

戸籍実務の理論と家族法

山川 一陽 著

日本加除出版

日本大学法学部叢書第33巻

は し が き

わが国における戸籍制度は、諸外国においてはみられないような独自の発展を遂げた制度であるということが出来る。そして、この制度がすべての国民の生活の背後にかけがえのないものとして根付いているということが出来る（これらの諸問題については本書第一論文を参照されたい）。ある意味で戸籍という文書が日本国民が日本国民であるということを証明することができる唯一の公的証明文書ということも出来るであろうし、これが国民に対する行政サービスなどの基礎にあるということも否定できないであろう。また、相続等の問題についても戸籍制度なくしては運営が極めて困難となることも事実である。もちろん、この戸籍という制度についても様々な角度からみて批判もあることは否定できないし、その批判についても制度としてしっかりと考えなければならない部分があることも確かである。このようなことが考慮されながらも今日の戸籍制度は発展をしてきているということが出来る。

私は、ある時期にこの戸籍制度の実務の運営ということに（戸籍実務の管轄官庁である法務省民事局の局付検事という立場から）深く関わった経験がある。その際には、いかにすれば戸籍実務の運用が理論的にも実際的にも矛盾なく合理的になされるべきかという観点から努力もし、勉強もしてきた。本論文集は、かような観点に立って戸籍実務を運営する立場から考え検討してきた問題について再検討したものである（とりわけ氏についての「呼称上の氏」と「民法上の氏」という問題などについて）。その意味では戸籍制度を批判的にみるというよりも現行戸籍実務を運営するに当たってどのような理論をもってこれがされてきたのかという観点からいくつかの問題に検討を加えたものである（実務の運営の中で検討された問題であるといってもいいであろう）。そして、同時に戸籍と深い縁のある家族法のいくつかの問題を扱っている。その意味で、本書の題名も「戸籍実務の理論と家族法」ということにした。そのような意味では、私が戸籍実務の運営に深く関わっていた時期に書かれた論文が主体となっているところから、その後には制度改正や状況の変化等があったが、特に影響のない限り各論文については初出のままの形をとり（ごく簡単に補正ができるものについては本文中で補正し）、特に大きな影響のあるところについては補注の形で補っておくこととした。

本書は、平成24年度の日本大学法学部叢書の一冊として出版されたものであり、そのために出版期日についても一定の制約があったところ、出版のための最後の作業の段階で私が急な入院・手術を余儀なくされることとなり、本書の出版がこの期日に間に合わない可能性が高くなった。このことから日本大学法学部の民法担当の同僚諸氏が見かねて、多忙な時期に自分の仕事を後回しにして大変な協力を頂くことになった。本書が無事に出版できたのは、そのような同僚諸氏のお力添えのおかげである。お一人お一人のお名前を挙げることはしないが、記して感謝申し上げたい。

またそのような事情があったために本書を担当した日本加除出版編集部の田中さやか氏には普通の書籍の出版以上に大変なご苦勞をおかけしてしまった。このことについても深く感謝している。さらに、いつも適確なサポートをしてくださる同編集部の盛田大祐氏、このような時期に採算の困難な本書の出版をご快諾頂いた日本加除出版株式会社にな心から感謝申し上げたい。

2013年3月

山 川 一 陽

初 出 一 覧

本書に収録するにあたって、一部加筆・修正を加えた。

「戸籍制度の特色と個人情報」

『21世紀の家族と法—小野幸二教授古稀記念論集』
(法学書院・2007年) 24～50頁

「夫婦の氏，親子の氏—呼称上の氏と民法上の氏の検討を通じて」

石川稔・中川淳・米倉明編『家族法改正への課題』
(日本加除出版・1993年) 93～115頁

「呼称上の氏と戸籍」

日本私法学会『私法』第53号(有斐閣・1991年) 280～285頁

「民法上の氏と呼称上の氏—呼称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—戸籍法50周年記念論文集—』(日本加除出版・1999年) 938～956頁

「離婚の際に称していた氏を称した妻と氏の変更

—戸籍実務の立場を中心として—」

細川清・海老原良宗編『家族法と戸籍—その現在及び将来—』
(テイハン・1986年) 295～323頁

「国際婚姻に伴う「氏」の変動について

—昭和55年8月27日民二第5217号回答，同日民二第5218号通達を通して—」
法務省民事局編『民事月報』35巻12号(法曹会・1980年) 3～57頁

「法改正と解釈の確定について—呼称上の氏の議論を通じて—」

森泉章ほか編『続現代民法学の基本問題』内山尚三・黒木三郎・石川利夫
先生古稀記念(第一法規・1993年) 53～69頁

「日本の協議離婚について」

『戸籍時報』398号（日本加除出版・1991年）7～13頁

「わが国における協議離婚と意思確認」

『戸籍時報』（日本加除出版・1990～1991年）

(1) 391号 2～13頁

(2) 392号 63～76頁

(3) 393号 2～15頁

(完) 394号 31～40頁

「就籍について」

『法学紀要』30巻（日本大学法学研究所・1988年）145～161頁

「棄児と戸籍」

『民事研修』377号（法務省法務総合研究所・1988年）8～22頁

「「名」の意義とその機能—裁判例と先例を通して—」

法務省民事局編『民事月報』34巻12号（法曹会・1979年）3～29頁

「名付けと名付け制限」

『日本法学』71巻1号（日本大学法学研究所・2005年）127～136頁

「内鮮間の認知と国籍の確定」

『民事研修』293号（法務省法務総合研究所・1981年）9～29頁

「認知の取消について」

中川高男ほか編『民法基本論集 第7巻 家族法』

（法学書院・1993年）171～182頁

「後見・扶養」

川井健・鎌田薫編『基本問題セミナー民法3 親族・相続法』

（一粒社・1990年）118～129頁

目 次

1	戸籍制度の特色と個人情報	1
一	最初に	1
二	戸籍制度と個人情報	2
三	歴史の中における戸籍制度とその問題	3
四	現行戸籍法の制定と現行戸籍の基本原理	5
五	現行戸籍制度の特色	6
六	外国人との身分行為と戸籍	13
七	戸籍の記載内容の真実性	15
八	戸籍の各欄をどう見るか	17
九	性同一性障害特例法と戸籍	20
十	戸籍と住民基本台帳	21
2	夫婦の氏、親子の氏	
	——呼称上の氏と民法上の氏の検討を通じて——	29
一	最初に	29
二	氏の性格と機能	30
三	戸籍編製と氏	31
四	立法による新たな問題点の出現	37
五	裁判例による認知	40
六	氏に関する立法上の問題点	41
七	最後に	47

3	呼称上の氏と戸籍	49
一	はじめに	49
二	呼称上の氏の発生	49
三	氏変更についての戸籍上の取扱い	50
四	立法による問題点の出現	51
五	離婚の際の氏を称する届出をめぐって	51
六	戸籍法第107条の改正によってもたらされたもの	53
七	呼称上の氏の再検討	55
4	民法上の氏と呼称上の氏——呼称上の氏の形成と発展——	57
一	最初に	57
二	氏と戸籍	58
三	戸籍の変動を伴わない氏(呼称上の氏)の変動	61
四	婚氏続称と呼称上の氏	63
五	離婚の際に称していた氏を称した妻と氏の変更	65
六	裁判による承認	67
七	涉外身分行為と呼称上の氏	68
八	立法による承認	69
九	最後に	71

5	離婚の際に称していた氏を称した妻と氏の変更	
	——戸籍実務の立場を中心として——	73
	「呼称上の氏」と「民法上の氏」	73
	民法上の『氏』とその変動	74
	呼称上の『氏』とその変動	76
	離婚復氏と離婚の際に称していた氏を称する届出	77
	民法第791条第1項の適用	80
	婚氏続称の意義	83
	戸籍法第107条第1項による氏変更との関係	85
	結びに代えて	89
6	国際婚姻に伴う「氏」の変動について	
	——昭和55年8月27日民二第5217号回答, 同日民二第5218号通達を通して——	93
	一 問題の所在	93
	二 検討の前提として	100
	三 本件回答の考え方	119
	四 本件通達の問題点	124

7	法改正と解釈の確定について——呼称上の氏の議論を通じて——	… 139
一	問題の所在	139
二	氏の性格と機能	140
三	氏変更と呼称上の氏	141
四	立法による新たな問題点の出現	143
五	裁判例による認知	144
六	立法による発展	146
七	呼称上の氏の再検討	148
八	最後に	149
8	日本の協議離婚について	151
一	離婚——その歴史的発展	151
二	協議離婚	152
三	協議離婚の成立要件	154
四	離婚意思の存在時期と離婚届不受理申出制度	154
五	現行法立法過程における問題	155

9	わが国における協議離婚と意思確認	159
第一	キリスト教的婚姻観と離婚	159
一	婚姻非解消主義	159
二	わが国の協議離婚制度の特殊性	159
第二	離婚の容易化ないし簡易化傾向について	162
一	最近における諸外国の離婚制度の傾向について	162
第三	わが国における協議離婚制度	169
一	最初に	169
二	協議離婚小沿革	171
三	協議離婚と離婚意思について	183
第四	結びにかえて	202
10	就籍について	207
一	本稿の目的と問題の所在	207
二	就籍の必要性	208
三	就籍による戸籍記載	209
四	就籍の届出の性格について	210
五	就籍の審判を受ける義務と就籍の届出の性格について	214
六	就籍と国籍	216
七	最後に	219

11 棄児と戸籍	221
一 棄児と戸籍	221
二 棄児の概念について——戸籍法でいう棄児とは何か	222
三 棄児と国籍	226
四 棄児発見手続に関連して	227
五 結びにかえて	230
12 「名」の意義とその機能——裁判例と先例を通して——	235
一 最初に	235
二 「名」とは何か	236
三 「名」の機能	240
四 命名権に関連して	249
五 最後に	257
13 名付けと名付け制限	259
一 名と名付け	259
二 名付け制限	260
三 従来からの人名用漢字制限と変遷	261
四 常用漢字表の利用と制限の性格	263
五 判例の変遷	264
六 表外字についての具体的な取扱い	265

14	内鮮間の認知と国籍の確定	269
一	問題の所在	271
二	昭和22年12月末までの取扱い	271
三	昭和23年1月1日から同25年12月5日までの取扱い	275
四	昭和25年12月6日以降平和条約発効までの取扱い	277
	【資料】	278
15	認知の取消しについて	291
一	問題の所在	291
二	判例の状況	292
三	学説の状況	293
四	理論の展開	300
五	最後に	301
16	後見・扶養	303
一	後見制度の機能	303
二	扶養と社会保障の関係	306
	判例・先例索引	311

凡 例

本文中，掲載条文につき現在変更されている場合については，旧条文の後に，〔現〇条〕または〔現，なし〕等とした。

例：（戸籍法121条の2）〔現133条〕
戸籍法施行規則11条の2〔現，なし〕

戸籍制度の特色と個人情報

一 最初に

わが国における典型的な身分登録制度に戸籍制度がある。この戸籍制度はわが国において独自の発展を遂げた制度であり、諸外国にみられない独特な制度であるといつてよいであろう（第二次大戦から戦後にかけての一時期にわが国の法制度の決定的な影響を受けざるを得なかった韓国や中華民国などにおける制度が類似していることを別論とすればではあるが）⁽¹⁾。

もともと戸籍制度は、個人の身分関係について公示する手段としてもうけられ、日本人のすべての者についてこれを登録する公簿であり、その意味で、戸籍は、これに登録される者が日本人であることを証明する公的証明文書としての機能を果たしているものである。それと同時にこれに準じる公的な身分証明的な文書であるパスポートであるとか運転免許証であるとか、あるいは住民票などにいたるまでがその最終的な根拠をこの戸籍に求め、選挙人の確定、就学児童の確定その他多くの基本的な行政ないし行政サービスの基礎たる資料となるという機能を果たしている。その意味では、各種の行政事務が適正に運営されていることの背後には戸籍が機能しているし、パスポートの発行や免許証、住民登録などの二次的身分証明書制度の裏付けとなるものが戸籍であるということが出来る。

(1) わが国における戸籍制度と諸外国（特にアメリカなど）における身分登録制度との比較対照を試みるものとして田代有嗣「戸籍編製の原理」中川善之助先生追悼現代家族法大系編集委員会編『中川善之助教授追悼 家族法大系VI 相続(1)』487頁以下（有斐閣，1960年）が詳細である。なお、鈴木禄弥「各国の身分登録制度」『家族問題と家族法VII』273頁以下（酒井書店，1974年）など参照。

二 戸籍制度と個人情報

戸籍は、先にも述べてきたように国民個人についての身分関係を公示するものである。そのような観点からいえば、戸籍というものが各人についての個人情報の集合体であるともいうことができる。しかし、この制度が持つところの機能や役割からすると、これが個人情報にかかるものであるからといって、これへの記載やこれを公示することのすべてを否定するということとはできないことは当然である。ここに記載されたどのような情報を公示するにとどめるのか、あるいはこれを公示するについても、その前提となる戸籍の記載の内容そのものについても、個人情報の保護の不当な侵害ということにならないような記載の仕方などがどのようにあるべきかということが問題となるであろう。

戸籍という制度が、国民についての身分関係の公示手段ということになれば、その内容は、なるべく詳細であり、具体的であることが望まれることになる。しかしながら、このような個人の身分関係についての事項は当該個人にとって内容によっては秘匿しておきたい個人情報となり、その具体的事実によっては公開があるいは不当に個人のプライバシーを侵害することになる場合があり得るということをしかりと認識しなければならないことは当然である。戸籍法などに関する規定の取扱いに関して個人情報やプライバシーの保護ということが問題とされ、これについての必要な手当が要求されたり、これまでも必要な手当がされてきた事項について指摘することができる諸点も少なくないし、制度自体が配慮している諸点について目を向けてみることも可能であろう。もちろん、この戸籍という制度が日本国民の生活の基礎ともなる資料となるものであることからすれば、その公開がやむを得ないとされる場合もあるし、そうであってもその具体的方法が必要の限度をこえるとしてさらに工夫や検討の余地がある場合もあり得る。ここにおいては、わが国における戸籍という制度の特色を明らかにしながら、その過程においてかかる問題点に関連すると考えられるところのいくつかを指摘しておきたいと考える（これを網羅的に紹介し、検討する余裕がないところから、そのような詳細な検討は将来の課題としておきたい）。

三 歴史の中における戸籍制度とその問題

わが国の戸籍制度の歴史は古く、大化の改新（645年）の前後にまで遡ることができるが、現行戸籍法の特徴などについて考えるためには現行戸籍制度の原型ともいえるべき最初の統一的な戸籍法（明治4年4月4日太政官布告第170号戸籍法33則）に基づく明治5年式戸籍（いわゆる「壬申戸籍」といわれるものがそれである）から見ておくことで足りるであろう⁽²⁾。

現在の戸籍制度につながる戸籍制度の最初の戸籍がこのいわゆる壬申戸籍である。この戸籍がいわゆる「壬申戸籍」といわれるのはその実施の年が干支の壬（みずのえ）の申（さる）であるところからきたものである。

この壬申戸籍に次いで明治19年内務省令第19号、第22号および同年内務省訓令第20号によって戸籍の取扱い手続や書式が整備されることになった。これがいわゆる明治19年式戸籍である。

この後の明治31年にいたって民法の制定・施行があったところから、戸籍制度も同年法律第12号によって全面的に改正されることになり、もっぱら身分登録のみを目的とするものとなり、これと同時に身分登記簿⁽³⁾の制度が併設されることになった。

次いで大正3年法律第26号による戸籍法改正がなされ、戸籍簿と身分登記簿との併合がされている。これが大正4年式戸籍である。

そして、これに次いで昭和22年に公布された民法、戸籍法の改正による現

(2) わが国における戸籍制度の歴史をもうすこし詳しくかつ遡ってみるならば、わが国の戸籍制度はもともと隋や唐の制度に影響を受けたものといえることができるであろう。しかし、その後に独特の発展を遂げ、明治5年式戸籍にいたるものであるが、それまでも詳細に見ていけば、課税その他の行政目的のための帳簿や切支丹などの邪教取締りのための各種帳簿である宗門改め帳や人別帳などの各制度を経てきている。また、明治期に入ってまもなく京都府においていわゆる「京都戸籍」を整備するなどの努力がされたこともあったし、ときの政府によってこの京都戸籍を全国戸籍としようとするなどの試みもあった。したがって、戸籍制度の発祥や発展が終始現在社会において戸籍が果たしている、純粹に個人の身分関係について公示する手段ということだけを目的としてきたものとするにはできないであろう。

(3) いわゆる身分登記簿とはそれへ記載される者の身分に関する公文書であり、これには身分に関する詳細な事項がまず記載され、この中からさらに戸籍簿へその主要事項が記載されることとなる方式がとられるものである。ある意味では戸籍簿への記載と身分登記簿への記載とが二重手間になるということから大正3年戸籍法において廃止されることとなった。

行戸籍制度が制定されることとなった（昭和23年1月1日施行）。

(1) 明治5年式戸籍（いわゆる壬申戸籍）

これは人民の現実の居住の動態を把握して、それを行政目的に資すると同時に警察的な支配にも役立てようとするものであった。

いわゆる明治5年式戸籍においては戸主を筆頭にして、尊属、戸主配偶者、兄弟姉妹、その他の傍系親族の記載がされていた。この制度下においては戸主は家族の婚姻や縁組の届出義務を負い、この届出の有無に身分行為の有効・無効自体がかからしめられていた（明治8年12月太政官布告第209号）。

そのようなことから明治5年式戸籍には、住民登録としての機能と身分登録の機能が具備されていたわけである（その意味ではいわゆる戸口調査的なものでもあった）。そして、これには、華族、士族、平民などの族称の記載のほかに職業、寺、氏神などの記載もあり、同時に印鑑登録や犯歴などまでも記載されていた⁽⁴⁾。そうなるとこの壬申戸籍には、旧制度下における封建的身分関係が記載され、これが公示されていたという意味において今日的な感覚からすればとうていそのままの形で公的公示文書として公開が許されるものではないというべきであろう。このような意味において、昭和51年法律第66号（昭和51年6月15日公布）によってこの壬申戸籍は一切の公開が禁止され、特に必要がありこの謄本や記載事項証明が出される場合には現行戸籍の記載事項に該当する部分についてのみ作成されることとなる（昭和43年3月4日民事甲373号通達）。この壬申戸籍は19年式戸籍や31年式戸籍に改製された後、その当時の改製原戸籍または除籍として保存されている（田代有嗣監修・高妻新著『改訂体系・戸籍用語事典』118頁以下〔日本加除出版、2001年〕）。

(2) 明治19年式戸籍

明治4年制定の戸籍法の規定を根拠としてその内容が戸籍法細則によって改革され、いわゆる明治19年式戸籍が編製された。しかし、これは明治5年式戸籍を大きく変えるものではなかったが、戸籍に登録しない寄留者について記載する寄留簿が置かれ、明治19年内務省令第19号により、出生、死亡、

(4) このような各人のプライバシーに深くかかわる事項や公示に適さないような事項が記載されているということで、いわゆる壬申戸籍は一切の閲覧が禁止され、封印の上保管されている。これについて特に必要があって謄抄本または記載事項証明書の請求に応じる場合には、現行の戸籍記載事項に相当するもののみが表示されることとなる（昭和43年3月4日民事甲373号通達、田代有嗣監修・高妻新著『改訂体系・戸籍用語事典』119頁以下（日本加除出版、2001年）参照）。

寄留などの届出義務やこの違反に対する制裁が定められた。

(3) 明治31年式戸籍

明治31年7月16日から民法親族・相続編の施行がなされ、これに伴い戸籍法が制定された。これに基づく戸籍がいわゆる明治31年式戸籍である。ここではいわゆる身分登記簿と戸籍簿の二種類を認め、身分登記簿に記載されたもののうちの重要な事項のみが戸籍簿に転記されることになる。

ここで戸籍簿自体は、従来の戸口調査的な帳簿としての機能を捨て去り、もっぱら民法の手続法として民法による身分変動についてこれを公示するという機能を果たすことになった。このような意味では、この明治31年式戸籍こそ今日の戸籍の直接のもととなるものであるということができよう。したがって、戸籍は「家」を単位として編製され、その家に属するすべての者についての身分関係を明らかにするものとなった。それに伴い、戸籍の記載は、家族の現実の居住などの実態関係から離れることになるところから、その現実の居住状態からは乖離する存在となってきた。いずれにしてももっぱら民法上の身分関係について公示するという機能を持つ戸籍という意味で、現行戸籍制度の基礎となる存在ないし現行戸籍へと直接につながる存在となったということが出来る。

(4) 大正4年式戸籍

大正4年式戸籍法は、大正3年法律第26号である戸籍法、大正3年司法省令7号である戸籍法施行細則によって編製されたものであるが、ここでは従来から存在した身分登記簿を廃止し、これを戸籍簿へ統合することによって身分登録簿への一本化がはかれることになった。この戸籍簿が第二次大戦後に制定される現行戸籍法の生まれるまで機能することになる。

四 現行戸籍法の制定と現行戸籍の基本原則

昭和22年の憲法の施行と同時に「日本国憲法の施行に伴う民法の応急的措置に関する法律」が施行されることとなり、従来の「家」制度が廃止されることとなった。これに従って「家」の戸籍であった従来の戸籍制度もそのままでは存続し得ないものとなり、夫婦と未婚の子によって構成される家族とこれを構成する各人の身分関係を公示する存在へと生まれ変わる事となった。現行戸籍法においては、基本的に戸籍の編製単位を夫婦と未婚の子ということとし、これを一個の戸籍を編製する単位としての親族共同体と捉える

ものとなったといつてよいであろう。

かくして、戸籍は日本国内に本籍を有する一つの夫婦およびこれと氏を同じくする子ごとに編製されることになる（戸籍法6条）。また、そのような単位をもって一つの戸籍の編製単位とするところから、同一の氏をもつ者のみ一つの戸籍に入ることができ（同一戸籍同氏の原則）、一つの戸籍には三代にわたる家族が入ることはできないし（三代戸籍の禁止）、また一つの戸籍には二組以上の夫婦を入れることができないとされる（一夫婦一戸籍の原則）。

五 現行戸籍制度の特色

ここで現行戸籍の基本となる諸原理について検討しておくこととするが、前提問題として戸籍の公示機能というものについて触れておくこととしたい。

戸籍は、国家の管理にかかる公簿であり（実際上は国からの法定受託事務として地域住民との関係が深い市区町村長がその事務を行っており、国家はその財源としての地方交付税を交付する形となっている。また、国民登録としての性格上、各地方公共団体ごとに異なる取扱いとなると困るので、国家がこれを指導監督して国内においての統一した運営をはかることとなる）、国民の届出によって維持されているものであるところから（届出の不履行については一定の制裁も置かれている）、その内容については高度の信頼性があり、その記載に公信力があるとまではいえないにしても、反証がない限りは戸籍の記載は一応真実であるというような推定が働くことになるであろう（これについては渡辺葆＝阿川清道編『戸籍関係判例総覧』（帝国判例法規出版社、1960年）の大判明治37年1月23日、最判昭和28年4月23日参照）。

(1) 国民皆戸籍の原則

日本人であれば誰でも戸籍に登載されているし、同時に日本人でなければこれに登載されることはないこととなる（外国人と戸籍の問題については後に触れることとしたい）。したがって、戸籍は、それへの登載者が日本人であるということの証明文書であるし、その公示文書であるということが指摘できよう（もちろん、例えば、出生の際に出生届がされなかったために戸籍への登録がされないままいわゆる無籍者となっている者がいないわけではない。しかし、このような者についても改めて出生届を出すことによって戸籍への記載がされたり、戸籍を編製したりすることになるし、就籍の審判によって戸籍を編製して戸籍への記載がされることになる可能性が高い）。

(2) 戸籍の編製原理

① 一つの戸籍に登載されるもの

既に簡単に触れてきているように戸籍は、一組の夫婦と未婚の子によって構成される家族関係を公示するものである。戸籍法第6条においては、「戸籍は、市町村の区域内に本籍を定める一の夫婦及びこれと氏を同じくする子ごとに、これを編製する」(原則形態)と規定し(本文)、同時に「配偶者がない者について新たに戸籍を編製するときは、その者及びこれと氏を同じくする子ごとに、これを編製する」(例外形態)と規定している(ただし書)。したがって、わが国の戸籍の特色としては、夫婦・親子という一つの家族をひとまとめにして登録するいわゆる家族登録(団体登録)の形態をもつものであることを指摘することができる(各人について一枚のカードを作成し、これに身分関係情報を記載する個人登録と大いに異なるものである)。

戸籍が一つの夫婦と未婚の子を単位として編製されることから必然的に、原則としては「婚姻がされた場合」と「子の出生」があった場合とに新戸籍は編製されることになる。したがって、親の戸籍にあった子については、①婚姻した場合と、②自分が親となった場合には父母の戸籍から出て一定の本籍において自らの戸籍を編製することとなる。

ここで「本籍」とは、日本国内における戸籍の所在場所のことであり、この本籍は現実の居住の実態とは関係なく日本国内であればいかなる場所を定めてもよいとされる。したがって、戸籍は住民登録の場合とは異なって直接に居住の場所とはかかわりのない本籍という概念を戸籍編製の基準とすることになる。したがって、日本国民であれば必ず本籍をもち、日本人でありながらこれを有しない者については就籍の手続によって本籍を定め、戸籍を編製した上で戸籍への記載がされることとなる(戸籍法110条・112条)。この本籍は各人について一個のみ認められるものであり、複数のそれを認めることはできないことになる(複本籍の禁止)。

② 戸籍の記載と方式

戸籍は国民の「届出」(これ以外にも「報告」、「申請」、「請求」、「嘱託」、「証書若しくは航海日誌の謄本」、「裁判」をも含む)によってその記載がなされ(戸籍法15条)、これを前提とする移記方式が採用されている。したがって、常に国民の届出などといった協力行為が前提となる制度であるといえることができる。

戸籍の記載について移記方式が採られることによって常に個人についての

新たな身分行為や身分関係の変動が把握され、戸籍に記載されることになる（例えばアメリカなどのような単なる届書類についての単純な編綴方式が採られるものではないところから、常に最新の身分関係が公示されることになる）⁽⁵⁾。

③ 三代戸籍の禁止と夫婦同氏の原則（同一戸籍同氏の原則）

戸籍は氏を同じくする一組の夫婦および未婚の子を単位として編製される。このことから、当然に三代にわたる者が同一戸籍内に存在することはないし（三代戸籍の禁止）、二組以上の夫婦が同一戸籍内に存することはない（一夫婦一戸籍の原則）こととされる。これは戸籍自体があまりに多くの親族者を取り込んで膨大かつ複雑化するのを防止するところにある。

(3) 戸籍の機能

① 相互検索機能

戸籍は、先にも説明したようにその記載される者についてそれがどのような原因によって当該戸籍に記載され、また他の戸籍から移って（入籍して）きた者についてはその移ってきた先の戸籍がどこにある戸籍なのかが、またある戸籍から他の戸籍に移って（入籍して）いった者についてはその出先の戸籍の所在が示されることになる。このように同一人について記載をする相互の戸籍については必ずかかる相互索引的な機能が存するところから常に相互戸籍を索引していくことができ、そのつながりが保たれることになる。また、前記のように戸籍が単なる個人カードではなくて家族登録簿であるところから、常に同一戸籍内に記載された者同士にあって、その相互的な親族関係が明らかにされる。このような家族登録簿であることと、先の相互検索機能とが活用されることによって親族関係を無限にたどっていくことができる存在となる（先の明治5年式戸籍にあっては、これにいわゆる族称が記載されているために、現在にあってはその公開を一切停止し、これについては封印して保存しているところから、この記載に遡って関係戸籍をたどっていくことは事実上不可能とされている）。

(5) このような移記方式が採用され、戸籍の記載によって最新の親族関係が一覧できることから、ある人が死亡した場合にはその法定相続人となるものがどれだけいるのかということ、具体的に誰であるのかということ把握することができるのである。すなわち、いわゆる法定相続制度を採用するための前提となるのが移記方式を採用する戸籍ということになる。したがって、単純なる編綴方式を採用するアメリカなどにおいては法定相続の形態をとることができず、結局は遺言相続に依存せざるを得なくなるといってよいであろう。

② 他制度との関連機能

現在の法制度のもとで戸籍はどのような機能を果たすことになるのであろうか。簡単にその現実の問題について触れておくこととしよう。

プライバシー保護の問題との関連も考慮されるところであるが、戸籍は個人の身分登録簿であり、身分関係公示簿でもある。したがって、財産的取引を考えてもまず取引相手方の行為能力の状態などを調べるためには戸籍が必要とされる。そして、同時にその法定代理人についての調査においても有用な機能を発揮することとなろう⁽⁶⁾。

③ 住民登録との関係

戸籍は、住民登録（住民基本台帳）の基礎となるものである。住民基本台帳は居住住民の届出によって編製されているものであるが、その背後にあってこれを確実ならしめているものが本籍と筆頭者の氏によって個人が把握される戸籍である。今日のように人の移動ということが頻繁にされる時代ともなると本籍を基本として編製される戸籍を前提としないで居住者からの届出のみによる住民登録を行い、これによって行政などの運営を行うことは不可能となるからである。そこで、結局は、住民登録を前提とする選挙、教育、課税などの各地方公共団体が行う行政事務ないし行政サービスというものも最終的には戸籍に根拠が置かれることとなる。また、人口動態統計の資料としても戸籍の有用性は大きいということがいえよう。

④ 相続との関係

その他にも、戸籍は、相続に際して相続人の範囲を確定するために絶対に必要とされるものであるといえよう（戸籍や除籍の現実の利用ということが相続に

(6) この問題については、従来は、行為無能力者としての禁治産者、準禁治産者制度が機能していたが、この禁治産者、準禁治産者という言葉自体が侮辱的な言葉であるとされ、平成11年にされた制限能力者制度の全面改正によって成年被後見人、被保佐人、被補助人という名称を持つ制度が確立され、同時にその際に制限行為能力者のうちで戸籍記載によって公示されるのは未成年者のみにとどまり、その他の制限行為能力者についての公示はいわゆる成年後見登記簿の記載によることとなった（従来の「行為無能力者」については11年改正により「制限能力者」と名称があらためられ、さらに平成16年の民法口語化の改正に伴って「制限行為能力者制度」ということとされた）。

成年後見登記制度は、成年後見に関する一定事由を登記し、これを公示する為の制度ということになる。成年後見登記制度においては、登記事項証明書の交付請求を認めることによって公示の機能を果たさせるものであるが、この請求権者を成年被後見人等の一定の者に制限をし、取引の相手方がこの交付請求をすることはできないものとされている。

関連している場合がもっとも多く、その他にもパスポートの取得のためとか、婚姻などの身分行為のためにされることも多いようである。これについては田代有嗣「戸籍利用の実態」『太田武男先生還暦記念・現代家族法の課題と展望』407頁以下（有斐閣，1982年）が参考となる）。したがって、遺産分割についても当然に戸籍が必要となるし、その結果としての不動産登記などの制度についてもその運営は戸籍なくしては非常な困難がきまとうこととなる（例えば、わが国のようないわゆる「戸籍」の完備がされていないために、その死亡に際して法定相続人の範囲を確定することが不可能となるような欧米諸国においては、ほとんどの人たちが遺言書を作成しており、これに相続を依存させようとするのが参考となろう）。また、相続人廃除や廃除の取消しの審判が確定した場合などにも戸籍の記載がされている（戸籍法97条，戸籍法施行規則35条8号）ために相続における戸籍の役割は大きいといえることができる（非嫡出子の認知の場合などと同様にこの戸籍記載は身分関係の登録として必要なものとされる。これについては戸籍法63条1項参照）。

市町村において行われている印鑑登録の制度も戸籍がその背後で機能していることを否定することはできないし、これを前提とする不動産登記その他の場合における本人確認という点においても結局は戸籍の存在に最終的には依存することになっているのである。

（4） 戸籍とプライバシー

戸籍にどのような範囲の事由を記載するかという問題やどの程度まで記載するか、あるいはどのように記載するかという諸点については個人のプライバシーとの関係で問題があるといえる。民法の手続法としての戸籍法ということからもっぱら民法のもたらす身分変動事項に限定されることとなる。従来から戸籍には婚姻・離婚事由から禁治産宣告，準禁治産宣告，あるいは相続人廃除などの事由までが記載されていた⁶⁾。しかし，この禁治産者とか準禁治産者とかの制度がいわゆる差別的な意味合いをもつということから，これらの制度については全面的な廃止を受け，新たに創設された成年後見制度において禁治産者や準禁治産者制度が廃止され，被後見人とか被保佐人とか被補助人などの制度が創設されることとなった。そして，この公示については広く一般的な身分公示制度である戸籍への記載を廃止し，新たに創設される成年後見登記簿への記載にゆだねることとされた。

① 戸籍と公開制限

戸籍が国民についての公的な証明文書であり，身分関係の公示方法である

ということとなれば、当然にそれが広く公開され、多くの取引や身分行為に役立つことにならなければならないはずである。しかし、戸籍が同時に個人のプライバシーに触れる可能性をもつことから、その取扱いについてこれを安易に考えるべきではないということができよう。離婚経歴、非嫡出子の存在、認知の事実などの記載のみならず、除籍についての族称の記載などの問題が残されていることなどにも配慮されなければならないであろう。そこで、戸籍においてはこれらを意識して多くの配慮がされることとなる。

従来、戸籍は広く公開され、身分関係の公示としての役割を果たしていたものが社会において戸籍により知り得たことを前提とするいわれなき差別などが行われたことを配慮して昭和51年に戸籍（除籍を含む）の公開制限を定める戸籍法の改正が行われた（戸籍法121条の2）〔現133条〕。

簡単に示せば、戸籍に関する証明文書の交付を請求しようとする者は、一定の場合を除き、請求の事由を明らかにしなければならないとされている。そして、その請求が不当なものである場合にはこれらの交付を受けることができず（戸籍法10条，戸籍法施行規則11条〔現，なし〕），偽りその他不正な手段で交付を受けた者については5万円以下の過料の制裁がある（戸籍法121条の2）〔現133条〕。

除籍の場合には請求権者は限定され（戸籍法12条の2第1項〔現，なし〕，戸籍法施行規則11条の2〔現，なし〕），それ以外の者からの請求の場合には相続関係を明らかにする必要がある場合など，正当な事由がある場合に限ってその請求をすることができ（戸籍法12条の2第2項〔現，なし〕，戸籍法施行規則11条の3〔現，なし〕），戸籍の場合と同様に偽りその他の不正な手段で謄抄本の交付を受けた者は5万円以下の過料に処せられることになる（戸籍法121条の2）〔現133条〕⁽⁷⁾。

② 特別養子の戸籍

わが国において昭和62年にされた養子制度についての改正によりいわゆる特別養子制度（縁組によって実方との関係が終了し，原則として離縁が許されないもの

(7) 現在，戸籍や除籍についての請求者や請求の方式等について従来以上に制限的に解すべきではないかという問題や請求をすることができる場合について具体的に示すべきであるというような問題が法改正の前提で検討されている。これと同時に請求者本人確認の方法などととも違反者に対する罰則強化などの問題が提起され，その趣旨に従った戸籍制度の改正が検討されている（「民事法情報」239号40頁）。これについては同誌において「戸籍法の見直しに関する要綱中間試案」が紹介されている（41頁以下参照）。

とする養子制度)が創設されたが、この養子制度は原則として6歳未満の子について家庭裁判所の特別養子の審判を通じてされるものであるが、養親の戸籍には子が養子であることをあからさまとしないために、まず、実親戸籍から直接に養親戸籍に入籍させず、いったん養親の氏をもって養子となる子の単身戸籍を編製し、ここから養親戸籍への入籍手続がされることによって養親の氏と同氏の戸籍から入籍をせしめ、養子であることが目立たないようにしているのが参考となる。

③ 婚氏(縁氏)続称

昭和51年にされた法改正によるいわゆる離婚の際に称していた氏を継続して利用する制度も戸籍記載におけるプライバシーを考慮して制定された制度であるということもできよう(同時に主に事実上女性の負担になる離婚に伴う当然復氏の負担と生活上の便宜をも考慮した制度といえよう)。この制度においては離婚者について離婚によって復氏したことをことさら明らかにする必要がないという観点から創設され、これについて戸籍上特別の配慮がされている制度ということができよう。すなわち、離婚によって復氏した者は離婚届出と同時にまたは3か月以内に届け出ることで離婚の際に称していた氏を称し続けることができるものとされている(戸籍法77条の2)。

昭和62年に創設されたいわゆる縁氏続称制度も同様の発想で創設された同様の法的構造をもつ制度である(しかし、後者の制度は氏の変更の規定を潜脱する目的で利用されることをおそれ、離婚の場合と異なり7年間の縁組期間がないと利用することができない制度とされている)⁽⁸⁾。

ここで称される氏はいわゆる呼称上の氏であり、民法上の氏は既に復氏しているのであって、既に婚姻前の氏となっていると理解されている⁽⁹⁾。

(8) 氏の変更手続については「やむを得ない事由」が必要とされることとなる(戸籍法107条1項)。そこで、この「やむを得ない事由」という要件を満たすことができなかつたり、それが困難とされる場合にこの制度が悪用されるおそれを考慮してのものである。つまり、養子縁組による手続を利用するにしても7年間の経過をまってまでこれによるということは考えがたいというところからくる。同様の問題が離婚復氏にかかわるところでも生ずるが、形式的とはいえ婚姻および離婚手続までして氏変更の手段とすることは考えがたいところから、離婚復氏についてのかかる制限は置かれていないのである。

(9) いわゆる呼称上の氏の問題については山川一陽「呼称上の氏と戸籍」私法53号280頁以下(有斐閣,1991年),同「夫婦の氏,親子の氏」米倉明=中川淳=石川稔編『家族法改正への課題』93頁以下(日本加除出版,1993年)参照。

④ 婚姻・離婚事由等の記載

戸籍への記載事由としての重要な身分行為である婚姻や離婚がされた場合にこれが戸籍記載されることは当然である。いったん婚姻した者が離婚して復籍した場合にはその段階で婚姻戸籍に離婚の記載がされ、除籍される。そして、婚姻前の戸籍に離婚事由が記載され、これに復籍することとなる。そうすると、復籍戸籍中に婚姻事由と離婚事由とが記載されることとなり、場合によっては本人にとっては好ましくからぬ記載となる可能性がある。これについては、やはり婚姻や離婚事由はどうしても必要とされる身分事項であるから記載から外すことはできないが、戸籍編製上の取扱いとして次のようなものが認められる。つまり、例えば、婚姻除籍と離婚による復籍の記載のある戸籍についてこれが管外転籍などによって新たに戸籍を編製することになる場合にあっては、新戸籍には現在の身分関係が記載されるだけで足りることから、このような婚姻や離婚の事由についての記載は移記されることなく、その記載は省略されることになる。そのために婚姻とこれに継続する離婚の事実が公示されない新戸籍が編製されることになる（この問題については後述する八の「(2)身分事項欄」についての説明参照）。

六 外国人との身分行為と戸籍

既に触れたように戸籍は日本人についての身分登録制度であり、日本人についての身分関係公示手段である。したがって、外国人が日本人と身分行為があった場合であっても外国人自身が日本の戸籍に登録されることはないということになる。強いていえば、日本人との関係においてその外国人の名が戸籍記載の上で表示されてくることがあってもそれは単に記載されている日本人の身分行為ないし身分関係を示すためのものであるにすぎないということになる。例えば、具体的な身分行為である外国人女との婚姻に伴い、日本人の身分事項欄に「アメリカ合衆国ベルナール、マリア（西暦千九百七拾壹年壹月壹日生）と婚姻届出」等と記載されるにとどまり、その外国人が戸籍の各事項欄に記載されることはないということになる（したがって、その記載は日本人についてのものなのである）。

ところで、問題は外国人と婚姻した日本人に関しての戸籍記載について、婚姻の相手方である外国人の配偶者の氏を称するとして（配偶者の氏を選択して）当該外国人の氏をもって戸籍編製をすることができるかについての問題

がある。これはいわゆる国際私法上の問題となるが、婚姻に伴う氏の変動について、これを婚姻の効力の問題として扱うことができるかというところに関する問題でもある。

これについては国際私法上の議論においても従来から争いがある問題であるところ、戸籍実務においては、日本人の「氏」というものについて、これを日本固有のものにとらえ、婚姻による氏の変更という問題は国際私法的にはその適用のための前提を欠くものであるから婚姻の効力にとらえることはできないと解釈するようである（昭和26年4月30日民事甲899号回答，昭和40年4月12日民事甲838号回答）。したがって、婚姻に伴って日本人配偶者が外国人の氏を選択し、その民法上の氏が外国人の氏となることはないし、それは民法上不可能なことと理解されることとなる⁽¹⁰⁾。したがって、外国人と婚姻した日本人が当該外国人の氏を称し、これを基準として戸籍編製をすることは本来からすれば認めることができないということとされてきた。つまり、外国人の氏をもって日本の戸籍を編製することはできないこととされるということになる。

しかし、外国人と婚姻した日本人において、戸籍実務がこのような取扱いをするということによって生活の便宜ということから受ける障害は決して少なくないということがいえよう。そこで、このような国際私法上の議論はともかくとして、外国人との婚姻に際して日本人は、婚姻成立後6か月以内にかぎり、許可を受けることなくその氏を外国人配偶者の氏に変更する旨の申立てをすることができることとされ、これによってこの者については戸籍について配偶者である外国人の氏をもって、戸籍編製をすることができるという便宜的な取扱いが認められることとなる（戸籍法107条2項）⁽¹¹⁾。

もっとも、この戸籍編製の問題は、従来からの取扱いはあくまでも便宜の問題であり、婚姻によって外国人配偶者の氏を採用して戸籍編製した日本人は、これによって従来から自己がもっていた民法上の氏に変更はないということになるのである。したがって、理論的にはこの日本人配偶者の氏は呼称上の氏としては外国人配偶者の氏を称しているが、民法上の氏は婚姻前から

(10) この問題については山川一陽「国際婚姻に伴う「氏」の変動について—昭和55年8月27日民二第5217号回答，同日民二第5218号通達を通じて—」民事月報35巻12号3頁以下参照。

(11) これらについては田中康久「戸籍法の一部を改正する法律の概要」民事月報39巻6号67～68頁（法務省民事局，1984年），戸籍50頁以下（テイハン，1984年）参照。

変わることがないということになるのである。

このような夫婦が離婚となった場合もしくは婚姻取消しとなった場合あるいは配偶者が死亡した場合においては、日本人配偶者は、その日から、3か月以内に家庭裁判所からの許可を受けることなく、婚姻前の氏に変更する旨の届出をすることができるものとされている（戸籍法107条3項）。

いずれにしてもこの取扱いは理論的なものというよりも便宜的なものであり、手続的には戸籍法第107条の氏変更によっているものである。その意味ではあくまでも呼称上の氏の変更であり、民法上の氏の変更とはならないものである。

その他にも戸籍法第107条第4項の規定による氏変更もあるが、いずれにしろ、婚姻の効力の問題とは理解せず、便宜の問題として第107条の氏変更の手法を借りて処理しており、日本戸籍上の外国人との身分行為に関連する基本的な扱いが示されている。

しかし、あくまでも外国人は日本戸籍においては当事者として記載されることはないということは、戸籍が日本人の証明をするものであるということからすれば当然のことということになる。

七 戸籍の記載内容の真実性

戸籍は国民の届出によってされることは既に触れたところである。しかし、届出がされた時点において戸籍担当者のその届出に対する審査権限についてはいわゆる形式的審査主義が採用されているところから、虚偽の届出がされた場合には戸籍に虚偽の記載がされることとなってしまふ。しかし、虚偽の届出によって戸籍簿に虚偽の記載をなさしめた場合には刑法による処罰があり（公正証書原本不実記載罪がそれである）、また戸籍法自身も各種の届出義務を課し、この不履行については一定の制裁を用意している。

これと同時に戸籍の真実性を担保するためのいくつかの着目すべき制度が採用されているところから、簡単にこれらに触れてみることにしたい。

(1) 実質的審査権限

戸籍届出に際しての届出書についての審査権限についてはいわゆる形式的審査主義が採用され、届書の審査にあたっては形式的な審査にとどまることとなる⁽¹²⁾。

このことから戸籍の真実性に問題が生じるが、市町村長は、その職務を行

うにあたり、確実に知り得た事実に基づき届出事項が明らかに真実に反すると認定することができる場合には不受理とすることができるものとされるし(大判大正7年7月26日刑録24輯1016頁)、一定の場合における実質的審査権が先例によって認められている⁽¹³⁾。

(2) 戸籍訂正

戸籍に誤った記載がされた場合には一定の戸籍訂正手続によって戸籍の記載を正確なものとするすることができる⁽¹⁴⁾。

ところで、戸籍訂正がされる場合に婚姻無効などを理由としてこれがなされる場合も少なくない。この場合の戸籍訂正は、婚姻戸籍について婚姻無効の記載がされ、同時に復籍戸籍について婚姻無効の記載がされることとなる。

(12) 形式的審査権ということの意味をどう捉えるかについては、①審査の範囲は形式的事項にとどまらねばならないという考え方と、②戸籍担当者としてはこのような審査のみで受理をすることが許され、このような審査をすることによって免責されるということを意味し、実質審査をしてはならないという意味ではないとする立場(田代有嗣「戸籍届出に対する市町村長の審査権」民事研修174号5頁以下、同175号28頁以下)とがあり、前者が通説とされている。

(13) 以下のような場合の届出に関連しては、実質審査を行うことができると解されている。

- ① 高齢者についての死亡認定(大正5年2月3日民1836号回答)
- ② 診断書または検案書を得ることができない場合の死亡事実を称する書面の認定(昭和23年12月1日民事甲1998号回答)
- ③ 出生証明書を得ることができない場合のやむことを得ない事由があるか否かの認定(昭和23年12月1日民事甲1998号回答)
- ④ 協議離婚届不受理申出書の提出がされた場合における届出本人の届出意思の認定(昭和51年1月23日民二900号通達)
- ⑤ 学齢に達した子の出生届(昭和34年8月27日民事甲1545号通達)
- ⑥ 50歳以上の母から出生した子の出生届(昭和36年9月5日民事甲2008号通達)
- ⑦ 死亡診断書または死体検案書が添付されていない死亡届(昭和23年12月1日民事甲1998号回答)
- ⑧ 協議離婚等の不受理期間中に離婚届等が受理された場合の処理(昭和51年6月11日民二3328号通知)
- ⑨ 無国籍者を父母として日本で出生した子の出生届(昭和57年7月6日民二4265号通達)

(14) 戸籍訂正については以下のような方法が認められている。

- ① 戸籍訂正申請によってされる場合(戸籍法113条および114条〔家庭裁判所の戸籍訂正の許可審判による〕、戸籍法116条〔確定判決またはこれに代わる審判による〕と特殊例として戸籍法59条による訂正)
- ② 市町村長の職権による訂正

市町村長の職権による訂正の場合には、管轄法務局・地方法務局の長の許可を必要とする場合(戸籍法24条)と市町村長限りですることができる場合(軽微な場合)が予定されている。

そうすると、当事者が現存する復籍戸籍には婚姻事由と婚姻無効復籍事由とが記載されることとなり、これについて何らの責任なき者についての精神的負担となる記載が残されることとなり、問題となる。これについては従来においては復籍戸籍についての再製は認められなかったが、法改正による取扱いによってこれが認められるようになったことは特筆に値しよう⁽¹⁵⁾。

(3) 不受理申出制度

これについては戸籍届出に対する審査権限に関連して説明したので項目を示すにとどめるが、協議離婚届出を典型とするいわゆる創設的届出について意思なき届出がなされることがないように最高裁判所が婚姻意思に関する議論を通じて認めたところを前提として発展させ戸籍先例によって創設された制度がこれであるが（昭和51年1月23日民二900号通達，同日付民二901号依命通知），これによってとりわけ日本の協議離婚制度がもつ欠陥を補い，意思なき離婚届出がされ，戸籍記載の真実性が損なわれないように配慮がされている。

八 戸籍の各欄をどう見るか

戸籍には色々の記載欄があるので，戸籍の各欄について具体的に説明する（参考のために戸籍見本と説明図版を末尾に添付しておく）。

(1) 戸籍事項欄

この部分には戸籍の全体のこと（共通事項）が記載される。例えば，その戸籍の作成された年月日，作成された原因，転籍がされた事実などである。したがって，転籍がされている戸籍について，転籍前の戸籍まで調査したい場合にはこの戸籍事項欄によって転籍前の戸籍を調査し，前の戸籍をたどって行って調査することができることになるのである。従来においては，この戸籍事項欄には，当該戸籍が編製された事由が明確に記載されていた。例えば，「平成四年壱月拾日婚姻により編製」とされていたが，現在では「平成四年壱月拾日編製」と記載されることになっている。これは，このような事由を戸籍事項欄に記載しなくても同日に行われた身分行為を身分事項欄でさ

(15) 虚偽の届出等もしくは錯誤による届出等または市町村長の過誤による記載がされ，これが戸籍訂正され，この戸籍訂正された戸籍についてこれに記載されている者からの再製の申出がされた場合には再製が認められることになった（戸籍法11条の2）。なお，「戸籍法及び戸籍法施行規則の一部改正に伴う戸籍事務の取扱いについて」（平成14年12月18日民一3000号通達）参照。

がせば当該戸籍の編製事由が判明するというところからの帰結である。

もともと戸籍の機能は、基本的にはある人の「現在の身分関係」というものを正確に示すことにあると理解され、その現在の状態にたどりつくまでの経過をそれほど重視しないという建前とされている。例えば、転籍前の戸籍には記載されていることでも転籍後の新しく作成された戸籍にはそのような考え方から記載されない事項もある（もっとも同一市町村の中でされた転籍では従来戸籍の戸籍事項欄に転籍の事由を記載し、本籍欄の記載に訂正を加えるだけであるから、同一市町村の外へのいわゆる管外転籍による場合に新たな戸籍が編製されることとなり、かかる場合に問題となる）。その典型的な例として、一度婚姻して離婚した人の戸籍を考えてみると、夫の氏を称する婚姻の場合でいえば、婚姻によって女性は従来戸籍から出ていき、その場合には従来戸籍には婚姻によってその戸籍を出ていったことが記載され、その者は当該戸籍から除かれることになる（婚姻による除籍である）。そして、離婚があると、その者は、原則として婚姻戸籍から出て従来戸籍に復帰することになる。そうすると復帰した戸籍には婚姻の事由と離婚事由とが記載されることとなり、いったんは婚姻し、これが離婚となったという経過が明らかにされる。そこで、これを嫌う者としては、例えば、戸籍法第77条の2の届出をすることで離婚の際の氏を称する単身戸籍を編製してもらうことも可能となるし、従来氏に戻る場合でも従来戸籍に復することなく申出によって単身の戸籍を編製することも可能となる（昭和53年7月22日民二4184号通達）。しかし、その場合でも新たな戸籍には離婚して当該戸籍が編製されたことが記載されることとなることは従前戸籍に復籍した場合と同様となる。しかしながらその女性には現在は配偶者があるわけではないから（現在の身分関係としては独身者であるということになるから）、この戸籍が転籍となると一度は結婚し、離婚していることは記載する必要はないことになる。そこで、いずれの場合にも転籍による新戸籍からは婚姻と離婚の事実は消えてしまうことになる（戸籍法施行規則39条）。つまり、当該女性の現在の戸籍を見た限りでは、その女性が結婚歴や離婚歴を有していることはもちろん、結婚の相手が誰であったのかもわからないことなのである。したがって、このような場合に、過去の身分行為の正確な記録を知りたい場合には、その現在戸籍の戸籍事項欄の記載から転籍前の戸籍の所在を確認し、これをたどって行って調査することが必要となる場合が出てくることになるのである。つまり、戸籍の機能としては戸籍への記載がされて

いるものについての現在の身分事項について公示するというところにあるということになるからである。このように新たな戸籍が編製される場合に、従来戸籍に記載されていたどこまでの事実を移記することになるかについては戸籍法施行規則第39条に定められるが、具体的には多くの先例によって行われている⁽¹⁶⁾。

(2) 身分事項欄

ここでは、各人の身分的な経過事項、例えば、出生、婚姻、離婚、養子縁組、離縁、認知等の各人の身分事項が記載される。例えば、甲男が自分の非嫡出子である乙女を認知した場合には、その男の戸籍には「〇〇戸籍に記載されている乙女を認知」という趣旨のことが記載される。このような記載から非嫡出子である乙女の存在や同女の記載されている戸籍を確認することができることになる。

(3) 父母欄

ここには通常は両親の名が記載される。父の知れない子である場合には父の欄は空欄とされることになる。その後父が子を認知したような場合にはその段階で父の名前が記載されることになる。子が養子に行ったような場合には、父母欄の脇に養父母欄を作成し、ここに養父母が記載される。

(4) 続柄欄

ここには父母との続柄が記載されるものであるが、従来にあっては非嫡出子の場合には他の嫡出子との関係において「長男」とか「次女」とかの記載が書けなかったところから単に「男」とか「女」とかの記載がされることとなっていた。嫡出子と非嫡出子との法的な差別は相続分の問題だけであるが、この点からすれば戸籍記載で非嫡出子と嫡出子との記載の区別をこれほどに露骨にすること自体が問題となる。これについては、必要のない不当な差別であるということを認める裁判例が出されたことを機会に戸籍法施行規則の改正（平成16年法務省令第76号）がされ、非嫡出子についての新たな記載の方法が認められることになった。すなわち、東京地判平成16年3月2日（戸籍時報568号25頁）は、戸籍簿においては、嫡出子と非嫡出子とが明確に判断できるように記載することが要請されているが、国民のプライバシー保護の観点

(16) もっとも、このような戸籍上の処理を悪用していわゆる自らが初婚であるかのように装って行う結婚詐欺などの手段として利用する事例が見られる。これについては加藤令造＝岡垣学『全訂戸籍法逐条解説』125頁以下（日本加除出版，1985年）の解説参照。

から、その記載方法は、プライバシーの侵害が必要最小限になるような方法を選択し、非嫡出子であることが強調されることのないようにすべきであり、現行の続柄欄の記載は、戸籍制度の目的との関連で必要性の程度を超えており、プライバシー権を害しているとの判断が示されたところから、非嫡出子に関しての戸籍の続柄欄については、基本的には母との関係において「長男(長女)」とか「二男(二女)」というような記載をし、従来の非嫡出子についての続柄欄の記載であった「男」とか「女」という記載をしないこととなった。また、既にされている戸籍記載については、申出によって戸籍の訂正も認められるようになった。

九 性同一性障害特例法と戸籍

いわゆる性同一性障害を戸籍上どのように扱うべきかが問題となる。性同一性障害とは、自分が身体的、社会的に男女どちらの性別であるかを認識していながらも、精神的には自分自身の身体的、社会的な性別に違和感を抱き、反対の性別に属していると感じ、それにより強い精神的な葛藤をおぼえ、身体的および社会的な性別や性役割を精神の性に合わせようとする適応の障害と見てよいであろう。このような場合について男女の性の訂正を認めるべきかなどのが問題となり、最終的には立法的な解決をみるに至った。従来から、このような者からの名の変更の申立てや錯誤を理由とする男女間の戸籍訂正の申立てなどが問題とされ、前者に対してはこれを許可する審判がされることが多かったが、後者についてはほとんどの審判が否定的であった。後者に関する特別抗告について、最高裁判所はそれを却下している(最決平成15年5月28日公刊物未登載)。しかし、その後「性同一性障害者の性別の取扱いの特例に関する法律」(平成15年7月16日法律第111号)が成立し、性同一性障害者に関して一定の要件のもとで、その戸籍上の性別の記載変更が認められることになった。これによると家庭裁判所は、いわゆる性同一性障害者(性同一性障害者の診断を適格に行うために必要な知識および経験を有する2人以上の医師の、一般に認められている医学的知見に基づき行う診断が一致する者)について、①20歳以上であること、②現に婚姻していないこと、③現に子がいないこと、④生殖腺がないことまたは生殖腺の機能を永続的に欠く状態にあること、⑤その身体について他の性別に係る身体の性器に係る部分に近似する外観を備えていること、のいずれにも該当するものについて、その者からの請求によって、

提出された医師の診断書を証拠として戸籍上の性別の記載を変更することが認められることとなった（「性同一性障害者の性別の取扱いの特例に関する法律」2条・3条）。

十 戸籍と住民基本台帳

戸籍と深い関係にある身分登録簿に住民基本台帳がある。この制度と戸籍制度との相互の関係について触れておくこととする。

もともと戸籍は、本籍という現実の居住とは関係がない場所と筆頭者の氏名によって特定される観念的な存在であるが、住民基本台帳の場合には住民からの届出によって編製される現実の住居を把握するものである。住民基本台帳は、ある地域において現実の生活を送っている居住者から、その地域の市区町村に出される届出によって作成されるものである。しかし、それが作成されたからといって、それだけではその者の居住地について本籍地においては把握することができないことになる。

そこで、そのような届出を受けた市区町村においては、これをその者の本籍地に通知することになる。これを受けた本籍市区町村長は、戸籍のほかに戸籍の附票という書面を作成し、これにその者の居住の実態を記載することになる（住民基本台帳法16条以下参照）。

その結果として、戸籍がないものが住民基本台帳に登録されることはないし、本籍地に置かれている戸籍の附票を確認することでその者の居住の現実が把握されるものである。

戸籍の見本

- ① 本籍欄
- ② 筆頭者氏名欄
- ③ 戸籍事項欄
- ④ 身分事項欄
- ⑤ 父母欄
- ⑥ 父母との続柄欄
- ⑦ 養父母欄
- ⑧ 養父母との続柄欄
- ⑨ 配偶欄
- ⑩ 名欄
- ⑪ 出生年月日欄

籍 本										
①										
名 氏										
②										
③										
④										
⑤										
⑥										
⑦										
⑧										
⑨										
⑩										
⑪										

籍 本										
東京都千代田区平河町一丁目 [※] 四番地										
名 氏										
甲野義太郎										
籍 本										
平成四年老月拾日編製 ^⑩										
平成五年参月六日平河町一丁目十番地に転籍届出 ^⑨										
昭和四拾年六月式拾日東京都千代田区で出生同月式拾五日父届出入籍 ^⑩										
父届出入籍 ^⑩										
平成四年老月拾日乙野梅子と婚姻届出東京都千代田区平河町一丁目四番地甲野幸雄戸籍から入籍 ^⑩										
一丁目四番地甲野幸雄戸籍から入籍 ^⑩										
平成参拾参年老月拾七日妻とともに乙川英助を養子とする縁組届出同月式拾日大阪市北区長から送付 ^⑩										
平成参拾五年老月七日千葉市中央区千葉港五番地丙山竹子同籍信夫を認知届出 ^⑩										
出生										
昭和四拾年六月式拾日										
夫										
義太郎										
母										
甲野幸雄										
父										
松子										
男長										
母										
乙野忠治										
父										
春子										
女長										
妻										
梅子										
出生										
昭和四拾参年老月八日										
父										
甲野義太郎										
母										
梅子										
男長										
籍 ^⑩										
平成四年拾参月式日東京都千代田区で出生同月拾日父届出入籍 ^⑩										
平成参拾式年参月拾六日父甲野義太郎の推定相続人廃除の裁判断定同月式拾日父届出同月式拾参日大阪市北区長から送付 ^⑩										
平成参拾参年参月六日丙野松子と婚姻届出同月式横浜市中区长から送付同区昭和町十八番地に夫の氏の新戸籍編製につき除籍 ^⑩										
出生										
平成四年拾老月式日										
父										
啓太郎										
母										
梅子										
男長										

(6の1)

全部事項証明

本籍	東京都千代田区平河町一丁目10番地
氏名	甲野 義太郎
戸籍事項 戸籍編製 転籍	【編製日】平成4年1月10日 【転籍日】平成5年3月6日 【従前の記録】 【本籍】東京都千代田区平河町一丁目4番地
戸籍に記録されている者	【名】義太郎 【生年月日】昭和40年6月21日 【配偶者区分】夫 【父】甲野幸雄 【母】甲野松子 【続柄】長男
身分事項 出生	【出生日】昭和40年6月21日 【出生地】東京都千代田区 【届出日】昭和40年6月25日 【届出人】父
婚姻	【婚姻日】平成4年1月10日 【配偶者氏名】乙野梅子 【従前戸籍】東京都千代田区平河町一丁目4番地 甲野幸雄
養子縁組	【縁組日】平成33年1月17日 【共同縁組者】妻 【養子氏名】乙川英助 【送付を受けた日】平成33年1月20日 【受理者】大阪市北区長
認知	【認知日】平成35年1月7日 【認知した子の氏名】丙山信夫 【認知した子の戸籍】千葉県中央区千葉港5番地 丙山竹子
戸籍に記録されている者	【名】梅子 【生年月日】昭和41年1月8日 【配偶者区分】妻 【父】乙野忠治 【母】乙野春子 【続柄】長女
身分事項 出生	【出生日】昭和41年1月8日

発行番号000001

以下次頁

(6の2)

全部事項証明

婚姻	【出生地】京都市上京区 【届出日】昭和41年1月10日 【届出人】父
養子縁組	【婚姻日】平成4年1月10日 【配偶者氏名】甲野義太郎 【従前戸籍】京都市上京区小山初音町18番地 乙野梅子
	【縁組日】平成33年1月17日 【共同縁組者】夫 【養子氏名】乙川英助 【送付を受けた日】平成33年1月20日 【受理者】大阪市北区長
戸籍に記録されている者 除 籍	【名】啓太郎 【生年月日】平成4年11月2日 【父】甲野義太郎 【母】甲野梅子 【続柄】長男
身分事項 出生	【出生日】平成4年11月2日 【出生地】東京都千代田区 【届出日】平成4年11月10日 【届出人】父
推定相続人廃除	【推定相続人廃除の裁判確定日】平成32年3月16日 【被相続人】父 甲野義太郎 【届出日】平成32年3月20日 【届出人】父 【送付を受けた日】平成32年3月23日 【受理者】大阪市北区長
婚姻	【婚姻日】平成33年3月6日 【配偶者氏名】丙野松子 【送付を受けた日】平成33年3月10日 【受理者】横浜市中区長 【新本籍】横浜市中区昭和町18番地 【称する氏】夫の氏
戸籍に記録されている者 除 籍	【名】ゆり 【生年月日】平成6年2月15日 【父】甲野義太郎 【母】甲野梅子 【続柄】長女

発行番号000001

以下次頁

【補注事項】

一 「戸籍法の一部を改正する法律（平成19年法律35号）」について

本論文に関連する戸籍法の改正がされている。すなわち、戸籍法の一部を改正する法律（平成19年法律第35号）が、それであり、これは平成19年5月11日公布され、戸籍法（昭和22年法律第224号）の一部が改正された。

この改正は、戸籍に記載された個人情報を保護するため、戸籍の公開制度を見直し、戸籍の謄抄本等の交付の請求をすることができる場合を制限するとともに、請求をする者の本人確認、不正に交付を受けたものの処罰等を行うものであり、同時に戸籍の真実性を担保するため、届出の受理の通知手続等を定めるなど戸籍の制度について所要の整備を行うものである。

この改正に関して本論文と関わりがあるものとして具体的には以下のような改正がされている。

1 離婚不受理申出制度について

この離婚届不受理申出制度については、上記改正によって戸籍法上の制度として認められることとなった（これに伴い、従来の先例は廃止されることになった）。簡単に説明しておくこととしたい。すでに述べたように平成20年5月1日から施行された改正戸籍法（平成19年法律第35号）によって、戸籍記載の真実性を担保するために、虚偽の届出が戸籍に反映されないようにする一連の改正がなされている。ここで、従来の離婚届不受理申出制度として認められていたものが、実定法として取り込まれることになった。戸籍法第27条の2の規定がそれである。単に不受理申出制度の関係のみの条文ではないが、役所へ出頭した届出人が真実の届出人であることを確認することが要求されることになり、これを前提にして同条3項においては、「何人も、その本籍地の市町村長に対し、あらかじめ、法務省令で定める方法により、自らを届出事件の本人とする縁組等の届出がされた場合であっても、自らが市役所又は町村役場に出頭して届け出たことを第1項の規定による措置により確認することができないときは当該縁組等の届出を受理しないよう申し出ることができる」として、従来、行政先例で認められていたところが明文化されている。

2 本人確認制度について

戸籍法の改正（平成19年法律第35号）により、平成20年5月1日から、本人確認制度がルール化されることとなった。この背景には、近年の個人情報保護意識の高まりや、個人情報保護に関する法律が整備される中、他人の戸籍謄本等を不正取得する事件や、消費者金融からの借入れを行う等の目的で、他人が虚偽の婚姻届や養子縁組届を提出し、真実でない戸籍記載がなされたという事件が多発したことがある。そのような事情から、戸籍公開の原則が改められ、第三者による戸籍謄本等の交付請求に一定の制限がなされることとなり、さらに虚偽の届出によって戸籍に真実でない記載がなされないよう、戸籍届出にあたっては本人確認が求められることとなった。

具体的には、婚姻、協議離婚、養子縁組、養子離縁、認知の5つの届出(以下「婚姻等の届出」という。)については、戸籍の窓口を訪れた者の「本人確認」が必ず行われることとなった。そのとき、届出本人であることの確認ができなかった場合には、確認できなかった本人（届出人）に対して、「婚姻等の届出」があったことを、届出人の住所地に郵送等により通知されることとなる。なお、「本人確認」にあたっては、窓口を訪れた者に対し、運転免許証などの書類提示が求められる。

さらに、戸籍の証明書を取得する要件や手続等が厳格化されたことにより、他人の戸籍の証明書を取得するには、自分の権利を行使したり、自分の義務を履行したりするために戸籍の証明書が必要な場合や、国、都道府県、市区町村での手続に戸籍の証明書が必要な場合など、正当な理由がある場合に限られることとなった。

このほか、不正な手段で他人の戸籍の証明書を取得した者に対しては、新たに刑罰（30万円以下の罰金）が科されることになった。

二 「性同一性障害者の性別の取扱いの特例に関する法律の一部を改正する法律（平成20年法律70号）」について

「性同一性障害者の性別の取扱いの特例に関する法律（平成15年法律第111号）」の一部が、平成20年6月に改正された。これにより、本法第3条第1項第三号中「子」が「未成年の子」に改められた。この改正の趣旨は、現に子がいる性同一性障害者であっても、当該子がすべて成年に達している場合

には、性別の取扱いの変更の審判をすることができるようにするため、その審判に係る要件を緩和することにある。

この改正に伴い、戸籍事務の取扱いが次のようになった（平成20年12月12日法務省民一3217号通知）。すなわち、戸籍の記載については、性同一性障害者の性別の取扱いの特例に関する法律第3条第1項による性別の取扱いの変更の審判を受けた者の戸籍に成年に達した子がある場合は、戸籍法第20条の4により当該性別の取扱いの変更の審判を受けた者について新戸籍を編製するものとされた。なお、子はその戸籍から除かれている場合も同様の取扱いとされる。さらに、新戸籍を編製した父又は母の従前の戸籍に在籍していた子が、父又は母の新戸籍に入籍を希望するときは、子から父又は母と同籍する旨の入籍の届出をすることができることとされる。

夫婦の氏，親子の氏

——呼称上の氏と民法上の氏の検討を通じて——

一 最初に

「氏」とは何か，そして「氏」はいかにあるべきか，などという問題については古くから多くが論じられ，これに対する検討が加えられてきている。そこでは多くの問題が提起され，そして様々な成果がもたらされてきた⁽¹⁾。しかしながら，「氏」をめぐるっては，いまだ容易に解決がつかない問題も多く残されているということも否定することはできない。

ここで問題とする夫婦の氏にしろ親子の氏にしろ，「氏」については，かつては「家制度」と密接な結び付きをもったものであり，氏とは民法上「家」の氏であるという実態があることが認識されてきた。つまり，旧法において，「戸主及ヒ家族ハ其家ノ氏ヲ称ス」と規定されていたことがこのことを決定づけ（旧法746条）〔現，なし〕，各人はその所属する家の氏を称することになっていたし，民法上の氏の得喪は，当該「家」への入家や去家ということの意味することになっていた。このことから，「氏」の異同ということは「家」の異同ということになり，そのために氏の異同ということについても「家」の異同ということがもたらす実体法上の権利・義務という効果が直接に影響をもつことにされていたといってもよいであろう。

かような意味で，旧法における「氏」というものはその変動に多くの実体法上の効果を伴うものであったということができよう。ところが，憲法の改

(1) 氏の性格については多くの議論があるが，さしあたり文献としては，唄孝一「氏をどう考えるか」私法17号96頁以下（有斐閣，1957年），青山道夫編『注釈民法〔20〕』（黒木三郎執筆）318頁以下（有斐閣，第1版，1966年）などを挙げておくこととする。なお，従来からの議論を要領よくまとめているものに，久貴忠彦『親族法』365頁（日本評論社，第1版，1984年）がある。

正に伴い「家」制度の廃止がなされ、これに関連して姿を変えた現行法上での氏は、その異同が個人の権利・義務に影響することなく、氏の変動というものは現在では戸籍の変動の原因になるものにすぎなくなったとされる⁽²⁾。もっとも、現行法においても婚姻または縁組によって氏を改めた者が、祭祀財産（民法897条）を承継した後において、離婚（民法769条・771条）、生存配偶者の復氏（民法751条2項）などによって復氏する場合に、当事者その他の関係人の協議によって、その権利を承継する者を定めなければならないとされ（民法769条）、氏の変動ということが実体法上での権利義務に関連せしめられるという唯一の例外が規定されていることに注意が必要であろう⁽³⁾。

このような意味において、旧法における氏はまさに家の氏であったが、これが現行法においては名と一体となることによって個人を特定する呼称であると理解されている。

二 氏の性格と機能

もっとも、現行法における氏が単なる個人の呼称であるにすぎない存在となり切ったのかどうかという問題が単純に肯定されるかどうか問題がある。もちろん、氏が個人の呼称である面は否定することができないであろうが、各個人が個々別々の氏を称しているわけでもないところからしても、やはり氏が一定集団の呼称であることは否定することができない。つまり、旧法における氏は家の名であったが、現行法におけるそれは夫婦と未成熟の子を単位とする家族を公示する呼称であり、この意味での一つの夫婦と親子を単位とする家族の氏でもあるということができよう⁽⁴⁾。このような意味では、氏が個人の呼称になり切ったということは容易に肯定することはできない。

ところで、このような氏というものを基準として戸籍を編製することは、

(2) 田代有嗣監修・高妻新著『新版体系・戸籍用語事典』185頁以下（日本加除出版、1992年）、房村精一「戸籍の編製と氏（中）」戸籍587号2頁以下（1992年）参照。

(3) 中川淳『改訂親族法逐条解説』92頁（日本加除出版、第1版、1990年）参照。なお、これにつき我妻榮『親族法』418頁（有斐閣、第1版、1961年）参照。

(4) 戸籍においては夫婦・親子の氏は同一であるが、兄弟姉妹同士や祖父と孫などの関係においては氏が同一ではないというような議論をする。これは同じ父母の戸籍にある兄弟の氏が實際上、同一性を持つかどうかということが検討されるべき問題ではなく、戸籍編製上から問題となるのは夫婦の同氏と親子の同氏の二つの原理だけであるところから、その他の者の氏の同一性を論じることが無意味であり、この同一性があるかどうかを検討する法的意味がないということであらわしているものと理解することができよう。

「家」制度の温存につながるという批判があることも確かである。しかし、氏が旧法時代において家の名であったことが問題であるのは個人の尊厳と両性の本質的平等に反する「家」制度の実態が問題であったので、そのことは「氏」自身の罪とは言えないものということができよう。その意味から現行法において完全には個人の呼称となり切れなかった氏が非難されるべきではなく、氏が公示する「一組の夫婦と氏を同じくする子」という家族を一単位として捕らえ、これを一つの氏によって公示することが個人の尊厳と両性の本質的平等に反する結果につながることになるのかという問題であるということができるであろう。かような意味からすれば氏が「近代的な夫婦と氏を同じくする子」を単位とする戸籍の名称であるといっても個人の尊厳と両性の本質的平等の精神に反するとまではいう必要もないといえよう。確かに、氏は個人の呼称としての徹底を欠いており、そのかぎりであれば、氏というものはなるべく個人の呼称に徹すべきであるということができよう⁽⁵⁾。しかし、その反面として、氏というものが「夫婦と氏を同じくする子」とを単位とする戸籍の名であるということから、この戸籍がこれによって果たしてきた「夫婦であるということ」、「親子であるということ」などについての公示機能をも配慮することが必要となろう⁽⁶⁾。

三 戸籍編製と氏

(1) 親子・夫婦の氏の取得

さて、ここで現行法における氏を考える前提として現行法においてはいかにして氏、特に「夫婦の氏」及び「親子の氏」の決定がされているかをごく簡単にみておくことにしたい。

現行法における夫婦はいわゆる夫婦同氏の原則があるところから、婚姻の際の選択によって夫婦のいずれか一方の氏を称することになる（民法750条）。

(5) その意味では後述するいわゆる婚氏統稱制度や縁氏統稱の制度などは氏について個人の呼称としての性格を強調するという点により配慮が払われた制度と評価することができよう。

(6) 現行戸籍が果たしている公示機能がゆえに法律婚主義が維持され、法定相続制度が機能し、各種の行政施策が適正に行われていることに着目されるべきである。これにつき房村・前掲注(2)の「戸籍の編製と氏（上）」戸籍586号5頁参照。もちろん、戸籍の機能の便利さのみに着目してはならないことは当然であるにしてもである。これについては水野紀子「戸籍制度」ジュリスト1000号163頁（1992年）参照。

この夫婦が離婚するに際しては婚姻によって氏を変えた者が当然に婚姻前の氏に復氏することになる（民法767条1項）。もっとも、昭和51年の改正により届出によってこの者は離婚当時の氏を称し続けることができることとされている（同条2項）。

親子については親子同氏の原則が支配することとなる。そこで、嫡出子は父母の氏を称することになる（民法790条1項）。ただし、子の出生前に父母が離婚している場合、離婚の際の氏を称することになり（同条項ただし書）、嫡出でない子は母の氏を称する（同条2項）。養子は養親の氏を称する（民法810条）。

この諸原則においては親子の同氏よりも夫婦の同氏の原則のほうが優先するルールとなっている（婚姻中の夫婦の一方であって当該婚姻によって氏を変更した者が他の養子となった場合であっても氏を変更することがないとされていることからこのことは明らかである〔民法810条ただし書〕）。

これらを前提として、子が父又は母と氏を異にする場合には、家庭裁判所の許可を得ることによって、子は、父又は母の氏を称することができることとされている（民法791条1項、もっとも、父又は母が氏を改めたことによって子が父母と氏を異にするにいたった場合には家庭裁判所の許可を得ることなく父母の氏を称することができる〔これにつき同条2項〕）。

(2) 氏と戸籍編製

現行法における氏については、前記のように戸籍の変動の基準としての意義を有するところから戸籍との結び付きは深く、氏の議論は戸籍の議論でもあるといえることができる。

現行戸籍制度にあっては、その編製についていくつかの基本となる基準がある。その一は「親子同氏同戸籍の原則」であり、その二は「夫婦同氏同戸籍の原則」である（以上につき戸籍法6条）。そして、第三には「同籍者同氏の原則」がある。第一と第二の原則からいわゆる「三代戸籍の禁止」のルールがでてくることになる。現行戸籍は、一個の戸籍には、一組の夫婦と親子のみを記載することができ、それ以上に記載の範囲を広げることができないという仕組みとなっている。かようにして戸籍というものが旧法時代におけるような多数集団の集まりたる家族ないし「家」という存在を公示するということはあり得ないこととなった。

(3) 問題の所在——本稿の方向性と課題

現在においては、夫婦の氏をめぐっていわゆる「夫婦別姓」の議論が盛んであり、法制審議会においてもこの問題を検討し、近い将来においてはその方向性が示されることが予想される。その具体的な方向がどのようなものとなるのかについては容易に知り得ないところであるが⁽⁷⁾、そのあり方によっては、氏ないし戸籍編製についての基本的なルールにも根本的な変更を生ぜざるを得ないかも知れないという状況にあるということは否定できない。このような時点において、夫婦の氏、親子の氏という問題について将来へ向かっての法改正という観点から個別的な問題についての議論をすることは夫婦別姓論それ自体に踏み込んだ議論をすることになるならばまだしも、ここに踏み込まないままで細かい議論をするということは極めて困難であるといわざるを得ない。

本稿においては、この夫婦別姓の議論にまでは踏み込むことなく氏についての改正問題を検討することを課題とする。

特に、現行戸籍実務においては「氏」について、いわゆる「民法上の氏」と「呼称上の氏」を認め、これを基準として実務の運営をなしているところから、この「呼称上の氏」という観念を明らかにし、このような戸籍実務のあり方の当否という観点から氏に関する立法的な方向性を考えてみることにする。

(4) 民法上の氏と呼称上の氏

いずれにしても氏の同一性の問題は戸籍の同一性という問題に深くかかわる問題である。ある意味で氏の議論は戸籍の議論であるといってもよいくらいに氏は戸籍と深くかかわっているということになる。そのようなこともあって、戸籍編製の基準という問題にあって、いわゆる「氏の同一性」という問題が極めて重要な概念になってくる。このようなことが前提とされ、戸籍編製や入除籍という問題において、その実務を理論的に一貫させ、整合性をもたせてきた存在にいわゆる「呼称上の氏」の概念がある。そこで、氏の

(7) しかしながら、房村・前掲注(2)および前掲注(6)の論文や大森政輔「夫婦別姓選択制について1～5」戸籍時報（平成3年～4年）などによって議論の所在を知ることができる。なお、校正中に法務省民事局参事官室の「婚姻及び離婚制度の見直し審議に関する中間報告（論点整理）」（戸籍時報419号4頁以下）に接したが十分に検討することができなかった。

問題を考えるために、本稿においては、戸籍実務の中で活用されてきた、いわゆる「呼称上の氏」の概念やその生成発展について明らかにしておくことにしたい。

ところで、およそ、「氏」というもののもつ機能としては、「戸籍上、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ものである（戸籍法6条）」（田代有嗣監修・高妻新著『新版体系・戸籍用語事典』184頁以下〔日本加除出版、1992年〕）というような説明がなされる。つまり、氏には単に個人を特定するための呼称としてのそれと、個人をいずれの戸籍に記載するかを決める基準となるそれとがあるということになるようである。現に戸籍実務においては、その変動が直接戸籍の変動と結び付く、いわゆる「民法上の氏」と、戸籍の変動に関係しない「呼称上の氏」とを認め、この区別を前提として戸籍実務を運用してきている（呼称上の氏という概念が主張されはじめた時期は明らかではないが、現行戸籍法制定直後に刊行された戸籍法の解説書において既にこれが主張され、これが現在にいたるまで一貫して戸籍の実務を支配してきている〔昭和26年発行の青木義人『戸籍法』359頁（日本評論社）参照〕⁽⁸⁾）。

もちろん、このように「氏」について、これを「民法上の氏」と「呼称上の氏」とに分類し、これによって戸籍実務上の取扱いに差異を設けようとすることへの批判があることは当然であり、そのような立場にも相当の理由があるということができよう⁽⁹⁾。しかしながら、現実の戸籍実務の運用に際し

(8) 呼称上の氏というのは、その「変更が身分の変動や効果と一切無関係であることを示そうとする」ものであるという簡潔な表現がされている（久貴・前掲注(1)の317頁）。

古くは、明治31年戸籍法に関し、氏の変更に付き「氏ノ改稱又ハ復舊トハ他ノ家ニ轉屬セシ為メ其結果トシテ其入りタル家ノ氏ヲ稱スル場合ヲ指スニアラス家ニ變更ナクシテ任意ニ氏ヲ變更スル場合ヲ謂フ」（島田鐵吉『戸籍法』263頁以下（法政大学出版、第1版、1908年）とされ、当時から家（現行法に置き換えれば「氏」）の変動を伴わない氏変更があると理解され、その意味ではこれを「呼称上の氏」の変更と呼ぶかどうかは別として直接に戸籍の変動を伴わない、いわゆる「氏の変更」が認識されていたといえる。

房村・前掲注(2)の14頁は、このような「呼称上の氏」などがいわれたのは戸籍法第107条第1項の氏変更についてが最初であろうとする。

(9) 例えば、島津一郎「氏の同一姓について」中川善之助編『法律学演習講座 全訂民法（下）』35頁（青林書院、1957年）、中川（善）編『注釈民法22のI』〔沼田愛一執筆〕389頁（有斐閣、第1版、1971年）、中川（善）『新訂親族法』639～640頁（青林書院新社、第1版、1965年）、島田充子「『氏の変更』雑考」判タ516号70頁（1984年）など。

ではこのような取扱いがされ、しかもそれがかなり重要な意味をもっているということが否定できない以上、現行制度を考えるに際しては、この氏の区分を無視することはできないであろう。

ところで「民法上の氏」であっても、①婚姻などの身分行為によって氏の変動が生じてくる場合、②民法第791条の規定によって子の氏の変更がされる場合、③配偶者の死亡後の生存配偶者の復氏による氏変更などの場合がある。そして、これの原則ないし基準となるものに、「親子同氏の原則」「夫婦同氏の原則」及び「同戸籍者同氏の原則」が存在している⁽¹⁰⁾。このような民法上の氏については、旧法時代においては「家」制度とのかかわりから、氏とは「家」の氏であるとされていたから（旧法746条）、民法上の氏の取得や変更ということは、「家」への出入（入家・去家）を意味するとされていたといっていよいであろう。現行法においては、民法上の氏の変動といっても単に戸籍の変動の原因ということにとどまり、実体的な権利義務には何らの影響を及ぼさないとされている（例外として、民法769条・751条・817条の問題がある）。

氏について呼称上の氏と民法上の氏とを区分したが、さらに分類をするならば、民法上の氏の場合であっても、前記の①などのように氏の変動というものが戸籍の変動につながると同時にその身分関係や権利関係に影響するものという類型と、前記の②や③などのようにその変動は直接戸籍の変動につながるものではあるが、身分関係や権利関係については一切関係をもたないような類型とがあり、このことからすると民法上の氏についても性格を異にする2類型があるということができよう⁽¹¹⁾。

ここで、従来から議論があるいわゆる「呼称上の氏」という問題について、その概念を明らかにするとともに、これに関連する最近の法改正や裁判例などにおいても、この概念が当然の前提とされていることなどを紹介しておきたい⁽¹²⁾。

この「呼称上の氏」とは一体何であるのかということについては以下において具体的に明らかにしていくが、この「呼称上の氏」という観念は従来か

(10) 先にも指摘したように、この問題については現在検討されている、いわゆる「夫婦別姓論」に関する立法がされることによって異なった原理にとりこまれる可能性が強いことを指摘しておく。

(11) 谷口知平『戸籍法〔新版〕』249頁（有斐閣，1973年）。

(12) 後述のように昭和59年にされた戸籍法第107条第3項の新設によって、この「呼称上の氏」という概念が解釈上での二義を許さないような形で立法上も承認されている。

ら戸籍実務にあってこれを指導する一つの原理として使用されてきていた。戸籍実務の中核となる各種の行政先例においても呼称上の氏という概念を承認することを前提とする立場で存在し、同時に法務省令である戸籍法施行規則などにおいても「呼称上の氏」を肯定する立場での規定と判断されるものが存在している⁽¹³⁾。このような中において法改正を通じて、順次、氏に関連する新たな制度が創設され、特に昭和59年の戸籍法第107条の改正（2ないし4項の規定新設）にいたって立法がゆるがすことができないような形で「呼称上の氏」という概念を認めたといわざるを得ない状態にいたるのである。ここではその過程の展開を紹介していくこととする。

(5) 氏変更と呼称上の氏

既に触れたところではあるが、「呼称上の氏」の概念は、後にも検討するように「民法上の氏」とはかなり性格を異にする独自の存在である。これが問題として議論される場面はかつては非常に少なかった⁽¹⁴⁾。それはわずかに戸籍法第107条（旧規定）における氏の変更に関連し、ここでの氏変更は民法上の氏変更ではなく、単なる呼称上の氏の変更にすぎないという議論がされるだけであったといってもよいであろう（もちろん、観念的には他にも議論の余地があったが、実務上に影響を及ぼす程度においては議論されていなかったという趣旨においてである〔前掲注(2)の房村論文14頁参照〕）。なお、日本人と身分行為をした外国人の氏についての問題においてさらに議論するものとしたい。

そこで、まず、この氏変更の問題をめぐる戸籍実務上での取扱いとしては、氏変更の審判に基づく届出がされた場合には、新戸籍を編製することなく、従前戸籍の戸籍事項欄に所要の記載をし、筆頭者氏名欄の筆頭者の氏に変更を加えるにすぎないこととされる（戸籍法施行規則34条2号）。

また、氏の変更がされる前に婚姻などの身分行為によって従前戸籍から除籍され、他の戸籍に入籍して民法上の氏を変更していた者が、離婚などの事由によって従前戸籍に復籍する場合には、氏変更の処理を受けた従前戸籍に

(13) 例えば、後述する戸籍法施行規則第34条第2号の規定などを指摘することができよう。

(14) 例えば、何らの親族関係にはないが、たまたま田中なら田中という姓の男女が婚姻をする場合に両者の呼称上の氏は同一でも民法上の氏は異なるというような単純かつ常識的な説明のためにこの概念を用いることができるという意味では別である。これについては石黒一憲「人の氏名と国際家族法—改正戸籍法基本通達及びその基礎にある従来の一貫した涉外戸籍先例に対する重大な疑問」家月37巻9号7頁（1985年）、中川（善）・前掲注(9)『注釈民法22のI』〔沼辺愛一執筆〕385頁。

変更後の氏で当然復籍をするという取扱いとされている（昭和23年1月13日民事甲17号通達）。

このような戸籍実務の取扱いは、氏変更がされた場合であっても呼称上の氏に変更があるだけで、戸籍に変動を生ぜしめる民法上の氏には変更は生じないということを前提とした取扱いであるということが明白といえよう⁽¹⁵⁾。

(6) 涉外婚姻と呼称上の氏

また、戸籍実務の取扱いとして特殊の問題としては日本人と婚姻をした外国人の氏についての問題がある。従来からの戸籍実務の取扱いは、外国人については日本人と同様の民法上の氏はないから、涉外婚姻については婚姻の効力としての民法第750条の適用をすることはできないことを前提として、同条を適用することによって夫婦の同氏を実現することはできないとしていた。しかし、便宜上の措置として外国人が同人の本国法適用の効果として日本人配偶者の氏を称することとなっているならば、これを呼称上の氏として称することができ、戸籍上（配偶者氏名欄）に漢字で記載することができるという取扱いをしてきた（昭和55年8月27日民二5218号通達）。これもまた、外国人は呼称上の氏を称することはできるが、民法上の氏をもつことはあり得ないという前提のもとに民法上の氏と呼称上の氏とが使い分けられた場合であるということができようか⁽¹⁶⁾。

四 立法による新たな問題点の出現

わずかに戸籍法第107条による氏の変更が呼称上の氏の変更であるとされる程度のことが議論されている段階であれば、ことはそれほどに困難な問題ではなかったともいえる⁽¹⁷⁾。

(15) 呼称上の氏という問題は、この氏変更の審判がされた場合だけが問題となるだけの時代であるならば戸籍法施行規則ないし戸籍先例による戸籍の取扱いがそうであるからといって、氏変更による場合が単なる「呼称上の氏の変更」にすぎないと理解し、これによって説明しなければならないという必然性は全くなかったといえることができる。

(16) この問題については山川一陽「国際婚姻に伴う「氏」の変動について一昭和55年8月27日民二第5217号回答，同日民二第5218号通達を通じて一」民事月報35巻12号3頁以下参照。その後の立法によってこの取扱いが「呼称上の氏」という概念を当然の前提とした取扱いであることが確定していくこととなる。これを批判する極めて洞察力に富み、同時に問題点を明晰に提示する論文として石黒・前掲注(14)の1頁以下がある。

(17) この段階にとどまっているならば、戸籍法第107条による氏変更について、これを呼称上の氏変更と解する必要性はなかったし、これを民法上の氏変更といっても何ら差し支えない状態であったといえることができる。

しかし、その後に次々になされた立法が呼称上の氏をめぐる様々な問題を引き起こすこととなる。

まず、最初に問題とされなければならないのは昭和51年に法改正され、新たに創設された離婚の際の氏を称する届出の制度（民法767条2項，戸籍法77条の2）がそれである（昭和62年には離縁の際の氏を称する届出の制度が新たに創設され〔民法816条2項，戸籍法73条の2〕，離婚の際の氏を称する届出の場合と同一の問題を生ぜしめているが，この制度は，離婚の際の氏を称する届出と性格を一にするものであるから，特にこれを取り立てて検討することはしないでおく）。

離婚の際の氏を称する届出の制度をめぐるいろいろな問題点があるが，この制度の立法過程については立法担当者の手により詳しく書き残されている⁽¹⁸⁾。これによれば，この制度は「離婚による復氏の原則を維持しながらも，離婚後も引き続き婚姻中の氏を称しようとする者に，一定の条件のもとに婚姻中の氏を称することができるようにした」のであり⁽¹⁹⁾，ここで称される氏はいわゆる「呼称としての氏」であって，この場合に民法上の氏は婚姻前の氏に復しているというのである⁽²⁰⁾。

ちなみにここで離婚の際の氏を称する届出がされた場合における戸籍上の取扱いを説明しておくこととする。

離婚届とともに戸籍法第77条の2の規定による届出がされた場合には復籍の処置をとることなく，いきなり離婚当時の氏で新戸籍を編製するが（戸籍法19条3項），離婚届出後にこの届出がされた場合には復籍戸籍に同籍者がある場合と否とで取扱いが異なる。つまり，復籍者が復籍戸籍の筆頭者でない場合若しくは筆頭者であるが同籍者である子がある場合には，この氏変更は届出者の個人的事由であるところから，その効力は同籍者に及ばず，そのため復籍者については離婚の際の氏で単身の新戸籍が編製されることになる（同19条3項）。しかし，同籍者がいない場合には復籍戸籍について，ちょうど前記第107条第1項の氏変更がされた場合と同様の処置をすることとされている⁽²¹⁾。つまり，かようにして離婚当時の氏を称している状態は，ちょう

(18) 千種秀夫「民法等の一部を改正する法律の解説〔一〕」法曹時報28巻9号1頁以下（1976年）。

(19) 千種・前掲注(18)の2頁。

(20) この点については当時の法務省民事局長の参議院法務委員会での答弁においてその趣旨が明確にされている。これにつき千種・前掲注(18)の56頁参照。

ど戸籍法第107条第1項の規定による氏変更がされたのと同様の状態にあると理解するわけである。

以上の離婚の際の氏を称する届出に伴う戸籍事務の取扱いは疑いもなく、同制度についての立法担当者の解釈に従ったものである。そこでの取扱いは、この離婚の際に称していた氏を称する届出をしている者の「民法上の氏」は民法第767条の規定の適用によって当然に復氏しているが呼称上の氏は離婚の際のそれを称しているという論理を前提とするものである⁽²²⁾。

ところで、「呼称上の氏」という概念が戸籍実務の中から生じてきたものであり、民法自体の規定にこれを認めなければならない必然性がないということをも前提とし、前記改正である「離婚の際の氏を称する届出」制度の改正が戸籍法の改正という形をとらず、民法自体の改正によって規定されたところから、呼称上の氏という概念を知らない民法の改正による氏は、やはり「民法上の氏」であるはずだという考え方があり得るであろう⁽²³⁾。もっとも、前記説明のように立法担当者の解説によれば、離婚の際の氏を称している者は既に民法上の氏は婚姻前の氏に復している（民法767条2項の規定は「婚姻前の氏に復した夫又は妻は……離婚の際に称していた氏を称することができる」との規定の文言も関係するのであるが）のであり、むしろ、この改正によって民法が従来戸籍法において問題とされていた呼称上の氏というものを認知したものであると理解することができよう⁽²⁴⁾。

(21) このような取扱いについては昭和51年5月31日民二第3233号通達、昭和62年10月1日民二第5000号通達参照。

(22) このような扱いは氏の変更が直接に戸籍の変動に影響しない場合であるから「民法上の氏」変更とならず「呼称上の氏」変更となることを前提としての取扱いとなろう。

(23) 反対に氏について、これは戸籍の問題であり、民法において規定すべき問題ではないのだから、氏の問題はあげて戸籍法ないし特別法に委ねるべきであるという主張が出てくる（成毛鐵二「戸籍実務から見た民法及び戸籍法の再検討」法務研究報告書43集6号235頁以下〔1954年〕）。これらが涉外問題となるときに、氏の問題についてのいわゆる氏名公法理論（島野穹子「国際婚姻に基づく氏の変動について」民事研修259号25頁以下〔1978年〕、沢木敬郎「人の氏名に関する国際私法上の若干の問題」家月32巻5号34頁以下〔1980年〕）に発展する契機を有するものと理解することができる。

(24) このあたりの問題や「離婚の際に称していた氏を称する届出」制度の立法の趣旨および立法過程については、山川一陽「離婚の際に称していた氏を称した妻と氏の変更—戸籍実務の立場を中心として—」細川清・海老原良宗編『家族法と戸籍—その現在及び将来—』301頁以下（テイハン、第1版、1986年）参照。

五 裁判例による認知

いわゆる離婚の際に称していた氏を称する届出をした者は民法上の氏のみは復氏しているが、呼称上の氏は離婚当時の氏を称している状態にあるとする立法担当者の見解は後に裁判例においても採用・肯定されることになる。東京高決昭和54年9月14日（家月31巻11号85頁）がその裁判例であり、この事件は、離婚の際に称していた氏を称する届出をしてその氏を称した女性が、民法第791条第1項の規定による許可を受けて戸籍法第98条による入籍届をしたところ、この届出が不受理処分を受けたことからはじまった事件である。つまり、この女性から戸籍法第118条〔現121条〕の規定による市町村長の処分に対する不服申立てを受けた静岡家庭裁判所において「離婚により婚姻前の氏に復した後民法767条2項により婚姻前の氏と呼称を異にする『離婚の際に称していた氏』を称した者は、婚姻前の氏を父又は母が称しているときは、民法791条1項の規定による子の氏変更の手續により婚姻前の氏を称することができる」とする審判がなされた（静岡家審昭和54年4月13日家月31巻11号91頁）。しかしながら、前記立法担当者の意見は、これとは異なり、離婚当時の氏を称した者は既に民法上の氏は父母と同一になっているという理論であるところから、これと異なる原審判断について高等裁判所の判断があおがれたものであるが、ここにおいては立法担当者の意見がそのまま採用され、このような者においては既に民法上の氏は復氏しているのであり、父母と氏を同じくするものであるということが認められるとして申立人の申立ては棄却されるにいたった。つまり、離婚の際に称していた氏を称している者は民法上の氏は既に復氏しているのであり、民法第791条第1項によるための前提を欠いているということになるというのである。

このようにいわゆる離婚の際に称していた氏を称した者の氏は既に当然復氏の原則によって民法上の氏は婚姻前の氏に復しており、呼称上の氏のみが離婚の際に称していた氏となっているにすぎないという見解が採用されたわけである。したがって、このような立場に立った者としては当該呼称上の氏を変更するについてはどうしても戸籍法第107条第1項の規定によってその呼称上の氏を変更するという手段にたよるより方法がないということになるか。もっとも、そのためには、「やむを得ない事由」が必要とせられるのは当然であるが⁽²⁵⁾。

六 氏に関する立法上の問題点

(1) 「呼称上の氏」についての問題点

特に戸籍実務において観念されている「呼称上の氏」という問題を中心として氏を眺めてきた。そして、もちろんのこと、このような「呼称上の氏」と「民法上の氏」というような技術的な概念を用いて戸籍実務の運営をすることについての批判があることは当然である。確かに、このような戸籍理論に固有のしかも非常にわかりにくい論理を用いること自体が好ましくないことは指摘されたとおりであろう。しかし、従来から行われている戸籍実務の中であって、その取扱いを一番理論的に矛盾なく整合性をもって説明することができるのは、この「呼称上の氏」と「民法上の氏」という概念を用いてする方法であるということができよう。特に、昭和59年に新設された戸籍法第107条第3項の規定などは、この「呼称上の氏」という観念を入れなければ容易に説明することができない規定であるということができ(26)。

かような意味において、現行制度がそのままであるということを前提とするかぎりにおいては、この「呼称上の氏」の概念を用いて氏をめぐる戸籍実務上の取扱いを説明するのが一番合理的であるということになるであろう(27)。

ところで、先にも簡単に述べておいたが、氏のあり方としてはこれができるべく個人の呼称に徹することが望ましいということが出来る。その意味では、従来からの「氏」についてされてきた各種立法は、かえって「呼称上の氏」の概念を認めることによって比較的広く各人の呼称の自由を認めることに奉仕してきたということがいえるであろう。しかしながら、この「呼称上の氏」

(25) このあたりの問題につき、山川・前掲注(24)の314頁以下参照。なお、離婚の際の氏を称する届出制度の新設が戸籍法第107条第1項にいう「やむを得ない事由」について緩やかに解する方向をとることとなったことにつき同論文310頁以下参照。

(26) その意味で、かような国際婚姻に伴う氏というような国際私法上の問題について解釈上の二義を許さないような規定をもうけたことに対する批判としては、石黒・前掲注(14)の4頁以下がある。

(27) これにつき、我妻榮「氏と戸籍」『民法研究VII』82頁(初出「ジュリスト25号」1953年)。もっとも、このような戸籍実務については否定的な立場からすれば「呼称上の氏の変更という理屈を駆使して、つじつまあわせ的解決」を図っているとの評価になるのはやむを得ないことになる。これにつき、星野澄子『夫婦別姓時代』60頁(青木書店、第1版、1987年)、床谷文雄「夫婦別姓制と戸籍制度の再検討(二)」民商法雑誌101巻3号356頁(1989年)。

という極めて戸籍技術的であり、一般の人たちにとってもわかりにくい概念をもちいて戸籍実務を運用することがよいのかは大変に疑問であるといわねばなるまい（例えば、いわゆる離婚の際に称していた氏である「A」を称した「B」は、民法上の氏は「B」に復しているのだから、呼称は「A」だが民法上の氏は「B」であり、したがって民法791条の規定の前提とする「父又は母と氏を異にしている」とはいえないなどという説明が普通の人たちに容易に理解され、納得を得られるであろうかという問題があることは確かである）。

戸籍については、それが国民のものであるということからも、その論理はなるべく平明なもので、国民に容易に理解することができる存在であるべきであろう。なるほど、わが国における今日の戸籍の論理が永年にわたる努力によって維持・形成されてきたものであり、呼称上の氏の論理もこれを通じて形成されてきたものということができよう。それだけに戸籍の論理にとって重い価値を有するものであることは否定すべくもない。だからこそ、戸籍の世界だけで理解されるような「呼称上の氏」と「民法上の氏」などという区別が形成され、これが戸籍の実務運営に際しての一つの基準として機能するようにさえなっているともしえよう。夫婦別姓が議論され、これに伴って氏をめぐる基本的な改正が行われることになるのであれば、これを機会になされる氏と不可分の制度である戸籍制度の改正・運営に当たっては、この「呼称上の氏」と「民法上の氏」という概念の区別に依存して論理を構築することは止めにし、戸籍理論の平明化をはかることが必要ではないかとも思われる。

本稿においては夫婦別姓の議論に踏み込むものではないということを前提としている。しかしながら、やむを得ない限度においてこれに触れるとすれば、この夫婦別姓の問題が実現する過程において、氏や戸籍に関する基本ルールについての変更が行われることは疑いないであろう。問題は、戸籍制度それ自体を廃止するところまで行うことになるのかであるが、戸籍のよさというものまでも犠牲にして、個人カードシステムとすることは不可能であろう⁽²⁸⁾。そこで、一つの戸籍には夫婦と氏を同じくする子が同籍するという原

(28) 床谷・前掲注(27)の342頁においては、「基本的に戸籍制度を維持しながら、戸籍編製の原則を変えることによって夫婦別氏を導入することが、選択的夫婦別氏制の方向としてはより実現可能性のあるもの」としている。大森・前掲注(7)の論文も基本的にこのような考え方である。

理をも壊してしまうのが問題となってくるであろう。確かに、夫婦別姓を採用するにしても、なるべくならば従来からの戸籍の基本ルールだけは破壊しないほうがよいといえよう。そこで、この「呼称上の氏」と「民法上の氏」という概念を利用して、この目的に到達しようとする主張がされることになることは当然に予想される。従来戸籍理論に慣れ親しんだ者からすれば魅力を感じる解決策である。つまり、夫婦の別姓は呼称上の氏が異なるだけで民法上の氏は同一であるという論理によって「夫婦同氏同戸籍」の原則⁽²⁹⁾を壊さないで済むことになり、別姓夫婦が同一戸籍に別姓のままに入籍することができるということになる⁽³⁰⁾。しかしながら、このような立場によることになれば、ここで問題としてきた「呼称上の氏」と「民法上の氏」という問題を持ち出すことになり、新たな観点からの改正に一層複雑な要素を提供し、従来以上に戸籍理論に複雑なものが持ち込まれることになる。本稿においては、あまり立ち入った議論をすることは控えるが、そうなれば、やはり夫婦のどちらの氏を民法上の氏として選択するのかなどの問題が従来と同様の問題をもたらすことにもなりかねず、できることならこの機会に「呼称上の氏」と「民法上の氏」というような概念設定をして戸籍実務を運用しないでも済むような方向でありたいと思われる。

ところで、このような呼称上の氏という概念を否定することになると各種戸籍実務において適宜な対応をすることが必要となる。その多くの場合が戸籍実務の対応のみによって解決がつくものであろう。もっとも、先にも指摘しておいたが、昭和59年の戸籍法改正によって新設された同法第107条第3項の規定についていうならば、後に検討する渉外的な婚姻との関係でも再検討を要する規定であると思われることを指摘しておきたいところである。

いずれにしても、氏の同一性ということについて、もっと平明に理解し、呼称上の氏などという観念を利用することを止めることとなれば、前記の東京高決昭和54年9月14日が問題としたケースなどは、離婚当時の氏を称している者と同人の父母とは民法上の氏を異にしていると理解し、民法第791条

(29) 戸籍法第6条は「一の夫婦及びこれと氏を同じくする子ごとに」戸籍を編製するとし、「氏を同じくする夫婦」としていないが、これは夫婦が当然に同氏となるからのことで別姓夫婦が同一戸籍に入籍するというようなことを予想した規定ではない。

(30) 例えば、澤田省三『夫婦別氏論と戸籍問題』172頁以下（ぎょうせい、第1版、1990年）。

の規定による氏変更を可能とし（もっとも、後述のように民法791条の規定の適用を未成年者に限定するということになれば別の結論となるが）、同時に従前戸籍に残してきた子の氏との関係では民法上の氏を同じくするものとして同籍をする入籍届によって子が入籍する方法を認めてやることでもよいのではなかろうか。

（2） 涉外婚姻と氏

既に触れたように日本人と婚姻した外国人について、民法第750条の規定が適用されることになるのかについての戸籍実務上の取扱いは、日本の「氏」と共通性をもった氏を外国人に期待することができるかという観点から、これに対して否定的な態度をとり、民法第750条の適用については否定的な結論をとっている。ところで、先にも説明したように外国人と婚姻した日本人については昭和59年の戸籍法改正により同法第107条に規定された第2項・第3項によって外国人の氏を称する届出を認めている。このことからすると、戸籍法の規定が、外国人の氏をいわゆる呼称上の氏にとらえ、これと婚姻をした日本人の民法上の氏は変わらないが、生活上の便宜のために日本人配偶者においても外国人の呼称上の氏を称することを認めた制度と理解することになる。特に、戸籍法第107条第3項の規定が当然復氏の制度を採用していないことから、このような理解は決定的なものとなるということがいえよう。そうすると、ここにもいわゆる呼称上の氏をもってしないと、その説明が困難な問題が生じてきていることになる。前記のとおり、呼称上の氏という観念をもってする説明を否定して、戸籍の理論を平明なものとしたいということからするとやはりここがネックになるのであり、少なくともこの戸籍法第107条第3項の規定については前述のように見直しをはかることが希望される。また、前記のとおり、戸籍先例にあっては、外国人については、民法上の氏を持ちえないところから、日本人と外国人の婚姻については民法第750条の規定の適用の余地がないとしたわけであるが、ここで外国人の称する氏を「民法上の氏」と理解することにした場合においては、果たして外国人との婚姻について、民法第750条の規定が適用されないことになるのかについて再度の検討を必要とするといえよう⁽³¹⁾。

私は、かつて、この問題について昭和55年8月27日民二第5217号回答およ

(31) 従前からの戸籍先例の立場が民法第750条の規定の適用を拒否したのは、やはり、戸籍現場において外国における氏の実態を把握することが困難であるということに比重があるように思われる。

び同日民二第5218号通達の解説という目的で検討したことがある⁽³²⁾。この時点にあっては、日本人と外国人との婚姻により日本人に配偶者たる外国人の氏を称することを認めるような制度（戸籍法107条2項・3項）や、このような婚姻から生まれた子が外国人たる父又は母の氏を称することを認める制度（同条4項）などは存在していなかった。したがって、まだこのような諸制度がなかったことがその検討の前提にあったものであるが、このような各種の立法がなされた現在においては、いわゆる涉外婚姻における氏の問題について民法第750条を適用する前提ないし可能性が形成されてきているということができないであろうか。

その意味で前述のように戸籍法第107条第3項の規定について、むしろ日本人同士の婚姻の場合と同様の扱いに代えていくのが合理的ではなかろうか。もちろん、外国人たる配偶者自身が日本人のみが持つところの戸籍へ入籍することはできないことは当然としてではあるが。

いずれにしても呼称上の氏の問題を否定する方向での改正を進めるとなると、これに対する種々の手当が必要となるであろう。しかし、これについては戸籍実務の取扱いの次元での解決が可能となるのではなかろうか。

(3) その他の問題——民法第791条の規定の検討を通じて

以上に検討をしてきた以外の問題についても「夫婦の氏」、「親子の氏」についての法改正という観点では触れるべき問題点は多いといえることができる。しかし、前述のようにいわゆる夫婦別姓問題が検討され、その結論いかんによっては氏に関する諸原則が基本的変化を生じかねないところから、ここで氏についての末梢的な問題点について触れることは極めて困難であるといわねばならない。そこで、ここでは最後に、親子の氏という観点から次のような問題点に触れておくこととしたい。

(a) 民法第791条の検討

一つは、民法第791条の規定についての検討である。同条の規定は父又は母と氏を異にする子が氏を異にする父又は母の氏を称する届出に関するものである。

この規定は、適用のための各種の制約を規定していない。特に、子についての制約を置いていないが、このように子が父又は母の氏を称する必要性は、

(32) 山川・前掲注(16)の論文参照。

子が未成年であり親権に服しているような場合にこそ意味があるということが出来るであろう。子が成人に達しているような場合において、なお、父又は母と氏を同じくしてその戸籍へ入籍することにこだわること自体が、氏の個人の呼称性を弱くし、旧法における家意識に通じるような扱いであるということが言えないであろうか。かような意味で、基本的には民法第791条の規定が適用されるのは未成年者にかぎられるという扱いでよいのではなかろうかと考えている（同条4項については別に扱ってよいであろう）。また、このようにすることによって現行法のもとにあって、いわゆる離婚の際の氏を称した者が第791条第1項の規定によって父母の氏を称し、その戸籍に復するということが認められないことになるが、これについては従前の取扱いを大きく変更するものでもなく、むしろ当然の扱いということにもなるであろうか（かかる場合には戸籍法107条による氏変更手続により父又は母の氏を称することにする以外はないことになるであろう）。

また、これ以外にも、民法第791条についてはいろいろと問題が残されるように思われる。同条が適用されるための各種の要件などについて全面的な見直しをすることも必要とされるのではなかろうか。そして、その要件については、これを民法第791条に盛り込んで規定しておくことも必要ではなかろうかと考えている。例えば、同条において明確な要件が規定されていないために父母が既に死亡しているような場合に、なお同条の適用が可能であるかなどについては議論がされている状況にあるが⁽³³⁾、これなどを否定する方向での要件を明確に規定することなども検討すべき事項となるであろう。

(b) 離婚に伴う親権と子の氏

夫の氏を称する婚姻をし、子が出生する前に父母が離婚している場合には、子は当然に離婚当時の父母の氏を称することになり（民法790条1項ただし書）、離婚の際における父母の戸籍に入籍することになる（戸籍法18条1項）。この場合においては子の親権者は当然に母となるのであり（民法819条3項）、この場合においては親権者たる母の氏と子の氏と戸籍が異なることになり、実際上は親権を有する母が子について監護しているにもかかわらず、その母と子

(33) これについては戸籍実務においても（昭和23年7月1日民事甲1676号回答）、通説においても（我妻・前掲注27の313頁）民法第791条の適用を否定する立場を採用しており、この問題についての異説（青山道夫『註釈親族法（上）』367頁〔有斐閣、第1版、1950年〕）はあるが、否定説が妥当であろう。

の氏とが違っていることは子の監護の上からしても好ましくないといえよう。このような場合、離婚後に生まれる子の氏と戸籍が当然に母のそれと異なるのであるところから、子の生来的な氏を母のそれとし、戸籍についても母と同籍させるような方向での改正の検討がされてもよいであろう⁽³⁴⁾。

また、子の出生前に離婚がされた場合ではなく、子の出生後に離婚がされた場合については、夫婦間に未成年の子がある場合には子は、親権者が誰になろうとも、従前戸籍（婚姻戸籍）に父母の婚姻中の氏を称して残されることになる（民法790条1項ただし書）。しかしながら、例えば夫の氏を称して婚姻をし、離婚して子の親権者に母がなるという典型的な離婚形態を考えてみると、親権に服する未成年の子は父の氏を称し、父の戸籍に残されることになる。もちろん、民法第791条第1項の規定による手続をとることによって子は母の氏を称し、母の戸籍に入籍することができることになるのは当然である。しかし、離婚当初の取扱いとして実際上は親権を有する母が子について監護しているにもかかわらず、その母と子の氏とが違っているということは子の監護の上からしても好ましくなく、むしろ、協議離婚であれば協議による親権者指定がされる場合、子は親権者と指定される者の氏を称し、当然にその戸籍に入籍させる取扱いが妥当ではなかろうか。そのうえで必要性がある場合に、はじめて民法第791条第1項の手続によって氏変更がされるというほうが親権者にとっても未成年の子にとっても好ましいといえることができよう。これに伴う手続法たる戸籍法ないし戸籍事務手続の上からの対応が検討されなければならないが、これについても実務上の対応をすることだけで解決することができるであろう。

七 最後に

以上に「呼称上の氏」という問題と「民法上の氏」という問題とを検討することを通じて親子の氏、夫婦の氏ということについての法改正のあるべき方向性ということを検討してきたが、何分にもいわゆる夫婦別姓問題それ自体には深入りしないという制約のもとでの検討には限界があり、何とも羊頭狗肉の感を免れないようなものとなってしまい心苦しいところであるが、現

(34) この問題については、辻朗「親子の氏と戸籍」中川淳先生還暦祝賀論集刊行会編『現代社会と家族法』30頁以下（日本評論社、第1版、1987年）参照。

在行われている立法の動向などが定まるのをみながら，再度の検討の機会をもちたいと考えている。

呼称上の氏と戸籍

一 はじめに

最近における家族法上の問題としていわゆる夫婦別姓の議論がさかんであり、この議論が戸籍の基本原則である夫婦同氏同籍のルールについてまでも影響を及ぼしかねない状況にある。もちろん、戸籍法は民法の手続法であり、そのあり方が民法の内容までを規制するものではないが、実体法上の制度であっても手続となじまないことからその実現が困難とされることもあり、また、戸籍という制度が長年にわたって果たしてきた機能を考えると安易に戸籍の基本ルールを破壊することについての危惧感があり、これをするにしても格別に慎重でありたい。

つまり、戸籍法は民法の手続法でありながらも戸籍の扱いということを中心として完結した理論をもち、独自のまとまりを見せている。そこで、ここでは、戸籍の論理と極めて深い関係を有する「呼称上の氏」というものを素材として戸籍の一つの論理を示し、同時にこの概念の戸籍上の取扱いにおける意義を明確とし、このような概念を生じてきたいきさつ、具体的な機能、その合理性やその将来などの問題について検討しておきたい。

二 呼称上の氏の発生

かつて「呼称上の氏」という存在が議論されることは少なかった。それはわずかに戸籍法第107条（旧規定）における氏の変更に関連し、ここでの氏変更は民法上の氏変更ではなく、単なる呼称上の氏の変更にすぎないという議論がされるだけであった。

いわゆる「呼称上の氏」と「民法上の氏」の概念を明らかにしておきたい。すなわち、その変動が直接戸籍の変動と結びつくものが民法上の氏であり、

そうでないものが呼称上の氏と理解される。もっとも、それが民法上の氏と理解される場合であっても、①婚姻などの身分変動によって氏を変更する場合、②民法第791条の規定による子の氏変更の場合、③配偶者の死亡後の生存配偶者の復氏による氏変更の場合などがあり、①の場合には、その変動が身分関係や権利関係に影響するものであるのに対し、②、③の場合にはその変動が直接戸籍の変動につながるものの、身分関係や権利関係に影響がないところからすると民法上の氏についても性格の異なった二つのものがあるということになる⁽¹⁾。

呼称上の氏の概念が主張されはじめた時期は明らかではないが、現行戸籍法制定直後に刊行された戸籍法解説書で既に主張され、これが現在にいたるまで一貫して戸籍の実務を支配してきた⁽²⁾。また古くは、明治31年式戸籍法に関し⁽³⁾、いわゆる「氏の変更」につき「要スルニ氏ノ改稱又ハ復舊トハ他ノ家ニ轉屬セシ為メ其結果トシテ其入リタル家ノ氏ヲ稱スル場合ヲ指スニアラス家ニ變更ナクシテ任意ニ氏ヲ變更スル場合ヲ謂フ」（島田鐵吉『戸籍法』263頁（法政大学出版、1908年）以下）と説明されるように当時から家（現行法について置き換えれば「戸籍」）の変動を伴わない氏変更というものがあると理解され、これを「呼称上の氏」の変更と呼ぶかどうかは別として直接に戸籍の変動を伴わないいわゆる「氏の変更」が認識されていたこととなろう。かような事情からすると現在の戸籍実務において氏の変更について、これが呼称上の氏の変更であるとする取扱いには無視し難い長い歴史があるといってもよいであろう。

三 氏変更についての戸籍上の取扱い

戸籍法第107条第1項の規定による氏変更は、呼称上の氏変更であるとされ、この手続によって呼称こそ変更しているが民法上の氏までが変更しているものではないとされる。

(1) 谷口知平『戸籍法〔新版〕』249頁（有斐閣、1973年）。

(2) 昭和24年発行の青木義人『戸籍法の解説』11、225頁以下、昭和26年発行の青木『戸籍法』359頁（日本評論社、1951年）参照。

(3) 戸籍法が明確に氏の変更についての規定を置いたのは明治31年式戸籍法であり、これまではむしろ明治5年8月24日の太政官布告23号によって氏の変更は認めないものとされていた。

現在の戸籍実務が氏変更について次のような取扱いをしているのが参考となる。つまり、氏変更の審判に基づく届出によって従前戸籍の戸籍事項欄に所要の記載をし、筆頭者氏名欄の氏が変更されることとなるし（戸籍法施行規則34条2号）、氏変更前に従前戸籍から婚姻などの身分行為によって他の戸籍に入籍している者が、離婚などによって従前戸籍に復籍する場合には氏変更の処置を受けた戸籍に変更後の氏で復籍することとされる（昭和23年1月13日民事甲17号通達）。

以上の点からもわかるように、かような戸籍実務の取扱いからすると氏変更によっては戸籍に変動が生じないという基本的態度が明白である（しかし、戸籍法施行規則の規定はともかくとして理論上はこのように解する必然性はなかったといえよう。これが後の立法〔戸籍法107条の改正〕によって必然的なものとなっていくこととなる）。

四 立法による問題点の出現

わずかに「氏の変更」の場面だけが呼称上の氏の変更であるとされていただけの時代には呼称上の氏をめぐる問題もそれほど多くはなく、切実なものでもなかった。やがて次々になされた氏をめぐる立法が呼称上の氏をめぐる様々な問題を引き起こすこととなる。昭和51年の離婚の際の氏を称する届出の制度（民法767条2項、戸籍法77条の2）、昭和59年の戸籍法第107条の改正（2ないし4項の新設）、昭和62年の離縁の際の氏を称する届出制度の創設（民法816条2項、戸籍法73条の2）などがそれである（離婚の際の氏を称する届出の制度と離縁の際の氏を称する届出の制度とはほとんど性格を一にするものであるからまづ前者に触れることとしたい）。

五 離婚の際の氏を称する届出をめぐる

離婚の際の氏を称する届出の制度をめぐるには色々な問題点があるが、この立法過程は立法担当者の手により詳しく書き残されている（千種秀夫「民法等の一部を改正する法律の解説〔一〕」法曹時報28巻9号1頁）。これによれば立法の考え方は「離婚による復氏の原則を維持しながらも、離婚後も引き続き婚姻中の氏を称しようとする者に、一定の条件のもとに婚姻中の氏を称することができるようにした」のであり（千種・前掲論文2頁）、ここで称される氏はいわゆる「呼称としての氏」であり、民法上の氏は婚姻前の氏に復していると

いうのである⁽⁴⁾。立法者の意思が法の解釈にあたってどれだけの拘束力をもつのかについては困難な問題があるが、改正後間もない今日におけるその影響力は否定することができないであろう。かように離婚の際の氏を称する届出制度については単に呼称上の氏を称しているだけで民法上の氏は復氏しているという規定であると理解されることとなるが、このことはその後の立法であり同一の構造をもつ離縁の際の氏を称する届出制度についても同様の解釈をもたらすこととなるのは当然である⁽⁵⁾。

ところで、離婚の際の氏を称する届出の制度に関連して婚姻の際に配偶者の氏を称して婚姻した者が離婚に際して離婚の際の氏を称し、その後民法第791条の規定によって父母の氏を称して復籍したいと希望した場合、これが許されるかは問題である。この場合、離婚の際の氏を称した者は、既に民法上の氏は父母のそれと同一に復しており、父母と民法上の氏を異にしないということとなる。したがって、呼称を父母のそれと同一にするには戸籍法第107条第1項による氏変更（これは呼称上の氏の変更である）によらざるを得ないという結論とされている（東京高決昭和54年9月14日家月31巻11号85頁）。父母の戸籍編製基準となった氏と離婚の際の氏を称した者の民法上の氏とは同一ということとなるが、離婚の際の氏を称した者は自己の意思によって離婚の際の氏を呼称上の氏としたのであり、意思によってこれを選択した以上は更に第107条第1項の氏の変更の手續（これには「やむを得ない事由」と家庭裁判所の許可が必要とされる）によって呼称を変更しない限りは父母の氏と呼称を一致させることもできず、単なる入籍届出によって父母の戸籍に入籍することもできないこととなる⁽⁶⁾。

この場合の戸籍上の処理は、第77条の2の届出が離婚届出と同時にされた場合、いきなり離婚当時の呼称上の氏をもって新戸籍を編製する。この場合

(4) この点については当時の法務省民事局長の参議院法務委員会における答弁においてその趣旨が詳細に述べられている。これにつき千種秀夫「民法等の一部を改正する法律の解説〔一〕」56頁参照。

(5) この改正が民法の改正としてされ、戸籍法の改正としてされなかったことから、この氏は民法上の氏であることは当然であるとする立場があるが、立法担当者の説明から判断すれば、この改正によって民法が従来戸籍法において問題とされていた呼称上の氏というものを認知したものであると理解することが正しいということになる。

(6) このような戸籍実務の取扱いの合理性については、山川一陽「離婚の際に称していた氏を称した妻と氏の変更」細川清＝海老名良宗編『家族法と戸籍—その現在及び将来—』305頁以下（テイハン、1986年）。

に復籍すべき戸籍に子（婚姻前の子が典型）があったような場合、この子は復籍戸籍の編製基準となった民法上の氏と新戸籍の編製基準となった民法上の氏とが同一（呼称上の氏は異なっているが）ということとなり、子は同籍をする入籍届によってこの新戸籍に入籍することができる。

少し詳しくこの場合における戸籍上の取扱いについて触れておく。離婚届とともにこの届出がされた場合には復籍の処置をとることなく、いきなり離婚当時の氏で新戸籍を編製するが（戸籍法19条3項）、離婚届出後においてこの届出がされた場合には復籍戸籍に同籍者がある場合と否とで取扱いが異なる。つまり、復籍者が復籍戸籍の筆頭者でない場合もしくは筆頭者であるが同籍者である子がある場合には、この氏変更は届出者の個人的事由であるから、その効力は同籍者に及ばず、そのために復籍者については離婚の際の氏で新戸籍が編製される（戸籍法19条3項）。しかし、同籍者がいない場合には復籍戸籍についてちょうど前記戸籍法第107条の氏変更がされた場合と同様の処置をすることとされている⁽⁷⁾。

以上のような離婚の際の氏を称する届出に伴う戸籍事務の取扱いは疑いもなく、立法担当者の解釈に従ったものであり、この届出による氏は民法上の氏は復氏しているが呼称上の氏は離婚の際のそれを称しているということを前提とするものである⁽⁸⁾。

六 戸籍法第107条の改正によってもたらされたもの

戸籍法第107条に改正がなされ、同条に2ないし4項が規定されたことからの影響を検討しておく。つまり、この改正は、①外国人と婚姻した者が外国人の呼称上の氏を称する制度の新設（2項）、②外国人と婚姻して前記により外国人の氏を称した者が離婚をする際に実方の氏を称することができる制度の新設（3項）、③外国人と婚姻した親から当該婚姻によって生まれた子が日本人親が外国人配偶者の称している氏を称しようとししないなどの場合に自ら外国人親の称している氏を称するなどの制度の新設（4項）がそれである。

(7) このような取扱いとなることについては昭和51年5月31日民二第3233号通達、昭和62年10月1日民二第5000号通達参照。

(8) このような扱いは氏の変更が直接に戸籍の変動に影響をしない場合であるから、民法上の氏変更とならず呼称上の氏変更となることを前提としての取扱いであるということとなる。

ここでの一連の戸籍法の改正は極めて興味あるものであるが、まず同条第2項の新設については、日本人と外国人との婚姻について民法第750条の規定が適用されるかという国際私法上の問題に関し、これを否定するという従来からの戸籍実務上の取扱いが前提とされている（昭和26年4月30日民事甲899号回答，昭和40年4月12日民事甲838号回答，昭和42年3月27日民事甲365号回答，昭和55年8月27日民二5217号回答⁽⁹⁾）。この問題については国際私法上の争いがあるところであるが、この戸籍法の改正は、この問題に関しての立法による解釈をしていることとなろう。つまり、外国人が称している氏は民法上の氏ではないから、民法第750条の適用の前提を欠くと判断し、戸籍法第107条第2項の規定が、外国人と婚姻した日本人の社会生活上の便宜から家庭裁判所の許可を介在させることなく特に外国人の称している氏を称する制度を設けたものと理解する（もちろん戸籍の変動はない）。この場合の戸籍上の処理をみても、このような外国人の氏を称する届出は届出人個人の問題でもあり、それだけに同籍者があっても、これに影響を及ぼすことはない。したがって同籍者がある場合には新戸籍を編製するという取扱いとされる（子が同籍者であっても事情は同様であるが、子はこのような場合にも外国人の氏を称した親と民法上の氏を同一にすることから同籍をするための入籍届によって外国人の氏を称した親と同籍をすることが認められている）。

また戸籍法第107条第3項においては同条第2項の規定によって外国人の氏を称している者が離婚や婚姻取消しなどによっては当然復氏とならないことを前提として（その意味では、ここでも外国人との離婚などについては民法767条などの規定が外国人の称している氏が民法上の氏ではないとして適用の前提を欠くとされる）、また、戸籍法第107条第3項の改正によって戸籍法第107条第2項の規定による外国人の氏を称しているものは離婚，婚姻取消し，配偶者の死亡などから3か月内の限定はあるが家庭裁判所の許可を経ることなく届出のみによって婚姻前の氏に再変更をすることができることとなる。もちろん、この場合の変更は呼称上の氏変更であって、民法上のそれではないところから戸籍の変動を伴わないし、この適用を受けるのは戸籍法第107条第2項の手続による外国人の氏を称している者に限定されるし、また、このような者が外

(9) この問題については、山川一陽「国際婚姻に伴う「氏」の変動について—昭和55年8月27日民二第5217号回答，同日民二第5218号通達を通じて—」民事月報35巻12号3頁以下参照。

国人との婚姻継続中には同条第1項の規定による氏変更手続を経ないと従前の氏を称することはできないこととなる。

戸籍法第107条第4項の規定による場合は、戸籍の筆頭者またはその配偶者以外の者で、外国人である父または母の一方が称している氏に変更しようとする場合には、家庭裁判所の許可を得ることによって可能とされている。本項は、日本人が婚姻した外国人の氏を称しようとししない場合、当該婚姻から生まれた嫡出子や、外国人と日本人女との間で生まれた非嫡出子についての認知がされたような場合に適用されるが、この改正においても外国人の称する氏は呼称上の氏であるということが前提とされている。

いずれにしても、外国人との身分行為などを通じて生じてくる問題を解決するために戸籍法第107条についてされた改正は、これが民法上の氏変更ではなく、呼称上の氏変更にすぎないことを明白とした。そして、このことは遡って戸籍法第107条第1項の氏変更についても、そこでの氏変更が民法上の氏変更ではなく、呼称上の氏の変更であるとの解釈を余儀なくさせることとなる（1項のみの存在であった際にはこの変更を呼称上の氏変更と見る必然性はなかったが、同条に設けられた2ないし4項の規定を同時に考慮すると同条1項のそれが呼称上の氏変更という解釈は動かすことはできなくなる）。

七 呼称上の氏の再検討

以上に検討してきたように現行戸籍制度との関係から判断するかぎり「呼称上の氏」という観念を認め、これを通じて諸問題を考えるのが理論的にも無難であるということが出来る。つまり、当面のところ、現行制度について全体的に比較的矛盾なく説明する手段としては呼称上の氏の観念を持ち込むことが一番穏当であろうということが指摘できよう。また、同時に、この観念を活用することにより呼称秩序の維持⁽¹⁰⁾を前提としての個人の呼称の自由の範囲の拡大、呼称における意思の尊重がはかれることとなるといえよう。

現在においては、過去におけるとはまた違った角度からの氏のあり方についての検討がされている。最初に述べたように氏の議論は戸籍の議論でもある。戸籍というものの従来から果たしてきている機能などを考えると、戸籍

(10) 呼称秩序とは何かが問題となるが、本人自身の問題というよりも、これは社会一般人との関係において問題とされるものであろう。つまり、頻繁に呼称が変わることによる社会の迷惑ということが問題となろう(東京高判昭和24年5月19日高民集2巻1号77頁)。

の基本ルールを破壊することなく氏を考えていきたい（少なくともそのような努力をしておきたい）。呼称上の氏の問題はかような配慮の下に検討されるべき一つの問題であるということができよう。

本来、氏というものが純粹に個人の呼称という方向を目指すとするれば、この呼称上の氏という観念を認め、これを活用することの方がその目的に添う方向にあることとなるのではなかろうか。また、このような観念を持ち込むことはいたずらに氏に混乱をもたらし、いわゆる氏の二重性ということを生ぜしめて好ましくないとの指摘もある。しかし、氏には、その変動が直接に戸籍の変動をもたらすものと、戸籍の変動には直接関わりがないものがあり、この両者が基本的な性格を異にしていることも確かである。確かに呼称上の氏という観念を持ち込むことが氏に複雑化をもたらすことは否定できない。しかし、翻って考えてみれば、性格の異なるものについて、これを異なった扱いをすることこそ必要であって、氏に関する複雑性をもたらさないようにという配慮から、その差異に目をつぶることはかえって氏の性格を不明確なものとする事となるのではなかろうか。

民法上の氏と呼称上の氏 ——呼称上の氏の形成と発展——

一 最初に

戸籍の実務をとり始めた者がまず困惑するのが「氏」の問題であるといっ
てよいであろう。「親子の氏は同一である」「夫婦の氏は同一である」という
ことは戸籍の基本原理である。つまり、「夫婦同氏の原則」「親子同氏の原則」
がそれである。それならばそれを組み合わせれば兄弟も同氏であるというこ
とになりそうである。つまり、同籍の兄は父と民法上の氏を同一にする。自
分は父と民法上の氏を同一にする。したがって、兄と弟は民法上の氏を同一
にするということをいいたくなる場所である。

しかし、戸籍実務にあっては兄弟は氏を異にするという結論が採られてい
る。戸籍独特の議論であるといってしまうえばそれまでであるが、この問題は
今回ここで取り扱いたいところの「呼称上の氏」と「民法上の氏」という問
題とかかわってくる問題であるといえる。

戸籍の実務を扱い始めた者がこんな戸籍特有のユニークな議論を始めたと
きに、いかにも自分は戸籍の専門家に仲間入りしてきたのだというような意
識を抱くことになるのは否定できない。いってみれば自分も戸籍を学ぶ者
としての仲間となったという感じである。

しかし、「兄弟の氏は同一ではない」という議論に戻って考えてみれば、
それであってもその呼称上の氏は明らかに同一であるということが出来る。
なかなか困難な問題であるが、しいていえば、この議論というものが、民法
上の氏の同一性という問題は夫婦の間と親子の関係についてのみ問題となる
のであって、兄弟間のそれが同一かどうかということは問題となる余地がな
いし必要がない、ということになるからなのではなかろうかとも思われる。

二 氏と戸籍

戸籍は氏を基本として編製されることになる。したがって、戸籍の問題を考えるとときに氏の同一性ということが常に問題となり、これが議論されてきた。ところで、戸籍の編製原理としての氏の同一性ということを議論するに際し、問題とされるのがいわゆる民法上の氏の同一性である。つまり、一つの戸籍に記載される者は常に民法上の氏を同一にしなければならないということになるわけである（「同戸籍者同氏の原則」）。

ところで、これとは別にいわゆる呼称上の氏の同一性ということが問題とされる。とりわけ、戸籍の同一性ということをめぐる議論がなされ、民法上の氏の同一性を欠く場合には戸籍は同一の戸籍ということができず、常に別の戸籍ということとなる。しかし、今度は反対に民法上の氏を同一にしても戸籍技術上からして呼称上の氏を異にする者同士が同一戸籍上に記載されるということとはできないということにならざるを得ないことになる。

およそ、「氏」というもののもつ機能としては、「戸籍上、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ものである（戸籍法6条）」（田代有嗣監修・高妻新著『新版体系・戸籍用語事典』184頁以下〔日本加除出版、1992年〕）というような説明がなされる。つまり、氏には個人を特定するための呼称としてのそれと、個人をいずれの戸籍に記載するかを決める基準となるそれとがあることになる。戸籍実務においては、長きにわたってその変動が直接戸籍の変動と結び付き、いわゆる「民法上の氏」と、戸籍の変動に関係しない「呼称上の氏」とを認め、この区別を前提として戸籍実務を運用してきているのが現状である。このように「氏」について、これを「民法上の氏」と「呼称上の氏」とに分類し、これによって戸籍実務上の取扱いに差異を設けようとする事への批判があることは当然であり、そのような立場にも相当の理由がある。しかしながら、現実に戸籍実務の運用に際してはこのような取扱いがされ、しかもそれがかなり重要な意味をもっているということが否定できない以上、現行戸籍制度を考えるに際しては、この氏の区分のもつ意味を無視することはできない（したがって、このようなことを考慮するような議論がもっぱら戸籍と結びついて議論されることになり、このようなテーマに興味を示す者はもっぱら実務家か実務出身者による実務を前提としての記述に多いという指摘がされる〔床谷文雄「民法上の氏

と呼称上の氏」中川高男他編『民法基本論集 第7巻 家族法』14頁〔法学書院, 1993年〕。ちなみに, ここでは山川一陽「離婚の際に称していた氏を称した妻と氏の変更—戸籍実務の立場を中心として—」細川清=海老原良宗編『家族法と戸籍—その現在及び将来—』〔テイハン, 1986年〕が参照されている)。

ところで「民法上の氏」であっても, ①婚姻などの身分行為によって氏の変動が生じてくる場合, ②民法第791条の規定によって子の氏の変更がされる場合, ③配偶者の死亡後の生存配偶者の復氏による氏変更などの場合がある。

このような「民法上の氏」については, 旧法時代においては「家」制度とのかかわりから, 氏とは「家」の氏であるとされていたから(旧法746条)〔現なし〕, 民法上の氏の取得や変更ということは, 「家」への出入(入家・去家)を意味するとされていた。現行法においては, 民法上の氏の変動といっても単に戸籍の変動の原因ということにとどまり, 実体的な権利・義務には何らの影響を及ぼさないものとされている(例外として, 民法769条・751条・817条の問題がある)。

氏について呼称上の氏と民法上の氏とを区分したが, さらに分類をするならば, 民法上の氏の場合であっても, 前記①などのように氏の変動というものが戸籍の変動につながると同時にその身分関係や権利関係に影響するものという類型と, 前記②や③などのようにその変動は直接戸籍の変動につながるものではあるが, 身分関係や権利関係については一切関係をもたないような類型とがあり, このことからすると民法上の氏についても性格を異にする二類型があるということができよう。

このようなことからすれば, 次のようなことがいえることになる。すなわち「山田花子が, 同じ山田の氏を称する一郎との間に非嫡出子太郎を生み, 一郎が父として太郎を認知した場合, 一郎の氏も太郎の氏も呼称上は同じ山田であるが, 法律的に見れば, 太郎の氏は母花子から受けたものであって, 父一郎とは全く別個であり, この場合, 太郎は母花子の山田の氏を称する子として花子の戸籍に在籍するのであるから, 本条(791条のこと)第1項の子の氏変更によって, はじめて父一郎の氏を称し, 父一郎の戸籍に入籍することができる」ということになるのである(中川善之助編『注釈民法22のI』〔沼辺愛一執筆〕385頁〔有斐閣, 1971年〕参照)。

ところで, このような意味でのいわゆる「呼称上の氏」ということが明確

な形で意識され、この同一性ということが大いに議論されることとなったのは昭和51年の法改正によって創設されたいわゆる婚氏続称の制度に関してであった（もちろん、それ以前においてもこのような議論がされていたが、婚氏続称制度の採用に伴ってこれが目立つようになったといってもよいであろうか）。すなわち、いわゆる婚氏続称をした者の氏は一体どのような状態にあるのかという問題についての議論がされたのがそれである。

具体的な事案としては次のようなものであった。つまり、協議離婚時に離婚の際の氏を称する旨の届出をし、離婚当時の氏を称することとした者が後に民法第791条の規定による氏の変更を求めた場合にこれが問題とされた。ここでの考え方は次のようなものであり、これによれば同条の手続による氏変更は不可能となり、このような場合にどうしても氏を変更する必要がある場合には呼称上の氏の変更であるところの戸籍法第107条第1項の規定による氏の変更の手段をとる以外はないということとされたのである。つまり、いわゆる婚氏続称の手続をした者の氏は離婚に伴って当然に従来の氏に復しているのであるが、その者の生活上の便宜からこの手続をとることによって離婚の際に称していた氏を称し続けることができるということになるのである。したがって、その者の氏は民法上のそれとしては父母の氏に復しているが、呼称だけは従来の離婚当時の氏を称し続けているにすぎないという状態にあるということができるというのである。したがって、民法第791条がいうところの「父母と氏を異にする」というのは当然のことながら父母と「民法上の氏」を異にするという意味であるということになるのであるから、そうであれば既にこの者は父母と民法上の氏を異にしない状態に復しているのである。したがって、この者については、単に呼称上の氏が父母と異なっているだけのことであるから、この手続による氏変更は不可能ということになるのである。

このいわゆる婚氏続称の制度を利用した者の称している氏がいかなる性格を有するものであるのかについてはまた後に検討することとし、いずれにしてもこの「呼称上の氏」と「民法上の氏」という問題がこの制度の創設ということに関連してかなり意識的に論じられてきたということが指摘されておいてよいであろう。

三 戸籍の変動を伴わない氏（呼称上の氏）の変動

先にも述べたように旧法段階においては「氏」、とりわけ「民法上の氏」は、「家制度」と密接な結び付きをもったものであり、氏とは民法上「家」の氏という実態があることが認識されてきた。つまり、旧法において、「戸主及ヒ家族ハ其家ノ氏ヲ称ス」と規定されていたことがこのことを決定づけていた（旧法746条〔現、なし〕はその所属する家の氏を称することになっていたし、民法上の氏の得喪は、当該「家」への入家や去家ということの意味することになっていた）。このことから「氏」の異同ということは「家」の異同ということになり、そのために氏の異同ということについても「家」の異同ということがもたらす実体法上の権利・義務という効果が直接に影響をもつことにされていたとあってよいであろう。

かような意味で、旧法における「氏」というものはその変動に多くの実体法上の効果を伴うものであったということができよう。ところが、憲法の改正に伴い「家」制度の廃止がなされ、これに関連して姿を変えた現行法上での氏は、その異同が個人の権利義務に影響することなく、氏の変動というものは現在では戸籍の変動の原因になるだけのものにすぎなくなったとされる。もっとも、現行法にも婚姻または縁組によって氏を改めた者が、祭祀財産（民法897条）を承継した後において、離婚（民法769条・771条）、生存配偶者の復氏（民法751条2項）などによって復氏する場合に、当事者その他の関係人の協議によって、その権利を承継すべき者を定めなければならないとされ（民法769条）、氏の変動ということが実体法上の権利義務に関連せしめられるという唯一の例外が規定されている。

このような意味で旧法における氏はまさに家の氏であったということができる。

ところで、ここで問題とされる「呼称上の氏」という概念ないし実態がいつの時点から問題とされていたのかについては必ずしも定かではないといわざるを得ないが、旧法時代においても家の変動を伴わない氏の変更と家の変動を伴う氏の変更ということが問題とされていた。先に述べたように旧法時代においては「氏の変動＝家の変動＝戸籍の変動」ということになるはずであった。しかしながら、当時における氏の変更（これは明治31年式戸籍についてのものであるが）を説明するについて「氏ノ改稱又ハ復舊トハ他ノ家ニ轉屬セ

シ為メ其結果トシテ其入リタル家ノ氏ヲ稱スル場合ヲ指スニアラス家ニ變更ナクシテ任意ニ氏ヲ變更スル場合ヲ謂フ」と説明しており（島田鐵吉『戸籍法』263頁〔法政大学出版，1908年〕），当時からいわゆる氏変更の手續による変更はこれを呼称上の氏と称するかどうかについては別論として家の変動（現代的に言えば「戸籍の変動」）を伴わない氏の変更という捉え方がされていたわけである。また，現行戸籍法下においてもその制定直後に刊行された戸籍法の解説書においてもこの呼称上の氏の観念が認められ，これが戦後一貫して戸籍実務を支配する一つの考え方とされてきたことは否定できないところである（昭和24年発行の青木義人『戸籍法の解説』11頁以下，225頁以下など。あるいは，昭和26年発行の青木義人『戸籍法』359頁〔日本評論社〕など参照）。

このようなことからわかるように呼称上の氏の概念は昭和51年の婚氏続称制度が創設される以前からいわゆる戸籍法の規定による氏の変更に関連して観念され，これを前提として呼称上の氏の変更というものについて民法上の氏の変更とは異なる実際上の取扱いがされてきているのである。すなわち，戸籍法による氏変更（改正前の107条1項による）がされた場合の取扱いが民法上の氏の変更がされた場合と異なる諸点は大きく分類することが許されるならば以下の通りである。

まず，この氏変更の問題をめぐる戸籍実務上での取扱いとしては，氏変更の審判に基づく届出がされた場合には，新戸籍を編製することなく，従前戸籍の戸籍事項欄に所要の記載をし，筆頭者氏名欄の筆頭者の氏に変更を加えるにすぎないこととされる（戸籍法施行規則34条2号）。

従前戸籍についての筆頭者の氏の変更がされる前に婚姻などの身分行為によって従前戸籍から除籍され，他の戸籍に入籍して民法上の氏を変更していた者が，離婚などの事由によって従前戸籍に復籍する場合には，氏変更の処理を受けた従前戸籍に変更後の氏で当然復籍をするという取扱いとされている（昭和23年1月13日民事甲17号通達）。

このような戸籍実務の取扱いは，戸籍法に基づいての氏変更がされた場合であっても呼称上の氏に変更があるだけで，戸籍に変動を生ぜしめる民法上の氏には変更は生じないということを前提とした取扱いであるということが明白となっているといえよう。

四 婚氏続称と呼称上の氏

既に述べてきたようにかねて戸籍法の規定による氏の変更がいわゆる呼称上の氏の変更となるものとして民法上の氏の変更とは異なる取扱いがされていたが、呼称上の氏の問題が大きな問題とされるのはいわゆる婚氏続称制度に関連してである（昭和62年の民法改正によって創設された縁氏続称の制度も問題となるが、婚氏続称の制度と構造的には同一であるところからここでは特に触れることはしない）。

離婚の際に称していた氏を称する届出の制度は昭和51年5月21日、第77回通常国会において成立した改正民法によって創設された制度である。この改正は、離婚復氏に関する改正の必要性が昭和34年7月7日の民法親族法改正についての仮決定および留保事項において指摘されながら、その後の具体的改正への進展が示されなかったところ、昭和50年が国際婦人年であったことから、この機会に政府からの改正案が提出されないならば、議員提案によってでも改正を図りたいという要請などもあったため、基本法である民法の改正については、法制審議会の審議を経て、政府提案によってされることが望ましいという観点からされた民法改正であった（このあたりの詳細ないきさつについては、千種秀夫「民法等の一部を改正する法律の解説〔一〕」法曹時報28巻9号1頁以下参照、なお、山川・前掲「離婚の際に称していた氏を称した妻と氏の変更―戸籍実務の立場を中心として―」301頁以下参照）。

要するにこの改正は「婦人の地位向上という今日的要請に、直接あるいは間接に応える」という観点からされたものであり、「旧767条が、婚姻によって氏を改めた夫又は妻は、離婚により当然婚姻前の氏に復するものとしていたため、復氏する者に社会生活上の不利益をもたらす可能性があるとともに離婚後母とその養育する子との氏が異なることによる不都合を生ずるおそれがある」ので「離婚による復氏の原則を維持しながらも、離婚後も引き続き婚姻中の氏を称しようとする者に一定の条件のもとに婚姻中の氏を称することができるようにした」（千種・前掲論説1頁参照）ものである。

この改正は、婦人の地位の向上をねらいとしてされたものである。離婚による当然の復氏は、婚姻中の氏によって社会的な活躍をしていた者にとっては不利益や苦痛を与え、また、子と氏が異なることによる苦痛や不利益があった。しかも、離婚復氏する者の大部分は女性であることから実質的な男女平

等を確保する目的での改正であった。ここでは、婚姻中の氏での社会的な名声が形成されている場合の当然復氏によるいわれなき不利益という問題と自分が親権者となり、現実に関係と生活を同一にし、自分が現実の養育をしている子と氏が異なることによる苦痛ないし不利益という問題の2点が示される。

前者の問題に関しては確かに重要な問題であることは間違いないとしても、すべての女性にとっての普遍的な問題であるとまではいえるものではない。むしろ、離婚復氏者のほとんどが女性であり、同時に未成熟子の親権者になるのがほとんど母であるということからすると、母自身が子の親権者となり、実際に子を保育しているにもかかわらず、子と氏も戸籍も異なるということから生じてくるという後者の問題の方が普遍的かつ切実な問題ともいえるであろう（千種・前掲論説14頁参照）。もちろん、このような場合における問題を解決するために民法第791条の規定による氏の変更や（改正前の）戸籍法第107条第1項によるという方法がないわけではなかったが、氏の変更には家庭裁判所の許可審判を経る必要があるうえ、その要件として（改正前の）戸籍法第107条第1項による場合には「やむを得ない事由」が必要とされ、これが比較的厳格なものであることから、家庭裁判所の審判を経ることなく、まして「やむを得ない事由」の要件をも必要とすることなく本人の届出だけで婚氏を称し続けることができることに意味があるといえよう。

これらのことを前提としておいて、この制度に関する具体的な設例を想定してその適用を考えてみる。つまり、「甲男と乙女とが甲の氏を称する婚姻をし、その間に長男Aが生まれたとする。ところが、その後夫婦が協議離婚をすることとなり、その際に夫婦の協議によって子の親権者には母親がなることとし、実際も母が子と生活することとなった。そうなっても、子は父の氏を称して父の戸籍に残存することとなるから、母は離婚の際に称していた甲の氏を称し、自分は父母の氏に復することをしていなかった」という事例を想定しておく。

もちろん、このような場合にあって子Aは、父である甲の戸籍に当然に残ることとなるから子と親権者である母は戸籍を異にするが、少なくとも同一の氏を称していることとなり、例えば義務教育程度の学校などにおいて母と子の氏が異なるという不自然さを免れることにはなるであろう。しかし、このように、称している氏（呼称上の氏）が母子間で同一であるから実生活上

の不便はないといってみても、やはり自己が親権を行使している子を父親の戸籍に残し、結局、子と戸籍を異にするということとなるとやはり各種の不都合や不利益が生じてくることは容易に想像することができる。このような場面において、この婚氏続称の制度はどのように機能するのであろうか。ここで考えることができるのは民法第791条第1項の規定を活用することによって子の氏変更の手続をする可能性があるかの問題である。つまり、母と子が称している氏(呼称上の氏)は同一であるこのような場合にあって、「子が父又は母と氏を異にする場合」に該当するとして、その子の氏について、母の氏への氏変更を家庭裁判所に対して求めることができるものであろうか。

また、もう一つの問題は、前記の設例において、離婚に際して夫甲の氏を称した乙女は、後に、この「称した氏」ではなくて婚姻前の父母の氏を称したいとして、自己の氏は父母のそれと氏を異にしているとして民法第791条第1項の規定によって父母の氏への変更を家庭裁判所に求めることができるかという問題である。

五 離婚の際に称していた氏を称した妻と氏の変更

前記設例を通じていえば、父の戸籍に残されている子Aと、この親権者となった母乙とが同籍となるため、あるいは、甲の氏を称している乙女が父母の称する氏を称するために、この民法第791条第1項の規定によることができるのであろうか。

この第791条第1項の規定による子の氏変更の趣旨は、親と子が生来的または後発的に民法上の氏を異にするに至った場合に、子の氏を異なる親の氏に変更することを認める規定であるとされる(沼辺・前掲書384頁参照)。

そこで問題とされるのは、子の氏変更の実質的要件としての「子が父又は母と氏を異にする場合」の意味である。実務の立場としては、ここでいう「氏を異にする」とは、民法上の氏を異にすることであって呼称上の氏を異にする場合のことではないと理解している(昭和29年5月21日民事甲1053号回答、なお田中加藤男『増補先例判例親子法』111頁〔日本加除出版、1978年〕、中川淳『改訂親族法逐条解説』244頁〔日本加除出版、1990年〕参照)。

問題は、民法第767条第2項にいう「離婚の際に称していた氏を称する」ということの意味合いである。この場合に届出により称された氏は離婚当時の氏と民法上も同一の氏であるのか、それとも呼称上だけは同一であるが民

法上の氏を異にするものということになるのかである。実務の立場においては、ここで称された氏は呼称上の氏であって、民法上の氏までが同一となるものではないと理解する（大森政輔＝青木義人『全訂戸籍法』352頁〔日本評論社、1982年〕、田代監修・高妻著・前掲書362頁参照。なお、この点については西村信雄『戦後日本家族法の民主化〔上巻〕』122頁〔法律文化社、1978年〕も同様。久貴忠彦『親族法』2頁、5頁〔日本評論社、1984年〕参照）。つまり、これを説明して、この制度は、「『離婚の際に称していた氏を称する』とは、離婚によって一度婚姻前の氏に復し、その後その呼称だけが『離婚の際に称していた氏と同じになる』ということである。すなわち、その実質は戸籍法第107条第1項の氏の呼称の変更と同じであり、ただ家庭裁判所の許可を要しないいわば第107条の特則というべきものである」とする（鈴木健一「民法の一部改正に伴う戸籍事務の取扱いについて」民事月報31巻7号83頁参照、なお、大森政輔「戸籍制度をめぐる最近の諸問題」戸籍397号9頁、田代監修・高妻著・前掲書463頁参照、大森＝青木・前掲書152頁、中川淳・前掲書154頁参照）ことや、離婚復氏した母の氏に変更する許可を得たが、母が戸籍法第77条の2の届出をしていた場合には、さらに許可を得なくとも、婚氏を称する母の戸籍に入籍する届出が承認されるという、戸籍実務の立場（昭和53年12月20日民二6642号回答）もこのような考えを裏付けることとなる（大森＝青木・前掲書416頁参照）。

このことを前提としての戸籍事務は、戸籍を異にする父母が、戸籍法第107条第1項の規定によって氏の変更をした場合においても、これが単なる呼称上の氏の変更にすぎないとして、別戸籍にある子の氏と父母の氏とでの民法上の氏の同一性は失われずとして、たとえば、このような場合について家庭裁判所が民法第791条の規定を適用して氏変更の許可をした場合であっても、これに基づく入籍届を受理してはならないとしているところから（昭和29年5月21日民事甲1053号回答）、同様の呼称上の氏の変更にとどまるとされる戸籍法第77条の2の規定による届出（婚氏を称する届出）がされた場合に、この届出者である前記事例における女性乙の氏は前夫である甲の戸籍に残してきている子Aの氏と呼称上の氏を同じくするが、民法上の氏を異にすることとなり、この子との間では民法第791条第1項の規定により家庭裁判所の許可を受けて子の氏変更の手續により子を自己の戸籍に入籍させることが可能となるが、反面、自らが父母と氏を異にしているということを理由とする民法第791条第1項の規定による氏変更を得ることはできないということとなる

う。このことは、この離婚の際に称していた氏を称する届出の制度の立法に際しても問題となったところで、特に前夫の戸籍に残した子 A については、結局、多数説は、「離婚後復籍せず婚氏を称するに至った父又は母の氏は婚氏とは異なるとの立場を支持し」（千種・前掲書54頁参照）、家庭裁判所の許可を受けて母の戸籍に入籍することができるものと理解したようである。その反面として、前述のように、婚姻によって氏を改めた妻は、離婚によって当然に婚姻前の氏に復するが、その氏が同時に呼称上の氏となるわけであり、この場合にあっては民法上の氏は離婚前の氏に復していることとなるのであるから、婚氏継続者が民法第791条第1項の規定によって子の氏変更ということによって呼称を変更することはできないということとなり、この点からすれば戸籍法第107条第1項の規定による氏の変更を受けた場合と同様の関係となるのである（大森=青木・前掲書352頁参照）。この点については後述するところであるが、裁判例としては東京高決昭和54年9月14日（家月31巻11号85頁）があり、「民法第791条第1項の『子が父又は母と氏を異にする場合』というのは、条文の位置や立法の趣旨から、民法第790条によって取得した子の氏が父又は母の氏と異なる場合をいうものと解すべきである。したがって、民法第791条第1項の子の氏の変更は、離婚時の氏を称する子が父又は母と呼称上の氏を異にする場合を含まない」という判断を示しているのが着目される。

六 裁判による承認

既に簡単に触れてきたが、いわゆる離婚の際に称していた氏を称する届出をした者は民法上の氏のみは従来の氏へと復氏しているが、呼称上の氏は離婚当時の氏を称している状態にあるとする立法担当者の見解は後に裁判例においても採用・肯定されることになる。前掲東京高決昭和54年9月14日がその裁判例である。

この事件は、離婚の際に称していた氏を称する届出をしてその氏を称した女性が、後に民法第791条の規定による家庭裁判所の許可を受けて戸籍法第98条による入籍届をしたところ、市町村長からこの届出が不受理処分を受けたことから始まった事件である。この女性から戸籍法第118条〔現121条〕の規定による市町村長の処分に対する不服申立てを受けた静岡家庭裁判所は「離婚により婚姻前の氏に復した後民法第767条第2項により婚姻前の氏と呼

称を異にする『離婚の際に称していた氏』を称した者は、婚姻前の氏を父または母が称しているときは、民法第791条第1項による子の氏変更の手続により婚姻前の氏を称することができる」とする審判がなされた（静岡家審昭和54年4月13日家月31卷11号91頁）。しかしながら、前記立法担当者の意見は、これとは異なっており、離婚当時の氏を称した者の民法上の氏は父母と同一になっているという理論であるところから、これと異なる原審判断について高等裁判所の判断があおがれたものであるが、ここにおいては立法担当者の意見がそのまま採用され、このような者においては既に民法上の氏は復氏しているのであり、父母と氏を同じくするものであるということが認められるとして申立人の申立ては棄却されるにいたった。つまり、離婚の際に称していた氏を称している者は民法上の氏は既に復氏しているのであり、民法第791条第1項によるための前提を欠いているということになるというのである。このようにいわゆる離婚の際に称していた氏を称した者の氏は既に当然復氏の原則によって民法上の氏は婚姻前の氏に復しており、呼称上の氏のみが離婚の際に称していた氏となっているにすぎないという見解が採用されたわけである。したがって、このような立場に立った者としては当該呼称上の氏を変更するについてはどうしても戸籍法第107条第1項の規定によってその呼称上の氏を変更するという手段にたよるより方法がないということになるか。もっとも、そのためには、「やむを得ない事由」が必要とせられるのは当然であるが。

七 涉外身分行為と呼称上の氏

戸籍実務の取扱いとして特殊の問題としては日本人と婚姻をした外国人の氏についての問題がある。従来からの戸籍実務の取扱いは、外国人については日本人と同様の民法上の氏はないから、涉外婚姻については婚姻の効力としての民法第750条の適用をすることはできないことを前提として、同条を適用することによって夫婦の同氏を実現することはできないが（昭和26年4月30日民事甲899号回答，昭和40年4月12日民事甲838号回答，昭和42年3月27日民事甲365号回答），便宜上の措置として外国人が同人の本国法適用の効果として日本人配偶者の氏を称することになっているならば，これを呼称上の氏として称することができ，戸籍上（配偶者氏名欄）に漢字で記載することができるという取扱いをしてきた（昭和55年8月27日民二5218号通達）。これもまた，外国人は呼

称上の氏を称することはできるが、民法上の氏をもつことはあり得ないという前提をもとに民法上の氏と呼称上の氏とが使い分けられた場合であるということができようか（これについては、山川一陽「国際婚姻に伴う「氏」の変動について—昭和55年8月27日民二第5217号回答，同日民二第5218号通達を通して—」民事月報35巻12号3頁以下参照）。

八 立法による承認

その後の氏に関する立法は、戸籍法第107条にかかわるものがこの問題について大きな影響をもつこととなる。昭和59年にされた戸籍法第107条に関する改正がそれである。ここでは従来は第1項で氏の変更を、第2項では名の変更を規定していたものが、名の変更については新たに第107条の2の規定によることとし、氏の変更については第1項から第4項までの規定が設けられることになった。その第2項から第4項までは外国人と婚姻した日本人の氏変更についての規定であり、これは前記のように日本人と外国人との婚姻という涉外婚姻については民法第750条の規定を適用することはできるのかという国際私法上の問題に関し、これを否定するという従来からの戸籍実務上の取扱いを前提として規定されたものである。つまり、この改正は、①外国人と婚姻した者が外国人の呼称上の氏を称する制度の新設（2項）、②外国人と婚姻して前項により外国人の氏を称した者が離婚の際に実方の氏を称することができるという制度の新設（3項）、③外国人と婚姻した親から当該婚姻によって生まれた子自身が日本人親が外国人配偶者の称している氏を称しようとしないうちから自ら外国人親の称している氏を称する制度の新設（4項）がそれである。ここでの立法の前提は、あくまでも外国人の氏はいわゆる呼称上の氏であり、外国人と婚姻した日本人の生活上の便宜などを考慮したものである。つまり、この問題については国際私法上の争いがあるところであるが、この戸籍法の改正は、この問題に関しての立法による解釈をしていることになる。つまり、外国人が称している氏は民法上の氏ではないから、民法第750条の適用の前提を欠くと判断し、戸籍法第107条第2項の規定が、外国人と婚姻した日本人の社会生活上の便宜から家庭裁判所の許可を介在させることなく特に外国人の称している氏を称する制度を設けたものと理解することになる（もちろんこの氏を民法上の氏とはみないということから当然に戸籍の変動はないこととなる）。この場合の戸籍上の処理をみても、このような外

国人の氏を称する届出は届出人個人の問題であり、それだけに同籍者があっても、これに影響を及ぼすことはないこととされている。したがって、同籍者がある場合には新戸籍を編製するという取扱いとされる（子が同籍者であっても事情は同様であるが、子はこのような場合にも外国人の氏を称した親と民法上の氏を同一にすることから同籍をするための入籍届によって外国人の氏を称した親と同籍をすることが認められている）。また、戸籍法第107条第3項においては同条第2項の規定によって外国人の氏を称している者が離婚や婚姻取消しなどによっては当然復氏とならないことを前提として（その意味では、ここでも外国人との離婚などについては民法767条などの規定が外国人の称している氏が民法上の氏ではないとして適用の前提を欠くとされる）戸籍法第107条第3項の改正によって戸籍法第107条第2項の規定による外国人の氏を称しているものは離婚、婚姻取消し、配偶者の死亡などから3か月内の限定はあるが家庭裁判所の許可を経ることなく届出のみによって婚姻前の氏に再変更をすることができることになる。もちろん、この場合の変更は呼称上の氏変更であって、民法上のそれではないところから戸籍の変動を伴わないし、この適用を受けるのは戸籍法第107条第2項の手続による外国人の氏を称している者に限定され、このような者が外国人との婚姻継続中には同条第1項の規定による氏変更手続を経ないと従前の氏を称することはできないことになる。戸籍法第107条第4項の規定による場合は、戸籍の筆頭者またはその配偶者以外の者で、外国人である父または母の一方が称している氏に変更しようとする場合には、家庭裁判所の許可を得ることによって可能とされている。本項は、日本人が婚姻した外国人の氏を称しようとししない場合、当該婚姻から生まれた嫡出子や、外国人と日本人女との間で生まれた非嫡出子についての認知がされたような場合に適用されるが、この改正においても外国人の称する氏は呼称上の氏であるということが前提とされている。いずれにしろ、外国人との身分行為などを通じて生じてくる問題を解決するために戸籍法第107条についてされた改正は、これが民法上の氏変更ではなく、呼称上の氏変更にすぎないことを明白とした。そして、このことは遡って戸籍法第107条第1項の氏変更についても、そこでの氏変更が民法上の氏変更ではなく、呼称上の氏の変更であるとの解釈を余儀なくさせることになる。およそ氏の変更について戸籍法第107条第1項のみが存在するにすぎなかった際にはこの変更を呼称上の氏変更とみなしなければならないという必然性は必ずしもあったとはいえなかった。戸籍

実務という行政上の先例により取り扱われる氏変更の場合の取扱いがいわゆる「呼称上の氏変更」として扱っているにしても、戸籍法施行規則に規定されるそれが同様の状態であるにしても、戸籍法ましてや民法の前提とする態度が「呼称上の氏」というものの存在というものを認めていると断言することはできないであろう。しかし、戸籍法第107条の改正がなされ、ここにおいて同条に設けられた第2項ないし第4項の規定を同時に考慮すると同条第1項のそれが呼称上の氏変更であるということも動かすことのできない解釈とされてしまったということができるであろう。特に外国人の氏を称した者が離婚などによっても当然復氏をしないで、特に希望によってその日から3か月以内に限定して家庭裁判所の許可という手続を経ることなしに従前の氏に変更することができるとしていることが、外国人の称している氏が民法上の氏ではないということを特に明白としているということができよう（婚姻によって外国人配偶者の氏を称することを認めながら、この氏を民法上の氏と認めないから離婚などの場合についても民法767条は適用の前提を欠いて適用にならないと理解されている）。

九 最後に

以上に戸籍実務において戸籍というものの取扱いの一つの基準となる「民法上の氏」という概念と「呼称上の氏」という概念とを明らかにしてきた。とりわけ、呼称上の氏という概念について、その戸籍実務上における取扱いの変遷について明らかにしようとしてきた。そして、この概念が戸籍実務上でどのような役割をしてきたのかをながめ、最後に実務の中で生まれ運用されてきたこの概念がある意味では立法によって承認を受けるところまで来ているということをも明らかにしてきた。

ここ近年、氏、とりわけ夫婦の氏という問題について議論がされ、立法への試みがなされてきている。

ある意味では「氏の議論は戸籍の議論である」といってもよいくらいに氏についての検討は戸籍というものについての存亡にも関わるものである。現在における戸籍の果たしている役割が何であるのか等も考え、新しい形の戸籍というものを考えるべき時期に来ているのかもしれない。この際に従来の戸籍実務の中であって氏の議論、とりわけここで問題にした「呼称上の氏」と「民法上の氏」等の議論も検討しておくことが要求されることになるだろう。

離婚の際に称していた氏を 称した妻と氏の変更 ——戸籍実務の立場を中心として——

「呼称上の氏」と「民法上の氏」

『氏』には、名とあいまって個人を特定・識別するための手段となるもの（呼称としての氏）としての性格と、個人をどの戸籍に記載するかを決定する基準となるもの（民法上の氏）としての性格（戸籍法6条）とがあるといっていよいであろう⁽¹⁾。それだけに、『氏』という制度ないし戸籍制度というものに対する批判の有無はともかくとして、これが現行戸籍制度ないし身分制度の下において重要な機能を果たしていることを否定することはできないといえよう。また国民の戸籍に対する意識や『氏』というものに対する意識ということを見ると、このことは、なおさらであるといえることができる。

いわゆる「呼称上の氏」なる概念は、それが名と統合して人の同一性を表すものであり、社会にあって一種の呼称秩序を形成するものであるところから、これが容易に変更されるということとなると、一般人の被る迷惑は至大であるといえよう（東京高決昭和24年5月19日高民集2巻1号77頁）。

また、「民法上の氏」についても、これに対して戸籍編製の基礎を為すという重要な意義が与えられているところから、その安易な変更は戸籍制度の円滑な運用を阻害する結果となる（前掲東京高決）といえよう。

このような、いわゆる「民法上の氏」と「呼称上の氏」などという、氏に関する極めて理解しにくい分類を設け、これを基準として戸籍ないし身分法

(1) 氏の性格論については様々な議論が存するが、ここでは、この問題を検討する余裕がない。この問題につき、とりあえず、唄孝一「氏をどう考えるかということ」私法17号96頁、太田武男「離婚による復氏・復籍の問題」太田編『現代の離婚問題』425頁以下（有斐閣、1970年）、青山道夫編『注釈民法20』〔黒木三郎執筆〕318頁（有斐閣、1966年）などを指摘しておくこととするが、久貴忠彦『親族法』365頁（日本評論社、1984年）に学説の現状と批判についての要領のよい紹介があるので、これを参照されたい。

に関する運用をすることが妥当といえるのか否かについては問題があるといわれているが⁽²⁾、現実の実務において、これを基準とする法的な取扱いの区別が存するところから、ここにおいては、これらの概念に関して離婚復氏者に関する「婚氏を称する届出」(民法767条2項, 戸籍法77条の2)の問題を介在させることによって、主として、この取扱いから生じてくる「呼称上の氏」と「民法上の氏」との間での取扱いの差異の一端を明確にし、これに関連する規定(民法791条1項, 戸籍法107条1項)相互の関係を検討することを目的とする。

もとより、氏に関する問題は難問といわなければならないが、ここでは、単に前述の検討を目的とするものであり、氏の本質を検討するというような基本的な問題を考えるものではない。

民法上の『氏』とその変動

民法上の氏に関連して、戸籍編製の基準としては、次の原則がこれを支配しているといえよう。つまり、「親子同氏の原則」、「夫婦同氏の原則」及び「同戸籍同氏の原則」がそれである⁽³⁾。そして、これらの原則との関連において「氏の同一性⁽⁴⁾」といったことが問題とされ、「氏の主導性⁽⁵⁾」というような諸問題が追求されることとなるのである。また、これらの原則から離婚復氏のルールなどの問題も出てくるともいえよう。

このようなことから、民法上の氏の場合にあっては、その変動が常に戸籍との関連を有するといつてよいであろう(戸籍法16条~19条)。

ところで、これらの点に関連して「呼称上の氏」について言えば、その取

(2) 例えば、島津一郎「氏の同一性について」中川善之助編『法律学演習講座 全訂民法(下)』35頁(青林書院, 1957年), 中川(善)編『注釈民法22のI』〔沼辺愛一執筆〕389頁(有斐閣, 第1版, 1971年), 中川(善)『新訂親族法』639~640頁(青林書院新社, 第1版, 1965年)参照。なお島田充子『『氏の変更』雑考』判タ516号70頁参照。いずれにしても、この呼称上の氏という概念は、呼称上の氏変更は、基本的には「この変更が身分の変動や効果と一切無関係であることを示そうとする」ためのものというもの(久貴・前掲書365頁)との指摘が参考とされる。

(3) 外岡茂十郎「氏の同一性」末川博ほか編『家族法の諸問題』穂積先生追悼論文集455頁以下(有斐閣, 1952年)参照。

(4)(5) この原理が戸籍編製ないし運用の基本的な原理・原則とされ、相当に技術的な議論がされている。この点については田代有嗣監修・高妻新著『体系・戸籍用語事典』173~181頁(日本加除出版, 1980年)参照。

扱わないし性格は「民法上の氏」の場合と相当に異なっているということを指摘することができよう。例えば、たまたま呼称上の氏を同じくしている者同士が婚姻をする場面を想定してみよう。筆頭者となる者については呼称上の氏も民法上の氏も婚姻の前後を通じて変化することはないが、そうでない配偶者の場合には呼称上の氏は婚姻の前後を通じて変わらないが民法上の氏は変わっているということとなる。そして、この夫婦が離婚する場合を考えてみれば、両者の呼称上の氏は離婚によって変化しないが、離婚後においては、民法上の氏はもはや同一ではないこととなるのであるから、同一戸籍に両者が同籍することはできなくなるのである。かような意味において、戸籍の変動の基準となるのが民法上の氏であって呼称上の氏ではないことが分かるのである⁽⁶⁾。

また、「山田花子が、同じ山田の氏を称する一郎との間に非嫡出子太郎を生み、一郎が父として太郎を認知した場合、一郎の氏も太郎の氏も呼称上は同じ山田であるが、法律的に見れば、太郎の氏は母花子から受けたものであって、父一郎の氏とは全く別個であり、この場合太郎は母花子の山田の氏を称する子として花子の戸籍に在籍するのであるから、本条（民法791条のこと）第1項の子の氏の変更によって、はじめて父一郎の山田の氏を称し、父一郎の戸籍に入籍することができるのである」（中川善之助編『注釈民法22のI』〔沼辺愛一執筆〕385頁参照）という指摘があることも理解することは容易であるということとなろう。

ところで、民法上の氏に関しては、かつての旧法において、氏は民法上の「家」の名という地位を有していたところから（旧民法746条⁽⁷⁾）〔現なし〕、民法上の氏の取得や変更ということは、家への出入ということ（入家・去家）を意味していたが、現行法の下においては、氏の変動は単に戸籍の変動ということの原因にとどまり、実体的な権利義務へは影響を及ぼさないこととなっている（例外として民法769条，751条，817条の問題がある）。

この民法上の氏の変動をもたらすものとして、身分行為に伴うものとしては、婚姻による場合（民法750条）、離婚または婚姻の取消しによる場合（民法

(6) 沼辺・前掲書385頁，太田・前掲書432～436頁，なお久貴・前掲書365頁参照。

(7) 旧民法第746条には「戸主及ヒ家族ハ其家ノ氏ヲ称ス」とあり、氏が家の氏であったことを明確にしている。これにつき、梅謙次郎『民法要義卷之四』明治45年度版43頁，なお中川淳『親族法逐条解説』91頁（日本加除出版，1977年）参照。

767条, 771条, 749条), 養子縁組による場合(民法810条), 離縁または縁組の取消しによる場合(民法816条, 808条2項)などがあり, 単に氏の変動を目的としてされる行為の結果として民法上の氏の変動が生じるものとしては, 生存配偶者の復氏の場合(民法751条), 父母と氏を異にする子が父母の氏を称する場合(民法791条1項)があるとされている。

呼称上の『氏』とその変動

前述した「民法上の氏」の他にいわゆる「呼称上の氏」といった存在があるとされているが, この呼称上の氏の変動を生ずるものとしては, 戸籍法第107条第1項により氏の変更がされる場合と⁽⁸⁾, 昭和51年5月21日の通常国会で成立した民法等の一部改正により創設された制度である離婚配偶者がする離婚の際に称していた氏を称する場合とが典型的な場合として指摘されている。つまり, この場合には民法上の氏までが変更になるものではないということであるとされている⁽⁹⁾。例えば, 離婚による復氏は「婚姻前の氏に復する」(民法767条1項)べきものであるところ, 婚姻後に実方の父母が戸籍法第107条第1項の規定によって氏の変更をしてしまった場合であっても, 離婚者が復する氏は変更後の氏ということとされることや(昭和23年1月13日民事甲17号通達, なお, 谷口知平『戸籍法(新版)』140頁〔有斐閣, 1973年〕, 大森政輔=青木義人『全訂戸籍法』165頁〔日本評論社, 1982年〕, 太田武男「離婚による復氏・復籍の問題」太田編『現代の離婚問題』436頁以下〔有斐閣, 1970年〕参照), 婚姻前戸籍に残されていた子が母の離婚の際の氏を称する届出がされて編製された戸籍へ単なる入籍届だけで入籍することができる(昭和51年11月4日民二5351号通達)

(8) 太田・前掲書436頁参照。なお小石寿夫『先例親族相続法一通達・回答の総合解説』66頁(帝国判例法規出版社, 1958年)の記述もこの立場につながる。

(9) 詳細については千種秀夫「民法の一部を改正する法律の解説〔一〕」法曹時報28巻9号1頁参照。なお, ここでの指摘にもあるように同法の改正の経過にあって, 立法担当者からの国会における答弁においては次のような説明がされている。「…離婚いたしまして母親が依然として婚姻中の氏を称するという場合には, 厳密に申しますと, 氏は夫の氏とは違う氏けれども呼称は同じだと, こういうきわめて常識的にはわかりにくい理論があるようでございまして, そういたしますと, 父親の戸籍に残っておる子供の氏というのは, これは全く父親の氏と同じこととございまして, 法律的に申しますと, ……呼称は同じであっても母親が称しておる氏と子供の氏とは違うということになるわけとございまして, その問題は, 現行法どおり子供の氏変更の手続で母親の戸籍に入れることができる, こういうふうに考えるわけとございまして。」(同56頁)

などの戸籍実務の立場などは戸籍法第107条第1項によっても民法上の氏は変更しておらず、呼称上の氏のみが変更したにすぎないと理解することとなる。

また特殊な事例としては、昭和59年の戸籍法の改正によって創設された外国人と婚姻した者に対して承認された婚姻の相手方である外国人が称している氏を称する届出の制度によって日本人が外国人である配偶者の氏を称する場合があります、この場合も民法上の氏は変更することなく、呼称のみの変更にとどまることとなるとされる。この場合には前記の婚氏続称の場合と同様の取扱いとなる（この新たな制度の趣旨・扱いについては田中康久「戸籍法の一部を改正する法律の概要」家月39巻6号67頁参照）⁽¹⁰⁾。

離婚復氏と離婚の際に称していた氏を称する届出

ここで、いわゆる離婚復氏の制度と関連して離婚の際に称していた氏を称する届出がされた場合を考えておくこととしたい。

この離婚の際に称していた氏を称する届出の制度は昭和51年5月21日、第77回通常国会において成立した制度である。この改正は、離婚復氏に関する改正の必要性が昭和34年7月7日に公表されていた民法親族編改正についての仮決定及び留保事項において指摘されながら、その後の具体的改正への進展が示されなかったところ、おりから昭和50年が国際婦人年であったことから、この機会に政府からの改正案が提出されないならば、議員提案によってでも改正を図りたいという議員からの要請などもあったため、やはり、基本法である民法の改正については、法制審議会の審議を経て、政府提案によってされることが望ましいという観点からされた改正であった（このあたりの詳細ないきさつについては、千種秀夫「民法等の一部を改正する法律の解説〔一〕」法曹時

(10) この改正については、「外国人と婚姻した者は、婚姻の日から6月以内に限り、家庭裁判所の許可を得ないでも、その氏を外国人配偶者の称している氏に変更することができることとし、そのように氏変更した者も、離婚等によりその外国人との婚姻を解消したときは、その解消の日から3月以内に限り、家庭裁判所の許可を得ないでも、その氏を婚姻の際に称していた氏に変更することができることとし、また、両親の一方を外国人とする子が、その氏を外国人の称している氏に変更するには、家庭裁判所の許可を得れば、その届出ができることとし（戸籍法107条2項から4項まで関係）、及びこれらの氏変更の届出があった場合の新戸籍の編製につき所要の規定を設けたこと（戸籍法20条の2関係）である」と説明される（田中康久「戸籍法の一部を改正する法律の概要」家月39巻6号43頁）。

報28巻9号1頁以下参照)。要するにこの改正は「婦人の地位向上という今日的要請に、直接あるいは間接に応える」という観点からされたものであり、「旧第767条が、婚姻によって氏を改めていた夫又は妻は、離婚により当然婚姻前の氏に復するものとしていたため、復氏する者に社会生活上の不利益をもたらす可能性があるとともに、離婚後母とその養育する子との氏が異なることによる不都合を生ずるおそれが」あるので「離婚による復氏の原則を維持しながらも、離婚後も引き続き婚姻中の氏を称しようとする者に、一定の条件のもとに婚姻中の氏を称することができるようにした」（千種・前掲論説2頁参照）ものであるとされる。

もちろん、この制度にも問題がないわけではなく、立法の過程においても様々な意見が存したものであるし（千種・前掲論説34頁以下参照）、このような制度は呼称秩序の混乱をもたらす可能性があるとしての指摘も存在しないわけではないが（田中実『基礎民法 親族・相続編』97頁〔東京法経学院出版、1981年〕）、要するに程度の差こそあれ、この種の問題点は改正前であっても存しなかったものでもないことからすれば決定的なものではないということとなったようである（千種・前掲論説46頁参照）。

この改正は、いわゆる国際婦人年との関係もあり、婦人の地位の向上ということねらいとしてされたものである。つまり、従来、離婚による当然の復氏は、婚姻中の氏によって社会的な活躍をしていた者にとっては不利益や苦痛を与え、また子と氏が異なることによる苦痛や不利益があり、しかも、離婚復氏する者の大部分は女性であることから実質的な男女平等を確保する目的での改正であったものとされる。

ここでは、婚姻中の氏での社会的な名声が形成されている場合の当然復氏によるいわれなき不利益という問題と自分が親権者となり、現実に自分と生活を同一にし、自分が現実の養育をしている子と氏が異なることによる苦痛ないし不利益という問題の2点が示されている。

前者の問題に関しては確かに重要な問題であることは間違いのないとしても、すべての女性にとっての普遍的な問題とまでいえるものでもないであろう。むしろ、離婚復氏者のほとんどが女性であり、また未成熟子の親権者に母になるのがほとんどの離婚の実態であるということからすると⁽¹¹⁾、子の親権者となり、実際に子を保育しているにもかかわらず、子と氏も戸籍も異なるということから生じてくる後者の問題の方が普遍的かつ切実な問題ともいえる

であろう（千種・前掲論説14頁参照，なお同論説では「今回の離婚復氏の改正が，女性の地位向上に資するといわれるゆえんも，実はこうした点にあることが窺われるのである」と指摘してこの点を強調する）。そのようなことから，この制度のもっているところの有用性という点における比重はむしろ後者の問題点の解決にあるとってよいであろう。

もちろん，このような場合における問題を解決するために氏の変更という方法がないわけではなかったが⁽¹²⁾，氏の変更には家庭裁判所の許可審判を経る必要がある上，その要件として戸籍法第107条第1項においては「やむを得ない事由」を要求し，これが比較的厳格なものであることから，家庭裁判所の審判を経ることなく，まして「やむを得ない事由」の要件をも必要とすることなく本人の届出だけで婚氏を称し続けることができることに意味があるといえよう。

これらのことを前提としておいて，この制度に関する具体的な設例を想定してその適用を考えてみることにする。

つまり，

「甲男と乙女とが甲の氏を称する婚姻をし，その間に長男 A が生まれたとする。ところが，その後夫婦が協議離婚をすることとなり，その際に夫婦の協議によって子の親権者には母親がなることとし，実際も母が子と生活することとなった。そうなっても，子は父の氏を称して父の戸籍に残存することとなるから，母は，離婚に際して離婚の際に称していた氏を称する届出をして甲の氏を称することとし，自分は父と母の氏に復することをしなかった。」

という事例を想定しておくでしょう。

もちろん，このような場合にあっても子 A は，父である甲の戸籍に当然に残ることとなるから⁽¹³⁾，子と親権者である母は戸籍を異にするが，少なくとも同一の氏を称していることとなり，例えば，義務教育程度の学校などに

(11) この点については千種・前掲論説26頁の注によれば，昭和48年における離婚においては親権者指定を要する事案のうちの63.2パーセント弱が妻を親権者として指定していることが指摘されているのが参考となろう。

(12) この点について参考となる資料として，最高裁判所家庭局が，改正の前である昭和49年度の新受の戸籍法第107条の氏変更許可事件のうちの離婚後の婚姻中の氏への変更許可申立事件に関する実態調査の結果がある。これは千種・前掲論説30頁以下に詳細な具体的事案とともに紹介されている。

において母と子の氏が異なるという不自然さを免れることにはなるであろう。

しかし、このように、称している氏（呼称上の氏）が母子間で同一であるから実生活上の不便はないといってみても、やはり自己が親権を行使している子を父親の戸籍に残し、結局、子と戸籍を異にするということとなると、やはり各種の不都合や不利益が生じてくることは容易に想像することかできるところであるが⁽¹⁴⁾、このような場面において、この婚氏続称の制度はどのように機能するのであるか。ここで考えることができるのは民法第791条第1項の規定を活用することによって子の氏変更の手続をする可能性があるかの問題である。つまり、このような場合にあっては母と子が称している氏（呼称上の氏）は同一であるが、このような場合にあっては、「子が父又は母と氏を異にする場合」に該当するとして、その子の氏について、母の氏への氏変更を家庭裁判所に対して求めることができるものであろうかという問題である。

また、もう一つの問題は、前記の設例において、離婚に際して夫甲の氏を称した乙女は、後に、この「称した氏」ではなくて婚姻前の父母の氏を称したいとして、自己の氏は父母のそれと氏を異にしているとして民法第791条第1項の規定によって父母の氏への変更を家庭裁判所に請求することができるかという問題である。

民法第791条第1項の適用

そこで、これらの問題点を考えてみるにあたって、必要な限りにおいて、民法第791条第1項の適用ないしその規定するところを検討しておくこととしたい。

-
- (13) この点については子について戸籍の変動原因がない以上は当然のこととされるのであり、子が記載されている戸籍の所在と誰が親権者となっているかについては常に一致するものとは限らないということとなる。もっとも、子の戸籍には子の親権者の記載がされることも当然のことであるが。
- (14) なお、この問題に関連して、むしろ、子の親権者が母となった場合には両親の婚姻が父の氏を称するものであったとしても、子について当然に母の戸籍に入籍させてはどうかという提言がされている。このようなやりかたは、かえって子の福祉等につながるとはいえないという理由で立法担当者は積極的ではなかったようである。つまり、子の親権者に母がなっても、父の戸籍に子が在籍していれば、子の扶養義務という点において、その父における責任感の強さも、そうでない場合と比較すれば相当に異なることとなりそうだという我が国の特性を考慮したもののようである（千種・前掲論説28頁以下参照）。

さて、これらの各場合において、前記設例を通じていえば、父の戸籍に残されている子Aと、この親権者となった母乙とが同籍となるため、あるいは、甲の氏を称している乙女が父母の称する氏を称するために、この民法第791条第1項の規定によることができることとなるのであろうか。

この民法第791条第1項の規定による子の氏変更の趣旨は、親と子が生来的または後発的に氏を異にするに至った場合に、子の氏を異なる親の氏に変更することを認める規定であるとされる（沼辺・前掲書384頁参照）。

そこで、ここにおいて問題とされるのは、子の氏変更の実質的要件としての「子が父又は母と氏を異にする場合」ということの意味である。この問題についての実務の立場としては、ここでいう「氏を異にする」とは、民法上の氏を異にするということであって呼称上の氏を異にする場合のことではないと理解している（昭和29年5月21日民事甲1053号回答、なお田中加藤男『増補先例判例親子法』111頁〔日本加除出版、1978年〕、中川淳『親族法逐条解説』242頁〔日本加除出版、1977年〕参照）。なお、この点については実務の立場を中心として説明することとしたが、学説においては様々な立場が主張されており、実務の立場と同様に、この制度を、子が父・母と法律上の氏を異にし、戸籍上も別戸籍にある場合に、その子をして父・母と同籍たらしめるための制度と理解し、たとえ父・母と子の氏が同一呼称であろうとも民法第791条第1項の適用ありとする立場（小石寿夫『先例親族相続法一通達・回答の総合解説』107頁〔帝国判例法規出版社、1958年〕参照）であるとか、反対に、この子が父・母と氏を異にするというのは、子の氏と父・母の氏とが呼称を異にする場合をさすのであるとする立場（西村信雄『戦後日本家族法の民主化 上巻』136頁〔法律文化社、1978年〕参照）など様々である。

いずれにしても、実務の立場においては民法第791条第1項の適用に関しては民法上の氏を基準として氏の異同を決定しようとすることは明確であるといっていよいであろう。

なお、民法第791条第1項の適用に関しては家庭裁判所が子の氏変更の申立てに対して裁量的な権限を有しているかの問題が存する。これについては詳細に触れる余裕がないが、学説の対立の存するところであり、法が家庭裁判所の許可を要求しているのは「関係者間に無用な争いが生ずるのを避け、また子の氏変更が子の利益を考えず家族制度的な理由でされることを防止するため」にある（岡垣学『親族法相続法講義案（三訂版）』180頁参照）ということ

からすれば、単に民法第791条第1項に規定する要件を充足するかどうかのみでなく、許可することが適当かどうかについての裁量権を有すると理解すべきであろう（本条の立法の趣旨自体が裁量権を有していることを前提としていたと理解することができることについて、宮井忠夫「非嫡出子の氏の変更」山木戸克己教授還暦記念論文集『実体法と手続法の交錯（上）』345頁注参照、反対説として我妻＝立石『親族法・相続法』204頁、山主政幸「民法791条による子の氏変更と家庭裁判所の許可審判」戸籍時報22巻17頁などがあるが、これを承認する立場が多数説である（久貴忠彦『親族法』363頁〔日本評論社、1984年〕）。なお具体的にこの問題が表面化するの非嫡出子が正当な婚姻家庭を有する夫から認知されて民法第791条第1項の規定により夫（父）の氏を称したいと希望したような場合であるが、夫の家族が強く反対するような場合にまで正当婚姻家庭に波風が立つことまでも覚悟して許可するか、このあたりを配慮するかというような形で問題となるようである⁽¹⁵⁾。

ところで、民法第791条第1項の適用に当たっては、これが承認されるのは父母が生存中であることが必要かどうかを検討される。この点については、戸籍実務及び通説とがともにこれを肯定している。反対説もないわけではないが、この方法によって、現実に共同生活を営む可能性のなくなった親子の間で同一の氏を称することを承認する必要はないし、かえって、このような場合まで子の氏変更を承認することは、旧制度下における「家名」の復活をもたらす可能性さえあることにもなりかねず、むしろ実務の立場ないし通説の立場が妥当であるといえよう（中川淳・前掲書243頁参照、昭和23年7月1日民事甲1676号回答、昭和23年12月9日民事甲3780号回答）。

なお、民法第791条第1項の適用に関してのもう一つの問題は、子が配偶者を有しているような場合についてまで、本条の適用を認める必要があるかということである。これについても議論が存するが、否定する立場は、氏の同一性はその共同生活が予定されている場合、すなわち未婚の場合に限定されると解し、また、婚姻した子については、氏の変更を許可しても戸籍に変

(15) この問題について、父の婚姻家庭において婚外子の改氏に反対する理由には様々の場合があるものの、本妻等が反対する多くの場合は戸籍上で婚外子と同籍することに対してであり、この点に限定するというならば、これは廃止したはずの旧法のごとき「家籍観念」が抜けきらないからであるとの指摘がある（西村信雄『戦後日本家族法の民主化（上巻）』156頁〔法律文化社、1978年〕、なお、この問題に関する審判例としては同書156～162頁に詳細である）。

動はないから結局は許可されないのであるとする（中川淳・前掲書243頁参照）。確かに民法第791条第1項は親権に服する未成年者のような立場を予定していたようであるし（我妻他『戦後における民法改正の経過』158頁参照），そのような形態が望ましいけれども，共同生活という側面からすれば，「本条は正案となるまでに数次の改定を経てきており，結局当初考えられていたような氏と実体とを切り離し，氏の選択をできるだけ本人の自由にまかせるとの趣旨の下に，あらゆる場合を包括した内容の現行規定となった」（沼辺・前掲書294頁参照）というのであるから（我妻他・前掲書156頁参照），むしろ否定説のように解する根拠はないといってよいであろう（沼辺・前掲書394頁，我妻＝立石・前掲書204頁，大森政輔＝青木義人・前掲書416頁参照）。

婚氏続称の意義

以上の戸籍実務の立場等を前提として，ここにおいて，まず検討する必要があるのは，民法第767条第2項にいう「離婚の際に称していた氏を称する」ということの意味合いである。この場合に届出により称された氏は離婚当時の氏と民法上も同一の氏であるのか，それとも呼称上だけは同一であるが民法上の氏を異にするものであるということになるのかということである。この点についての実務の立場においては，ここで称された氏は呼称上の氏であって，民法上の氏までが同一となるものではないと理解する（大森＝青木・前掲書352頁，田代有嗣監修・高妻新著『体系・戸籍用語事典』362頁〔日本加除出版，1980年〕参照。なお，この点については西村・前掲書122頁も同様，久貴・前掲書125頁参照。⁽¹⁶⁾）。つまり，これを説明して，この制度は，『離婚の際に称していた氏を称する』とは，離婚によって一度婚姻前の氏に復し，その後その呼称だけが『離婚の際に称していた氏と同じになる』ということである。すなわち，その実質は戸籍法第107条第1項の氏の呼称上の変更と同じであり，ただ家庭裁判所

(16) 西村・前掲書132～133頁の記述によれば，民法第791条第1項による子の氏変更は子が父母と呼称上の氏を異にしている場合に適用となる規定であり，民法上の氏の異同を問題とするものではないと主張し，通説の立場を批判する。この立場は，民法第791条第1項の規定の機能は父母と呼称を異にする子の不便を救済するためのものであり，呼称上の氏を同一としながらも民法上の氏を異にする，つまり戸籍を異にするということを救済するものではなく，このような戸籍の同一ということにとらわれるのは，旧来の家籍制度にとらわれたもので妥当でないとするものようである。

なお，この立場にあると見られる審判例として，熊本家審昭和39年1月31日（家月16巻5号161頁）が参考となる。

の許可を要しないいわば第107条の特則というべきものである」とする（鈴木健一「民法の一部改正に伴う戸籍事務の取扱いについて」民事月報31巻7号83頁参照，なお，大森政輔「戸籍制度をめぐる最近の諸問題」戸籍397号9頁，田代監修・高妻著・前掲書463頁参照，大森＝青木・前掲書352頁，中川淳・前掲書154頁，人見康子『基本法コンメンタール〔新版親族・相続〕』85頁参照。なお，呼称上の氏と民法上の氏とを区別して戸籍実務のような扱いをすることに反対する立場として沼辺・前掲書389頁などがある）ことや，離婚復氏した母の氏に変更する許可を得たが，母が戸籍法第77条の2の届出をしていた場合には，さらに許可を得なくとも，婚氏を称する母の戸籍に入籍する届出が承認されるという戸籍実務の立場（昭和53年12月20日民二6642号回答）もこのような考えを裏付けることとなろう（大森＝青木・前掲書416頁参照）。

このことを前提としての戸籍事務は，戸籍を異にする父母が戸籍法第107条第1項の規定によって氏の変更をした場合においても，これが単なる呼称上の氏の変更にすぎないとして，別戸籍にある子の氏と父母の氏とでの民法上の氏の同一性は失われないとして，たとえば，家庭裁判所が民法第791条を適用して氏変更の許可をした場合であっても，これに基づく入籍届を受理してはならないとしているところから（昭和29年5月21日民事甲1053号回答），同様の呼称上の氏の変更にとどまるとされる戸籍法第77条の2の届出（婚氏を称する届出）がされた場合に，この届出者である前記事例における女性乙の氏は前夫である甲の戸籍に残してきている子Aの氏と呼称上の氏を同じくするが，民法上の氏を異にすることとなり，この子との間では民法第791条第1項の規定により家庭裁判所の許可を受けて子の氏変更の手続により子を自己の戸籍に入籍させることが可能となるが，反面，自らが父母と氏を異にしているということを理由とする民法第791条第1項の規定による氏変更を得ることはできないということとなろう。

このことは，この離婚の際に称していた氏を称する届出の制度の立法に際しても問題となったところで，特に前夫の戸籍に残した子Aについては，結局，多数説は，「離婚後復籍せず婚氏を称するに至った父又は母の氏は婚氏とは異なるとの立場を支持し」（千種・前掲論説54頁参照），家庭裁判所の許可を受けて母の戸籍に入籍することができるということとなるものと理解したようである。

その反面として，前述のように，婚姻によって氏を改めた妻は，離婚によっ

て当然に婚姻前の氏に復するが、その氏が同時に呼称上の氏となるわけであり、この場合にあっては民法上の氏は離婚前の氏に復していることとなるのであるから、婚氏継続者が民法第791条第1項の規定によって子の氏変更ということによって呼称を変更することはできないということとなり、この点からすれば戸籍法第107条第1項の規定による氏の変更を受けた場合と同様の関係となるのである（大森＝青木・前掲書352頁参照）。この点についての裁判例としては東京高決昭和54年9月14日（家月31巻11号85頁）があり、「民法第791条1項の『子が父又は母と氏を異にする場合』というのは、条文の位置や立法の趣旨から、民法第790条によって取得した子の氏が父又は母の氏と異なる場合をいうものと解すべきである。したがって、民法第791条1項の氏の変更は、離婚時の氏を称する子が父又は母と呼称上の氏を異にする場合を含ま」ないという判断を示しているのが着目される⁽¹⁷⁾。

戸籍法第107条第1項による氏変更との関係

ところで、以上に検討してきた問題、つまり戸籍法第77条の2の届出により離婚の際に称していた氏を称した妻について、婚姻戸籍に残している子を自己の戸籍に入籍させるにはどうしたらよいのかという問題と、妻自身が父母の氏を称するための手段があるのかという問題及びこれにかかわりのある問題について、戸籍法第107条第1項による余地があるかどうかという観点に触れておくことが必要となろう。

そこで、この問題について、既に検討して明確となった戸籍実務の立場を前提として検討の結果をとりまとめるような方向で考えておくこととしよう。

(17) この事件は、いわゆる婚氏続称をした女性が民法第791条第1項の規定による許可を得て戸籍法第98条による入籍届をしたところ、不受理処分を受けたところから、戸籍法第118条〔現121条〕の規定による市町村長の処分に対する不服申立てに対して、静岡家庭裁判所において「民法第791条第1項の解釈としては、子の氏と父または母の氏が呼称を異にすることになった原因にかかわらず常に右条項にいう『子が父または母と氏を異にする場合』にあたるものとして右条項による子の氏変更が許されるものと解するのが相当であり、したがって離婚により婚姻前の氏に復した後民法第767条第2項により婚姻前の氏と呼称を異にする『離婚の際に称していた氏』を称した者は、婚姻前の氏を父または母が称しているときは、民法第791条第1項による子の氏変更の手続により婚姻前の氏を称することができる」という審判例（静岡家審昭和54年4月13日家月31巻11号91頁）に対する特別家事審判規則第17条第1項〔現・家事事件手続法231条6号〕に基づく即時抗告申立事件に対する決定である。なお、この点について、辻朗「戸籍法77条の2の届出後における婚姻前の氏への変更」法律時報53巻5号119頁以下参照。

この戸籍法第107条第1項の規定による氏の変更は、家庭裁判所の許可によって生ずるものではなく届出によってはじめて氏変更が生ずるという性格のものである。その意味からすれば、氏変更の届出は、いわゆる創設的届出ということとなる。

さて、この戸籍法第107条第1項による氏変更は単に呼称の変更を生ぜしめるにとどまり、民法上の氏までを変更せしめるものではないというのが戸籍実務の扱いであった。もちろん、これについても異論があることは当然であろうが、ここでは、この問題に深入りすることなく、戸籍実務の立場を前提として考えておくとするが、そうすると問題は、設例に示したような事例に関し、戸籍法第107条第1項はどのような形態で機能するものであろうかという点にあるといえよう。ここにおいて、設例に関連する具体的な事案と戸籍法第107条第1項との関係を考える。

まず、離婚した妻が婚氏を称する届出をした場合についていえば、戸籍法第107条第1項の規定は民法上の氏の変動をもたらすものではなく（その意味では、戸籍の変動という問題とも基本的には結びつかないのが原則であるといえる）、それだけに婚姻戸籍に残してきた子と婚氏を称した妻（母）とは既に呼称上の氏は同一となっているところから、この場合には戸籍法第107条第1項は機能する余地がないということとなろう（母の戸籍に入籍させるという機能も有しないし、また呼称を同一にさせるという意味なら不要といえる）。

ところで、婚氏を称した妻の氏は、呼称上は離婚当時の氏と同様であるが、その民法上の氏は既に父母の氏と同一となっているのであるから、父母の戸籍に入籍するために民法第791条第1項を利用することはその前提を欠くこととなるが、次善の策として、戸籍法第107条第1項によって単に呼称上の氏を父母の氏と同一にしようとするのならば、その限りにおいて可能性があろう⁽¹⁸⁾。もっとも、この問題については、既に婚氏を称する届出をすることによって復氏した民法上の氏について、その呼称を父母のそれから婚氏へと

(18) 離婚に際して婚氏を称した妻は民法上の氏は父母と同一となりながら、呼称上の氏が異なっているという関係である。戸籍法第107条第1項による氏変更は民法上の氏の異同にかかわらず、呼称上の氏が異なれば民法上の氏が同一の者への氏変更は可能となろう（仙台高決昭和45年5月25日判時599号43頁参照）。もちろん、後に検討する問題を考慮し（注(19), (20), (21)参照）、同時に戸籍法第107条第1項が要求する「やむを得ない事由」の存在等の諸要件の具備が前提となるのは当然として。なお、この問題については島田・前掲論説70頁参照。

変更する措置を採っていながら、再度戸籍法第107条第1項の規定によって変更しようとするのが婚氏を称する届出の制度創設の後においても許容されるのかという問題が生じてきそうである。既に指摘してきたように、各人が恣意的に呼称の変更をすることとなれば、呼称秩序が混乱することとなり、それは身分制度からも取引の安全という観点からも好ましくないことであることはいうまでもないところである。

このような観点からするならば婚氏続称の方向を選択した以上は、これを戸籍法第107条第1項の規定により父母の氏へ呼称変更することは原則として許されず、仮に許すとしても、戸籍法第107条第1項の「やむを得ない事由」の解釈を通常の場合以上に厳格に運用すべきであるという主張となって現れてくるであろう。現にこの立場に近い考え方を採用する審判例が相当に存することからも予想することができる⁽¹⁹⁾。

また、その反面として、離婚における復氏は当然の原則であり、婚氏続称の制度は、この例外となる制度であるから、一時はこの制度を利用したとしても、戸籍法第107条第1項の規定によって原則に復帰して呼称上の氏を父母と同一とすることについて、それ程にこだわる必要もないのであるから、むしろ、戸籍法第107条第1項の「やむを得ない事由」については通常の場合以上に緩やかに解釈するのが相当であるという考え方が出てくるのが予想されることとなろう。この観点に添うような審判例も多く存しており、むしろ、この立場の方が有力となりつつあると考えることができそうである⁽²⁰⁾。

この問題については各審判例の具体的な事実を詳細に検討して更に考える必要が存するところであるが、とりあえず、ここでは呼称秩序の混乱をいうにしても、ここでの変更が問題となる呼称は「婚氏」か「父母の氏」かという二者の間のことであり、全く別個の呼称を選択しようとするものでもない

(19) このように新しい制度の創設を前提として婚氏から父母の氏への変更を否定ないし厳格に理解する審判例の2～3を挙げれば、次のようなものを挙げることができよう。

- ① 大阪家審昭和52年1月5日家月29巻7号60頁
- ② 大阪家審昭和52年8月29日家月30巻7号75頁
- ③ 秋田家本荘支審昭和52年9月12日家月30巻2号144頁
- ④ 大阪家審昭和55年2月5日家月32巻7号62頁
- ⑤ 青森家八戸支審昭和55年3月3日家月33巻8号65頁
- ⑥ 大阪家審昭和57年5月21日家月35巻9号115頁

なお、審判例については、朝山崇「戸籍法77条の2の届出後の氏変更など」家族の理論と実務（別冊判タ）396頁以下参照。

ことからすれば、呼称秩序の混乱ということから殊更に戸籍法第107条第1項の「やむを得ない事由」の解釈を厳格とすることなく、むしろ、ある程度、これを緩和して運用するのが妥当ではなかろうかと判断される⁽²¹⁾ところである。

さて、ここで、前記の設例にかかげられたものではないが、これとの関連で妻が婚氏を称さなかった場合について簡単に触れておくこととしたい。この場合には妻は婚姻前の氏に復氏しており父母の戸籍に入っているのであるから、妻が父母の氏に復するという問題は存しないこととなる。

そこで、問題は父の戸籍に存する子を母の戸籍に入れることが戸籍法第107条第1項によって可能とされるかということである。しかし、戸籍法第107条第1項の規定が戸籍の変動を生ぜしめるものではなく、呼称を変更させるにとどまるところから、この制度の利用にも自ずと制約が存するという事となろう。既に検討してきたように、父親の戸籍に存する子は母と呼称の氏も民法上の氏をも異にしているところから、民法第791条第1項により母の戸籍に入ることが可能であるが、単に呼称を母と同様とすることであれば、ここで戸籍法第107条第1項によることも可能であろう。しかし、これによ

(20) この類型に属する審判例を2～3紹介しておけば次のとおりである。

- ① 福岡家直方支審昭和51年10月6日家月29巻4号147頁
- ② 大阪家審昭和51年12月17日家月29巻7号58頁
- ③ 大阪高決昭和52年12月21日家月30巻6号95頁
- ④ 釧路家北見支審昭和53年7月28日家月31巻4号86頁
- ⑤ 名古屋高金沢支決昭和54年5月17日家月32巻7号52頁
- ⑥ 札幌家審昭和56年10月7日家月35巻3号92頁
- ⑦ 東京高決昭和58年11月1日家月36巻9号88頁
- ⑧ 大阪高決昭和59年7月12日判タ537号222頁
- ⑨ 東京高決昭和59年8月15日判タ545号259頁

(21) 立法担当者の考え方もこのようなものであったことが推測されるものとして、千種・前掲論説51頁参照。同論説では、届出期間は当初は3か月か6か月という期間を検討の対象としていたところ（同論説40頁参照）、結局、「婚氏の継続使用の必要ということと考え合せて、それが長期間になっては、別の氏により社会的秩序が定着し、呼称秩序の安定を害することから、可及的にこれを短縮したためである。3か月というのは、裁判離婚の届出に要する期間を考えたもので、熟慮するに十分であるか否かを考慮したものではない。」「何らかの事由でこれを徒過してしまった場合は、戸籍法第107条により氏の変更を求めるより方法はないであろう。その場合、徒過するに至った事情も考慮されるであろうが、本法の改正が行われた趣旨に鑑みれば、同条のやむを得ない事情も従前に比してゆるく解釈されることは期待されるところかと思われる」とあるのが参考とされよう（同論説50～51頁参照）。

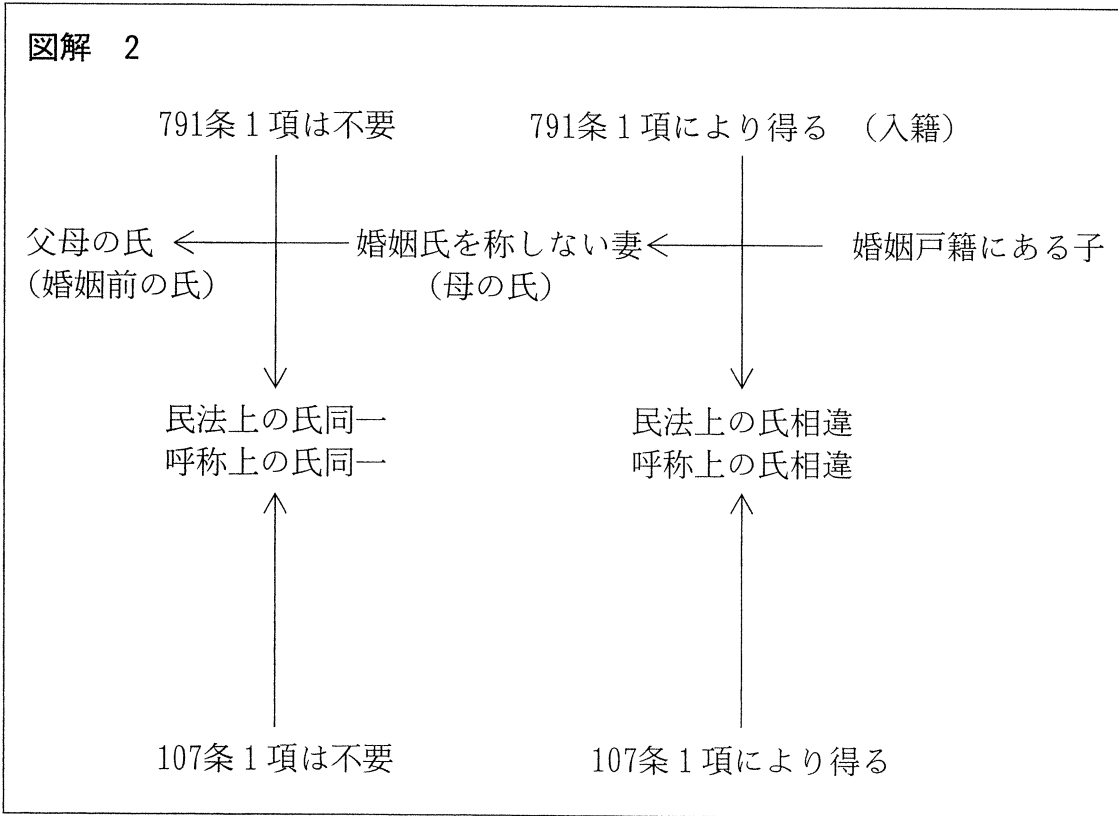
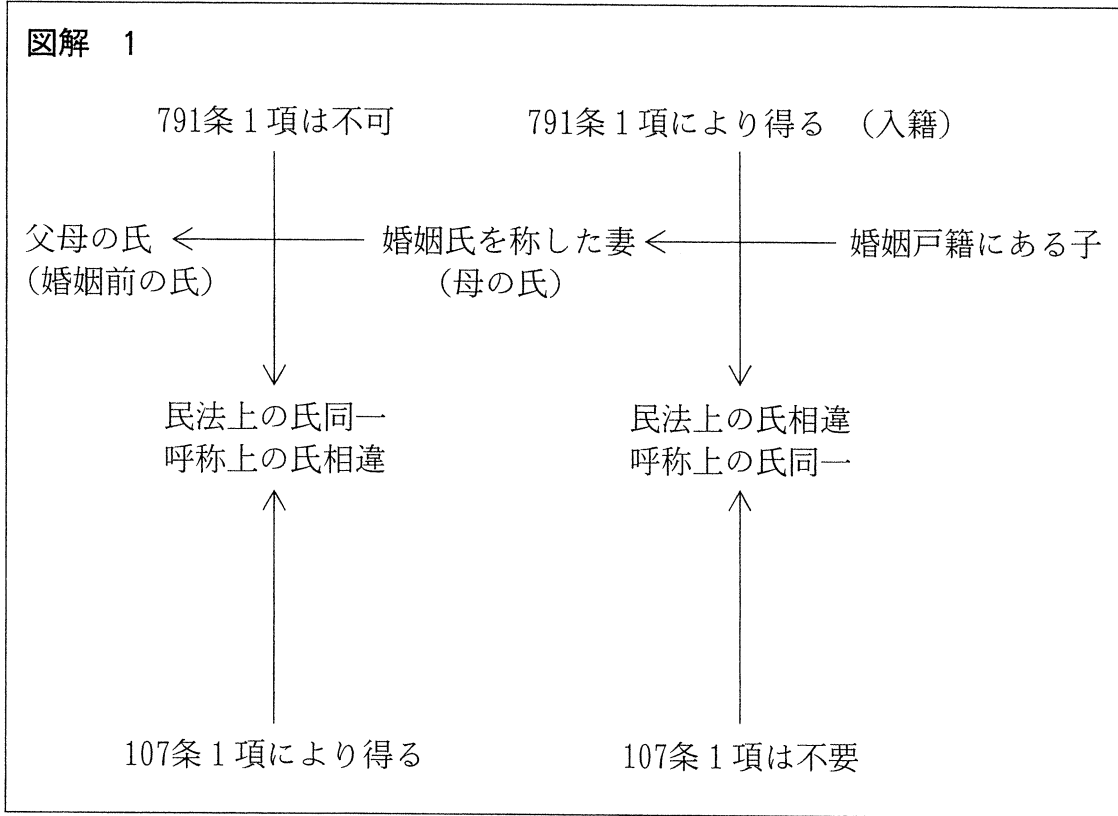
たのでは呼称は同一となっても入籍ということとはならないことから、あまり意味がないといえそうである。まして、氏の変更手続には、その要件として「やむを得ない事由」が要求されることとなるし、これが同一戸籍に存する者の全員に影響が及ぶこととなることから、氏の変更には戸籍の筆頭に記載されている者およびその配偶者から、あらかじめ住所地の家庭裁判所に申し立てることが要求されることなどからすれば、ここで氏変更をしようとする子は筆頭者ではない場合が予想されることから、子が氏変更をするための前提として戸籍の筆頭者である父の氏に変更されなくてはならないこととなるのであるから、この場合の父の戸籍にある子が戸籍法第107条第1項の手続によって氏を変更し、母と呼称を同じくすることは、理論的には可能ということとなるが、実際には不可能に近いといわなければなるまい（子が分籍をして氏変更ということはあるが、ここでは、子が未成年者ということが当然の前提となっていることから、これも不可能となる（戸籍法21条））。

結びに代えて

いわゆる「呼称上の氏」という概念と「民法上の氏」という概念が戸籍実務においてどのような機能を果たしてきているのかということ、特に婚氏を称する届出をした妻の立場というものを中心として検討し、問題点を紹介してきた。確かに、このような「呼称上の氏」とか「民法上の氏」というような概念の区別を設けて、これを基準として戸籍実務を運営するという点については批判があることも確かであるし、このような扱いについて、戸籍実務の全体との関係を考慮しながら検討しなおしてみることも必要であるということもいえるかもしれないが、いずれにしても、戸籍の実務が、このような概念を基準としながら、かなり精緻な理論のもとに運営されていることは肯定することができよう。民法第791条第1項の適用に関して、呼称上の氏が異なることを適用の前提とするのが妥当とする立場や、あるいは民法上の氏を異にする場合でも、呼称上の氏を異にする場合でもどちらでもいいとする主張さえもあるかもしれないが、そのような提言を戸籍の理論を抜本的に改正することなく受け入れることができるかは問題であり、また、現在の戸籍の実務の扱いをそこまで変えなければならない理由があるのかについても考慮の余地があろう。

そのような問題はともかくとして、検討してきた中心的な問題点である、

婚氏を称した妻と子の関係と、妻とその父母との関係（婚氏を称しなかった場合をも比較の対象として示したが）とを簡単に図解しておくとならうか。



このような戸籍実務の結論を、結果的にどう評価することができるかということをも簡単にまとめておくこととする。

さて、少なくとも、現在の戸籍に対する考え方によれば、婚氏を称した妻の氏とその父母の氏とが民法上は異なっているというならば、妻と父の戸籍にある子の氏との関係は民法上は同一であるといわざるを得ないし、反対に前者が民法上の氏を同じくすることとなれば、後者は民法上の氏を異にするということとならざるを得ないであろう。つまり、二者択一の関係といってもよいであろう。ところで、既に説明してあるように、民法第791条第1項に関しては子が親権に服しているような場合にこそ意義があり、学説によっては子について限定を加えようとする立場があるくらいであるから、この婚氏を称する届出のある場合に、子に民法第791条第1項を適用する余地を広く承認するか、妻（母）に広く承認するかということからすれば、前者のほうが合理的といえそうである。父の戸籍に残された子について、母の氏を称し、同一戸籍に入籍することの必要性は相当に実質的なものである反面、既に婚姻して離婚した妻をして婚姻前の氏を称させ、同戸籍に入籍させることは、戸籍というものに対するこだわりであると評価することも可能であろう。また、この場合の妻は自分の希望によって婚氏を称したのであるが、子の場合には自分で好んで母と氏を異にしたものではないことも考慮されてよいであろう。さらにいえば、既に説明しておいたように子の場合に戸籍法第107条第1項の手続により呼称を変更することは相当に困難であるが、妻の場合にあっては、これを利用する可能性が残されているということも指摘することができるであろう。

また、既に検討しておいたように民法第791条第1項の適用にあたっては、その拒否をめぐって家庭裁判所の裁量権が承認されるとするのが通説であるところから、子の氏変更についても相当に柔軟な運用が期待されるところでもあり、そのような意味からしても、母子にとって実質的な意味あいを有する場面で、民法第791条第1項が有効に機能するということが期待されることとなるだろう。

そこで、このような場面限定してみれば、戸籍実務の在り方にも相当の合理性があるという指摘をすることができるのではなかろうか。

これらの点を含めて、より総合的な検討をする必要があると考える。

国際婚姻に伴う「氏」の変動について ——昭和55年8月27日民二第5217号回答、 同日民二第5218号通達を通して——

一 問題の所在

最近における経済関係等の国際化に伴い、日本人の経済的・社会的活動の範囲も国際的な規模に拡大しつつあり、その影響を受けて我が国の家族関係にも国際化の波が押し寄せてきているといってもよいであろう。

例えば日本人を一方当事者とする国際婚姻の場合について考えてみても、第二次大戦直後におけるそれは、在日韓国人との問題を除外して考えてみると、アメリカ軍人男と日本人女とのそれといったきまり切った組合せのパターンばかりが極めて多かったといっても過言ではなかった。しかしながら、現在におけるそれは日本人男と外国人女との組合せによる婚姻といった類型が日本人女と外国人男との組合せによる類型とほぼ同数といつてよいくらいの数にまで増加してきており、同時にその相手方の国籍も極めてバラエティに富んだ状況となつてきている。

それがために、極めて多種多様な涉外戸籍事件の類型がもたらされることにもなり、これが涉外戸籍事件の処理をますます困難なものとしていることも否定できないところである。

ところで、この国際的な婚姻に伴って生じてくるところの解決困難な問題の一つに、婚姻当事者の「氏」の問題がある。この問題については従来から戸籍行政先例の立場、裁判例の立場あるいは学説の立場が必ずしも一致しておらず、微妙に食違っているために多くの問題点が問題としてそのまま残されている。ところが、この度、戸籍先例の立場から、従来の考え方を基本にしたものではあるが、さらに従来の議論から一步発展したと評価されるであろうこの問題にかかる取扱いを示す二つの先例が示されるにいたつた（昭和55年8月27日民二5217号回答、同日民二5218号通達）。

そこで、ここでは、この二つの先例を素材としつつ、同先例のよってきたるゆえん、その趣旨およびその運用上留意すべき事項等について簡単な検討を加えることにより国際婚姻に伴う当事者の氏の問題について若干の考察を加えることとしたい（この問題を検討するための前提問題についても言及することになり、多少冗長にわたるが……）。なお、本稿の目的とするところは上に示された限りのものであり、国際的な身分行為一般に伴う「氏」の問題についての総合的検討を目的とするものではない。

1 まず、前記二先例を示すとともに、以下に若干の資料(イ)~(ニ)を示しておくこととする。

- | |
|---|
| <p>(1) 昭和55年8月27日民二第5217号回答
（以下「本件回答」ないし「回答」という。）
（イ） 戸籍記載許可申請書
（ロ） 照会書
（ハ） 婚姻登録簿謄本（一部省略した）
（ニ） 上の日本語翻訳</p> <p>(2) 昭和55年8月27日民二第5218号通達
（以下「本件通達」ないし「通達」という。）</p> |
|---|

(1) 昭和55年 8 月27日付け民二第5217号民事局長回答

資料(イ)		戸籍記載許可申請		受 付	昭和 年 月 日 第 号
東京法務局長 殿			戸発第452号 昭和53年 7 月17日申請 東京都〇〇区長 菊 地 喜一郎 印		
(一)	事 件	本 籍	東京都〇〇区〇〇 3 丁目467番地		
		筆頭者氏名	〇 田 誠		
(二)	本 人	住 所 及 び 世帯主氏名	東京都〇〇区〇〇 3 丁目15番〇号		
		氏 名	〇 田 健		
(三)	人	生 年 月 日	昭和53年 7 月 6 日		
		記 載 の 事 由	上記事件本人の出生届を受理したが、父母が西ドイツ国の方式により婚姻し、婚姻届出の際、婚姻締結後の当事者の氏は、夫の氏である「〇田」と認められ、それによりパスポートも変更されたので、出生子の母欄に旧姓である「フ〇ー〇ル」を記載しないよう申出があり、昭和51年 6 月14日婚姻法及び家族法が改正になったとのことです。母欄の記載にあたり疑義がありますので何分のご指示をお願いいたします。		
(五)	記 載 の 趣 旨	子の母欄の記載を「〇田ザ〇ーネ・マ〇ア」又は「ザ〇ーネ・マ〇ア」と記載する。			
(六)	添 付 書 類	出生届書謄本、上申書、上申書補完、パスポートの写、婚姻簿謄本の写、外国人登録済証明書、戸籍謄本			
戸乙第1159号					職 印
昭和 年 月 日					法 務 局

(注意) 1. 本申請には、申請書副本 1 通を添付すること。
 2. 事件本人が 2 人以上であるときは、必要に応じ該当欄を区切って記載すること。
 3. (四)欄は訂正、記載を要するにいたつた錯誤、遺漏及び過誤の事情を簡明に記載すること。
 4. (五)欄は、訂正、記載の箇所及び方法を簡明に記載すること。

〔照会〕

日本人男と婚姻した西ドイツ人女の夫の氏への変更申出の可否について
標記について、当局管内〇〇区長から別添のとおり、父日本人、母西ドイツ人夫婦間の嫡出出生子の父母欄中、母の氏名を「〇田ザ〇ーネ・マ〇ア」と記載するよう申出を受けたので、その旨戸籍に記載して差し支えないかについて、当職あて伺いがありましたが、当職としては、本件事実の如く、妻が本国法により夫の氏を選択し、その旨公簿に登載されている場合は、本件申出を認めても差し支えないと考えます（その場合、子の母欄には「〇田ザ〇ーネ・マ〇ア」と記載する。）ところ、昭和42年3月27日付け民事甲第365号貴職回答の次第もあり、いささか決しかねますので、何分の御指示を仰ぎたく照会します。

〔回答〕

日本人男とドイツ連邦共和国人女との間に出生した嫡出子の父母欄
の戸籍記載の取扱いについて

昭和53年8月9日付け二戸1第520号をもって照会のあつた標記の件については、左記のとおりと考える。


記

本件については、外国人たる妻につき、その本国法に基づき氏名の変更が行われたことが、添付の婚姻登録簿謄本により認められるので、日本人たる夫の戸籍の身分事項欄に右妻の変更後の氏名として次の振合いによる記載をするとともに、同夫婦間の嫡出子の母欄に変更後の氏名である「〇田・ザ〇ーネ・マ〇ア」と記載して差し支えない。

妻の氏名を「永〇・ザ〇ーネ・マ〇ア」と変更昭和年月日記載 ㊦

なお、本件において、子の母欄に右のように記載するのは、日本人男と外国人女との婚姻後の「氏」につき、これを婚姻の効力に関する問題であるとして、夫婦は法例第14条の指定する夫の本国法である日本民法第750条に基づいて日本人男の「氏」を選択することができるとの解釈によるものではなく、妻の本国法であるドイツ連邦共和国民法第1355条に基づき、夫婦の合意により「婚姻姓」として定めた夫の出生上の姓である「〇田」のドイツ連邦共和国における表記方法である「〇a〇〇ta」を日本の戸籍に記載するに当たり、右「〇a〇〇ta」と定めたのは夫の出生上の姓（〇田）を選択したものにほかならないこと、及び本人の希望を考慮して「〇田」と表記するものである。

Auszug aus dem Eheregister	
a) Ort der Eheschließung:	Düsseldorf /-
b) Datum der Eheschließung:	17.5.1977 /-
c) Familienname des Ehemannes:	Oaoota /-
d) Vornamen des Ehemannes:	Oaocco /-
e) Geburtsdatum oder Lebensalter des Ehemannes:	22.5.1935 /-
f) Geburtsort des Ehemannes:	Tokio/Japan /-
g) Familienname der Ehefrau:	Oogol /-
n) Vornamen der Ehefrau:	Saone Moooo /-
i) Geburtsdatum oder Lebensalter der Ehefrau:	29.10.1946 /-
j) Geburtsort der Ehefrau:	Freiburg im Breisgau /-
k) Auflösung oder Nichtigerklärung:	/-
l) Name der Eheleute nach der Eheschließung:	Oaoota. /-



Düsseldorf _____
 den 17.5.1977 _____
 Der Standesbeamte
 署 名

— 資料(ニ) —

訳

婚姻登録簿謄本

- | | | |
|----|---------------|---------------|
| a) | 婚姻締結地 | デュフセルドルフ |
| b) | 婚姻締結日 | 1977年5月17日 |
| c) | 夫の家族名 | ○a○Ota |
| d) | 夫の名前 | ○a○o○o |
| e) | 夫の生年月日 | 1935年5月22日 |
| f) | 夫の出生地 | 日本国東京 |
| g) | 妻の家族名 | ○og○l |
| h) | 妻の名前 | Sa○One M○O○Oa |
| i) | 妻の生年月日 | 1946年10月29日 |
| j) | 妻の出生地 | フライブルク |
| k) | | |
| l) | 婚姻締結後の婚姻当事者の名 | ○a○Ota |

デュフセルドルフ市
1977年5月17日
身分関係役場役人
ブラウムブッシュ
(署名)

(2) 昭和55年8月27日付け民二第5218号民事局長通達

日本人と外国人との間に出生した嫡出子の父母欄等の戸籍記載の取扱いについて (通達)

日本人と外国人との間に出生した日本人たる嫡出子 (準正嫡出子を含む。) について、出生の届出人から、子の父母欄に記載される外国人たる母 (又は父) の氏名は、日本人たる配偶者の氏 (漢字) を用いて表記されたい旨の申出があつた場合、又は外国人と婚姻した日本人から、その戸籍の身分事項欄に外国人たる配偶者の氏名変更の旨の記載方及び変更後の氏名は日本人たる配偶者の氏 (漢字) を用いて表記されたい旨の申出があつた場合において、当該外国人がその本国法に基づく効果として日本人たる配偶者の氏をその姓として称していることを認めるに足りる権限ある本国官憲の作成した証明書等が提出されたときは、左記により取り扱つて差し支えないこととしたので、これを了知の上、貴管下支局長及び市区町村長に周知方取り計らわれたい。

記

一 日本人たる嫡出子の出生の届出に際し、外国人たる母 (又は父) の氏名は、日本人たる配偶者の氏 (漢字) を用いて表記されたい旨の申出があつたときは、当

該嫡出子の母（又は父）欄に「甲野・マリア」若しくは「マリア・甲野」（又は「甲野・ウィリアム」若しくは「ウィリアム・甲野」）の振合いにより記載するとともに、日本人たる父（又は母）の身分事項欄に外国人たる配偶者の変更後の氏名を右の記載に対応する次のいずれかの振合いにより記載する。

- 1 妻（又は夫）の氏名を「甲野・マリア」（又は「甲野・ウィリアム」）と変更昭和年月日記載㊟
- 2 妻（又は夫）の氏名を「マリア・甲野」（又は「ウィリアム・甲野」）と変更昭和年月日記載㊟

二 既に戸籍に記載されている嫡出子の父母欄に記載された外国人たる母（又は父）の氏名について、当該嫡出子本人若しくはその法定代理人又は出生の届出人から、日本人たる配偶者の氏（漢字）を用いて表記されたい旨の申出があつたときは、当該嫡出子の身分事項欄に次の振合いによる記載をした上、父母欄の記載を「甲野・マリア」若しくは「マリア・甲野」（又は「甲野・ウィリアム」若しくは「ウィリアム・甲野」）の振合いにより更正する。

母（又は父）の氏名変更につき昭和年月日母（又は父）欄更正㊟

なお、この場合、日本人たる父（又は母）の身分事項欄については、前記一の振合いにより外国人たる配偶者の変更後の氏名を記載する。

三 外国人と婚姻した日本人から、その戸籍の身分事項欄に外国人たる配偶者の氏名変更の旨の記載方及び変更後の氏名は日本人たる配偶者の氏（漢字）を用いて表記されたい旨の申出があつたときは、前記一の振合いにより変更後の氏名を記載する。

なお、この場合において、既に戸籍に記載されている日本人たる嫡出子があるときは、その父母欄についても前記二本文と同様の処理をする。

四 前記二及び三の申出は、書面又は口頭のいずれによつても差し支えないが、口頭により申出があつた場合は、「戸籍訂正書」を作成の上、所要の処理をする。

なお、前記一の申出については、出生届書の「その他」欄を用いて差し支えない。

2 まず本件回答は、前記照会の趣旨からも明白であるように、西ドイツ（正式には「ドイツ連邦共和国」と表示すべきであるが、便宜上「西ドイツ」ないし「ドイツ」と表示することとした。以下、同じ）において、同国の方式により日本人男の氏を家族姓として選択する婚姻をした西ドイツ人女について、その夫から婚姻後に出生した嫡出子（国籍法第2条の規定により日本国籍を取得する）についての出生届をするに際し、新たに編製される夫の新戸籍中の子の母欄の記載については漢字をもって記載される夫の氏を冠したうえドイツ人女の名を記載することを求めたのに対応したのがそれであり、本件通達は、上の回答を

踏まえてこれを一般化してされたものである。

二 検討の前提として

さて、具体的な問題点を検討していくための前提作業として、後に検討する氏の問題を一応度外視したうえ、外国人女との婚姻に伴う日本人男についての戸籍上の処理についてごく簡単に説明かつ検討しておくこととしたい。

周知のように戸籍制度は、日本国民についての唯一の公的身分登録かつ身分関係公証制度であるといわれている。すなわち、「戸籍の編製は日本人にのみかぎられ、外国人——朝鮮人・台湾人等も同様——については戸籍の編製がなさるべきでない。出生の届出により戸籍の記載をするのは、出生により国籍を取得した子にかぎり（49条〔6〕・104条〔1〕参照）、また帰化により国籍を取得した者については、帰化の届出により戸籍の記載をするが（22条〔1〕〔2〕参照）、日本の国籍を取得しない者は就籍することは許されず（110条〔1〕イ参照）、また国籍を喪失した者については国籍喪失の届出または報告によりその者を戸籍から除籍する（23条〔2〕参照）。かようなわけで、戸籍は、民法上の身分関係のほか、国籍の有無およびその取得・喪失の関係をも公証する機能を持つのである。」（青木義人『戸籍法』32頁〔日本評論社、1951年〕）という。

そこで、日本人男が外国人女と婚姻した場合、日本人の戸籍には何等の変動もなく、その者の身分事項欄に外国人女と婚姻をした旨の記載がされるにとどまる取扱いである（昭和24年11月15日民事甲2670号回答、同26年4月30日民事甲899号回答、同年12月28日民事甲2424号回答、同40年4月12日民事甲838号回答）。すなわち、日本人同士の場合であれば、戸籍は、「市町村の区域内に本籍を定める一つの夫婦及びこれと氏を同じくする子」ごとに編製される（配偶者のない者については、「その者及びこれと氏を同じくする子」ごとに編製する）といった原則（戸籍法6条）から、婚姻に伴って夫妻を一単位とする新戸籍が編製されることとなるが（戸籍法16条、17条）、婚姻の相手方が外国人であった場合、もともと外国人は市区町村の区域内に本籍を定めることができない者であるから、かような者を一方当事者とする夫婦の場合は、第6条にいう「一つの夫婦」とはいえないからその婚姻を契機にして夫婦につき新戸籍を編製することもないし、日本人男についてのみ新戸籍を編製するということにもならない。結局、戸籍実務上、第6条の規定は、夫婦双方が共に同一の戸籍に入

るべき場合を予想してかような場合に新戸籍を編製すべきものとの解釈による取扱いがなされている（青木・前掲書31頁参照）。

したがって、筆頭者たる親の戸籍に在る状態で外国人女と婚姻した日本人男についてはその戸籍の本人の身分事項欄に外国人女との婚姻事項が記載されるのみである。その段階では戸籍に変動が起こらず、その後の子の出生があって（当該出生子は、国籍法第2条第2号〔現2条〕の規定により日本国籍を取得するから、同人は、市町村の区域内に本籍を定めることができる者であり、戸籍に記載される資格を有するのは当然である。）はじめて日本人男を筆頭者とする同人と当該出生子の新戸籍が編製される（戸籍法6条の関係でいえば、外国人女と婚姻している日本人男は、同条本文の規定に従って新戸籍を編製することがなく、その関連から戸籍編製の基準としては、「配偶者がいない者」と同様に評価されることになる。）。

ここにおいて、新たに編製された戸籍におけるその子の母欄の記載をどうするのか問題となってくるわけである。

ところで、戸籍法第13条の規定は、戸籍に記載すべき事項について定めているが、その第4号において「実父母の氏名」を記載すべき旨を定めている。本件の先例と関連してここでいう「氏名」が何か……特にその「氏」とは何かという点が問題となってくる。ここにおいて、この「氏」について、それが戸籍法ないし民法上でいうところの厳格な意味での「氏」であるというふうに単純に理解するとなると、後述のように、日本における「氏」の制度は、日本独自のものであって外国人がこの日本独自の氏を称することはあり得ないという見方が戸籍先例の考え方の基礎に存すると判断されるところから、外国人父または母を有する者の父母欄に記載される「氏」などというものが一体あり得るのかといった点で問題が出てきそうである。しかし、戸籍の実務の取扱いをみるとかような場合にも父母欄には外国人たる父又は母の氏名をそのまま記載することとなっている。

そこで、上の実務上の取扱いを是認するためには戸籍法第13条第4号にいう「氏名」……特にその「氏」について民法ないし戸籍法にいうところの厳格な意味の「氏」とは異なった、その人の血統であるとかその属する家族集団とかを示すところの制度（いわゆる「姓」とでも当面表現して厳格な意味での「氏」と区別しておくのが妥当かも知れない）を示しているものと理解するのか、あるいは同号の規定自体が日本人を父母にもつ場合を予想して置かれている規定と理解し、父または母が外国人である場合については便宜的にその「氏名」

の解釈として異質なものをもち込んでいる（外国人の場合には便宜「姓」とでもいわれるものを記載することを許容する。）と理解するかによって解決すべきこととなるであろう。

ここでの「氏」についてのみ戸籍法ないし民法から離れて解釈することについては疑問の余地がないわけではないから、むしろここでは後者の考え方を持ち込んで日本人たる父母の場合はいわゆる民法ないし戸籍法上の「氏」および本人の「名」を記載すべきものであるが、外国人の場合には便宜「姓」とでも表現されるものをもって記載することが許されていると解すべきか……というよりも、外国人については、その「氏」と「名」を分解せず、その全体を一つのものとしてとらえ、それをもって戸籍法第13条第4号にいう「氏名」に該当するものと理解し、そのかぎり同号の「氏名」とは「氏」と「名」ではなく、「氏名」という一個の概念を形成しているのだと理解しておくべきなのかとも考えられる（以下、この点を意識して外国人の「氏名」ないし「姓」の言葉を使うこととする。）。

いずれにしても外国人たる父または母を有する子の父母欄の記載についてはいわゆる民法ないし戸籍法上の「氏」といった概念とは異なったものも記載されているという取扱いに留意しておく必要があるだろう。

1 以上、簡単にみてきた諸点を一応の前提として本件の回答および通達を検討していくこととするが、ここで問題とされるのは国際婚姻に伴う外国人女の「氏」（「姓」というべきか）ということであるが、もともと日本の民法、戸籍法上の「氏」それ自体が何なのであるかということについては議論の定まるところのない確定困難な問題とされているが、ここでこの問題を検討する余裕もないところから、とりあえずここでは、それは「名」とあいまって個人を特定識別する機能を有するものであって、「一定の身分関係にある者が、強制的にまたはその意思に基づいて、共通に称する法律上の呼称である。」と理解しておくこととする⁽¹⁾。

しかし、ここでの問題は、外国人の氏（「姓」というべきか）ということとなるとそれが民法ないし戸籍法上の氏というものと同一と理解すべきか否かについては問題があることは否定できないところであろう。

それが果たして民法上あるいは戸籍法上の氏と同じものであるか否かの問題はともかくとして、ある人の血統とかその者の属する家族集団とかを示し、名とあいまってその者を特定・識別する機能を有する「氏」もしくは「姓」

といったものが存することは否定できない。この意味の「姓」といったものについての制度さえ有しない国も世界にはないわけでもないが、反対にかような制度が日本だけに限って存する制度であるといったわけでもないことは否定できないところである⁽²⁾。それと同時に、この「姓」に関する制度の内容も各国によって相当に異なっていることも否定できない。

このように「姓」に関する法制の各国における相違ということの存在することから渉外的法律関係において人がいかなる「姓」を称し、また、いかなる事由によってその変更等がされるか等の問題がどこの国の実体法によって定められるのかという国際私法上の問題が出てくるわけである⁽³⁾。いわゆる氏の準拠法として議論される問題がそれである。

2 渉外的な「氏」ないし「姓」の問題についてはその問題を次のような三分類にして考えることができるであろう。すなわち、①ある外国人がどのような「姓」を有しているのかという問題、②身分行為に直接関係なくその姓変動の効果に向けられた行為によって「姓」が変動するのかという問題、③婚姻その他の身分行為に伴って「姓」の取得・変動が起こるのかという問題がそれである。

本件の先例に関して問題となるのは③の点ではあるが、まずこれらの問題についての学説・判例・先例について概観しておくこととする。

学説の立場としては、氏の準拠法としては、「氏名の使用ないし変更に関する問題は、氏名権なる一種の人格権に関するものであるから、原則として

(1) 現在でも「氏」とは何かについて議論がある。①氏は「血縁団体もしくは血統」の名称であり、それに属する各人が自己の名に冠して称するものである、とする説（この説は、夫婦同氏の原則を説明できないところに難があると批判される）、②氏は、「家族共同体」の名称であり、より精密には、「夫婦の扶助的生活共同態と親子（未婚もしくは未成年の子）の保育的生活共同態」の名称である、とする説（この説は、近代的な家族像に合うものであろうが、しかし、現行法は、成年の子の氏の変更も認める（791条）から、これを説明し得ないと批判される。）、③氏をもっぱら戸籍との関係でとらえ、氏は、「同籍者集団」の名称、ないしは戸籍編製の基準にすぎない、とする説（この説は、氏の取得・変動は民法上の身分行為の効果として生じるものであるから、順序を顛倒するものであると批判される。）、④氏は（旧法でのごとき「家」の呼称ではなく）「単なる個人の呼称」である、とする説（このような理解は、夫婦同氏・親子同氏という現行法の原理に十分合致するものとはいえないと批判される。）などがある。③説に興味を引かれるところであるが、ここで検討をする余裕はない。

(2) 島村修治『外国人の姓名』（帝国地方行政学会、1971年）に世界の姓名制度が詳細に紹介されている。なお、澤木敬郎「人の氏名に関する国際私法上の若干の問題」家月32巻5号1頁参照。

本人の属人法によるものと解すべきである。したがって、法例に明文の規定はないが、条理上、原則として、本人の本国法により、無国籍者または避難民の場合には本人の住所（常居所）地法によるべきである（法例27条2項参照〔現、法の適用に関する通則法37条2項〕）（澤木敬郎＝山田鎌一編『国際私法演習』172頁〔有斐閣、1973年〕）としていわゆる属人法主義を採るのが通説であるが、氏の取得・変動の問題とされる場合として婚姻等の一定の身分行為に伴って氏の変動が生ずる場合（前掲③の問題）については、その例外を認めるか否かで学説の争いがあり、前記の氏に関する属人法主義はこの場合にも例外なく適用されるとする少数説⁽⁴⁾の立場と氏の変更が本人の意思に基づいて生ずる場合には右の一般原則によるべきであるが、氏の変更が本人の意思によらずに身分関係の変動に伴って生ずる場合には、右の一般原則に対する例外を認め、当該身分関係の効力の準拠法によるべきであるとする通説の立場⁽⁵⁾とが対立

(3) この問題について戸籍制度上の「氏」を称することの公的要素を考慮する立場から個人の名称ないし呼称の問題について国際私法上の問題として把握することについて疑問を呈するものとして島野穹子「国際婚姻に基づく氏の変動について」民事研修259号25～26頁があり、次のように説明する。

「個人の呼称ないしは名称というのは、はたして純粋な私権であろうか。

夫婦・親子等の親族関係と日本国籍を有することを合わせて登録公証する日本の戸籍制度は、国家機関が維持する公法上の制度である。そうであるが故に、戸籍に登載される個人の氏名が厳格に規定され、個人がみだりに変更することが許されないのである（戸籍上の氏は、民法に規定する身分関係を理由とする氏の変更によるか、戸籍法107条1項に規定する氏の表記の変更手続による以外戸籍に記載された氏を変更することができない）。日本人の戸籍上の氏名は、日本国民としての公法上の地位に基づく規制を受けているといわざるを得ないのではないだろうか。すなわち、戸籍法上の氏は、日本法によって、つまり民法と戸籍の両面から、完結的に規制されているものであり、国際私法の領域の埒外にあるといえないであろうか。

私法上の効果として婚姻による氏の変動が仮にあつたとしても、日本法上の日本人の氏は、戸籍制度上の公権としての要素を強く持っているといえないであろうか。私は、戸籍制度上の氏を称することを公法上の問題として捉え、しかも、戸籍法上の氏と民法上の氏を実質的にも、形式的にも一致しているものとみたい。戸籍法が先か、民法が先か、どちらが主で、どちらが従であるかを議論することは問題とならない。先にも述べたとおり、民法750条にいう夫又は妻の称する氏は戸籍に記載された氏そのもののことであり、両者は実質的に相互依存しているからである。

と考えると、民法750条は戸籍法の規定を踏まえて理解されなくてはならない。そこで戸籍に登載されていない外国人と日本人との婚姻には民法750条は適用されないという結論が導き出されるのである。この趣旨の戸籍事務の取扱いに賛成する所以である。」

なお、同様の見地からこの考え方を貫いて理論構成するものとして澤木・前掲注(2)がある。

して存し、また、氏は家族の代表者（婚姻の場合でいえば夫）の属人法によって画一的に準拠法が決定されるとする少数説の立場とがある⁽⁶⁾。

また、裁判例の立場としては、①、②の問題点について必ずしも明確ではないが、③の問題、特に涉外婚姻のそれについては学説の立場と同様に効果法説に立っているものと思われる（京都地判昭和31年12月28日下民集7巻12号3911頁、大阪地判昭和35年6月7日判時241号36頁、福岡高決昭和47年12月22日判時705号63頁、東京家審昭和43年2月5日家月20巻9号116頁）。

もっとも、静岡家裁熱海出張所昭和49年5月29日の審判（家月27巻5号155頁）によれば外国人男と婚姻した日本人女の氏は、妻自身の人格権の問題であり、法例第14条〔現、法の適用に関する通則法25条〕の規定によるのではなく妻自身の本国法たる日本法により決すべきものであるとしている。すなわち、「一般に日本人女子が外国人男子と婚姻した場合妻がどのような氏を称するかについては、婚姻の効力の問題であるとして法例第14条により夫の本国法（ただし、反致が認められるときは、日本法）によって決すべきであるとする説が有力であるが、もともと婚姻の効力について夫の本国法を優先させる法例第14条の考え方は現在文明諸国において広く認められ、日本国憲法第24条にも

(4) 久保岩太郎『国際私法構造論』280頁（有斐閣，1955年），国際法学会編『国際私法講座』〔久保岩太郎執筆〕2巻530，606頁，同「国際私法上における婚姻の身分的効力」法学新報57巻2号39頁等，同説の主張は、「氏名権は人格の存在より湧出する一つの独立の，直接の権利である。故にそれは氏名帯有者自身の法律が氏名帯有者のために課した条件のみに依るべきである。」というところにある。

(5) 江川英文「外国人と婚姻した日本人の戸籍」法曹時報7巻6号5頁，澤木敬郎＝山田鏡一編『国際私法演習』172頁（有斐閣，1973年），溜池良夫『国際私法講義』2・541頁（有斐閣），折茂豊『国際私法（各論）新版』法律学全集60265頁（有斐閣，1972年）等，なお，同説の立場は，この問題がまさに身分関係の変動によって起こる問題であるから，その効力を決定する法律によるとするのが極めて自然であるとする。

なお，婚姻による氏の変更の準拠法については，氏は婚姻成立時に問題とされ，そのときに確定されるべき事柄であるので，準拠法の変更主義をとる法例第14条〔現，法の適用に関する通則法25条〕の適用を排除し，解釈論として，婚姻成立時における夫の本国法とするのが適当とする意見（石井健吾・涉外判例百選〈増補版〉100頁）あるいは，婚姻による氏の変更を婚姻の効力と性質決定しながらも，それは憲法第24条に反するものとして，法例第14条〔現，法の適用に関する通則法25条〕の適用を排除し，解釈論として共通本国法のあるときはそれにより，その他の場合は婚姻住所地法を準拠法とするのが適当とする意見もある（山崎良子・ジュリスト620号132頁）。

(6) 林脇トシ子・ジュリスト333号104頁。この説は，氏を個人の人格権として構成することを否定し，その準拠法は家族の代表者の属人法（婚姻の場合は夫の本国法）によって画一的に決定されるとする。

定められている両性平等の思想とは親しまないものであるから、その適用を婚姻の本質的効力で夫婦について合一的に決定する必要のある事項に限るのが相当であるところ、妻がどのような氏を称するかは、婚姻の本質的効力でもなく、また、夫婦について合一的に決定する必要のある事項でもなく、むしろ妻個人の人格権である氏名権の問題と考えられるから、妻自身の本国法である日本法によって決すべきものと解するのが相当である。」とする。もっとも、同裁判例は、右の前提のもとに日本人妻は、民法第750条の規定によって外国人夫の氏を称することができるものと判断している（そのかぎり先例の立場と異なり、外国人の称する姓も日本人の氏とその性格を共通にするものであるとする前提をとっている。）。そして、この立場にもかかわらず、「しかしながら、以上のような解釈は、一般的に確立されているものではなく、市町村長の従来取扱としては日本人女子が外国人男子と婚姻した場合妻の氏は変更されないと解していることは、顕著な事実であるから、申立人ら夫婦において婚姻の際に申立人が夫の氏と呼称を同じくする氏である「アース」を称するための法的手段をとることは事実上困難であったものと認められる。

すなわち、申立人は本来マイケル・アースとの婚姻の際夫の氏と呼称を同じくする氏を称することができたにもかかわらず夫の氏と呼称を異にする氏を称することをよぎなくされたものというべきである。」と判断したうえで「申立人は、従来氏「井野」を「アース」に変更するについてやむを得ない事由があるものというべきである。」として戸籍法第107条により対処することを認めているのが参考になる⁽⁷⁾。

次に先例の立場を概観する。

前記①、②の問題点についての先例の立場は概ね学説の立場と同一視してよいであろうと思われる。特に②についての具体的先例をみておくこととする。この点についての先例は次の1および2が着目されよう。

(7) 本裁判例の評価につき澤木・前掲注(2)4頁参照。

1 昭和33年12月6日付け民事二発第572号民事局第二課長回答

日本人女と婚姻した無国籍人男がアメリカ合衆国に帰化し同時に氏名を改めている場合に妻から夫の帰化証明書等を添附して同女の戸籍記載のうち夫の国籍の表示等を訂正されたいとの申出書が提出された場合の取扱

〔照会〕

札幌法務局民事行政部戸籍課長照会

日本人女と婚姻した無国籍人男がアメリカ合衆国に帰化し、同時に氏名を変更した場合は、昭和31年5月18日付民事甲第1045号民事局長回答の取扱に準じ妻である日本人から夫が帰化により米国籍を取得し同時に氏名の変更があつた旨の証明書を添付して申出書の提出があつたときは、受理して差し支えないものと考えますが、いささか疑義もありますので至急記載例についても併せて御指示願いたく別紙資料を添えてお伺いします。

昭和五年壹月拾五日ソヴェト聯邦極東地方〇〇〇〇市カムソモリスカヤ街四十七番地 昭と出生父松〇与〇郎届出 昭和拾年四月式拾七日受附入籍 昭和貳拾八年拾月拾五日父与〇郎母ワレン 〇ナ・イワ〇ウナに随い入籍 無国籍ジャ〇ツプ・ザグ〇ベルスキと婚姻 届出昭和参拾貳年式月式拾参日受附				出生の届出により昭和貳拾八年拾月拾五日父母につき本戸籍編製 北海道白糠郡〇〇村字〇〇番外地 から転籍松〇与〇郎同人妻ワレ		籍 本
				ワレン〇ナ・イワ〇ウナ届出昭和参拾貳年壹月式拾貳日受附		北海道札幌市北〇〇〇〇條東六丁目 一番地八号
出生	母	父	名 氏			
昭和五年壹月拾五日	ワレン〇ナ・イワ〇ウナ	松 〇 与 〇 郎	松 〇 与 〇 郎			
	ト 〇	長女				

米合衆国

原本は帰化する者に渡す

第7739784

帰化証明書

陳上第134834

帰化した日の個人的明細

生年月日 1926年5月1日

姓 別 男

皮膚の色 白色

眼 色 茶

髪 色 茶

身 長 5フイート6インチ

体 重 195ポンド

認知される特長 なし

婚姻について 既婚

以前の国籍 ロシヤ

私は上記に記述された事が事実であり又ここに貼つてある写真は私のものである事を証明する。

(署名)ジョー・ジャープス

(所有者の完全なるそしてほんとうの署名)

米合衆国

カルフォルニア北部地区

サンフランシスコ米合衆国地方裁判所は法律に基いて1958年8月8日開催され此処に於て当時カルフォルニア州サンフランシスコ市〇〇〇一街848に住むジョー・ジャープスは永久的に米合衆国に住む意志表示し(米合衆国帰化法律に必要と定められた時は)その帰化法律のあらゆる条項に従っている為、そして国民となる資格がある故に、これを以つて此の者は米合衆国の国民として入籍させる。

上記を確証し、此処に1958年又我々の独立年1830年8月8日その裁判所の印を此処に捺印す

ジー、ダブリュー、カルプレス

米合衆国地方裁判所書記

(署名)エタジー・スチブソン書記代理

此の証明書を写す印刷、写真或は違法に使用する場合は米合衆国法に違反するものである(又それに依つて処罰される)

裏 面

裁判所判決に依り1958年8月8日を以つて名前がジャープザールスキー

より変更す。

ジー, ダブリュー, カルブレス書記
(署名) エタ, ジー, スチブソン書記代理

上記は原本より良心的に知能に応ずる範囲で翻訳したものであります。

翻訳者 氏名 杉山正治 印
住所 横浜市南区山谷95番地

ジャ○ップ・サグ○ベルスキー

昭和33年8月27日

RA10812610

姓名変更の要請
申告人

部隊長殿

横浜地区中隊司令部

第503 郵便局気付

AR600-5 中の私の公文書の姓名をジャ○ップスジョ○と変更することを要請します。

下記の通り受付

A	姓名変更理由	帰化
B	変更月日	昭和33.8.8
C	現 姓	<u>ジャ○ップスジョ○</u>
D	旧 姓	<u>ジャ○ップ・サグ○ベルスキー</u>

三等技術兵ジャ○ップ・サグ○ベルスキー
RA10812610

通して部隊長殿 米軍地区大隊本部

第343郵便局気付

宛 名 軍司令官閣下 在日米軍

第343部隊気付

副 官

差出人 中 隊 長

横浜地区中隊司令部

第503郵便局気付

1 承認推薦

2 私儀 帰化の原本の認可済を証し既に示せる如くの姓名の変更は、必要と認め

ます。

司令官に代って

R

ビージー・ホワイト
米軍陸軍准尉
人事係将校

上記書類の複写は真実であることを認めます。

アール、ジ・ホワイト
米国陸軍 准尉

上記の翻訳は原文と相違
ないことを証明します。
米軍横浜地区中隊司令部
特殊技術者

市川治平 ㊞

〔回答〕

照会の件は、受理してさしつかえない。なお、この場合引用の回答の趣旨により夫の新国籍を記載するとともにその変更後の氏名を次の振合により記載するのが適当である。

夫の氏名を「ジョ○・ジャ○ップス」と変更右 年 月 日記載㊞

2 昭和35年12月23日付け民事甲第3261号民事局長回答

日本人夫婦甲乙の一方甲が国籍喪失により外国人となり氏名の変更があつたとの理由で変更後の甲の氏名を乙の戸籍に記載方申出があつた場合には受理して記載する。

右の場合の記載例

〔進達〕

東京法務局長進達

東京戸籍事務協議会から別紙のとおり要望決議の認可申請がありましたが、当該要望は相当の理由があるものと認められますので、次のとおり認可したいと考えますがいかがでしょうか、何分の御指示を仰ぎたく進達いたします。

記

要望の趣旨による取扱をしてさしつかえない。ただし、申出書には甲につき氏名の変更のあつたことを証するに足る資料を添付させ、なお、乙の身分事項欄には、次の振合の記載をするのが相当である。

夫某（又は何某）氏名変更により何某となる年月日記載㊞

参照 昭和31, 5, 18民事甲第1045号回答

戸籍協議会の決議認可について

(昭和35年10月31日東京法務局長)
あて東京戸籍事務協議会長通達)

9月22日当会例会開催にあたり上程の問題に対し左記のとおり決定いたしましたので御認可をいただきたく報告申し上げます。

記

問題

日本人夫婦甲乙の一方甲が国籍喪失により外国人となり氏名の変更があつたので、変更後の甲の氏名を乙の戸籍に記載方当事者から申出書が提出された場合、これを受理し記載してよろしいでしょうか。

参照

戸籍法第13条，戸籍法施行規則第30条，第35条，第36条

決議	記載できるようにしたい(要望)	大多数
少数意見	できない	2名

理由

夫婦の一方が国籍喪失後の事件であるから、日本の国籍を有する他の一方の戸籍には記載できないと云うも、戸籍本来の目的からも戸籍の記載を明確にするため戸籍法施行規則第36条第2項に準じ本問は申出により職権で記載できるよう要望する。

〔回答〕

進達のあつた東京戸籍事務協議会における決議事項については、戸籍の記載を次の振合に改めるほか、貴見のとおり認可してさしつかえない。

夫何某(某)と氏名(名)変更年月日記載㊟

前記の二先例は、いずれも日本人と婚姻した外国人(無国籍者)が身分行為の効果としてではなく単に氏変更を目的とする行為によってその氏を変更した場合にそれを日本人の戸籍に反映した事例であるが、いずれもそれについて論理的に説明されていないところからいかなる理論によってこの結論を導いているものであるのか、必ずしも十分に明確ではないが、前記「姓」に関する国際私法の学説上の通説の立場と同様の理論的根拠を基礎としているとみるのが、後に③の問題点について説明する考え方とのかねあいからみて妥当であると判断して差し支えないと解される。

次に一番問題があり、本件の主題となるものとして一定の身分行為、例えば本件についていえば婚姻という身分行為の効果としてその氏の変更があると通説が説明する事例についての問題が検討されなければならない。

この問題についての学説の立場は、通説とされるものとその他の二つの少数説とされるものに分類されているし、判例の立場も概ね通説の立場に従った考え方を示している。

ところが、この点に関するかぎり先例の立場は通説・判例の考え方とその立場を異にしている。以下、具体的な先例を示し、その相違点を明瞭にするとともに先例の立場について検討してみることにする。

3 昭和26年12月28日民事甲第2424号民事局長回答

米国の国籍を取得し日本の国籍を離脱した男と婚姻した日本人女が日本人である夫の父母と養子縁組した場合及び縁組後に同女が子を出生した場合の戸籍の取扱

〔照会〕

下関市長照会（昭和26年8月17日戸日記発第434号）

米国の国籍を取得し日本の国籍を離脱せる男と婚姻したる日本人女が、日本人である夫の父母と養子縁組をする場合及縁組後にその妻が子を出生した場合の取扱については左記の通り取扱って差しつかえないか。

記

- 一 事案中の日本人女は外国人である男と婚姻をしても、戸籍変動はない（実方国籍）ので養子縁組についても日本民法並戸籍法が適用され、妻が、日本人である夫の父母と養子縁組をしても、妻の氏は婚姻の効力により、やはり、夫の氏を称しているものと思われ、縁組によりては妻の戸籍に変動はなく、従って縁組事項は養親子双方の戸籍に記載するのみで足ると解して差しつかえないか。
- 二 前記の妻が養子縁組後夫婦間の子を出生した場合は母につき戸籍法第17条が適用されると解し、母につき新戸籍を編製し子を入籍して差しつかえないか。
- 三 前記の母につき新戸籍を編製の場合称する氏は夫の氏（呼称）であると解して差しつかえないか。
- 四 記載については特別の記載は要しないと思ふが如何に。

〔回答〕

- 一 外国人男と婚姻した日本人女がその婚姻の結果、法例第14条及び夫の本国法によつて夫の呼称（Surname）を称するに至る場合であつても、戸籍の取扱としては、同女を従前の戸籍から除かず単にその身分事項欄に婚姻の記載をするに止め、その後同女が夫の父母（日本人）と養子縁組をした場合には、同女を養父母の戸籍に入籍させるのが相当である。けだし、個人の呼称に関する制度は、各国まちまちであつて、外国法におけるその変動事由は、わが国のそれと必ずしも同一でないと考えられるばかりでなく、国によつては、法律によらず、これを慣習又は習俗に委ねている例が少なくない。戸籍法は、民法の規定する氏に従つて戸籍

の取扱をすることとしているため、民法の規定する氏と変動の事由等が異なる外国法（又は慣習等）による個人の呼称に従って戸籍の取扱をするときは種々困難が伴い、取扱の不可能な場合も少なくないと考えられる。従って、外国人男と婚姻した日本人女は婚姻によつて日本国籍を喪失しないので、同女に関する戸籍の取扱としては、外国法（又は慣習等）による呼称を顧慮することなく、引き続き同女は民法の規定による氏を保有するものとして処理するのが相当であるからである。

二、三右の日本人女が夫婦間の子を出生した場合は、子は日本の国籍を取得しないため（国籍法第2条参照）、子につき戸籍の記載を要しないので照会の問題を生ずる余地がない。

四 貴見の通り。

4 昭和42年3月27日民事甲第365号民事局長回答

ドイツにおいて婚姻した場合の夫婦の称する氏についての取扱い

〔照会〕

外務省欧亜局長照会

ドイツにおいて婚姻した日本国民の称する氏について

今般在京ドイツ大使館より1月19日付エイド・メモワールをもつて、ドイツにおいて婚姻した日本国民の称する氏に関する法律の見解を照会越しました。つきましては別添エイド・メモワール写しによつて委細御了知の上、貴見を御回示下さるようお願いいたします。

附属添付

（訳文）

V3-83

エイド メモワール

独逸連邦内務大臣は独逸戸籍官吏及びその監督官庁業務規定の改正を検討中である。そのため、以下の問題に於ける日本の法律関係に就き報告するよう当大使館に要請して来た。

日本国法律によれば婚姻締結に際し当事者は、夫の氏或いは妻の氏の孰れかを共同の氏として選択することが出来る。当事者の一方或いは双方が日本国籍を有する婚姻締結が独逸で行われるとき、夫婦の「氏」決定に関する宣言の法律上有効な受理と云う問題が生ずる。実務上、特にこの種の宣言が独逸戸籍官吏により法律上有効に受理され得るか又は然るのち日本で認められるものかを確定することは極めて難しい。婚姻締結当事者の双方が日本国籍であるとき、夫のみが日本国籍、又妻のみが日本国籍であるとき、これらの場合夫々異なる観点がとられるものならば、夫婦の氏選択に関する宣言が独逸戸籍官吏の面前で行われるとき、以上夫々個々の場合如何に取扱われるかに就き御報せ下さるよう謹んで要請する。

独逸戸籍官吏がこの宣言の受理の権限をもたないとき、誰の前で（例えば日本大使館、領事館等）この宣言を法律上有効に行われ得ることが出来るかに就き併せて御報告せ下さるよう謹んで要請する。

東京，1967年1月19日

〔回答〕

照会のあつた件について、左記のとおり回答します。

記

わが国の戸籍実務においては、民法第750条の規定を当事者の双方が日本人である場合にのみ適用し、日本人男と外国人女の婚姻については、夫婦の称すべき氏の選定の余地はなく、夫婦は各別に婚姻前の氏を称するものとする。他方、外国人男と婚姻した日本人女の氏については、夫の本国法を適用すれば婚姻前の氏と異なる場合であっても夫の本国法の適用を認めず、日本人女は婚姻前の氏を称するものとしている。

従つて以下には、日本人男女がドイツにおいてドイツの方式によつて婚姻を締結する場合についてのみ述べる。

この場合は、当事者は、民法第750条の規定に従つて婚姻締結の際に夫婦の称すべき氏について合意しなければならないが、この合意については何ら方式を必要としない。従つて、当事者がその合意を届け出れば、ドイツ戸籍官吏はこの合意を単に受理するのみで足り、その受理につき合意の法律上有効なりや否やを権限により審査する必要はない。

なお、外国の方式によつて婚姻を締結した日本人男女は、戸籍法第41条の規定に従つて、1カ月以内にその国に駐在する日本の大使、公使又は領事にそれを証する証書を提出し、同時に、夫婦の称する氏を届けなければならない。ただし、この夫婦の称する氏については、婚姻の際に合意がなされたことを証明する必要はない。

5 昭和40年4月12日民事甲第838号民事局長回答

日本人と外国人を当事者とする婚姻については、民法第750条の適用はない。

〔照会〕

外務省欧亜局長照会

欧西第1310号

昭和40年2月22日

外務省欧亜局長

法務省民事局長 殿

日本国民の妻であるドイツ人女性の称する氏について

今般、在本邦ドイツ連邦共和国大使館より別添1月20日付同大使館口上書V3SE写のとおり、日本国民と婚姻したドイツ国籍女性は日本の法律に従い、いかなる氏を称するかについて日本側関係当局の法律見解を照会越しました。

つきましては、委細同口上書にて御了知のうえ、本件に関する貴見何分の儀御回

示願います。

在日独逸連邦共和国大使館

(訳文)

V 3 S E

口 上 書

独逸連邦共和国大使館は、外務省に対して下記の件につき御厚情ある援助を要請するの光栄を有する。

近時頓に件数を増しつつある日本並びに独逸国籍所有者間の婚姻に際し、独逸人女性が日本人男性と婚姻を締結した後、日本の立法に従い、日本人である夫の氏を称するか否かの点が重要な問題となつて来た。

日本国籍法（1950年5月4日法律第147号）に基き、独逸国籍所有者は日本国籍所有者との婚姻のみに依つては日本国籍を取得しない事は明かなる事実である。又他方独逸国籍所有者は1913年6月22日独逸帝国国籍法第17条（後の改正を含む）により明かである如く、外国人との婚姻のみに依つては独逸国籍を喪失しない。

夫婦の氏に関し独逸国籍所有者には居住地の如何を問わず、通常独逸法律の規定が適用される事は明かである。但し、ある場合には独逸の法律抵触の法則により、独逸国籍を所有する女性が外国人である夫の氏を称するか否かの決定につき外国法の規定に従う事が指摘せられる。（1896年8月18日独逸民法施行法（EGBGB）自14条至16条）

従つて、独逸法の規定に従えば、日本国民の妻である独逸人女性の称する氏に関しては日本法がこれを定める。

本大使館は日本法の該当条文を調査した結果、1947年12月22日改正日本民法第750条条文に基き、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点につき確認した。1898年6月21日法例第14条に、婚姻の効力は一従つて戸籍上の氏に関しても一夫の本国法に依ると規定せられている為、日本国民の妻である独逸人女性の称する氏については、婚姻の際、日本の所轄戸籍吏官の前に於いて夫婦の将来称する氏に関し如何なる取極を行つたか、又如何なる氏が戸籍吏官により記載せられたかに依り決定せられる。

日本側所轄諸官庁は、これに反し、日本の戸籍謄本に婚姻の事実のみが記載され、独逸人女性の氏が記載せられない為日本国民の妻である独逸女性は夫婦の氏の選択の権利並びに日本人である夫の氏を称する権利を有しないという見解をとられるものとみられる。

上記の件は、日本国民の妻である独逸女性に旅券を交付する際特に重要である為、本大使館は日本国民の妻である独逸女性が日本の法律に従い如何なる氏を称するかにつき御通報戴ければ誠に感謝に堪えない次第である。

本大使館はこの機会を藉り外務省に対し改めて深甚なる敬意を表する。

東京 1965年1月20日

日本国外務省 御中

〔回答〕

照会のあつた件について左記のとおり回答します。

記

日本民法第750条の規定は、日本人と外国人を当事者とする婚姻については適用されず、戸籍法においてもかかる夫婦の称すべき氏については規定されていない。

従つて、所問のドイツ人女は日本人男と婚姻しても夫の氏を称することはない。

但し、同女が帰化によつて日本国籍を取得したときは、申し出によつて夫の氏を称しその戸籍に入籍することができる。

6 昭和26年4月30日民事甲第899号民事局長回答

日本人男が外国人女と妻の氏を称して婚姻し、外国に新本籍を定める届出はできない。

〔照会〕

福岡県浮羽郡柴刈村長照会

2月23日附管邦第827号をもつて御通報下さいました左記人に対する外国人女と日本人男の妻の氏を称する婚姻並びに両者間の子の出生届出に関する件届出について不明のため別紙日本の届書による届出を添附致しておりますので御多忙中誠に恐れ入りますが何卒御指示下さいますようお願い致します。

記

本 籍 福岡県三井郡大○村大字○川1441番の1

夫 貞 ○ 久 人
昭和3年10月1日生

国 籍 ブラジル国サンパウロ州アラカトバ

妻 高 ○ スギ子
昭和4年12月8日生

出生地 福岡県浮羽郡柴○村大字○幡1352番地

長男 高 ○ 洋 一
昭和26年2月1日生

〔回答〕

外務省管理局在外邦人課長あて照会の件は、当府の所管に属する事項であるから、当職より左の通り回答する。

一、日本人と外国人間の婚姻については、民法第750条の規定の適用がなく、また、右婚姻によつて日本人は当然に日本国籍を喪失せず、戸籍の変動を生ずる

こともないから、日本人男が外国人女と妻の氏を称して婚姻し、外国において夫婦の新本籍を定める旨を記載した本件婚姻届は受理すべきでない。従って、右当事者が婚姻する場合は、届書四〔夫婦の称すべき氏〕欄の記載の余地がなく、その届書が受理されても、夫たる日本人男の戸籍に婚姻事項を記載するに止めるのが相当である。

さて、前記の先例の立場をどう理解すべきであろうか。前記の各先例全体を通じて完全な理論的一貫性があるかどうかについては多少の問題がないわけでもないが、基本的には一貫したものがあり、少なくとも次の諸点について先例はこれを明確にしている。

すなわち、日本人と外国人との婚姻による氏の問題については婚姻の効果という問題と性格づけられないから直接民法第750条の適用はない。したがって、このような婚姻によって婚姻当事者の氏の変更の問題は起こらない。そのため、外国人男と婚姻した日本人女が通説の説明する考え方により婚姻に際しての氏の変更を婚姻の効果ととらえ、法例第14条〔現、法の適用に関する通則法25条〕の規定により夫の本国法を適用して夫の呼称（Surname）を称しているとする場合にあっては日本戸籍の立場からは氏の変動はないものとして処理されるということになる。

結局、先例の趣旨とするところは、個人の呼称に関する制度が世界各国それぞれまちまちであり、その変動の事由も我が国のそれと必ずしも同一ではないことおよび戸籍法が民法の規定する氏ないし戸籍法の規定するそれに従って戸籍の取扱いを決定しているため、外国法または外国の慣習・習俗によって定まってくる婚姻後の個人の呼称を戸籍に記載することには種々の困難が伴うといったところからきているように判断される。つまり、日本における「氏」は、日本人に固有のものであってこれを外国人が自己のものとして称することはできないものと解されているのであろう⁽⁸⁾。

いずれにしても先例は、涉外婚姻における「姓」の問題をいわゆる婚姻の効力の問題として性格決定することを拒否しており、この考え方は当初より一貫しているといつてよいであろう。

しかし、そこで問題となるのは、先例が涉外婚姻に伴う姓の変動の問題について、それを婚姻の効力と性格決定することを否定することは間違いのないとしても、それではこの問題について先例はどのように性格決定をするのか

といった点が考えられなければならないはずである。

この問題についての先例の考え方も必ずしも明確であるとはいいがたいようである。

ところで、既に説明したように、学説の立場では、渉外的な氏の問題については、それを個人の氏名権たる人格権の問題にとらえ、原則としてその本人の属人法を準拠法とするとの考え方であり、ただ一定の身分行為、例えば婚姻の効果としてその氏の変動がある場合については右の原則に対する例外的場合を認めるとするか（いわゆる効果法説——通説）、あるいはそれについての例外的場合を認めないとするか（いわゆる属人法説——少数説）との大きな対立（他の考え方があることについてはすでに説明した。）があることは明らかにされているところである。

そこで、再度先例の立場に上の学説の立場を加味しながら考えてみると、先例は、少なくとも前記③の問題点についていわゆる効果法説に立たないことを明瞭にし、この問題について婚姻の効果として性格決定することを拒否

(8) この点について村上朝一編「戸籍法」では次のように説明する。長文にわたるが、参考のためにこれを示しておく。

「氏がつばら戸籍法上の制度である以上、戸籍法の属人的適用を受けない外国人は、本籍を有し得ないのと同様に、民法の規定する氏をも称し得ないと解すべきであり、したがってまた民法及び戸籍法の氏に関する規定は、外国人についてはすべて適用がないといわなければならない。そしてこのことは、法例第29条の規定により、外国人について民法の規定を適用すべき場合においても同様である。たとえば、日本国内において、外国人相互間で婚姻する場合に、民法第750条の適用がないことはもとより、日本人と外国人間で婚姻する場合にも同条の適用がない外、婚姻の一方当事者である日本人についても法第16条は適用がない。すなわち日本人である当事者が、男であると女であるとを問わず、外国人との婚姻によつてはその者の氏に変動を生ずることなく、したがってこの場合には、単にその者の戸籍中身分事項欄に婚姻に関する記載がされるだけで、その者について新戸籍が編製されるということはあり得ない。もつともこの場合であつても、個人を特定するための呼称としての一般的な氏名の問題は、先にも述べたとおり、ここにいう氏とは別個の問題であるから、たとえば外国人男と婚姻した日本人女が事実上夫の家族名を自己の名に冠して使用することはさしつかえなく、またその日本人女が戸籍の筆頭者である場合はそのまま、また筆頭者でない場合には分籍をした上で、法第107条第1項の改氏の手続によつて自己の氏の呼称を夫の家族名に変更することも許されてしかるべきである。しかしこの場合でも、改氏前の氏と改氏後の氏とは、呼称を異にするにかかわらず、前後同一であることはもとよりである。

外国人の場合に反し、日本国民はかならず称すべき氏を有し、しかもその氏は一に限られ、同時に二以上の氏を称することはできない。このことは先に本籍について述べたところと同様である。」

しているのである。また、前述のとおり、①、②の問題についての先例の立場が学説の立場と同様に氏の人格権性を肯定し、その人の属人法によることを承認しているのであるから、このこととの関連で考えれば、③の問題点に関する先例は、それを婚姻の効果と性格決定することを拒否するといったことによってこの問題についても渉外的な氏についての原則をくずさないことを明らかにしていると判断するのが妥当ではないかと思われる。

三 本件回答の考え方

さて、長々と前提問題に筆をついやすことになったが、西ドイツ人女と日本人男との婚姻を契機として提起された本件の問題に対する本件回答の考え方は以上に説明した諸点および従来の先例の考え方を踏まえ、基本的にはこれを踏みはずすことのないと思われる限度において認められたものであるとあってよいであろうと思われる。

前述しておいたように本件回答は、日本人男と西ドイツにおいて現地の方式を踏んで婚姻し、その際に夫の出生上の氏を婚姻姓として選択した西ドイツ人女の「姓」に関し、後に子が出生したことに伴い、日本人男からの申出により、同人について編製される新戸籍中の子の母欄および日本人男の身分事項欄中の婚姻事項の相手方の氏名につき、当該婚姻に伴って変更となっている西ドイツ人妻の「姓」を漢字をもって記載して差し支えないとするものであるが、その趣旨とするところは次のとおりであると思われる。つまり、従来からのこの問題についての先例の流れとしては、涉外婚姻に伴う「姓」の問題について、原則としての属人法説に例外を認めず、この考え方によっていると解されることから、本件回答の場合にも同様の立場から当該涉外婚姻に伴う「姓」の変動の問題は、その各当事者のそれぞれについての属人法たるその本国法によって（先例は、本件回答について属人法をその本国法としたものと解せられる。）決定されるという考え方を採用しているとみて差し支えないであろう⁹⁾。

結局、本件回答にかかる事案について、日本人男については日本民法、西ドイツ人妻についてはドイツ婚姻法が適用されることになったわけである。

そこで、日本人男については結局、日本民法第750条の適用があるということになるわけであるが、夫についてのみ民法第750条を適用するというのはどういう趣旨になるのであろうか。この点についてはすでに検討しておい

たように、先例の立場は、外国人自身の有する「姓」は、日本民法ないし戸籍法にいうところの厳格な意味での日本固有の「氏」と同一の性格を有するものであるとはいえないのであるから、外国人は、日本民法第750条の予定する「氏」を有するものとはいえないのであり、したがって、婚姻に際して存在し得ない「氏」を選択することはできず、結局は妻の氏を称する婚姻としてはその前提を欠くこととなる。また、夫の氏を称する婚姻という方向からみても、自らのみが従来の氏を継続して称するということになるだけのことであり意味を有しないこととなる。

さて、では西ドイツ人妻の場合はどうなるのか。周知のように国際私法上の指定の対象となるのは何かという点については争いがあるところであるが、この問題についての通説の立場は準拠法たる実体法（国際私法を含まない。）が指定されるものであるとしている。そこで、この考え方に従って本件回答の事案をみると、ここでの実体法規は西ドイツの婚姻法であり、その第1355条の規定がそれである。同規定は次のようにいう。

第1355条〔共通する婚姻上の氏、家族の氏〕

- (1) 夫婦は共通の氏を称する（婚姻上の氏）。
- (2) 夫婦は婚姻の締結にさいして戸籍吏に対する表示により夫の出生上の氏又は妻の出生上の氏を婚姻上の氏と定めることができる。合意にいたらないときは、夫の出生上の氏が婚姻上の氏となる。出生上の氏は婚姻締結当時婚約者双方の出生簿に登録されるべき氏をいう。
- (3) その出生上の氏が婚姻上の氏とならない夫婦の一方は、戸籍吏に対

(9) 属人法とは何かについて、折茂『国際私法講話』106頁（有斐閣、1978年）では次のように説明する。

「国際私法で準拠法を定めるときに、これこれの事項は当事者の属人法による、といわれることがよくある。たとえば、人の身分や能力はその属人法による、というがごとくである。その「属人法」というのは、どんな法のことなのであうか。

ひと口に言えば、それは個々の人にとつての固有の法というか、その身についた法というか、ともかくその人にとつて最も関係の深い法のことである。たとえば、日本人を両親として日本で生まれ育ち、まだ国外に出たことは一度もないという人にとつて最も関係の深い法、その人の身についたいわば固有の法が日本法であることは、おそらく争いの余地のないところであろう。そこで、その人の属人法は日本法である、ということになるのである。」

なお、その連結点として国籍を採用するか、住所を採用するかについては争いがあり問題とされるところである。

する表示により自己の出生上の氏もしくは婚姻締結当時称していた氏を婚姻上の氏の前に加えることができる、表示は公証を必要とする。

- (4) 死亡によって婚姻が解消したり離婚した夫婦の一方は婚姻上の氏を有する。その者は戸籍吏に対する表示により自己の氏もしくは婚姻締結当時称していた氏を称することができる、この表示は公証を必要とする。

(宮井忠夫「西ドイツ家族法の改正について」ジュリスト639号109頁)

すなわち、同条は、夫婦が同一の「姓」を称し、その称する「姓」は、夫または妻のいずれかの「出生上の氏」を選択してこれを「婚姻上の氏」と定めるか、「出生上の氏が婚姻上の氏とならない夫婦の一方」が「自己の出生上の氏もしくは婚姻締結当時称していた氏を婚姻上の氏の前に加える」といった制度となっている。

ところで本件の婚姻の場合、それは同条の規定に基づいて成立しているものと解され、その婚姻に際し、同規定に基づいて日本人男である夫の出生上の氏が「婚姻上の氏」として選択され、当該婚姻に関して西ドイツの婚姻登録簿(Eheregister)にその旨の記載がされていると解することができる。

以上までの検討によって本件婚姻に伴う西ドイツ人女の「婚姻上の氏」はドイツ婚姻法第1355条の規定によって定まったものと理解されるところであるが、次のような疑問点が残らないでもない。すなわち、この問題について以上に述べてきたような考え方が採られるのが妥当であるとしても、果たして西ドイツの考え方がこれを受け容れるものであるかどうかという点である。つまり、西ドイツが同国における婚姻登録簿への記載をドイツ婚姻法が当該問題についての準拠法となるという考え方に基づいて行ったものであるのかどうかという問題である。すなわち、この問題は、日本の立場からしても涉外事件であるが、西ドイツの立場からしても一種の涉外事件に他ならないはずである。そこで、西ドイツの立場からすれば、この問題を処理するに当たり、必然的にドイツ国際私法が問題とされたうえでこの問題が解決されるということになるはずである。仮に、ドイツ国際私法が当該婚姻に伴う西ドイツ人の「姓」の変動の問題を婚姻の効力と解し、夫の本国法を準拠法として指定し、結局、日本民法第750条の規定の適用の可否を問題とし、日本民法の解釈として西ドイツ人女の「姓」という涉外婚姻に伴う問題にも同条の適

用がある（同時に、日本人でない者は日本人に固有の氏を称することはできないという日本の行政先例の解釈に従わず……あるいはこれを誤って理解し）として西ドイツ人女の「姓」を確定したのであれば、日本の立場としてこの妻の「姓」の変更について正当なものとして承認・受容することは困難であるといえそうである⁽¹⁰⁾。

そこで、念を入れる意味でこの問題についてのドイツ国際私法の考え方に簡単に触れておくこととする。

ところで、ドイツの国際私法規定は民法施行法（B・G・B・G）の中に置かれているが、同法第14条の規定によれば、次のとおりとされる。

第14条

- (1) ドイツ人たる夫婦相互間の身分上の法律関係は夫婦が外国に住所を有するときでもドイツの法律によってこれを定める。
- (2) 前項の規定にかかわらず夫がドイツ国籍を喪失し妻がこれを保有するときはドイツの法律を適用する。

同条第2項の解釈として、かつては次のように説明された。

「夫婦が最初から同一国籍者でなく、然も妻が婚姻によつて夫の国籍を取得せざりしとき」は、「如何にすべきか。学説判例共に一致しない。或者は当事者双方の本国法を累積適用して夫婦の地位を定むべく、従つて夫婦の一

(10) ドイツ国際私法規定が日本の実体法ではなく第三国の実体法を指定してその実体法を根拠に「姓」の変更を認める場合、これは日本からすればいわゆる「転致」の問題となるのであるからこれを承認しないこととなる。したがって、結局、日本が承認できるのは、ドイツ国際私法がドイツ実体法を指定し、その実体法によつて「姓」の変更があった場合か、日本法に反致して日本民法の解釈としてドイツ人女の「姓」は変更しないとした場合に限定されてしまうであろう。もっとも、世界各国の人の称する「氏名」などというものについては自然法上の当然のものであり、国際私法上の問題として性格決定すべきものではないとする立場——すなわち、フランスにおいてジャン・ポール・サルトル（Jean Paul SARTRE）が日本においてもジャン・ポール・サルトルと認められるかというような問題は、国際私法の問題ではないとする——も考えられ、この立場からすれば前記問題は転致とはならぬであろう。なお、この問題点について澤木・前掲注(2)14～16頁、久保『国際私法概論（改訂版）』106頁（巖松堂、1949年）参照。

なお、間接反致あるいは転致となった場合、日本法はこれを承認しないから、結局本国法の適用ということになることにつき、澤木＝山田編『国際私法講義』41頁（青林書院新社、1970年）参照。

方は自己の本国法が認め且つ他方当事者の本国法がその他方当事者に義務として課するより以上の権利を請求し得ないとなす。反え、他の者は夫を家長として婚姻の効力は夫の本国法に依るとなす。第1項の規定の文言に照し前説の方が規定の精神に適合する。」(外国法典叢書「独逸国際私法」202頁)。

さて、そうなってくるとドイツの婚姻登録簿の記載もドイツ国際私法が本件回答にかかる西ドイツ人女の「姓」についての婚姻の効果として性格決定し、準拠法として日本民法第750条を指定し、その解釈の仕方によってなされたとも考えられないわけでもないようである。

しかし、この点については、1971年5月12日にドイツ連邦通常裁判所において次のような決定がなされている(連邦裁判所民事判例集56・193)のが参考とされなければならない。すなわち、「婚姻当事者の一方がドイツ国籍を有するときは、その婚姻における妻の氏については妻の本国法によりこれを定める。」というのである。そして、西ドイツにおいては上の連邦通常裁判所の判決を契機として、夫婦が相異なる国籍を有する場合の婚姻に伴う妻による氏の使用についての考え方の変更が行われた。すなわち、「ドイツの慣行では、かつて、婚姻中の妻の氏は、婚姻の効力の準拠法たる夫の本国法によって決定されるという原則が行われていたにしても、」上の判決以後においては、「夫婦の一方がドイツ国籍を有する婚姻の場合の妻の氏は、妻の本国法によって定まるという一層柔軟な規則が行われている。」(H・シュトル＝G・ホーロッホ・(大木雅夫訳)「ドイツ連邦共和国における国際私法と民訴法の発展」ジュリスト583号91頁、なお、Raape/Sturme, Internationales Privatrecht, Band I Allgemeine Lehren, 6. Aufl., 1977, S.258 ff) という評価がなされているのである。

上の簡単な検討からもある程度明らかになったように、西ドイツの立場からしても涉外事件となる自国籍人女と日本人男との婚姻に伴う同女の「姓」の問題について、国際私法による指定として自国の婚姻法を選択し、同法に基づいて同女の「姓」が変更しているとして同女の「姓」を婚姻登録簿に記載したものであることがわかったわけである。

そこで、以上の検討を前提に本件回答にかかる照会事例については、ドイツ人女についての「氏名」の変更がドイツ民法第1355条の規定に基づいてなされたことが明らかであるといえるのであるから、日本側においてこれを扱う場合、当然、この結果を受容・承認して差し支えないことになるわけである。

本件回答は、以上のような思考過程を経て出されたものではないかと思われる。

なお、本件回答がいわゆる涉外婚姻に伴う「氏」ないし「姓」の問題については学説上の通説であるいわゆる効果法説に従わず、従来の先例の考え方を踏襲したうえで考えられたものであることは、本件回答の次のような表現に端的にあらわれている。

「本件において、子の母欄に右のように記載するのは、日本人男と外国人女との婚姻後の「氏」につき、これを婚姻の効力に関する問題であるとして、夫婦は法例第14条〔現、法の適用に関する通則法25条〕の指定する夫の本国法である日本民法第750条に基づいて日本人男の「氏」を選択することができるとの解釈によるものではなく、妻の本国法であるドイツ連邦共和国民法第1355条に基づき、夫婦の合意により「婚姻姓」として定めた夫の出生上の姓である「○田」のドイツ連邦共和国における表記方法である「○a○○ta」を日本の戸籍に記載するに当たり、右「○a○○ta」と定めたのは夫の出生上の姓（○田）を選択したものにはほかならないこと、及び本人の希望を考慮して「○田」と表記するものである。」

なお、本件回答についての考慮すべき問題のほとんどが、本件通達と共通するものである。そこで、本件回答についてはこのくらいの記述をするにとどめ、本件通達の検討に際してあわせて検討することとしたい。

四 本件通達の問題点

次に、本件通達について考えていくこととしたい。

本件通達は、前記「本件回答」を前提とし、同回答を導き出すために検討された既述の問題点を踏まえてされたものであり、今後、広く涉外婚姻における当事者の「氏」ないし「姓」についての問題点を考えるに当たっての指導的な先例としての機能を果たしていくものと思われる。

さて、本件通達のもつ問題点ないし理論的な構造は、前記「本件回答」の場合と多分に共通性を有するため、ここで重ねて同一の問題点を検討することはこれを避け、その他の残された諸点について検討しておくこととしたい。

本件通達では、すでに検討しておいたように、前記回答の立場が日本人男と外国人女との婚姻につき、その身分行為に伴う「姓」の問題に関し、通説であるいわゆる効果法説に従わず、その準拠法としては婚姻当事者各人の属

人法たる本国法が指定されるとしたうえ、その本国法を直接の根拠として外国人妻の「姓」が変更している場合、これを日本においても受容・承認するという立場を採用したのであると思われる。本件通達は、この回答の立場を一般化し、日本人と外国人との間に出生した日本人たる嫡出子（準正嫡出子を含む。）について出生の届出人から子の父母欄に記載される外国人たる母（父）の「氏名」については日本人配偶者の氏である漢字を用いて記載して欲しい旨の申出がされた場合（結局、両親の婚姻を通じて外国人が称することになった「姓」ということになるであろう。）、および外国人と婚姻した日本人について身分事項欄に記載される配偶者である外国人の氏については漢字である日本人の氏をもって記載して欲しいという申出がされた場合、当該外国人の姓の変更がその本国法の直接の効果——例えばその実質的要件を定める当該外国人の本国法の規定によりされた婚姻によって相手方たる日本人の氏を選択することが許されている場合——として認められる場合には申出に添った取扱いを認めるものである⁽¹¹⁾。

1 漢字をもって記載する趣旨

本件通達（回答も同じ）においては、既述の諸要件等を充足する場合にあっては、日本人配偶者の氏により漢字で子の父母欄ないし日本人の身分事項欄中の婚姻の相手方である外国人を記載することを認めている。

現行国籍法のように婚姻に伴う国籍変動がないとされる状況下において、夫婦あるいは親子がそれぞれ別個の国籍のまま一家族を構成することが涉外婚姻に伴う現象としてあり得る以上、日本人の戸籍中にその婚姻の相手方あるいは子の父母欄に外国人の「氏名」を記載せざるを得ないといった事態が生じてくるのは当然といえは当然の事態である。かような場合の建前として外国人の氏名を記載するためには片仮名をもって表記するのが原則（漢字国の国民を表示する場合は別である。）であるとされている⁽¹²⁾。

本件通達では、一定の者からの申出があればこれを受けて子の父母欄ある

(11) この問題については前提として、父母の改名届出のあった場合、子の父母欄を更正することは差し支えないとする先例（昭和12年4月7日民事甲371号回答）および父、母の氏が婚姻、離婚その他の事由により変更した場合子の父母欄について申出または職権で更正することは差し支えないとする先例（昭和26年12月20日民事甲2416号回答）が存在する。

(12) 昭和21年11月16日内閣告示第32号

いは婚姻の相手方を表示するにつき外国人を表示する場合であっても漢字である日本人の氏をもって表示することを認めているわけであるが、その趣旨とするところはどうか考えられるべきであろうか。

この点について本件通達の採用している考え方としては次のようなことになるであろうか。

もともと外国人についてこれを日本戸籍において表示するためにはその者が漢字国の国民であり、その氏名が漢字で表記される場合を別としてそれを片仮名で表示するのが原則であることは間違いないといえよう。

さて、本件通達の要件に該当するような場合（外国人につき、その本国法の定めるところにより、日本人との婚姻を契機に日本人たる配偶者の氏を選択するという形態をもってその「姓」の変更があった場合）、変更になった外国人の「姓」がその本国において把握され、あるいは同国において公正証書の原本等への記載がされる場合にあっては、その国の文字、例えばアルファベットの組合せによって把握され、記載されることになるであろう。それは何故にそうなるのかといえば、同国においては、婚姻に伴って選択された配偶者である日本人の氏について、これを本来ならば、そのまま漢字で把握し、漢字で表記したいところであろうが、その表記等の手段がアルファベットしかないためにそうなるのであって、それは日本の戸籍において外国人を表記するには、アルファベットの組合せ等による表記を認めない——つまり、そのような表記方法がない——から片仮名によっているのと同様であるといえよう。

涉外婚姻に伴う氏の問題について、外国人についての準拠法たるその本国法が日本人の氏を選択という手段による外国人当事者の「姓」の変更を認めている場合、その効果を日本においても認めたいとすれば、それを日本の戸籍に表記するに当たり、例外なく片仮名をもって表記せねばならないというのでもどうであろうか。特に、本件通達の対象とする場合にあっては、もともとその「姓」の出处は日本人の氏なのであり、比喩的にいうならば、その日本の氏が外国人に選択されることにより、海を渡って外国において公的に承認されたものであり、同国においてこれを表記の方法がないという技術的理由からアルファベットの組合せにより把握され、記載されているからといって、それが再び海を渡った出处であるはずの日本に帰って把握・表記される際の問題であり、しかも、配偶者たる日本人等が同外国人を表記するに当たって自己の氏をもって漢字で記載して欲しい旨の希望をのべている場合、この事実

とその姓の由来ないしそれがたどった経過等まで考慮したならば、果たして外国人を表記する場合であるからといって絶対に片仮名によらなければならないというのもどうであろうか。疑問の余地なしとはいえないのではなかろうか。

外国人の表記に当たって日本人たる配偶者の氏である漢字を用いて記載して欲しいという希望が出される場合を具体的に考えてみると、その申出の裏には当該外国人が日本人である配偶者およびその子とともに一つの家族を構成し、日本に居住し、あるいは日本とつながりの深い社会の中において生活をしていくといった実体があり、これが考慮されていることが多いであろう。

以上のような諸点を考えると、外国人の称している「姓」の由来、その外国人を構成員とする家族の希望（回答にあつては、当事者の希望を考慮した旨が明記されている。）を考えるなら、あえて片仮名による表示ということにこだわる必要もないといえそうであるところから、当事者の希望するように外国人を表記するに当たって日本人配偶者の氏である漢字をもって記載することを承認することに踏み切ったものであると推測される。ただ、ここで多少の注意を喚起しておきたいのは、ここで漢字である日本人の氏をもって外国人を表示することが許容されている場合にあつても、その外国人の「姓」は、ただ表記上あるいは呼称上、日本人夫ないし妻の氏と一緒にいるだけであつて、それは戸籍法ないし民法上からみるかぎり日本でいう「氏」と評価されないものであるから、民法ないし戸籍法上、日本人配偶者の氏と同一の氏というわけにはいかないのである。これは、従来の先例の考え方に基礎を置く考え方であるが、外国人にあつては日本固有の日本人の「氏」を自己の「氏」とすることはできないのであるが、あえて当事者の希望を考慮する等の諸点から便宜的措置としてかような表記方法を認めたにすぎないということである。

そのことは外国人について、子の父母欄にその記載をする場合にも端的にあらわれてくる。

すなわち、通達によれば、父母欄の記載としては「甲野・マリア」もしくは「マリア・甲野」という振り合いで記載することとされている。つまり、それを具体的にいえば次のようになるわけである（右図参照）。

出生		母	父
昭和五拾六年拾壹月貳日	啓太郎	甲野・マリア	甲野義太郎
		男	長

つまり、日本人同士の間での出生子の場合についていえば、あたかも同一の呼称上の男女間——例えば、鈴木花子と鈴木太郎との間——の非嫡出子のような状態で記載されることとなる（婚姻事項等からそうではないことは明白に読みとれるが……）⁽¹³⁾。

もともと日本人同士の婚姻により出生した子についての父母欄にはまず父欄について父の氏および名を記載し、母欄についてはその父の氏を前提ないし援用することにより、その氏の該当部分を空白としたうえ、名のみを記載する取扱いである。それは、婚姻を通じて夫婦が民法ないし戸籍法上の氏を同一・共通とすることになるわけであるから母を表示するについて前欄で父について記載してある氏をそのまま援用し、これを記載しないことが許容されているのである。

ところが、先に説明したように、日本人は、日本固有の氏をもつところか

(13) 本件回答ないし通達の考え方と共通する理論を展開して同様の結論を導く裁判例がなされている（京都家審昭和55年2月28日家月33巻5号90頁）。この裁判例の考え方でも外国人女についてその「姓」を省略して母欄に記載するかどうかの点では本件回答ないし通達と考えを異にしている。参考のために以下にその一部を示しておこう（仮名使用）。

「そこで、マリアの婚姻後の氏について検討する。渉外関係にある婚姻による氏の問題の準拠法については、争いのあるところであるが、氏の問題は人の独立の人格権たる氏名権の問題として本人の属人法によるべきものと解すべきである。ところが、従来の国際私法上の通説によると、右に関する氏の問題は婚姻の身分的効力の問題として法例第14条〔現、法の適用に関する通則法25条〕により夫の本国法によるものとし、夫が日本人の場合は民法第750条によるべきであるとするが、マリアは上記の人格権説に従い同人の本国法であるスイス民法により申立人の氏を取得したものと解される。」

「氏の制度は各国まちまちであり、国によつては氏の制度がなかつたり、あるいは夫婦別氏の制度をとつていたり、あるいは氏と名の判別しがたい場合も考えられ、それらをすべて探索して外国人の氏の実態を把握することは至難の場合も考えられ、戸籍事務処理上の困難も予想されるところである。したがって、一般的には現在の戸籍実務におけるように婚姻の事実があつても婚姻により氏の変動がないものと処理したり、あるいは公式文書によつて証明されうる漢字を使用している以外の外国については、その記載の表音を単に片仮名で記載する（昭和41年6月3・4日鳥取県戸籍住民登録事務協議会決議、昭和48年7月5・6日長野県戸籍住民基本台帳事務協議会決議）こともやむをえない処理といわねばならない。」

しかし、本件については、マリアはスイス民法に従い夫である申立人の「山本」の氏を取得したものであること、右を受けて、マリアのスイス国における家族簿にはローマ字でヤマモトと記載されたが、右のような記載になつたのは、スイス国においては、日本の漢字を使用することが出来ないためであると解されるところであり、上記事情については申立人提出の資料により容易に確認できるのであるから、このような場合にまで、あえて上記の戸籍実務に従い母氏欄に「ヤマモト」と記載する必要はないものと言わざるをえない。」

ら、外国人はこの氏を称することは不可能であるので、単に当事者の希望を考慮するなどして単なる便宜上の取扱いとしてこれを許容したのであって、その結果、民法ないし戸籍法上の氏までを同一にしたわけにはいかないのであり、父母欄の記載は常にその「氏名」全部を書くことが要求されることになるものである。これは、結局、外国人は、たかだか日本人たる子の父母欄ないし日本人の婚姻の相手方として記載されるだけであって、それ以上に、観念的にも現実的にも日本戸籍中に入り得ないことを暗黙のうちに示していることに他ならないのである。

2 どのように漢字で記載するか

次に、父母欄ないし身分事項欄に記載される外国人の「氏名」については「甲野・マリア」の振り合いで記載してもよいし「マリア・甲野」の振り合いで記載することでも差し支えないとされている。もともと日本人の氏を用いて漢字で外国人の「氏名」を記載することを許容するのも便宜の問題であるが、それならもう一步だけ便宜を認めても差し支えないであろうとの考えのもとに認められたのがこの取扱いである。これも当事者の希望を考慮し、実際上は、その社会生活上の便宜をも考慮し、当事者の希望に従った選択を許容したのである。

ところで、付け加えて説明するならば、日本人の氏である漢字を用いて外国人を表記する趣旨は、先に説明したとおりであり、あくまでも便宜的措置であるところから、次の問題が出てくる。つまり、日本人たる者の配偶者ないし日本人たる者の父または母である外国人は、その本国においては、いかに日本人の氏を選択した結果としてその「姓」の変更が行われたのであるとしても、それをそのまま漢字で表現する手段がないところから必然的に、例えばアルファベットで把握され、記載されることになるが、既述のようにその「姓」の由来はもともと漢字である日本人の氏にあるわけである。そこで、前述した比喩的な説明をもう一度利用するならば、日本固有の「氏」が海を渡って外国にいたりそこでアルファベットの組合せによって把握、記載されても、それがもう一度海を渡って日本に帰ってきて出处である日本で便宜的に漢字での表記が許されたのであるから、それは日本を出ていく前と同じ形態で把握され表記されねばならない。したがって、例えば「長野」という日本人の氏が外国人によって選択され、その本国において「Nagano」と把握・

表記されたものが、再度日本において表記されるときには「永野」であっても「名賀野」であってもいけないのであって、それは「長野」以外の記載としては絶対に許容されないのである。

問題の所在を明確にするためにあえてまわりくどい説明を加えた次第である。

3 父母欄の記載につき対象とされる子はどのような子か

次の問題は、特に子の父母欄の記載に限定した問題ではあるが、その対象とされる子は嫡出子ないし準正嫡出子に限定される。それは、その必要性の程度といった問題はもちろんであるが、現実の問題としてもそうならざるを得ない。

例えば、日本人男と外国人女との間の子についていえば、非嫡出子は、日本国籍を取得しないし、また、胎児認知を受けた場合にあってはそれだけでは外国人母の「姓」についての問題を提起するものではないところから当然といえようし、外国人男と日本人女との間の非嫡出子は、日本国籍を取得するものの、外国人男からの認知を受けただけでは当該外国人自身が漢字である日本人の氏を選択して自己の「姓」を変えることはできないのであるから日本人の氏を用いて自己を表示するための前提を欠くこととなる。また、単に婚姻があったことのみをもって事実上の父子関係が法律上のそれになるものでもないところからその父が父欄に記載されるための要件を欠いているということになるであろう。

4 具体的記載に当たって

本件通達では、考えられる事例のすべてについて検討し、その事例すべてにわたる類型を示しているものではなく、基本となる類型についてのみ具体的な取扱いを示している。その趣旨とするところは、ここに示された類型以外の場合については本件通達に添った取扱いを認めないというのではなく、示された類型を応用ないし活用する余地を認める趣旨であると解して差し支えないであろう。

さて、ここで示されている基本的な類型について簡単に整理しておくこととしよう（「要約表」参照）。

【要約表】

① 子の出生届出の機会に子について	父母欄の記載方のみについての申出	父母欄の記載のみでなく身分事項欄の配偶者の氏名についても更正する
② すでに戸籍に記載された子について	父母欄のみの更正の申出	同上
③ 外国人と婚姻している日本人について	身分事項欄中の外国人たる配偶者の氏名についてのみ更正方の申出	身分事項欄の配偶者の氏名について更正 なお、すでに出生子があり、戸籍記載されているときはその父母欄も更正する

結局、ここでの取扱いの基本的な形態については、それが便宜的な取扱いとはいえ、外国人についてその配偶者である日本人の氏をもって表記することを認めたものではあるが、その取扱いは、これをするならする、しないならしないということで割り切って処理をすることとし、中途半端な取扱いは便宜的措置としても認めないこととしているようである。つまり、上に示した基本的な類型上の処理についていえば、基本的には子の父母欄について漢字により日本人の氏を用いて記載する旨の申出があった場合、その日本人配偶者の婚姻事項中の婚姻の相手方である外国人の「姓」についての更正申出がない場合にあってもこれを日本人配偶者の氏である漢字を用いた「氏名」に更正することとし、また、逆に婚姻の相手方の「氏名」についての申出のみがあった場合についても上の場合と同一の取扱いになるとするものである。

結局、父母欄の記載と日本人たる者の配偶者である外国人についての記載との間に記載の矛盾を生じないことを期待してのことである。

なお、かかる意味からすれば、子の出生前に申出によって日本人たる者の配偶者である外国人の身分事項欄中の同人の記載について日本人配偶者の氏である漢字を用いてその「氏名」が記載され、その後子に出生がありながら、その父母欄について特に記載の申出がされていない場合にあっても当然に外国人の父または母につきその日本人配偶者の氏である漢字を用いて記載されることになるのは当然のことといってもよいであろう。

また、問題の所在は多少異なるかもしれないが、具体的類型としては示されていない一場合として、婚姻届をする際に配偶者となる外国人について日本人の氏である漢字をもって記載して欲しい旨の申出があった場合の措置を

どうするのかといった問題がある。

この場合については、その申出を受けて当初の婚姻事項から外国人について漢字をもって記載することはできないのであって、まず婚姻事項には従来の外国人の「氏名」を記載し、そのうえで外国人の「氏名」について更正して申出人の意向に添う取扱いをすることになる。これは、少なくとも婚姻した当時の外国人の「氏名」は当初の婚姻事項に記載されたとおりでであるのだから当然のことといえれば当然のことといえるであろう。

ところで、先に述べたように便宜は中途半端な形態では認めない趣旨である旨説明したが、ここでもう一つの問題として次の点が考えられる。つまり、一度は日本人配偶者の氏である漢字をもって子の父母欄ないし婚姻事項について記載して欲しい旨の申出をし、その後、片仮名での従前の「氏名」あるいは漢字で書かれた部分について片仮名で記載して欲しい旨の申出あるいは「甲野・マリア」なる表示を「マリア・甲野」に、もしくはその逆を希望する旨の申出があったにしてもこれは許容する余地はないと思われるので十分注意を要するところである。これは、転籍その他の機会に新たな戸籍が編製される場合においても同様であることは当然である。また、すでに本件通達の要件を充足してその「姓」が変更している以上、もとより変更前の「姓」にもどして記載することができないのも当然として、なお、便宜は便宜として中途半端な形態では認めず、また、数回にわたってこれを認めることはしない建前である。結局のところ、当事者の希望は考慮するが、中途半端な形態ないし数度にわたりそれに応じる形態でこの問題を処理した場合、必ず呼称秩序に混乱を生ぜしめるといった事態が出現してくることになり、便宜が弊害をもたらすことにもなりかねないからである。

5 本件通達に基づく申出及び処理等

次に、本件通達に基づく申出をする場合の具体的な方法および処理について簡単に触れておくこととする。本件の通達に基づく申出をする具体的手段は同通達中に示され、前記「要約表」②、③の申出の場合、「書面又は口頭のいずれによつても差し支えないが、口頭により申出があつた場合は、「戸籍訂正書」を作成の上、所要の処理を」することとなる。①の申出の場合にあっては、出生届をする際のことでもあるので出生届書の「その他」欄を用いてこれをするのが相当であるから、この手段をもって本来的なものとし、

また、特に別の書面を作成して申出をした場合についてこれを拒否する必要もないから、②、③の場合と異なって戸籍訂正書まで作成する必要はないが、これによって措置することになる。また、この場合にあつて、口頭による申出のあつた場合には、出生届のその他欄を利用するように指導すべきであろう。

ところで、本件通達の趣旨は、外国人である者が婚姻に伴い、その本国法（結局、本国からみるとその本国の国際私法を通して指定される実体法）により、それを直接の根拠として「姓」の変更のあつた場合、一定の者の申出により、これを戸籍の記載上に反映させるということである。そうすると、この申出をし、この利益を受けようとする者に対し、戸籍管掌者は、その受理に当たり、当該外国人の「姓」が本国の国際私法を通じ自国の実体法が準拠法として指定され、その実体法が日本人の氏を選択するという方法を認め、その具体的手段がとられたために外国人の「姓」がかわっていることを証する資料を提出することを求めてもよいし、また、当該資料が得られない場合にあつては、その受否を決するに際して上の要件の具備を自ら調査しなければならないことになりそうである。

しかしながら、周知のように外国法令、特に国際私法規定についてまで十分な調査をすることは——あるいはその解釈についてまでも調査を要することにもなりかねない——相当な困難を伴うことになる。

そこで、本件通達では上のような法令適用過程を経て外国人の「姓」が変わつたと推認させる書面が提出されれば、これによって適正な法令適用を推定して本件通達にのつとつた処理をすることを許容したものである。しかしながら、この書面の提出があつた場合には上の法令適用の過程があつたことを推認させるだけであるから、かかる書面があつたとしても明らかに上の法令適用の過程を経たものでないことが知られる場合にあつては、この通達による処理をすることはできないのは当然である。

では、ここでいうところの「当該外国人がその本国法に基づく効果として日本人たる配偶者の氏をその姓として称していることを認めるに足りる権限ある本国官憲の作成した証明書等」とは一体どのようなものを予想しているのであろうか。この問題について一般的な断定を加えるのは極めて困難であるが、少なくとも婚姻関係ないし身分関係を証明する権限を有する本国公務員ないしこれに準ずる者の作成する書面であつて、当該外国人自身を直接の

対象とするもの、例えば、当該外国人の父を直接の対象とする書面が提出され、その父に関する書面中に当該外国人がその父の子として記載され、しかもそこでその子である外国人についての記載として日本人の呼称が「姓」として書かれているようないわゆる「間接書面」である場合には不十分であり、本人自身を直接の対象とする書面等であることを要する。ある程度、個別事例ごとに判断せざるを得ないが、少なくとも本人を登録する身分登録簿謄本あるいはこれに準ずるものとして当該外国において婚姻の儀式を司ることが認められている場合における当該牧師の作成する「婚姻登録簿」中には、当該外国人が日本人の氏を『婚姻姓』として選択したため、その姓をもって当該記載されている旨の証明書等がこれに該当するということは間違いなくいえるであろう。

次に、我が国の在外公館を通じて本籍地市町村長宛に送付されるこの種の申出の処理について簡単に触れておくこととする。

法の立場からすると我が国在外公館の大使、公使または領事が外国における各種届出について国内における市町村長と同一の役割を果たしていることになる（戸籍法40条）。

そこで、在外公館から本籍地市町村長宛送付される本件の申出についても、その受理要件の有無は在外公館において審査済みということにもなりそうである。現に、昭和55年9月11日民二第5397号回答によれば、法務省民事局第二課長から外務大臣官房領事移住部領事第二課長宛に日本人男とニュージーランド人女との婚姻に関し、婚姻後、外国人妻の「姓」を日本人男の氏で記載することの申出があった場合には、「当該婚姻に際し、ニュージーランド人妻が婚姻姓として日本人夫の氏を選択することを認める同国の実体法を準拠法として指定する同国の国際私法規定をも在ニュージーランド大使をして調査報告させ、申出人をして母欄更正の申出書の「申出の事由」欄にこれを記載させる措置をと」り、さらに、ニュー・ジーランド「国戸籍本庁の担当官又は婚姻登録官あるいは同国婚姻法の規定に基づく司祭牧師が発行する、「婚姻によつてニュー・ジーランド人妻が日本人夫の姓「カネコ」を名乗ることが認められ」、「登録簿に」その旨「登録されている旨の証明書」を「同申出書に添付させて受け付ける」こととし、なお、これが得られぬ場合、同女が、「日本人夫の姓を名乗ることを認めた同国の準拠法令のその名称及び当該関連条項（外国文の場合は和訳を添付させる）を、同大使館に調査させ報告

せしめ」,「申出書の「申出の事由」欄には,その理由として準拠法令名及びその該当条項を申出人に記入させる」。「申出人において上記」の証明書入手が困難な場合は,申出書の添付書類欄に同証明入手困難な理由を記載せしめた上で,当該人が所持する日本人夫の姓「をもつて記入された同国人名義の旅券の写(原本と照合済の旨を記入し同大使館担当官が捺印)を申出書に添付させ,上記」の調査結果と併せ送付報告せしめる」ということが求められているところから⁽¹⁴⁾,在外公館において相当慎重な審査がされることは期待されるが,さればとって,何らの根拠書面もなく,送付された申出書だけでこれを無条件で戸籍記載に反映させることには問題の余地が存する。

そこで,かように在外公館より送付せられた申出書についてはさきの二課長回答で要求されている関係資料の添付があるものとはともかくとして,少なくとも本件通達の要求する書面等が添付され,これによって戸籍記載しても差し支えないとの判断に達し得る場合にのみこれを処理するのが相当といえよう。

最後に,この申出の申出人について簡単に触れておくこととする。

前掲『要約表』によって説明すれば,①の場合については出生の届出人⁽¹⁵⁾にその資格が認められる。②の場合については当該嫡出子(準正嫡出子を含む),その法定代理人および出生の届出人がこれに該当する。③の場合には,当該外国人と婚姻した日本人配偶者となる。

結局,前述したように,父母欄の記載と日本人たる者の配偶者の記載とを一致させようとする基本的態度があるために父母欄に関する申出人と配偶者に関する申出人のそれぞれについて,その一方の申出資格があればその者は結局のところ双方についての申出資格を認められることになる。

なお,既述したところの父母欄の記載と日本人たる者の婚姻事項中の配偶者の記載についての相互の矛盾なき関連性の問題,すなわち,少なくともその一方の事項についての申出だけで他方の事項も更正できるのは同一戸籍内の場合だけであって,問題となる婚姻の相手方の記載の部分と父母欄とが別個の戸籍中にある場合,(外国人妻が日本人夫と死別し,前夫との子を残して他の日本人と再婚し,その日本人夫からその婚姻事項中の妻の「姓」についての更正申出のあ

(14) 同先例の詳細については「戸籍」436号53頁を参照されたい。

(15) 外国人母が出生の届出人となり得るかの問題につき,田代有嗣『国籍法逐条解説』575頁(日本加除出版,1974年)参照。

たような場合) それだけで自動的に他戸籍(この場合でいえば子の母欄)まで更正されることにならないのは当然であろう。

【補注事項】

◎補注 1

ここで「西ドイツ」との表現をしているが、西ドイツ (Westdeutschland) は、1949年5月23日から1990年10月3日までのドイツ連邦共和国の通称であり、ドイツ民主共和国 (東ドイツ) と対峙する分断国家だったが、1990年10月3日、ドイツ民主共和国を併合する東西ドイツ統一により、この通称は使われなくなった。しかし、本論文においてはいわゆる論理の問題としてはこのことが決定的な影響を及ぼすものではないところから、この論文の発表当時の表記をそのまま用いることとした。また本文中で言及される「法例」はその後の法改正を受けて「法の適用に関する通則法」となったが、条文の規定するところに変更がないところからこれについてもあえて訂正することなく発表当時のままにとどめた。

◎補注 2

昭和55年8月27日民二第5218号通達は、その後、平成13年6月15日民一第1544号通達により、一部変更され、『「甲野・マリア」もしくは「マリア・甲野」(又は「甲野・ウィリアム」もしくは「ウィリアム・甲野」)』は、『「甲野，マリア」(または「甲野，ウィリアム」)』とすることが戸籍法第3条第1項の処理基準とされた。

◎補注 3

本通達の後には戸籍法の改正が行われ、外国人との婚姻をした日本人が外国人の氏を称することができる旨の戸籍法の改正がされている。この改正についての意義と問題点について論じたものが、本論文集第7論文の「法改正と解釈の確定について」である。

法改正と解釈の確定について ——呼称上の氏の議論を通じて——

一 問題の所在

法律制度に関して従来からなされていたある学説上の議論が、その法律制度についての改正がなされることによってその意味が失われることがあることは否定することができない。また、そこまではいえないにしろ、これに関する従来からの議論に決着がつけられるということになる場合もあり得る。その法改正が直接的・断定的に明白な形で従来からの議論に決着をつけさせる場合と、表面上から簡単にはわからないものの実質的にはその法改正が、その議論がされている問題について、ある一定の立場を承認・支持し、これを前提としてなされたと判断され、これが故に従来からの議論に終止符が打たれるとさえいえるような場合もあり得るように思われる。

そこで、ここでは従来から議論があるいわゆる「呼称上の氏」という問題について、その概念を明らかにするとともに、これに関連する最近の法改正が先に指摘した後者の意味において、実質的にはこの呼称上の氏をめぐる問題についての一定の立場を採用してなされているということを紹介することにした。

具体的には以下において明らかにしていくが、この「呼称上の氏」という観念は従来から戸籍実務にあってこれを指導する一つの原理として使用されてきていた。そこにおいては、各種行政先例がこれを承認することを前提とする立場で存在し、同時に法務省令である戸籍法施行規則などにおいても「呼称上の氏」を肯定する立場での規定と判断されるものが存在していた。このような中で順次、氏に関連する新たな制度が創設され、特に昭和59年の戸籍法第107条の改正（2ないし4項の新設）にいたって立法がゆるがすことができないような形で「呼称上の氏」という概念が認められたといわざるを得ない

状態にいたるのである。ここではその過程の展開を紹介していくことにする。

二 氏の性格と機能

「氏」とはいかなるものかという問題については古くから多くの議論がされてきたところである⁽¹⁾。この氏の機能としては、「戸籍上、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ものである（戸籍法6条）」（田代有嗣監修・高妻新著『新版体系・戸籍用語事典』184頁以下〔日本加除出版1992年〕）というような説明がなされている。つまり、氏には単に個人を特定するための呼称としてのそれと、個人をいずれの戸籍に記載するかを決める基準となるそれとがあるということになるようである。現に戸籍実務上では、その変動が直接戸籍の変動と結びつくいわゆる「民法上の氏」と、戸籍の変動に関係しない「呼称上の氏」とを認め、この区別を前提として戸籍実務を運用してきている（呼称上の氏という概念が主張されはじめた時期は明らかではないが、現行戸籍法制定直後に刊行された戸籍法解説書において既に主張され、これが現在にいたるまで一貫して戸籍の実務を支配してきている〔昭和26年発行の青木義人『戸籍法』359頁（日本評論社）参照〕⁽²⁾。

もちろん、このように「氏」について、これを「民法上の氏」と「呼称上の氏」とに分類し、これによって戸籍実務上の取扱いに差異を設けようとすることへの批判があることは当然であり、そのような立場にも相当の理由があるということができよう⁽³⁾。しかしながら、現実に戸籍実務の運用に際してはこのような取扱いがされ、しかもそれがかなり重要な意味をもっているということが否定できない以上、この氏の区分を無視することはできないで

(1) 氏の性格については多くの議論があるが、さしあたり文献としては、とりあえず唄孝一「氏をどう考えるか」私法17号96頁以下、黒木三郎『注釈民法20』318頁（有斐閣・1966年）などを挙げておくこととするが、ここでは検討する余裕がない。なお、従来からの議論を要領よくまとめているものに久貴忠彦『親族法』365頁（日本評論社・1984年）がある。

(2) 呼称上の氏というのは、その「変更が身分の変動や効果と一切無関係であることを示そうとする」ものであるという簡潔な表現がされている（久貴・前注(1)317頁）。

古くは、明治31年式戸籍法に関し、氏の変更につき「氏ノ改稱又ハ復舊トハ他ノ家ニ轉屬セシ為メ其結果トシテ其入リタル家ノ氏ヲ稱スル場合ヲ指スニアラス家ニ變更ナクシテ任意ニ氏ヲ變更スル場合ヲ謂フ」（島田鐵吉『戸籍法』263頁以下〔法政大学出版・1908年〕）とされ、当時から家（現行法に置き換えれば「氏」）の変動を伴わない氏変更があると理解され、その意味ではこれを「呼称上の氏」の変更と呼ぶかどうかは別として直接に戸籍の変動を伴わないいわゆる「氏の変更が認識されていた」といえる。

あろう。ところで「民法上の氏」であっても、①婚姻などの身分行為によって氏の変動が生じてくる場合、②民法第791条の規定によって子の氏変更がされる場合、③配偶者の死亡後の生存配偶者の復氏による氏変更などの場合がある。そして、これの原則ないし基準となるものに、「親子同氏の原則」、「夫婦同氏の原則」および「同戸籍者同氏の原則」が存在している⁽⁴⁾。このような民法上の氏については、旧法時代においては「家」制度とのかかわりから、氏は「家」の氏ということにされていたから（旧法746条）、民法上の氏の取得や変更ということは、「家」への出入（入家・去家）を意味することとされていたとあってよいであろう。ところが、現行法においては、民法上の氏の変動といっても単に戸籍の変動の原因ということにとどまり、実体的な権利義務には何らの影響を及ぼさないこととされている（例外として、民法769条、751条、817条の問題がある）。

氏について呼称上の氏と民法上の氏とを区分したが、さらに分類をするならば、民法上の氏の場合であっても、前記の①などのように氏の変動というものが戸籍の変動につながると同時にその身分関係や権利関係に影響するものという類型と、前記の②や③などのようにその変動は直接戸籍の変動につながるものではあるが、身分関係や権利関係については一切関係をもたないような類型とがあり、このことからすると民法上の氏についても性格を異にする二類型があるということができよう⁽⁵⁾。

三 氏変更と呼称上の氏

「呼称上の氏」は、後にも検討するように「民法上の氏」とはかなり性格を異にする独自の存在であるが、これが問題として議論される場面はかつては非常に少なかった。それはわずかに戸籍法第107条（旧規定）における氏の変更に関連し、ここでの氏変更は民法上の氏変更ではなく、単なる呼称上の氏の変更にすぎないという議論がされるだけであったといってもよいである

(3) 例えば、島津一郎「氏の同一性について」中川善之助編『法律学演習講座』全訂民法（下）35頁（青林書院・1957年）、沼辺愛一『注釈民法22の1』389頁（有斐閣・1971年）、中川善之助『新訂親族法』639～640頁（青林書院・1965年）、島田充子『「氏の変更」雑考』判タ516号68頁（1984年）など。

(4) この問題については、いわゆる「夫婦別姓論」に関する立法がされることによって異なった原理がとりこまれる可能性が強いことを指摘しておく。

(5) 谷口知平『第3版戸籍法』281頁（有斐閣・1986年）。

う（もちろん、観念的には他にも議論の余地があったが、実務上に影響を及ぼす程度においては議論されていなかったという趣旨である。なお、後述の日本人との婚姻をした外国人の氏についての問題参照）。

そこで、この氏変更の問題をめぐる戸籍実務上での取扱いとしては、氏変更の審判に基づく届出がされた場合には、新戸籍を編製することなく、従前戸籍の戸籍事項欄に所要の記載をし、筆頭者氏名欄の筆頭者の氏に変更を加えるにすぎないこととされる（戸籍法施行規則34条2号）。また、氏の変更がされる前に婚姻などの身分行為によって従前戸籍から除籍され、他の戸籍に入籍して民法上の氏を変更していた者が、離婚などの事由によって従前戸籍に復籍する場合には、氏変更の処理を受けた従前戸籍に変更後の氏で当然復籍をするという取扱いとされている（昭和23年1月13日民事甲17号通達）。

このような戸籍実務の取扱いは、氏変更がされた場合であっても呼称上の氏に変更があるだけで、戸籍に変動を生ぜしめる民法上の氏には変更は生じないということを前提とした取扱いであるということが明白となっているといえよう⁽⁶⁾。

また、戸籍実務の取扱いとして特殊の問題としては日本人と婚姻をした外国人の氏についての問題がある。従来からの戸籍実務の取扱いは、外国人については日本人と同様の民法上の氏はないから、涉外婚姻については婚姻の効力としての民法第750条の適用をすることはできないことを前提として、同条を適用することによって夫婦の同氏を実現することはできないが、便宜上の措置として外国人が同人の本国法適用の効果として日本人配偶者の氏を称することになっているならば、これを呼称上の氏として称することができ、戸籍上（配偶者氏名欄）に漢字で記載することができるという取扱いをしてきた（昭和55年8月27日民二5218号局長通達）。これもまた、外国人は呼称上の氏を称することはできるが、民法上の氏をもつことはあり得ないという前提をもとに民法上の氏と呼称上の氏とが使い分けられた場合であるということができようか⁽⁷⁾。

(6) もっとも、呼称上の氏という問題について、この氏変更の審判がされた場合に戸籍法（旧107条）が問題となるだけの時代であれば戸籍法施行規則ないし戸籍先例による戸籍の取扱いがそうだからといっても、氏変更による場合が単なる「呼称上の氏の変更」であるにすぎないと解さなければならぬ必然性はなかったといえることができる。

四 立法による新たな問題点の出現

わずかに「氏の変更は呼称上の氏の変更である」とされる程度の問題が議論されている段階であればことはそれほどに問題ではなかったともいえる。しかし、その後に次々になされた立法が呼称上の氏をめぐる様々な問題を引き起こすことになる。

まず、最初に問題とされなければならないのは昭和51年に法改正され、新たに創設された離婚の際の氏を称する届出の制度（民法767条2項，戸籍法77条の2）がそれである（昭和62年には離縁の際の氏を称する届出の制度が新たに創設され〔民法816条2項，戸籍法73条の2〕，同一の問題が生じているが，離婚の際の氏を称する届出と性格を一にするものであるから，特にこれに触れない）。

離婚の際の氏を称する届出をめぐるいろいろな問題点があるが，この立法過程については立法担当者の手により詳しく書き残されている（千種秀夫「民法等の一部を改正する法律の解説〔一〕」法曹時報28巻9号1頁以下（1976年））。これによれば「離婚による復氏の原則を維持しながらも，離婚後も引き続き婚姻中の氏を称しようとする者に，一定の条件のもとに婚姻中の氏を称することができるようにした」のであり（千種・前掲論文2頁），ここで称される氏はいわゆる呼称としての氏であって民法上の氏は婚姻前の氏に復しているというのである⁽⁸⁾。

ちなみにここで離婚の際の氏を称する届出がされた場合における戸籍上の取扱いを説明しておくこととする。

離婚届とともに届出がされた場合には復籍の処置をとることなく，いきなり離婚当時の氏で新戸籍を編製するが（戸籍法19条3項），離婚届出後にこの届出がされた場合には復籍戸籍に同籍者がある場合と否とで取扱いが異なる。つまり，復籍者が復籍戸籍の筆頭者でない場合または筆頭者であるが同籍者

(7) この問題については，山川一陽「国際婚姻に伴う「氏」の変動について一昭和55年8月27日民二第5217号回答，同日民二第5218号通達を通して一」民事月報35巻12号3頁以下参照。

なお，その後の立法によりこの取扱いが「呼称上の氏」概念を前提とした取扱いであることが確定していく。

(8) この点については当時の法務省民事局長の参議院法務委員会での答弁においてその趣旨が明確にされている。これにつき，千種秀夫「民法等の一部を改正する法律の解説〔一〕」法曹時報28巻9号1頁以下（1976年）参照。

である子がある場合には、この氏変更は届出者の個人的事由であるところから、その効力は同籍者に及ばず、そのために復籍者については離婚の際の氏で単身の新戸籍が編製される（戸籍法19条3項）。しかし、同籍者がいない場合には復籍戸籍についてちょうど前記戸籍法第107条の氏変更がされた場合と同様の処置をすることとされている⁽⁹⁾。

以上の離婚の際の氏を称する届出に伴う戸籍事務の取扱いは疑いもなく、立法担当者の解釈に従ったものであり、この届出による氏は民法上の氏は復氏しているが呼称上の氏は離婚の際のそれを称しているということを前提とするものである⁽¹⁰⁾。

ところで、「呼称上の氏」という概念が戸籍実務の中から生じてきたものであり、民法自体の規定にこれを認めなければならない必然性がないということをも前提とし、前記改正である「離婚の際の氏を称する届出」制度の改正が戸籍法の改正という形をとらず、民法自体の改正によって規定されたところから、呼称上の氏という概念を知らない民法の改正による氏はやはり「民法上の氏」であるはずだという考え方があり得るであろう。もっとも、前記説明のように立法担当者の解説によれば、離婚の際の氏を称している者は既に民法上の氏は婚姻前の氏に復している（民法767条2項の規定は「婚姻前の氏に復した夫又は妻は……離婚の際に称していた氏を称することができる」との規定の文言も関係する）のであり、むしろ、この改正によって民法が従来戸籍法において問題とされていた呼称上の氏というものを認知したものであると理解することができよう⁽¹¹⁾。

五 裁判例による認知

いずれにしてもいわゆる離婚の際に称していた氏を称する届出についての

(9) このような取扱いについては昭和51年5月31日民二第3233号通達、昭和62年10月1日民二第5000号通達参照。

(10) このような扱いは氏の変更が直接に戸籍の変動に影響をしない場合であるから民法上の氏変更とならず呼称上の氏変更となることを前提としての取扱いであるということとなる。

(11) このあたりの問題や「離婚の際に称していた氏を称する届出」制度の立法の趣旨および立法過程については、山川一陽「離婚の際に称していた氏を称した妻と氏の変更—戸籍実務の立場を中心として—」細川清＝海老原良宗編『家族法と戸籍—その現在及び将来—』301頁以下（テイハン、1986年）参照。

立法担当者の見解は後に裁判例においても採用・肯定されている。東京高決昭和54年9月14日（家月31巻11号85頁）がその裁判例である。

この事件は、離婚の際に称していた氏を称する届出をしてその氏を称した女性が、民法第791条第1項の規定による許可を受けて戸籍法第98条による入籍届をしたところ、この届出が不受理処分を受けたことから始まった事件である。つまり、この女性から戸籍法第118条〔現121条〕の規定による市町村長の処分に対する不服申立てを受けた静岡家庭裁判所においては「離婚により婚姻前の氏に復した後民法767条2項により婚姻前の氏と呼称を異にする『離婚の際に称していた氏』を称した者は、婚姻前の氏を父又は母が称しているときは、民法791条1項の規定による子の氏変更の手續により婚姻前の氏を称することができる」との審判がなされた（静岡家審昭和54年4月13日家月31巻11号91頁）。しかしながら、前記立法担当者の意見は、これとは異なり、離婚当時の氏を称した者は既に民法上の氏は父母と同一になっているという理論であるところから、これと異なる原審判断について高等裁判所の判断があおがれたものであるが、ここにおいては立法担当者の意見がそのまま採用され、このような者においては既に民法上の氏は復氏しているのであり、父母と氏を同じくするものであるということが認められるとして申立人の申立ては棄却されるにいたった。つまり、離婚の際に称していた氏を称している者は民法上の氏は既に復氏しているのであり、民法第791条第1項によるための前提を欠いているということになるのである。

このようにいわゆる離婚の際に称していた氏を称した者の氏は既に当然復氏の原則によって民法上の氏は婚姻前の氏に復しており、呼称上の氏のみが離婚の際に称していた氏となっているにすぎないという見解が採用されたわけである。したがって、このような立場に立った者としては当該呼称上の氏を変更するについてはどうしても戸籍法第107条第1項の規定によってその呼称上の氏を変更するという手段にたよるより方法がないということになるか。もっとも、そのためには、「やむを得ない事由」が必要とされるのは当然であるが⁽¹²⁾。

(12) このあたりの問題につき、山川・前掲注(11)314頁以下参照。なお、離婚の際の氏を称する届出制度の新設が戸籍法第107条第1項にいう「やむを得ない事由」について緩やかに解する方向をとることとなったことにつき同論文310頁以下参照。

六 立法による発展

その後の氏に関する立法は、戸籍法第107条にかかわるものがこの問題について大きな影響をもつこととなる。

昭和59年にされた戸籍法第107条に関する改正がそれである。ここでは従来は第1項で氏の変更を、第2項では名の変更を規定していたものが、名の変更については新たに第107条の2の規定によることとし、氏の変更については第1項から第4項までの規定が設けられることになった。その第2項から第4項までは外国人と婚姻した日本人の氏変更についての規定であり、これは前記のように日本人と外国人との婚姻という涉外婚姻については民法第750条の規定を適用することはできるのかという国際私法上の問題に関し、これを否定するという従来からの戸籍実務上の取扱いを前提として規定されたものである。つまり、この改正は、①外国人と婚姻した者が外国人の呼称上の氏を称する制度の新設（2項）、②外国人と婚姻して前記により外国人の氏を称した者が離婚の際に実方の氏を称することができるという制度の新設（3項）、③外国人と婚姻した親から当該婚姻によって生まれた子自身が日本人親が外国人配偶者の称している氏を称しようとしないうちから自ら外国人親の称している氏を称する制度の新設（4項）がそれである。

ここでの立法の前提は、あくまでも外国人の氏はいわゆる呼称上の氏であり、外国人と婚姻した日本人の生活上の便宜などを考慮したものである。つまり、この問題については国際私法上の争いがあるところであるが、この戸籍法の改正は、この問題に関しての立法による解釈をしていることになる。つまり、外国人が称している氏は民法上の氏ではないから、民法第750条の適用の前提を欠くと判断し、戸籍法第107条第2項の規定が、外国人と婚姻した日本人の社会生活上の便宜から家庭裁判所の許可を介在させることなく特に外国人の称している氏を称する制度を設けたものと理解することになる（もちろんこの氏を民法上の氏とはみないということから戸籍の変動はない）。この場合の戸籍上の処理をみても、このような外国人の氏を称する届出は届出人個人の問題であり、それだけに同籍者があっても、これに影響を及ぼすことはないこととされている。したがって同籍者がある場合には新戸籍を編製するという取扱いとされる（子が同籍者であっても事情は同様であるが、子はこのような場合にも外国人の氏を称した親と民法上の氏を同一にすることから同籍をするための

入籍届によって外国人の氏を称した親と同籍をすることが認められている)。また戸籍法第107条第3項においては同条第2項の規定によって外国人の氏を称している者が離婚や婚姻取消しなどによっては当然復氏とならないことを前提として(その意味では、ここでも外国人との離婚などについては民法767条などの規定が外国人の称している氏が民法上の氏ではないとして適用の前提を欠くとされる)戸籍法第107条第3項の改正によって戸籍法第107条第2項の規定による外国人の氏を称しているものは離婚、婚姻取消し、配偶者の死亡などから3か月内の限定はあるが家庭裁判所の許可を経ることなく届出のみによって婚姻前の氏に再変更をすることができることになる。もちろん、この場合の変更は呼称上の氏変更であって、民法上のそれではないところから戸籍の変動を伴わないし、この適用を受けるのは戸籍法第107条第2項の手続による外国人の氏を称している者に限定され、このような者が外国人との婚姻継続中には同条第1項の規定による氏変更手続を経ないと従前の氏を称することはできないことになる。戸籍法第107条第4項の規定による場合は、戸籍の筆頭者またはその配偶者以外の者で、外国人である父または母の一方が称している氏に変更しようとする場合には、家庭裁判所の許可を得ることによって可能とされている。本項は、日本人が婚姻した外国人の氏を称しようとしなない場合、当該婚姻から生まれた嫡出子や、外国人と日本人女との間で生まれた非嫡出子についての認知がされたような場合に適用されるが、この改正においても外国人の称する氏は呼称上の氏であるということが前提とされている。

いずれにしろ、外国人との身分行為などを通じて生じてくる問題を解決するために戸籍法第107条についてされた改正は、これが民法上の氏変更ではなく、呼称上の氏変更にすぎないことを明白とした。そして、このことは遡って戸籍法第107条第1項の氏変更についても、そこでの氏変更が民法上の氏変更ではなく、呼称上の氏の変更であるとの解釈を余儀なくさせることになる。およそ氏の変更について戸籍法第107条第1項のみが存在するにすぎなかった際にはこの変更を呼称上の氏変更とみなしなければならないという必然性はなかった。戸籍実務という行政上の先例により行われるものが氏変更の場合の取扱いを呼称上の氏変更として扱っているにしても、戸籍法施行規則におけるそれが同様の状態であっても、戸籍法ましてや民法の前提とするものが呼称上の氏を認めていると断言することはできないであろう。しかし、戸籍法第107条の改正がなされ、ここにおいて同条に設けられた第2ないし第

4項の規定を同時に考慮すると同条第1項のそれが呼称上の氏変更であるということも動かすことのできない解釈とされてしまったとすることができるであろう。特に外国人の氏を称した者が離婚などによっても当然復氏をしないで、特に希望によってその日から3か月以内に限定して家庭裁判所の許可という手続を経ることなしに従前の氏に変更することができるとしていることが、外国人の称している氏が民法上の氏ではないということの特に明白としているとすることができよう（婚姻によって外国人配偶者の氏を称することを認めながら、この氏を民法上の氏と認めないから離婚などの場合についても民法767条は適用の前提を欠いて適用にならないと理解されている）。

七 呼称上の氏の再検討

「呼称上の氏」という問題を通じて様々な角度から検討を続けてきた。しかしながら、現行戸籍制度との関係から判断をするかぎり「呼称上の氏」という観念を認め、これを通じて諸問題を考えるのが理論的にも無難であるということができる。つまり、永久的な形としてそれがよいというのではなく、当面のところ、現行制度を考えるについて全体的に比較的矛盾することなく説明する手段としては「呼称上の氏」の観念を持ち込むことが一番穏当であろうということが指摘できよう。また、同時に、この観念を活用することにより呼称秩序の維持を前提としての個人の呼称の自由の範囲を拡大し、呼称における意思の尊重がはかられる結果となるように思われるのである⁽¹³⁾。確かに、氏の制度を考えるについて「呼称上の氏」というような観念を持ち込むことはいたずらに氏に混乱をもたらす、いわゆる氏の二重性ということを生ぜしめて好ましくないとの指摘もある。しかし、氏には、その変動が直接に戸籍の変動をもたらすものと、戸籍の変動には直接かかわりがないものがあり、この両者が基本的な性格を異にしていることも確かである。確かに呼称上の氏という観念を持ち込むことが氏に複雑化をもたらすことは否定できない。しかし、翻って考えてみれば、現行の氏制度を考えるについては、やはり性格の異なるものについて、これを異なった扱いをすることこそ必要であって、氏に関する複雑性をもたらさないようにという配慮から、その差異に目をつぶることはかえって氏の性格を不明確なものとするということになると

(13) この問題については山川・前掲注(11)297頁以下参照。

いえるであろう。

現在は、ある意味で家族法が一つの過渡期を迎えている時期ということもいえるであろう。その意味では氏についても過去におけるのとはまた違った角度から考えられ、検討されてしかるべきであるということもできよう。いずれにしても最初にも述べたように「氏」の議論は戸籍の議論でもある。したがって、戸籍というものもここでひとまずの検討を経なければならない状態にあることは否定することができないであろう。しかし、ここにあっても、戸籍というものが永年にわたって果たしてきた機能ないし役割については十分に考えることも必要であるといえよう。戸籍制度というものを考えるにあたっては、戸籍の基本ルールを破壊することについてはまだ十分に慎重であるべきであろう。その意味からすれば、新たな家族法や戸籍のもとにあっても、この呼称上の氏の観念を用いることによって戸籍の基本ルールを維持するという点については大いに誘惑を感じるころではある。しかし、この極めて戸籍技術的かつ複雑な呼称上の氏という概念にこだわるあまり、家族法ないし戸籍制度の向かうべき方向を見失ってはならない。

多少、今回とりあげ、議論してきた問題とは離れるものの関連する問題として考えておきたいところである。

八 最後に

およそ立法は妥協であるし、純粹の論理だけで行われるものでもないことは当然であろう。その意味でここにとりあげた一連の改正法規は背後に永年培われてきた様々な問題を抱えている存在である。このような意味から、ここに示した問題を前提にこれからの新しい家族法の進む方向を見定めておきたいところである。

一つの立法の結果、万巻の書物が反古となるというのがキルヒマン (Julius H.Kirchmann, 1802~1884) の言葉であるが、ここで眺めた問題はそれほど大きな問題ではない。見方によれば「重箱の角をつつく」ような小さな問題かもしれない。しかし、また見方を変えれば、氏の問題は戸籍の基本にかかる問題であり、容易に無視し難いところをもつということができよう。

日本の協議離婚について

一 離婚——その歴史的発展

諸外国，特に欧米諸国における離婚（広い意味では婚姻という制度）は，大かた少なかた宗教的な色彩を強く帯びていたといつてよいであろう。したがつて，欧米諸国における離婚がわが国における協議離婚のように，当事者の意思の合致のみによつて容易にすることができるというような制度を採用してこなかつた理由が，ここに求めることができるように思われる。一方，わが国における離婚制度においては真の意味では宗教的な色彩をほとんどもたなかつたといつてよいであろう。そこで，後に検討される全くの当事者の意思のみによつてすることができる協議離婚の問題点として出現してくるわが国における問題は，欧米における問題とはかなり異なり，宗教的な問題からくるものではなかつたということとなろう。

いずれにしても，わが国において，離婚については古く養老令・大宝令においてとられていた「七出三不去」の制度においては夫の側からする一方的離婚であつたといわれる（棄妻主義）。これは離婚原因として七出の状が要求され（その意味では無理由の離婚ではなく離婚原因が要求されたといつてことができる），一方的離婚を許さない三不去の事由が要求されるというものであつたが，これが徳川時代にいたるまでの間にさらに極端なものへと発展した。この時代の庶民の離婚における「三行半」の制度はよく知られているし（これは同時に妻への再婚許可状でもあつたことに注意），また，妻の側からする対抗手段として，この時代におけるいわゆる駆込寺としての鎌倉の東慶寺や伊勢崎の満徳寺などが有名であつた。いずれにしてもこれらの制度は夫からの一方的離婚を前提とするものであつたといつてよいであろう。

わが国において，妻からの離婚請求がはじめて認められたのが明治6年

(1873年) 5月5日の太政官布告162号であったとされる(これによって妻側からする裁判上の離婚請求が認められるようになった)。

次いで、旧民法(1890年公布)において夫の専制的な単意離婚を廃止し離婚手続として協議離婚制度を認めるようになる。わが国における立法作業は当時のフランス法の影響を受けながらのものであったが、いわゆる家族法の規定に関しては日本人の手になったものともいわれ、それだけに日本独自の性格をもったものとなった。

この旧民法は制定公布されたものの、結局は施行されることなく、やがて再検討の結果として旧法(1898年公布)が制定されることとなるが、ここにおいては旧民法で認めた協議離婚制度はそのまま採用され、規定されることとなった。旧法は、離婚制度として協議離婚、裁判離婚の二つを認めるようになる⁽¹⁾。

現行法においては以上の二つの離婚手続の他に家事審判法が調停による離婚と審判による離婚を創設した。いずれにしろ、離婚制度は時代により、また国民性により大変な相違があるが、わが国においては、夫婦の協議による離婚(民法763条)、調停離婚(家事審判法18条)[現・家事事件手続法257条]、審判離婚(同法24条)[現・家事審判手続法284条]および判決離婚(民法770条)の4種類の離婚方法が認められているが、この調停離婚、審判離婚についても広い意味では協議離婚の類型に属すると理解されているとあってよいであろう(鈴木祿弥=唄孝一編『人事法I』198頁~199頁(有斐閣, 1980年)参照。調停にしろ審判にしろこれによる離婚は届出をまたずに離婚が成立するという点では協議離婚とは異なっているが、基本的には当事者の合意が最終的には基礎となる点は協議離婚と同様である)。

二 協議離婚

夫婦はその協議によって離婚することができ、協議さえととのえば特別の離婚原因がなく離婚することが可能であるとされる(民法763条)。これが、わが国における協議離婚であり、純粹に当事者の協議(離婚意思の合致)のみ

(1) 旧法において協議離婚についての規定が成立するに際して当事者の離婚意思の確保ないし確認を一体どうするかについての問題があった。当初の提案は、戸籍吏においては、この届出が当事者の真意によるものであることを確認したうえでないと届出の受理をしてはならないという規定を置くことが検討の対象とされており、これが前提となって、協議離婚制度が考えられていたとあってよいようである。

によって離婚が認められるという意味において、欧米諸国にはみられない独特のものであり、その評価としても、これに高い評価を与えるものから、いわゆる追出離婚の元凶となるとしてその廃止を主張するものまでさまざまあるといえよう。いずれにしても、わが国における協議離婚という制度が宿命的にもつ問題点は、確かに当事者の自由な意思のみによる離婚が認められるという点において近代的であるということができるが、その反面、実は、当事者の自由意思といいながら、その美名の陰に意思の制圧や極端な場合には離婚届書類の偽造などによる自由意思を装うものが隠されているのではないかという点である⁽²⁾。

また、協議離婚をめぐる現実問題として、わが国における離婚形態として、協議離婚こそ、その利用率の一番高い制度であるということができ、全離婚率にあって90%前後の利用率を占めている。ここに参考のために最近までの離婚制度の利用率を示しておくこととしたい（下表参照）。

〈離婚件数の変遷〉

	離婚件数	協議離婚	調停離婚	審判離婚	判決離婚
昭和10年	47,721(100)	47,329(99.2)	………	………	392(0.8)
15	47,804(100)	47,439(99.2)	………	………	365(0.8)
23	79,032(100)	77,573(98.2)	1,220(1.5)	92(0.1)	147(0.2)
25	83,689(100)	79,955(95.6)	3,276(3.9)	25(0.0)	433(0.5)
30	75,267(100)	69,839(92.8)	4,833(6.4)	27(0.0)	568(0.8)
35	69,410(100)	63,302(91.2)	5,413(7.8)	43(0.1)	652(0.9)
40	77,195(100)	69,599(90.1)	6,692(8.7)	41(0.1)	863(1.1)
45	95,937(100)	85,920(89.6)	8,960(9.3)	64(0.1)	993(1.0)
50	119,135(100)	107,138(89.9)	10,771(9.1)	54(0.1)	1,172(1.0)
55	141,689(100)	127,379(89.9)	12,732(9.0)	46(0.0)	1,532(1.1)
60	166,640(100)	151,918(91.2)	12,928(7.8)	59(0.0)	1,735(1.1)
61	166,054(100)	151,079(91.0)	13,196(8.0)	50(0.0)	1,729(1.1)
62	158,227(100)	143,735(90.9)	12,830(8.1)	39(0.0)	1,623(1.0)

厚生省〔現・厚生労働省〕「人口動態統計」による

(2) 多少古い資料ではあるが、昭和33年（1958年）に労働省〔現・厚生労働省〕が行った同年6月から12月までにされた1940名の婦人についての協議離婚の実態調査によると、離婚についての承諾をしていた者が74%、はっきりと承諾はしていない者が10%、全く承諾をしたことはない者が8%、不明なものが8%ということであった。離婚届への記名を自分でした者が62%、しなかった者が38%という結果であった。極端なものとしては、この調査によって初めて自分たちが離婚となっているのを知ったという場合が1%あったということである。

三 協議離婚の成立要件

わが国の協議離婚が成立するためには、次の要件が必要とされる。

まず実質的要件として当事者に離婚意思があることが必要とされる。この協議離婚における協議とは、離婚意思の合致とあってよいであろう。離婚意思の合致とは、夫婦間の自由な意思決定でする法律上の婚姻関係を永久に解消させようとする効果意思の合致が存することである。この離婚意思に関しては学説上の争いがあり、いわゆる形式意思説と実質意思説とが主張されるが、ここでも実質意思説が採用されるべきであろう。もっとも、判例が採用する立場によれば、離婚に関するかぎり形式意思説に従っているように判断することができる。すなわち、いわゆる仮装離婚であるとしても届出意思があるかぎりは離婚は有効とし離婚意思とは届出意思であるとしている（大判昭和16年2月3日民集20巻70頁，最判昭和38年11月28日民集17巻11号1469頁）。この最高裁判所判例は昭和6年に入夫婚姻をした夫婦において夫を筆頭者としなおすためにした離婚について後に同夫婦の子が戦死による遺族扶助料が離婚のために支給されないこととなったために離婚意思はなかったとして協議離婚の無効確認を求めたものであるが、これにつき判例は「方便のため離婚の届出をしたが、右は両者が法律上の婚姻関係を解消する意思の合致に基づいてなしたものであり、このような場合、両者の間に離婚の意思がないとは言い得ないから、本件協議離婚を所論理由を以って無効となすべからざることは当然である」としている。

もちろん、協議離婚をする者としては離婚意思をもつことができる意思能力者でなければならないことは当然である。意思能力がある者であれば独立して協議離婚をすることができ、これについて誰かの同意が必要とされることはないこととなる。未成年者の場合には前提となる婚姻によって成年とみなされているから（民法753条）、父母の同意は不要であること当然ということとなる（民法737条，753条参照）。成年被後見人の場合にも本心に復している場合であれば、後見人の同意なく協議離婚することは可能である（民法764条，738条，ただし，その届出手続につき戸籍法32条参照）。

四 離婚意思の存在時期と離婚届不受理申出制度

この合意の存在が要求される時点は離婚届出がされる時点であることは当

然であろう。つまり、いったんは離婚の合意がされ、離婚届書に署名・捺印をしてしまったような場合であっても、届出前に当事者の一方が離婚の意思を翻して、離婚届出がされる前に、この旨を市区町村役場などに届け出て、離婚届を受理しないように依頼しておけば、離婚合意はなかったこととなるわけである（最判昭和34年8月7日民集13巻10号1251頁）。この論理は、やがて戸籍行政上においても具体的な制度として取り入れられることとなる。いわゆる「離婚届不受理申出の制度」として離婚意思がないにもかかわらずにされた協議離婚届出が受理されることがないように機能している（昭和51年1月23日民二900号通達，同日民二901号依命通知）。つまり、例えば、協議離婚において、一方が離婚する意思を有していないにもかかわらず、他方が勝手に離婚手続をする可能性がある場合、あるいはいったんは離婚届出書に署名・捺印したものの、届出前に離婚意思の翻意がされた場合においては協議離婚の届出がされた場合にこれを受理しないで欲しいという市町村長に対する申出をすることが認められ、これがされた後には協議離婚の届出がされても市町村長においては受理してはならないものとされることとなる。この不受理申出の制度は、いわゆる創設的届出のすべてについて認められ、報告的届出については認められない。この申出は、書面によって本籍地市町村長に対してしなければならないものとされている。

この協議離婚の問題点の一つとして離婚当事者の離婚の真意の確保といった問題が存する。

五 現行法立法過程における問題

現行法への改正であった昭和22年（1947年）の民法改正に際して、この問題を解決するために協議離婚をするについては家庭裁判所による離婚当事者の離婚意思の確認を必要とし、これを協議離婚の成立要件とする案が検討された（当時における改正は占領軍であったアメリカの強い示唆ないし指導によるものであった）。この案は参議院の賛成を得たものの最終的には衆議院での賛成を受けることができず、現実化しなかったという経過があることを指摘しておきたい。

身分行為の典型である協議離婚も代理に親しまず、前記のように離婚当事者に意思能力があれば単独で離婚の協議をすることが可能であり、成年被後見人でも本心に復している場合には後見人の同意なく単独で離婚することが

できる（民法764条，738条，なお，戸籍法32条）。

[未成年者についての親権者指定がされていること]

協議離婚がされる場合に夫婦に未成年の子がある場合には，協議により父母の一方を親権者と指定し，届書に記載することが必要とされる（民法819条1項）。協議がととのわない以上は届出は受理されないこととなる。協議がととのわない場合や，協議をすることができない場合には家庭裁判所に協議に代わる審判を求め（民法819条5項，家事審判法9条1項乙類7号〔現・家事事件手続法39条別表第2〕），この確定を待って届出をすることとなる（戸籍法79条）。もっとも，これがなくても誤って受理されてしまえば，離婚は有効となり（民法765条2項），親権者指定は別にされることとなる（協議がととのえば協議により，これができなければ審判により）。

[その他の事項]

協議上の離婚をするに際しては子の監護者または監護に関する事項を決めなければならないが（民法766条），これは離婚の前であることは必要ない。

[協議届出の存在すること]

協議離婚は，届出によって成立する。この意味で届出はいわゆる「創設的届出」ということとなる。この点は婚姻の場合と同様である。その方式も婚姻の場合と同様であり，当事者双方および成年の証人2人以上から，口頭または署名した書面で届け出ることとなる（民法764条，739条，戸籍法76条，戸籍法施行規則57条）。協議離婚の合意があり，離婚の実態もある場合であっても届出がない以上は離婚は不成立である。このような場合は，いわゆる「外縁」関係ということとなる。これをどう扱うかについては困難な問題であるが，当事者間では離婚と同様に扱うことができ，第三者に対する関係では離婚の効果を認めることはできないであろう。長期にわたる外縁中に妻が懐胎した場合の子については嫡出の推定を受けることがないというのが判例である（最判昭和44年5月29日民集23巻6号1064頁）。このような場合において外縁の配偶者の相続権を否定することは困難であろう。

離婚当事者が生存するうちに郵送によって離婚届出をした場合には，受理がされる時点で死亡していても有効に離婚は成立することとされる（戸籍法47条）。

離婚意思がない場合には協議離婚は無効となる。前記のとおり，この離婚意思についても，夫婦共同生活を真に解消する意思（実質意思説）とする立場

と離婚届出意思（形式意思説）と解する立場との対立があるが、前者と解するのが通説である。真に離婚する意思ではなく、強制執行回避のためなどで離婚届をするような場合、離婚は無効となる。もっとも、判例には離婚に関する限り形式意思説に従っているかに思われるものがあり、必ずしも明白ではない。すなわち、いわゆる仮装離婚の場合であっても届出意思がある限りは離婚は有効に成立していると解しているのがそれである（最判昭和38年11月28日民集17巻11号1469頁，大判昭和16年2月3日民集20巻70頁）。

民法および人事訴訟手続法〔現・人事訴訟法〕には協議離婚無効の訴えについて規定はないが、婚姻無効の場合の規定である民法第742条が類推適用されると解されている（家事審判法23条1項）〔現・家事事件手続法277条1項〕。このように協議離婚の無効について特に規定が置かれていない理由については明白ではないが、推察するところでは、協議離婚の制度をもたない西欧の法に学んでの立法作業であったところからきているのではなかろうかといえそうである（協議離婚制度をもたない国においては協議離婚の無効は問題とならない）。

なお、無効な離婚届についても、無効な婚姻届の場合と同様に追認が認められる（最判昭和42年12月8日家月20巻3号55頁）。協議離婚の合意はあっても離婚届出がされていないような場合は離婚無効の問題ではなく、離婚の不存在の問題である。

詐欺または強迫による協議離婚は、その取消しを裁判所に請求することができる（民法764条，747条1項）。その訴えの性格や効力，戸籍の届出などについては婚姻取消しの場合と同様である。しかしながら、ここで注意を要するのは、協議離婚の取消しの場合には婚姻の取消しの場合と異なり、取消しの効果が遡及することである。そこで、協議離婚の取消しがされた場合には婚姻は継続していたこととなり、当該離婚届後に再婚している場合は再婚は重婚となる。

【補注事項】

本論文集第1論文補注の一「1 離婚不受理申出制度について」参照。

わが国における 協議離婚と意思確認

第一 キリスト教的婚姻観と離婚

一 婚姻非解消主義

婚姻は秘蹟 (Sacramentum) であり、その人為的な解消を許さないというのがキリスト教、特にローマ・カソリックの影響を受けた諸国における婚姻・離婚観であり、このような婚姻非解消主義 (principle of indissolubility of marriage) がかような諸外国における婚姻制度を今日にいたるまで支配してきたことは疑いもない事実であろう (もっとも、キリスト教にあってもプロテスタントの場合には姦通や悪意の遺棄などを理由とする離婚を認める余地があった)。

諸外国にあっても、特に厳格なカソリックを支配的な宗教としてきた西欧諸国、特にかつてのイタリアなどにおいては「離婚」という制度そのものを認めなかったし⁽¹⁾、最近にいたってもフィリピンの改正家族法においては離婚制度自体が認められていない (フィリピンにおいては改正家族法が1988年から施行されている)。また、このような離婚というものの自体を全面的に禁止するというまでの制度を採用せず、離婚という制度を有する諸国にあっても、婚姻の解消の手段たる離婚については少なくとも裁判所やその他の行政庁などの公的機関の関与を必要とし、あるいは一定の法定別居期間の経過を要求したりして、安易に離婚を認めるということをせず、その手続についての慎重性ないし厳格性を要求するのが現状であるといつてよいであろう⁽²⁾。

二 わが国の協議離婚制度の特殊性

このような諸外国の婚姻・離婚制度に比較し、極めて特色があり、わが国

に独特ないし固有のものであるといってもよいとされる制度に「協議離婚」の制度があることは周知のところである（諸外国における制度にあっても、いわゆる「協議離婚」制度を有するものがあるが、これは後に説明するようにいずれも純粹に当事者の協議のみによって成立するものとはいえないようである）⁽³⁾。しかも、この日本における「協議離婚制度」の場合には、純粹に離婚当事者の合意による届出のみによってこれを行うことができるという特色を有しているうえ、その利用率も高く、現在においては離婚全体における約91パーセントがこの制

-
- (1) イタリアにおいては1970年に離婚法が成立し、これによって離婚が認められている。この点については湯沢雅彦他『世界の離婚 その風土と動向』〔松浦千誉執筆〕37頁以下（有斐閣，1979年）参照。なお、当時の状況を伝えるものとして高妻新「協議離婚不受理申出制度—その問題点と改善策—」民事月報26巻2号131頁以下がある。なお、司法研修所編「比較離婚法の研究」研修叢書第51号5頁以下（司法研修所，1962年）におけるマックス・ラインスタイン教授の講演において指摘されたところによれば、かような婚姻非解消主義から離婚制度というものを認めない国としては当時のイタリア、スペイン、ペルー、アルゼンチンなどの諸国が挙げられている。また、島津一郎編『注釈民法〔21〕』〔阿部徹執筆〕6頁（有斐閣，1966年）によればキリスト教の影響によって婚姻非解消主義を採っている国としては、イタリア、スペイン、アイルランド、アルゼンチン、チリー、ブラジル、コロンビア、カナダのケベック州、フィリピンなどの諸国が挙げられている。比較離婚法についての研究は戦前からあり、このような観点から協議離婚についての研究がされている。重要なものとしては穂積重遠『離婚制度の研究』517頁以下（改造社，1942年）、宮崎孝治郎「協議離婚論」『家族制度全集法律篇Ⅱ』49頁以下（河出書房，1937年）などが戦前のものとして存する。また、戦後においても、山岸正男「協議離婚制度に関する序説」法学25巻2号166頁以下、中川善之助「協議離婚比較法」『家族法研究の諸問題』87頁以下（勁草書房，1969年）、宮崎孝次郎編「新比較婚姻法」Ⅰ～Ⅷなどがあるが、ここにおいては、なるべく新しい最近の研究を参照することとしたい。島津一郎編『注釈民法〔21〕』（有斐閣，1966年）の参考文献欄が詳細である。
- (2) 後にも検討するが、これは主として宗教的な問題からきていることであって、本稿において問題とする離婚における意思確認の必要性という問題点を考慮しての結果ではないと思われる。意思確認という結果がその副産物として得られるとしてもである。
- なお、この問題については、戦後における民法改正の手續の中において関根小郷委員から「自分も確認（家事審判所による意思確認制度のこと）には不賛成だ。アメリカ等で離婚に必ず裁判所が介入するのは宗教的な伝統によるものだ。日本の離婚には宗教的な色彩がないのだから、やはり当事者の意思を先ず尊重すべきで、極めて少数の意思欠缺の案件のために他のすべての離婚を窮屈にするのはよくない」と述べられているのが参考となるであろう。この点につき利谷信義「戦後協議離婚制度の展開過程」来栖三郎＝加藤一郎編『民法学の現代的課題』所収論文64頁以下（岩波書店，1972年）参照。
- (3) いわゆる「協議離婚」について、これをどのように定義づけるかは困難であるが、広い意味のそれは当事者の合意に基礎をおく離婚制度とでもいっておけばよいであろう。この点につき、宮井忠夫「協議離婚について」太田武男編『現代の離婚問題』所収論文228頁以下（有斐閣，1970年）参照。

度によってなされているというのが実状であることを指摘することができよう⁽⁴⁾。このような意味においてわが国における協議離婚制度が有する意義は大きく、この制度について検討する必要性が高いということができよう。

ところで、この協議離婚制度についてはかねてから、これを高く評価しようとする立場と⁽⁵⁾、むしろこの制度の有する欠点（特に虚偽の離婚届がされたり、いわゆる「追い出し離婚」がされるおそれが存すること）を指摘し、これが制度的解決を図られない以上は協議離婚制度は廃止すべきであるとする立場とが主張されてきている⁽⁶⁾。

そこで、本稿においては、このようなユニークな存在であるわが国の「協議離婚制度」について、その生成過程についても簡単に検討したうえで、これが制度化されてきた状況を明らかにし、同時に、この制度の問題点として指摘を受けるところとの関連で協議離婚当事者の真意の確認ないし確保という観点から、現実にこの制度を運用するに当たって採用されている具体的な諸方法などの周辺問題についてまでも目をむけながらこの制度について概観し、検討をすることを目的とするものである。

-
- (4) 協議離婚制度の利用状況については末尾に付した表に詳細に示すように昭和23年における利用率が98.2%という高率であったものが、その後における多少の変動があったものの昭和60年には91.2%を示しており、他の離婚制度の利用率とは圧倒的な差異があることを指摘することができよう。
- (5) マックス・ラインスタイン教授が日本における協議離婚について積極的に賛成ないし支持することができる制度であるとしてこれを高く評価していることは著名である。この点については前掲注(1)「比較離婚法の研究」33, 66頁以下の記述参照。その要点としては、要するに、かつての日本において『家』にあわない「嫁」を家から除くための手段であったという認識を前提としても、現在の協議離婚は異なった機能(funktionswandel)を有しており、「日本の制度は三種の全く異なる離婚を明確に区別し、それぞれのために最も適切な機関を設けているという点で、大きな長所をもっている」という評価となってくるのである（同書66頁参照）。
- (6) 現行法への改正作業の過程においてこの点が問題とされている。この点については我妻榮編『戦後における民法改正の経過』13, 26, 35の各頁（日本評論新社、1956年）などを参照。また同書3部資料参照。川島武宜著『日本社会の家族的構成』203頁以下（日本評論社、1950年）の記述によれば日本における協議離婚制度を評して「書面一本で離婚することができる制度などは世界に類なき、進歩的立法ということではなく、簡単に『嫁』を追い出す家父長的権力の擬制であった」とされる。なお、この問題については、後に触れられるように昭和34年に法制審議会民法部会身分法小委員会が現行協議離婚制度を維持する旨の仮決定をするに至る議論において再度問題となっている。

第二 離婚の容易化ないし簡易化傾向について

一 最近における諸外国の離婚制度の傾向について

婚姻・離婚制度というような身分制度というものはこれを有する国民性とかその歴史や民族性とかに影響を受けることが多いことは指摘するまでもないといえよう。このようなことからすると離婚制度といっても極度に簡易なものから（例えば、妻に向かって三度「タラク」と唱えれば離婚となるいわゆる「タラク離婚」〔divorce by "talak"〕の制度までである）極端な場合としては前述のように離婚それ自体を認めないようなものまでがある。しかしながら、一般的な傾向からするとかつての諸外国における離婚制度においては、離婚というものについては容易にこれを許さないという傾向があったといえてよいであろう。しかしながら、離婚ということの現実の必要性から事実上、このような厳格な制度への蟬脱がなされたりしたようであるが⁽⁷⁾、やがて1960年代後半以降、先進諸国が次々と離婚法の大改正に踏み切り、離婚手続の容易化を図ろうとするに至ることとなる。

このように離婚の容易化が世界的な傾向を示す中であって、その傾向が進めば進むほど離婚当事者の離婚意思ないし真意の確保ということがどうしても問題となるはずであるということができよう。

以下において、このような観点をも含め、わが国における協議離婚制度について検討するに際し、このように世界的な離婚の簡易化傾向について2～3の諸国についてごく簡単な紹介をしておくこととする⁽⁸⁾。

(7) このような厳格な離婚制度が採用されても、離婚が許されないということの影響の大きさから、婚姻自体がいまだ未完成であるとか無効な婚姻であるとかの認定によって事実上の離婚を認めるというような方法がとられたりして蟬脱が図られたようであるし、また厳格な有責主義を採用する場合においても、馴合い訴訟によって離婚原因をでっち上げるというようなことが比較的安易にされているようである。これについては例えば湯沢他・前掲注(1)〔松浦千誉執筆〕30頁以下、同書〔我妻洋執筆〕109頁以下など参照。

(8) この点について岡垣学『親族法相続法講義案〔三訂版〕』90頁の記述によれば「かくて、離婚の成立に関しては、離婚自由化が近時の世界的な潮流であるといつて過言ではないであろう」との論述がされている。

[フランスにおける離婚制度]

まず、フランスにおける改正離婚制度について概説しておこう。

フランスにおいては1975年に新離婚法を制定しているが、これによると離婚方式を多様化し、協議離婚・認諾離婚、破綻離婚・精神病離婚、一方的・双方向的有責離婚の三種六態様の離婚を認めている。ここにあって離婚方式として一番簡易な方法とされる協議離婚 (divorce-convention) であっても、夫婦が離婚事件裁判官に共同で申請書および離婚の結果についての諸結果についての諸合意案を提出し、裁判官が両当事者を呼び出し、離婚意思を確認する手続をとり、3か月の熟慮期間を置いて認可するという手続となっている(合意案が一方当事者や子にとって著しく不利益となる場合には裁判官はこの認可を拒否することができることとされる)。また、婚姻後の最初の6か月間は、これを請求することができないものとされる点も特徴的である⁽⁹⁾。

かような観点からすると確かに従来制度からすると離婚方法が簡易化されたということではできようが、積極的に裁判所が離婚に関与し、離婚当事者の意思確認をするなどの諸点を考慮してみてもわが国における協議離婚とは、その簡易性という点からすると比ぶべきもないということとなりそうである。

[西ドイツにおける離婚制度]

西ドイツも厳格に離婚を規制する歴史ないし伝統を有する国である。西ドイツにおいても離婚は裁判によることとされており、いわゆる有責主義離婚法理が支配していた。西ドイツにおいては、1976年にいたって抜本的な大改正がされ、従来の有責主義をベースとしていた離婚制度についていわゆる破綻主義による離婚制度へと変更したとあってよいであろう。しかし、改正法による離婚にあっても裁判による手続を経ないとこれをするにはできないこととされ(1976年改正法は離婚事件をはじめて「家庭裁判所」に取り扱わせることとしている点に着目することができる)、ここにおいては、「婚姻関係の挫折」(「Scheitern der Ehe」1565条1項1段)が要求されることとなる。もっとも、夫婦が離婚に合意しているような場合にはいわゆる「了解離婚」が認められる。このための要件としては、①夫婦が少なくとも1年前から別居しており、かつ、

(9) フランス民法については稲本洋之助『フランスの家族法』(東京大学出版会, 1985年), 原田純孝「フランスの離婚」稲本他編『離婚の法社会学—欧米と日本—』(東京大学出版会, 1988年)所収論文, 法務省『フランス民法典—家族・相続関係—』(法曹会, 1978年)などが参考となる。なお、湯沢他・前掲注(1)203頁以下参照。

⑥両当事者が離婚を希望している場合、が要求されることとなる。要するにこの要件が具備されると第1566条第1項の破綻が擬制されるという形で破綻の認定なしに離婚が言い渡されることとなる点において簡易ではあるが、やはり裁判手続において両者の合意の確認などがされることとなることは当然である⁽¹⁰⁾。

[アメリカにおける離婚制度]

アメリカにあっては各州ごとに離婚法制が異なっているところから統一したことをとりまとめることは困難である。しかし、今日においては離婚原因については各州ともに積極的破綻主義が採用されているとあってよい。代表的な存在としては1966年のニューヨーク州法や1969年のカルフォルニア州法などがそれであるといつてよいであろう⁽¹¹⁾。例えばカルフォルニア州法によれば簡易手続による離婚の制度が設けられているが、これとても具体的には次のようなものであって裁判所の関与の下でなされる離婚ということとなる。つまり、婚姻後5年以内であり、子がなく（妊娠中でもない）、不動産を所有せず、4千ドルを超える債務を負担していないうえ、夫婦の財産の価額が1万2千ドルを超えず、いずれの当事者の特有財産も1万2千ドルを超えておらず、離婚後に前配偶者からの扶養を受ける権利を放棄している夫婦であつて、その他の詳細な要件を具備している場合についてのみ利用することができ、両当事者からの共同申請が受理された日から6か月後に、いずれかの当事者の申立てを受けた場合に、離婚の判決（final judgment）が下されるというシステムである⁽¹²⁾。

いずれにしろ、一般的なパターンとしては当事者同士が離婚とその効果について取決め（uncontested divorce）、その合意内容を裁判所に提出し、申立

(10) ドイツ民法についてはD・シュヴァーブ『ドイツ家族法』（鈴木録弥訳）156、166頁以下（創文社、1986年）など、広渡清吾「西ドイツの離婚」稲本他編・前掲注(9)所収論文などが便利である。なお、この問題についてはGunther Beitzke; Familienrecht 23. Auflage [1983] S.150を参照。

(11) 破綻主義が特に顕著なのはカルフォルニア州法であり、離婚（divorce）という言葉から婚姻の「解消」（dissolution）という表現が使われるようになってきていることが着目されてよいであろう。

(12) この問題については米倉明「アメリカの離婚」稲本他編・前掲注(9)所収論文144頁参照。なお、湯沢他・前掲注(1)〔我妻洋執筆〕104頁以下参照。なお、カルフォルニアにおける略式離婚（解消）法については矢澤昇治『カルフォルニア州家族法』137頁以下（国際書院、1989年）が詳しい。

人が出頭し、裁判所がこれを尋問し、これによって離婚原因を認定して離婚判決を言い渡す形態であるといつてよいであろう。いずれにしろ、日本のような裁判所を通じることなく離婚を認める協議離婚に類するような離婚を認めるものではないといつてよいであろう⁽¹³⁾。

[イギリスにおける離婚制度]

イギリスにあつても世界的な傾向と同様に離婚の簡易化の傾向は顕著であるといつてよいであろう。イギリスにおいては従前は厳格な有責主義離婚法を有していたが、1969年に成立し1971年1月から施行された改正離婚法(Divorce Reform Act)によれば破綻主義離婚法を採用することとなった。ここにおいては「婚姻が回復する見込みがないまで破綻していること」をその要件とし、このような破綻の認定を受けるためには以下の五つのどれかを立証しなければならないこととされている。

すなわち、具体的には次の事由である。

- ① 被告が姦通をなし、原告が被告との同居を耐えられないと感じていること。
- ② 原告が同居を合理的に期待することができないような行動を被告がとること。
- ③ 被告が2年以上継続して原告を遺棄したこと。
- ④ 当事者が2年以上継続して別居しており、被告が離婚判決の付与に同意していること。
- ⑤ 当事者が5年以上継続して別居していること。

この要件のうちの④の場合の離婚は「合意離婚」(divorce by consent)といわれているが、裁判を経るといふ点においてわが国における協議離婚とは全く異なるものである。

ところで、イギリスにおいてはこの離婚法の改正後においては離婚件数が

(13) 田代有嗣『登記と法と社会生活 [上] — 「法律風土」と日米較差の根源』260頁以下(テイハン、1989年)の記述によれば「アメリカには協議離婚の制度がありません。それは、アメリカには身分登記がなく、その登記所がないため、協議離婚の届け出をするに適した役所がないことになるからです」というように協議離婚制度の成否は登記制度(戸籍制度)の有無と深い関係があるという認識を述べておられるのが参考となる。なお、この点については利谷信義「協議離婚制度」島津編・前掲注(1)所収論文64頁において、日本の協議離婚制度が「世界に類例を見ない特殊な制度であるといわれるのは、それが戸籍の届出制度と結びついているからである」との指摘がされている。

極端に増加して、これに裁判所が対応し切れなくなったところから、1973年には裁判所規則によって特別手続(special procedure)を創設することとなった。本来、離婚事件は高等法院が管轄するものであったが、これを県裁判所にも取り扱わせることとし、県裁判所が前記④の事由による離婚申立てを受けた場合、相手方にこれを通知し、これに対して相手方が訴訟をもって対応する旨の回答をすると、事件を高等法院に移送して処理し、それ以外の場合にはこの簡易手続によって処理することができるとした。この手続は、離婚希望者において事前に裁判所が用意した書類に必要事項を記載して県裁判所に提出すると、県裁判所は離婚を適当と判断する場合には他の事件と一括して公開法廷において仮判決(decree nisi)をし、これから6か月を経過した時点で絶対判決(decree absolute)をするという簡易な手続である。この手続は極めて安易であるところから「郵便離婚」(postal divorce)などという批判がされているのが実状のようである⁽¹⁴⁾。

[ソビエトにおける離婚制度]

ソビエトにおける離婚制度は顕著な変遷をたどっている。離婚について厳格な法制をもっていた革命前のロシアの場合とはともかくとして革命後のソビエトの法制は離婚の自由を広く認め、これが1926年の家族法典ではさらに押し進められた。ここでは夫婦の合意がなくても、一方が身分登録機関に申請するだけで離婚は可能とされた。しかし、その後離婚の自由について暫時制限的な動向が示され、1936年法においては離婚については当事者双方の出頭が要求され、やがて1944年法によって厳格な裁判手続によらないと離婚が認められないこととなった。その後の1965年法によって再び離婚に簡易化の傾向を取り戻し、やがて1968年に採択された「ソ連と連邦構成共和国の基本結婚家族法」においては、身分登録機関での離婚手続を復活させ、同時に裁判離婚においても破綻主義が採用されるに至っている(1968年法についてはB・A・リャーツェフ『ソヴィエト家族法』原隆訳に全文掲載されているのが参考となる)。

これによるとしても、離婚は裁判離婚によるのが原則とされ、夫婦の間に未成年の子がない場合に限って夫婦の合意による協議離婚を認める。しかし、これはいわゆる身分登録機関に対して夫婦双方が出頭して離婚手続をするものであって、身分登録機関においては離婚申請書提出の日から3か月の熟慮

(14) イギリスの離婚制度については川田昇「イギリスの離婚」稲本他編・前掲注(9)所収論文参照。なお、湯沢他・前掲注(1)〔三木妙子執筆〕2頁以下が参考となる。

期間が経過した時点において、なお当事者が離婚を希望し、出頭した場合には離婚登録をして離婚証明書を交付することとなる。

ソビエトにおいては、このほかにも特殊な場合における単意離婚と裁判離婚制度があるが、これについては本論文との関連では紹介の必要はないであろう⁽¹⁵⁾。

[中華人民共和国における離婚制度]

中華人民共和国においては、いわゆる協議離婚、調停離婚、判決離婚の制度とが認められている（1981年中国婚姻法がこれを規定している）。ここにおける協議離婚は夫婦の合意によってされるものではあるが、離婚自体は離婚登記によって成立し、当事者は離婚をするには登記をすることが義務付けられることとなる。この際に離婚当事者は婚姻登記機関に出頭し、ここにおいて離婚を申請することとなる。この際に婚姻登記機関は、離婚当事者が自由意思に基づいて離婚申請をしているのかどうかを確認し、同時に、子および財産について適当な処理をしたことを調査・確認した場合には離婚証明書を発行することとなる（同法24条、なお、この手続についての詳細は1986年中国婚姻登記規則7条参照）。

このような制度であるところから、中華人民共和国における協議離婚もわが国における協議離婚とは相当の隔たりがあるといえてよいであろう。

[中華民国における離婚制度]

中華民国においてはわが国と類する協議離婚制度が存在している（陳棋炎他『民法親屬新論』194頁以下参照）。いわゆる「両願離婚」がこれに該当する。つまり、婚姻関係にある当事者が協議によって離婚を合意し、これを書面に作成し、2人以上の証人を付して書面によって戸政行政機関（戸籍機関）に届出を成し、これが離婚登記されることによって離婚が成立するという事となる（民法1050条）。ほぼわが国の協議離婚と同様の制度ということができよう（ここにおいても特に意思確認の制度はないようである）。中華民国においては従来から婚姻・離婚についても事実主義（婚姻の成立は公開の儀式による）とされていたのが、最近の改正（1985年改正）によって協議離婚については届出と登記によって成立するものと改められることとなったものであり、従来にお

(15) ソビエトの離婚制度については藤田勇「ソ連の離婚」稲本他編・前掲注(9)所収論文が参考となる。なお、湯沢他・前掲注(1)〔稲子宜子執筆〕139頁以下、B・A・リャーツェフ『ソヴィエト家族法』原隆訳130頁以下が参考となる。

いては、離婚の合意結果について2人以上の証人が署名する書面を作成することによって協議離婚が成立するとされていたものであるが、これがある意味で改正によって離婚登記までが要求されることとなったということからすれば、離婚の手続が煩わしくなったともいえるであろう。このように中華民国は従来から協議離婚制度を採用していたが、戸籍と身分的な法律関係が戸籍との厳格な結び付きが要求されていなかったということから特色がある制度でもあったということができよう⁽¹⁶⁾。

[韓国における離婚制度]

韓国においては、わが国と同様に整備された戸籍制度を有している国である。このことからわが国と同様の協議離婚が認められる下地をもっているということができようか⁽¹⁷⁾。

韓国においては、かねてから協議離婚の制度を有していたことを指摘することができるであろう(民法834条)。韓国においては1977年に民法の大改正がなされ、ここにおいて従来認められていた協議離婚制度についての家庭法院における意思確認制度に改正が加えられるに至っている。つまり、この改正以前にあっても韓国には協議離婚は認められており、意思確認制度として離婚当事者の戸籍機関への出頭が要求され、ここにおいては戸籍機関において当事者の確認とともにその離婚意思を確認した後でないと離婚届を受理して戸籍記載をしてはならないとされていた(昭和38年7月31日法である大韓民国旧戸籍法79条の2参照)。

韓国民法の改正に伴って、この意思確認機能は戸籍機関の手から家庭法院の手に移行することとなる(民法836条1項、戸籍法79条の2)。

この韓国における家庭法院における意思確認制度をも含めて、この韓国の協議離婚の制度については、後に日本における協議離婚の問題を検討する際

(16) このような離婚制度について利谷・前掲注(13)73頁以下は『私的行為』的協議離婚法制」と称している。なお、陳棋炎他『民法親屬新論』198頁以下においてはいわゆる「両願離婚」について「両願離婚不失為最理想的離婚方式」として評価しているのが参考となる。

(17) 田代・前掲注(13)においては、日本における諸文化の特長をもたらすものとしては登記制度(身分登記である戸籍を含む広い意味において)があり、このあり方が多くの日本独自の制度や文化などに影響を与えているとの認識をもって論文全体を貫くテーマとされている。その意味からすると、韓国の戸籍制度はやはり日本のそれと近似していることが考慮されることとなるか。

に再度、詳細に紹介することとなるところから、ここではこの程度の紹介にとどめておくこととしたい⁽¹⁸⁾。

以上に諸外国における最近の離婚制度についてながめてきたわけであるが、いずれにしても諸外国における簡易化されつつある離婚制度下において、それが制度的に意図されたかどうかは別として離婚当事者の離婚意思の確認が裁判所の他の公的機関を通じてはかられることとなっていることは否定できないようである（いくつかの例外があることは当然であるが）。

第三 わが国における協議離婚制度

一 最初に

ここで、わが国における「協議離婚制度」について、その沿革などについて概観し、同時に若干の紹介をしておくこととしたい⁽¹⁹⁾。

わが国における離婚制度にはヨーロッパ諸国におけるものと異なり、宗教的な影響を強く受けることはほとんどなく、後に検討するように、もっぱら中国における諸制度の影響を受けたものであったといっていよいであろう。

今日における、わが国の協議離婚は、純粹に当事者の合意と、これに基づく戸籍上の届出のみによって有効に成立する離婚制度であり、国家機関の確認とか裁判所の関与とかが要求されることがないという意味において離婚の自由を最大限に認める制度であるともいうことができよう。

このような協議離婚制度を認めた理由については様々であるが、基本的には婚姻も離婚も当事者の契約であり、いずれも当事者の意思のみで自由に行うことができることという建前からくるものであろう。つまり、婚姻も離婚

(18) 韓国の離婚制度については金容漢『韓国の戸籍制度と戸籍法』（日本加除出版、1977年）205頁以下に旧制度下における戸籍担当者の離婚意思の確認の方法等について具体的に記載されており参考となる。改正後における協議離婚については金容漢『韓国・親族相続法』（日本加除出版、1988年）142頁以下において家庭法院の確認の性格等について詳細に論じており参考となる。なお、權逸『新版韓国親族相続法』99頁（弘文堂、1979年）参照。同書の指摘によると、このような家庭法院の確認の手続が離婚というものを困難とすることとなるのではないかという危惧感を述べているのが参考となろう。

(19) このような観点からの最近における特に優れた業績として利谷・前掲注(13)、宮井・前掲注(3)がある。また、戦後における問題について扱ったものとして利谷・前掲注(2)47頁以下がある。本研究においても、これらを主として参考とした。

も契約の自由の一つの範疇にあるという理解によるものであるといえよう。梅謙次郎博士によれば「婚姻ハ素ト当事者ノ契約ニ成ルカ故ニ又其契約ヲ以テ之ヲ解消スルコトヲ得ヘキハ理ノ當然ナリ故ニ本條ニ於テハ協議上ノ離婚ニ付キ一切ノ條件ヲ設サルナリ」（梅謙次郎『民法要義卷之四親族編』198頁〔有斐閣, 1912年〕）とされているのが参考となろう⁽²⁰⁾。

ところで、わが国におけるかような協議離婚制度は、旧法において認められていたものがそのまま引き継がれた制度であるということができるのであろう（利谷信義「協議離婚制度」島津一郎編『注釈民法 [21]』64頁以下〔有斐閣, 1966年〕）。要するに、旧法においては「夫の専制的単意離婚を禁じ、離婚の手續につき協議による離婚（協議離婚）と裁判による離婚（裁判離婚）の二形態を採用した」（岡垣学『親族法相続法講義案』〔三訂版〕91頁）ということで、裁判離婚と協議離婚とを認めており、ある意味からすれば一番厳格な手續を要する裁判離婚制度と反対に極めて容易な協議離婚制度を併存させていたものであるといえよう。これをそのまま承継し、現行法においては「協議離婚」（民法763条以下）、「調停離婚」（家事審判法17条・21条）〔家事事件手続法244条・268条〕、「審判離婚」（家事審判法24条1項）〔家事事件手続法284条〕、「判決離婚」（民法770条以下）の各制度が認められている。

(20) この点についてはのちにも触れるが、このような夫婦の不始末はなるべく裁判沙汰としないというところがあったようである。『民法修正案理由書』（博文館, 1898年）によれば、「協議離婚ノ場合ニハ力メテ裁判所ノ關與ヲ避クヘキコト我邦ノ慣習ニ照シテ尤モ必要トスル所ナリ」（89頁）とある点が参考となろう。また、立法過程における富井政章博士の説明によれば「協議離婚ヲ許スコトハ一利一害デアリマスルニ依テ充分ニ考ヘテ——」「唯ダ然ウ云フ家ノ内ノ不體裁ヲ外ニ現ハサズシテ協議ノ形チデ婚姻ヲ解カウト云フ場合ニ最モ多ク起ル又日本人ノ氣風トシテ人事杯ニ關シテハ可成裁判沙汰ニスルコトヲ望マナイ慣習デアル」などという点が積極的根拠として指摘され、同時に「輕卒ニ一時ノ怒リトカ感情ニ制セラレテ婚姻ヲ解クコトニナリ本人ノミナラズ子孫ニマデ悪結果ヲ蒙ル弊アリ」（『法典調査会民法議事速記録六』商事法務版364頁〔商事法務研究会, 1984年〕）などという指摘が参考となるであろう。もっとも、この前提として、「戸籍吏ハ協議ノ真意ナルコト——其他法令ニ違反セザルコト認メタル後ニ非ザレバ離婚ノ届出ヲ受理スルコトヲ得ズ」という規定が用意されてのことであったが（前掲「議事速記録」371頁以下）、結局はこの規定は整理段階で削除されることとなり、実現しなかったといういきさつがあることを指摘しておく（谷口知平『日本親族法』298頁〔弘文堂書房, 1935年〕、利谷信義「創設的届出の不受理申出制度」『現代家族法体系1 総則・家事審判・戸籍』525頁〔有斐閣, 1980年〕）。この問題について、村上惺「協議離婚制度をめぐる問題点の考察」民事研修271号22頁の記述によれば「婚姻、離婚の手續の簡略化は、一家の私事に属する事柄を国家が干渉する事は出来るだけ控え、当時の家族関係を規制した「家」の自治に委ねようとの配慮にはほかならない」としている。

二 協議離婚小沿革

1 立法以前

日本における離婚制度，特に協議離婚についてその沿革などについて十分に検討をする余裕はないが，ここで若干，協議離婚の沿革について触れておくこととしたい。

日本における離婚制度は古来から明治初期にいたるまで男子専権の単意離婚制度が採用されていたとすることができる。古く中国の律令制度の影響が強かった養老令・大宝令の時代においては，いわゆる「七出三不去」の制度が採用されていた⁽²¹⁾。この制度はもちろん男子専権の単意離婚制度であったとすることができるが，それでも一応は有因離婚制度ではあったといえることができる。くだっては鎌倉・室町の時代を経て徳川時代にいたるわけであるが，ここにいたっても「七出」の思想は深く庶民に浸透し，典型的な男子専権の単意離婚制度が採用されていたといわれている。この徳川時代における離婚においては男子のみが離婚請求権を有しており，無因離婚制度であったため，律令時代における離婚以上に男子専権の傾向は強かったといえるであろう。

わが国において初めて妻からの離婚請求が認められたのは明治6年5月15日の太政官布告第162号によってであるといわれている⁽²²⁾。すなわち「夫婦ノ際，巳ムヲ得サルノ事故アリテ，其婦離縁ヲ請フト雖モ夫之ヲ肯ンセス，之レカタメ数年ノ久ヲ経テ終ニ婚期ヲ失ヒ，人民自由ノ権理ヲ妨害スルモノ不少候，自今右様ノ事件於有之ハ婦ノ父兄或ハ親戚ノ内附添直ニ訴出不苦候事」としているところから，これがいわれるものである⁽²³⁾。

このようなことで従来においては妻からの離婚請求は理由のいかんを問わず，認めることができなかつたが，初めて妻も巳むを得ない事情があれば，父，兄弟あるいは親戚などが付き添って裁判所に訴え出て離婚を請求するこ

(21) いわゆる「七出三不去」の制度については會田範治『注解養老令』457頁以下（有信堂，1964年）が詳細である。なお，高梨公之『民法総論』171頁以下（新生社，1964年）など参照。

(22) このように理解するのが通説の立場であるが，これにつき高梨公之『日本婚姻法史論』205頁以下（有斐閣，1976年）の記述参照。

(23) この辺りの離婚制度についての歴史的な概説については森泉章「明治前期の離婚判例」『民法判例研究』307頁以下（文真堂，1985年）を参照した。

とができる権利を与えられたのである（岡垣・前掲書91頁参照）。

しかし、わが国においても協議による離婚というものがそれまでに全くなかったというのではなく、むしろ比較的古い時代からいわゆる「協議離婚制度」が存在していたといわれている。つまり、既に律令時代においても大宝・養老の令において合意による離婚である「和離」と称する制度が認められていたという。その具体的な協議についてははっきりしないが、双方の親族が熟談し、それを媒人がとりもったようである⁽²⁴⁾。

また、江戸時代にいたっても武士の離婚の場合、特に妻の疾病や妻との不和を離婚の理由とする場合には、双方熟談（『双方熟談』というのは、単に夫婦間の協議ということではなく、「夫婦双方親類間の協議」をも意味しているという）したうえで届出をするということが必要とされていたし、庶民においても現実には媒人が双方親族に働きかけて協議が重ねられたのが普通のものであった。このような意味からすると必ずしも純粋な意味での男子専権離婚が徹底していたものでもないようである⁽²⁵⁾。

もっとも、ここで着目しておかなければならないことは『双方熟談』といっても、これは、あくまでも、当事者双方の協議とともに「夫婦双方親類間の協議」でもあったということであり、純粋に当事者の協議ではなかったという点である。そこでは、多分に個人の立場や意思のみならず「家」や一族の立場というようなものが大きな比重を占めてきたことと想像することに難くはないといえよう。

2 立法への動向

(1) 二つの民法草案

明治初年頃から立法作業がなされるようになる。明治初年の民法草案の段

(24) 高柳真三「明治民法以前の離婚法」中川善之助等編『家族問題と家族法Ⅲ離婚』119頁（酒井書店、1958年）参照。同『明治前期家族法の新装』373頁以下（有斐閣、1987年）、446頁の研究が詳細である。この問題についてむしろ「双方熟談の上の離婚」が原則であったことを論ずるものとして高木侃『三くだり半—江戸の離婚と女たち』60、102頁（平凡社）参照。高梨・前掲注(2)209頁参照。なお、「和離」の制度については中華民国における協議離婚制度がこのように称されていることについて陳棋炎他・前掲注(16)193頁参照。

(25) これについては中田薫「徳川時代の婚姻法」『法制史論集第一巻』490頁以下（岩波書店、1926年）、同「徳川時代の親族法相続法雑考」同論集600頁以下参照。

階で、既に裁判離婚と協議離婚とが併存する制度として認められている。立法作業における当時の状況では二つの大きな流れがみられる。明治6年3月の司法省民法会議において議定された民法仮法則においては、「離婚ヲ欲スル夫婦ハ身分取扱役所へ出テ身分取扱人ハ証人四人面前ニ於テ離縁証書ヲ記載セザレハ離縁ヲ行フヲ得ス」と規定している。もう一つは、明治6年の左院の民法課による婚姻法草案がそれである。ここにおいては、「離婚ハ双方熟談ノ上媒酌人並ニ双方親族ノ加印ヲ以テ三十日以内ニ其本籍ノ戸長ニ届書ヲ出ス可シ」と規定するとともに、例外として婚姻が20年継続している場合または妻が45歳以上の場合には協議離婚を認めないという制限を付していた。

民法仮法則の場合にあつては、国家が直接各国民自体を把握しようとする思想であつたし、左院の草案の場合には国民を「家」を通じて把握し、支配権力の基礎を「家」による統制に依存しようとしたものであつたということができよう（利谷・前掲論文75頁参照）。

(2) 旧民法の成立

明治10年代に入ると、やがて本格的な立法作業が開始されることとなる。その後の作業においては前記民法仮法則の思想を継ぐものと左院の草案の思想によるものとの双方があつたが、いわゆる旧民法において採用されたのは次のような規定であつた。

第78条 夫婦ハ以下ニ定メタル条件及ヒ方式ニ従ヒ離婚スルコトヲ得

第79条 離婚セントスル夫婦ハ離婚許諾ノ為第四章第一節（離婚をするについての父母・祖父母・後見人の許諾）ニ定メタル規則ニ従ヒ、各其父母、祖父母又ハ後見人ノ許諾ヲ受クルコトヲ要ス

第80条 夫婦ハ離婚協議書ニ左ノ書類ヲ添ヘテ身分取扱吏ニ届出ツ可シ

第一 婚姻証書

第二 離婚ノ許諾ヲ与フ可キ者ノ許諾書若シ其者死亡シ又ハ意思ヲ表スルコト能ハサルトキハ死亡証書又ハ其事由ヲ証スル書類

このような旧民法において採用された協議離婚制度をどのように評価するかについては問題があるが、いずれにしろ旧慣を十分に考慮したといわれている。その意味からすると個人の意思というものに重点を置くというような近代的な思想の産物というわけではなかつたようである⁽²⁶⁾。

(26) この点については宮井・前掲注(3)237頁以下の記述参照。

(3) 旧民法の廃退と旧法の成立

かようにして成立したいわゆる旧民法をめぐっていわゆる法典論争が闘われ、結局は延期派の勝利と終わり、ついに旧民法は施行を見ることなく葬り去られることとなったことはあまりにも有名である。

いわゆる法典論争によって旧民法の施行が無期延期となった後に現行法の基本となる旧法の立法作業が再開始となることは周知のとおりである。この作業の結果として旧法の成立をみるわけであるが、この起草過程においては前述したように、「不和デ両方共離レント欲シテ居ルニ、法律ガ強テ束縛シテ夫婦デ居レト云フコトハ到底其婚姻ノ目的ヲ達シ得ラルルモノデナイ」ということと「然ウ云フ家ノ内ノ不體裁ヲ外ニ現ハサズシテ協議ノ形チデ婚姻ヲ解カウト云フ場合ニ最モ多ク起ル又日本人ノ氣風トシテ人事杯ニ關シテハ可成裁判沙汰ニスルコトヲ望マナイ慣習」であることから判断すると、裁判離婚のみによるということは「我国ノ固有ノ美ナル風俗ヲ害スル」ということにもなりかねないという点を考慮し、同時に「一時ノ怒リトカ其他ノ感情ニ制セラレテ、離婚ノ原因ト為ルベキ程ノ事実モナイノニ離婚ヲ為スカモ知レヌ然ウ云ウ場合ニハ其本人タル夫婦丈ガ結果ヲ受ケルコトデアレバマダ差支ナイガ其子孫マデモ其結果ヲ蒙ル」というような消極的な問題点をも考慮した結果として「既製法典ノ如ク許法ガ宜カロウト思ヒマシテ遂其方ニ極メマシタ」（いずれも『法典調査会民法議事速記録六卷』商事法務版364頁〔商事法務研究会、1984年〕以下の富井政章博士による提案説明）とされる。

このようにして旧法は明治31年6月21日法律第9号として公布され、同年7月16日から施行されたのであるが、ここでの協議離婚の規定は次の通りであった。

第808条 夫婦ハ其協議ヲ以離婚ヲ為スコトヲ得

第809条 満25年ニ達セサル者カ協議上ノ離婚ヲ為スニハ第772条（家にある父母の同意）及ヒ第773条（継父母または嫡母が同意しない場合の親族会の同意）ノ規定ニ依リ其婚姻ニ付キ同意ヲ為ス権利ヲ有スル者ノ同意ヲ得ルコトヲ要ス

もっとも、ここに同規定が成立するに際しては、前述のように起草段階において意思確認制度であるところの、「前條ノ場合ニ於テ戸籍吏員ハ協議ノ眞実ナルコト及ヒ前二條ノ規定其他ノ法令ニ違反セサルコトヲ認メタル後ニ非サレハ離婚ノ届出ヲ受理スルコトヲ得ス」という規定が用意されていたが、

これが成立をみななかったといういきさつを記憶に留めねばならないであろう⁽²⁷⁾。

3 戦後における立法過程での問題点

(1) 最初に

かようにして旧法における協議離婚制度は成立することとなったわけであるが、この旧法における協議離婚制度はほとんどそのまま現行法へと承継されることとなる(利谷・前掲論文64頁以下)。しかし、結果的にはこのように旧法において認められた協議離婚制度がそのまま承継されたとはいえ、その決定にいたるまでの過程においては相当の議論がされていることに着目することができる。そして、その議論の一つの中心テーマは、「協議離婚における意思確認」についての問題であった。そこで、ここにおいては戦後の民法改正の経過を追いつつ、この協議離婚における意思確認という問題について目をむけてみることにしたい。

(2) 協議離婚制度の維持と制度としての意思確認

その1 — 起草段階

戦後の現行法にいたる民法改正の過程において問題とされた点で本稿との関連が深い問題点としては、①協議離婚制度をなお維持すべきかという点、②協議離婚を認めるとしても、この要件として家庭裁判所(家事審判所)における離婚意思確認の手続を設けるべきかという点の2点を挙げることができ

(27) ちなみに、ここでの同条の規定についての起草委員である富井政章博士の説明によれば「協議離婚ト云エバ其協議ガ眞實デナケレバ往カヌ實際一方ノ意思ニ出デテ居ル即チ夫ノ強制ニ出デテ居ルト云フコトデハナラヌ夫レデ届出ヅルコトニスル以上ハ戸籍吏ハ其協議ハ眞實デアアル即チ各々任意ニ承諾シタトイフコトヲ認メ尚ホ父母ノ承諾ヲ要スル場合デアレバ父母ノ承諾ノアルトキ其他ノ法令ノ規定ニ反シテ居ラナイト云フコトヲ見届ケタ上デナケレバ其届出ヲ受理スルコトハ出来ヌトシタノデアリマス是デ協議離婚ノ名義デ實際強制離婚ヲヤルトカ其他違法ノ離婚ヲヤルト云フヤウナ事ハ防ゲルト云考デアリマス草案ニハ佛蘭西民法ニ於ケルガ如ク、佛蘭西舊法ニ於ケルガ如キ煩シイ手續ガ極メデアリマス裁判官ガ先ヅ當事者ニ向ツテ説諭ヲ試ミル、サウシテ聞カナイトキハ六ヶ月程ノ猶予ヲ與ヘルスシテ更ニ現時ノ意見ヲ聞テ離婚ヲ許スト云コトニ為ツテ居リマス併シサウ云フ煩ハシイ事ニスル必要ハナク且協議離婚ト云フモノノ實ハ多數ノ場合ニ於テハ實際不和ガアル唯ダ裁判所ヲ累サヌト云フ丈デアアルコトガ多イノデアリマス、サウ云フヤウナ安閑トシテ居ル暇ハナカロウト思ヒマス旁々以テサウ云フ規定ハ置カナイトニ致シマシタ」(前掲注⁽²⁰⁾『法典調査会民法議事速記録六』371頁参照)ということであった。

よう。

これらについて簡単に経過をたどってみることとしよう。

戦後の民法改正への検討に当たって、当初から、この協議離婚制度をなお維持すべきかについての問題が提起されている。つまり、その一は、司法省民事局当局の「新憲法に基き民法親族編及び相続編中改正を要すべき事項試案」において、「裁判上の離婚のみを認め、協議離婚は寧ろ廃止すべきか」という提案がされている点である（我妻榮編『戦後における民法改正の経過』212頁〔日本評論社、1956年〕参照）。また同時に民法改正要綱案（昭和21年7月20日・幹事案）のうちの堀内信之助＝来栖三郎両幹事による「B班案（婚姻）」においても、

- ① 「未成年者が協議に依る離婚を為すには婚姻に付同意を為す権利を有する者の同意あることを要するものとする事」と
- ② 「協議に依る離婚を為すには裁判所の許可を要するものとする事」と
- ③ 「協議に依る離婚は之を廃止すること」と

の3案が提案されている（我妻編・前掲書218頁参照）。

しかし、この案のうち協議離婚を廃止するという問題は比較的初期の段階において後退することとなる。すなわち、民法改正要綱案（昭和21年7月27日・起草委員第一次案）においては協議離婚の存続を維持することを前提に、「協議に依る離婚を為すには父母等の同意を得ることを要せず、予め裁判所の承諾を受くべきものとする事」となっていく。そして、さらに民法改正要綱案（昭和21年7月29日・起草委員第二次案）においては、裁判所による承諾を受けるという制度が外れることとなり、「協議に依る離婚を為すには父母等の同意を得ることを要せず」となっていく。この代償として、「詐欺又は強迫による協議離婚の取消に関する規定を設ける事」となる（一次案については我妻編・前掲書225頁、二次案につき228頁）。このようにして、協議離婚を廃止するという案は姿を消し、裁判所による意思確認の制度も後退していくこととなるわけであるが、そのかわりに姿を現してくる制度が詐欺・強迫による協議離婚の取消しの制度である（これについては我妻編・前掲書228頁参照）。

かくして、この協議離婚をめぐる問題は、この案を前提として、昭和21年8月15日の司法法制審議会第2回総会決議、8月22日の臨時法制調査会第2回総会、9月11日の第3回司法法制審議会総会決議、10月23日の臨時法制調査会第3回総会を順次通過して、民法改正要綱となり、その成案へといたる

こととなる（このあたりの経過については利谷・前掲注(2)「戦後協議離婚制度の展開過程」53頁参照）。

もちろん、この経過にあって協議離婚制度の廃止論についての検討もされたが、それ以上に議論を集めた問題が裁判所における協議離婚当事者の意思確認の制度についてであったといえよう。この問題については利谷・前掲注(2)「戦後協議離婚制度の展開過程」が詳細であるから、ここにおいては簡単に触れておくこととしたい。

このように協議離婚においてどうして離婚当事者の意思確認制度を採用しなかったのかということについて（それは同時に協議離婚制度の廃止をしなかったということの理由となる部分もあるが）、臨時法制調査会総会において中川善之助委員から次のように説明されている。

特に、意思確認制度については、『起草委員会でも初めその案を立てたのであります』が、婚姻届けさえ容易に提出しないままとするような日本人の国民性というものを考慮すると、そのような制度を設けた場合には『裁判所へ行くという手続きを踏まない事実上の離婚というものが非常に多くなるのじゃないかという』というような懸念が生じてくるというところからであり、『知らぬ間に離婚になってしまったとか、或は威かされたとか、騙されたとかいう場合を防いで、離婚される妻の地位を保護するというその趣旨はよく分かりますが、そうすると却って離婚法全体に穴があいてしまうじゃないか、だから之は届出だけでよいことにして、知らないとか、威かされたとか、騙されたとかいう場合に対して保障を別にしておこうということにして、強迫に対する協議離婚の取消に関する規定を入れました』というのである（我妻編・前掲書258頁参照）。

この問題については、我妻榮博士からも次のように述べられている。

裁判所による意思確認の「制度を採用しようとする」と、裁判所ではとてもやり切れないという問題が一つと、それから日本人は結婚しても届け出ない人間だから離婚したからといって確認というようなやっかいなことまでして届出手続はしなくなる。事実上の離婚が非常に多くなるだろうということと、二つが理由だ（我妻編・前掲書194頁参照）が、「とにかくこの問題はこれだけ因縁のある問題だから、今度の改正のときにはさらに検討しなければならんということになりましょうね」（同書197頁参照）というのである⁽²⁸⁾。

もっとも、このような起草者の意見に対しては様々な反対論が主張されて

いる。なかでも連合国総司令部（GHQ）と司法省との間で行われた民法中改正法律案に関する会談においてGHQの係官ブレイクモアから主張された問題が重要であるといえよう。

ここにおいては、GHQ側から相当に執拗に家事審判所における離婚意思確認の制度を設けることが主張せられている。司法省側の奥野健一民事局長とブレイクモアの間でのやり取りにおいては、この問題が有しているところのほとんどが出されているといってもよいようである。司法省側の主張は、この制度を設けることによって事実上の離婚が増えてしまう可能性が強いという点、この制度を設けた場合に裁判所がこれに対応することができないという点の2点に尽きるといってもよいようである。

この会談においてGHQ側は、一定の主張を押し付けるという態度ではなく、むしろ問題点を指摘して判断を任せるといふことのようにであった。意思確認制度に関する問題においても、「この点については、かような意見があることを国会の委員会で言ってほしい。改正案を当方のいうように変更する必要はなく、国会で言うだけでよい。そうすれば国会で別の意見がでるかもしれない。いずれにするかは国会に任せることにしてよい」というのがブレイクモアの意見であったし（昭和22年6月10日第14回会談、この点については利谷・前掲注⁽²⁾「戦後協議離婚制度の展開過程」56頁参照）、これに対して検討の結果として司法省側から昭和22年7月7日第18回会談において次のようなやり取りがされることとなる。

「司法省——なお、従来からの会談で未決定のまま残されていた唯一の点、すなわち協議離婚については家事審判所の確認を要することにするかどうかの点は、司法大臣にも意見を聞いた結果、原案のまま換言すれば確認を要しないこととする案を政府案として国会に提出し国会の裁断にまかせることにしたから、了承せられたい。」

「ブ——それで結構であるが、国会で審議の際には、この点に関する問題の所在を国会に開陳せられたい。」

「司法省——承知した。——」
というのである。

(28) これがやがて検討を受け、後述の昭和34年の仮決定として出てくることとなる。

(3) 協議離婚制度の維持と制度としての意思確認

その2 ―― 国会における問題とその後

このようなことで協議離婚制度を維持するという前提で、しかも、意思確認制度は設けることがないまま国会へと議論が移行することとなる。

起草段階においてもこのような多くの問題点をかかえたままで国会での審議をむかえることとなったわけであるが、国会審議の段階において政府としては前記GHQとの会談のいきさつもあって、司法大臣の民法改正案の提案理由の説明において、このような問題があることを指摘し、このような問題があるのだから十分にこの点を審議して頂きたい旨を求め、問題点を提供している（我妻編・前掲書193頁）。

このような前提で国会審議がなされたわけであるが、衆議院の段階において（司法委員会）、協議離婚に何らの意思確認も必要ないとする政府案に対する修正案が自由党から提出されたが、議論の末、結局政府原案が可決されることとなった。参議院の段階においても、司法委員会では政府原案が可決されたが、参議院本会議において田中耕太郎議員と板谷順助議員の発議によって、「協議上の離婚はその届出前に家事審判所の確認を受けなければならない」という修正案が提出され、当面、裁判所の数から対応することができないということを考慮して、「新法第764条第2項の規定による家事審判所の確認は、当分の間簡易裁判所の確認を以ってこれにかえることができる」という規定を経過規定の附則第10条に規定するというをも合わせて提出することとなった⁽²⁹⁾。

この間であって、この田中＝板谷案に対しては川島教授などの積極的な援護がされ⁽³⁰⁾、この提案は参議院本会議において102対75ということで可決されることとなった。しかしながら、衆議院において、この案は否決され、原案が再可決されることとなり、結局は、この修正案は成立することとはならなかった。

(29) 最高裁判所事務総局編「民法改正に関する国会関係資料」604頁以下参照。なお、同所には田中議員による修正案の趣旨説明の内容が示されており参考となる。

(30) 我妻榮編『戦後における民法改正の経過』194頁以下〔日本評論社、1956年〕によれば、「その制度を採用しようとする、裁判所ではとうていやり切れないという問題が一つと、それから日本人は結婚しても届け出ない人間だから離婚したからといって確認というようなやっかいなことまでして届出手続はしなくなる。事実上の離婚が非常に多くなるだろうということ、二つが理由だった」というように説明されている。

結局、この修正案が採用されないということとなったのは、細かい理論的問題は別として、要するにこのような意思確認について家庭裁判所が十分に対応するだけの余裕がないということと、意思確認を求めて裁判所の門をくぐることの煩わしさから、事実上の離婚が増加するということにあるといえよう⁽³⁰⁾。

かようにして協議離婚制度は旧法からの継続性と同一性を維持しながら成立し、現行法の形をとることとなったものであり、これが現行法下において離婚事件の大半を占めるというような機能を果たしてきていることはくりかえし説明するまでもないであろう⁽³¹⁾。

現行法が成立した後においても、この協議離婚において離婚当事者の意思確認の制度を設けるべきであるという主張がされ、これについての問題を含めて、他の問題点とともに立法上の検討がされているところから、ここではその経過について簡単に紹介しておくこととしよう。

このきっかけとされることとなるのは昭和29年7月6日の法制審議会第10回総会において法務大臣から「民法に改正を加える必要があるとすれば、その要綱を示されたい」との諮問がされたことにある。これを受けた法制審議会民法部会においては昭和29年7月20日に第1回会議を開催し、小委員会を設けて要綱試案の作成に当たらせることとなった。小委員会にあっては、この問題について昭和30年6月7日第16回小委員会、同年9月20日第18回委員会において検討がされた。

ここでの議論は、制度を設けるべしとする立場からは、結局は意思確認制度が協議離婚の名の下に実質的な『追い出し離婚』がされることを防止し、協議離婚における弱者保護という側面を充実することとなるということが積極論としての主張の根幹をなすものであり、これが協議離婚の実態調査の結果などを示して主張されることとなる。また、同時にいわゆる離婚無効の訴えによることは実際上は積極的に法的手続を取ることの困難さや手続的費用の必要性とかいろいろの点で、救済が十分でないし、事後的救済では事前の意思確認制度によって得られるものは得ることはできないという点、またこのような事後的な救済によっては財産分与の確保も十分とはならない

(31) この問題については、後掲「4 協議離婚の実態と問題点」の離婚状況に関する一覧表を参照されたい。

などの諸点が主張される。

これに対して現行法維持の立場からは、意思確認制度がむしろ離婚の自由を制約することとなるという観点からの主張と事実上の離婚が増加するという問題点が主張され、同時に現実問題として裁判所における対応の困難がいわれた。また、制度創設の実益ということとなると協議離婚総件数のうちで問題となるものは1%にも満たないところ、このために全協議離婚について裁判所による意思確認を通過するということが要求されることとなるのは犠牲が大きすぎるなどの主張がされることとなる。

このような意見と審議とを踏まえ、昭和30年10月の法制審議会第19回小委員会において、我妻榮委員長から「前回は、離婚について確認の手續の必要があるかどうかについて審議したが、確認手續を要しないとする意見が圧倒的に多かったので、そのように決定する」と取りまとめられることとなったのである。そして、この結果が、昭和34年6月29・30日の、

「協議離婚の届出をするに先だち家庭裁判所において離婚が真に両当事者の意思に出るものであることについて確認を経るべきであるとの意見があったが、年間7万件にのぼる多数の協議離婚について家庭裁判所の確認手續を要するものとするときは、現在より以上に事実上の離婚を増加させるおそれがあり、また、意思の確認手續をいかにするかについても問題があるので、現状においては現行どおりとするのが適当である」とする仮決定によって最終的な決着が付けられたのである。

かようにして、民法の立法過程から問題となり、戦後の現行民法への改正の過程においても激論が戦わされ、後の検討の余地を残したままで立法への採用が果たされないままであった（我妻編・前掲書194頁において同博士が「とにかくこの問題はこれだけ因縁のある問題だから、今度の改正のときにはさらに検討しなければならんということになりましようね」と述べていることについては既に触れたところである）。この家庭裁判所による協議離婚意思確認の制度についての議論はここにおいて決着がつけられることとなったものである。

4 協議離婚の実態と問題点

協議離婚がもつ問題点としては様々なものがあるが、ここで問題としてきたのは離婚当事者の真意によらざる離婚届出、極端な場合には、当事者が不知の間に離婚届出さえがなされる可能性が強いという点であった。そこで、

ここでは、多くの資料が得られるものではないが、かような制度の運用に対する懐疑が現実のものかどうかについて簡単な資料に触れておくこととした⁽³²⁾。

協議離婚に関する実態調査で本稿の関心に極めて関連が深い調査として昭和33年に労働省婦人少年局〔現・厚生労働省雇用均等・児童家庭局〕による「協議離婚の実態」がある。これは、昭和33年6月から12月までの間に全国の協議離婚をした婦人の1,940名について昭和35年7月に面接調査を行ったものであるが、その1,039人（調査不能例が908名あった）についての結果である。これによると次のような諸点を得られる。

- ① 「離婚届を出した時期を知っているか」の問に対して、93%は知っていたが、「いつ出したか知らない」と答えた者が4%あり、さらに「離婚届の出たことを知らなかった」とする者が3%で、その中には調査員の訪問によって初めて届出がされていることを知ったケースが1%あった。
- ② 「離婚をはっきり承諾していたか」の問に対しては、74%がはっきり承諾をしていたが、「はっきりとは承諾していなかった」とする者が10%、「全然承諾をしていなかった」とする者が8%、その不明な者が8%あった。
- ③ 「離婚届に自分で記名（捺印）したか」の問に対しては、「自分でした」という者が62%（捺印66%）、「自分でしなかった」とする者が38%（捺印34%）あった。

という結果が得られているのが参考となろう。

少々古い資料ではあるが、協議離婚制度の運用に対する懐疑が単なる杞憂ともいえないことを示すものといえることができる。

(32) この種の調査としては田辺繁子＝大浜英子「協議離婚の実態調査—中間報告、そのメモより—」法律時報30・3）などや宇田川潤四郎氏による四国における調査などがある（これについては利谷・前掲注(2)62頁，68頁以下。なお，高妻・前掲注(1)147頁以下参照。また，小針通「地域社会における協議離婚と調停離婚の実態」家庭裁判所調査官実務研究報告書昭和31年度第2号も参考となる調査結果を登載している）。

〈離婚件数の変遷〉

	離婚件数	協議離婚	調停離婚	審判離婚	判決離婚
昭和10年	47,721(100)	47,329(99.2)	………	………	392(0.8)
15	47,804(100)	47,439(99.2)	………	………	365(0.8)
23	79,032(100)	77,573(98.2)	1,220(1.5)	92(0.1)	147(0.2)
25	83,689(100)	79,955(95.6)	3,276(3.9)	25(0.0)	433(0.5)
30	75,267(100)	69,839(92.8)	4,833(6.4)	27(0.0)	568(0.8)
35	69,410(100)	63,302(91.2)	5,413(7.8)	43(0.1)	652(0.9)
40	77,195(100)	69,599(90.1)	6,692(8.7)	41(0.1)	863(1.1)
45	95,937(100)	85,920(89.6)	8,960(9.3)	64(0.1)	993(1.0)
50	119,135(100)	107,138(89.9)	10,771(9.1)	54(0.1)	1,172(1.0)
55	141,689(100)	127,379(89.9)	12,732(9.0)	46(0.0)	1,532(1.1)
60	166,640(100)	151,918(91.2)	12,928(7.8)	59(0.0)	1,735(1.1)
61	166,054(100)	151,079(91.0)	13,196(8.0)	50(0.0)	1,729(1.1)
62	158,227(100)	143,735(90.9)	12,830(8.1)	39(0.0)	1,623(1.0)

厚生省〔現・厚生労働省〕「人口動態統計」による

三 協議離婚と離婚意思について

1 創設的届出と報告的届出

協議離婚は届出の受理によって効力を生じるものであり、これによって離婚が効果を生ずる⁽³³⁾。要するに離婚意思が届出という方法によって表示されることが要求されているわけである。そのような意味からすると協議離婚届はいわゆる「創設的届出」ということとなろう。すなわち、創設的届出とは、ある身分行為について、その届出が受理されることによってはじめて身分的関係の発生・変更・消滅の効果が生じる届出のことということができよう(田代有嗣監修・高妻新著『全訂体系・戸籍用語事典』209頁〔日本加除出版、1989年〕参照)。これについて簡単にいえば、一定の身分関係の発生・変更・消滅を目的とする身分行為の方式として要求される届出となるものが創設的届出といえることができるであろう。

この届出に該当するものとしては前述のように婚姻届(戸籍法74条)、養子縁組届(戸籍法66・68条)、協議離婚届(戸籍法76条)、協議離縁届(戸籍法70・71

(33) 特に創設的届出が届出制度との関連が深く、それだけに戸籍制度との関連が深いことについては利谷信義＝笛木俊一「いわゆる創設的身分行為において、届出、意思、生活事実の三要素はどのような関係にあるか」『民法学7《親族・相続の重要問題》』13頁以下(有斐閣、1976年)参照。

条)などの他にも任意認知届(戸籍法60~62条)など多数のものを指摘することができよう⁽³⁴⁾。

ちなみに、この概念に対応する性格を有する届出としては「報告的届出」があり、これは身分的効果の発生は届出の有無にかかわらず、一定の身分関係が、すでに届出前に生じているものであるから、届出の受否いかんが身分関係の発生・変更・消滅に影響を及ぼすものではない届出のことである。典型的には出生届(戸籍法49~59条)、裁判離婚届(戸籍法77条)、裁判離縁届(戸籍法73条)、裁判認知届(戸籍法63条1項)、特別養子縁組届(戸籍法68条の2)など様々なものがある⁽³⁵⁾。

届出の種類にはこのような創設的届出と報告的届出のみではなく、両者の性格を兼ね備えるようなものもあるが、いずれにしてもここで問題とされる協議離婚は届出が受理された時点で離婚が効果を生じるという意味において「創設的届出」ということとなる。

2 創設的届出と離婚意思

このような意味において協議離婚は離婚届がされない以上はいかに当事者間にあって離婚の合意がされ、離婚届に署名や押印がされたからといって成立するものではないということとなる。

そうすると、協議離婚届がいわゆる創設的届出ということであれば当然に離婚意思自体が創設的届出たる協議離婚届出が受理された時点において存在していなければならないこととなるはずである⁽³⁶⁾(当面のところ「離婚意思」の何たるかは別としてである)⁽³⁷⁾。

そこで、このような観点から協議離婚届と届出時点における離婚意思の存在との問題について検討してみることとしたい。

(34) 戸籍記載は届出の受付→受理→記載という手続を経過することとなるのであるが、協議離婚は受理によって効力が生じ、それは受付の時点まで遡及することとなる。

(35) いわゆる「創設的届出」と「報告的届出」との明確な分析が意識的に主張されはじめたのは古くなく、はっきりした形をとるのが關宏二郎『戸籍制度』116頁以下(常盤書房、1933年)であり、これが中川善之助「戸籍制度および寄留法」新法学全書42頁以下(1937年)などによって発展せしめられたものである。

(36) もっとも、届出前に身分行為の成立を認め、届出を効力要件と理解しようとする立場が有力に主張されている(加藤一郎「身分行為と届出」穂積追悼論文集『家族法の諸問題』251頁以下〔有斐閣、1952年〕参照)。

3 離婚意思と届出時における存在の必要

(1) 書面による届出の問題点

以上に見てきたように協議離婚においては離婚意思を届出の方法によって表示することが必要とされる制度ということができよう。そうなるべくると、当然にこの「離婚意思」は届出時において具備されていることが必要となりそうである（この問題については後に判例の動向とともに検討する）。

ところで協議離婚についてはその届出は、口頭ですることでもできれば書面によることも可能とされている。この口頭の方法が採られることは現在では稀となっているが、理論的には口頭の届出をするについては当事者と2人の証人が出頭することが必要とされることとなる⁽³⁷⁾。そうなると、この段階において離婚当事者本人の離婚意思を確認することもでき、比較的後に問題を残さないということとなろう。しかしながら、現在において普通に採られているのが書面による届出の方法ということとなるが、現在において原則的に採られるこの書面による届出について問題がでてくる。つまり、書面による場合ということとなると書面作成時と届出時点とが食い違い、実際に協議離婚の届出がされる時点においては離婚意思を喪失しているというような場合が十分にあり得るし、偽造による書面、あるいは無理に署名捺印をさせてし

(37) ここで「離婚意思」とは何かについての議論を検討することは避けることとするが、この問題については基本的には二つの対立する立場がある。その一つは、いわゆる「実質意思説」である。これは、離婚意思というのは「事実関係を作る実質的意思」（穂積重遠「協議離婚の届出と其の意思」判例民事法19頁〔1941年度〕）であり、「身分たる生活事実副う意思」（中川善之助「協議離婚の届出と其の真意」民商法雑誌13巻1056頁）ということとなる。これに対していわゆる「形式意思説」がある。これは離婚意思を「届出をすることに向けられている意思だけで足りるのであって、それ以上に実質的な身分関係の変動に向けられている意思まで包含することを要しない」（末川博「身分行為における意思」『物権・親族・相続』末川博法律論文集IV342頁〔岩波書店、1970年〕）などとする立場であり、この両説の立場が顕著に対立する。この立場いかんによって仮装離婚の効力に影響がある。なお、別の立場として、身分行為を創設的身分行為と解消的身分行為とに分類し、その前者については実質的意思を要求し、後者については形式的意思である届出意思で足りるとする立場（福地俊雄「身分行為と効果意思」『家族法大系I』46頁〔有斐閣、1959年〕）などが主張されているが、この議論のいかんを問わず、届出時点において離婚意思が必要となることについては差異がないということとなろう。なお、判例は、離婚意思とは、夫婦自身の真に自由な意思決定により法律上の婚姻関係を永久に解消させようとする効果意思だとしている（最判昭和38年11月28日民集17巻11号1469頁）。

(38) 梅謙次郎『民法要義卷之四親族編』（有斐閣、1912年）201頁参照。

まった書面などが利用される可能性があるところから当事者の真意によらざる協議離婚届出がされるおそれが出てくるからである。

また、届出に際しては、もともと「代理人ヲ以テ届出ヲ為スコトヲ許サス故ニ當事者ハ必ス自ラ戸籍役場ニ出頭スルカ又ハ自ラ署名シタル書面ヲ差出スコトヲ用ス但病氣ノ為メ戸籍役場ニ出頭スルコト能ハス又自ラ署名スルコト能ハサル者ハ（疾病ノ為メ執筆スルコト能ハサル者トノ二者ヲ含ム）戸籍吏ノ出張ヲ請フノ外ナキナリ」（梅謙次郎『民法要義卷之四』108頁）ということで書面による届出をするに際しては本来は離婚当事者が自らに届書に署名捺印をすることが必要とされた。しかし、これは、「單ニ戸籍吏カ届出ヲ受領セサル原因ト為ルノミニシテ若シ戸籍吏カ誤テ之ヲ受理シタルトキハ後日其ノ瑕疵ヲ発見スルモ敢テ」「結果ニ何等ノ影響ヲ及ホスコトナシ」（梅・前掲書117頁参照）ということで結局、民法は、届出における形式的な瑕疵は受理によって治癒されてしまうこととしたから、自署を要求した最初の趣旨は一步後退することとなってしまった。そのうえ、判例は、届書に本人による自署さえあれば第三者による届出も可能であるとし（大判昭和16年11月29日評論全集31巻370頁〔民〕）、さらに、当事者に身分行為上の意思（実質意思）さえあって、しかも届出が本人の意思に反しないならば、代署によることもできることとなってしまう（養子縁組についてであるが、大判昭和7年4月20日新聞3400号4頁、大判昭和9年5月4日新聞3703号7頁、最判昭和31年7月19日民集10巻7号908頁、婚姻についての事案ではあるが最判昭和44年1月31日判時553号47頁以下参照）⁽³⁹⁾。

(2) 裁判例の動向

ここでは「離婚意思」と「届出」との同時存在の必要性という問題を検討するためにこれに関する判例の動向から紹介しておくこととする。

ここでは、この問題についての具体的な判例の傾向を検討しておくこととする。まず、ここで古い判例ではあるが、①東京地裁判決大正6年5月28日の事案と判断からみておくこととする。

① 東京地判大正6年5月28日（新聞1273号21頁）

事案の要点は、次のようなものである。つまり、明治44年に婚姻した夫婦が離婚の合意をし、大正4年12月に協議離婚届に署名捺印し、夫から妻への手切れ金が支払われた。ところが、妻は、人を介して大正5年7月11日に夫

(39) 利谷＝笹木・前掲注(33)14頁以下参照。

に対して婚姻を継続したい旨を申し入れた。しかし、夫は、同年12月4日に離婚届出をしてしまったというのである。

この事案において判例は、離婚届出当時において妻には離婚意思がなかったということを認定して離婚は無効と判決している。

もっとも、この事例においては、控訴審段階における認定（大正7年4月11日東京控判新聞1408号23頁）では、このように手切れ金まで受領し、これを返還もしない以上は離婚意思がなかったという認定はできないということで、離婚意思の撤回の理論的な可能性は認めながらも本件については離婚意思の存在を否定することはできないと判断している（これにつき利谷信義「協議上の離婚」島津一郎編『注釈民法 [21]』98頁〔有斐閣、1966年〕参照）。

ここにおいてほぼ明確に判例は協議離婚の届出がされた時点において離婚意思が具備されていることの必要性を認めている。

次に、②大判昭和16年11月29日について見ておくこととしたい。

② 大判昭和16年11月29日（評論全集31巻373頁〔民〕）

夫婦間で離婚協議が成立し、届書も作成され、これが委託を受けた第三者によって提出がされ受理された事案であるが、判例は、「該届出ハ特段ノ事情ナキ限り離婚当事者ノ意思ニ基クモノトシテ有効ナリト謂ヒ得ヘキモ、若シ届書作成後当事者カ意ヲ翻シ離婚ヲ欲セサル特段ノ事由存スルニ至リタルトキハ、委託者ニ対スル届書提出方ノ委任ヲ解除シタルヤ否ヤ、又受託者カ当事者ノ意思ノ変更ヲ知ルト否トヲ問ハス受託者ニ依ル届書ノ提出ハ本人ノ意思ニ基カサル離婚届トシテ其効力ヲ生セサルモノト謂ハサルヘカラス」と判断し、届書が作成された後において、この届出がなされ、これが受理された場合にあっても、この時点で離婚意思が失われていれば協議離婚は成立しないものとの判断をしている。このような判断は協議離婚についての判例の基本的な態度となるものであり、最高裁判所においてもこの態度が維持されているのは後に検討するとおりである。

次に、③東京地判昭和26年3月5日について紹介することとしたい。

③ 東京地判昭和26年3月5日（下民集2巻3号339頁）

この判例それ自体は離縁に関する判例ではあるが、後に検討する④最判昭和34年8月7日において修正がなされるものであるし、また行政先例としての不受理申出の制度に深い関連を有するものでもあるところからここで検討の対象としておきたい。

本判決は、協議離縁の協議がされ養子に対しての手切れ金の支払いがされ、協議離縁の届書が作成され、その届出の第三者への委託がされたが、養子が後に離縁意思を翻し、戸籍係員に対して「自分は離縁するつもりはないから、届書が提出されても受理しないで欲しい」と事前に申し出ていたという事案において判例は、

「離縁は離縁当時の当事者の意思によるべきであるから、離縁の届書を作成してその届出を委任した後であっても、届出前に意思が変り離縁の意思がなくなった場合には、その届出の委任を解除するなり、相手方に対し離縁の意思がないことを申出て、届出を拒絶することも可能である。しかしこれらの措置を講ぜずして、ただ届出当時離縁の意思がなくなっていたということだけでは、その届出を無効とすることは出来ないと解するのが相当である。けだし民法の一般理論によれば、届出の委託の解除がない限り、届出は有効になされたものと解さねばならないが、親族法には民法のこの理論が適用されないとしても、相手方や届出の受任者に知り得ないような本人の内心的効果意思の如何によって、その届出の有効無効を左右し得ることになれば、身分上の変動を来す重要な届出を著しく不確実ならしめる結果となるからである。本件では原告はYに対して届出の委任を解除するとか、養親に対して離縁の意思のなくなったことを申出るとかの措置を講じなかったことは前認定のとおりであるから、たとえ原告が戸籍係員の一人に離縁届が提出せられても受理しないでくれと、予め申出ておいたことが認められてもこの届出を受理したのは、この申出を受けない戸籍係員であったばかりではなく、仮に同一係員であったとしても、戸籍吏は届出を形式的に審査する権限があるだけであって、届出が本人の意思によって為されたかどうかを審査する権限なく、一応形式にあった届出が為された以上、これを拒絶する権限もないのであるから、戸籍係に予め申出てあったというだけで、特に他の場合と区別して、この届出を無効と解することはできない。また信義の原則からいっても、右のような事情で原告は離縁に承諾して届書に印を押して、Yに届出を委せたのであるから、もし原告において、真に離縁の意思がなくなったのならば、前に受領した2万円の離縁金を返済するなり、あるいは返済を約するなどして、離縁の意思がないことを養親または届出を委せたYに表示して、届出をやめさせるべき措置を講ずるのが当然であり、又その機会も十分あったに拘らず、これを為さずして、離縁金を受領したまま養父の死亡後の今日、

当時離縁の意思がなかったからとて、離縁の無効を主張することは、正当な権利の行使とはいえない。この点からも、原告は離縁の無効を主張し得ないと解するのが相当である」

というのである。

この判例においては届出を受理するに際して戸籍吏にはいわゆる形式的審査権しかないこと、また、離縁意思の撤回は可能ではあるが、撤回を有効にするためにはその届出の委任を解除するなり、離縁の相手方に対して離縁意思がないことを申し出て届出を拒絶することが必要とされること、そして単に離縁意思がないことを事前に戸籍吏に対して申し出て離縁届を受理しないように依頼しても、戸籍吏には権限がなく、有効な撤回とはならないというようなことを判断している。いずれにしても、届出と意思との同時存在の必要性を前提としての判断であることは否定できないのである。

ここで、判例としての決定的に重要な判断がされているところの④最判昭和34年8月7日について見ておくこととする。

④ 最判昭和34年8月7日（民集13巻10号1251頁）

この事案は、夫婦間で離婚協議がされ、離婚届が作成され、夫がその届出を妻に委託したケースにおいて、その届出前日になって夫が市役所に出頭のうちで、離婚意思がないことを口頭で申し出ておいたが、離婚届出が受理された場合についての判決である。

ここでは、「上告人から届出がなされた当時には被上告人に離婚の意思がなかったものであるところ、協議離婚の届出は協議離婚意思の表示とみるべきであるから、本件の如くその届出の当時離婚の意思を有せざることが明確になった以上、右届出による協議離婚は無効であるといわなければならない。そして、かならずしも所論の如く右翻意が相手方に表示されること、または、届出委託を解除する等の事実がなかったからといって、右協議離婚届出が無効でないとはいえない」とされている。

ここでは、届出時点での離婚意思の必要性が認められ、これがない以上は協議離婚は有効に成立しないことを認め、同時に、いったんは成立した協議によって離婚意思が認められる場合であってもこの撤回ができないものではなく、しかもこの撤回には、その意思表示が必ずしも相手方に伝えられることや、また届出の委託の解除がされることなどが必要とされるものではないというのである。その意味では前述の③判例によって述べられた立場が変更

されているとあってよいであろう。要するに届出当時において離婚意思がないということが認定されることで足りるとしているのである。

もっとも判例においては藤田裁判官が補足意見を述べ従来の③判例に近似した意見を述べているのが参考となるところから、これを紹介しておくこととしたい。つまり、「離婚の合意は届出書作成のときに正当に成立したのである。この合意を届出書という形式によって市町村長に届け出ることによって離婚は当然に効力を発生するのである。そして、この届出行為を他人に依頼してその届出書を他人に托した後において、本人が内心、変心してその他人が届出行為を実行する瞬間において、たまたま本人が離婚の意思をなくしていたとしても、それだけの事実で、その届出が当然無効となるものではない。離婚意思の喪失によって届出による離婚の効力の発生を阻止するためには、届出の受理される以前に、届出による表示行為の効力の発生を阻止するためには、届出の受理される以前に、届出による表示行為の効力の発生を妨げるに足りるなんらかの行為がなされなければならないものと解する。

ところが本件においては原判決の認定するところによれば、被上告人（原告）は右届出提出の前日頃市役所に来て係員に対して上告人（被告）から離婚届が出されるかも知れないが被上告人としては承諾したものでないから受理しないでくれと申し入れをしたというのであって、この申し入れによって、右届出撤回の意思は当該吏員に対し明瞭に通達されたと解することができるのであるから、これによって本件離婚の届出は遂にその効力を発生するに至らなかったものと解すべきである」として従来の③判例の基本的立場にたって本判例の立場を維持しようとするのである。

いずれにしても本件最高裁判所判例は、とりあえずこの問題についての判例の到達した現状を示しているものと理解してよいであろう（山主政幸「協議離婚届作成後の翻意と届出の効力」綜合法学27・792では、「全身分法をとおしての『身分行為の成立要件としての届出と意思』とに関する重要な問題について、ひとつの結論を示したものとあってよい」とこの判例について評価をしているのが参考となる）。この問題についてはまだまだ検討すべき判例があるが、下級審判例として、離婚について、妻が知らない間に出された離婚届が無効となる（東京地判明治44年10月9日新聞751号22頁、大阪控判昭和2年10月11日新聞2756号13頁）などは当然ではあるが、問題となるのは届出時点で他方配偶者の死亡や意思能力の喪失という問題が絡んでくるような場合である。このような問題を含む判例の典型的

な例として婚姻に関する⑤最判昭和44年4月3日、⑥最判昭和45年4月21日の判断を示しておくこととする。

⑤ 最判昭和44年4月3日（民集23巻4号709頁）

ここでは前者の事案からみておくこととする。この事案はおよそ20年ほど内縁関係を継続してきたA男とY女とは、Aが入院期間中である昭和40年4月3日に婚姻届を出すこととなっていたが、印鑑などの手違いによって、これが提出受理されたのが4月5日午前9時10分頃となった。ところが、Aは前日4日の朝から昏睡状態となって、そのまま5日午前10時20分死亡した。

この事案について、「本件婚姻届がAの意思に基づいて作成され、同人がその作成当時婚姻意思を有していて、同人とYとの間に事実上の夫婦共同生活関係が存続していたとすれば、その届書が当該係官に受理されるまでの間に同人が完全に昏睡状態に陥り、意識を失ったとしても、届書受理前に死亡した場合と異なり、届出書受理以前に翻意するなど婚姻の意思を失う特段の事情のないかぎり、右届書の受理によって、本件婚姻は、有効に成立したものと解すべきである」と判断されている。

⑥ 最判昭和45年4月21日（判時596号43頁）

また、後者の事案は、内縁関係にはなく、婚姻届後1時間半後に死亡した同種事件について、「将来婚姻することを目的に性的交渉を続けてきた者が、婚姻意思を有し、かつ、その意思に基づいて婚姻の届書を作成したときは、かりに届出の受理された当時意識を失っていたとしても、その受理前に翻意したなど特段の事情のないかぎり、右届書の受理により婚姻は有効に成立する」との判断がされている。

この判例は、いずれも婚姻に関するものではあるが、理論的には創設的届出たる協議離婚についても当てはまることとなるはずである（創設的身分行為と解消的身分行為とを区別する立場もある。なお、このような事案は婚姻について特に相続の権利をめぐる争われることが多いが、離婚についても問題とはなり得るであろう）⁽⁴⁰⁾。

また、このような離婚意思と届出との同時存在の必要性に関する議論についての判例のほかに多少の注意を払っておくべき判例に「届出意思」を問題とするものがある。簡単に触れておくと、例えば、松山地今治支判昭和43年1月26日（家月21巻3号76頁）がそれである。事案は夫が作成した離婚届書の印影が不明瞭であるということで離婚届が受理されなかったところから、さ

らに妻の父が代書して偽造の印鑑を押捺して作成した離婚届を提出したというものであるが、これについての判例は、本件は「離婚の合意はあるがその一方に届出をする意思がなくまたはその意思が未定の間、檀に他の一方によって離婚届が作成された場合」とは事案が異なるのであって、この事案においては離婚意思と同時に届出意思もある事案だとして離婚を有効としている（この他にも届出意思を問題としたケースとしては富山地判昭和40年3月31日下民集16巻表示などがある）。

4 離婚届不受理申出制度の生成と発展

(1) 協議離婚の届出時点における離婚意思の存在の必要性

協議離婚は協議離婚届の受理によって成立する⁽⁴¹⁾。したがって、この協議による届出がいわゆる創設的届出に属することは重ねて説くまでもないであろう。かようにして、協議離婚は戸籍の届出の受理によって成立するということとなるわけであるところから、離婚意思自体が離婚届が受理された時点において存することが必要とされることも当然ということとなろう。以上については既に検討してきたところから必然的にもたらされることとなるといってよい結論であろうし、裁判例においてもこれを当然の前提としてきているといつてよいことも既に述べてきたところである。

(40) 以上の判例は協議離婚の届出がされた時点において離婚意思が具備されていなければ原則として協議離婚は無効ということを示した判例ということとなる（もっとも、前記⑤、⑥判例などは、直接これを裏付けるともいえないが、①～④の判断を当然の前提とする判例といつてよいであろう）。なお、これらの判例以外にもいわゆる仮装協議離婚については「離婚意思」自体がないから無効となるかという点について、これを肯定する大判大正11年2月25日民集1巻69頁の立場から、むしろ仮装協議離婚であっても有効と理解しようとする大判昭和6年1月27日法律新聞3233号7頁や大判昭和16年2月3日民集20巻70頁の判例が参考とされる。また、「離婚意思」について形式意思説に立っているように判断される最判昭和38年11月28日民集17巻11号1469頁などが参考とされるが、離婚意思の撤回や離婚意思が不存在の場合に提出された偽造の協議離婚届出などが問題とされる本稿においては特に内容についてまで紹介せず、判例の所在を示すにとどめておくこととしたい。

(41) 協議離婚届出がされた場合には、市町村長は、届出が法律上適式かどうかなどについて審査して届出を受理することとなるが、この受理によって協議離婚は成立する。この場合に受理ということによって初めてこの効力を生ずることとなるが、その効力を生ずる時期は、受付の日に遡及することとなる。「けだし、市町村長が審査をする時期の長短によって当事者の身分関係の形成時期が左右されることは妥当でないから」（青木義人＝大森政輔『全訂戸籍法』134頁〔日本評論社、1982年〕）である。

(2) 協議離婚と戸籍制度

ところで、日本における協議離婚が戸籍上の届出の受理によって成立するということから明白なように、わが国における身分（家族）制度については戸籍制度が深くかかわっているということができ、これはここで検討されている協議離婚という制度についても例外ではない。否、むしろ、協議離婚制度こそ特に戸籍との結び付きが深い制度ということとなる。そこで、協議離婚についての問題にはやはり、戸籍制度の運用にかかわる問題が検討されておかねばならないこととなる。

周知のように戸籍制度はいわゆる国家の事務でありながら、住民との接点とされる市町村の長に法定受託事務として委託されているところである。しかし、基本的にはこれが国の事務であるところから全国的な統一性がはかられる必要があり、統一的な行政通達を基本として運用されている。かような観点から戸籍事務については、その実態は、単に法の規定のみを研究することによっては容易に把握することはできないのであって、これをめぐる膨大な「戸籍先例」といういわゆる行政通達や回答に目をむけなければならないこととされるといってよいであろう。

(3) 不受理申出制度の出現以前

さて、このような観点からすれば、協議離婚の届出が受理される時点において離婚意思が具備されていなければならないということとの関連性からどうしても触れておかなければならない先例としていわゆる「協議離婚届不受理申出」の制度がある。そこで、ここにおいては、協議離婚における離婚当事者の離婚意思確認という側面において極めて重要な機能を有している「協議離婚届不受理申出」の制度が行政先例として出現し、発展した経過を簡単に概観し、その有している機能に触れておくこととしたい。

いわゆる協議離婚届不受理申出が先例上で問題となったのは大正6年6月22日民第2048号法務局長回答が最初であるといってよいであろう。これは、「協議離婚ノ届出ヲ夫ヨリ提出スル以前ニ妻ヨリ右届書ニハ署名捺印シタルモ該離婚ハ自己ノ本意ニ反スルモノニ付届出アルモ受理シ呉レサル旨口頭又ハ書面ヲ以テ申出アリタル後夫ヨリ該離婚届書ヲ提出シ来リタル時ハ市町村長ハ受理ス可カラサルモノナルヤ」という伺いに対してなされた回答であり、この時点においては戸籍管掌者のいわゆる形式的審査権限の問題とも関連して「例示ノ場合ニ於テ離婚ノ届出ニ妻署名捺印シタル以上市町村長ハ事実ノ

如何ニ拘ハラス之ヲ受理スヘキモノトス」とされたものであった⁽⁴²⁾。かような意味において当初は前掲判例である東京地判大正6年5月28日（前掲①判例）の判断が協議離婚の届出時における離婚意思の存在の必要性を認めていたにもかかわらず、先例としては否定的な判断を示したものであったといえることができる。

(4) 協議離婚届不受理申出制度の出現

このようにして当初の先例においては前述したような判例の動向にもかかわらず、離婚届不受理申出を認めていなかった。この大正6年6月22日民第2048号法務局長回答を覆して「翻意による離婚届不受理申出」が認められたのが昭和27年7月9日民事甲第1012号民事局長回答である。

この回答にかかる事案は次のようなものであった。すなわち、昭和27年5月28日にA市役所へ出頭した乙女は「夫甲との協議離婚を承諾し、離婚届に署名したが、その後に離婚の意思を翻したので、夫甲が離婚届を提出してきても受理しないよう」に申し出るとともに、この届出がされた場合には乙に連絡するように依頼してきた。その後の6月4日にいたって甲から離婚届の郵送提出がされたところから、A市においてはただちに乙に連絡を取ったところ、乙は同日付の書面によって「協議離婚届書には署名捺印したるも、その後妻乙は協議離婚の意思を翻したため、夫より提出した離婚届書は受理しないようお願いする」との願い書を提出するにいたった。これを受けたA市長においては、この離婚届書を受理すべきかどうかについて監督法務局に伺いを立てることとなった。

監督法務局長は、「協議離婚の届出が、当事者の意思に基づかない場合は、離婚は当然に無効であることは学説・判例の一致するところであり、本件は、当事者の一方（妻）が戸籍吏員の面前において離婚の意思がない旨表明しているのであるから、届出の意思がないことは明らかである。かかる場合には、市長としては、届書の内容審査するまでもなく、無効のものとして受理しないのが相当であると思料する」との意見を付して法務省民事局長にその受否を照会した。これに対してかかる届書は受理しないのが相当であるとするのが本件回答であり、ここにおいて翻意による離婚届不受理申出の効果が先例を通じて認められることとなったものである。かようにして、本先例は法が

(42) 高妻・前掲注(1)136頁以下。

客観的な制度として承認していない「協議離婚届不受理申出」の制度を創設することとなったものである⁽⁴³⁾。この事例においては、協議離婚届書の提出前に口頭で不受理の申出がされ、離婚届提出後受理処分前に書面による不受理申出がされた場合には、不受理申出後にされた協議離婚届出は受理されないということが判断されたこととなる。

かようにして協議離婚届不受理申出の制度が先例として認められ、これが漸次整理され、先例によって認められた客観的な制度へと発展していくこととなる。簡単にこの先例の軌跡を跡づけてみることにしよう。

前記先例に引き続いての昭和29年1月19日民事甲第89号回答においては、協議離婚届出前に当事者の一方である妻から本籍地市町村長に対して、自己に離婚意思がないとして、夫からの届出がされても受理しないように求めたが、夫が所在地の市町村長に離婚の届出をし、同市町村長において受理し、本籍地に送付した場合には本籍地において離婚記載をせざるを得ないとしているのが参考となる。

(5) 不受理申出制度の拡大

もともと不受理申出制度は当初は協議離婚についてのものとして認められたものが、広くいわゆる創設的届出についての制度として認められていくこととなる⁽⁴⁴⁾。また、当初の不受理申出制度が、翻意による場合についてのものであったが、これに限らず、虚偽の届出などに対する予防的不受理申出の形態でもこれが認められることとなる。昭和34年10月1日民事甲第2168号回答においては、養子縁組届について偽造の届出がされるおそれがある場合に

(43) このような実体法上の直接の根拠を有していない協議離婚届不受理申出制度を認めるについては戸籍実務においても、思い切った決断であったようである。この点について当時の法務省民事局第二課長であった阿川氏は市町村長の形式的審査権との関連から「そこを踏み切りました。少なくともそういう無効婚の発生は形式的にはっきりしている場合であるから」問題はないし、「この際防止しておくのが、戸籍の関門を設けておる以上必要だというところから踏み切っ」たものである（「戸籍」122号87頁、このことを指摘するものとして利谷・前掲注(2)「戦後協議離婚制度の展開過程」76頁参照）。なお、これは前述のように現行法立法過程において協議離婚制度自体の問題点が指摘され、また同時に協議離婚における意思確認制度の提言などがされてきたこととの関連も深いということができよう（この点につき利谷・前掲論文76頁参照）。

(44) 夫が死亡し、遺妻が実方への復籍をするつもりもないのに、死亡した夫の父母が復籍届等を偽造して届出をするおそれがあるという事案について、昭和39年12月21日民事甲第4007号回答においては、例えば、姻族関係終了届、復氏届、分籍届などの相手方のない創設的届出についても不受理申出を認めている。

についての予防的不受理申出が認められているし、昭和37年9月27日民事甲第2716号回答においては、他方から虚偽の離婚届がされるおそれがある場合についての予防的不受理申出が認められている。

なお、この不受理申出は書面であることが必要とされ、電話によることが認められないこととされた（昭和31年10月17日民事甲2395号回答）。

(6) 不受理申出についての制度化

このようにして認められ、発展してきた制度ではあるが、やはり個々の具体的な事件についての個別的解決を図る機能を果たす回答という形態で認められてきた先例には制度的にみれば不十分な点が多々存したところから昭和39年2月27日民事甲第385号通達によって不受理申出を通達に基づく制度とし、同時に従来からの問題点についての一応の整理をはかることとなる。つまり、離婚届不受理申出書に、不受理の扱いをする期間として6か月以内の一定期間を記載させることとし、この期間経過後においてもなお必要がある場合については、この期間が満了の際に再度の申出書を出させ、これを再度提出しないものは、その後に離婚届がされた場合には受理するという内容を内容としている。不受理申出期間を設定、6か月内の一定期間を申出人に指定させて不受理申出をさせ、同時にこの期間内は、不受理申出が取り下げられない限り、申出人についての離婚届出が何度なされようとも、申出書の効力が維持され、不受理処分がされることとなったのである。

しかしながら、もともと不受理申出の制度は一種の行政サービスとして始まった存在ということと認識されているところから（利谷信義「創設的届出の不受理申出制度」中川善之助先生追悼現代家族法大系編集委員会編『現代家族法大系5』〔有斐閣、1984年〕522頁、海老原良宗「不受理申出制度の周辺問題について」細川清＝海老原良宗編『家族法と戸籍—その現在及び将来—』所収論文471頁〔テイハン、1986年〕）、市町村の負担を重くするには問題がある。そこで、この通達においては市区町村の負担軽減を主眼としたものであるとあってよいであろう。

(7) 総合的整理通達への発展——昭和51年1月23日民二第900号通達

このようにして昭和39年2月27日民事甲第385号通達によっていったん整理された不受理申出制度にはなお問題となる点が多かった。そのためにこのような負担の伴う戸籍運営については廃止を希望するという戸籍実務家からの要望が続出することとなった⁽⁴⁵⁾。

かような諸点が配慮された結果、昭和27年以来の不受理申出についての先

例をめぐる問題点への検討や整備を前提として、この制度の維持発展をはかり、市区町村側の負担とならないように、同時に国民の側において安心して簡便に利用できる制度とするとの配慮のもとに従来の不受理申出の制度についての総合的・統括的な整理先例としての昭和51年1月23日民二第900号通達が発せられることとなる（田代有嗣監修・高妻新著『全訂体系・戸籍用語事典』223頁〔日本加除出版、1989年〕⁽⁴⁶⁾）。この通達は、この制度について総合的・統括的に整理するものであり、従来認められている諸点の他に、不受理申出書は本籍地市区町村長に提出すべきであるが、これが他に提出された場合には本籍地市区町村長に転送し、転籍の場合には転籍先の市区町村長に送付するという形態を採り、本籍集中方式を採用した。また、不受理申出期間中に届出が受理された場合には、戸籍記載前でさえあれば、監督庁の許可に基づく指示によって処理し、戸籍の記載がされた後には戸籍法第24条第2項によって職権訂正によって処理するとされた。また、届書の提出後の不受理申出であっても、受理の決定前であれば、受理すべきでないとされている（昭和51年6月11日民二3328号通知）。また、不受理申出は本籍を有しない外国人のみを当事者とする届出には適用されないこととなった（青木義人＝大森政輔『全訂戸籍法』202頁〔日本評論社、1982年〕での取りまとめを参考とした）。

(8) 不受理申出と戸籍上の処理

この不受理申出制度については多くの問題点があるが、ここにおいてこれらの諸問題について十分な検討をする余地はないところから2～3の問題点に限定して検討しておくこととしたい。

不受理申出がされた場合における市区町村長側における問題点、つまり不受理申出がされていた場合において、協議離婚の届出が提出された場合にどのような戸籍上の処理がされるかが問題となる。この点について簡単に触れておくこととしよう。

まず、問題とされている不受理申出書が提出されると、この旨を戸籍発収簿に登載し、当該戸籍の直前に着色用紙を綴じ込むなどの方法が講じられることとなる。このような措置を前提としてなされる協議離婚の届出に対する各種措置について簡単に整理してみることとしたい。

(45) 戸籍事務担当者の全国組織である全国連合戸籍事務協議会の総会（全連総会）において昭和40年以来毎年のようにこの不受理申出制度についての廃止の要望方がなされてきたが、昭和51年の整理通達以来、このような要望が影をひそめることとなった。

① 不受理申出後協議離婚届出がされた場合

協議離婚届出については不受理とすることとなる。協議離婚届書を返戻することとなるが、この返戻する届書に「妻の申出により年月日不受理」などと記載する。同時に、届書の写しを申出書に添付して保存し、申出書およびその綴りの目録に「年月日離婚届不受理[㊦]」などと記載して証拠保全をはか

(46) この整理通達は重要なものであるところから煩を厭わず全文を示しておくこととしよう。その内容は次のようなものである。

離婚届等不受理申出の取扱いについて

離婚届の不受理申出については、従前の取扱いを左記のとおり改めることとするので、これを了知の上、貴管下各支局長及び市区町村長に周知方取り計らわれない。

なお、他の創設的届出について不受理申出があった場合も、同様に取り扱って差し支えない。

記

- 一 離婚の意思がない者又はいったん離婚の意思をもって協議離婚届に署名したがその後離婚意思を翻した者が、協議離婚の届出がされるおそれがあるとして、右届出があっても受理しないよう申し出たときは（以下この申出を「不受理申出」という。）、右申出を受け付けた後に提出された離婚届はこれを受理しないものとする。
- 二 不受理申出は、申出人の本籍地市区町村長に対してすべきものとする。
- 三 前項の申出書が非本籍地市区町村長に提出されたときは、当該市区町村長はこれを受け付け、しかる後これを本籍地市区町村長に送付するものとする。
- 四 不受理申出を受け付けた市区町村長は、第1項により不受理の取扱いをする期間（以下「不受理期間」という。）として、申出人に6箇月以内の一定期間を右申出書に記載させるものとする。
- 五 不受理期間中に申出人の転籍届があった場合には、原籍地市区町村長は申出書を転籍地市区町村長に送付するものとする。この場合においては、不受理申出は、転籍時の残存不受理期間について転籍地市区町村長に対してされたものとする。
- 六 不受理期間中に協議離婚の届出が受理され、その届出による戸籍の記載がされていない場合には、本籍地市区町村長は、監督法務局、地方法務局又はその支局（以下「監督局」という。）の長の指示を受けて、その受理した届出に関する処理をするものとする。
- 七 不受理期間中に協議離婚の届出が受理され、その届出により戸籍の記載がされた場合において、相当と認めるときは、本籍地市区町村長は、戸籍法第24条第2項の規定による許可を求めるものとする。
- 八 前2項の場合において、監督局の長は、調査の結果届出時に離婚届出の意思が欠如していたと認めるときは、本籍地市区町村長に対し、当該届出を無効なものとして所要の処理について指示し又は許可するものとする。
- 九 現に非本籍地で保管中の不受理申出書で本通達の日に残存不受理期間の存するものは、速やかに本籍地市区町村長に送付するものとする。この場合において、不受理申出は、右残存不受理期間について本籍地市区町村長に対してされたものとする。
- 十 本通達の日の前日までに受理された協議離婚の届出のうち、当該届出に関し、本籍地市区町村長に対して不受理申出がされていたものについては本通達を適用し、非本籍地市区町村長に対して不受理申出がされていたものについてはなお従前の例による。

ておくこととなる。

② 不受理申出期間内にされた離婚届出が受理された場合

不受理申出期間中にこのような事態が生ずる場合としては、①申出人または届出事件本人の本籍地に届出がされ、不受理申出がされていることを見逃ごして受理した場合、②上の本籍地以外に届出がされたため、届出が受理された場合、があり得るであろう。

このような場合について前記900号通達は次のような取扱いの方針を示している。

i 戸籍記載がされてしまっている場合

このような場合に不受理申出がされていることが発見された場合、本籍地市区町村長においては、相当と認めるときは、戸籍法第24条第2項による戸籍訂正の許可を監督法務局長に求めることとされ、これを求められた監督法務局長においては、調査の結果、届出当時離婚意思が欠けていると判断した場合には、当該届出を無効なものとして戸籍訂正を許すこととなる。

ii 戸籍記載がされていない場合

戸籍記載がされる前に不受理申出がされていることを発見した場合には、本籍地市区町村長においては監督局の長の指示を受けて受理した届出を処理する。すなわち、監督局の長は、調査をし、届出時において離婚意思がなかったと判断した場合には本籍地市区町村長に対して所要の処理をするように指示し、この指示を受けた本籍地市区町村長は、戸籍記載をしないで、離婚届に受理することができない旨を記載して（または監督法務局長の指示書を添付して）、届出地の市区町村長に対して返送し、同時に復籍地の市区町村長に対しては、指示書の謄本を添えて当該届出に基づく離婚の記載をすべきでない旨を通知することとなる。そうすると届出地市区町村長においては本籍地市区町村長からの届書の返送を受け、同時に復籍地市区町村長からは戸籍消除の通知または届書の返送を受けることとなり、結局は届出人に「離婚の届出は無効なものであるので、先の受理処分は、これを撤回する」という告知をし、届書を返戻することとなる。

従前の先例（昭和37年6月7日民事甲1491号回答）においては夫婦間の合意が成立し、協議離婚届に署名後、市区町村長に受理される前に妻から「離婚の意思をひるがえしたから、夫から提出される届出の受理を拒否されたい」旨の申出書が提出されていたにもかかわらず、市区町村長において不受理申出

の存在を見過ごして受理して戸籍記載をした場合にあっては戸籍法第24条第1項の規定による戸籍訂正をすべきではなく、戸籍法第114条または第116条の規定による手続をすることを要するとして厳格な手続を必要としていたものを改めたという意味においても重要な点であるといえよう。

(9) 不受理申出と市区町村長の審査権

戸籍届出に対しての受否を決定するところの市区町村長の審査権限は、いわゆる形式的審査権であるとされている⁽⁴⁷⁾。この形式的審査権との関連で、この不受理申出の制度をどう理解すればいいのかについては問題があるといえよう。ここで、この問題について簡単に検討しておくこととしよう。

すなわち、戸籍上の届出の受理にあたり、市区町村長は、「届書が法定の要件を具備しているか否か、すなわち当該届出等が法令に違背していないか否かを慎重に審査すること」となるが、「この審査は、当該届出等が法令に違背していないか否かを調査する、いわゆる形式的審査であるにとどまり、当該届出等が届出人等の真意に出るものか否か、あるいは届出事項が事実と一致するか否か等の、実質を審査するものではない」のであり、「実質的事実の認定は、市町村長がこれに立ち入るのは不相当であり、また事実上不可能なことからであって、実質的審査は市町村長の権限または責任の外に置かれる」とされ（青木=大森・前掲書132頁）、いわゆる不受理申出の制度もその例外ではないと理解されてきた。すなわち、この不受理申出の制度は、離婚等の創設的届出の受理にあたり、「受理前にあらかじめ、本人から書面という明確な形で申出がなされている場合に限り、これに基づく処理をしても、これをもって形式的審査権の範囲を逸脱したものというべきでは」ないとされている（同書133頁）⁽⁴⁸⁾。

しかし、この不受理申出の制度について、これを従来の学説がいわゆる形式的審査権の範囲内にあるとして十分に説明することにはやはり問題があると思われる。

(47) いわゆる形式的審査権についての理解は立場によって異なり、厳格な立場においては、戸籍の届出について、実質的要件、形式的要件をそれぞれ具備しているかどうかを審査するに当たって市区町村において保管する戸籍簿のほか戸籍法が定める添付書類のみをもって審査し、その他の資料を斟酌することができないとするような立場もある。

(48) 不受理申出制度が先例上ではじめて採用された際における法務省民事局阿川第二課長の判断でも、不受理申出制度はいわゆる形式的審査権の範囲を逸脱するものではないという理解であったことについては前述した。

もともと、戸籍の届出に対する市区町村長の審査権限がいわゆる形式的審査権限にとどまるということ自体について明文の規定がないのであり、強いていえば、前述のように協議離婚についての戸籍吏よる「戸籍吏ハ協議ノ真実ナルコトヲ……認メタル後ニ非サレハ離婚ノ届出ヲ受理スルコトヲ得ス」という規定が採用とならず、整理されたという立法過程における事実を根拠とすることができようが、決定的なものではないということができよう。要するに戸籍に関する届出についての処理は、戸籍が国民の身分や国籍について証明する公文書となるところから正確な記載がされなければならないという要請と、同時に国の行政事務という側面からも、届出人の立場という側面からも迅速な処理がされるべきであるという要請とが存することはいうまでもない。形式的審査権が言われる背景にはこの後者の要請が強調されているものであるといってもよいであろう。

そして、権限と義務とは表裏一体であるとの理解の下に形式的審査義務と同時に形式的審査権限があるとするものであろう（青木＝大森・前掲書132頁、高妻「協議離婚不受理申出制度の改善策（下）」戸籍時報1971年5月号（156号）21頁以下）。

しかし、不受理申出についての前掲昭和51年1月23日民二第900号通達においては、いったん受理した届出についての職権による戸籍訂正が認められている（同通達7項）ところからしても、いったん受理した届出の効力を否定するところから「市区町村長の審査権を従来のように全く形式的なものとする前提が取れない」（利谷・前掲「創設的届出の不受理申出制度」547頁）といえよう。

この問題について、市区町村長の権限については「一応形式が整っておれば受理して少しも構わないが、あやしいと思ったら一応調べる権限はあるという、いわば反面的なものと考えれば、一番实际的」であるという提言があり⁽⁴⁹⁾、この提言をさらに発展させるものとしての次のような主張がされている。すなわち、その要点としては、戸籍記載は本来内容において真実のものであることが必要とされるから、市区町村長の審査権は実質審査をする権限であるべきである。そして、その権限の具体的な発動は、届出の合理性に疑いがもたれる場合になされ、証拠収集については任意的な方法によって可能な範囲で行うこととなるのであって、「法務局の監督権という形式で、届出

(49) 我妻他「戸籍セミナー・離婚」ジュリスト197号74頁以下の我妻発言。

内容が真実であるかどうかを法務局において調査することとなっているが、あれは、結局法務局が市区町村長の手足となって、その実質審査（事実調査）の手伝いをしているものにほかならない⁽⁵⁰⁾とされる。そして、戸籍記載後にその内容の虚偽であることを発見したときは、職権訂正をすることができることとなる、というのである（以上の諸点については田代有嗣「戸籍届出に対する市町村長の審査権」民事研修175号，176号）。つまり、審査についての義務と、権限の範囲が異なっているというのである。

このような立場からすれば、他の行政先例が認める「学齢に達した子の出生届」の受理に際しての取扱い⁽⁵¹⁾、「母が50歳に達した後に出生した子として届出られた出生届」の受理に際しての取扱い⁽⁵²⁾などの説明についても合理的にこれを行うことができるし、不受理申出についての先例の理解もこれらの先例と整合的に理解することもできよう（海老原・前掲論文494頁以下）。

第四 結びにかえて

既に検討してきたように日本における協議離婚の制度は極めて特色ある固有の制度といってもよいであろう。そこにおける問題点の一つとして当事者における最終的な離婚意思（真意）の確保の困難性などという点に問題があることも否定することはできない。

この問題について諸外国においては当事者の最終的な意思確認を裁判所やその他の公的機関によって行っている。もちろん、諸外国におけるそれが意思確認ということの主たる目的で創設された制度であるかどうかについては問題があるが（宗教的な観点からの制度であり、これが結果的にはこのような目的を果たしている場合が多いといえるかもしれない）、ある意味ではこのことによって離婚の自由が制約されているといってもよいかもしれない。その点に関するかぎりわが協議離婚制度は当事者の意思に基礎を置いて離婚の自由を最大限に尊重する制度ともいうことができよう。

しかしながら、確かにわが国における離婚制度、特に協議離婚制度については見直しをすべき時期にあるかもしれない。しかし、その方向は協議離婚

(50) 田代有嗣「戸籍届出に対する市町村長の審査権」民事研修175号40頁。

(51) 昭和34年8月27日民事甲第1545号通達，昭和34年9月9日民事甲第2008号回答。

(52) 昭和36年9月5日民事甲第2008号通達。

制度を廃するという方向のそれであるべきだとはいえない。日本における協議離婚制度は当事者の意思の最大限の尊重というように発足の根拠があったわけではなかったことは事実である。しかしながら過去において様々な機能を果たしてきた協議離婚制度もマックス・ラインスタイン教授のように今日における機能の変更があるということはできるであろう。かような意味からすれば、やはり当事者の意思にその基礎を置くところの協議離婚制度は、これを維持しつつも、この制度が有する欠点を補完するといった方向をとるのがより近代的な方向であり、あるべき方向でもあろう。

このような方向でわが国において機能しているのが不受理申出制度であるといえよう。そして、もう一つの具体的な方向は立法過程において数回にわたって問題とされながら採用されることがなかった家庭裁判所における意思確認の制度であるといえよう。

既にみてきたように、わが国の協議離婚における意思確認などについては試行錯誤の経過をたどってきている。これをみる過程においても検討してきたように協議離婚という制度は戸籍制度との深い関連性があるといえることができる。その意味においてわが国と同様に精緻な戸籍制度を有している韓国における制度はわが国の問題を考えるについても参考とすることができよう。

韓国においては、かつてわが国が採用しようとしながら果たさなかった協議離婚届出に対する戸籍吏による確認（離婚当事者の出頭を求め、離婚意思を確認した後でなければ受理・戸籍記載をしないものとする）の制度を採用し（1963年7月31日法であるところの大韓民国旧戸籍法第79条の2）、その後の1977年の民法の大改正によって、従来の戸籍吏による意思確認の制度が家庭法院による確認制度への改正を受けることとなる（これはいずれもわが国が検討しながら採用しなかった施策であったといえよう）。

そのような意味において韓国の実態は日本の制度を考えるにあたって参考となるといえるが、現行法制度下におけるその運用状況が必ずしも明らかではないが、あり得る一つの方向が採用されたといえることができよう。さらに新制度下におけるこの制度の運用状態についての資料を入手できるように努力をしてみたいと考えている（この意思確認の具体的方法や実状などについての最近の優れた研究として、本渡諒一『韓国婚姻法の実務』130頁以下〔日本加除出版、1986年〕がある）。

問題はわが国において家庭裁判所による意思確認制度を採用することの可

否である。ここで、かつてなされた議論を再度繰り返すことは避けるが、協議離婚の存続を前提としながら家庭裁判所による確認制度をすべての協議離婚について一律にその方式とすることにはやはり離婚の自由という点からすると問題が多いということができよう⁽⁵³⁾。協議離婚というものを観念的にのみ考えれば家庭裁判所による意思確認という制度が提案されるのはもっともではあるが、いままでのわが国で永きにわたって行われ、国民によって極めて当然の制度と受け止められている協議離婚制度について、一律にかような制約を課すことは立法過程においても議論の対象となった諸点をも合わせて考慮すると現実的ではないといえよう。

その意味からすれば、先例によって採用されている不受理申出の制度は虚偽の離婚届がされる危惧感などを有する者のみにおいて個別的に利用することができる制度であり、極めて現実的である。もちろん、この制度は法律上の根拠がはっきりしている制度とはいえないことには問題があろう。しかし、この先例上の制度といえども長期間にわたる試行錯誤によって相当に整備された制度に発展してきているということができよう。一つの方向としては、これを先例上の制度にとどめることなく、ある段階においてこれを実体法上の制度とすることが妥当といえることができる。

不受理申出の制度は戸籍実務家の営々とした努力によって維持されてきている先例上の制度といえることができる。ある意味では立法上の措置が講じられるべきである問題についての立法の怠慢を行政先例がカバーしてきたといってもよいであろう⁽⁵⁴⁾。

かような意味においても、このような観点から立法上の考慮がされてしかるべきであろう。技術的には手続法であるところの戸籍法において立法上の

(53) 韓国における家庭法院の確認が国際私法上の方式の問題に属するか実質的要件に属するかについての議論があるが、韓国側の解釈としては、これを単なる方式の問題として理解しており、その結果としては、韓国人夫婦あるいは韓国人男と日本人女との夫婦の離婚は日本において行う限り家庭法院の確認を要しないままで協議離婚することができることとなりそうである。これに関する戸籍実務上の諸問題については大森政輔「韓国人を夫とする夫婦の日本における離婚届出の取扱いについて」戸籍404号1頁以下が詳しい。

(54) これについては海老原良宗「不受理申出制度の周辺問題について」細川清＝海老原良宗編『家族法と戸籍—その現在及び将来—』所収論文471頁（テイハン、1986年）、利谷信義「創設的届出の不受理申出制度」中川善之助先生追悼現代家族法大系編集委員会編『現代家族法大系5』（有斐閣、1984年）551頁参照。

措置を講ずることにより民法自体についての措置までを講じなくても可能な問題ということができようか。

既述のように不受理申出の制度については永年来にわたり戸籍先例上での試行錯誤が繰り返され、ほぼ制度として完全なものに近くなりつつあるといっても差し支えないであろう。このような先例の経過を踏まえつつ合理的な立法措置が採られることを期待しておきたいところである。

ここにおいてなお、不受理申出制度について、これを立法化するについての具体的な在り方について、2、3の具体的な提言を述べたいところであるが、今回はその余裕がないところから、近い将来の課題としておき、本論文の結びとしたい。

【補注事項】

◎補注 1

韓国においては、2008年1月1日から戸主制度を廃止する改正民法の施行に併せ、戸籍制度に代わる新たな形態の身分登録制度である家族関係登録制度が2007年4月27日国会本会議を通過し、2007年5月17日公布（法律第8435号）され、2008年1月1日から施行された。

家族関係登録制度を規律する基本法としては、「家族関係の登録等に関する法律」と「家族関係の登録等に関する規則」があり、これを補完する「大法院例規」がある。家族関係登録制度は、一人一籍の編製方式による身分登録制度であり、家族登録簿は、書面帳簿や電算戸籍簿のような原簿形態で存在するものではない。電算情報処理組織により入力・処理された家族関係登録事項に関する電算情報資料を、登録基準地に従い個人別に区分・作成された電算上のデータである。

◎補注 2

日本の離婚不受理申出制度については、本論文集第1論文補注の一「1 離婚不受理申出制度について」参照。

就籍について

一 本稿の目的と問題の所在

日本人であれば、誰であっても戸籍を有し、これへの記載がされているはずである（戸籍法6条）。そして、この戸籍の存在と記載を前提として各人の身分行為などがされることとなり（例えば、婚姻、協議離婚、認知、養子縁組、協議離縁などの身分行為は戸籍への届出が要件となっている。この点につき民法739条、764条、781条、799条、812条など参照）、このことを通じて国民各人の身分関係が公証されることとなっているということができよう。その意味において戸籍が存在することは日本人であることの証明であるといってもよいであろう。

そこで、この戸籍への記載はいかなる場合にされるのかが問題とされる。若干の例外的な事由によって戸籍記載がされることもあるが、もともと戸籍への記載は出生の届出によってはじめてされるのが基本であるといってもよいであろう（戸籍法18条、15条、49条～59条）。つまり、普通の日本人の場合にあっては出生によって本人が入籍・記載される戸籍は当然に決まっておき、出生後にされる出生届によってはじめて当該戸籍への具体的な記載という形態をとることとなるといえる。しかし、例外的には、例えば、棄児の発見に伴って棄児発見調書による戸籍記載がされるような場合もあるし（戸籍法57条2項によれば棄児発見調書は届書とみなされている）、出生届がされないままとなってしまう場合（出生届出義務者が死亡してしまって誰もいないとか、子が非嫡出子であったところから届出義務者が戸籍の届出をしないままとしてしまったとかいうような場合が考えることができよう）のように、日本人でありながら、戸籍記載がされていない者（戸籍法110条においては、このような者を「本籍を有しない者」としているが、これは本来、日本人であり、従って戸籍への記載がされるべきであるのに、これがされていない者という意味である）についてはここで問題とされる就籍によ

る戸籍への記載がある（戸籍法110条～112条）。

ところで、このような出生届によって最初の戸籍記載がはじまってくるような原則的な場合ではなく、むしろ、このような変則的な形態で最初の戸籍記載がされる場合についての検討は従来から比較的少なかったところから⁽¹⁾、私は、このような問題について多少の興味をもち、その一場合である棄児に関する戸籍上の扱いについて若干の検討をしたことがある（山川一陽「棄児と戸籍」民事研修377号8頁以下）。そこで、本稿においても同様の興味から「就籍」という制度についての若干の検討をしようとするものであるが、現段階においては、まだ就籍が有している多くの問題点についての詳細な検討をするだけの準備がない。そこで、ここにおいては将来における検討の前提として問題点の2～3についての整理を試みることにしたい⁽²⁾。

二 就籍の必要性

前述のように日本人であれば誰であっても戸籍を有し、これへの記載がされているはずである。そして、これは出生届によってされることとなるのが原則ということとなる。ところで、戸籍法の立場においては、日本人であれば誰であっても戸籍に記載されるべきであるというような建前が採用されているものの、これを実現するために戸籍法においては原則として戸籍の記載を職権調査に基づくこととせず、国民からの届出その他法律の定める申出によってするものとしている。そのために、どうしても父母が出生届を怠ったまま死亡したというような場合においては日本人でありながら戸籍への記載

(1) 就籍の問題を扱ったものとしては普通の体系書ないしコンメンタール以外のものとしては、大島光治『戸籍実務と家事審判』201頁以下（帝国判例法規出版者，1956年），我妻榮他『戸籍I〔出生〕』14頁以下（有斐閣，1958年），野田愛子「就籍事件に関する二、三の問題」高梨公之『家族法と戸籍の諸問題』179頁以下（日本加除出版，1966年），後に野田『家族法実務研究』433頁以下（判例タイムズ社，1988年）に登載，山中優一「就籍についての一考察」戸籍521号15頁以下がある。

(2) 平和条約の発効前においては樺太および千島に本籍を有していた者は内地への転籍が認められていたが、平和条約の発効に伴って樺太および北千島は日本領土でなくなったところから内地への転籍が認められなくなった。そこで、就籍により本土内に戸籍を編製することが認められた（昭和27年5月19日民事甲709号通達）。これによる就籍も昭和35年頃まで非常に広く行われたが、この就籍は本来の就籍とは色彩を異にする一種の転籍代用といった要素を有しているところから、ここではこの就籍については原則として触れないこととする。この問題については大島・前掲注(1)206頁以下に詳細である。なお、野田・前掲注(1)「就籍事件に関する二、三の問題」180頁以下参照。

がされていない者ができてしまうということとなる（このような者を「本籍を有しない者」ということとなる）。

これでは、国民の全部について戸籍を完備するという趣旨が貫徹されないこととなるところから、戸籍を有しない者について戸籍登録するという手段として認められたのが「就籍」という制度であるといつてよいであろう（戸籍法110条～112条）。

この就籍という制度は、日本人でありながら、「本籍を有していない者」、つまり本来であれば本籍を有すべき者でありながらまだ本籍を有していない者について本籍を設ける手続であるということができよう。もう少し具体的にいえば、日本人でありながらまだ戸籍に記載されていない者について本籍を設ける手続が就籍であるということとなろう（青木義人＝大森政輔『全訂戸籍法』449頁〔日本評論社、1982年〕、加藤令造＝岡垣学『全訂戸籍法逐条解説』696頁〔日本加除出版、1985年〕）。

三 就籍による戸籍記載

戸籍法は就籍による戸籍記載がされるための手続として次の二つの場合を用意している。つまり、家庭裁判所による就籍の許可審判を得てする就籍の届出による場合（戸籍法110条）、確定判決を得てこれによって就籍の届出をする場合（戸籍法111条）がそれである。

ところで、戸籍制度については、戦前においては、その行政監督について区裁判所の「一人の判事」または「監督判事」によってされ、戸籍訂正についても区裁判所という司法機関によりされていたものが（裁判所構成法第4編、旧戸籍法3条、164条、165条〔現3条、113条、114条〕）、戦後における司法制度純化の目的から、司法機関は原則として戸籍に関する行政事務処理からは手を引くこととし、これを法務省に専属させ、戸籍行政は法務省がこれを監督し、通達回答などの行政先例によって運営されることとなっている。

しかしながら、これとの関連において、なお現行の戸籍法においても氏名変更（戸籍法107条、同条の2）、戸籍訂正（戸籍法113条、114条）および本稿で扱う「就籍」については家庭裁判所の許可の審判にかからせ、ある意味で戸籍の事務処理という面について法務省の行政的な監督とは別系統での家庭裁判所の審判という司法的判断を要求し、司法機関の関与を残しているところが問題とされる（この問題については野田愛子「就籍事件に関する二、三の問題」高梨公

之『家族法と戸籍の諸問題』182頁以下〔日本加除出版、1966年〕。

ここにおいて「就籍の審判」という形態でこの就籍という問題についての家庭裁判所の許可を要求することの適否が問題とされるが、やはり後にも触れるように就籍の許可というある意味で国籍判断を前提とすることとなるような重大な事項について、なお家庭裁判所の許可を要求する現行戸籍法の基本的態度は妥当ということができよう（この問題についての議論については野田・前掲論文181頁以下が詳細である）。もっとも、このように二元的な判断が要求されるところから後に検討するように両機関の間において判断を異にするという事態が生じた場合、家庭裁判所の許可審判による就籍の届出が不受理とされるという問題が生じてくることとなる。

四 就籍の届出の性格について

(1) 出生届との関係

就籍の届出とはどのような性格を有するものであろうか。この就籍の届出は結局は「本籍を有しない者」についての戸籍記載をするための一つの手続となるものであるが、その意味においては出生の届出と同様のものということができようか。そうならば就籍というのは本人がする出生届であるという評価をすることもできるかもしれない（我妻榮他『戸籍I〔出生〕』26頁以下〔有斐閣、1958年〕）。確かに出生届も就籍届も最初の戸籍記載の原因となるものという点で共通であるし、戸籍法においては戸籍記載についての原因となるものとしての出生届と就籍届との適用範囲を限定していないところから相互の関係が問題となってくるであろう（青木=大森・前掲書449頁、加藤=岡垣・前掲書697頁など）。

戸籍の先例においては、この相互の関係を調整し、人が最初に戸籍記載されるのは、本来、出生の届出によるという建前を前提とし、出生届出義務者が存する限りは出生届による戸籍記載の手段がとられるべきであるから、就籍届によることは許さないとしている（大正5年6月7日民465号回答、昭和24年4月2日民事甲798号回答）⁽³⁾。

もともと出生届は最初になされる戸籍記載の原因となる原則的な場合であるから届出義務者が存する限りは原則形態によるべきであり、就籍の手続によることはできないとされるのであろう。

確かに出生届も就籍届も戸籍記載がない者について戸籍記載をするための

手続であるという点においては同様である。また戸籍記載がされていない者について出生届をするについては、出生後10年、20年が経過してしまっても届出義務者が生存してさえいれば出生届をすることはできると理解されているし（大正5年6月7日民465号回答，昭和24年4月2日民事甲798号回答），同様に就籍の届出においても出生後どのように年月が経過している場合でも差し支えないとされる点においても共通であるといえる。

もっとも出生届と就籍届とは後に検討するように出生届が純粹の報告的届出であるのに反して就籍届は報告的届出と創設的届出との両要素を有しているものである。また，学説の指摘があるように出生届は出生の事実の報告であり，戸籍はこの届出によって当然につくられることとなるが（戸籍法18条），就籍届は戸籍をつくってもらう手続であるといつてよいのであり（戸籍法22条），この届出の中にたまたま出生の事実が報告されているところから，戸籍をつくる際に出生の事実も記載されることとなるにすぎない関係というように理解することができようか（我妻他・前掲書37頁以下）。

ところで，問題は多少これらの点と離れるが，就籍届は本人がすることができるが出生届についてはどうであろうか。この点に関連して学説の次のような指摘があり，これが就籍届と出生届の性格上の相違をよく指摘しているといえよう。多少長くなるが煩を厭わず，これをみておくこととしたい。つまり，「出生届と就籍届との関係という問題となりますが，私は次のように考えます。その人が居る以上，出生の事実があったことは疑いない。しかし，客観的に見て，その人の出生について出生の日時・場所等具体的にその出生の事実を把握し得る場合とそうでない場合とがある。前者の場合は出生届によるべきものと考え」とし，「戸籍法で届出義務者と定められている者は，いずれも通常その具体的出生の事実を確知している立場のものであるから，法律はその者の届出を信用して具体的出生を把握し得るとの建前で，そのままこれを戸籍に登載する。しかし，届出義務者以外の者は右のような関係にはないから，法律は，その者による届出を認めない。かような考えが根底に

(3) この点については両手続の同時利用を認める学説がある。つまり「出生の記載の手続は届出に依るも職権によるも兎も角無籍者本人の意思に基づいて為すことが出来ないものであるから，その手続あるの故を以て別に無籍者本人よりする就籍の手続を拒む理由はなく両者は並行的に居るものと解する」というのである。これにつき関宏二郎『戸籍制度』265頁（常盤書房，1939年）参照。

あって、法務省の先例が、届出義務者の有無を出生届によるか就籍届によるかを区別する一応の基準にしているものと思います。また、このことが、出生届について家庭裁判所の許可を必要とせず、就籍届についてこれを必要としてその審理を経由せしめる理由であろうと考えます。かような考えから、私は、自分の具体的出生の事実を自ら知りうべき立場にない本人による出生届を認めるべきではない」(我妻他・前掲書30頁以下の青木義人判事の発言参照) というのである。

(2) 棄児発見調書による場合

戸籍への記載がされていない者(本籍を有しない者)について最初の戸籍記載がされる場合として棄児発見調書による場合がある。この手続と就籍の場合との関係を問題としなければならないといえよう。この点に関しては戸籍先例としては、棄児発見の手続(戸籍法57条)により棄児発見調書による戸籍記載がされる場合においては、就籍の手続によるべきではないとしている(大正5年6月7日民465号回答, 昭和29年2月15日民事甲297号回答)。

要するに最初の戸籍が編製され、これに記載される場合においては本来は戸籍記載されるべきでない者について戸籍が編製されたりすることがないように(例えば、日本国籍を有しない者については戸籍を編製することはできないこととなる)、最初の戸籍記載の原因となるもの相互間において、このような観点からの役割分担をしているということとなるのである。

かような意味からすると出生の事実ないし出生子のことをよくわかっている出生届出義務者の出生届による戸籍記載を原則とし、他のそれを例外とするものであるが(この点については我妻他・前掲書30頁以下の青木発言参照)、この意味からすると家庭裁判所の国籍審査を経ることなく、棄児発見ということによって戸籍編製ないし戸籍記載がされる棄児発見手続による場合よりも就籍の手続による場合がより慎重といえはいえるかもしれない。もっとも、この点については、棄児発見手続による戸籍記載をすることができる場合については就籍の審判によるべきでないとする先例によって就籍の審判による場合は棄児発見手続よりも劣後することとされる。このことは、そもそも棄児発見手続によることができる場合自体が相当に限定され、出生後間がないような乳幼児などに限定するのが原則とされていることから理解することができる(要するに父母が知れない日本国内で出生したことがほとんど問題なく認定される場合であるからといえよう。この点について山川・前掲論文11頁以下, なお大島・前掲

注(1)205頁参照)。

(3) 職権による戸籍記載と就籍

出生届出義務者がありながらこの者が届出をしようとしなないということとなれば、前述したように就籍の手続によることもできないこととなろう。このような場合にあっては先例は出生届出義務者以外の者からする申出によって職権による戸籍記載をする余地を認めている（例えば昭和25年9月21日民事甲2537号回答）。もっとも、申出があっても具体的な出生の事実についての資料がない以上は職権記載をすることはできないことは当然である。

このようなことで戸籍法第44条の規定による職権記載は出生届出義務者の存する場合における就籍が許されないこととの間隙を多少は埋める機能を果たしているといつてよいであろう。

要するに出生届出義務者でなくても、出生の事実についての確実かつ具体的な資料を把握しているものがある場合（これには本人を含むと理解されている）には職権記載をすることが合理的であるし、弊害はないという観点から認められるものである（この点につき、我妻他・前掲書31頁以下の青木発言参照）。

もっとも、職権による記載がされる場合においても調査の結果不明のところがある場合においては、不明なところを省略した事項が記載されることとなるし（大正4年1月9日民1009号回答）、ことに出生事項の職権記載においては、子の名を記載せず、届出義務者からの届出をまって記載することとされている（昭和25年9月21日民事甲2537号回答）のが参考となろう。

(4) 戸籍訂正手続によることができる場合

就籍は本来戸籍記載されるべき者について戸籍記載がされていない場合に戸籍に記載する手続ということとなるが、いったんは戸籍記載されたが誤って戸籍の記載が消除された場合や錯誤または遺漏によって戸籍に現在記載されていない者、例えば、戸籍の変動に際して記載遺漏があった場合や除籍理由なく除籍された者などがあるが、これらについては就籍によることはできず、戸籍訂正手続によって記載または回復の措置がとられることとなろう（大正7年11月5日民事甲190号回答）。

本籍不明の者について、これが妻の氏を称して婚姻している場合に、この婚姻継続中は本籍を有することとなるから就籍の手続をすることができなるとされるのも参考となろう。

五 就籍の審判を受ける義務と就籍の届出の性格について

家庭裁判所の就籍の許可審判を受けた者においては、許可審判の日から10日以内に就籍の届出をすることとなるのが通常の手続ということができよう（この許可審判については即時抗告が認められていないから、審判告知時点で効力が生じ、届出についても特別の確定証明などは不要である）。ここにおいては未就籍者において就籍の義務を負担することとなるのかという問題と就籍の審判を受けた者がする就籍届の性格について若干の検討をしておくこととしたい。

(1) 就籍の審判を受ける義務

日本国民であれば誰であっても戸籍に記載され各人の身分関係を戸籍を通じて公証すべき義務を負担しているということができよう。つまり本籍を有しない者は就籍の義務があるかという問題である。戸籍法第110条の規定においては、本籍を有しない者は、家庭裁判所の就籍の許可を得て、10日以内に就籍の届出をしなければならないものとしている。この意味においては家庭裁判所の就籍の審判を受けた者は就籍の届出をする義務があるということができよう。しかし、問題は、本籍を有しない者は一般的に就籍の審判を受けて就籍の届出をする義務があるかという点である。日本人であれば誰でも戸籍に記載されていることが必要ということとなれば、本籍を有していない日本人はすべて就籍の審判を受けて戸籍記載をすべきであるということとなろう。つまり、「戸籍に記載されるべくして無籍のままであることは、戸籍制度の認容しえないところであるから、本来戸籍に記載されるべき者は、就籍の義務を負うものというべきである」ということとなる（青木=大森・前掲書450頁）。しかし、このような義務を一体、どの時点から負担させることができるかというような点が問題であるし、これを法律上の義務として規定することが困難といえよう（この点につき我妻他・前掲書21頁以下参照）。そうなると、一般的な義務があるとはいってみても、「具体的に届出の義務が生ずるのは、許可の審判または判決確定の時からであると解すべきである」（青木=大森・前掲書450頁，加藤=岡垣・前掲書698頁参照）ということとなるであろう。

ところで、未就籍者が婚姻または縁組をすることによって入籍した後に離婚または離縁した場合には改めて就籍の手続によって新戸籍が編製されることとなるとされていたところから（昭和22年8月27日民事甲841号回答）、従来に

においては、その就籍の手続がされるまでは、その婚姻または縁組による戸籍に在籍させておくこととされていたが、昭和31年5月2日以降においては離婚または離縁によって直ちに除籍されることとなった（昭和31年5月2日民事甲838号通達）。そこで、このような場合には従前は婚姻戸籍または縁組戸籍に在籍し本籍を有していたところから、就籍の必要がなかったところ（このような場合には当該未就籍者はそのままでは就籍の手続をとることができないとするのが先例である。この点につき昭和37年11月27日民事甲3396号回答参照）、ここでの先例上での取扱いの変化によって、このような場合には、当該未就籍者について就籍などの手続によって正当な戸籍の記載をするようにしょうようすべきであるとされる（昭和31年5月2日民事甲838号通達、なおこの点につき谷口知平『戸籍法〔新版〕』265頁以下〔有斐閣、1973年〕、成毛鐵二『新版戸籍の実務とその理論』869頁以下〔日本加除出版、1971年〕）。このような先例の態度を解釈すると先例においては未就籍者について就籍手続をとるべき義務というものを想定しているということが出来るかもしれない。もっとも、このような義務というものを想定してみても、前述のように一般的には義務を負担する時点も不明であり、また義務を履行しない者に対する制裁措置も定められていないところから単なる観念的な問題にとどまるということができようか（その意味からするといったん、婚姻や縁組によって本籍を有することとなった者が離婚や離縁によって再度本籍を有しない者となったというような具体的な場面においては就籍の手続をとる義務というものを考えることは可能であろうか）。

(2) 就籍届の性格

家庭裁判所の就籍許可審判を得てする就籍の届出がいわゆる報告的届出と理解されるか創設的届出と理解されるのかについては問題がある。

この点については、本来、就籍の効果は許可の審判によって生じており（前述のようにこの審判には即時抗告を許さない。審判の告知によって当然に効力を生じてしまう）、したがって、届出は単なる事後的な報告的届出と理解されるのが妥当であるとする立場が存する⁽⁴⁾。

これに対し、若干の異論があり、就籍届の性格が基本的にはこれが報告的

(4) これについては野田・前掲注(1)『家族法と戸籍の諸問題』193頁以下参照。なお、これについては特別家事審判規則9条〔現、なし〕が、家庭裁判所に通知義務を負担せしめている点を一つの根拠としている。この点については市川四郎「家庭裁判所と戸籍」『身分法と戸籍』370頁以下（帝国判例法規出版社、1953年）、大島・前掲注(1)20頁以下。

届出であるということとされていても、これについては就籍届の全部が報告的届出の性格をもつものではなく、「本籍は当事者が届出において定めるべきであり、この限りにおいて創設的性質を兼有するのである」（青木=大森・前掲書450頁、成毛・前掲書870頁、田代有嗣監修・高妻新著『体系・戸籍用語事典』475頁〔日本加除出版、1980年〕など）という。

就籍届は基本的には報告的届としての性格をベースとするものであることは肯定することができるが（その意味においては出生届と同様の性格を有するといえよう）、届の性格を一律に理解する必要はなく、学説の指摘するようにやはり本籍は事件本人が自由に決めることができるものであるから、本籍という問題については、その限りにおいて届出は創設的届出ということとなると理解するのが正当であろう。

ところで、就籍の許可の審判がされた後、就籍届がされる前に事件本人が死亡した場合においては戸籍法第44条第3項により、職権による就籍に関する戸籍記載をするというのが先例の取扱いであるが（昭和29年4月14日民事甲752号回答）、このような先例を前提とすると本籍については創設的届出となるという立場においては本籍が定まらないから職権記載の前提要件を欠くこととなってしまうという批判がある。しかし、これは、一種の戸籍行政上の問題であるから、このような場合には審判において定められた本籍を記載すれば足りることであり、このことが故に本籍についてまで報告的届出と理解しなければならない必然性はないといってよいであろう。

また反対に本籍についてまで報告的届出と理解する立場に対しては、それでは家庭裁判所が指定した本籍に拘束されることとなり、本籍設定の自由が制限され、妥当ではないとする批判がある。しかし、この問題も転籍の自由が認められている以上はそれほどに決定的な問題とはいえない。

このように就籍の届出の性格についての論議は実益論という観点からは決定的なものがあるとはいえないといってよいであろう。

六 就籍と国籍

就籍許可の審判がされるのは「本籍を有しない者」についてである。その意味からすると就籍の許可の審判の前提として国籍判断がされなくてはならないということとなる。そして、この点については審判実務においても相当に深刻な問題となるようである（野田愛子「就籍事件に関する二、三の問題」高

梨公之『家族法と戸籍の諸問題』187頁〔日本加除出版, 1966年〕。特に最近の中国残留孤児についての問題などを考えれば, 出生による日本国籍取得の問題についてもなかなか困難な問題が生じるようであるし, また同時に平和条約の発効前に, もと台湾人男あるいは朝鮮人男と婚姻または縁組して内地戸籍から除籍された日本人の平和条約発効後における国籍の問題などのように平和条約の発効による国籍問題などに関連して非常に複雑な諸問題を生じることとなる(この問題にも関連する論議として山川一陽「内鮮間の認知と国籍の確定」民事研修293号9頁以下参照)。

このようなことから家庭裁判所の就籍許可の審判についてはなかなか困難な問題があるということができよう。このような意味において本来からすれば最終的には国籍の確定については訴訟によってすべきであるということとなるところから, 家庭裁判所としては就籍の審判において国籍判断が前提となるような場合には審判をすべきではなく, 国籍の有無は訴訟によって争うこととし, これを前提として就籍をすべきであるというような立場がある(吉田和夫『戸籍実務と国民登録』165頁以下〔日本加除出版〕参照)。しかし, 就籍の許可審判がされたからといって, これによって国籍の実質的な確定が生じるものではないのであるし⁽⁵⁾, 最終的に争いが生じた場合においては判決手続によって確定されることとなるのであるから, 就籍許可の審判の前提としての国籍判断を家庭裁判所においてすることができることは当然のことであるというべきであろう(この問題につき, 野田・前掲論文189頁以下参照)。

要するに就籍許可の審判がされた場合においてその判断過程における国籍の有無についての判断については既判力は生じないところから, 後において訴訟手続によってこれが争われることは有り得ることであるし, また就籍許可の審判における判断と異なった判断がされることも有り得ることといえよう。家庭裁判所とすれば国籍についての認定ができれば当然に就籍許可の審判をすることとなろう⁽⁶⁾。

ところで問題となるのはこのようにしてされた就籍許可の審判にもとづく

(5) 中国残留孤児問題として私の知り得た事例においては, 中華人民共和国に残留となっていた日本人孤児から現地において詳細な情報を聴き取り, これを前提として日本人になりすましたと判断される者(判断されるというのは事後的にであるが)が帰国したところ, 後に当該残留孤児自身が帰国して問題となった事例があった。このような一事からも中国残留孤児という不幸な事態に関連しても最近の問題状況を推測することができよう。

就籍の届出につき、法務局において家庭裁判所の判断と異なる判断によってこれを受理しなかった場合である。

前述のように就籍の手続については実際上は家庭裁判所の判断と法務省の行政的な審査による二重のスクリーンを通過することが必要とされているとあってよいのであり、そのかぎりにおいてこのような事態が生じてくることもやむを得ないといえるであろう。もちろん、市町村長においては就籍の届出に対しては形式的な審査権限のみを有するというのが通説であるが、これもそれほどに厳格なものでもないといえようか（青木=大森・前掲書132頁）。しかし、形式的審査権を前提としても法規の解釈などに関するかぎりにおいては裁判所の判断と異なった見解を前提として受否を決することができることまで否定することもなからう⁽⁷⁾（不受理について裁判手続での争いは可能であるところから、これを通じて再度の国籍判断がされることとなろう）。

繰り返すようであるが、就籍許可の審判がされたからといって国籍が実質的に確定するものでもないし、国籍が創設されたものでもないことは当然である。就籍届出による戸籍記載がされていても、これは単に身分関係や国籍関係の「一応の証拠資料たるに止まり、反証を許さないものではない」（東京高判昭和34年5月14日高刑集12巻5号529頁）ということとなる。もちろん、戸籍に記載されたことは「特別の事情のない限り真実と合致するものと推定される」（大判昭和7年6月29日戸籍関係判例総覧16頁）ものであるから、就籍許可の審判に当たっても慎重な判断がされることとなることは当然であろう。そこで、市町村長の判断に際しても安易に就籍許可の審判と異なる判断に基づいて届出の受否を判断することは避けるべきであるが、これができないものではないであろう。また事実の問題については原則として裁判所の判断に従うのが妥当であるが、全く事実関係についての調査をすることができないかどうかについては問題があるし、また現実にもこれになされる場合があることは否定することができないといえよう⁽⁸⁾。

(6) 野田・前掲注(1)『家族法と戸籍の諸問題』189頁以下によれば、この問題はちょうど遺産分割における前提判断としての遺産の帰属についての判断と類似している旨を指摘する。この問題についての裁判所の判断としては、最判昭和41年3月2日民集20巻3号360頁がある。

(7) この問題については田代有嗣監修・高妻新著『体系・戸籍用語事典』69頁以下（日本加除出版、1980年）参照。

七 最後に

ここにおいては主として就籍許可の審判がされた場合を前提として就籍に関する様々な問題点について簡単に触れてみたが、戸籍法第111条の規定による場合についてはほとんど触れることがなかった。また、元樺太、千島居住者についての就籍を全く検討していない。また、就籍に関する諸先例や裁判例についても十分な検討がされていない。さらに、この点について研究をし、再度この問題について論ずる予定である。

(8) 例えば、協議離婚不受理申出がされている場合の届出本人の届出意思認定（昭和51年1月23日民二900号通達）、診断書または検案書を得ることができない場合の死亡事実を証する書面の認定（昭和23年12月1日民事甲1998号回答）、その他の多くの場合において事実についての実質審査権限が認められている。この点については田代監修・高妻著・前掲注(7)212頁以下参照。

棄児と戸籍

一 棄児と戸籍

「棄児」に関する取扱いについては戸籍法に規定が置かれ、手続が定められている（戸籍法57条～59条）。

棄児という言葉で頭に浮かんでくることといえば、「孤児」、「浮浪児」などという存在であるが、最近では、このような存在が問題となることはほとんどなくなったと思われる。それだけに、棄児というような存在が議論され、問題となることも比較的少ないように考えられるが、まだこれが問題となるような事例も少なくないらしい⁽¹⁾。そこで、この棄児をめぐる諸問題を考えてみることにしたい。

棄児については、その発見に際し、新戸籍を編製することとしている（戸籍法22条）⁽²⁾。棄児の発見者または棄児発見の申告を受けた警察官は、24時間以内にその旨を市町村長に申し出（戸籍法57条1項）、これを受けた市町村長は、棄児に命名し、本籍を定め、かつ附属品、発見の場所、年月日時その他の重要事項を調書に記載し（この調書は届書とみなされる）⁽³⁾、これによって戸籍編製し、戸籍記載をするということになる。

もともと戸籍の記載は届出、報告、申請、請求もしくは嘱託、証書もしくは

(1) 最近においても棄児についての問題が生じ、戸籍の取扱いについての問合せがされる例が多いということである（「棄児発見の申出と戸籍事務の取扱いについて」戸籍480号22頁以下参照）。

そこでの問題としては、公園または列車内において子を産み捨てたり、えい児を置き去りにした場合や、病院で出生後母が行方不明となるような場合が指摘されている。

(2) 戸籍法第22条は、戸籍に記載がない者について新たに戸籍の記載をすべきときは、新戸籍を編製することとしているが、この「戸籍に記載がない者」の典型が「棄児」であるとされている（青木義人＝大森政輔『全訂戸籍法』181頁〔日本評論社、1982年〕、加藤令造＝岡垣学『全訂戸籍法逐条解説』201頁〔日本加除出版、1985年〕）。

は航海日誌の謄本または裁判によってされるものであり（戸籍法15条），とりわけ身分変動などの当事者などからの届出によってされるのが原則形態といてよいであろう（青木義人＝大森政輔『全訂戸籍法』127頁〔日本評論社，1982年〕，加藤令造＝岡垣学『全訂戸籍法逐条解説』130頁〔日本加除出版，1985年〕）。棄児についての戸籍記載は届出によらないでされる場合の一つの典型例であり，このような意味からも興味深いところである（もっとも前述のように，戸籍法57条2項は，棄児発見の場合については，本来は届書ではないが，便宜「棄児発見調書」を「届書」とみなすこととしている）⁽⁴⁾。

二 棄児の概念について ——戸籍法でいう棄児とは何か

棄児については，戸籍法が規定する手続に従うことによって，裁判上の手続を経ぬまま比較的容易に戸籍を編製し，その記載をすることができることとされる。そうすると，戸籍法第57条が規定する「棄児」とは一体どのような存在をいうのかという点がまず問題とされなければなるまい。そこで，この問題について検討しておくこととする。

棄児について一般にされている記述を見ると「棄児とは，父母または身元が不明の幼者であり，届出義務者がいないか，又は所在不明の者」（成毛鐵二『新版戸籍の実務とその理論』437頁〔日本加除出版，1971年〕）とか「父母または保護責任者にすてられた子，すなわち，子の父母または身元が判明しないで，出生届もしてあるかどうかわからない者であり，生後間もない子供あるいは出生後数日ないし1，2歳で，いまだ乳房を離れない幼児」（田代有嗣監修・高妻新著『全訂体系・戸籍用語事典』273頁〔日本加除出版，1989年〕）などと定義される。この棄児の概念を考えるについてここで問題となるのは，棄児とされる者について，①その年齢の問題，②出生届の有無の問題の2点であるといえよう。

(3) 調書を届書とみなすということは，要するにこれによる記載を戸籍法第15条の規定に載せるといふ技術的なものであるから，これが何届なのかを詮索すること自体が無意味ではあるが，この調書の性格からは「出生届」あるいは「就籍届」に近いといてよからう（我妻榮他『戸籍 I〔出生〕』312頁〔有斐閣，1958年〕）。なお，前掲注(1)戸籍480号22頁以下においては，「この調書は出生届書とみなされるから」とされている（加藤＝岡垣・前掲注(2)366頁も同様）。

(4) 関宏二郎『戸籍制度』169頁（常盤書房，1939年）によれば，戸籍記載の基本に関する戸籍法第20条（現行15条）には「申出」を掲げていないが，棄児発見調書は届書とみなされるから，同条との関係においては，届書に基づくものの中に包含されると解さねばならぬとしている。

前者の問題についての先例をみておこう。先例は、警察官からの迷子の引渡しを受けた場合、棄児発見の手續によるとされ（大正4年6月23日民361号回答）、乳児に限らず、自ら歩行するような迷児、浮浪児などで身元が相当日時を経ても判明せぬものも棄児として扱うことができるなどとする（昭和25年11月9日民事甲2910号回答）。また、12～3歳の者についても棄児としての取扱いをすることが肯定されている（明治31年9月22日民刑972号回答）。

しかし、反対に「戸籍法第57条の規定における棄児とは乳幼児をいい」、「発見当時10歳に達していた者」については本来であれば棄児の取扱いをすることはできないが、棄児発見の手續を踏んで戸籍が編製され、記載がされてしまっている以上は、便宜これを有効として扱って差し支えないとする先例（昭和29年2月15日民事甲297号回答）もある。また、本人に意思能力があるような年齢に達している場合であれば、棄児発見の手續によることはできず、就籍の手續によって戸籍編製をしなければならないとする先例（昭和25年11月9日民事甲2910号回答）も存在している。このようなことで、これらの先例からしても棄児とされるためにはその対象が乳幼児であることが必要とされるかどうかについては必ずしも明白ではないといえるであろう。

第2の問題につき、前記明治31年9月22日回答にあっては、「発見シタル児ニ付キ出生ノ届出アリタルヤ否ヤ分明ナラス」という場合にも棄児発見の手續をとるものとしている。

このようなことから先例の趣旨は必ずしも明白とはいえない。先例を見ただけではこの点についての明白な結論を得ることはできない。

しかし、第1の点につき結論的には「棄児」というのは前記昭和29年2月15日回答がいうように、出生後あまり期間を経っていない乳幼児と解するのが相当と考えることができよう（我妻榮他『戸籍I〔出生〕』280頁以下〔有斐閣、1958年〕⁽⁵⁾）。これについては明白な根拠はないが、後に触れる国籍との関係からもそのように判断することができるし、戸籍法第57条においては棄児発見調書に「出生の推定年月日」までの記載を要求していること（乳幼児でないといふ月日までは推定できない）、また後述のように棄児が出生届がされていない者とされることも判断の根拠とされよう。

(5) 英米においても「棄児」という概念 *foundling* について「*very tender years*」(*BALLENTIN'S LAW DICTIONARY*) とか「*infant*」(*BLACK'S LAW DICTIONARY*) というように幼児と理解しているようである。

出生届の有無という問題については、やはりこれがされていない者ということが要件となると理解される。前記のとおり、戸籍法の規定により、棄児について父母がこれを引き取った場合には、その日から1か月以内に出生届をすることが義務付けられているところからすれば（戸籍法59条）、法は棄児とはまだ出生届がされていなかった者ということを用意しているということになるであろう。要するに、この点に関する限り棄児とは、出生届がされていないために戸籍記載がされていない者ということとなるであろう（我妻他・前掲書292頁）。

以上の2点のほかに届出義務者が存在している場合には、これを棄児とすることはできないこととなるであろう。

このようなことから、ここで棄児についての概念付けをしておけば、棄児とは、出生後間もなく、出生届もされないまま捨てられたり、保護者の保護を離れ、その身元あるいは父母の判明しない乳幼児であり、これについての出生届出義務者が存しない者といっておいてよいであろう⁽⁶⁾。

そこで、ここで先例についてもう少し詳しく眺めてみることにしよう。

先に検討してきた先例にあっては、「棄児とはどのような者をいう」という形態で棄児の定義付けをしようとしているものもあるが（前掲昭和29年2月15日回答がこの形態である。同先例によれば、発見当時10歳に達しているような者については、本来は棄児ということとはできないから、棄児発見の手続によって処理することはできないが、この手続によって戸籍の編製と記載をしてしまっている以上はこれを無効という必要はないというのである）、どちらかといえば、どのような者が棄児であるというのではなく、「このような者について棄児発見の手続によって戸籍編

(6) 唄孝一＝鈴木禄弥『人事法 I』13頁（有斐閣、1980年）によれば、「棄児とよばれるのは、父母不明の幼児のうち出生届けがなされないまま、遺棄された者」とされ、「出生届け後に親に遺棄されたり迷子になった者は、捨て子ではあっても、ここにいう棄児ではない」とされている。

なお、出生届出義務者がある場合については棄児発見手続に馴染まないことにつき、昭和39年5月4日民事甲第1617号回答においては、産院で出生したが、母が出生届未了のまま行方不明となり警察官からの棄児発見の申出を受けて棄児として処理した子については、病院長から戸籍法第56条の規定による出生届をさせ、新戸籍を編製し、棄児発見調書による戸籍については戸籍法第24条の規定によって消除するとされる。また、同様のケースにおいて母が本籍の符合しない出生届をして行方不明となり、警察から棄児発見申出がされた場合について、昭和36年10月11日民事甲第2556号回答においては、当該出生届によって適宜本籍を定めたとし新戸籍を編製し、棄児発見調書は当該出生届とともに保管するとしている。

製して差し支えない」という形態のものが多いようである（前掲明治31年9月22日回答，昭和25年11月9日回答，もっとも，このような表現は行政先例である通達や回答の一般的表現かもしれないが）。

いかなる者が棄児であるという場合と，いかなる者については棄児発見の手続によって戸籍編製することができるというのでは意味合いが異なっているといてよいであろう（もっとも，「棄児発見手続によることができる者が棄児である」という理解をしてしまえば別である。しかし，裁判所の国籍判断をも含んでいる就籍の手続を経ずに戸籍編製ができることになるという点からすれば，やはり，棄児概念は厳格にしておく必要がある）。

このような理解からすると先例が必ずしも統一的でないとはいえないかもしれない。

いずれにしろこのようなことから棄児の概念を考えることになるが，さらに実務的な側面からすれば，便宜的な措置としての従来からの慣行などから（我妻他・前掲書274頁），厳密な意味での棄児とはいえなくても棄児発見手続によって処理されたことが承認されてしまうような場合もあるし，また概念的に棄児を定義してみても，棄児の要件，特に出生届の有無などについて確定することができないため，出生届が提出されているかどうかについて確定できないままで棄児としての取扱いがされてしまうというものがあるし，反対に棄児に該当する場合であっても，手続が取られない間に成長し，現在にいたっては棄児発見という手続によることができず，就籍の手続によることが要求されるような者もあり得るということとなる（一度決まった棄児としての性格が時の経過によって失われるわけでもないが，棄児としての取扱いを受けることができなくなるのである。このようなケースについては後述の国籍との関係で検討されなくてはならない）。このような意味からすると，棄児については厳格な意味からするそれとともに（この中には前述のように手続的には棄児とされないものもある），実体的には棄児ではないものが手続的には棄児の扱いをされるものまであるということとなろう⁽⁷⁾。

(7) この問題について私は，かつて匿名ではあるが検討したことがある。詳細についてはこれを参考としていただきたい（「棄児雑感—棄児の概念を考える—」戸籍424号57頁以下）。

三 棄児と国籍

棄児については棄児発見調書によって新戸籍が編製される。しかし戸籍が編製されるのは日本人についてのみであるから、棄児発見手続を取ることができるのは棄児に日本国籍があることを前提とすることは当然である⁽⁸⁾。そこで、棄児と国籍の問題について簡単に触れておくことが必要とされよう⁽⁹⁾。

国籍法においては重国籍と無国籍という状態が生じないような配慮がされ、ここにおいては生地主義と血統主義の対立があるといえよう。現在、各国においては、単一の主義にこだわることなく、一方を主としながら、他方を補充的に考慮するという態度を採用しているといつてよいであろう。我が国の新国籍法においても同様であり、基本的には血統主義を採用し、生地主義を補充的に採用している⁽¹⁰⁾。棄児との関連で問題となる規定は、この補充的に採用されている生地主義の規定である同法第2条第3号ということとなるが、この規定に該当する典型的な場合が「棄児」であると理解されている(平賀健太『国籍法』234頁〔帝国判例法規出版社〕)。そうすると、国籍法のこの規定を前提とし、戸籍法第57条第2項の規定により、棄児については特に裁判所の国籍審査という手続を経ずに戸籍編製がされ、戸籍記載がされることとなる。このような観点からすれば、やはり戸籍上の取扱いにおいて棄児という概念を明確な基準によって限定しておくことが必要となるといえよう⁽¹¹⁾。

(8) この点については明治4年戸籍法においては、「コノ度編製ノ法臣民一般其住居ノ地ニ就テ之ヲ収メ、専ラ遺スナキヲ旨トス」(第1則)としているし、明治31年戸籍法では「日本ノ国籍ヲ有セサル者ハ本籍ヲ定ムルコトヲ得ス」(170条)と規定しているし、現行戸籍法においても国籍喪失を絶対的除籍原因としているのが参考となる(23条、なお、この問題については田代有嗣監修・高妻新著『全訂体系・戸籍用語事典』273頁以下〔日本加除出版、1989年〕参照)。

(9) 棄児と国籍の問題について総合的体系的に論じた文献として欧龍雲「棄児の国籍」法学研究2巻284頁(北海学園大学法学会発行)があり、参考とされる。

(10) 新国籍法における血統主義を維持した趣旨については細川清「国籍法の一部を改正する法律の概要」戸籍481号6頁以下参照。また生地主義採用の趣旨に関連して「同論文」17頁以下参照。なお、田代有嗣『国籍法逐条解説』199頁(日本加除出版、1974年)では、国籍法第2条第4(現行3)号を血統主義の延長と理解する。

(11) 欧龍雲・前掲注(9)286頁以下においては、国籍法における棄児の概念については国籍法独自の立場から決定すればよいという観点から「国籍の帰属をめぐって、その者から両親ないし出生地を知るてがかりを知ることができない子」とされ、新生児であるとか、年齢制限とかについては個々の国の法によって決めればよい問題とする。

自国内において発見された棄児についての国籍の観点からする各国の立法例としては国内で生まれた者という推定規定あるいはみなし規定を置くものが多い。我が国においてはこのような推定規定等を有してはいないが、特にその地理的環境からして内国において出生したものと推定するのが当然であると理解されている（山田三良『国際私法』110頁，実方正雄『国籍法』新法学全集15頁〔日本評論社，1938年〕，平賀・前掲書243頁）。そうであれば，やはり棄児という概念は乳幼児というものに限定をするというのが妥当ということとなろう。国内において生まれた者との推定を受けることができるものとして棄児発見調書に基づいて戸籍編製をすることができる者としてはやはり，原則としては出生からあまり間がない者と限定されることとなるであろう。前述のように実態は棄児であるが，発見手続が取られないまま成長してしまった者については棄児発見手続によることはできず，就籍手続によらざるを得なくなるのはこのあたりに理由があるといえよう（我妻他・前掲書280頁）。そのような意味から先に検討した戸籍法上の棄児の概念が理解されるべきであろう。

四 棄児発見手続に関連して

1 その概要について

棄児が発見されると新戸籍を編製することとなる。この新戸籍編製がされる過程について概説しておくこととしたい。

棄児を発見した者または発見の申告を受けた警察官は24時間以内に市町村長に申出をし⁽¹²⁾，市町村長においては棄児に氏名をつけ，本籍を定め（昭和25年4月10日民事甲932号回答，昭和36年10月11日民事甲2556号回答によれば，本籍は原則として調書作成地市町村に定めるが，特殊事情がある場合には他の市町村にしてもよいとする），棄児発見調書を作成して必要事項を記載し，これを届書とみなして新戸籍を編製することとなる（戸籍法57条）。このような手続による新戸籍を編製したところ，後になって実の父または母が棄児を引き取った場合においては，1か月以内に出生の届出と戸籍訂正申請をさせ，従前の棄児の戸籍については戸籍訂正がされることとなる⁽¹³⁾。そこで，この手続に関連する問題について検討しておくこととしよう。

(12) 24時間以内にこの届出をさせるという趣旨は「棄児ハ養育スル者アラサルカ故ニ成ルヘク早く其届出ヲ為サシメンカ為ナリ」という点にあるとされる（岡村司＝板垣不二男『戸籍法釈義』201頁〔明治法律学校出版部，1898年〕）。

2 棄児と認知

(1) 母の認知

非嫡出子についての親子関係については認知によって法律上の親子関係にまで高められる（民法779条）。ここにおいて問題となるのは母の認知である。民法第779条の規定では「父又は母が」と規定され、母についても認知を必要とするかのような形態をもっている。しかし、母子関係は分娩の事実によって明白であり、母の認知は不要であるとする学説が有力に主張されている。極めて大雑把な分類をすれば、①全面的必要説（民法の条文に忠実な立場）、②全面不要説（母子関係の実態に着目する立場）、③棄児等の特別の場合には母の認知が必要とする立場（折衷説）などがあるといえよう⁽¹⁴⁾。判例の立場は、古くは、母の認知を当然に必要と判断していたが、現在では棄児などの場合を例外として当然発生説により、母の認知は不要としている（最判昭和37年4月27日民集16巻7号1247頁）。先例においては古くから当然発生説により母の認知を不要とする立場に立ってきている（大正7年5月30日民1159号回答，大正11年5月16日民事1688号回答，もっとも，右大正7年5月30日回答から判断すると棄児などの例外的場合については認知を要すると理解しているようである。加藤＝岡垣・前掲書369頁では，棄児を母が引き取った場合には認知がなければ出生届をすることはできないとしている）。しかし，母子関係というのは分娩の事実によって確定するのであるからいったん確定した関係が棄児となるなどによって認知をまたないと生じない関係となるというのはいかにも不合理であり，このような例外を認めることはおかしいといえよう（我妻他・前掲書188頁，青木＝大森・前掲書290頁によれば，「母が引取る場合でも，母子関係は分娩の事実によって生じ別段認知の届出は必要でない」とされる）。

(13) 通常の出生届の場合には出生から2週間の期間とされるのにこの場合に1か月の期間とされることについては，戸籍訂正期間が1か月以内とされている（戸籍法113条～116条参照）こととの関連から理解しようとする立場として我妻他・前掲注(3)293頁～294頁。

(14) この問題については学説によってもう少し詳細に議論がされているが，ここではそこまで検討する余裕がないところから簡単に論じるが，これについては，谷口知平『親子法の研究』82頁以下（有斐閣，1956年），中川淳『親族法逐条解説』209頁以下（日本除出版，1977年）など参照。なお，前掲最判昭和37年4月27日の解説である「最高裁判所判例解説37年度」423頁以下の真船調査官の解説参照。

(2) 父の認知

棄児についての父の認知を考えておく。

非嫡出子である棄児について棄児発見調書によって戸籍が編製されたが、父が棄児を引き取る場合、認知なくして父子関係は生じていない。そこで、事実上の父は戸籍法第52条の規定によってでは届出義務者とされていないから（戸籍法59条にいう「父・母」とは52条1項、2項にいう父母である）、非嫡出子の父としていきなり出生届をすることはできない。ただ、事実上の父が戸籍法第52条第3項第一の同居者に該当する場合においては、この資格において出生届をすることができる。このような場合にあっては、これによって後述のように棄児は母の戸籍に入り、従前戸籍は訂正消除されることとなるが、この場合の戸籍訂正手続は戸籍法第113条によってされ、家庭裁判所の許可を必要とすることとなる（昭和25年9月12日民事甲2506号回答）。事実上の父に届出義務者としての資格がないような場合には棄児を認知した上で父としての出生届をすることとなる。この場合においては、本来の戸籍法第59条による手続となり、出生届とともに戸籍訂正申請書の提出が要求されることとなる。この戸籍訂正は、棄児発見手続による特殊手続であるから、家庭裁判所の許可を得ることなしにすることができる（青木＝大森・前掲書290頁、456頁）。もっとも、ここでの問題は棄児（届出がされていない）について父または母が引き取る場合であるから、既に届出がされており、戸籍記載がされている児を引き取る場合には別の問題であり、戸籍法第57条が適用される場合ではない（この場合はまさに棄児でない者が手続的に棄児と扱われた事例ということとなるから同条が適用されないことは当然である）。この場合にあっては単なる複本籍の問題となるから、出生届は不要であり、棄児の戸籍については戸籍法第113条により訂正を受け消除されることとなる（昭和2年8月5日民事6488号回答）。

3 棄児と命名

前述のように棄児については市町村長が本籍を定め、命名して戸籍を編製する。

棄児については市町村長が命名権を有するということとなるが⁽¹⁵⁾、命名に

(15) いわゆる命名の権利をどう考えるかという問題については、山川一陽「「名」の意義とその機能—裁判例と先例を通して—」民事月報34巻12号3頁以下で詳細に検討したので、これを参照されたい。

あたっては、被命名者が棄児であったことがわかるような命名の仕方をすることは許されないとされている（我妻他・前掲書83頁）。

後に父または母がこの棄児を引き取った場合、この子の氏については当然に入籍戸籍の筆頭者のそれとなるが、名についてはどうであろうか。従来からの先例によれば棄児発見調書に基づいて新戸籍編製がされた棄児については引取り後においても市町村長が命名した名が拘束力を有するとされる（昭和3年9月27日民事10510号回答、前述のように既に出生届がされており複本籍となった場合は棄児ではなかったのであるから別問題である）。要するに戸籍法第57条第2項の規定によって命名権を与えられており、その正当な手続によって命名した以上は、棄児発見調書に記載されるにとどまっている間であればともかく、戸籍記載後においては拘束力を有するという考えのようであるが（我妻他・前掲書306頁）、後にも検討するように棄児発見調書による戸籍編製自体があくまでも暫定的なものと理解すれば、こだわることなく父母による命名を許してよいのではないかとも思える（棄児の父母に対する懲罰的な意味かともかんぐられるおそれがある）。もっとも、このような場合にあっては名の変更の手続（戸籍法107条の2）によって実質的に命名することが可能となろう⁽¹⁶⁾。

五 結びにかえて

以上に棄児に関する2、3の問題を検討してきたのであるが、以下に3点をまとめておきたい。①戸籍実務が、棄児の人格の尊重を考慮している点、②棄児発見調書による戸籍編製と就籍の審判による場合との限界に関する問題、③棄児発見調書による戸籍編製については、法が暫定的なものと理解しているという点である。

棄児の人格という側面からすると、なるべく棄児発見手続によらないで戸籍編製することが望ましいし、また棄児発見手続による場合であっても戸籍記載面では棄児であったことが明白とならないように配慮される。戸籍に記載する出生年月日については『推定』という記載をしてはならないし、父母の氏名欄についても『不詳』と記載するのではなく、空白としておくこととされる（昭和27年6月7日民事甲804号通達）。また、前述のように命名における

(16) いわゆる名の変更には「正当な事由」が必要とされるが、これは氏の変更に「やむを得ない事由」が要求されるのと比較して要件が緩やかである。また、棄児は生後間もないということとなるから、社会的影響力もなく、変更はほとんど問題ないといえよう。

配慮も同様の観点といえよう。棄児につき父母からの引取りがあった場合については棄児戸籍は戸籍訂正によって消除されることもこのような観点から同様に評価されよう。また、実務上、なるべく棄児発見の手続によらずに後見人を作っても就籍させる手段が選択される傾向にあることもかような観点から評価することができよう（我妻他・前掲書277頁、もっとも、棄児発見手続による方が市町村長の判断のみで足りるということから、便宜これによるという措置がとられがちな傾向があることは否定できないところである）⁽¹⁷⁾。

次に就籍の審判による場合との限界の問題がある。もちろん棄児発見手続による場合であっても国籍判断を市町村長においてすることとなるが、家庭裁判所を通じてするものよりも安易になることは否定することはできないであろう。このような意味において、国籍を有しない者についての戸籍編製をすることがないようにとの趣旨から既に検討した棄児の概念を明確とした上で棄児発見の手続により得る場合と就籍の審判手続をとらねばならない事案とを厳格に区別して実務が運用されることが必要といえよう⁽¹⁸⁾。最も問題となるのは年齢であるが、少なくとも日本国内で生まれたということから付与される国籍の認定が問題となるような事案については安易に棄児発見手続によることなく、就籍の審判を通じて一応、家庭裁判所の判断を経過させることが必要ではなかろうか。要するに、国籍の付与というようなことの重要性が問題となる事案においては形式的にも市町村長の判断によるよりも家庭裁判所の判断を経ておけという趣旨である。

以上に検討をしてきた結果として判断することは次のようなことである。つまり、棄児発見によって新戸籍編製を認めている戸籍法の基本的な思想は、これによって編製される戸籍というものは、あくまでも暫定的なものであって、父母の棄児引取りによって消除されることが期待されている戸籍であるということである。それだからこそ戸籍法第59条においても将来において父母が棄児を引き取り、これによって棄児戸籍は消除されるということを予定

(17) 棄児発見手続による戸籍編製よりも後見人を作ってもした就籍の審判による戸籍編製とで棄児の人格尊重という観点からそれほど大きな差異があるかどうか疑問ではある。この点については、むしろ、国籍の認定を含む問題でもあるから、疑問があるようなケースについてはなるべく家庭裁判所の判断を通じて処理するのが妥当という配慮でなされるものと理解することができるであろう。

(18) 棄児発見手続によるとうっかりすると国籍がない者について戸籍を作るようなことが生じることを指摘するものとして、我妻他・前掲注(3)278頁参照。

し、引取父母に出生届と戸籍訂正申請書を提出させて棄児戸籍を訂正消除させるための規定を置いているともいえよう。また、前述のように棄児発見調書は性格的には就籍届と類似しており、手続的に就籍の簡易な形態ともいえるが、「就籍の方の届だと、それで確定的に戸籍の取扱いが将来にわたりそのようにきまってしまう」とこととなるが、「棄児の取扱の場合だと、暫定的に一応戸籍に書いておいてあとで身元がはっきりしたらそこへ戻していく」（我妻他・前掲書247頁以下）という配慮によってできているということができよう。もっとも、父母の引取りがされないままとなってしまうと、法の期待とは反対にこの棄児戸籍のままでいくこととなるわけである。

このような観点から実態は棄児であっても手続がされないまま成長した者についてなどは暫定戸籍としての棄児発見調書による戸籍編製はすることができなくなり、原則に復して本来の就籍の手続によっていくこととなるわけであろう。

以上に棄児というあまり議論されることがないテーマを対象として検討したが、このように直接は届出によらないでされる戸籍編製についてさらに総合的に検討してみることも必要とされることであろう。

【補注事項】

棄児の国籍に関しては、出生時の状況等その者の父母に関する諸般の事情により社会通念上、父および母が誰であるかを特定することができないと判断される状況にあることを立証した場合には、国籍法第2条第3号にいう「父母がともに知れないとき」に当たると一応認定することができるとした判決（最判平成7年1月27日民集49巻1号56頁）が現れている。したがって、棄児については、日本国籍を取得している者として戸籍を編製することとなる。

また、近時の、棄児についての戸籍実務に関しては、高橋昌昭「棄児が発見された場合の処理について」（戸籍時報669号86頁）があり、本稿で取り上げた先例のいくつかも紹介されている。

「名」の意義とその機能 ——裁判例と先例を通して——

一 最初に

「名」あるいは「名前」といった方がよいのかもしれないが、これがいかなる法的性格を有するものであるのかについては必ずしも明らかであるとはいえない。

現在では、「名は、姓（氏）と連結されて、個人を識別し、同一性を示すための一種の記号である」（久貴忠彦他『民法講義7親族』34頁〔有斐閣、1977年〕）などと説明されるのが一般的ではあるが、この「名」の問題については各種の教科書等においてもわずかに民法上、「氏」の研究の際、これに関連して言及される程度のものであり、せいぜい「命名権」の問題あるいは「名の変更」の問題として議論されるにとどまり、これが正面から取り上げられて検討されることは比較的少ないといえよう。その原因として考えられるのは、「名」とは何かという根本的な問題がむしろ当然・自明なものとして想定されているうえ、その問題を検討しようにも検討するためのよりどころとなる規定に乏しく、民法上はもとより、戸籍法においてさえも、「戸籍内の各人については氏名を記載せよ」（戸籍法13条）、「子の名には常用平易な文字を使用せよ」（戸籍法50条1項）、「出生の届出は14日以内にせよ」（戸籍法49条1項）、「正当な事由があって名を変更するには家庭裁判所の許可を得て届出よ」（戸籍法107条2項）〔現107条の2〕といった程度の定めが置かれている程度にとどまり、命名権の問題に関しても棄児の命名権者を市町村長と定めるといった規定（戸籍法57条2項）が存するのを除けば必ずしも明確ではないといったところにあるように思われる（この点は、「氏」に関する規定が民法上も戸籍法上にも多数置かれており、「氏」に関する議論ないし研究が盛況をきわめているのと対照的ともいえよう）。

そこで、本稿においては、従来の行政先例あるいは各種の審判例ないしその他の裁判例に現れてきた「名」あるいはこれと深い関係のある「命名権」に関する問題点を大雑把な仕方で整理し、これらにおいて、「名」というものがどのように考えられ、取り扱われているのかを明らかにすることを目的とする。

二 「名」とは何か

1 「名」の種類

既に述べてきたように、一般に、「名」とは何かという問題は、当然・自明のものとして常識的な理解ないし想定がされており、所与の前提として議論されるところから、それが常識の分野と法の分野との両方に足を踏み込んでしまっているように思われる。

そのため、「名」には、常識的な意味からするそれと法的な意味からのそれとが存することとなり、さらに、その後者については、一般法上のそれと戸籍法上のそれとに分類されることとなろう。

この問題に関する従来の議論がかように厳格な意味での分類をすることなく、「名」についての漠然としたとらえ方をし、これを前提としていたため、この問題がますますわかりにくいものとなっていたとも思われるところである。もっとも、だからといってそのことが、この三類型が相互に全く関連のないものであり、全く異なった機能を果たしており、また果たすべきであるといったことを意味するのでは決してないのであって、むしろ、その多くの部分において共通であることを否定するものではない。

いわゆる常識上の「名」と法的なそれとが異なった概念であることは比較的容易に判断することができるであろうが、一般法上のそれと戸籍法上のそれとの関係には問題がありそうに思われる。そこで、まずこの点について簡単に触れておくことにする。

2 戸籍法上の「名」と一般法上の「名」

民法その他の法律においても氏名の記載が要求されることは多い。そして、そこで予想されている「名」というのは、もちろんその典型的な場合としては戸籍上の名、すなわち戸籍簿に記載されているいわゆる「戸籍名」であることは疑いない。しかし、それがどの範囲まで広げられ、氏名の記載として

許容されるのかということになるとそこには問題がある。例えば、民法第968条第1項では自筆証書遺言の場合に氏名の自署を要求している。しかし、ここでいう氏名というのは「遺言の筆者の同一性を確かめるためであるから、氏を略して名のみが記載されている場合でも、有効な自署とみられる」し「筆者が誰であるかがわかればよい」のであるから、それは「通称や芸名でもよいし、ペンネームでもよい。」(泉久雄他『民法講義 8 相続』290頁〔有斐閣、1978年〕)ということとされている。かように形式性の重視される遺言の分野においてさえもかかる取扱いがされ、戸籍名でない名が名の自署として承認されているのである。

また、文言性の極めて強いはずの手形法の分野にあってさえも、その署名は戸籍名に限定されるものではない。例えば、大判大正10年7月13日判決では「平常取引ヲ為スニ当リ他人ノ氏名ト同一名称ヲ以テ自己ヲ表示スル名称トシテ取引上使用スル者カ手形行為ニ付キ自己ヲ表示スル為メ其他人ノ氏名ト同一ノ名称ヲ用ヒ手形ニ署名シタルトキハ手形行為ノ性質上該手形行為ハ之ニ署名ヲ為シタル者ノ行為ト認ムヘキモノ」(民録27輯1318頁)として自己を表示するために妻の氏名を使っていた商店主の妻名義での手形の引受行為について、これを夫自身の署名として認めている。

さて、上にみてきたように法的な「名」といえども戸籍名に限定されないこととなるし、「名」とは唯一のものでもないことがわかったわけである。

かような意味からすれば、明治の初期における氏名統制として、明治政府によりなされた明治3年の「実名主義の原則」⁽¹⁾の採用およびこれと結びついた同5年の「一名主義の原則」⁽²⁾および同4年から9年ころにかけての「余儀無キ」差し支えある場合以外の名の変更の禁止といった政策⁽³⁾は、いずれも上の「戸籍名」を対象として考慮された政策であったということと理解される。

(1) 「明四・一〇・一二 太政官布告(第五三四)

自今位記官記ヲ始メ一切公用ノ文書ニ姓戸ヲ除キ苗字実名ノミ相用候事」(高梨公之『日本婚姻法史論』〔有斐閣、1976年〕による)

(2) 「明五・五・七 太政官布告第一四九号

従来通称名乗両様相用來候輩自今一名タルヘキ事」

「明五・五・八 海軍省乙四五号

甲第四百九号御布告相成候ニ付通称名乗ノ内自今何レヲ相用候哉 其局寮部院ニ於テ一纏ニ取調早々可申出候也」

「公布甲第四百九号

従来通称名乗両様相用來候輩自今一名タルヘキ事」(高梨・前掲注(1))

3 「名」 の概念

いわゆる実名敬避の慣行等について研究した穂積陳重は、その研究『実名敬避俗研究』（刀江書院、1926年）において、名について次のように説明する。すなわち、「人名の起原は、識別指称の必要上、声音に依る認識符号を設くるに始まりたるもの」であり、現在も「名は声音に依る人の符号にして、識別指称の為に、出生当時より其人の本号として定着せしめたるもの」（33頁）であるとする。

もちろん、この説明がいわゆる戸籍名に限定されて説かれたものでもなければ法的な名に限ったものでもないことは明らかである。

また、最近の学説では、英法における氏名の定義の仕方を借用し、これを

(3) 「明四・九・欠 兵部省（第一一二） 諸隊へ

御親兵其外兵隊常備隊編束中士官兵卒共総テ改姓名禁止之事」

「明四・一〇・一八 太政官布告（第五四五）

自今諸官員無余儀次第有之苗字通称実名等相改又ハ通称ヲ廢シ実名ノミ相用ヒ候等総テ其管轄地方官へ願出聞濟ノ上其地方官ヨリ本人在職ノ官庁へ可届出事 但華族及奏任以上ハ地方官添書ヲ以太政官へ可伺出事」

「大蔵省伺（明五・七・二〇）

苗字名並屋号猥ニ為相改候テハ諸般取調方等ニ差支不都合不少候間別紙ノ通御布告有之度此段相伺候也

御布告案

臣民一般苗字名並屋号共相改候儀ハ不軽事ニ有之候処猥ニ改称イタシ候モノ有之以ノ外ノ事ニ候（左院改正案甚以公私差支候間）以後同苗同名ノ外ハ改称不相成候条此旨相達候事

太政官指令（明五・八・二四）

伺之通 但別紙写之通布達相成候事

左院意見（昭五・七・欠）

別紙大蔵省伺異存無之候 但シ御布告案中以ノ外ノ事ニ候ノ七字改正イタシ甚以公私差支候間ニ御取換可然奉存候事（類典二編一三三卷一七）」

「明五・八・二四 太政官布告二三五号

華族ヨリ平民ニ至ル迄自今苗字名並屋号共改称不相成候事 但同苗同名ニテ無余儀差支有之者ハ管轄庁へ改名可願出事」

「明五・八・二四 太政官布告二三六号

人民一般改称ノ儀二百三十五号ノ通御布告相成候ニ付テハ華族及奏任以上ハ可伺出其余ハ各管轄庁ニ於テ事実取調ノ上聞届可申事」

「明六・三・一八 文部省第三〇号

……海外留学生規則……第百十三章 公私共留学中恣ニ苗字名ヲ変スヘカラス 且其書体ハ必ス免状ニ記載ノ字様ヲ用ユヘシ書体ヲ略スヘカラス 若シ止ムヲ得ス苗字名ヲ改メ或ハ字様ヲ変スル時ハ必ス領事官ノ許可ヲ受クヘシ 領事官ハ其許可ヲ出スノ後十日ノ間ニ文部省へ報知ノ書ヲ発スヘシ」

氏名変更の問題と関連させながら、名とは「ある特定の個人を、他の個人から弁別するもの」（山主政幸『家族法論集』24頁〔法律文化社、1962年〕）と定義づけている。

裁判例においても名の定義について触れているものは多い。例えば、昭和38年11月9日の名古屋高裁決定では、「名はその人を特定する公の称呼である」（家月16巻3号107頁）と定義するし、同35年1月19日の東京家裁の審判では、「名は氏と共に人の同一性を示す称号」の機能を果たすなどと説明している（家月12巻5号141頁）。

一般に名が法的な概念として、戸籍法と関連して説かれるとき、それは市町村長に届出られ、受理されたうえ戸籍に記載された戸籍名を前提とする場合が多い。例えば、「氏名変更の許可があっても届出ねばその効果がなく」（谷口知平『新版戸籍法』257頁〔有斐閣、1973年〕）などと説かれるのは明らかに戸籍名に関してである。先の山主教授の定義および裁判例でのそれもやはり戸籍名を意識したものと思われる。

さて、こうして名の概念についてみてくると、「名」という概念については諸種の要素が複雑に結びついていることがわかってくる。

そこで、そのような混迷の中にあって「戸籍名」といったものについて簡単にみておくところについては次のようにいうことができるであろうか。

本来、名が個人を表象するものであるとすれば、その表象の手段も時代の変遷に伴って変化してきたことは想像するに難くない。確かに古くは穂積陳重のいうように、名は声音による人の認識符号であったかもしれない（例えば、古い文献においては、同一人について音さえ同一であれば相当異なった漢字表現をしていたようである。例えば、高梨公之『民法の考え方』22～23頁〔日本評論社、1965年〕の記述によれば、「――戸籍に書かれた文字は、名を表示しているだけで、名そのものは声音によるのが本体だと思えます。古い記録では、一つの名がさまざまな文字で表示されていました。イザナギのみことなども伊邪那岐・伊弉諾と文字は別に書かれます。去年厳島神社に詣りましたが、祭神はたしか市杵島姫です。市寸嶋比売と書いても厳島姫と表わしても、イチキシマヒメの表徴に過ぎないでしょう。」とされているのが参考になる）。

しかし、その声音が文字に記載され、それが声音から離れて独自の表象手段となってくるに依じて、声音名と文字名との関係が問題となってくるのは当然である。特に、日本の文字が漢字を主とするものであり、名に漢字が用いられるかぎり、少なくとも漢字の音訓二様の呼び名が問題となり、場合に

よれば数通りの読み方さえ問題となってくるかもしれない。それに伴い、文字名から呼称名を引き出すことが困難となり、同時に呼称から離れ、独立した文字名が少なくとも表記の世界において個人を表象するものとしての地位を占め、今日では、名は、呼称であると同時にこれを表象する固定した文字であるということになる（例えば、高梨公之『日本婚姻法史論—日本における婚姻の実態とその変遷についての一考察』310頁〔有斐閣、1976年〕参照）。

ここにおいて、戸籍名は、名のうちの文字名であり、国の公簿である戸籍簿に記載され、それによって個人を表象するものということになりそうである。

そして、既に述べた明治初期における政府の氏名統制政策による実名主義⁽¹⁾、一名主義⁽²⁾、名の変更の禁止といった施策⁽³⁾がこの傾向をより明確にしているといってもよいであろう。

三 「名」の機能

1 識別機能

以上により名について一応の定義づけをしてみてもいわゆる常識名と一般法上の名あるいは戸籍名との明確な区別がされないことがわかってきた。さて、それではその各定義の中に共通して現れているその本人の特定ないし識別の機能といった面からみた場合、先例あるいは裁判例に現れてきているいわゆる戸籍名について、この機能がどのような範囲ないしどのような形態で妥当するかを検討することによって戸籍名を機能的意義といった面から明らかにしていくこととしたい。

そこで、いわゆる「戸籍名」に対し、それがどの程度の範囲において当該本人を識別する機能を果たすことが期待されているかについて名付けに際しての問題に関する先例をみتينることとする。

(1) 戸籍を同一にする場合

まず問題となるのは同一戸籍内における本人の識別性である。

この点についての先例は、出生届の出生子の名が入籍すべき戸籍の在籍者と同一のときはこの出生届は受理できない（昭和25年5月18日山口局徳山支局管内戸協決議・同年10月12日法務府民事局変更指示）としている。そして、その取扱いとは他の市町村で受理され本籍市町村に送付された出生届の場合であっても同様とされている（昭和10年10月5日民事甲1169号回答）。また、母を異にする同

一戸籍内にある妹と同一の名を用いた子の出生届があった場合、当該出生届が受理されないとされるのも同様の理（昭和40年6月21日民事甲1430号回答）からであるといえよう。同一戸籍内に同名の者があるかぎり、音訓で読み方が違う名前の場合または傍訓を付した名前である場合（傍訓については後に検討する）であってもこれを受理することはできない（昭和36年5月25～26日兵庫戸協決議）というのも同様である。

次の問題は、出生子が入るべき戸籍中、既に死亡除籍されてしまっている者がいる場合、その者と同一名の出生届の受否である。

この点についての先例は、このような場合にかような出生届を受理することは差し支えない旨を明確にしている（昭和7年8月18日民事甲828号回答，昭和47年8月23日民事二発420号回答）。同一戸籍内にあるが既に死亡除籍された者と同一名の者が入籍していたとしても両者が共に社会生活を送っていくといった関係にあるわけでもないのであるから、そのかぎりにおいて名の識別機能を強調することは無用に近いといえようか。

同一戸籍という点からいえば、既に一方は除籍されている者であり、その面からすれば同一戸籍内の問題ではないといってもよいのかもしれない。

次に問題となるのは、婚姻、縁組による除籍の場合である。

この点についての先例としては、出生子が入るべき戸籍中に婚姻縁組により既に除籍者となってしまう者がある場合にその者と同名の出生届は受理して差し支えないとする（前掲昭和47年8月23日民事二発420号回答，昭和38年5月15日民事甲1421号回答）。

また、出生子が入籍する戸籍内にある者と同一の名を使用した出生届は受理できないが、出生子の父母について新戸籍が編製され、その子が入籍により同籍内に同一名を用いる者が複数にならないときは受理する（昭和32年4月4～5日徳島局管内徳島戸協決議）というのは当然のことであろうか。

こうしてみると、先例は、同一戸籍内における名の本人識別機能というものについては相当強く意識し、これを運用していることがわかってくる。

さて、そこで問題は、上の先例のうち当該戸籍から既に除籍されている者と入籍する者との関係であるが、各先例の取扱いにおいては特に死亡除籍の場合と復籍の可能性のある婚姻・縁組による除籍の場合とを区別していない。この点については、理論的な意味あいからすると問題がありそうに思われる。しかし、このような場合においては、名の本人識別の機能を強調する以上に

命名の自由の方をより尊重した方が妥当だとの利益衡量の結果があるといえるのであろうか。先例の立場では、実際に離婚復氏者あるいは離縁復氏者があり、そのために同一戸籍内に同一名の者が併存することになってからもそれはそれとしてやむを得ぬとしているようである。もっとも、かような場合にあって、そのためにそれらの者が社会生活上の不便を感じることになれば、その一方の者について名の変更の手段（戸籍法107条2項）〔現107条の2〕を採ることによって救済することにはなるであろうと思われる（もちろん、このような場合は、名の変更の正当事由たり得るであろう）。いずれにしても、既に除籍されている者との関係において、名の識別機能をそれほど重視することの実益といった点からの考慮がされているといえようか。

（2）戸籍を異にする場合

次に同一戸籍内にない場合における者、つまり別の戸籍のそれぞれにある者についての名の識別機能という点が問題となるが、この点についての先例では、特に関連戸籍とそれ以外の戸籍の場合に分けて判断するといった仕方をする事なく、「同一市町村内で同一の氏名を有する者の存する場合の出生届の受否について」の一般的な判断を示している程度にとどまっているようである。そしてその先例では、かような場合にあってかかる届出は当然に受理すべきものとしている（明治31年10月4日民刑1245号回答）。つまり、命名についての問題としては、ここまで範囲を広げて名の識別機能といった点を考える必要はないとしているように思われる。

もっとも、かような命名の結果、関連戸籍あるいは近隣・本人の勤務先等において「同姓・同名の者があって、社会生活上はなはだしく支障のある」（山主・前掲書44～45頁）状況がもたらされているような場合、それは名の変更における「正当な事由」として考慮されることはあり得るといえようか⁽⁴⁾。

（3）裁判例における問題状況

次に、裁判例に目を移してみることにしよう。

裁判例として着目すべきものは次の二つの例である。すなわち、前掲昭和

(4) 多数の裁判例があるが、税金の納付、選挙通知、その他各種郵便物の配達等の関係等において生じた具体的な社会生活上の不利益等を検討し、改名を許可し、あるいは命名後、短期間であって改名しても社会生活上の影響の少ないことなどを理由に許可するものなどがみられる。大阪高決昭和31年11月29日家月8巻11号41頁、大阪高決昭和31年12月24日家月9巻1号25頁、大阪高決昭和32年9月19日家月9巻10号34頁、高松高決昭和35年2月10日家月12巻11号130頁等。

38年11月9日の名古屋高裁決定および同決定の原審である昭和38年10月8日の名古屋家裁一宮支部の審判（家月16巻13号107頁）がそれである。

すなわち、事案は、「伸子」という名の妻をもつ夫が、その間の長女に「しんこ」と振り仮名を付した「伸子（しんこ）」という名をつけようとして届け出たところ、その受理が拒否されたためこのことを不満として受理を命ずる審判を求めたのに対する審判が一宮支部の審判である。この夫の名は「朗」というのであるが、同男は、以前、長男について「ほがら」と振り仮名を付し、「朗（ほがら）」とした命名をすることにより出生届をして、これは既に受理されているということである。

申立人は、上の事実を強く主張し、「さきに、昭和35年8月31日長男が出生した折には、これに申立人の名と同一文字を使用して「朗（ほがら）」と命名し、その旨の出生届を提出したところ、尾西市長は、同年9月6日これを受理して戸籍にのせたにも拘らず、いま、同様になされた長女の出生届を受理しないのは不当というほかはない。」と述べたものの、審判においては、「凡そ、命名とは、特定人に特定の称呼を附し、その人の同一性の認識を外部的に表示する手段を指称するもの」であるとしたうえ、「ことは、単純に、命名者たる申立人の個人的趣味に出ずることではあるが、当裁判所は結論として、同一戸籍内の他の家族と同一の名を附することは許されないものと解する。けだし名は、個人の同一性識別のための標識として特殊化されるべき要素を有するとともに、当該個人の将来利益に影響を及ぼすべきこと上叙のとおりであるところ、本件の如き命名は、将来、長女に対する同一性の認識を害すべきことこれより甚だしきはなく、今後における社会生活上、自他ともに蒙る不便は測り知れざるものありと思料されるからである。尤も、申立人は長男「朗」に「ほがら」と振仮名を附して届出を受理された先例に従い、長女の名「伸子」にも同様「しんこ」と傍訓を附し右音訓による名を特定して届け出たやに窺われるのであるから、申立人の意思は、右振仮名を、名と不可分の一体とする意思であったことが明白である。されば、右振仮名「しんこ」は、名「伸子」と一体をなし、これを名の一要素と認める余地がないでもない。しかしながら右「伸子（しんこ）」の名が、母「伸子」の名と、右の如き意味において、差異を有するとしても、所詮は、この本質を左右するに足るものではない。すなわち、右差異は、前叙の如き観点からすれば、依然、長女に対する不利益、不便を解消するものではなくして、むしろ、こ

れを一層拡大露呈するおそれなきにしも非ずといわねばならないからである。或は、また、申立人は、自己と同名なる長男「朗」の出生届が、さきに、受理されたにも拘らず、今回、同様事案において、その受理を拒まれたことに不服があるとしても、さきの受理自体も違法な処分といわねばならないから、この点は、本件において、とうてい、考慮するに値しない」と判断している。そして、この却下処分に対して即時抗告がなされ、これに対する判断が前記名古屋高裁決定である。ここでは、原審の判断を維持し、

「二、さて本件は、抗告人の妻が「伸子」なる名をもっているところ、抗告人はその夫婦間に昭和38年7月19日生まれた長女を「伸子（しんこ）」と命名して同年同月31日尾西市役所に出生届をしたが、その届出が同一戸籍内の命名として適法な届出であるか否かが問題点である。

三、「伸子」と「伸子（しんこ）」は、文字全体の形において、又「伸子」は「しんこ」とも「のぶこ」とも読まれるから、その読み方において異なっていることは否定できない。

しかしながら、

- (1) 「伸子（しんこ）」の名のうち「伸子」の部分はその母体をなしていること、
- (2) 漢字による子の名の届出の場合、ふりがなを付けない以上は、その読み方は公に記録されるわけでないから、「伸子」なる名は格段にその正しい読み方を知っていて注意を払わない限りは、世人は「しんこ」或いは「のぶこ」などと己が感ずるところに従って自由に読み、「伸子」と「伸子（しんこ）」は音読上同一になること、なお、一般に願書などの書類にはふりがなを付けることが要求されること多く、かかる場合、仮に事件本人である「伸子（しんこ）」がその作成名義の願書などを提出すれば、抗告人の妻「伸子」の作成名義のものでないと区別するには生年月日などの記載によつて始めて可能であること、
- (3) 名にふりがなを付けることはもちろん許されているが、本件の場合には右ふりがなを付けた趣旨は、正しい読み方をしてもらうことよりも、むしろ「伸子（しんこ）」なる子の名を特定しようとの目的から出ていることは明らかであり、抗告人の右目的のため、仮に本件届出を許すとすれば、事件本人は将来正式の各書類などに一々ふりがなを付した名を表わさねばならぬ煩雑を蒙ることは免れないこと

以上の各事実が認められる。

四、右各事実からして判断すれば、「伸子(しんこ)」と「伸子」とはまぎらわしい名であって世人が同一戸籍内の「伸子」なる者から「伸子(しんこ)」を識別すること、すなわち「伸子(しんこ)」を特定することは困難である。

なお、事件本人も父である抗告人の右目的から生涯ふりがな付名のわずらわしさの不便を避けることはできない。

しからは、本件出生届は、名の特定の困難な命名として、戸籍法に反する違法な届出と言うべきである。

もつとも、尾西市長は3年前、抗告人がその長男を自己の名「朗」に「朗(ほがら)」と、ふりがなして命名した出生届を受理しているが、右出生届も元来違法のものであり、右届出が受理されたからとて本件出生届は適法となるものでない。」

と判断している。

ここにおいても、前記行政先例における立場を前提としたうえで、少なくとも同一戸籍内における名の識別機能を重視しているといえよう。

ところで、上の二つの裁判例についての問題として、母親である「伸子」と長女である「伸子(しんこ)」の関係であるが、果たして「伸子」と「伸子(しんこ)」とは同一の名といえるかという問題がありそうである。一宮支部の審判においては、どちらかといえば、「伸子」と「伸子(しんこ)」とは同一の名であると判断しているようであるが、名古屋高裁における決定においては、この問題についての疑問を提起したうえで、『伸子(しんこ)』と『伸子』とはまぎらわしい名であって世人が同一戸籍内の『伸子』なる者から『伸子(しんこ)』を特定することは困難」であるから受理を拒むべきであるのだとし、むしろ、両者は異なっているかの口ぶりを示している。

この問題は、いわゆる傍訓の何たるかに関する問題に関係するものであるが、これについての行政先例の立場を明確にするものとして昭和50年7月17日民二第3742号通達がある。これは、従来、混迷を極めた傍訓に関する先例を整理する目的から出されたものであり、それ以後の傍訓に関する指導的先例としての地位を与えられている重要先例とされるものであるが、同先例では、

「名に傍訓が付されている場合には、漢字と傍訓とが一体となつて名を表示し、その名を表示するには常に傍訓を付さなければならないと考える向き

がある。しかし、傍訓は単に名の読み方を明らかにするための措置として戸籍に記載するものであつて、名の一部をなすものとは解されない。したがつて、戸籍上名に傍訓が付されている者について、戸籍の届出、登記の申請、公正証書・私署証書の作成など各種の書面において名を表示するに当たり、常に傍訓を付すべき必要はないので、この趣旨を十分理解して事務処理に当たるとともに、戸籍の利用者に対しても必要に応じ適宜説明するものとする。」

としている。これによれば、名に付された傍訓は、名と一体をなすものではないこととなり、この立場ではむしろ、一宮支部の審判と同様の立場となるであろう。

確かに、登録名といった観点から見ると、本件の届出が受理され、戸籍記載された場合、戸籍上、「伸子」と「伸子(しんこ)」と記載されるわけであるのだから、それぞれ異なる名と評価することもできないでもなかろうと思われる。しかし、傍訓については前記昭和50年7月17日先例でも認めているように「名に傍訓の付されている者又は当該傍訓に係る届出をした者から、傍訓消除方の申出がなされた場合は、市区町村長限りの職権によりこれを消除して差し支えない」といった取扱いとされることになっているわけであることから、實際上、傍訓をもって戸籍名の一部を構成するものといった理解をするとなると本人等からの申出だけによって従来の戸籍名を変えることができることになり、この手段を利用することによって、場合によっては同一戸籍内に全く同一の戸籍名を有する者を併存させることもできることになってしまい同一戸籍内においてすら名の識別機能が十分に果たされぬことになり問題となるであろう。このように考えると、この取扱いを認める限り、傍訓を付するといっただけの手段をとることによって異なった名前とすることができるといふことになる点には問題があるかと思われる(もっとも、前記名古屋高裁のようにいずれにしる同一戸籍内にある者の名と全く同一の名に振り仮名を付しただけの名を命名して届出をしたような場合、その双方の名は、相互に「まぎらわしい名であつて世人が同一戸籍内の『伸子』なる者から『伸子(しんこ)』を特定することは困難」であるから、かような届出を認めないとする立場を採るかぎり大きな問題とはなり得ないであろうか)。

2 人格の付与ないし人格承認の機能

常識名であれ一般法上の名あるいは戸籍名であれ、それぞれに共通して認められるであろうと判断される名の識別機能といった点に着目したうえで戸籍名について検討してきたわけである。

そこで、ここにおいては、名についての前記各定義の中には明確に顔を出してきていないが、名の機能として認められそうな「人格の付与」ないし「人格の承認」の機能といった問題を検討する。

『日本婚姻法史論』を著わした高梨公之教授は、明治初年の命名慣行について生田精編『全国民事慣例類集』（司法省、1880年）等を引いて次のように説明する。

すなわち、「類集が通例として引くのは、「凡ソ子生レテヨリ七日目ヲ七夜ノ祝ト称シ産婆并ニ親族ヲ招宴シ其節名ヲ命」ずるというのだが（第一章出産ノ事、第二款諸式例）、「其中稍々異ナル条款」が興味深い。まず、出生するとすぐ仮名をつけるという慣行がある（加賀河北・筑後三潯・肥前飽田）。これに「雷鳴ノ恐レアレハナリ」という説明をつけるものは（前掲三潯）、落雷の難を避ける意味かもしれないが（民俗学研究所編『総合日本民俗語彙一卷』426頁〔平凡社、初版、1955年〕）、雷鳴時に名がないと聾啞になるという俗信も重要な理由になる（民俗学研究所編『民俗学辞典』424頁〔東京堂、初版、1951年〕）。とし、「仮名の慣行は山口県阿武郡大島にもある。青森県三戸郡館村では、産婆が赤子の膳を拜んで仮に名をつけるが、そうしないとひびきらしになるという（前掲『総合日本民俗語彙』）。」（高梨・前掲書301頁）とされる。

そして、同教授は、この命名慣行をもって、「要するに、いち早い命名によつて、かれの人格をゆるがないものとして確立しようという心意の残存とみられる。」（高梨・前掲書301頁）とされている⁽⁵⁾。

さて、上の記述から判断すると命名ということには、今後、その子を取りまく社会の構成員たち（とりあえず、いわゆる「身内」の人々）が生まれてきた子に対して名を付与することによって、出生子の人格を積極的に承認し、そのことによって、それと同時に彼もしくは彼女を自分たちの社会の小さな一構成員として受け入れ、また、それによって今後の社会生活に備えさせると

(5) 同様の習俗が福島県の一地方にも存したことがあり、出生子が生まれるとまもなく仮名をつけるという。そして、これをしないと出生子が地震に遇うという。

いった積極的機能を有するとでもいうようなことになりそうである。もちろん、命名しないことあるいは命名までの間、子はその人格を積極的に無視されたということにはならないにしてもである。名あるいは命名に伴うかような機能をもって「人格付与の機能」とよぶことが可能であろう。

3 出生届前に死亡した子

さて、名について以上の人格付与の機能を重視するとなると出生後、その出生届前に死亡してしまった子についてはその子の人格を承認し、人格権を付与することが必要とされないことになるように思われる。しかし、かような場合にあっても戸籍法第49条が届出義務を免除していないし、死亡した子についての死亡届をなす前提として出生子の戸籍記載を必要とするのであるから（戸籍法13条）届出義務が存することになるのは当然のこととされるわけである（昭和22年2月26日153号回答。なお、死産の場合の届出につき、死産の届出に関する規程3条、2条参照）。

このような場合であっても子の出生届出義務者に対する届出義務の前提として命名権者による命名といったことまでが要求されることになるものかどうかについては問題がありそうに思われる。戸籍法第13条が氏名を戸籍の記載事項とし、同第15条が戸籍の記載は、届出等の事由によってする旨を明らかにしていることから判断すればこれを積極的に解することもできないではなさそうである。

この問題について、先例は次のようにいっている。すなわち、子の出生後、命名前かつ出生届前にその子が死亡した場合にあつて名未定のままの出生届と死亡届が同時に出されてきた場合、黙って受理しておけばよいのであつて、後日、名の追完を強いてさせなくてもよい（昭和32年3月4日民事甲398号回答）ものとする。

上の先例は、また同時にかような場合に後日、死亡した子について命名がされ、名の追完がされた場合にはこれを受理してよいとの取扱いをも示している。名の追完のされないかぎり、戸籍上には当該死亡子については「無名」の記載がされることになる（明治32年1月26日民刑1788号回答，我妻榮他『戸籍Ⅰ〔出生〕』90頁〔有斐閣，1958年〕）。

結局のところ、前記の先例の立場は、命名前かつ出生届出前に死亡してしまった子については、その子に名を付けることによりその子の人格を認め、

今後の社会生活に備えさせるといったことを積極的に行わせなくともよいと考え、命名しないままの出生届を受理し、今後の名の追完を期待しないものとし、戸籍上の処理は「無名」とする。しかし、命名権者の感情等を完全に無視してしまうことなく、命名権者において強いて死亡した子について命名してやりたいとの希望を有するのであればその希望をかなえてやる措置を認めているわけである。

ところで、出生届の前に死亡した子にかぎらず、名未定のままで父母からされる出生届も認められないではない（大正3年12月9日民1684号回答、大正4年1月20日民54号回答、昭和45年5月24～25日熊本県連合戸協決議・同年10月14日福岡法務局長変更認可、昭和46年9月7～8日福岡連合戸協決議、昭和26年6月4～5日山形局管内山形県戸協決議、もっとも、この点について異論がある。村上惺『戸籍記載の実務(上)』13頁〔日本加除出版〕では、父または母が届出人であるときは、父母が命名権者であるから（結局、戸籍法29条と34条2項との解釈からか？）、名未定の出生届はできないとする）。

もっとも、この場合の名未定の出生届の場合にあっては、後日、命名権者による命名をまって名の追完がされることが当然のこととして期待されているのであるから、出生届前の死亡子について名未定のまました出生届出とは性質を異にしている（例えば、大正4年1月20日民54号回答、昭和41年6月9～10日長崎局戸協決議、なお、前掲大正3年12月9日民1684号回答、大正4年6月12日民704号回答、昭和34年6月22日民事甲1306号回答等）。

なお、命名前・出生届前死亡子が戸籍上、「無名」として扱われる場合にあっては、長男二男等の順序は届出命名前・出生届前死亡子を加えて定めることになるのは当然である（明治32年1月26日民刑1788号回答）。

四 命名権に関連して

1 問題の所在

命名権の問題は、名に関する問題のうち重要なものとされていると同時にその説明が極めて困難なものの一つに考えられている。

それは一つには、「氏名権に関する研究」と称する多くのものが、実は「氏」の研究であるにとどまり、「名」に関する研究ではなかったという傾向にその原因があるように思われるし、また一つには、既に述べたように名に関する実定法上の足がかりの少ないことにも原因があると思われる。出生者はいかなる名を名のり、その名は、誰がどのような方法により、どのような根拠

に基づいて決定するのかなどの問題に明確な解答を与えるに足るだけの法律上の根拠が薄弱ともいえそうである。

例えば、既に述べたように棄児については市町村長が命名権者とされる旨の規定はあるが（戸籍法57条）、他にはっきり命名権者を定めた規定はないようである。

確かに、戸籍法第29条第4号では「届出人と届出事件の本人と異なるときは、届出事件の本人の氏名」を届書に記載することを要求し、同法第34条第2項で「市町村長は、特に重要であると認める事項を記載しない届書を受領することができない」と規定されていることから、出生子の名を特に重要であると認められる事項と解すれば子が出生したときは必ず出生届がされ、その届書には当然に子の名は記載されるはずのものということになり、出生子には必ず命名しなければならないという法的根拠とされるようにも考えられる。しかし、この解釈を出生届出義務者の規定と関連させてみると釈然としないところが残る。

すなわち、出生届は原則として出生子の父または母が第一の届出義務者となっている（戸籍法52条1項前段）けれども、その届出義務者が何らかの事由によって届出をすることができないような場合には、第2順位として「同居者又は出産に立ち会った医師、助産師又はその他の者」に届出の義務が課せられることになる（戸籍法52条3項）。そこで、これらの者が届出をする場合、子の名が定まっていなかったときには、子の名欄を空欄で届け出ることにならざるを得ない。例えば、出生子の父が子の出生前に死亡し、さらに母が出産直後に死亡したような場合には、子の名が未定であっても、戸籍法は、同居者、出産立会者に対してその子の出生届を出生後2週間以内に提出をするように求め（戸籍法49条1項）、この期間を遵守しない届出義務者に対しては過料の制裁をもって臨んでいるのである（戸籍法120条）〔現135条〕。

実際問題として、このような場合、届出義務者である同居人もしくは医師、助産師等は、その出生子の命名にあたっては、普通、一応、出生子の親族の意見を聴いたうえでするのが当然であって、独断で出生子の命名をしてしまうというようなことは常識的に予測できないことであるといえるであろう。また、法の趣旨も、これらの者に対して出生子の命名権を附与し、義務を負担せしめているとは考えられない。そうでないと、このような届出義務者は、出産に立ち会ってから2週間の法定期間内に出生子の命名をして、出生届を

することになり、過重な負担を負い込むこととなる。

戸籍法第29条4号の「届出事件の本人の氏名」という条項は出生届についていうならば、出生子の名が届出前に決められているという一般の場合を予想した規定であって、前記のような特殊の場合には、適用すべきでないと解釈するならば、結局、子は必ず命名されなければならないものであり、その命名の義務を負担する者があるという法律上の根拠は民法にも戸籍法にも全くないことにならざるを得ないことになる。結局、戸籍法第29条の規定を唯一の根拠として命名の権利義務を説明することは困難である（成毛鐵二『新版戸籍の実務とその理論』394～395頁〔日本加除出版、1971年〕、西村一郎「子を命名する権利と義務についての一考察」戸籍時報52号27頁。なお、名未定の出生届が父母その他の届出義務者によってすることができることは既に説明した）。

2 先例および裁判例上の命名権

いずれにしても、ここで命名権の本質について深入りして議論する余地はないが、この問題に関する従来の考え方としては、大まかなとらえ方をすれば、命名権者を父母とする説、命名権を親権の一部として命名権者を親権者とする説、子の固有権とする説（権利の代行行為で一種の事務管理として行使されるものとする）などがあるといっていよいであろう（戒能通孝「子を命名する権利と義務」『家族法の諸問題』穂積先生追悼論文集〔有斐閣、1952年〕、加賀田教昭「親権者間に十分な協議のない出生子の命名と名の変更」戸籍時報130号22頁等）。この議論は、戸籍法第29条、第45条、第52条、第57条あるいは民法第820条その他の条文さらには自然法ないし慣習法にまでおよぶ解釈上の争いとして、さらに名付けに関する国民の素朴な感情といった面からの問題として、あるいは日本固有の慣行等をどう評価するかといった問題としてそれぞれの立場からのそれぞれの根拠づけがなされる。

先例等でも命名権の問題に言及しているものも少なくない。例えば、子の命名権者は地方（この場合は、熊本地方）の慣習により定まる。その地方での慣行上、父母が命名権者となり、協議によって定めるということがあるならば命名権者は父母となるとするもの（昭和45年5月24～25日熊本県連合戸協決議・同年10月14日福岡法務局長変更認可）、子の命名をする者は専ら各地方における慣習によって定まるとするもの（昭和28年6月26～27日名古屋局管内北陸都市戸協決議・同29年1月13日法務省民事局変更指示）などがある（なお、昭和41年6月9～10日

長崎局戸協決議)。

また、裁判例においてはこの問題に触れたものが多く、後述する昭和26年4月9日東京高裁決定がある他、「命名権は、被命名者の人格権から流出する機能であり、被命名者の固有権をもって目するのほかはないから被命名者の親権者および後見人ないしは地方慣習上定まる命名者あるいは事実上の養育者等のする命名は、自己の権利としてこれをなすものではなく、被命名者の有する命名権を代行するにすぎないものと観念すべきである。したがって、命名者は、その主観において被命名者の利益に合致する意思でこれをなすはもちろん、客観的にも、最もよくその利益に適合すべきことが要請されてしかるべきである」(前掲名古屋家一宮支審昭和38年10月8日)とするもの、出生した子の名は、父母が共同親権者である場合には父母が協議のうえ命名すべきものとするもの(函館家審昭和45年10月22日家月23巻6号73頁)等が目につくところである。

いずれにしても、比較的抽象的な説明の仕方を取っている場合が多いようである⁽⁶⁾。

3 命名権とその限界

しかし、どのような根拠をもって誰が命名権者であると説明されるにしても、子の名というものは、ひとたび命名されると、命名行為者の意図を離れ、子の成長とともに一人歩きし、社会の中において一つの地位を占めていくことに相違ないものである。社会にあって子の名が一つの地位を占めるに伴い、その名がその子自身の立場から主観的・客観的意味において維持していくに堪えないという状況がもたらされることになった場合、あるいは社会がその

(6) 父母の協議が十分されず、一方の独断で届け出られた子の名についての裁判例は多いが、ほとんどのそれは当事者の申立てにもよるであろうが、改名という手段で事案を解決する。例えば、鳥取家米子支審昭和42年2月16日家月19巻9号82頁、函館家審昭和45年10月22日家月23巻6号73頁、那覇家審昭和47年10月30日家月25巻9号128頁、東京高決昭和51年12月8日家月29巻8号50頁等。なお、大阪家裁岸和田支審昭和41年3月2日(家月18巻10号76頁)では、「親権者兩名ある場合は、命名はそれらの間において平等の地位で平和裡に十分な話し合いがなされ、完全な協議が遂げられたうえ決定されなければならない(夫婦円満協議出生子命名の原則)」から、「親権者兩名の協議あることが出生子命名の有効要件の一である——かかる要件を欠く命名は、単に妥当性を欠くだけにとどまらず、無効に属しかつ現在親権者他方の追認なきこと明らかなき限りその無効が確定的である」としている。

名の使用の継続を肯んじなくなった場合、その名が果たして命名権の正当な範囲においてつけられたものだったのかが疑われてくるのではあるまいか。そうであるとするならば、命名権者が誰であるかの問題はともかくとして、命名行為について、結果から遡って考えることになるが、命名権の具体的な行使に当たって、それには内存的な制約があり、命名行為者の好みに従っていかなる命名も全く自由であるというわけにもいかないのだということになりそうである。

そこで、実際にどのような名が社会の中であって継続して使用するに耐えないものとされるのか、どのような命名が命名行為の限界を越えるものであるのかについて知るためには、戸籍法第107条第2項〔現107条の2〕の規定による名の変更が、どのような場合に申し立てられ、許可されているのかを調べてみる必要があるだろう。

従来、名の変更の正当事由としての類型化は次のようにされている（昭和23年1月31日付民事甲37号最高裁判所民事部長回答，山主・前掲書42頁以下等を参照した。）。

(1)営業上の目的からの襲名の必要，(2)神官もしくは僧侶となり，またはこれをやめるための改名，(3)同姓・同名の者があって社会生活上はなはだしく支障のある場合，(4)珍奇な名，外国人とまぎらわしい名であるための改名の必要，(5)子のプライバシーにかかわることを如実に現わす場合，(6)難解・難読の文字を用いた名であって社会生活上はなはだしく支障をきたす場合，(7)帰化した者で，日本風の名に改める必要ある場合，(8)永年使用してきた通称名に改める必要ある場合，(9)その他，その名の使用を継続することが社会観念上はなはだしく不当とされる場合等がある。

命名権の関係からは，(4)，(5)，(6)が問題とされよう（(3)，(8)の要素も多少の関連があろうか）。ともあれ，このようないい方は，命名行為は，一定の制約のもとになされるという結論を先に出してしまっていることから独断といわれるかもしれない。しかし，命名権者を誰と考えるかの各立場によってその制約の存することの説明の仕方はそれぞれ違ってくるが，これを説明するのにそれほど困難はないだろう（子自身を命名権者とする立場からは，不当に奇矯な名を附したり，難解・難読の文字を用いた命名は，被命名者の利益を実現したことにはならないとされようし，命名権は，親権の作用ないし父母の固有権とする立場では，権利の濫用法理をもって説明されることになろう。「権利の社会性」という問題を考えると後者

の説明がしやすいことになろうか)。

これに関連する2, 3の裁判例の考え方を示しておくこととする。

「子が出生した場合その子の命名権者は、原則として自由に文字を選んで命名することができる(命名の自由)。しかし、名は氏と併せてその人を特定する公の称呼であり、また、命名は本質的にはその子のためのもので解される。したがって、出生した子にいかなる名が付けられるかについては、その子本人自身が重大な利害関係を有するのみならず、世間一般も少なからざる利害関係を有するものと認められる。それ故、命名権者の有する命名の自由も、この両側面からの内在的制約を免れず、難解、卑猥、著るしい使用の不便等の名を付することは原則として許されないものと解すべきである。戸籍法50条が子の名に常用平易な文字を用いるべき旨を定めたのもこの趣旨に基づくものである」

とする立場(東京家審昭和49年4月9日家月28巻3号56頁)。

「命名権は被命名者に専属する権利にして、命名者は、単に、これを代行するにすぎないものである以上、命名者は、すべからず、被命名者の永い将来を慮り、一般の社会通念に従い被命名者の利益を眼目として、命名権を行使すべき義務ありといわねばならない。戸籍法が常用平易な文字を用いて名を附すべきことを明言し、或は、命名者の個人的趣味の満足のために、不当に奇矯、難解な名を附することが排斥されねばならない所以も、また、ここに存する。本件において、申立人は、本件命名に際し、その権限を逸脱し、その行使に適正を欠くきらいある」

とする前掲名古屋家裁一宮支部審判、あるいは、

「子の命名は命名権者において自由に文字を選んで命名することができるのが本則であるが、名はその人を特定する公の称呼であるから、いかなる名が付けられるかについては本人自身はもちろん世人は利害関係をもっている。

したがって、難解、卑猥(ひわい)、使用の著しい不便、特定(識別)の困難などの名は命名することができないものと解すべく、戸籍法50条に常用平易な文字を用うべき旨を定め、その文字の範囲を命令に委任し、同法規則60条にて一定範囲の漢字、および変体がなを除く片かな又は平がなを用うべきこととしていることは右解釈の現われである」

とする立場(前掲名古屋高決昭和38年11月9日)、その他多数のものがみられる。

また、先例等において、例えば、寿限無寿限無……的な各人を区別表彰す

る目的を逸脱するような多数字の名を附けたり（法曹315号昭和14年7月10日決議）、△○等の文字でない符号の使用（昭和5年4月2日民事228号回答）、A、B、Cなどの外国文字の使用（大正12年2月6日民事328号回答）をしたりするのが許容されていないのも、命名権の制約を逸脱するからだとして理解されよう。

戸籍法第50条、同規則第60条の規定も命名権の範囲を逸脱した命名がまかり通ってしまうことを事前にチェックするという意味あいから理解することができよう。

また、既に詳細にみたように、命名とは被命名者の人格の承認の意味あいをもつものであるところからすれば、人格の承認としてふさわしい仕方の命名がされなければならぬのもまた当然といえよう⁽⁷⁾。

そのような意味からすれば(4)、(5)の要素等を考慮すると、命名に関する制約は人名用の漢字の問題だけにとどまるだけでは不十分なのかもしれない。

ところで、前に「命名権と権利の社会性」ということに言及したが、戸籍法第50条、同規則第60条の規定について「公共の福祉」という観点から説明する裁判例（東京高決昭和26年4月9日家月3巻3号13頁）があるので紹介する。すなわち、

「そこで問題は、名づけ文字を制限することは公共の福祉のために必要であるかである。名は名づけられる当人のものであると同時に社会のものである。かりに、人がはなれ島にひとりでくらすならば、名の必要はない。人は常に社会的生活を営むものであり、社会生活上当人が自らを指示し、他人がその人を特定指示するに用うるためにあるのが名であつて、現代のごとく人間の数が多く交通機関、通信機関が進歩して、人間と人間の接触交渉が複雑多岐となつた社会においては珍奇難解な文字を用いた名は他人の利益を害する。」

したがって、

「奇名やむずかしい字を用いるものがあつたら、それで損をするものは当人だけだということはできないのである。人の名をつけることは、たとえば箸のあげおろしのごとく純然たる個人の私事ではないのである。」

(7) 棄児についての命名権者は市町村長とされるが（戸籍法57条2項）、その命名も完全に自由にされるのではなく、その子が棄児であることが分らぬような名付けをすべきものといった制限が課せられているようである（我妻他『戸籍Ⅰ〔出生〕』288頁〔有斐閣、1958年〕）。

というのである。珍奇な文字による命名の問題はともかく、難解（難読）な文字による命名については極めて妥当な判断ということはいえそうである。もつとも、何が具体的な意味での「公共の福祉」なのだろうかという点は問題である。前掲の裁判例では、この点につき、

「たとえば、新聞官報その他印刷にあたり、名のためにのみ多数の活字を用意し、もしくは活字を作る設備をしておかなければならないという社会的不経済があり、モノタイプとかライノタイプを利用することを、不能ないしは著しく困難ならしめ、印刷の能率を害し、タイプライターの利用など書類作成の機械化をさまたげて、公私の事務処理の能率を害し、電信、電話、ラジオによる通信の能率を害し、かつ、まちがいをおこす原因となるなど、要するに社会生活の能率を害すること多大である。名づけられる当人以外の人々がめいわくするわけである。」

というのである。

この説明に対しては次のような批判がある。すなわち、判例のような「公共の福祉論」は、「明かに「公共の福祉」用語の濫用である。官報、新聞その他のため名に用いねばならない活字を作る準備をしなければならないのは、いうまでもなく「公共の便宜」に属するが、しかし「公共の福祉」と「便宜」とは明かに異なるものである。」「単に官報その他の情報機関に活字を準備しなければならないというような、当面の便宜論が余りに強く幅をきかしていることは、全く不可解な現象である」（戒能・前掲論説342～343頁）というのである。

確かに困難な問題であるが、この判例の前提とする議論は決して誤っているとは思われない。読めない名、書けない名によって社会活動をする者を認めることは、やはり円滑な社会生活の阻害という問題を社会全体の構成員に負担させることになり、かような問題を避けるために戸籍法第50条、同規則第60条が置かれており、それを根拠づけ、説明するのは「公共の福祉」の観念だろう。また、何が「公共の便宜」で、何が「公共の福祉」かの問題も微妙であって、「公共の便宜」も嵩じて「公共の福祉」の問題となることもあり得ないではない。また「公共の便宜」の問題もそれほど末梢的な問題ではないのであって、それが制度としての維持の可能・不可能あるいは著しい困難といった問題につながるなら本質的な問題へと転化することになるだろう。そこで、率直な感じでいえば、戸籍法第50条の規定は、命名権の行使に伴う

限界について名をつけられる子の立場からの前記(6)の問題、社会的意味からの前記「公共の福祉」の問題（結局、子の立場からみた(6)の問題と同一になるが）という命名権の本質につながることを規定している条文であると考えることができようか。規則第60条の問題は、以上を実現するための具体的規定であり、そこでは「公共の福祉的公共の便宜」も考慮の対象として法第50条の具体的な解釈を立てているものと考えられる。

いずれにしてもこの問題は困難な多くの問題点を含んでいるものであるから、これと関連する人名用漢字の取扱いを検討している民事行政審議会における検討結果をまっぴらに検討すべきであろうと思われる。

五 最後に

以上、名に関する先例、裁判例をひろってきたわけであるが、以上の他に参考となる裁判例が極めて豊富な分野に「名の変更」（戸籍法107条2項）〔現107条の2〕の問題があるがこれに触れる余裕がないので割愛せざるを得ない。

【補注事項】

本稿で取り上げたいわゆる傍訓に関しては、その後、平成6年11月6日民二第7005号通達により戸籍に傍訓を付す取扱いは廃止された。ただし、出生届の氏名欄には依然として「よみかた」欄が存在している。

また、本稿以後のものとして、「氏又は名の記載に用いる文字の取扱いに関する通達等の整理について」（平成2年10月20日民二5200号通達）が存在するが、これはその後もしばしば改正され、最終改正は、平成22年11月30日民一第2903号通達によっている。なお常用漢字表については、平成22年11月30日法務省令第40号による平成22年内閣告示第2号への改正が最終改正である。

名付けと名付け制限

一 名と名付け

「名」というものがどのような性格を有するものであるかについては議論があるところであるが（「名」の意味と機能等については、辻朗「名」久貴忠彦編『親族法・相続法100講』297頁以下〔学陽書房，1986年〕，高梨公之「名と戸籍名」日本法学30巻1号1頁以下，山川一陽「名」の意義とその機能—裁判例と先例を通して—」民事月報34巻12号3頁以下など参照），いずれにしても名前は命名権者による名付け（命名）によって決まってくる。つまり一定の命名権者の命名と戸籍の届出によって子の名が戸籍記載され，その名が確定されることとなる。この命名という行為が法的にどのような性質を有するものかについても議論があるといつてよいであろう。この命名ということについての実定法上の規定としてはいわゆる棄児に関する市町村長の命名権限についてのそれがあるのみで（戸籍法57条2項）⁽¹⁾，他に規定がされていないところから，様々な考え方があり得るところである⁽²⁾。親権の一内容であるということも可能であろう。しかし，命名権者が親権者のみに限定されているわけでもないところから，親権の内容と限定してしまうことも困難であろう。一種の慣習法上の権利とい

-
- (1) 戸籍法第29条を根拠とする考え方もあり得るが，やはりこれのみでは無理があるということになる（例えば，成毛鐵二『新版戸籍の実務とその理論』394頁以下〔日本加除出版，1971年〕など）。
- (2) 棄児を発見した者または棄児発見の申告を受けた警察官は，24時間以内にその旨を市町村長に申し出なければならないものとされ（戸籍法57条1項），これを受けた市町村長は，その子の氏名を定めることとなるが（同条2項），後に当該棄児が実親から引き取られたような場合には当然のことながらその氏は民法に従って決まり父母の氏または母の氏ということになる。しかし，すでに市町村長によって定められた名については確定したものとなり，これを変更するについては名の変更の手續（戸籍法107条の2）によることとなる。

う可能性もあり得る。

有力な考え方は、もともと命名権限は子供それ自体にあるということ为前提に名付けは一種の事務管理であるということとされている（戒能通孝「子を命名する権利と義務」『家族法の諸問題』穂積先生追悼論文集329頁〔有斐閣、1952年〕）。そこでは、本来、名は、本人が選択ないし決定すべきものと理解されているが、生まれたばかりの子供にそれを要求することはできないから父母が事務管理として行うものとなるのであろう。そうすると、民法の事務管理規定からすれば「その事務の性質に従い、最も本人の利益に適合する方法によって、その事務の管理をしなければならない」（民法697条1項）こととなるし、「管理者は、本人の意思を知っているとき、又はこれを推知することができるときは、その意思に従って事務管理をしなければならない」（同条2項）こととなり、非常識な命名をすることなどは事務管理の趣旨に反することとなる（かつて、出生子に「悪魔」と名づけて問題となった事件があった）。命名権者は子の幸せを願い、その将来に期待を込めて名づけをするのが通常のことであろう。またそれだけに命名の自由ということもなるべく広く認められなくてはならないということができよう。

かくして命名の権利などをも含めて「名」をめぐる法律問題はいろいろと考えることができるが、ここでは、名付けに課せられた漢字制限という問題を考えることとしたい⁽³⁾。

二 名付け制限

命名について戸籍法は「子の名には、常用平易な文字を用いなければなら

(3) 「名」一般に広く考えてみたものに山川一陽「「名」の意義とその機能—裁判例と先例を通して—」民事月報34巻12号3頁以下（戸籍417号6頁に転載）があり、ここでは「名」というものもつ機能などが従来の先例などを示して検討してあるので参照されたい。また、今回の検討は、名付けに用いる漢字ということではあるが、既に問題を示唆したように漢字の使用制限ということではなく子の幸せを願っているとは判断できないような名付けを制限すべきであるのかという問題が存在している（例えば、前記の「悪魔ちゃん事件」参照）。この問題に多少の関連性を有するかとも思えることとして以下のことが興味を引く。すなわち、法務省にあっては、人名に使用することができる漢字を増加させるべく検討し、平成6年11月に中間試案を公表し、意見を求めたところ、人名用にふさわしくない漢字として「糞、屍、呪、癌、姦」などという漢字が指摘を受けたという経緯があり（朝日新聞7月9日日刊）、これらが最終的には除外されることになったといういきさつがある。

ない」とし（戸籍法50条1項）、同時に「常用平易な文字の範囲は、法務省令でこれを定める」（同条2項）としている。そして、その具体的な内容として戸籍法施行規則第60条においては、「戸籍法第50条第2項の常用平易な文字は、次に掲げるものとする」として、具体的には「常用漢字表に掲げる漢字」（1号）、「別表第二に掲げる漢字」（2号）、「片仮名又は平仮名（変体仮名を除く。）」（3号）としてその範囲を定めている。かようにして名付けに用いることができる文字が規定され、制限されることとなっている。

ここでは、この名付けについての制約の構造がどうなっており、これをどのように理解するのが妥当かという問題を取り上げて議論してみることにしたい。

三 従来からの人名用漢字制限と変遷

かように名付けに用いることができる文字の範囲が戸籍法や戸籍法施行規則によって定められているが、現行戸籍法以前にはこのような名付け制限はなく、わずかに天皇の御諱および御名の文字を熟字のまま使用することが禁止されるというような制限（明治6年太政官布告第118号、この制限は憲法の本質に反するという理由で廃止された）があるにすぎなかった。

ところで戦後いち早い時期に成立した当用漢字表が生活の中における漢字の使用ということについて「漢字は、その数がはなはだ多く、その用い方も複雑であるために、教育上または社会生活上不便であった。これを制限することは国民の生活能力をあげ、文化水準を高める上に、資することが少なくない」（内閣訓令第7号）という趣旨で成立した。名付け制限についてもこの当用漢字表を利用し、一定の名付け制限をすることとなった。具体的には、この漢字使用制限としての性格を有する当用漢字表を用いて人名用漢字の範囲を限定することとなった（つまり戸籍法において「子の名には、常用平易な文字を用いなければならない」という規定（戸籍法50条1項）が置かれ、その具体的な内容を示すものとして戸籍法施行規則第60条においては、この文字の範囲についてはこれを「当用漢字」と「片仮名又は平仮名」の他に人名用漢字別表（昭和25年5月25日内閣告示）の範囲に制限されることとなった）。この人名に用いることができる漢字などの制限の趣旨をどのように理解すべきかについては議論があり得るところであった。ひとつにはこの制限の趣旨はここでされた制限が具体的かつ絶対的なものであり、ここで具体的に示された漢字以外を人名についての名付けに使用

することができないという理解である。つまり、戸籍法第50条第1項が定め、その具体的内容として戸籍法施行規則第60条が許容する以外の漢字を使用することは認められないという理解である。この解釈に影響するものはやはり名付け制限に利用された当用漢字表というものの制限的な性格が強く影響するものではないかと思われる⁽⁴⁾。もっともこのような制度化においても人名用漢字の制限については、必要の都度見直しがされ、人名用漢字の追加がはかられてきていた(人名用漢字表に新たな許容範囲の漢字を取り込むという方法によってなされていた)。もちろん、このような制限下においても異なる解釈は可能である。例えば、戸籍法が定める名付け制限漢字はそれが「常用平易な文字」であるということが要求されているだけで(戸籍法50条)、それ以上には制限的な要請はなかったとあってよいという考え方がそれである。そして、これを前提とする戸籍法施行規則が具体的に定める「当用漢字」と「人名用漢字別表」とに定められる漢字というのは戸籍担当者の便宜のために定められたものであり、これを制限的に理解する必要はないという理解である⁽⁵⁾。この漢字制限における制限の意味をどのように理解するのが妥当であるかということについて様々な考え方があり得るわけであるが、実際は具体的かつ絶対的な制限であるという理解がされ、現実にはそのような考え方で戸籍事務にしる裁判事務にしる行われてきていたとあってよいであろう。そしてそのような解釈論を基礎付けるものがやはり当用漢字表というものの性格であるといつてよいであろう。つまり名付け制限をするについて漢字制限としての性格を有する当用漢字表が利用されたということは当用漢字表自体が制限的であるばかりではなく、全体としての漢字制限が具体的かつ絶対的なものとなってきたのであると理解されてよいからであろう⁽⁶⁾。

(4) このあたりの問題やいきさつについては山川一陽「子の名に用いる漢字の取り扱いについて(上)」法律のひろば71巻10号59頁以下の記述参照。

(5) 出生の届出がされた場合に戸籍担当者としては名付けに用いられた漢字が「常用平易なもの」であるかどうかを判断するということにならざるを得ないこととなるはずである。この点についていえば具体的に「常用平易な漢字」の判断が当用漢字表に記載がある漢字とか人名用漢字表に記載がある漢字ということを示されていれば、その場での判断を容易にすることができ、戸籍事務が容易に行われるという便宜があるが、しかし、ここに盛り込まれた漢字だけが「常用平易な」漢字ということにはならない。したがって、「常用平易な」漢字が他にもあり得ることであるから、ここで示された当用漢字表や人名用漢字表に示された漢字のみが「常用平易な」漢字であるということにはならないという考え方である。

四 常用漢字表の利用と制限の性格

ところが、その後になって昭和56年に漢字制限という性格をもつものではなく、生活にあつての漢字使用のめやすとなる「常用漢字表」(昭和56年内閣告示第1号)が制定されるにいたり、これを前提として戸籍法施行規則第60条も昭和56年法務省令第51号によって改正を受け、現在の制限である「常用漢字表に掲げる漢字」(1号)、「別表第二に掲げる漢字」(2号)、「片仮名又は平仮名(変体仮名を除く。)」(3号)としてその範囲を定めることとなってきている。そこで、問題は当用漢字表を利用した漢字制限の意味と常用漢字表を利用した漢字制限の意味は異なることになるのかである。つまり、当用漢字表の利用によって漢字制限としての性格が強くなり、常用漢字表の利用により漢字利用のめやすとしての色彩が強くなったのかということである。常用漢字表が利用された現行法の下でもこれを厳格な意味での漢字制限と理解し、これが憲法に反するとはいえないとする判例もある(最判昭和58年10月13日家月36巻10号77頁)。しかし、当用漢字表時代に厳格なる文字制限ととらえられていた制限が生活におけるめやすとしての漢字使用制限としての性格を有する常用漢字表を利用する今日の制度下においては、むしろこの制限は、前提として一種のめやすとしての制限へと変化したものであり、とりあえず子の名に用いられている漢字について戸籍担当者が一定の列挙された漢字に含まれているかどうかという形式的な判断をすれば(常用漢字表や人名用漢字表に具体的に列挙されている漢字が戸籍法50条1項に定める「常用平易な」漢字であることは間違いのないものであるから)戸籍届の受否を容易に決定するということができるめやすとしての機能を果たすものが漢字制限と理解してもよいのではないであろうか(戸籍事務の運用の迅速化をはかるという意味で)。もちろん、戸籍法

(6) このような考え方の前提に氏名(戸籍名)というものの把握の仕方が問題となる(氏も含めた意味で)。いわゆる氏名権というものを個人の私法上の権利ととらえるよりも国家が国民把握のために自己の立場で戸籍に記載するものという理解をすれば国が一定の範囲内の制限文字によってのみするものであると理解すれば容易にこのような考え方になる。そこでは、国民が名付けについて自由な漢字などを使用し、こだわりをもって名付けをしたいならば、戸籍に反映されないまでもそれは自由だという言い方になるであろう(実際のところ、最判昭和58年10月13日などにはそのような考え方が示されている)。なお、このあたりに関連する議論として永田誠「国際婚姻と婚姻後の氏について」日本法学第49巻第1号39頁以下などが参考となる。

第50条第1項が定める「子の名には、常用平易な文字を用いなければならない」という規定は動かし得ないものであるから、名付けに「常用平易」な文字が利用されることになるのは厳格な制限である。しかし、同時に「常用平易な文字の範囲は、法務省令でこれを定める」(同条2項)とし、その具体的な内容として戸籍法施行規則第60条において「戸籍法第50条第2項の常用平易な文字は、次に掲げるものとする」として、具体的には「常用漢字表に掲げる漢字」(1号)、「別表第二に掲げる漢字」(2号)、「片仮名又は平仮名(変体仮名を除く。)」(3号)としてその範囲を定めているのは一種のめやすとなるものであり、命名に当たっての便宜や出生届の受否に際しての便宜のためのものと理解すべきではなかろうか。その文字が常用平易であればここに規定されている以外のものであっても名付けに利用できると理解すべきであろう。もちろん、その手続については裁判所を通じて認めてもらう場合や管轄法務局の許可を得て受理してもらうなどのように時間がかかるものとはなるが、このような表外字による名付けも常用平易性さえ問題がなければ認められるということができよう。

五 判例の変遷

最高裁判所平成15年12月25日第三小法廷決定(民集57巻11号2562頁)は、それがなされた当時表外字であった「曾」の字について、「戸籍法施行規則60条に定める文字以外の文字を用いて子の名を記載したことを理由とする市町村長の出生届不受理処分に対する不服申立て事件において、家庭裁判所は、審判手続に提出された資料、公知の事実等に照らし、当該文字が社会通念上明らかに常用平易な文字と認められるときは、当該市町村長に対し、当該出生届の受理を命ずることができる」との判断を示すにいたった。このことは先に検討してきたように子の名に用いることができる漢字は「常用平易な文字」でなければならないという戸籍法第50条第1項の名付け制限が存在し、かつそのような制限が名付けに課せられているということはもちろんであるが、名付け制限についての実質的な規定はこれにとどまり、戸籍法施行規則第60条の規定などは戸籍担当者や具体的な命名をするものにとって便宜を提供するのみであり、これを制限的に理解する必要はないというべきであろう。この判断は、先に述べた考え方によるものといってよいであろう。

この判例が出されて後になるが、「曾」の字は、平成16年2月23日に人名

用漢字として新たに追加されることとなり、今日では許容漢字とされている。なお、人名用漢字の範囲について従来からの検討を続けていた法制審議会においては、最近までにこれをとりまとめ、この問題については平成16年9月27日法務省令第66号として人名用漢字別表第二に大幅な改正を加えられたところである。

六 表外字についての具体的な取扱い

以上に説明したような理解をもって前記の最高裁平成15年12月25日第三小法廷決定を考えるとすれば、既に述べたように名付けについての漢字制限は戸籍法第50条第1項が規定する「常用平易な文字」というにとどまり、人名用漢字表や常用漢字表による制限は絶対的なものではないということがわかるといえよう。しかし、戸籍実務にあっては、従来から採用されていたいわゆる形式的審査権限⁽⁷⁾というものを前提に動いていくこととなるのはやむを得ないであろう。すなわち、少なくとも表外字を用いての名付けがされた出生届については、従来と同様に容易には受理されないこととなろう。しかし、具体的な裁判を通じて戸籍法第50条が定める「常用平易な文字」とであると判断され、確定した漢字については順次人名用漢字に取り込まれることとなるであろうから、これによって解決が付くこととなろう。人名用漢字に取り込まれないまでも、行政先例としてこれを受理して差し支えないとの判断が示されることとなろう。また、これ以外のものについていえば、表外字の用いられた出生届の受否について裁判手続を通じて「審判・決定手続上可能な資料によっても容易に社会通念に照らして明らかに常用平易な文字であ

(7) 戸籍管掌者の出生届に対する審査権限は形式的審査権限にとどまる。この概念の通説的な理解によれば、戸籍管掌者は、届出の受否の判断に際しては提出された書面を形式的に審査するにとどまり、それ以上に記載の真実などにまで立ち入って調査する権限がないという理解がされている。かかる理解からすると出生届について用いられる漢字が常用漢字表や人名用漢字表に記載があるかないかというような判断は容易であるが、それ以外の漢字が常用平易かどうかについて立ち入って判断をするということになじみにくいかもしれない（もっとも、これは、形式的審査権限の問題とは関係がないかもしれない。しかし、発想としては近似するところがある）。このような形式的審査権限についての理解に対して、これを形式的な審査にとどまり、それ以上の実質的審査に及べないものと理解すべきではなく、戸籍の管掌者としては、形式的な審査をすることによって義務を免れることができるという意味であり、実質的審査をしてはならないという意味ではないという理解をする学説がある（田代有嗣「戸籍届出に対する市町村長の審査権」民事研修174号5頁以下、同175号28頁以下参照）。

ると認められる文字」についてはこの使用が認められることとなるであろう。もちろんこのルートによる限りは、常用漢字表や人名用漢字表に記載された文字を用いる場合に比較して遥かに手続上の困難や煩わしさがあることはやむを得ぬこととなろう。名付けの自由ともいうべきものは広く認められるべきであるということと、同時にそれが常用平易なものでされることによって社会に迷惑をかけないという側面も否定することはできないからである。

【補注事項】

本稿で少し触れた、いわゆる「悪魔ちゃん」事件に関しては、その後、多数の評釈等が現れている。論文としては、河上正二「[子の命名権]について―悪魔ちゃん事件をめぐって―」太田知行・荒川重勝・生熊長幸編『民法学への挑戦と新たな構築』鈴木禄弥先生追悼論集839頁以下（創文社，2008年）がある。また、ドイツに関して、浦野由紀子「ドイツ短信―子の名前」（戸籍時報568号70頁）がある。

なお、常用漢字表の改正については、本書「12 「名」の意義とその機能」の補注を参照されたい。

内鮮間の認知と国籍の確定

ある種の犯罪にあっては、その成立の要件として被疑者が日本の国籍を有しない外国人であることが構成要件の要素として要求される場合がある。例えば、外国人登録法違反の罪の場合等を考えてみれば、このことは容易に理解される。

そこで、検察官がこの種の犯罪を捜査するに当たって第一に要求される作業ないし作業の前提として、被疑者が日本国籍を有しない外国人であることを確定することが必要とされることとなる。しかしながら、通常、この種の作業はそれほど困難なものではなく、神経質な取扱いを受ける問題とされていない。

ところが、日本がかつて内地・外地といった関係での結びつきをもっていた台湾、朝鮮あるいは南樺太との関係における国籍問題となると、問題は急に困難なものとなり、その確定のために相当程度の知識とか経験とかが要求される場合が出てくる。

その中でも、問題となりがちなのが朝鮮との関係におけるそれとってよいであろう（日本国内に居住する朝鮮人および中国人の数は、その歴史的地理的事情から在日外国人中最も多く、昭和54年9月末日現在におけるその外国人登録数は、朝鮮人66万1,626人、中国人4万9,431人、全外国人登録人員数77万2,070人に対して全体の91パーセントを占めているという実状である）。

周知のように、朝鮮は、明治43年の日韓併合条約によって日本に併合された結果、その全領土が日本の主権下に置かれ、朝鮮国民にはすべて日本国籍が付与されていた。もっとも、当時の朝鮮は、日本と風俗、習慣を異にしていたことから一種の異法地域を構成していたものと理解される。

この日本内地と外地である朝鮮との相互間においては、それぞれの地域に独自の戸籍制度が存し、それぞれの地域の民族は、それぞれの民族籍である戸籍に登録され、勝手に内地と外地相互の民族籍間の移動をすることは許容されず、わずかに、婚姻、縁組その他の内外地間の個人的身分行為による籍の移動のみが許容されるにすぎなかった。すなわち、少し詳しくいえば次のとおりである。

つまり、当時の日本の統治政策は、内地人は内地に、外地人は外地に、それぞれ民族的な地域社会に身分上専属させるという方針であった。したがって、内地から外地、甲外地から乙外地へというような地域社会相互間での移動を原則として許さないとしたのである。その結果、内地人が外地に本籍を定めたり、外地人が内地に転籍したりすることは許されなかった。わずかな例外として認知、婚姻、縁組、離縁等といった身分法的効果としての家籍の変動を生ずるような身分行為があった場合、あるいは親族入籍、引取入籍などがあった場合以外、転籍、就籍、分家(分籍)、一家創立、廃絶家再興によって、内地人が外地に、外地人が内地に本籍を移動することは認められなかった。また、一定の身分行為によって外地人が内地の家に入った場合、あるいは内地人が外地の家に入った場合には、以後、内地人あるいは外地人として扱われることになるから同一地域内の籍の移動は可能であったが、勝手に外地から内地へ、内地から外地への移動が認められないこととなるわけである。

ところで、上の関係は、日本の敗戦とそれに続く昭和27年4月28日の平和条約の発効を契機に終局をむかえるわけであるが、この時期に従前に生じていた以上に複雑な国籍上の問題を生じることとなる。

そこで、ここでは終戦の前後ころ、朝鮮人男と日本人女との間のいわゆる非嫡出子について、朝鮮人男のした認知ないし認知の効力を有する身分行為による子の国籍の問題が実務上どのように取り扱われるかについて(その当否について検討するものではない)、当時の資料を示しつつ解説することとしたい(一般に外地とは、朝鮮、台湾、南樺太、関東州および南洋群島をいうが、関東州は、租借地であり、租貸国の統治権が潜在的に残っていたし、南洋群島は、委任統治領であったことから、これらの地域に属する外地人には、前三者と異なり、日本の国籍は与えられなかった。したがって、問題となるのは前三者であるが、この三者の取扱いも必ずしも同一ではなかったところから、ここでは朝鮮の場合に限定して説明する)。

一 問題の所在

まず、内地籍を有した者と外地籍にあった者についての国籍の絶対的な確定についての基本的な問題を説明しておく。

前に、内外地間の籍の移動が一定の個人的身分行為によっておこり得たことを簡単に説明したが、この取扱いを前提としたうえ、後に日本の敗戦に伴う終戦処理によって内地・外地に属する者の国籍が確定された。すなわち、昭和27年4月28日の対日平和条約の発効に伴い、朝鮮は、日本の領土から分離されることになり、同時に、朝鮮人も日本国籍を喪失することとなった。

もっとも、元朝鮮籍にあった朝鮮人であっても、内地人との身分行為によって内地戸籍に入籍していた者は、平和条約の発効によっても日本国籍を喪失することにはならなかった。

また、反対に、元内地籍を有していた日本人であっても、外地籍にある朝鮮人との身分行為により朝鮮籍に入っていた者は、平和条約の発効により当然に日本国籍を喪失することになった（同条約2条(a), (b), 昭和27年4月19日民事甲438号通達）。

以下、国籍問題とのからみという点からの内鮮間の認知という問題について、以上の記述を前提とし、法令の適用関係について、当時における関係資料を示しながら年代を追って明らかにしていきたい（本稿末尾の関係資料参照）。

二 昭和22年12月末までの取扱い

非嫡出子とは、婚姻によらずに生まれた子であり、認知とは、この非嫡出子を父または母が自分の子であると認める行為であり（民法779条）、これによってはじめて非嫡出子と父または母との間に法律的な親子関係が生じることになる。

1 昭和22年12月末までの取扱い

昭和22年5月3日、「日本国憲法の施行に伴う民法の応急的措置に関する法律」（昭和22年法律第74号）が施行され、次いで翌23年1月1日から新民法および新戸籍法が施行された。そこで、同日に至るまでの取扱いをまず説明する。

先に説明したように朝鮮は、当時の日本の主権下にあったとはいえ、一種

の異法地域をなしており、内地と異なる法体系を有していた。そこで、このような場合、内地と外地とに関連する身分行為の実質的要件についていかなる地域の法が適用になるかという点に関し、いわば外国人と日本人との間の法律行為の実質的要件についていかなる国の実体法が適用になるかという問題に類する問題が生じる。この国際間の問題については国際私法（日本の場合、「法の適用に関する通則法」〔本法制定前の「法例」〕がこれに該当する）によって解決されるが、日本と朝鮮といった異法地域となる関係の場合、すなわち、同一国にあって、その地域によって法を異にし、一国がいくつかの法域を有している場合については、国際私法に準ずる準国際私法によって解決されることになる。当時のこれに該当するのが「共通法」（大正7年法律第39号）である。

そこで、このような状況下で、内地人子と朝鮮人父との間の認知について、内地人に旧民法の適用があるのは当然である。

朝鮮人については、上の共通法第2条第1項の定めおよびこれを受けた朝鮮民事令第11条第1項ただし書および第1条第1号の指定する旧民法が適用されることとなる（正確に言えば「依用」である。「依用」の意義については清宮四郎『外地における『法律の依用』』（『外地法序説』収録）が詳しい）。

ところで、当時における内地人と朝鮮人との認知は、各地域間での地域籍の得喪を生じた。すなわち、原則として認知された子は、従前の地域籍を喪失して認知者の属する地域籍を取得してその籍に入る（旧戸籍法42条の2〔現なし〕、共通法3条1項、朝鮮民事令32条）。もっとも、改正前の共通法第3条第3項の規定は、被認知者が兵役義務がない状態にある場合でないと認知者である父の地域籍を取得することができないとされていた。

もっとも、この共通法の規定は後に改正され（昭和17年法律第16号改正——内地人で兵役義務を有する者のみが他の地域への転出が制限された、昭和18年法律第5号改正——内地人・朝鮮人で兵役義務を有する者は内地籍、朝鮮籍以外への転出が制限された、昭和18年法律第110号——第3条の削除（昭和19年9月1日より施行））、この制限は緩和ないし廃止されている。

2 昭和23年1月1日から同25年12月5日までの取扱い

内地にあっては、昭和22年5月3日に「日本国憲法の施行に伴う民法の應急的措置に関する法律」が施行となり、同23年1月1日から新民法および新

戸籍法が施行されたが、これらは内地において適用されたにとどまり、朝鮮にまでこれが及んだものではない。したがって、朝鮮については従来どおり、朝鮮民事令を通じて旧民法が機能していた。そこで、内地人が朝鮮人父から認知された場合には、子の父の属する朝鮮の地域籍を取得し、父の戸籍に入ることになる取扱いが維持されるはずであったが、実際には、届書の送付ができない状態となっていたため、実務上は、内地人である子の戸籍に認知の記載をするにとどめる取扱いとされていた（昭和23年12月15日民事甲2321号回答、昭和24年4月18日民事甲898号回答三(イ)）。しかし、内地の地域籍を喪失した者について、これをそのまま内地戸籍にとどめておくことは、戸籍の機能（内地人についての身分関係公証機能）からしても妥当でないことから、その後、取扱いが改められ、その認知の記載をすると同時に戸籍から除く措置を採り（昭和24年11月18日民事甲2694号通達）、従前の取扱いによって除籍していなかった被認知者については、改めて除籍の手続をとることとした（前同通達）。

このことから当時、夫が妻以外の女との間に生ませた子（婚姻外の子）について、自らが父として妻との間の子であるかのような虚偽の嫡出子出生届をしたときには、その出生届に何らの法的効果を生じないというのではなく、事実上の父がした嫡出子出生届にその子が自分の子であることを承認する旨の意思表示が含まれているとみられるから、これを実質において庶子出生届とみなして認知届出の効力があるものと解され（大判大正15年10月11日民集5巻703頁）、戸籍の実務上も「庶子」として取り扱われてきていた。

ところで、このいわゆる庶子出生届に認知の効力があるかどうかの問題は、認知の方式がいかなるものであればよいかといった問題に属するといえる。

新法下において、この認知の方式は、認知届の方式を踏んですることが一応要求されている（民法781条、戸籍法60条）。

また、これとは逆に、内地人たる父が朝鮮人である子を認知した場合、認知によって子は内地籍を取得するわけである（昭和25年6月10日民事甲1653号回答二）が、新民法は、認知によって当然に子が父の氏を称するとはしていないことから（民法790条2項、戸籍法18条）、当然に父の戸籍に入ることはならないのであって、このような場合、その子について新たな氏と本籍を定めて日本国内に新戸籍を編製する取扱いとしていた（戸籍法22条、昭和24年4月12日民事甲823号回答三、昭和24年4月18日民事甲898号回答三(ロ)、昭和24年7月21日民事甲1647号回答五）。

3 昭和25年12月6日以降平和条約発効までの取扱い

昭和25年7月1日に新国籍法が施行され、旧国籍法が認めていた認知による国籍の変動といった制度は存在しなくなった。しかしながら、内鮮間の身分行為による地域籍の移動は、旧国籍法を一種の条理としてなお行われていた。

ところが、認知による場合については例外的取扱いがされた。すなわち、認知については、昭和25年12月6日民事甲第3069号通達が発せられ、同通達の発せられた日以降は認知による地域籍の移動は生じないものとされた。つまり、内地人が朝鮮人から認知された場合にも、子の内地戸籍に認知のあった旨の記載をするだけで戸籍から除籍する措置を採らず、また、反対に、内地人が朝鮮人を認知した場合であっても、子について内地に戸籍を編製することなく、認知者の戸籍に朝鮮人である子を認知したという記載をするにとどめた（結局、子は内地籍を取得しない）。

この取扱いは、身分行為によって国籍の変動を生じさせないとする新国籍法の趣旨を汲んでされたものであり、他の身分行為の場合と異なった点であるから十分注意を要するところであり、この通達上の取扱いについては、後に説明する平和条約の発効による国籍確定の効果と結びついて、重大な結果をもたらすものでもあることを記憶すべきである（もっとも、この通達の取扱いに対しての批判的な立場は少なくない）。

なお、朝鮮人男と内地人女が婚姻し、婚姻前に出生していたその間の子を夫が平和条約の発効前に認知した場合、前記通達とは関係なく、子は父の戸籍である朝鮮籍に入るものとされていた（昭和38年8月26日民事甲2480号回答、昭和39年4月21日民事甲1574号回答）。

4 平和条約の発効に伴う取扱い

昭和27年4月28日の対日平和条約に伴い、朝鮮は、日本の領土から切り離され、朝鮮人は日本国籍を喪失した。しかし、元朝鮮人であったものでも、内地人との身分行為によって内地の戸籍に入籍していたか、内地戸籍に入籍すべき状態の生じていた者は、内地籍を取得していたのであるから、日本の国籍を喪失しないこととされた。また、反対に、元内地人であっても、朝鮮人との身分行為によって内地籍を喪失していた者は、平和条約の発効によって日本国籍を喪失することとなった（同条約2条(a), (b), 昭和27年4月19日民事甲

438号通達一（一）。

結局、平和条約の発効により、その時点における地域籍が日本国籍と朝鮮国籍とを分ける基準になったわけであるが、ここで中心として取り上げた認知による内地と朝鮮相互間の地域籍の移動については、昭和25年12月5日以前と6日以後とで異なった取扱いがなされたため、平和条約の発効に伴う日本国籍と朝鮮国籍との得喪の基準が他の身分行為の場合と異なってしまっていることに注意を要するところである。

三 昭和23年1月1日から同25年12月5日までの取扱い

以上、年代を追って内鮮間における認知に関連しての平和条約の発効時における被認知者の国籍の確定の問題をメモ書的に明らかにしてきたものであるが、次のような具体的設例を通じてこの問題を考えてみるとどうなるであろうか。すなわち、

「A男は、昭和19年2月5日に朝鮮人B男と日本人C女の間で日本内地で出生したが、C女は、子の出生届出もしなかった。B男にはすでに婚姻した朝鮮人妻D女がおり、朝鮮戸籍には、同女が妻として記載されていた。

昭和25年10月10日、B男は、A男が自己とD女との嫡出子である旨の虚偽の出生届出を朝鮮で提出し、朝鮮戸籍にA男を夫婦の嫡出子として記載せしめた。」

という事例を通じて考えておこう。

そこで既述の説明を前提としてA男の現在における国籍を確定する作業を試みることにする。

まず、A男は、婚姻していない内地人女と朝鮮人男間の子として昭和19年に出生した、いわゆる非嫡出子である。この子の法律上の母子関係については懐胎・出産の事実をもって確定するが、父子関係については単に事実上のものであって認知を経なければ法律的なものとはなり得ない状況にある。そこで、この子の出生時点での国籍は、日本であり、母C女の内地戸籍に入籍すべきものであった（旧国籍法3条）。ただ、実際には、出生の届出がされていなかったため、内地人母の戸籍に入籍していなかっただけであり、この状態のまま平和条約の発効をむかえれば、この子の国籍は日本ということとで確定する。

ところが朝鮮人父は、昭和25年10月にいたり、突然、この子について正妻

との間の嫡出子として朝鮮において出生の届出をし、子を自己の朝鮮の戸籍に入籍記載せしめた。これは法的にどういう意味をもち得るであろうか。

ところで、先に説明したように、当時は、朝鮮においては旧民法、内地においては新民法が適用される状況にあったわけであるが、この届出のされた当時、朝鮮において適用された旧民法によれば、父が認知した「嫡出ニ非サル子」(婚姻外の子)を、特に「庶子」と称していた(旧民法827条2項〔現、なし〕)。当時この嫡出でない子の出生届に際し、父から「庶子」として届出をしたときには、別に認知届を要しないで、その庶子出生届に認知の届出の効力を認めていた(明治31年戸籍法71条2項・大正3年戸籍法72条2項〔現、なし〕、同法83条前段〔現、なし〕)。

このことから当時、夫が妻以外の女との間に出生した子(婚姻外の子)について、自らが父として妻との子であるかのように虚偽の嫡出子出生届をしたときには、その出生届に何らの法的効果を生じないというのでなく、事実上の父がした嫡出子出生届に自己の子であることを承認する旨の意思表示が含まれているとみられるから、これを実質において庶子出生届とみなして認知届出の効力があるものと解され(大判大正15年10月11日民集5巻703頁)、戸籍の実務上も「庶子」として取り扱われてきた。

ところで、このいわゆる庶子出生届が認知の効力を有するかどうかの問題は、認知の方式がいかなるものであればよいかといった問題に属するといえよう。

新法下において、この認知の方式は、認知届の方式によることが一応要求されている(民法781条、戸籍法60条)。

ところが、この届出がされているのは旧法適用下での朝鮮においてである。つまり、この届出は、少なくとも当時の朝鮮において認知の方式と認められていた一つの方式を踏んだことになる。

ところで、共通法第2条第2項の規定によれば、本件の場合、法律行為の方式については法例第8条〔現、法の適用に関する通則法10条〕の規定が準用されることになるものと解され、同条第2項〔現、法の適用に関する通則法10条2項〕の規定によれば、法律行為は行為地の方式を踏んだものであっても有効なものとされている。そこで、本件の例についてみると、本件の虚偽嫡出子出生届は、朝鮮における認知の一方式であると解される。そうであるとするならば、その行為によりもたらされた認知の効力は、内地においても当然に

承認されるはずであり、結局、朝鮮において本来の認知届による認知がされたのと同様のことになるといえよう。

さて、そうなると、本件の出生届が提出された時点は、内鮮間の認知による地域籍の移動が承認された時期であるから、この嫡出子出生届によって子は日本の内地籍（出生届未済であったから観念的存在であった）を喪失し、外地たる朝鮮籍を取得することになる（この時点において、日本内地でこの届出がされた場合の取扱いについてどう解するか議論がある。ここで検討する余裕はないけれども、認知の効力を承認することができるのではないかと思われる〔昭和40年1月7日民事甲4016号通達，昭和40年5月13日民事甲794号回答，同日民事甲797号回答，昭和40年7月5日民事甲1709号回答〕が，検討の必要のあるところであろう。）。)

ともあれ、本例の場合についていえば、A男は、朝鮮人B男の認知により内地籍を喪失し、朝鮮籍に入っている間に平和条約の発効をむかえたものであるから、その国籍は、朝鮮ということによって確定することになる（この出生届が通達により、認知による内鮮間の籍の移動を行わないこととした後にされた場合であれば結論を異にすることは従前の説明から理解されよう）。

四 昭和25年12月6日以降平和条約発効までの取扱い

平和条約発効後においては、日本と朝鮮とは完全に別の存在となったところから、先に説明したような問題は起こらない。日本の国籍法の建前では、認知による国籍の移動を認めていないから当然のことではある。

ところで、韓国国籍法第3条の規定をみると、認知による韓国国籍の取得を認容している。もっとも、同法第10条では、その国籍を絶対的なものとするためには、1年以内に韓国国籍以外の国籍を放棄するか、その国籍を行使しないことの誓約をすることが条件とされているため、例えば、日本人女の非嫡出子が韓国人男に認知された場合を考えると、その子は日本人である（日本国籍法2条3号）〔現，2条1号〕と同時に韓国国籍を取得するが、1年以内に日本国籍の放棄または不行使誓約をしないと、自動的にその時点で韓国国籍を喪失することとなっている。

以上、あまり資料もなく、論じたものも少ない（あっても入手が困難である）問題について基本的なところを示してきたが、以下に基本となる関係資料を示して参考に供することとしたい。

【資料】

1 認知に関する法令の施行状況

日 本 (内地)	韓 国 (朝鮮)
明治31. 7. 16 旧民法施行 32. 4. 1 旧国籍法施行	明治43. 8. 22 日韓併合条約 ↑ (慣習)
大正 7. 6. 1 共通法施行 10. 7. 1 旧戸籍法42条の2 (施行日) 新設	↓ 大正 7. 6. 1 共通法施行 12. 7. 1 旧民法適用(朝鮮民事 令中改正制令施行) 12. 7. 1 朝鮮戸籍令施行
昭和22. 5. 3 応急措置法施行 23. 1. 1 新民法施行	昭和23. 12. 20 韓国国籍法施行
25. 7. 1 新国籍法施行 25. 12. 6 認知による内鮮間の 入除籍の取扱い廃止 (通達)	
27. 4. 28 平和条約発効 (国籍の確定)	↑ ↓ (慣習) 35. 1. 1 韓国民法施行

2 参考諸法令

○旧戸籍法 (抄) (大正三年三月三十一日
法律第二十六号)

第三十一条 (他の市町村への本籍転属と届書等の送付) 届出事件ノ本人ノ本籍カ
一ノ市町村ヨリ他ノ市町村ニ転属スル場合ニ於テハ届出ヲ受理シタル市町村長
ハ戸籍ノ記載ヲ為シタル後遅滞ナク届書ノ一通ヲ他ノ市町村長ニ送付スルコト
ヲ要ス

第三十二条 (他の市町村の戸籍に記載を要する届書等の送付) 前条ノ場合ヲ除ク
外他ノ市町村長カ戸籍ノ記載ヲ為スヘキ必要アル場合ニ於テハ届出ヲ受理シタ
ル市町村長ハ遅滞ナク届書ノ一通ヲ他ノ市町村長ニ送付スルコトヲ要ス

第三十三条 (本籍が明らかになつた場合等の届書の送付) 本籍分明ナラサル者又
ハ本籍ナキ者ニ付キ届出ヲ受理シタル後其者ノ本籍カ分明ト為リタル旨又ハ其
者カ本籍ヲ有スルニ至リタル旨ノ届出アリタル場合ニ於テハ前二条ノ規定ハ其
届書及ヒ前ニ受理シタル届書ニ付キ之ヲ適用ス

第三十四条 (その他の書類への準用) 前三条ノ規定ハ届書ニ非サル書面ニ因リ戸
籍ノ記載ヲ為スヘキ場合ニ之ヲ準用ス此場合ニ於テハ市町村長ハ其受附ケタル
書面ノ謄本ヲ作り其謄本ヲ送付スルコトヲ要ス

第三十五条 (除籍地の市町村長への通知) 届出事件ノ本人ノ本籍カ他ノ市町村ニ

転属スル場合ニ於テハ入籍地ノ市町村長ハ戸籍ノ記載ヲ為シタル後除籍地ノ市町村長ニ入籍ノ通知ヲ為スコトヲ要ス但入籍地ノ市町村長カ届出ヲ受理シタルトキハ此限ニ在ラス

- ②前項ノ規定ハ市町村長カ一家創立ノ届出ニ因リ除籍ヲ為スヘキ場合ニ之ヲ準用ス

第四十二条ノ二（内地外地間の入家去家） 第三十一条乃至第三十四条及ヒ第三十五条第一項ノ規定ハ共通法第三条ノ規定ニ依リテ内地ノ家ヲ去リタル者及ヒ他ノ地域ノ家ヲ去リテ内地ノ家ニ入リタル者ノ戸籍ノ記載手續ニ付キ之ヲ準用ス
※改正<大正一〇法四八>本条一追加

○旧民法（抄）

（明治三十一年六月二十一日）
法律第九号

第七百三十三条（子の入る家・一家創立） 子ハ父ノ家ニ入ル

- ②父ノ知レサル子ハ母ノ家ニ入ル
③父母共ニ知レサル子ハ一家ヲ創立ス

第七百三十五条（戸主の同意） 家族ノ子ニシテ嫡出ニ非サル者ハ戸主ノ同意アルニ非サレハ其家ニ入ルコトヲ得ス

- ②嫡出ニ非サル子カ父ノ家ニ入ルコトヲ得サルトキハ母ノ家ニ入ル母ノ家ニ入ルコトヲ得サルトキハ一家ヲ創立ス
※改正<昭和一七法七>本条一改正

注（明治三一法九）

第七百三十五条 家族ノ庶子及ヒ私生子ニ戸主ノ同意アルニ非サレハ其家ニ入ルコトヲ得ス

庶子カ父ノ家ニ入ルコトヲ得サルトキハ母ノ家ニ入ル

私生子カ母ノ家ニ入ルコトヲ得サルトキハ一家ヲ創立ス

第八百二十七条（認知） 嫡出ニ非サル子ハ其父又ハ母ニ於テ之ヲ認知スルコトヲ得

- ②父カ認知シタル子ハ之ヲ庶子トス

※改正<昭和一七法七>一項一「私生子」を「嫡出ニ非サル子」に、二項一「私生子」を「子」に改める。

第八百二十八条（認知能力） 認知ヲ為スニハ父又ハ母カ無能力者ナルトキト雖モ其法定代理人ノ同意ヲ得ルコトヲ要セス

※改正<昭和一七法七>「私生子の認知」を「認知」に改める。

第八百二十九条（認知の届出，遺言認知） 認知ハ「戸籍吏」ニ届出ツルニ依リテ之ヲ為ス

- ②認知ハ遺言ニ依リテモ亦之ヲ為スコトヲ得

※改正<昭和一七法七>一項一「私生子の認知」を「認知」に改める。

第八百三十条（成年の子の認知） 成年ノ子ハ其承諾アルニ非サレハ之ヲ認知スルコトヲ得ス

※改正<昭和一七法七>「私生子」を「子」に改める。

第八百三十一条（胎児・死亡子の認知） 父ハ胎内ニ在ル子ト雖モ之ヲ認知スルコトヲ得此場合ニ於テハ母ノ承諾ヲ得ルコトヲ要ス

②父又ハ母ハ死亡シタル子ト雖モ其直系卑属アルトキニ限り之ヲ認知スルコトヲ得此場合ニ於テ其直系卑属カ成年者ナルトキハ其承諾ヲ得ルコトヲ要ス

第八百三十二条（認知の遡及効） 認知ハ出生ノ時ニ遡リテ其効力ヲ生ス但第三者カ既ニ取得シタル権利ヲ害スルコトヲ得ス

第八百三十三条（認知の取消の禁止） 認知ヲ為シタル父又ハ母ハ其認知ヲ取消スルコトヲ得ス

第八百三十四条（認知に対する反対事実の主張） 子其他ノ利害関係人ハ認知ニ対シテ反対ノ事実ヲ主張スルコトヲ得

第八百三十五条（認知の訴） 子、其直系卑属又ハ此等ノ者ノ法定代理人ハ認知ノ訴ヲ提起スルコトヲ得但父又ハ母ノ死亡ノ日ヨリ三年ヲ経過シタルトキハ此限ニ在ラス

※改正<昭和一七法七>本条一改正

注（明治三一法九）

第八百三十五条 子、其直系卑属又ハ此等ノ者ノ法定代理人ハ父又ハ母ニ対シテ認知ヲ求ムルコトヲ得

第八百三十六条（準正） 庶子ハ其父母ノ婚姻ニ因リテ嫡出子タル身分ヲ取得ス

②婚姻中父母カ認知シタル子ハ其認知ノ時ヨリ嫡出子タル身分ヲ取得ス

③前二項ノ規定ハ子カ既ニ死亡シタル場合ニ之ヲ準用ス

※改正<昭和一七法七>二項一「私生子」を「子」に改める。

○旧国籍法（抄）

（明治三十二年三月十六日）
法律第六十六号

第五条 外国人ハ左ノ場合ニ於テ日本ノ国籍ヲ取得ス

- 一 日本人ノ妻ト為リタルトキ
- 二 日本人ノ入夫ト為リタルトキ
- 三 日本人タル父又ハ母ニ依リテ認知セラレタルトキ
- 四 日本人ノ養子ト為リタルトキ
- 五 帰化ヲ為シタルトキ

第六条 外国人カ認知ニ因リテ日本ノ国籍ヲ取得スルニハ左ノ条件ヲ具備スルコトヲ要ス

- 一 本國法ニ依リテ未成年者タルコト
- 二 外國人ノ妻ニ非サルコト
- 三 父母ノ中先ツ認知ヲ為シタル者カ日本人ナルコト
- 四 父母カ同時ニ認知ヲ為シタルトキハ父カ日本人ナルコト

第二十三條 日本人タル子カ認知ニ因リテ外國ノ国籍ヲ取得シタルトキハ日本ノ国籍ヲ失フ但日本人ノ妻，入夫又ハ養子ト為リタル者ハ此限ニ在ラス

○**共通法**（抄）

（大正七年四月十七日）
法律第三十九号

第一條 本法ニ於テ地域ト称スルハ内地，朝鮮，台灣，關東州又ハ南洋群島ヲ謂フ

②前項ノ内地ニハ樺太ヲ包含ス

※改正<大正一二法二五>一項―「又ハ關東州」を「關東州又ハ南洋群島」に改める。

第二條 民事ニ關シ一ノ地域ニ於テ他ノ地域ノ法令ニ依ルコトヲ定メタル場合ニ於テハ各地域ニ於テ其ノ地ノ法令ヲ適用ス二以上ノ地域ニ於テ同一ノ他ノ地域ノ法令ニ依ルコトヲ定メタル場合ニ於テ其ノ相互ノ間亦同シ

②民事ニ關シテハ前項ノ場合ヲ除クノ外法例ヲ準用ス此ノ場合ニ於テハ各當事者ノ屬スル地域ノ法令ヲ以テ其ノ本國法トス

第三條 一ノ地域ノ法令ニ依リ其ノ地域ノ家ニ入ル者ハ他ノ地域ノ家ヲ去ル

②一ノ地域ノ法令ニ依リ家ヲ去ルコトヲ得サル者ハ他ノ地域ノ家ニ入ルコトヲ得ス

※改正<昭和一七法一六>三項―全改，<昭和一八法五>三項―全改，<昭和一八法一一〇>三項―削除

注（大正七法三九）

第三條（抄）

③陸海軍ノ兵籍ニ在ラサル者及兵役ニ服スル義務ナキニ至リタル者ニ非サレハ他ノ地域ノ家ニ入ルコトヲ得ス但シ徵兵終結処分ヲ經テ第二國民兵役ニ在ル者ハ此ノ限リニ在ラス

（昭和一七法一六）

第三條（抄）

③戶籍法ノ適用ヲ受クル者ハ兵役ニ服スル義務ナキニ至リタル者ニ非サレハ他ノ地域ノ家ニ入ルコトヲ得ス

（昭和一八法五）

第三條（抄）

③戶籍法又ハ朝鮮民事令中戶籍ニ關スル規定ノ適用ヲ受クル者ハ兵役ニ服スル

ノ義務ナキニ至リタル者ニ非サレハ内地及朝鮮以外ノ地域ノ家ニ入ルコトヲ得ス

○朝鮮民事令（抄）

（明治四十五年三月十八日）
制令第七号

第一条 民事ニ関スル事項ハ本令其ノ他ノ法令ニ特別ノ規定アル場合ヲ除クノ外左ノ法律ニ依ル

- 一 民法
- 二 明治三十五年法律第五十号
- 三 明治三十七年法律第十七号
- 三ノ二 昭和八年法律第四十二号
- 四 明治三十二年法律第四十号
- 五 明治三十三年法律第五十一号
- 六 明治三十三年法律第十三号
- 七 民法施行法
- 十七 人事訴訟手続法
- 十八 非訟事件手続法

（注）昭一〇・八・二制令一〇本条三ノ二，昭和八年法律第四十二号追加

第十一条 朝鮮人ノ親族及相続ニ関シテハ別段ノ規定アルモノヲ除クノ外第一条ノ法律ニ依ラス慣習ニ依ル但シ氏，婚姻年齢，裁判上ノ離婚，認知，裁判上ノ離縁，婿養子縁組ノ場合ニ於テ婚姻又ハ縁組カ無効ナルトキ又ハ取消サレタルトキニ於ケル縁組又ハ婚姻ノ取消，親権，後見，保佐人，親族会，相続ノ承認及財産ノ分離ニ関スル規定ハ此ノ限ニ在ラス

分家，絶家再興，婚姻，協議上ノ離婚，縁組及協議上ノ離縁ハ之ヲ府尹又ハ邑面長ニ届出ツルニ因リテ其ノ効力ヲ生ス但シ遺言ニ依ル縁組ニ付テハ其ノ届出ハ養親ノ死亡ノ時ニ遡リテ其ノ効力ヲ生ス

氏ハ戸主（法定代理人アルトキハ法定代理人）之ヲ定ム

（注）1 昭十四・十一・十制令十九本条改正

（注）2 昭八・十二・二十八制令二十三により本条第二項「面長」を「邑面長」に改正

第十一条 朝鮮人ノ親族及相続ニ関シテハ別段ノ規定アルモノヲ除クノ外第一条ノ法律ニ依ラス慣習ニ依ル但シ婚姻年齢，裁判上ノ離婚，認知，親権，後見，保佐人，親族会，相続ノ承認及財産ノ分離ニ関スル規定ハ此ノ限ニ在ラス

分家，絶家再興，婚姻，協議上ノ離婚，縁組及協議上ノ離縁ハ之ヲ府尹又ハ面長ニ届出ツルニ因リテ其ノ効力ヲ生ス但シ遺言ニ依ル縁組ニ付テハ其ノ

届出ハ養親ノ死亡ノ時ニ遡リテ其ノ効力ヲ生ス

(注) 3 大十一・十二・七制令十三本条改正

第十一条 朝鮮人ノ親族及相続ニ関シテハ第一条ノ法律ニ依ラス慣習ニ依ル但シ親權, 後見, 保佐人及無能力者ノ為ニ設クヘキ親族会ニ関スル規定ハ此ノ限ニ在ラス

(注) 4 大十・十一・十四制令十四本条改正

第十一条 第一条ノ法律中能力, 親族及相続ニ関スル規定ハ朝鮮人ニ之ヲ適用セス

朝鮮人ニ関スル前項ノ事項ニ付テハ慣習ニ依ル

○朝鮮戸籍令 (抄)

(大正十一年十二月十八日)
朝鮮總督府令第一五四号

第二十一条 届出事件ノ本人ノ本籍カーノ府邑面ヨリ他ノ府又ハ面ニ転属スル場合ニ於テハ届出ヲ受理シタル府尹又ハ邑面長ハ戸籍ノ記載ヲ為シタル後遅滞ナク届書ノ一通ヲ他ノ府尹又ハ邑面長ニ送付スヘシ

第二十二条 前条ノ場合ヲ除クノ外他ノ府尹又ハ邑面長カ戸籍ノ記載ヲ為スヘキ必要アル場合ニ於テハ届出ヲ受理シタル府尹又ハ邑面長ハ遅滞ナク届書ノ一通ヲ他ノ府尹又ハ邑面長ニ送付スヘシ

第二十三条 本籍分明ナラサル者又ハ本籍ナキ者ニ付届出ヲ受理シタル後其ノ者ノ本籍カ分明ト為リタル旨又ハ其ノ者カ本籍ヲ有スルニ至リタル旨ノ届出アリタル場合ニ於テハ前二条ノ規定ハ其ノ届書及前ニ受理シタル届書ニ之ヲ適用ス

第二十四条 前三条ノ規定ハ届書ニ非サル書面ニ依リ戸籍ノ記載ヲ為スヘキ場合ニ付之ヲ準用ス此ノ場合ニ於テハ府尹又ハ邑面長ハ其ノ受附ケタル書面ノ謄本ヲ作り之ヲ送付スヘシ

第二十五条 届出事件ノ本人ノ本籍カ他ノ府邑面ニ転属スル場合ニ於テハ入籍地ノ府尹又ハ邑面長ハ戸籍ノ記載ヲ為シタル後除籍地ノ府尹又ハ邑面長ニ入籍ノ通知ヲ為スヘシ但シ入籍地ノ府尹又ハ邑面長カ届出ヲ受理シタルトキハ此ノ限ニ在ラス

前項ノ規定ハ府尹又ハ邑面長カ一家創立ノ届出ニ因リ除籍ヲ為スヘキ場合ニ付之ヲ準用ス

第三十二条 第二十一条乃至第二十四条及第二十五条第一項ノ規定ハ共通法第三条ノ規定ニ依リテ朝鮮ノ家ヲ去リタル者及他ノ地域ノ家ヲ去リテ朝鮮ノ家ニ入りタル者ノ戸籍ノ記載手續ニ付之ヲ準用ス

○新民法（抄）

（昭和二十二年十二月二十二日）
法律第二二二号

第七百七十九条（認知） 嫡出でない子は、その父又は母がこれを認知することができる。

第七百八十条（認知能力） 認知をするには、父又は母が無能力者であるときでも、その法定代理人の同意を要しない。

第七百八十一条（認知の届出・遺言認知） 認知は、戸籍法の定めるところにより届け出ることによつてこれをする。

② 認知は、遺言によつても、これをするすることができる。

第七百八十二条（成年の子の認知） 成年の子は、その承諾がなければ、これを認知することができない。

第七百八十三条（胎児・死亡子の認知） 父は、胎内に在る子でも、これを認知することができる。この場合には、母の承諾を得なければならない。

② 父又は母は、死亡した子でも、その直系卑属があるときに限り、これを認知することができる。この場合において、その直系卑属が成年者であるときは、その承諾を得なければならない。

第七百八十四条（認知の遡及効） 認知は、出生の時にさかのぼつてその効力を生ずる。但し、第三者が既に取得した権利を害することができない。

第七百八十五条（認知の取消の禁止） 認知をした父又は母は、その認知を取り消すことができない。

第七百八十六条（認知に対する反対事実の主張） 子その他の利害関係人は、認知に対して反対の事実を主張することができる。

第七百八十七条（認知の訴） 子、その直系卑属又はこれらの者の法定代理人は、認知の訴を提起することができる。但し、父又は母の死亡の日から三年を経過したときは、この限りでない。

第七百八十八条（認知後の子の監護） 第七百六十六条の規定は、父が認知する場合にこれを準用する。

第七百八十九条（準正） 父が認知した子は、その父母の婚姻によつて嫡出子たる身分を取得する。

② 婚姻中父母が認知した子は、その認知の時から、嫡出子たる身分を取得する。

③ 前二項の規定は、子が既に死亡した場合にこれを準用する。

第七百九十条（子の氏） 嫡出である子は、父母の氏を称する。但し、子の出生前に父母が離婚したときは、離婚の際における父母の氏を称する。

② 嫡出でない子は、母の氏を称する。

第七百九十一条（子の氏の変更） 子が父又は母と氏を異にする場合には、子は、家庭裁判所の許可を得て、その父又は母の氏を称することができる。

- ② 子が十五歳未満であるときは、その法定代理人が、これに代わつて、前項の行為をすることができる。
- ③ 前二項の規定によつて氏を改めた未成年の子は、成年に達した時から一年以内に従前の氏に復することができる。

○平和条約発効前の朝鮮又は台湾と内地間における父子の認知

(昭和二十五年十二月六日
法務府民事甲第三〇六九号民事局長通達)

朝鮮又は台湾と内地間における父子の認知について

標記の件に関する従前の内地における戸籍の取扱については、旧国籍法第五条第三号、同法第二十三条、戸籍法第二十二条及び同法第二十三条の各規定の精神に則り、内地人男が朝鮮、台湾に本籍を有する女の出生した子を認知した場合は、子は内地に新戸籍を編製し、また、朝鮮、台湾に本籍を有する男が内地人女の出生した子を認知した場合は、子は内地の戸籍から除くこととされていた(昭和二十三年九月九日第五二四三号大宮市長の照会に対する同年十二月十五日民事甲第三三六七号本官回答、昭和二十三年十一月二日日記戸第九四六号神戸司法事務局長の照会に対する昭和二十四年四月十八日民事甲第八九八号本官回答及び昭和二十四年十一月十八日民事甲第二六九四号本官通達参照)。右戸籍の取扱は、今後はこれを改め、前記各場合の認知によつては、子の戸籍に変動を生じないこととした。従つて、この場合においては、認知された子について内地に新戸籍を編製することなく又は内地の戸籍からその子を除くことなく、単に認知者たる内地人男又は被認知者たる内地人女の子の各戸籍の身分事項欄に、戸籍法施行規則附録記載例二十四又は二十五の振合に準じて認知の記載をするに止めることに一定したから、御了知の上、貴管下各支局及び市区町村に対して徹底方取り計らわれるよう通達する。

○平和条約の発効に伴う朝鮮人、台湾人等に関する国籍及び戸籍事務の処理

(昭和二十七年四月十九日
法務省民事甲第四三八号民事局長通達)

近く平和条約(以下単に条約という。)の発効に伴い、国籍及び戸籍事務に関しては、左記によつて処理されることとなるので、これを御了知の上、その取扱に遺憾のないよう貴管下各支局及び市区町村に周知方取り計らわれたい。

記

第一 朝鮮及び台湾関係

- (一) 朝鮮及び台湾は、条約の発効の日から日本国の領土から分離することとなるので、これに伴い、朝鮮人及び台湾人は、内地に在住している者を含めて

すべて日本の国籍を喪失する。

- (二) もと朝鮮人又は台湾人であつた者でも、条約の発効前に内地人との婚姻、縁組等の身分行為により内地の戸籍に入籍すべき事由の生じたものは、内地人であつて、条約発効後も何らの手続を要することなく、引き続き日本の国籍を保有する。
- (三) もと内地人であつた者でも、条約の発効前に朝鮮人又は台湾人との婚姻、養子縁組等の身分行為により内地の戸籍から除籍せらるべき事由の生じたものは、朝鮮人又は台湾人であつて、条約発効とともに日本の国籍を喪失する。
- なお、右の者については、その者が除かれた戸籍又は除籍に国籍喪失の記載をする必要はない。
- (四) 条約発効後は、縁組、婚姻、離縁、離婚等の身分行為によつて直ちに内地人が内地戸籍から朝鮮若しくは台湾の戸籍に入り、又は朝鮮人及び台湾人が右の届出によつて直ちに同地の戸籍から内地戸籍に入ることができた従前の取扱は認められないこととなる。
- (五) 条約発効後に、朝鮮人及び台湾人が日本の国籍を取得するには、一般の外国人と同様、もつぱら国籍法の規定による帰化の手続によることを要する。
- なお、右帰化の場合、朝鮮人及び台湾人（三）において述べた元内地人を除く。）は、国籍法第五条第二号の「日本国民であつた者」及び第六条第四号の「日本の国籍を失つた者」に該当しない。

第二 樺太及び千島関係

樺太及び千島も、条約発効とともに日本国の領土から分離されることとなるが、これらの地域に本籍を有する者は条約の発効によつて日本の国籍を喪失しないことは勿論である。

ただこれらの者は、条約発効後は同地域が日本国の領土外となる結果本籍を有しない者となるので戸籍法による就籍の手続をする必要がある。

第三 北緯二十九度以南の南西諸島、小笠原諸島、硫黄列島及び南鳥島関係

標記の諸島の地域に本籍を有する者は、条約の発効後も日本国籍を喪失するのではないことはもとより、同地域に引き続き本籍を有することができる。

右諸島のうち、沖縄その他北緯二十九度以南の南西諸島に本籍を有する者の戸籍事務は、条約発効後も従前通り福岡法務局の支局である沖縄奄美大島関係戸籍事務所で取り扱われ、また、小笠原諸島、硫黄列島及び南鳥島に本籍を有する者の戸籍事務については、条約発効の日から東京法務局の出張所として小笠原関係戸籍事務所が設置され、同事務所において取り扱われることとなる。

○平和条約発効前朝鮮人男と日本人女が婚姻したのち、その婚姻前の出生子を右朝鮮人父が認知した場合の戸籍の取扱いについて

（昭和三十八年七月十八日付戸甲第九一〇号
東京法務局長照会，昭和三十八年八月二十
六日付民事甲第二四八〇号民事局長回答）

（要旨）

朝鮮人男と日本人女が婚姻したのち、その婚姻前の出生子を平和条約発効の日前に右朝鮮人男が認知した場合には、昭和二十五年十二月六日付民事甲第三〇六九号通達の前後にかかわらず、出生子は認知により当然に父の戸籍に入籍するものと解すべきである。

○韓国国籍法（抄）

第三条 国籍がなく、または大韓民国の国籍を取得することにより六月内にその国籍を喪失するにいたる外国人であつて、次の各号の一に該当する者は、大韓民国の国籍を取得する。

- 一 大韓民国の国民の妻となつた者。
- 二 大韓民国の国民である父または母が認知した者。
- 三 帰化した者。（一九六二年法律第千百八十号本条改正）

注（一九四八年法律第十六号）

第三条 外国人であつて、次の各号の一に該当する者は、大韓民国の国籍を取得する。

- 一 大韓民国の国民の妻となつた者。
- 二 大韓民国の国民である父または母が認知した者。
- 三 帰化した者。

第四条 外国人が認知により大韓民国の国籍を取得するときには、次の条件を備えなければならない。

- 一 本国法により未成年であること。
- 二 外国人の妻でないこと。
- 三 父母のうち、先に認知した者が大韓民国の国民であること。
- 四 父母が同時に認知したときは、父が大韓民国の国民であること。

○韓国民法（抄）

第七百八十一条（子の入籍，姓と本） 子は、父の姓と本を継いで、父の家に入籍する。

② 父の知れない子は、母の姓と本を継いで母の家に入籍する。

- ③ 父母の知れない子は、法院の許可を得て、姓と本を創設して、一家を創立する。但し、姓と本を創設した後、父又は母が分つたときは、父又は母の姓と本を継ぐ。

第七百八十二条（婚姻外の子の入籍） 家族が婚姻外の子を出生したときは、その家に入籍せしめることができる。

- ② 婚姻外の出生子が父の家に入籍することができないときは、母の家に入籍でき、母の家に入籍できないときは、一家を創立する。

第七百九十条（戸主の直系卑属長男子の去家） 戸主の直系卑属である長男は、本家相続と直系尊属に随伴する場合以外には家を去ることができない。

第八百五十五条（認知） 婚姻外の出生子は、その生父又は生母がこれを認知することができる。父母の婚姻が無効であるときは、出生子は婚姻外の出生子とみなす。

- ② 婚姻外の出生子は、その父母が婚姻したときは、そのときから婚姻中の出生子とみなす。

第八百五十六条（禁治産者の認知） 父が禁治産者であるときは、後見人の同意を得て認知することができる。

第八百五十七条（死亡した子の認知） 子が死亡した後でも、その直系卑属があるときは、これを認知することができる。

第八百五十八条（懐胎中の子の認知） 父は懐胎中にある子に対しても、これを認知することができる。

第八百五十九条（認知の効力発生） 認知は、戸籍法の定めるところにより、届出によつてその効力を生ずる。

- ② 認知は、遺言によつても、これをすることができる。この場合には、遺言執行者がこれを届け出なければならない。

第八百六十条（認知の遡及効） 認知は、その子の出生の時にさかのぼつて効力を生ずる。但し、第三者の取得した権利を害することができない。

第八百六十一条（認知の取消） 詐欺、強迫又は重大な錯誤により認知をしたときは、詐欺又は錯誤を知つた日、又は強迫を免れた日から六箇月内に、法院の許可を得て、これを取り消すことができる。

第八百六十二条（認知に対する異議の訴） 子その他、利害関係人は、認知の届出があることを知つた日から一年内に、認知に対する異議の訴を提起することができる。

第八百六十三条（認知請求の訴） 子、その直系卑属、又はその法定代理人は、父又は母を相手に、認知請求の訴を提起することができる。

第八百六十四条（父母の死亡と認知請求の訴） 前二条の場合に、父又は母が死亡したときは、この死亡を知つた日から一年内に、検事を相手方として、認知に

対する異議，又は認知請求の訴を提起することができる。

第八百六十五条（他の事由を原因とした嫡出関係存否確認の訴） 第八百四十五条，第八百四十六条，第八百四十八条，第八百五十条，第八百五十一条，第八百六十二条及び第八百六十三条の規定により，訴を提起することができる者は，他の事由を原因として嫡出子関係存否の確認の訴を提起することができる。

② 前項の場合に，当事者の一方が死亡したときは，その死亡を知った日から一年以内に，検事を相手方として，訴を提起することができる。

認知の取消しについて

一 問題の所在

- (1) およそ法的な身分関係というものが客観的な事実関係の存在によってのみ生ずるものであるのか、あるいはこれを生じさせようとする当事者の意思の力によるものであるのかという点については困難な問題があるといえることができる。親子関係という法律問題においても、このような観点からの検討をすることの必要性は否定することができないといえるであろう⁽¹⁾。
- (2) これが解釈論上の問題として具体的な現れ方をする場合として認知の取消しの問題がある。

民法第779条は「嫡子でない子は、その父又は母がこれを認知することができる」と規定し、認知という身分行為が法的親子関係の発生を目的とする意思表示であるかに見える規定を置いている⁽²⁾。そこで、この規定の性格についての理解の仕方が具体的な規定の解釈に際して影響するところが出てくることとなる。とりわけ、この問題は、いわゆる認知の取消しの可否という問題において学説上の顕著な対立を生じてくることとなる。

本稿では、所与のテーマとの関係から「認知の取消し」についての一部の問題に限定して論ずることとするものであるが、これは認知無効と

(1) この問題については山川一陽「日本における非嫡出子の法律上の問題」新しい家族15号4頁以下（養子と里親を考える会、1989年）参照。

(2) もちろん、この規定をめぐるのは、認知を意思表示と理解する立場（中川善之助『新訂親族法』380頁以下〔青林書院新社、1967年〕）と自然血縁関係についての観念の通知と見る立場（於保不二雄「親子」法学理論編『法律学体系』30頁以下〔日本評論社、1950年〕）とがある。

もかかわる問題であるということが出来る。

まず最初に、問題の所在を明らかにすることとしよう⁽³⁾。

- (3) いわゆる身分行為についても、これが意思表示であるかぎり原則として民法総則の規定が適用されるはずである。したがって、これに瑕疵がある場合、民法総則の規定によって意思表示の取消しなどの措置を採ることが出来るはずである。ところが、民法第785条は、認知にかぎり「認知をした父又は母は、その認知を取り消すことができない」と規定し、あたかも認知という意思表示について民法総則規定の適用を排除するかのような規定を置いている。そうであるならば、いわゆる詐欺や強迫によってされたそのような瑕疵ある認知さえも、これを取り消すことができないこととなり、認知は確定してしまうこととなるのであろうかが疑問となる。そこで、この規定の解釈をめぐって古くから学説の対立があり、認知についての性格論について、客観的な事実関係を重視する立場と、むしろ認知者の意思を重視する立場とが対立し、具体的な議論を重ねてきているのが実状である。ここでは、この議論の内容を明らかにすることを通じて問題の所在を示し、この問題についての考えを展開しようとするものである⁽⁴⁾。

二 判例の状況

この問題についての裁判例の状況は、おおむね学説の動向を反映している。もともと判例は、後に紹介する民法起草者の意見と思われるところに忠実に従って解釈論を展開してきたということができよう。すなわち、古く大審院は「民法第八百三十三条ハ認知ヲ為シタル父又ハ母ハ其ノ認知ヲ取消スコトヲ得スト規定シ認知ヲ為シタル父又ハ母ハ任意ニ其ノ認知ヲ取消スコトヲ得

(3) ここで認知の取消しが問題となるケースとしてはほとんどが任意認知であるといつてよいところから、これを中心として議論することとしたい。この問題については川崎秀治「認知の無効・取消」中川善之助教授還暦記念『家族法大系IV』64頁（有斐閣，1960年）参照。

(4) 認知の取消しの問題はこの規定だけにとどまらず、次条の民法第786条の規定も深くかかわってくるし、認知の取消訴訟の有無やその訴訟法的な性格論などについての議論などが問題となってくる。それと、同時に認知無効とのかかわりも問題となるが、本稿においては民法第785条の規定について中心的に論じることとし、他の問題はこれにかかわってくる限度において触れていくこととしたい。

サルト同時ニ認知カ真実ニ反スルノ事由ヲ以テモ亦之ヲ取消スコトヲ得サルモノト為シタリ従テ同条ハ認知ヲ為シタル父又ハ母ニ其ノ認知カ真実ニ反スル事由ヲ以テ其ノ無効ナルコトヲ主張スルコトヲモ許サザル趣旨ナリ」(大判大正11年3月27日民集1巻137頁)との判断を示しており、その後の昭和12年にも認知者からした親子関係不存在確認の訴えに対し、「私生子ヲ認知シタル者ハ後日該認知カ真実ニ反スルヲ理由トシテ之カ取消ヲ為スコトヲ得サルハ民法第八百三十三条ノ規定ニ徴シ明ナルトコロナリ而シテ本訴ハ上告人カ昭和九年三月五日被上告人ヲ自己ノ子ナリトシテ為シタル認知届出ハ真実ニ反スルモノニシテ上告人ハ自己ノ子ニ非サルコトヲ主張シ其確認ヲ求ムルモノナルカ故ニ結局認知者自ラ認知カ真実ニ反スルコトヲ理由トシテ之ヲ取消サントスルモノニ外ナラス従テ本訴請求ハソレ自体失当」(大判昭和12年4月12日判決全集4輯8号16頁)と判断している。

この大審院の判断は、民法(旧)第833条〔現785条〕の規定するところを、単に認知者が自己の認知を取り消すことができないというだけではなく、認知自体が真実に反することを主張し認知の無効を求めることもできないものであることを確認している。もっとも、同条での「取消」の趣旨が民法総則の取消しかどうかについては直接の判断を下しているとはいいがたいところである。このようなことで大審院時代における判例は、後に検討する民法起草者の解釈論に素直に従っていると判断してよいということができよう⁽⁵⁾。

この点に関する特に戦後の下級審の判断は後述の学説の議論に影響を受け、いわゆる現在の通説の考え方を反映する立場が多くなってきているということができよう(名古屋地判昭和40年2月26日下民集16巻2号362頁, 那覇家審昭和48年11月20日家月26巻5号100頁, 福島家審昭和48年11月28日家月26巻7号48頁)。

三 学説の状況

1 その変遷

この問題についての学説は変遷を経て今日にいたっている。その跡を追ってみよう。

(5) 認知は意思表示であるというところから意思表示である以上は表意者である「認知者の意思に基づかない届出による認知は、認知者と被認知者との間に親子関係があるときであっても、無効」(最判昭和52年2月14日家月29巻9号78頁)となるとする判例が後に出されていることは参考となろう。

2 起草段階

起草の段階においては、取消し、無効、撤回などの概念が必ずしも厳密に使われていなかったが、詐欺や強迫による認知が取り消すことができないかの議論がされている。

起草理由として富井委員から認知は「既ニ生ジタ事実ヲ承認スルコトデアリマス一旦承認シタ事実ヲ復タ無イモノトスルト云ウコトハドウモ當ヲ得ナイコトト思ヒマス併シ規定ガナケレバ認知ト云ウモノハ一方行為デアッテサウシテ其行為ノ性質上或ハデキルトイウ解釈が生ズルモノカモシレヌト云ウ恐レガアリマスルニ依ッテ此ノ規定ヲ置」いたのであって、「選択債務ニツイテ一旦為シタ選択ヲ取消スコトヲ得ナイ」という規定を置いたのと趣旨は同様であるとの説明がなされる（商事法務版『法典調査会議事速記録』第7巻574頁）。この説明をめぐり多少の議論があり、横田委員から錯誤による認知の場合（具体的には人違いをして認知をした場合）はどうなるのかという指摘に対して、富井委員は「総則ノ法律行為ノ通則ハ行ワレル積モリデアリマス即チ法律行為ノ要素ニ錯誤ガアッタ場合ニハ無効トスルト云ウコト」であって、この規定の趣旨は「之ハ何ノ某ガ吾ガ子デアルト云ウコトヲ一旦届ケ出テ夫レカラ矢張りソウハ思ワヌカラヨストイウコトハイエナイトイウコトデ」、横田委員が指摘したような事例の場合には「通則ニヨッテ取消ハ出来ル積モリ」（前掲『速記録』574頁）であるとする。これにつき、梅委員からは「取消セル所デナイ其時ハ丸デ無効」（同書同頁）と指摘されている。

3 学説の状況とその発展

(1) 起草段階の見解

起草段階でされた議論によっても必ずしも民法旧第833条（現行785条）の解釈がはっきりしたわけではなかったが、起草の趣旨だけはかなりはっきりしている⁽⁶⁾。

(6) 起草段階に至るまでのこの規定をめぐる問題点やその後の学説の理解の仕方などについては、石川稔「認知—意思主義と事実主義の対立を中心として—」星野英一ほか編『民法講座7』489頁以下（有斐閣，1984年）が詳細である。なお、佐藤義彦「明治前期立法資料に見る認知の意義」中川淳先生還暦論文集『現代社会と家族法』270頁以下（日本評論社，1987年）参照。

明治民法施行後の最初にあらわされた奥田義人博士の見解は「認知トハ法定ノ方式ヲ以テ為シタル私生子ノ父マタハ母タルコトノ任意ノ自白ナリ」としたうえ、「本条（旧833条，現行785条）ノ規定ハ完全ノ効力ヲ以テ為サレタル認知ノ取消シ得カラサルコトヲ規定スルニ止リ其効力ニ瑕疵アル認知ヲモ取消シ得ヘカラストスルニ非ス，無効及取消ニ関スル総則編ノ規定ハ認知ニモ適用アルコトヲ妨ケス」とし⁽⁷⁾，この規定でいう取消しは撤回であるという趣旨を明らかにし，この規定についても民法総則規定の適用を肯定しようとする。しかし，旧第834条（現行786条）の規定については，「本条ハ認知ニ対シ認知者以外ノ者ヨリスル取消請求権」について規定したものとし，事実上反する認知は不成立となるという考え方ができるが，その取消し（無効か取消しかは起草当事から問題とされたことにつき前述参照）は，これを認知者自身からすることを認めないものとする。

この問題につき，民法起草者である梅博士も同様の考え方を示し，「認知ハ人ノ身分ヲ定ムルモノニシテ最モ重大ナル行為ト謂ワサルコトヲ得ス然ルニ父又ハ母ハ輕シク認知ヲ為シ復後ニ之ヲ取消ス事ヲ得ルモノトセハ其認知セラレタル者ハ勿論其他ノ利害關係人ニ至ルマテ少ナカラサル損害ヲ受クルコトナシトセス故ニ一旦認知ヲ為シタル以上ハ後日之ヲ取消スコトヲ得サルモノトシ之ニヨリテ立法者ハ輕輕認知ヲ為ス者ナカランコトヲ期セリ而シテ實際ニ於テハ私生子ノ認知ハ多クハ之ヲ為ス者ノ為メニ恥辱タルヘキモノナルカ故ニ眞ニ親子ノ關係ナキ者カ過チテ認知ヲ為スカ如コトハ極メテ稀ナルヘク其之ヲ取消サント欲スルハ多クハ一時良心ニ驅ラレテ認知ヲナシタルモ後日自己ノ權利ノタメニ其認知ノ不利益ナルコトヲ覺リテ之ヲ取消サント欲スル者ノミ法律ハ豈ニ此ノ如キ不徳義ヲ許スヘケンヤ又假ニ過チテ認知ヲ為シタリトスルモ是自己ノ疎漏ノ結果ニシテ復何人ヲモ咎ムルコト能ワズ而シテ子其ノ他ノ利害關係人ハ認知カ己ニ利アラスト認ムルトキハ次條ノ規定ニ依リ反対ノ事実ヲ主張スルコトヲ得ルカ故ニ敢エテ此等ノ者ヲ害スルノ虞ナキナリ」⁽⁸⁾としている。これが後々の学説の議論の出発点ともなるのであ

(7) 奥田義人『民法親族法論』258，268頁（有斐閣，1898年）。なお，この奥田博士の学説の評価と位置づけについては石川・前掲注(6)507～508頁参照。同論文では奥田博士の見解を「法典調査会の考え方を代表する見解」と評価している（この見解を「仮に立法者説」としている）。

(8) 梅謙次郎『民法要義卷之四』267頁以下（有斐閣，1899年初版，1912年22版）。なお，この評価につき，石川・前掲注(6)508頁参照。

る⁽⁹⁾。

(2) その後の学説の発展

第一の立場としてこの起草者の採っていると思われる学説を簡単に整理し、これを出発点として学説の発展の跡をたどっておく。

梅博士あるいは奥田博士によって代表される考え方は次のようになると理解される。およそ認知は単独行為であり、これをするのは自由である。そこで、これを撤回することも自由ではないかとの印象を与えるおそれがあるところから民法旧第833条（現行785条）において規定を設けた。その意味からすると、本条の「取消」は民法総則でいう「取消」の性格をもつものではなく、「撤回」の意味である。その意味で本条は当然のことを規定した注意規定にすぎない。そうすると民法総則規定の適用は肯定され、詐欺・強迫による認知は取り消すことができることとなり、要素の錯誤ある認知は無効ということとなるはずである。しかし、認知は人の身分を定める重大な行為であり、それだけに認知が真実に反している場合であってもいったんこれをした以上はそれを否定することは許されない。つまり、本条にいうところの「取消」とは、単なる撤回のことだけをいうのではなく、認知が真実に反するということを理由とする無効ないし不成立の主張をも含む趣旨であるとする⁽¹⁰⁾。

この立場にあっては認知が真実に反するものであることを理由に、その無効ないし不成立であることの主張も禁止し、「結局、認知をした父または母は、真実の親子関係があってもなくても、いやしくも認知をしたのであれば、それが詐欺のような不当な干渉によってなされたものでない限り、取消（撤回）も無効も一切の主張を許さない」ということとなる（川崎秀治「認知の無効・取消」中川善之助教授還暦記念『家族法大系IV』72頁〔有斐閣、1960年〕）。

(9) この問題については『民法修正案理由書』107頁（博文館、1898年）の記述もかなりはっきりとしており、他の資料とともに起草者の見解をはっきりとさせているといつてよいであろう。以下のとおりである。「認知ハ父又ハ母ガ私生子ノ自己ノ子タル事実ヲ承認スルモノナルカ故ニ一旦認知ヲ為シタル以上ハ其取消シヲ為スコト能ワサルモノトス然レトモ認知ハ単独行為ナルカ故ニ自由ニ其取消ヲ為スコトヲ得ルモノニ非サルカノ疑ヲ生スルコトナキニ非サルヘシ是レ本條ノ規定ヲ設ケタル所以ナリ」というのである。

(10) この点については梅博士と奥田博士との立場は多少違っている。前者は旧第833条の規定の解釈としてこれを主張するが、後者は旧第834条（現行786条）の規定が「認知者以外の者よりする取消請求権」について規定したのものとして、事実反する認知は不成立となるが、その取消し（無効か取消しかについて起草当時から問題とされたところである）については、これを認知者自身からすることを認めないものとする。

したがって、この立場では、同条の存在にもかかわらず、詐欺や強迫による認知は民法総則の規定によって取消しを受けることとなる可能性を肯定することとなる。

第二の学説の立場は基本的には起草者の立場と発想を同一にする。同条にいう「取消」を「撤回」の意味であると解釈するが、本条の規定の存在にもかかわらず、人事訴訟手続法〔現、人事訴訟法〕には認知の取消しに関する規定があるところから（人事訴訟手続法27条）〔現、人事訴訟法4条〕、認知の取消しを考える余地があるといえる。民法が意思表示の取消しと撤回の概念を正確に使い分けず、未分化のまま使用していることもあり、同法でいう「取消」は「撤回」の意味と理解すべきである。本来、認知のように意思表示があれば直ちに効力を生ずる場合は撤回の問題を生じないから、認知をした父または母が認知の撤回をなし得ないことは、本条（民法旧833条〔現785条〕）の規定をまつまでもなく当然で、本条は不要な規定である。それにもかかわらず本条が設けられたのは、認知が単独行為で、父または母が任意になし得るから、いったん認知をした父または母が任意に取り消し得るもののような疑いが生じないでもない。したがって民法は、本条によって認知の撤回は許されない旨を注意的に規定し、このことによって軽率な認知防止の作用をもたせることとなる。本条の規定が単なる撤回を禁じるにとどまる以上、認知の意思表示について民法総則の規定の適用があることは当然のことであり、認知が事実と合致していようとしまいと詐欺・強迫による認知の意思表示を取り消すことができることは当然である。また認知が事実と違っている場合には第二説とは異なって、認知は無効とされ、この無効の主張については認知者自身からすることが禁止されるものではない（和田于一『親子法論』141頁以下、153～155頁〔大同書院・1927年〕）。

この立場の第一説との相違点は旧第833条の規定する「取消」は単なる撤回のことであるとする点は同一である。そして、事実と反する認知は無効ないし不成立ということとなる点も同様であるが、旧第833条ないし旧第834条の規定も認知が事実と異なることを理由とする無効ないし不成立の主張までが入るものではなく、同条による禁止はこの点についてまで及ばないとしている点である。

4 新しい主張と通説の形成

第三の立場は従来の立場とまったく発想をかえた形で中川善之助博士によって主張される⁽¹¹⁾。つまり、同条の「取消」を文字どおり民法総則の「取消」と理解し、「認知は総則の規定にしたがって取消されることがない（旧833条——通説反対）。苟も生理上親子関係があり、それが適法の形式を備えて認知の行為となりたる限り法律上の親子関係は確定して動かない。併し認知が形式を備えず、もしくは認知の意思が全く欠缺せる場合、並びに認知が真実に反する場合には悉くその認知は無効である」、そして、この無効主張を「認知者に之を許すこともまた833条に反するものではない（通説反対）」というのである。この見解は、やがて谷口博士の賛同を得⁽¹²⁾、通説としての地位を獲得することとなる。

かようにして今日の通説は、民法第785条の取消しは民法総則にいう取消しであり、真実の親子関係がある以上、詐欺・強迫による取消しはできず、ただ認知が真実に反するかぎりは認知者自身は利害関係人として認知無効の訴えの提起ができるとする。

この立場にあっては、人事訴訟手続法〔現、人事訴訟法〕や家事審判法〔現、家事事件手続法〕に認知の取消しについての規定があることについて、立法の過誤とする。これについて基本的にいわゆる中川説に賛同する他の学説にあっては認知に一定の承諾権者の承諾が要求される場合（例えば、成年となっている子の認知であるとか〔782条〕、胎児認知である場合の母の承諾とか〔783条1項〕がそれである）につき、これが承諾を受けないまま過って受理された場合においては取り消し得る認知となり、ここに認知の取消しの可能性があるところ

(11) 中川善之助『略説身分法学』175頁（岩波書店、1930年）。

(12) 谷口博士は「民法総則の法律行為に関する規定の適用を認め得るやは疑問である。心神喪失中になされた認知届、詐欺強迫による認知届があるとき真実親子関係があるにも拘らず意思の欠缺、意思瑕疵を理由として認知の無効、取消を主張し得ると解すべきか」とし、その実質的理由として「親子たる事実の存するかぎり、取消を認めても、また認知請求訴訟によって強制的に認知の効力を生ぜしめられるのであるから、むしろ第833条を生かして事実合するかぎり取消し得ぬもの」とされる（谷口知平『日本親族法論』344頁以下〔弘文堂、1935年〕）。なお、中川博士は後にさらに議論の整理を図り、「親子関係が真実に存する以上、その認知がその点以外の錯誤に基づこうが、詐欺・強迫に原因しようが動かすことを得ない」とし、人事訴訟手続法27条〔現、人事訴訟法4条〕に規定される認知の取消しの規定は立法の過誤だと断ずる（中川善之助『日本親族法』311～312頁〔日本評論社、1932年〕）。

から立法の過誤とはいえないとする立場とがある（我妻榮『親族法』237, 240頁〔有斐閣・1961年〕、なお、この問題については、これが認知無効の問題か認知の取消しの問題か、あるいは認知の効力に影響がない問題かなどが論じられなければならないが、他日を期すこととしたい）。

しかし、今日においても、従来の学説は少数説として存在し、民法第785条にいう「取消」を「撤回」と理解し、認知についても民法総則規定の適用を肯定しようとする。つまり、詐欺・強迫による認知は取り消すことができるし、事実と反する認知は無効であり、いずれも認知者自身からこれを主張することができるとしている⁽¹³⁾。

5 新たな動向と展開

このようにして、この問題については主として学説の領域での議論が戦わされ、今日の安定した通説の立場が確立されたということができよう。この現在の通説の立場について、これが認知者の意思ということよりもむしろ認知者と被認知者の間にある事実関係の方に重きを置く解釈であるところから、これを「客観主義」の立場と称し、今日の少数説のようにもちろん、事実関係の存在も重要であるが、むしろ認知者の意思というものに重きを置いて解釈すべしとする立場のことを「意思主義」の立場と称するのが現在の学説である⁽¹⁴⁾。

ところが、この少数説の立場を修正して、いわば「意思主義的な解釈」をする立場が説かれるにいたっている。つまり、認知における意思表示の側面を強調し（意思主義の立場に立ち）、認知についての民法総則規定の適用を肯定し、原則としては詐欺・強迫による認知は取り消すことができる認知となり、要素の錯誤による認知は無効の認知となるとし、この取消し主張ないし無効主張については認知者からすることを否定する必要はないというのである。しかし、認知者が親子関係の不存在であることを知りながらあえてなした任意認知の場合には認知者においてこの無効ないし不存在などを主張すること

(13) 青山道夫『家族法論』162頁（法律文化社、1951年）、菊地博「認知の取消について」判タ28号32頁（1953年）。

(14) この言葉については学説によって説くところが必ずしも同一ではないが、いずれにしても、認知者の意思を無視してでも事実関係を強調する立場を「客観主義」、事実関係を無視してでも認知者の意思を重視する立場を「意思主義」と漠然と理解しておくだけでよいであろう。

はできないものとする⁽¹⁵⁾。

四 理論の展開

身分行為について意思的要素を重視するか客観的事実関係を重視するかという問題は最初にも触れたように困難な問題であるといえることができる。しかし、今日のように法的親子という関係さえ客観的關係だけで決まるものでもなく、意思的要素を入れて考えるべき時代が来ているといえることができる。かかる観点から客観的關係だけを重視して認知の取消しという問題を考える現在の通説にはなお問題があるといえるであろう。そのようなことからするとどのような観点から考えることが子の福祉ということとつながるかという問題が重要であろう⁽¹⁶⁾。

このような観点から考える時に、通説がいうように事実関係さえあれば最終的には強制認知によってでも親子関係は確定するのであるから、訴訟経済という観点から考えれば認知の取消しは許されないというのも一理ではあるが、「事実としての父子関係の存否が判然とせぬ状態で、詐欺・強迫による認知がされた場合を想定すれば」、これは一概に言えることではないし、「父子関係の存在を有利とする側の者は、いかなる手段を弄してでも、ともかく任意認知をさせてしまう」ということともなりかねない⁽¹⁷⁾。むしろ訴訟経済をいうよりも、このようなアンフェアな手段により得た認知の効力を否定する手段を肯定するほうが妥当といえよう。むしろ強制認知の方法が用意されている以上はこれによるべきであって詐欺・強迫のような違法な手段による必要はないわけである。

そこで、少数説がいうように民法第785条に言う「取消」とは「撤回」のことであり、詐欺や強迫による取消しまでを禁じた趣旨ではないと理解するのが妥当であろう。

また、事実関係がないことを知りながら任意認知をした者についてはその

(15) 鈴木祿弥=唄孝一『人事法 I』22～23頁（有斐閣，1980年）参照。この立場においては同条にいう「反対事実の主張」ではなく、意思の欠缺を理由とする無効の主張であるとする（同書22頁）。

(16) 石川・前掲注(6)511頁では「問題はどちらの見解が子の利益をはかるのにより適切かということである。意思主義的要素を加味することは子の利益をまもることにつながらないと一概に決めつけることはできない」と指摘する。

(17) 鈴木=唄・前掲注(15)22～23頁。

無効主張を許す必要はないといっただいであろう。このような者は、事実関係がないような場合であっても親子であろうとする意思によってこれをなすか、あるいは梅博士のいうように何らかの保護に値しないとする立場に立つ者であるということができようから、認知の無効主張を許す必要はないといえよう⁽¹⁸⁾。

このような観点からして私は、むしろ、学説のたどってきた流れを逆流することにはなるが⁽¹⁹⁾、むしろ意思的要素を重視する立場に修正を施した少数説の立場に賛成したいと考えている。

五 最後に

以上に簡単に認知の取消しの問題についての検討をしてきた。残された問題としては認知に一定の者の同意を要する場合における同意なき認知の効力、認知取消しの訴えの性格、認知無効との関係、民法第786条の解釈との関係など多くの問題がある。

(18) 梅・前掲注(8)26頁以下参照。

(19) 石川・前掲注(6)510頁参照。

後見・扶養

一 後見制度の機能

1 親権と後見の機能

わが国における後見制度には、親権によって保護を受けることができない未成年者についての監護教育および財産管理を内容とする未成年後見の制度と成年被後見人の療養監護および財産管理を内容とする成年後見の制度とがある。

これらはいずれも被後見人の財産の保護とその身上の保護という機能を有するものであるといえよう。しかし、未成年後見には親権の延長として機能することが予定され、成年後見の場合には成年被後見人の療養・監護という側面を有しており、両者の機能においては本質的な差異が存するといえよう。

未成年後見は親権の延長としての機能を有すると指摘したが、未成年後見と親権との間にも相当の差異が存する。その主要なものは注意義務の程度と監督機関の存否（後見の場合には後見監督人の制度や家庭裁判所による職権解任の制度（民法845条）〔現846条〕など）などにあるといえよう。法は、親権者に緩やか、後見人に厳格な態度をとるといってよい。親権者となるのは子の父母であり、後見人となるのは父母以外の者であり他人である場合さえある。その意味で、後見人の場合には父母が自己の子に対して愛情をそそぐのとはいささか異なった見方をしておかざるを得ないところに、この差異の原因があるう。

2 後見制度の変遷

およそ、家制度が支配し、家族的結合関係が強固であった時代にあっては、家にあつて未成熟者や自分自身で生きて行けないような者があつた場合には、

この面倒をみるのは家長である戸主の責任であった。要するに戸主は家にあつて、その構成員に対する支配権を有する反面、保護を要する者が家に存する場合においては、この者を保護するのも家長である戸主の責任であった。

ところが漸次、戸主の権限が衰退の方向をたどり、やがて未成年者は親である親権者の保護の下に、妻は夫の保護の下にということとなってくる。このような経過について、梅謙次郎『訂正増補民法要義〔卷之一〕』39頁以下(有斐閣, 1911年)によれば、本来、妻や未成年者は戸主の支配下にあるべきであるが、「戸主ノ権ハ復昔日ノ如ク強大ナルコト能ハス漸ク親権、夫権ノ発達ヲ見ルニ至レリ親権ハ主トシテ未成年者ニ対シテ行ハレ夫権ハ妻ニ対シテ行ハル」と説明されている。

かようにして、従来においては戸主の義務であった要保護者についての保護は、未成年者は親権者の保護の下へ、親権を行う者がいないときには、この間隙を埋めるために親権の延長としての後見制度が設けられ機能することとなる。そうなってくると、ひとり成年被後見人のみが戸主の保護下に置かれるということではできなくなり、ここに成年後見の制度が創設されることとなる。かくして、後見制度は最初に述べたような内容に発展することとなる。

3 未成年後見における問題点

成年後見の場合にあつては、家庭裁判所による後見開始の審判がされるとともに自動的に後見人の選任手続が取られ、後見が必要とされる場合については着実に後見人が付されることとなる。その意味においては、未成年後見がもつ問題点と比較して健全であるということができよう。本稿においては比較的問題点が多い未成年後見を前提として検討を進めておくこととしたい。

未成年後見においても、歴史的な変遷過程がある。家のための後見機能から、後見人のためのそれへ、そして現在では被後見人のための後見の機能を果たすにいたっている(中川高男『新版親族・相続法講義』274頁〔ミネルバ書房, 1995年〕)。

未成年者は恒常的に保護者を必要とする。このため、親権者がいない場合にも未成年者には事実上の保護者が存在しているのが常であり、これが後見人である場合はむしろ少ないのが実状である。本来は、このような保護者として後見人が期待され、予定されているのであるが、この期待は単に法の建前にすぎないともいえる。親権を行う者がなく、未成年後見が必要とされる場

合にあっても迅速に後見人の選任がされるようなことは一般には考えることができない（その代わり前述の事実上の保護者が存在することとなるのが現状である）。どのような場合に後見人が選任されることとなるかといえば、法定代理人としての後見人の存在が必要とされる個別的・具体的事態が生じた場合ということとなる。つまり、未成年者についての養子縁組の必要性（この場合には縁組の成立と同時に消滅する後見ということとなる）や未成年者の所有財産の処分の必要性が生じた場合などを考えることができよう。このような実状からすれば、未成年後見という制度は一種の特別代理人の制度に近似する機能を果たしているといえることができる。このことから、未成年後見に本来期待されている機能としては親権の延長としての恒常的な未成年者の監護教育および財産管理を内容とする機能は十分に果たされているとはいえず、現実には既に述べたように個別的に処理を要する特定の問題が発生するごとに後見人の選任がされることとなるのが実状であるといえよう。

4 未成年後見の現実的機能

未成年後見においては身上監護権と財産管理権とがあるが、前述のように身上監護権については後見制度は無力であるし、財産管理権については単なる特別代理人としての機能を有しているにすぎないのが実状であるとさえいえそうである。

5 現行未成年後見制度に対する改正提案

(1) 二つの提案

現行未成年後見制度が十分に機能しないところから制度についての改正案が提案される。その一は親権を廃止して後見一本化をはかろうとする立場であり、その二は、後見制度自体を現実の後見の機能している範囲に縮小しようとする立場である。以下、これらについて簡単に触れておくこととしよう。

(2) 親権廃止論

前者は、親権規定を削除し、必要な部分を後見規定に繰り入れ、父母を含めて未成年者を監護すべき者を後見人として把握しようとする。親の地位が子の監護を主とするものであるならば、それは一種の後見であるという理解と、親に限って法の規制が緩やかでよいというのは問題が残るといような諸点が考慮されることからきている。

(3) 後見縮小論

後者は後見制度が現実に機能している状況を前提として、包括的継続的な後見は、これを廃止するか、廃止しないまでも、これとは別の特別代理人的な後見制度を設けるかなどを提言する。

(4) 総括として

後見制度の現実的機能を考慮することと、後見人と親権者の職務内容と双方に対する法の規制の程度などに着目して考えることが必要とされよう。

二 扶養と社会保障の関係

1 私的扶養と社会保障制度の発展

いかなる時代や社会にあっても、老幼・不具・疾病もしくは失業などのため自己の資産や労力のみによっては生活することができない者が存することは否定し得ない。これらの者も保護を受け、健康で文化的な最低限度の生活が保障されなくてはならない（憲法25条）。家制度が家族関係を支配し、家族関係が強固な緊密性を有していた時代にあっては、この責任を家長である戸主が引き受けるものとされた。しかし、家制度が崩壊し、家族が夫婦と親子を単位とする核家族制に移行するに際し、夫婦間の扶養は同居扶助の義務として、親子関係の扶養は哺育監護の関係として、それ以外の親族間扶養は親族的扶養とにそれぞれ発展を遂げていくこととなる。これを私的扶養ということができよう。しかし、この私的扶養によることもできない者の存在もまた否定できない。ここに国や地方公共団体が社会的な責任としてこれらの者の生活を保護することが必要とされてくる。これが公的扶養ないし社会保障の関係である。

社会にあって自己の労力や資産によって生活することができない者の保護を私的扶養に依存させることは妥当ではなく、本来、社会保障によって支えられるべき問題である。私的扶養は「社会保障の制度が発達する」「その日までの暫定的」な存在（我妻榮＝立石芳枝『親族法・相続法』346頁〔日本評論社、1952年〕）であり、「つなぎ的存在」（中川善之助『新訂親族法』591頁〔青林書院、1965年〕）であるべきものというように理解されている。

2 私的扶養と社会保障の関係

私的扶養と社会保障との関係は社会における要保護者に対する援助という

側面においては同様であるが、前者は大家族制を通じて発展してきた家族と親族の問題とすることができ、後者はいわゆる救貧法としての発祥をもち、発展を遂げたものであるとすることができる。その意味において、両者はその生成と発展の過程において異なっている。

社会保障法の典型的な存在である生活保護法（生活保護法の他にも児童福祉法、母子福祉法〔現、母子及び寡婦福祉法〕、老人福祉法、身体障害者福祉法、精神薄弱者福祉法〔現、知的障害者福祉法〕などが制定され社会保障制度の確立に貢献している）を中心として、これが現在社会における現実的な取扱いにおいて私的扶養とどのような関係にあるかを検討してみることにしたい。

3 生活保護法の基本的態度

生活保護法は生活困窮者に対する生活保護が生存権保障の理念にもとづくものであることを明らかにしながらも、「保護は、生活に困窮する者が、その利用し得る資産、能力その他あらゆるものを、その最低限度の生活の維持のために活用することを要件として行われる」（同法4条1項）ことと（保護の補足制の原則）、「民法（明治29年法律第89号）に定める扶養義務者の扶養及び他の法律に定める扶助は、すべてこの法律による保護に優先して行われるものとする」（公的扶助の補充制の原則）こととを規定し（同条2項）、私的扶養の優先を宣言する。これは要扶養者に対する保護が基本的には公的扶養としての社会保障によるべきであるという建前からすると、社会保障としての公的扶養との補充性をこのように明確に宣言することにはいささか問題があるといえよう。私有財産制を認める資本主義体制下において国民の生存権を保障するといってみても、公的扶養の基礎となる財源に限界がある以上はやむを得ないという側面があるにしても、このような原則を基本原理として打ち出すことはどうであろうか。同法の基本的態度は「基本的人権の重要な柱をなす生存権の憲法規定（憲法25条）の精神を理解しないかのごとく、消極的であり責任転嫁的である」（中川淳『現代の家族法』154頁〔日本評論社、1976年〕）とさえいえるかもしれない。まして、民法の認める私的扶養の範囲ともなると現実的共同生活をしていないような範囲の親族にまでその義務範囲を求めているほど、その義務者の範囲は広く（民法877条1項・2項）、近代法に類例をみないほど広汎であることからすると問題があるといえよう（岡垣学『親族法相続法講義案〔三訂版〕』227頁）。生活保護法においては「保護は、生活に困窮す

る者が、その利用し得る資産、能力その他あらゆるものを、その最低限度の生活の維持のために活用することを要件として行われる」とされ、要保護者にあっても保護の前提として、利用することができる人的・物的財源を最大限に活用し、それでもなお最低限度の生活を維持することができないような場合、初めて不足分を補充する存在であるとしている。

4 生活保護法の運用

生活保護法第29条は「保護の決定又は実施のために必要があるときは、要保護者又はその扶養義務者の資産及び収入の状況につき、官公署に調査を囑託し、又は銀行、信託会社、要保護者若しくはその扶養義務者の雇主その他の関係人に、報告を求めることができる」と規定し、第24条第3項においては「扶養義務者の資産状況の調査に日時を要する等特別な理由がある場合には、これを30日まで延ばすことができる」と規定し、保護の実施機関において要求される保護申請者に対する14日以内の通知義務の期間を延長して調査に万全を期すものとしている。これは適正な保護という観点からすれば当然のことであるが、この具体的な運用として、保護の申請がされたときには、要保護者の扶養義務者のうち絶対的扶養義務者（配偶者を含む）、相対的扶養義務者のうち現に当該要保護者またはその世帯に属する者を扶養している者および過去に当該要保護者またはその世帯に属する者から扶養を受けるなど特別の事情があり、かつ、扶養能力があると推測される者の有無、扶養の可能性ならびに扶養能力を調査することが要求されている（昭和38年4月1日社発246号）。こうなると親族的扶養優先原則の運用としても行き過ぎの感があるといえよう。また、要保護者に緊急の要扶養状態がある場合において扶養義務者が存するものの義務履行を拒否しているような場合、要扶養者についての保護開始要件がある以上は、とりあえずの保護措置を採り、最終的には当該扶養義務者から生活保護法第77条第1項に規定する費用を徴収することとしている（この点につき同条2項・3項〔現、なし〕、家事審判法9条2項〔現、家事事件手続法39条別表第2の16〕参照）。このような取扱いによって私的扶養の義務性が明白とされているといってもよいであろう。

5 社会保障制度の在り方

いずれにしても、社会保障制度を暫定的に補充する機能を果たす存在であ

るべき私的扶養の制度が実際の運用・機能という面においてはもとより、理念としてまでも、要保護者に対する主要な存在とされ、むしろ社会保障が私的扶養の不十分なところを補充する機能を果たしているのが現状であるといつてよいであろう。このような現状はやはり暫定的措置としてであっても好ましいものとはいえず、将来的には解消の方向をたどらねばならない問題であることが指摘されよう。

6 扶養の程度の種類について

(1) 従来からの分類

私的扶養における扶養の程度については従来から学説によって生活保持義務と生活扶助義務とに分類議論されているが、最近、この分類に対しての批判が有力にされるようになってきている。この生活保持義務というのは夫婦や未成熟の子に対する親の扶養義務についていわれ、これは扶養義務の履行自体が義務者自身の生存の一部を形成しているようなもので、自分の生存をかけてすべき義務、たとえば、一碗の飯も分けて食うような関係ということとなり、後者は、自己の生存をかけてまで扶養する必要のない関係、つまり自分の生活を維持してなお余裕がある場合に負担する扶養義務というような説明がされる（中川善之助「親族的扶養義務の本質」法学新報38巻6号61頁、同7号48頁）。

(2) 学説の批判

これに対しては最近、両者の差異は、質的な差異ということではできず、量的な差であり、絶対的・画一的なものではないとする見解や、この区別は理念としての存在であって両者の間には具体的事案に応じた多様な扶養義務が存在し、結局は一切の事情を考慮して扶養義務の内容が定められるべきで、生活保持義務か生活扶助義務かということで画一的に扶養義務の内容までが決まるものではないなどの批判がされている。

(3) 検討の方法

この典型的な扶養義務の分類が、これらの批判の中においてどれだけの解釈論を主張することができるか、あるいは、この分類に現在の解釈論における機能をどこに求めることができるかなどに着目する必要がある。

【補注事項】

後見制度に関しては、平成12年4月1日から施行された改正民法（平成11年法律第149号）によって成年後見制度が、また、平成24年4月1日から施行された改正民法（平成23年法律第61号）によって親権・未成年後見制度が、それぞれ改正を受けている。そこで、成年後見制度の改正については、用語の変更等を本文に反映させた。

また、親権・未成年後見制度の改正により、親権者は「子の利益のために」監護・教育をすべきことが明記され（民法820条）、この規定が未成年後見にも準用されること（民法857条）から、本文にいう「被後見人のための後見の機能」がより鮮明になった。さらに、従来、一人の自然人でなければならぬとしていた未成年後見人（改正前民法842条）につき、複数または法人の選任を許容している点（民法840条2項・3項参照）も、制度の運用に影響を与えるものとして特筆されよう。

判例・先例索引

(1) 大審院判例

明治37年1月23日大判戸籍関係判例総覧	6
大正7年7月26日大判刑録24輯1016頁	16
大正10年7月13日大判判決民録27輯1318頁	237
大正11年2月25日大判民集1巻69頁	192
大正11年3月27日大判民集1巻137頁	293
大正15年10月11日大判民集5巻703頁	273, 276
昭和6年1月27日大判新聞3233号7頁	192
昭和7年4月20日大判新聞3400号4頁	186
昭和7年6月29日大判戸籍関係判例総覧16頁	218
昭和9年5月4日大判新聞3703号7頁	186
昭和12年4月12日大判判決全集4輯8号16頁	293
昭和16年2月3日大判民集20巻70頁	154, 157, 192
昭和16年11月29日大判評論全集31巻370頁〔民〕	186, 187

(2) 最高裁判所判例

昭和28年4月23日最判戸籍関係判例総覧	6
昭和31年7月19日最判民集10巻7号908頁	186
昭和34年8月7日最判民集13巻10号1251頁	155, 187, 189
昭和37年4月27日最判民集16巻7号1247頁	228
昭和38年11月28日最判民集17巻11号1469頁	154, 157, 185, 192
昭和41年3月2日最判民集20巻3号360頁	218
昭和42年12月8日最判家月20巻3号55頁	157
昭和44年1月31日最判判時553号47頁	186
昭和44年4月3日最判民集23巻4号709頁	191
昭和44年5月29日最判民集23巻6号1064頁	156
昭和45年4月21日最判判時596号43頁	191
昭和52年2月14日最判家月29巻9号78頁	293

昭和58年10月13日最判家月36卷10号77頁	263
平成7年1月27日最判民集49卷1号56頁	233
平成15年5月28日最決公刊物未登載	20
平成15年12月25日最決民集57卷11号2562頁	264, 265

(3) 控訴院・高等裁判所判例

大正7年4月11日東京控判新聞1408号23頁	187
昭和2年10月11日大阪控判新聞2756号13頁	190
昭和24年5月19日東京高判高民集2卷1号77頁	55, 73
昭和26年4月9日東京高決家月3卷3号13頁	252, 255
昭和31年11月29日大阪高決家月8卷11号41頁	242
昭和31年12月24日大阪高決家月9卷1号25頁	242
昭和32年9月19日大阪高決家月9卷10号34頁	242
昭和34年5月14日東京高判高刑集12卷5号529頁	218
昭和35年2月10日高松高決家月12卷11号130頁	242
昭和38年11月9日名古屋高決家月16卷3号107頁	239, 243, 254
昭和45年5月25日仙台高決判時599号43頁	86
昭和47年12月22日福岡高決判時705号63頁	105
昭和51年12月8日東京高決家月29卷8号50頁	252
昭和52年12月21日大阪高決家月30卷6号95頁	88
昭和54年5月17日名古屋高金沢支決家月32卷7号52頁	88
昭和54年9月14日東京高決家月31卷11号85頁	40, 43, 52, 67, 85, 145
昭和58年11月1日東京高決家月36卷9号88頁	88
昭和59年7月12日大阪高決判夕537号222頁	88
昭和59年8月15日東京高決判夕545号259頁	88

(4) 地方裁判所判例

明治44年10月9日東京地判新聞751号22頁	190
大正6年5月28日東京地判新聞1273号21頁	186, 194
昭和26年3月5日東京地判下民集2卷3号339頁	187

昭和31年12月28日京都地判下民集7卷12号3911頁	105
昭和35年6月7日大阪地判判時241号36頁	105
昭和40年2月26日名古屋地判下民集16卷2号362頁	293
昭和40年3月31日富山地判下民集16卷	192
昭和43年1月26日松山地今治支判家月21卷3号76頁	191
平成16年3月2日東京地判戸籍時報568号25頁	19

(5) 家庭裁判所判例

昭和35年1月19日東京家審判家月12卷5号141頁	239
昭和38年10月8日名古屋家一宮支審家月16卷13号107頁	243, 252, 254
昭和39年1月31日熊本家審家月16卷5号161頁	83
昭和41年3月2日大阪家岸和田支審家月18卷10号76頁	252
昭和42年2月16日鳥取家米子支審家月19卷9号82頁	252
昭和43年2月5日東京家審家月20卷9号116頁	105
昭和45年10月22日函館家審家月23卷6号73頁	252
昭和47年10月30日那覇家審家月25卷9号128頁	252
昭和48年11月20日那覇家審家月26卷5号100頁	293
昭和48年11月28日福島家審家月26卷7号48頁	293
昭和49年4月9日東京家審家月28卷3号56頁	254
昭和49年5月29日静岡家熱海出審家月27卷5号155頁	105
昭和51年10月6日福岡家直方支審家月29卷4号147頁	88
昭和51年12月17日大阪家審家月29卷7号58頁	88
昭和52年1月5日大阪家審家月29卷7号60頁	87
昭和52年8月29日大阪家審家月30卷7号75頁	87
昭和52年9月12日秋田家本荘支審家月30卷2号144頁	87
昭和53年7月28日釧路家北見支審家月31卷4号86頁	88
昭和54年4月13日静岡家審家月31卷11号91頁	40, 68, 85, 145
昭和55年2月5日大阪家審家月32卷7号62頁	87
昭和55年2月28日京都家審家月33卷5号90頁	128
昭和55年3月3日青森家八戸支審家月33卷8号65頁	87
昭和56年10月7日札幌家審家月35卷3号92頁	88

昭和57年 5月21日大阪家審家月35卷9号115頁…………… 87

(6) 法務省先例

明治31年 9月22日民刑972号回答……………	223, 225
明治31年10月 4日民刑1245号回答……………	242
明治32年 1月26日民刑1788号回答……………	248, 249
大正 3年12月 9日民1684号回答……………	249
大正 4年 1月 9日民1009号回答……………	213
大正 4年 1月20日民54号回答……………	249
大正 4年 6月12日民704号回答……………	249
大正 4年 6月23日民361号回答……………	223
大正 5年 2月 3日民1836号回答……………	16
大正 5年 6月 7日民465号回答……………	210, 211, 212
大正 6年 6月22日民2048号回答……………	193, 194
大正 7年 5月30日民1159号回答……………	228
大正 7年11月 5日民事甲190号回答……………	213
大正11年 5月16日民事1688号回答……………	228
大正12年 2月 6日民事328号回答……………	255
昭和 2年 8月 5日民事6488号回答……………	229
昭和 3年 9月27日民事10510号回答……………	230
昭和 5年 4月 2日民事228号回答……………	255
昭和 7年 8月18日民事甲828号回答……………	241
昭和10年10月 5日民事甲1169号回答……………	240
昭和12年 4月 7日民事甲371号回答……………	125
昭和22年 2月26日153号回答……………	248
昭和22年 8月27日民事甲841号回答……………	214
昭和23年 1月13日民事甲17号通達……………	37, 51, 62, 76, 142
昭和23年 1月31日民事甲37号回答……………	253
昭和23年 7月 1日民事甲1676号回答……………	46, 82
昭和23年12月 1日民事甲1998号回答……………	16, 219
昭和23年12月 9日民事甲3780号回答……………	82

昭和23年12月15日民事甲2321号回答	273
昭和23年12月15日民事甲3367号回答	285
昭和24年4月2日民事甲798号回答	210, 211
昭和24年4月12日民事甲823号回答	273
昭和24年4月18日民事甲898号回答	273, 285
昭和24年7月21日民事甲1647号回答	273
昭和24年11月15日民事甲2670号回答	100
昭和24年11月18日民事甲2694号通達	273, 285
昭和25年4月10日民事甲932号回答	227
昭和25年6月10日民事甲1653号回答	273
昭和25年9月12日民事甲2506号回答	229
昭和25年9月21日民事甲2537号回答	213
昭和25年11月9日民事甲2910号回答	223, 225
昭和25年12月6日民事甲3069号通達	274, 285, 287
昭和26年4月30日民事甲899号回答	14, 54, 68, 100, 116
昭和26年12月20日民事甲2416号回答	125
昭和26年12月28日民事甲2424号回答	100, 112
昭和27年4月19日民事甲438号通達	271, 274, 285
昭和27年5月19日民事甲709号通達	208
昭和27年6月7日民事甲804号通達	230
昭和27年7月9日民事甲1012号回答	194
昭和29年1月19日民事甲89号回答	195
昭和29年2月15日民事甲297号回答	212, 223, 224
昭和29年4月14日民事甲752号回答	216
昭和29年5月21日民事甲1053号回答	65, 66, 81, 84
昭和31年5月2日民事甲838号通達	215
昭和31年5月18日民事甲1045号回答	107, 110
昭和31年10月17日民事甲2395号回答	196
昭和32年3月4日民事甲398号回答	248
昭和33年12月6日民事二発572号回答	107
昭和34年6月22日民事甲1306号回答	249
昭和34年8月27日民事甲1545号通達	16, 202

昭和34年 9 月 9 日民事甲2008号回答	202
昭和34年10月 1 日民事甲2168号回答	195
昭和35年12月23日民事甲3261号回答	110
昭和36年 9 月 5 日民事甲2008号通達	16, 202
昭和36年10月11日民事甲2556号回答	224, 227
昭和37年 6 月 7 日民事甲1491号回答	199
昭和37年 9 月27日民事甲2716号回答	196
昭和37年11月27日民事甲3396号回答	215
昭和38年 5 月15日民事甲1421号回答	241
昭和38年 8 月26日民事甲2480号回答	274, 287
昭和39年 2 月27日民事甲385号通達	196
昭和39年 4 月21日民事甲1574号回答	274
昭和39年 5 月 4 日民事甲1617号回答	224
昭和39年12月21日民事甲4007号回答	195
昭和40年 1 月 7 日民事甲4016号通達	277
昭和40年 4 月12日民事甲838号回答	14, 54, 68, 100, 114
昭和40年 5 月13日民事甲794号回答	277
昭和40年 5 月13日民事甲797号回答	277
昭和40年 6 月21日民事甲1430号回答	241
昭和40年 7 月 5 日民事甲1709号回答	277
昭和42年 3 月27日民事甲365号回答	54, 68, 96, 113
昭和43年 3 月 4 日民事甲373号通達	4
昭和47年 8 月23日民事二発420号回答	241
昭和50年 7 月17日民二3742号通達	245, 246
昭和51年 1 月23日民二900号通達	16, 17, 155, 196, 197, 199, 201, 219
昭和51年 1 月23日民二901号依命通知	17, 155
昭和51年 5 月31日民二3233号通達	39, 53, 144
昭和51年 6 月11日民二3328号通知	16, 197
昭和51年11月 4 日民二5351号通達	76
昭和53年 7 月22日民二4184号通達	18
昭和53年 8 月 9 日二戸一520号回答	96
昭和53年12月20日民二6642号回答	66, 84

昭和55年 8月27日民二5217号回答	37, 44, 54, 69, 93, 94, 95, 143
昭和55年 8月27日民二5218号通達	37, 45, 54, 68, 69, 93, 94, 98, 137, 142, 143
昭和55年 9月11日民二5397号回答	134
昭和57年 7月 6日民二4265号通達	16
昭和62年10月 1日民二5000号通達	39, 53, 144
平成 2年10月20日民二5200号通達	258
平成 6年11月 6日民二7005号通達	258
平成13年 6月15日民一1544号通達	137
平成14年12月18日民一3000号通達	17
平成20年12月12日民一3217号通知	27
平成22年11月30日民一2903号通達	258

(7) 戸籍事務協議会決議

昭和25年 5月18日山口局徳山支局管内戸協決議 (同年10月12日法務府民事局変更指示)	240
昭和26年 6月 4～5日山形局管内山形県戸協決議	249
昭和28年 6月26～27日名古屋局管内北陸都市戸協決議 (同29年 1月13日法務省民事局変更指示)	251
昭和32年 4月 4～5日徳島局管内徳島戸協決議	241
昭和36年 5月25～26日兵庫戸協決議	241
昭和41年 6月 3・4日鳥取県戸籍住民登録事務協議会決議	128
昭和41年 6月 9～10日長崎局戸協決議	249, 251
昭和45年 5月24～25日熊本県連合戸協決議 (同年10月14日福岡法務局長変更認可)	249, 251
昭和46年 9月 7～8日福岡連合戸協決議	249
昭和48年 7月 5・6日長野県戸籍住民基本台帳事務協議会決議	128

著者紹介

山川 一陽（やまかわ・かずひろ）

埼玉県生まれ。

1968年日本大学法学部卒業。

東京地検検事，広島地検検事，法務省民事局付検事などを経て，
現在日本大学法学部教授（民法専攻）。