

## 公法判例研究

九州公法判例研究会

阪口, 心志  
九州大学大学院法学府

<https://doi.org/10.15017/8745>

---

出版情報 : 法政研究. 74 (2), pp.133-144, 2007-10-15. 九州大学法政学会  
バージョン :  
権利関係 :



# 公法判例研究

## 九州公法判例研究会

婚氏選択の可能性と氏名権—ドイツ民法一三五五条二項違憲判決—

二〇〇四年二月一八日ドイツ連邦憲法裁判所第一法廷判決、連邦憲法裁判所判例集一〇九卷二五六頁以下、BVerfGE 109, 256, Urteil des Ersten Senats vom 18. Februar 2004.

阪口 心 志

### 【事実の概要】

1 異議申立人 $X_1$ と $X_2$ の二人は、一九九三年に、アメリカ合衆国内で婚姻を締結した。ドイツ連邦共和国に帰国後、二人は、 $X_1$ が以前の婚姻締結によって取得した氏を、婚氏(Ehename)として決定したい旨、身分登録官に申し出た。しかし、身分登録官は、婚氏として選択することができない<sup>1</sup>氏を出生氏のみと規定するドイツ民法一三五五条二項に

従って、その氏が異議申立人のどちらの出生氏 (Geburtsname) でもないという理由で、証明書の交付を拒否した。二人は、区裁判所に申し立ておよび異議を行ったが、認められなかった。地方裁判所は、ドイツ民法一三五五条二項という一義的な規定を指摘し、夫婦のどちらかの出生氏を婚氏として選択したからといって、その氏に対する固有の権利を獲得するわけではなく、むしろ、婚氏はただの借り物であって、新しい婚姻に継承されない、と判断した。ペルリン高等裁判所<sup>2</sup>は、地方裁判所の決定を確認し、以下のように述べて、同条同項の憲法適合性を確認した。すなわち、基本法六条一項は、以前の婚姻締結によって取得した氏を、新しい婚姻の婚氏として決定することができるということを要請していないし、また、立法者が婚姻締結によって取得した氏を婚氏から排除したことは、基本法二条一項から生じる一般的人格権を侵害していない。立法者が新しい婚氏から以前の婚姻締結によって取得した氏を排除することでもって、元配偶者の利益および氏を取得するためだけになされる見せかけ婚等の濫用の危険を考慮に入れていたのであれば、立法者が婚氏から婚姻締結によって取得した氏を排除したことは、比例性の原則からも憲法上も異議を申し立てられない。

2 異議申立人は、ベルリン高等裁判所の決定が基本法二条から生じる一般的人格権および基本法六条から生じる諸権利を侵害すること、さらには、ドイツ民法一三五五二項がそれらの権利を侵害することを理由に、憲法異議を提起した。異議申立人は以下のように主張した。すなわち、夫婦の一方は、婚姻の継続中のみ、婚姻締結によって取得した氏の利用権を獲得するのではなく、婚姻締結によって取得した氏は、夫婦の一方の一般的人格権によって保障された固有の権利である。もしこの氏を婚氏として決定することができないならば、この固有の権利は侵害されることとなる。さらに、婚氏選択を制限することは、夫婦にその婚氏を自ら決定する自由を与える、基本法六条一項にいう婚姻および家族の特別の保護にも適合しない。

3 連邦司法大臣は、以下のように述べ、ドイツ民法一三五五二項が基本法に適合していると主張した。すなわち、基本法六条一項は、婚氏を一般的に規定することを立法者に義務付けていない。そのため、この基本権は、婚氏から婚姻締結によって取得した氏を排除する規律によって侵害されていない。たしかに、婚姻締結によって取得した氏もまた、一般的人格権の保護の下におかれる。しかし、ドイ

ツ民法一三五五二項によるこの権利への介入は、比例性の原則に適合している。たとえば、夫婦の一方は、婚姻締結の際に、従来の氏を今後も用いることができる。ただ、夫婦が共通の氏を婚氏として決定しようとする限りにおいて、婚氏は、夫婦の一方の出生氏に限定される。この限定は、元配偶者、遺族の利益のために、そして、氏を取得するためだけにされる見せかけ婚等の濫用の危険を防止するために、行われる。

### 【判旨】

1 一般的人格権の保護領域と婚氏選択によって取得した氏

「基本法一条一項と結びついた基本法二条一項は、人の同一性と個性の表現としてのその氏 (Name) を保護している。名 (Vorname) と並んで、氏 (Familienname) もまたこの保護に含まれる」。そして、「婚氏選択によって取得された氏もまた、基本法一条一項と結びついた基本法二条一項の完全な保護を受ける」。

「氏名権を内容形成することは、立法者の任務であり、立法者は、ドイツ民法一三五五二条において、憲法上異議を唱えられない仕方、共通の氏によって家族の統一性

を表明するために、夫婦が原則として一つの婚氏を用いることを定めた」。夫婦がこの規則にしたがって共通の氏を決定すると、夫婦の一方は、これまで称していた氏を放棄し、他方の氏を婚氏として名乗ることになる。「夫婦が二人で選択した共通の婚氏は、新しい家族の一体性の確立だけを表現するにとどまらない。むしろ、選択された共通の婚氏は、氏を選択したときから、両者のどちらにとつても、その氏によって自己が同定される婚氏であると同時に氏である。したがって、共通の婚氏は、その氏と結びつき、その氏でもって発展し続ける、氏を称する個々人の固有の人格の一部かつ表現であり、それゆえ、一般的人格権の保護の対象となる」。

「このような婚姻締結によって選択され、取得された氏は、婚姻期間に限って保護されるわけではない。基本法六条一項は、婚姻にあたって統一的な氏を称することも、婚姻の解消の際に、婚氏として称していた氏を放棄することも、要求していない。婚氏選択によって取得された氏の保護も、氏を称する個人の人格権からのみ生じる」。婚姻締結によって取得した婚氏を称することによって、氏は、氏を称する者の人格の表現となり、氏と人格の同一性をもたらずのである。たとえ配偶者の氏を婚氏選択によって取得

したとしても、その取得された氏は、やはりその氏を新たに称する者の人格の一部となっているのである。「それゆえ、婚氏選択によって取得された氏は、借り物ではない固有の氏として、氏の取得のきつかけとなった婚姻が今後も存続するかどうかに関係なく、基本法一条一項と結びついた基本法二条一項の保護の対象となる」。

## 2 婚氏選択によって取得した氏への介入

「ドイツ民法一三五五条二項は、婚氏選択によって取得され、それ以来用いられている氏の保護に介入している」。「氏を称する者は、その氏の剝奪、強制的な変更から一般的人格権によって保護される」。夫婦が共通の婚氏を称したいと望んだとしても、配偶者が称していた氏が夫婦どちらの出生氏でもなく、婚氏選択によって取得された氏であるときには、「ドイツ民法一三五五条二項は、その配偶者の一方が称していた氏を婚氏として選択できないと定めている」。「このような氏の選択の制限は、立法者による取得された氏を称する者の氏名権への介入である」。婚氏と出生氏が人格権の保護に等しく含まれるにもかかわらず、立法者は出生氏にのみ選択の自由を与え、婚氏を出生氏より質の劣る氏として扱っている。そのことでもって、取得さ

れた氏を称する者は、共通の婚氏を選択する場合に、自らの氏を放棄し、新たな氏を称することを強制される。「このことは、氏の保護の剝奪と同じである」。

### 3 介入の正当化

「氏名権への介入は、固有の氏に対する権利に属している高度の価値に鑑みて、重要な理由なく行われてはならず、比例性の原則が確保されている場合にのみ、許される。ドイツ民法一三五五条二項は、このような要求を満たしていない」。たしかに、離婚した相手の新しいパートナーの氏と自分の氏とが同じであることを負担に感じる元配偶者およびその遺族の利益を顧慮することは、当該法的規律を支える根拠として、重要性を有している。「ところが、立法者は、以前の婚姻で取得された氏を新しい婚氏として選択することを認めることで、濫用の危険が生じると指摘するが、この指摘は、氏についての権利への介入を正当化するには十分ではない」。立法者は、立法手続において、濫用の危険について具体的に明らかにしていなかった。その濫用の危険の例としては、氏を取得するためだけになされる見せかけ婚があげられていたものの、「そのような危険には、そのような見せかけ婚を防止するような方法で対処す

べきであり、氏名法で対処すべきではない」。

「ドイツ民法一三五五条二項による氏名権への介入は、一つの取得された氏を称する者の人格権への過度の侵害をもたらす」。「介入の重大さとその介入を正当化する根拠の重要性とを衡量すれば、この規律が基本法一条一項と結びついた基本法二条一項と一致しないということは明らかである」。ドイツ民法一三五五条二項の規定を正当化できるほどの重要な基本権上保護されている利益は、存在しない。「離婚した夫婦も当然に有する固有の氏についての権利は、……基本法一条一項と結びついた基本法二条一項に基づいた人格権によって保障されている」とはいえ、その権利は、他者の名前について決定する権利に及びはしない。すなわち、氏の排他性は、憲法の保障するところではないのである。自分の固有の氏を元配偶者の新しい婚姻の婚氏として用いられたくないという願望は、たしかに理解することができるが、「しかし、そのような願望は、ドイツ民法一三五五条二項をもって侵害されている基本権上の氏の保護の重要性に匹敵しない」。

### 4 結論

「ドイツ民法一三五五条二項は、夫婦の一方が婚姻締結

時に称しており、以前の婚姻締結によって取得した氏を婚氏として選択できないとしている限りにおいて、基本法一条一項と結びついた基本法二条一項に適合しない。「新しい法律上の規定が施行するまで、ドイツ民法一三五五条二項は、以下のような条件の下で適用される。すなわち、この本文の連邦官報への掲載後に婚姻を締結し、夫婦の一方が以前の婚姻で取得した氏を婚氏として決定しようとする場合に、すべての夫婦は、法律上の新規律まで、婚姻締結時にそれぞれが称していた氏を暫定的に保持する、という条件の下で適用される」。「一九九六年一月二六日のベルリン高等裁判所の決定は、基本法一条一項と結びついた基本法二条一項から導き出される異議申立人X<sub>1</sub>の基本権を、侵害している」。この決定を破棄し、ベルリン高等裁判所に差し戻す。また、憲法異議の要件を満たすX<sub>2</sub>自身の権利侵害についての説明が十分でないため、「異議申立人X<sub>2</sub>の憲法異議を、却下する」。

### 【評釈】

本件は、婚姻締結によって取得した氏を婚氏として決定できないことが基本法に適合するかどうかを争った事案である。そこで、まず、これまでの氏名法の変遷とそれに対

する連邦憲法裁判所の判断を概観する。次いで、本判決の判断枠組みを概観する。最後に、氏名法における個人の価値と家族の一体性という価値との対立を軸に、本判決を見ていきたい。<sup>3)</sup>

### 1 氏名法の変遷と連邦憲法裁判所の判断

ドイツにおいて、自然人の名称は、名と氏とで表される。そして、その氏は、出生証明書に記載される出生氏と婚姻締結によって獲得する婚氏とに分かれる。<sup>4)</sup>この氏にして一八九六年ドイツ民法一三五五条は、「妻は夫の氏を取得する」と規定していた。<sup>5)</sup>この規定の下で氏の統一性の原則が採用され、夫の氏が家族の氏であり、婚氏であった。この規定は、一九五七年六月十八日の「民法の領域における男女の同権に関する法律」においても根本的には変更されなかった。<sup>6)</sup>この氏の統一性の原則に対して、連邦憲法裁判所は、一九六三年一月二六日の連邦憲法裁判所決定（以下、一九六三年決定とする）<sup>7)</sup>で、統一的な氏は同様に夫婦の双方に要求されるので、基本法三条二項に違反するものではないとした。<sup>8)</sup>

一九七六年六月一四日の「婚姻法および家族法の修正に関する第一法律」によって、ドイツ民法一三五五条一項は、

「夫婦は、共通の氏（婚氏）を称する」と改正され、さらに二項一文において、「夫婦は、婚姻締結に際して身分登録官に対する意思表示により、夫の出生氏または妻の出生氏を婚氏として決定することができる」と規定された。婚氏は夫の氏に限定されず、妻の出生氏も婚氏となる可能性が認められた。<sup>9)</sup>ただ、婚姻締結時にどちらの出生氏を婚氏として称するかを決定していない場合に、同項二文で、「婚氏は、夫の出生氏とする」という規定がおかれた。改正されたドイツ民法一三五五条一項の氏の統一性の原則は、一九八八年三月八日連邦憲法裁判所決定（以下、一九八八年決定とする）<sup>10)</sup>において、一般的人格権としての出生氏を侵害するものではないとして、合憲と判断された。

その後、一九九一年三月五日の連邦憲法裁判所決定（以下、一九九一年決定とする）<sup>11)</sup>において、連邦憲法裁判所は、ドイツ民法一三五五条二項二文の夫の出生氏の優先規定が基本法三条二項における男女同権原則に違反するとして、同条項を違憲とした。この一九九一年決定を受けて、一九九三年一月一六日の「氏の新たな規制に関する法律」<sup>12)</sup>によつてドイツ民法一三五五条は改正された。ドイツ民法一三五五条一項一文は、「夫婦は、共通の氏（婚氏）決定すべきである」と規定し、氏の統一性の原則を確認している。

もつとも、その三文は「その夫婦が婚氏を決定しないときは、彼らの婚姻締結時に称している氏を婚姻締結後も称することができる」と夫の出生氏の優先規定を削除し、選択的な夫婦別姓制が認められた。ただ、同二項で、「夫婦は、身分登録官に対する意思表示により、夫の出生氏または妻の出生氏を婚氏として決定することができる」と規定され、出生氏のみが婚氏として選択されることは、従来そのままであった。本件では、以前の婚姻締結によつて取得した氏を婚氏として決定できないことが、基本法一条一項と結びつく基本法二条一項において保障されている氏名権に反するものとして、同項の憲法適合性が問われたのだった。

## 2 本判決の判断枠組み

本判決は、一般的人格権としての氏名権の保護領域、その保護領域への介入の有無、そして、その介入の正当化という三段階審査によりながら、ドイツ民法一三五五条二項が基本法に適合しないと判断した。

出生氏が一般的人格権の保護の下におかれていることは、一般的に承認されている。<sup>13)</sup>では、婚姻締結によつて取得した氏も一般的人格権に含まれるのであろうか。この点につき、本判決は、婚姻締結によつて取得した氏も、人格との

同一性を確立する機能を有していることを根拠として、このような氏も一般的人格権の保護に含まれると判断した【判旨1】。ただ、この同一性確立機能を根拠とすることに關して、配偶者がその氏を長期間称している場合にはともかく、名乗り始めて短期間しかたっていない場合には説得力を有していない<sup>14)</sup>、との批判も存在している。とはいえ、婚姻締結によつて取得した氏が一般的人格権の保護領域に含まれることは、おおむね好意的に迎えられている<sup>15)</sup>。

次いで、連邦憲法裁判所は、以前の婚姻締結によつて取得した氏を婚氏として選択することができないとするドイツ民法一三五五条二項を、氏名権への介入と判断した【判旨2】。この判示部分に対して、ドイツ民法一三五五条一項三文が選択的な夫婦別姓制を採用している以上、氏名権への介入が存在していることは疑わしいという批判が存在している。この見解は続けて、氏名権への介入が認められるためには、氏の人格権の保護に、自分の氏を婚氏とする権利、あるいは、共通の婚氏を称する権利を含める必要があるとする<sup>16)</sup>。たしかに、婚姻締結によつて取得した氏を新たな婚姻においても使用したいと思うならばドイツ民法一三五五条三項において認められているように夫婦が異なる氏を用いればよいのであり、なぜ夫婦別姓制に言及しな

かったかは疑問の残るところである。

### 3 氏名権としての個人の価値と家族の一体性の価値

氏は、人の個性の表現として、個別化機能を有している。これに加え、統一的な氏は、家族構成員間の関係を示す家族帰属機能をも有している。前者は、基本法一条一項と結びついた基本法二条一項において保障されている氏名権としての個人の価値に対応し、後者は、基本法六条一項の保障する家族の一体性の価値に対応するといえよう。氏名法は、これら二つの機能あるいは価値が対立する場でもある<sup>18)</sup>。

前述の一九六三年決定以前、統一的な氏を称することは不可分の統一体としての婚姻の本質に属しており、それは基本法六条一項の要請である、と家族の一体性の価値を重視する見解が存在していた<sup>20)</sup>。他方、当時から、基本法二条一項は個々人の氏名権を保障しているとの見解も存在していた。連邦憲法裁判所は、一九六三年決定において、統一的な氏を夫婦に強制することが基本法三条二項に違反するものではない<sup>22)</sup>、と述べただけで、基本法六条一項が統一的な婚氏を要求しているかどうか、あるいは、人の氏が一般的人格権の保護の下に含まれるかどうかについては言及しなかった。

前述のように、一九七六年、ドイツ民法一三五五条は、妻の出生氏も婚氏として選択できるよう改正された。しかし、この改正によっても、氏の統一性の原則は維持された。このような統一性の原則に対して、基本法六条一項がその原則をそもそも要求しておらず、それゆえ、同条は、一般的人格権としての氏名権に違反するとして、個人の価値を重視する見解<sup>23)</sup>が存在していた。このような見解に対して、連邦憲法裁判所は、一九八九年決定において、出生氏が一般的人格権に含まれると述べ、他方、基本法六条一項が統一性を要請していないとしつつも、ドイツ民法一三五五条一項および二項一文が追及する家族構成員の連帯性という目的が、家族の統一の原則を保障しようとする基本法六条一項に適合するがゆえに正当であって、同条が基本法に適合すると判断した。<sup>25)</sup>一九八九年決定において、連邦憲法裁判所は、一般的人格権としての氏名権を尊重し、他方、基本法六条一項が統一性を要請していないとしつつも、家族構成員の連帯性が基本法六条一項の価値と合致するとして、家族の一体性の価値をも認めていた。一九九一年決定は、前述したように夫の出生氏の優先規定と基本法三条二項との適合性が主たる問題であったため、氏名権と家族の一体性の関係について、詳細に述べなかつた。

本判決で、連邦憲法裁判所は、婚姻締結によって取得した氏が一般的人格権の保護の下におかれると述べ、氏名権という個人の価値に言及している。他方、家族の一体性の価値に関して、一九八九年決定において指摘されていた家族の一体性の価値が全く言及されていないとして、連邦憲法裁判所は、その価値を放棄したとの評価<sup>26)</sup>が存在している。たしかに、婚姻締結によって取得した氏も一般的人格権の保護に含まれるということから、連邦憲法裁判所が氏名権という個人の価値を重視していると読むこともできよう。しかし、連邦憲法裁判所は、明示的ではないにしても、家族の一体性の価値を認めているのではないだろうか。前述したように、介入ないし正当化の段階で、ドイツ民法一三五五条一項三文において認められている選択的夫婦別姓制について一切考慮していない。夫婦別姓が認められていることを考慮するならば、ドイツ民法一三五五条二項が氏名権へ介入していることを認定することは、困難であろう。では、なぜ考慮しなかつたのであろうか。それは、連邦憲法裁判所が、たとえ氏の選択の幅を拡大しても、夫婦が共通の婚氏を称することを重視したからではないだろうか。例えば、連邦憲法裁判所は、【判旨2】で「夫婦が共通の婚氏を称したい」と希望した場合にはドイツ民法一三五五

条二項が氏名権に介入すると述べている。さらに、連邦憲法裁判所は、氏が「家系をたどり、家族関係を表示し、あるいは、人間の家族的地位を明らかにすることに役立つ」とも指摘している。こうしてみると、連邦憲法裁判所は、現在でも、家族の一体性の価値をある程度は認めているのではないだろうか。

#### 4 おわりに

本判決以後、二〇〇五年二月六日にドイツ民法一三五五条二項は改正され、婚姻締結によって取得した氏も婚氏として決定することが出来るようになった。<sup>(3)</sup>この結果、ドイツにおいては、夫婦の氏の統一性を前提としながらも、夫婦別姓制を認め、婚氏として選択することが出来る氏の選択の幅も拡大した。このように氏に関する問題はある程度解決されることとなったが、理論的に問題がないわけではない。本件では夫婦の氏の統一性の原則自体の基本法適合性が問題となっていないため、個人の価値と家族の一体性の価値の調整は、前面に出てきてはいない。この氏の統一性の原則自体が争われた一九八九決定において、連邦憲法裁判所は、その調整には不明確な点を残していた。<sup>(4)</sup>本判決でもこの点は明らかにされていないように思われる。個人

の価値と家族の一体性の価値との調整は、とりもなおさず、個人の自由と婚姻および家族という制度の調整の問題である。この調整の探求が必要になってくるであろう。

(1) 当時のドイツ民法一三五五条二項は、「夫婦は、身分登録官に対する意思表示により、夫の出生氏または妻の出生氏を婚氏として決定することができる」と規定していた。

(2) FamRZ 1997, S. 557.

(3) 本判決の解説として、以下に掲げるものの他に、Vgl. Peter Badura, Neues zum Grundrechtsschutz des Namens, in: Stephan Lorenz/Alexander Trunk/Horst Eidenmüller/Christiane Wendehorst/Johannes Adolf

(Hrsg.), Festschrift für Andreas Heideich zum 70. Geburtstag, 2005, S. 1227ff.; Jan von Hein, Anmerkung, FamRZ 2004, S. 519ff.; Arne Everts, Vereinbarungen zur nachhehlichen Namensführung, FamRZ 2005, S. 249ff. さらに、参照、新村とわ「再婚時の『夫婦の氏』に、出生氏ではない以前の婚姻の氏を排除することの違憲性」自治研究八一巻四号(二〇〇五年)一三七頁以下、小野秀誠「夫婦の氏と選択可能性」ドイツ憲法裁判所判決」国際商事法務三二巻一一号(二〇〇四年)一五〇〇頁以下。

(4) ドイツにおける氏の問題および氏の構成についての簡単な説明として、Vgl. Bernhard Seeger, Der Ehe- und

Lebenspartnerschaftsname in der notariellen Praxis,

MittBayNot 2002, S. 229f.

(5) 一八九六年ドイツ民法一三五五条の解説として、参照

田島順『近藤英吉『現代外国法叢書』(4) 獨逸民法(IV)

親族法』(有斐閣 一九五五年) 八〇頁、太田武男「婚姻・

離婚と氏の問題—ドイツ法の場合を中心として—」『戸籍

制度八〇周年記念論文集、身分法と戸籍』(帝國判例法規

出版社、一九五三年) 一一一頁以下。

(6) BGBI. I, S. 609. 同法によって、ドイツ民法一三五五

条は、「夫婦およびその家族は、夫の氏を称する。妻は、

身分登録官に対する意思表示によって、夫の氏に、自己の

婚姻前の氏 (Mädchenname) 付加することができる。こ

の意思表示は、公証を受けなければならない」と改正され

た。なお、同法の邦訳につき、太田武男『樗寿夫「西ドイ

ツ男女同権法(仮訳)(1)』家庭裁判月報一〇巻一二号

(一九五八年) 一三四頁を参考にした。また、同法におけ

る氏の規律の解説として、参照、太田武男『樗寿夫「西ド

イツの男女同権法について(1)』家庭裁判月報一〇巻九

号(一九五八年) 二六頁以下。

(7) BVerfGE 17, 168. この決定の解説として、参照、石

川稔「夫婦の氏の統一を強制するのは違憲ではない」『ド

イツ判例百選』(有斐閣 一九六九年) 四二頁以下。

(8) BVerfGE 17, 168 (171).

(9) BGBI. I, S. 1421. 同法における氏に関する規律の解

説として、参照、富田哲「夫婦別姓の法的変遷—ドイツに

おける立法化』(八朔社、一九九八年) 一三頁以下、宮井

忠夫「西ドイツ家族法の改正について(上)」『ジュリスト

六三九号(一九七七年) 一〇二頁以下。

(10) BVerfGE 78, 38. なお、この決定の解説として、

Vgl. Günther Grassmann, Zur Verfassungsmäßigkeit des

einheitlichen Ehenamens, JZ 1988, S. 595ff.; G. Struck,

Anmerkung, JR 1989, S. 59f.; Nina Dethloff/Susanne

Walther, Anmerkung, FamRZ 1988, S. 808f. 以下、参

照、山下威士「夫婦同氏原則と男女同権原則—夫の出生氏

優先適用規定の合憲決定—」ドイツ憲法判例研究会編『ド

イツの憲法判例(第二版)』(信山社、二〇〇三年) 二一九

頁以下、滝沢幸代「夫婦別氏の理論的根拠」判例タイムズ

七五〇号(一九九一年) 四頁以下。

(11) BVerfGE 84, 9. なお、この決定の解説として、Vgl.

Michael Coester, Verfassungswidrigkeit des Ehenamen-

strechs, Jura 1991, S. 580ff. 以下、参照、山下威士「婚

氏未決定の場合における夫の出生氏の優先適用規定の違憲

性—婚氏 (Ehename) 事件—」ドイツ憲法判例研究会編

『ドイツの憲法判例II(第二版)』(信山社、二〇〇六年)

九一頁以下、小山剛「夫婦の氏と憲法—ドイツ連邦憲法裁

判所一九九一年三月五日決定を中心に—」愛知県立大学文

学部論集四〇号(一九九一年) 七七頁以下、齋藤哲「夫婦

別氏制の憲法上の根拠」判例タイムズ七五八号(一九九一

- (年) 一〇六頁以下。また、この決定全文の邦訳として、参照 小川秀樹「ドイツ連邦憲法裁判所における夫婦の氏に関する違憲決定について」戸籍五八一号（一九九一年）一頁以下。
- (21) BGBl. I, S. 2054.
- (22) Vgl. BVerfGE 78, 38 (49); Nina Dethloff/Susanne Walther, Der Ehename im Lichte von Persönlichkeitsrecht und Gleichberechtigung, EuGRZ 1987, S. 41; Udo Di Fabio, in: Theodor Maunz/Günter Dürig (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, Bd. I, 2001, Lfg. 39, Rn. 203; Christian Hillgruber, in: Dieter C. Umbach/Thomas Clemens (Hrsg.), Grundgesetz, Bd. I, 2002, Art. 2 I, Rn. 78; Hans D. Jarass, in: Hans D. Jarass/Bodo Pieroth, GG Kommentar, 8. Aufl. 2006, Art. 2, Rn. 43.
- (23) Kerstin Mantuffel, Zur Reform des Ehenamensrechts—quo vadis, Gesetzgeber?, NJW 2004, S. 1774.
- (24) Vgl. Ute Sacksofsky, Das Ehenamensrecht zwischen Tradition und Gleichberechtigung—zum neuen Ehenamensurteil des BVerfG, FPR 2004, S. 372f.; Bernhard Seeger, Verfassungswidrigkeit der Regelung zur Ehenamensbestimmung in einer neuen Ehe, MittBayNot 2004, S. 268; H. D. Jarass, a. a. O. (Anm. 13), Art. 2, Rn. 43.
- (25) U. Sacksofsky, a. a. O. (Anm. 15), S. 373. また、K. Mantuffel, a. a. O. (Anm. 14), S. 1774 も夫婦別姓制への指摘が望ましかった、とする。
- (26) U. Sacksofsky, a. a. O. (Anm. 15), S. 373. ただ、この見解は、自分の氏を婚氏とする権利が、以前の連邦憲法裁判所の判例 (BVerfGE 104, 373) によって否定されてきたため、結局、本件での介入を夫婦が共通の婚氏を称する権利への介入と捉えるしかない、と指摘する。
- (27) この点に対する対立を指摘するものとして、Vgl. Dietrich Nelle, Der Familienname—Perspektiven für eine rechtsvereinheitlichende Reform—, FamRZ 1990, S. 811.
- (28) BVerwGE 9, 354 (356f.). 40, 42; Thilo Ramm, Gleichberechtigung und Ehe- und Familienname, FamRZ 1962, S. 282. 44, 氏の統一性が基本法六条一項における婚姻および家族の国家的な保護保障に含まれる、と述べらる。
- (29) この点に対する見解は、Erna Scheffler, in: Karl August Bettermann/Hans Carl Nipperdey/Ulrich Scheuner (Hrsg.), Die Grundrechte, Bd. IV/1, 1960, S. 289. 44, 家族の制度的な保護が氏の統一性を要求している、と述べらる。
- (30) Hildegard Krüger, Der Name der Frau nach Bürgerlichem Recht, AcP 1957, S. 242.
- (31) BVerfGE 17, 168 (171).

(23) Vgl. N. Dethloff/S. Walther, a. a. O. (Anm. 13), S. 41ff.

(24) この点、Otto Kimmich, Anmerkung, JZ 1991, S. 773 が指摘するように、連邦憲法裁判所は、基本法六条一項が統一の氏を要請してはならない論拠を詳細に示してはならない。その根拠として、おそらく、二点挙げることをかぞえよう。すなわち、第一に、基本法六条一項が保障する制度としての婚姻は、原則的に解消されない生活共同体へと向けられた一人の男性と一人の女性の結びつきであり、その統一の統一性が含まれていないこと (Vgl. BVerfGE 10, 59 (66); 105, 313 (345))。第二に、基本法六条一項における婚姻理解が、不可分の統一性を婚姻の本質に含めるキリスト教的、西洋的婚姻理解から世俗化された婚姻理解へ転換した点 (Vgl. BVerfGE 31, 58 (83); 53, 224 (245))。ただし、第一の点につき、N. Dethloff/S. Walther, a. a. O. (Anm. 13), S. 43f. は、基本法六条一項が保障している制度としての婚姻の要素に氏の統一性が含まれないことを、同法が氏の統一性を要請してはならない根拠としている。基本法六条一項が統一の氏を要請してはならないとする連邦憲法裁判所の見解に対して、不可分の統一性としての婚姻の本質に氏の統一性が含まれているという点を根拠として、連邦憲法裁判所の見解に批判的な立場も存在している。Vgl. Dieter Giesen, Der Familienname aus rechtshistorischer, rechtsvergleichender und rechtspolitischer Sicht, FuR 1993, S.

74. しかし、基本法六条一項が統一の氏を要請してはならないが一般的に承認されべき。Vgl. Fritz Sturm, Der Ehename—Versteinerter Eitelkeit oder betonte Familieneinheit, StAZ 1988, S. 292; Nina Dethloff/Susanne Walther, Abschied vom Zwang zum gemeinsamen Ehenamen, NJW 1991, S. 1576; Gerhard Robbers, in: Hermann v. Mangoldt/Friedrich Klein/Christian Starck (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 1, 5. Aufl., 2005, Art. 6 Abs. 1, Rn. 96; Bodo Pieroth, in: Hans D. Jarass/Bodo Pieroth, GG Kommentar, 8. Aufl. 2006, Art. 6, Rn. 18.

(25) BVerfGE 78, 38 (49ff.).

(26) K. Mantuffel, a. a. O. (Anm. 14), S. 1774.

(27) BVerfGE 109, 256 (269)。この点、同様の氏の家族帰属機能として触れる連邦憲法裁判所の判例として、Vgl. BVerfGE 104, 373 (386)。なお、この判決の解説として、参照、古野豊秋「子供の出生氏における複合氏の排斥」自治研究七九巻四号(二〇〇三年)一四七頁以下。

(28) BGBI. I, S. 203.

(29) Regina Schaber, Ehename: Welche Änderungen des geltenden Rechts empfehlen sich?, StAZ 1990, S. 284。この点を指摘して、二つの対立し相互に制約しあう基本権が対峙しているため、その基本権相互間の調整点の確立が必要であった」と述べている。