

1995年1月

婚姻制度等に関する民法改正要綱
試案に対する意見書

日本弁護士連合会

はじめに

今回公表された「婚姻制度等に関する民法改正要綱試案」は、夫婦別氏制の採用、離婚における積極的破綻主義をはじめとして、婚姻・離婚規定を中心とした見直し案を提示している。

要綱試案の説明においては、今回の改正の背景事情として、国民の人生観、価値観が多様化していること、女子差別撤廃条約の批准による国内法の見直し作業の一環として、男女平等実現の見地から、婚姻・離婚法制の見通しが企図されたこと、国内行動計画(改訂版)においても「平成3年から平成7年までの男女共同参画の促進のための具体的施策」の中に見直しが明記されていること等が述べられている。

このように、試案が個人の尊重と男女平等社会実現の見地から法の見直しを図っている点は積極的に評価するものである。

しかしながら、婚姻規定については、夫婦の氏に関する案を三案に分け、本来の選択的夫婦別氏制とは言えない案までもそこに含めていること、再婚禁止期間は廃止とせず短縮にとどめるなど、必ずしも実質的男女平等の理念が貫徹されているとは言いがたい。

また夫婦の氏に関連して、家意識の温床となっている戸籍制度について何ら言及されていないが、これも同時に検討すべきである。

離婚規定についても、離婚原因に積極的破綻主義を導入する場合には、離婚給付・養育費の支払確保及び婚姻住居の居住保護の方策を講じることと一体的に行わなければならないにもかかわらず、財産分与において2分の1ルールを採用し、離婚補償を導入したものの、その他の点については何らの具体案が検討されていないことは問題である。

子どもの問題については、中間報告にはなかった非嫡出子の相続分差別の撤廃を新たに試案に盛り込んだことは評価できる。

反面、面接交渉は権利性を明確にせず、監護の一事項とされるにとどまっていること、共同親権・共同監護などは今後の検討課題とされていることは、子どもの権利条約の精神から見れば不十分であって、子どもの権利保障の観点に立った改正案を提示すべきである。

今回の法改正は、21世紀の家族のあり方にかかわる重要な改正である。女子差別撤廃条約の基本理念である両性の性別役割分業の解消を念頭におき、真の実質的男女平等を実現するために家族法はどのようにあるべきかを改正の視点として明確に打ち出すのでなければ小手先だけの改正となるおそれもある。

以上のような観点に立って、以下のとおり当連合会としての意見を述べる。

目次

はじめに

第一 婚姻の成立

一 婚姻の要件

1 婚姻最低年齢(731条関係)1

2 再婚禁止期間(733条, 744条, 746条関係)2

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
(744条, 732条, 32条, 819条関係)4

第二 婚姻の効力

一 夫婦の氏

1 夫婦の氏(750条関係)5

2 実子の氏(790条関係)7

3 養子の氏(810条, 816条関係)8

4 子の氏の変更(791条関係)10

5 既婚夫婦への適用13

二 夫婦間の契約取消権(754条関係)14

第三 夫婦財産制

一 夫婦財産契約14

二 法定財産制15

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(766条関係)16

2 財産分与(768条関係)18

二 裁判上の離婚

1 離婚原因(770条関係)21

第五 相続

一 嫡出でない子の相続分離
(900条4号ただし書関係)25

第一 婚姻の成立

一 婚姻の要件

1 婚姻最低年齢(731条関係)

男女とも，満18歳にならなければ，婚姻をすることができないものとする。

(注) 1 18歳未満であって，一定の年齢(例えば満16歳)に達した者について，特別の要件を充たす場合に例外的に婚姻することを認める制度は，設けないものとする。

2 未成年の子が婚姻をするには，父母の同意を得なければならないが(737条)，その同意を得ないでされた婚姻でも取り消すことはできない(743条参照)とする現行の制度は，維持する。

(意見)

本文については賛成。

(注)1については，意見が一致しなかった。

(注)2については反対。

(理由)

1 婚姻するには，肉体的な成熟だけでなく，自らの生活及び生まれる子の養育の義務を完全に履行するために，精神的，経済的，社会的に自立できるだけの能力が必要である。特に，婚姻による成年擬制の制度が採用されていることからすると，より社会的，経済的成熟度を重視する必要がある。

2 ところで，1979年に国連総会で採択され，85年に日本も批准した女子差別撤廃条約は16条1項(a)において，「婚姻をする同一の権利」を確保すると規定している。また，女子差別撤廃条約発効の法的実際的影響についてのウィーンセミナー(1981年)においても条約第16条について，婚姻最低年齢は男女同じでなければならないと勧告している。

更に同条約前文では，性別役割分業の否定をはっきりと明記し，子の養育を男女間で分担すべきことをうたっている。

その他，国際人権(自由権)規約23条4項も「国が婚姻に係わる配偶者の権利及び責任の平等を確保するため，適当な措置をとること」を義務づけており，ILO156号条約，同165号勧告は子の養育等の家庭責任は男女及び社会が共同で負担すべきことを規定している。

従って憲法14条，24条及び諸条約の精神に従い，男女ともに家庭責任を等し

く分担し、男女ともに婚姻に関する平等の権利を確保し、等しく働く権利、教育を受ける権利を保障していくという観点からは、男女等しい婚姻適齢が定められなければならない。

- 3 わが国では高等学校への進学率が高く、ほとんど義務教育に近い実態となっている。従って18歳未満は就学年齢と言い得る年齢であり、社会的、経済的に自立可能な年齢としては男女ともに18歳と見るべきであり、女子も婚姻年齢を18歳に引き上げることにより教育の機会が保障されることになる。よって、婚姻年齢は男女ともに18歳とすることに賛成である。

(注)1 しかしながら、18歳未満で婚姻する女性が年間約3000名となお相当数存在しており、このようなケースを全く無視することには問題があり、両親の同意又は家庭裁判所の許可を条件として18歳未満の者の婚姻を救済する必要があるとする意見がある。これに対し、低年齢での婚姻が当事者及びその間の子の福祉に合致するか疑問であり、仮に両親の同意や家庭裁判所における許可を要件としても、特定の当事者について婚姻を認めるに足りる社会的、経済的成熟度を具備するか否かを判断することは相当困難であるとして、婚姻最低年齢について例外規定を設けることに反対する意見もあり、会内で意見が一致しなかった。

- 2 民法第737条は未成年者の婚姻について父母の同意を要件としている。

しかし、独立した婚姻生活を営むに足りる社会的、経済的能力をもった年齢を上記のとおり18歳とする以上、父母の同意を要件とすることは論理的に矛盾があるとも言い得る。また、「婚姻は両性の合意のみに基づいて成立」とする憲法の趣旨からしても、当事者本人の合意以外の要件は加えるべきでない。従って、(注)2については反対である。

2 再婚禁止期間(733条, 744条, 746条関係)

(一) 女は、前婚の解消又は取消しの日から100日を経過した後でなければ、再婚をすることができないものとする。

(二) 女が前婚の解消又は取消しの日から100日以内に出産したときは、その出産の日から、(一)を適用しないものとする。

(注)1 (一)の再婚禁止期間中であっても、女が懐胎していないことについての医師の証明がある場合などには、例外的に再婚を認めることとすることがどうかについては、なお検討する。

2 再婚禁止期間の規定に違反してなされた婚姻については、これを取り

消し得るものとする現行の制度は、維持する。

(意見)

反対。再婚禁止期間の規定は廃止すべきである。父性推定が重複する場合には、後婚の子と推定する規定を設けるべきである。

(理由)

- 1 民法が女性に対してのみ再婚禁止期間を設けているのは、道徳的なものではなく、現在では単に民法772条の父性推定の衝突を避け、子の福祉を守る趣旨からきたものと説明されている。しかし、父性推定の衝突をきたすおそれがあるのは、前婚の解消後100日以内に再婚した場合だけである。
- 2 そのため、現行法の6か月の再婚禁止期間を改めて、試案のように100日とすることも考えられないわけではない。しかし、女子差別撤廃条約16条1項(a)では男女に「婚姻する同一の権利」を定め、また国際人権(自由権)規約23条4項は「婚姻に係わる配偶者の権利及び責任の平等」を規定している。上記条約及び憲法で保障されている婚姻の自由及び権利は個人の幸福追求権に関わる重要な権利である。従って、男女の婚姻条件に差を設けるためには、その差が必要最小限にして、真にやむを得ないと認められるものでなければならない。それゆえ民法733条において女性にのみ婚姻の自由を制約する根拠とされている「子の福祉」は、単に形式的に判断するのではなく、現実の実態に即した実効性のあるものでなければならない。
- 3 この観点からみた場合、100日の再婚禁止期間を設けるとする意見は、法律上父性推定の衝突を生じず、一見子の福祉に合致するかに見える。

しかし、現実の実態は、離婚届まで一定の別居期間を経ているか、少なくとも子が生まれるような良好な夫婦関係は存在しないのが普通である。

そして、再婚禁止期間の定めがあっても、事実上の再婚を阻止できないのだから、離婚後すぐの再婚が問題となるようなケースでは後婚の相手との同棲が先行していることが一般的であろう。

とすれば父性推定の衝突が生じる場合は後婚の子である蓋然性が極めて高い。法律上の父性推定が形式的なものであるとしても、そこではできる限り実態に近い、そして実態を反映する推定に近づけられなければならない。

従って、このような場合にまで前婚の子の推定を及ぼすことは現実を反映していない可能性が高く、かえって子の福祉に反する結果になっていると言える。

いずれ将来的には、772条の嫡出推定規定も見直していくべきであろうが、現行法のままおくとしても、この場合後婚の子と推定することが真実に合致する

蓋然性が高く、子の福祉に資することになる。このように考えるならば、再婚禁止期間の定めを存続させておく必要性はなく、廃止するべきである。

4 再婚禁止期間を廃止すると父性推定が重複する場合が生じ、紛争の増加を招くとの批判も考えられなくはないが、後婚の子であるのに前婚の子としての推定が働くことによって、紛争を生じる可能性の方が大きく、むしろ後婚の子と推定することによって現実に即した父性の推定により紛争の減少につながると思われる。しかも、今日の親子鑑定技術の進歩によって、父子関係の証明は、ほぼ完全に可能となっており、子の福祉を害する根拠とはなり得ない。

5 尚、(注)1に記載されているように例外規定を拡大することによって、禁止の適用範囲を限定しようとする考えもある。しかし、これらを拡大しても根本的な解決とは言えず、婚姻の自由を阻害する事実には変わりはない。また、女性が非懐胎証明を提出することによって、再婚禁止の解除を認めることを試案では検討課題としているが賛成できない。女性にとって医師から非懐胎の証明をもらうということ自体大変な負担を伴う行為であり、プライバシーの権利の侵害にもつながるものである。よほど再婚届を急ぐ事情があればともかく、そうでない場合にこのような負担を嫌って、再婚禁止期間の経過を待つことを事実上強制される結果となるであろう。

よって、このような考え方には反対である。

6 以上により、女性のみには再婚禁止期間を設けることは、たとえその期間を100日間に短縮したとしても必要最小限にしてやむを得ないものとは言えず反対である。

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(744条, 732条, 32条, 819条関係)

(一) 失踪宣告が取り消された場合において、その宣告を受けた者の配偶者がその取消しの前に再婚をしていたときは、その再婚をした者と失踪宣告を受けた者との婚姻は、復活しないものとする。

(二) 未成年の子の父母の一方が失踪宣告を受けた後、これが取り消された場合において、(一)により、父母の婚姻が復活しないものとされるときは、失踪宣告を受けた者の親権は、復活しないものとする。この場合において、子の監護に必要な事項については、第766条の規定を準用するものとする。

(意見)

賛成。

(理由)

失踪宣告が取り消されても，配偶者の再婚の成立により既に前婚の婚姻生活はその実態が失われていると考えられ，前婚を復活させる必要性が乏しい。また身分関係の安定性の観点から，再婚当事者の善意・悪意に関係なく，前婚は復活しないとすることが妥当である。

尚，前婚が復活しないとしても，失踪宣告を受けた者と子との法律上の親子関係は解消するわけではないので，親権及び子の監護に必要な事項についての手当てを要するところ，失踪宣告を受けた者の親権は復活しないものとするのが子の福祉に適うと考えられる。また，子の監護に必要な事項については，離婚の場合の民法766条の規定を準用するのが適当である。

第二 婚姻の効力

一 夫婦の氏

1 夫婦の氏(750条関係)

[A案]

- (一) 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ものとする。ただし，この定めをしないこととすることもできるものとする。(以下，この定めをして夫又は妻の氏を称する夫婦を「同氏夫婦」といい，この定めをしないで，それぞれ婚姻前の氏を称する夫婦を「別氏夫婦という。)
- (二) 別氏夫婦は，婚姻の際に，夫又は妻のいずれかの氏を，子が称する氏として定めなければならないものとする。
- (三) 別氏夫婦は，婚姻後，戸籍法の定めるところにより届け出ることによって，夫又は妻の氏を称することができるものとする。

[B案]

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ことができるものとする。(以下，この定めをして夫又は妻の氏を称する夫婦を「同氏夫婦」といい，この定めをしないで，それぞれ婚姻前の氏を称する夫婦を「別氏夫婦」という。)

(注) 婚姻後の別氏夫婦から同氏夫婦への転換及び同氏夫婦から，別氏夫婦

への転換は、いずれも認めないこととする。

(C案)

- (一) 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ものとする。
- (二) 婚姻により氏を改めた夫又は妻は、相手方の同意を得て、婚姻の届出と同時に戸籍法の定めるところにより届け出ることによって、婚姻前の氏を自己の呼称とすることができるものとする。
- (三) (二)により婚姻前の氏を自己の呼称とする夫又妻は、戸籍法の定めるところにより届け出ることによって、その呼称を廃止することができるものとする。

(意見)

「夫婦は、婚姻の際に定めるところに従い、夫又は妻の氏を称し、又は各自その婚姻前の氏を称するものとする。」と定めるのが妥当である。

試案では「一 夫婦の氏」として、A、B、C案が提示されているが、それぞれの案の中での各論点(例えば、実子の氏、養子の氏等)に対する考え方は、「1 夫婦の氏」のところではA、B、C案のうちどの案を選択したかによって論理必然的に決まるものではない。それにもかかわらず、今回このようなA、B、C案という枠組を設定して行われた提案には大きな疑問がある。選択的別氏制を導入することによって、新たに検討を要する問題点ごとに、種々の価値観の中で柔軟に考えていくことが望ましいことから、本意見案ではA、B、C案にとらわれず、各論点ごとに最も適切と考える意見を述べるものとする。

(理由)

夫婦同氏、別氏のいずれを選択するかは個人の自由であり、その間に優劣のないことを明確にするためには純粋な選択的別氏制が相当である。

要綱試案はその説明においても、個人の氏名に対する権利が憲法13条の保障する人格権のひとつであることを明確にしておらず、「個人の氏に対する人格的利益」と述べるにとどまっている。

その上で、夫婦別氏制の根本趣旨を「婚姻によって氏を改めないという利益を保護することにあるから」と述べ、別氏制採用の趣旨を限定的に解釈している(以上「試案の説明」37ないし38頁)。

しかし、個人の氏に対する権利は、最高裁も判示しているとおり「個人の人格の象徴であって、人格権の一内容を構成するもの」である(最判1988年2月16日、民集42巻2号27頁)。

したがって、夫婦別氏制を導入するにあたっては、両性の実質的平等を保障する観点とともに、人格権としての氏名権を保障するという観点から検討されなければならない。

この意味からは、説明のような夫婦別氏制の根本趣旨の解釈は極めて不十分と言わなければならない。

以上の観点から各案を検討すると、A案、B案は共に夫婦同氏、別氏のいずれかを原則とし、他方を例外として扱っており、これらを同価値とする中立的立場に立っておらず、氏名権に対する干渉にあたる。また、C案は氏の二重制を認めるもので、自分が使用する氏のほかに、観念的な氏(夫婦の氏)が別に存在することになり大変わかりづらい。しかも、夫又は妻のいずれかの氏を夫婦の氏として定めなければならないことからして、現行制度と同じ問題をかかえ、氏の人格権としての尊重や実質的平等の確保といった点からして到底採用できない。

(注) 別氏夫婦から同氏夫婦への転換も、同氏夫婦から別氏夫婦への転換も1回限り認める。試案のA案では、同氏から別氏への転換を認めておらず、またB案では同氏から別氏、別氏から同氏への転換をいずれも認めていない。

しかし、氏名権の内容としての氏の自己決定権は尊重されるべきであり、婚姻後でないとはわからないこともあるので、転換権を認める必要がある。

だが、無制限に認める必要はないので、一回のみ認めるものとする。但し、期間制限は設けるべきでなく、配偶者の同意も不要とする。

2 実子の氏(790条関係)

[A案]

(一) 同氏夫婦の子の氏

同氏夫婦の子の氏の取扱いは、現行法どおりとするものとする。

(二) 別氏夫婦の子の氏

別氏夫婦の子の氏の取扱いは、1(二)により定められた氏を称するものとする。

[B案]

(一) 同氏夫婦の子の氏

同氏夫婦の子の氏の取扱いは、現行法どおりとするものとする。

(二) 別氏夫婦の子の氏

別氏夫婦の子は、その出生時における父母の協議により定められた父又

は母の氏を称するものとする。

(注) 子の出生時に父母の協議が調わない場合又は協議をすることができない場合における子の氏の定め方については、なお検討する。

(意見)

- (一) 同氏夫婦の子は、父母の氏を称する。
- (二) 別氏夫婦の子は、子の出生時における父母の協議により定められた父又は母の氏を称するものとする。協議が調わない場合又は協議をすることができない場合は、家庭裁判所の審判で定めるものとする。

(理由)

子の氏は、子の出生時の事情に応じて父母がその都度自律的に定めるのが、最も合理的である。兄弟姉妹の間で氏の異なることも認める。氏は個人の呼称であり、夫婦の氏が異なることを認める以上、子の氏についても、夫婦の判断に委ねられるべきである。子相互間で氏が異なることによって、子の複祉を害するという指摘もあるが、過渡的なものであって、兄弟姉妹で氏の異なる場合が増えれば違和感はなくなり、問題はないと考えられる。

(注) 父母の協議が調わない場合や協議することができない場合について、予め補充的な決定方法を定めておくことが必要である。その方法としては、家庭裁判所の審判によることとするが、申立から審判までの期間が長くなることは避けなければならない。尚、補充的決定方法として、夫婦が婚姻の際に夫又は妻のいずれかの氏を子が称する氏として届け出ておくことも考えられないわけではないが、それを婚姻届の受理要件とすることは、婚姻要件の不当な加重であり憲法24条に抵触するおそれがある。また婚姻後子を持つか否か、持つとして何人持つかなどはそれぞれの夫婦のライフスタイルの問題であり、それを予め届けさせるような方法は採用すべきでない。

3 養子の氏(810条, 816条関係)

(A案)

- (一) 養親が同氏夫婦である場合
養親が同氏夫婦である場合における養子の氏の取扱いは、現行法どおりとするものとする。
- (二) 養親が別氏夫婦である場合

- (1) 養子は、1(二)により定められた氏を称するものとする。
- (2) 養子は、別氏夫婦のいずれとも離縁した場合に限り、縁組前の氏に復するものとする。

(B案)

(一) 養親が同氏夫婦である場合

養親が同氏夫婦である場合における養子の氏の見扱いは、現行法どおりとするものとする。

(二) 養親が別氏夫婦である場合

- (1) 養子が未成年であるときは、養子は、縁組時における養親夫婦の協力により定められた養父又は養母の氏を称するものとする。
- (2) 養子が成年者であるときは、養子は、縁組の際に、当事者の協議によって定めるところに従って、養父又は養母の氏を称するものとする。
- (3) 養子は、別氏夫婦のいずれとも離縁した場合に限り、縁組前の氏を復するものとする。

(意見)

(一) 養親が同氏夫婦である場合

養子は養父母の氏を称するという意見と、養子は縁組の際の養親及び養子(養子が15歳未満のときは実父母)の協議に従い、養子が養子縁組の際に称する氏又は養父母の氏を称するという意見に分かれた。

(二) 養親が別氏夫婦である場合

- (1) 養子が15歳未満であるときは、養子は、縁組の際の養父母の協議により定められた養父又は養母の氏を称するという意見と、養子は、縁組の際の養父母及び実父母の協議に従い、養子が養子縁組の際に称する氏又は養父若しくは養母の氏を称するという意見に分かれた。
- (2) 養子が15歳以上であるときは、養子は、縁組の際の養親及び養子の協議により定められた養父又は養母の氏を称するという意見と、養子は、縁組の際の養親及び養子の協議に従い、養子が養子縁組の際に称する氏又は養父若しくは養母の氏を称するという意見に分かれた。別氏夫婦が共同で別氏夫婦の養子となる場合も、養子である別氏夫婦それぞれについて、養親と協議の上縁組後の氏を定める。
- (3) 養子は、別氏夫婦のいずれとも離縁した場合に限り、縁組前の氏に復するものとする。

(理由)

(一) 養親が同氏夫婦である場合

民法810条本文は、養親子同氏の原則を定めているが、昭和62年の改正により但書が付け加えられ、婚姻により氏を改めたものについては、婚姻の際に定めた氏を称すべき間は養親子同氏の原則が適用されないとしている。即ち、養親子同氏の原則よりも夫婦同氏の原則を優先させているわけであるが、その夫婦同氏の原則を改正し、選択的夫婦別氏制を採用するならば、養親子、同氏の原則も廃止し、養子が従前称していた氏を選択することもできるようにするのが個人の氏名権の尊重に適うものであるという意見がある。他方、養子縁組により親子関係を擬制する以上、外形によって養親子であることが判明しなければ意味がなく、また実子の場合との均衡からしても養子は養父母の氏を称すべきであるという意見もあり、一致しなかった。

尚、養子が養子縁組の際に称する氏を選択することを認める意見においても、氏の選択について養子(15歳未満のときは実父母)は養親と協議することを必要としているが、協議が調わなければ養子縁組が成立しないことになるだけで、実子の場合のように別に氏の補充的決定方法を考えておく必要はない。また、この協議は縁組の都度なされるものであり、養子相互間で氏が異なることも認めるものである。

(二) 養親が別氏夫婦である場合

養親が同氏夫婦である場合以上に、養親子同氏の原則を維持する必要がないという意見と、少なくとも養父、又は養母の一方とだけでも同氏の原則は維持すべきであるという意見があり、一致しなかった。

- (1) 養子が縁組の際に称する氏を選択できるとする意見では、養子が15歳未満のとき、養子の氏を決めるについて養親と協議する当事者は養子の実父母ということになる。
- (2) これに対し、養子が15歳以上のときは、氏の決定についてその者の意思を尊重し、養親は養子と協議すべきことになる。
- (3) 別氏夫婦の養子が、自己と氏を同じくする養親とのみ離縁した場合、当然に他の養親の氏に変更するとも考えられるが、養子縁組の際の、子の氏の定めを重視し、養子の氏は変更せず、不都合は子の氏の変更手続によって解消を図れば足りるとすべきである。

4 子の氏の変更(791条関係)

[A案]

(一) 同氏夫婦の子の氏の変更

同氏夫婦の子の氏の変更の取扱いは、現行法どおりとするものとする。

(二) 別氏夫婦の子の氏の変更

- (1) 別氏夫婦の子は、父母の婚姻中は、自己と氏を異にする父又は母の氏を称することができないものとする。
- (2) 別氏夫婦の子は、自己と同じ氏を称していた父又は母が氏を改めたことにより、その父又は母と氏を異にする場合には、父母の婚姻中に限り、家庭裁判所の許可を得ないで、戸籍法の定めるところにより届け出ることによって、その父又は母の氏を称することができるものとする。
- (3) 別氏夫婦が同氏夫婦となったときは、子は、家庭裁判所の許可を得ないで、戸籍法の定めるところにより届け出ることによって、その父母の氏を称することができるものとする。
- (4) 別氏夫婦の子は、父母の婚姻が解消し又は取り消された後は、家庭裁判所の許可を得て、戸籍法の定めるところにより届け出ることによって、氏を異にする父又は母の氏を称することができるものとする。
- (5) 子が15歳未満であるときは、その法定代理人が、これに代わって、(2)から(4)までの行為をすることができるものとする。
- (6) (2)から(5)までによって氏を改めた未成年の子は、成年に達した時から1年以内に戸籍法の定めるところにより届け出ることによって、従前の氏に復することができるものとする。

[B案]

(一) 同氏夫婦の子の氏の変更

同氏夫婦の子の氏の変更の取扱いは、現行法どおりとするものとする。

(二) 別氏夫婦の子の氏の変更

- (1) (1)、(2)及び(4)から(6)までは、A案と同様とするものとする。
 - (2) (1)において引用するA案4(二)(1)にかかわらず、子は、成年に達した時から2年以内に、家庭裁判所の許可を得ないで、戸籍法の定めるところにより届け出ることによって、成年に達した時に称していた氏と異なる父又は母の氏を称することができるものとする。
- (注) 子相互間で氏が異なる場合に、その氏を統一する方向での氏の変更を認めるかどうかは、なお検討する。

(意見)

- (1) 別氏夫婦の子は、父母の婚姻中に限り、家裁の許可を得ないで戸籍法の定めるところにより届け出ることによって、氏を異にする父又は母の氏を称することができるものとする。
- (2) 別氏夫婦の子は、自己と同じ氏を称していた父又は母が氏を改めたことにより、その父又は母と氏を異にする場合には、父母の婚姻中に限り、家庭裁判所の許可を得ないで、戸籍法の定めるところにより届け出ることによって、その父又は母の氏を称することができるものとする。
- (3) 別氏夫婦が同氏夫婦となったときは、子は家庭裁判所の許可を得ないで、戸籍法の定めるところにより届け出ることによって、その父母の氏を称することができるものとする。また、同氏夫婦が別氏夫婦となったときも、子は家庭裁判所の許可を得ないで、戸籍法の定めるところにより届け出ることによって、氏を改めた父又は母の氏を称することができるものとする。
- (4) 別氏夫婦の子は、父母の婚姻が解消し又は取り消された後は、子が15歳未満であるときは家庭裁判所の許可を得て、子が15歳以上であるときは家庭裁判所の許可を得ないで、戸籍法の定めるところにより届け出ることによって、氏を異にする父または母の氏を称することができるものとする。
- (5) 子が15歳未満であるときは、その法定代理人が、これに代わって、(1)から(4)までの行為をすることができるものとする。
- (6) (1)から(5)までによって氏を改めた未成年の子は、成年に達したときから1年以内に戸籍法の定めるところにより届け出ることによって、従前の氏に復することができるものとする。

(理由)

- (1) A案、B案とも父母の婚姻中は、自己と氏を異にする父又は母の氏への変更を認めていないが、子の利益のため氏の変更が必要とされる事態も想定できないわけではないので、これを可能とすべきである。また、父母が婚姻中であることからして、家庭裁判所の許可まで求める必要はない。
- (2) 現行法791条2項と同旨。
- (3) 現行法791条2項と同旨。
- (4) 現行法791条と同旨。但し、子が15歳以上であるときは、本人の意思を尊重すべきであり、家庭裁判所の許可は不要とすべきである。
- (5) 現行法791条3項と同旨。
- (6) 現行法791条4項と同旨。

5 既婚夫婦への適用

(A案)

- (一) 改正法の施行前に婚姻によって氏を改めた者は、その婚姻が継続している場合に限る。同法の施行の日から1年以内に戸籍法の定めるところにより、配偶者と共に届け出ることによって、自己の氏を婚姻前の氏に変更することができるものとする。
- (二) (一)により夫又は妻が婚姻前の氏を称することとなったときは、当該夫婦の婚姻の際の氏の定めを1(二)による子が称する氏の定めとみなすものとする。

(B案)

- (一) 改正法の施行前に婚姻によって氏を改めた者は、その婚姻が継続している場合に限る。同法の施行の日から1年以内に戸籍法の定めるところにより、配偶者と共に届け出ることによって、自己の氏を婚姻前の氏に変更することができるものとする。
 - (二) (一)により、父又は母が氏を改めたことによって子が父又は母と氏を異にするときは、子は、父母が(一)の届出をした日から3か月以内に、戸籍法の定めるところにより届け出ることによって、氏を改めた父又は母の氏を称することができるものとする。この場合においては、4(二)(1)において引用するA案4(二)(5)及び(6)を準用するものとする。
- (注) (二)の場合に、家庭裁判所の許可を要件とするかどうかについては、なお検討する。

(意見)

- (一) 改正法の施行前に婚姻によって氏を改めた者は、その婚姻が継続している場合に限る。戸籍法の定めるところにより、自己の氏を婚姻前の氏に変更することができるものとする。また、その変更後別氏から同氏への変更を1回に限り認める。
- (二) (一)により、父又は母が氏を改めたことによって、子が父又は母と氏を異にするときは、子は戸籍法の定めるところに届け出ることによって、氏を改めた父又は母の氏を称することができるものとする。この場合においては、4(5)、(6)を準用するものとする。

(理由)

- (一) 選択的夫婦別氏制の下で保障される個人の氏に対する権利(氏名権)は、従

前の制度下で別氏を選択する機会を持たなかった既婚者にも享受させるのが相当である。そして、個人の氏名権を重視する以上、配偶者の同意は不要とする。また、法改正後の夫婦との均衡上、同氏から別氏への変更権の行使につき期間制限を設けるのは妥当でない。尚、別氏に変更をした夫婦については、更に別氏から同氏への変更を1回に限り認めるのが妥当である。

- (二) 改正法施行後に別氏を選択して婚姻する夫婦の子との均衡上これを認めるのが相当であり、また791条2項と同様、家庭裁判所の許可は不要である。尚、期間制限を設けるのは妥当でない。

二 夫婦間の契約取消権(754条関係)

夫婦間の契約取消権の制度は、廃止するものとする。

(意見)

賛成。

(理由)

最判昭和42年2月2日(注:民集21巻1号88頁)は、夫から妻への不動産の贈与契約につき、夫が離婚訴訟係統中にこれを取消した事案において、婚姻が実質的に破綻している場合には、それが形式的に継続しているとしても、754条の規定により、夫婦間の契約を取消すことは許されないものと解するのが相当であるとしている。

民法754条は、関係が良好な場合は、適用されないものであり、破綻したときこそ問題となるものであるが、破綻したときはしたときで、逆に自由に取消すことができるとするのは問題である。

結局、適用の場面をもたない規定であるので、廃止すべきである。

第三 夫婦財産制

一 夫婦財産契約

現在の制度を当面維持するものとする。

(後注) 夫婦財産契約の制度を利用しやすいものとするための方策については、今後の検討課題とする。

(意見)

やむを得ない。

但し、後注の方策について積極的に検討すべきである。

(理由)

当連合会は、中間報告に対する意見書において、婚姻届出後にも夫婦財産契約を締結し、又は変更することができるようにするとの案に賛成し、その場合には個々の財産について登記・登録等第三者に対する対抗要件が定められている場合にはその手続もとらなければ夫婦財産契約を第三者に対抗できないとの規定を新設すべきであるとした。

現在ほとんどのこの制度は利用されていないが、財産関係を自律するという意識の発達、高齢者間の婚姻に伴う相談関係の紛争の予防、別産制の弊害の防止等の観点からより利用しやすいものにすれば活用される可能性があると考えられるからである。

しかし、当事者間で締結可能な契約の種類やそれについての公示方法など、なお検討すべき課題があれば今後の検討課題とすることもやむをえないが、棚上げすることなく、積極的に検討すべきである。

二 法定財産制

現在の制度を当面維持するものとする。

(後注) 夫婦の一方の所有名義の不動産でその共同生活の用に供されているものについて、所有名義人の一方的な処分により他の一方の配偶者の居住が侵害されないようにするための方策については、その夫婦の離婚の場所及び所有名義人の死亡による相続の場合における他方配偶者の保護の方策とも併せて今後の検討課題とする。

(意見)

夫婦別産制の維持には賛成する。

但し、後注の方策について今後の検討課題とせず、直ちに積極的に検討すべきである。

(理由)

1 当連合会は、中間報告に対する意見書において、夫婦の居住用不動産の処分制限について、居住している配偶者の同意を得ずになされた処分は取り消し得ることとし、取消しをもって第三者に対抗できるものとする案に賛成した。これは、居住用不動産が婚姻共同生活の基盤であり、かつそのほとんどは夫婦の実質的共有財産だからである。

2 夫婦の居住用不動産の処分について名義人でない配偶者の書面による同意を要件とすれば，取引の相手方は占有状態と同意書面の有無及びその作成の真正を確認すればよく，それほど取引の安全を害するとは思われない。また，現行制度では，収入のない配偶者が共に有名義人になると贈与税がかけられるし，仮処分は，離婚を前提にしなければならず，多額の保証金がかかるなどの問題があり，それだけで居住の利益を守ることは困難である。

善意の第三者の保護をどの範囲で考慮するか，処分を取消しても処分した配偶者が原状回復できない場合にどうするかなど，検討課題が残されているのであれば，直ちに検討を始めて，居住用不動産の処分制限について民法及び関係法令を改正すべきである。

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(766条関係)

- (一) 父母が協議上の離婚をするときは，その協議により，子の監護に必要な事項の一として，父母の一方で離婚後子の監護をすべき義務を負わない者との面談交渉についてさだめることができるものとする。
 - (二) (一)による定めをする場合においては，子の利益を最も優先して考慮しなければならないものとする。
 - (三) (一)の事項について，当事者間の協議が調わない時，又は協議をすることができないときは，家庭裁判所がこれを定めるものとする。
 - (四) 子の利益のために必要があると認めるときは，家庭裁判所は，(一)又は(三)の定めの変更について相当な処分を命ずることができるものとする。
- (後注) 766条の「監護」の範囲を条文上明記すべきかどうか，及び離婚後における父母の共同親権の制度(又は共同監護の制度)を採用すべきかどうかについては，今後の検討課題とする。

(意見)

明文の規定を設けることには賛成である。

但し，協議離婚後の面接交渉は，親と子双方の権利であることを明らかにすべきである。また，面接交渉を規定するにあたっては，子の意見聴取の機会を保障する制度や一定の年齢に達した子が自ら面接交渉を求める申し立てができる制度を設け

る必要がある。また、共同親権又は共同監護の制度の導入を検討すべきである。

(理由)

1 面接交渉について

父母の離婚により親の一方と子が離れざるを得ない結果になった場合でも、離れた親子が絆を断ち切られずに互いに接触する機会を得ることは権利として認められるべきである(女子差別撤廃条約5条、子どもの権利条約9条、18条)。

従来わが国においては、面接交渉権は親の立場から親の権利としてとらえられてきたが、子どもの権利条約9条は子どもの立場から子どもの権利として捉えている。

ところで、試案は、親子の面接交渉を「子の監護に必要な事項」として定めている。だが、これでは面接交渉が子にとっての権利であることが明らかでない。

よって、面接交渉が子の権利であることを明記すべきである。

また親子の面接という事柄の性質上一定年齢に達した子には自ら面接交渉を求め申し立てることができる制度を設けるべきである。

2 子どもの意見表明について

子どもの権利条約は、自己の見解をまとめる力のある子どもに対して、その子どもに影響をあたえるすべての事柄について自由に見解を表明する権利を保障している。親との面接交渉は、子の生活に重大な影響を与える事柄であるから、子の意見を尊重すべきことを明文化し、子の意見聴取の機会を保障する必要がある。

家事審判規則54条は、15歳以上の子について、監護に関する処分については子の意見を聞かなければならないと規定しているが、より子どもの権利を確保する観点から子どもの意見表明権を明記する規定を設けるべきである。

なお、15歳という年令についても、より低い年令で保障すべきである。

3 共同親権又は共同監護について

子の養育及び養育は、父母が共同の責任を有するものであるから(女子差別撤廃条約5条、子どもの権利条約18条)、子に対し父母が離婚した後も離婚前と同じように法的決定も事実上の監護も父母が共同で行うことができるのであれば、子にとって大変望ましいことである。

共同親権ないし共同監護を実現するためには父母双方に少なくとも子の養育についての感情の対立・競争心・独占欲を捨て去り、理性的な行動をとることが求められ、また子も父母の間を往き来できるだけの適応能力のあることが要求されるので、このような親子は希なケースと考えられる。共同監護が、子の養育につき十分な知識と熱意を持った父母と、二つの家族の間を往復することに

習熟できる能力を持った子によって実現されるならば、子の最善の利益となる。

よって、子どもの権利条約をふまえ、今後の検討課題とせず、今回の法改正において共同親権ないし共同監護を選択できる制度を検討すべきである。

2 財産分与(768条関係)

(一) 協議上の離婚をした者の一方は、離婚に伴う当事者間の財産上の衡平を図るため相手方に対して財産の分与を請求することができるものとする。

(二) (一)による財産分与について、当事者間に協議が調わないとき、又は協議することができないときは、当事者は、家庭裁判所に対して協議に代わる処分を請求することができるものとする。ただし、離婚の時から2年を経過したときは、この限りでないものとする。

(三) (二)の場合には、家庭裁判所は、当事者双方がその協力によって取得し又は維持した財産の額並びにその取得又は維持についての各当事者の寄与の程度、婚姻の期間、婚姻中の生活の水準、婚姻中の共同生活の維持についての各当事者の協力の態様及び程度、各当事者の年齢、心身の状況、職業、収入及び稼働能力その他の一切の事情を考慮し、分与させるべきかどうか並びに分与の額及び方法を定めるものとする。この場合において、当事者双方がその協力により財産を取得し又は維持するについての各当事者の寄与の程度は、その異なることが明らかでないときは、等しいものとする。

(後注) 協議離婚時の離婚意思の真正を確保する手段を設けるべきかどうかについては、今後の検討課題とする。

(意見)

賛成。

但し、次の点を追加または修正して改正すべきである。

1 (三)項につき、清算的財産分与の割合を原則2分の1と明記し、例外的に寄与の程度が異なることが明らかであるときは、割合を異なるものとするができる旨規定する。

2 (三)項の清算の対象財産の中に「将来取得しうることが確実な財産」を加える。

3 清算的財産分与の考慮要素として「別居中の婚姻費用の支払状況」を加える。

(理由)

1 要綱試案は、(一)において財産分与が当事者間の財産上の衡平を図ることを

目的とするものであることを明記し、(三)項で清算的財産分与、補償的(扶養的)財産分与の考慮要素を具体的に列記した上で、清算的財産分与の寄与の程度が異なることが明らかでないときは、等しいものとした。これは要綱試案の解説によれば、いわゆる2分の1ルールを採用したものである。夫が生計を得るための勤労活動労働、妻が家事労働に従事している場合は寄与の程度を比較できないので、夫婦平等と当事者の衡平の見地から双方の寄与を対等とすることが相当であるとしている。

清算的財産分与の基準として、いわゆる2分の1ルールを採用することについては賛成する。

- 2 しかしながら、2分の1ルールを規定するのであれば、日弁連が中間報告に対する意見で述べたように、清算的財産分与の分与割合を原則2分の1とすることを明記し、寄与の程度がこれと異なることが明らかであるときは、これを修正する旨の規定をおくこと、即ち原則例外の書き方を逆にするのが本筋である。

その理由としては、

夫婦が共同生活中に築いた財産は、実質的には夫婦生活共同体の財産とみることができ、夫婦はそれぞれの財産に対して2分の1の持分を有すると推定するのが合理的であること

夫婦の取分は平等とみる国民意欲にも合致すること

寄与割合によることを原則とすると、その認定にあたって夫婦の些事、秘事を探究しなければならず、このような事態はできるだけ回避することが望ましいこと

などが根拠として挙げられる。

万一、要綱試案のように寄与の程度によることを原則とする規定をおく場合でも、今回の要綱試案の説明と同様に、改正案の説明において、清算的財産分与につき、一般的に無業の妻が2分の1の取分を有することを明確にし、解釈の指針とすべきである。

- 3 要綱試案が清算的財産分与の対象財産として、夫婦の協力によって取得した財産のみならず、維持した財産を付加したことは評価できる。

これによって、夫婦の一方の特有財産についても他方がその維持、増加に貢献した場合には、財産分与の対象となりうることを明確化したものと解される。

しかし、対象財産の範囲はこれにとどまらず、離婚時に確実に取得を予測できる財産上の権利(退職金・年金など)も含めるべきである。

要綱試案の説明においては、「退職金など将来において取得が期待できる財産についても、婚姻中の夫婦の協力によるものと評価し得る部分は、右の範囲に

含まれる。」としている。

一般サラリーマン世帯においては、退職金のみならず年金も夫婦双方の協力によって取得されたとみなしうる重要な経済的権利である。

将来的には年金法を改正し、現在世帯単位とされている年金制度を個人単位のものに変更し、個人年金権を保障すべきである。しかし、現時点においては、年金、恩給等を財産分与の対象財産に含め、婚姻期間に応じて割合的に評価して分配することが、(一)項で規定する当事者間の財産上の衡平を図るという財産分与の目的にも合致する。

従って、対象財産としての重要性にかんがみ、説明により解釈基準として示すにとどまらず、退職金だけでなく年金等も含めて将来財産が対象財産となりうることを法律上も明記すべきである。

- 4 要綱試案は清算的財産分与の考慮要素として、「当事者双方がその協力によって取得または継持した財産の額並びにその取得または維持についての各当事者の寄与の程度」をあげているが、これに付加して「別居中の婚姻費用の支払状況」も含めるべきである。

別居中の夫婦の婚姻費用分担の有無および程度については、財産分与そのものに匹敵する重要性をもつが、現実には支払状況は悪く、金額の決定が容易でなく、審判に時間がかかるなど問題が多い。

しかも、夫側が婚姻費用の支払を滞り、妻の困窮に乗じて離婚を要求する、いわゆる兵糧攻めの例もしばしば見られる。

特に、要綱試案が提示しているような裁判上の離婚原因に5年間の別居を追加する案が採用された場合、別居期間中の婚姻費用の支払い状況はますます重要な課題となり、別居期間が実質的に準備期間の意味をもつかどうかの分かれ目にもなる。

最高裁は「裁判所は、当事者の一方が過当に負担した婚姻費用の清算のための給付をも含めて財産分与の額及び方法を定めることができるものと解するのが、相当である。」としているが(最高裁昭和53年11月14日判決)、財産分与の考慮事情としてどの程度斟酌されるかは必ずしも明確ではない。

従って、別居中の婚姻費用の支払い状況を清算的財産分与の考慮要素として規定上も明記し、2分の1の基準とは別個に考慮、斟酌できるものとすべきである。

別居中の婚姻費用の支払を促進し、当事者間の衡平を達成するためにもこのような要素の明文化が必要であると解する。

- 5 要綱試案が補償的(扶養的)財産分与の考慮要素を新しく盛り込んだことは評

価できる。

しかし、わが国では元来扶養的財産分与への配慮は十分ではなく、離婚補償の考え方も定着しておらず、その具体的な算定方法、基準が明らかではない。

従って、今後実務が離婚補償ないしは扶養としての財産分与を積極的に活用できるように解釈の指針をより明確に示すべきである。

6 中間報告に対する日弁連の意見書でも述べたとおり、財産分与が公正になれるためには、財産、経済状態の情報開示制度を確立する必要がある。

また、財産分与の履行を確実にするために、定期金給付の場合、担保や保証を立てさせる、給与天引き制度を創設するなど、履行確保の制度も検討すべきである。

7 さらに、現在の税法では、財産分与が土地建物等の資産をもって行われる場合、分与者に対し、譲渡所得税が課税される扱いとなっている。

このため、離婚の合意をしながら財産分与の取り決めができなかったり、離婚できない夫婦が少なからず存在する。

しかし、財産分与が実質的共有財産の清算に主たる目的をおいていることからみても、このような課税は不当であるので、早急に所得税法等を改正すべきである。

8 後注に対する意見

通達による不受理届け制度はかなり利用されており、消極的な離婚要件的機能を果たしている現状より見て、今後の検討課題とせず、不受理制度を法制化すべきである。

二 裁判上の離婚

1 離婚原因(770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、または の事由については、婚姻関係が回復の見込がない程度破綻していないときはこの限りではないものとする。

配偶者に不貞な行為があったとき。

配偶者から悪意で遺棄されたとき。

配偶者の生死が3年以上明らかでないとき。

配偶者が強度の精神病にかかり、回復の見込がないとき。

夫婦が5年以上継続して共同生活をしていないとき。

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{(1) または 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がない程度に破綻してる場合}でも、離婚により一方または子が精神的、社会的また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。

(後注) 離婚制度を見直す見地からの裁判離婚手続のあり方については、裁判離婚事件を家庭裁判所の管轄とするかどうかを含め、今後の検討課題とする。また、離婚後の養育費、支払債務その他の家事債務の履行確保の方法についても、同様とする。

(意見)

1 (一)については賛成する。但し、反対意見も有力であり、以下 に述べる法改正を同時に行うことが不可欠といえる。

また、本文但書は削除すべきであり、従前の 号は維持するものとし、 号のように改正することについては反対する。

養育費および財産分与の支払いについて、履行確保の制度を設けること。

養育費については、日弁連の「離婚後の養育費支払確保に関する意見書」(1992年2月)のとおりであるが、最低限、期日未到来の養育費についても一度差押をすれば継続的に差押の効力が維持される給与天引制度を新設することを実現すべきである。

財産分与における定期金給付についても、同様の給与天引制度を設けること、担保・保証の提供などによる履行確保を図るべきである。

別居中の婚姻費用の審判が迅速に出され、かつ履行が確保できるよう法改正および実務の改善を図ること。

たとえば全額でなくても一定額については、申立から1ヶ月以内に審判が出され、かつ養育費と同様期日未到来の分についても一度差押をすれば継続して給与の差押ができるような手続を新設することが必要である。

2 (二)についても賛成する。但し、「社会的」は削除する。

(理由)

1 日弁連は中間報告に対する意見において、

1987年の最高裁判決以降、裁判所が有資配偶者からの離婚請求をみとめないとする従来の態度を変更し、積極的破綻主義へ移行する方向に向かいつつあり、世界的流れでもあること

若い年齢層を中心に結婚観、離婚観が変化してきており、結婚が愛情を基盤にした両性の結びつきととらえ、愛情がなくなれば離婚もやむを得ないと

いう結婚観が国民に定着してきていること

を理由として、離婚原因に一定の別居期間を追加することに賛成した。しかし、日弁連内においても、安易に積極的破綻主義に移行することは妻の交渉力を弱め、経済的弱者である妻の保護に欠けるとの理由から反対する意見も根強くあった。

また、賛成する意見においても、離婚にともなう経済保障が確実なものとなっていない現状で、離婚原因においてのみ積極的破綻主義を先行することに対する危惧の声が聞かれた。

このような意見も踏まえ、中間報告に対する意見においては養育費等の支払確保等離婚の効果と同時改正すべきとしたのである。

- 2 しかるに要綱試案においては、財産分与における2分の1ルールおよび離婚補償の導入など財産分与の給付水準を引き上げる改正はなされているものの、養育費の支払確保、居住財産の処分制限など日弁連の提言した離婚に伴う経済保障のための制度改革は今後の検討課題とされ、先送りとなっている。

これでは、未だに性別役割分業の下、経済的に夫に依存している妻が多く、女性の再就職等が困難で、賃金水準も低い現状において、離婚後の女性の経済的自立は容易でないにもかかわらず、十分な経済保障が得られないまま離婚に至る可能性があり、公平を欠くとの観を免れない。

諸外国でも、離婚原因における破綻主義への移行にともなって、離婚給付の履行確保の法改正を行っている。

- 3 従って、裁判上の離婚原因に「夫婦が5年以上継続して共同生活をしていないとき」を追加するのであれば、法務省は、関係各機関と協力連携して、養育費や別居中の婚姻費用あるいは財産分与の履行を迅速確実なものとするための法改正作業に早急に着手し、民法改正と同時改正をめざすべきである。

このような見地から冒頭意見の通り、今回の改正にともなって最低限必要と考えられる改正に絞って提言したものである。

さらには、法制度上のみならず、社会保障、税制の改革も必要である。たとえば、児童扶養手当につき、父親との別居が明らかな場合、1年以上の遺棄の認定を待たずとも手当を支給するよう政令を改正すること、財産分与における不動産の譲渡に対し、譲渡所得税の課税を行っている扱いを廃止することも緊急を要する課題と言える。

- 4 なお、号を離婚原因に加えることについては、有力な反対意見のあったことを付記する。その理由としては、養育費および財産分与の履行確保制度など、有責配偶者から離婚を強制される者の保護が現状では十分と言えないこと、離婚裁判においても破綻主義が浸透している現状ではあえて一定の別居期間を設

ける必要はなく、個別の判断に任せるべきであることなどをあげている。

このような意見からみても、先に提案したような内容の法改正を同時に行うことが不可欠と言える。

- 5 要綱試案では(一)項但書として、「または の事由については、婚姻関係が回復の見込がない程度破綻していないときはこの限りでない」としている。

このような但書をもうけた理由として、説明では、
、
項も婚姻関係の破綻を推測させる事実と解されていること、これらの有責行為は過去の一回的事実であるので、現段階では婚姻関係が破綻していないという場合も考えられるから、裁量棄却を廃止することとの関係で、破綻していないときは離婚原因とならないことを明示するためであるとしている。

しかし、このような改正は、
の有責原因が存在する場合、現在よりもかえって離婚が認められにくくなるのではないかという疑念を払拭できず、妥当ではない。立法者の意図はそのようなものではないとしても文言が一人歩きする危険は多分にある。

よって、現行法でも
項は破綻の例示にすぎないとの解釈が定着している以上、この点をあえて明文化する必要性はない。

但書は削除すべきである。

- 6 現行 号(新 号)を「回復の見込のない破綻」と改正することには反対する。

中間報告に対する意見で述べたとおり、協議離婚に与える影響を考えるならば、この文言を変えることにより、別居期間の定めが事実上骨抜きとなる可能性がある。

従って、現段階ではここまでの要件を設けることには消極的にならざるをえない。

- 7 苛酷条項を新設することには賛成する。

中間報告に対する意見でも述べた通り、積極的破綻主義を推し進めると、5年の別居によって離婚が絶対的に認められることになるが、具体的な事案によって離婚を認容することが社会正義に反する場合も生じうることが予想される。

従って、現時点では、有責、無責にかかわらず、社会正義に反する離婚を排除するような苛酷条項を設けることによって、当事者間の衡平を図るべきである。

しかし、「社会的」苛酷については意味が不明確であるので苛酷条項に入れる必要はない。

また、
号ないし
号および
号の原因がある場合にまで苛酷条項を適用する必要はなく、
号についてのみ苛酷条項を適用することで十分であるとの意

見もあった。

8 後注に対する意見

裁判離婚事件を家庭裁判所の管轄とすることについては、基本的に賛成であるが、人的、物的両面において、また制度・機構の面において家庭裁判所が一層整備充実されることが前提条件となるので、今後の検討課題とすることもやむをえない。

家事債務の履行確保については、当意見書で述べているとおり、今後の検討課題とせず、同時に検討すべきである。

第五 相続

一 嫡出でない子の相続分(900条4号ただし書関係)

嫡出でない子の相続分は、嫡出である子の相続分と同等とするものとする。
(後注) 認知制度の見直し及び相続に際しての生存配偶者の居住の保護の方策については、今後の検討課題とする。

(意見)

賛成。

(理由)

1 当連合会はすでに中間報告に対する意見書冒頭において、今回の民法の見直しに非嫡出子の相続分差別の撤廃を含めるよう主張し、1994年2月には「非嫡出子に対する差別廃止の法改正を求める意見書」を公表した。

1993年6月の東京高等裁判所における違憲決定、同年11月の国連規約人権委員会の国際人権規約に抵触するとの勧告、1994年11月の東京高等裁判所での二度目の違憲判決など、非嫡出子の相続分差別の規定が憲法、諸条約に抵触することは今や国内外で明らかな事実となっている。

よって、嫡出子と非嫡出子の相続分の差別は早急に廃止すべきである。

2 後注に対する意見

死後認知にいては、出訴期間が設けられている。これは一般の親子関係存否確認訴訟に、出訴期間の制限が設けられていないのに比べ、著しい不均衡を生じている。

よって、認知制度を見直し、死後認知の出訴期間を廃止すべきである。

その他の点については、今後の検討課題とすることもやむをえない。