

On the surname of husband and wife

KONDO Kayoko

要 旨

現行民法第750条は、「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。」と規定し、「夫婦同氏制」を採用している。夫の氏又は妻の氏のどちらを婚氏＝夫婦の氏とするかは、当事者の選択に任されているが、現実には、約96パーセントの夫婦が夫の氏を選択している。他方、この規定は、夫婦同氏を「強制」するものでもある。いずれかの氏を選択しなければ、婚姻届は受理されないのである。この同氏強制を不都合とする夫婦が、次第に増加してきた。1996年（平成8）、法制審議会は、選択的夫婦別氏制を含む民法改正要綱をとりまとめ、法務大臣に答申を行った。しかし、改正は未だ実現していない。現在では「当然」のように言われている夫婦同氏制は、1898（明治31）年の民法施行に始まる。日本は、それまで、夫婦別氏制の国であった。夫婦別氏から同氏への制度転換は、どのような意図を持って為されたのか。そもそも、「氏」が、近代国家政策において、どのような意義を持たされたのか。

本稿は、日本近・現代国家の家族政策を、「氏」とくに「夫婦の氏」の視点から考察する。明治初年、民法典編纂過程、戦後改革、そして現代に至る迄を考察対象とする。本巻においては、民法典の成立までを考察する。

キーワード：「家」、氏、戸主権、夫権

（平成26年9月30日受理）

夫婦の氏に関する覚書(一)

― 法史的考察 ―

近藤 佳代子*

目次

- はじめに
- 一 明治初年の氏
- 二 民法典の編纂と夫婦の氏(以上本巻)
- 三 戦後の民法改正と夫婦の氏
おわりに

はじめに

現行民法第七五〇条は、「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。」と規定し、「夫婦同氏制」を採用している。

まず、夫の氏又は妻の氏のどちらを婚氏¹夫婦の氏とするかは、当事者の選択に任されている。規定上はどちらにすることも可能だが、現実には、約九六パーセントの夫婦が夫の氏を選択している²。夫の氏を婚氏とするのは当然という意識は根強い。また、七五〇条は、単に婚氏の決定について定めているだけであるが、妻の氏を選択を、「養子」と混同して捉える意識も根強い。このような意識は何に由来するのだろうか。

他方、この規定は、夫婦同氏を「強制」するものでもある。すなわち、各自がそれぞれ婚姻前の氏を使い続けることは認めておらず、いずれかの氏を選択しなければ(＝氏を統一しなければ)、婚姻届は受理されないのである。同氏「強制」は、配偶者の一方(現実には、殆どが妻)が氏を変更することを「強制」することでもある。そして、それを不都合とする夫婦が、次第に増加し

てきた。

一九九六年(平成八)、法制審議会は、同氏・別氏を選択できる選択的夫婦別氏制を含む民法改正要綱をとりまとめ、法務大臣に答申を行った。夫婦双方が婚姻前の氏を維持したまま法律婚ができるようにして欲しいという声の増大に応えたものである。しかし、別氏制導入に対する一部議員の強い反対により、改正法案を国会に上程することができなかつた。それから早や二〇年近く経とうとしているが、改正は未だ実現していない。

では、現在では「当然」のように言われている夫婦同氏制は、我が国の法制史上、いつから開始されたのだろうか。それは、一八九八(明治三一)年の民法施行に始まる。日本は、それまで、夫婦別氏制の国であつた。

夫婦別氏から同氏への制度転換は、どのような意図を持って為されたのか。そもそも、「氏」が、近代国家政策において、どのような意義を持たされたのか。

本稿は、日本近・現代国家の家族政策を、「氏」とくに「夫婦の氏」の視点から考察する。まず、維新政府の政策において「氏」に与えられた意義と、そこでの妻の「氏」の位置づけを検討し、次いで、その政策が、とりわけ民法典編纂過程において、どのように変遷していくかを見ていく。さらに、戦後の民法改正における制度転換、そして、家族関係が多様化していく現代社会における家族政策とその問題点を、夫婦の氏に関する政策を軸として考察していくことにする。

まず、明治初年の氏に関する政策の検討から始めよう。

* 社会科教育講座

一 明治初年の氏

(一) 平民に対する氏の許可

一八六八年一月三日(慶応三年二月九日)王政復古の大本令が発せられて、徳川幕府は廃止され、政権は朝廷に移った。維新政府は、封建的支配機構を解体させ新たに中央集権的な統治機構を構築していく一方、士農工商の四民解放や、武士に与えられた諸特権の廃止等、封建的身分の解放を押し進めていった^①。まず、一八七〇(明治三)年、平民に対して氏使用許可の布告が発布される。

幕藩体制下において、氏は身分的特権を表し、権力が付与するものであった。すなわち、氏の使用が認められていたのは貴族・武士であり、農工商身分は、特別に苗字帯刀が許可された者を除き、氏の使用は許されなかった。維新政府は、当初、庶民への氏許可権が幕府から新政府に移ったことを宣言し、庶民の氏私称を禁止する政策を採ったが^②、一八七〇年一月三日(明治三年九月九日)、太政官布告「自今平民苗氏被差許候事」^③を制定して平民に対して氏を使用することを許し、武士・庶民間の差別を撤廃する方向に一歩を踏み出したのである^④。

すなわち、この布告は、第一に、当時の封建的身分解放政策の一環としての意義を持つと位置づけることができる。しかし、この布告が持つ意味は、これだけではない。平民への氏の許可は、第二に、戸籍法施行の前提条件を用意したという意味も持つのである^⑤。この点について、検討してみよう。

まず、戸籍法の概略をみていこう。

維新政府は、成立後直ちに人民を直接把握する施策を展開した。まず、一八六八(明治元)年に、当時政権の所在地であった京都府において、京都府戸籍仕法を制定した。これは、族属別(身分別)戸籍であり、幕藩体制下における身分別人民掌握方式を継承するものであった。政府は翌年「府県施政順序」(資料・法六五)において、当時政府の直轄地であった府県一般に対し同法の施行を命じ、民部官達(資料・法七九)により、各府県に京都府の戸籍仕法書を頒布した。

さらに政府は全国的な戸籍の編製を目指し、廢藩置県直前の一八七一年五

月二二日(明治四年四月四日)、太政官布告によって、藩をも含む全国に施行されるべき「戸籍法」(資料・法一九七)を制定した。これは、全国民を現実の共同生活単位である「戸」に基づいて、政府が直接、一元的に、把握することを目指した法である。戸籍の編製は、翌七年三月九日(明治五年二月一日)から始まることとされた。従って、この明治四年戸籍法による戸籍は、編製の年の干支をとって、壬申戸籍と呼ばれる。

戸籍法は、身分別編製を廃して住居地に基づく編製方式を採用した。この方式は、身分制を否定して、「臣民一般(華族士族卒官僧侶平民迄)」を「戸」に基づいて漏れなく掌握しようとするものである。人民は、華土族平民の区別なく、すべて同一形式の戸籍によって掌握される。もともと、穢多非人は「臣民一般」から除外されていたが^⑥、政府は一八七一年一月二日(明治四年八月二八日)、二つの太政官布告(賤民廃止令)を制定し、彼らを「平民同様」とし「一般民籍二編入」するよう命じた^⑦。これにより、戸籍編製が始まる翌壬申の年迄には、まさに全国民を掌握する準備が完了した。

また、同法は、戸籍編製・管理の地域単位を区とし、各区に戸籍取扱いの吏員として戸長、副戸長をおいた。そして、戸長より管轄庁へ、さらに管轄庁より太政官へ報告させることにより、政府が全国の「戸」を掌握する方式を設定した。

戸籍には、現実の居住関係を正確に反映させる必要がある。そこで、戸籍法は、六年毎の戸籍改製を規定するとともに、出生・死亡・婚姻・養子縁組等、身分関係の変動があった場合には、その都度、届け出るべきこととした。しかし六年毎の改製は結局実行されず^⑧、変動の把握は届出に頼ることになった。

戸籍は、単に「戸」の構成員を表示するだけでなく、家族秩序を強制する役割も果たした。戸籍法は、「戸籍同戸列次ノ順」という書式を定め、「戸」の構成員を、戸主を筆頭に、戸主の直系尊属・配偶者・直系卑属・兄弟姉妹・その他の傍系親という一定の順序で記載するものとしたのである。この「書式ハ臣民トモ体裁一」(第三三則)とされる。すなわち、戸籍の編製を通じて、戸主を頂点とし、尊卑・長幼・男女の序列に基づく家族秩序が、臣民一般に共通のものとして、すべての「戸」に強制されることとなった。

婚姻や養子縁組等、身分関係の変動は、単に戸籍の加除や「家」の出入と

してとらえられる。「家」の枠組みは維持され、家族員の変動は「家」の変動をもたらしえない。戸主の交替は家督相続の場合には新戸籍が編製されるが、新戸籍は前戸籍の上に貼付され、ここでも「家」の永続性は維持される。こうして、「家」の永続性、系譜観念が、戸籍制度を通じて浸透させられていった。戸籍によって確定された「家」は、人民を掌握・統制するための手段とされ、維新政府が展開していく諸政策の基本単位と位置づけられた¹⁰⁾。

政府が「家」(平準化・規格化された「家」)を単位として人民掌握を行うとき、個々の「家」を識別する記号が必要となる。この役割を担うのが氏である。この意味において、戸籍法制定前年(一八七〇)の、平民に対する氏の許可は、正に、戸籍法施行の前提条件を用意したといえるのである。

政府は、さらに、「家」の表象としての氏の機能を強固にするための政策を展開していく。以下、その展開過程を見ていこう。

(一) 氏の固定

「家」を識別するための記号は、変動してはならない。一八七二年九月二六日(明治五年八月二四日)太政官第二三五号布告(資料・法三二四)は、次のように、改氏の原則禁止を打ち出した。

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

但同苗同名ニテ無余儀差支有之者ハ管轄庁へ可願出事

氏名の国家管理の始まりである。

さらに、一八七六(明治九)年一月二七日太政官第五号布告(資料・法五八一)によって、氏の固定が強化される¹¹⁾。明治五年太政官第二三五号布告の但書は、「同苗同名」の場合に「改氏」できる可能性を残していた。しかし、九年布告は、五年布告の但書を「但同苗同名等無余儀差支有之者ハ管轄庁へ改可願出事」(傍点は近藤)と改正することにより、同姓同名等の場合の「改氏」の可能性を否定したのである¹²⁾。

氏の固定は、分家の氏の規制にも繋がる。分家は本家の氏を用いるべきであり、新しい氏を設けることは許されない。一八七三(明治六)年一二月二七日太政官裁令は、大蔵省何に対して、この方針を明らかにした¹³⁾。どの「家」から分かれたのか、本家との繋がりを明確にしようとするものである。

これに対して、内務省は、一八八〇(明治一三)年三月二四日、由緒、営業上各種々の事情により別称を要するものもあり、また分家は新たな一家を興すものであるから、新たな氏を設けることを許可したいとの伺を、太政官に提出した。この伺を検討した法制部は、新しい氏を設けることは「其實ハ改姓ニツキ」明治五年太政官第二三五号布告に抵触するので認められないと述べている。分家が新たな氏を設けることも、本家の氏からの「変更」と捉え、氏の変更はあくまでも禁止すべきこととしたのである。これを受けて、太政官は、同年四月一四日、明治六年裁令の方針を維持する旨、内務省に指令した¹⁴⁾。

(二) 氏の強制

すべての「家」が氏を確定することが、人民より「政府」にとって必要であったことは、「氏の強制」に端的に現れている。

明治三年に平民に対する氏使用許可の布告が出されたものの、政府の思惑に反し、直ちにすべての平民が氏を定めたわけではなかった。明治三年の布告が差別撤廃・四民平等のために、単に従来の禁止を解くものであるなら、氏の使用は自由に任せてよい筈である。しかし、氏を持たない者がいることは、近代国家の形成を目指して新たな諸政策を展開していこうとする政府にとって、甚だ不都合であった。明治八年、政府は、氏の強制を打ち出す。直接の契機は、徴兵制度の遂行に関わる、陸軍省何である。

維新政府にとって、中央集権的国家建設の為には、近代的装備・編制による統一国軍の創設が急務であった。政府は、その兵員資源を、武士階級ではなく、一般人民に求めようとする。一八七二年二月二八日(明治五年一月二八日)の「徴兵告諭」は、「士ハ従前ノ士ニ非ス民ハ従前ノ民ニ非ス均シク 皇国一般ノ民ニシテ国ニ報スルノ道モ固ヨリ其別ナカルヘシ」と説き、「全国四民男児二十歳ニ至ル者ハ悉ク兵籍ニ編入」すべきことを宣言した¹⁵⁾。この「皇国一般ノ民」は、戸籍法における「臣民一般」と表裏をなすものである¹⁶⁾。続いて、一八七三(明治六)年一月一〇日、「徴兵令」が制定され、徴兵制度が開始した。政府が徴兵制実施の足場としたのは、「家」である¹⁷⁾。

一八七五(明治八)年一月一四日、陸軍省から次のような伺が太政官に提

出された(資料・先六五二)。

四民一般苗字相用候様兼テ御達相成候処僻遠ノ小民ニ至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条右等ノモノ無之様更御達相成度依テ別紙御布告按相添此段相伺候也

今なお氏の無い者がいることは、兵籍確定に甚だ支障があるというのである。

太政官はこれを受けて、「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此旨布告候事」との布告を發し(明治八年二月一三日太政官第二二号布告。資料・法五〇四)、陸軍省に対しては、同日、「伺ノ趣第二二号ヲ以布告候事」と指令した。

こうして、平民への氏の「許可」は「強制」に転じ、臣民一般が必ず氏を称すべきこととなった。その氏は、個人の呼称ではなく、「家」の呼称であることは、言うまでも無い。

(四) 同戸異姓の禁止

「家」を識別するための記号は、複数あつてはならない。「家」と氏は一対一に対応することが要求される。一八七六(明治九)年五月一日新潟県伺と、それに対する同月九日内務省指令を挙げよう(資料・先一一二二)。

新潟県伺

当県越後国蒲原郡新潟町平民真宗正福寺住職笠原圓存弟当時岡山県中属岳謙議実家苗氏ト異称ノ件ニ付別紙写ノ通伺出右ハ謙申立ノ通実家ニテハ後日相設候苗氏ニ付仮令同戸異称ニテモ双方其儘ニテ不苦哉相伺候也

別紙

私儀明治元年戊辰ノ年医術修行ノ為メ京都へ罷越元殿医山科能登介門弟ニ相成候御ヨリ岳ト相称シ来候実家ニテハ明治五年九月第貳百六拾五号ノ御布告ニ拠リ新ニ苗氏ヲ笠原ト相称シ私苗字実家ト相違致候得共実家未タ苗字相設ケサル以前岳ト唱へ履歴書等ニモ記載差出置候儀ニ付従前ノ通岳ト相称不苦候哉此段奉伺候以上

新潟県下新潟八番町正福寺住職笠原圓存弟

岡山県中属 岳

謙

明治九年四月五日

新潟県令 永山盛輝殿

内務省指令

書面ノ趣同戸異姓ハ不相成儀ニ候條一姓ニ可引直候事

すなわち、戸主の弟が、医術修行のため京都に行き、明治元年以来「岳」と称していたところ、実家が明治五年の布告^⑤に従って氏を「笠原」と定めため、異称となつてしまった。新潟県は、実家の方が後で氏を定めたものであるから、双方そのままにしておいてよいかと伺い出た。これに対し、内務省は、同戸異姓を禁止、氏の統一を命じたのである。

では、誰の氏に統一すべきなのか。ここでは単に「一姓ニ可引直候事」と命じただけであつたが、一八七七(明治一〇)年一月九日滋賀県伺に対する同年二月九日内務省指令は、家族が戸主と氏を異にする場合には、戸主の氏に改めるべきであると明言した^⑥。さらに、同月一二日にも、福島県伺(明治九年一月二八日)に対し、同様の内務省指令(戸主タル者ノ姓ニ為復候儀ト可相心得事)が出されている(資料・先一二八四)。

以上のように、全国民を「戸」⇨「家」を単位として掌握しようとした政府は、①全ての「戸」⇨「家」がそれを表す「氏」を持つこと、②一旦定めた氏は変更してはならないこと、そして、③一つの「家」には一つの「氏」が対応すべきであり、万一複数の氏が存在する事態が生じた場合には、戸主の氏に統一すべきことを命じたのである。

では、以上のような「氏」に対する政策の中で、妻の氏はどのように位置づけられたのだろうか。次に、妻の氏に関する政策を見ていこう。

(五) 妻の氏

1 「所生ノ氏」の強制

戸籍法においては、身分関係の変動は「戸」⇨「家」への「出入」と捉えられた。従つて、妻は婚姻によつて、生家を出て婚家⇨夫の「家」に入る(婚養子縁組と入夫婚姻の場合は、夫が妻の「家」に入る)。妻は夫と同じ「家」に属するのであるから、「一つの『家』には一つの氏」の原則に従つて、夫家の氏を称するのだろうか。この点に関し、一八七七(明治八)年五月九日、

石川県が次のように内務省に伺い出た。

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名ヲ唱ヘキ儀ニ候哉相伺候也¹⁹

内務省はこれを受けて、同年二月九日、さらに太政官に次のように伺い出た。

華士族平民ニ論ナク凡テ婦女他ノ家ニ婚嫁シテ後ハ終身其婦女実家ノ苗字ヲ称ス可キ儀ニ候哉又ハ婦女ハ総テ夫ノ身分ニ從フ筈ノモノ故婚嫁シタル後ハ婿養子同一ニ看做シ夫家ノ苗字ヲ終身称ヘサセ候方穩当ト相考ヘ候ヘ共右ハ未タ成例コレナキ事項ニ付決シ兼候ニ付仰上裁候至急何分ノ御指令被下度此段相伺候也²⁰

内務省は、女性は結婚しても終身実家の氏を称すべきなのか、或いは、妻は夫の身分に従うのであるから、氏についても婚姻後は夫家の氏を称えさせるのが穩当と考えるが、成例がないので決し兼ねるとして、太政官の判断を仰いでいる。ここで、「身分」というのは、華士族平民の族称を指す²¹。華士族平民相互の婚姻は、一八七一年一〇月七日（明治四年八月二三日）の太政官布告により認められることになった²²。そこで、例えば、士族の女性と平民の男性との結婚が可能となり、その場合、族称は夫の族称に従い平民となる。これは、戸籍法による「家」の出入の捉え方にも合致する。すなわち、婚姻により平民の「家」に入る、ことにより平民となる。氏についても、夫の「家」に入る、ことにより夫の「家」の氏を称する、と考えることが可能である。内務省は、それが「穩当」であると考えた。しかし、内務省伺に対す、一八七六（明治九）年三月一七日太政官指令は次のようなものであった。

何ノ趣婦女人ニ嫁スルモ仍ホ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²³

妻は「所生ノ氏」すなわち、生家の氏を用いるべきだといふのである。太政官が指令するにあたり参考にした法制局議案を挙げよう。

別紙内務省伺婦女姓氏ノ儀審案候処婦女人ニ嫁シタル者夫家ノ苗字ヲ称スル事不可ナル者三ツアリ

第一 妻ハ夫ノ身分ニ從フヲ以テ夫ノ姓ヲ冒サシムヘシト云ハ是レ姓氏ト身分トヲ混合スルナリ

第二 皇后藤原氏ナランニ皇后ヲ王氏トスルハ甚タ不可ナリ皇后ヲ皇族部

中ニ入ル、ハ王氏タルヲ以テノ故ニアラスシテ皇后タルヲ以テナリ

第三 今ニシテ俄カニ妻ハ夫ノ姓ニ從フトスレハ歴史ノ沿革実ニ小事ニアラス例ヘハ何々天皇ハ何々天皇ノ第幾子母ハ皇后〔王〕氏ト署セントスル歟

婦スル処今別ニ此制ヲ立テント欲スルヲ以テ一ノ大困難ヲ醸スナリ右等ハ都テ慣法ニ從ヒ別ニ制ヲ設ケサル方可然歟因テ御指令案左ニ仰高裁候也²⁴

妻が夫の身分に従うからといって、氏まで夫の氏を用いさせるのは、「姓氏」と「身分」を「混合」した考え方であると言ふ。この資料からは、「我が国において、妻が夫家の氏を称する慣習はなく、妻は（皇后も）生家の氏を終身用いてきた」という認識が法制局にあったということが分かる。妻が夫家の氏を称するなど、未だかつて聞いたことがない、という驚きが伝わってくる。そして、今急に制度を変えて、夫家の氏を称えさせるようにすると大困難を生じるので、慣習法に従う（すなわち、生家の氏を称する）のが良い、としたのである。

内務省は、太政官指令を受けて、同年四月七日、石川県に対して太政官指令と同文の指令を出した²⁵。

戸籍制度を遂行していく上での原則は、同戸異姓の禁止すなわち、「一つの『家』には一つの氏」というものであった。しかし、その原則は、妻の氏という大きな「例外」を含むことになったのである²⁶。

他方、妻の氏については、「所生ノ氏」を原則としながら、二つの例外が示された。一つは、妻が夫の「家」を相続した場合²⁷、「所生ノ氏」ではなく「夫家ノ氏」を称すべきというものである（上記明治九年三月一七日太政官指令但書）。妻が「夫家」を相続して戸主²⁸「夫家」の代表者となりながら、「夫家ノ氏」とは異なる「所生ノ氏」を称していたのでは、氏が「家」を識別する機能を果たし得ないからである。

もう一つは、妻が夫の家から分家した場合であり、この場合も、「所生ノ氏」ではなく、「夫家ノ氏」を称すべきものとされた。一八七八（明治一一）年二月二日、和歌山県が「乙家戸主ノ母（甲家ヨリ婚家スルモノ）」が分家する場合の氏を伺い出たのに対し、同年五月一日、内務省は「乙家ヨリ分家スルモノハ猶乙家ノ氏ヲ用ユヘシ」と指令している（資料・先一六〇二）。これは、

分家は本家の氏を称するという原則に基づくものである。

このように、維新政権が創設した戸籍制度の下で、妻は婚姻により夫の「家」に入るとしながら、氏については、「慣法ニ従ヒ」生家の氏をそのまま用いることとされ、夫婦別氏制が維持されたのである。この方針は、維新政府の政策により新たに氏を設けた平民にも適用され、民法が施行されるまで変更されなかった²⁶⁾。

2 清水豊子（紫琴）の別氏論

「慣法ニ従ヒ」「用ユ可キ事」とされた妻の「所生ノ氏」は、妻の出自を示すためのものであった²⁶⁾。このような中で、清水豊子（紫琴）の別氏論は、現代的な輝きを放っている。『女学雑誌』二四二号（明治二三年）に掲載された「問答（細君たるものの姓氏の事）」を見てみよう²⁷⁾。

「およそ夫あるの婦人は、多くその夫の家の姓を、用ひおる様に待るが、右はいかがのものにや」との「問」に対し、紫琴は、「理論上より考へ候ても、実際の上より申し候ても、里方の姓を称ふる方、至当ならむと存じ候。」と述べている。その理由は、「全体夫婦とは、婦人が男子に帰したるの謂ひにはあらず、一人前の男と女が、互ひに相扶け、相拯ふの目的をもて、一つの会社を造りたる訳のものなれば、いづれが主、何れが客といふ筈のものには候はず。故にしたがつて、夫には夫の姓氏あり、婦人には婦の姓氏あるは、もとより当然の事に候。」というものである。そして、「なるべく婦を夫の付属物の様に思はれぬ様：そのお里方の姓を用ひられたいことと思ひます。」と結んでいる。紫琴の別氏論は、夫妻はそれぞれ独立した人格であり、それぞれが固有の氏を持つ、という考えに立つものであった。

ところで、この「問答」によれば、実態として、多くの妻が夫家の氏を用いるようになってきているという。戸籍制度に基づく「家」観念は、一般庶民の間にも浸透していき、婚姻により生家から「出て」婚家に「入る」という考え方が定着していったのであろう。それまで氏を持たず、そもそも「所生ノ氏」なるものがなかった平民にとって、婚姻により夫の「家」に入り夫の「家」の家族になれば、夫の「家」の氏を名乗る方が自然だと考えられたのではなからうか。

しかし、政府は、前述のように、民法施行まで妻の氏に関する政策を変更しなかった。

次に、民法典編纂過程において、妻の氏がどのように変遷し、明治民法の規定に確定するのを見ていこう。

二 民法典の編纂と夫婦の氏

(一) 初期民法草案

徳川幕府が列強諸国との間に締結した不平等条約を承継した維新政府にとって、それがもたらす政治的・経済的不利益を除去することは、直面する最大の課題であった²⁸⁾。不平等条約の改正を実現するには、列強が改正の前提としていた日本の法制度の近代化という要求に応える必要があった。また、世界資本主義の一環に編入された我が国が、その資本主義的後進性を取り戻すために資本性的諸関係の構築を上から推進していくためにも、それら諸関係を規律する法の整備が緊要であった。こうして、我が国の民法典編纂は、西欧近代市民法の継受という形で始まった²⁹⁾。

民法典編纂作業は、一八七〇（明治三）年、江藤新平が太政官制度局に民法会議を設置し、箕作麟祥に命じたフランス民法の翻訳を逐条審議する、という形で開始した。一八七一年の「民法決議」から一八七八年の「明治一年民法草案」まで、いくつもの草案が作成されたが、いずれも公布に至らず廃案となった。これら初期の諸草案においては、フランス民法の近代市民法原理を規定しようとするものと、戸籍法に基づく戸Ⅱ「家」の原理を導入しようとするものとの二つの流れの交錯が見られる。

「明治一年草案」は、「性法」（自然法）に基づき夫婦父子間の権利義務を明らかにするという基本思想に従った、フランス民法の影響の強い市民法的なものであった。夫婦の氏に関しては、この草案の第一八八条に、「婦ハ夫ノ姓ヲ用ユヘシ」との規定がある。行政の取扱いとは異なって、民法典編纂過程においては、当初から夫婦同氏制（夫の氏による）を採用したのである³⁰⁾。

明治一一年草案は、市民法的な性格に対する批判を受けて、一八七九（明治一二）年には廃案となってしまった。そして、翌八〇年に元老院に民法編纂

局が設置され、大木喬任を総裁としてポアソナードの指導の下に、改めて民法典編纂作業が行われることになった。

(二) 旧民法編纂過程

1 第一草案

一八八〇(明治一三)年から進められた編纂作業においては、財産法はポアソナードに起草を依頼するが、身分法は日本の風俗慣習に基づくものとして日本人が起草を担当した。そしてその成果として、一八八八(明治二一年)一月頃迄に、いわゆる身分法第一草案(人事編および獲得編第二部)が成立した。

第一草案人事編は、第二章として「戸主及ヒ家族」の章を置いた³¹⁾。第三九二条は、「独立シテ一家ヲ成ス者ヲ戸主ト為(す)」と規定する。本条に付された「理由」によれば、「戸主トハ生計上家居ノ構設即チ一世帯ヲ統括スルト否トニ拘ラス独立シテ一ノ姓氏ヲ公称シ戸籍ヲ特有シ眷属ヲ董督シ社会ニ対シ其家ヲ代表スル者ヲ云」う。すなわち、ここで想定されている「一家」は、現実の家族共同体ではなく、戸籍上の「家」である³²⁾。

しかし、草案は、「家」を実質的には否定する、市民的性格の強いものであった。家督相続は規定されるが³³⁾、家督相続人以外の者にも、其家所属の特権以外の財産につき相続分を認め、実質的には分割相続を原則とした。また、家族に対する戸主権の規定は存在せず、家族の能力は戸主による制約を受けない。

他方、草案は、夫婦を中心とする家族共同体を想定した。そこでは、「夫ハ婦ヲ保護シ婦ハ夫ニ聴順ス可シ」(人事編一〇〇条)として夫権の原則が立てられ、「男女同権ノ原則ハ従来ノ風俗ニ反対シ夫権ハ婚姻ノ基本トスル所」という考えにより、「夫ヲ以テ家長ト定メ」、「夫ニ全権ヲ与ヘ一家ノ事務ヲ整理セシムル」³⁴⁾ものとする。さらに、妻の無能力(人事編一〇四条)や夫による財産管理(獲得編一八六二条、一八六八条)等、夫への財産的権限の集中なども規定した。夫を家長と定め夫権を設定するという点においても、第一草案は近代市民法的なものであった。

では、このような家族共同体において、氏はどのように規定されているだろうか。人事編第四章婚姻の「前置条例」に次の規定がある³⁵⁾。

第三八条 婚姻ニ二種アリ普通婚姻及ヒ特例婚姻トス

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ヒ反対ノ場合ニ於テハ之ヲ特例婚姻ト云フ

特例婚姻ハ双方ノ明瞭ナル意思ニ出ツルコトヲ要ス其意思ニ疑アルトキハ普通婚姻ト看做ス(第四項略)

「理由」は、「婚姻ヲ二種に區別スルハ我国ノ慣習ニ基ツクモノ」であるとし、「身分ト云フハ華士族平民ノ別ヲ指スモノニシテ第一九四条ニハ之ヲ族称ト云ヘリ」と述べている。

このように、草案は、原則として、夫の氏による夫婦同氏制を採用した。ここでは、「家」の氏という考えは採られていない³⁶⁾。

第一草案は、全国の裁判官・検事・地方官に送付され、その意見が求められた。それらの意見を受けて、草案の市民法的な性格は大きく後退し、戸主権の強化等「家」重視の方向へ修正が為されていた。

2 第一草案の修正

第一草案に対する諸批判を受けて成立した「再調査案」では、戸主の家族に対する身分統制権が規定され、長男子単独相続の徹底³⁷⁾による戸主への財産集中が見られる等、「家」が実質を伴って法規定上に現れた³⁸⁾。

「民法草案人事編再調査案」において、氏がどのように規定されているのかみてみよう。「第三章 婚姻」には、第一草案と同様、次のような規定がある³⁹⁾。

第二三条 婚姻ニ二種アリ普通婚姻及ヒ入夫婚姻是ナリ

婦カ夫ノ氏ヲ称シ其身分ニ従フトキハ之ヲ普通婚姻ト謂ヒ夫カ婦ノ氏ヲ称シ其身分ニ従フトキハ之ヲ入夫婚姻ト謂フ

入夫婚姻ハ双方ノ明示ノ意思ニ出ツルコトヲ要ス若シ其意思ヲ明示セサルトキハ普通婚姻ト看做ス

しかし、再調査案では、「家」の氏という観念を明確に打ち出した。「第二章 戸主及ヒ家族」の冒頭の規定は次の通りである⁴⁰⁾。

第三四二条 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

ル親族ヲ謂フ

戸主及家族ハ其家ノ氏ヲ称ス

第一草案においては、「戸主」は存在するけれども、現実の生活共同体においては夫が家長と位置づけられたが、再調査案では、戸主が「一家ノ長」であると明記された。そして、「家」の構成員（戸主及び家族）はすべて「其家ノ氏」を称する。

再調査案における「普通婚姻」は、妻が夫の「家」に入り夫の「家」の氏を称する婚姻であり、「入夫婚姻」は夫が妻の「家」に入り妻の「家」の氏を称する婚姻である。こうして、夫婦の氏は、再調査案において、夫の氏による夫婦同氏制から、「家」の氏による夫婦同氏制へと転換したのである。

再調査案は更に修正されて、「元老院提出案」^④が成立した。その第三六条は、再調査案第二三条の第一項、第二項と同様（第三項削除）、第三五〇条は再調査案第三四二条と同様である。

3 旧民法

元老院提出案は、元老院での審議の後、さらに枢密院を経て、一八九〇（明治二三）年一〇月七日に、法律第九八号として公布された（財産取得編・人事編）。いわゆる旧民法である^⑤。

旧民法には、「家」が実質を伴って明確に規定された。戸主は「一家ノ長」と定められ、家族に対する戸主権も明確化した。家督相続は長男子単独相続制が採られ、戸主に財産が集中した。

また、第一草案に規定された夫権は、旧民法でも維持された。妻の従順義務は、明文規定こそ削除されたものの、それが故に妻は行為無能力者とされ、妻の財産に対する管理権も夫に与えられた。但し、「家」の実質化に伴い、入夫婚姻の場合に婦家財産の保護への配慮がなされ、夫権との調整が図られている^⑥。

このように、入夫婚姻の存在を前提とした規定がみられるが、婚姻を二種に分類定義する規定は民法から削除され、それに伴い、氏に関する規定は「婚姻」の章から姿を消した。氏に関する規定は、人事編「第一章 戸主及び家族」冒頭の、次の条文に一本化される。

第二四三条 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

戸主及ヒ家族ハ其家ノ氏ヲ称ス

こうして、妻も含めて「家」の構成員全員が、その属する「家」の氏を称するという方針が確定された。

旧民法は、「家」を実質的に規定したにも拘わらず、なお個人主義的であるとの批判や、法による権利義務関係の成立自体を否定する意見等、種々の批判を受け、論争の結果、施行延期となつてしまった（法典論争）。そして、一八九三（明治二六）年には法典調査会が設置されて、新たに法典編纂作業が開始した。

一八九六（明治二九）年四月二七日、法律第八九号により民法第一編総則・第二編物権・第三編債権が公布（旧民法中財産編・財産取得編・債権担保編・証憑編は廃止）、一八九八（明治三一）年六月二一日、法律第九号により第四編親族・第五編相続が公布（旧民法中財産取得編・人事編は廃止）され、同年七月一六日に民法全編が施行された（明治民法）。このように、旧民法は、公布されたものの、一度も施行されなまま廃止されてしまったのである。

(三) 明治民法

明治民法の編別構成は、家族関係を権利の主体の規定と併せて人事編に、相続関係を財産取得編に規定した旧民法と異なり、身分法を財産法から独立した二編とする構成を採るものであった^⑦。

そして、旧民法では人事編の第一章に置かれていた「戸主及び家族」の章を親族編第二章（第一章は総則なので、実質上冒頭）に置くことにより、「家」を身分法の中核とすることを明示した。しかも、「戸主ノ変更アリタル場合ニ於テハ旧戸主及ヒ其家族ハ新戸主ノ家族トス」（七三二条二項^⑧）と、戸主の変更は「家」構成員の変動をもたらしなさいことを明記して、家督相続は「家」の代表者たる戸主の交代に過ぎず、「家」は同一性をもって存続することを示した^⑨。

戸主の地位と財産は一体である。前戸主の一身に専属するものを除き、前戸主のすべての権利義務が家督相続の対象となり、単独相続^⑩により新戸主に承継された（九八六条）。他方で戸主は、家族に対する扶養義務を負う。また、祭祀財産（系譜、祭具及び墳墓）の所有権は家督相続の特権に属するものと

され(九八七条)、戸主は、前戸主の財産を単独で相続するだけでなく、祖先祭祀の主事者と位置づけられた。

さらに、戸主には、家族を身分的に統制するために、家族に対する居所指定権とそれに伴う離籍権(七四九条)、婚姻・養子縁組についての同意権とそれに伴う離籍権・復籍拒絶権(七五〇条)、入家・去家についての同意権等の戸主権が与えられた。これらの戸主権は尊属に対しても行使し得る絶対的なものであった⁽⁴⁸⁾。但し、戸主権は身分上の権限に限られ、家族に対する戸主の財産的権限は認められない⁽⁴⁹⁾。

すべての国民は、戸主或いは家族として「家」に所属し、その「家」の氏を称する。親族編第二章第二節「戸主及ヒ家族ノ権利義務」冒頭の規定は次の通りである。

第七四六条 戸主及ヒ家族ハ其家ノ氏ヲ称ス

氏に関する条文は、この一箇条のみである。

他方、「婚姻ノ効力」(第三章婚姻第二節)には、明治四年戸籍法以来既に制度として確立している家籍の変動が、明文の規定として置かれた。すなわち、

第七八八条 妻ハ婚姻ニ因リテ夫ノ家ニ入ル

入夫及ヒ婿養子ハ妻ノ家ニ入ル⁽⁵⁰⁾

このように、夫婦は必ず同じ「家」に属することが、条文上も明確になった。そして、同じ「家」に属するが故に、同じ氏を称することになる。

明治初年においては、同戸同氏の原則を打ち出しながら、「慣法ニ従ヒ」妻のみ例外として「所生ノ氏」の使用を強制した。この点について、第一二七回法典調査会(明治二八年一〇月二一日)における第七四六条の審議の際に、穂積八束が「妻ト云フ者ハ縦令ヒ婚姻ニ因ツテモ生家ノ氏ヲ称スベシト云フコトガ特別ニアリマシタガ：サウ云フヤウナ指令ガアリ又今モ当局者デモ矢張りサウ云フコトヲ言ツテ居ル者ガアリマスガ夫レヲ変ヘルニハ何カ力矢張り少シ理由カ説明ガナイト分ラスト思ヒマスガ」と質問している。それに対する起草委員富井政章の説明は、次のようなものである⁽⁵¹⁾。

恰モサウ云フコトガアツテハ不都合デアルト思ツテ此規定ヲ置キマシタ：妻ガ生家ノ姓氏ヲ称スルト云フヤウナコトガアツテハドウモ不都合デアラウ夫ノ家ニ属シテ其夫ノ家名ヲ称スルガ当然デアラウト思ツテ斯ウ云フ風

ニ書キマシタ若シ今日マデノ法律ガ其方ガ原則デアルト云フコトデアレバ正シク変ヘルコトニ為ルノデアリマス其指令ハ私モ見たヤウデアリマス：ケレドモ果シテ夫レガ日本ノ今日ノ慣習法デアるかト云フニ至ツテハ夫レ程ノ力アルモノニ見テハ居ラナイノデアラウト思フノデアリマス

そしてさらに、「兎モ角禁ジタイ精神デアリマス」と述べている。

また、横田国臣も、次のように発言している。

今ノ妻ガ実家ノ氏ヲ名乗ルト云フヤウナコトハ私ハ殆ンド慣習デハイ夫ハ支那流義デ何カ碑銘トカ夫レハ出所ロヲ慥カニスル為メデアル之モ私ハ果シテ実家ノ氏ヲ何時モ名乗ルカ疑ヒマスガ乍併母ハ何々氏ト云フコトヲ書タノハ其出所ロト何処カラ来タト云フコトヲ明カニスル為メサウスルデアラウト思ヒマスガ夫レハドウデモ宜シイト思ヒマス日本デハ實際其夫ノ氏ヲ名乗ツテ居リマス

明治初年における議論と比較してみると、妻の氏に関する考え方が大きく転換していることが分かる。「家」の観念は浸透して、最早、妻の氏について例外を設けなくても混乱を生ずる恐れはなくなった。生家の氏を称することが我が国古来の慣習(法)であるという主張は力を失い、同じ「家」に属する者は同じ氏を称するのが当然である、夫の「家」に属しながら生家の氏を称することは不都合であり「兎モ角禁ジタイ」、とまで考えられるに至ったのである。ここにおいて、同戸同氏の原則が貫徹する。明治民法の施行によって夫婦同氏制が開始するが、それは、婚姻の効力としての夫婦同氏ではなく、「家」の氏による統一の結果としての夫婦同氏であった。

このように、身分法の中核に位置づけられた「家」であったが、民法に規定された「家」の範囲は、具体的には戸籍によって確定される。そして、民法制定当時、既に、戸籍上の「家」と現実の生活共同体との乖離は進行していた。明治民法においても維持された夫権は、その実体的家族の關係に適合するよう規定されていた。夫婦財産關係の視点から検討してみよう。

明治民法は、妻の無能力規定を総則編に、法定夫婦財産制として管理共通制の規定を親族編に置いた。妻の無能力とは、妻が一定の法律行為を為す場合に夫の許可を必要とする制度であり、管理共通制とは、妻が「婚姻前ヨリ有セル財産及ヒ婚姻中自己ノ名ニ於テ得タル財産」を妻の特有財産と認めつ

つ（八〇七条一項）、夫にそれらを管理させる制度である（八〇一条）。このような法構成は、夫婦の財産を夫に集中させ、夫により統一的に管理運用させようとするものである。

他方民法は、「女戸主カ入夫婚姻ヲ為シタルトキハ入夫ハ其家ノ戸主ト為ル」（七三六条本文）とし、入夫婚姻を家督相続の開始原因の一つに掲げたが（九六四条三号）、七三六条但書において「但当事者カ婚姻ノ当時反対ノ意思ヲ表示シタルトキハ此限ニ在ラス」と、妻が戸主としてとどまる選択肢も与えた。そこで、入夫婚姻の際に家督相続を開始させなかった場合、戸主（「家」の長）たる妻に対しても、家族たる夫が夫権を行使できるのが問題となる。民法は、夫権の例外を認めていない。妻の無能力・管理共通制の規定は、妻が非戸主Ⅱ家族の場合（夫が戸主の場合と、夫婦とも非戸主Ⅱ家族の場合がある）は勿論、妻が戸主の場合にも適用された。すなわち、民法は、妻の財産所有権を承認し、身分統制権としての戸主権も戸主たる妻に与えたが⁽²²⁾、財産の管理・運用は、あくまでも夫が行うべきもとしたのである。このような取扱いは、「有夫ノ婦ハ夫ニ従順スルノ義務アルカ故ニ⁽²³⁾」、また「夫婦ノ間デ大将ガ二人アルト云フト往カヌカラ⁽²⁴⁾」という理由によるものである。さらに、妻の無能力は、旧民法までは「婚姻ノ効力」として規定されていたが、明治民法では総則編に移された。明治民法が、身分法を独立した二編とする編別構成を採った理由⁽²⁵⁾から推察しても、妻の劣位は普遍の原理であり、社会関係の変化もそれを容易に変更するものではない、という思想に基づくものと考えられるであろう。

では、女戸主が（夫にも）戸主権を行使し得ることを認めたのは何故か。この点について、起草委員梅謙次郎は次のように述べている⁽²⁶⁾。

女デモ戸主ニ為レル従ツテ戸主権ヲ行フコトガ出来マス、ケレドモ其外ノ事ハ妻ハ飽クマデモ夫ニ従ハナケレバナラス：故ニ総則ニ於テモ彼ノ能力ノ所デ女戸主タルト否ト問ハズ妻ガ夫ノ許可ヲ受ケヌト重大ナル事ハ出来ヌトアリマスカラ先ヅ一家ノ大将ハ夫デアル唯ダ一家ト云フ觀念ガ此処デハ二タ通リアツテ事実上ノ生活ト名義上ノ家トアリマス名義上ノ家ハ都合ニ因ツテ女戸主立テルト云フコトガ必要ガゴザイマセウカラ許ストシテモ實際上ノ生活ニ付テハ矢張り夫ハ夫、妻ハ妻デアリマス：戸主権ハ：

財産ノ管理ト云フヤウナコトハアリマセヌ唯：無形上ノモノデアツテ従ツテ夫レガ無形ノ家ノ利害ニ関スル事ニ付テハ女戸主ガ自ラ決スル自ラ其権利ヲ行フ其外ノ事ニ付テハ女戸主ト普通ノ妻トニ區別ハ少シモナイ

すなわち、「家」は戸籍に表示される観念的なものであるとして、夫を家長とする現実の家族とは区別される。そして、戸主権も、「無形ノ家ノ利害ニ関スル」「無形上ノモノ」とされ、「財産ノ管理ト云フヤウナ」実際上の権利と対比されて、女戸主でも行使し得るとされるのである。

そして、現実の家族に於ける家長たる夫は、子に対しては父として親権を行使する。未成年の子に対する監護教育の権利義務や財産管理権等は、戸主ではなく親権者の権利義務であった。さらに、単独相続による家産の独占に対して戸主に課された家族の扶養義務も第一順位とはされておらず、第一に扶養義務を課されたのは配偶者であった。

このように、明治民法は、「家」を身分法の中核に据えたけれども、その構造は「家」に一元化したものではなく、「家」の観念化の進行という現実を反映し、戸主を家長とする観念的な「家」と、夫を家長とする実体的「家族」との二重構造を採ったといえるのである。尤も、夫が戸主である多くの家族においては、夫が戸主権と夫権とを独占することになった。また、「家」制度を前提とする以上、実体的家族も、その構成員は、戸主または家族として「家」に属し、「家」の氏を称する。他家から夫家に入った妻も、夫家の家族として夫家の氏を称することになったのである。

註

(1) 厚生労働省大臣官房統計情報部『平成18年度「婚姻に関する統計」の概況』<http://www.mhlw.go.jp/toukei/saikin/hw/jinkou/tokusyuu/konin06/index.html>）によれば、一九七五年の九八・八％から徐々に減少してはいるが、二〇〇五年で、九六・三％（夫婦とも初婚の場合は九七・三％、夫婦とも再婚の場合は九一％）である。その後もほぼ横ばいで、二〇一三年における夫の氏を称する婚姻は、九六・二％（同年に婚姻生活に入り届け出たものでは、九六・六％）である（厚生労働省「平成二五年人口動態調査」<http://www.>

e-stat.go.jp/SG1/estat/List.do?lid=000001127060)。

- (2) 近藤佳代子「近代の『家』—『家』の論理と商品交換法との交錯」(利谷信義・吉井蒼生夫・水林彪編『法における近代と現代』日本評論社、一九九三年)二二九頁。
- (3) 山中永之佑『日本近代国家の形成と「家」制度』日本評論社、一九八八年、六七頁。井戸田博史『氏と名と族称—その法史学的研究—』法律文化社、二〇〇三年、三、四頁。
- (4) 外岡茂十郎編『明治前期家族法資料』早稲田大学、一九六七—一九八七年、資料番号法規一五四(以下「資料・法〇〇」と略す)。
- (5) 山中、前掲書、三一頁、二四六頁。
- (6) 山中、前掲書、二四六頁。福島正夫『日本資本主義と「家」制度』(東京大学出版会、一九六七年)八七頁。福島正夫・利谷信義「明治以後の戸籍制度の発達」(中川善之助他編『家事裁判 家族問題と家族法 VII』酒井書店、一九五七年)三〇九—三二〇頁。同「明治前期における戸籍制度の発展」(福島正夫編『家』制度の研究 資料篇一』東京大学出版会、一九五九年)四二—四三頁。
- (7) 戸籍法は、彼らについても、「戸長へ名前書ヲ出サセ(年齢癡疾等ヲモ認ムヘシ)其人員男女ヲ分チ戸籍表ニ書入レ差出シ庁ニテモ戸籍表ニ入ル、事」(第三二則)として、人員の掌握を図っている。
- (8) 布告は、同時に従来彼らに認めていた「除籍」(租税の免除)の廃止をも命じている。これは、「除地」を廃して租税を徴収するだけでなく、地券制と絡んで土地の商品化に向けた準備でもあった(上杉聰『明治維新と賤民廃止令』解出版社、一九九〇年、第三章及び二六七—二六八頁)。賤民廃止令は真の平等を実現しようとするものではなく、平等実現のための経済的裏付けを与えないまま、彼らを支配体制に「平等に」組み込もうというものであったといえる(井ヶ田良治・山中永之佑・石川一三夫『日本近代法史』法律文化社、一九八二年、一四頁参照)。
- (9) 六年目ごとの改製は、一八七三(明治六)年七月八日太政官第二四二号布告によって「追テ相違候迄不及施行」とされるが、結局は実行されなかった。
- (10) 近藤佳代子「家族法制」(山中永之佑他編『日本現代法史論—近代から現代へ—』法律文化社、二〇一〇年)二〇二—二〇三頁。
- (11) 大藤修は「明治九年(一八七六)一月になると、氏名改称の要件をさらに緩和している」(『日本人の姓・苗字・名前 人名に刻まれた歴史』吉川弘文館、二〇一二年、一九〇頁)とするが、氏の固定はむしろ強化されている。
- (12) 但し、由緒ある氏に復する場合は、戸主からの願出を認めようとしている(明治一〇年二月九日内務省指令但書。註(18)参照)。
- (13) 明治一三年三月二四日 内務省伺
分家致候者更ニ苗字ヲ相設ケ候儀ハ別紙明治六年十二月大蔵省上申へ御指令ノ旨モ有之候へトモ右ハ由緒或ハ営業等ノ為メ其者身家ノ都合不得止儀アリテ別称ヲ要スルモノモ可有之例へハ別家ヲナス事柄ニ付其縁由アル新姓ヲ設クルヲ要シ又ハ本家ノ姓ニ字ヲ加へ本末ヲ区別スルヲ要シ又ハ甲家ノ者乙家ノ財産ヲ得テ分家トナリ乙家ノ姓ヲ称スルヲ要スル等種々ノ事情有之且分家ノ儀ハ新タニ一家ヲ興シ候モノニ付改正ノ禁令ニ触レ候儀モ無之ト被相考候間事実調査ノ上差許不苦事ニ致度此段相伺候至急御裁令被下度候也
明治一三年四月一四日 太政官指令
- (14) 『法令全書 第5巻—1』原書房、一九七四年(復刻原本 明治二二年)、四三三頁。
- (15) 福島、前掲『日本資本主義と「家」制度』一八六頁。
- (16) 福島、前掲、一九一頁参照。
- (17) 僧侶に対しては、次のように、明治五年に、氏の創設と管轄庁への届出を命じる布告が出されている(資料・法三三三)。
明治五年九月一四日 太政官第二六五号布告
- 大蔵省伺(明六・二二・九)
第二条 士族平民トモ別家ノ砌苗字相設候儀ハ不差支議ニ候哉
太政官裁令(明六・二二・二七)
法制部議按(明一三・四一)
別紙内務省伺分家者立姓ノ儀審按候処従来ノ法律及ヒ慣習ニヨレハ分家者ハ其実家ノ姓ヲ唱ヘサルヘカラス若シ由緒アツテ分家ノ際他家ノ姓ヲ唱ヘ度情実アル者ハ一旦其家ノ養子トナリ更ニ養家ヨリ分家スルトキハ其姓ヲ称スルヲ得ヘシ若シ分家者ヲシテ其実家ノ姓ヲ唱ヘスシテ新姓ヲ称スルヲ許ストキハ仮令之レヲ立姓ト云フモ其実ハ改姓ニツキ申第二三十五号布告ニ抵触スルニ由リ上申ノ趣裁可難相成儀ト存候依テ御指令按取調仰高裁候也
(外岡、前掲『明治前期家族法資料』資料番号先例二二四八。以下、「資料・先〇〇」と略す。なお、資料中の異体字は、常用漢字、片仮名に書き換えた。以下同様)

自今僧侶苗字相設住職中ノ者ハ某寺住職某氏名ト可相称事

但苗字相設候ハ、管轄庁へ可届出事

- (18) 資料・先二二八二。ただ、この事例は、旧藩時代に、士族戸主が隠居し家督相続をした養子が氏を改めたが、養父隠居は別居して従来の氏を称しているため、父子が氏を異にするに至ったというものであった。そのため、指令は、本文で戸主の氏への統一を命じつつ、但書において、家族の氏が由緒あるもので、戸主が復氏を望む場合には、更に伺出するようにと、由緒ある氏への復氏を認める可能性を示唆している。伺及び指令は、次の通りである。

明治一〇年一月九日 滋賀県伺

士族戸主隠居シ養子家督相続ノ後本苗岡本タル同家ニ石上ノ苗字アル以テ旧藩ニ於テ願済当戸主苗字石上ト称シ養父隠居ハ別居シテ岡本ノ苗字ヲ称シ居リ父子苗字ヲ異ニスル者有之候処明治六年十二月石川県伺ニ士族等ノ中子弟ノ者父兄ト苗字ヲ異ニスルアリ元来一家ニシテ子弟別ニ苗字ヲ称シ候ハ不穩ニ付引直サセ可然哉云々大蔵省御指令ニ伺ノ通りト有之然レハ前書ノ如ハ当戸主ヲ岡本ト復姓シ石上ヲ廃止至当ト相考候得共石上ノ苗字ヲ存置シ岡本ヲ廃止スヘキ哉又ハ本人ノ情願ニ任セ不苦哉相伺候也

明治一〇年二月九日 内務省指令

書面伺ノ趣家族ノ者戸主ト苗字ヲ異ニスル向キハ戸主ノ苗字ニ為引直候儀ト可相心得事

但其家族所稱ノ姓由緒有之儀ニシテ戸主ヨリ復姓願出候ハ、尚可伺出事

- (19) 堀内節編『明治前期身分法大全 第一巻 ―婚姻編I―』中央大学出版部、一九七三年、資料番号三九六（以下「大全・〇〇」と略す）。

- (20) 大全・三九五。

- (21) 例えば、華士族の夫が除族の刑（改定律例第一四条）に処せられた場合について、「婦ハ固ヨリ夫ノ身分ニ従フ者ニ付夫除族ノ上ハ其夫ニ従ヒ平民タルヘキ事」との、明治七年三月二日太政官指令（明治六年八月五日大蔵省伺。資料・先三八六）がある。なお、山中前掲『日本近代国家の形成と「家」制度』、二五〇頁参照。

- (22) 華族ヨリ平民ニ至ル迄互婚姻被差許候条双方願ニ不及其時々戸長へ可届出事（但書略す）（資料・法二四〇）

- (23) 山中、前掲書は、「妻に対して強制された「所生ノ氏」は、…家族（広義の）における妻の異族的性格を明確にさせ、妻の劣位を確定する意義と機能を果たし」と指摘する（二六一頁）。

- (24) 一八七三（明治六）年一月二日太政官第二八号布告「華士族家督相続法」第

七章は、「当主死去跡嗣子無之婦女子ノミニテ已ヲ得サル事情アリ養子難致者ハ婦女子ノ相続差許從前ノ給祿可支給事」として、やむを得ない場合における婦女子の相続を認めた（資料・法三六一）。

- (25) 妻と夫が当事者となる離婚訴訟の判決原本をみると、別氏であることがわかる。例えば、明治三年二月一日仙台地方裁判所判決「離縁返籍催促ノ訴訟」の「裁判言渡書」によれば、原告（妻）は、平民石川民治長女石川カネと父石川民治、被告（夫）は、平民小出甚之助長男小出甚助と父小出甚之助である。

- (26) 江戸時代の武士の世界において、跡継ぎを得るために妾を置くことが正当化される。そして、「妻妾が複数になれば子を産む腹も複数になる…子を産む腹が複数であれば、その腹に格差をつけることは当然であった。腹の出所を示す氏―生家の氏―が武士の妻妾の場合にはことさら重要になってきたわけである。」

- (27) 熊谷開作『日本の近代化と「家」制度』法律文化社、一九八七年、一八八頁。古在由重編『紫琴全集』草土文化、一九八三年、三〇一―三〇二頁。

- (28) 向井健『民法典の編纂』（福島正夫編『日本近代法体制の形成（下巻）』日本評論社、一九八二年）三一―九頁。

- (29) 近藤佳代子『民法典編纂過程における夫婦財産関係』『法制史研究』三九号、一九九〇年、一五九頁。

- (30) 尤も、フランス民法には妻に夫の氏の使用を強制する規定はないが、夫を家長とする家族共同体が規定され、夫権、妻の劣位が明確である。

- (31) 明治文化資料叢書刊行会編『明治文化資料叢書 第3巻 法律編上』（風間書房、一九五九年。以下、『叢書 法律編上』と略す）二二〇頁以下。

- (32) 但し、第一草案の戸籍は、身分証書の量的集合である（人事編第四三六条「身分証書ハ各個人ノ身分ニ関スル事件ヲ記載スルモノニシテ其簿冊ハ身分取扱人ノ掌ル（第二項略）」同第四四五条「身分取扱所ニハ身分証書ノ外別ニ戸籍ヲ設備シ身分証書ニ抛リ各戸ヲ区別シ戸主家族ヲ編録シ其統柄ヲ簡明ニ記載ス可シ（但書略）」）。

- (33) 獲得編第二章第二節は、「法律上ノ相続ヲ家督相続及ヒ普通相続ノ二種ニ区別」し（二五二五条、第一款（一五二八条以下）に家督相続を規定する（明治文化資料叢書刊行会編『明治文化資料叢書 第3巻 法律編下』風間書房、一九六〇年（以下、『叢書 法律編下』と略す）、二三頁以下）。

- (34) 人事編第一〇〇条の「理由」（叢書 法律編上）九五頁。「理由」の冒頭は、「本条ハ夫権ノ原則ヲ立ルモノ」と述べている。

- (35) 『叢書 法律編上』六一頁。

- (36) 子の氏については、第一草案人事編は次のように規定している（『叢書 法律

編上』一五七頁、一八〇〜一八一頁)。

第一九四條 正出子ハ其父ノ氏ヲ稱シ其族稱ヲ冒ス

第一九五條 庶出子ハ其父母ノ中親子ノ分限確定シタル者ノ氏ヲ稱シ其族稱ヲ冒ス又父母ニ対シ親子ノ分限確定シタルトキハ其最初ニ確定シタル者ノ氏ヲ稱シ其族稱ヲ冒ス但シ成年若クハ認知ヨリ一今年内ニ身分取扱人ニ申述シテ其氏ヲ撰択スルコトヲ得

第二二七條 養子ハ実家ノ氏及ヒ族稱ヲ捨テ養家ノ氏及ヒ族稱ヲ冒ス可シ

第二二九條 然レトモ婦ノ養子ハ其養母ノ実家ノ氏ヲ稱シ夫ノ家ニ入ラス

婦夫ノ子ヲ養子ト為ストキハ養子ハ夫家ノ氏ヲ保有シ其家ヲ去ラス但シ特例婚姻ニ於ケル婦其夫ノ子ヲ養子ト為ストキハ前條ノ規則ニ從フ

(37) 『叢書 法律編上』一五七頁、一八〇〜一八一頁)

利谷信義『家』制度の構造と機能(一)『家』をめぐる財産関係の考察』『社会科学研究』一三巻四号、一九六一年、八〇頁。

(38) しかし、夫権の構造は変わっていない。

(39) 『叢書 法律編下』二〇〇頁。

(40) 『叢書 法律編下』二二八頁。

(41) 『叢書 法律編下』二四一頁以下。

(42) 旧民法の財産法の部分(財産編・財産取得編(前編)・債権担保編・証執編)は、既に同年三月二七日に法律第二八号として成立し、四月二日に公布されている。両者とも、一八九三(明治二六)年一月一日の施行が命ぜられていた。

(43) 入夫婚姻の場合において、家督相続は開始せず、婦家財産の所有権は女戸主(妻)にとどまる。しかし、管理権は入夫が行使し、行為無能力の規定は戸主たる妻にも適用された。また、戸主権も入夫が戸主を代表して行うものとされた。

(44) 法典調査会設置直後の一八九三(明治二六)年三月三十一日、起草委員に予定された穂積陳重・富井政章・梅謙次郎の三名が、内閣総理大臣伊藤博文宛に連名で「法典調査規程」(三起草委員作成案)を提出しているが、それに付された「法典調査規程理由書」は、とくに親族編を独立の一編としたことについて、次のように述べている。

民法人事編ノ範圍ニ関シ諸國ノ法典ノ採ル所ノ主義ニ二アリ第一ノ主義ハ総て權利ノ主格ニ関スル規定ヲ為スモノニシテ第二ノ主義ハ只親族間ノ関係ノミヲ規定スルニ止マルモノトス既成法典ハ第一ノ主義ニ依リ総て權利ノ主格ヲ定メ其一部トシテ親族上ノ規定ヲ為シタルヲ以テ親族間ノ関係ハ家族制ニ依リタルヤ又ハ個人主義ニ依リタルヤ等ノ問題ヲ生シ為メニ世間ノ争議ヲ招キタリ故ニ修正案ニ於テハ第二ノ主義ニ依リ本編ニ於テハ只親族間ノ関係ノ

ミヲ規定シ一般ニ權利ノ主格ニ関スル規定ハ之ヲ総則ニ掲ケントス蓋シ親族間ノ私法的權利関係ハ如何ナル時代ニ於テモ其規定ヲ為スヲ要スルモノニシテ此等ノ関係ハ社会ノ變遷時世ノ進歩ニ從ヒ常ニ其變動ヲ生スルモノナルカ故ニ特ニ其規定ヲ一編ト為シ以テ将来能ク社会ノ進歩ニ伴隨スルヲ得セシメサル可ラス殊ニ我邦ノ家族的諸關係ハ方今變遷時代ニ在ルヲ以テ一方ニ於テハ旧慣ヲ重シテ之ニ依ルノ必要アリト雖モ亦一方ニ於テハ将来ノ進歩ニ適應スルヲ得ヘキ規定ヲ為サル可ラス是レ修正案ニ於テハ第二ノ主義ヲ採リ親族法ヲ設ケタル所以ナリ

すなわち、まず第一に、旧民法人事編は、權利の主格に関する規定の一部として親族上の規定をした為に、親族間の関係は家族制に依るのか又は個人主義に依るのか等の問題生じ、その為に論争を招いた。それ故、親族編を權利の主格に関する規定から独立させ、親族間の関係を個人制ではなく家族制によって規定する。第二に、独立させることによって、社会の変遷・進歩に従い親族関係が変化することに対応した改正を容易にする。第三に、我が国の家族的諸關係が變遷途上にあることから、一方において旧慣を重んずる必要があるが、他方において将来の進歩に適應できる規定をしなければならぬ。以上が、權利の主格に関する規定から独立し、親族間の関係のみを規定する親族編を設ける理由である、とする(福島正夫編『明治民法の制定と穂積文書』民法成立過程研究会(発売有斐閣)、一九五九年、一一五頁)。なお、利谷信義『明治民法における「家」と相続』『社会科学研究』第二三巻一号、一九七一年、四九頁、参照。

(45) 第一項は「戸主ノ親族ニシテ其家ニ在ル者及其配偶者ハ之ヲ家族トス」である。

(46) 利谷前掲「明治民法における「家」と相続」五八〜五九頁、一〇三頁。

(47) 相続順位は男子優先であり、嫡出女子より庶男子の方が先順位とされた。

(48) 但し、明治民法における戸主権は、総括的なものではなく個々の權利の集合であり、その範囲は民法に規定されたものに限定された。また、戸主権に従わない家族に対して、居所の強制や、婚姻等の成立の拒絶をなし得るものではなく、単に離籍や復籍拒絶の制裁を行使し得るにとどまる。

(49) なぜなら、民法は、すべての財産を「家」の規制から解放し、その自由な流通を保障しようとしたからである。それ故、家族の財産は、戸主によって制約されることのない、完全な個人財産として確立した。そして、単独相続によって戸主に集中させた「家」の財産すら、民法施行前に存在した廢戸主制度(強制隱居)の廢止によって、家産ではなく戸主の個人財産として構成された。尤も、このような財産関係の構造自体は、旧民法において既に確立し、それと基本的な変化はない。民法は、「家」制度を規定しつつ、それと近代的財産法との整

合性を図ったのである。

- (50) 婿養子縁組は、婚姻と、夫と妻の親との養子縁組を併せて行うものである。法定の推定家督相続人たる男子がいる者は、男子を養子とすることはできないが、女婿とするためであれば認められる(八三九条)。また、法定の推定家督相続人は、本家相続の必要がある場合を除き、「家」を出ることはできないので(七四四条)、兄弟がいらない長女が婚姻するには、婿養子縁組の方法によることになる。養子は養親の嫡出子たる身分を取得するので(八七〇条)、この場合、婿養子たる夫が推定家督相続人となる。明治民法においては、夫の方が氏を変えるのは、夫が妻の「家」に入る入夫婚姻と婿養子の場合のみであった。割合は、女戸主の入夫婚姻より婿養子の方が多し。夫が氏を変えた場合に「養子」に入つたとすると考え方は、ここに由来する。なお、養子についても、「養子」ハ縁組ニ因リテ養親ノ家ニ入ル(八六一条)という規定が設けられた。
- (51) 法務大臣官房司法法制調査部監修『日本近代立法資料叢書5 法典調査会 民法議事速記録五』商事法務研究会、一九八四年、五九四頁。
- (52) 旧民法では、入夫婚姻は家督相続開始の原因とはならないが、「婚姻中入夫ハ戸主ヲ代表シテ其權ヲ行フ」(人事編二五八条)としていた。
- (53) 法典調査会第一二回主査会における、梅謙次郎による、妻の無能力規定の提案理由。『法典調査会 民法主査会議事速記録』二七八頁(法務大臣官房司法法制調査部監修『日本近代立法資料叢書13』商事法務研究会、一九八八年)。
- (54) 法務大臣官房司法法制調査部監修『日本近代立法資料叢書6 法典調査会 民法議事速記録六』商事法務研究会、一九八四年、三四二頁。
- (55) 注(44) 参照。
- (56) 第一四八回法典調査会での発言(前掲『日本近代立法資料叢書6 法典調査会 民法議事速記録六』三四五頁)。

(次巻に続く)