

2020年6月15日

婚姻後の夫婦の氏に関する定め の 意義

床谷文雄

1 民法750条によって、「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」ことになる。これは、婚姻の効力規定である。婚姻してはじめて、配偶者の氏を自己の氏として称する権利を有し、義務を負う。

夫婦の氏の定めは、婚姻届の記載事項となっているが、これは、婚姻が成立すると同時に夫婦の一方の氏が変更されるという婚姻の効力が生ずるため、届出婚主義を採るわが国の法制上は、届出時に夫婦が称すべき氏が定められていなければ、婚姻成立と夫婦が同一の氏を称するという婚姻の効力の発生との間に時間差が生ずるからである。

氏についての定めは、婚姻届という方式による婚姻の手續（婚姻の形式的要件）のためのわが国の法制上の必要事項であり、届出婚主義でない国の方式により婚姻が成立する場合は、氏の定めは必ずしも必要事項ではない。韓国のように、そもそも夫婦の氏の同一性を観念しない国においては、手續における氏の定めは存在しない。夫婦として称する氏についての意思表示がなければ、婚姻の効力として夫の氏を称するとする（かつて見られた）法制や、それぞれの氏を称するという近時多く見られる法制の下では、氏に関する意思表示は、手續の一部として捉えられる。つまり、氏についての定めは、形式的要件の一部であるとはいえ、実質的要件ではない。

通常、教科書類では、婚姻の要件は、実質的要件と形式的要件に区分して講じられる。実質的要件は、「婚姻をする意思」及び婚姻適齢にあること、配偶者がいないこと、再婚禁止期間にある者でないこと、相互に婚姻が禁止される親族関係にないこと、（未成年者の父母の同意があること）が挙げられ、形式的要件は、婚姻届の受理が挙げられる。氏の定めは、婚姻の効力でありながら、事実上、婚姻障がいとなる場合があることから、事実上婚姻の要件と化しているという場合も、実質的要件と解釈されているわけではない。

2 外国の方式に従って挙行された婚姻は、当該挙行地において有効であることは当然のこと、わが国においても有効な婚姻である。『新注釈民法(17)』（169～170頁）に記述しているとおり、夫婦の氏を定めることを婚姻の手續に含まない国、あるいは定めることが義務づけられていない国の方式に従って挙行された婚姻の場合、挙行地においては、異なる氏を称する夫婦として、婚姻登録されるが、わが国の戸籍法との関係では、あらためて夫婦の称する氏を定めての届出（報告的届出）のない限り、夫婦の称する氏によって定まる戸籍筆頭者がいない以上、国内婚姻の場合と同じ形での婚姻の登録（婚姻前から夫婦の氏を称していた者を筆頭者とする戸籍の編製）をすることはできない。したがって、従来の戸籍実務によっては公証されない婚姻ということになるが、さりとて、婚姻の無効ないし婚姻の不成立というわけではなく、あくまで有効な婚姻である。いわゆる跛行婚ではない（跛行婚という言葉は、現在の国際私法では使わない）。

外国で成立した夫婦の氏を定めない日本人間の婚姻を戸籍に記載する方法としては、日本人と外国人との婚姻の場合に準じて、身分事項欄に、配偶者氏名、配偶者の国籍（日本）、配偶者の生年月日、婚姻の方式等を記載する方式を取ることが考えられる。戸籍が日本人の身分の公証のための制度である以上、外国の方式で有効に婚姻した者で、氏の定めのないものを、婚姻は不成立として切り捨てて戸籍から排除するのではなく、二重婚姻を排斥するため（公序、公共の福祉）にこそ、戸籍というわが国特有の（その是非はここではおいておく）身分公証制度の機能を活かすべきであると考えられる。

以上

研究業績等一覧
(床谷文雄)

1 所属

- ・奈良大学文学部教授
- ・比較家族史学会理事
- ・日本成年後見法学会理事
- ・国際家族法学会理事

2 主要編著書

- ・共著『プリメール民法5 家族法』(法律文化社、2000年、第2版2005年、第3版2014年)
- ・共著『民法7 親族・相続』(有斐閣、2004年、第2版2007年、第3版2011年、第4版2014年、第5版2017年、第6版2020年)
- ・共編『新家族法実務大系第2巻 親族Ⅱ親子・後見』(新日本法規出版、2008年)
- ・共編著『親子の法律相談』(有斐閣、2010年)
- ・共編著『現代相続法』(有斐閣、2010年)
- ・共編『親権法の比較研究』(日本評論社、2014年)
- ・共編『家族法と社会保障法の交錯』(信山社、2014年)
- ・共著『新プリメール民法5 家族法』(法律文化社、2018年、第2版2020年)

3 主要分担執筆

- ・「婚約、婚姻の成立要件、婚姻の無効と取消し」中川高男編『親族・相続法要説』(青林書院、1991年)
- ・共著「民法773条～789条注解」林良平・大森政輔編『注解判例民法4 親族法・相続法』(青林書院、1992年)
- ・「婚姻・離婚・嫡出子・嫡出でない子等の判例21件」遠藤浩・川井健編『民法基本判例集』(勁草書房、2004年、第2版2007年、第3版2010年)
- ・「民法750条ほか夫婦の氏・親子の氏の注釈」二宮周平編『新注釈民法(17) 親族(1)』(有斐閣、2017年)

4 主要論文

- ・「夫婦別氏制と戸籍制度」(神戸女学院大学女性学評論2号、1988年)
- ・「夫婦別氏制と戸籍制度の再検討」(民商法雑誌101巻2号、1989年、101巻3号、1989年)
- ・「民法上の氏と戸籍制度—夫婦別氏制のもたらすもの」(阪大法学153・154号、1990年)
- ・「ドイツにおける夫婦の氏の新展開」(民商法雑誌105巻3号、1991年)
- ・「夫婦の氏」川井健ほか編『講座現代家族法第2巻夫婦』(日本評論社、1991年)
- ・「氏と戸籍—夫婦・親子における」林良平・甲斐道太郎編『谷口知平先生追悼論文集1 家族法』(信山社、1992年)
- ・「婚姻および離婚法の立法課題」(法律時報1993年3月号)
- ・「続・ドイツにおける夫婦の氏の新展開」(民商法雑誌109巻2号、1993年)
- ・「民法上の氏と呼称上の氏」中川高男編『民法基本論集第Ⅶ巻家族法』(法学書院、1993年)
- ・「戸籍法の立法的課題」(法律時報2016年10月号)