

〔研究ノート〕

## 民法第750条と別姓結婚の有効性

大村 芳 昭

1. はじめに
2. 本稿の対象と国際私法の適用
3. 事例の提示：夫婦別姓を認める国の方式により婚姻した場合
4. 本事例での問題点①：婚姻の方式の準拠法
5. 本事例での問題点②：夫婦の姓の取り扱い
6. 本事例の問題点③：婚姻の成立、有効及び取消可能性
7. 婚姻届の受理と戸籍記載
8. おわりに

### 1. はじめに

本稿は、日本人どうしが姓を異にする婚姻（別姓結婚）をすることが現行法上不可能なのかどうか、について、筆者の素朴な疑問及びそれに関連する現時点での見解を提示しようとするものである。いささかウルトラC的な展開になるかもしれないが、その詳細な検討は改めて必要となる可能性があることを踏まえつつ、とりあえずの問題提起として本稿を公表することをお許しいただきたい。

## 2. 本稿の対象と国際私法の適用

民法第750条は、「夫婦は、婚姻の際に定めるところにより、夫又は妻の氏を称する。」と規定している。この規定は、本来、日本法に服する異国籍夫婦にも適用されるべきものであるが、戸籍実務はそのような適用を認めず、日本人と外国人との婚姻に伴う姓の変更については専ら戸籍法第107条の適用によるものとしている。その点は批判の対象となり得るものであるが、本稿では敢えてその問題を扱わず、日本人間の婚姻のみに対象を限定する。

日本人間の婚姻は基本的に国内事例であり、国際私法の適用対象外かとも思われるが、日本人どうしであっても、外国においてその国の方式により婚姻する場合には、渉外的要素を含む法律関係として国際私法の適用対象になり、日本の場合、法の適用に関する通則法第24条により、その実質的成立要件（同条第1項）及び形式的成立要件（同条第2項・第3項）の具備を検討することとなる。従って、婚姻の方式については、日本人どうしであっても、婚姻挙行地が外国である場合にはその地の法に従うのが原則であり（国際私法上の公序に反する場合は別として）、逆に言えば、婚姻挙行地法上の方式に従って婚姻を挙行していれば、その婚姻は方式上有効であるということになる。

### 3. 事例の提示：

#### 夫婦別姓を認める国の方式により婚姻した場合

では、ここで仮の事例を考えることとする。日本人女性 A と日本人男性 B は、夫婦別姓が法律上認められている甲国において、その国の法が定める方式に従って婚姻を挙行した。甲国法によれば、婚姻により夫婦の何れかの姓が変更されるとの考え方は採用されておらず、婚姻後に配偶者

の姓を称したい当事者は、婚姻とは別の手続により姓の変更を行うこととされているものとする（厳密に言えば要件は異なるが、日本の戸籍法第107条第2項と同様の取り扱いになっているものとお考えいただきたい）。よって、甲国法上の婚姻の際には夫婦が姓を選択するという手順は踏まれず、両者の姓はそのまま婚姻が方式上成立することとなる。

ABは、甲国において甲国法上の方式により婚姻を挙行した後、戸籍法第41条第1項に基づき、その証書の謄本を甲国に駐在する日本の大使館に提出し、同大使館は、同法第42条に基づきこれをABの本籍地の市長に送付した。送付を受けたABの本籍地の市長は、これに基づき戸籍の記載をしようとしたが、姓の選択がなされていないことから戸籍の記載ができないため、戸籍法第45条に基づきABに姓の選択を行う旨の追完を求めたが、ABは別姓を貫きたいとの気持ちから追完に応じていない。

#### 4. 本事例での問題点①：婚姻の方式の準拠法

まずこの事例では、日本の国際私法（法の適用に関する通則法）が適用され、それにより婚姻の形式的成立要件が判断されるのか否か、が問題となり得る。

しかし、すでに述べたように、国際私法は渉外的要素を有する私法関係に適用される法であるが、本事例においても、両当事者こそ日本人であるが、婚姻が挙行されたのは甲国という外国であり、重要な点で渉外的要素を含んだ事案であると言える。

もしこのような事例でも、当事者が日本人であるからというだけの理由で渉外事例とは認めないということになると、海外で婚姻を挙行する日本人カップルは、現地の法律では婚姻関係を発生させる行為を行っているにも関わらず、それが日本法の方式によるものでないことを理由に婚姻関係の発生を否定され、例えば帰国途中に何らかの事故に巻き込まれて夫婦の一方が死亡したとしても生存配偶者は相続等の効果を享受できないなど、

正義に反する結果をもたらすこととなる。

たとえ挙行地国に日本の大使館等が駐在しており、そこで民法741条による日本式の婚姻届を提出することができたとしても、それは現地の方式を踏むことを禁止するものでは何らないのであって、法の適用に関する通則法第24条は、何らの留保をつけずに婚姻挙行地法上の方式を有効と認めているのである。

以上から、本事例のように婚姻挙行地が外国である場合には、当事者の国籍に関係なく、挙行地法上の方式に従ったことをもって婚姻は方式上有効に成立したものと解すべきである。

## 5. 本事例での問題点②：夫婦の姓の取り扱い

次に、ABの姓がどうなるのか、が問題となる。通常の婚姻の場合には、婚姻の際に夫婦が選択したところにより、A又はBが姓を変更して同じ姓となるであろう。この場合、ABが婚姻届の姓を選択する欄にチェックをせずに、あるいは別姓を希望する旨を記入して提出したとすれば、現在の状況ではその婚姻届は不受理となり、婚姻そのものが成立していないという扱いになるであろう（事実婚として扱われるか否かは別であるが）。

しかし本事例では、ABがともに姓の変更を望まず、甲国で婚姻を挙行する際にも姓については何らの手続を行わなかったのみならず、本籍地の市長から姓の選択につき追完を求められても応じていない。これは、互いの姓を大切に、別姓を貫きたいというABの信念に基づく対応である。民法第750条は、夫婦が姓の選択をしない場合に、法律上どちらかの姓を称するものとする、というような（改正前のドイツ民法のような）規定を持っていない。よって、夫婦が姓の選択を行わない限り、第三者の判断として夫婦の姓を決定することは制度上不可能であるということになる。つまり、ABは別姓のままの状態夫婦となることになる。

## 6. 本事例の問題点③：

### 婚姻の成立、有効及び取消可能性

さらに、このような婚姻が不成立、無効または取消可能となる可能性はあるだろうか。

婚姻が不成立になるというのは、要するに有効な方式を満たしていないという意味であるが、本事例の場合、法の適用に関する通則法第24条第2項の規定により、婚姻挙行地法上の婚姻の方式を満たしているというのであるから、方式上無効となることはない。

次に、婚姻の無効については、国際私法上、婚姻の実質的成立要件の問題であり、法の適用に関する通則法第24条第1項により、本事例ではABの本国法である日本法（民法）により判断される。民法第742条では、婚姻の無効原因について「人違いその他の事由によって当事者間に婚姻をする意思がないとき（第1号）」及び「当事者が婚姻の届出をしないとき（第2号）」と規定しているが、第2号については、婚姻の無効原因ではなく不成立原因とすべき事由であると解するのが一般であるため、結局婚姻無効事由は婚姻意思の欠缺のみということになる。すると、本事例のABは、姓を選択しないという点を除いては婚姻の意思を有しているのであるから、上記無効原因に該当するとは言えないように思われる。あるいは、「姓の選択をしないなどというのは真に婚姻する意思がないのと同じである」というような類の暴論でも持ち出せば別であろうが、日本でも日本人と外国人のカップルの場合には別姓のままの婚姻が可能であることを考えると、さすがに無理があると言えよう。

では、姓の選択をしない婚姻は婚姻取消事由に該当するか。否と言わざるを得ない。なぜなら、婚姻取消事由は民法で明文規定されているものに限られるからである（民法第743条「婚姻は、次条から第747条までの規定によらなければ、取り消すことができない」に注意）。姓を選択しないことが取消

事由として明文規定されていない以上、そのような取消は認められない。

さらに、姓の選択をしないことが婚姻届の受理要件を欠くことになるのかどうか、という点を検討する。民法第740条では、「婚姻の届出は、その婚姻が第731条から第737条までの規定及び前条第2項の規定その他の法令の規定に違反しないことを認めた後でなければ、受理することができない。」と規定しており、これが婚姻届の受理要件である。しかし、そもそも夫婦の姓の選択については、婚姻の要件の箇所には規定がなく、「婚姻の効力」と題された民法第4編第2章第2節冒頭の第750条に規定があるのみである。その点のみをとらえれば、そもそも姓の選択は婚姻の要件ではない、ということにすらなりかねない。ただ、民法第750条は「婚姻の際に定める」としており、自動的に姓が決定するという仕組みにはなっていない。戸籍法第74条でも、婚姻届の記載事項として唯一、「夫婦が称する姓」を法定している（他の記載事項は法務省令に委任）。そういう点を含めて考えれば、日本法は姓の選択を婚姻の実質的成立要件の一つ（婚姻意思とは別物だとしても、それと並んで求められる要件）として考えていると言えなくもないであろう。とすると、姓の選択をしない婚姻届を不受理とすることが法律上正当化できるかが問題となるが、先に挙げた民法第740条及び関連規定は、「姓の選択のない婚姻届」の受理を明文で禁止してはいないことからすると、受理を拒む法律上の根拠はないのではないかと、という疑問が湧いてくる。さきほど挙げた民法第740条にいう「その他の法令の規定」に第750条が含まれる、という解釈は不可能ではないかもしれないが、民法以外の法令の規定であればともかく、民法自体の規定を「その他の法令の規定」に含めるというのはあまりに不自然な解釈のように思えてならない。

ところで、この点を考える際に思い出すのが、父母の同意のない未成年者からの婚姻届の扱いである。民法第737条は、未成年者の婚姻には父母（の少なくとも一方）の同意が必要であると規定する。そして、同条違反の婚姻届は受理を禁じられている（第740条）。ところが、第744条によれば、

第737条違反の婚姻届が誤って受理された場合には、もはやこれを取り消すことはできないものと解される。つまり、受理要件ではあるが取消原因にはならない、というのである。このような立法の仕方には批判もあり得ようが、現行法として存在していることに間違いはない。

とするなら、姓の選択のない婚姻届も、民法第750条や戸籍法第74条を根拠にして婚姻の成立要件の一つと解することは可能であるとしても、明文規定もないのに姓の選択を婚姻届の受理要件と解すべきなのかどうか、さらには、もし受理要件と解するとしても、そのような婚姻届が誤って受理された場合に取消原因として認めるのが当然なのかどうか、疑問の余地があるのではなからうか。というよりむしろ、不受理や取消可能性を認めるためには、その旨の明文規定が必要なのではないか。

## 7. 婚姻届の受理と戸籍記載

以上のようなことを言うと、「でもそんな婚姻届を受理しても戸籍の記載ができないではないか」という指摘が帰ってきそうである。日本法では、日本人の婚姻の場合、婚姻届の受理と戸籍記載が不可分の手続となっているため、そのような発想がまかり通り易いことは確かであろう。

しかし、婚姻届の受理が婚姻という法律行為を成立させるための手順であるのに対して、戸籍への記載は家族関係を明確に記録するための手順であり、両者の性質は根本的に異なるのではないか。そして、たとえ両者が実際上一連のつながった過程として扱われているとしても、婚姻届の手続はあくまで届書の受理の段階で完了しているのであって、戸籍記載ができるかどうかは婚姻の成否とは無関係というべきではないか。

## 8. おわりに

以上を以て、現行法の解釈論としての別姓結婚の可能性を探る問題提起

とさせていただきます。きわめて荒っぽい試論ではあるが、民法の側にも不十分な点があるのではないか、という思いはますます募りつつある。本稿で表現した問題意識を、今後より精緻な形で提示できることができれば、と考える次第である。