

原 告 想田和弘ほか1名  
被 告 国

準 備 書 面 (4)

令和元年6月28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

遠藤啓佑

倉重龍輔

大嶋真理子

梶谷健二郎

片倉菜摘

今井文音

陶山敦司

佐藤博行

被告は、本準備書面において、原告の平成31年3月27日付け第3準備書面（以下「原告第3準備書面」という。）に対し、必要と認める限度で反論する。

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。

う

## 第1 原告第3準備書面第1に対する反論

### 1 原告らの主張

原告らは、立法不作為の国賠法上の違法について、「『夫婦が称する氏』を定めることなく外国の方式で婚姻した夫婦の婚姻関係の公証について法の欠缺を放置してきた」と主張する（原告第3準備書面第1の4(2)イ・4及び5ページ）。

### 2 被告の反論

しかしながら、日本人同士が婚姻する場合、「夫婦が称する氏」を定めない限りは我が国において婚姻が成立しないことは既に述べてきたとおりである（被告準備書面(1)第3及び第4・7ないし13ページ、被告準備書面(2)第2・2ないし6ページ、被告の平成31年3月27日付け準備書面(3)（以下「被告準備書面(3)」という。）第1・2及び3ページ等）。そして、我が国の戸籍法が、我が国の民法の親族に関する規定の手続法として位置づけられる以上、戸籍法には、「夫婦が称する氏」を定めることを成立要件とする我が国の民法における婚姻制度を前提とする規定が置かれるることは自明であって、原告らが主張するような法の欠缺は何ら存在しない。

したがって、原告らの前記主張は理由がない。

## 第2 原告第3準備書面第2に対する反論

### 1 国際私法に関する原告らの主張は被告の主張の反論たり得ていないこと

#### (1) 原告らの主張

原告らは、被告の「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」との主張（被告準備書面(2)第1・2ページ）に対し、「公法関係であっても、その前提として国際私法が適用されることはある」と主張する（原告第3準備書面第2の1・5ページ）。

## (2) 被告の反論

しかしながら、原告らの主張は、前記(1)のように、抽象的な主張にとどまるものであり、本件との関係において、国際私法が適用される場合がどのような場合であるのかということや、本件における原告らと国の関係がどのような場合に当たるのかということを述べていない。

すなわち、原告らの前記主張は、主張として成り立っておらず、何ら被告の上記主張の批判たり得ていない。

## 2 婚姻意思に関する原告らの主張は理由がないこと

### (1) 原告らの主張

原告らは、婚姻意思について、高橋忠次郎「協議離婚における合意と届出」（甲第12号証）を引用し、「消極的意思の対象である同氏についての意欲又は認識を欠いても、婚姻は無効とならない」と主張する（原告第3準備書面第2の2(1)ア・7ページ）。

### (2) 被告の反論

ア しかしながら、本件においては、原告らは、婚姻によって同一の氏を称することとなることを積極的に否定する意思を有していたのであるから（訴状第2の3(2)イ・4ページ、被告準備書面(2)第2の1(2)・4ページ）、単に「同氏についての意欲又は認識を欠いて」いたというものではない。

イ また、仮に婚姻意思について「積極的意思」及び「消極的意思」なる概念を用いて検討するとしても、「消極的意思」の対象については積極的に

意欲又は認識していないくても婚姻意思が否定されるわけではないというにすぎず、「消極的意思」も婚姻意思を構成するものである以上、「消極的意思」の対象とされている効果の発生を積極的に否定する意思を有している場合には、婚姻意思が否定されるのは当然である。

この点について、原告らが引用する前掲高橋「協議離婚における合意と届出」においては、「消極的意思」の対象の例として、「同氏・親族関係発生・相続等」が挙げられている（甲第12号証103ページ）が、婚姻当事者が相手方の親族との姻族関係の発生や、相手方が自身の推定相続人となることを積極的に否定する意思を有している場合に、婚姻意思を肯定することができないことはいうまでもない。

すなわち、原告らは、アメリカ合衆国ニューヨーク州家事関係法が定める婚姻の方式を実行した当時において、婚姻の効力である民法750条の適用を積極的に否定する意思を有していたのであるから、原告らが婚姻の意思を有していたということはできない。

ウ したがって、原告らの前記主張は理由がない。

### 3 夫婦が称する氏が定められていることが婚姻の実質的成立要件であるとする説はないとの原告らの主張は理由がないこと

#### (1) 原告らの主張

原告らは、「婚姻の成立要件について、通説は、実質的要件（婚姻意思、婚姻障害の不存在）及び形式的要件（届出）として整理しているが、夫婦同氏の合意が婚姻の実質的要件であると解する説は、見当たらない」と主張する（原告第3準備書面第2の2(2)イ・8ページ）。

#### (2) 被告の反論

ア しかしながら、この点については、被告準備書面(2)第2の2(1)イ(5及び6ページ)で述べたとおり、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。

また、被告準備書面(3)第1の1(3ページ)で述べたとおり、平成27年夫婦別姓訴訟最判の調査官解説で挙げられている、民法750条が憲法24条1項に違反するとの違憲説は、「夫婦が同氏を称することは、婚姻の成立のために不必要に加重された要件となっており、違憲であるとする」(畠佳秀・最高裁判所判例解説民事篇(平成27年度(下))3235ページ・傍点は引用者[以下同じ])とし、さらに、合憲説も、「夫婦の氏は婚姻の合意事項の一つに含まれるもの」とされており(同ページ)、夫婦が称する氏を定めなければ婚姻が成立し得ないこと(夫婦が称する氏を定めることは婚姻の成立要件であること)を前提としている。

イ また、松川正毅・窪田充見「新基本法コンメンタール親族」(日本評論社、2015年)51ページ『第750条』[窪田充見](乙第4号証)においては、「本条(引用者注:民法750条[以下同じ])は、いわゆる『夫婦同氏の原則』を定めるものである。もっとも、本条の内容は、単に夫婦が同じ氏を称するということを定めるだけではなく、(ア)そこで称する氏は、夫または妻のいずれかの氏であるということ(そのいずれでもない氏を選択することはできない)、(イ)婚姻の際に、そのいずれかの氏を選択することが求められること(氏の選定の時期)を規定するものである。本条を受けて、『夫婦の称する氏』は、婚姻届の必要的記載事項とされる(戸74一(引用者注:戸籍法74条1項))。」と解説されている。

このように、民法750条が「婚姻の際に、そのいずれかの氏を選択すること」を規定していること自体、我が国の民法が、いずれかの氏を選択すること、すなわち、夫婦が夫婦いずれかの同一の氏を称すると合意することを、婚姻の実質的な要件として当然に予定されていることのあらわれであり、それゆえに、婚姻時に提出が求められる婚姻届においては、夫婦の称する氏が必要的記載事項とされているものである。

そもそも、仮に「夫婦で称する氏を定めること」が婚姻の実質的成立要件になつてないといふとすれば、夫婦で称する氏を合意をしなくても婚姻が成立し得ることとなるが、このような見解に立つと、民法上婚姻が有効に成立した場合には、その効力として夫婦の氏が定まっていることが当然の前提とされていること（民法第750条）を論理的に説明することができない。したがって、「夫婦で称する氏を定めること」、すなわち、夫婦が夫婦いづれかの同一の氏を称すると合意することが、婚姻の実質的な成立要件であることは明らかである。

ウ したがって、原告らの前記主張は理由がない。

なお、原告らは、平成27年夫婦別姓訴訟最判を引用し、「民法750条に基づく夫婦同氏の合意が婚姻の実質的成立要件でないことは明らかである」とも主張するが（原告第3準備書面第2の2(2)イ・8ページ）、この点については、被告準備書面(3)第2（4及び5ページ）で述べたとおり、平成27年夫婦別姓訴訟最判は、夫婦が称する氏を定めなければ婚姻をすることができない（夫婦が称する氏を定めることは婚姻の成立要件であること）を当然の前提としているのであって、民法上、夫婦が称する氏を定めることは婚姻の成立要件とされていないという判断を示したものではない。

### 第3 原告第3準備書面第3に対する反論

#### 1 婚姻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ないと原告らの主張は理由がないこと

##### (1) 原告らの主張

原告らは、最高裁判所昭和44年10月31日第二小法廷判決・民集23巻10号1894ページ）、最高裁判所昭和62年9月2日大法廷判決・民集41巻6号1423ページ）及び平成27年夫婦別姓訴訟最判を引用し、

婚姻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ないと主張する（原告第3準備書面第3の2(1)及び(2)・10及び11ページ）。

## (2) 被告の反論

しかしながら、婚姻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ことは、被告準備書面(2)第2の1（2ないし4ページ）及び被告準備書面(3)第1（2及び3ページ）で述べたとおりであるし、「婚姻の際に、そのいずれかの氏を選択すること」が実質的成立要件であることは、前記第2の3で述べたとおりである。

また、原告らの引用する裁判例は、いずれも、婚姻の成立には、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」（前掲最高裁昭和44年10月31日第二小法廷判決）、又は「両性が永続的な精神的及び肉体的結合を目的として」真摯に共同生活を営む意思（前掲最高裁昭和62年9月2日大法廷判決）が必要であると判示しているにすぎず、そのような意思があれば「夫婦で称する氏」を定めなくても、又はそれを定める意思がなくても、婚姻は成立すると判示しているものではない。平成27年夫婦別姓訴訟最判についても、被告準備書面(3)第1の1（2及び3ページ）で述べたとおり、その調査官解説において、「『婚姻』とは、現在の法制度に基づく婚姻をいう」（前掲最高裁判所判例解説民事篇（平成27年度（下））3236ページ）として、婚姻を現行の民法等の法規範を基調とした夫婦関係の設定であるとの理解を下にした解説がなされているところである。

したがって、原告らの前記主張は理由がない。

## 2 日本人同士が婚姻する場合と日本人と外国人が婚姻する場合とで婚姻意思が異なるとの原告の主張は理由がないこと

### (1) 原告らの主張

原告らは、日本人同士が婚姻する場合と日本人と外国人が婚姻する場合と

で婚姻意思が異なるとして、婚姻意思には両当事者が同氏を称することに向けた意思は含まれないと主張する（原告第3準備書面第3の2(3)・11ページ）。

## (2) 被告の反論

しかしながら、日本人と外国人が婚姻した場合には、民法750条は適用されないから、日本人同士が婚姻する場合と、日本人と外国人が婚姻する場合とでは、婚姻の効力が異なることになる。そうである以上、婚姻を実現させる意思である婚姻意思の内容が、日本人同士が婚姻する場合と日本人と外国人とが婚姻する場合とで異なるのは当然である。

したがって、原告らの前記主張は理由がない。

## 3 民事局長回答は婚姻意思に係る被告の主張と何ら矛盾するものではないこと

原告らは、民事局長回答を引用し、「実務は、『夫婦が称する氏』を定めることなく外国の方式により婚姻した日本人夫婦について、以下のとおり、長年、婚姻が有効に成立したものとして取り扱ってきた」と主張するが（原告第3準備書面第3の4・12ページ）、以下に述べるとおり、「当事者は、民法第七百五十条の規定に従って婚姻締結の際に夫婦の称すべき氏について合意しなければならない」とされているのであって、原告らの上記主張は、婚姻意思には両当事者が同氏と称することに向けた意思を要するとする被告の主張の何らの妨げにもならない。

### (1) 昭和42年3月2日付民事甲354号民事局長電報回答（昭和42年2月1日付戸第73号広島法務局長照会）について

昭和42年3月2日付民事甲354号回答（乙第5号証。以下「354号回答」という。）の内容は、以下のとおりである。

① 日本人A（男）と中国人B（女）は、昭和25年、中国国内において、同国的方式により婚姻をし、Bは、当時の國籍法により、日本国籍を取得

した。

② A B間には、昭和25年に娘Cが出生したが、Aは、昭和28年に死亡した。以後、B及びCは、中国に住んでいた。

③ A B間の婚姻及びCの出生については届出がされていなかったが、Aの弟であるDは、Bから中国官憲発給の婚姻証書等の送付を受け、昭和42年、「戸籍記載方申出書」とともにA B間の婚姻届及びCの出生届を提出した。なお、この婚姻届においては、「夫婦の称すべき氏」として、夫の氏の方に○印が記入されていた。

④ Bについては、婚姻証書以外に身分関係を証する書面がなく、生年月日についても、Aの親族に宛てた手紙に記載されているのみという状況であった。Aが死亡しており、B及びCも中国に居住しているため、それ以上の詳細な調査をすることができないという状況下で、婚姻届及び出生届の受否について決しかねることから、広島法務局長から法務省民事局長に対して照会がされた。

⑤ これに対し、法務省民事局長は、「照会のあった婚姻証書及び申出書は受理してさしつかえない。」と回答した（乙第5号証8233ページ）。

このように、354号回答は、外国の方式によって成立した婚姻についての届出がないままに一方当事者が死亡し、かつ、他方当事者が外国に居住しているという場合に、親族が婚姻及び子の出生の届出をしたという事例について、法務局の把握した事実関係を前提として届出を受理して差し支えない旨を回答したものにすぎず、外国の方式による婚姻に当たって婚姻当事者間で夫婦が称する氏が定められていなかった場合において、婚姻当事者の一方が死亡したときは、親族の申出によって夫婦の氏を一方に定めることができるという取扱いを許容するものではない。このことは、354号回答と同じ月にされた昭和42年3月27日付民事甲第365号回答（甲第15号証）において、外国の方式により婚姻をする場合にも「当

事者は、民法第七百五十条の規定に従って婚姻締結の際に夫婦の称すべき氏について合意しなければならない」とされていることからも、明らかである。

(2) 昭和42年3月27日付民事甲365号回答について

昭和42年3月27日付民事甲第365号回答（甲第15号証）は、「日本人男女がドイツにおいてドイツの方式によって婚姻を締結する場合」についてのものであるが、「この場合は、当事者は、民法第七百五十条の規定に従って婚姻締結の際に夫婦の称すべき氏について合意しなければならないが、この合意については何ら方式を必要としない」ことを当然の前提とした上で、「この夫婦の称する氏については、婚姻の際に合意がなされたことを証明する必要はない」としているのであって、婚姻時に夫婦の称する氏を定めなくてよいとするものではない。

以 上