

令和6年（行ウ）第85号 地位確認等請求事件

原告 （閲覧制限）ほか9名

被告 国

第18準備書面
(地位確認・違法確認について)

2025（令和7）年8月15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

原告らは、本書面において、被告準備書面(2)に対して、必要と認める範囲で反論を行う。なお、用語については訴状記載の「略語表」に従う。

第1 原告G及び原告Hの地位確認及び違法確認の訴えはいずれも不適法であるとの主張について

1 被告の主張について

本件地位確認は「双方の婚姻前の氏を維持したまま婚姻し得る地位の確認」である。原告Hらはすでに婚姻済みであるから、重ねて「婚姻し得る地位」を確認することは観念し難い。原告Hらの主張は、「自身らの『婚姻し得る地位』の存否という具体的な権利義務ないし法律関係の存否に関する確認を離れ」たもので、「法律上の争訟性を欠き、不適法である」（被告準備書面(2)3頁）。

また、本件違法確認は、法改正をしないことにより、「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は違法であること」の確認を求めている。同じく、原告Hらはすでに婚姻済みであるから、重ねて「婚姻すること」は観念し難い。原告Hらの主張は、やはり「自身らの具体的な権利義務ないし法律関係の存否に関する確認を離れ」たもので、「法律上の争訟性を欠き、不適法である」（被告準備書面(2)3頁）。

2 原告らの反論

- (1) 本件地位確認請求において原告らが求めているものは、「婚姻前の氏を維持したまま」婚姻し得る地位の確認である。この地位が認められれば、その後の立法対応の如何によって、現在の婚姻状態を維持したまま、あるいは一旦離婚をした上で改めて、「婚姻前の氏を維持したまま」婚姻することが可能となる。例えば、平成8年の法制審議会による「民法の一部を改正する法律案要綱」でも、「第十二 経過措置」の「二 夫婦の氏に関する経過措置」において、婚姻によって氏を改めた夫又は妻が、現在の婚姻状態を維持したまま、婚姻前の氏に復する

手続を定めている（甲 A 2 0 6）。

この点、原告 G 及び H は、現行法制度が「婚姻前の氏を維持したまま」婚姻することを認めていないため、意に反して、やむを得ず、「婚姻前の氏を維持」することなく、（事実婚状態とはせずに）法的な婚姻関係を継続している。原告 G 及び H が置かれているような、婚姻のために同氏とすることを強制されている地位と、「婚姻前の氏を維持したまま」婚姻し得る地位は、相反する法的地位である。原告 G 及び H にとって、「婚姻前の氏を維持したまま」婚姻し得る地位の確認を求めることは、まさに現在の権利の侵害によって強いられる地位の解消を求め、権利侵害から救済された地位の確認を求めるものであるから、具体的な権利義務ないし法律関係の存否に関する確認に他ならない。

(2) 違法確認における原告らの主張も同様であり、「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は違法であること」の確認を求めるものである。仮にこれが違法であることが認められれば、原告らは、その後の立法対応の如何によって、現在の婚姻状態を維持したまま、あるいは一旦離婚をした上で改めて、「婚姻前の氏を維持したまま」婚姻することが可能となる。地位確認と同じく、これが自らの権利侵害からの救済を求めるもので、法律上の争訟であることは明らかである。

(3) 被告の主張は、最終的に婚姻をした以上なんら権利侵害はないというものに他ならない。しかし、権利侵害を内在した制度がある場合に、その権利侵害性を理由に制度を利用しないこともあれば、権利侵害に耐えつつ制度を利用することもある。

夫婦同氏制度は、まさにこのような二者択一を迫っている（本件二者択一構造・訴状参照）。権利侵害に耐えつつ制度を利用する原告 G 及び H は、日々、権利侵害を受け続けている。法律上の婚姻を解消せず

にその権利侵害から解放されるためには、本件地位確認又は本件違法確認により、現行法制度の違憲性が除去されるほかない。原告G及びHにとって、これらの訴えは自らの具体的な権利義務ないし法律関係の存否に関するもので、一般的・抽象的な訴えなどではない。

第2 原告Aらの地位確認及び違法確認の訴えは戸籍事件であるから不適法であるとの主張について

1 被告の主張

原告Aらは、戸籍法74条1号違反を理由の一つとしており、実質的には不受理処分に対する不服申立てであるところ、戸籍法122条は戸籍法に関する争いは戸籍事件として家事事件として請求されるべきであると定めており、行政事件訴訟を提起して争うことはできない（被告準備書面(2)4頁）。

また、仮に不受理処分に対する不服申立てとまでは言えないとしても、不受理処分に対する不服申立てをした方が紛争の抜本的な解決に資するから、本件地位確認及び違法確認の訴えは有効かつ適切とは言えず訴えの利益を欠く（同5頁以下）。

2 原告らの反論

- (1) 被告自身が認めるとおり、本件地位確認請求及び本件違法確認請求は「本件各不受理処分に対する不服申立て」ではない。各請求は、訴訟類型として行政事件訴訟であって、戸籍事件訴訟でも家事事件訴訟でもないから、戸籍事件として家事事件として請求されるべきとする被告の主張は訴訟形態に照らして理由がない。
- (2) また、戸籍法122条に基づいて婚姻の届出の受理を命じることを求めたとしても、紛争の抜本的解決が図れるとは限らず、その観点か

らも本件地位確認請求及び本件違法確認請求という方法選択は有効かつ適切である。

例えば、令和３年大法廷決定は、国分寺市長に対して婚姻の届出の受理を命ずることが申し立てられた事案であり、本件と同じく本件各規定の合憲性が争点となっていた。そして、令和３年大法廷決定では、合計４名の裁判官が本件各規定は違憲であるとの個別意見を付したが、そのうち裁判官草野耕一反対意見及び裁判官宮崎裕子・裁判官宇賀克也反対意見は、婚姻の届出を受理するよう命ずるべきであるとしたが、裁判官三浦守意見は、申立てを却下すべきとの判断は結論においては是認することができるとした。

このように、仮に本件各規定は違憲であるとの評価がされたとしても、その後に戸籍法１２２条に基づく請求が認められるかについて裁判官の見解が分かれている。そうだとすれば、戸籍法１２２条に基づく請求によって紛争の抜本的解決が図れるとは限らない。かかる点から、地位確認請求及び違法確認請求という方法選択が有効かつ適切であることは明らかである。

- (3) さらに本件の性質に照らしても、本件は行政事件訴訟で争われるべきである。すなわち、本件の中核的な争点は本件各規定の違憲性である。原告らは、不受理処分をした市町村の長が法適用を誤ったと主張するものでも、その裁量権の逸脱・濫用を主張するものでもない。戸籍法１２２条の定めは、このような市町村の長の処分に含まれる違法性を争うことを想定したものであるから、本件の中核的な争点を正面から扱うものとして、戸籍事件ではなく、行政事件訴訟として審理することも適切である。

また、戸籍法１２２条に基づく不服申立ては家庭裁判所の審判事項であり（家事事事件手続法３９条、別表第一の１２５）、非公開の手続に

より進行する（同法 33 条）。他方で、本訴は法令の違憲性が争われており、その内容は公共の関心事として公開されるべきであるし、紛争性があるから対審による手続をとることも適切である。

- (4) よって、本件地位確認請求及び本件違法確認請求には訴えの利益がないとする被告の主張は認められない。

第 3 本件地位確認の訴えに関するその他の被告の主張について

1 本件地位確認請求の法律上の争訟性について

(1) 被告の主張

現行 750 条について、夫婦別氏を認めるものと解釈することは解釈の限界を超え、新たな立法行為となるから、地位確認の訴えは実体法上の根拠を欠き、法律上の争訟性を欠く（被告準備書面(2) 8 頁以下）。

このことは、平成 27 年大法廷判決や令和 3 年大法廷決定が、「制度の在り方は、国会で論ぜられ、判断されるべき事柄」であると述べたとおりである。

(2) 原告らの反論

ア 原告らは、民法 750 条について、同条が合憲であることを前提とした通常の解釈を主張しているものではない。

原告らは、民法 750 条を含む本件各規定は、夫婦同氏の例外を認めていない点（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点）において、またその限りにおいて、憲法 13 条、14 条 1 項並びに 24 条 1 項及び同 2 項に違反し、違憲であると主張している。そして、本件各規定が違憲であるとされた場合には、本件地位確認請求及び本件違法確認請求について、本件各規定のうち、憲法上の権利に対する制約となっていた部分を除いて合理的に解釈す

ることが求められる。

その意味で原告らの主張は、本件各規定が夫婦同氏の例外を認めていない点で違憲であるとしても、本件各規定全体を違憲・無効とするのではなく、本件各規定の有効性自体は維持したまま、憲法ないし条約に基づいて（あるいは本件各規定を合憲的に解釈することによって）、夫婦双方の婚姻前の氏を維持したまま婚姻し得る地位があるという法解釈を求めるものである。

イ かかる法解釈は、国籍法違憲判決（最大判平成20年6月4日集民第228号101頁）の法廷意見が提示する解釈と同趣旨である。すなわち、国籍法違憲判決は、「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。」として、司法権の解釈の範囲内として許されると判示している。

本件も同様であり、「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」と定める民法750条について、婚姻における過

剰な要件を定めたものとして違憲と判断されることを前提としつつ、同条を「全体として無効とすることなく」、「一定の要件」を憲法に適合するよう解釈する結果として、夫婦双方の婚姻前の氏を維持したまま婚姻し得る地位があることが導かれるのであり、裁判所が新たな「立法作用を行う」ものではない。

実際、令和３年大法院決定において、本件各規定は違憲であるとした宮崎・宇賀反対意見が、「本件各規定のうち夫婦に同氏を強制し婚姻届に単一の氏の記載を義務付ける部分が違憲無効であるということになれば、本件処分は根拠規定を欠く違法な処分となり、婚姻の他の要件は満たされている以上、市町村長に本件処分をそのままにしておく裁量の余地はなく、本件婚姻届についても、婚姻届不受理処分が違法である場合の一般の審判と同様、届出の日付での受理を命ずる審判をすべきことになると考えられる。」という解釈すら示しているところである。

ウ これに対して、被告は、法律上の争訟性を否定する根拠として、平成２７年大法院判決や令和３年大法院決定が、「制度の在り方は、国会で論ぜられ、判断されるべき事柄」であると述べた点を引用するが、これは法律上の争訟の議論と、本件各規定の合憲性判断の議論とを混同するものである。

すなわち、平成２７年大法院判決や令和３年大法院決定は、「制度の在り方」が「国会で論ぜられ、判断される」べきであると述べたのは、本件各規定の合憲性判断における国の立法裁量に言及したものにはすぎない。本訴では、平成２７年大法院判決や令和３年大法院決定の判断は改められるべきであり、本件各規定が違憲であると主張しているところ、平成２７年大法院決定や令和３年大法院決定の多数意見は、仮に本件各規定が法令違憲と判断された後の地位について何ら述べてい

ない。むしろ、上記イのとおり、本件各規定について違憲の判断を示した令和3年大法廷決定の宮崎・宇賀反対意見の内容に照らせば、本件各規定が法令違憲となった場合の法的地位は、違憲部分を排斥することによって、あるいは憲法適合的に解釈することによって具体的に同定可能である。これは司法が新たな立法行為をするものではなく、国籍法違憲判決に見られるとおり、違憲判断をする中で必然的に導かれる法解釈にすぎない。

よって、本件地位確認の訴えに関して、平成27年大法廷判決や令和3年大法廷決定を根拠に法律上の争訟性を否定することはできない。

2 本件地位確認請求の確認の利益について

(1) 原告らは具体的な法的地位の確認を求めていること

ア 被告は、「氏」はその在り方が憲法上一義的に定められていないから、具体的な法制度を離れて原告らが主張するような地位を観念することはできないと主張する（被告準備書面(2)10頁以下）。

イ しかし、原告らは、本件各規定のうち夫婦同氏の例外を認めていない点（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点）が憲法に違反することを前提として、夫婦双方の婚姻前の氏を維持したまま婚姻し得る地位の確認を求めており、かかる地位は具体的な法的地位の確認である。

被告の主張は、結局のところ、氏は、婚姻及び家族に関する法制度の一部として法律がその具体的な内容を規律しているから、氏に関する人格権の内容も憲法上一義的に捉えられるべきものではないという本件各規定の合憲性に関する主張（被告準備書面(1)6頁）をここでも繰り返しているにすぎない。

しかしながら、本件各規定が違憲である場合には、上記のとおり原

告らの具体的な法的地位が問題となるのであるから、本件地位確認請求に確認の利益があることは明らかである。その上で、仮に裁判所において民法の規律する「氏」の制度の内容とおよそ相容れないと判断された場合には、単に請求が棄却されるというだけであり、いずれにせよ訴えの利益が否定されることにはならない（原告ら第5準備書面第1の1(1)参照）。

(2) 国家賠償請求と地位確認請求は異なる法的利益を求めるものであること

ア 被告は、国家賠償請求訴訟が地位確認請求を排除するというものではないが、「司法救済として国家賠償請求訴訟のみでは不十分であるかどうかという観点から」、地位確認の訴えまで認める必要はないとする。とりわけ、裁判所が「本件各規定の合憲又は違憲の判断を明示的に示す必要性があると考えれば」、国家賠償請求の判断において「本件各規定の憲法適合性が判断されることになる」から、地位確認の必要性はないと主張する（被告準備書面(2)12頁以下）。

イ しかし、国家賠償請求と地位確認請求とでは要件も効果も訴訟類型も異なるものであり、国家賠償請求が認められるから、地位確認請求の確認の利益が否定されるということはおよそあり得ない（原告ら第5準備書面第2の2参照）。

また、国家賠償請求との関係について、被告は、裁判所が「本件各規定の合憲又は違憲の判断を明示的に示す必要性があると考えれば」国家賠償請求の判断において「本件各規定の憲法適合性が判断されることになる」と主張するが、そもそも国家賠償請求の理由中において本件各規定に関する憲法判断がされることと、判決主文において「夫婦双方の婚姻前の氏を維持したまま婚姻し得る地位」が認められること

は法的な意味が全く異なるものであり、被告の主張は失当である。

加えて、被告は、国家賠償請求訴訟に関して職務行為基準説を主張しており（被告準備書面(1)第2の8(1)）、違法性判断のために必ずしも客観法違反を判断する必要は必ずしもないとの立場を採用しているから、国家賠償請求の判断において憲法適合性が判断されるということ为前提とする被告の主張は、異なる論点において矛盾する立場を都合よく使い分けるものである。

第4 本件違法確認の訴えに関する被告のその他の主張について

1 法律上の争訟性について

この点は、本件地位確認の訴えに関する被告の主張と同様であり（被告準備書面(2)13頁）、原告らの反論も上記第3の1で主張したものと同様である。

2 確認の利益について

(1) 被告の主張

国家賠償請求訴訟において立法不作為が違憲か否かの判断が下されるから、国家賠償請求で足り、違法確認の訴えの必要性はない。

この点、一般論として、国家賠償請求訴訟において、違法確認の訴えでは考慮されない要件によって、立法不作為の違憲性の判断に踏み込まずに国家賠償請求が棄却されることは論理的にあり得るが、再婚禁止期間違憲大法廷判決は、国家賠償請求を棄却しつつ、先行して法令違憲の判断をしており、その調査官解説では「当該憲法問題の重要性・社会的影響等を考慮したこの事案ごとの裁判所の裁量」により、合憲又は違憲の判断を明示的に示すと解説されており、実際に平成27年大法廷判決の事案でも、最高裁だけでなく、第一審及び控訴審も

法令の憲法適合性判断をしているように、本訴でも法令の憲法適合性判断がなされると考えられるから、本訴で違法確認の利益はない。

なお、原告らが指摘する在外日本人国民審査権確認等違憲大法廷判決の宇賀補足意見は一般論を述べるのみで、被告の主張と反するものではないし、同判決の調査官解説からすれば立法不作為の違法確認では権利の一義性が重視されている（被告準備書面(2) 14頁以下）。

(2) 原告らの主張

被告の主張を前提としても、国家賠償責任が否定される場合に前提問題として憲法判断を行うか回避するかについては、「事案ごとの裁判所の裁量」に委ねられているところ、確認の利益の有無は、一般に本案前の判断とされ、本案審理やその結論に左右されるものではないとされる。そうであれば、裁判所の裁量によって国家賠償請求において憲法判断が回避されれば訴えの利益が認められ、憲法判断が示されれば訴えの利益が否定される、といった関係にはない。

実際、在外日本人国民審査権確認等違憲大法廷判決は、国家賠償請求を認容し、その理由中で立法不作為が違憲であることを判断しつつ、違法確認も認めている。被告の主張を前提とすると国家賠償請求が認められ、違憲判断が示された以上、違法確認について確認の利益が否定されるはずだが、そのような判断はなされていない。被告の主張は在外日本人国民審査権確認等違憲大法廷判決を正面から否定するもので採用し得ない。

なお、在外日本人国民審査権確認等違憲大法廷判決の宇賀補足意見の読み方について補足する。原告らは、立法不作為について違憲判断を示しながら国家賠償請求と違法確認請求の双方を認容した法廷意見の趣旨を具体的に明らかにするものとして、宇賀補足意見が「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」には積極的に違法確認を認めることが法の趣旨に適うと指摘したことを強調したものである。国家賠償請求をしているならば違法確認の必要性を否定しようとする被告の主張は、このような宇賀補足意見の趣旨と真っ向から反するものである。

また、被告は、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を踏まえて、憲法上の権利の一義的明確性を重視しようとするが、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。在外日本人国民審査権確認等違憲大法廷判決の判示も、同判決が、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鑑み、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であることは原告ら第5準備書面9頁以下で主張したとおりである（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頁以下も参照）。

以上