

《論 説》

訴訟と非訟

——婚姻届不受理をめぐる紛争を非訟事件として扱う憲法上の問題点¹⁾——

渋谷 秀 樹

- 1 一審・控訴審はどのように判断したのか
- 2 本事案の憲法上の論点
- 3 訴訟事件と非訟事件の判別基準は何か
- 4 救済ルートを家庭裁判所への不服申立てに限定することは許されるか
- 5 救済不能と思える迷路に入り込んだとき救済を断念すべきか

1 一審・控訴審はどのように判断したのか

ここで考察対象とする事案は、原告が婚姻届出書にいわゆる夫婦別姓の記載をしたところ、所轄行政庁（荒川区長）が夫婦の氏の選択がなされていないことを理由として不受理としたので、その取消しを求めた訴訟である。

(1) 一審判決

一審・東京地裁は、2011（平成23）年2月24日、①関係法律の諸規定は戸籍事件についての不服の申立てに関しては、行政事件訴訟よりも家庭裁判所による救済が適切であるとの立法政策上の判断の下に定められたものであるから、

1) 本稿は、夫婦別姓訴訟上告事件（平成23年（行サ）第214号：不受理処分取消等請求上告事件）において、意見書として提出したものに若干の修正を施したものである。なお、執筆に当たっては、本件訴訟の代理人弁護士および関係者の方々から資料提供等を含めて種々のご示唆をいただいた。ここにあらためて感謝の意を表したい。

本件不受理の適否は家事審判手続において判断されるべきものであること、②私権に関する裁判をいかなる手続によらしめるかは、基本的に事件の種類や性質に応じて立法により定めうる事項であり、戸籍法等の規定において行政事件訴訟法に基づき取消訴訟等を提起しうるとする趣旨の規定はないこと、③一般に婚姻届出書の不受理についての戸籍法 121 条に基づく不服申立てに対する家庭裁判所の判断は、家事審判法 9 条 1 項甲類に掲げる事項とみなされ（戸籍法 122 条²⁾、その裁判は後見的立場からの作用の性質のものであること、また④不受理に対する家庭裁判所の裁判もそれによって受理の効力が生じるものではなく改めて所轄庁が受理して初めて効果が生じるものであること、以上 4 点を理由として本件訴えを不適法却下とした。

(2) 控訴審判決

原告側控訴に対し、控訴審・東京高裁は、2011（平成 23）年 11 月 24 日、一審と同様に、①関連法律の諸規定は行政事件訴訟法よりも家庭裁判所による救済が適切であるとの立法政策上の判断の下に定められ、戸籍法の規定は行政事件訴訟法 1 条にいう「特別の定め」に該当し、婚姻届出書の不受理の適否は家事審判手続において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、②戸籍の届出の受理に際して戸籍官吏が行う審査は形式的審査にとどまるものであり、婚姻届出が受理された場合でも婚姻の成立・不成立の効果を確定させるものではなく、また戸籍官吏には民法 750 条等の規定の憲法適合性の判断権限がないこと、③婚姻届出の不受理に対する不服の申立てを審理する家事審判手続は、戸籍官吏の権限行使としての婚姻届を受理すべきであったか否かを監督的立場から審査するのであり、当該手続における家庭裁判所の審判は終局的に事実を確定し、当事者の主張する実体的権利義務の存否を確定するようなものではないこと、④戸籍法上の不服申立て手続においては戸籍官吏のした上記の形式的審査が関係法規に照らして適法か否かが審査さ

2) なお、2011（平成 23）年に制定された家事事件手続法が施行される（2013〔平成 25〕年 5 月 25 日）と、戸籍法 122 条は削除されるが、家事事件手続法別表第一（現行家事審判法の甲類審判事項に該当）の 125 号事件として、従前と同様の位置付けとなる。

れるにとどまるものであり、その手続の中で届出にかかる婚姻の成否が実体的に審査されるものではなく、その審理に基づく裁判所の判断も、婚姻の成否を確定させるものではないこと、⑤民法 750 条が違憲無効であるとするればこれを前提とする戸籍法の定めや民法 790 条等関連法令も違憲状態となるが、これら関連法令が全体としては正されることなく所轄庁が婚姻届出を受理し関連法令に整合する適法な手続に乗せることは法制度上できず、関係法令の全体的な是正を立法によることなく法令の解釈・運用によって行うことはおよそ不可能であるから、不服申立ての審理を担当する裁判所が民法 750 条を違憲無効と判断しても所轄庁に婚姻届出を受理すべき旨の内容の命令を出すことはできず、現行法制の下では別姓のままの婚姻の成否を確定することは裁判上不可能であること、を理由として、訴えを不適法却下とした原判決を支持して、控訴を棄却した。

2 本事案の憲法上の論点

本事案の実体法上の中核的論点は、夫婦同姓（同氏）を強制する民法 750 条の合憲性である。しかし、いわば入口の段階で門前払いとする消極的判断が一審・控訴審と続いているので、本稿では、このような処理が日本国憲法の示す規範に照らして許されるか否かという論点に絞って考察することとする。

この観点からの核心的論点は、婚姻届出の不受理についての救済手段を家庭裁判所に対する不服申立てに限定することの合憲性である。この論点を考察するときには、以下の 3 点を明らかにしなければならない。

第 1 は、訴訟事件と非訟事件の相違を判別する基準をいかなる点に求めるかである。仮に具体的に発生した紛争が訴訟事件、すなわち裁判所法 3 条 1 項でいう「法律上の争訟」に分類されるものであるにもかかわらず、実定法が非訟事件として扱っているとすれば、憲法 76 条 1 項が前提とする「司法権」の概念に反する処理をなしているのではないか、そしてひいては憲法 32 条の保障する「裁判を受ける権利」を侵害しているのではないか、という問題が生じることになる。

第2は、家庭裁判所による不服申立てのみに救済方法を限定し、行政事件訴訟法上の抗告訴訟を認めないとする現在の解釈・運用が、はたして正しいといえるか、という点である。この問題は第1に指摘した点と表裏の関係にある。つまり、紛争の本質が非訟事件と判断されるのであれば、抗告訴訟という訴訟事件として扱う必然性はなくなるのに対して、訴訟事件と判断されるのであれば、公開・対審・判決の構造をとらない非訟手続の救済手段のみを認める現在の解釈・運用は憲法82条に違反し、また32条が保障する「裁判を受ける権利」を侵害するものとなろう。

第3は、救済方法、すなわち紛争の事後処理の問題である。控訴審は750条を違憲と判断しても、関連法令全体が是正されない限り適法な手続に乗せることができない、すなわち現行法制のままでは婚姻の成否確定不能であるとして、訴え却下の理由の1つとしたが、はたしてそのような判断が正しいといえるか、という点である。この点を考察する際には、そもそも裁判所は、関係法令が文面上違憲と判断される場合に、どのような事後処理ができるか、という憲法訴訟論上きわめて重要な論点を提起している。

3 訴訟事件と非訟事件の判別基準は何か

まず、第1の点から考察をはじめ。

(1) 憲法の諸規定と非訟事件の関係

憲法76条1項は、「すべて司法権は、最高裁判所及び法律の定めるところにより設置する下級裁判所に属する」と規定し、憲法82条1項は、「裁判の対審及び判決は、公開法廷でこれを行ふ」と規定している。ところが、実定法は法的判断または法的解決を要する一定の事案を訴訟事件とは別範疇の非訟事件とし、非訟事件に属するとされた事案の処理手続について、後述のような憲法82条の定める裁判の対審・公開・判決の原則をみたさない規定をおいている。

このような実定法のあり方は、憲法32条が規定する「何人も、裁判所において裁判を受ける権利を奪はれない」との関係でも問題となる。つまり、この規定は裁判を受ける権利を保障するが、ここでいう「裁判」には何が含まれ、

それは、憲法 82 条 1 項の規定する「裁判」と同じものか、それとも違うものか、さらにこれらの「裁判」と憲法 76 条 1 項の規定する「司法」とどのような関係にあるのか、という問題を提起する。そしてまた、裁判所が担当する非訟事件にはどのような手続による処理が保障されているのかという問題をも提起するのである。

以上のことを考察するためには、まず、訴訟事件と非訟事件がどのような観点から分類されるかを知る必要がある。

(2) 訴訟事件と非訟事件

非訟事件の本質、あるいは訴訟事件との区別の基準は以下の 4 つの見地から把握される。①対象事項の見地から、訴訟事件は紛争（裁判所法 3 条 1 項にいう「法律上の争訟」）を対象とするのに対して、非訟事件は非紛争（「法律上の争訟」以外のもの）を対象とする。②裁判所の果たす機能およびその作用の性質の見地から、裁判所は訴訟事件について法規執行（適用）の機能を果たし確認的・判断的性質の作用（回顧的争訟解決作用）、つまり実質的意味の司法作用を行うのに対して、非訟事件については後見的・監督的機能を果たし形成的・意欲的・裁量の性質の作用（展望的監護作用）、つまり実質的意味の行政作用を行う。③裁判所が準拠する手続の見地から、訴訟事件については公開の口頭弁論手続（対審手続）を行い原則として当事者の提出した資料のみを基礎にして（当事者主義）、「判決」形式の裁判をもつのでぞみ（以下このような手続を「訴訟手続」という）、厳格かつ形式主義的な特質をもつのに対して、非訟事件については公開・対審構造をとらず（旧非訟事件手続法〔以下、「旧非訟」とする〕13 条、2011 年改正の現非訟事件手続法〔以下、「新非訟」とする〕30 条）、資料も職権で探知でき（旧非訟 11 条、新非訟 49 条）、「決定」形式の裁判をもつのでぞみ（旧非訟 17 条、新非訟 54 条）（以下このような手続を「非訟手続」という）、柔軟かつ実践主義的な特質をもつ。④裁判の拘束力の見地から、訴訟事件の判決は既判力を有し原則として訴訟当事者のみにその効果が限定されるのに対して、非訟事件の決定は状況に応じて取消し・変更が可能であり（旧非訟 19 条 1 項、新非訟 59 条 1 項）対世的効果をもつ。

このような本質論は、訴訟事件あるいは非訟事件それぞれの典型例である契約をめぐる紛争あるいは後見事務（民法841条による後見人の選任など）については妥当する。しかし、①②の見地については、現実社会において様々な様相を呈する生活現象を紛争と非紛争に、そしてそれに対応する裁判所の機能・作用を2類型に截然と区別できるのか³⁾、またこれらの区別は本質的区別ではなく実定法の定め方によって定まる政策的区別（例えば確認作用か形成作用かは要件事実の規定の仕方によって異なる）ではないか⁴⁾という疑問が示されている。現に、「訴訟の非訟化」、すなわちかつて訴訟手続で処理されていた事案類型の非訟手続による処理への移行自体がこれらの区別の流動性を物語っているのである。さらに③④の手続・効果の見地についても、①の対象事項の区分論、②の機能論・性質論をそのままストレートにリンクさせてよいのか、またそれらは二者択一的であってよいのかという問題が指摘されている⁵⁾。

(3) 判例の展開

最大決昭和31年10月31日民集10巻10号1355頁（以下「31年決定」という）は、「調停に代わる裁判」（強制調停）を認めこの確定裁判に裁判上の和解と同一の効力を有するとして非訟手続による非公開審理を定めていた金銭債務臨時調整法（昭和7年制定，昭和26年民事調停法制定により廃止）の戦時民事特別法による借地借家調停法下の調停事件への準用が問題となった事案である。法廷意見は、これも「一の裁判たるを失わ」ず、「この裁判には、抗告，再抗告，特別抗告の途も開かれて」いるから合憲であるとしている。

この趣旨は、憲法32条の「裁判」を82条の「裁判」よりも広義にとらえ、またその基礎に憲法32条は「訴訟手続による判決を受ける権利」を保障しているのではなく、また82条はすべての裁判の対審手続を定めているのではな

3) 我妻栄「離婚と裁判手続」民商法雑誌39巻1=2=3号1頁（1959年，有斐閣），三ヶ月章「訴訟事件の非訟化とその限界」実務民事訴訟講座7巻3頁（1969年，日本評論社）。

4) 新堂幸司「訴訟と非訟」民事訴訟法の争点〔新版〕16頁（1988年，有斐閣）。

5) 小島武司「非訟化の限界について」中央大学法学部80周年記念論文集301頁（1965年，中央大学），新堂・前掲注4）16頁。

いから、ある事件の処理につき訴訟手続によるか非訟手続によるかは「事件の性質・種類に応じて政策的に決定」して差し支えないとする理解（「公開非公開政策説」）が存在しているとされる⁶⁾。

ところがこの決定は、最大決昭和 35 年 7 月 6 日民集 14 卷 9 号 1657 頁（以下「35 年決定」という）によって変更される。この決定は、前記の強制調停について、「若し性質上純然たる訴訟事件につき、当事者の意思いかに拘わらず終局的に、事実を確定し当事者の主張する権利義務の存否を確定するような裁判が、憲法〔82 条 2 項〕所定の例外の場合を除き、公開の法廷における対審及び判決によってなされないとするならば、それは憲法 82 条に違反すると共に、同 32 条が基本的人権として裁判請求権を認めた趣旨をも没却する」とし、違憲とした。

ここでは、憲法 32 条の「裁判」を 82 条の「裁判」と同義にとらえ、訴訟事件の裁判のみを意味するとされている（「訴訟事件公開説」）。

その後の判例として、夫婦間の協力扶助に関する処分の審判につき、同居義務の具体的内容を定める家事審判法による審判は、夫婦同居の義務自体を確定するものではないから違憲ではないとしたものがある⁷⁾。そのほか、過料の裁判は国家の後見的民事監督作用であるから⁸⁾、また借地法 8 条ノ 2 第 1 項による借地条件変更の裁判は、その前提たる実体法上の権利関係（借地権）につき先決事項として判断してもそれにつき既判力は発生せず別途民事訴訟で争うことができるから⁹⁾、それぞれ憲法 32 条・82 条に違反しないとした例、さらに会社更生計画認否の裁判につき、「その本質において固有の司法権の作用に属しない非訟事件は、憲法 32 条の定める事項ではなく、したがって非訟事件の手続および裁判に関する法律の規定について、憲法 32 条違反の問題は生じない」とした例¹⁰⁾などがあり、「35 年決定」の趣旨は維持されている。つまり先

6) 平賀健太「家庭裁判所」家族問題と家族法Ⅶ・家事裁判 129 頁（1957 年、酒井書店）。

7) 最大決昭和 40 年 6 月 30 日民集 19 卷 4 号 1089 頁。婚姻費用分担に関する処分の審判につき、最大決昭和 40 年 6 月 30 日民集 19 卷 4 号 1114 頁も同旨。

8) 最大決昭和 41 年 12 月 27 日民集 20 卷 10 号 2279 頁。

9) 最決昭和 45 年 5 月 19 日民集 24 卷 5 号 377 頁。

に見た訴訟事件と非訟事件の本質的峻別可能論を前提に、前者には憲法32条・82条1項の保障は完全に及ぶが後者にはまったく及ばないとするのである。

(4) 学説の対応

31年決定が依拠したとされる「公開非公開政策説」に対しては、裁判の公正・公平を担保するために永年にわたって人類の経験の上に構築された近代的民事訴訟制度の公開主義・双方審尋主義・直接主義・口頭主義・弁論主義・自由心証主義等に基づく判決請求権こそ32条にいう「裁判を受ける権利」であるという批判が浴びせられ¹¹⁾、事件の「非訟化」に憲法上の限界を設定できず立法政策によって裁判公開等の要請が排除されてしまうという問題点が指摘された¹²⁾。

35年決定は、31年決定に対する批判（および31年決定に付された少数意見）を採用する結果となったが、これに対しては、「純粹の訴訟事件」という基準の不明確性、さらにその抽象性ゆえの画一的適用に伴う不都合、非訟事件に関して裁判を受ける権利が憲法上の保障外に放逐されるなどの問題点が指摘された¹³⁾。また民事訴訟法学者からは、憲法82条の定める公開・対審・判決の原則はフランス市民革命当時の民事司法に対する発想が投影されているのであって、現代社会の様相の変化、裁判所の役割の変化に対応させて憲法上の要請も定型的・外面的な保障から個別的・実質的保障へと進むべきであるとして、むしろ非訟化のメリットが説かれている¹⁴⁾。これに対して、この考え方は、先の「公開非公開政策説」への回帰ともなりかねず、また解決自体を重視して「いかに解決すべきか」を軽視するという問題点をもつとされる¹⁵⁾。

10) 最大決昭和45年12月16日民集24巻13号2099頁。

11) 中田淳一「調停に代わる裁判の合憲性」民商法雑誌35巻4号133頁（1957年、有斐閣）。

12) 我妻・前掲注3）1頁、芦部信喜編・憲法Ⅲ人権(2)302頁以下〔芦部信喜執筆〕（1981年、有斐閣）。

13) 芦部・前掲注12）302頁以下。

14) 三ヶ月・前掲注3）3頁。

そこで、32条の「裁判」に非訟事件の手続を含ませ、82条の原則を指導原理として各事件の性質・内容に相応した手続が保障されるとする説¹⁶⁾、あるいは近代民事訴訟制度が築き上げた原則を尊重しつつ原則修正の必要が真に認められる範囲にそれを許容し、このような範囲で修正された手続による裁判を32条は保障するという説¹⁷⁾が現在では有力といってよい（「折衷説」）。ここでは、非訟事件にも、公開・対審・判決といったこれまで訴訟事件にのみ保障されていた手続的権利を導入すべきとする方向に理論が動いているという点を取りあえず確認しておきたい。

4 救済ルートを家庭裁判所への不服申立てに 限定することは許されるか

学説の指摘する以上のような問題点を包蔵しつつ、現行実定法体系は、訴訟事件と非訟事件とが明確に区別されるという前提に立った制度設計をなお採用・維持している。またそれは最高裁の35年決定の趣旨にも沿うものでもある。そうすると、目下の事案処理としては、本事案を訴訟事件・非訟事件のいずれと捉えるべきかが議論の分岐点となるので、以下婚姻届の法的性質めぐる諸問題を考察してみることとする。

(1) 処分・訴訟事件・裁判を受ける権利

処分という言葉は多義的であり、本件控訴審判決も婚姻届出書不受理を「処分」としているが、ここでは、そもそも行政事件訴訟法3条2項のいう取消訴訟の対象となる「処分」に本件不受理が該当するか否かが最初に処理すべき重要な論点の1つとなることに疑いはない。

周知のように、最高裁は、取消訴訟の対象となる「処分」について、「行政庁の法令に基づく行為のすべてを意味するものではなく、公権力の主体たる国

15) 林屋礼二『「訴訟事件の非訟化」と裁判を受ける権利』吉川大二郎追悼・手続法の理論と実践上巻66頁（1980年、法律文化社）。

16) 芦部編・前掲注12)302頁以下。

17) 林屋・前掲注15)66頁以下。

または公共団体が行う行為のうち、その行為によって、直接国民の権利義務を形成したまたはその範囲を確定することが法律上認められているもの」としている¹⁸⁾。

はたして本件不受理は、ここでいう処分に該当するか。仮にここでいう処分に該当することになると、それは最高裁の35年決定にいう「当事者の意思に拘らず終局的に、事実を確定し当事者の主張する権利義務の存否を確定する」「純然たる訴訟事件」となり、またそれは「すべて司法権は、最高裁判所及び法律の定めるところにより設置する下級裁判所に属する」と規定する憲法76条1項を受けて定義された裁判所法3条1項の「法律上の争訟」となる。そうすると前置としての不服申立て制度を置くことは可能としても、最終的に訴訟事件としての救済の道が閉ざされているとすれば、訴訟制度の基本的設計原理を規定する憲法76条2項後段および82条に違反するばかりでなく、「裁判を受ける権利」を保障する憲法32条に違反することになる¹⁹⁾。

(2) 本件不受理の処分性

受理という行為は、理論的にどのように把握できるか。伝統的な行政行為の分類学からすると、「受理」は、行政庁が「他人の行為を有効な行為として受領する行為」とされ、「単純な事実たる到達とは異なり、受動的な意思行為である」が、「受理によってどのような法律効果が生ずるかは法律の定めるところによる」とされる²⁰⁾。ただ受理は、「届出制との組合せにより許可のような機能を果たすことが少なくない。たとえば、婚姻届は、届出の受理によって婚姻という法効果を発生させる」のである²¹⁾。「当事者が婚姻の届出をしない

18) 東京都ごみ焼却場事件・最判昭和39年10月29日民集18巻8号1809頁。

19) 中川丈久「行政実体法のしくみと訴訟方法」法学教室370号60頁、60頁(2011年)。

20) 田中二郎・新版行政法上巻125頁(全訂第2版、1974年、弘文堂)。

21) 黒川哲志「行政行為の意義と分類」法学教室373号23頁、26頁(2011年)。なお、松井茂記・LAW IN CONTEXT 憲法8頁(2010年、有斐閣)も、「婚姻届の受理によって婚姻の法的効果が発生し、婚姻届の不受理には戸籍法により不服申立てが可能である(戸籍法121条)。したがって婚姻届の不受理は処分として取消しを求めうるように思われる」とする。

とき」を婚姻の無効事由と定める民法742条2項本文も、当事者の届出が受理されれば婚姻の効果が発生することを当然の前提としていると解される。つまるところ、婚姻届書の不受理は、実質的には婚姻不許可処分としての機能を果たす、つまり婚姻関係という包括的法的地位の創設を一方的に否定する権力的行為にほかならないのではないか²²⁾。

(a) 先例としての税関検査判決

このように処分性については機能に基づいて判断すべしという視点が最高裁の判例としても確立していることは、関稅定率法（当時）に基づく輸入禁制品に該当する旨の通知の処分性が争われた事例をみればより明確になる。この事案は、輸入業者が輸入しようとした写真集につき税関長が関稅定率法旧21条1項3号（現税関法69条の11第1項7号）に規定する輸入禁制品の「風俗を害すべき書籍」に該当する旨を旧同条3項（現税関法69条の11第3項）に基づき通知をしたので輸入業者が異議を申し出たが、棄却する旨の決定がなされたので、この通知・決定の取消しを求めた事案である。一審・控訴審は共にこの通知・決定がいわゆる観念の通知にあたるとして処分性を否定したが、上告審はこれを覆し、以下のように判示している。すなわち、「被上告人〔税関長〕の関稅定率法による通知等は、その法律上の性質において被上告人の判断の結果の表明、すなわち観念の通知であるとはいうものの、もともと法律の規定に準拠してされたものであり、かつ、これにより上告人に対し申告にかかる本件貨物を適法に輸入することができなくなるという法律上の効果を及ぼすものというべきであるから、行政事件訴訟法3条2項にいう『行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為』に該当するもの、と解するのが相当である」とした²³⁾。

この問題につき、本件控訴審判決は、「〔不服申立て〕の審理に基づく裁判所

22) なお、最判平成15年6月26日判時1831号94頁は、宗教団体アレフの信者であることを理由とする住民票転入届の不受理を違法として取消しを認め、また最決平成19年3月23日民集61巻2号619頁は、自分の卵子及び夫の精子を使って代理母から出生した子として出された出生届に対する不受理の適法性の審査をしている。

23) 最判昭和54年12月25日民集33巻7号753頁。

の判断も、婚姻の成否を確定させるものではない」とする。しかし、受理された婚姻についても、その効果が否定されるのは、第1に民法742条の定める極めて限られた無効事由に該当する場合、第2に744条から747条の定める取消事由に該当する場合に限定されまた家庭裁判所に対する所定の請求手続によってのみなされることからしても、極めて異例な事案に限られている。つまり、婚姻届出書の受理・不受理は、実態的には行政庁の実質的に最終的な意思表示として機能しているのである。

(b) 「確定的」処分はありうるのか

このような極めて限定された瑕疵を理由として、また厳格な手続を経由した履減の可能性を理由として、「婚姻の成否を確定させるものではない」というのであれば、他のあらゆる行政処分にも、処分庁自身または上級監督庁もしくは審査庁による取消し・変更の可能性があり、また裁判所による取消し・変更の可能性があるから、そのような処分もすべて行政事件訴訟法3条2項にいう処分性はないという論理になるのではないか²⁴⁾。

先にあげた税関検査が憲法21条2項に規定する「検閲」に該当するか否かが争われた事案において、最高裁は、「税関長の通知がされたときは司法審査の機会が与えられているのであって、行政権の判断が最終的なものとされるわけではない」としている²⁵⁾。それにもかかわらず、そのような通知に処分性を認めたことに留意する必要がある。

(c) 結 論

以上のことからして、本事案を非訟事件として処理することの不当性はおのずから明らかになろう。すなわち、訴訟事件と非訟事件との区別の基準でみた

24) 中川・前掲注19)61頁にある「従前の行政法学界や裁判実務は、行政処分の存在をことのほか重視し、それを中心にすべてを組み立てる発想がとられていた。そのため、法律が直接に法律関係を発生させるという、いわば基本中の基本であるはずの局面への考察が著しく疎かにされていた」とし、「法律のもとでいかなる法律関係が生じているのかは、裁判所による公権的判断があるまで確定しない」とする指摘は、この点に密接に関係する問題提起である。

25) 最大判昭和59年12月12日民集38巻12号1308頁。

①の対象事項の見地からは、婚姻届不受理の処分性からして、本事案は紛争すなわち「法律上の争訟」であることは明らかであり、②の裁判所の機能・作用の見地からは確認的・判断的性質の作用であることも明らかである。

これに対して、一審・控訴審両判決は、戸籍法 121 条が家事審判手続に限定する明文の規定がないにもかかわらず③の裁判所が準拠する手続の見地から非訟事件と断定している。これは「公開非公開政策説」の背景にある「訴訟非訟政策決定説」とでもいうべき考え方によるものであり、最高裁の 35 年決定によって否定された考え方に準拠するものとみてよい。なお、現在有力な「折衷説」も訴訟・非訟の区別は事案の性質によって決まるということを前提としつつ、公開・非公開などの問題については、事案の性質ごとに考えるべきであるとするものである。例えば、情報公開訴訟におけるインカメラ審理については、訴訟であるにもかかわらず非公開で審理すべし²⁶⁾とするのが、折衷説の特色のもっとも鮮明に現れるところである。

(3) 戸籍法 121 条の位置付け

戸籍法 121 条は、「戸籍事件（第 124 条に規定する請求に係るものを除く。）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」と規定する。そして、行政不服審査法 1 条 2 項は、「他の法律に特別の定めがある場合を除くほか、この法律の定めるところによる」としている。戸籍法 121 条に家庭裁判所に対する「不服の申立て」の定めがある以上は、処分庁に対する異議申立ても、監督庁、すなわち「市役所又は町村役場の所在地を管轄する法務局又は地方法務局長」（戸籍法 3 条 2 項）に対する

26) 現在国会で審議中の情報公開法の改正法案は、このような考え方にに基づき、インカメラ審理手続の導入を規定しようとしている。なお、憲法 82 条との関係については、内閣府行政刷新会議行政透明化検討チームに委員として参加し、その際提出した意見書に基づき執筆した渋谷秀樹「知る権利・インカメラ審理と憲法」自由と正義 61 巻 9 号 44 頁、48 頁以下（2010 年）参照。要するに公開は公正な裁判を実現するという目的のための手段であり、一律にその手段を強制することがその目的に明らかに反するような事案の場合には、例外的な手段、すなわち非公開という手段を用いることが当然認められるという論旨である。

審査請求もできないと解され²⁷⁾、その趣旨は、戸籍法123条において明文で確認されている。

行政事件訴訟法1条も同様に、「他の法律に特別の定めがある場合を除くほか、この法律の定めるところによる」とし、戸籍法121条の規定が、「他の法律に特別の定めがある場合」に該当するとして、行政事件訴訟法に基づく救済の道は許されていないと解するものもあり²⁸⁾、本件の一審・控訴審の両判決もそのように判示している。

しかし、行政事件訴訟法の注釈書および行政法の概説書類の中で、「特別の定め」として戸籍法121条を指摘するものはない。それは、ここでいう「特別の定め」とは、訴訟事件に関する特別法的規定、例えば、受訴裁判所等の特則（例えば、公職選挙法203～205条、207～209条の2）、出訴期間の特則（例えば、独禁法77条）、訴訟類型の特則（例えば、地方自治法242条の2）、さらには事案の特殊性に基づく特則（例えば、国税通則法114条）などを想定して、性質上訴訟事件と分類されうる紛争を包括的に行政事件訴訟法の適用対象外とすることはおよそあってはならないとする共通理解が存在しているためと考えられる。

にもかかわらず、一審・控訴審の両判決が上記のように解した実質的理由としては、「戸籍事件については一般の行政訴訟の方法による救済よりも、戸籍事件に常時関与している家庭裁判所の管轄として処理することが適切であるとした立法であると解するのが妥当である」²⁹⁾と指摘されていたところを採用したものと考えられる。

しかし、不服申立てについてはともかく、行政事件訴訟を通じての救済ルートを開ざすことの問題点も合わせてつとに指摘されていた。その理由としてま

27) 加藤令三・新版戸籍法逐条解説 635頁（岡垣学補訂、改訂2版、1981年、日本加除出版）、加藤新太郎「市町村長の処分に対する不服申立て」岡垣学＝野田愛子編・講座実務家事審判法4 275頁、277～278頁（1989年、日本評論社）。

28) 加藤令三・前掲注27) 635頁、村重慶一・精選戸籍法判例解説 35頁（2007年、日本加除出版）、宮崎地判昭和38年9月5日行集14巻9号1663頁等。

29) 加藤令三・前掲注27) 635頁、東京地判平成元年10月27日家月42巻11号63頁。

ず指摘されるのは、条文の規定の仕方である。つまり、戸籍法 121 条が「家庭裁判所に不服の申立てをすることができる」とするのみであり、また戸籍法 123 条のように明文で行政事件訴訟法の適用を排除する規定がないので、抗告訴訟等の行政事件訴訟法が用意する救済ルートにのせることは否定していないと解するのがむしろ素直と解されること、さらに実質的理由としては、その申立てが行政処分の適否を争う側面をもつにもかかわらず、非訟手続を用意するのみでは「裁判を受ける権利」の保障が不十分となること、その処分の適否を公開・対審・判決構造を採る訴訟手続によって争いたいと考える者が行政訴訟を提起することに格別の支障はないこと、などが指摘されているのである³⁰⁾。

ここでは、戸籍法 121 条が予定する家庭裁判所への不服申立てルートと、通常の司法的救済ルートすなわち行政事件訴訟法上の救済手段（抗告訴訟等）と並立させてよいのかという点を、実質的なメリット・デメリットの観点から検討してみることにする。

(a) 救済ルートを家庭裁判所に対する不服申立てに限定するメリット

並立を否定する第 1 の理由として挙げられるのは、家庭裁判所ルートの方が救済としてすぐれているという点である。すなわち、家庭裁判所は、申立てに理由があると認めるときには、単に市町村長の処分を取り消すのではなく、当該処分をした市町村長に対して、違法処分を是正するのに適切な処分をするように命じなければならない（特別家事審判規則 15 条）。ところで、その処分は、行政不服審査法の審査請求における作為命令（行政不服審査法 51 条 3 項）に類似するが、作為命令は、不作為庁に対して当該申請の容認または拒否を具体的に指示することはできないと解されるので、処分命令はこれよりも強く、抗告訴訟で求められる限度を超えたものであることは明らかであり、また迅速な解決もはかれるから、救済制度としては十分であり、行政事件訴訟を別途認める実益はないというのである³¹⁾。

第 2 の理由は第 1 の理由と関連するが、戸籍事件の特殊性である。すなわち、

30) 加藤新太郎・前掲注 27) 278 頁。

31) 加藤新太郎・前掲注 27) 278～279 頁、浦和地判平成 6 年 9 月 5 日判タ 883 号 138 頁。

戸籍事件は身分関係を形成・変更する事項を中核としつつ個人のプライバシーと密接に関連するから、非公開手続に合理性があるというのである³²⁾。

第3の理由として挙げられるのは、1つの行政処分に二重の司法救済手続を設けることの非合理性である³³⁾。これは実際上も裁判所の判断が二途に分かれて相矛盾する結果が生じるという不都合を招来する可能性も指摘される³⁴⁾。

(b) 救済ルートを家庭裁判所の不服申立てに限定する問題点

しかし、これらの理由に対しては、それぞれ以下のような批判が可能である。

第1の理由は、要するに家庭裁判所の救済が実効的かつ迅速であるというものである。確かに訴訟手続は非訟事件の手続に対比すれば迅速性に欠けるが、拙速で公開・対審の構造をとらない非訟手続による判断が公正な判断をまねきやすいという欠陥との対比でこの点を考える必要がある。この問題は、メリットが指摘された以後の法制度の環境変化を視野に入れて判断しなければならない。

具体的にいうと、まず2003年には「裁判の迅速化に関する法律」が制定された点を考慮しなければならない。さらに、2004年の行政事件訴訟法の大改正がなされた。この改正は、「行政訴訟による国民の権利利益の実効的救済を目的とした、画期的な前進である」³⁵⁾と評価されている。特に抗告訴訟の類型として義務付け訴訟の明文化およびその要件の明文化(37条の2, 37条の3)がなされて、裁判所による救済が大幅に強化されたことが重要である³⁶⁾。この点を留意して、この理由の再検証がなされねばならない。制定当時には合理的根拠のあった法制度もそれを支える立法事実の変化によって合理性が失われるということは、2008年、最高裁が、国籍法違憲判決によって示したところ

32) 加藤新太郎・前掲注27) 277頁。

33) 雄川一郎・行政争訟法 86頁(1957年, 有斐閣)。

34) 宮崎地判昭和38年9月5日行集14巻9号1663頁, 浦和地判平成6年9月5日判タ883号138頁。加藤新太郎・前掲注27) 279頁にも同旨。

35) 橋本博之・解説改正行政事件訴訟法 i 頁(2004年, 弘文堂)。

36) 橋本・前掲注35) 57頁以下, 塩野宏・行政法Ⅱ行政救済法 233頁以下(第5版, 2010年) 参照。

である³⁷⁾。同様に、論文等に執筆され主張された当時においては、そして判決理由に示された時点においては合理性をもって語られた理由も、その後の法制度の整備等を含む状況の変化によって合理性が失われることを示しているのである。

本事案の場合は、取消訴訟として提起されているが、行政庁に対して申請した者が原告となって、行政庁に一定の処分を義務付ける類型（申請満足型義務付け訴訟）のうち拒否処分型として争うことも可能であり、そのようなみちが行政事件訴訟法の改正によって明示的に開かれたことからして、不服申立てルートの方が一般的に救済方法としては強力であるという主張はいまやその根拠の合理性が失われたとってよいのではないか。

第2の理由は、非訟事件としての処理をする事案の特殊性ということと関連する。ここで確認すべきことは、戸籍事件は確かに個人の身分に関する情報と関連するが、個人情報すなわちプライバシーではないという点は、いわゆる個人情報保護法制（行政機関の保有する個人情報の保護に関する法律、個人情報の保護に関する法律のほか、各地方公共団体の個人情報保護条例等）・情報公開法制（行政機関の保有する情報の公開に関する法律、その他各地方公共団体の情報公開条例等）などではいまや共通理解となっている。現時点においては、プライバシーの権利は自己情報コントロール権であるというのが通説・判例³⁸⁾であり、情報の開示・非開示そのものを当事者がコントロールする点にプライバシーの権利の核心部分があるといつてよい³⁹⁾。ことに本件は婚姻受理をめぐる事件であるが、戸籍事件のプライバシー性を強調することは、訴訟事件として処理されている現行の裁判離婚制度の否定を主張することと同義になるのではないか。

第3の理由は、行政事件訴訟特例法の時代から議論になった点である⁴⁰⁾。戸籍法上の処分とならんで議論されたのが、登記官吏の処分をめぐる救済策で

37) 最大判平成20年6月4日民集62巻6号1367頁。

38) 早稲田大学江沢民事件・最判平成15年9月12日民集57巻8号973頁、住基ネット訴訟・最判平成20年3月6日民集62巻3号665頁等。

39) 渋谷秀樹・憲法への招待70頁以下（2001年、岩波書店）等。

40) 田中二郎ほか・行政事件訴訟特例法逐条研究55頁以下（1957年、有斐閣）。

ある。すなわち、旧不動産登記法150条は「登記官吏ノ決定又ハ処分ヲ不当トスル者ハ管轄地方裁判所ニ抗告ヲ為スコトヲ得」と規定していた。そして、この抗告に対する決定については、さらに抗告訴訟を提起できないとした判決⁴¹⁾があるからである。この条文のかかえる問題点は、その後の法律改正により、管轄地方裁判所に対する抗告ではなく、現在は、「当該登記官を監督する法務局又は地方法務局長」に対する審査請求制度となり、裁判所への抗告訴訟の提起については問題はなくなった。その際の議論として、裁判所に対する不服の申立て（戸籍法）または抗告（旧不動産登記法）は、「行政監督を裁判所に自主的にやらせている」という捉え方⁴²⁾、あるいは「司法権の行使〔ではなく、〕裁判所の持っている行政権の行使〔である〕』とする捉え方⁴³⁾が示されている点が重要である。

ここでのポイントは、家庭裁判所のなす判断がはたして「司法裁判所」のなす判断、つまり純粹にあるいは本質的に司法的救済がなされた結果といえるか、という点にある。これについては以下のように考えるべきではないか。

行政庁の判断については、当該行政庁（処分庁）に対する異議申立て、さらにそれに対する上級行政庁もしくは第三者的行政庁（審査庁）に対する審査請求、または直接的に上級行政庁または第三者的行政庁（審査庁）に対する審査請求をなすというのが、行政不服審査制度の一般的な制度設計となっている。これに対して、戸籍法上の事務については、その内容が家族法上の根幹にかかわるものであったため、家庭裁判所を上級行政庁あるいは第三者的行政庁と位置づけたものと考えられる⁴⁴⁾。

このような家庭裁判所の戸籍法上の構造的な位置付けは、本件控訴審が「家事審判手続は……戸籍官吏がその権限の行使として当該婚姻の届出を受理すべき

41) 秋田地判昭和24年2月14日行政裁判月報14号89頁。

42) 田中二郎ほか・前掲注40)56頁における兼子一の発言。

43) 田中二郎ほか・前掲注40)57頁における豊水道祐の発言。

44) 戸籍に関する事務については市町村長または特別区の区長が行うこととされている（戸籍法1条1項、4条）が、1999年の地方分権改革によって国の機関委任事務から法定受託事務へと変更された（戸籍法1条2項）ものの、この点の変更はなされなかった。

であったか否かを監督的立場から審査するもので〔ある〕とし⁴⁵⁾、さらに戸籍法 122 条によって、121 条の不服申立てが家事審判手続、そのうちとりわけ当事者間に対立性の無い後見的事務が列挙される家事審判法 9 条 1 項甲類に掲げる事項とみなされる⁴⁶⁾とする点からもうかがうことができる。つまり、121 条の不服申立て手続に基づきなされる家庭裁判所の処理は、実質的・本質的には行政作用そのものであり、仮に家庭裁判所に対して不服を申立てたととしても、その決定は上級行政庁たる家庭裁判所がなした処分として、抗告訴訟を提起できると解すべきなのではないか。この点につき、本件控訴審は、「当該家事審判手続における家庭裁判所の審判は、終局的に事実を確定し、当事者の主張する実体的権利義務の存否を確定するようなものではない」⁴⁷⁾とするが、これは、本件のような戸籍事案における家庭裁判所の作用が、終局的に紛争を確定する司法作用ではなく、行政作用の性質をもつことを端的に語ったものとみることができる。

本条における家庭裁判所が作用法的な意味での行政機関に該当するとすれば、「行政機関は、終審として裁判を行ふことができない」とする憲法 76 条 2 項後段に抵触する可能性も考慮しなければならない。すなわち、組織法的に家庭裁判所が「裁判所」に当たることは当然であるが、憲法 76 条 1 項後段にいう「裁判」が訴訟事件の公開・対審・判決の手続による処理を意味し、また「行政機関」が実質的に行政作用をなす国家機関を指すとすれば、前審としての裁判をすることは許容されているが、さらに実質的な司法作用をなす組織と手続への救済のみちを閉ざすことは本条項に違反するともいえるのである。

この点は、所轄庁が、形式的審査・実質的審査・法令審査のどこまでの権限をもつか、という問題とも関係する⁴⁸⁾。本件控訴審は、所轄庁は形式的審査

45) 上記「1 一審・控訴審はどのように判断したのか（2）控訴審判決」に④として要約した点。

46) 2013〔平成 25〕年 5 月 25 日に施行される家事事件手続法では別表第一 125 号。

47) 上記「1 一審・控訴審はどのように判断したのか（2）控訴審判決」に③として要約した点。

48) 加藤新太郎・前掲注 27) 291 頁以下参照。

権をもつにとどまるとし、さらに不服申立てを受けた家庭裁判所も形式的審査権のみをもつにとどまるとするかのようである。しかし、そうすると、関連する法令の条項が合憲か否かの公権的判断をえる機会がまったくなくなることになる。すなわち行政事件訴訟法に定められているような、訴訟事件としての救済ルートが否定されることになり、結局のところ、戸籍に関連する紛争においては憲法 81 条の規定する裁判所の違憲審査権がすべて否定されてしまい、違憲と判断されるべき条項も放置されてしまうのではないかという懸念すら生じさせる。

このような懸念を払拭し、実効的な救済を保障するという観点からすると、家庭裁判所がなす処分については、行政事件訴訟法 8 条 1 項本文、すなわち「処分の取消しの訴えは、当該処分につき法令の規定により審査請求をすることができる場合においても、直ちに提起することを妨げない」が適用され、所轄庁の不受理処分の取消しの訴えを直ちに提起できると解すべきことになるのではないか⁴⁹⁾。なぜなら、戸籍法には、行政事件訴訟法 8 条 1 項但書きにある審査請求前置を定める規定もないからである。

以上みてきたように、行政事件訴訟法が適用される訴訟事件として処理することにすれば、救済ルートを不服申立て制度に限定することによって「裁判を受ける権利」を実質的に剝奪するという批判を免れることができることはもちろん、本来訴訟事件として構成されるべき事件であるはずの事件が不当にも誤まって非訟事件とされ、その結果、法的な終局的判断の公正・公平を担保するために永年にわたって人類の経験の上に構築されてきた近代的民事訴訟制度の公開主義・双方審尋主義・直接主義・口頭主義・弁論主義・自由心証主義のもとでの審理のみちを閉ざすこともなくなるのである。

(c) 具体的判断の方法

以上の点からすると、この訴訟においては、戸籍法 121 条が合憲か否かを判断すべきであるという結論に導かれるようにも思える。しかし、戸籍法 121 条

49) なお、行政事件訴訟法 8 条において採用された自由選択主義については、園部逸夫編・註解行政事件訴訟法 135 頁以下（1989 年、有斐閣）〔渋谷秀樹執筆〕参照。

そのものは、取消訴訟への救済ルートを明文で否定しているわけではないので、法令違憲、すなわち本条項そのものを違憲とする必要はない。むしろ、一審・控訴審判決の採用する解釈、そしてこれら判決が踏襲した硬直的な解釈・運用がこれまでの先例であったとすれば、その先例が違憲である、つまり運用違憲であると判断して、解釈を変更して先例を否定した上で、行政事件訴訟法上の抗告訴訟を提起された裁判所は、訴訟事件として受理すれば足りる事案といえるのではなからうか。

5 救済不能と思える迷路に入り込んだとき救済を断念すべきか

他の条項が複雑に錯綜しているので法改正以外に救済不能と判断した場合には救済は断念するという方針は、控訴審判決が指摘するところである⁵⁰⁾。すなわち、夫婦同姓以外の選択を認めない民法750条が違憲となれば、これを前提とする関連条文がすべて違憲となり、それが是正されない限り、所轄庁に婚姻届の受理を命じることはできないというのである。

これは裁判所が係争対象となる法令の条文を違憲無効とすると解決策を見失う可能性があるとき、それを補う、一見するところ法創造に思えるような判断ができるか、という一般的命題の応用問題である。

(1) 先例としての国籍法違憲判決

この問題については先例となる最高裁の判例がある。2008年に下された国籍法違憲判決⁵¹⁾がそれである。この事案は、日本国籍をもつ父から出生後認知された非嫡出子（母は外国籍）で準正のあった子は、国籍法3条1項に基づく届出によって国籍が取得できるのに対して、準正のない子は、この規定が適用されず、同法8条に基づく法務大臣の帰化の許可を受けなければならないとするのは、平等原則に反するとして争われた。

この事案の反対意見⁵²⁾においても、「準正子に対し、届出により国籍を付与

50) 上記「1 一審・控訴審はどのように判断したのか（2）控訴審判決」に⑤として要約した点。

51) 最大判平成20年6月4日民集62巻6号1367頁。

するとしながら、立法不存在ないし立法不作為により非準正子に対し届出による国籍付与のみちを閉ざしているという区別」が問題となっており、それは違憲であるが、「違憲となるのは、非準正子に届出により国籍を付与するという規定が存在しないという立法不作為の状態」であり、「同規定は、準正子に届出により国籍を付与する旨の創設的・授権の規定であって、何ら憲法に違反するところはない」とし、「多数意見は、同項の規定について、非準正子に対して日本国籍を届出によって付与しない趣旨を含む規定であり、その部分が違憲無効であるとしているものと解されるが、そのような解釈は、国籍法の創設的・授権的性質に反するものである上、結局は準正子を出生後認知された子と読み替えることとなるもので、法解釈としては限界を超えているといわざるを得ない」とする。

これに対して、多数意見は、以下のように判示して、この問題を処理した。

「(1) ……国籍法3条1項の規定が本件区別を生じさせていることは、遅くとも上記時点以降において憲法14条1項に違反するといわざるを得ないが、国籍法3条1項が日本国籍の取得について過剰な要件を課したことにより本件区別が生じたからといって、本件区別による違憲の状態を解消するために同項の規定自体を全部無効として、準正のあった子（以下「準正子」という。）の届出による日本国籍の取得をもすべて否定することは、血統主義を補完するために出生後の国籍取得の制度を設けた同法の趣旨を没却するものであり、立法者の合理的意思として想定し難いものであって、採り得ない解釈であるといわざるを得ない。そうすると、準正子について届出による日本国籍の取得を認める同項の存在を前提として、本件区別により不合理な差別的取扱いを受けている者の救済を図り、本件区別による違憲の状態を是正する必要があることになる。

(2) このような見地に立って是正の方法を検討すると、憲法14条1項に基づく平等取扱いの要請と国籍法の採用した基本的な原則である父母両系血統主義とを踏まえれば、日本国民である父と日本国民でない母との間に出生し、父から出生後に認知されたにとどまる子についても、血統主義を基調として出生後における日本国籍の取得を認めた同法3条1項の規定の趣旨・内容を等しく及ぼすほかはない。すな

52) 横尾和子裁判官、津野修裁判官、古田佑紀裁判官の反対意見。

わち、このような子についても、父母の婚姻により嫡出子たる身分を取得したことという部分を除いた同項所定の要件が満たされる場合に、届出により日本国籍を取得することが認められるものとすることによって、同項及び同法の合憲的で合理的な解釈が可能となるものということができ、この解釈は、本件区別による不合理な差別的取扱いを受けている者に対して直接的な救済のみちを開くという観点からも、相当性を有するものというべきである。

そして、上記の解釈は、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。

したがって、日本国民である父と日本国民でない母との間に出生し、父から出生後に認知された子は、父母の婚姻により嫡出子たる身分を取得したという部分を除いた国籍法3条1項所定の要件が満たされるときは、同項に基づいて日本国籍を取得することが認められるというべきである。」

(2) 本事案への応用

以上のような処理を本事案に応用するとどうなるか。

仮に民法750条は、夫婦が同姓であるべきことを強制しており、同姓ではない婚姻を認めていない点において、同姓婚を希望する者と別姓婚を希望する者との間に憲法14条が認めない平等原則違反の区別が存在していると判断されることになったとすれば、夫婦同姓による婚姻届を認める同条の存在を前提として、本条によって不合理な差別的取扱いを受けている者の救済を図り、本件

区別による違憲状態を是正することが、憲法81条によって違憲審査権が認められている裁判所の義務となるのではないか。

あるいは、実体的権利として、憲法13条または24条によって保障されている「婚姻の自由」がこの規定によって侵害されているという点からこの規定の違憲性を導き出すことも可能である。いずれにしても、違憲状態にあると判断された条項の下で、どのように法廷に係属した事案についての救済方法を考えるか、という観点が重要であり、この観点からすると、同様に以下のような救済方法が導き出されるであろう⁵³⁾。

すなわち、同姓婚のみを認めるという規定を、例えば、1996年に法制審議会民法部会が提出した「民法の一部を改正する法律要綱案」の中に示されている「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」というように別姓婚の余地を認めるように読み替えた上で、他の民法所定の婚姻要件がみたされる場合には、婚姻届出の受理を命じることによって夫婦という法的地位を取得することを認められるとすべきではないか。

国籍法3条1項の場合は、「父母の婚姻により嫡出子たる身分を取得した」という本条項の適用対象を限定する趣旨の規定部分が違憲無効であるとし、その限定部分を削除する解釈を施した上での処理、すなわち日本国籍を取得した旨の届出の受理を多数意見は命じた。本事案の場合は、明文にはないが、別姓婚は認めないという消極要件を削除して処理したと考えれば、「上記の解釈は、本件区別に係る違憲の瑕疵を是正するため」、民法750条につき、同条を「全

53) 違憲の主張としては、実体的権利侵害の主張(本事案の場合は「婚姻の自由」の侵害)とともに、憲法14条が規定する平等原則違反の主張(本事案の場合は、同姓婚と別姓婚との間の差別)をなすことが多い。堀木訴訟・最大判昭和57年7月7日民集36巻7号1235頁をその例としてあげることができる。それは、平等原則が、あらゆる権利・利益につき、他の範疇に属する者との比較問題として立ち現れる、いわば「人権通則」とでも位置づけられる性質をもつからである。その他、31条の法定手続の保障もそうで、第三者所有物没収事件・最大判昭和37年11月28日刑集16巻11号1593頁では、所有権の侵害と法定手続違反が問題となった。この点については、渋谷秀樹・憲法171～172頁(2007年、有斐閣)参照。

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、同姓婚「と同様の要件による」婚姻「を認めるにとどまるものである」といえるのではないか。そして、「この解釈をもって、裁判所が法律に無い新たな」婚姻「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」、婚姻の「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」ということになるのではないか。

なお、本件・控訴審は、750条を違憲とした場合における、例えば夫婦間の子の氏に関する790条等の関連条項との関係を危惧しているが、そのようなことは、実際に問題が発生したときに、それこそ後見的立場に立って別途救済のみちを探るべきもの⁵⁴⁾であって、裁判所としては法廷に係属している紛争の解決に限定・集中して取り組むべきではないか。係属している事案と直接的には無関係の不都合を理由として、当該事案の解決から逃避することは、むしろ裁判所があたかも立法作用をなす立場において判断していることとなり、司法権の領分を逸脱しているとする批判を受けることにもなる。

そして、仮に本事案において750条が違憲とされて婚姻届が受理された場合には、その判旨に適合するように民法の関連規定を改正することが国会に義務付けられるということになるにすぎない。婚姻関係という包括的な法的地位の付与または創設の可否が中核的争点となっている本件において、重要なのは、実質的要件としての婚姻意思の合致である。形式的要件である、どのような氏を称するかではない⁵⁵⁾。また、そこから派生する、未だ誕生していない子の姓をどうするか、といったような不確実で単なる可能性があるにすぎない問題でもない。

結論的にいえば、上記のような判断と処理が解釈上可能と考えられる以上、一審・控訴審両判決のような消極的な姿勢で門前払いすることなく、本案判断

54) 例えば、子の氏については、法律改正がなされるまでの間においては、民法791条を準用して定めればよいのではないか。

にまで踏み込むことは可能であり、それこそが憲法 81 条が裁判所を憲法の番人と定めた趣旨に適うものと考えるのである。

55) 我妻栄・親族法 78 頁 (1961 年, 有斐閣) は, 「夫婦のいずれの氏を称するかについての合意は, 婚姻意思の合致そのものではない。従って, 氏についての合意に錯誤・詐欺強迫などがあり, 届出書に示された『夫婦が称する氏』が適法に合意されたものではない, という場合には, 婚姻そのものの効果には影響なく, 氏のみを変更しようというべきである」とする。ここでの要点は, 形式 (= 方法), つまり本件の場合には「夫婦の氏」の定め方が, 実質 (= 目的), つまり本件の場合には「婚姻」の実現を妨害することは本末転倒である, という点にある。