事件の裁判であって、公開の法廷における対審及び判決によつて為すことを要しないものである」と述べられており、他の非訟事件と同様、家事事件が非訟事件として扱われるのは、家庭裁判所が後見的な監督作用を果たす役割を担っているためであるとされている。

(2) 以上のように、非訟事件は裁判所が後見的な民事監督作用を果たすことがその特徴となっているのであるが、本件で問題となっている戸籍事件に関する市町村長の処分に対する不服申立てにおいても、まさに家庭裁判所が市町村長の各処分に対する後見的な民事監督作用を果たしている点が、これを非訟事件として家事審判手続きに付することとしている実質的な理由となっているものと考えられる。

この点は具体的にこれまで問題となった不服申立ての事例

でも明らかであって、例えば、戸籍法施行規則 60 条に定める文字でない字が使用されていることを理由として出生届の追完届を不受理処分としたことの適否について問題となった最三小決平成 15 年 12 月 25 日・民集 57 卷 11 号 2562 頁／家月 56 卷 6 号 127 頁は、「審判，決定手続に提出された資料，公知の事実等に照らし，当該文字が社会通念上明らかに常用平易な文字と認められるときには，当該市町村長に対し，当該出生届の受理を命ずることができる」と述べ、具体的に当該文字が社会通念上明らかに常用平易な文字であるか否かを判断しており、子の名前に使用される文字としていかなるものが適当かにつき、後見的な監督作用を果たしているといえる。

また、同一戸籍内の他の家族と同一の名を附することの可否が問題となった名古屋高決昭和 38 年 11 月 9 日・高裁民集 16 卷 8 号 664 頁／家月 16 卷 3 号 107 頁／判時 361 号 52 頁や、出生届における具体的な名前が命名権の濫用に当たるか否かの判断が問題となった東京家裁八王子支部平成 6 年 1 月 31 日審判・判タ 844 号 75 頁／判時 1486 号 56 頁（いわゆる悪魔ちゃん事件）なども、裁判所が、行政庁の具体的な判断の適否について後見的な立場から監督作用を及ぼしているものといえる。

（3）本件事案における検討

以上のように、戸籍事件に関する市町村長の処分に対する不服申立て手続きにおいても、家庭裁判所が後見的民事監督作用を果たしているために、本質において非訟事件として扱われるべきこととされているが、本件事案ではどうか。

本件では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た婚姻の届出についての不受理処分が問題となっている。そして、控訴人の提出した婚姻届は、上記

の記載を除いては婚姻届の要件をすべて満たしたものであって、不受理処分とされたのは当該記載の点だけが要件を満たさなかったためである。つまり、本件ではかかる記載を市町村長が認めなかったという判断の適否について、判断が求められているのである。

しかし、夫および妻の氏をともに記載した婚姻届を不受理処分とすることの適否については、民法750条に「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。」との定めがあるため、婚姻届を受け取った者は、裁判所によりその判断の当否について後に判断されるまでもなく、同条に従い、不受理とするほかないこととなる。すなわち、本件においては民法750条がすでに、市町村長の判断に対する後見的な役割を担ってしまっているのである。

したがって、同条の違憲性判断はともかく、市町村長による不受理処分という判断に対し家庭裁判所が後見的民事監督作用を果たす余地はまったく存在せず、本件の事案は、その本質的な特徴の面からも非訟事件性のない事案だといえるのである。

むしろ本件事案は、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として、市町村長による婚姻届の不受理処分の適否を判断すべきであるが、この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ことからすれば、対審構造の下で当事者に十分な主張立証を行なわせ、それを公開すべき要請が非常に高い。すなわち、本件はむしろ訴訟事件性が非常に強い事案であるといえる。

4. 結論

以上みたように、本件事案には非訟事件の有する性質がこと

ごとく存在せず、むしろ訴訟事件性の強い事案であって、本件は非訟事件ではなく訴訟事件として扱うべきことが明らかである。したがって、他の戸籍事件に関する処分に対する不服申立てと同様に、排他的に家事審判手続きによって審理することが適切であるとは到底いえず、本件のように当事者の主張する実体的権利義務の存否を確定するものに限っては、戸籍法121条は行政事件訴訟法1条にいう「法律の特別の定め」に該当しないものと解し、行政事件訴訟で争うことを認めるべきである。

第3．条約違反について

1．市民的及び政治的権利に関する国際規約（以下、自由権規約）

14条違反

(1) 本件行政訴訟が認められないことは、憲法32条、82条に違反するのみならず、自由権規約14条にも違反する。

自由権規約14条は、裁判の非公開が許される範囲につき、憲法32条や同82条とは異なる文言を用い、条文の構造も異なる形をとる。自由権規約14条違反の判断にあたっては、憲法上の条文解釈とは異なる考慮が要請されることは当然である。

(2) また、2007（平19）年の一般的意見32は、第2項で自由権規約14条の定めが人権擁護の中心的要素であるとした上で、同第4項で「第14条は、締約国が自国の法的伝統や国内法に関わりなく尊重せねばならない保障を定めている」、「規約の保証の本質的内容の決定は国内法の裁量のみ委ねられてはならないことを、委員会は指摘する」とする。この指摘からも、憲法32条、82条の解釈とは別に、自由権規約14条違反の問題についても検討することが求められる。

2. 自由権規約 14 条違反

(1) 条文上の明確な違反

婚姻の届出につき不受理とする処分の適否の判断にあたり、行政事件訴訟を提起して争うことができないとし、公開裁判が確保されないことは、自由権規約 14 条 1 項に明白に違反する。

ア. まず、自由権規約 14 条 1 項に基づいて、公開裁判を受けることが個人の権利として保障されるためには、第二文により、本件訴訟が、「民事上の権利及び義務の争いについての決定」を求める裁判である必要がある。

この点に関し、2007（平19）年の一般的意見 32 の第 16 項は、「委員会は、「民事上の（in a suit at law）」・・・の概念は、当事者の一方の立場もしくはその権利の決定のために国内法制によって規定される法廷に基づく概念ではなく、当該権利の性格に基づく概念であることに留意する。」と述べ、「私法の分野において契約、財産、および不法行為の分野に関する権利および義務を決定するための司法手続き」だけでなく、「行政法の分野における同等の概念も含んでいる。」とする。

そして、婚姻届の不受理処分に対する不服申立手続は、国との関係で婚姻の成立という民事法上及び公法上の実体的権利義務関係を争うものであることは本書面の「第 1」において、指摘した通りであるので、婚姻の成立が権利の性格からして自由権規約 14 条 1 項にいう「民事上の権利及び義務の争い」にあたることは明らかである。

したがって、本件原告は、同 14 条 1 項に照らして、原則として「公正な公開審理を受ける権利を有する」。

イ. つぎに、第三文列举事由は、例外的に「裁判の全部又は

一部を公開しないことができる」場合を規定するが、本件は何れの列挙事由にも該当しない。

第三文によると、「裁判の全部又は一部を公開しないことができる」場合は、(i) かつ、(ii) または (iii) が認められる場合であるが、まず (i) について、本件訴訟は、婚姻の届出につき不受理とする処分の適否が争点になっており、本質的には、夫婦別姓を原告に認めるべきかという問題に帰着する。そして、夫婦別姓制度を巡る議論は、重要な政治論点であり、公の場で堂々と議論せられてきたものである。したがって、これを公開することが、「民主的社会における道徳、公の秩序若しくは国の安全を」害することには到底ならないのである。

そして、(ii) については、訴訟の当事者である原告が裁判の公開を望んでおり、「当事者の私生活の利益」に配慮する必要がなく、(iii) についても、本件訴訟の「公開が司法の利益を害する」状況は認められないことは明らかである。

ウ．以上より、婚姻の届出につき不受理とする処分の適否の判断にあたり、公開の裁判によって争うことができないとし、公開裁判が確保されないことは、自由権規約 14 条 1 項に明白に違反する。

(2) 以上より、戸籍法 121 条から 125 条の規定について、本件のような婚姻の届け出の不受理に対する取消しの請求の場合には、家庭裁判所への不服申立という非公開・非対審の手續に争訟の方法を限定したものではないと解釈して、行政事件訴訟でも争うことを認めるべきであるし、そのように同条を解釈せず、家庭裁判所への不服申立に争訟の方法を限定したものと解するのであれば、同規定の法令違憲

を宣言したうえで、行政事件訴訟で争うことを認めるべきである。

第4．司法権の限界の問題について

1．問題の所在

戸籍法121条の規定の存在にも拘わらず、裁判所が行政事件訴訟として本件を争わせることを認めることは、裁判所による新たな制度の創造とならないかが懸念されているようである。

しかし、本件を家事審判ではなく行政訴訟として審理することは、以下に述べる通り、本来行政事件訴訟法1条が予定している原則に立ち返るものであり、新たな法制度を解釈によって創造することにはあたらない。

2．行政事件訴訟法1条と戸籍法の関係

行政事件訴訟法1条は、「行政事件訴訟については、他に法律の特別の定めがある場合を除くほか、この法律に定めるところによる」と規定する。すなわち、特別な法の規定がなければ、行政事件訴訟法の手続きによって審理判断されることを原則として定めている。

そこで、戸籍事件（戸籍法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立てをすることができる旨定める同法121条が、「法律の特別の定め」に当たるかが問題となるところ、本書面「第2」記載の通り、本件のように当事者の主張する実体的権利義務の存否を確定するものについては、戸籍法121条は行政事件訴訟法1条にいう「法律の特別の定め」に該当しないと解すべきものである。

したがって、行政事件訴訟法第1条の原則の定めに従い、本件

は行政事件訴訟として審理・判断されるべきである。

これは、憲法上の国民の権利を直接救済するために、行政事件訴訟法1条及び戸籍法121条を、憲法32条・82条の趣旨に則って解釈・適用するものに過ぎず、裁判所が法解釈によって新たな制度を創造するものではない。

3. 国籍法違憲判決（最大判平成20年6月4日）との関係

(1) 国籍法違憲判決（最大判平成20年6月4日）

裁判所は司法の責務として、国民の直接的な救済の必要性から憲法の趣旨を踏まえて法を解釈・適用すべきであり、これが裁判所による新たな法の創造とは異なるということについては、最高裁平成20年6月4日大法廷判決・民集62巻6号1367頁が示すとおりである。

最大判平成20年6月4日は、「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」、「同法3条1項の規定の趣旨・内容を等しく及ぼす」ため、「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。」として、国民の憲法上の権利の救済のため法解釈によって裁判所が直接的な救済を行う必要性・相当性を認めた上で、違憲の瑕疵を是正するため、国籍法3条1項について、過剰な要件を設けることにより違憲な区別を生じさせている部分のみを除いて、合理的な解釈を行った。

そして「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。」と判示している。

泉徳治裁判官の補足意見のとおり、この解釈は「憲法の平等原則の下で同項を解釈し適用するものであって、司法が新たな立法を行うものではなく、司法の役割として当然に許される」ものである。

以上に見るように、前掲最大判平成 20 年 6 月 4 日では、裁判所により法律を一部無効とすることにより、憲法 14 条 1 項に基づく平等権を保障したのである。

(2) 本件における主張との関係

一方、本件では以下に述べる通り、前掲最大判平成 20 年 6 月 4 日の事案とは異なって、戸籍法及び行政事件訴訟法の解釈・適用により解決できるのであり、裁判所による新たな法制度の創造にあたるかという問題が生じる余地はない。

前掲最大判平成 20 年 6 月 4 日は、「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、」国籍法 3 条 1 項の規定を一部無効とすることを認めた上、このような解釈が裁判所による新たな立法ではないことを明示している。

本件では、戸籍法 121 条の規定が適用されない場合には、行

政事件訴訟法第1条が定める原則に立ち返ることは法の規定上明白である。すなわち本件を行政事件訴訟として争うことを認めることは、本来行政事件訴訟法が予定している救済の道へ戻すに過ぎず、救済のために新たな立法や制度を要するものではない。すなわち、前掲最大判平成20年6月4日の事案と異なり、戸籍法121条が適用されない場合、戸籍事件のうち当事者の実体的権利関係を争う請求において、どのような要件の下どのような制度で審理するかに関しては「他の立法上の合理的な選択肢の存在の可能性」はない。それ故、前掲最大判平成20年6月4日で問題となり反対意見でも指摘されているような、裁判所が法解釈の枠を超えて新たな立法を行うことになるかという問題は、本件の場合生じない。

また、本件よりも、より大きなレベルで司法権の限界という問題が生じた前掲最高裁判決の事案でさえ、裁判所による法解釈の範囲内であることが示されているのであるから、本件で戸籍法121条を適用せず、行政事件訴訟として争わせることを認めることは、裁判所による新たな法制度の創造ではなく、裁判所の権限である法解釈の範囲内のものとして是認されるべきものである。

4. その他の裁判所の法解釈による救済事例

他の事例に見ても、以前の解釈によって行政事件訴訟として争えないとされていたものが、判例によって行政事件訴訟として争う道が肯定されてきたものがある。これらの例に見られる通り、法で明記されていない部分について、裁判所が国民の権利救済の必要性の観点から行政事件訴訟の途を明示することは司法の役割であって、新たな制度の創造にはあたらない。

(1) 最大平成20年9月10日

最高裁平成20年9月10日大法廷判決・民集62巻8号

2029 頁においては、土地区画整理事業の事業計画決定は、法令制定行為と同様の一般的抽象的行為であるとして、これまで処分性を否定し抗告訴訟で国民が争う道を閉ざしてきた（最高裁昭和 41 年 2 月 23 日大法廷判決・民集 20 卷 2 号 271 頁）ところ、従前の解釈を変更し、抗告訴訟の対象とすることを認め、国民の権利救済の道を開いた。

(2) 最二小判平成 17 年 7 月 15 日

また、最高裁平成 17 年 7 月 15 日第二小法廷判決・民集 59 卷 6 号 1661 頁の病院開設中止勧告事件においては、「勧告」という一般的には処分性が認められておらず抗告訴訟の対象として認められていないものであっても、医療法 30 条の 7 に規定されていた勧告を医療法全体の制度から国民の権利に直接的に法効果を及ぼすものと個別具体的に解釈し、抗告訴訟の対象とすることを肯定している。

(3) 本件との関係

本件においても、戸籍法 121 条から 125 条は行政訴訟において争うことを明文で禁止しているわけではない。

一般的に戸籍事件については家庭裁判所に対する不服申立によることとしても、個別具体的な争訟の対象ごとに抗告訴訟として争う途を裁判所が認めることは、上記の例にみたのと同様に可能である。本書面「第 2」で述べた通り本件は本来的に訴訟事件としての性質を持つものであり、これを行政訴訟で審理する途を裁判所が認めることは、特段司法の限界を超えることにはならない。

5. 結論

原告は、一切の戸籍事件を非公開・非対審の家庭裁判所での手続によって行っている誤った法の適用・運用を是正すること

を裁判所に求めているのである。すなわちこれは本来的な戸籍法 121 条から 125 条の趣旨、憲法 32 条・82 条、自由権規約 14 条、及び行政事件訴訟法 1 条に則った法解釈・適用を求めるものであり、前掲最大判平成 20 年 6 月 4 日で問題とされたような司法による制度の創造という問題は生じ得ない。

したがって、寧ろ裁判所は、前掲最(大)判平成 20 年 6 月 4 日の示す通り国民の権利救済の観点から司法の責務として憲法の趣旨に合致するようあらゆる法解釈を発揮し、本件を行政事件訴訟として争わせる途を開くべきである。