

国連「婦人の一〇年」

——日本民法上の女性の地位——(一)

International Women's Year

——Women's Situation in Japanese Civil Law——

目次

- は し が き
- (一) 氏
- (二) 同居・協力・扶助の義務
- (三) 夫婦財産制
- (四) 離婚
 - (1) 離婚の自由化
 - (2) 子の監護養育(以上本号)
- (五) 財産分与制度
- (六) 内縁
- あ と が き

西^{にし}
山^{やま}
井^せ
依^い
子^こ

周知のように、国連「婦人の一〇年」の折り返し点であった一九八〇年の七月、コペンハーゲンで開かれた「世界会議」に、日本は一四カ国と共に参加し、「婦人差別撤廃条約」に五一カ国代表と共に署名した。そして、日本政府は「今後五年間に条約批准に向けて国内体制整備に努力する」と公約した。ところで、本条約の最大のポイントは、その前文で「社会及び家庭における男子の伝統的役割及び婦人の役割の変更が、男女の完全な平等の達成に必要である。」とうたっているように、男は社会で仕事、女は家庭で家事育児という固定的伝統的男女の役割分担を変えなければ、真の男女の平等はやって来ないということである。⁽¹⁾

そこで、男は仕事、女は家庭といういわゆる主婦天職論の下に理論構成されてきた従来の日本民法上の女性の地位が、「婦人差別撤廃条約」の批准と共にどのように改正されるべきかを検討するのが、本稿の目的である。

(1) 西山井依子・「国連『婦人の一〇年』—日本におけるベティ・フリーダンの女史の講演を中心として—」・大阪経済法科大学法学研究所紀要・創刊号・一九八二年・一一三頁以下参照。

(一) 氏

一、日本では、明治初年までは、氏は武士の専用するところで、平民は原則として氏を持たなかった。明治三年九月太政官布告六〇八号で平民にも氏を許し、同五年改姓を禁じ、同八年布告二二号で平民にも氏を持つことを強制した。そして、明治三十二年に公布、施行された民法は、戸主によって統率された「家」という集団を想定し、氏を家の

呼称とし、「戸主及び家族ハ其家ノ氏ヲ称ス」(民旧七四六条)と定めた。従つて、夫婦親子は、家を同じくする結果として、氏も同じくした。⁽¹⁾

昭和二年一二月公布、同三年一月一日施行された改正新民法は、家を廃止したが、氏を廃止しなかった。しかも、夫婦親子同氏の原則をとり(民七五〇、七九〇、八一〇条)、また氏を自由に変更することも許さない。そういう点からみると、新法は「家」の制度を廃止したのだから、その当然の結果として氏は「個人の呼称」となったと言わねばならないのだが、しかし、現行法においても氏は「単なる個人の呼称」のみに尽きるのではなく、「個人の呼称」プラス何ものかがある、すなわち、共通の氏を称すべき「家」とは別の何らかの集団あるいは共同体のようなものがあるのではないかと考えられた。そこで、現行法上の氏の性格について色々な学説が述べられた。その一は、氏を「家族共同体の名」または「家庭の名」と解する説であり、その二は、「血縁集団もしくは血統の名称」と解する説であり、その三は、「同籍者集団の名称」と解する説である。しかし、これらの学説は大勢を占めるに至らず、新憲法の定める「個人の尊厳と両性の本質的平等」の精神により、わが国の家族制度が法的に完全に解体され、徹底した個人単位のものになったのであるから、氏もまた「個人の呼称」とみるべきであると一般に解されている。⁽²⁾

二、さて、現行法上、「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。」(民七五〇条)と定められている。夫婦が夫の氏を称するか妻の氏を称するかは婚姻の際に協議によつて定められるが、まったく別な第三の氏を称することは許されない。そして、この夫婦同氏の規定は、単に婚姻の際だけでなく、婚姻関係の継続する間を通じて支配するものと解されている。

この現行法規定に關しては、先に見たように新憲法は「個人の尊厳と両性の本質的平等」の精神により「家」を廢

し「個人」を単位としたのだから、その当然の結果として氏は「個人の呼称」となったと言わねばならないのだが、ただ、夫婦同氏とするのが「習俗と国民感情」に合するものとしてこのような規定がなされたと言えよう。⁽³⁾しかし、この「習俗と国民感情」たるものは、男は社会で仕事、女は家庭で家事育児という従来の主婦天職論により裏付けられたものであると言える。改正民法第一次草案では、「夫婦ハ共ニ夫ノ氏ヲ称ス但当事者カ婚姻ト同時ニ反対ノ意思ヲ表示シタルトキハ妻ノ氏ヲ称ス」とされていたのが、その後の過程において占領軍の要求もあって現在のような規定ができたと言われている。そして、この過程は、夫中心の考え方から完全に夫婦平等の規定への変化として捉えられている。⁽⁴⁾しかし、この過程における占領軍の真の狙いは、夫中心の規定を完全に夫婦平等のものにすることよりも、日本国民を戦争に導いた家族制度を廃止することにあつたのではないかと思われる。主婦天職論に裏付けられた習俗と国民感情を前提とする限り、夫の氏を夫婦共通の氏とするのがむしろ習俗と国民感情に合致すると思われるからである。ドイツ男女同権法案の理由書が力説しているように、⁽⁵⁾夫婦がいかなる氏を称するかは、「秩序に関する規定 eine Ordnungsvorschrift」であつて、夫婦の権利に関することではないといふことになる。⁽⁶⁾実際のところ、欧米先進諸国では、通常夫の氏を夫婦共通の氏としてきたのである。⁽⁷⁾

従つて、日本民法改正後、夫婦平等の七五〇条の規定にもかかわらず、圧倒的多数の場合に妻が夫の氏を称している現状は、⁽⁸⁾古い家族制度の名残りもさることながら、主婦天職論に裏付けられた国民感情の現われとみることができらるだろう。そこで、現行の夫婦同氏に対する批判をして、「圧倒的多数の場合に妻の方が氏を改める実情は―氏を改めない方が夫婦のための新戸籍の筆頭者となるという戸籍法の規定(戸一四条)と結びついて―夫婦の結合における平等の理想の向上に害ある」とし、夫婦別氏を主張するのは、主婦天職論に裏付けられた国民感情を前提とする限り、

「どこまで実効があるか疑問であり、立法に対していささか過大な要求をするものと感じられる。」⁽⁹⁾ ということになのである。また「あえて夫婦が別氏でなければ、妻の自主性がないかのごとく思うのは浅薄な考えであり、やはり婚姻を明らかにする意味からいっても、夫婦同氏の方がよいのではあるまいか」と⁽¹⁰⁾ ということにもなるのである。

ところが、従来の男は社会、女は家庭といった国民生活の代りに、男も女も共に社会、家庭で平等に仕事を分担し合う国民生活が行われるようになると、個人の呼称としての氏は夫婦別氏とすることが当然のことながら習俗と国民感情に合致したものとなる。一九八〇年七月、デンマークのコペンハーゲンで開かれた国連婦人の一〇年「世界会議」においても、大きな話題の一つとなったのは、二つの姓名を持つ女性の悩みやその解決法であった。婚姻後夫の姓に法律上は変えたものの、仕事上はペンネームとして従来の姓を使ってきた女性が、各国の女性ジャーナリストの中に意外と多かった。しかも、これは先進国第三世界を問わず世界共通の現象であり、日本の女性記者に関しても同様であった。そして、彼女たちは記者登録もホテルの宿泊もバスポートのいわゆる本名を使い、何時も仕事で使っている姓名とは違うため、連絡上さまざまな混乱が起ったということである。「世界会議」の事務局は有効な手段を示しえなかったが、「自分たちの本当の名前を持ちそれを貫くことにこそ大切な意味がある。」⁽¹¹⁾ という発言に、多くの女性が共感の拍手を送ったということである。

このように、女性が社会で働く場合、夫婦別氏が要求されるのであるが、夫婦別氏に伴って子の氏をどうするかという問題がある。一九六五年に家族法を制定した東ドイツでは、その立法過程で、夫婦別氏を認めるかどうかが大きな問題となった。草案では、夫婦同氏を原則としながら別氏を選択できる道を開いたのであるが、結局、子の氏が父母の一方と異なることは好ましくないということと、夫婦が共同生活をする以上、一つのファミリーの名称の下に共

同生活を送ることに意義があるのではないかということ、夫婦同氏にすることで落着いたということである。⁽¹²⁾しかし、氏を純粹に個人の呼称と考えるならば、子の独立の人格を認めるためにも親子同氏の必要はないと思われる。離婚、再婚が増え、婚姻外の子が急増している世界の状況からしても、かえって親子別氏の方が子のためであると言えないだろうか。⁽¹³⁾

一九七五年、メキシコで開かれた国際婦人年「世界会議」で採択された「世界行動計画」の線に沿った立法第一号として、日本では、一九七六年(昭和五一年)に、離婚による復氏を定めた民法七六七条が改正され、離婚後の氏の自由選択が認められた。⁽¹⁴⁾しかし、身分法小委員会では、「夫婦別姓を認むべきか否か等の問題につき、なお検討の必要がある。」として、夫婦同氏を定めた七五〇条は据置かれた。しかし、「社会及び家庭における男子の伝統的役割及び婦人の役割の変更が、男女の完全な平等の達成に必要である。」とする「婦人差別撤廃条約」を批准する限りは、少なくとも夫婦別氏選択の自由を認めることが絶対に必要だと思われる。

- (1) 清水兼男・「夫婦と氏」・家族法大系Ⅱ・一九五九年・一六二―三頁、我妻栄・「親族法」・法律学全集23・一九六一年・四一五―六頁参照。
- (2) 清水・前掲・一五九―一六一頁、我妻・前掲・四二―二頁、黒木三郎・「夫婦の氏」・注釈民法20・一九六六年・三一―九頁参照。
- (3) 我妻・前掲・七七、四一―六頁参照。
- (4) 清水・前掲・一六三―四頁、黒木・前掲・三二〇頁参照。
- (5) 我妻・前掲・八〇頁参照。
- (6) 主婦婚の場合、対外的に活動するのは夫なのだから、便、不便という観点だけからすれば夫の氏を夫婦共通の氏とするのがむしろ当然ということになるだろう(鍛冶千鶴子・「夫婦別姓と男女の平等」・女たちの民法問答・一九七九年・四〇頁参照)。

(7) 我妻・前掲・八〇頁、黒木・前掲・三二〇—一頁参照。
(8) 例えば、松浦千蒼・「夫婦の姓をめぐって」・ジュリスト増刊総合特集—「現代の女性—状況と展望」・一九七六年・二〇—頁によると、昭和四八、九年に、全国平均で婚姻の九八・九%までが夫の氏を称する婚姻をしている。

(9) 我妻・前掲・七七頁。

(10) 清水・前掲・一六六頁。

(11) 朝日新聞朝刊・一九八〇年七月一九日(土)・一三面・「名前二つ持つ女性の悩み——世界婦人会議でもう一つの話題——」参照。

(12) 鍛冶・前掲・四〇—一頁参照。

(13) このように夫婦親子別氏で、氏は他人と識別するための「単なる個人の呼称」にすぎないとすると、名だけでよく別に氏をつくる必要はないことになるが、名だけで個人を表わす場合同名が非常に多くなり不便である。名という小分類の上に氏という大分類がある方が便利であると言えよう(清水・前掲・一六一頁参照)。

(14) 本条改正過程について、松浦・前掲・一九九—二〇〇頁参照。

(二) 同居・協力・扶助の義務

A 同居義務

一、明治民法は、「①妻ハ夫ト同居スル義務ヲ負フ。②夫ハ妻ヲシテ同居為サシムルコトヲ要ス」(民旧七八九条)と定めていた。つまり、夫は夫婦共同の居所を決定する権利義務を有し、妻はこれに追従する権利義務を有するといふことであり、換言すれば、妻は夫が任意に定めた居所において生活する義務を負わされていたので、男女両性の本質的平等の思想と相容れるものではなかった。かくして、新民法は、「夫婦は同居しなければならぬ」(民七五二条)と、同居義務について男女両性の本質的平等の要請に基づくものになったのである。⁽¹⁾

二、ところで、夫婦の同居義務は、夫婦共同生活の本質的要素であり、夫婦共同生活関係における本質的義務であるとされている⁽²⁾。果してそうなのであろうか。確かに、欧米資本主義諸国は、居所決定権が夫婦のいずれにあるにせよ、こぞって夫婦同居義務を定めているようであるが、しかし、ソビエト、中国においては夫婦間に同居の法的義務はないということである。そして、ソビエト、中国のそのような考え方は、「夫婦双方の職業の選択及び社会活動の自由」を強調するところからきているということである⁽³⁾。従って、夫婦の同居義務は夫婦関係の本質的義務とすることはできないのであって、わが国において、夫婦同居義務が夫婦関係の本質的義務とされているのも、主婦婚を普遍絶対のものとして疑われない従来の固定観念に基づくものと言えよう。

もっとも、現行民法上も、同居義務の免除や無期限に別居するという契約はもちろん無効であるし、一定の期間を限る別居の合意も、合意のみを理由として相手方の同居請求を拒みえないという意味で無効であるとされながらも、同居義務は帰するところ夫婦関係の実を挙げ、夫婦の平和・円満を期することにあるわけであるから、弾力性ある判断をなすべきであるとされている⁽⁴⁾。そこで、同居に堪えない暴行・虐待、疾病等別居に正当の理由がある場合には、判例上も同居義務はないものとされ、更に以上のような以前から続く判例に加えて、昭和三五年頃から、婚姻関係が破綻し円満な共同生活の継続が期待できないとして同居請求の拒否を認める判決がかなりの数にのぼっている⁽⁵⁾ことである。しかし、女性が社会で働くのが原則的な社会となり、ソビエト、中国のいわゆる「夫婦双方の職業の選択及び社会活動の自由」が強く要求されてくると、夫婦同居義務を夫婦関係の本質的義務とすること自体が問題となってくるであろう。

B 協力義務

一、明治民法は協力義務については別段にこれを規定していなかったが、新民法は、「夫婦は互いに協力しなければならぬ。」(民七五二条)と新しくこれを規定した。⁽⁶⁾

ところで、夫婦の協力は夫と妻の分業による協力であるとされ、夫の職分は外で働き夫婦共同生活の財政的基礎を作り、妻の職分は家において家政をとり子の哺育にあたることとされた。そして、夫婦それぞれがその職分を担うとして協力することが、憲法にいう「夫婦が同等の権利を有することを基本として、相互の協力により、維持され」る婚姻関係(憲二四一条一項)であるとされた。⁽⁷⁾しかも、この夫婦それぞれの担当職分は神の定めた天職とさえ考えられ、妻が外で働くことは夫の職分を侵害することになり、従って、夫の同意を必要とし、またたとえ妻が外で働いても、夫が家事育児を手伝うことは論外とさえ考えられてきたのである。⁽⁸⁾

二、ところで、憲法二七条は、「すべて国民は、勤労の権利を有し、義務を負ふ。」と規定している。これは、自ら職業をもち自らの勤労によって自らの生活を支えることが、人間としての基本的権利であると同時に義務であるということを宣言したものである。もちろん戦前の大日本帝国憲法にはなかった規定である。この憲法二七条にいう「勤労の権利」は、人間としての根源的な願い⁽⁹⁾としてすべての人に保障されたものであって、従って、性別役割分業の思想を否定する意味をも有するものと言えよう。そのように解すならば、民法七五二条にいう「夫婦の協力義務」は、憲法二七条にいう「勤労の権利」を女性に保障すべく、夫が積極的に家事育児を分担することを義務付けたものと言えるだろう。⁽¹⁰⁾

C 扶助の義務(婚姻費用分担の義務)

一、明治民法では、「夫婦ハ互ニ扶養ヲ為ス義務ヲ負フ」(民旧七九〇条)としていたのであるが、新民法はこれを

説

改めて、「夫婦は互に扶助しなければならぬ。」(民七五二条)とした。この「扶養」と「扶助」とは、文字の差ではなく本質から導かれる差であるとされている。すなわち、夫婦間の扶助は、自分の生活に余裕のある場合に相手の窮乏を外部から支持する親族間の扶養(いわゆる生活扶助の義務 *Unterstützungspflicht*)とは異なり、もっと切実なものであって、夫婦関係という本質的なものを前提として、相互的犠牲の意思に基づいて相手の生活を自分の生活として保障すべきもの(いわゆる生活保持の義務 *Unterhaltspflicht*)とされている。⁽¹¹⁾

二、ところで、民法七五二条にいう夫婦間の扶助は、具体的には未成熟の子を含む夫婦一体としての共同生活に必要な衣食住の資を供給し合うことであるとされている。しかるに、民法は別に「夫婦は、その資産、収入その他一切の事情を考慮して、婚姻から生ずる費用を分担する。」(民七六〇条)と定め、この「婚姻から生ずる費用」には夫婦共同生活に必要な一切の費用を含むのみならず、未成年の子の養育費・教育費をも含むとされている。そこで、これら二つの規定は範囲において重複するので、両者の関係をいかに解釈すべきかが問題となった。これについて、学説は、一般に夫婦の扶助義務と婚姻費用分担義務の本質的同一性を指摘し、両者は観念的あるいは概念的には区別することができるが、機能の面ではまったく同一事項を目的とすると解する。⁽¹²⁾ 判例もほぼ同様であって、夫婦の扶助義務は婚姻費用の分担として実現されるから、夫婦の扶助義務は婚姻費用分担義務の中に吸収されるとし(大阪高決昭三三・六・一九家月一〇・一一・五三)、また生活費は、婚姻費用分担審判と生活保持義務審判(家審法九条一項乙類三号と一号)とのいずれによっても請求できるとしている(大阪高決昭四四・五・二三家月二二・二一・四五)⁽¹³⁾。これに対して、家事審判法、家事審判規則における両者の手続上の差異に注目して、主として実務上で、婚姻費用の分担と夫婦間の扶助義務の内容上の差異を強調する説が現われ、解釈が岐れた。また法原理の相違から、財産法原理の支配する婚姻

費用の分担が終ったところに夫婦間の扶養が始まるとする見解(沼・「財産法の原理と家族法の原理」・一八一頁)もある。⁽¹⁴⁾更に、婚姻共同生活体の存続いかにより両者の適用が定まるとも説かれた。⁽¹⁵⁾

三、ところで、夫婦間の扶助義務と婚姻費用分担義務とを同一視する通説の場合も、両者を区別する他の諸説の場合も、従来の学説はおしなべて、婚姻費用の分担義務を夫婦それぞれが自身の生活費を各自自身で負担する義務というように理解するのではなく、夫婦が相互に^{なす}扶け合う義務というように理解していると言える。これはまさしく主婦天職論を前提とした発想と言えるのであって、夫婦の「相互」扶助というのも、本当は夫の「一方的」扶助を意味しているのであって、夫が妻を扶ける^{なす}のだという考えの上に立っているのである。妻は未成年子と同様に夫が扶助せねばならない弱者、無能力者であるという考えの上に立っているのである。⁽¹⁶⁾

しかし、妻も夫と対等に社会で働き、夫と同じく有能力者であることを前提とするならば、婚姻費用の分担義務は、夫婦各自が自身の生活費を各自自ら負担する義務ということになる。このように解するならば、七五二条の扶助義務と七六〇条の婚姻費用分担義務の関係も自然にはっきりしたものとなる。すなわち、一方、七五二条の夫婦間の扶助義務は、一般親族扶養の場合と同じように、相手方の生活困窮を要件としてはじめて発生する義務として理解することになる。ただし、その相手方の生活困窮の程度は、夫婦の場合とは一般親族の場合とは自ずと異なったものとなり、相手が自分と同じ程度の生活ができなくなったときということになるだろう。すなわち、夫婦の本質からして、夫婦間の扶助義務はいわゆる生活保持義務として、一般親族間のいわゆる生活扶助義務とは異なるものと解することになるであろう。しかし、他方、七六〇条の夫婦間の婚姻費用分担義務は、相手を扶ける^{なす}いわゆる扶養の問題ではなく、純粹に民法のいわゆる自己責任の原則を基調にした、自身の財産と労力とで自身の生存を維持すべき義務を定めたもの

と解すことになると思われる。

- (1) 林 信雄・「夫婦の同居協力義務」・家族法大系Ⅱ・一九五九年・一七四頁参照。
- (2) 林・前掲・一七三、四頁、我妻・前掲八二頁、黒木三郎・「同居・扶助の義務」・注釈民法②・一九六六年・三二八頁参照。
- (3) 黒木・前掲・三三四頁以下参照。
- (4) 林・前掲・一七四―五頁、我妻・前掲八二―三頁、黒木・前掲・三二八―九頁参照。
- (5) 小田島真千枝・「妻による同居請求の許否」・別冊ジュリスト・66号・「家族法判例百選」(第三版)・一九八〇年・三二―三頁参照。
- (6) 林・前掲・一七八頁参照。
- (7) 我妻・前掲・八三頁参照。
- (8) 「自身自身の努力で、金をとりたい」という欲求を満足させるだけのことで家庭を外にする妻(島津一郎・「財産分与の請求」・注釈民法④・一九六六年・一九五頁)という表現は、この夫婦の役割分担に関する伝統的な意識を端的に示すものであろう。更に、「主婦としての妻の家事労働は婚姻法上、民法七五二条の『協力』の内容を構成するものとして位置づけなければならぬ。……この『協力』義務の具体化として、七六〇条に『婚姻費用の分担』が定められていると解される。そして妻は、……家事労働を担当することによってその協力義務をはたすのである。……ここで重要なことは、夫の物質的な婚姻費用分担も妻の家事労働も、婚姻共同生活の維持の次元では、法的に同等な貢献―経済的価値は異なるであろうが―と評価されることである。性別分業をふまえた機能的同権論とはまさにこのような理解に結実するのである。しかも今日の家事労働は、とくにその家事管理的側面は、家事・育児の商品化の弊害から家族を守る―都市化・商品化の砂漠の中でオアシスとしての家庭をまもる―ものとして今日ますます重要視されるべきものであつて、家事労働のこのような福祉的有用性からして、右のような位置づけは当然というべきであろう。」(深谷松男・「夫婦の財産関係と家事労働」・法学セミナー増刊・「日本の家族」・一九七九年・三二〇頁)というの、従来の男女の役割分担に関する最も典型的な理論づけ方法と言えるであろう。しかし、家事労働の福祉的有用性からしてなぜに当然に女性のみが家事労働を負担すべきことになるのであろうか。
- ところで、「わが国の場合、新中間層の家族では、夫婦の性別分業体制が不動で、しかも完全な形態で存在するという特徴をもつことがアメリカの社会学者ホーゲル(E. F. Vogel)の調査によって明らかにされている(ホーゲル・佐々木徹郎訳編『日本の新中間階級―サラリーマンとその家族―』(昭和四三年誠信書房)一五四頁)。……夫婦の性別分業体制に関して、

- グート(W. J. Goode)は、未開社会と高度の産業社会とを問わず、性別分業は男女の生物学的条件や男女の平等の観点に基づいているのではなく、男性の本来の仕事はすべての女性の仕事より高級なものだとみなされ、女性はそのような高級な仕事を担当すべきではないという合理化ないしは道徳規範による正当化が行われた結果だとみるのである(グート・松原治郎『山村健訳『家族』(昭和四二年、至誠堂)一二七—一二八頁)。資本制社会では、商品的価値のある一般の仕事は貴重であるが、商品的価値のない家事は貴重とはいえないとする考え方が支配し、子どもに対しても、その社会化の過程で、男の子に対しては通常の仕事は男らしいものとして尊ばせ、家事などは男子のやる仕事ではないと蔑視させる教育が行われ、性別分業を正当なものとして受容せしむべき精神状態が形造られるのである。したがって、男性は高級な社会的仕事に生きがいを感じ、家事などを行おうとしない。(有地 亨・『家』の崩壊と妻の地位—現代主婦論—ジュリスト増刊総合特集—「現代の女性—状況と展望」・一九七六年・一八八—一九頁)
- (9) 鍛冶千鶴子・「妻の就職に反対する夫」・女たちの民法問答・一九七九年・六九頁参照。
- (10) 若菜允子・「家事・育児と夫婦の役割」・女たちの民法問答・一九七九年・六七頁参照。
- (11) 林・前掲・一七八頁、我妻・前掲・八四頁参照。
- (12) 我妻・前掲・八四—六頁、黒木・前掲・三三一—二頁、有地 亨・「婚姻費用の分担」・注釈民法(20)・一九六六年・三八—三頁参照。
- (13) 有地・前掲・三八三頁、立石芳枝・「夫婦間の扶養義務と婚姻費用分担との関係」別冊・ジュリスト・66号・「家族法判例百選」(第三版)・一九八〇年・三五頁参照。
- (14) 有地・前掲・三八三—四頁、松本タミ・「別居中の婚姻費用分担の義務とその程度」・別冊ジュリスト・66号・「家族法判例百選」(第三版)・一九八〇年・四〇頁参照。
- (15) すなわち、「夫婦と親子を家族構成員として把握し、それらの者に一体的な生活保持のための経済的負担を義務づけているのが、婚姻費用分担の規定ということになる。これにたいして、七五二条は、夫婦を家族構成員として把握せず、家族関係から捨象された個別的関係にあるものとして捉えているのであって、かような個別的な夫婦間の扶養義務は、一般親族扶養の場合と同じように、民法の自己責任の原則を基調にしたところの、相手方の生活困窮を要件としてはじめて発生する義務として理解することができる。したがって、……夫婦が婚姻共同生活体を構成する場合は、夫婦の一方は、他方にたいして、本条(七六〇条)により同一程度の生活を営むべくその生活を最低生存費まで切り下げることを要求することもできる。しかし、夫婦の共同生活体が存続しないときは、夫婦の一方が生活に困窮している場合にかぎり他方に請求できるが、この

場合に生活程度の同一性は要求されない。……すなわち、夫婦が一体的な婚姻生活共同体を構成して共同生活関係を保持する可能性の存するかぎり、夫婦間の生活費は本条(七六〇条)によって夫婦で分担されることになるが、夫婦間に共同生活関係が失われ、その回復が期待できない場合には、七五二条によって請求されることになる。」(有地・前掲・三八四―五頁)

(16) ちなみに、明治民法七九八条一項は、「夫」(または女戸主)は「婚姻ヨリ生ズル一切ノ費用」を負担すると定めていた。

(三) 夫婦財産制

一、夫婦の財産関係は、経済的、社会的諸条件に照応して時と所によって各種の夫婦財産制の型を生じた。これを大別すると、吸収帰一制(すべて夫の財産となるもの)、共産(有)制、別産制の三基本型になる。また、この財産の帰属による種別と並んで、管理権の所在による種別がある(夫が妻の財産を管理する場合、共同管理の場合、別々の管理の場合)。そして、これら種々の組み合わせによって多数の型を生ずるが、多くの立法例は一つの型を法定財産制とし、契約(夫婦財産契約)によって他の型を選択することができるものとしている。しかしながら、夫婦財産契約が結ばれる事例は少なく、大多数の夫婦間の財産関係は、法定財産制によって規制されているのが実状である。従って、法定財産制が各国の制度の基礎と言いつるのであるが、その推移をみると、無条件な吸収帰一制は姿を消し、夫が妻の財産を管理する制度も影が薄くなった。そして、両性の平等を理想とする近代国家は、おおむね別産別産管理制を立法の基調としている。ただ、婚姻共同生活の維持と妻の協力の結果を妻に帰属させる目的のために、取得財産共有制または所得共同制(婚姻中に取得された一定の財産を共有とするもの)と、附加利益共有制または剰余共同制(婚姻中に各自の財産の増加した部分を実質的に共有とみるもの)が優勢を占めていると言えようである。⁽¹⁾

わが国は明治民法においてもすでに別産制を夫婦財産制の基調とし、「妻又ハ入夫カ婚姻前ヨリ有セル財産及ヒ婚

姻中自己ノ名ニ於テ得タル財産ハ其特有財産トス」(民旧八〇七条一項)と定めた。しかし、そこではなお家父長制的原理が強く支配し、管理共通制がとられ、夫は妻の財産を管理するのみならず、妻が戸主の場合を除き用益権を有するものとした(民旧七九九―八〇三条)。このことが、妻の無能力制度(民旧一四一八条)とあいまって別産制を無意義なものとしていた。その反面、夫(または女戸主)は「婚姻ヨリ生ズル一切ノ費用」を負担すると定められていた(民旧七九八条一項)。これに対して、現行民法は、日本国憲法二四条の精神に基づいて、家、戸主、家督相続の制度を廃止して、夫婦財産制においては別産制を宣言し、「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。」(民七六二条一項)と定め、更に、旧法が管理共通制によって別産制を骨抜きにしてきたのに対して、夫婦各自が自己の特有財産を独立して管理することを当然の前提として(独立管理制)、特に管理規定を設けることをやめて、完全別産制の建前をとっている⁽²⁾。

二、以上のように、夫婦財産制に関して、民法は完全別産制を採用しているというのが学説のほぼ一致した見解であると言うことができるが、完全別産制においては、夫婦間で抽象的には財産は夫婦のいずれか一方に帰属することになり、特別の財産契約を結ばない限り、婚姻によって財産が共有となることはない。婚姻前から有する財産はもちろん、婚姻後の労働所得、不動産所得、その他売買、贈与、相続など自己の名によって取得する財産は、すべてその者に帰属する。妻の家事担当が一般的である現在では、その家事労働は夫の勤労所得にどれだけ貢献しようとも妻の所得を生ずることはない⁽⁴⁾。

そもそも、民法七六二条一項の別産制は、立法当時においては、家父長制的家制度の家族財産関係法原理を打破する意義を持って登場したのである。別産制における夫婦の対等性の宣言は、旧法の管理共通制が結局夫の専権管理権、

収益権を許し、妻に対する夫の支配を可能にしていたのを反省して採用された。そして、それは、たとえ形式的にはあっても、個人主義的法意識あるいは妻の自覚の形成に寄与したことは大きいと言わねばならない。しかしながら、夫婦各別にその取得した財産を所有し、各別に管理するという別産制は、本来的に個人主義的原理であって、夫婦のいわゆる実質的同権の原則に相応するものではなく、また妻保護のためのものでもないのである。⁽⁵⁾そこで、このような現行法に対して、妻の家事労働を法律上も正当に評価し、夫婦の実質的平等を民法上に表わすべきではないかと考えられるようになったのである。⁽⁶⁾その場合、夫婦の平等を実現するには、結局立法措置によるほかないとする者や、⁽⁷⁾七六二条の別産制そのものの修正は企てず、協力した妻の保護は夫婦財産制の外に求めて、妻の協力を物権的ではなくその協力の程度に応じて夫婦相互間の債権的ないし不当利得的構成によるべきであるとするとする者もあるが、民法七六二条二項の共有推定規定を拡大解釈することにより、実質的に一種の取得財産共有制を加味しようとする解釈論が有力のようである。

三、ところで、以上のような諸々の主張は、夫婦間における男女同権の原理を浸透させ、家族内部での妻の地位を夫の地位にまで引き上げるためには、妻の無償の家事労働を夫の生産労働と同等に評価する法的措置を必要とする⁽¹⁰⁾という考えに基づくものである。しかし、このような主婦労働価値論が、男性優位の社会体制を維持していくべく女性を家庭にしばりつけるための論理であり、「母性 (la maternité)」を「家事」ないし「家庭」と読みかえ性の宿命のごとくに女性を家事にしばりつけようとする主張であることは、このたびの「婦人差別撤廃条約」の精神からしても明らかである。本条約の精神に基づき、男女が社会でも家庭でも仕事を分担することを前提とする限り、男女の経済的独立を認める現行民法上の完全別産制こそ、法定財産制として維持すべきものであると思われる。なるほど、ソ

ビエトでは所得共同制が採用されているということであるが、それは、ソビエトで離婚が多いことの最も大きな原因が「社会と家庭における男女平等の不均衡」に求められているように、男女平等が進んでいる国の一つとして定評のあるソビエトでも、社会の中では男女の平等が実現しているにもかかわらず、家庭の中では現在もなお男女の事実上の不平等が残されていること⁽¹³⁾によるものと思われる。

かくして、家族内部での妻の地位を夫の地位にまで引き上げ、夫婦間の実質的平等を実現するのは、妻の無償の家事労働を実質的に生産労働と同一に評価するというのではなく、夫のみが負担していた婚姻費用を夫婦が各自負担すべきと同様に、妻のみが負担していた家事労働を夫婦各自が負担すべきことにあるように思われる。

- (1) 小室直人・「夫婦の財産の区別」・家族法大系Ⅱ・一九五九年・二五六―七頁、我妻・前掲・九九―一〇〇頁、有地・亨・「夫婦財産制」・注釈民法④・一九六六年・三五六頁参照。
- (2) 小室・前掲・二五七―八頁、我妻・前掲・一〇〇―二頁参照。
- (3) 有地・「特有財産、帰属不分明財産の夫婦共有の推定」・注釈民法④・一九六六年・四〇―一頁、中尾英俊・「夫婦の平等と夫婦財産制」・法律時報・三三卷・九号・一九六一年・一四頁、山口純夫・「家事労働の評価」・現代家族法大系Ⅱ・六三頁参照。これに対して、有地・前掲は、「わが民法の法定夫婦財産制が完全な別産制を採用したものであると断定することは多少疑問におもわれ、とくに財産分与請求権を規定する七六八条との関連においてさらに検討を加える必要がある。」(同四〇一頁)とされ、「わが民法の夫婦財産制の法的構成は、婚姻継続中の夫婦の財産の分別と婚姻解消後における婚姻中の所得の分割という、かの夫婦財産制の複合形態をとり、所得共通制あるいは所得参与制と同一の範疇に入るのであって、完全別産制ではないとみることも可能である。」(同四〇三頁)とされる。更に、千葉地判昭和三十一年二月二一日の裁判長高根氏は、夫の収入は夫婦によって得た財産であるから共有とすべきであるとされ、民法は原則として夫婦共有財産制をとり、例外として特有財産を認めたのであるとさえされている(高根義三郎・「夫婦財産共有について」・判例時報七三号・一九五六年・一頁以下)。

- (4) 小室・前掲・二五九頁参照。

- (5) 深谷・前掲・三一八頁参照。
- (6) 完全別産制をめぐる議論の契機ないしは発端となった判例として、山口・前掲・六六頁は、千葉地判昭和三年二月二一日(行集七・二・二三八)を、また、人見康子・「登記簿上の名義と夫婦の特有財産」・別冊ジュリスト・66号・「家族法判例百選」(第三版)・一九八〇年・四六頁は、最判昭和三四年七月一日(民集一三・七・一〇二三)をそれぞれ挙げている。
- (7) 中尾・前掲・一九頁。しかし、九十嵐清・「夫婦財産制」・家族法大系Ⅱ・一九五九年・二二〇頁は、わが国には伝統、社会的基盤が存在しないので、法の改正はいたずらに法と現実との遊離が生ずるだけだろうとされている。
- (8) 沼 正也・「内助の功」の法的把握」・法学セミナー六八号・一九六一年・七〇頁。
- (9) 我妻・前掲・一〇二―三頁、加藤水一・「夫婦の財産関係について」・民商法雑誌四六卷一号・一九六二年・三頁、深谷・前掲・三二二頁。
- (10) 有地・前掲・四〇八頁参照。
- (11) 鍛冶千鶴子・「夫婦財産制の今日的課題」・ジュリスト増刊総合特集「現代の女性―状況と展望」・一九七六年・二一四頁参照。
- (12) 五十嵐・前掲・二〇六頁、有地・「夫婦財産制」・前掲・三五七頁参照。
- (13) 稲子宣子・「ソ連―社会主義・共働き・離婚―」・世界の離婚―その風土と動向―一九七九年・一六〇頁参照。

四 離 婚

(1) 離婚の自由化

一、西欧諸国における離婚法の発展は、世俗化の動向と、自由化の動向によって特色付けられる。すなわち、近代離婚法は、中世カトリック教会の婚姻非解消主義からの離脱というかたちで成立し、それは、個人主義、自由主義の影響の下に、次第に離婚の自由拡大の方向へ向かっていった。そのような離婚の自由化の動向は、一口に言って、離婚原因における有責主義から破綻主義への発展として捉えることができる。すなわち、当初、離婚は有責配偶者に対

する制裁、無責配偶者の有責配偶者からの救済と考えられ、配偶者の一方の有責行為のみが離婚原因とされた。その離婚原因は、最初は、姦通その他一定の非行に限定されたものであった(限定的有責主義)が、漸次その非行の数は増し、やがて広く有責行為全般が認められるようになった(一般的有責主義)。しかし、婚姻関係が事実上崩壊し、離婚を承認せざるをえないような事態は、必ずしも配偶者の有責行為のみに基づいて発生するとは限らない。そこで、有責行為がなくても離婚の可能性を与える無責的離婚原因が、離婚原因拡大の過程において登場してきた。その代表的なものが、生死不明や精神病であった(限定的破綻主義)。そして、最後に、広く婚姻関係の破綻そのものが離婚原因とされるようになり(一般的破綻主義)、離婚は、有責配偶者に対する制裁としての意味を失い、婚姻の破綻による苦痛から配偶者を救済すべきものと考えられるようになった。⁽¹⁾特に、第二次世界大戦後の急激な社会変動に伴い、一九六〇年以降相次いでなされた欧米各国の離婚法改正の動向は、一般的破綻主義の全面的採用の方向にあり、離婚の自由拡大は急速に進みつつある。⁽²⁾

二、キリスト教の影響を受けなかったわが国の離婚制度の特色は、明治民法以来、西欧諸国と異なり、協議離婚制度を裁判離婚と併存して有することである。⁽³⁾

わが国では、明治民法制定まで、夫の方では自由に離婚ができ、妻の方からは離婚する方法はなく、明治六年の布告でようやく離婚の訴えが認められたのである。従って、民法が協議離婚と裁判離婚の二つを認めたことは、一方では、夫の単意離婚(追い出し離婚)を禁じたことになり、他方では、妻からも離婚を請求しうることをはっきり認めたことになる。ただし、その協議離婚については、きわめて形式的な要件を定めたに止まり、手続としては戸籍の届出だけで、裁判所の積極的関与はなかったのである。従って、合意についての妻の自由な意思が保障される途はなく、

妻の不知の間に離婚届が出される例さえ必ずしも稀ではなかった。更に、裁判離婚についても、限定的有責主義をとった(ただし、唯一の例外として、三年以上の生死不明がある)が、夫と妻との間に貞操上の不平等があり、また、配偶者の直系尊属との不和を離婚原因として掲げる家族制度の反映したものであった。⁽⁴⁾

これに対して、大正の臨時法制審議会の改正要綱は、裁判離婚の原因として、妻の不貞行為、夫の著しい不行跡、配偶者からの甚だしく不当な待遇、配偶者の自己の直系尊属に対する甚だしく不当な待遇または配偶者の直系尊属より受けた甚だしく不当な待遇、三年以上の生死不明という具体的な離婚原因の他、「其他婚姻関係ヲ継続シ難キ重大ナル事情存スルトキ」(改正要綱第一六〇一ノ六号)という規定を挿入して、旧法の限定的有責主義に対して、一般的破綻主義を採用しようとした。のみならず、具体的な離婚原因たる事実が存在する場合でも、「総テノ関係ヲ綜合シテ婚姻関係ノ継続ヲ相当ト認ムルトキハ離婚ヲ為サシメサルコトヲ得ルモノトスルコト」(同上第一六〇二)と定めて、具体的な離婚原因とされる事実もまた結局裁判官の自由裁量に服するものとした。一方からみれば、破綻主義の極致に達したものであるが、他方からみれば、離婚請求の最低線も崩れるおそれを生じたことも否定しえないであろう。⁽⁵⁾

改正現行民法上、離婚形態として協議離婚(民七六三条以下)と裁判離婚(民七七〇条以下)という二本建が維持された点では、離婚法の制度的枠組そのものの変更は少なかったと言いうる。すなわち、現行民法は、協議離婚の要件については何らの修正を加えず、裁判離婚の原因については、有責事実の不貞行為、悪意の遺棄について夫婦の平等を明らかにし、責任のない事実として、三年以上の生死不明の他に回復の見込のない強度の精神病を加え(民七七〇条一項一号―四号)、更に、「その他婚姻を継続し難い重大な事由があるとき。」(民七七〇条一項五号)という規定によって、一般的破綻主義を明らかにした。ただし、具体的な離婚原因たる事実の存在する場合にも、「一切の事情を考

慮して婚姻の継続を相当と認めるときは、離婚の請求を棄却することができる。」(民七七〇条二項)ものとした。これらの規定が、すでに改正要綱によってうちだされていた方向にそうものであったことは、明らかであろう。そして、それは、有責主義から破綻主義へ、個別的具体的離婚原因から一般的抽象的離婚原因へという離婚法発展の一般的な動向とも合致するものであった。⁽⁶⁾

三、民法七七〇条が破綻主義離婚法を宣言したと見ることに異論はない。七七〇条をもって、限定的有責主義(不貞・遺棄)、限定的破綻主義(生死不明・精神病)、および一般的破綻主義(婚姻を継続し難い重大事由)の規定が混在しているともみることも不可能ではないだろうが、立法の趣旨は、七七〇条全体を通して破綻主義離婚法を確立しようとしたものであると言えよう。すなわち、不貞と遺棄とは、これらが有責的行為なるが故に離婚原因とするのではなく、かかる有責行為を婚姻破綻の象徴とみて、これらを離婚原因とするのである。⁽⁷⁾従って、七七〇条一項一号ないし四号の具体的離婚事由は、五号の破綻事由の例示と言いうる。⁽⁸⁾

ところで、有責主義離婚法の下では、一方では、婚姻関係を侵害するような行動をとった配偶者に対して、その罰として離婚が課せられ、従って、離婚原因に該当する有責行為があれば、原則として離婚が認められなければならない。他方では、離婚請求者は、婚姻に誠実であったことに対して、その報償として離婚という特別の救済が与えられるので、無責であることが要求される。これに対し、破綻主義離婚法の下では、離婚は、有責配偶者に対する制裁としての意味を失い、有責、無責を問わず、婚姻の破綻により苦痛を受ける配偶者に対して与えられる救済として理解される。⁽⁹⁾従って、婚姻が破綻したときには、その責任がいずれの配偶者にあると否とを問わず、いずれの配偶者からも離婚を請求しうることになる。すなわち、婚姻関係の破綻が離婚請求者の有責行為によって生じた場合であっても、

その離婚請求が認められなければならないことになる。そこで、このような無制限な破綻主義の採用に対して、無責配偶者の保護救済または有責配偶者への非難の観点などから疑問が投げかけられたのである。このようにして、破綻主義の理解をめぐって、破綻の認定があれば当然に離婚が認められるべきものとするいわゆる積極的破綻主義と、その際にもなお婚姻継続を相当とする事由があれば離婚を拒否しようと解するいわゆる消極的破綻主義の対立を生むこととなった。⁽¹⁰⁾

判例は、昭和二七年の最高裁判決(最三小判昭・二七・二一・一九民集六・二一・一一〇)以来、消極的破綻主義の立場に立っている。学説は、この昭和二七年の最高裁判決を機縁として、この問題に取り組むようになったのだが、判例を支持するいわゆる消極的破綻主義の立場が、通説的地位を占めて今日に至っている。⁽¹¹⁾この消極的破綻主義の見解は次のようである。すなわち、婚姻破綻が認定される限り裁判所は離婚判決を下さざるをえないとなると、離婚を欲する当事者は婚姻関係を破壊しさえすればよいということになり、破綻主義は、かつての専権離婚、追出離婚とほとんど差異のないものになってしまうだろう。更に、有責配偶者の離婚請求を認めることは、婚姻関係から生ずるところの誠実、同居、協力、扶養などの法的義務違反を容認することを意味する。⁽¹²⁾そして、婚姻の解消をさわめて容易にすることは、法的統制を放棄し、婚姻法、離婚法、性秩序とかいうものを無用の長物と化してしまうおそれすらある。また、「何人も自己の過失から法的利益を得ることなし」という法の一般原則は、破綻主義離婚法の下においても生きて⁽¹³⁾いる。それに、財産分与をいかに理想に近く実現しても、一定額の短期間における分割払が最も実現しやすい実情であることに想いいたると、夫婦関係を継続して共通財産の利用と扶助料の請求を認めることには、はるかに及ばない事実を否定しえない。そして、国民の倫理観念がこれを反撥することも無視することはできない等々である。⁽¹⁴⁾

ところで、以上のような判例、通説の消極的破綻主義の立場については、破綻主義の原則に対して制限規定を置いていたスイス民法やドイツ婚姻法が先導的役割を果たしたことは、十分に推認できる。⁽¹⁵⁾しかし、本論の有責配偶者の觀念は、西欧では、キリスト教的道徳観に発生すると見られるものでもある。⁽¹⁶⁾従って、キリスト教の影響を受けなかつたわが国においての判例および通説の消極的破綻主義の理解は、わが国固有法における夫の専権的単意離婚以来の、いわゆる夫の追い出し離婚の伝統が、大きく作用していることは間違いないように思われる。すなわち、前に一言したように、わが国は、明治以来、西欧諸国と異なり協議離婚制度を裁判離婚と併存して有してきたが、これは、それまでの夫の一方的な専権的単意離婚を改めて、裁判によらない限り、妻の同意なしには離婚ができないようにと、重要な改善を企てたものであった。しかし、その協議離婚については、きわめて形式的な要件を定めたに止まり、手続としては戸籍の届出だけで裁判所の積極的関与はなかった。従って、合意についての妻の自由な意思が保障される途はなく、夫や家長による追い出し離婚が、協議離婚の形式を借りて行われ、妻の不知の間に離婚届がなされることさえも絶無ではなかつた。⁽¹⁷⁾このようなわが国固有法以来の夫の追い出し離婚の伝統が、新法下でも後遺症として残り、それが裁判離婚に関する判例、通説の消極的破綻主義の立場となつて現われたと思われる。しかし、消極的破綻主義者が言うところの、いわゆる夫の追い出し離婚から妻を救うということも、婚姻の継続により妻に経済的効果を与えんとするもう一つの主張からもうかがえるように、婚姻関係を愛情の面からではなく、むしろ生活の面から捉え、婚姻を永久就職、生活の手段とする考え方に基礎を置くものと言え、それは、無責配偶者の保護の名の下に相手方有責配偶者の妾關係を温存させる結果となつて、結局のところ、個人の尊厳と幸福よりも、家の維持を重要視し、事実上妾を公認したところの旧法の家制度の考え方の延長線上にあるものと言えないだろうか。そして、

説

そこには、終戦後、憲法上は、家制度が廃止され、個人の尊厳が認められたものの、それが国民自らがち取ったものでなく連合軍により与えられたものであったということ、そして、何よりも、「隣人愛」、パンのみに生きるのではない「人間の尊厳」、「一夫一婦制」等々を説くキリスト教の伝統をわが国がもたないということ、そういったわが国特有の歴史的背景があったことも否定しえない事実であろう。従って、問題は、妻の社会的経済的自立以前の、国民の意識そのものの中にあると思われる。そのことは、女性の社会的、経済的自立を認めるソ連、中国において、有責配偶者の離婚請求が判例上制限されていたこと、そして、女性が社会的経済的自立を達成している社会主義国においてだけでなく、必ずしも女性の社会的経済的自立を達成していない欧米諸国においても、いわゆる積極的破綻主義の立場をも一步踏み越えた考え方が立法上採用されてきている事実⁽¹⁹⁾から、うかがえるだろう。

従って、婚姻関係を、キリスト教的道徳観はさておき、男女の生活のための打算的關係としてではなく、男女の真の愛情を基礎とした人格的結合關係として捉える限り、破綻した婚姻關係は当然に解消が許されるべきで、有責配偶者からの離婚請求理論自体、無意味なものとなるだろう。しかし、そのような愛情を基礎とした人格的結合としての婚姻關係は、男女が共に社会でも家庭でも自立を達成し、両者が完全に対等の立場に立つてこそはじめて可能となるのであり、それは、また言い換えるならば、社会生活、家庭生活の両面において、男女が対等に仕事を分かち合うことにより、居食住の生活の面で男女が自立を達成したとき、はじめて、婚姻はその本来の真の姿に戻ることができるのではないか。

(一) 我妻 栄・前掲・一二〇頁、阿部 徹、「比較離婚法概説」・注釈民法(2)・一九六六年・九一〇頁、吉田欣子、「婚姻破綻の認定について」・現代家族法大系2・一九八〇年・二〇七―八頁参照。

- (2) 吉田・前掲・二〇八頁参照。一定期間の別居だけで婚姻破綻が推定され、事実審理なしに離婚が認められるものとする法改正が、資本主義諸国だけでなく、社会主義諸国においても相次いで実現された(湯沢雅彦その他五名・「世界の離婚―その風土と動向―」・一九七九年、湯沢雅彦・「欧米の婚姻観はどう動いているか」・桜陰会会報一〇六号・一九八〇年二月五日・一面、門坂正人・「欧米諸国における破綻主義立法の新展開について―離婚原因法を中心に―」・現代家族法大系2・一九八〇年・一二五頁、野村豊弘・「欧米諸国における破綻主義立法の新展開について―フランス法を中心に―」・現代家族法大系2・一九八〇年・一四七頁、高橋忠次郎・「有責配偶者からの離婚請求」・現代家族法大系2・一九八〇年・一九四―九五頁参照。
- (3) 高橋・前掲・一八八頁参照。
- (4) 我妻・前掲・一二一―三頁参照。
- (5) 我妻・前掲・一二三頁、阿部 徹・「抽象的離婚原因(一項五号)」・注釈民法④・一九六六年・二七九頁参照。
- (6) 我妻・前掲・一二三―四頁、川井 健・「離婚をめぐる諸問題」・法学教室第六号・一九六三年・二五頁、阿部・「抽象的離婚原因(一項五号)」・前掲・二七九―八〇頁参照。
- (7) 泉 久雄・「七七〇条一項一号ないし四号の位置付け」・注釈民法④・一九六六年・二五八頁参照。
- (8) 高橋忠次郎・「目的主義と有責主義」・家族法大系Ⅲ・一九五九年・一二一―三頁、高橋・「有責配偶者からの離婚請求」・前掲・一二一―三頁、我妻・前掲・一七〇頁、泉・前掲・二五九頁、吉田・前掲・二〇八―九頁参照。
- (9) 阿部・「比較離婚法概説」・前掲・九一―〇頁参照。
- (10) 阿部・「比較離婚法概説」・前掲・二二頁、浦本寛雄・「有責配偶者の離婚請求」・別冊ジュリスト・66号・「家族法判例百選」(第三版)・一九八〇年・六四頁、高橋・「有責配偶者からの離婚請求」・前掲・一八五―六、一八八頁参照。
- (11) 浦本・前掲・六五頁参照。
- (12) 阿部・「比較離婚法概説」・前掲・二五頁参照。
- (13) 泉 久雄・「七七〇条一項一号ないし四号の内容」・注釈民法④・一九六六年・二六七―八頁参照。
- (14) 我妻・前掲・一七六頁参照。
- (15) 高橋・「有責配偶者からの離婚請求」・前掲・一九〇頁参照。一九〇七年のスイス民法一四二条は、「婚姻共同生活の継続を期待しえないほど深刻な婚姻関係の破綻が生じたときは、夫婦はいずれも離婚の訴を提起することができる。」(同条一項)とし、ただ、「この深刻な破綻が、主として夫婦の一方の責に帰すべきときは、他方のみ離婚の訴を提起することができる。」

(同条二項)と定めた。また、一九三八年のナチスドイツ婚姻法五五条は、「夫婦の家庭的共同生活が三年以上廃止され、深刻かつ不治的な破綻の生じているときは、各配偶者は離婚請求をなしうる」(同条一項)こととしたが、その場合でも、「離婚を請求する配偶者が、全くまたは主としてこの破綻に責を負うときは、他方は離婚に対して異議を述べることができる。この異議は、婚姻の本質および配偶者双方の全行為を正当に評価する場合、婚姻の維持が倫理的に正当とされないときは、これを斟酌しない。」(同条二項)と定めた。

(16) 高橋・「有責配偶者からの離婚請求」・前掲・一八六頁参照。

(17) 我妻・前掲・一二二、一二七頁参照。

(18) 高橋・「目的主義と有責主義」・前掲・一三六頁参照。

(19) 浦本・「有責配偶者の離婚請求」・前掲・六五頁参照。なお、本注(2)参照。

(20) この点、高橋・「有責配偶者からの離婚請求」・前掲・二〇六頁は、「不必要」となったとされている。

(2) 子の監護養育

一、以上のように、家庭の内外における男女の自立を前提とした上で、離婚の自由を認めるとして、子の監護養育をどうするかという問題が残る⁽²¹⁾。

親子法は、「家」のための親子法から「親」のための親子法へ、更に「子」のための親子法へと三転しており、従って、親権法もまた同一の転化をとげてきている。明治民法は、親子法・親権法については、「子」のための発展段階にあったフランス・ドイツの法制を手本としていたので、親権法はすでに「子」のための段階のものであったことは間違いないが、家族制度を固守したので、親子法・親権法もまた家の制約を脱することはできなかった。親権は、「子」のためだけでなく、「親」のため「家」のためという三時代の性格を担わされていたのである。すなわち、明治民法は、家族制度を固守したので、親権は家長権を實質的に承継ぐことになり、「子」は家ニ在ル父ノ親権ニ服ス但独立ノ生計ヲ立ツル成年者ハ此限ニ在ラス」(民旧八七七条一項)というように、独立の生計を立てない子は成年の

子もまた親権に服するものとされてきた。また、明治民法典の制定にあたり、親権は父権とすべきか親権とすべきかが激しく争われたが、結局のところ、「家ニ在ル父」を第一次的親権者とし、「父カ知レサルトキ、死亡シタルトキ、家ヲ去リタルトキ又ハ親権ヲ行フコト能ハサルトキハ家ニ在ル母之ヲ行フ」(民旧八七七条二項)して、「家ニ在ル母」にも第二次的親権を認めることに着した。しかし、母の親権行使については、母の理財能力、母が他家から入った者である事情等を考慮して、それが重要な財産行為に関するものである場合には、更に親族会の同意を要すべきものとし(民旧八八六条)、かつ、母に限って何時でも理由のいかんを問わず、財産管理を辞することができるとしていた(民旧八九九条)。このような親権が、敗戦により、個人の尊厳と両性の本質的平等の要請に基づき、子の福祉を目的とする「子」のための二〇世紀的親権に一気に飛躍せしめられた。すなわち、「成年に達しない子は、父母の親権に服する。」(民八一八条一項)として、親権は、すべて未成年の子に対してのみ認められるものとして、親権からその父権的要素を取り除き、未成熟子の監護・教育という本来の性格に徹したのである。また、「親権は、父母の婚姻中は、父母が共同してこれを行う。」(民八一八条三項)として、父母は全く対等に親権を行使しうることとなった。⁽²²⁾

二、このように、戦後の改正により、現行新民法は、父母婚姻中は未成年の子は父母の共同親権に服するものとしたのであるが、離婚に際しては、夫婦の共同生活が分裂するため、その一方が親権者となり、当然に単独親権に移行するものと定めた(民八一九条)。⁽²³⁾そこで、離婚に伴い未成年の子の監護をめぐる紛争が生じることとなった。⁽²⁴⁾未成年者の監護養育を誰がするか(父母いずれが親権者として監護するか、親権者と監護者を別にするか、第三者に監護を委ねるか)という問題⁽²⁵⁾の他、親権者にならなかつた親は、離婚後は子との共同生活は解消され、しかも、子に会ったり、話したりするような一切の交渉ないし接触から除外されてしまふべきものであろうか、といういわゆる面接交渉権の

問題、更に、現に未成年の子を監護中の親からもう一人の親がその子を実力で奪い去る場合のいわゆる子の引渡請求の問題等である。これらの問題について種々の解決策が論じられているが、しかし、問題は、離婚に至るまでは父母が共に親権者として子の監護養育にあたってきたにもかかわらず、離婚に際しては、当然に単独親権に移行し、父母の一方は、民法八三四条が定める親権喪失原因としてのいわゆる「親権の濫用」のあるなしにかかわらず、親権を剝奪される点にあるように思われる。²⁸⁾

ところで、民法は、父母が離婚するとき、その一方を親権者と定めなければならないとした他、子の監護者を定めるものとした(民七六六、七七一条)。旧法においても、親権者の他に監護者を定めることを認めた(民旧八一一条)。しかし、旧法では、離婚後の親権は多くの場合子とともに家に残る父に専属するという前提に立ち、その父との協議が成立したときだけ監護者を別に定めうるものとしたから、結局、父が同意しない限り、監護は親権とともに父に属する結果となった。この点、新法は、親権者と同様に監護者の決定も父母の協議によることとした。しかし、新法もこれを監護「権」とはいわないのみならず、監護の責務のなくなった者をなお親権者としている。従って、新法もまた、いわゆる監護者とは、単に監護を依頼された者で、委任契約ないし雇用契約に基づいて事実上の監護をする権限しかもたず、言ってみれば、乳母同然の権限しか与えられていない者とする。ところで、旧法では、父だけが婚姻中のみならず離婚後も当然に親権者であったから、離婚後の母をせめて監護者になりえしめることに大きな意味があった。ところが、新法になって、母は、婚姻中は父と共同親権者、離婚後も監護者だけでなく単独親権者にさえもなる機会を得た。このように規定の外見はあくまで父母平等である。にもかかわらず、監護者に関する規定はほぼ旧法当時と同様な役割を監護者に予期して残され、実際の運用上父母平等を期待しにくいものであった。父が単独親権を主

張して譲らぬ限り、社会的地位の低い母は監護者に甘んじざるをえなかつた。そこで、そのような母を、単なる事実上の「監護者」から、親権内容分担者としての「監護権者」に高め、ひいては母一般の地位を高めることが考えられた。このようにして、とりわけ、親権の内容を身上監護と財産管理に二分して父と母とに分属させることも可能だとするドイツの男女同権法による民法改正が、立法論として支持され、また、解釈論としても、民法が、宣告又は辞任によって財産管理権がなくなり、身上監護権だけとなった親権を認めている(民八三五条、八三七条、八六八条)ことから、離婚の際に父母の一方を親権者、他方を監護者と定めたときは、後者を親権者とは呼ばずとも、なお身上監護の内容とする独立の権限を有する者とすることも不可能ではないと考えられた。⁽²⁹⁾

ところで、親権を父親に独占されてしまうのではないかという当初の懸念をよそに、今日、母が親権者になる割合はほぼ七〇%であるということである。⁽³⁰⁾これは、もちろん、女性の社会的地位が向上したことによるものと言えるだろうが、しかし、何よりも、男は社会で仕事、女は家庭で家事育児という従来 of 国民意識が、経済の高度成長による核家族化の促進により、より表面化したことの現われであるように思われる。この点では、旧法時代に、母を監護者とする道を開いたことも、新法下で、母の地位を高めるべく、親権の内容を二分して父を財産管理権者、母を身上監護権者としようとした考えも、すべて、家事育児は母がするのが当然であるという固定観念に基づいていることは否めないだろう。⁽³¹⁾それでは、このような従来 of 固定観念に基づくのではなく、社会での仕事も家庭内での家事育児も、男女が共に分担すべきであるという新しい考えの下では、離婚後の父母の親権はどうあるべきであろうか。もちろん、父母共同親権であるべきだと思ふ。たとえ夫婦は離婚しあかの他人となつても、親子の關係は切れないのであり、子を監護養育する義務は消えない。また、親である限り、父母共に同じように子を愛し、子を必要としている。子供の

方も、両親を同じように愛し必要としている。それを、離婚に際して、当然に父母の一方の単独親権とし、他方の親権を剝奪してしまうことは、大変不自然であり、不健全である。子の監護養育権をめぐる紛争が生じるのも当然である。まして、社会での仕事のみならず家庭内での家事育児も父母が分担するのが当たり前という社会になれば、父母共同親権が当然の成り行きとなろう。そのことを証明するのが、ボン賞受賞の朝日新聞社特派員下村満子氏現地ルポ⁽³²⁾の、アメリカの男たちの「共同保護養育権」獲得運動であると思われる⁽³³⁾。これは、たいていの子供たちは、よほどの例外を除いて父母のいずれをも愛しているし、欲している。これまでは、それを親のエゴで無理に一方の親から引き離してきた。法律も裁判所もそれを奨励してきた。しかし、それは子供の人權を一方的に踏みこじるものだ、という発想に基づいている。ところで、この「共同保護養育権」という言葉は、アメリカにおいてさえ、まだ多くの人に誤って理解されている。「共同」という意味が、子供たちを一週間とか一カ月とかに区切って分け合う方式だと思っている人が多い。それは、あくまでも別れた夫婦の状況や都合できめればよいことで、法律はそんなこまかいところまで規制しているわけではない。問題は、子供たちを物理的に半々にすることではない。両親が法的に全く平等の親権を持つということである。夫婦は別れても、子供たちは依然として二人共通のものであり、裏返せば、親の離婚により子供たちが自動的かつ強制的に片親を失うことではないということでもある。どちらの親も会いたい時に自由に子供に会う権利があるし、子供の方もうしろめたい気持ちをもたずに両方の親の間を自由に往き来できる。週末だけ子供と会うことが許されている「ウィークエンド・ファーザー」の悲哀も解消されるし、先妻があの手この手で子供と父親との面会を妨害することも違法となる。子は母親と一緒に暮らすものという既成のルールも当然通用しなくなる。子の教育、宗教、職業の選択、結婚、医者を選択等、すべて父親も平等に発言権を持つことになる。離婚カウンセ

セラ一のヘレン・ベネットは、こうした家族を「大家族」と呼んで、離婚の激増するアメリカで、当面考えうる最良の解決法として離婚相談にやってくる夫婦にすすめている。「大家族」という意味は、これまでの核家族を左右に引きのばし、右側の家に父親、左側の家に母親がおり、その二つの家の間の廊下を子供が往き来する、といった「引きのばされた家」を想像すればいいと彼女は説明した。子供たちは、左と右の両方の家にそれぞれ自分の部屋を持っているだけのことで、これまでよりも多様で変化に富んだ日常生活ができる。いわば別荘と自宅、あるいは郊外の家と都市のアパートを両方持って生活している人と近い状況になると思えばいいのだそうである。⁽³⁴⁾

ところで、このような大家族は、単に物理的空間的拡大のみならず、精神的拡大、すなわち家族の心の拡大も意味するものと思われる。離婚した夫婦は、少なくとも子の親としてお互いにかかわり合っていく以上、お互い自分のものとして独占できないあかの他人どうしだからといって憎しみ合うことは許されない。相手を許す心の広さを要求される。もちろん、お互いに子供を独占、私物化することは許されない。子の方も、両親を失うことはないが、両親を独占することは許されない。このように、お互いに相手を独占化、私物化しない夫婦親子の関係は、従来の一心同体的夫婦親子の関係と違って、一定の間隔を置いたさめた関係でもある。ウェットな日本人には少しなじみにくい関係かもしれない。しかし、このように、夫婦親子が、お互い相手を自分のものとして、すなわち自分の「所有物」として独占し合う関係ではなく、一個の独立した人格者として尊重し合う関係になってこそ、年々増加傾向を示している家庭の内外における子の暴力、親の子に対する虐待、殺害(なかでも最も多く占める親子心中⁽³⁵⁾)も阻止されていくのではないかとも思われる。⁽³⁶⁾

(21) 「ノーフォルトの離婚法が普及してくるにつれて、離婚法ないしは離婚訴訟の重点は離婚原因の問題から……とりわけ子

のカストディの問題へと移ってくる。」(米倉 明・ボストン法学見聞記(その二)・離婚裁判所・法学教室・一九八〇年一月号(二五号)・一〇一頁)

- (22) 於保不二雄・「親権・前注」・注釈民法(23)・一九六九年・二一三、六頁、山本正憲・「親権者」・注釈民法(23)・一九六九年・一七―八頁参照。

- (23) 「この離婚の際の共同親権から単独親権への移行を規定した民法の立法趣旨については、新法改正当初、立法関係者から、離婚後の共同親権は、『理想論としてはともかくも、實際論としては、実行が困難であろう。父母が離婚すれば、居住を異にするだろうし、子はそのいづれかに引取られているだろうから、その父母が協議しなければ、親権を行使し得ない』ということ、子にとって甚しく不利益であろう」(我妻栄・改正親族法相統法解説(一九四九年)一〇七頁)という説明が与えられ、今日でも同様の説明が繰り返されている(山本正憲・注釈民法(23)三二頁(一九六九年)、鈴木ハッヨ・判例コンメンタールⅧ親族法三六四頁(一九七〇年)。(川田 昇・「親の権利と子の利益」・現代家族法大系3・一九七九年・二二一頁)なお、明山和夫・「離婚後の親権と監護」・民商法雑誌・五三卷二号・一九六五年・一四三頁参照。

- (24) 「家裁の実務家を最も悩ます最近の実務上の問題の一つは、未成年の子の監護をめぐる紛争である。」(野田愛子・「未成年の子の監護・養子縁組をめぐる紛争の処理と展望」・ジュリスト・五四〇号・一九七三年・四七頁)「現在、家庭裁判所の実務家を悩ます最も深刻な問題は、子の奪い合いの紛争である。」(野田愛子・「子の監護に関する処分の基準について」・現代家族法大系2・一九八〇年・二二六頁)「最近未成年の子をもつ夫婦の離婚の増加などに伴い、未成年の子の監護をめぐる紛争が多くなっている。」(沼辺愛子・「子の引渡」・現代家族法大系2・一九八〇年・二六三頁)

- (25) 野田・「子の監護に関する処分の基準について」・前掲・二二七頁参照。

- (26) 田中・前掲・二四八―九頁参照。

- (27) 沼辺・前掲・二六三頁参照。

- (28) この点、川田・前掲・二二七頁以下は、「たとえば、父母の間で子を奪いあうといった紛争が量的に増大し、かつ次第に激しさを加えてきた背景として、しばしば核家族化の進展、子の出生率の低下、男女平等・共同親権の觀念の普及など様々なことが指摘されるが(野田愛子・「未成年の子の監護・養子縁組をめぐる紛争の処理と展望」・前掲・四七頁など)、離婚後の非親権者が事実上親たることを否定されるに等しい法的地位に置かれることが、親権・監護権への固執を招き、親権者の指定・変更等の事件を増大させ、かつ解決困難なものにしている一原因といえなくもない。」(同・二二七―八頁)として、「非親権者の法的地位について検討を加え、これに一定の権利義務を承認しよう」(同・二二八頁)と試みられ、「いわば親権

者の親権行使に対する一種の監視権」(同・二四〇頁)たる権利を、非親権者は「現時の親権の行使者すなわち単独親権者に對して」(同)有するものとされている。

(29) 立石芳枝・「親権の概念」・家族法大系V・一九六〇年・一四四頁、我妻・前掲・一四〇—一四四頁参照。しかし、これに對して、有地 亨・「未成熟子にたいする監護教育義務」・民商法雜誌・四六卷三号・一九六二年・四四六頁は、「たしかに、この西ドイツの親権分属制度は包括的、統一的親権概念を崩壊さし、その内容を具体化し、明確化する点で意味もあり、また、それは多くの場合、母である監護者を単なる事実上の監護者の地位から、親権の分担者として、法的責任の所在を明らかにされた監護権者の地位まで引上げる意義も大いにあった。しかし、……ここにおいては、監護権は財産管理権と同等のものであるとの評価が見られない。すでに見たように、親権はまさに監護権そのものであり、財産管理権は、監護権に附随するものとして、親の責任を強化する意味で、親権概念の中に内包された異質的な部分であった。……監護教育に関する法的責任を放棄し、親権の具体的内容としては、財産管理権を主として分担する者をなお親権者と呼び、この者に身分行為についての代理、同意権をあたえるのは、容易に親権に父権的性格を与える契機となりうる。」と、批判されている。それに、「親権者と監護者とを分属させた審判例は、……極く極く稀有な事例に属す。」(荒木友雄・「親権と監護の分離分属」・ジュリスト・六六一号・一九七八年・一一二頁)「全国家庭裁判所の統計によれば、昭和三十一年に取り扱われた親権者、監護者指定事件四〇二八件のうち、親権者のみが指定されたものは三、三二九件で、全体の八二・六パーセント、そのうち母を親権者としたものは一、八一八件(四五パーセント)、父を親権者としたものは一、五一一件(二七・七パーセント)であるが、親権者のほかに監護者が指定されたものは一二八件で、僅かに全体の三・二パーセントをしめるにすぎない。」(神谷笑子・「離婚後の子の監護」・家族法大系III・一九五九年・一八頁)「全国家庭裁判所の統計によれば、昭和三十六年度に扱われた親権者・監護者指定事件四、一四三件のうち、父を親権者と定めたものは一、七〇〇件(四一パーセント)、母を親権者と定めたものは一、九八八件(四八・二パーセント)、二人以上の子について親権を父母双方に分けたもの四三四件(二〇・四パーセント)で、母を親権者と定めたケースがかなり多い(司法統計年報昭和三十六年度家事編)。しかもそのうち親権者の他に監護者を指定したものは一二八件で全体の三・〇九パーセントにすぎず、その大多数が父を親権者、母を監護者と定めている場合である。」(神谷笑子・「子の監護者の決定」・注釈民法(四)・一九六六年・一五三頁)「昭和五二年司法統計年報・家事編(第一一〇表)によれば、離婚の調停成立又は二四条審判事件のうち、未成年の子の処置を決めた一〇、五七一件中、親権者父(二二・九%)、母(六八・九%)、双方(八・〇%)、決定なし(〇・二%)となっている。また、父親権者二、四二四件中、母監護者としたも

の一九八件、母親権者七、二八六件中、父監護者としたもの二件がある。」(野田・「子の監護に関する処分の基準について」・前掲・二三六頁注(9))これについて、有地・「未成熟子にたいする監護養育義務」・前掲・四三八、四四二頁は、「裁判の実態においては、親権概念の核心に監護養育義務が位置づけられ、……離婚後の親権者指定事件で、父母のいずれをとわず親権者と事実上の監護者とはほとんどの場合一致しているのであって、監護者を指定する事例が少いのも当然であろう。」とされている。このようにして、「監護者制度無用ないし価値減少を唱える立法論もあらわれることになった(岡「親子法をめぐる疑問」家裁月報七巻二号七頁。なお青山「改正民法と子の監護」近代家族法の研究一四九―一五〇頁、一五一頁、我妻Ⅱ立石・親族法相続法コンメンタール一三一頁参照)。……新法上親権者のほかに監護者をおく意味が減少したとする見解のなかには、民法七六六条の監護者とはそれが第三者である場合にかぎってみとめうるとの主張さえ生じている(岡・前掲・七頁、青山「改正民法と子の監護」前掲・一四九―一五〇頁、我妻Ⅱ立石・前掲・一三一頁)。(神谷・「離婚後の子の監護」・前掲・一八、二〇頁、「子の監護者の決定」前掲・一五三―一五六頁)この点、有地・「未成熟子にたいする監護養育義務」・前掲・四四四、四四六頁も、「離婚後の親権の共同行使は、同一の法的監護責任を負担する両親の意見の衝突などによって子の利益の害されることもあるのを慮って、単独親権行使が法定され、かつ親権の本質的内容は監護養育義務であることが理論上、判例上確認されることを承認するかぎり、親権は事実上の監護をなすべき者に付与されるべきであり、その者が監護の適格性を欠くようになれば、他方に変更すればよい。」「いずれの親にも監護をなすにつき不可能あるいは不適当な事情がある場合には、第三者を監護者に指定すべきである。したがって、第七六六条は、かかる場合に対処するために設けられた規定として、その『子の監護をすべき者』は第三者に限ると解すべきである。」とされている。しかし、「近時、『子の立場から考えて両親が協力して監護教育にあたる状態は最も望ましい』として、この理想を離婚後も実現しようとする立場から、監護者制度の活用を説く論者が次第に増え(荒木・前掲・一一八頁、畔上正義「親権者と監護者との関係について」ケース研究一三五号一九頁以下(一九七三年)など。なお明山「離婚後の親権と監護」前掲・一五五頁以下参照)。(川田・前掲・二三三頁)最近は、また、子を実力で奪い合うといった深刻な親権争いの解決策として、親権と監護とを分属させることが主張されている(荒木・前掲・一一二頁以下)。これに対して、川田・前掲・二三四―三五頁は、「監護者の権限が拡大強化されている今日、右のような活用により他方の親に監護が分属された後にいったい親権者に具体的にどれほどの権利義務が残るのであろうか。……そのような権利義務しかもたない親の方が親権者と呼ばれるのであるから、これを活用することは親権の空洞化を促進するという弊害をもたらすことになる。……前述のように、今日の親権争いの激化について、親権者になれないことがあたかも親たることを否定されるかのような結果が承認されていることに一原因を見出すことができ

るとしたら、右のような空洞化された権利義務の帰属が、どこまで実質的な解決に資することになるのか疑問である。このようにみえてくると、今日ではむしろ、監護・教育ということを親権の本質とみなしながら非親権者に監護教育権を包括的に分属させている監護者制度の存在自体が問い直されなければならないし、またそのような制度に、非親権者に権利義務を与える唯一の途を見出そうとしていることを問題としなければならぬように思われる。……親権は子の監護を現実に行う親に付与するものとして、七六六条にいわたる子の監護者とは、父母以外の第三者に限ると解すべきであろう。」とされている。一方、野田・「未成年の子の監護・養子縁組をめぐる紛争の処理と展望」・前掲・四九一五〇頁、「子の監護に関する処分の基準について」・前掲・二二二二頁は、「妥協的に分属説をとる効用は否定できない。」とされている。ところで、以上のような堂々回りの学説上の争いは、結局のところ、離婚に際して共同親権が当然に単独親権に移行するものと定められた民法八一九条を普遍のものとする暗黙の共同理解の上に立っていることによるものと言えよう。しかし、今や、民法八一九条そのものが普遍の原則を定めたものかどうかを問い返す時が来たように思われる。

(30) 野田・「子の監護に関する処分の基準について」・前掲・二二二頁。本稿本節注(29)参照。

(31) 子の奪い合いの解決策として親権と監護の分属を主張する荒木・前掲・一一二頁以下も、「いわば窮余の一策として、『では、夫を親権者に、妻を監護者に見たらどうかだろう。』といった妥協案を出して、初めて合意が得られることがある。……夫の側は、父と子のきずなを親権者という地位あるいは名称に求め、妻の側は、自分が実際にその手で養育できるという点で双方の愛情が満足させられ、父と母との子へのかかわり合いの差異から、いわばそこに妥協点が見出され、合意が成立することがある。」(傍点引用者)と、完全に主婦天職論の上に立っている。

(32) 下村満子・「アメリカの男たちはいま……家庭崩壊の嵐の中で」・第一部・シングル・ファザー」・週刊朝日・一九八二年一月一・八日合併号・二〇頁以下。

(33) 一九七九年九月、カリフォルニア州は、他州に先がけて、全米ではじめて、子供の「保護養育権」は、原則として「夫婦共同」のものとするという法案を、州議会会で可決した。そして、一九八〇年一月一日、その新法は発効した。これは、妻に離婚され、子供の保護養育権を奪われた一人の男ジェームス・クック(五七歳)が、自ら法案を作成し、多くの離婚した父親たちの参加と後押しの下にはあるが、実に四年にわたる辛抱強い議員に対するロビーイングと市民へのPR運動を続けたその執念の結果であった。それまで、米国の法廷は、離婚に当たって、子供の「保護養育権」をどちらか一方の親にほぼ一〇〇%ゆだねる「単独保護養育権」を原則としてきた。そして、過去の判例の九五%がそれを母親に与えてきた。従って、カリフォルニア州の新しい家族法は、これまでの離婚裁判を根底からくつがえす革命的な変革である。しかも、この新法は、

過去の離婚にも遡って適用されるという画期的なものであった。もちろん、ジェームス・クック氏の法案が通る以前から、「共同保護養育権」をすでに実行している離婚した夫婦たちはいる。ことに、ここ数年の間に、二三の州が、その家族法の中に「夫婦が事前に合意した場合に限り」という条件付で「共同保護養育権」の概念を加えている。しかし、夫婦の合意が成立するのはごくまれで、その上、その合意さえも、弁護士が儲けるために中に入れてこわしてしまいがちになっていくことが多いため、他州の「共同保護養育権法」は名ばかりのものになっている。カリフォルニア州の新法が画期的なのは、仮に夫婦の一方が反対しても、「共同保護養育権」は成立するという点にある。どちらか一方の親が子供にとって害になるほど不適当だと裁判所が判断した場合だけが例外となる。新しい運動や法改正は、すべてカリフォルニアから始まる、とよく言われる。ゲイの運動しかり、減税運動しかり、無過失離婚 No-Fault Divorce を認める「婚姻解消法」もここで端を発した。そして、この「共同保護養育権法」は、おそらく八〇年代の家族法改正運動の「台風の目」になるはずだ、と専門家たちはみている。実際、全米の「離婚した父親たちの集い」が当面の運動の最大の目標としているのが、この「共同保護養育権」を勝ち取ることなのである。ジェームス・クック氏は、昨年「全米男性連盟」の会長に選出された。彼はいま「共同保護養育権法」を全米に広げる運動にとりかかっている。カリフォルニア州に続き、ネバダ州が最近同法を通過させた。(以上、下村・前掲・一九八二年二月二日・二八頁以下参照。)

(34) 下村・前掲・一九八二年二月二日・三〇頁参照。「共同保護養育権」は、別れた夫婦が同じ町に住んでいるほうがスムーズにいくが、遠く離れて暮らす場合でも、双方に努力する意思さえあれば決して不可能ではない。弁護士のジョン・グロブは、自分と娘はアメリカ、先妻は再婚してロンドンという状況の中でも、「共同保護養育権」を上手に実行している。主として夏休みとか冬休みとかに、彼は娘をロンドンに送り、先妻と長期間過ごせるような配慮と取り決めをしている。「共同保護養育権」についてよく問題になるのは、両方の親の間を移動することで、子供が精神的に不安定におちいるのではないか、ということである。「平等の権利を求めるニューヨーク州の父親たち」の会長のジョン・ロックスラー(三八歳は、自分の経験から「そんなことは決してない」と言う。その証拠に、彼の子供たちはそれ以後すっかりノーマルになった、とも付け加えた。「人間だれでも、一定の予定に従って生活している。職場の予定、家庭の予定、学校の時間表等。それにもう一つ別のスケジュール表が加わったという程度のこと、頭で想像するほど面倒なことじゃない。人間が精神的に不安定におちいるのは、そうした物理的移動によるのではなく、人間関係によるのです。自分が受け入れられているか、人から愛されているか、といったようなね。子供たちが不安定な精神状態におちいるのは、片親を失ったり、引き離されたりしたときだ、という調査結果も出ています。」アルハンブラ(カリフォルニア)大学の心理学教授は、最近おもしろい調査を行った。八

歳から一三歳までの子供を対象に、両親が離婚してはいるが共同保護養育下にある子二〇人、離婚した後、一方の親から引き裂かれて育っている子二〇人、夫婦関係が円滑にいていない両親の子二〇人、比較的夫婦関係が円滑な家庭の子二〇人を調査した。その結果、「共同保護養育」下にある子の方が、単独保護養育下の子より、はるかに幸せ感と精神的安定を得ているばかりでなく、夫婦関係が険悪だが離婚せずにいる家庭の子よりも、これまたより精神的に安定している、ということがわかった。(以上、下村・前掲・一九八二年二月一日・二六、二九―三〇頁参照。)

(35) 栗栖瑛子・「子殺しの実態」・現代家族法大系3・一九七九年・三四二頁参照。

(36) ところで、この「共同保護養育権」の問題は、今女性運動家たちの間にも、次第に大きな波紋を投げかけ、論争を巻き起こしつつある。不思議なことに、「家事、育児からの解放」、「男も家事、育児の分担を」と呼び、E R A 男女平等憲法修正条項)を強く支持してきたはずのウーマンズの指導者たちが、こと「共同保護養育権」のこととなると、あまりいい顔をしなない。最近、NOW(全米女性連盟)のニューヨーク州支部は「共同保護養育権」に反対の態度を正式に表明、他の州の支部もそれに同調する様子である。カリフォルニア州で「共同保護養育権法」を通じたジェームス・クック氏は、こう言っているばかりでなく、「女性解放を主張する女性たちにとって、「共同保護養育権」ほど便利なものはないと思うのだが。離婚した後まで、家事、育児の半分を先夫が分担しようというのだから、女性はそれだけ身軽になり、自分の生活が持てる。それなのに、女性運動のリーダーたちが、『子供はやっぱり母親が育てるべきもの。子供は母親をより必要としている』などと言っているようでは、再び『女は家事、育児』という『おとし穴』に自らをおとし入れるようなものだ。』と。#ロサンゼルス市立大学のジェラルド・シルバー教授(経営学)は、ロサンゼルスに「アメリカ父権連盟」を設立、その会長でもあり、カリフォルニア州で「共同保護養育権法」を通じて、クック氏の強力な後ろだてになった人でもあるが、「結局のところ、子供を手放すことは金づるを失うこと。女性たちは、子供を使って男たちから金を引き出したのです。」と云う。しかし、一九七四年から七七年まで、NOWの会長を務めたカレン・デクローワさんは、今シラキュース(ニューヨーク州)で法律事務所を持つ弁護士であるが、「私は七〇年代のはじめから、一貫して『共同保護養育権』を主張してきた。」と説明した。そして、それに反対を唱える今のNOWを厳しく批判した。「男たちが、女性の社会進出に本能的恐怖を抱いたと同じように、女性たちも、これまで『女の聖域』とされてきた世界に男が入り込んでくることに、自分たちがおびやかされるような本能的恐れを感じるのです。」と。彼女は今「全米女性連盟」のメンバーであると同時に、「全米男性連盟」のメンバーにもなっている。「女性が本当に自由と平等を求めたら、『男性の自由と平等も同じように認めなければ本物じゃないと思っから。』とカレンは説明した。(以上、下村・前掲・一九八二年二月二六日・三九頁、二月二二日・三一頁参照。)

なお、米倉 明・「映画『クレイマー、クレイマー』(ポストン法学見聞記(その一))」・法学教室・一九八〇年一〇月号(副刊号)・一一五頁も、共同監護―ジョイント・カストディの日本民法上の活用を示唆されている。そして、アメリカで、今日大いに論争の的となっている Goldstein=Freud-Solnit, "Beyond the Best Interests of the Child," (Free Press, 1973) (以下 Beyond と略記)のいわゆる「継続性」のガイドラインは、ジョイント・カストディについて反対の立場をとるものであろうが、Beyond はまさに学界における最大の攻撃目標となっている観があり、判例も Beyond に敬意を表して、引用し眼を通したことを示しているもの、Beyond のガイドラインに従って事件を処理するまでには至っていない。日本の場合でも Beyond のガイドラインをそのままあてはめることには問題があろうとされている(米倉 明・「離婚裁判所(ポストン法学見聞記(その二))」・法学教室・一九八〇年・十一月号(二号)・一〇一―四頁)。しかし、日本でも、近時の有力説とされているこの「継続性」のガイドラインは(野田・「子の監護に関する処分の基準について」・前掲・二三四―五頁。なお、島津一郎司会・座談会・「現代の親子問題―子どもの利益を中心に」・ジュリスト・五四〇号・一九七三年・一五頁以下参照)、父母の共同監護が離婚後もそのまま継続されるときこそ、最もよく達成されるのではなからうか。(未完)