

平成23年（行コ）第76号 不受理処分取消等請求事件に対する控訴事件

原審（東京地方裁判所 平成23年（行ウ）第82号事件）

控訴人 A、B

被控訴人 荒川区

控 訴 理 由 書

2011年4月21日

東京高等裁判所 第19民事部 御中

控訴人ら訴訟代理人弁護士 榑 原 富 士 子

他12名

上記当事者の頭書事件につき、控訴人らは、下記の通り控訴理由を提出する。

記

第1 本件不受理処分及びそれに対する裁判の法的性格

1 婚姻の届出の受理・不受理の処分の法的性格

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（同739条）。民法739条は、婚姻の届出のみを規定しているが、同法740条は、受理という手続をさだめており、民法は、婚姻の届出の受理によって、その効力を生じるとの仕組みを設けているものである。

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、婚姻は成立しておらず効力を生じないという効果が発生することになる。

以上からみて、婚姻の届出の受理・不受理という行政の行為は、「法令に基づく行為のうち、公権力の主体たる国または公共団体が行う行為で、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」との定義（最判昭和 39 年 10 月 29 日・民集 18 卷 8 号 1809 頁）に該当するのであって、行政事件訴訟法 3 条 2 項にいう、「行政庁の処分その他の公権力の行使に当たる行為」、すなわち、「行政処分」に該当する。

ちなみに、戸籍法 127 条は、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「行政処分」に該当することを基礎づけるものである。

2 婚姻の届出の不受理処分及びそれに対する裁判の法的性格

行政処分に対する裁判については、立法論的には、その違法性の確認訴訟とするものと、取消訴訟またはそれに類似する訴訟とするものと二通りあるが、日本の場合は、行政事件訴訟法第 3 条において、行政処分に対する裁判は、取消訴訟を中心とする抗告訴訟によるべきものと定めており、いわゆる取消訴訟の排他的管轄という制度をとっている。

前述した通り、行政処分は、国民の権利義務を直接形成しその範囲を確定するというものであり、「終局的に当事者の主張する実体的権利義務を確定する」も

のであるが、それについての訴訟形態としては、日本の現行法上は、取消訴訟を中心とする抗告訴訟によるべきとしているのである。

取消訴訟の特質は、行政処分を取消す旨の判決が確定した場合、ただちに、当該行政処分の効力が否定されるという法的効果が発生するものの、申請を否定する行政処分については、ただちに申請が認められたことになるわけではなく、行政処分をした行政庁が判決の趣旨に従い、申請に対する処分をする義務が生じるという点にある（行政事件訴訟法 33 条 2 項、行政不服申立においては、行政不服審査法 43 条 2 項）。

したがって、申請を否定する行政処分については、行政庁の処分によって最終的に実体的権利義務が確定されることとなる。ただし、行政庁の判断は、判決の趣旨に従うように拘束されているのである。

しかし、こうしたプロセスを経るのは、行政の第一次判断権を尊重し、行政処分に対する裁判は、取消訴訟を中心とする抗告訴訟によるべきであるとしたことによるものであって、取消訴訟が行政処分について、当事者間（処分の相手方等と行政庁間）の終局的な「実体的権利義務を確定する」ものであることには異論がないところである。

3 原判決のこの点の判示について

この点、原判決は、「家庭裁判所の裁判がされても、そのことによって同項（民 739 条 1 項）に定める効果が生じるものではなく、改めて市町村長等が婚姻の届出を受理して、初めて、上記の効果（婚姻の効力）が生ずるものであって、上記の効果は、婚姻の届出につき同法が上記の裁判とは別に特に定めたもの」として

いる。

しかし、この点は、以上から明らかなように、準法律行為的行政行為の法的特

質についても、また、取消訴訟の制度についても、正確な理解を欠くものである。

第1に、公証や確認といった、準法律行為的行政行為は、許可や下命といった法律行為的行政行為のように、行政の効果意思と法的効果が直接結びついているものとは異なり、法律によって、特段の法律上の効果が結びつかない限り、行政処分にはならない。その点は、婚姻の届出の受理だけでなく、準法律行為的行政行為一般の特質である。

準法律行為的行政行為の典型は、建築基準法6条の建築確認であるが、これも行政庁は、申請された建築物の建築等の内容が検査対象となる法令の基準に適合しているかどうかを確認するだけである。それに対し、建築基準法6条14項で、建築確認がされるまでは、建築物の建築等を行うことができないという法的効果（法律上の効果）が結びつけられているので、行政処分としての実質をもつのである。同様に、特定非営利活動促進法の設立の認証（同法10条）も、同法12条所定の基準に適合するかどうかを認証するだけのものであるが、それが設立の要件となっている（同法10条）ので、法律上の効果をもつ、行政処分としての実質を有するのである。

このように、ある法律が準法律行為的行政行為に法律上の効果を結びつけているからといって、その法律上の効果が当該準法律行為的行政行為の効果でないとするのは正しくない。法律の定めがあることによって、当該準法律行為的行政行為の法律上の効果が定まり、行政処分としての実質を有するのである。

したがって、婚姻の届出の受理・不受理という行為は、婚姻が有効に成立したかどうかという「実体的権利義務」が成立するかどうかという法律上の効果を有しているのである。

第2に、「そのことによって同項（民739条1項）に定める効果が生じるものではなく、改めて市町村長等が婚姻の届出を受理して、初めて、上記の効果（婚

姻の効力)が生ずる」としている点は、すでに述べた通り、取消訴訟などの行政処分に対する訴訟形態の特質である。

この場合、市町村長等は、裁判所の判断に拘束されるのであって、市町村長等の行政庁は、婚姻の届出を受理しなければならない。この点は、家事審判（家事審判法 15 条の 2）でも、取消訴訟（行政事件訴訟法 32 条 2 項）でも、行政不服申立（行政不服審査法 43 条 2 項）でも、同様である。

こうした市町村長等の行政庁の婚姻の届出の受理義務は、裁判によって生じているのである。

いいかえれば、婚姻の届出の不受理処分の取消を求める訴えにおける取消判決自体の効力として、婚姻の届出を受理すべき義務が生じるのである。

すでにみたように、婚姻の届出の受理は、婚姻が有効に成立したかどうかという終局的な「実体的権利義務」についての法律上の効果を有している以上、婚姻の届出の不受理処分の取消を求める訴えにおける取消判決は、当事者間（処分の相手方等と行政庁間）の終局的な実体的権利義務が確定するという法的な意味を有するのである。

第 2 立法政策と憲法上の制約

1 原判決の判示とその問題点

原判決は、「いわゆる私権に関する裁判をいかなる手続法によらしめるかは、基本的に事件の種類や性質に応じて立法により定め得る事項である」とし、最大判昭和 33 年 3 月 5 日・民集 12 卷 3 号 381 頁を引用したうえで、戸籍事件についての不服申立についてどのように定めるかは立法政策の問題とする。

しかし、そもそも、最大判昭和 33 年 3 月 5 日・民集 12 卷 3 号 381 頁は、「私権に関する裁判を如何なる手続法によらしめるかは、事件の種類、性質に応じて、

憲法の許す範囲内において、立法により定め得る事項であるということができる。」と判示しているところ、原判決は、「憲法の許す範囲内において、」との部分をあえて省略して引用している。

そもそも、最大判昭和 33 年 3 月 5 日・民集 12 卷 3 号 381 頁は、「（罹災都市借地借家臨時）処理法一五条、一八条の裁判は既存の法律関係の争を裁判するのではなく、前記の如く、土地について権利を有していなかつた罹災建物の借主らに、新に、敷地に借地権の設定を求めたり、既存の借地権の譲渡を求める申出権を認め、土地所有者又は既存の借地権者がこれを拒絶した場合に、その拒絶が正当な事由によるものであるか否かを裁判するのであつて、この裁判は、実質的には、借地権の設定又は移転の新たな法律関係の形成に裁判所が関与するに等しいものである」との判断のうえに、当該訴訟手続が憲法 32 条、82 条に違反しないとしたものであつて、権利の具体的内容を形成する裁判ではなく終局的な実体的権利義務の存否について判断する裁判についても非公開の非訴手続とすることを認めたものではない。

逆に、1965（昭 40）年 6 月 30 日に出された最高裁大法廷の二つの決定（同居審判についての民集 19 卷 4 号 1089 頁の決定と婚姻費用についての民集 19 卷 4 号 1114 頁の決定）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解する。けだし、法律上の実体的権利義務自体を確定することが固有の司法権の主たる作用であり、かかる争訟を非訟事件手続または審判事件手続により、決定の形式を以て裁判することは、前記憲法の規定（憲法 82 条）を回避することになり、立法を以てしても許されざるところであると解すべきであるからである。」と判示しているのであつて、法律上の実体的権利義務自体を確定することについては、公開の法廷における対審及び判決によるべきであるとしている。

また、この二つの決定は、同居の審判も婚姻費用についての審判も、義務あることを前提としてその具体的内容を形成決定するものであり、その前提たる義務の存否を終局的に確定する趣旨のものではないこと及び義務の存否については通常訴訟で争うことを理由として、非公開の手續によることを憲法違反でないとしている。

以上からみて、最高裁は、固有の司法権の主たる作用である法律上の実体的権利義務自体に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であって、このような争訟を非訟事件手續または審判事件手續により決定の形式により裁判することは立法によっても許されないという憲法上の制約があるとしているのである。

原判決は、この点、婚姻の届出の不受理の取消しを求める争訟が、固有の司法権の主たる作用である、法律上の実体的権利義務自体に争があり、これを確定する争訟であるか否かを判断することなく、立法政策の問題とした点で明らかかつ重大な判例違背・憲法違反がある。

2 本件不受理処分及びそれに対する裁判の法的性格とその手續における公開の対審・判決の必要性

さて、すでにみてきたように、婚姻の届出の不受理という行為は、法律上の効果をもつ準法律行為的行政行為であり、行政処分である。また、その取消を求める裁判は、行政処分については、取消訴訟の排他的管轄という制度をとっている日本の法制度上、婚姻が有効に成立したかどうかという法律上の実体的権利義務関係についての争いであり、その確定を求めるものである。

ちなみに、1965（昭40）年6月30日に出された最高裁大法廷の二つの決定は、婚姻関係にある夫婦において、同居または婚姻費用について具体的内容を定める

争訟手続について判断したものであるが、本件は、そうした義務を判断する前提たる婚姻関係が成立するかどうか問われている事件であり、まさにこの二つの決定が述べている義務の存否が争われている事件である。

したがって、婚姻の届出の不受理に対する取消しの請求については、家庭裁判所への不服申立（戸籍法 122 条により甲類審判事件となる）という非公開・非対審の手続以外に、公開の法廷における対審及び判決による裁判手続を保障すべきであり、それを否定することは、憲法 32 条・82 条に違反するものである。

非訟手続である審判においては、その審理方法は裁判官の広範な裁量に委ねられ、一度も審判期日が開かれず一度も裁判官と当事者あるいは代理人が顔を合わせることもなく書面審理のみで終了することも珍しくなく、対審構造をとらないために、憲法上の論点や国際法上の論点を多々含む本件の争訟であっても、控訴人らの法的主張を十分に吟味して相対して反論をする当事者が存在せず、法律婚の成否という重大な控訴人らの権利義務にかかわる紛争につき、十分な審理を期待することがおよそ困難である。

法は一方で、例えば、17 歳の男性の婚姻届出が受理された場合（民 731 条違反）や女性が前婚の取消しから 6 ヶ月を経過しないうちに婚姻届出がなされ受理された場合（民 733 条 1 項違反）、伯父と姪の婚姻届出が受理された場合（民 734 条 1 項違反）等、婚姻取消しの原因がある場合に、その婚姻届の効力を争う方法とし婚姻取消しの訴えという訴訟類型（民 743 条以下）を準備し、婚姻の実質的意思の有無が争われる場合には婚姻無効の訴えという訴訟類型を準備し（民 742 条）、いずれも、公開、口頭弁論主義で対審構造をとる人事訴訟という訴訟手続（人事訴訟法 2 条 1 号）を確保し、婚姻の一方当事者が死亡しているために対審構造をとることが困難な場合には、公益を代表する検察官を被告とするという方法も準備して（人事訴訟法 12 条 3 項、最判平成元年 4 月 6 日民集 43 卷 4 号 193 頁が認

知者死亡後の認知無効の訴えの被告を検察官とすることを認め、この趣旨が 2003（平 15）年の現行人事訴訟法改正に反映された）、身分関係の 1 つである婚姻関係の成否という実体的権利義務の確定のために対審構造による十分な審理をする機会を国民に保障しているのである。

本件の審理につき、訴訟手続によることが認められないことは、こうした、婚姻の有効無効に関する民法や人事訴訟法の趣旨にも反するものである。なお、本件は、前記婚姻の実質的有效要件に関する各種訴訟よりもなお難しい法的論点を含み、より訴訟手続きによるべき要請が高い。

また、すでにみたように、婚姻の届出の不受理が行政処分に該当する以上、それに対する公開の法廷における対審及び判決による裁判手続としては、行政事件訴訟法 3 条 2 項に定める取消訴訟によるべきである。

仮に、戸籍法 121 条から 125 条の規定が、本件のような婚姻の届出の不受理に対する取消しの請求についても、家庭裁判所への不服申立（戸籍法 122 条により甲類審判事件となる）という非公開・非対審の手続に争訟の方法を限定したものだとなれば、これらの規定は、憲法 32 条・憲法 82 条及び 1965（昭和 40）年 6 月 30 日に出された最高裁大法廷の二つの決定（同居審判についての民集 19 卷 4 号 1089 頁の決定と婚姻費用についての民集 19 卷 4 号 1114 頁の決定）に違反するもので、法令自体違憲である。

また、市民的及び政治的権利に関する国際規約 14 条は、すべての者は民事上の権利及び義務の争いについての決定のため、公開審理を受ける権利を有することを定めるが、この 14 条についての 2007（平 19）年の一般的意見 32 は、14 条の定めが、人権擁護の中心的要素であると指摘している。本件の処分のような民事上の権利及び義務にかかることについて、公開の法廷における審理及び判決としないことは、市民的及び政治的権利に関する国際規約 14 条にも違反する。

第3 総括

以上より、本件請求（婚姻の届出の不受理に対する取消の請求）については、公開の法廷における対審及び判決による裁判手続として、行政事件訴訟法3条2項に定める取消訴訟による審理及び判決が保障されるべきであり、その点の判断を誤った原判決は取消され、本件は、原審に差戻されるべきである。

以 上