

平成七年九月

婚姻制度等の見直し審議に関する中間報告

及び報告の説明

法務省民事局参事官室

## 婚姻制度等の見直し審議に関する中間報告について

法制審議会民法部会では、婚姻及び離婚に関する制度全般並びに嫡出でない子の相続分に関する制度の見直しのため検討作業を行っております。昨年七月には、それまでの審議の結果得られた一応の結論ないし方向について、広く関係各界の御意見を聴くため、当参事官室において「婚姻制度等に関する民法改正要綱試案」として取りまとめ、公表いたしました。この試案に対しましては、関係各界及び国民の皆様からのさまざまな御意見をお寄せいただいております。

その後、法制審議会民法部会では、試案に対してお寄せいただいた御意見を参考に審議を継続してまいりましたが、試案において三類型の案を提示しておりました夫婦の氏の問題につきましても、一応の方向が定まってきました。また、裁判上の離婚に関する離婚原因の定め方の問題につきましても、試案に対する御意見を参考に、試案の内容を一部修正する方向で審議が進められております。これらの問題は、試案に盛り込まれた改正を要する事項のうちでも、特に国民各層の高い関心を集め、多岐にわたる御意見が寄せられているところです。このため、民法部会では、これらの問題に対する国民の更なる関心と理解を得るためにも、現段階における検討の状況を公表することが適当であるとの判断がされました。そこで、当参事官室では、これらの問題に対する民法部会の現段階における審議の状況を取りまとめ、「婚姻制度等の見直し審議に関する中間報告」として、公表することにいたしました。

この中間報告に対し、御意見又は御提案をお持ちの方は、当参事官室宛にお寄せいただきたく存じます。

平成七年九月

婚姻制度等の見直し審議に関する中間報告

## 婚姻制度等の見直し審議に関する中間報告

(注) 試案に掲げられた事項中、ここで取り上げるもの以外のものについては、なお試案に示された方向性において検討が行われている。

第一 夫婦の氏（七五〇条・七九〇条・七九一条・八一〇条・八一六条関係、試案第二、一）

一 夫婦の氏（七五〇条関係）

1 夫婦は、婚姻の際に定めるところに従い、夫若しくは妻の氏を称し、又は各自の婚姻前の氏を称するものとする。（以下、夫又は妻の氏を称する旨定めた夫婦を「同氏夫婦」といい、各自の婚姻前の氏を称する旨定めた夫婦を「別氏夫婦」という。）

2 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。  
(注) 婚姻後の同氏夫婦から別氏夫婦への転換も、別氏夫婦から同氏夫婦への転換も、いずれも認めないものとする。

二 実子の氏（七九〇条関係）

1 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。

2 別氏夫婦の子の氏

別氏夫婦の子は、一、二により定められた氏を称するものとする。

### 三 養子の氏（八一〇条、八一六条関係）

#### 1 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。

#### 2 養親が別氏夫婦である場合

(1) 養子は、一、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。

### 四 子の氏の変更（七九一条関係）

#### 1 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。

#### 2 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、特別の事情があるときに限り、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、自己と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。

(4) 子が一五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(3)までの行為をすることができるもの

とする。

(5) (1)から(4)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一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。

## 五 既婚夫婦への適用

1 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り、同法の施行の日から一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。

2 1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、当該夫婦が婚姻の際、夫婦が称する氏として定めた氏を一、2の子が称する氏として定めたものとみなすものとする。

## 第二裁判上の離婚

### 一 離婚原因(七七〇条関係、試案第四の二)

1 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。ただし、①又は②の事由については、婚姻関係が回復の見込みがない程度に破綻はたんしているときは、この限りでないものとする。

- ① 配偶者に不貞な行為があつたとき。
- ② 配偶者から悪意で遺棄されたとき。
- ③ 配偶者の生死が三年以上明らかでないとき。
- ④ 夫婦が五年以上継続して共同生活をしていないとき。

⑤ その他婚姻関係が回復の見込みがない程度に破綻<sup>はたん</sup>しているとき。

2 裁判所は、1各号の場合であっても、離婚により配偶者又は子が精神的、社会的又は経済的に著しく苛酷<sup>かこく</sup>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。1④又は⑤の場合において、離婚の請求をしている者が配偶者に対する協力及び扶助を著しく怠っていることにより、その請求が信義に反すると認められるときも、同様である。

(注) いわゆる精神病離婚については、一般的破綻<sup>はたん</sup>原因である⑤の問題として取り扱うこととし、現行七七〇条一項四号のいわゆる精神病離婚の規定は、これを削除するものとする。

(後注) 離婚後の両親相互間の子の養育費用の分担義務を明示するため、七六六条一項の子の監護に必要な事項の例示として、「子の監護に要する費用の分担」を掲記するものとする。

婚姻制度等の見直し審議に関する中間報告の説明



目次

第一部 はじめに……………	一	(六) 別氏夫婦の子について、父母の婚姻中に子の氏を他方の親の氏に変更することを認めるか……………	八
第一 身分法小委員会における審議の状況……………	一	(七) 別氏夫婦を養親とする縁組をする場合、養子の氏をどのように定めるか……………	九
第二 この「説明」の趣旨及び凡例……………	二	(八) 選択的夫婦別氏制が導入された場合、現行法の下で成立した夫婦についても別氏を称することを認めるか……………	九
第二部 本報告の説明……………	三	3 世論調査の結果の概要……………	一〇
第一 夫婦の氏（七五〇条・七九〇条・七九一条・八一〇条・八一六条関係、本報告第一）……………	三	(一) 選択的夫婦別氏制を採用すべきか……………	一〇
一 試案の概要及びこれに対する意見等……………	三	(二) 賛否の理由……………	一一
1 試案の概要……………	三	(三) 別氏夫婦の子の氏の在り方……………	一二
2 試案に対する意見の概要……………	四	二 本報告の説明……………	一二
(一) 選択的夫婦別氏制を導入すべきか……………	四	1 基本的な考え方……………	一二
(二) 夫婦の氏の在り方……………	四	2 夫婦の氏……………	一四
(三) 婚姻後の夫婦の氏の転換を認めるべきか……………	五	(一) 夫婦の氏の定め……………	一四
(四) 別氏夫婦に複数の子がある場合に、子相互間で氏が異なることを認めるか……………	六	(二) 子の氏の定め……………	一五
(五) 別氏夫婦の実子の氏をいつどのように定めるか……………	七	(三) 婚姻後の夫婦の氏の転換……………	一五
		3 実子の氏……………	一八
		(一) 婚姻の際の氏の定め……………	一八
		(二) 子の出生時にその氏を定める方法を探ら……………	一八

ない理由	二〇
4 養子の氏	二一
5 子の氏変更	二一
(一) 「特別の事情」による氏変更	二一
a 趣旨	二二
b 特別の事情	二三
(二) その他の氏変更	二四
6 既婚夫婦への適用	二四
(一) 既婚夫婦の別氏夫婦への転換	二四
(二) 子の氏の定め	二五
第二 裁判上の離婚(七七〇条関係、本報告第二)	二五
一 試案の方向性及び試案に対する意見等	二五
1 試案の方向性	二五
2 試案に対する意見の概要	二六
3 世論調査の結果の概要	二七
二 本報告の説明	二八
1 基本的な考え方	二八
(一) 試案の基本的な考え方の方の維持	二八
(二) 離婚後の当事者の一方の経済的困窮の回避	二九
a 試案の考え方	二九

b 本報告における対応	三〇
(三) 信義に反する離婚請求の排除	三一
2 離婚原因	三三
(一) 不貞行為・悪意の遺棄	三三
(二) 精神病離婚の規定の削除	三四
(三) 五年以上の共同生活の不存在	三五

## 第一部 はじめに

### 第一 身分法小委員会における審議の状況

平成六年七月一二日の民法部会は、身分法小委員会  
が平成三年一月から行ってきた婚姻・離婚制度及びこ  
れに関連する制度の見直し審議の結果を承認し、これ  
を受けて、当参事官室は、「婚姻制度等に関する民法改  
正要綱試案」(以下「試案」という。)を作成し、公表  
した。

当参事官室は、これに併せて、関係各界に対して意  
見照会を行った。この試案に対しては、平成七年一月  
二〇日までに、裁判所のほか、日本弁護士連合会、単  
位弁護士会、日本公証人連合会・日本司法書士会連合  
会などの法曹等関係団体、戸籍事務団体、関係省庁、大  
学・研究者等、婦人団体、経済団体、労働団体、消費  
者団体その他の団体及び個人から七八二通の意見が寄  
せられた。また、当参事官室は、上記の試案に掲げら  
れた改正事項が国民の社会生活・家庭生活に密接な関  
わり合いを持つものであるため、広く国民全体の意見  
を聴くことが適当であるとの判断に基づき、平成七年  
一月一八日から三月三十一日までの間、当参事官室に受

信専用のファクシミリ「家族法ホットライン」を設置  
し、これにより意見を受け付けた。このファクシミリ  
を通じて寄せられた団体及び個人の意見は七九九通に  
達した。

一方、身分法の改正に関する問題は、総理府が平成  
六年九月に実施した「基本的法制度に関する世論調査」  
(以下「世論調査」という。)においても取り上げられ  
た。調査項目は、選択的夫婦別氏制(その導入に伴う  
子の氏の在り方を含む)、有責配偶者からの離婚請求  
及び嫡出でない子の相続分の三つであった。調査対象  
は、全国の二〇歳以上の者三、〇〇〇人で、このうち  
約七〇%に当たる二、一一三人からの回答があった。

身分法小委員会は、試案の公表後、一時審議を中断  
していたが、平成七年三月から審議を再開し、試案に  
対する意見、世論調査の結果等を参考にしながら、最  
終の要綱案の作成に向けての審議を重ねてきた。その  
結果、平成七年七月までに、改正を要する事項の全部  
について、一応、その方向が得られるに至った。この  
うち、試案ではA・B・Cの三案が提示されていた夫  
婦の氏の問題についても、一つの案への絞り込みがさ  
れた。また、試案では、裁判上の離婚原因について、破

縦主義を明確化するとともに、裁量棄却条項に代えて苛酷条項により離婚請求の抑制を図る案を提示していたが、その後の検討において、信義則に反する離婚請求も裁判所の裁量により棄却することができる旨を法文上明らかにすることが相当であるとされたほか、試案では取り上げられていなかったいわゆる精神病離婚につき、これを独立の離婚原因から削除するなどの方向が打ち出されるに至った。

平成七年九月一二日の民法部会(第二八回会議)は、上記の夫婦の氏及び裁判上の離婚原因の問題についての身分法小委員会の検討結果を了承するとともに、これに基づき、当参事官室において「中間報告」及びその「説明」を作成し、公表することを承認した。そこで、当参事官室は、この審議の結果に即して、「婚姻制度等の見直し審議に関する中間報告」(以下「本報告」という。)を作成し、これに「説明」を付して公表するものである。

身分法小委員会は、引き続き最終要綱案の作成に向けての審議を行っており、その審議予定は、今年度中に改正を要する事項について答申がされることが目処とされている。

## 第二 この「説明」の趣旨及び凡例

この「説明」は、本報告の理解に役立つため、身分法小委員会及び民法部会における検討を踏まえ、その了承の下に付すものであるが、問題点を明らかにするために、現行法の解釈に言及したり、現行制度と本報告との関係について述べたりする部分がある。このような点に関する文責は、すべて当参事官室にあることを、ここにお断りしておく。

なお、本報告中、「本報告の二」、「本報告一(1)」、「本報告一(注)」などと表示するのは当該説明部分に対応する本報告の項番号を、「本説明一」などと表示するのは本説明中の項番号を示すものである。また、特に法の題名を示さず条文のみを引用するのは、民法の条文を指す。

## 第二部 本報告の説明

### 第一 夫婦の氏（七五〇条・七九〇条・七九一条・八一〇

条・八一六条関係、本報告第一）

#### 一 試案の概要及びこれに対する意見等

##### 1 試案の概要

試案は、夫婦別氏制の問題は、夫婦の氏の在り方のほかに、婚姻後における夫婦の氏の転換、別氏夫婦の子の氏の定め方、子の氏の変更など関連する多くの問題を包含し、全体としての制度の在り方についてはもとより、これら個々の問題ごとに多様な意見があり得ることを考慮して、一定の考え方に基づく複数の類型を提示した。それが、A案・B案・C案の三つである。

A案は、現行制度が、夫婦は婚姻に際してその称する氏を定めるべきものとしていることにかんがみ、夫婦の氏の定めをすることを原則としつつ、この定めを義務づけることをしないで、その定めをしないこともできるとする。夫婦の氏について定めをしないこととすれば、夫婦は、それぞれ婚姻前の氏を称することになるのである。また、別氏夫婦の子の氏

については、例えば、別氏夫婦の子に複数の子があ  
る場合、その氏は同一とするなど、現行制度の基本的な枠組みを維持している。

B案は、人が婚姻前に称していた氏は、原則として、婚姻によっては変更されず、婚姻に際して夫婦の間で特段の合意がされた場合に限り、夫婦は同じ氏を称するとする。個人の個性・同一性の徴表としての氏の性格を重くみる考えに立つものである。この考えは、子の氏についても反映されており、別氏夫婦がそれぞれの氏を子に承継させること（子からみれば、その相互間の氏が異なること）を可能にしている。これに即して、別氏夫婦の子の氏の決定は、その出生時における父母の協議によることとしている。

C案は、夫婦は同一の氏を称するものとする現行の制度を維持しつつ、婚姻によって氏を改めた夫婦の一方が、婚姻前の氏を自己の呼称として使用することを法律上承認する。この呼称は、氏ではなく、「氏に代わる個人の表示」であり、これを称する配偶者のみに専属し、子に承継されることはない。この案は、いわば婚姻によって氏を改める者の不利益・

不都合の解消という要求に応える範囲において、現行制度を改めようとするものである。

## 2 試案に対する意見の概要

### (一) 選択的夫婦別氏制を導入すべきか

この問題については、導入すべきであるとする意見が大半を占め、消極意見はごく少数にとどまっている。

積極意見は、その理由として、①女性の社会進出が進むに伴って、婚姻によって氏を改めることが社会生活上の不利益・不都合をもたらすという事態が増加してきており、これを解消すべきである、②現代社会における多様な価値観を許容する観点から、夫婦がそれぞれ別の氏を称することを希望する人々には、その道を開いてよい、③個人の氏に対する人格的利益を保護すべきである、④現行制度は、形式的には夫婦が対等な立場で氏を決定することになっているが、社会の実態は約九八%の女性が婚姻によって氏を改めており、実質的な男女不平等を生じている、などが挙げられている。

一方、消極意見の理由としては、①夫婦同氏制

は、我が国の伝統であり、社会に定着している、②夫婦別氏制は、婚姻の意義を薄れさせ、家族の秩序を維持する上で好ましくない、③夫婦別氏制の下では、子の氏の決定に関する問題が生ずる、④別氏であることを希望する人は、現実には極めて少ない、⑤婚姻により氏を改めることの不利益は、婚姻前の氏を通称として使用することにより、回避することができる、などが挙げられている。

### (二) 夫婦の氏の在り方

先に示したA・B・Cの類型のいずれを支持するかという点からみると、B案を支持する意見が比較的多く、A案を支持する意見がこれに次ぎ、C案を支持する意見はごく少数である。

B案を支持する意見は、要するに、氏が個人の呼称であることを重視し、氏は婚姻によっても改められないのを原則とすべきであるとする理由に基づくが、他方で、同案に対しては、①現行制度から乖離しており、国民の意識や感情に沿わない、②氏の個人的性格を過度に強調している、③夫婦・親子の氏が別々になるため、家族の一体感を確保する上で問題がある、などの批判が寄せられ

ている。

A案を支持する意見は、①現行制度との乖離が小さい、②国民の意識は、夫婦が同氏であることが望ましいと考えている、などを理由とするものであるが、これに対しては、子が父母の一方と氏を異にすることになるため、右のB案に対する③と同様の観点からの批判があるほか、正面から夫婦が別氏を称することを認めなくても、現行の離婚後の婚氏統稱制度との均衡上、婚姻によって氏を改めた者が婚姻前の氏を呼称上の氏として称する制度とするのが相当であるとの意見がある。

C案を支持する意見は、この案が現行の制度を維持しつつ、婚姻によって氏を改める者の社会生活上の不利益を回避することができるものであることを理由とするが、これに対しては、①別氏制の理念に依拠しておらず、制度として不徹底である、②夫婦の氏を定めなければならない根拠が薄弱である、③氏と異なる呼称の制度を設けることは混乱を招く、などの批判がある。

一方、試案に掲げた三案とは異なる氏の類型が望ましいとする意見も相当数あるが、これらの意

見は、主として、夫婦の氏の定め方について、A・Bの両案のような考え方ではなく、夫婦が婚姻時に同氏・別氏をいわば対等なものとして選択する制度にすべきであるとするものである。

(三) 婚姻後の夫婦の氏の転換を認めるべきか

この問題については、「いずれの転換も認めない」とする意見が比較的多いが、「別氏から同氏への転換のみを認める」とする意見、さらには、試案が採っていない「いずれの転換も認める」とする意見も相当数ある。

「いずれの転換も認めない」とする意見の理由としては、①転換を認めると、個人の同一性の識別という氏の社会的機能が損なわれる、②転換を認めると、婚姻の際の同氏・別氏の選択が安易に行われるおそれがある、③婚姻時に選択した夫婦の氏の在り方を事後的に変更することを認める必要はない、などが挙げられている。これに対しては、転換を認めないと、①婚姻時における選択が過度の重みを持つことになり、事実上別氏を選択することが困難になる、②夫婦が氏の転換を図るため、形式的な離婚と再婚をすることを誘発するおそれ

がある、などの批判がある。

「別氏から同氏への転換のみを認める」とする意見は、婚姻後の事情の変化により、別氏から同氏への転換を必要とする場合が生じ得るから、柔軟に対応すべきであることを主たる理由とするが、これに対しては、主としてB案を支持する立場から、同氏と別氏との間に制度上の差異を設けるべきではないとする反論がある。

「いずれの転換も認めるべきである」とする意見の理由としては、①選択的夫婦別氏制を導入するならば、氏について自由な選択を許容すべきである、②夫婦のそれぞれの氏を次の世代に承継させるのを認める（B案の立場）のであれば、同氏夫婦についてもこれを可能にするため、別氏夫婦への転換を認めるべきである、③婚姻後の社会的環境の変化により、夫婦の氏の転換を必要とする事態が生じ得る、などが挙げられている。これに対しては、①選択的夫婦別氏制を導入することは、当然に氏の自由化をもたらすものではなく、両者は区別して考えるべきである、②転換を認めると、個人の同一性の識別という氏の社会的機能が損な

われる、③同氏夫婦となること又は別氏夫婦となることの不都合は、婚姻時において予測可能であるから、婚姻の際に選択した夫婦の氏の在り方を変更することを認める必要はない、などの反論がある。

(四) 別氏夫婦に複数の子がある場合に、子相互間で氏が異なることを認めるか

この問題については、子の氏が異なることを認めるべきであるとする意見が多いが、これを認めないとする意見も有力である。

子相互間の氏が異なることを認めるとする意見の理由としては、①夫婦別氏制の下では、父母の一方と子の氏は異なるのであるから、子相互間の氏が同じであるべき必然性がない、②子の氏をどのようにするかも父母の自律に委ね、子の意思は、子が一定の年齢に達した後に自ら選択することを認めることによつて、尊重すれば足りる、③別氏夫婦がそれぞれの氏を次の世代に承継させることを希望するならば、その希望は満たされるべきである、などが挙げられている。この意見に対しては、①夫婦がどのような氏を称するかという問題



と、子をも含めた家族の呼称をどうするかという問題は、区別して考えるべきである、②子の氏が異なることを認め、これを子の出生時に父母の協議によつて定めることとすると、協議をすることができない場合又は協議が調わない場合には、子の氏が定まらないことになる、③子の氏が異なることを認めると、家族が氏を異にする二つの系列に分化し、その間に対立が生ずるおそれがある、などの批判がある。

子相互間の氏が異なることを認めない意見の理由としては、①兄弟姉妹間の氏が異なると、子の健全な育成が妨げられるおそれがある、②兄弟姉妹間の氏を統一することが家族の一体感を確保する上で望ましく、国民の意識にも沿う、③家族には共通の氏が必要であるが、夫婦間で子が統一的に称する氏の定めをすることとすれば、それを家族の共通の氏の定めと見ることができ、④制度改正は、現行制度に近い、緩やかな改正が望ましい、などが挙げられている。この意見に対しては、①夫婦の一方の氏を子の氏として定めることは、夫婦間の実質的平等を害する、②別氏夫婦の一方

で子と氏を異にする者が、家族単位からはみ出した存在となるおそれがある、③兄弟姉妹間の氏が異なることの違和感は過渡的なもので、これが一般化すれば解消するものであるから、子の福祉への悪影響を考慮する必要はない、④家族の一体感には、親子の絆から生まれるものであり、氏の同一によつて保たれるものではない、などの反論がある。

(五) 別氏夫婦の実子の氏をいつ・どのように定めるか

この問題については、試案のB案を支持する立場から、子の出生時に父母の協議で定めるべきであるとする意見が多数を占めたが、夫婦が婚姻の際に定めるものとすべきであるとする意見も有力である。

子の出生時に父母の協議により定めるべきであるとする意見の理由としては、①別氏夫婦の子の氏を統一する必要はなく、そうであれば、子の氏をその出生時に定めるのが適当である、②子の氏をその出生時の事情に応じて選択することができ、などが挙げられている。ところで、この意見

によるとすると、子の氏について父母が協議をすることができない場合又は協議が調わない場合にどうするかが問題となる。この点については、別氏を選択する夫婦は子の氏の問題も自覚しているはずであるなどの理由から、子の氏が定まらないう事態を考慮する必要はないとする意見もあるが、そのような事態を想定して、子の氏の補充的決定方法を定めておく必要性を認める者からは、①家庭裁判所の審判により子の氏（又は子の氏の決定権者たる父又は母）を定める、②クジによる、③婚姻時に予備的に子が称する氏を定めておく、④協議が成立しない場合の子の氏を法定するなどの案が示されている。これらの案に対しては、①について、家庭裁判所の判断基準が明確でない、②について、氏を人格権の一つと捉える理念と矛盾するなどの批判がある。

夫婦の婚姻時に子の氏を定めるべきであるとする意見は、別氏夫婦の子の氏は統一すべきであるとの立場から、婚姻時に一律に定めるのが望ましいことを理由とする。なお、この意見を一部修正して、婚姻時に子の氏を定めるものとするが、こ

の定めを婚姻後に変更することを認めるべきであるとする意見もある。一方、これらの婚姻時に子の氏を定めるべきであるとする意見に対しては、①婚姻要件を加重することになる、②婚姻時に子の氏を定めることは不適當であり、特に子を儲ける意思がない人たちや子の出生の可能性がない人たちにとっては無用のことである、などの批判がある。

(六) 別氏夫婦の子について、父母の婚姻中に子の氏を他方の親の氏に変更することを認めるか

この問題について、試案に示したA・B・Cの三案は、いずれもこの種の氏変更を認めていない。これに対する意見も、右のいずれかの案を支持する立場から、一般的にこのような氏の変更は認めないとする意見が多数を占めたが、その中にあっては、B案を支持する立場から、子が一定の年齢に達した時は、子に氏の選択権を認めるべきであるとする意見が多かった。また、少数ではあるが、このような氏変更を一般的に認めるべきであるとする意見もみられる。

父母の婚姻中は子の氏を他方の親の氏に変更す

ることを認めない意見の理由としては、この種の氏変更を認める必要性がないことのほかに、これを認める場合の弊害が指摘されており、①個人の特定という氏の社会的機能を損ない、呼称秩序の安定を害する、②子の人格形成の途上での氏変更は、子の福祉を害するおそれがある、③父又は母の氏を選択する形での氏変更を認めると、子が父方又は母方の親族関係・財産関係をめぐる利害問題に巻き込まれるなど、氏の系列化による問題が生ずる、などが挙げられている。

例外的に、子が一定の年齢に達した時に氏の選択権を認めるべきであるとする意見の理由としては、①子が一定の年齢に達した後は、その氏変更が子の福祉を害するおそれはなく、これを禁止する必要はない、②氏に対する子の意思を尊重すべきである、などが挙げられている。なお、「一定の年齢」を何歳にすべきかについては、試案のB案と同じ二〇歳とする意見のほかに、満一五歳とする、婚姻最低年齢とするなどの意見もある。

(七) 別氏夫婦を養親とする縁組をする場合、養子の氏をどのように定めるか

この問題については、B案を支持する立場から、縁組時における当事者の協議によって定めるとする意見が多数を占めたが、A案を支持し、別氏夫婦の子の氏は統一すべきであるとする立場から、養親が婚姻の際に定めた子の称する氏を称するものとすべきであるとする意見もある。このほかに、現行の養親子同氏の原則を改めて、養子の氏は、養親の氏又は養子の縁組前の氏から選択すべきであるとする意見もある。

(八) 選択的夫婦別氏制が導入された場合、現行法の下で成立した夫婦についても別氏を称することを認めるか

この問題については積極意見が大半であるが、その法的手段としては、試案と同様に、改正法の経過規定によって別氏を称することを認めるとする意見と、一般的に同氏・別氏の転換を認める制度によるべきであるとする意見がある。

一方、経過規定によるとする意見のうちにも、試案が転換可能な期間を一年としている点、配偶者との共同の届出による点、修正すべきであるとする意見もあり、具体的には、期間に

については、一年より長い期間が必要であるとする意見、届出の方式については、婚姻前の氏に復する者の単独の届出によるべきであるとする意見などがある。

なお、試案のB案は、現行法の下で婚姻した夫婦が別氏夫婦に転換した場合、その夫婦の子で父又は母と氏を異にする者は、父母の氏の転換の時から三か月以内に届け出ることによって氏を変更することができるとしているが、この点については、改正法施行後に別氏を称して婚姻する者との均衡を図るため、この種の氏変更を認めるべきであるとする意見や、これと反対に、いったん定まった子の氏を変更することは、子の氏名権を侵害するものであり、認めるべきでないとする意見などがある。

### 3 世論調査の結果の概要

前に触れたとおり、総理府が平成六年九月に実施した世論調査においては、試案に盛り込まれている事項に関連するテーマ三つが取り上げられた。このうち、選択的夫婦別氏制（その導入に伴う別氏夫婦の子の氏の在り方を含む。）に関する部分の結果の概

要は、以下のとおりである。

#### (一) 選択的夫婦別氏制を採用すべきか

世論調査では、まず、「我が国の法律（民法）では、現在、婚姻の際、夫婦が同じ名字（姓）を名乗ることが義務付けられていますが、当人たちが希望する場合には、夫婦が別々の名字（姓）を名乗ることができるように、法律を変える方がよいと思いますか、それともそうは思いませんか」と問うている。

この問に対して、全体では、「そう思う」と答えた者の割合が二七・四％、「そうは思わない」と答えた者の割合が五三・四％、「どちらともいえない」と答えた者の割合が一七・〇％である。

このように、「そう思う」と答えた者の割合は、全体の四分の一強にとどまっているが、年齢別にみると、二〇代と三〇代では、「そうは思わない」と答えた者の割合を若干上回っており、性別で見ると女性で（二八・六％）、都市規模別で見ると大都市で（三四・三％）、職業別で見ると管理・専門技術・事務職で（四二・二％）それぞれ高くなっている。

一方、「そうは思わない」と答えた者の割合は、年齢別で見ると四〇歳以上で高く、年齢が高まるにつれて、その傾向が顕著である(五〇代で六三・五%、六〇歳以上で七〇・七%)。また、性別にみると男性で(五六・七%)、都市規模別で見ると小都市や町村で(六〇・二%、五七・九%)、職業別で見ると自営業者や家族従業者で(五九・九%、六五・九%)、それぞれ高くなっている。

(二) 賛否の理由

次に、世論調査では、先の問に「そう思う」と答えた者(五七九人)に、その理由を問うている。これに対しては、「別々の名字(姓)を名乗りたいという夫婦がいるのなら、これを禁止するまでの必要はないから」を挙げた者の割合が五八・七%と最も高く、以下「婚姻の際に名字(姓)を変えると、それまでに得ていた仕事上の信用を失うなどの不利益があるから」(二九・二%)、「現在の制度では、ほとんどの場合、女性が名字(姓)を変えることになり、男女平等に反するから」(二六・九%)、「現在の制度では、一人っ子同士の婚姻などの際に、家の名前を残すために婚姻が難しくな

る場合があるから」(二四・四%)などの順になっている。

さらに、世論調査では、先の問に「そう思う」と答えた者に対し、「希望すれば、夫婦が別々の名字(姓)を名乗れるように法律が変わった場合、あなたは、夫婦で別々の名字(姓)を名乗ることを希望しますか」と問うているが、これに対して「希望する」と答えた者の割合が一九・三%、「希望しない」と答えた者の割合が五二・〇%であった。

一方、先の問に「そうは思わない」と答えた者(二二三人)に、その理由を問うたところ、「夫婦、親子が同じ名字(姓)を名乗ることによって、家族の一体感が強まるから」を挙げた者の割合が五四・四%と最も高く、以下、「名字(姓)は、家族の名前なので、夫婦は同じ名字(姓)を名乗るべきだから」(四五・〇%)、「夫婦、親子が同じ名字(姓)を名乗ることによって、他の人からも、その人達が家族だとわかるから」(三〇・九%)、「夫婦が同じ名字(姓)を名乗るといふ制度は、日本の社会に定着しているから」(二八・七%)の順になっている。

(三) 別氏夫婦の子の氏の在り方

世論調査では、次に、「希望すれば、夫婦が別々の名字（姓）を名乗れるように法律が変わった場合を想定してお答えください。別々の名字（姓）を名乗っている夫婦に二人以上の子どもがある場合、子ども同士（兄弟・姉妹）の名字（姓）が異なってもよいという考え方について、あなたは、どのようにお考えになりますか」と問うている。

これに対して、「子ども同士の名字（姓）が異なっても構わない」と答えた者の割合が一四・二%、「子ども同士の名字（姓）は同じにすべきである」と答えた者の割合が六八・九%となっている。なお、(一)の選択的夫婦別氏制を採用すべきかという問に「そう思う」と答えた者だけについてみると、前の答をした者の割合が二九・七%、後の答をした者の割合が五二・二%となっている。

二 本報告の説明

1 基本的な考え方

再三触れたように、試案では、夫婦の氏の在り方、子の氏の決定方法、子の氏変更の可否を通じて、そ

れぞれ一定の考え方に基づいて、A・B・Cの三類型を示している。そこで、当面の検討課題は、この三類型のうちいずれを（又はそのいずれかに適当な修正を施したものを）採るべきかである。

右の三類型のうちC案は、夫婦の氏について現行の同氏制を維持しつつ、婚姻によって氏を改めた夫婦の一方が、婚姻前の氏を自己の呼称として使用することを法律上承認するものである。「呼称」という概念を用いて、事実上の夫婦別氏制を実現しようとするものであるが、制度上は、夫婦の一方が婚姻によって氏を改めることになるから、個人の氏に対する人格的利益を法律上保護するという夫婦別氏制の理念は、ここにおいては後退している。また、氏とは異なる「呼称」という概念を民法に導入することになると、その法的性質は何か、氏との関係をどのように捉えるかなど、理論的に困難な新たな問題が生ずる。さらに、この民法上の「呼称」は、現在戸籍実務において用いられている「呼称上の氏」との混同を生じさせ、氏の理論を一層複雑・難解なものにするおそれがある。このような観点から、C案を、長期的な展望に立った氏の制度として採用すること

は、相当でない。

次に、B案は、個人の個性・同一性の徴表としての氏の性格を重くみる考え方に立ち、別氏夫婦の子の氏についても、父母や子自身による選択を柔軟に認めようとするものである。この案は、我が国における氏についての伝統的な考え方を脱皮した斬新なもので、理論的にも一貫性を持っている。試案に対して寄せられた意見において、この案に多くの支持が集まったのは、そのためであろう。しかしながら、氏の制度は、国民の社会生活・家庭生活に深く関わるものであるから、その国の伝統や慣習、さらにはそれらに根ざした国民の意識から乖離したものであってはならない。このような観点からすると、B案の基底にある思想と我が国の国民の氏に関する意識との間には、いまだギャップがあるように思われる。このことは、先の世論調査の結果にも端的に現れている。そこでは、過半数を超える人達が現行の夫婦同氏制を支持しており、その理由づけをみても、氏を単なる個人の呼称ではなく、それを超えた「家族」の呼称と認識し、それが家族の一体感の維持やその同一性の標識としての機能を営むべきものと考えて

いることがうかがえるのである。したがって、試案の説明で述べたように、選択的夫婦別氏制の導入は今日的課題であるとしても、こうした我が国の土壌に、B案に沿った制度づくりをすることは、我が国の氏の制度に基本的な変更を加えることになり、制度の改変を望まない国民の側からの理解を得ることは難しいと考えられる。氏の個人的性格を重視するB案のような考え方が、将来において我が国社会に受け入れられる可能性はあろう。しかし、少なくとも現段階においてこの考え方を制度化することは、時期尚早であるように思われる。

そうすると、残るのはA案である。この案は、夫婦が、婚姻の際に、夫婦としての氏の定めをすることを原則とするが、この定めを義務づけることはしないで、その定めをしなければ別氏夫婦となるという考え方を採る。これは、現行の七五〇条の枠組みの中で、夫婦別氏制を導入しようとするものにはかならない。また、別氏夫婦の子の氏については、夫婦が婚姻の際に定めるべきものとし、この定めがその間の子すべてに及ぶものとして、子の氏の統一を図っている。このように、A案は、現行制度の基本

的な枠組みは維持しつつ夫婦別氏制を導入しようとするもの、換言すれば、漸進的で緩やかな制度の変更に目指すものであり、これを望まない国民の側からも比較的受け入れ易い案であろう。以上のような考慮から、当面の法改正においては、A案を基軸にすることが相当であると考えられる。

本報告に示す案は、このような考え方に立つものであるが、夫婦の氏の定めとしての同氏・別氏を対等なものとし、別氏夫婦の子が父母の婚姻中に氏変更することを認めるなど、A案に一部修正を加えている。

## 2 夫婦の氏

### (一) 夫婦の氏の定め

夫婦は、婚姻の際に定めるところに従い、夫若しくは妻の氏を称し、又は各自の婚姻前の氏を称するものとする（以下、夫又は妻の氏を称する旨の定めをした夫婦を「同氏夫婦」といい、各自の婚姻前の氏を称する旨の定めをした夫婦を「別氏夫婦」という。本報告一）。

夫婦は、婚姻の際に、共通の氏を称するか、それとも、それぞれ婚姻前の氏を称するかの定めを

しなければならぬとする趣旨である。前の定めは、その共通の氏として夫又は妻のいずれかの氏を選択することによってされ、その効果として、夫婦は、夫又は妻の氏を称する。後の定めをする時、その効果として、夫婦は、それぞれ婚姻前の氏を称することになる。A案では、夫婦が共通の氏の定めをしないこととするものの効果（いわば消極的効果）として、それぞれ別の氏を称することとなるという構成を採ったが、本報告においては、同氏・別氏の間にもそのような関連づけをしないで、別氏を称することが同氏を称することと対等な関係に立つことを明確にする趣旨から、別氏を称することを積極的に合意する構成に改めた。

ところで、純理論的に考えるならば、夫婦がそれぞれ婚姻前の氏を称し続けるためには、別段の合意は不要であり、同氏となることを希望する夫婦のみが格別の合意をすれば足りることになる。しかしながら、この考え方を制度化することは、先に述べたような我が国社会の氏に対する一般的意識に沿わず、現行制度の急激な変革であるとの印象を一般に与えかねない。そこで、本報告にお



いては、現行の七五〇条の枠内で別氏の選択も可能にする道を選んだ。現行の七五〇条は、もとより夫婦同氏制を定めた規定であるが、夫婦の共通の氏を自ら定めることはしないで、夫又は妻の氏のいずれかを選択するという限度においてはあ  
るが、夫婦が、婚姻に際して、その氏の在り方を定めるという構造になっている。この構造を拡大して、夫婦がそれぞれ婚姻前の氏を称することも、夫婦の氏の在り方の一形態として選択できるようにするというのが、本報告の考え方である。

以上の考え方は、社会的にみても意味があるものと思われる。すなわち、婚姻は、制度的にはあらゆる身分行為の根幹に位置づけられるものであるが、社会的にみれば、新しい家族を形成していく基盤を形成するものであり、当事者にとっては人生の新しい出発点である。そのような意味を持つ婚姻を、当事者が今後どのような氏を称するかを考慮して定める契機とすることは、当事者の意識や感情にも合致し、現在の我が国の社会にも受容されるものと考えられる。

(二) 子の氏の定め

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(本報告一②)。

この氏の定めの意味・機能については、試案のA案の説明を援用する。

(三) 婚姻後の夫婦の氏の転換

婚姻後の同氏夫婦から別氏夫婦への転換も、別氏夫婦から同氏夫婦への転換も、いずれも認めないものとする(本報告一注)。

婚姻の際に定めた夫婦の氏の在り方を婚姻後に変更することを認めない趣旨である。試案においては、A案では、別氏夫婦から同氏夫婦への転換のみを認め、B案では、いずれの転換も認めないこととしていた。この点に関し、試案に対する意見では、B案を支持する立場から、いずれの転換も認めないとする意見が多かったが、他方で、個人の氏に対する人格的利益又は氏の自由を強調する立場から、婚姻後の社会的環境の変化に対応するため、いずれの転換も認めるべきであるとする意見も相当数みられた。本報告が、この意見を採らなかつた理由は、基本的には試案のB案につい

ての説明で述べたところと同じであるが、整理して述べると、次のとおりである。

① 選択的夫婦別氏制の理念は、個人の従前の氏に対する利益を保護するため、当事者が希望すれば、婚姻後もこれを称し続けることを認めること、すなわち、いったん定まった氏を婚姻という身分変動によっても変更しないことを認めることにある。これに対し、婚姻後の夫婦の氏の転換の問題は、一方で、夫婦の氏の在り方を事後に変更することの適否の問題であり、他方で、いったん定まった氏を身分変動がないのに変更するという意味においての氏の自由を認めるかという問題でもある。このように、選択的夫婦別氏制と婚姻後の氏の転換とは、性質を異にし、前者を導入したからといって、必然的に後者をも認めるべきことにはならない。

② 特に、同氏から別氏への転換を認めることは、婚姻によって氏を改め従前の氏についての利益をいわば放棄した者についてまで、その保護を及ぼすものであって、夫婦別氏制の理念の範囲を超えるものである。

③ 個人を特定・識別する標識としての氏の社会的機能の面から見れば、婚姻時に定めた夫婦の氏の転換を認めない方が望ましい。

④ 婚姻後の家庭や社会の状況の変化に対応するために夫婦の氏の転換を認めるべきであるとする見解は、立法政策としては採り得る余地があるが、安易な氏の変更は好ましくないから、変更を必要とする事由は相当程度に客観的・具體的なものでなければならぬところ、そのような事由を想定することは困難である。また、このような見解を採るとすれば、同氏・別氏間の転換のみならず、同氏夫婦がその称する氏を変更することをも認めることとするかという問題にまで発展する可能性があり、現行制度に与える影響が大きい。

⑤ 婚姻後の夫婦の氏の転換を認めると、婚姻の際の同氏又は別氏の選択が安易にされるおそれがある。

次に、A案では、別氏から同氏への転換のみを認めていた。これは、同氏を原則とみる立場から、この原則型に向かう転換は認めるべきであるとの

理念に立ち（現に、ドイツ法がこの立場を採る。）、併せて、同氏夫婦が当面圧倒的多数を占めるものと予測される社会状況からみて、別氏夫婦が、子と同一の氏を称するため、あるいは家庭生活・社会生活上の配慮から、同氏夫婦に転換することを希望することが考えられるが、こうした希望は満たされるべきであるという政策的理由によるものであった。本報告は、この案も採用しないこととしたが、これは以下の理由に基づく。

① 先に述べたように、本報告は、同氏を原則とする考え方を採らず、同氏・別氏を独立・対等なものとして選択する制度を意図するものであるから、ここでは、同氏原則の考え方を基礎に置く右のA案の転換制度は、理念としては成り立たなくなる。

② 制度的な問題としては、夫婦の氏の転換は、子の氏への影響を避けることができないから、場合によっては、別氏夫婦の複数の子の氏を統一するという原則（後述）に抵触する事態の発生も予想される（例えば、夫の氏を子が称する氏として定めて婚姻した別氏夫婦が、第一子を

儲けた後に妻の氏を称する同氏夫婦に転換して第二子を儲けた場合、第一子は父の氏を、第二子は母の氏をそれぞれ称するから、子の氏が異なることとなる。）。

③ 試案のA案において援用されていた政策的理由も、同氏夫婦が当面圧倒的多数を占めるであろうという社会状況を考慮した、いわば経過措置の性質を帯びるものであって、将来別氏を称する夫婦が増加してくれば、自ずからその必要性が減少することが予想されるから、この政策的理由のみでは、夫婦の氏の転換の制度づくりをする根拠として薄弱の感を免れない。

④ 別氏夫婦が「やむを得ない事由」によって同氏を称することを希望する場合には、民法上の制度ではないが、戸籍法一〇七条によってその希望を満たすことが可能である。

本報告は、以上のような考慮の下に、同氏夫婦から別氏夫婦への転換も、別氏夫婦から同氏夫婦への転換も、いずれも認めないこととした。これは、現行制度が、婚姻の際に夫婦の氏として定めた夫又は妻の氏を婚姻後に変更することを認めな

いことと符合するものであり、その背景には、現行制度と同様の「氏の安定」という配慮が働いている。さらには、そうすることによって、婚姻の際における夫婦の氏の在り方の選択をより慎重ならしめるという間接的な効果を期待するという意味もある。

### 3 実子の氏

同氏夫婦の子の氏の取扱いは現行法どおりである（本報告二一）から、ここでは、別氏夫婦の子の氏の取扱いについてのみ述べる。

#### (一) 婚姻の際の氏の定め

別氏夫婦の子は、本報告一・二により定められた氏を称するものとする（本報告二二）。

前述したように、別氏夫婦は、婚姻に際して、夫又は妻の氏を子が称する氏として定めなければならないが（本報告一・二）、その夫婦の間に生まれた子は、出生と同時にその定めに従った氏を称するとする趣旨である。A案における実子の氏の定め方と同じであって、例えば、別氏夫婦が婚姻の際に、「子は妻の氏を称する」と定めたときは、その間に生まれた子は母の氏を称することになる。こ

の理は、子の出生時に父母が離婚をしている場合であっても変わりはない。

この案は、別氏夫婦の間に複数の子がある場合には、その子らの氏は、少なくとも出生の時点においては同一とするという考えを前提にしている。別氏夫婦の間に複数の子がある場合の氏の在り方については、試案に対する意見では、その間の氏を統一しなくてもよいとする意見が多数を占めた。氏の個人的性格に重きを置くB案に支持が集まったことの一環である。しかしながら、再三述べたように、この意見は、現在の国民の意識とは必ずしも一致していない。世論調査の結果をみても、別氏夫婦の複数の子の氏が異なってもよいとする意見は全体の二四・二％に過ぎず、これらの子の氏は同じであるべきであるとする意見（六八・九％）を大幅に下回っている。また、対象を選択的夫婦別氏制の導入に賛成する者だけに限ってみても、半数以上が子の氏は同一であるべきであるとしており、子の氏が異なっても構わないとする意見は三〇％に満たない。ここから明らかなように、夫婦別氏制を支持する者においても、夫婦の氏の

在り方と子の氏の在り方とは、性質の異なる問題として意識されていることが窺われる。本報告は、このような世論調査に現れた国民の意識を考慮して、別氏夫婦の複数の子の氏は、その出生時において同一とする案を採った（子の氏変更によって、事後的に複数の子の氏が異なることがあり得ることは、後に述べる）。

次に、本報告が、別氏夫婦の子の氏を婚姻の際に定めるべきものとしているのは、理論的には、この定めも現行の七五〇条の枠内の問題と捉えるという考えによる。現行法の七五〇条は、夫婦が、婚姻の際に、夫婦の氏として夫又は妻のいずれの氏を称するかを定めることを要求しているが、そこで定めた氏は子の氏にもなるから（七九〇条参照）、現行制度の下でも、夫婦は、婚姻に際して、潜在的には子の氏の定めをもしているものとみることが出来る。夫婦がそれぞれ別の氏を称することが出来る制度を導入することとすると、この潜在的な定めの部分が欠けることになるから、その定めを補充することを求めるといのが、本報告の趣旨である。さらに、立法政策としても、この

方法は、①別氏夫婦の複数の子の氏を統一的に定める上で、最も簡明な方法である、②子の氏がその出生時において確定的に定まる、という利点を有する。

もっとも、この方法に対しては、試案に対する意見においても、前述のように、①婚姻要件を加重することになる、②婚姻時に子の氏を定めることは不適當であり、特に子を儲ける意思のない夫婦や子の出生の可能性がない夫婦にとっては無用のことである、などの批判が寄せられている。しかしながら、①については、現行七五〇条の夫婦の氏の定めが、潜在的には子の氏の定めをも包含していると解すれば、別氏を選択する夫婦に子の氏の定めを要求しても、婚姻要件の加重には当たらないと考えられる。また、②に対しては、子を儲けることは婚姻の自然の成り行きであるから、婚姻の際に、将来生まれてくるであろう子の氏の定めを要求しても、不合理とはいえないし、この氏の定めは養子の氏の定めにもなる（本報告三二）から、子を儲ける可能性がない夫婦にとっても、意味がないものとはいえないとの説明づけが

できるように思われる。

(二) 子の出生時にその氏を定める方法を探らない理由

別氏夫婦の子の氏の定め方についての本報告の考え方は、以上のとおりであるが、そこで述べたこれに対する批判論は、主として、別氏夫婦の子の氏の決定は子の出生時における父母の協議によるべきであるとする見解に立つ側からのもののように思われる。このような子の氏の決定方法は、B案のように、別氏夫婦の子の氏がその出生時から異なることを認める制度の下では最も合理的な方法であるが、その子らの氏を統一する立場に立つとしても、第一子の出生時に、将来生まれてくるであろう子を含めて、その氏を決定する一つの方法として、採り得ない考え方ではない（現に、子の氏を統一するドイツの法制で採られている）。しかしながら、この案の最大の問題は、子の出生時において父母がその氏について協議をすることができない場合又はその協議が調わない場合には、出生した子の氏がいつまでも定まらず、子の氏が宙に浮く事態が生ずることである。このような事

態は、さまざまな問題を生む。

- ① まず、子の福祉に適わないし、氏が個人の同一性識別の徴表という社会的機能を有していることに照らして、許されるべきでない。
- ② 同氏夫婦の子や嫡出でない子の氏は出生と同時に定まるのに、別氏夫婦の子の氏は出生時に定まらないという不均衡を生ずる。
- ③ いわゆる国際人権B規約（二四條二項）及び児童の権利に関する条約（七條一項）は、子が出生の時から氏名を取得する権利を有する旨を宣言しており、これらの条約に抵触するおそれがある。
- ④ 日本国民の子が外国で出生したことにより、その国の国籍をも取得した場合には、出生の日から三か月以内に、出生の届出とともに国籍留保の届出をしなければ、その出生の時に遡って日本国籍を喪失することになるが（国籍法二二條、戸籍法一〇四條）、そのような子の氏について父母間の協議をすることができないとき又は協議が調わないときは、子の出生届・国籍留保届が遅延し、ひいては、その子が日本国籍を喪

失する事態が生ずる。

このため、父母の協議に代わる子の氏の補充的決定方法を用意する必要があるが、この方法としては、①家庭裁判所の審判で定める、②クジで決める、③夫婦の婚姻の際に、予め夫又は妻の氏を子が称する氏として定めておく、④父又は母のいずれかの氏と法定する、などが考えられる。これらの方法は、試案の説明においても提示したところであるが、同時にそこでは、そのいずれを採用しても難点があることを指摘した。これらの難点は、その後の身分法小委員会の検討においても解消するに至っていない。のみならず、ここでさらに問題点を指摘するならば、①については、そもそも子の氏を父母の意思によってではなく、国家機関が定めることとする制度の在り方が望ましいかという疑問がある。また、③は、その実質において、父母の婚姻の際に子の氏の定めをし、子が出生した時点でその変更を認める仕組みであるが、後述するように、本報告においては、「特別の事情」があることを要件として、子の出生後に氏の変更を認めることにしているから、出生時における「変

更」を認めなくても、この方法により、父母の婚姻以降の事情の変化に対応して子の氏の在り方を定めることが可能である。

以上のような理由により、本報告においては、別氏夫婦の子の氏をその出生時の父母の協議により定めるという方法は採らないこととした。

#### 4 養子の氏

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（本報告三一）であるから、その説明を省略する。

養親が別氏夫婦である場合は、養子は、本報告一 2 により定められた氏を称するものとし（本報告三 2 ①）、養親のいずれとも離縁したときに限り、縁組前の氏に復するものとする（同 ②）。

この点については、試案の説明で述べたところと同じであるから、これを援用する。

#### 5 子の氏変更

同氏夫婦の子の氏変更の取扱いは、現行法どおりである（本報告四一）から、以下には、別氏夫婦の子の氏変更についてのみ述べる。

(一) 「特別の事情」による氏変更

別氏夫婦の子は、父母の婚姻中は、特別の事情があるときに限り、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、自己と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（本報告四2①）。

a 趣旨

試案においては、A案・B案ともに、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していた。その理由は、試案の説明に示しているところであるが、その後の身分法小委員会の検討の結果を踏まえて、本報告においては、「特別の事情の存在」と「家庭裁判所の許可」を要件として、この種の氏変更を認める考え方を採った。その理由は、次のとおりである。

① 現行の七九一条は、父母その他の親族に関する何らかの身分行為の結果として、親と子が氏を異にするに至った場合には、その氏を一致させることが子の利益に合うとの観点から、子の氏変更を認めている。別氏夫婦の子についても、自己と氏を異にする父又は母の氏を称すること

が、同条の下で保護されている右の利益に匹敵する利益をもたらすような事情があるときは、七九一条による氏変更の制度の枠組みの中で氏変更を認めるのが相当である。

② 実際問題としても、子の出生後に、子を取り巻く家庭環境や親族の状況に変化が生じ、その中で、子が従前の氏を維持するよりも氏を変更する方がその利益や福祉に合う場合があり得ると考えられる。

③ 安易な氏変更による子の不利益や氏の社会的機能が損なわれる危険は、家庭裁判所の許可を介在させることにより、回避することができる。

④ 家庭裁判所も、この氏変更の許可に関しては、従前の七九一条による氏変更に関する審理・判断と同じ枠組みの中で処理することが可能であると考えられる。

⑤ 先に述べた二つの要件を満たすという制約の下にはあるが、子の氏変更の結果として、別氏夫婦のそれぞれの氏を次の世代に承継することが可能になる。

この氏変更は、別氏夫婦に複数の子がある場合、



全員が同時にこれをするとは、もとより差し支えないが、それぞれが個別にすることもできる。この結果、子相互間の氏が異なることになるが、それを容認しようとするものである。氏変更の時期や回数についても制限はない。もっとも、一人について、特別の事情が多数回にわたって認められることは稀であろう。

b 特別の事情

ここにいう特別の事情とは、特に子の氏変更を必要とするような家庭又は親族間の事情をいう。この特別の事情には、二つの側面がある。

本報告は、先に述べたように、別氏夫婦の複数の子の氏は、その出生時においては統一すべきであるという考え方に立っている。これは、少なくとも子の幼少時においては、兄弟姉妹の氏が同じであることが望ましいという考慮によるものである。したがって、この特別の事情は、右の「子の氏統一の原則」を破っても、なお氏変更を必要とする事情でなければならぬ。これが、特別の事情の一つの側面である（もちろん、子が一人であるときは、この側面は機能する余地がない）。

もう一つは、現行の七九一条の枠組みにおける氏変更の要件としての側面である。七九一条による氏変更の制度は、子が父母又は父若しくは母と氏を異にする事態に至った場合に、その間の氏を一致させるためのものであるが、そのような事態は、子の関係者の何らかの身分行為（例えば、親の養子縁組・離縁、親の離婚、親による認知など）の結果として生じたものである。ところが、ここでいま論じている別氏夫婦の子の氏変更は、子の関係者に何らの身分行為もないのに、これを認めようとするものである。そうとすれば、この問題を現行七九一条の制度の枠組みの中で処理するためには、この規定がその前提として予定している身分行為に相当するような事情が生じたことを要件とするのが相当である。これが、特別の事情のもう一つの側面である。

この「特別の事情」の存否を判断するに当たっては、子を取り巻く家族の状況、子の生活状況等諸般の事情を総合して、子の氏を変更することが、子の家族や親族とそれに囲まれる子自身の利益に資するかどうかを考慮しなければならない。

なお、この点に関連して、身分法小委員会の審議においては、子が一定の年齢（満一五歳、成年等）に達した後は、その意思を尊重して、「特別の事情」を要件とすることなく氏変更を認めるのが相当であるとする意見があった。

(二) その他の氏変更

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（本報告四②(2)）。

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（同③）。

子が一五歳未満であるときは、その法定代理人が、これに代わって本報告(1)から(3)までの行為をすることができるとする（同④）。

本報告(1)から(4)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一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（同⑤）。以上については、試案のA案の説明と同じであるから、これを援用する。

なお、A案においては、別氏夫婦が、婚姻後に同氏夫婦に転換することを認めていたため、これに伴う子の氏変更の項目を設けていたが、本報告においては、この夫婦の氏の転換を認めないこととしたので、この項目は削除している。

6 既婚夫婦への適用

(一) 既婚夫婦の別氏夫婦への転換

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り、同法の施行の日から一年以内に戸籍法の定めるところにより配偶者ととも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（本報告五①）。

この点については、試案のA案の説明と同じであるから、これを援用する。

なお、試案に対する意見においては、婚姻によって氏を改めた者が婚姻前の氏に氏変更するには、配偶者とともにする必要はなく、単独でできるものとするべきであるとの意見がある。しかしながら、本報告においては、改正法施行後に夫婦が別氏を称するのは、婚姻の際における合意（それぞれ婚姻前の氏を称する旨の合意）の効果とみるのであるから、これとの均衡上、右の氏変更も、夫婦の合意に基づいてすべきものとするのが相当である。

## (二) 子の氏の定め

(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、当該夫婦が婚姻の際、夫婦が称する氏として定めた氏を本報告一2の子が称する氏として定めたものとみなす（本報告五2）。

この点について、A案では、当該夫婦の婚姻の際の氏の定めを子が称する氏の定めとみなすとの表現を採っていたが、本報告では、より具体的な表現とした。その趣旨においては試案と異なることがないから、試案の説明を援用する。

## 第二 裁判上の離婚（七七〇条関係、本報告第二）

### 一 試案の方向性及び試案に対する意見等

#### 1 試案の方向性

試案は、裁判上の離婚原因について、破綻主義を明確化するという観点から、七七〇条一項五号の抽象的離婚原因の規定を「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」に改め、その典型的な徴表として、「夫婦が五年以上継続して共同生活をしていないとき」を離婚原因として追加すると共に、裁量棄却事由については、離婚を認めることが相手方又は子にとって著しく苛酷になる場合のみ請求を棄却し得るとするいわゆる苛酷条項に置き換えるとする考え方を示した。その理由は、試案の説明に述べたとおりであるが、次にこれを再説する。

① 婚姻関係が破綻して回復の見込みがない以上、当事者をその拘束から解放して、新しい生き方を選択することを認めるのが望ましく、そのような思想は、現行法上の精神病離婚（七七〇条一項四号）にも現れている。

② 個人の自意識が高まりをみせている今日の

社会においては、形骸化した婚姻を継続させるよりは、むしろ積極的に解消させる方向を容認する状況が形成されているとみられる。

③ 離婚訴訟において有責性を問題にすると、当事者の過去の非行の暴き合いを招くことが避けられず、その紛争を激化させ、子の福祉にも悪影響を及ぼすことになるから、破綻した婚姻については、原則としてこれを離婚によって解消させ、当事者間の衡平の確保は、財産分与等の離婚の効果の問題として扱うのが望ましい。

④ 婚姻関係の完全な破綻のみをその解消原因とすることは、その反面において、婚姻が本来永続すべきものであるという趣旨を表明するものであり、婚姻の尊重という理念が明確になる。

## 2 試案に対する意見の概要

この問題については、試案を支持する積極意見も、これを支持しないとする消極意見も、それぞれ相当の数に及んでいる。

積極意見の理由としては、試案の考え方と同じく、①破綻した婚姻は解消させるべきである、②離婚原因は客観化すべきである、③現行制度においても認

められている考え方である、④社会や国民意識等が変化している、などが挙げられている。

これに対して、消極意見の理由としては、①形骸化した婚姻関係を維持することにも意義がある、②積極的破綻主義の見地から離婚原因を見直す実益がない、③現行の規定及び判例の下では、法改正の必要がない、④離婚後の経済的自立が困難な配偶者の利益を損なう、⑤調停制度や裁判手続における裁判所の調整機能を損なう、⑥一方当事者が一方的に作出できるような離婚原因を設けることは相当でない、などが挙げられている。

この消極意見の理由のうち、④は、従前から指摘されていたものであるが、①も、具体的には、扶養、相続、年金受給、社宅等への居住の便宜など主として経済的な利益の保持という面で、形骸化した婚姻関係を維持することにも意義があるとするもので、④と同一の問題意識に立脚すると考えられるし、また、⑤も、主として離婚給付に関する当事者間の利益調整を念頭に置くものであるといえる。このように見ると、消極意見は、離婚によって当事者の一方が経済的な困窮に陥ることを懸念し、その回避の一

つの手段として婚姻の継続という方法を探ることを否定すべきでないとする考え方を、一つの柱としているとみることができると。

一方、②の理由を挙げる意見の中には、離婚訴訟において当事者が有責性をめぐって争うことを回避することはできないし、これを回避することは適当でないとするものや、具体的な事案について妥当な判決をするためには、有責性をも含めた判断が必要になるとするものがある。離婚訴訟において当事者の有責性を全く度外視することはできないとするこのような考え方は、⑥の理由づけにも端的に現れているし、③の理由を挙げる意見のうち、試案の考え方に、③の理由を挙げが単に夫婦の共同生活の不在の期間のみを問題としているのではないことと乖離している旨を指摘するものとも符合する。このような点に照らしてみると、消極意見は、有責者からの信義に反するような離婚請求に歯止めを設ける必要があるとする考え方をもう一つの柱としているといえよう。

### 3 世論調査の結果の概要

先の世論調査のうち有責配偶者からの離婚請求に

関する部分の結果の概要は、以下のとおりである。

まず、世論調査では、「現在、離婚訴訟においては、裁判を起こした人に、夫婦の関係を悪化させた主要原因があり、相手が離婚を望んでいない場合には、離婚は認められにくくなっています。これに対して、夫婦の関係が悪化した原因がどちらにあるかには関係なく、別居などによって、夫婦としての関係がなくなっている状態が、一定期間続けば、離婚を認めてもよいという考え方があります。あなたは、このような考え方についてどのようにお考えになりますか。」と問うている。

この問に対し、全体では、「一定期間夫婦としての関係がなくなっている場合には離婚を認めてもよい」と答えた者の割合が五三・一％、「一定期間夫婦としての関係がなくなっていることだけで、離婚を認めるべきではない」と答えた者の割合が二八・四％である。このように、「離婚を認めてもよい」とする意見が過半数を占めたが、この意見は年齢別でも、六〇歳以上（四四・一％）のほかは、いずれの年齢層でも五〇％を超えており、特に三〇歳代では六一・八％に上っている。また、この意見は性別でみ

ると、男性で五五・〇%、女性で五一・六%であり、都市規模別にみると、大都市で五三・〇%、中都市・小都市ともに五五・八%である。職業別でも、「離婚を認めてもよい」とする意見が自由営業主・家族従業者、被傭者を通じていずれも五〇%を超えており、特に被傭者のうち管理・専門技術・事務職では六一・五%に上っている。

次に、世論調査では、右の問に対して「離婚を認めてもよい」と答えた者（一、一三三人）に対して、更に「離婚を認めるための期間として、どのくらいの期間が適当だと思いますか」と問うているが、これに対しては、「二年未満」と答えた者の割合が二七・一%、「二年以上四年未満」と答えた者の割合が二九・七%、「四年以上六年未満」と答えた者の割合が二二・八%となっており、これらの答えをした者の割合が全体の七九・六%を占めている。

## 二 本報告の説明

### 一 基本的な考え方

#### (一) 試案の基本的な考え方の維持

本報告においても、破綻主義を明確化するとい

う観点から離婚原因を見直し、破綻の典型的な徴表として、「夫婦が五年以上継続して共同生活をしていないとき」を離婚原因に追加すると共に、裁量棄却事由をいわゆる苛酷条項に置き換えるものとする方向は、基本的に維持することとしている。

前記のとおり、試案に対して寄せられた意見の中には、この試案の考え方に消極的な意見が少なからずあった。本報告は、これらの意見を考慮した上、なお基本的には試案の方向を維持することとしたのであるが、これは、裁判離婚制度の在り方として、破綻主義の考え方を基礎に置くことが適当であるという点については、大方の合意が得られているものと考えられるからである。この点は、試案に対する意見においても、その方向を積極的に支持する意見が相当数あったことや、世論調査にみられる国民の意識からも裏付けられる。また、右の消極意見も、その多くは破綻主義の考え方自体を否定するものではなく、その徹底によって生ずるおそれがある弊害を指摘するものである。そこで、本報告では、試案の方向を基本的に維持しつつ、消極意見において指摘された問題

点への対応を考慮することが適当であると判断した。  
以下にその対応について述べる。

(二) 離婚後の当事者の一方の経済的困窮の回避

試案に対する消極意見の一つの柱は、本説明一  
2に述べたとおり、離婚によって当事者の一方が  
経済的な困窮に陥るおそれがあり、これを回避す  
る一つ的手段として婚姻を継続させることを否定  
すべきでないとする考え方である。このような意  
見の背景には、現状においては、一般に女性が職  
を得て生計を立てることが困難であり―特に、中  
高年女性や資格・技能を有しない女性にとつては  
就職が難しく、雇用条件も恵まれていない―、離  
婚に伴う財産分与も十分な実効性を挙げていない  
との認識が存在している。

a 試案の考え方

我が国社会が右のような現状にあるという指摘  
については、試案に至る身分法小委員会の検討に  
おいても、念頭におかれていることはいうまでも  
ない。試案は、この点を認識しつつ、破綻した婚  
姻の解消を認めるか否かの問題と婚姻が破綻した  
後の当事者の一方の経済的困窮を救済する問題と

は、基本的には別個のものとしてとらえ、破綻し  
た婚姻については、前述のような理念を貫いて、  
原則として解消すべきものであるとした。その上  
で、試案は、婚姻当事者の一方の経済的困窮を回  
避するための方策として、二つのものを用意した。  
その一つは、前述の苛酷条項であり、ここでは、  
離婚により配偶者の一方が被る経済的不利益が  
「著しく苛酷」と判断されるような場合には、離婚  
を許さないものとしている。形骸化した婚姻であ  
っても、なお法律上これを存続させ、その効力(主  
として夫婦間の協力・扶助の義務)により、配偶  
者の一方の著しい経済的困窮を救済しようとする  
ものである。

もう一つは、離婚後の財産分与の充実である。  
試案は、財産分与の目的・理念を離婚に伴う当事  
者間の財産上の衡平を図ることにあるとした上で、  
財産分与に当たって考慮すべき諸事情を具体的に  
列挙し、そのことを通じて、実質的共有財産の清  
算と婚姻中の稼働能力の低下・喪失に対する補償  
ないしは離婚後の扶養が財産分与の要素であるこ  
とを示した。離婚後の経済的能力の不均衡の是正

を含めて、右の財産分与の目的・理念を達成しようとするものである。

b 本報告における対応

本報告も、右に述べた試案の考え方を引き継ぐものであるが、なお、試案に対する意見において、離婚後の当事者の経済的困窮を理由に破綻主義の明確化に消極的な意見が少なくないこと、その中には、財産分与請求権等の実体法上の権利が認められても、その履行を確保する手段が十分でなければ、当事者間の実質的衡平は実現できないとする意見が相当数あることをも考慮して、次の措置を講ずることとしている。①離婚の請求が婚姻中の配偶者に対する協力及び扶助を著しく怠っていることにより、信義に反すると認められる場合には、その請求を棄却することができる旨を明示すること(本報告一2)、②離婚後の子の監護に必要な事項の定めの特例として、養育費の分担に関する定めを明示すること(本報告後注)の二つがそれである。

まず、①のような棄却事由を設けることとしたのは、直接には、後に(三)で述べるように、離婚請

求についても民法の一般原則である信義則が作用することを法文上明示することが適当であると考えられたことによるものであるが、この措置は同時に婚姻関係の破綻に伴う当事者の一方の経済的困窮の回避にも資するものである。すなわち、婚姻関係が破綻した場合、法律上の婚姻関係はなお存続していても、現実には、配偶者による経済的な面での自発的な協力・扶助を期待することができず、相手方が困窮する事態が多いと推測される。そこで、離婚請求においても、婚姻中の配偶者に対する協力及び扶助の履行状況が判断の対象となることを明示することにより、婚姻当事者に対し、婚姻関係の破綻後の経済的な自立が困難な配偶者に対する自立のための援助その他の扶助の履行を間接的に促し、婚姻関係の破綻による夫婦の一方の経済的困窮を回避するための一助とすることとした。

次に、離婚後の養育費の分担の点は、平成四年一二月に公表された「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)」において注記されていた問題である。試案では、離婚後子の親



権者又は監護者とならなかった親も、子の養育費の分担義務を負うことは、現行八七七条の解釈上明らかであり、あえて明文化する必要はないとの考えから、この点について特段の手当を設けなかった。しかし、離婚後の当事者の財産上の衡平を図るため、財産分与における考慮事情を明示してその充実を期するのと同様の観点から、離婚後の子の養育に関する費用の負担についての衡平を図るため、離婚の当事者がそれぞれ養育費の分担義務を負うことを明文化することにも意味があると考えられるに至った。そこで、子の監護に必要な事項の一つとして「子の監護に要する費用の分担」を七六六条に例示することとした。

なお、以上の問題に関連して、試案に対する意見の中には、財産分与や養育費の支払債務等の家事債務の履行確保措置に関する立法を同時に行うべきであるとするものも少なくなかった。婚姻関係の破綻に伴って当事者間に生じた不均衡を是正する上で、実体法上の権利の充実とともにその実現手続を整備することも重要な問題であることは、異論をみないところであろう。しかしながら、こ

れらの債務の履行確保措置としては、現在、通常の民事執行制度のほか、家事審判法上の履行勧告・履行命令の制度が用意されており、そこに新たな制度を導入するとすれば、現行の制度に不備があるのか、あるとすればその具体的な問題点はどこにあるのか、その解決のためどのような方法が考えられるか、その場合にどのような問題点が生じうるか、家事債務以外の少額・定期金債権の執行方法をどのようにするかなど、民事執行制度や家事審判制度との関わりにおいて、慎重かつ広範な検討を遂げる必要がある。試案は、以上のような事情から、この問題を今後の検討課題としているのであり、この点は、本報告においても同様である。

### (三) 信義に反する離婚請求の排除

試案の方向に消極的な意見のもう一つの柱は、有責者からの信義に反するような離婚請求に歯止めを設ける必要があるとするものである。特に、五年以上継続する共同生活の不存在という事態は、当事者の一方が意図的に作出できるものであり、これを離婚原因に加えることに問題があるとの意

見が少なくない。

この点に関しては、試案においても、一方的に婚姻関係を破綻させて離婚原因を作出した者による離婚請求であつてもこれを認めるといふ考え方を採つていたわけではない。そこでは、信義に反するような請求は、苛酷条項によつてこれを抑制することができることはもとより、明文の規定がなくても、権利濫用や信義則違反という一般条項が働くことは解釈上当然であるとして、後の点について特に明文の規定を設けることはしなかつたのである。これは、試案が、消極的破綻主義から積極的破綻主義の方向に向かつて歩を進めつつ、「離婚請求は、身分法をも包含する民法全体の指導理念たる信義誠実の原則に照らしても容認されるものであることを要する」とした昭和六二年九月二日の最高裁大法廷判決（民集四一・六・一四二二三）の趣旨に沿つた改正を意識していたからであつた。

このような試案の考え方もかかわらず、有責配偶者からの信義に反するような離婚請求には歯止めを設ける必要があるとする意見が少なくなか

つた理由としては、苛酷条項がその文言上、主として離婚後の相手方又は夫婦間の子にとつての苛酷を問題とするものであり、それ以前の事情によつて請求が信義に反する場合の取扱いが必ずしも明らかになつていなかったことによるものと思われる。そこで、本報告においては、離婚後の苛酷のみならず、それ以前の当事者の協力・扶助の状況に照らしてその請求が信義に反すると認められる場合には、離婚請求を棄却することができることを明示することとしたのである。

ここで、「婚姻中の配偶者に対する協力及び扶助」とは、婚姻関係における夫婦の本質的義務である七五二条の協力・扶助の義務と同義である。夫婦の一方が婚姻関係の維持・回復に向けられた協力を著しく怠つていと認められる場合や、相手方配偶者に対する扶助を必要とする状況にあると考えられるにもかかわらずこれを怠つていと認められる場合などには、この条項による棄却が考慮されることになる。もとより、婚姻関係が破綻している場合には、当事者双方に何らかの協力・扶助義務の違反があると考えられるが、ここ

で問題とされるのは、信義誠実の原則に反すると認められる程度の著しい懈怠に限られるのであって、その程度に至らない懈怠を問題とするものではないことに留意する必要がある。

なお、離婚請求が信義に反することを理由とする棄却は、五年以上の共同生活の不存在を理由とする場合及び抽象的離婚原因たる婚姻関係の回復し難い破綻の場合に限られる。これは、配偶者の不貞、悪意の遺棄又は三年以上の生死不明を理由とする離婚請求については、その事実が認められる以上、離婚請求が信義に反するとは通常考えられないからである。

## 2 離婚原因

### (一) 不貞行為・悪意の遺棄

試案は、配偶者の不貞行為又は悪意の遺棄については、婚姻関係が回復不能な程度にまで破綻していない場合には、離婚原因とならないことを明示したが、本報告においても、これを維持している。試案に対する意見においては、右の事由について婚姻関係の破綻がない場合には離婚原因とならないことを明示する必要はないとする意見があ

り、また、身分法小委員会においても、これを明示しなくとも解釈によって明らかであるとす意見がある。しかしながら、配偶者の不貞行為又は悪意の遺棄は、有責主義の下での典型的な離婚原因として掲げられていたものであるから、破綻主義を明確化するという考え方に立つ改正を意図するならば、右の離婚原因も破綻主義の下に包摂されるものであることを明示する必要があると考えられる。そうしないと、右の離婚原因に限っては、再び有責主義の離婚原因に復帰するもの（いわば、有責主義と破綻主義の両建て）と解釈されるおそれを生じよう。

さらに、右の問題に関しては、試案のような規定にすると、配偶者の不貞行為又は悪意の遺棄を原因とする離婚請求は、現行法よりも認められ難くなるとする批判がある。しかし、現行法の下でも、右の事由が認められる場合であっても、婚姻関係が破綻するに至っていないときは、七七〇条二項により離婚請求が棄却されることがあり得るから、右の批判は当たらない。かえって、試案のように七七〇条二項を苛酷条項に改める立法の下

では、右の事由は破綻主義の規制に服さないとする解釈を生むおそれがある。なお、付言すれば、先の試案のような規定は、配偶者の不貞行為又は悪意の遺棄を原因として離婚訴訟をする場合、請求原因には右の事由のみを掲げれば足り、婚姻関係が破綻していないことは抗弁の關係に立つことを意味する。以上の考え方は、本報告においても同じである。

## (二) 精神病離婚の規定の削除

試案においては、七七〇条一項四号の精神病離婚の規定については、現行法をそのまま維持するとの方向を示していたところであるが、試案公表後の検討において、この規定を維持することが精神障害者に対する差別を助長することにならないかが問題とされるに至った。この規定は、回復の見込みがない精神病を婚姻関係の破綻の例示として掲げるものであるが、このことは、精神障害者に対する負のイメージを強調することになるおそれがあるためこの規定を削除し、右の事由については抽象的離婚原因（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）の一事由として考

慮するのが適當ではないかという問題提起である。

沿革的に見れば、精神病離婚の規定は、当事者の有責事由に基づかない離婚原因を認めるものとして、多くの国において、さまざまな議論の末に立法化された歴史を有する。我が国においても、旧法（昭和二二年改正前の民法親族編・相続編）制定に際し、精神病離婚の規定を設けるべきか否かが問題となり、法典調査会における激論の末、これを設けないこととされ、昭和二二年の民法改正による有責主義離婚法から破綻主義離婚法への移行の際に、初めて独立の離婚原因として規定されたという経緯がある。このことから窺えるように、現行法の精神病離婚の規定は、有責主義から破綻主義への移行の象徴としての性格を有していたといえる。しかしながら、諸外国の法制は、イギリス、ドイツなどに見られるように、破綻主義の進展に伴い、婚姻関係の破綻を唯一の離婚原因とし、精神病については、離婚原因としてのみならず、破綻の徴表としての取扱いもしない方向に進みつつあり、精神病離婚の規定は、破綻主義の象徴としての歴史的役割を終えつつあるということがで

きる。

我が国においても、現行離婚法が破綻主義に立つものであることはほぼ共通の認識となっている上、試案では、これを明確化するとの観点から、七〇条一項五号の抽象的離婚原因の規定を「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」に改める方向が示されているのであって、この点からも、かつて破綻主義への移行の徴表としての役割を担った精神病離婚の規定の意義は、既に薄れつつあるということができよう。さらには、昭和二二年の民法改正の時点においても、その検討の過程では、特に精神病離婚の規定を設けなくても、抽象的離婚原因の中でこれを取り扱うことができるという考え方が支配的であったことが窺われるのである。

そうすると、現時点において、いわゆる精神病離婚の規定を存置しておかなければならない必要性は認められず、むしろ、前述のとおり精神障害者に対する差別感情の助長のおそれがあることや、精神病を正面から離婚原因とすることによる当事者のプライバシー侵害のおそれをも考えれば、こ

の規定を削除し、回復の見込みがない精神病を抽象的離婚原因の一事由として考慮するのが適当であると考えられる。本報告は、以上のような理由により、精神病離婚の規定を削除することとした。

(三) 五年以上の共同生活の不存在

本報告が、夫婦の五年以上の共同生活の不存在を離婚原因とする試案の方向性を維持していることについては、既に述べたとおりである。(一)が、右の期間の点に関しては、これを五年より短縮すべきであるとする意見や、五年より長い期間に改めるべきであるとする意見もみられた。しかしながら、本説明一三のとおり、世論調査の結果では、一定期間の共同生活の不存在のみを理由として離婚を認めることとする場合、その期間として四年未満の期間を選択するものが積算で五六・八%、六年未満の期間を選択するものが積算で七九・六%となっていることにもかんがみて、現時点では、この期間を五年とする試案の考え方を変更する必要はないものと考ええる。

以上