

夫婦の同氏義務・同居義務規定の再検討

——婚姻制度等に関する民法改正要綱試案を端緒として——

星 野 澄 子

目 次

- 一 はじめに
- 二 夫婦の同氏義務・同居義務規定の沿革
- 三 選択的夫婦別氏制と五年「別居」離婚
 - (一) 選択的夫婦別氏制の導入
 - (二) 五年「別居」離婚の新設
- 四 現行民法における夫婦の同居義務規定の検討
 - (一) 夫婦の同居義務についての学説
 - (二) 婚姻における相手の支配・所有
- 五 結び——からだ・命・居場所をめぐる自己決定

一 はじめに

日本の現行民法では、夫婦になろうとする二人のうちのどちらか一方が氏を改め、夫婦同氏にしないかぎり婚姻の

届出はできず、現実的にはおよそ九八%の率で夫の氏が婚氏とされている（氏Ⅱ姓の法律用語。以下適宜、姓も用いる）。女性が夫の氏を名乗ることは、夫婦というユニットを夫の氏によって社会的に表示するにとどまらず、いまなお多くの人びとの意識の中で、それは女性が夫の籍に入り、夫の家の人間になることであり、当然に嫁役割を担うことに連なるものと考えられている。戸籍という独特の制度をもつ日本においては、まず個人があつてそれを表現するものとして名と氏があるのではなく、〈戸籍の表示〉の〈氏〉が絶対優先され、個人の感情に離反していようと、人間がそれに従属される傾向が強い。日本のような戸籍がなく、各個人について出生証書・婚姻証書など個人別の身分証書を作成する欧米では、氏（姓）についての法規制は比較的緩やかである。半面、男系血統を重視するがゆえに、子は父の姓を名乗り生涯それを維持する国もある（韓国）。

氏は名とあいまって人の同一性を確定し、特定個人を社会的に表現する機能をもつ。一生を通して広く社会的に活動する女性が多くなるに従い、結婚改姓に伴う不利益や矛盾が顕在化し、個人の尊厳・両性平等の立場から、夫妻ともに自分のいままでの姓を維持した別姓でも婚姻の届出をして法律上の夫婦となれる、いわゆる〈夫婦別姓〉選択制を導入する民法改正の要求が高まってきた。このような流れの変化は、国連婦人の十年（一九七六―八五年）・女子差別撤廃条約の採択（七九年）へと続く国際社会における女性差別撤廃にむけての大きなうねりに勢いを得て、一九八〇年代半ば以降、加速度を増してきた。

こうした潮流を背景とし、一九九一年一月から法務大臣の諮問機関である法制審議会の民法部会身分法小委員会で、選択的夫婦別氏制の導入をふくむ民法の婚姻・離婚に関する制度の見直しのための検討作業が開始された。これは、敗戦直後の四七（昭和二二）年に行われた民法（親族・相続編）改正以来、最大規模の改正作業となっている。同小委員会が九二年一二月に発表した「中間報告（論点整理）」について、全国の裁判所、法曹関係団体、研究者など

から寄せられた意見集約が九三年一月一日付で公表され、そこでは別氏を認める意見が多数を占めた。翌九四年七月一二日には、ここにいたるまでの審議結果の大綱が取りまとめられ、「婚姻制度等に関する民法改正要綱試案」(婚外子の相続分の変更が、九三年六月二三日の東京高裁違憲決定を受けて追加)として公表された。そのうち、主な懸案事項は次の五点である。

- (1) 夫婦の氏について——選択的別氏制の導入を、A案・B案・C案として提示
- (2) 離婚を認める原因の追加——五年「別居」(共同生活の不存在)で離婚を認める
- (3) 女性の婚姻最低年齢の変更——一六歳を一八歳に引き上げる
- (4) 女性の再婚禁止期間の変更——六か月を一〇〇日に短縮する
- (5) 婚外子(非嫡出子)の相続分(民法九〇〇条四号ただし書)の変更——婚内子(嫡出子)と同等にする

次いで、夫婦別氏制のあり方・別氏夫婦間の子の氏の決め方と五年「別居」離婚などにつき修正を加えたものが、先日(九五年九月二二日)、要綱試案「中間報告」として公表されるという経過をたどり、現在にいたっている。

本稿は、要綱試案の中の選択的夫婦別氏制の導入と五年「別居」離婚の新設問題に焦点をあてながら、夫婦同氏義務の規定(民法七五〇条)と夫婦同居義務の規定(同七五二条)について検討する。同氏義務と同居義務は、多くの人的意識の中で「夫婦の一体性」を支える根拠として重視されているようだ。その一例を、選択的夫婦別氏制の導入について反対論者の一人である弁護士石原輝氏の、次のような論旨にみる事ができる。石原氏は、夫婦同氏と夫婦同居を「夫婦仲を緊密にする二本の絆」として位置づけ、「夫婦同居が、夫婦の一体感を身体で感じさせるもの」とすれば、夫婦同氏は精神的に一体感を感じさせる作用をもつ」とし、「夫婦同居、夫婦同姓は桶の上、下のタガのようなもので、そのどちらか一つがはずれても夫婦の一体感は崩れる⁽¹⁾」と主張する。

以下、夫婦同氏義務・同居義務をめぐる法の沿革をおさえたうえで、現代の問題を考えてゆくこととしたい。

二 夫婦の同氏義務・同居義務規定の沿革

1 日本において、妻の名の頭に、夫の氏または夫の「家」の氏が冠せられるようになってからの歴史は浅い。高群逸枝氏の平安中期の招婿婚の研究によれば、夫婦が異氏である場合に氏族制に規制された必然の帰結としての、夫婦別墓の俗のことが言及されている。⁽²⁾ 明治維新後においては、一八七五(明治八)年一月九日に発せられた内務省伺に対する七六(同九)年三月一七日の太政官指令によれば、政府は夫婦同氏の原則をとらず、妻の法律上の氏は婚姻後も「所生ノ氏」とされた。ただし、夫の家を相続したときにかぎり、「夫家ノ氏」を称すべしと命じられた。この原則は、一八九八(明治三一)年の民法施行の時まで続いた。⁽³⁾ 一方、近代的民法典の編纂作業が七〇(明治三三)年から開始され、七八(明治一一)年に司法省から発表された民法草案では「婦ハ其夫ノ姓ヲ用フベシ」(一八八条)と規定し、夫婦同姓の原則を示している。ここで「其夫ノ姓」という用語になっていることは注意をひく。次いで八八(明治二一)年にできた第一草案では、「婦其夫ノ氏ヲ称シ、其身分ニ從フトキハ之ヲ普通婚姻ト云フ」(人事編三八条)として、妻は夫の氏を称することを通常とする夫婦同氏の原則をとった。ところが、九〇(明治二三)年はじめ頃といわれる民法草案再調査案で、「家族トハ戸主ノ配偶者及ヒ其家ニ在ル親族、姻族ヲ謂フ」としたうえで「戸主及ヒ家族ハ其家ノ氏ヲ称ス」とされ、ここではじめて「其家ノ氏」が登場した。再調査案以後、「夫ノ氏」が「夫ノ家ノ氏」に変えられてゆく過程がはじまる。再調査案を修正した九〇(明治二三)年の旧民法(ボアソナード民法)も、戸主や家族の妻は他の家族とともに「其家ノ氏」を称することとした。⁽⁴⁾ この旧民法に対し法典論争が展開され、その結果、施行は延期された。のち、法典調査会の審議を経て、明治三〇年代に制定された「家」制度を根幹とする民法

(親族・相続編は一八九八年公布・施行)により、妻は婚家の家籍に入籍した反射的效果として、その「家」の象徴である婚家の氏を名乗るにいたり、ここに夫婦同氏義務が法制度のうえで確立した。

この、いわゆる明治民法の成立時から第二次世界大戦の敗戦まで日本国民はすべて一定の「家」に所属し、「家」の統率者である戸主の戸主権に服した。旧規定に定められた「家」制度とは、「家」・戸主権・家督相続を三位一体として、祖先から子孫へと永遠に続く「家」の超世代的継承を法的に保障した制度である。戸主の地位は、原則として長男による家督相続を媒介として世代的に継承され、戸主は、家産(「家」の全財産)の独占的支配権と祖先祭祀権とを手中に納めた。妻の無能力規定をはじめ民法には男女平等の規定が置かれており、旧法下の妻は、「家」制度条項の反映する国籍法(一八九九年公布)の規定によりその国籍は夫に従い、民法および戸籍法(九八年)の規定により、婚姻すると夫の家籍に入籍され、夫の「家」の氏を名乗り、居所は戸主の指定および夫の選定に従った。こうして、妻の国籍、戸籍、氏、居所のいずれもが夫に従属することとされていた。

2 夫婦の同氏義務および同居義務の条文をみてみよう。夫婦の同氏義務については、「妻ハ婚姻ニ因リテ夫ノ家ニ入ル」(旧七八八条一項)と定められ、「戸主及ヒ家族ハ其ノ家ノ氏ヲ称ス」(旧七四六条)ものであるところから、婚姻により夫の家籍に入籍され、当然に夫の「家」の氏を名乗った。夫の家籍に入籍ことは、いわゆる嫁役割を担うことを意味し、同籍にある夫の両親(舅・姑)をはじめとする直系尊属に対し扶養義務を法的に負うこととなった(旧九五四条二項)。

夫婦の同居義務については、「妻ハ夫ト同居スル義務ヲ負フ」(旧七八九条一項)とされ、他方、「夫ハ妻ヲシテ同居ヲ為サシムルコトヲ要ス」(二項)というもので妻と夫とで法律上違いがあった。また、「夫婦ハ互ニ扶養ヲ為ス義務ヲ負フ」(旧七九〇条)と定められていた。すなわち、夫は自分の住居を任意に変更し、妻に対して同居を要求する権

利を持つと同時に、妻は夫の同居に同居する義務を負い、妻が同居を求めたとき夫はこれを拒むことができない。しかし、妻は任意に住居を変更して夫に同居を要求することはできない。妻の夫への従属が明白な規定となっていた。さらに、家族に対し戸主の居所指定権があった。「家族ハ戸主ノ意ニ反シテ其ノ居所ヲ定ムルコトヲ得ス」(旧七四九条一項)という規定である。では、夫が戸主でないときに、夫の住所と戸主の指定する居所とが違う場合、妻はどちらに従うべきなのか。谷口知平氏は、同居義務の根拠よりみて夫の同居請求権に服すべきことはほとんど疑いなく確定している、と説明し、入夫婚姻で妻が戸主である場合でも、妻は夫の居所に従うべきであろう、と述べている。同居義務を履行しない場合については、「強制の方法なきものと解する外なきこと」、しかし、妻が同居請求に応じないときは、夫は「適当な扶養方法なきを理由として扶養を拒み得べく」、夫が妻を同居させないときは「悪意の遺棄として離婚原因となることによつて⁽⁵⁾」、それぞれ間接的に義務履行が強制されるにすぎない。

なお、同居義務に関連するものとして貞操義務についてもおさえておく必要がある。貞操を守る義務は、民法旧規定の離婚原因の不平等と刑法の姦通罪の規定により、妻にのみ負わされていた。それは、妻は夫に対して「貞節の義務(他の男と通ぜざる義務)を負ふことは妻の姦通が離婚原因とされ(民八一三)又犯罪とされてゐる(刑一八三)ことによつて明かであり、「長期に亘る夫の疾病(不能など)、不在、愛情の欠缺等は此義務を免除するものではない」というほど絶対的なものであった。すなわち、旧規定では裁判上の離婚原因の中に、「妻カ姦通ヲ為シタルトキ」(八一三条二号)と「夫カ姦淫罪ニ因リテ刑ニ処セラレタルトキ」(同三号)という、妻と夫とで異なる規定があった。妻の姦通はただちに離婚原因となつたのに対し、夫の場合は姦淫罪の刑が科せられたときでなければ離婚原因とはならなかったのである。姦淫罪とは刑罰規定の総称で、刑法の中の「暴行又ハ脅迫ヲ以テ……婦女ヲ姦淫」したときに二年以上の懲役が科される強姦罪の規定(一七七条)から、「有夫ノ婦姦通シタルトキハ二年以下ノ懲役ニ処ス、

其相姦シタル者亦同シ」という姦通罪の規定（一八三条）までをいう。通常、夫の異性関係は何ら問題とされず、夫が姦通罪に問われるのは、相手の女性が有夫の婦（人妻）であり、その夫が告訴し裁判所の判決によって刑が科せられたときという、きわめて限定的なものである。しかし、妻が夫以外の男性と性的関係を持った場合、彼女とその相手の男性は二年以下の懲役刑が科せられる、という徹底した男女不平等なものであった。これは性道徳が「家」の血筋を乱すかどうかにかかわるものとして考えられていたからで、その「家」の正統な男系血統を守るため妻にのみ一方的に貞操義務を負わせることによって、異分子の混入を「家」から排除しようとしたのである。のみならず、妻は夫の所有物であるから、姦通されることは夫の所有権を侵される重大事でもあった。さらに民法には、姦通を原因として判決により離婚した場合には、独身に戻った後もその相手との婚姻を閉ざす「相姦者との婚姻禁止の規定」（旧七六八条）があった。

3 「家」制度を根幹とする民法旧規定は、戦後、日本国憲法第二四条に基づき、自由・平等と個人の尊重を構成原理とする民法に全面的に改正された。戦後行われた法律制度の改革の結果、①妻の国籍については、新国籍法（五〇年公布・施行、のち八四年に改正）が、妻も夫も原国籍を保有して国籍の異なる人との結婚を可能とする夫婦国籍独立主義を採用したことにより、〈夫婦の一体性〉から〈個人の承認〉へと流れは変わった。②妻の戸籍については、全改された戸籍法（四八年施行）の、夫婦と同氏を名乗る子を単位として戸籍を編製するという原則により、〈夫の「家」の戸籍〉から〈夫婦の戸籍〉という枠組みの中で同籍を義務づけられている（戸籍法六条）。③妻の氏については、婚姻届に際し夫婦の協議で婚姻後の「夫婦の氏」を選定することとされ、同氏を義務づけられている。④妻の住所・居所については、夫婦の協議で居住場所を選定することとされ、協力・扶助の義務とともに同居を義務づけられている（生活保持義務）。家族法の氏の規定と戸籍編製、および生活保持義務の規定は、「夫は仕事、妻は家事・育児」

という夫婦と子どもから成る性別役割分業の近代小家族の単位とも適合することとなったといえよう。⑤貞操義務については、明文規定はなく、夫妻ともに不貞が裁判上の離婚原因の一つとされた。

ここで、夫婦同氏義務・同居義務の規定および関連の条文につき、旧規定と現行規定を比較対照しておくこととしたい。

〔氏について〕

旧規定——妻ハ婚姻ニ因リテ夫ノ家ニ入ル（旧七八八条一項）

戸主及ヒ家族ハ其ノ家ノ氏ヲ称ス（旧七四六条）

現行法——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。（七五〇条）

夫の主導型から夫婦というユニットを主語とした条文に改められた。夫婦は生活共同体を形成するものであるから、その一体性を表すために同一の氏を名乗ることが適しているという考え方が根底にある。

〔居所・扶養について〕

旧規定——妻ハ夫ト同居スル義務ヲ負フ（旧七八八条一項）

夫ハ妻ヲシテ同居ヲ為サシムルコトヲ要ス（同二項）

夫婦ハ互ニ扶養ヲ為ス義務ヲ負フ（旧七九〇条）

現行法——夫婦は同居し、互に協力し扶助しなければならない。（七五二条）

氏の規定と同様、夫の主導型から夫婦というユニットを主語とした条文に改められた。法解釈レベルで、夫婦の同居は婚姻の本質的義務であり、倫理的要素を多分にふくんでいると説かれている。

〔離婚原因・貞操義務について〕

旧規定——夫婦ノ一方ハ左ノ場合ニ限り離婚ノ訴ヲ提起スルコトヲ得（旧八一三条）

二 妻カ姦通ヲ為シタルトキ

三 夫カ姦淫罪ニ因リテ刑ニ処セラレタルトキ

現行法——夫婦の一方は、左の場合に限り、離婚の訴えを提起することができる。（七七〇条一項）

一 配偶者に不貞な行為があつたとき。

姦通罪の規定については、一九四七（昭和二二）年法律第一二四号により刑法から削除されるとともに、「姦通」という用語も「不貞」に変わり、配偶者の不貞行為は夫、妻とも平等に離婚原因とされたこと記述のとおりである。このように、法律婚の成立に伴う夫婦間の身分的效果は、総体としてみれば、夫の主導・妻の従属型から夫妻対等型へ改正され、さらには「夫婦の一体性」から「個人の承認」へと順次むかう途上にあるといえよう。

三 選択的夫婦別氏制と五年「別居」離婚

（一）選択的夫婦別氏制の導入

1 すでに冒頭で述べたような経過をたどり、法制審議会の民法部会身分法小委員会が、一九九四年七月一二日に「婚姻制度等に関する民法改正要綱試案」の中で提示した選択的夫婦別氏制の導入については、A案・B案・C案の三案併記の形となっていた。

（1）A案——①夫婦同氏を原則とし別氏の選択を認める。②婚姻後は別氏夫婦から同氏夫婦への転換のみ認める。③別氏夫婦は婚姻届の際に、将来生まれる（であろう）子の氏を定める。④きょうだい間の氏は統一する。

（2）B案——①氏は婚姻によって当然には変わらず、同氏も選択できる。②婚姻後の別氏夫婦から同氏夫婦への転換

もその逆の転換も認めない。③子の氏は出生時に両親の協議で決める。④きょうだい間の氏の決め方は夫婦の自律に任せる（きょうだい間で父の氏を名乗る子・母の氏を名乗る子に分かれてもよいし、統一してもよい）。⑤子は成年に達した時から二年以内に届出によって他方の親の氏を名乗ることができる。

(3) C 案——①夫婦同氏を義務づける。②ただし、〈呼称〉として旧姓を名乗ることを認める。

要綱試案の公表以来、とくに A 案と B 案につき、各新聞・テレビ報道はいっせいに「A 案＝同姓が原則、B 案＝別姓が原則」と伝えてきた。しかし、試案の全体像に目を通すと、両案においてそれぞれ「原則」「例外」のもつ意味は同じではない。A 案が別氏の発生を抑制し、できるだけ同氏にもってゆくこととする意図を明確に打ち出しているのに対し、B 案は別氏と同氏を同じレベルに位置づけている。B 案は、「原則として、婚姻によっては変更されず」、夫婦同氏になるためには特別の定めをしなければならないから、別氏が原則、同氏が例外にみえる。しかしそれは、「もともと別氏状態の男女が婚姻するのだから、手続きしなければ同氏にならないというだけ」で、「このことからただちには、価値的・規範的に別氏が原則だとはいえない」⁽⁷⁾ものである。

A 案においては別氏夫婦は、婚姻届の際に夫または妻のいずれかの氏を、将来出生する（であろう）子が名乗る氏として定めなければならない。この点に、看過することのできない重要な問題がふくまれているといえよう。第一に、法律婚の成立に条件を付加し、婚姻の自由の制限につながるおそれがあり、第二に、結婚生活の中で子を産むか産まないかを選択する個人の、および夫婦のリプロダクティブ・ライツに抵触する要素があることである。さらに、子をもちたいと仮に願っても、子を産むことができない人びとの婚姻に対する配慮にも欠け、心理的負担・悲しみの感情を呼び起こすことを懸念する。きょうだいの氏を父ないし母に統一させることについても、家族に対する一定の価値観を別氏夫婦に義務づけるものとして、賛成できない。

C案は、現行法どおり夫婦同氏を義務づけている。ただし、婚姻により氏を変更する妻ないし夫が、いままでの氏（旧姓）を名乗りたいときは、相手の同意を得て婚姻届の際にその旨の届出をすれば、旧姓を「自己の呼称」とすることが出来る。ここにいう「呼称として旧姓を名乗る」という意味は、現在の通称使用とはレベルが異なり、旧姓は戸籍に表記される呼称となる。たとえば婚氏は夫の氏とし、呼称として旧姓を名乗ることとした場合、民法上の氏は甲、呼称上（戸籍表記）の氏は乙という二重の氏をもつことになる。氏の二重概念という、一部の戸籍の専門家にのみ通用するような煩雑な氏理論を導入することは賢明な方法とはいえないであろう。また、何よりも氏名に対する個人の人格権の理念が欠落しており、この案は選択的夫婦別氏制の本来の趣旨を大きく逸脱するものであると考える。

さて、B案であるが、この案においては夫妻は婚姻後もいままでの氏を保有し（夫婦別氏）、また、夫婦同氏を選択することもできるとしており、別氏と同氏とのあいだに価値的には順位・優劣をつけていない点で評価できる。婚姻後の別氏から同氏への転換も、その逆の転換も認めないとしていることについては、人間は自ら経験してはじめて事柄の意味がわかってくるという傾向をもっていることを考慮に入れると、婚姻後にそれらの転換も認めるような修正を希望したい。

別氏夫婦間の子の氏については、出生時に父母の協議で定めた父または母の氏を名乗り、きょうだいで父の氏を名乗る子、母の氏を名乗る子に分かれることも結果的に認め、それぞれの夫婦の自律に任せていることを評価したい。子は成年に達した時から二年以内に届出によって他方の親の氏を名乗ることができるのも、妥当といえよう。当然のことながら、人は出生時に自分の氏名を選定できる力をもっていないから、本人に代わって親などが命名し、親の氏を基準として氏が決められることは現段階ではやむをえない。それゆえ、後年、名の追認の制度の新設もふくめ、与えられた氏名を本人が変更できるような法制度の検討が将来的には必要と考える。B案は、個人の尊厳、個人の選択

権の尊重、両性平等、子の氏の決定基準に関する父母両系の理念が反映している案としてこれを支持する。

2 以上の三案が提示されて以来、法務省がこの間に実施してきた各界への意見照会の結果がまとめ、この（九五）八月一八日に公表された。それによれば、選択的夫婦別氏制の導入に賛成する意見が大勢を占めた。三案の中ではB案支持が最も多く、二四〇通に達した。半面、裁判所は大多数にあたる九五庁がA案支持と回答している。

次いで、先日（九五）九月二日、夫婦の氏や子の氏について修正を加えた「婚姻制度等の見直し審議に関する中間報告」が公表された。その骨子のうち、夫婦の氏・子の氏について試案から絞り込みや変更があった点は次のとおりである。

夫婦別氏（民法七五〇、七九〇、七九一条など）

(1) 夫婦は婚姻の際、同氏（夫か妻の氏）を名乗るか別氏（それぞれの婚姻前の氏）を名乗るかを選択する。婚姻後の同氏夫婦から別氏夫婦への転換も、その逆も、いずれも認めない。

(2) 別氏を選択した夫婦は、同時に子の氏を定める。別氏夫婦の子であっても、きょうだいの間では同じ氏を名乗る。

(3) 別氏夫婦の子は、特別の事情のあるときにかぎり、家庭裁判所の許可を得て、氏を変更することができる。

(4) 改正法施行後一年以内は、夫婦の共同の届出によって、既婚夫婦が別氏夫婦になることができる。

A案をベースとし、修正が加えられたものとなっている。なぜ最も支持の多かったB案にならなかったのか。その理由として、B案の基底にある思想と国民の意識との間にはいまだギャップがあり、制度の改変を望まない人びとの理解を得ることは難しい、と説明されている。婚姻の届出に際して子の氏を決定させること、きょうだいの氏を統一させることに、既述した理由から依然として疑問が残る。主観的・客観的理由により子をもたない人びとの婚姻の

ことは、はじめから念頭にないのであろうか。

次に、きょうだい間の氏の統一を義務づけることの弊害について。子どもの数をXとすると、別氏夫婦と子どもで構成される家族の氏は、つねに「1プラスX対1」となって親の一人だけが決定的に氏が異なるといふ結果を生じる。それにより、二種類の氏は対等・平等ではなく「正の氏」と「副の氏」という関係に立たされるのではない⁽⁸⁾。これは、本来の「夫婦別姓」の趣旨を反映しているとは到底いいがたい。

さらに、今回の大規模な法改正の機会に、ぜひとも氏に関する三つの場合の不統一性を整理することを願うものである。具体的には、配偶者死亡の場合の生存配偶者の氏の規定（民法七五一条）の考え方を他の二つの場合にも適用することである。

婚姻と氏、離婚と氏、配偶者死亡と氏の三つの場合の考え方の統一を図り、いずれも現時点で名乗っている民法上の氏が継続することを原則とし、個人の選択により相手方の氏や旧姓を選ぶこともできるようにすること。――①夫または妻は、婚姻に際し、届出により、相手方配偶者の氏に改めることができる（民法七五〇条の改正案）。②婚姻によって氏を改めた夫または妻は、離婚によって婚姻前の氏に復することができる（同七六七条の改正案）。③婚姻によって氏を改めた夫または妻は、相手方配偶者が死亡した場合、婚姻前の氏に復することができる（同七五一条――条文の表現の変更）。

以上のような修正を求めるものである。

3 最後に、戸籍編製とのかかわりについて述べておきたい。選択的夫婦別氏制を民法に導入した場合、別氏夫婦の戸籍をどのように編製するか、また、その間に出生した子の氏の決定および戸籍上の処理をどのようにするかの問題は、現行の戸籍編製が夫婦同氏・親子同氏を前提にしている以上、このままでは解決できない。どの原則をどの程

度まで変更するのかを考えることは、同時に戸籍制度のあり方の事実認識が問われる問題であり、また、各自の婚姻・家族観、親子観、個人観が投影する問題でもある。

選択的夫婦別氏制の導入に伴い、戸籍編製をどのようにするのかについては、国側・運動側とり混ぜて三群の具体案が提起されてきた。それらは、①別氏同戸籍案、②別氏別戸籍案、③個人別登録案（個人「籍」案）である。

夫婦について新戸籍が編製される場合の現行の基準は、婚姻届の際に定めた「夫婦の氏」となっている。しかし、中間報告から読み取れるところ、同氏夫婦については現行どおりとし、別氏夫婦については、別氏同戸籍で戸籍を編製するテクニクの一つとして、今度新たに、婚姻届の際に定めることが義務づけられる「子の氏」が、実に戸籍編製の基準とされるのである。これは、奇妙な、かつ巧妙な新基準の導入といわざるをえない。

（二）五年「別居」離婚の新設

1 「婚姻制度等に関する民法改正要綱試案」の中には、破綻主義の明確化へむけて同居の不存在を婚姻破綻の指標として、「夫婦が五年以上継続して共同生活をしていないとき」に離婚を認めるという離婚原因の追加がふくまれている。

日本では、戦後の民法改正の際に破綻主義離婚法の考え方が採り入れられた。すなわち、裁判上の離婚原因として、不貞や悪意の遺棄などの例示に加え、一般的破綻条項と呼ばれる「その他婚姻を継続し難い重大な事由があるとき」（民法七七〇条一項五号）が規定されたことである。しかし、一九五二（昭和二七）年に最高裁が、他の女性との間に子どものできた夫からの離婚請求を棄却した（「踏んだり蹴ったり判決」と呼ばれる）。次いで、五四（昭和二九）年に二つの最高裁判決が出されて、破綻について責任のある側からの離婚請求は認めないという消極的破綻主義の原

則が判例法上は確立した。以来、たとえ別居が二三十年という長年月にわたり婚姻が形骸化していても、有責配偶者からの離婚請求は認められないこととなった。その間、学説や下級審判決の中にこの原則に批判的な見解があいつぎ、ようやく八七（昭和六二）年九月二日最高裁は、三十六年間別居状態にある有責配偶者の夫からの離婚請求において判例を変更し、長期間の別居、未成熟子の不存在、離婚が他方配偶者に精神的・社会的・経済的に著しく苛酷な状態をもたらさない場合には離婚を認める余地があるという判断を示した。それ以降、別居期間はしだいに短縮され、また、未成熟子がいても離婚を認めるなど要件は緩和される方向にあった。時あたかも、高揚する夫婦別姓選択制への要求を背景として、法務省は婚姻と併せて離婚についても法制度の見直しを審議することとし、九一年に法務大臣の諮問機関である法制審議会の民法部会身分法小委員会で検討作業が開始されたものである。

離婚原因について述べる要綱試案の箇所は次のような構成とされていた。

「一 裁判上の離婚

1 離婚原因（七七〇条関係）

（一）夫婦の一方は、次の場合に限り、訴えをもって離婚を請求することができるものとする。ただし、①又は②の事由については、婚姻関係が回復の見込みがない程度に破綻していないときはこの限りでないものとする。

①配偶者に不貞な行為があったとき。／ ②配偶者から悪意で遺棄されたとき。／ ③配偶者の生死が三年以上明らかでないとき。／ ④配偶者が強度の精神病にかかり、回復の見込みがないとき。／ ⑤夫婦が五年以上継続して共同生活をしていないとき。／ ⑥その他婚姻関係が回復の見込みがない程度に破綻しているとき。

（二）裁判所は、（一）各号の事由がある場合（二）①または②の事由については、その事由により婚姻関係が回復の見込みがない程度に破綻している場合）でも、離婚により夫婦の一方又は子が精神的、社会的又は経済的に著しく苛酷

な状態に置かれるときは、離婚の請求を棄却することができるものとする。」

まず、用語上の問題がある。要綱試案では「五年以上継続して共同生活をしていないとき」と言っており「別居」という用語にはなっていない。にもかかわらず、要綱試案の公表以来「五年別居で離婚」という表現が流布している。「共同生活をしていないとき」を簡単に「別居」という用語に置き換えてしまうと誤解を生むおそれがある。外形上は別居であっても相互の協力や交流の要素があれば共同生活にあたり、別居がすべて不仲の別居ではない。二つの表現・用語のあいだには隔たりがある。

ところで、五年「別居」離婚の新設については賛否両論に分かれ、激しく対立することとなった。賛成の立場からは、①破綻した婚姻は解消し、新たな出発をすることのほうが理念として望ましい。②有責主義の離婚法理のもとでは互いに相手の責任を追及しあい、憎しみをつのらせるというような弊害を伴う。五年以上の共同生活の不存在という事実を婚姻破綻として認定することにより、夫婦関係の中に立ち入らずに離婚への道が開ける。——などの理由をあげる。反対の立場からは、①離婚した女性は経済的困窮の中で子どもを育てているのが実態（生別母子世帯の年収は二百万円程度）であり、破綻主義を徹底化できるだけの社会的条件が整備されていない。②五年「別居」離婚を新設する場合の前提条件として、i 離婚後の生活の確保、ii 離婚後の住居の確保、iii 養育費などの支払いの確保が必要である。それらが未解決のまま法改正が行われれば、子どもや女性など弱者が犠牲になる。——などの理由をあげる。

2 今回（九五年九月二日）の中間報告で、五年以上の共同生活の不存在を離婚原因に追加することは維持され、身勝手な態度に対する歯止め条項が盛られた。

裁判上の離婚（七七〇条）

- (1) 離婚原因に「五年以上継続して共同生活をしていないとき」を加える一方、現行法の「配偶者が強度の精神病にかかり、回復の見込みがないとき」を削除する。
- (2) 財産分与についての「二分の一ルール」、および妻（夫）や子が著しく苛酷な状態に置かれるときは離婚を認めないとする「苛酷条項」に加えて、婚姻中の協力・扶助を著しく怠り、離婚請求が信義に反する場合はこれを認めないとする「信義則条項」を盛り込む。

子の監護（民法七六六条）

- (3) 協議離婚の際に定める事項に、「子の養育費の分担」を明記する。

これにより、一定期間の「別居」を婚姻破綻の指標として、有責の有無や程度を問題にしないで離婚できる道を開こうとしている。その当然の前提に「夫婦の同居義務」がある。私自身は破綻主義を徹底化できるだけの社会的諸条件が整備されていないもとの五年「別居」離婚の新設に対し、慎重論ないし反対論の立場をとるものであるが、理由はそればかりでなく、今回の改正にあたり同居義務の規定のあり方については何の論議もなされていないことに関しても、納得のゆかないものを感じるからである。そこで、本稿は次の章以下を同居義務規定の検討に字数を割くことにしたい。

四 現行民法における夫婦の同居義務規定の検討

(一) 夫婦の同居義務についての学説

民法第七五二条には、夫婦間の同居義務・協力義務・扶助義務の三つの義務が規定されている。これらのうち、扶助義務については、婚姻費用分担義務（七六〇条）と同質の義務であり、そちらの条文で規律されうるとみるか、扶

養法の原理に基づく異質な要素もあるとみるかで見解が分かれている。いずれにしても、夫婦間の経済的性質の問題にかかわっており、本稿での検討の対象からは除外する。協力義務は同居義務と結びついて履行される場合が多いであらうから、あわせて検討する。

1 我妻栄氏は、まず、「夫婦は、精神的・肉体的・経済的の終生にわたる協同体である」と定義づけ、夫婦が「同居し、協力し、扶助することは、その本質の要請するところであり、民法第七五二条はこれを宣言したものである」と述べる。したがって、「その同居・協力・扶助は、多分に倫理的な意味を有する」とし、法律的效果については、「根底に存する倫理的な本質から派生する」ものであると説く。さらに、同居は、「単なる場所的な意味ではなく、「夫婦としての同居」であるから、「場所的に多少隔っていても、同居は成立しうる」⁽⁹⁾として、条文の文言を変えずに拡張解釈を加えている。貞操義務については、「夫婦関係の本質をなすもの」であるがゆえに、「離婚原因として間接に認めるだけでな⁽¹⁰⁾く、第三者に対する法的な責任追及（いわゆる不貞行為に基づく損害賠償請求）を認める⁽¹¹⁾立場をとる。

青山道夫氏は、「現行法では同居の選定権を夫だけにあたえず、夫婦の協議によって定めるべきものとし、その場所に夫婦が同居すべきもの」と解釈する。そのうえで、「昨今の社会事情は夫婦の別居をやむなくせしめるような例がすくなくない」とし、したがって「当事者の一方的な強要でなく、夫婦生活の本質に反しないような合意の別居をすることは、この同居義務の違反にはならないであらう」と新しい社会的条件も考慮に入れた説明を加えている。なお、青山氏は、「夫婦生活が愛情と信頼にもとづく人格的結合であることによって、おたがいに、つぎのような権利と義務がうまれる」と前置きし、貞操義務を第一に掲げている。現行法が不貞を夫妻平等に離婚原因（七七〇条一項一号）としたことにつき、「夫にも貞操の義務のあることが、とにかく民法の条文で定められることになった」と

その意義を認めつつも、「婚姻の効果として、なぜ、……夫婦に貞操の義務のあることを積極的にあきらかにしなかったのか」、「同居・協力・扶助義務に加えて貞操の義務を明示したならば、夫婦生活の本質を、さらにあきらかにすることができたであろうと、わたくしは現行法のために惜しむのである」⁽¹²⁾と力説する。

中川淳氏も、同居義務を貞操義務とともに、「これらの義務は、婚姻の本質的義務であり、婚姻の成立とともに発生し、婚姻の解消にいたるまで存続する」と説き、「同居とは、夫婦の共同生活としての同居を意味し、たんなる場所的な意味ではない。したがって、同じ屋根の下で障壁を設けて生活を別々にしているのは、同居とはいえない」⁽¹³⁾と解説する。

山口純夫氏は、まず同居・協力・扶助義務につき、「婚姻の締結が、夫婦の結合関係を終生にわたって維持することを目的とする以上、当然の義務」であるとし、同居義務については「単に同一の家屋に居住する義務を指すわけではなく、夫婦間の精神的・肉体的結合を前提とした『夫婦としての同居』義務を意味する」が、「職業上の必要性や病氣治療の必要性などを理由として同居できない場合には、……同居義務違反にはならない」と説明する。貞操義務についても、「直接的に規定した条文はない」が、「婚姻の本質的義務」⁽¹⁴⁾と説いたうえで、我妻氏と同様、第三者に対する法的な責任追及を認める余地を残している。

2 これらの学説に表現されている「夫婦としての同居」とはなんであろうか。第一の手掛かりは沼正也氏の、明快で露わな表現から得ることができる。沼氏は、両者が配偶関係にあることによって生ずる効果の中の積極的效果として、「法的には一男・一女間の相互的な性器の独占提供関係であるから（カント）、第一に相互的な貞操義務を成立せしめ」とする。また、「一男・一女間の恒久的な性器独占提供関係である配偶関係は、所有権におけるのと同じく現実独立・平等・自由な人のあくなき独占の意思尊重に基づく（物の使用・収益・処分におよぶ排他的完全支配が近代的

所有権であり、一男・一女間の排他的な相手方の性器独占供与関係を婚姻ならしめる⁽¹⁵⁾」と断言している。また、同居義務との関連では、「夫婦相互の恒久的な性器独占提供関係は両者間の性共同体を構成せしめる（このことは、かならずしも両者の〈同居〉を義務づけるものではないが、立法例はしばしばこの義務を規定づけている。日本法も、しかり。七五二条。夫婦相互の〈協力〉義務は、本質、この性共同体の維持義務である）」⁽¹⁶⁾という学説を展開している。

第二の手掛かりは深谷松男氏の説に求められよう。深谷氏は、同居・協力・扶助義務につき、「婚姻生活共同体維持の義務ともいえるべき基本的義務」としたうえで、「同居は夫婦としての同居」、「協力は性別分業による協力⁽¹⁷⁾」と述べ、〈性別分業〉という言葉を用いている。

渡辺洋三氏の説くところをまとめてみると、次のようになる。夫婦はもともと同居して共同生活するのが原則であるから、法律も、その原則をうたっている。最近では、入院、海外出張、単身赴任などで、やむなく別居しなければならぬ家庭が増えている。そういう事情がある場合には、同居義務違反とはならない。前述のような事情がなくとも、「しばらく別居したほうが新鮮味があつていい」とか、夫婦共働きで、互いの仕事の関係上別居するとか、二人が合意のうえで別居を選ぶこともさしつかえない。これからの社会では、むしろ、二人の合意による別居のかたちが増えてくるだろう、と。⁽¹⁸⁾

同居義務が規定されていることにより、二人のうちの一方当事者が同居義務を履行しないとき、法的強制力はあるのだろうか。実のところ、一方の同居要求に他方が応じないとき、同居を命じる家庭裁判所の審判を出してもらうことはできるが、強制執行の方法はないのである。渡辺氏の説明によるところ、「執行官が、いやがる夫をしばつてむりやりひっぱってくるわけにはゆ⁽¹⁹⁾」かないし、「いつとびだして逃げてゆくかを、みはつておくこともでき」ない。なぜなら、「家庭は、刑務所ではない⁽¹⁹⁾」のだから、というものである。

同居義務についての学説および同居義務に関する判決⁽²⁰⁾を総合すると、次のように整理することができよう。①婚姻の成立とともに発生し、婚姻の解消まで存続する夫婦関係の本質的義務である。②両性平等の見地から、夫婦は互いに同居しなければならないとした。③夫婦が事実上別居することは構わない。しかし、別居しようという契約は無効であるから、たとえそのような約束をしても、一方が同居を要求した場合は、他方はその約束をたてに拒むことはできない。④夫婦の一方が同居義務を果たさないときには、他方は同居の調停または審判を申し立てることができる。しかし、同居するという調停が成立しまたは同居すべしという審判がなされても、事実上他方がこれに従わないときは、強制的にこれを同居させる方法はない。〈直接強制〉も〈代執行〉もできないし、相手が履行しないときに一定の金額を支払うよう命じる〈間接強制〉も適当でないとされている。⑤相手が同居を拒否するとき、一方は扶養義務を免れ、そのほか損害賠償を請求する、悪意の遺棄または婚姻を継続し難い重大な事由にあたるとして離婚の訴を起こす、などができるであろうとされる。⑥一方が伝染病に罹っているときなどのように、別居する正当な理由があるときは、同居の請求は、権利の濫用として許されない。

3 夫婦の同居義務についての学説をみると、全体としては、婚姻の成立から解消まで続く夫婦関係の本質的義務とされ、なお個別的には、性別分業による協力をふくむ夫婦としての同居と説く立場、あるいは、たんなる場所的な意味ではなく、精神的つながりを基調とした夫婦としての共同生活を意味するものと説く立場など幅があるものの、いわば婚姻家族の倫理規定の支柱として位置づけられている。しかし、用語の厳密な意味での「同居」は法的強制力になじまず、他方では、場所的に隔たっている同居義務に反しないという法解釈をみてくると、そもそも夫婦の同居義務規定の存在自体に疑問をもたざるをえない。また、夫婦の同居義務の規定があっても、真に同居し協力したいと願う夫婦に対しては、企業の必要性を優先させて同居義務の履行を簡単に反故にしているのが現状である。企業に

においては、転居を伴う転勤、夫の転勤による妻の辞職、单身赴任が増加傾向にあり、「同居したくてもできない」という社会的条件が個人や家族の生活に深刻な影響を与えている。なかには「家族同居の権利侵害」などを理由とする单身赴任訴訟も起きているが、夫の転勤で六年間の单身赴任を強いられたことに対し家族五人が慰謝料等の支払いを求めていた帝国臓器製薬（单身赴任）事件において、東京地裁は一九九三年九月二九日の判決で原告の請求を棄却した⁽²¹⁾。会社側の業務上の必要性と原告側の夫婦・親子が同居し家庭生活を営む権利とを比較考量し、原告側の受ける不利益は甘受すべきもの、不利益の軽減・回避のため会社のとった措置は社会通念上、著しく不備とはいえないとの判断による。原告側は、女性の労働権を認めない判決だと控訴した。

夫婦の同居義務の規定は、夫婦同氏義務の規定と同様、平等な当事者の協議という形式をとりながら、まずそこには、夫の主導で家族をまとめてゆこうとする性別役割分業型の家族意識が反映しているのではなからうか。女性が生を通して職業活動をはじめ社会活動に参加するに伴い、別居（ないし分居）や通い婚（コミュニタ・マリッジ）の結婚形態を選ぶ人びとは増えてきている。諸外国をみると、旧ソ連、フランス、イギリスなどでは夫婦に同居義務を課していない。旧ソ連の各共和国の婚姻・家族法典につき、藤田勇氏は、「住居、職業については、夫婦それぞれが自由に決定しうる。住居については同居義務がない点に、……意味があ⁽²²⁾」ると説明している。フランス民法では夫婦に別個の住所をもつ権利を認め（二〇八条一項）、家族の居所は夫婦の合意によって定めるとしている（二二五条一項）。イギリスでは一九七〇年に同居義務は廃止された。

同居義務の規定は、第一の問題として、女性（妻）の労働権の尊重、経済的・社会的自律の観点から検討を加える必要がある。

(二) 婚姻における相手の支配・所有

夫婦の同居とは、たんに同じ屋根の下に同居し、食事を共にするというレベルにとどまらない。民法学者の説明を総合的にみてゆくと、多少古めかしい用語であるが、同居義務＝同衾の義務なのであり、したがって性交は夫婦の權利義務関係として理論構成されている。また、刑法学の通説ではその説を受けて、「夫は妻に対し性交を要求する權利があるから、暴行・脅迫を用いて妻を姦淫しても暴行罪・脅迫罪を構成するは格別、本罪を構成しない⁽²³⁾」とし、夫婦間強姦罪はありえないとの立場がとられている。

したがって、第二の問題として同居義務の規定は、女性(妻)の自分のからだ・命・性についての人格的自律権の観点から検討を加える必要があると考える。そこで、婚姻契約に関する沼氏の主張の論拠に示されている一八世紀ドイツの哲学者カントの理論をみておくこととしたい。カントは、「婚姻権」として次のように述べる。「性的共同体(性的相互性 *commercium sexuale*)は、或る人間が或る他者の諸生殖器官及び性的諸能力についてなす相互的使用(原文略)であ」(傍点＝訳文)り、「婚姻 (*matrimonium*)」は「性を異にする二個の人格が自分たちのもろもろの性的固有性の生涯にわたる相互的占有のためにする結合である」。人格は一個の絶対的統一であるから、「人間の或る肢体の取得は、同時にその全人格を取得する」。しかも「この人格的権利(債権)」は「同時に物権的である⁽²⁴⁾」(傍点＝訳文)というものである。夫婦は、相互に相手の肉体に対して物権類似の独占的排他的使用権を有すると説いたカントの婚姻法理論は、相互に利用しあうことによって、その対象性を止揚し自分の人格性を回復することを意図したものであるといえるだろう。

このようなカントの婚姻法理論につき川島武宜氏は、「近代的な一夫一婦制婚姻の究極の思想的基礎を、明快に疑の余地なく説きあかした数少ないものの一つ⁽²⁵⁾」と評している。たしかに、近代社会において婚姻は、〈聖域〉ないし

〈治外法権〉的に扱われ、ひとたび婚姻をすれば、両者間に心とからだをふくむ全人格的支配権が発生するとする婚姻観・人間観は、いままでのところ通説となっている。しかし、カントの婚姻法理論は妻が財産・居所などあらゆる面で夫に従属していた歴史的段階の産物であって、相互所有とはいっても社会的・法的には妻に対する夫の所有・支配として現れるものであることは否定できない。島津一郎氏は、「近代社会においては、人は本来自由な人格者であって、他人の物権の対象となることは、ないはずである。カントの婚姻観は後にヘーゲルによって痛烈に批判された。それは、人格を冒瀆するものであり、恥ずべき思想だという⁽²⁶⁾」と指摘している。固有なからだと心をもってフィジカルな存在として生きている現代の妻と夫の法的な関係に、また、第三者との関係に、メタフィジックス（形而上学）の立場からのカントの婚姻観を適用することは妥当であろうか。たとえ法律上の婚姻をしていますが、自律した個人である別の人間の人格やからだ・性機能を所有し支配することなどできることではない⁽²⁷⁾。

今日、諸外国では「妻に対する夫の暴力」(ドメスティック・ヴァイオレンス)を、家族という装置の中での女性に対する人権侵害にあたる深刻な社会問題として受け止め、調査・研究が進められている。日本でも研究者・弁護士による実態調査が⁽²⁸⁾一九九二年からはじめられ、弁護士会では一一〇番を開設してこの問題を取りあげてきている。それまでも、弁護士たちは自分の担当事件を通して、多くの離婚や妻による「夫殺し」の背後には、長年にわたる「夫の暴力」という事実が潜在化していることが少なくないことを指摘してきた。これはまさしく、妻が奴隷的な拘束状態におかれているに等しい。今日、家庭という私的領域は、「愛の城」にもなりうるし「恐怖の密室」にもなりうるのである。その根底には、法制度上は対等平等な条文のもとで、実態としては夫が妻を支配し所有することを許している法的状況があるとはいえないであろうか。すなわち、女性が自分のからだ・命・性について人格的自律権を尊重されない根拠の一つに、同居義務の解釈・運用があるように思われる。

五 結び——からだ・命・居場所をめぐる自己決定

1 夫婦の同居義務規定につき、日本国憲法の居住・移転の自由とのかかわりを考えておきたい。日本国憲法は居住・移転・職業選択の自由として、「何人も、公共の福祉に反しない限り、居住、移転及び職業選択の自由を有する」(二三条一項)と規定する。

居住・移転の自由とは、浦部法穂氏の解説によれば、「自己の欲するところに住所または居所を定め、あるいはそれを移転する自由、および自己の意に反して居住地を移されることのない自由を意味する。これは、まず、職業選択・営業の自由と密接に結びついて」いる。のみならず、さらに広く「人身の自由としての側面をもつ。人身の自由は、拘束されないという消極的意味だけでなく、自分の意思で積極的に移動する自由を含むものである。したがって、居住・移転の自由は、人間の活動領域を拡げて、自由な人間交渉の場を与え、個人の人格形成に寄与するものであるから、人間存在の本質的自由としての意義をもっている」⁽²⁹⁾とある。ここでは、居住・移転の自由が、自己の人間性を豊かに発展させてゆく不可欠の自由として熱意を込めて説かれている。

では、同居義務との関係はどのようにとらえられるのであろうか。宮沢俊義氏は、「なお、夫婦の同居義務を定める規定(民法七五二条)は、居住・移転の自由とは、別段の関係はない」⁽³⁰⁾とし、一行で斥けている。阿部照哉氏は、親権者による未成年者の居所指定(民法八二一条)とともに夫婦の同居義務について「家族法上の立場から居所決定のあり方を定めるものであって、憲法上の居住・移転の自由を直接制限するものではない」⁽³¹⁾と説いている。樋口・佐藤・中村・浦部四氏による共著では、家族法上の権利・義務によって居所の自由が制限されていることにつき、「事物の性質上当然に認められる制約として正当化される」⁽³²⁾とある。わずか一行の説明で済まされそれ以上考慮の対象と

なりえなかったところに、この問題の本質をみる思いがする。人が独立した個人として居住・移転の自由を享有することは、配偶者がいるいなかかわらず、基本的な権利ではあるまいか。人が居住・移転の自由の享有主体であつてはじめて、夫と妻の合意のもとに同居することが権利としての意味をもつ。同居は、当事者間の義務というよりはむしろ、それが理不尽に阻まれたときにその実現を国家に対して請求できうる権利⁽³³⁾として理論構成されるべきであろう。

さらに、生命体としての人間を考えると、空の色、雲の動き、日差しの向き、風の薫り、潮騒の音など心臓の鼓動やからだのリズムと調和する居場所を選定することは、「生命権・存在権」⁽³⁴⁾にあたる基本的権利といえよう。アフリカの高地での生活についてデンマークの作家デイナーセンは、「やすらかに呼吸でき、心臓は軽やかに活いきと、たしかな鼓動をつづける」「この地こそ自分の居るべき場所なのだというよろこび⁽³⁵⁾」と表現している。居場所は命と深くかわるものであることが感じとれる。

居住・移転の自由の重要性にてらし、民法の同居義務のほうこそが検討されるべきと考える。日本国憲法第二四条の「婚姻は、両性の合意のみに基いて成立し (Marriage shall be based only on the mutual consent of both sexes) ……」の有名な文言にある「両性の合意」とは、法的な婚姻を創設するときのみ必要なのではなく、婚姻生活を通しての二人の人間関係のつくり方および暮らし方全体にむけられた要件と解すべきであろう。したがって、住居の選定についても、「合意のみ」に基づいて「同居」が実現し、二人にとって権利となると理論構成することの積極的意味が、今後ますます増大してゆくに違いない。

2 最後に、日本国憲法に「個人の尊厳」尊重の原則、「すべて国民は個人として尊重される」(日本国憲法一三条前段)が置かれている意味を考える。なぜ「個人の尊厳」なのであろうか。それは、人間は一人ひとり感じ方も考え

方も異なり、容易に自分を客観化することのできない、一人ひとりが独断と偏見を免れない主観的な存在として生きていることを、すなわち、人は個別的な存在でしかありやうがないことを確認したものといえよう。

従来、社会科学において描く人間像は、自然に働きかけ自然を変革し自らを人格発達させてゆく労働主体としての人間であり、また、意思の力で自分をコントロールでき、契約を履行する契約主体としての人間である傾向が強かった。しかし、新しい人間観ともいえる「からだ」と心を一体としてとらえる「人権思想」が登場してきている。医事法学の立場から唄孝一氏は、インフォームド・コンセントの必要性の根拠につき次のような指摘をしている。「患者の「自分のからだは自分のもの」という感覚は、「人権問題」であり、「治療行為は、患者の『有機体としての肉体のインテグリティ』が他者から侵襲されることであるから、触れられ傷つけられる側＝患者が『医師の医的侵襲行為を承諾するか否かの自由をふくむ自己決定権』をもつことが当然の前提とならなければならない」⁽³⁶⁾と。

引き続き憲法第一三条後段もみてみよう。「生命、自由及び幸福追求に対する国民の権利については (Their right to life, liberty, and the pursuit of happiness)、公共の福祉に反しない限り、立法その他の国政の上で、最大の尊重を必要とする」とある。歴史を遡ると、ジェファソンは、造物主によって与えられた侵すことのできない権利として、the life, the liberty, and the pursuit of happiness を掲げた(独立宣言)。また、フランス革命に先行するロックの property 論は、各人に proper なものとして、life, liberty, possessions があると説いた。さらに、フランス革命期におけるシイエスの所有理論は、自分にとって propre なもの、自分に固有で自分のみが処分できるものとして、①精神および肉体の両面を含む人自身 ②行為ないし労働の所有 ③成果に対する所有を説いた⁽³⁷⁾という。

現在、所有権というと、人びとはただちに物的な所有を考え、婚姻法制度における夫と妻との関係までもが、物の所有・支配に準じた相手のからだや性機能を排他的に独占し使用しあう関係として理論構成されている。しかしなが

ら、日本国憲法第一三条に取り込まれたキーワードには、〈精神および肉体の両面を含む人自身〉を自分にとってローパーな領域としてとらえる思想的系譜があることに着目したい。

女性が（男性も）、心とからだを一体としてとらえる人権の享有主体として、自分のからだ・命・居場所に対する自己決定権が尊重されるような法理論の構築・法改正が、いま、求められているように思われる。

注

- (1) 石原輝「夫婦の絆は同姓から」現代のエスプリ二六一号「夫婦別姓時代を生きる」（一九八九）一三三頁。
- (2) 高群逸枝・招婿婚の研究（二）高群逸枝全集三（理論社・一九六六）一一九三～一一九七頁。
- (3) 山中永之佑「明治期における『氏』家の名・族の名・人の名——氏（弘文堂）一一八頁。
- (4) 山中・前掲書一二六～一二八頁。
- (5) 谷口知平・日本親族法（復刻版）（信山社、一九八九）二七二～二七三頁。
- (6) 谷口・前掲書二六九頁。
- (7) 唄孝一「選択的夫婦別氏制のあり方」ジュリスト一〇五七号（一九九四・一一・二）七頁。
- (8) 唄孝一氏とのパーソナル・ディスカッションの中で示唆を得た。
- (9) 我妻栄・親族法（有斐閣・一九六四）八〇～八一頁。
- (10) 我妻・前掲書七五頁。
- (11) 我妻・前掲書九八～九九頁。
- (12) 青山道夫・全訂 家族法入門（法律文化社・一九八九）五〇～五二頁。
- (13) 中川淳・（改訂版）親族相続法（有斐閣・一九八八）七〇～七一頁。
- (14) 山口純夫編・親族・相続法（青林書院・一九九一）四七頁。この章は山口氏執筆
- (15) 沼正也「家族法の基本構造」沼正也著作集三（三和書房・一九八四）二五頁

- (16) 沼・前掲書三五頁。
- (17) 深谷松男・新版現代家族法(青林書院・一九八八)四八頁。
- (18) 渡辺洋三編著・現代家庭の法律読本・家庭は変わる(1)男と女の結びつき(岩波書店・一九八七)六〇―六一頁。
- (19) 渡辺・前掲書六一頁。
- (20) 大判一九三〇(昭和五)年九月三〇日民集九二六頁。
- (21) 「帝国臓器製菓(単身赴任)事件」労働判例六三六号(一九九三)一九頁。
- (22) 藤田勇・概説ソビエト法(東京大学出版会・一九八六)二三八―二三九頁。
- (23) 所一彦「第一七七条(強姦罪)」注釈刑法四(有斐閣・一九六五)二九九頁。
- (24) カント「人倫の形而上学」吉沢伝三郎・尾田幸雄訳・カント全集第一卷(理論社・一九八六年)一二二―一二四頁。
- (25) 川島武宜「近代的婚姻のイデオロギー——カントの婚姻法理論」イデオロギーとしての家族制度(岩波書店・一九六三)二三七頁。
- (26) 島津一郎・転換期の家族法(日本評論社・一九九一)九〇頁。
- (27) 角田由紀子・性の法律学(有斐閣・一九九一)一二八頁に「たとえ配偶者であろうと他者の心や生殖器や性的諸能力について独占的排他的使用権ともいふべきものを認める『法的権利』は存在しないと私は考える。この権利と性的自由とは両立しないはずだ。」とある。
- (28) 戒能民江「ドメスティック・バイオレンスと法」法の科学二二号(一九九三)一三二―一三八頁。
- (29) 阿部照哉・池田政章編・憲法(3)基本的人権II(有斐閣・一九八三)浦部法穂(第七章IV)一三三―一三五頁。
- (30) 宮沢俊義著・芦部信喜補訂・全訂日本国憲法(日本評論社・一九八四)二五四頁。
- (31) 阿部照哉・憲法(改訂)(青林書院・一九九二)一三〇頁。
- (32) 樋口陽一・佐藤幸治・中村睦男・浦部法穂・注釈日本国憲法・上巻(青林書院新社・一九八四)五三一頁。
- (33) 夫婦の同居・協力を権利的に構成した論文に、鈴木博人「同居・協力義務の権利的構成——単身赴任問題を含めて」婚姻法改正を考える会編・ゼミナール婚姻法改正(日本評論社・一九九五)がある。鈴木氏は、民法第七五二条の改正私案として「①夫婦の同居は、その協議により、これを定める。②夫婦は、互に他の一方及び子の福祉を配慮する権利を有し、義務を負う。③夫婦は、

互に扶助しなければならない。」と提起している（八五頁）。

(34) 唄孝一「医療技術の発達と法」公法研究五三号（一九九一）七頁。

(35) アイザック・ディネーセン（横山貞子訳）アフリカの日々（晶文社・一九八二）一二頁。

(36) 唄・前掲注（34）六〇七頁。

(37) 深瀬忠一「樋口陽一」吉田克己編・人権宣言と日本（勁草書房・一九八九）所収の第四セッション「私法と女性」における稲本洋之助氏の講演（二三〇～二四一頁）、およびそれに続く討論における樋口、深瀬両氏の発言（二五一～二五三頁）。

補注 本稿は、星野澄子「婚姻法制度における同居義務・守操義務の検討——命の愛しさを内包する個人の視点から——」唄孝一・石川稔編・家族と医療（弘文堂・一九九五）で取りあげた問題をやや異なる視角から再構成することを試みたものである。したがって、二論稿のあいだには共通する記述があることをお断りしておきたい。

本稿脱稿後に、法改正へむけて事態はさらに進展した。すなわち、本年（一九九六）一月一六日、法制審民法部会が民法改正要綱案を取りまとめ、三〇日には民行審（民事行政審議会）が別氏夫婦も戸籍編製は夫婦・親子単位（別氏同戸籍）とする答申を提出、続いて二月二六日に法制審が民法改正要綱を法務大臣に答申した。それを受けて法務省が民法等の改正案を作成し国会に提出する、という段階に現在いたっている。本稿でこれらを追跡することはできないので、稿をあらため、左の論題のもとに検討することとした。

星野澄子「民法（婚姻・離婚法）改正要綱にみる明暗」神奈川大学法学研究所・研究年報第一五号（一九九六）。