

令和6年（行ウ）第85号 地位確認等請求事件

原告 新田久美ほか9名

被告 国

第5準備書面  
(本案前の答弁に対する反論)

2024（令和6）年12月20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24名

原告らは、本書面において、答弁書第2（本案前の答弁の理由）に対する反論を行う。なお、用語については訴状記載の「略語表」に従う。

## 第1 地位確認請求に関する法律上の争訟性について

### 1 被告の主張

(1) 被告は、答弁書6頁14行目以下において、「民法の規律する具体的な『氏』の制度は、婚姻に伴い、夫婦となろうとする者の一方は必ず氏を改めることを義務付けることとし、夫婦を同氏とするものであるから、原告らが確認を求める『夫婦双方の婚姻前の氏を維持したまま婚姻し得る法的地位』は、民法の規律する『氏』の制度の内容とはおよそ相容れ」ず、「立法を新たに行わなければ、具体的に認めることのできないもの」であるから、「原告らが確認を求める法的地位は、現行法令上、具体的な権利義務ないし法律関係であるということとはできない」と主張する。

(2) また、答弁書7頁10行目以下において、「法律上の争訟に当たるか否かは、請求の趣旨の文言のみから形式的に判断すべきではなく、当該紛争の実質に着目した上で判断されるべきである」とした上で、原告らの主張の実質は「国会の立法行為をいわば先取り」するもので「立法作用に属する事項」であるから、司法審査に適しないと主張する。

### 2 原告らの反論

(1) 法律上の争訟性は、在外日本人国民審査権確認等請求事件控訴審判決（東京高裁令和元年（行コ）第167号同令和2年6月25日判決・民集76巻4号887頁。その後、令和4年5月25日の在外日本人国民審査権確認等違憲大法廷判決において、法律上の争訟性を認めた結論を是認。）が述べるように、「抽象的に法令の違憲、違法や立法不作為の違法の確認を求める、客観的な法秩序の維持等を目的とする客観訴訟」を排除するために設けられた訴訟要件である（このほか「単なる事実の存否、個人の主観的意見の当否、学問上・技術上の論争」や「純然たる信仰の対象の価値または宗教上の教義に関する判断自体を

求める訴え、あるいは単なる宗教上の地位（たとえば、住職たる地位）の確認の訴え」を排除する意味もあるが、本書面ではこれ以上立ち入らない）。

原告らが求めるものは、原告らに関する「夫婦双方の婚姻前の氏を維持したまま婚姻し得る法的地位」という具体的な法的地位の確認であり、客観訴訟でないことは明らかである。最終的に被告の主張が採用されて、原告らの請求する地位が「民法の規律する『氏』の制度の内容とはおよそ相容れ」ないと判断された場合には、請求が棄却されるだけであり、裁判を受ける権利の否定につながる却下判決の対象とはならない。

(2) この点について被告は、上記のとおり、「法律上の争訟に当たるか否かは、請求の趣旨の文言のみから形式的に判断すべきではなく、当該紛争の実質に着目した上で判断されるべきである」とも主張する。しかし、法律上の争訟該当性が本案前審査の対象とされるのは、主張内容の詳細に立ち入ることなく、請求の趣旨の内容から明らかに客観訴訟であるものを排除するためである。原告らの主張内容をつぶさに検討して実質を評価するのであれば、それはその時点で既に本案に関する司法審査を行っていることに他ならない。かように主張内容の実質を評価した結果として請求に理由がないと判断するのであれば、原告らの請求を棄却すればよいだけである。被告の主張は法律上の争訟性に関する審査のあり方として誤っている。

このことは、在外日本人国民審査権確認等違憲大法廷判決が具体的な理由すら述べずに、当然のこととして法律上の争訟性を認めていることから、また在外日本人国民審査権確認等違憲大法廷判決の調査官解説（法曹時報76巻1号317頁）において、「X1が主張する…法的地位が認められなければ、X1の請求に理由がないことになるに

すぎない。また、本件地位確認の訴えにつき、あえて司法審査の対象とすることを差し控えるべき特段の事情があるとも考え難い」と極めて簡潔な理由付けで法律上の争訟性を認めていることから明らかである（甲A160・『最高裁判所判例解説』（法曹時報76巻1号353頁）〔大竹敬人〕）。

（3）また、被告は、原告らの請求について「立法を新たに行わなければ、具体的に認めることのできないもの」と主張するが、本件で原告らが司法審査を求めているのは、「民法の規律する『氏』の制度の内容」のうち、婚姻の際に夫婦のいずれか一方が氏を変更しなければならないとしている部分が違憲であるため、当該部分を合憲的に解釈すれば（すなわち、1996（平成8）年の法制審議会の答申どおり、民法750条を「夫婦は、婚姻の際に定めるところに従い、夫若しくは妻の氏を称し、又は各自の婚姻前の氏を称するものとする」と解釈すれば）、現行法の下でも「夫婦双方の婚姻前の氏を維持したまま婚姻し得る法的地位」が認められることの確認であるから、「立法を新たに行わなければ、具体的に認めることのできないもの」ではない（第3準備書面第1の3（2）も参照）。最終的に司法による違憲判断が下された場合にどのような制度を立法するかは立法府の裁量に委ねられており、本件地位確認請求が司法による立法作用を求めるものであるとする批判も誤りである。

（4）なお、被告はあたかも平成27年大法廷判決及び令和3年大法廷決定が法律上の争訟性を否定したかのように主張しているが、被告が引用する判示事項は、国家賠償請求を棄却するに当たり、本案における司法審査の理由付けの一つとして、「民法の規律する『氏』の制度の内容」が立法裁量の逸脱濫用に当たらないことを述べたものにすぎず、法律上の争訟性とは全く無関係である。

(5) 以上より、被告の主張は誤りである。本件地位確認請求について法律上の争訟性を否定し、原告らの裁判を受ける権利を否定することが出来ないことは明らかである。

## 第2 地位確認請求に関する確認の利益について

### 1 被告の主張

被告は、答弁書8頁「イ」において、第1に原告らが確認を求める「夫婦双方の婚姻前の氏を維持したまま婚姻し得る法的地位」は新たな立法が行われなければ具体的に認めることができないから、また第2に国家賠償請求が方法選択として適切であるから、地位確認の請求に関する確認の利益がないと主張する。

### 2 原告らの反論

第1に、本件において原告らが求めている司法審査の対象はあくまで「法的地位の確認」とどまり、その地位の「具体化」に関しては立法府の裁量に委ねられている以上、新たな立法がなければ地位確認が認められないとする被告の反論に理由はない。

第2に、国家賠償請求と地位確認請求では要件も効果も訴訟類型も異なるから、国家賠償請求が地位確認請求を排除することはありえない。このことは、在外日本人国民審査権確認等違憲大法廷判決が、国家賠償請求を認めながら、地位確認請求の確認の利益を認めていることから明らかである。

## 第3 違法確認請求に関する法律上の争訟性について

### 1 被告の主張

被告は、答弁書9頁「(2)」において、違法確認請求についても地位確認請求に関するものとはほぼ同じ内容の主張を繰り返し、「新たな一定内容の

法制度を創設しないこと、要するに、夫婦同氏制を採用する本件各規定を改正して、夫婦別氏制を採用する規定を設けない立法不作為が違憲（違法）であることの確認を求めるものであり、本件地位確認の訴えと同様「法律上の争訟性の要件（当事者間の具体的な権利義務ないし法律関係の存否に関する紛争であって、かつ、それが法令の適用により終局的に解決することができるもの）を満たさないと主張する。

また、これに加え、本件では国家賠償請求において「夫婦別氏制を採用する内容に改正しない立法不作為が審理の対象とされる」から、「実質的にみれば」、違法確認の争訟性の要件を否定しても「原告らの裁判を受ける権利を害することにならない」とも主張する。

## 2 原告らの反論

しかしながら、原告らは本件違法確認請求により、被告が本件各規定を改正しないことにより原告らが夫婦双方の婚姻前の氏を維持したまま婚姻することを認めないことが違法であることの確認を求めているところ、これは強制的な夫婦同氏制度を定める本件各規定に憲法13条、24条1項及び2項、並びに、国際人権条約（女性差別撤廃条約及び自由権規約）及び憲法98条2項という「法令を適用」することによって、原告らと被告との間の法律関係に関する紛争を「終局的に解決」することを求めているものである。すなわち、かかる法令の適用に関する裁判所の判断によって、原告らについて「夫婦双方が婚姻前の氏を維持したまま婚姻することができるか否か」という法的紛争に終局的な解決がもたらされるのであって、裁判所に「新たな法制度の創設」を求めているわけではない。あくまでも、被告が本件各規定を改正しないことにより、原告らが夫婦双方の婚姻前の氏を維持したまま婚姻することを認めないことの「違法性の確認」を求めているのみである。

また、被告は国家賠償請求において「夫婦別氏制を採用する内容に改正

しない立法不作為が審理の対象」とされるから裁判を受ける権利を害しないと主張するが、法律上の争訟性については、確認の利益と異なり、方法選択の適否は問題にならない。原告らが他にどのような請求をするかによって法律上の争訟の該当性判断が左右されることはなく、原告らは国家賠償請求を提起しないこともできるし、両請求を完全に別訴訟として提起することもできる。いったん併合提起した訴訟の途中で、(要件を満たす場合に)国家賠償請求を取り下げることができる。原告らの訴訟類型の選択や訴訟遂行の内容によって、全く同内容の違法確認訴訟の法律上の争訟性が認められたり認められなかったりすることはあり得ない。

なお、被告は国家賠償請求において「夫婦別氏制を採用する内容に改正しない立法不作為が審理の対象」とされることが司法権の範囲内であることを当然の前提とするが、国家賠償請求において「夫婦別氏制を採用する内容に改正しない立法不作為」が違憲と判断されることと、違法確認請求において「夫婦別氏制を採用する内容に改正しない立法不作為」が違憲と判断されることで、立法府に与える影響に大きな違いはない。被告はあたかも違法確認請求という形式を採ると「新たな一定内容の法制度の創設を求める」ものとなり、国家賠償請求という形式を採るとそうでなくなるかのように主張するが、当該主張は根拠を欠くもので採用し得ない。

#### 第4 違法確認請求に関する確認の利益について

##### 1 被告の主張

(1) 被告は、答弁書10頁「(3)」において、仮に原告らの違法確認請求が認められても、「本件各規定の改正を含め、夫婦の氏についてどのような法制度とするかについては、嫡出子の仕組みなどの婚姻制度や氏の在り方に対する社会の受け止め方の状況に関する判断を含め、なお立法府の裁量に委ねられるべきものであり、その判断を必要とするもの

である」から、「本件違法確認の訴えの判決によっても、原告らが当然に救済されるという関係にはない」と主張する。

また、前述と同様、国家賠償請求によっても「本件各規定を改正しない立法不作為の解消が期待されるという事実上の効果」が得られるから、違法確認は有効かつ適切な手段ではないと主張する。

- (2) さらに、被告は、答弁書 1 1 頁「(4)」において、在外日本人国民審査権確認等違憲大法廷判決と結論を異にする理由として、「本件違法確認の訴えは、婚姻の際に夫婦双方が婚姻前の氏を選択できる権利又は利益という、その基本的な内容等が憲法上一義的に定められていない権利又は利益が問題となっているという点において」、在外日本人国民審査権確認等違憲大法廷判決とは事案を異にするとも主張する。

## 2 原告らの反論

- (1) 在外日本人国民審査権確認等違憲大法廷判決が判示したとおり、違法確認の訴えの判決が言い渡され、本件各規定が憲法に適合しないことが確定すれば、憲法 8 1 条、9 9 条等の趣旨に照らし、「国会において、裁判所がした上記の違憲である旨の判断が尊重される」。そうなれば、原告らはほぼ自動的に救済を受けられることになるため、「原告らが当然に救済されるという関係に」ないとする被告の主張は誤りである。

また、国家賠償請求があるから違法確認請求の訴えの利益が失われるという関係にないことも、前述のとおりである。国会の立法不作為を対象とする国家賠償請求訴訟は、過去の国会の立法不作為という事実を基礎として損害賠償を請求する訴訟類型であり、過去の事実関係の有無、時効、国会の立法不作為の特定や不作為が長期にわたるか否かという、違法確認請求訴訟では考慮されない要件がいくつも見られる。これらの要件を欠くとされた場合は、「夫婦別氏制を採用する内容に改正



しない立法不作為」の違憲性の有無を検討するまでもなく、国家賠償請求が棄却されることもあり得る。このように、国家賠償請求は違法確認請求とは全く別の訴訟類型であり、違法確認請求の訴訟要件には影響を及ぼさない。実際、在外日本人国民審査権確認等違憲大法廷判決及びその原審たる前掲令和2年東京高判は、違法確認請求の訴訟要件を検討するに当たり、国家賠償請求訴訟との比較など全く検討していない。被告の反論は誤りである。

(2) また、上記1(2)の点については、在外日本人国民審査権確認等違憲大法廷判決は初めて立法不作為の違法確認請求を認めた最高裁判決であるところ、その趣旨や意義を詳細に説明した宇賀補足意見においては、違法確認請求を認める趣旨として「憲法32条により、実効的な裁判を受ける権利が保障されていなければならない、それは、立憲主義の要請」であることと、「審査権は、これを行使できなければ意味がなく、侵害を受けた後に争うことによっては回復できない性質のもので」あることが強調されている。そこでは対象となる権利・利益が「憲法上一義的に定められて」いるか否かは全く重視されていない。むしろ、「先般の司法制度改革では、行政訴訟を活性化させることが改革の大きな柱の一つ」とされ、2004(平成16)年の行政事件訴訟法の改正においては、「実質的当事者訴訟としての確認の訴えの活用を促すこととされた」のであるから、「現在の権利義務関係を争うよりも、立法や行政活動の作為又は不作為の違法確認の訴えの方が現在の紛争の解決にとって有効適切である場合には、立法や行政活動の作為又は不作為の違法確認の訴えが排除されると考えるべきではなく、かかる訴訟を認めることは、実質的当事者訴訟としての確認の訴えを明記した上記改正の趣旨にも適合する」と述べられている。「憲法上一義的に定められて」いなければ確認の利益を否定とする被告の主張は、上

記の宇賀補足意見に真っ向から反するものである。

また、興津征雄神戸大学教授も「憲法上の権利の一義的明確性を違法確認訴訟の訴訟要件として要求する趣旨」と読み込むことは、「公法上の当事者訴訟としての確認訴訟」の訴訟要件として「かつての無名抗告訴訟の解釈論を類推する」ものとなり「適当ではない」と指摘している（甲A161・興津征雄「立法不作為の救済手段としての確認訴訟—最高裁令和4年5月25日大法廷判決（国民審査権訴訟）をめぐって」ジュリスト1576号112頁）。興津教授によれば、一義的明確性について触れた在外日本人国民審査権確認等違憲大法廷判決の判示は「本判決が最高裁として違法確認訴訟を適法と認めた初めての判決であることにかんがみ、立法府の権限を侵すものではないことを確認的に判示するにとどめたものと読むのが妥当」とされている。被告の主張は誤りである。

## 第5 結語

以上より、本件の地位確認請求及び違法確認請求がいずれも法律上の争訟に当たらず、また、確認の利益も認められないから速やかに却下されるべきという被告の主張は誤りである。

以上