

夫婦別氏について

館 幸 嗣

- I. 問題の所在
- II. 民法改正要綱に至るまでの経緯
- III. 親族法を要保護性保護補完法と捉える考え方から
- IV. 結語

I. 問題の所在

民法750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、婚姻の効果として夫婦同氏を規定する。本条は、廃止された旧法の「戸主及ヒ家族ハ其家ノ氏ヲ称ス」（民法旧746条）に対応するものである。旧法は、氏を家の呼称としてとらえていた。すなわち、氏は家の呼称であり夫婦・親子に限局されない親族集団の名称でもあった。現行法は、家としての氏を廃止したが、夫婦と未婚の子を構成員とする家族集団の名称として氏は残されたとされ⁽¹⁾、ここから新法下の「氏」をめぐる論争がスタートしたといえる。

男女平等や個人の尊厳を最大限に認める新憲法の下にあって、750条は、形式的には夫と妻の話し合いの中から夫婦の氏を決定するとしているので、そういった視点からは男女の平等に反しないともいえる。しかし、現実には婚姻の際に夫婦間で定める氏は約97%が夫の氏を選択している⁽²⁾。すなわち、婚姻の際における氏の選択は、特殊な理由のない限りは夫婦の話

し合いとなっているが、実際には妻の氏を選択する場合はまれであるということである。この実体が果たして男女平等に適するものなのか、また、女性の社会への進出が盛んになるにつれ、婚姻による改氏が女性のそれまで作り上げてきたアイデンティティーや社会的立場に不利益を生ぜしめる等の問題が提起されるようになってきた。すなわち、具体的には、国立大学に勤務する女性教員が自己を表示するのに旧姓を用いたいという申し出が争われるという形で問題提起がなされた⁽³⁾。この裁判を契機に、公務員における旧姓使用が制度化されるようになった。

かかる女性の立場を考慮した結果として、夫婦別氏を含む選択的夫婦別氏制度が民法の改正の課題となってきた（1994年要項試案）。特に1999年に制定された男女共同参画社会基本法のもと、「社会制度・慣行の見直し、意識改革」の視点から選択的別氏制度がさらに検討されることとなった。その後選択的夫婦別氏制度は、何度か国会に上程される手前までしたが、反対も多く未だ国会に上程されていない⁽⁴⁾。

本稿で論ずるところは、本学の法学研究会で報告した内容に若干の手を加えたものである。すなわち、同研究会で夫婦別氏問題を発表したときは、この夫婦別氏の可否に関し、親族法は私的保護法という視点から、すなわち、要保護性保護補完法の視点からどのように把握されるかを指摘した。かかる考えは、わが師である、故沼正也先生が生涯かけて指摘されたことである⁽⁵⁾。今日、民法大改正が実行されようとしている中で、その議論は民法の基礎であるパンデクテンの基本構造の検証のないままに行われようとしている。こういった点に関し、今回の夫婦別紙の検証を通して、故沼先生が生きておられたら指摘されたであろう点を推察しながら、併せて指摘するものである。なお、氏の性格等々の諸種の議論については、必要な範囲ですでになされている研究の成果をお借りし、素描しながら論を進めたい。

II. 民法改正要綱に至るまでの経緯

(1) 明治政府の成立から民法施行まで

周知のごとく、氏は明治時代にはいるまでは、特権身分階級に属する者の呼称であった。すなわち、武士団や貴族及び苗字帯刀を許された者の呼称であった。したがって、明治に入った時点で氏を称する者は、約6%ほどしかいなかったとされる⁽⁶⁾。明治政府が苗字にとった最初の政策は、旧幕府賜姓松平の否定であり、次いで明治3年(1870年)に「平民苗字許容令」が出された。すなわち、「自今平民苗氏被差許候事」との布告が出されたが、この布告はあくまで平民が苗字を公称することを認めただけであり、強制ではなかった。この苗字を許す方針は、国民を苗字と名で掌握する必要があると行われたとされる。すなわち、税の確定と徴兵という視点からとされる⁽⁷⁾。したがって、明治8年に、「平民苗字必称令」を布告し、全国民に苗字を称することを義務として強制した。なお、今日では、氏、苗字、姓はほぼ同義として用いられているが、歴史的にはそれらは異なる意味があった。たとえば、足利は苗字であり、氏は源氏で姓は朝臣という場合である。

国家が国民に苗字を称することをしたが、多くの国民にとってどうでもよいことであった。また、女性が嫁いだ際には、その氏は、実家の氏を称すべきとした。すなわち、婚姻した妻はいずれの氏を称すべきかにつき、庶民が氏を持つようになってから夫婦同氏が「地方の慣習」であり「民間普通の慣例」であるとの各府県からの問い合わせに対し、太政官(内務省)は、妻が夫の家を相続する場合を除き一貫して「所生ノ氏」すなわち実家の氏を称すべきと回答していた。すなわち、夫婦同氏とは逆に、古来からは、妻は「異姓の人」とされ別氏が当たり前であった⁽⁸⁾。

しかし、明治31年(1898年)の民法施行によって、氏は家の呼称となり、妻もその家の氏を称することとなった。すなわち、ここにはじめて夫

婦同氏となり今日に至っている。このようにわが国の夫婦の氏は、古来からの別氏から民法施行によって同氏となったのである。以上に見てきたように、夫婦同氏がわが国古来の習わしである等の議論は、当を得たものではない。言うならば、その議論は、わずか100年余の歴史しかないのである。多くの人々の古来から存在すると言う認識は、かつて鎖国が日本古来からの制度と思い込んだと同様に、100年程度で作られた認識なのである。

(2) 戦後の民法大改正から夫婦別氏論の登場

個人の尊厳と男女平等を基調とした民法の大改正により、家制度は廃止されたが、氏は残った⁽⁹⁾。上述したように、この氏に関しては、かつての家の呼称から個人を特定する呼称とされようになった。現行750条が制定されたときに、個人の意思自由や男女平等から問題性はないかとの若干の疑問が出されたが、そのままとなった。すなわち、中川善之助先生が税務大学の「民法改正余話」で述べられているように、750条について、夫婦は別氏でも良いのではとの提案が起草委員会でなされたようだが、賛成者が少なかったとされている。特に若手の先生が反対されたと述べられている⁽¹⁰⁾。

夫婦別氏論が主張され始めたのは、昭和30年前後からとされている。すなわち、法制審議会における民法750条の改正審議が、昭和29年頃から開始されたのである⁽¹¹⁾。さらに夫婦別氏を求める具体的な動きは、昭和59年(1984年)に東京で「夫婦別氏をすすめる会」が結成されてからとされる。その後別氏論に関する学者の見解が多くなされ、平成元年(1989年)には東京弁護士会によって「選択的夫婦別氏制採用に関する意見書」がなされ、平成8年(1994年)の法務省民事局参事官室の「婚姻制度等に関する民法改正要綱試案」(以下「改正試案」と略す)へと展開してきている⁽¹²⁾。

夫婦別氏を採用すべきとする理由として以下のことが挙げられる。

① 夫婦同氏制は、形式的に平等でも、実際上は女性に一方的な不利益をもたらす女性差別の規定である。すなわち、結婚・離婚のたびに氏が変わることにより、公文書や貯金通帳などの名義変更などといった、社会生

活上や日常生活上の不利益が生じる。また、離婚した事実を氏の変更によって他人に知られる。さらに、新たな氏を名乗らされることは、過去の自分を否定されるようで耐えられない。

② 氏は個人の呼称といいながら、夫婦同氏等により家名的色彩をおびる。すなわち、夫の家に取り込まれ嫁扱いにされるというイメージとなり、家的な残滓が見え隠れする。

③ 今日、一人っ子が多くなっているとき、その者同士の婚姻は跡継ぎを期待する親からの反対等で、法律上の障害ではないが、事実上の障害として婚姻が制約される。その結果、事実婚でいる場合が出てくる⁽¹³⁾。

これに対し、夫婦同氏賛成者は以下のような理由を挙げる。

① 同じ氏になった方が婚姻したという実感がわく。すなわち、別氏だと夫婦という気がしないし、一つの家庭という意識や家族の一体感が無い。

② 夫婦の氏が異なると、この氏をどうするかという問題が出る。すなわち、兄弟で氏が異なる場合が出たりしたら好ましいと言えないし、親子で異なる氏という場合も生ずる。これらの異なりは、いじめの原因ともなりかねない。

③ 夫婦同氏は婚姻した夫婦を識別するのに役立つ。

④ 夫婦同氏は社会的慣行であり、世間の常識である。すなわち、世間の多くは夫婦同氏に格別の疑問を持っていない。従って、夫婦別氏は時期尚早である⁽¹⁴⁾。

この夫婦同氏維持論に対し、別氏制論者からは、同氏強制はなんら合理的理由が見出せないと批判を加えている。すなわち、

① 夫婦、家族の一体感といったものは個人により、また夫婦毎に異なりうるものであるし、夫婦同氏に必然的に結びつくものではない。法律は、こうした情緒的なものよりも、現実の不利益を救済すべきである。

② 氏を同じくすることで夫婦を識別しやすいことにも合理性がない。別々の氏を称している夫婦が法律婚であっても、事実婚であっても取引き

の相手方の保護が大きく異なることにはならないであろうから、日常取引上も不都合はない。

③ 子の氏は、自由に選べるようにすればよい。子が両親の一方と氏を異にしても、子の利益を損なうことにはならない。父母の意見が合わないために子の氏が決定できない場合が考えられるのであれば、そのときのために法律上の方策を講じておけばよい⁽¹⁵⁾。

このように、夫婦別氏賛成の意見が徐々に強くなってきた。それらの意見を受けて、法務省は「婚姻制度等に関する民法改正要綱試案」を提示した。その中で、夫婦別氏については、選択的夫婦別氏制度を導入する理由につき次のように説明している。

「昭和50年代に入ってから、選択的夫婦別氏制の導入を求める意見が次第に有力となってきた。…国民の間に、生来の氏を称し続けることが一種の人格的利益であると主張する見解が次第に広がりを見せてきている。この主張は、最高裁の昭和62年2月16日の判決（民集42-2-27）が氏名について、個人を他人から識別し特定するという社会的機能を有するとともに、…「人格権の一内容を構成する」と判示するに及んで…このことが夫婦別氏制の導入を求める意見が高まりを見せる一つの契機となった。」「国民の価値観・人生観が多様化してきたことを背景として、国民のかなりな層に夫婦別氏の採用を求める声が存在している」「理由付けはさまざまであるが、別氏制を採用すべきであるとする意見が支配的であったことにかんがみれば、夫婦の氏についても、画一的に同氏とする制度ではなく、個人の人生観・価値観の違いを許容する制度に改められるべきであると考えられる」こと、「法理論の面においても、我が国において、近時ますます個人の尊厳に対する自覚が高まりを見せている状況を考慮すれば、個人の氏に対する人格的利益を法制度上保護すべき時機が到来しているといつて差し支えなからう」「夫婦が別氏を称することが、夫婦・親子関係の本質なり理念に反するものでないことは、既に世界の多くの国において夫婦別氏制が実現していることの一事をとっても明らかであること」、したがって

「夫婦別氏制の導入は、単に将来の検討課題に止まらず、優れて今日的課題といってよい」。ただし、「夫婦別氏制の根本精神は、婚姻によって氏を改めないという利益を保護することにある」から、「これとは別の利益…の観点からの考慮が必要となり、「これらの諸利益の合理的な調整を考慮した制度を設計すべきである」としている⁽¹⁶⁾。

この理由付けによって、改正試案は、A案からC案を提示している。

すなわち、A案は

夫婦の氏（750条関係）

（1） 夫婦の氏は、婚姻の際に定めるところに従い、夫又は妻の氏を称するものとする。ただし、この定めをしないこととすることもできるものとする。（以下、この定めをして夫又は妻の氏を称する夫婦を「同氏夫婦」といい、この定めをしないで、それぞれ婚姻前の氏を称する夫婦を「別氏夫婦」という。）

（2） 別氏夫婦は、婚姻の際に、夫又は妻のいずれかの氏を、子が称する氏として定めなければならないものとする。

（3） 別氏夫婦は、婚姻後、戸籍法の定めるところにより届け出ることによって、夫又は妻の氏を称することができるものとする。

B案は

夫婦の氏（750条関係）

（1） 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ことができるものとする。（以下、この定めをして夫又は妻の氏を称する夫婦を「同氏夫婦」といい、この定めをしないで、それぞれ婚姻前の氏を称する夫婦を「別氏夫婦」という。）

（注） 婚姻後の別氏夫婦から同氏夫婦への転換及び同氏夫婦から別氏夫婦への転換は、いずれも認めないこととする。

C案は

夫婦の氏（750条関係）

（1） 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

ものとする。

(2) 婚姻により氏を改めた夫又は妻は、相手方の同意を得て、婚姻の届け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、婚姻前の氏を自己の呼称とすることができるものとする⁽¹⁷⁾。

(3) (2)により婚姻前の氏を自己の呼称とする夫又は妻は、戸籍法の定めるところによって、その呼称を廃止することができるものとする。

上記B案は、個人の個性等の氏の性格を重く見るものとして適とする者が多かったが、国民的コンセンサスは未だこの段階にはないとして時期尚早とされ、C案は、夫婦別氏の趣旨が後退するとして採用しないとされ、結局A案が適とされた⁽¹⁸⁾。

この要綱試案を基調として、今日まで幾度か政府案として国会に提出されんとしたが、夫婦別氏制度の反対を示す国会議員や地方議員あるいは宗教団体等の反対によって、国会への上程が阻止され今日に至っている。いわゆる伝統的な反対論者は、夫婦同氏制の導入は、「家族の崩壊を招く」、「家族の一体感がそこなわれる」と言った反対論であった。民主党が政権を取ったとき、夫婦別氏案が国会に上程される寸前まで行った。しかるに、同時期に行われた参議院選挙で民主党が大敗したので、国会に提案されるのが見送られた。さらにその後の衆議院選挙において再び民主党が記録的な大敗北をし、政権が自民党・公明党に移り、夫婦別氏の問題は、政治の場から消え去ったようになっている。

Ⅲ. 親族法を要保護性保護補完法と捉える考え方から

今日の親族法の理解については、通説および殆どの学者は、相続法と合わせ、家族関係を規律する法や身分関係を規律する法と理解している。これに対し、筆者は、故沼正也先生が説かれた、私的保護法あるいは要保護性保護補完法という立場を取る。すなわち、親族法は、要保護性を必要とする不完全者を何からも無条件に保護補完し、独立・平等・自由の理念的

属性を備えた完全者同士の対抗関係の場である財産法の世界に送り込む場の法であると言うことである。すなわち、この考えに基づいて、本稿における夫婦別姓について考察するものである。したがって、民法典における親族法の本質を考察するには、まず近代民法はいかなる任を担う法であるかを明らかにしておかなければならない。すなわち、近代市民社会と民法及び親族法について考察する必要がある。次いで、親族法の構造について言及する必要があるだろう。

1. 近代市民社会と民法及び親族法

民法における親族法が担う役割を明らかにするには、その前提となる近代市民社会およびその実現を任とする近代市民社会法（国家法としては民法）を検討しておく必要があるだろう。ただし、対象とする事柄の本質を明らかにするには、その根元から検討しなければならないからである。

(1) 近代市民社会

近代市民社会に関しては、すでに沼先生がその膨大な著書の随所で論じられている。また、筆者においても論文の随所において検討してきた。したがって、ここではその結論的な部分を述べるにとどめる⁽¹⁹⁾。

近代市民社会は、近代啓蒙家の理論の中、夢的存在として構築された社会である。すなわち、啓蒙家たちが生存していた絶対王政期（高度に完成された封建社会）を否定した社会（アンチテーゼな社会）を、それぞれの啓蒙家たちが模索した社会が、近代市民社会である。封建社会にあっては、人と人は生まれながらの身分による支配・被支配関係が法的・政治的に容認されており、また、外界の事物に関しては腕力支配（弱肉強食）が容認されていた（先天的・後天的自然的属性の法的・政治的受容）。こういった封建社会を全否定した社会が近代市民社会である。したがって正確には、近代市民社会とは非封建社会という概念である。すなわち、人と人の関係は、「独立」「平等」「自由」な理念的属性を強制的に帶有せしめ、人と外界に事物との関わりは、理念意志支配で帰属させるという社会が近代市民

社会である。

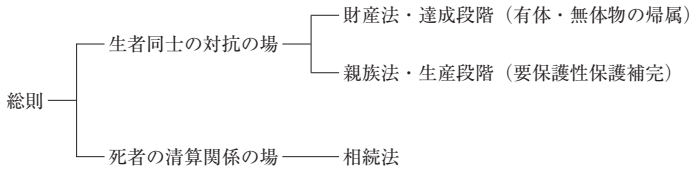
この市民社会に「近代」を冠するのは、歴史的時代概念である「近代」を指すものではない。ギリシア・ローマの古代市民社会と区別する意味で「近代」と冠するのであって、例えば、企業の近代化といったような用法と同様に歴史的時代概念とは異次元の用法である（以下、特に断りのない限り「近代市民社会」を単に「市民社会」と表記する）。またかかる非封建社会を市民社会と称するのは、その社会の主たる構成員が「市民」であるからである。

かかる啓蒙家たちの夢的であった市民社会が、現実の実践社会として登場するのは、アメリカの独立戦争やフランス革命の結果としてである。これらの革命を通して成立する近代国家は、その人権宣言において「自由」「平等」そして「友愛」を標榜し、具体的な法制度として近代民法典（ナポレオン法典）を制定し、近代国家が市民社会実現の担い手となることを宣言したのである。すなわち、近代国家は市民社会の実現を定言命題として掲げることを宣言したと言うことである。

（２）市民社会法としての民法の構造

親族法の担う任を明らかにするには、その前提となる民法典の構造を検討しておく必要がある。けだし、パンデクテンシステムとして構築される民法典にあって、親族法がいかに位置づけられているかを明らかにするには、その基底である民法の構造の考察から理論的に析出されるからである。すなわち、川島博士も法における矛盾律構成が不可避とされているように⁽²⁰⁾、法における有効・無効、有罪・無罪といった効力の付与・非付与といった強制力性よりして、曖昧性を排除した厳密な2区分分類が、法論理において必然なものとなる。したがって分類基準に則しA対非Aという中間性を排除した厳密な2区分分類によって法が構成される論理性に基づき、対象とする概念を明らかにするには、その上部的概念（民法）の考察から下部的概念（親族法）を析出することになる。

前述したように市民社会は、すべての人に「独立」「平等」「自由」の理



念的属性を強制的に帶有せしめ、外界の事物は理念意志の支配にゆだねる社会である。したがって、市民社会の実現を直截的に受けて成立している民法典は、当然に、すべての人に「独立」「平等」「自由」（この原理的表現は「個人主義」「平等主義」「自由主義」である）の理念的属性を強制的に帶有せしめ、外界の事物は理念意志の支配（権利能力性と具体的には権利という意思の力で物を帰属させる）にゆだねるという考えに基づいて構成されることになる。すなわち、原理的表現と権利能力性の合体において、民法は三大原則として、「個人財産権の尊重の原則」（所有権不可侵の原則）・「私的自治の原則」（契約自由の原則）・「自己責任の原則」（過失責任の原則）を掲げた。

しかるに現実の人間は、必ずしもすべてが対等であるといえない。いかに人が経済的・知的・体力的に止揚されたとしても、大人・子供、男・女という人間であるが故の属性としての不対等が止揚しえず存在することになる。定言命題は、すべての人に「独立」「平等」「自由」にである。したがって、消去できない不対等な者（理念的属性の現実非帶有者＝要保護者）を法的強制を用いても極力対等者に近づける機構を構築せざるをえなくなる。すなわち、要保護性保護補完の機構が不可避となるということである。

かかる点に関し沼先生は、「独立」「平等」「自由」の理念的属性の現実帶有者を「達成段階」とし、「独立」「平等」「自由」の現実非帶有者を保護補完する場を「生産段階機構」と名付けられている⁽²¹⁾。この生産段階機構の任を担う民法の場が、親族法である（詳細は、後述「親族法の構造」で論ずる）。これに対し達成段階機構は、財産法の世界と称され、理念の

達成者同士の意思と意思の対抗関係の場となる。

(3) 親族法の構造

親族法の本質に関し通説の学者は、相続法と併せて、基本的には「身分関係を規律する法」とか「親族関係を規律する法」と説く⁽²²⁾。親族法が「親族関係」あるいは「家族関係」の法であるならばそこに規定される事項は、すべて「親族」または「家族」に関するものとなる論理性が必要である。この点に関し沼先生は、「財産の法と親族の法では、A 対非 A になりません。…財産法を非親族法だと構成してみても親族法じたいの中に後見や保佐のような親族関係に立たない者の関係が便宜付加的なものとしてではなく重要な制度として規律されているので正しい構成付けというわけにはいきませんし、逆に親族法を非財産法と構成すればたとえばあらゆる親族間の財産関係ないし経済関係の一切の法規整を財産法のなかに移管せしめなければ収まらない」ことになると説かれる⁽²³⁾。通説の学者の親族法の定義的説明は、前述した法における A 対非 A の 2 区分分類法に妥当しない定義付け、すなわち、論理性に欠ける情緒的なものであるといわざるをえない。

市民社会は、すべての人が誰にも拘束されず（独立）、互いに対等な立場で（平等）、己の意思に従い自由に行動できる（自由）ことを理想として掲げる。したがって財産法の場合に登場する者は、「独立」「平等」「自由」の現実帯有者として互いに自由な意思と意思との対抗関係を演ずる。そこでどのような者が現実帯有者であるか法規整によって明示する必要がある。その明示手段が従来の無能力者制度（現制限能力者制度）であった。すなわち、自分で自分の身の回りの始末をできない者に対する「事実的監護」（「身辺看護」：第 1 類型）、「自由意志」を全く備えていないかまたは不完全な者に対する補完としての「行為的監護」（第 2 類型）、自分の労働力や蓄えで生活していけない者に対する金銭等の付与という「経済的監護」（第 3 類型）といった 3 類型の 1 つ以上に該当する者を不完全者とする。そのいずれにも妥当しない者は完全者としてそのままの状態で財産法の場合

の構成員として自由に対抗関係に入る。これらの3種類の監護は、年齢という生理的要因（未成年者）、知的・身体的障害者等の病理的要因（被後見人・被補佐人・被補助人；以前の禁治産者・準禁治産者）及び経済的要因によって生ずる。

問題は、こういった3種類の1つ以上に該当する者をそのまま切り捨ててよいかである。市民社会法は、すべての人に「独立」「平等」「自由」にを定言命題とする。そうであるならば、法の強制性を用いて一歩でも完全者に近づけ、完全者同士の対抗関係の場である財産法に送り込むシステムが不可避となる。不完全者といった要保護状態の者を保護補完する機構が民法に必要であるということである。かかる要保護性保護補完機構の任を担わされたのが、親族法である⁽²⁴⁾。したがって、親族法は具体的に3種類のいずれかに該当する場合の保護につき規定することとなる。すなわち、未成年者は第1型における要保護者として監護教育（820条）の保護を受け、被後見人についてはその意思を尊重し療養看護（858条）という保護を受けさせる。第2型の要保護については、未成年者に対する法律行為の同意・法定代理（5条・824条）、被後見人に対する法定代理（859条・同条の2、同条の3）、被保佐人の重要な取引に対する同意（12条1項）、被補助人の特定の法律行為に対する同意（16条1項）である。なお、被保佐人及び被補助人の特定の行為につき家庭裁判所の審判によって保佐人及び補助人に代理権を与えることもある（876条の4・同条の9）。第3型の要保護は扶養である。旧法では、自分の資産や労働などで生活ができなくなり、あるいは教育を受けられなくなった者は、扶養を必要とする者としていた（旧法959条1項）。戦後の大改正において家主義的と見誤られ削除されたが、要保護性保護補完という考えはなおも生きている。

親族法は、かように、要保護性保護補完法としてであると定義づけられるが、要保護性保護補完は、定言命題よりして無条件になされなければならない性質のものである。すなわち、意思からも対価関係からも責任関係からも無条件に保護がなされなければならないということである。したが

って、要保護性保護補完の担い手は自己犠牲の上でこの任に就任することとなる。こういった割りの悪い仕事は、よほど特殊な考えの人でない限り、基本的には引き受けたがらないといって過言ではないであろう。しかし誰かにこの分の悪い任を押しつけなければならないというのが無条件原理である。そこで考案されたのが動物に内在する相互扶助の本能（この場合は、人に内在する相互扶助）の活用である。

相互扶助が、もっとも強く作用するのは血縁関係においてであるとされる。すなわち、種族保存の本能として強く作用するということである。次いで地縁関係である。血縁関係においても、その血縁が近ければ近いほど相互扶助がそれに比例して強く作用するとされる。この相互扶助の作用の強弱を関係を計数化して示すのが親等といえよう。親子は1親等であるからもっとも強く相互扶助が作用するということになる。しかしこのような保護補完の任は相当に自己犠牲を強いられるので、無限定にその範囲を広げるわけにはいかない。行き過ぎた相互扶助は、制度そのものを破綻させる虞があるだろうし、誰もがそこまで負担しないであろう。そこで親族の義務として相互扶助の作用する範囲を定める必然性が出てくる。この点に関し親族法は、「直系血族および兄弟姉妹」「3親等内の親族間」（877条参照）という範囲を示している。親族の範囲は、6親等内の血族までとされているが、877条で義務づけられた者以外の親族は、「直系の血族及び同居の親族は、互いに助け合わなければならない」（730条）の保護法的趣旨に基づき、扶ける余力があれば協力するという関係になるかと考える。

かくして単に親族関係を規律する法ではない機構に「親族」を冠したのは、非封建社会に市民社会と冠したと同様に、その機構の主たる担い手-要保護性保護補完の責任を負わされる者が親族的身分関係を有するものである点においてである。これらの血縁関係を有する者は、血縁者に対し意識的・無意識的に種族保存の本能からして相互扶助を働かせると考えられるからである。

ところで婚姻及びその解消である離婚には、要保護性補完との関係が存

在するか疑問が考えられるであろう。婚姻や離婚は親族法の重要な規定となっているから、その点も指摘しておかねばならないであろう。

婚姻を成立せしめる婚姻契約自体は直截的には保護法といえないであろう。しかし、婚姻は成立した段階から夫婦が共同し互いに最小単位である共同社会のパートナーとして扶け合う関係が生ずる。さらには、その婚姻から保護を必要とする子が誕生する原因ともなっているのである。したがって、婚姻は保護と密接な関係を有するのである。この点に関し沼先生は、「配偶関係という創設的な身分関係は、その創設の主観的・客観的意図において、すでに、夫婦共同体という団体の形成とその当事者における相互扶助的保護を内蔵するものであり、…因となり果となる底において、必然的に、家計の共同を伴う夫婦共同『団体』と、彼等相互の間における『保護』の二概念と密接に結合したもので…親と未成年のことの親族的身分『関係』についても、既に、生物学的・生理学的にいて、『団体』概念と『保護』概念との同時存在にある」と説かれる⁽²⁵⁾。また、離婚というのはそこから生ずる配偶者の生活、未成年の子の親権・監護・教育等々の保護と密接に関係する。したがって、婚姻や離婚も要保護性保護補完法たる親族法の重要な構成要素となる。

2. 婚姻の効果としての夫婦別氏の意義

以上、市民社会とその実現の直截的担い手である民法及び親族法につき考察した。その考察に基づき、婚姻の効果である夫婦別氏について検討する。すなわち、親族法は情緒的な「身分関係を規律する法」や「家族関係の法」ではなく、私的保護法としての要保護性保護補完補法であるという視点から夫婦別姓を検討するということである。夫婦別氏に関する従来までの多くの研究は⁽²⁶⁾、上述した要保護性の立場から検討されたものではない。したがって、要保護性保護補完補の視点から、どのように考えられるかを検証するものである。

夫婦別氏の検討に入る前に、「氏」とは何かを検討しておく必要がある

う。近代的婚姻法における「氏」の検討を行うに当たっては、まず、近代的婚姻である一夫一婦制の本質について考察しておく必要がある。この点については哲学者のカントは、「互いの性器の排他的使用の相互承認である」⁽²⁷⁾と説いている。婚姻とは互いの愛とよくいわれるが、愛は不確かですぐに冷めやすいので本質ではない。離婚原因の第一に配偶者の不貞な行為があげられているが(770条)、その本質から導かれたものである。この視点から750条以下の婚姻の効果は、本質に対して必然的に導かれたものであるかがこれからの氏の検討にとって重要になる。必然的であれば、その効果に反することは絶対的に認容されないということになるからである。夫婦同氏(750条)や同居義務(752条)は、かかる排他的使用を実行する場合に有用であるが、絶対的ではない。したがって、これと異なる行為が行われても必ずしも無効とされるわけではない。すなわち、夫婦同氏や同居と異なる規定を置いて、婚姻の本質に反することがないということである。

ところで、氏は名と共に個人を識別する呼称であるとされる。しかし、名前は、自由に命名することができるが、氏は出生時点で非自由的に定まっている。また、名前は文字的に同じであっても、法的には同一の名はあり得ない。この名に対し、氏は同一の氏が存在する。すなわち、旧法から新法に移る際に観念的な家集団は滅びたが、事実的な家族集団は残り個人の呼称とその家族集団の呼称としての氏は残された。したがって、氏は個人の属する血縁団体あるいは血統の名称である点は否定できない。こういった氏の性質に関し沼先生は、市民社会法のなかでいかに位置づけられるか苦慮されていた⁽²⁸⁾。確かに氏は「家破れて氏が残った」といわれたように、封建的概念である家制度という側面は消えたが、氏そのものは旧態依然と同じ形で残った。すなわち、家の呼称として残ったのである。したがって、氏は本質的に市民社会の個人の意思の最大限の尊重に反するものとする。沼先生はかかる点を突き詰めると立法論としては適であるが、現実の解釈論としてはどう考えるべきかにつき苦慮された。

氏を個人の呼称である点を徹底するならば、個人の意思尊重からすれば、出生の時点で、名前と同様に親の氏と異なる自由な氏、例えば、「山本」という親から生まれた子に対し「徳川」と称させても良さそうである。しかし、そうすると、この氏と名はその本質は全く同じとなり、いずれも呼称（名）の前半部と後半部となってしまう。このことは、明治期に入る前までの苗字なしの何兵衛や何作と本質的に変わりがないこととなるとされる⁽²⁹⁾。しかし、市民社会は、個々人の自由を最大限に尊重するという視点に立てば、氏であってもその選択は個々人の自由にゆだねるべきかと考える。祭祀の継承や、国王等の地位の承継には連綿と続いた氏が必要であるならばそうすべきであろう。しかし、この場合であっても利害関係人が連綿と異なる氏でなくともよいと了解すれば、自由な氏を創氏してもよいのではないかと考える。豊臣秀吉は、木下、羽柴とその地位の変化に伴い氏を変えた。また、家康は、松平から「徳川」に氏を変えた。このように、氏といっても合市民社会的視点からは、本質的に名乗る人の必要性に応じて自由に変更できるという性質と理解すべきではないかと考える。

そうであるならば、ここで考えておかなければならないことは、氏の法定性（非自由性）と命名の自由性ということが、近代市民社会法において論理的に説明しうるものなのかそうでないかということであろう。すなわち、本稿の随所で指摘してきたように、個人意思のあくなき尊重という近代市民社会の大前提に対し、個人の呼称の一部分の中に法定性（非自由性）が認容されうるものなのかという視点から考察しておく必要があると言うことである。従来までの夫婦別氏の議論は、かかる点からの本質的考察が抜けているのではないかと考える。

民法は、周知の通り、任意代理と法定代理を置いている。前者は自由性で後者は非自由性である。この法定代理の非自由性については、個々人の意思尊重の近代法においても違和感なく当然視されている。すなわち、任意代理は財産法次元での完全者対完全者との関係において許容されている

道具立てであり、法定代理は親族法次元での要保護者を無条件で保護補完して財産法の次元に送り込む道具立てである。この要保護性保護補完の道具立てが新法下の「氏」に対応しているものなのかを考えておかねばならない。

この要保護性保護補完の道具立てであるが、「氏」はそれに対応しているかである。すなわち、父母と未成熟の子とは同じ氏を非自由で称させられ、同じ氏を称することによって一方から他方に対する扶養その他の保護が強制的に負わせられているかである。たとえば、親の未成年の子への扶養義務や親権についてであるが、夫婦が離婚し、夫婦の氏が別になったとする。そのさいの子の氏は、父の氏か母の氏となる（790条1項但書）。子が父の氏を称することとなったとすると、父は親権者となり、最先順位の扶養義務者となるのかである。しかし、氏は親権や扶養義務とは全く関係がなく、父・母共に扶養の義務を負い、その間に順位はない。このように、「氏」からは、保護的効果は親権・後見という道具立てや、父・母という親族関係に分配されており、「氏」という概念に統一的に直結されていない。したがって、氏は、直接的な要保護性についても、また、間接的な要保護性についても全く保護に連結するところはないということになる。

したがって、保護と言うことから氏の法定性は導き出せないということになり、血縁性の法的受容としての氏は、厳密には親族法の規律対象ではないということになる。氏は手続法上の規律対象で、戸籍法上のものとなる。いわば、氏は、親族法が直接・間接な要保護性の補完を限度として自然的属性の法的受容を許す法分野であることに便乗して、親族法の中に割り込まされたものといえる。保護に連結しない血縁性の法的受容は本質的には手続法上でも許されないということになる。このことから、氏ないし氏名の手続法的法統制は、戸籍法上血縁性の法的受容から切断し、純粹に個人の呼称とする制度に改めるべきとするのが、近代法の強く要請するところだとなる。

上述したように、氏名は個々人を区別する呼称であるという視点に立てば、どのような氏を称するかは各人の自由にゆだねるべきとするのが合市民社会的となろう。たとえば、成人に達すれば、自分の意思で自由な氏を選択することも可能とすべきであろう。したがって夫婦別氏も許されるべきであるし、婚姻にさいし夫の氏でもなく、妻の氏でもなく第三者の氏を共通に称することも許容すべきだろうし、あるいは妻は夫の氏に自分の従来の氏を並記し新しい氏とすることも許容されるべきであろう。氏と名は結合せしめられて単なる呼称とすることにより、住所と共に実体法上のものとなるということである。こういったことから、氏は、財産法・親族法・相続法の上位次元としての民法総則にその規定の場所が与えられるべきものとすべきである⁽³⁰⁾。

IV. 結語

以上に、夫婦同氏そして夫婦別氏の可否につき市民社会法の視点から検討を加えてきた。多くの進歩的と称される学者は、個人の尊厳と男女平等という視点から、夫婦別氏が妥当としている。これらの説かれるところは、結論的には正しい方向を示すものといえるであろう。しかしその別氏を導く論理性に、情緒的な点が多く見られる。すなわち、民法は市民社会の直截的な基礎法であるという視点の理解のもとで論証されていない。親族法の構造で検討してきたように、婚姻契約自体は直ちに要保護性に結びつくものではない。したがって、その段階での婚姻の効果（夫婦同氏や同居義務）は要保護性保護補完に直結しないから財産法的考えとなる。すなわち、個々人の自由な意思を尊重する場となる。かかる視点から論理的に（合市民社会的視点）夫婦別氏を論じないから、反対論者から、「家族が崩壊する」や「家族の一体感がそぐなわれる」あるいは「戸籍制度が壊れる」などと反撃されるのである。

上述のごとく、氏は、本質的に要保護性に関係するものではないにもか

かわらず、曖昧性の中からこっそりと親族法に潜り込まされたものである。かかる点を正視するならば、夫婦別氏に対する反対も単なる感情論であり、また、歴史的に見ても、夫婦同氏はわずか100年ぐらいのものであり、その役割は、権力側の人民掌握という視点からの道具立てであった。こういった点を考えるならば、できるだけ早い時期に、民法750条を削除し、夫婦は自由に氏を選択できることとし、その規定も正しい意味で民法総則に置かれるような法改正が望まれると考える。さらには、立法論としては、氏の選択は、個々人の自由な意思に委ね、血縁的連続性を望むものは家族集団として伝えてきた氏を選択すればよいし、秀吉や家康のように自分の都合に合わせ氏を自己の意思で自由に選択するのも可能とすべきであろう。

なお、今日民法の大改正を行おうとの動きがなされているが、大改正と称する割には基本的な箇所についての検討がほとんどないといえる。大改正というならば、わが民法の編別構造とドイツ民法の構造との違い、すなわち、前者は、「総則」「物権」「債権」「親族」「相続」とされ、後者は「総則」「債務関係法」「物権」「親族」「相続」につき、なぜこうなったかの基本的な検討を加えるべきであるということである。また、この5編は、本稿の図で示しておいたように、重畳的2区分法で構築されていることの検討がなされていない。これらの検討がなおざりにされているから、大改正というかけ声ばかりに止まらざるを得ないのではと考えるものである。こういった民法のバンデクテンシステムの基本的構造に関する研究が行われるならば⁽³¹⁾、本稿でのテーマも正しい方向から考察がなされるといえるのである。

本稿脱稿後、最高裁（平成27年12月16日）において夫婦別氏規定が合憲であるとの判決がなされた。本稿で論じてきたように、この判決は、市民社会の民法の考えに逆行するものであると考える。きわめて残念な判決と考える。

注

- (1) 二宮修平「夫婦別姓（選択的夫婦別紙制度）」ジュリスト1336号17頁。久武綾子「氏と戸籍の女性史」（世界思想社）133頁以下。同氏「夫婦別姓」（世界思想社）114頁以下。我妻栄「親族法」（有斐閣）415頁以下。
- (2) 久武・前掲書「夫婦別姓」131-2頁。
- (3) 二宮・前掲論文13頁以下。
- (4) 民主党が政権を取っていたときに、国会に上程される寸前までいったが、政権の崩壊と共にこの件は沙汰済みとなっている。
- (5) 沼先生の著作に関しては、拙稿「成年後見制度の制定とその課題」（中央学院大学社会システム研究所紀要2巻2号）192頁註7参照。
- (6) 井戸田博史「家族の法と歴史」（世界思想社）36頁。
- (7) 同上37頁以下参照。久武・前掲書「氏と戸籍の女性史」92頁以下参照。
- (8) 同上72頁以下参照。久武「家族とは何か—夫婦別姓、その歴史と背景（4）明示民法施行前（2）」戸籍時報525号45頁以下参照。
- (9) 宮沢俊義氏は、この結果に対し、「家破れて氏あり」と諧謔的に述べられている（宮沢俊義「法律タイムズ」1巻6・7号25頁）。
- (10) （中川善之助「民法改正余話」（税務大学校昭和46年3月1日号「民法随想円⑥」）加藤一郎・星野澄子・鳥居淳子・利谷信義・大森政輔「〈座談会〉夫婦別姓の検討課題」所収・ジュリスト936号95頁）。
- (11) 久武・前掲書「夫婦別姓」97頁以下。
- (12) 井戸田・前掲書96頁以下参照。
- (13) 床谷文雄「夫婦別氏制度と戸籍制度の再検討（1）」民商89巻169ページー171頁参照。二宮・前掲論文10頁参照。
- (14) 同上172頁。
- (15) 同上172-3頁。
- (16) 婚姻制度等に関する民法改正要綱試案・ジュリスト1050号220頁以下。
- (17) 同上233頁以下。
- (18) 「婚姻制度等に関する民法改正要綱試案」に対する意見の概要（上）・ジュリスト1074号84頁以下参照。
- (19) 沼先生の著作集は20数巻に及ぶ膨大なものである。その随所に、市民社会と法について述べられている。ここではその著書を紹介するにとどめる。「親族法の総論的構造」（沼著作集第1巻）、「財産法の原理と親族法の原理」（沼著作集第2巻）、「家族法の基本構造」（沼著作集第3巻）、「民法における最善性と次善性」（沼著作集第4巻）、「法学へのささやかな接近」（沼著作集第5巻）、「民法のうちそと小品集」（沼著作集第6巻）、「民法における

- テーマとモチーフ」(沼著作集第7巻)、「親族法コンメンタール・総論・総則」(沼著作集第8巻)、「親族法準コンメンタール・婚姻I」(沼著作集第9巻)、「試論無体物債権総論」(沼著作集第14巻)、「民法の世界」(沼著作集第15巻)、「墓場の家族法とゆりかごの財産法」(沼著作集第16巻)、「与える強制と奪う強制」(沼著作集第17巻)、「Dum Pam Pelisek にて」(沼著作集第18巻)、「Pan Pam Pelsisek との対話」(沼著作集第19巻)、「民法総則 comments」(沼著作集第20巻)、「二分における生活と法理論」(沼著作集第21巻)、「民法を成立せしめているテーゼ群」(沼著作集第22巻)、「物権法 comments」(沼著作集第23巻)、「民法学の二つの流れ」(沼著作集第24巻)、「Pandektensystem における Institutionessystem の交錯」(沼著作集第25巻)、「民法学の不確定性」(沼著作集第26巻)、「一区切り」(沼著作集第27巻)、「エイジレスの法理」(沼著作集第32巻)である。なお、拙著「製造物責任序説—権利論を中心に」尚学社・63頁以下及びその他の論文の随所で市民社会と法について論じている。
- (20) 川島武宜「民法講義第1巻序説」(岩波書店)12-3頁、同民法総則(法律学全集・有斐閣)9頁。なお沼先生は、法におけるテーゼDとして「法における対蹠的2区分は、あらゆる法の分類を2区分に導く」と説かれる(沼前掲書「民法のテーゼ群」81頁)。
- (21) 沼前掲書「墓場の家族法」127頁以下参照。
- (22) この点に関し沼先生は、「財産法と親族法は、どのように対立的・完結的な論理構成が構想されているのであろうか…わが国の学者は一般に…この両者相まって完結的な論理体系をなすものであることの看過せられていた」と批判されている(沼前掲書「準コンメ・総論・総則」319頁)。
- (23) 沼前掲書「墓場の家族法」131-2頁。
- (24) 同前掲書「親族法の総論的構造」41頁。
- (25) 沼先生はこの点に関し、「最後には一夫一婦制の定め、優生学的近親婚の禁、直接的な要保護性の補完のうち社会保障等の充実によっても社会みずからが担当することの不可能な者ないしは私人に分配するほうがより要保護性の補完に資するもののみを残存せしめるばかりです」(沼前掲書「墓場の家族法」152-3頁)と説かれる。
- (26) 氏および夫婦別氏等の論文については、久武・前掲書「夫婦部性」114頁以下に紹介されている。
- (27) 沼前掲書「墓場の家族法」172頁以下参照。
- (28) 沼「私法体系における氏名の位置づけ—氏の血縁性」(前掲書「民法におけるテーマとモチーフ」所収)46頁以下。

- (29) 同上48頁以下参照。
- (30) 沼前掲書「Pan Pam Pelsisek との対話」258頁以下参照。
- (31) 水津太郎「民法総則の意義-総則思考の構造-」（池田真朗・平野裕之・西原慎治「民法（債権法）改正の論理」所収）511頁以下参照。水津准教授はパンデクテンおよび民法総則について詳細に検討されているが、その構造が重疊的2区分法になっているとの認識は見られない。誰が何を言ったかではなく、パンデクテンはどのような構造でなされているかが重要なのである。その重疊的2区分法の分析が行われなければ、残念ながら民法の基本構造が解けないのである。