

〔研究ノート〕

在外日本人間の婚姻と氏を選択

大村芳昭

はじめに

1. 在外日本人間の婚姻に関する準拠法
2. 届出と戸籍記載の関係
3. 外国方式の婚姻に関する戸籍法の規律
4. 届出に対する審査と戸籍記載の実務
5. 夫婦の氏を選択しない婚姻の有効性
 - (1) 受理要件として
 - (2) 取消原因として
 - (3) 無効原因として
 - (4) まとめ
6. 夫婦の氏を選択しない婚姻の戸籍上の取扱い
 - (1) 戸籍制度の制度的前提
 - (2) 夫婦の氏を選択しない婚姻について
7. 民法750条下における別氏夫婦の位置づけ
8. 民法790条下における別氏夫婦の子の氏
さいごに

はじめに

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。」と規定しており、夫婦同氏を強制している。婚姻届の記載事項においても、戸籍法74条は「婚姻をしようとする者は、左の事項を届書に記載して、その旨を届け出なければならない。」とした上で、記載事項

として唯一「夫婦が称する氏」のみを明示している⁽¹⁾。そして、婚姻届の受理に基づいて行われる戸籍の編製及び婚姻事項等の記載についても、戸籍法6条の「戸籍は、市町村の区域内に本籍を定める一の夫婦及びこれと氏を同じくする子ごとに、これを編製する。(後略)」及び戸籍法16条1項の「婚姻の届出があったときは、夫婦について新戸籍を編製する。(但書略)」に基づいて、夫婦のうちその氏を称することとなった者を戸籍筆頭者⁽²⁾として編製した上で⁽³⁾、各人について所定の事項を記載する⁽⁴⁾こととなっている。

国内で日本人同士が婚姻する場合には、氏の選択をしない(あるいは夫婦別姓を選択する趣旨で両方の氏を選択する)婚姻届は、戸籍法74条1号の要件を欠くため、民法740条にいう「その他の法令の規定に違反」することを理由に不受理になるものと思われる(そのような取扱いには憲法24条違反の疑いがあるものとするが、本稿ではその点を留保した上で考察を進めることとする)。

これらの規律及び解釈は、婚姻の成立要件がすべて日本法によって判断される場合にはとりえず成り立つものといえようが、婚姻の一方当事者が外国人である場合には、問題が生じ得る。そもそも、女性差別撤廃条約16条(g)に示されている姓を選択する権利が選択的夫婦別姓を含むものであると理解され、それを前提として、かかる選択を認める考え方が普及しつつある中で、いまや婚姻に際して夫婦の氏をどちらかに一本化することを法律上強制する国は珍しい存在である、という点でも同姓強制は疑問である。ただ、それとはまったく別の論理、すなわち、氏とは戸籍編製の基準であり、戸籍をもてない外国人には(ファミリーネームはあっても)氏はない、という理由により、日本では、外国人との婚姻に対する民法750条の適用を否定し、かつては戸籍法107条による家庭裁判所の許可により、1984年の戸籍法改正以降は婚姻後一定期間内に別途市町村長に届け出ることにより、日本人配偶者が外国人配偶者の「称する」氏を称することができる⁽⁵⁾こととなっている。いわば、戸籍の論理により歪められた形での選

択的夫婦別姓とも言えよう。

では、純粋な国内婚（当事者も挙行地も日本国内）でもなく、かといって国際結婚でもない（当事者双方が日本人）場合に、氏を選択をめぐってどのような問題が生じているのか。本稿では、日本人どうしが外国の方式により（夫婦別姓を貫く意図で）氏を選択せずに婚姻した場合の、その婚姻及び夫婦の氏・子の氏の取り扱いについて論じることとする。

1. 在外日本人間の婚姻に関する準拠法

婚姻の成立に関する準拠法について、日本の国際私法（法の適用に関する通則法、以下「通則法」とする）では、単位法律関係を二分し、形式的成立要件（方式）については、挙行地法と一方当事者の本国法の選択的適用を定めている⁶⁾。本稿の前提となっている、日本人どうしが外国の方式により婚姻する場合については、形式的要件については挙行地法上の方式に従っている限り有効であると解される。そして、民法739条の規定は「婚姻は、戸籍法（中略）の定めるところにより届け出ることによって、その効力を生ずる。」とされていることからすれば、あくまで婚姻の方式の準拠法が日本法である場合に適用されるものであり、上記の場合には適用がないものと解される。

他方、実質的成立要件については、通則法は各当事者の本国法に委ねているが、これは「自分に関する要件については自分の本国法に従えばよい」という配分的連結を定めたものと解するのが多数である。本稿の前提となっている、日本人どうしが外国の方式により婚姻する場合については、両当事者が日本人である以上、準拠法は日本法であるから、とりあえず、純粋な国内婚の場合と同じように民法の規定を適用して要件具備を検討することになろう。

2. 届出と戸籍記載の関係

日本人どうしが外国の方式により婚姻する場合、方式自体の規律は当該外国法に委ねられ、その方式を満たすことにより婚姻は方式上成立するとともに、日本法上もその効力が認められることになるのが基本である⁽⁷⁾。ただ、日本人の家族関係については、戸籍法上の手続を経ることにより（通常は戸籍簿への記載により）公証可能な状態に置くことが制度化されており、また、戸籍簿への記載の前提として、家族関係の変動に伴って新しい戸籍を編製する場合についても戸籍法が定めているため、すでに成立した家族関係についても、戸籍の編製と戸籍簿への記載という問題が生じることになる。

ただ、ここで注意しなければならないのは、すでに紹介した民法739条が「婚姻は、戸籍法（中略）の定めるところにより届け出ることによって、その効力を生ずる。」と規定していることである。「届け出ることによって」というのは「届出」の手続が完了することによって、という意味であり、「届出」の手続は受理をもって完了するものであるから、結局「届出が受理されることによって」という意味に理解すべきである。他方、戸籍の編製や戸籍簿への記載は、あくまで家族関係公証のための公法上の手続なのであって、家族関係の変動という実体法上の効果とは切り離すべきものである。ただ、日本法では届出と戸籍記載が不可分一体のように運用されている⁽⁸⁾ため、両者の区分を十分に意識しにくいという構造的な問題が存在するように思われる。その好例が戸籍法74条である。同条では、婚姻届に記載すべき事項として「夫婦が称する氏」を明示しているが、これは、日本の戸籍が氏を編製基準としていることとの関係で、その夫婦の戸籍を編製し、あるいは新戸籍の編製が必要ない場合に夫婦の一方が他方に戸籍に入籍するための基準を明らかにするのに必要であることは確かであろう。しかし、婚姻を成立させるために氏を統一させる必要があるか否か

は実体法（家族法ないし民法）がよって立つ考え方次第であって、現に比較法的には夫婦が称する氏を統一的に定めることが必要ない立法例がむしろ多数派とも思われる状況にあることからしても、少なくとも氏の選択が論理必然的に婚姻成立の要件でもあるとまでは言い切れないものと考えられる。あとは、実体法が氏の選択、というより氏の選択がない場合の取り扱いをどのように定めているのか、という点の確認が必要となろう。

3. 外国方式の婚姻に関する戸籍法の規律

通則法24条2項（または事例によっては3項）の規定により、外国法上の方式により行われた婚姻につき、戸籍法はどのように対応しているか。

戸籍法はまず、41条において「(1項) 外国に在る日本人が、その国の方式に従って、届出事件に関する証書を作らせたときは、三箇月以内にその国に駐在する日本の大使、公使又は領事にその証書の謄本を提出しなければならない。」「(2項) 大使、公使又は領事がその国に駐在しないときは、三箇月以内に本籍地の市町村長に証書の謄本を発送しなければならない。」と規定している。この「外国(略)の方式」の中に、通則法24条2項による方式が含まれている点は問題ないであろう。この規定は、外国法上の方式により行われた婚姻が、方式の点では婚姻の成立要件を満たしていることを前提とした規定であるものと解される⁽⁹⁾。

次に、42条は、「大使、公使又は領事は、前二条の規定（注：前二条とは40条と41条を指すが、40条はいわゆる外交婚・領事婚に関する規定であり、本稿の対象外のため、特に言及しないこととする）によって書類を受理したときは、遅滞なく、外務大臣を経由してこれを本人の本籍地の市町村長に送付しなければならない。」と規定している。これは、本人の戸籍に婚姻事項を記載するため（及び場合によっては戸籍記載の前提として新戸籍を編製するため）に、婚姻に関する情報を本籍地に提供するための手続であり、既に述べた通り、婚姻の方式上の有効性とは切り離して考えるべきである。

4. 届出に対する審査と戸籍記載の実務

婚姻に関する証書が外国から直接本籍地に送られた場合には、その市町村長がこれを「審査」することになる。他方、同様の証書が大使、公使又は領事に提出されたときは、外務大臣を経由して当事者の本籍地に送付されるが、外務省では、不足書類の有無、届書と添付書類との齟齬、外国語の書類への翻訳者を明示した訳文が添付されているか等を調査し、問題ないものと認められたものは本籍地の市町村長に送付されて⁽¹⁰⁾、そこで「審査」が行われる。

この場合、証書が真正に作成されたことが確認できれば、その国の方式に従って婚姻が成立したことが証明され、その婚姻は方式上有効に成立したこととなる⁽¹¹⁾。

他方、実質的要件については、方式とは別途審査の対象となり得る。形式的要件と実質的要件とは別の問題であるから、たとえ形式的要件を満たしていても、実質的要件を満たしていなければその婚姻には瑕疵があるといえるのであるから、そのことを理由に受理を撤回することも理屈の上では考えられなくもない。しかし、戸籍実務上、外国の方式に従って婚姻が適法になされ、その旨の報告的届出がなされた場合において、その婚姻が実質的要件を欠いており、かつそれが婚姻の当然無効をきたすような場合には、その報告的届出は受理されないとされる一方、実質的要件を欠くことが単に婚姻の取消原因に過ぎないときは、その報告的届出の受理を拒むことはできない⁽¹²⁾とされている⁽¹³⁾。

このようにして受理された報告的届出に不備があり、戸籍の記載ができない場合の取り扱いについて、かつては1950年の通達により、管轄法務局及び法務省民事局を通じ外務省を経由して受理した在外公館に返戻することとされていたが、その後、事務の効率化により戸籍への身分事項の登載をより迅速化するため、2010年に新たな通達が発せられ、不備の詳細によ

っては返戻をせず、事実関係の確認等により戸籍の記載をすることに変更されるに至った⁽¹⁴⁾。

5. 夫婦の氏を選択しない婚姻の有効性

日本人間で外国法上の方式による婚姻が、その外国法によれば方式上有効に行われ、それに関して後日、本籍地の市町村長に報告的届出がなされた際に、その夫婦が互いの姓を尊重し、どちらも改姓しない趣旨で、婚姻届書の婚姻後に称する氏の欄の双方にチェックをつけていたとしたら、この婚姻をどう扱うべきであろうか。

これまでに述べたところによれば、この婚姻は外国法上の方式を満たしているのであるから、あとは実質的要件の具備の問題が残るだけである。では、夫婦の称する氏を定めない婚姻の効力は、日本法上どのように考えればよいのだろうか。

(1) 受理要件として

まず、日本法上の方式で婚姻するなら、戸籍法74条に基づく記載事項としての「夫婦が称する氏」が届書に記載されていなければ、その婚姻届は民法740条により受理すべきではないだろう。

(2) 取消原因として

では、何らかの誤りで、夫婦の氏を明記していない婚姻届を受理してしまった場合に、その婚姻が取り消し可能となるか、といえは、残念ながらそのような扱いを認める根拠規定は存在しない。民法上、婚姻の取り消し事由については743条が限定列举の旨を明示した上で、744条から747条までに取り消しの要件を、748条に取り消しの効果をそれぞれ定めているものの、氏の不選択は民法上の取り消し原因として明示されていない。

(3) 無効原因として

さらに進んで、氏の不選択は婚姻無効事由になり得るか、という点も問題になり得る。民法上、婚姻の無効原因としては、742条で婚姻の意思と

婚姻の届出が挙げられている。しかし、法律行為の無効というのは婚姻の外形が成立している場合に問題となるのに対し、届出がなされていない婚姻は外形がそもそもなく、無効というより不成立と言うべきものである(同条2号を欠くだけの婚姻届については、とりあえずの外形が存在することから、無効とまでは言えないように考えられる)。よって、婚姻の無効原因は婚姻の意思だけということになるであろう。

では、氏の選択をしないことは婚姻の意思がないものと解してよいのだろうか。これはまさに「婚姻の意思」の定義が問われる問題だと言えよう。婚姻の意思の内容については、様々な考え方があがるが、方向性としては、①特定の実定法を基準とせず、広く社会通念上の夫婦関係に立とうとする意思として捉える立場と、②特定の規範、例えば日本民法の定める婚姻の要件を満たす意思でなければ日本法上の婚姻意思とは言えないと考える立場が対立しているように思われる。①の方向性を採用するならば、氏の変更は婚姻にとって本質的な要素ではなく(少なくとも現時点では別姓の選択肢を認めない立法例の方がもはや少数派である)、従って婚姻意思の内包からは除外して考えるべきだ、ということになろう。他方、②の方向性を採用するならば、今問題としているのはあくまで日本法上の婚姻であるのだから、日本法が婚姻に必要な要素としているものは婚姻意思の内容にも当然取り込まれているはずだ、よって同氏を称する意思のない場合に婚姻意思を認めるのは適切でない、ということになろう。

この点について筆者は、①の方向性を支持したい。何故なら、もし特定の法秩序(例えば日本法)が認める法的効果を婚姻意思に取り込むとすると、ある者の婚姻意思の有無はその本国法により決すべきか、それとも常居所地法によるべきか、本国法や常居所地法が異なれば婚姻意思も異なると解すべきなのか、国籍や常居所が変更すれば婚姻意思の内容も変わるのか、などの疑問が生じ、法的安定性を欠く事態になりかねないからである。

(4) まとめ

以上から、筆者としては、氏の合意のない婚姻は日本法上、受理要件を欠くものとして受理してはならない（あくまで合憲性の点を留保した上での結論であることを注記させていただく）が、誤って受理した場合には無効・取消の対象とはならず、そのまま効力を維持する、また、外国法上の方式により成立した場合には受理要件の前提を欠くため、婚姻としては有効であるものとする。

6. 夫婦の氏を選択しない婚姻の戸籍上の取扱い

夫婦の氏を選択しない婚姻が有効であったと考えても、それを戸籍により公証できなければ、当事者は実際上様々な不利益を被る恐れがある。そこで、そのような婚姻を戸籍上公証できないか、という点を検討したい。

(1) 戸籍制度の制度的前提

条文の文言を見る限り、戸籍法は夫婦が婚姻に際して常に氏を選択していることを前提として組み立てられているように思われる。何故なら、戸籍法6条が「戸籍は、市町村の区域内に本籍を定める一の夫婦及びこれと氏を同じくする子ごとに、これを編製する。ただし、日本人でない者（以下「外国人」という。）と婚姻をした者又は配偶者がいない者について新たに戸籍を編製するときは、その者及びこれと氏を同じくする子ごとに、これを編製する。」としているのは、「一の夫婦」が氏を同じくすることが前提となっていることや、外国人には氏がないため、かかる者と婚姻したときは夫婦の氏を選択しようがないことが前提とされているように思われるし、戸籍法16条が「婚姻の届出があったときは、夫婦について新戸籍を編製する。但し、夫婦が、夫の氏を称する場合に夫、妻の氏を称する場合に妻が戸籍の筆頭に記載した者であるときは、この限りでない。」としているのも、「夫婦」は氏を同じくするものであるとの前提に立っているからであるように思われるからである。

ただ、その戸籍法も、国際結婚という夫婦同氏の例外を認めざるを得ないことは事実であり、ただ、その際に家庭裁判所の許可要件をはずすため戸籍法107条2項を新設することにより、「氏は戸籍を有する日本人だけのもの」という排外主義的な思考を実定法に組み込んでしまったことも事実である。

渉外的家族関係の増加とともに、今や国内的家族関係のみならず渉外的家族関係についてもその公証機能を期待されている戸籍制度は、もういい加減に排外思想を脱却し、内外法を対等に受け止めるグローバルな家族関係公証制度への脱皮を目指して一步を進めるべきではなからうか。もちろんそのためには法改正が王道ではあるが、まずは手近な一步として、これまでは認められてこなかったとしても、柔軟な法解釈の余地を敢えて認める姿勢を示すことにも大きな意味があるのではないかと考える。

(2) 夫婦の氏を選択しない婚姻について

これを本稿で扱っている氏を選択しない日本人夫婦に当てはめるとすれば、以下のような結論になるのではないか。

まず戸籍の編製だが、戸籍法6条の「一の夫婦」というのは、氏を選択をした同氏夫婦を指し、氏を選択していない夫婦はこれに該当しない。他方、「配偶者がいない者」の「配偶者」もまた同氏の者を指すため、氏の異なる夫婦については、6条ただし書により、夫婦それぞれと、これと氏を同じくする子ごとに戸籍を編製することになる。婚姻届に伴う新戸籍の編製に関する戸籍法14条や16条の解釈についてもこれと同様であり、別氏夫婦については夫婦の新戸籍を編製せず、夫婦それぞれは分籍等をしない限り、かつ自己と同じ氏を称する子ができない限り、父母の戸籍に入ったままとなる。さらに、同戸籍に入らないのだから、氏名記載の順序は関係ない。

しかしそれでも、戸籍の編製と戸籍の記載は別問題であるから、各当事者の身分事項欄に婚姻事項を記載すれば、編製の問題とは切り離して、その者の婚姻関係を公証することが可能となる。

7. 民法750条下における別氏夫婦の位置づけ

以上、筆者としては現行の民法750条の下でも別氏による婚姻が有効な状態で存続し得ることを示したのだが、それでもやはり、同条の存在は否定できない。もちろん、選択的夫婦別姓を支持する立場からは、同条はあくまで廃止または改正すべきものである。しかし当面は、同氏を強制する同条と別氏夫婦はいかにして併存できるのかを明らかにする必要がある。

そこで考えるに、私見によれば氏に関する意思は婚姻意思には含まれないので、最初から同氏を称するつもりのない夫婦（いわば確信的別氏夫婦）も、同氏を称する意思はあるが氏の選定の段階で合意ができない夫婦も変わりなく、婚姻意思の存在を認定することができる。

他方、もし婚姻意思に同氏を称する意思も含まれると考えると、最初から民法750条自体を拒否し、同氏を称するつもりのない夫婦は婚姻意思を欠くことになるであろう。他方において、同氏を称する意思はあり、氏の選定に努めてはいるが、結果的に合意ができない夫婦については、結果はともかく同氏に向けた意思は認められるので、その意味で婚姻意思の存在も認めることができるように思われる。問題なのは、民法が同氏を求めていることを客観的には認識しつつも、同氏に向けた合意形成まではしようとしなない夫婦をどう見るか、という点である。筆者としては、そもそも氏の選定自体、当事者の意思を離れて強制できるものではなく、夫婦が民法750条の存在を認識しているのであれば、同氏を称する意思はあるが氏の選定の段階で合意ができない夫婦と同様の扱いでよいのではないだろうか、と現時点では考えている。

8. 民法790条下における別氏夫婦の子の氏

本稿のしめくくりとして、別氏夫婦の子の氏を現行法の下でいかに決定

するか、について触れておきたい。民法790条1項では、婚内子は父母の氏を称するとされている。ここでも、父母（夫婦）は同氏であることが前提とされているのであるが、父母が別氏夫婦の場合には共通の氏がないので、子としては父母のうちいずれかの氏を称するしかない。そこで考えるに、民法790条2項では、婚外子は母の氏を称するとされており、生まれた子が婚内子か婚外子かで区別しているが、氏という観点からすれば、父母が同氏であるか否かによる区別にも結果的にはなっている。そこで、その点に注目し、別氏夫婦の婚内子については、父母が同氏でない子という意味で2項を類推適用して、母の氏を称すると考えてはどうだろうか。もちろん、そこで称した氏は一生変えられないわけではなく、民法791条により変更する余地はあるのであって、それとセットにして考えれば、子の利益の観点からも辛うじて許容できるのではなからうか。それでも問題があるとすれば、あとは民法791条を改めるしかないものとする。少なくとも、子の利益を持ち出して、自らの氏を大切にしたいと考える夫婦それぞれの利益を不当に犠牲にすることは適切とは思われない。

さいごに

本稿で取り上げたのは、あくまでも民法750条及び790条の存在を前提とし、かつ、それらの合憲性を争うのではないやり方で、別氏夫婦の存在を解釈論として認めるための試論である。そのことによる限界や制約があることは免れない。ただ、このような議論を通じて、現行法の中にあるほころびや、逆に新たな解釈のきっかけを見出すことには、解釈論としても立法論としても意義があるものと考えたい。本稿はささやかな研究ノートに過ぎないが、この問題意識を今後も発展させていけるよう努めたいと考える。

注

- (1) 他の記載事項については法務省令に委任している。
- (2) 戸籍法9条参照。
- (3) 戸籍の表示につき戸籍法9条。
- (4) 戸籍法13条。
- (5) 戸籍法107条2項。
- (6) 通則法24条2項・3項。ただし一方当事者の本国法は適用できない場合がある。
- (7) 青木義人著『戸籍法』（日本評論社・1951年）196頁。
- (8) これは後見開始審判のような他の手続にも同様の現象が見られるところである。
- (9) もしそのように解さないと、通則法24条との間に齟齬をきたすこととなる。
- (10) 渉外戸籍実務研究会著『改訂・設題解説 渉外戸籍実務の処理— I 総論・通則編—』（日本加除出版・2013年）250頁。
- (11) 吉岡誠一著・小池信行監修『新戸籍実務の基本講座 V 渉外戸籍編（2）— 婚姻・離婚・縁組・離縁・親権・未成年後見・死亡・失踪—』（日本加除出版・2013年）23頁。
- (12) 別途取消の手続をすることは可能だが、民法上、婚姻の取消に遡及効はない。民法748条1項。
- (13) 吉岡誠一著・前掲注（11）・24～25頁。
- (14) 渉外戸籍実務研究会著・前掲注 x・245頁・251～252頁。