

# 離婚法制の諸課題をめぐって

第三特別調査室 筒井 たかし  
隆志

## 《 要 旨 》

- ・法制度の変更による権利の再配分は、国民の行動に大きな影響を与える可能性がある。
- ・我が国では、離婚における多くの決定事項が明文化されておらず、双方の合意がない場合には、離婚の成立、離婚給付・養育費の決定、子の帰属等については紛糾することが多い。
- ・離婚訴訟等の長期化や離婚後の経済基盤の脆弱化は、カップル及び子に対し、大きな負担となり、再出発への意欲を損ないがちである。したがって、離婚給付・養育費の決定と支払いのルール化、共同親権制度の導入により、離婚の手続きを簡素化し、当事者の負担を軽減するとともに、離婚後の生活の安定を図る必要がある。
- ・現在の少子化状況は、「女性の結婚ストライキ」的な側面があるといわれているが、上記の施策により、結婚生活の破綻において失うものがより大きいとされる女性の経済力が向上し、結果的に結婚へのインセンティブを高めることが期待できる。

## 1. 問題の所在

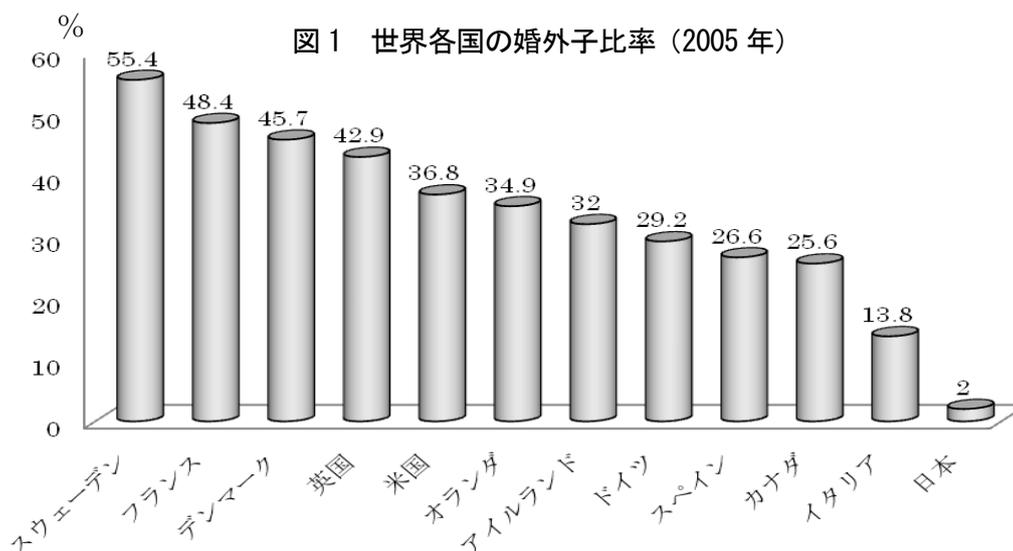
我が国の家族法は、近年の未婚・晩婚化の進行、女性の高学歴化と就業環境の整備、生殖補助医療の進歩等により、様々な修正への圧力にさらされている。

大村（2004）は、「家族にかかわる法制度には、今日、2つの異なる力が作用している」（368頁）として、選択的夫婦別氏制度の導入、離婚における破綻主義の徹底、子の相続分の平等化、最近の生殖補助医療をめぐる論議に見られる代理母容認論等「既存の制度を柔軟化しようとする力」及び任意後見契約の創出や、配偶者暴力防止法（DV法）の制定等「新たな制度を構築しようという力」を挙げているが、このような動きは、世界的にある程度共通したものであり、我が国固有のものではない。

欧米では、1960年代終わりから80年代にかけて、離婚法制の破綻主義化が進行した。かつては、多くの国で離婚そのものが認められていなかったことを考えると、これは大きな変化である。従来と比較して離婚が容易になった結果、離婚率の上昇が生じたことが報告されている<sup>1</sup>。このほか、欧米においては、国による差異は大きいものの婚外子の権利の保護、同棲カップルに対する一定範囲の権利付与等、家族法における規制緩和が進行している。

<sup>1</sup> 教科書的には、有責主義から破綻主義への移行は離婚率に影響を及ぼさないことになっているが、この議論は一種の思考実験のようになっており、破綻主義法制の離婚率への影響に関しては、星の数ほどの論文がある。その間の経緯についてはAllen(2002)に詳しい。González et al. (2006)のまとめによれば、現実には17%から20%の離婚率の上昇が生じているが、上昇は法改正後数年に限られ、いずれ元の離婚率に戻るという説も多い。

欧米における家族制度についての規制緩和の動きは、①破綻主義への移行に典型的に見られるように、基本的に結婚を永続的なものと考えず、気に沿わない相手と暗い結婚生活を送るくらいなら、新たな出発をすることを保証する、②非婚姻家族・準婚姻家族への一定の権利の付与のように、家族類型の多様性を認める、③少子化に伴う親子関係の緊密化に対応し、継続的な親子関係を重視するといった方向性を持っている。この結果、欧米諸国では同棲割合が増加し、図1のように婚外子の増加につながっている。



(出所) 社会実情データ図録 <http://www2.ttcn.ne.jp/honkawa/1520.html>

我が国は当事者間の合意さえあれば裁判所に行かなくても離婚できるという、西歐的基準からは特殊な家族法を有しており、離婚の多くが裁判所を介在しないで行われるため、かえって離婚における明確で具体的な共通基準が確立されていない。我が国の家族法の体系はほとんど判例法であり、また基本的に有責者からの離婚は難しいため、裁判離婚になった場合の長期化・結果の予測不可能性・不安定性等が指摘されている。もちろん離婚した場合には適切な補償をすべきであり、俗に言う「追い出し離婚」は許容されるものではないが、離婚給付や養育費の額の算定や子の親権の決定、離婚時の判決、調停等の内容の執行などは、法制度が適切に設定されれば、離婚時の摩擦を相当程度軽減することが可能となろう<sup>2</sup>。

元来、結婚は異性間における共同生活を主な内容とする契約であるが、一般の契約と異なる幾つかの特徴がある。大村（2004）は、婚姻によって形成されるカップルは、排他的かつ永続的なものとして構想されていると述べているが、結婚という形式を選択して特定の相手と永続的な関係を結ぶ場合、その入口において、年齢・相手との血縁関係・結婚後の氏・同居の義務から婚姻費用の分担まで、法律的に様々な制約がある。また、E. ポズナー（2000）が「コミュニティからの模範的形式の強制がある」と述べているとおり、結婚

<sup>2</sup> インターネットの多くのサイトでは、離婚はさながら人生の一大決戦という様相を呈している。サイトの管理者の多くがステークホルダーであるという事情を勘案しても、契約はある意味で破られるものであり、契約の解消が、これほど大きな労苦を伴うものであるのは尋常とは思えない。

後の生活においては、生活や行動様式まで含めた「あるべきスタイル」が決められていて、事実上その通りに行動することが求められる。もちろん結婚という形式を選択しなくても異性との生活は可能であり、また、事実婚も社会的にも広く認められているが、通常の形式を選択しないと相続その他で幾つかの不利益がある<sup>3</sup>。

結婚とは不確実かつ予測不能な男女の関係の制度化と言えるが、それに伴い様々な義務や制約がある。その上、相手のことはよく分からず、相手を知ろうとすれば時間と経費がかかる。結婚によって得られる利得と、このようなコストを合理的に考えれば、安易に結婚はできない・したくないと考える判断が出てくるのも自然であろう<sup>4</sup>。

特に、女性は結婚、出産に際して経済力を失う場合も多く<sup>5</sup>、結婚の初期費用は女性の方が明らかに高くなっていることから、今日の晩婚・非婚は女性が主導する現象であるという考え方がある。水野・瀬木(2002)は、現在の結婚・出産の先送り現象を、「女性が結婚ストライキをして晩婚化する」(30頁)と表現している。また大村(2004)は、「(前略)カップル間の「絆(共同性)」が否定されているのではなく、嫁役割・妻役割が否定されているというだけではないのだろうか」(242頁)と述べている。確かに女性の側においては、平均初婚年齢の上昇に見られるように<sup>6</sup>、結婚に対してより大きな意識変化が生じている可能性があるが、結婚に対する否定的な考え方は、ある程度男性にも共通のものといえよう。

家族法における規制の緩和や新たな制度の構築は、換言すればカップル間における法的な権利義務の再配分である。現実には、権利義務の配分の変更は結婚生活における家族内の力関係に直接変化をもたらすこと、再配分における両性の得失は込み入っていること等のため、なかなか進展していないが、このことが結婚に対して否定的な考え方を生んでいるとしたら<sup>7</sup>、それは重大な問題であろう。

本稿は、上記のような問題意識を踏まえ、少子化の背景の一つである未婚・晩婚化への影響も考慮にいれつつ、我が国の家族法についての現下の問題点を紹介することを目的とする。家族法に関して取り上げるべき問題は広範多岐にわたる。代理出産等、「少子高齢社会に関する調査会」(平成16年～19年)で議論された問題は言うに及ばず、夫婦別氏制、事実婚や同棲における権利義務、嫡出・非嫡出の問題等についても重要な論点を含んでいられると思われるが、本稿においては、紙幅の関係もあり、離婚に関する問題に限定して取り

<sup>3</sup> 不利益については相続に関する事項が多いが、子の国籍についても大きな問題となっている。従来父親が日本人で母親が外国人の場合、子が日本国籍を取得できる方途は、①父親が胎児認知した場合、②出生後両親が結婚し、所定の手続きをした場合に限られていたが、平成20年6月4日最高裁において違憲判決が出ている。

<sup>4</sup> 西欧諸国では離婚が裁判所にいく必要があることもあって、結婚が負担であるという感覚が、同棲の増加をもたらした。しかしながら、我が国では同棲の比率の大きな増加は見られず、結婚への負担感は単純な先送りとして表面化していると思われる。両者の違いは、「異性と一緒に暮らす」ことにどの程度の比重を置くに過ぎず、結婚が選択されていないのは同じと考えられる。

<sup>5</sup> 『平成18年版国民生活白書』の第2-2-4図は、女性の結婚・出産後の正規雇用者及び就業者全体(括弧内)の就業率の変化について、結婚前が65.2%(88.5%)、結婚後が37.7%(65.3%)、出産後が15.6%(23.1%)であることを示している。

<sup>6</sup> 1975年—2005年の30年間で、男性の平均初婚年齢は2.8歳、女性の平均初婚年齢は3.3歳上昇している。女性の方が、初婚年齢が低いことを考えると、この上昇は相対的には実際の年数以上に大きい。

<sup>7</sup> 女性の婚姻年齢の引上げ、いわゆる300日問題の解決、選択的別氏制度の導入、離婚の際の子の監護事項の決定、破綻主義の徹底等を内容とする平成8年民法改正案は国会提出に至っていない。

上げる。2では離婚給付について、3では子の帰属についてやや詳しく説明する。4はむすびである。

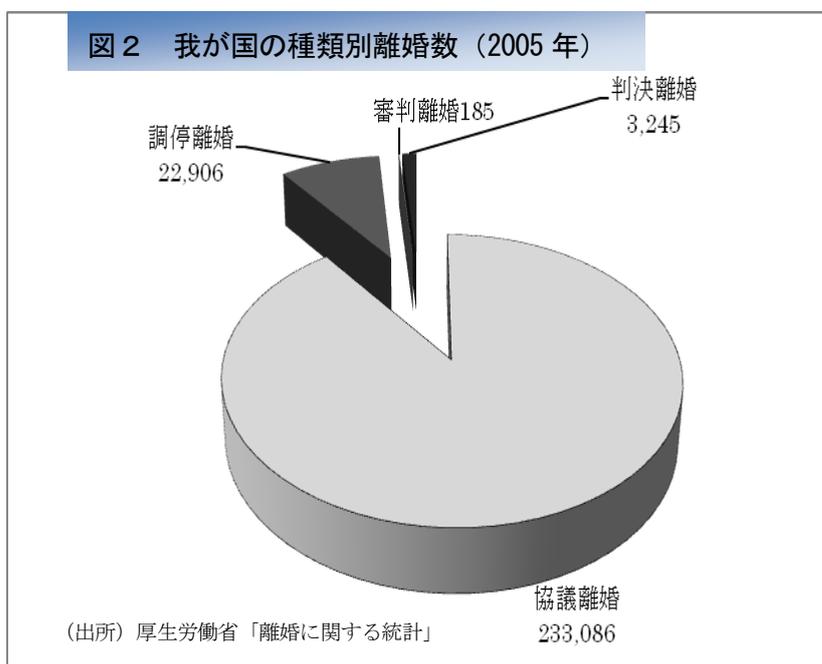
## 2. 離婚給付の決定

一般に慰藉料といわれる離婚給付であるが、その性格は単純ではないし、必ずしも離婚に至った直接の責任のある者からそうでない者に支払われるというわけでもない。本節では、離婚後の生活に直結する離婚給付について、その問題点を整理したい。

### (1) 離婚給付の性格

離婚時に当事者の一方から他方へ流れる金銭的移転は、離婚慰藉料と総称されているが、その内容や性格は様々である。一般的に離婚給付は、①結婚の解消に伴う共有資産の寄与分の精算（精算補完機能）、②今後の生活の保障（生活保障機能）、③離婚に至ったことに対する慰藉料の3つの機能があると言われているが、学説的には③の慰藉料は、離婚原因慰藉料と離婚自体慰藉料に分類され、性格や位置付けについては議論が分かれている<sup>8</sup>。

また、慰藉料について、財産分与、離婚の原因となった不法行為への損害賠償、離婚の精神的な苦痛への補償、離婚後の生活保障的な役割を持たせる説がある。通常不法行為に対する損害賠償においては、加害者の財産や地位・身分は考慮されないが、離婚における慰藉料の判例ではしばしば離婚後の両者の経済状態の差が問題とされる。このような、



離婚給付によって、離婚後の一方に生じる経済的不利益を調整することは、特に経済的に弱者であることが多い女性の側の生活を保障する役割を果たしている。なお、離婚給付について、離婚の責任の所在を明らかにしたり、過去と決別する、相手に対する懲罰といった意味合いもあるという説もある。

図2は我が国の種類別離婚数である。裁判所に行かない離婚（協議離婚）は離婚全体の

<sup>8</sup> 成澤（2002）は、財産分与、離婚原因慰藉料、離婚自体慰藉料の関係を以下のように分類している（『戸籍時報』No. 541、16頁）。①離婚に伴う慰藉料をすべて財産分与に吸収する説、②財産分与のほかに離婚原因慰藉料のみ独立請求を認める説（財産分与に離婚自体慰藉料が吸収される説と離婚自体慰藉料を否定する説がある）、③財産分与のほかに離婚原因慰藉料と離婚自体慰藉料を認める説（離婚原因慰藉料と離婚自体慰藉料を峻別する説と一体とする説がある）、④財産分与のほかに離婚自体慰藉料のみを認める説。

9割を占めており、記録が残らないため給付額等に関する正確な統計はない。しかしながら、実体的にかなりの離婚において、離婚後の十分な給付が得られていない可能性がある。水野(2005)は、我が国は協議離婚がほとんどであることにより、半分以上の離婚において離婚給付が授受されていない可能性を指摘している。この点については、養育費に限定されており、かつサンプル数が1,209と少ないが、厚生労働省の全国母子世帯調査(平成18年度)16-(2)-3表には、協議離婚及びその他の離婚における養育費の取決めの有無について、取決めをしていない比率は、協議離婚で65.7%、その他の離婚で20.3%と明らかな差があることが示されている。

## (2) 離婚給付の問題点

実際の離婚給付の算定においては、(1)で挙げたような要因の区別は余り考慮されず、一括して額が算定されると言われているが、以下のような問題点が指摘されている。

問題点の1は、我が国における離婚訴訟の過程の長期化である。前述したとおり我が国で判例として残るものは離婚全体のごくわずかであり、当事者の関係が複雑化した場合が多いが、離婚法制が基本的には有責性が原則となっており<sup>9</sup>、訴訟に至る前の調停や仲裁においても慰料の額の増加(減少)をめぐる双方の有責性を主張し、長期間の争いが繰り返されることが多い。この結果、①離婚訴訟が汚くなる、②裁判官個人の価値観によって結果が左右される、③夫婦を傷つけ、離婚後の再出発を妨げる、④夫婦の間を決定的に破壊し、子に悪影響を及ぼす等の問題が生じることになる(成澤(2002) No. 547, 18頁)。この結果、本沢(1998)等では離婚慰料不要論が主張されている。

問題点の2は、特に女性の側の損失が完全に補填できるかという点である。注5のように、正規雇用の女性において、出産後の就業継続者は結婚前の4分の1以下になっている。

Allen(2002)は、「妻は結婚の初期に妊娠や子育てという大きな貢献をするため、回収不能な投資を行うことになり、そのような投資をしない夫と比べて極めて不安定な立場となる」(p. 196)と述べているが<sup>10</sup>、結婚生活が途中で破綻した場合、男女においてその機会費用は大きく異なる。この点をとらえ、離婚の慰料の持つ調整的機能を拡大した補償説が近年有力に提唱されている<sup>11</sup>。ただし、配偶者を失った場合のダメージは男性側がはるかに高いと言われているように、「離婚に関する精神的苦痛は男性の方が大きい」といって、金銭的

<sup>9</sup> 欧米では1970年代以降離婚法制の破綻主義化が進行したが、我が国では依然として表立っては破綻主義化はしていない。昭和27年の有責配偶者からの離婚を認めなかった最高裁判決は、昭和61年の最高裁判決の3原則論(未成年の子の不在、3年以上別居、片方の経済的困窮がない)によって修正されており、下級審では破綻主義ののった判決が蓄積されると言われているが、最高裁レベルでは上記3原則は忠実に踏襲されている(平成12年最高裁判決)。したがって、現実に破綻している夫婦の離婚を認めないケースがあるという点において、破綻主義とは言えない。

<sup>10</sup> Allen(2002)は、別の頁ではParkmanとの共同論文を引用し、「既婚の女性が恐れるのは、結婚における初期投資の回収ではなく、結婚後家に子と一緒にいることで、人的資本を失うことである。」(p. 204)と述べている。

<sup>11</sup> ただし、補償説の指すところは論者によって微妙に違っている。水野(2007)は、「離婚そのものによって生ずる不利益を救済する特別な制度」と定義したのに対し、本沢(1999)は積極的に「婚姻ないし婚姻共同生活関係に関連して婚姻後に生じたが、婚姻前の状態に戻すことのできないものについて、衡平の観点から積極的に調整するもの」と定義している。

損失だけでなくそのような苦痛に対しても配慮する必要がある」という考え方もある。前述の成澤（2002）は、そのような男性の苦痛を考慮し、補償における考慮事項の範囲を広く取れば、慰藉料的な機能は必要ないと述べている。

問題点の3は、結婚期間中にDV等の不法行為があった場合である。慰藉料の算定は離婚についての有責性の大小を比較して算定される場合が多いが、その基準は明確ではない。したがって、慰藉料が一括で算定される状況においては、不法行為自体の評価ではなく婚姻の破綻にどれくらい寄与したかで測られることになり、不法行為自体の責任は曖昧になる。平成12年の大阪高裁判決において、夫の暴行傷害に対する損害賠償について、原審の夫婦関係があるということで低く見積もった判決に対して「単に夫婦関係があることのみから損害額を低く算定すべきではない」として交通事故と同様の算定基準を採用しているが<sup>12</sup>、不法行為があっても「（収入によって調整される）離婚慰藉料を少し多めに払えばよい」という姿勢はDV等に対する責任を軽く見るものであろう。

問題点の4は、仮に離婚給付が決定してもその支払いが担保されていないことである。現実に離婚給付や子の養育費の未払いは多発していると言われている。我が国では、海外の一部において実施されている給与からの天引等支払いを強制する制度が存在しないため、たとえ公正証書を作成しても、支払いは相手の誠意と経済状態に依存していると言っても過言ではない。このことは特に専業主婦であった女性にとっては重大な問題である。

### （3）制度の見直しの必要性

前述のように離婚給付は、財産分与、不法行為の損害賠償から相手に対する懲罰まで様々な概念が詰め込まれており、その切り分けが難しい上に有責性の程度で大きく変化する。したがって、その決定はしばしば複雑化・長期化することが指摘されている。その結果、新たな出発の基礎となる給付額の事前の予想は難しい。しかしながら、結婚の実態は日常的な双方の行動の積み重ねであり、どちらが一方的に悪いということはほとんど考えられない<sup>13</sup>。一方の当事者のAという行動には、必ずその行動の元になった相手方のBという行動があるであろうし、そのBの行動には、元になったA'という行動が存在するであろう。したがって、結婚を破綻させた最終的な行動がAであったとしても、そのプロセスを無視して結果のみを云々するのは適切ではないと考えられる。

本来離婚給付として支払われるべきものは、①共同生活の清算における財産分与、②更なる稼働可能性を捨てて結婚生活に入った遺失利益、③子の養育費、不法行為があった場合はその補償であろう。ただし、①においては、その性格上埋没原価となっているものについてまで弁済の必要はないし、②については、結婚は生活の手段ではないため、生活保障については必要最小限にとどめられるべきであって、離婚後の双方の経済状態に差があ

<sup>12</sup> 大阪高判平12年3月8日『判例時報』1744号（平13.6）91頁。成澤（2002）参照。

<sup>13</sup> 川島（1957）は、「～現代における現実の事実においては、離婚は必ずしもつねにそう（一方の過失によって生じる：括弧内筆者）であるわけではなく、離婚の事実上の原因ははなはだ複雑である。（中略）婚姻は売買や賃貸借のような契約関係とはことなり、二人の人間のあいだの作用・反作用の無数の連鎖反応の過程であり～」と述べている（271頁）。例えば、妻が夫に危害を加えた刑事事件においては、その原因としてDVが挙げられるケースが多い。

ったとしても、その差によって離婚給付が影響を受けるものではない。

離婚の決定の長期化・複雑化や、離婚後の一方の貧困化を避けるためには、離婚給付に含まれるもの及びその額が整理され、額の決定がある程度機械的にされること、また本稿では触れなかったが、その支払いについても何らかの制度的な担保がされることが求められる。このような離婚給付及び養育費の決定とその支払いにおけるルール化が実現されれば<sup>14</sup>、離婚の際の事務の簡素化・透明化が進展し、離婚を考えた時に、給付額の予測と離婚後の具体的な生活設計が可能となる。このことは、特に女性において、離婚後の経済的な安定につながるようになるだろう。

### 3. 子の帰属

離婚においては、財産の分配に加えて子の帰属が大きな関心事となる。日本では、「日本での離婚の場合、親権を共有することはなく、さらに面会権は最小限かつ非強制的なものである。(中略)離婚の際に母親が子を引き取るケースは80%から90%に達し、反対に、父親はただ、子どもたちの前から姿を消すことがのぞまれる」(Japan Children's Network<sup>15</sup>, 2003. 7. 17)という状況にある<sup>16</sup>。他方、子の教育費は年々高騰する傾向にあり、22歳になるまで親権のあるなしを問わず莫大な金銭的負担がついて回る可能性もある<sup>17</sup>。本節では、このような子の帰属における課題について、諸外国の例を参考に整理したい。

#### (1) 諸外国における監護権及び訪問権

##### ア 米国<sup>18</sup>

米国には日本におけるような親権という考え方はなく、監護権 (custody) を親が持つことになる。かつては特に子が幼い場合は、母親の存在が子の人格形成に必要としてまず母親が監護者として考えられるという母親優先の思想 (tender years doctrine) があった。その後、1960～70年代において女性の社会進出が進み、また両性の平等や、父母の離婚後にも子は両親との関係を継続した方が成長において有益であるという考え方から、母親を優先するのではなく、主たる養育者として生活面で面倒を見てきた方に監護権を与え、監護権を付与されなかった親については、その子との交流について訪問権を与える方向に変化した。しかしながら、通常の家計の役割分担では主たる養育者は母

<sup>14</sup> 法の経済分析において、制定法より司法判例等のソフトローが効率的な資源配分を達成するという議論がされることがある。離婚時の諸決定をソフトローに委ねることについては、一定の利益があることは否定できない。

<sup>15</sup> Japan Children's Network (CRN)は、「国籍、既婚未婚を問わずに、両方の親が子と内容のある面会が継続的にできるように、日本の制度、法律の改定を求めようとする」団体である。

<sup>16</sup> 政府統計としては、厚生労働省の人口動態社会経済面調査『平成9年度離婚家庭の子ども』において(サンプル数は少ないが)、父親が親権を得る比率は17.8%となっている。

<sup>17</sup> 東京高裁平成12年12月6日決定(『家庭裁判月報』53巻5号(平13.5)187頁)は、成人後大学へ通う離婚後の子(親権なし)に対する父親の養育費の支払いに関し、「父親が成人後の子の学生生活費を負担すべき特段の事情を認めることができない」という原審判(横浜家裁平成12年9月27日審判)に対し、「成人に達し、かつ、健康であることの一事をもって直ちに、その子が要扶養状態にないと判断することは相当ではない」として原審に差し戻した(詳細は早野(2002)参照)。

<sup>18</sup> このパラグラフの記述は花元(2002)、山口(2005)による。

親であるため、実質的に従来の母子優先思想による結果と大きな変化はない。また一時的な訪問では親子の関係は形成できないという批判があり、このため離婚前と同様の世話を両親とも行うという共同監護権の考え方が出てきた。共同監護権は、法的共同監護権(joint legal custody)と身上共同監護権(joint physical custody)がある。前者は法的に両親とも同じ権利を持つものであり、後者は実際に両親で子の世話を分担するものであり、一定期間両親双方の家で子が暮らす方法と、父母が一定期間訪問する形態がある。このような共同監護権は、多くの州で認められているが、もちろん単独監護権も存在しており、両親に法的共同監護権を与え、母親に単独身上監護権を、父親に訪問権を付与するケースが多いと言われている。この場合、また単独監護の場合でも、裁判所は子と両親が「頻繁で継続的な」接触ができるように配慮しており、クリスマスをいずれがとるかといった戦いはあるものの、定期的な接触の機会には保障されている<sup>19</sup>。

山口(1999)は、親の権利を憲法上保障される権利として認めた判例や、離婚後の子どもの心理状態や離婚家族の追跡調査による子どもの利益に関する研究により、離婚後も子どもが父母双方から養育されることが子どもの離婚の衝撃を和らげ、その利益にかなうという認識が形成されていることから、離婚後の非監護者の訪問権は親の持つ当然の権利として構成されていることを報告している。この場合でも訪問権の制限は親の同性愛的嗜好、性的虐待など限定されたものにとどまり、子の意思については、多くの州で意向は聞くもののそれのみには拘束されないという規定があること、子に直接父母を選択する意見を求めることは子の真の心情を引き出すものにはならず、そのような負担は子の利益にならないという主張がされていることが示されている。

## イ ドイツ<sup>20</sup>

ドイツにおいては 1970 年代までは両親の衝突のない環境が子の福祉にとって必要であるという観点から、単独監護権が優先されるべきという意見が支配的であった。しかしながら 80 年代以降、父親の不在が子の人格形成上マイナスであるという観点から、共同監護権を擁護する意見が出始めた。こういった流れを受けて、99 年の法改正において、子の福祉が最善のものとして追求されるべきであるとして、共同監護権を中心にするものの、ケースによっては単独親権を優先するという方向が示された。これは、監護における権利と義務という概念を明確化し、親の共同の義務は離婚や別居によっても基本的に無くならないこと、「子が両親と行き来することは原則として子の福祉に属する」という規定を置くことで、両親が離婚したとしても、子は片方でも親を失わない権利を持ち、また親は別居しても親として果たすべき義務と権利を持っているという点を明確にするものとして注目に値する。

<sup>19</sup> 1979 年のカリフォルニアの離婚法では、両親のいずれかが反対しても裁判所の裁量で共同監護を命じられることができる旨規定されている。また法的共同監護だけでなく、身上共同監護を予定していること、非監護親との接触に障害となるとして、離婚後の転居に一定の制約が課せられる等、進んだ形態となっている。なお、山口(1997)によると、カリフォルニアにおける監護親の転居の制限は判例で緩められている。しばしば日本の文献で米国では共同監護であると記載されているのは、カリフォルニアの事例が反映されているためであろう。しかしながらすべての州において共同監護が優勢ではない。

<sup>20</sup> このパラグラフは、鈴木(2005)による。

## ウ フランス<sup>21</sup>

フランスにおける離婚後の非監護親と子との面接は判例により進められてきたが、1970年の親権法の改正によって訪問権として明文化された。また2002年改正によって、「父母の別離は、親権行使の帰属の規定に対し影響を与えない。父母それぞれは、子との身上の関係を維持し、子と他方の親との絆を尊重しなくてはならない」と規定され、共同親権の原則が明記された。共同親権においては、両方の親が平等に親権を持ち、共同で親としての責任を果たすことが推奨されている。また、嫡出子、非嫡出子の別にかかわらず、共同親権行使の場合は子がその元に常居しない親に、単独行使の場合は親権を行使しない親に、それぞれ訪問及び宿泊の権利を認めている。訪問権の内容の確定は、「子の利益」を基準に裁判所に委ねられている。訪問権は、「重大な理由」によらなければ拒否できず、正当な理由なく子を引き渡さない場合は刑事罰を科される。重大な理由とは、確立しているものは、子への性的接触及び虐待であり、該当する可能性があるものは、ネグレクト、交流の欠如の特殊な場合、略奪の危険、親のアル中・暴力・行動障害、子の面前でのDV、心理学的に子に由々しい影響を与える場合等がある。養育費不払い、住宅事情、親の同性愛的傾向はほとんど該当しない。このようにフランスにおいて訪問権は、「親と子の関係に付与される極めて重要な性質」を持つものであって、家族の状況が変化しても、訪問権を含む親権行使を通じて、親はその役割を効果的に果たすことが求められている。

### (2) 日本における親権の決定

親権は成年に達しない子を監護、教育し、その財産を管理するため、その父母に与えられた身分上、財産上の権利義務の総称であり（民法第820条）、監護・教育権（第820条）、居所指定権（第821条）、懲戒権（第822条）、財産管理権（第824条～第832条）等が含まれる。また、第766条第1項は、父母が協議上の離婚をする時は、子の監護に必要な事項はその協議で決めること、協議が整わないときは家庭裁判所が決定することを定めている。さらに、第819条第1項では、協議離婚では親権者は父母の一方とすること、第2項では裁判離婚では裁判所が親権者を定めることが規定されている。

非養育親と子の面接交渉権については、学説上親の自然権説、親権の一機能説、監護に関連する権利説等、その権利については多くの議論があるが<sup>22</sup>、民法上の規定はなく、判例等で認められたものである<sup>23</sup>。離婚の際、公正証書等で面接交渉権の条件を定めることは可能であるが、離婚の際の必要条件ではない。往々にして離婚調停・裁判においては親権の決定から先行されがちであり、面接交渉については離婚後の紛争の元となっている。

<sup>21</sup> このパラグラフは、山田(2005)及び児玉(2006)による。

<sup>22</sup> 山口(1999)参照。

<sup>23</sup> 東京家裁昭和39.12.14審判（『家庭裁判月報』17巻4号（昭40.4）55頁）に、「親権もしくは監護権を有しない親は、未成熟子と面接ないし交渉する権利を有し、この権利は、未成熟子の福祉を害する事がない限り、制限されまたは奪われることはない」。これ以降、面接交渉は民法766条第1項に規定される「監護についての必要な事項」の1つとして審判の対象となっている。なお、面接権は平成8年に法制審議会で決定した民法改正案要綱に盛り込まれたが、同改正案は前述のように未提出である。

鈴木(2003)は、親権について①子どもに対する私法上の義務、②社会・国家に対する義務、③子どもと社会に対する義務、④子どもの権利実現の手段等の説があるが、近年はドイツ親子法の影響により、④の考え方が主流となってきつつあると述べている。裁判所における実際の親権の決定においては、親の健康・精神状態、性格、生活態度、経済状態、住居、環境、愛情、監護補助者の有無、再婚の可能性、さらに離婚に至った責任の所在等が問題となる。親権と監護権の分属という考え方も一部取り入れられているが、名目はともかく実際の子の居所については、女性側に付されることが多くなっており、特に子が10歳以下の場合には、ほぼ自動的に親権は女性側にいくと言われている<sup>24</sup>。

面接交渉については、養育親が非養育親との交渉を嫌う場合、親権(監護権)に基づき子の行動を規制できるため、非養育親との面接が妨げられることがある。すなわち、実質的に子の行動に対する支配権を持つ監護者は、容易に子を面接の場に行かせないことができるし、その監護権に基づき、「子の利益のため必要である」として面接の制限や拒否を行うことができる。

面接交渉は親の権利であるが、同時に子の利益も考慮される。隈(2003)は、この辺の事情について、面接交渉権が認められなかった理由として、①子に対して暴力を行使するおそれのある場合、②親としての適格性に欠ける場合、③子を奪取したり隠したりするおそれのある場合、④子の意思のある場合、⑤子に忠誠心の葛藤のある場合を挙げている。なお、①については、離婚理由が夫の暴力であったため、面接が母親に心理的負担を与え結果的に子の福祉を著しく害するおそれのあるとき(『家庭裁判月報』54巻11号(平14.11)76頁)、保護命令下で深刻な紛争・緊張状態にあるとき(『家庭裁判月報』55巻5号(平15.5)165頁—却下<sup>25</sup>)等が含まれるが、DVの対象が子ではない(すなわち子に暴力を行使するおそれがない)場合でも制限されることがある。また、④、⑤についても、子が面接を望まないという意思表示をした場合でも、経済力のない子は、実際に養育している親の顔色を窺う傾向があり、表示された意思が子の内面を正しく示している保障はない。隈は、「子の利益のために、同居親の強い反対や父母の葛藤の激しさがあっても、面接の回数や面接方法を工夫するなどしてできるだけ面接を実施する必要があると考える。この点、裁判例は、面接交渉を消極的に解するのではないかと考える。特に、子の年齢が低い場合、親の協力がなくて面接が実施できないこともあつてか、比較的容易に面接交渉を否定する傾向にある。」(134頁)と述べている。

親権を持つ親が面接に消極的であった場合、親権を持たない親は、面接交渉が離婚の際に決定していたとしても、養育費を払いながら子に会えないというケースがしばしば生じることがある。また、親権を持つ親が再婚した場合は、非養育親と子の面会交渉は更に難しくなる。このように、離婚後の子との関係においては、男性は決定的に不利であると言

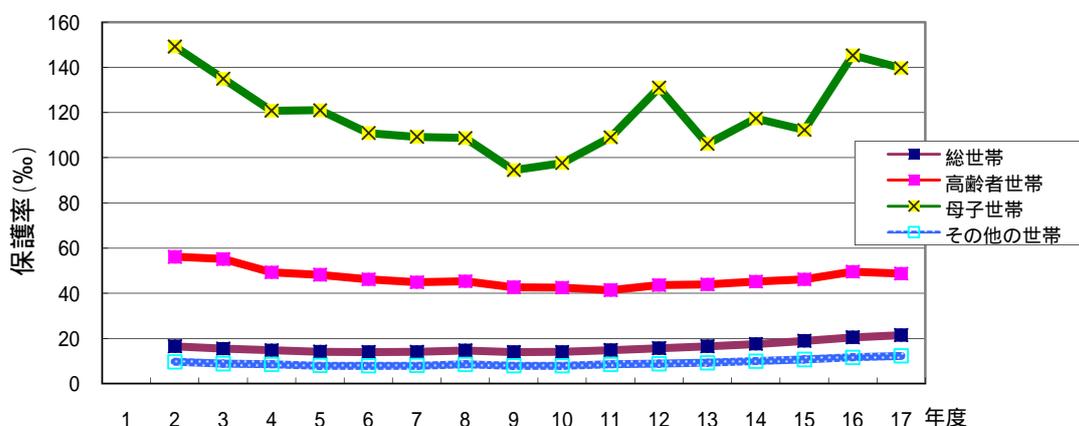
<sup>24</sup> 子の親権の帰属を家庭裁判所の調停に委ねた場合、調停委員は年配者が多く、幼児は母親と共に生活させることが「子の福祉」という先入観があるため、夫が子を得ることは困難であるという指摘はよくなされている。調停不調で裁判になった場合についても、離婚の教科書には、一般に日本の法律は帰責主義であるため、男性の罪悪を家裁で並べ、一定の心証を形成し、親権争奪戦を有利に運ぶという戦略が記述されている。

<sup>25</sup> 本件は、犬伏(2004)参照。

ってよいであろう(真弓(2004))<sup>26</sup>。

通常女性は子育て等で就業年数や時間が短いため、時間単価が低い傾向にある。したがって、実際の生活において女性が生計を維持するためには、男性より長時間働かねばならず、「母親の方が子どもの面倒をよく見るため、子どもにとって幸福である」という先入観には疑問がある。さらに、相対的に資力の弱い女性が子を引き取る場合、子が十分な人的資本に対する投資を受けられないという問題が生じることも多い。子は両親の離婚により、もし両親が離婚しなければ潜在的に得られたであろう人的資本に対する投資の機会を失うことになる。多くの場合、人生の前半における投資の不足は、その後の人生に決定的な影響を与えることは避けられない。

図3 世帯類型別生活保護率の推移



(出所) 厚生労働省「平成15年度全国母子世帯等調査結果の概要」

図3は世帯類型別の生活保護率の推移であるが、母子家庭は他の類型と比較して、保護率が倍以上に高く、増加傾向にある。このような母子世帯の貧困化傾向については、民法の規定が単独親権となっていることも大きく影響していると言えよう。なお、単独親権の規定は事実婚の場合にも適用されるため、事実上夫婦生活を営んでいるにも拘らず、両親の片方しか親権が認められないという問題も生じている。この結果、解決策として共同親権法制化、面接交渉権の明文化を主張する研究者も多い(日弁連法務研究財団(2007)参照)。

### (3) 共同親権の導入による離婚行動の変化

<sup>26</sup> 親権の決定において、夫は妻の側によほどの瑕疵がない限り親権を得るのは難しいと言われており、結局子の帰属を争う父が最も合理的な戦略をとるならば、離婚の交渉を長期化させ(離婚が成立しなければ依然として共同親権者の1人である)その間に親権者として子を連れ去って既成事実化することを選択する可能性がある。離婚係争中であり、したがって共同親権者であった夫が母親の監護下にあった2歳の子を連れ去った事件が未成年者略取罪に問われたケース(平成17年12月6日最高裁第二小法廷決定)にも見られるよう、男性側が子を奪うことは容易ではない。本件は、略取捨は親権者であり行為が社会的相当性の範囲内にあると認められるときは、違法性が阻却されるという考え方に立つものの、行為態様の粗暴かつ強引性、子に生活環境に対する判断・選択能力がないこと、略取後の監護養育の見通しがいいこと等を指摘して、違法であるという判断を示したものである。ただし、親権者の行為としてはやや行き過ぎであるとしても、格別乱暴な扱いをしたというべきものではないという、粗暴性を否定している反対意見がある。前田(2006)参照。

子は通常家族にとって、最も価値のある財産である。したがって、離婚後の子の帰結は最も争いになる点の1つであり、法制度が変化した場合、両親の行動にどのような変化があるかについては、経済学の実証研究のテーマとなっている。

米国では2005年の時点で、40を超える州において子の帰属は共同監護権をベースにしたものに変更されている。そのような法改正の離婚行動への影響について、Allen et al. (2005)は、オレゴン州における1997年の共同親権法の採用による離婚の申立てについて、同州における95年から2002年までの125,000件の離婚データの、法改正前と法改正以降の各種数値の違いにより検証している。

法改正によって離婚における権利配分が変更されれば、当然離婚の交渉に影響するため、関係する各種指標（子の帰属、交渉期間、養育費、離婚の提起）には変化が生じることが予想される。同州においては、従来監護権は子の利益を勘案して決定されていたが、法改正によって共同監護権をベースにするものに変更された。その結果、子の帰属は1997年法以前は66%が女性に与えられたが、変更以降は59%に低下し、その分は共同監護や男性の監護が増えている。離婚の提起する比率は女性が72%から66%に低下した。離婚に至る経路は97年以前は私的解決が60.1%であり調停は3.5%にすぎなかったが、97年以降では調停が11.2%になっている。

共同監護権の導入は、ほとんどの場合母親に監護権が帰属する単独監護権の場合と比較して、より父親を利するものである。Brinig(2005)は、このような交渉に対する変化により新たに生じたこととして、以下の点を挙げている。

- ① 父親の側からの離婚訴訟の提起件数の増加
- ② 離婚決定までの時間の長期化
- ③ 離婚調停の増加
- ④ 裁判所に申告された虐待件数の増加<sup>27</sup>

共同監護の導入は離婚後の子の帰属に関する両親の権利の初期配分についての変更であり、上記の諸点は、交渉の当事者が権利の配分の変更を反映して戦略を変えた結果と言える。オレゴン州における共同監護権への変更は、離婚の決定までの期間や調停の増加をもたらしたが、離婚後の両親の双方に意味のある役割を与え、子育ての責任を分担させることが、特に母親の労働市場への再参加を容易にするためにも必要であろう。

さらに、より多くの親が子育てにかかわれる制度は、両親だけでなく子の福祉にとっても有益である。同じBrinig論文は、米国のNational Longitudinal Study of Adolescent Healthのデータにより、離婚後母親と暮らしている子の行動及び父親との接触機会の関連を分析している。得られた事実関係は、①父親とほとんど会わない子に最も問題がある、②父親と会う回数は、子の行動に対して統計的に有意な結果はない、③月に数回父と会う子については、有意にアルコール、タバコ、マリファナの摂取率が低いこと等であり、父親との

---

<sup>27</sup> Allen et al. (2005)における虐待の申告数の増加に対する説明は、共同親権制度の導入により、女性の側が交渉の立場が弱くなったため、相手男性における子どもの虐待の事実の申告によって法廷を有利に運ぼうというインセンティブが生じるというものである。検証の結果、確かに1997年を境に虐待の申告は倍増し、虚偽申告も増加しているが、性による特徴はなく、両性とも等しく増加していることが検証されている。

接触が子の生活にとって有益であることが示されている。

#### 4. むすび

経済主体は、合理的に予測できる結果を元に行動する<sup>28</sup>。しかしながら、我が国の離婚においては、結果の予測可能性が低く、また、主に女性については離婚給付及び養育費の支払いの保証、主に男性については離婚後の子の親権・面会交渉権の確保において不満があるとされている。これは統計に出ない協議離婚についても同様であろう。

表1 離婚における手続の簡素化等がもたらす利益

|         |                                     |
|---------|-------------------------------------|
| 男性のメリット | 離婚訴訟の精神的・物理的負担の軽減<br>離婚後子との接触機会が増える |
| 女性のメリット | 離婚訴訟の精神的・物理的負担の軽減<br>離婚後の生活設計が可能となる |
| 子のメリット  | 両親の関わりによる精神的安定<br>人的資本の投資が可能となる     |

離婚における、①手続の簡素化と給付の支払のルール化、②共同親権制度の導入が実現されれば、離婚後の男女及びその子に対しては、表1のような利益がもたらされることが期待できる。もちろん、共同親権の導入は法改正を伴うことになり、多くの困難に直面することも事実である。水野(2005)は、現行法下では親権と監護権の分属で共同親権的な行使をするか、面接交渉権の権利性を強力に認めるかという判断になると述べているが、直ちに実効性のある制度改正は難しいにせよ、年間の離婚件数が結婚件数の26万件を上回る現在、離婚に関係する問題に関して議論する場を広げていくべきであろう。

それに加えて、副次的な効果ではあるが、上記のような離婚における改革は、結婚に対する負担感の軽減につながり、結婚をためらっている層が結婚を前向きに考えるという効果が期待できると思われる。特に女性にとっては、離婚後の経済的な安定が保障されれば、結婚・出生において仕事を失うことに対する不安感が軽減できると同時に、結婚生活における交渉力も強化される等<sup>29</sup>、その利益は極めて大きい。さらに共同親権の導入により、少子化による子ども数の減少によって、以前にも増して激しくなっている子をめぐる争いも軽減されれば、子にとってもその利益は大きいと思われる。

我が国の少子化対策は既婚者の経済的側面に特化しているが、現下の少子化の主な原因の1つは未婚・晩婚化であると言われており、結婚の促進のための対策も必要であろう。

<sup>28</sup> 古典的なマクロ経済学は、制度の影響は外部条件として意思の決定に影響を与えないと考えることが多かったが、合理的期待形成学派以降の経済学は、「国民は国の施策や法制度を考えて意思決定を行う」という考え方に变化している。結婚も立派な経済行動の1つである以上、例外ではありえない。

<sup>29</sup> 結婚後の夫婦間の交渉においては、ゲーム理論の概念によれば、交渉における「交渉力」と、決裂した場合の均衡点である「威嚇点」が重要な要素を占める。交渉における均衡解は2つの威嚇点の間で、双方の力関係によって決定するが、威嚇点としては通常離婚時の金銭的給付が使われるため、離婚給付の決定と支払いのルール化は、女性にとって大きな朗報となろう。このような交渉力の強化は、DV等を抑制する効果も期待できる。

その1つの可能性が家族法の見直しであり、結果として結婚へのハードルが少しでも低くなれば、我が国の将来にとって得られるものは極めて大きいのではないだろうか。

#### 【参考文献】

厚生労働省「平成15年度全国母子世帯等調査結果の概要」

<<http://www.wam.go.jp/wamappl/bb16GS70.nsf/vAdmPBigcategory60/49256FE9001ADF9249256F8F002D87EC?OpenDocument>>

厚生労働省「平成18年度全国母子世帯等調査統計調査別公表データ」

<[http://www.dbtk.mhlw.go.jp/toukei/kouhyo/indexkk\\_26\\_3.html](http://www.dbtk.mhlw.go.jp/toukei/kouhyo/indexkk_26_3.html)>

内閣府『平成18年版国民生活白書』

Allen, D. (2002) “The impact of legal reforms on marriage and divorce”, *The law and economics of Marriage & Divorce*, Edited by Dnes, A. et al, Cambridge University Press, 2002.

Allen, D. & Brinig, M. (2005) “Bargaining in the Shadow of Joint Parenting”, *University of Iowa legal Studies Research Paper No. 05-25*.

Brinig, M. F. (2005) “Does Parental Autonomy Require Equal Custody at Divorce?”, *University of Iowa legal Studies Research Paper No. 05-13*.

Brinig, M. F. (2000) “These Boots are Made for working: Why Most Divorce Filers Are Women”, *American Law and Economics review* Vol. 2, pp. 126-129.

González L. et al. (2004) “These Effect of Divorce Laws on Divorce Rates in Europe”, *IZA DP No. 2023*.

花元彩(2002)「離婚親による子の共同監護について—アメリカにおける離婚親による子の共同監護を中心に—」『法政論叢』Vol. 39, No. 1, 10～23頁

早野俊明(2002)「子に高等教育を受けさせるべき親の義務」『戸籍時報』No. 537, 21～31頁

原誠(2003)『図解 早く別れたいアナタのための離婚と財産分与』東洋経済新報社

犬伏由子(2004)「離婚訴訟中でDV保護命令下の父との面接交渉(却下)」『民商法雑誌』Vol. 129, No. 6, 945～951頁

今井亮一(2003)「家族の経済学への視点～法学・社会学との接点」

<<http://homepage3.nifty.com/ronten/kazoku.htm#1>>

川島武宜(1957)「離婚慰籍料と財産分与との関係—法的保護と法的構成との関係を問題として—」川島武宜等編『我妻栄先生還暦記念 損害賠償責任の研究』有斐閣刊 280頁

金沢家庭裁判所(2004)「国際結婚における親権と監護権の分属」『ケース研究』No. 279, 97～149頁

隈直子(2003)「面会交渉権を制限する「子の福祉」」『九州看護福祉大学紀要』Vol. 5, No. 1, 129～137頁

児玉しおり(2006)「フランスの家族 離婚と親権・養育権」『保健師ジャーナル』Vol. 62, No. 9, 748～751頁

前田巖(2006)「時の判例 母の監護下にある2歳の子を別居中の共同親権者たる父が有形

- 力を用いて連れ去った略取行為につき違法性が阻却されないとされた事例——最二小  
 決平成 17. 12. 6」『ジュリスト』 No. 1321, 208～210 頁
- 真弓準(2004)「子どもに会えない「離婚男性」の悲痛な叫び」『現代』 Vol. 38, No. 7, 294  
 ～301 頁
- 水野紀子、瀬木比呂志(2002)「離婚訴訟、離婚に関する法的規整の現状と問題点」『判例タ  
 イムズ』 No. 1087, 4～39 頁
- 水野紀子(2007)「破綻主義的離婚の導入と拡大」『ジュリスト』 No. 1336, 19～25 頁
- 水野紀子(2005)「日本の離婚手続について」『ケース研究』 No. 286, 55～96 頁
- 本沢巳代子(1998)『離婚給付の研究』 一粒社
- 成澤寛(2002)「離婚慰藉料概念とその必要性」『戸籍時報』 No. 540, 19～29頁、No. 541  
 15～29頁、No. 547, 9～20頁、No. 549, 9～22頁
- 日弁連法務研究財団(2007)『子どもの福祉と共同親権』 日本加除出版
- 野村豊弘(2007)「平成 8 年改正要綱を読み直す—特集にあたって」『Jurist』 No. 1335, 2～  
 9 頁
- 大村敦志(2004)『家族法第 2 版補訂版』 有斐閣刊
- ポズナー, E. (2000)『法と社会規範』, 太田勝造監訳, 木鐸社刊
- 鈴木博人(2005)「ドイツ法における交流権」『比較法研究』 No67, 164～170 頁
- 鈴木博人(2003)「親権概念の再検討—ドイツ親子法との比較の観点から—」『法律時  
 報』, Vol. 75, No. 9, 28～32 頁
- 棚村政行(2007)「嫡出子と非嫡出子の平等化」『ジュリスト』 No. 1336, 26～37 頁
- 山口亮子(2005)「アメリカにおける訪問権」『比較法研究』 No67, 158～163 頁
- 山口亮子(1999)「面接交渉権と子どもの利益—日米の比較—」『上智法学論集』  
 Vol. XXXXII, No3. 4, 299～327 頁
- 山口亮子(1997)「離婚後の親子の交流の確保—アメリカの訪問権判例からの考察—」『山梨  
 大学教育学部研究報告』 No48, 177～185 頁
- 山田美枝子(2005)「フランスにおける訪問権」『九州看護福祉大学紀要』 Vol. 5, No. 1, 171  
 ～179 頁
- 吉田千鶴(2004)「日本における低出生力水準と離婚母子世帯」『経済系』 関東学院大  
 学, No. 221, 32～45 頁