

法制審議会民法部会の中間報告について

——考察と提言——

滝 沢 聿 代

- 一 はじめに
- 二 中間報告の構想について
- 三 各論点に対する私見の対応
- 四 結び

一 はじめに

一九九二年二月に法制審議会民法部会から審議の一応のまとめとして、「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）」が発表された。恒例のようにこの中間報告は、意見聴取のために各大学に送付され、また、日本家族（社会と法）学会を通じて会員に対するアンケート方式での意見照会が試みられている。さらには本年一〇月に予定されている私法学会シンポジウムのテーマともなっており、活発な議論の展開が予想される。他方、各誌に論点に対する全体的または個別的な議論が相次いで書かれている状況があり、家族法に関心を寄せる者の立場から、個人的に意見を述べさせて頂くことも有益ではないかと考えられる。

中間報告が出された時期に、わたくしはちょうど夫婦の氏に関する論文を執筆中であったため、この問題が中間報告の中でどのように位置づけられているかを知る必要があるが、論点全体にわたって私見を確認して見た。その結果を本年一月に法務省民事局参事官室宛に提出したのであるが、それが果たしてどのような意義をもつのかは、はなはだ心許ない。にもかかわらず、幾許かの責任も感じ、加えて、手短な表現によつては尽し得なかつた若干の問題についての心残りもあつて、本稿でもう少し必要な議論を付け加えることができたかと考えるに至つた。その際、個々の論点についての検討とあわせて、今度の法改正へのアプローチが持つ視点を明確にし、一般論としての立法のあり方如何を問ひながら、中間報告から引き出しうる最善のものは何かを探つてみたいと思う。

二 中間報告の構想について

(1) 一九八七年に特別養子制度が創設された際にも、今回と同様の法改正のプロセスが見られ、私法学会でもシンポジウムが持たれた。その背景には、子のための養子制度という観点から欧米諸国が相次いで完全養子制度を立法化しているという時代の趨勢があり、わが国においても著名な菊田医師事件をめぐる実子特例法制定の運動が見られたことは記憶に新しい。しかし、当時も法制審議会の改正理由書は、必ずしも後者のような社会的要請には言及していなかつたため、わたくしは法改正の本来の目的がどこにあつたのか、何故養子法を取り上げるかに、明確な問題意識が示されていないことを疑問とした。³⁾しかし、それでもなお、改正は確かに実社会の動きに呼応するものであつた。一九八〇年の配偶者相続分の引き上げ、一九七六年の婚氏統稱制度の創設等についても同様の指摘が可能であらう。

ところで、今回の法改正の最も重要なテーマが夫婦別氏制の導入にあることは、異論なく認められるところではなからうか。中間報告そのものが、この点にとりわけ詳細であり、別に添付資料を用意していることから、それ

を窺うことができる。また、社会的関心の高さ故に、とりわけ一九八〇年代以降この問題に費やされてきた膨大な活字の量を考えなければならぬ。こうした状況の下で、中間報告は、婚姻法全体の洗い直しという構想を持つべき必然性があつたのかを、問い直して見ることは無駄ではないように思われる。一つの考え方としては、夫婦の氏の改革が突出したものとならないように、家族法全体のバランスを鳥瞰する必要があつたという事情を指摘できるかもしれない。しかし、論点の多くは学説の議論を背景とするものが大部分であり、しかも必ずしも相互的な関連性はなく、また、早急な法改正をしなくても解釈論で対応できる問題が多いと見うる。このように法改正の視野が拡大されたことによつて、焦点にある氏への関心が後退したり、拙速な対応がなされたりする危険があるのではないかと考えるのはわたくしだけではないであらう。

今日のわが国の社会にとつて夫婦別氏制の部分的な導入がいかなる意味を持つかは、既に別稿で論じた。⁽⁴⁾ 理論的には「家」の解体の延長として、氏を個人のものとして位置づけ、人格権と結びつけて論じるための不可欠の前提であると考えられ、個人主義に立脚する社会の基本的な要請であると解される。その現実の必要性については、今日までわれわれが見聞きしてきた改革を望む切実な要望に思いを致すだけで足りよう。またこの状況の下で、仮に別氏制の導入が可能であるとするならば、実現されるべき立法形態が必然的に選択的別氏制と呼ばれるものとなるであろうこと、現行民法七五〇条の原則を変更することが妥当でないことは、立法者の実際的な視点から明らかに見極めうるはずである。中間報告が構想可能なあらゆる法改正のあり方を並列的に列挙したことは、一見公平であるように見えながら、法制審議会によつては何ら改革へのイニシアティブがとられていないことを示すものであり、⁽⁵⁾ 改革への抵抗の大きさとそれへの譲歩を意味するのではないかとという危惧は当然生じる。

端的に言えば、問題の重要性、社会的影響等から見て、中間報告には、氏の改革が単独で取り上げられて然るべきではなかつたか（もちろん、若干の追加を否定するものではない）。実社会の動きが当然に立法のプロセスに吸収

されてゆくというごくあたりまえのことがなぜ難しいのかを問うとき、あるいは立法が権力的作用と捉えられている故に、少数者の声に耳を傾ける姿勢とそもそも相容れない現実があるのではないか、という疑問を抱かざるをえない。しかし、もちろんそれは本来的には両立するべきものであろう。現状の秩序と大勢の上に立ちつつ、さらにそれを超えて、必要な変革への目配りがなされる場合に、はじめてポジティブな立法への取り組みが可能となるからである。そのためには、関係者の前向きな意識が求められるのであるが、それと同時に、他方で、価値判断の裏づけとなる法理論に対して、確かな信頼が形成される必要があることを指摘したい。

(2) 今回の中間報告は、婚姻法全体の見直しという発想の上に立つのであるから、仮に全てが実現するならば、昭和二二年の家族法改正の全面的手直しにも匹敵し、事柄は婚姻法の領域に留まるべきものではないと考えられる。実際、婚姻年齢の引き下げは、成年年齢の問題と切り離しては論じえないのであり、これだけ規模の大きい法改正の中で、非嫡出子の身分の問題が取り上げられないことは、いかにも片手落ちの感を与える。⁽⁶⁾とりわけ、後者の問題が夫婦別氏制と密接な関係にあることは、⁽⁷⁾真摯に検討されるべきであったし、そうされていたならば、あるべき取扱いは必然的に可能となり、改正のための論点に取り込まれていたはずである。

他方、取り上げられた改正点は、氏と離婚法関係を除けば、多くは比較的マイナーな問題になると見うる。婚姻年齢の引き下げや、再婚禁止期間の廃止に対する要望は、あるとしても必ずしも一般には顕著でないため、⁽⁸⁾これらの実態や改革の必要性に関しての統計的な裏づけが示されない以上、議論は男女平等を旨とするような抽象的なものになりがちである。⁽⁹⁾諸外国の婚姻年齢は資料として紹介されているけれども、⁽¹⁰⁾成年年齢が視野に取められていないため、参考になりにくい。また、男女の平等を旨として家族法の改革を徹底させたフランス法において、三〇〇日の待婚期間制度が依然肯定されていることを考えると(フ民二二八条参照)、これを規定するわが国の民法七三三条の合理性を容易には否定し難いのではないかと推測される。

夫婦財産制はそれ自体大きな問題領域であるが、日本社会の現状は、夫婦財産契約に手を加える必要があるほどにはこれを機能させていないという事実がある。配偶者相続分の引き上げ、寄与分制度はこのような状況をカバーする意味を持っているのであり、相続、財産分与の側面での配偶者保護を伴った別産制の原則は、この種の問題の法的解決があまり好まれないわが国の状況と、働く妻の増加という今日の社会事情に一応対応しえていると言えるであらう。⁽¹⁾したがって、この領域における改革の必要性は、実践的な観点から見て、氏の問題には比較すべくもない。

一九八七年に最高裁の判例変更を見た有責配偶者の離婚請求権の問題は、社会的影響の大きさにおいて、今回検討の対象となったテーマの中で際立っている。しかし、立法という視点から見ると、最高裁昭和六二年九月二日の大法院判決（民集四一巻六号一四二三頁）は、単に民法七七〇条一項五号の解釈に際して法文にはないルールが加えられていたものを原文に忠実に戻したにすぎず、直ちに法改正につながる必然性を含むものではない。もちろん破綻主義の運用をより適切なものとするための指針を、改正によって導入できれば望ましいことは確かである。中間報告が狙っているのはこのような対応であろうが、事柄は離婚法そのものの再構成に匹敵する改造に発展せざるをえない性質のものとも見うけられる。現に、裁判離婚制度に関する報告最後の論点整理は、協議離婚手続及びその主たる効果の見直しとあわせて、極めて包括的、かつ本質的な問題提起を含んでいる。しかし、その示唆する構想の大きさに比べて、問題の背景に対する分析や改正の具体化へ向けての詰めは未だ不十分であり、今後相当の準備が必要であるように見うけられる。

こうした状況の下で、たとえば比較的取扱いの容易な個別的問題として、離婚後の子への面接交渉を明文化することだけが実現することも考えられよう。一般論としては、面接交渉権の存在が確認されることは望ましいにちがいないけれども、現行民法のように一般条項的規定方式の条文が多い婚姻法の中に、そうした具体的な権利が単独

で導入されることは、全体とのバランスを欠くことにならないであろうか。もちろん必要であればあえて避けるべきではないが、本来破綻主義の延長上にあると見るべき面接交渉権が法文上必要となるまでに、わが国の離婚事情が自由化しているかという問題もある⁽¹²⁾。実務の現状は必ずしもそれを歓迎しない面もあるようであり、時期尚早ではないかという見方もできる。

(3) 中間報告の多彩な問題提起は、氏の問題を除くと、ほとんどが学説の視点から取り出された改革案を中心としており、特に実社会の要求に呼応する性質のものではないと見うけられる。また学界・実務界に向けてなされた意見聴取は、当然のことながら法律家の立場からの評価・判断を求めているわけであり、世論を探るという意味での調査は念頭におかれていない。しかし、世論調査の視点は、今後の立法に不可欠であり、今回の法改正の構想はとりわけその重要性を示唆するのはなからうか。そこでわたくしは、少なくとも慣行となっているこの種の意見聴取を、アンケート形式に分析、編成しなおして実施することをとりあえず提案したいと考える。

たとえば冒頭の婚姻年齢を例にとるならば、まず社会的な側面から、婚姻の低年齢化、あるいは高年齢化の現象が事実としてみられるのかどうか正確に確認されるべきであり、その上に立って婚姻年齢の変更という対応が必要であるかを問うことになる。男女を同一年齢とすべきかは、区別の背景にある生物学的事実、社会的要請をどう見るかが前提となり、その点への質問と回答に基づいて、平等の原則をここにも持ち込むべきかの判断が求められるべきである。こうしてこの問題だけでも五つ六つのアンケート項目が作成されることになり、回答は必然的に単純明快となる。このような調査が前提となるならば、法改正の必然性をより説得力あるかたちで確定することができる。また立法が社会の変動に即応してゆくための態勢を組織化することができるわけである。

実は今回の中間報告に対しても、〈家族と法〉学会を通じてアンケート形式の意見収集が行われている。しかし、前述のように中間報告の論点整理は学説整理型のものであり、その内容はかなり包括的である。また、現状維持型

の a 案に対して改革志向的な b 案ないし b、c 案が対置されているが、改革案そのものが十分に具体化されていないため、回答には多くの疑問、留保が付かざるをえない。択一的な回答を求めるならば、結果としては、改革志向か現状維持かという法律家全体の意識調査に終わるのではなからうか。

したがって、右の学界向けの意見聴取において回答者の性別、年齢、出身学部、職域配分が質問事項とされていることは、法改正の適否を探るという点で果たしていかなる意義が期待されているのか疑問である。結局のところ回答者の学問的立場が問われているのであるが、これは性別、年齢等と本来無縁であるか、仮にあったとしても、それを調査することはこの場合の目的に対してほとんど無関係とみるべきであろう。回答者である家族法研究者が法学部出身であるか否かを区別するのは何のためであろうか。弁護士や家庭裁判所家事調停委員が区別されるのは、現場からの要請を把握する趣旨であろうから、婚姻関係のいくつかの質問に関してはある程度目的を達しうるかもしれない。しかし、それにしても、得られた回答が実務に内在する必要性を指摘しているのか、回答者自身の思考の結果を反映するものであるかは必ずしも明確ではなからう。適切に対象を限定し、目的に即した質問が作成されることにより、この点は大幅に克服されるはずである。

立法のためのアンケート調査は、このように法律家を対象とするものに限られず、広くかつ直接に世論に向けてなされることが理想的であるにちがいない。それは社会のニーズを反映した法制度を組織するという意味で民主主義の要請を満たすとともに、実効性のある社会統制のための当然の前提であると言えよう。恐らくわが国の社会では、そこまで法と社会の結びつきが求められては来なかったのであるが、今回の動きのように幅広い民法の見直しが目ざされるのであれば、立法の視点が社会そのものに向けられることは不可欠であろう。市民の生活意識に重要な影響を及ぼす氏の改革において、とりわけこの要請は本質的なものである。別氏制導入の可否を含めて、統計資料に十分配慮したきめ細かい判断方式が、この問題にまず試みられるべきであり、それによって立法技術自体をよ

り洗練されたものとなしうるはずである。さらには、この機会にアンケートの技術がクローズアップされ、研究されることを期待したい。

三 各論点に対する私見の対応

右のような一般論を踏まえて、以下には各論点に対する当面の私見を要約する。⁽¹⁵⁾当然のことながら、質問によってはもう少し情報を得て再考すれば異なる回答に導かれるであろうかという類のものもある。そこで、とりあえずの対応としては、回答の前提として何を知ることが必要であるかを極力明示しつつ、問題を考える場合にわたくしが重要と考える要素を指摘することができたらと考える。

第一 婚姻の成立に関する問題点

一 婚姻の要件

1. 婚姻年齢について

ここでは婚姻の要件の側面から、まず婚姻年齢平等化の当否が問われている。夫婦別氏制導入の必要性が男女平等の要請故であるとすれば、同じ発想はここでも婚姻年齢の均一化を志向するはずであり、現にわたくしも当初は男女共に一八歳以上とする⁽¹⁶⁾意見に賛成した。不要な区別が差別につながる恐れは十分警戒されて然るべきである。しかし、よく考えれば女性の方が早く婚姻できることは優遇されているとも言えるであろう。フランス民法典は依然この区別を残しているのであるが(フ民法一四四条)、その根拠として女性の成熟年齢が高いという生理的事実⁽¹⁶⁾、結婚生活に必要な社会的経験、判断力の有無を考慮するほか、人口政策的要素も含まれると指摘されている。わが国の議論には、成年年齢との一致や男女平等などの形式的な合理性を追求する傾向が顕著であるが、制度⁽¹⁷⁾

の背景には、婚姻を個人及び人類社会にとっての極めて本質的な要請とみる深い哲学があるように思われる。すなわち、できるだけ早く、できるだけ長く婚姻が認められる必要があるのではなからうか。したがって、右の生理的、社会的な成長の差異が果たして明確な事実であるのか、社会状況の変動がそれらに変化をもたらしているのかどうかを、説得力あるかたちで検証することが改革の前提であると考えられる。

すなわち、改革か現状維持かという問題は、機械的な平等論で単純に割り切れるものではない。伝統への配慮はここでも不可欠であり、改革する必然性がないならば、現状を維持すべきであって、それが法というものの考え方であると言えよう。中間報告b案が親権者の同意又は家庭裁判所の許可を条件に満一六歳以上の婚姻を認めるのは、一律一八歳にするべく婚姻能力を独自に設定することへの配慮である。この結果、男女ともに（とりわけ男性は）従来より婚姻年齢が低くなるのであるが、果たして現実的であろうか。婚姻年齢の一般的な上昇傾向への対応⁽¹⁸⁾、低年齢の婚姻を避けるという今回の改正の趣旨⁽¹⁹⁾は、どう生かされているのか、若年層の性的早熟というもう一方の現象を前に、個人の自由への安易な介入とならないか等を考えてみる必要がある。

加えて、b案が一八歳以上の未成年者に親権者の同意を得ない婚姻を認める点を疑問としたい。親権のコントロールを受けるべきであるが故に未成年者とされているにもかかわらず、親権者の同意なしに婚姻を認めるのは矛盾である。婚姻による成年擬制との関連を考えてみても、事柄は遺言能力や養子縁組の能力とは性質を異にするものと解される。一八歳以上に同意を要しない婚姻をとという解決は、実質的には成年年齢の引き下げを志向するものであり、問題は婚姻法の枠内だけに留まらず、より視野の広い目配りが不可欠であることを示している。

2. 未成年者の婚姻について

未成年者の婚姻に対する父母の同意はいずれか一方から得られればよく、それで未成年者保護の目的に足りるかであると言われてきた⁽²⁰⁾。この従来⁽²⁰⁾の解決に、実際上どのような不都合が生じているのか不明である。民法七三七

条は父母が共に死亡あるいは所在不明のような例外的状況への対応を明示していないため、フランス民法一五〇条のように祖父母の同意を得る可能性に言及する余地はあろう。理論的にはb案の示す法定代理人の同意、同意がない場合の取消という構成が合理的であり、立法として優れているかと考えられる。成年年齢の引き下げを考える場合にはこの対応が適当であるかもしれない。とはいえその場合にも、婚姻への同意は財産法上の法律行為への同意と本質的に異なる要素を持つのではないかと、という点への疑問は残る。同意権者が法定代理人ではなく、父母であることの積極的な意味があるのではないかと見たい。⁽²¹⁾

3. 再婚禁止期間について

離婚率の増加に伴って、再婚禁止期間が現実の不都合と自覚される場合が増えるであろうことは推測できる。問題はこの制度の必要性和合理性にあるが、嫡出推定の制度がある以上推定の重複を避けるための配慮は当然立法のなすべきところであろう。中間報告b案は、現行の六ヵ月を一〇〇日に短縮するものである。短かすぎて待婚期間としての意味をなさないのでないかとの疑問が生じる。⁽²²⁾ フランス民法二二八条二項は、女性が妊娠していないという医師の証明を提出することによってこの期間遵守を免除しており、当然なされるべき適切な配慮である。日本法への必要な改革は、まさにこうした合理的な例外規定を導入することであろうとわたくしは考えている。⁽²³⁾

二 婚姻の無効及び取消し

1. 再婚禁止期間違反の取消し

民法七三三条に違反する婚姻が取り消されたとしても、遡及効が認められないため、嫡出推定の重複という問題は残るかもしれない。しかし、問題の生じる危険を減少させることはできるのである。制裁のない禁止規定を置くことは法に対する信頼にかかわる。私見は、前出の民法七三七条（未成年者の婚姻）が制裁を持たない例外規定と

されていることを可とするものではなく、社会の実情を考慮して現状維持を是認するにすぎない。バランスの欠如が指摘されるならば、むしろ取消しの導入を検討したい。

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

右の問題に民法三二条一項但し書を適用することは、婚姻を財産法関係と一律に取扱うという形式的な問題以上に、実質的な不都合を生じる。すなわち、悪意の場合には当事者はむしろ後婚の継続を望み、善意の場合にこそ前婚の復活による救済が必要となるかもしれないのに、事柄の性質に相反する結論に導かれるところが疑問である。結局、悪意者への制裁という観点から解決されるべき問題ではないのであり、前婚の復活が望まれるケースは残るとしても、人間性及び婚姻本来のあり方を考慮して、一律に後婚の有効性を認めるb案の妥当性を肯定すべきものと考ええる。この点は、婚姻制度の基本的枠組みの一端として、理念的な意味で明文化が必要かつ可能であると言えるよう。

第二 婚姻の効力に関する問題

一 夫婦の氏

これに関しては別稿⁽²⁴⁾で論じているので言及しない。別稿では祭祀財産の承継との関係には言及しなかったが、別氏の導入によって、この点に中間報告が指摘するような影響が生じることはないと考ええる。現行法の考え方は、祭祀財産を氏と結合させ、同じ氏を称する家集団のメンバーが祖先の祭祀を行うものとする。したがって、別氏制の夫婦にとって、二つの家族の祭祀を承継する可能性こそ生じるかもしれないが、問題の基本的な考え方には何の変更もたらされないであろう。夫婦別氏が家名承継の手段として注目されている現実を考えるならば、右の状況は十分理解しうるところである。

二 夫婦間の契約取消権

民法七五四条の適用に際して裁判所は、婚姻が破綻状態にあり、離婚を前提として夫婦間の契約がなされたような場合には、当該契約の取消権は認められないという例外的処理を確認した。⁽²⁵⁾ 判例法の具体的妥当性は明らかであるし、また、一方では書面によらない贈与の取消を認める民法五五〇条があり、他方夫婦関係が円満の場合には契約の取消権が問題となる余地もないところから、規定自体の存在意義が問われてきたわけである。廃止論は従来から有力であり、⁽²⁶⁾ 中間報告b意見がそれを代表している。

しかし、夫婦間に取引的契約を想定した場合、その履行を裁判所の力を借りて実現するのは家庭の平和に反するという考え方は、わが国の家族法の考え方によくなじむ。制定過程においても本条は、そのような観点から、特色ある独自の規定として設けられたことを窺いうる。⁽²⁷⁾ しかも、通常の円満な夫婦関係にとっては民法七五四条は不要であるという廃止論の考え方が、いかにも日本的であり、今回目ざされている立法の充実という方向には逆行するようである。今後の社会に予想される自由な夫婦関係において、右の規定の存在意義が見直される余地は十分あるのではなからうか。もちろん、判例法が確立した例外的ケースの取扱いも妥当なものであり、規定の病理はそこにあつた。すなわちここでの課題は、婚姻が破綻しているような状況の下で合理的な理由があつてなされた契約は取消権の対象外であるという明文規定を追加し、判例法の解決を立法的に追認することである。その上で、民法七五四条の立法趣旨、その沿革等が再評価されることは十分可能であらう。

第三 夫婦財産制に関する問題点

一 夫婦財産契約

夫婦財産契約を婚姻届出後にも締結し、又変更できるようにすることが問われている。しかし、このような要望

が大きいは考えられず、夫婦財産契約は極めて少数しか締結されていないと従来から指摘されてきた。この現状に問題があるとしても、単に将来への配慮ということから、この時点で拙速な対応をする必要はないであろう。社会のニーズと直結する問題であるだけに、アンケート調査等により時間をかけた方向決定をすべきであると考え、と結局 a 案に帰着する。しかし、理論的には b 案の合理性は十分肯定され、少なくとも現行法に夫婦財産契約法がある以上、最小限それを変更する自由だけは制度化しておくことが妥当であるかもしれない。とはいえ、どの程度変更の自由を許容しうるか、第三者の保護は登記だけで足りるか等の問題を生じ、また仮に夫婦財産契約の利用が多くなれば、契約の解釈をめぐる問題の頻発が予想され、契約類型の整備という新たな課題を抱えることになる。他方、現実的にみれば、この制度の将来性に対する法律家の関心故に b 案の導入が実現したとしても、実社会に対して与えうる実益は少ないであろうと推測される。⁽²⁸⁾

二 法定財産制

1. 夫婦の居住用不動産の処分について

ここでは、夫婦の居住用不動産の処分制限が取り上げられた。婚姻中に夫婦の一方がその名義で共同生活のために取得した財産は、わが国の社会に一般化している法定財産制の下では当然に名義人の個人財産である。この前提の下に配偶者の居住権を保護し、その同意なしになされた処分は取消しうるものとする改正案が b 案である。婚姻中に取得された不動産のみが対象とされているところから、個人名義であっても実質的には共通財産であるという理解を前提とするものであろう。

家族の居住に法的保護が与えられることはもちろん望ましい。しかし、わが国の現実において夫婦の一方（多くの場合は夫）が家族の住居を処分したことに對して、他方に取消権を行使させる必要性がどこまであるかは疑問で

ある。通常は事実上の同意が与えられているはずであり、同意のない処分がなされるような状況の下で仮に取消権が行使されたとしても、そのことが家族にとって救済となる状況は少ないように推測される（準禁治産者の処分ではないのである）。これに対してはもちろん、フランス法がb案のような方向で家族の住居に対する周到な保護規定をおいている趣旨をどう解するかが問われるであろう。⁽²⁹⁾

第一に、フランス法においては、法定財産制の原則が共通財産制である。夫婦の共通財産は共同管理に服しつつも、夫婦のそれぞれによる単独の管理行為は認められるという前提があり（フ民一四二一条）、その上に立って民法典は、配偶者個人、共通財産、債権者を含む第三者という諸観点から、交錯する利益に配慮するための詳細な規定をおいている。家族の住宅に対する保護自体は別産制の夫婦に対しても適用されるのであるが、その背後にある考え方には当然共通財産制の発想があると解される。またフランス社会における夫婦財産制の重要性故に、取引に際して第三者が夫婦財産制に配慮する必要、その慣行等もわが国の事情とは比較にならない。つまり、フランス法の考え方を導入するための法的基盤がわが国では欠けている。第二に、フランス法における家族の住宅の保護は、それを規定する条文の位置から明らかであるように、⁽³⁰⁾婚姻共同生活の保護という目的に奉仕するものである。これに対し、中間報告の改正案は、後得財産の共有性という観点からの立法となっており、目的と手段の齟齬故に、制度自体が中途半端なものとなることは否めない。⁽³¹⁾夫婦財産制の構想にまで遡った検討が不可欠であり、中間報告の限りでは現状を維持するa案とならざるをえない。

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

親子関係は基本的に血縁という自然の關係に根ざすものであるから、父母の離婚後においても、親権の所在とは別に親子の法的關係は存続する。この点は従来から家族法の当然の前提であったが、離婚が有責主義を中心とする時代には、その立場が権利というかたちで確認される必要は少ないと考えられる。子に対する面接交渉権という考え方は、やはり破綻主義離婚を前提とする発想である⁽³²⁾と見たい。したがって、最高裁昭和六二年九月二日判決（民集四一巻六号一四二三頁）を契機として、ようやく破綻主義離婚への方向づけが明確になったわが国の離婚法においても、面接交渉権を明文化するための基盤があると解され、事柄の性質上もそのような対応は望ましいと考えられる。

問題は、わが国の離婚の現実において、果たして面接交渉権を明文化する必要があるのかどうかであり、さらにはそれによって離婚後の当事者関係あるいは子の福祉にどのような利益あるいは不都合がもたらされるかである。立法に際しては、この点の具体的な確認が不可欠である。加えて、離婚後における親権の共同行使の可能性、子の養育料の支払い義務等、同レベルの細かな規定の必要性は、面接交渉以外にも種々ありうるところ、当面ひとり右の問題だけに明文規定がおかれるならば、全体とのバランスを欠くのではないかという疑問が生じる。あえてそれを行うならば、それはまさに社会的要請がその点に顕著に現れたという理由によってのみ正当化されるべきであろう。

2. 財産分与制度の内容について

現行の民法七六六条は、財産分与が当事者の協議によりなされるか、又は家庭裁判所の処分によることを定めるのみであり、その内容に関しては専ら裁判所の裁量に委ねている。こうした規定の仕方は、とりわけ家族法、相続法の領域におけるわが国の民法典のいわば流儀であって、社会そのものが法的コントロールに服するという考え方に十分なじんでないところでは、必然的にこのような法規制のあり方がとられることになる⁽³³⁾と言えよう。しか

し、中間報告の a 案が指摘するように、その枠内で蓄積された裁判実務の成果が、財産分与の具体的方法や基準に關して明確かつ妥当なルールを打ち出すまでに至っているとするとするならば、これを立法のかたちで明文化することは当然望ましい。ただし、右の状況があると言えるのかどうか第一の問題である。a、b 案はこの点の認識において相対立するように見うけられ、b 案は新たな基準の導入を目ざすものと解される。

財産形成における夫婦双方の寄与度を考慮して、離婚時における清算の基準を定める b 案の考え方は、基本的には後得財産の共有性を示唆するものであり、むしろ夫婦財産制の出発点に立ち戻って対応を検討するべきではないかと考えられる。また寄与度を原則として二分の一ずつとする提案は、家庭にある妻に対して機械的に夫と対等な経済的地位を与えるというわが国で一般的に好まれる考え方に立脚するものであろうが、明確な理論的裏付けを欠くと言わざるをえない。夫婦それぞれの給与収入が直ちに共通財産を構成するかについては、フランス法の下でも議論がある。ましてわが国のような別産制の体制の下で、本来多様であるべき寄与度という観点から一律に二分の一という原則を立てることは余りにも安易である。家族法の将来を考えるならば、その根底には常に明確な個人主義の基盤がなければならないはずである。

別に提案されている離婚配偶者への補償請求の制度は、もちろん導入が望ましいとしても、現状の社会の下でどこまで実効性があるかという疑問とともに、規定の整備には相当の準備を要するであろうことが予想される。

3. 財産分与の方法について

財産分与の実効的解決手段として、(1) 定期金の支払義務を負わせる、(2) 清算調整の目的で裁判所により当事者の一方から相手方に対する債務負担の命令ができるようにする、という二つの提案が示されている。いずれもその目ざす方向自体に異論はないであろう。ただし、このように実施面での強行性が確保される場合には、財産分与の基準及び内容自体が十分に妥当かつ合理的であることを当然の前提とすべきであり、現状に關してはこの点に疑

問が残る。実務の蓄積を待つならば、このようなかたちでの問題提起ではなく、ごく自然にこれらの規定の立法化が実現されるべき時期は到来するのではなからうか。

4. 協議離婚に関するその他の事項について

(1) 協議離婚時の離婚意思の真正を確保する手段を設けること、(2) 離婚後の子の養育費用の分担義務を明示すること、の二つが意見として提示され、このような規定を置くことの当否が問われているようである。いずれも制度のあり方として望ましい方向には違いない。(1)については、民法七六五条で当事者の出頭を離婚届出受理の要件とすることが最も妥当と考えられるが、戸籍吏の資格、当事者の確認の方法、違反の場合の効力等に新たな議論を生じることが予想される。他方、均衡上婚姻届についても同様の配慮が必要となるであろう。(2)の点も当然肯定されて然るべきである。ただ、養育費用の分担義務といっても当事者の状況に応じて常に絶対のものとはならないであろうし、単に一般的抽象的な宣言にとどまるのであれば意義は少ない。面接交渉権の規定の仕方等とあわせ、離婚法の再構成という観点から取り組まれるべき課題と見たい。

二 裁判上の離婚

1. 離婚原因について

裁判上の離婚原因を規定する民法七七〇条に改善の余地があることは夙に別稿で論じた。⁽³⁵⁾ その趣旨は、第一に、民法七七〇条一項一号から四号までのうち、一、二号は有責主義の離婚原因、三、四号は破綻主義のそれを例示するものと解されるのに対し、従来から一般的破綻主義の規定とみられてきた五号の「その他婚姻を継続し難い重大な理由があるとき」は、四号までの例示をうけてそれらを一般化するものであり、必ずしも明確な破綻主義の規定ではないという指摘にあった。そこで、右の五号に改めて夫婦の別居による婚姻の実体そのものの消滅を明文化

し、その前提の上に立って、民法七七〇条二項を苛酷条項に準ずる規定として活用することが妥当ではないかと提案している。⁽³⁶⁾ 中間報告b案は右と同趣旨の考え方をとっている。ただ規定の仕方において、「一定期間の別居(例えば五年以上)」を離婚原因として明示するものとし、私案よりさらに破綻主義を一步前進させるかたちになっている。ただし、苛酷条項には明確な対応がなされていない。

b案の構想は、規定のあり方として言うまでもなく現行のものより論理的である。ただ、この場合には、有責主義の離婚原因を一般的なかたちで明示し、現行七七〇条一項一、二号以外にも有責主義離婚がありうることを確認する必要がある。また、このように離婚原因の性質を明確に区別することは、必然的に離婚効果の差異を伴うべきではないかという問題に発展する。他方、裁量的棄却を認める七七〇条二項との関係でも、離婚原因の性質に応じた取扱いの相違が不可欠となり、有責主義離婚に対しては現行法のようなかたちでの裁量的棄却を否定するか、嚴格に制限することが望ましいはずである(その限りでは、b案が妥当)。したがって、⁽³⁷⁾ 現行の裁量的棄却の規定は、破綻主義に対する苛酷条項として再構成される方向でクローズアップされるべきであろう。

しかし、右の議論はあくまでも民法七七〇条の全面的改正を念頭におくものであり、中間報告b案が提案するような当面の手直しは、必ずしも必要とは考えられない。第一に、わが国の現状の下で一定期間の別居を当然に離婚原因とすることは、離婚の抑止に対する法的歯止めを大幅に緩める結果になるため、社会的に許容されないのではないかという危惧が生じる。別居期間が一〇年程度であればあるいは実際的であるかもしれないが、そのような規定をおくことは逆に破綻主義の運用を阻害する。結局、判例の動きに注目しながら改革の時期を見極める必要があり、改正に際しては、協議離婚のあり方をも視野に収め、離婚効果に周到的配慮を加えて、離婚法を全面的に再構成することが適当となる。その際には、裁判離婚手続に関する問題提起として指摘された、⁽³⁸⁾ 五つの論点をあわせて検討の対象に含めうるはずである。

最後に、現行の民法七七〇条二項による裁量的棄却にもう一度言及するならば、有責離婚に対する裁量的棄却が、当事者の人権の観点からみて極めて危険であることは明らかであるから、最大限の抑止的運用が求められなければならない。他方、破綻離婚に対しては、この規定に苛酷条項的機能を果たさせることにより、ある程度条文の存在意義を認めておくことができるため、その方向での運用を旨とすることが当面の課題と解される。条文の表現をより適切なかたちに改める余地もあろうが、その程度の修正であるならば、あえて法改正をするまでもないと思える。

四 結 び

一九九二年一月にこの中間報告がニュースとなった際、新聞は専ら夫婦別氏の実現に第一歩が踏み出されたという観点からこれを報道した。それまでの社会情勢から見て、極めてもっともな受け止め方であったと言えよう。しかし、中間報告の中味は、検討してきたように極めて多彩な論点を含み、まともにこれらの改革に取り組むならば、婚姻法の枠を超えて、戦後の家族法・相続法改正を練り直すところまで行かざるをえないかと思われられる。その場合のテーマは、それぞれの問題領域において必然的により詳細かつ具体的な条文を求めることになり、従来法外の解決に委ねられてきたもの、あるいは裁判官の裁量に依らしめてきたものを、できるだけ立法の領域に取り込み、リーガルな解決を旨とすることが課題となると考えられる。そのことは当然わが国の社会のあり方に本質的な影響を及ぼすであろうし、また、もちろんそれが望ましい方向であると言えよう。法制審議会は、そのような広い視野に立って、根本的な改革に取り組む姿勢を継続されるべきであらう。

しかしながら、前述のように、当面の中間報告に取り上げられた論点の多くは、法改正への社会的必然性という面でも、改正のための裏づけとなる研究の点でも、具体的な立法の技術においてもかなり不十分なものである。総

花的な議論は、それ自体興味深いであろうが、成果としてどれだけの立法への結実が可能となるか、いかなる対応が最善のものであるのかは、極めて見通しの難しい問題である。そこで、さしあたっては、立法の具体化に向けて改革の焦点を絞る作業が何よりも重要であり、ここでは、学問的観点から今後さらに議論を深めるべき問題と、社会的要請に即して直ちに妥当な対応が可能な問題とを選別することが重要と考えた。後者との関連では、確定しうる判例法のルールを成文化するという立法のあり方を、できるだけ尊重したつもりである。

右のような理解の下に、わたくしは、まず今回の法改正への主たるエネルギーが氏の問題に向けられることを期待しつつ見守りたい。中間報告はそこでも具体的な方向づけを全く打ち出してはいないのであるが、その論点整理は周到で最も充実しており、立法のテクニクとして誤りのない選択が求められるだけである。³⁹⁾この問題に関する多くの論稿は無駄に書かれたわけではなかったし、必然性があればこそ書かれたとも言えよう。改革を遠い将来に見送るような時代にわたくしどもがいるわけでもない。

他には、これと並んで条文化への距離が近い問題として、再婚禁止期間の適用除外例を明文化すること、失踪宣告におけるb案の明文化、夫婦間の契約取消権に関して判例法に即した例外規定を追加すること等を提言した。いずれも現行の制度を肯定した上で、立法の不十分を補完する趣旨の改革となる。とりわけそのうちの二例は、条文の不備がプラクティカルなかたちでその病理を見せているケースにあたる⁴⁰⁾と言えよう。

離婚法に関しては、十分な準備の上に別途全体の再構成を旨とすることが望ましく、夫婦財産制、婚姻の要件についても、改革案の内容は未だ立法化に機が熟したものと見ることができなかった。立法は法解釈のような制約を持たないため、単なる提案であれば千差万別の考え方が出てきても不思議ではない。それだけに、社会の現実に法をどう対応させるかという厳しい視点が必要であり、それぞれの論点の学問的な興味深さはまた別の問題であると思わなければならない。

- (1) 野田愛子「法制審議会民法部会の中間報告について」民事研修四三二号一〇頁以下、岡光民雄「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）」について「戸籍六〇四号一頁以下、ケース研究二三五号一〇八頁以下、ジュリスト一〇一九号八七頁以下、伊藤昌司「夫婦財産制論議の行方」ジュリスト一〇一九号五五頁以下、上野雅和「協議離婚をめぐる」ジュリスト一〇一九号六〇頁以下、右近健男「婚姻・離婚制度中間報告——離婚を中心として——」ジュリスト一〇一九号六六頁以下、鍛冶良堅「『中間報告に対する私見』」ジュリスト一〇一九号七一頁以下、金住典子「婚姻及び離婚制度見直しの視点」ジュリスト一〇一九号七六頁以下、中川淳「婚姻・離婚法改正の中間報告について」ジュリスト一〇一九号八一頁以下、島野穹子「夫婦別姓について」戸籍六〇二号一頁以下、野田愛子他「座談会「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）」をめぐる」判例タイムズ八〇七号四頁以下、家族と法研究会「法務省の事務局参事官室『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）』を読んで」〔家族と法研究レポート二五〕判例タイムズ八一三三四頁以下（八人の執筆者による各論が収録されている）、床谷文雄「婚姻および離婚法の立法課題——法制審『中間報告』を考える」法律時報六五卷三号二頁以下、吉岡陸子・石川稔「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）」について「戸籍時報四二四号三〇頁以下等参照。
- (2) 滝沢聿代「選択的夫婦別氏制——その意義と課題——」成城法学四四号一頁以下参照。
- (3) 滝沢聿代「改正養子法の展望」成城法学二七号一三二頁以下参照。
- (4) 注(2)に引用したもののほかに、「フランスの判例から見た夫婦の氏——夫婦別氏制の展望——」成城法学三四号四三頁以下、「夫婦別氏の理論的根拠——ドイツ法から学ぶ——」判例タイムズ七六〇号四頁以下参照。
- (5) あえて中間報告（論点整理）というかたちをとり、各界の意見を聴く趣旨であるとされる。しかし、論点の多くはそれぞれ専門家だけが適切な議論をなしうる性質のものが多く、いわゆる世論調査であればまた別の取り組み方が必要であろうと考えられる。問題提起の方向づけが明確な場合に議論はいっそう実り多くなるはずである。
- (6) 折りしも、非嫡出子の相続分を嫡出子のその二分の一と定める民法九〇条四項の規定は、憲法違反であるとする東京高裁判平成五年六月二三日判決が新聞に報道されたところである（朝日新聞平成五年六月二三日夕刊参照）。また、合憲性を肯定した判決として、東京高裁判平成三年三月二九日判例タイムズ七六四号一三三頁以下参照。
- (7) 婚姻によって女性が氏を改める不都合を避ける目的で、法律上の婚姻を回避する現象がみられ、そのために非嫡出子が増加していると指摘されている。女性の自立が背景にある点でも、両者は共通性のある問題である。

- (8) ただし、後者の問題については、広島高判平成三年一月二八日判例タイムズ七七四号一二三頁以下が、民法七三三條の合憲性を争ったはじめての裁判例として注目されている。今後このような訴訟がふえることは予想されよう。
- (9) たとえば、富岡恵美子「婚姻の要件」判例タイムズ八一三三四頁以下参照。わたくし自身も当初の意見は、いずれについても男女同一の取り扱いを志向するb案支持であった。後述のように本稿では若干これを改めている。民法七三三條に関する憲法学者の議論にこの傾向が強いのは当然であろう。
- (10) 岡光・前掲論文戸籍六〇四号五頁参照。
- (11) ただし、フランスでも共通財産制の改革に伴い、別産制の特約は後退の傾向にあるとされ、また世界的にも衰退の傾向が指摘されている (Ph. Malaurie et L. Aynès, *Droit civil, Les régimes matrimoniaux*, 1988, p. 334 et s.)。わが国の別産制にもそれ程積極的な意味があるわけではなく、むしろ夫婦財産制の不備を象徴するにすぎない。法定財産制としての共通財産制を導入することは、今後の課題の一つであろう。伊藤・前掲論文ジュリスト五六頁以下がこの点を強調される。
- (12) たとえばフランス法の場合には、面接交渉権の背景として、離婚後の共同親権行使あるいは共同監護を原則とするような一九八七年法以降の法的状況がある。
- (13) 家族法実務研究会「離婚法の現代的課題」判例タイムズ八一三三二七頁以下参照。
- (14) もちろんアンケート調査が自動的に立法の方向を示すわけではなく、解釈・判断・選択、決断というかたちでのリサーチが要求される。大村敦志「フランス家族法改革と立法学」法協一一〇巻一号一五六頁以下には、フランスの立法における法社会学的調査のあり方が論じられている。
- (15) 中間報告(論点整理)の内容自体はよく知られているところであるため、単に回答のみを記しつつ、本稿だけで独立して理解して頂けるような記述に努めた。
- (16) Ph. Malaurie et L. Aynès, *op. cit.*, *La famille*, 1987, n° 151.
- (17) 上野雅和・新版注釈民法(2)一九四頁以下、富岡・前掲論文判例タイムズ八一三三四頁以下参照。
- (18) 野田・前掲論文民事研修四三三二号一四頁参照。
- (19) 岡光・前掲論文戸籍六〇四号四頁参照。
- (20) 大原長和・新版注釈民法(2)二二七頁以下参照。

- (21) たとえば形式的な資格よりも家族としての愛情を重視するという考え方はないか、なぜ一方のみの同意で足りるのか等に沿革を踏まえた説明が求められるであろう。
- (22) 単に推定の重複だけの問題であれば一〇〇日間で足りると従来から指摘されている(上野・注釈民法(21)二〇九頁参照)。しかし、理論と実際の齟齬はあろうし、心理的な要素が考慮されても当然ではなからうか。また、一〇〇日とした場合の父の確定には、かなり困難が伴うようである(久武綾子「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)」を讀んで——再婚禁止期間(七三三条関係)について——」戸籍時報四二三号五九頁参照)。
- (23) 解釈による緩和は従来から行われているが限界はある。広島高判平成三年判決(前注(8)参照)は、医師の証明による除外を認めないことを直ちに不合理ではないと論じているが、安易な正当化ではなからうか。
- (24) 前注(4)参照。
- (25) 最判昭和三十三年三月六日民集一一二巻三号四一四頁、最判昭和四二年二月二日民集一一巻一八八頁参照。
- (26) 昭和三〇年の中川高男・注釈民法(21)三八五頁参照。昭和三〇年の法制審議会仮決定も削除を明示したとされる。
- (27) フランス民法に由来する本条の立法経過(中川・注釈民法(21)三八三頁以下参照)をたどると、ローマ法・フランス法の考え方が、明らかに日本的な発想によって拡大的に導入された事情を明確に読み取ることができる。
- (28) 昭和三〇年の仮決定、昭和五〇年の中間報告は、いずれもこの制度の削除を提案したと指摘されている。伊藤・前掲論文ジュリスト一〇一九号五五頁、中川・前掲論文ジュリスト一〇一九号八四頁参照。しかし、削除よりも規定の改良をという方向自体は賛成である。
- (29) 高橋朋子「夫婦の居住用不動産の処分の制限について——フランス法の例——」判例タイムズ八一三号五一頁以下はこの点に答えた資料である。
- (30) フランス民法二二五条三項参照。一項は夫婦の共同生活の義務を定める規定である。
- (31) 高橋・前掲論文判例タイムズ八一三三五四頁、伊藤・前掲論文ジュリスト一〇一九号五八頁がその問題点を具体的に指摘される。
- (32) フランス民法でも面接交渉権の規定は一九七五年七月一日の法律ではじめて導入された(二八八条参照)。旧規定の下での判例法の確認と言われるが、離婚の増加現象と無関係ではなからう。
- (33) 実務からの要請が強くないことについて、家族法実務研究会・座談会「離婚法の現代的課題」判例タイムズ八一三

号三二頁以下参照。

- (34) Maturie et Aynès, op. cit., Les régimes matrimoniaux, n° 334 et s.
- (35) 滝沢幸代「有責配偶者の離婚と今後の課題」判例タイムズ六八〇号一九頁以下参照。
- (36) 滝沢・前掲論文判例タイムズ六八〇号三五頁以下参照。
- (37) ただし、破綻主義の歯止めとしての苛酷条項はそもそも理論的に矛盾を含み、フランス法の下でも実際の適用例が極めて少ないことを既に指摘した。滝沢・前掲論文判例タイムズ六八〇号二五頁以下参照。
- (38) 裁判離婚を家庭裁判所の管轄とする、離婚訴訟に家庭裁判所調査官を活用する、離婚訴訟手続きの過程を家庭裁判所へ移送・結合させる、養育料の支払い・財産分与に履行確保の措置を導入する、訴訟上の和解による離婚の導入が、列挙された五点である。いずれも実質的な改革案であるが、具体化には多くの準備を要するのではなからうか。
- (39) ただし、中間報告は戸籍の問題の処理に取り組んでいない。今後の検討が望まれるところである。
- (40) 失踪宣告と婚姻の関係は、問題自体が抽象的、理念的な性質のものであり、専ら理論的な対応が可能ないわば例外的なケースと考えられる。

(たきざわ・いつよ) 本学教授