

フランスの判例からみた夫婦の氏

——夫婦別氏制への展望——

滝
沢
聿
代

序論

第一章 問題提起

第一節 学説の整理

第二節 フランス法の議論との対比

第二章 フランスの判例

第一節 序

第二節 婚姻一般に関するもの

第三節 離婚に関するもの

第四節 別居に関するもの

第五節 まとめ

第三章 立法への摸索

第一節 序

第二節 親子の氏

第三節 夫婦の氏

第四節 結び

あとがき

序論

氏の概要

昭和二二年の民法改正によって、明治民法が採用していたわが国独特の家族制度である「家」制度が廃止され、新たに憲法二四条の精神に沿った現行の民法第四編、第五編が成立した。個人の自由と尊厳の原理に反する多くの規定を含んでいた明治民法の家族法は、改正前から既に長きにわたって社会経済的基礎を欠くとの批判があり、家は専ら観念的な戸籍簿上の存在にすぎなかったといわれる。しかし、家族制度イデオロギーを浸透させようとする政治力の試みに支えられ、更には扶助共同体としての現実生活上の必要性が、慣習や国民道徳として、社会の中に家を存続させてきたことは否定できない。「家名」の観念は、そうした社会的要請の中核として意識され、強調されてきたものであろう。⁽¹⁾

明治民法の家は、一定範囲の親族団体をまとめて戸籍に記載し、同一の家に属する者は「家の氏」を取得することによって、同一の氏を称させるという効果を持っていた。⁽²⁾従って、明治民法の氏を家の名（呼称）と理解することと異論はみられない。それだけに、改正によって家が廃止された後、民法上の氏はその依って立つ基盤を根底から問い直されなければならなくなったのである。家の氏という観念はなくなり、氏は各人の苗字にすぎなくなったのであるから、単なる個人の呼称であるという説明が一般にはなされている。⁽³⁾しかし、氏が名と共に個人の同一性を示す手段として用いられるものであり、その意味で個人の呼称であるという点に注目すれば、明治民法の氏も第一の役割は呼称性にあつたといえるであろう。問題は単なる呼称にすぎないであろうかという所にはじまっている。氏を名から区別するものは何であるのか。名は純然たる個人のものであるが、氏は個人のものであると同時に、共通の氏を称する一定範囲の人々の存在を常に前提としているようにみえる。旧法の家の氏という性格づけに

代えて、現行法は氏の取得変更を定めるいくつかの規定をおき、この点を解決しようとしている。民法の氏の規定を貫く基本原理は何か。この問題が「氏の性質は何か」というかたちで種々の議論を生み、未だ学説の一致をみていない。

右の理論上の問題とあわせて、氏はもう少し実践的な角度からも論じられている。前述のように、明治民法改正の主目標は家の廃止にあったのであるが、長い慣習、道徳として国民感情を支配してきた封建的なものを払拭し、わが国社会の急速な民主化を図るといふ立法事業は、当然のことながら、保守的勢力との妥協や国民感情への譲歩を余儀なくされたのである。⁽⁴⁾ その結果、廃止されたはずの家は、新法の氏に関する規定の中に形を変えて存続することになってしまったのではないか。改正法案が発表され、続いて新民法が公布された昭和二二年前後には、多くの解説、批判がこの点を第一の問題点として鋭く追及した。⁽⁵⁾ また引き続いて現われた氏に関する諸論文は、いずれも問題意識として家の克服を目ざし、真の民主社会への方向を探るといふ共通の関心に深く規制されている。⁽⁶⁾ しかし、氏の本質論に関する錯雑な学説の中に反映されているとおり、氏における家の克服は、結局のところ「個人の呼称」という性格の強調に終ってしまっているのが現在までの段階であるといえるであろう。そして家を否定する故に氏を否定するというこれまでの議論の傾向のために、現在の日本では、氏に対する個人の正当な利益を保護するという考え方の育つ基盤が失われてしまっている。これは看過できない現行法の大きな問題点であると考えられる。⁽⁷⁾

更に、最近の日本社会の急速な核家族化の現象は、問題の発端であった家そのものをほとんど過去の遺物にしてしまったと言ふに十分であり、従来のような意味での氏の議論の根拠もなくなってしまった。改正民法の民主化の理想がそれだけ社会に定着したことは大きく評価されるべきであろう。この時点で、これまでに現われた氏に関する論点を整理し、そこから新たな議論の方向を引き出そうと試みることは、もはや家的なものの否定を意味するの

ではなく、将来の社会への展望を開くことではなくてはならない。氏は単なる呼称であり、氏の問題は瓊末現象であるという批判は常に一方に存在するのであるが、それにもかかわらず、氏が家と結びついて日本社会の根底を規制してきた長い歴史を考へてみるならば、われわれの意識の中の氏は、社会の体質を決定するのに大きく与っているにちがいないのである。⁽⁸⁾

最後に、氏を論じるもう一つの実践的な手がかりとして、氏の制度における女性の不利益という観点からの現行法への批判をとり上げなければならぬ。婚姻によって夫婦の一方は必ず氏を改めなければならないという夫婦同氏の原則（民法七五〇条）と、氏を改めた配偶者は離婚の際必ず復氏するという規定（民法七六七条）が、この場合の批判の中心になっている。これらの規定は強行法規として厳格に適用されるため、婚姻によって氏を改める者の不利益は無視できないものがある。⁽⁹⁾ 氏を改めるのはほとんどの場合妻であるが、妻が独立して職業、芸術等の活動に従事しているような場合には、特に別氏による婚姻の自由を認めるべきではないかという立法論は、法制審議会でも将来の課題の一つとして示唆されてきたようである。⁽¹⁰⁾ また、後述するように、妻の独立した社会的活動のために妻の氏を保護するという思想は、世界的に共通の方向でもあるとみうけられる。⁽¹¹⁾

考察の方法

以上のように概観してみると、わが国の氏に関して解決を求められている問題は大きく、新たな考察の視点を見出すことが不可欠となっている。にもかかわらず、わが国の氏は、現在民法上規定されると同時に戸籍編成の技術的手段とされており、戸籍法からの制約をもうけている。そのために、氏の異同による戸籍の異同という両者の関連性が様々な解釈、適用上の困難を生み出しており、このことが氏の理論を複雑にしている第一の原因ではないかと考えられる。そこで、本稿においては、氏をできるだけ実体的に観察してゆく手がかりを得たいと考え、その上に立って氏の基本的な性格を検討しつつ、将来の氏に対する展望を試みたいと考えている。

比較法的な考察の対象としてフランス法を選んだのは、フランス革命による個人主義の宣揚という伝統を持つフランスが、この問題にどのような解決を与えているかという関心と共に、具体的にはフランス民法典の夫婦の氏に関する規定がわが国とは全く正反対であつて、夫婦同氏の規定はなく、わずかに「離婚に際しては各自が自己の氏の使用を回復する」と定める点に注目したからである。^(補B) フランス法では夫婦同氏はいかなる性格のもので解されているのであろうか。法規を持たないところで、婚姻と氏との関係は実際上どのような問題を生じ、どのような解決がなされているのであろうか。これらの疑問を夫婦の氏に関する判例の中から探つてゆくことが第一の目的である。

次に、できるだけ事案に即して判例を眺めながら、そこから日本民法の夫婦同氏を批判してゆく視点を得たいと考えた。わが国の夫婦同氏は、旧法下では夫婦同家同氏の原則の理論的帰結であつたのに対し、家廃止後の今日においては、民法の夫婦同氏の原則は、旧法以来の慣習と近代婚姻法の一般的傾向という以上に説明されていない。しかも、このように家制度の歴史の中から生まれた民法七五〇条は、絶対的性格のままに呼称秩序を定める中心的規定となつて、氏の性質についての現行法の解釈論を大きく支配しているのである。広範な氏の問題点を再検討するためにも、第一に七五〇条を議論の出発点とすることが最も適切であると考えられる。もちろん、フランス法自体の理解も十分ではなく、参照した判例の数も少ないのであるが、比較法的考察に基づき夫婦同氏の批判を踏まえ、た上で、結びとしては、夫婦別氏制の採用を含めた日本法への立法論を提案する方向にしめくりたいと考えている。

本稿の構成

従つて、以下の構成は、まず第一章においてこれまでのわが国の氏に関する学説を整理し、つづいてフランス法の氏一般について論じられるところと比較対照しながら、問題の提起を試みる。次に、第二章においてフランスの

判例を紹介し、氏がどのような訴訟のかたちをとってそこに登場しているかをみながら、背後にある氏に対する基本的な理解の仕方を掴みたいと考える。最後の第三章においては、判例から窺い得たところを前提として再びわが国の氏に立ち戻り、夫婦同氏の原則を緩和する方向に沿って民法七五〇条の立法的修正を考えてみたい。このように本稿は夫婦の氏を中心に考察をすすめるものであるが、わが国の氏の問題は現行民法の規定に基づく解釈論のみによっては解決されないのではないかとという理解に立ち、立法による新しい氏への展望を求めたために、必然的に大まかな議論が多方面に及ぶという結果になっている。細部の問題点に対する考察を充実させてゆくことは、今後の課題としなければならない。

(1) 古来からのイエナ、家号に代わって氏が「家名」として意識されるようになったのは比較的最近のことであるとされる。川島武宜「人・法人」(民法教材)一三三頁参照。

(2) 民法旧規定七四六条「戸主及び家族ハ其家ノ氏ヲ称ス」参照。この規定は、谷口知平・日本親族法三二頁によれば、次のように説明されている。「戸主及び家族は家の名称たる氏を称する権利を有する。この権利は同時に義務である。蓋し我国は何人も家に属せざるを得ないとする制度を採用し、その属する家の名を称せしめることに於て社会の秩序を維持せんとしているからである。」

(3) たとえば、奥野健一「改正民法概説」法律タイムズ七号一八頁、川島武宜「来栖三郎」磯田進・家族法講話三〇頁等参照。

(4) この間の事情については、我妻栄編・戦後における民法改正の経過一一頁以下に詳しい。また、我妻栄「新親族法の解説上」法律時報一九卷一一号三頁以下では、「改革への正道を徐々にではあるが、しっかりと進ませるための必要な妥協」として、改正過程が積極的に評価されている。

(5) とりわけ、民法改正案研究会「民法改正案に対する意見書」法律時報一九卷八号四頁以下の批判が目目される。

(6) たとえば、山主政幸「社会制度としての氏」家族法論集一頁以下は、「旧来の一種の社会機構を、改正民法の背後において維持し、あるいは復活しようとする力の支点になりうるもの」と批判しつつ、「制度としての『氏』の社会的機能をみきわめて、その偏向を抑え、また歴史の進展する方向に向けて進展させたい」と結んでいる。

(7) 今日、民法上氏名権が論じられることはほとんどないのは何故であろうか。これに対し、家名意識の強かった旧法下においては、氏を称する権利が専用権であるかどうかが論じられ、他人の氏名の僭称は人格権の侵害として損害賠償義務を生ぜしめるし、その氏名の使用禁止を請求できると説かれているのである。谷口・前掲書一二六頁参照。

(8) 山主・前掲論文家族法論集二二頁は、「氏の問題はもはや単なる呼称の問題ではなく、また單純に法制度の問題であるばかりでなく、実は社会関係の中核的実体に関するものなのである。」と述べて、こうした見方を推し進めてゆこうとする。

(9) 夫婦の氏を定めない婚姻届は受理されないし(民七三九条・戸七四条)、離婚の場合の復氏が強行されていることは、戸籍法一〇七条の氏の変更の申立によって救済を求めた事例のほとんどが却下されている事実が明らかである。唄孝一「離婚と氏」ケース研究昭和二八年一頁二頁以下参照。

(10) 座談会「民法改正に関する問題点下」ジュリスト九八号一五頁以下参照。

(11) ソビエト、中国、東欧諸国等の社会主義国がこの問題に徹底した男女平等を実現し、別氏の自由を認めていることは注目に値する。他方、西ドイツ、フランスのような国において、旧来の伝統と妻の氏の利益を保護するという要請との間でいかなる妥協と調和が見出されているかを知ることにも一そう興味深い。なお、わが国では、この問題をとり上げた最も新しい論文として、星野澄子「氏にあらわれた婦人の地位——現行法上の諸問題——」村上益子編・婦人論のイデオロギー所収がある。筆者はその中でこれを婦人問題の盲点であると、婚姻と女性の氏に関する現状を觀察した上で、結論としてはやはり前述の二つの条文を批判し、別氏制への立法的解決を示唆している。

(12) Art. 299 C. civ. al. 2 (Par l'effet du divorce, chacun des époux reprend l'usage de son nom) なお、この他に、別居の場合の夫婦の氏に関する三二一条一項の規定があるが、後述する。

補註

(a) 周知のようにこの点は、昭和五十一年の民法改正により民法七六七条に二項が追加され、離婚の際に称していた氏を離婚後も継続できる方向に道が開かれた結果、この不利益は大幅に緩和された。

(b) 一八九三年二月六日の法律に基づく記述であり、一九七五年以降は、これらの規定はそれぞれ民法典二六四条一項、三〇〇条におきかえられている。しかし、内容的には変わっていない。

第一章 問題提起

第一節 学説の整理

氏の法的効果

氏は「単なる個人の呼称」であると言われる場合、啓蒙的な意味であることが多いが、この意味を正確に理解してゆくためには、旧法との対比が不可欠である。明治民法の下では、氏は大きく分けて次のような三つの特色を持ったと考えられる。(1)全て個人はいずれかの家に属するとされ、各人の呼称としての氏は家の氏によって定められた結果、婚姻や離婚により所属する家が変わる毎に氏の変動が生じた。(2)家は共同生活の実体である一方、戸籍簿上の存在として重視され、氏の変動は入籍、復籍等によって直ちに戸籍の記載の上に反映された。(3)家を同じくすることは、相続、扶養等において順位が優先される事由となり、また親権行使の要件になる等の親族法上の効果を伴ったため、氏の異同が実質的に人の身分に影響を及ぼした。⁽¹⁾

これらのうち、第二点の特色は、戸籍簿が同氏同戸籍の原則をとった限りで現行法にも承継されており、根本的な変化はないといえよう。第三点は、改正過程において氏を実体的効果から切り離すことが目ざされ、その方向から氏における家的なもの否定が試みられたこと⁽²⁾によって、大きく性格を変えている。新民法では氏の異同によって法律関係に差異を生じることはないという建前がとられたのであり、このことは氏を「単なる呼称」にするための不可欠の前提であった。従って、まずこの面からの検討を進めてみたい。⁽³⁾

戸籍法との関係を別にするならば、現行法において氏が何らかの法的効果を伴うのは、次の二つの場合に限られる。(イ)民法七六九条によれば、婚姻によって氏を改めた夫または妻が八九七条一項の権利（祭祀財産の所有権）を

承継した後、離婚し復氏した場合には、協議によって改めてその権利の承継者を決めなければならず、協議が成立しなければ家庭裁判所の決定するところとなる。氏に法的効果を認めた唯一の例外ともみうるこの規定は、氏に直接法的効果を付与するものではなく、単に争いを生じた場合の措置にすぎないから、氏と祭祀財産を積極的に結びつける規定とはいえないと説明されている。⁽⁴⁾しかし、旧来の家督相続の觀念に慣れた国民感情に、新法の氏に関する基本方針を曲げてまで不必要な妥協をはかったものという批判は免れない。またその結果、氏が社会生活の実体を支配することを民法自ら承認してしまったことになり、もう一つの例として、次のような氏の特別法上の効果を認める根拠をつくっているのではないだろうか。

すなわち、(四)恩給法、戦傷病者戦没者遺族等援護法においては、恩給、遺族年金、扶助料等を受ける当事者は、氏を改める婚姻をしたか否かによって受給資格ないし権利を失ったり、その順位に異同を生じたりする。⁽⁵⁾これらの規定は、民法上の氏の性格を論じる上では考慮する必要がないとしても、先に指摘した旧法下の氏の第三の特色がここに形を変えてはつきり残存し続けているという意味において、注目されなければならないと考えられる。

氏が実体法上の効果を伴うことは、わが国においては家制度に由来する慣習を法的に肯定する結果になるために、立法の方向と矛盾するとして常に批判されてきた。しかし、氏を氏そのものとして考察し、適切な法的保護への道を開くためにも、氏と実体関係との峻別は遂げられなければならないのである。多くの学説は、氏は個人の呼称となったと論じる場合にも、家の名ではないという面へのみ注目し、こうした一般的な面からの分析を特に区別してとり上げることはいない。しかし、氏の真の問題点を明らかにするためには、わが国の氏に内在する歴史的特色と共に、その解体の現状を右のようなかたちで整理しておく必要があると考えられる。⁽⁶⁾

氏の変動の理論

さて、「氏の性質は何か」という観点から論じられているのは、旧法との関連でいえば、先にあげた特色の第一点

にかかわる問題である。氏の変動が全て家の変動として説明されていた時代には、それを支える家族制度の思想と家名の觀念とがあれば、後は専ら家の異同の技術的な問題として氏を処理することができた。しかるに、家がなくなった現在では、親子が同氏であるのはなぜか、夫婦が同氏であるのはなぜかというように、民法の氏の取得變更に関する全ての規定が存在の根拠を問われている。それらは従来は単に家を同じくすることの結果でしかなかつた。家が廃されたのに何故家の名である氏はなくならないのか、といった疑問が投げられる所以もここにある。⁽⁷⁾ 現行民法の規定を検討するための前提として、立法者のこの点に対する見解を明らかにするために、以下では改正過程に立ち入ってみたい。⁽⁸⁾

まず、氏と戸籍との関連については、初期の段階から、旧「家籍」を「夫婦中心の戸籍」として存続させることが考えられており、⁽⁹⁾ これはそのまま現行の戸籍法に実現された。問題は民法上の氏をどう規定するかである。ここでは、廃止された家のかわりに、氏の制度が「現実在即して親族共同生活を規律する」ための依り所とされ、積極的にとり上げられたと指摘されている。⁽¹⁰⁾ そして改正草案の最終段階においてさえ、氏の異同には、扶養義務、婚族關係の終了、離縁による親族關係の終了、親権及び後見の変動等の法律効果が伴うものとされていた。⁽¹¹⁾ 氏に実体法的効果を与え、氏をほとんど家と変らない内容のものにしてしまったこれらの規定は、草案の公表と共に多くの民主的諸団体からの批判、攻撃を受けている。⁽¹²⁾ 更にはGHQの示唆もあって、結局氏と実體關係が完全にばらばらになるという方向での新民法の氏が成立することになったのであるが、この経過が戦後における家の氏の民主化の中心的側面であった。

他方、「氏を現実の共同生活を抑える依り所にする」という起草者の意図は、これからとり上げようとする氏の取得變更という側面において、全く当初の構想のとおりに働いたため、新法の氏のあり方は、家制度の慣習と旧来の氏感情を維持するのみに終つたのである。⁽¹³⁾ 言いかえれば、新民法の氏の変動は、従来家の變動に伴って生じていた

氏の取得変更を、できるだけそのままの状態で継続、再現しようとしていると考えて差支えないはずである。これらに対して一貫した理論的説明を与えようとする民法解釈論が、大きな困難に遭遇しているのも当然であるといえよう。以下には、これまでに発表されている学説の諸見解を、それぞれの特色と共に検討してゆくことにする。

「家の氏がなくなり個人の呼称としての氏が生まれたということは、呼称としての氏の性質を変えるものではなくて、変ったのは、家によって個人の氏を決めるといふその決め方なのである。」⁽¹⁴⁾ という言葉は、氏と法的効果の結合という問題を切り離してしまった状況の下では、旧法から現行法への氏の推移を全く正しく把握しているということが出来る。この観点に立つならば、理論的にも氏がいまなお家名であるという学説の生じる余地はない。従って、現在氏に何らかの家名性を指摘する場合は、旧法からの氏に対する国民感情が、現行法を通じてそのまま維持継続される可能性があることを問題にしているのであり、とりわけ現行の戸籍と旧家籍との類似性がこの点への懷疑を深めている。⁽¹⁵⁾

では、家制度の否定によって、氏はほんとうに「単なる個人の呼称」になったのであろうか。この問いに正面から肯定的に答える学説もまた見当たらない。単なる個人の呼称であるのなら、なぜ夫婦や親子が同氏でなければならぬのか、個人が自由に氏を変えることが許されてもよいのではないか、という反論が必ず生じ、民法のあり方は決してそのようなものとは解しえないことが明瞭になるからである。しかし、この点を認めつつも、あえて「単なる呼称」に近づけようとする解釈は存在する。それらはたとえ、憲法第二四条による家の名の解体を強調し、民法の氏の規定は従来からの習慣と便宜上の問題にすぎないとしたり、⁽¹⁶⁾ あるいはまた、夫婦親子の同氏はむしろ例外であり、個人の呼称である以上各人の氏は銘々異なるのが原則と解すべきであると論じたりしている。⁽¹⁷⁾ 民法の氏の取得変更に関する規定をできるだけ軽視しようとする点で共通している。

これに対し、氏の変動が法律上の強制や許容に基づくことに積極的意義を認め、民法上の原理を明らかにしよう

と試みた学説は、現在次のように分類されている。

(1) 氏を「家庭」ないし「家族共同体」の名と理解するもの⁽¹⁸⁾

民法が家に代わる社会生活の単位として、夫婦と未婚の子による家庭の独立を保護しようとしているところから、氏に關してもこのような見解が導き出されるのは自然である。ただ、ここでは氏は依然として一つの親族団体であることを前提としており、その限りで家的発想を抜け出していない。たとえば家庭説を徹底すると、氏の変動は旧法における家の出入りと全く同じに、新法上の「家庭」への出入りとして説明される。そして子が独立する毎に親とは呼称を同じくするが、生活共同体を異にする別個の新しい家庭の氏が生まれるのである⁽¹⁹⁾。更に、出発点は家庭説と同じ所に立ちながら、この家族共同体を分析し、「夫婦の扶助的生活共同体と親子の保育的生活共同体」の名称としての氏を設定する外圍説がみられる⁽²⁰⁾。夫婦の氏は婚姻を契機に新家庭名として変質すると解し、他方親子に關しては、親子間に保育的共同体が存在する間、すなわち子が未婚ないし未成年の間に限り同氏の原則が及ぶとみるところに特色がある。理論的な精密さを求め、夫婦同氏、親子同氏の根拠を積極的のうち出している点が注目される。

(2) 氏を血縁ないし血統によって定まる名称と解するもの⁽²¹⁾ もちろん新法の解釈論としてであるから、民法第八九七条（祭祀財産に關する規定）を一つの根拠として重視している。これに加えて、前出の外圍説を批判し、親子の氏の關連は、出生後の保育的共同生活よりも、出生自体、すなわち親子の血縁に基礎をおくと主張される。しながら、この考え方は、血縁を同じくしない夫婦が同氏を強制されるという民法七五〇条の説明に困難を生じ、民法の基本的あり方に合致しないと批判をうけている⁽²²⁾。

(3) 氏を「同戸籍者集団」の名称ないし戸籍編成の基準にすぎないとみるもの⁽²³⁾ 氏と戸籍の結合が継続されることについては、改正過程では戸籍を個人別の身分登録制に切りかえるべきであるという批判があつた⁽²⁴⁾。しかるに戸籍は継続し、民法上の氏には明確な定義が与えられないのであれば、氏が専ら戸籍面での重要性しか持たなくなる

のもやむを得ない。進んでは、氏を民法からはずして戸籍上の觀念としてのみ位置づければよいとする立法論も現われ、戸籍法学者や行政庁（法務省）の間に共通してこの考え方が認められる。⁽²⁵⁾ 戸籍による国民の把握という面から、氏が重要な手がかりとなっていることを示すものであろう。民法学者は、この見解が本末を転倒するもので、戸籍には民法の定める氏の取得変更が反映するだけであると反論している。しかし、そのように主張するためには、氏を実体法上のものたらしめる何らかの積極的根拠づけが不可欠である。氏などはどうでもよいと答えることはできない。

しかも、無視しえないのは、氏を基準として戸籍を編成すると、親子であっても氏が異なれば同一戸籍に記載できないため、「身分関係の公示」という戸籍法の存在目的に対しても障害を作り出すことになるという矛盾である。⁽²⁶⁾ 本稿もまた、氏と戸籍の峻別を、両者にその本来の目的を全うさせるための必要と考えるものであり、これは氏の側からみれば、氏に法的効果を附着させないという前述の議論の延長上に位置づけられるべき問題である。

さて、これまでの諸説のように、氏をいかなる程度かで団体の呼称とみることを明確に否定した場合、個人の呼称である氏の取得変更の原理を説明する試みはどのようになされるのであろうか。この点について我妻教授は、「共通の氏を称すべき一定の範囲は、その時代の習俗や国民感情を判定して法律が定める。⁽²⁷⁾」と述べつつ、現行法のある姿にそれ以上の原理を追及する必要はないとされる。中川教授は、家という血縁団体の脱け殻が呼称秩序の安定という便宜のために利用されているだけであると説明される。⁽²⁸⁾ 結果的には、民法の規定の説明を放棄する考え方と等しくなっている。学説を整理された唄教授は、方法論としては、取得変更の原因を定める民法の各規定に対し多元的な意味づけを与えようとしておられるようであり、⁽²⁹⁾ 本稿も基本的にはこの姿勢に依ってゆきたいと考えている。

立法論の視点

ここで、改めて確認しておきたいことは、これまでの氏に関する議論は全て現行法の解釈論としてなされたものであるという点である。もちろん、立法への示唆は多くの論文の中にみられ、実際、氏は民法のうちで最も立法論への言及がなされる領域ではないかとみうけられる。にもかかわらず、自説を根拠とした場合の矛盾や疑問点を解明するために、進んで自己の立法論を展開しようとする試みがなされないのはなぜであろうか。法解釈学の任務はそこにはないからであろうか。しかし、解釈論の豊かな成果の上に立法が検討されてはじめて、よりよい社会統制が可能になる場合もあるはずであろう。³⁰ このような見方に立って、従来の議論を混乱させてきた原因を明らかにすると共に、新しい理論への方向づけを試みるのが、以下における課題である。

まず、唄教授によれば、問題点の所在は次のように指摘される。氏の取得変更が夫婦関係と親子関係を二つの大きな基軸としていることは明らかであるから、その中において身分性の内容を明確にするためには、氏の同一性と夫婦関係及び親子関係との関連がいかなる理由によるのかを探究しなければならない。すなわち、問題点、そこにおいて後者の二つが等しい比重で並列的に捉えられるべきであるのか、あるいはどちらかを主にどちらかを従に考えるべきであるのか、あるいはまた、両者を総合的に把握するための共通の原理があるのか等にかかっている。要約すれば、論点は、(イ)氏の同一性の問題、(ロ)親子同氏、夫婦同氏の経緯の問題の二つであるということができよう。

氏の同一性とは、同じ呼称、字体の氏の間でも氏の異同があるとの前提に立ち、何らかの根拠に基づいて、一定範囲の氏だけを同一のものともみなすという考え方に由来している。³¹ わが国の氏に関して特にこのような議論が必要とされるのはなぜかという問題は、極めて興味深い。恐らくは、氏の歴史が浅く、³²非常に多種の氏が入り混って存在するために特定の由緒ある氏を確認することも難しく、また逆に、一般の氏は何らかの形で特定性を付与しなければ余りに個性のないものになってしまうというような、わが国の氏に固有の事情によるものと推察される。加え

て、氏と戸籍が結合してきた歴史も無視できない。

今日では、この氏の同一性に関する議論は、ほとんど戸籍の出入りを説明する根拠としてのみ用いられ、また必要とされているようである。詳細な戸籍の取扱例を検討することは本稿ではなしえないが、戸籍編成の手続きに際して生じる氏の理論の煩雑さは、従来から批判の対象となってきた。その場合、呼称字体を同じくする氏は全て同一氏とみるべきであるという、極めて自然的な見解がくり返し提案されていることに、改めて注目すべきであろう。⁽³³⁾ 唄教授が指摘された二つの問題点も、同一性をこのように解してはじめて積極的な意味を持ちうるはずだからである。同氏の経緯を問いながら呼称字体は同じでも氏は異なると答えるのであれば、議論は何ら実益のない觀念論となって、また戸籍の中に埋没してしまふであろう。右のような意味での氏の実体性を踏まえた上で、親子同氏、夫婦同氏のあり方を考察してゆかねばならない。

更には、同氏の原則によって、氏を同じくする団体が生じるというような考え方を全面的に否定しておく必要がある。旧法以来の発想のために、わが国の議論は、新法はいかなる氏団体を予想しているかという問題意識にはじまっており、これを最も細かく分析された外岡説においても、なお夫婦親子の同氏は一つの団体の觀念によって把握されている。また、我妻説が「共通の氏を称する範囲」と説明される場合にも、横のつながりに着目することにおいて、団体的思考の名残りは免れていない。しかし、親子同氏、夫婦同氏という原則は、氏を共通に称する範囲を決めるものではなく、むしろ一つの氏が親から子に、夫から妻にと伝わってゆく伝わり方に関するものと理解することがより適当ではないだろうか。これを個人からみるならば、文字通り氏の取得変更の基準となるのであり、唄教授によるこの用語が極めて適切な問題把握となっている。先の氏の同一性に関する理解と共に、同氏の原則の右のような捉え方は、フランス法と共通の議論をしてゆくための基本的な前提でもあることを、とりあえずつけ加えておきたい。

最後に、氏の同一性とも関連する問題として、従来から行われている「呼称の氏」と「民法上の氏」という区別をとり上げておかなければならない。戸籍法一〇七条が規定する「やむを得ない事由」による氏の変更は、民法上の氏の変更とは性質の異なる「呼称上の氏の変更」であるとして一般には理解されている。⁽³⁴⁾なぜなら、第一に身分の変更とは無関係であり、第二に氏の変更、異同に伴う法的効果が生じないからである。⁽³⁵⁾しかし、このような区別は本質的なものであるか。第一の点について言うならば、確かに戸籍法一〇七条は身分の変更とはかかわりないが、民法による氏の変更の場合にも、身分と共に氏を取得するわけではなくて、単に身分の変動を契機として氏の変更が生じるにすぎない、とわれわれは考えてきたはずである。そうであれば、裁判所の審判を契機とする変更と基本的に異なる⁽³⁶⁾ところはなく、両者は単なる法源の差にすぎないとみられるのである。また、氏の変更には法的効果が伴わないことについては、第一に氏にそのような法的効果の附着すること自体が問題であり、戸籍法第一〇七条の審判に際しても判断の基準を不必要に複雑にしているにちがいないと推測されるのであるが、現状の氏がそのようなものである以上、呼称上の変更と同様の法的効果を認めないことの方がむしろ再考を要するのではないかと考えられる。しかし、ここではただ、「氏の呼称の変更」と「氏そのものの変更」といった区別を捨てることも、氏をそれ自体の性質に即して考察する場合に要求される前提の一つとなることを指摘するだけにとどめたい。

(1) 外岡茂十郎「氏の性格」親族法の特殊研究二頁以下参照。

(2) 子の氏と親権とを結びつけることが否定され、生存配偶者の姻族関係は復氏とは別個の意思表示によるものとされたこと等を指摘しうる。我妻編・前掲書一五八頁参照。

(3) 学説の整理は、唄孝一「氏をどう考えるかということ」私法一七号九六頁以下、同「氏をどう考えるか(一)」「(二)」戸籍一一〇号一〇頁以下、一一一号六頁以下、一一二号一〇頁以下によっている。唄教授は、まず氏の呼称性と身分性を區別した上で、前者はすべての氏に共通なものであるとし、問題は身分性の内容如何にかかっていると指摘される。その上で、氏の身分性を、(イ)氏の取得変更の基本原理と、(ロ)氏の異同に伴う法的効果の二つに分けられた。以下の本文にと

り上げるのは、身分性の(ロ)にかかわる側面である。このような区別の試みを、唄教授自身は方法論として疑問もあるとされるが、本稿としては積極的に評価してゆきたい。

- (4) 我妻栄・親族法(法律学全集)四一九頁参照。
- (5) 恩給法七六条三号、八〇条、戦傷病者戦没者遺族等援護法三一条、三六条一号参照。
- (6) フランス法、ドイツ法等においては、このような意味で氏に法的効果が付随することは全くない。
- (7) 宮沢俊義「家破れて氏あり」法律タイムズ七号二五頁がこの点との関連でしばしば引用される。
- (8) この点に関しては、主として唄孝一「戦後の民法改正過程における氏」家族制度の研究下七五頁以下によっている。
- (9) 唄・前掲論文家族制度の研究下七六頁以下参照。
- (10) 唄・前掲論文家族制度の研究下八一頁参照。
- (11) 唄・前掲論文家族制度の研究下九六頁以下参照。
- (12) 唄・前掲論文家族制度の研究下一〇二頁以下参照。
- (13) 我妻栄・前掲論文法律時報一九卷一二号七頁は、わが国の社会の伝統や国民感情を顧慮したと述べており、中川善之助「民法改正案意見書異見」法律タイムズ七号一三頁は、「現在に於けるわが国の家族制度改革立法としてはやむを得ない必要」であったとこれを弁護している。
- (14) 外岡・前掲論文親族法の特殊研究一九頁参照。
- (15) 於保不二雄「氏と戸籍」法曹時報二卷五号一頁以下が氏の家名性を指摘されるもののような意味においてである。
- (16) 清水兼男「夫婦と氏」家族法大系Ⅱ一六一頁参照。
- (17) 鶴沢晋「氏について」戸籍研究一七号二頁参照。
- (18) 於保・前掲論文法曹時報二卷五号一五頁がこれに含まれるとみうるほか、後掲の太田説、外岡説がある。
- (19) 太田英雄「氏について」家裁月報昭和二六年五号四一頁参照。
- (20) 外岡・前掲論文親族法の特殊研究一七頁以下、同「氏の同一性」家族法の諸問題四五頁以下、同「氏とその法理」身分法と戸籍六五頁以下等参照。
- (21) 板木郁郎「氏の性格について——氏の血縁性」立命館創立五〇周年記念論文集五五頁以下、谷口知平・戸籍法(法律学全集)三四頁参照。

(22) 唄・前掲論文私法一七号九九頁、我妻・前掲書四二二頁参照。

(23) 平賀健太「戸籍制度について」身分法と戸籍二九七頁以下、青木義人「改正戸籍法の解説」法律タイムズ一三号二四頁、岩佐節郎「氏の同一性」家族法大系一七三頁等参照。また、鶴沢・前掲論文(注(17)参照)も、「戸籍編成の基準として」という副題をもち、同様の観点によっている。

(24) 前掲「民法改正案に対する意見書」法律時報一九卷八号六頁参照。

(25) 唄・前掲論文家族制度の研究下七七頁参照。

(26) 我妻・前掲書四二五頁参照。

(27) 我妻・前掲書四二二頁参照。

(28) 中川善之助・親族法下六〇八頁参照。

(29) 唄・前掲論文私法一七号九七頁参照。

(30) ただし、ここでは具体的な立法法のために必要な社会的事実の分析ということとは全く考慮していない。むしろ、現行法の氏の規定を統一的に理解することを目的とする点では解釈論の延長であり、一部「本質に基づく立法論」(川島武宜・科学としての法律学一二三頁参照)を試みることになるかと考えられる。

(31) たとえば外岡説によると、成年の子と親の間には氏の同一性がないと論じられ、子相互の間にも氏の同一性はない。子が婚姻をすれば、氏を改めない婚姻の場合でも親子の同一性はなくなる。また鶴沢説でも、夫婦親子のみ氏が同一との観点に立って親と孫の氏は異なるとの見解を立てている。同籍同氏は最も広く認められる考え方で、戸籍法学者はほとんどこの見解である。しかるに、戸籍法の観点からは次のような問題が生じる。息子が夫の氏を称する婚姻をし、子がないうちに離婚(又は妻が死亡)した場合に、息子は父母の氏に変わり(この場合の氏の変更に民法七九一条が適用されるかが更に問題となる)、父母の戸籍に復帰しうるか。戸籍取扱先例は、これを両者の氏が同一であるという理由で認めない。これは異籍同氏の考え方を承認するもので、背後に氏の累代性という思想が看破されると我妻教授は批判され、中川教授もこれに同調しておられる(我妻栄「家と氏と戸籍」身分法と戸籍二七二頁以下、中川・前掲書六二九頁参照)。しかし、両教授は共に呼称が同じ場合は全て氏は同一という最も自然的な考え方に賛成されるのであるから、取扱例と結論を同じくされることになるのではないだろうか。この場合に問題となっているのは、改氏の効果として復籍するという戸籍法一九条の規定それ自体の当否であろう。以上のように概観してみると、氏の同一性をできるだけ限

定して解することによって、氏を「単なる個人の呼称」に近づけてゆこうとする議論の一般的傾向が窺われる。なお、旧法下では、本家と分家の氏は同一かというかたちで同じ問題が論じられている。民法改正過程においても、氏の同一性には疑問が投げられ、氏の概念は何かという追及が牧野委員によってなされている（我妻編・前掲書二七八頁以下参照）。「同じ牧野でもどこまでが同一の氏か」のように問われ、結局「要するに形式上同じ氏を称えているもので親族であれば、大概氏が同じであるという形になりましょう……」と納得されている。しかし、このような場合にはむしろ、「氏の系統を同じくする」のように表現するべきではないかと考える。

- (32) 明治三年九月一九日太政官布告第六〇八号、明治八年二月一三日同布告第二二二号によって、すべての人民が氏を称するようになり、今日用いられている氏の大多数がこの時につくられた。村々の役場は大混乱であったということであるから、武士や豪族の由緒ある氏も百姓町人に真似られたりして、すっかり玉石混淆となってしまうとみることができよう。わが国の氏名制度改革の特異性を示しており、歴史的にみてもわが国の氏は民主的で、「単なる呼称」とされるにふさわしい背景の中にあるといえる。木村健助「氏名の制度——明治以降の変遷について——」関西大学法学論集創立七〇周年記念号一八五頁以下、中川・前掲書六〇五頁以下、渡辺三男「姓名入門」歴史読本昭和四四年一〇月号特別号一〇八頁以下等参照。

(33) 中川・前掲書六一八頁以下、我妻・前掲書四二五頁以下参照。

- (34) 唄孝一・氏の変更下二七二頁以下、谷口・前掲書一四〇頁参照。ただし、中川・前掲書六二七頁はこの区別を批判される。

(35) 本稿では戸籍との関係は別個に切り離して論述しているが、通常氏の法的効果は、(イ)戸籍法上の効果、(ロ)民法七六九条による効果、(ハ)恩給法等の効果、の三点に整理されている。

- (36) この意味では、家庭裁判所の許可審判に基づく民法七九一条の子の氏の変更と、戸籍法一〇七条の氏の変更とはいっそう性質の近いものといえる。すなわち、両者は要件を異にするだけということになる。

第二節 フランス法の議論との対比

前節においては、わが国の氏に関して論じられているところを概観し、主たる論点が民法上の氏の取得変更に関

する規定をどう説明するかにあり、とりわけ親子同氏と夫婦同氏の根拠並びに両者の関連にあることを明らかにしてきた。ここでは、フランス法における氏がどのように論じられているかを、前述した氏の性質という観点から整理しつつ、その中に日本法の氏が発展してゆくべき方向を探ってみたい。

氏の取得変更

フランス法における正規の氏名は、一つの氏 (nom patronymique, nom de famille) と一つ又はいくつかの名 (prénom) とで成り立ち、他に仮名 (pseudonyme)、添名又は渾名 (surnom)、氏の構成要素としてのパーティキュル (de particule)、称号 (titre nobiliaire—duc, marquis などの貴族の称号であるが、氏とは異なる性質のもの) とされる (等) の使用が考えられるが、ここでは日本法の氏にあたる nom patronymique を中心に考察する⁽¹⁾。フランス民法典には氏に関する基本的条文は非常に少なく、親子同氏や夫婦同氏のような重要な原則に関しても、法源は慣習法が中心となっている。

氏の決定は、親子関係 (filiation) に基づき、次のような基準によってなされる⁽²⁾。(イ) 嫡出子は父の氏を取得する⁽³⁾。

(ロ) 非嫡出子は、親子関係が両親について同時に確定された場合は父の氏を得る。両親との関係が別々に確定される場合には、原則として先に確定された方の氏を取得するが、母の方が先であった場合には、付加 (ハイフンによる結合) をするか氏の変更をするかによって、父の氏を称する許可を裁判所に請求することができる。両親のいずれとも親子関係が確定されない非嫡出子は、出生証書に記載されている母の氏を称するのが慣習である。それもない場合には、身分吏が氏を決める⁽⁴⁾。(イ) 養子の氏に関しては、民法典三五七条、三六三条に規定がある。養子が実親と断絶する完全養子縁組においては、養子は養親たる父の氏を取得することが原則である。より一般的な単純養子縁組においては、通常は養親の氏を自己の氏に付加する。しかし、裁判所の決定により養親の氏のみを取得することもできる。また、夫婦の一方との縁組が認められているので、妻の養子は妻の氏を取得することになるが、夫の同

意があれば夫の氏を称させることもできる。この場合にも裁判所の決定を要し、夫が死亡している場合等には専権的な判断がなされることもある。

後述するように、フランス法においては、夫婦の氏に関しては夫の氏を絶対としていないが、嫡出子が父の氏だけを称し、そのことが他の場合の子の氏の決定に原則的に影響を与えるという点に、家父長制の遺習がみられる。

父の氏の取得は、慣習法に基づき、正統な血縁の効果として、出生証書の作成とは別に、出生と同時に法律上当然に生じるものと説明されている。⁽⁵⁾しかし、非嫡出子に関しては、親子関係が父母のいずれについても認知によって確定されるため、両者の認知が前後する場合には子の氏の決定基準は複雑になる。母に次いで父の認知があった場合、子がその時点から父の氏に変更することになるかに関しては論争がみられた。破産院は父の氏を称することを原則としたが、氏を変更することによる子の不利益を考慮して、前述のように、原則として母の氏を保持する旨の解決が一九五二年七月二五日の法律によって確認されることになった。⁽⁶⁾その限りで父の氏による原則は後退したことになるが、氏の決定が父との親子関係によることは格別の疑問も持たれず、民法改正の予備草案にも堅持されている。

フランス法の氏が慣習に大きく依存していることは、婚姻中の氏の問題についても独自の解決を生み出した。婚姻によって、夫婦の法律上の氏には何ら変更を生じないのであるが、慣習に従って主としては妻が夫の氏の使用権を取得するというかたちで、夫婦同氏が実現されるのである。従って、少なくとも理論的には妻は婚姻期間中二つの氏を用いる権利があることになり、離婚によって夫の氏の使用権を失うというのが現行のあり方である。

氏の基本的性質

身分変更に伴う氏の変更を概観してみると、養子は原則として付加により養親の氏を取得すること、婚姻によっても氏の変更が生じないこと、という二点において、出生に際し決定された氏をできるだけ保持する考え方が窺わ

れる。これは氏の不変性の原則 (principe de l'immutabilité du nom) がフランス法の中で強く意識されていることによると考えられ、いわゆる法律による氏の変更 (わが国の戸籍法一〇七条による変更にあたるもの) が極めて厳格な手続によっていることも同様の事情によるものである。共和暦一年芽月一日の法律がこの手続を定めている。氏の変更の許可は、コンセイユ・デタ (Conseil d'Etat) の意見に基づき、政府のデクレ (décret) によって与えられるが、これは決定の期間満了後にはじめて申請者に権利を与える恩恵の行為であると解されている。多大の出費と時間を要し、許可件数も極めて少ないため、カルボニエは、司法手続によらせてもっと変更を容易にすべきであると批判している。⁽¹⁾

行政手続による氏の変更には、別に一九五〇年四月三日の法律^(補)があり、フランスの国籍を取得した者について氏のフランス化を許可する規定をおいている。また、一九二三年七月二日の法律は、司法手続による氏の変更として、祖国のために死亡した市民の氏の再興を認めている。家族の男系のうちの最後の者が子孫を残さず戦死した場合には、死者の最近親の男子親族の一人が、裁判所の許可によってその氏を自己の氏に付加して存続させることができる。フランスの氏の父系性を象徴しており、同時に法律によるこのような細かい配慮がなされていることは、国民感情の中で氏が非常に重視されていることを示すものと考えられる。法律による氏の変更を含められる右の三種は、いずれも正規の氏の変更として出生証書の訂正を伴う。

氏の不変性と並んで、氏の非譲渡性 (indisponibilité) と非時効性 (imprescriptibilité) が氏の性質として指摘されている。いずれも氏が身分ないし人格と密接に関連することから生じる。譲渡できないのはそれらが取引になじまないものだからであり、これに対し、氏が商業名 (nom commercial) として用いられる場合は、営業財産の一部として財産的価値を持つに至る。氏が長期の不使用によっても失われないことは争われていないが、他方長期の使用によって取得されるかという点は多くの問題を含んでいる。不変性の原則を法的に確立した共和暦二年実月六日の

法律は、出生証書に記載された氏以外の使用を一切禁止し、厳格な罰則を定めた。判例はこの規定の趣旨を忠実に実践し、氏の事実上の変更を極力否定する方針をとってきたとみられる。しかし、氏そのものが本来長期間の使用によって自然的に確定されたものであり、また裁判所も仮名の正当性の根拠を長期間の公の使用においているのであるから、個人の同一性の確認という氏名の存在理由に鑑みても、不変性の原則と時効取得性の間にはどこかで調和が見出されなければならない。最近の学説は非時効性を民法の時効の規定が適用されないという意味に解し、必要期間を定めつつ「占有に基づく一種の時効取得」を肯定する傾向とみうる。また、商業名は所有権の対象ともなりうるので、時効の規定にも服することになる。

氏名権に関する学説

右には、フランス法の氏の取得変更の側面と氏の性格として論じられるところを概括したが、氏の最も本質的な議論は、氏名権をめぐってなされている。学説は、氏名権の存在そのものを否定する見解と、これを最も強力な所有権と同一視する判例の立場とを両極端にして、その間に、身分権説、人格権説、家族権説、またそれらのいずれかの複合とみる説等が存在する。氏を称することは、個人にとっては権利であると同時に義務である。従って、どちらの側に重点をおいて考察するかによって、全く対立的な見解が導かれる。

最も古くから存在し、判例が今日まで一貫して採用しているのは所有権説である。氏を真の所有権の客体とみる学説は、一九世紀中頃から法律学者の間に所有権の概念を拡大し、定義されない全ての権利にそれを及ぼそうとする傾向がみられたことと対応するといわれる。しかし、判例に関しては、もっと実質的な要請からこの理由づけが用いられたのであろう。なぜならば、人を莊園の名によって識別した封建的な氏の習慣が、土地と名の混同を生じ、判例を氏の所有権という觀念に導いたという説明もみられ、これによれば、第一に氏の冒用が訴えられたのは、主としてそうした領地を持つ者の多かれ少なかれ由緒ある氏に関してであったこと、第二にそれ故裁判所は無

条件に氏を侵害から保護する理由づけを見出せばよかつたという沿革的事情が看取されるからである。

フランス法の氏はかなり古くに遡る。⁽¹³⁾ローマの複数名の制度が持ち込まれた時代もあったが、その後フランク族の個人名の習慣が中世前半まで行われ、混同を避けるために徐々に添名の習慣が生じた。職業、出身地、身体の特徴などから添名がとられ、貴族は領地の名を冠した。比較的新しくは父の名を所有格にして添えることが行われ、こうして二種となった名の一つの世襲化は一二世紀に始まるといわれる。長い間氏は法の規制外にあり、従って富裕になった農民が貴族の領地を手に入れて、自己の氏を捨ててその名を用いるというような変更がしばしば起つた。一五五五年三月二六日のアンリ二世の王令によつてはじめて氏名変更が禁止され、一六二九年にも同様の禁令が発せられている。

しかし、氏名不変の原則がほんとうに確立されたのは、前述したように、共和暦二年実月六日の法律及び共和暦一一年芽月一日の法律によつてである。アンシャン・レジームの下で、氏と身分が結合され変更を禁じられていたことに対する反動として、革命期には、届出だけで自由に氏名変更を認めるといふ共和暦二年霧月二六日のデクレが現われた。⁽¹⁴⁾しかしこれは一時的なものに終り、同年実月六日の法律は、氏名を変更した者も全て旧に復すること、出生証書による氏のみを使用することが厳格に義務づけられるに至つた。⁽¹⁵⁾同時に添名等の使用も禁じられた。この法律は、革命の混乱に秩序を回復し、警察目的を達成するために重要な役割を果たしたとみうけられる。⁽¹⁶⁾正規の氏であるためには、霧月二六日法によつて変更されたものではなくそれより以前から称していたものであることを立証しなければならず、従つてできるだけ古い証書によつて氏の正統性を主張する要請が生じた。また、綴字や語形に変化が生じた氏をできるだけ古来の形に戻し、個人の氏を確定すると同時に家族の氏を確定することが目ざされた。⁽¹⁷⁾すなわち、ここでは氏名不変という革命期の政治的要請とアンシャン・レジーム時代の伝統的なそれとが完全に融合しているわけであり、氏名重視の社会的基盤が形成されたことを認めることができる。

フランス法の氏名権に関する豊富な議論は、右のような背景の中で生まれたものである。他人による氏の冒用の訴えに対し、裁判所が直ちに差止めを認める理由づけの必要性もまた存続し続けたにちがいない⁽¹⁷⁾。事実、判例が所有権を根拠としているのは、氏の冒用を訴えるためには何ら損害の証明を要しないという点に所有権回復訴訟 (revendication) との一致を見出したからに他ならないといわれる⁽¹⁸⁾。しかし、所有権であると同時に家族の権利であるとか、無体の所有権であるという特殊の表現がしばしば用いられており、所有権理論では説明できない解決は数多い。今日では所有権説は学説においては全く省みられない状況にある。歴史的にみても氏の権利と所有権とは別個に発達したものであり、理論上も客体の性質が全く異なる上、一方は譲渡不可能で多数人に共通に帰属しうる等、種々の差異が指摘されている。

所有権説が氏の権利を誇張したため、逆にこれと全く対立する消極的見解が現われることになった。氏は個人の識別のために設けられた民事警察制度 (institution de police civile) にすぎず、出生に際し与えられる登録番号に等しいとプラニオールは説いたのである⁽¹⁹⁾。氏を用いる義務と社会的利益の面に注目したもので、この場合には冒用に対する訴えは、損害⁽²⁰⁾の立証をして民法一三二二条に依るほかは認められない。コンセイユ・デタは、前述した行政手続による氏の変更に関するデクレに異議申立をする場合には重要な利害関係 (損害) の証明を要するとの見解であるため、右の権利否定説をとるものと解されている。

氏の権利をこのように無視することは余りに非現実的であるため、学説はこぞってこの立場を批判し、氏について何らかの権利を認めるべきであると主張している。まず、サレイユがドイツの研究を採り入れて人格権論を展開し、議論を大きく前進させた。サレイユは、氏は個人の識別を表わし、個人的活動の不可欠の要素であるから、氏の権利は他人と混同されないための権利として、生活権や名誉権等と同様に人間の内在的財 (bien interne)⁽²¹⁾ となると把握した⁽²²⁾。この考え方は、同じく人格権説を唱えるジュスラン、プラニオールが、氏は民事警察制度であると同時

に、個人においては人格権を形づくるという二面的説明をするのに根拠を与えているようである。⁽²⁴⁾しかし、マゾーは、単に「他人に混同されない権利」以上の強い内容を人格権に与え、「損害とは別に、人格そのものと同様に全ての侵害から保護される」と表現して、この理由づけにより、判例と同様に氏の冒用に対する無条件の救済を認めようとしている。⁽²⁵⁾また、この観点から、創作上の人物の名や仮名として氏が冒用された場合には人格権の侵害とはならず、混同による損害の発生が問題となるだけであると述べている。

他方、コランによれば、人格権説をとった場合にもそれだけで直ちに損害の証明を要しないという結論が導かれるのではなく、むしろサレイユのような定義は、氏そのものの他に仮名、添名、名等の全てを保護する根拠となる包括的な権利となるのであって、その代わりに損害の証明の問題は依然として残るのではないかと指摘される。⁽²⁶⁾マゾーのような結論を根拠づけるためには、彼自身は身分権説を展開したのであった。この立場によれば、氏は基本的に親子関係の印であるから、氏の争いは常に当事者かその先祖の一人が当該の氏の正当な所持者と家系上のつながりを持つかどうかの問題となるのであり、それは身分の問題として処理されるべきであると説かれる。身分権説は、氏の非譲渡性、非時効性の適切な説明ともなるし、判例が実際にその氏を称していない傍系の者や既婚の家族員にも氏の冒用を訴えることを許していることと非常によく調和する。さらにコランは、固有の氏の問題をこのように区別することによって、厳格な意味での氏に該当しないものの保護については、他の規定に依る道を開くことができる⁽²⁷⁾と述べ、氏の権利をいくつかの性質に区別して扱うことを提案した。

カルボニエは、氏の権利は家族的な側面と個人的側面とを持つとし、前者の場合にはコランの見解に賛成し、後者については人格権説に従うようである。⁽²⁸⁾家族権説とは、家族を氏の権利の主体とみ、その権利が個人にではなく家族そのものに属するというものである。⁽²⁹⁾

学説の分析

氏名権の議論は、二つの関心をめぐってなされていると考えられる。第一点は、判例が所有権説を根拠として展開してきた結論に、いかにしてより適切な説明を与えるかであり、最近の学説の中心的な論点をなしている。これと並んで、氏の冒用の訴えに損害の証明を要するかが第二の論点をなすといえよう。他人がその氏を称するならば、資格もないのに自己の家族との混同を生ぜしめるという理由で直ちに使用禁止を訴えうるような氏が、実際フランスにはいくつが存在し、そのような事例の解決のために判例は所有権説を採用したとみうることは前にもふれた。しかし、この種の事案に関しては、損害の問題自体はそれ程結論に影響を及ぼさないとされる。

氏の冒用について問題になるのは、主として精神的な損害であるが、コンセイユ・デタは単なる精神的な利益も含めて判断しており、他方所有権説に基づきつつも、裁判所は何ら訴えの利益がない場合には救済を認めることができ²⁰⁾ない。このようにみると、権利否定説と所有権説は結局それ程大差のないものという理解に導かれる。権利否定説といえども、氏の冒用から個人を保護する必要は認めるのであり、ただ所有権説への反論として、一般の民事責任を定める民法典一三八二条により損害の証明をなすべきであると提案したにすぎない。しかし一三八二条によれば、損害の立証だけでは十分ではなく、フォート (faute) というかたちで他人の権利を侵害したことが要件となるのであるから、権利否定説とは両立しえないであろうとコランは批判している²¹⁾。コンセイユ・デタは、判例とは異なる角度から氏の問題にとり組むのであり、取り扱う事案の性質も異なるものとしてこれを一応除外するならば、プラニオール自身が人格権を肯定している以上、権利否定説はもはや存在しないという結論になる。氏の冒用に対し個人を保護する必要性については異論はみられないとマゾーが述べているのも、そのような背景に基づ²²⁾く。

損害の証明に関する議論は、固有の氏以外の領域へと氏名権の問題を発展させたことにおいて、より大きな意義があったのではないかと考えられる。たとえば、氏をそれ自体として冒用するのではなく、小説や劇中のいかかわしい人物の名前に用いたり、仮名として冒用したような場合には、損害の証明が必要となる²³⁾。また、仮名の権利の

侵害を訴える場合には、常に損害の立証がなされなければならない。もっとも、固有の氏に関する場合でも、氏の冒用が直ちに身分権の侵害に結びつかないような平凡な氏については、損害の証明を要するといわれている。

このようにみてゆくと、いかなる内容の損害が生じるかという問題自体が、氏の権利をどう把握するかと密接にかかり合っている所に、問題の難しさがあることを知りうる。人格権説に従ったとしても、⁽³⁸⁾いかなるかたちで氏が人格にかかわるのかを検討しなければ、適切な保護を与えることはできないのではなからうか。

氏不変の原則を強調し、氏の秩序を非常に厳格に維持しているフランスは、氏名変更の自由を伝統的に認めているコモン・ローの国と全く対照的である。しかし、それ故にいっそうフランス法は、呼称秩序に確かな基本を持たず、氏の本質を探りながら現状に何らかの変革を求めているわが国の議論に対し、有益な示唆を与えることができるのではないかと考えられる。

(1) フランス法の氏については、主として次の諸文献に拠っている。Carbonnier, *Droit civil*, t. 1, 1957; Mazeaud, *Leçons de droit civil*, t. 1, 4^e éd.; Planiol et Ripert, *Traité pratique de droit civil français* par Savatier, t. 1, 2^e éd.; Ripert et Boulanger, *Traité élémentaire de droit civil* de Planiol, t. 1, 4^e éd.; Colin et Capitant, *Traité de droit civil* par Julliot de la Morandière, t. 1, 1957; 木村健助「フランス法における氏名(一)」(四) 関西大学法学論集六巻四号一頁以下、七巻一号二三頁以下、七巻五号一頁以下、八巻二号一頁以下、九巻一号一頁以下、同「Pseudonyme (匿名・筆名など) について」愛知学院大学法学研究八号七九頁以下。

(2) 親子関係の証明に必要な身分占有の要件として三二一条が氏に言及しているほか、養子の氏に関する三六〇条他若干の規定、婚姻との関係で二九九条、三二一条があるにすぎない。その他には、いくつかの特別法があるほか、革命期の中間法で関連のものが現在も効力を持つとされている。

(3) 民法典に規定がなく、慣習法に基づく。父母双方の氏を取得する慣習も一部には存在するといわれる。Julliot de la Morandière, *op. cit.*, p. 279.

(4) 非嫡出子の氏に関しては、一九五二年七月二五日の法律があり、本文はその概略である。

- (5) Carbonnier, op. cit., n° 55, p. 178.
- (6) しかし、非嫡出子が母の氏を保持することを親権と結びつけて説明する判例は、氏は親子関係によるもので親権の効果ではないという理由で批判されている。Juliot de la Morandière, op. cit., p. 279.
- (7) Carbonnier, op. cit., n° 59, p. 191.
- (8) nom commercial は商法上は、広い意味でわが国の商号に当たると言われているが、実際に用いられている場合は、nom patronymique との区別はあまり明確ではないようであり、本稿では一応商業名という訳語を与えた。
- (9) 氏を定義するにあたって、いずれのテキストもこのように説明している。
- (10) Note de A. Colin, D. 1904, 2, 1. 3リ控訴院一九〇三年一月二一日判決（後出事例〔34〕参照）に対する註釈であり、プランがはじめて身分権説を提唱した非常に詳細なもので、本稿の氏名権に関する叙述は多くをこれによっている。
- (11) Planjol et Ripert par Savatier, op. cit., n° 114, p. 141.
- (12) 氏の歴史については、Ripert et Boulanger, op. cit., n° 495; Mazeaud, op. cit., n° 533 が詳細である。
- (13) 法文からは、革命にちなんで都市の名や人名をつけかえようとする動きを承認した事実が窺われる。cf. Décret 26 brumaire an 2, Duvergier, Lois et décrets, t. 9-10.
- (14) 混乱が非常に大きく取締りに困難を生じたせいであらうとカルボニエは説明している。Carbonnier, op. cit., n° 59, p. 191.
- (15) cf. Loi 6 fructidor an 2, Duvergier, op. cit., t. 7-8. この法律は、違反者に六ヶ月の禁固又は収入の四分の一にあたる罰金、再犯の場合は公民権剥奪という厳格な罰則を定めている。実際にはほとんど適用されず、現在でも少なくとも罰則に関しては不使用によって廃止されたという理解があるといわれる（木村・前掲論文四関西大学法学論集八巻二号四頁参照）。しかし、氏名不変の原則を定めた現行法規としてどの教科書にも引用されている。この法律では氏名変更の余地は全く認められず、更に取締りの厳格化を目ざして後の共和暦六年には、中央、地方の行政機関や裁判所等に全ての違反者の通告義務を課したアレット（Arêté 9 nivôse an 6, Duvergier, op. cit., t. 9-10）。正規の氏名変更の手続が定められるのは、共和暦一年芽月一日の法律（Loi 11 germinal an 11, Duvergier, op. cit., t. 13-14）によってである。この時点においてはじめて氏名に関する基本法が整備されたこととなる。
- (16) Planjol et Ripert par Savatier, op. cit., n° 103, p. 122 et s.

(17) ただし、訴えの大部分が貴族の氏に関するものようである。その氏を称していることにより当該家族の一員とみられる可能性があるような特殊の氏でなければならぬから、当然貴族の氏や有名な氏に限られてくるといわれる。
Ripert et Boulanger, op. cit., n° 526, p. 214; Julliot de la Morandière, op. cit., n° 464, p. 284.

(18) Carbonnier, op. cit., n° 59, p. 192.

(19) Planiol et Ripert par Savatier, op. cit., n° 114, p. 141 et s. プラニオールは、親子関係によって家族への帰属を示すだけでは氏の機能として十分ではないとコランの見解を批判し、自己の同一性を示す印として全ての人に対抗できる点が重要であり、またそのようなものとして個人の人格の属性となると論じている。当初は氏を全く登録番号にすぎないとしたが、後に論述を改めて人格権説をとるに至ったとみうる。木村・前掲論文(岡関西大学法学論集九卷一四頁参照)。「他人と混同されることよって引き起される損害」と解されている。Mazeaud, op. cit., n° 563, p. 561.

(20) 政府の許可が公示された時から一年間は利害関係人に異議申立てが許される。異議がない場合には一年の期間の満了と共に許可が効力を生じる。

(22) Aubry et Rau の用語とあるとわれ。

(23) Note de Colin, D. 1904, 2, 1.

(24) 木村・前掲論文(岡関西大学法学論集九卷一七頁参照)。

(25) Mazeaud, op. cit., n° 565, p. 562 et s.

(26) Note de Colin, D. 1904, 2, 1.

(27) Carbonnier op. cit., n° 59, p. 192.

(28) 木村・前掲論文(岡関西大学法学論集九卷一七頁参照)。サヴァティエの説として紹介されている。

(29) Carbonnier, op. cit., n° 59, p. 192.

(30) Note de Colin, D. 1904, 2, 1.

(31) Mazeaud, op. cit., n° 560, p. 559.

(32) この場合には人格権の侵害は問題にならないとマゾーは論じている(Mazeaud, op. cit., n° 565)。しかし、この議論は固有の氏の冒用を念頭におくもので、損害の証明なしに直ちに人格権の侵害を主張できる場合を区別しているにすぎないと考えられる。実際には、これらの事案においても、人格権の侵害に基づく精神的損害の証明がなされるのではな

ろうか。

(33) 人格権説が現在の学説における通説とみうる。

補註

(a) 以下の(i)、(ii)に関するフランス法の記述は現行法と若干の相違を生じている。まず、嫡出子の氏については、一九八五年一月二三日の法律が長い間の懸案であった母の氏の伝承を実現させた。付加して使用するという補充的形式によるものであるが、父母の氏を合わせた二重氏の取得が法的に承認されている。非嫡出子の氏に関しては、一九七二年一月三日の法律によって民法典に多くの条文が追加された。ただし、内容的には本文でとり上げている一九五二年法とそれほど変わっていない。これらの詳細については、滝沢律代「最近のフランスにおける氏の諸問題」日仏法学一四号一〇頁以下を参照されたい。

(b) この法律は現在一九七二年一月二五日の法律におきかえられ、その後度々部分的改正を経ている。より柔軟にフランス化を認める方向に進んでいるとみうる。

第二章 フランスの判例

第一節 序

フランス民法典が氏名に関して特に規定をおかなかったのは、氏名は出生証書の作成のために決定が要求されるという問題しか提起せず、単なる治安的手段であると考えられたためであろうといわれる¹⁾。フランス法の氏名不変の原則を現行の形に確立した革命期の中間法は、どのような背景の下に成立したのであるうか。アンシャン・レジームの下では、戸籍は教会の扱うところとされ、非カトリック教徒のみ世俗の役人に従っていたものであるが、一七九一年憲法によって、全国的に戸籍の世俗化が目ざされた。続いて、一七九三年九月二〇日の立法議会のデクレは、市町村役場が、出生・婚姻・死亡を証明するための証書を保存することを定め、方式や手続を確定してお

り、その後同年一月九日のコンヴァンションのデクレは罰則をもってその遂行にのぞんでいる。社会階層や宗
教上の桎梏を排し、自由平等の下に、新しい身分秩序が出生証書を基本として築かれたのである。革命前の氏名秩
序は、現行法が慣習によっている限りでは、今日まで存続しつつづけてみるとよいであろう。しかし、身分登録
制度の革新が氏名制度に及ぼした影響も少なくないのではないか。少なくとも本稿で扱う婚姻との関係において
は、明らかに革命による変容のあとをたどれるのではないかと考えられる。

フランス法の伝統では、古来婚姻と氏との関係はどのように解されていたのであろうか。この点に関しては正確
な資料に依っておらず、今後検討しなければならぬが、判例の理由づけからうかがい知るところでは、子の氏の
決定にみられる家父長制の名残りは、フランス社会の慣習として、婚姻にも大きく及んでいると考えられる。すな
わち、婚姻により妻が氏を変更して夫婦同氏となることは、他のヨーロッパ諸国と等しく、フランスでも封建制度
によって支えられてきたものであろう。³⁾そこに氏の変更を厳罰をもって禁止した共和暦二年実月六日法が強行され
ることになり、新しい問題が生じる。婚姻によって妻の氏が変更することを、何ら法規が規定しない以上、従来の
慣習は基本原則と矛盾しない形で説明されなければ承認しえない。婚姻は夫婦の氏に何ら影響を与えず、ただ妻は
夫の氏の使用権 (*droit d'usage*) を取得することによって夫婦同氏が実践されるというフランス法独特の理論は、
このような要請に裏付けられたものと考えられる。⁴⁾従って、第一次的に、すなわち少なくとも法律上は夫婦別氏を
建前とするといえるのであるが、専ら氏の血統性を重視し、「同性不娶」を思想的根拠とする中国古来の夫婦別氏制
などとは性格が異なることに注意しなければならない。この解釈は、一八九三年二月六日の法律が民法典の二九九
条と三一一条を修正して氏に言及したことにより、法的にも確認された。学説も一貫してこれによっている。詳細
は判例を検討する過程で明らかにしたいと考えるが、法源として重視されている慣習の背後に、革命の残した氏名
不変の原則が大きく貫かれていることは忘れてならないことである。

判例上、夫婦の氏に関する問題は、最も多くは、離婚した妻が夫の氏の使用权を継続できるかの問題となつて現われており、本稿もこの点を中心にしながら、妻の氏の利益がどのように評価され、保護されているかを検討し、現代的な問題としての夫婦の氏のあり方を探つてみたいと考えている。更に婚姻による氏の変更が法的根拠を持たず、慣習の領域に委されているという特色が判例にどう反映しているかも関心の対象であつたが、婚姻中の妻の氏がとり上げられているものは極めて少なく、私が調べた範囲では三件しかみられなかつた。ただ、婚姻中夫が妻の氏を付加して用いることができるかに関する若干の事例があるが、この問題は別居を規定する三二一条が言及しているので、直接離婚と関係ない場合は、別居と一緒に紹介したい。フランスの民法教科書でも、判例の分類は、多くは判旨の中で婚姻と氏の関係について一般論として言及されているような部分をとり上げ、学説を説明する場合の根拠づけに引用するという傾向がみられ、正確な分析や評価はつかみにくかつた。従つてここでは、一応民法典の条文によつて大別している。はじめに、条文を持たない婚姻一般に関するものを扱い、次に二九九条二項に関するもの、三二一条一項に関するもの、という順序である。しかし、いずれの事例でも、必要に応じて婚姻と氏の問題の一般論は述べられているので、あわせてそれらを検討しつつ、最後にまとめとして、問題点の整理をしたいと考えている。各節における事例の順序は、格別の理由のない限りなるべく年代順とし、時代による変ほうを觀察できたらと考へた。⁽¹⁾

- (1) *Bendant, Cours de droit civil francais, 2^e ed., p. 273.*
- (2) 野田良之・フランス法概論下六三二頁参照。
- (3) 家長の氏が妻と子に伝えられ、家族の一体が誇示されると同時に、個人の内結合の意識が作り出されると説明されつつ *cf. Planol et Ripert par Savatier, op. cit., n° 113, p. 139; Carbonnier, op. cit., n° 59, p. 190.*
- (4) 木村・前掲論文(三)関西大学法学論集七巻五号八頁以下の解説によれば、使用权という概念は判例の所有権理論の展開である。民法制定前は、夫婦一体主義によつて妻は夫の氏の権利を取得し、その権利は所有権であるという説明が多

かったが、それと並んで、古法においても氏名変更は禁じられたから、妻が夫の氏について使用権しか持たないのは沿革的なものであるという学説もあるとのことである。しかし、後者は後世の学説から古法を説明したものではないだろうか。

(5) 判例は前掲五書(前章第二節註(一)参照)と *Juris Classensur* とによって、夫婦の氏に関するものを網羅したつもりであるが、他にまだ数件はこの種のものが見られるようである。

第二節 婚姻一般に関するもの

多くの学説は、婚姻が氏に及ぼす効果を、氏の変更 (*Changement*) ではなく、子の氏と共に、氏の付与 (*attribution*) という項目の下に扱っているが、格別内容の差を伴うものではない。既婚婦人が通常夫の氏を称することにはフランスの慣習である。⁽¹⁾ この点は長い間法的根拠を持たなかったが、二九九条二項が「離婚の結果、夫婦の各自は自己の氏の使用を回復する」と定め、はじめて間接的に民法典の確認するところとなった。同時に、三一一条一項は、別居判決に際し、裁判所は妻が夫の氏を称することを禁じるか、又は夫の氏を称さない許可を与えうるかと、他方夫に対しては、妻の氏を付加することを禁じうることを明文化した。これらの規定は慣習の確認であるから、妻が夫の氏を称することと、特定地方(特にシャンパーニュ地方といわれる⁽²⁾)に行われる夫が妻の氏を付加して用いるという形とを念頭においている。しかし、妻が付加によって夫の氏を用いる例もあり解釈上承認されているが、婚姻による二重氏はいずれの場合にも子に伝えることはできない。⁽³⁾ このように夫婦は互いに相手の氏を使用できる一方、法律上は各自の氏を失わず保持する。問題の中心にある妻の氏については、日常の証書では妻は夫の氏を用い、公法上や裁判上の書類その他重要な証書では自己の氏によって、後に夫の氏を添えるようである。⁽⁴⁾ また妻が独立して職業活動などをする場合、もちろん婚姻前の氏を継続できる。その他、妻のみの養子、認知した子、夫が嫡出否認した子などが妻の氏を称することも、妻が自己の氏を保持している結果であると説明されてい

る。⁽⁵⁾離婚すれば、相手の氏の使用権を失うことになり、当然自己の氏のみを称する。これに対し慣習によれば、未亡人が夫の氏を継続することは許される。妻の再婚までは、結婚生活の敬虔な思い出として認められると説明されている。⁽⁶⁾

婚姻によつて妻が夫の氏を称することは、第一に妻の権利として論じられているが、同時に義務でもあるかについては一致をみない。学説は、氏は血統を示すものであるから、既婚婦人も自己の家族の氏以外は持ちえず、二九九条は単に風習 (usage) を承認したにすぎないという消極的なものから、慣習法の真の規定に従つて、婚姻は法律上当然に夫の氏を妻に付与するもので、氏の同一は夫婦と家族の一体性の公示であるという説⁽⁸⁾までの間で、慣習に対しては少しずつニュアンスの異なる評価をしている。判例が最も消極的な説をとることは、氏の所有権という判例理論や氏名不変の原則を重視することからも容易に推測できる。しかし、学説には義務と解するものがかなりあり、⁽⁹⁾その場合の根拠としては、別居に際し裁判所は妻が夫の氏を称さないことを許可できると定めた三一九条の存在が重視されているが、これは形式的なものであろう。義務の内容からみると、マゾーは第三者が夫の氏によつて妻に書類を送達できることを指して、その限度で義務というもののようであり、⁽¹⁰⁾他方カルボニエは婚姻共同生活の一体を強調して婚姻中は妻の固有の氏は専ら潜在的なものになると説く。⁽¹¹⁾ブーダンも早くから後者と同旨の見解⁽¹²⁾ある。義務とみるか否かの差は、慣習を重視するか、判例のように氏名不変の伝統に従うかにかかっているようであり、慣習によるものの多くが義務説であることは、実際には夫の氏を用いることの方が一般的事であることを示すものである。義務否定説によれば、三一九条の夫の氏を称さないことの許可という部分は単に無用の規定にすぎないと解されている。⁽¹³⁾夫の氏の使用権を取得する結果、妻は婚姻前の氏、夫の氏のどちらによつても適法に署名することができる。

婚姻による妻の氏の変更に關しての伝統的な説明は、参照した判例のうち最も古い部類の案件のものの中にか

がうことがせぬ。

[1] Cass. civ. 16 mars 1841, S. 1841, 1, 532; D. 1841, 1, 481⁽¹⁴⁾

【事案】 シャルル・コンスタン (Charles Constan) は、タルタンソン・ベルビユ (Tartanson-Bellevue) の未認知の子と自称して、共和暦二年に結婚した。数人の子が生まれ、出生証書はシャルル・コンスタン・タルタンソンを子の父としている。また一八〇五年のコンスタンの死亡証書にもタルタンソンの文字を用いており、以後その氏は彼の妻と子によって使用されてきた。一八三三年にタルタンソン・ベルビユの嫡出の娘である既婚の二夫人から、シャルル・コンスタンの未亡人と子に対し、何らの権限もなしにタルタンソンの氏を称することを以後禁じる旨の訴えがなされた。これに対し、コンスタンらは時効による氏の取得を主張して争ったが、一審敗訴。二審では、他に婚姻によってもはやタルタンソンの氏を称さなくなった原告らの請求は訴えの利益を欠くとして、不受理の抗弁 (fin de non-recevoir) を提出した。判旨は、「婚姻により、妻は自分の出生した家族に属することをやめるわけではない。夫の氏を用いるのは、共同生活上の行為のために行われるのみで、身分や所有権は関係ない。婚姻前の氏の所有権は継続しているから、家族の長 (控訴人らの父) が死亡しても、それにより訴えの利益はなくなるらない。」と述べて抗弁を却下し、また時効の点については、仮に氏が時効取得の対象になるとしても、本件の場合には民法典二二二八条の要件は満たさないと斥けた。コンスタンらから上告。

【判旨】 (一) 不受理の抗弁について。家族の氏は彼らの所有物である。妻は婚姻の結果他の家族に属し、父の氏を称することをやめても、この氏は尊敬と名譽の記念として彼らの世襲の利益であり、常に価値を失わない。氏を伝える男系子孫がない場合は、妻は同じくその氏を称する権利があり、他家による侵害に異議を申し立てる権利がある。(二) 氏の時効取得の主張について。婚姻証書によれば、シャルル・コンスタンはベルビユ・タルタンソンの子とされてはいるが、いかなる親子関係であるかは確定されていない。また自筆の署名はコンスタンのみによっていると原審は確認している。未亡人である上告人はとりわけこの証書から氏の権利を引き出すことはできない。また婚姻証書にタルタンソンの氏がない以上、父によって称されなかった氏は適法に子に与えられることはなく、いかに長期の占有が立証されても、氏の取得は認められない。出生証書は親子関係を確定するもので、氏の権利の根拠とはならない。

本件は、婚姻と氏、身分証書と氏の関係や、氏の非時効性 (imprescriptibilité) が広くとり上げられており、フランスの氏の特徴が非常によく観察できる。ここではとりわけ、婚姻によって妻は夫の家族に属しながらも、婚姻前

の氏を保持するから、その氏の冒用の禁止を訴えうるといふ点に注目したい。後の判例も一貫してこの先例に従っており、現にその氏を称していないというだけでは、Pas d'intérêt, pas d'actionの格言は適用されないのである。次例では、婚姻と氏との関係が称号の問題としてとり上げられている。称号は氏とは一応別のものとして考えられているが、両者の区別は困難な場合が多い。⁽¹⁹⁾

(2) Cass. civ. 15 juin 1863, D. 1863, 1, 313; (S. 1863. 1. 281)

〔事案〕 ルイ・マリー・ジュフィエ・ド・ブランカス (Louis-Marie Bufile de Brancas) は、第一等スペイン大公爵 (Grandesse espagnole de première classe) とブランカス公爵 (duc de Brancas) という称号の持主であったが死亡し、娘であるイボン・ド・フローアン夫人 (Dame Hion de Frohen) がこれを承継した。イボン夫妻は共にこの称号を用いていたが、夫人の死後、息子がこの母の権利を譲り受けた。ブランカス家の未亡人・姻族・傍系の親族等数人から、イボン父子に対し、ブランカスの氏並びにスペイン大公爵の称号を禁じる訴えをしたもの。称号にはブランカス公爵を名のる義務が伴ったため、両者は一体のものであるが、一審はこれを区別して考え、氏の使用は禁じるが、称号に関しては、慣習によって妻は夫に自己の全ての称号や榮譽を与えうるとして、原告の請求を認めなかった。本件では、夫は共和暦一年芽月法に従って、妻の氏を付加する氏の変更を申請して棄却されているから、法律上妻の氏を称する権限はない。よって妻もブランカス出身と称する権利は失わないとしても、法律上は夫の氏以外は称しえない。問題は称号が適法に夫に譲渡され、その結果ブランカスを称しうるかにかかっている。二審はこの点について、「氏は家族の所有物であり、法律の状況では正式な法的手続によらず他家に譲渡することは認められない。王の認可状から引き出された原則も、氏の一般法に優先するものではない。」と述べ、氏と称号の不可分を強調して、両者について控訴人ら (イボン父子) の使用を禁じた。破毀院判旨も、称号が傍系に行くには新しい許可が必要であり、単に婚姻によつては新しい家族に渡らないと述べ棄却している。

家の氏はフランスでは性の区別なく、男子にも女子にも相続させうると二審判旨は述べている。しかし子の氏の決定における父系性が貫かれている以上、女子による氏の継続は一身のものに終る。本件でもイボン夫人は称号の適法な相続人であるにもかかわらず、その息子は夫の家族に属するものとして、母の権利の承認を認められな

い。なお、称号はスペイン政府の授与したものであるため、フランス法上の称号との関係等につき、判旨は詳細にわたっているが省略した。

[3] Paris, 18 juill. 1877, S. 1878, 2, 241; (D. 1878, 733)

〔事案〕 ロジエ未亡人 (Veuve Roger) は息子ビクトル・ロジエ (Victor Roger) と共に、ペディキュール・マニキュール業 (pedicure-manicure) 爪や手足の美容術師。本件の場合には、外国で修業し免許を得て、独自に発明した何かの美容関係の商品を販売している出入り商人であると自称している。に従事し、公衆に名を広めている。彼らは未亡人の婚姻前の名を用いて、「カトリーヌ・シットと息子」(Catherine Sitt et fils) として看板やちらしをつくっている。これに対し、同業者である未亡人の兄グザビエ・シット (Xavier Sitt) から、不正競争であるとして、婚姻前の氏の使用を禁じる訴えと共に損害賠償を請求した。一審は原告の請求を認めたのでロジエ母子から控訴。

〔判旨〕 (一)職業上の氏の所有権に関する訴訟であるから、一審のセーヌ商事裁判所は管轄権を有する。(二)カトリーヌ・シットは、ロジエとの婚姻の民事上の効果として夫の氏を取得した。また息子は母の氏には何ら権限を持たない。従って、兄の許容の下に、婚姻前の氏を用いて公衆に知られることはできるが、妻としての氏を隠し、息子を婚姻前の氏に結び合わせる権利は裁判所で争うことはできない。妻の氏と別に婚姻前の氏だけを用いること、母の協力者として息子がシットの氏を用いることを禁じる。

判旨は、「婚姻の民事上の効果として妻は夫の氏を取得する」と述べている。古い判例はほとんどこれに近い見解で、少なくとも慣習上妻は夫の氏を取得すると解している。そしてこの場合には婚姻前の氏を失うものと解されているのである。[1]例も妻は婚姻証書の夫の氏を法律上取得するようにみているし、[2]例は婚姻によって他家に入っても婚姻前の氏を失わないと述べつつ、それは某家出身 (M^{re} X^{ne} ney のように) と称する権限を意味するものと解している。従って第三者の冒用を争う権利を認めていることは、必ずしも後の判例と同じ意味で婚姻前の氏を保持しつつ、夫の氏を称することもできると解釈していることにはならない。事例は妻の職業上の氏が問題となつたものであり、慣習によれば未亡人は夫の氏を継続することになるため、判旨は民事上の効果も存続しているとみてい

るのであろう。

[4] Trib. civ. Seine, 11 déc. 1901, D. 1902, 2, 233.

〔事案〕 ロッテ商会 (Lotte et comp.) はラング夫人と称しているジロー嬢 (M^{me} Gillo) に必要品を売却し、代金の支払いを第一次的にジローに対し、また二次的にラング氏 (M. Lang) に対して請求した。理由は二人が内縁の夫婦であり、共同生活をしてラング氏の氏の使用を許可している間柄だからである。必要品の売却はラング氏の支払能力をあてにしながらなされたもので、かかる事情において、ラング氏は第三者に対し、ジローのなした契約を履行することを少なくとも黙示に承認したものである。

〔判旨〕 ジローに対し代金と法定利息の支払いを命じ、ラング氏への請求は次の理由で認めない。すなわち、婚姻によって夫婦相互の権利義務が生じる。妻は慣習に従って家政内部を指揮し、必要品の取得等につき、正当にその氏を称している夫に責任を課す権利がある。しかし、本件では妻でない者が夫でない者の氏を称し、その名で契約しても、その者とロッテ商会との間には何ら法的関係は生じない。共同生活関係があるというだけで、被告らの事情を調査しなかつたのは原告の過失である。

本件は内縁関係における氏が問題となつたものである。妻が夫の氏を用いるのは、婚姻を第三者に公示する必要からであるとも論じられるが、⁽¹⁸⁾ それもあくまで法的関係を前提としていわれることで、第三者の保護に消極的なこの判決の結論は、氏は婚姻の要件に全くかかわらないということを根拠に、夫婦同氏をあまり重要視していない判例の一般理論に合致している。

[5] Nancy, 11 janv. 1933, Sem. jur. 1933, 305.

〔事案〕 係争の土地 (N地) には、一八八〇年にA夫妻ほか数名間で、一定の建築線を越えて建物を建てないこと、所定の高さより塀を高くしない旨の地役権の設定契約が結ばれ、A夫人は夫と共に、夫の氏によってこの契約証書に署名した。Aの死後、A夫人からN地の一部を買ったYは、地役権者の一人であるXの忠告を無視して、建築線を侵害してガレージを建てた。Xを含む他の地役権契約の当事者からの訴えにつき、原審はアストラント (astreinte) を課し、Yにガレージの収去を命じた。Yは控訴し、理由として、売主A夫人は法律上の氏である婚姻前の氏によって地役権証書に署名すべきところを夫の氏に

よっているから、それに基づく地役権の登記は無効であり、善意の買主であるYに対抗できないと主張した。

〔判旨〕 妻は婚姻により、婚姻前の氏を失わず、夫の氏の使用権を取得する。A夫人が夫の氏で署名したことは適法であり、署名をそのまま登記簿に記入した登記吏にも何ら違法はない。不動産につき、売主の婚姻中に夫の氏によって設定された権利の有無は、Yに調査義務がある。

事例は夫の氏による署名の問題が直接とり上げられた唯一のものである。しかし注釈⁽⁶⁾はこの点に関しては判旨に批判的であり、単に個人の同一性を示すための署名であれば、仮名でも夫の氏でも差支えないが、登記によって第三者に対抗するような場合には法律上の氏でなければならぬから、本件契約書の署名も妻は婚姻前の氏を用いるべきであるとの見解を述べている。また氏名不変の要請を強調し、夫の氏は職業、住所、生年月日等と同様、個人の同一性をより正確にするための署名の補充にすぎないとする。共和暦二年実月法と二九九条二項との理論的關係を詳細に検討したものであって、後の二つの判例を理論的に補強する結果になっている。

次にとり上げるものは刑事事件であるが、妻が婚姻前の氏によって独立に職業に従事できることを認めた判例として、各教科書に引用され重視されている。

(6) Paris, 17 sept. 1941, D. A. 1941, 364.

〔事案〕 原審は薬剤師コラ・ソプラナ夫人 (Dame Cora Soprana) が貼札上に、コラ・ソプラナという適法な氏名の代わりに、サンソン (Sanson) という婚姻前の氏を表わした点につき無罪、錠剤の入っているガラスびんに商品の質量の構成を明示せず販売したことに対し、秘密薬品の販売を禁じる一九二六年七月一三日法違反として一六フランの罰金の判決を下した。これに対し、検察官・被告人の双方から控訴が提起された。

〔判旨〕 第一点について。既婚夫人が夫の氏を称するか、又は婚姻前の氏に夫の氏を付加するという慣習があったとしても、それは何ら民法典の義務ではない。婚姻前の氏が法律上の氏である。従って、既婚の女性薬剤師は、箱や販売した医薬品の上に婚姻前の氏を表わすことによって、法律上の義務を満たすものである。

(7) Trib. civ. Seine, 19 janv. 1948, D. 1948, 136.

〔事案〕原告は婚姻前の氏をジェロドン (Gerardon) と称し、ポール・ブロク氏 (Paul Bloch) との最初の婚姻で未亡人となり、モーリス・ルーベ氏 (Maurice Louvet) との再婚で妻となっているが、最初の夫の死亡後ポール・ブロク夫人の名でセーヌ相互扶助連合会 (Federation mutualiste de la Seine) 所有の家にアパートメントを賃借した。賃借人組合は、賃借人が再婚後もポール・ブロク夫人の名で彼女に領収書を交付し続け、この点に関し原告から申し込まれた要求に対して、ルーベ夫人の名で契約を結ぶことは拒否したが、ジェロドンの氏によって領収書を作成してもよいと答えた。原告はモーリス・ルーベ夫人の名による領収書の交付を要求して、賃料の支払いを拒絶し、夫と協力してこれを供託し、次の三点を請求してセーヌ相互扶助連合会を訴えた。(一) 供託の有効を認める。(二) 以後モーリス・ルーベ夫人の名で領収書を作成する。(三) フランスの精神の損害賠償を支払う。

〔判旨〕請求の(二)について次のように述べている。領収書は弁済の明白な証拠として、債権者が債務者に交付するものであり、本件の領収書は履行の証明として十分である。民法典一六七条によれば、領収書は当事者間のものであり、第三者との関係を考慮することは要しない。妻が夫の氏を称する慣習は、一般的なものでも統一的なものでもない。この慣習はほとんど強制力なく、行政上の記録 (選挙人名簿・犯罪人名簿) にも守られていない。そのような所では、既婚婦人は常に共和暦二年実月六日法に従い、出生証書で与えられた氏で呼ばれ、夫の氏は付屬的な意味と純然たる身分の正確のためという役目しか果たさない。民法典二九九条、三一一条は離婚・別居後の悪用を避けるためのものである。既婚婦人は、民法典の規定があるため違法ではなくなっているが、共和暦二年実月法と共和暦一年芽月法には矛盾さえしている慣習の尊重を第三者に強制することはできない。被告の意思に反して、モーリス・ルーベ夫人の名で領収書を請求することはできない。

[6][7]の二例においては、妻が夫の氏を称する慣習を非常に消極的に解する判例の態度が明確な理論と共に示されている。[1]〔3〕例と比較してみると、二九九条二項の制定が、判例のこのような理由づけに影響を与えているのではないかと考えられる。慣習を法的に承認したものと評価されながら、逆に規定は、単なる氏の使用という理論を明確にし、同時に「離婚後は各自の氏に戻る」としたために、氏名不変の原則を強調する結果にもなっているのではないだろうか。教科書はほとんど批評を述べていないが、[7]例については、夫の氏を用いる妻の権利を否定する結果になるという批判がある。²⁹⁾

(1) 正しくは慣習というよりも慣習法であるかもしれない。ブータンやカルボニエは慣習法であると明言しており、*シニエ*もその解として *Gény, Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, t. 1, n° 111, p. 327。しかし、一般的にみると使われている用語は *coutume* よりも *usage* が多く、特に判例は夫婦同氏に消極的であるためとりわけ *usage* の語を用いる傾向になると考えられる。本稿ではこの点に余り厳格な区別を考えず、ごく一般的の意味で慣習という言葉を使っている。

- (2) *Planiol et Ripert par Savatier*, op. cit., n° 113, p. 139. また商人や特定の家族の慣習であるともいわれている。
- (3) *Ripert et Boulanger*, op. cit., n° 897, p. 373.
- (4) *たぐやせ* Germaine Durant épouse (ou femme) Lecout の *たぐやせ*。Mazeaud, op. cit., n° 538, p. 549.
- (5) *Ripert et Boulanger*, op. cit., n° 894.
- (6) *Ripert et Boulanger*, op. cit., n° 900; *Planiol et Ripert par Savatier*, op. cit., n° 113, p. 135 et s.
- (7) *Ripert et Boulanger*, op. cit., n° 894.
- (8) *Carbonnier*, op. cit., n° 55, p. 179.
- (9) カルボニエ、ブナー、ブータン、プラニオール、リペールはいずれも義務と明言している。
- (10) *Mazeaud*, op. cit., n° 538, p. 549; *Planiol et Ripert par Savatier*, op. cit., n° 110, 136.
- (11) *Carbonnier*, op. cit., n° 55, p. 180.
- (12) *Beudant*, op. cit., n° 406, p. 283.
- (13) *Ripert et Boulanger*, op. cit., n° 899, p. 211; *Colin, Capitant et Juliot de la Morandière*, op. cit., n° 833, p. 499, note.

(14) 直接参照しなかった判例集にはできるだけ()をつけるようにした。註釈を参照した場合は筆者の分かったものだけ明示した。

(15) 出生証書の氏が自己の真の氏でない主張するためには、出生証書訂正の訴えができる。氏の請求の訴 (*action en réclamation de nom*) とらわれる。これに対し、他人の冒用を争う訴えは氏を争う訴 (*action en contestation de nom*) とらわれ、本件を含めてほとんどの氏の争いがこの型となる。 *Planiol et Ripert*, n° 122, p. 134.

(16) 貴族の称号 (*titre nobiliaire*) は名譽を示す印であるが、今日では単なる氏の付屬物にすぎない。古法では男系長子に

よって相続され、婚姻によって妻は夫の称号を得るが、妻から夫に与えられることはないと説明されている。Pianol et Ripert, op. cit., n° 132, p. 132.

(17) 同様の例としては、Poitiers, 8 dec. 1863 (後出³¹例)、Cass. req. 17 août 1864 (後出³²例)がある。

(18) もっともフランスではこの点はあまり言われないように、教科書ではカルボニエのみ言及している。

(19) Note de Mazonabe-Puyane, Sem. jur. p. 305 et s.

(20) Marty et Raynaud, Droit civil, t. 1, 2^e éd., n° 664, p. 676; Ripert et Boulanger, op. cit., n° 895 も批判的である。

第三節 離婚に関するもの

慣習は妻に夫の氏を与え、しかもそれは法的効力を持つものでもあるという古い判例の見解に立てば、離婚と氏の問題はどう解されることになるであろうか。夫の氏の継続を認めるか、又は否定するかのどちらかになるが、この点については慣習も定まらず、学説も全く対立していたといわれる⁽¹⁾。しかしフランスでは一八八四年まで離婚は禁止されていたため、氏の問題が判例に登場することはなかった。革命期に一度確立した離婚の自由も、その後間もなく禁止され、一八一九年五月八日の法律以降は、別居制度のみが存続していたのである。一八八四年に至って、離婚の復活が認められ、これを定めた七月二七日の法律の立法過程で妻の氏に關しても議論⁽²⁾されている。「妻は離婚宣言の日以後、夫の氏を称しえない」という条文を設ける提案に対し、「再婚まで夫の氏の継続を認める」「妻の利益のための離婚の場合のみ氏の使用を許す」のような反対意見が現われているが、結局議論は結着をみるに至らず、提案は全て撤回された。妻に氏の継続を許すべき場合があることを認めても、いかなる要件によるかに関しては、慣習を検討しても一律の回答を見出せなかったためである。特に離婚した無責の妻が子と氏を共にできない不利益や、夫の氏によって商業上の活動をする妻の問題がとり上げられているが、後者については特に裁判官の裁量に委せることとし、その他の場合には、慣習に従って妻に氏の継続を許容するが、法律上は婚姻前の氏を保持す

るものである以上、離婚後夫の氏を用いる必要はないはずであるというのが、この時の起草委員らの考えであったとみられる。その後、一八八六年四月一八日の法律が離婚手続を定めた際にも、氏については規定されず、一八九三年までこの問題は専ら判例の処置に委されることになった。

民法典に規定がおかれるまでの判例は、離婚した妻が夫の氏を継続することを認めるものと、そうでないものとに分かれ、逡巡を示しているという指摘がよくみうけられる。³⁾しかし結論そのものから見れば、夫の氏の継続を認めないことに一貫していると言った方が適切であり、むしろ、法文に根拠を持たないため理由づけに苦慮しているところから、この問題に対する判例の基本的態度を探るべきである。

[8] Trib. civ. Lyon, 4 mars 1886, D. 1889, 2, 9.

X 夫妻に対する夫の利益のための別居判決を離婚に転換する申立てが夫からなされ、同時に妻に対して自己の氏の使用禁止を請求したものである。

[判旨] 離婚は夫婦間の共通のものを、氏を含めて全て完全に廃止する結果になるため、妻も夫の氏を捨てなければならぬ。これは裁判所の判決等を必要とせず、適用されなければならない一般原則であるが、この点につき裁判所が特別の処分をすることを排するものではない。それは明白な原則の確認である。X 夫人に対し、身分吏の前での離婚宣告の日から夫の氏を称することを禁じる。

右の判決は、離婚した結果当然夫の氏を用いる余地はなくなると明言するが、法規がないため、裁判所は氏の禁止ができるかの点にも言及したものである。判例には裁量によって禁じるといふものと二つの型がみられるようである。

[9] Trib. civ. Die, 12 août 1886, D. 1889, 2, 10.

[判旨] 妻が夫の氏を称するのは、婚姻状態に唯一の根拠を持つものである以上、離婚した妻が将来夫の氏を用いることは禁じられる。

[10] Alger, 29 déc. 1886, D. 1889, 2, 10.

夫からの離婚請求が認められた事例であり、妻の控訴に対し、夫から付帯控訴で自己の氏の使用禁止を請求した。
〔判旨〕 控訴人（妻）に対して指摘された事実によれば、婚姻中の氏を保持することで、当然彼女が被控訴人や子供に有害な不評判を及ぼす恐れがある。よって○夫人に夫の氏を称することを禁じる。

右の判決には、妻は離婚により、實質上は夫の氏を失うものでなく、夫の氏の継続を許すか禁止するかの問題は専ら裁判所の裁量にかかっていると解する点で、[8]例と対照的であるとの註釈がついている。しかし、事案が妻の不品行による離婚を前提としたものであるから、そのような型の理由づけが便宜であったにすぎないともみうる。

[11] Nîmes, 8 août 1887, D. 1889, 2, 10; S. 1888, 2, 20.

夫からの氏の禁止の訴えに対し、離婚はそのような効果を伴わないと妻が争ったもの。

〔判旨〕 妻が夫の氏を称するのは、必要と夫婦間に形成される結合の印としてであるにすぎない。離婚によるこの結合の解体は、妻が夫の氏を継続するのを妨げる。夫の請求により妻に対し離婚宣言がなされ、また妻に対して特別許可を与える事情のない場合はとりわけそうである。

右の判旨が、事情により裁判所は夫の氏の継続を許可できるといふ前提に立つものかどうか議論の余地があると註釈はふれている。これを認めるものではないだろうか。⁽⁴⁾

[12] Poitiers, 11 juill. 1892, S. 1892, 2, 284; D. 1894, 2, 149.

〔判旨〕 離婚に際し、C夫人に将来夫の氏を称することを禁じた原判決は相当である。法はこの禁止に関して何ら規定をもうけていないが、離婚を獲得したのが妻であっても、法の精神は實質上これを承認する。すなわち、離婚により妻は自己の氏を失わず、夫の氏を称するのは便宜と夫婦の結合を示すためである。離婚によりこの結合が解消すれば、妻としての資格でしか用いえない夫の氏を止めるのは当然の理である。

これらの判例の理由づけのうち、二九九条二項と同旨を最も明確に宣言しているのは[8][12]の事例である。これに

対し、裁判所に裁量の余地を認める趣旨を述べるものは、どのような場合に氏の継続を認めるかに関しては、具体的には何もふれていない。[1]例も、妻の利益のための離婚の場合であれば常に許可するとの意味ではないであろう。逆に、「妻が離婚を獲得した場合でも変わらない」と述べている[2]例は、妻の姦通を理由の一つとして夫から離婚請求したのを認めた原判決の確認であり、実質的に妻に氏の継続を許す余地はなかったはずである。判例はカズイステイックに判断しており、いずれも自己の利益のために離婚を得た夫が氏の継続を禁止したものであるため、同一の結論に至ったものとみるべきである。

実際、判例は全く異なる傾向の事例に対しては、裁量権を遺憾なく發揮したのであった。次例は夫の氏の継続を認めたものである。

[13] Trib. civ. Toulouse, 18 mai 1886, S. 1886, 2, 119; D. 1889, 2, 10.

〔事案〕原告はイスマエル (Ismaël) の名でトゥルーズ劇場に出演する俳優であるが、一八五二年に最初の妻アネーオルタンス・クリオ (Anais-Hortense Coenion) と離婚した。クリオ夫人は同じく俳優で、結婚以来マダム・イスマエルの名で出演しており、離婚後もその名を継続した。原告は再婚し、二度目の妻も同劇場の俳優であったためマダム・イスマエルの名で知られるに至った。二人は同じ公演で互いに相手役をつとめるほどである。夫が最初の妻にイスマエルの名の使用を禁じる訴えをした。

〔判旨〕離婚によっても妻は実質上前夫の氏の使用权を何ら失わない。これを禁止する何らの法の規定もない。法規を検討してみると、立法者はこの問題については原則的解決を差しひかえ裁判所の考慮に委ねたものとみうる。この点に絶対の規定を立てることはむづかしい。離婚は将来に向って夫婦関係を決定的に破棄させるが、それと全く同程度に過去を消し去ってしまふことはできない。妻が名誉ある氏を汚す場合もあるが、反対に離婚が妻の利益のためである場合などでは、長年その氏で尊敬されてきて、また子の氏でもあるのに、妻から夫の氏を奪うのは行き過ぎである。その上妻が婚姻とは別に、自己の力や努力でその氏の共有権 (droits a la copropriété de ce nom) を獲得することもありうる。それ故法が沈黙しているのだから、各訴訟の事情を考慮して解決するのが適当である〔以上一般論〕。本件では氏よりもっと権利が不確かな仮名が問題となっ

ているのだから、なおさらこの特別事情の考慮が必要である。不正競争の事例でもない。クリオ夫人がイスマエルの名を用いたのは結婚後であるが、その後は彼女の力で劇場での成功と名声を得たものであり、その名を禁することは重大な損害を与える。離婚訴訟は夫に対して提起され、夫人の利益のために判決されたものである。原告の新しい妻の利益は、請求されている氏の禁止という手段を認めるには不十分である。劇場での二人の役割は異なっており、妻はイスマエル・ガルシンの名によっているからである。原告の請求棄却。

判旨は固有の氏に関する議論から本件の結論を引き出しているが、実際には芸名に関する事例であったというところを、まず重視しておくべきである。理由づけの型としては、氏の禁止を裁判所の裁量にからせている点で⑩⑪例の延長であろう。ということは、表面的には⑧例と矛盾している。註釈⁽⁵⁾はこの点をとり上げて、固有の氏と商業上の氏の問題を区別して扱うことを提案している。即ち、前者においては、氏は世襲性と不変性の原則に従うのであり裁判所の裁量の余地はない。これに対し、商業名 (non commercial) として第三者の氏を取得することは認められるのであるから、芸術上の氏、文学上の氏といわれるものにも同様の解決が可能であると述べる。これは氏の権利に各種の異なる性質を認めて、それぞれの保護を考えてゆくことを主張する評釈のうちの最も早いものである。⑧例と本判決との理論的矛盾を批判したものである。仮名は本来財産的価値を持ちうるもので、営業財産の一部とならないことを除けば商業名と非常に近い。従ってこれを混同し、判旨が固有の氏に関する一般論を述べている部分を他の事例と比較することは無意味であろう。

一八九三年法前の学説・判例の状況を反映してか、離婚の際の妻の氏の問題は、その後上院や議会ではしばしばとり上げられながら解決をみなかった。確定的な裁断をすることがむづかしかつたためであるが、コンセイユ・データ (Conseil d'Etat) の提案によってようやく民法典に条文をみることになった⁽⁶⁾。二九九条二項は条文上何ら裁量の余地を認めない絶対的な規定となっているが、正確な適用範囲はどう解されるべきものであるか。立法過程では、

婚姻が妻に新しい氏の権利を与えるという法規はないのに、離婚の場合の氏を規定する法律上の意味は少ないという反論と共に、今回も夫の氏によって營業する妻の利益が強調された。ブーランジェの提案⁽⁷⁾によって、現在の条文を修正し妻が夫の氏によって職業、商業に従事する場合は、必要なら裁判所が氏の継続を認めうるという条項を追加することが検討されている。しかし、起草委員らの意見は、妻が破産に至った場合の夫の不利益も考えるべきであること、妻の商業名の変更は通知をすればよいということに固まった。そして妻が夫の氏を失わないとすれば、再婚によって妻は三つの氏を持ちうることになり呼称秩序は守りえない、原則的規定の厳格はやむを得ないとして、現行の二九九条二項が承認されたのである。学説は現在この条文に従って、離婚の効果として妻は当然夫の氏を失うという解釈に一致している⁽⁸⁾。しかるに判例には新しい問題が生じ、離婚に際して夫が妻に氏の継続を許可するという事例が現われた。このような合意は有効と認められるべきであらうか。判例はこれを肯定するのであるが、学説は全て批判しており、氏の非讓渡性 (indisponibilité) に反するという理由と共に二九九条は公序 (ordre public) を定める規定であり、離婚した妻が夫の氏を止めることは夫の家族やそれによって当事者の離婚を警告されるという第三者の利益にかかわるからであると説明している⁽⁹⁾。必要の場合には旧姓 (ex), 又は商人なら旧店 (ancienne maison) として夫の氏を用いることは相当であると解するようである。そして、実際には ex をつけたりまたつけなかったりして離婚後も夫の氏を用いることが行われているよう⁽¹⁰⁾で、ただ夫から二九九条を根拠に禁止の請求があれば、以後は絶対的に否定されることになる。この場合の妻の不利益ということを学説は余り論じていない。恐らく、妻は法律上の氏として常に婚姻前の氏を保持して、婚姻生活外の活動では自由にそれに依りうるという前提があるからではないかと推測される。しかしマゾーのみはこの問題をとり上げ、判例の解決は妻にとって有益であるという点で評価されるべきであるし、理論的困難については、固有の氏ではなく商業名や仮名の問題として処理する余地があると述べている⁽¹¹⁾。

判例の検討に移りたい。一八九三年二月六日法以後は、二九九条二項を根拠に、離婚した夫婦は互いに旧配偶者に自己の氏の使用禁止を訴える権利を有するという理論が明確になった。制裁については何も指示されていないが、何らかの損害があれば損害賠償の支払いを認めることになると考えられている。

[14] Trib. civ. Seine, 2 nov. 1895, D. 1896, 2, 152.

〔事案〕 リュブ (Rub) ルブランヌ (Lebrunne) 夫妻は一八九〇年に離婚した。リュブはパリでザクセン・ヴィーンの陶磁器工芸品店を経営する商人であったが、離婚後も店頭「リュブールブランヌ」の看板を出し、またこの名で貼札・送り状・趣意書等を作成していた。ルブランヌ夫人から氏の付加を禁じる訴えと損害賠償として一、〇〇〇フランを請求した。

〔判旨〕 二九九条二項は絶対厳格の規定であり、自分の利益のために離婚判決を得た場合でも、旧配偶者の氏を自己の氏に付加することはできない。禁止の請求は離婚後直ちに行われなくても差支えない。損害賠償の点については、氏の削除のために原告が協議上の方法によったことを立証していない点や、夫が金銭的損害を及ぼすような用法はしていないことから、精神的損害に対し三〇〇フランが適当である。リュブは本判決から二週間又は判決送達から一週間内に全ての看板、送り状から付加されたルブランヌの氏を削除すること、一ヶ月間遅延一日毎に五〇フランのアストラントを課し以後は裁判をし直す。またより小さい文字で「旧店リュブールブランヌ」と記載することは差支えない。

[15] Trib. civ. Seine, 15 dec. 1897, D. 1898, 2, 496.

〔事案〕 原告B男爵はL夫人とアメリカで結婚したが、一八九三年七月一九日付ニューヨーク州最高裁判決によって、離婚と妻に対する夫の氏の使用禁止の判決を得た。離婚後L夫人はアメリカ人Wと再婚している。原告からL夫人に対し、劇場その他公共の場、又は私生活においても一切Bの氏を用いることを禁じる請求をしたもの。

〔判旨〕 ニューヨーク州最高裁の判決は、フランスでの執行判決 (exequatur) の取得がないから考慮できない。しかし二人が未だ婚姻関係にあるとみても有効に離婚しているとしても、いずれの仮定によっても原告はL夫人に対し、劇場その他公共の場でのBの氏の使用は禁じることができる。最初の三〇〇回について一度違反が確定される毎に一〇〇フランのアストラントを課し、その後は改めて裁判をし直す。

右の判決は、婚姻中でも夫は妻に氏の使用を禁じることができるとする点に特色がある。学説にはそのような解

釈はみられないが、本判決の註釈は、婚姻によって妻は夫の氏の所有権を得るのではなく、単に使用権を持つだけであるから、夫の氏の所有権を害さない限りでその権利を行使できるのであり、夫は婚姻中でも文学、芸術、職業上における氏の使用を禁止できると説明している。同様の見解は別居に関する後の判例にも現われており、判例が婚姻による妻の氏の変更に対し、非常に消極的であることを示すものとして注目される。

[16] Pau, 10 janv. 1902 (1^{re} espèce), 4 août 1902 (2^e espèce), S. 1902, 2, 205.

[事案] 別居判決を得た夫が、三年経過後、民法典三一〇条によって離婚判決への転換 (conversion)⁽¹³⁾ を申し立て、子の監護・扶養料等条件の変更と共に、妻に対して氏の使用を禁じる請求をしたもの。

右の判決の問題点は転換の申立てに付随する請求は三一〇条の手続によって処理されるべきかにあり、判旨はこれを認め、転換判決に至らしめた夫婦の責任を考慮し、氏に関しても、もし妻が有責であれば夫の氏の使用を禁じる⁽¹⁴⁾ というように述べている。特殊な事案であるためこのような理由づけになったものかと思われる。

[17] Bordeaux, 3 dec. 1906, D. 1907, 2, 73.

[事案] ドミニック・ヴァック (Dominique Vacqué) はオルタンヌ・マルフィル (Fortense Marphil) と離婚したが、妻は婚姻中より「マダム・ヴァック」の名称で刺しゅう店を経営しており、離婚後も継続している。夫から店頭の表示を除くことと損害賠償とを請求した。妻は「オルタンヌ・マルフィル・旧店ヴァック」と修正すること、何ら損害は与えていないので損害賠償は拒否する旨抗弁した。

[判旨] マルフィルは数年間夫の同意の下に刺しゅう業を営んでおり、その営業と商業名の所有者である。公衆に営業の在を示す氏を保持する権利は争えない。妻のこの権利と夫の感情を同時に保護するために、妻の提案する修正を認めることは妥当である。判決送達後一週間内に修正することを命じるが、ヴァックはいかなる損害の立証もしていないので損害賠償は認めない。

[17]例は[14]例と全く同性質の事例であり、旧配偶者の氏が商業名としての価値を持つ場合が、判例に現われる争い

の典型的なものである。判例は[14]例にみられるように、二九九条二項は例外を認めないものと解しているため、一貫して氏の継続を禁止し、わずかに「旧店」としての記載を許すのみである。[14]例はその点について何ら理由づけを述べていないが、本判決は営業を公示する商業上の利益の保護であるとし、商業名の事例であることを明らかにしている。しかし註釈は、二九九条二項は商業名であっても家の氏であっても区別なく禁止するもので、本件の解決は条文の解釈上は疑問であり、むしろ法を補充するものであると評している。

[18] Trib. civ. Seine, 19 nov. 1907, D. 1910, 2, 15; S. 1909, 2, 123.

〔事案〕 婚姻中から夫の氏を用いて劇場に出演していた妻が、離婚後六年間中断した後で再び夫の氏を用いて契約したのに対し、夫から再三裁判外の禁止や催告をしたあとで、氏の使用禁止と一〇〇〇フランの損害賠償を請求した事例である。妻は次のように抗弁している。(一)夫の氏によって妻が名声を得た場合は、その氏は彼女にとって資本ないしは共有権となる。(二)妻の用いるポーレット・フィロー(Paulette-Filliaux)なる名は仮名である。(三)夫の氏のフィロー(Filliaux)からiを除き、ポーレットとハイファンで結んで変形している。(四)夫は婚姻中出演を許可したのだから継続させねばならない。

〔判旨〕 二九九条の規定する原則に裁判所は反しえない。一八九三年法の立法過程で、立法者は意識的に裁判所の裁量権を拒否したものである。商業に従事する妻も離婚後は夫の氏を使用できないことは議会で明らかにされた。破産に至って夫に損害を及ぼす恐れがあるからである。従って氏の共有権ということは認めえない。(一)、(三)、(四)点も否定する。夫の請求は理由あると認める。⁽¹⁵⁾

先にとり上げた[13]例と類似のケースであるが、妻が芸名としてしているのが夫の真の氏(仮名でない)である点異なる。また六年間中断した後で再び用いたということで、継続を認める実質的根拠も[13]例よりずっと少ない。

[19] Trib. civ. Seine, 22 déc. 1923, S. 1928, 2, 25.

〔事案〕 E・ケリー(E. Kelly)は英国人であるが、グー(Gould)との婚姻によって、アメリカ合衆国のニューヨーク州民の国籍を得、夫妻はフランスに居住していた。ケリー、グー夫妻は妻の姦通を理由にフランスで離婚判決を得、控訴審で確定した。妻は踊子として劇場に出演していたが、離婚後もエディス・ケリー・グーの名でアルハンブラ劇場と契約したので、夫

からグーの氏の使用禁止を訴え、劇場に対しては、グーによって宣伝することの禁止と損害賠償を請求した。

〔判旨〕 (一)二九九条は裁量の余地を認めない絶対の規定である。何らかの妥協を容れる修正案が特に否定された後で成立した規定で、裁判所もこれに違反できない。(二)被告は芸術上夫の氏によってほとんど知られておらず、付加は夫の氏の濫用である。(三)劇場は契約時の名のおりに俳優を宣伝しても何らフォートを犯さない。損害賠償請求は認めないが、以後グーの氏の使用を劇場に対しても禁止する。被告に対しては、違反が一度確定される毎に五〇〇フランのアストラントを課して夫の氏の使用を禁じる。

本件では被告は劇場でほとんど知られていないので、彼女が夫の氏を芸術上の仮名として保持しうるかを検討する余地はないと註釈は述べる。筆者も二九九条は絶対の規定とみるのであるが、仮名の権利としてなら、氏の継続を認める余地があるとするものであろうか。なお当事者が二人共外国人である点が注意を要する。被告は、ニューヨーク法に服するから二九九条の適用を受けないと争っており、註釈はこの点もくわしく解説している。

これまでの事例は全て夫の氏の継続を否定するものであった。民法典に根拠条文を持ったため、判旨は論理一貫し、とりわけ制定過程で裁判所の裁量を認める案が撤回されたことを重視している点が注目される。事案の性質が一八九三年前と多少変わってきているとはいえないであろうか。〔8〕〔12〕例は全て一般の離婚訴訟に付随するものであったが、これらは二九九条によって、訴訟に持ち込まれるまでもなく解決されることになり、職業上、商業上の氏が判例の中心問題となることを、〔14〕〔19〕例の傾向は示しているようにみうけられる。しかるに、〔19〕例とほとんど同時に、新しい型の争いが判例に登場し、二九九条は絶対の規定であるとする判例理論は実質的に廃棄されてしまった。夫婦間でなした氏の継続を許す合意は、二九九条の権利の適法な放棄として有効であると裁判所は認め、その前提として二九九条は公序に関する規定ではないと判断したのである。この見解は破毀院判決でも支持され、以後判例はこの点をめぐって、二九九条の解釈に関しより複雑な議論を展開してゆく。〔20〕例は控訴院の判決であり、〔21〕例は同じ事例に対して破毀院が示した判断である。

(20) Bourges, 18 oct. 1921, D. 1921, 2, 128; (Gaz. Pal. 1921, 2, 469)

〔事案〕 離婚後七年程して、夫から妻に自己の氏の使用を禁じる訴えをしたもの。妻はこれに対し、離婚に先立って（離婚訴訟中に）、夫は将来ともたとえ自分が再婚しても、妻が自分の氏のド・ヌリ（De Noury）を称する権利を争わない旨、署名入りの証書で名譽にかけて約束していると争った。控訴院は原審（Trib. civ. Nevers, 14 fév. 1921）の判断を全面的に支持して、夫からの控訴を棄却している。

〔判旨〕 約束は法律上の拘束力がないという夫の主張に対して次のように答えている。二九九条二項はいかなる情状酌量も認めない規定であるけれども、立法者はそれに公の秩序（ordre public）に関する性格を与えて、金銭上、精神上の理由で明示又は黙示に当事者がこの権利を放棄することまで禁じたものとは考えられない。旧配偶者に氏の使用を認めても、公の秩序は何ら損害を蒙らないし、氏の継続は商業、職業上の利用や当該婚姻による子の利益のためには便利である。一八九三年法は、多くの註釈者もそう解しているとおり、特別の契約によって規定を排除することを認めるものである。また、離婚後も妻は夫の氏に何ら不名譽をもたらしていないし、離婚に際して子の利益や妻が扶養料を放棄したことを考慮して、夫が氏に関する譲歩をしたものである。夫の約束は、適法な権利の放棄として、完全に法律上の拘束力を持つものである。

(21) Cass. civ. 20 fév. 1924, D. 1924, 1, 19; S. 1924, 1, 335.

〔上告理由〕 婚姻中に夫がなした、夫の氏の離婚後の継続使用を認めるといふ契約の有効性を認めた原判決は、民法典二九九条、一一二八条、⁽¹⁹⁾一一三三条と一八一〇年四月二〇日法に違反する。離婚後妻は夫の氏を称する権利も資格も全く失うし、また氏は商業、職業外では譲渡の対象にならない。

〔判旨〕 (一)二九九条二項によって、夫婦は離婚後互いに相手に対し、自己の氏の使用を禁じる権利が認められている。しかし、この規定は公序に関するものではなく、この権利を行使すると否とは当事者の自由である。(二)妻に夫の氏の使用を許すことは氏の譲渡を意味するものではない。従って身分に関する契約とはならず、一一二八条にも違反しない。

前述したようにこの判旨に対しては、学説は一貫して反対している。⁽²⁰⁾ 処分不可能で取引外にある氏は、法律上有効な契約の対象にすることはできないという理由によってであり、これは氏名権保護の根拠を身分や人格との関連に求める諸説の当然の帰結とされている。加えて、二九九条の厳格性は第三者に対し離婚の最良の公示になるとい

う点が強調される。理論上このような問題を含むにもかかわらず、二九九条は公序に関するものではないという判断が一度破毀院で確立されると、後の判例ではもはやこの点は争われず、新しい型の理由づけとして利用されることになる。このことは、二九九条が絶対の原則を立てている背後で、何らかの形で氏の継続を承認せねばならないという要請が、理論では処理し切れない実際上の問題として常に存在し続けているからではないだろうか。

[22] Grenoble, 3 mai 1950, D. 1950, 606.

〔事案〕 グルノーブル控訴院一九四五年七月二五日判決は、デュフロア (Duflo)・ガイヤール (Gaillard) 夫妻に対し、夫の利益のために離婚宣告・妻の利益のために別居宣告をし、二人の未成年の娘の監護を母に託し、父に対して一ヶ月二〇〇フランの扶養定期金の支払いを命じた。同控訴院同年十一月二八日判決は、ガイヤール夫人の請求で定期金を五〇〇〇フランに引き上げ (支払いは三〇〇〇フランに達していた)、また自己の氏の使用を禁じるデュフロアからの反訴請求を却けた。これに対してデュフロアが控訴し、定期金を三〇〇〇フランにとどめることと氏の禁止を請求したものである。妻は付帯控訴で八〇〇〇フランに増額請求した。

〔判旨〕 (一)扶養定期金の額については訴えの利益がない。(二)氏の禁止については、離婚と別居とが一度に判決されたのであるから、請求は二九九条によっても三一一条によってもどちらでもよい。夫の利益のために離婚判決がなされたのであるから、夫は氏の使用を禁じる権利がある。二九九条は公の秩序に関する規定ではないから、夫は適用を要求しない権利を持つが、本件では、再婚しているデュフロアがいかなる方法にせよ権利を放棄したり許可を与えたりしたことについて、ガイヤール夫人は何ら立証していない。また子の利益にも関しない。氏の使用を禁止し、違反の場合は損害賠償も支払うものとする。

このような事例は、従来の判例理論からみれば、二九九条は絶対の規定であるから禁止は当然であるとして片づけられてしまったであろう。[21]例の破毀院判決の上に立っているために、妻 (子も含めて) の利益を保護する余地が大きく開けていることは注目に値する。離婚の当事者に氏の禁止の権利しか認めない二九九条を前提としながら、継続の権利を主張することを認めているのである。妻は夫の黙示の許可を主張することもでき、更には離婚に際して、必要ならば氏に関する譲歩を夫に要求することもできるであろう。

[23] Paris, 4 juill. 1956, S. 1956, 1, 176; (D. 1956, 698)

〔事案〕 T夫人は医者であり、離婚後も前夫の許可を得て、Mという夫の氏(T・Mとも時にはしらしい)を用いて開業していた。数年後、同じく開業医である夫からMの氏の使用禁止を訴えた。一審では原告の請求を認め、三ヶ月内にMの使用を一切停止して、前夫Mに対し精神的損害賠償一フランを支払うことを命じた。T夫人は控訴し、原審確認の場合には二年間の猶予を求めると述べた。

〔判旨〕 (一)二九九条二項の効果として、離婚した夫は自己の氏の使用を禁止する権利がある。(二)夫が離婚後も氏の継続使用を許可した場合、その許可は一時的なものでしかなく、夫が禁止の訴えを提起することで効力を失う。(三)しかし、夫の許可によって妻はMの氏を用い正当に医業を継続し、顧客もそれに慣れていたのであるから、判決の執行には二年間の猶予を与えるのが適当である、(四)夫と妻とは全く別の地域で開業しており、混同は生じえないから損害賠償請求は理由がなく、アストラントも必要ない。

同じく[2]例の破毀院判決をふまえた論旨で、二九九条の性格については判断をくり返してはいないが、判旨の(二)点において新しい先例をつくっている。[2]例で確立されたのは、二九九条に反する合意の適法性という点に関してであった。しかし、後になってこの氏の許可を撤回したいという夫の要求については、許可の有効性だけを根拠に拒否して何ら判断を示さなかったのである。本件はまさにこの点に関して、「夫からの訴えの提起によって許可は当然効力を失う」と述べ、[2]例の判旨を更に展開した。事案を比較してみると、[2]例の方では夫の許可が書面によっており、[23]例はそうでないとみられる点が異なる。また後者は、妻が夫と同様開業医であって不正競争となることもありうる。従来なら旧姓とか旧店によるべきところを、妻の請求によって二年間という長期の猶予を認めたことも新しい解決である。

[24] Paris, 7 janv. 1959, D. 1959, 58.

〔事案〕 ビロット (Billotte)、ディル (Dels) 夫妻の間で、妻の利益のために離婚が成立し、離婚後ビロット氏は、常に自己の氏の使用を許すという明示の意思表示をしていた。しかしディル夫人は、その権利を官公庁で認めてもらうのに困難を感

じ、特に身分証明書類の更新のために必要を生じて裁判上の確認を求めた。原審は、裁判所が公序に關しない他人の氏の平穩な使用を規制する必要はないという理由で訴えを棄却した。ディル夫人から控訴。ビロット氏は代訴士 (avocat) を依頼せず欠席判決を受けたが、ディル夫人の代訴士に対し、原審判決の破棄を希望し許可を更新する旨意思表示している。

〔判旨〕 二九九条は公序に關しないから、氏の禁止をする権利の行使は自由である。氏の使用許可は身分に關する契約ではなく、一一二八条に反しない。夫が氏の繼續を何ら争わない以上、そのような許可の本質的に撤回可能な性質を害することもないから、裁判所は妻が第三者に対しそれを利用する必要を立証すれば、許可の証明を与える必要がある。

判決は更に理由づけの中で、控訴人が日常繼續して用いてきたビロットの氏を失うことの不利益に言及し、氏の使用の許可は離婚の結果を緩和する性質のものであるとも述べている。商業、職業上の氏とは別に、一般の問題としても、妻は従来用いてきた氏を奪われるため損害を蒙るであろうということを、裁判所が正面から承認したのである。また公の書類等においても、できるだけこれが法律上の氏に近い扱いを受ける必要があることも認めている。注釈はこのように妻の損害を補償することと、氏の非讓渡性に反し、人格権としての氏名権の性質が侵害されることをどう調和させ、どのように限界づけるかが困難な問題であると指摘しており、恐らく両者のかかわり合いこそが、將來理論的に克服されねばならない中心課題であろうと考えられる。

〔25〕 Paris, 2 dec. 1960, Gaz. Pal. 1961, 1, 96.

〔事案〕 コレット・ポラック (Colette Pollack) 夫人とミシェル・ルフォール (Michel Lefort) 氏は、一九五三年に妻の利益のための離婚判決を得た。ポラック夫人は婚姻中から夫の協力を得て、「コレット・ルフォール」の商号によってパリで婦人装身具店を経営し、支配人であった。離婚後ルフォール氏は、以後永久的に自己の氏の使用を許可する、旧來通り職業活動において用いても差支えない旨の私信をポラック夫人に送っている。しかるに、ルフォール氏の両親とポラック夫人の間に郵便物の誤配等の事件が生じ、ルフォール氏は氏の使用禁止を訴えるに至った。一審は二ヶ月間遅延一日毎に五〇〇〇フラン、その後は裁判をし直すというアストラントを課し、夫の請求を認めたので、ポラック夫人から控訴。

〔判旨〕 (一) 離婚後も氏の繼續を許可することは、氏の讓渡を含むものでなく、また一一二八条が禁止する身分に關する契約

にもならない。二九九条の規定は公序にかかわるものではないから、氏を禁止する権利を行使すると否とはいかなる態様によるも当事者の自由であり、許可は有効である〔以上(2)例破毀院判旨のくり返し〕。(c)このような氏の使用の譲渡は一時的性格を失うことはなく、もし正常な用法がなされなかつたり、損害をもたらすような混同に至る時は常に撤回可能である。しかし一方的な意思の表明であるという理由で、自己が与えた許可を勝手気ままに取消し、契約した義務を逃れることは認められない〔新判断〕。(d)以上の前提に立てば、ルフォール氏の理由とする郵便物の混同は些少なものであり、これに対してコレット・ルフォールの名で広く顧客を得ている夫人がその氏を失うことによつて蒙る損害は大きい。夫人は過去において、控訴人に損害をもたらすような氏の用法はしていないし、ルフォールという平凡な氏を自分の名と合わせ、専ら職業上用いているのであるから、混同を生じえない。原判決を破棄し、控訴人の請求を認める。

右の控訴には、ネプヴー (Neveux) 弁護士からの詳細にわたる控訴理由の論述がある⁽²⁾。その中でネプヴー氏は、(f)氏の許可が書面によつて、(g)氏の使用が職業活動においてのみである、という二点を強調し、同じく許可が書面によつて、(2)例の先例に従つて単純にルフォール氏の請求を却けるか、又は氏の権利と単なる氏の使用とは異なることを明確にし、控訴人の場合は仮名としてかもしくは職業生活の範囲のみでの使用を認めることが適當であると主張した。しかし、パリ控訴院がいずれの提案をも受け入れなかつたのは、二九九条を正面から無視するような後者の理由づけを避けたことと、既に(2)例以来、許可の一時性を確認してきている点を考慮する必要があつたからであろう。本件では権利濫用の考えを導入して、前妻が氏の使用権を濫用した点について十分な立証をしなかつたルフォール氏を敗訴させ、撤回権の司法的コントロールという解決方法を旨とした。(2)例以来の判例に一貫してみられる妻の氏の利益を保護する態度が、裁判所の裁量権を強調することによつて示されている。しかるに、本判決は上告審で破棄され、破毀院は(2)例の判決の上に、新たに許可の撤回の自由という第二の原則を追加したのである。判旨の要約は次のとおりである。

(2) Cass. civ. 13 oct. 1964, Gaz. Pal. 1964, 2, 401.

〔判旨〕 (一)二九九条は公序に関しないから、当事者は離婚後相手に氏の使用を禁止する権利を行使すると否とは自由である。(二)しかしながら、旧配偶者が相手に氏の継続を許可した場合は、その許可は一時的な性質のものでしかなく常に撤回可能である。(三)許可は旧配偶者が異常で損害を招くような用法をした場合しか撤回できないとした原判決は、二九九条の解釈を誤るものであり破棄する。

右判決は破毀院の判例変更であった。そして現在この問題に関する最も新しい判決となっている。²² 対比される破毀院の前判例(20例)は、二九九条が公序に関しないという判断を立て、実質的にはそれだけの理由で許可の撤回不可能性を確認した結果になっている点が問題であった。本件の控訴院判決は、撤回を認めつつ、その条件を厳格にすることによって21例の結論に近い解決を引き出している。実際、もし裁判所の裁量を許すならば、本件の事案は妻の利益が考慮されてよい事由は十分あった。しかし破毀院は、23例以来パリ控訴院がくり返し判旨の中で準備してきており、本件に関しても控訴院判断の前提とされている許可の一次的性格という問題に評価を下さねばならず、当然二九九条を原則論に大きく引き戻して許可の撤回自由を宣言したのである。許可の自由と撤回の自由という問題の解決方法は、結局氏の継続の許可を多くすることになるから、フランスの実定法の現状下では最も賢明な司法政策であろうと註釈はこれを支持している。²³ 撤回権の行使の態様が明らかでない場合は、損害賠償の原因になることで事後的なコントロールは可能であり、その場合も立証責任は妻にあるから、夫の権利の行使が妨げられることにはならない。破毀院の出した結論は、大体学説・実務からの賛成を得ている模様である。²⁴

一八九三年法以前の判例において、氏の継続を否定した理由づけのうちに、当然、絶対に禁止されるとするものと、裁判所の裁量の余地があることを前提とするものとの二つのタイプがあることを観察してきた。そして後者が継続使用を認めた例へと結びついたのであるが、この二つの型の交錯は、呼称秩序を固定し厳格に保持しようとする要請と、それにもかかわらず現実には常に生じる新しい氏の取得を保護する要請との対抗関係として、20例か

ら〔20〕例への判例理論の展開の中に再現されているとみうるのではないか。二九九条制定後は離婚した配偶者の氏の利益を保護するには、(イ)旧姓・旧店として継続をみとめるか、(ロ)長期の猶予期間において禁止するか、のどちらかによる以外になかった。両者は結局禁止にほかならない。これに対し、許可の自由が承認されるに至ったことは、二九九条の絶対性とフランス法の氏名不変の原則に根本的な変革を持ち込むものといえるであろう。撤回の自由は氏の非譲渡性との妥協の限界であるが、しかし意思による氏の譲渡・変更を認めている点に変わりはない。これを夫婦間の問題として考えれば、離婚の過程の中で、氏が夫婦の合意に委されることは最も事柄の性質に合致するものと考えられる。註釈者は、離婚によって「消し去れない過去」が残ることを率直に認めることが、妻の氏の保護という問題に関しても、最も必要な基本的考察態度であろうと述べている。⁽²⁵⁾離婚原因の研究に比べて、離婚の結果生じる損害とそれを緩和する手段との研究があまりなされないのは、離婚を防止しようとする政策がその結果をより苛酷でなくする方向に対して障害をつくっているからであるという同註釈者の鋭い指摘とあわせて、十分傾聴すべきであろう。氏に関する合意という処理は、理論的には氏の非譲渡性という壁につきあたる。固有の氏に関する合意は認められないが、仮名や商業名としてなら承認する余地があるという考え方でこの点の克服が目ざされていることは既に検討してきたところである。⁽²⁶⁾しかし氏の非譲渡性を氏が身分や人格の属性であることに由来するともみても、婚姻そのものが契約であることを認める以上、⁽²⁷⁾それだけでは必ずしも氏に関する合意を一切否定するという帰結にはならないのではないだろうか。氏の非譲渡性という要請は、それよりもむしろ、呼称秩序の固定を目ざし、氏を民事警察制度としてのみ重視しようとする考え方により強く結びつくのではないかと私には考えられる。⁽²⁸⁾氏の秩序が身分秩序と深く結合していた時代には、非譲渡性は身分や人格に由来するものとして理解されたであろう。しかし身分関係が流動し、個人の自由な活動を許す社会では、人格の一部として氏名を保護することは、むしろ個人の氏の権利を認めない民事警察制度説に対抗して、氏の変更の自由を擁護する側に立つはずと考えられるの

- (1) 「婚姻によつて妻が夫の氏を称する権利を取得する」といふ見解を立てている学者たちは、離婚によつても妻はこの権利を失うものではないと主張した。また、妻は婚姻によつて氏の権利を取得しないといふ見解の学者たちは、夫婦は婚姻中も離婚後も各自の生來の氏を保持し、離婚後ほもとより生來の氏を称するものとした。」(木村・前掲論文(三)関西大法学論集七卷五号九頁参照)。
- (2) *Chambre des députés, Seances des 15 et 17 juin 1882, D. 1884, 4, 105.*
- (3) *Planiol et Ripert par Savatier, op. cit., n° 111, p. 137; Ripert et Boulanger, op. cit., n° 898, p. 374.*
- (4) *Ripert et Boulanger* などの妻に氏の継続を認めた例として分類してゐる。
- (5) *Note de Flurer, D. 1889, 2, 10.*
- (6) *Rapport de M. Arnault à la Chambre, D. 1893, 4, 42.*
- (7) *Senat, Séance du 18 janv. 1887, D. 1893, 4, 42; Duvergier, op. cit., t. 93, p. 4 et s.*
- (8) *Mazeaud, op. cit., n° 539; Carbonnier, op. cit., n° 55, p. 181 etc.*
- (9) 人格や身分にかかわるといふ氏の性質から合意の有効を疑問視するものや、*Mazeaud, Ripert et Boulanger, Collin, Capitant et Juliot de la Morandière* の三書であり、*Planiol et Ripert* は夫の家族を含めた第三者の利益をとり上げる。*Carbonnier* は両者を指摘してゐる。他に氏名権を家族の権利とみる *Savatier* は夫の家族の利益を強調するようである。
- (10) *Carbonnier, op. cit., n° 59, p. 192.*
- (11) *Mazeaud, op. cit., 27^e Leçon, Lectures, p. 564.*
- (12) アストラントは債務の履行強制方法として、裁判所が通常遅延日数に応じ一定の金額の支払いを命ずるものである。その具体的な形式は裁判所の裁量によって様々であり、罰金が無限に加算されることを予定しているものや、またこの事例におけるように、債務者の態度を考慮して一定期間後にアストラントを変更する趣旨とみられるものもある。アストラントを支払った後、債務者が免責される場合もあるらしい。山本桂一「フランス法における債務の *astreinte* (罰金強制) について」損害賠償責任の研究下一四九頁以下参照。
- (13) 三二〇条によれば、別居判決確定の日から起算して三年の期間が経過し、その間に和解が成立しない場合は、期間の

- 終りに夫婦の一方から裁判所に対し、別居判決を離婚判決に転換することを請求できる。現行の解釈では、請求があれば裁判官は裁量の余地なく当然転換判決をしなければならない。しかしこの判決当時は、転換は裁判官の裁量に委せるという解決がとられていたようである。三一〇条三項は、転換判決は評議部 (Chambre du conseil) で審理すると定めており、非公開の特別な手続であるため、どの範囲の請求が本条の対象となるのが問題とされたのである。Marty et Raynaud, *op. cit.*, n° 359 et s. [補註 現行規定では三〇六条にあたり、請求があれば法律上当然に転換が生じる。]
- (14) *Planiol et Ripert, op. cit.*, n° 111, p. 137 はこの判決を、二九九条は例外を認めない絶対の規定であると解した例として引用している。判旨のどの部分によったものか不明である。
- (15) *Note de Léonce Thomas, D. 1907, 2, 93.*
- (16) 本件では夫が度々裁判外で氏の禁止を要求しており、このような場合には金銭上の損害を生じたとして損害賠償が認められるようである。[4例参照。]
- (17) *Note de E. H. Perreau, S. 1928, 2, 25.*
- (18) 学説は判旨に反対であるから、この点は一審判決に対し書かれた註釈を指すものと思われる。
- (19) 問題に直接関係するのは一一二八条だけであり、重要な条文なので引用する。
Art. 1128 C. civ. *Il n'y a que les choses qui sont dans le commerce qui puissent être l'objet des conventions.*
- (20) これに反し註釈には賛成が多い。シレーの註釈は、本件の契約は単に氏の使用に関するものとして、その限りで有効とみ、撤回には正当事由が必要であると述べている。
- (21) *J. C. P. 1960 II 11881.*
- (22) 商業名に関する判例は最近も多いが、直接夫婦の氏が問題となったものは、本件判決以後未だ現われていないようである。
- (23) *Note de Jacques Foulon-Piganiol, D. S. 1965, p. 907 et s.* この註釈は先例を検討しつつ詳細に判例理論の展開を追った長文のもので、[20]例以降の紹介については多くをこれに負っている。
- (24) 本件の他の註釈は撤回の自由には賛成であるが、理由はむしろ先の註釈と反対である。夫が妻に氏の許可を与えるのは、自己が排他的権利者でないものを処分することになり、他の家族の利益を害するから、家族からの禁止を認めるべきであると強調している。Observation par R. L., *J. C. P. 1964 II 13891.*

(25) Note de Foulon-Piganiol, op. cit.

(26) 本節註(5)(11)参照。

(27) 一七九一年九月三日憲法は、「法律は婚姻を民事契約とのみ考える」と宣言した。学説上は、契約の内容が法定されているから、婚姻は制度としての面をあわせ持つとも説かれている。しかし当事者の合意が基本となるという意味で、第一次的には契約である。谷口知平・外国法典双書仏蘭西民法—人事法—一九頁参照。Marty et Raynaud, op. cit., n. 65 et s.

(28) この場合、氏の譲渡や氏名変更は市民生活上の個人識別の手段としての性質を損うから禁止されると説かれ、むしろ氏を称する義務の方が強調される。Piganiol et Ripert par Savatier, op. cit., n. 114, p. 141.

(29) 改姓権を人格権の一つとして構成する考えもあるといわれる。唄・氏の変更上六二頁註五参照。

第四節 別居に関するもの

別居 (separation de corps) は、カトリック教会が認めた婚姻非解消の原則を緩和する制度として古くから存在し、離婚制度が禁止されていた間もそれに代わるものとして単独で存続していたが、今日では離婚への転換が簡単になったため、主として離婚の予備段階、すなわち婚姻的結合の解消の前提をなす弛緩という意味に存在意義を見出している。⁽¹⁾ 別居は夫婦の同居義務を消滅せしめるのみで、婚姻関係は依然存続するのであるから、法律上氏に影響が及ぶ理由はないともいえる。しかし、一八九三年二月六日法は次のようにこの問題に法的解決を与えた。

「別居を宣告する判決若しくは後の判決は(イ)妻に夫の氏を称することを禁じ、又は(ロ)これを称さないことを許可することができる。(ハ)夫が自己の氏に妻の氏を付加した場合には、妻は夫にこれを称することを禁止するよう請求することができる。」(三一一条一項)

立法過程の議論を検討してみると、夫の氏を称さない許可という点については、コンセイユ・デタが夫婦の氏に

関する法規が存在しない以上、別居後も妻は自由に夫の氏を称するなり、または専ら婚姻前の氏によるなりしてよ
 いとの見解であったのに対し、起草委員会からこの点を明確にする必要があると主張したもののようである。⁽²⁾ 妻の
 氏を付加することの禁止という問題も論議されている。それは商人や特定地方の風習にすぎないのに、法文を設け
 れば別居前は夫が妻の氏を付加する権利を持つと一般的に承認することになり、氏名秩序の重要な変革になるう
 え、氏の変更がもたらす不都合は大きいという反対があった。

起草委員は、相当広く認められる慣習であること、夫の一般的権利を確認するものではなく、裁判所に許可の可
 能性を認めるにすぎないことの二点をあげてこれに回答している。⁽³⁾ 付加は夫の義務ではないから(四)のような規定は
 おかれなかったのであり、また妻の異議によって当然禁止され、裁判所の裁量の余地はないと述べられている。

判例のうち、別居判決が離婚に転換されたものは前節で扱っているので、別居そのものに関する事例は最初に紹
 介する三件だけである。氏についてもあまり多くの議論はなされていらない。ここでは別居との関連よりも、夫が妻
 の氏を付加した事例の方に重点をおき、その場合の二重氏に対する夫の権利を、妻が夫の氏に対して持つ使用権と
 対比しながら、氏名不変の原則と夫婦の氏の共通との間にどのような調和が見出されているかという問題として検
 討してみたいと考えた。しかし判例は商業名に関するものが多く、そこから近代的な夫婦の氏の問題を観察するこ
 とはむづかしい。

[27] Cass. req. 3 janv. 1900, D. 1901, 1, 73.

〔事案〕 ダストラク (Dastrac) 夫妻に別居判決が宣告され、妻は夫の氏を称さない許可を得た。夫に対しては、妻への年金
 (pension annuelle) の支払いを命じ、その履行を担保するために、ブエノスアイレスにある夫所有の不動産に特別抵当権
 (hypothèque speciale) が設定された。ダストラクは控訴したが棄却され、次の理由と共に本判決の破毀申立てをした。(一)妻に
 夫の氏を称さない許可を与えるに際し、三二一条を引用したのみで、条文の適用を正当化する理由としての特別事情は何ら明

らかにしていない。(一) 抵当権設定に関し法令違反がある。

〔判旨〕 理由(一)について。別居判決は妻に夫の氏を称さない許可を与えうる。この点に関し、事案の緊急性や便宜を決する(4)ことは裁判官の自由である。

〔28〕 Paris, 24 mars 1944, D. A. 1944, 98.

〔事案〕 原審はX夫妻の別居を宣告すると共に、X夫人(丁)に対し、一回の違反毎に一〇〇〇フランのアストラントを課して以後夫の氏の使用を禁止し、また判決の仮執行(exécution provisoire)を命じた。X夫人は次の理由によって控訴した。(一) 本判決の仮執行は民法一三五条の適用外のものである。(二) 三二一条は別居判決が確定した場合のみ氏の使用禁止を認めるものであるのに、原判決は控訴によって未確定である。(三) 仮執行は身分に関しては許されない。

〔判旨〕 (一) 民法一三五条の仮執行は、三二一条の場合にも適用しうる。(二) 仮執行の可否を判断するのに上訴の効果を考慮する必要はない。判決の言渡しの時点で評価するのが適当だからである。更に、民法一三五条は緊急時や危険に際しては、未確定判決にも仮執行を許可しうることを予定している。(三) 妻は婚姻によって、夫の氏の使用権を取得するのみであるから、夫は婚姻中でもとりわけ文学、芸術、商業活動上の表示においては、氏の使用を禁止する権利がある。この権利は別居により婚姻のきずながゆるんでいる時はとりわけ強く存在する。原審の確定した所では、氏の使用を禁じる緊急の事情がある。控訴棄却。

右の判決は仮執行を中心に争われており、次に掲げる破毀院判決は、民法一三五条の適用については反対の見解を示している。註釈者の判断も分かれている。(5) 氏に関して問題になるのは判旨の(三)であるが、同様の見解は(6)例に一度現われた。外国で得た離婚判決に基づいて申し立てられた氏の禁止の請求を認める理由づけとして、フランスでの執行判決の取得がなければ外国判決は考慮できないが、婚姻中でも夫の氏の使用禁止は可能であるとセーヌ地方裁判所は述べたのである。しかし学説には、このような見解をはっきり否定し、氏名は個人の意思によって変更されえないものであり、妻は法が予め規定した場合以外には夫の氏に対する権利を奪われないと論じるものがある。(7) その場合には本件に関しても、氏の禁止は別居判決が確定してはじめて効果を生じるか、又は新たに訴求でき

ることになるものと解することになる。破毀院もこれと同様の解釈に立って控訴院判決を破棄した。

[29] Cass. civ. 26 janv. 1948, Gaz. Pal. 1948, 2, 187; S. 1948, 1, 181.

[判言] 離婚や別居については、性質上仮処分 (mesures provisoires) が問題になるのではない限り、訴えの是非に対する確定判決に基づく処分には仮執行は命じえない。妻に一般的、絶対的に夫の使用を禁じる処分についても同様で、氏の禁止は別居判決の結果として生じるにすぎないものである。

別居中の氏は、以上みてきたように、専ら当事者の意思と裁判所の裁量に委されている。別居は適用される条文も離婚と共通のものが多く、両者の効果は余り変らないようであるが、氏の変更を婚姻や離婚の公示として重視する立場からみれば、それらと混同を引き起すこのような解決は問題があるのではないだろうか。

次にとり上げる夫が妻の氏を付加した事例の中には、三十一条の規定にもかかわらず、別居判決との関連で問題にされたものや、妻から夫に対し氏の禁止を訴えた例はみあたらない。妻の氏を付加することは、従来商人の間に多くみられた慣習のよう⁽⁸⁾で、判例もほとんどが商慣習を理由にこれを認めた古いものである。しかし、先の三十一条一項⁽⁹⁾の解釈としては、慣習を法的に確認することによって、一般的に夫に対し付加という形式での妻の氏の使用权を認めたものとみななければならない。学説もそう解しており、前述したこの点に関する起草委員会の回答は採用しえないであろう。一八九三年法以後の判例には、このような商慣習とは異なる意味での二重氏の問題が検討されている。

[30] Paris, 3 juin, 1859, D. 1867, 5, 342.

[判言] 妻の父から営業を承継した者が、自己の氏に妻の氏を付加することは、商業上一般に行われるところであり、同種の営業を営む同氏の者もこれに異議を申し立てえない。既に公衆に知られている営業を永續させるため、妻の氏を付加することは、商慣習によって認められた適法な権利の行使である。

[31] Poitiers, 8 déc. 1863, S. 1864, 2, 50.

【事案】ベンジヤマン・ルー (Benjamin Roux) は義父エリアル (Herard) と共に、ルー・エリアル(Raison sociale)の商号 (Benjamin Roux) によって、商事会社 (Société commerciale) を結成していたが、一八四八年に解散後も依然ルー・エリアル(Raison sociale)の氏を用いて署名したり、商売上商標に用いることを継続している。エリアルから禁止の訴え。

【判旨】(一)法の規定するところに従えば、何人も出生証書の氏以外は称しえず、付加や変更は国の首長の許可するところである。個人は自己の氏の所有者であり冒用に対しては予防的にも事後的にも訴えうる。(二)妻は婚姻により、自己の氏を保持しつつ婚姻共同体の首長の氏を称する。婚姻は妻に氏を与えるが、夫には妻の氏を与えない。従って、たとえ妻の黙示の同意があっても、市民生活上の証書において夫が妻の氏を付加して用いる権利はない。(三)しかし、商人が妻の氏を併用するのは別問題である。商業上の伝統に従い、必要ある時にこれを付加することは広く行われており、法も承認している。商業名として妻の氏を結合することは、同名者との混乱を避けるという便がある。

判旨が商業上の面と市民生活上の面とを区別し、二重氏を専ら商慣習を根拠に承認している点に注目したい。実際は両者の区別はむづかしい問題で、商業上の氏として許可した場合には、取引や顧客を保持する関係でのみ用いているかにつき裁判所が監督すべきものであるという意見もある⁽⁹⁾。三一条はこのような事例における夫の利益を、判旨(一)が禁じた市民生活上の面にまで拡大したのである。

[32] Cass. req. 17 août 1864, D. 1865, 1, 303; S. 1865, 1, 121.

【事案】ヘルボワザン (Pellevoin) は、三人の息子とイメール (Hivert, 彼の女孀) と共に、商店経営のために社団 (association) を結成したが、この契約は登記されない私的なものであった。父の死後、相続財産の清算にあたって、相続人の一人であるデュボワ (Dubois) 夫人から、次の二点を請求してイメールと三人の兄弟を訴えた。(一)社団は八五四条が規定するような公正証書によっていないから、その利益は相続財産に持戻すべきである (詳細は省略)。(二)イメール氏は義父の生前、その許可によって自己の氏と義父の氏を付加して商号としていたものであるが、商店を自己の所有としたので商号から義父の氏を削除すべきである。一、二審共に原告敗訴で、理由は次のように述べる。イメールが義父の氏を付加するのは、利害関係人である義父と三人の息子の許可によるものである。商業においては、夫が妻の氏を付加するのはよく行われる慣習である。上告理由は、原告を氏の禁止の利害関係人と認めないのは、婚姻によっても失われぬ原告の氏の所有権を否定するもので、共和曆

二年実月法、同一一年芽月法違反であるとしてとり上げた。

〔判旨〕 ヘルボワザン父子が婿であるイベル氏に対し、商号に彼らの氏を付加することを許可したのは、彼の長年の協力に対する報酬であり、社団契約の条件の一つであった。かかる事情の下で、商業にも従事していないデュボワ夫人は、既に自ら称していない氏の使用を義兄に対し争う利益はない。

本件で問題になっているのは商号なのであるが、原告はこれを家の氏として争っており、判旨もこの点を混同している。破毀院判決は商号として処理したとみられるが、デュボワ夫人が自らその氏を称していないことに言及したのは、競争にもならないという意味であろう。家の氏としてなら、このような場合に訴えの利益を否定することは先例（①例参照）に反する。

〔33〕 Limoges, 21 janv. 1888, S. 1888, 2, 27.

〔事案〕 J B (Jules Bourdeau) ・ B - I (Bonnet-Lavergne) ・ E B (Eugène Bourdeau) の三人は、「E・ブルドー商会」(E. Bourdeau et C^{ie}) の商号で酒業を經營しており、解散後は商号は E B のみに属する規約であった。解散後、J B と B - I は妻の氏を付加して「ボンネ・ブルドー商会」としている。J B から、B - I は妻の氏を付加することで、E B 並びに彼自身の商号と混同を引き起し、また不正競争であるとして、ブルドーの氏の付加を禁じると共に損害賠償請求した。一審敗訴。

〔判旨〕 E B とは充分区別できるし、また本人も何ら異議を述べていない。商人が妻の氏を付加することは完全に適法であり、非常に多くの地方でこの慣習が行われている。財産を共有する妻が、自己の氏の商業上の威信 (Gloire) を夫の氏に結合させるのは全く自然である。J B にも何ら損害を及ぼさず、不正競争でもない。ボンネ・ブルドーを同じ大きさの活字にし、ハイフンで結合するという条件で許可する。

ここで真の氏（家の氏）と商業名としての氏の区別をとり上げておかねばならない。純粹に商号であれば、商法の規制をうけ、営業顧客と密着した財産権としてそれらと共に存続・譲渡されるから、たとえ再婚した未亡人が前夫の氏によってその営業を継続している場合にも、前夫の家族がこれを禁ずることはできないことになる。⁽¹⁹⁾ しか

し、自己の氏によって營業することは一般に認められることであるから、家の氏と商号ないし商業名との区別はそれほど容易ではない。取引の中でその氏が長く用いられているうちに、公知になり、財産的価値が付着するようになる、それに反比例して家の氏としての性格は希薄になり、商業名として商法上の商号に準ずる扱いがなされるようになるというのが一般の見解とみられる。⁽¹⁾ すなわち、人格権という面からの制約をはなれ、譲渡性を獲得することになる。仮名も、その氏の真正の持主からの異議なく相当期間使用を継続すれば、権利として認められるから、⁽²⁾ 眞の氏が異なる性格を獲得するという意味で商業名に類似する。そして金銭上の価値を持ちうる点では商業名に近いが、他方、人格権の一部となる場合には眞の氏の方に近いものとなる。夫婦が互いに相手方の氏に対して持つ権利は、眞の氏の権利と異なるものとすれば、これらの商業名や仮名に近い性質を持つものではないか。このような観点に立って、コランは夫が妻の氏を付加して用いている二重氏の法律上の評価を考察している。それは次に掲げる判例の註釈に際して展開された見解であるので、併せて紹介したい。

[32] Paris, 21 janv. 1903, D. 1904, 2, 1.

〔事案〕 デュヴァル・アルヌー (Duvall-Arnould) は弁護士兼、³リ市の市会議員 (avocat et conseiller municipal de Paris) であり、一八八五年、ポーレ・アルヌー嬢と結婚し、フランスの地方の慣習に従って自分の氏に妻の氏を付加した。親族のシャルル・アルヌー (Charles Arnould) は、ランス市長で、マルヌ県会議員 (maire de Reims, conseiller général de la Marne) であるが、この付加に異議を申し立て、それは政府の許可を要する氏の変更になるとして、デュヴァル・アルヌーに対しアルヌーの氏の使用禁止を請求した。一審は原告敗訴。

〔判旨〕 デュヴァル・アルヌーは結婚以来デュヴァルだけの氏を用いたことがない。しかし二重氏の使用は法律外の生活においてであって、それにより譲渡可能の権利を主張しているわけではないから、子の出生証書に記載された氏はデュヴァルのみである。(1) 妻の家族はこの付加を承認しており、シャルル・アルヌー自身も長年これを承認して来た事実がある (ルイ・デュヴァル・アルヌー氏夫妻の名で母親の死亡通知や子の出生の通知状が送られている)。アルヌー家は妻の氏の付加を許している、他にアルヌー・バルター (Arnould-Bartard) という者もある。更に、付加の慣習はデュヴァルの妻の生地

方のみならず、一般化しており、一八九三年二月六日法はこれを確認している。デュヴァルはアルヌーの氏を冒用するものでなく、より正確に自己を表示し、混同を避けようとするものである。自己や家族のために新しい氏を取得しようとするものではないから、政府の許可を要しない。また(四)シャルル・アルヌーはいかなる損害も蒙っていない。共和暦二年実月六日法に違反するものではなく法に対し慣習を優先させることにもならない。請求は理由がなく、原判決は正当である。

以上が判旨の要約であるが、右の事例は、商慣習とは無関係の領域で妻の氏の付加が行われたもので、三十一条制定前であれば、[3]例の判旨(二)によって簡単に否定されてしまったケースであろう。註釈は、本件の解決(結論)は全く正義と公平に合致しているが、理論上の問題として、このような場合に夫が二重氏に対して獲得する権利の性質は法律上いかなるものかを明らかにしていないと批評している。そして第一に、親子関係(Élitation)の結果である氏と全く別の原因から生じる個人の呼称の他の要素とを区別し、後者の中に、商業名、仮名、配偶者の氏等を含めることを提案した。中でも配偶者の氏は商売上仮名に非常に近いとみている。理由としては、本件の解決に際して、判旨(イ)が通知状にデュヴァル・アルヌーと記載することに黙示の同意があったことを評価している点、判旨(四)でシャルル・アルヌーは損害を蒙っていないと述べている点が、いずれも真の氏に関する先例とは矛盾する指摘している⁽¹⁴⁾。仮名であれば、前述したようにその氏の持主に対する相当長期の公然の使用によって権利を取得するのであり、また自己の氏を仮名として冒用された場合、これに異議を申し立てるには損害の証明が要求される⁽¹⁵⁾。ただし、仮名は何らかの限定された社会的活動を目的として、全く想像によって作られた呼称である点がこの場合の二重氏とは異なる。しかし、真の氏と区別されたこれらの補充的呼称は、衡平と慣習により規制され、裁判所のコントロールの下におかれ、混同によってひき起される損害からのみ保護されるというのがコランの結論である。氏名権という観点からは、これらの呼称については、恐らく人格権を認めることになるとコランは考えているようである。この見解は配偶者の氏の使用权を保護する根拠を、権利の性質という面から理論的に体系づけたことにお

いて重要な意味を持つ。⁽¹⁶⁾離婚に際し氏の使用継続を許可することは、氏の非讓渡性に反するという反論があった。しかし、自己の氏を商業名や仮名として用いることを許可する契約は認められるようである。⁽¹⁷⁾従って仮名に準ずるものとして氏の使用権を契約（合意）の対象とすることはできるし、そのことは人格権という氏名権の性格を否定することにはならないという結論がここからも導かれることになる。前節においても検討したように、この点がかり返し問題の表面に浮び上って来るのは、氏名不変の原則と婚姻により生じる氏の変容との間で、どのような理論構成によって当事者の利益を保護するかが、フランス法の夫婦の氏を中心課題であるからにほかならないと考えられる。

最後にとり上げるもう一つの事例は、フランスらしい特色のある貴族的な氏に関する争いである。

[35] Rouen, 10 nov. 1909, D. 1911, 2, 164; (S. 1912, 2, 177)

〔事案〕 娘婿に対し妻の氏の付加を禁止したものを、被控訴人メウス (Meus) は、エレーヌ・ド・ベルトン (Hélène de Veron) とベルギーで結婚し、以後メウス・ド・ベルトンの氏を用いて小作料の受取りや送り状等種々の書類に署名しており、また本件訴訟もその氏によっている。ド・ベルトン家の家長は、婚姻の際より再三このような付加を拒否していたが死亡し、その後、未亡人と娘から氏の冒用として訴えた。メウスは、許可があったこと、専ら混同を避けるためであることを主張して争ったがいずれも否定されている。

〔判旨〕 (一)夫は一定の条件の下に妻の氏を付加する権利があり、これは共和暦二年実月法に反しない。(二)付加の条件は、市民生活上の証書外においてであること、妻とその家族の許可があること、の二つである。(三)付加によって婚姻関係を示したり、商業上の利益を旨したり、混同を避け個人の識別を正確にしたりする場合、(一)に掲げた二つの法律と刑法典二五九条に反して名譽上の区別を付加することはできない。(四)使用が制限された氏では損害の証明がなくても氏の禁止は訴えうる。(五)被控訴人においては妻の家族の許可を欠くことは明確であり、付加の権利は認められない。違反の場合には損害賠償か又はフランス若しくはベルギーの新聞に本判決を掲載する。

[34]例を踏まえた判決であるから、付加の性質を非常に明確にしており、特に条件についての判旨(一)は適切と考え

られる。本件のド・ベルトンには由緒ある氏らしく、判旨は使用が制限された氏では損害の証明なしに訴えうるという理由づけをしている。氏の冒用の訴えに損害の立証を要求した裁判所の判決もいくつかあるようで、ただしそれは使用が広まって一般のものとなってしまう氏に関する事例であると註釈は述べている。妻の氏の付加に対する異議は、これまでにみてきたとおり、三十一条の予想する妻からの禁止の訴えではなく、ほとんど他の親族からの冒用の訴えとなっている。これはフランスの氏が伝統的な家の氏という性格を強く残していることの結果であろう。この場合に夫の二重氏に対する権利を明確にし保護することは、同時に妻の利益とも合致することを示すものとして注目される。

- (1) 谷口・外国法典双書仏蘭西に法一二六八頁参照。Marty et Raynaud, op. cit., n° 339.
- (2) Sénat, séance du 18 janv. 1887, D. 1893, 4, 41.
- (3) La critique de M. Léon Clément et la réponse de M. le rapporteur au Sénat, op. cit.
- (4) 氏の継統を禁じたり、使用しないことを許可したりするのは全く裁判所の裁量に委せられている。Note de Gaudemet, D. 1901, 1, 73.
- (5) 旧民法では仮執行を宣告できる機会は限られていたが、一九四二年五月二三日の法律によって修正され、新しい一三五―a条は当事者から請求があつて、緊急の事情があれば、法文で禁止されず、また事案の性質に反しない限り全ての場合に仮執行を許可出来るとした(註釈参照)。
- (6) 次の上告判決の註釈で、シレーの註釈者は原審は一三五条の拡張であると批判しているが、ガゼット・デュ・パレのものは原審の解釈を認めるようである。
- (7) Planiol et Ripert, op. cit., n° 112, p. 138.
- (8) 商人は営業上他人との混同を避ける必要が大きうからといわれる。Planiol et Ripert, op. cit., n° 113, p. 139.
- (9) Note de Thomas, D. 1907, 2, 93 (前節(7)例に同じのもの)。
- (10) Paris, 19 mars 1890, D. 1891, 2, 30 4°。再婚後『Piton aîné』という商号で亡夫の事業を經營している未亡人とその再婚の夫とに対して、前夫の弟『Piton jeune』の商号により、同種の営業をする者からPitonの禁止を訴えた例で

あるが、裁判所は氏ではない商号は財産権であるとして禁止を認めない。

Nancy, 22 fév. 1859, D. 1859, 2, 49. も右と全く同種のケースで《Veuve Lemoine》という商号の継続が認められている。

(11) *Planiol et Ripert par Savatier*, op. cit., n° 114, p. 148 et s.; *Mazeaud*, op. cit., n° 557. しかし商業名は商店や会社の名であるとして氏とははつきり区別して説明しているものもある。Colin, *Capitant et Juliot de la Morandière*, op. cit., n° 345. 民法改正委員会でも氏と商業名の区別が問題になっており、両者の間に明確な区別を引くことはむづかしいといわれる。Travaux, 1947-1948, t. 3, p. 549 et s.

(12) *Mazeaud*, op. cit., n° 594; *Planiol et Ripert par Savatier*, op. cit., n° 116, p. 146.

(13) *Note de Colin*, D. 1904, 2, 1. 註釈の前半においては、氏の権利について独自の身分権説を展開している。氏は身分を指示する外部印であり、それに関する論争は常に、当事者自身か又はその祖先が、争われている氏の正当な所持者と家系によってつながりを持つかどうかという問題になると説明している。真の氏の性格をこのようなものとして捉え、その他の呼称と区別したのである。

(14) 自己の意に反して通知状に氏名を記載されることは、一三八二条を適用しうるような損害とはならないという先例があり (*Angers*, 25 mars 1885, D. 1856, 2, 60). そこからの帰結としては、通知状の承認には何ら法的効力を認められないことになる。また氏の冒用の禁止の訴えに損害の証明はいらぬという点は、度々判例の中で言及されているが、ここでは *Paris*, 16 mai 1900, D. 1902, 2, 174 を掲げている。貴族の氏に関して、冒用者の身分証書の訂正が請求された事例で、判旨は氏の所有者である家族員は一切の冒用を禁じるというだけで足り、いかなる利益の証明も要しないと述べられている。

(15) 氏の冒用の禁止を訴えるのに損害の証明を要するかは学説でも論点の一つになっている。判例の主流が否定説であることは前述のとおりであるが、精神的損害も含めて考えれば真の氏に關しても問題は同じで、何らかの損害は必要であるという説明もなされている。 *Planiol et Ripert par Savatier*, op. cit., n° 116, p. 145; *Carbonnier*, op. cit., n° 59, p. 192.

(16) 最近では(15)例におけるネブヴー弁護士主張(前節註(21)参照)にこの考え方が明瞭であり、またマゾーもこの方向を進めようとしている。

(17) *Planiol et Ripert par Savatier*, op. cit., n° 119, p. 149; *Mazeaud*, op. cit., 27^e Leçon, Lectures, p. 564.

(18) 氏の変更を禁止した共和暦二年実月法も罰則を定めているが、ほとんど適用されていない。現行の刑法典二五九条は貴族の榮譽を付与する目的での氏名変更に限って罰金刑を科している。共和暦一一年実月法による氏の変更の申請も、パルティキュル(De は今日では貴族を意味するものでも何でもないがこれを望む者は多い)を付加する類は一切却下されつゝる。Cohn, *Capitant et Juliot de la Morandière*, op. cit., n° 833; *Mazeaud*, op. cit., n° 541.

第五節 まとめ

判例を検討するにあたって、本稿では特に夫婦の氏の現代的なあり方がフランス法の中にどう反映されているかという点に問題をしばってゆきたいと考えた。しかし、氏名に関して学説も多く論じており、また判例も多彩であるわりには、直接婚姻と氏の関係を扱った例はわずかであり、これまでの三十数例から問題の背景を知ることが困難であろう。ここでは基本的な考え方だけは摺むことができたと考えて、その点を整理しながら民法典改正委員会の予備草案(Avant-projet)が目ざしている方向と対比してみたい。⁽¹⁾予備草案は、現行の成文法規、判例、慣習等に基づいてまとめられた草案の上に委員会全体会议(Commission plénière)の議論の成果を加えて、新たに条文化された二十ヶ条の氏名に関する規定をおき(二〇四—二三三条)、また離婚・別居の項でそれぞれ氏に関して言及した(三三六条、三四五条)。現行民法典がほとんど氏名にふれていないのと対照的に、氏の取得変更を詳細に規定したほか、氏の非時効性を明文化したり、損害賠償に関する規定をおいたり、仮名や添名の使用にふれる等、広範囲にわたって一般原則を確立したものであるが、ここでは婚姻と関連するものだけをとり上げるつもりである。

これまでみてきたところによれば、フランス法における婚姻と氏の関係は次のように要約できる。(1)婚姻によっても夫婦の氏には変更なく、各自出生証書に記載されている氏を法律上の氏として保持する。(2)その上に慣習を根拠とする夫婦の氏の共通があり、夫婦は互いに相手の氏に対して使用権のみを持つ。(3)離婚の効果としてこの使用

権は失われ、各自は自己の氏の専用に戻る。(4)別居の場合は氏の共通を継続することも禁止することもできる。これらの前提から、主として次の二つの問題点が引き出されたようである。

第一には、婚姻中夫婦は完全に別氏であつてもよいか、夫の氏の使用は妻にとつて権利となるだけで、何ら義務づけられることはないのかという点である。学説と判例とでは慣習に対する評価が異なるために、かなり見解の相違がみられることを検討してきたが、このことは結局、フランス法の夫婦の氏の動向は何よりも慣習の中に探られねばならないことを意味するものであらう。妻が婚姻前の氏によつて職業活動(商業、芸術、文学上の活動を含めて)に従事することは、判例はもちろんどの学説も承認するところであるから、もしそのような傾向が拡大すれば、これを自由に許容する基盤は既に十分整えられているのである。その場合の妻の氏は法律上の氏であつて、たとえ日常夫の氏を称していても、訴訟や公正証書、公法上の書類、その他重要な証書では、常にそれによつて識別されるといふ重要性を持つものであることを見逃してはならない。同様の場合について日本法でいわれる、婚姻前の氏を通姓として継続することを許すという解決とは本質的に異なるものであり、真の氏の権利と仮名・通姓の権利とを区別することは、フランス法では当然の前提とされているのであつた。もちろん妻が専ら夫の氏によることも可能であるが、夫婦が好むところに従つて別氏を実行することもまた許容されることにならう。このような法律上の別氏の原則は一貫して判例上強調されてきたが、その傾向がとりわけはっきり確立されるようになった背景には、二九九条二項制定の影響があるのではないかといふことは既に言及した。予備草案はこの条文の内容を更に厳格なものにしようとしているのである。「離婚の効果によつて、夫婦の各々は必ずその配偶者の氏の使用を停止する。」(三三六条)というのが新规定であるが、そこでは必ず(necessairement)という用語によつて規定の強行性が強調されている。前提として夫婦同氏を定める法規を持たないフランス法では、このような場合、婚姻中は氏の共通も認められるのだと間接に示すと同時に、主としては夫婦各自が常に生来の法律上の氏を保持していることを確

認する結果になる。夫の氏を称している多くの妻には、離婚後の継続は全く保障されない。しかしその不利益は前述のように婚姻前の氏が法律上評価されることで相対的に減少するであろう。フランス法の夫婦別氏は少なくとも理論上は更に前進の方向にあるとみうるものである。この点を更に裏づける規定がある。二一〇条は婚姻中の氏について、夫婦は相手が家族の利益のために氏の使用禁止を裁判所に請求しない限りで、互いに相手の氏を使用できるものとした。判例の[15][28]例にみうけられた「婚姻中でも特別な事情のある場合は、夫は妻に対し氏の禁止ができる」という見解が改正委員会によってとり上げられたのである。⁽³⁾このような規定がある以上、もはや妻が夫の氏を称することを一般的に義務とみることはできなくなったのではないだろうか。⁽⁴⁾

問題点の第二は、婚姻中得た相手の氏の使用権を離婚後も継続できるかということであり、第一点との関連の上に理解されなければならない。予備草案三三六条が現在のかたちにとまるまでには、従来の二九九条二項成立の場合と全く同様の議論を経ているのである。⁽⁵⁾小委員会 (Sous-commission) のつくった条文によれば、離婚判決をする裁判所は、職業を継続するために必要な場合には、相手の氏の使用を許可することができるというものであった。一八九三年当時のブーランジェの提案と同旨のものであり、商人、実業家、小説家、芸術家等のケースを考慮したものである。しかし、商業名であれば商法の規制に委せるべきであるし、商法外での芸術、文学その他職業上の氏に関しては、離婚した後まで継続を望むのは濫用であり、それを法的に是認するのは行きすぎであるという見解が優勢となった。条文は原則論に戻され、逆に義務的に (obligatoirement) という語を加える提案が出て、結局三三六条の形にまとめられている。反対論者は女性の弁護士や薬剤師等の場合を検討すべきであると強調したが否定された。裁判所が離婚した妻の氏の利益を保護する理由づけを見出すことはいっそう困難になったのである。その上、離婚に際して夫から妻に氏の継続を許可するという抜け道が残されていたのに、この点も否定されてしまうことになった。二一七条は、商業名 (むしろ商号であろうか)、看板、商標に関する規制以外の氏に関する一切の契約

を無効とした。委員会の討論も氏に関する合意は認めないとはっきり否定しており、夫が許可したとしても夫の家族から禁止しうると述べている。破毀院が確立した許可の自由と撤回の自由という二原則は、以後いかなる理由づけの下に承認されることになるであらうか。

こうした予備草案の方向の中に看取できるのは、婚姻が解消すれば婚姻の効果は一切払拭されるべきであるという離婚観と共に、判例を通じて度々明らかにされてきたフランスの氏の家名的性格の重視であらう。⁽⁶⁾ これらの点に対しては第三節で紹介したフロニー・ピガニオル判事の註釈が明確に批判を展開しており、ここでもう一度その見解をとり上げて結びとしたい。まず、妻が夫とは別個の職業に従事する傾向は、今後更にも進展するであらうと述べ、その場合に職業上の識別において妻が従来の呼称を維持することの利益を指摘している。そして、氏においてみられる伝統的な旧家族と新しい核家族の対立の問題にふれ、生活の具体的問題が扱われることになるのは後者においてであるから、これを中心に考えてゆくべきであらうとする。また離婚の問題については、社会生活上でも婚姻解消によって生じる損害の軽減という方向を旨ざしてゆくべきであると提唱している。何らかの形で旧配偶者に氏の継続を認める措置が必要なのである。しかるに予備草案の規定は、全てを強行的に法で規制しようと試みるもので行き過ぎであると批判し、破毀院判例のとった解決の方向に賛成している、予備草案が実務の要請と妻の利益を無視していることはマゾーも非難している。⁽⁸⁾ しかしマゾーが提案している仮名や商業名に関する契約として夫婦間の氏の合意を許容するという解決方法は、二二七条という大きな壁にぶつかることになるであらう。氏名不変の原則に対して、意思による氏の変更を正面から認める法規を、どのような方式かによって採用しなければならぬということがここでは明らかである。少なくとも離婚に限っては、破毀院の立てた許可と撤回の自由の原則を立法上承認することが適当ではないかと私には考えられるが、多くの点で判例の動向に従っている予備草案が、離婚した妻の氏の利益を保護しようとする一貫した判例の努力を全く無視してしまったことは問題であらう。

- (1) *Avant-projet de Code Civil*, t. I, p. 83~86, p. 245~247, p. 267 の他、比較法雑誌第四卷一、四号所収のフランス民法典改正草案翻訳を参照した。ド・ラ・モランディエール教授を中心とする民法典改正委員会は、一九四五年に設置された後、家族法の部分に関する予備草案の最初の部分を一九五三年に司法大臣に提出した。しかし、後続の仕事は結局中断されたため、ここにとり上げる予備草案は、既に単なる資料的意義をもつものにならなくなっている。
- (2) カルボニエは、少なくとも婚姻生活の領域では、妻が夫の氏を全く称さないことは侮辱 (*injures*) という離婚原因にならないかという疑問を出しているが (*Carbonnier, n. 59, p. 192*)、単にそれだけであればフランス法上は当然否定されるのではないか。

- (3) *Travaux, 1950-1951, p. 81, Avant-projet, p. 83.*
- (4) もっとも三四五条は、別居に際して裁判所は、重大な理由があるときには、夫婦の一方に対し相手の氏を称さないことを許可できるという規定を依然残しており、この点からの疑問はある。
- (5) *Travaux, 1947-1948, p. 549 et s.*
- (6) 離婚後妻が夫の氏をやめるのは、夫の家族の利益にかかわるからであるという主張はこれまでも度々みうけられた (第三節註(8)(24)参照)。更に予備草案二二二条は、自らその氏を称していない子孫も冒用に対しては損害の証明なしに異議申立てができることを確認している。
- (7) *Note de Foulon-Piganiol, 第三節註(21)参照。*
- (8) *Mazeaud, op. cit., 27^e Leçon, Lectures, p. 564.*

第三章 立法への摸索

第一節 序

フランス法の考察から得た資料は、日本法の氏の問題点にどのような展開への方向づけを与えるものであろうか。序論においては、氏を実体的に捉えることを試みたいと論じてきた。この意味では、歴史的にも氏が古く

廻り、慣習が主要な法源とされているフランスの氏は、国家法の技術的な操作を蒙ることが少ないだけに、極めて自然な形における氏の生成、変動のあり方を示すものであった。また、氏が伝統的な社会の体質に規制されることの結果として、革命前のフランス社会を支配してきた家父長制の權威を中心とする大家族共同体の秩序は、氏が夫婦を中心とする単婚家族(ménage)のものとしてよりも、むしろ家長の血筋を承継する大家族集団のものとして把握されるという傾向となつて、今日のフランス法にまで及んでいる。多くの近代国家では、この特色は夫婦同氏の立法化によって解決されてしまったようであり、その場合には、家父長権は夫権中心主義となつて残存することになる。⁽²⁾ 氏に関する限りでも、フランス革命は婚姻共同体中心より更に進んで、完全な個人主義に立脚する氏名不変の原則を確立したのであった。出生に際して取得された氏が一貫して保持されるという基本原則は、結果的には氏の血縁性を強くうち出し、婚姻による氏の共同を軽視して實際の要請には反する面もみられた。婚姻と氏の関連性に関しては、法律は慣習を媒介として間接的にしか関与していないため、理論的にはフランス法自身が未だ明確な回答を出していないといえよう。⁽³⁾ これまでに検討してきたところでは、その点は、離婚した妻の氏の利益が保護されなければならない場合にとりわけ明らかに問題化していた。しかし、日本法への理論的基礎を求めるならば、個人の氏の確定に出發するというフランス法の基本原則は、それだけで十分豊かな收穫を今後の議論にもたらしうると考えられる。その理由は、次のように要約できるであらう。

わが国の氏が、今日明治民法における「家」の呼称であつたという制約を離れ、個人の呼称としての機能を貫徹させるための過程の中にあるという認識は、表現のニュアンスを異にしながらも、氏の性質を論じる諸学説の共通して支持するところと解され、本稿もその点を特に明確にしながら問題提起を試みてきたのであつた(第一章第一節参照)。ここではとりわけ、従来行われてきた民法上の氏と呼称上の氏との区別、氏の同一性の確定といった複雑な議論を避けて、氏を専ら自然的な觀察の中に戻すことを旨とし、⁽⁴⁾ その上に立つて、改めて親子同氏、夫婦同氏の

理論的根拠を再確認してゆくことを提案している。

右の立場は更に、現在のわが国の氏の議論がおちいつている過度の氏軽視の傾向を反省した上で、個人が各自の氏に対して持つ何らかの利益が存在することを積極的に評価し、保護してゆこうという考え方を背景としており、氏が第一に実体法たる民法上のものとして存在しなければならぬ理由はまさにその点に求められるべきであると考えている。⁽⁶⁾ そのためには、個人の次元における氏の取得変更を中心と考察するという方法論が極めて適切となるであろう。⁽⁶⁾ 氏の異同を個人単位でのみ把握することはそこで不可欠の前提である。

加えて、出生により取得された氏を一貫して保持するという氏名不変の原則の下に、婚姻によって生じる氏の変更をできるだけ二次的なものとして処理しようとしているフランス法のあり方が、次のような意味において、わが国の氏の理論に示唆を与えようといえよう。すなわち、出生により決定された氏が個人の一生の間原則として不変であることは、個人の同一性の把握という面からみた氏名不変の必要という国家的利益に合致すると同時に、個人の次元においても、その氏と共に個人に附着してきた過去の社会的評価や同一性の識別のための便宜をその意に反して断絶させることがないという点で利益であり、この原則は日本法にもできるだけ生かされるべきであると考えられる。⁽⁷⁾ この前提に立つならば、夫婦同氏を婚姻の絶対の要件としている現在の日本民法の七五〇条は当然疑問視されるであろう。夫婦同氏は、法律上の制度として強行されるのでない場合には、必ずしも婚姻に必然的に付随する結果ではなく、専ら社会的慣習や共同生活上の便宜や当事者の意思に基づくものとして行われるにすぎないのである。この点は、フランスの判例の中にくり返し明示されてきたところであり、また夫婦別氏制を採用する多くの国があることも周知のとおりである。出生による氏の決定と等しい重要性を以て夫婦同氏を扱うことは、少なくともここでの方法論としては否定されなければならないと考える。

こうして、個人の呼称としての氏の一貫性の原則に立って夫婦各当事者の自己の氏に対する利益を保護し、婚姻

生活上の要請、慣習、伝統等を考慮しつつ、改めて必要な限度で夫婦同氏を導入してゆくといい考え方が導かれる。それは言いかえれば、フランス法における法律上の夫婦別氏と慣習を通じて実現されている夫婦同氏との両者の長所を日本法に生かすというかたちで、民法七五〇条の緩和的修正をはかるという試みにつながるのではないであらうか。フランス法から得られる上記のような基本的視点に基づき、以下では、まず子の氏の確定という観点から親子同氏のあり方を検討し、これを踏まえた上で、民法の夫婦同氏の新しいあり方を具体的に探ってゆきたいと考えている。

(1) 遅塚忠躬「フランス革命と家族」家族問題と家族法一〇六頁以下参照。

(2) 民法上夫婦同氏を定めているドイツ、スイス、イタリヤ、オーストリア等は、いずれも夫の氏を称するものとしてい
る。黒木三郎・注釈民法〇三二〇頁参照。

(3) 予備草案は夫婦別氏制を目ざすものであるが、これを理論的に明確に把握するには至っていない。前章第五節
参照。

(4) 世間に存在する互いに何の關係もない山田、中村、鈴木というような苗字は、呼称・字体を同じくする限り全て同じ
氏という最も常識的な見方に依ってゆこうとするもので、中川教授がこれを強く主張される。中川・前掲書六一八頁以
下参照。また、我妻・前掲論文身分法と戸籍二一七頁以下、同・前掲書四二六頁も同様の見解である。

(5) 川島・前掲民法教材九頁以下によれば、氏名権は人格権であるとされ、人格権については、「人の肉体的自由ないし完
全性への権利、精神的自由ないし完全性への権利」を含むもので、「これらが具体的にどの範囲で、またどのように保護
されるか」ということは、それぞれの社会における人間の主体性ないし人間の価値がどれほど社会的に承認せられ、それ
がまた政治権力の關係に反映するか、という歴史的問題である。」と説明されている。氏の問題も、結局人間の主体性な
いし人間の価値の承認に帰するといえよう。

(6) 氏は「一定の身分關係にある者が……共通に称する」ものであるという表現（我妻・前掲書四二〇頁参照）について
も、次のような解説がみられる。「これは『集団者』として共通に称するのではなく、夫と妻（または親と子）がそれぞ
れ「個人」として、しかも共通に称する、という意味にはかならない。（中略）そうすると、現実的な同一集団者すなわ

ち同居予定者であっても、個人は個人としての呼称を持って差支えない、といえそうである。したがって法律が親子別氏をも認めるように、もし夫婦別氏をも（夫婦同氏のまれな例外として）認めようとするなら、理論的根拠は十分あるように思われる。」（立石芳枝「氏の性質」続学説展望八九頁参照）

(7) 唄孝一・氏の変更上五八頁参照。

第二節 親子の氏

ここでは、夫婦の氏を考察する前提という限りにおいて、子の氏の問題をとり上げることとする。子の氏の取得変更は、嫡出子、非嫡出子、養子それぞれの親子関係に応じて原則を異にし、他に捨子等の特殊な場合に行政上の氏の付与が行われるという全くの大筋においては、日本法もフランス法も同じである。このうち、養子の氏はあくまでも二次的な氏の変動であると解して除外し、氏の第一次的な決定における基本原則だけを探ることにしたい。

氏の血縁性

さて、嫡出子の氏は、フランス法の下では慣習法に基づく父の氏の取得という原則により、日本法においては、民法七九〇条一項本文により父母の氏を称するとされている。非嫡出子については、民法七九〇条二項が母の氏によるとしているのに対し、フランス法の場合には複雑な決定基準があり、一九五二年七月二五日の法律がその詳細を定めている。これらの異同の中から、子の氏の決定方法の根底にいかなる相違点があるのか、また日仏法に共通する考え方はどこまで成り立ちうるのかを明確にすることが、まず第一の課題となるであろう。次いで、フランス法の氏不変の原則に対するわが国の考え方を把握するという問題に注目しなければならぬ。フランス法においても例外的な司法および行政手続による氏の変更はあるが、出生証書から死亡証書へと引き継がれる氏について、少なくとも身分変動に伴う変更をできるだけおさえてゆくこととする傾向が看取された。⁽¹⁾これに対し、わが民法は、出

生後の子の氏の変更に極めて寛大な民法七九一条の規定をもっており、フランス法と大きく異なる。この相違をどう把握するかが第二の課題となるのである。これらの検討は、言いかえれば本稿の立場から民法七九〇条、七九一条の解釈の確定を試みることであり、その過程において、日本法の氏の基本的特色を明示するという試みにもつながるといえよう。

フランス法において氏の決定基準となる親子関係 (filiation) とは、子と父母との法律上の関係を指す用語であるが、広い意味では祖先との連帯までを含みうると解されている。親子関係は血族関係 (parenté) の基礎となり、それは血の共通に由来する自然的な関係として、法律により認められた社会的団体関係である家族関係 (famille) とは本質的に区別される⁽²⁾。従って、親子関係の確定に基づいて子が氏を取得するのは、自然的な血族関係の効果であり、氏は血統 (descentance) を示すものであるというのがフランス法における一般的理解である⁽³⁾。わが国の学説においても、氏は沿革的に血統の表示ないし血縁集団の名称であったものが、社会構造の変化と共に血縁の社会的価値が失われ、家族生活共同体の呼称である屋号 (家の名) としてその性格を改めるに至ったという指摘がみられる⁽⁴⁾。血統を中心とするならば、婚姻によっても夫婦は各自の氏を保持するのであるから、キリスト教文明を背景とする夫婦同氏の慣行のあるところでは、氏はむしろ屋号的性格を示すことになる⁽⁵⁾。フランス法の氏は、慣習の中にそのような性格を保持しつつ、しかし、革命の伝統が背景となった法律上の夫婦別氏制によって、第一義的には血統の表示をなすものとして確立されていると解される。その場合、血統の表示は血縁集団の名称を意味しないという点に注意を要するが、同時に屋号であるためには血縁性と全く無縁であるということにもならない点を確認しておかなければならない⁽⁶⁾。

わが国の氏も古来は血統の表示であるときれ、徐々に屋号的性格を生じたという点では、一般の氏の歴史に従っている⁽⁷⁾。ただ、わが国の場合には、家制度の施行によって氏が法律上大きく変質を蒙ったことが重要である。血

統、屋号的性格に加えて、民法、戸籍法上の家と家とを区別する基準という技術的な性格が付与されることになったわけである。⁽⁸⁾ こうして氏は家の中に埋没することによって、氏そのものとしてその実体を省みられる機会を得ず、その傾向は今日にまで引き継がれているとみうる。しかし、旧法の氏の本体であった家そのものは、実質的には明らかに血統集団であったと解されていることを見逃してはならないであろう。家制度の下では、家の同一性は氏(家名)と祖先の祭祀によって象徴され、それへの所屬は原則として父系の血統により決定されると説明されている。⁽⁹⁾ 従って、旧法における氏も主として血統を表示するものであったと理解することができ、またそこでの子の氏の決定は、血統の表示に最も重要な意味があったとみうるのである。これらの事情は、現行民法が氏の取得変更の基準として家制度の外形ないし脱け殻を採用したことにより、現行法にも当然に承継されていると解さなければならぬ。こうして、嫡出子は父母の氏を称するという民法七九〇条一項の規定は、結局子が父方ないし母方の血統によって氏を取得することを意味するものと解されることになる。

右の議論は、民法七五〇条とも関連してくる。夫婦が婚姻中称する氏は、夫又は妻のいずれかの氏から選ばれるとしても、婚姻によってそれは性格を変え、夫のものでも妻のものでもない第三の新しい氏になるという見解がみられるが、⁽¹⁰⁾ 本稿では、同じ呼称、字体の氏には区別を認めないという前提であった。従って、夫又は妻のいずれかが親から取得した氏が婚姻中の氏となり、子にも伝えられると考えなければならぬ。婚姻の際夫も妻と同じ氏であった場合は区別は無意味になるが、民法の規定上仮にここでは、夫又は妻のどちらかの系統の氏を選択すると考えておきたい。⁽¹¹⁾

沿革に従った民法七九〇条のこのような解釈は、恐らく慣習の中に人々の氏に対する感覚に最も近いという意味で評価されてよいであろう。加えて、出生に基づく血縁関係を、その時点における科学的事実として把握し、事実の公示という観点から子の氏を決定することは、社会的団体としての家族という身分秩序を承認し、その上に立つ

て呼称秩序を決定しようとする場合に、最も妥当な基本的態度となるはずである。このように、民法七九〇条は專ら子の氏の原始取得に関する親子同氏を定めるものとし、その場合の氏は原則として血縁性を表示すると解すことが、フランス法のあり方とも一致し、氏の歴史的性格を現代的な意味で再確認する結果にもなると考えられる。意思による氏の変更

出生後は子は独立した法人格をもって親とは別個の生存を開始するのであるから、親との共同生活や氏の同一の必要性が常に前提となるとは限らない。ただ、未成年の子との間に親子の保育的共同体の存続が要請されることも事実である。氏の共同はこの場合の必要条件ではないとしても、氏を通して親子の一体性が確認されることは、保育的效果に及ぼす影響も大きく、また実際上の便宜にも合致すると考えられる。民法七九一条が父母と子の氏と共に配慮し、家庭裁判所の許可のみによって比較的容易に父母の氏に変更できることにしたのはそのためである。右の規定がある以上、民法七九〇条の親子同氏は、出生後の親子関係もある程度念頭におくものと解さなくてはならない。フランス法の場合には、氏不変の原則は革命の遺産として確立された国家による人民の把握の一つの方式であり、ここでは夫婦同氏が軽視されたのと同様に、親子共同生活における氏の共通の必要性も原則の前に譲歩させられている。その結果、氏における個人主義を裏づける体制となっているといえよう。これに対し、わが民法が親子共同生活と氏の一致を目ざしたことは、氏に夫婦親子集団の表象としての性格を与えることになり、戸籍法上の便宜を提供することにもなったのである。

民法七九一条は、子が父母の氏に変更するという限りで氏の変更の要件を緩和し、家庭裁判所の許可にこれを専ら委ねたのであり、戸籍法一〇七条に基づく変更の特則ともみうることは既に言及した(第一章第一節参照)。両者は共に、戸籍における氏の訂正を伴う法律上の氏の変更である。ここにおいてわが国の氏は、不変の原則を後退せしめ、個人の利益のために意思に基づく氏の自由変更に道を開いていると評価することができるとはなからう

か。^(補)子の氏の領域外では、民法七五一条が生存配偶者の復氏をその者の意思にかからせており、また従来あまり指摘されていないが、民法七五〇条が婚姻中の氏の選択を夫婦の合意に委ねている点にも、氏における個人の意思の尊重という考え方を認めることができる。このように、わが国の現行民法の氏には、個人の意思に基づく氏の変更を一般的に承認するという前提がみられ、その結果氏はかなり自由で流動的なものになりえてみるとみうけられる。⁽¹⁵⁾

右の点は、フランス法と比較した場合のわが国の氏の基本的特点として、十分注目されなければならない。実際には、フランス法においても種々のかたちで新しい氏の取得は生じており、判例の中では、この点はとりわけ氏の時効取得を承認しうるかの問題と、離婚した妻の氏の利益をどう保護するかの問題となつて現われ、議論の対象となつていた。同じ問題は、わが国においては戸籍法一〇七条の審判の範疇で常に論じられている。しかし、この場合にも、両者の解決の基準は当然異なるはずであり、わが国の場合にはより寛大に氏の変更の利益を承認することができるのではないかと考えられる。

- (1) カルボニエなどは身分変動に伴つて氏の変動が生じるという説明をしており、氏名不変は純粹な意思に基づく変更の禁止を意味すると解しているようであるが (Carbonnier, op. cit., n° 56, p. 181) 法律上の氏名不変はもっと厳格なものである。
- (2) 谷口・外国法典双書仏蘭西民法一二七八頁参照。
- (3) 嫡出子が父方との filiation に従つて氏を取得するのは慣習の効果であり、非嫡出子についても父母のいずれの filiation に従うかの決定が問題になるだけで、氏が血縁に由来するという点には変りはない。
- (4) 中川・前掲書二一七頁、黒木・注釈民法(20)三二〇頁参照。
- (5) 中川善之助「妻の改姓」世界昭和三〇年四月号一五八頁参照。
- (6) これまでみてきたとおり、フランスにおいても妻は夫の家族に入りその氏を称するという側面をもちながら、出身を明らかにする権利は保持されていた。また、ドイツ法の婚氏も家名的性格のものでありながら、基本的には血統を表示

するものであることが前提とされている（西村信雄「ドイツにおける氏の変更」立命館法学四、五合併号一〇一頁参照）。血縁団体と家の区別が明らかでない以上、氏が血統の表示か又は屋号であるかという区別は難しいはずである。しかし、中川教授は婚姻によって氏の変更を生じるか、それとも従来の氏を保持するか、その差異によって、屋号的性格のものとそうでないものを区別されるようであり、ここでもこの見方に従っている。

(7) 中川・前掲書六〇六頁参照。

(8) 牧野菊之助・日本親族法九一頁参照。

(9) 川島武宜・イデオロギーとしての家族制度三三頁参照。わが国の「家」の血縁的性格については、他に、有賀喜左衛門・日本の家族五八頁以下、板木・前掲論文立命館創立五〇周年記念論文集七七頁等にも指摘されている。

(10) 外岡・前掲論文身分法と戸籍一〇一頁参照。

(11) 同じく血統説をとられる板木教授は、現行法上同じ呼称・字体の氏を持つ、たとえば中村太郎・中村花子の二人が婚姻する場合にも夫婦の称する氏を定めなければならないのは、氏に単なる記号以上のものを認めるからにはかならないと指摘し、更にこのような夫婦の子である中村茂が民法七九一条の規定によって母の氏から父の氏に変更することも肯定しえなければならぬと論じて、これらの点を自説の重要な根拠とされる（板木・前掲論文立命館創立五〇周年記念論文集五七頁以下参照）。わたくしは、前者の場合には単に民法の規定がその事例に対しては無意味になるだけであるし、後者については、民法七九一条を戸籍の異同の前提と解すること自体に誤りがあると考え。この点は夫婦の氏との関連でもう一度ふれたい。

(12) 従来の学説においてもこの点は確認されている（中川・前掲書六一七頁参照）。しかし、外岡説によるならば、子が未成年の間中は親子同氏の原則が存続することになる（外岡・前掲論文身分法と戸籍一〇五頁参照）。七九一条もあわせ考察される結果と考えられる。

(13) ただし、フランスにおいても離婚と氏の関係が論じられる場合には、子の監護者となる母が子と同じ氏を称しえないことの不利益が常に指摘されている。第二章において言及した離婚に関する一八八四年、一八九三年の法律等の制定過程、予備草案の成立過程の議論にもこれが顕著である。

(14) 従来の学説は、両者の相違に關してもござって、民法上の氏の変更と呼称上の氏の変更という全く異なる性質のものであるという見解をとってきた。これは結局、民法上の氏の変更は戸籍の変動を伴うという觀念の所産であるというこ

とは前述した。戸籍をはなれた場合には、子が母の中村から父の中村に変わることは全く無意味であるし、他方、戸籍法一〇七条によって天狗が天谷に、小迎森が小森に、更に一般的に言えば、清水が山口に、中村が鈴木に変更されることを氏の変更でないとするならば、氏とは何であろうか。機能的にみても戸籍法一〇七条の変更例の中には、身分関係に伴う氏の変更と同種の要素が種々含まれることを、唄教授が指摘しておられる。唄・氏の変更下二七一頁以下参照。

(15) わが国の氏名不変の原則は、旧法下においては家名不動の意味から極めて嚴格に保持されていた(唄・氏の変更上三六頁、西村・前掲論文立命館法学四、五合併号九七頁参照)。これに対し、戸籍法一〇七条が個人の意思による氏の変更を認めたことは、氏の民主化として評価されている。さらに、これを民法七五一条、七九一条の例とあわせて、純粹に意思に基づく氏の変更が生じる場合としてまとめるという客観的整理がなされているのであるが(外岡・前掲論文親族法の特種研究五〇頁以下、中川・前掲書六二四頁以下参照)、民法における氏が意思自治の原則を一部採用していることを、わが国の氏の特色として把握するという理解は未だみられない。外岡教授が強調される氏の非意思性(外岡・前掲論文親族法の特種研究一七頁参照)は、相対的に後退しているとみるべきであろうとわたくしは考えている。

補註

(a) 民法七九一条の規定は昭和六二年の改正によってかなり修正されているが、基本的な性質は変わっていない。むしろ改正の内容は、氏の変更手続を容易にし、家庭裁判所の許可を得ない自由変更を導入する(二項参照)等、本文のような七九一条の特質をいっそう顕著にするものであったといえる。

第三節 夫婦の氏

民法の夫婦同氏の原則について考察をすすめるにあたっては、フランス法以外にも広く婚姻と氏の問題に関する近代法の解決方法を概観し、その中における日本法の位置づけを明らかにすることが必要であろう。前節においては、氏が血統の表示であるか屋号であるかという区別に従って、夫婦別氏と夫婦同氏との二つの系統に分れるという見方を試みてきた。これらの基本的な区別において、いずれがより古い伝統をもつものであるかは必ずしも明確

ではないが、本稿にとってより関心の大きい別氏制の方から検討をすすめてみたい。

夫婦別氏制の系譜

代表的な例としてまず注目されるのは、中国の伝統的な別氏制である。中国古来の思想の中では、血筋（血統）は生命の本源ないし生命自体とも考えられており、男系の血筋を通して同一の生命が延長・拡大して生き続けるといふ觀念が、同姓不婚、異姓不養という秩序の基盤を形成していたといわれる。姓（氏）は何人を父として生を受けたかという純自然的な出生の事実によって定まる名であつて、それ故に人為をもって変えることのできないものとされたから、婚姻によつても妻が生家の姓を捨てないことは当然の帰結であつた。女性性は妻となることによつて夫の人格に合体し、夫家を通して社会的地位を得るといふ夫婦一体の原則はその社会にも存在したのであるが、血統重視はそれをも超えた一つの自然観、人生観であつたようである。ここから導かれるのは、夫婦別氏制のいわば原型とも言うべきものであつた。同じく血統的要素を残しながら、フランス法の別氏制がこれとは性格を異にするものであることは、前述したところから明らかである。それは、西欧の伝統的な夫婦同氏の慣習を、法律の側からの個人主義の貫徹によつて解体していったもの、ないしはその過程にあるものと理解することができるであらう。事実上は別氏制と同氏制の併用といつた方が適当な状況にあるが、法律が別氏制のみを押し進めてゆくことの可否は、今後検討されるべき問題とみうけられた。

次に、第三の別氏制として、社会主義国にみられるタイプを挙げることができよう。ソビエト法によれば、夫婦は婚姻の際、共通の氏によることも各自が婚姻前の氏を保持することも自由であり、また氏を改めた者は離婚後もこれを継続することを原則とし、希望により従前の氏に戻ることができるとしている。東ドイツ、チェコスロバキア、中国等はいずれも右とほぼ等しい立法によつてゐる。同氏と別氏を併用する点ではフランス法に近い面をもつようでもあるが、両者の実際上の相違は大きい。第一に、フランス法においては、今日なお一般的に妻が夫の氏を

称するのは義務であるかの議論が学説上継続されており、慣習の上からも別氏の婚姻には障害が多いと推察される。逆に、夫婦同氏を実践した場合には、離婚において妻が婚姻中の氏を保持する余地はほとんど認められていないという状況がある。これらは、いずれも妻が婚姻生活外に独立した職業活動を持つとうとする場合の不利益となる問題であった。婦人の解放を目ざし、完全な男女同権の実現を図る社会主義国が、氏においても夫婦の自由と平等に最も合致する立法的解決を試みているのは当然であり、その理論的背景の故に、第三の別氏制は特色を持つとみることが出来る。

これらの諸国の伝統的な氏はどのようであったのだろうか。仮に夫婦別氏制の採用に対する一般の抵抗があったとしても、社会体制の変革の中にのみ込まれてしまったであろうと考えられるのであるが、中国を例にとるならば、そこでの別氏制は、固有法の社会主義的意味における止揚であったといえよう。⁽¹⁰⁾このように、別氏制といっても一様に解することはできないのであるが、また純粹にそれのみを強行しなければならないという必然性もないようにみうけられる。

夫婦同氏制の検討

夫婦同氏についても同じことがいえる。ほとんどの場合妻が夫の氏を取得することにより同氏が実現されるのであるが、逆に妻の氏を中心とする場合も日本や韓国にはみられるし、夫と妻の氏を結合する方式の同氏も行われている。⁽¹¹⁾はじめに西ドイツ法の夫婦同氏制をとり上げ、同氏における問題のあり方を検討したい。⁽¹²⁾_(補)

一九五七年法による改正前のドイツ民法一三五五条は、「妻は夫の氏を取得する」と定めており、そこから、妻は婚姻締結の時点で法律上当然に夫の氏に変更するものと解されてきた。夫婦は婚姻共同体を形成し、相互にそのために義務を負うというのがドイツ法の建前であるから(民法一三三三条参照)、ここでは氏も夫の氏であると同時に婚姻共同体を表象する婚氏(Ehename)である。従って、妻が婚氏を称することは権利であり、民法一二条に基

づく氏名権の保護を受けうるのは当然であるが、逆に夫の氏を拒否する場合には、婚姻共同体のための義務違反となり、夫からの婚姻共同体回復の訴えが認められることになる。婚氏は婚姻期間中継続し、その間の夫の氏の変動は全て妻に及ぶ。こうした夫の氏中心主義は、夫が家族の長であるという原則とドイツ社会の家父長制の伝統に従って肯定されてきたものである。⁽¹⁵⁾

しかし、そこでも妻の氏が全く評価されていないわけではない。既に民法典の制定過程においても、妻に自己の実氏（婚姻前の氏）を付加する権利を認めるべきであるという議論はなされていた。付加はドイツの多くの地方にみられる慣習のようで、特に女性の文学者、芸術家等の間で行われる慣行であるといわれる。民法典は法的安定性を重視してこの例外を承認しなかったが、後の男女同権法に基づく民法一三五五条の改正に際してはこの点が立法化され、現行法上は、妻はいつでも身分吏への意思表示によって婚氏に実氏を付加する権利があると規定されている。⁽¹⁶⁾ 意思表示により自由に二重氏に変更できると確認されたことは、その限りでドイツの夫婦同氏の後退であった。しかし、単なる付加にすぎないところに限界がある。⁽¹⁶⁾

フランスとは全く对象的に、ドイツには婚姻共同体の一体性が氏の一体性を要求するという強固な思想が存在するようである。民法一三五五条の改正案としてボン憲法成立後に検討された六種に及ぶ立法論のうちにも、夫婦別氏の採用は最も革新的とみられる一案のみが考慮しているにすぎない。氏の権利を強調し、氏における完全な男女同権論を鋭く展開している女性判事の説も、婚氏を夫婦の合意でどちらかの氏から選択させるか、あるいはまた夫と妻の氏を結合した二重氏により統一するという形式でこれを実現しようと試みているのである。別氏制は夫婦の緊密な結合に矛盾し、習俗と伝統に根ざす家庭の統一に反すると批判されており、この点は西ドイツの家族観とも深くかかわるものと考えられる。⁽¹⁷⁾

婚氏は、離婚後も妻によって継続されることが原則である。妻がその意思により婚姻前の氏（前婚の夫の氏の場合

合もありうる)に復することは自由であり、また、例外的に夫の拒絶又は裁判所の禁止によって復氏が強制されることはある。ドイツ法が離婚の場合の氏にこのような解決を与えていることは、夫婦の一体性や婚姻の公示を婚氏統一の理由に掲げていることと矛盾するとも考えられる。しかし、婚姻締結の時点から夫の氏が当然の権利として妻の氏にもなることの帰結であり、そのことは妻の義務でもあるため、全面的に妻に復氏を強制することは衡平に反するという論理に支えられるものといえよう。⁽¹⁸⁾なお、婚姻期間中であっても、妻のみの非嫡出子や養子は妻の氏を取得する。⁽¹⁹⁾

夫婦同氏がこのように厳格であることは、フランスにおける氏名不変の原則と同様の意味でそれがドイツの呼称秩序の基礎をなしているからであることは言うまでもない。この点は、行政上の便宜論や、氏は単なる秩序規定であって男女同権とは無関係であるという理由から、現状維持を主張し、とりわけ氏を個人の意思にかからせることを排斥する見解⁽²⁰⁾の中に最もよく看取される。それにもかかわらず、現行法上では不完全にはあるが別氏制が法律上の制度として実現されている事実を、その背後にある氏の権利の保護という要請と共に十分評価しなければならぬと考える。また、離婚した妻の氏の利益が不当に無視されていないところにも、制度としての理論的充実が窺われる。ちなみにこの点は、同じく夫の氏による夫婦同氏制を採用しているスイス法が、原則として離婚後の妻の復氏を強制していることと対照的である。しかし、スイス法においても、妻の側に重要な理由がある場合には、行政上の氏の変更として夫の氏の継続が認められる。⁽²¹⁾

次に、英米法の夫婦同氏を概観してみたい。⁽²²⁾コモン・ローにおいては、婚姻により夫婦は一体(one person)となり、妻の法律上の全存在は夫に吸収されるという原則があった。氏においてもこの伝統が反映されており、妻は婚姻によって夫の氏を取得する。この点はイギリスよりもアメリカにおいて法的拘束力がより強いようであるが、⁽²³⁾いずれにおいても離婚後夫の氏を継続することは認められている。これらの氏においては、氏は単に個人の同一性を

識別するものと解され、呼称秩序の厳格ということは余り要求されていない。子が親の氏を称するのは単なる慣習にすぎず詐欺 (Fraude or deceit) にならない以上、個人は自由に別の氏を採用し、旧来の氏名を変更することができる。このような伝統の下では、個人は自己の好む氏によって知られることができ、妻が夫の氏を用いるべきであるかどうかの問題は、アメリカにおいても専ら訴訟の有効性をめぐって問題となるにすぎないようである。また、イギリス法においては、妻は名声 (reputation) により夫の氏を取得するため離婚によってもその氏を失わないと論じられている。⁽²⁴⁾ こうした議論の背後には、氏の時効取得を一般的に承認する考え方があり、右にみうけられる。

右に概観してきた諸制度と対比して、わが国の夫婦同氏制はどのような特色をもつであろうか。民法七五〇条は、「夫婦は婚姻の際に定めるところに従い、夫又は妻の氏を称する。」と規定している。解釈上は次の三点をまず確認しておくべきであろう。(1) 婚姻中の夫婦の氏は、夫又は妻のいずれかの氏でなければならぬ。(2) 別氏を認めず、婚姻期間中を通して同氏が継続される。(3) 婚姻中の氏の変更は、常に氏を改めた配偶者にも及ぶ。⁽²⁵⁾ 前述のように、婚姻中の氏が夫婦の合意による選択に委ねられ、その際夫の氏も妻の氏も全く平等に選択の対象にされるといふ第一点の性格において、わが国の夫婦同氏は独自のものとなっている。第二、第三点は、ドイツ法とも共通する呼称秩序の安定という要請であろう。

民法旧規定の下では、妻は夫の家に入り夫の家の氏を取得することが通例であったが、入夫婚姻、婿養子の場合には夫が妻の家の氏を称した。ここでは夫婦同氏は同家同氏の原則の反射的効果であったから、絶対の厳格性が要求されたし、また離婚によって実家に復すれば実家の氏に復するという結果も生じた。しかし、沿革的にみれば、わが国の夫婦同氏は明治中期以降のものであり、それ以前の時代には婚姻によっても実家の氏を捨てない慣行がみられたといわれ、度々指摘されている。⁽²⁶⁾ このように家制度によって基礎づけられたわが国の同氏制にとって、旧慣習の影響は依然本質的であるとみななければならない。しかし、新民法が婚姻を家から開放した時点で、夫婦同氏は

全く個人単位のものに把握し直され、その理論的根拠としては、夫婦の一体性ないし婚姻的結合の緊密性の要請が指摘されているという現状をより重視すべきであろう。しかも、このような婚姻観を前提とした場合には、氏の共通は必ずしも絶対のものとして維持されてはいないことを、諸外国の例が示している。わが国の同氏制もこれらと同様に緩和されうるとみるべきであろう。

今日、わが国でも多くの女性文筆家、芸術家、芸能人等は夫と異なる氏によって社会的に知られており、夫婦別氏の自由は実質的には筆名、芸名等を持つこれらの人々々にのみ許された特権となっている。一般市民がこれを望むには、しばしば提案される通姓という甚だ実現困難で、それ故に余り実益のない手段が考えられるのみである。わが国の氏の制度の中に法律上の夫婦別氏をとり入れることが考えられるべきではなからうか。学説の多くが既にこの方向を承認しており、しかも本稿の検討してきたところによれば、わが国の氏に真に個人の呼称としての機能を全うさせるための鍵はこの問題にあるとみうけられた。氏を団体のものとせず、また戸籍編成の技術から切り離し、まさに実体的なものとして個人に取得されることから出発するならば、夫婦別氏制は、むしろより本質的な氏のあり方となるからである。課題は、どのような立法技術によってこれを実現できるかであろう。次には、具体的な提案に向けて本稿の考え方をさらに進めてみたい。

立法論の展開

立法論の前提としては、まず、わが国の氏の特質をどう捉えるかが明確にされなければならない。本稿ではこれを子の氏の問題との関連において検討し、氏名不変の要請を後退させて個人の意思による氏の変更をかなり自由に承認するところに特色があるとした。親子同氏におけるこのような問題解決は、夫婦の氏にもそのまま応用できるはずである。すなわち、第一に、婚姻締結に際しての夫婦の氏の決定の問題を考え、夫婦同氏の他に別氏の自由を許容する規定をおくこととする。第二に、婚姻中の夫婦の氏の変更については、民法七九一条と同じ扱いにし、家

庭裁判所の許可によるものとするものが適當ではないかと考えられる。フランス法とは反対にわが国の基本は夫婦同氏であるから、婚姻に際しての氏の決定においても別氏は従たるものとするものが呼称秩序の安定のためにも望ましい。現状との摩擦をできるだけ少なくすることを考えつつ、民法七五〇条に次のような修正を加えることが可能ではなからうか。

七五〇条一項「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。」(現行のまま)

同条二項「夫婦が各自婚姻前の氏を継続する場合には、夫又は妻の氏のうちから、子が出生に際して取得する氏を定めなければならない。」

右の立法例は、形の上では東ドイツ法の規定にならっている。⁽²⁸⁾東ドイツ法はまた、子はいずれも同一の氏を称さなければならぬとし、子が取得する氏の決定は婚姻締結の際にこれを表示して家族登記簿に登記し、取消することはできないと定めている。これらの点も、わが国の社会の慣行と一致するものであり、参考になる。戸籍簿上にあらかじめ子の氏が記載されるならば、実務上は子に氏を与えた者を筆頭者とすることもできるため、同氏の婚姻と同様に全く支障なく夫婦別氏を実現することができる。こうして新たな規定によるならば、現在一つの氏によって統一されている夫婦親子集団のうちに、夫のみ別氏、又は妻のみ別氏という新しい型の可能性が開かれる。

次に検討しなければならないのは、(1)夫婦の一方の氏を取得した子が、婚姻期間中に他方の親の氏に変更することを認めうるか、(2)別氏の夫婦が婚姻期間中に同氏に変更することを認めうるか、の二点であり、これをいずれも肯定してよいと考える。第一点については、現行法が七九一条の規定をおいている以上、その要件に従って氏の変更を認めることは、別氏の婚姻を承認し氏の権利を尊重したことの当然の帰結とされなければならない。たとえば、母のみ別氏の場合に、必要があれば子の一人が母と氏を同じくすることを認めるのに格別の反対理由はみられないであろう。もちろん、子の全てが父の氏から母の氏に変わるといふようなケースも理論上は仮定しうるが、変

更の妥当性はあくまでも個別的な家庭裁判所の裁量にかかると考える。第二点については、七九一条にならって次のような規定をおくことが考えられる。

七五〇条三項「前項の規定によって婚姻をした夫婦は、婚姻中夫又は妻が家庭裁判所の許可を得て他方の氏に変更することにより氏を同じくすることができる。」

慣習、国民感情等を考慮し、夫婦親子はできるだけ同氏であることが便宜でありまた望ましいという考え方をとった現行民法を前提とするならば、呼称秩序の主流である基本の型に戻る変更に対しては、できるだけ道を開いておくことが適当であろうと考えられるからである。もちろん、子に氏を与えた者が子と氏を異にして夫婦同氏となるような場合の変更は問題であり、その場合には子の氏も当然に変更するという処理をすることも考えられる。

しかし、子の氏の変更は七九一条で全て解決されるという現行法の建前に合わせることでより適当であろう。変更の可否に関する実質的判断は、子の氏の問題も含めて裁判所の判断に委ねることとし、夫婦相互の間では互いにいづれの氏にも変更できるという建前にしておくことが理論的にも明快であろう。

次にとり上げなければならないのは、同氏の夫婦が別氏になるかたちの変更を認めるべきかどうかの問題である。婚姻に際して別氏の必要を認めなかったにもかかわらず、後に別氏を望むようなケースは少ないはずであり、また恣意な変更を許すことは主旨ではない。しかし、法律が別氏制を承認しているという前提があれば、戸籍法一〇七条の手續によってこれを認めることができるのではなからうか。この場合、呼称秩序の主流から例外への変更であるために若干要件が加重されることはやむを得ないであろうと考えるのであるが、その代わり、別氏制導入以前に婚姻をした夫婦に対してもこの変更への道は開かれることになる。

以上のような本稿の試みによるならば、出生の際に取得された氏は、本人の意思に基づいて、次の二つの手續により変更が可能である。(1)民法七五〇条三項、七九一条による夫婦相互間及び父母と子の間での変更。(2)戸籍法一

○七条の「やむを得ない事由」による変更。いずれも家庭裁判所の許可審判によって実現され、実質的内容はほとんど同じ性質の「意思による氏の変更」である。ただし、後者が「やむを得ない事由」を要件とするのに対し、前者については夫婦親子の共同生活の便宜が判断基準の中心となり、変更の要件がかなり緩和される点に特色をみることになる。このように広範囲にわたり氏の変更を許容する可能性を認めることは、恐らくわが国の氏を英米法上の氏の考え方に極めて接近させることになるにちがいない。²⁹⁾しかし、変更への機会を開いたからといって、直ちに氏の変更が頻繁になり、呼称秩序が乱れるということも考えられない。各人がそれぞれの氏に対して持つ愛着には独自のものがあるし、呼称秩序そのものについては、裁判所のコントロールによって、常に時代と社会情勢の要求に即した安定や流動性を与えることが可能だからである。

(1) ローマ法では妻は婚姻前の氏を継続し、ゲルマン法は教会の「二人のもの一体となるべし」の教えによって妻に夫の氏を称させたといわれる(栗生武夫・婚姻法の近代化八七頁参照)。しかし、ローマ法の下でも夫の氏を称する婚姻はあったようで、制度としていづれがより古いかということとははっきりしない。

(2) 滋賀秀三・中国家族法の原理三五頁以下参照。

(3) 実際には、妻は無姓無名であることが多かったともいわれ(黒木三郎・婚姻法の近代化二五二頁参照)、制度としてどの程度別氏制が確立していたかには疑問が残る。

(4) 現実に同氏の要請が存在し続けている以上、むしろ離婚の時点における妻の氏の保護に配慮することが先決問題とみうる。前章第二節参照。

(5) 宮崎昇訳・ソビエト家族法典五一頁以下参照。かつては夫と妻の氏を結合した合姓も認められたようである。一九六八年の「ソ連と連邦構成共和国の基本法」においては、共和国の判断により合姓も認めうるとされている。社会主義研究会「家」制度研究会「ソ連の新家族法」法律時報四〇巻九号八七頁以下参照。

(6) 久野勝訳「ドイツ民主共和国家族法草案」家裁月報七巻五号八二頁以下参照。なお、一〇条一項によれば、「夫の氏又は妻の氏は、これを共同の氏とすることができる。」とあり、全く新しい氏を婚姻中の共同の氏とすることができるよう

な解釈の余地もある。

- (7) 青山道夫・現代の家族法(岩波新書)一四〇頁以下参照。
- (8) 中華人民共和国婚姻法は、「夫婦はそれぞれ自己の氏名を使用する権利をもつ」と規定している。しかし、慣習によって配偶者の氏を自己の氏に冠することも相手の氏に変えてしまうことも認められるようである。また、子は父母のいずれの氏をとってもよい。黒木・婚姻法の近代化二五三頁参照。
- (9) 社会主義国には同様の立法が多いとみられるが、資料が手許にあるものだけを挙げている。
- (10) 幼方直吉「中国新婚姻法の紹介」法社会学一〇一―二七頁以下、仁井田陞「中国新婚姻法について」法律時報二三卷一―号四頁参照。
- (11) アルゼンチン、スペイン等では婚姻によっても夫婦の氏は変わらず、慣習上妻が夫の氏を自己の氏に合わせて名乗る。AB de C(Cが夫の氏)、ABC de D(Dが夫の氏、スペインでは子が父方と母方の双方から氏を得て二つ持つ)のようになる。黒木・註釈民法(三)一頁、中川善之助「スペイン人の姓名」法律時報二八卷一―号六四頁参照。また、中国民法では、妻は自己の氏に夫の氏を冠することを原則とするようである。仁井田・前掲論文法律時報二三卷一―号四頁参照。ハイフンで結ぶ形はフランス、ドイツにみられる。
- (12) 唄孝一「ドイツにおける夫婦の氏」都立大学一〇周年記念論文集一頁以下、西村・前掲論文立命館法学四、五合併号九一頁以下参照。
- (13) ドイツ民法親族編は、一九四九年西ドイツで公布されたボン憲法に基づく西ドイツ男女同権法(一九五七年六月一八日公布翌年七月一日施行)によって大幅に改正され、その際夫婦の氏を規定する一三五五条も後述のように修正を受けた。
- (14) 家族生活における夫及び父の決定権の存在に対応する。樺寿夫「西ドイツにおける婚姻と家族」法律時報三一―卷一〇号五〇頁以下参照。
- (15) これと共に、一三五五条本文も書き変えられた。夫の氏であるよりも婚姻共同体の氏であることが明確にされている。

旧規定《Die Frau erhält den Familiennamen des Mannes》

新規定《Der Ehe- und Familienname ist der Name des Mannes》

(16) 旧規定の下では、妻が実氏を付加することは全く法的な生活外のものでしかなかった。行政手続による氏名変更規程も、最初は、「一三五五条にかんがみ、妻が夫の氏と異なる氏を称することを許すことができない」としていたが、後の一九五一年の新規程では、妻が自己の氏によって長く職業活動等をしていた場合には、重大な理由があるとして二重氏への変更を認めることが明文化された。この時点ではじめて夫婦別氏が法的に承認されたともいえる。唄・前掲論文都立大学一〇周年記念論文集二八頁以下参照。

(17) 西ドイツにおいては男女の機能的平等という考え方が重視され、主婦婚としての妻の家事労働を高く評価するといわれる。その背後には、家庭の統一という思想を指摘しうるのであらう(川井健「東西ドイツにおける男女同権論の対立について」)法協七三巻六号七四六頁以下参照。従って東ドイツ法が夫婦別氏制を採用したことを非難している(川井・前掲論文(二)法協七四巻一号五五頁参照)。

(18) キリスト教の婚姻非解消主義に基づく夫婦一体観の思想的影響によるものではないかともいわれる。また、ドイツでは離婚した配偶者にも、婚姻中の扶養義務の延長として扶養義務が認められる点との対応が指摘されている。太田武男「婚姻・離婚と氏の問題——ドイツの場合を中心として——」身分法と戸籍二二八頁以下参照。

(19) 唄・前掲論文都立大学一〇周年記念論文集二二頁参照。フランス法においても事情は同じであるが、この点は婚姻中も妻が婚姻前の氏を保持していることの論拠とされている。

(20) 政府草案の理由書、国会の家族法委員会等をはじめ、多くの学説がこの立場である。唄・前掲論文都立大学一〇周年記念論文集四六頁参照。

(21) 唄・氏の変更下一八〇頁参照。

(22) 主として American Jurisprudence v. 38; Corpus Juris Secundum v. 65 を参照し、他には各所で英米の氏に言及されている所を総合して判断した。

(23) 妻は婚姻により自己の氏を完全に失って夫の氏を取得すると説明されている。Corpus Juris Secundum, v. 65, § 3, c.

(24) 山主・前掲論文家族法論集五五頁参照。

(25) 我妻・前掲書七六頁参照。

(26) 中川・前掲書二二七頁、外岡・前掲論文親族法の特殊研究三二頁参照。これらによれば、明治九年三月一七日太政官指令一五号は「婦人ハ嫁スルモ仍ホ所生ノ氏ヲ用ユヘキ事」とし、これに類する指令がくり返し出されて、中国の制度

に習っていたようである。明治三十二年以降は、旧法の同家同氏の原則に吸収された。

- (27) 加藤一郎「男女の同権」家族法大系一三三三頁及び三三八頁註(23)に指摘される学説参照。他に、外岡・前掲論文身分法と戸籍一〇二頁が別氏制の必要性を強調され、立石・前掲論文統学説展望八九頁も別氏制の立法を示唆される。我妻・前掲書七八頁は、夫婦別氏を導入する場合には、子の氏の問題や婚姻中の同氏を認めるか否かにつき詳細な規定が必要なることを指摘される。反対説としては、清水・前掲論文家族法大系一六六頁以下が、婚姻の公示の必要性を指摘し、婚姻に対する社会一般の理解の現状では別氏を認めても意味がないとされる。また、平賀・前掲論文身分法と戸籍三〇八頁は、戸籍編成技術という観点から現行の制度を支持されるようである。

- (28) 久野訳・前掲ドイツ民主共和国家族法草案第一〇条一項〜三項参照。久野訳による条文は次のようなものである。

(一)夫婦は、共同の氏を称するか又は各自引続き婚姻前の氏を称することができる。夫の氏又は妻の氏は、これを共同の氏とすることができる。

(二)夫婦(となる者)の双方が共に婚姻前の氏を称しようとするときは、婚姻の締結に際して、夫婦の間に出生すべき子に夫の氏を称させるか又は妻の氏を称させるかを決定しなければならない。子はいずれも、同一の氏を称さなければならない。

(三)前項の決定は、婚姻締結の際に、是れを表示して家族登記簿に登録しなければならない。この決定は取消すことができない。

- (29) アメリカ法においては、大抵の場合州法によって氏名変更手続が規定されているが、それらはコモン・ローの確認であり、変更をより簡便、正確にするためにおかれたものと解されている。American Jurisprudence, v. 38, § 35.

補註

- (a) ドイツの氏に関しては、一九七六年六月一四日の婚姻・家族法第一修正法により大きな変革もたらされた。現行のドイツ民法一三五五条第一項は、『Die Ehegatten führen einen gemeinsamen Familiennamen (Ehemann)』とされており、男女平等、個人主義の方向に更に前進している。婚姻前の氏の付加の権利も夫と妻に平等である。これらの詳細に関しては、富田哲「西ドイツにおける氏 (Familiennamen) の規制」、『三』名古屋大学法政論集一〇六号三二七頁以下、一〇八号二〇九頁以下、一一一号四八七頁以下参照。

第四節 結び

最後に夫婦別氏制を実現してゆく場合、今後必然的に検討を要求されることになると考えられるいくつかの問題点をとり上げ、将来の方向へのとりあえずのデッサンを考えておくことにしたい。

(1) 婚姻をする夫婦の氏が偶々呼称字体をおなじくする同氏であった場合の考え方

これは小さな問題であるが、学説には前述のように現行民法は呼称上の氏と民法上の氏を区別するものであると論じる立場があり、その根拠として民法七五〇条は夫又は妻の氏を称すると規定していることがしばしば指摘されるので確認しておきたい。本稿の立場によれば、このような場合にはそもそも婚姻の際における氏の決定の必要性は生じないのであるが、あくまでも手続上の基準として、氏の確定を要するものと解したい。仮に単身での養子縁組が認められるならば、このような夫婦が婚姻中に別氏になることも考えられる。その場合には、子に与える氏の決定が必要となるはずであるし、後に夫婦同氏への再変更を許可しうるかどうかについて判断基準が望まれることもあるといえよう。

(2) 離婚の場合の氏について

離婚の場合に妻の氏がどのように保護されるかを重要な論点として度々指摘しながら、別氏制の立法的試みの中で、その点を全く考慮していない。しかし、別氏の自由を認めることにより、夫の氏によって職業活動等をする必要性はそれだけ減少するであろうから、離婚後の復氏を原則としてもよいのではないかと考える。夫の氏の継続が必要となる特別の事情がある場合には、戸籍法一〇七条の手続による氏の変更の可能性も残されている。^(補)そこで判断においては、個人の具体的な利益がかなり評価されるのであるから、^(下)フランス法におけるよりは問題の解決は容易ではないかと考えられる。

(3) 養子の氏について

本稿は、養子の氏を全く考察の対象外としている。この問題については、養子法そのものについての十分な知識を要するわけであり、その上で基本的な氏の決定の問題から検討してゆく必要があると考える。ここではとりあえず、現行民法の養子制度を前提としつつ、夫婦別氏制の導入がこれにどのような影響を及ぼすかを瞥見しておきたい。民法七九五条によって夫婦養子が義務づけられているので問題が複雑になるのであるが、別氏制により婚姻をした夫婦であっても、縁組により、民法八一〇条の規定に従って養親の氏による同氏の婚姻への変更がなされることは、やむを得ない結論となるであろう。しかしこの解釈は、別氏制を許容し、夫婦相互の独立と個人主義的な自由な結合関係を肯定する考え方とは必ずしも相容れない。必然的に、夫婦の一方のみとの単独縁組が、少なくとも成年養子については認められなければならないのではなからうか。^(縮) 今後の検討課題であろう。

(4) 戸籍との関連

別氏制をとり入れることは、氏を戸籍編成の重要な手段としている現行戸籍法の運営に最も大きな影響を及ぼすことになる。しかし、戸籍法六条の「一の夫婦及びこれと氏を同じくする子ごとに戸籍を編成する。」という規定そのものは、必ずしも一戸籍が一つの氏であることのみを要求しておらず、二氏一戸籍を排斥していないという解釈の余地もあるのではなからうか。この意味では、戸籍法上の氏は確かに民法上の氏の反映であるし、またそうでなければならぬ。現行戸籍法の問題点は、むしろ一定範囲の親族関係に基づく身分登録制度を目ざしていないが、氏以外に何ら編成原理を考えていないという点にあるはずである。親子同籍の基準としては、親権を中心とすることが既に提案されており、本稿もこの方向を支持したいと考える。^(縮)

このように夫婦別氏制の採用は、問題の解決というよりも新たな議論の始まりという方がずっと適切であり、実

現の過程では更に多くの予期できなかった障害にぶつかるとも考えられる。しかし、それにもかかわらず、別氏制はすぐにも実現可能であるし、またされるべきでもあるといえよう。本章の冒頭でも言及したように、氏の理論を真に個人の呼称として構成し直し、あるべき呼称秩序の基礎づけを明確にすることは、わが国の個人主義をそれだけ前進せしめることになり、個人の尊厳を社会にゆきわたらせる一つの重要な手がかりとなるはずだからである。しかも、この改革は立法によつてはじめて実現される性質のものである。新しい氏の秩序はまた、数の多いことでは世界無比で数万といわれ、動物の名や野菜の名、およそ難解珍奇な漢字の組み合わせ、他方平凡極まりない市井の氏までを含めたわが国の独自の氏の文化を、私たちの共通の遺産として再認識させることにもなると考えられる。

(1) 戸籍法一〇七条の範疇において現在かなり判例が蓄積されている。ほとんどは改氏を許可されていないようであるが(唄・前掲論文ケース研究昭和二八年一号二頁以下、同・氏の変更下一六七頁以下参照)、職業活動上の必要があり、旧配偶者の承認があれば許可されるというような基準を立てることが適當ではないかと考えられる。

(2) 我妻・前掲書四二五頁以下参照。同氏同戸籍の原則を再検討する必要があるとし、また親子同籍を親権の所在によつて決定することが戸籍による親権関係の公示として適當であらうとされる。仮にそのような立法をまたないとしても、現在戸籍取扱いの理論において氏の異同とされているものを、呼称・字体の異同にひきなおすことによつて、そのような方向に実務をかなり整理してゆけるのではないかと考えられる。

補註

(a) 既に指摘したように、昭和五一年改正により追加された民法七六七条二項の規定は、婚氏を継続する届出(戸籍法七七条の二参照)によつて夫の氏への変更を認めるといふ極めて寛大な取扱いをした。このような解決が妥当であるかについては議論の余地があるといえよう。いずれにしても右の変更の実質は、戸籍法一〇七条の氏の変更と同じであると論じられており、ただ「やむを得ない事由」という条件が不要とされたにすぎないものと解される(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」家族法と戸籍戸籍誌第五〇〇号記念論文集三〇八頁参照)。従つて、戸籍法一

○七条の要件が全体として緩和されるならば、両者は同一の手続となしうる可能性もある。多くの問題が含まれるが、ここではとりあえず、民法七六七条二項の新設によって、個人の意思による氏の変更の範疇が更に拡大されたことを指摘しておく。

(b) 昭和六二年の民法養子法の改正に伴って、成年養子に関してはこのような単独縁組が可能になった(民法七九六条参照)。単独縁組と夫婦別氏制の関連については、滝沢幸代「改正養子法の展望」成城法学二七号一五六頁以下で既に論じた。

(c) この問題との関連では、床谷文男「夫婦別氏制と戸籍制度の再検討(一)(二)」民商法雑誌一〇一卷二号一頁以下、三号二九頁以下のような最近の研究が注目される。細部に立ち入る余裕はないが、筆者も氏と戸籍の関係を断つ方向が望ましいとされる。戸籍編成については、その原理を氏から解き放つことが根本的課題であるといえよう。基本的にはこの方向を目ざしつつ、現状に妥協しながら別氏制の導入をはかることが考えられなければならない。

あとがき

右の論文は、昭和四五年にわたくしが大学院の修士論文として執筆したものであり、そのうちの第二章にあたる部分は既に法学協会雑誌に発表している(佐藤幸代「フランスの判例における夫婦の氏」法協八七巻一、一二合併号八七頁以下参照)。もとより、未熟な点は多々あるが、夫婦別氏制の立法論を展開している部分を含め論文全体を発表したいという気持は、執筆当時から強く持っていた。しかし、二〇年前、別氏制や立法論というかたちでこうした議論は必ずしも歓迎されるものではなかったように思われる。わたくし自身も、別稿に書き改める気持はなく、またその余裕もいままに歳月が流れた。

今日、夫婦別氏制の導入がようやく民法改正の焦点として議論されようとしている状況がみられる。社会情勢の変化に感慨を覚えると共に、今後の法学界の議論の中ではじめて、拙稿が執筆時の意図に沿ったそれなりの意義を持ちうるのではないかと考えた。とりわけ、別氏制の問題は、「家」制度の歴史を踏まえつつ、わが国の氏の理論を

総合的に把握するという観点から論じられるべきではないかと考えており、わたくしもまたこの旧稿を出発点として、改めてこの問題を深めてゆくことができたかと考えている。

発表にあたっては、全体に字句の修正を行って正確を期し、小見出しを補ったほか、内容に関しては補註によってその後の法改正に対応している。しかし、引用文献等の関係もあり、古めかしさはやむを得ないところであるが、未熟さとあわせてご了承頂きたい。また、表題には副題を補って内容を明示した。既発表部分が重複する点については、法学協会雑誌のご寛如を頂きたいと考えている。

(たきざわ・いつよ) 本学教授