

## 民法750条の夫婦の氏に関する問題点

松 村 晴 路

### **The Current Problem about The Name of Married Couple in Japan Civil Law's Article 750**

**Seiji Matsumura**

#### **Summary**

This study is an essay on the conjugal name of The Civil Code 750.

The Family Law shall be understood from the standpoint of individual dignity and essential equality of the sexes since The Civil Code was revised after World War II.

However, The woman problem of thesedays have resulted from the substantial inequality of the sexes in family relation. Especially, The fundamental point is the key to separate the married woman's name from the husband's name.

Received May. 30. 1991

Key words: The Name of Married Couple. Common-Law Wife. The Married Woman's Name.

#### **一 序**

##### **1. 前提**

民法750条は「夫婦は、婚姻の際に定めるところに従い、夫または妻の氏を称する。いわゆる「夫婦同氏<sup>(1)</sup>の原則」の規定化（婚姻の効力の発生）である。

すなわち、婚姻の際、夫婦の協議で、夫の氏か妻の氏かのどちらかを夫婦の氏として決定し、婚姻届に記載し、届出なければならない（戸籍法74条）。例えば、大山太郎君と小山花子さんが婚姻する場合に、花子さんが「大山」と氏を改めるか、太郎君が「小山」と改めるかしなければならない。第三者の氏（例、中山と氏を改める）を称することも、生来の氏をそのまま称する（夫婦別氏）ことも現行法では許されない。

以上の夫婦同氏・同戸籍の原則は、婚姻の際のみの規定ではなく、婚姻関係継続中の原則でもある。例えば、夫が養子であって、その後、離縁し、縁組前の生来の氏に復したとき（民

816条), また夫が非嫡出子であって, 父に認知されて氏を改めたとき(民法791条)には, 妻も夫とともに氏を改めなければならない。なお, 同戸籍の原則は, 戸籍法6条「夫婦およびこれと氏を同じくする子」を単位として戸籍の編製を行なうから, 婚姻の届出があったときは, その夫婦について新戸籍を編製し(戸籍法16条), その間に生まれた子は成長して婚姻するまでは, 原則として父母の戸籍に入る(親子同籍の原則・戸籍法18条)。ただし, 婚姻の届出があっても, 夫婦が, 夫の氏を称する場合に夫が, または妻の氏を称する場合に妻が戸籍の筆頭に記載した者であるときは, 新戸籍を編製せず, 妻が夫の戸籍へ, または夫が妻の戸籍に入る(戸籍法16条2項)。戸籍の筆頭者とは, 戸籍に各人の必要記載事項(戸籍法13条)を所定の順序によって記載されるが, 氏名の記載順序の第1順位者(夫の氏を称するときは夫が, 妻の氏を称するときは妻が)である(戸籍法14条)。

以上の如く, 「夫婦同氏の原則」という婚姻の効力は, 「婚姻の成立」によって発生する。「婚姻は, 戸籍法の定めるところによりこれを届け出ることによって, その効力を生ずる。前項の届出は, 当事者双方及び成年の証人二人以上から, 口頭又は署名した書面で, これをしなければならない」(民法739条)と規定している。

すなわち, 各国は, それぞれの長い「婚姻史<sup>(2)</sup>」に見られる如く, 婚姻は, 長い間, 宗教的(例, キリスト教の婚姻支配・教会による成立)・習俗的儀式によって成立した方式から, 国家法による「届出」という方式に従って「婚姻意思」を表示することによって成立するものとした。それは婚姻の還俗運動等によるものではあるが, 国家法による婚姻成立の一般への公示・成立時期の明確化・一夫一婦制と法の保護に値する婚姻の成立への立法主義(届出主義)が, 今日法律婚主義である<sup>(3)</sup>。

それゆえに, 結婚式(一定の儀式)の有無は関係ないし, 届出は「成立」であって, 「効力を生ずる」効力要件ではなく, 成立要件である。現行法上は, 届出をしない夫婦関係(例・内縁)は, 何年続いても法律上の婚姻(夫婦)ではなく, 民法742条2号で「無効」としているが, 正確には不成立であると解されている<sup>(4)</sup>。

## 2. 問題の提起

夫婦同氏の原則という婚姻の効力は, 婚姻の成立によって発生し, 婚姻届の届出の無い限り, 法律婚主義を採用(明治民法・明治31年施行以来, わが国は事実婚主義から法律婚主義へ移行)しているわが国の現行法制度においては, 理由はともあれ, 届出をしない夫婦関係(内縁)は, 何年続いても, 法律上の婚姻(夫婦)ではなく, 夫婦別氏であり, 相続権も届出のあることを前提として効果であるから認められないし, 内縁の間に生まれた子は, 非嫡出子であり, 母の氏を称して(民法790条2項), 母の戸籍へ入る(戸籍法18条2項)ことになる。

しかしながら, 今日, 夫婦が婚姻後も別氏(婚姻前のそれぞれの氏名)でありたいと願う場合, 婚姻届によって夫婦の一方が, 従来から呼称していた「氏」を変更しなければならず,

止むを得ず、婚姻届の未届出状態になっている場合がある。そして、その夫婦の間に生まれた子が「嫡出子」となり得ず、非嫡出子となる場合に、共に不利益になることが、訴訟において請求原因（訴の利益）として可能であるか、どうか問題として提出されてくる。

## 二 別氏夫婦の子の地位

婚姻届を出さない夫婦に関する法律上の問題点は、次の三点において課題が存在する。

第一点は、別氏夫婦の法的（第三者に対する効力をも含めて）地位・効力についてであり、第二点は、別紙夫婦の間に生まれた「子」の地位についてであり、第三点は、「別氏」結婚を希望する夫婦についての今後の課題がある。

1991年（平成3年）5月23日付の朝日新聞（夕刊）によれば、別氏夫婦が求めた「子」の不利益に関する訴えに対して、東京地裁は次の様な判断を示した。

### 1.〔事実〕

東京都 M 市に住む AB 夫婦は、昭和49年に結婚したが、「お互いの人格を尊重したい」として、従来からの「氏」を呼称するために婚姻届を出さなかった。昭和60年に長女 C が出生し、現行戸籍法に従って（すなわち、内縁夫婦であるから、法律婚上の夫婦の子であるなら嫡出子として夫婦の長女として夫婦の戸籍へ親子同氏の原則・同戸籍の原則に従って入籍されるが、民法790条1項・戸籍法18条1項）、非嫡出子であるから、母親 B の氏を称して母の戸籍へ入ることになる（民法790条2項・戸籍法18条2項）。

第一点は、母親 B が長女 C の住民票を求めたところ、母親 B との続柄が「長女」でなく「子」と記載されている点に関して、AB 夫婦（原告）は、「① 住民票は居住関係の公の証明を目的としており、これに必要以上の身分関係を記載することは住民基本台帳法に違反し無効である。② 婚姻届の有無により子供を差別することは、法の下での平等を保障した憲法14条や、婚姻の有無による差別を禁じた女子差別撤廃条約に違反する」として記載処分の取消しを求めた。第二点は、この様な差別記載に基づく不利益について、長女 C は「慰謝料等340万円の支払い」を求めた事件である。

### 2.〔東京地裁の判断〕

1) 住民票の差別的記載の取消請求については、「AB 夫婦だけが原告になっており、住民票の記載は個々の住民を単位として独立しており、続柄欄の記載の法的な利害関係者は子供だけなので、世帯主か世帯員にすぎない両親は当事者（原告適格なし）になれない」として訴え自体を却下した。

2) 慰謝料請求については、「第三者の閲覧が比較的容易で、居住関係を証明するのが目的の住民票に、嫡出子かどうか、がわかるような記載の必要は無い」という原告 AB 夫婦の主張にも説得力があり、判示も「非嫡出子が社会的にいわれなき差別を受ける例があることは否定できない」と述べており、その上で「住民票の記載の国の統一的通達に従って行われて

おり、戸籍と住民票の記載に一定の照応関係が必要なことが望ましく、現行法上、嫡出子と非嫡出子の権利義務に差異がある点を考えれば、記載方法には合理的な根拠があり、嫡出・非嫡出が明らかにならない方が望ましい場合でも、職務上の義務違反や過失があったとまで言えない」と述べている。かつ、原告側の「法の下での平等などを定めた憲法に反する」との主張に対しても、「記載方法に合理性がある以上、違憲・違法とはいえない」と判示して、M市側の主張を全面的に認め、慰謝料請求を退けた。

3) なお、原告 AB 夫婦は、「婚姻に際し、夫婦の一方に姓（氏）の変更を強制している民法規定は違憲である」と主張していたが、判決はこの点について判断を示さなかった。しかし、今回の東京地裁の判決の表向きの文言は「住民票をめぐる」訴に対するものではあるが、隠れた裏側の争点は「夫婦同氏」を強制している現行民法750条の規定にある。夫婦別氏が認められていれば、AB 夫婦は内縁（事実婚）夫婦ではなく、夫婦の間に生まれた子が嫡出子・非嫡出子としての差異等による不利益も生じなかったと言える。と同時に、現行の法律婚（届出）主義制度の中で、「夫または妻の氏」の何れかを当事者（夫婦）二人で選択させる方法の中で、（わが国の明治民法以来の日本人意識の永い風土と習俗規範の中で、現実には約98%が夫の氏を選択している事実を十分に考慮する必要はあるが）今回の東京地裁の判決の如く、「住民票に子と記載されたことは、原告 AB 夫婦が婚姻届を出していないことに原因があり、若し（長女と記載されずに）子に不利益が生じる事実があるならば、前以って明らかに予想されたことであり、AB 夫婦の選択に従った結果である」ゆえに、現行法上の解釈から言えば「法的安定性」からの当然に予想された判断とも解される。

しかし、今日、女性の社会進出が当然とされる中で、婚姻後も旧氏を通称として使う女性の増加や改氏を嫌う女性が増加しているのも事実である。法制審議会は、今年1月から、民法の婚姻関係の規定の見直しを始めており、その中で「夫婦別氏」やその子供（例えば、特別養子制度の記載方法の如く、区別のない記載方法の工夫の余地は可能であり）の記載の仕方・処遇をめぐる表記の統一等も重要課題と考えられる。

以下、「夫婦同氏の原則」から「夫婦別氏の選択自由の原則」への提言と「氏」の意味についての「まとめと整理」を試論して見よう。

### 三 AB 夫婦の内縁関係における権利義務とその効果

#### 1. 内縁の成立

AB 夫婦は、婚姻の意思の合致の上に、婚姻生活同様の共同（夫婦）生活の実態が存在しながら、婚姻届（民法739条）を出していないゆえに、法律上の婚姻とは認められない関係であり、婚姻意思のない私通関係・妾関係とは異なり、いわゆる「内縁関係」としての男女関係である。

今日、近代法・近代国家の法制は、永い婚姻史を至て、婚姻の成立には一定の（成立）要

件を具備する男女の結合を法律上の夫婦（法律婚主義）として認めて保護を与えることを法の理想・目的とし、婚姻の意思の合致は戸籍の届出という形式によって表示することを婚姻の成立要件とした。すなわち、現行民法は、「夫婦」としての法律効果を認めるのは、戸籍法の定めるところによって「婚姻の届出」をすることであり、届出を排斥する意思は、婚姻意思としては成立しないと言うべきであり、婚姻は不成立である<sup>(5)</sup>。

換言すると、様々な理由から届出を欠く夫婦であり、それは事実婚であり、内縁関係の成立である<sup>(6)</sup>。AB夫婦の如く、婚姻後も、それぞれ婚姻前の氏を称したいと考えた場合、婚姻届を出せば民法750条による「夫婦同氏の原則」という効果が生じるゆえに、法律婚主義を排斥する限り、事実婚としての内縁夫婦としての効果に従うしか方法はありません、その反射効として長女Cの法律上の地位も当然に生まれてくる。

## 2. 内縁関係の夫婦の権利義務

法律婚夫婦と実態は同じでも、届出をしない夫婦または男女の結合・共同生活は、法律婚との間にどのような接点を設けて保護してゆくのか、そして具体的にはどのような方法・配慮が必要なのか。または、あくまで法の保護の外に置くべきかについて、法的苦慮があった。ことに、「内縁の妻の地位」の上に、しわよせが生じる場所に問題がある。本稿における別氏夫婦の問題の出発点も、現行民法規定の建前としては、夫婦同氏を定めるのみで、妻が夫の氏に変わるのも、夫が妻の氏に変わるのも、何れも自由であるとしているが、実際問題としては、妻が夫の氏に変更する場合が98%と多く<sup>(7)</sup>、それが夫に強制・支配されて随従する場合が含まれているなら、将に憲法にいう男女平等にかかわる問題として提起されなければならないし<sup>(8)</sup>、無力の女性が救済できないのでは社会正義（法）への不信ともなる。

わが国における一般的内縁史は、明治30年前後から、法律婚主義への移行の中で、様々な形態と理由を伴って生じた。ことに家父長権の「家」制度、戸主権制度下の婚姻意識・女性の法的地位の低さによる（例、戸主の承諾さざる場合、子なきは去る習俗、双方が戸主のための入籍不可能な場合、各地方に見られる足入れ婚・試婚など）、様々な男尊女卑・男子専制離婚権等からの慣行・習俗規範としての事実婚（内縁）には、法律婚主義で貫徹できない婚姻の実態がある。

判例・学説は、当初は、法律婚主義のもとでは、内縁の当事者の一方に帰すべき不当な破棄の場合にも、事実上の妻の保護を拒否した<sup>(9)</sup>。しかし、大正4年・大審院は、婚姻予約（内縁の意味→当初、判例は、婚約・内縁を区別せず、「婚姻予約」という同一語を用いた）は、適法にして有効なり、として損害賠償責任を命じた<sup>(10)</sup>。この判決の有効論を支持しつつ、内縁が社会的実態としては「夫婦共同生活体」であるとして、今日では、判例・学説ともに準婚姻関係として、内縁夫婦間・第三者間の効力を理論構成せしめ、内縁上の妻（事実婚・試婚も含む）を保護している。判例は年月と共に動くし、新しい実態は年月と共に公的制度へと変遷してゆく。

前述のごとき判例の変遷の中から、内縁関係としての AB 夫婦の法律（権利義務）関係は、法律婚（婚姻届）夫婦の法的地位と比較しながら、次のようにまとめておきたい。そこから、夫婦別氏論・非嫡出子論が提出されるからである。

1) 内縁は、夫婦としての共同生活の実態が存在しながら、婚姻届を欠くために、法律上の夫婦と認められない男女の関係であるから、夫婦同氏の原則（民法750条）、未成年の婚姻による成年化（民法752条）の効力は生じない。婚姻後も、それぞれ婚姻前の氏を称して（夫婦別氏）の共同生活関係である。

2) しかしながら、事実上の婚姻共同生活（準婚関係・事実婚）を営んでいるのであるから、同居・協力・扶助義務（民法752条）、貞操義務（民法770条）、夫婦間の契約取消権（民法754条）、夫婦財産制（共有財産・民法762条）、婚姻生活費用の共同責任（民法752条・760条）、夫婦連帯責任（民法761条・旧民法804条）は準用されると解される。夫婦としての当事者間の権利義務・倫理性等は、法律上の夫婦も事実上（内縁）夫婦も同じである。

3) 相続権は、届出のあることを前提としての法的安定性からの効果であるから認められない。対外的・公的主張・対抗力は、婚姻届を欠く限り主張できない。婚姻届を出す行為と同じ考え方である。しかし、特別縁故者としての申立て（民法958条の3）はできるし、借家権（同居者としての対外的実態）も承継できる。内縁関係は「準婚関係」として、判例・学説は定著しており、遺言による方法・前述の特別縁故者としての財産承継・死亡による内縁解消に伴う財産分与の方法等によって、実質的には相続権と同じ効果は可能である。

4) 内縁夫婦の間に生まれた子は、非嫡出子であり、母の氏を称して（民法790条2項）、母の戸籍に入る（戸籍法18条2項）。と同時に、民法772条を準用して、「子の推定・父性の推定」を受けることになる<sup>(11)</sup>。それゆえに、未認知の内縁父子間においても扶養義務・不法行為上の損害賠償請求権は生じる。

非嫡出子の法的地位として、嫡出子の地位との差異は、現在、相続権において「2分の1」（近い将来においては同等とされることが予想される）の地位以外には、特別の差はない。嫡出子でも、父母の離婚・一方の死亡（ことに懐胎中に父母の離婚または死亡）の場合も予想されるし、社会意識の中でも、戦前の如き差別感は今日では無く、未婚の母・事実婚の増加と公然性・内縁中の子は、今後も増加するであろうし、子は婚姻中に生まれるという前提が、すでに問題である。

本件の AB 夫婦（内縁）の間に生まれた子が、嫡出子としての地位の確立に対して、いわゆる「絶対的不能」でなく、AB 夫婦の意思による婚姻届不提出という「相対的不能」による非嫡出子としての地位に対する不利益に関しては、現行法律婚主義制度の中では救済されないし、正面からの権利主張は認められないと解するのも、他面における法の理想でもある。

5) それゆえに、法律婚（届出）主義から見れば、内縁の妻は法律上の妻ではないから、夫も妻も法律上は独身者であり、夫婦ではないので、他に配偶者を求めても、重婚（罪・刑

法184条)にならない。ただし、一方から慰籍料の請求ができる場合もある。姻族関係も発生しない。子は母の氏を称して母の戸籍に入り、住民票の記載も戸籍と一定の照応関係による国の統一通達による記載方式に従っての M 市の記載方法であり、そこには合理的妥当性があると肯定される。

6) 内縁問題が、社会問題として現われ始めたのは、明治末期から大正初年にかけてと言われている<sup>(12)</sup>。この時代は、わが国の近代工業・資本主義経済の発展に伴う労務災害に対する遺族補償の問題として、また内縁の妻の救済の問題として展開された。内縁夫婦は、工場労務者・鉱山労務者の家庭に多く、その発生理由は、まだ届出婚主義の不知・戸主の婚姻同意が得られない・届出に行く時間的余裕がない「法律的・必然的内縁」「事實的・偶然的・不知的内縁」に対して、学説・判例の変遷・形式よりも現実の社会問題として、多くの社会立法が「死亡当時其ノ収入ニ依リ生計ヲ維持シタル者」のなかに内縁の配偶者を含めて救済をした（例、大正12年・工場法15条、大正15年・同施行令8条・12条、大正13年・鉱業法80条・同扶助規則20条、昭和6年・労働者災害扶助法2条、昭和11年・退職金積立金および退職手当法等にも同様である。

昭和12年・母子保護法は「届出をしなくとも事実上婚姻関係と同様の事情にある者」として、内縁を法律上の配偶者と同格に取り扱う表現が用いられて以後、戦後の社会立法においては、現実の共同生活の実態に即して保護して行くようになっている（労働基準法施行規則42条・遺族補償の受給資格、国家公務員共済組合法2条II項・共済組合法上の諸給付の受給資格、一般職の職員の給与に関する法律11条・扶養手当の受給資格。ただし、所得税法上の扶養親族には、是非はともかく、内縁にある者は含まれない・昭和26・1・1国税庁長官通）。本件における AB 内縁夫婦は、前述の如き、「法律的・必然的内縁」「事實的・偶然的・不知的内縁」ではなく、「確信的・意識的内縁」関係である。「お互いの人格を尊重したい」として、別氏を選択し、「現行民法規定は違憲である」という主張は、今後の法制審議会が検討すべき課題として提出されるけれども、AB 夫婦は、そうすることが、むしろ利益であると信じての行為であり、その「不利益」の部分に関しての訴の提起は現行法律婚主義の中からは相当性を見出すことは出来ないと解する。

7) ただし、AB 夫婦間の権利義務関係は、準婚として、前述の「同居・協力・扶助・貞操の義務」が生じると同じ様に解してゆくべきであり、内縁の解消（一方の死亡・内縁離婚）についても「婚姻の解消」の場合を準用してゆくべきであり、「婚姻」することによる内縁解消は、むしろ、歓迎すべきであり、その従前からの「夫婦関係」の継続性・有効性と共に、「子」の準正は当然である。

当事者の一方の死亡の場合は、法的相続権は有してなくても、財産分与規定（民法768条）を準用して、共有財産の形成者として、また今後の扶養分として、かつ療養看護につとめた場合等には、同居者（同棲・内縁・共同生活者）として、特別縁故者の分与権（民法958条の

3) を準用できると解される(前述の3)参照のこと)。

内縁離婚の場合には、離婚と同様に解し、合意離婚には民法768(財産分与請求権)・民法766条(子の監護者の決定)に従う。また一方からの内縁離婚の場合には、正当事由(民法760条)・不当破棄の責任が生じる<sup>(13)</sup>。ただし、結納金の返還の是非は、すでに実質上の婚姻共同生活を経たので消滅してしまう。

### 3. 内縁・同棲の今後の課題と展望

前述した如く、わが国における戦前の内縁関係は、工場労務者等における社会問題としての実態や家族制度下における同情的実態が中心としてであった。しかし、戦後の家族・男女の地位・価値観・生活構造の変化のなかで、新しい意味における男女関係が、内縁・同棲・事実婚として、多様化しつつ増加している事も事実である。それは諸外国においても、罪意識の強かった戦前の婚外男女関係は明らかに崩壊している<sup>(14)</sup>。

わが国も含めて、世界各国における実態は、内縁・事実婚・同棲という言葉の相違があるにせよ、法律上の婚姻とは異なるところの男女の共同生活関係として、「珍しい関係・ひそかな関係」でなく、「普通の関係・当たり前の関係」としての共同生活形態となっていることである<sup>(15)</sup>。そして、各国ともに同棲現象は増加(激増)してゆく傾向が、今日の男女生活関係の形態とも言える。

同棲・内縁・事実婚が、増加してゆく理由は色々・様々であろうが、婚姻制度・婚姻方式における手続性・制約性・離婚法の面倒性の反映も考えられる。

そして、同棲関係においては、①各自の自由があり、お互い拘束しない生活面がある。②各自の独立・男女平等が保たれる。③お互いに才能を伸ばせる。④共同生活のなかで便利性的がある。⑤若い人々のなかでは、婚姻には、若すぎる・職業収入の不安定・学生である・試験としての共同生活等を理由として、婚姻への過程としての共同生活の意味もある。

このような同棲(内縁)関係が、不道德意識から解放されて、障碍や差別や世間からの拒絶反応が無くなり、珍しい現象から、当り前の意識に変化してゆくとき、世界各国において当然の現象として形成されているのが現実の実態である。

それゆえに、婚姻法とともに、内縁法を、さらに短期の同棲関係に関する法的処理をも形成してゆく必要がある<sup>(16)</sup>。いま、婚姻法をも含めて、内縁関係を貫徹せざるを得ない「別氏夫婦」に関しても、男女平等の立場の上に、新しい「男女共同生活関係」の形成が課題である<sup>(17)</sup>。

## 三「氏」の意味とその変遷

### 1. 氏の性格

氏は、歴史的には、様々な発生と色々な呼称があり、「姓氏(せいし・しょうじ)・名字(みょうじ)・苗字(みょうじ)」とも言い、同じ意味である。永い歴史の中で、「呼称」の変遷を経



て、今日では、個人の姓名の上半分の呼称であり、法的には「氏名」の中で「氏」の部分の「よびな」である。

### 1) 古代の「氏」

姓氏は、元来、血縁団体の呼称であった<sup>(18)</sup>。血縁団体の呼称でも、「氏」は父系団体をあらわすものであり、「姓」は母系団体をあらわすものと解されている。

中国・新婚姻法11条は「夫婦はそれぞれ自己の氏名を使用する権利をもつ」と規定し、妻は自己の氏をそのまま使っても良いし、また夫あるいは妻の氏をとって夫婦同氏にしても良い<sup>(19)</sup>。その意味は、古代中国において、その身分社会（封建社会・階級社会）における血縁関係を示すものとして、妻の氏を夫の氏に改めることは、その血統を示す呼称であるゆえに、婚姻によりて、何れかの氏の消滅・改氏することなく、夫の氏を妻の氏の上につけて来た「氏」の歴史性が、今日でも、中国における「夫婦別氏」の根拠であり、今日的な男女平等からの視点ではない。ソ連における「夫婦別氏」の自由も、やはり「姓氏」は血縁団体の呼称であるという歴史的表現からのものである。

わが国においても、第一に、「姓」は「女」と「生」の二字から成っており、古代母系社会における母と子の血筋（父と子の関係は不明確であるから）を表わす意味である。第二に、「姓・氏」は、「カバネ」という意味があり、律令時代に、政治的・社会的に、「地位・階級」のランクの称号として用いられて、この二つの「姓・セイとカバネ」が長い間共存して来た。

それゆえに、古代社会における「氏」は、多数の家族の集合体をまとめてゆく家父長権の単位の範囲の呼称であり（長を氏上（うじのかみ）と言ひ、氏神を祭り、氏人の集合体）、対外的に一つの「氏」で表わす。「姓（カバネ）」は、氏族への尊称、地位、階級等のランクであり、両者が併用されており、今日の「氏」とは、全く異質であるが、その源流となっていることも否定できない。

「姓」も「氏（ウジ）」も、元来、中国で使われた言葉であり、ウジはもともとと同じ血族の団体を指し、家父長を中心とする生活の範囲（一族）に拡大されたものである。「氏」という語源は、本来、「木の根もと」を意味するものであり、「子孫の出所」「出自・スイジ・シュッジ」のしるしの意味であり、「血・同族・血族・身内」を示し、やがて「家柄・家格」を表わす言葉として用いられる様になる。

なお、「名」は、個人の名称の下半分（上半分は姓・氏）の呼称であり、原始時代以来、単純に、生まれた時（幼名）から使用され、「忌み名・アザナ（字）」の如く、実名・公式名などによって多様化されて用いられた。

### 2) 中世の「氏」

中世の「氏」「実名」「アザナ」の三者の併用の中から、「実名」が表面から消えて、アザナ（ミョウジ・名字）が表面に公式名として使用され始めた（実名は軽々しく扱わない・他人に呼ばれない・魔除けの忌み・禁忌・忌み名として、公式の場から消えてゆく）。アザナ(字)

は、地名から多く用いられて（同じ苗所の出生と言う意味から苗字・ミョウジとも言う）、土地の支配・権利等が、中世の人名の特徴となって、この地が「名字の地」として、「名字・ミョウジ発生地」の重要性が、古代社会の血縁・階級のランクづけの無力化した「氏」より、荘園制・口分田制・土地台帳への名字の記載による土地占有の名称が「字・アザナ」の重要な意味を有する様になった。

土地の直接支配とは関係のない「名字」に類するものに「公家」の呼称がある。母系中心の「姓」は、「家父長制」の成立によって父系（家系というのは家の「相続」からの系統を意味するから）相続に変わり、祖先の墳墓・祭祀の中心・懸命の地として「公家」の呼称も（例、九条・三条の地、徳大寺・西園寺の如く寺堂など）つけられていると言える。同じ様に、鎌倉期に入ると、武士の名字も「地名」（土地が武士の財源）と結びついて一族・一門の団結の媒体としての名字である。と同時に、室町期においては、「土地の名字」は停止して、古代社会の地位・門閥・爵位・身分・階級を表わす「名字」が、ランクを表わす制度としてできると共に、より高い「身分」名字の復活・下賜によって生じて来ている。「源平藤橘」を四大氏としての「氏」の歴史性を示している。「名字」は時代の子であり、社会の変遷と共に変化してゆく。

### 3) 近世の「氏」

「氏」は、古代の名字（な・あざな）から、中世の名字（みょうじ）、そして近世の名字（みょうじ）と変転している。江戸時代の法令等は「名字帯刀」の如く、苗字が一般的である。しかしながら、苗字を名乗ることの出来た者は、江戸時代で、貴族・武士および特別な理由で同格扱いを認められた者（例、神官・医者・学者・功績者など）に限り、支配階級・封建社会の確立を示している。そして、また「苗字」は賜与と言う形で利用されている。

### 4) 近代の「氏」

明治維新は、江戸時代に確立した「家」制度・身分制度や、遠く鎌倉時代の武家社会における男尊女卑の思想を基本に、近代化への道（例、士農工商の身分制度の廃止・チョンマゲと帯刀の廃止・職業や居住の自由など）を歩み始める。

その一つが、明治3年太政官布告608号（平民も苗字を付けてよいの布告）、明治8年太政官布告22号（苗字を付けなければならないの布告）による「明治の新苗字」の誕生である。一般平民（百姓町人等）のすべての人々が、「新しい苗字（氏）」をつけることになると、実態は血統を表わすと言うよりも、「他人任せ・屋号・先祖を推定・思いつき・多くは地名・あこがれ（例、藤原氏）・信仰」等によるものである<sup>(20)</sup>。

一方では、法典調査会における、穂積八束の「百姓の慣習は慣習とすべからず。士族とか華族とかに則らなければならぬ」と主張し、わが国古来の淳風美俗（いわゆる国体・「民法出でて忠孝亡ぶ」の民法典論争）の急激な変化や否定に対する反対論が起こり、富国強兵と国体維持の下に、人間の道・道德の基本を家族制度（武家制度・家長と家族制・家の永続とそ

の相続、それに基づいた人間関係の差別秩序等の規範化)に求めた<sup>(21)</sup>。

#### 5) 旧民法における夫婦の「氏」

旧民法(旧親族法)には「家」の存在があり、「氏」は「家」の名であった。家長(戸主権)が、家族を支配・統率したところの、我が国の伝統的家族秩序は、家父長制思想として再強化されてゆく。「家系」とは家の相続からの系統であり、我が国は古代社会以来男子(父系)相続が普通であったゆえに、「家系」は男系と一致する場合(家系は「家」を中心とする系統であり、血系(男系)中心とする純粹の系統とは異なる)が多いが、例えば傍系親族や娘婿に譲る場合等もあり、何れも「家」を中心とする意識の中で、一方では、必然的に「家」の格とか家柄とか身分等を重要視し、血統とか祖先からの一体化をも大切にし、個人は「家」のためにあり、家のなかの家族員の構成にも身分の上下を付けてゆく。婚姻も職業も家意識のなかで考えられて社会生活上の活動の全てにおいて、上下・貴賤・差別・階級をつけてゆく。他方では、国家という「大きな家」の中に天照大神からの天皇を中心とする神への奉仕(忠義)であり、具体的には、それが分散して「家」があり、人々(個人)は、何れかの「家」に属して、家から天皇中心の国家に結びつくという我が国の国体(例・教育勅語)の存在の中に「家」がある。

旧民法は、「戸主及ビ家族ハ其家ノ氏ヲ称ス」(旧746条)。「妻ハ婚姻ニ困リテ夫ノ家ニ入ル。入夫及ヒ婿養子ハ妻ノ家ニ入ル」(旧788条)。「戸主ノ親族ニシテ其家ニ在ル者及ヒ其配偶者ハ之ヲ家族トス」(旧732条)と規定して、配偶者の一方(妻)が従来の家を出て、他方の属する(夫の)家に入るものであり、「氏」は武士の専用するところから、明治維新はすべての平民に「氏」を名乗らせて、氏を「家名」としての「家制度」の定着化を計った。それゆえに、婚姻によって妻(嫁)は夫の家に入るのであるから必ずその家の氏に代わることになり、妻と夫は「夫婦同氏」となるが、その意味は、欧米諸国におけるキリスト教の影響での「夫婦は一体」「家庭の中心は夫婦」という意味の夫婦同氏ではなく、「家」を中心とした「同一氏」への集合体としての夫婦であり、「家」も「氏」も夫婦より強く表面に出ている結果としての「夫婦同氏」である。それゆえに、場合によっては「入夫婚姻」「婿養子縁組」の場合等は、夫が妻の家に入り、妻の属する「家」の名(家名・氏)にかわる場合も生じる。江戸時代に確立した「家」制度とその思想は、旧民法の背景に「封建的意識と風土」として定着している。

母系制社会の名残りを表わす「姓」は、男子相続制の中で消滅し、特に武家社会の確立・儒教思想の中で、女性の地位は幻と化し、「姓」は化石化し、旧民法においても「無能力」の範囲におかれた。

#### 6) 現行民法における夫婦の「氏」

##### (1) 夫婦同氏の原則

現行民法は、夫婦同氏の原則をとる。すなわち、婚姻の際、夫婦の協議で、夫の氏か妻の

氏かのどちらかを「夫婦の氏」と決定（同氏の合意）し、婚姻届に記載（必要記載事項）し届出なければならない（戸籍法74条）。例えば、大山君と小山さんが婚姻する場合に、小山さんが大山と氏を改めるか、大山君が小山と氏を改めるかしなければならない。別の第三者の新しい氏（例、中山と氏を改める）を称することも、また夫と妻がそれぞれの生来の氏（婚姻前に称していた氏）をそのまま称する（夫婦別氏）ことも現行法上は認められない。本件における AB 夫婦の如く、婚姻届を提出しない方法しかあり得ないことになる。

なお、「一つの夫婦及びこれと氏を同じくする子」を単位として戸籍の編製を行うから、婚姻の届出があったときは、その夫婦について新戸籍を編製し（夫婦同籍の原則・戸籍16条）、その間に生まれた子は成長して婚姻するまでは、原則として父母の戸籍に入る（親子同籍の原則・18条）。以上の夫婦同氏同戸籍の原則は、婚姻の際のみの規定ではなく、婚姻関係継続中の原則でもある。例えば、夫が養子であって、その後、離縁し縁組前の生来の氏に復したとき（民法816条）、また夫が非嫡出子であって、父に認知されたとき（民法791条）には、妻も夫とともに氏を改めなければならない。ただし、婚姻の届出があっても、夫婦が、夫の氏を称する場合に夫が、または妻の氏を称する場合に妻が、戸籍の筆頭に記載した者であるときは、新戸籍を編製せず、妻が夫の戸籍へ、または夫が妻の戸籍に入る（戸籍法16条2項）。戸籍の筆頭者とは、戸籍に各人の必要記載事項（戸籍法13条）を所定の順序によって記載されるが、氏名の記載順序の第一順位者（夫の氏を称するときは夫、妻の氏を称するときは妻）である。

## （2）氏とは何か。

旧民法においては、氏は「家名・家の呼称・旧民法746条）であったが、「家」制度が廃止された新民法においては、様々な立案の経過をたどりながらも、わが国の家族制度・家制度の完全な解体の上に、憲法に言う「個人の尊厳と両性の本質的平等」の精神に立って、「個人の呼称」と考えるべきであろう。氏も名も、個人の同一性を識別するための呼称であり、現行法的解釈としては、「氏」は「夫婦とその子」の集団の共通呼称（または、子のない夫婦については、夫婦共通呼称）であり、「名」はその集団の中での個人呼称であり、大分類と小分類の二重の識別によることの便利性からであり、実体的な法律効果はない。と同時に、それは従来からの習俗・国民感情からの立案・規定されたものとも解される。

歴史的には、氏は父系血縁団体をあらわし、姓は母系血縁団体に対したものであったが、我が国の封建社会下において、母系制は消滅し、武家社会の確立は、氏は武士専用となり、本来の血統の表象から、「家」の名称としての性格に変化した。前述した如く、明治3年9月太政官布告608によって、一般の百姓町民（それまでは、平民は、原則として苗字（氏）を有していなかった）にも、氏の呼称を認めて、居住地や職業名称等に従って、「家」の名称としたものが多いと言われている。「氏」の呼称は、明治政府による「近代国家体制」への整備のための人民の戸籍作成（壬申戸籍）・人民の住所氏名の明確化によって租税・徴兵・公地公民・

公租公課・富国強兵への基礎作りのためであり、かつ、我が国の伝統的思想に基づく「家族制度」「家の確立」であった（戸主及び家族ハ其家ノ氏ヲ称ス・旧民法746条）。しかしながら、先祖とか血統とか系図とかの、はっきりしている家はむしろ少なく、数世代以前の先祖がわかっている家は珍しいのが実状である。むしろ、実体のない「祖孫一体」「家族制度」の家名の尊重といっても、形式上・戸籍簿上の存在であって、逆に「家名」のために、個人の犠牲・身動きできない不自由性という前近代性が、日本国憲法上の基本的人権の保障と確立と相容れないとの理由から「家」「家名」の廃止となった。

それゆえに、「家」が廃止された以上、「家」の呼称であった「氏」も廃止されたから、結局、「氏」とは、単なる個人の呼称であると言われなければならない。

「氏」を、単なる個人の呼称であるという考え方に對しては、様々な考え方がある。

第一には、前述した如く、「先祖・血系」の名称が氏であり、現行民法における「氏」も、単なる個人の呼称ではないという考え方である<sup>(22)</sup>。永い歴史性と伝統的血縁の一体化を、各人が氏として冠したものであり、「タテの家族」の同一性を示す所に「氏」の意義があるとする。例えば、親子同氏の原則も、この考え方の上に肯定されるし、単なる個人の呼称の上に、何かプラスされた目に見えない様々な「価値」の綜合されたものが「氏」の基本的性格として特徴づけることができ、今日的にも説得力がある。また、今日的な夫婦別氏論（後述）とは異なった意味での血統主義による「夫婦別氏」論の根拠ともなる。

第二には、「氏」は、夫婦とその間に出生した未婚の子と共に構成されるところの現実の「家庭」「家族共同体」の呼称であるという考え方である<sup>(23)</sup>。第一の説の「血統」の「タテの家族の同一性」に対して、第二の説は「ヨコの家族」として今の現実の生活共同体の統一的総称としての呼称であるとするゆえに、今日的「家族意識」「習俗」「国民感情」現代社会における「新しい家庭・家族の再構築」の視点からも意義がある。しかし、「氏」の背後に一つの実体的集団が予定されている必要はないし、夫婦別氏でも家族共同体の団結は可能であるし、妻の自主性も存在する。逆に成長した子（保育共同体からの離脱）と親とは共同体関係は消滅しているが、同氏となっている（別氏となるべきところを）場合も多いし、「氏」の共通呼称の範囲が家族構成員の変化について行けないし、むしろ硬直して制約機能として働く嫌いがあると解することもできる。

第三には、「同戸籍者集団」の呼称であるという考え方である<sup>(24)</sup>。それゆえに「夫婦同氏の原則・親子同氏の原則」の根拠ともなり、旧法上の氏（実体法上の意味もある）も、新法上の氏も基本的には同じであり、同一戸籍に記載されている構成員の総称であり、それが国家目的に仕える具体的手法である。氏が単なる個人の呼称であるとするならば、それぞれ、夫婦別氏であり、親子別氏であるべきであるとする点には肯定されるべき視点がある。しかし、逆に考えるならば、個人一戸籍（人間の登録簿であるから）でも良いのであって、ある一定の集団を「同一戸籍」に記載することは、手続面・財政面・技術的側面からのものであり、

氏の取得・変更等は民法上の変動原因によって生じるものであり、その効果が戸籍簿に反映される関係であり、形式的記載から実体関係が生じるものではないという批判が生じる。しかし、「戸籍簿」とは何か、と言う政策的側面からの思考の中では肯定されるべき「氏と戸籍」論がある。

以上の如く、氏の性格をどう見てゆくのか、については様々な考え方が提出される。しかし、氏の歴史的変遷の中で、旧法における「氏」は「家」の呼称であったことから、現行法によっては「家」の廃止による「家名」が消滅された限り、結局、「氏」は個人・「テン」の呼称（氏と名で二重に識別しておく便利性）となる。

#### 四 夫婦別氏の原則への提言

##### 1. 妻の地位と人権

氏名が、個人（人格・主体性・テンの生活単位）の呼称であるとするならば、人間としての自主性・独立性・尊厳性からも、婚姻によって一方の氏が埋没してしまう理由も必要性もない。ことに、実情は、夫の「家」に入る妻は夫の氏と同氏でなければならないとする風土や家の中では夫が一番偉い人であると言う男尊女卑の意識を除去するためにも、たとえ民法750条で「夫又は妻の氏を称する」と言う選択条文（旧法788条）があるとはいえ、それゆえに、むしろ積極的に夫婦別氏の立法化をすべきである。

今日、女性の地位の向上・職業を有する女性・公的地位（家の中で終始する嫁としての私的地位のみでなく）での活躍する女性等の社会生活関係における氏の同一性の必要性和、前述の「人間」（たとえ、家の中のみの妻・嫁であっても、一人の独立した人間・女性・主婦）としての主体性としての基本的権利と地位としても夫婦別氏を認めるべきである<sup>(25)</sup>。

##### 2. 社会構造の変遷と夫婦の氏

「氏」とは何か、に関しては、前節で氏の変遷を通じて論述した通りである。

すなわち、「血縁」の永続性と言う「タテ社会・タテ家族」（封建社会・身分社会）の中に「氏」の根拠を求め、次に、現実の「家族共同体」の総称としての「ヨコ社会・ヨコ家族」に、氏の根拠とその必要性・識別性・便利性を求めたと言えよう。

それならば、今日の「社会構造」の基本は、「テン社会・テン家族」である。夫も妻も子も、それぞれが個人としての尊厳・自主独立・一人の人間としての生き方が認められ、その上に「家族生活」「社会共同生活」関係が営まれてゆく社会であり、それが「現代生活構造」である。

世界の主要国は、夫婦が別氏であるか、または選択性を採っているのが大半であり<sup>(26)</sup>。今日の男女平等・人間としての対等性に立脚した基本的姿勢を示している中で、依然として我が国における女性（婦人・妻）の地位の不平等・閉鎖性に問題がある<sup>(27)</sup>。

夫婦の氏の変化も、社会構造の変遷と共に変化すべきであり、それは「タテ」から「ヨコ

へ」そして「テン」への流れが肯定できる<sup>(28)</sup>。夫婦が別氏となっても、現実の夫婦共同体とは無関係であり、「愛情や信頼や平等や協力」（民法752条～762条参照）は、同氏・別氏論とは直結しない。

また、戸籍簿に関しては、戸籍技術上の基準の中で考察すべきものである。例えば、同戸籍別氏の原則でも良いし、親子同一戸籍・同氏の原則も可能であり、実体面と形式面（登録）のそれぞれの理念・目的・事務的合理性で判断してゆくべきである<sup>(29)</sup>。

### 3. 二心二体説夫婦論からの提言

「夫婦とは何か」については、一心同体説夫婦論→一心二体説夫婦論→そして二心二体説夫婦論と言う考え方が形成される<sup>(30)</sup>。

一心同体説夫婦論とは、我が国の「封建社会」における夫婦形態である。その意味は「夫中心」「夫一体」の中に妻が吸収されたものであり、キリスト教も別の視点から「二人のもの一体となるべし、人とは男子のみ」であり、女子は無能力者である。夫に「くっついた」幻影として形も心も表面に出て来ない「無人格」の地位における婚姻論であり、武家時代の「殉死妻」にも見られたごとく、また「女大学」の女訓「服従こそ妻の道であり、道徳である」と言う倫理観の上に確立された婚姻論である。

一心二体説夫婦論とは「近代社会」における夫婦形態である。今日の社会（現代社会・後述）における夫婦の在り方は、一心二体説夫婦論の形が多く見られる。それは、前述の封建社会の意識と風土と長い慣行の中で定着し「夫を立てて、妻の服従」「夫の心」に妻は「手足」となって仕えてゆく夫婦生活構造の中に当然の如く反映している。教え子・ゼミ学生の結婚式・披露宴における多くの方々の祝詞のなかにも「夫に対する妻の在り方」として、真実味を帯びて語られているのが現状である。同時に、若い女子学生の意識のなかにも、「夫が引っ張ってくれる人」「リードしてくれる男性」を望み、「マンションに住み夫の帰宅を夕食の準備をして待つ可愛い妻」を夢見ている面もある。

総理府の「家族・家庭に関する世論調査（昭和61年3月）」によると、夫は仕事・妻は家事（男の役割は生活費を得る87%。妻の役割は掃除・洗濯・食事の支度と後片付け・家計管理90%）として、男が前述の妻の役割も「男女同じ程度の役割または男の役割」とみる人は5%もいない。同じ総理府国際比較調査（昭和58年4月）による日本女性の「女性観」は「夫は外で働き妻は家庭を守る（日本71%・米国34%・西独33%・英国26%）。結婚後は自分よりも夫や子供を中心に生活する（日本72%・西独41%・米国18%・英国10%）」として、「自立する・とんでる女性」など婦人の社会進出が著しい現象のなかでも、意識は、いわゆる「大和撫子（やまとなでしこ）型」が大勢を占めている。

「夫の心」の意のままで、身体は二体であるとしても、主体性もなく、世の中の現象も見えない、夫の手足としてのみの存在しかない夫婦は、「一心二体説夫婦論」と言えよう。

二心二体説夫婦論とは、今日の「現代社会」における夫婦形態である。すなわち、現代社

会構造は、個人の尊厳・男女平等・対等の独立・自立した所の男性論・女性論の上に展開されなければならない。独立した男性（夫）と独立した女性（妻）が、平等の人間としての婚姻論の展開が「二心二体説夫婦論」である。「夫の心」「妻の心」があり、男性という人格（意思）と女性という人格（意思）の二人の人間の「愛の共同体・ヘーゲル」が婚姻である。そのためには「男性（夫）側」の夫中心の意識の打破であり、「女性（妻）側」の人間としての意識の確立であり、社会構造とその流れが「見える」男女平等社会形成への自覚と参加と構築を必要とする。夫婦別氏論も、この「現代社会」における「二心二体説夫婦論」の婚姻形態の上に形成される基本原理であり、民法750条の改正への具体的検討の必要性がある。

## 五 ま と め と 提 言

以上の如く、現行民法750条の検討を行ないつつ、「夫婦同氏の原則」の今日的課題、内縁夫婦の実態とその権利義務の法構造、そして、「夫婦別氏の原則」への必要性について論じて来た。以下、次の様に「まとめ」を述べつつ、婚姻の成立・婚姻の効力に関しても提言をしておこう。

第一点は、「氏」の意味と性格の変遷である。氏は、「タテ社会」を連結するための「血縁団体」の呼称から、「ヨコ社会」として、その集合体である「家・家族・夫婦とその子」の家族共同体の呼称へと変わりつつ、今日に至っている。そして、「現代社会」は一人一人の自立・独立・個人・男女平等社会において、夫婦の一方の氏が他方の氏の中に埋没・吸収されることの不合理性・不平等性から「テコの社会」として、「夫婦別氏」論が肯定される。

第二点は、現行の「夫婦同氏」の原則を貫徹すると、婚姻前の氏を婚姻後も呼称しないと言う夫婦の事実婚（内縁）を認めざるを得なくなり、「法律婚主義」の強行性が、行き詰まり、今日的夫婦（婚姻）の実態と矛盾し、ズレを見せ始めた現象に対する再検討が必要である。と同時に、世界的現象としての事実婚（内縁）の増加とその公然性・公認性に対する法調整の必要性、そして「ひとり暮らし・未婚の男女」の生活様式の増加もあり、男性も女性も、一定の年齢が来れば婚姻するものであるとし、その場合は、夫の氏を以って夫婦の氏の同一性の原則性を法制化・強行するとき、法の硬直性だけが目立って、現実の実体に「婚姻法制」がついてゆけない反省がある。「婚姻文化」は様々であり、形式婚・法律婚の文化のみが正しいと言う単純論から、別氏の文化・ひとり暮らし文化も加えて、婚姻文化の選択性・多様性を真正面から受け止めていかなければならない。「夫婦別氏」論は、「内縁夫婦」「嫡出子・非嫡出子」の親子関係をも含めて、総合的な「婚姻法」の検討への出発点となるかも知れない。現行婚姻法は、静的・安定的すぎる嫌いがあり、動的・流動的婚姻生活関係を把握し切れない。

第三点は、法技術的には、同氏同戸籍の原則から「別氏同戸籍の原則」「親子同戸籍の原則」も戸籍簿上は可能であり、民法（実体法）と戸籍法（形式法）とは、一定の照合関係を保ち



つつ（現実の夫婦とその子の実体）、「氏」は、個人の呼称（符号）として、夫婦別氏制・その選択性を採ることは、技術的には可能であり矛盾しない。また、夫婦同氏が婚姻の本質であり、「夫婦別氏」は「愛情」の無い共同体であるとは言い切れないし、「夫婦論」は「同氏・別氏」とは直結しない別問題であり、社会生活上における他人との識別性、第三者に対する自己の同一性の継続性であり、夫婦論とは無関係である。同時に、むしろ、夫の自主性・妻の自主性、夫婦の対等性・自主性の「現代夫婦論」への誘因となると考えることも可能である。そこに「夫婦別氏」論の積極的意味がある。

第四点は、「封建社会」における「一心二体説夫婦論」から「近代社会」における「一心二体説夫婦論」、そして「現代社会」における「二心二体説夫婦論」の展開の中に「夫婦別氏」論が肯定される。独立した対等の夫と妻の共同生活関係（それぞれが意思・心を有して、それぞれの手足を持った人間→二心二体）を前提にして、婚姻成立の要件（民法731条以下）・婚姻の効力（民法750条以下）の再検討・解釈を行うべきであり、ことに婚姻生活費の夫婦共同責任（民法752条の同居・協力・扶助の義務）・日常家事費の共同責任（民法761条）・夫婦財産の個別特有財産峻別化と夫婦共有財産の明確化・子供の夫婦（父母）の共同親権（民法818条）・離婚時の財産分与請求権（民法768条）の内容等における法制の統一的規整が可能であり、まだ沈黙物化している父権主義夫婦論・一権（父権）主義家族論への反省と新しい婚姻論への展望が可能である。妻の地位の向上、職業を持つ女性の「自己認識・呼称の同一性・継続性」は、「夫婦別氏論」の是非・慎重な検討を課題としつつ、21世紀社会に向かったの「婚姻の形態」の変遷を示すかも知れない。

#### 〔注〕

- 1 本稿では、「氏」「姓」の使い分けについては、「氏」で統一しておく。

元来的には、血縁団体の呼称であり、「氏」は父系団体をあらわし、「姓」は母系団体をあらわしたものと解されており、その後、母系制が亡び、「姓」は陰にかくれてしまい、「氏」は武士社会で専用され、そして「家」の確立によって「家名」として存続しつつ、今日でも「氏の性格・意味」には、様々な説や根拠を有しつつ、一応、「個人の呼称・符号」と考えられている。

現行法上、民法・戸籍法等においては、「姓」の文言は使用していない。「氏」の文言で統一しているので、以下本稿では、「夫婦同氏の原則」とか、「夫婦別氏の原則」等の如く使用し、「別姓」とか、「同姓」「姓名」等の如く「姓」の文言は使用していない。以上の理由で、法律用語としては「氏」の文言で表現し統一して使用する。清水兼男・夫婦の氏（家族法大系II婚姻所収・159頁以下）参照。

- 2 松村晴路・家族と婚姻・日本の家族関係(1)・78頁以下参照されたし。

- 3 婚姻には、事実婚（無式婚）と要式婚（形式婚）があり、要式婚には、民事婚（法律婚）と儀式婚（宗教的儀式婚・習俗的儀式婚）がある。青山道男・法律婚主義と事実婚主義（家族法大系II・75頁）。

歴史的には、ヨーロッパにおいては、中世のキリスト教会が有する宗教的権威の下で婚姻立法権を掌握していた（婚姻は秘蹟である→そこに婚姻の厳粛性・歓喜への祝福としての宗教的儀式）のが、フランス革命以後、近代国家が（婚姻は契約である←婚姻還俗運動の思想のなかで）婚姻立法権（法律婚）を確立し

た。ただし、主体が教会から国家に移行しただけで、基本的には、ヨーロッパの風土には大きな混乱はなかった。

しかしながら、我が国の場合には、法律婚（届出婚主義）への移行は、従来の慣行・ことに家父長権下の婚姻意識・女性の地位の低さ・家意識のなかで（例、戸主の承諾せざる場合・妻の出産まで・双方が戸主のために入籍不可能、また足入れ婚・試婚などの習俗、習俗規範の成立）、困難な、なじみにくい通達・立法となり、法律婚と共に種々の理由から従来からの慣行としての事実婚（内縁）が生じた。

婚姻は、公的な社会制度の一つであり、その社会において正当に承諾された実在であり、公的な男女の共同生活体である。それゆえに、社会に対して、一定の条件を具備して、何等かの表示・公示方法としての形式・儀式を伴って来た。近代法治国家は、すべて、その形式を「婚姻の届出（申告）」によって成立するものとした。法律婚主義である。婚姻を公示する必要性は、排他性・公然性・道徳性・文化性からも、政治的・経済的・社会的にも意味があり、理由がある。松村・同上書・110頁。

- 4 明治旧民法（明治23年公布）は、慣習上の儀式を挙げることを婚姻の成立要件とした（同法43条）。明治民法（明治31年施行）は、法律婚主義（戸籍吏に届出るによって効力を生ずる）を採用した。  
さらに、それ以前に、司法省（通達）によって、明治8年に法律婚主義が採られ、明治10年の通達は、事実婚主義が復活されているので、一応明治30年（明治31年には明治民法（法律婚）の施行となるから）までは事実婚主義は適法として続いていたと解される。
- 5 内縁の妻の保護の態様や内縁関係を「準婚関係」としての内縁夫婦間の効力や社会問題としての内縁問題等については多くの問題点・解決点・配慮規定等は存在している。この点に関しては、松村・同上書・112頁以下参照されたし。
- 5 我妻栄・親族法・14頁～15頁・194頁以下参照。
- 6 高梨公之・内縁（家族問題と家族法Ⅱ所収）・297頁以下。
- 7 京都新聞・平成3年5月23日付。
- 8 田代有嗣・氏名「変更」規制と戸籍（家族法と戸籍——その現在及び将来——所収）・327頁・336頁（夫婦別氏座談会）参照。
- 9 大判明44・3・25民録17輯169頁。大判明35・3・8民録8輯3巻16頁。
- 10 大判大4・1・26民録21輯49頁。
- 11 最判昭29・1・21民集8巻1号87頁。
- 12 最判昭33・4・11民集12巻5号789頁。
- 13 太田武男・溜池良夫「内縁（事実婚）の比較法的研究」・ジュリストNo.794・42～43頁。
- 14 世界各国の事実婚（韓国の事実婚・フランスの事実婚・スイスの事実婚・スウェーデンの事実婚・西ドイツの事実婚）については、松村晴路・家族と婚姻・115頁～119頁。
- 15 川井健・家族法上の問題・ジュリストNo.799・42頁。アメリカ合衆国では、1975年に同棲者は123万人（5年で倍増している）。スウェーデンの1974年の婚姻対同棲のパーセントは、18～24才は47対53、25～34才は80対20である。フランスでも昔からの Comcubinage という一種の内縁関係は周知の通りであり、イギリスも同棲は普通であり、スイスでも同棲のほうが税務上有利であることを同棲の理由の一つともなっている。
- 16 川井健・続家族法上の問題・ジュリストNo.801・71頁～72頁。加藤一郎・家族法の将来・季刊実務民事法2号・11頁は「短期間の同棲関係は、内縁法理（いわゆる準婚）と区別して契約処理をしたほうがよい」と述べている。
- 17 本稿で「同棲・内縁・事実婚（準婚）」の語句を並列的に使用している。

## 民法750条の夫婦の氏に関する問題点

正確には、次の様に語句の意味を前提としている。「内縁」は、婚姻意思を有しつつ共同生活を営んでおり、戸籍法の定める婚姻手続を経ていない関係である。実態は、正式の夫婦（法律上の夫婦）と同じである（なお、婚姻意思を有しつつ、共同生活の実態が欠けている関係は「婚約」であって、内縁とは区別する）。逆に、婚姻意思を有しない男女の関係としての「私通関係・妾関係」とは区別してある。「同棲」については、法律用語としての慣用は、一般的にはせず、広い意味では、「内縁」と「私通→短い共同生活も存在する場合がある」の両者が、正確的には含まれるけれども、「同棲・内縁」と並列的に使用している場合は、「同棲」の淡い・短い「私通関係」は除外して、濃い・比較的長い共同生活のみを前提として、すなわち「内縁」と同じ意味に使用している。「事実婚」は、「要式婚（形式婚）」・「法律婚」に対比しての語であり、本稿では「同棲・内縁・事実婚」と同列・同意語として並列的に使用してある。そして、その実態は、「法律婚」と同じであるゆえに「準婚」と解して、本稿は分析してある。

- 18 丹羽基二・姓氏の語源・1頁～32頁参照。丹羽基二・太田亮・新編姓氏家系辞書・25頁以下参照。
- 19 清水兼男・夫婦と氏（家族法大系II所収）159頁以下。
- 20 丹羽基二・姓氏の語源・29頁以下。
- 21 大竹秀男・家と女性の歴史・218頁以下。福尾猛市郎・日本家族制度史概説・209頁以下。
- 22 板木郁郎・氏の性格について。なお、青山道男編集・注解民法（20）・318頁～324頁参照。
- 23 外岡茂十郎・改正民法における氏の研究・56頁。太田武男・親族法概説・109頁以下。
- 24 平賀健太・戸籍制度について・身分法と戸籍・305頁以下。
- 25 井上治代・「女の『姓（なまえ）』を返して」参照。「現実には、98.6%の人が夫の姓を選び、若い女性たちの間では、「彼の姓」になることへのあこがれが強いともいわれている。問題点としては、①「墓と姓」では、長男相続の慣習に支配されている墓の同姓による承継では、女の子（嫁）だけの家の墓は無縁化の危険があり、そのために結婚障害となる場合がある。②「仕事と姓」の不便。③「離婚と姓」における社会生活上の不都合。④「老人介護と姓」では、「うちの嫁」として両親（老人）の面倒を見る矛盾などは「長男の嫁」の立場における「現代家族論」としての苦悩がある」。
- 26 我妻栄・親族法・77頁～80頁。星野澄子・夫婦別姓時代・81頁以下。
- 27 結局、日本においては「夫の氏か、妻の氏か」を夫婦の氏にする規定になっているけれども、現実には、女性が「夫の氏」に変わっていることが問題であり、妻は「夫の家の嫁」にゆくとか、〇〇家と〇〇家の結婚式場とか、妻は夫を立てることとか、依然として、今日の我が国の社会は、男性中心社会であり、女性を人間としてとらえていない意識がある。若し、逆に夫婦同氏が、夫（男性）が妻の氏に変わるべく規定されていたなら、「夫婦別氏論」は、もっと早く立法化されていたにちがいない。男性意識の改革が必要であるし、また男性特有の「大らかさ」は、女性特有の「激突型」論争より、うまく「夫婦別氏」論を呑み込んでしまうにちがいない。
- 28 松村晴路・民法概説（上）・215頁以下。相続の根拠についても、同じ基本的考え方に立つ。すなわち、相続は「血の代償・家・氏・先祖祭祀」の「タテ」の相続であった。次に相続は「ヨコ」の相続として、「家族生活共同体」の生活保障として相続財産の資格を与えて来た。今日の相続の本質（根拠）と言われている。そして、相続を「テン」の相続であると考えられる。夫の相続財産は妻（テン）が全て相続（夫婦共有財産・妻の協力が形成された財産と解しても良い）をし、妻死亡によって、はじめて第二順位の生活共同体であった子が相続してゆくと言う考え方である。  
この様な「血縁集団」「家」「家族」の形の時代の流れによる変化が相続とは何かに関しても「タテ」から「ヨコへ」そして「テン」の変化を見ることができる。「氏」の性格の変遷も同じであり、氏も、いま、「テン」（個人の呼称）・（夫婦別氏）の社会構造に來ていると考えられる。

29 高柳真三・明治家族法史・49頁。明治初年の我が国の「婚姻関係法」は法律婚・事実婚がともに有効とされた時期があった。その場合「妻は或いは夫の家籍に入り、或いは生家の籍にとどまっていた」「しかし妻は夫の家籍を同一にしても、氏を改めるにいたらなかった」

「わが国では律令以来、女は嫁して夫の家に入っても生家の氏をすてず、したがって妻は異姓の人として夫の家族に入っていたのであり、この制は武士法を通じて明治時代に伝えられてきたのである。しかし、明治になってからは、従来氏を称しなかった平民も苗字をもつことになったので、この制度の存在は一般的問題となってきた。太政官はこれについて婦女は人に嫁してもなお所生の氏を用いるべきものとし、ただ夫の家を相続（家督相続の意・松村・注）したときは夫家の氏を称すべきであると指令で定め結局民法施行までその方針が維持された」「妻の氏は変わらなかったが、族籍の法は『婦女ハ男子ニヨリテ族ヲ得ル者故、自己一身ノ族ヲ有セス』という考の下で氏と族籍は分離しうるものとなっていた」。すなわち、「夫婦別氏」と「同戸籍」論は、別の視点で戸籍技術上の問題として考察でき得る。

30 松村晴路・家族と婚姻・164頁以下参照されたし。