

[判例研究]

## 氏を選択と婚姻の成否

大村芳昭

1. はじめに
2. 事実の概要
3. 争点
4. 当事者の主張
5. 裁判所の判断
6. 分析

### 1. はじめに

本稿は、いわゆる「夫婦別姓確認訴訟」（以下「本件訴訟」という）に関する東京地裁令和3年（2021年）4月21日判決（以下「本件判決」という）のうち、当事者間の婚姻の成否とその公証に関する部分に限って、事実の概要、当事者の主張、裁判所の判断を簡潔にまとめたうえで、筆者の見解を述べようとするものである。

### 2. 事実の概要

原告らは、ともにアメリカ合衆国に居住する日本人である。原告らは、1997年、ニューヨーク州において、同州法の定める婚姻の方式に従い、婚

姻許可証を得て、同州ニューヨーク市の市庁舎において、記録官の下で婚姻を挙行した。その際原告らは、夫婦が称する氏を定めず、婚姻後もそれぞれ生来の氏を称していた。

原告らは、2018年6月、千代田区長に対して婚姻の届書、ニューヨーク州で発行された婚姻証書謄本及びその抄訳文を提出して、婚姻の届出（報告的届出）をした。その際、婚姻届の「婚姻後の夫婦の氏」欄には、「妻の氏」と「夫の氏」のいずれにもレ点が付されていた。これに対して同区長は、同月、上記婚姻届について、「民法750条及び戸籍法74条1号に違反している」との理由で、不受理処分をした。

そこで原告らは、同月、本件訴訟を提起した。請求内容としては、まず主位的請求が「戸籍への記載によって原告らが互いに相原告と婚姻関係にあるとの公証を受けることができる地位にあることを確認する。」であり、また、予備的請求は「①被告が作成する証明書の交付によって原告らが相原告と婚姻関係にあるとの公証を受けることができる地位にあることを確認する。」「②被告は、原告らに対し、各10万円を支払え。」というものであった。

### 3. 争点（下記の6争点のうち、本稿4以下では 1、2、6につき割愛する。）

- (1) 方法選択の適否（確認の利益の有無①—主位的請求関係）
- (2) 即時確定の利益の有無（確認の利益の有無②—主位的請求・予備的請求①に共通）
- (3) 戸籍への記載によって婚姻関係にあることの公証を受けることができる地位の有無（主位的請求関係）
- (4) 被告が作成する証明書の交付によって婚姻関係にあることの公証を受けることができる地位の有無（予備的請求①関係）
- (5) 原告らの婚姻の成否（主位的請求・予備的請求に共通）

## (6) 立法不作為の違法の有無等（予備的請求②関係）

## 4. 当事者の主張

## ・争点（3）について

原告ら：外国の方式に従って婚姻した日本人夫婦は、戸籍法41条、13条及び10条に基づき、その婚姻について登録ないし公証を受けられる地位にある。「夫婦が称する氏」を定めずに婚姻した日本人夫婦について現行法上戸籍の編製等はできないが、「戸籍事項」と「身分事項」は異なるのであり、戸籍の編製等ができなくても、身分事項欄に「夫又は妻である旨」及び「婚姻に関する事項」（戸籍法13条6号、8号、戸籍法施行規則30条1号、35条4号参照）が記載されなければならない。これは、憲法24条や女性差別撤廃条約16条2項が求めるものであり、戸籍法の趣旨（身分関係の正確な登録・公証）や法の適用に関する通則法（以下「通則法」という）の求めるところでもある。さらに、戸籍法6条等の規定も、「夫婦が称する氏」を定めずに婚姻した日本人夫婦の婚姻関係を登録・公証することの妨げにはならない。

被告：戸籍法は、別氏婚のような日本の民法が想定しない「婚姻関係」を公証することは予定していない。戸籍法上、全ての日本人同士の夫婦は6条の編製基準により16条に基づき戸籍の編製等をする必要があるが、外国の方式に従って「夫婦が称する氏」を定めずに婚姻しその証書を提出した場合、「氏名」が記載できないことから、戸籍編製等がされず、婚姻事項を記載できない。また、16条は婚姻による戸籍変動を定める唯一の規定であり、その適用がない日本人夫婦は存在し得ない。なお、「氏を異にする夫婦」は民法や戸籍法上の根拠がなく、また民法上の氏を有しない外国人との婚姻とは同列に論じることができない。

#### ・争点（４）について

原告ら：有効に婚姻が成立した全ての日本人は、憲法24条や女性差別撤廃条約16条2項の規定に基づき婚姻関係の登録・公証を受けられる地位にある。まして、婚姻の保護が一層重視されるべき現代社会では、その必要性が高まっている。もし外国の方式に従って「夫婦が称する氏」を定めずに婚姻した日本人夫婦につき戸籍への記載ができないとしても、婚姻要件具備証明書が発行されていることなどを考えれば、戸籍法10条1項に類推適用ないし準用により証明書の作成・交付により婚姻関係を公証することが相当である。

被告：戸籍法10条1項は戸籍に記載された事項の証明に関する規定であり、原告らの戸籍について類推適用などをする前提を欠く。そもそも婚姻に関する制度は憲法上一義的には定められておらず、具体的な法制度を離れて婚姻関係の公証を受ける地位が認められるわけではない。そして戸籍制度を離れて婚姻関係の登録・公証を行うことは予定されていない。また、日本人夫婦については、憲法24条を受けて民法750条の規定が、さらにそれを受けてその手続法たる戸籍法があるのであって、我が国で婚姻関係の公証を受けるには同条の要件を満たす必要がある。原告らはこの要件を満たさないから、我が国で婚姻関係の公証を受ける地位にはない。

#### ・争点（５）について

原告ら：原告らの婚姻の成立の準拠法は通則法24条1項により日本法（民法）だが、民法731～738条の障害事由はなく、実質的成立要件は満たされている。また、原告らの婚姻の方式の準拠法は通則法24条2項によりニューヨーク州法であり、同州家事関係法の方式を満たす以上、形式的成立要件も満たしている。被告は「夫婦の称する氏」を定めることが婚姻の実質的成立要件だと主張するが、別姓訴訟大法廷判決は民法750条を婚姻の効力に関するものであり婚姻の直接の制約を定めたものではないとしており、同氏の合意が婚姻の実質的成立要件でないことは明らかである。実

務上もそのように扱われている。

被告：通則法24条1項により、原告らの婚姻の実質的成立要件には我が国の民法が適用される。そして民法750条は、婚姻の際に「夫婦が称する氏」を定めることが我が国における婚姻の実質的成立要件と定めている。ところが原告らはニューヨーク州で婚姻する際に「夫婦が称する氏」を定めなかったから、婚姻意思を欠くとともに、我が国における婚姻の実質的成立要件を欠き、我が国において婚姻が成立していない状況にある。

## 5. 裁判所の判断

### ・争点（5）について

本件判決では、「本件事案の内容に鑑み、本案前の争点に先立って、争点5（原告らの婚姻の成否）について検討する。」とした上で、以下のよう  
に述べた。

婚姻の成立に関し通則法24条1項は各当事者の本国法によると定め、また婚姻の方式について同条2項は婚姻挙行地の法によると定める。そして原告らは、社会通念上夫婦であると認められる関係の設定を欲する意思を有してニューヨーク州法所定の方式に従い婚姻を挙行したものであり、婚姻の成立に関し民法上の実質的成立要件（731～737条）にも欠けるところはないから、750条の定める婚姻の効力が発生する前であっても原告らの婚姻自体は有効に成立していると認められる。被告は、原告らが「夫婦が称する氏」を定めていないため我が国において婚姻が成立していないと主張するが、通則法24条2項及び戸籍法41条からして、婚姻挙行地である外国の方式に従って「夫婦が称する氏」を定めずに婚姻が挙行されることは当然に想定されている。そして、その場合でも、通則法24条2項がある以上、本国法上の実質的成立要件を満たす限り婚姻自体は有効に成立している。

- ・争点（3）（4）については、本判決は何ら判断を示さなかった。

## 6. 分析

### ・争点（5）について

本件判決を下すに際して、裁判所として優先的に論じなければならない論点としては、主位的請求との関係ではまず争点（1）（2）、次いで争点（3）であり、予備的請求①との関係ではまず争点（2）、次いで争点（4）であって、予備的請求②との関係では争点（6）であるものと思われるが、それらに比べて争点（5）は、上記の諸論点で原告らの主張に親和的な結論が出た場合に初めて登場する付随的論点として位置付けることも不可能ではない。

しかし本件判決は、他のすべての論点に先立って争点（5）をとりあげ、婚姻の成否について原告らの主張（我が国における原告らの婚姻の成立）を認める判断を行った。これは裁判所が、本件判決を下すために形式的に必要最低限の判示のみを行うのではなく、本件訴訟を通じて原告側が行ってきた問題提起を真正面から受け止め、それを我が国の家族法制の中で正当に位置づけようとする姿勢で本件訴訟に取り組んできた結果ではないかと筆者は推測する。そのことは、筆者が本件訴訟の口頭弁論を何回か傍聴し、また原告らの訴訟代理人と情報交換を行ってきた中で感じたことである。

筆者は、もしこの争点について裁判所が真正面から判断を下すのであれば、それは原告らの主張通り、夫婦の氏の合意がなくても婚姻の成立を認めるという結論になるであろうと考えていた。その私なりの論拠については本稿末尾の意見書で論じた通りだが、改めて述べれば以下ようになる。①婚姻の方式については挙行地法たるニューヨーク州法上の方式を満たせばよい（通則法24条2項）、②氏の選択は日本法上、婚姻届の記載事項となっている点で婚姻の方式の問題（民法739条、戸籍法74条1号）だから、

氏の選択を必要としないニューヨーク州法上の方式により婚姻できる以上、本件で氏の選択は婚姻の要件とならない、③氏の選択を婚姻の実質的成立要件の問題とみることも論理的には不可能ではないが、氏の選択を欠く婚姻が無効ないし取消可能であるとの明文規定が日本法にない（民法742～747条参照）以上、氏の選択のない婚姻だから瑕疵があるとは言えない。

この点に関する被告の主張は、氏の選択は婚姻の実質的成立要件であり（民法750条）、日本人間の婚姻には日本法が適用される（通則法24条1項）のであって、氏の選択のない婚姻は婚姻意思を欠き、かつ実質的成立要件を欠くため、我が国において成立していない、というものである。しかし、氏の選択を実質的成立要件とするなら、その要件を欠く場合の規定（無効・取消し）も同時に整備されているはずだが、氏についてはそのような規定はない（氏を選択しないから婚姻意思がないというのは、被告独自の解釈に過ぎない）。また、婚姻意思を欠く婚姻は日本法では無効（民法742条）なのであって、不成立とは異なる。「婚姻意思を欠く」と「実質的成立要件を欠く」をまとめて述べて、だから婚姻が不成立になる、というのでは論理的整合性に疑問を感じる。

### ・争点（3）について

争点（3）及び（4）は判決では触れられていないが、婚姻の成立と公証は密接な関係にあるため、ここで若干述べることにする。

争点（3）について原告側は、戸籍の編製と記載を区別し、氏を定めないことによって戸籍編製ができないとしても、婚姻事項の戸籍への記載は可能である（実際、1984年改正前の戸籍法では、外国人と婚姻した日本人につき、戸籍の変動なしに婚姻事項を身分事項欄に記載するという方法がとられていた）として、憲法24条や女性差別撤廃条約16条2項に沿った戸籍法の解釈として、戸籍による婚姻関係の公証を認めるべきであるとする。

他方、被告側は、戸籍法を民法の手続的附属法として捉え、我が国の民

法が想定しない婚姻関係の公証は予定されていないとした上で、日本人同士の別氏夫婦については、戸籍編製がされず、婚姻事項を記載することもできないとする。確かに、現行戸籍法の文言だけに拘泥すれば、まず戸籍の編製がなされて初めて戸籍の記載がされる仕組みになっているから、氏を定めない日本人夫婦については、戸籍編製ができず、よって戸籍記載もできないことになり得るのかもしれない。しかし、別氏日本人夫婦についての戸籍編製・記載については、究極的には戸籍法の改正により対応すべきものであるとしても、憲法や女性差別撤廃条約に沿った解釈運用の観点から、既存の条文を合憲的・合条約的に解釈することによって、戸籍記載を認めることはできるはずである（少なくとも技術的には、1984年戸籍法改正前の国際結婚に伴う戸籍記載の実績がある以上、戸籍は婚姻前のままで婚姻事項を記載することは可能である）。

#### ・争点（４）について

この争点は、争点（３）で論じられている戸籍記載による公証ができないことを前提として、国が作成する証明書の交付により婚姻関係の公証を実現しようとする主張である。戸籍制度を用いるかどうか、という違いはあるものの、憲法24条や女性差別撤廃条約16条2項に基づいて婚姻関係の公証を求める点では、争点（３）と問題の本質を共有する。ただ、戸籍記載による公証を求める見解に比べて、現行戸籍法上は若干特殊な戸籍記載を求める必要がない（戸籍実務側からのそういう意味での抵抗を受けずにすむ）代わりに、戸籍簿に婚姻関係の記載が残らない点で婚姻関係の公証手段としての限界を有することになる。

・以上の分析により、筆者は本件判決の争点（５）の判断に賛同したい。他方、争点（３）及び（４）について裁判所の判断に触れられなかったのは残念だが、この点については今後別の形で正当な結論が出されることを祈りたい。

・なお、参考資料については、この後の意見書で示したものを参照されたい。

## 意見書（東京地方裁判所に提出された筆者作成のもの）

2020年9月28日

中央学院大学法学部教授 大村芳昭

本意見書では、婚姻関係確認等請求事件（東京地方裁判所平成30年（行ウ）第246号）における原告らの婚姻関係が有効に成立していることを、関連する裁判例や戸籍実務との関係を踏まえて、国際私法の観点から論証する。

## 1. 婚姻の方式の準拠法

法の適用に関する通則法（以下「通則法」とする）24条2項によれば、婚姻挙行地法の定める方式に従っていれば、その婚姻は常に方式上有効なものとして認められる。加えて、一定の場合（同条3項ただし書の要件を満たさない場合）には、一方当事者の本国法の定める方式もまた有効と認められる（同条3項本文）。特に同条2項は、両当事者が日本人である場合を適用除外としていない以上、日本人どうしの婚姻であっても、婚姻挙行地が外国である場合には適用されるものと解さざるを得ない。国際私法の適用範囲については若干の議論がある（木棚照一編著『国際私法』〔成文堂・2016年〕4～5頁〔木棚照一〕）が、通説的見解であるところの、事案に涉外性がある場合のみ国際私法が適用される、との見解に立ったとしても、婚姻挙行地が外国である場合には事案に涉外性があると認められるから、国際私法の適用対象と言える。

よって、原告らの婚姻も、婚姻挙行地法の定める方式に従っていれば、婚姻は方式上有効に成立している。

なお、民法739条及び戸籍法74条の規定は、あくまで日本法上の方式により婚姻する場合（戸籍法上の創設的届出）を前提とした規律であって、上記のように外国法上の方式により婚姻する場合には適用の前提を欠く。よって、それらの規定に反することを理由に、原告らの婚姻の成立に異議を唱えることは、通則法24条2項の趣旨を理解していないものと言わざるを得ない。

## 2. 氏の選択と婚姻の成立の関係

婚姻の実質的成立要件全般については、被告が準備書面（2）第2・1（1）アで主張するように、通則法24条1項により、各当事者の本国法としての日本法による。これに対して、夫婦の氏の選択については、その準拠法につき学説は多岐に分かれており（中西康ほか著『国際私法〔第2版〕』〔有斐閣・2018年〕

358頁以下)、これといった定説のない状況であると言ってよい。

日本人と外国人の夫婦の氏については、もし婚姻の成立要件と考えるなら通則法24条1項により、婚姻の効果と考えるなら通則法25条により定められた準拠法による規律を受けることになるはずであるが、戸籍実務上は、国際私法も民法も適用せず、日本人配偶者につき戸籍法107条2項が直接適用されている(中西康ほか著・同上362～363頁参照)。

これに対して、本件のような日本人どうしの夫婦の氏については、準拠法が問題とならない国内での婚姻の場合、あるいは、渉外的婚姻で方式の準拠法が日本法となる場合には、民法739条及び戸籍法74条が適用されるから、婚姻届の際に氏の選択が必要となる。また、渉外的婚姻で方式の準拠法が氏の選択を必要とする外国法となる場合(氏の選択を必要としない外国法を方式の準拠法とすることができない場合。ただし現段階ではそのような外国法の存在を確認できていない。)には、民法739条・戸籍法74条と同趣旨の規定があればそれにより、氏の選択が必要となるものと考えられる。

他方、日本人どうしの渉外的婚姻であり、方式の準拠法が氏の選択を必要としない外国法である場合(原告らの婚姻はこれに相当する。)には、戸籍実務上、その外国法上の方式を満たしていれば婚姻は方式上有効に成立しているものとされており、報告的届出の際の氏の選択は、婚姻の成立を前提として、戸籍記載のために必要な手順として理解されているに過ぎない。

### 3. 戸籍実務及び裁判例

このような考え方は、以下のような戸籍実務や裁判例によって支持されている。

まず戸籍実務について、荒木文明著『戸籍のためのQ & A「婚姻届」のすべて』(日本加除出版株式会社、2009年)40～41頁のQ40では、「日本人同士又は日本人と外国人がその在住する外国において、その国の方式又は外国人の国の方式で婚姻をした場合、在外公館の長又は日本人の本籍地の市区町村に郵送で届出するときは、婚姻証書の謄本を提出するだけでよいですか。」との質問に対する回答の〔注〕において、次のように述べられている。

「夫婦の称する氏などについては、夫婦の協議によって定めることとなります。したがって、婚姻証書謄本によってそれが明らかでないときは、夫婦共同で届け出なければならないこととなります。しかし、夫婦の一方が証書謄本を提出する前に死亡したときは、夫婦の称する氏を定めることができないこととなります。しかし、その理由により、既に婚姻は外国の方式で成立している婚姻証書の提出及び戸籍の記載をしないということではできませんから、この場合

は、親族からの申出によって夫婦の氏を一方に定め、処理して差し支えないとされています（昭和42. 3. 2民事甲354号回答。）（〔参考文献〕戸籍実務研究会編『全訂初任者のための涉外戸籍実務の手引き』（日本加除出版株式会社・2005年）141頁以下、涉外戸籍実務研究会編『設題解説涉外戸籍実務の処理Ⅰ』（日本加除出版株式会社・2013年）198頁・200頁、南敏文編著『はじめての涉外戸籍』（日本加除出版株式会社・2003年）64頁・70頁、『戸籍』555号28頁以下）

夫婦の一方が証書謄本提出前に死亡したという例外的なケースに対する解説であるとはいえ、「既に婚姻は外国の方式で成立している」と明記しており、氏の選択はあくまで戸籍記載のための手順として述べられている。

なお、民事甲354号回答の解説（『民事月報』22巻5号）では、「本件添付の婚姻証書は、必要的記載要件（当事者の特定、婚姻成立の年月日）を充足し、正当な発給権者の証書であるので、市町村長は当該婚姻は有効に成立したものと認めざるを得ず、申立を受理すべきである。」（53頁）、「外国で婚姻を挙行したときに、夫婦の称すべき氏を定めなかったときは、戸籍法第41条の届出をなすにあたって定めればよい。」（54頁）、「戸籍には、既に効力の生じているものは、迅速に戸籍に記載し、その身分関係をいち早く公証する要請がある。」（同頁）と述べられており、いずれも、氏の選択がなくても婚姻自体は有効に成立していることを前提としている。

また、外務省欧亜局長照会（昭和42年2月4日欧西第78号）は、ドイツで婚姻した日本国民の称する氏に関する法律の見解を法務省民事局長に照会したもののだが、民事局長の回答（昭和42年3月27日民事甲365号）は、「外国の方式によって婚姻を締結した日本人男女は、戸籍法第41条の規定に従って、1カ月以内にその国に駐在する日本の大使、公使又は領事にそれを証する証書を提出し、同時に、夫婦の称する氏を届けなければならない」とする。これを見る限りでは、氏の届出をしないと婚姻の成立を認めないかのごとくであるが、続いてこの回答は、「ただし、この夫婦の称する氏については、婚姻の際に合意がなされたことを証明する必要はない。」としている。婚姻の際に氏を選択したこと（の証明）が必要ないということは、氏の選択をしない状態で婚姻が成立したことを認めると理解するほかない。

他方、裁判例としては、東京地裁平成24年9月28日判決（LLI/DB 判例秘書搭載、評釈として戸籍時報723号46頁）は、ニューヨーク州の方式で婚姻し日本に帰国したが、戸籍法41条による謄本提出を行っていないままであった日本人夫婦の一方が死亡した後、もう一方が死亡当事者の相続権を主張した事案について、「本件婚姻については、法の適用に関する通則法附則3条6項、法例13条によれば、婚姻の成立は日本法が適用され、婚姻の方式については婚姻挙行

地であるニューヨーク州法が適用されるどころ、(中略) 米国ニューヨーク州の方式に従って婚姻届をしているのであるから、婚姻の形式的成立要件を満たしているというべきである。」としている。これもまた、氏の選択がなくても婚姻の成立を認めているものと理解すべきである。

#### 4. 結語

以上から、外国法上の方式を満たす婚姻をした日本人夫婦について、氏の選択を伴う報告的婚姻届を行っていないことを理由に、その婚姻の成立を否定するとの被告の見解は、従来の国際私法に関する学説、裁判例、戸籍実務を無視した独自の見解に過ぎず、採用すべきではない。