

婚姻制度の改正に関する意見

大宮 隆

- 一 はじめに
- 二 中間報告に対する賛否
- 三 改正試案に対する意見
 - 1 婚姻最低年齢
 - 2 未成年者の婚姻
 - 3 再婚禁止期間
 - 4 再婚禁止期間違反の婚姻の取消
 - 5 失踪宣告を受けた者の配偶者の再婚と失踪宣告の取消
 - 6 夫婦の氏
 - 7 夫婦間の契約取消権
 - 8 夫婦財産契約
 - 9 夫婦の居住不動産の処分制限

婚姻制度の改正に関する意見（大宮）

一 はじめに

法務大臣の諮問機関である法制審議会民法部会において、平成三年一月以来、婚姻及び離婚制度の見直しの審議が行われている。法制審議会は、法務大臣の諮問に依りて、民事法、刑事法その他法務に関する基本的な事項について調査審議することを目的とし、その審議の対象は、実体法、手続法はもとより、司法制度に関する諸法制等法律全般にわたる。したがって、各行政機関に設置されている各種審議会とは、いささかその性格を異にし、法律立案をめざす立法準備機関としての性格を有するものである。これまでの民法部会及身分法小委員会における審議において、見直しの対象となりうると判断された論点について、平成四年十二月に「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）」（以下「中間報告」という）が公表され、さらに、一年半を経過したこの七月、その後の審議の結果を踏まえて「婚姻制度等に関する民法改正要綱試案」（以下「改正試案」という）が公表されるに至った。立法作業の手順としては、中間報告が世に問われ、そこで寄せられた各種意見を踏まえて、さらに審議を深め、次には改正要綱案の作成へと進むものと予想していたわけであるが、このたび改正試案のかたちで再度意見の照会がなされたのである。問題が国民生活と関係が深く、その改正は各方面に多大な影響を与えるものであることを思うとき、この慎重さを諒とするものである。今回の見直しは、①戦後約半世紀を経て、国民の家族観・夫婦観の多様化、②国連の採択した「女子に対するあらゆる形態の差別の撤廃に関する条約（女子差別撤廃条約）」¹⁾をわが国も批准するといった中で、男女の平等を基礎として、女性の地位の向上という観点からの見直しの要望、③諸外国の家族法の改正、といった内外の諸情勢を背景としているといえるであろう。

以下、婚姻制度の見直し審議に関する中間報告に対する賛否と、改正試案に対する意見を述べたい。²⁾

二 中間報告に対する賛否

中間報告が取り上げた大項目は、婚姻の成立に関する問題点、婚姻の効力に関する問題点、夫婦財産制に関する問題点の三つである。その各々についていくつかの小項目があり、「問題の所在」と「意見」が並べられるというスタイルのものであるが、問題点を明確に具体化して、その当否を論じようとしているのが特徴である。

第一 婚姻の成立に関する問題点

一 婚姻の要件

1 婚姻最低年齢（七三一条関係）について

(一) 問題の所在

現行制度の下では、男性は満一八歳以上、女性は満一六歳以上でなければ、法律上の婚姻をすることができないとされている。このような男女間の区別を設けることの当否。

(二) 意見

a 現行制度は、男女の成熟の度合い等を考慮したものであり、これを改める必要はない。

b 男女の間に区別を設けることに合理的な理由を見いだし難いので、区別は廃止すべきである。すなわち、男女とも満一八歳以上でなければ婚姻をすることができないこととし、親権者等の同意又は家庭裁判所の許可を得たときは、満一六歳以上であれば婚姻をすることができることとするのが相当である。

(私見) 男女間の区別を廃止するb意見に賛成。ただし、親権者等の同意又は家裁の許可につき消極。

2 未成年者の婚姻（七三七条、七四四条関係）について

(一) 問題の所在

現行制度の下では、婚姻最低年齢に達した未成年者が婚姻をする場合には、父母の同意が必要であるが、父母の一方が同意しないとき、知れないとき、死亡したとき又は意思を表示することができないときは、他の一方の同意だけで足りるとされている。また、父母の同意を得ないでされた婚姻は取り消すことができるものとはされていない。このような制度の当否。

(二) 意見

a 現行制度は、未成年者が婚姻するには、父母のある限り、少なくともその一方の同意を要求することで未成年者の保護を図ろうとするもので、合理性があり、これを改める必要はない。

b 未成年者の保護を徹底するために、法定代理人（親権者又は後見人）の同意を得なければならないとするのが適当である。また、同意を得ないでされた婚姻は、取り消すことができるものとすべきである。

c 未成年者も一定の年齢（特に1(二)bの場合には満一八歳）に達すれば相当の判断力を有するから、未成年者が婚姻をするには父母の同意を得なければならないとの現行制度を廃止するのが相当である。

(私見) c 意見賛成。現行制度を維持するのなら、理論的にはb意見支持。

3 再婚禁止期間（七三三条関係）について

(一) 問題の所在

現行制度の下では、女性は、婚姻解消又は取消後六か月以内は再婚をすることができないとされている。このような制度を維持することの当否。

(二) 意見

a 嫡出推定の重複を避けるために必要な制度であり、諸外国にもあるものであるから、現行制度を維持するのが相当である。

b 嫡出推定の重複を避けるために再婚禁止期間の制度を設けることは必要であるが、その期間は六か月から一〇〇日に短縮するのが相当である。

c 嫡出推定が重複するのは例外的な場合であるから、一般的にこのような制度を設けるのは適当でなく、これを廃止すべきである。

(注) 制度を廃止する場合には、嫡出推定が重複した場合における父の決定方法を定める必要がある。

(私見) c 意見賛成。

二 婚姻の無効及び取消し

1 再婚禁止期間違反の婚姻の取消し

(一) 問題の所在

現行制度の下では、再婚禁止期間に違反した婚姻は取り消すことができることとされている。このような制度を維持することの当否。

(一) 意見

- a 再婚禁止期間の制度を維持する以上、その要件に反する婚姻が取り消されるとの現行制度は維持すべきである。
- b 再婚禁止期間の制度が維持されるとしても、婚姻の取消しに遡及効がない以上嫡出推定の重複の問題が残るから、その要件に反する婚姻を取り消すことには合理性がなく、これを廃止すべきである。

(私見) b意見賛成。

- 2 失踪宣告を受けた者の配偶者の再婚と失踪宣告の取消しについて

(一) 問題の所在

失踪宣告を受けた者の配偶者が再婚した後に、その失踪宣告が取り消された場合における前婚の帰すうについて、明文の規定を設けることの当否。

(二) 意見

- a 再婚当事者が悪意のときには前婚が復活し重婚となるが、善意のときには前婚が復活しないとの結論を得ることができる（三二条一項ただし書参照）ので、規定を新設する必要はない。
- b 失踪宣告を前提として形成された身分関係の安定を損なわないようにするのが相当であり、重婚状態を生じさせないようにするため、配偶者の再婚後に失踪宣告が取り消された場合には、一律に、前婚は、再婚の成立によって解消する旨の規定を設けるべきである。

(私見) b意見賛成。

第二 婚姻の効力に関する問題点

一 夫婦の氏

1 夫婦の氏の異同（七五〇条関係）について

(一) 問題の所在

現行制度は、夫婦は、婚姻の際に当事者双方が定めるところにより、夫又は妻の氏を称するものとし（いわゆる夫婦同氏制度）、子は、親の氏を称するものとしている（いわゆる親子同氏制度）。このような制度を見直すことの当否。

(二) 意見

a 夫婦親子の一体性を示すものとして、長年慣れ親しまれてきたものであり、子の福祉を維持し、社会的な混乱を避ける等の観点から、現行の夫婦同氏制度を維持すべきである。

b 婚姻に際し必ず夫婦の一方が氏を変更しなければならないのは相当でなく、とりわけ多くの場合に氏を変更している女性の社会的活動の上で不都合も生ずるので、夫婦が別氏を称することができるようにすべきである。また、そのようにしても、子の福祉を害するおそれはない。

(注) 夫婦が別氏を称することができるとする場合の戸籍の問題については、別途検討する。

2 夫婦が別氏を称することができるとする場合の考え方について
以下の意見がある。

a 婚氏と婚姻前の氏との併存を認めるもの

夫婦は、婚姻の際に当事者双方が定めるところに従い、その共通の氏（「婚氏」ということがある。）として夫又は妻

の氏を称しなければならぬという現行制度を維持するとともに、自己の婚姻前の氏を夫婦の共通の氏と定めなかつた夫又は妻は、戸籍法の定めるところにより婚姻の日から三か月以内に届け出ることによって、自己の婚姻前の氏を称することができるものとする。

（注）婚氏と婚姻前の氏との併用を認めるかどうかについては、なお検討する。

b 夫婦の同氏別氏の選択を認めるもの

夫婦は、婚姻の際に当事者双方が定めるところに従い、その共通の氏として夫又は妻の氏を称し、又は各自その婚姻前の氏を称することができるものとする。

c 婚氏についての定めがないときは夫婦別氏となるもの

夫婦は、婚姻の際に当事者双方が定めるところに従い、その共通の氏として夫又は妻の氏を称するが、夫婦の称する共通の氏について婚姻の際に定めがないときは、夫婦は、各自その婚姻前の氏を称するものとする。

d 夫婦別氏を原則とするもの

夫婦別氏を原則とし、夫婦の一方は、婚姻の際に相手方と同じ名称の氏を称することができるものとする。

3 夫婦が別氏を称することができるものとする場合のその他の検討課題

夫婦が別氏を称することができるものとする場合においては、以下のとおりの問題があると指摘されているが、これらについては、いずれも積極消極等の意見がある。なお、2の各意見次第で自ずと結論が異なることになる論点もある。

(1) 同氏夫婦について、婚姻後に夫婦別氏にすることを認めるかどうか。認める場合には、やむを得ない事由の要否、当事者双方の合意の要否、回数制限の有無、家庭裁判所の許可の要否等をどうするか。

(2) 別氏夫婦について、婚姻後に夫婦同氏にすることを認めるかどうか。認める場合には、やむを得ない事由の可否、当事者双方の合意の可否、回数制限の有無、家庭裁判所の許可の可否等をどうするか。

(3) 別氏夫婦の子の氏（七九〇条関係）は、出生時に当然に定まるものとするのか、出生後に定まるものとするのか。

(4) 別氏夫婦の子の氏（七九〇条関係）の決定方法については、当事者の合意による方法だけに限定するか、合意がでないときに備え補充的な方法をも設けるかどうか。例えば、①家庭裁判所の決定、②ドイツで検討されているくじ引きによる決定、③判断能力取得後の子による自己決定等の方法を認めるがどうか。

(5) 子相互（兄弟姉妹）間で氏が異なることを認めるかどうか。

(6) 親が別氏の場合に子の氏の変更を認めるかどうか。認めるとした場合、家庭裁判所の許可があればよいことにするかどうか。（七九一条一項参照）。子が低年齢の場合にはどうするか。

(7) 別氏夫婦を養親とする養子縁組をする場合、養親子同氏の原則を修正して養子は縁組の際に定めるところに従い、いずれかの養親の氏を称することにするかどうか。

(8) 現在の既婚者（同氏夫婦）についても、夫婦が別氏を称することができるものとするかどうか。その場合の要件をどうするか。

(9) (8)の場合には、子の氏の変更も認めるかどうか、その場合の要件をどうするか。

(10) 夫婦が別氏を称することができるものとした場合、夫婦の一方の死亡等に伴う祭祀承継制度に影響が生ずるかどうか（七六九条、七五一条二項、八一七条、八九七条等参照）。

(注) 離婚に伴う復氏、生存配偶者の復氏及び別氏夫婦を養親とする縁組につき離縁があった場合の復氏についても、

検討する必要がある。

（私見）現行制度を維持しつつ、通称使用に法的根拠を与えるべきである。

夫婦が別氏を称することができるとする場合の考え方につき、手続は別にして、方法としてa意見支持。夫婦が別氏を称することができるとする場合のその他の検討課題³につき

- (1) 同氏夫婦につき、婚姻後に別氏にすることを認める。
- (2) 別氏夫婦につき、婚姻後に同氏にすることを認める。
- (3) 別氏夫婦の子の氏は、出生後に定まるものとする。
- (4) 別氏夫婦の子の氏につき、判断能力取得後の子による自己決定等の方法を認める。
- (5) 子相互間で氏が異なることは避けるべきである
- (6) 親が別氏の場合に子の氏の変更を家裁の許可を要件として認める。
- (7) 別氏夫婦を養親とする養子縁組をする場合、養子は縁組の際に定めるところに従い、いずれかの養親の氏を称することにする。
- (8) 既婚者についても、別氏を称することができるものとする。
- (9) 家裁の許可を要件として子の氏の変更を認める。
- (10) 夫婦が別氏を称することができるものとした場合でも、夫婦の一方の死亡等に伴う祭祀承継制度に影響は生じないものとする。

二 夫婦間の契約取消権

(七五四条関係)

(一) 問題の所在

現行制度の下では、夫婦間の契約は自由に取り消すことができるとされているが、このような制度を維持することの当否。

(二) 意見

a 夫婦間の契約の履行は、夫婦間の愛情と道義に任せるべきで、裁判所の力を借りて実現するのはふさわしくなく、
b 意見の指摘するような場合は、別途の法理で対処することができるので、夫婦間の契約は取り消すことができるとの現行制度を維持するのが相当である。

b 夫婦間の契約も契約取消しの制度一般(例えば、書面によらない贈与を取り消すことができるとの五五〇条)の適用をうけるだけで十分であり、現行の夫婦間の契約取消権の制度は、離婚を事実上想定してされた夫婦間の契約が理由なく取り消されるなど弊害を伴うものであるから、廃止すべきである。

(私見) b 意見賛成。

第三 夫婦財産制に関する問題点

一 夫婦財産契約(七五五条関係)

(一) 問題の所在

現行制度の下では、夫婦財産契約を締結するには婚姻届出前に契約をし、その登記をすることが必要であるとされて

いるが、その当否。

(一) 意見

a 現行制度を改める必要はない。b意見のように夫婦財産契約制度全般の見直しと切り離して夫婦財産契約の時期及び変更の可否だけを取り上げるのは、適当でない。

b 婚姻届出後にも、夫婦財産契約を締結し、又は変更することができるようにするのが相当である。

(私見) b意見賛成。

二 法定財産制

1 夫婦の居住用不動産の処分の制限について

(一) 問題の所在

婚姻中に夫婦がその居住の用に供するため、一方の単独名義で取得した建物等につき、他方の居住の安定を図る見地からの手当ての要否。

(二) 意見

a 特段の手当ての必要はない。b意見は、権利の名義人でない配偶者の同意を要求する一種の法定の処分制限であり、公示を伴わないため、取引の安全を損ない、第三者の利益を害するおそれがある（なお、婚姻関係が破綻した状態において将来の離婚に伴う分与対象財産を確保するためであれば、保全処分を利用して、ほとんどの場合目的を達成することができる）。

b 婚姻中に夫婦の一方がその名義で共同生活のために取得し、現に他方が居住している家屋若しくはその敷地又はそれらの賃借権若しくは敷地についての地上権について、その名義を有する者が居住している配偶者の同意を得ずに譲渡その他の処分をした場合には、その配偶者は、これを取り消すことができ、取消しをもって第三者に対抗することができるものとするのが相当である。

(注) 取消権の存続期間及び取消しの手続については、なお検討する。

(私見) a 意見賛成。

三 改正試案に対する意見

1 婚姻最低年齢(七三一条関係)

(試案) 男女共、満一八歳にならなければ、婚姻をすることができないものとする。

(注) 1 一八歳未満であつて、一定の年齢(例えば満一六歳)に達した者について、特別の要件を充たす場合に例外的に婚姻をすることを認める制度は、設けないものとする。

(意見) 改正試案では、女子を二歳引き上げて、男女同一年齢の一八歳を提言している。以下、女子の婚姻適齢を二歳引き上げることの合理性について検討してみたい。

婚姻は神事でもなければ、婚姻当事者間の私事でもない。婚姻は一つの社会制度であるから、これを法律制度として確保するために、いくつかの要件を必要とする。その一つが、婚姻をなしうる最低年齢(以下「婚姻適齢」という)の規定である。これを法定する理由は、婚姻が社会構成の基礎であるところから、婚姻を健全に保つため、精神的、肉

的に未熟な者の婚姻を禁止し、早婚の弊害を防止するためである。

婚姻適齡に関するわが国の法制の發展過程をみるに、明治初期には、資料は存在せず、旧民法（明治二十三年公布）により、男一七歳、女一五歳と規定されるにいたつた。これは、明治政府が、医科大学に調査を依頼したのに対し、医科大学には、わが国と外国の諸種の統計と学者の意見を参考にして答申をし、その答申にそつて婚姻適齡が定められたのであつた。さらに、旧法（明治三十一年公布）も男一七歳、女一五歳として旧民法を引き継いだ。しかるに、現行法では男一八歳、女一六歳と、一歳づつ引き上げられた。その理由は、当時の現状として、だんだん晩婚になっているという事実、並びに外国の立法例としてもこの程度が最も多いこと、および成年疑制との関連からあまり年少の夫婦ができることを好まなかつたことなどである。男女について年齢差が設けられているのは、女子の方が肉体的成熟度が早いこと、婚姻平均年齢が男子よりも低いことを配慮したものである。この点に関し、これまでにも、男女平等の見地から批判がなかつたわけではないが、男女の自然的、生理的差異に基づくもので男女の本質的平等に反するものではないと考へられてきた。しかし、今回の見直し審議において、男女間に区別を設けることの当否が、幅広い観点から世に問われることになつたのである。

婚姻適齡を検討するに際し中心となるのは、人間の本質からして、婚姻当事者の成熟の程度である。婚姻可能な一人前の人間の条件を考える基本的な視座は、(1)肉体的（身体的）成熟、(2)精神的成熟、(3)経済的（社会的）成熟の三点に集約されるであろう。婚姻は、通常性関係を伴うものであるから、性（性的適応能力）と生殖（生殖能力）に十分適応できる肉体的成熟が考慮されなければならない。また、婚姻は、夫婦として共同生活を営み、相互に協力して安定した関係を永続させなければならぬわけで、このような生活関係に適応できるだけの精神面の成熟度も備わらなければ

ならない。さらに、婚姻は、親からの独立、社会の基礎単位としての家庭の形成を意味し、やがて、婚姻生活の当然の結果として子の誕生が予定され、子の親としての社会的責任を果たさなければならないので、経済的自立や、家庭経営能力といった社会的成熟も要求される。このようにみまてくると、一人前の人間とは、これらの要素が、全人格的にバランスよく統合された者だということになる。

しからば何歳とすべきか。多くの議論がありうるであろうが、最終的には、成熟の程度、婚姻の自由に対する責任、成年疑制などを総合して決定する他はない。そこで、次に、わが国の婚姻の実態や、参考とすべき諸種の統計資料を示すこととする。

(ア) 身長、体重

厚生省の「国民栄養調査^⑤」によると、女子の身長増加は、六歳より一一歳までは、年間約四〜八センチメートルである。一二歳より一四歳、及び一七歳より一八歳の間は、二センチメートル弱の増加、一四歳より一六歳の間は、年間わずか一センチメートルをきる伸びであるが、一八歳では、一五九センチメートルに達し、以後は増加していない。一方、体重は、一六歳でピークに達する。女子が性的成熟に達するのは、一七歳〜一八歳頃とみてよいであろう（男子について同様の分析をすれば、身長は二十三歳、体重は二十二歳で増加が停止することを知らる）。

(イ) 初経、精通の年齢

女子の方が一般に性成熟の開始が早い。最近の初経平均年齢は一二歳六か月、精通平均年齢は一三歳二か月となっている。但し、二年くらいは無排卵月経が多く、妊娠可能な年齢は、一四〜一五歳とのことである。いずれにしても、肉体的成熟は、早くなつてきている。

(ウ) 進学率

文部省の「学校基本調査」によると、平成四年三月の中学校卒業者のうち高校へ進学した者の比率は、女子が九六、二パーセント、男子が九三、九パーセントであって、昭和四十四年度以降は、女子の進学率が男子のそれを上回っている。また、大学、短大への進学率は、平成四年度で、女子が四〇、八パーセント(大学一七、三パーセント、短大三三、五パーセント)、男子が二七、七パーセント(大学二五、二パーセント、短大一、八パーセント)となっており、女子の進学率が年々上昇しているのが現状である。

(エ) 未成年女性の婚姻

未成年の女性は、年間およそ二二〇〇〇人位が婚姻している。平成四年度でみると、一六歳の婚姻は六九九人。一八歳未満の婚姻は二七三一人で、同年に婚姻した未成年女性二二二五〇人の約八パーセントにあたる。

(オ) 未成年女性の出産

平成四年における未成年女性の出産した子は、一八三九四人で、出生子総数二二〇八九九人に対して、〇、六七五パーセントにあたる。そのうち一八歳未満の女性が出産した子は二六九五人で、総数に対し、〇、四四五パーセントの割合である。

(カ) 平均初婚年齢

厚生省の「人口動態統計」によると、平成四年の平均初婚年齢は、夫二八、四歳、妻二六、〇歳であった。これは第二の結婚ブームであった昭和四十五年の夫二六、

平均初婚年齢の年次推移

	全 婚 姻		初 婚	
	夫	妻	夫	妻
昭和45年	27.6	24.6	26.9	24.2
50	27.8	25.2	27.0	24.7
55	28.7	25.9	27.8	25.2
60	29.3	26.4	28.2	25.5
平成2年	29.7	26.9	28.4	25.9
3	29.6	26.9	28.4	25.9
4	29.7	27.0	28.4	26.0

九歳、妻二四、二歳に比べて、この二十年間で夫一、五歳、妻一、八歳遅くなっており、晩婚化の傾向が続いている。このように実際の婚姻年齢は、民法が定める適齢よりはるかに高いものとなっている。

(*) 諸外国の立法例

風土、気候を異にし、身体の発達も同じではないが、参考までに諸外国の立法例を挙げる。大別して二つの立法態度がみうけられる。その一つは、男女間の平等をめざす男女同年齢制であり、他は、男女間の肉体的精神的成熟に一定の差異があることを前提とする男女別年齢制である。同一年齢制の国としては、アメリカハワイ州・イギリス・スコットランドなどの一六歳、アメリカカリフォルニア州・フィリピン・ドイツ・イタリア・デンマーク・チェコスロヴァキア・スコットランド・ロシアなどの一八歳。男女別年齢制の国は、メキシコ男一六、女一四、オーストラリア・トルコ・ルーマニア・台湾・韓国などは男一八、女一六、フランスは男一八、女一五、北朝鮮は男一八、女一七、オーストリアは男一九、女一六、スイスは男二〇、女一八、インドは男二十一、女一八、中国は国家の政策として晩婚を奨励しており男二十二、女二〇である。

以上の統計資料ならびに諸報告を勘案し、取捨折衷すると、日本の女子の婚姻最低年齢は、満一八歳とするのが適切と思われる。一八歳とするのは、①性加速化現象はみられるものの、心身の発育は一般に一八歳程度で安定期に入る、②社会の現実の処遇が一八歳以上をおおむね成人と同様に扱っている、③高校が準義務教育化している（それとの関連もあって、平均初婚年齢の上昇が続いている）。高校卒業年齢は一八歳である、④独立生計年齢を考えると、一六歳では心もとない、などの理由からである。なお、一八歳とすると、現在の適齢が一六歳であるから、二歳の引き上げとなり、婚姻の自由を制限することとなるが、これは許されるのか。この点に配慮したのが、中間報告b意見である。しか

し、私は、特別な要件を充たす場合には、適齡以下の者に婚姻の成立を認める立法例のあることは承知しているところであるが、婚姻適齡を定めておきながら、それ以下の者の婚姻を認めることは、理論的に矛盾して賛成できない。改正試案も例外を認めなかった。試案の態度に賛成する。他に、適齡を二〇歳に引き上げる考え方もありうる。そうすると、現在の成年疑制や婚姻同意制度は必要性を失い、法制度としては簡明になるが、内縁関係や婚外子や妊娠中絶の増加が予想されるし、現在の適齡との関係から免除規定の検討がなされなければならないので、賛成しかねる。

そもそも年齢差が設けられたのは、旧民法が肉体的成熟を婚姻適齡決定の基本としたことに由来するものである。今回の改正試案は、女性の社会的進出、及びそれに伴う地位の向上を踏まえて、家庭生活においても、対等な関係を志向すべく、肉体的成熟を考慮するのは当然として、それだけでなく、それよりもむしろ精神的、経済的成熟を重視する方向をめざすものといえよう。

なお、最後になったが、婚姻適齡を何歳とすべきかは、ただ単に適齡だけの問題で終わらないのである。それは同時に、成人年齢、未成年者の婚姻同意、成年疑制との調整を含む問題であることを忘れてはならない。

2 未成年者の婚姻

（試案）未成年の子が婚姻するには、父母の同意を得なければならぬ（七三七条）、その同意を得ないでされた婚姻でも取り消すことはできない（七四三条参照）とする現行の制度は、維持する。

（意見）現行法の下では、婚姻最低年齢に達した未成年者が婚姻するには、原則として父母の同意が必要とされているが、その同意を得ないでなされた婚姻も取り消すことはできないとされている（民法七三七条、同七四四条）。旧民

法では、子の年齢に拘らずに戸主の許諾、父母の許諾（父母死亡の時は家の祖父母の許諾）を要した（人事編三十八条、三十九条、二四六条）。旧法は、家族が婚姻するには戸主の同意を得ることを要し、子が婚姻するにはその家にある父母の同意を要し、父母ともに死亡したときは、後見人および親族会の同意でたりるとしたが、男が三〇歳、女が二十五歳に達した後は同意を要しないとした（民法七七二条、同七五〇条）。旧民法、旧法の下における同意権は、父母の意思の尊重、親族的協同生活関係の平和維持のためのものであった。その性質は、婚姻が家と家との結びつきであることを前提として、家族協同生活の平和のための認許同意と解すべきである。これに対し、現行法は、憲法の理念に従い、婚姻の自主性を確立するため、成年者の婚姻には父母の同意を要しないこととし、同意を得なければならぬ者を未成年者に限定した。その目的とするところは、子の保護のために他ならない。したがって、現行法の婚姻同意は、子を思うこと親にしかず、社会的経験が浅く、思慮分別が十分でない未成年者が、軽率な婚姻をすることがないよう親が助言を与えるという補佐同意の性質をもつものになったのである。ところで、憲法二十四条が、婚姻は両性の合意のみに基づいて成立すると規定していることとの関係から、未成年者について父母の同意を要するとするのは、憲法に違反するのではかという疑念を生ずる余地がある。この点につき、憲法二十四条は、婚姻に対して不当な干渉をすることを排除するのがその趣旨であって、親の助言を得て後悔のない婚姻をさせるという子の保護を図るための同意権であるから、憲法の精神に反することはないとするのが通説であり、今回の中間報告におけるa意見も、このような考え方に立つものである。しかしながら、現行法には、次のような問題点がある。①民法七三七条では「父母」とだけ規定し、親権者や監護者である父母とはなっていないから、親権を辞任もしくは喪失した父母も、離婚の際、非親権者となった父母も、父母である以上、子の婚姻に対して同意権をもつものとされる。日頃から監護養育をして、その性格や能力などを知る

者にこそ同意させるべきで、離婚などにより長年子と生活を共にしていない父や母の同意を要求することは不自然なことであり、子の保護のためにならないと思われる。②父母の一方が同意しないときは、他の一方の同意だけで婚姻を成立させるのは、子の保護に十分配慮したといえるかどうか問題である。この点は、中間報告b意見の如く「法定代理人」とすることにより、親の一方が反対するときは婚姻をすることができなくすることができる。③本条違反の婚姻が、取消の対象とならない。成立要件としながら、違反に対して目を瞑ったのでは筋が通らない（この点を是正しようとするのが、中間報告b意見の後半部分）。④父母のない者は、誰の同意も要しない。現行民法は、止むを得ない場合として放任した。親のない子は勝手にしろというに等しい。これでは、父母の婚姻同意権は未成年者のためのものではなく、父母のためのものだということになる。⑤父母が正当の理由なく同意を拒むとき未成年者を救済する途がない。これに関しては、昭和三十四年の仮決定及び留保事項の如く不当に同意しない場合は、家裁の審判という考え方もありうる。⑥未成年者が婚約をするには、父母の同意は必ずしも必要ではない。ところが、婚姻となると同意を要するのはバランスを欠くことである。

このような問題点を含む制度に対し、これまでも、「父母」を「親権者」あるいは「法定代理人」に変更する。親権者がいない場合やその同意が得られない場合に「家裁の同意代行制度」を設ける。同意のない婚姻は、同意権者により取り消すことができるものとすべきだなど、さまざまな提案がなされていた。特に、昭和三十四年に公表された「民法親族編の改正について」では、「未成年者が婚姻をするには、法定代理人の同意を得なければならぬ。家庭裁判所は、法定代理人がいない場合又は法定代理人の同意が得られない場合において適当と認めるときは、前項の同意に代わる審判をすることができ」と改正案を提言していた。「法定代理人の同意」とする考えは、今回の中間報告b意見につな

がるものであるが、「家裁の同意代行制度」は、中間報告にあらわれていない。たしかに、婚姻同意権の目的が未成年者の保護を図ることにあるとすれば、「父母の同意」は「親権者の同意」とすべきである。さらに、親権者を欠く場合のことを考慮すると「法定代理人の同意」としなければ、保護は徹底しないことになる。だが提言されている家裁の同意代行制度は、同意制度の欠陥を補完するというより、家裁にむずかしい判断を強いることになり現実的とは思われない。結果として未成年者を内縁関係に追いやる危険性がある。また、同意を欠く婚姻届も受理されると取り消せない。とされるのは、違法ではあるが、取り消してみても当事者の幸福にはならないからであろう。しかし、同意制度の趣旨からいえば、理論としては、同意権者によって取り消すことができるとする方が筋が通っている。諸外国の立法例は、いずれも同意権者たる父母に取消権を与えている。⁶⁾ただ、日本の現状では、婚姻届出の際の要件違反のチェックが厳しいので、戸籍係のエラーがない限り、届出が受理されることはない。ゆえに、要件違反の婚姻届出が後に取り消されることは、ほとんど考えられないといつてよい。

父母の婚姻同意制度の核心は、婚姻の自主制の尊重と未成年者の保護との調整にある。日本の婚姻同意は、戸主による終生の同意から、親による未成年者への同意と進展してきた。今後は、婚姻適齢を男女共一八歳とし、婚姻には誰の同意も要しないと徹底させる方がよい。改正試案は、現行制度維持を打ち出しているが、私は、以下の理由により、婚姻同意権を廃止すべきものと思う。①中間報告の改正論は、現行制度の欠陥を補充し、未成年者保護の趣旨を徹底させようとするもので、理論としても正しいものを含むことは理解できる。しかし、b意見の考え方を採用することは、婚姻の成立要件をさらに加えることになり、婚姻法の進化に反することになる。未成年者の保護は、婚姻適齢の制度で図られているので、それ以上の制約を加えることは適当でない。②私は、現行の婚姻同意の内容は、婚姻が成立するまで

のよき相談相手となることだと理解している。子が成年者であれ、未成年者であれ、父母だからといって、子の婚姻の良否につき的確な判断基準があるわけでもないであろう。このように考えると、同意を成立要件としないで、社会の慣習に任せる方がよいと思う。⁷⁾③婚姻適齢を男女一八歳に改正するならば、未成年者といえども、その年齢に達すれば、婚姻についての十分な判断能力を備えている。婚姻の自主性を尊重して自己の判断と責任において婚姻することを認め、て差し支えない。もはや子の保護を強調して親の同意などを考える必要はない。このように解することが、憲法の問題にも合致することになる。

以上のように同意制度を廃止した上で、今後はさらに婚姻年齢と成人年齢の調和を計らなければならない。成人年齢を一八歳に引き下げることにも検討すべきことと思う。

3 再婚禁止期間

（試案）

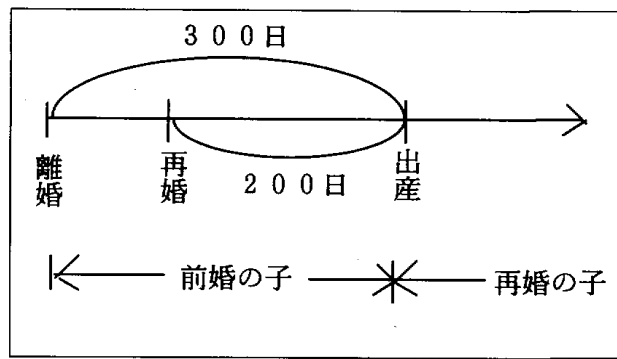
- （一） 女は、前婚の解消又は取消しの日から一〇〇日を経過した後でなければ、再婚をすることができないものとする。
- （二） 女が前婚の解消又は取消しの日から一〇〇日以内に出産したときは、その出産の日から、（一）を適用しないものとする。

（注）（一）の再婚禁止期間中であっても、女が懐胎していないことについての医師の証明がある場合などには、例外的に再婚を認めることとするかどうかについては、なお検討する。

（意見） 現行制度の下では、夫婦の一方が死亡した場合には、生存配偶者に、夫婦が離婚した場合には、離婚当事者の

双方に再婚の自由が認められている。しかしながら、再婚の要件については、男女で取扱いを異にする。男性には、再婚について法律上の制限は設けられていないが、女性については、「前婚の解消又は取消の日から六か月を経過した後でなければ、再婚をすることができない」（民法七三三条一項）という規定がある。この制限が再婚禁止期間（待婚期間、寡居期間）と指称されるものである。この再婚禁止期間は、有責配偶者に対する謹慎期間や貞婦両夫にまみえずといった儒教的な東洋論理に基づくものではなく、民法七七二条が子の父の決定につき、婚姻成立の日から二〇〇日後又は婚姻の解消もしくは取消の日から三〇〇日以内に生まれた子は、婚姻中に懐胎したものと推定し、妻が婚姻中に懐胎した子は、夫の子と推定する旨を規定したことにかんがみ、女性が前婚の解消後、早急に再婚すると父性推定の衝突を来し、再婚後出生した子は、前夫の子なのか、後夫の子なのか明らかでないことがおきる可能性があり、これをあらかじめ防ぐために女性の再婚の成立を一定期間妨げることによって父性推定の重複を回避することを主たる目的とするものであると説明されている。端的に言えば、血統の混乱を避けるために六か月間御腹を空けなさい、六か月もすれば妊娠しているかどうか判るからということである。ゆえに、血統の混乱を生じないことが明らかなきは差し支えない。民法七三三条二項は、その例示規定であるし、戸籍先例による除外事例も存在する。例えば、前夫との再婚、夫の生死が三年以上不明であることを理由とする判決による離婚、悪意の遺棄を理由とする判決による離婚、受胎能力がないと認められる場合などである。その他、優生手術を施した旨の医師の証明書が添付された場合や懐胎していない旨の医師の証明書が添付された場合には、婚姻届を受理するような措置が望まれる。

再婚禁止期間に関する外国の法制をみると、スイス・フランス・イタリアが三〇〇日。ドイツ・ブラジルが一〇か月。ポルトガルは男六か月、女一年。韓国は日本と同様六か月と定めている。なお、スウェーデンなどの北歐諸国（一九六



九年）、ギリシア（一九八三年）、オーストリア（一九八三年）、ベルギー（一九八七年）などが再婚禁止期間を廃止した。また、イギリス・ロシア・中国・オーストラリア・ニュージーランド・カナダなど制限を設けていない国もある。⁸⁾

わが国の再婚禁止期間に関する規定をみると、旧民法、旧法、現行法とも六か月となつてゐる。もっとも嫡出推定日数に違いがあるので、厳密には同じとはいえないが、数字の上では一応六か月と同一期間を定めている。現行法では、前述の如く、女性は婚姻の解消又は取消の日から六か月を経なければ再婚できないとされているが、女性にのみ課せられたこの再婚制限に對しては、当初からその合理性が問題とされてきた。再婚禁止期間が批判される理由は二つある。すなわち第一の理由としては、はたして六か月の期間は必要かどうかということである。

民法七七二条が定める婚姻中懐胎推定期間を前提とすれば、父性推定の重複を避けるためには、図示したように前婚解消後三〇〇日以内であつて、後婚成立後二〇〇日以内である。したがつて、父性推定の重複を避けるためであれば、前婚解消と再婚の間に一〇〇日⁹⁾あれば足りることになる。一〇〇日間だけ再婚を先にのばすことにより目的を達することができる。したがつて、民法七三三条が嫡出推定の重複を避けることのみを目的とするのであれば、同条の定める六か月という期間は長きに失し、不合理であるといわなければならない。¹⁰⁾

第二の理由は、女性の再婚を六か月間禁止するといつても、それは婚姻の届出の受理をその期間拒むだけで、事実上の再婚までも阻止することはできない。当事者の事情がいよいよ婚姻しなければならなくなつたら、二人は事実上の婚姻を止めないであろう。届出だけ六か月待つというだけのことになる。その間、子供ができる可能性は否定できない。再婚禁止期間は、かえつて内縁関係を増加さ

せ、子を一度は非嫡出子にすることになる。一般的には、このような理由に基づいて制度そのものが非難されていた。ここに登場するのが立法論である。従来の立法論には、改正論と廃止論とがある。改正論は、再婚禁止期間を維持しながら禁止期間の短縮や適用除外事例の拡大をはかる考え方であり、廃止論は、制度を廃止する方向で考えるものである。中間報告では、現行制度維持、一〇〇日短縮、廃止の三意見が列記されていたが、改正試案は、一〇〇日短縮案を採用した。父性の推定の重複を防ぐという民法七七二条の趣旨を徹底させようとする考え方に立つものである。私は、改正試案に反対である。再婚禁止期間は廃止すべきものである。

廃止すべしとする理由は、①嫡出推定の重複は、極く稀な場合の問題で、これを避けるためにすべての女性の再婚を一定期間禁止する必要はないと思う。離婚したり、夫と死別した女性のすべてが再婚するわけでもない。もし血統の混乱が生じたなら、それは個々に解決していけばよいことである。生まれてくる子の父親は誰かという問題と婚姻成立要件とは問題の性質が違うというべきである。②再婚禁止期間を設けても、戸籍上六か月（試案では一〇〇日）の隔たりがあればよいということではなく、現実の生活において実質的に六か月の間隔が必要である。実質的な間隔が存在しないかぎり、子の出生を防ぐことはできず、再婚禁止期間の制度は、無用なものといわなければならない。このような女性だけに再婚の自由を制限する制度は、理論的にも実際的にも設けておく意味がなく、削除すべきである。

なお、再婚禁止期間を廃止した場合、法律上嫡出推定が重複する場合の父の決定方法としては、親子法の中に、「後婚成立後に出生した子は、後夫の子と推定する」旨の規定を置き、後婚の夫が子の嫡出性を争うならば、嫡出否認の許を提起させて問題を解決するか、それとも、より端的に、父不明の子が生まれたときは、すべて父を定める訴により裁判所がきめることとするなどが考えられる。前者が適切である。

4 再婚禁止期間違反の婚姻の取消

（試案）再婚禁止期間の規定に違反してなされた婚姻については、これを取り消し得るものとする現行の制度は、維持する。

（意見）再婚禁止期間に関する改正試案の考え方をまとめると、⑦再婚禁止期間の制度を維持する。①但し、期間は一〇〇日に短縮する。②再婚禁止期間の規定に違反してなされた婚姻は、従来通り取り消し得るものとする、ということになる。私は、前述の如く、立法論としては、再婚禁止期間の廃止を主張する。廃止すると、待婚期間の規定に違反してなされた婚姻の効力についても言及する必要性がなくなるわけである。よって、ここでの意見は、当然のことながら現在の再婚禁止期間制度の維持を前提としてのものである。

民法は、再婚禁止期間内になされた再婚を取り消し得るものとしているが（七四四条、七四六条）、一旦生じた血統の混乱は、これを取り消しても無意味であるから、諸外国の立法例（例えば、ドイツやスイス）のように、再婚の届出が受理された以上はこれを有効とすべきである。取消を認めているところに、再婚禁止期間という制度の父権性が感じられる。

5 失踪宣告を受けた者の配偶者の再婚と失踪宣告の取消

（試案）

（一）失踪宣告が取り消された場合において、その宣告を受けた者の配偶者がその取消の前に再婚をしていたときは、その再婚をした者と失踪宣告を受けた者との婚姻は、復活しないものとする。

(二) 未成年の子の父母の一方が失踪宣告を受けた後、これが取り消された場合において、(一)により、父母の婚姻が復活しないものとされるときは、失踪宣告を受けた者の親権は、復活しないものとする。この場合において、子の監護に必要な事項については、第七六六条の規定を準用するものとする。

(意見) 現行民法における失踪宣告には、普通失踪と危難失踪の二種類があり、失踪宣告の審判が確定すると、普通失踪においては、法定の期間満了の時に、危難失踪においては、危難の去った時に、それぞれ死亡したものとみなし、死亡と同一の効果を生ずる(三〇条、三十一条)。よって、失踪者の配偶者は、適法に再婚することが許されるのであるが、再婚成立後に失踪者が帰来し、失踪宣告の取消し(三十二条)があると、初めから失踪宣告がされなかったことになり、婚姻関係の解消などすべての法律関係は失踪前の状態に復活することになる。しかし、宣告後、その取り消し前に善意でなした行為は、取消しによって無効とならないとされるので(三十二条一項但書)、夫婦の一方が失踪宣告を受けた後、失踪者が生還し、宣告の取消しがあった場合に婚姻関係の復活が認められるかどうかが問題となる。失踪者の配偶者が再婚していない場合は、婚姻が復活する。これは、失踪者の配偶者が宣告後、姻族関係終了届や復氏届を出していたとしても同様である。では、失踪者の配偶者が再婚している場合はどうか。この点について判断する根拠は、民法三十二条一項但書の解釈適用である。大別すると二つに分けられる。第一説は、民法三十二条一項但書の規定に従って解釈適用するものである。すなわち、(1)再婚当事者双方が善意で再婚したときは、但書により再婚は有効な婚姻として成立する。問題は、前婚が復活するかである。再婚は効力を変じないから、これと両立しない前婚は復活しないとする考え方と、再婚の効力は維持されるが、前婚が復活し、その結果重婚状態となり、前婚については離婚原因、再婚については取消原因となるとする考え方とがある。(2)再婚当事者の双方又は一方が悪意で再婚したときは、但書による保

護はない。したがって、前婚が復活する。再婚は、民法七四二条にあたらなないので当然に無効となるわけではなく、重婚として取消しうべき婚姻となる。第二説は、但書規定の適用を財産行為のみに限定し、婚姻などの身分行為には適用しないと解するものである。この説によれば、再婚の善意・悪意に関係なく失踪宣告の取消しにより、前婚が復活し、重婚関係を生ずることとなる。

これに対し、戸籍実務ないし行政解釈上では、失踪者の配偶者が再婚していなければ婚姻は復活するが、再婚している場合は前婚は復活しないものとしている。また、再婚していても、その婚姻が離婚や相手の死亡により解消した後失踪宣告が取消された場合でも、前婚は復活しないとしている。

このように種々の解釈がおこなわれるのは、失踪と婚姻との関係について特別の規定をおいていないことによるものである。今回の中間報告や改正試案においては、解釈の上の疑義がある以上、立法的解決をはかる必要があるかどうか問われているのである。この点につき何等かの立法的措置を講じなければならぬことは、以前から指摘されていたところである。この問題は、昭和三十四年の「民法親族編の改正について」でも取り上げられ、ここでは、宣告後その取消し前に再婚した場合は、再婚当事者の善意悪意の如何にかかわらず前婚は再婚の成立によって解消するものとし、かつ、この場合の解消の効果は離婚の場合に準じて処理するのが適当であるとされた。今回の中間報告は、民法三十二条一項但書の解釈により問題の解決が可能であるから規定を設ける必要はないとするa意見と、一律に、前婚は、再婚の成立によって解消する旨の規定を新設すべきであるとするb意見とが示されていた。ここで「一律に」とは、再婚当事者の善意悪意を問わずという意味であろう。b意見は、前述の「民法親族編の改正について」で示された考え方と同一のものである。これに対して、改正試案では、前婚は復活しないと考える方を採った。その意味は、(ア)再婚だけが

有効に存在し、これと矛盾する前婚の復活はありえない。(イ)再婚当事者の善意悪意で効果を異にする立場を採らない、ということである。

私は、総則編のわずか三か条の規定では解釈上疑義を生ずるのを免れることはできないので、ドイツ民法のように、明文の規定を親族編におくことが望ましいと思う。また、以下の理由で、試案に賛成する。

①婚姻に関する限り、善意・悪意で効果を異にすることは、法律関係を不安定にする。試案のように、善意・悪意に拘わらず前婚は復活しないとす画一的解決方法は、当事者の意思を尊重し、失踪宣告を前提として形成された身分関係の安定の要請にこたえるものである。⁹¹⁾

②たとえ一時的にせよ重婚状態を発生させるような解決方法は避けるべきである。

③失踪宣告は、数年にわたって生死不明だった者についてなされることであるから、前婚は形骸化しているのが常態である。再婚が存在する以上、前婚を復活させることは、人情や生活の実態に反することになる。

6 夫婦の氏

(試案)〔A案〕

1 夫婦の氏(七五〇条関係)

(一) 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ものとする。ただし、この定めをしないこととすることもできるものとする。(以下、この定めをして夫又は妻の氏を称する夫婦を「同氏夫婦」といい、この定めをしないので、それぞれ婚姻前の氏を称する夫婦を「別氏夫婦」という。)

(二) 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。
(三) 別氏夫婦は、婚姻後、戸籍法の定めるところにより届け出ることによって、夫又は妻の氏を称することができるものとする。

2 実子の氏（七九〇条関係）

(一) 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。

(二) 別氏夫婦の子の氏

別氏夫婦の子は、1 (二) により定められた氏を称するものとする。

3 養子の氏（八一〇条、八一六条関係）

(一) 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。

(二) 養親が別氏夫婦である場合

(1) 養子は、1 (二) により定められた氏を称するものとする。

(2) 養子は、別氏夫婦のいずれか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。

4 子の氏の変更（七九一条関係）

(一) 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。

(二) 別氏父母の子の氏の変更

(1) 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) 別氏夫婦が同氏夫婦となったときは、子は、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、その父母の氏を称することができるものとする。

(4) 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。

(5) 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、(2) から (4) までの行為をすることができるものとする。

(6) (2) から (5) 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。

5 既婚夫婦への適用

(一) 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

るものとする。

(二) (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、当該夫婦の婚姻の際の氏の定めを1(二)による子が称する氏の定めとみなすものとする。

〔B案〕

1 夫婦の氏(七五〇条関係)

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ことができるものとする。(以下、この定めをして夫又は妻の氏を称する夫婦を「同氏夫婦」といい、この定めをしないで、それぞれ婚姻前の氏を称する夫婦を「別氏夫婦」という。)

(注) 婚姻後の別氏夫婦から同氏夫婦への転換及び同氏夫婦から別氏夫婦への転換は、いずれも認めないこととする。

2 実子の氏(七九〇条、七九一条関係)

(一) 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。

(二) 別氏夫婦の子の氏

別氏夫婦の子は、その出生時における父母の協議により定められた父又は母の氏を称するものとする。

(注) 子の出生時に父母の協議が調わない場合又は協議をすることができない場合における子の氏の定め方については、なお検討する。

3 養子の氏（八一〇条、八一六条関係）

(一) 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。

(二) 養親が別氏夫婦である場合

(1) 養子が未成年者であるときは、養子は、縁組時における養親夫婦の協議により定められた養父又は養母の氏を称するものとする。

(2) 養子が成年者であるときは、養子は、縁組の際に、当事者の協議によって定めるところに従って、養父又は養母の氏を称するものとする。

(3) 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。

4 子の氏の変更（七九一条関係）

(一) 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。

(二) 別氏夫婦の子の氏の変更

(1) (1)、(2) 及び (4) から (6) までは、A案と同様とするものとする。

(2) (1)において引用するA案4(二)(1)にかかわらず、子は、成年に達した時から二年以内に、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、成年に達した時に称していた氏と異なる父又は母の氏を称することができるものとする。

(注) 子相互間で氏が異なる場合に、その氏を統一する方向での氏変更を認めるかどうかは、なお検討する。

5 既婚夫婦への適用

(一) 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。

(二) (一)により、父又は母が氏を改めたことによって子が父又は母と氏を異にするときは、子は、父母が(一)の届出をした日から三か月以内に、戸籍法の定めるところにより届け出ることによって、氏を改めた父又は母の氏を称することができるものとする。この場合においては、4(二)(1)において引用するA案4(二)(5)及び(6)を準用するものとする。

(注) (二)の場合に、家庭裁判所の許可を要件とするかどうかについては、なお検討する。

(C案)

1 夫婦の氏（七五〇条関係）

(一) 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ものとする。

(二) 婚姻により氏を改めた夫又は妻は、相手方の同意を得て、婚姻の届出と同時に戸籍法の定めるところにより届け出ることによって、婚姻前の氏を自己の呼称とすることができるものとする。

(三) (二)により婚姻前の氏を自己の呼称とする夫又は妻は、戸籍法の定めるところにより届け出ることによって、その呼称を廃止することができるものとする。

2 離婚復氏後の婚氏統稱制度（七六七条二項関係）

七六七条二項（離婚復氏後の婚氏統稱）の規定は、婚姻中、婚姻前の氏を自己の呼称としていた者には適用しないものとする。

3 経過措置

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、相手方の同意を得て、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届け出ることによって、婚姻前の氏を自己の呼称とすることができるとする。

（意見）私は、かつて、氏の性格、夫婦別氏論の論拠、類型、諸外国の婚氏制度、選択的別氏制度の実施に伴う問題などにつき、検討している¹²ので、ここでは改正試案にしぼって意見を述べることとする。試案では、夫婦別氏について、ABCの三案が出されている（複雑な内容を整理するため別表を作成したので参照のこと）。氏は、単に夫婦だけの問題ではなく、子の問題でもあり、さらには戸籍の編成をどうするかを問うものである。試案を読むと、AB両案の中にいろんな論点が盛り込まれていて、分かりにくいというのが率直な感想である。A案B案は、いわゆる選択的夫婦別氏を認めるものである。両案の異同は、同氏と別氏を認める点では同じであるが、違いは、別氏夫婦の間に二人以上の子ができた場合に、兄弟姉妹の氏が同じでなければならぬとするか、氏が異なる場合があることを認めるか、という点にある。A案は、子の氏を同一とし、別氏の婚姻届を提出するとき、どちらの氏を子の氏とするかを決めておくものとしている。これに対し、B案は、子の氏は兄弟姉妹間で違ってもよいし、どちらの氏にするかは、出生届を出す時に決めればよいとしている。C案は、呼称としての旧氏の使用を認めるところが現行法と違うだけで、子の氏の定め方は従来通りである。

夫婦の氏について、中間報告では、別氏を称することができるとする場合の考え方として、婚氏と婚姻前の氏との併存を認める a 意見、夫婦の同氏別氏の選択を認める b 意見、夫婦同氏を原則として、婚氏について定めがないときは別氏となるところ c 意見、夫婦別氏を原則として、婚姻の際相手方と同じ名称の氏を称することができる¹³とする d 意見の四案が挙げられていた。中間報告の a 意見は試案の C 案として、c 意見は A 案として、d 意見は B 案として、それぞれ採用されたが、b 意見は採用されなかった。さて、試案の内容をみていくと、各案とも問題点は多い。以下、各案の特徴と問題点を列記してみよう。

〔A案〕

- 。子が複数の場合は、子の氏は統一されるのが特徴。
- 。原則同氏であるから、結局のところ従来通り家族全員が夫の氏になるか、父母の婚姻中は別氏夫婦の子の氏の変更ができないので、家族の中で妻だけが別氏となってしまうのではないか。
- 。あらかじめ子の氏を決めておかなければ婚姻届が受理されないことになり、憲法二十四条に抵触するおそれがある。
- 。婚姻する者の中には、子の誕生を予定していない者もいる。そのような人にもこの要件を適用するのは問題であるし、子の氏が決められなかったら婚姻できないとは本末転倒した考えといわねばならない。
- 。婚姻時に同氏を選択したら別氏に変更できないのも難点である。

〔B案〕

- 。兄弟姉妹で氏の異なることがありうるのが特徴。
- 。大幅な改正をしないと実現できないが、真の男女平等につながるものである。

。子が生まれる都度、氏を決めるが、話し合いがまとまらなかつたらどうするのかという問題を生ずる。子の氏については争いがおきやすく、新たな問題を抱え込むことになりはしないか懸念される。

。自分と同じ氏の子に愛情が偏るなどの不都合が生じはしまいか。¹⁵⁾

〔C案〕

。戸籍上の氏と日常使用する氏（通称）の二つの存在を認めるのが特徴。

。パスポートや運転免許証などに旧氏を用いることができる。ただ、通称が認められるにしても、一度は婚氏を定めて届出をするので、現在の状況と同じことになるのではないか。

。子の氏の問題は生じない。

。通称使用が改氏した者の不都合、不利益を取り除くことできるのかは、なお疑問が残る。使い分けをしなければならず煩わしさがつきまとい、心理的、生活的負担は消えない。

。戸籍実務への影響が少ない。

さらに、試案で気がかりなことを二点指摘しておきたい。一つは夫婦の氏の転換について、一つは既婚夫婦の氏の変更についてである。もし夫婦の氏の変更を認めるとすれば、配偶者の同意が必要かどうか、家裁の許可を要するかどうか、回数や時期を制限すべきかどうかに関して検討されるべきである。そうした繁雑さを回避したわけでもないだろうが、改正試案では、A案が別氏から同氏への変更を認めるだけで（同氏から別氏への変更は認めない）、B案は一切認めないことにしている。熟慮の末一度決めた以上転換は認めるべきでないとの考えによるものであるが、婚姻後の事情により氏の変更の必要性を生ずる場合があるのではないか。再考を要する。さらに、既婚夫婦の氏の変更について、表

現こそ異なるが（「配偶者と共に」とか「相手方の同意を得て」）配偶者の合意がなければ別氏に変更できないとしているのは、氏を個人の呼称とする立場からすれば問題がある。

今回の婚姻制度改正の中心は、夫婦の氏の問題である。同氏制、同氏別氏選択制、別氏制それぞれ存在理由があり、いずれが間違いだとは言いつれない。私は、現行民法の同氏制の歴史を踏まえて、試案のC案に賛成する。その理由は、下記の通りである。

①民法七五〇条が男女の平等に反する規定とは考えない。現行法でも妻の氏を選択することは可能である。

②夫婦同氏制は日本に定着している。婚姻により新たに形成された家庭の構成員である夫婦親子が、同じ氏を称するのは自然なことであり、巷間いわれるように、家族の一体感を強め、外部からの識別を容易にしている点は軽視できない。

③氏の制度は社会制度であることを忘れてはならない。「名前は個人のものだから、選びたいように選べばよい」との主張を聴く。確かに、氏名そのものは各自のものである。と同時に、氏名は個人を特定し、自他を識別するためのものであるという意味において社会制度なのである。別氏制度の導入は、社会的影響が大きい上に、前述の如く種々の問題点があり、家庭と社会に混乱をもたらす。

④C案は、戸籍の編成を工夫するだけで実現が可能である。一番影響が少ない方法で、しかも、婚姻により改氏する者の不利益、不都合を解消するという別氏論のめざす目的に限りなく近付けるものである。¹⁶⁾

⑤夫婦同氏制を維持しつつ、社会生活の中で婚姻前の氏を公的に使用することを認める方法は、婚姻前の氏を通称として使用する届出を創設し、戸籍と住民票に通称名の記載欄を設けることで可能となる。

この問題は、最終的には、国民世論の動向が重要である。試案公表後に実施された世論調査を二つと、企業での女性の旧氏使用の実態調査の結果が発表されているので、合わせて紹介する。

朝日新聞の「全国世論調査」が九月一八日、一九日の両日実施された¹⁷⁾。それによると、

。選択的別氏制 賛成五十八パーセント 反対三十四パーセント

。三案の考えで一番よいのは、「原則同氏」の五十一パーセント、「原則別氏」は十二パーセント、「旧氏を呼称として認める」三〇パーセントであった。

。夫婦別氏の時、子どもの氏をどうするか。「どちらかにそろえるべきだ」七十五パーセントに対し、「兄弟姉妹で異なるケースがあってもよい」一八パーセントで、子どもへの影響は避けるべきだと考える人が多かった。

。自分の問題として考えた場合の対応はどうか。独身女性で「結婚しても自分の名字を」という別氏願望者は、わずかに四パーセントに止まった。

。名字を変えた既婚女性をみると、

「抵抗を感じた」は二二パーセント 「特に感じなかった」は八十七パーセント

。結婚して夫の名字に変えた女性の中では、「旧氏を名乗りたい」は二三パーセント

「そうは思わない」八〇パーセントであった。

。改氏していない夫の側で、妻が旧氏に戻すことに「賛成する」は三十四パーセントで、五十七パーセントが「反対する」だった。

次に、平成六年一月二十六日付で公表された総理府の「世論調査」では、選択的夫婦別氏制度の導入については、

法改正に賛成二七、四パーセント、反対五三、四パーセントで、全体として慎重な意見が強かった。また、別氏制度を導入した場合の子の氏については、「兄弟姉妹で同じにすべきだ」が六八、九パーセントで、「異なっても構わない」の一四、二パーセントを大幅に上回っているという結果が出ている。

最後に、民間調査機関の「産業労働調査所」が平成六年八月に実施した「旧姓使用に関する企業の取り扱い実態調査」の結果が発表されているので紹介する。それによると、「旧氏使用を認めている企業」が二三、三パーセントと二割を超えている。旧氏使用認めている企業の中で、すでに「制度化している企業」も一五、六パーセントになっている。旧氏使用のメリットは、「社内業務・連絡が円滑にいく」、「社外取引先、社外人脈との円滑化が図れる」、「プライバシーの保護」、「本人のモラルアップが期待できる」ことなどである。問題点としては、「保険や税務処理、経理上の事務手続きが煩雑になる」などが挙げられている。

女性の社会的進出の増加に伴って、旧氏使用はあたりまえのこととして、社会に定着していくことであろう。

7 夫婦間の契約取消権

（試案）夫婦間の契約取消権の制度は、廃止するものとする。

（意見）民法七五四条は、夫婦の一方に、夫婦間で締結した契約全般にわたり、無制限に契約取消権を与えた規定である。旧民法では、夫婦間の売買を禁じ（財産取得編三十五条一項）、贈与は婚姻中随意に取消しうると定めていた（同三六七条一項）。旧法は、旧民法を引き継いで贈与取消権のみならず、あらゆる契約にまで取消権を拡大した（七九二条）。現行法七五四条は、旧法七九二条を平仮名、口語体に改めただけでそのまま引き継いだものである。ここでいう

ところの夫婦間の契約とは、婚姻成立後、解消以前に締結された契約のことである。ゆえに婚姻成立前の契約は取消しの対象とならない。取消しうる契約の種類に制限はなく、有償無償を問わず、売買、贈与、賃貸借、消費貸借など何でも取消することができる。取消の方法についても特に制限はないので、相手配偶者に対する意思表示で足り、取消しの理由も必要ではない。ただし、取消しの時期は婚姻中に限る。履行前は勿論、一部又は全部の履行後でも取り消せるが、婚姻解消後は取消することができない。

条文だけを読むと、夫婦間では嘘をついてもよいといういかげんな規定のようにみえるが、その立法趣旨は、(1)夫婦間の契約は、一時の気まぐれや夫婦の一方の他方に対する威圧又は愛情による自由な意思に基づかない非真意の表示であることが多く、したがって、そのような契約には完全な効力を認めることができず、婚姻中にいつでも取消しうるとした(非真意説)とともに、(2)夫婦間の約束履行は、当事者の愛情や道義に任せるべきであり、債権債務として訴訟で争うようなことは避けさせる(訴訟禁止説)というところにある。法は家庭に入らず。夫婦間の約束を、一般の契約関係以上の神聖なものとして尊重したのである。

しかし、夫婦間の契約取消権に関する民法の規定にはいくつかの疑問が感じられる。

①夫婦間の契約であっても、気まぐれや威圧によらない真摯な契約もあるはずで、そのようなものまで取消せるといふのはいかなものか。

②真意を欠く契約ならば、取消権の行使を婚姻中に限る理由はないのではないか。

③夫婦間の契約を法律上強制することは、家庭の平和を害するといふのであれば、婚姻中に締結された契約に限らず、婚姻成立以前に締結された契約についても、婚姻中は強制することを避けるべきではないか。

④夫婦間の契約に強制が伴ったり、愛情に溺れて真意に基づかないでなされたのであれば、契約取消権の規定がなくとも、民法総則編の意思表示に関する規定、とりわけ瑕疵ある意思表示の取消の規定を適用することにより解決ができるのではないか。

⑤夫婦間の契約の履行請求は好ましくないとしながら、履行後の取消しは認めるのだから取消権を行使して返還請求ができることになり、趣旨徹底しないことになるのではないか。

⑥条文を率直に読むと、夫婦の間では約束をしても、いつでも破ってもよいと書かれているようで、規定ぶりとして、上手でなかったのではないか。法文は一般人にわかりやすいものでなくてはならず、且つ誤解を与える表現はなるべく避けるべきである。そういう観点からすると夫婦の一方のわがままを放任するような法文の書き方では、現実の生活の中で悪用されはしまいか。

このような疑義がある上に、事実、契約取消権をめぐる裁判は、濫用の歴史そのものであった。判例は、契約取消権の行使の制限に努力してきた。初期の判例は、取消権の行使に寛容であった。古く大審院は、夫が妻に財産分与の約束をして離婚届に署名させ、その届出前に取消した事案において、取消は有効で、贈与が離婚を条件としたり、贈与の当時当事者間に事実上協議離婚の合意があったとしても、取消しの効力に消長を及ぼすものではないと判示している（昭和七年一〇月十三日判決法学二巻六号七〇三頁）。その後、判例は変更された。昭和一九年一〇月五日の判決（民集二十三卷一八号五七五頁）では、夫が妻以外の女性と同棲し、一男二女を儲けて帰来せずという状況なので親族が集まって前後措置を協議し、夫から妻に家屋を贈与することとし、妻名義で家屋の登記がなされたところ、夫が取消権を行使して所有権移転登記手続を請求した事案に対し、「原審認定ノ事実関係ノ下ニ於テ為サレタル右家屋ノ所有権移転契約

ハ、夫婦間ノ契約ナルノ故ヲ以テ之ヲ取消シ、被上告人（妻）ヨリ其ノ生活ノ保障トモ見ルベキ唯一ノ財産タル右家屋ヲ取戻サントスル如キハ、被上告人ニ損害ヲ加フルコトノミヲ目的トスル権利ノ濫用ナリトシテ、右取消ハ其効力ヲ発生セザルモノト判定スルモ、必ズシモ不当ト謂フヲ得ザルノミナラズ、右契約ハ夫婦関係ノ円満ヲ欠キ、破綻ニ瀕スル状態ニ在ル際、親族ノ協議ヲ経テ為サレタルモノナルヲ以テ、之ヲ取消スコトヲ得ザルモノト解スルヲ相当トスベシ」と判示していた。

最高裁で最初に夫婦間の取消しが問題になったのは、昭和三十三年三月六日の判決（民集一二巻三号四一四頁）で、夫が他に女性関係ができたため夫婦関係がうまくいかず、離婚話が持ち上がりゴタゴタした中で、夫が離婚の条件として建物を贈与する約束をしながら、離婚の届出直前に贈与契約取消の意思表示をしたため、妻が贈与による建物の移転登記手続を求めた事案において、「夫婦関係が破綻に瀕しているような場合になされた夫婦間の贈与はこれを取り消しえない」と判示した。

さらに、最高裁は昭和四十二年二月二日の判決（民集二十一巻一号八十八頁）で、円満を欠いていた夫婦の和合を期するため不動産を贈与する「夫婦相互協力覚書」なる書面が作成されたが、贈与は一部履行されたものの一部は他へ売却されてしまったため、残りの不動産について所有権移転の登記手続を求めた事案において、「民法七五四条にいう婚姻中とは単に形式的に婚姻が継続していることではなく、形式的にも、実質的にもそれが継続していることをいうものと解すべきであるから、婚姻が実質的に破綻している場合には、それが形式的に継続しているとしても、同条の規定により、夫婦間の契約を取り消すことは許されないものと解するのが相当である」と判示して、本条の適用範囲をさらに限定した。

婚姻が破綻している状態での夫婦間の約束は、多くの場合、財産分与の性格を有するものである。それを任意に取消せるとするのは、他方配偶者に背負い投げをくらわせるに等しい。しかも、判例のほとんどが夫による取消権の濫用のケースである。このような濫用を防ぐために、判例上は、契約締結時に婚姻が破綻している場合には、その行使が許されないし（昭和一九年、同三十三年判決）、取消権行使時に破綻している場合にも行使ができない（昭和四十二年判決）ことになっている。そうすると、取消権を行使できるのは、円満な関係にある夫婦間の契約を、円満な関係にある間だけ取消しようとするところまで制限されたことになる。夫婦間の契約取消などは、夫婦関係が円満な時には問題がない。この規定が適用される余地はほとんどないといってよい。

昭和三十四年の「民法親族編の改正について」では、「本条は夫婦間に紛争がないときは不要であり、夫婦間に紛争があるときは、かえって不当な結果を生ずる」との理由で、削除の仮決定を行っていたし、今回の試案では、この制度を廃止することとしている。廃止されると、たとえ夫婦間の契約であっても、一般の契約法理に従うことになるわけである。以上検討してきたように、契約取消権の規定が、夫によって悪用され続けてきたことを判例は教えている。日本の夫には、この規定の底にある深遠な思想は理解されそうにない。いや、制度趣旨を承知の上で、相手が法律に疎いことを利用して悪用しているのかもしれない。いずれにしても、この規定があるかぎり、今後も、家庭生活の中で悪用される危険性はなお高いといわなければならない。廃止に賛成する。

8 夫婦財産契約

9 夫婦の居住用不動産の処分の制限

8と9は試案では、今後の検討課題とするということなので、省略する。

夫婦の氏に関する改正試案の骨子

	A 案	B 案	C 案
夫婦の氏 の 定め方	同氏を原則とし、別氏も選択できる。	別氏を原則とし、同氏も選択できる。	同氏とする。ただし婚姻時に相手の同意を得て届け出れば、旧氏を通称として使用できる。
氏 の 変 更	別氏から同氏への転換できる。	認めない。	
子 の 氏 の 定め方	同氏夫婦の子は、父母の氏。別氏夫婦の子は、婚姻時に届け出た氏に統一される。	同氏夫婦の子は、父母の氏。別氏夫婦の子は、子の出生時に父母が協議して決める。	子の氏は、夫婦の氏。
別氏夫婦 の 子 の 氏 の 変 更	父母の婚姻中は変更できない。	成年に達した時から2年以内に届け出ることにより異なる氏に変更できる。	
既婚夫婦 の 氏 の 変 更	施行の日から1年以内に配偶者と共に届け出ることにより、別氏に変更できる。	A案と同じ。	施行の日から1年以内に相手方の同意を得て届け出ることにより、旧氏を呼称できる。
特 徴	子の氏が統一される。	子の氏が異なることありうる。	戸籍上の氏と、日常使用する氏（通称）の二つの存在を認める。

註

- (1) 一九八〇年七月十七日署名、一九八五年六月二十四日国会承認、六月二十五日判准書寄託、七月一日公布、七月二十五日効力発生
- (2) 離婚制度の改正問題は別稿とした。
- (3) 私見は2についてa意見を支持するので、ここでの意見は、もしb意見又はc意見を採用したらという前提のものである。
- (4) 肉体的成熟だけが適齡決定の基本方針であったことに注意する必要がある。堀内節、広瀬隆司「民法典における婚姻適齡について」白門二十一卷一七頁参照。
- (5) 『一九九四年国民衛生の動向』四六三頁。
- (6) ドイツ、スイス、台湾など。
- (7) 法律上同意はいらぬというだけで、父母や兄弟姉妹に相談してはならないとするものでないこと勿論である。多くの家庭では、成年者の場合でも、父母などに相談し、その事実上の同意を得て婚姻をするのが通常であろう。未成年者も同様でよい。
- (8) 離婚までの期間が長いことが多い。
- (9) 現行の嫡出推定の規定から割り出し得る最短期間である。
- (10) しかし、現行民法は、一〇〇日では懐胎の有無を確実に知ることは難かしいので、再婚後、前夫の子が生まれる不都合を避けるために六か月としたのである。諸外国では、安全を期して三〇〇日、一〇か月とするのがほとんどである。そういった中で六か月という期間は、日本文化の融通性のあらわれとして評価してよいと、私は思っている。
- (11) もっとも、再婚当事者の双方が悪意の場合を考えると、解決の画一性になおためらいをおぼえるが、多くの場合、失踪宣告を受けなければならない状況を作り出した失踪者にも責められるべき事情がみられるであろうから、このような処遇もいたしかたあるまい。
- (12) 駒澤大学北海道教養部研究紀要二十八号一頁～三十八頁。
- (13) 相手方と同じ名称の氏を称しようとする者は、どのような要件の下にそれができるのか、また、民法上の氏は別氏で、呼称上

の氏だけが同じになるのか疑問である。

- (14) 抽稿前掲二十四頁。家裁の審判としたところで審判官も判断に窮することは容易に想像がつく。
- (15) 別氏論者は、それは慣れの問題だというが、本当にその程度のことか。
- (16) 別氏論者は、旧氏使用では真の解決にはならないと反対するであろう。
- (17) 全国約九五〇〇万人の有権者から三〇〇〇人の対象者を選び、学生調査員が個別に面接調査をした。
- (18) 「労務事情」八四二号八頁。調査は、任意抽出した全国の上場、非上場の企業三〇〇〇社が対象。調査方法は、郵送によるアンケート方式。五七四社から回答があった。

「本研究は、平成五年度駒澤大学北海道教養部学術研究助成（個人研究）による成果の一部である」