

選択的夫婦別氏制

—その意義と課題—

滝 沢 幸 代

- 一 はじめに
- 二 別氏制導入の意義
 - (1) ドイツ法・フランス法の場合
 - (2) わが国における法改正の意義
- 三 法改正の具体的方向
 - (1) 別氏制のあり方
 - (2) 戸籍編成の原理
- 四 結び

一 はじめに

民法七五〇条の改正による別氏制の導入は、民法の分野で現在最も関心の高い問題の一つである。しかし、目ざされている法改正が実現するためには、未だ十分な議論が尽されていないのではないか。というより、論点や改

正のテクニクという意味での提案は既に出尽しているとしても、それらの裏づけとなる議論を整理する作業に不足があるようにみうけられる。法解釈にもまして立法は、様々に対立する利害得失の調整とならざるをえないから、何を目ざし、何を拾選選択するかについての基本的な価値判断を明確にすることがとりわけ要求されるはずである。本稿では、この観点から、わたくしの立場を明らかにしつつ、当面の課題に答えたいと考えるわけであるが、出発点には、言うまでもなくこの法改正ができるだけ早い時期に具体化されることを期待する基本姿勢がある。その理由は以下の論述の中で明確にできるであろうが、とりあえず一般論を述べるならば、それは極めて必然的な歴史の流れであるように思われる。

明治民法によって「家」制度が法律上のものとなる以前には、わが国の氏の制度がむしろ別氏制であったという事実は度々指摘され、われわれには共通の認識となっている。親子、夫婦のつながりのうちでは前者の方がより始源的であるから、氏のあり方においても、意図的な操作が加えられない限り親子同氏が優先されることは自然である⁽¹⁾。その意味で、個人の呼称性を越えたところでは、氏は第一に血統を示す標識となるはずであり、そのこと自体を否定的に評価する必要はないといえよう。壬申戸籍による家族の法的な把握を目ざしていた明治初年の為政者が、氏名による国民の掌握をより正確にする目的でごく自然に夫婦別氏制を創出することは、まさにフランスにおいて、革命期の政府により氏名不変の原則が確立された状況を想起させる。しかも、法的にみるならば、近代以前のわが国は中国法の影響下にあり、韓国とともに別氏制の系譜をなしても不思議はないであろう⁽²⁾。

にもかかわらず、明治三十一年の民法典施行以来、わが国の氏は全く独自の法的特徴を示すことになった。「家」制度そのものが、戸籍との結合、祖先崇拜、「家」の存続のための様々な法的対応等によって、わが国固有の文化を形成し、氏は「家名」としてその中枢に位置づけられたからである。しかし、その「家」も家父長制的大家族であったという限りでは普遍的性質を示しており、同様に家名としての氏は、その団体的性格において、ドイツ法の氏

が婚姻共同体 (Eheliche Lebensgemeinschaft) の名称とされることと構造的に異なるものではないとみうる。このような理解は、氏を固有の文化論の中に埋没させ、適切な対応を回避させるという危険から逃れるためにも、ぜひ確認しておかなければならない。

家名としての氏は、昭和二二年の家族法改正とともに消滅した。しかし、社会に定着した氏の取得変更のあり方は、そのまま新法にひきつがれて今日に至っている。他方、「家」制度の亡霊として残された氏の法的性質をどう捉えるかは、民法学の争点となり、①氏は単なる個人の呼称である、②氏は家庭の名である、③氏は血統を示す呼称である、④氏は戸籍編成の基準である、といった諸説を輩出しているが、未だそれ以上の進展はみえていない⁽⁴⁾。

このように、氏が「家」の歴史を克服しえていない状況の下では、個人の氏の権利を強調することは、人々の意識の中に残る家的な感覚を助長する結果となるであろうから、わが国の法の下では氏名権の保護という考え方が育つ基盤は極めて薄弱であった。判例、学説においても、氏は単なる呼称にすぎないという理解が主流をなし、その下に今日までの氏をめぐる法形成が展開されてきたわけである⁽⁵⁾。

その間に、わが国の高度な経済成長と国際化の進展があった。豊かな社会が頂点に達しえた一九八〇年代に夫婦別氏を求める運動が開花したことは、一つには「家」意識の解体がほぼ極限に達したことを意味するであろうし、もう一つは個人の尊厳に対する自覚が、自己のアイデンティティの確保という抽象性の高いレベルを法的にまで要求するほど高まったことを示している。個人の経済生活に生じた余裕は、精神生活における余裕を生む。同様に、わが国の社会全体も多様性を許容し、自由と変革を志向しうるだけのゆとりをたくわえている故に、氏の改革がこれだけ社会の関心事となりえたのである。

とはいえ、改革論者はもちろん少数派である。改革において問題となつて利益は、主としては自立して社会活動に参画する女性たちのそれであるから、当面は限られた範囲の要求にすぎない。他方、改革派の予備軍である

若年層のこの問題に対する意識の低さも指摘されている。⁽⁶⁾ 一般的には、わが国の青年層に社会的関心が稀薄であるのは、受験戦争と管理過剰に集約される教育体制の反映であるといえようが、なお加えるなら、社会に根ざす家族中心主義の伝統の影響もあるかとみうけられる。ただ、氏の問題に関する限り、体験の裏づけに乏しい若い人々が比較的保守的であるのは、外国の事情とも共通するようであり、この点を改革論にとってのマイナスイテラス要素と考えることは適当ではないようである。

右のような状況の下では、わが国における夫婦別氏制の導入は、別氏制そのものあるいは選択的同氏制には到底なりえないのであり、ドイツ民法の一九七六年の改正が、結合氏のかたちで夫婦の一方の氏の権利に配慮したレベルの改革を、民法七五〇条の修正としてどう取り込みうるかの段階にあると解される。既に広く用いられている表現に従って、ここでのテーマを選択的夫婦別氏制とした所以である。

二 別氏制導入の意義

(1) ドイツ法・フランス法の場合

選択的夫婦別氏制を何故導入しなければならないかは、前述のように結婚しても氏を変えたくないという一部の人の氏に対する利益を保護する必要があるからである。氏の変更が実際上いかなる不利益、負担をもたらすかに関しては、多くの報告がなされており、くり返すまでもない。人間性の常として、名前が人格と深く結びついたのであることは否定できず、氏の変更が個人の同一性を失わしめるという指摘は、それを氏名権という法的構成で捉えるかどうかにかかわらず、当然の事実として尊重すべきであらう。

しかし、民法典一二条⁽⁸⁾が氏名権の侵害に対する排除の権利を明文化しているドイツ法の下では、同じ問題はわが国よりはるかに論理的な展開を示している。

歴史における家父長制大家族の発展過程において、女性の氏が父または夫の氏に吸収されることは当然の成り行きであった。このような意味において、ドイツ法の下でも民法典成立以来夫の氏による夫婦同氏の原則が行われてきたが、もちろん例外にあたる結合氏の慣行もあり、またそれに全く抵抗がなかったわけではない。⁽⁹⁾しかし、一九五七年の男女同権法成立をまっけてはじめて、夫の氏に妻が婚姻前の氏を付加して用いることができるという修正が取り込まれたのであり、夫の氏が婚氏（夫婦共同体の氏）という伝統は強固なものであった。婚氏における夫婦の平等が実現したのは、約二〇年後の一九七六年の改正によってであり、わが国の民法七五〇条と同じく、婚氏として夫又は妻のいずれかの氏を選択できることが新たな原則とされた。この際、いずれの氏にするかが決定されない場合には、夫の氏が婚氏となること、自己の氏が婚氏とならなかった配偶者は婚姻前の氏を婚氏に前置することができる旨の条文がつけ加えられた。⁽¹¹⁾いかにも法の固らしい周到な規定のあり方である。

しかるに、現行ドイツ民法典の右の規定に対しては、別氏による婚姻を希望する夫婦からの訴訟を通して、単一の婚氏を強制する制度の違憲性が活発に争われてきた。連邦憲法裁判所は、夫婦・親子の氏を統一させる婚氏の制度が国家による婚姻及び家族の保護をうたった基本法（憲法）六条一項の規定に鑑みて合憲であることをくり返し確認しているが、逆に同条が氏の統一を義務づけるものではないという判断でも一貫していた。⁽¹²⁾これに対し、婚氏を夫の氏と定めていた民法典旧一三五五二項の違憲性は早くから指摘されていたところ、一九七六年の改正を経た現行規定の下でも、婚姻に際して氏の合意がなされない場合には夫の氏が婚氏であると定めた現行の一三五五二項二文が、ついに基本法三条二項の男女平等の原則に反すると判断されるに至った。⁽¹³⁾その結果、氏の合意が成立しない男女が婚姻をする場合には、暫定的に別氏による婚姻を承認するという対応がとられたようである。連邦憲法裁判所は、立法者に対し新法制定を義務づけているが、新制度は必ずしも夫婦別氏である必要はないとされている。⁽¹⁴⁾夫婦の氏をハイフンで結ぶ結合氏を婚氏とする可能性もあり、あるいは極端に言えば第三の氏を選択させる道

もないわけではなからう。しかし、現実的にみて、結合氏の場合にはいずれの氏を先にするか、あるいは子の氏をどうするか等の問題が残るし、氏の伝統を本質的に変える結果になることを考えると、⁽¹⁵⁾少なくとも選択的なたちでの別氏制の採用はもはや既定の方向であろうと推測され、現にそのような改正試案が出ているとの報告がみられる。⁽¹⁶⁾

ドイツ法における右のような展開は、夫の氏の優越が夫婦の氏の平等へと移行し、婚氏による家族の氏の統一という伝統が夫婦別氏制へと解体するという二つのプロセスを含んでいる。とりわけ注目されるのは後者の方であるが、別氏制の契機が夫婦間で氏の合意ができない場合の対応に困難を来したからであるという事情は興味深い。ここには、ルールを貫徹しようとする法の意思と氏の権利を主張する個人の意思との相克があり、その中で法規範に内在する矛盾が自覚され、修正されるという極めてロジカルな問題処理がみられる。また、既に一九五七年に婚氏に妻の出生氏を結合させる改正を取り込んで夫婦の氏の平等に配慮し、一九七六年には婚氏イコール夫の氏という長い伝統を捨て、婚氏の選択制を導入しているドイツ法にとって、別氏制への移行の前提は十分準備されていたことを確認しておくべきであろう。その根底にあるのは、やはり氏名権という発想である。「人間の出生氏は、個性又は同一性の現れである。したがって、個人は、原則として、法秩序により自らの氏が尊重され保護されることを求めることができる。」と説く連邦憲法裁判所の見識に敬意を表すべきではなからうか。⁽¹⁷⁾

フランス法における夫婦の氏の問題は、右とは全く異なるかたちで論じられている。なぜなら、同じくローマ法に遡る家父長制家族の伝統をもちながら、フランス法は、別稿で論じたように大革命を契機として氏名不変の原則 (*principe de l'immuabilité du nom*) を確立し、婚姻によって氏が変更するという規定をおかなかったからである。⁽¹⁸⁾ もちろん実際上は妻が夫の氏を称することが慣習法として疑われていなかったため、一般に行われていたのは夫の氏による夫婦・親子同氏であった。しかし、法律上の夫婦別氏が前提であったため、実生活における夫婦別氏

は、社会状況の変化、とりわけ女性の意識の変化に対応して直ちに実現されえたわけである。抵抗はもちろんあったし、現にあると言われているが、それは少なくとも制度上の障害ではない。

問題は子の氏であり、別氏を認めながら妻の氏を子に伝えることができない点を改正することが近年のフランス法の氏における最大の課題であった。⁽¹⁹⁾ 改革の当否、方法等に関して度々の世論調査もなされたが、結局一九八五年に夫婦財産制における夫婦の平等を徹底させる立法がなされた際に、とりあえずの新法が導入された。すなわち、子は自己の氏にハイフンをもって母の氏を結合した二重氏を称することができるというものである。⁽²⁰⁾ ただし、母の氏は子に伝えることはできないので、ちょうど妻が慣習法上夫の氏を称するのと同じ様に母の氏の使用権 (droit d'usage) をもつにすぎないと解されている。

このような改革が、その主な担い手であった女性の立場からみて満足のゆくものであるはずはない。伝統に立つ側の反対と言わないまでも強力な先送りの主張を乗り越えて、たとえ妥協でもよい、今できることをしておかなければならないという熱意が生んだ暫定的な対応であると立法担当者は説明している。⁽²¹⁾ 恐らくは、父母の氏のいずれをも自由に選択して子に称させようという解決が必至であろう。しかし、そこまでには未だ相当の距離があるのがフランス法の現状である。

右の外国法の状況から何かを学ぶとするならば、それは何よりも氏がこれだけの改革への努力に値する重要性を持つという事実の確認でなければならぬ。フランス法は氏名権の保護に関しては規定をもたないが、学説においては、氏名権の性質論をめぐって論争が重ねられてきた伝統があることもつけ加えておくべきであろう。⁽²²⁾

第二に、ドイツ法、フランス法の目ざすところは結局同一の方向に帰し、夫婦の固有の氏を尊重する故の夫婦別氏及び子に伝える氏の選択における平等であることが確認される。しかも、いずれの国においてもわが国と同様に

家父長制家族の歴史を背負い、家族及び氏における夫の優位・家族の氏の統一が社会に定着している事情に変わりはない。それらを克服しつつ変革がとり込まれてゆく際の原動力となっているのは、結局個人の尊重、法と論理への信頼というような理念的な要素ではなからうか。くり返すならば、法と論理を信じるか否かの問題であろうかと考えられる。

一九七〇年代を中心として、欧米の家族法に変革の波がおしよせたことは周知のところであり、⁽²³⁾ 養子法の改正、有配偶者の離婚に関する判例変更等においてわが国にもその影響は及んでいる。同様に、先進諸国の法の潮流に足並をそろえるという配慮は、それだけでも十分に氏の改革を正当化する理由たり得るかもしれない。しかし、改革を十分意義あらしめるためにはそこに含まれる問題を法理論のレベルで明確にし、当面の課題と結びつける考察が不可欠であろう。

(2) わが国における法改正の意義

夫婦の氏に関する現行民法のあり方は、婚氏制によって家族の氏の統一をはかってきた一九七六年改正後のドイツ法のあり方に極めて近い。もっともわが国の場合、妻の氏を名のる婚姻は「家」制度の下での婿養子ないしは入夫婚姻の名残りにすぎず、民法七五〇条の形式的平等は、必ずしも実質的平等への契機となるものではなかった。ただ、それにもかかわらず、現行規定が男女平等に一応対応しえていることは積極的に肯定できる。

他方、子の氏に関しては民法七九一条があり、夫婦・親子同氏の原則と同氏同戸籍の原則から生じる要請として、親子の氏が異なる場合に当事者の意思に基づく氏の変更を認め、親子ができるだけ同じ氏を称して同一戸籍に入れるように配慮している。共同生活の実体と氏を合わせることが主要な立法の意図であったとみられるが、むしろそれ以上に、氏の選択をなるべく当事者の意思に委ねるといふ考え方が採られている点に同条の本来の意義があ

る。⁽²⁴⁾ 英米法の氏にみられるような氏の変更の自由主義という考え方は、恐らく法律上の氏のあり方においても窮極の原則となるべきものであり、わが国の氏の中に既にこの考え方が部分的にはあるが定着していることは、将来の氏の方向に大きな示唆を与えるものである。

右のように、わが国の氏の制度は、ドイツ法、フランス法などと比べて必ずしも後進的な要素ばかりで成り立っているわけではないが、一般に法を好まないと言われるわが国の国民性や、民法典自体が極めて簡略な規定で成り立っていること等の事情の故に、現状に含まれる問題は必ずしも理論的に明確になされることがなかった。すなわち、一九七六年の改正以降ドイツ法において論じられてきた婚氏制と男女平等あるいは個人の氏名権との相克という問題は、わが国ではそもそも法学的な議論の対象となりえず、夫婦同氏のそれなりの合理性と国民感情の支持を理由に容易に現状肯定が導かれたのである。⁽²⁵⁾

他方、氏名権との関連では先に言及したような独自の問題状況があった。民法典がこれに関する規定を全く持たないだけでなく、戦後の民法ないし家族法が追及してきた「家」制度の否定という課題の中で、「家名」としての歴史を背負った氏の権利はむしろ極力否定されざるをえなかったという事情がある。典型的には、氏の承継者を得る目的でなされる養子縁組、あるいは戸籍法一〇七条の氏の変更が一貫して否定されて来たことに示されている。⁽²⁶⁾ それとともに、判例の論旨において氏は専ら生活上の便宜という実質的な観点からのみ論じられるのが通常であり、氏名権という一般的概念が採用されることはなかった。⁽²⁸⁾ したがって、最高裁昭和六三年二月一六日判決が氏名に對する権利を人格権の内容をなすものと位置づけたことは、画期的な意義をもち、別氏制導入の前哨たりうるとも評價されている。⁽³⁰⁾

このようなわが国の氏の状況は、言うならば日本法の法学的立ち遅れの反映に帰するのであり、それ自体を独自の文化と呼びえないことはないとしても、文化論によって現状維持を説くのであればおよそこの種の改革はありえ

ない。近年における世界の家族法の潮流は、この分野においてこそ法の統一化の現象が最も顕著であると指摘されるように、等しく個人の尊重と男女平等の貫徹を目ざしている。氏の改革を通して、わが国の家族法が氏名権に基礎をおく個人主義の論理をより明確にすることは、今後の日本社会にとって不可欠の基礎づけとなるはずである。

右の点は、一九八五年に批准された国連の女子差別撤廃条約との関係においていっそう具体的な課題となる。民法七五〇条が条約二条(f)、一六条一項(g)に抵触するかどうかに関しては見方が分かれるであろうが、改正がもつ国際社会での体面上の意義を見落しえないからである。

さらに加えるならば、夫婦別氏の導入によって家名の歴史を背負ったわが国の氏の団体性が克服されることは、戦後の課題であった「家」の解体がはじめて遂げられるべき目標に到達したことを意味するであろう。今日の社会において、「家」の束縛という感覚は一般の人々にとってもはや論外のものであるかもしれない。民法学においても、今更甚むした「家」の論理を祖上にする必要はないという見方があっても不思議ではない。しかし、日本社会の根底を支配してきたのが「家」の伝統であることは否定し難い事実である。「家破れて氏あり」とくり返し指摘された過去の議論の延長上にこの度の改革論を位置づけるのでなければ、真に実りある成果を擱むことはできないであろう。

右の点は、わが国の氏が戸籍と密接な関連をもつという問題に当然つながっており、現実にながれ氏が別氏制導入への一つの障害と認識されている状況もみられる。この点については私見の対応を後述するが、氏と戸籍は本来別個のものであり、両者を切り離すことが望ましい方向と確認されている以上、その先は実務的な問題処理の領域にある。したがって、氏の原則の中で基準となる方針が明確にされるならば、戸籍編成の技術はそれに基づいて独自に再編成されうるであろうし、その点を実務家も保証しておられる。くり返したいのは、このようなわが国の氏の特徴が改革を阻む固有の文化論の根拠とされてはならないという点である。

二 法改正の具体的方向

(1) 別氏制のあり方

当面の改革は「家」の解体を意味する故に、家名としての氏を真に個人の呼称とするべく夫婦別氏制の原則が導入されなければならないと論じてきた。問題をロジカルに詰めて来たドイツ法がそうした選択に行き着くことは、必然の成り行きであるかと考えられる。しかし、日本法の場合、解決の手法としてそこに至るまでの準備は必ずしも十分ではない。前述のように、ここでは氏名権の意義に目覚めた少数者、とりわけ女性の立場からの現状批判をどう立法に反映させるかが問われているのであり、ドイツ法の一九七六年改正規定中の民法典一三五条三項、すなわち婚姻によって氏を改めた者に出生氏を前置する権利を認めた規定に相応するレベルの問題処理で足りるという見方も可能である。

それ故、夫婦別氏を立法化するには現状では時機尚早であるとして、通称による別氏の自由を制度化することを提唱された大関論文の見解は十分傾聴に値する。⁽²⁴⁾ 大関説によれば、婚姻によって氏を改めた者の戸籍の身分事項欄に婚姻後も通称名として婚姻前の氏を称し続ける旨を記載する方法が適当であり、それは法改正なしに戸籍法の運用によって可能となると論じられる。通称としての氏に法的根拠を与えるというこの着想は、まさにフランス法が氏の使用権という觀念によって子に母の氏を称させた一九八五年法の解決に等しいものである。したがって、これが立法をまっしてはじめて法的権利となり得た事情を考えるならば、右の提案も実は本来法改正によるべき性質のものであることに変わりはないといえよう。⁽²⁵⁾ もちろん、夫婦同氏の原則や戸籍編成原理を修正するという困難な課題を回避しうる点が巧妙ではあるが、通称としての氏の権利がどこまで法的保護をうけうるかに関して新たな議論が必要とならうし、他方子にその氏を伝える権利の問題が早晩生じて来ることは予想される。結局、暫定的な対応で

問題をさらに複雑にするよりは、氏と戸籍の将来を見通した適切な法改正が望ましいことは明らかである。

選択的夫婦別氏制は、右のような状況を踏まえ、現状にできるだけ抵抗の少ない方法であつてかつ将来の氏のあり方に即応しうる解決策として立法化が期待されている。立法例として既に提案している私案をもとに、東京弁護士会の意見書をはじめとする他の提案例を参照しつつ、改めて具体化を検討し直してみたい。

私案は、現行民法七五〇条に当事者が望むならば別氏も可能であるとす但し書きを追加することを前提として、次のような二項を設けている。

「夫婦がそれぞれ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。」

法的安定性を狙って、婚姻届にあらかじめ子の氏の記載を要するとしたわけであり、子はすべて父又は母のいずれかの氏に統一されることを前提としている。ドイツ法、フランス法ならば、夫婦間でそのための合意が成立しない場合の対策が必要とされるであろうが、日本法の柔軟性に従って協議に委ねることで当面はやむをえないであろう。これに対し、子に伝える氏が夫婦の一方だけのものとなる点には当然反論が予想される。私見は、子の出生の度に氏の決定とそのため協議を要することは実際的ではないと考えており、子に父母の一方の氏を伝える権利に関しては、民法七九一条一項の活用による調整を考えた。現行の条文は修正を要せず⁽³⁸⁾に右のケースに対応できるであろうが、独自の規定を追加することが適当であれば、家庭裁判所の許可をはずして二項に準じることがより適切であるかもしれない。⁽³⁹⁾呼称秩序の安定という観点からは、一項によりつつ変更を許可にからしめることが望ましく、その場合には許可の要件を緩和するという道もある。しかし、婚姻家族の内部での氏の変更であるから、七九一条二項と対比して同規定並に届出のみによる変更とせざるをえないであろう。

かくして、必要に応じて子の一人あるいは一部あるいは全てが父母の一方から他方の氏に変わりうるわけであ

り、その結果一つの別氏の夫婦に父の氏を称する子と母の氏を称する子があるという二氏の家族が想定される。この変更がどの程度活用されるであらうか。

右との関連で、東京弁護士会意見書の提案が、「子が満一五才に達した時は、成年に達するまでの間、家庭裁判所に申述して、出生時に称しなかつた父または母の氏に変更することができ。」という規定を予想していることが注目される。父母の氏を平等に称させようという意図に加え、子の側においても父母の双方の氏を称する権利があるという理解が前提とされているようである。⁽⁴⁾しかし、出生に際して子が取得する氏は、法的要請にもとづいて子に付与されるものであり、それが父母のいずれかの氏であることはむしろ政策的配慮によるのであるから、子に当然に右のような変更権があると考えることは適當ではない。わたくしが民法七九一条一、二項に準ずる解決を考えたのは、父母の側の権利の平等を目ざすためであるが、結果的には意見書の提案をある程度生かすことにもなるはずである。

別氏制の導入が肯定された後は、問題はむしろ子の氏に移り、そこで父母の権利の平等が追及されるあまりに、しばしば新たな第三の氏を子に与えるという提案がなされ、注目される。⁽⁴⁾しかし、言うまでもなく平等の問題が全てではない。父母が別氏であっても、親子同氏が維持されている限り氏による家族関係の公示という機能はある程度果されるし、氏が血統を示すことにより文化の伝承が可能になるという側面も無視しえない。新たな氏の認定に伴う手続の問題、子の命名の煩雑さ等を別としても、現行の氏のあり方がとりもなおさずわれわれにとって一つの文化遺産であるという認識が必要ではないかと考える。

民法七五〇条に別氏を許容する規定を加える場合には、当然のことながら後者を原則に対する例外と位置づけ、大多数の夫婦は社会の慣行に従って同氏を選ぶであらうと予想している。しかし、選択的別氏制である以上、別氏の選択が増加することによって原則と例外が逆になるような将来の状況も想定できる。極言すれば、中国や韓国流

の別氏制に向ったとしても、それが真に当事者の利益にかなう故であるならば、あえて異を唱える理由はないわけである。また、同氏と別氏の夫婦が混在しているような社会を特に否定しなければならぬ理由はなく、わが国の独自の文化として積極的に評価することもできよう。

他方、別氏制がその本来の性質上氏における血統を尊重する結果になることは自明である。そのこと自体に問題はないとしても、「家」の伝統故に、別氏制がかつて否定されてきたものの復活を利するという理由でマイナスに評価されることも考えられる。⁽⁴²⁾しかし、「家」の歴史が一応克服された現在であるからこそ、改めて過去を省みる人間の本性に配慮し、氏のもつ血統性とその意義に注目することが可能となるのである。われわれの意識や社会の中に生き続けている過去の要素を必要以上に抹殺する必要はないであろう。

ただし、立法の仕方によって右のような同氏の混濁状態にある程度の指針を与えることは可能である。その趣旨で、わたくしの旧稿では、民法七五〇条に次のような三項を加えることを提案した。

「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。」

すなわち、婚姻に際して別氏を選択した夫婦が後に同氏になることを認めるわけであり、これにより同氏が原則のみによる変更とすべきであろう。⁽⁴³⁾ただし、この規定を設けるならば、やはり家庭裁判所の許可は不要とし届出のみによる変更とすべきであろう。中途半端なコントロールは不適當である。呼称秩序の観点からは当初の選択をなるべく一貫させるべきであり、この点との調整を裁判所に委ねたわけであるが、氏の決定が確定的であれば実はさらに明快である。東京弁護士会意見書はこの趣旨で婚姻中の氏の変更を認めていない。氏の決定が安易になされないためにも、基本的にはこの対応が尊重されるべきであろう。

同様の議論は、同氏の夫婦が婚姻後に改めて別氏を選択しうるかという角度からもなされなければならない。こ

こには、法改正後における同氏から別氏への変更の問題と、改正前に婚姻をした夫婦に新法の利益を享受せしめるかの問題が含まれる。改正後に關しては、別氏から同氏への変更でさえむしろ消極的に対応すべきであることに鑑み、別氏への変更を禁ずることが適當であるかと考えられる。⁽⁴⁴⁾しかし、改正前に同氏を選ばざるをえなかつた夫婦について法の不遡及を貫徹することは公平を欠き、改革の趣旨にも反するであろう。わたくしはこの問題については、戸籍法一〇七条による氏の変更を認めることで対応しうるのではないかと考える。⁽⁴⁵⁾

もちろん、当事者の意思を尊重して同氏から別氏への変更を許容し、民法七五〇条に第四項を設けることも可能であろう。その場合、従来の議論に従えば、これら三、四項の規定はいずれも婚氏統稱を認める民法七六七条二項と同様に、戸籍法一〇七条の氏の変更のヴァリエーションとしての呼称上の氏の変更を認めるものとなるわけである。しかし、当面の問題との關係では、裁判所のコントロールがどうしても必要であろうから、特別規定もおかず、戸籍法一〇七条そのものの範疇で問題を処理しても大差ない結論が得られ、また、その方が適當かと考えられる。いずれにしても婚姻前の自己の氏に返るのであるから、その限りで「やむをえない事由」の判断が緩和される可能性がある一方、⁽⁴⁶⁾既に定着している婚姻生活の形態を変更するわけであるから、それなりの正当な事由が当然要求されるはずである。どの程度まで変更を許容するかを裁判官の裁量的判断に委ねることが適當ではなからうか。なお、右の考え方を適用するならば、法改正後の同氏夫婦が別氏になる場合をも同一に処理することが可能となるであろう。

このようにみると、選択的別氏制の導入に伴い夫婦の氏の關係においても必然的に当事者の意思にもとづく氏の変更の機会が増加し、その限りでこれを民法七九一条の下での子の氏のあり方に近づけうる事が分る。英米法は、意思にもとづく氏の変更の自由を一般的、原則的に肯定するようである。わが国の場合には、そこまでは行かずに、家族の範疇の中で誰と氏を同じくするかに細かな配慮が求められるところから、その枠内において英米法的

な氏のあり方が肯定される結果になり、またその必要があるとわたくしは理解している。

(2) 戸籍編成の原理

誰と氏を同じくするかが重視される背景には、氏と戸籍を同じくする者が家族であるという伝統的な「家」意識の影響を否定し難い。こうした氏と戸籍との結びつき故に、別氏制の導入にはわが国に固有の難しさが伴う。夫婦・親子間の同氏同戸籍が戸籍編成原理となりえなくなった場合に、それに代わるべき戸籍編成技術が用意されていなければならぬからであり、この点は当面の改正論議において最大の論点となっている⁽⁴⁷⁾。他方、わたくしの旧稿ではこの問題にほとんど立ち入る余裕がなく、ただ我妻博士の提案⁽⁴⁸⁾に従って親権を基準とした戸籍の再編成の可能性を指摘したにとどまっていた⁽⁴⁹⁾。

再考してみると、右の我妻説も、戸籍が氏と密着してきた歴史の重さ、積み上げられた実績の緻密さの前にはやはり理想論にすぎようである。仮に親権による再編成がなされたとしても、そこで説かれているように戸籍の身分事項欄に親権の変動を含ませて公示の対象とする場合には、成年時の分籍という対応が必要ではないかとの疑問が生じる。また、親権にこだわる故に生物学的な親子関係が公示されない場合を生じないであろうか検討の余地があり、さらには親権それ自体が変更の度毎に戸籍の記載を訂正してまで公示されるべき性質のものではないとも考えられる。我妻説は、氏と戸籍を切り離すことによる「家」の克服を最終の課題として目ざされたのであるが、それが遂げられないままに、社会の現実の中で「家」はもはやそこまでして戦われるべき対象ではなくなっているようである。

それ故、近時の別氏制導入論者が戸籍の再編成をとり上げられる場合には、氏と戸籍の結合を当然の前提とした上で、いかにして無理なく、あるいはよりよく別氏をそこにとり込みうるかを中心に議論がなされているのであ

る。⁽⁵⁰⁾これは適切な方法論であり、現行の戸籍のあり方に必要以上に変更を加えたり、改革に過度の期待をよせることは問題をいっそう複雑にするだけであると考えられる。当面の課題は戸籍の改革ではなく、氏の改革であることを確認しなければならない。

別氏制を戸籍にとり込む方法としては、二つの提案が注目される。一つは、現行どおりの同氏同戸籍を別氏の夫婦に限って二氏一戸籍に改めるやり方であり、他は氏を異にする夫婦については戸籍も別にするという分割方式による解決案である。⁽⁵¹⁾いずれも実現可能かつ適切であり、最終的決断は実務上の便宜と制度としての将来を顧慮しつつ両者の長短を比較衡量してなされるべきであろう。私見は後者に組みたいと考えている。

二氏一戸籍を許容して、夫婦・親子同籍を維持する考え方を示された床谷説は、戸籍法六条の「戸籍は、(中略)一の夫婦及びこれと氏を同じくする子ごとこれを編成する。」という原則を生かして、別氏夫婦の場合には父母いずれかの氏を称する子を等しく同一戸籍にとり込みうると指摘された。しかし、そのままでは、従来どおり前婚の子、夫が認知した婚外の子、嫡出否認された妻の婚外の子等が含まれるため、同一戸籍を形成する基準はかなり漠然としたものとなる。⁽⁵²⁾そこで床谷説は、同籍する子の範囲を「夫婦及びその共通の子」に限定することを提案されるのであるが、この場合には、先の我妻説と同様に実体的な身分を中心とした戸籍の再編成が目ざされることになる。⁽⁵⁴⁾

他方大森案は、より端的に現行のままの戸籍のあり方に二氏一戸籍を導入できると主張しておられ、いっそう現実的である。⁽⁵⁵⁾戸籍実務に通曉される立場からそれが実現可能と判断されるのであれば、基本的には大森案でも差支えないであろうとわたくしは考える。⁽⁵⁶⁾その場合大森案は、子に氏を与える者の決定とは別に、夫婦のいずれを戸籍の筆頭者とするかについて細かい配慮をしておられるが(第一に当事者の決定による、決定がない場合は五十音順)、私見によれば、婚姻に際して夫婦のいずれかの氏が子の氏となるべきかを決定する必要がある以上、子に氏を

与える者が筆頭者となれば足りるとしたい。筆頭者という制度は、戸籍への記載の順序を示すだけであって、本来それほどの重要性をもつものではないと考えるからである。⁽⁵⁷⁾

現行の戸籍編成のあり方に種々の問題点が含まれることは確かである。筆頭者、入籍、復籍等の制度や長幼を重んじる子の記載の方法などが「家」制度の発想を踏襲していることはやむをえないところであるほか、認知された夫の婚外子が氏の変更を通して嫡出子と同一戸籍に記載されるという不合理も生じている。しかし、それにもかかわらず戸籍法自体の改革があまり議論の対象となつて来なかつたのは、結局それが身分関係の公示という行政上の目的に奉仕するものにすぎず、実体法上の権利義務に直接つながることがなかつたからであろう。もちろん、実務の蓄積が⁽⁵⁸⁾つくり出した精緻な戸籍の体系を合理的に再編成することはあまりに大きな課題であるという認識もあつたはずである。夫婦別氏制の導入に伴つて、改めて戸籍の改革に関心が寄せられることは自然であるが、両者は必ずしも相伴う必要はないのであり、別氏制導入の本来の目的がどこにあるのかを見失うべきではないと考える。

別氏制の戸籍への対応としては、一氏一戸籍の現行のルールを前提に、別氏の場合には夫婦の戸籍を別にするという方法も可能である。⁽⁵⁹⁾この場合には子は当然氏を同じくする親の戸籍に入ることになる。わたくしとしては、基本的に戸籍は個人籍であるべきところを探索の便宜上家族単位の編成に利があるとみるのであり、身分の証明も個人中心の戸籍抄本を活用することが望ましいと考えるため、どちらかと言えば、前述の二氏一戸籍案よりはこの戸籍分割案の方に将来性があると見たい。前説を支持される立場は、夫婦親子の関係を一覧的に把握できる現行の戸籍が世界に冠たる優れた制度であることを強調される。しかし、少数例の別氏夫婦が別戸籍となつても全体としての機能はそこなわれないであろうし、⁽⁶⁰⁾氏による検索という観点からは一氏一戸籍を維持できる方が好都合である。

戸籍を分割する場合には、夫婦の戸籍について本籍を同じくさせ、甲乙戸籍として必要な場合には一セットのかわりて使用させることが適当であろう。たとえば子が妻の氏を称する夫婦において、夫の戸籍である甲戸籍には夫

の婚姻事項が記入され、「子は妻の氏を称し妻の戸籍に入籍する」との記載が付記される。この場合、子の有無について知る必要がある場合には乙戸籍（妻の戸籍）に依ることと足りるのではなからうか。東京弁護士会意見書の提案は、子の出生の事実を氏を同じくしない親の戸籍の身分事項欄にも記載するべきであるとされるが、過度の配慮は不要である。まして、戸籍の記載事項は簡略化の方向にあると指摘されており、事務の経済という観点からも、プライバシー尊重の趣旨からもこの方向は一般的に肯定されてよいと考えられるからである。

別氏制の導入を契機として戸籍のあり方が改善されることは確かに望ましいであろう。しかし、前述のように「家」制度の抜け殻を活用している戸籍制度の実体が、改めてそれだけを眺めれば種々の批判の対象となることはむしろ当然である。それを社会の現実に残存する「家」意識と重ね合わせて、戸籍に実際以上の影響力を想定することは妥当ではない。⁽⁸²⁾ しばしば主張される個人単位登録（個人籍ないし個籍）への転換も、戸籍が不動産登記や住民票と同様の方向をたどるならばやがて到来するであろうコンピュータ化の時期を契機に、極めて簡単に実現するかもしれないのである。⁽⁸³⁾

しかしながら、戸籍の現状が維持されることを前提とした場合にも、民法上の氏と呼称上の氏を区別する現行の理論の不合理⁽⁸⁴⁾だけはなるべく改善が望ましく、この点に関する私見をとりあえずここにつけ加えたいと考える。

民法上の氏と言われるものは、民法七五〇条、七九〇条により夫婦親子がその身分にもとづいて共通して称する氏を指しており、それ故にたとえ呼称が同じであっても家族ないし家庭を異にするならば氏は異なるとの論理が成り立つ。この限りで民法上の氏の発想は家名としての氏そのものである。したがって、同一の氏を称しても家（家庭）が異なれば当然に氏は異ならなければならないため、自然的な氏の異同を認識する技術として呼称上の氏の概念が必要となった。戸籍法一〇七条によりやむを得ない事由で氏の変更（たとえば腰巻を清水に）がなされる場合には、これは必然的に呼称上の氏の変更と呼ばれなければならないわけである。離婚により配偶者が復氏すれば民

法上の氏が変更されたことになる。その後民法七六七条二項による婚氏統稱の手続がとられた場合には、離婚前の氏への再変更が可能となるのであるが、もはや家庭を同じくしないのであれば、民法上の氏は異なり、呼称上の氏の変更があったと解するよりない。

氏の同一性如何という問題意識を前提とした右の区別は、歴史も浅く極めて多種多様なわが国の氏に一定の秩序を与える意味をもち、そこに「家」の伝統が反映されていることを別とすれば、一見必要不可欠な議論であるように見うけられる。しかし、実質的には氏の変更だけに伴う法的効果は存在しないと言うべき状況がある。⁽⁶⁵⁾ それ故、現実には戸籍の移動が生じるか否かの相違だけが右の区別の存在理由となっており、結局区別自体が極めて観念的かつ技巧的なものである。⁽⁶⁶⁾ 学説が一貫してこの区別を批判してきたのは当然であるが、他方、戸籍実務にとっては欠くべからざる法技術であった。実務の要請を満たしながらこの観念論をいかにして捨てるかが当面の課題である。

わたくしは、まず氏の取得変更にかかわる民法および戸籍法の諸規定を同価値の法源と捉え、それらにもとづいて氏の変更を、①実体法上の身分変動に伴うもの、②当事者の意思によるものの二種に区分したい。後者については原則として裁判所の許可が必要となる。ただし、①②の中間にあたる例もあり、父母に氏の変更があった場合に子がそれに従うケースでは、現行の民法七九一条二項、四項は裁判所の許可の手續を不要とし、戸籍法上の届出だけの変更を認めている。便宜にもとづく問題処理として適切といえよう。

他方、戸籍の編成、変動に関しては、戸籍法六条ないし同法一六条以下がその根拠規定である。この場合、同籍の要件として氏を同じくすることが基本的条件であることは前述のとおりであるが、それと同時に夫婦、親子であるという実体的要件がもう一つの枠をつくっていることに注目しなければならない。したがって、たとえ氏の異同を一律に呼称上の氏のレベルにおける異同に限ったとしても、通常は戸籍の編成に混乱を来すことはない。問題は、この枠内で調整が必要となる場合に生じ、そこでは主として民法七九一条の氏の変動を介して戸籍編成がなされる

右のようなかたちで氏の変更と戸籍の移動の問題を切り離すことにより、民法上の氏と呼称上の氏という区別は不要となる。ここでは戸籍の移動を決定する基準としての氏の変更をなくすことに代えて、氏を同じくする夫婦・親子の間では自由に戸籍を選択して入ることができるという原則を確認した。それは同時に、戸籍編成の方針は検索の便宜以上の意味を持たないことの確認でもあった。細部の詰めにおいては、生活感情に配慮して一方当事者の意思だけで変更させえない例外的ケースへの対応や、恣意的な変更を抑止するための配慮が必要となってもやむをえない。いずれにしても、このような手直しは、多くの時間と労力を費して実体法の側面から戸籍編成原理を再構成するよりははるかに簡便である。戸籍実務家の方々に検討して頂ければ幸いである。

四 結 び

本稿を執筆中であった一九九二年一月三〇日の夕刊は、法制審議会民法部会（身分法小委員会）の中間報告がまとめられ、早ければ一九九四年には夫婦別姓の導入が実現される見通しであると報じている。もっとも民法改正の具体案は未だ明確ではなく、中間報告も現行の夫婦同氏を原則的に維持する案から夫婦別氏を原則とする案まで含めて多様な可能性を併記している。言うまでもなく、可能な限り根底に遡って、将来を見通した氏のあり方が論じられるべきであろう。本稿が今後の議論に資することを期したいと思う。

夫婦別氏制の導入がなぜ必要かについては、多くの論稿でくり返し論じられてきた。さまざまな観点からその意義を指摘することができるが、問題の核心は人格権としての氏名権を法的に確認し、当事者の意思に反した氏の変更を行わないことに尽きる。二人の当事者のうちのいずれかが氏を変更しなければ婚姻をなしえないという点で、現行の民法七五〇条には明らかに強制が含まれているが、この強制は法にとっても社会にとっても絶対に必要なものではない。⁽⁷⁰⁾ また、「家」制度の伝統故に氏が家族団体の名称としかなりえていない現状を克服し、氏を真に個人の

ものとして規定し直すことは、社会の根底を個人主義のレベルで把握し直すことにつながり、戦後の民法改正が目ざした「家」の解体がそれによってはじめて理論的に貫徹されることになるであろう。

右の事情は、社会の多数が承認する夫婦同氏制と抵触するものではない。夫婦同氏にそれなりの利点があることは確かであるし、「家」の伝統は一つの文化として肯定されるべき要素をも含んでいる。伝統と変革とを調和させつつ、時代の要請に即応する法が期待されているのではなからうか。このような観点から本稿で示した選択的別氏制の具体案は、先に旧稿で提示したものの再論となっているが、若干の修正を含めて議論をさらに深めたいと考えた。過大なものを求めず、極力現実的な選択をしている私案の考え方を、よりの確に論じていければ幸いである。⁽¹⁾

本稿でとりわけ新たに追加したかったのは、別氏制の導入と戸籍の修正にかかわる論点への対応である。可能な改革案として既に二案による方向づけがなされているので、これらに対するわたくしの評価を明らかにすることがまず必要であった。また、それとの関連で、現行の戸籍理論への批判の中でも最も重要とみられる民法上の氏と称上の氏の区別に関して若干の検討を加えている。そこで、「家」の論理の残滓である氏の同一性に関する議論をなすために、民法上の氏の変更を純然たる氏だけの變更に限定し、同一の氏を称する親子間の戸籍の移動はすべて当事者の選択（合意）に委ねることを提案する結果になった。戸籍法が編成の単位を「夫婦およびこれと氏を同じくする子」として、実体的要件による枠を設定しているため、その内部では戸籍の選択を自由にしても特に問題はなく、認知された子の戸籍の処理にも対応しやすいと考えている。ただし、この最後のケースに関しては、分籍の可能性を若干広げるといふ配慮が不可欠となる。このように、分籍あるいは夫婦別氏による戸籍の分割というかたわで当面の問題を克服することは、将来における個人籍への移行を念頭において現行の戸籍編成原理を少しばかり解体し、そこに柔軟さをもち込もうとする考え方を基本としている。

全体として私見は、戸籍が本来的に温存している「家」的要素にあまり大きな意味を見出しておらず、単なる登

録の手段にすぎなくなったものの影響力を過大視する考え方には賛成し難いと考えている。もちろん、戸籍がより民主的、合理的に改善されるならばそれに優ることはないであろうが、その労と益との衡量の問題もある。少なくとも別氏制導入の前提として必要以上に戸籍の改革に拘泥することは避けるべきであろう。

別氏制が導入され、氏の同一性をめぐる観念論が廃棄された後のわが国の氏は、それが本来もっている多様性にもかかわらず、その独自の特色の中である程度まで血統を表示するものとしての特徴を顕著にすることになるかと推測される。それは、諸外国の氏にも共通する自然の姿である。また、同時にその限りにおいて、氏が改めて「家」の歴史を再認識させる可能性を否定し難いであろうが、あまり恐れる必要はないはずである。むしろ、過去を前向きに受け止めながら、現実在即した氏名権の保護を再構成してゆくことが重要な課題ではないかと考えられる。

(1) 明治九年の太政官指令は、「婦女人ニ嫁スルモ仍ホ所生ノ氏ヲ用ユ可キ事。但、夫ノ家ヲ相統シタル上ハ夫家ノ氏ヲ称ス可キ事。」とする。江戸時代からの習俗にもとづくようであり、明治三年の民法施行時まで形式的にはこの原則が維持された。山中永之祐「明治期における『氏』」黒木三郎・村武精一・瀬野精一郎編・氏・家の名・族の名・人の名一一八頁以下参照。

(2) わが国の場合、妻が夫の氏を称しうることは、婚家における家族員としての地位の確認を意味した。山中・前掲論文黒木・村武・瀬野編・前掲書二二二頁以下参照。

(3) 日本法は中国の宗族制度とそれに由来する同姓不婚制度を継受していないけれども、中国や韓国の夫婦の氏のあり方に事実上の影響を受けることはあったようである。山中・前掲論文黒木・村武・瀬野編・前掲書二二八頁(法典調査会議事速記録の引用)参照。

(4) 黒木三郎・注釈民法②三二八頁以下、床谷文雄「夫婦の氏」講座現代家族法第一巻八六頁以下、久武綾子「選択的夫婦別氏制採用に関する意見書」を読んで(第1報)——氏の性格論をめぐって——戸籍時報三七五号四七頁以下、広渡清音「『夫婦別姓時代』の解析」時の法令一三二九号四八頁等参照。

- (5) 大森政輔「氏名権論」講座現代家族法第一巻三一頁以下が氏名権の到達点を確認しておられる。その中味には今後論じられるべき課題が多い。
- (6) 久武綾子「氏」に関する意識調査—黒木・村武・瀬野編・前掲書—六二頁以下、同「選択的夫婦別氏制採用に関する意見書」を読んで(第2報)——夫婦別氏制に関する諸問題——「戸籍時報三七七号五〇頁註(3)」等参照。
- (7) フランスでのアンケートに関して同様の指摘がみられる。M.-F. Valetas, *Avenir du nom de la femme et transformation des structures familiales*, Population, 1992, n°1, p. 131.
- (8) 条文は以下のようなものである。「氏名使用の権利者は、他人がその権利を争うとき、又は他人が同一の氏名を権利なくして使用したことによりその権利を害されたときは、これに對し侵害の除去を請求することができる。引き続き侵害のおそれがあるときは、その停止の訴を提起することができる。」
- (9) 滝沢幸代「夫婦別氏の理論的根拠——ドイツ法から学ぶ——」判例タイムズ七五〇号六頁以下参照。
- (10) 唄孝一「ドイツにおける夫婦の氏」都立大学創立三〇周年記念論集一六三頁以下、富田哲「西ドイツにおける氏(Familiennamen)の規制(1)」名大法政論集一〇六号三三六頁以下参照。
- (11) 滝沢・前掲論文判例タイムズ七五〇号七頁、富田・前掲論文名大法政論集一〇六号三四七頁以下、同「夫婦同氏の合憲性(1)」福島大学行政社会論集二巻四号一六九頁以下等参照。
- (12) 滝沢・前掲論文判例タイムズ七五〇号九頁参照。
- (13) 斉藤哲「夫婦別氏制の憲法上の根拠——ドイツ連邦憲法裁判所決定(BVerfG, I Senat, Beschluss V. 5. 3. 1991-IBvL 83/86u. 24/88, FamRZ 91, 535f.)から」判例タイムズ七五八号一〇六頁以下、小川秀樹「ドイツ連邦憲法裁判所における夫婦の氏に関する違憲決定について」戸籍時報五八一号一頁以下参照。
- (14) 小川・前掲論文戸籍時報五八一号一二頁参照。
- (15) この点との関連では、フランスの氏に関して結合氏による問題の解決を批判し、氏の美学に反すると論じたゴベールの見解が想起される。M. Gobert, *Le nom ou la redécouverte d'un masque*, J.C.P., 1980, docfr., 2966, n°1.
- (16) 床谷文雄「ドイツにおける夫婦の氏の新展開——SPD九一年改正草案——」民商一〇五巻三号四一三頁以下参照。
- (17) 小川・前掲論文戸籍時報五八一号一三頁参照。
- (18) 滝沢幸代「フランスの判例からみた夫婦の氏——夫婦別氏制の展望——」成城法学三四号六六頁、七四頁参照。

- (19) 滝沢幸代「最近のフランスにおける氏の諸問題」日仏法学一四号二六頁以下参照。
- (20) 滝沢・前掲論文日仏法学一四号三六頁以下参照。なお、フランスの女性の学者、実務家によって、この改正法を包括的に検討するシンポジウムが持たれており、その成果が以下の書物にまとめられ出版されている。Colloque du LERADP de l' Université de Lille, La nouvelle loi sur le nom, 1986, L. G. D. J.
- (21) D. Cacheux, La genèse de législation sur le nom d' usage, Colloque, précité, p. 16.
- (22) 滝沢・前掲論文成城法学三四号六五頁以下、稲本洋之助「フランス法における『氏』」黒木Ⅱ村武Ⅱ瀬野編・前掲書二二四頁以下参照。
- (23) この点に関しては、滝沢幸代「現代フランス家族法」講座現代家族法第一巻二二三頁以下に論じた。
- (24) この点は立法者の明確な意図であったとされる。沼辺愛一・注釈民法④の一三九四頁参照。
- (25) 三木妙子「イギリス法における氏——その意思性と可変性——」黒木Ⅱ村武Ⅱ瀬野編・前掲書二〇八頁以下参照。
- (26) 夫婦同氏を強制する民法七五〇条の規定が憲法一三条、二四条一項に反すると争われた岐阜家審平成元年六月二三日家裁月報四一卷九号一一六頁参照。これに対し最新の学説においては、山田卓生「結婚による改姓強制」法律時報六一巻五号八四頁以下、広渡・前掲論文時の法令一三二九号四二頁以下にみられるような理論的な詰めがなされた。いずれも民法七五〇条のような形式的平等は平等の名に値しないと論じておられる。
- (27) 後者については最近でも申立てが少なからずみられるようである。加藤一郎教授が、「今はもう、家の觀念それ自体がかなり希薄化していることでもあり、それを認めたから弊害があるということでもないような気がするのだから、やりたい人は、具体的に困ることがなければ認めてやったらいいじゃないか、と思うんですけどね。」と述べておられるのが注目される(家族法実務研究会・座談会「氏をめぐる問題——氏の変更、子の氏の変更(戸籍一〇七条、民法七九一条)——」判例タイムズ七八四号一三頁参照)。
- (28) とりあえずは、家族法実務研究会の座談会の中にわが国の実務のあり方を窺うことができる(家族法実務研究会・前掲座談会判例タイムズ七八四号六頁以下参照)。離婚調停に「夫の氏を名のらない」という合意を入れることができるかが論じられており、「氏というものは単なる呼称に過ぎないと割り切ったはずですが、現実にはやはり家の觀念に固執する人が一方にはいるわけです。」という実務家の発言がみられる(八頁参照)。氏Ⅱ家名の意識が議論をされる側にもあり、混迷を生んでいる事情が看取される。個人にとっても氏が人格にかかわる重要な利益を含むからこそ夫婦別氏が

必要となるのである。このことは必然的に、他人による氏の不当な使用によって人格権が害される場合があることを前提とするであろう。この意味で、当面の調停条項を有効とする方向に問題提起をしておられる石川稔教授の議論が注目される。これに対し、一般には「どういふ氏を使うかはその人の固有の権利である」という見方が支持されているようであり、「そこに、市民的な氏名権というものが育ってきている」と唄孝一教授は指摘される。氏は単なる個人の呼称であるという考え方の行き着くところに、こうした「軽い氏」の観念が生まれることは自然であり、その方向は明らかに英米法的な氏の自由性に結びついている。しかし、その場合には、判例・学説が戸籍法一〇七条の氏の変更に依然嚴格であることと必ずしも一貫しないのではなからうか。

- (29) 民集四二巻二七頁。韓国人の氏名が母国語音で正確に呼ばれるべきであると主張されたケース。不法行為の成立は認められなかったが、傍論で氏名権が確認された。斎藤博「氏名を正確に呼称される利益」ジュリスト昭和六三年度重要判例解説七四頁以下、同・判例評論判例時報一一三六号一八六頁参照。

- (30) 東京弁護士会「選択的夫婦別氏制採用に関する意見書」戸籍時報三七二号四七頁以下、山田・前掲論文法律時報六一巻五号八五頁参照。

- (31) Ph. Malaurie et L. Aynès, Cours de droit civil, La famille, 1987, p. 14.

- (32) 別氏制の導入によって現行の戸籍制度の長所が損われるという危惧がある一方、別氏制論者の側からは夫婦の戸籍の分割をはじめとして戸籍制度の改革に過大な期待が寄せられるため、争点がいつそう深刻になるからである。大関嘉造「民法七五〇条改正論と戸籍実務(一)——民法改正は慎重に、夫婦別氏は戸籍法の運用で——」戸籍時報三七九号三一頁以下、加藤一郎他・座談会「夫婦別氏の検討課題」ジュリスト九三六号一一頁以下、榎原富士子「夫婦別姓と戸籍」ジュリスト一〇〇四号六六頁以下等参照。

- (33) 既に具体案が詳論されている。大森政輔「夫婦別姓選択制について(4)」戸籍時報四〇六号一八頁以下、同「夫婦別姓選択制私案」判例タイムズ七七二号六五頁以下参照。

- (34) 大関・前掲論文(別)戸籍時報四一六号四四頁以下参照。なお、同様の考え方は、沢田省三・夫婦別氏論と戸籍問題一七二頁以下にもみられるが、婚姻前の氏は単なる通称ではなく婚氏統稱による氏と同性質のものであると説かれ、法制審議会の最近の中間報告と同様の見解をとられるようである。理論的に疑問が多くなり、提案としては大関説の方がより単純明快である。

- (35) 法制審議会の中間報告の案は、民法七六七条二項に準ずるような規定を設けて通姓使用を法制化する趣旨とみうけられる。民法上の氏と呼称上の氏の煩雑さが批判されているところに、あえて同じ問題を加えるべきではなからう。端的に夫婦別氏を認めることとほとんど変らない結果となるであらうし、それにより子に伝える氏の問題を回避しうるわけでもない。
- (36) 註(30)、(32)、(33)等に挙げた諸文献参照。
- (37) 旧稿(成城法学三四号一三六頁参照)では、民法七五〇条に但し書きの修正を加えていないがやはり必要であらう。研究会での報告に際しても指摘があった。
- (38) 法的安定性への配慮であり、加えて現行の夫婦同氏に対する例外としての別氏という前提から、原則との調和が必要と考えるためである。一般的にみて協議が最もなされ易いのは婚姻成立時であり、子の出生時には協議が不能ないし困難となるケースが増えるであらうから、後者の場合には救済規定がどうしても必要となるであらう。家庭裁判所の介入を期すべき問題ではないようであり、くじ引きによる決定を持ち込むまでもないと考える。
- (39) その場合には、民法七九一条三項の位置に次のような規定を加えることにならう。「父母が婚姻中氏を同じくしない場合には、子は前項と同じ届け出をすることによって、父母の一方の氏から他方の氏に変更することができる。ただし、変更は一回でなければならぬ。」但し書きはやはり必要であらう。二回目以後は民法七九一条一項の規定によるとし、現行の三項、四項の適用ももちろん前提となる。
- (40) 前掲意見書戸籍時報三七二号四一頁参照。沢田・前掲書一三六頁以下もこれを支持される。
- (41) 研究会でもこの点が議論を呼んだ。
- (42) 久武・前掲論文戸籍時報三七七号四八頁参照。他方、子供の数が少なくなつて家を継ぐ者がなくなるために別氏制が望まれるという事情も指摘されており(加藤他・前掲座談会ジュリスト九三六号九四頁参照)、こうした要望への理解もみられる(星野澄子、鳥居淳子発言参照)。
- (43) 滝沢・前掲論文成城法学三四号一三七頁参照。なお、大森説もかなり積極的に同様の主張をされる。大森・前掲論文(4)戸籍時報四〇六号三三頁参照。
- (44) 大森説も同旨。前註参照。
- (45) 滝沢・前掲論文成城法学三四号一三七頁参照。ただし、後述のようにこの変更を呼称上の氏の変更として特殊化する

ことには反対である。

- (46) 婚氏を統稱した後に婚姻前の自己の氏に戻る場合の「やむをえない事由」の緩和を肯定する判例は既にみられる。大森・前掲論文講座現代家族法第一卷四〇頁注(26)参照。

- (47) 別氏夫婦を一つの戸籍にとり込むか、あるいは戸籍を分割するかは、別氏制の導入が肯定された後でも、重要な争点となるように思われる。別氏制そのものにとっては付随的な問題であるが、戸籍の伝統に対する感情的な抵抗を無視しえないからである。のみならず、戸籍制度の将来に視点をおいて、いずれの方法に利があるかを大局的に検討する必要があると考えられる。

- (48) 我妻栄・親族法(法律学全集)四二六頁以下参照。「立法論としては、第一に、同一戸籍に記載されるのは氏の同一の者に限る、という大原則を吟味することである。(中略)第二に、親子同籍の原則を適用する場合にも、氏の異同によらずに、親権の所在による方——そして、親の離婚・離縁などの場合には、親権の所在に追隨して子の籍も移してゆくところまで現行法に一步進めること——が戸籍のもつ公示の目的に適うのではあるまいか(必ずしも現実的な共同体だからというのではない。親権に服する関係を公示するためである)」と論じておられる。

- (49) 滝沢・前掲論文成城法学三四号一四三頁参照。

- (50) 註(36)に例示した文献に加えて、床谷文雄「夫婦別氏制と戸籍制度の再検討(一)、(二)・完」民商一〇一卷二号一五九頁以下、一〇一卷三号三三五頁以下、同「民法上の氏と戸籍制度——夫婦別氏制のもたらすもの——」阪大法学三九卷三・四号八二頁以下、同「氏と戸籍——夫婦・親子における——」谷口知平先生追悼論文集一七頁以下が本格的にこの問題に取り組んでおられる。

- (51) 他にも、星野澄子・夫婦別氏時代九六頁以下のような独自の案がみられる。基礎戸籍をもとに別氏夫婦の戸籍の二重化を提案される星野案は煩雑ではなからうか。また、戸籍を個人籍に解体すべきであるという主張もあるが(榊原・前掲論文ジュリスト一〇〇四号六八頁以下、水野紀子「戸籍制度」ジュリスト一〇〇〇号一七一頁参照、戸籍実務の立場からの反対が強い(大関・前掲論文(4)戸籍時報四一六号四九頁以下、大森・前掲論文(4)戸籍時報四〇六号二二三頁以下、田代有嗣「戸籍制度のあり方」講座現代家族法第一卷五七頁以下参照)。

- (52) 前註(50)の引用文献参照。

- (53) 別氏夫婦のそれぞれの連れ子などが同一戸籍にとり込まれることになる。水野・前掲論文ジュリスト一〇〇〇号一七

○頁がこの点を批判される。

(54) したがって、床谷案は戸籍のかなり抜本的な改革になる。多くの示唆が含まれ、根底にはドイツ法の家族簿が参照されているようである。床谷・前掲論文民商一〇一卷三号三六一頁参照。

(55) 各種の記載案が示されている。戸籍への記入が夫婦・子ともに全て氏名によってなされなければならないため、記載面は若干煩雑で見にくくなり、同氏戸籍とのバランスを欠くことにもなる。離婚の場合の対応は分割戸籍の方が簡明のようである。

(56) これに対し、別氏を望む人々には別氏同籍への抵抗が大きいという指摘(加藤他・前掲座談会ジュリスト九三六号一―二頁星野澄子発言参照)もある。戸籍に必要以上の感情論を持ち込むべきではなく、立法案の選択はあくまでも理論的明快さと実務上の便宜を中心に比較衡量してなされるべきであろう。

(57) 榎原・前掲論文ジュリスト二〇〇四号六八頁には筆頭者の優位性が批判的に指摘されている。しかし、主要な問題点は筆頭者の効果というよりは、婚姻中自己の氏を称したことの利益であるから、別氏制を認めることにより克服される。氏と戸籍の現行体制を原則的に維持する以上、全体への調和という配慮も必要になるため、二氏一戸籍の場合には、戸籍法一四条一号に「それぞれが婚姻の際に称する氏を継続するときは子に氏を与える者」という追加をすることが適当であろう。単純に事柄の性質からみれば、筆頭者の決定は五十音順によることが妥当であり、大森案にみられるように当事者の協議を並用する配慮は必要ないと考える(大森・前掲論文判例タイムズ七七二号六七頁参照)。

(58) 改革は個人籍を志向することになりがちである点も現実的な改良を阻害するのではなからうか。

(59) 前掲意見書戸籍時報三七二号四一頁参照。

(60) もっとも、わたくしは別氏の夫婦が一部の例外である状況を想定しているが(この点は統計上も推測されている。大森・前掲論文③戸籍時報四〇五号一―三頁によれば、選択的別氏制が立法された場合に別氏による婚姻を選ぶとする者は七・六パーセントである)、仮に別氏が徐々に増加して半数あるいはそれ以上という逆転状態になれば、戸籍が親子同氏を中心とする編成に変質することは確かである。しかし、戸籍をあえて解体する趣旨ではなく、むしろ社会の帰するを見極めて対応しうるところに利点があると考ええる。

(61) 水野・前掲論文ジュリスト二〇〇〇号一六五頁参照。

(62) 逆の見方もあり、水野・前掲論文ジュリスト二〇〇〇号一七一頁は、「戸籍のもたらす精神的な効果はあまりにも大

きな負の遺産として、わが国の家族のありかたにもはや無視できない悪影響をもたらしている。」と論じられる。家族のあり方に影響を与えているのは一般には戸籍それ自体であるよりも、戸籍と密着していた「家」の伝統であり、「家」的行動様式に規制された社会のあり方そのものではなからうか。

- (63) コンピューター化による得失はもちろんあろうし、その当否を論じる余地があるとしても、時代の要請であれば応じるよりない。

- (64) この点は早くから批判されてきた(中川善之助・親族法下六一八頁以下、我妻栄「家と氏と戸籍」身分法と戸籍二一七頁以下、同・前掲書四二六頁等参照。最近では、床谷・前掲論文版大法学三九卷三・四号八二六頁以下の問題分析が注目される。氏の二重構造をなくすという論者の方向は私見の立場と一致する。

- (65) 例外的に、民法七六九条、七五一条、恩給法七六条二号、戦傷病者戦没者遺族等援護法三一条一項七号との関係が指摘されているが、わずかな旧法感覚の名残りである。

- (66) 戸籍法一八条二項によれば、父の氏を称する子は父の戸籍に、母の氏を称する子は母の戸籍に入ることになるため、父母の氏が同じで区別がつかないのは困るのであり、同一の呼称の氏の間でも觀念的な区別が必要となる。そのために子の氏の変更を認める民法七九一条は戸籍の移動を決定する規定として認識されまた活用されているような状況がみられる。また逆に、氏の変更が生じるにもかかわらず入籍届で処理されている場合もあるわけである。氏と戸籍を切り離すということは、何よりもこうした状況をなくすことでなければならぬと考える。

- (67) より正確に言えば、戸籍が同一になることの利益(家族としての一体感)があるという前提は現実問題として否定し難いであろうから、入籍者の意思だけではなく、迎える側の同意も必要であるとせざるをえず、合意による決定ということになる。

- (68) 婚外子が母の氏から父の氏に変更すると必然的に父の戸籍に入らざるをえないため、婚姻家族の感情を尊重して氏の変更申立てを却下する裁判例(大坂高決昭和四六年九月三日家裁月報二四卷九号一六一頁等)がある一方、子の福祉を中心に判断して変更を認める例もあり(福岡高決昭和四三年二月二日家裁月報二一巻四号一三七頁等)、判断は対立している。谷口知平・戸籍法(法律学全集)二二八頁以下参照。

- (69) 谷口・前掲書二二七頁にも同様の提案がみられる。戸籍上の同意権者の制度を設け、入籍についてこれらの同意が得られなければ氏だけ変更して子については新戸籍を編成するとされ、本稿と同じ結論である。床谷教授も年令にかかわ

らず分籍を認めることを提案される(床谷・前掲論文谷口知平先生追悼論文集三〇頁参照)。

(70) 別氏制に反対する立場からは、家族(夫婦)や氏に対する観念が問い直される必要があるという受け止め方もされているが、氏において夫婦が自立する家族を許容するだけのことであり、既存の家族観に捉われすぎるべきではない。

(71) 養子の氏には言及しなかったが、昭和六二年の法改正によって配偶者がある者についても単独縁組が認められた結果、夫婦別氏に対応し易くなったこと、さらには別氏制の必要が大きくなったことについて別稿で指摘した(滝沢津代「改正養子法の展望」成城法学二七号一五八頁参照)。非嫡出子に関しては、別氏夫婦の戸籍が分割されるとその戸籍の特殊性が目立たなくなるのは利点ではなからうか。

追記

本稿は一九九二年一月に行われたスタッフの研究会での報告に加筆したものである。

(たきさわ・いつよ||本学教授)