

海外で行われた別姓婚と婚姻の成立

国際法学会エキスパート・コメント No.2021-7

種村 佑介（早稲田大学 法学学術院 准教授）

脱稿日：2022年1月4日

1. はじめに

2021年4月21日、東京地方裁判所において、米国ニューヨーク州に在住し、同州で別姓婚により婚姻した日本人カップルの婚姻の成立を認める判決が下されました（以下、これを「本判決」といいます。ただし別姓のまま戸籍に記載することは認めませんでした）¹。

わが国の民法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」としており、婚姻に際しては夫婦が同氏となることを定めています。また、戸籍法もこれと平仄を合わせる形で、婚姻の届出に際し「夫婦が称する氏」を記載する旨定めています（同74条1号）。このため、たとえば「夫は夫の氏、妻は妻の氏を称する」旨を記載して届出をしたような場合（婚姻届の「婚姻後の夫婦の氏」の欄にある「夫の氏」と「妻の氏」のいずれにもレ点が付されている場合）には、戸籍実務上、婚姻届は受理されないこととなります。これらの規定や取扱いが婚姻の自由や家族生活における個人の尊厳と両性の本質的平等を定める憲法24条に違反しないか、選択的夫婦別氏（別姓）制度の導入も見据えて大きな論点となりうるところですが、2021年6月23日、最高裁判所大法廷はこれを合憲と判断しました²。

ここで読者の中には、本判決は、わが国の民法750条や戸籍法の諸規定に反するのではないかと疑問を持った方もおられるのではないかと思います。しかし涉外婚姻（本判決で問題となった婚姻関係は、婚姻挙行地がニューヨーク州であり、純然たる国内的な婚姻関係と区別する意味で、このように呼ばれます）の場合には、たとえそれがわが国で問題となるとしても、民法750条が適用されるわけでは必ずしもありません。このような涉外的私法関係をどの（国の）私法が規整するのか（ここで適用される法のことを「準拠法」といいます）は、今日では、国際私法という法律を通して行われるのが通常です。

¹ 東京地判令和3・4・21平30（行ウ）246号（LEX/DB25569269/2021WLJPCA04216001）。本判決の評釈として、憲法の観点から、木村草太「判批」『法律時報』93巻9号（2021年）4頁；民法・家族法の観点から、梅澤彩「判批」『新・判例解説 Watch』29号（2021年）113頁が、それぞれ公表されています。後述するように、本稿は国際私法の観点から書かれたものですので、これらの評釈と対比すると、法分野ごとの視点の違いがよくわかるのではないかと思います。

² [最大決令和3・6・23](#) 裁判所時報1770号3頁。

わが国における国際私法の主要な成文法は、法の適用に関する通則法です（平成 18 年法律 78 号。以下、「通則法」といいます）。そしてこの通則法の諸規定は、たとえば「婚姻の成立」（実質的成立要件。24 条 1 項）、「婚姻の方式」（形式的成立要件。同 2 項・3 項）、「婚姻の効力」（25 条）などのように、問題となる局面に応じて、それぞれの法律関係単位で準拠法を指定しています。本判決もこれらの規定に言及していますが、一見した限り、これを理解するには、前提となる知識も含めて整理が必要であるように思います。そこで本稿では、本判決を手がかりとして、国際私法における婚姻成立の仕組みや、夫婦の氏の問題について解説します。

2. 日本人と外国人との間の婚姻（婚姻する当事者の一方が外国人である場合）

いずれの法が定める婚姻の成立要件を充足しなければならないか

まず、本判決とは事実関係が異なりますが、わが国における最も典型的な涉外婚姻の例としてしばしば挙げられてきたのが、日本人と外国人との間の婚姻です。これも涉外婚姻の一つであり、国際私法によって準拠法を決める必要があります。

日本人と外国人とが日本において婚姻する場合、婚姻の方式、つまり形式的成立要件（有効な婚姻が成立するために必要な要件のうち、届出や儀式といった婚姻の外部的形式としての意思表示の表現方法のこと）については、婚姻挙行地である日本法が適用されます（通則法 24 条 3 項ただし書）。そのため、当事者双方および成年の証人二人以上から、口頭または署名した書面により、戸籍法の規定にもとづく届出をする必要があります（民法 739 条、戸籍法 74 条）。この届出を「創設的届出」といい、これが受理されることで当事者間に婚姻関係が形成され、また、戸籍に婚姻が成立した旨の記載がなされることとなります。創設的届出を受理するのは戸籍管掌者である市区町村長です。市区町村長はこれを受理するにあたり、婚姻成立のための実質的成立要件を具備するかどうかを審査しなければなりません。

次に婚姻の実質的成立要件ですが、これは婚姻の成立要件から婚姻の方式を除外したものをいい、当事者間に婚姻意思があるかどうか、婚姻年齢に達しているかどうかなどが、ここに含まれます。通則法 24 条 1 項は、こうした婚姻の実質的成立要件について、婚姻当事者それぞれの本国法（国籍を有する国の法律）によると定めています。これは、夫となる者は夫の、妻となる者は妻の本国法の要求する成立要件をそれぞれ具備すれば足りるとする趣旨です。

このように、通則法は婚姻の成立要件を形式的成立要件（方式）と実質的成立要件とに分け、それぞれにつき異なる準拠法を指定しています。さらに通則法は、これら婚姻の成立の準拠法によって夫婦関係が成立し、その夫婦間に発生する権利義務関係（婚姻の効力）についても、また別の準拠法を指定します（この婚姻の効力に関しても、身分的効力と財産的効力とで準拠法が異なるのですが、ここでは割愛します）。

ここまで、婚姻の成立・効力の準拠法について解説しました。以下では、本判決で注目を集めることとなったもう一つの論点、すなわち、涉外婚姻における夫婦の氏の問題について、従来はどのような議論が国際私法上なされてきたかを簡単に概観しましょう。

夫婦の氏の問題はいずれの法によるべきか³

涉外婚姻の際の夫婦の氏の問題は、婚姻の効力の問題として通則法 25 条の定める準拠法によるとするのが、わが国における従来からの多数説です（効力準拠法説ないし効果法説）。この場合は、氏の変更が婚姻という身分関係の変動に伴って生じることになるため、氏の家族法的側面（氏が家族の一体性を表すこと）を重視して、変動の原因となった身分関係の効力の準拠法によるとする立場です。わが国民法上も、「婚姻の成立」（第四編第二章第一節）と「婚姻の効力」（第四編第二章第二節）とは分けて規定されており、夫婦の氏に関する民法 750 条は後者に位置づけられるので、この説は、読者にとっても比較的馴染みやすいかもしれません。

しかし、この効力準拠法説には問題点も指摘されています。たとえば、ともに日本に居住する日本人男性「東山一郎」と韓国人女性「李貞姫」とが婚姻する際、夫婦の同一常居所地である日本の民法 750 条（通則法 25 条によって定まる婚姻の効力の準拠法）に従い、氏を「東山」とする旨合意したときは、日本では、夫は「東山一郎」、妻は「東山貞姫」となります。しかし韓国では、婚姻しても男女とも氏（姓）の変更はないとされており（姓不変の原則）、この場合でも、妻は本国では「李貞姫」のままです。したがって、効力準拠法説によると、妻は日本では「東山貞姫」ですが、韓国では「李貞姫」ということになり、国によって個人の氏が異なるという事態が生じてしまいます。ちなみに、韓国国際私法上も涉外婚姻における夫婦の氏の問題についてはわが国と同じく効力準拠法説が多数説であるとされており、そうだとすると、上の例では韓国においても夫婦の同一常居所地法である日本法が婚姻の効力準拠法となり（韓国国際私法 37 条 2 号）、日本民法 750 条が適用される結果、妻は韓国でも「東山貞姫」となりそうです。しかし韓国では、姓不変の原則を根拠に、妻の韓国戸籍に記載されている従来からの姓（李）がそのまま維持される⁴扱いとなっています（2008 年以降は戸籍制度の廃止に伴い、その記録事項の多くが「家族関係登録簿」に引き継がれましたが、上記の取扱いに変化はないようです。韓国家族関係登録例規第 211 号 11 条参照）。

また、効力準拠法説の出発点となる通則法 25 条は、夫婦の本国法が同一でないときは夫

³ 以下の本文で紹介する見解のほか、後述する戸籍実務における取扱いを正当化するために、氏名を公法上の問題として国際私法の処理範囲の埒外に置くとする考え方もありますが（氏名公法説ないし氏名公法権説）、本稿では割愛します。

⁴ 青木清「夫婦の氏の準拠法について——日韓涉外関係から——」『南山法学』17 卷 3 号（1994 年）9-10、13-14 頁参照。

婦の同一常居所地法（上の例では日本法）により、そのいずれの法もないときは夫婦に最も密接な関係のある地の法によるとしています。このような準拠法の決定方法にも問題があります。すなわち、この方法によると、日本人男性と韓国人女性との間の婚姻について、同一常居所地法の有無や密接関連法の特定いかんにより夫婦の氏の決定方法が相違し、混乱を生じるおそれがあるからです。

そのため、以上の効力準拠法説に対しては、氏の問題は人格権の一つとしての氏名権の問題であり、夫婦の氏の問題も、夫婦それぞれの属人法（ある人にとって最も関係の深い、その身に付いた固有の法。人がどこへ行ってもその人に追隨して適用される法律のこと）によるべきであるとする反対説も、近時は有力です（本人の氏名権説）。この説によると、夫婦各自の本国法上の氏の決定方法が優先されるため、上の例でいえば、わが国でも、夫は「東山一郎」（日本法。このとき、夫婦同氏を定めている民法 750 条は、妻の氏名権には及ばないと解することになります）、妻は「李貞姫」（韓国法）となり、国によって個人（妻）の氏が異なるという事態が生じにくくなるのです⁵。

氏と戸籍

ところが、戸籍実務は氏の問題につき上にみた国際私法の指定する準拠法に従うことを一貫して拒否しています。

すなわち、上の例ですと、（夫婦の同一常居所地法または夫の本国法としての）日本民法 750 条によれば、夫婦が妻の氏である「李」を称することとした場合、夫は「李一郎」となりと解するのが自然であるように思われます。しかしながら、わが国の戸籍実務上、外国人である妻は、民法 750 条に規定する氏（以下、これを「民法上の氏」といいます）を有しないと考えられています（昭和 24 年 11 月 15 日付民事甲第 2670 号民事局長回答参照）。そして、外国人には民法上の氏がないわけですから、そのような外国人（妻）と婚姻する日本人（夫）も、自らの（民法上の）氏を外国人である妻の氏に変更することはできず、したがって、夫は婚姻前の氏（東山）のままである、とするのです。

このように、外国人と婚姻した日本人の氏は、婚姻の効果としては変動しません。現在では、外国人と婚姻した日本人についても新戸籍を編成することになっていますが（戸籍法 16 条 3 項）、この場合も、いったん親と同じ氏で新戸籍を編成し、その氏を外国人配偶者の氏に変更しようとするときは、婚姻の日から 6 ヶ月以内に限り、その旨を届け出ることによって変更することができるようになっています（同 107 条 2 項。婚姻の日から 6 ヶ月以降は、同 107 条 1 項により、家庭裁判所の許可を得る必要があります）。ただしこれは、戸籍実務では戸籍の変動を伴わない単なる呼称上の氏の変更にすぎないとされ、戸籍の変動を伴う民法上の氏の変更とは区別して扱われています⁶。

⁵ 以上につき、溜池良夫『国際私法講義』（有斐閣、第 3 版、2005 年）444 頁参照。

⁶ このような戸籍実務の取扱いについては、山川一陽「民法上の氏と呼称上の氏——呼称

このような取扱いは、戸籍上、氏は個人を特定するための呼称である（戸籍法 107 条）とともに、個人をいずれの戸籍に記載するかを決定するための基準となる（同 6 条）と解されていることに原因があります。戸籍は、身分関係の公簿であると同時に、日本国民の国民台帳としての側面をも有しています。このため、日本国籍を有する者だけが、戸籍に登載されることになるのです。これをいいかえれば、日本国籍を有しない外国人本人については戸籍が編製されないので、外国人は、（民法上の）氏をもつ必要がないのです。この戸籍実務独自の解釈を貫こうとすると、外国人と日本人との間の婚姻は民法 750 条の定める夫婦同氏の原則に反する場合もありうるように思われますが、同条は、婚姻当事者の双方が日本人である場合にのみ適用され、外国人と日本人との間の婚姻の場合には適用されない、というのが戸籍実務の一貫した考え方です（昭和 26 年 4 月 30 日付民事甲第 899 号民事局長回答、同年 12 月 28 日付民事甲第 2424 号民事局長回答、昭和 40 年 4 月 12 日付民事甲第 838 号民事局長回答）。

このように、涉外婚姻における氏をめぐっては、国際私法の定める準拠法によれば氏が法律上当然に変更するはずであっても、それが戸籍にはそのまま反映しない制度となっています。戸籍実務の取扱いは、日本人が外国人と婚姻した場合における氏の変更については、国際私法を通さず、もっぱら日本の戸籍法によって規律しようとするものといえるでしょう。それは、氏を戸籍編製の基準として理解するために、その変更についても国際私法を通して決定される準拠法にかかわらず、したがって外国法はもちろん、民法 750 条の適用もなく、戸籍法の定めるところによってのみ認められるにすぎないとするものです⁷。これに対しては、「戸籍は実体法上の身分関係を反映するものであつて、戸籍法の規定から実体法たる国際私法や民法の規定を規制するがごとき戸籍実務のあり方は疑問とせざるをえない」といった批判もあるところ⁸です。

3. 外国における日本人間の婚姻

ここでようやく、本判決の具体的な考察に入りましょう。これまでみてきたように、涉外婚姻における夫婦の氏の問題をめぐっては、とりわけ外国人と日本人との間の婚姻を念頭に置いて議論が進められてきました。しかし本判決で問題となったのは、ニューヨーク州在住の日本人（原告ら）が、同州において同州法の定める方式に従い挙行した婚姻に関するものです。この違いは、婚姻の成立や夫婦の氏をめぐるとの判断にどう影響するのでしょうか。

上の氏の形成と発展——」戸籍法 50 周年記念論文集編纂委員会編『現行戸籍制度 50 年の歩みと展望』（日本加除出版、1999 年）938 頁以下に詳しく紹介されています。

⁷ 山田籙一『国際私法』（有斐閣、第 3 版、2004 年）430 頁注 2 参照。

⁸ 京都家審昭和 55・2・28 家月 33 卷 5 号 90 頁。

以下、この点に関する裁判所の判断を適宜引用しながら解説します。

判旨Ⅰ（原告らの婚姻は有効に成立しているか）

「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有して……、ニューヨーク州において、ニューヨーク州法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。」「通則法 24 条 2 項は、婚姻の方式は、婚姻挙行地の法によると定めているのであって、また、戸籍法 41 条は、外国に在る日本人が、その国の方式に従って、婚姻を含む届出事件に関する証書を作らせたときは、3 か月以内にその国に駐在する日本の大使その他所定の機関にその証書の謄本を提出し、又は発送しなければならない旨定めて、報告的届出について規定しているのであるから、婚姻挙行地である外国の方式に従って、『夫婦が称する氏』を定めることなく婚姻が挙行されることは、当然に想定されているということができる。そして、そのような場合にも、通則法 24 条 2 項が定められている以上、本国法の定める実質的成立要件を満たす限り、婚姻自体は成立しているものと解するほかない」。

まず、原告らと被告（国）との間で争われていたのは、「夫婦が称する氏」を定めることなく挙行された原告らの婚姻が有効に成立しているかどうか、別のいい方をすれば、「夫婦が称する氏」について合意することは、原告らの婚姻を成立させるための要件なのかどうか、という点です。ここでは婚姻挙行地がニューヨーク州であったため、日本の民法 750 条が婚姻の成立の準拠法として適用されるためには、このような夫婦同氏の合意が通則法 24 条 1 項の定める婚姻の実質的成立要件にあたる必要があります。

これについて、上記では引用していませんが、本判決は、婚姻による夫婦同氏は通則法 25 条の定める「婚姻の効力」の問題であると述べています（効力準拠法説）。それを前提として、判旨Ⅰは、原告らが「夫婦が称する氏」を定めることなく婚姻を挙行したとしても、それが婚姻挙行地であるニューヨーク州法が定める婚姻の方式に従ったものであり（通則法 24 条 2 項）、また通則法 24 条 1 項により、原告らの本国法である日本の民法が定める婚姻の実質的成立要件（民法 750 条はここには含まれないと解することになります）を具備している以上、婚姻自体は成立しているものと解するほかない、としたのです。

被告はこれに対し、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は通則法 24 条 1 項の定める婚姻の実質的成立要件であって、このような合意をしていない原告らの婚姻はわが国においてははまだ成立していないなどと抗弁しました。しかし、仮にこのような考え方を採るとすれば、異国籍夫婦の氏をめぐって夫と妻の本国法上の規定が矛盾するなどの困難な問題が生じ、何らかの調整が必要となる可能性もあります。本

判決は正当にも、このような考え方を採用しませんでした。

夫婦同氏の合意を婚姻の実質的成立要件とみないのであれば、2. で述べたように、婚姻の方式、実質的成立要件、および効力につきそれぞれ異なる準拠法を指定する通則法の構造上、原告らの婚姻成立を認めた本判決の判断は、国際私法の通常の処理方法に従ったものとして妥当であったと評価できるでしょう。

判旨Ⅱ（別姓のまま戸籍に記載できるか）

「原告らは、民法 750 条に基づき『夫婦が称する氏』を定めなければならないものの、現段階では協議が調わない旨述べるところ……、同条の規定が憲法 24 条等に違反しないと解されること（別姓訴訟大法廷判決参照）を踏まえると、このような事情は、原告らの内部的事情にとどまるものといわざるを得ないのであり、『夫婦が称する氏』を定めて戸籍の編製等を求めるにつき何ら客観的な障害は見当たらないのであって、……原告らの婚姻は有効に成立している以上、原告らは、『夫婦が称する氏』を定めて届け出さえすれば、戸籍の編製等（戸籍法 16 条 1 項）を経て、戸籍の謄本等の交付を請求することができるようになる」。

次に問題となるのが、戸籍実務との関係です。これについては、判旨Ⅰがいうように、在外日本人同士が婚姻挙行地である外国の方式に従って婚姻し、その旨の証書（婚姻証書）を作らせた場合には、これを婚姻成立の日から 3 ヶ月以内に本籍地の市区町村長に提出しなければなりません（戸籍法 41 条。この場合の届出を「報告的届出」といいます）。当事者である日本人は、婚姻が成立した旨を自身の戸籍に記載する必要があるためです。そしてこのような報告的届出に際しては、判旨Ⅱに関わるのですが、戸籍実務上は、必要に応じて夫婦が称する氏等の事項について申出をさせることになっています（昭和 25 年 1 月 23 日付民事甲第 145 号民事局長回答。ただし、この夫婦が称する氏については、婚姻の際に合意がされたことを証明する必要はないとされています。昭和 42 年 3 月 27 日付民事甲第 365 号民事局長回答）。

すでにみたように、原告らの婚姻が有効に成立していれば、その効力は日本人同士であれば日本法によることとなります（通則法 25 条）。ここで原告らの婚姻の効力の準拠法として民法 750 条が適用される結果、夫婦同氏の効力が生じます。その事実を戸籍に記載するには、原告らは、夫または妻の氏を「夫婦が称する氏」として報告的届出をしなければならないということです。このようにして、「夫婦が称する氏」を定めることなく挙行した婚姻の成立を認めつつ、その事実を別姓のまま戸籍に記載することは認めないという論理が成り立つのです。

4. おわりに

本判決は、国際私法の論理に従い、原告らが「夫婦が称する氏」を定めることなくニューヨーク州で挙行した婚姻がわが国においても有効に成立しうることを認めました。とはいえ、婚姻当事者がいずれも日本人であるため、夫婦の氏について従来の多数説（効力準拠法説）、および有力説（氏名権説）のいずれによっても民法 750 条が適用される結果、氏の変更（夫婦同氏）が生じる点に変わりはありません。本判決は、この点を正面から論じることが避けつつ、戸籍実務の取扱いを強調することで、涉外婚姻における夫婦の氏の問題をかえってわかりにくくしてしまったきらいがあります。

また本判決によれば、外国で挙行された日本人同士の婚姻は、夫婦が称する氏を定めて届出をしない限り、氏の変更はおろか、婚姻の事実すら戸籍に記載されないことにもなりかねません。こうした戸籍実務の取扱いは、すでに成立した婚姻を日本の戸籍に反映させるという報告的届出がもつ本来の役割と矛盾しないか、疑問の残るところです。

[付記] 本稿は、科学研究費補助金 19K01319 の助成を受けた研究成果の一部です。