

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

準備書面(2)

令和7年4月30日

東京地方裁判所民事第2部D b係 御中

被告指定代理人

橋 本 政 和

福 田 恭 平

進 藤 晶 子

宮城島 光

戸 取 謙 治

小 川 貴 裕

大 野 智 己

今 村 謙 介

石 川 舞 子

石 川 亮 太

神 戸 翼

(目次)

第1	原告H及び原告G（以下「原告Hら」という。）の訴えはいずれも不適法であること	3
1	原告Hらの本件地位確認の訴えは不適法であること	3
2	原告Hらの本件違法確認の訴えも不適法であること	3
第2	原告Aらの本件地位確認の訴え及び本件違法確認の訴えが不適法であること についての被告の主張の補充	4
1	戸籍法122条は、行政事件訴訟法1条にいう「特別の定め」に該当するから、婚姻の届出につき不受理とする処分の適否は、家事事件手続においてのみ判断されるべきものであり、行政事件訴訟を提起して争うことはできないこと	4
2	原告Aらの本件地位確認の訴えは、紛争の解決に有効かつ適切であるとは認められないから、確認の利益を欠き、不適法であること	6
3	原告Aらの本件違法確認の訴えは、不適法であること	7
第3	本件地位確認の訴えに関する原告らの主張に理由がないこと	7
1	本件地位確認の訴えが「法律上の争訟」に当たらないこと	7
2	本件地位確認の訴えに確認の利益がないこと	11
第4	本件違法確認の訴えに関する原告らの主張に理由がないこと	13
1	本件違法確認の訴えが「法律上の争訟」に当たらないこと	13
2	本件違法確認の訴えに確認の利益がないこと	14
第5	結語	19

被告は、本準備書面において、本件地位確認の訴え及び本件違法確認の訴えが不適法であることについて、従前の被告の主張を補充するほか（後記第1及び第2）、原告らの2024（令和6）年12月20日付け第5準備書面（以下「原告ら第5準備書面」という。）に対して、必要と認める範囲で反論する（後記第3及び第4）。

なお、略語等は、本準備書面で新たに用いるもののほかは、従前の例による。

第1 原告H及び原告G（以下「原告Hら」という。）の訴えはいずれも不適法であること

1 原告Hらの本件地位確認の訴えは不適法であること

原告Hらは、原告Hら以外の原告ら（以下「原告Aら」という。）と同様に、本件地位確認の訴えにおいて、「原告らが夫婦双方の婚姻前の氏を維持したまま婚姻し得る地位にあること」の確認を求めている（訴状6ページ）。

しかし、原告Hらは、既に婚姻済みの夫婦である（訴状10ページ）。かかる原告Hらについて、重ねて「婚姻し得る地位にあること」を確認するということは観念し難いから、請求の趣旨第1項（主位的請求）の記載内容は、原告Hらの現在の法律関係と整合しないものである。仮に、同記載内容を前提とすると、本件地位確認の訴えは、原告Hらとの関係においては、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て、婚姻していない夫婦一般について、一般的・抽象的に民法750条の規定にかかわらず夫婦双方の婚姻前の氏を維持したまま婚姻し得る地位にあることの確認を求めるものにほかならず、法律上の争訟性を欠き、不適法である。

2 原告Hらの本件違法確認の訴えも不適法であること

原告Hらは、原告Aらと同様に、「被告が、民法750条、同739条1項及び戸籍法74条1号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は違法であること」の確認を求

めている。

しかし、前記1で述べたとおり、原告Hらは、現在、法律上婚姻関係にある夫婦であり、重ねて「婚姻すること」は観念し難いから、請求の趣旨第1項（予備的請求）は、原告Hらの現在の法律関係と整合しないものである。仮に、同記載内容を前提とすると、既に婚姻している原告H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」が認められていないことが違法であることの確認を求めるというのは、原告Hらとの関係においては、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て、婚姻していない夫婦一般について、一般的・抽象的に本件各規定を改廃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が認められていないことが違法であることの確認を求めるものにほかならないから、法律上の争訟性を欠き、不適法である。

第2 原告Aらの本件地位確認の訴え及び本件違法確認の訴えが不適法であることについての被告の主張の補充

- 1 戸籍法122条は、行政事件訴訟法1条にいう「特別の定め」に該当するから、婚姻の届出につき不受理とする処分の適否は、家事事件手続においてのみ判断されるべきものであり、行政事件訴訟を提起して争うことはできないこと

原告Aらは、いずれも、「婚姻後の夫婦の氏」につき、「夫の氏」と「妻の氏」のいずれにもレ点を付し、婚姻後の夫婦の氏として、夫は夫の氏を、妻は妻の氏を称することを希望する旨の婚姻届を市町村（特別区を含む。以下同じ。）の長に提出したものの、市町村の長から、民法750条及び戸籍法74条1号に違反していることを理由として婚姻の届出を不受理とする処分を受けている（以下「本件各不受理処分」という。甲B1、2、5、6、9、10、14、15）。

戸籍法122条は、同法に基づく各種の届出の不受理を含む戸籍事件（同法

124条に規定する請求に係るものを除く。以下同じ。)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ており、同規定は、東京都にある特別区の区長に準用されている(同法4条前段)。また、家事事件手続法は、家庭裁判所は、この不服について家庭裁判所が審判をするものとし(同法39条、別表第1の125項)、同法226条以下においてその手続等を定めるとともに、同法230条2項において、家庭裁判所は、この不服申立てに理由があると認めるときは、当該市町村長に対し、相当の処分を命じなければならないと定めている(家事事件手続法230条2項)。

戸籍法及び家事事件手続法のこれらの規定は、戸籍事件についての不服の申立てに関しては、行政事件訴訟の方法による救済よりも、戸籍事件に係る事柄にふさわしい態勢を備えて常時関与している家庭裁判所による救済の方が適切であるとの立法政策上の判断の下、その不服申立てを家庭裁判所の管轄に集中させることとしたものであり、前記戸籍法の規定は、行政事件訴訟法1条にいう「特別の定め」に該当するものと解される(裁判所職員総合研修所監修「家事事件手続法下における書記官事務の運用に関する実証的研究―別表第一事件を中心に―」(乙5)724ページ参照)。

原告Aらによる本件地位確認の訴えは、その訴訟形態に着目すれば、本件各不受理処分に対する不服申立てにはなっていないが、婚姻後の夫婦の氏として、夫は夫の氏を、妻は妻の氏を称する旨の原告Aらの婚姻の届出が受理されることを目的とするものであるから、実質的には、原告Aらによる婚姻の届出を不受理とした本件各不受理処分に対する不服を申し立てるものであるといえることができる。

そうだとすれば、原告Aらによる本件地位確認の訴えは、実質的には本件各不受理処分の適否を争うものであり、家事事件手続において判断されるべきものであるから、行政事件訴訟を提起して争うことはできない。したがって、この点からしても、原告Aらの本件地位確認の訴えは、不適法なものである。

2 原告Aらの本件地位確認の訴えは、紛争の解決に有効かつ適切であるとは認められないから、確認の利益を欠き、不適法であること

原告Aらの本件地位確認の訴えが、実質的に本件各不受理処分の適否を争うものであるということができないとしても、原告Aらの本件地位確認の訴えは、紛争の解決に有効かつ適切であるとは認められないから、確認の利益を欠き、不適法である。

すなわち、前記1のとおり、本件地位確認の訴えは、婚姻後の夫婦の氏として、夫は夫の氏を、妻は妻の氏を称する旨の原告Aらの婚姻の届出が受理されることを目的とするものであるところ、このような場合については、行政事件訴訟の方法による救済よりも、戸籍事件に係る事柄にふさわしい態勢を備えて常時関与している家庭裁判所による救済の方が適切である。実際にも、原告Aらは、本件地位確認の訴えに先立って本件各不受理処分を受けているのであるから、本件各不受理処分に対する不服の申立てをすることによって、婚姻後の夫婦の氏として、夫は夫の氏を、妻は妻の氏を称する旨の婚姻の届出の受理を求めることができ、この不服申立てを認める旨の審判が確定すれば、家事事件手続法230条2項に基づき、当該市町村長において、婚姻の届出を受理し、その審判に基づいて戸籍の記載をすることが義務付けられることとなる。

そうすると、原告Aらにおいて、婚姻前の氏を維持する旨の婚姻の届出が受理されるという前記目的を達するためには、行政事件訴訟として本件地位確認の訴えを提起するよりも、本件各不受理処分に対する不服申立てという方法による方がより有効かつ適切であるというべきである¹（なお、令和3年大法廷決定は、まさに婚姻届に「夫は夫の氏、妻は妻の氏を称する」旨記載して婚姻の届出をしたところ、市長からこれを不受理とする処分を受けたため、同処分が不当であるとして、戸籍法122条に基づき、同市長に同届出の受理を命ずる

¹ 東京地裁令和3年4月21日判決・判例時報2521号87ページ参照

ことを申し立てた事案に関する決定である。))。

したがって、原告Aらの本件地位確認の訴えは、紛争の解決に有効かつ適切であるとは認められないから、確認の利益を欠き、不適法なものである。

3 原告Aらの本件違法確認の訴えは、不適法であること

原告Aらの本件違法確認の訴えは、本件各規定を改正しないことにより、原告A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は違法であることの確認を求めるものであるところ、結局は、婚姻後の夫婦の氏として、夫は夫の氏を、妻は妻の氏を称する旨の原告Aらの婚姻の届出が受理されることを目的とする訴訟ということができる。

したがって、原告Aらの本件違法確認の訴えは、原告Aらの本件地位確認の訴えと同様、実質的には、本件各不受理処分の適否を争うものであり、家事事件手続において判断されるべきものであるから、前記1のとおり、行政事件訴訟を提起して争うことはできず、不適法なものである。

また、原告Aらにおいて、前記目的を達するためには、前記2のとおり、本件各不受理処分に対する不服申立てという方法による方がより有効かつ適切であるといえるから、原告Aらの本件違法確認の訴えは、確認の利益を欠き、不適法なものである。

第3 本件地位確認の訴えに関する原告らの主張に理由がないこと

1 本件地位確認の訴えが「法律上の争訟」に当たらないこと

(1) 原告らの主張

原告らは、法律上の争訟性について、「「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」であるところ、本件地位確認の訴えにおいて、原告らが求めるものは、原告らが「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る(原

告ら第5備書面・2及び3ページ。)とした上で、①本件地位確認の訴えは、「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」、すなわち、「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」と定めた民法750条の文言を、「1996（平成8）年の法制審議会の答申どおり」、「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」が認められるから、かかる地位は、新たな立法を行わなければ具体的に認めることができないものではなく、法律上の争訟性は否定されない、②「被告はあたかも平成27年大法院判決及び令和3年大法院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、かかる主張は誤りである旨主張する（原告ら第5準備書面・4ページ）。

(2) 被告の反論

ア 本件地位確認の訴えは、実体法上の根拠を欠くものであって、現行法令上、具体的な権利義務ないし法律関係に係る法的地位についての確認を求めるものとはいえず、法律上の争訟性を欠くものであること（原告らの前記(1)①の主張に対する反論）

我が国は成文法主義の国であるから、法解釈といっても、現に存在する成文の法令の文言を全く離れて飛躍することはできない。当然ながら、条文の文言を全く離れ、立法に至る解釈をすることは、解釈の限界を超えるものとして許されず、それは法解釈ではない。（以上につき、林修三著「法令解釈の常識」（乙6）25ページ参照）

この点、答弁書第2の3(2)イ（6ページ）で述べたとおり、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、夫婦は、婚姻の際に、夫の氏又は妻の氏のどちらかを選択しなけ

ればならず、「夫婦」のいずれもが同じ氏を称しなければならないことを文言上明らかにしている。また、婚姻をしようとする者は、婚姻届に「夫婦が称する氏」を記載して届け出なければならず（戸籍法74条1号）、その記載がない届出は受理されないこととされている（民法740条）。このように、民法750条を始めとする本件各規定は、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、夫婦が同一の氏を称することを例外なく義務付けている。そうすると、原告らの主張するように、婚姻後の氏として、夫婦がそれぞれ別々の氏を称する場合を付け加えて民法750条を解釈することは、民法750条（を始めとする本件各規定）の文言に明らかに反する意味内容を付け加えて民法750条を解釈するものであって、文言から全く離れ、新たな立法行為を行うことにほかならない。

したがって、民法750条の文言を「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」と解釈することは、もはや法解釈の限界を超えたもので許されないから、本件地位確認の訴えは、実体法上の根拠を欠くものであって、現行法令上、具体的な権利義務ないし法律関係に係る法的地位についての確認を求めるものとはいえず、法律上の争訟性を欠くものである。

なお、念のため付言すると、原告らが指摘する「1996（平成8）年の法制審議会の答申」とは、平成8年2月26日付け法務省における法制審議会総会決定を指すものであるが、同決定は、「民法の一部を改正する法律案要綱」として出されたものであって、飽くまでも民法等の改正を前提としたものであり、現行法令のまま、夫婦双方が婚姻前の氏を称して婚姻できることを認めるものではない。

以上のとおり、現行法下でも「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」が認められるとする原告らの前記(1)①の主張は、理由がない。

イ 被告は、本件地位確認の訴えの実質が、夫婦別氏制という新たな法制度を創設することを求めるものであることから、本件地位確認の訴えは「法律上の争訟」に当たらないと主張するものであること（原告らの前記(1)②の主張に対する反論）

答弁書第2の3(2)イ（5ないし7ページ）で述べたとおり、「氏」については、平成27年大法廷判決が、「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ものであるから、氏に関する（中略）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く、憲法の趣旨を踏まえつつ定められる法制度をまって初めて具体的に捉えられるものである。したがって、具体的な法制度を離れて、氏が変更されること自体を捉えて直ちに人格権を侵害し、違憲であるか否かを論ずることは相当ではない。」と判示しているように、「氏」は、その在り方が憲法上一義的に定められておらず、民法を始めとする法制度によって具体化されるものであるから、氏に関する人格権や法的地位の内容を検討するには、具体的な法制度を前提とした考察が必要となる。

そして、前記アで述べた民法750条を始めとする氏に関する法制度（例えば、子の氏について定めた民法790条1項本文は、「嫡出である子は、父母の氏を称する。」と規定し、夫婦が同一の氏を称することを前提に、子に両親と同一の氏を称することを義務付けている。）を前提とすると、原告らが本件地位確認の訴えにおいて確認を求める法的地位の内容は、現行法令の解釈によって導き出すことができるものではなく、夫婦が別の氏を称することを可能とする立法を新たに行わなければ具体的に認めることができないものである。

この点は、平成27年大法廷判決が判示するとおり、「夫婦同氏制の採用については、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に依拠するところが少なくなく、この点の状況に関する判断を

含め、この種の制度の在り方は、国会で論ぜられ、判断されるべき事柄」というべきであり、また、令和3年大法廷決定が判示するとおり、「夫婦の氏についてどのような制度を採るのが立法政策として相当かという問題と、夫婦同氏制を定める現行法の規定が憲法24条に違反して無効であるか否かという憲法適合性の審査の問題とは、次元を異にするものである。

(中略) この種の制度の在り方は、平成27年大法廷判決の指摘するとおり、国会で論ぜられ、判断されるべき事柄にほかならない」というべきである。

そうすると、本件地位確認の訴えの実質は、国会の立法行為を先取りして、裁判所に対し、夫婦同氏制に加えて夫婦別氏制という選択肢を新たに設けるなど、新たな法制度を創設することを求めるものにほかならないというべきである。

したがって、本件地位確認の訴えにおいて、原告らが確認を求めている「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750条の解釈によって認められ得るものではなく、新たに立法を行わなければ具体的に認めることができないものであるから、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とは認められず、「法律上の争訟」に当たらない(答弁書第2の3(2)イ・5ないし7ページ)。

原告らの前記(1)②の主張は、平成27年大法廷判決及び令和3年大法廷決定に関する被告の主張を正解しないものであり、理由がない。

2 本件地位確認の訴えに確認の利益がないこと

(1) 原告らの主張

原告らは、①「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」という関係には立たない、②「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ません」とし、国家賠償請求訴訟が提起できることと本件地位確認の訴えにおける確認の利益とは関係がない旨主張する（原告ら第5準備書面・5ページ）。

(2) 被告の反論

ア 原告らの前記(1)①の主張に対する反論

しかし、答弁書第2の3(2)イ(5ないし7ページ)及び前記第2の1(2)イで述べたとおり、「氏」は、その在り方が憲法上一義的に定められておらず、民法を始めとする法制度によって具体化されるものであるから、原告らのような、具体的な法制度を離れて「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」なるものを観念することはできない。

したがって、原告らの前記(1)①の主張は理由がない。

イ 原告らの前記1②の主要に対する反論

また、被告は、「国家賠償請求訴訟が地位確認請求を排除する」と主張しているわけではなく、国会の立法裁量との抵触を踏まえ、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、「本件国賠請求の訴え（中略）に加えて本件地位確認の訴えまで提起する必要はない」として、確認の利益を欠くと主張するものである（答弁書第2の3(3)イ・8及び9ページ）。そして、後記第4の2(2)アのとおり、本件国賠請求を審理する裁判所において、婚姻の際に夫婦双方が婚姻前の氏を選択することができる権利又は法的利益を有するとする原告らの主張との関係で、かかる選択を認めない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、本件各規定の憲法適合性が判断されることとなるのであるから、本件国賠請求のほかに、本件地位確認の訴えを提起する必要はないというべきである。

したがって、原告らの前記(1)②の主張は理由がない。

第4 本件違法確認の訴えに関する原告らの主張に理由がないこと

1 本件違法確認の訴えが「法律上の争訟」に当たらないこと

(1) 原告らの主張

原告らは、本件違法確認の訴えについて、「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」から、「法律上の争訟」に当たると主張する（原告ら第5準備書面6ページ）。

(2) 被告の反論

しかし、前記第3の1(2)アのとおり、民法750条（を始めとする本件各規定）には、夫婦は同一の氏を称さなければならないことだけが規定されているところ、仮に本件各規定が憲法や条約に反するものとして無効とされたとしても、そのことにより直ちに夫婦が別々の氏を称することができるという規定が創設されるわけではないから、結局、本件違法確認の訴えは、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」することはできないものであり、実質的には、一般的・抽象的な立法不作為（夫婦別氏制という新たな制度を採用する規定を設けないという立法不作為）の違憲（違法）確認を求めるものにほかならない。このような訴えが、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できるものといえず、「法律上の争訟」に当たらないことは、答弁書第2の4(2)（9及び10ページ）において述べたとおりである。

したがって、原告らの前記(1)の主張は理由がない。

2 本件違法確認の訴えに確認の利益がないこと

(1) 原告らの主張

原告らは、①立法不作為に対する国家賠償請求は、「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」るから、「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」のであり、「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」ず、本件違法確認の訴えの利益は否定されない旨（原告ら第5準備書面・8ないし9ページ）、②令和4年大法廷判決の「趣旨や意義を詳細に説明した宇賀補足意見においては」、「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」として、権利・利益の内容等が憲法上一義的に定められていなければ確認の利益が否定されるとする被告の主張は、前記補足意見に真っ向から反するものであつて誤りである旨、③興津征雄教授の見解（甲A161・116ページ）を引用して、憲法上の権利の一義的明確性に触れた令和4年大法廷判決の判示は、「本判決（引用者注：令和4年大法廷判決）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」である旨を主張する（原告ら第5準備書面・9及び10ページ）。

(2) 被告の反論

ア 本件国賠請求を審理する裁判所において、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、本件各規定の憲法適合性が判断されるから、本件国賠請求のほかに、本件違法確認の訴えを提起する必要はないこと

(ア) 前記(1)①の点につき、被告は、立法裁量との抵触を踏まえ、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、「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は、本件違法確認の訴えによらずに、国家賠償請求訴訟によっても得られるものである（本件国賠請求の前提問題として、本件各規定を一定内容の制度に改正しない立法不作為の違憲性が判断され得る以上、あえて本件違法確認の訴えを提起する必要はない。）」として、確認の利益を欠く旨主張するものである（答弁書第2の4(3)・11ページ）。

(イ) 確かに、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はあり得る。

この点に関して、最高裁平成27年12月16日大法廷判決（民集69巻8号2427ページ）は、上告人が、女性について6箇月の再婚禁止期間を定める令和4年法律第102号による改正前の民法733条1項（以下「改正前民法733条1項」という。）の規定は憲法14条1項及び24条2項に違反すると主張し、改正前民法733条1項を改廃する立法措置をとらなかった立法不作為の違法を理由に、国に対し、国家賠償法1条1項に基づき損害賠償を求めた事案において、国家賠償請求については、棄却すべきものとしつつ、改正前民法733条1項の憲法適合性を判断したものである。そして、同判決が、改正前民法733条1項の憲法適合性を判断した理由について、同判決の調査官解説（加本牧子・最高裁判所判例解説民事篇平成27年度（下）642ページ以下）は、「本判決が、国家賠償請求については棄却すべきものとしつつ、あえて本件規定（引用者注：改正前民法733条1項）の憲法適合性について判断をしたことについては、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、常に憲法適合性に関す

る判断が違法性の有無の判断に先行するものであるところ、合憲又は違憲の判断を明示的に示す必要性が当該憲法問題の重要性・社会的影響等を考慮した個々の事案ごとの裁判所の裁量に委ねられているという立場に立ったものと解されよう。(中略)そして、本件のように憲法判断が明示的に示された場合においては、その判断部分は、国家賠償請求の当否の判断の論理的前提になっているものである以上、判例として理解されるべきものであることは当然である。」(同696及び697ページ)と解説している。

そして、国家賠償請求訴訟として夫婦別氏制の合憲性が争われた平成27年大法院判決の事案(上告人らが、夫婦が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条の規定は憲法13条、14条1項、24条1項及び2項等に違反すると主張し、民法750条を改廃する立法措置をとらないという立法不作為の違法を理由に、国家賠償法1条1項に基づき損害賠償を求めた事案)において、第一審及び原審は、民法750条が、憲法13条、14条1項及び24条に違反しない旨の憲法適合性判断をした上で、国家賠償請求を棄却しており、最高裁判所も、民法750条の憲法適合性について判断をした上で、上告を棄却している。平成27年大法院判決は、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、改正前民法733条1項の憲法適合性を判断した前記判決と同じ立場に立つものと解されるところ、本件国賠請求は、本件各規定を改正して、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る夫婦別氏制という新たな制度を採用する規定を設けない立法不作為の違法を理由に、国家賠償法1条1項に基づき損害賠償を求めるものであるから、本件国賠請求を審理する裁判所において、婚姻の際に夫婦双方が婚姻前の氏を選択することができる権利又は法的利益を有するとする原告らの主張と

の関係で、かかる選択を認めない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、平成27年大法廷判決と同様に本件各規定の憲法適合性が判断されることとなると考えられる。このように、本件国賠請求の当否の判断の論理的前提として、本件各規定の憲法判断が明示的に示された場合には、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は得られるものと考えられる（憲法81条、99条参照）。

したがって、本件国賠請求のほかに、あえて本件違法確認の訴えを提起する必要はないから、本件違法確認の訴えは、確認の利益を欠くものである。

(ウ) 以上のとおり、本件国賠請求を審理する裁判所において、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、本件各規定の憲法適合性が判断されることになるところ、平成27年大法廷判決が本件各規定の憲法適合性を判断していることを踏まえれば、本件各規定の憲法適合性について判断されることなく、本件国賠請求が棄却されることは考え難い。したがって、「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」ことを理由として、本件違法確認の訴えに確認の利益があるとする原告らの前記(1)①の主張は、理由がない。

イ 原告らの前記(1)②の主張は、補足意見の理解を誤るものであること

原告らが指摘する宇賀補足意見は、「実質的当事者訴訟としての確認の訴えの場合にも、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きでなく、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（引用者注：平成16年法

律第84号による行政事件訴訟法の改正)の趣旨にも適合する」と述べるのみであり、被告の上記主張は、かかる宇賀補足意見と「真っ向から反する」ものではない。また、そもそも、最高裁判所裁判官の補足意見は、飽くまで、最高裁判所の判決書に表示される各裁判官の意見(裁判所法11条)のうち、多数意見又は法廷意見に加わった裁判官がそれに付加して自己の意見を述べたものであって、多数意見又は法廷意見ではない。

したがって、原告らの前記1②の主張は、宇賀補足意見の理解を誤るものであり、理由がない。

ウ 令和4年大法廷判決は、権利の基本的な内容等が憲法上一義的に定められていることを重視したものであることは明らかであること

令和4年大法廷判決は、憲法79条2項、3項によれば、「国民に保障された審査権の基本的な内容等が憲法上一義的に定められていることが明らかである。そのため、(中略)個々の在外国民が有する憲法上の権利に係る法的地位に現実の危険が生じているということが出来る。」と判示したものである。当該判示の意味については、令和4年大法廷判決に係る最高裁判所調査官解説(大竹敬人「最高裁判所判例解説」法曹時報76巻1号317ページ以下)において、「審査権が、同じく能動的権利である選挙権と同様、国民が投票権を行使するという基本的な内容を憲法が一義的に定めていながら、国会による立法措置がされなければ当該権利を行使することができないという点において、他の基本的人権と異なる面があることを踏まえた上で、そのような特質があることから、本件においては個々の在外国民の権利が具体的に制限されている場面であることを明らかにし、本件違法確認の訴えが一般的・抽象的な立法行為の違憲確認を求めるものでなく、この点において事件・争訟性の要件に欠けるものではないこと、また、確認の利益を基礎付けるものであることを述べたものと考えられる。」

(同361ページ)と解説され、同解説には、「受益権や社会権については、

憲法上の権利の外延は憲法自体から明らかではなく、これらに関する法律の内容については広範な立法裁量があると考えられることからすると、立法不作為の違法（違憲）が問題となる場面においても、一般的・抽象的な立法不作為の違憲確認との見方を払拭するだけの個別具体的な法律関係を看取することができるか否かは、慎重に検討される必要があるように思われる。」との脚注が付されているところである（同 374 ページ）。このように、令和 4 年大法廷判決は、憲法 79 条 2 項、3 項により、国民に保障された審査権の基本的な内容等が憲法上一義的に定められていることを指摘した上で、かかる審査権が、選挙権と同様、国民が投票権を行使するという基本的な内容を憲法が一義的に定めていながら、国会による立法措置がされなければ当該権利を行使することができないという点において、他の基本的人権と異なる面があるという特質を有することを重視したものであることは明らかである。

したがって、憲法上の権利の一義的明確性に触れた令和 4 年大法廷判決について、「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」とする原告らの前記(1)③の主張は理由がない。

第 5 結語

以上によれば、本件地位確認の訴え及び本件違法確認の訴えは、いずれも実質的に本件各不受理処分の適否を争うものであるから、行政事件訴訟を提起して争うことはできず、実質的に本件各不受理処分の適否を争うものではないとしても、「法律上の争訟」に当たらず、行訴法 4 条の「公法上の法律関係に関する確認の訴え」に当たるとしても確認の利益が認められず、いずれにせよ不適法なものであるから、速やかに却下されるべきである。

以 上