

家制度の廃止と国際私法

大 村 芳 昭

- 1 はじめに
 - 2 法例第14条第2項をめぐる推移
 - 3 法例第14条第2項とその廃止に対する評価
 - 4 家制度からの脱却に向けて重要な視点
- 付 選択的夫婦別姓について

1 はじめに

1898年制定の法例第14条（第1項）⁽¹⁾は婚姻の効力につき夫の本国法主義⁽²⁾を採用していたが、1985年のいわゆる女性差別撤廃条約⁽³⁾の批准が契機となって1989年になされた法例改正の一環として同条は改正され、夫婦の同一本国法、夫婦の同一常居所地法、夫婦の密接関係法の3段階による段階的連結を採用する現行規定（法の適用に関する通則法第25条⁽⁴⁾）となった。ただ、実は制定当初の法例第14条には第1項に続いて第2項⁽⁵⁾が存在しており、1947年の改正により家制度廃止に伴う措置として第2項だけが廃止されていた⁽⁶⁾。本稿では、その廃止の妥当性を検証することを通じて、今も日本の法令に残っている家制度の残滓からの脱却を目指す際に求められる一つの視点を提供することを目的とする⁽⁷⁾。

2 法例第14条第2項をめぐる推移

(1) 法例制定過程での議論

1898年に公布⁽⁸⁾・施行⁽⁹⁾された法例第14条第2項は、同条第1項が採用する夫の本国法主義に対する例外として、入夫婚姻及び婿養子縁組の場合には婚姻の効力は日本法による旨を規定していた。

この規定⁽¹⁰⁾の立法趣旨について、制定の際に行われた法典調査会での審議⁽¹¹⁾では、法例の起草者の一人である穂積陳重から、以下のような説明がなされた⁽¹²⁾。「第二項ハ日本ノ特別ナ事情カラ生ジマシタ甚ダ面白クナイ而モ已ムヲ得ナイ規定デゴザイマス外国人ト日本ノ女戸主ト婚姻ヲ致シマシタ場合ニ其夫婦間ノ関係ガ夫ノ方ノ本国法ニ依テ定ムル斯ウ云フコトニナリマスルト甚ダ不都合ナ事ガ生ジテ参リマシテ民法ニ於キマシテモ別段ノ契約等ガアリマセヌ場合ハ入夫ガ戸主トナル或ハ又国籍法等ニ於キマシテハ入夫婚姻ヲ致シマシタナラバ其結果日本ノ臣民トナル日本ノ民籍ニ入レルト云フコトニナルサウルスト此場合ハ実ニ奇妙ナ変例デアリマスルガ兎ニ角入夫ノ場合ハ妻ノ本国法ニ依ラセルト云フコトノ実ニ已ムヲ得ナイ場合デアラウト思ヒマスル故ニ第二項ノ例外ヲ設ケマシタ」起草者自身が当初からこの規定を「面白くないがやむを得ない」と言い訳しながら提案しているところが興味深い。何故「面白くないがやむを得ない」のかは、その後の議論を通じて示されることとなる。

この提案に対して、複数の委員から質問がなされた⁽¹³⁾。まず穂積八東から、「此法律ガ認メルト外国人ハ外国人デ居リナガラ日本人ノ女戸主ノ入夫トナツテ居ルコトガ出来ルヤウニナル斯ウ云フ趣意デアリマスカドウデアリマスカ」との質問があり、穂積陳重は「サウ云フ趣意デハナイノデアリマス」「婚姻ヲ為ス迄ハ外国人デアルデ婚姻ヲ致シマシタ後ト云フモノハ前ニ申シマシタ国籍法等ニ依テ日本人トナルデアラウスウ思フノデアリマス」「併シ一方ニ於テハ女戸主ハ外国人ト結婚スルコトヲ得ズト云フ

コトハ民法ニハナイノデアリマスカラ随分疑ヒモ起リ得ルモノデアルト思ヒマス」と答えている。つまり、外国人男性が戸主である日本人女性と入夫婚姻しても国籍が変わらず、第13条第1項案によれば夫の本国法が外国法となって家制度に関する規定が適用できなくなるから、例外として妻の本国法である日本法によるものと定めるのか、という疑問に対して、そうではない、外国人男性は戸主である日本人女性と入夫婚姻した後に国籍法により日本国籍を取得するため、その点では第2項は必要ないこととなるが、民法上、戸主である日本人は外国人男性と婚姻が禁止されているわけではないので、第1項だけでは「疑い」が起こる可能性がある、だから第2項を置くことにした、ということになろう。

次に横田國臣からも同様の質問がなされ、梅謙次郎が次のように答えている。「日本人ト為ツテカラ更ニ又婚姻ヲ為スノナラバソレハあなたノ言う所モ御尤デアリマスケレドモ婚姻其物ヲ取結ブ当時ニ在ツテハ一方ハ外国人デアルサウスルト其婚姻ノ効力ハ日本ノ法律ニ依ルト云フコトハ明文ヲ待テ始メテ分ル」「若シ十三条ノ第二項ガナケレバ十三条ノ第一項ニ依テ夫ノ本国法ニ依ル即チ婚姻ノ当時ニ於ケル夫ノ本国法ニ依ル」。つまり、第2項のような規定を設けておかないと、第1項の解釈として婚姻の効力の準拠法が「婚姻の当時の夫の本国法」による可能性を考えて、婚姻の当初から準拠法が確実に日本法となるよう第2項を設けるとの趣旨であろう。

その後、穂積八束、高木豊三、元田肇の三氏から国籍法関連の質問がなされ、それぞれに対して穂積陳重が回答している⁽¹⁴⁾。また、日本に帰化してからでなければ女戸主と婚姻できないということにすれば第2項は不要である、との意見が河村讓三郎から出されたが、梅謙次郎からは「一旦帰化シタモノデナケレバ日本人ト婚姻ハ出来ナイト云フヤウナ窮屈ナモノニハナルマイト思ツテ居リマス」との回答がなされている。

ここで横田國臣から「是ハ婚姻ノ効力ハ婚姻ノ当時ノ本国法ニ係ルト云フ意味デスカ」との質問があり、梅謙次郎が「サウデナイソレハ婚姻当時

ノ事ヲ謂フ婚姻ト云フ法律行為ガ成立スルトキニハ則チ其夫ノ本國法ハ何
処デアルカ其時ノ夫ノ本國法ニ依テ極マル、ケレドモ後ニ夫ガ本國ヲ變ズ
レバ其變ジタルニ依テ矢張り替ツテ往ク」と答えており、起草者が、当事
者の国籍が変更されれば準拠法である本國法も変更されるという考え方
(変更主義という)を採っていることが理解できる。

その後、横田國臣や穂積八束から、第2項不要論の立場からの発言が続
いたが、梅謙次郎が「婚姻ノ効力ノ中ニ直グニ生ズル効力ガアル例ヘバ同
居ノ義務トカ扶養ノ義務トカ云フモノハ引続イテ生ズル効力デアル、ケレ
ドモ妻ハ夫ニ随テ夫ノ家ニ入ルトカ云フヤウナモノハ婚姻ト同時ニ生ズル
効力デアツテ規定シテ置カナケレバナルマイト思ヒマス」と回答して、こ
れで同条をめぐる質疑は実質的に終了し、清浦圭吾議長から第2項削除の
意見がないか促す発言もあったが、特になかったため、結局原案通り承認
されている。

以上の経緯を見ると、この審議の当時、国籍法⁽¹⁵⁾がまだ成立していな
かったことも恐らく影響して、婚姻の成立と国籍変更のタイミングの関係
について委員の認識が必ずしも明確ではなかったことや、そもそも第13条
の「本國法」が婚姻直前の本國法を指すのか、それとも婚姻後のそれを指
すのか、言い換えれば、本國法の基準となる国籍について、いつの時点で
の国籍を考えるのか、婚姻直前か、それとも婚姻後か、というあたりの解
釈について、委員間で基本的な理解が十分に共有されていなかったこと
が、結果的には第2項の成立にプラスの影響を与えたように思われる。

(2) 法例制定後の議論

法例制定後における第14条第2項の評価を、当時の国際私法のテキスト
で概観してみると、その多くが消極的な評価になっていることがわかる。

例えば、法例制定直後に出版された山田三良講述『国際私法』⁽¹⁶⁾では、
第14条第2項についてこのように述べている。「婚姻ノ効力ニ付テハ法例
第十四条第二項に依レハ外国人カ日本人ノ女戸主ト入夫婚姻ヲ為シ又ハ日

本人ノ婿養子ト為リタル場合ハ夫ノ本国法ニ依ル代リニ其婚姻ノ効力ハ日本ノ法律ニ依ルヘキモノト規定セリ然レトモ此規定ハ唯一片ノ注意タルニ過キスシテ畢竟スル規定ナキモ同一ノ結果タリ何トナレハ外国人カ入夫ト為リ又ハ婿養子ト為ル場合ハ入夫婚姻又ハ養子ト同時ニ我国籍ヲ取得スルモノニシテ随テスル婚姻ノ場合ハ其夫ノ本国法カ即チ我日本ノ法律ナレハナリ唯此ノ如キ規定ヲ設ケタル所以ハ入夫婚姻前又ハ婿養子ト為ル瞬間ニ於テハ外国人タルモノナレハスル誤解ヲ生スルコトヲ慮リタル結果ニ過キス然レトモ此場合ニ於テモ理論上無用ノ規定ナルコトハ疑ヲ容レス」。すでに述べた連結点の判断基準時点に関する若干の混乱が、新たに制定された国籍法の規律を踏まえて「誤解」という形で総括されており、結局第2項は「理論上無用」であると断じている。

また、その10年後に出版された山口弘一著『日本国際私法論』⁽¹⁷⁾でも、第14条第2項につきこのように述べている。「外国人カ日本人ノ入夫ト為リ又ハ日本人ノ婿養子ト為リタル場合ニハ婚姻ノ効力ハ日本ノ法律ニ依ルト云フ第二項ノ規定ハ法理上必要ナシ何トナレハ我国籍法ニ依レハ外国人カ日本人ノ入夫ト為リ又ハ婿養子ト為リタル場合ニハ当然日本ノ国籍ヲ取得スルカ故ニ（国籍法第五条）夫ノ本国法ハ則チ日本ノ法律ナレハナリ」。ここでも、国籍法の規定を示しつつ、第14条第2項の規定は必要のないものであると言いつつ切っている。

その後出版された国際私法のテキストにおいても、第14条第2項は「無用の規定」「単なる注意的規定」などと消極的な評価の対象となっている⁽¹⁸⁾。

（3）第14条第2項の廃止

第二次世界大戦の終結後、日本国憲法の施行に伴う家制度廃止の一環として、民法の改正⁽¹⁹⁾のみならず、家制度に基づく文言を国内法から一掃するための「民法の改正に伴う関係法律の整理に関する法律」⁽²⁰⁾が公布・施行された。国際私法との関係では、同法第21条により法例第14条第2項

が廃止されたが、家制度の廃止に伴う法律の整理の一環として、この廃止については立法の過程でも特段の議論は生じなかったようである⁽²¹⁾。

3 法例第14条第2項とその廃止に対する評価

(1) 法例第14条第2項の副次的効果

そもそも、法例第14条第1項の夫の本国法主義は、本国法の安定性や臣民主権との関係など⁽²²⁾を根拠とするものであったが、入夫婚姻や婿養子縁組という日本特有の事情に鑑みて第2項の例外規定が提案された。両者とも明治民法上の家制度に対応するものであったが、しかし同時に、たとえ家制度の制約下にあったとはいえ、潜在的な可能性という意味では、2つの婚姻形態（夫の家庭に妻が入る形態としての嫁入り婚と、妻の家庭に夫が入る形態としての婿入り婚）に対応できる柔軟性を持ち合わせていた、という点も、決して無視することはできないように思われる。ただ、当時は夫婦同国籍の制度が採用されており、夫の本国法と妻の本国法が異なる場面が具体的に現れることがなかったために、結果的にはその潜在的な可能性が顕在化することが阻まれていた、ということではなかろうか。

そして、もし第14条第2項が戦後の法改正に際して文言変更などにより削除されずに何らかの形で存続していれば、家制度の廃止後もその潜在的意義は変わらず、むしろ、1950年の国籍法改正（第5条第1・2号の廃止）により夫婦同国籍の原則が廃止され、夫の本国法と妻の本国法が異なる場面が具体的に生じうるようになった後は、その潜在的意義が顕在化する可能性があったのではなかろうか。

(2) 法例第14条第2項廃止の副作用

ところが、第2項の廃止はその顕在化を阻んでしまった。そして、法例第14条が夫の本国法によるという画一的な規定になってしまったことが、その後の同条の運用に大きな影響を及ぼすことになった。すなわち、国際

結婚をした夫婦が、生活ノ本拠を日本国内に有している場合であっても、夫が外国人であることによって法例第14条（同法第15条・第16条で準用される場合を含む）による準拠法が当該外国の法となり、そのことによって、日本法では認められるはずの法的効果（たとえば離婚など）が準拠法上認められないという事態が多発した。そのような場合、日本法に基づく法的効果を認めるためには、（反致が成立するような場合は別として、）国際私法上の公序則（1989年改正前の同法第33条⁽²³⁾）により当該外国法の適用を排除し、改めて別の準拠法を適用することにより解決を図らざるを得なかった。その場合の処理についてはいくつかの考え方があり得るが、1989年法例改正前の多くの判例⁽²⁴⁾・学説⁽²⁵⁾はこの場合、適用を排除された外国法に代わって日本法を適用するとの立場を採っていた。

このような対応は、当時の条文が例外のない夫の本国法主義を採用しており、解釈上の特段の工夫⁽²⁶⁾をしない限り連結点確定の段階で夫の本国法から逃れる術がないような状況を前提とする限り、ある程度やむを得ないものであったことは確かであろう⁽²⁷⁾。しかしそもそも、1947年改正の段階で連結点を固定化しない何らかの立法上の工夫がなされていれば、そのような国際私法上の公序を多用しなくても、より妥当な結論を導き出したのではないか。その意味で、1947年法例改正での第14条第2項廃止は、その後の公序則多用を招いた1つの要因だったのではないかとと思われるのである。

（3）廃止以外の選択肢

では、第2項の廃止以外にどのような選択肢があり得たのか。家制度廃止の一環として「入夫婚姻」「婿養子」の文言自体は削除を免れ得ないが、すでに述べた連結点設定の柔軟性を確保するためには、第1項と第2項の組み合わせと連結点の差別化は維持したいところである。ただ、あくまで1947年の時点で可能であったはずの他の選択を探ろうというのがここでの趣旨であるから、その後ハーグ国際私法会議や諸国の国際私法立法によっ

て多用されることとなる常居所概念や段階的連結の手法をここで採り入れることには躊躇を感じる。

そこで、戦後の民法改正で「家に入る」が「氏を称する」に置き換えられた前例にならって、ここでも「入夫婚姻」「婿養子」という家制度に直接つながる文言を削除し、代わりに（あくまでも緊急措置として）夫婦の称する氏を基準とする規定に置き換える余地があったのではないか、という点を指摘したい。

具体的な改正案としては、例えば次のようなものが考えられる。

第14条第2項改正私案 外国人男カ日本人女ノ氏ヲ称スル婚姻ヲ為シタル場合ニ於テハ婚姻ノ効力ハ日本ノ法律ニ依ル

戦前からの戸籍実務上、そして後の立法上、外国人には民法上の「氏」はないとされてきており、その点で「外国人男カ日本人女ノ氏ヲ称スル」の部分には疑問があるのだが、とりあえず上の案はそのような考え方を前提としている。そして、入夫婚姻も婿養子縁組も、男性が女性の家に入る形態での婚姻であることから、そのことを「家」を使わずに表現する手段として、民法第750条などにならって氏を基準としたものである。

もちろんその場合でも、後の本格的な法改正により、個人の尊厳や両性の本質的平等、そして婚姻の多様化にも対応する改正（嫁入り婚でも婿入り婚でもない婚姻に対応すべく夫婦に共通する連結点を採用するもの）がなされたであろうことは、1989年の法例改正を見れば明らかである。

4 家制度からの脱却に向けて重要な視点

以上の検討から、筆者としては、家制度の廃止に伴う法改正においては、家制度に内在した個別のルールが、家制度を離れても維持できる何らかの価値を持っている可能性に留意することが必要であるものと考えている。

本稿で扱った法例についていうなら、その「家制度を離れても維持できる何らかの価値」とは「連結点の柔軟性」、あるいはもっと言えば「連結点設定における密接関係性の維持」ということになる。

これと同様な視点（家制度を離れても維持できる何らかの価値）を提供する例として、認知による国籍取得に関する旧国籍法第5条第3号の廃止が挙げられる。この点について、筆者はすでに「認知制度の変遷と国籍法」⁽²⁸⁾において私見を披露しているが、ここで改めてその趣旨を確認する。

1950年廃止前の旧国籍法⁽²⁹⁾第5条第3号は、外国人は「日本人タル父又ハ母ニ依リテ認知セラレタルトキ」に日本の国籍を取得すると定めていた。しかし、1950年に現行の国籍法が制定される際、この規定は、婚姻や養子縁組による日本国籍取得を定める同条第2号ないし第4号とともに廃止された。これは、認知による日本国籍取得の制度は「家」制度に由来するものであり、父による一方的な認知により国籍の変動を生ずるのは個人の尊厳を宣言した憲法24条の精神に反する、との理由による⁽³⁰⁾。確かに、認知を父の意思表示による親子関係の創設と考えるなら、その論法が通用するであろう。しかし、認知を血統に基づく親子関係の確認と捉えるなら、父の恣意が介入する余地はなく、個人の尊厳に反するとも言えないのではなかろうか⁽³¹⁾。1950年の段階では、認知を父の意思表示による親子関係の創設とする考え方はまだ払拭されておらず、よって当時の立法において旧国籍法第5条第3号が削除されたのはやむを得なかったかもしれない。しかし、その後の法解釈の変遷により、少なくとも現在では、認知を血統に基づく親子関係の確認とする考え方はほぼ定着したように思われる。よって現時点で認知による国籍取得を個人の尊厳に反するという言い方はもはやできないように思われる。

このように、国籍法については、立法のみならずその後の法解釈の変遷をも踏まえて検討する必要があるが、それでも、家制度の一環として廃止された制度について、それと異なる側面を評価するという意味では、本稿

の主題である法例第14条第2項とも通じる側面があるように思われる。

付 選択的夫婦別姓について

「家制度」は戦後の法改正で廃止されたといわれるが、そこにはさまざまな妥協があったことは夙に知られている。そして、いわば「家制度の残滓」とでもいうべきものが日本の法制度の中にはまだ生き残っている。そのひとつが「氏」である。

民法上の夫婦同氏は、明治民法下においては、婚姻により夫婦どちらかの家に入り、その結果としてその家の氏を称する、という形で、家制度（しかも血統による世代間承継を重視するそれ）に内在するものとして位置づけられていた。しかし同時に、妻の氏を選択できるという点では、欧米の伝統的な法制度と比べれば、より柔軟な側面を兼ね備えていたことも無視すべきでない。その後、戦後の民法改正（家制度の廃止）により、家ではなく氏を直接選択する形となり、かつ何れの氏を選択するかが（実態はともかく）法文上は自由になった。しかしその一方で、夫婦の何れかの氏を「継ぐ」ことが必須とされ、別姓の選択を認めないという意味で、廃止されたはずの家が氏に形を変えて残されていた。

他方において、婚姻による家への帰属の効果であった氏の決定を、民法第750条により婚姻の際の当事者の選択事項としたこと、しかもそれを婚姻の効果に関する規定の中で定めたことにより、婚姻の要件に関する規定との間に齟齬が生じる結果となった⁽³²⁾という問題もある。婚姻の要件の中で氏の選択に関するものといえば、民法第739条の婚姻の方式に関する規定と、それを受けて定められた戸籍法第74条第1号「夫婦が称する氏」くらいであろう。これらの規定だけをもとに国際私法的観点から見ると、まるで氏の選択は婚姻の方式の問題として想定されていたかのごとくですらある。

女性差別撤廃条約第16条第1項g号の規定⁽³³⁾や、選択的夫婦別姓を認

める諸国での立法の動向などからしても、氏の選択における夫婦の自由な選択を尊重し、氏を家制度や血統重視の束縛から解放するとともに、上記のような規定上の矛盾を解消するには、この際、夫婦別姓の選択を自由化し、婚姻の際に氏を選択させること自体をやめて⁽³⁴⁾、戸籍法第107条第2項と同様の位置付けとしてはどうか⁽³⁵⁾。

注

- (1) 法例第14条第1項(1989年改正前) 婚姻ノ効力ハ夫ノ本国法ニ依ル(便宜上漢字は常用漢字に直した。以下、本稿(本文・脚注を含む)において戦前の文献・条文等を引用する際にも同様の扱いを基本とする。)
- (2) 国際私法上「婚姻の効力」の問題とされた点については、妻の国籍や夫婦の居住地などに関係なく夫の本国の法律を適用する、という考え方。
- (3) 女子に対するあらゆる形態の差別の撤廃に関する条約
- (4) 法の適用に関する通則法第25条 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り、その法がない場合において夫婦の常居所地法が同一であるときはその法により、そのいずれの法もないときは夫婦に最も密接な関係がある地の法による。
- (5) 法例第14条第2項(1947年改正前) 外国人カ女戸主ト入夫婚姻ヲ為シ又ハ日本人ノ婿養子ト為リタル場合ニ於テハ婚姻ノ効力ハ日本ノ法律ニ依ル(なお法例第15条第2項にも夫婦財産制につき同様の規定があり、やはり1947年に削除されている)
- (6) 筆者が確認した範囲では、国際私法の概説書で、法例第14条第2項に言及しているのは、もっぱら1947年改正(が実施される)前のものに限られ(筆者が確認した最新のもの、久保岩太郎著『国際私法概論』(巖松堂書店、1946. 8. 20初版発行、1947. 3. 20再版発行)14頁であった。他方、1949年以降に出版された国際私法の概説書では、国際私法の立法の沿革として1947年改正に触れるものはあっても、改正前の第14条第2項に触れるものは見当たらなかった。
- (7) 本稿は、2018年12月1日・2日に立正大学品川キャンパスで行われたジェンダー法学会第16回学術大会において筆者が行った報告「家制度の廃止と国際私法」をもとに、報告時には十分に触れなかった点などを加筆してまとめたものである。
- (8) 1898年6月21日
- (9) 1898年7月16日

- (10) 起草過程では第13条第2項であり、其の文言は次のとおりであった。「外国人カ女戸主ト入夫婚姻ヲ為シタル場合ニ於テハ婚姻ノ効力ハ日本ノ法律ニ依ル」なお、審議の過程で穂積陳重が、隣席から婚養子の場合が欠けているとの注意があったことを明かし、自ら修正を提案して、それが第2項に追加されている。ただ、この点は本稿の流れに影響するものではないと考えるので、本稿ではここで言及するだけにとどめることとする。
- (11) 法典調査会での審議については、法務大臣官房司法法制調査部監修『法典調査会 法例議事速記録（日本近代立法資料叢書26）』（商事法務研究会、1986）131～136頁を参照した。
- (12) 法典調査会法例第6回議事速記録・1897年12月10日
- (13) 第13条案に対しては、穂積八束、横田国臣、高木豊三、元田肇、重岡薫五郎、河村讓三郎の各委員から質問や意見が出されているが、大部分の質問が第2項に関するもの又はそれと関連する国籍法絡みの質問であった。第13条（第1項）の基本である本国法主義そのものについては、他の規定の箇所ですでに議論が終わっていた、などの事情も影響しているものと思われる。
- (14) 穂積八束は「国籍法デモ定マラナケレバ充分ナモノトハナルマイト思ヒマスガ尚ホ矢張り実質上ノ疑ヒデアリマスケレドモ此処ハ外国人ト言ハバ必ズ一定ノ国籍ノアルモノト見テ御規定ニナツタノデアリマセウガ日本ノ實際ニ於テハ無籍ノ外国人ト云フモノガアルサウ云フ国籍ノナイ外国人ヲ取扱フ時分ニハドウ云フ訳ニナリマスカト云フコトガ一寸説明ヲ願ヒタイ」と質問し、穂積陳重は「無籍ノ者ハ日本許リデナク諸国ニアルノデアリマシテ無籍ノ者ニ関スル規定ハ多クノ国ニ於テ設ケテアリマス本案ニ於キマシテモ第二十六条ノ第二項ニ『国籍ヲ有セサル者ニ付テハ其者カ最後ニ属シタル国ノ法律ヲ以テ其本国法ト看做ス其原籍カ知レサルトキハ』云々ト云フ規定ガアリマス是等ハ矢張り丁度サウ云フヤウナ風ノ場合ニ当テマスル為ニ設ケテアルノデアリマス」と答えている。次に高木豊三は「婚姻ノ効力ト云フ中ニ国籍変更ノコトガ当然含シテ居ルト云フコトニナルノデアリマセウカ（略）此処デ第一項ニ『婚姻ノ効力ハ』云々第二項ニ於テ『入夫婚姻ヲ為シタル場合ニ於テハ婚姻ノ効力ハ日本ノ法律ニ拠ル』之レ丈ケノ辞デ外国人ガ当然日本人ニナルト云フコトガ言ヘルモノデアリマセウカ」と質問し、穂積陳重は「婚姻ニ拠リマシテ女ノ方ハ国籍ヲ変更スルコトハ御承知ノ通り諸国ニアリマス離婚ノ場合モ同ジモノデアリマスルガソレハ通常婚姻ノ効力ト見テ居ラヌヤウデアリマス」と答えている。次に元田肇は「何時カノ養子ノ一件デゴザイマスガ伺ヒタイノデアリマス

(略) 民法ノ実施ト同時ニ帰化法 (略) モ実施サレル御積リデアリマスルカ又ハ其他ノ法律ヲ御作リニナルノデアリマスルカ」と質問し、穂積陳重は「何レ国籍法ガナケレバ治マリマセヌ」と答えている。さらに元田肇は「外国人ガ日本人ノ養子ト為ルコトガ出来ルヤウニナツテ養子ニサエナレバモウ日本人ニナレルヤウニ見ラレルト云フノハ私共ハ疑ヒヲ抱イテ居リマス (略) サウ云フヤウナモノハ別ニ御定メニナルノデアリマスカ」と質問し、穂積陳重は「此処デ拵エルヤウニハナルマイト思ヒマス此処ノ権限内デナイソレ故ニ其事ニ付テドウスルカト云フコトヲ答ヘル訳ニハイカヌノデアリマス」と答え、清浦圭吾議長も「別ニ其事ハ規定セネバナルマイト考ヘテ居リマス」と述べている。その後重岡薫五郎から「外国人ガ女戸主ト入夫婚姻ヲシタ場合ニ於テハ日本ノ国籍ヲ得ルスウ云フコトヲ御認メニナツテ居リマスガ此国籍ヲ得ルト云フノハ婚姻ヲ為スト同時ニ得ルノデアリマスルカ或ハ入夫婚姻ヲスルニ付テ外国人ガ日本人ト為ツテサウシテ婚姻ヲスルスウ云フノデアルカ国籍ヲ得ルト云フノハ何時デアルカ」と質問したのに対して、穂積陳重は「第十三条第二項ニ於テ外国人ガ日本ノ女戸主ト婚姻ヲ致シマシタナラバ日本人ト為ルト云フコトハ極メナイ是ハドウモ国籍法カ何カデナケレバ極リマセヌ (略) 他ニ法律ガアリマスルガ如ク日本人ノ婿養子ト為ル者ハ日本人ト為ルト云フヤウナコトガアリマシテ始メテ出来マスル積リデアリマス」と答えている。

- (15) 1899年3月16日公布、同年4月1日施行
- (16) 早稲田大学出版部、1900、357頁以下
- (17) 三書楼、1910、220頁以下
- (18) 泉哲著『国際私法講義』(有斐閣、1926) 292頁「我が国の如く、入夫婚姻、婿養子等の制度が存する国に於ては、夫の本国法に依ると為すは、不都合を生ずるを恐るるものがある。併し之れは杞憂である。何となれば、入夫又は婿養子は、婚姻と同時に、養家又は女戸主の属する国の国籍を取得するものであるから、夫の本国法は其の妻の本国法である。」、松華堂編輯部編『国際私法総覧』(松華堂、1927) 79頁以下「外国人カ日本人ノ女戸主ト入夫婚姻ヲ為シ又ハ日本人ノ婿養子トナリタル場合ニ於テハ我国籍ヲ取得セシムルカ故ニ此場合ノ婚姻ノ効力ハ日本ノ法律ニ依ラシムルヲ妥当トス法例第一四条第二項ハ此意味ヲ規定シタルモノナリ」(筆者注、起草者の趣旨からする限りこの説明には問題があるように思われる)、山田三良講述『国際私法』(国文社出版部、1929) 222頁「以上述べたる婚姻の効力につきては法例第一四条第二項によれば外国人が日本人の女戸主と入夫婚姻をなし又は日本人の婿養子となりたる場合には夫の本国法による代わりに

日本の法律によると規定せり、然れども之れ一片の注意的規定にして蛇足なりと云はざるべからず。蓋し前記の婚姻の場合には外国人は婚姻と共に我が国籍を取得するが故に、其の夫の本国法は畢竟日本の法律に帰すればなり」、山田三良著『国際私法』（日本評論社、1931）176頁以下「尚法例第十四条第二項は外国人が日本人の女戸主と入夫婚姻を為し又は日本人の婿養子と為りたる場合に婚姻の効力は日本の法律に依るべきものと規定して居る。然し乍ら此規定は唯一片の注意的規定たるに過ぎないのである。何となれば外国人が日本人の入夫と為り又は婿養子と為りたる場合には、入夫婚姻又は養子縁組と同時に必ず我国籍を取得するのであるから、斯る婚姻の成立と同時に其夫は既に日本人であり、従って日本の法律が即ち夫の本国法であるからである。」、江川英文著『国際私法（5）完』（日本評論社、1938）251頁「なほ外国人が日本の女戸主と入夫婚姻をなしたまたは日本人の婿養子となった場合には日本の国籍を取得するから（国籍法五条二号、四号）、法例一四条二項は無用の規定である。」

- (19) 1947年法律第222号、1948年1月1日施行
- (20) 1947年法律第223号、1948年1月1日施行
- (21) 民法の改正に伴う関係法律の整理に関する法律案は、1947年11月から12月にかけて国会で審議されたが、当時の議事録を見ても、法例改正部分について特に議論がなされた形跡は見当たらなかった。
- (22) 法務大臣官房司法法制調査部監修（注11）131頁「婚姻ノ効カト云フモノハ妻ノ本国法ニ依ルスウ云フノハ又勿論アリマセヌ併ナガラ余程多ク行ハレテ居リマスル主義ハ共通ノ住所地法ニ依ルト云フ主義ガ多ク行ハレテ居ルヤウデアリマス是ハ随分理由ハアルモノデアラウト思ヒマスルガ併シナガラ夫ト云フモノガ先ヅ法律デ一般ニ見テ居リマスルト云フト国籍ノ問題モ多クノ場合ニ於テハ定メマス住所ノ問題モ多クノ場合ニ於キマシテハ、是ハ殆ド何レノ場合ニ於キマシテモ夫ノ住所ト云フモノガ妻ノ住所ニナルヤウデアリマス諸国ニ於テ採リ来ツテ居ル所ノ例ニ依リマスルト共通ノ住所ト云フモノヨリハ其住所自身サヘモ夫ノ住所ニ依テ通常ハ定マルモノデアリマスカラ寧ろ前ヨリ採リ来リマシタ本国法ヲ此場合ニ於キマシテモ本ト致シマシテ夫ノ本国法ニ依ルト云フコトノ方が穩当デアラウト考ヘタノデアリマス共通ノ住所ノ法ニ依ルト云フ主義ハ是ハ随分一理由アルコトデアリマシテ婚姻ハ夫婦生活ノ一ツノ有様デアリマス其生活ノ根拠ト云フモノハ婚姻以後ハ必ズ一ツ処ニアル一ツ処ニアル以上ハ其住所ト云フモノヲ本トスル方が宜シイト云フコトモ随分言ヘルノデアリマスルガ併シ前ニ申シマシタ通り其共通ノ住所自身ガ夫ノ住所ニ依テ定マルモノデアリマスカ

ラ第一項ノ如キ規定ヲ採用致シマシタ」。要するに、比較法的には夫婦の共通住所地法が多く採用されており、それには理由があるのだが、殆どの場合夫の住所が妻の住所になる（妻の住所は夫の住所によって定まる）ようであるから、従前から採用してきた本国法を基本として夫ノ本国法に依らせる方が穏当であろう、ということである。ということは、逆に言えば、夫婦の住所が妻の住所によって定まるような場合（例えば入夫婚姻や婿養子縁組）には、この論理からすれば「妻の本国法」を採用することにも十分な根拠があるということになるのではなからうか。

- (23) 外国法ニ依ルヘキ場合ニ於テ其規定ノ適用カ公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反スルトキハ之ヲ適用セス
- (24) 判例については、櫻田嘉章著『国際私法〔第5版〕』（有斐閣、2006年）125頁、櫻田嘉章＝道垣内正人編『注釈国際私法第2巻』（有斐閣、2011年）342頁など。1989年法例改正前の裁判例として日本法によることを明示したのものとして、大阪地裁堺支部1963年9月16日判決（家裁月報16巻2号70頁）、新潟地裁1988年5月20日判決（判時1292号136頁）などがある。他方、日本法によることを明示しない裁判例として、浦和地裁1984年1月23日判決（家裁月報37巻12号53頁）がある。
- (25) 学説については、櫻田（同上）125頁以下、櫻田＝道垣内（同上）342頁以下、神前禎＝早川吉尚＝元永和彦著『国際私法（第2版）』（有斐閣、2009年）90頁以下など。
- (26) たとえば、法例第14条はその沿革上、夫婦同国籍を前提として起草されたものであるから、夫婦が異国籍の場合にこれを適用するのは立法趣旨に反することから、そのような場合には同条を適用せず、不文の抵触規定として他の何らかの連結点を導く、といったことが想定される。
- (27) もっとも、離婚は認めないが婚姻無効や法定別居は認めるという内容の外国法が準拠法となった場合に、当事者の効果的な救済のため本当に離婚を認めることが必要なのか、あるいは、婚姻無効や別居の判決でもよいのか、という点については別途検討が必要であるようにも思われる。
- (28) 大村芳昭「認知制度の変遷と国籍法」大村芳昭著『涉外戸籍・国籍法研究』（成文堂、2018）38頁に収録された。なお、同稿は2005年10月8日・9日に行われた国際法学会秋期大会（北海道大学クラーク会館）の2日目・第3分科会「日本の国籍法」において筆者が行った報告「国籍法における子の最善の利益」を原稿化したものである。
- (29) 1899年法律第66号、同年4月1日施行、1950年国籍法（法律第147号）により廃止。

- (30) 大村（注28）45頁。
- (31) 大村・同上。
- (32) 婚姻の実質的成立要件に関する民法の規定（第731条から第738条まで）においては、氏の選択をしないことが婚姻の無効・取消原因となる旨の規定が置かれておらず、民法第739条第1項と戸籍法第74条第1号「夫婦が称する氏」により氏の選択が婚姻届の成立要件となることがわかるに過ぎない。しかも、国際私法の立場からすれば、戸籍法第74条は方式の問題であるから、法の適用に関する通則法第24条により外国の方式により婚姻する場合には同条は適用されないものと解するほかないように思われる。
- (33) 第16条第1項 締約国は、婚姻及び家族関係に係るすべての事項について女子に対する差別を撤廃するためのすべての適当な措置をとるものとし、特に、男女の平等を基礎として次のことを確保する。
(g) 夫及び妻の同一の個人的権利（姓及び職業を選択する権利を含む。）
- (34) 婚姻届の際には氏の選択を行わず、とりあえず別姓のままとし、どちらかの氏に統一したい夫婦は婚姻届に加えてもう1枚、氏を選択するための届出を行う。
- (35) そうすれば、国際結婚と国内結婚との格差も解消されるし、今すぐにはないとしても今後への展望として、第三の氏の創設を認めることも現実的に検討可能となるというメリットもある。