

抗告理由書

令和 7 年 4 月 11 日

東京高等裁判所第 15 民事部 御中

抗告人ら手続代理人弁護士 竹 下 博 將

外 24 名

原審判によれば、「夫婦が称する氏」についての協議が調わない場合、有効に成立している日本人夫婦の婚姻が戸籍に記載され得ない（したがって、戸籍の身分証明機能が果たせなくなる）という重大な問題が生じるにもかかわらず、原審判はこの点について沈黙している。「具体的な事件における事実関係を踏まえ、現行法の適切な解釈に基づく法律判断を行って事件を解決することは、裁判所の責務である」（最高裁第 2 小法廷令和 6 年 6 月 21 日判決・判タ 1527 号 45 頁所収の三浦守補足意見）から、本事件における問題の本質から目を背けて事件解決のための法の適切な解釈を試みようとしない原審判は、この点だけを見ても、審理不尽が著しく、違法であるとの評価を免れ得ない。以下、この点も含め、抗告の理由を述べる。

第 1 原審判の判断

原審判は、「本件婚姻は、民法の定める実質的成立要件及びニューヨーク州家族法の定める形式的成立要件のいずれをも充足しているものと認められ

るから、有効に成立しているものというべきである」(5 頁)と判示する一方、戸籍法 41 条及び 42 条の解釈としては、「外国の方式に従って婚姻した日本人夫婦においても、…婚姻の届出に際しては、夫又は妻の氏のいずれかを『夫婦が称する氏』として届け出なければならない」(6 頁)とし、「申立人らは、夫又は妻のいずれか一方の氏を選択して本件婚姻届を届け出ていないから、本件不受理処分は不当とはいえない」(同頁)と判示して本件申立を却下した。

原審判は、戸籍法 41 条及び 42 条の解釈として「外国の方式に従って婚姻した日本人夫婦においても、…婚姻の届出に際しては、夫又は妻の氏のいずれかを『夫婦が称する氏』として届け出なければならない」理由に関し、①戸籍法 41 条及び 42 条が定める報告的婚姻届出の趣旨は、「婚姻が成立した旨を自身の戸籍に記載し、公証する」(5 頁)ことにある、②その「届出に際しては、戸籍実務上、必要に応じて夫婦が称する氏等の戸籍の届出に必要な事項について申出させることとされている」(同頁)、③民法 750 条の下、「外国の方式に従って婚姻した日本人夫婦においても、婚姻の効力として同氏の効力が生じる」(6 頁)、④「同規定に基づき、戸籍法により、夫婦が称する氏の届出をし(同法 74 条 1 号)、一の夫婦及びこれと氏を同じくする子ごとに戸籍が編製される(同法 6 条)ことが予定されている」(同頁)と指摘している。

第 2 「夫婦が称する氏」の届出と①戸籍法 41 条及び 42 条の趣旨との関係

1 原審判が指摘するとおり、戸籍法 41 条及び 42 条が定める報告的婚姻届出の趣旨は、「婚姻が成立した旨を自身の戸籍に記載し、公証する」(5 頁)ことにあるから、その条理解釈によれば、「夫婦が称する氏」についての届出ができるない場合であっても、婚姻が成立した旨を自身の戸籍に記載して公証すべく、報告的婚姻届が受理されるべきであるとの結論が導かれなければならない。

2 これに対し、原審判は、報告的婚姻届出を定める戸籍法 41 条及び 42 条の趣旨に反してでも、「夫婦が称する氏」についての届出がない限り報告的婚姻届を受理すべきではない、すなわち、「夫婦が称する氏」について合意できない日本人夫婦については、婚姻が成立した旨を自身の戸籍に記載して公証されないことが許容されると判断しているが、後述のとおり、原審判における②③④の各指摘は、法の適用に関する通則法（以下「通則法」という。）の下、「夫婦が称する氏」を届け出ることができない日本人夫婦が存在するという重大な社会的事実について何らの検討もしていないのであって、「法の適切な解釈」にあたって前提とされる「具体的な事件における事実関係を踏まえ」ておらず、戸籍法 41 条及び 42 条の趣旨が全うされないことを許容しうる判断手法たりえない。

そもそも、冒頭で述べたとおり、「夫婦が称する氏」についての届出ができない場合、有効に成立している日本人夫婦の婚姻が戸籍に記載されないこととなって戸籍の身分証明機能が果たせなくなるという重大な問題が生じるにもかかわらず、原審判は、この点について何らの考慮・検討もしておらず、法解釈によって事件を解決することをその使命とする裁判所としての責務を果たしていない。

第3 「夫婦が称する氏」の届出と②戸籍実務における取扱、③同氏の効力（民法 750 条）及び④夫婦同氏の届出（戸籍法 74 条 1 号）を前提とする戸籍の編製（同法 6 条）との関係

1 ③同氏の効力との関係

(1) 原審判が指摘するとおり、民法 750 条は、「婚姻の効力として、夫又は妻の氏を称するという効力（同氏の効力）が発生するものとし」（6 頁）、外国の方式に従って婚姻した日本人夫婦についても適用されるから、戸籍制度上、「夫婦が称する氏」について合意した日本人夫婦がその届出をするこ

とが想定されるべきであることは当然である。

(2) もっとも、夫婦がいずれの氏を称するかについて、民法 750 条は、「婚姻の際に定めるところに従」うこととし、夫婦間の任意の協議に委ねている。換言すれば、「夫婦が称する氏」についての夫婦間での合意が同氏の効力を享受するための要件であって、夫婦間で協議が調わない限り、同条の効力を受けることはできない。

「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、名譽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」（最高裁判所大法廷平成 27 年 12 月 16 日判決・民集 69 卷 8 号 2586 頁所収）、婚姻届について定める民法 739 条及び戸籍法 74 条の下、「夫婦が称する氏」についての協議が調わないために法律婚を断念し、法律婚による様々な便益等の享受を諦めざるを得ない事実婚夫婦が少なくないことからも明らかなどおり、外国の方式に従って婚姻した日本人夫婦にとって「夫婦が称する氏」を合意できない場合があることも容易に想定される上、事故や病気などのために合意に至ることができない場合や合意前に婚姻関係が破綻して「夫婦が称する氏」について合意することが期待しえない場合も当然に想定されるから、報告的婚姻届出における「夫婦が称する氏」の届出と民法 750 条との関係を検討するにあたっても、同氏の効力発生要件を満たし得ない日本人夫婦が存在することを前提としなければならない。

そうであるにもかかわらず、原審判は、この点について何らの考慮・検討もしておらず、この点においても、本事件の問題の本質から目を背けて裁判所としての責務を果たしていないというほかない。

(3) 法は、およそ、不可能を強いるものであってはならないのであって、民

法 750 条が「夫婦が称する氏」について夫婦の任意の協議に委ねている以上、通則法の下、戸籍法 41 条及び 42 条の解釈との関係でも、「夫婦が称する氏」を定められずに同氏の効力を享受し得ない、したがって「夫婦が称する氏」の届出ができない日本人夫婦が存在することを前提とした解釈がされなければならない。

例えば、仮に、報告的婚姻届の際に「夫婦が称する氏」を届け出る義務があると解されるとしても、名前が決まらないままの出生届出であっても受理されて「名未定」の子として戸籍に記載される戸籍実務と同様に、「夫婦が称する氏」の合意ができるまでは、「夫婦が称する氏」は未定のままの報告的婚姻届を受理した上で、「夫婦が称する氏」の届出を猶予できると解するといった解釈などがありうる。

2 ④夫婦同氏の届出を前提とする戸籍の編製との関係

(1) 原審判が指摘するとおり、戸籍法 74 条 1 号は、民法 750 条を受け、「夫婦が称する氏」を届出させるものとし、これを前提に、戸籍法 6 条は、「一の夫婦及びこれと氏を同じくする子ごとに戸籍が編製される」ことを予定しているから、外国の方式に従って婚姻した日本人夫婦であっても、「夫婦が称する氏」について合意した場合には、その届出をさせることやこれを前提とした戸籍編製をすることが想定されるべきであることは当然である。

(2) もっとも、前述のとおり、通則法の下、戸籍法については、「夫婦が称する氏」の届出ができない日本人夫婦が存在することをも前提とした解釈がされなければならないにもかかわらず、原審判は、この点について何らの考慮・検討もしておらず、審理不尽が甚だしい。

第 1 主張書面で述べたとおり、戸籍法 6 条が定める戸籍編製基準は、「例外を許さないものではない。例えば、民法 732 条に反して夫婦の一方が重婚をすると、戸籍実務上、重婚者が前婚夫婦の戸籍から除籍されて後婚夫

婦が一つの戸籍に入る場合もあれば、後婚夫婦の重婚者でない者が前婚夫婦の戸籍に入る場合もある（甲 11）。前者の場合、前婚夫婦のうち重婚者でない者は、重婚者と婚姻関係にあるにもかかわらず、重婚者と同じ戸籍には入っておらず、『戸籍は、…一の夫婦…ごとに、これを編製する』と定める戸籍法 6 条の編製基準の例外として、夫婦のうち一方のみが入る戸籍が編製され、他方、後者の場合、同条の編製基準の例外として、夫婦が 2 組入った戸籍が編製されているのである。重婚状態は、前婚について離婚無効が確定した場合も生じうるのであって、戸籍法 6 条所定の編製基準が適用されない例外的な編製は、むしろ、民法及び戸籍法が予定しているとも言えよう」（6 頁）。通則法の下、「夫婦が称する氏」の届出ができない日本人夫婦が存在することを前提に、戸籍編製基準の例外としての解釈を模索し、あるいは、報告的婚姻届出の受理と戸籍の編製とを区別し、戸籍の編製については立法又は行政による解決に委ねて受理を認める（戸籍法 45 条参照）といった解釈を試みることこそが裁判所が果たすべき責務である。

3 ②戸籍実務における取扱との関係

(1) 原審判が指摘するとおり、婚姻の「届出に際しては、戸籍実務上、必要に応じて夫婦が称する氏等の戸籍の届出に必要な事項について申出させることとされている」（5 頁）。戸籍法 6 条が予定している戸籍編製基準に従った戸籍の編製を可能とするように戸籍実務において取り扱われることは、「夫婦が称する氏」について合意できる日本人夫婦にその申出をさせる限りにおいては適切である。

(2) もっとも、前述のとおり、通則法の下、戸籍法については、「夫婦が称する氏」の届出ができない日本人夫婦が存在することをも前提とした解釈がされなければならないのであるから、戸籍実務においては、このことを前提とした取扱こそが模索されなければならない。家事審判申立書で指摘したとおり、「『戸籍が渉外的な身分関係をも処理すべき任務を与えられて

るにも拘わらず、直接的には国際私法と切断され、民法の附属法として戸籍法が成立している』（澤木敬郎…『日本戸籍の特質』371頁）ため、本件のように、涉外的身分関係を処理する際に不都合が生じることは少なくない。例えば、…外国の方式で離婚する場合、…両親が共同親権者と指定されることがあるため、…戸籍実務は、『親権者を父及び母と定められる』旨記載することとし（昭和58年3月7日付法務省民二第1797号民事局長回答）、身分関係の戸籍への登録を実現すべく、工夫を重ねてきた」（6～7頁）のである。

なお、法の解釈適用は、最終的に、裁判所によって行われるべきものであって、行政実務における解釈適用それ自体を判断の拠り所とすべきでないことは多言を要しない。

第4 憲法24条及び女性差別撤廃条約16条2項の要請

1 憲法24条の要請

第1主張書面で述べたとおり、「婚姻については、憲法24条1項の趣旨に照らしてその自由が尊重され（最高裁判所大法廷平成27年12月16日判決・民集69巻8号2427頁所収）、これに保護を与えること（その制度を構築すること）が憲法上要請されているところ（同条2項）、法律上の婚姻制度の本質として、『国家の担わされた役割は、ただ合意を証明し、かつ登録することにつきる』（新版注釈民法(21)158頁（青山道夫、有地亭））と評され、あるいは、『婚姻が成立したら直ちに公簿に登録して、必要に応じてこれを婚姻の証明として利用できるようになっていなければならない』（同182頁（上野雅和））と指摘されているのであるから、婚姻関係を登録・公証する戸籍制度は、婚姻を保護するための制度として憲法24条の要請に基づくものでもあって、有効に成立した全ての婚姻を登録・交渉できるように戸籍法を解釈することは、憲法上の要請でもある」（10頁）。

2 女性差別撤廃条約 16 条 2 項の要請

家事審判申立書で指摘したとおり、「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」（6 頁）。第 1 主張書面で述べたとおり、「有効に成立している全ての婚姻関係の登録を可能ならしめる解釈は、戸籍制度の目的に合致するだけでなく、女性差別撤廃条約 16 条 2 項の趣旨に適うものでもある」（10 頁）。

3 戸籍法 41 条及び 42 条の解釈との関係

前述のとおり、戸籍法 41 条及び 42 条が定める報告的婚姻届出の趣旨は、「婚姻が成立した旨を自身の戸籍に記載し、公証する」（5 頁）ことにあるが、これは、憲法 24 条の要請するところでもある上、女性差別撤廃条約 16 条 2 項を実現するものもあるから、戸籍法 41 条及び 42 条の解釈においては、婚姻が成立した旨を自身の戸籍に記載して公証することを可能ならしめるべく、憲法 24 条及び女性差別撤廃条約 16 条 2 項に適合的な解釈がされなければならない。

しかしながら、原審判は、憲法 24 条及び女性差別撤廃条約 16 条 2 項に適合的な解釈をすべきであるとの抗告人らの主張について何らの考慮・検討もせず、憲法及び条約に基づく法令の解釈適用の統一という裁判所の基本的な役割をも放棄しているのであって、その判断手法・態様は杜撰極まりない。

以上