

意見書

2020年9月28日

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（以下「通則法」とする）通則法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渉外戸籍実務の手引き』（日本加除出版株式会社・200

5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

なくと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。

以上

研究業績等一覧

1 所属

中央学院大学法学部

2 主要編著書

『国際家族法研究』（成文堂・2015年）

『涉外戸籍・国籍法研究』（成文堂・2018年）

3 主要分担執筆

谷口洋幸他編著『性的マイノリティ判例解説』（信山社・2011年）（223-226頁）

杉浦郁子他編著『パートナーシップ・生活と制度 [増補改訂版]』（緑風出版・2016年）（131-134頁、201-204頁）

C. J. Olga ed. “The Rights of the Child in a Changing World”
(Springer, 2016) pp. 191-199

4 主要論文（2. の著書に収録したものを除く）

「死後認知と国際私法上の公序」（中央学院大学法学論叢第31巻第2号1頁
（2018年）

「ハーグ条約実施法における管轄の集中」（中央学院大学法学論叢第32巻第2号1頁（2019年）

「家制度の廃止と国際私法」中央学院大学法学論叢第33巻第1号1頁（2019年）