

原 告 想田和弘ほか1名
被 告 国

準 備 書 面 (1)

平成30年11月7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



吉野秀保



遠藤啓佑



倉重龍輔



梶谷健二郎



古屋友一



中西泰介



陶山敦司



岡田康裕



第1 事案の概要、当事者、本件訴訟に至る経緯及び被告の主張の要旨	4
1 事案の概要	4
2 当事者	4
3 本件訴訟に至る経緯	5
4 被告の主張の要旨	5
(1) 請求の趣旨第1項（本件確認の訴え）について	5
(2) 請求の趣旨第2項（本件国賠訴訟）について	5
第2 関係法令の定め	6
1 民法	6
2 戸籍法	6
3 法の適用に関する通則法	7
4 法例	7
第3 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	7
1 原告らは、夫婦が称する氏を定めておらず、民法750条の要件を満たしていないこと	7
2 小括	9
第4 民法750条の要件を満たさなくても、夫婦が互いに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とする法制度が設けられていないことは、憲法24条に違反するものではなく、まして国賠法1条1項に違反するものではないこと	9
1 立法不作為における国賠法上の違法性について	9
2 民法750条の要件を満たさなくても、夫婦が互いに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とする法制度が設けられていないことは、憲法24条に違反するものではなく、まして国賠法1条1項に違反するものではないこと	10

(1) 憲法 24 条は、民法の定める要件を満たさなくても、夫婦が互いに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とする法制度を設けることを要請しているものではないこと	10
(2) 民法 750 条の要件を満たさなくても、夫婦が互いに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とする法制度が設けられていない立法不作為は、国賠法 1 条 1 項に違反するものではないこと	12
3 小括	13
第 5 結語	13

被告は、本準備書面において、まず、事案の概要、当事者、本件訴訟に至る経緯及び被告の主張の要旨について述べ（後記第1），次に、関係法令の定めについて述べた上で（後記第2），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について述べるとともに（後記第3），民法750条の要件を満たさなくとも、夫婦が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とする法制度が設けられていないことは、憲法24条に違反するものではなく、まして国家賠償法1条1項に違反するものではないことについて述べる（後記第4）。

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 事案の概要、当事者、本件訴訟に至る経緯及び被告の主張の要旨

1 事案の概要

本件は、原告らが、被告に対し、請求の趣旨第1項の訴えにおいて、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の確認を求める（本件確認の訴え）とともに、請求の趣旨第2項の訴えにおいて、婚姻関係の証明方法が整備されていないことによって精神的苦痛を被ったと主張して、国家賠償法（以下「国賠法」という。）1条1項に基づき、慰謝料各10万円の支払を求める（以下「本件国賠訴訟」という。）事案である。

2 当事者

- (1) 原告らは、アメリカ合衆国ニューヨーク州に在住する日本人であると主張する者らである（訴状第2の1・1ページ）。
- (2) 被告は、国であり、婚姻及び家族に関する法制度の関係については、民法及び戸籍法を所掌する主体であり、国家賠償の関係については、国賠法1条1項の主体である。

なお、被告（国）は、本件訴訟に先立って、原告らに対し、何らかの行政処分をしたものではない。

3 本件訴訟に至る経緯

- (1) 原告らは、平成30年6月6日付けて、千代田区長に対し、婚姻証書謄本（甲第3号証の1）及び婚姻届（甲第6号証）を提出した（訴状第2の3(1)イ及び(2)イ・3及び4ページ）。
- (2) 原告らは、原告らについての夫婦の戸籍が編製されなかつたと主張するが（訴状第2の3(2)イ・4ページ），この点について、千代田区長が不受理処分をしたのかどうか、また、同区長が不受理処分をしたのであれば、いつ付けて不受理処分をしたのかについて、明らかにされていない。
- なお、千代田区長が不受理処分をしたのであれば、前記(1)及び後記(3)の経緯からすると、平成30年6月6日から同月18日までの間ではないかと思料される。
- (3) 原告らは、平成30年6月18日付けて、東京地方裁判所に対し、被告に対する前記1の請求内容の本件訴訟を提起した。

4 被告の主張の要旨

(1) 請求の趣旨第1項（本件確認の訴え）について

答弁書第2（3及び4ページ）で述べたとおり、本件確認の訴えは、確認の利益（即時確定の利益及び方法選択の適否）を欠き、不適法であるから、却下されるべきである。

この点をおくとしても、後記第3で述べるとおり、原告らは、夫婦が称する氏を定めておらず、民法750条の要件を満たしていない以上、原告らが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。したがって、原告らの請求は理由がない。

(2) 請求の趣旨第2項（本件国賠訴訟）について

後記第4の2(1)で述べるとおり、憲法24条は、民法の定める要件を満たさなくても、夫婦が互いに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とする法制度を設けることを要請しているものではないか

ら、かかる法制度が設けられていないことは、憲法24条に違反するものではない。したがって、原告らの請求は理由がない。

また、後記第4の2(2)で述べるとおり、民法750条の要件を満たさなくても、夫婦が互いに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とする法制度が設けられていないことは、憲法上保障され又は保護されている権利利益を合理的な理由なく制約するものとして憲法の規定に違反するものであることが明白であるにもかかわらず、国会が正当な理由なく長期にわたってその改廃等の立法措置を怠っているとはいえないから、国賠法1条1項の違法性があるとはいえない。したがって、原告らの請求は理由がない。

第2 関係法令の定め

1 民法

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、夫婦同氏の原則を定めている。

2 戸籍法

(1) 実体法である民法の規定を受けて、その手続法である戸籍法は、各規定を定めている。

すなわち、実体法である民法750条の規定を受けて、その手続法である戸籍法は、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（戸籍法74条1号）、戸籍は、市町村の区域内に本籍を定める一の夫婦及びこれと氏を同じくする子ごとに、これを編製すると定めている（同法6条）。

(2) また、戸籍法121条は、「戸籍事件（括弧内省略）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立てをすることができる。」と定め、戸籍事件についての不服申立ての手続を設けている。

3 法の適用に関する通則法

法の適用に関する通則法（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、同条2項は、「婚姻の方式は、婚姻挙行地の法による。」と定めている。

通則法25条は、「婚姻の効力は、夫婦の本国法が同一であるときはその法によ」と定めている。

通則法附則2条は、「改正後の法の適用に関する通則法（括弧内省略）の規定は、次条の規定による場合を除き、この法律の施行の日（括弧内省略）前に生じた事項にも適用する。」と定め、同附則3条6項は、「施行日前にされた親族関係（括弧内省略）についての法律行為の方式については、新法（引用者注：通則法）第34条の規定にかかわらず、なお従前の例による。」と定めている。

4 法例

法例13条1項は、「婚姻成立ノ要件ハ各当事者ニ付キ其本国法ニ依リテ之ヲ定ム。」と定め、同条2項は、「婚姻ノ方式ハ婚姻挙行地ノ法律ニ依ル。」と定めていた。

法例14条は、「婚姻ノ効力ハ夫婦ノ本国法ガ同一ナルトキハ其法律ニ依」と定めていた。

第3 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

1 原告らは、夫婦が称する氏を定めておらず、民法750条の要件を満たしていないこと

(1) 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ものと定めており（通則法24条1項）、また、通則法25条は、婚姻の効力は夫婦の本国法が同一であるときはその本国法によるものと定めている（通

則法 25 条)。

したがって、夫婦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。また、我が国においては、婚姻及び家族に関する法制度については、民法に従って定められる法体系が構築されていることから、当該夫婦が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いえるためには、本国法である民法の定める要件を満たす必要がある。

そして、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。」と定めていることから、当該夫婦が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いえるためには、同条の定める要件を満たす必要がある。

(2) これを本件についてみると、原告らは、いずれも日本人であり(訴状第 2 の 2 (2) ア・2 ページ)、本国法である民法が適用され、また、我が国においては、婚姻及び家族に関する法制度については、民法に従った法体系が構築されていることから、原告らが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いえるためには、民法 750 条の要件を満たさなければならない。

しかしながら、原告らは、夫婦の称する氏を定めておらず、民法 750 条の要件を満たしていないのであるから、原告らが互いに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。

(3) なお、原告らの主張が、民法の定める要件、具体的には民法 750 条の夫婦同氏の原則の要件を満たさなくても、原告らが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地位にあるとする主張であれば、そもそも、かかる主張は、独自の立法論を述べるものにすぎず、失当であるというほかない。

この点をおくとしても、我が国においては、憲法24条の規定を受けて、実体法である民法において、婚姻及び家族に関する各規定が定められ、また、これを受け、その手続法である戸籍法において、各規定が定められている。すなわち、婚姻についていえば、民法においては、夫婦の称する氏を定めることとされ（民法750条）、また、戸籍法の定めるところにより届け出ることとされ（同法739条1項）、戸籍法においても、これを受けて、その旨、具体的には、夫婦が称する氏を届書に記載して、これを届け出ることとされているのである（戸籍法74条1号）、かかる民法に従って定められる法体系が構築されているのである。このように、民法750条の要件を満たさない限りは、夫婦が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とする法制度は設けられていないのであるから、本件の本質的・実質的な争点は、民法750条の要件を満たさなくても、夫婦が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とする法制度が設けられていないことが憲法24条に違反するかどうかという点、ひっきょう、民法750条の規定が憲法24条に違反するかどうかという点に帰することとなる。

2 小括

以上のとおり、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4 民法750条の要件を満たさなくても、夫婦が互いに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とする法制度が設けられていないことは、憲法24条に違反するものではなく、まして国賠法1条1項に違反するものではないこと

1 立法不作為における国賠法上の違法性について

国賠法1条1項にいう「違法」とは、公権力の行使に当たる公務員が個別

の国民に対して負担する職務上の法的義務に違反することをいう（職務行為基準説）。そして、国会議員の立法行為又は立法不作為が国賠法1条1項の適用上違法となるかどうかは、国会議員の立法過程における行動が個々の国民に対して負う職務上の法的義務に違反したかどうかの問題であり、立法の内容の違憲性の問題とは区別されるべきものである。そして、上記行動についての評価は原則として国民の政治的判断に委ねられるべき事柄であって、仮に当該立法の内容が憲法の規定に違反するものであるとしても、そのゆえに国会議員の立法行為又は立法不作為が直ちに国賠法1条1項の適用上違法の評価を受けるものではない。もっとも、法律の規定が憲法上保障され又は保護されている権利利益を合理的な理由なく制約するものとして憲法の規定に違反するものであることが明白であるにもかかわらず、国会が正当な理由なく長期にわたってその改廃等の立法措置を怠る場合などにおいては、国会議員の立法過程における行動が上記職務上の法的義務に違反したものとして、例外的に、その立法不作為は、国賠法1条1項の適用上違法の評価を受けることがあると解される（以上につき、最高裁平成27年12月16日大法廷判決・平成25年（オ）第1079号・民集69巻8号2427ページ（以下「平成27年再婚禁止訴訟最判」という。）参照）。

2 民法750条の要件を満たさなくても、夫婦が互いに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とする法制度が設けられていないことは、憲法24条に違反するものではなく、まして国賠法1条1項に違反するものではないこと

(1) 憲法24条は、民法の定める要件を満たさなくても、夫婦が互いに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とする法制度を設けることを要請しているものではないこと

ア そもそも、憲法24条2項は、婚姻及び家族に関する法制度の構築に当

たって、個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚すべきであるとする要請、指針を示すものであるから、具体的な立法を待つことなく、個々の国民に対し、裁判規範として機能する権利を保障するものではなく、また、戸籍に代わる証明手段として夫婦が互いに婚姻関係にあるとの公証を受けることができる法制度といった、具体的な特定の内容の法制度を設けることを要請しているものでもない。

イ この点、平成27年再婚禁止訴訟最判も、「婚姻及び家族に関する事項は、国の伝統や国民感情を含めた社会状況における種々の要因を踏まえつつ、それぞれの時代における夫婦や親子関係についての全体の規律を見据えた総合的な判断を行うことによって定められるべきものである。したがって、その内容の詳細については、憲法が一義的に定めるのではなく、法律によってこれを具体化することがふさわしいものと考えられる」

(民集69巻8号2431ページ。傍点は引用者、以下同じ。)、「憲法24条2項は、このような観点から、婚姻及び家族に関する事項について、具体的な制度の構築を第一次的には国会の合理的な立法裁量に委ねるとともに、その立法に当たっては、個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚すべきであるとする要請、指針を示すことによって、その裁量の限界を画したものといえる」(同ページ)と判示しており、また、民法750条の規定が憲法24条に違反しないと判示した最高裁判所平成27年12月16日大法廷判決(平成26年(オ)第1023号・民集69巻8号2586ページ。以下「平成27年夫婦別姓訴訟最判」という。)も、同旨を判示している(民集69巻8号2592ないし2594ページ)。

ウ したがって、憲法24条は、民法の定める要件を満たさなくても、夫婦が互いに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法制度といった、具体的な内容の法制度を設けることを要請しているものではなく、まして原告らが主張する「外国の方式によって婚姻した日本人夫

婦で、婚姻後も双方が生来の氏を名乗り続けることを希望する者について、婚姻関係を公証する方法・定め」という法制度（訴状第2の5(2)ウ・9ページ）を設けることを要請しているものではないから、かかる法制度が設けられていないことは、憲法24条に違反するものではない。

エ なお、前記第2で述べたとおり、憲法24条の規定を受けて、実体法である民法は、婚姻及び家族に関する各規定を定め、また、これを受けて、その手続法である戸籍法も、各規定を定めている。

このように、我が国においては、憲法24条の規定を受けて、戸籍制度という法制度が設けられていることはもとより、原告らについてみても、原告らが民法750条の要件を満たしさえすれば、現行法上においても、戸籍が編製されるのであるから、かかる法制度について、法の欠缺があるとはいえない、まして憲法24条に違反するとはいえない。

この点、前記第3の1(3)でも述べたとおり、原告らの主張が、民法750条の要件を満たさなくても、原告らが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法制度が設けられるべきであるとする主張であれば、本件の本質的・実質的な争点は、ひつきょう、民法750条の規定が憲法24条に違反するかどうかという点に帰することとなる。

もっとも、民法750条の規定は憲法24条に違反するものではなく、この点、平成27年夫婦別姓訴訟最判も、同旨を判示している。

したがって、いずれにしても、原告らの主張は理由がない。

(2) 民法750条の要件を満たさなくても、夫婦が互いに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とする法制度が設けられていない立法不作為は、国賠法1条1項に違反するものではないこと

ア 前記1で述べたとおり、国会議員の立法不作為が国賠法1条1項の適用上違法となるのは、法律の規定が憲法上保障され又は保護されている権利

利益を合理的な理由なく制約するものとして憲法の規定に違反するものであることが明白であるにもかかわらず、国会が正当な理由なく長期にわたってその改廃等の立法措置を怠る場合など、国会議員の立法過程における行動が職務上の法的義務に違反したと認められる場合である。

イ しかしながら、前記(1)で述べたとおり、民法750条の要件を満たさなくても、夫婦が互いに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とする法制度が設けられていないことは、憲法24条に違反するものではないから、かかる法制度が設けられていないことにより憲法上保障され又は保護されている権利利益が合理的な理由なく制約されているとはいえず、ましてかかる憲法違反が明白であるとはいえず、また、国会が正当な理由なく長期にわたってその改廃等の立法措置を行っているともいえない。

ウ したがって、民法750条の要件を満たさなくても、夫婦が互いに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とする法制度が設けられていない立法不作為は、国家賠償法1条1項に違反するものではない。

3 小括

以上のとおり、民法750条の要件を満たさなくても、夫婦が互いに我が国における婚姻関係にあるとの公証を受けることができるとする法制度が設けられていないことは、憲法24条に違反するものではなく、まして国賠法1条1項に違反するものではない。

第5 結語

以上のとおり、原告らの主張にはいずれも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