

家族法改正の課題（2）

——選択的夫婦別氏論議の隘路——

木幡 文徳

1 はじめに

2009年に民主党政権が発足し、千葉景子氏が法務大臣に就任するや、その発言もあって、にわかに、民法（家族法）改正、特に婚姻における夫婦の氏につき、選択的夫婦別姓の導入が一旦は現実味を帯びてきた。ここでにわかにというのは、1996年に法制審議会の民法改正要綱が公表されて以来、若干の議論がなされたもののこの案はたな晒しの状況にあったと言ってもよいからである。ところが、その後の今国会の動きでは改正の実現が怪しくなっていて当の法務大臣は総選挙で落選の憂き目にあい、後任の法務大臣は問責決議案の矢面に立たされ拳句は辞任となるという状況である。したがって民法家族法の改正はいまだ展望がない。しかし今後ともこの夫婦別氏は問題になり続けることは明らかであり、仮に要綱案に従い何らかの改正がなされたとしてもさらに議論すべき問題を残すことは必定であると思われるので、現時点で私なりの問題提起をしておくこととする。

2 氏の団体性

さて、「氏」（うじ）は、本来、いわゆる地縁や血縁を基にして一つの集団につけられた名称であり、その集団に属する誰彼であるという表現で個人を特定する手段になっていたものと考えられる。氏の変遷の歴史的過程の詳細は置くとして、この氏を制度的に明確なものとし、日本社会の根幹をなすものとしたのは、明治政府であった。すなわち、明治政府は、民法（旧法）においてその親族・相続編の中で、「家」（いえ）制度を確立し、氏を家の名称であるとし、同じ家に属するものは同じ氏を称する者としたのである。また、同時に明治政府は、すべての国民に氏を名乗ることを強制し、すべての国民がいずれかの家に属するものとして、全国民を把握するために戸籍を整備したのである。この場合の戸籍

の戸というのは家と同じ意味であり、戸主に率いられる一団体を意味する。ここに氏は抜き差し難く団体的性格を表象するものとなったことをまず認識しなければならない。

3 氏の身分性

更に旧法における氏には、家団体名を表すのと同時にそれには特定の個人が所属する家について変更が生じたときには、氏の変更が起こるといってつまり身分関係に変動が生じたことも表現することとなっていたのである。その典型的な場合が婚姻であり、婚姻は女が男の家に入るというのが原則であり、そうなるとう当然に女性が元の家から婚家の家の所属員になるものと考えられるのだから女性は元の家から婚家の氏に氏を変更するのは当然のこととなる。つまり、氏は家団体の所属員を表象すると同時に身分関係の変動をも表わすものとして考えられておりここに氏には身分性が伴っていたことも認識されねばならない。

4 氏の性格の変容と氏の慣習的受容

周知のように、第2次世界大戦後の我が国の再生過程においてきわめて重要な課題とされたのは、家制度の廃止であった。家制度は、我が国の制度の根幹をなし、天皇制家父長制の基礎ともなっていた制度であり、わが国を敗戦へと導いた大きな要因であると評価されていたからである。そこで、民法の親族・相続編も全面的に改正というよりも新立法がなされたのは必然であった。前述したように、氏は家を体現したものであったから立法過程において当然に問題とされた。そこでの考え方は、その体現するところを全く改めて、「氏は個人の同一性を示す呼称である」との理解に立つものと解されたのである。もっとも氏についての定義はどこにもなされてはいないから、その実際の機能は氏の関わる民法上の規定、その他の氏の関わる制度の運用をみて全体として判断することとなる。その点でいえば、確かに民法の規定を見れば、氏と関わって規定されているのは、祭祀承継だけであり、他には氏の異同と法律関係のあるものはない。他方、夫婦については婚姻の際にいずれかの氏で統一することを強制し、嫡出子についてはその婚姻中の父母の氏を称し、非嫡出子については、その母親の氏を称し、養子縁組をすると養子は養親の氏を名乗るものとし、離婚、離縁をすると復氏するのを原則とするものとしている。これらからみると、

氏はそのグループに属するときは同じ氏を名乗るという団体性を持つものとされていると解さざるを得ない。また、現行家族法の立法上の指導者が、その意図したところは、近代的核家族像であり、家の觀念の継続を全く考えてはいなかったとしても、「夫婦親子という最小の親族共同生活体が同一の呼称を持ちたいという国民感情への順応」であるとしていたことから少なくとも氏の団体性を容認していたことは否定できない。また、身分関係が変動つまり所属するグループが異なることになると氏の変更が起こるという身分性も有していると理解されるのである。この觀念は、戸籍が家籍であることは廃止されたものの、婚姻した夫婦についていずれかの氏を夫婦の氏として選択させ、その氏をもって戸籍筆頭者として戸籍を編成し、同じ氏を名乗る子を同一の戸籍に記載するというシステムをとったことから一層強化されることとなった。つまり、氏の持つ性格はその根本的アイデアは旧法とは全く異なるものであるとしながらも、現在に至るまでも旧法時代と極めて似た制度として運用され、家族員個人・個人を単位として結びついた集団であると構成するよりも、家族を「所与の一団体」とし家族員はその集団の所属員として觀念することが国民の間では旧法時代から引き続き一般に継承されたと考えられる。この際、民法では夫婦の氏の統一については、法形式的には夫婦の何れの氏で統一してもよいとしたのだが、これまで述べたような氏の性格とその制度運用は、前時代の女が男の家に入るという法的強制をそれが廃止されたにもかかわらず慣行・慣習として受容することとなったのである。ここで我々は、氏についてその制度の面では、原則としては個人の呼称として運用してきたのではなく、核家族とは言え家族という団体の呼称として運用してきたことを率直に認めておく必要がある。このことは多くの人々の間で、婚姻届を出して法的に夫婦となったことを指して、「入籍した」と表現することに端的に表れている。つまり法制度上、氏が個人の呼称であるという認識を原則として運用し、その認識を国民の間に醸成するような制度がほとんど存在しなかったといってよい。ここにほとんどというのは、離婚後の復氏についての婚氏統稱、離縁後の復氏についての縁氏統稱といういわゆる民法上の氏と戸籍法上の氏の分離として扱われる場合があるからである。この場合は家族という集団から離脱した者が離脱した集団の氏を継続して称することとなるから、まさに個人の氏として称していると理解しなければならない。しかしながら、これとても、離婚した夫婦の間の子の氏の変更を通じて、団体としての氏の問題を生じさせ、再び団体としての氏の性格へと回帰することが少なくない。

5 家族法の基本理念と夫婦別氏論議

言うまでもなくわが国の家族に関する法の基本的理念は、個人の尊厳と男女の本質的平等である。そこで夫婦別氏の導入という課題もこの基本的基準に従って精査されるべきこととなる。その点、個人の尊厳ということからみれば、夫婦同氏を強制することは氏に個人の呼称以上のものを求めることであってこの基準からは認められず、夫婦別氏を認めることは論理上明解であり「必然」であるということになる。しかしこの論は同時に家族の形成にあたり家族の氏を設定することまでも否定するものではないということには注意を要する。つまりこの基準をクリアするには、それが夫婦について任意に行われるものならば、いずれかの氏を選択してこれを家族の氏として設定しあるいは第三の氏をもって家族の氏とすることは可能であることになろう。この点については現在の制度は夫婦の一方は継続して氏を称するのに対し他方は従来の氏を称することができなくなると認識されており、新しく形成された夫婦＝家族の氏をいずれかの氏で設定したとの認識が実は背景に退いて、更には夫婦となる一方は旧来の家族団体に帰属し続けることができるのに対して、他方は旧来の団体に帰属することから切断されてしまうとの旧時代の思想と極めて近い意識が支配し、問題を見えにくくしているのかもしれない。他方、男女の本質的平等という点からすれば、夫の氏を名乗るのが96%以上であるとの結果からみれば、この選択が明らかに何らかの圧力を受けて偏向し、同時にこれは家族の氏の設定の任意性をも疑わしめることとなり家族法の基本理念に反する結果を招来していることは認めなければならない。恐らくそれはこれまで縷々述べてきた明治時代に成立した家制度的観念が、現在の家族関係法と戸籍法などの運用との共通性もあって、国民の間の少なくとも慣行として、かなり強い命脈を保っていると理解すべきであろう。つまりこれほどに強い団体性を持った氏という概念を用いしかも旧制度と同じ戸籍というその概念・言葉からして「戸」という団体性を有する制度を用いて社会の中で機能してきているのであり、これを持って個人の呼称としての性格を表すものであるというのは概念を扱うことに慣れた専門家はいざ知らず一般的意識からすれば無理なことであるともいえよう。しかし、このことは家族法の理念である男女の本質的平等には反することとなるので、なんらかの方法により制度的な変更がなされるべきこととなる。しかしながら、夫婦の氏の統一と家族員の「同一氏」の保持が慣行として広く受容されており、それを現在の制度が支持してきたともいえるので、

現実を重視すべき家族法の立場からは、この慣行にも十分配慮すべきであると考え。つまり、ことはかなり深刻なところでの対立というよりも深刻なジレンマに陥っており、隘路にはまり込んでいると認識すべきであろう。より具体的にいえば、家族員共通の家族名を設定すべきであるとしつつ一方で婚姻前の個人としての呼称は維持し続けたいとの要望が同時に存在するというのが実情なのではあるまいか。こう考えてくると、夫婦別氏の採用が、現行法の制度的理念に沿うものなのは明らかなのだが、選択なのだから誰にも迷惑がかからずこれに反対するのは時代錯誤であるとするのは論旨としては明快であり理解もできるが、一方で家族に対する一般の人々の法感情に適合しているかということになると少しく疑問が残るのである。そして結果的には家族名の設定を優先させ、それだけに、両制度を選択可能な制度として現実的に機能させるについては、ことの性質上、差し当たり両制度を互いに認める寛容さというものが必要とされよう。

6 別氏論と同氏論の主張の理由

これまで選択的夫婦別氏制度が主張されて以来その論拠としてはおよそ次のようなところに要約されよう。1) 女性の職業・社会活動の不利益の解消、2) 氏の統一は男性の氏によって行われており実質的に男女不平等、3) 選択的夫婦別姓であれば一人子の婚姻などで一方の家の氏を絶やすことが避けられる、4) 夫婦の氏の設定は任意であるべきであり他人が干渉すべきではない、5) 夫婦の一方に改氏を強制するのは人格権の侵害、などがあげられる。他方、同氏を主張する根拠としては、1) 夫婦同氏は慣行として定着しており、家族の一体感を保持するうえで重要、2) 氏は家族の呼称であり個人の呼称ではない、3) 子の氏が一方の親の氏と異なるのは子の福祉に反する、4) 別氏論者の1)は通称の使用を認めれば足りる、などである。

7 選択的別氏のパターン

ところで夫婦別氏については、選択的という言葉が冠せられているように、同氏を排斥することはしないで別氏を採用することの提案であるので、これについてはいくつかの類型として整理されている。1) 同氏原則型 各自の婚姻前の氏を称することができるもの。子の氏は統一、2) 別氏原則型 特段の合意がなされたときのみ夫または妻の氏

を称する。子の氏についてはその出生ごとに選択。3) 夫婦同氏別氏対等選択型 婚姻時に同氏にするか別氏にするかを決定し、子の氏については統一。4) 呼称上の氏として戸籍法上の承認 現在の夫婦のいずれかの氏で統一するが改氏した者は婚姻前の氏を呼称として使用することを承認する。

8 若干の提案と展望

これまで氏の性格と夫婦の氏の展開、別氏制度が主張される理由、夫婦別氏採用の提案の現況について概観してきたが、わが国における氏の有する団体的性格、家族 = 夫婦親子の共通の氏の設定の容認、夫婦の氏の選択における相互の任意性・自由性の確保、が基本的課題となって、私の夫婦別氏の採用の問題への思考もジレンマに陥り、隘路にはまっているというのが率直なところである。そのような中ではあるが、最後に若干の感想を述べ提案をしておきたい。

その第一は、先にも述べたようにわが国の氏は団体性を極めて強く反映している概念であるのでそれからの脱却を図るにはそれ相当の制度的変革が必要とされるものとする。これまで氏について個人的性格への転換への根本的制度化をしてこなかったのであるから、極めてドラスチックな変革でもしないことにはその実現は困難であろう。でき得れば身分登録制度として個人籍を採用し、その上で現在の戸籍制度を改革していくことが最も氏の個人化には近い道筋かと思う。しかし、家族法では、わが国の第2次世界大戦における敗戦後の変革などの革命的状況下における場合はともかくとして革命の変革はあまり好ましいものではないものと考えれば漸進的改革が望ましいのではあるまいか。とすると、婚姻に際し家族の氏を設定するという認識を有し、かつ個人の氏の継続使用を法的に承認し、現在の通称の使用という段階からいわば「強制通用力」を強める形での立法を行うという、先に述べた7-4)の家族の氏として選択されなかった者は、呼称上の氏として婚姻前の氏の継続使用を戸籍法上承認するという案がより現実的な案なのではあるまいか。これについては、婚氏続称、縁氏続称の例があり一般に広く受容されており、これによって氏の個人的性格を広げていき隘路からの脱出を図ると考えるのである。もっともこの案は、制度的変革はあまり大きくなくその効果はかなり大きいものがあると思われるが、極めて妥協的なものであるから中途半端なものであるとの批判は容易であるし、妥協案が持つ通例で少しく分かりにくい案でもあるのでその点の説得は冷静な頭脳を持った者の間でなされ

なければならぬが、現在の国会の状況がそのようなものかどうかは極めて疑わしい。

第二に、第一で述べた提案ではそれほど大きな制度的変革は必要としないが、夫婦別氏を採用した場合どの形態によろうともかなり大きな変革となるので現在の戸籍制度の運用と混乱なく実施可能なかも現実的には細部にわたり検討の用があろう。蛇足かもしれないが、身分登録制として個人籍を採用した場合、これを契機として現在のコンピュータを利用した身分登録制度の設計も考えるとまたぞろ国民総背番号制導入との関わり如何も気になるところでもある。

最後になったが、民法・家族法の改正は、いわば、店晒し状態とされてきたのだがそれはこの夫婦別氏が主な問題とされ他の提案の改正も先送りされてきたといわれている。ならば、この別氏論争は文字通り棚上げし他の提案の実現を目指してほしいということである。新たに親権の停止についての提案もあり、これまで家族法の改正については、多くの別の提案がなされており、何も夫婦別氏問題が解決されなければこれらの問題も解決できないというのではないのだからこれらの課題についてはその多くは意見の一致をみており早急に改正が望まれる。

《参考文献》

現時点で、極基本的な文献である次の2点のみを挙げておく。

- 1 唄孝一「戦後改革と家族法・唄孝一・家族法著作選集第1巻」(日本評論社・1992年)
- 2 小池信行「選択的夫婦別氏制の論点について」(戸籍時報 654号・2010特別増刊号・日本加除出版・2010年4月)

(こはた ぶんとく 専修大学法学部教授、2011・1・6)