

## 夫婦別姓論その後 —30年の軌跡—

富 田 哲

### 目 次

1. 序—問題の所在—
2. ドイツ法と日本法—比較法の観点から—
3. 日本における夫婦同氏合憲判決
4. 近代家族と夫婦同氏
5. おわりに—今日の閉塞状況を打開するために—

### 1. 序—問題の所在—

日本において「夫婦別姓（氏<sup>1</sup>）」という言葉が一般的に使われ始めたのは、1980年代のことであった。夫婦は同一の氏を称するものと考えられてきた近代の日本社会において、夫婦別姓論は新鮮な感覚をもって受け止められた。1990年代にはいと、立法化の動きも進んでいった。1992年12月の「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）」、1994年7月の「婚姻制度等に関する民法改正要綱試案」<sup>2</sup>、1996年2月の「民法の一部を改正す

---

1 日本において「氏」「姓」「名（苗）字」はそれぞれ起源を異にするが、現在、これらの語は厳格に区別されずに使用されている。民法などの法律用語としては「氏」が用いられているので、本稿においては、原則として「氏」を用いることとし、運動論に関するところでは「姓」をも用いる。

2 「婚姻制度等に関する民法改正要綱試案」については、富田哲「夫婦別氏制度

る法律案要綱」<sup>3</sup>までは順調に進んだ。しかしその後は夫婦別氏の導入につき保守派による反対論が強くなり、完全に暗礁に乗り上げてしまった感がある。

しかし1990年代の家族法改正の動きが無意味であったことを意味しない。第1に、非嫡出子の相続分を嫡出子のその2分の1としていた民法900条4号前段は、最高裁判所2013年9月4日の大法廷決定<sup>4</sup>により違憲とされ、それを受けて、同年、この規定の違憲部分が削られ、嫡出子と非嫡出子との相続分差別は撤廃された。第2に、女性にのみに課されていた婚姻解消後6か月の婚姻禁止期間については、最高裁判所2015年12月16日大法廷判決<sup>5</sup>により100日を超える部分につき違憲とされ、やはり民法733条1項が改正されて、禁止期間は100日に短縮された。第3に、2011年の親権を中心とした民法改正が行われ、面会交流権等の規定が盛り込まれた。第4に、婚姻年齢について、民法

---

の導入に向けて—「婚姻制度等に関する民法改正要綱試案」の検討—『行政社会論集（福島大学）』第7巻第1号93頁以下（1994年）においてとりあげたことがある。

- 3 「民法の一部を改正する法律案要綱」には、以下のような改正項目が含まれていた。①選択的夫婦別氏を導入し、子の氏については、婚姻届提出時に決定し、兄弟姉妹の氏を統一する。②婚姻適齢につき、男女とも18歳とする。③再婚禁止期間を6か月から100日に短縮する。④夫婦の契約取消権を削除する。⑤離婚後の子の監護に関する面会交流権・養育費分担等につき具体的に定める。⑥離婚後の財産分与につき、考慮すべき要素を具体的に例示する。⑦裁判上の離婚原因につき、精神病を削除し、「5年以上継続して婚姻の本旨に反する別居をしているとき」を追加する。⑧失踪宣告による婚姻の解消・失踪宣告の取消しと親権との関係を明文化する。⑨非嫡出子の相続分差別を撤廃し、嫡出子と同一にする。「民法の一部を改正する法律案要綱」については、富田哲「夫婦別氏制度が求める家族像」『行政社会論集（福島大学）』第9巻第3・4号92頁以下（1997年）でとりあげたことがある。

4 最判2013（平成25）年9月4日民集67巻6号1320頁。

5 最判2015（平成27）年12月16日民集69巻8号2427頁。

731条によると、男18歳、女16歳と男女で差異が設けられていたが、成人年齢を18歳とする民法改正にあわせて、婚姻をなす年齢は男女共に18歳となった。これに合わせて未成年者の婚姻に対する父母の同意を規定していた民法737条も削除された。なお、この改正は2022年4月1日に施行の予定である。

このようにみえてくると、1996年の改正要綱のうち、いくつかは改正が実現した。これに対して夫婦別氏に関しては、再婚禁止期間についての違憲判決と同じ日に出された最高裁判所2015年12月16日の大法廷判決<sup>6</sup>により、夫婦同氏を規定している民法750条は「合憲」と判示されたのである。

私は1998年に『夫婦別姓の法的変遷—ドイツにおける立法化—』<sup>7</sup>という著作を出版したが、その当時は程なく日本においても夫婦別氏が実現するものと考えていた。それが失われた10年から20年となり、果てしなく続く経済不況と同様に、夫婦別氏に関しても先の見えない状況が続いている。なぜ夫婦別氏は実現しないのであろうか。この状況を打開する途はないのであろうか。その後、夫婦別氏論のみならず、氏名に関する研究からも遠のいていた私であるが<sup>8</sup>、福島大学を退職するにあたり、もう一度、この問題をとりあげてみたいと考え、自分の退職記念号にもかかわらず、この論文を投稿することにしたの

---

6 最判2015（平成27）年12月16日民集69巻8号2586頁。

7 富田哲『夫婦別姓の法的変遷—ドイツにおける立法化—』（八朔社・1998年）。

8 上述した著書の出版以後に、私が著わした「氏」に関する論稿として以下のものがある。①富田哲「婚氏の意義を問い直す—ドイツにおける一事例を手掛かりとして—」『行政社会論集（福島大学）』第12巻第1号20頁以下（1999年）。②富田哲「ドイツにおける夫婦別姓の導入」『歴史評論』第636号46頁以下（2003年）。③富田哲「子の氏の確定方法—ドイツにおける嫡出子・非嫡出子という分類の撤廃—」『行政社会論集（福島大学）』第18巻第1号63頁以下（2005年）。これらはいずれもドイツ法に関係するものである。

である。

## 2. ドイツ法と日本法—比較法の観点から—

### (1) ドイツにおける婚氏と日本における夫婦の氏

#### 1) ドイツ法における婚氏

ドイツ<sup>9</sup>法において、婚姻中に夫婦が称する「氏 (Familiennam e)」を「婚氏 (Ehenam e)」という。日本法とドイツ法とを比較対照するに当たり、まずドイツ民法における婚氏につき、ドイツ民法典の制定以降、120年近くの規定の変遷をまず確認しておきたい。

1896年公布・1900年施行のドイツ民法典1355条は、「妻は夫の氏を取得する。」と規定し、常に夫の氏を婚氏とする夫婦同氏制をとっていた。それゆえ妻の氏を婚氏とする可能性は完全に排除されていた。しかし妻が婚姻前に使用していた氏を婚氏とハイフンで結合して、いわゆる「複合氏 (Doppelnam e)」の形態で使用することは、従来からの慣習として認められていた。

次に、1976年6月14日の「婚姻法および家族法の修正に関する第一法律 (第一婚姻修正法)」〔Erstes Gesetz zur Reform des Ehe- und Familienrechts〕(以下「1976年ドイツ民法」とする。)にもとづく民法1355条1項は、「夫婦は共通の氏 (婚氏) を称する。」、同条2項1文は「夫婦は、婚姻締結に際して身分官吏に対する表示により、夫の出生氏または妻の出生氏を婚氏として決定することができる。」と規定し、婚氏の選択を認める夫婦同氏制となった。す

---

9 本稿において「ドイツ」とは、1918年までの「ドイツ帝国 (いわゆるビスマルク帝国)」、第1次世界大戦後の「ドイツ共和国 (いわゆるワイマール共和国)」、ナチス時代の「第三帝国」、第2次世界大戦後の「ドイツ連邦共和国」を指し、東西ドイツに分裂していた間は「西ドイツ」のみを指している。

なわち夫の「出生氏<sup>10</sup> (Geburtsname)」または妻の「出生氏」を婚氏として選択することができる制度となった。

そうして1993年12月16日の「氏の法の改正に関する法律」〔Das Gesetz zur Neuordnung des Familiennamensrechts〕(以下「1993年ドイツ民法」とする。)にもとづく民法1355条1項は、「夫婦は共通の氏(婚氏)を決定すべきである。夫婦は彼らによって決定された婚氏を称する。その夫婦が婚氏を決定しないときは、彼らは婚姻締結時に称している氏を婚姻締結後も称する。」、同条2項は「夫婦は、身分官吏に対する表示により、夫の出生氏または妻の出生氏を婚氏として決定することができる。」<sup>11</sup>と規定し、婚姻後に夫婦は共通の婚氏を称することも、各自が婚姻前の氏を称することも可能になった。すなわち夫婦同氏か夫婦別氏かの選択制となったのである。

私は、前述の『夫婦別姓の法的変遷—ドイツにおける立法化—』のなかで、夫婦別氏を実現した1993年の民法改正までのドイツ法の状況をとりあげたのであるが、その後のドイツにおいては、1997年12月16日の「親子関係の修正に関する法律(親子関係修正法)」〔Gesetz zur Reform des Kindschaftsrechts〕にもとづく民法改正により、子の氏の決定方法が変更された<sup>12</sup>。2001年2月22日の「同性共同体：生活パートナー関係の差別の廃止に関する法律」〔Gesetz zur Beendigung der gleichgeschlechtlicher Gemeinschaften: Lebenspartnerschaften〕の制定によって、同性の生活パートナー関係につ

---

10 出生氏の意義については、注14参照。

11 1993年ドイツ民法においては、別氏であった夫婦が後に同氏へと変更することを認めているので、1976年民法1355条2項1文にあった、「婚姻締結に際して」という文言が削られた。

12 ドイツの1997年民法改正については、前掲、富田哲「子の氏の確定方法」『行政社会論集(福島大学)』第18巻第1号63頁以下においてとりあげたことがある。

き、氏に関する規定の改正が行なわれた<sup>13</sup>。しかしドイツにおいては、夫婦の氏(婚氏)に関していえば、1993年改正における氏の規定が基本的な枠組みを構成しているといえよう。

## 2) 日本民法における夫婦の氏

次に日本法における夫婦の氏に関する民法の規定を確認しておきたい。日本においては、1898年に施行された明治民法以降、夫婦同氏制をもって貫かれてきた。すなわち「妻ハ婚姻ニ因リテ夫ノ家ニ入ル」(明治民法788条1項)、「戸主及ヒ家族ハ其家ノ氏ヲ称ス」(明治民法746条)と規定されており、妻が婚姻により夫の家に入る結果として、夫婦同氏が実現することとなった。1890年に公布された、いわゆる旧民法においても、「戸主及ヒ家族ハ其家ノ氏ヲ称ス」(旧民法人事編243条2項)と規定されていたので、氏に関しては旧民法と明治民法とでまったく同一の文言をとっていたのである。

1896年のドイツ民法典においては、妻の氏を婚氏とする可能性がまったく認められていなかったのに対して、日本法においては、婿養子や入夫婚姻の制度があり、妻の家の氏を称する婚姻も存在した。このことは日本における氏は、男性優位を示していたのと同時に、「家」の呼称としての性格を強く反映していたことを知りうる。

日本において、夫婦の氏につき対等な選択が認められたのは、1947年の戦後改正の民法からである。すなわち「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。」(民法750条)と規定したが、この条文は70年以

---

13 その後、ドイツにおいては、2017年7月に「同性の人のために婚姻締結の権利を導入する法律」が成立し、同年10月に施行された。この改正に関する紹介として、渡邊泰彦「ドイツにおける同性婚導入」『京都産業大学総合学術研究所報』第13号1頁以下(2018年)がある。

上を経た今日でも維持されている。それゆえ日本民法はドイツ民法より30年近くも前に男女平等を達成していたのである。そのうえ1976年ドイツ民法には「両者（夫婦）がこれを決定するに至らないときは、婚氏は夫の出生氏とする。」（民法1355条2項2文）という規定があり、例外的に男女不平等を残していた。これに対して、日本民法750条は形式上では完全に男女平等である<sup>14</sup>。

ドイツにおいても日本においても、氏に関しては、男性優位の規定から男女平等の選択性へと変遷してきた。しかし形式的な男女平等の達成によって、実質的な男女平等が実現されたわけではない。Lange-Kleinによると、ドイツにおいて妻の出生氏を婚氏として選択する率は約1.5ないし3パーセントであると述べている<sup>15</sup>。日本において妻の氏を夫婦の氏を採用する率は現在では4パーセント近くに上昇してきたが、以前は2パーセント前後であったことを考えると、実質的には男女不平等という点で、日本とドイツとは非常に類似した社会的実態であったといえよう。

---

14 日本民法とドイツ民法との間において、夫婦が婚姻中に称する氏として、いかなる氏を選択することができるのかにつき相違がある。ドイツ民法においては、夫または妻の「出生氏」と規定されているが、出生氏とは出生証書に記載されるべき氏であって（1976年民法1355条2項3文）、通常は出生に際して取得する氏である。それゆえドイツにおいては、再婚の場合に前婚の氏を後婚の婚氏として選択することはできない。これに対して日本においては、前婚の氏を後婚における夫婦の氏として選択することも可能である。

15 Lange-Klein, Wessermann Reihe Alternativkommentare, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd.5 Familienrecht zu § 1355, 1981, S.106. 前掲、富田哲『夫婦別姓の法的変遷』45頁以下参照。

## (2) 憲法訴訟をめぐる

### 1) ドイツにおける憲法訴訟

夫婦同氏に関する規定が憲法（基本法）に違反すると主張して、違憲訴訟が提起されたケースにつき、まずドイツの判例を確認しておきたい。ドイツにおいては、1993年の夫婦別氏を認める民法改正が突然に現われたわけではなく、ここに至るまでにいくつもの憲法訴訟があり、この積み重ねによって夫婦別氏を勝ち取っていった。その代表的な判例をあげておくことにしたい。

第1に、連邦憲法裁判所1963年11月26日決定<sup>16</sup>（以下「連邦憲法裁1963年決定」とする。）においては、男女同権法にもとづく民法1355条1文は男女平等を規定している基本法3条に違反するものではないと判示された。上記の民法1355条は「婚氏および家族の氏（Familiennamen）は夫の氏とする。妻は身分官吏に対する表示により彼女の未婚時の氏（Mädchenname）を夫の氏に付加する権利を有する。」<sup>17</sup>と規定していたが、連邦憲法裁1963年決定は、夫婦が同一の氏を使用すること、およびその氏は夫の氏であることにつき、「合憲」と判示した。しかしこの規定を「違憲」とする主張がある程度あったからこそ、こうした憲法訴訟が提起されたのである<sup>18</sup>。

第2に、連邦憲法裁判所1978年5月31日決定<sup>19</sup>（以下「連邦憲法裁1978年

---

16 BVerfG 1.Senat, Beschluß v.26.11.1963 -1 BvR 59/60, BVerfGE 17,168ff.

17 男女同権法にもとづく民法1355条第1文は、1896年民法典1355条と内容的には同一である。すなわち夫の氏のみが婚氏となった。ただし、慣習的に認められてきた婚姻前の氏の付加が同条第2文により明文として規定されたのである。

18 当時の学説の詳細については、前掲、富田哲『夫婦別姓の法的変遷』104頁以下参照。

19 BVerfG 1.Senat, Beschluß v.31.5.1978 -1 BvR 683/77, BVerfGE



決定」とする。)において、1953年4月1日から1976年6月30日までの間に婚姻を締結したすべての夫婦につき妻の出生氏を婚氏として決定する権限を完全に排除していることは、基本法3条2項に違反すると判示された。この決定が出されたのは、1976年改正民法が施行された後であるが、同法の施行期日(1976年7月1日)前に締結された婚姻であったために、旧法が適用されるケースであった<sup>20</sup>。これに対して連邦憲法裁判所は、男女同権法の施行(1953年4月1日)以降については、夫の氏のみを婚氏とする規定を「違憲」と判示したのである<sup>21</sup>。

第3に、連邦憲法裁判所1988年3月8日決定<sup>22</sup>(以下「連邦憲法裁1988年決定」とする。)において、共通の氏(婚氏)を称すべき夫婦の義務は、基本法1条1項および同法2条1項において保障されている人格の尊厳・人格的利益の尊重を侵害するものではないと判示された。この憲法訴訟においては、夫婦が婚姻中に称する婚氏を一つに決定しなければならないこと、すなわち夫婦は同氏を強制されることが争点となった。この決定は、1976年の第一婚姻修正法にもとづく民法1355条の合憲・違憲が争われたものであるが、氏名権が人格権の一つであることを認めつつ、「比例の原則(Grundsatz der Verhältnismäßigkeit)」<sup>23</sup>を適用することによって、上記規定が合憲であるとする結論を

---

48,327ff.=FamRZ 1978,669ff.

20 氏に関する規定について、第一婚姻修正法にもとづく民法改正は、1976年6月30日以前に締結された婚姻には適用されないものとされていた。

21 詳細については、前掲、富田哲『夫婦別姓の法的変遷』108頁以下参照。

22 BVerfG 1.Senat, Beschluß v.8.3.1988 -1 BvL 9/85 und 43/86, BVerfGE 78,38ff.=JZ 1988,451ff.=NJW 1988,1577ff.

23 連邦憲法裁1988年3月8日決定によると、「比例の原則」とは、追求する目的の達成のための措置が適切であり、かつ必要なものでなければならないことといわれている。すなわち、その措置は、欲する効果はその措置の助力により

下したのである<sup>24</sup>。

第4に、連邦憲法裁判所1991年3月5日決定<sup>25</sup>（以下「連邦憲法裁1991年決定」とする。）は、民法1355条2項2文が「両者（夫婦）がこれを決定するに至らないときは、婚氏は夫の出生氏とする。」と規定していることにつき、男女同権の原則（基本法3条2項）と合致するものではないとして、この規定を「違憲」と判断した。しかしこの決定は、民法1355条2項2文を「違憲」と判断したのであって、夫婦同氏を規定している民法1355条1項2文を「違憲」と判断したわけではなかった。

しかし連邦憲法裁1991年決定の影響は大きかった。なぜなら民法1355条2項2文を違憲と判示したのみならず、連邦憲法裁1991年決定は、婚氏の決定に至らないときは、暫定的に、いずれの配偶者も婚姻締結時に彼らにより称されている氏を保持するとして、夫婦別氏を容認する結論となっていたからである。そのうえ父母が婚氏を称さない場合において、子の氏の決定方法についても暫定的な結論が用意されていた。父母が婚氏を称していないとき、子は、父の氏、母の氏、またはこれらの氏から任意の順序で構成された複合氏を取得できるとし、彼らが決定に至らないときは、子は両配偶者の氏から構成された複合氏を取得し、かつその氏の順序については、籤によりこれを決定するとされていた。この「籤」というショッキングな手段が法律関係者のみならず、一般

---

促進され得るときに適切であり、立法者が当該基本権を制限しない他の手段またはほとんど制限を感じさせない他の手段を選択することが不可能であったときに必要である。さらに、その措置と結びついている介入が事実の重要性と均衡を失することは許されないとされている。

24 詳細については、前掲、富田哲『夫婦別姓の法的変遷』111頁以下、参照。

25 BVerfG 1.Senat, Beschluß v.5.3.1991 –1BvL 83/86 u.24/88, BVerfGE 84,9ff.=FamRZ 1991,535ff.

の人の目を引いたのである<sup>26</sup>。

連邦憲法裁判所が民法1355条2項2文を憲法違反と判示した以上、この規定の削除または改定が必要となったのであるが、それを超えて夫婦別氏の導入へと進むべきか否か、もしも夫婦別氏を導入した場合に、子の氏はいかにして決定するべきかという議論が沸き起こった。そうして上述した1993年の「氏の法の改正に関する法律」にもとづく民法改正によって夫婦別氏が導入されるに至ったのである。

## 2) 日本における夫婦別氏を求める裁判

これに対して、日本においては、夫婦別氏を求める訴訟がほとんど提起されてこなかった。その数少ない事例の一つに岐阜家庭裁判所1989年6月23日審判<sup>27</sup>がある。本件の事案および判旨は次のようなものである。

### 【事案】

申立人甲男および申立人乙女は、1989年3月27日、〇〇市役所に婚姻届を持参し、同市長宛に提出したが、本件婚姻届出に際して、婚姻後の夫婦の氏の欄において、夫の氏、妻の氏の双方に“レ印”を附していた。同市長は、民法750条、戸籍法74条1号に規定する「婚姻後の夫婦の氏」の選択がなされていないとして、この婚姻届を不受理とした。甲男・乙女は、民法750条は婚姻に際し、夫婦のいずれかの一方に自己の氏の変更を強制するものであって、人格権の一部である氏を保持する権利を侵害するものであるから、憲法13条・同24条1項に違反するものであり、民法750条、戸籍法74条1号を根拠とした上記処分は憲法13条・同24条1項に違反すると主張した。

---

26 詳細については、前掲、富田哲『夫婦別姓の法的変遷』145頁以下参照。

27 岐阜家審1989（平成元）年6月23日家裁月報41巻9号116頁。

【判旨】

却下。親族共同生活の中心となる夫婦が、同じ氏を称することは、主観的には夫婦の一体感を高めるのに役立ち、客観的には利害関係を有する第三者に対し夫婦であることを示すのを容易にするものといえる。したがって、国民感情及び社会的慣習を根拠として制定されたといわれる民法750条は、現在においてもなお合理性を有するものであって、何ら憲法13条・同24条1項に違反するものではない。それゆえ、本件婚姻届書における婚姻後の夫婦の氏の欄に関する前示の記載を婚姻後の氏の選択の記載がないものとして、本件婚姻届書を受理しなかった〇〇市長の処分は、憲法13条・同24条1項に違反するということとはできない。

この岐阜家庭裁判所の審判に対して、抗告はなされなかった。そうしてこの後、通称使用に関する訴訟はあったものの<sup>28</sup>、夫婦同氏を規定している民法750条が、憲法13条、同14条、同24条等に違反することを主張する憲法訴訟はしばらく見られなくなった。他方で、立法化の動きが活発となってきた。1996年2月に「民法の一部を改正する法律案要綱」が出され、夫婦別氏の実現は間もなくであるという安心感が夫婦別姓推進論者の間に出てきたように思われる。しかし夫婦別氏は実現しないまま20年以上が経過した。その間に、2009年には政権交代があり、民主党を中心とした連立政権が実現し、夫婦別氏の立法化につき期待が高まった。しかしこの連立政権も2012年に崩壊し、再び自民党を中心とした内閣が復活し、立法化の期待はまたもや萎んでしまった。そうして2015年になって、結論としては合憲であったが、ようやく最高裁大法廷決定を迎えたのである。この判決については後述する。

---

28 東京地判1993（平成5）年11月19日判例時報1486号21頁。

### (3) なぜドイツにおいて夫婦別氏が実現したのか

ドイツにおいては、上述のように、憲法訴訟が何度も繰り返し提起されたのであるが、これらの訴訟においては、第1に原告にとって保護されるべき法的利益が何であるのか、第2にその保護法益を追求するときに、いかなる法的構成を採用することが妥当であるのかを追及する必要があった。裁判には金と時間がかかるものであるが、何度も憲法訴訟を繰り返すことによって、夫婦別氏に関して、何が保護法益であるのか、それにふさわしい法的構成がどのようなものであるのかにつき、次第に理解が深まっていったように思われる。

ここではドイツにおける憲法訴訟において論点となった次の3点、すなわち第1に男女平等に依拠した主張には限界があると思われたこと、第2に夫婦同氏を強制することは人格の尊厳・人格的利益の保護を規定する基本法に違反するという構成を活用しようとしたこと、第3に氏の機能として、秩序の側面と権利の側面を対比し、権利としての側面を重視する法的構成を採用したことをとりあげることにしたい。

#### 1) 男女平等論とその限界

1976年の第一婚姻修正法にもとづく民法改正により、ドイツにおいても婚氏の選択が認められるに至ったが、それ以前は妻の氏を婚氏とする可能性は完全に排除されていた。それゆえ1896年の民法典から1953年の男女同権法にもとづく民法までは男女不平等な規定であったが、連邦憲法裁1963年決定はこれを「合憲」と判示したのである。これには当時の男女平等に関する思想が反映していた<sup>29</sup>。1896年の民法典は、婚姻形態として「主婦婚 (Hausfrauehe)<sup>30</sup>」

---

29 東西ドイツの男女平等の捉え方につき、川井健「東西ドイツにおける男女同権論の対立について」『私法』第16号55頁(1956年)。川井健「東西ドイツにおける男女同権論の対立について(1)(2・完)」『法学協会雑誌』第73巻第6号

を予定しており、妻は専業主婦になることが原則であった。男性と女性とではその機能・役割が異なり、男性は対外的な所得活動に、女性は家事労働に従事するという性別分業が予定されていた。こうした婚姻観・家族観が戦後のドイツ連邦共和国（西ドイツ）にも引き継がれた。さらに西ドイツにおいては、男女平等の理解につき「機能的平等論」が支配的であった。男性と女性との機能が異なる以上、性的役割分担を認めても男女同権に反することはないし、そのほうが望ましい婚姻であると解されてきた。機能的平等論の立場からは、対外的活動をする夫の氏を婚氏とすることに疑問の余地がないとされ、民法1355条は基本法3条2項に反するものではないと結論づけられたのである。

ところでドイツは戦後40年以上、東西に分裂してきた。ドイツ民主共和国（東ドイツ）は社会主義国家であった。社会主義が理念である以上、男性も女性も職業に従事することが当然であると考えられていた。そのうえ男女平等に対する理解として、東ドイツでは性別による機能の相違を認めることをせず、いわゆる「機械的平等論」の立場に立っていた。東ドイツでは「夫は所得活動、妻は家事労働」という性別役割分業は法的分野においては否定されていたのである。

西ドイツにおいても、東ドイツの影響のほか、フェミニズムの主張をもとりいれて、「機械的平等論」にもとづく主張が次第に浸透していった。1976年の民法改正はこうした事情を反映したものであった。その結果、氏に関する限り、規定上では、男女平等がほぼ達成されたのである。しかし機械的平等論であっても、これが形式的平等を保障しているにすぎない場合には、夫婦の氏に

---

722頁、同第74巻第1号45頁（以上、1957年）参照。

30 「主婦婚」とは、妻は原則として主婦であることを前提とした婚姻をいう。それゆえ、妻が対外的に所得活動に従事するときには、夫の許可を必要とした（1896年ドイツ民法典1353条）。

関して実質的平等を実現する保障はどこにもない。1976年民法の下で、夫の出生氏を選択した夫婦は、約98パーセント近くであったとされている<sup>31</sup>。結果からすれば、実質的には男女不平等であったといえよう。

男女平等に関する思想が「機能的平等」から「機械的平等」へ、さらに「実質的平等」へと変遷してきたという図式は一般的には妥当するとしても、氏に関しては、それほど単純ではない。連邦憲法裁1978年決定は、夫婦同氏を規定する1976年民法1355条が男女平等を規定する基本法3条2項に違反しないと判示したが、1976年民法は形式的平等を基礎とし、ほぼ男女平等な形で婚氏の選択を認めている以上、これは当然の結論であった。それゆえ1976年民法1355条につき、違憲判断を勝ち取るためには、形式的な男女平等論では不十分であることを示す結果となった。

しかし1976年民法1355条2項2文には、「両者がこれを決定するに至らないときは、婚氏は夫の出生氏を婚氏とする。」という規定があった。すなわち夫婦が婚氏を決定しないときは、夫の出生氏が婚氏となる。この規定は形式的平等から根拠づけることはできない。氏に関する他の規定がすべて男女平等を達成していたとしても、このような形式的不平等を残している限り、これが突破口となって、1991年の違憲判決が出されたのであった。夫婦同氏制度にとっては、この規定が命取りになったともいえよう。

## 2) 人格権構成とその限界

男女平等論にもとづいて1976年民法1355条の基本法違反が認められないのであれば、次の手が必要となった。連邦憲法裁1988年決定においては、違憲の根拠を基本法1条1項および同法2条1項に規定する「人格の尊厳」「人格

---

31 Lange-Kleinによる指摘(注15)。前掲、富田哲『夫婦別姓の法的変遷』45頁以下参照。

的利益の保護」のほうにシフトさせていったのである。すなわち基本法は「人間の尊厳は不可侵である。これを尊重し、かつ、保護することは、すべての国家権力の義務である。」(基本法1条1項)、「各人は、他人の権利を侵害せず、かつ、憲法的秩序または道徳律に反しない限り、その人格の自由な発展を目的とする権利を有する。」(基本法2条1項)と規定している<sup>32</sup>。そこで夫婦同氏を強制すること、すなわち夫婦別氏をまったく認めないことは、基本法が保障する人格の尊厳等に違反するという形の主張となった。

さらにドイツ法においては、民法12条に「氏名権」<sup>33</sup>の規定があり、この規定によると、氏名権侵害に対する「妨害排除請求権」および「妨害予防請求権」を規定し、氏名権は人格権の一つであると解されてきた。確かに民法の分野においても、氏名権と人格権との結びつきを知ることができるが、そもそも民法12条は他者による氏名の冒用に対する排除および差止めを認める趣旨の規定であって、夫婦同氏か夫婦別氏かとは直接的な関連を持たないものであった。

連邦憲法裁1988年決定は、基本法が保障する人格の尊厳等にもとづく原告の主張を認めず、1976年民法1355条を「合憲」と判断した。日本の最高裁2015年判決とも関連するので、その判断理由を簡単に振り返っておきたい。

第1に、連邦憲法裁1988年決定によると、一方では、出生氏に関する権利は一般的人格権に含まれることを承認し、それが識別のメルクマールであるの

---

32 宮沢俊義編『世界憲法集 第四版』(岩波文庫・1983年)159頁以下(山田晟訳)。

33 ドイツ民法12条は次のように規定する。「氏名を使用する権利が他人により争われ、または他人が権限なしに同一の氏名を使用することにより権利者の利益が侵害されるときは、権利者はその者に対して侵害の除去を請求することができる。さらに侵害のおそれがあるときは、権利者は侵害の不作为を訴求することができる。」と。



みならず、「自己同一性・独自性」(Identität) および「個性」(Individualität) の表現でもあるから、基本法の保護を受けうることを認めている。しかし他方では、氏は社会的機能を有していることを考慮するべきであるとし、各人がそれまで称してきた氏の保持を求める権利は無制限に保護されるわけではないとして、「比例の原則」を確保した場合にのみ人格権に対して介入が許されるものとする。ところで人格の尊厳（基本法1条1項）、人格的利益の保護（基本法2条1項）に対して、基本法6条1項は「婚姻および家族は、国家秩序の特別の保護を受ける。」と規定している<sup>34</sup>。連邦憲法裁1988年決定によると、基本法は単一の氏を称することを命じているわけではなく、夫婦同氏とするか夫婦別氏とするかについては、立法者に広い裁量権が与えられているとする。そうして家族の保護を規定する基本法6条1項は、家族構成員の連帯を外部に対して明らかにするするという目的のために、1976年民法1355条は「比例の原則」を充たしているとして、同条は基本法に違反するとはいえないと結論づけたのである<sup>35</sup>。

第2に、1976年民法1355条3項は、婚姻前の氏を婚氏に前置するという形で複合氏を形成することを認めており、これによって、自己の出生氏が婚氏とならなかった者に対する不利益は緩和されているとする。婚姻前の氏を付加することについては、1896年民法典においては慣習として認められ、1957年の男女同権法にもとづく民法では、これが権利として認められていた。そうしてこれらの規定は婚姻前の氏を婚氏に付加するものとされていた。「付加する(hinzufügen)」とは後置の意味であった。これに対して、1976年民法は出生氏または前婚の氏を婚氏に前置することとし、「出生氏-婚氏」または「前婚の氏-婚氏」という順による「複合氏(Doppelname)」の形成を認めたのであ

---

34 前掲（注32）、宮沢俊義編『世界憲法集 第四版』161頁（山田晟訳）。

35 詳細については、前掲、富田哲『夫婦別姓の法的変遷』113頁参照。

る<sup>36</sup>。そうして婚氏の後置であるから、各種の名簿等においては、「名 (Vorname)」と「氏 (Familiennamen)」の位置関係につき、婚姻前の形が維持されることになり、実質的には夫婦別氏に近い形になったのである<sup>37</sup>。

第3に、ドイツにおいては個人的な氏名の形成の自由が認められていること、すなわち通称使用<sup>38</sup>が広く認められることが重要であるとする。確かに法律において、官公庁、行政当局に対して法律上の氏名を使用することが義務づけられている場合がある。たとえば、身分証明法 (Gesetz über Personalausweise) 1条2項1号<sup>39</sup>、身分登録法 (Personenstandsgesetz) 11条1項2号、同法21条1項5号<sup>40</sup>などである。これらの規定は公共の利益において明示的に完全な氏名の記載が求められているという局限された領域においてのみ該当するという。さらに婚姻締結に際して自己の出生氏が婚氏とならなかった者が婚姻前の氏で職業活動を行っていたときは、婚氏の付加なしに出生氏等を継続使用する

---

36 ドイツの日常生活においては、複合氏を形成している個別的氏のなかで、最初の氏のみをもって認識されることが多いという。たとえば、19世紀のドイツの作曲家Mendelssohn-Bartholdyは、日本においても“Mendelssohn”の部分のみが有名である。

37 詳細については、前掲、富田哲『夫婦別姓の法的変遷』113頁以下参照。

38 日本において通称使用裁判といえ、図書館情報大学の関口孔子教授のケースが有名である。第1審の東京地裁は原告の請求を一部却下、一部棄却とした(東京地判1993(平成5)年11月19日判例時報1486号21頁)。本件は控訴審段階で和解が成立した。ドイツにおける旧姓の通称使用の詳細については、前掲、富田哲『夫婦別姓の法的変遷』211頁以下参照。

39 身分証明法1条2項1号においては、「氏および場合によっては出生氏 (Familiennamen und ggf. Geburtsnamen)」という文言を用いている。

40 身分登録法11条1項2号は婚姻簿、身分登録法21条1項5号は出生簿に関する規定であるが、いずれも「名および氏 (Vor- und Familiennamen)」という文言を用いている。

することもでき、その場合にはその氏が有名であることも信用があることも要件としていないという<sup>41</sup>。

以上のように、連邦憲法裁1988年決定においては、1976年民法1355条が違憲であることを人格の尊厳等にもとづいて主張したのに対して、結局、第1に夫婦同氏にするか夫婦別氏にするかの判断は立法者の権限領域であり、現行規定は「比例の原則」を充たしており、違憲とはいえないこと、第2にドイツにおいては付随的氏の制度があり、婚姻前の氏を婚氏に前置することによって、その者の出生氏が婚氏とならなかった者の不利益は緩和されていること、第3にドイツにおいては、法律上の氏を強制される分野は限定されており、それ以外のところでは通称使用が広く認められていること、これらを根拠として、違憲とはされなかったのである。

### 3) 氏の機能としての秩序的側面・権利的側面

ドイツにおいては、氏の性格を考えるときに、「秩序に関する側面」と「権利に関する側面」との対比でとりあげられることが多かった。そうして婚氏に関する違憲訴訟が提起されるたびに、氏の性質・機能についての検討が深められたように思われる。氏には、第1に識別機能を有すること、第2に「自己同一性・独自性」および「個人性」の表現でもあることは、共通の認識となっていた。また後者との関連で、氏は基本法における人格の尊厳等の保護を受けうることにしても争いがないところとなった。

秩序としての側面と権利としての側面とから、1896年民法、1976年改正民法、および1993年改正民法における婚氏の規定を比較検討してみると、法律をもって決定し選択の余地のない秩序重視の規定から当事者による選択を認める権利重視の制度へと変遷してきた。すなわち、夫の出生氏のみを婚氏とする

---

41 詳細については、前掲、富田哲『夫婦別姓の法的変遷』114頁以下参照。

制度から（1896年民法）、夫の出生氏と妻の出生子の間で婚氏の選択を認める制度（1976年民法）を経て、夫婦同氏とするか夫婦別氏とするかを当事者に選択を認める制度（1993年民法）へと進んできたのである。

ところが秩序の側面からも権利の側面からも重視された点として、氏が識別機能を有することが指摘された。識別機能はその役割を果すためには、氏の継続性を確保することの必要である。さらに識別機能は家族のあり方とも強い関係がある。すなわち家族のあり方が変わってくると、氏の制度も変わらざるを得ないのである<sup>42</sup>。

### 3. 日本における夫婦同氏合憲判決

#### （1）最高裁2015年12月16日判決

最高裁判所は、2015年12月16日、夫婦同氏を規定している民法750条は憲法13条、同14条1項、同24条1項・同2項に違反するものではないと判示した（以下、「最高裁2015年判決」とする。）。同日に女性のみにも再婚禁止期間を規定していた民法733条につき100日を超える部分を憲法違反としたのとは対照的な結果となった。上告人らが、夫婦同氏を定める民法750条の規定は憲法に違反すると主張し、本件規定を改廃する立法措置をとらないという立法不作為の違法を理由にして、被上告人（国）に対して、国家賠償法1条1項にもとづき損害賠償を求めたものである。以下、判旨の要約を掲げておく（なお、下線は筆者による。）。

---

42 家族法と家族社会学との関係を取りあげた私の論稿として、富田哲「家族の変容と家族法の課題—家族法学と家族社会学との接点—」『行政社会論集（福島大学）』第15巻第1号88頁以下（2002年）がある。

#### ア. 憲法13条違反について

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、その人格の表象であって、人格権の一内容を構成するものというべきである。しかし、氏は、婚姻及び家族に関する法制度の一部として法律がその具体的な内容を規律しているものであるから、氏に関する上記人格権の内容も、憲法上一義的に捉えられるべきものではなく、憲法の趣旨を踏まえつつ定められる法制度をまっぴら初めに具体的に捉えられるものである。したがって、具体的な法制度を離れて、氏が変更されること自体を捉えて直ちに人格権を侵害し、違憲であるか否かを論ずることは相当ではない。これらの規定は、氏の性質に関し、氏に、名と同様に個人の呼称としての意義があるものの、名とは切り離された存在として、夫婦及びその間の未婚の子や養親子が同一の氏を称するとすることにより、社会の構成要素である家族の呼称としての意義があるとの理解を示しているものといえる。そして、家族は社会の自然かつ基礎的な集団単位であるから、このように個人の呼称の一部である氏をその個人の属する集団を想起させるものとして一つに定めることにも合理性があるといえる。本件で問題となっているのは、婚姻という身分関係の変動を自らの意思で選択することに伴って夫婦の一方が氏を改めるという場面であって、自らの意思に関わりなく氏を改めることが強制されるというものではない。（中略）氏に、名とは切り離された存在として社会の構成要素である家族の呼称としての意義があることからすれば、親子関係など一定の身分関係を反映し、婚姻を含めた身分関係の変動に伴って改めることがあり得ることは、その性質上予定されているといえる。本件規定は、憲法13条に違反するものではない。

#### イ. 憲法14条1項違反について

本件規定は、夫婦が夫又は妻の氏を称するものとしており、夫婦がいずれの氏を称するかを夫婦となろうとする者の間の協議に委ねているのであって、その文言上性別に基づく法的な差別的取扱いを定めているわけではなく、本件規

定の定める夫婦同氏制それ自体に男女間の形式的な不平等が存在するわけではない。(中略) 本件規定は、憲法14条1項に違反するものではない。

#### ウ. 憲法24条1項・2項違反について

憲法24条2項は、具体的な制度の構築を第一次的には国会の合理的な立法裁量に委ねるとともに、その立法に当たっては、同条1項も前提としつつ、個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚すべきであるとする要請、指針を示すことによって、その裁量の限界を画したものと見える。そして憲法24条が、本質的に様々な要素を検討して行われるべき立法作用に対してあえて立法上の要請、指針を明示していることからすると、その要請、指針は、単に、憲法上の権利として保障される人格権を不当に侵害するものでなく、かつ、両性の形式的な平等が保たれた内容の法律が制定されればそれで足りるというものではないのであって、憲法上直接保障された権利とまではいえない人格的利益をも尊重すべきこと、両性の実質的な平等が保たれるように図ること、婚姻制度の内容により婚姻をすることが事実上不当に制約されることのないように図ること等についても十分に配慮した法律の制定を求めるものであり、この点でも立法裁量に限定的な指針を与えるものといえる。他方で、婚姻及び家族に関する事項は、国の伝統や国民感情を含めた社会状況における種々の要因を踏まえつつ、それぞれの時代における夫婦や親子関係についての全体の規律を見据えた総合的な判断によって定められるべきものである。とくに、憲法上直接保障された権利とまではいえない人格的利益や実質的平等は、その内容として多様なものが考えられ、それらの実現の在り方は、その時々における社会的条件、国民生活の状況、家族の在りかた等との関係において決められるべきものである。(中略) 氏は、家族の呼称としての意義があるところ、現行の民法の下においても、家族は社会の自然かつ基礎的な集団単位と捉えられ、その呼称を一つに定めることは合理性が認められる。そして、夫婦が同一の氏を称することは、上記の家族という一つの集団を構成する一員であることを、対外的に公示し、識別する機能を有している。特に、婚姻の重要な効果として夫婦間の子が夫婦の共同親

権に服する嫡出子となるということがあるところ、嫡出子であることを示すために子が両親双方と同氏である仕組みを確保することにも一定の意義があると考えられる。また、家族を構成する個人が、同一の氏を称することにより家族という一つの集団を構成する一員であることを実感することに意義を見いだす考え方も理解できるところである。（中略）前記のとおり、本件規定の定める夫婦同氏制それ自体に男女間の形式的な不平等が存在するわけではなく、夫婦がいずれの氏を称するかは、夫婦となろうとする者の間の協議による自由な選択に委ねられている。これに対して、夫婦同氏制の下においては、婚姻に伴い、夫婦となろうとする者の一方は必ず氏を改めることになるところ、婚姻によって氏を改める者にとって、そのことによりいわゆるアイデンティティの喪失感を抱いたり、婚姻前の氏を使用する中で形成してきた個人の社会的な信用、評価、名誉感情等を維持することが困難になったりするなどの不利益を受ける場合があることは否定できない。そして、氏の選択に関し、夫の氏を選択する夫婦が圧倒的多数を占めている現状からすれば、妻となる女性が上記の不利益を受ける場合が多い状況が生じているものと推認できる。さらには、夫婦となろうとする者のいずれかがこれらの不利益を受けることを避けるために、あえて婚姻をしないという選択をする者が存在することもうかがわれる。しかし、夫婦同氏制は、婚姻前の氏を通称として使用することが社会的に広まっているところ、上記の不利益は、このような氏の通称使用が広まることにより一定程度緩和され得るものである。したがって、本件規定は、憲法24条に違反するものではない。

## （2）男女平等・人格的利益の保護・通称使用

最高裁2015年判決については、非常に数多くの解説・評釈・研究が出されている<sup>43</sup>。本稿においては、ドイツ憲法裁判所決定との比較という観点から言及していくことにするが、ポイントは、①男女平等、②人格権の保護、③通称使用の3点である。

43 最高裁2015年判決に対する解説・評釈・研究は数多く出されている。佐藤一明「夫婦別姓」『日本経大論集』第45巻第2号97頁（2016年），大谷美和子「夫婦別姓訴訟最高裁大法廷判決—国際人権法の視点と家族・子の利益をめぐる議論」『学術の動向』2016年12月号86頁，館幸嗣「夫婦別氏について」『法学論叢（中央学院大学）』第29巻第2号1頁（2016年），中曾久雄「夫婦同氏規定（民法750条）の合憲性（最高裁大法廷判決平成27年12月16日）」『地域創生研究年報』第11号41頁（2016年），北原零未「夫婦別姓は何故「嫌われる」のか？」『中央大学社会科学研究所年報』第21号243頁（2016年），羽生香織「婚姻の効力としての夫婦同氏—民法750条の合憲性」『TKCローライブラリー』（2016年3月4日掲載），金野美奈子「オルタナティブな婚姻の制度的包摂—別氏婚・同姓婚をめぐる公共理性—」『東京女子大学社会学年報』第4号13頁（2016年），濱口晶子「判例研究：夫婦同氏制度の合憲性—最高裁2015年12月16日大法廷判決（民集69巻8号2586頁）—」『社会科学研究所年報』第47号97頁（2016年），二宮周平「家族法の立場から 家族のあり方を考える—最高裁大法廷判決から」『学術の動向』2016年12月号90頁，武田万里子「憲法の立場から」『学術の動向』2016年12月号94頁（2016年），遠藤薫「時代は前へ進んでいるのか？—「おんな紋」から考える選択的夫婦別姓問題」『学術の動向』2016年12月号102頁（2016年），塚本協子「選択的夫婦別姓の実現へ～最高裁大法廷判決を聴いて～」『あいあう』第27号2頁（2016年），上田健介「夫婦同氏制を定める民法750条の合憲性」『法学教室』第430号126頁（2016年），寺原真希子「夫婦別姓訴訟—自分と異なる選択（生き方）を許容できるか」『法学セミナー』第734号44頁（2016年），斎藤一久「夫婦同氏原則を定める民法750条の合憲性」『法学セミナー』第735号108頁（2016年），石綿はる美「「家族」の呼称としての氏と婚姻の効力としての夫婦同氏」『論究ジュリスト』第18号79頁（2016年），尾島明「再婚禁止期間と夫婦同氏制に関する最高裁大法廷の判断」『法律のひろば』2016年4月号66頁，高橋和之「夫婦同氏強制合憲判決（最判平成27年12月16日民集69巻8号2586頁）に見られる判断手法の問題点—夫婦同氏の強制及び再婚禁止期間に関する民法改正を求める院内集会（2016年5月19日）での報告」『自由と正義』第67巻第12号78頁（2016年），小山剛「夫婦同氏制を定める民法750条の合憲性」『平成28年度重要判例解説・ジュリスト1505号』（有斐閣・2017年）21頁，野村豊弘「夫婦の氏に関する民法750条の憲法適合性」『平成



第1に、男女平等に関する点である。最高裁2015年判決によると、夫婦が婚姻中に称する氏は、夫婦が協議の上で自らの意思に従って決定したものであり、男女差別を含まないとして、夫婦同氏を規定する民法750条は違憲とはなりえないという結論を導き出している。日本の現状のように、たとえ妻の氏を選択する者が極端に少ないとしても、それは結果としてそうなったにすぎないと捉えているように思われる。

第2に、最高裁2015年判決においても、氏名を称する権利が人格権の一つ

---

28年度重要判例解説・ジュリスト1505号』(有斐閣・2017年) 89頁、竹内瑞希「夫婦同氏原則の法的変遷からみる制度変化—通称使用の法的保護と選択的夫婦別姓の実現可能性」『法律学研究』第58号85頁(2017年)、八幡市市民部人権啓発課八幡人権・交流センター編「「夫婦同氏」と「選択的夫婦別氏制度」あなたは自分の氏を変えることについてどう思いますか?」2017年3月号、立石直子「職場による旧姓使用の拒否に対し、損害賠償請求が否定された事例(東京地判平成28年10月11日)」『TKCローライブラリー』1頁(2017年3月3日掲載)、横尾日出雄「憲法判断の積極主義傾向と最高裁判例—再婚禁止期間憲法訴訟最高裁判決と夫婦別姓訴訟最高裁判決をめぐって—」『CHUKYO LAWYER』第26号11頁(2017年)、近江美保「女性差別撤廃条約から見た最高裁判決—女性のみ再婚禁止期間および夫婦同氏制と女性の人権—」『アジア女性研究』第26号37頁(2017年)、吉田仁美「夫婦同氏を合憲とする最高裁大法廷判決と、家族のあり方」『末川民事法研究』第2号83頁(2018年)、蟻川恒正「家族への法的介入と憲法—夫婦同氏強制を素材として」『法律時報』第90巻第11号10頁(2018年)、杉田夕花「夫婦別姓判決に対する考察」『学生法政論集(九州大学法政学会)』第12号19頁(2018年)、志田陽子「家族：開かれた憲法論に向けて—個人・尊厳・平等」『日本の科学者』第53巻第9号24頁(2018年)、田代亜紀「夫婦同氏制度と「家族」についての憲法学的考察」『早稲田法学』第93巻第3号103頁(2018年)、上塩入徹「企業での旧姓使用」(神戸ビジネスメールマガジン—KCCI, 2018年2月時点)。

であることを認めている<sup>44</sup>。しかし氏の変更がなされないという権利はいかなる場合であっても保障されるような強い権利ではなく、他の権利との比較衡量のうえで認められる権利であるという。この場合に、比較の対象となるのは家族の利益であるが、夫婦が同一の氏を称することによって、夫婦という一つの統一体が表象され、そしてその氏が嫡出子に継承されることによって、一つの家族が一つの氏の下に統一された外観が示されるという利益を最高裁2015年判決は強調するのである。

第3に、最高裁2015年判決によると、日本においても通称使用の許容が進んできたことによって、氏の継続性が確保され、夫婦同氏の弊害が緩和されている点が指摘されている。

最高裁2015年判決の判断枠組みは、ドイツにおける憲法裁判所決定と共通する点を多数含んでいる。第1に男女平等に関しては、ドイツの連邦憲法裁1978年決定の理由に類似し、両者とも形式的平等の立場からして男女差別は含まないと解している。第2に人格権構成に関しては、連邦憲法裁1988年決定の理由に類似しているが、ドイツにおいては「比例の原則」という文言を使っているものの実質的には両者とも、氏の変更されないことに対する利益と夫婦・家族が同一の氏を称する利益との利益衡量をしている。第3に通称使用に関する部分も連邦憲法裁1988年決定の理由と類似している。すなわち通称使用が認められていることによって、夫婦同氏のデメリットが緩和されている

---

44 最高裁において、氏名を称する権利を人格権として認めたのは、最判1988(昭和63)年2月16日民集42巻2号27頁であった。在日韓国人の氏名をハングル読みにするべきか、日本語読みでもよいのかが争われたケースであったが、最高裁は日本語読みでよいとして、原告の請求を棄却した。この問題については、富田哲「外国人氏名に関する呼称と表記―「在日韓国人氏名の日本語読み判決」を機縁として―」『行政社会論集(福島大学)』第3巻第3号46頁以下(1991年)でとりあげたことがある。

とする。そのうえで第4に、夫婦別氏を導入するか否かの判断は、両者とも基本的に立法府によって行われるべきであることを指摘している。以下では、ドイツと日本との夫婦別姓論を比較対照し、両国の共通点と相違点を検討していくことにしたい。

### 3. ドイツと日本との夫婦別姓論の対比

日本においては1980年代から夫婦別姓論が提唱されるようになってきた。そうして夫婦別姓に関するハウツウ本が流行した感があった<sup>45</sup>。ほぼ同時期にドイツにおいては、連邦憲法裁1988年決定、同1991年決定が出されているので、夫婦別姓は日本とドイツの共通のテーマとなっていたといえよう。ところがその後は両国の結果はまったく異なる途をたどった。ここでは両国の夫婦別姓論を比較対照して、その共通点と相違点とをとりあげることにはしたい。

#### (1) 日本とドイツとの共通点

##### 1) 男女同権構成の行き詰まり

1976年のドイツ民法1355条と1947年の日本民法750条とは、男女平等につき非常に類似していた。すなわち、婚姻中の氏(婚氏)として夫の氏か妻の氏

---

45 井上治代『女の「姓(なまえ)」を返して』(創元社・1986年)、星野澄子『夫婦別姓時代 氏とわたしの自然な関係』(青木書店・1987年)、福島瑞穂・榊原富士子・福沢恵子『楽しくやろう夫婦別姓 これからの結婚必携』(明石書店・1989年)、福沢恵子編『夫婦別姓時代を生きる』『現代のエスプリ 1989年4月号』(至文堂)、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 〈個と姓の尊重〉女と男の自由な関係』(日本評論社・1990年)、諫山陽太郎『別姓結婚物語』(創元社・1991年)、高橋菊江・折井美耶子・二宮周平『夫婦別姓への招待 個と家族の關係に新しい風を』(有斐閣・1993年)など。

かを選択する方式が採用されており、ほぼ男女平等を達成していたのである。そして日本もドイツも氏の選択は夫婦の意思にもとづいて決定が行われ、形式的には不平等を含まないものとされていた。なお、ドイツ民法1355条2項2文にはこの例外が存したが、日本の民法は形式的には完全な男女平等であった。憲法（基本法）に目を転じてみても、ドイツ基本法3条2項も日本国憲法14条も男女平等を規定している。それゆえ憲法との関係においても、ドイツと日本との状況は類似していた。

日本民法もドイツ民法も形式的平等に依拠する規定であったが、95パーセント超える夫婦が婚姻中の氏として夫の氏を選択しているの、実質的には不平等であった。しかし実質的不平等を主張しても、形式的平等論の立場からすると、それは個々の夫婦が任意に夫の氏を選択し、それが蓄積された結果にすぎないと反駁される。さらに夫婦の氏を夫の氏とするか妻の氏とするか、その比が50対50であれば男女平等を達成したことになるのかといえば、決してそうはならない。それゆえ形式的な男女平等に依拠する夫婦別姓論は行き詰ってしまったといえよう。しかし男女平等論が無意味であるかといえば、必ずしもそうではないと思われるが、この点については後述する。

## 2) 人格権構成の難しさ

次にドイツにおいて考えられた法的構成が人格権にもとづく主張であった。氏名を称する権利が基本法1条1項の人格の尊厳、同法2条1項の人格的利益の保護を受けると構成する主張である。日本法の下では、憲法13条1項、さらに憲法24条の保護を受けるという構成となる。しかしドイツにおいても日本においても人格権構成をもって夫婦同氏の違憲性を勝ち取ることはできなかった。ドイツの連邦憲法裁1988年決定と日本の最高裁2015年判決との理由が非常に類似したものとなっているので、両判決を比較対照しておきたい。

第1に、両判決（決定）はともに、氏を称する権利は人格権、人格的利益の保護を受ける点においては一致している。しかし人格権構成が上手くいきそう

に見えるのはここまでである。

第2に、両判決（決定）はともに、氏を称する権利が無条件に保障されるわけではないとして、氏の秩序機能とか家族関係を表示する機能との対照を試みる。その場合に、ドイツにおいては「比例の原則」という枠組みを用いているが、1976年民法はこの原則を充足しているとして連邦憲法裁1988年決定は「合憲」と判断する。他方、日本においては比例の原則という文言を用いていないが、氏を変更されない利益と夫婦・家族の氏の統一性ととの利益との利益衡量を行う。そうしてこれらの判断のプロセスはほぼ同じであるといえよう。

第3に、ドイツにおいても日本において通称使用が認められていることを裁判所は指摘する。しかし両者とも法律上の氏名の使用を義務づけている規定も存在するうえ、とりわけ日本においては通称使用が認められるか否かのグレーゾーンが広く存在している。

第4に、両判決とも立法者に広い裁量権が認められていることを指摘している。ドイツの連邦憲法裁1988年決定は1976年民法1355条が基本法に違反するわけではないが、基本法が夫婦同氏を義務づけているわけでもないとする。すなわち夫婦別氏の採用は立法府により行われることが望ましいとの判断である。日本の最高裁2015年判決の多数意見もまた、夫婦別氏を採用するとしても、それは立法府による民法改正を通じて行われるべきであるとする。

以上、ドイツと日本とで夫婦別氏制に関する共通点を探ってきた。ところがドイツにおいては、連邦憲法裁1991年決定によって、婚氏の決定に至らない場合には夫の氏を婚氏とする旨を規定していたドイツ民法1355条2項2文が違憲であると判断され、これを突破口として、1993年に夫婦別氏を導入する民法改正が実現した。立法府が積極的に動いたのである。これに対して、日本においては、ドイツ民法のような例外規定がなく、完全な形式的平等達成していることが禍となっているのか、2020年の今日に至るまで夫婦別氏制の導入の見込みすら立っていない。ドイツと日本とでは夫婦別姓論にどのような差異が存在したのであろうか。

## (2) 日本とドイツとの相違点

### 1) 墓の継承者を確保するための夫婦別姓論

日本とドイツとの相違点として、第1に、日本においては、墓の継承者を確保するために夫婦別姓論が提唱されていることがあげられる。たとえば、娘しかいない夫婦において、娘たちがすべて夫の氏を称する婚姻をすると、この夫婦には墓を継承する者がいなくなり、無縁墓となるおそれがある。氏が異なると墓を継承することはできないとする規定は民法にはないのであるが<sup>46</sup>、そのように取り扱われることが多い。そのために夫婦別姓を認めて、すなわち妻が婚姻前の氏を維持することによって、墓の継承者を確保しようとする。明治民法下においては、「家」の承継は至上命令であったから、祭祀財産である墓の継承はとりわけ重要であった<sup>47</sup>。戦後改正の民法において「家」制度が廃止されたのであるから、墓の継承も個人レベルの問題として理解するべきである。しかし現実には必ずしもそのように捉えられてはいない。「家」の残滓が「氏」とか「墓」の継承という形で現在でも影響を及ぼしている<sup>48</sup>。

---

46 民法897条1項は「系譜、祭具及び墳墓の所有権は、前条の規定にかかわらず、慣習に従って祖先の祭祀を主宰すべき者が承継する。ただし、被相続人の指定に従って祖先の祭祀を主宰すべき者があるときは、その者が承継する。」と規定しており、慣習に従ってという文言に祭祀財産を承継する者として氏が同一であることが望ましいというニュアンスは含まれているが、氏が同一でなければ承継することができないとする強行規定ではないし、慣習も変化していくものである。

47 墓の承継に関して、明治民法987条は次のように規定していた。「系譜、祭具及ヒ墳墓ノ所有権ハ家督相続ノ特権ニ属ス」と。

48 1980年代の夫婦別姓ハウツウ本には、墓の継承問題が多く記されている。たとえば、「より深刻な理由から別姓の法制化を求めているのが、「ウチには娘しかいない。このままでは先祖伝来の家名が消えてしまう」という「家名存続派」の人たちだ。……家の名前は残さなきゃいけない。絶やしちゃいけない。無縁

後述するように、夫婦同氏は近代家族における家族像に適合的な制度である。そうして既婚女性の就業率の上昇等、近代家族の行き詰まりから夫婦別姓が提唱されるようになったのである。ところが日本においては「家」制度といった半封建的な家族像に支えられ、かつ「墓」の継承者の確保という目的をもって夫婦別姓の根拠の一つとされてきた。これでは「家」制度を容認する夫婦別姓論者とこれを批判する夫婦別姓論者との協力であって、夫婦別姓を実現するためには手段を選ばないということになる。「同床異夢」か「呉越同舟」である。

## 2) 精神的・感情的利益の強調

日本とドイツとの相違点の第2として、日本においては、夫婦別姓論の根拠の中心をアイデンティティの喪失に求める見解が強く主張されてきた。しかも専門職を有する女性のみならず、普通の主婦においてもアイデンティティの喪失感が生ずることが強調され、夫婦別氏を主張する最大の根拠として主張されてきたのである。婚姻による氏の変更によって自己の識別機能が害されるという職業上の理由であれば、目に見える形での実害を想定することができる<sup>49</sup>。ところが夫婦別氏の根拠をアイデンティティの喪失という精神的・感情的利益

---

墓にしちゃいけない。……家名存続のためであれ、何のためであれ、とにかくその人が自分の名前を使いたいというなら、認めてくれていいはず。」(前掲(注45)、前述、福島瑞穂他『楽しくやろう夫婦別姓』21頁以下)という記述がある。

49 これが目に見える形で現われているのは、通称使用裁判であった(前述、注28)。大学教授の場合には、業績等に関して、個人の同一性の確保が重要視される。それゆえ婚姻に際しての氏の変更によって個人の識別機能が損なわれるならば、多大な損害を蒙ることになる。そのうえ私立大学で認められていた通称使用が国利大学では許されないとするのも不合理である。

に依拠する場合には、これをどのように法的構成するかは難問である。第1に精神的・感情的な利益をいかなる「権利」として構成するべきか。第2にこれを人格権の一つとして構成するとしても、その場合にはどのような保護が与えられるべきかが問題となりうる<sup>50</sup>。

日本においては、夫の氏を婚姻中の氏として選択する夫婦が圧倒的に多いのであるから、そのため精神的苦痛が一方的に妻の側の負担となる。その結果、男女不平等の意識がこれを増強することになる。さらに夫の氏を称する婚姻をすると、夫の親族からはウチの嫁という扱いを受け、この不満が夫婦同氏に対して向けられる<sup>51</sup>。嫁扱いが憎けりゃ同氏まで憎いこととなる。こうした感情については、同情の余地があるとしても、これを何らかの権利として構成することは難しいといわなければならない。

日本における夫婦別姓論には、上記のような問題点を抱えていた。そうして墓の継承者を確保するための夫婦別姓論も、精神的苦痛を中心に据えた夫婦別姓論も、夫婦別姓の問題点を深化させていくことにはさほど結び繋がらなかったように思われる。

ドイツも日本も妻の氏を選択する夫婦は5パーセント未満であり、いうまで

---

50 精神的利益の法的保護といえ、慰謝料請求がその代表的なものである。しかし原発事故における東京電力に対する損害賠償請求のうち、慰謝料の根拠および範囲をどのようにするかは難問である。そもそも精神的損害という主観的なもので権利の範囲を画することは不可能に近い。夫婦同氏の違憲性を争う訴訟において、たとえ慰謝料請求が認められたとしても、何の解決ともならないと思われる。

51 この点もハウツウ本では強調されてきた。たとえば「1989年2月にまとまった厚生省の調査によれば、お年寄りの介護は、三分の一以上の場合が「長男の嫁」に依存。」(前掲(注45)、前述、福島瑞穂他『楽しくやろう夫婦別姓』21頁以下)と述べている。こうした記述が保守派に大きな刺激を与えたことは疑いがない。



もなく実質的には男女不平等となっている。しかし形式的男女平等に依拠するドイツ民法1355条および日本民法750条に対して、実質的に男女平等を振りかざしても有効な批判になりうるとは思われない。また人格権構成によって夫婦別姓の正当性を根拠づけることは打開策の一つといえるかもしれないが、司法部が慎重な姿勢を採っている場合には、とりわけ「比例の原則」であるとか利益衡量論に依拠しているときは、積極的な対抗手段を見出すことは難しいといえよう。

## 4. 近代家族と夫婦別氏

### (1) 近代家族における氏

近代市民社会における理想的家族像は「近代家族」といわれてきた。近代家族とは、夫婦と未成熟の子をもって構成され、夫は対外的所得活動、妻は家事労働に従事するという性別分業を伴う家族と理解されてきた<sup>52</sup>。近代家族が維持されているところでは、妻は主として専業主婦であって、妻による所得活動は行われていてもごく些細なものであった。そのため妻が自己の氏で対外的に活動することはほとんど予定されていなかった。妻の氏が夫の氏（婚氏）に吸収されたとしても、さらに子も含めて一つの氏に統合されたとしても、対外的に家族を代表するのは、夫（父）のみであったから、さほど弊害なかったといえよう。しかし未婚・既婚を問わず、女性が対外的な所得活動をする時代になると、事態は変わってくる。女性が結婚または出産によっても退職せず、とり

---

52 近代家族をいかに捉えるかに関しては、落合恵美子『近代家族とフェミニズム』（勁草書房・1989年）17頁以下、山田昌弘『近代家族のゆくえ 家族と愛情のパラドックス』（新曜社・1994年）20頁以下など参照。なお、前述したドイツ民法が規定する「主婦婚（Hausfrauehe）」は近代家族の典型ともいえよう。

わけ自己の氏名をもって仕事をする専門職に進出してくると、婚姻の前後で氏  
が異なることは、氏の継続性を断絶させる結果となり、婚姻に際して氏を変更  
する者の不利益が大きいものとなる<sup>53</sup>。そのため婚姻の前後にわたり氏の継続  
性を確保する必要に迫られる。やはり夫婦別氏論の中心は女性の社会進出に求  
めるべきであって、墓の継承であるとか、精神的苦痛という根拠は副次的なも  
のと理解するべきである。

そうすると、近代社会における夫婦同氏は、典型的な近代家族に適合的な制  
度であっても、家族の形態が多様化してくると、近代家族に該当しない共働き  
などの家族の場合には、夫婦同氏は桎梏となる。それゆえ夫婦別氏が必要不可  
欠な制度となると考えられる。

## (2) 通称使用ではなぜ不十分か

それでは通称使用を認めることで十分ではないのかといわれるであろう。た  
とえば法律関係の専門職のなかで、弁護士等は依頼者との関係において氏の継  
続性が要求される。そのため弁護士会では、戸籍上の氏名と弁護士として活動  
するときの氏名を区別して、婚姻前の氏を弁護士として活動する際の氏名とし  
て登録することが認められている<sup>54</sup>。制度上で保障された通称使用といっても  
よい。これに対して民間企業においては、婚姻前の氏を通称として認めるか否  
かについては、個々の企業または現場に委ねられていることが多いのが実情で

---

53 専門職の代表として弁護士における女性の比率を掲げると、1980年に3.67  
パーセントであった女性の比率は、2018年には18.65パーセントに上昇してい  
る。福島県では12.3パーセントであり、全国平均よりもかなり低い。日本弁護  
士連合会『弁護士白書2018年版（弁護士会の男女共同参画は進んだか）』7頁。  
なお、この数字は欧米諸国に比べても非常に低いものとなっている。

54 日本弁護士連合会の登録取扱規則7条は「職務上の氏名の使用又は変更に関  
して提出する書類の様式は、別紙第6号書式とする。」と規定する。

ある。

次に通称使用が認められるとしても、その手続きについては、届出用紙一枚で足りるところから、膨大な関係書類を提出させるところまで区々である。さらに通称使用がどの範囲で認められるのかも区々である。たとえば内部文書のみで認めるのか、対外的文書も含むのか、対外的文書でも税金関係はどうか、社会保険関係どうか等を一つ一つ確認しなければならないとすれば、大変な作業量である。

たとえ通称使用が認められたとしても、その場合に、戸籍上の氏と通称とを使い分けなければならない。これも非常に煩瑣である。戸籍上の氏であれば戸籍謄本等を通じて本人確認は可能である。それに対して通称であることを公的に確認する手段は用意されていない<sup>55</sup>。この点で通称使用に安易に頼ることは日本においては危険である。さらにこうした不利益を一方的に蒙っているのが妻の側であるとするならば、再度、男女平等の観点から再検討することが必要であるように思われる。

### (3) 嫡出子保護という陥穽

最高裁2015年判決の原告が主張する「自己の氏名を変更されない権利」が、時と所を超えて絶対的に保護されるものでないということはいうまでもない。しかし最高裁の多数意見がこの権利と利益衡量の対象としているのは、夫婦および家族の一体性といった、いわゆる近代家族の利益である。それを「家族は社会の自然かつ基礎的な集団単位」と表現しているが、家族のすべてが同一の氏を称することによって、嫡出子の利益が保護される旨を述べている。これは

---

55 マイナンバーカードに旧姓を併記することが認められた。旧姓を通称使用している者にとっては、一歩前進であるが、やはり小手先の対応であるといわざるを得ない。

嫡出子および嫡出家族を優遇する理由づけである。確かに日本は西欧に比べて、非嫡出子の比率も養子<sup>56</sup>の比率も低いし、同性カップルの認知も進んでいない。しかし典型的な近代家族が凋落傾向にあることは確かであり、これは家族が多様化していく兆候である。それゆえ近代家族を構成する夫婦とその間の嫡出子のみを保護すれば足りるという考えは、一種の陥穽である。なぜなら、これは非嫡出子の差別であり、養子の差別であり、同性カップルの差別であるからである。嫡出子と非嫡出子の差別は、相続分の場合には直接的な形で現われ、氏の場合には間接的な形で現われてくる。暫くの間は、多数派としての近代家族をモデルとすることは許されるかと思われるが、これによって直接・間接に差別される者が出現するならば、これは許されるべきではない。

#### (4) 司法権と立法権

ドイツ連邦憲法裁1988年決定は、夫婦同氏を規定しているドイツ民法1355条1項が基本法1条1項、同法2条1項に違反しないという決定を出したのであるが、そこでは立法者の広い裁量の余地を認めており、民法1355条は基本法には違反しないが、基本法が夫婦同氏であることを要求しているわけではないとも述べている。さらに連邦憲法裁1991年決定は、婚氏に関する合意がないときは夫の氏を婚氏とするとした民法1355条2項2文を違憲と判断したのであるから、この部分のみを削除すれば違憲状態を回避できたのである。ところが立法府は、違憲とはいわれなかった夫婦同氏に関する民法1355条1項の改正へと進んでいき、立法府の先導によって夫婦別氏が実現した。ドイツにおいては、司法部が違憲判断をすることにつき、日本よりも積極的であると評価

---

56 ここでいう養子とは、①未成年者の養育を目的とする「普通養子」、および②実親と実子とを断絶させる「特別養子」を念頭においている。婿養子等は考えていない。

できよう。また違憲判決が出されなくても、改正すべきところは改正するという立法府のスタンスが窺われる。

最高裁2015年判決は、夫婦同氏を規定する民法750条を合憲と判示したが、夫婦別氏の導入などは立法府における議論を通じて行われるべきことを示唆していた。国民の代表者で構成される立法府によって夫婦別氏の検討がなされるべきであるとする判断は一般論としては正当であるし、夫婦別氏の実現を立法府の責任で行うべきとする判断は、三権分立を基礎としている日本国憲法の下では正当なものと評価できる。しかし日本の実情から考えると、最高裁2015年判決は、司法府が立法府に下駄を預けたのではなく、匙を投げたような印象を受ける。司法府の責任を回避したとしいわれても仕方あるまい。夫婦同氏が違憲であるという判断が出される前に先手を打って夫婦別氏を導入する民法改正に踏み切ったドイツと、違憲判決が出されるまでは何も手をつけない立法府<sup>57</sup>とそれを知りつつ違憲判決を出す勇気のない司法府の日本との差が出てしまったように思われる。

## (5) 地方議会等の動き

地方議会または弁護士会等の団体において、夫婦別氏に反対する意見書、または逆にこれの立法化を求める意見書が国に対して提出され、これが世間の注目を浴びることとなった<sup>58</sup>。以下はインターネットで検索した結果である。そ

---

57 非嫡出子の相続分差別および再婚禁止期間につき、最高裁が違憲判決を出すと、それに応じて民法改正が直ちに行われたことは、明瞭に立法府の消極的姿勢を示しているといえよう。

58 筆者は2002年に地方議会の動きをとりあげたことがあるが、岩手県東山町議会(1995年5月)、徳島県議会(1996年3月22日)、金沢市議会(1996年3月)、千葉市議会(1996年6月25日)に留まっていた。これらはすべて夫婦別姓に反対または慎重を求めるものであった。富田哲「家族の変容と家族法の課

れゆえ出された意見書を網羅しているわけではないが、一般的な傾向を知ることはできると思われる。

2010年前後までは夫婦別氏に反対する意見書のほうが圧倒的に多いが、これは二つの山がある。最初は民法改正の導入に立法府が動き出した1992年の「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）」から1996年の「民法の一部を改正する法律案要綱」が出された時期であり、2回目は2009年に民主党を中心とした連立政権が誕生し、夫婦別氏を含んだ民法改正が行われる可能性が出てきた時期である。

1994年には戦後2回目の社会党を首班とする村山内閣が成立し、夫婦別氏の導入にも同調的な姿勢を示していた。こうした政治の動きが夫婦別氏の反対派を刺激した。次に、2009年にも自由民主党が野党に転落したことによって、保守派は民主党政権が夫婦別氏の導入を図るのではないかと保守の側では警戒心を強めた。そのために地方議会による夫婦別氏に反対または慎重に対処すべき意見書を国に積極的に提出するという手段をとったものといえよう。しかし1990年代の社会党の連立政権も2009年の民主党等の連立政権も長続きせず、やがて自民党を中心とした政権が復活した。その結果、夫婦別氏の導入はまたもや見送られることとなったのである。

しかしこの時期から逆に、夫婦別姓推進派が地方議会等による夫婦別姓の導入を求める意見書が提出されるようになった。また弁護士会ではそれ以前も夫婦別姓を求める意見書を提出していた。地方議会等を利用する手段は同じであるものの、利用する勢力が逆転したといえよう。以下はこれを列挙したものであるが、「●」は夫婦別氏に反対ないし慎重であることを主張する意見書であり、「○」は夫婦別氏の早期導入を求める意見書である。2013年あたりで、●

---

題「家族法学と家族社会学との接点一」『行政社会論集（福島大学）』第15巻第1号88頁以下（2002年）。

から〇へと移っていく状況を知ることができる。

●徳島県議会「夫婦別姓を認める民法の一部改正に慎重を期することを求める意見書」(1996年3月22日提出)、●茨城県議会「夫婦別姓を認める民法の一部改正に慎重を期することを求める意見書」(1996年6月21日)、●千葉県議会「夫婦別姓に関する意見書」(1996年7月12日)、●長崎県議会「「夫婦別姓(氏)制」の導入に反対する意見書」(1997年3月14日)、●熊本県議会「夫婦別姓制度の導入に反対する意見書」(1997年9月29日)、○千葉県議会<sup>59</sup>「民法改正法案の採択を求める意見書」(2001年7月3日)、○横浜弁護士会「選択的夫婦別氏制度などを導入した民法改正の早期成立を求める会長声明」(2010年3月17日)、●宮崎県議会「選択的夫婦別姓制度の導入に反対する意見書」(2010年3月17日)、●茨城県つくばみらい市議会「「選択的夫婦別姓を認める民法の一部改正」に反対する意見書」(2010年3月17日)、●平塚市議会「選択的夫婦別姓制度の導入に慎重な対応を求める意見書」(2010年3月17日)、●和歌山県議会「選択的夫婦別姓制度導入に反対する意見書」(2010年3月18日)、●岐阜県大垣市議会「選択的夫婦別姓導入に慎重な対応を求める意見書」(2010年3月18日)、●茨城県桜川市議会「「選択的夫婦別姓を認める民法の一部改正」に反対を求める意見書」(2010年3月18日)、●あわら市議会「「選択的夫婦別姓を認める民法の一部改正」に反対を求める意見書」(2010年3月19日)、●富山県入善町議会「夫婦別姓制度の導入に反対する意見書」(2010年3月19日)、●岐阜県美濃加茂市議会「選択的夫婦別姓導入に慎重な対応を求める意見書」(2010年3月24日)、●栃木県宇都宮市議会「選択的夫婦別姓制度の導入に反対する意

---

59 千葉県議会は1996年に夫婦別姓反対の意見書を出していた。それが5年後に賛成論へと鞍替えしたのである。しかも他の地方自治体よりも10年余りも早く賛成派に転じた。

見書」(2010年3月25日), ○宮崎県弁護士会「民法(家族法)の早期改正を求める会長声明」(2010年3月26日), ●佐野市議会「選択的夫婦別姓制度の法制化に反対する意見書」(2010年6月18日), ●愛知県蒲郡市議会「夫婦別姓を容認する法案に反対する意見書」(2010年6月21日), ●福岡県糸島市「選択的夫婦別姓法案提出について慎重な対応を求める意見書」(2010年6月21日), ●高砂市議会「「選択的夫婦別姓を認める民法の一部改正」に反対を求める意見書」(2010年6月22日), ●横浜市議会「選択的夫婦別姓制度の導入に反対する意見書」(2010年6月23日), ●福知山市議会「選択的夫婦別姓制度の法案提出について慎重な対応を求める意見書」(2010年6月24日), ●稲城市議会「選択的夫婦別姓制度の法制化に反対する意見書」(2010年6月28日), ●岐阜県養老郡養老町議会「選択的夫婦別姓の導入に反対する意見書」(2010年6月29日), ●宮崎県西都市議会「選択的夫婦別姓制度の法制化に反対する意見書」(2010年9月21日), ●島根県雲南市議会「選択的夫婦別姓を認める民法改正の拙速な導入に反対を求める意見書」(2010年9月21日), ●茨城県古河市議会「「選択的夫婦別姓を認める民法の一部改正」に反対を求める意見書」(2011年3月8日), ○宮崎県弁護士会「民法(家族法)における差別的規定の改正を求める会長声明」(2013年10月31日), ○福岡県弁護士会「民法(家族法)の差別的規定の早期改正を求める決議」(2015年5月27日), ○沖縄県弁護士会「夫婦同氏の強制及び再婚禁止期間についての最高裁判所大法廷判決を受けて家族法における差別的規定の改正を求める会長声明」(2015年12月24日), ○茨城県弁護士会「夫婦同氏の強制及び再婚禁止期間についての最高裁判所大法廷判決を受けて民法における差別的規定の改正を求める会長声明」(2016年1月13日), ○千葉県弁護士会「夫婦同氏強制及び再婚禁止期間についての最高裁判所大法廷判決を受けて、民法における差別的規定の早期改正を求める会長声明」(2016年1月13日), ○泉大津市議会「選択的夫婦別姓の導入を求める意見書」(2016年3月18日), ○岩手県弁護士会「夫婦同氏強制についての最高裁判所大法廷判決を受けて民法750条の改正を求める会長声明」(2016年3月25日), ○高槻市議会「選



夫婦別姓論その後—30年の軌跡—（富田 哲）

択的夫婦別姓の導入を求める意見書」（2016年3月28日），○自由法曹団「夫婦同氏強制条項など民法の差別的条項の即時廃止を求める決議」（2016年5月30日），○東京都豊島区議会「選択的夫婦別姓制度の法制化を求める意見書」（年月日不詳），○北海道余市郡余市町議会「選択的夫婦別姓制度を導入する民法改正を求める要望意見書」（2018年6月21日），○北海道根室市議会「選択的夫婦別姓制度の導入を求める意見書」（2018年6月22日），○町田市議会「選択的夫婦別姓制度の法制化を求める意見書」（年月日不詳），○北海道中川郡幕別町議会「選択的夫婦別姓制度を求める意見書（案）」（2019年〇月〇日），○札幌市議会「選択的夫婦別姓創設を求める意見書」（2019年3月6日），○横浜市議会「選択的夫婦別姓制度についての議論を求める意見書」（2019年3月19日），○東大和市議会総務委員会「選択的夫婦別姓の法制化を求める意見書」（2019年6月25日），○立川市議会「選択的夫婦別姓制度の導入を求める意見書」（2019年6月26日），○生駒市議会「選択的夫婦別姓制度の法制化を求める意見書」（2019年6月），○北海道釧路市議会「選択的夫婦別姓制度を求める意見書（案）」（2019年9月13日），○春日部市議会「選択的夫婦別姓制度の早期導入を求める意見書（案）」（2019年9月20日），○東京都三鷹市議会「選択的夫婦別姓制度の導入を求める意見書」（2019年9月30日），○沖縄県うるま市議会「選択的夫婦別姓制度の法制化を求める意見書」（2019年10月7日），○香川県高松市議会「選択的夫婦別姓制度についての国会審議を求める意見書（案）」（2019年月日不詳）。

かつては夫婦別氏に対してこれに反対する意見書または慎重に取り扱うべきことを求める意見書が圧倒的に多かったのに対して，近年では逆に夫婦別氏の実現を求める意見書のほうが圧倒的に多くなってきた。このことは夫婦別氏を支持する勢力が地方にも定着しつつあることの現われであると思われる。

## (6) 男女平等論の再評価

晩婚化が進んでいる今日では、通常、婚姻するまでに25年ないし30年以上も婚姻前の氏で生活している。こうした事情を考慮すると、婚姻前の氏によって自己のアイデンティティを形成してきたと捉えることは正当であり、婚姻による氏の変更・剥奪によってアイデンティティの喪失に陥るということも特殊な事例に限定されるわけではない。この点で人格権構成による婚姻前の氏の継続使用を認める見解には正当なものを含んでいる。ところが民法は婚姻に際して氏を改めた者に対する法的保護をまったく予定していない。しかし、この場合に、氏を改めた者は精神的苦痛を被っているのであるから、慰謝料請求等の権利を与えるべきであるといった対応では、まったく解決の方法にはならない。もしも法的保護がないとすれば、氏を改めた者に対して、受忍せよ、我慢せよという結果となる。そうであるならば夫婦別氏を実現することが唯一の解決方法といわなければならない。

形式的な男女平等にもとづいている民法750条に対して、これを法的な立場から男女不平等と判断することは難しい。完全に男女平等に徹するためには、婚姻中の氏を決定する方法は「籤」とするほかあるまい。籤であれば確率的に1対1になるはずである。しかし籤により男女平等が達成されたとしても、籤に敗れた側の不満はいつまでも残るものと思われる。これでは解決にならない。ところで最高裁2015年判決は、通称使用を許容することが増加していることをもって、夫婦同氏を規定する民法750条を違憲としない根拠の一つにあげている。確かに通称使用を認める企業は増加しているし、その手続きも簡易化の方向にある。しかし前述のように通称使用の許容が本質的な解決にはならないことも確かである。

さらに重大なことは、通称使用を許容したとしても、その範囲が不明確である故をもって、氏の継続性を必要とする専門的な仕事への就職を断念する女性はいないのかという問題である。自己の名でする必要がない、たとえば単純なパート労働のような仕事にしか就職できないと考える女性が多くいるのではな

かろうか。専門職への就職の断念が現実には起こっているとすれば、これは無視することができない問題である。このことは女性の「潜在能力」＝「ケイパビリティ (capability)<sup>60</sup>」に対して不当な差別を課しているのではないだろうか。

男性の場合には、戸籍上の氏が対外的に使用する唯一の氏であることが多い。これに対して、女性の場合には、通称使用が許容された場合であっても、戸籍上の氏と対外的に使用する氏とが分裂しているために、就職に際して、また就職後の活動においても不利益を被る可能性がある。それゆえ女性は不当な差別を受けているというべきではなかろうか。民法750条は形式的平等を実現しているかもしれないが、潜在能力＝ケイパビリティをも考慮すると、決して男女平等と評価することはできないと思われる。それゆえ民法750条は憲法14条に違反するというべきではなかろうか。

## 5. おわりに—今日の閉塞状況を打開するために—

本稿においては、1996年以降、デッドロックに乗り上げてしまった「夫婦別姓論」に対して、その原因を探りつつ、いかなる対処が必要であるかを模索してきた。ドイツにおいては、連邦憲法裁1991年の違憲決定によって、急激に立法化の動きが進行したが、この決定は夫婦が婚氏を決定しない場合に夫の氏を婚氏とすると規定するドイツ民法1355条2項2文を基本法違反としたにすぎないのであって、夫婦同氏を定めているドイツ民法1355条1項を違憲としたものではなかった。さらにこの規定については連邦憲法裁1988年決定に

---

60 平等論において、潜在能力＝ケイパビリティ (capability) という用語を使ったのは、アマルティア=センである。アマルティア=セン、池本幸生・野上裕生・佐藤仁訳『不平等の再検討 潜在能力と自由』(岩波書店・1999年) 59頁以下参照。

においても、合憲と判断されていたのである。しかし連邦憲法裁1988年決定によると、基本法は夫婦同氏を要求しているわけではなく、夫婦同氏にするか夫婦別氏にするかは立法府が判断すべき問題であると述べていた。そうして立法府の主導によって1993年の民法改正が行われ、夫婦別氏が導入されたのである。

一方、日本の状況を振り返ると、根拠づけにおいて、最高裁2015年判決はドイツにおける連邦憲法裁1988年決定に類似している。すなわち確かに日本民法750条は完全に形式的な男女平等を達成しており、これを憲法14条に違反するという根拠をあげることは困難である。また婚姻により氏の変更を強制されないことを権利として構成し、これを人格権にもとづいて根拠づけようとしても、利益衡量という壁が横たわっている。人格権構成は確かに有益な構成ではあるが、再び男女不平等を立ち返ることとし、95パーセント以上の夫婦が夫の氏を夫婦の氏としている実態を踏まえると、女性は潜在能力（ケイパビリティ）において差別されていると構成することも可能であると思われる。

#### [謝 辞]

行政社会論集の本号は私の退職記念号であるとともに、中井学長の退職記念号でもある。中井氏とは福島大学において32年の付き合いであった。彼のご多幸を祈念し、この論文を献呈することにしたい。