

原 告 想田和弘ほか1名
被 告 国

準備書面(6)

令和元年9月19日

東京地方裁判所民事第3部A1係 御中

被告指定代理人

志水崇通



木幡祐記



吉田直人



遠藤啓佑



倉重龍輔



大嶋真理子



梶谷健二郎



片倉菜摘



今井文音



陶山敦司



佐藤博行

被告は、本準備書面において、原告らの令和元年8月30日付け第4準備書面（以下「原告第4準備書面」という。）に対し、必要と認める限度で反論する。

なお、略語等は、本書面で新たに用いるもののほかは、従前の例による。

第1 現行法において日本人同士が別氏のままで婚姻をすることができ、その場合には当該父母の間に出生した子は父又は母の氏を称することになると原告の主張には理由がないこと

1 原告らの主張

原告らは、現行法において日本人同士が別氏のままで婚姻をすることができるとの主張を前提に、そのように解したとしても、当該父母の間に子が出生したときは、子は、父又は母の氏を称することになると解釈されるから、現行法における子の氏に関する規定（民法790条等）は原告らの上記主張の障害にならないと主張する（原告第4準備書面第3の2(2)イ・7ページ）。

2 被告の反論

(1) しかしながら、原告らの上記解釈によれば、例えば、父母間で子の氏について合意をすることができない場合には子の氏が決まらないこととなってしまう。このような子の利益を軽視する解釈を採用するのは妥当でない。

また、「必要に応じて父又は母について新戸籍が編製され」、「子が父の氏を称すれば、子は父の戸籍に入り、子が母の氏を称すれば、子は母の戸籍に入る」（原告第4準備書面第3の2(2)イ・7ページ）との原告らの上記解釈に係る戸籍法に関する解釈も、被告準備書面(3)第3(5ないし7ページ)で述べた戸籍の編製基準に関する戸籍法6条及び婚姻による戸籍の変動に関する16条の規定に明らかに反するものである。加えて、原告らは、戸籍法は、民法の親族に関する規定の手続法にとどまらないとして、「戸籍法6条本文は、『夫婦が称する氏』を定めない日本人夫婦の婚姻についての登録・公証を積極的に排除する趣旨ではない」（原告第4準備書面第3の1・6ペ

ージ) とも主張するが、本件で問題となる民法 750 条と戸籍法 6 条等との関係についていえば、正に実体法と手続法との関係であるから（被告準備書面(1)第2の2(1)・6ページ、同第3の1(2)及び(3)・8及び9ページ、被告準備書面(3)第3・5ないし7ページ）、戸籍法 6 条が、民法 750 条を離れて、「夫婦が称する氏」を定めない日本人夫婦の婚姻についての登録・公証を認めるものとは到底いえず、上記主張には理由がない。この点は、島津一郎・松川正毅「基本法コンメンタール親族〔第五版〕」63ページ〔沼田幸雄〕も、「本条（引用者注：民法 750 条）は夫婦同氏の原則を定める。すなわち、法律婚にある夫婦は婚姻の際に定めるところに従い、一方配偶者の氏を夫婦共通の氏としなければならない（括弧内省略）。そして、実体法である本条の定めを受けて形式法たる戸籍法では、同氏同籍の原則（戸六）が適用される結果として、夫婦が戸籍編製の基準とされる。」と解説している。

さらに、民法 790 条は子の氏に関する規定であり、同条 1 項は嫡出子に関する規定、同条 2 項は非嫡出子に関する規定であるところ、同条 1 項本文は「嫡出である子は、父母の氏を称する。」と定め、同項ただし書は「ただし、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。」と定め、同条 2 項は「嫡出でない子は、母の氏を称する。」と定め、いずれも子の氏の取得原理を一律に規定している（傍点はいずれも引用者）。しかしながら、原告らの民法 790 条 1 項本文の「父母の氏」を「父又は母の氏」と読み替えるとの解釈によれば、本来、一律に決まる子の氏が一律に決まらないこととなってしまうばかりか、上記で述べたとおり、父母間で子の氏について合意をすることができない場合が生じ、子の利益にそぐわない事態が生じることとなってしまう。また、民法 790 条 1 項本文は「父母の氏」と定め、非選択的に一つの氏を意味していることは明らかであるにもかかわらず、原告らの解釈によれば、「父又は母の氏」と、二つの氏の中か

ら選択的に一つの氏を意味することとなってしまい、文理からかかる解釈を導くことができない上、民法が「父母の氏」との文理（民法790条1項等）と「父又は母の氏」（同法791条1項等）との文理を使い分けて定めていることとも整合しない。

(2) なお、原告らが上記解釈の前提とする「現行法において日本人同士が別氏のままで婚姻をすることができる」との主張に理由がないことは、これまで繰り返し述べてきたとおりである。この点に関し、更に付言するに、原告らの主張によれば、日本人同士であっても、外国法が定める方式を履践すれば、容易に民法750条に反する婚姻を成立させることができることとなるが、同条は強行規定であるから、同法はそのような事態を許容していないというべきであり、この点に照らしても、原告らの主張に理由がないことは明らかである。

第2 結語

以上のとおり、現行法において日本人同士が別氏のままで婚姻をすることができ、その場合には当該父母の間に出生した子は父又は母の氏を称することになるとの原告らの主張には理由がない。

以 上