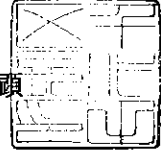




千地戸事第79号
令和5年3月30日

東京家庭裁判所家事第3部2A係 御中

千代田区長 樋口 高顕



再意見書の提出

東京家庭裁判所家事第3部令和4年(家)第5325号市町村長の処分に対する不服申立事件について、申立人らの令和4年12月28日付「第1主張書面」(以下、「第1主張書面」という。)に対し、下記のとおり意見を陳述する。

記

第1 「第1主張書面」に対する意見を陳述するにあたって

東京地方裁判所平成30年(行ウ)第246号婚姻関係確認等請求事件(令和3年4月21日判決)では、申立人らの婚姻は法の適用に関する通則法によって有効に成立していると判示している。申立人らは第1主張書面において、戸籍法は民法の手続法では不十分であり、身分関係の準拠法が外国法となった場合も同様に、戸籍によって登録公証できるよう戸籍法を解釈すべきなのに、このことについて、千代田区長が令和4年11月2日付区長意見書(以下、「意見書」という。)にて意見を述べていないことを指摘しているが、区としては、戸籍編製や戸籍記載だけでなく、戸籍が編製されるまでの間の取扱いなど、その事務処理方針について、管轄法務局に照会すべきである。一方で、管轄法務局から、申立人らの婚姻はわが国において有効に成立していないとの説明を受けていることから、婚姻が有効に成立していることを前提とした処理方針が示されるとは考えにくい。したがって、意見書への指摘に対し、意見を陳述するためには、申立人らの婚姻の有効性について言及することを避けられないと考えられるから、法定受託事務の趣旨を踏まえ、当職は戸籍法3条2項に基づき、後記第3及び第4にかかる申立人らの主張につき、東京法務局長あて照会したので、その回答を援用し、以下区長意見として記載する。なお、千代田区長からの照会文は別紙1のとおりである。

第2 区の不受理処分の理由について

区は、令和4年6月13日付で申立人らの婚姻届を民法750条及び戸籍法74条1号に違反するとして不受理処分とした。申立人らは、婚姻は有効に成立しており、届出の受理と戸籍の記載は概念的に区別されるべきであるから、それを受理しない法的根拠はなく、本件婚姻の不受理の理由となった同規定は、申立人らについて成立した婚姻を戸籍に登録するための本件届書の提出とは何の関係もないとしている。しかし、すでに意見書で述べたとおり、戸籍制度は民法に従って定められている親族的身分関係を登録公証する制度であることから、市町村長は届出を受理した場合には戸籍に記載するのが原則である。(木村三男・神崎輝明「全訂戸籍届書の審査と受理」)37ページ(別紙2第4添付資料1))。

そして、この原則に基づき、戸籍を受理した場合に遅滞なく戸籍の記載を行うことを定める戸籍法施行規則24条の規定が定められているところであり、また、戸籍の記載を届出等により行うことを定める戸籍法15条の規定は、この原則とも整合的であるといえる。

そして、届出の「受理」とは、市町村長が民法や戸籍法等を審査して適法であるとして「受付」を容認する行政処分であるところ(南敏文「最新体系・戸籍用語辞典」233ページ(別紙2第4添付資料2))、前記のとおり、届出を受理した場合には戸籍に記載することが原則である以上、市町村長が、戸籍法に基づき戸籍の編製・記載ができるかどうかを審査して、届出の受理または不受理の処分をすることは当然である。

したがって、すでに意見書で述べたとおり、すべての日本人同士の夫婦は、戸籍法6条の定める戸籍の編製基準により、戸籍法16条に基づき夫婦について新戸籍を編製する必要があるところ、夫婦が称する氏を定めず、法定記載事項である「氏名」を記載できない場合には、戸籍法上、夫婦について新戸籍が編製できず、婚姻に関する記載をすることができないから、同規定に違反することをもって不受理処分の理由としたことには十分な理由がある。

第3 申立人らの婚姻が有効に成立しているか

戸籍に関する事務は、市区町村で処理されているが、戸籍法に基づく法定受託事務であり、全国統一的な処理を行う必要があるから、令和5年3月1日付け2戸1第36号による東京法務局長の回答を援用する。(別紙2 2ページ17行目～20ページ5行目まで)

第4 仮に本件婚姻が有効に成立している場合、戸籍編製及び戸籍記載にあたり、戸籍法16条3項の類推適用ができるか

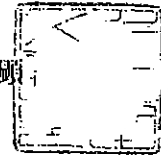
戸籍に関する事務は、市区町村で処理されているが、戸籍法に基づく法定受託事務であり、全国統一的な処理を行う必要があるから、令和5年3月1日付け2戸1第36号による東京法務局長の回答を援用する。(別紙2 20 ページ6行目～23 ページ17行目まで)



千地戸事第 35 号
令和 5 年 2 月 16 日

東京法務局長 殿

千代田区長 樋口 高顕



戸籍法第 122 条による不服申立への対応について (照会)

下記事件につきまして、家事事件手続法第 229 条第 2 項に基づく家庭裁判所の意見聴取に対する令和 4 年 11 月 2 日付け当区意見書に対し、申立人らから令和 4 年 12 月 28 日付「第 1 主張書面」が提出されました。このことについて反論をする必要があることから、戸籍法第 3 条第 2 項に基づく助言をいただきたく、下記のとおり照会いたしますので、地方自治法第 247 条第 1 項に基づき書面での回答をお願い申し上げます。

なお、第 1 主張書面については、令和 4 年 12 月 1 日事務連絡に基づき、貴局あて PDF データにてお送りさせていただいております。

記

区は、令和 4 年 6 月 13 日付で申立人らの婚姻届を民法第 750 条及び戸籍法第 74 条 1 号に違反するとして不受理処分としました。申立人らは、婚姻は有効に成立しており、届出の受理と戸籍の記載は概念的に区別されるべきであるから、それを受理しない法的根拠はなく、本件婚姻の不受理の理由となった同規定は、申立人らについて成立した婚姻を戸籍に登録するための本件届書の提出とは何の関係もないとしています。しかし、戸籍法施行規則第 24 条から、届出の受理と記載が不可分のものであることは明らかであり、夫婦の称する氏の選択がなく、届書にその記載がないことから戸籍編製及び戸籍記載ができないと結論づけるため、同規定に違反することをもって不受理処分の理由としたことには十分な理由があるものと考えています。

区は、本件不服申立は、上記理由により行った千代田区長の処分について家庭裁判所が当該不服の申立てに理由があると認めるときに相当の処分を命ずる審判をするものであって、先の東京地方裁判所平成 30 年(行ウ)第 246 号婚姻関係確認等請求事件(令和 3 年 4 月 21 日判決)とは全く異なるものと捉えていることから、令和 4 年 11 月 2 日付け当区意見書の形となりました。

しかし、同地裁判決では、申立人らの婚姻は有効に成立しており、戸籍への記載によって公証を受けることができる地位の確認については、行政事件訴訟の方法による救済よりも、戸籍法第 122 条による戸籍事件にかかる不服申立による救済の方が適切であると判示して

います。申立人らはこの判決を前提として、有効に成立している婚姻の登録公証を可能ならしめる合目的な解釈について、千代田区長が意見を述べていないと主張していることから、これについて意見を述べる前に、同地裁判決において争いとなっていた申立人らの婚姻が有効に成立しているか否かの点について明らかにしたうえで、反論として提出すべきものと判断しました。

つきましては、戸籍事務は法定受託事務であるところ、全国統一的な扱いが求められる点を踏まえ、以下につき照会いたします。

- 1 令和5年1月27日における貴局との協議において、東京地方裁判所平成30年（行ウ）第246号婚姻関係確認等請求事件（令和3年4月21日判決）における判示部分について、判決理由中の判断に過ぎず、既判力はないとの説明がありましたが、区は十分に議論し尽くされて出た判決だと重く受け止めています。さらに、貴局から申立人らの婚姻は有効に成立していないとの説明がありましたが、そのように結論付ける理由について書面でご回答をお願いいたします。
- 2 本件婚姻が仮に有効に成立していることを前提とした場合、戸籍編製及び戸籍記載にあたり、申立人らのいう類推適用は可能でしょうか。

【事件名】

令和4年（家）第5325号 市町村長の処分に対する不服申立事件
申立人 想田 和弘、柏木 規与子

2戸1第36号

令和5年3月1日

東京都千代田区長 殿

東京法務局長 坂本佳胤



戸籍法第122条による不服申立てへの対応について（回答）

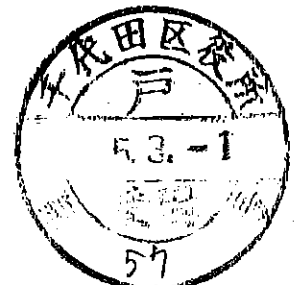
本年2月16日付け千地戸事第35号をもって照会のありました標記の件について、下記のとおり回答します。

なお、別紙意見書（案）は、本件において陳述すべきと考える意見です。

記

- 1 照会事項① 申立人らの婚姻は我が国において有効に成立しているか
回 答 別紙第2（2ページから20ページ）のとおり

- 2 照会事項② 仮に本件婚姻が有効に成立している場合、戸籍編成及び戸籍記載に当たり戸籍法16条3項の類推適用ができるか。
回 答 別紙第3（20ページから23ページ）のとおり



別紙

(案)

〇〇第 号

令和5年〇月〇日

東京家庭裁判所家事第3部 御中

東京都千代田区長 樋口 高 顕

意 見 書

東京家庭裁判所家事第3部令和4年(家)第5325号市町村長の処分に対する不服申立事件について、申立人らの令和4年12月28日付け第1主張書面(以下「第1主張書面」という。)に対し、下記のとおり意見を陳述する。

なお、略語は本意見書で新たに定めるもののほか、従前の例による。

記

第1 申立人らの婚姻について、戸籍法により戸籍に記載することができないことから本件不受理処分が適法であること

申立人らは、届出の受理と戸籍の記載は概念的に区別されるべきであることから、当職が令和4年11月2日付け意見書(以下「意見書」という。)において、申立人らの婚姻関係について戸籍に記載することができないから本件不受理処分が適法であると述べたことは、理由がないと主張する(第1主張書面・2及び3ページ)。

しかしながら、既に意見書で述べたとおり、戸籍制度は民法に従って定められている親族的身分関係を登録公証する制度であることから(意見書・2ページ)、市町村長は届出を受理した場合には戸籍に記載するのが原則である(木村三男・神崎輝明「全訂戸籍届書の審査と受理」37ページ(資料1))。そして、この

(案)

原則に基づき、戸籍を受理した場合に遅滞なく戸籍の記載を行うことを定める戸籍法施行規則24条の規定が定められているところであり、また、戸籍の記載を届出等により行うことを定める戸籍法15条の規定は、この原則とも整合的であるといえる。

そして、届出の「受理」とは、市町村長が民法や戸籍法等を審査して適法であるとして、「受附」を容認する行政処分であるところ（南敏文「最新体系・戸籍用語辞典」233ページ（資料2））、前記のとおり、届出を受理した場合には戸籍に記載することが原則である以上、市町村長が、戸籍法に基づき戸籍の編製・記載ができるかどうかを審査して、届出の受理又は不受理の処分をすることは当然である。

したがって、既に意見書で述べたとおり、全ての日本人同士の夫婦は、戸籍法6条の定める戸籍の編製基準により、戸籍法16条に基づき夫婦について新戸籍を編製する必要があるところ、「夫婦が称する氏」を定めないまま婚姻して、法定の記載事項である「氏名」を記載できない場合には、戸籍法上、新戸籍が編製できず、婚姻に関する記載をすることができない（意見書・3ページ）から、当職が本件婚姻届を不受理処分としたことは適法である。

第2 我が国において申立人らの婚姻が有効に成立していないこと

申立人らは、令和3年4月21日東京地裁判決（以下「東京地裁判決」という。）を引用し、法の適用に関する通則法（以下「通則法」という。）に基づき申立人らの婚姻が有効に成立していることを前提として、戸籍法につき合目的的とする解釈をして、戸籍の編製・記載を行うべきである旨を主張している（第1主張書面・3ないし9ページ）。

当職は、戸籍法3条2項に基づき、後記第2及び第3に係る申立人らの主張につき東京法務局長に照会したので、その回答を踏まえ、以下のとおり意見を述べる。

(案)

1 申立人らの婚姻の成立（実質的要件）につき日本民法が適用されること

通則法24条1項は、婚姻の成立に関する実質的成立要件について「婚姻の成立は、各当事者につき、その本国法による。」と定め、同条2項は、婚姻の成立に関する形式的成立要件について「婚姻の方式は、婚姻挙行地の法による。」と定めている。

本件において、婚姻の当事者である申立人らは、いずれも日本人であるから、その婚姻の成立（実質的要件）については、通則法24条1項により、申立人らの本国法である日本法、すなわち民法が適用されることとなる。

2 申立人らの婚姻は、婚姻意思を欠き、我が国において成立していないこと**(1) 婚姻意思について**

婚姻が成立するためには、実質的要件として、当事者間に婚姻意思の合致があることを要する。

婚姻意思とは、当事者間に真に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効果意思のことをいうところ（最高裁昭和44年10月31日第二小法廷判決・民集23巻10号1894ページ（資料3））、我が国における「社会通念上夫婦であると認められる関係」とは、夫婦関係を規律する民法によって想定されている夫婦関係を意味するものと解すべきである。

なぜなら、家族観が多様化している現在においては、民法等の法規範から切り離された社会通念によっては、法律上の婚姻の成立要件としての「夫婦であると認められる関係」についての基準を一義的に導くことができないからである。

また、この点については、「現在では、民法上の定型に向けられた効果意思といったように、民法によって規定された法律効果に向けた意思として婚姻意思を理解する見解が有力である」（窪田充見「家族法[第3版]」23ページ（資料4））とされているところである。さらに、最高裁平成27年12月16日大法廷判決・民集69巻8号751ページ（以下「平成27年夫

(案)

婦別姓訴訟」という。)の調査官解説でも、「『婚姻』とは、現在の法制度に基づく婚姻をいう」(畑佳秀・最高裁判所判例解説民事篇(平成27年度(下))3236ページ)として、婚姻を現行の民法等の法規範を基調とした夫婦関係の設定であるとの理解を基にした解説がなされているところである。

そのほか、「婚姻の基本的効果を享受する抽象的な意思があれば婚姻意思が認められるが、婚姻の基本的効果の一部を具体的に排除する意思があるときは婚姻意思が否定される」と説明するものもあり、同文献では、「この考え方は、婚姻だけではなく他の身分行為に関する判例の結論とも整合的である」と解説されているところである^{*1}(「新基本法コンメンタール」39ページ(資料5)、大村敦志「家族法[第3版]」130及び131ページ(資料6))。

そこで、我が国の民法によって想定されている夫婦関係がどのようなものであるかについてみると、同法は、750条において「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。」と規定しているから、民法によって想定されている夫婦関係、すなわち、我が国における社会通念上夫婦であると認められる関係であるとされるためには、両当事者が同氏を称する関係でなければならないことになる。

したがって、我が国の法制度における婚姻意思、すなわち、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効果意思には、両当事者が同氏を

*1 ここでいう婚姻に関する判例とは、最高裁昭和44年4月3日第一小法廷判決(民集23巻4号709ページ)、最高裁昭和44年10月31日第二小法廷判決(民集23巻10号1894ページ)及び最高裁昭和45年4月21日第三小法廷判決(裁判集民事99巻137ページ)を指す(資料5)。

(案)

称することに向けた意思が含まれるべきこととなる。

(2) 「申立人らの主張する婚姻意思」は、我が国の法制度によって規定された婚姻意思ではなく、申立人らの婚姻は、婚姻の要件としての婚姻意思を欠くこと

これを本件についてみると、申立人らは、「申立人らは、いずれも生来の氏を称することを希望し、また、互いに相手を尊重しているので、夫婦が称する氏は定めていない。」(申立書第2の1・1ページ)と自ら主張するとおり、アメリカ合衆国ニューヨーク州において、同州法所定の婚姻の方式を履践したとされる当時、夫又は妻の氏を夫婦の氏として称することに向けた意思を有してはおらず、むしろ、婚姻の効力を定めた民法750条の適用を積極的に否定する意思を有していたものである。そうである以上、申立人らのいずれにおいても、我が国の民法によって規定された法律効果に向けた意思を有していなかったことは明らかであり、申立人らの間には、法律行為としての婚姻の成立要件である婚姻意思の合致はなかったものといわざるを得ない。なお、我が国の法制度が規定する婚姻の効力の発生を積極的に意欲又は認識していない場合であっても、当該効力の発生を積極的に否定するものでない限り、我が国の法制度における婚姻意思は認められ得るとの考えに立ったとしても、上述のとおり、申立人らは、アメリカ合衆国ニューヨーク州法が定める婚姻の方式を履践したとされる当時において、婚姻の効力を定めた民法750条の適用を積極的に否定していたのであるから、申立人らが我が国の法制度における婚姻の意思を有していなかったことに変わりはない。

したがって、「申立人らの主張する婚姻意思」は、我が国の民法によって規定された法律効果に向けた意思ではなく、申立人らの婚姻は、我が国の法制度における婚姻の実質的要件としての婚姻意思を欠くものであって、我が国の法制度上、成立していない。

(3) 小括

(案)

以上のとおり、「申立人らの主張する婚姻意思」は、我が国の民法によって規定された法律効果に向けた意思ではなく、申立人らの婚姻については、我が国の法制度における婚姻の実質的成立要件としての婚姻意思が欠けている。したがって、申立人らの婚姻は、我が国の法制度における実質的成立要件を欠くものであって、成立していない。

3 申立人らの婚姻は、夫婦が称する氏が定められておらず、我が国において法律上成立していないこと

申立人らの婚姻が、我が国の法制度における婚姻の要件を満たしておらず成立していないことは前記2で述べたとおりであるが、夫婦が称する氏が定められていないという点からも、我が国の法制度における婚姻の要件を満たしておらず成立していない。

(1) 婚姻当事者において婚姻の際に「夫婦が称する氏」についての合意をすること（協議で定めること）が、我が国の法制度における婚姻の実質的成立要件であることを前提としていることは明らかであることについて

ア 民法750条が「夫婦が称する氏」についての合意を婚姻の実質的成立要件として定めた規定であること

(7) 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。」と定める。同条は、一般的に、明治民法以来の夫婦同氏制を踏襲することを明示した規定であると理解されており、「婚姻の際に」、夫婦が称する氏を「定める」と規定して、婚姻当事者において婚姻の際に「夫婦が称する氏」についての合意をすること（協議で定めること）を、婚姻の成立要件（実質的成立要件）とした上、「婚姻の際に定めるところに従い」「称する」として、婚姻の効果として、かかる合意（協議）に従って定められた「夫又は妻の氏」を夫婦の氏として称することを規定するものである。

(4) 民法750条の規定が、民法第2章（婚姻）の第2節（婚姻の効力）

(案)

に置かれたのは、夫婦が夫又は妻のいずれかの氏を「称する」という氏の変更の効果が発生するのは、飽くまでも、成立要件を充足した婚姻の効力によるものであることに鑑み、現行民法が既存の明治民法の改正という形式により新たに整備され、その夫婦同氏制に関する部分については、第2節（婚姻の効力）に規定が置かれていた明治民法788条に対する改正という形での手当てがされたことに由来するものにすぎない^{*2}

（我妻榮「改正 親族相続法解説」19ページ（資料10）、井戸田博史「2 戦後の民法改正と夫婦の氏」・増本敏子ほか『氏と家族=氏〔姓〕とは何か』35ページ以下（資料11）、床谷文雄「夫婦の氏」（川井

*2 昭和22年当時の民法改正に係る国会審議では、政府委員から、「大體(引用者注:「大体」のこと)氏について規定をいたしておりますことは、婚姻すれば夫婦で男か女かどちらかの氏を稱する(引用者注:「称する」のこと)。今までのように、女が男の家に入る。従つて男の家の氏を稱するというのではなく、婚姻の際協議で定める氏、その氏は男か女かどちらか一方の氏でなければならないということの規定しておく…」(昭和22年8月13日衆議院司法委員会議録212ページ2段(資料7))、「七百五十條、これは婚姻すれば、その際に夫の氏を名乗るか、妻の氏を名乗るかは、お互いの協議で決めてよろしい、尤も必ず夫か妻どちらかの氏を稱する建前でありまして、第三者の氏を勝手に稱してよいというのではありませんが、必ず夫の氏を稱しなければならないという現行法を改めまして、平等の形にいたしました」(昭和22年8月28日参議院司法委員会議録4ページ3段(資料8))、「婚姻の際に夫婦が依然としてやはり前からの氏を稱することにしておくか、あるいは両方の氏を並べて使用するということにするか、あるいはどちらか一方の氏を両方とも使用するというふうにするか、いろいろ立法例はわかれておるのでありますが、本案におきましては、夫となるものが、あるいは妻になるものが、どちらか一方の氏を夫婦両方が稱するという建前にいたしました」(昭和22年8月22日衆議院司法委員会議録250ページ4段(資料9))などと説明がなされていたところである。

(案)

健ほか編「講座・現代家族法第2巻」88ないし90ページ(資料12)、河出孝雄「家族制度全集法律編第一巻 婚姻」29ないし31ページ(資料13)、穂積茂遠「親族法」314ページ(資料14)、法令研究会編纂「親族法総覧上巻」530ないし538ページ(資料15)、新基本法コンメンタール親族〔第2版〕56ページ『本条の趣旨』(資料16)、中川善之助「新訂 親族法」219ページ(資料17)、松川正毅・窪田充見「新基本法コンメンタール親族」51ページ『第750条』(資料18))。

イ 他の民法の規定や戸籍法の規定等をも踏まえれば、婚姻当事者において婚姻の際に「夫婦が称する氏」についての合意をすることが婚姻の実質的成立要件であることはより一層明らかであること

(7) 民法739条1項、戸籍法74条1号の規定からも、「夫婦が称する氏」についての合意をすることは婚姻の実質的成立要件であることが裏付けられること

民法750条に加えて、同法739条1項、戸籍法74条1号の規定に照らせば、次のとおり、婚姻当事者が婚姻の際に「夫婦が称する氏」について合意をすること(協議で定めること)が婚姻の実質的成立要件であることは、なお一層明らかである。

すなわち、我が国の民法は、夫婦当事者の合意のみで法律婚を成立させる建前を採用しておらず、739条1項において、「婚姻は、戸籍法…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。」と定めて、当該合意に加えて婚姻の届出を要求し(かかる届出はいわゆる創設的届出と位置付けられる。)、740条において、731条から736条まで及び739条2項の要件を具備しない届出は受理されないものとする。その上で、戸籍法は、民法739条1項の「戸籍法…の定めるところ」の具体的内容として、74条1号において、「婚姻をしよ

(案)

うとする者は、「夫婦が称する氏」を「届書に記載して、その旨を届け出なければならない。」と定める。戸籍法は、民法が定める身分関係を公証することを目的とした、民法の手続的附属法であるところ(加藤令造「全訂戸籍法逐条解説」2及び3ページ(資料19))、青木義人・大森政輔「全訂戸籍法」2ページ(資料20))、戸籍法74条1号の規定は、我が国の民法が昭和22年改正を経ても、旧法同様に夫婦同氏制自体を踏襲し、「最も基本的な共同体である社会生活単位の夫婦間で同一の氏を強制すべきもの」との制度設計がされたことを受け(加藤令造「全訂戸籍法逐条解説」159ページ(資料19)、青木義人・大森政輔「全訂戸籍法」147ページ(資料20))、婚姻の届書に「夫婦が称する氏」の記載を義務付けたものである。

すなわち、婚姻の届出について「戸籍法…の定めるところにより」(同法739条1項)と規定する民法739条1項は、その手続的附属法たる戸籍法74条1号において「夫婦が称する氏」を届書の必要的記載事項と定める規定と相まって、「夫婦が称する氏」が定められた上でされる婚姻の届出をもって、婚姻の実質的成立要件とする趣旨の規定と解される。

- (イ) 民法及び戸籍法の諸規定を通覧すれば、民法が「夫婦が称する氏」の定めを婚姻の実質的成立要件と捉えていることは明らかであること

以上を要するに、民法739条、同法740条は、いずれも「婚姻の成立」の節に規定されており、これらの規定が、婚姻の成立要件を定めたこと自体は明らかであるところ、同法739条は、「夫婦が称する氏」を届出事項とする戸籍法74条と一体となって婚姻の成立要件を定めるものである。また、民法750条が、夫婦が称する氏を「婚姻の際に定める」と規定していることは前述のとおりである。このような民法や戸籍法の定めを通覧すれば、我が国の民法が、夫婦となろうとする者にお

(案)

いて「夫婦が称する氏」を定めることを婚姻の実質的成立要件と位置付けていることは明らかである。

なお、この点に関しては、昭和22年の民法改正時の国会質疑における政府委員の答弁においても、「婚姻の際協議で定める氏、その氏は男か女がどちらか一方の氏でなければならない」（昭和22年8月13日衆議院司法委員会議録212ページ2段（資料7））、「七百五十條、これは婚姻すれば、その際に夫の氏を名乗るか、妻の氏を名乗るかは、お互いの協議で決めてよろしい、尤も必ず夫か妻どちらかの氏を称する建前」（昭和22年8月28日参議院司法委員会議録4ページ3段（資料8））、「婚姻の際に夫婦が依然としてやはり前からの氏を稱することにしておくか、あるいは両方の氏を並べて使用するというようにするか、あるいはどちらか一方の氏を両方とも使用するというふうにするか、いろいろ立法例はわかれておるのでありますが、本案におきましては、夫となるものが、あるいは妻になるものが、どちらか一方の氏を夫婦両方が稱するという建前にいたしたのであります。」（昭和22年8月22日衆議院司法委員会議録250ページ4段（資料9））などと、婚姻の際に夫婦当事者が「夫婦が称する氏」についての合意をすること（協議で定めること）が婚姻の実質的成立要件であることを前提とした答弁がなされているところである。

ウ 最高裁大法廷の判断においても、婚姻当事者において婚姻の際に「夫婦が称する氏」についての合意をすること（協議で定めること）が我が国における婚姻の実質的成立要件であることが当然の前提とされていること

(ア) 平成27年夫婦別姓訴訟の判示中には、「婚姻をすることについての直接の制約を定めたものではない。」、「仮に、婚姻及び家族に関する法制度の内容に意に沿わないところがあることを理由として婚姻をしないことを選択した者がいるとしても、これをもって、直ちに上記法制度を

(案)

定めた法律が婚姻をすることについて憲法24条1項の趣旨に沿わない制約を課したものと評価することはできない。」「ある法制度の内容により婚姻をすることが事実上制約されることになっていることについては…」などと、婚姻の際に協議で夫婦の氏を定めなければならないという事象を「制約」と表現している部分が見受けられるところ、このこと自体、平成27年夫婦別姓訴訟最判が、夫婦が称する氏を定めなければ婚姻をすることができないこと(夫婦が称する氏を定めることは婚姻の実質的成立要件であること)を当然の前提としていることの現れであるといえる。そして、このことは、同判決の他の箇所には、「本件で問題となっているのは、婚姻という身分関係の変動を自らの意思で選択するに伴って夫婦の一方が氏を改めるという場面」(多数意見)との説示部分や、「婚姻は、戸籍法の定めるところにより、これを届け出ることによってその効力を生ずるとされ(民法739条1項)、夫婦が称する氏は婚姻届の必要的記載事項である(戸籍法74条1号)。したがって、(中略)夫婦が称する氏を選択しなければならないことは、婚姻成立に不合理な要件を課したものとして婚姻の自由を制約するもの」(岡部補足意見)といった説示部分が見受けられることをも踏まえれば、なお一層明らかである。

なお、上記判示中に、民法750条について、「婚姻の効力の一つとして夫婦が夫又は妻の氏を称することを定めたものであり、婚姻をすることについての直接の制約を定めたものではない」との説示部分があることから、同条は婚姻の効力要件を規定したものにすぎず、平成27年夫婦別姓訴訟最判が上記のとおり判示したことにつき、実質的成立要件であることを前提としたものではないとの見解も考えられるところ、民法750条には、夫婦が夫又は妻のいずれかの氏を「称する」という氏の変更の効果が発生するのが婚姻の直接的効果であるという意味におい

(案)

て、婚姻の効力規定という側面がある以上、平成27年夫婦別姓訴訟の判文中に、「婚姻の効力の一つとして夫婦が夫又は妻の氏を称することを定めた」との説示部分があることは、民法が「夫婦が称する氏」についての合意を婚姻の実質的要件と捉えているか否かということと本来的に直結する事柄ではない。もっとも、上記判示部分は、我が国が採用する夫婦同氏制の下、法律上の婚姻をするか否かは当事者が自由に選択する事柄であり、上記法制度が意に沿わないとして婚姻をしないことを選択した者がいるとしても、このことから、民法が婚姻をすることについて憲法24条1項の趣旨に沿わない制約を課したとはいえないとの判断を示す中で、我が国の夫婦同氏制の下での婚姻の効果として民法750条に言及しているものにすぎない^{*3}。したがって、平成27年夫婦別姓訴訟最判について、婚姻当事者において婚姻の際に「夫婦が称する氏」についての合意をすること（協議で定めること）が我が国における婚姻の実質的成立要件であることを当然の前提としているものと解される。

*3 この点については、平成27年夫婦別姓訴訟の調査官解説においても、『婚姻をするかどうか、いつ誰と結婚するか』を当事者間で自由に意思決定し、故なくこれを妨げられないという意味において、『婚姻をすることについての自由』が保障されているとはいえると考えられ、本判決はこの趣旨を明らかにしたものである。」「この場面における『婚姻』とは、現在の法制度に基づく婚姻をいうのであって、仮にその婚姻の内容に意に沿わないところがあることを理由として婚姻をしないことを選択した者がいるとしても、それは、むしろ法制度の内容をどのように定めるべきかという制度の構築の問題であって、国会の立法裁量の範囲を超えるものであるか否かの検討の場面で考慮すべき事項であると思われる。本判決は、このような観点から、憲法24条全体の議論として検討を加えたものと思われる。」(畑佳秀・最高裁判所判例解説民事篇(平成27年度(下))749ないし751ページ)と解説されている。

(案)

- (イ) また、最高裁令和3年6月23日大法廷決定(集民266号1ページ。以下「令和3年夫婦別姓最決」という。)は、平成27年夫婦別姓訴訟を踏襲して、民法第750条や戸籍法74条1号の規定が合憲である旨

(案)

判示した。令和3年夫婦別姓最決の補足意見^{*4}では、「民法750条を

*4 裁判官深山卓也、同岡村和美、同長嶺安政の補足意見は、次のとおりである。

私たちは、本件各規定は憲法24条に違反するものとはいえず、平成27年大法院判決の判断を変更する必要はないとする多数意見に賛同するものであるが、その趣旨等について若干の点を補足して述べておきたい。

1 まず、所論は、本件各規定が、夫婦となろうとする者の一方が従前の氏を改めて夫婦同氏とすることを婚姻の要件としており、婚姻に対する法律上の直接的な制約となっているという。

確かに、民法750条を受けて、戸籍法74条1号は、夫婦が称する氏を婚姻届の必要的記載事項としており、これを記載しなければ、婚姻届は受理されず、婚姻は効力を生じないのであるから(民法739条1項、740条)、その点を捉えれば、本件各規定は、夫婦同氏とすることを婚姻の要件としており、婚姻に制約を加えるものということもできる。

しかしながら、ここでいう婚姻は法律婚であって、その内容は、憲法24条2項により婚姻及び家族に関する事項として法律で定められることが予定されているものであるところ、民法750条は、婚姻の効力すなわち法律婚の制度内容の一つとして、夫婦が夫又は妻の氏のいずれかを称するという夫婦同氏制を採っており、その称する氏を婚姻の際に定めるものとしている。他方で、我が国においては、氏名を含む身分事項を戸籍に記載して公証する法制度が採られており、民法739条1項において、婚姻は、そのような戸籍への記載のための届出によって効力を生ずるという届出婚主義が採られている。そして、これらの規律を受けて、戸籍法74条1号は、婚姻後に夫婦が称する氏を婚姻届の必要的記載事項としているのである。民法及び戸籍法が法律婚の内容及びその成立の仕組みをこのようなものとした結果、婚姻の成立段階で夫婦同氏とするという要件を課すこととなったものであり、上記の制約は、婚姻の効力から導かれた間接的な制約と評すべきものであって、婚姻をすること自体に直接向けられた制約ではない。

また、憲法24条1項は、婚姻をするかどうか、いつ誰と婚姻をするかについては、当事者間の自由かつ平等な意思決定に委ねられるべきであるという趣旨を明らかにしたものであるところ、こ

(案)

ここでいう婚姻も法律婚であって、これは、法制度のパッケージとして構築されるものにほかならない。そうすると、仮に、当事者の双方が共に氏を改めたくないと考え、そのような法律婚制度の内容の一部である夫婦同氏制が意に沿わないことを理由として婚姻をしないことを選択することがあっても、これをもって、直ちに憲法24条1項の趣旨に沿わない制約を課したものと評価することはできない。したがって、夫婦同氏とすることを婚姻の要件と捉えたとしても、本件各規定が憲法24条1項に違反すると直ちにいうことはできず、平成27年大法廷判決もこの趣旨を包含していたものと理解することができる。

(案)

受けて、戸籍法74条1号は、夫婦が称する氏を婚姻届の必要的記載事項としており、これを記載しなければ、婚姻届は受理されず、婚姻は効力を生じないのであるから（民法739条1項、740条）、その点を捉えれば、本件各規定は、夫婦同氏とすることを婚姻の要件としており、婚姻に制約を加えるものということもできる」、「民法750条は、婚姻の効力すなわち法律婚の制度内容の一つとして、夫婦が夫又は妻の氏のいずれかを称するという夫婦同氏制を採っており、その称する氏を婚姻の際に定めるものとしている。他方で、我が国においては、氏名を含む身分事項を戸籍に記載して公証する法制度が採られており、民法739条1項において、婚姻は、そのような戸籍への記載のための届出によって効力を生ずるという届出婚主義が採られている。そして、これらの規律を受けて、戸籍法74条1号は、婚姻後に夫婦が称する氏を婚姻届の必要的記載事項としているのである。民法及び戸籍法が法律婚の内容及びその成立の仕組みをこのようなものとした結果、婚姻の成立段階で夫婦同氏とするという要件を課すこととなった」、「夫婦同氏とすることを婚姻の要件と捉えたとしても、本件各規定が憲法24条1項に違反すると直ちにいうことはできず、平成27年大法廷判決もこの趣旨を包含していたものと理解することができる。」旨説示している（深山、岡村、長嶺補足意見）。このように、令和3年夫婦別姓最決の補足意見においては、民法750条に加えて、民法第739条第1項及びその手続的附属法たる戸籍法74条1号が、「夫婦同氏とすることを婚姻の要件として」定めるものであること、「婚姻の成立段階で夫婦同氏とするという要件を課」すものであることが、より端的かつ明確に示されているところ、婚姻の実質的要件に関するこのような立場は、補足意見が与する多数意見及びそれが踏襲する平成27年大法廷判決においても、前提とされているものといえる。

(案)

エ 小括

以上のとおり、最高裁大法廷の判断においても、これまで述べたところと同様、婚姻当事者において婚姻の際に「夫婦が称する氏」についての合意をすること(協議で定めること)は、我が国における婚姻の実質的成立要件であると捉えられているものと解される。

(2) 申立人らは、夫婦が称する氏を定めておらず、申立人らの婚姻は、実質的成立要件を欠くこと

これを本件についてみると、申立人らは、「申立人らは、いずれも生来の氏を称することを希望し、また、互いに相手を尊重しているので、夫婦が称する氏は定めていない。」(申立書第2の1・1ページ)と自ら主張するのとおり、アメリカ合衆国ニューヨーク州において、同州法所定の婚姻の方式を履践した際に、夫婦が称する氏を定めていなかったのであるから、申立人らの婚姻は、実質的成立要件を欠くものである。

(3) 小括

以上のとおり、申立人らは、夫婦が称する氏を定めておらず、申立人らの婚姻は、実質的成立要件を欠く。したがって、申立人らの婚姻は、実質的成立要件を欠き、我が国においては成立していない。

4 東京地裁判決には看過し難い誤りがあること

東京地裁判決は、申立人らの請求の一部を却下し、その余を棄却したものであり、申立人らの請求を全面的に退けたという点において、その結論は相当といえる。もっとも、東京地裁判決の理由中には、本件について、「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示して(中略)ニューヨーク州において、ニューヨーク州所定の婚姻の方式に従い、婚姻を挙行したものと認められるのであって、婚姻の成立に関し、原告らの本国法である民法上の実質的成立要件(民法731条から737条まで)にも欠けるところは認められないから、民法750条の定める婚姻の効力が発生する前であっ

(案)

ても、原告らの婚姻自体は有効に成立しているものと認められる。」と判示する部分や（甲3・21ページ）、「『夫婦を称する氏』を定めないまま婚姻した日本人夫婦が民法750条により婚姻の効力として定めなければならないこととされている『夫婦が称する氏』を定めるまでの間」は、日本法上、「暫定的な状態の婚姻関係」にあると判示する部分がある（甲3・27及び28ページ）。

東京地裁判決のこれらの判示部分について、判決理由中の判断にすぎず、既判力は生じない（民事訴訟法114条参照。秋山幹男ほか「コンメンタール民事訴訟法Ⅱ〔第3版〕」494ページ。資料21）ものの、その内容には、後記(1)から(3)までで詳述するとおり、看過し難い誤りがある。

(1) 申立人らに婚姻意思を認めている根拠が不明であること

前記2のとおり、「申立人らの主張する婚姻意思」は、我が国の民法によって規定された法律効果に向けた意思ではなく、申立人らの婚姻は、実質的成立要件としての婚姻意思を欠くことが明らかである。この点、当該訴訟においても、被告国が、申立人らの婚姻は実質的成立要件としての婚姻意思を欠くものである旨主張していたにもかかわらず、東京地裁判決は、申立人らの婚姻意思を認める根拠について明確に判示することなく、申立人らの婚姻自体は有効に成立しているものと認められる旨の判示をしたものである。

(2) 夫婦が称する氏を定めることを婚姻の実質的要件と解しない理由が不明確又は誤りであること

民法750条は、「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、民法上、有効に婚姻するためには、前記3のとおり、婚姻の前に夫婦が称する氏を定めることが必要と解されるものである。しかるに、東京地裁判決は、前記のとおり、婚姻前に夫婦が称する氏を定めることを婚姻の実質的成立要件と解しないとの立場を採ったが、かかる立場を採用した理由については、明確に判示するところがない。

かえって、東京地裁判決の理由中の「民法750条は、婚姻の効力を定め

(案)

た規定であるところ（別姓訴訟大法廷判決）」との判示からは、平成27年別姓訴訟について、これが、「夫婦が称する氏」についての合意が婚姻の実質的要件であることを前提とするものと解されるにもかかわらず（前記6）、その趣旨を正解することなく、婚姻前に夫婦が称する氏を定めることは婚姻の実質的成立要件ではないとの誤った判断を根拠としたことがうかがわれる。

(3) 「暫定的な状態の婚姻関係」という著しく不明確な独自の概念を新たに創出していること

東京地裁判決においては、前記のとおり、外国で「夫婦が称する氏」を定めないまま婚姻した夫婦について、「夫婦が称する氏」を定めるまでの間は、日本法上、「暫定的な状態の婚姻関係」にある旨判示している。

しかしながら、このような「暫定的な状態の婚姻関係」という、実務上又は学説上議論の対象とされたかどうかさえ明らかではない概念が、具体的にいかなる法律関係を意味するのかは全く不明であって、かかる独自の概念を新たに作出して現実の問題に当てはめることは、著しく不相当であるといわざるを得ない。現実問題としても、「暫定的な状態の婚姻関係」の下で、相続、子の嫡出性、姻族関係等の効果が発生するかは明らかではない。そのため、これらの重大な法律問題に係る深刻な紛争を誘発するおそれが大きいほか、税務上の配偶者控除が認められるかなど、行政上の取扱いにおいても混乱を招くことは避け難いと考えられる。

このように、東京地裁判決は、婚姻の成立という重大な身分行為について、「暫定的な状態の婚姻関係」という、法律上の効果が全く不明な独自の概念を新たに作出した上で、その成立を認めたものであるが、かかる判断は、いかに理由中の判断にすぎないとはいえ、婚姻関係及びそれを前提とする法律関係の安定性を著しく害するものであるとともに、婚姻の成立という重大な身分行為に関する法律上の規律について、その潜脱を容易にするに等しく、

(案)

著しく不合理、不相当なものといわざるを得ない。

(4) 小括

以上のとおり、東京地裁判決の理由は、看過し難い誤りがあるものであって、本件において申立人らの主張の根拠の当否を判断するに当たり、参照されるべきものではない。

第3 外国にある日本人同士が外国法の定める方式によれば夫婦が称する氏を定めないで婚姻をすることができると仮定した場合においても、戸籍法上、申立人らの戸籍に婚姻に関する記載ができないこと

1 申立人らの婚姻は、戸籍法により戸籍の記載ができないこと

(1) 申立人らが主張するような「氏を異にする夫婦」というものが民法上認められていないことは以上のとおりであるが、仮にそのような状態が認められると仮定したとしても、後記のとおり、戸籍法により申立人らの戸籍に婚姻に関する記載ができないことは明らかである。。

(2) 既に意見書で述べたとおり、戸籍制度は、民法に従って定められる親族的身分関係を登録公証する制度であり、戸籍法は、民法の親族に関する規定の手続法という法的性質を有している（意見書・2ページ）ところ、民法750条が日本人同士の夫婦の称する氏は婚姻時までには一つに定まっていることを前提としている以上、戸籍法の制度設計がこれと前提を異にするものでないことは当然であるから、戸籍法は「夫婦が称する氏」を定めないまま婚姻した日本人夫婦について、戸籍に記載する規律を何ら定めていない。

また、民法と戸籍法が実体法と手続法という関係にある以上、戸籍法が民法を離れて、「夫婦が称する氏」を定めないまま婚姻した夫婦について、戸籍法に基づき戸籍の記載を認めているとはいえない。

この戸籍法の立法経緯、戸籍法の規定及び民法と戸籍法の関係については、加藤令造「全訂戸籍法逐条解説」（資料19）も、「戸籍法は本来民法の附属法たる特性を有するものであり、…かくして、改正新民法（昭和22年法

(案)

律第222号)が、昭和23年1月1日から施行せられるに歩調をあわせて、新戸籍法(昭和22年12月22日法律第224号)が、同時に施行せられたのである(2及び3ページ)、「夫婦は婚姻する際に必ず協議により夫または妻のいずれかの氏を称するかを定め(民法750条)、婚姻の届書にはこれを記載しなければならない(法(引用者注:戸籍法)74条1号)。このことは、最も基本的な共同体である社会生活単位の夫婦間で同一の氏を強制すべきものとされたためである(159ページ)、『夫婦が称する氏』の記載が必要とされる。夫婦は婚姻の際に定めるところにしたがって、夫または妻の氏を称さねばならない(民法750条)。そのため婚姻にあたって、夫の氏か妻の氏かいずれか一方の氏を協議によって選定し、これを婚姻の届書に表示すべきである(469ページ)などと解説している。また、青木義人・大森政輔「全訂戸籍法」(資料20)も、「明治31年民法の制定に伴って、戸籍制度に根本的な改革が行われ、…もっぱら身分法上の公証のみを目的とする制度に純化された。すなわち、民法が詳細な身分関係の規定を設け、しかもその多くの重要な身分関係が戸籍の届出によって効力を生ずることとされたのに相応じて、戸籍は、これらの身分関係を公証する公正証書となり、戸籍法は、民法の手続的附属法である性質をもつに至った(2ページ)、「夫婦は、婚姻の際に、必ず協議によってそのいずれの氏を称するかを定め(民法750条)、婚姻の届書にこれを記載することを要する(74条1号)。これは、最も基本的な生活共同関係たる夫婦間においては、同一の氏を強制すべきものとされたためであり(147ページ)、『夫婦が称する氏』の記載が必要とされる。夫婦は、婚姻の際に定めるところに従い、夫または妻の氏を称するのであって(民法750条)、そのため婚姻にあたって、夫の氏か妻の氏かいずれか一方の氏を協議によって選定し、これを届書に表示すべきである(339ページ)などと解説している。

(3) したがって、外国にある日本人同士が外国法の定める方式によれば夫婦が

(案)

称する氏を定めないで婚姻をすることができる（民法750条が適用されない日本人同士の夫婦が生じ得る）と仮定した場合においても、既に意見書で述べたとおり、全ての日本人同士の夫婦は、戸籍法6条の定める戸籍編製の基準により、戸籍法16条に基づき夫婦について新戸籍を編製する必要があることから、「夫婦が称する氏」を定めないまま婚姻して法定の記載事項である「氏名」を記載することができない以上、夫婦について新戸籍を編製することもできないため、戸籍法上、申立人らの戸籍に婚姻に関する記載をすることができないことは明らかである（意見書・3及び4ページ）。

2 本件婚姻届の戸籍の編製は戸籍法6条の例外として、同法16条3項の規定を類推適用できるという申立人の主張は認められないこと

- (1) 申立人らは、外国法が定める方式により有効に成立している婚姻については、戸籍への登録・公証を可能ならしめる合目的的な解釈をしなければならないことから（第1主張書面・4及び5ページ）、戸籍法6条ただし書が規定する戸籍の編製基準の例外として、戸籍法16条3項を類推適用し、申立人ら各自の戸籍を編製することが可能である旨主張する（第1主張書面・7ページ）。
- (2) しかしながら、前記1で述べたとおり、戸籍法は「夫婦が称する氏」を定めないまま婚姻した日本人夫婦について、戸籍に記載する規律を何ら定めおらず、戸籍法が民法を離れて、「夫婦が称する氏」を定めないまま婚姻した夫婦について、戸籍の記載を認めているとはいえない。
- (3) そのため、戸籍法6条の但書は、「日本人でない者と婚姻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」と限定しており、本件のように、日本人同士の婚姻の場合に適用できる規定でないことは明らかである。既に意見書で述べたとおり、昭和25年1月23日付け民事甲第145号(ロ)36号民事局長回答（資料22）により、届出事件に関する証書の謄本のみ

(案)

では、その法定の記載事項を記載することができない場合には、戸籍の記載に必要な事項を申し出させ、戸籍の記載をすることになり（意見書・3ページ）、申立人らは、この申出をすれば、婚姻事項が戸籍に記載されるのであるから、戸籍に記載するために、例外的取扱いを認めなければならない理由もない。

- (4) そして、戸籍法16条3項は、「日本人と外国人との婚姻の届出があつたときは、その日本人について新戸籍を編製する」と規定しており、本件のように、日本人同士の婚姻の場合に適用できる規定でないことは明らかである。
- (5) そもそも、戸籍法6条ただし書及び戸籍法16条3項の規定は、外国人と婚姻した日本人について、多くの場合に子の出生により新戸籍を編製しなければならないことから、婚姻の届出のときに新戸籍を編製することが望ましいという趣旨に基づいて、昭和59年法律第45号により定められたものである（「民事月報 Vol.39 号外 国籍法・戸籍法改正特集」62ないし64ページ（資料23））。
- (6) 以上のとおり、夫婦が称する氏を定めないまま外国の方式で結婚した日本人夫婦について、戸籍法16条3項を類推適用して各自が筆頭者となった戸籍を編製することは現行法上許容されない。

第4 添付資料

- 1 木村三男・神崎輝明「全訂戸籍届書の審査と受理」37ページ
- 2 南敏文監修「最新体系・戸籍用語辞典」233ページ
- 3 最高裁昭和44年10月31日第二小法廷判決
- 4 窪田充見「家族法[第3版]」（有斐閣、2017年）23ページ
- 5 「新基本法コンメンタール親族」39ページ
- 6 大村敦志「家族法[第3版]」130及び131ページ
- 7 昭和22年8月13日衆議院司法委員会議事録212ページ

(案)

- 8 昭和22年8月28日参議院司法委員会議事録4ページ
- 9 昭和22年8月22日衆議院司法委員会議事録250ページ
- 10 我妻榮「改正 親族相続法解説」19ページ
- 11 井戸田博史「2 戦後の民法改正と夫婦の氏」・増本敏子ほか『氏と家族
=氏〔姓〕とは何か』35ページ以下
- 12 床谷文雄「夫婦の氏」(川井健ほか編「講座・現代家族法第2巻」)88な
いし90ページ
- 13 河出孝雄「家族制度全集法律編第一巻 婚姻」29ないし31ページ
- 14 穂積茂遠「親族法」314ページ
- 15 法令研究会編纂「親族法総覧上巻」530ないし538ページ
- 16 松川正毅・窪田充見「新基本法コンメンタール親族」56ページ
- 17 中川善之助「新訂 親族法」・219ページ
- 18 「新基本法コンメンタール親族法」51ページ
- 19 加藤令造「全訂戸籍法逐条解説」(抜粋)
- 20 青木義人・大森政輔「全訂戸籍法」(抜粋)
- 21 秋山幹男ほか「コンメンタール民事訴訟法Ⅱ [第3版]」(日本評論社、
2022年)494ページ
- 22 昭和25年1月23日付民事甲第145号(二)36号民事局長回答
- 23 民事月報 Vol.39 国籍法・戸籍法改正特集 (抜粋)