

法制審中間報告及び試案に対する意見書

大村芳昭

〔I〕はじめに

〔II〕「婚姻及び離婚制度の見直し審議に関する中間報告（論点整理）」に対する意見書

〔III〕「婚姻制度等に関する民法改正要綱試案」に対する意見書

〔I〕はじめに

以下に掲げるのは、法制審議会民法部会身分法小委員会において一九九二年一月から続けられている家族法改正審議の結果として公表された、「婚姻及び離婚制度の見直し審議に関する中間報告（論点整理）」（一九九二年一二月・ジュリスト一〇二五号三〇五頁以下に掲載）並びに「婚姻制度等に関する民法改正要綱試案」（一九九四年七月・ジュリスト一〇五〇号二一四頁以下に掲載）に対して、筆者が個人的に提出した意見書に、趣旨を変更しない範囲内

で最小限度の修正・補筆を加えたものである。

各意見書とも、限られた時間と資料と能力の範囲内で作成したため、後で見返すと甚だ不十分な箇所も多々あり、また、結論を迷っている論点や、両意見書の間、あるいは意見書作成当時と現在とで見解が変わりつつある論点もある。(戸籍制度の見直しなど、中間報告に対する意見書では意見を表明しておきながら、試案に対する意見書では特に意見を表明していない場合もあるが、そのような場合には、基本的には意見が変わっていないものと解釈していただきたい。)それらの言い訳を前提として、敢えてこれらの拙い小品を公表し、諸先生方のご批判を乞うこととした。

なお、後者の提出時の所属は現在と同じであるが、前者の提出時の所属は「東京大学大学院法学政治学研究所(博士課程)」であった。

## 〔II〕 「婚姻及び離婚制度の見直し審議に関する中間報告(論点整理)」

に対する意見書(一九九三年一月二六日)

### 第一 婚姻の成立に関する問題点

#### 一 婚姻の要件

## 1 婚姻最低年齢について

婚姻最低年齢を男女で区別することを、男女の成熟度合により根拠付けるのは困難であると考えます。何故なら、そもそも「成熟」という概念自体が曖昧な上、「成熟の度合」の態様は男女で異なり、同一の尺度で計り難い以上、何れか一方の成熟が早いと判断するのも困難だからです。そのような不明確な差異を根拠にして男女の区別を設けることは、両性の本質的平等という憲法上の理念との整合性の点で問題があるように思われます。むしろ、婚姻最低年齢は男女につき同一とすべきであると考えます。

なお、婚姻最低年齢を何歳にするか、という点については次の2で述べます。

## 2 未成年者の婚姻について

婚姻最低年齢は、婚姻により独立の生計を営む責任を自ら負担することが期待できる年齢とすることが適切です。この点で、現行法が男性につき設定している一八歳という年齢は、多くの者が高等学校を卒業する年度中に達する年齢であり、また半数ほどの人が社会に旅立っている年齢である点で、また法制度上、この年齢に達した者が成年者と同様の取り扱いを受ける場合が少なくない点で、妥当であるように思われます。従って、一八歳に達した者は男女を問わず、他者（父母も含む）の同意や許可などを得ずに両者の合意のみで婚姻できるものとすべきであると考

えます。

他方、一六歳以上一八歳未満の者の婚姻については、一五歳ないし一六歳に達した者につき一部の法令（民法、労働基準法等）が成年者と同様の取り扱いをしている場合があることや、この年齢に達した者は一般に義務教育を終了していることからすると、独立の生計を営む条件がある程度は揃っているものと思われなくもありません。しかし

他方で、(比較対的な問題ではありませんが)二〇歳と一六歳の年齢上のギャップを考えると、一六歳に達したばかりの者に婚姻による成年擬制を認めることには若干の不安もあります。そこで、婚姻の際に(現行法の父母の同意に代えて)法定代理人の同意又は家庭裁判所の許可を必要とすることにより、これに対処すればよいと考えます。ここで法定代理人とは、親権者に加えて、(親権者同様の権限を有する)後見人を含みます。また、家庭裁判所の許可を加えるのは、法定代理人が不合理に婚姻に対する同意を与えない場合に備える趣旨です。

なお、法定代理人の同意又は家庭裁判所の許可を得ずに婚姻した場合、それを取り消したとしても嫡出推定の問題が残ることに変わりはなく、また、わざわざ取消しても(私見を前提とすれば)同意・許可を得ずに婚姻できるようになるまで二年しかないことを考えると、それだけの手間をかける合理性には疑問があります。従って、同意又は許可を欠く婚姻も(婚姻届の受理により)一旦成立した以上は取り消すことができない、とする現行規定は維持すべきものと考えます。

### 3 再婚禁止期間について

そもそも女性の再婚のみを制限することは、両性平等の観点から問題があります。加えて、嫡出推定の重複は理論的には女性が前婚の解消後一〇〇日以内に再婚すれば生じ得ますが、実際に嫡出推定が重複するのは極めて例外的な場合に過ぎないものと思われ、そのために女性の再婚を一般的に制限する必要性は疑問です。むしろ、再婚禁止期間は全面的に廃止すべきものと考えます。

なお、この場合、嫡出推定(これ自体が後述のように疑問ですが、その点は後に扱うこととし、ここではその存続を前提として考えた場合について述べます)が重複した場合の措置については、離婚直前には婚姻が破綻していることが多

く、他方で婚姻の直前には事実婚の状態が先行することが多いことから、両者の場合の懐胎の蓋然性を比較して、嫡出推定が重複した場合には後婚の子と推定し、前夫の利益は、前夫からの反対の事実の証明を許すことで保護すればよいものと考えます。

## 二 婚姻の無効及び取消し

### 1 再婚禁止期間違反の婚姻の取消しについて

再婚禁止期間を廃止することを前提とする限り、その違反に基づく婚姻の取消しも廃止するのが相当であると考えます。

### 2 失踪宣告を受けた者の配偶者の再婚と失踪宣告の取消しについて

そもそも失踪宣告とは、失踪者をめぐる法律関係を安定させるため、失踪者が既に死亡している蓋然性が高い場合に失踪者の死亡を法的に擬制するもので、止むを得ないこととは言えないさかさ強引な制度です。従って、それを前提として残存配偶者が再婚した場合、一律に前婚を解消させるのは適切でないと考えます。他方、失踪者の心情や利害をも考慮する必要があります。一命をとりとめ、初心に戻ってやり直すつもりで帰還したのに、自分の配偶者が第三者と婚姻しており、自分の意思と関係なく婚姻を解消させられる、というのは善意の失踪者に酷な感じもします。

そこで、次のような規定を提案します。即ち、失踪者を甲、生存配偶者を乙、後婚の相手方を丙とすると、①乙又は丙が甲の生存につき悪意の場合、原則として前婚が復活し、重婚の状態となります。前婚については原則として悪意の遺棄に準じて離婚原因が生じ、後婚については重婚に準じて取消原因となります。②乙及び丙が甲の生存

につき善意の場合、甲に害意（失踪を装って生存配偶者を困窮させる意思）があれば前婚は解消したものと扱い、そうでないときは、前婚が復活して重婚状態となった上で、前婚、後婚共に特別の離婚原因を構成します。この離婚原因は、失踪宣告に固有の離婚原因なので、離婚法には規定を置かず、失踪宣告のところで規定すべきものと考えます。この場合には、甲乙丙三者の協議により、何れかの婚姻を解消するものとし、但し、協議不調のときは家庭裁判所での調停・審判に移行し、最終的には人事訴訟によるものとし、そのため、人事訴訟手続法に特別の手続を新設することが相当であると考えます。（注・この提案は後の意見書では後退します。法的構成が複雑である上に、そこまでするだけの意義ないし必要性について提案者自身に自信がなくなりましたからです。）

## 第二 婚姻の効力に関する問題点

### 一 夫婦の姓

#### 1 夫婦の姓の異同について

夫婦同姓の制度は、明治三十一年の民法（第四編「親族」）で明文化されて以来、ある程度国民の間に定着していることは事実です。しかし、それは異なる制度を選択的に導入する（各人の選択権を認める）ことの障害にはなりません。そのことは、例えば、わが国で普通養子制度が相当程度定着していたにもかかわらず、それが特別養子制度の新設を妨げなかったのと同様です。従来の選択肢をなくして新たな選択肢に一本化するということならともかく、従来の選択肢に新たな選択肢を追加するだけである以上、従来の制度が広く定着しているとの理由でこれに反対するのは十分な根拠がないと考えます。

今、婚姻による改姓が仕事上の障害になったり、プライバシーを暴かれる結果となったり、一方的な(改姓しない配偶者は味わう必要のない)自己喪失感に悩まされる原因となったりしています。これは、婚姻に際して夫婦の一方が必ず改姓しなければならないこと(改姓強制)にその原因があり、かかる強制は個人の尊厳と両性の本質的平等という憲法上の理念に抵触します。「それは結果論だ。民法 七五〇条は『夫又は妻の姓』という対等の選択肢を認めている」との反論はあるでしょう。しかし、文言の上では対等な選択肢が設定されていても、実態として明白に對等でない運用がなされ、しかもそれが文言からの必然的結果である場合、それは文言自体に問題があると考へざるを得ません。従つて早急に同条の規定自体を改め、夫婦各自が従來の姓を維持できる制度を導入する必要があるものと考へます。

これに對して、同姓制度維持を主張する論者は、同姓制度維持の根拠として「家族の一体感」を挙げます。しかしその概念はあまりに曖昧であり、またそれが何故同姓強制を正当化するのか、論理的な解析が十分になされていゝると思われません。むしろ、姓のような外形や体裁にこだわるのが、家族を含めた人間関係を貧困にする元凶であるように思われます。従つてそのような反論は的を得ていないものと言わざるを得ません。

## 2 夫婦が別姓を称することができるとする場合の考へ方について

夫婦別姓を選択的に認める趣旨は、既に述べた通り個人の尊厳と両性の本質的平等の理念にあります。従つて、一部の弊害を取り除くための必要最低限度の補正にとどまらず、制度全体の見直しが必要です。この点で、夫婦は婚姻に際して何れかの姓を選択し、その後改姓した配偶者が届出により婚姻前の姓の使用を許されるとの案は、きわめて場当たりの、恩惠的な制度であり、根本的な問題の解決には程遠いものです。また、特に二つの姓の併存を

認める場合には、実務上も煩雑になり得ます。以上から、中間報告第一の一・二で示された三案のうち、a案には反対します。

他方、b案及びc案は、同姓を称するか別姓を称するかを夫婦の合意で決するとの考え方に立つものと思われるが、合意という要素を介入させることは、實際上、多くの場合に別姓を求める妻の希望が夫のゴネによって潰される結果をもたらし、それでは別姓を認める意義が半減します。婚姻後の姓についてはあくまで各個人に決定権があり、各人が姓の変更を自ら選択しない限り従来姓を維持する旨を明文化することが必要と考えます。この点で、d案（を好意的に解釈するならば、それ）は四つの案のうちで最善の方向を示しているものと思われます。

### 3 夫婦が別姓を称することができる場合のその他の検討課題

#### (1) (同姓夫婦の別姓への変更権) について

これについては自由に（やむを得ない事由や家庭裁判所の許可を必要とせず、回数制限も課さずに）認めるのが相当と考えます。自由な変更の範囲が夫婦各々の姓に限定される以上、変更権の濫用による弊害もそれほど大きくないものと思われまじし、姓の変更は本人にとっても手続上その他の面で相当の負担を伴う以上、それほど濫用が多発するとも思えません。なお、姓の決定権を各個人に認めるべきである、とする私の基本的な考え方からして、当事者双方の合意又は配偶者の同意は必要ないものと考えます。

#### (2) (別姓夫婦の同姓への変更権) について

大筋では(1)と同様です。但し、当事者双方の合意又は配偶者の同意の要否の点については、各人が単独で姓の変更届を出すとして誤って姓を交換してしまいでるので、同姓に変更する場合には双方の合意を要件とするのが相当で



あると考えます。

なお、夫婦双方が合意すれば第三の姓を夫婦の姓として称することも認めることを提案したいと思います。これは、姓を血統による束縛から解放し、より個人の呼称としての存在に純化させるための経過的措施として位置づけられるものです。

(3)及び(4) (別姓夫婦の子の姓の決定)について

まず、子の姓は出生時に当然に定まるものとすべきではないと考えます。何故なら、父母の一方の姓を当然に称するものとする合理的な根拠を見出し難いからです。出生後ある程度の期間内に子の姓を決定できる制度をつくればよいと考えます。(その後、どちらの姓を名乗るか決まらない場合には母の姓を名乗る、という一部諸国の立法例にもそれなりの根拠がある、との感想を持つに至りましたが、それに倣うべきか否かの点については、現在でもまだ態度を決めかねています。)

子の姓の決定方法については、婚外子の場合も含めて、父母の協議で定めるのが相当と考えます。協議不調の場合には家庭裁判所で調停を行い、調停不調の場合には家庭裁判所が決定することとし、また、家庭裁判所が適切と判断する場合及び父母が希望する場合には家庭裁判所において籤引の方法で決めることができるものとするのが適切ではないかと考えます。(籤引による決定という方法論は、「子は潜在的には両親の姓をともに受け継いでおり、その何れを戸籍に顕在化させるかを仮に、つまり将来行われるかもしれない姓の変更手続までの間だけとりあえず決定する」という考え方を前提とすれば、ドイツ連邦憲法裁判所の考え方との対比という観点からしても、それほど良識に反するものではないように思います。)

## (5) (兄弟姉妹間の別姓) について

兄弟姉妹間で別姓を称することも認める(兄弟姉妹間の同姓を強制しない)べきものと考えます。何故なら、兄弟姉妹が別姓であることが子の成育に悪影響を及ぼす、との主張はその真偽が不明であり、また様々な家族形態が現れている現代では、同姓を完全に徹底できるとも思えません。そのような規制を取って強行することは、姓の違う兄弟姉妹への差別を助長する点で妥当ではないと考えるからです。

## (6) (子の姓の変更) について

子の意思の尊重と子の福祉のバランスの観点から、姓を変更しようとする時点での子の年齢に応じて、次のように取り扱うのが適切ではないかと考えます。即ち、子が一五歳未満の場合は、父母が家裁の許可を得て変更できます。但し、子が六歳以上の場合、家裁は子の意思を確認した上でこれを尊重することを必要とし、また子が一二歳以上の場合には子の同意を姓の変更の要件とします。他方、子が一五歳に達した後は、子が自分の意思で届出のみにより姓を変更できるものとします。

## (7) (養子の姓) について

養子については、養子縁組に伴って姓の変更が問題となる点では婚姻に類似する側面を有し、その一方で、子の姓を変更する点では実子の姓の変更に類似します。そこで現行法上の両者の取り扱いを考慮し、姓を変更しようとする時点での子の年齢に応じて次のようにするのが適切ではないかと考えます。即ち、養子の姓は、縁組に伴って当然には変更されないものとします。但し、養子が一五歳未満の場合には養親が家庭裁判所の許可を得て養親の一方又は双方の姓に変更できます。その際、子が六歳以上の場合、家庭裁判所は子の意思を確認してこれを尊重する

ことを必要とし、また子が一二歳以上の場合には子の同意を姓変更の要件とします。他方、子が一五歳に達した後は、子が自分の意思で姓を変更できます。

(8) (既婚者に対する経過措置) について

婚姻後の夫婦の姓の変更に関する(1)及び(2)を既婚者にも適用することとして、既婚者でも別姓を選択できるようにするのが適切であると考えます。なぜなら、姓の選択肢の拡大という利益を既婚者にのみ認めないことに合理的な根拠は見出せないからです。なお、その場合の要件は(1)及び(2)と同様とします。

(9) (8)の場合の子の姓の変更) について

(6)に準ずるものとします。

(10) (祭祀承継) について

被相続人の指定がない限り慣習上の祭祀主宰者が祭祀財産を継承するという現行の祭祀承継制度は、戦前の家制度の下での家督相続が、祭祀承継という限定的な場面で存続しているに等しい効果を持ちます。実際にも、このような制度が国民の「家意識」、すなわち家集団の利益のために個人の幸福追求を不当に限定することを正当化する意識を助長することは明白です。このような制度は一刻も早く廃止すべきものと考えます。

他方、民法七六九条(他で準用される場合を含む)との関係のみを考えても、同条が予想する場合には、当事者が必要と思えば協議して解決することは可能です。また、祭祀財産を承継させる際に条件付贈与の形をとるなどの対策も考えられます。同条を削除してしまってもそれほど大きな弊害はないように思われます。

以上から、七六九条及びこれを準用する規定は削除すべきであると考えます。

(付) (その他の問題) について

① 離婚等の場合の復姓 (生存配偶者の復姓との均衡)

婚姻に伴って姓を変更した者につき離婚や婚姻取消があった場合に、その者が当然復姓するとの現行法の規定は、配偶者が死亡した場合 (当然には復姓せず) との均衡を欠き、また復姓は実家に帰ることを意味する、といった家制度の残滓が感じられます。そこで、離婚等に伴う復姓も任意のものとするべきであると考えます。

② 離縁等の場合の復姓

①と同様、復姓を任意のものに改めるのが適切であると考えます。

二 夫婦間の契約取消権

この制度の趣旨は、夫婦間の約束の履行は両者間の信頼に任せるべきで、安易に法律が介入すべきではない、というものであると承知しています。しかし、そもそもあらゆる契約は、第一義的には当事者間の信頼に基づいて履行されるべきものであり、夫婦間の契約の拘束力のみを特別に弱くする必然性はありません。また、かかる制度の存在は、「夫婦間での約束なら勝手に反故にできる」という無責任な態度を助長し、取消権の濫用によって他方の利益が侵害される事態を招くものになります。夫婦間の契約についても、契約一般についての撤回・取消制度を適用すれば十分であり、それ以上に契約の効力を弱めるのは適切でないと考えます。従って、この制度は廃止すべきもとの考えます。

## 第三 夫婦財産制に関する問題点

## 一 夫婦財産契約

夫婦財産契約を認めることは、夫婦の財産の取り扱い方について夫婦が両者の意思で決定することを認める点で意義があるので、これを維持すべきであると考えますが、現状ではほとんど活用されていません。これは、手続上の要件が厳格すぎて利用しにくいことが原因と思われます。従ってこれを改め、利用しやすい制度にすべきものと考えます。

特に、日本人と外国人とが婚姻した場合を考えると、一九八九年改正前の法例が夫婦財産制の準拠法を婚姻時の夫の本国法に固定していた（これは民法が婚姻までに夫婦財産契約を締結すべしとするのと平仄が 있었습니다。）のに対し、同年改正後の法例一五条は時期を限定せずに準拠法の変更を認めたものと解されています。ところが、一方が日本人である夫婦が婚姻後に夫婦財産制の準拠法を日本法に改めて夫婦財産契約を締結しても、現行のままではその効力を第三者に対抗できません。これでは、せっかく夫婦財産契約を日本法が認めている意義が減ってしまいます。

従って、婚姻後でも夫婦財産契約を締結し、登記することができるようにするのが適切であると考えます。

## 二 法定財産制

## 1 夫婦の居住用不動産の処分の制限について

夫婦別産制を維持する限り、特定財産につき名義を持たない配偶者の保護については、離婚などの際にこれをは

かるか、名義を有する配偶者の処分権を制限するしか方法はありません。処分制限は取引の安全の観点から確かに問題ですが、生活の基本である居住用不動産について処分権を制限することには合理性が認められると考えます。従って、そのような不動産に限って、名義を持たない配偶者の同意を欠く処分は取消可能とすることには賛成です。その場合、取消権の存続期間については、取消権一般との均衡の問題もあるので当面解釈に委ね、また手続については、当事者の救済の観点から、少なくとも形成の訴えとはせず、他の訴訟で前提問題としても主張できるものとするのが適切であると考えます。

なお、夫婦財産制については、そもそも夫婦別産制を維持すべきか否か、という大きな問題点があり、今後この点についても検討を進めていくべきであると考えます。

#### 第四 離婚に関する問題点

##### 一 協議上の離婚

##### 1 協議離婚後の親子の面接交渉について

離婚後の親子の面接交渉については、これを七六六条の解釈上、「監護について必要な事項」に含まれると解することは可能です。しかし、特に近年、この点が離婚夫婦にとっての重大関心事となりつつあることに鑑みると、解釈に委ねるのみではなく、何らかの明文規定を置く必要があるように思われます。

内容としては、父母の協議で面接交渉の可否や回数などを定め、協議不調の場合には家庭裁判所の調停・審判に付し、家庭裁判所は子の福祉の観点から面接交渉に関する事項を決定することとするのが適切であると考えます。

## 2 財産分与制度の内容について

そもそも離婚に伴う財産分与の趣旨は、夫婦財産の精算や離婚後の配偶者扶養などですが、現行規定はその文言が曖昧であつて、分与額などを決定する際の具体的な考慮事由が十分に示されていません。このことが実際には、適正な額の財産分与が行われることの妨げになっているようにも思われます。そこで、離婚後の財産分与に関して、夫婦が婚姻中に行つた財産形成への寄与度を考慮することを明示し、その割合は原則として半分ずつとみなす旨を明文で定めるのが適切であると考えます。

なお、いわゆる有責配偶者からの財産分与請求については、有責配偶者に対する慰謝料債権を以て相殺すること、また、財産分与を行うことによって分与者が生計に窮する場合については、離婚後扶養に相当する部分の分与額を減額することで、各々調整するのが相当であると考えます。

## 3 財産分与の方法について

財産分与の実効性を阻むひとつの原因は分与者の資力の限界です。そこで、一時金の形以外の方法による財産分与を認めるべく、具体的には、中間報告にもあるような、定期金の支払いや精算調整のための債務負担の方法を明文で認めるのが望ましいと考えます。

## 4 協議離婚に関するその他の事項について

我が国の協議離婚制度は、市町村長に対する届書の提出という極めて簡単な方法で離婚できるものですが、そのため、実際上は夫婦の十分な合意なしに半ば一方的な離婚届が提出されることがあり、他方当事者の救済上問題があります(不受理申出制度では不十分です)。そこで、大韓民国法上採用されているような、家庭裁判所での離婚意思

確認手続の導入をはかることにより、事実上の棄妻的離婚を防止することが望ましいと考えます。

また、離婚が子に与える悪影響を可能な限り防止する観点から、離婚後の養育費について父母が分担して責任を負う旨を明文で規定し、あわせてその履行確保についても、簡易な執行を可能とする何らかの立法的措置をとることが適切であると考えます。

## 二 裁判上の離婚

### 1 離婚原因について

いわゆる破綻主義には賛成ですが、破綻の有無をすべての場合に厳密に審査すると、離婚手続が個人のプライバシーの暴き合いとなり、両当事者にとって好ましくない影響を与えます。破綻したと思われる婚姻については、できるだけ外形的な審査のみでその解消を認めるのが望ましいものと考えます。ただ、離婚は様々な原因から生じるので、外形的判断に馴染まない類型の離婚も認めることのできる柔軟な離婚原因規定を設ける必要があります。そこで、離婚原因を「婚姻が破綻して回復の見込みがないとき」に一本化した上で、「夫婦が一定期間(例えば五年)にわたって共同生活をしていないときは、婚姻は破綻しているものとみなす」との規定を設けるのが適切であると考えます。

なお、現行法上認められている絶対的離婚原因(不貞行為、悪意の遺棄など)については、これを明文からは除き、婚姻が破綻しているか否かを判断する際の事情として解釈上考慮することとするのが適切であると考えます。

(離婚原因については、破綻した婚姻からの救済を強調していくと、結局最終的には単意離婚、つまり夫婦の一方の申立があれば離婚を認める、という形に行き着くことになりそうです。ただ、少なくともこの意見書の段階では、そこまで割り切る



ことはできませんでした。)

## 2 裁量棄却事由について

現行の七七〇条二項のような、特に考慮事由を示さずに離婚の許否を裁判所の裁量に委ねる規定の仕方は、若干曖昧に過ぎる面があるように思われます。(同項の規定は、人事訴訟手続法一四条と共に、婚姻を維持する方向に偏りすぎているように思われます。)むしろ、破綻した婚姻から当事者を確実に解放するためにも、離婚を認めることが当事者などにとって過度に苛酷な結果をもたらすような場合に限って離婚を認めない、とする、いわゆる苛酷条項として同項を純化させる必要があるものと考えます。(ただ、苛酷条項の効能ないし有効性については疑問が提起されており、筆者にとっても今後の課題であると考えます。)

## 3 裁判上の離婚後の親子の面接交渉及び財産分与について

一の1ないし3及び4の後半と同様です。

## 4 裁判離婚手続について

離婚事件の手続が家庭裁判所と地方裁判所とに分かれていることは、両者の間で手続が分断され、特に前者の判断が当事者の異議により無駄になってしまふ弊害があります。そのため家庭裁判所が離婚事件で丁寧な取り扱いをすることを嫌がる傾向がある、とも聞いています。かかる状態は当事者にとっても不便なものです。この際、離婚事件を家庭裁判所の専属管轄とし、調停から訴訟までを一括して取り扱うものとする提案に賛成したいと思います。無論、このようにすると家庭裁判所の負担が増すことになりましたから、今後十分に議論を尽くしてから立法化するのが適切であると考えます。

他方、離婚事件の管轄を現行のままとした場合、裁判離婚に伴う離婚給付についても家事審判法上の履行確保の措置を講ずることができるようにし、また、離婚給付一般について、給付を受ける者にとって簡便な強制執行を可能にするための方法について検討すべきものと考えます。

なお、訴訟上の和解によって離婚できるようにする、との提案には賛成したいと思います。

## 第五 中間報告で扱われていない問題点

### 一 用語について

#### 1 氏

「氏」という用語は一般に馴染みにくいので、これを廃止して別の用語、例えば「姓」に置き換えてはどうか。（この意見書でも「姓」の語を用いています。）

#### 2 嫡出子、非嫡出子

「嫡出子」の語には、妾を公認していた時代の「正妻の子」という印象がつきまとしており、差別的な印象を与えます。そこで、より中立的な用語、例えば「婚内子」に切り換えてはどうか。また、「嫡出でない子」についても同様の理由で、これを「婚外子」に切り換えることを提案したいと思います。（この意見書でも「婚内子」「婚外子」の語を用いています。）

### 二 外交婚について

現行法上、日本の在外大使館等で行われる、いわゆる「外交婚」は、当事者双方が日本人である場合にのみ認め

られますが、そのような限定をすることは当事者にとって不便であり、また比較法的にも当事者双方が自国民であることを要求しない立法例が少なくないと聞いています。そこで、当事者の一方が日本人であれば日本の在外大使館等で婚姻の届出ができるものとするのが適切であると考えます。

### 三 嫡出推定について

現行法のように婚内子と婚外子につき父子関係成立の要件を分けて規定することは、それ自体が婚外子の区別的取り扱いを前提とするものであり、婚外子を婚内子と同等に扱うべきであるとする近年の世界的な潮流にそぐわないものです。

そこで、この際、両者の要件を一括して規定し、父子関係推定の規定とした上で、その要件を、例えば、①懐胎期間における父母の同居、②父による任意認知又は裁判認知、③一定期間にわたって父がその子を自己の子として扱った事実又は④その他これらに準ずるものと家庭裁判所が認めた事実、とすることが適切であると考えます。

### 四 嫡出否認の訴えについて

現行法上の嫡出否認制度は原則として夫のみに否認権を与えていますが、この規定は實際上重大な弊害をもたらしています。即ち、例えば離婚後、(婚姻届を伴わない)事実上の再婚をした女性が、前婚の嫡出推定が働いている期間中に再婚(事実婚)相手との間にもうけた子(婚外子)について、前夫がこれといった理由もなく嫡出否認を拒否するために、その子が本当は再婚相手の子であるにもかかわらず、法律上は前夫の子として扱われてしまう、という例が生じています。この場合、前夫の協力拒否が単なる嫌がらせであっても、現行法上、前夫の意思に反して嫡出を否認できないことは大いに問題です。

そこで、嫡出否認制度を廃止し、父子関係確認に一本化すること（上記三を参照）を前提として、その原告適格を妻や子にも認めるのが適切であると考えます。

## 五 婚外子に対する親権及び相続分について

民法が婚外子を婚内子と比べて不利に扱っているのは、憲法一三条、一四条、二四条に違反するものと考えます（その他、国際人権規約や子どもの権利条約にも抵触するものと考えます）。他方、婚外子に婚内子と同一の法的地位を与えることは、欧米を中心に世界的な潮流であり、我が国でもこのような流れを重視すべきです。（この観点からすると、近年の判例の動きは、若干の例外があるものの全体的には歓迎すべきものと言えましょう。）

そこで、さしあたり民法に規定されている婚外子の差別的取り扱いを改善すべく、以下の点につき早急に改正を行すべきものと考えます。

① 婚外子の相続分差別を撤廃すること

② 婚外子に対する父母の共同親権を認めること

## 六 戸籍制度について

### 1 戸籍の編製方法

近年、夫婦別姓との関係で戸籍の取り扱いが議論の対象となっています。様々な議論の中で表明されている案としては、次のようなものがあります。

① 同姓の夫婦も別姓の夫婦も、その間の子供と一緒に同じ戸籍に登録する、という考え方（いわゆる別姓同戸籍案）

② 同姓の夫婦は今までどおり同じ戸籍に登録するが、別姓夫婦については妻と夫の各々について別個の戸籍をつ

くる、という考え方（いわゆる別姓別戸籍案）

③ すべての個人について、各人の身分関係を一括して登録する個人別の登録簿をつくる、という考え方（いわゆる個人登録案。ただ、③と④をあわせて「個人別登録」と分類することも一部で行われていますが、この意見書では③のみを指します）

加えて近年では、次のような考え方も唱えられつつあります。

④ すべての個人について、出生、婚姻などの事件ごとの個人別登録簿をつくる、という考え方（いわゆる身分証書案ないし事件別登録案）

以上の案のうち何れを採用するのがである適切か、という点を考える場合、考慮すべき最も重要な点は次の三点であるように思われます。

(a) 個人のプライバシーの保護

(b) 個人の身分関係を検索するときの便宜

(c) 個人の親族関係を検索するときの便宜

従来の戸籍制度や①案は、(b)や(c)により比重を置き、付随的に(a)をも考慮する考え方であるように思われます。確かに、戸籍が個人の身分関係や親族関係を証明するための手段として用いられるものである以上、これらを重視することにも根拠はあるでしょう。しかし考えてみると、(c)が問題となるのは相続のような極めて限られた場面のみであり、(b)が問題となるのもそれほど頻繁なことではありません。それに比べて(a)は、(b)や(c)を包含した（無論それには限られません）多くの場面で問題になることです。(b)や(c)を無視してよいとは思いま

せんが、それらよりも(a)をより重視することが必要ではないでしょうか。そこで、現行の戸籍にかえて、個人に関する情報が最も集中しない形式を選ぶのが相当と考えます。

以上の観点から①案ないし④案を見ると、情報の集中度が最も低い④案が最善の形式であるように思われます。あとはこれを前提として、(b)及び(c)の要請をも可能な限り満たすように、具体的なルール(書式や手続など)を考えていけばよいものと考えます。その際には、長年にわたって身分証書方式を採用してきたフランスなどの立法例を参考にして、複数の身分証書間の合理的な連結方式を考えるのがよいでしょう。

## 2 戸籍のコンピューター化

法務省では既に戸籍のコンピューター化に向けての措置を採りつつある(注:この意見書の提出後、一九九五年にコンピューター化のための法律が成立し、東京都豊島区などが既に実施しています。)と聞いていますが、もしそれが実現すれば個人情報保護の保護にとって重大な疑念が生じることになります。個人情報保護のための立法措置が万全になされるまで、そして、その措置について国民全体の納得を得るときまで、戸籍のコンピューター化の実施は保留すべきものと考えます。

## 3 外国人登録との一本化

外国人登録法上の問題点(登録証携帯義務の過度の厳格さ、指紋捺捺制度の残存など)は別としても、現在のような日本国民と外国人の身分登録を別個に設ける制度のありかたは、それ自体として外国人に対する差別意識を助長するものです。そこで、外国人登録の制度趣旨から「外国人の公正な管理」を除去し、身分証明制度として純化させた上で、これを日本国民についての身分登録制度(現行の制度でいえば戸籍制度。私自身の提案では事件別個人登録)と一

本化することを提案したいと思います。

#### 七 渉外的婚姻における夫婦の姓について

現在の戸籍実務では、渉外的婚姻に伴う姓の変更については、法例を通さずに直接戸籍法（一〇七条）によってこれを行うものとされています。しかしこのような取り扱いは、渉外的法律関係についてはまず国際私法（法例など）を適用し、その結果選択された準拠法を適用してこれを処理する、という我が国の立法上の原則を逸脱するものであり、また、そのような取り扱いをすることについて立法の際に十分な議論を尽くした事実もありません。（そもそも戸籍法一〇七条一項以下は、一九八四年の国籍法改正に伴って提案され、さしたる審議も行わなのまま通過されてしまっています。）諸国の国際私法の統一をも意識しつつ法例の改正を行った今、このような国際私法を無視した取り扱いを続けることには大いに疑問があります。そこで、渉外的婚姻における夫婦の姓については、あくまでも国際私法を通じて決定された準拠法に従って処理されるよう、戸籍法を改正すべきものと考えます。（なお、これにあわせて法例に姓に関する規定を新設する、という考え方もあり得るでしょう。）

なお、その場合には、外国語の表記を日本語表記に変換する（又は日本語表記を補う）必要がある、一部の外国法上自由に認められる姓の変更の効果を我が国でそのまま認めるのは困難だ、などの問題があることは確かです。しかし、だから国際私法を無視しても仕方無いということにはなりません。準拠法選択の意義を失わない範囲内で、必要最低限の調整措置を講ずることで対応すべきものと考えます。

## 〔Ⅲ〕 「婚姻制度等に関する民法改正要綱試案」に対する意見書

(一九九四年八月四日)

## 第一 婚姻の成立

## 一 婚姻の要件

1 婚姻最低年齢 …… 試案に賛成します。

2 再婚禁止期間 …… 省略（中間報告に対する意見書で述べた通り）

## 二 婚姻の無効及び取消し

1 失踪宣告を受けた者の配偶者の再婚と失踪宣告の取消し

中間報告に対する私の意見書では、関係者の主観いかによりいくつかの構成を組み合わせた提案をしましたが、法律関係複雑化の防止などの観点を重視すれば、試案で提示された「前婚は復活しない」との考え方にも賛成できます。

ただ、生存配偶者と後婚の相手方の双方に、失踪者の失踪について何らかの帰責事由がある場合にまで、上記の処理のみで一律に対応することには若干の疑問を感じます。そこで、上記の場合には後婚を取り消し得るものとし、この場合の婚姻取消しの訴えの提訴権者を当該失踪宣告を受けた者のみとすることを提案します。（そのような帰責事由としての程度のものが必要か、また提訴権の制限を認めるか否か、などの点は現在もまだ考慮中です。）



## 第二 婚姻の効力

## 一 夫婦の姓

## 1 夫婦の姓

試案で示された案の何れにも賛成できません。なぜなら、そもそも夫婦別姓法制化の趣旨は個人の氏名権の確保にあり、女性・男性に限らず、自己の姓を自らの意思に反して変更させられないようにする点にあると考えます。ところが、試案で示された案の何れによっても、実際上は、夫婦が別姓を称する旨を合意しない限り別姓にはなれません。これでは氏名権は十分には保障されません。私としては、婚姻当事者の一方が、自己の自由意思で相手方の姓を称しようと思う場合にのみ同姓となり、夫は同姓(夫の姓)を希望するが妻は別姓を希望した場合には別姓となるような制度にすべきものと考えます。

そのためには、婚姻の際に姓を決定すること自体をやめる必要があります。なぜなら、たとえ姓の決定自体は各人でできると定めても、それを婚姻届に記入することとすれば、「君が僕の姓にならない限り婚姻届に判は押さない」という多くの男性のわがまま(ないしゴネ得)が罷り通ってしまう結果になるからです。その場合、あくまで女性が改姓を拒めば、結局その二人は別れるか、または事実婚を選ぶしかありません。私は事実婚を選択するのは当事者の自由だと考えますので、「事実婚が増えるといけないから」との論拠で何らかの主張を行おうとは思いません。しかし、上記のようなゴネ得を阻止できないような夫婦別姓法制化は、別姓としての意義を持たないものと考えます。

以上の理由により、私は、婚姻の際に姓の決定はできないこととし（つまり婚姻届の記載事項から姓の決定を外し）、相手方の姓を称したいと思う者は婚姻届とは別の届出により単独の意思で姓を変更することができる、とするのが相当と考えます。

婚姻後の同（別）姓から別（同）姓への変更については、現行法の下ですでに同姓夫婦となっている者が別姓へと変更することも含めて、これを認めるべきものと考えます。もし試案のように、変更権をまったく、あるいはほとんど認めないものとする、婚姻時に行う姓の選択が当事者には過度に重みを持つものとして意識されることになります。そのため実際上は、妻が夫や周囲の人々から別姓の希望を取り下げよう圧力を受ける危険性が高いものと推測されます。そこで、多くの女性（及び一部の男性）が希望している別姓を実効的に実現できるようにするためには、婚姻後の変更権を認めることで、かかる弊害を防ぐことが妥当であると考えます。

## 2 実子の姓

兄弟姉妹間で姓が異なるのは家族の一体感を欠く、との意見については、そもそも一体感という概念自体が曖昧なものですし、夫婦別姓を認めながら兄弟姉妹についてのみ「一体感」を持ち出して別姓を否定するのはバランスを欠きます。

婚姻の際に子の姓を決めておく（あるいはスウェーデンのように第一子出生の際に決めた子の姓と同じものを第二子以降にも称させる）との考え方は、結局別姓を認める範囲を妻のみに限ることになってしまいます。子は事実上ほとんどの場合には父の姓を称することとなり、結局これでは両性の本質的平等の趣旨にそぐいません。また、子の立場から見ても、出生時点での自分の姓の選択肢がそれだけ狭まるわけで、後の自主的な選択の際にも悪い影響（子は父

の姓に従うのが当然だ、という偏見)を与えかねません。

以上から、別姓夫婦の子の姓については、出生する度に父母が協議して定める(姓の統一は強制しない)こととする案に賛成します。

### 3 養子の姓

基本的には中間報告に対する意見書第二・一・3(7)の考え方と同じですが、現行法の枠組みを尊重するとしても、最低限、養子が一定の年齢に達している場合には、養子の氏名権の観点から、養親子別姓を認めるべきものと考えます。

### 4 子の姓の変更

試案はこの点につき若干変更権を制限し過ぎているように思われます。少なくとも一五歳に達した子は、両親が同氏か別氏かを問わず、自己の単独の意思で届け出ることによって他方の親の姓を称することができる、という程度の規制緩和は行って然るべきものと考えます。

### 5 既婚夫婦への適用

今までに述べたのと同様の趣旨により、配偶者の同意を必要とせず、単独で届け出ることによって婚姻の際の姓を回復できることとすべきであると考えます。

## 二 夫婦間の契約取消権 …… 試案に賛成します。

## 第三 夫婦財産制 …… 省略（中間報告に対する意見書で述べた通り）

## 第四 離婚

## 一 協議上の離婚

## 1 協議離婚後の親子の面接交渉について

基本的には試案に賛成します。ただ、七六六条の「監護」の意味については、実際にも紛争の種になっていますし、立法により明確にすべきものと考えます。また、離婚後の共同親権については、とりあえず（慎重な手続を要求した上で）認める旨の規定を設け、実際に運用しながら随時見直すのが適切ではないかと考えます。現時点で認める場合の内容や手続については、中間報告に対する意見書第四・一・1で述べた通りですので、省略します。

## 2 財産分与

基本的には試案に賛成します。

ただ、財産分与や養育費の支払債務の履行確保が「今後の検討課題」に追いやられたことには若干の疑問を感じます。今回の離婚制度改革は、離婚原因を拡大する点で離婚の間口を広げる結果をもたらします。ところが、広がった間口から通り抜けようとする場合、従来のように財産分与などの履行確保が不十分な状況のままでは、相手方が専業主婦や子供だった場合に、それらの者の保護に重大な支障を来すことになりかねません。

離婚原因の拡大のみを先行させるのは適切でなく、効果面での手当て（履行確保の実効化）を伴う形での法改正を行すべきものと考えます。

## 二 裁判上の離婚

### 1 離婚原因

基本的には試案に賛成します。但し、既に述べましたように、財産分与などの履行の実効性をはかるための措置と対して法改正を行うことが条件です。

### 2 裁判離婚手続について

中間報告に対する意見書の第四・二・4で述べましたように、離婚事件の管轄は家庭裁判所の管轄とすべきものと考えます。ただ、当面の措置として、家庭裁判所での審判離婚の効果強化する意味で、（憲法上の裁判を受ける権利との関係で困難な問題が生じうる点を承知した上で、あえて）家事審判法二五条の異議申立権を一定の場合に制限できるものとする法改正を検討してはいかがでしょうか。

## 第五 相 続

### 一 婚外子の相続分 …… 試案に賛成します。

後注との関係では、認知制度を婚外父子関係の確認手続として明確化すること、また、内縁生存配偶者を含めた生存配偶者の居住権を保護する規定（その内容は、従来の判例法理を整理したもので十分と考えます）を借地借家法に設けることを提案します。

また、相続以外の点についても、氏や親権などにつき、婚内子と婚外子との地位を平等化する法改正を早急に行うべきものと考えます。

〔補遺〕

新聞報道によると、法制審議会民法部会身分法小委員会は、夫婦別姓につき試案のうちのA案を若干修正したものを採用する、別居五年による離婚を認める、などを内容とする中間報告を行う方向でほぼ合意に達したとのことである（朝日新聞一九九五年八月二六日朝刊一頁）。手のつけ易いところから手をつけ、しかも無難な（保守的な）線に落ちつけた、きわめて消極的な提案となりそうである。家族法の抜本的改革を求める我々としては、中間報告の内容を批判的に再検討し、積極的に代案を示していく努力を怠ってはなるまい。