

男女共同参画会議 基本問題・計画専門調査会 監視・影響調査ワーキング・グループ（第3回）

## 「家族法を巡る最近の課題～96年民法改正法律案要綱以降のレビュー」

2010年1月8日

立命館大学法学部教授 二宮 周平

### 1 法制審議会「民法の一部を改正する法律案要綱」（1996年2月）

- ①婚姻適齢の男女平等化（18歳統一）
- ②再婚禁止期間の短縮（6ヶ月から100日に）
- ③選択的夫婦別氏制度の導入
- ④5年程度以上の婚姻の本旨に反する別居を裁判離婚原因とする
- ⑤財産分与規定の具体化（考慮すべき要素の列挙+1/2原則）
- ⑥離婚後の親子の面会交流、養育費支払い義務の明文化
- ⑦婚外子の相続分差別の撤廃

### 2 法律案要綱の事実上の実現と限界

#### 1) 選択的夫婦別氏制度

##### (1) 旧姓使用の社会的受容

「国の行政機関での職員の旧姓使用について」（2001年7月11日各省庁人事担当課長会議申合せ）

- ①職場での呼称、②職員録、③人事異動通知、④出勤簿など8種類の文書

##### (2) 男女共同参画基本計画で導入の検討を明記

第1次基本計画（2000年12月）→「男女平等の見地から、選択的夫婦別氏制度の導入や、再婚禁止期間の短縮を含む婚姻及び離婚制度の改正について、国民の意識の動向を踏まえつつ、引き続き検討を進める」

第2次基本計画（2005年12月）→「世論調査等により国民意識の動向を把握しつつ、結婚に伴う氏の変更が職業生活等にもたらしている支障を解消するという観点からも、婚姻適齢の男女統一及び再婚禁止期間を含む婚姻及び離婚制度の改正とあわせ、選択的夫婦別氏制度について、国民の議論が深まるよう引き続き努める」

男女共同参画会議基本問題専門調査会「選択的夫婦別氏制度に関する審議の中間まとめ」（2001年10月）→「少子化への対応から婚姻の障害を取り除く」、少子高齢社会で女性の能力を生かす必要があり、「職業生活を送る上での支障となるものは除去する」という基本姿勢が示された上で、夫婦同氏制度には憲法上の問題点があるとし、家族の一体感にとって大切なことは同氏という形式ではなく、愛情や思いやりという

実質であると指摘し、個人の多様な生き方を認め合う男女共同参画社会の実現に向けて、選択肢を広げる制度の導入が望ましいとし、「選択的夫婦別氏制度を導入する民法改正が進められることを心から期待している」とする。

\*しかし、いまだ制度の導入は実現せず

旧姓使用の不便さ（当事者にとっては使い分け、職場では管理のコスト）

国連女性差別撤廃委員会（2003、09）→改善勧告、フォローアップ課題の1つに（09）

## 2) 離婚法

### (1) 有責配偶者の離婚請求

- ・別居期間6年程度で認容した事例（東京高判平14・6・26判時1801号80頁、福岡高那覇支判平15・7・31判タ1162号245頁）
- ・別居期間9年でも、子が1級の身体障害者であることを考慮して、認容しなかった事例（東京高判平19・2・27判タ1253号235頁）

\*離婚請求される側の事情への配慮→総合判断、不貞行為に対する制裁的機能+婚姻継続による生活保障→破綻主義貫徹せず

### (2) 財産分与

- ・判例における2分の1ルール of 定着
- ・将来の退職金も財産分与の対象に
- ・年金→財産分与の改革ではなく、年金改革法（2004年6月）によって分割される厚生年金・共済年金等公的年金について、夫婦の合意により、報酬比例部分を分割することができる（2007年4月より）→家裁実務では、原則2分の1が定着  
国民年金の3号被保険者期間については、2分の1に当然分割

\*こうしたルールは、家裁の調停・審判、裁判離婚の場合に限られる。しかし、調停離婚でも財産分与の取決め率は27.2%（2007年）。協議離婚については統計なし。

### (3) 子への配慮

- ・離婚後の親子の交流→原則的に肯定する判例定着  
最高裁家庭局が当事者助言用DVDビデオ「子どものある夫婦が離れてくらすときに考えなければならないこと」、絵本「あしたてんきになあれ」「ココ、きみのせいじゃない」を作成・配布
- ・養育費の簡易換算表作成
- ・民事執行法改正（2003年）→定期給付の不履行があれば、将来の給付部分についても強制執行可、差押え禁止範囲の縮小、不払いにつき間接強制可能に（2004年）

\*高葛藤ケースでは、面会交流の実現困難。離婚後のサポート体制乏しい。

養育費の取り決め 38.8%。現在、支払あり 19.0%、過去にあり 16.0% (2006 年)。

児童扶養手当に依存 (所得制限、就労支援の方向性)。母子世帯の所得は、一般世帯の 4 割。

\* (2) (3) では、権利の実現を保障する仕組みが欠かせない。

### 3) 婚外子の相続分差別

(1) 婚外子差別が廃止されたもの

- ①住民票の世帯主との続柄→「子」に統一 (自治振 232 号「住民基本台帳事務処理要綱の一部改正について (通知)」、1995 年 3 月施行)
- ②戸籍の父母との続柄→婚外子について、母を基準に「長男」「長女」型に統一 (法務省令 76 号「戸籍法施行規則の一部を改正する省令」、2004 年 11 月施行)
- ③児童扶養手当～婚外子の父が子を認知すると、児童扶養手当の支給を打ち切り、1 年以上、父から遺棄されている場合に、手当を支給→この取り扱いを廃止 (政令 224 号「児童扶養手当法施行令及び母子及び寡婦福祉法施行令の一部を改正する政令」、1998 年 8 月施行)
- ④国際婚外子の日本国籍取得～日本人父と外国人母の婚外子の場合、父の認知+父母の婚姻によって、日本国籍取得→父の生後認知があれば、認知の時から日本国籍を取得できる (国籍法 3 条の改正、2008 年 12 月 12 日公布 [法律 88 号]、2009 年 1 月施行)

\*まだ残る法的な差別 ①法定相続分・遺留分、②父子関係の成立、③婚外子の単独親権、④非婚女性に対する寡婦控除の不適用、⑤出生届書の様式 (嫡出でない子のチェック)

- ①→婚外子差別として争う訴訟あり、判例あり。
- ②→婚外子差別として争った訴訟はない。ただし、事実婚カップルの子で未認知の子について、扶養控除の対象となる親族には該当しないという判例あり (最判平 3・10・17 訟務月報 38 巻 5 号 911 頁)。
- ③→離婚後の共同親権と合わせて、法改正の議論あり。
- ④→日弁連に人権救済申立て (継続中)。
- ⑤→出生届不受理のため住民票作成されず、作成を求める訴訟あり。第 1 審は作成を命じたが、控訴審・上告審は、原告が出生届の提出を懈怠していることにやむを得ない合理的な理由があるとはいえないこと、住民票の記載をしないことにより子に看過しがたい不利益が生じているとほうかがわれないことから、記載しないことが違法ということはできないとする (東京高判平 19・11・5 判タ 1277 号 67 頁、最判平 21・4・17 家月 61 巻 9 号 107 頁)。最高裁は、⑤が違憲かどうか

の判断はせず。

(2) 相続分差別

・最高裁大法廷の合憲決定（最大決平 7・7・5 民集 49 卷 7 号 1789 頁）以降の判例

①最 2 小判平 15・3・28 判時 1820 号 62 頁→合憲（3 対 2）

②最 1 小判平 15・3・31 判時 1820 号 62 頁と③最 1 小判平 16・10・14 判時 1884 号 40 頁→合憲（3 対 2、3 の内 1 は補足意見）

④最 1 小判平 21・9・30（最高裁HP）→合憲（3 対 1、3 の内 1 は補足意見）

a 最大決の少数意見・違憲判断の理由

→ i 憲法判断の基準（立法目的自体の合理性及びその手段との実質的関連性についてより強い合理性の存否が検討されるべき）。

ii 出生について何の責任も負わない婚外子をそのことを理由に法律上差別することは、婚姻の尊重・保護という立法目的の枠を超える→立法目的と手段との実質的関連性は認められない。

iii 相続差別の規定は、婚外子を婚内子に比べて劣るものとする観念が社会的に受容される余地をつくる重要な一原因となっていると認められる。

iv 合憲性の判断に当たっては、制定後に生じている立法の基礎をなす事実の変化や条約の趣旨等も加えて検討されるべき→諸外国の立法、日本の立法作業、国際人権規約 26 条、子どもの権利条約 2 条をあげる。

b ①～④の少数意見・補足意見

→ a iv で指摘された立法事実について、婚姻や家族をめぐる社会事情が a 以降大きく変動したこと、民法改正要綱案、国連規約人権委員会からの改善勧告がなされたことから、差別を正当化する理由となった社会事情や国民感情などは現時点では失われているとする（②補足意見の島田裁判官、④補足意見の竹内裁判官→極めて違憲の疑いが濃い、法改正が立法府により可及的速やかになされることを強く期待する、とまで言及）。④では、最大判平 20 [2008]・6・4 民集 62 卷 6 号 1367 頁にも言及。

a に加えて、多数決原理の民主制の過程において、少数グループは代表を得ることが困難な立場にあり、司法による救済が求められているとする（②少数意見の泉裁判官、③少数意見の才口裁判官）。④少数意見の今井裁判官は、法制審議会「答申以来十数年が経過したが、法律の改正は行われぬまま現在に至っているものであり、もはや立法を待つことは許されない時期に至っているというべきである」とする。

a では否定された違憲判断の遡及効を肯定（②の深澤裁判官、④の今井裁判官）

・国連の各委員会からの改善勧告

国連B規約人権委員会（1993、1998、2008）→改善勧告

国連A規約人権委員会（2001）→改善勧告

国連女性差別撤廃委員会（2003、09）→改善勧告、フォローアップ課題の1つに（09）

国連子どもの権利委員会（1998、2004）→改善勧告

日本政府の答弁→世論の動向。しかし、受け入れられず、批判される。

\*最高裁大法廷決定の合憲判断が改正を阻害した面あり。国際的にも批判に耐えられない（96年当時、わずかながら差別を残していたドイツ、フランスも平等化の法改正実現）。それでも改正できないのはなぜか。婚外子出生数の少なさ+事実婚カップルの広がりへの乏しさ→婚外子を法律婚に敵対する関係の子として認識→過度の婚姻尊重論へ

#### 4) セクシュアリティ

##### (1) G I D（性同一性障害）

「性同一性障害者の性別の取扱いの特例に関する法律」（2004年施行、2008年改正）

GIDと診断→20歳以上、現に婚姻していないこと、現に未成年の子がいないこと（08年改正による）、外観の形成を伴う性別適合手術を受けていること→性別の取扱いの変更を認める

変更された性として、婚姻や養子縁組など可能に。異性愛の枠組に入る。

\*子ども要件、手術要件の妥当性。立法趣旨が当事者のGIDの治療効果の向上や、当事者の生活保障にあるならば、これらの要件は不要では。英国では、いずれも要件にしていない。

##### (2) 同性カップル

ドメスティックパートナー制度など諸外国では制定されているは、日本では対応なし

判例なし

\*いまだに偏見、好奇の目にさらされている。GIDとの混同も。性的少数者の権利保障に弱い日本社会の現実を変えることができないでいる。

##### (3) 同棲・事実婚

婚姻意思+夫婦共同生活の実態

→同居を必要とせず（大阪地判平3・8・29判時1415号119頁）

何らかの共同関係を要求（最判平16・11・18判時1881号83頁）

重婚的内縁の保護（法律婚が事実上離婚状態にある場合）

近親婚的内縁の保護（叔父と姪の内縁、厚生年金保険法の遺族年金受給権、最判平 19・3・8 民集 61 巻 2 号 518 頁）

内縁の死亡解消に際して財産分与規定の類推適用を否定（最決平 12・3・10 民集 54 巻 3 号 1040 頁）

\* 婚姻共同生活の多様性を認めながら、事実婚については、従来型の婚姻像を前提にする。また婚姻外共同生活における男女格差（財産権）の是正の視点も乏しい。

### 3 親子法の課題

#### 1) 父性推定

##### (1) 「離婚後 300 日以内出生子」

離婚後 300 日以内出生子→前夫の子と推定→現夫の子としての出生届が受理されない

受理されるためには、嫡出否認または親子関係不存在確認の訴え（調停と審判または訴訟）でこの推定を覆す必要がある。

前夫の協力（証言、DNA鑑定など）が得られない、DV ケースでは危険→出生届を出せない→「戸籍のない子」

戸籍先例（2007 年 5 月）→医師の作成した証明書を提出することにより、離婚後の懐胎であることを証明できる場合には、現夫の子あるいは婚外子としての出生届を受理するとした。

\* たとえ長期別居中でも、離婚前の懐胎の場合には、戸籍先例は適用されない。救済されるケースは限定される（1 割程度という意見もある）  
より根本的に父性推定制度を検討すべき

↓

##### (2) 懐胎主義から出生主義へ

現行の嫡出推定～妻が婚姻中に懐胎した子は夫の子と推定（懐胎主義という）

↑ 推定

婚姻成立 200 日経過 or 婚姻解消から 300 日以内に出生

これを出生主義に改める→婚姻後に出生した子は夫の子と推定

例外的に、死亡解消の場合に懐胎主義を残す

また離婚後 300 日以内に生まれた子で、その後、再婚していない場合の解決策

例えば、出生届に夫の氏名を記載しない場合→772 条の推定をしない→父のいない子として出生届ができるなど

### (3) 嫡出否認権の拡大

現行制度～夫が子の出生をして1年以内、夫のみが裁判で父子関係を争うことができる  
(嫡出否認の訴え)

出訴期間経過で確定。母子には争う権利なし

判例では、事実上離婚状態にあるときに、妻が懐胎した子について、民法772条の推定を受けない子として扱い、利害関係のある者は、夫と子の間の親子関係不存在確認の訴えを起すことができるとする。調停前置なので、調停で夫・妻の間に合意が成立すると、家裁が事実を確認した上で親子関係不存在の審判を出す。

改正の方向→子に否認権を認める(婚姻破綻+事実を知った時から2年以内、成年到達後2年以内など)

### (4) 認知制度

認知は、婚外子の父子関係の成立要件とされる

父の認知→母や子の同意不要、一方的な認知可(例外あり、胎児・成年の子)

父が認知しない→子から認知の訴え必要、父の死後は、死後から3年に限定

認知が真実に反する場合→認知無効の訴え。利害関係のある人は、いつでも争える

\*認知も、父子関係の推定方法と捉え、母子の意思に反して認知することができないような改正を考えるべき

\* (1)～(4)の父子関係の成立・否定に関する改正の視点

①親子関係発生における父母の平等(血縁主義。意思主義の排除)

母子関係と同じく、父子関係も血縁によって発生する。証明が困難なために、推定制度を設けると考える。

②父子関係の推定における子の平等

婚姻後の出生、父の認知を、推定方法の1つとして位置づける。

より根本的には、父母の確認(父母共同の署名による出生届)、出生時の父母の同居・婚姻を推定とすることも考えられる。

③父子関係成立・否定における子の意思の尊重

認知に子の同意を必要とする、嫡出否認権を子に保障するなど

## 2) 生殖補助医療

### (1) 現状

日本産科婦人科学会の会告(自主規制)～法律婚夫婦について、①人工授精(AID)、②体外受精の実施を認める。①については、第三者からの精子提供を認めるが、②については、第三者からの卵子提供を認めていない。死後懐胎、代理懐胎は禁止

## (2) 立法・判例の動向

厚生科学審議会生殖補助医療部会の「非配偶者間生殖補助医療のあり方についての報告書」(2003年4月)→不妊症のために子を持つことのできない法律上の夫婦に限定して、a 提供された精子による人工授精(AID)、b 提供された精子による体外受精、c 提供された卵子による体外受精、d 提供された胚の移植(ただし、他の夫婦が自己の胚移植のために得た胚の余剰に限る)を認める。代理懐胎は禁止。

日本学術会議生殖補助医療の在り方検討委員会「生殖補助医療をめぐる諸問題に関する審議の依頼について(回答)」(2008年4月)→代理懐胎を原則として禁止し、試行的な実施について検討の余地があるとするにとどめ、法律上の母は分娩者とする。

判例は、死後懐胎の場合の死後認知、代理懐胎の場合の実子としての出生届の受理をいずれも否定し、立法による解決を促す(最判平18・9・4民集60巻7号2563頁、最判平19・3・23民集61巻2号619頁)。

## (3) 子の出自を知る権利

現状は、AIDについて匿名性を維持。子を知る権利なし。

生殖補助医療部会の報告書(2003年)→AIDで生まれた子に、自己の出自を知る権利を保障～子が15歳以上になれば、提供者を特定できる情報(氏名、住所等)の開示を請求することができる。

AIDで生まれた子が、親の病気、血液検査、親の離婚などの不測の事態から、親と血の繋がりが無いことを知る場合がある。そのときの精神的ショック、喪失感、長い間隠されてきたことへの不信、怒りなど子の心情に目を向けると、何よりも重視されるべきであるのは、子の立場であり、適切な時期に子がAIDによって生まれたことを告知する必要がある。この告知を支える法的根拠が、子の出自を知る権利。

人為的な手段を用いて子をもうける以上、優先すべきは、子の利益。法律上の親子関係は、養育している親との間に限定され、提供者との間には成立しない。出自を知る権利は人格権に基づくものであり、子のアイデンティティを確立し、また養育している親と子の間に信頼に信頼に基づく安定的な親子関係を確立することを目的とする。

\*当事者の実子が欲しいという欲求に応えら得る医療技術があるときに、どこまで利用を可能とするのか。AIDについて再検討する余地はないか。安易に精子提供を許容してきたのではないか。提供者には、生まれてくる子に対する責任はないのか。代理懐胎については、日本で禁止しても海外で実施する可能性があり、グローバル化は避けられない、それでも禁止すべきか。視点は子の利益の確保→何が子の利益か→出自を知る権利をてこに確保する方向性も。

### 3) 親権

#### (1) 親権の制限

- ・児童虐待への対応

児童福祉法の改正 + 「児童虐待の防止等に関する法律」(2000年施行、2004年改正、2007年改正)

専門職の通告義務、児童相談所職員の立入調査、一時保護、警察の協力など  
保護者と子の面会や通信の制限、子へのつきまといや学校・施設近辺でのはいか  
いの禁止

- ・親権の一時停止制度(現在、法改正へ向けて審議中)

背景に、親権喪失制度の利用が進まないこと、医療ネグレクトや親権喪失に至ら  
ない程度の虐待への対応が不十分であることなど。

#### (2) 共同親権

- ・離婚後の単独親権から共同親権を原則に

- ・婚外子についても単独親権から共同親権を原則に

子の父母の責任は、父母の婚姻とは関係なく、存続するという視点  
例外的に単独親権となる場合を設ける方向

共同すべき事項と、単独で判断できる事項の区別

父母の協議の確保・サポート、その後の履行のサポート体制不可欠

\*親権が父母の義務であることの認識をいかに浸透させるか。名称の変更も課題にな  
る。ドイツでは「配慮」、英国では「親責任」に。

親の子の監護が不適切である場合に、社会的なサポートや監視が不可欠。しかし、  
児童相談所を含め、その体制が不十分。

## 4 家族への公的な介入

### 1) 高齢者・障害者の財産管理

成年後見制度(2000年4月施行)

法定後見→後見、保佐、補助の3類型

任意後見→意思能力のある時に公証人に下で契約

\*親族以外の者が成年後見人になるケースが31.5%に増加(2007年)。他方、成年後  
見の利用が86.6%。日常の世話や医療行為の同意などが問題に。

### 2) 人の世話

①育児・介護休業法(育児休業、介護休業等育児又は家族介護を行う労働者の福祉に

関する法律) (1995年施行、最終2009年改正)

- ②介護保険制度 (2000年4月施行)
- ③障害者自立支援法 (2006年施行)
- ④里親制度の改正 (2002年)

養育里親、親族里親、短期里親、専門里親に類型化、里親の監護・教育の権限を明記。登録里親・委託児童数の増加傾向あり。

\*①休業中の所得保障、男性の取得推進、②介護サービスの供給の質と量、介護認定のあり方、保険料の自治体格差、サービス労働を担う労働者の処遇、社会的孤立の実態、③関係機関の連携協力、応益負担の問題性、④社会的な子育てという視点の浸透など、課題山積み

### 3) ファミリー・バイオレンスへの対応

- ①「児童虐待の防止等に関する法律」(2000年施行、2004年改正、2007年改正)
- ②「配偶者からの暴力の防止及び被害者の保護に関する法律」(2001年施行、2004年、2007年改正)
- ③「高齢者虐待の防止、高齢者の養護者に対する支援等に関する法律」(2006年施行)  
暴力として認識→法は家庭に入らずの原則を克服

\*①～③の対応の違い、①～③が重なる事案も多い。ファミリー・バイオレンスとして総合的な対策も必要。被害者の立ち直りのサポート、予防教育(例えば、デートDV防止授業など)、加害者の治療・教育、家族関係の修復など、課題山積み

### 4) 家事紛争解決へのサポート

解決には当事者の主体性(エンパワメント)不可欠  
家族関係の修復も

↓

サポートする体制が必要

例えば、FPIC(家庭問題情報センター、元家裁調査官が立ち上げ)など  
しかし、財政援助なし

一方で、ADR法(裁判外紛争解決手続の利用の促進に関する法律、2007年施行)

\*財政援助なしの当事者任せでは、真の解決には至らない。コミュニティの再生を促進するとともに、公的な機関、NPOなどが連携して、サポートする仕組み作りが不可欠。

## 5 戸籍制度の改正

プライバシー保護の視点からの改正（2008年施行）

### ①戸籍謄抄本の交付請求

- 本人、配偶者、直系尊属・卑属に限定
- 第三者、有資格者からの請求は、厳格に規制
- 不正取得者を刑事罰に（共犯者処罰も可能に）

### ②本人確認制度導入

\*不正取得されたかどうかの確認には、本人通知制度が不可欠（大阪狭山市では、事前に登録した人に対して、本人の代理人や第三者に戸籍謄抄本、住民票の写しなどを交付した事実を通知する制度を導入）

戸籍編製の原理（1組の夫婦及びこれと氏を同じくする子を単位とする）は改正対象にならず。韓国では2008年4月から家族単位の戸籍制度を改め、個人単位の家族関係登録制度に改正。選択的夫婦別氏制度の導入により、何らかの改正は不可欠。別氏同戸籍にするか、抜本的に個人単位とするか。個人の自立と家族関係の多様性に対応できるのは、後者ではないか。

## 6 総括

1～5の大きな流れを整理すると、

### ①法律婚の相対化と家族関係の多様化へ

- ・選択的夫婦別氏制度～同氏夫婦以外の夫婦を認める→多様性への一歩
- ・戸籍の個人単位化→個人尊重の徹底
- ・5年別居離婚～破綻主義の導入→女性の自立への一歩
- ・婚外子差別の廃止、離婚後の親権・婚外子の親権の共同化、父性推定の平等化→子の平等、子にとって婚姻の特別性を否定→家族の多様性の承認+個人の尊重の徹底
- ・GID特例法、同性カップルへの配慮～性的少数者の人権保障→多様性への一歩

### ②格差を是正する公平な解決

- ・離婚の際の財産分与、年金分割、養育費の確保、内縁保護
- この解決を当事者自らが行う+協議が整わない場合の司法による解決

### ③社会的な支援の拡大

- ・4の1) 2)～これまで家族が担ってきたことを、社会が支える→家族の枠を超える

#### ④家族における人格の保護

- ・ 4の3) →行政・司法による公的な介入

さらに被害者支援、家族関係修復には、福祉的・教育的支援も必要

- ・ 公的介入は、少数者の人権保障でも必要。差別を受けない取り組み、生活保障システム。自由権から社会権へ

④は③と連携する。

つまり、家族に関する法制度の柔軟化と社会的な支援。総合的に着手する必要性。