

現行家族法における若干の問題点

Some Problems in the Existing Family Law

小堀久男

一、はじめに

家族は、社会や国家の基本的構成単位である。家族が乱れば、社会が乱れやがて国全体が乱れる。平和な家族であるためには、秩序が必要である。日常の些事であるならば、家族や近隣における暗黙の了解で秩序維持は可能である。しかし利害が絡んできたりすると、煩惱に明け暮れる凡人の間では、必ず争いが生ずる。互いに自己の主張や利益の正当性について譲らないこともある。争いのある人間は幸福な人間とはいえない。そこで普通の人は、誰か公正な第三者に自分の主張を聞いてもらい、争いを収束させ、秩序ある平和な生活に戻りたいと願う。

そのようなとき、自分に味方をしてくれる人が現れたとしても、相手方が承服しなければ、争いの解決にはならない。もし誰もが承服しなければならぬ抗することのできない権威を背影にした言葉によって判断が下されれば、争いは直ちに鎮まり秩序は回復されることになる。

現行家族法における若干の問題点

る。その言葉が法律である。したがって法律は、技術的規範は別として、人間を人間として尊重することを基本に、公正で社会的妥当性を内容とするものでなければならぬ。憲法は個人の尊重（一三条）を基本とするとともに、家族関係については特に一箇条を設け、家族生活における個人の尊厳と両性の本質的平等について定めている（二四一条）。

男尊女卑的思想に支配された旧家族法（民法第四編親族・第五編相続）は、新憲法の原則に照らして大改正されたことは周知のとおりであるが、詳細を見ると、果して憲法の原則に忠実であるかどうか疑問とする点が多々ある。本稿においては、論点を夫婦財産制における問題点、養子制度における問題点に絞って、個人の尊厳、両性の本質的平等といった観点から論じることとする。

一、夫婦財産制における問題点

1 夫婦別産制 民法七六二条は、「夫婦の一方が婚姻前から有する財産及び婚姻中自己の名で得た財産は、その特有財産とする。」

(一)項)、「夫婦のいずれに属するか明らかでない財産は、その共有に属するものと推定する。」(二)項)と定めている。つまり、夫または妻が、婚姻前から自己名義で所有する財産は、婚姻後も当然にそれぞれの所有に属し、婚姻生活中に、夫または妻が自己名義で得た財産も、それぞれ夫または妻の財産になり、夫婦のどちらに属するか分からない財産だけが、夫婦の共有になるというわけである。この制度はいわゆる夫婦別産制といわれ、明治民法の旧家族法下では、夫と妻との財産は所有名義関係はそれぞれ別であっても、妻の財産は夫によって管理、収益されるといういわゆる夫管理共通制であったのに対し、「個人の尊厳と両性の本質的平等」の原則に適合するものとして設けられたものである。

しかし、現実の生活実態から見ると、憲法の原則に適合すると考えられた夫婦別産制には、大きな問題点がある。婚姻生活は、夫婦の協力により成立する。夫婦の協力的ないところに、本来の意味の婚姻生活はありえない。法も、「夫婦は同居し、互に協力し扶助しなければならぬ。」(民法七五二条)と命じ、夫婦において、「同居」、「協力」、「扶助」は互いに法的義務であることを明らかにしている。夫婦別産制と重要な関わりをもつのは、右に挙げた三つの義務のうちの「協力」関係についてである。

夫婦の協力形態はさまざまであるが、問題になるのは、妻が育児、家事等に専念し夫が外で収入活動に従事している場合とか、夫名義の自営業に妻が従事している場合に、得た収入は総て夫名義であるから、いくら妻の協力があったとしても、妻名義の財産とはならず、夫

の特有財産となってしまう点である。財産の全部または一部が妻名義になるのは、夫の死亡による相続か、離婚時の財産分与請求または扶養請求が認められた場合かのいずれか、そうでなければ、高率の税負担という犠牲をはらって生前贈与を受ける場合に限られる。

2 最高裁判所の態度 現行家族法では、「個人の尊厳と両性の本質的平等」という憲法原則に従った結果、妻の家事育児等の労働に対する法的評価を伴わない夫婦別産制が採用されたわけであるが、この制度は、一般的夫婦の生活実態にそぐわないという問題点を、施行当初から孕むものであった。たとえば、以下に挙げるような訴訟がなされてきている。夫名義で得た財産の全額が夫のみに帰属するということは、税法上の解釈としては形式上正当であるとしても、妻が夫のために家庭でつくした内助の功を全く評価することなく、総て夫の財産とすることは、妻の尊厳を害し、両性の本質的平等に反するものであるという理由で、昭和三二年度の夫名義の総所得を折半し、夫と妻名義でそれぞれ半額ずつについて確定申告した者に対して、税務署長は、妻の所得をゼロとし、全額を夫の所得と認定して更正した。これに対して、その夫は、行政不服審査法による不服申立の手续をつくしたが認められなかったため、訴訟に及んだものである。

一審、二審は、夫婦別産制及びこれを基礎とする所得税法の合憲性を判示したので、原告は、民法七六二条一項が憲法二四条に違反するものであり、これを基礎とする所得税法は違憲である旨を主張して上告した。最高裁判所は、昭和三六年九月六日の大法院判決で次のように判示した。すなわち、憲法二四条は「……民主主義の基本原理であ

る個人の尊厳と両性の本質的平等の原則を婚姻および家族の關係について定めたものであり、男女両性は本質的に平等であるから、夫と妻との間に、夫たり妻たるの故をもって権利の享有に不平等な扱いをすることを禁じたものであって、結局、継続的な夫婦關係を全体として觀察した上で、婚姻關係における夫と妻とが実質上同等の権利を享有することを期待した趣旨の規定と解すべく、個々具体の法律關係において、常に必らず同一の権利を有すべきものであるというまでの要請を包含するものではない……。」とし、民法七六二条一項については、

「……この規定は夫と妻の双方に平等に適用されるものであるばかりでなく、……配偶者の一方の財産取得に対しては他方が常に協力寄与するものであるとしても、民法には、別に財産分与請求権、相続権ないし扶養請求権等の権利が規定されており、右夫婦相互の協力、寄与に対しては、これらの権利を行使することにより、結局において夫婦間に実質上の不平等が生じないよう立法上の配慮がなされているといふことができる。」したがって憲法二四條に違反しないと述べ、さらに、所得税法が、生計を同じくする夫婦の所得計算について、「民法七六二条一項によるいわゆる別産主義に依拠しているものであるとしても、同条項が憲法二四條に違反するものといえない」のであるから「所得税法もまた違憲ということとはできない。」と。

つまり最高裁判所の態度は、たとえ配偶者の協力により取得された財産が、婚姻継続中は取得名義人の特有財産とされていても、婚姻解消時の財産分与とか配偶者相続分等によって、男女の実質的平等が保証されるから、憲法に違反しないというものである。最高裁判所の

判示する男女の実質的平等が確保されるためには、離婚時における夫から妻への財産分与額が、現状より大幅に引き上げられること、および夫による恣意的財産処分行為に対して、妻が、権利として財産の保全行為をすることの二つが保障されなければならない。しかし現実には、夫から妻への財産分与額は総じて低く、妻による財産保全行為のための特別の手段が講じられていない現状にあっては、この最高裁の判示内容は、極めて説得力に欠けるものである。

この点で、最高裁の判断は、女性側には極めて不満足なものとなっている。殊に、家政を処理しながら夫名義の自営業に従事している妻の立場からは、なおさらのことである。

3 二分二剩方式 アメリカ合衆国でも、かつてこのような問題が論じられたことがある。³⁾連邦が合衆国民から直接に所得税を徴収できるようになったのは一九一三年以降であるが、各州における夫婦財産制は、各州が州法で定めているため、イギリス法を継受した州は夫婦別産制であり、スペインまたはフランス法を継受した州は夫婦共産制である。⁴⁾所得税は所得の帰属名義人から徴収するので、夫婦別産制の州では、通例、所得の帰属名義人である夫に課税され、夫婦共産制の州では、夫名義の所得であっても、夫婦がそれぞれ半分ずつの所得があったものとして、夫と妻に対してそれぞれ別個に課税した。ところがこの課税方式では、妻の内助の功は充分に評価され男女の平等が実現される反面、高額所得に対する高率課税、低額所得に対する定率課税という累進課税制度上、夫婦別産制の州の住民は、夫婦共産制の州の住民よりも多額の納税義務を負わされるといふ課税上の不均

衡が生じたので、一九四八年に内国歳入法を改正し、妻の所得の有無にかかわらず、夫婦の合計所得を折半し、それぞれを各自の所得として課税することとなった。いわゆる二分二剩方式といわれる課税方式である。現在、西ドイツもこの二分二剩方式を採用している。

二分二剩の課税方式によると、専業主婦のいわゆる内助の功は、税法上十分な評価をうけるという利点がある。わが国でも大蔵省が、一九八一年代に、一九八四年を一応の目途として、二分二剩方式の採用を検討中との報道がなされたことがあったが、その後の処理不明のまま今日にいたっている。一旦、採用の方向を示した大蔵省が、その後沈黙している理由は明らかではないが、二分二剩方式は、専業主婦にとって有利な制度であることには相違ないが、他の面ではいろいろな欠点も考えられる。先ず第一に、従来は高額な納税義務を負担していた高収入の者にとっては、折半されることにより、従来よりは低率の納税義務の負担で済むことになり、高収入の者程有利になるという累進課税上の問題点であり、第二に、千差万別な夫婦間の協力関係を、財産的には国が画的に夫婦平等と評価することが、果して、両性の本質的平等に合致するかどうかという問題点である。第一の問題点は、単に課税技術上の問題であるから、課税率の適当な変更により、国の歳入には大した変動は生じない。第二の問題点については、平均的夫婦における妻の内助の功を税法上評価する方法として、二分二剩方式は確かに優れているので、平均的でない例外的夫婦の協力形態に関する一般的例外規定を法律で設け、具体的事項については、政令・省令等の行政規則に委ねれば、法律の抽象的画一性から生じる欠点はか

ヴァーできるのではないかと考えられる。二分二剩方式を採用する場合には、少くともこの二点に対する検討がなされねばならない。

先ず、個人の尊厳・両性の本質的平等という憲法の基本原則の実現に忠実であるべきで、そのために生じる課税上の矛盾の解決については、国民間における税負担の実質的公平原則の立場から、課税技術を工夫すべきである。

4 内助の功の評価 ところで、夫名義の収入を夫の特有財産とする民法七六二条一項の規定は、夫が妻に対して、完全排他的に特有財産についての権利を主張すること迄も認めているわけではない。なぜなら、仮に法が夫に対して完全排他的な権利を認めるものであるとすれば、民法七六二条二項に定める夫婦の共有財産問題とか、離婚時の財産分与請求権などが生じる余地はないからである。つまり、現行民法上の夫婦別産制においては、婚姻継続中は、夫婦の財産は、取得名義人のものとして扱われるが、他方配偶者はその財産に対する潜在的持分権を持っており、婚姻解消に際して、財産分与または配偶者相続権により顕在化すると一般的には理解されている。

この考え方をさらに進めると、婚姻解消前であっても、必要に応じ、他方配偶者の潜在的持分をなんらかの形で顕在化することが考えられる。取得名義配偶者の行為により、自己の潜在的持分権が危うくなる場合に、他方配偶者は、持分権の確認とか所有権の移転請求あるいは処分禁止の仮処分ができないかという問題である。最高裁の態度は、前述のように婚姻解消時にかぎられているため、このような問題の検討には役立たないが、下級審の段階においては、積極的姿勢のみ

られるものがある。たとえば、夫名義の分譲住宅に対する妻二分の一の持分権の確認と所有権移転登記請求を認めるものや、婚姻中の夫名義の預金証書の半分を自己名義に変更し、それを持って家出した妻に対する夫からの損害賠償請求を棄却した例がある。しかしこれらは、訴訟で争った場合にはじめて認められた事例であり、訴訟で争われなにかぎり問題にならないし、訴訟で争えば、必ず認められるわけのものでもない。また、相手方配偶者が控訴、上告すれば、前述の最高裁の基本的態度からすれば、決して地方裁判所段階での判断がそのまま維持されるとはかぎらない。妻の内助の功は、飽くまでも離婚時の財産分与とか配偶者の相続分によって評価されるというのが最高裁の姿勢であるかぎり、婚姻解消前に、妻の内助の功を法的権利として顕在化することは、上級審へ行くほど認められ難くなると思われる。

夫婦別産制は、旧家族法下における夫管理共通制という、極めて男女不平等な制度から、不利な立場におかれてきた女性を解放し、女性であっても、婚姻前後を通じて、自己の財産は自分で管理・収益できることを目的に設けられたものであるから、制度自体は正しい理念の下に考え出されたものである。たとえば、夫婦共働きで、家事等も夫婦の協力で処理されている場合、この夫婦別産制はなんら非難されるべき点はない。専業主婦の場合の内助の功に対する評価がなされないというのが、唯一の非難原因であるから、内助の功に対する評価が、法律上の手段で適当に仕組まれれば問題は解決される。たとえば、課税に際して、夫の職種・収入に対応する妻の協力形態を行政規則の段階で、相当程度パターン化し、標準的には五〇パーセントを限度に、

種々の段階的評価をすることがあってもよいと考えられる。

ところで、夫婦間の協力関係は相対的なものであるから、二分二剩方式が常に優れたものであるとはかぎらない。怠惰な夫をもつ妻や夫よりはるかに高収入の妻からは、決して歓迎されない面がある。このような場合には、夫婦別産制の方が、生活実態を正しく反映することになる。敗戦後の現行法成立過程で、婦人委員から、妻の内助の功に報いるために、婚姻中の所得については夫婦の共有にすべきであるという、いわゆる夫婦共産制の主張が容れられなかったことも、単純に、両性の本質的平等に反する男性優位の考え方が原因であると非難するわけにはいかない。

5 第三者との関係 夫婦間の財産関係は、夫婦間の問題にとどまらず、夫婦と取引をする第三者にとっても重要な意味をもつてくる。夫婦の収入も、画一的に切半して課税する二分二剩方式は、簡明な点で、夫婦と取引をする第三者にとっては検討し易い利点がある反面、右のように、その画一性から生じる問題点がある。仮に、夫婦別産制で、夫婦の協力についての課税時における相対的評価制をとるとすれば、平均的夫婦における協力関係については、二分二剩方式の画一性から生じる欠点を免れることができるとしても、その具体的評価を、一般的にどのようにして対外的に表示するかという問題が残る。取引の第三者にとつては、取引の相手方となる夫または妻に、どの程度の財産や収入があるかということが、取引の安全を確保する上で明らかにされなければならない。そのための法制度の整備がなされることにより、夫婦別産制は、その本来の意義の充足に一步接近すること

になるであろう。

三、養子制度における問題点

現代の養子制度は、個人の尊厳、子の福祉という基本理念に立脚すべきものであるとするならば、当然、「子のため」のものでなければならぬ。明治民法下における養子制度が、家督相続と老後の扶養を中心とする、いわゆる「家のため」「親のため」であったことと比較して、その理念において基本的に異なる点である。

戦後、新憲法の施行に併行して大改正された身分法ではあるが、未だ旧家族法における「家のため」「親のため」の養子制度の枠から脱脚しきっていない点や、「子のため」の観点からは疑問とすべき点が多々ある。先ず現行養子制度のうち、本稿においてとり上げる問題点に関わりのある制度について概観し、次に逐次問題点を論じることにする。

(一) 養子縁組の要件

1 成年に達した者は、養子をする⁽¹¹⁾ことができる（民法七九二条）。養子をする能力は、成年人者にのみ認められるものではあるが、未成年者であっても、婚姻適齢に達した者が親の同意を得て婚姻すれば、私法上は成年に達したものとみなされる（民法七五三条）のであるから、年齢的には、一定範囲の未成年者には養子能力が備わることになる。

2 尊属または年長者を養子とすることはできない（民法七九三条）。年長者とは、自己の生年月日より前に生れた者のことであるから、同一年月日の出生者は年長者ではない。したがって、同年養子は可能である。

3 後見人が被後見人を養子とする場合には、家庭裁判所の許可を得なければならぬ。後見人としての任務が終了した後であっても、管理の計算が終わらない間は、やはり家庭裁判所の許可を得なければならぬ（民法七九四条）。

4 配偶者のある者は、その配偶者と共同でなければ養子縁組をすることができない。これは、養親・養子の双方に適用される。但し、夫婦の一方が他の一方の子を養子とする場合は除外される（民法七九五条）。この但書は、連れ子再婚の場合を想定した規定である。夫婦の場合には両者の合意を必要とするのであるが、なんらかの事由で、夫婦の一方が意思表示をなさない場合には、他方配偶者は、双方の名義で縁組をすることができる（民法七九六条）。

5 養子となる者が一五歳未満であるときには、家庭裁判所の許可を得て、その法定代理人が、本人に代わって縁組の承諾をすることができる（民法七九七条、七九八条本文）。但し、養子となる者が未成年者であっても、自己または配偶者の直系卑属を養子とする場合には、家庭裁判所の許可は不要である（民法七九八条但書）。

6 縁組は、戸籍法の定めるところにより、当事者双方及び成年の証人二人以上から、口頭または署名した書面で届け出て、その届出が受理されることにより効力を生ずる（民法七九九条、七三九条）。

(二) 養子縁組の効果

養子は、縁組の日から養親の嫡出子となり（民法八〇九条）、養親の血族に対して法定血族となる（民法七二七条）。養子は、養親の氏を称し（民法八一〇条）、未成年養子の場合には、実親の親権は消滅し、養親の親権に服することになる（民法八一八条二項）。

外国の例ではイギリスや西ドイツのように、養子とその実方との身分関係が、原則として消滅するいわゆる完全養子制度もあるが、わが国の場合には、養子と実方との身分関係は、未成年養子の実親の親権消滅を除き、そのまま継続する。したがって、養子は実親・養親の双方に対して直系血族となり、双方を相続する（民法八八七条）とともに、双方に対する扶養義務を負う（民法八七七条一項）ことになる。

自然血族としての実方の親族との人間関係は、人為的な外的手段で断ち切ることはできないにしても、実方の血族との法律上の権利義務関係をそのままにして、新たに養方の血族との権利義務関係を創設するわが国の制度は、養親及びその血族と養子との絆を強くする意味においても、再検討の余地がある。

(三) 問題点

1 養子能力 右にみたように、養子をする能力は、未成年婚姻の成年擬制による成年者を含めて、成年に達することにより取得される。したがって下限を考えると、男一八歳、女一六歳に達し親の同意を得て婚姻すると、養子能力を取得することになる。つまり夫一八歳、妻一六歳の夫婦が養子をするのを、法は認めているのである。

現行家族法における若干の問題点

しかも、年長者・尊属養子にならないかぎり、同年者養子は禁止されていないのであるから、一六歳の妻と同年の養子をするのが可能である。実際には、このよううことはないかも知れないが、法律上は可能である。

婚姻の時点で、子供のできないことが明らかである場合には、生活力があるかぎり、その若い夫婦に乳幼児の養子をするのを認めても一向に差支えないことではある。しかし一般論としては、二十歳未満の若い夫婦にとっては、先ず自分達の生活を支えること自体に多大の努力を必要とするのが普通であって、乳幼児養子をしたならば、その保育のために妻の労力を割かねばならず、若い夫一人で妻と子のためめの経済的出費を支弁しなければならなくなる。そうなれば、「子のため」の養子制度の精神に添うような生活状態を維持することについて、相当な懸念が考えられる。西ドイツやスウェーデンでは、養親の年齢要件が二五歳以上とされ、イタリアでは三五歳以上とされていることなどを見ても、わが国の養親の年齢要件は低過ぎる欠点がある。⁽¹³⁾ 養親の年齢要件を、単に成年者とするだけでは、「子のため」の現代養子制度の精神から見て、疑問とする点があるので、成年年齢とは無関係に、種々な観点から、養親に相応した年齢を設定すべきである。

2 養子の年齢 養子は未成年者に限定されていない。養親より年長者であったり、養親の尊属でさえなければよい。したがって、成年養子は勿論のこと同年養子も可能であることは、養子縁組の要件で見た通りである。

「子のため」の養子という精神からすれば、保育に欠け自力で人た

るに相應しい生存を維持できない子を引き取り、わが子として立派な社会人に育てるといことが、養子縁組の目的でなければならぬ。したがって養子は未成年に限られ、養子と養親間には、親子に相應しい年齢差が要求されて然るべき筈である。ヨーロッパでは、東ドイツが、養子を未成年にかぎり、養子と養親間には、具体的に年齢を示してはいないが、親子に相應しい相当の年齢差を要求している。年齢差については、スイスが一六年、イタリアが一八年の開きを要求している。しかし他方では東ドイツとイギリスを除き、フランス、イタリア、ベルギー、ポルトガル、スイス、西ドイツ等多くの国が、成年養子を認めている。⁽¹⁴⁾

このように、わが国のみならずヨーロッパ諸国においても、「子のため」の養子制度に徹していない現状である。わが国の場合、未成年養子をするには、実親による代諾があつても家庭裁判所の許可という関門をくぐらせることにより、「子のため」にならない縁組を国がチェックすることになっている点で、近代養子法の精神のあらわれと見るのであるが、後述(頁下段から一三頁⁽¹⁵⁾)のように、この制度については、極めて不備な点が指摘されているのである。

近年、子供の出生数の減少とともに、未成年養子の数が急速に減少してきているのに対して、成年養子には大きな数的変動は見られない。殊に、わが国に特有な現象かどうかはわからないが、いわゆる婿養子の比率が高いといわれている。⁽¹⁶⁾婿養子制度というものが法定されているわけではないが、現実には、妻の氏を称する婚姻と養子縁組との組合わせて、いわゆる婿養子という目的を達している。婿養子縁組

の目的は、養親にとつては、祖先の祭祀や家名・家産の承継と老後の安泰な生活保障に対する期待にあり、養子にとっては、養親の財力に対する期待にあると考えられる。このような目的は、なんら公序良俗に反するものではないから、成人間における養子縁組を一概に排斥するわけにはいかないが、成年養子には、「家のため」、「親のため」そして「養子のため」という養親子間における利害拮みの要素が濃厚である現実に鑑み、養子を、未成年養子と成年養子とに分け、それぞれの特質に適合した要件・効果を定めるといふように、両者を区別する養子制度が望まれるところである。⁽¹⁷⁾

3 未成年養子の代諾縁組と家庭裁判所の許可 未成年養子について、民法は次のように定めている。すなわち、「養子となる者が一五歳未満であるときは、その法定代理人が、これに代わつて、縁組の承諾をすることができる」(法七九七条)。「未成年者を養子とするには、家庭裁判所の許可を得なければならない。但し、自己又は配偶者の直系卑属を養子とする場合は、この限りでない」(法七九八条)。未成年者を養子とするには、すべて家庭裁判所の許可を必要とする。これによって、子の利益を、客観的な立場から国が判断し確保しようとするものである。しかし、養子となる者が一五歳未満の場合の法定代理人による代諾縁組制度には、極めて現実的な意味が含まれている。縁組が養子となる者本人の意思を問わず、その法定代理人と養親となる者との判断に委ねられている点で、果して「個人の尊厳」に合致した制度かどうか、理論上は疑問である。しかしながら、現実の社会生活の実態を見ると、当該未成年者にとって、養子となる方が、

ならないよりはよいという場合も皆無とはいいい切れぬであろう。「家のため」「親のため」の養子から「子のため」の養子でなければならぬとされる近代養子制度の精神を理解することはできても、現実を無視する制度であつては、国民の遵法精神を助長することにはならない。未成年養子を考えるすべての養親・実親の双方が、純粹に子の福祉だけを願つてゐるとは考えられない。そこには実親・養親双方の自分達の都合が、大なり小なり混在している場合が多いであろうと思われる。人間を、純粹な存在と美化するとき、「子のため」の養子制度は完徹され得る。しかし、煩惱多き人間である実親・養親が未成年養子の代諾縁組を思ひたつとき、そこに純粹な「子のため」を求めることは、既に矛盾である。

一見、個人の尊厳を無視するような未成年者の代諾縁組制度を設けはしたが、これに対しては、国が、家庭裁判所を通じて子供の福祉を害さないように厳しいチェックをすることにしてゐるのも、煩惱多き平均的人間の行為と、子供の福祉の実現という理想との調和を求めた結果であろうと考える。したがつて、明らかに子の人格・尊厳を害する場合とは別として、單純に、現行制度中の尊属・年長者養子の禁止に加えて、子の利益のため以外の養子を禁止するという法改正が必要であるとの意見には賛成しかねるのである。

次に、未成年養子であつても、自己又は配偶者の直系卑属を養子とする場合には、家庭裁判所の許可を必要としない制度について検討する。これは、未成年養子には家庭裁判所の許可を必要とする原則の例外として、自己や配偶者の直系卑属を養子とする場合には、子の利益

現行家族法における若干の問題点

にこそなれ、子の福祉が害されることがないであろうという推測の下に設けられたものと考えられる。

しかしこのような推測は、余りにも一面的な見方ではないかと思ふ。たとえば、自己の直系卑属の中には、養父となる者が妻以外の女性に生ませた非嫡出子も含まれ、その子を養子とするには家庭裁判所の許可を必要としないのであるから、妻や非嫡出子の実母を強引に納得させさえすれば、養子縁組を通じて、未成年たる婚外子を、本人の意思・人格を無視して嫡出子にすることができる。このようなことは、子無し夫婦の夫が婚外子を設け、離婚することなく、その子を実母の承諾の下に養子縁組をすることにより引き取り、嫡出子とする場合に見られるところである。子の立場からすれば、形式的には非嫡出子から嫡出子たるの身分を取得する点で、「子のため」であるといえるかも知れないが、実母の許を離れ、多くの場合、利害絡みで納得させられた養母に育てられることが、本当に「子のため」といえるかどうか疑問である。

さらに、配偶者の直系卑属を養子とする場合の問題点について考察を進めることにする。配偶者の直系卑属を養子とするのは、主にいわゆる未成年の連れ子再婚の場合である。このような養子縁組は子のためになるのであるから、家庭裁判所の許可を必要としないとされている。しかし、この場合にも利害の絡んだ問題が考えられる。

たとえば、再婚の夫が、再婚の妻と先夫との間の嫡出子と縁組をし自己の嫡出子とする場合に、養父が妻の先夫の遺産の多くが養子名義になつてゐることに着目し、自己の利益を第一に考えた結果かも知れ

ない。そのような場合には、再婚に意欲を示す実母と子の財産に目をつける養父との利益が子の利益に優先した未成年養子縁組が、家庭裁判所のチェックを受けることなく成立するという問題点がある。⁽¹⁹⁾ 「子のため」の養子制度に、できるかぎり近づけようと努力するのであるならば、自己又は配偶者の未成年たる直系卑属を養子とする場合の、家庭裁判所の許可の排除を規定する民法七九八条但書は削除されねばならない。

4 表見代諾縁組と虚偽の嫡出子出生届 先ず表見代諾縁組について検討する。表見代諾縁組とは、出生届出前の他人の子を、実子(嫡出子)として届け出た者の代諾による一五歳未満の未成年養子縁組のことである。自分の子でない者を自分の子として、生後間もなく届け出るのであるから、先ず虚偽の出生届が先行し、それによって戸籍上の親の身分を取得し、その後、その子の法定代理人として、他の夫婦との間で代諾縁組をするもので、真実の親でない者が、表面上は真実の親であるかのような形で養子縁組をするので、表見代諾縁組といわれている。このようなことは従来からあることで、たとえば未婚の母の子を、世間体を憚り、また非嫡出子として出生届をするに忍びないという理由で、一旦、他の法律婚夫婦の子として届け出ることにより子の嫡出性を取得し、そこからさらに他の夫婦へと養子縁組をするのである。

この表見代諾縁組の効果について裁判所は、大審院以来厳格な要式行為論に基づき否定的であったが、昭和二十七年にいたり最高裁は、「養子は満一五歳に達した後は、父母にあらざる者の自己のために代

諾した養子縁組を有効に追認することができる」とし、この追認は「明示若しくは黙示をもってすることができる」し、「適法に追認がなされたときは、縁組は、これによって、はじめから有効となる」と判示した。⁽²⁰⁾ この判決は、民法総則における財産法上の、無権代理の瑕疵に対する本人の追認による治癒効果(民法一一六条本文)を、表見代諾縁組に類推適用することにより、養子の利益を保護しようとした点で、画期的なものとして学説からも歓迎されたが、本来は財産取引上に適用されるものとして存在する規定を、養子縁組という身分行為に對してストレートに適用することには、多くの学説は批判的であった。⁽²¹⁾

その後、最高裁は、右の昭和二十七年判決事件の再上告審に対する昭和三九年の判決で、表見代諾縁組の追認のような身分行為については、取引の安全のための規定は適用されないが、事実関係を重視する身分関係の本質に鑑み、結果的には、事実関係の継続による、無効な身分行為の一般的追認の理論を承認する態度を示した。⁽²²⁾ 長年にわたって継続し、さまざまな生活事実が積み重ねられてきたであろう養親子関係を、表見代諾縁組であったという理由で、一挙に覆し、当該養親子を身分上・財産上の関係から法的に放逐することには、現実無視の非合理性があるから、右にみた最高裁の態度は妥当である。しかし次に検討する虚偽の嫡出子出生届は、表見代諾縁組とは似て非なる点がある。

虚偽の嫡出子出生届は、昭和四八年四月に宮城県石巻市の菊田昇産婦人科医師が、「赤ちゃんあっせん」の広告を新聞に掲載したことで、

一躍世の耳目を驚かし、盛んに議論され、特別養子制度の検討などを促すにいたった。しかし事柄自体はなにも新しいことではない。わが国では、生後間もない他人の子を、実親の承諾の下にいわゆる「葉の上からの養子」として、他の夫婦の嫡出子として届け出るということが、古くからの慣行として行われてきた。⁽²³⁾これは子を引き取る方が、その子と実の親子としての情愛関係を保ちたいと願うことからの行為と考えられる。戦後改正された戸籍法四九条三項では、「医師、助産婦又はその他の者が出産に立ち会った場合には、医師、助産婦、その他の者の順序に従ってそのうちの一人が命令の定めるところによって作成する出生証明書を届書に添附しなければならない。」と定めて、原則として出生届には出生証明書の添附を義務づけることにしたが、例外として、「やむを得ない事由があるときは、この限りでない。」として、出生証明書添附義務のない場合のあることも規定した。そこで、出生証明書のない、または医師、助産婦等による虚偽の出生証明書のある虚偽の嫡出子出生届がなされることとなり、菊田事件は、この後者の例として問題になったものである。

子のため、実親のため、養親のためといういろいろな動機で実親以外の者による虚偽の嫡出子出生届がなされ、その後、親子関係が順調にいつているときはよいのであるが、一旦利害関係が絡んでくると、身分上、財産上の紛争の種となっている現状がある。表見代諾縁組については、本人の追認による有効化という方向で、学説・下級審判例は足並みを揃えてきたが、他人による虚偽の嫡出子出生届に関して最高裁は、一貫してその救済を拒絶してきている。⁽²⁴⁾そして学説において

現行家族法における若干の問題点

も、最高裁の態度に同調するものが次第に増加傾向をみせてきているといわれている。⁽²⁵⁾

表見代諾縁組と実親以外の者による虚偽の嫡出子出生届との基本的相違点は、前者が最終的には、戸籍上、養親子関係として記載されるのに対し、後者は、実親でない者が実親としての親子関係として記載される点にあり、同じくする点は、両者とも実親が戸籍上には現れない点である。そして両者とも、実親でない者による嫡出子出生届がなされる点において異なる点はないから、真実に反する嫡出子出生届は初めから無効であるという形式論理を貫けば、一方には追認による有効化の道が是認され、他方にはそれが認められないということとは、極めて公平を欠くことになり、一見社会的正義に反するようと思われる。我妻博士も、かつてこのことを指摘し、表見代諾縁組の追認による有効化に、現実の生活事実に対する適合性を認めるのであれば、虚偽の嫡出子出生届にも、結果的には養親子関係の成立を認めることもできると主張されていた。⁽²⁶⁾東京高裁も昭和四三年に、虚偽の出生届をもって養子縁組届への転換を認める判決を出し、⁽²⁷⁾最高裁の判例変更に対する期待を抱かせたのであるが、昭和四九年に最高裁はこの東京高裁判決を破棄し、虚偽の出生届に養子縁組届出としての効力は認められないと判示し⁽²⁸⁾その後、昭和五〇年判決ならびに昭和五六年判決⁽²⁹⁾を経て今日にいたっている。⁽³⁰⁾

虚偽の出生届のための医師による虚偽の出生証明書の作成は、刑法上は公正証書原本不実記載罪（法一五七条）に該当する行為である。菊田事件では、仙台簡裁は昭和五三年三月に同医師を罰金二十万

円に処し、厚生省はこの有罪判決をうけて昭和五四年六月、同医師に對し六ヶ月の医業停止処分を通告したところ、同医師がこの処分を不服として、東京地裁に厚生大臣らを相手として、該処分の取消と一千万円の損害賠償請求訴訟を起したのであるが、昭和五八年六月二九日、東京地裁は虚偽の出生証明書の発行に對し、「刑事処分の対象となる行為で医療業務の本質を損う」ものであるとし、実子あっせん行為については、「人為的身分関係の設定は戸籍上の秩序を乱すばかりか、近親婚を生ぜしめ、真実の親子関係でないことがわかると家庭内に心理的かつとうを起こさせる」と厳しい態度を示し、医業停止処分については、「医道審議会では専門家による慎重審議がなされた」として、同審議会の答申に基づく厚生大臣の処分を適法とした。これに對し同医師は、「あっせんをしなければ、赤ちゃんの命は助からないという現実が裁判官に理解されなかったのは残念です」と、判決に對する強い不満を示した。²⁹⁾

跡を断たない未婚の母などによる子捨て、子殺し³²⁾から、何の罪もない胎児や嬰兒の生命を救い、あわせて子のない夫婦に子を与えるために、医師として出来ることは、虚偽の出生証明書作成による虚偽の嫡出子出生届以外にないと主張する菊田医師の心情には、一部共感を呼ぶ面もある。確かに菊田医師の行為により、闇に葬り去られようとした多数の子どもの命が助かったことは事実である。しかし刑罰でもって禁止している違法行為を、未婚の母などによる子捨て子殺し等があるからといって公認することは、戸籍法上の混乱のみにとどまらず、法治国としての根幹を揺るがすことにも発展しかねない。そうはいっ

ても、ただ、虚偽の嫡出子出生届の効力を否定し、虚偽の出生証明書作成に對して刑罰による禁止をしてみても、それによって子捨て子殺しはなくなるわけではない。

重要なことは、何人にも違法行為をさせることなく、子の命を救い、子のない夫婦に子を与え、そこに情緒的に安定した親子関係が維持できるような法的手段を、可及的速やかに案出することである。今日、近代養子法の一応の到達点として多くの国で採用されている特別養子制度³³⁾は、許可制を基本に、養子と実親との関係を断ち、養子の記載を身分登録の際には外すことによって、将来における実親からの取戻しや社会の不当な差別的干渉を防ぎ、養親子間に情緒的安定を与え、これによって子どもの保育を十分に果させようとするものである点において優れた制度である。

昭和四八年の「赤ちゃんあっせん」事件以来、国も特別養子制度について考慮すべきであるとの基本姿勢で、昭和五七年秋から、法制審議会^(法相の諮問機関)の民法部会身分法小委員会において検討を進めていたが、昭和六〇年一〇月二九日の民法部会に、実親との法律上の親子関係を断ち切る特別養子制度の導入を主眼とする「養子制度の改正に関する中間試案」を報告し、了承された^(昭和六〇年一〇月三〇日誌発朝刊)。

新聞報道による右中間試案の概略は以下のようである。骨子とするところは、戸籍の養父母欄を廃止し、父母欄には養父母となる者の氏名を記載し、続き柄は実子同様に長男、長女とし、原則として六歳未満の子どもについて家庭裁判所の審判を経て縁組を成立させることとし、縁組が成立すると、実親との法律関係^(相続、扶養など)は消滅し、原則

として縁組の解消を認めないということにある。実親との法律関係が消滅するとしても、実親との関係は辿れるように、実親の戸籍に出生の事実が残るような身分事項欄の記載をすることになっている。そして養親の要件は、特別養子との年齢差が二〇年以上ある二五歳以上の夫婦であることが原則となっている。

特別養子縁組は、親族間における縁組を除外して、児童相談所が斡旋手続きし、養親となる者の申し立てにより、家庭裁判所が実親乃至後見人等の同意を確認した後、六ヶ月以上の試験養育期間を経たうえで審判によって成立する。また、実親との法律関係を消滅させない従来の養子制度はそのまま存続し、当事者によってどちらかを選択できるようにするものとしている。

今回の身分法小委員会の中間試案は、さらに検討を加えられ、昭和六二年度中に制度試案が決定され、昭和六三年春に、試案を盛り込んだ民法改正案が国会に上提される予定となっている。従来の制度との併存とその選択制とか、実親との関係を辿ることのできる身分事項欄への記載といった点で、菊田医師らの考えている特別養子制度と少し異なるものとなる可能性はあるが、将来における近親婚の回避という観点からすれば、止むを得ない面もあり、特別養子制度に限って考えれば、一応評価しうる内容のものであろう。

5 許可のない未成年養子縁組の効力 未成年の養子縁組には、原則として家庭裁判所の許可を必要とするのは、民法七九八条の明定するところであるが、許可を得ずに縁組をした場合、その法的効力はどうなるか。民法はこれを無効とはせず、取消の対象としてい

る(法八〇七条)。最初から法的効果を伴わない無効な行為と違って、取消があれば無効になるが、取消がなければ有効として取扱われるものとして、許可のない未成年養子縁組を措定している。

未成年養子縁組には、養子が養親となる者またはその配偶者の直系卑属である場合を除き、家庭裁判所の許可を必要とする(民法七九八条)のであるから、許可書謄本の備わらない未成年養子縁組届は受理されない筈であるが、一旦過って受理されれば有効となり、後は、取消を裁判所に請求するか否かが、養子本人か実方の親族または養子に代わって縁組の承諾をした者の判断に委ねられてしまうことになる(民法八〇七条本文)。現行法が、未成年養子に対する許可制を採用したことは、未成年者の福祉を基本とする国家の監督の目を光らせる点で、重要な意義を有するものであるにも拘らず、公務員の過失により受理された許可のない未成年養子縁組が、取消されないかぎり有効であるということには、未成年養子の保護に徹底を欠く疑問がある。これは「事実がすべてを主宰する身分行為」という言葉によって象徴されているように、その経過はどうかあれ、既に出来上がってしまった現実の人間関係を尊重し、必要以上にその人間関係に国は関与しないという、私的自治尊重の現れかも知れないが、「子のため」に重点をおいて考えれば、家庭裁判所の許可に、もっと強い効力を認めるべきではないかと思う。

許可の効力が現状の如くであるかぎり、たとえば、虚偽の出生届による許可のない表見代諾縁組であっても、過って受理されさえすれば有効になる。身分行為は、他の法律行為と違って現実の情愛的人間関

係がその中味であるから特殊であるといえ、未成年者の中でも、未だ意思能力の備わらない子どもの保護を主たる目的とする許可制の精神からすれば、許可を未成年養子の基本的成立要件とすべきではなからうか。

四、おわりに

周知のように現行家族法は、新憲法の施行と併行して、個人の尊厳と両性の本質的平等という新しい憲法原則に添ったものとするため、明治以来長年親しんできた男尊女卑の旧家族法を、全面的に改正したものである。家族法は身近な法であるため、日頃は法律に無関心な人でも、何らかの意見を述べ、時には激しい情緒的反応を示すのが通例であり、「民法出アテ忠孝亡ブ」という明治期の法典論争によって象徴されるように、しばしば政治的意図を含む偏ったイデオロギーも成立する。現行家族法が、憲法の定める新しい価値基準を忠実に実現するものとならなかったことには、旧家族的価値観から完全に脱脚しえなかつたという背景がある。

施行後既に数度の改正を経て、相続の分野では、配偶者の相続分の引き上げとか、相続財産の形成・維持に対する貢献度に応じた寄与分制度の新設などにより、相続人間の実質的公平が計られはしたが、憲法の基本原則からみれば、なお不十分な点が残されている。また現行家族法施行時には、規律の対象として予定されていなかった人工授精

子に対する、法の対応の遅れも指摘されている⁽³⁴⁾。さらに、今後老齢化社会が進むにつれて、私的扶養優先主義と社会保障・社会福祉制度との問題も重要になる。そうなれば、憲法二五条に示された生存権との関わりから、問題点を明らかにし、あるべき法律制度に対する指標も考えてみなければならぬ。

註

- (1) 最高裁大法廷判決昭和三十六年九月六日民集一五卷八号二〇四七頁。
 - (2) たとえば普通の給与所得者夫婦について、婚姻から離婚にいたる期間における双方の婚姻生活貢献度を比率計算し、収入総額については、妻一対夫四とし、夫名義の宅地・建物については、妻一対夫三の持分権とするもの（福岡家審昭和四四年三月一三日判夕二四三三三二頁）、農業や商業等のいわゆる自営業に、家事労働をしながら協力した場合、婚姻中に取得した夫名義の財産について、妻一対夫二とするもの（大阪家審昭和三七年八月三一日家裁月報一五卷三三〇一四五頁、東京家審昭和四〇年九月二七日家裁月報一八卷二二九二頁）などがある。勿論、妻の貢献度をこのように低く評価するものばかりがあるわけではない。
- たとえば、自営業において、妻のそれを四〇%とするもの（仙台家審昭和三八年一〇月九日判夕一六四号一九九頁）、五〇%とするもの（大阪家裁岸和田支部審昭和四〇年一〇月四日判夕一九八号一九八頁）などがある。しかし、主婦婚における妻の家事労働については、夫婦の協力扶助の範囲に包摂されるものであり、それは法定相続分として配慮されているという考え方が支配的である（山口純夫「家事労働の評価」八現代家族法大系277頁）。
- (3) 中川淳・現代の家族法（日本評論社）三三頁。アメリカ合衆国の事情については本書を参考にした。

(4) 夫婦別産制に対する用語で、夫婦の協力によって取得した収入・財産を、夫婦の共有にする制度である。

(5) 日経新聞昭和五十六年四月十七日朝刊。

(6) 中川教授は二分二剩方式について、「この制度を導入するという基本的立場にたつて、さらに実質的な公平の理念にしたがつて工夫を試みるなかで検討すればよいことであり、また、是正される問題であるから、二分二剩方式の一つの弱点―それは是正できるものである―のみを強調して、それへの検討・修正を行わず、はじめから一挙に無視する態度は、けつして、妥当なものということではできない。」と述べておられる(前掲書(註3)三五頁)。

(7) これが現在の通説であるといわれている(犬伏由子「夫婦財産制」△民法講座7V一〇七―一〇八頁参照)。

(8) 水戸地裁判決昭和五一年二月二五日判例タイムス三四二号二五〇頁

(9) 東京地裁判決昭和三五年八月六日。これは共稼ぎ夫婦の場合であるが、婚姻関係破綻時の離婚前の段階であっても、夫婦の財産関係を明らかにする利益を否定すべきではないとしている。

(10) 現行法成立過程については、我妻栄・戦後における民法改正の経過六二頁、中川善之助・新民法の指標と立案経過の点描六二―六三頁、七六一―七七頁参照。

(11) この「養子をする」ということの意味は、世間の用語では「養子を取る」ということで、養親を主体にした法律上の用語である。

(12) 完全養子とは、養子縁組することにより、実親及びその親族いわゆる実方(じつかた)とは法律上断絶し、養方(ようかた)において完全嫡出子化する養子のことである。一九六七年のヨーロッパ養子協定が完全養子の原則を掲げて以来、この完全養子の名称が国際的に定着しつつあるといわれている(中川高男「特別養子制度(実子特例法など)の問題点」△現代家族法大系3V一八四頁)。

(13) スウェーデンは一九一七年の養子法以来、養親の年齢を二五歳以上とし現在にいたっている。一九六九年の婚姻法改正時、および一九七〇年

現行家族法における若干の問題点

の親子法改正時に、養親の年齢制限を一八歳に引き下げることが検討されたが、多数の支持を得るにいたらなかった(菱木昭八郎「スウェーデン養子法」△ジュリスト七八二号V四二頁)。

(14) 川井健「西ドイツの養子法(上)」△ジュリスト七八二号V二六頁。

(15) 島津一郎・親族・相続法入門法律学全集8V一三三頁。

(16) 同右。

(17) 川井健前掲論文(註14)三〇頁。成年養子について、これを契約自由の原則から肯定しつつ、未成年養子と比較して著しくその性質が異なるので、未成年養子には、家庭裁判所による許可だけでは不十分で、成年養子とは異なる法律対策が必要であり、未成年養子について許可の省略を定める民法七九八条但書は、蛇足・無益であるというより、有害であるという主張がある(立石芳枝「未成年養子の許可」△現代家族法大系3V一六〇頁)。

(18) 日本婦人団体連合会編・婦人白書(一九八二)一八七頁。

(19) この問題については、批判的立場の前掲(註17)立石芳枝「未成年養子の許可」参照。

(20) 最高裁判決昭和二十七年一〇月三〇日民集六卷九号七五三頁。

(21) 川田昇「『子のため』の養子」(民法講座7)二二四頁。

(22) 最高裁判決昭和三九年九月八日民集一八卷七号一四二二頁、家族法判例百選(第三版)一一〇頁。

(23) 我妻栄「養子二題」(ジュリスト一八五号)二二二頁。

(24) 最近のものとしては、最高裁判決昭和五十六年六月一六日民集三五卷四号七九一頁があり、これで戦後四度目の判決となる。

(25) 川田昇前掲論文(註21)二二八頁。

(26) 我妻栄「無効な縁組届出の追認と転換」(法学協会雑誌七一巻一号)八頁以下。

(27) 東京高裁判決昭和四三年二月二七日判例時報五二〇号五四頁。

(28) 川田昇前掲論文(註21)註80。

(29) 最高裁判決昭和四九年二月二三日民集二八巻一〇号二〇九八頁。

(30) 最高裁判決昭和五〇年四月八日民集二九卷四号四〇一頁、家族法判例百選(第三版)一一六頁。

(31) サンケイ新聞昭和五八年六月二十九日朝刊。

(32) 子殺し問題については、中谷瑾子「子殺しに対する法の役割」とくに刑法の視座からのアプローチ」(現代家族法大系3)三六三頁以下に詳述されている。

(33) 特別養子について我妻博士は、次のようにいっておられる。「世間には、ほんとうに実子として、自分の生んだ子供のようにして育てたいという欲求もあり、これが子供のためにはほんとうに幸福な場合もある。だから、個人的・契約的な養子制度のほかに、別に特別養子というものを認めよう。それは赤ん坊をもらって育てる、その赤ん坊は、実親との関係は全部切れて、まったく養親に生まれたと同じような身分関係を生ずるものにして、……略言すれば、(1)粟の上から貰って育てて、戸籍の上でも養子ということを不明にしておきたい、という社会的要請に答えること、(2)実親との関係を絶って全く養親の親族団体にとりかこまれてしまう養子と認めること、の二つの目的をもつ」と(我妻栄「親族法の改正について」法律時報三一巻一〇号一三頁)。

(34) 中川淳・前掲書(註3)一五〇—一五二頁。

(本学教授・法学)