

■ 論 文

夫婦同氏の原則と憲法

山中 永之佑

目 次

- は し が き
- 一 現行民法における氏の意味―氏と「家」との関連―
- 二 夫婦同氏の原則と憲法
- むすびにかえて

† 原稿受理日 一九九七年五月一九日

は し が き

民法第四編 親族の第二章 婚姻の第二節 婚姻の効力の冒頭に規定されている第七五〇条は「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。」としている。条文の形としては「婚姻の効力」ではあるが、婚姻に際して夫となる人あるいは妻となる人のいずれか一方が自己の氏を変えなければ、法律上有効な婚姻ができないため、事実上は婚姻の成立要件となっている。その意味で民法は、夫婦同氏の原則を強制しているのである。

しかし、近年、社会的に活動する人たちが男性だけでなく、女性も増え、社会や家庭における男女の役割も変化してきた。そのため男性とともに、女性も対外的に個人の呼称が必要となり、氏の有する個人の同一性を示す呼称としての機能が重視されるようになってきた。その結果、婚姻によって氏を変えることは、その当人だけではなく、第三者に対しても不便や損害を与えることになりかねないため、夫婦別氏（別姓）を求める運動が、とくに婚姻によって氏を変えることを強いられる場合の多い女性や自覚のある男性によってすすめられてきた。⁽¹⁾

もちろん、夫婦同氏を強制した現行民法に対する疑義は、戦後の民法改正案の起草委員の一人であった中川善之助氏⁽²⁾が持っておられたが、当時としては、夫婦同氏に対する是否の議論は、ほとんど出てこなかった。⁽³⁾しかし、一九五四年（昭和二九）七月に設けられた法制審議会（法務大臣の諮問機関）民法部会身分法小委員会において、民法改正の必要性の有無について検討され、翌年七月「仮決定及び留保事項（その二）」がまとめられた際には、留保事項として民法第七五〇条に関して「夫婦異性を認むべきか否か等の問題につき、なお検討の必

要がある」とされている。⁽⁴⁾

また同年四月の雑誌『世界』では、中川善之助氏が、法制審議会民法部会の審議に論及し、「妻の改姓」について「妻の独立―孤立ではない―を認め、妻にも個人の尊厳を護らねばならない民主主義の立場からすれば、誰しもがもっと慎重に考えていい問題である」⁽⁵⁾と述べている。

続いて、一九六〇年代に入ると夫婦別氏論に理解を示したり、立法論として夫婦別氏を論じる学説も出てきた。⁽⁶⁾

他方、一九八五年（昭和六〇）、日本政府が女性差別撤廃条約を批准したことによって、政府としても夫婦同氏の原則について、本質的にはきわめて不平等なものであることを認めざるをえない状況となってきた。婦人問題企画推進本部（男女平等を推進する政府機関）も「西暦二〇〇〇年に向けての新国内行動計画——男女共同参画型社会の形成を目指す」の基本的施策（一九八七―二〇〇〇年度）において「社会状況の変化に対応して婚姻および親子に関する法制の見直しについて検討する」と述べるに至っている。⁽⁸⁾

また民間においても一九八九年（平成元）一月一八日、東京弁護士会、女性の権利に関する委員会は「選択的夫婦別氏制採用に関する意見書」を作成、同会の意見として法務省をはじめ自民党政務調査会、総理府婦人担当室、各政党などに対し、その採用を申し入れた。ついで一九九〇年（平成二）十一月一四日、名古屋弁護士会でも「選択的夫婦別氏制採用に関する意見書」を、一九九二年（平成四）三月一七日には大阪弁護士会も「夫婦別氏制採用に関する意見書」を提出した。さらに東京都の江東区、新宿区、埼玉県大宮市でも、それぞれ議会が「選択的夫婦別氏制度法制化の早期実現をのぞむ意見書」等を採択し、政府に提出している。⁽⁹⁾

こうした動向の中で、法制審議会の民法部会身分法小委員会は、一九九一年（平成三）一月から結婚・離婚に関する法改正の一環として夫婦別姓（別氏）の検討をはじめ、夫婦別姓などのあり方についての審議の結果、

明らかになった問題点を整理した「婚姻及び離婚制度の見直し審議に関する中間報告（論点整理）」を、翌一九九二年（平成四）二月一日、法務省民事局参事官室より公表した。この「中間報告」は、男女平等を確保し、女性の社会的活動に不利益を生じさせないなどの理由から夫婦別姓を認める意見が出ていることを指摘し、そのうえで現行の夫婦同氏制度を維持すべきものとする意見と、夫婦が別氏を称することができるようにすべきである、とする意見の両論を併記し、別氏を称する場合の具体案や検討課題を列挙している。^⑩

法務省では、審議の参考にするため、一九九三年（平成五）六月までに全国の一〇八裁判所のほか、日本弁護士連合会、法務関係者、戸籍事務関係者、大学、研究者、労働者・消費者団体など一四二団体および個人の意見を求めた。その結果によると、夫婦別姓（別氏）問題では「夫婦の一方が姓を変更しなくてはならないのは不当」とする意見が、裁判所で六四で約六割、回答のあった一般意見の二二九のうち九〇、約七割を占めた。これに対し「現行制度維持」の意見は、裁判所一五と団体・個人二九にとどまった、とされている。^⑪

法制審議会身分法小委員会は、これらの意見を参考に審議を重ね、一九九四年（平成六）七月一三日「婚姻制度等に関する民法改正要綱試案」を発表した。これは、家族法のうち（一）夫婦別姓（別氏）、（二）五年以上の別居を離婚原因に加える、（三）婚外子の相続分差別を廃止するの三項目が中心となっている。もしこれが施行されるならば戦後で最も大きな家族法の改正になる、といわれている。またこの「試案」には夫婦別氏を認め、それを夫婦同氏に匹敵する選択肢とする方向が明示されている。「試案」は、先の中間報告が現行の夫婦同氏制度を維持する案と夫婦別氏を認める案を単に併記するにとどまっていたのに比べれば、「夫婦別姓選択制をのぞむ世論の変化を背景にした大きな前進といえよう。」と評されている。^⑫

「試案」は夫婦別氏制度の導入方法として、次のA・B・C三案を挙げている。

A案Ⅱ夫婦同氏が原則で、旧氏（別氏）を称することもできる。別氏夫婦の場合、子の氏は、婚姻の際に夫

婦のいずれかの氏に定めておかなければならない。

B 案Ⅱ夫婦別氏が原則で、合意をすれば同氏を称することもできる。別氏夫婦の子の氏は、出生時に夫婦が協議して決める。

C 案Ⅱ夫婦は同氏が原則であるが、相手方の同意をえて、婚姻届出と同時に戸籍法の定めるところにより届け出ることによって旧氏を自己の呼称とすることができる。子の氏は、夫婦の氏となる。⁽¹⁴⁾

ついで一九九五年（平成七）九月三日、法務省民事局参事官室は「婚姻制度等の見直し審議に関する中間報告」⁽¹⁵⁾を発表した。この中間報告は、夫婦の氏について婚姻の際に夫婦同氏、夫婦別氏を自由に選択できる方式いわゆる「選択的夫婦別姓制度」を採用した。先の「要綱試案の A 案や C 案よりも一歩前進といえる」⁽¹⁶⁾と評されている。別氏を選択した夫婦の子の氏については、婚姻届の際に夫または妻の氏のいずれかの氏と決めておく方式を採用した上で、父母の婚姻中に特別な事情がある時に限り、家庭裁判所の許可を得て、自分の氏と異なる父または母の氏を称することができるとしている。⁽¹⁷⁾

翌一九九六年（平成八）一月一六日、法制審議会民法部会は「民法の一部を改正する法律要綱案」をまとめ、二月に答申したが、自民党内から反対が出たため、法務省は、国会提出を見送った。

右の「民法の一部を改正する法律要綱案」の中で、夫婦の氏については、「第三」に規定されている。次に掲げる。

第三 夫婦の氏

一 夫婦は、婚姻の際に定めるところに従い、夫若しくは妻の氏を称し、又は各自の婚姻前の氏を称するものとする。

二 夫婦が各自の婚姻前の氏を称する旨の定めをするときは、夫婦は、婚姻の際に、夫又は妻の氏を子が称する氏として定めなければならないものとする。⁽¹⁸⁾

この案は、右に述べたように自民党内から反対が出たためにまとまらず国会提出は見送られた。ところが、民主党が、右の法務省案をベースに夫婦別姓案をまとめ、自民党に政策協議を求めてきた。このため自民党では、山崎拓政調会長と法務部会家族法小委員会の責任者である野中広務幹事長代理が協議し、自民党の「手持ちの案がなければ議論にならない」(関係者)という理由から、急いで自民党案がまとめられることになった。⁽¹⁹⁾

こうして、自民党法務部会家族法改正小委員会は、一九九七年(平成九)三月四日、夫婦別姓問題について、戸籍上は夫婦同氏の原則を維持するが、結婚時に結婚前の氏を「呼称」として使用することを届け出れば、旅券や運転免許証などの公的な文書を含めて結婚後も旧氏を使うことを認める、という内容の案をまとめた。この案では、子は両親の戸籍上の氏を称することになる。自民党案では、戸籍上の氏は同じで氏名の欄には氏(姓)は書かない。出生や結婚などを書き込む欄と氏名の欄の二か所に旧氏を使うことを記す。役所の事務手続上、氏名の欄に「旧氏(旧姓)使用」が書かれていた方がわかりやすいという理由によるものである。⁽²⁰⁾

一方、社民党は、自民党案に賛成せず、同じく三月四日に、選択的夫婦別姓制度の導入をめざす方針を確認した。さきがけも総務会で自民党案には賛成できないとの意見が大勢を占めたと報じられている。他方、新進党の人権部会は、三月七日、今国会に選択的別姓導入の民法改正案を議員立法として提出する方針を確認したと報じられている。また共産党は一〇年前に既に夫婦別姓導入の見解をまとめている。⁽²¹⁾ 民主党は、三月一二日、選択的夫婦別姓制度を盛り込んだ民法改正案を議員立法として衆議院に提出したと報じられている。⁽²²⁾

結局、夫婦別氏をめぐることは、自民党が戸籍上は夫婦同氏とし、旧氏も称することの出来る「旧氏統稱制度」

を考えているのに対し、与党の社民党、さきがけと野党の新進、共産がいわゆる「選択的夫婦別姓」に賛成し、自民党対非自民の構図となっている、といえよう。⁽²³⁾

以上述べてきたところからも明らかのように夫婦の氏をめぐる問題は、単に学問的な問題にとどまらず、現在の重要な政策課題として社会的な注目をあびるに至っている。⁽²⁴⁾

本稿は、この夫婦の氏、とくに現行民法の夫婦同氏の原則を憲法とくに一三条、一四条一項、二四条との関連を中心に考察することを目的とするものである。

まず考察の前提として現行民法において氏の持つ意味を検討しておきたい。

(1) 帝塚山大学教授井戸田博史氏の調査によれば、一九九二年(平成四)九月現在で、次のような運動団体があるとのことである。

「夫婦別姓を考える会」(札幌)、「別姓を考える会」(宮城)、「夫婦若姓選択制をすすめる会」(東京)、「夫婦別氏の法制化を実現する会」(同)、「都立高校教職員組合・夫婦別姓を考える会」(同)、「夫婦別姓をすすめる会」(同)、「いたばし夫婦別姓の法制化を考える会」(同)、「氏名を大切にする研究者の連絡会」(つくば)、「夫婦別氏の法制化を実現する会・ちば」(千葉)、「通称使用裁判を支援する会」(埼玉)、「夫婦別姓選択制の実現をめざす―あいち別姓の会」(名古屋)、「夫婦別姓選択制の実現をめざす別姓の会」(岐阜)、「結婚改姓を考える会」(大阪)、「民法と戸籍を考える女たちの連絡会」(神戸)、「結婚改姓を考える会」(芦屋)、「鳥取夫婦別姓と女性の地位向上を考える会」(鳥取)、等である。なお、法改正にむけて「夫婦別氏の選択を可能にする民法等の改正に関する請願」をする運動もなされている(「夫婦別姓選択制をすすめる会」等(井戸田博史『家族と法の歴史』世界思想社、一九九三年、一二二頁)。

(2) 中川善之助『新憲法と家族制度』(新憲法体系(7)、国立書院、一九四八年)九二頁〜九四頁他。井戸田・前掲注(1)『家族と法の歴史』一〇二頁、一二三頁参照。

- (3) 中川善之助『我妻栄他』戦後における民法改正の経過(日本評論社、一九五六年) 一三一～一三三頁他。井戸田・前掲注(1)『家と法の歴史』一〇二頁、一二三頁参照。
- (4) 井戸田・同上、一〇二頁～一〇三頁参照。
- (5) 『世界』(岩波書店、一九五五年) 一五四頁、井戸田・前掲注(1)『家族と法の歴史』一〇三頁。
- (6) 我妻栄『親族法』法律学全集23(有斐閣、一九六一年) 七八頁参照。井戸田・前掲注(1)『家族と法の歴史』一〇四頁参照。
- (7) 青山道夫『家族法論』(法律文化社、一九六〇年) 九一頁参照。井戸田・前掲注(1)『家族と法の歴史』一〇四頁参照。
- (8) 高橋菊江『折井美耶子』二宮周平『夫婦別姓への招待 いま民法改正を目前に』(新版)(有斐閣、一九九五年) 一六頁～一七頁(高橋執筆)。
- (9)(10) 『婚姻制度等に関する民法改正要綱試案』の説明(法務省民事局参事官室編『婚姻制度等に関する民法改正要綱試案及び試案の説明』日本加除出版株式会社、一九九四年) 六頁。
- 高橋『折井』二宮・前掲注(8)『夫婦別姓への招待』一七頁～一八頁(高橋執筆)。
- (11) 一九九三年(平成五) 十一月一日付『毎日新聞』(高橋『折井』二宮『前掲注(8)』『夫婦別姓への招待』一八頁所引による)。
しかし、前掲注(9)(10)『婚姻制度等に関する民法改正要綱試案』の説明「六頁～七頁では「この中間報告に對しては平成五年一〇月までに裁判所、日本弁護士連合会、法曹団体、大学及び研究者、婦人団体、消費者団体、労働団体など一四三にのぼる団体及び個人から幅広い意見が寄せられた。」とやや差異のある説明がなされている。
- (12) 高橋『折井』二宮・前掲注(8)『夫婦別姓への招待』一九頁(高橋執筆)。
- (13) 同上、一八頁～一九頁(高橋執筆)。
- (14) 前掲注(9)(10)『婚姻制度等に関する民法改正要綱試案』二頁～九頁、前掲注(9)(10)『婚姻制度等に関する民法改正要綱試案』の説明「三八頁～五八頁参照。高橋『折井』二宮・前掲注(8)『夫婦別姓への招待』一九頁(高橋執筆)。

(15) 「ジュリスト」(一〇七七号)(一九九五年一月十五日) 一六七頁〜一八三頁参照。

(16) 高橋「折井」二宮・前掲注(8)『夫婦別姓への招待』二五五頁(二宮執筆)。

(17) 前掲注(15)「ジュリスト」(一〇七七号) 一六七頁〜一六八頁参照。

(18) 「ジュリスト」(一〇八四号)(一九九六年二月十五日) 一二六頁。

(19) 一九九七年(平成九)二月二十八日付『朝日新聞』参照。

(20) 一九九七年(平成九)三月五日付『朝日新聞』他参照。

しかし、参議院自民党の村上正邦幹事長は、この自民党案に対して反対の意向を示し「通称を使うことはいいが、戸籍をいじることに反対だ」と述べている。村上氏は、選択的夫婦別姓制度に反対で自民党案の中に戸籍の妻(夫)の氏名が記載される欄に旧氏で記載されることに異議を唱え、参議院自民党として独自の案を作る考えを明らかにしたと報じられている(一九九七年三月一日付『朝日新聞』参照)。

(21) 一九九七年(平成九)三月九日付『朝日新聞』参照。

(22) 一九九七年(平成九)二月一日付『朝日新聞』参照。民主党案は、法務省が昨年まとめ、自民党の反対で同会提出を見送った案とほぼ同じ内容で、ただ子の氏については法務省案が婚姻時にあらかじめ決めておかなければならぬのに対し、民主党案は子の出生時に決めればよいとしており、兄弟姉妹で氏が異なることも認めているといわれている(同上『朝日新聞』参照)。

(23) 同上、『朝日新聞』参照。

(24) 去る三月二七日には、選択的夫婦別姓制度の採用など民法改正を目指し、法学者二八八人の、次のようなアピールがお茶の水女子大学教授利谷信義氏・横浜国立大学教授山田卓生氏・立命館大学教授二宮周平氏らによって参議院議員会館で発表され、野中広務自民党幹事長代理に申し入れられている。

アピール「私たち法学者は、民法改正において、選択的夫婦別姓制度の導入と婚外子の相続分の平等化を実現することを求めます。」

一 選択的夫婦別姓制度の導入と婚外子の相続分の平等化を含む民法改正案は、多くの国民による十年來の期待を基に、私たち法学者の代表を含む法制審議会の五年余に及ぶ審議を経て、昨年二月にまとめられました。この案に

基づく法案がほぼ成文化されたにもかかわらず、昨年の通常国会には上程されず、放置されてきたことは、異常であるといかえません。その理由は、民法改正案における選択的夫婦別姓制度の導入と婚外子の相続分の平等化への異論にあると伝えられます。もしそうだとすれば、私たちはとうていこれに納得することはできません。

二 現在の日本では、雇用労働者として働く女性が二千万人、雇用労働者の四割を超えました。「夫は仕事、妻は家庭」という固定的な家族像は国民すべてに共通するものではなく、仕事と家庭の両立を図ることは、女性だけでなく、男性の課題ともなりました。日本政府は、昨年二月、「男女共同参画プラン」を策定し、「男女共同参画の視点に立った社会制度・慣行の見直し、意識の改革」を基本目標の第一に置いています。そのためにも、夫婦や家族の多様なあり方を認めることのできる「ふところの深い」法制度こそ必要であり、選択的夫婦別姓制度はその一つだといえましょう。したがって、男女共同参画プランでも改正の課題としてこれを明記しています。

三 選択的夫婦別姓制度は、生来の姓名と、その下で築かれてきた生き方や人格を大切にしながら、夫婦・家族の絆を作り上げることが望む人々に、その道を開くものですが、夫婦の姓が同じか別かということ、夫婦や家族の絆の強さとは無関係です。家族の形態や生活のスタイルが多様化しつつある現在の日本では、姓名に対する個人の思いを尊重し、かつ夫婦や家族の絆のあり方の多様性を認める制度として、夫婦同姓を望む人には同姓を、別姓を望む人には別姓を選ぶことができるという選択的夫婦若姓制度が必要だと考えます。最近の総理府などによる世論調査によれば、夫婦別姓などのようなライフスタイルの多様化に寛容な考え方を支持する人が増加していることを申し添えておきます。

四 なお選択的夫婦別姓制度に関して、旧姓を呼称として使用することができるようにするという改革案もありますが、これでは結婚に際して夫婦のどちらか一方が必ず改姓しなければならぬという現状は変わりません。結婚改姓した姓と使用を許された旧姓との使い分けに苦労する人も出てくるでしょう。戸籍上の姓、使用を許された旧姓、ペンネームや芸名のような通称としての姓など、姓の概念が混乱してしまいます。日本では、民法などの基本的な法律の改正は頻繁にはなされません。だからこそ、後顧の憂いのないように、きちんとした法制度を作るべきだと考えます。

五 次に婚外子の相続分の平等化は、婚外子に対する社会的な差別をなくす上で、大きな役割を果たすことが期待

されます。結婚している父母から生まれたか、それとも結婚外の関係から生まれたかという、子ども自身にはまったく選択の余地のない事情によって、子どもが不利益を受けるとすれば、これはど理不尽なことはありません。日本政府は、国連の国際人権規約や児童の権利に関する条約（子どもの権利条約）を批准しています。すでに一九九三年、国際人権規約に関する人権委員会は、日本政府に対して婚外子の相続分差別の廃止を勧告しました。児童の権利に関する条約でも、すべての子どもに対して、出生によるいかなる差別もしてはならないことが明示されています。婚外子の相続分を婚内子と平等にすることは、子どもの平等という立場からすれば、当然のことなのです。六 以上のことから、私たち法学者は、法学の研究・教育に携わる者として、今回の民法改正において、選択的夫婦別姓制度の導入と婚外子の相続分の平等化を実現することを強く求めます。

一九九七年三月二七日

アピール賛同者一同（二八八名）

また一九九七年（平成九）五月一四日付「朝日新聞」によれば、自民、社民、さきがけ三党の民法改正プロジェクトチーム（座長・野中広務自民党幹事長代理）が五月一三日に開かれ、社さ両党は、法制審議会が昨年まとめた「選択的夫婦別姓制度」の導入などを盛り込んだ民法改正案を議員立法として今国会に提出したいという考えを示したと報じられている。ただ社さ両党だけでは提出に必要な議員数が足りないため、自民党議員の一部や新進党、民主党などに協力を求める、とのことである。

右の「朝日新聞」はまた、プロジェクトチームは、当初、自社さ三党で合意した上で、政府提出とすることで一致していたが、自民党が党内意見をまとめられず、政府提出が不可能になったことも確認された、とも報じている。

一 現行民法における氏の意味——氏と「家」との関連——

周知のように民法旧規定（いわゆる明治民法）は、七四六条において「戸主及び家族ハ其家ノ氏ヲ称ス」と規定していた。しかし、この規定は、一九四六年（昭和二）七月頃から臨時法制調査会（内閣）と司法法制審議

会（司法省）において、その改正が審議された。その詳細は、咽孝一氏が「戦後の民法改正過程における『氏』なる労作^①において詳細に考察されている。久武綾子氏は、この咽氏の労作にもとづいて夫婦の氏を中心に、次のような表^②を作成された。

婚姻と夫婦の氏 旧民法改正審議過程 —— 夫婦の氏を中心に ——		
年 月 日	審 議 過 程	「氏」に関する事項 法律案要旨
昭和二一・七	新憲法に基き民法親族編及び相続編中改正を要すべき事項試験の作成 要綱の審議〔臨時法制調査会（内閣）司法法制審議会（司法省）起草委員会〕 起草幹事 A班（家、相続、戸籍法） B班（婚姻） C班（親子、親権、後見、扶養）	民法改正の基本原則は民法上の「家」の廃止事項試験に「氏」という用語はなかった A班 「家」の廃止と戸籍法の改正案 「氏」を実体法上の観念ではなく戸籍法上の観念とするつもり 「戸籍」と氏を結びつける構想は現行法の氏についての法務省の解釈に 甲案 妻は夫の姓を称するものとする 乙案 氏を社会の慣習に委ねる
二一・七・二七 二一・七・三〇	最初の改正要綱案（第一次案） ABC三班の原案 第二次案	「氏」について一言もののべられていない 妻は夫の姓を称すること 但し、当事者の意志に依り、夫か妻の姓を称するを妨げざるものとする 「姓」という用語が「氏」にもどった 夫婦は其に夫の氏を称するものとする 但し入夫婚姻に該する場合に於て当事者の意志に依り、妻の氏を称するを妨げざるものとする 二次案がGHQに報告されたとき係官のオブライは「これでは家Ⅱ氏ではないか、家というオオカミを前の門から追い出したら氏というオオカミが後の門から入ってきた」と指摘した
二一・八・一五	要綱案	「氏」を現実の共同生活を仰る拠りどころとする 第一次案、第六次案 夫婦の氏は変っていない 「夫婦ハ共ニ夫ノ氏ヲ称ス、但し当事者が婚姻ト同時ニ反対ノ意志ヲ表示シタルトキハ妻ノ氏ヲ称ス」 起草委員の氏に対する考え方は一様でなかった
二一・八・一五	司法法制審議会第二回総会 起草者の「家」廃止論と家制度保持論者の強い主張との妥協 条文の作成……起草幹事 要綱案……起草委員	

年 月 日	審 議 過 程	「氏」に関する事項 法律案要旨
一一・八・一五	三 次 案	「氏」は家と全く無縁であることを主張する。氏を設けて実体関係を結びつけるのではなく、実体関係をあらわす手段とする。氏に執着のある人々の伝統的感情をできるだけ害の少ない限度で妥協的に容認する。 3 氏を重大問題と考えていないが、戸籍と氏とを関連させ氏を「共同生活の表象」「共同生活の実体をつかむ手段」とみる 夫婦ハ其協議ニ依リ共ニ夫又ハ妻ノ氏ヲ称スルコトヲ要ス夫婦ハ其婚姻ノ際、定ムル所ニ從ヒ夫又ハ妻ノ氏ヲ称ス 憲法の施行に伴う民法の応急措置に関する法律によって、憲法二四条と矛盾する点が修正された 「家」を廃止するといながら、今度は「氏」なる制度を創出し、氏の名のもとに旧来の「家」制度「家」觀念を温存しようとの企図である 「氏」に實質的効力を認める規定を削除すること 改正案は「家」の廃止をうたいながらしかも「家」と異ならぬ「氏」の制度を創り出し、この「氏」を實質に於て旧来の「家」と大差ないような内容のものとしている 「氏」というような「家」の觀念のつきまとい文字を捨てて「姓」と改めるのが望ましい 民法改正史研究上、GHQの果たした役割は何か 氏の規定の変遷の上で、氏と実体関係が完全に一致しなくなつたのはGHQとの折衝の結果であるという ブレイクモア氏は、氏の個人性、意志性呼称をより強力に承認しようとする意見であった とにかく、氏はもう全部自由にしてはどうかということを相当いつておった 形式内容とも著しい特色を有する全部改正 夫婦の氏は規定上「夫又ハ妻ノ氏ヲ」任意に選択できることになり、夫の氏を原則とすることが否定せられた 民法七五〇条 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
一一・四・一七	改 案	
一一・四・一七	二・三・一の民法改正案中、氏に関する規定の改案	
一一・五・三	日本国憲法施行の日	
一一・五・一二	六次案に対する批判 。日本共産党 野坂参三氏	
一一・五・一四	。家族法民主化期成同盟 。民法改正案研究会 磯田進、川島武宣、立石芳枝ほか…… 法律時報 第一九卷第八号	
一一・五・一二	民法中改正法律案に関する総司令部政治部係官との会談	民法改正史研究上、GHQの果たした役割は何か 氏の規定の変遷の上で、氏と実体関係が完全に一致しなくなつたのはGHQとの折衝の結果であるという ブレイクモア氏は、氏の個人性、意志性呼称をより強力に承認しようとする意見であった とにかく、氏はもう全部自由にしてはどうかということを相当いつておった 形式内容とも著しい特色を有する全部改正 夫婦の氏は規定上「夫又ハ妻ノ氏ヲ」任意に選択できることになり、夫の氏を原則とすることが否定せられた 民法七五〇条 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
一一・七・七	十八回	
一一・七・七	七次案として最終過程に入り国会へ上程	
一一・六・二四	民法改正案（二・六・二〇）その後の修正最終案	民法七五〇条 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
一一・七・一四	改正民法（新法）公布 法律二三三号	
一一・一・一二	新法施行	

この表によると、一九四六年（昭和二一）七月には「妻は夫の姓を称すること」していた案が、同年八月十五日の案では「姓」という用語が「氏」にもどったことが判明する。この案がGHQに報告された時、係官であったオプラー氏が「これでは家^②氏ではないか。『おおかみを前の門から追い出したら後の門からおおかみが入ってきた』という諺を知らないか。家というおおかみを前の門から追い出したら、『氏』というおおかみが後の門から入ってきた」と指摘したと、唄氏は起草委員からきいたことがあると述べられておられる。^③

氏に関する規定の改正を含む民法改正案（六次案）は、一九四七年（昭和二二）、各裁判所、全国の弁護士会、各政党の本部、主要な大学、信託協会、その他の団体に配付されるとともに五月二日新聞記者に発表された。^④この改正案に対しては、批判が出された。それらの主なものを発表された日付順に紹介する。^⑤

まず同年五月一二日、日本共産党の野坂参三氏は、次のように評している。

「全体としてきわめて進歩的な法案」であるが「最も遺憾とするところは、民法民主化の最大の眼目である封建的『家』制度の除去が尚、不徹底な点にある。」として、そのあらわれとして、「氏」を指摘する。すなわち、『家』を廃止するといいながら、今度は『氏』なる制度を創出し、しかも、これを全親族法の中枢的地位に据えている。これは『氏』の名のもとに旧来の『家』制度、『家』觀念を温存しようとの企図であると見なさざるを得ない。かような態度は改正案全体にわたって、至るところに現われている。」

ついで同年五月一四日、家族法民主化同盟は次のように批判・要望している。

「氏」に実質的効力を認める規定（七二九条二項、七八八条二項、七八九条三項、八二二条ノ二第二項、八二二条

ノ三・五、八三六条ノ二第二項、八三六条ノ三、八七八条二・三・五項を削除すること。——それらの規定は家族制度を保存する結果となり、又婚姻、離婚、私生子認知などの場合に、子と氏を同じくする父母の一方のみが其の子に対し親権を有するのは不当であるから、父母は親としての關係に基き常に子の監護、教育について権利・義務を有するものとすべきである。

さらに民法改正案研究会は、その「民法改正案に対する意見書」において、次のように批判・提言している。

一 「家」と「氏」 改正案は「家」の廃止を謳っている。なるほど、「家」という文字は見当らない。

「家」の主な支柱であった戸主権も家督相続もなくなっている。併し「家」は「氏」という文字に置き代えられて依然として親族相続法を支配し続けている。婚姻すると通常の場合には妻は夫の氏を称する（七八八条一項）妻に未成年の子があるときは引取って自己と同一の氏を称させることが認められている（七八八条二項）。離婚すると妻は婚姻前の氏に復する（八二二条一項）。その場合に夫婦間の未成年の子を引取って自己と同一の氏を称させることが出来る（八二二条二項）。

（中略——山中注）

加之、氏には実質的な効果さえ与えられている。例えば寡婦は、再婚するか又は婚姻前の氏に復しない限り、舅姑との間に姻族關係が存続し（七一九条一項）、家事審判所によって扶養義務を負わされることがある（九五四・九五四条二項）。又親権は結局子と氏を同じくする父母或はその一方に依って行使されることになっている。

（中略——山中注）

こうした規定をみせつけられては、氏は「家」と異らぬと言っても辯解の余地がないではないか。それ

ならば改正案は何だつて一体「家」の廃止を誣い乍ら、而も「家」と異らぬ氏の制度なんかを創り出したのであろうか。それは改正案が法律的制度としての「家」と道徳的理念としての「家」とをことさらに分け得るかにように装うからである。戸主権と家督相続を主たる内容とする法律的制度としての「家」は新憲法の要求する個人の尊厳と両性の本質的平等に悖るから廃止しなければならない。併しかゝる「家」は最早単なる戸籍簿上の存在となつて現実の親族共同生活から遊離し、從來も却つて不都合を生ぜしめていた。現実の親族共同生活を支配している道徳的理念としての「家」は氏姓と祖先の祭祀を中心として互に協力扶助し合い、永遠の継続を図る親族共同生活団体であるが、かかる意味での「家」は法律的制度としての「家」を廃止しても否定されはしないし、又否定さるべきでもないと考えているのである。民法改正案綱案第一が「民法の戸主及家族に関する規定を削除し親族共同生活を現実在即して規律する」と言つてゐるのは、そういう趣旨だと思われる。その結果、出発点では法律的制度と道徳的理念とは区別しなければいけないと言ひ乍ら、結局法律の上でも色々の形で「家」の觀念を温存させる結果となつたのである。われわれは改正案のかゝる考え方には根本的に反対である。民法上の「家」が一概に単なる戸籍簿上の存在に過ぎず、現実の親族共同生活を支配している道徳的理念としての「家」とかけ距たつてゐると言い切れるかが第一疑問である。それは姑く措くとしても、家族生活の民主化にとって民法上の「家」の廃止も必要だが、それにも増して現実の親族共同生活に於て非民主的な生活意識をなくすことこそ大切なのであつて、新憲法の要求するところも正にそこにある。而も從來家族生活の民主化を阻んでいたものこそ論者の所謂道徳的理念としての「家」の觀念でないか。従つて氏に恰も「家」の如き実質的效果を与えることを止むべきである。例えば要綱案のように、姻族關係は離婚のみならず夫婦の一方の死亡に因つて直に止むものとし、生存配偶者が婚姻前の氏に改めたか否かなどにかゝらしむべきでない。又父母の離婚後の親

権は氏の如何に拘らず父母の協議に依つて定め得るとすべきである。

(中略—山中注)

要するに、民主的親族相続法では氏は唯各個人の符牒であり、それ以上の内容をもつべきではない。その意味から、氏というような「家」の觀念のつきまとつた文字を捨てて「姓」と改めることが望ましい。

(中略—山中注)

要するに「家」の制度、「家」の觀念の一掃なくして家族生活の民主化はあり得ない。家族生活の民主化なくして我国の民主主義革命は完成され得ない。そして民主主義革命の完成こそわれわれの当面の任務ではないか。この意味に於てわれわれは改正案が「家」の制度、「家」の觀念を温存せしめるような「氏」の規定を全廃すべきことを切望するのである。

以上に紹介した批判に共通するところは「家」の廃止をうたいながら「家」と異ならない氏の制度を創出し、この氏に實質において旧来の「家」のような効果を与えようとしているとする点にある、といえよう。

こうした批判をうけ、民法改正案は修正されたが、氏は姓に改められることはなかった。一九四七年(昭和二三)七月、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」と規定されることとなった。改正民法は同年二月二二日、法律二二三号として公布され、翌一九四八年(昭和二三)一月一日より施行された。

一九四七年(昭和二三)一〇月、宮沢俊義氏は、この改正民法の氏について「家破れて氏あり」との労作の中で、次のように述べておられる。

新憲法が施行されると、民法の「家」はなくなると聞いたので、「氏」はどうなるだろうか、ちよつと気になった。

「家」がなくなる以上、「家」の名である「氏」がなくなるのは当然だともいえる。「家」がないのに「氏」を残してもしょうがない。

(中略—山中注)

ところが、民法改正のなりゆきを眺めていると、「氏」はなくなりそうな様子はない。それどころか。はじめの頃は「家」をなくす代りに「氏」を中心に一種の結合関係を作り、それに多かれ少かれ「家」の代用品たる役を勤めさせようなどという意見が有力だったらしい。「氏」を同じくするかどうかによつて、扶養の義務が變つたり、相続権が違つたりしそうな形勢だった。なんのことはない。「家」は無くすが、その代りに「氏」を同じくする者という一種の家みたいなものをこしらえようというのであつた。

この考えは、さすがに、その後あまり有力にならなかったようである。こんど国会に出た民法改正案では「氏」を同じくするかどうかによつて権利義務に違いを来す場合は全然なさそうである。これはたいへんよろしい。なくなる筈の「家」を「氏」という形で少しでも温存しようなどという気持は賛成しない。

*

ところで、話がここまで来てみると、いったい「家」がなくなるのに「氏」を残す必要がどこにあるのか、という問題が生ずる。「家」がなくなる以上、「家」の名もなくなるのが自然ではないかという議論が出てくる。

「氏」がないと戸籍の作製に不便だという人がある。かりにそうだとすると、戸籍の便宜のために「氏」を残すというのも変な話だし、それに「氏」を標準にしないと日本人の身分の登録ができないという理窟

はどこにもない（ついではながら、「家」がないのに「戸」籍というのはおかしい）。

とにかく国破れて山河あり、「家」破れて「氏」ありというわけであるが、「家」はなくなつても「氏」がなくなるわけにいかない理由を、誰かにしつかり教えてもらいたいものである。

宮沢氏は「『家』がなくなつても『氏』がなくなるわけにはいかない理由を、誰かにしつかりと教えてもらいたいものである」と述べつつ、「家」と密接不可分に関連する氏を民法に残したことを暗に批判されたのではないだろうか。

その後、このように氏と「家」との関連を示唆あるいは指摘する法曹界や法学研究者の見解を示すものとして、次に一九八九年（平成元）一月一八日の東京弁護士会の「選択的夫婦別氏制採用に関する意見書」の関連箇所を掲げておこう。

選択的夫婦別氏制採用に関する東京弁護士会意見書（一九八九年一月一八日）

（前略）山中注

昭和三年、個人の尊厳と基本的な人権の尊重、男女の本質的平等を謳った憲法の趣旨に沿って家制度は廃止され、民法も改正された。

この民法改正時に、貴族院を中心とする側は、GHQの強制によって天皇制を捨てざるを得なかったが、家制度だけではどうしても守らなければならないと強く主張し、一方、民法学者たちは、新しい民法のもとでは、個人はあるけれども、結合団体、家族団体というのは一切ない。夫婦とその子どもを一個の集団として同一戸籍の上に書く必要はない。しかも子どもの間に父母と氏を同じくする者とそうでない者を区別

する。同一戸籍の筆頭者などという者に特別の地位を与えている。『戸』はないのに『戸籍』とはおかしい。(戸籍が残れば)『家』が『戸』として温存されることになるのは必然だ、と主張した。そして、結局、真向から対立するこの双方の主張の妥協の産物として現行の戸籍制度や民法七五〇条ができた。民法学者たちは、「家滅びて氏あり」とか「家滅びて戸籍残る」といって、これに対し強く非難をあげた(我妻栄『戸籍制度創設百周年にあたって』『日本戸籍の特質』、帝国判例法規出版社、一九七二年)。

民法起草者の一人、我妻栄は、当時すでに次のように予測していた。

『家』を尊重する伝統的な思想から見て、改正法の最も手薄なところはどこか。それは、『氏』とそれに結びついた『戸籍』である。改正法の『氏』の規定には、伝統的な思想との間の多少の妥協がある。『家』を尊重する思想から見ると、この妥協が絶対的反撃点であることは、最初から予期されたことである。(中略)かくて、夫婦の『氏』こそ、『妻は原則として夫の家に入り、入夫と婿養子だけは妻の家に入る。』という旧法の規定(旧七八八条)そのままが、親の心理に、そして、多くの場合当事者の心理にも、依然として残ることであろう。(我妻栄「家と氏と戸籍」『身分法と戸籍』、帝国判例法規出版社、一九五三年)。

(中略—山中注)

三 同氏強制制度がもたらしている問題点

(中略—山中注)

③ 家意識の残存

夫の氏を選択すれば夫の家に入ったと観念され、妻の氏を選択すれば養子に入ったと観念される。このため、配偶者の家族・親戚との関係においても不平等感をもたしているのみならず、廃止されたはずの家族制度的意識を温存する。また、双方の親族の家意識にひきづられ、いずれの氏を選

ぶかで紛争となり、一人娘、一人息子どうしの結婚話が破談になったという例も珍しくない。⁽¹⁾

(後略—山中注)

右の東京弁護士会の意見書に紹介された民法改正案の起草委員の一人であった我妻栄氏の「予期」⁽²⁾においても「氏」と結びついた「戸籍」の觀念が「家」を尊重する思想との妥協であり、夫婦の「氏」こそ「家」がそのまま親や婚姻当事者の心理に「依然として残ることであろう」と述べておられる点は看過されてはならない。我妻氏は上記の叙述に続いて「私（我妻氏—山中注）⁽³⁾が、前に、新法の氏の規定をもって『家』を尊重する思想の反撃点だといったのは、このことである。」と述べて、氏と「家」との密接な関連を示唆されているのである。東京弁護士会意見書は、右に見られるように、我妻氏の示唆よりも、より明確に「家意識の残存」を指摘し「夫の氏を選択すれば夫の家に入ったと觀念され、妻の氏を選択すれば養子に入ったと觀念される。このため、配偶者の家族・親戚との関係においても不平等感をもたらしているのみならず、廃止されたはずの家族制度的意識を温存する」と述べている。この点は、法務省参事官室が、一九九二年（平成四）二月一日に発表した「婚姻及び離婚制度の見直し審議に関する中間報告（論点整理）」に對して、同省の求めに応じて寄せられた「現行の夫婦同氏制を維持すべきであるとする意見」の理由の一つとして「氏は單なる個人の呼称でなく、生活共同体たる家族の呼称という性質を有している」⁽⁴⁾ことが挙げられていることによつても裏付けられるといえよう。さらに氏と「家」との関連を考えるに當つて看過されてはならないのは、氏と戸籍制度との関連である。法律上（民法上）の氏は、国家の公簿である戸籍表記の氏である。また反對に戸籍に記載されている氏は、通常は民法上の氏である。通常両者は一致している。現行民法では「家」制度が廃止されたので「氏は單なる個人の呼称にすぎなくなった」と一般に説明されている。果してそうであらうか。

周知のように民法改正前の「家」制度の下にあっては、戸籍は「家」を表わし、家族員が、その「家」でどのような地位にあるかを示すものであった。戸籍には戸主を中心に、尊属・卑属、直系・傍系、男・女の順にその「家」に属する家族が記載されることになった。⁽¹³⁾このような「家」制度の下では、各家族員の権利義務が「家」に属することと、各家族員がその属する「家」の戸籍に記載されることが直結していた。このことから国民は戸籍記載に単なる登録・公証という技術的な意味以上のものを感じ、戸籍記載を重視する意識、家名意識、「戸籍が汚れる」といった戸籍感情などを生み出した。⁽¹⁴⁾

利谷信義氏は、このような戸籍制度について「もっとも重要なことは、この制度が国民の生活に密接に関係するところから国民の意識に強く影響し、その意識の深層にまで定着したことである。戸籍制度に関する国民の意識は、戸籍意識、あるいは「籍」の觀念と呼ぶことができるであろう。(中略—山中注)そして戸籍制度によって作り出された戸籍意識は、逆に戸籍制度を支え、さらに戸籍制度が奉仕する行政諸制度を支えた。もちろん、国家権力の作り出した戸籍制度は、国民の意識と無縁に一方的に作り出されたものではない。それは国民の意識を素材としながら、それを国家権力の支配に都合のよいように再編成し、一定の方向づけをするという性格をもっている。」⁽¹⁵⁾と述べておられる。このように戸籍制度は「家」制度の確立と国民の意識の「家」意識への統合によって、国民の体制内化をはかる手段として機能したのである。⁽¹⁶⁾

戦前日本において戸籍制度が、右に述べたような役割を果たしたことから、第二次世界大戦後の民法の改正と「家」制度の廃止にともない、戸籍制度も改革しなければならなくなった。この点に関し、GHQは、司法省との会談において、なるべく「家」の名残を払拭すべきである、として、「徹底するとすれば各人毎に戸籍を作る外はない」と主張している。⁽¹⁷⁾

これに対して、司法省側は「経済力が回復すれば一人戸籍にしたいのだが、現在ではむずかしい。」⁽¹⁸⁾と弁解し

「民法改正案によって『家』はなくなった。そこで戸籍は一人一人別にして作るのがよからうが、それは非常に手数がかり、面倒である。そこでどの程度で限るかということになるが、今度は婚姻を重視しているから婚姻を主にし、婚姻をすれば戸籍を別にし、子供ができれば、その戸籍内に記載する。即ち、夫婦と子供を一つのグループにしたままで、『家』の温存などは勿論考えていない」として、GHQの了解をえた。⁽¹⁸⁾⁽¹⁹⁾

しかし、民法改正案研究会は、このような司法省側に見られるような考え方を批判して「自分の個人的身分の変動が常に家族全体の戸籍の変動として現れるというようなやり方では従来の家族的觀念にまだつよく捉われている一般民衆の市民的自覚を促すことは出来ないどころか、かえってこれを阻害する原因となるであろう」と、現行のような夫婦およびこれと氏を同じくする子を単位として編製される戸籍制度を残すことが「家」制度を温存・維持させることになる危険性を指摘していたのである。⁽²⁰⁾

民法改正案の起草者の一人であった我妻栄氏も「人々は、戸籍の同一葉紙に記載された者は特別の団体をつくるという意識をもつ。戸籍筆頭者はその団体の統率者のように考える。戸籍は、残念ながら、もっぱら便宜に従う法技術として考えられていない」と述べておられる。⁽²¹⁾

咽孝一氏は、さらに明確に「戸籍法の過去・現在・未来が、すべて一切の家族観に無縁中立である(あったと断定しようとするものならば、それは、あまりにも事柄の半面に目をおおい過ぎるのではないだろうか)」と述べて、戸籍制度が「家」制度と関連していることを指摘しておられる。⁽²³⁾

現行戸籍制度が「家」制度の温存に機能している現実を、さらに明確に指摘しておられるのは、弁護士など法律実務家の人々である。榎原富士子弁護士は、「現実には人々は今なお戸籍を家に見立てて、入籍、除籍を家に入ること出ることと受けとめ、戸籍筆頭者を主人として受けとめている」と述べておられるし、また広井亮一家裁判調査官は「戸籍制度は現行民法の中に『家』的な要素を持ち込んだと言える。戸籍にはその家族の『家』

表1 解答者の性別年齢分布

	男	女
20代	0	2
30代	8	8
40代	13	24
50代	14	10
60代	6	1
計	41	45

的な側面がメタフォリカル（暗喩的）に反映されている」と述べておられる。⁽²⁵⁾

以上が、氏と戸籍制度と「家」との関連についての法学研究者および法律実務家の見解であるが、次に夫婦同氏原則および戸籍が、現実の社会ではどのように受け取られているかに関する法学以外の

他の学問分野研究者の研究をみておこう。次に掲げる表は、中村桃子氏（言語社会学研究者）が、一九九一年（平成三）九月に二〇代から六〇代の子供を持っている既婚男女計八六名を対象に、「名前」についてのアンケート調査を実施された結果である。⁽²⁷⁾

表1は、解答者の性別年齢分布である。中村氏は「年齢、婚姻年数は多岐にわたるが婚姻改姓（改氏）をしたのは全員が妻であり、妻の婚姻改姓（改氏）の習慣の根強さを象徴している。」⁽²⁸⁾といわれる。

表2・3は、改姓（改氏）した妻の方に「何故改姓（改氏）したのですか。」「改姓（改氏）したとき、どの様に感じましたか。」と尋ね、表4・表5は、改正しなかった夫の方に「何故、相手が改姓（改氏）したのですか。」「相手が改姓（改氏）したとき、どう感じま

表2 何故改姓（改氏）したのですか。（女45人、回答数55）

日本の習慣だから。	34 (75%)
相手の家の人間になるから。	8 (17%)
夫婦は同姓（同氏）の方がよいから。	9 (20%)
相手が改姓（改氏）して欲しいと言ったから。	3 (6%)
その他	1 (2%)

表3 改姓（改氏）したとき、どの様に感じましたか。（女45人、回答数48）

何も感じない。	17 (37%)
相手の家の人間になったと感じた。	17 (37%)
相手と強く愛情関係で結ばれた気持ちになった。	7 (15%)
これからは経済的社会的に相手が保護してくれると思った。	2 (4%)
その他	5 (11%)

表4 何故、相手が改姓（改氏）したのですか。（男41人、回答数40）

日本の習慣だから。	20 (48%)
相手が自分の家の人間になるから。	10 (24%)
夫婦は同姓（同氏）の方がよいから。	7 (17%)
その他	3 (7%)

表5 相手が改姓（改氏）したとき、どう感じましたか。（男41人、回答数41）

何も感じない。	10 (24%)
相手が自分の家の人間になったと感じた。	11 (26%)
相手が自分と強く愛情関係で結ばれた気持ちになった。	5 (12%)
経済的社会的に相手を保護する責任ができたと思った。	13 (31%)
その他	2 (4%)

表6 もし、今あなたがなんらかの理由で
姓（氏）を変更しなければならなくな
ったとしたら、どう感じますか。

	男	女
何も感じない。	10 (24%)	14 (31%)
嫌だ。	27 (65%)	24 (53%)
うれしい。	1 (2%)	0 (0%)

表7 「嫌だ。」と答えた方、その理由をお聞かせください。

	男	女
自分でなくなるように感じるから。	11 (40%)	3 (12%)
今の姓（氏）に愛着があり好きだから。	5 (18%)	3 (12%)
今まで積み上げてきたキャリアや業績が自分のものであることがわかりにくくなるから。	6 (22%)	4 (16%)
職場や友人関係で新しい姓（氏）を知ってもらうのが大変だから。	3 (11%)	9 (37%)
離婚したと思われるから。	2 (7%)	1 (4%)
配偶者や子供と姓（氏）が違くと、家族の一体感がなくなるから。	10 (37%)	13 (54%)
その他	0 (0%)	0 (0%)

表8 配偶者と姓が違っていただけなら、どの様に感じますか。(妻のみ対象)

夫婦でないように感じる。	26 (57%)
相手の家の一員でないように感じる。	3 (6%)
何も感じない。	8 (17%)
その他	5 (11%)

したか。」と尋ねた結果である。表2・表3は、解答が複数あり、表4・表5は、解答が単数で表4には無回答者が一人いる。表6・表7・表8には、無回答者がそれぞれ複数いる。％は男女(夫妻) 各々の解答者数を一〇〇とし、端数は切り捨てられている。これらの表を分析された中村氏は、改姓(氏)と「家」との関連について、次のように述べておられる。

「名前アンケート」の婚姻改姓(改氏)時の感想に関する質問に対しても、女で「相手の家の人間になったと感じた」人が三七％(表3)、男で「相手の家の人間になったと感じた」人が二六％(表5)に達した。つまり、改姓(改氏)によって自分の「イエ」所属が変更した、あるいは、自分の「イエ」に新しいメンバーが入った、と感じる人が男女とも約三割前後いるのである。また、女が婚姻改姓(改氏)することは、相手の「イエ」の「嫁」としての認識を強化するようである。たとえば、婚姻届を出さない事実婚を実践している人たちは、「いわゆる届け出↓家の『嫁』というプロセスをたどらない。だから、『嫁』として扱われない、紹介されないことが多く指摘されている。」(二宮周平『事実婚を考える—もう一つの選択』日本評論社、一九九一年、四五頁)。(28)

すなわち、婚姻改姓(改氏)は、夫の家の嫁になるという意味合いを強める働きをしているのである。中村氏はさらに、次のようにもいわれる。

姓(氏)は家族や夫婦の一体感を象徴するきずなと捉えられており、この点でも、姓(氏)と「イエ」概念には深いつながりがあると考えられる。例えば、「名前アンケート」において、妻が改姓した理由に「夫婦は同姓(氏)の方が良いから。」を挙げた人は、女で二〇%(表2)、男で一七%(表4)。また、現在の姓(氏)を変更したくない理由に「配偶者や子供と姓(氏)が違くと家族の一体感がなくなるから。」を挙げた人は、表7に見るように、女五四%、男三七%であった。さらに、妻に対して「配偶者と姓(氏)が違っていたとしたら、どの様に感じますか。」と尋ねたところ、表8に見るように、「夫婦でないように感じる。」(五七%)という答えが圧倒的だった。このように、姓(氏)は家族をひとつに束ねるきずな、つまり「イエ」を象徴する呼称と見做されているのである。

さらに、表7・8は、姓(氏)と「イエ」の結び付きに関して、興味深い二つの特徴も示している。ひとつは、同姓(同氏)が夫婦・家族の一体感を象徴していると考えられる傾向は女の方が男よりも高いという点である。(女五四%男三七%) もうひとつは、「イエ」概念と結び付けられるのは、もっぱら男の姓(氏)であるという点である。もっとも、婚姻時に改姓(改氏)した夫が離婚して旧姓(旧氏)に戻ったときに、「婿」としての役割から開放されたと感じるかどうかは、現在データが手もとにないので何とも言えない。男も数多く婚姻改姓(改氏)を行うようになれば女の姓(氏)と「イエ」概念の関係がより密接になるのかもしれない。しかし、婚姻改姓(改氏)のほとんどが女の側である現実を考えると、現在のところ「イエ」概念と結び付けられるのが男の姓(氏)であるというのは事実であろう。⁽³⁰⁾

中村氏が調査された解答の中で注意しなければならないのは、婚姻改氏には「日本の習慣だから。」「何も感じない。」と解答している人が意外に多いという事実である。⁽³¹⁾

この点について中村氏は、婚姻改氏を「単なる符号の変更と見做す『姓名符号観』の考え方が広く行われていることを表わしている」⁽³²⁾とともに、妻の婚姻改氏は「法的にも社会的にもプラスの価値を与えられているために、多くの人が慣習として長く行ってきたのである」⁽³³⁾とされるが、さらに次の点も強調されている。

このように習慣に従って婚姻改姓（改氏）し、改姓（改氏）に「何も感じない。」「意味がない。」という符号観を表明している人たちも、姓（氏）をすべて符号として捉えているわけではないのである。自分自身の婚姻改姓（改氏）や妻の婚姻改姓（改氏）には「何も感じなかった。」人たちも、現在使用している姓（氏）が変わることには強い抵抗感を持っている。表6が示しているように、現在の姓（氏）を積極的に変えたいと考えている人は男女合わせて一名しかないのである。⁽³⁴⁾

中村氏の、この指摘は、重要である。「日本の習慣だから。」とか「何も感じない。」と述べている男女（夫妻）の右の解答が示す実態は「婚姻改姓（改氏）時に姓（氏）が単なる符号のように促えられたのは、改姓（改氏）が法的社会的に奨励された慣習だからに過ぎない」⁽³⁵⁾ことをあらわすとともに、その基底には、日本人の心の中に無意識に「家」観念があり、それが戸籍制度に基礎づけられて、いわば洗脳された状況のうちに婚姻改氏（とくに女性＝妻側の）が行われている実態があるので、改めて尋ねられれば「嫌だ。」という抵抗感を示す解答となって返ってくると評価することができるのではないかと考えられるからである。

以上、法曹界、法学研究者、法律実務家および法学以外の他の学問分野の研究者の現行民法における夫婦同氏原則＝婚姻改氏と「家」およびそれらと現行戸籍制度との関連についての意見を研究を紹介、検討してきた。その検討から次のようにいうことができる。

氏の観念は、戸籍制度に基礎づけられて「家」の観念（もちろんそれは、「戦前的」なものへの回帰というよりも、「戦後的」なもの、「現代的な姿容」をうけたものではあるが）と密接・不可分に関連している。氏と「家」の密接・不可分な関連は、現実の社会における婚姻（離婚）にともなう改氏に対する私たちの受け取り方にも端的に表明されている。

まず第一に、改氏は所属する「家」の変更であると受け取られている事実にあらわれている。現行民法における婚姻では、夫たる者、妻たる者それぞれが従前の戸籍から出て、ともに新しい戸籍をつくるのであって、いずれがいずれの「家」に入るのではないことは当然である。それにもかかわらず現実の社会では、一般に妻が夫の氏を称すれば夫の「家」に属し、その「家」の嫁になったと理解され、夫が妻の氏を称すれば、妻の「家」に所属し、いわゆる婿養子になったと理解されている。従って、夫たる者、妻たる者がいずれの「家」にも入るのではないという法のたてまえにもかかわらず、婚姻による改氏（民法七五〇条は、現実の社会関係においては一般に改氏する側の妻が（廃止されたはずの）夫の「家」の嫁になるという意味を強化する機能、ひいては廃止された「家」の制度を現実社会において温存・維持させるとともに男女の不平等を助長する法文化を醸成する機能を果しているといわなければならない）。

このことは、反対に婚姻届が出されない事実婚を実践している人々が、婚姻届け出↓戸籍編製↓「家」の嫁という経過をたどらない。従って嫁として処遇されない場合が多いという先に紹介した指摘からも実証されよう。

第二に、氏は夫婦や家族の一体感を象徴する紐帯と考えられていることである。このことそれ自体は、その前提として、それぞれ夫や妻や子供など家族構成員の自己決定権が認められているのであれば、必ずしも批判されるべきことではない。しかし、それは、一般に婚姻改氏にみられるような「家」の強化、その意味で家族

構成員の自己決定権の軽視→否認の傾向と連結する可能性が大きいのである。しかも、婚姻改氏が、一般に妻Ⅱ女性の側である点を考慮に入れるならば「家」と結び付くのは一般に夫Ⅱ男性の「家」であるという実態は看過されてはならない。そのような実態をふまえるならば、氏が夫婦や家族の一体感を象徴する紐帯として考えられている現実³⁷⁾は、妻の自己決定権の軽視→否認(男女の不平等)という実態を生み出しつづけているといわなければならないのである。

次にこのような現行民法の婚姻改氏Ⅱ夫婦同氏の原則と憲法との関連を中心に検討する。

(1) 唄孝一「戦後の民法改正過程における『氏』(日本法社会学会編『家族制度の研究』(下)、有斐閣、一九五七年)七五頁以下(のち、唄孝一・家族法著作選集第一巻『戦後改革と家族法—家・氏・戸籍』日本評論社、一九九二年に収録)。

(2) 久武綾子「婚姻・離婚時の夫婦の氏に関する意識と実態—旧法時代から現行法までの推移」(『法社会学の課題』『法社会学』三二号、有斐閣、一九七九年)一〇六頁—一〇七頁。

なお、この久武氏が作成された表について、一九九七年(平成九)四月二七日の法制史学会第四九回総会(於専修大学法学部)の席上、法政大学法学部教授和田幹彦氏から、私は、次の二点について貴重な御教示をいただいた。厚く御礼を申し上げたい。

(一) 一九四六年(昭和二一)八月一日以後「姓」という用語が「氏」にもどり、「氏」が重視されるようになったことについては、前日一四日の臨時法制調査会(第三部会)において牧野英一氏から「家」の存在について我妻栄氏に対して要請があり、これに対して我妻氏が、「氏」を存置し、これに「家」の代りをさせるといふ発言をしたことが契機となっている。この点に関する史料が、東京大学法学部附属近代日本法政史料センター所蔵の「我妻文書」中にある。

(二) GHQ係官オプラー氏の「オオカミ…」の発言は、一九四六年(昭和二一)八月二〇日以後のことである。彼

の発言は、必ずしも「家」の廃止の意図を表明するものではない。彼は戸主権さえ廃止すればよいと考えていた。この点についても史料がある。

また上述の点に関して、和田幹彦「戦後占領期の民法・戸籍法改正——「家」の廃止とその限界」（『法社会学』四八号、有斐閣、一九九六年）二〇九頁以下、同「資料 元GHQ民政局長故チャールズ・L・ケイデイス氏のインタビュー（一九九三年）——憲法二四条の成立と、民法・戸籍法の「家」制度の改廃過程」（『法学志林』九四巻二号、一九九七年）一三三頁以下、同「戦後占領期の民法・戸籍法改正過程——（一）——「家」の廃止を中心として」（『法学志林』九四巻、四号、一九九七年）五一頁以下は、貴重な論稿である。

(3) 唄・前掲注(1)「戦後の民法改正過程における『氏』」一〇五頁。

(4) 同上、一〇二頁。

(5) 同上、一〇二頁〜一〇三頁参照。

(6) 民法改正案研究会は、磯田進・内田力蔵・川島武宣・熊倉武・来栖三郎・杉之原舜一・立石芳枝・野田良之・野村平爾・山之内一郎・渡辺美恵子の各氏を構成メンバーとして組織されている。一九四七年（昭和二三）六月二八日に発表された「民法改正案に対する意見書」の前文の説明によると「今回の民法改正に重大な関心を有するわれわれ同志の者は、相はかつて民法改正案研究会を組織し、一月以来十数回会合して、政府の民法改正要綱および民法中改正法律案（今年四月末発表のもの）について検討を加えた」とある。その結論の要旨は、帝国大学新聞一〇三〇号（一九四七・六・一二）、詳細な報告は「法律時報」第一九巻第八号（一九四七年）二頁以下に発表された。

(7) 前掲注(6)「法律時報」四頁〜六頁。

(8) 「法律タイムズ」七号（一九四七年）二五頁。

(9) 「戸籍時報」三七二号（一九八九年）四三頁〜四四頁。

なお「選択的夫婦別氏制採用に関する意見書」の原文は、井戸田博史氏が提供して下さった。井戸田氏に厚く御礼を申し上げたい。

(10) 我妻栄「家と氏と戸籍」（『身分法と戸籍』帝国判例法規出版社、一九五三年）二五八頁。

(11) 法務省民事局参事官室編『婚姻制度等に関する民法改正要綱試案及び試案の説明』（日本加除出版株式会社、一

九九四年）二九頁。

(12) 福島正夫『利谷信義「明治前期における戸籍制度の発展」(福島正夫編『家』制度の研究 資料一』東京大学出版会、一九五六年)四〇頁、山中永之佑『日本近代国家の形成と「家」制度』(日本評論社、一九八八年)四二頁。

(13) 谷口知平『戸籍法(新版)』(有斐閣、一九七三年)二二頁参照。

(14) 利谷信義『家族と国家』(筑摩書房、一九八七年)一四〇頁。

(15) 二宮周平『近代戸籍制度の確立と家族の統制』(比較家族史学会監修利谷信義・鎌田浩二・平松紘編『戸籍と身分登録』早稲田大学出版部、一九九六年)一五四頁。

(16) 「現行戸籍立法関係資料Ⅲ」(資料(Ⅱ) 戸籍法改正法律案に関する総司令部政治部係官との会談録)〔戸籍〕四五八号、一九八二年)三八頁。

(17) 同上、三九頁。

(18) 同上、四六頁。

(19) 同上、四七頁、五五頁。以上、本稿三頁一行目、二三頁四行目の叙述は、二宮・前掲注(15)「近代戸籍制度の確立と家族の統制」一五四頁、一五五頁に依拠している。

(20) 民法改正研究会「民法改正案に対する意見書」前掲注(6)「法律時報」六頁。

(21) この点について、二宮周平氏は、次のように述べておられる。

戸籍の編製替は全面的に行われたものではなかった。新たな身分行為がある度に現行制度で改製するという漸次的移行方式をとり、新法施行後一〇年経過したときに全面改製するものとされたが、実際には一〇年では終わらず、一九五八年四月一日から、一九六六年度にかけてようやく完了することができた。

立法者は、国民が家制度の廃止を家族の解体と受け止め、強い衝撃を受けている現状を考慮して、急激な改革を回避したのだといえる。施行後一〇年間は、戸籍簿上「家」が温存されたわけだが、これによって、家制度的大家族主義から近代的小家族への移行をスムーズにすることが可能になり、体制的安定に貢献したと評価されている。しかし、その半面で、民法改正案研究会が指摘したような個人主義の理念は後退してしまった。時あたかも高度経済成長の真っ只中、夫が働き、妻が家事・育児に尽くす家族像が理想とされ、戸籍はこの理想的家族を示すものと

して、国民生活にも浸透していったのである。

他方、一九六七年に住民基本台帳制度が完備した。これは個人を単位とする住民票を世帯単位で編製するもので、世帯員は世帯主との続柄を表記され、現実の家族生活を把握する制度として機能する。ここでも個人主義は家族主義に道を譲ってしまった（二宮・前掲注（15）「近代戸籍制度の確立と家族の統制」一五六頁～一五七頁）。

（22）我妻栄「家族制度の変革」（『民法研究Ⅶ2』有斐閣、一九六九年）五八頁。

（23）根孝一「家族法著作選集第一巻『戦後改革と家族法―家・氏・戸籍』（日本評論社、一九九二年）四〇八頁。

（24）榎原富士子「夫婦別姓と戸籍」（『ジュリスト』一〇〇四号、一九九二年）六七頁。

（25）広井亮一「家事事件にみる『家』（家庭裁判月報）四五巻、四号、一九九三年）七五頁。

（26）以上、本稿二頁五行目～二四頁二行目の叙述は、二宮・前掲注（15）「近代戸籍制度の確立と家族の統制」一五五頁～一五九頁に依拠している。

（27）中村桃子『婚姻改姓・夫婦同姓のおとし穴』（勁草書房、一九九二年）三四頁、三五頁、三八頁。なお、表6・表7は割愛したため、原典の表8・表9・表10は、本稿では、それぞれ表6・表7・表8となっていることをおことわりしておく。

なお、中村氏は、右の労作の中で、「氏」の意味で「姓」という言葉を用いておられるが、現行法上は「姓」というべきでなく「氏」というべきである。しかし、中村氏は「姓」を「氏」の意味で用いられていることが明白であるので、中村氏の労作を引用する際、たとえば「姓（氏）」「改姓（改氏）」とすることをゆるしいだきたい。

（28）中村・前掲注（27）『婚姻改姓・夫婦同姓のおとし穴』三四頁。

（29）同上、四三頁。

（30）同上、四三頁～四四頁。

（31）（32）同上、三四頁。

（33）（34）同上、三七頁。

（35）同上、四〇頁。

（36）本稿二六頁参照。

(37) 本稿が以上で述べてきたような氏と「家」との関連を重視する考え方に對して、次のような広渡清吾氏の批判がある。

家族法改革の行われた戦争直後、その時代の「国民感情や社会的慣習」とは、その中にいくらかの批判的意識が存在していたにせよ、明治以降の家制度の下で形成され、それによって強く規定されたものであったにちがいない。家の制度が廃止され、氏が家の呼称でなくなったからといって、ただちに家の意識から自由な個人が誕生し、それにふさわしい個人の呼称としての氏の考え方が一般的になるといえるものではなかったろう。だから、「個人の呼称としての氏」というのは、家制度の廃止によって社会的に「実現」されたものではなく、社会的な「課題」とされたものであった。問題は、このような「課題」の遂行に對して、改正家族法の氏の制度と、それに即応する戸籍制度が、どんな役割を果たしたのかということにある。一九五〇年代までとは異なり、現代では、戸籍制度の存続が家の觀念の維持と結びつき、家制度の復活に途を開く、といった危惧は、人々によってもはや抱かれてはいない。とはいえ、国家がすべての国民を、同氏の集団を単位として把握する（この点が西ドイツやフランスの個人を単位とする身分登録制度と異なる）戸籍制度は、氏と個人の結びつき、つまり個人の呼称としての氏の考え方の発展には、抑制的な作用を及ぼしたと思われる。だが、抑制されたからといって、氏についての意識は、戦前の家の呼称へと回帰するわけではないし、することもできない。戦前の戸籍制度は家制度の基礎をなしたのであったが、戦後の戸籍制度は、夫婦・親子の同氏共同体といった国民觀念・社会的慣習を、戦後的なるものとして創りだしてきたのではないだろうか。現在、人々の多くは、家の觀念や意識と結びつくことなく、核家族的サークルの構成員が共通の氏を称することを、おそらく自然のこととして承認しているであろう。そこにもなお、「うちなる家意識」や「家意識の残存」を語るとすれば、それはあまりにも戦前社会の影を大きくみすごることにはしないか。「個人の呼称としての氏」という出発点から夫婦同氏強制を否定し、夫婦別氏の選択制を求める論理は、まぎれもなく、家制度と家意識の対極にある。だから、この論理は、その敵のなかに家意識をみいだしがちなのである。しかし、この論理は実際には、より多く、戦後的なる夫婦・親子同氏共同体の現実と切りむすばなくてはなるまい。そこにおいて問題となるのは、「家意識の払拭」という、いわば反封建的課題というより、女性の社会的解放の進展に促された、近代に伝統的な婚姻・家族（しばしば近代資本主義と家父長制の結託とよばれるもの。性別分業を基礎に

二 夫婦同氏の原則と憲法⁽¹⁾

(一) 憲法一三条との関係

夫婦同氏の原則と憲法との関係に論じるに当っては、まず氏名と個人の権利に關係する日本國憲法の條項として一三条を挙げなければならない。はじめに、この憲法一三条と夫婦同氏原則との關係について検討することとする。

氏名は、個人の存在と同一性を確認する機能を有するものである。つまり氏名は、その個人の人格を他者の人格とを區別する表象である。氏名は個人にとっては、自己の存在の同一性を確認する機能を有している。それは個人の人格の重要な一部であつて、その個人の顔かたち・容姿などと同じように個人の人格の重要な部分

した婚姻・家族の変容、つまりすぐれて現代的な問題の変容、つまりすぐれて現代的な問題ではないのだろうか。その変容の方向は、婚姻と家族における個人の自由と平等の確立であらう。「真の名」を相互に証あい、それぞれの「真の名」において結合する男女の一对が、夫婦別姓選択制論者の求める婚姻像であり、そのような婚姻像は、戦前的家觀念にも、そして現実としての戦後近代的婚姻にも対立するのである（広渡清吾「現代社会と法 西ドイツと日本「夫婦別姓時代」の解析」「時の法令」一三二九号、一九八八年、四八頁～四九頁）。

優れた研究者の卓見だけに傾聴しなければならない。しかし、氏とか戸籍制度、「家意識の残存」といっても、一九六〇年代以降は、それらは、広渡氏のいわれるように「戦前的」なものへの「回歸」というよりも「戦後的」なもの、「現代的な変容」をうけたものであることを、本稿において紹介した法曹界・法学研究者の所説や法律実務家の現場からの体験にもとづいた意見、言語社会学研究者の実証的研究も、明示的でない場合にしろ、程度の差はあれ、当然の前提としているのではなからうか。

であり、人格権の一端を構成している。二十数年もしくはそれ以上の期間にわたって、そのような機能を有してきた氏名の一部である氏を、夫の側にしろ、妻の側にしろ（大低の場合は妻の側であるが）婚姻によって改めるよう強制することは「自己喪失感」「個人としての信用、実績の断絶」をもたらす。

これらの点について、先に紹介した東京弁護士会の一九九八年（平成元）一月一八日の「選択的夫婦別氏制採用に関する意見書」は、次のように指摘している。

自己喪失感

改氏の強制がもたらす最も基本的な問題である。後に（中略—山中注）述べるように氏は人格の一部であるから、意に反して氏を奪われれば、当然自分自身を失った感じ、抹殺されるような苦痛、自分が自分でなくなるような痛みをもたらすのである。

このため、ノイローゼになり、手紙を書けなくなったり、電話をとれなくなったという主婦も存在する。

（中略—山中注）

前記女性弁護士に対するアンケートにおいても、婚姻によって氏を変更した会員から「使い慣れた氏をすてて、突然慣れない氏を名乗らねばならないことで、自分が自分でないような感じを受けた（婚姻改氏した女弁護士のうち一五・六パーセント）」「自分の名前という気がしなかった（同上二七パーセント）」と、氏の変更に伴って違和感、自己喪失感を覚えたとの意見が多く寄せられている。

（中略—山中注）

個人としての信用、実績の断絶

職業あるいは自ら行ってきた社会活動について、活動上の信用、実績が断絶される。職業にも支障がも

たられる。

昭和六三年一月に女性の大学教授が「旧姓の使用」を求めて提訴した。職業に支障をもたらす典型的な例である。研究者にとって論文名を途中で変更することは、研究者としていったん「死」を宣告されるに等しいという。

しかしこれは氷山の一角であり、この問題は一部のエリートだけの問題ではない。女子労働者中、既婚者はすでに六八・二パーセントに達している、婚姻後も退職せず働きつづけるという女性は増えつづけている。婚姻前の氏の使用を会社の制度として認めているという民間企業もすでにあらわれている。³⁾

夫婦同氏の強制が、右の指摘のような自己喪失感などの事態を生じさせることは、憲法が保障する個人の尊厳から見ても、その本旨に反するものといえよう。すなわち、憲法一三条には「すべて国民は、個人として尊重される。生命、自由及び幸福追求に対する国民の権利については、公共の福祉に反しない限り、立法その他の国政の上で、最大の尊重を必要とする。」と規定されている。従って、人格権の一内容である氏名に対する個人の権利は、憲法で保障されるべき基本的人權といわなければならない。この個人の氏名に対する権利は「氏名権」といふべきものである。氏名に関する法規は、日本では著作権法一九条の氏名表示権以外には、氏名について特別の法規はないが、判例・通説においては、氏名権は既に確立している、といふべきであろう。

そのことは、在日韓国人のNHK日本語読み訴訟に関する最高裁の一九八八年（昭和六三）二月一六日判決が「氏名は、社会的にみれば、個人々々を他人から識別し特定する機能を有するものであるが、同時に、その個人の人格の象徴であって、人格権の一内容を構成するもの⁴⁾」であるとして、氏名権の権利性を認めていることによっても明らかである。

氏名が個人の人格の重要な一部として認められている以上、個人の意志に反する氏の変更を強制することは、個人の自己否定、個人の同一性を否定することになる。従って、氏の変更の強制を廃止することなしには、個人は自己の人格権を実現できない。

こうして「氏名をその意志に反して奪われない権利」または「その意志に反して氏名を変更することを強制されない権利」が「人格権としての氏名権」の基本的内容であるということができよう。

「氏名権」の基本的内容は、先に紹介した最高裁の一九八八年（昭和六三）二月一六日の判決までは、専ら他人が自己の氏名を冒用した場合について論じられてきた。この「自己の氏名を他人に冒用されない権利・利益」については、右の最高裁判決は「十分に強固なもの」であることを認めている。最高裁判決も認めているように「自己の氏名を他人に冒用されない権利・利益」が「十分に強固なもの」とするならば、自己の氏名をその意思に反して奪われない権利は、それよりもいっそう強固なものといえよう。

このように考えるならば、民法七五〇条の夫婦同氏原則は、婚姻に当って、氏を変更することを望まない妻または夫に対して、氏の変更を強制しており、従って、右に述べた氏をその意思に反して奪われない権利、すなわち改氏する側の人格権としての「氏名権」を侵害している、ないしは侵害している疑いがあるといわなければならない。⁽⁶⁾

そのことはとりもなおさず「すべて国民は、個人として尊重される。生命、自由及び幸福追求に対する国民の権利については、公共の福祉に反しない限り、立法その他の国政の上で、最大の尊重を必要とする。」と規定して、個人の尊重、人格権、幸福追求権をうたう憲法一三条に反する、ないしは反する疑いがあるということにはかならない。

(二) 憲法一四條一項・二四條二項との關係

民法七五〇条は、夫の氏を称しても、妻の氏を称してもよいと規定しているから、同条は男女平等には反しないとする見解がある。次にこの点について検討する。

既に紹介した中村桃子氏の調査結果にも示されていたように、婚姻に際して、氏を改めているのは、一般に妻の側である。一九八七年（昭和六二）の厚生省人口動態統計においても、婚姻の際に夫の氏を称する夫婦は、約九七・八パーセントである。また改氏に当って夫婦となるべき男女の間で自由な協議が行われる場合はきわめて稀である、と考えられる。その原因は、妻が夫の氏を称していた民法旧規定が戦後の民法改正後も、社会の慣習の中で根強く生き続け、男性の多数の意識の基底に妻は夫の氏を称するのが当然とする觀念が、一種の法文化ともなっているところにあるといえよう。

このため、現実には、婚氏を夫のものにするか、妻のものにするかについての協議そのものも行われることは、ほとんど稀ではないかと思われる。またもし協議があったとしても、夫となる者が妻となる者に夫の氏を称するように求め、妻となる者が心ならずもこれを受け入れることになったというのが実態であろう。これは先掲中村氏の調査結果において「現在の姓（氏）を積極的に変えたいと考えている人は男女合わせて（八六名中――山中注）一名しかないものである」と指摘されていることから実証される。

このように社会の実態について考えるならば、婚氏の撰択について男女の平等の機会が十分に保障されているということはできない。この点については、先掲東京弁護士会の「選択的夫婦別氏制採用に関する意見書」も「改氏した側にとっては自分のみが変わらなければならないという屈辱感がある。また平等対等であるべき夫婦の間において一方当事者に不平等をもたらす。」と指摘しているのである。

また広渡清吾氏も、次のように述べておられる。

婚姻氏の決定における平等原則というものを、配偶者双方、つまり夫および妻に、その氏の婚姻氏としての選択に平等の可能性を与えるものとして理解するなら、現実の事態は全くこれを裏切っている。しかし仮に、夫の氏と妻の氏の選択が統計的にみて五割―五割となったならば、めでたく平等になったということになるのだろうか。この五割も個別にみれば、あるいは夫が譲歩し、あるいは妻が譲歩した、つまり一組の婚姻ごとにみるならば、平等とは関係のない all or nothing の選択の積み重ねにすぎないのではないか。

いいかえるならば、配偶者のそれぞれが、妻も夫も、婚姻後にもなお自己の氏を自己のアイデンティティと一体化したものとして維持することを希望しているという前提に立つと、夫婦同氏原則の強制の下に、配偶者のいずれかの氏の選択を認めるという意味での「平等」は、平等ということの意義をほとんどもたないということである。

従って、民法七五〇条は、男女両性の結果の平等を実現していない点において、「すべて国民は、法の下に平等であつて、人権、信条、性別、社会的身分又は門地により、政治的、経済的又は社会的関係において差別されない。」と規定した憲法一四条一項と「婚姻及び家族に関するその他の事項に関しては、法律は、個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚して制定されなければならない。」と規定した憲法二四条二項に反する、ないしは反する疑いがあるといわなければならない。

(三) 女子差別撤廃条約との関係

この点に関して、是非とも論及しておかなければならないのは、我が国が一九八五年（昭和六〇）六月に批准

した「女子に対するあらゆる形態の差別の撤廃に関する条約」（以下「女子差別撤廃条約」と略称する）との関係である。同条約は二条において、次のように規定している。

第二条 締約国の差別撤廃義務

締約国は、女子に対するあらゆる形態の差別を非難し、女子に対する差別を撤廃する政策をすべての適当な手段により、かつ、遅滞なく追求することに合意し、及びこのため次のことを約束する

- (a) 男女の平等の原則が自国の憲法その他の適当な法令に組み入れられていない場合にはこれを定め、かつ、男女の平等の原則の実現を法律その他の適当な手段により確保すること
- (b) 女子に対するすべての差別を禁止する適当な立法その他の措置（適当な場合には制裁を含む）をとること
- (c) 女子の権利の法的な保護を男子との平等を基礎として確立し、かつ、権限のある自国の裁判所その他の公の機関を通じて差別となるいかなる行為からも女子を効果的に保護することを確保すること
- (d) 女子に対する差別となるいかなる行為又は措置も差し控え、かつ、公の当局及び機関がこの義務に従って行動することを確保すること
- (e) 個人、団体又は企業による女子に対する差別を撤廃するためのすべての適当な措置をとること
- (f) 女子に対する差別となる既存の法律、規則、慣習及び慣行を修正し又は廃止するためのすべての適当な措置（立法を含む）をとること
- (g) 女子に対する差別となる自国のすべての刑罰規定を廃止すること

同条約はまた一六条において、次のように規定している。

第一六条 婚姻・家族関係における差別撤廃

締約国は、婚姻及び家族関係に係るすべての事項について女子に対する差別を撤廃するためのすべての適当な措置をとるものとし、特に、男女の平等を基礎として次のことを確保する。

- (a) 婚姻をする同一の権利
- (b) 自由に配偶者を選択し及び自由かつ完全な合意のみにより婚姻をする同一の権利
- (c) 婚姻中及び婚姻の解消の際の同一の権利及び責任

(中略—山中注)

- (g) 夫及び妻の同一の個人的権利（姓及び職業を選択する権利を含む。）

(以下略—山中注)

右に掲げたところによって示されるように、女子差別撤廃条約は、法律・規則だけではなく、慣習・慣行におけるあらゆる差別を廃止することを求める（第二条(i)参照）とともに、真の男女平等の実現のために機会の平等だけでなく「男女平等の原則の実際的な実現を法律その他の適当な手段により確保すること」と規定（第二条(a)参照）して、結果の平等・実質の平等も実現されるよう求めている。

我が国が憲法と同等の効力を有する女子差別撤廃条約を批准したことにより、憲法一四条の平等概念は、男女平等の解釈について機会の均等だけではなく結果の平等も求めていると解されなければならない。ことに同条約一六条(g)は「姓……を選択する権利」を挙げているのである。⁽¹⁰⁾この意味においても夫婦同氏を強制する民

法七五〇条は、憲法二四一条一項および憲法二四一条二項に反する、ないしは反する疑いがあるといえよう。

(四) 世界人権宣言との関係

さらにまた民法七五〇条は、世界人権宣言との関係においても、その本旨に合致しない。

周知のように世界人権宣言は、その一二条において「何人も、自己の私事、家族、家庭若しくは通信に対して、ほしいままに干渉され、又は名誉及び信用に対して改革を受けることはない。人はすべて、このような干渉又は攻撃に対して法の保護を受ける権利を有する。」と規定している。

婚姻が「自己の私事」であることはいうまでもない、夫婦の氏を同氏とするのか、別氏とするのかについても、「私事」としての婚姻に関係することであり、まさに各夫婦の自己決定権に属すべきものである。このように考えると、民法七五〇条による夫婦同氏の原則¹¹⁾強制は、この世界人権宣言の本旨に合致しないどころか、反するといえよう。

(五) 憲法二四一条一項との関係

最後に民法七五〇条と憲法二四一条一項との関係について検討しておこう。

周知のように憲法二四一条一項は「婚姻は、両性の合意のみに基いて成立」¹²⁾することを規定している。しかし、現在の法律婚主義における婚姻の届出においては、婚姻届出用紙に夫婦のいずれの氏を選ぶかを記載する欄が設けられていて、夫婦のいずれかが改氏しなければ婚姻届が受理されない、すなわち法律上の婚姻ができない仕組みになっている。

このことは、婚姻に憲法二四一条一項の規定する合意以外の要件を付加していることになり、¹³⁾憲法二四一条一項

に反する、ないしは反する疑いがあるといわなければならない。

以上、本稿は、主として、民法七五〇条と憲法との関係を中心に検討してきた。その結果、民法七五〇条は、憲法一三条・一四条一項および二四条に反する、ないしは反する疑いのある規定であることが論証された、と考える。^⑬

次に本稿は、既に紹介された法制審議会民法部会案に規定され、法務省や社会民主党・新進党・民主党など一部改党によって国会に提出されようとしているいわゆる選択的夫婦別姓案が、果して夫婦別姓というに値するものであるかについて考察し、さらに夫婦別姓に関する私見を述べ、むすびにかえたいと思う。

- (1) 本章の叙述に当っては、一九八九年(平成元)一月一八日付、東京弁護士会の「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、一九八九年、同一頁以下)に依拠したほか、星野澄子『夫婦別姓時代』(青木書店、一九八七年)床谷文雄「夫婦別氏制と戸籍制度」(「女性学評論」二号、神戸女学院大学、一九八八年)福島瑞穂・榊原富士子・福沢恵子『楽しくやろう夫婦別姓』(明石書店、一九八九年)、東京弁護士会女性の権利に関する委員会編『これからの選択夫婦別姓』(日本評論社、一九九〇年)、高橋菊江・折井美耶子・二宮周平『夫婦別姓への招待いま民法改正を目前に(新版)』(有斐閣、一九九五年)、利合信義『家族の法』(有斐閣、一九九六年)等を参照させていただいた。

- (2) 前掲注(1)「戸籍時報」三七二号、四四頁。

- (3) 同上、四五頁。

この点、ドイツ・スイス・イタリア等では、次に見られるように手厚く保護されている。

ドイツ民法一二条

氏名の使用の権利に対し他人がその権利を争い、または、他人が権限なくして同一の氏名を用いることにより権利者の利益が害されるときは、権利者はその他人に対し、侵害の除去を請求することができる。ひきつづき侵

害のおそれがあるときは、不作為の訴を提起することができる。

一九〇七年のスイス民法一九条

氏名の使用を争われた者は、自己の権利の確認を請求することができる。

一九四二年のイタリア民法

六条一項 各人は、法律によってその者に属する氏名につき権利を有する。

七条

自己の氏名の使用権を争われた者、または、他人がその氏名を無権限で使用することにより侵害を受けたものは、損害賠償請求権の行使を保留しつつ、侵害行為の差止を裁判上請求することができる。

(前掲注(1)「戸籍時報」三七二号、四八頁。)

(4) 「最高裁判所民事判例集」四二巻、二二二八頁。

(5) 同上、二八頁、二九頁。

(6) 前掲注(1)「戸籍時報」三七二号、四八頁。

(7) 中村桃子『婚姻改姓・夫婦同姓のおとし穴』(勁草書房、一九九二年)三七頁。

(8) 前掲注(1)「戸籍時報」三七二号、四四頁。

(9) 広渡清吾『現代社会と法西ドイツと日本』(時の法令)一三二九号、一九八八年)四六頁。

(10) 前掲注(1)「戸籍時報」三七二号、五〇頁。

(11) 同上、五一頁。

(12) 同上、四七頁。

(13) この他、氏名は、自己を表現する重要な手段として、憲法二一条の規定する「表現の自由」の保障をうける、従って、夫婦同氏の強制は「表記の自由」を侵害している、とする所説がある(東京弁護士会女性の権利に関する委員会・前掲注(1))。『これからの選択夫婦別姓』八八頁、九一頁。酒向徹執筆)。傾聴すべき卓見であり、二宮周平氏は、賛意を表されている(高橋折井二宮・前掲注(1))『夫婦別姓への招待』一八六頁)。

むすびにかえて

まず今回の法務省の民法の一部を改正する法律要綱案中のいわゆる「選択的夫婦別姓」案について注意しなければならぬのは、従来の夫婦同氏が残されるときに、夫婦別姓ではない夫婦別氏案であることである。つまり、既述した氏「家」名は払拭されていないのである。もちろん法律婚主義¹届出婚は存続し、別氏であるが妻には、道徳あるいは社会通念を基盤としてある種の社会的強制をとまう夫の親に対する事実上の扶養・介護義務など、いわゆる嫁の役割は生じる。

法務省案では婚姻適齢は、男性・女性ともに満一八歳に改められたが、女性に対する再婚禁止期間も六か月から一〇〇日に短縮されたものの存続するなど、女性の自己決定権は男性に比べて弱い。

もし妻が嫁の役割を主観的にも客観的（法的）にも拒否する意志を持っているならば、事実婚をする以外に選択肢はない。²従って、姓という言葉をもとと相まってそれを称する個人をあらわし、人格権の一部をなすものと考えるならば、「家」観念と結びつく氏の制度は廃止して姓と変えるべきであろう。それには、民法において自己決定権とくに現実には女性の自己決定権を弱めている婚姻適齢における男女差（七三一条、女性だけにあつる再婚禁止期間（七三三条）などの廃止も当然の前提となる。その理由については後述する。

このように考えるならば、氏の制度を残し、婚姻適齢における男女差は廃止したものの、女性の再婚禁止期間を廃止していない（六か月が一〇〇日に短縮されているが）など、女性の自己決定権やその他の権利を十分に実現しないまま、立法化が意図されている現在のいわゆる「選択的夫婦別姓」案は、「選択的夫婦別氏」案というべきであろう。

さて、次に夫婦別姓に関する現行法、なかでもとくに民法、戸籍法の改正についての私見を述べ、本稿を閉じたいと思う。

その前提として、離婚配偶者の婚氏統制制度創設（民法七六七条二項——一九七六年〔昭和五二〕法律第六六号により追加）以前、離婚した妻が戸籍法一〇七条により婚姻中の氏への変更の申立をし、認容された事例において、東京家庭裁判所の一九五九年（昭和三四）六月一五日の審判が、次のように述べていることに注目しておきたい。

さて、旧来の家名としての氏の機能は、家制度の廃止、両性の平等、個人主義思想の発展にともない、夫婦とその子の呼称として質的転換を遂げるに至ったことは周知のとおりである。しかしまた、氏は名とともに個人の表象であり人格の同一性認定の有力な標識であって、かかる点から、文化、経済生活の複雑化する近代社会において法的安定をはかるため氏の不可変更性の要請は必然的なものということができよう。

ところで、わが夫婦同氏の制度は、夫婦の一方に対し、その者の生来の表象であり同一性の標識であった氏の放棄および他方の氏への改氏を強いることとなり、その者に対したに精神的苦痛を与えるに止まらず、改氏によって社会生活上の、なかならず取引関係での混乱を惹起し、もって氏の不可変更性の根本理由である法的安定性を害するに至るばかりでなく、婚姻による改氏を強いられるのが多く女性の側にある現実をみれば、憲法上保障される両性の本質的平等が実質的に冒される結果を招来するおそれさえあるうえ、本来婚姻と夫婦同氏制が必然的に連繫するものとは解せられず、むしろ氏は婚姻から解放さるべきであるとする思潮を併せ考えると、婚姻に伴い氏を同じくするか別氏とするかの選択の余地のない夫婦同氏制は根本的に再考されなければならないであらう。

ちなみに諸外国の法則をみるに、英国においては妻は当然夫の氏を称するものではなく、妻にとって婚姻前の氏より夫の氏を称する方がより適切である場合に夫の氏を取得させ、またソビエト、(一九二六年婚姻親族後見法第七条)、中国においては夫婦が共同氏を称するか各固有の氏を引続き使用するかはその任意選択に任せられ、夫婦同氏をとるドイツにおいては妻は夫の氏に自己の婚姻前の氏を副えることを妨げられることはない(民法の領域における男女の同権に関する法 第一三五五条)。これをみると、夫婦が夫々の固有の氏を尊重することによって個人の尊重ひいては両性の本質的平等を具現し、他面、固有の氏の尊重が個人の同一姓の認定、法的安定性に益することをうかがい知ることができる。このような法制は婚姻と氏の関係について参考とすべきものが多いであろう。

右の審判において加藤令造家事審判官は、夫婦同氏制が「憲法上保障される両性の本質的平等が実質的に冒される結果を招来するおそれさえある」ことを指摘したうえ「婚姻に伴い氏を同じくするか別氏とするかの選択の余地のない夫婦同氏制は根本的に再考されなければならないであろう。」と述べているのである。加藤家事審判官はさらに「諸外国の法則」を引用し、夫婦別氏が「夫婦が夫々の固有の氏を尊重することによって個人の尊重ひいては両性の本質的平等を具現し、他面、固有の氏の尊重が個人の同一性の認定、法的安定性に益することであろうかといふことができる。」とまで述べている。この加藤家事審判官の主張は、憲法の立場から現在の夫婦別氏(別姓)論の理論的根拠の要点をきわめて的確に指摘したものといえよう。

一九九一年(平成三)度における総理府の「女性に関する意識調査」の結果によっても、夫婦の別姓を選択できる法改正を望む人が全体の三割に上り、「男は仕事、女は家庭」という役割分担を否定する人も、全体の四割に上っている、といわれている。このような情況のもと、夫婦別姓(別氏)は、もはや避け難い時代の流れと

なっている、といつても過言ではない。

渡辺洋三氏は、「この背景には、夫婦別氏（別姓）を求める声が、一般市民とくに女性の間で高まってきたという世論の変化がある。その要因は次の五つである。」⁽⁵⁾として、次のように述べておられる。

第一に、「家族制度」に固執する人がしだいに減少していること。第二に、同氏強制が事実上妻の改氏強制になり、男女の実質的平等に反するという認識が広まってきたこと。

第三に、家族はそれぞれの自立した個人を前提として互いに人格を尊重するものという新しい家族観によれば、人格のシンボルである氏を、夫も妻もみずから自由に決定できるという考え方が出てきたこと（人格権、自己決定権——最高裁一九八八年二月一六日参照）。第四に、この考えをバックアップするかたちで、女子差別撤廃条約や国際人権規約その他の国連レベルでの動きや、諸外国の立法動向が「外圧」として影響を与えていること。第五に、夫婦別氏が認められないと、社会的に働く女性がふえればふえるほど、戸籍上の氏と通称の氏という二重の氏の矛盾が拡がったり、また改氏を好まない若いカップルが、結婚しても届けを出さない事実婚（内縁婚）をえらぶ傾向が増大すること、などである。⁽⁶⁾

もちろん夫婦別氏（別姓）にすれば、夫婦の「一体感」を弱め、ひいては家庭の安定を壊すという意見があることは、私も承知している。⁽⁷⁾

しかし、夫婦の一体感とか、家庭の安定といつても各人各様で夫婦それぞれの価値観によって変わるものである。国家が夫婦の一体感のモデルを示し、それを国民に強制することなどは、あってはならないものであることはいふまでもない。同氏（同姓）によって夫婦の一体感が強まる場合もあるし、同氏（同姓）となったことに

よって既述したように改氏⁽⁸⁾(改姓)した側の自己喪失感や不満がつのり、夫婦の一体感がかえって弱まる場合もある。別氏(別姓)によって、互に配偶者の人格権を尊重した結果、夫婦相互の信頼が深まり一体感が強まる場合もある。従って、夫婦同氏(同姓)を強制することには、合理的理由は認められない。その他、同氏(同姓)の方が便利であるとか、親と子が同氏(同姓)を称することによって子の人権や利益がまもられるという意見もある。

しかし、これらの意見のうち、前者は、女性の社会的活躍がますます増大しつつある現在、女性にとっては本来の氏(姓)を変えないでいる方が便利であるといえるし、各自が結婚しているか否かの問題はプライバシーの問題であって、同氏(姓)によって男女が婚姻関係にあることを証明しなければならない合理的理由はない。後者についても、イギリス・米国・オーストラリア・スウェーデン・東欧諸国・中国など、父または母のいずれの氏(姓)を選択するも自由な国、父の氏(姓)もしくは父と母の氏(姓)の併用の、いずれかを選択すると定めているフランス(一九八六年改正)などが存在し、そのことによる弊害があまり取ざたされていないことを見れば、親と子が同氏(同姓)を称しなければ子の権利や利益がまもられないとする論は、現実において成り立たないことが証明されているといえよう⁽⁹⁾。

それでは、次に私見を述べておこう。

私は、現時点では夫婦は別姓を原則とし、同姓を選択することもできるとすべきであると考えている。別姓を原則とするのは、それに、改革の意味を持たせるためにほかならない。しかも、夫婦別氏ではなく、夫婦別姓とすべきであると考えていることを強調しておきたい。

というのは次の理由である。

我が国も明治民法(民法旧規定)が施行される前は、妻は婚姻後も「所生ノ氏」妻の実家の戸籍の氏を称す

ることを命じられていた。この夫婦別氏は、妻の血統に出身した「家」由緒を明らかにするという役割を果した。それとともに夫婦別氏は、夫の「家」に家族の中における妻の異族的性格を明確にさせ、妻の劣位を確定する意義と機能を果し、かつそのことにより「家」秩序に家族内秩序の維持・確保に機能したのである。⁽¹⁰⁾

歴史的條件も異なり、民法上「家」制度が廃止された今日ではあるが、既述したように「氏」の制度が残され、それが廃止されたはずの「家」制度を現実の日本社会において温存・維持させるとともに男女不平等を助長する法文化を醸成する機能を果している現行法の下で、夫婦別氏がとられても、そのことが必ずしも女性に妻の基本的人格権を十分に保障するものとなりえないと考えられるからである。

従って、まず現行法の氏の制度は廃止されなければならない。そのうえで姓に、名とともに基本的人格権としての実質を備えるように法改正がなされなければならない。それには女性の基本的人格権の結果において、実質において侵すおそれのある現行法の規定の廃止や改正が必要である。

たとえば、次に現行民法と戸籍制度に関連する改正されるべき諸点について述べておこう。

(一) 婚姻適齢における男女差は、なくすべきである。

民法七三二条は、婚姻適齢について男一八歳、女一六歳と男女の婚姻適齢に二歳の差を設けているが（今回の法務省の民法の一部を改正する法律要綱案では、男姓・女姓ともに婚姻適齢満一八歳に改められていることは既述したとおりである）その合理的理由はない。男女が婚姻するに当っては、対等な婚姻生活を送り、自己の生活および子の養育の義務を親から自立して果すことのできる、精神的・経済的・社会的に自立できる能力があればよい。男女の婚姻適齢に、このような差を設けることは、「女子差別撤廃条約」一六条一項の「(g) 夫及び妻の同一の個人的権利（姓及び職業を選択する権利を含む）」に違反する。「女子差別撤廃条約」一六条に関するウィーンセミナーの勧告によっても現行規定は、男女同一に改正すべきである。⁽¹¹⁾

(二) 再婚禁止期間は、廃止すべきである。

民法七三三條一項は「女は、前婚の解消又は取消の日から六箇月を経過した後でなければ、再婚することができない。」と規定している。このような規定が設けられた趣旨は、民法七七二條の父性推定の衝突を回避するためであると説明されてきた。そのような趣旨であれば、再婚禁止期間は一〇一日あればよい。父性推定の衝突が起りうるおそれがあるのは、女性が前婚解消後一〇〇日以内に再婚した場合に限られるからである。このような趣旨から今回の民法改正案では再婚禁止期間は一〇〇日に短縮されたのである。¹⁴⁾

しかし、今日の医学の水準では、前婚の子か、後婚の子かはほぼ判定できるし、また女性が再婚時に妊娠しているかどうかは完全に判定できると考えられる。妊娠していない旨の医師の証明書を付ければ、再婚しようとする女性の婚姻届を受理するよう改正すべきである。父性の推定の衝突が起りえない場合まで一律に女性に對して再婚を禁止する必要性は全く考えられない。このように女性のみに再婚禁止期間を定めるのは、「女性差別撤廃条約」一六條一項の「(a)婚姻をする同一の権利」に反する。よって民法七三三條一項は削除すべきである。¹⁵⁾

(三) 老親の介護を当然に女性の役割とする考え方は、女性の人権の立場から見直されなければならない。とくに一般にもっとも夫の親の介護の負担を背負うことの可能性が大きい「嫁」(とくに長男の妻)は、民法上当然の扶養義務者ではない(民法八七七條二項)¹⁶⁾ことが周知・徹底されなければならない。

しかも一般に民法の扶養義務には、介護義務は含まれないと解すべきである。介護は、予め区切りをつけることのできない高密度の厳しい労働である。従って、あくまでも介護者個人の自発性に任せるべきものであり、法的強制にはなじまない。介護は、一般にそれを背負う女性の愛情と善意を無理強いする無償の労働としてではなく、高度の専門性を必要とする社会的有用労働として位置づけ、直接、社会福祉サービスが担うべきであ

る。¹⁷⁾

しかしながら、現実には老親の介護は、一般に親と同居して、まるごと生活の面倒をみるという「引取り扶養」が多い。「引取り扶養」は、親も子も同居を希望した場合にだけ成り立つものであり、強制はできない。民法の扶養義務は、金銭による経済的扶養が原則である。介護が必要となった場合には、何よりもまず高齢者個人（老親）に社会福祉サービスが提供されるべきであり、高齢者個人（老親）が、その費用を自己負担できない時にはじめて、親は子にその費用を請求できると構成しなければならない。一九九五年（平成七）には、介護休業法が成立し（一九九九年施行）、介護保険や介護手当の導入による新介護システムが検討されている。一九九〇年（平成二）にはじまった在宅介護支援のゴールドプラン「高齢者福祉推進一〇か年概略」も、実現されるまでには幾多の難問がある。¹⁸⁾

高齢者は、一般に納税者として長く国民としての義務を果たしてきたのであるから、その反対給付としても国家は高齢者に介護を中心とする社会福祉サービスを提供すべき義務を負っている。このことは、憲法二五条の本旨からしても当然の国の使命といふべきものである。このような国の使命を果たさせるためにも、姻族間の扶養義務については、これを廃止することも検討すべきではなからうか。¹⁹⁾

一般に夫の老親の事実上の扶養、介護を行うのは、「嫁」である現実と関連して、配偶者の代襲相続権を認めるべきであるとする議論があるので、この点についても検討しておきたい。

代襲相続は、相続人となるべき子が相続の開始以前に死亡または欠格、廃除によって相続権を失った場合（代襲原因）に、その者の子（孫）が代って相続人になることである（民法八八七条二項本文）。しかし、代襲相続人になることができるのは、相続人の直系卑属に限られ、しかも被相続人の直系卑属でなければならない（民法八八七条二項但書）。

このことがもつとも問題となるのは、亡くなった夫の親が営む事業に関して「労務の提供又は財産上の給付」をしたり、あるいは亡夫の親の扶養したり「療養介護その他の方法により」夫の親の「財産の維持又は増加につき特別の寄与をした」場合である。亡夫との間に子がある場合には子が代襲相続人となるが、ない場合の妻は悲惨である。亡夫が本来受け取るべき亡夫の親の遺産は、大低の場合、亡夫の兄弟姉妹あるいはその子に相続される。一九七五年（昭和五〇）の「法制審議会民法部会身分法小委員会中間報告」では、配偶者にも代襲相続権を認めようとする立場から問題点が指摘されたが、一九八〇年（昭和五五）民法改正では見送られた。

一九八〇年（昭和五五）の民法改正では、寄与分が新設された。しかし、農家や自営業の場合のように、親と一緒に事業経営をしたり資金を出すことにより、あるいは親を看護することで、相続財産の維持、増加に対して特別の寄与をした場合にその分が評価されて、特別の相続分が追加されるものである（民法九〇四条の二）。ただし寄与分を主張できるのは、民法上の相続人に限られる。従って、妻が夫の親を長期間「療養介護」しても、夫の親の遺産相続において妻自身の権利として寄与分を主張できない。その代わり、実務上では、現実には「療養介護」⁽²³⁾していない夫を助けたとして、夫の寄与分を認める「夫の履行補助論」が用いられている、といわれている。この場合も夫が亡くなっている時は「夫の履行補助論」は成り立たない。

さらにまた夫婦は別個の人格であり、夫婦別産制であるから、妻の介護労働が夫の寄与分として夫の相続財産になるのは理論的には納得できない。これに対して「嫁」の無償の介護労働を法的に評価して、相続の際に考慮してどうかとか、相続時に報酬を支払うという扶養契約をしてどうか、寄与分を主張できる範囲を拡大してどうかといった議論や提案がなされている。しかし、このような考え方は「嫁」の介護を固定化するという点で問題があり、賛成できない。⁽²⁴⁾

しかも、法定相続人の範囲をできるだけ縮減しようとする現代相続法の動向から考えるならば、上述したよ

うに、問題の多い配偶者の代襲相続権の法定化よりも、先述したような妻の場合は、夫の親の遺言とか夫の親の財産を生前に妻へ贈与するとかの方法によって解決するのが、現時点では妥当な解決方法ではないかと考えられる。⁽²⁴⁾

(四) 戸籍制度を改め、個人一人一人を主体として編製する個人別の身分登録制度とすべきである。

民法改正案研究会が、既に一九四七年（昭和二三）「民法改正案に対する意見書」において主張していたように、戸籍筆頭者との身分関係と氏の異同で入籍・除籍を繰り返す現行の戸籍制度は、憲法の個人の尊厳、男女の本質的平等の理念に反するものである。⁽²⁵⁾

周知のように現在の家族は、きわめて多様である。夫婦と子の家庭、夫婦だけの家庭、親一人の家庭（母子・父子家庭）、一人暮らし、婚姻届をしない事実婚夫婦、親族以外の人との共同生活、同性のカップルなど様々な家庭生活、私生活が共存している。この多様化はますます進行する傾向にある。このような事態の進行を前に夫婦と子という特定の家族像をモデルにすることはもはや現状に適合しない。従って身分登録制度も、このように多様な家族のあり方を保障し、支える制度でなければならない。こうした要求を満たす制度は、個人別身分登録制度以外にない。なお現在、戸籍事務のコンピュータ化が進められ、個人情報保護をはかりつつ、個人別の身分登録制度に切り換えることが可能な状況が生まれている。この機会に戸籍編製の原理を根本的に再検討し、憲法の個人の尊重と男女の本質的平等に適合した制度に改められなければならない。⁽²⁶⁾

以上、本稿は、民法、戸籍法を中心に改正・廃止・削除すべき点などを指摘してきた。しかし、それだけではない。その他の現行法についてみれば、労働法、国籍法、社会保障法、刑事法等の改正などのほか、教育などの政策の面においても改められるべき点が多い。⁽²⁷⁾ これらはすべて「女性差別撤廃条約」の本旨にもとづいて改められなければならない。このような現行法および政策における女性差別が撤廃されてこそ、夫婦別姓は、

法的には、男女各々の基本的人格権としての姓名権の尊重という本来の内容を完全なものとすることができる
といえよう。

現在のように現行法や政策において男女差別を残したまま、夫婦別氏（別姓）が採られるとしても、それは
法的にも基本的人格権の尊重という内容を完全に満たすことにはならない。

しかし、たとえそうであっても、いわゆる「選択的夫婦別姓」制度（私見では「選択的夫婦別氏制度」）が女性
差別撤廃への方向を一步でも前進させることにはまちがいはない。

日本の近代国家は、家族をきびしく規制し、家族に対し「家」制度という枠をはめてきた。この枠は、周知
のように、戦後、「家」制度の廃止によって取り去られた。この「家」制度の廃止は、その後の政治的、経済
的・社会的な諸条件の変貌の中で、人々の間にあった「家」制度的な慣行や「家」制度的な意識を、しだいに
崩壊させていった。

さらに、いわゆる高度経済成長は、それに拍車をかけた。高度経済成長は、地域間、産業間の労働力の大量
移動をもたらしただけでなく、中高年労働力や主婦労働力などの女性労働力をも要求した。それに出生数の減
少も加わって、核家族化をいっそう進行させた。これには「家」制度の廃止が大きく作用したことは否定でき
ない。このように考えるならば「家」制度の廃止は、戦後日本の経済成長を支えた労働力の創出に貢献すると
同時に、経済成長もまた「家」制度的慣行や「家」制度的意識を崩壊させるについて、大きな役割を果たしたと
いうことができる。こうして、現在では、戦後、政府や保守的な政党を中心とする勢力の中にあつた家族制
度を復活しようとする動きも影をひそめてしまっている。

このような情況の中で、現在、国家は、家族をどうしようと考えているのか。それを明確に把握することは
容易ではないが、戦後の日本国憲法や新しい家族法のもと、「家」制度がなくなったからといって、国家が家族

を規制しようと企図しなくなったと考えることは誤りである。既述したように「氏」の制度が存続、維持されそれが、婚姻改氏（とくに妻の側の）を通じて、廃止されたはずの「家」の制度を現実社会において温存・維持（もちろん「家」の観念は、既に指摘したように「戦前的」なものへの回帰というよりも、「戦後的」なもの、「現代的な変容」をうけたものではあるが）させるとともに、男女不平等を助長する法文化を醸成する機能を果している。そのような土壌を基盤として、戦前の「家」制度のような枠組みとしてとらえることはできないにしても、国家や支配的な勢力は、さまざまな手段を用いて、家族に働きかけている。それによって、現在日本の家族は、その導くところに動かされているのではなからうか。「家族は現在でもなお、個性ある人間を作る場ではなく、国家のための多数派形成の手段になっている。」⁽²⁸⁾

私たちは、このような現状認識に立って男女の自己決定権の尊重を前提とする夫婦別姓の実現を推進するとともに、現行法や現実の社会に存在している女性差別を撤廃する不断の努力をつづけていかなければならない。⁽²⁹⁾

(1) 諫山陽太郎『〈別姓〉から問う〈家族〉』（勸草書房、一九九七年）一八頁。

しかし、現行法は法律婚主義を採用しているのだから事実婚を選択するように迫ることは問題である。しかも現行法上、事実婚には、次のようなさまざまな不利益がある。

例えば、事実婚においては、「配偶者」あるいは「認知されない子」には法定相続権が認められていない。遺言によって、これらの者に遺産を承継させることはできるが、この場合の相続税は、法定相続の場合に比べてはるかに高額なものとなるなどの不利益を受ける。また所得税法上においても、事実婚の夫婦には配偶者控除が認められない。また認知がなければ扶養控除も受けられない。その他にも、事実婚を不利益に扱う制度は法律上、事実上、社会のさまざまな分野にみることができ。非嫡出子には相続分の差別があり（民法九〇〇条）、就職や結婚に際して現実に起る差別は深刻なものがある。

- (2) 「家庭裁判月報」一一卷八号（一九五九年）一二三頁。
 - (3) 諸外国の夫婦の氏に関する法制、「比較法の視点からみた夫婦の氏（姓）」については、久武綾子『氏と戸籍の女性史わが国における変遷と諸外国との比較』（世界思想社、一九八八年）一四三頁以下、比較家族史学会監修『シリーズ家族史③氏 黒木三郎・村武精一・瀬野一郎編 家の名・族の名・人の名』（三省堂、一九八八年）一八九頁以下（佐藤篤士・三木妙子・稲本洋之助・奥山恭子・加藤美穂子・李丙洙執筆）、高橋菊江・折井美耶子『二宮周平』夫婦別姓への招待 いま民法改正を目前に』（新版）（有斐閣、一九九五年）九頁以下（高橋執筆）を参照。
 - (4) 広井亮一「家事事件にみる『家』—家族システム論による一視点—」（『家庭裁判月報』四五巻四号、一九九三年）六三頁。
 - (5) 渡辺洋三『日本をどう変えていくのか—「改革」の時代を考える—』（岩波書店、一九九六年）九頁。
 - (6) 同上、一〇頁。
 - (7) 法務省民事局参事官室編『婚姻制度等に関する民法改正要綱試案及び試案の説明』（日本加除出版株式会社、一九九四年）二九頁参照。
- しかし、夫婦別姓反対論には、次のような極端な所説もある。
- 別姓夫婦は、現行家族法のうち義務は極力拒否し、権利のみ受容しようとする身勝手なものであって、現行家族法の親族の範囲、協力扶助、扶養、相続など家族制度の全般にわたって同姓夫婦と異なる扱いをする必要がある。したがって民法のこれら同姓を前提とする家族法を改正し別姓夫婦に適合した家族制度を別に定めるか、別姓を前提とする家族法に改めない限り選択的夫婦別姓は法制化すべきではない。
- どうしても夫婦別姓を実現しようとするならば、現行民法における保護（相続など）を受けない代わりに義務（扶養義務など）も負担することのない事実婚でよいではないかと考えるものである。事実婚は放任行為で法律で禁止されていることもない。ただ事実婚で民法以外の法律で差別があれば、その差別扱いをしないよう改正する必要はある（石原輝「夫婦の絆は同姓から」八木秀次・宮崎哲弥編『夫婦別姓大論破！』洋泉社、一九九六年、一一五頁）。
- (8) 本稿三六頁・三七頁参照。

- (9) 東京弁護士会「選択的夫婦別姓採用に関する意見書」(一九八九年一月一八日)〔戸籍時報〕三七二号、一九八九年)五三頁〜五五頁参照。
- (10) 山中永之佑『日本近代国家の形成と「家」制度』(日本評論社、一九八八年)二四五頁以下。
- (11) 一九八一年(昭和五六)七月に開かれたウィーン国連センターにおけるセミナーでは、(一)婚姻最低年齢は一五歳以下としてはならない。(二)婚姻最低年齢は男女同一とすること。(三)最低年齢は成人年齢を超えてはならないが、引上げの方向で時々再検討すべきであると勧告している(井田恵子「女性差別撤廃条約と日本女性の地位——どこまで改善されたか」(『法学セミナー増刊総合特集シリーズ30 女性そして男性』日本評論社、一九八五年)三九頁〜四〇頁注(3)参照。
- (12) 同上、三九頁。
- (14) 前掲注(7)法務局民事局参事官室編『婚姻制度等に関する民法改正案要綱及び試案の説明』一八頁〜一九頁参照。
- (15) 井田・前掲注(11)「女性差別撤廃条約と日本女性の地位」三九頁。
- (16) 民法第八七七条 直系血族及び兄弟姉妹は、互に扶養をする義務がある。
- 家庭裁判所は、特別の事情があるときは、前項に規定する場合の外、三親等内の親族間において扶養の義務を負わせることができる。
- (17) 山下泰子『戒能民江』神尾真知子『植野妙実子』『法女性学への招待』(有斐閣、一九九六年)一〇四頁(戒能執筆)。
- (18) 同上、一〇四頁〜一〇五頁(戒能執筆)。
なお、介護保険構想の問題点については、渡辺・前掲注(5)『日本をどう変えていくのか』二八頁以下を参照されたい。
- (19) 憲法二五条 すべて国民は健康で文化的な最低限度の生活を営む権利を有する。
- 国はすべての生活部面について、社会福祉、社会保障及び公衆衛生の向上及び増進に努めなければならない。
- (20) この点に関して、先に紹介した民法改正案研究会(本稿三一頁注(6)参照)は、「民法改正案に対する意見書」

の中で、氏との関連で、次のような意見を述べて、家事審判所によって姻族間に扶養義務を負わせる規定の削除を求めている。

(前略—山中注) (改正民法は—山中注) 氏を同じくする直系姻族間でも当然には扶養の権利義務はないことにする代りに、家事審判所に届く親族一般の間でも扶養の権利義務を認める権限を付与している。併しこの規定の狙いは依然嫁と舅姑の間に扶養の権利義務を認めることにあるのだと思われる。殊にこの規定は、「家と氏」の項に述べた如く、寡婦と舅姑との間に姻族関係を残す規定と相俟って、寡婦に対しても働くことになっている。(中略—山中注) 先ず扶養義務者の範囲の拡大は生活保護法の如き社会立法の適用を狭める結果となり扶養の社会化の方向に逆うことを注意しなければならない。

(中略—山中注)

従来家長と家族間の扶養関係こそ「家」の支枝の一つであったのだが、右の様に扶養の規定をみまると、こゝにも旧来の「家」が温存されているのを知る。而も氏や祭祀相続の規定などではどちらかといえば観念的であるが、扶養の規定ではもっと実質的である。少くとも法律上は扶養の権利義務は直系血族及び兄弟姉妹間に認めれば沢山である。(後略—山中注)

〔法律時報〕二〇六号、一九四七年、一一頁

(21) 次に紹介しておく。

二 配偶者の代襲相続権

A 現行法を維持すべきであるとする意見

- (1) 代襲相続権を認めるとすれば、生存する妻の自由を事実上拘束することになり、また、夫の親の遺産をあてにするということは家制度への逆行りでないかと考えられる。我が国では血統相続の思想が根強いが、これを無視してよい。現行制度の下でも実務上特に不合理を感じない。
- (2) 遺産の維持増加に貢献した妻には寄与分として考慮すべきである。
- (3) どういう要件で認めるべきかの立法技術上の問題点が多い。

B 夫婦の一方は他方を代襲して相続することができるものとすべきであるとする意見

(1) 配偶者の一方がその父母より早く死亡したという偶然のため、子の配偶者間で差が生ずるのは不合理・不公平である。

(2) 期待的利益を保護するだけで、家制度の復活とはならない。

C 例えば次のような要件のもとに、配偶者に代襲相続権を認めるべきであるとする意見

ア 夫婦間に子のない場合に限る。

イ 再婚あるいは姻族関係終了の宣言をした場合及び配偶者の死亡後一定年数を経過した場合を除外する。

ウ 代襲相続権の範囲の場合に応じて分ける必要がある(父の妻と子の妻間の衝突の問題がある。)

エ 代襲相続権の範囲を変更する権限を裁判所に与える。

(「ジュリスト」五九六号、一九七五年、八三頁)

(22) 山下＝戒能＝神尾＝植野・前掲注(17)『法女性学への招待』一〇六頁(戒能執筆)。

(23) 同上、同頁。

(24) これは、大阪大学名誉教授久貴忠彦氏の所説であり、同氏から直接御教示をえた。同氏に深謝の意を表したい。

(25) 「法律時報」二〇六号(一九四七年)六頁参照。二宮周平「近代戸籍制度の確立と家族の統制」(比較家族史学会監修利谷信義＝鎌田浩＝平松紘編『シリーズ比較家族―戸籍と身分登録』早稲田大学出版部、一九九六年)一六〇

頁。

(26) 二宮・同上、同頁。

(27) この点については、差し当り、井田・前掲注(11)「女性差別撤廃条約と日本女性の地位」二三三頁以下を参照されたい。

(28) 本稿一九頁参照。

(29) 利谷信義『家族と国家』(筑摩書房、一九八七年)はしがきIV頁。

(30) この点、草柳千早氏が労作「夫婦別姓が導く憲法への道」(Ronza 一九九七年六月号、特集 史観論争が問うもの―いま、憲法を生きる)の最後(同上、一三二頁)で、次のように述べておられるのは傾聴すべきである。

憲法の条文は、彼女たちにとって抽象的なお題目でもなく、また「国家の弱化」を企図して占領軍が起草した外

からの「押しつけ」でもない。憲法が彼女たちにとって自らの感覚を肯定してくれるものであるということ、それは、裏を返せば、彼女たちの感覚が憲法の理念の具現化であるということにはかならない。憲法の理念は、生活実感として「生きている」のだ。

その意味で、今「夫婦別姓」の要求という形で上げられている彼女たちの声は、われわれの社会にとって、憲法以後という歴史的時間のなかでこそ、はぐくまれえた貴重な果実なのである。これを否定するのではなく、結実させ、次の時代に向けての確かな一里塚とすることこそが、われわれのなすべき課題なのではないだろうか。

（後記） 本稿は、一九九七年（平成九）四月二七日に行われた法制史学会第四九回総会（於専修大学）における「シン

ポジウム日中法史における夫婦の氏」で、私が担当した「総論」の報告をもとに作成されたものである。学会の席上、会員諸氏から御質問、御意見をいただき、貴重な御示教をえた。厚く御礼申し上げる次第である。

なお、本稿の作成に当っては、大阪大学図書館、関西大学図書館に大へんお世話になり、資料の収集には、大阪芸術大学・羽衣学園短期大学非常勤講師（大阪大学法学部研究生）高倉史人氏の御助力をえた。深謝の意を表したい。

末筆になって恐縮であるが、故福岡庸教授の追悼記念号に寄稿することになったのは、痛恨の極みである。福岡教授とは、大阪大学在職の頃から、行き合えば立話をする程度の交流があった。本学に移ってから、そのような交流は変らなかった。丁度、経営学部設置に際し、法学コースを設けるか否かが教授会で審議された時のことであった。教授は、「自分は個人としては法学コースを設けることに反対だが、君たち専門家の意見を尊重して反対はしない」と、私に耳打ちされたことが深く心に残っている。謹んで教授の御冥福をお祈り申し上げる。