

意見書

2011 年 12 月 5 日

立命館大学法学部教授

二宮 周平

二宮 周平 

目次

- I はじめに
- II 家制度の結果としての夫婦同氏制の実現
- III 現行法における夫婦同氏制の立法上の根拠
- IV 氏名権から見た夫婦同氏制の問題点
- V 立法事実の変化
- VI おわりに

I はじめに

本意見書では、第1に、夫婦同氏制（民法750条）の立法上の根拠について、「氏」に関する日本の法制度の変遷の過程を踏まえて検討する。第2に、氏の法的性質に関する学説を概観した上で、氏名権が生成された法的論理をたどり、氏的人格権的把握から夫婦同氏制の問題点を指摘する。第3に、家族の現実の変化、家族のあり方や女性の生き方をめぐる国民の意識の変化及び夫婦の氏に関する世論調査の変化を示す。結論として、民法750条には、氏名権という人格権を侵害してまで守るべき立法目的ないし公的利益が存在しないこと、したがって、民法体系上、保護されるべき人格権を侵害する規定となっていることを論証する。

II 家制度の結果としての夫婦同氏制の実現

1 「氏」の必要性

江戸時代、苗字は、帯刀とともに武士などの身分的特権、血統、由緒を示し、百姓町人などは幕府や大名などの領主の許しがなければ、苗字を公称できなかった。明治政府は、こうした苗字許可権を否定し、1870（明治3）年、「自今平民苗字被差許候事」として、平民に苗字を自由に公称することを認めた（9月19日太政官布告608号）。この布告を建議した細川潤次郎は、その経緯について、

「どうも天賦固有の権利を同等に持ち居りながら、人為の階級に抛りて、平民ばかりには名前のみを呼ばせて、苗字をいはせぬ。苗字を呼ぶことは相ならぬと申すのでありますから、随分圧制な訳です。又一方から考へると、随分窮屈な理由です。元来、人の姓名といふものは、自他の区別を相立てて、相乱れざる様にするものであって見れば、……姓氏を其の名前の上に加えて、一層之が区別を容易ならしむるやうにせねばならぬ」（増本登志子・久武綾子・井戸田博史『氏と家族』（大蔵省印刷局、1999）9 頁〔井戸田〕より）と述べていた。井戸田教授によれば、この太政官布告による苗字の自由は、それまでの苗字が持っていた身分特権性、権力付与性、公称許可性を否定したものであり、苗字の質的变化があったことを意味している（井戸田・前掲書 9 頁）。

他方で、明治政府は、国内統一及び不平等条約の改正などの事情から、強力な中央集権国家を建設する必要に迫られていた。治安維持、徴税（年貢から金納）、徴兵（国民皆兵）、義務教育などのために、国民の現況を把握する必要がある、その方法として、国民すべてを「戸」を単位に掌握しようとした（井戸田・前掲書 10 頁）。それが、1871（明治 4）年制定の戸籍法である。戸籍において国民は、苗字と名前で特定されることとなった。

このように、苗字を自由に公称できることは、一方では、「四民平等」という封建的身分制からの解放を意味する。苗字を名乗る自由は、苗字を名乗らない自由も含むはずだが、一方では、苗字は名と組み合わせることによって、個人の識別機能を高めるとともに、近代国家建設という国家目的の手段としての戸籍制度の確立に必要なことでもあった。しかし、苗字の必要性を認識しない人々も多く、苗字を名乗ろうとしなかったり、苗字や名前を勝手に変更するなどの混乱があった。1875（明治 8）年、陸軍省は、「僻遠ノ小民ニ至リ候テハ現今尚苗字無之者モ有之兵籍上取調方ニ於テ甚差支候」（地方の庶民にはまだ苗字をもっていない者があるが、兵籍の取り調べに非常に差し支える）と問題を指摘し、「右等ノモノ無之様御達相成度……此段相伺候也」として、苗字を名乗ることの徹底を求めていた（1 月 14 日陸軍省伺）。個人の識別機能を高めるという目的のためには、こうした混乱を防ぐ必要がある。

明治政府は、1872（明治 5）年、「華族ヨリ平民ニ至ル迄、自今苗字名並屋号共改称不相成候事」として、苗字・名の不可変更性を明示し（8 月 24 日太政官

布告 235 号)、1875 (明治 8) 年、「平民苗字被差許候旨明治三年九月布告候処、自今必苗字相唱可申」として、苗字強制を明示した (2 月 13 日太政官布告 22 号)。後者の布告は、「平民苗字必唱令」であり、国民すべてに苗字を名乗ることを義務づけ、まだ苗字のない人には、新たに苗字を設けることを強制し (「尤祖先以来苗字不分明ノ向ハ新タニ苗字ヲ設ケ候様可致」)、いったん決めた以上は、前者の不可変更令により、変更できないこととなった。久武教授によれば、1876 (明治 9) 年 1 月 1 日調の日本全国戸籍表では、平民の戸数は 685 万 4121 であり、すでに苗字を公称していた階層 (約 6 % と推測されている) を除くと、公けに苗字を登録した戸籍が、500 ～ 600 万くらいあったことになる (久武・前掲書 186 頁)。

以上のように、明治初年において、国民すべてが苗字を名乗るというシステムが戸籍制度とも連動して確立した。苗字 (氏) は、封建的身分制からの解放と個人の識別機能を高めるという役割を担っていた。

2 夫婦別氏の採用と庶民の慣行とのギャップ

1875 (明治 8) 年 2 月の「平民苗字必唱令」から間もない、1875 年 5 月、石川県から内務省に対して、「凡ソ、婦人嫁シテ後、終身其生家ノ苗字ヲ称スヘキ儀ニ候哉、又ハ夫家ノ苗字ヲ唱フヘキ儀ニ候哉、相伺候也」という伺いが出された。同様の疑問が地方から多く出されたため、内務省は、判断に困り太政官に伺いを立てた。明治政府は、1876 (明治 9) 年、「婦女人ニ嫁スルモ尚所生ノ氏ヲ用ユ可キ事。但夫ノ家ヲ相続シタル上ハ夫家ノ氏ヲ称スヘキ事」との指令を出した (3 月 17 日太政官指令)。

妻は婚姻をしても、なお所生の氏 (生家の氏) を名乗るとしたのは、姓氏はあくまでも出自を表すという前近代の伝統、いわば武士などの特権階級の慣行が踏襲されているとみることができる。他方、夫の家を相続した場合には、夫の家の氏を称するとした点は、妻が夫の家を相続することが認められていなかった江戸時代の慣行とは異なる。

しかし、この「所生ノ氏」という指令に対して、「婚家ノ氏ヲ称スルハ地方一般ノ慣行」(宮城県)、「民間普通ノ慣例ニ拠レハ婦ハ夫ノ氏ヲ称シ、其生家ノ氏ヲ称スル者ハ極メテ僅々」(東京府) など、毎年のように、多くの地方から疑問

視する伺いが出された（井戸田・前掲書 86 頁）。井戸田教授は、武士など特権階級では、妻は他系から入ってきた余所者であることを明らかにし、また妻は後継ぎを産むための道具であり、子を産む腹の出所を明らかにするために、生家の氏を名乗らせたが、庶民の多くでは、「生活が家族の協業で維持され、妻の働きが重要であった庶民にとっては、嫁入り婚姻であっても、妻は婚家でそれなりの場を占めて」おり、「夫婦一体の生活実態と意識があった」ことから、「夫婦同氏観が芽生え、それが当然のことのよう意識されたとしても不思議ではない」としつつ、他方で、妻の氏を夫家の氏と区別するほどのこともないため、庶民すべてが苗字を持つようになると、政府のとり夫婦別氏政策に疑問が出たのだと分析する（井戸田・前掲書 88 ～ 90 頁）。

以上のように、庶民の場合、夫婦が協力して働き家族生活を営む中、苗字を名乗ることができるようになった段階において、妻が「所生ノ氏」を名乗る必然性がないことから、政府の方針に疑問や批判が出たことは、法制度における氏のあり方が国民の家族生活の実態に左右されることを示唆している。

3 明治民法における家制度と夫婦同氏

近代的な民法典の制定は、1870（明治 3）年から始められた。1878（明治 11）年に作成された「民法草案」では、「婦ハ其夫ノ姓ヲ用フ可シ」と規定された。夫婦の氏に関する最初の法案であり、前述の夫婦別氏を原則とした太政官指令とは異なる。1888（明治 21）年に作成された「民法第一草案」でも、「婦其夫ノ氏ヲ称シ、其身分ニ従フトキハ之ヲ普通婚姻ト云フ」と規定されており、婚姻によって妻は夫に従うのだから、妻は夫の氏を称すべきものであると考えられていた。なおこの法典編纂過程で、「苗字」や「姓」は使用されず、「氏」に統一されていた。

しかし、1890（明治 23）年に成立・公布された「民法」では、家制度が前面に出てくる。「戸主トハ一家ノ長ヲ謂ヒ」「家族トハ戸主ノ配偶者及ヒ其家ニ在ル親族、姻族ヲ謂フ」とされ、「戸主及ヒ家族ハ其家ノ氏ヲ称ス」と規定され、「家ノ氏」という観念が登場した。妻は婚姻によって夫の家の家族となり、夫の家の氏を称することとなった。つまり夫家の氏への夫婦同氏が実現された。

この「民法」は 1893（明治 26）年から施行されることになっていたが、フラ

ンス人ボワソナードの強い影響の下に作成されたことから、自由主義・個人主義の色彩が強く、この民法が実施されると日本古来の家族制度が破壊されると強く非難された。穂積八束の「民法出デテ忠孝亡ブ」という言辭がこの動きを象徴しており、1892（明治 25）年、その施行は無期延期となり、結局実施されないままに終わり、翌年、政府は改めて民法を編纂することにした。

1893（明治 26）年に設置された法典調査会の審議の中で、起草委員の 1 人、梅謙次郎は、明治民法 788 条「妻ハ婚姻ニ因リテ夫ノ家ニ入ル」について、次のように述べる。

「妻ガ夫ノ家ニ入ルト云フコトガ慣習デアル以上ハ、夫ノ家ニ入ツテ居リナガラ併ナガラ実家ノ苗字ヲ唱ヘルト云フコトハ理屈ニ合ハヌ……戸主及ヒ家族ハ其家ノ氏ヲ称スルト云フ原則ニ依テ、妻ハ夫ノ苗字ヲ唱ヘルト云フコトニナラナケレバナラヌト考ヘマス」

1898（明治 31 年）年、民法親族編・相続編が成立した（1898 年制定の民法は、その親族編・相続篇につき、1947 年に大改正されたため、民法旧規定と呼ぶが、一般には「明治民法」と称されることが多い）。ここでは、氏は家の名称となり、「戸主及ヒ家族ハ其家ノ氏ヲ称ス」（746 条）と規定され、婚姻によって夫の家に入る妻は、夫の家の氏を称し、その結果として、夫家の氏による夫婦同氏となった。この点で、1890 年の民法と同じ立場だった。

注意すべきは、明治民法上の氏は、法律上の「家」の名、「家」名であったことである。子は父の血を受け継いでいるから、父と同じ氏を名乗るのではなく、子は生まれることにより父の「家」に属する結果、父と同じ氏を名乗ることになる。氏は家と家を識別する標識であり、氏から、身分的特権性のみならず血統性も否定されたのである（井戸田・前掲書 95 頁）。

民法施行から 4 ヶ月後に刊行された、奥田義人『民法親族法論 全』（有斐閣書房、1898）では、「氏ハ家ニ属スル名称ニシテ、以テ他ノ家ト区別スル所以ナリ。我邦往古ノ旧慣ニ於テハ、人ノ妻トナリテ他家ニ入リタル後モ、尚、生家ノ氏ヲ称スルノ慣習アリ。維新以降ニ於テモ、法律上ノ關係に於テハ尚此旧慣在リタルコト、太政官若クハ司法省等ノ指令ニ依リテ明ナリト雖モ、此慣習ハ既ニ事実上廢滅ニ帰セルヲ以テ、本法ハ氏ヲ以テ専ラ家ニ属スル名称トナシ、同一ノ家ニ在ルモノハ皆同一ノ氏ヲ称スルヲ要セシメタリ」（62 ～ 63 頁）と記

されている。ここでは、妻は「所生ノ氏ヲ用ユ可キ事」とした、1876年3月17日太政官指令が、慣習として基盤を失っていることが明示される一方、明治初期の家族生活共同体としての夫婦同氏という庶民の慣行には何も言及がなく、明治民法で確立した家制度の下、氏は家に属する名称であり、同一の家にある者はすべて家の氏を名乗り、他の家と区別されることの意義が強調されている。

明治民法は、個人の識別機能を有する氏が家に属するかどうかによって決定されるシステムを採用したのである。立法者が編纂過程で述べたように、まさに夫の家に属するが故の、夫の家の氏による夫婦同氏であり、夫婦同氏の積極的な根拠は何ら示されていない。家の論理が全てであり、根拠を示す必要もなかったのである。

III 現行法における夫婦同氏制の立法上の根拠

1 夫婦同氏規定の制定

1946年11月3日、日本国憲法の公布に伴い、1947年12月22日、民法親族・相続編は憲法24条に基づき、個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚して全面改正され、家制度が廃止された。氏に関していえば、家制度の廃止により、氏は家の呼称ではなくなった。しかし、夫婦同氏制が維持された。その過程を整理する。現行の夫婦同氏規定（民法750条）に至るまで、次のような提案、法案が検討された。

まず①1946年7月20日「民法改正要綱案」（幹事案）において、「第3 婚姻の効力」として「（甲）妻は夫の姓を称するものとする、（乙）民法に別段の規定を為さず社会の慣習に委ねることとする」とされた。

②1946年7月29日「民法改正要綱案」（起草委員第2次案）では、「第7 妻は夫の姓を称すること、但し当事者の意思に依り夫が妻の姓を称するを妨げざるものとする」として、夫の姓による夫婦同姓が原則とされ、合意があれば、妻の姓を称することもできる規定が提案された。なお子の姓については、父の姓を称し、父の知れざる子は母の姓を称するとしていた（第17）。③1946年7月30日「民法改正要綱案」（第2小委員会決議）も同じ規定である。

④ 1946 年 8 月 15 日「民法改正要綱案」（法制審議会第 2 回総会決議）では、「第 8 夫婦は共に夫の氏を称するものとする、但し入夫婚姻に該る場合に於て当事者の意思に依り妻の氏を称するを妨げざるものとする」と規定された。「姓」の方が「家族制度のにおいがしない」「氏というのは家族制度的な意味があるから姓にしてみよう」ということから、①②③では、「姓」が用いられたが、「その必要もなかろうということで」、④では「氏」に戻った。また妻の氏を称することができる場合について、②③では当事者の意思に依るとしていたものを、④では入夫婚姻に限定している。これがそのまま⑤ 1946 年 8 月 19 日「民法改正要綱案」（臨時法制調査会総会原案）、⑥ 1946 年 9 月 11 日「民法改正要綱」（司法法制審議会第 3 回総会決議）となった。唄教授は、この変遷について、氏が男系性を原則とすること、しかもそれは単純に男系的であるのではなく、「入夫婚姻に該る場合」には敢えて女系的であることを認容することを示すものであり、そこに自ずから旧法の家名たる氏をしのばせるものがあると指摘している（唄孝一『戦後改革と家族法』（日本評論社、1992）155 頁）。

こうした要綱の作成と同時進行で、改正民法の条文作成も行われており、1946 年 8 月 11 日、民法改正法案第 1 次案では、「夫婦ハ共ニ夫ノ氏ヲ称ス、但シ当事者カ婚姻ト同時ニ反対ノ意思ヲ表示シタルトキハ妻ノ氏ヲ称ス」とされていた。以降、8 月 20 日第 2 次案から、1947 年 3 月 1 日の第 6 次案まで、この規定だった。この第 6 次案は、起草委員の一応の結論ともいうべき案であり、GHQ との折衝に入る前の最終の案だったとされる（我妻栄編『戦後における民法改正の経過』（日本評論社、1956）301 頁）。「民法改正要綱」では、妻の氏を夫婦の氏にする場合を「入夫婚姻に該る場合」に限定すると修正していたが、起草委員はこれを無視して、上述の条文作成をした。守旧派との対立を推測することができるが、夫の氏を称することを原則とし、妻の氏を称することを例外とする点で、なお氏の男系性を維持している（唄・前掲書 164 頁）。

GHQ はこの点を批判し、その結果、第 6 次案は、1947 年 4 月 14 日、「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」と修正され、17 日には「夫婦ハ共ニ婚姻ノ際ニ定ムル所ニ従ヒ夫又ハ妻ノ氏ヲ称ス」と再修正され、1947 年 6 月 24 日の第 7 次案となり、現行法の体裁となった。GHQ の批判に対して、起草者は、第 6 次案の但書で、「当事者カ婚姻ト同時ニ反対ノ意思ヲ表示シタル

トキハ妻ノ氏ヲ称ス」として、妻の氏を夫婦の氏とする道が残されているので、6次案までの考え方は、「当事者の意思は夫の氏を称するのが通常だから、特に妻の氏を称するといわなければ夫の氏になるというだけで、どちらでも自由に選べるのだから、それが憲法の男女平等の精神に反するというようなことは夢にも思わなかったのですが」と述懐する（我妻編・前掲書 131 ～ 132 頁〔村上朝一〕）。したがって、「たいしたこともないからというので、簡単に直した」のであり（同書 132 頁〔村上〕）、「表現を変えただけでしょう。実質的には何の関係もない」という認識だった（同書 132 頁〔長野潔〕）。

この制定過程において、夫婦同氏の立法上の根拠は何も語られていない。夫の氏による夫婦同氏についても、「当事者の意思は夫の氏を称するのが通常だから」という程度の理由しかない。しかし、「民法改正要綱」が、夫婦同氏の立法上の根拠を示唆する。それは「第一 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に即して規律すること。（第八〔夫の氏による夫婦同氏、引用者注、以下同じ〕、第十六〔父母離婚の場合の子の氏の定め〕、第十八〔父の氏による親子同氏〕、第二十五〔養子の場合の親子同氏〕、第三十三〔氏を同じくする直系姻族間の扶養の権利義務〕等参照）」として、親族共同生活を現実に即して規律する上での関連要綱として、氏に関する諸規定が参照されていることである。

2 夫婦同氏制の立法上の根拠

氏に関する規定について、民法改正において主要な役割を担った我妻栄は、臨時法制調査会総会（1946 年 8 月 22 日）において、次のように述べた（我妻編・前掲書 251 頁）。

「夫婦は氏を同じうして、共に夫の氏を称するのだ、それから養子に行けば養家の氏を称するのだ、離婚に依って夫婦別れをすれば氏を異にすることになるのだ、又嫁入った人が夫に死別して実家に帰るということになれば、之は又元の氏に帰るのだという、我々の家族共同生活が或る場合に集り、或る場合に分れるというのを、氏を変更するという、そういう観念で現していこう、そうしてそれを基礎として、親が子供に対して親権を行使する場合には氏を同じうする親といういき方でいこう、……又扶養というようなことも、氏を同じうす

るかしないかという所を一つの拠り所として之を考えていこう、かように氏というものを頭の中に考えまして、その氏を同じうするか、しないかということが現実の共同生活が一緒になる、ならぬという所を抑える一つの拠り所にしようという風に考えている訳であります」と。

また「民法改正要綱と家族制度との関係」（法律タイムズ所収、1947年4月、我妻栄『家の制度～その倫理と法理』（酣燈社、1948）123頁より）では、次のように記述する。

「本要綱は親族共同生活を現実に即して規律せんとする。即ち、先ず、夫婦は通例共に夫の氏を称し、その間の子は父母の氏を称し、男の子が婚姻すれば夫妻共にその氏を称する。……その他、現実の親族共同生活団体の変動を、能う限り氏の変動に反映させると共に、氏を中心として、始祖を同じうする親族団体の縦の発展を示さんとする」と。

我妻は、家制度の廃止に抵抗する守旧派を説得するため、法律上は家制度をなくすが、現実の家族制度＝共同生活まで否定するわけではないことを強調しており（我妻編・前掲書 250～251頁）、現実の家族共同生活と氏を関連づけることも、こうした説得、妥協の意味合いを持っていた。これに対して、宮沢俊義は、氏が家と同じ作用を果たすことを見抜き、「家破れて氏あり」と批判した（宮沢俊義「家破れて氏あり」法律タイムズ 1 巻 6 = 7 号（1947）25 頁）。当時の新進気鋭の民法学者である磯田進、内田力蔵、川島武宜、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、渡邊美恵子は、民法改正案研究会を組織し、「氏は家と異ならぬ」「民主化の不徹底」と鋭く批判した。「民主的親族相続法では氏は唯各個人の符号であり、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』の観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」と（民法改正案研究会「民法改正案に対する意見書」法律時報 19 巻 8 号（1947）5 頁）。

この批判を受けて、我妻と同じく改正を担った中川善之助は、多大の共感を覚える点がないでもないとしながら、「問題は、現実の立法としてどの程度にまで『民主的家族法』の純度を保つべきか」ということであるとし、民法改正案研究会の批判は、「親子が同じ氏を称したいと願ったり、結婚や離婚や養子縁組などに関連して、或る氏をもつことを欲したり、別の氏に変わることを嫌った

りする」、そうした「今日実在する国民的感情を余りにも無視し過ぎる感がある」と反論した（中川善之助『民法改正案意見書』異見」法律タイムズ 1 巻 6 = 7 号（1947）13 頁）。

最終的に改正民法では、氏の異同は親権や扶養とは無関係になったが、個人の呼称には純化されず、夫婦同氏、親子同氏、離婚や離縁による復氏を原則として、氏と家族関係の変動が連結された。また子の氏の変更（民法 791 条）も、共同生活と氏が一致する手段として位置づけられた。

以上のように、夫婦同氏制の立法上の根拠としてあげられるものは、共同生活をする者は同じ氏を称しているという、当時の習俗のみである。しかも、それは明治民法の下で、戸主及び家族は家の氏を称するという規定の下で国民に浸透したものであり、中川が指摘するような国民的感情も家制度の下で培われたものだった。新憲法の下、「戸主や父親だけが特別に一家の中心となっていたわが国のむかしからの『家』の制度もかわって、お互いの人格を尊び男女の平等を主眼として家庭を営むように改められた。このように男と女はまったく平等になり、いままでのような家族制度にしばられることはなくなった。そのかわりこれからの男女は結婚や夫婦生活に対して全く自分で責任をおう必要がある」（憲法普及会編『新しい憲法 明るい生活』（1947）より）と、国民に対して訴えかけた「民主的な家族」の習俗、慣行ではないのである。

広渡教授は、夫婦同氏制の根拠について、次のように述べる（広渡清吾「氏名法について～ドイツと日本の比較法史的考察」太田知行・中村哲也編『民事法秩序の生成と展開』（創文社、1996）249 頁）。明治民法は、氏を家への帰属関係によって決定するシステムを採用したから、夫婦同氏制は家を同じくする者は氏を同じくするという原則に吸収されて、独自の原則ではありえなかった。同じく夫婦同氏制を採用したドイツ民法典では、婚姻共同体の親密性と全生涯にわたる意義をもって、夫婦の氏名的一体性が説明されたが、明治民法ではこうした説明の必要がなかった。代わりに存在したのが、家の論理である。戦後家族法は、家の否定によって夫婦同氏の従前の基礎を解体しながら、なお同氏制を維持したから、新たに夫婦同氏制の根拠を形成し、かつ平等原則を実現するという課題をになうものとなったと。

しかし、これまで概観してきたように、新たな根拠は形成されなかった。し

たがって、夫婦同氏制は、伝来的な習俗によって説明するほかはなくなるのである（広渡・前掲論文 250 頁）。『注釈民法』においても、「民法が氏（夫婦親子は呼称を同じくすること）を定めているのは、国民感情に適するものとして、また社会的な慣習として設けられたもの」と説明されている（青山道夫編『注釈民法(20)親族(1)』（有斐閣、1966）319 頁〔黒木三郎〕）。夫婦同氏制の立法上の根拠は、家制度の下で培われた伝来的な習俗しかなかったのだから、平等原則の実現の認識が起草者に乏しかったのも当然の結果である。

3 夫婦同氏強制への疑問

この民法改正時において、中川は、夫婦別氏論を提案していた。夫婦が同じ氏になるという要求は、家族制度的なものに根ざしており、将来、女性の地位が高くなり、個人の自主独立が確乎としてくれば、当然問題とされるに違いない点だと思うと指摘していた（中川・前掲論文 13 頁）。夫婦同氏制の根拠が習俗に依拠するのであれば、家族の実態や家族観が変化し、新たな習俗や国民感情が形成された場合には、同氏制の根拠はなくなることを意味している。中川の記述は、これを予想するものである。

その後、1954 年、法制審議会民法部会身分法小委員会で民法親族編の改正の議論が始まり、1959 年、「法制審議会民法部会身分法小委員会における仮決定及び留保事項」では、留保事項として「夫婦異姓を認むべきか」と明示された。この前段階での 1956 年の議論において、中川は、男は女の氏を称することに反対する、自分が従来 of 氏を変えるということは、何か自分が屈服したのだというような意識がある、夫婦異姓は、父権主義の本陣をつくことだと思うと述べている（「民法改正に関する問題点（下）」ジュリスト 98 号（1956）17 頁〔中川善之助〕）。

中川が夫婦同氏を父権主義の視点から批判したのに対して、加藤一郎は、同氏の強制がもたらす弊害を指摘する。「氏が変わるということは、社会的活動をしている者にとっては不便と苦痛をもちやすことが少なくないが、その負担は事実上女の側に負わされている。……現行法ではどちらかが氏を改めなければ婚姻できないことになっており、改氏が強制されている点に問題がある。この点は夫婦の同氏を強制せず夫婦の別姓を認めることによって解決しうる。……夫

夫婦別姓論に対しては、夫婦の一体性などを理由とする反対論もありうるが、将来女の社会的活動が増大していくことを考えれば、夫婦の別姓を認めることが妥当である」とする（加藤一郎「男女の同権」家族法大系Ⅰ（有斐閣、1959）323頁）。なお1950年代初めの『註解日本国憲法』でも、「民法がその際（婚姻届の際、引用者注）配偶者は同一の氏を称しなければならないとして、その一方の氏の放棄を強制しているのは（民法750条）、単なる方式以上の実質的な制限を定めるもので行過ぎではあるまいか」と指摘されていた（法學協會『註解日本国憲法 上巻』（有斐閣、1953）474頁）。

上記、加藤の見解と相前後して、東京家審昭34・6・15家月11巻8号119頁は、戸籍法107条に基づく氏の変更（離婚後の婚氏続称）に関する事案において、ほぼ同旨の見解を述べている。すなわち、「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になり、その者に対したただ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、なにかんづく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繋するものとは解せられず、むしろ氏が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ろう」と判示していた（加藤令造裁判官）。

1970年代、夫婦別氏論の提唱の背景として、「氏が個人の呼称としての性格をもつ以上、社会的に知られた氏が本人の意思によらずに変更を余儀なくされることは、本人にとって苦痛であり、極端な場合には本人の社会的生活に致命的な打撃を与えるからである」と指摘し、夫婦別氏のまま婚姻できることを認めるべきであろうとする学説があった（木下明「夫婦と氏」高梨教授還暦祝賀『婚姻法の研究（下）』（有斐閣、1976）228頁）。

1980年代後半から、夫婦別氏の考え方は、学説を超えて市民運動として社会的に広がっていく。中川や加藤が指摘したように、女性の職場進出と経済的自立を背景にしていたが、それは、女性が単に職業上の不便さから、旧姓を名乗

のりたいというものだけではなかった。氏名は自己の人格の象徴だから、自分の生来の氏を名乗り続けることに、妻・母・嫁としての役割ではなく、女性個人としての生き方の尊重や対等な夫婦関係の形成などの願いが込められていた（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、1990）など参照）。加藤、東京家審や木下の指摘した夫婦同氏強制の弊害の除去の視点、中川の父権主義批判を超えて、氏名の人格権的把握と結びつくものだった。

IV 氏名権から見た夫婦同氏制の問題点

1 氏の法的性質

現行法上の氏について、1950年代、氏を足掛かりとする家制度復活の要素や危惧から、氏の法的性質が盛んに議論された。黒木の整理によれば、次のような学説に大別される（青山道夫編『新版注釈民法(21)親族(1)』（有斐閣、1989）346～347頁〔黒木三郎〕）。

①氏を「家族共同体」または「家庭の名（ファミリーネーム）」と解する説。家族共同体を夫婦の扶助的生活共同体、及び親と未婚または未成年の子の構成する保育的共同体から成るとし、この両者の共通の呼称が氏であるとする（外岡茂十郎「氏の性格」（同『親族法の特殊研究』（1950）56頁、於保不二雄「氏と戸籍」法曹時報2巻5号（1950）215頁）。

②氏を「血縁集団」ないしは「血統の名称」と解する説。氏が出生や親子の血縁によって決定されることを重視して、氏は、血縁集団または血統集団に属する各人がその名に冠して称するものとする（板木郁郎「氏の性格について」立命館創立50周年記念論文集（1951）62頁）。

③氏を「同籍者集団」と解する説。氏の法的性質論が観念的な論議を重ねることへの批判から、実務的に重要な戸籍との関係を重視し、同じ戸籍に記載される同籍者集団の名称であり、戸籍編製の基準とする（平賀健太「戸籍制度について」『身分法と戸籍』（1953）305頁）。

①については、何らかの集団を氏の背景に予定しなければならないと考える

ことには疑問があり、保育についても子の成長とともに親子間の保育関係はなくなるから、独立した子の氏は親の氏と違わなければならないことになる（中川善之助『新訂親族法』（青林書院、1965）631 頁）、現行法が排斥しようとした累代的・超世代的な親族集団を温存するおそれがあるだけでなく、氏の共通呼称の範囲を硬直させる嫌いがある（我妻栄『親族法』（有斐閣、1961）422 頁）などの批判がある。

②については、夫婦同氏を説明できないところに難点がある（清水兼男「夫婦の氏」家族法大系Ⅱ（1959）160 頁）。

③については、氏の取得と変更は民法が定めており、戸籍はそれを反映すべきであって、本末を転倒すべきではないと批判されている（我妻・前掲書 422 頁）。

現行法の氏は、個人の呼称には純化されず、夫婦同氏、親子同氏、離婚や離縁による復氏を原則として、氏と家族関係の変動が連結されており、また一定の場合に子の氏の変更（民 791 条）を認めていること、戸籍を 1 組の夫婦及びこれと氏を同じくする子を単位として編製し、戸籍筆頭者の氏を基準に「同氏同籍」の原則をとることなどから、氏の法的性質を一義的に決定することは困難である。

子の出生によって取得する氏は、②で説明できるが、夫婦同氏や離婚復氏は②では説明できない。民法改正当時、氏を家族共同生活を抑える一つの拠り所としようとした我妻や中川が、①について、氏の背景に集団を予定することに疑問を呈したり、累代的・超世代的な親族集団を温存するおそれがあると指摘するのは、矛盾した態度のように見えなくもないが、夫婦と未成年子を基本的家族として、氏をその共通の呼称としようとすることには、個別家族の発展過程から見ても限界があることは明らかである。子は婚姻や養子縁組によって、生来の家族から独立していくだけでなく、離婚・再婚を繰り返した場合、ひとり親家庭や事実婚の場合など、多様な家族に対応することができないからである。③は、その批判のとおりである。

上述の批判を述べた我妻は、氏とは「一定の身分関係にある者が、強制的にまたはその意思に基づいて、共通に称する法律上の呼称」とするが（我妻・前掲書 420 頁）、これは現行法の説明にとどまる。「一定の」範囲とは何か、また、

なぜ強制されるのかの根拠が示されない。いずれにせよ、氏の法的性質に関して定説はないのである。

しかし、上記学説も含めて、全ての学説に共通するのは、氏が「個人の呼称」としての性質を有していることである。それは、個人の識別機能を高めるために必要なことだった。1870（明治 3）年、平民に苗字を自由に公称することを認めた太政官布告 608 号を建議した細川が、「元来、人の姓名とふものは、自他の区別を相立てて、相乱れざる様にするものであって見れば、……姓氏を其の名前の上に加えて、一層之が区別を容易ならしむるやうにせねばならぬ」と述べていたことである。明治民法の家制度の下であっても、個人の名の上に家の呼称としての氏を冠することで個人としての識別機能を確保していたのだから、その限りでは、氏が個人の呼称としての性質を兼ね備えていたことを否定することはできない。我妻は、「氏の基本的な作用ともいうべき個人の識別の標識とすること自体を不必要とする論者は、おそらく絶無であろう」とする（我妻・前掲書 416 頁）。

判例は、氏の持つ個人の呼称としての性質に着目して、氏名権という権利を確立した。

2 氏名権の生成

判例において初めて氏名に関する権利が論じられたのは、自分の氏を他人が無断で使用したため、その氏の使用の禁止と損害の賠償を求めた事案である。東京地判昭 5・7・31 法律新聞 3218 号 4 頁は、「氏名は個人が之を使用することに因りて適当に自己を表彰し以て自己の存在を明にせんとするものなれば氏名の使用は之を専用することに依りて始めて其の本来の職種を発揮し得るものと謂ふべく従って各人は皆其氏名を専用し濫りに之を侵犯せられざるの権利を有するものと解するを相当とすべし」として、氏名所持者にはその氏名を専用する権利があることを明らかにした上で、第三者が濫りに他人の氏名を使用して、その利益を侵害した場合には、妨害を排除または使用禁止を求めることができ、氏名の冒用の結果、名誉を毀損されたときは、不法行為として損害賠償を求めることができるとした。

その後も、氏の無断使用にかかわるケースで、使用の差止めや損害賠償が問

題になる事例が多く見られた。第 1 は、家元の名称（弓道の師家に関する岡山地判昭 38・3・26 下民集 14 巻 3 号 473 頁、囲碁の家元に関する大阪高判昭 46・4・23 判時 647 号 57 頁など）、宗教法人の名称（大分地判昭 61・12・24 判時 1238 号 125 頁、東京地判昭 63・11・11 判時 1297 号 81 頁など）など、社会的活動を行っている流派や宗教の名称としての氏に関する事例、第 2 は、出版・広告など営利目的で氏名が無断使用される事例（実名と酷似する氏名を著作者として使用、東京地判昭 62・10・21 判時 1252 号 108 頁、業者が本人が承諾したのとは異なる態様・回数で、写真・氏名を新聞広告に掲載、東京地判平 1・8・29 判時 1338 号 119 頁など）、第 3 は、俳優・プロスポーツ選手など著名人の氏名が無断使用される事例（東京地判昭 51・6・29 判時 817 号 23 頁、東京高判平 3・9・26 判時 1400 号 3 頁など）である。

第 1 の類型は、氏名の人格的利益というよりは、流派・宗派の名称保護の問題であり、第 3 の類型も、氏名の人格的利益というよりは、その氏名・肖像を第三者に専属的に利用させて対価を得るという経済的利益、パブリシティの権利というべきもので、財産的価値の侵害が問題になる事案である。しかし、氏ないし氏名のもつ呼称としての性質が着目されていることは疑いがない。呼称としての性質は、個人の人格的利益と結びつく。第 2 類型の判例の中で、東京地判昭 62・10・21 判時 1252 号 108 頁は、「氏名は人の同一性を示すものとして人格と密着しており、各人は人格権の一種としてこれを他人に冒用されない法律上の利益を有している」とする。

他方、学説には、大正時代から氏名について人格権を認める見解があった。鳩山秀夫は、「個人ヲ個人ヨリ区別スルハ、個人ノ有スル人的利益トシテ、最も重要ナルモノノ一ニ属スルガ故ニ、民法ガ既ニ人的利益ノ保護ノ為ニ人格権ヲ認ムルニ於テハ此ノ重要ナル人的利益ニ付テモ、亦一個ノ人格権ヲ認ムルコト、寧ロ法典ノ趣旨ニ適スルベキ」と述べていた（鳩山秀夫『増訂 日本債権法各論（下）』（岩波書店、1924）880 頁）。この見解は、学説上、通説となって今日に至っていると評価されている（斉藤博『人格価値の保護と民法』（一粒社、1986）61～62 頁）。

氏名に人格権を認めることが通説であるとして、具体的な権利の内容としては、判例が問題にしたのと同様、氏名の専用権が論じられた。例えば、川井教

授は、「氏名は、人の同一性を示すものとして人格と密着しており、それが他人に冒用されるときは、一般的な人格権侵害の一種として、法律上の保護が与えられる」として、冒用を中心に氏名権の保護を論じ（川井健「氏名権の侵害」『現代損害賠償法講座2』（日本評論社、1972）223 頁）、五十嵐教授は、「氏名権とは、自己の氏名の使用が他人を妨げたり、ある人の氏名を他人が権限なくして使用する場合に、これを禁止できる権利」であるとして、氏名専用権と位置づけ、人格権の中では、最も早く成立した権利だとする（五十嵐清『人格権論』（一粒社、1989）65 頁）。

こうして 1980 年代までには、氏名のもつ個人の呼称としての性質に着目して、氏名が個人の人格的利益に結びつくものであり、人格権の 1 つとして位置づけられ、主として氏名の専用権を中心に論じられていた。

このような流れの中で、人格権の根拠を「個人の人格の象徴」に求める最高裁判例が登場した。それが NHK 日本語読み訴訟判決である。NHK が、在日韓国人本人の申し入れにもかかわらず、その氏名を日本語読みしたことの違法性が問題になった事案において、最判昭 63・2・16 民集 42 巻 2 号 27 頁は、「人は、他人からその氏名を正確に呼称されることについて、不法行為上の保護を受けうる人格的利益を有するものというべきである」としたが、その利益は、氏名を他人に冒用されない利益と異なり、必ずしも十分に強固なものとはいえないから、害意をもって不正確な呼称をしたなど特段の事情がない限り、違法性のない行為として容認されるとした。

この最高裁判決で重要なことは、「氏名を正確に呼称されることについて、不法行為上の保護を受けうる人格的利益を有するものというべきである」という判断の前提として、判決理由中で、「氏名は、社会的にみれば、個人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、その個人からみれば、人が個人として尊重される基礎であり、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というべきである」としたことである。すなわち、これまでの判例・学説が、氏名の持つ他者との識別機能に着目して、人格的利益を論じていたのに対して、本最判は、氏名が「人が個人として尊重される基礎であり、その個人の人格の象徴」であることを根拠に、人格権の一内容を構成するとしているのである。

この論理は、人の氏の決定原理について、人格の象徴としての氏名の視点から考察することを可能にする。例えば、夫婦同氏制は、婚姻に際して、夫も妻も自己の生来の氏（婚姻前の氏）を称することを希望している場合に、夫・妻のどちらかが自己の意思に反して、氏を改めなければならないことを命じており、人格権の侵害に当たるのではないかという批判である。

3 呼称の利益から人格の象徴、個人の尊重へ

現行民法は、親子同氏の原則をとり、氏は出生によって決定され、養子の場合、縁組によって養親の氏に改めることになる。また夫婦同氏の原則から、婚姻に際して夫または妻の一方は他方の氏に改めることになる。個人の意思ではなく、出生と縁組・婚姻という身分行為によって氏は決定され、変動する。

しかし、婚姻に関わって、本人の意思によって氏が決定される場合がある。第1は、生存配偶者の復氏（民法751条1項）である。明治民法では、生存配偶者が死亡配偶者の家を去れば、復氏が可能となっていたが（明治民法729条2項）、家制度の廃止に伴い、生存配偶者はいつでも自分の自由な意思表示によって婚姻前の氏に復することができようにした。第2は、離婚の際の婚氏続称（民法767条2項）である。婚氏続称は、制度的には、生存配偶者の復氏とは異なり、離婚によって民法上の氏は婚姻前の氏に復しているが、呼称上の氏として、離婚の際に称していた氏を称することができるという制度である。離婚によって婚姻前の氏に復した母が、父の氏を称している子と同じ氏を称したいという当事者の希望や、婚姻中の氏で社会的活動をし、その氏が定着しているのに、離婚復氏によって社会的な不利益を被ることがあるという実情に対応して、1976年の法改正で設けられた。第3は、外国人と婚姻した者の戸籍法に基づく氏の変更である。すなわち、外国人と婚姻した者は、婚姻の日から6ヶ月以内に限り、届出によって外国人配偶者の称している氏に変更することができる（戸籍法107条2項）。外国人と婚姻した場合には、夫婦別氏が原則であるところ、夫婦同氏を称したいという当事者の希望に対応して、1984年の法改正で設けられた。

これらは、いずれも氏の有する呼称の利益に着目している。夫婦同氏は婚姻の効力とされているため、婚姻継続中は同氏が強制され、氏の呼称の利益より

も、婚姻の効力が優先するが、死亡・離婚を問わず、婚姻の解消に際しては、婚姻の効力が消滅したことにより、氏の呼称の利益が前面に出て、婚姻前の氏を称するか、婚姻中の氏を称するかを選択が可能となるのである。他方、外国人との婚姻の場合には、婚姻の効力としての夫婦同氏が強制されず、夫婦別氏となる。法の適用に関する通則法 25 条の婚姻の効力規定からは、必ずしも説得的に根拠づけられるわけではないが、この夫婦別氏の強制に対して、呼称上の氏の変更として、外国人配偶者の氏を称することによって夫婦同氏を選択することができるのである。

呼称上の氏まで含めると、こうして婚姻解消の際の氏を選択、国際結婚の場合の氏を選択が可能となっており、法制度は、氏の呼称性に関して、当事者の利益を尊重する仕組みを用意したといえる。呼称としての氏は、名と合わさって他者との識別機能を高めるものであるが、呼称の継続性、安定性を通じて、個人の人格の象徴としての意味を持つようになる。国立大学が所属教員の旧姓使用を認めなかったことの違法性が問題となった事案で、東京地判平 5・11・19 判時 1486 号 21 頁は、「通称名であっても、個人がそれを一定期間専用し続けることによって当該個人を他人から識別し特定する機能を有するようになるが、人が個人として尊重される基礎となる法的保護の対象たる名称として、その個人の人格の象徴となりうる可能性を有する」とする。つまり、呼称の利益を保障することは、その展開として、人格の象徴としての氏名、すなわち人格権の保障に至るのである。

前述の最判昭 63 は、婚姻に関わって呼称の利益を保障する法制度の展開の中で位置づけられる必要がある。すなわち、氏名が、「その個人からみれば、人が個人として尊重される基礎であり、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」とされたことは、人格の象徴としての氏名を構成する氏について、人格権の視点から、本人の意思に反して変更されないことを保障すべきであるとする論理構成を可能とするのである。

こうした捉え方は立法論にも反映した。選択的夫婦別氏制度を導入する理由について、1994 年 7 月の法務省民事局参事官室「婚姻制度等に関する民法改正要綱試案の説明」は次のように説明している（ジュリスト 1050 号（1994）220 頁）。

①「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、国民のかなりの層に夫婦別氏制の採用を求める声が存在していること」、「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）」（1992 年 12 月）に対する意見においても、「その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だ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るべきであると考えられる」こと、

②法理論の面においても、「ますます個人の尊厳に対する自覚が高まりをみ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期が到来しているといつて差し支えなからう」こと、

③「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はないことは、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つても明らかであること」、である。

①の価値観の多様化、③の夫婦・親子関係の本質・理念との整合性を背景に、法的な論理として②が位置づけられた。

家族法学説も、選択的夫婦別氏制度導入の議論を契機に、最判昭 63 の法的論理を受け止め、氏名の人格権としての法的性質を強調し、夫婦の氏について、人格権の視点から捉え直すことが定着した。例えば、水野教授は、「そもそも氏名は、その人間を象徴するものとして個人の人格と深く関連した存在である。今後の氏の規制のあり方は、人格権的把握の要素をできるだけ重視した方向で進められなければならない」とし（水野紀子「夫婦の氏」戸籍時報 428 号（1993）14 頁）、犬伏教授は、「個人にとって最大限尊重されるべき人格的価値を氏に結びつけることによって、家族法に関する憲法的課題を明確に意識したものとなっている」とし（犬伏由子「夫婦別姓」民商法雑誌 111 巻 4・5 号（1995）573 頁）、滝沢教授は、「問題の核心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」とする（滝沢幸代「選択的夫婦別氏制～その意義と課題」成城法学 43 号（1993）22 頁）。

人格の象徴という意味について、東京地判平 5・11・19 の原告である関口礼子氏は、「自分の名前は、自分の命の存在の証であり、存在そのものである」とする（関口礼子「通称使用裁判からの報告」別姓ジャーナル 5 号（1990）より）。

人は出生により親の氏を称する。氏は名と合わさって、学校、地域、職業、社会において、自己を表象するものであり、成長するにつれて、個人の人格と切り離して考えることが難しくなる。氏名はその人のアイデンティティと密接につながるのである。長年、氏の研究に携われた唄孝一教授は、「自己の存在の証として自己の同一性を託し、自己と社会とのかけはしとして自己表現を貫くために呼称を選ぶこと、それが真に中心となるべき芯としての自己決定である」とする（唄孝一「選択的夫婦別氏制(3・完)」ジュリスト 1129 号(1998) 101 頁)。氏の人格権的把握は、こうした自己決定を内包していることから、一層の法的保護が必要となる。

以上のように、民法 750 条の夫婦同氏制度は、人格の象徴としての氏名を構成する氏について、本人の意思に反して変更を強制する制度であり、民法上保護されるべき人格権を侵害する規定となっているのである。問題は、こうした人格権を侵害してまで守るべき立法目的や公的利益が存在するかどうかである。少なくとも、1947 年の民法改正時には、夫婦同氏制の根拠として、当時の、家制度の下で培われた国民の家族共同生活の習俗が挙げられたのみだった。その後の日本の家族生活の変化を踏まえるとき、人格権侵害をしてまでの立法目的や公的利益は存在するのだろうか。

V 立法事実の変化

1 家族モデルと現実の乖離

現行法における氏の法的性質については、家制度を廃止したことから、氏の家名性を否定し、氏は個人の呼称だと説明されてきた。一方、親子同氏・夫婦同氏の原則を採用し、一定の範囲の家族関係にある者が同一の氏を称することから、氏には家族関係を示す機能、身分性があるとも説明された。特に 1 組の夫婦と、氏を同じくする子を単位として、戸籍が編製されることから、夫婦と子という近代的小家族が標準的家族とされ、夫婦の新戸籍を編製することは、親からの独立と新たな家族の形成を意味した。それは、戦後の高度経済成長期の性別役割分業型家族にとって適合的な形であり、夫の氏による夫婦同氏を「フ

ファミリーネーム」として肯定的に受け止める社会意識が醸成された。そして所得税の配偶者控除、配偶者の被扶養者としての年金受給権や健康保険給付などが、性別役割分業型家族を下支えした。

しかし、1980年代以降、女性の社会進出と女性の地位向上の国際的な潮流は、結婚改姓による不利益や夫婦間の不平等性の人々、特に女性に認識させるようになった。

まず女性のライフスタイルと意識が変化したことに着目したい。男性雇用者と無業の妻からなる世帯（専業主婦世帯）は、1980年の1114万世帯から、2009年には、831万世帯に約280万世帯減少したのに対して、雇用者の共働き世帯は、614万世帯から996万世帯に約380万世帯増加している（内閣府『男女共同参画白書』〔2010年版〕より）。雇用者（就業者）の41.5%は女性なのである。

これに対応して、女性が職業を持つことに対する意識も変化している。例えば、①「結婚するまでは職業を持つ方がよい」と回答した男性は1972年には26.2%だったが、2007年には4.7%と、当時の6分の1まで減少した。女性も18.6%から5.1%と、4分の1近く減少している。②「子どもができたなら職業をやめ、大きくなったら再び職業をもつ方がよい」は、男性が20.9%から32.2%に増えた一方、女性は39.5%から33.8%に減少した。注目すべきは、③「子どもができてみずっと職業をつづける方がよい」が、男性9.7%から40.9%、女性が11.5%から45.5%と、男性は5倍、女性は4倍に増えていることである（内閣府「男女共同参画社会に関する世論調査」より、出典は、内閣府『男女共同参画社会の実現を目指して』〔2009年6月〕）。女性が婚姻しても職業を持つことは自然な選択になりつつある。「男は仕事、女は家庭」という性別役割分業型の家族像は、国民の意識として、標準的な家族像、モデルとなりえないことがわかる。

次に家族の形態が多様化していることである。2005年国勢調査によれば、世帯構成は、「夫婦と子から成る世帯」29.9%、「ひとり暮らし世帯」29.5%、「夫婦のみの世帯」19.6%、「ひとり親と子から成る世帯」8.4%であり、2010年の国勢調査速報値によれば、ついに「ひとり暮らし世帯」（31.2%）が「夫婦と子から成る世帯」（28.7%）を上回った。もはや「夫婦と子」という標準的家族は少数派になっている。

他方で、離婚と再婚は日常化している。離婚は毎年25万件を超える（253,353

件、2009 年)。父母の離婚を経験する子は、毎年 25 万人前後であり (249,864 人、2009 年)、婚姻の 4 分の 1 は再婚 (一方・双方を含めて) である。氏がファミリーネームと認識されるのは、婚姻家族がそのまま継続することを前提としている。生存配偶者の復氏、離婚の際の婚氏続称などから、婚姻解消時の氏の選択が事実上保障されており、ファミリーネームは部分的な家族の名称にとどまるようになっている。

さらにライフスタイルは多様化している。生涯、婚姻の経験のないシングル、事実婚カップル、GID (性同一性障害者) や同性カップル、複数の高齢者による共同生活など、少数かもしれないが、多様な共同生活のあり方が模索されている。

男女の雇用形態及び賃金の格差はあっても、少子高齢化の中で女性の雇用が後退することはない。女性の経済的な自立の傾向はさらに進むだろう。したがって、家族の生活も多様化するのだから、夫婦と子という標準的家族像、夫婦の性別役割分業を前提とすることは、現実適合性を失っている。夫婦の氏をファミリーネームと捉える家族は、多様な家族の中の一つにとどまるのであり、民法体系の中で尊重され、かつ憲法的価値である人格権を侵害してまで守るべき国民の習俗とはいえない。

2 夫婦の氏に関する世論調査の分析

世論調査に見られる国民の意識は、1996 年の選択的夫婦別氏制度の導入を定めた民法改正要綱公表を契機に、基本的に法改正支持へ向かった。公表までは、現行法支持が過半数を超えていたが (1990 年、52 %、法改正してもよい 30 %、1994 年、53.4 %、法改正してもよい 27.4 %)、1996 年には、現行法支持が 39.8 %と、初めて 4 割を下回り、法改正してもよいが 32.5 %となった。2001 年には、現行法支持 29.9 %、法改正してもよい 42.1 %と、賛否が逆転した。2006 年では、現行法支持 35.0 %、法改正してもよい 36.6 %ということから、賛否拮抗状態にあるように喧伝された。しかし、それは不正確である。

第 1 に、2006 年調査では、回収率が 2001 年の 69.4 % (3,468 人) から、2006 年は 55.3 % (2,766 人) と著しく下がったことである。しかも、法改正してもよいという回答が多い世代のサンプル数が減り、現行法支持の回答が多い世代

のサンプル数が増えたことである。サンプルとなった 20 ～ 30 代は全体の 23.6 % (655 人) に対して、60 代以上は 37.1 % (1025 人) である。現行法支持と法改正してもよいの比率を見ると、20 代では 21.3 %対 44.4 %、30 代では 18.8 %対 42.8 %であるのに対し、60 代では 47.3 %対 31.0 %、70 代では 58.2 %対 20.4 %である。これが全体の数値の増減に影響して、35.0 %対 36.6 %という結果となって表れたのである。調査方法が調査員による個別面接聴取によるため、若年層や日中仕事などして出ている人が少ないことも影響している。当時の 60 代以上の人口比は、21 %前後である。その世代が 37 %を占める統計では、世論を正確に反映しているとはいえない。

第 2 に、2006 年調査における回答者の配偶関係をみると、86.6 % (2,396 人) が既婚者であり、子の有無をみると、有無について回答した人の 92.9 % (2,226 人) が子のいる人であり、日本社会の家族の実情からみると、かなりいびつな比率となっていることである。しかも、現行法支持と法改正してもよいの比率を見ると、既婚者では 36.8 %対 35.5 %であるのに対して、未婚者では 23.6 %対 44.0 %であり、子のいる人では 37.4 %対 35.1 %であるのに対して、子のいない人では 28.8 %対 40.6 %である。ここでも現行法支持が多い家族構成のサンプル数が多いことが、全体の数値の増減に影響している。

第 3 に、20 代～ 50 代で見ると、現行法支持 25.1 %、法改正してもよい 42.5 %、通称使用を認める法改正をしてもよい 29.4 %であり、法改正派が現行法支持派を大きく上回っていることである。通称使用可も含めると、実に 71.9 %が何らかの形で夫婦別姓が選択できる法改正を支持しているのである。実は 1996 年調査でも、20 代～ 50 代では現行法支持 30.9 %、法改正してもよい 38.2 %だったから、60 代以上を除けば、1996 年当時から、この世代では法改正支持が多く、2001 年調査で拡大した現行法支持と法改正支持の差（現行法 21.0 %、法改正 48.1 %）が、2006 年には、やや落ち着いたものになったと読むことができる。その背景には、通称使用を認める事業所が広がったことや、2005 年 12 月の第 2 次男女共同参画基本計画における家族法改正の記述の後退に象徴される、当時の保守回帰現象の影響などがあるように思われるが、それでも、自分や子どもが婚姻に直面する世代である 20 ～ 50 代では、法改正支持が多数派であることは、紛れもない事実であり、賛否拮抗という評価は間違いである。

第4に、2006年調査では、夫婦の氏に関して柔軟な意識や問題認識などが増えていることである。例えば、結婚改姓によって「何らかの不便が生じると思う」(46.3%)、「婚姻しても、仕事の上で不便を生じないようにした方がよい」(62.7%)、「名字(姓)を変えたくないという理由で、正式な夫婦となる届出をしない内縁の夫婦もいると思う」(62.1%)、「同じ名字(姓)を名乗っていなくても、正式な夫婦と同じような生活をしていれば、正式な夫婦と変わらない」(72.0%)、「家族の名字(姓)が違っても、家族の一体感(きずな)には影響がないと思う」(56.0%)、などの項目は、2006年調査が過去最高の数値である。

以上のように、夫婦同氏を維持すべきであるという意見は、50代以下では少数派であり、夫婦の氏に関して柔軟な意識や問題認識も増加していることから、夫婦同氏を強制すべきという世論は存在しないのである。こうして、夫婦同氏制を支えた家族共同生活の習俗や社会意識、すなわち立法事実は確実に変化したといえる。

VI おわりに

人格権、環境権、プライバシー権など、従来、権利として認識・構成されていなかった諸利益が、社会及び時代の変化に伴い、権利として生成されてきたように、氏名に関する諸利益も氏名権として人格権の一内容を構成することが明らかにされてきた。それは、当初、氏名の冒用から個人の呼称の利益を護ることを中心に展開したが、最判昭63により、氏名が個人の人格の象徴として、人格の根源に依拠する権利として確定された。選択的夫婦別氏制度の導入に関わって、氏名を構成する氏に関しても、民法上、人格権の保護対象となることが、民法学説上、定着し、保護の内容として、自己の意思に反して氏の変更を強制されないことが明らかにされた。

こうした視点から民法750条を検討するとき、750条は、婚姻をする場合には、夫・妻のどちらかに生来の氏の変更を強制する規定であり、氏の変更を望まない者にとっては、氏の変更を強要される点で人格権を侵害するものとなる。

「人格権は、……自己のあり方を決める権利であり、憲法13条によって保障さ

れる憲法上の基本権である」ことから（山本敬三・判例批評・別冊ジュリスト『民法判例百選Ⅰ〔第6版〕』（有斐閣、2009）11頁）、750条は憲法13条に違反する。さらには、人格権が個人の尊厳と直結することから、家族に関する事項について、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」とする憲法24条2項にも違反する。

また夫と妻がお互いに自己の生来の氏を保持しようとするれば、婚姻をすることができないこととなり、氏か婚姻かの二者択一を当事者に迫るものとなっていることから、婚姻の自由を侵害する点で、憲法24条1項にも違反する。

問題は、民法750条の定める夫婦同氏制に、こうした「個人の尊重」「個人尊厳」や「婚姻の自由」という憲法上の原則を制約してまで守るべき立法目的、公的利益が存在するか否かであるが、1947年の民法改正時には、家族共同生活と氏の一致という、明治民法の下で形成された伝来的な習俗しか言及されていなかった。その意味で、立法目的や公的利益は明示されておらず、きわめて曖昧な習俗にしか依拠できていないのである。その後、日本社会は1980年代後半以降、国際的な男女平等の潮流と女性の経済的自立の傾向から、家族観、婚姻観、男女の生き方や役割観に変化があり、社会における男女の働き方、家族形態は多様化した。国家の政策も男女共同参画社会基本法の制定、男女共同参画基本計画の策定から、個人の尊重とライフスタイルに中立な法制度の確立を課題として明記するようになった。夫婦同氏制を支えたであろうと思われる立法事実、すなわち習俗は変化しており、もはや存立の基盤を失っているのである。

したがって、今日の視点に立って夫婦同氏制を検討するとき、夫婦同氏制は、氏名権という根源的な人格権を侵害するものであり、民法2条の解釈基準である「この法律は、個人の尊厳と両性の本質的平等を旨として、解釈しなければならない」にも反しており、民法体系の上で矛盾を生み出している。かつ、上述のように、憲法13条の規定する「個人の尊重」、24条2項の規定する「個人の尊厳」、24条1項の規定する「婚姻の自由」に違反している。

1996年に法制審議会が答申した、選択的夫婦別氏制度の導入を含む民法改正が、立法府において15年以上放置されている状況の下では、裁判所が人格権という個人の権利を保護するために、また民法体系上の矛盾を解消するために、違憲立法審査権を行使する必要性が高いものとする。

履歴書

二宮 周平

立命館大学法学部教授、法学部長、学校法人立命館常任理事、法学博士（大阪大学）

日本学術会議連携会員、ジェンダー法学会理事長、日本家族（社会と法）学会理事、臨床法学教育学会理事、日本成年後見法学会理事、日本法社会学会監事

（主要著書）

- ・『事実婚の現代的課題』（日本評論社、1990）
- ・『家族法改正を考える』（日本評論社、1993）
- ・共著『夫婦別姓への招待』（有斐閣、1995）
- ・共著『離婚判例ガイド〔第2版〕』（有斐閣、2005）
- ・『新版 戸籍と人権』（解放出版社、2006）
- ・『事実婚の判例総合解説』（信山社、2006）
- ・『家族と法』（岩波新書、2007）
- ・『家族法〔第3版〕』（新世社、2009）

（主要論文）

- ・「氏名権と通称使用」阪大法学 44 巻 2・3 号（1994）491 頁
- ・「氏名の自己決定権としての通称使用の権利」立命館法学 241 号（1995）611 頁
- ・「子の氏（名）の変更」民商法雑誌 111 巻 4・5 号（1995）641 頁
- ・「日本民法の展開(3)判例法の形成～内縁」広中俊雄・星野英一編『民法典の百年Ⅰ全般的観察』（有斐閣、1998）341 頁
- ・「子どもの家事事件手続への参加の保障～子の意思の尊重」家族（社会と法）16 号（2000）140 頁
- ・「家族の個人主義化と法理論」法律時報 74 巻 9 号（2002）27 頁
- ・「戸籍の性別記載の訂正は可能か(1)～(3)」戸籍時報 555 号 2 頁、559 号 2 頁、561 号 23 頁（2003）
- ・「子の監護者指定（民法 766 条）の積極的活用」立命館法学 287 号（2003）192 頁

- ・「共同相続と遺留分および減殺後の法律関係」久貴忠彦編『遺言と遺留分 第2巻 遺留分』（日本評論社、2003）159 頁
- ・「財産分与と年金分割～判例の整理と今後の動向」立命館法学 292 号(2004)242 頁
- ・「面接交渉の義務性～別居・離婚後の親子・家族の交流の保障」立命館法学 298 号（2005）309 頁
- ・「認知制度は誰のためにあるのか～認知推定説の試み」立命館法学 310 号（2006）301 頁
- ・「夫婦別姓」ジュリスト 1336 号（2007）10 頁
- ・「婚外子の相続分差別は許されるのか(1)～(4)」戸籍時報 614 号 32 頁、616 号 2 頁、618 号 10 頁、621 号 12 頁（2007）
- ・「親子関係否定の法理の解釈論的検討～事実主義の立場から」立命館法学 316 号（2008）164 頁
- ・「遺言執行者の権限と義務」岡部喜代子・伊藤昌司編『新家族法実務大系④遺言・遺留分』（新日本法規、2008）279 頁
- ・「女性差別撤廃条約と民法改正(1)～(2)」戸籍時報 628 号 2 頁、630 号 28 頁（2008）
- ・「近代家族の確立とその揺らぎ～戦後家族法学の意義と展開」比較家族史研究 232 号（2009）32 頁
- ・「子の出自を知る権利(1)～(3)」戸籍時報 632 号 2 頁、641 号 2 頁、643 号 2 頁（2008、2009）
- ・「新しい家族が求める自由～家族法の視点から」岡野八代編『自由への問い⑦家族』（岩波書店、2010）60 頁
- ・「当事者支援の家族紛争解決モデルの構築～ドイツ、オーストラリア、韓国の動向から」ケース研究 307 号（2011）5 頁
- ・「認知症高齢者の遺言能力」中川淳教授傘寿記念論集『家族法の理論と事務』（日本加除出版、2011）767 頁
- ・「事実婚の多様性と法的保護の根拠」家族（社会と法）27 号（2011）20 頁
- ・「家族法改革の展望～個人と家族はどこへいくのか」辻村みよ子・大沢真理編『ジェンダー社会科学の可能性Ⅰ』（岩波書店、2011）213 頁