

外国において別氏婚をした日本人カップルの婚姻の成立と関係の公証**【文 献 種 別】** 判決／東京地方裁判所**【裁判年月日】** 令和 3 年 4 月 21 日**【事 件 番 号】** 平成 30 年（行ウ）第 246 号**【事 件 名】** 婚姻関係確認等請求事件**【裁 判 結 果】** 一部棄却、一部却下**【参 照 法 令】** 法の適用に関する通則法 24 条 1 項・2 項、25 条、同附則 2 条、民法 739 条、740 条、750 条、戸籍法 1 条 1 項、3 条 1 項・2 項、4 条、6 条本文、10 条 1 項、13 条 1 号・6 号・8 号、14 条 1 項、16 条 1 項本文、41 条 1 項、74 条 1 号・2 号、122 条、同施行規則 30 条 1 号、35 条 4 号、行政訴訟法 4 条、憲法 24 条、国家賠償法 1 条 1 項**【掲 載 誌】** 判例集未登載

◆ LEX/DB 文献番号 25569269

熊本大学准教授 梅澤 彩

事実の概要

原告ら（以下「Xら」という。）は、アメリカ合衆国のニューヨーク州に在住する日本人である。Xらは、平成 9 年に、ニューヨーク州において、同州法所定の婚姻の方式に従って婚姻を挙げた。その際、Xらは、夫婦が称する氏を定めず、各々の生来の氏を引き続き称した。

平成 30 年 6 月 6 日、Xらは、千代田区長に対して、「婚姻後の夫婦の氏」欄につき「夫の氏」と「妻の氏」のいずれにもレ点を付した婚姻の届書、ニューヨーク州で発行された婚姻証書謄本およびその抄訳文を提出して婚姻の届出（以下「本件届出」という。）をした。平成 30 年 6 月 6 日、千代田区長は、本件届出につき、民法 750 条および戸籍法 74 条 1 号に違反しているとして、不受理処分（以下「本件不受理処分」という。）とした。

そこで、Xらは、平成 30 年 6 月 18 日、被告である国（以下「Y」という。）に対して、(1) 主位的に、戸籍法 13 条等に基づき、戸籍への記載によってXらが互いに婚姻関係にあるとの公証を受けることができる地位にあることの確認を求め、(2) 予備的に、〔1〕憲法 24 条等に基づき、Yが作成する証明書（戸籍への記載以外の方法によるものと解される。）の交付によってXらが互いに婚姻関係にあるとの公証を受けることができる地位にあることの確認を求めるとともに、〔2〕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について、婚姻関係を公証する規定を戸籍法に設けていない立法不作為は憲法 24 条に違反するなど主張して、国家賠償法 1 条 1 項の規定に基づき、慰謝料各 10 万円の支払を求めた。

本件の争点は次のとおりである。(1) 方法選択の適否（確認の利益の有無①—主位的請求関係）、(2) 即時確定の利益の有無（確認の利益の有無②—主位的請求および予備的請求〔1〕共通）、(3) 戸籍への記載によって婚姻関係にあるとの公証を受けることができる地位の有無（主位的請求関係）、(4) Yが作成する証明書の交付によって婚姻関係にあるとの公証を受けることができる地位の有無（予備的請求〔1〕関係）、(5) Xらの婚姻の成否（主位的請求および予備的請求共通）、(6) 立法不作為の違法の有無等（予備的請求〔2〕関係）。

判決の要旨

裁判所は、下記のとおり、Xらの婚姻が成立していることを前提として、地位の確認の訴えについて、いずれも却下し、立法不作為の違法の有無等についても、いずれも棄却した。

争点 (5)

「通則法 24 条 1 項は、『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、『婚姻の方式は、婚姻举行地の法による』と定めている……X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……ニューヨーク州法所定の婚姻の方式に従い、婚姻を举行したものと認められ……婚姻の成立に関し、X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……Xらの婚姻自体は、有効に成立しているものと認められる。」

「我が国においては、婚姻の際に『夫婦が称する氏』を定めて届け出ることが法律上要求されているのに対し（略）、外国に在る日本人がその国の方式に従って婚姻をする場合においては……婚姻の举行時に『夫婦が称する氏』が定められていない場合もあり得るのであって……『夫婦が称する氏』が定められて婚姻による夫婦同氏の効力が発生する（通則法 25 条、民法 750 条）までの間に……一定の時間的間隔が生ずることは避け難いといえる……通則法 24 条 2 項は、外国に在る日本人が『夫婦が称する氏』を定めることなく婚姻することを許容しているものと解さざるを得ない……婚姻は我が国において有効に成立している」。

争点 (1)

「Xらは……行訴法 4 条の公法上の法律関係に関する確認の訴えとして、戸籍への記載によって婚姻関係にあるとの公証を受けることができる地位にあることの確認を求めている……戸籍事件に関する市町村長（略）の処分に対しては、戸籍法 122 条に基づき、家庭裁判所に不服の申立てをすることができ……Xらは、本件不受理処分に対する不服の申立てを通じて、婚姻関係が戸籍に記載され、戸籍の謄本等の交付を請求することもできる（戸籍法 10 条 1 項）ようになり得る」。

争点 (2)

「Xらは、Y による公証を受けられないことにより……婚姻関係の証明が煩雑であることや、課税等の場面で不利益を受ける危険や不安があることなどを主張するが、いずれも事実上の不便や将来の抽象的な危険等をいうにとどまるものであり……事後的に争ったのでは回復し難い損害を被るおそれがあるなどの特段の事情も認められない」。

争点 (6)

「民法 750 条の規定が憲法 24 条に違反しない」と解される以上……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』を定めるまでの間の暫定的な状態の婚姻関係について……公証する規定が戸籍法に設けられていないとしても、同条（憲法 24 条〔筆者注〕）の規定に違反するものであることが明白であると評価することはできない」。

判例の解説

一 婚姻の成立と婚姻の届出

1 日本法による婚姻の成立要件と届出の法的性質

婚姻の成立要件は、実質的成立要件と形式的成立要件とに分類される。実質的成立要件は、婚姻意思の存在と民法 731 条から 737 条までに定める婚姻の要件の充足である。婚姻意思について、判例・通説は「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効果意思」（最判昭 44・10・31 民集 23 巻 10 号 1894 頁）とする。

形式的成立要件（方式）については、婚姻の届出（民法 739 条）を①効力発生要件とする立場と②成立要件とする立場がある。①は、民法 739 条 1 項が婚姻は「届け出ることによって、その効力を生ずる」と定めていることから、届出を効力発生要件と解する¹⁾。この場合、婚姻の届出は報告的届出となる。これに対して、②は、届出により、各当事者の婚姻意思および当事者の婚姻意思の合致が表示されて、婚姻が成立すると解する²⁾。この場合、婚姻の届出は創設的届出となる。立法者および通説は、②の立場を採る³⁾。

2 在外日本人間の婚姻

外国にいる日本人（日本国籍を有する者をいう。以下同じ。）カップルが婚姻する場合、婚姻の成立および方式の準拠法は、法の適用に関する通則法（以下「通則法」という。）による。

通則法 24 条 1 項は、婚姻の実質的成立要件の準拠法を、同条 2 項および 3 項は形式的成立要件（方式）の準拠法を定めると解されている⁴⁾。そして、2 項および 3 項は、婚姻の方式につき、婚姻举行地法による方式（2 項）と本国法による方式（3 項本文）について定めるところ、婚姻举行地法または各当事者の本国法のいずれかで有効となる方式であれば（選択的適用）、形式的成立要件を満たすこととなる。

したがって、外国にいる日本人カップルが、通

則法 24 条 2 項に基づき、当該国の方式に則って婚氏を定めずに婚姻することは国際私法上可能であり⁵⁾、同条 1 項で要求される日本法による実質的成立要件を具備し、挙行地法による方式を満たしている限り、当該婚姻は有効に成立する。また、この場合、日本法上要求される届出は報告的届出となることから、届出がない場合であっても、当該婚姻は日本においても有効である⁶⁾。

二 在外日本人間の婚姻の届出と夫婦の氏

1 日本法による婚姻の届出と夫婦の氏

婚姻の形式的成立要件として、戸籍法の定めるところにより届け出る必要がある（民法 739 条 1 項）。届出は、書面または口頭でしなければならない（同条 2 項）、戸籍法が定める書面記載事項（または口頭で陳述すべき事項）は、夫婦が称する氏・その他法務省令で定める事項（同法 74 条 1 号・2 号）等である。届出の受理により、婚姻が成立し（民法 739 条・740 条）、夫婦の新戸籍が編製される（戸籍法 16 条 1 項本文）。

婚姻の届出の受理に際して、戸籍事務管掌者である市区町村長（戸籍法 1 条・4 条）は、婚姻障害事由がないこと、届出の方式（民法 739 条 2 項）およびその他の法令（戸籍法・戸籍法施行規則等）違反がないことを審査する。夫婦が称する氏は、婚姻届の必要的記載事項であることから、夫婦のいずれかの氏を選択しない婚姻届は不受理となる（岐阜家審平元・6・23 家月 41 巻 9 号 116 頁）。婚姻届が受理されなかった当事者は、不受理証明書を請求することができる（戸籍法 48 条 1 項）。

なお、届出が正当な理由なく受理されない場合、当事者は家庭裁判所に対して不服申立てをすることができる（戸籍法 122 条・123 条、家事 226 条 4 号、別表一 125 項）。家庭裁判所は、申立てに理由があると認めるときは、当該市区町村長に対し、相当の処分を命じなければならない（家事事件手続法 230 条 2 項）。行政訴訟ができるか否かについては、見解が分かれているが、通説は、通常の行政訴訟は許されないとする⁷⁾。

2 在外日本人間の婚姻と届出

挙行地法による方式（通則法 24 条 2 項）で婚姻した者は、その際に作成された婚姻証書の謄本を、3 か月以内に、その国に駐在する日本の大使、公使または領事（以下「大使等」という。）に対して

提出しなければならない（戸籍法 41 条 1 項）。提出された書類は、外務大臣を経由して当事者の本籍地の市区町村長に送付され（戸籍法 42 条）、婚姻が戸籍に記載される。大使等がその国に駐在しないときは、当事者が直接、3 か月以内に本籍地の市区町村長に証書の謄本を発送しなければならない（同法 41 条 2 項）。婚姻の成立日は、挙行地法の方式による婚姻証書に記載された日である（昭 45・5・20 = 25 熊本決議〔戸籍 297 号 71 頁〕）。

なお、本国法（日本法）による婚姻の場合は（通則法 24 条 3 項本文）、当事者いずれか一方の本籍地に婚姻の届書を送付し、受理された時に婚姻が成立する（民法 739 条、戸籍法 25 条・47 条、平元・10・2 民（二）3900 号通達⁸⁾）。

3 在外日本人の婚姻と夫婦の氏

婚姻の効力に関する準拠法について、通則法 25 条は「夫婦の本国法が同一であるときはその法により、その法がない場合において夫婦の常居所地法が同一であるときはその法により、そのいずれの法もないときは夫婦に最も密接な関係がある地の法による」とする（段階的適用）。

婚姻の効力規定の中でも、夫婦の氏（民法 750 条）について、通則法 25 条の適用があるか否かについては、解釈に委ねられている⁹⁾。学説は、大別すると次の 3 つに分かれる。①婚姻の身分的効力の問題として、通則法 25 条によるべきとする見解¹⁰⁾、②氏の問題は 1 つの独立の人格権たる氏名権の問題であり、夫婦各自の本国法によるべきとする見解¹¹⁾、③戸籍実務上の取り扱いから¹²⁾、日本民法上の氏の規定は、公法としての戸籍法体系の一部であり、氏の問題は私権の問題ではなく公法の問題と捉えるべきとする見解¹³⁾である。

上記①～③のいずれの見解によっても、在外日本人間の婚姻については、現状、民法 750 条による制約を受けざるを得ないこととなろう。

三 本件について

裁判所は、通則法 24 条に基づき、X らの婚姻は有効に成立していると判示した（争点 (5)）。通則法の規定に従えば、当然の帰結である。しかし、挙行地法に基づいてした日本人間の別氏婚について、その有効性が国との間で正面から争われ、当該婚姻が日本においても有効に成立していると認められた点は、注目に値するといえよう。

Xらが互いに婚姻関係にあるとの公証を受けることができる地位にあるか否かに関する確認の訴えについて、裁判所はいずれも否定した。

争点(1)については、裁判所が指摘するとおり、届出が正当な理由なく受理されない場合、当事者は戸籍法122条に基づく申立てを行うのが本来であろう。しかし、外国において別氏婚が有効に成立した後の報告的届出に際しても、夫婦のいずれか一方の氏を選択した届出でなければ受理されず、婚姻の効力を生じないとする現行法制下においては、民法上の氏の問題は私権の問題ではなく公法上の問題と捉えることもできる。行政訴訟法4条に基づく請求についても、検討の余地はあったのではないと思われる。

争点(2)について、裁判所は、Xらの訴えは事実上の不便や将来の抽象的な危険等をいうにとどまるとして、確認の利益の訴えを欠くとした。しかし、本件では、Xらの婚姻は有効に成立しているにもかかわらず、「暫定的な状態の婚姻関係」であると評価されている。このような関係性にある以上、Xらの権利または法的地位に関する危険や不安は現に存在しているということもできる。適法に身分関係を形成したXらの法的地位の保障が軽視されてはならない。

制度趣旨や背景は異なるものの、日本人と外国人の婚姻における戸籍実務の取り扱いのように、外国の方式に従って夫婦が称する氏を定めないまま有効な婚姻をした日本人夫婦については、少なくとも各々の従前戸籍の身分事項欄に婚姻関係を記載することは可能であろう。実際、選択的夫婦別氏制度の導入に関する議論においては、戸籍の取り扱いについて、戸籍編製基準を現行戸籍法が採る夫婦および親子の単位としつつ、「夫婦および同氏の子同一戸籍の原則」を変えて、別氏夫婦についても同戸籍とし、その一方と氏を同じくする子も同籍することが提案されていた¹⁴⁾。

民法750条の規定が憲法24条に違反しないと解されている現状を踏まえると（最大判平27・12・16民集69巻8号2586頁、最大決令3・6・23裁時1770号3頁）、裁判所が判示するとおり、立法不作為の違法があると判断することは難しい（争点(6)）。しかし、戸籍制度は、日本人の身分関係の実態を登録し公証するものであることを踏まえると、外国の方式に従って夫婦が称する氏を定めないまま有効な婚姻をした日本人夫婦につい

ては、夫婦のいずれか一方の氏を選択しない婚姻届を受理し、従前戸籍の身分事項欄に婚姻関係を記載するなどして当事者の法的地位を保障するとともに、戸籍記載の真实性を確保することが期待される。

●——注

- 1) 加藤一郎「身分行為と届出」末川博＝中川善之助＝舟橋諄一＝我妻栄編『穂積先生追悼論文集 家族法の諸問題』（有斐閣、1952年）521頁。
- 2) 我妻栄『親族法』（有斐閣、1961年）41頁、松川正毅＝窪田充見編『新基本法コンメンタール 親族〔第2版〕』（日本評論社、2019年）40頁〔宮本誠子〕。
- 3) 中川善之助『新訂 親族法』（青林書院新社、1965年）180頁、深谷松男「身分行為に関する二、三の考察」金沢19巻1＝2号合併号（1976年）38頁、二宮周平『家族法〔第5版〕』（新世社、2019年）35～38頁。
- 4) 櫻田嘉章＝道垣内正人編『注釈国際私法 第2巻 §§24～43・附則、特別法』（有斐閣、2011年）1頁、10～12頁〔横溝大〕、二宮周平編『新注釈民法（17）親族（1）』（有斐閣、2017年）268頁〔長田真理〕。
- 5) ただし、婚姻の報告的届出は夫婦の氏を定めない限り受け付けられないであろうと指摘する。二宮編・前掲注4）169頁〔床谷文雄〕。
- 6) 出口耕自『論点講義 国際私法』（法学書院、2015年）326頁。
- 7) 青木義人＝大森政輔『全訂 戸籍法』（日本評論社、1982年）473頁。本山敦編著『逐条ガイド 親族法—民法725条～881条—』（日本加除出版、2020年）36頁〔大島梨沙〕。
- 8) 二宮編・前掲注4）139頁〔高橋朋子〕、本山編著・前掲注7）38頁〔大島〕。
- 9) 二宮編・前掲注4）274頁〔長田〕。
- 10) 山田録一『国際私法〔第3版〕』（有斐閣、2004年）428頁。
- 11) 櫻田嘉章『国際私法〔第6版〕』（有斐閣、2012年）282頁。
- 12) 外国人と婚姻した日本人については、準拠法とは関わらず新戸籍を編製し（戸籍法16条3項）、外国人配偶者の氏に変更を望む日本人については、婚姻の日から6か月以内に限り、届出のみによって変更することができる（同法107条2項）。
- 13) 澤木敬郎＝道垣内正人『国際私法入門〔第7版〕』（有斐閣、2012年）152頁。
- 14) 法務省民事局『選択的夫婦別氏制度の導入に伴う別氏夫婦の戸籍の取扱いに関する民事行政審議会答申』（1996年）、鳥澤孝之「夫婦及び子の氏と戸籍制度」レファレンス2011年3月号71頁。選択的夫婦別氏制度に関する近時の論考として、犬伏由子「選択的夫婦別氏（別姓）制度導入の意味—『氏の取得・変更』規定見直しの視点で—」二宮周平編集代表『現代家族法講義 第2巻 婚姻と離婚』（日本評論社、2020年）59～84頁が参考となる。