

平成23年（行ノ）第202号

申立人 A、B

相手方 荒川区

上告受理申立理由書

平成24年1月26日

最高裁判所 御中

上記申立人ら訴訟代理人

弁護士 榊原 富士子

他14名

目次

第1	はじめに	3頁
第2	原判決に最高裁判例と相反する判断があること	3頁
1	はじめに	3頁
2	最高裁判例が、訴訟事件につき憲法32条及び82条1項の保障が及ぶとして いること	3頁
3	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	5頁
(1)	行政事件訴訟法3条2項の「処分」	5頁
(2)	本件不受理が「処分」に該当すること	5頁
(3)	小括	6頁
4	原判決が35年決定をはじめとする最高裁判例と相反すること	6頁
(1)	原判決の判断	6頁
(2)	原判決の問題性	7頁
5	小括	8頁
第3	原判決が、法令の解釈に関する重要な事項を含んでいること	9頁
1	はじめに	9頁
2	原判決の判断	9頁
3	原判決の問題性	9頁
(1)	条文の規定について	9頁
(2)	本件紛争に公開の裁判を保障する必要性が大きいこと	10頁
(3)	小括	11頁
第4	結論	12頁

第1 本件の概要

1 申立人らは、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、相手方代表者である荒川区長は、夫婦の氏の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、申立人らは、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判断されるべきであり、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申立人らの控訴を棄却した。

2 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 条の保障が及び、公開裁判の機会を与えるべきことは当然である。

それにもかかわらず、戸籍法 121 条の規定が行政事件訴訟法 1 条にいう「特別の定め」に該当するという法令解釈に立ち、本件紛争に公開裁判の機会を認めず「門前払い」をした一審判決を是認した原判決は、明らかにこれまでの最高裁判所判例と相反する判断があるし、法令の解釈に関する重要な事項を含むものであるから、御庁の判断を仰ぐ必要がある。

よって、上告受理を申し立てる次第である。

第2 原判決に最高裁判所判例と相反する判断があること

1 はじめに

本件不受理処分は、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るにもかかわらず、原判決は、行政訴訟事件で争う途を遮断し、家庭裁判所の非訟手続による司法判断の機会しか与えないとの判断を行った。

しかしながら、このような判断は、訴訟事件につき憲法 32 条及び 82 条 1 項の保障が及ぶとする最高裁判所判例の結論と相反するものである。

2 最高裁判所判例が、訴訟事件につき憲法 32 条及び 82 条 1 項の保障が及ぶとしていること

最大決昭和 35 年 7 月 6 日民集 14 卷 9 号 1657 頁（以下「35 年決定」という。）

は、「憲法は三二条において、何人も裁判所において裁判を受ける権利を奪われないと規定し、八二条において、裁判の対審及び判決は、対審についての同条二項の例外の場合を除き、公開の法廷でこれを行う旨を定めている。即ち、憲法は一方において、基本的人権として裁判請求権を認め、何人も裁判所に対し裁判を請求して司法権による権利、利益の救済を求めることができることとすると共に、他方において、純然たる訴訟事件の裁判については、前記のごとき公開の原則の下における対審及び判決によるべき旨を定めたのであって、これにより、近代民主社会における人権の保障が全うされるのである。従って、若し性質上純然たる訴訟事件につき、当事者の意思いかに拘わらず終局的に、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ような裁判が、憲法所定の例外の場合を除き、公開の法廷における対審及び判決によってなされないとするならば、それは憲法八二条に違反すると共に、同三二条が基本的人権として裁判請求権を認めた趣旨をも没却するものといわねばならない」と判断し、性質上純然たる訴訟事件について、憲法 32 条及び同 81 条により公開の裁判を受ける権利が保障されることを認めた。

35 年決定の判断は、その後の最高裁判所判例にも引き継がれている。例えば、夫婦間の協力扶助に関する処分の審判に関する最大決昭和 40 年 6 月 30 日民集 19 卷 4 号 1089 頁は、「法律上の実体的権利義務自体につき争があり、これを確定するには、公開の法廷における対審及び判決によるべきもの」との見解を前提として、同居義務の具体的内容を定める家事審判法による審判は、夫婦同居の義務自体を確定するものではないから違憲ではないとしている（婚姻費用分担に関する処分の審判に関する最大決昭和 40 年 6 月 30 日民集 19 卷 4 号 1114 頁も同旨。）。そのほか、過料の裁判は国家の後見的民事監督作用であるから、憲法 32 条・82 条に違反しないとした例（最大決昭和 41 年 12 月 27 日民集 20 卷 10 号 2279 頁）や、借地法 8 条の 2 第 1 項による借地条件変更の裁判は、その前提たる実体法上の権利関係（借地権）につき先決事項として判断してもそれにつき既判力は発生せず別途民事訴訟で争うことができるから、憲法 32 条・82 条に違反しないとした例（最決昭和 45 年 5 月 19 日民集 24 卷 5 号 377 頁）、さらに、会社更生計画認否の裁判につき、本質は非訟事件の裁判であるから憲法 32 条違反の問題は生じないとした例（最大決昭和 45 年 12 月 16 日民

集 24 卷 13 号 2099 頁) も、すべて、権利義務の存否を確定することを目的とする純然たる訴訟事件については憲法 32 条及び同 82 条により公開の法廷における対審及び判決によって行なわれなければならないとの判断を前提としたものである。

以上のように、訴訟事件と非訟事件を分別し、訴訟事件については憲法 32 条及び同 82 条の保障が及ぶとする「35 年決定」の趣旨は、最高裁判所判例によって維持されており、確固たる最高裁判所判例の態度であるといえる(以上、渋谷意見書 5 ないし 6 頁)。

3 本件不受理の取消しを求める紛争が「純然たる訴訟事件」に該当すること

本件不受理の取消しを求める紛争は、以下のとおり、「純然たる訴訟事件」に該当する。

(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た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 年 10 月 29 日民集 18 卷 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 年 7 月 6 日にいう「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、講学上と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は、婚姻が成立し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、その処分をした行政庁は、判決の趣旨に従い、改めて申請に対する処分をしなければならない（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) 小括

以上により、婚姻届の不受理という行政処分の取消しを求める本件訴訟は、「純然たる訴訟事件」であるから、35 年決定をはじめとする最高裁判例によれば、憲法 32 条及び 82 条の保障が及び、公開の法廷で裁判を受ける機会が保障されなければならない。

4 原判決が 35 年決定をはじめとする最高裁判所判例と相反すること

(1) 原判決の判断

他方、原判決は、婚姻届の不受理が「処分」であるとしているものの（もっとも、「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り、市民的及び政治的権利に関する国際規約 14 条に違反して無効であるということとはできない」と判断した。

- 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續きにおいては、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、その手續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。

(2) 原判決の問題性

ア しかしながら、夫婦同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本件では、家庭裁判所による後見的・監督的な作用は必要とされないし、上記 2（2）で検討したとおり、婚姻届の不受理処分の性質から、本件は「純然たる訴訟事件」に該当する。したがって、本件不受理処分に関する紛争につき、公開法廷により裁判を受ける機会を与えないとした原判決は、35 年決定をはじめとした最高裁判所判例の理論に相反するものである。

イ また、原判決があげた判断の根拠についても、以下のとおり、理由がない。まず、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理由にならない。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ってのみなされる)、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」に該当しないという論理になるのであって、原判決の論理は誤りである。

次に、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、③については、上述のとおり、民法739条によって、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のであるから、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、その処分に対する裁判所の判断も、婚姻の成否を確定させるものであるといえる。

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」に該当するところ、35年決定及びその流れを引き継ぐ最高裁判所判例によれば、本件紛争は「訴訟事件」として、憲法32条・82条の保障が及び、公開の法廷における裁判を保障すべきであるから、本件紛争につき非訟手続による司法判断しか受けられないと判断した原判決は、最高裁判例に相反する判断をしたものである。

第3 原判決が、法令の解釈に関する重要な事項を含んでいること

1 はじめに

行政事件訴訟法（以下、「行訴法」）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条は、「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。

この戸籍法121条が、行訴法1条の「特別の定め」に該当するか否かについては、いまだ最高裁判所判例は見当たらないところであるが、戸籍事件における市町村長の処分に対する不服申立て方法につき、行訴法による公開裁判手続を保障するか否かといった、憲法32条・82条の保障の範囲を画する重要な事項に関するものであり、御庁が、法令解釈として新たな判断を示す必要がある。

2 原判決の判断

行訴法1条「特別の定め」と戸籍法121条の関係につき、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」との法令解釈を示したうえで、「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。

しかしながら、原判決の判断は、以下のとおり、行訴法1条に違反するものである。

3 原判決の問題性

(1) 条文の規定について

条文の規定上、戸籍法121条は、「家庭裁判所に不服の申し立てをすることができる」とするのみであり、戸籍事件に関する不服申立てを家庭裁判所に対するものに限っているわけではない。また、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もない。したがって、戸籍法の文言を素直に読

めば、戸籍事件に関して抗告訴訟等の行政事件訴訟法が用意する救済ルートにのせることは否定されていない。

また、実質的にみても、戸籍事件に関する不服申立てが、婚姻届出にみられるように行政処分の適否を争う側面をもつにもかかわらず、非訟手続を用意するのみでは「裁判を受ける権利」の保障が不十分となる（以上、渋谷意見書 10 頁）。

したがって、戸籍法 121 条が行訴法 1 条「特別の定め」に該当するとして、戸籍事件については行政事件訴訟法上の救済手段を与えないとする法令解釈は、条文の規定上も、実質的理由からも採り得ないというべきである。

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。

(2) 本件紛争に公開の裁判を保障する必要性が大きいこと

原判決は、戸籍法 121 条の立法趣旨につき、「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」と述べているが、上記趣旨は、本件には該当しない。

ア 非訟事件的な性質・作用が存しないこと

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、一般的には、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、申立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、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。

イ 本件における審理対象が憲法上の権利利益であること

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。

（3）小括

以上によれば、戸籍法 121 条等の文理解釈上、戸籍事件であっても、家事審判手続によることなく、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問題とさ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。

よって、戸籍法 121 条が行政事件訴訟法 1 条の「特別の定め」に該当するとして、戸籍事件における市町村長の処分に対する不服申立てにつき、行訴法による公開裁判手続を受ける機会を保障しないとした原判決は、行訴法 1 条の法令解釈を誤ったものである。

第4 結論

以上のとおり、原判決は、明らかにこれまでの最高裁判所判例と相反する判断をしており、公開裁判を受ける権利といった重要な事項を含む、戸籍法 121 条、行訴法 1 条の法令解釈につき法令違反があるものであるから（民訴法 318 条 1 項）、破棄を免れない。

よって、憲法 32 条・82 条の保障の重要性に鑑み、御庁のご判断を賜りたく、本上告受理の申立てをする次第である。

以上

<添付書類> 渋谷意見書