

原 告 想田和弘ほか1名  
被 告 国

準 備 書 面 (2)

平成31年1月23日

東京地方裁判所民事第3部A1係 御中

被告指定代理人

志水 崇 通



木幡 祐 記



満田 哲



遠藤 啓 佑



倉重 蘭



梶谷 健二郎



古屋 友一



中西 泰介



陶山 敦司



岡田 康裕



被告は、本準備書面において、被告の「原告らは互いに相手方と婚姻関係にあるとの我が国における公証を受けることができる地位にあるとはいえないこと」との主張（被告の平成30年11月7日付け準備書面（1）（以下「被告準備書面（1）」という。）第3の1・7ないし9ページ）に関連し、本件における通則法の適用の関係及び原告らの婚姻の我が国における成立の関係について述べることとする。

なお、略語等は、本書面で新たに用いるもののほかは、従前の例による。

## 第1 はじめに

被告準備書面（1）第3（7ないし9ページ）などで述べたとおり、原告らは、請求の趣旨第1項の訴え（本件確認の訴え）で、原告らと被告である国との間において、「原告らが互いに相手方と婚姻関係にあるとの公証を受けることができる地位にあることを確認する」ことを求めている。

原告らと国との間の法律関係は、公法関係であるから、国際私法とは関係なく、基本的に我が国の法律が適用される。原告らが主張するような公証請求権を基礎付ける法律はなく、また、憲法24条も当該男女が夫婦であることを公証すべきことを國に義務付けておらず、國民に國に対する公証請求権はないから、結局、原告らの請求には理由がない。

この点をおき、以下では、争点の整理及び審理の促進の観点を踏まえ、本件における通則法の適用の関係及び原告らの婚姻の我が国における成立の関係について述べることとする。

## 第2 本件における通則法の適用の関係及び原告らの婚姻の我が国における成立の関係について

1 原告らの婚姻は、婚姻意思を欠き、我が国において成立していないこと（通則法24条1項・実質的成立要件の点）

(1) 通則法24条1項及び婚姻意思について

ア 通則法24条1項は、「婚姻の成立は、各当事者につき、その本国法による。」と定める。したがって、婚姻の成立（実質的成立要件）につき、各当事者がいずれも日本人である場合、本国法である日本法、すなわち、民法が適用されることとなる。

本件においては、原告らは、いずれも日本人であるから（訴状第2の2(2)ア、2ページ）、婚姻の成立（実質的成立要件）につき、通則法24条1項の適用により、本国法である日本法、すなわち、民法が適用されることとなる。

イ 婚姻が成立するためには、実質的成立要件として、当事者間に婚姻意思の合致があることを要する。

婚姻意思とは、当事者間に真に社会観念上夫婦であると認められる関係の設定を欲する効果意思のことをいうところ（最判昭和44年10月31日第二小法廷判決・民集23巻10号1894ページ），我が国における「社会通念上夫婦であると認められる関係」とは、夫婦関係を規律する民法によって想定されている夫婦関係を意味するものと解すべきである。

なぜなら、家族観が多様化している現在においては、民法等の法規範から切り離された社会通念によつては、「夫婦であると認められる関係」についての基準を一義的に導くことができないからである。

また、この点については、「現在では、民法上の定型に向けられた効果意思といったように、民法によって規定された法律効果に向けた意思として婚姻意思を理解する見解が有力である」（窪田充見「家族法〔第3版〕」（有斐閣、2017年）23ページ）とされているところである。

そこで、我が国の民法によって想定されている夫婦関係がどのようなものであるかについてみると、同法は、750条において、「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。」と規定しているから、民法によって想定されている夫婦関係、すなわち、我が国における社

会通念上夫婦であると認められる関係であるとされるためには、両当事者が同氏を称する関係でなければならないこととなる。

したがって、婚姻意思、すなわち、社会通念上夫婦であると認められる関係の設定を欲する効果意思には、両当事者が同氏を称することに向けた意思が含まれるべきこととなる。

(2) 原告らの婚姻意思は、我が国の民法によって規定された法律効果に向けた意思ではなく、原告らの婚姻は、婚姻意思を欠き、実質的成立要件を欠くこと

これを本件についてみると、原告らは、「原告らは、いずれも、生來の氏を称することを希望し、互いに、相手の意思を尊重したのである。」(訴状第2の3(2)イ・4ページ)と述べるように、アメリカ合衆国ニューヨーク州において、婚姻の方式を履行した当時、同氏を称することに向けた意思を有していなかったのであるから、原告らの間において、我が国の民法によって規定された法律効果に向けた意思ではなく、婚姻意思の合致はなかったというべきである。

したがって、原告らの婚姻意思は、我が国の民法によって規定された法律効果に向けた意思ではなく、原告らの婚姻は、婚姻意思を欠き、実質的成立要件を欠く。

### (3) 小括

以上のとおり、原告らの婚姻意思は、我が国の民法によって規定された法律効果に向けた意思ではなく、原告らの婚姻は、婚姻意思を欠き、実質的成立要件を欠く。したがって、原告らの婚姻は、実質的成立要件を欠き、成立していない。

2 原告らの婚姻は、夫婦が称する氏が定められておらず、我が国において成立していないこと（通則法24条1項・実質的成立要件の点）

前記1の点をおくとしても、以下に述べる理由からも、原告らの婚姻は実質

的成立要件を欠き、成立していない。

#### (1) 通則法24条1項及び民法750条について

ア 前記1(l)アのとおり、通則法24条1項は、婚姻の成立（実質的成立要件）は、各当事者につき、その本国法によるものと定めるところ、本件においては、原告らは、いずれも日本人であるから、婚姻の成立（実質的成立要件）につき、通則法24条1項の適用により、本国法である日本法、すなわち、民法が適用されることとなる。

イ そこで、我が国の民法についてみると、民法750条は、「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。」と定めており、婚姻の際に夫婦が称する氏が定められていることを前提としている。

そうすると、民法は、夫婦が称する氏を定めることを、婚姻の成立要件（実質的成立要件）としていると解すべきである。このことは、民法が、同法739条1項において、「婚姻は、戸籍法（括弧内省略）の定めるところにより届け出ることによって、その効力を生ずる。」と定め、これを受けた戸籍法74条1号が、婚姻をしようとする者は、夫婦が称する氏を届書に記載して、その旨を届け出なければならないと定め、夫婦が称する氏が定められていることという実質的成立要件を満たしていることを当然の前提とした上で、方式（形式的成立要件）として、かかる実質的成立要件が満たされていることを前提とした内容での届出が必要である旨を規定していることからも明らかである。

さらに、婚姻の際に夫婦が称する氏を定めることは、両当事者の間において、かかる合意があったか否かに係るものであり、その性質からして、正に実質的成立要件の問題であり、方式（形式的成立要件）の問題でないことは明らかである。

なお、確かに、文献上は、婚姻の成立要件については、実質的成立要件である婚姻意思の合致及び婚姻障害事由の不存在並びに形式的要件である

届出として整理されることはある(例えば、内田貴「民法IV[補訂版]」(東京大学出版)等)。しかし、これは、上記で述べたとおり、我が国の法においては、夫婦が称する氏が婚姻届の記載事項とされており、届出をする際には夫婦が称する氏が当然に定められることとなることから、日本法に基づく議論をする限りにおいては、夫婦が称する氏を定めることを独立の要件として指摘する必要がないためであると考えられる。

したがって、民法は、夫婦が称する氏を定めることを、婚姻の成立要件(実質的成立要件)としていると解すべきである。

### (2) 原告らは、夫婦が称する氏を定めておらず、原告らの婚姻は、実質的成立要件を欠くこと

これを本件についてみると、原告らは、「原告らは、いずれも、生来の氏を称することを希望し、互いに、相手の意思を尊重したのである。」(訴状第2の3(2)イ・4ページ)と述べるように、アメリカ合衆国ニューヨーク州において、婚姻の方式を履践した際に、夫婦が称する氏を定めていなかったのであるから、原告らの婚姻は、実質的成立要件を欠く。

### (3) 小括

以上のとおり、原告らは、夫婦が称する氏を定めておらず、原告らの婚姻は、実質的成立要件を欠く。したがって、原告らの婚姻は、実質的成立要件を欠き、我が国においては成立していない。

## 3 まとめ

以上のとおり、本件における通則法の適用の関係及び原告らの我が国における婚姻の成立の関係について述べたところであるが、どのように検討・整理したとしても、いずれにせよ、原告らは互いに相手方と婚姻関係にあるとの我が国における公証を受けることができる地位にあるとはいえない。

## 第3 結語

以上のとおり、原告らの主張には理由がないことから、本件確認の訴えについては、確認の利益（即時確定の利益及び方法選択の適否）を欠き、不適法であるため、速やかに却下されるべきであるし、この点をおくとしても、本件請求はいずれも速やかに棄却されるべきである。

以 上