

ドイツにおける氏・その後

2014年6月1日作成

福島大学教授

富田 哲

(自署)

富田 哲

ドイツにおける氏・その後

富田 哲

おことわり

本稿の一から五までは、富田哲「ドイツにおける夫婦別姓の導入」歴史科学協議会『歴史評論』第 636 号頁 46 以下（校倉書房・2003 年）を基礎にしている。字句とか見出し等に修正を加えたが、内容については改めていない。そこで上記の論稿に言及できなかった点、その後に改正された点を含めて、六に「補足」という形で言及することにする。既に過去のものとなった点については、歴史的な記述も含むことになったが、ドイツ法の全体を概観するには有益であると考えます。

一 序・「比較」という方法

夫婦別姓が提唱される時、その論拠の一つとして、諸外国において広く夫婦別姓を採用していることがあげられることがある。これに対して、日本は日本、他国は他国であるとして、諸外国のことは参考になりえないという見解もありえよう。いうまでもなく外国法は Sein（存在）の問題であって、Sollen（当為）の問題ではない。認識評価峻別論を前提とするならば、両者は厳格に峻別されるべきものである。しかし長い時期にわたって夫婦同姓を維持してきたドイツ法が夫婦別姓の導入に踏み切ったとき、そこにはどのような事情・背景があったのかを探究することは、日本における夫婦別姓の問題をとりあげるときに、有益な示唆を与えるに違いない。それゆえ、社会科学とりわけ法学において、「比較」という方法がいかなる意味を有しているのかを念頭におきつつ、これまでドイツにおける氏の規制をとりあげてきたのである。そこでまず本稿においては、1993 年の民法改正にいたるまで、夫婦の氏（婚氏）がいかなる変遷をたどってきたのかを概観しておくことにしたい。対象とする時期は、1896 年に公布されたドイツ民法典から 1993 年改正までの約 100 年間とする。また、以下では、日本の「氏」に相当するドイツの“Familiename”（家族名）を「氏」という訳語で統一することにする。

二 ドイツにおける婚氏の変遷

（1）ドイツにおける氏と名

ドイツにおいても、個人の氏名は「氏」（Familiename）と「名」（Vorname）との組み合わせによって表示される。このうち、氏については、「婚氏」（Ehename）と「出生氏」

(Geburtsname) とが区別される。婚氏とは夫婦が共通に称する氏であり、出生氏とは子が出生に際して取得する氏である⁽¹⁾。ドイツでは、婚姻後に婚氏に従前の氏（たとえば未婚時の氏とか前婚の氏など）を付加して、複合氏（Doppelname）の形成が認められることがあるが、この付加した氏を「付随的氏」（Begleitname）という。

（２） 1896 年民法における氏

近代国家の成立に遅れをとったドイツは、フランスより約一世紀遅れて、民法典を制定した。すなわち、1896 年公布・1900 年施行のドイツ民法典である。この民法典においては、夫婦同氏の原則を採用し、「妻は夫の氏を取得する」（1896 年民法 1355 条）と規定した。夫婦同氏を強制したのである。妻が夫の氏を称することは、妻の権利でもあり、義務でもあった。ただし、妻は“geborene”（geb.）を補足して、未婚時の氏を併記することが慣習として認められていた。また、その夫婦間に出生した嫡出子は、出生に際して、両親が称している氏を取得した（1896 年民法 1616 条）。それゆえ、夫婦および彼らの間に出生した子はすべて同一の氏を称することになっており、氏は一つの家族共同体を表象するものであった。

（３） 1957 年改正の民法

婚氏に関する規定は、1957 年の「民法の領域に関する男子および女子の同権に関する法律（男女同権法）」にもとづいて、民法改正が行われた。この改正により、「婚氏および家族の氏は夫の氏とする。妻は身分官吏に対する表示により未婚時の氏を夫の氏に付加する権利を有する」（1957 年民法 1355 条）と規定された。婚氏に関して、この改正は、妻が未婚時の氏の併記を単に慣習としてではなく、権利として使用しうることを明文化した点を除いて、とくに実質的な変更を伴うものではなかった。ここでも家族構成員の氏が、夫の氏・父の氏の下に統一されていた。ただし、この時期になると、夫婦同氏を強制しているこの規定が「男子および女子は同権である」⁽²⁾と規定する基本法 3 条 2 項に合致するかどうかをめぐって合憲か違憲かの論争がなされるに至った。合憲説は、当初の判例および多数説であったが、違憲説の立場からは、□夫の氏を称すべき妻の義務は妻の人格権を侵害するものであること、□夫の氏のみを婚氏とすることは家父長的家族を支持するものであること、□夫婦および家族の同一性を夫の氏のみによって示すことは妻の独立を妨げるものであること、などが主張されたのである⁽³⁾。

（４） 1976 年改正の民法

次に、婚氏に関する規定が改正されたのは、1976 年の「婚姻法および家族法の改正に関する第一法律（第一婚姻修正法）」にもとづく民法改正である。この改正においても、夫婦同氏の原則は維持された。すなわち、「夫婦は共通の氏を称する」（1976 年民法 1355 条 1 項）と規定した。しかし、従来のように、婚氏を夫の氏と法定することをやめて、婚氏

の選択制を採用した。すなわち、「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」（1976年民法1355条2項1文）と(4)。しかし選択制にすると、両婚約者の間で婚氏につき合意がなされない場合が生じうる。それゆえ、こうした場合を想定して、両婚約者が婚氏を「決定するに至らないときは、夫の出生氏が婚氏となる」（1976年民法1355条2項2文）と規定した。この規定に対して、合憲説・違憲説の激しい応酬がなされた。合憲説は、圧倒的多数の夫婦が夫の氏を婚氏として選択している現状では、この規定は合理性があると主張した。一方、違憲説は、この規定は婚氏を選択の出発点が当初から不平等であることを示しており、また、この規定があると、婚氏の決定に関する合意に影響を与えると主張した。そして、この規定に関しては、後述する連邦憲法裁判所1991年3月5日決定(5)によって「違憲」と判断されることになる。そして結果的には、この規定の存在が1993年改正への突破口となったのである。

付随的氏の形成に関しては、1976年改正により婚氏を選択制が採用されたので、婚姻締結に際して氏を変更しなかった者は、夫であれ妻であれ、付随的氏を使用する権利を有するものとされた。また、付随的氏の対象として未婚時の氏のみならず前婚の婚氏も含むこととなり、さらに合成される複合氏の順序として、従前の氏を婚氏に前置することにした(6)。

嫡出子の氏については、夫婦同氏の原則を維持している以上、両親が称している婚氏を、嫡出子は出生氏として取得することになる（1976年民法1616条）。

1976年の民法改正は、夫の氏のみが常に婚氏となるという法定制をやめて、婚氏を選択制を導入した点、付随的氏に関して自己決定の範囲を拡大した点などにみられるように、氏に対する自己決定の範囲を拡大し、氏の有する権利の側面を強調した改正であった。その反面、氏の有する秩序の側面、すなわち識別機能の低下が危惧されることとなったのである。

（5）連邦憲法裁判所による判例の展開

夫婦同氏を規定する民法の規定が憲法に違反するか否かに関しては、1957年改正の民法の下で、連邦憲法裁判所1963年11月26日決定(7)が存在していた。しかし、この決定は、夫婦が同一の氏を称する義務に関する部分と、夫の氏をもって常に婚氏とする部分とを分離して、前者については合憲とし、後者については合憲とも違憲とも明確な判断を示さなかった。その後、1976年の改正後に、旧法（1957年改正の民法）下のケースにつき、連邦憲法裁判所1978年5月31日決定(8)は、夫の氏のみを婚氏とすることは「違憲」と判示した。しかし、1976年改正によって婚氏を選択制が採用されており、この規定は形式的には男女平等であるから、これを基本法3条2項に違反するとは主張しにくい。それゆえ、次に、夫婦同氏の強制が基本法1条1項・同2条1項に規定する人格権・人格の保護に合致するか否かが残された問題となったのである。

1) 連邦憲法裁判所 1988 年 3 月 8 日決定

ドイツ連邦憲法裁判所 1988 年 3 月 8 日決定⁽⁹⁾において、連邦憲法裁判所は、民法 1355 条に規定する婚氏を称すべき夫婦の義務は、基本法 1 条 1 項および同 2 条 1 項において保障されている人格権を侵害するものではないと判示した。すなわち、夫婦同氏は「合憲」であると判断したのである。その理由として、□氏が識別のメルクマールとしての社会的機能を有しており、かつ家族共同体を表示していること、□民法において付随的氏の前置を認めていること、□通称使用を認めていること、をあげている。とりわけ、□の点に関して、氏に関する権利が識別および分類のメルクマールのみならず、「自己同一性・独自性」(Identität) および「個人性」(Individualität) の表現として、尊重され保護されるべきであるとし、その侵害は「比例の原則」(Grundsatz der Verhältnismäßigkeit) の下でのみ可能であるとする。比例の原則とは、追求する目的のためにその規定・措置が適切かつ必要であることを要求するものであるが、民法 1355 条に規定する夫婦同氏はこの原則を満たしているとする。

この連邦憲法裁判所決定の登場によって、夫婦が同一の氏を称する義務に関しては、男女平等にも人格権にも違反せず、「合憲」ということで確定したのである。

2) 連邦憲法裁判所 1991 年 3 月 5 日決定

次に、ドイツ連邦憲法裁判所 1991 年 3 月 5 日決定⁽¹⁰⁾において、連邦憲法裁判所は、両婚約者がいずれの氏を婚氏とするかを決定しないときは、夫の氏を婚氏とする旨を規定している民法 1355 条 2 項 2 文が男女同権を規定する基本法 3 条 2 項に違反すると判示した。この決定によると、基本法 3 条 2 項は男性と女性との間の生物学的および機能的(分業的)相違を考慮して区別する規定を設けることを排除するものではないが、単に生活状況の伝統的な特質は不平等的取扱いの根拠としては不十分であるとして、民法 1355 条 2 項 2 文を違憲であると判断したのである。

そのうえ、この決定は、主文において、民法改正がなされるまでの暫定的な措置として、以下のような要件の下で、民法 1355 条および民法 1616 条を適用するべきであるとした。第 1 に、婚氏の合意に至らなかった夫婦については、いずれも婚姻締結時に称している氏を保持する。第 2 に、暫定的に別氏を称している夫婦から出生した嫡出子については、父の氏もしくは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出生氏として取得する。もしも両親がその子の出生氏を決定することに至らないときは、父の氏および母の氏から合成された複合氏を取得し、その順序については籤により決定するものとした。

この決定のインパクトは大きかった。氏に関するドイツ人の一般的な法意識からして、この連邦憲法裁判所の違憲判決は相当ラジカルなものと映ったと思われる。この決定を契機として、社会民主党、緑の党などの政党からも氏に関する規定の改正意見が表明されるに至った。しかも、連邦憲法裁判所によって違憲と判断された民法 1355 条 2 項 2 文を削るにとどまらず、相当広範囲な改正、しかも氏に関して当事者の意思にもとづいて決定しうる部分の拡大を求める意見が多く出されるようになっていった。

三 夫婦別氏の導入

1993年、ドイツにおいては、「氏の新たな規制に関する法律（氏に関する改正法）」にもとづいて、氏に関する民法の規定が全面的に改正され、この改正法は1994年4月1日から施行された⁽¹¹⁾。

（1）夫婦の氏

今回の改正においても、夫婦同氏の原則が維持されている。すなわち「夫婦は共通の氏（婚氏）を決定すべきである」（1993年民法1355条1項1文）と規定する。しかし、夫婦における婚氏の使用義務はその性質につき重大な変更が加えられたと考えられている。この条文の「すべきである」という文言には、“sollen”が用いられており、“müssen”ではない。法律行為の要件に関して、“müssen”が用いられている場合には、これに違反する行為は無効となるが、“sollen”であれば、必ずしも無効とはならないものと解されている。この文言からしても、道徳的、倫理的には夫婦が共通の婚氏を称することが望ましいものとされているが、法的義務としてはかなり弱められたといえよう。そのことは、とりわけ婚氏を決定しなかった場合に顕在化する。すなわち、「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」（1993年民法1355条1項3文）と規定し、夫婦が婚氏を決定して共通の婚氏を称するという合意をしないかぎり夫婦別氏となる。それゆえ、夫婦同氏のほうを原則としているとはいえ、実質的にはかなり名目化しているといえよう。

婚氏の決定は婚姻締結に際して行われるのが原則であるが、「婚姻締結後五年以内に事後的になされ得る」（1993年民法1355条3項2文）と規定して、事後的な婚氏の決定を認めている。すなわち、婚姻締結に際して夫婦別氏を選択した夫婦が、その後の生活状況の変化、たとえば専業主婦になったとか子が出生したなどの事情を考慮して、夫婦同氏を欲するに至った場合には、婚姻締結後5年以内に限って、これを認めることにした。これに対して、婚姻締結に際して夫婦同氏を選択した夫婦が後に夫婦別氏を望んだとしても、その変更は認められない。それゆえ、ここでは夫婦同氏のほうが原則であるという1993年改正法の趣旨は保持されているといえよう。

さらに、1993年改正においては、付随的氏に関して、いくつかの改正が行われた。第1に、婚氏と付随的氏との位置関係である。1957年民法においては、付随的氏を婚氏に付加して「婚氏-付随的氏」という順序であったものを、1976年民法においては、付随的氏を婚氏に前置して「付随的氏-婚氏」という順序にしたが、1993年民法は「前置または添付することができる」（1993年民法1355条4項1文）と規定して、付随的氏の前置か後置かの選択が認められることになった。この点では選択の幅が拡大したのであるが、他方で、1993年改正においては、付随的氏の個数を厳格に制限した。1976年改正法においては、

婚氏自体が複合氏であっても付随的氏の前置が可能であり、複合氏である付随的氏を婚氏に前置することもできたので、婚姻・離婚を繰り返した者は個別的氏が 3 個以上からなる、いわゆる「氏の鎖」(Namenskette) を形成することが認められていた。しかしこれは識別機能を阻害するという理由から、いかなる場合であっても、個別的氏が 2 個から形成される複合氏のみを認めることにしたのである(12)。

(2) 子の氏

1993 年の改正において、夫婦別氏を導入したために、子の氏に関しては、同氏夫婦の嫡出子と別氏夫婦の嫡出子とに分けて規定しなければならなくなった。

両親が婚氏を称している場合には、彼らの間に生まれた嫡出子は、従来と同様に、両親の婚氏を出生氏として取得する。これに対して、「両親が婚氏を称していないときは、彼らは身分官吏に対する表示により、父または母がその表示の時点に称している氏を、子の出生氏として決定することができる」(1993 年民法 1616 条 2 項 1 文) と規定する。すなわち、嫡出子が出生氏として取得する氏は、両親のいずれか一方の氏に限定されている。政府草案の段階においては、連邦憲法裁判所 1991 年 3 月 5 日決定の影響もあって、両親の氏から合成された複合氏を子の出生氏とすることが認められていた。しかし、立法に際して、この複合氏という方式は実現しなかった。

もしも別氏夫婦の両親が子の氏を決定しない場合は、どのように処理するべきか。1993 年改正法においては、この点に関して、非常に詳細な規定を設けた。すなわち「両親が子の出生後 1 か月以内に決定に至らないときは、後見裁判所は両親の一方に決定権を委託する。後見裁判所はその親に決定権の行使につき期限を設定することができる。その期限の経過後、決定権が行使されないときは、決定権が委託された親の氏を子は取得する」(1993 年民法 1616 条 3 項) と規定した。この規定は、二段階に分けることができる。第一段階として、後見裁判所が親の一方に子の氏に関する決定権を委託する。そして第二段階として、氏の決定を委託された親が設定された期間内に子の氏を決定しない場合には、その委託された親の氏を子は出生氏として取得することになる。こうして、別氏夫婦の子が氏の決定がなされないまま長期間放置されるという事態だけは避けられることとなった。

兄弟姉妹の氏を統一するべきか否かについては、1993 年改正法は兄弟姉妹の出生氏を統一する方式を採用した(13)。

(3) 経過措置

1993 年改正法の施行の時点、すなわち 1994 年 4 月 1 日の時点において婚姻している者はそれまでの婚氏を継続することが原則である。しかし、すでに婚姻している者であっても、「氏に関する改正法」の施行後一年間、すなわち 1995 年 4 月 1 日(4 月 1 日を含む)まで、夫婦の合意により 1993 年改正法に即した新たな合意をすることを認めている。

四 1993年改正法の特徴・課題

1993年の民法改正は1976年改正の延長線上にある。すなわち、第1の特徴として、男女平等を徹底したことである。1976年改正においては、後に違憲決定が出された民法1355条2項2文を残していた点で不徹底であったが、1993年改正は形式的にみると、一切の男女差別を含む条項を含んでいない。けれども、このことは必ずしも実質的な男女平等を実現したということの意味するものではない⁽¹⁴⁾。第2に、氏のもつ秩序の側面よりも権利の側面を強調した改正であって、氏に関する自己決定の範囲がいっそう拡大した点である。この点に関しては、いうまでもなく夫婦別氏の導入に現れている。しかし、夫の出生氏と妻の出生氏とから合成された複合氏を婚氏として選択することは認めていない点とか、前婚の婚氏を後婚の婚氏とすることを認めていない点など制約も多く、今後も議論は続くものと思われる。

しかし、1993年改正は妥協の産物でもあった。すなわち、一方では、伝統に配慮して、夫婦同氏の原則を維持している。そして別氏の夫婦が事後的に同氏へと変更することを認めているのに対して、この逆は認めない点はこの原則に忠実である。しかし、共通の婚氏の使用につき両当事者の合意がないときは夫婦別氏になる点は、実質的に別氏を原則としているとの評価が可能である。そのことは1993年改正が微妙なバランスの上に成立したことを示しているといえよう。そうすると、今回の改正は決して安定したものにならないのではないかという危惧を生ずる。とりわけ、夫婦別氏はドイツにおける国民の社会意識とのギャップが大きいのではないか、夫婦別氏の主張は単なる流行ではないのかという疑問を投げかけられる。しかし、ドイツにおいても女性の社会進出は続いており、既婚女性の就業率の増加も著しい。そのうえ、EU諸国においては統一通貨ユーロが導入され、さらにEU加盟国の増加が問題となっている。そうすると、いっそうEU間における人的交流は活発となり、国際結婚の増加が予測される。こうした状況下において、ドイツのみが独特の氏の制度を維持することには批判的な見解が強まってくるのではないか。こうした事情を考慮すると、選択的夫婦別氏の制度の導入は妥当な選択であったように思われる。

また、別氏夫婦から出生した子の氏をいかにして決定するかには、夫婦別氏を導入する際の最難問といえる。この点につき、ドイツにおいては、後見裁判所が夫婦の一方に氏の決定権を委託するという方式を採用したが、裁判所としては何を規準にして委託者を決定すべきか、判断に苦しむところであって、いまなお未解決の問題も多い⁽¹⁵⁾。

五 日本法への示唆

本稿においては、ドイツにおける夫婦の氏の変遷を概観してきた。とりわけ、1993年改正は選択的夫婦別氏を導入した点で注目される改正であった。以下では、このドイツの改正が日本法に対していかなる示唆を与えるかについて、簡単な言及をすることにしたい。

ドイツにおいて夫婦別氏が採用されたのであるから、日本においても夫婦別氏を採用すべきであるという主張は説得力をもたない。なぜなら、ドイツにおける夫婦別氏の採用は事実（Sein）の問題であって、規範（Sollen）とはレベルを異にするからである。それゆえ、問題は日本法の解釈に対して外国法を参考にすることの意義は何かという点に至るのであるが、法学固有の問題でもあるから割愛することにして、ドイツにおける改正につき、いかなる点が参考に価するのかが、とりわけ技術的な面ではなく理念的な面を中心にして、簡単に記すことにしたい。

夫婦同氏は、夫が対外的な所得活動をし妻が専業主婦であるという、近代家族の形態においては適合的な制度であった。しかし、女性も当然に職業活動に従事する社会においては、夫婦同氏は不適切な制度である。なぜなら、氏が自己同一性および個人性の表象であるならば、氏の継続性が確保されなければならないからである。それゆえ、「女性は家庭に帰れ」というスローガンが時代錯誤と映るところでは、夫婦同氏は維持されないのである。ドイツにおける夫婦別氏の導入はこうした社会の変化に対応するものであったと思われる。それゆえ、現時点においては、夫婦同氏か夫婦別氏かという選択を認め、その場合に、氏に対する自己決定権が尊重されることが重要である。

これに対して、子がいかなる氏を取得するかという問題は、夫婦別氏に付随して必然的に発生するものであるが、単に自己決定権の問題として割り切ることはできない。子が取得すべき氏は、一般的には父系制か母系制かによっておのずと確定するはずであるが、ドイツにおいても日本においても、圧倒的多数の夫婦が夫の氏を称する婚姻をしているとはいえ、いずれも法的には父系制を採用しているわけではない。このような場合には、夫と妻、父と母との間で平等の地位、平等の権限を有することが要求される。ただし、ドイツにおいては複合氏という制度があるので、1991年決定が判示しているように、父の氏および母の氏から合成された氏を子に継承させるという方法が可能であったが、その順序がさらに問題となった。男女の平等を徹底させるためには、おそらく籤による決定が最も適切な方法であるかと思われるが、人格権に密接に関連する氏を籤という偶然に委ねてよいものであろうか。そうした判断から、1993年改正法においては、後見裁判所に子の氏を決定する権限を有する者を決定させて、この者に決定権を委託するという遠回りな方式を採用したのである。とりわけ日本においては、子の氏の決定に関して、夫婦のみならず双方の両親・親族をも巻き込んだ争いとなるおそれがある¹⁶⁾。そうした場合に、家庭裁判所が調整役として後見機能を十分果たすことができるかが最大の課題となる。

注

- (1) 出生氏の法律上の定義は、「出生氏とは、身分官吏に対する表示の時点に一配偶者の出生証書に記載されるべき氏である」（1993年民法1355条6項）というものである。出生に際して取得した出生氏が養子縁組等によって変更される場合がありうる

からである。

- (2) 高木八尺・末延三次・宮沢俊義編『人権宣言集』（岩波文庫・1957年）221頁（山田晟訳）。
- (3) この論争の詳細については、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）19頁参照。
- (4) 婚氏として選択しうるのは、夫または妻の「出生氏」のみである。再婚者の場合に、前婚の婚氏を後婚の婚氏として選択することはできないし、両配偶者の出生氏から合成される複合氏も婚氏とすることができない。この点については、1993年改正においても維持されている。
- (5) 後掲、注(9)。
- (6) ドイツにおいては、複合氏の構成する個別の氏のうち、最初の氏を重視する傾向が強い。また、「付随的氏-婚氏」の順であれば、種々の登録につき、婚姻の前後でアルファベット順に変更が生じないし、夫婦であっても、別々の個所に登録されることになる。それゆえ、この変更は実質的に夫婦別氏に一步近づいたと評価された。
- (7) BVerfG 1.Senat, Beschluß v.26.11.1963 —1 BvR 59/60, BVerfGE 17, 168ff.
- (8) BVerfG 1.Senat, Beschluß v.31.5.1978 —1 BvR 683/77, BVerfGE 48, 327ff.
- (9) BVerfG 1.Senat, Beschluß v.8.3.1988 —1 BvR 9/85 und 43/86.
- (10) BVerfGE 78, 38ff. BVerfG 1.Senat, Beschluß v.5.3.1991 —1BvL 83/86 u.24/88, BVerfGE 84, 9ff.
- (11) 1993年改正の詳細については、前掲、富田哲『夫婦別姓の法的変遷』145頁以下参照。
- (12) たとえば、出生氏が“A-B”（出生氏自体が複合氏である場合を「真正の複合氏」という）という者と出生氏が“C”という者が婚姻した場合には、婚氏は“A-B”または“C”のいずれかであり、もしも“A-B”を婚氏とした場合には、“C”を付随的氏とすることはできない。“A-B”の一部分である“A”とか“B”を婚氏とすることもできないので、これに“C”を付随的氏とした形の“C-A”とか“C-B”などの複合氏を形成することも当然できない。この点が争われた判例として、コーブレンツ・ラント裁判所1996年3月20日決定がある。詳細については、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22頁以下（1999年5月）参照。
- (13) 兄弟姉妹の氏を統一するべきか否かについては、夫婦別氏を採用しているヨーロッパ各国においても様々である。統一する例としては、スウェーデン氏名法1条2項、フィンランド家族名称法5条2項、ギリシャ民法典1502条2項などがあり、統一しない例としては、デンマーク氏名法1条2項、ノルウェー人名法2条などがある。
- (14) 連邦憲法裁判所1991年3月5日の違憲決定以降、立法化がなされるまでの間、婚

氏として夫の氏とするか妻の氏とするか、または別氏でいくか、という三つの選択肢が認められることとなったが、これに関して、いくつかの調査結果がある。1991年下半期のアウグスブルクにおいては、93.7%が夫の出生氏を、1.8%が妻の出生氏を選択し、4.5%が別氏の使用を望んだ。また、1991年4月2日から同年9月30日までのチュービンゲンにおいては、70.51%が夫の出生氏を、5.42%が妻の出生氏を選択し、24.07%が表示をせずに従来 of 氏を保持することになったという。Vgl. Sturm, Der Familienname des Kindes nach dem FamRG-E, StAZ 1993, 274. この数字から見ても、ドイツにおいては、圧倒的多数の夫婦が夫の出生氏を婚氏とする婚姻を選択しているといえよう。

- (15) 出生した子の「名」(Vorname)を別居中の両親が合意できないときは、母が子の名に対する唯一の権限を有していると判示したケースがある。この場合には、子と同居している母のほうが名の決定権限を有する親として望ましいという評価があったものと考えられる。Vgl. LG Frankenthal 1.ZS, Beschluß v.2.2.1978 —IT 99/78, FamRZ 1978, 940f.
- (16) この点に関しては、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3月)参照。

六 その後の展開

(1) 1997年の「子どもの法の修正に関する法律」の成立

1997年12月16日「子どもの法の修正に関する法律(Gesetz zur Reform des Kinderschaftsrechts vom 16. 12. 1997)」にもとづく民法改正において、親子に関する規定がほぼ全面的に改正された(以下、「1997年子ども法」とする)。そうして、この改正は1998年7月1日から施行された。ただし、親子法とは直接関係ないのであるが、この改正に合わせて、氏に関する規定の改正も行われている。

(2) 事後的な婚氏の決定

1997年子ども法の成立に合わせて、婚氏に関して次のような改正がなされた。1993年改正法においては、婚氏の決定につき「婚姻締結後5年以内に事後的になされ得る」(民法1355条3項2文)と規定されていた。すなわち、婚姻後5年を経過すると、別氏を選択した夫婦は同氏とすることができないとされていた。この点に関して、5年という期間制限をなくして、婚姻が継続している限り、事後的な婚氏の決定ができることとしたのである。

(3) 嫡出子・非嫡出子という分類の廃止

1997年子ども法にもとづく民法改正において、最も重要な改正点の一つに、嫡出子

(eheliches Kind) および非嫡出子 (nichteheliches Kind) という分類を廃止したことがあげられる。民法上の規定からは、嫡出子・非嫡出子という文言はなくなった。それゆえ、従来のように、嫡出子・非嫡出子を前提として、嫡出子は両親の婚氏を出生氏として取得するとか、非嫡出子は母の氏を出生氏として取得するなどといった規定の仕方はできないこととなった。

そこで、実子がいかなる氏を取得するかにつき、分類の基本となるのは、次の二つの基準である。第1の基準は、両親が婚氏を称しているか否かである。第2の基準は、子に対して両親の共同監護であるか、それとも親の一方の単独監護であるかである。このうち、第1の基準が優先され、まずは両親が婚氏を称している場合につき、子の氏を決定する。次に、婚氏を称していない場合には、共同監護か単独監護によって分けるのである。すなわち、①両親が婚氏を称している場合（民法 1616 条）、②両親が婚氏を称していないが、両親が子に対して共同の監護を行っている場合（民法 1617 条）、③両親が婚氏を称しておらず、かつ親の一方が子に対して単独の監護を行っている場合（民法 1617 条 a）に分類される。

第1に、両親が婚氏を称している場合においては、単純明快に「子は両親の婚氏を出生氏として取得する」（民法 1616 条）と規定する。

第2に、両親が婚氏を有していない場合であって、両親が子に対して共同の監護を行っているときであるが、従来は、別氏を選択した夫婦の子がこれに該当するとされてきた。それゆえ、基本的には 1993 年法の民法 1616 条 2 項を踏襲して、父または母の氏を子の出生氏とすることができる。すなわち、「両親が婚氏を称しておらず、かつ彼らに監護が共同で帰属しているときは、彼らは身分官吏に対する表示により、父または母がその表示の時点において称している氏を、子の出生氏として決定する」（民法 1617 条 1 項 1 文）と規定する。手続きとして公証人による公の認証を必要としていることも同様である。すなわち「出生の証書作成の後になされる表示は、公に認証されなければならない」（民法 1617 条 1 項 2 文）と。さらに兄弟姉妹の氏を同一とすることについても、1993 年法と同様に、第一子における決定が第二子以降にも適用される。すなわち「両親のその決定は、彼らのそれ以外の子についても適用される」（民法 1617 条 1 項 3 文）と。

さらに、両親が 1 か月以内に子の氏を決定できないときの取り扱いも同様である。裁判所は親の一方に子の氏の決定権を委託し、もしも決定権が行使されないときは、委託された親の氏が子の氏となるのである。すなわち、「両親が子の出生後 1 か月以内に決定に至らないときは、家庭裁判所は両親の一方に決定権を委託する」（民法 1617 条 2 項 1 文）、「その期限の経過後、決定権が行使されないときは、決定権が委託された親の氏を子は取得する」（民法 1617 条 2 項 4 文）と規定する。なお、管轄する裁判所が後見裁判所から家庭裁判所に変更された。

ところで、民法 1617 条が適用されるケースとして、両親が婚姻しているが別氏を称している事例に限定されるわけではなくなった。両親が婚姻していない場合であっても、子

に対して共同の監護をしている場合には、民法 1617 条が適用されることになる。

第 3 に、両親が婚氏を有していない場合であって、かつ子に対して単独の監護をしているときである。この場合には、子に対する監護権を有する方の親の氏を子は取得するとされている。すなわち「子の出生の時点においてこの親が称している氏を子は取得する」（民法 1617 条 a1 項）と規定する。この場合には、監護権を有する親が父であるか母であるかを問わない。

（4）事後的な共同監護の創設

婚姻外の男女があり、当初、子は母による単独監護となっており、母の氏を称しているとする。この男女が子に対して共同の監護に移行することにした場合に、「子が既にある氏を称している場合において、両親が共同の監護を創設したときは、共同の監護の創設の後 3 か月以内に、子の氏が新たに決定され得る」（民法 1617 条 b1 項 1 文）と規定する。共同の監護が開始された以上、父と母とは対等の資格でこの氏を決定し得るという趣旨である。

（5）父子関係が否定された場合

当初、父であると考えられていた者が実は父ではなかったという事態も起こりうる。しかもその男性の氏を子が取得している場合もありうる。こうした事態につき、「その氏が子の出生氏となった男性が子の父ではないと法的効力をもって確定したときは、子は子自身の申立てにもとづき、または子が満 5 歳に達していないときは、さらにその男性の申立てにもとづき、子の出生の時点において母が称していた氏を子の出生氏として取得する。」（第 1617 条 b2 項）と規定する。子の側からすれば、生物的に自己の父ではない者の氏を称し続けることに違和感を覚えるかもしれない。逆に、いったい確定した氏を変更することに抵抗感があるかもしれない。それゆえ、子に対して氏の変更申立権を認めたものである。また 5 歳未満であれば、社会的影響も小さいことから、男性の側にも変更申立権を認めている。

（6）氏の随伴

氏の随伴とは、事後的に親が婚氏を設定したとか、何らかの事情で親の氏が変更されたときに、その変更が子の氏に及ぶか否かという問題である。氏の随伴に関しては、基本的に、1993 年法を踏襲している。すなわち、「子が満 5 歳に達した後に両親が婚氏を決定した場合には、子が氏の変更を支持するときのみ、その婚氏は子の出生氏に及ぶ。満 14 歳に達した行為能力を制限されている子は、自らその表示をすることができる。これについては法定代理人の同意を必要とする。その表示は、身分官吏に対してなされるべきである。それは公の認証がなされなければならない」（民法 1617 条 c1 項）と規定する。

(7) 氏の付与

従来、氏の付与とは、親が再婚したことにより、子もまた継親と同居し、これらがひとつの家族共同体を形成しているときに、継親の氏を子に付与するといった事態を想定していた（いわゆる「継親による氏の付与」）。これらがひとつのユニットとして生活している以上、同一の氏を称することが望ましいと考えられたからである。このようなことは、現在でもありうると思われる。それゆえ、1997年子ども法においても、氏の付与の制度を維持し、次のように規定している。すなわち「婚姻していない子につき単独でまたは他の親と共同で親の監護が帰属している親、その子の親ではないという親の配偶者は、彼らの共同の世帯に加入している子に、身分官吏に対する表示により、彼らの婚氏を授与することができる」（民法 1618 条 1 文）と規定する。さらに全面的に子の氏を継親の氏に置き換えるのではなく、子の従来 of 氏に継親の氏を前置または添付（後置）することも認めたのである。すなわち「彼らは、この氏を、表示の時点において子によって称されている氏に前置または添付することができる」（民法 1618 条 2 文）と規定する。こうした複合氏の形成によって、子の氏のもつ血統的な意義と同居している家族共同体の調和が図られるとする。

(8) 養子の氏

養子の氏に関して重大な影響を与えたのは、2001年2月16日の「登録された生活共同体に関する法律（Gesetz über eingetragene Lebenspartnerschaft vom 16.2.2001）」（以下、「生活パートナー法」とする）の成立である。ドイツにおける生活パートナー法は、同性のみを対象としているので、生活パートナー関係者を父母とする実子ができることはありえない。それに対して、生活パートナー関係者も養子縁組をすることはできる。それゆえ、この点で、養子の氏に関する従来の規定が変更を余儀なくされたのである。

養子の氏に関して、変更されたのは、民法 1757 条 1 項のみである。すなわち「養子は出生氏として養親の氏を取得する。婚氏または生活パートナー関係の氏に付加されている氏は、氏とはみなされない（第 1355 条第 4 項、生活パートナー法第 3 条第 2 項）」と規定し、婚氏と並べて生活パートナー関係の氏が入れられた。

また養子縁組解消に際しても、民法 1765 条 3 項において、「養子縁組を通じて取得した氏が婚氏または生活パートナーの氏となっているときは、後見裁判所は、夫婦または両生活パートナーの共同の申立てにより、養子縁組の解消をもって、その夫婦または生活パートナーは養子が養子縁組前に称していた出生氏を婚氏または生活パートナーの氏として称することを命じなければならない」と規定し、ここでも婚氏と生活パートナー関係の氏とを並べてとりあげている。

2014年6月1日作成

略 歴

氏 名 富田 哲（とみた てつ）

生年月日 年・月 日

現住所

学 歴

1979年3月 東北大学法学部法学科卒業

1982年3月 名古屋大学大学院法学研究科博士前期課程修了(法学修士)

1987年3月 名古屋大学大学院法学研究科博士後期課程単位取得退学

学 位 法学修士（名古屋大学）

職 歴

1987年4月 福島大学経済学部・講師

1989年4月 福島大学行政社会学部・助教授

1998年4月 福島大学行政社会学部・教授

2003年3月 文部科学省在外研究員（兼）ドイツ・ゲッティンゲン大学（2004年1月まで）

2004年10月 福島大学人文社会学群行政政策学類・教授

2005年4月 福島大学教育研究評議会評議員（兼）（2008年3月まで）

2012年4月 福島大学教育研究評議会評議員（兼）（2014年3月まで）

社会的活動

2004年7月 福島県弁護士会資格審査会委員・現在に至る

2005年4月 福島県情報公開審査会委員（会長）・現在に至る

2005年7月 福島県公有財産審議会委員（会長）・現在に至る

2006年4月 福島県弁護士会綱紀委員会委員・現在に至る

2008年5月 福島市入札監視等委員会委員（委員長）・現在に至る

2008年6月 福島県公益認定等審議会委員（委員長）・現在に至る

2009年1月 福島県後発医薬品安心使用促進協議会委員（会長）・現在に至る

2009年10月 福島家庭裁判所委員会委員・2013年9月まで

賞 罰

1997年10月 福島県建築審査会委員としての業績により全国建築審査会協議会会長より表彰

2007年11月 永続20年により福島大学長より表彰

主要な業績

【単著】

1. 『夫婦別姓の法的変遷—ドイツにおける立法化—』(八朔社・1998年9月)
 2. 『法学の考え方・学び方 イェーリングにおける「秤」と「剣」』(公人の友社・2009年3月)
- 【論文・その他(過去10年分)】
3. 「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63~84頁(2005年7月)
 4. 「相続資格の重複に関する一考察—日本の養子制度に対する疑問—」『行政社会論集』第18巻第2号81~104頁(2005年10月)
 5. 「「相続させる」趣旨の遺言による不動産の取得と登記—最判(2小)平成14年6月10日判例時報1791号59頁『福島大学研究年報』平成17年度創刊号17~24頁(2005年12月)
 6. 「生殖補助医療の発達と「同時存在の原則」」『行政社会論集』第18巻第4号129~151頁(2006年3月)
 7. 「人事訴訟制度の改革」民主主義科学者協会法律部会編『「司法改革」の総決算 憲法の理念に基づく真の司法改革をめざして(法の科学36 特別増刊号)』59~66頁(2006年6月)
 8. 「第三者後見人養成の課題」『行政社会論集』第20巻第1号1~26頁(2007年6月)
 9. 「家族法制の変容と憲法—憲法24条の射程をめぐる—」民主主義科学者協会法律部会編『法律時報増刊 改憲・改革と法 自由・平等・民主主義が支える国家・社会をめざして』(日本評論社・2008年4月)229~240頁〔建石真公子氏と共同執筆〕
 10. 「対価的相続意識の問題点—扶養と相続の一断面—」『行政社会論集』第21巻第2号1~22頁(2008年10月)
 11. 「成年後見と医療同意—外国法を参照する試み」『法政論集(名古屋大学)』227号731~753頁(2008年12月)
 12. 「相続における生活保障の機能の問題点—扶養と相続の一断面」戒能通厚+原田純隆+広渡清吾編『渡辺洋三先生追悼論集 日本社会と法律学—歴史、現状、展望』(日本評論社・2009年3月)385~400頁
 13. 「過払金返還訴訟に関するおぼえがき—消滅時効の起算点をめぐって—」『福島大学研究年報』第5号9~18頁(2009年12月)
 14. 「成年後見の開始審判をめぐる問題点—申立主義と必要書類—」『行政社会論集』第22巻第3号111~130頁(2010年3月)
 15. 「家族をめぐる権利と義務—扶養と相続—」福島大学権利擁護システム研究所編『地域における権利擁護実践講座 「社会的弱者」の支援にむけて』(明石書店・2010年3月)79~102頁
 16. 「代理懐胎における母子関係—「懐胎者=母ルール」に対する疑問—」『行政社会論集』第23巻第4号85~114頁(2011年3月)
 17. 「成年被後見人の選挙権—制限行為能力との関連において—」『行政社会論集』第24巻第1号85~106頁(2011年6月)
 18. 「震災と復興のなかで、一人ひとりの生命権・生存権、財産権は」森英樹・白藤博行・愛敬浩二編『3.11と憲法』(日本評論社・2012年3月)42~57頁
 19. 「原子力損害における相当因果関係—福島第一原発事故をめぐる(1)—」『行政社会論集』第24巻第4号93~110頁(2012年3月)
 20. 「民法改正—必要性和問題点—」『日本の科学者』第47巻第6号40~41頁(2012年6月)
 21. 「親子関係における要件と効力—扶養義務と血縁をめぐる—」『行政社会論集』第25巻第4号41~59頁(2013年3月)