千地戸事第 50 号
令和 6 年 4 月 18 日

東京家庭裁判所家事第 3 部　御中

千代田区長　樋口　高顕

第 2 主張書面に対する意見書の提出

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 5 年 10 月 17 日付「第 2 主張書面」（以下、「第 2 主張書面」という。）を受け、下記のとおり意見を陳述する。

記

申立人らは第 2 主張書面 14 頁において、「木村三男・神崎輝明「全訂戸籍届書の審査と受理」37 頁は、届出を受理しても戸籍の記載を必要としない事例を多数挙げていて、戸籍の編製・記載ができなければ届出が受理されるべきではないとの主張自体、根拠に乏しい」と主張している。しかし、同頁は、あくまでも、法律上定められた要件を満たしていることにより受理されるものの、外国人に関する届出や死産届等そもそも戸籍の記載をする必要がない届出を列挙しているものであるところ（区長再意見書資料 1）、本件婚姻届は、戸籍法第 74 第 1 号の要件を満たさないために受理をすることができないものであるから、「受理をしても」戸籍の記載を必要としない事例と同様に捉えることはできない。

その他、東京法務局長回答に対する主張につき、東京法務局長あて照会したので、その回答を援用し、区長意見とする。

千地戸事第１２号
令和６年１月１７日

東京法務局長殿

千代田区長　樋口 高顕

令和４年（家）第５３２５号市町村長処分不服申立事件に関する対応について（照会）

標記事件について、家庭裁判所家事分室より令和５年12月５日付け事務連絡にて令和５年３月３０日付け当区再意見書に対しての申立人から再度の主張書面（第２主張書面）の送付がありました。

戸籍に関する事務は、戸籍法に基づく法定受託事務であることから、令和５年３月１日付け２戸１第36号による法務局長回答を援用して再意見書を提出した事項についての申立人からの意見がありますので、反論主張を行うに際して再度、ご意見頂戴いたしたく照会いたします。

なお、今回の家庭裁判所への意見書の提出期限は令和６年４月３０日までとなっておりますのでよろしくお願いいたします。

【令和５年１０月１７日付第２主張書面】　別紙のとおり

担当
千代田区総合窓口課戸籍係　秋本
（０３－３２６４－２１１１）

２戸１第１７号
令和６年３月２１日

東京都千代田区長　殿

東京法務局長　山口敬之

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１月１７日付け千地戸事第１２号をもって照会のありました標記の件について、別添意見書（案）のとおり回答します。

なお、別添意見書（案）は、本件において陳述すべきと考える意見です。

（案）

○○第　　号
令和６年○月○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５年１０月１７日付け第２主張書面（以下「第２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　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

１　婚姻意思について

(1) 申立人らは引用する判例の趣旨を正解していないこと

申立人らは、「「婚姻の本質は、両性が永続的な精神的及び肉体的結合を目的として真摯な意思をもつて共同生活を営むことにある」（最高裁判所大法廷昭和６２年９月２日判決・民集４１巻６号１４２３頁所収）ところ、そのような関係の設定を欲するために両当事者が同氏を称する必要があるとは言えない」として、婚姻意思には両当事者が同氏を称することに向けた意思は含まれないと主張する（第２主張書面・４ページ）。

しかしながら、申立人らの引用する上記判例は、婚姻の成立には、当事者間に「両性が永続的な精神的及び肉体的結合を目的として」真摯に共同生活を営む意思が必要であると判示しているにすぎず、そのような意思があれば「夫婦が称する氏」を定めなくても、又はそれを定める意思がなくても、婚姻は成立すると判示しているものではない。

また、申立人らは、「最高裁判所大法廷平成２７年１２月１６日判決（以下「別姓訴訟大法廷判決」という。民集６９巻８号２５８６頁所収）は、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」であって、「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」」との判示を引用しているが、同判示の趣旨は、民法７５０条は、我が国における婚姻とはどのような効力を有するものであるかを定めた規定で

あるとした上で、そのような効力を有する婚姻をするか否かについては当事者が自由に選択することができるから、「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」（平成２７年夫婦別姓訴訟最判）憲法２４条１項との関係では、「直接の制約を定めたものではない」というものである。

したがって、平成２７年夫婦別姓訴訟最判は、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成立要件であること）を当然の前提としているのであって、民法上、夫婦が称する氏を定めることは婚姻の成立要件とされていないという判断を示したものではない。

したがって、申立人らは引用しているいずれの判例の趣旨も正解しておらず、申立人らの上記主張には理由がない。

(2) 両当事者が同氏を称することに向けた意思が婚姻意思に含まれていないとの「国民の実感」があるとはいえないこと

申立人らは、「平成３０年２月付内閣府「家族の法制に関する世論調査」によれば、「名字（姓）を変えたくないという理由で、正式な夫婦となる届出をしない内縁の夫婦もいると思う」と答えた者の７４．６％は、「同じ名字（姓）を名乗っていなくても、正式な夫婦と同じような生活をしていれば、正式な夫婦と変わらないと思う」と回答していて、国民の実感としても、「当事者間に真に社会観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」である婚姻意思に「夫婦が同氏を称することに向けた意思」が含まれていない」と主張する（第２主張書面・４ページ、甲１２－７・１０及び１１ページ）。

しかしながら、平成３０年２月付内閣府「家族の法制に関する世論調査」において、「世間には、正式に結婚している夫婦と全く同じ生活をしているけれども、正式な夫婦となる届出をしていないという男女（内縁の夫婦）がいます。あなたは、そのような内縁の夫婦の中に、双方がともに名字（姓）を変えたくないという理由で、正式な夫婦となる届出をしない人がいると思いますか。」との質問に「名字（姓）を変えたくないという理由で、正式な夫婦となる届出をしない内縁の夫婦もいると思う」と回答した人が全体の６７．４％であるため、「そのような内縁の夫婦は法律（民法）上は正式な夫婦として認められませんが、あなたは、そのような男女についてどのように思いますか。」との質問に「同じ名字（姓）を名乗っていなくても、正式な夫婦と同じような生活をしていれば、正式な夫婦と変わらないと思う」と回答したのは、調査の対象者全体の５０．２８％にすぎず、その結果のみを理由として、両当事者が同氏を称することに向けた意思が婚姻意思に含まれていないとの「国民の実感」があるとまでいうことはできない。

したがって、上記申立人らの主張には理由がない。

(3) 婚姻意思の内容は、日本人同士が婚姻する場合と日本人と外国人とが婚姻する場合とで異なること

申立人らは、「日本人が外国人と婚姻する場合、民法７５０条の適用はなく、両当事者が同氏を称することに向けた意思自体観念できないが、日本人と婚姻する場合と外国人と婚姻する場合とで、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（婚姻意思）が異なる理由などあるはずがない」と主張する（第２主張書面・５ページ）。

しかしながら、外国人は元来我が国における民法上の氏を有していないことから、日本人と婚姻をした場合に婚姻時における氏の取扱いについて日本法が準拠法となったとしても、民法上の氏を有しないため、民法７５０条が適用されることがないのであり、そうである以上、婚姻意思の内容が、日本人同士が婚姻する場合と日本人と外国人とが婚姻する場合とで異なるのは当然である。

したがって、上記申立人らの主張には理由がない。

２　「夫婦が称する氏」についての合意

申立人らは、「民法は、婚姻の無効事由及び取消事由を明文で限定しているが、「夫婦が称する氏」を合意していないことについて、婚姻障害として無効又は取消しうるとする定めはない」ことや「「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であると論じる学説は見当たらない」ことを指摘し、「夫婦が称する氏」についての合意は婚姻の実質的成立要件ではないと主張する（第２主張書面・８及び９ページ）。

しかしながら、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。」として、氏の選定の時期を「婚姻の際」と規定し、「本条を受けて、『夫婦の称する氏』は、婚姻届の必要的記載事項とされる」ものであるというのが民法の一般的理解であるとされており（資料１）、届出をする際には夫婦が称する氏が当然に定められることとなることから、日本法に基づく議論をする限りにおいては、夫婦が称する氏についての合意がないことを婚姻障害として規定する必要や夫婦が称する氏を定めることを独立の要件として指摘する必要がないためであると考えられる。

したがって、上記申立人らの主張には理由がない。

３　「暫定的な状態の婚姻関係」

申立人らは、平成２７年夫婦別姓訴訟最判は「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ため参照されるべきではないとの法務局回答に対し、平成２７年夫婦別姓訴訟最判における「「暫定的な状態の婚姻関係」とは、「夫婦が称する氏」を定めないまま有効に婚姻が成立してから「夫婦が称する氏」を定めるまでの状態が暫定的であるという意味であって、婚姻関係について暫定的な状態にあると述べているわけではない」として、「法務局の非難は、全く当を得ていない」と主張する（第２主張書面・９及び１０ペ

ージ）。

しかしながら、法務局の回答は、婚姻の成立からその効力の発生までに時間的間隔が生ずることを認めることにより、法律上の効果が全く不明な「暫定的な状態の婚姻関係」という概念を創出したことについての非難であり、申立人らの主張は法務局回答を正解しないものである。

また、婚姻の成立からその効力の発生までに時間的間隔が生ずることを認めれば、申立人らも主張するように、婚姻が有効に成立したにもかかわらず「「夫婦が称する氏」を合意する前に申立人らの一方が事故等に遭うといった事態や「夫婦が称する氏」を合意する前に婚姻関係が破綻する事態がありうる」こととなるのであるから（第２主張書面・１２ページ）、そのような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「暫定的な状態の婚姻関係」を認めることは不合理、不相当といわざるを得ない。

なお、申立人らは「「夫婦が称する氏」を定めることなく外国の方式で婚姻した日本人夫婦について、「夫婦が称する氏」を定める前に婚姻関係が破綻した場合」には、実務上は、「婚姻が有効に成立していることを当然の前提とし、調停離婚を成立させている」と主張する（第２主張書面・１０及び１１ページ）。

申立人らの指摘する調停離婚については、詳細は不明であるが、日本で婚姻届を提出することなく、外国において成立されたとする婚姻を外国において離婚の効果を生じさせるために、当該離婚を成立させたとも考えられるのであり、「夫婦が称する氏」を定めていない婚姻が我が国において有効に成立していることを前提として調停離婚が成立したとする根拠にはならない。

したがって、上記申立人らの主張には理由がない。

第２　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、申立人らの戸籍に婚姻に関する記載ができないこと

１　民法及び通則法と戸籍法の関係

申立人らは、「戸籍法は、民法の手続法であるだけでなく、通則法に従い、身分関係の準拠法が外国法になった場合の手続法という法的性質をも有している」として、「「夫婦が称する氏」を定めないまま有効に成立した申立人らの婚姻についても、戸籍によって登録公証できるように解釈されなければならない」と主張する（第２主張書面・１１ページ）。

外国にある日本人同士が外国法の定める方式により夫婦が称する氏を定めないで婚姻をしたとしても、実質的要件の準拠法は日本法となるため（通則法２４条１項）、婚姻意思や「夫婦が称する氏」についての合意といった婚姻の実質的要件を満たさないため、当該婚姻は成立していないが、仮に、夫婦が称する氏を定めずに婚姻の実質的要件を満たすことができるとしても、通則法２５条は、「婚姻の効力は、夫婦の本国法が同一であるときはその法による」と規定し、当該通

則法の規定に従えば、その身分関係の準拠法である民法７５０条の効果が適用されるのであるから、通則法に従った結果として、申立人らの戸籍に同条に反する婚姻に関する記載はできないことになる。

したがって、上記申立人らの主張には理由がない。

２　戸籍法１６条と戸籍の編製

申立人らは、「有効に成立した全ての婚姻を登録・公証できるように戸籍法を解釈することは」「婚姻を保護するという憲法２４条の要請にも適うものである」と主張する（第２主張書面・１３ページ）。

しかしながら、日本人同士の婚姻の場面では民法７５０条が適用され、申立人らも同条の合憲性については争っていないところ、戸籍法は、同条の定める夫婦同氏制を戸籍手続に反映し、その実効性を保つため、原則として氏を同じくする夫婦及び子を戸籍の編製の単位とし（６条）、婚姻の届出があったときは、夫婦について戸籍の編製等をした上（１６条１項）、戸籍に記載した事項を公証する（１０条１項）ことなどを定めているのであって、民法７５０条の規定が憲法２４条に違反しないと解されること（平成２７年夫婦別姓訴訟最判参照）に照らすと、仮に外国の方式に従って「夫婦が称する氏」を定めないまま婚姻した日本人夫婦が「夫婦が称する氏」を定めないまま外国において婚姻することができたとしても、婚姻の効力は、日本法が適用されるのであるから（通則法２５条）、戸籍法がこれを公証するための規定を設けていないことが、当該婚姻関係に対する合理的な理由のない制約であるということはできない。

また、申立人らは、「女性差別撤廃条約１６条２項は、「公の登録所への婚姻の登録を義務付けるためのすべての必要な措置（立法を含む。）がとられなければならない」と定めていて、有効に成立している婚姻関係の登録を困難ならしめる解釈は、同条の趣旨に適うものとも言い難い」と主張するが（申立書・6ページ）、同項は、児童の婚約及び婚姻についてのみ規定したものであり、申立人らの主張は、同項の解釈を正解しないものである。

したがって、上記申立人らの主張には理由がない。

３　届出の受理と戸籍への記載との関係

申立人らは、「仮に、戸籍への記載について行政上又は立法上の手当を講じることが別途必要であるとしても、そのような手当が講じられることを憲法２４条及び女性差別撤廃条約１６条２項は要請していて、本件届出が受理されれば行政上又は立法上の手当が講じられることを期待できる上、そのような手当が講じられるまでの間は、戸籍法４８条１項に基づき受理証明書の発行を求めることも可能」であるとして、本件婚姻届を受理すべきと主張する（第２主張書面１４ページ）。

しかしながら、上記２でも述べたとおり、そもそも、外国にある日本人同士が外国法の定める方式により夫婦が称する氏を定めないでした婚姻は、民法７５０

条に整合しないのであって、そのような婚姻関係についてまで公証を可能にするかどうかについても、立法裁量の範囲内であるということができる。

また、申立人らは、「木村三男・神崎輝明「全訂戸籍届書の審査と受理」（区長再資料１）３７頁は、届出を受理しても戸籍の記載を必要としない事例を多数挙げていて、戸籍の編製・記載ができなければ届出が受理されるべきではないとの主張自体、根拠に乏しい」と主張するが（第２主張書面・１４ページ）、申立人らの指摘する事例は、いずれも外国人や出生前に死亡した胎児に関する届出であるためそもそも戸籍が編製されていない場合や、既に戸籍に記載された事項について届出がされた場合など、そもそも戸籍への記載を要しない届出についての事例であって、夫婦が称する氏が定められた際には戸籍への記載を要することになる本件婚姻届とは事例を異にしており、本件婚姻届について当該指摘は当たらない。

したがって、上記申立人らの主張には理由がない。

第３　添付資料

１　「新基本法コンメンタール親族」５６ページ

以上

第2節　婚姻の効力

（夫婦の氏）
第750条　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。

1 本条の趣旨

本条は、いわゆる「夫婦同氏の原則」を定めるものである。もっとも、本条の内容は、単に夫婦が同じ氏を称するということを定めるだけではなく、(ア)そこで称する氏は、夫または妻のいずれかの氏であるということ（そのいずれでもない氏を選択することはできない）、(イ)婚姻の際に、そのいずれかの氏を選択することが求められること（氏の選定の時期）を規定するものである。

本条を受けて、「夫婦の称する氏」は、婚姻届の必要的記載事項とされる（戸74一）。したがって、夫婦の称する氏についての記載を欠く婚姻届は、本来は受理されない（岐阜家審平元・6・23家月41巻9号116頁）。また、戸籍法上は、選択された氏の夫または妻が戸籍筆頭者となる（戸14）。

なお、(ア)から、夫婦のそれぞれの従前の氏が同じ場合であっても、その一方の氏が選択され、他方は「婚姻によって氏を改め」る（767①）ことになるものと一般に理解されている。したがって、夫婦の婚姻前の氏の呼称が同じであった場合でも、一方は、その氏を変更して、他方の氏になるものと解されている。これについては、異なる見解もあるが、配偶者が死亡した場合の復氏について定める751条1項が「婚姻前の氏」とする一方で、離婚の場合の復氏に関する767条2項が、（「離婚の際の氏」ではなく）「離婚の際に称していた氏」という言い方をしており、氏と氏の呼称が区別されていることからも、現行法の理解としては、このように理解することになるだろう。

また、(イ)により、夫または妻の氏の選択は婚姻に際してのみ許されるために、夫／妻の氏を選択した夫婦が、婚姻後、妻／夫の氏に変更しようとする場合には、氏の変更手続によるものと解されている（戸107。「やむを得ない事由によって氏を変更しようとするときは、戸籍の筆頭に記載した者及びその配偶者は、家庭裁判所の許可を得て、その旨を届け出なければならない」）。もっとも、氏の変更が困難であるために、協議離婚後の再婚がそのために用いられているとの指摘もある（なお、こうした目的でなされる離婚と婚姻が、離婚意思、婚姻意思との関係で問題がないかという点については、婚姻意思、離婚意思の意義をめぐって議論の余地がある）。

このような夫婦同氏原則を採用する根拠について、床谷文雄教授は、「①明治民法以来、夫婦同氏が一般的慣行となっていること、②対外的に夫婦であることが示され、生活上便利である、③子も同氏となり夫婦・家族の一体感が生まれること、などがあげられる。これらは夫婦同氏原則を維持する他の国でも同じである。他方、④氏が戸籍編製の基準になっていることは、わが国特有の理由である。つまり、その氏を称した者を筆頭者として、これと同氏になった配偶者とその双方または一方と同氏の子ごとに一戸籍を編製することで（戸籍法6条、18条）、旧法の家単位の戸籍との連続性を最小限度保つことができるのである」と分析されている（床谷文雄「夫婦の氏」論座家族法(2)88頁）。

後述のように、現在では、夫婦同氏原則を維持するのか自体が議論の対象となっており、各種のアンケート調査によれば（内閣府による世論調査については後述する）、なお夫婦同氏原則を支持する意見も少なくないものの、当事者の選択に委ねるという意見もかなりあり、通称利用を含めて法改正を認めるものを含めれば、むしろ多数となっている。その点では、現行法のような夫婦同氏原則は、少なくとも制度設計としては、国民の意識においても、もはや自明なものとして共有されているわけではない。現行法における夫婦同氏原則の意味あるいは位置づけを考える場合に、上記の①から④は、有力な分析視角を提供するものだと考えられる。すなわち、そこで挙げられている理由は、床谷教授が分析されるように、また、それ以上に、それぞれが性格の異なるものであり、それぞれの理由に対応して、現在の状況を理解することが必要であると思われるからである。以下では、その点を意識しながら、夫婦同氏をめぐる問題をみてゆくことにしよう。

2 氏の意味と夫婦同氏原則――前提となる氏の概念

夫婦同氏原則の根拠とされる第一の点、すなわち夫婦同氏原則が「明治民法以来、夫婦同氏が一般的慣行となっている」という点については、現象として理解するのであれば、その通りかもしれない。しかし、その意味については、民法の変遷を踏まえて理解することが必要だろう。すなわち、明治民法と戦後の民法では、「氏」の有する意味が異なっており、それを前提とすれば、明治民法以来、同じ意味で、夫婦同氏原則が位置づけられてきたわけではないからである。

まず、「家」という概念を有していた明治民法においては、「戸主及ヒ家族ハ其家ノ氏ヲ称ス」（746条）と規定されており、そこでは、氏は、「家」の呼称であった。したがって、夫婦が同じ氏を称するということは、「夫婦同氏の原則」によって実現されていたわけではなく（現行725条に相当する規定はない）、婚姻によって夫または妻の「家」に入ることにより、その「家」の氏を称するのであって（穂積重遠・親族法（1933、岩波書店）102頁）、その結果として実現されていたにすぎない。

それに対して、戦後の改正によって、「家」という概念が廃止された以上、もはや家の呼称としての氏という概念は存在していない。そのために、家の呼称を通じて実現されていた夫婦が同じ氏であるということを維持するためには、そのための固有の規定が必要となる。それが、「夫婦の氏」に関する本条だと理解される。

なお、戦後の改正に際して、第1次案（昭和21年8月11日）から、第6次案（昭和22年3月1日）までにおいては、「夫婦ハ共ニ夫の氏ヲ称ス但当事者カ婚姻ト同時ニ反対ノ意思ヲ表示シタルトキハ妻ノ氏ヲ称ス」とされていたが、第7次案で（昭和22年6月24日）、現行法と同じ文言となり、法的には、男女いずれの氏を称するかについては平等という形になったものである（この間の経緯については、我妻栄編・戦後における民法改正の経過（1955、日本評論社）131頁以下）。

もっとも、上記のような説明は、本条の歴史的経緯、法技術的な位置づけについての説明ではあるが、そもそも「家の呼称」としての意義を失った現行法における「氏」とは何であるのかということを説明するものではない。この点は、氏についての制度設計にかかわる重要な問題である。この点については、家族共同体の名称や血統の名称、同緒者集団の名称といった考え方もある一方（これらの見解については、新版注民(3)46頁以下〔鳥木三郎〕）、単に、個人の名称の一部にすぎないと理解する見解も有力であり、むしろ、現在では一般的な理解だというべきかもしれない。仮に後者のように、氏も、個人の名称の一部にすぎないのだとすれば、そうした氏が夫婦において共通でなければならないという点については、実質的な説明が必要であり、少なくとも、氏の意味が変わったことを無視して、明治以来の伝統であるという説明では足りないということになるだろう（この点については、制度設計をめぐる問題として後述する）。

なお、戸籍法107条1項は、「やむを得ない事由」がある場合にのみ氏の変更を認める一方で、同107条の2は、「正当な事由」がある場合に名の変更を認めており、そこでは氏と名の扱いについて区別がなされている。もっとも、こうした氏と名の区別（氏の安定性の要請）については、夫婦や子の氏についての現行法上の規律を前提に説明することも可能であり（現在の実体法を前提とした説明）、それらを離れて、戸籍法において氏の意義が独自に与えられているというような理解をすべきではないだろう。

3 婚姻中の身分の変更と夫婦の氏

本条自体は、冒頭に述べたように、いずれの氏を称するかを婚姻の際に決めることを定めているだけであるが、夫婦同氏原則それ自体は、婚姻の期間中を通じて、維持されるべきものと理解されている。

夫婦のいずれか一方の氏に定めたが、その後、他方の氏に変更したいという場合には、既に言及したように、氏の変更手続によるものと考えられるが、夫婦の一方の身分変動によって氏が変わる場合について、どのように扱うかという問題は残る。これが問題となるのは養子縁組の場合である。

昭和62年改正前の795条は、「配偶者のある者は、その配偶者とともにしなければ、縁組をすることができない」とされており、養子縁組（養子の身分の取得）は夫婦の両方に共通して生じた。そして、養子縁組がなされた場合の氏については、同じく昭和62年改正前の810条では、「養子は、養親の氏を称する」とのみ規定されていたために、養子となった夫婦はともに養親の氏を称することになった。

それに対して、現在の796条は、「配偶者のある者が縁組をするには、その配偶者の同意を得なけ

ればならない」として、配偶者の同意を要件とするだけであるために、夫と妻の間で養子縁組について異なる身分が生ずる可能性がある。もっとも、この改正と同時に、810条については、上記の規定に加えて、「ただし、婚姻によって氏を改めた者については、婚姻の際に定めた氏を称すべき間は、この限りでない」とのただし書が追加されたため、婚姻によって氏を改めた者が養子の身分の取得をしても、婚姻の際に選択された氏が優先することになり、養子縁組による身分の変更は、この点について影響を与えないこととなった(婚氏優先の原則)。他方、婚姻の際にその者の氏が夫婦の氏として選択された者(婚姻の際に自己の氏を称する者)が養子となった場合には、810条ただし書の適用はなく、同条本文により、養親の氏を称することになる(新版注民387頁(阿部浩二))。そして、その場合には、本条の夫婦同氏原則の適用により、他方配偶者の氏も変更されることになる。

§750

4 外国人との結婚の場合の氏

外国人との結婚の場合の氏について、民法は規定していない。戸籍実務上は、夫婦同氏原則が、渉外婚姻には適用されないということが確立している。

そのため、外国人と結婚した日本人が、戸籍上の氏を外国人配偶者の氏に変更するためには氏の変更手続が必要であり(戸107一。家庭裁判所の許可が必要となる)、ただし、「外国人と婚姻をした者がその氏を配偶者の称している氏に変更しようとするときは、その者は、その婚姻の日から六箇月以内に限り、家庭裁判所の許可を得ないで、その旨を届け出ることができる」とし、届出のみで足りるものとされている。結果的に、外国人との結婚の場合には、同氏とするか、別氏(別姓)とするかの選択権が認められることになる。

5 通称としての旧姓の使用

本条の直接の対象とする内容ではないが、通称の使用について触れておくことにしよう。通称は、もちろん法的な意味での氏ではないが、本条の趣旨で述べた、対外的に夫婦として示されることに照らせば、夫婦や親子の一体性という点には、かかわるものだと考えられるからである。

通称の使用については、社会的な状況は、急速に変化している。婚姻後も旧姓を通称として利用していた大学教員が、学内事務は戸籍名しか認められなかったため、自己の氏名を戸籍名で取り扱うことの差止め等を求めた事案において、東京地判平5・11・19(判時1485号21頁)は、それを退け、その中では、「婚姻届出に伴う変動前の氏名が通称名として戸籍名のように個人の名称として長期間にわたり国民生活における基本的なものとして根付いているものであるとは認めることができ」ないとしていた。しかし、その後、国の行政機関については、平成13年7月11日各省庁人事担当者課長会議申合せにおいて、「当該職員から旧姓使用の申出があった場合、旧姓の記載を行う」ことを認め、さらに、地方自治体や企業においても、通称の使用は広く認められるようになっている。

もちろん、現在でも、パスポートや運転免許証等、戸籍上の氏が求められる場面は残されているが、一般的な社会生活の中で、通称を使用することに対する障壁は急速に少なくなっていると理解すべきであろう。したがって、対外的に夫婦として表示されるということは、必ずしも法的な氏についての夫婦同氏原則によって維持されているわけではないということになる。また、夫婦や家族の一体性が何を意味するか自体、必ずしも明確ではないが、それは、こうした状況をふまえれば、戸籍上の表示という限定的な場面でしか機能しないものであり、それを前提として考えざるを得ないものだということになる。

6 制度設計をめぐる議論——民法改正要綱試案

(1) 夫婦同氏原則の実質的妥当性をめぐる問題

夫婦同氏原則については、その妥当性をめぐる議論が活発である。そうした背景には、いくつかの理由が考えられる。

ひとつは、夫婦同氏がもたらす社会生活上の不利益である。現在では、婚姻に際して氏を相手方の氏に変更する場合が多い女性の社会進出が進み、結婚後も、仕事を続けるといったことがごく当たり前になっている。そうした状況では、結婚することで氏を変更しなければならないということは、社会生活における不利益をもたらす。こうした不利益は、制度上は、当初から存在していたものであるが、女性は結婚すれば家庭に入り、従前の社会とのつながりが切断されることが多かったという社会的な状況のもとで、実質的に顕在化しなかったにすぎない。これが、社会状況の変化によって顕在化してきたのである。なお、こうした女性の社会進出は、単に現象として生じているというわけではなく、むしろ、あるべき社会の姿として

規範的にも求められるものとなっている以上、このような不利益を軽視すべきではない。ただ、この点については、社会生活における通称の利用を積極的に容認することで、そこでの不利益をある程度解消または軽減することは可能である。

もうひとつの問題は、氏を含む氏名が、個人のアイデンティティにかかわるものだという点にかかわるものであり、この点は通称の利用によっては解消されない。すなわち、氏を含む氏名は、個人のアイデンティティを形成しているものであり、婚姻に際して、その一部を変更しなければならないということは、それを喪するという考え方である。既に言及した氏の意味は、この点に深くかかわってくる。氏が家の呼称であった明治民法のもとでは、氏名の一部である氏は、あくまで、自己が属する家の呼称にすぎず、個人としての本人のアイデンティティとは切り離すことが可能であった。しかし、現在の民法における氏については、そのような説明を少なくとも形式的に支えるものはなく、氏を個人の名称から切り離すことは困難である。氏名の読み方が問題となった最判昭63・2・16(民集42巻2号27頁)は、「氏名は、社会的にみれば、個人を他人から識別し特定する機能を有するものであるが、同時に、その個人からみれば、人が個人として尊重される基礎であり、その個人の人格の象徴であつて、人格権の一内容を構成するものというべきである」とし、氏名全体について、人格権としての性格を認める。

この点について、本条は、「氏の変更を強制されない権利」を侵害するものであり、憲法13条に違反するとして、国賠法1条に基づく賠償を求めた事案について、東京地判平25・5・29(判時2196号67頁)と同控訴審判決の東京高判平26・3・28は、原告の請求を退けている。しかし、第1審は、上記の最判昭63・2・16に言及しつつ、そうした人格的利益が憲法13条の権利に含まれることは明白ではないと説明しているのであり、また、控訴審も、出生や身分の変動によって変更するという氏の性格を指摘して、氏に関する権利が生来的、自然権的な権利であることを否定しつつ、こうした理解が普遍的なものではなく、歴史、伝統、文化、国民の意識や価値観によって多様なものであることも指摘している。

さらに、最大判平27・12・16(民集69巻8号2586頁)は、夫婦同氏制を定める民法750条は、憲法13条・14条1項・24条に違反しないとの判断を示したが、それと同時に、法廷意見においても、「氏が、名とあいまって、個人を他人から識別し特定する機能を有するほか、人が個人として尊重される基礎であり、その個人の人格を一体として示すものでもあることから、氏を改める者にとって、そのことによりいわゆるアイデンティティの喪失感を抱いたり、従前の氏を使用する中で形成されてきた他人から識別し特定される機能が阻害される不利益や、個人の信用、評価、名誉感情等にも影響が及ぶという不利益が生じたりすることがあることは否定できず、特に、近年、晩婚化が進み、婚姻前の氏を使用する中で社会的な地位や業績が築かれる期間が長くなっていることから、婚姻に伴い氏を改めることにより不利益を被る者が増加してきていることは容易にうかがえる」、「氏の選択に関し、これまでは夫の氏を選択する夫婦が圧倒的多数を占めている状況にあることに鑑みると、この現状が、夫婦となろうとする者双方の真に自由な選択の結果によるものかについて留意が求められるところであり、仮に、社会に存する差別的な意識や慣習による影響があるのであれば、その影響を排除して夫婦間に実質的な平等が保たれるように図ることは、憲法14条1項の趣旨に沿うものであるといえる。そして、この点は、氏を含めた婚姻及び家族に関する法制度の在り方を検討するに当たって考慮すべき事項の一つというべきである」とされていることには注意すべきであろう。本判決における憲法適合性の判断については反対意見も付されているが、憲法適合性を肯定した多数意見においても、夫婦同氏原則が憲法に適合する唯一のルールだとしているわけではないし、その他の制度設計が排除されているわけではないのである。

§750

現在の状況は、民法の採用する夫婦同氏原則が憲法に違反するものとはされないが、しかし、憲法から正当化される唯一のものだというわけではなく、制度設計としては、これと異なる選択をすることも許されるというものだということになる。

(2) 平成6年民法改正要綱試案による選択的夫婦別姓の導入提案

このように立法的にこの問題を解決するということが、現実の問題として意識されるようになったのは、平成6年の民法改正要綱試案であろう。同要綱第三は、以下のように、夫婦が旧姓を用いる選択をすることを可能とするものだったからである(「選択的夫婦別姓」の採用)。

一 夫婦は、婚姻の際に定めるところに従い、

	法律を変えてもかまわない	夫婦は同じ名字(姓)を名乗るべきだが、婚姻前の氏を通称として使えるように法律を改めることはかまわない	夫婦は、必ず、同じ名字(姓)を名乗るべきであり、法律を改める必要はない	わからない
平成8年	32.5%	22.5%	39.8%	5.1%
平成13年	42.1%	23.0%	29.9%	5.0%
平成18年	36.6%	25.1%	35.0%	3.3%
平成24年	35.5%	24.0%	36.4%	4.1%
平成29年	42.5%	24.4%	29.3%	3.8%

夫若しくは妻の氏を称し、又は各自の婚姻前の氏を称するものとする。

二　夫婦が各自の婚姻前の氏を称する旨の定めをするときは、夫婦は、婚姻の際に、夫又は妻の氏を子が称する氏として定めなければならないものとする。

§750

夫婦の氏のあり方については、様々な制度設計があるが(比較法的な状況については、床谷・棚村家族法(2)94頁以下、新版注民349頁以下(潮木))、同要綱第三の一は、現行の夫婦同氏に加えて、婚姻前の各自の氏を用いることを選択することができるというものである。そして、二は、それぞれが婚姻前の氏を使用することを選択する場合に、子の氏に関して生ずる問題に対応するためのものである。

こうした改正要綱試案の提案は、夫婦別姓を強制するものではなく、それを望む夫婦が別姓を選択することを許容するだけであるということ、また、従前の氏を前提とするという点でも、制度設計としては、それほど劇的に状況を変化させるものではないという見方もできるだろう。

ただし、各種の世論調査においては、こうした選択的夫婦別姓の導入については否定的な見方も少なくなく、その点は、前掲東京高判平26・3・28においても言及されている。なお、内閣府大臣官房政府広報室の家族の法制に関する世論調査(直近の平成29年11～12月に実施された調査については、https://survey.gov-online.go.jp/h29/h29-kazoku/index.html参照)に基づく経数比較では、平成6年民法改正要綱試案以後の統計においては、表のようなデータが示されている。

(3)　制度設計の議論において留意すべき点

制度設計のあり方について論ずることは、本書の役割を超えることになると思われるが、以下の点についてのみ言及しておきたい。

第1に、前掲東京高判平26・3・28が言及しているように、「法律を変えてもかまわない」と「夫婦は、必ず、同じ名字(姓)を名乗るべきであり、法律を改める必要はない」という2つだけを比較すると、「全体としてみれば、最近の傾向としては、賛否が拮抗している状況にある」というのは否定できないかもしれない(もっとも、直近の平成29年のアンケート結果によれば、もはや拮抗しているわけではないという見方もできそうである)。ただ、無視できない割合で存在する「夫婦は同じ名字(姓)を名乗るべきだが、婚姻前の氏を通称として使えるように法律を改めることはかまわない」という回答は、選択的夫婦別姓という仕組みの採用にとって大きい意味を有する。ここで問われているのは、自らが同姓を選択するのか、別姓を選択するのかではなく、自らの選択とは異なる同姓または別姓の選択を他人がなすことを許容できるか否かという点にある。単に、社会的なレベルでの通称ではなく「法的に担保された通称」の利用の選択を認めるという回答が一定の割合で存在していることは、その点で十分に考慮されるべきであろう。

第2に、現代における事実婚については、かつての内縁のイメージとは異なり、特に、同姓を強要される法律婚を意識的に避け、事実婚を選択するという状況が存在するという点を無視することはできないように思われる。夫婦同氏原則についての説明の中でも、特にその意味がわかりにくいのは、家族(夫婦・親子)の一体性という理由づけであるが、仮に夫婦同氏原則を貫徹することで、法律上の婚姻が避けられるという事態が生ずるのだとすれば、それによって家族の一体性(法的な意味での一体性)が実現されないという状況をもたらしているという皮肉な見方も可能であろう。その点では、家族の一体性を維持するという夫婦同氏原則の意義も、そうした状況に照らして相対的に評価されるべきものであるとも考えられる。

第3に、冒頭の床谷教授の分析を手がかりとする夫婦同氏原則の根拠については、そのそれぞれに対応して検討をなすことが必要であろう。①明治民法以来の伝統であるという点は、既に言及したように、その意味が再検討される必要がある。また、④戸籍編製との関係については、「旧法の家単位の戸籍との連続性を最小限保つことができる」という点は、その立場によって、それを積極的に肯定すべきか、むしろ否定すべきなのか、全く異なる理解がありそうである。ただ、形式法にすぎない戸籍法によって家族のあり方が決まるというのは、法律学の論理としては逆転したものであるように思われる(戸籍法の位置づけについては、水野紀子「戸籍制度」ジュリ1000号(1992)163頁)。さらに、②対外的な表示、③家族の一体性については、通称が広く認められるようになっているという現在の状況、さらに、戸籍情報に対するアクセスが制限される方向に制度が改められてきていることに照らして、単なる情緒的な説明ではなく、その意味自体を明確にした上で、議論してゆくことが不可欠であろう。

〔窪田充見〕

(生存配偶者の復氏等)
第751条　夫婦の一方が死亡したときは、生存配偶者は、婚姻前の氏に復することができる。
②　第七百六十九条の規定は、前項及び第七百二十八条第二項の場合について準用する。

1　本条の趣旨

本条は、婚姻の効力に関する前条(750)が規定する夫婦同氏の原則が、夫婦一方の死亡による婚姻解消の場合どうなるか、特に、婚姻の際に氏を改めた夫または妻に対する相手方配偶者の死亡による婚姻解消の効力の問題を扱っている。したがって、本条は婚姻の効力規定というより、夫婦一方の死亡により婚姻関係が解消した場合の人格的あるいは身分的問題に関している。婚姻の効力のうち夫婦間に生じた権利義務は、夫婦一方の死亡により当然に消滅するが、生存配偶者の氏や生存配偶者と死亡した配偶者の血族との姻族関係の存続の問題は残される。明治民法のもとでは、氏は「家」の名であり、婚姻により原則として妻は夫の家に入ることから、夫の氏=家名を称することになる。そこで生存配偶者(妻)の氏および姻族関係は、婚家にとどまるか否かに依存し、婚家を去り実家(婚姻前の家)に復籍すれば、それによって氏も復し、姻族関係も終了した。1947(昭和22)年の民法改正による家制度の廃止に伴い、両者を切り離し、姻族関係の終了に関しては728条2項に、復氏に関しては、婚姻中の夫婦の氏についての夫婦同氏の原則を明示した上(750)、これに続けて本条1項に規定することにした。750条による夫婦同氏の原則に関しては批判もあり、1996(平成8)年の民法改正条要綱においては選択的夫婦別氏が提案されている。この方向で法改正が実現した場合は、本条は夫婦同氏を選択した夫婦にのみかかわる規定となる。

§751

2　生存配偶者の復氏

夫婦同氏の原則(750)により、婚姻の際に氏を改めた配偶者の氏が婚姻解消の際にどうなるかについては、離婚(あるいは婚姻取消)の場合は当然に復氏することが原則である(767①・749)のとは異なり、死亡解消の場合は、当然に復氏するものではないとした上で、復氏することについて生存配偶者に完全な自由を認めている。生存配偶者が復氏せずに、自己の氏を称する再婚をすることもできる。この点では氏の個人性や人格的権利性を認めたものとなっている。生存配偶者が復氏するには、戸籍上の届出を必要とする(戸95)。復氏届は創設的届出であって、本人の自由意思による届出によってのみ初めてその効果が生じる(本人の意思に基づかない復氏届出がなされた事例につき、大阪高決昭55・4・3家月32巻7号56頁、新判例(10)159頁〔犬伏由子〕)。生存配偶者は、婚姻前の氏に復すると婚姻前の戸籍に入ることになるが、その戸籍が既に除籍となっている場合や本人の申出がある場合は、新戸籍が編製される。

3　祭祀財産の承継者

生存配偶者が、死亡配偶者の先祖の系譜・祭具・墳墓などの祭祀財産を承継していた場合に、本条1項の復氏や728条2項の姻族関係終了の意思表示をしたときは、離婚の場合(769)と同様、祭祀財産の承継者を誰にするかについて関係者間での協議あるいは家庭裁判所の審判によって決定することになるが、離婚の場合と異なり、生存配偶者は、死亡配偶者の祭祀も含めて死亡配偶者の先祖祭祀を承継しているため、前者のみの承継が争わ