

# 氏の性格

教授 外岡 茂十郎

## 目次

- 一、はしがき
- 二、舊法に於ける氏
- 三、新法に於ける氏
- I、氏の非意思性
- II、氏の取得
- III、氏の變動
- IV、むすび

## 一、はしがき

舊法では、氏は「家」の呼稱であると共に(家の氏)、各個人の呼稱でもあつた(個人の氏)。蓋し舊法は「家」なき人を認めないと共に、氏なき「家」をも認めなかつたので、何人にも、その「家の氏」によつて「自己の氏」を定めしむることに於て、呼稱上の法律秩序を維持せんとする建前を採つて居たからである。斯くして、各人は家の氏を自己の氏として使用することによつて、氏だけで自己を表彰し得る場合もあろうし、また、名だけによつて、直ちに自己を表

彰し得る場合もあろうし、或るいは、氏と名とを結合させて使用することによつて、始めて自己を適當に表彰し得る場合もあろう。されば、舊法の下に於て、氏は常に家の呼稱であり、名は常に個人の呼稱である、と限定して了うことは、觀念上正確を缺くものと謂わねばならない。

この意味で、宮澤俊義氏が「法律タイムズ」に『「家」がなくなる以上、「家」の名である「氏」がなくなるのは當然だともいえる。「家」がないのに「氏」を残してもしょうがない』と謂われて居るのは、(同一卷七、號二五頁)、理解できない。「家」が廢止された以上、「家」の呼稱としての氏と云う觀念は、廢止されなければならないとしても、各個人の呼稱としての氏自體までが、當然廢止されなければならない理由はないからである。同様に、鵜澤晋氏が「戸籍研究」に『家が廢止された現行法の下では、「家の呼稱」としての「氏」も當然なくなり、夫又は妻の「氏」、父又は母の「氏」、子の「氏」というように、「個人の呼稱」としての「氏」が新しく生れた』と謂われて居るのも(同七號二頁、傍點、は外岡、以下同)、了解に苦しむ。既に新法の下に於て、子はその親の氏を稱すると云うことが(八一〇條)、子個人の呼稱としての氏を否定するものでないとしたら、舊法の下に於て、各人がその家の氏を稱すると云うことになつて居つても(舊七四、六條)、このこと自體は、決して各人の氏がその個人たる人を表彰することを否定することにはならないからである。要するに、舊法の下に於ても、家の呼稱としての「家の氏」の外に、各人の呼稱としての「個人の氏」が認められて居たことを、吾々は先づ認識しておくべきである。曾て大審院は、遺言者が名のみを記して氏を書かなかつた遺言書について、「民法第一〇六八條第一項が自筆證書ニ依ル遺言ニ氏名ノ自書ヲ要件ト爲シタル所以ハ、何人ガ遺言者ナルカヲ明確ニスルノ趣旨ナレバ、所謂氏名ノ自書トハ、遺言者ノ何人ナルヤニ付キ疑ヲ容レザル程度ニ於テ完全ニ之ガ表示ヲ爲スヲ要ストノ意義ヲ有スルモノト解セザルベカラズ。斯ル完全ナル表示ヲ爲スニ付テハ、通常ノ場合ニ在リテハ氏

名ヲ自書スルコト必要ニシテ且ツ之ヲ以テ充分ナルベシト雖モ、他ニ同一氏名ノ者アリテ之ト混同ヲ生ズベキ場合ニ在リテハ、他ノ同一氏名ノ者ニ非ルコトヲ明カニスルガ爲メ住所、爵位、稱號、雅名等ヲ附記スルヲ必要トスルコトアルベク、遺言ノ内容其他ヨリ遺言者ノ何人ナルヤヲ知ルニ足リ他人ト混同ヲ生ズベカラザル場合ニ在リテハ、氏名ヲ併記セザルモ氏又ハ名ヲ自書スルヲ以テ充分ナリト爲サザルベカラズ。總テノ場合ニ一概ニ氏名ヲ自書スルヲ以テ必要ニシテ且充分ナリト論ジ去ルガ如キハ、民法第一〇六八條第一項ノ規定ノ趣旨ニ背反スルモノニシテ探ルニ足ラズ」とさえ謂つて居る(大正四・七・三判決民。錄二一輯一一七六頁)。

これを要するに、舊法の下に於ては各個人の呼稱としての氏は、その者の屬する「家の氏」によつて定まつたのであるが(舊七四六條)、新法は周知のように、「家」を廢止した。従つて、家の呼稱としての氏は、もはや、法律上存在しないことになつたので、「家の氏」によつて各個人の氏を定むることを得なくなつた。ここに於てか、吾々は、各個人の呼稱としての氏の問題について、新法がどのような規定を用意して居るかを概觀した上で、これ等の規定乃至體系を支えて居る思想を、さらに、法律的に掘り下げて行くことによつて、問題の所在と氏の性格とを、吟味して見たいと思ふ。

## 二、舊法に於ける氏

舊法によると、我國に於ける親族の共同生活は、一面では、戸主權によつて規律されつつ、他面では、夫權・親權によつて規律されて居つた。されば、戸主權制度は夫婦の共同生活關係の上にも、親子の養育監護關係の上にも反映して、相當廣泛な分野に涉つて、婚姻法なり、親子法なりの原理を強く制約しては居つたが、而も、夫は戸主に非ず

とも夫たる地位に於て、妻に對して夫婦生活の主宰者たるべく、親は戸主に非ずとも親たる地位に於て、子に對して養育監護權が與えられて居つた。ところが、各個人の呼稱としての氏は、専ら家族的規律に服すべきものとされて居た。即ち「家」には必ず一個の氏があつて(一家一)、その「家」に屬する者は、生來のものたると入籍のものたるとに拘らず、すべて戸主または家族として、その「家の氏」を稱すべきものとされて居たし(舊七四)、「家」には戸主でも家族でもない者のあることを認めなかつたから、同一の家に屬しながら、別の氏を稱することは許されないものとされて居た。従つて、舊法では各個人の呼稱としての氏も、その個人が或る家の戸主または家族となることによつて、當然定まるものであつて、親子とか夫婦とかと云うような、親族關係によつて定まるものでもなく、また、各人の意思によつてこれを定めるものでもなかつた。ただ、その屬する家を變更することによつて、氏の變更が當然結果されたに過ぎなかつた。而して舊法はいづれの「家」にも屬せざる人を認めず、もし、人にして入るべき「家」がないときには、法律の規定によつて當然一家を創立することにして居たから、氏を有たない人を認めず【註一】、且つ人は一の「家」に專屬することを要し、一人にして同時に二個以上の「家」に屬することを認めなかつたから(一人一)、人にして同時に二個以上の氏のあることをも許さなかつた(一人一)【註三】。

【註二】。尤も、徳川時代には平民は原則として名のみを有するに止まり、氏(苗字)を稱することを許されなかつたが、明治三年九月一日太政官第六〇八號布告には「自今平民苗字被差許候事」とあつて、すべての人は先づ氏を稱することを許され、次で同八年二月一三日太政官第二二號布告には「平民苗字被差許候旨、明治三年九月布告候處、自今必苗字相唱可申、尤祖先以來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」とあつて、各人は必ず氏を稱すべきものとされた。斯くして、人はその階級の如何を問はず、すべて氏と名とによつて自己を表彰し得るようになったのであるが、またそれ故に、各自の意思によつてその氏または名を自由に變更することも原則として許されなかつた。即ち明治五年八月二四日太政官第

二三五號布告には「華族ヨリ平民ニ至ル迄自今苗字名並屋號共改稱不相成候事。但同苗同名(等)無餘儀差支有之者ハ、管轄廳へ改名可願出事」(同九年一月二七日大政官第五號布告による修正)とある。

【註二】。一人一名主義については、明治五年五月七日太政官第一四九號布告に「從來通稱名乘兩様相用來候輩自今一名タルベキ事」とある。

ここで、舊法に於ける氏の家族法的性格を一層明らかにするために、個人を表彰する氏の取得及び變動の各場合を拾つて列記して見よう。

#### (一) 氏の取得

各個人の呼稱としての氏が、その個人の屬する「家」の氏によつて當然定まるものとされて居る限り(舊七四)、子をして親の氏を名乗らせると云う、考え方の成り立たないこと固より多言を要しない。ただ、多くの場合に於て、子は出生によつて出生當時または懐胎當時、父母またはその一方の屬する「家」に入り、當然その「家」の家族となるから(舊七三三條乃)、父母またはその一方とその氏を偶々同じくする結果となるに過ぎない。即ち嫡出子は出生の時に父母の家に入るものとされて居る限り【註三】、父母と同一の氏を稱すべく、婚姻によつて父の家(即ち夫の家)に入りたる母が(舊七八八條一項)、懐胎後その子の出生前に、父と離婚して實家に復籍してから(舊七三)、または父との婚姻が取消されてから(舊七八七條一項)、子を生んだ場合であれば、その子は出生當時父の屬する家に入るが故に、父とのみその氏を同じくする【註四】。また、父が入夫婚姻・婿養子縁組または養子縁組によつて母の家(即ち妻の家)に入り(舊七八八條二)、母を懐胎せしめた後その子の出生前に、離婚または離縁によつて實家に復籍してから(舊七三)子が出生した場合に、その子は懐胎當時父の屬した家、即ち父の婚家または養家たりし家(現に母の)に入るが故に(明治三五・三・一〇、民刑第一九一號回

答、先例大系、母とのみその氏を同じくすべく、父が養親と離縁して母と共に父の養家を出てから（舊七三九條）子が出生した場合であれば、その子は出生當時父の屬する家即ち父の實家（現に父母の居る家）に入るが故に、父母とその氏を同じくする。もし、母が父と共に一旦父の養家を出たが、その子の出生前に父と離婚して自己の實家に復籍してから子を生んだ場合であれば、子は出生により懐胎當時父の屬した家即ち母の實家（現に母の居る家）に入るが故に、母とのみその氏を同じくする。入夫・婿養子または養子たりし父が、子の出生前に婚姻または縁組の取消によつて婚家または養家をつた場合に關しては明文はなかつたが、離婚または離縁の場合と同様に取扱われて居たと考えてよい（舊七八七條一項八五九條一）。

これを要するに、舊法が子は父母の氏を稱せず家稱する、となした點に於ては家族法的ではあつたが、子の入るべき家を決定する規準を家の血統關係に求めず、親子關係に求めた點に於ては親子法的であつたと謂える。而も、親子關係の中で父子關係をして常に母子關係に優先せしめた點に於ては、父系的であり父權的ではあつたが、家の血統を重んずる國民感情を全く無視することも許されないので、子の本來屬すべき系統の家に母が居る場合に限り〔註五〕、生まれた子は父の現に屬する家に入らずに、母の家に入るべきものとなし、母の家の氏を稱せしめた點に於ては、再び家族法的であると謂える。

斯くして例えば、長女たる母のために婿養子として迎えられた父が、母の懐胎後離縁離婚して實家に復籍してから子が出生した場合には、その子は母の家系の統に屬する子として、出生によつて母の家に入り母の家の氏を稱し、父とはその氏を異にしたが、もし、母が父と離婚せずに父に隨つて父の實家に入り、父母共に子の本來屬すべき家に居ないときは、その家の氏を稱せしめず、父の實家の氏を稱することにした。また、父母が双方共に養子であつて、子の出生前に離縁及び離婚によつて、各その實家へ同時に（明治四五・五・一六民第七八六）（大正二・四・八民）（明治四五・五・一六民第七八六）（號回答 先例大系一一二〇項）

第三五五號回答、先例大系一一二一項）復籍してから子が出生した場合には、その子は出生當時父の現に屬する家に入るべきものとされて居たから、父とのみその氏を同じくし、母の實家の氏をも、懷胎當時の父母の家即ち父母の養家たりし家の氏をも稱しないことにして居た【註六】。

嫡出に非ざる子も出生により當然出生の時の父の家に入るから（舊七三三條一項）、父とその氏を同じくするが、父の知れざる子（嫡出子たると否とを問わない——舊八二一條舊戸七四條。明治四〇・七・二五、民刑第一三七六號回答、先例大系一一八九項）及び戸主の同意なきため父の家に入ることを得ない嫡出に非ざる子（舊七三五條二項）は、出生により當然出生の時の母の家に入るから、母とその氏を同じくする。従つて、戸主の同意なきため父の家にも母の家にも入ることを得ない嫡出に非ざる子は、父の家とも母の家とも全く關係なく、一家を創立すべきが故に、必ずしも父または母とその氏を同じくするものではない。蓋し法律上當然に創立された家の氏は、創立された家の戸主權をその子に代つて行ふ後見人または親族會に於て【註七】、自由にこれを選定し得るものとされて居たからである【註八】。

斯くして、吾々は舊法に於ける各自の氏が、單に、いづれの「家」に屬するかを表彰することによつて、各個人を表彰するに過ぎないものであることを明確に把握しなければならぬ。もし、各自の氏が血統關係を示す名稱であるならば、子が父の家に入ることを得ざる子として一家を創立する場合でも、父の知れて居る限りは、子は父の氏を稱すべく、また、母の家に入ることを得ざる子として一家を創立する場合にも、母の知れて居る限りは、子は母の氏を稱すべきものでなくてはならない筈である。舊法は既に實家の廢絶により、または復籍拒絶により實家に入ることを得ずして一家を創立する場合でも（舊七四〇條、七四二條）、一家創立者は實家の氏とは無關係に、その氏を隨意に選定し得べきものとなし【註九】、さらに、婚姻によつて他家に入りたる妻または入夫（但し、婚養子と家女の父母との間には、養親子の準血族關係があるから、婚養子の場合は自ら別問

題である)は、婚家に於て血族に準ぜられることがないにも拘らず(註10)、婚姻の時から當然實家の氏を棄てて、婚家の氏を稱すべきことを規定されて居た(舊七四六條)。これ等の事例もまた、舊法に於ける氏に血統的意義が盛り込まれて居ないことを、明確に示して居るものと謂うことが出来る。

なお、子(嫡出子たると否とを問わぬ)が出生により父の家に入るべき場合に、父が子の出生前既に死亡して居れば、その子は父の最後に屬したりし家に入るべきものとされて居たから、その氏も父の最後に屬したりし家の氏を稱することになる。即ち婚姻によつて父の家(即ち夫)に入りたる母が、懐胎後その子の出生前に父(即ち夫)が死亡したので、實家に親族入籍してから子を生んでも、その子は父が死亡の際屬したりし家の氏を稱し、現に母の屬する實家の氏を稱しない。

【註三】。大正十一年一月二十九日民第四一八六號回答は「民法(舊)第七三三條第一項第二項ノ家トハ出生當時ノ家ナリ」となし(先例大系一一一四項)、従つて大正十三年二月一四日民第七九七號回答も「分家前ニ出生シタル嫡出子ハ出生當時ノ家(即ち本家)ニ入ルベク、分家後ノ出生届ニヨリ分家ニ入ルコトヲ得ズ」となし(先例大系一一一五項)、既になされた分家に入るべきものとしての出生の記載は、訂正されるべきものとされて居た(昭和一〇・七・二民甲第五二二號回答・先例大系三二八項参照)。ただ、廢家の上他家に入りたる者の廢家前の出生子は、出生届により便宜上廢家者の入籍したる家に入るものとされて居るから(大正一一・二・六民第四五〇五號回答・先例大系一一一六項)、出生子は廢家の氏を稱せず、廢家者の入籍したる家の氏を稱することになる(舊七六三條)。

【註四】。全國民事慣例類集には「凡ソ離縁ノトキ夫婦間生レシ子女アレバ、男子ハ夫ニ附シ女子ハ婦ニ附シテ養育スルノ義務アル事一般ノ通例ナリ」とある(明治文化全集第八卷法律編二一六頁以下)。従つて、懐胎の婦が離婚後に生んだ子の歸屬についても、「懐胎ノ女離別スルトキハ産穢明マデハ夫方ヨリ扶持スベシ。男子ハ父ニ附シ女子ハ母ニ附スル作法タリトイヘドモ其身ニ上ニヨルベキ者トス。信濃國高井郡舊記」とも謂われ、「婦ヘ付セシ子ハ其夫タリシ者終身子視セザル事ニテ其子ノ身上總テ



婦タリシ者ノ存意ニ任ス事ナリ。相模國鎌倉郡」とも謂われて居る。「男子ハ夫ニ附シ、女子ハ婦ニ附ス」慣例は、徳川時代以來明治初年にかけて相當多くの地方に行われて居たようではあるが、公裁筆記青山秘録卷之一第十條（女房離縁之節 出生の男女取捌之事）には「女房離縁等いたし候節、男子は夫江付女子は妻江付旨申儀、世上に而何となく申習候得共、奉行所に而右之定者無之、及出入候節は、男子に而も女子に而も、夫之方江引取可申趣を以取計候、然共相對之上男は夫は妻之方江引請候旨、熟談いたし候上は任其意候、右者先年三浦伊勢守が町奉行に問合挨拶有之候」とあり、また「離縁以後 出生小兒引渡方之事。男子ハ夫に附女子ハ女房江附候と申ハ下説にて裁許申付時ハ男女共夫江引渡筋之よし其心得を以可取計事」とある（司法省調査課徳川時代民事慣例集人事ノ部六四頁）。従つて、「所生ノ子ハ男女ヲ問ハズ夫家ニテ養フヲ例トス。然レドモ母子ノ戀情ニ出テ連子セン事ヲ希望スルトキハ女子ニ限り許諾スル事アリ。信濃國水内郡ニ離縁ノトキ子女ハ男女トモ一切夫ノ方ニテ引受クルヲ例トス。但婦ノ望アルトキハ嫡男ヲ除キ弟妹等ヲ付與スル事モアルナリ。羽前國置賜郡」とも謂われて居た。中田薫「徳川時代ノ文學ニ見エタル私法」一四四頁以下、一七七頁以下參照。

【註五】。大正五年一〇月二四日民第八九五號回答は「民法第七三四條第二項但書ノ規定ハ母ガ家女ナル場合ニ限り其ノ適用アリ」として居る（先例大系一一二二項）。

【註六】。この點につき舊法施行前の先例に「養子並ニ其妻（他女）共ニ離縁ヲ受クルニ其以前其妻既ニ妊娠シ離縁ノ後三百日以内ニ分娩スルトキ其兒子ハ當然先養家ノ引受タルベシ。但雙方協議ノ上ハ養家及ビ夫妻ノ内何レハ引取ルモ妨ナシ」と云うのがある（明治八・一一・九内務省伺同年一二・一〇太政官指令。市岡正一民事法例類聚一〇九頁。子の本來屬すべき家、その子の保護者たるべき父母が共に居ないにも拘らず、なお原則として子は出生によりその家に入るべきものとされ、従つて子の養育を引受くるのも父母ではなくて、すべて先養家であると言はれた點に於て、吾々は著しい家族法的特質を見出し得る。

【註七】。家のために氏を選定することは、戸主権に屬するからである（舊九三四條一項七五一條）。朝鮮民事令第一一條第三項にも「氏ハ戸主（法定代理人アルトキハ法定代理人）之ヲ定ム」とあつた。一家創立の旨を記載してなす出生届（舊戸六九條五號）にも、一家を創立して戸主となつた「子の氏名」を記載しなければならぬが（同條一號）、これは氏及び名につきそれぞれ選定權を有する者が、既に選定——不要式行爲——したる氏及び名を出生の届書に記載せしむると云うだけのことである。

あつて、決して届出人（舊戸七二條）をして任意に子のために氏名を選定せしめ、これを届出しむることによつてその氏が法律上確定すると云うものではない。届出は單に届出前完全有効に選定された氏を、戸籍法上の義務としてこれをなきしむるに過ぎない。

【註八】。明治三一・一〇・四民刑第一二四五號回答（先例大系二二一八項）。大正一一・一一・一六民第四二六一號回答（先例大系六一四項）。

【註九】。前掲「註八」参照。

【註一〇】。舊民法には「婦ノ夫家ニ於ケル又入夫ノ婦家ニ於ケル尊屬親トノ關係ハ」親屬（血族）に準ずると云う規定があり（同人事編二四條二項一九條一項）、法典調査會でも起草委員の同法第二四條第二項の削除説（同議事速記録第一二四回八頁）――

―即ちこれ等の關係を以て親子の準血族關係にせず、單なる姻族關係に止めようとする説――を排して、舊民法の主義を復活させる長谷川喬委員の意見が、委員の多數によつて支持され（同五一・六五頁）、次回及び第一二六回會議で討議された後、結局、梅博士の「妻ト夫家ノ直系尊屬ト又入夫ト妻家ノ直系尊屬トノ間ニ於テハ婚姻ノ日ヨリ血族間ニ於ケルト同一ノ親族關係ヲ生ズ」と云う修正案が採用されたものである（第一二六回一七頁）。その後如何なる時期に、如何なる審議を経たのか明らかではないが、法律案として議會に提出されたときには、準血族關係を認めない削除説になつて居つて、それがそのまま決されたので、舊法の上では入嫁せる妻と夫の父母との間も、また入夫と家女の父母との間も一親等の姻族關係があるに止まる。

## (二) 氏の變動

各個人の呼稱としての氏は、各個人がその屬する家を變更した事實に基いて、當然に變更されるものであつて、各個人の意思によつて變更されることもなければ、また親族關係そのものの變動に伴い、若くは親族關係存続の直接の效果として、當然に變更されることもない。例えば、婚姻によつて他家より入りたる妻が、夫と同一の氏を稱するよちになるのは、妻が婚姻によつて夫の家に入り（舊七八八條一項）、夫の家の家族として「婚家の氏」を稱するからであつて

(舊七四) 夫婦關係成立の效果として、妻が「夫の氏」を稱するからではないし、(同じことは入夫及び婚養子が婚姻により(六條) 謂い得ることである) 養子縁組によつて他家より入りたる養子が、養親と同一の氏を稱するようになる場合、(舊七八條二項七四六條) 養子が養子縁組によつて養親の家に入り(舊八六) 養親の家の家族として「養家の氏」を稱するからであつて(舊七四) 養親子關係成立の效果として、養子が「養親の氏」を稱するからではない。

また、夫が他家に入りまたは一家を創立することによつてその氏を變更しても、これがために、夫婦關係存続の效果として、當然に妻の氏が變更されるものではなく、妻は夫に隨つて夫の入るべき家または創立したる家に入るが故に(舊七四) その家の家族として、夫と共にその「家の氏」を稱するに過ぎない(舊七四) 従つて、子は父母が共に(五條) または父若くは母が他家に入りまたは一家を創立しても、子として當然父母、または父若くは母に隨つてその家に入るべきものではないから、父母または父若くは母の氏の變更は、當然に子の氏を變更する結果を招來しない。例へば、父または母の婚家に引き取られて婚家の家族として「婚家の氏」を稱する入夫、婚養子または妻の連子は(舊七四六條一項七) 假令その後、父または母が女戸主、家女または夫と離婚して「實家の氏」を稱するようになったときでさえ(舊七三九條七四六條) これがために當然に「實家の氏」を稱することにはならない。その屬して居る家が變更されない限りは(註一一) 常にその「家の氏」を以て自己の氏となすべきものとされて居たからである。元來、離婚それ自體は夫婦間の問題であつて、親子間の問題ではないから、父母が離婚しても、これがために、直ちにその父母間の子の氏が變更されるものではない。ただ、實家に復籍した父または母が、婚家に殘して來た子を引き取つて實家の家族となすことによつて(舊七三八) 始めて子の氏が變更されるに過ぎない(舊七四) 即ち子の氏の變更は離婚そのものの直接の效果ではなく、家の變更そのものに伴う必然の效果である。

同様に、離婚または離縁によつて、婚家または養家を去つて實家に復籍した妻や養子の氏が、婚家または養家の氏から實家の氏に改められるのも、離婚または離縁によつて夫婦關係なり、養親子關係なりが、消滅したからではなくて、これによつて當然に婚家または養家の家族たる身分を失つて、實家の家族たる身分を回復するからであるし（舊七三九條、八七五條）、生存配偶者が婚家を去つて他家に入れば、これがために婚家の氏を失うのも、生存配偶者の去家によつて姻族關係が消滅したからではなくて（舊七二九條、二項）、婚家の家族たる身分を失うからである。このことは、生存配偶者が廢絶家再興のために去家した場合には、従前の姻族關係がなお持續されて居るにも拘らず（舊七三條、一）而も生存配偶者の氏が、婚家の氏から再興された家の氏（即ち廢絶した家の氏——大正七・五・三一（民第一一四八號回答、先例大系二八三六項））に改められる事實からしても、容易に理解されねばならぬ。

親族入籍をなしたる者（舊七三條）・妻、入夫、婿養子または養子によつてその婚家または養家に引き取られたる者（舊七三八條一項）・他家相續または廢絶家再興をなしたる者（舊七四三條一項七四〇條）・離婚、婚姻の取消、離縁または縁組の取消によつて實家に復籍すべき場合に、實家の廢絶により復籍すべき家のない者（舊七四〇條）または實家の戸主より復籍を拒絕された者（舊七四一條二項七四二條）・離婚された家族（舊七四九條三項後段七五〇條）・家族が戸主の同意を得ずに養子を迎へたために離籍されたとき、離籍されて一家を創立するその家族の養子（舊七五〇條三項）・廢家をなしたる者及びその家族（舊七六二條、七六三條）・絶家となつた家の家族（舊七六六條、四條）等の氏の變更についても、今まで述べて来たところと全く同様に考へて少しも差支えがない。ただ、父の知れざる子として母の家に入り、または父母共に知れざる子として一家を創立した後に於て、子の父または子の父母若くはその一方が知れた場合には、その時に於てその子は母の家を去つて父の家に入り、またはその子の創立したる家が消滅して父若くは母の家に入るものではなくて、その子は出生の當初よ

り母の家に入らざりしことに、または一家を創立せざりしことになる。即ち母の家の家族としてまたは創立した家の戸主として稱して來た氏も、週及的に抹殺されて、出生の時に於て父または母の家に入つて、その家の氏を稱したりしことに變ずるのであるから(舊八三)、この場合には子の氏の變更の問題を生ずる餘地がないと謂わねばならない。

されば、また、氏の變更が親族關係そのものの變更に伴うものではなくて、専ら「家」の變更の結果として理解される限り、何等親族關係の變更がなくとも、なお、氏の變更の生ずる場合があつても、固より怪しむに足らないことである。例えば、廢絶家再興者が從來の氏を棄てて、廢絶家の氏を稱するようになつても(大正七・五・三一民第一一四八號回答、先例大系二八三六項)、また、指定または選定によつて他家の家督相續人になつた者が、從來の氏を棄てて、その他家の氏を稱するようになつても(舊七四三條一項九、七九條九八五條)、これがため、廢絶家再興者・指定家督相續人または選定家督相續人の親族關係そのものには、何等の影響を來すものでないこと極めて明瞭である。

斯くの如くに、舊法に於ては「個人の氏」と「家の氏」とが分離せず、その變動も専ら「家」の變動に伴つて必然的に生じ、氏の變動と親族關係の變動とは、少なくとも觀念上は、必然的の關連を有しなかつたものではあるが、而も吾々は、氏の變動が扶養・親權・相續等親族効果の上に著しい差異を生ぜしめたこと——それは家籍の變動の結果として招來されたものではあつたが——を認めなくてはならない。例えば、夫婦の一方と他の一方の直系尊屬との間の扶養關係の發生には、家を同じくすることが必要とされ(舊九五四、條二項)、同順位の數人の扶養權利者または扶養義務者の間に於ては、家を同じくする者が家を異にする者より先順位に在るとされ(舊九五六條但書、九五八條二項)、親權や婚姻同意權を行使すべき父母は、子と家を同じくすることを要求され(舊七七二條、八七七條)、また、家督相續人として優先順位を占むべき者は、被相續人と家を同じくすることを要すとされて居た(舊九七〇條九八二條、九八四條九八五條)。従つて、觀念上は兎も角、結果的には、直

系姻族相互間の扶養關係は氏を同じくする者の間に限られ、扶養の權利義務の順位も氏の異同によつて決定され、氏を異にするれば親權や婚姻同意權も、また、家督相續の優先順位も失うものであつた。されば、舊法ではその屬する「家」が變れば、各個人の呼稱としての「氏」も變り、その稱する「氏」が變れば、親族關係に基く効果も變ると謂つても、必ずしも過言ではない。各個人の呼稱としての氏の變動が「家の變動」に不可分的に結びついて觀念され、且つ「家の變動」があれば、親族効果の變動が必然的に招來された舊法の下に於ては、個人の氏は、單にその個人たる人を表彰するに止まらず、常に、親族効果の上に繋がりをもつて居たことを、先づ知つておく必要がある。それは新民法に於ける氏の實體を明らかにする上にも、缺くことのできない知識でもある。

【註一】。この點につき、大正一四年の民法改正要綱は、離婚または離縁の場合には、入夫または養子の子が家女との間に生まれた子でない限りは、離婚または離縁された入夫または養子に隨つて當然婚家または養家を去るべきもの、とする改正を提議して居た（同要綱第九）。

### 三、新法に於ける氏

#### I、氏の非意思性

各人の「氏」が「名」と同じく、その個人たる人を表彰するものであるとしても、このことからして、直ちに各人勝手にその氏を定むることを得るものと考へてはならない。各人の氏の決定については、その時代、その社會に照應する一定の基準があつて、この基準に従うとき、始めてその人を適當に表彰し得るものであるからである。即ち血統の尊重される時代には、各人の氏に父系または母系の血統的意義をもたせることになるし、家制の強固な時代には、

各人の氏と家の氏とが不可分的に觀念せられることになるし、社會機構が個人化せられるに伴つて、各人の氏が血統や家の觀念から解放されて來た推移を見ても、このことは容易に理解されねばならない。氏が各人の血統を表示することによつて、その人を表彰するものと理解される限り、妻が婚姻によつてその氏を改めることは許さるべきではないし、各人の氏が家の氏によつて定まると理解される限り、親の氏によつて子の氏を定めることは許さるべきではない。氏が父系の血統を表示するものであれば、夫と妻とはその氏を異にし、母と子もその氏を異にするので、同一の家に屬しながら、その氏を異にすることは敢て稀でもないし、氏が家の呼稱であつて、その家に屬する者はその家の氏を稱すると云うことであれば、夫に否認された妻の私生子でも、母の家に在る限りは、母の屬して居る家即ち夫の家の氏を稱すべく、夫は妻の私生子が自己とその氏を同じくすることを拒み得ないし【註二二】、父の家にも母の家にも入ること能わざるによつて、一家を創立する「父母共ニ知レタル子」でも（舊七三五條）、隨意に選定された氏【註一三】を稱すべく、必ずしも父又は母と同一の氏を稱するものでもない。

斯くして、各個人を表彰する氏は均しく氏であつても、その氏に盛り込まれて居る要素は、時と所とによつて相違のあることを認めなくてはならないが、而も個人的なる意思に基いてこれが決定を許さないところに、呼稱上の法律秩序が保持されることを、吾々は思はなければならぬ。私の理解するところによれば、舊法の下に於ても、新法の下に於ても、「氏」も「名」も均しく個人の呼稱たる役目を果すものではあるが、「氏」が個人の意思と無關係に、自然的事實に基いて、非意思的に定まることを本則とされた點で、「名」から特に區別されねばならない一特異點があると思う。されば、『氏』が個人の呼稱であるとする、われわれ銘々の「名」が——呼稱は同一でも——皆異なるように、われわれの「氏」もまた皆異つて差支えないわけであつて、夫婦や親子が、必ずしも同じ「氏」を稱しなくては

ならないということはないわけである。むしろ、各人の「氏」は、銘々異なるのが原則と解すべきではなからうか」と云うような考え方には「註一四」、到底私の與し得ないものがある。

「家」の觀念が廢止された以上、「家の氏」と云う觀念も存在しないことにはなるが、これがため各個人の呼稱としての「氏」までが必然的になくなるものではない。なくなるのは各人の「氏」が「家の氏」によつて定まると云う考え方（舊七四）である。而も各個人の呼稱としての氏であつても、個人的恣意による氏選定の自由が、許さるべきでないこと上述の如くであるとしたら、新法は各人の氏の決定につき如何なる基準を用意したか、が明らかにされねばならぬ。

【註一三】。妻の私生子が母の家（即ち夫の家）に在る場合には、「父ノ知レザル子」として母の家に在る場合と（舊七三三條二項）、「父ノ家ニ入ルコトヲ得ザル」子として母の家に在る場合（舊七三五條二項前段）とがある。母が戸主でないときには、母の家（夫の家）の「戸主ノ同意アルニ非ザレバ」母の家に入ることを得ないが（舊七三五條一項）、その代り、戸主が同意を與えた以上（または母が戸主である場合は勿論）、夫は妻の私生子が自己の家に止まつて、自己と同一の氏を稱することを妨げ得ないと云うことになる（大正四・一一・六民第一五五四號回答、先例大系一三〇七項。なお大正一四年要綱第三項参照）。

【註一四】。明治三一・八・二六香川縣鶴足郡岡田村戸籍吏代理助役何——庶子私生子竝ニ離籍セラレタル者ガ一家ヲ創立スル場合ニハ、庶子ハ父ノ氏ヲ稱シ、私生子ハ母ノ氏ヲ稱シ、離籍者ハ其家ノ氏ヲ冒スハ當然タリト思考スレドモ、若シ之ヲ拒ムトキハ隨意ノ氏ヲ選ビ稱スルモ差支ナキヤ。同年一〇・四民刑第一二四五號回答——一家創立者ハ隨意ニ其氏ヲ選定スルコトヲ得（先例大系一二一八項）。同趣旨——大正一一・一一・一六民第四二六一號回答（先例大系六一四項）。

【註一四】。鶴澤普「氏についで」戸籍研究一七號三頁）。

## II 氏の取得



新法は、舊法と同じく、各人は必ず一個の氏をもち、氏をもたない人を認めないから（一人一氏）、人は出生することによつて、當然一個の氏を取得するものとされて居る。自然人としての存在は出生に始まり、出生の時より私権を享有するからである（民一三條）。出生により取得すべき氏は、次の法則によつて定まる。

(1) 嫡出である子は、出生と同時に、出生の時の父母の氏を取得する（民七九〇條）。これがために嫡出子出生届（戸二條）を要しない。出生の届書に「子の氏」を記載させるのは（戸二九條施行規則五九條附錄一號様式参照）、出生の時に於て定まつた氏を、戸籍上に記載させるために、出生の届書に記載させると云うだけのことであつて、この届出をなすことによつて出生した者の氏が、法律上始めて確定すると云う意味のものでは決してない。元來、氏の取得は、法律の規定によつて出生の時に於て當然生ずる効果であるから、父母または子に於て別に何等の行爲をなすことを要しないし、また、何人もこの効果の發生を妨げることを得ない。

嫡出である子が父母の氏を稱する、と云うこの法則は、子が出生によつて氏を原始的に取得する場合のみに關する。出生により子の氏が一旦定まつた後に、父母の氏に變動のあつた場合に適用してはならない。子が父母の氏を取得した後、父母がその氏を變えても、これがため當然に、その子の氏が變るものではない。氏が各個人の呼稱である限り、その變動は常に個人的でなければならず、その變動の効果も他に及ぶことがあつてはならないからである（註一五）。

固より、嫡出である子はその生涯を通じて父母の氏を稱し、これと異なる氏を稱し得ない、と云う意味のものでも決してない（この點については、三、四、A、(4)「養子縁組による氏の變動」で詳述する）。

嫡出である子が出生により取得する父母の氏は、婚姻の際の協議によつて定まるところの、子出生の時の、夫または妻の氏である（民七五條）。例えば、養子が養親の娘と夫の氏を稱する婚姻をなした後に離縁すれば、夫は縁組前の氏

に復するし(六條<sup>(民八一)</sup>)、妻の氏もこれと共に甲の縁組前の氏に變るから(〇條<sup>(民七五)</sup>)、離婚後に生まれる子の取得する父母の氏は、婚姻によつて定まるところの、出生の時の父母の氏即ち夫の縁組前の氏であるし、もし、その婚姻が妻の氏を稱したものであれば、夫の離縁があつても妻の氏は變らず、従つて夫の氏も變らない——夫は離縁しても、婚姻の存続中は妻の氏を稱すべきが故に(〇條<sup>(民七五)</sup>)、縁組前の氏に復し得ない——から、離婚後に生まれる子の取得する父母の氏は、婚姻によつて定まるところの、出生の時の父母の氏即ち婚姻の際の妻の氏である。

【註一五】。新法のこの點に關する唯一の例外は、夫婦間に於ける「氏共同の原則」である(民七五〇條)。三、Ⅲ、A、(1)「婚姻による氏の變動」参照。

(2)。子の出生前に父母が離婚したときは、その後生まれ出る嫡出である子は、常に離婚の際に於ける父母の氏【註一六】を取得する(一項但書<sup>(民七九〇條)</sup>)。父母間の婚姻が、父の氏を稱したものであると、母の氏を稱したものであるとによつて差異はないし、また、離婚の際に於ける父母の氏が、懐胎當時の父母の氏と同一であるか否かも顧慮しない。従つて例えば、養子甲が養親の娘乙と自己(夫)の氏を稱する婚姻をなし、乙の懐胎後離婚すると、夫甲は縁組前の氏に復し(六條<sup>(民八一)</sup>)、妻乙の氏もこれと共に甲の縁組前の氏に變るが(〇條<sup>(民七五)</sup>)、子の出生前に甲と離婚すれば、妻乙は婚姻前の氏に復してその戸籍に入るのであるが(條<sup>(民七六七條七七一)</sup>、條<sup>(民七九條一)</sup>、條<sup>(民七九條一)</sup>)、離婚後に乙の生んだ子は、離婚の際に於ける父母の氏即ち父甲の縁組前の氏を稱して、懐胎當時の父母の氏即ち父甲の縁組後の氏を稱しないことになる。もし、甲が妻乙の氏を稱する婚姻をなした場合であれば、離縁するも、甲乙間の婚姻が存続する限りは、縁組前の氏に復することなく依然妻の氏を稱し、離婚によつて始めて縁組前の氏に復するので(昭和三三・一〇・二三民甲第一六四〇號回答、戶籍研究一五號二頁)、離婚後に乙の生んだ子は、離婚の際に於ける父母の氏即ち懐胎當時と變らない父母の氏を稱することになる。

子は常に懐胎された當時の家の氏を稱すべきものとされた先例(明治八・一二・一〇太政官指令前掲【註六】参照)から出發して、その家に子の保護者としての母の在ることを條件として、子の本來屬すべき家への歸屬を認めた舊法に遷り(舊七三四條二項、但書七四六條)、その父權的家族制の崩壞と共に、茲に三轉して、氏が専ら親子法的にのみ律せられるようになったのであるが、蓋し當然の推移と謂わねばならない。

この場合に於ける氏の取得も、法律行為に基くものではなく、法律上當然に發生するものであつて、父母は離婚する際に、胎兒の出生後に於ける氏につき協議して、豫じめこれを定めておくことを得ない(民七六六條七七。一條八一九條)。ただ、胎兒の出生後に、民法第七九一條の規定する一般原則に従つて、子の氏を復氏した父または母の氏に變ることができただけである。

【註一六】。昭和二三・一二・三民甲第二九四號回答——筆頭者甲と離婚し、婚姻前の氏に復した乙女が離婚後百日以内に丙男を出生した。然るに甲男は離婚後養子縁組により丁の戸籍に入籍したため全戸除籍されて居る場合、戸籍訂正(市町村長限りで訂正できる)で甲の戸籍を復活し(甲は縁組で消除された状態で)丙の入籍記載をなす(戸籍研究一六號二六頁)。

(3)。子の出生前に父が死亡したときは、その後生まれる嫡出である子は、常に死亡の際に於ける父母の氏を取得する。この點については、民法に別段の規定はないが、死亡の瞬間まで父母間に夫婦關係の存續して居つたと云ふ事實は、父の死亡によつて消滅しないこと、離婚の場合と事情は全く同様であるからである。昭和二三年三月四日民甲第二四六號回答が「(1)生存配偶者が懐胎したまま復氏して嫡出子を出生したときは、右嫡出子は懐胎當時の父母の戸籍に入るので、懐胎當時の父母の戸籍が除かれているときは、これを回復した上で入籍の手續をするし、(2)生存配偶者が嫡出子を出生して數時間後に死亡した場合は、右出生子は父母の死亡前に屬していた戸籍に入る」として居るが

(戸籍研究一、一號二三頁)、恐らくその眞意は、子出生の際既に父が死亡して居れば、懐胎當時の父母の氏を取得させると云うのではなくて、死亡の際に於ける父母の氏即ち父母が夫婦としてその最後に稱して居た氏を取得させると云うことであつたと思われる(國籍法一條)後段參照。即ち、舊法の戸籍(戸一)で、筆頭者の弟死亡し、その妻が復氏により婚姻前の

戸籍に復した後に、その夫婦間の子が出生した場合には、その子は父の死亡當時の父母の氏を稱して父母の屬して居た戸籍に入るものとされて居る(昭和二・三・六・九民甲第一四九六)もし、その母が復氏せず従來の戸籍に止まつて居

た場合であれば、母と同じ氏を稱する子の出生によつて、母について新戸籍が編製されることになるので(戸七)その子は母に隨つて新戸籍に入る(戸一八條。亡夫はその新戸籍に入らない—昭和二・三)。

(4)。子の出生前に父母間の婚姻が取消された場合についても、民法は何等これを明規して居ない。民法は婚姻取消の効果を既往に遡らしめない(民七四八)一項)、婚姻が取消されても、その取消の時まで夫婦關係が有効に存續して居つたことは、離婚の場合と何等異なるところがない。されば、子の出生前に父母が離婚した場合の民法第七九〇條第一項但書の規定から類推して、父母間の婚姻取消後に生まれる嫡出である子は、常に取消の際に於ける父母の氏を取得する、と解すべきである(民七四九)一項參照。

(5)。嫡出でない子は、出生と同時に、常に出生の時「註一七」の母の氏を取得する(民七九〇)一項)。このことは、その子が出生と同時に法律上「父をもつ子」であるとして「父をもたない子」であるによつて、區別されない。即ち新法では舊法と異なり、嫡出でない子は、一方では、出生前に父から認知されて(胎兒認知—民七八)三條一項、戸六一條)出生と同時に父をもつ場合でも、當然には父の氏を稱することにはならない(民七九)一項)、他方では、出生と同時に當然に母の氏を稱することを、何人からも妨げられることがない。舊法では、父が戸主ならば當然に(舊七三三)一項)、家族ならば、子出生の時に

於て、父の屬する家の戸主の同意を得て父の家に入り、父と同一の氏を稱することができたのであるが（舊七三五條一）、而も母が家族ならば、母の屬する家の戸主は、母の子が出生と同時に母の家に入つて母と同一の氏を稱することを拒むことができた（舊七三三條二項七三五條）。従つて新法が、嫡出でない子は他の一切の事情を考慮することなく、常に母の氏を稱するとしたことは、舊法と著しく異なる點である。

昭和二三年一月二十九日民甲第一三六號通牒第二項は「父母婚姻前に出生した子につき、その婚姻届出後新戸籍法第六二條に基き嫡出子出生の届出があつた場合は、子は父母の氏を稱し、直ちに父母の戸籍に入る」として居るが（和昭二三・四・二〇民甲第二〇八號回答、戸籍研究一二號一九頁）、解釋に苦しまざるを得ない。子が生來の嫡出子たるがために、少なくとも子の出生前に父母が婚姻をなしたること——子の懐胎當時または出生當時に父母の間に婚姻關係が成立し、または存續して居ることを要するか否かは暫らく別問題としても——を要することについては、未だ異説あるを聞かないし、父母の婚姻前の出生子につき、婚姻後父母または父から嫡出子出生の届出をすると、これによつて、その子が生來の嫡出性を與えられると云うような解釋論も未だこれを知らない。人としての法律上の存在は、出生の届出を俟つまでもなく、出生の事實によつて決定せられるもので、この届出がないと——従つてまたこれに基く戸籍の記載がないと——人は法律上出生したことはないと云う意味のものでは決してない以上、偶々、出生届が婚姻後になされたと云うことのために、婚姻外の子として生まれたものが、生來の嫡出子とされると云うようなことは、理論の到底許し得ないところである。恐らくは、通牒の眞意は、斯かる子は出生（出生届のなされ）と同時に、出生の時の母の氏を取得するが（民七九〇）、その後母が婚姻をなして、その夫から認知の効力を有する出生届（この出生届は母合には父のみよりするも差支えない——同通牒二項後段）をすると、その子は準正されて、その時から嫡出子たる身分を取得する（民七八九〇）。而

して父と母との婚姻が、母の氏を稱したものであれば、その子は父母と氏を同じくするものであるし、もし、父の氏を稱したものであれば、民法第七九一條第二項の規定によつて父母と氏を同じくすることもできるので、子の出生により、母子のために母の氏を稱する新戸籍を編製する煩瑣な手續(七條)を省略させての「子は父母の氏を稱し、直ちに父母の戸籍に入る」としたものに思われる〔註一八〕。併し、結果は偶々同じになつても、子が民法第七九一條第一項の規定により父母と氏を同じくすると、民法第七九一條第二項の規定により父母と氏を同じくするのは、その理論構成の上に——従つて子が従前の氏に復する上にも——大きな相違のあることを吾々は看過し得ない(民七九一條三)。

嫡出でない子よその母との間の法律上の親子關係は、父子關係の場合と同じく、認知によりて始めて發生し、子は母の認知あるまでは法律上母を有するものでない、とする大審院從來の判例に従えば(大正一〇・二一・九大判民錄二七輯、二二〇〇頁、判民一八〇事件(穂積))、嫡出でない子については、法律上父は知れて居るが、母の知れて居ないと云うことも起り得る。子の妊娠または分娩の事實關係が明白である以上、子の出生前または出生の時に、母の認知はなくとも、事實上の父からの認知は可能であるからである(民七八三)。この場合子は、出生と同時に、出生の時の父の氏を取得するか、或るいは、その子について存すべき親權者または後見人が、監護權の一作用として、その子のために氏を決定するか、と云うようなことが考えられるが、民法には何等の規定がない。或るいは、私生母子關係は分娩の事實によりて當然に發生し、私生父子關係は父の認知によりて始めて發生するが故に、法律上母は知れて居るが父の知れて居ない子(即ち法律上母)はあり得ても、法律上父は知れて居るが母の知れて居ない子(即ち法律上父)はあり得ないので、民法はこれを問題として取り上げる必要もないと云う趣旨で、特に規定しなかつたのではあるまいかと思われる。蓋し法律上父が知れて居

ないと云うことは、少しも生理上母が子を妊娠し分娩することの妨げとならないに拘らず、何人が妊娠分娩したか事實上不明の子を、父が認知すると云うことは、今日の醫學の知識を以てしては、未だ到底考え得られない事柄であるからである。

【註一七】。筆頭者及びその配偶者以外の者が嫡出でない子を生み、出生届未済のまま死亡した後、同居者より右出生子の出生届があつた場合、その出生子は出生當時母の屬して居た戸籍に入るもので、戸籍法第一七條により亡母について新戸籍を編製して、その新戸籍に入るものとされて居る（昭和二三・一二・九民甲第二九五九號回答、戸籍研究一七號二七頁）。

【註一八】。舊法第七三三條の子の入るべき「父ノ家」または「母ノ家」とは、子出生當時の家とされて居たにも拘らず、廢家の上他家に入りたる者の廢家前の出生子は、出生届により廢家者の入籍したる家に入るものとする、便宜上の取扱が認められて居た（大正一一・二・六民第四五〇五號回答、先例大系一一一六項）。従つて、廢家前の出生子は出生當時の入るべき家の氏を稱せず、廢家後の出生届により廢家者の入籍したる家の氏を稱す、とする類似の先例がないでもない。

以上の法則に従つて、子が氏を取得するには、子出生の時に於て父母または母の知れて居ることが必要である。而も、民法は氏なき人を認めないから、出生の時に於て父母または母の知れない、日本に於て生まれた棄兒【註一九】のためには（國籍法）、特に市町村をしてその氏を定めしめて居るし（戸五七）、また、例えば婚姻により日本の國籍を取得した英國人女は、離婚しても當然には日本の國籍を失わないので（國籍法）、離婚の届出に基いてその者につき新戸籍を編製することになるが（戸一九條一項但書）、この場合にその者の稱すべき氏は、必ずしも婚姻前の氏とか、婚姻中の氏とか、と云うように制限されず、その者の意思によつて自由にこれを定め得るものとされて居る（昭和二三・一〇・四八號回答、戸籍）。同様に、歸化（戸一〇）及び國籍回復（戸一〇）の場合も、歸化者または國籍回復者について新戸籍を編製することになるので（戸二）、これ等の者に於て自由に氏を定め得ることにならう。蓋し歸化者または國籍回

復者は、假令日本人たる父母または母があつても、その父母または母の氏を稱すべき別段の明文がないからである（舊法當時の先例ではあるが、歸化については大正一四・一・二八民第三四號回答、先例大系）  
 （二九一五項、國籍回復については昭和四・三・九民第一〇〇七號回答、先例大系二九五七項）  
 日本に於て生まれた子の父母が共にいづれの國籍をも有しないとき（國籍法四條、戸）も同様である。

尤も、後述するように、子の氏が親子間の保育的生活共同關係に繋がりをもつものであるとすれば、(2)乃至(5)の法則による子の氏の決定は、立法論としては、再考の餘地があるが、現行法のままでも民法第七九一條第二項の規定が、その缺陷を修補することにならう。

【註一九】。迷兒で「相當時日ヲ徑過スルモ身元判明セズ且氏名不詳ノ者」は、棄兒の取扱を受ける——大正四・六・二三民第三六一號回答、先例大系二二九七項。

### Ⅲ 氏の變動

各人の氏が、出生によつて一旦定まつたにも拘らず、その後發生する法律要件の法律効果として、氏の變更される場合を、説明の便宜上ここでは「氏の變動」と呼ぶことにする。氏の變動には、人が特定の身分關係を變更することによつて、法律上當然にその氏に變動を生ずる場合と、一定の條件の下に法律行為の効果として、その氏に變動を生ずる場合とがある。前者にあつては、身分關係の變更そのものは個人の意思に基づくことはあつても、氏の變動は身分關係の變更に必然伴わされた結果であつて、一定の親族的身分より當然出て來る謂わば「身分効果」としての氏の變動であるが、後者にあつては、限られた一定の場合に、個人の希望を容れて氏の變更されることを、法律が認許したものであつて、人が欲したるが故に與えられた謂わば「意思効果」としての氏の變動である。

舊法に於ける氏の變動が、常に家の變動に必然附隨せしめられて、人の欲して與えらるべきものでなかつたのに對



して、新法が、極めて限られた場合ではあるが、「意思効果」としての氏の變動を認めたことは、留意されなければならぬ点である。新法に於ける氏の個人的性格の一表現として、吾々の看過し得ないところであるからである。

(A) 身分効果としての氏の變動

各人の氏が、その個人たる人を表彰するものである以上、出生により一旦定まつた氏は、濫りに變更さるべきものではない。ただ、人がその後一定の親族的身分を取得したまたは喪失したために、従前の氏を以てしてはその個人たる人を適當に表彰し得ないものと考えられる場合に限つて、氏の變動が認められるに過ぎない。即ち氏の變動は、これを認むることなくしては、變動された親族的身分の本質に適合せず、これがために、氏がもはや各個人の呼稱たる社會的機能を果し得ないと云う場合に限定されなくてはならない。斯かる意味に於て、新法が認めた「身分効果」としての氏の變動に次の場合がある。

(1) 婚姻による氏の變動

夫婦は、婚姻によつて、夫の氏か妻の氏か、いづれか一方の氏を共同に稱しなければならぬものとされて居る(民七五)(〇條)。そのいづれの氏を稱するかは、婚姻の際の協議によつて定められ、婚姻の届出にはこの協議によつて定められた「夫婦が稱する氏」を記載することになつて居る(戸七四)(條一號)。このことは、夫妻が婚姻前から偶々同じ氏を稱して居つた場合についても、均しく謂い得ることである(註三〇)。蓋し夫婦が婚姻によつて夫妻のいづれの氏を稱したかを明らかにしておかなくては、婚姻によりその夫婦のために新戸籍を編製すべきであるか否かが必ずしも明らかでないし(戸一六)(條一項)、もし、編製すべき場合——例えば、夫婦となる者の双方が、戸籍の筆頭に記載されて居ない場合——であるとしても、夫妻のいづれが、その戸籍の筆頭に記載さるべきか(戸一四)(條一項)、その夫または妻に同じ氏を稱する前

婚の子や嫡出でない子があるときに、その子は父または母の婚姻による新戸籍に隨從して入籍すべきか（戸六條一）、の問題が生ずるし【註三二】。もし、新戸籍を編製しない場合——例えば、夫婦となる者の双方が、既に戸籍の筆頭に記載されて居る場合——であるとしても、夫妻のいづれの一方が他方の戸籍に入るべきか、の問題が生ずるし（戸一六條）、新戸籍が編製されたときと否とに拘らず、婚姻後、夫婦の一方の氏が離縁（六條）等によつて變更された場合に於ける他方の氏の變動につき、或るいは、婚姻の解消または取消の際に、夫婦の一方をその戸籍から除くことや（戸一九條）、系譜、祭具及び墳墓の所有權を承繼することについても（民七四九條七五一條二）、幾多の不明な點を残すことになるからである。

されば、昭和二三年一月二九日民甲第一三六號通牒は、舊法施行當時婚姻した夫婦については、入夫または婿養子の場合は妻、その他の場合は夫の氏を稱したものと解すべきであるとなし、従つて、同二四年二月四日民甲第二〇〇號回答も（戸籍研究一）九號二二頁、舊法で養女のために婿養子を迎え、新法施行後に、養女と婿養子が共に養親と離縁すれば、この婿養子夫婦については、妻の實方の氏を稱する、妻を筆頭者とする新戸籍が編製さるべきであるとして居る（戸六條）【註三三】。

斯くの如くに、夫婦が必ず同一の氏を稱すると云うことは、決して我國古來の慣習ではなかつた。舊法施行前に於いても、明治八年一月九日内務省伺の「華士族平民ニ論ナク凡テ婦女他家に婚嫁シテ後ハ終身其婦女實家ノ苗字ヲ稱ス可キ義ニ候哉又ハ婦女ハ總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稱サセ候方穩當ト相考ヘ候共右ハ未ダ成例コレナキ事項ニ付決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」に對する、同九年三月一七日の太政官指令には「伺之趣婦女人ニ嫁スルモ仍ホ所生ノ氏ヲ用ユベキ事但夫ノ家ヲ

相續シタル上ハ夫家ノ氏ヲ稱スベキ事」とあつて（司法研究二八輯）、同趣旨の指令は明治二七年五月一四日まで、幾度も繰り返えされて居る（人事慣例）。蓋し氏の血縁性が繼承されて居る限り、「夫婦別姓」は當然容認されねばならないことであつたからである。舊法の下に於ては、氏は血縁から分離するに至つたのであるが、而も、夫婦間に於ける「氏共同の原則」は、決して正面から採用されたものではなかつた。即ち舊法では婚姻が成立すれば、妻は夫の家に入り、入夫及び婿養子は妻の家に入つて（舊七八）、夫婦はその屬する家と同じくし、その後、夫が他家に入りまたは一家を創立すれば、妻は當然夫に隨つてその家に入るべきであつたので（舊七四）、夫婦はその屬する家を異にすることを得なかつた（家共同）。而して各人の氏はその人の屬する家の氏によつて當然定まり、而も「一家一氏」なるが故に（舊七四）、結果的には、夫婦でありながらその氏を異にすることが、法律上起り得ないと云うだけのことであつた。されば、舊法に於ける夫婦の「氏共同の原則」は、夫婦の「家共同の原則」によつて偶々結果されたに過ぎない。従つて、純粹の意味に於ける夫婦の「氏共同の原則」は、我國に於ては、新法によつて始めて採用されたものであると謂つても、必ずしも過言ではない。

元來、夫婦が同じ氏を稱すべきものであると云うことは、夫婦が住所を同じくし、地位を同じくし、財産を共同にし、責任を共同にし、國籍を一にしなければならぬとする思想に相通する。その背後には夫婦は二個の人格の對立ではなく相結合した一體であると云う、夫婦同體主義の夫婦觀が強く働いて居るからである。吾々は、法制史上婚姻によつて夫婦は一體となると云うが、その一體とは夫の人格が妻の人格を吸収して、妻の人格が消滅し、夫のみ的人格が残存しての夫婦一體であつた事實を見逃してはならぬ。Blackstone は英國コンモン・ロウに於ける夫婦同體主義を説明して「婚姻によつて、夫と妻とは法律上一人となる。即ち婦人の存在または法律上の存在自體が婚姻の存

續中停止され、または少くとも、夫の存在の中に編入され、併吞されて、妻は夫の翼 (wing) と庇護 (protection) と被覆 (cover) の下に、すべての事柄をなすのである。それ故に妻はロウ・フレンチで *fine-covert*, *femina vivo co-operta* と稱せられ、*covert-baron* 即ち彼女の *baron* または *lord* である彼女の夫の庇護と勢力 (influence) の下にあると謂われて居る。婚姻中に於ける妻の地位は *coverture* と呼ばれる」として居る (*Commentaries*, vol. 1, p. 418)。

新法は、さすがに「氏共同の原則」を採用しながらも、父権的父系的家族制社會に於けるが如くに、妻は婚姻によつて常に必ず夫の氏を稱すべきものとはしなかつた。「兩性の本質的平等」の立場から、夫婦共同の氏はその協議によつて、或るいは夫の氏に定められ、或るいは妻の氏に定めらるべきものとして居る。即ち婚姻法としては、夫婦は必ずそのいづれか一方の氏を共同に稱しなければならないことにはして居るが、そのどちらの氏を稱することになるかは、當事者に對等の立場で協議させると云うのであるから、氏の選擇については、夫妻は平等の地位に立つものも謂うことが出来る。

併し、一方に於ては、各個人を表彰する氏が血縁から分離され、家から解放され、他方に於ては、「個人の尊嚴」が、「兩性の本質的平等」と同じく、夫婦生活の基調となつてくると、氏は婚姻から解放されなくてはならない。夫妻各自は、自己を表彰するそれぞれの「獨立の氏名」が保障されなくてはならないと謂うのである。婚姻の法律上の一効果として、夫妻をして強制的に同一の氏を稱せしむることは、婚姻を以て獨立對等な人格者間の關係と觀念する、近代的婚姻思想に背くものであるからである。氏の共同が、氏を異にする男女間には夫婦關係は存在し得ないと云うような、婚姻の本質論に由來するものでないとしたら、夫妻各自が別々に財産を有し、別々に責任を負うことが既に認められて居るにも拘らず (七六〇條、七六二條)、氏だけはこれを別々にすることが何故に許され得ないことであらうか。吾々

は舊法でも、新法でも、夫の住所を以て必然的に妻の住所となす所謂「住所共同の原則」を探らなかつた立法態度に  
(民二一條)、學ぶところがなくてはならない。寧ろ、一九二六年のソヴェット法に於けるが如く「婚姻の登録に當り、  
夫婦は、夫または妻の姓を共同に稱するや、または各自の固有姓を引續き稱するやにつき、自己の希望を申告するこ  
とを得」となすのが(婚姻親族後)、婚姻法としては正しい行き方のように思われる(註三三)。即ち夫婦は婚姻によつて  
強制的に、同一の氏を稱すべきものとなさず、その氏を同じくすることを欲する者にだけ、氏を同じくする方法を  
與えておけば、婚姻法としてはそれで充分ではあるまいか。「法律は家庭に入らず」の格言の趣旨に従つて、法律と  
してはこの線で留まることが望ましかつたように思われる。婚姻法上の自動的效果として、夫婦が必ず氏を一にしな  
ければならないと云う考え方は、情義上の夫婦同體論を、そのまま法律の上に採り入れようとするものではないかを  
疑わざるを得ない。それは決して正しい立法態度とは謂われない。

夫婦の氏共同の原則が、思想的には夫婦同體主義に由來するものである以上、夫婦間に於ける氏の共同は、婚姻成  
立の際に於ける氏の共同を意味するだけではなくて、婚姻存続中に於ける氏の共同をも意味するものでなくてはなら  
ない。蓋し民法は婚姻の成立によつて夫婦が夫または妻の氏を稱すべきことを規定すると共に(民七五)、離婚(民七六  
條七)、夫婦の一方の死亡(民七五一項)または婚姻の取消(民七四九條)の場合には、特に「婚姻前の氏に復すること」を規  
定して居るので、夫婦關係の存続中は夫婦が必ず常に同一の氏を稱すべきことを豫定して居るものと謂わなければ  
ならないからである。斯くして、夫婦養子について(民七九)、または養男子が養親の養女子と婚姻して居るときに  
(民七三四)、妻だけが離縁された場合、もし、その夫婦が婚姻の際に妻の氏を稱したものであれば、妻は縁組前の氏  
(條但書)に復するので(民八一)、而して夫は婚姻の存続して居る限りは、妻の氏を稱すべきものであるから、夫も妻の復氏と共

にその氏を變えて、夫婦は妻の縁組前の氏を共同に稱することになるし(この場合夫は養親との養親子関係を繼續)、もし、その夫婦が夫の氏を稱したものであれば、妻は離縁後も、婚姻の存續して居る限りは、夫の氏を稱すべきものであるから、民法第八一六條の離縁による復氏の規定はその適用を妨げられて、夫婦は、妻の離縁があつたにも拘らず、依然として夫の氏即ち養親と同一の氏を共同に稱することになる。要するに、婚姻の際に夫婦が夫の氏を稱することに定めた場合、その後夫について氏の變動があれば、妻の氏もこれに隨つて變るし、夫婦が妻の氏を稱することに定めた場合、その後妻について氏の變動があれば、夫の氏もこれに隨つて變ることになる。夫の氏を稱することにした夫婦の妻だけについて、または妻の氏を稱することにした夫婦の夫だけについて、その氏が變ると云うことは、その婚姻の存續する限りは、起り得ないことである。

舊法に於ては、婚姻により妻が夫の家に入り、その家の氏を稱した場合であると、夫が妻の家に入り、その家の氏を稱した場合であるとを區別せず(舊七四六條)、婚姻の存續中に夫が他家に入りまたは一家を創立してその氏を變えれば、妻も常に當然夫と共にその家に入り、その氏を變えるものとされて居た(舊七四五條)。従つて、舊法では妻である女戸主が廢家して他家に入るときに、夫がその家族として當然これに隨つてその他家に入り、その家の氏を稱することになる場合を除いては(舊七四六條)、夫婦が氏を同じくすることは、常に妻の追従による氏の變動によつて維持されて居つた。斯くして、舊法では妻の氏が變つたときに、その夫の氏もこれに隨つて變ると云うことが認められなかつたので、夫婦養子または養男子とその養親の養女子との婚姻につき、妻だけが離縁されて實家に復籍して、實家の氏を稱しなければならぬ事態に立ち到ると(舊七三九條)、養子たる夫は、離婚して妻をその實家に復せしむるか、または自らも離縁して妻と共に養家を出て、自己の實家に復するか、その二者のいづれかを選択しなければならぬこと

にもされて居た(舊八七。六條)。新法に於ける夫婦間の氏の變動を、斯うした舊法の夫中心の氏の變動と比較すれば、夫婦對等の立場に遷つたものとして、注目すべき事柄でなければならぬ。

## (2) 離婚による氏の變動

婚姻によつて氏を改めた夫または妻は、離婚があれば、當然に、婚姻前の氏に復し(民七六七條)、戸籍も新戸籍の編製される場合を除き(戸六條一七條一)、婚姻前の戸籍に入るものとされて居る(戸一九條一項本文)。従つて、實際の結果は舊法の場合(舊七三九條七四六條)と大體に於て同じになるが、新法では、實家の廢絶(舊七四〇條二項)とか、と云うようなことがないから、離婚をなした者は常に婚姻前の氏に復し、新戸籍の編製される場合でも、その者に於て「自己の氏」を定める餘地は存しない。この點は、舊法の一家創立の場合には、一家創立者に於て「家の氏」を自由に定め得るものであつて、その當然の結果として、その家に屬する「各人の氏」が定まつたのと、著しく異なるところである。

婚姻によつて氏を改めた者が、配偶者死亡後婚姻前の氏に復することなく(民七五一條一項戸、一九條二項九五條)、さらに、婚姻によつて氏を改めた場合に、第二の婚姻が離婚となつたときは、生存配偶者は、その意思により第一の婚姻前の氏(生來の氏)または、第一の婚姻による氏のいづれかに復し、戸籍もこれに應じて、新戸籍の編製される場合を除き、それぞれその戸籍に復するものとされて居る(昭和二三・一・一三民甲。第一七號通牒二項後段)。恐らく、婚姻によつて氏を改めた生存配偶者が、第二の婚姻によらずに養子縁組によつて氏を改めた場合に、その縁組が離縁となつたときも、同様な取扱がなされることと思われる。

併し、この取扱の根據は頗る疑問である。蓋し民法第七六七條の「婚姻前の氏」とは、離婚によつて解消した第二

の婚姻についての「婚姻前の氏」の意味であつて、生來の氏は、死亡によつて解消した第一の婚姻についての「婚姻前の氏」に過ぎないからである。現に、同通牒は第二項前段に於て、轉縁組の場合に第二の縁組が離縁となつたときは、養子は、第一の縁組による氏に復すべきもので、第二の縁組の離縁により、直ちに第一の縁組前の氏即ち生來の氏に復することはないとして居る。通牒が、轉婚と轉縁組によつて、斯うした取扱上の差異を認めざるを得なかつたのは、恐らく、轉婚の場合は、第二の婚姻をなすも、これによつて當然には第一の婚姻による姻族關係は消滅するものではないとしても(舊七二九條三項、新七二八條三項)、離婚の當時この姻族關係が既に斷絶して居ることを豫想し得るに拘らず(民七二八條二、項戸九六條)、轉縁組の場合は、第二の縁組をなすも、第一の縁組による準血族關係は、依然持續されつつあると云う事情を顧慮したからであらう。即ち第二の婚姻につき離婚があれば、常に第一の婚姻による氏に復すると云うことにすれば、既に親族關係の斷絶した者とその氏を同じくさせ、且つ場合によつてはその戸籍をも同じくさせることを(戸一九條一項)【註三四】、強要する結果となることを恐れたからであらう。このことは、昭和十三年一月二三日民甲第一六四〇號回答が、乙戸籍に在る養女丙が他の戸籍の甲男と夫の氏を稱する婚姻をなした後に、甲男と離婚すれば、丙の復すべき戸籍は乙戸籍であつて、丙の生來の戸籍には直ちに復しないとした趣旨からも(戸籍研究一、五號二四頁)、容易に推測し得るところである。

併し「婚姻前の氏に復する」と云うことは、法律行爲によるものではなくて、法律上當然に生ずる効果であるに拘らず、復すべき氏は、復氏する者の選擇によつて始めて定まると云うのでは、理論構成の上に矛盾があるし、そこには「家」や「血統」を基調とした従前の「氏」や「戸籍」の考え方が、潜んで居るように思われる。氏が、名と同じく、各個人の呼稱に過ぎないと云うこと、第二の婚姻の離婚により入る戸籍は、第一の婚姻によつて、その新夫婦



のために新たに編製されたものであつて、決して親から子、子から孫へと伝えられると云うような意味の戸籍ではないと云うこと、而してその夫婦のために特に編製されない従前の戸籍に入る場合であつても、戸籍法はこれがためには、新戸籍編製の申出を用意して居ること(戸一九條)を思い合わせれば、取扱の不當なること極めて明瞭であると謂わねばならない。

婚姻によつて氏を改めた者が、配偶者と共に縁組によつて、さらに、氏を改めた場合に(民七九五條)、前の婚姻につき離婚があれば、直ちに婚姻前の氏即ち生來の氏に復する(七條)。或るいは、民法第七六七條の規定は後の養子縁組のためにその適用を妨げられ、縁組の存続中は婚姻前の氏に復することなしとも考えられる。即ち養子縁組につき離婚または縁組の取消があつて、民法第七六七條の適用上の障碍が除去されて、茲に始めてその者は「婚姻前の氏」に復し、「婚姻前の戸籍」に入る(戸一項)と云う考え方であるが、正當ではない。蓋し養子は縁組の成立によつて養親の氏を稱するが(民八一)、夫婦の場合と異なり、養親子關係存続する限りは、常に必ず養親子が同一の氏を稱しなればならないものではないからである(後掲三、Ⅲ・A、(4)「養子」)。従つて、この場合は夫婦養子につき離婚があつたために、養親は「婚姻によつて氏を改めた者」とは、その氏を異にしつつ、養親子關係を持続すると云うことになるに過ぎない。

なお、應急措置法施行前に、離婚により復籍すべき實家が廢絶して居る場合に、新法施行後に離婚した者は、廢家または絶家當時の氏を稱して新戸籍を編製することになるし、また、婚姻によつて氏を改めた者の婚姻前の氏が、戸籍法第一〇七條の規定によつて變更された後に離婚があれば、その者は右變更された氏に復することになる(前掲通)。(第五項)

### (3) 婚姻の取消による氏の變動

婚姻が取消されると、その婚姻はその時から將來に向つてのみ解消するに止まり、取消の効力は既往に遡らない（（民七四八））。されば、婚姻の取消は、身分上の關係に於ては、離婚と異なるところがないので、法律は離婚の場合の復氏に關する民法第七六七條の規定を、婚姻の取消の場合に準用して居る（（民七四））。即ち婚姻によつて氏を改めた夫または妻は、婚姻の取消によつて、その時に於て婚姻前の氏に復し、戸籍も新戸籍の編製される場合を除き（（戸六條一但書））婚姻前の戸籍に入る等（（戸一九條））、すべて離婚の場合と同様に取扱われて居る。従つて、離婚の場合に問題として取り上げられたところは、そのまま婚姻取消の場合でも問題とされなければならぬ點であるが、離婚のところで既に詳述したから、茲では繰り返えして述べない。

(4) 養子縁組による氏の變動

養子は縁組によつて、縁組の日から、養親の氏を稱し（（民八一））、養親の戸籍に入る（（戸一八））。尤も、配偶者のある者が、その配偶者と共に養子となつた場合には、養子夫婦について新戸籍が編製されるし（（戸六條））、もし、養親が戸籍の筆頭者及びその配偶者以外の者であれば、その養親についても新戸籍が編製されることになるが（（戸一））、このことは、養子が縁組によつて養親の氏を稱することの妨げとなるものではない。舊法で、養子は縁組によつて養親の家に入るが故に、その當然の結果として、養親と共に「養家の氏」を稱すると觀念したのと（（舊七四六條））、著しく異なる點である。

養子が養親の氏を稱すると云ふことは、縁組成立の效果として、養子をして一旦養親の氏を稱せしむると云うに止まり、養親子關係の存續する限りは、その存續の效果として、常に、養親の氏を稱せしむると云う意味のものでは決してない。養子が、養親との養親子關係を持続しながら、婚姻や縁組等によつて、他の氏を稱することを禁ずるもの

ではないし、また、養親が婚姻や縁組等によつてその氏を變えても、これがため當然に、養子の氏が變わるものでもない。従つて、親子の氏は、夫婦の場合と異なり、氏の變動が親と子につき別々に發生し、その一方の氏の變動は、當然に、他方に及ぶことがないと謂わねばならない。蓋し各個人の氏は、これを親子たることにより、または夫婦たることにより、兩者間に存在する生活共同關係に結び付けることによつて、最もよくその個人たる人を表彰するものであると理解される限り、親子としての生活共同と夫婦としての生活共同との間に存する本質的差異は、氏の上にも反映せざるを得ないからである。即ち夫婦間の生活共同は、協力扶助的共同關係であつて（民七五）、夫婦關係それ自體を消滅させない限りは、その生涯を通じて絶ゆることなく持續される共同關係であるが、親子間の生活共同は、鞠養保育的共同關係であつて（民八二）、その生涯を通じて親子關係それ自體を斷絶させることはできないが、子が親からの養育監護を必要とする間だけに限られる共同關係である。

従つて、養子法が「子の福利」を基調とする限り、養子となるべき者を未成年者に限るべきか否かは、暫らく問題外に置くとしても〔註三五〕、氏が上述したような性格をもつものであるとしたら、縁組によつて養親の氏を稱する養子は、少なくとも、これを未婚の子または未成年の子に限定すべきであつたように思われる（民七五三條、戸六）。婚姻をなした者または成年に達した者が養子となると、その者は、自動的に且つ強制的に、生來の氏を棄てて養親の氏を稱する、としたことは、「家のための養子」思想に禍されたものであつて〔註二六〕、今日に於ては、全く不必要にして且つ甚だ不合理なことであると謂わねばならない。婚姻の場合と同じく、養親の氏を稱することを欲する者にだけ、生來の氏を改める方法を與えておけば、法律としてはそれで充分ではあるまいか。一九二五年のソヴイエット教育人民委員部訓令には「養子は養子縁組に當り、養親の姓を稱しまたは前姓を繼續することを得。右の事項を決定するに當

りては、養親の希望のみならず、養子の希望をも考慮することを要す。但し養子が當該事項に關し辨識能力ある場合に限り。身分登録機關に於ける養子縁組の登録後、その記載せる姓を變更すべきときは、養子が成年に達したる後に限りなし得るものとす。親が科學または技術等の貢獻者として、革命場裡に於て顯著なる活動をなしたる者なるときは、養子の姓を變更することは、極めて望まじからざるものとす」とある（外岡・江家前掲）。吾々の深く反省すべき立法上の課題たるを失わない（佛氏三五二條獨民一）。（七五八條ノ親六〇條）。

(5)。離縁による氏の變動

養子は、離縁によつて縁組前の氏に復し（民八一）、戸籍もこれに應じて、新戸籍の編製される場合を除き（戸六條一）（條一項但）、縁組前の戸籍に入る（戸一九條）。尤も、新戸籍の編製される場合でも、例えば離縁によつて縁組前の戸籍に復する者に、配偶者があるために、その夫婦について新戸籍の編製される場合（戸二〇條）でも、その稱すべき氏は、民法第八一六條の規定により縁組前の氏であつて、新たに氏を定める餘地の存しないこと離婚のところを詳述した通りである。

縁組によつて養親の氏を稱する養子が、その養親との養親子關係を繼續したままで、または養親の死亡後離縁（民八一）（條一項）をなすことなくして、さらに、第二の縁組または婚姻によつて氏を改めた場合に、第二の縁組または婚姻が離縁または離婚となつても、その者は第一の縁組による氏に復し、第一の縁組が離縁または取消とならない限りは、これがため直ちに、第一の縁組前の氏即ち生來の氏に復すべきでないことについては、既に三、Ⅲ、A、(2)「離婚による氏の變動」で詳述した。戸籍上の實際の取扱も、縁組によつて氏を改めた者の轉縁組または婚姻の場合については、これを認めて居る【註三十七】。

夫婦養子について、または養男子が養親の實女子若くは養女子と婚姻して居るときに、夫だけが離縁された場合、もし、その夫婦が婚姻の際に夫の氏を稱したものであれば、養子たる夫は常に離縁によつて縁組前の氏に復するが(六條一)、もし、その夫婦が妻の氏を稱したものであれば、夫は婚姻の存続して居る限りは妻の氏を稱すべきものであるから(民七五)、民法第八一六條の離縁による復氏の規定がその適用を妨げられて、夫は離縁があつたにも拘らず、依然として妻の氏即ち養親と同じ氏を稱し、離婚があれば、民法第八一六條の適用上の障碍が除去されて、茲に始めてその者は縁組前の氏に復することも、既に述べた通りである(前掲三、II、(2)及び三、III、A、(1)参照)。

(6)。縁組の取消による氏の變動

縁組取消の効力は、婚姻取消の場合と同様に、既往に遡らないので(民七四八條一項、八〇八條一項)、法律は、離縁の場合の復氏に關する民法第八一六條の規定を、縁組の取消の場合に準用して居る(民八〇八條二項)。従つて、縁組が取消されると、養子はその時に於て縁組前の氏に復し、戸籍もこれに對應して、新戸籍の編製される場合を除き(戸六條一七條一九條)、縁組前の戸籍に入る(戸一九條)等、すべて離縁の場合と異なるところがない。されば、縁組取消の復氏に關連して生ずる諸問題についても、もはや繰り返して述べない。

【註三〇】。昭和二三・二・二〇民甲第八六號回答——同一戸籍内の者が婚姻する場合も、夫婦の稱すべき氏を協議で定める(戸籍研究九號三〇頁)。

【註三一】。昭和二三・三・八民甲第一六五號回答——子を有する父または母が婚姻せる場合、その父または、母の氏を稱する婚姻でない限り、子は父または母の新戸籍に入らない(戸籍研究一一號二三頁)。

昭和二四・二・四民甲第二〇〇號回答——母が夫の氏を稱する婚姻をして、夫婦につき新戸籍が編製される場合、母の戸籍にあつて右婚姻により嫡出子の身分を取得する子と雖も、當然には父母の新戸籍に入らない。従つて、子は民法第七九一條

第一項二項の規定によつて父母の氏を稱した上、父母の戸籍に入る外ない（戸籍研究一九號二二頁）。

【註三三】。この場合谷口知平氏は、夫婦の協議によつて、夫の舊氏か、妻の舊氏か、いづれかの氏を稱し得ることにするのが、當事者の意思にも、兩性平等の原則にも適するとされて居る（民商法二四卷一二七頁）。

【註三四】。されば、一九二八年のソウイェット内務人民委員部指令には「夫婦の一方の改姓は、他方の改姓を伴うことなし」とある（外岡・江家「ソウイェット婚姻親族後見法」補註一一項）。

【註三五】。昭和二三・一〇・二三民甲第一六四〇號回答——離縁または離婚によつて復籍すべき場合に、縁組または婚姻前の戸籍が除かれていない限り、その筆頭者が父または母以外の者であっても、その戸籍に復籍できる。但し縁組または婚姻前の戸籍に筆頭者またはその配偶者以外の父母が在るときは、その父母について新戸籍が編製されてその新戸籍に復籍し、縁組または婚姻前の戸籍に子が在るときは、復籍すべき者について新戸籍が編製されて、子はその新戸籍に入る（戸籍研究一五號二三頁）。

【註三六】。イギリス養子法は、養子となるべき者を未婚の未成年者(an infant who has never been married)に限り(Adoption of Children Act, 1926, Sec. 1, (1), (2)), ソウイェット養子法も、同じく未成年者に限って居る(同五七條)。フランス養子法は一九二三年まで存在して居た未成年養子の禁止(舊三四六條。縁組の契約性に由来するもの)を廢した。アメリカ合衆國各州の養子法も、恐らく今日ではその多數が——Chester G. Vernier, American Family Laws, 1936によれば、一九三五年一月現在では二十二法域 jurisdictions が——養子となるべき者は、未成年児童(minor children)をなくしてはならないとして居る。

【註三七】。「家のための養子」制度に於ては、「異姓不養」の原則が嚴守されるか、または、異姓養子を容認しても、その代りに「縁組による改姓」が嚴守されて居たと見て差支えない。そこでは、養子制度は専ら家族法上の制度として、家族的原理によつて規律されて居たからである。

昭和二三・一・一三民甲第一七號通牒、同年一〇・二三民甲第一六四〇號回答（戸籍研究一五號二四頁）。

(B) 意思効果としての氏の變動

明治五年八月二十四日太政官第二三五號布告及び同九年一月二十七日太政官第五號布告によれば〔註二八〕、一旦定まつた苗字名は原則としてこれを變更することを許さず、ただ例外として、同苗同名等餘儀なき差支えある場合に限り、地方長官の許可を得て、名を改めることだけが認められて居たが、苗字を改めることは許されなかつた。従つて、明治七年十一月一〇日内務省伺に對して、同年十二月一八日太政官指令には「伺ノ趣士族歸農商等ノ譯ヲ以テ改名ノ儀ハ不相成且同苗同名ニテ差支候者改名ハ被差許候へ共改姓ハ不相成候事」とある（司法研究二八輯）（舊法では「戸主及び家族ハ其家ノ氏ヲ稱ス」（同七四六條））とあつたから、各個人の呼稱としての氏の變更は、その個人がその屬する家を變更することによつて、當然に結果されたもの（所謂「身分效果」としての氏の變動）であつて、各個人の意思に従つて變更されたもの（所謂「意思效果」としての氏の變動）ではなかつた。

されば、舊戶籍法第一五三條には「氏名變更ノ届出」とあるも、事實上は名變更の届出であつて、氏の變更は、ただ、復舊の場合〔註二九〕に限り、認められて居たに過ぎない。即ち氏の變更は、前掲太政官布告の認めないところであつたに拘らず、從來、行政上の取扱としては、復舊による氏の變更を認めて來た。恐らく、明治元年戊辰十一月一日布告の「諸藩共從來國名所名等ヲ以テ姓名ニ替へ相用ヒ候得共向後總テ本姓ヲ可稱旨被 仰出候事」が、その先例をなしたものであろう。斯くして、明治八年三月三十一日千葉縣伺の「平民中祖先ノ苗字中古ノ祖ヨリ更稱イタシ其姿湮滅ニ似タルヲ憂へ子弟ヲ以テ分家イタシ祖先ノ苗字ニ復稱致サセ度旨願出候者有之右ハ改姓トモ異ル儀ニ付聞届不苦候哉」に對して、同年五月三十一日内務省指令の「書面伺之趣聞届不苦候事」となり、同年一〇月二日三瀨縣伺の「…改苗ハ不相成云々ト有之然ルニ右改名ノ者猥リニ他ノ姓ヲ冒ニ無之本姓ニ復シ度旨ヲ以願出候ハ、聞届不苦哉相伺候也」に對して、同年十二月一〇日内務省指令の「書面伺ノ趣由緒明白ニ候ハ、聞届不苦候事」となり（以上市岡正一、戸

籍法<sup>(一)</sup>、同一六年二月七日秋田縣伺の「當縣管下南秋田郡長野町士族一部景成ヨリ祖先ニ於テ長尾ノ姓氏ヲ唱ヒ候處中祖故アリテ一旦改氏セント雖トモ高祖ノ姓ニ復稱致度別紙寫ノ通り出願有之右ハ單ニ該苗字ノ湮滅ニ屬スルヲ憂ヘ姓氏ヲ換稱セントスルノ素志ニシテ明治五年八月太政官第二三五號公布ノ趣モ有之候得共本願ノ如キ事實相違無之且ツ餘義ナキ筋モ有之候ニ付聞届可然哉」に對して、同年三月二日内務省指令の「書面伺ノ通」となつて居る<sup>(同典類纂七頁)</sup>。従つて、明治一九年九月内務省令第一九號第四條には「：：復姓：：願濟ノ上戸籍ニ登記スベキ事項ハ其許可ノ指令ヲ受領シタル日ヨリ十日以内ニ届出ベシ」とあり、同三年六月法律第一二號戸籍法第一六四條にも「氏ヲ復舊シ又ハ名ヲ改稱シタル者ハ十日内ニ：：届出ヅルコトヲ要ス」とあつた。大正三年三月法律第二六號戸籍法第一五三條がこれを改めて、廣く名だけでなく氏の變更まで含めて「氏名變更ノ届出」としたのは、氏の復舊以外にも、なお、氏の變更されることあるを認めての届出ではなくて、寧ろ、手續法たる戸籍法としては、氏の變更を氏の復舊に制限して、届出を規定しておく必要がなかつたからである。

これを要するに、舊戸籍法に於ては、名だけの變更の届出も、氏だけの變更(復舊)の届出も、いづれも「氏名變更ノ届出」と呼んで居つた。新戸籍法第一〇七條は、氏變更の届出<sup>(同條一項)</sup>と名變更の届出<sup>(同條二項)</sup>とを明瞭に區別して、全く別個の届出として居る。このことは、實體法上の問題としては必ずしも重要な事柄ではないが、届出の上でも、氏の變更が名の變更から分離して獨立の地位を與えられたこと、詳言すれば、氏の變更を氏の復舊に制限しなくなつたことに關連をもつ意味に於て、注目さるべき事柄であつて、單に届出の形式に過ぎないの故を以て輕視されてはならない。而して舊法で家の氏が復舊すれば、その當然の結果として、その家に屬する戸主及び家族の氏が、一律に變更されるものであつて<sup>註三〇</sup>、新法に於けるが如くに、各個人の意思に基いて、その各個人自身の氏が、個人



的に變更されるのと著しく異なつて居た。従つて、純粹の意味に於ける「意思効果としての氏の變動」は、新法によつて始めて認められたと謂つても差支えない。

【註二八】。前掲【註一】参照。

【註二九】。氏の復舊とは、徳川氏より特に松平の姓を用ゆることを許された舊諸侯が「以來松平稱號被止、本氏」を稱するが如く、或いは、明治三年九月及び同八年二月の太政官布告（前掲【註一】参照）によつて、「自今平民苗字被差許候事」となり、次いで「自今必苗字相唱可申」であつたに拘らず、「不詮議ニテ杜撰ノ異稱ヲ以届出置追々家系由緒アル祖先ノ姓ニ復」するが如く、或るいは「藩制ノ節倍臣等ノ身分其主家ト同姓ナルヲ憚リ變姓イタシ候處今後本姓ニ復」するが如く、曾て氏の變更のあつた家につき、現在の氏をその變更前の氏に變更することである。

【註三〇】。大正一五・五・二一民第三八七五號回答（先例大系二九八三項）及び昭和一二・四・七民甲第三七一號回答（先例大系四八二項）参照。

新法が個人の意思に基いて——何等の身分關係の變動を伴うことなくして——氏の變更されることを認めた場合に、次の四種がある【註三一】。いづれの場合に於ても、従前の氏を以てしては、その人を適當に表彰し得ないと云う事實（變更事由）と、その人に於て自己の氏を變更したいと云う希望（變更意思）とがなくてはならない。即ち「意思効果」としての氏の變動は、變更意思と變更事由の存在を要件として居るから、變更事由があつても變更意思がなければ、氏の變動を生じ得ないし、また、變更意思があつても變更事由がなければ、氏の變動を認める譯にも行かない。氏の變更に、家庭裁判所の許可を必要としたのも、家庭裁判所をして變更事由の存否を判定せしめんがためである。

(1)。子が自己の氏を父または母と同一の氏に改める場合

法律は、呼稱上の秩序維持の立場から、各人が一旦定まつた氏を自由に變更することを許さない。併し、子が父ま

たは母と氏を異にして居る場合に、子の氏を父または母の氏に改めることが、子の氏をしてその子の呼稱としての機能をよりよく果させることになる云うような事情が存し、且つその子に於ても父または母の氏に變わることを希望するに於ては、その希望は法律上容認せらるべきものとして居る。即ち子が父または母と氏を異にする場合には、子は、家庭裁判所の許可を得て、その父または母と同一の氏を稱することが出来るものとして居る（民七九二）。

舊法でも、子が父または母と氏を異にして居る場合には、子が父または母の家に、或るいは、父または母が子の家に轉屬して、その屬する家と同じくすることによつて、即ち親族入籍（舊七三）や引取入籍（舊七三）の方法によつて、氏を同じくすることができた。或るいは、新法では舊法と異なり、氏の異同は、親子間の身分法上の効果に何等の影響を與えないから、新法が、子の氏の變更について特別に規定を設けたことは、舊法の場合と著しく事情を異にするものであつて、それは、單に親子が同一の氏を稱したいと云う國民感情への順應であつて（我妻「親族・相續」、氏が單に個人の符號に過ぎないことが國民間に徹すれば必要のないことである（中川「註解親族」）と云うような考え方があつて、到底私の與し得ないところである。蓋し新法が氏の變更について規定を設けたのは、上述したように、氏をして各個人の呼稱としての機能を果さしむることによつて、呼稱上の法律秩序を維持せんとする趣旨であつて、單に現在の過渡期に於ける國民感情を妥協するための規定では決してないからである。

斯くして、(1)、子の出生前に父母が離婚したときまたは父母間の婚姻が取消されたときは、その後に生まれる嫡出である子は、常に離婚または取消の際に於ける父母の氏を稱するから（民七九〇條）、その子が、離婚または婚姻の取消により婚姻前の氏に復して（民七四九條七六）婚姻前の戸籍に在る父または母と（戸一九）同一の氏に改める場合。

(2)、子の出生後に父母が離婚したとき、出生の時の父母の氏を稱して居る子が（民七九〇條）、離婚により復氏して婚

婚姻前の戸籍に在る父または母と同一の氏に改める場合。(3)、子の出生前に父が死亡して、母が復氏により婚姻前の戸籍に復してから(戸七五一條一項)出生した子は、常に父死亡の際に於ける父母の氏を稱するから、その子が復氏した母と同一の氏に改める場合。(4)、子の出生後に父母の一方が死亡して、他方が復氏により婚姻前の戸籍に在るとき、または再婚してその氏を改めて再婚による戸籍に在るとき(戸七五〇條)、子がその父または母と同一の氏に改める場合。(昭和三三・三・八民甲第一六五) (5)、父に認知されても、嫡出でない子は常に母の氏を稱するから(戸七九〇)、その子が父と同一の氏に改める場合。(6)、嫡出でない子の母が、夫(その子の父)の氏を稱する婚姻をなしたとき(戸七五)、その子が婚姻した母と同一の氏に改める場合。(7)、父母の婚姻または認知によつて準正されて嫡出子たる身分を取得した子が、(戸七八)婚姻した父母と同一の氏に改める場合(昭和三三・二・四民甲第三〇〇)。但し昭和二三年一月二十九日民甲第一三六號通牒は、父母の婚姻前に出生した子につき、その婚姻届出後に嫡出子出生の届出をすれば(戸六)、その子は直ちに婚姻した父母の氏を稱するとして居るが、その取扱の不合理なことは既にこれを述べた(三・五・八)。(8)、舊法當時父または母の婚姻により婚家に引取られた子が(戸七三)、離婚により復氏した父または母と同一の氏に改める場合。(昭和三三・四・二〇民甲第二〇八) (9)、父母またはその一方が養子となつて氏を改めたとき(戸八一)、子が縁組した父母またはその一方と同一の氏に改める場合。(10)、子の父母またはその一方が養子であつたが、離縁または縁組の取消により復氏して縁組前の戸籍に在るとき(戸八〇八條二項八一)、子が離縁または縁組取消後の父母またはその一方と同一の氏に改める場合(戸三三三)。(11)、舊法當時他家に在つて、または一家を創立して(戸三三三)、父母またはその一方と氏を異にして居る子が、その父母または一方と同一の氏に改める場合、にはすべて民法第七九一條の規定によつて、子は自己の氏を父または母と同一の氏に改めることができる。蓋し子の氏は、これを親子たることにより、親子

の間に現實に存在する、生活共同關係に結び付けることによつて、最もよくその子を表彰するものであるからである。

【註三一】。従つて、新法は改姓に關する明治五年太政官布告第二三五號を廢止した（戸一三八條一項）。

【註三二】。昭和二三・四・二〇民甲第二〇八號回答——養子の離縁後、その直系卑屬が養子の復氏後の氏を稱するには、戸籍法第九條の父または母の氏を稱する届出をしなければならぬから、その届出のない限り、直系卑屬は縁組當時の養子の戸籍に残る（戸籍研究一二號一九頁）。

【註三三】。昭和二三年九月二九日民甲第三〇六六號回答は、舊法第七三五條第二項後段により一家を創立した子の父母が、父の氏を稱する婚姻をなした場合、子は民法第七九一條の規定により家庭裁判所の許可を得て、自己の氏を婚姻した父母の氏に變更することができるとして居る（戸籍研究一五號二〇頁）。

ここで吾々は、子が父または母と氏を異にするとか、或るいは、氏を同じくするとか、と云ふことの意味を分析し、検討しなければならぬ。蓋し民法第七九一條第一項は「子が父または母と氏を異にする場合には、子は、家庭裁判所の許可を得て、その父または母の氏を稱することができる」と謂い、戸籍法第六條は「戸籍は……一の夫婦及びこれと氏を同じくする子ごとに、これを編製する。但し、配偶者が不在者についてあらたに戸籍を編製するときは、その者及びこれと氏を同じくする子ごとに、これを編製する」と謂つて居るし、その他「同一の氏を稱する子」「父の氏を稱する子」「母の氏を稱する子」「父または母の氏を稱しようとする者」等と謂つて居るので、氏の異同は、法規の適用解釋の上にも、屢々重要な結果を齎らすにも拘らず、その意義範圍は必ずしも用方上明らかではないからである。

これを戸籍上の取扱に窺うに、(1)、應急措置法施行前に、本家に長男を残して分家した場合、本家に在る長男は、分家に在る父母と氏を同じくして居るから、民法第七九一條の規定によつて、父母の戸籍に入ることを得ないとされ、

(昭和三三・二・二〇民甲第八九) (2) このことは、新法施行後に於て、分籍した戸籍(戸二)に在る子と分籍前の戸籍(一)に在る父母とについても、均しく謂い得ることとされて居る(同年同月同日民甲第八七號回)。併し、(3)、親と子が、假令、本家(新法施行後は分籍前の戸籍)と分家(新法施行後は分籍戸籍)の關係にある戸籍に在つても、これが直接分家(または分籍)によつたものでない場合には、親と子の氏は異なるものとされて居る(昭和三三・二・二〇民甲第一四二)。例えば、分家者と夫の氏を稱して婚姻したと解せられる女が(昭和三三・一・二九民)、夫死亡後分家に子を残して、亡夫の兄である本家筆頭者と夫の氏を稱する再婚をして本家の戸籍に入るも(戸一六條)、本家に在る母の氏と分家に在る先夫の子の氏とは、その呼稱もその字體も同じであつても、異なるものとされるので、先夫の子は、自己の氏を民法第七九一條の規定によつて本家に在る母の氏に改めて、母の戸籍に入り得るものとされる。また、(4)、舊法當時、庶子が父または母若しくは父母の戸籍に入ることができなかつたために、父または母と同じ呼稱の、同じ字體の氏を稱して一家を創立して居る場合でも、その子は父または母と氏を異にして居るものであるから、民法第七九一條の規定によつて、父母の戸籍に入ることができるとされて居るし(昭和三三・一・二五民甲第四〇二)、(5)、兄の遺妻が、その弟と同一戸籍内で夫の氏を稱する婚姻をなしたので、その夫婦のために新戸籍が編製される場合(戸一六條)、亡兄(先夫)と遺妻との間に生まれた子の氏は、再婚により後夫(先夫の弟)の氏を稱する母(遺妻)の氏とは、假令その字體呼稱は同じであつても、異なるものであるから、母に隨つてその新戸籍には入らないとされて居る(昭和三三・六・一二民甲第七五五)。従つて、(6)、この場合に遺妻が先夫の弟と妻の氏を稱する婚姻をなせば、亡兄の子は、母の再婚後も母と氏を同じくして居るから、母に隨つて再婚による新戸籍に入ることになる(昭和三三・二・二一民甲第六三)。

新法は夫婦たることにより、夫婦の間に通常存在すると推測される、扶助的生活共同態と、親子たることにより、

親子の間に通常存在すると推測される、保育的生活共同態とを以て、家族的生活共同態の基本単位として、同一の戸籍に記載せらるべきものとして居る。而してこの扶助的または保育的生活共同態の名稱である氏によつて、その生活共同態に屬する各個人の氏を定めることが、最もよくその個人たる人を表彰するものであつて、斯くして、呼稱上の法律秩序が維持せられ得るものとして居る。

即ち戸籍は一組の夫婦と、これと氏を同じくする子——配偶者のない者については、その者と、これと氏を同じくする子——ごとに編製される(戸六)。その氏を同じくする子は、多くは、その夫婦の間の子であるが、夫婦の一方だけの子でも、これと氏を同じくする限りは、その夫婦の戸籍に記載される(戸一八)。併し、親と同一の戸籍に記載されて居る子でも、婚姻したり(戸一六)、或るいは、婚姻しなくとも、自分と同一の氏を稱する子または養子をもつようになれば(戸一七)、當然にこの戸籍から分離獨立して、その子夫婦のために、またはその親子のために、新戸籍が編製されるし、また、子が成年に達すれば(戸二)、何時でもこの戸籍から分籍獨立することができて、この成年者のために新戸籍が編製されることになつて居る。蓋しこれによつて、同一の扶助的共同關係または保育的共同關係に立たない者が、同一の戸籍に在ることは、これを可及的に避けようと云うのである。従つて、子が父母または父若くは母の戸籍に入る場合でも、或るいは、復氏者(民七四九條七五一條一項七六七條七七二)が従前の戸籍に復する場合でも、子や復氏者に配偶者があれば、その夫婦のために新戸籍を編製して、父母、父若くは母または従前の戸籍に入籍させないことにして居るし(戸二)、子に入るべき戸籍でその父または母が戸籍の筆頭に記載された者及びその配偶者以外の者であれば、その父または母について、また、その戸籍に子と同一の氏を稱する子の子があれば、その子について新戸籍が編製されるし、復氏者の復する戸籍に復氏者と同一の氏を稱する父母(父母は戸籍の筆頭者及びその配偶者以外の者でなければならぬ)または子(子は

戸籍の筆頭者及びその配偶者(以)があれば、その父母または復氏者について、新戸籍が編製されて、従前の戸籍に入籍させ外の者であると否とを問わない(戸一七條一)。この場合子または子の子は、その新戸籍に入籍するものとされて居るが、親に隨伴入籍すべき子(八條一三一條)。または子の子に、配偶者または子があれば、新戸籍に入籍しない(戸一八條一)。

されば、法律上或る人の氏と或る人の氏とが同じであると云うためには、その字體や呼稱が同じであると云うだけでなく、これと共に、双方の間に夫婦としての扶助的共同關係か、または、親子としての保育的共同關係が存在しなくては——少なくとも存在すると推測され得る關係がなくては——ならない。斯うした關係を缺く場合には、假令、呼稱や字體が同じであつても、双方の氏は異なる。この意味で、同じ戸籍に在る者は、必ずその氏を同じくする、と云う考え方は(青木「改正戸籍法の解説」法律タイムズ一三號一四頁。我妻前掲書四七頁)正確でない。蓋し夫婦は常に氏を同じくするが、親子は、假令同じ戸籍に在つても、必ずしも常に氏を同じくするものでもないし、兄弟姉妹は、假令同じ戸籍に在つても、必ず常に氏を異にするものであるからである。詳言すれば、子が成年に達して親からの養育監護を必要としなくなれば、親子としての保育的共同關係が消滅するので、親と成年の子との間には、氏の同一と云うことはあり得ないし、子の悉くが未成年であれば、親とその未成年の子との間には、保育的共同關係が各別に持續されつつあるが、このことは、決して子たるもの相互の間に、親子としての保育的共同關係の存在を、意味するものではないからである。同一の戸籍に記載される、一組の夫婦とこれと氏を同じくする數人の子を、家族的集團と見て、氏はこの集團の名稱であつて、集團の構成員は、均しくこの集團の氏を稱するものと考えてはならない。

そこには、一組の夫婦によつて構成される一個の扶助的生活共同態と、その夫婦または夫婦の一方と未婚または未成年の子によつて構成される、子の數だけの保育的生活共同態とが併存するからである。扶助的生活共同態の名稱は、

婚姻の際に夫婦の協議によつて定められた夫または妻の氏である。夫婦としての生活共同態は、初め分離して居た者が結合することによつて、始めて成立するものであるからである。斯くして、夫婦各自が、この生活共同態の名稱を自己の氏となすことによつて、呼稱上の法律秩序は維持されると云うのであるが、立法論としては再考されなくてはならない點であることは、既にこれを指摘した(三・III・A・(1)「婚」)。親と子の間に存在する數個の保育的生活共同態の名稱は、夫々別個に、親の氏によつて定まるものとされて居る。親子としての生活共同態は、子の親からの分離に始まるもので、初めからその結合が決定されたものであるからである。斯くして、子がこの生活共同態の名稱を自己の氏となすことによつて、呼稱上の法律秩序は維持されると云うのである。

従つて、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稱すると云うことと、子は出生と同時に親の氏を稱すると云うこととの間には、本質的に相異なる點が生じて來る。即ち夫婦間の生活共同は、夫婦關係それ自體を消滅させない限りは、その生涯を通じて絶ゆることなく持續される共同關係であるから、氏の同一も、夫婦關係の存続する限りは、常に維持されることになるが、親子間の生活共同は、子の將來の獨立のための保育的共同關係であるから、氏の同一も、子の獨立と共に當然消滅する、謂わば氏の非同一性を豫定しての「氏の同一」であることを知らなくてはならぬ。

前掲戸籍上の取扱の(5)に於て、父(先夫)が死亡しても、母(遺妻)と子とは氏を同じくするものであるが、母が先夫の弟と再婚することによつてその氏を改めた以上、假令母が再婚後先夫の子と同じ字體、同じ呼稱の氏を稱して居つても、先夫の子と再婚した母とは氏を異にするとしたのも、従つてまた(6)及び(3)の取扱も理解され得るし、(4)の取扱も舊法の規定(八七條)を顧みて正當であると謂うことができる。ただ、(1)(2)の取扱に至つては、舊法の下に於ける「家



の氏」の觀念を脱却し得ないもので支持し難いものがある。

これを要するに、親と子との間に於ける氏の同一は、親子間に保育的共同關係の存在が推測され得る場合、即ち子の未婚または未成年の間だけに限られねばならない。而して子の氏の變更につき、家庭裁判所の許可を必要としたのは、家庭裁判所をして保育的共同關係の成否を、認定せしめんがためである。單に「關係當事者の對立を調節するため」(我妻簡揚書三二頁、)に止まるものであつてはならない。即ち家庭裁判所は、關係當事者の協議に拘束されることなく、その當否を自由に判斷することができる。斯くして、民法第七九一條には單に「子」とあるが、父または母の氏に變更の申立をなし得る子は、これを未婚または未成年の子に限定しなければならない。斯くしてこそ初めて、意思能力のない子について氏の變更を認めて、子が十五歳未満であるときは、その法定代理人が、子に代つて、氏變更の申立をなすことができるとしたことに(條七九二)、特別の意義があると謂える。子が滿十五歳以上であれば、法定代理人の同意なくして、單獨で申立をなすことができること勿論である。

配偶者のある者は、婚姻がその者の氏を稱する婚姻であれば、民法第七九一條によつて父または母の氏を稱することができ、配偶者の氏を稱する婚姻であれば、その者は本條により自己の父または母の氏を稱することはできないとされ、また、養子は、養親死亡後でも、本條によつて實父母の氏を稱することはできない、とされて居るが(帝國判例法規出版社「新人事法總覽」二三六・二三八頁、岡田・伊井・岩佐「改正戸籍法の解説」一〇二頁)、いづれも正當でない。既に婚姻をなした者には、本條による氏變更があり得ないことは、上述した通りであるし、養子が縁組によつて養親の氏を稱するとしたことは、養親子關係の存続する限りは、常に、養子をして養親の氏を稱せしむると云う意味のものではないからである(このことについては既に詳述した「三・五・A、(4)「養子」)。これに反して、昭和二三年七月一日民甲第一七七六號回答及び同年二月九日民甲第三七八〇號縁組による氏の變動」)。これに反して、昭和二三年七月一日民甲第一七七六號回答及び同年二月九日民甲第三七八〇號

回答が、子は、父または母が死亡した後は、その父または母の氏に改めることができないので、假令、死亡した父または母の氏に改氏することの家庭裁判所の許可があつても、或るいは、改氏の許可があつた後その入籍届出(戸九)前に、その父または母が死亡した場合でも、その届出は受理せらるべきでないとしたことは(戸籍研究一四號二二頁)、正しい(異説「我妻前」掲書三五頁)。蓋し父または母が死亡した後は、もはや、その父または母と改氏しようとする子との間に、保育的共同關係を成立させることを得ないし、その届出は舊法(舊戸一)「註三四」と異なり、創設的届出であつて、家庭裁判所の許可があつても、届出がなければ、變更の効果を生じないからである。固より、氏は相續の物體となり得ないから、相續人が相續の効果として、被相續人たる先代の氏を襲うと云うこともあり得ない。ただ、襲名の場合と同様に、相續人は自己の氏を後述(四)の方法によつて、家庭裁判所の許可を得て、被相續人の氏に變更し得ることがあると云うに過ぎない。それは飽くまでも「やむを得ない事由」によつて氏を變更することであつて(戸一〇)、子たるが故に氏を改めてその父または母の氏を稱することでもなければ(民七九)、また、先代を相續したるが故に當然その先代の氏を繼承することでもない(民八九)。(六條)

なお、本條の適用上検討されなくてはならない點は、夫婦の一方だけの子が、自己の氏をその父または母の氏に改めてその父または母の戸籍に入ることについて(戸一八)、(條二項)、他方の意思を顧慮して居らないことである。従つて例えば、父に認知された「嫡出でない子」が、本條により父の氏を稱して父の戸籍に入ることについて、父の妻の同意は不要であると云うことになる。大正一四年の法制審議會が「庶子ノ父ニ配偶者アル場合ニ於テハ、其同意アルニ非ザレバ父ノ家ニ入ルコトヲ得ザルモノトスルコト」としたことは周知の通りである(同要綱)。戸籍が「家」の觀念から解放され、戸籍や氏の異同によつて身分法上の効果が決定されないとしても、親子間の氏の同一が、保育的共同關係に繫

かりをもつものである以上、妻の意思は當然顧慮されなくてはならない。恐らく、妻の意思は、これを家庭裁判所が父と子との間の保育的共同關係認定の、重要な一資料として取り上げると云う、解釋的方法で問題を解決するであろうことが充分想像され得る。

【註三四】。舊法では地方長官の許可によつて變更の効果が生じ、届出は單に報告的性質を有するに過ぎなかつた。従つて届出期間の定めもあつた(舊戸一五三條)。

(2)。改氏した未成年の子が従前の氏に復する場合

新法は第七九一條第三項に於て、前述(1)の方法で氏を改めた未成年の子は、成年に達した時から一年以内に、自由に従前の氏に復することができるとし(戸九條)、その改氏が子自身の意思によつたものであるか、法定代理人によつたものであるか、によつてその取扱を異にして居ない。併し、氏の實體及びその變更を上述の如く觀察して來れば、成年に達した者に、而も家庭裁判所の關與もなくして勝手に、従前の氏に復することを認めたことは、呼稱秩序の混亂を惹き起さしむるだけのこと、無意義にして不合理な制度であると謂わなければならない。特に本項による復氏制度を認めなくとも、前述の(1)または後述の(4)の方法で解決できるし、また解決すべきであると思われる。或るいは、「未成年時代の思慮不充分」を、これが根據に取り上げるものもあるが(中川前掲書二〇二頁)、(我妻前掲書三四頁)、吾々は改氏の場合に必要とされて居る「家庭裁判所の許可」が、それ程までに信頼できないものかどうか、甚だ疑なきを得ない。

同じことは、附則第一二條の「應急措置法施行前に未成年の子が舊法第七三七條または第七三八條の規定によつて父または母の家に入つた場合には、その子は、成年に達した時から一年以内に従前の氏に復することができる。その子が新法施行前に成年に達した場合において、新法施行後一年以内も、同様である」についても謂い得ることである。

(戸一三)。(二條) なお、昭和二三年一月三日民甲第一七號通牒第二項は、民法第七九一條第一項の規定により、再三氏を改めた者が、同條第三項の規定により復氏する場合には、その者の意思により、従前の氏のいづれにでも復氏することができるとして居る。

(3) 生存配偶者が婚姻前の氏に復する場合

婚姻によつて氏を改めた夫または妻は、配偶者の死亡により婚姻が解消しても、これがために當然に、婚姻前の氏に復するものではなく、婚姻解消後も依然婚姻中の氏を稱することに居る(民七五二)。(條一項) 夫婦關係の成立及び存續に伴い、その効果として、氏に變動を生ぜしめた新法ではあつたが(民七五)。(〇條) 夫婦關係の死亡解消の場合だけは、氏は單なる呼稱に過ぎないと云う理論を貫いて、婚姻から氏を解放して居る。併しまた、他面では、婚姻によつて氏を改めた生存配偶者は、一方的に且つ何時でも、婚姻前の氏に復することができるものとして(民七五一條一項戸)。(一九條二項九五條) その呼稱理論を不明確にして居る。

蓋し氏がその人の同一性を示すための呼稱である限りは、一旦定まつた各人の氏は濫りに變更さるべきものではなく、これが變更には「變更意思」と「變更事由」とがなくてはならず、従つて、その「變更事由」の存否を判定せしむるための「家庭裁判所の關與」がなくてはならないこと前述した如くであるからである。生存配偶者が婚姻前の氏に復することは、常にこれを氏變更の正當事由と見ようとするとともに、氏の家族的殘映を否定し得ないものがあるように思われる。生存配偶者が夫婦關係消滅後でも、依然として婚姻中の氏と同じ字體の、同じ呼稱の氏を稱するのは、恰も、親子としての保育的共同關係が子の成年と共に終了した後でも、なお、成年の子が親の氏と同じ字體の、同じ呼稱の氏を稱するのと、同じ意味合いものでなくてはならない。されば、生存配偶者が自己の氏を婚姻前の氏に

變更するには、一般の場合と同じく、「變更事由」の存否につき家庭裁判所の關與が、不可缺的要件でなくてはならぬからである。従つてまた、何人と雖も生存配偶者に對して、婚姻中の氏を稱することを禁止し、または婚姻前の氏に復すべきことを請求し得ないものと謂わなくてはならない。

併しまた、新法は、生存配偶者の氏の變更を、死亡配偶者の血族との姻族關係に影響を及ぼさないものとした點で（民七二八條二項）、三轉して呼稱理論を受け容れようとして居る。即ち生存配偶者の民法第七五一條第一項の規定による「婚姻前の氏に復する意思」の表示（戸九條）と、民法第七二八條第二項の規定による「姻族關係を終了させる意思」の表示（戸九條）とを、全く別個の行爲であるとして居る。されば、婚姻中の氏をそのまま使用しながら、姻族關係終了の意思表示をなすことも許されるし、逆に、婚姻前の氏に復しながら、姻族關係を存續させることも許されねばならぬ。斯くして、生存配偶者は氏變更のために受ける損害を避けながら、姻族關係を終了させることもできるし、また、婚姻前の氏に復し、または再婚して後夫の氏を稱しながら、第一の婚姻による姻族關係を存續させておくこともできる【註三五】。これを舊法が姻族關係は、婚姻の死亡解消後は、生存配偶者の去家によつてのみ消滅し（舊七二九條三）、去家があれば、その當然の結果として直ちに、氏に變動を生ずるものとして（舊七四條）、姻族關係の消滅と氏の變動とを常に結び付けて居たのに比較すれば、氏がその本來の性質を異にするに至つたことを窺うに足るものがあると謂える。

昭和二年一月一三日民甲第一七號通牒第二項は、婚姻によつて氏を改めた生存配偶者が、再婚によつて三たび氏を改めて婚姻したが、再婚の配偶者もまた死亡したので、本條により婚姻前の氏に復する場合には、生存配偶者の意思により、第一の婚姻前の氏（生來の氏）または第一の婚姻による氏、のいづれかに復することができるものとし、戸籍

も、これに應じて、新戸籍の編製される場合を除き、それぞれその戸籍に復歸するとして居る（戸一九）。従つて、妻乙の氏を稱して婚姻した甲が、乙死亡後、丙と自己の氏を稱して再婚した場合には、丙との婚姻が存続中であると死亡解消後であるに拘らず、甲の本條により復すべき氏は、第一の婚姻前の氏である（昭和二三・七・一〇民甲第二二四二九號回答―戸籍研究一）。蓋し甲は、再婚の存否に拘らず、第一の婚姻によつて氏を改めた生存配偶者であるが、再婚によつては氏を改めたものではないからである。但し、甲が再婚によつて氏を改めたものであれば、その再婚存続中の場合は、甲は、再婚の存続して居る限りは丙の氏を稱すべきものであるから、第一の婚姻の生存配偶者として、第一の婚姻前の氏に復することを得ない。

これに反して、婚姻によつて氏を改めた者が、その配偶者と共に養子となつてから配偶者が死亡した場合には、その者は、假令養親子關係が存続して居つても、生存配偶者として本條により婚姻前の氏に復することができる（異說岡田・伊井・岩佐前掲書九七頁。帝）。蓋し養子は、養親子關係の存続して居る限りは、常に必ず養親の氏を稱しなければならぬものではないからである（三・III・A・(4)）。前掲第二二〇九號回答は、生存配偶者が夫死亡後分籍した後でも、婚姻前の氏に復することを認めて居る（戸籍研究一）（四號二四頁）。

【註三五】。昭和二三年四月二〇日民甲第二〇八號回答は、婚姻によつて氏を改めた者が、配偶者の死亡によつて婚姻解消した後、さらに再婚によつて氏を改めても、戸籍法第九六條の届出をしなければ、前の婚姻による姻族關係は終了しないとして居る（戸籍研究一二號一八頁）。

(4). やむを得ない事由によつて氏を變更する場合

やむを得ない事由があれば、戸籍の筆頭に記載した者及びその配偶者は、何時でも家庭裁判所の許可を得て、氏を

變更し得ることにして居る（戸一〇七）。特定の親族法的身分關係に直接關連をもたせての、氏の變動でないので、民法に規定されず、戸籍法に委されたと思われるが、各人の呼稱としての氏の變更である限りは、この方法が氏變更の本筋でなくてはならない【註三六】。但し、氏變更の効果は、限られた特定の身分的生活共同關係を有する者に當然及ぶことになるから、民法の關知すべきことではないとする立法態度は、到底これを是認することができない。

戸籍法では、氏變更の申立は戸籍の筆頭者とその配偶者から共同してこれをなすべきことにして居るし、戸籍上の實際の取扱は、その變更の効果も、その戸籍に在る者（されば、特別家事審判規則第五條には、家庭裁判所が氏の變更を許可するに、同一戸籍内の満十五歳以上の者の陳述を聽かなければならぬ）及び離婚、離縁、婚姻若くは縁組の取消によつて、または生存配偶者若くは改氏者の復氏によつて、婚姻若くは縁組前の氏または従前の氏に復すべき者にも（このことは昭和二三年一月一三日民甲第一七、號通牒第五・七項がこれを明らかにして居る）、當然に及ぶことにして居る。併し、斯くの如きことは、解釋論としても立法論としても、これをそのまま全面的に受け容れることはできない。蓋し氏の變更は性質上個人的に觀察せらるべき問題であつて、従つて變更の効果も飽くまで個人的でなければならず、これが唯一の除外例は、氏を同じくする者に及ぶと云うことでなくてはならないからである。詳言すれば、氏變動の効果は、氏を同じくする者には當然及ぶべきではあるが、假令同一戸籍内に在つても、氏を異にする者には及ぶことがあつてはならないからである。同じ戸籍に在る者が、必ずしもその氏を同じくするものでないことは、既にこれを詳述した（三・III・B）。従つて、同一戸籍内に在つても氏を異にする者のために、名の變更の場合に於けると同じく（戸一〇七、條二項）、單獨で氏變更の申立が許されなくてはならない。戸籍の筆頭者及びその配偶者の意に反しては、若くはそのいづれもが除籍されて居る場合には、その戸籍に在る者は「やむを得ない事由」があつても、氏を變更し得ないと云うようなことは、氏が各個人の呼稱であるだけに、決してこれを正當視することができない。

戸籍法は氏の變更については、「やむを得ない事由」のあることを要し、名の變更については、「正當な事由」のあることを要すと規定して居る（戸一〇七條）。氏の變更は、名の變更と異なり、その効果が他にも及ぶことがあり得るので、一般に、氏の變更についての「やむを得ない事由」は、名の變更についての「正當な事由」より、一層嚴格に解釋すべきであるとされて居る（昭和二四・五・二一民甲第一一四）。如何なる事實があれば、氏變更の「やむを得ない事由」ありと見るべきかは、個々の場合について判断するより外はないが【註三七】、從前の氏を以てしては、その人を適當に表彰し得ないと云う事實がなくてはならない。従つて、單に、氏の變更に不正な目的を伴わないと云うだけのことで、氏は、氏變更の「やむを得ない事由」にはならない（同說—河合清六氏「改氏名と新判」）。

併し例えば、長期に涉つて、而も全生活面で、婚姻中夫の氏を、または縁組中養親の氏を、繼續的に使用して來たため、離婚または離縁後に、婚姻前の氏または縁組前の氏を以てしては、その人を適當に表彰し得ないと云うような場合が——民法第七六七條第七七一條第八一六條の規定が強行規定であると云う理由で——ここから當然除外されるはならない。蓋しこのことは、前掲條文の規定する婚姻または縁組前の氏に復することを承認しての、氏變更の問題であるからである。大阪家庭裁判所は、通姓と雖も「二十數年來その人の社會生活に滲透している呼稱」であつて、これを「廢棄せしめて、戸籍上の氏に復歸せしめるのは、かえつて同人の同一性を惑わし、その社會生活を混亂せしめるものである」と云うような場合には、「その縦（年數）と横（生活の幅）の面の綜合に於て」、やむを得ない事由による氏の變更を認むべきであるとして居る（民商法雜誌二、三卷三一〇頁）。但し、これには有力な異説があるが（河合前掲論文）、氏の變更に伴う弊害を防止することに急なるの餘り、氏から各人の呼稱としての機能を、剝奪して了うようなことになつてはならない。



【註三六】。河合氏前掲論文によれば、昭和二三年の一年間の改氏名事件の受理件数は、改氏が二四二四件、改名が八八八一件であるとのことである。

【註三七】。昭和二三年一月三十一日最高裁判所民甲第三七號民事部長回答は、戸籍法第一〇七條第二項に所謂「正當な事由」の有無を判定するについて、次のような事實の有無が参酌さるべきものとして居る。氏の變更についても、次に掲げる明治二十一年七月一日東京府第一部長通牒第六一二三號と共に、これが判断の基準を示すことにならう（河合氏前掲論文一〇頁）。  
最高裁判所民事部長回答――

- (1) 營業上の目的から襲名すること
  - (2) 同姓・同名の者があつて、社會生活上甚しく支障のあること
  - (3) 神官若しくは僧侶となり、又は神官若しくは僧侶をやめるために、改名すること
  - (4) 珍奇な名、外國人にまぎらわしい名、又は甚しく難解・難讀の文字を用いた名等で、社會生活上甚しく支障のあること
  - (5) 歸化した者で、日本風の名に改める必要があること
- なお、右に列擧した各場合でも、新たな名は、戸籍法五〇條の趣旨に鑑み、同條にいう平易な文字を用いるものであること。

東京府第一部長通牒――

左ノ事項ニ該當スルモノハ改姓名ヲ許ス。

- 一、由緒アル中祖ノ姓ヲ換ヘ高祖ノ姓ニ復スル者
- 一、同姓名ハ勿論同姓異名、異姓同名ト雖モ其音訓稱呼ヲ同ウスル者
- 一、營業ノ爲メ先代若クハ先々代ノ名ヲ襲ク者
- 一、僧尼得度濟ノ者
- 一、醫師若クハ商人襲名ニ非スト雖モ營業上差支アリト認ムル者
- 一、累代三代以上ノ通字ヲ稱用スル者

氏 の 性 格

## 四、むすび

氏は、各個人の名と同じく、その個人たる人を表彰する。名は命名権者の命名行爲によつて定まるが、氏は何人の意思とも無關係なる事實によつて定まることを本則とする。氏に盛り込まれて居る事實は、時と所によつて必ずしも同一ではないが、それが純粹に血縁的事實であれば、氏の不動性は承認されなければならず、氏が家の呼稱となれば、氏の不動性は崩れて、家の變動に伴う結果としての、氏の變動が承認されて来る。斯くして、氏の血縁性は弛んで来るが、一の家に屬する各人が相互に血族であることを建前とする限度に於ては、氏は、なお、血縁的素質を有して居た。本稿は、氏の取得及び變動を通して、新民法に於ける氏の性格を明らかにせよとしたが、過渡期に於ける妥協的の規定は、氏の實體を統一に理解することを、著しく困難にして居るように思われる。

舊法は各個人の呼稱としての氏を、家族關係に繋がりをもたせたが、新法は親子關係または夫婦關係に關係をもたせようとして居る。その結果として、これ等の身分關係の變動に伴い、各人の呼稱としての氏に變動の生ずることを認めざるを得なくなつた。親子關係が出生によつて自然に結び合わされた關係である以上、人が出生によつて取得する氏の決定を、親子たることにより通常存在するものと推測される、親子間の特殊の生活共同關係に求めたこと、従つて、推測された生活共同關係が、現實から遊離した非事實的な關係に過ぎない場合に、實際の生活共同關係に従つて氏の變更を許したことも、また、従前の關係に代替する新生活共同關係に基いて、氏の變更を認めたことも、當然に承認されてよいし、また、承認されなければならぬ。

併し、親子間の生活共同は、出生によつて自然に結び合わされた、子の獨立のための保育的共同關係である以上、

子が獨立すれば、自然に解消することを豫定しての生活共同である。子が獨立したのに、なお、養育監護のための生活共同が親子間に繼續されて行かなくてはならないと云うことは、觀念上成り立ち得ないことであるからである。従つて、獨立した子と親とは、親等の最も近い血族であると云う點では他の血族から區別され得るが、そこには、もはや、特殊の生活共同關係は存在しない。斯くして、子の氏が親子間の保育的生活共同に繋がりをもつものである限り、子の氏が親の氏によつて定められるためには、子が、親の養育監護を必要とする未婚または未成年であることを要する。この意味に於て、私は成年の養子が縁組によつて當然に養親の氏を稱したり、成年の子が自己の氏を民法第七九一條第一項の規定によつて父または母の氏に改めたり、或るいは、改氏者が成年に達してから自由に従前の氏に復したり、することに、最も強く反對する。

夫婦も、夫婦たることにより存在する、協力扶助的生活共同關係を前提としての氏共同である。この生活共同關係は夫婦關係の消滅しない限りは、絶ゆることなく持續されて行く關係であるから、夫婦の氏共同は、婚姻成立の際だけでなく、婚姻存続中も常に維持せらるべきものとなし、従つて、その反面では、離婚や婚姻の取消によつて生活共同關係が消滅すれば、當然に、氏共同も消滅して、婚姻によつて氏を改めた者は婚姻前の氏に復すべきものとなして居る。併し、私は氏を異にする男女の間には、夫婦としての緊密な生活共同關係が成立しまたは存在し得ないとする考え方や、法律の力を藉りてまで、夫婦をして同一の氏を稱えさせようとする態度を絶対に排斥する。尤も、妻が世俗的慣習と婚姻的感情とに従つて、婚姻成立後夫の氏を稱して來たため、自己を表彰するに、婚姻前の氏より夫の氏を以てする方が、より適當であると云うような場合のあることも想像されないではない。英法に於けるが如く、さうした事實が妻をして夫の氏を取得せしめる (When a woman on her marriage assumes, as she usually does in England,

the surname of her husband in substitution for her father's name, it may be said that she acquires a new name by repute. The change of name is in fact rather than in law a consequence of the marriage.——Halsbury, *The Laws of England*, Vol. XXI, p. 351.) と觀念することが、呼稱本來の性質上適切でもあり、可能でもあると思われるが——或る非法律的な事實狀態も、相當期間繼續的に存在すれば、それによつて、その事實に相應する法律上の効果も附與されるようになること云うことは、法律上決して異例なことではないので(例えば、日民八八四條、獨民一三二四條三項、佛民三三〇條三三二條の如し)——差し當りは、そうした事實を氏變更についての「やむを得ない事由」と考えれば、問題は一應解決されるではなからうか。

婚姻が妻の氏を改めたと觀念すればこそ、夫が死亡すれば、妻は何時でも勝手に婚姻前の氏に復し得ると云うことにもなるし、離婚があれば、これとは逆に、折角「自己の氏」として通用する「婚姻中の氏」を棄てて、婚姻前の氏に復せざるを得ないと云うことにもなるのであつて、それは法律として決して正しい行き方とは謂われぬ。従つて、英法に於ては、妻が reputation によつて婚姻中一たび取得した自己の現實の氏 (her married name, her actual name.) は、婚姻の解消または再婚によつて當然失われることなしとされて居る。このことは妻の非行が離婚原因となつた場合をも除外することがなし (Eversley, *Law of the Domestic Relations*, 1937, p. 373.)。氏が個人の單なる呼稱に過ぎないと云う理論を貫く限り、氏は婚姻から解放されなくてはならない。既に住所も、財産も、責任も、能力も、悉くが婚姻から解放されたと云うのに、氏だけは何故に婚姻から獨立してはならないであらうか。私はその理由を理解するに苦しまざるを得ない。せめて、現在の妥協案として、婚姻によつてその氏を同じくすることを欲する者にだけ、氏を同じくする便宜を與えておく、と云うような考え方を、受け容れることはできないものであつたらうか。

今まで述べて来たところを茲に總括して見ると、(一)、出生によつて定まつた子の氏は、親子間の保育的生活共同關係によつて基礎づけられて居る限り、この生活共同關係の變動に伴つてのみ變動せらるべきものであること、(二)、従つて「身分効果」としての氏の變動は、子が未婚または未成年の間だけに限定せらるべきことにもなるし、また、上述したところ以外には、如何なる親族關係の變動があつても、「身分効果」としての氏の變動があつてはならないこと、(三)、「意思効果」としての氏の變動は、「やむを得ない事由」による前述(四)の場合と未婚または未成年の子に限つての(1)の場合だけが容認せらるべく、前述(2)及び(3)の場合は全面的に拒否されなくてはならない、と云う結論になる。

(昭和二四・八・三一)。