

# 日米比較に見る二一世紀の婚姻法

小野 幸二

もくじ

- 一 はじめに
- 二 婚姻の成立
  - 1 非婚（非法律婚）
  - 2 同性婚
  - 3 婚約の不当破棄
- 三 婚姻の効果
  - 1 親子関係
    - (イ) 人工生殖子と親子関係
    - (ロ) 老親に対する子の扶養義務
  - 2 不貞行為の相手方の損害賠償責任
- 四 離婚原因
  - 1 積極的破綻主義から無責主義へ
  - 2 離婚原因と離婚効果との関係
  - 3 アメリカで最近提案されている無責主義離婚法再検討の動き
- 五 離婚の効果

日米比較に見る二一世紀の婚姻法

- 1 離婚給付
- 2 退職金・年金と財産分与
- 3 離婚後の子の共同監護

## 一 はじめに

最近の婚姻法、離婚法は世界的に見てまことに目覚ましい変革を遂げています。その原因は、社会的・文化的・経済的状況の変化による家族像の変化、特に個人の人生観・価値観の多様化による婚姻観・離婚観のグローバル化にあります。

なかでも経済の高度成長による変革は大きいです。アメリカでは、それがすでに一九六〇年代に始まり、女性の職場進出、高学歴化、キャリア志向により、初婚・初産年齢が上昇し、非婚化も進み、シングル・マザーも増えています。九四年の統計では、三〇歳以上の独身女性二万人が子を出産しています。その中には、キャリアウーマンによる代理母出産、つまり自分の受精した卵子を他の女性に産んでもらう人もいます。離婚も増え、その割合も五五年の倍以上に増加しています。これらの理由の一つに、女性の社会的地位の上昇による収入の安定が考えられます。

日本でも同じような理由から今日女性の晩婚化が進み、また熟年離婚・定年離婚に見られるように離婚が増えつつあることは、ご承知の通りであります。

日本はアメリカの何年後を追いかける、と良く言われますが、今日は主としてこのアメリカの法状況と比較しながら日本の婚姻の成立と効果、離婚の原因と効果について話してみたいと思います。もちろん、当面の問題としては、平成八年法制審議会より法務大臣に答申された民法改正案があるわけですが、ここではそれよりも一〇年後、二〇年後にク

ローズ・アップされるであろうと思われる若干の問題点をお話したいと思います。

## 二 婚姻の成立

まず、婚姻の成立要件の問題として、非婚と同性婚と婚約の不当破棄を取り上げます。

### 1 非婚（非法律婚）

最近では、事実上結婚生活を送りながら、あえて婚姻届を出さない、いわゆる「非婚」つまり「非法律婚」カップルが増え、その多くがこれまでの性別役割分担を超えた対等な関係を築きつつあると言われています。非婚の理由は、あるアンケート調査によれば、女性の場合、①夫婦別姓を通すため、が最も多く、以下、②戸籍制度に反対、③性的関係はプライベートなことなので国に届け出る必要を感じない、の順で、男性の場合は、①戸籍制度に反対、がトップで、以下、②別姓、③相手の非婚の生き方を尊重、で男女間に考え方のズレがあります。<sup>(1)</sup>

非婚と似たものに「内縁」があります。しかし従来の内縁の多くが「怠慢的内縁」ないし「重婚的内縁」であったのに対し、今日の非婚は「意識的内縁」である点で大きな違いがあります。ですから、非婚は法律婚の啓蒙によって解消されるものではなく、法律婚との整合性を持たせることによってはのみ解決できます。そこで、現在進められている選択的夫婦別姓が民法改正で採用されれば夫婦別姓を理由とする非婚はほぼ解消される事になります。しかし、①性的関係まで国に届ける必要はないとか、②戸籍制度そのものに反対している人たちには役立ちません。そこで、どうしても法律婚主義を採る限り非婚の存在は避けられません。そのかぎりでは、また非婚の法的保護の必要性が生じます。

非婚の法的保護については、①非婚はあえて事実婚を選択し、結果として法律婚制度を否定するものであるから保護

の必要はないという考え方と、②当事者の自己決定を尊重し、国はこの問題に中立であるべきであって、法律婚と非法律婚を区別すべきではないという考え方があります。私は、法律婚が国家ポリシーである以上非婚を法律婚と同等に扱うことには賛成出来ません。非婚の保護は、これまでの事実婚ないし準婚の理論を個別的・具体的に適用することにより、一応これをカバー出来ると思います。<sup>(2)</sup>

ところで、外国法はどうでしょうか。法律婚主義を採りながら非婚を一般的制度として法により認めることは自己矛盾ですからそのような国はないでしょうが、慣習法として認めている国はあります。南アフリカ共和国ではローマン・ダッチ・コモンロー (Roman Dutch Common Law) 下では、一夫一婦制 (オランダ、フランス、イギリス、ドイツなど)、アフリカ固有の慣習法 (黒人たち七六%) およびいくつかの宗教法 (インド系モスレムたち二%) では一夫多妻制 (ズール族は一人まで妻が持てるそうです) です。南アフリカ憲法はこの婚姻法の二重性を認めていますので (個人及び多様な文化の尊重)、現在議会は「慣習婚認知法案」 (Recognition of Customary Marriages Bill) を審議中です。

もし、この法案が成立すれば、南アは婚姻について相異なる成文法を二つ持ったことになり (一国二制度)、両者の整合性が問題となろう。なぜなら、ローマン・ダッチ法では日本と同じように離婚原因、財産分与、子の扶養が問題となり得ますが、黒人社会では結婚は家と家との問題として扱われ、妻は離婚すれば実家に帰り (分与する財産もない)、子は婚家が育てるからです。慣習婚認知法が、このような離婚婦や子をどこまで保護することになっているのかわかりませんが (慣習婚も法律婚と同じように婚姻届けをすることになるだろうとのこと)、今日南アの法改革は大変なようです。政府が強く望んでいる家庭裁判所の創設も、その発足が遅れているようです。しかし、シヒャホ教授は、「長い時間をかけても異なった文化を調和させ、将来は一つにしたい。一〇年、二〇年かけてもやり抜く」と語っておられます。

た。私は、この話を聴いていて、我が国の明治新政府の法典編纂のご苦勞を思い出しました。<sup>(3)</sup>

アメリカでは、非婚配偶者を家族的パートナーとして捉え、一定の要件のもと登録することによって保険、医療、休暇、住宅などの扱いで一定の権利を認めている州もあります。非婚の原因としては婚姻意識の変化、いわゆる「税法上の結婚ペナルティ」<sup>(4)</sup>、などの問題もありますが、離婚時の財産分与（離婚給付）の額が高いから正式の結婚はしたくない、同棲でいいという人もいます。私の知っている人は離婚のとき家も店の権利もみんな持っていていかれるから結婚したくない、と言っていました。なぜ男性は自分に非常に不利な婚姻前契約をするのか不思議でしたので知り合いの婚約中の女性に聞いてみました。ところが、彼女は私は契約してくれなければ結婚してやらないわ、と言っておられました。美しく、そして若い大学の先生でしたのでこれでは相手も契約にサインせざるを得ないなあ、と納得しました。

## 2 同性婚

日本では、憲法二四条に「婚姻は、両性の合意のみに基づいて成立」すると書いてあり、民法上も一男一女の終生の精神的・肉体的結合関係が婚姻と解されていますので、同性者間での結婚は認められません。しかし、日本でも同性愛者が少しずつ増え、彼らはまた相互の連帯や社会からの差別・偏見の解消のため公然と活動するようになりましたので、これからの家族法の問題点たるを失わないと思えます。<sup>(5)</sup>

婚姻の本質が終生の家族的共同生活にあるとすれば、理論的には同性婚を否定する理由はないし、性的関係も乗り越えられない問題ではないかもしれません。また子どもも養子縁組や人工生殖によって持つことが出来ます。現にアメリカにはそういう人たちがいます。

アメリカには人口の一割近くも同性愛者がいるといわれるほどたくさんいて、しかも公務員や大学教授など知的レベ

ルの高い人に多いと聞いています。ですから選挙となると彼らは一つのプレッシャー・グループを形成するわけです。イギリスのブレア政権でも、先日閣僚三人が同性愛者であることを公表し、メディアが騒いでいます。また、U・C・バークレーの有名なアメリカンフットボウルの選手が校内のトイレで男性を強姦<sup>6</sup>した事件がありました。その被害者である男子学生を受け持っていた日本語教室の知人の先生は、長期欠席した被害者になぜ出てこなかったかと聞いたなら、恥ずかしくて出席できなかったといていたそうです。いかにそちら志向の人々が多いかを物語るものです。サンフランシスコにホモセクシャルが多いのはご承知の通りです。私がカリフォルニア大学のバークレー校ロースクールに留学して居ました一九八八年、サンフランシスコ市は同性配偶者に対しての病気休暇や健康保険加入を認める条例を可決しました。そのとき、市長さんや市職員のかかりの人がホモであると聞きました。市長さんはどうもそうではなかったようであります。この条例は、すぐ教会の反対にあい住民投票に付されましたが、結局は一九九一年から施行されました。日本では一部、同性者間の結婚が認められるようになったとセンセーショナルに報じられましたが、それは違います。家族的なパートナーとして一定の利益を付与する程度の意味です。いずれにしましても、この条例が、アメリカの「同性夫婦公認制度」(Domestic Partners)の走りとなったのですが、その後ワシントン州など二六の州や地方自治体と同じような制度を設けました。その内容は税金の還付、財産の相続権、健康保険の加入を認めるものから、ニューヨーク市のように、わずかアパートの承継権、公務員に限ってはパートナーの葬式、子(養子)の世話のための休暇ぐらいしか認めないものまでいろいろありますが、それでもニューヨーク市の場合、一九九三年三月一日の施行日から一週間の間(6)に一九四組が登録したそうです。

ところで、話は前後しますが、アメリカでは議員や首長選挙の際に、一緒にかなり多くのことが住民投票にかけられますが(有権者の三―一五%の署名で提案を直接投票に付することができ、過半数の賛成で可決される州が多いです)、

住民は多少倫理的に問題があっても自分が納得すれば賛成に回るし、自分に不利益が及んでも必要なものには賛成票を投じます。私が居た頃、ベイ・ブリッジの通行料の値上げが投票により決定されました。日本で高速料金や税金の値上げがもし国民投票にかけられた場合、可決されるでしょうか。私は真の民主主義を見た思いがしました。そういう事はドイツでも経験しました。

ドメスティック・パートナー条例が増える中、ハワイ州最高裁は一九九三年五月五日婚姻許可状の発給を拒否された三組の同性カップルから提訴された上訴審で、「性を理由とした婚姻の否定」は州憲法に違反するという注目すべき判決を下しました。もし、ハワイ州において同性婚が有効となり、そのカップルが他州に転居したらその州はどう扱うのでしょうか。有効とされる可能性もあります。<sup>(7)</sup>

そこで下院の一部議員はこれに先制攻撃をかけ、一九九六年五月初旬連邦議会に対し、「婚姻擁護(防衛)法」(Defense of Marriage Act)案を提出し、下院は同年七月一二日異例の早さで、これを可決しました。これによれば、結婚とは、「二人の男性と一人の女性の合法的な縁組」とされ、同性愛の配偶者に対しては、社会保障やメディケア(高齢者医療保険制度)など正式な配偶者に認められる権利が否定されることとなります。同性愛者である三人の下院議員はその法律案の審議会で、「どうして我々は、そんなに卑しい立場におかれなくてはいけないのか」と反論したといっています。

ヨーロッパでは、デンマークやスウェーデンでは約一〇年も前から同性婚にも婚姻とほぼ同様の地位が認められています。フランスには人口五、八〇〇万人中三〇〇万人、すなわち約二〇人に一人が同性愛者だと言われています。一九九八年一〇月九日同性愛や同棲のカップルにも結婚に準じる社会的地位を認め、税金・社会保険の支払いや相続、住宅の賃貸契約などで不利益を受けないようにすることを内容とした「連帯の市民協約(同性愛)」法案が下院に上程され

ました。これに対し、保守派のカトリック教会は「家族制度の基盤を崩すもの」として反対しています<sup>(8)</sup>。

ところで、同性婚はわが国ではどのように保護すべきでしょうか。同性婚も広義では事実婚の一つだとみて準婚的保護を与えるべきでしょうか。法律婚が国家ポリシーである現行法の下では自己決定権の尊重、国家の中立性ということ を考慮に入れても、準婚的な保護は無理と思います。その理由は、同性婚は法律婚に準じる結婚形態とは考えられないからです。結局は、パートナー同志の契約（民法九〇条違反の問題はありますが）とか、他の民法法理を適用して、ケース・バイ・ケースで解決して行くしかないと思います。

ハワイ州での同性婚騒動は、この（一九九八年）十一月三日行われた米中間選挙にあわせ実施された「同性婚禁止」の提案が賛成多数で可決されて一応の決着をみました。

以上見てきましたように、特に欧米では事実上「婚姻」の形態が多様化して来ているわけですが、日本でも一〇年後か、二十年後かそれはわかりませんが、やがて非婚、同性婚とくに非法律婚を視野に入れた婚姻法の見直しが必要になる時が来るかも知れません。カリフォルニア大学バークレー校ロー・スクールのデイーンであるケイ教授は *Divorce Reform at the Crossroads*（岐路に立つ離婚改革）<sup>(9)</sup> という本の中で、「いずれは異性者間同様、同性愛者結婚にも通用するような婚姻の定義の変更が必要になるかも知れない」と言っています。まさにこの問題は二一世紀に課せられた課題といえましょう。

### 3 婚約の不当破棄

婚約とは、一般的には将来夫婦になろうという男女間の合意であるといわれています。この婚約の成立には、かならずしもエンゲージ・リングの交換や結納の授受、儀式の挙行などの形式は必要ではなく、当事者の結婚するという合意



のみで足り、公然性も必要ではないと解されています。<sup>(10)</sup>

婚約が成立しますと、当事者は相互に将来婚姻する義務を負うこととなりますが、婚姻はあくまで自由意思で行われなければなりませんから直接であると間接であるとを問わず婚姻を強制履行することはできません。このことは当事者の一方は、婚姻のときに婚姻の意思がなくなっていれば一方的に婚約を解消できるということを意味しています。この場合、婚姻を一方的に解消すなわち破棄した者は相手方にどのような責任を負うかということが問題になります。

もっとも相手方が重大な遺伝性疾患や性病、精神病などを患っていたり、性交不能であったり、行方不明になったり、また相手方から虐待や侮辱を受けたりするなどして結婚後の円満な夫婦生活が望めない場合には「婚約破棄に正当事由あり」ということになり破棄者に責任は生じません。婚約を破棄した方に責任問題が生じるのは破棄した方に破棄するについての正当事由がない場合です。この場合を「婚約の不当破棄」と言っています。

婚約の不当破棄の場合には、一般的には破棄者は相手方に損害賠償責任を負うと解されています。その法的根拠には、①債務不履行説と、②不法行為説とがあり、①説は婚約を契約と解することから不当破棄は契約不履行であると解し、②説は婚約を契約と解すれば当事者に婚姻の義務意識を持たせ婚姻の自由を制限することになるから婚約は無効であるとの見地から不当破棄は婚約者たる事実、つまり婚約者であるという身分上の社会的地位を破壊する不法行為であると解しています。通説、判例は①債務不履行説です。

ところで、不当破棄者は損害賠償責任を負うとして、つぎはその賠償責任の範囲が問題となります。一般には、婚約を破棄された相手方は、婚約を信じたために被った有形・無形の損害を賠償請求できると解されています。ここに有形の損害すなわち財産的損害とは、婚約披露の費用、退職による逸失利益、仲人への礼金、挙式披露宴の費用などであり、無形の損害すなわち精神的損害とは、婚約が不当に破棄（不履行）されたことによって被った精神上の苦痛による損害

です。損害賠償請求の事例は、ほとんどが性的関係や同棲があるものであり、その多くが女性から男性に対する請求で、損害は財産的損害よりも精神的損害賠償請求が多いようであります。

なお、婚約の成立に際し、婚姻の成立をねがって金員、布帛、服飾品などを授受する慣習がありますが、この「結納」は婚約が解消された場合返還する必要があるかどうかが問題となります。結納の性質については見解が分かれ、証約手附に類似するものと解する説もありますが、一般には婚姻の成立を目的として授受される贈与（目的的贈与説）とか、婚姻の不成立を解除条件とする贈与（解除条件付贈与説）と解されています。したがって、婚約が解消されれば婚姻は不成立ということになりますから、結納は目的不到達、あるいは条件（消極条件）の成就により、結納を授与した者は結納を受領した者に不当利得（七〇三条）を理由に結納の返還を請求することができるということになります。しかし、契約の不当破棄者からの結納の返還請求はできないというのが通説、判例の立場です。そのような返還請求は権利の濫用ないしは信義則違反であり（一条）、また不当破棄は故意に条件を成就させたものである（一三〇条類推）とというのが、その理由です。

アメリカにおいては、この婚約破棄の問題はどのように取り扱われているのでしょうか。婚約不履行ないし婚約破棄を理由とする訴訟は、愛情移転、誘惑、姦通などを理由とする他の性的不法行為訴訟と共にしばしば悪用され、まったく無実の人、なにも不正な行為をしなかった人を悩ませ、当惑させ、恥をかかせ、金銭的にも損害を与え、ゆすりや恐喝を目的とした犯罪的コミッションの企てを助長することとなりましたので、一九三五年インディアナ州の女性法律家によってこれら訴訟の廃止を内容とする、いわゆる Heart Balm 法の制定が提唱されるに至り、今やアメリカの大多数の州はこれらの訴訟を廃止ないし制限しています。<sup>(11)</sup>

婚約の不当破棄訴訟を廃止ないし制限する理由には、いろいろありますが、主として、①婚約は純粹の契約ではなく、

お互いが相手を配偶者として相応しいかどうかを決めるための猶予期間と解すべきこと、②婚約破棄訴訟を認めない方が生涯の伴侶として相応しくないと考えたとき結婚を中止することが容易になり、いくらかでも離婚の増加を防止できること、もしこの種の訴えを認めれば事実上婚姻が強制されることになり、それがやがて有子離婚などを招くなど問題をより複雑にすること、③損害賠償請求の濫用や詐欺訴訟の温床になるなど、この種の訴訟は濫用されがちであること、④有責配偶者からの離婚請求を認める無責離婚主義の下では婚約の解消は当然であること、などが主張されています。

ところで、わが国ではこの問題はどのように考えるべきでしょうか。私は婚約は契約だから婚約の不当破棄は債務不履行で、破棄者は債務不履行による損害賠償責任を負うという短絡的な法律構成には疑問を持っています。とくに婚約を将来夫婦になるという合意のみで成立すると考え、婚約一般に契約責任を追及するのは妥当でないと思います。このような考え方は、婚約には結婚までにいろいろな段階的過程があるという事実を忘れていています。婚約の初期の段階ではアメリカでいわれているように、相手が良き配偶者となりうるかを見定める猶予期間としての意味も含まれていると思います。恋愛関係にある二人だけの合意にはとくにそういう意味が強いでしょう。このような二人の関係の解消に精神的、物的損害賠償責任を負わせるのは適当でないと思います。二人の合意にはその段階における婚約解消に賠償責任を問うというような効果意思はないのではないのでしょうか。かりにそのような効果意思があり、不当破棄者に損害賠償義務が生じるとしても、その義務の履行は社会・道徳規範に委ねられるべき自然債務的義務であると考えます。いずれにしても契約の拘束力は弱く、このような特徴は前に述べたような身分契約の特殊性から来るものと思われませんが、そのように理解することがまた婚姻の自由を尊重することになり、また積極的破綻主義ないし無責主義へ向う二一世紀的離婚法の理念とマッチすることになります。前述しましたように女性の職場進出、高学歴化、キャリア志向などにより最近女性は経済的にも男性と対等の地位を獲得しつつありますが、このことから女性が社会的、経済的弱者であった時代、

女性の保護策としての社会的権能を果たしていた離婚慰謝料、婚約破棄慰謝料は、眞の男女平等関係を構築するという意味で、今日見直すべき時期に來ているのかも知れません。

私見によれば、婚約破棄による損害賠償責任は一切生じないか、といえ、そうではありません。婚約の初期の段階を経て配偶者選択の意思がより確定的となり、結納納めや婚約披露を行った後は社会的にも婚約者としての地位を得ますのでこれは法的にも保護してやらなければなりません。婚約の不当破棄はまさにその地位の侵害といえますから、破棄者には不法行為（七〇九条）にもとづく損害賠償責任が生じると思います。この意味で私は債務不履行説よりは不法行為説が基本的には正しいと考えます。婚姻観、離婚観の今日の変遷から、不法行為の成立要件である違法性は厳格に解すべきであり（反対に婚約破棄の正当事由は弾力的に解すべきであると思います。最近婚約者の親から、「将来、同居するか、近所に住んでほしい」との希望を伝えられたことは、婚約を破棄する正当な理由になる、とした裁判例があります（東京地裁平成二年一月二九日判決<sup>12</sup>。事件は、二人は結婚紹介所の紹介で見合いをし、男性は女性の方の「親と一緒に暮らさなくてもいいといっている。親のことは心配しないで下さい」という言葉を信じて四カ月後に婚約、結納を交わしたが、その後女性の母親が男性の母親に、「将来、娘夫婦と同居するか、娘夫婦を私たち夫婦の近くに住ませたい」といったので、男性が婚約の翌月女性に婚約の解消を告げた、というものでした。裁判所は、「結婚するまでに、円満な夫婦共同生活をするうえで障害が出来た場合、婚約者の一方は、その障害を生んだ責任がないかぎり、婚約を解消できる」という一般原則をたて、「二人っ子同士の結婚では、親の老後の扶養をどうするかが、大きな問題となる。本件の場合、被告が、円満な結婚生活への障害となると考えて婚約を破棄したことには、正当な理由がある」と判示し、男性側の主張を認めました。この裁判例は、婚約破棄の正当理由を緩やかに解した一例といえましょう）、また同じ理由で損害賠償請求権の消滅時効が三年（七二四条）になり、不法行為の立証責任が被害者である原告にあるとす

る点も妥当な結論であると考えます。

なお、婚約者の一方が相手方の暴力や詐欺・強迫などの違法手段によって強制的・半強制的に婚約をさせられたときは、婚約者の一方は相手方に対し不法行為による損害賠償請求をなし得ること当然です。これは婚約の不当破棄の問題ではなく、不法行為そのものの問題ですから、債務不履行説によっても結論は変わりません。

### 三 婚姻の効果

#### 1 親子関係

##### (イ) 人工生殖子と親子関係

長野県在住の根津医師が今年（一九九八年）の六月、①妻の妹の卵子と夫の精子を体外受精させ、その受精卵を妻の子宮内に移植し、双子の男児を出産させたこと、②夫の弟が提供した精子と妻の卵子を体外受精させ、妻に子どもを出産させたこと、を公表して以来、俄に人工生殖の問題がクローズ・アップされてきました。<sup>(13)</sup>

このような人工生殖子はいずれも他人の配遇子（精子・卵子）を用いるものですから、その子の親は誰かと言う事が、まず問題となります。なぜなら、①のケースでは、産みの母は妻であるが、生物学上・遺伝上の母は妻の妹であり、②のケースでは、社会的父は夫であるが、生物学上・遺伝上の父は夫の弟だからです。そこで、①での民法上の母は誰か、すなわち妻か、それとも卵子提供者の妻の妹か、②での民法上の父は夫か、それとも夫の弟か、を決めなければなりません。そうでなければ、人工生殖子の親権者は誰か、養育権は誰にあるのか（具体的には、子どもを奪い合ったり、押し付けたりする場合に問題になります）、人工生殖子は誰に対して相続権を持つのかなどが決まらないからです。これからは、こういう問題が家庭裁判所にいつ申し立てられてくるかわかりませんので我々調停委員も研究しておかなければ

ばならない問題の一つだろうと思います。

私は、①のケース（借り卵）の民法上の母は、遺伝上の母、つまり妻の妹さんではなく、産みの母であり、育ての母である妻が母だと考えます。妹さんにはただ卵子を姉さんのために差し上げる程度の認識しかないと思いますが、お姉さんには体外受精子と真の親子関係を創設しようという強い意志があるからです。そのように考えることが、また母子関係は分娩の事実によって生じるといふ判例の趣旨にも合うこととなります。いずれにしても、役場に出生証明書を持参して届け出れば、戸籍事務官掌者には形式的審査権しかありませんので、遺伝子を確認する方法はなく、子の出生届は夫婦の嫡出子として受理されますので、妻は体外受精子の戸籍上の母でもあることとなります。この場合、卵子ドナーである妹さんは子を認知できないし、子もまた卵子ドナーに対し認知請求できないと考えます。もっとも、民法の規定や判例の解釈によればこういうことはわが現行法下では無理と思いますが…。

②のケース（借り精子）の民法上の父は、遺伝上の父、つまり夫の弟さんではなく、戸籍上の父であり、育ての父である夫と考えます。<sup>(14)</sup>

精子ドナーには単に金銭目当てという人もいて、そういう人には全く親としての自覚はないわけです。こういう人たちに父としての適性を認めるわけにいきません。そこで、ここでも、やはり夫の親子関係創設の意志ないし意志決定権を尊重し、夫を父と見るべきです。このケースの弟さんにもその子の父になるという意思は全くないと思います。ですから、弟さんを父とみるわけにいかないのです。

アメリカでは、統一親子関係法でAID（人工授精）子は夫婦の子と同様に扱われることが規定されていますし（体外受精と人工授精の違いは受精が体内か体外かの違いにすぎません）、イギリスでも人工生殖子の父は夫と法律で規定されています。つまり、「養育の意思」と「養育の事実」こそが「子の最良の利益」に適うものと考えられるわけです。子

の最良の利益は親子関係決定の「メタ・ルール」(meta-rule) (高位準則) なのであります。

したがって、この場合は民法上はAIDと同じく子は夫の嫡出子ということとなります。しかも、民法七七二条の嫡出推定が及ぶと考えますので、第三者から父子関係の不存在を争うことも、また夫による嫡出否認の訴え(七七四条)を提起することもできないと考えます。後者の理由としては、七七六条の嫡出性の承認、民法一条の信義則または権利濫用禁止の法理が考えられます。

ところで、いったいこのような生殖医療はどこまで認められるのだろうか、という問題があります。法的問題のみならず生命倫理的、社会的、宗教的にいろんな問題点、考え方がありますので、その判断は大変難しいのです。外国ですがスウェーデンは非配偶者間体外受精を禁じていますが、アメリカ、イギリス、フランスなどではこれを認めています。アメリカには五万人近い体外受精精子がいるといわれています。日本には、これについての法律はありませんが、日本産科婦人科学会は体外受精は夫婦間に限ると自己規制しています。今回の根津医師は、この学会の会告を故意に破ったとして、除名されました。この学会の会告には、なぜ「非配偶者間人工授精」が認められて、「非配偶者間体外受精」が認められないのか、という素朴な疑問があり、根津医師も記者会見でこの点を強調しておりました。非配偶者間人工授精精子(AID子)がすでに一万人以上居り、配偶者間体外受精精子もすでに二万七、〇〇〇人以上生まれており(だから安全性に問題はありません)、両者の違いは受精が体内か体外かの違いしかないことを思えば、私は今回の二つのケースは認めた方がいいと思っています。たしかに体外受精の場合は排卵誘発剤の使用、女性への侵襲などの点で問題があり、できるだけ女性の体に負担をかけないようにしなければなりません。わが国に不妊夫婦が約一〇%おり、この人々の子を持ちたいという強い希望がある限り、他人の配偶子を用いる体外受精は止まらないし、また止められないと思います。私はまた夫婦の配偶子を用いる「借り腹型代理母」出産も認めていいのではないか、という気がします。し

かし、高い金を払って危険をおかし外国で人工生殖子を設けたり（アメリカでは代理母出産で一千万円前後）、国内でなし崩し的に水面下で行われたりする事態は避けなければなりません。やはり生殖医療の安全性と限界を明確にすべきです。

今月（一九九八年一月）七日総理府が発表したアンケート調査を見て私はびっくりしました。不妊症の夫婦が受精によらないで「クローン技術」で子どもを持つことに条件付きながら二二％が賛成していました。クローン人間はいかなる場合でも認めるわけにはいかないと思います。やはり、早く人工生殖の限界と規制を国民的コンセンサスのもとに立法化すべきであると思います。

厚生省の厚生科学審議会先端医療技術評価部会は、この（一九九八年）九月一七日非配偶者間の体外受精などの生殖補助医療技術のあり方について議論するため「専門委員会」を設置し、中谷謹子先生が座長になって今後幅広く論議することになりましたので、成果を期待したいと思います。

(四) 老親に対する子の扶養義務

わが国には、脳卒中や老衰による寝たきり・あるいは痴呆などにより、介護の必要な人が高齢者の約一割、二〇〇万人近くもいるといわれています。これらの人を誰がどのようにして、介護するのか、今や国家的・社会的な大問題になっているといえます。まず、誰が扶養するかについては、生活保護法では「私的扶養優先の原則」（四条二項）が採られていますので、まず民法や種々の社会保障制度などによることとなります。民法は、「直系血族および兄弟姉妹は、互いに扶養をする義務がある」（八七七条一項）と規定していますので、子は親に対して扶養義務を負います。そして、子が複数いる場合には、扶養の順位、程度、方法は、まず当事者間の協議で、それがだめなら家庭裁判所の調停で、それも調わなければ審判で決めることとなります。



老親扶養の問題につきましても、家族で時期をみて、できれば早めに、それも親も入れて、相続もからめ、予め話し合いをしてできた合意事項は書面しておく、という位の配慮が好ましいのですが、それが無いから先生方も調停の現場でお困りの場合が多々あると思います。まず、子の親に対する扶養義務の内容・程度ですが、これは自分の生活に余裕がある場合、自分の生活に負担にならない範囲で扶養すればいいという、いわゆる「生活扶助義務」であるといわれています。これは、兄弟姉妹間の扶養義務と同じレベルの義務です。これに対し、夫婦間や親と未成熟子間の扶養義務は自分と同等程度の生活を保持する義務、つまり「一杯のご飯も分け合って食べる」無定量の義務、すなわち「生活保持義務」だとされています。

しかし、最近はこの二分説には批判があり、①老親も夫婦や未成熟子と同じグループに入れ処遇すべきだという説や、②老親夫婦は、親の子に対する過去の養育の反対給付としての性格を持ち、また相続分の前渡的性格を有するから、夫婦親子間扶養義務と兄弟姉妹間扶養義務の中間的義務であるとする説があります。

つぎに、複数の子は、それぞれ老親に対して扶養義務を連帯して負担するのか、分割して負担するのか、について争いがあります。いずれも扶養能力の範囲内ではあっても、各人が扶養額全額負担すべきとする連帯説は、結果的に扶養義務者間の公平を害する、とくにまず相手方とされた扶養義務者が不利益を受ける可能性が高いので、扶養義務者は「必要な扶養額」を按分して分担すると考える分割説が妥当と考えます。

ところで、アメリカでは親に対する子の扶養義務を私的扶養義務として一般的に認める法律はないようです。しかし、かなりの州（三〇州程度）で「家族責任法」(family responsibility laws)という法律を制定しておりまして、老親を含めた生活困窮者に公的援助を行っています。その公的給付金は後で子など扶養義務者に返還が求められます。子の養育費の取立代行制度と同じようなものです。この点、私的扶養優先の原則に立った生活保護法とは根本的に異なります。

だいたい核家族が進んでいるアメリカの一般家庭では、年老いて子どもに養って貰うという発想はあまりないのではないだろうか。バークレー市で私の住んでいた隣りの元U・Cバークレーの老教授（八〇歳位）は、奥さんに先立れて何年も経つのに一人住まいで、時折ロスアンゼルスのお会いに出かけるのが楽しみのようでした。

日本でも、最近老親の扶養は、年金・医療・生活扶助など、公的扶養の充実によってはかられるべきであり、私的扶養は家族の合意や老親からの反対給付があるなどの事情がない限り精神的扶養を中心になされるべきだという主張が見られます。また、子の養育費についても、立替払制度の導入など公的援助中心に切替えるべきだ、との同じような主張があります。

なお、子に扶養される親の方も、親を介護した子に報いるように予め方策を講じておくことが、スムーズに介護を受けるために必要だと思えます。相続後他の相続人に相続を放棄してもらおうとか、寄与分を認めてもらうなどの主張は、すでに利害関係が生じた後のことですから、あまり効果的ではありませんので、予め、①介護者に多く遺産をやる遺言をしておくとか、②他の相続人に遺留分を放棄させるとか（主な遺産が住宅のみという場合、非介護者から遺留分を主張されますと、その住宅を売却しなければなくなる場合があります）、③長男の嫁と養子縁組をしておくとか（長男である夫が父より先に死亡した場合、長男の妻に代襲相続権はありませんので…）、④介護料を財産の一部からその都度払っておく、などの配慮が必要<sup>(15)</sup>です。

## 2 不貞行為の相手方の損害賠償責任

平成八年三月二六日の最高裁判決（判例時報五六三号七二頁）は、婚姻関係がすでに破綻している場合には不貞行為の相手方は不法行為責任を負わないという見解を明らかにしました。

婚姻配偶者の浮気の相手方が損害賠償責任を負うか、につきましては、判例、通説はこれを認め、婚姻を破綻させ、あるいは離婚に至らしめた場合に二〇〇万円から五〇〇万円程度の慰謝料を認めています。

しかし、最近では責任を原則的に否定する説が多くなりつつあり、その理由は、不貞配偶者を問責するのは格別、その相手方を批判するのはおかしいという直感的感覚です。島津一郎教授は婦人公論に発表された論文「いつまでも取れると思うな貞操料」(昭和六〇年二月号三七六頁)のなかで、大人は自由意思で行動するのが原則であるから、そのような形で愛情を失った場合、その愛情が金銭に変わるのには不思議なことである、とっておられます。

私も、一三年前の話ですが、ある雑誌<sup>(16)</sup>で、見解の公表を余儀なくされたときどちらの説が正しいか迷いました。浮気の相手になる奴は悪い奴だ、こんな者許してはますます浮気が増えて困る、他人の家庭まで破壊したのだから責任を取るのには当然だ、という思いがあったからです。しかし、ちょっと待てよ、とよく考えてみますと、そもそも人が性的交渉相手を誰にするかの選択権は、いわば基本的人権とでもいうべきものですし、そうであるとするならば、その相手方になっただけでどうして責任を負わなければならないのか、その行為がなぜ、違法行為なのか、という点で、責任肯定説は積極的根拠に乏しいように思われるわけです。

また、ドイツ連邦裁はこの種の請求を認めず、イギリスはすでに一九七〇年の法改正で姦通訴訟や誘惑訴訟を廃止し、アメリカも過半数の州が姦通訴訟や性的不法行為訴訟を廃止、ないし制限(Heart balm法の制定)しています。私は、このようなグローバルな傾向、また今日の貞操観念や性道徳の変化、さらには啓蒙的思いをも込めて否定説をとることを決心したのでした。もっとも、私も不貞行為の相手方が詐欺、強迫、社会的身分関係の悪用など不貞配偶者の自由な性の選択権を不当に侵害した場合には、違法性を帯び賠償責任を負うと考えています。私は、ある論文<sup>(17)</sup>で、「婚姻生活破綻後の請求例などで判例の変化が期待される」と書いたことがあるのですが、その五年後今回の最高裁平成八年判

決が出まして、またここ二〇年近く二・三の例外を除いて慰謝料が二〇〇万円前後で推移していることは実質的に否定説に近づきつつある、という意味で最近の裁判例のこのような傾向を歓迎しています。

しかし、私は実際の調停の場では、肯定説の立場に立って処理しています。なぜなら現状下では財産分与額は低いし、実質的には多くが夫が負担することを思えば(私は、調停で浮気をした夫から「相手の女性には請求しないで欲しい。その分は私が負担します」と懇願されたことがあります)、今のところ妻に慰謝料を認めただ方がいいと思っっているからです。私の理念を貫くには、まだ一〇年、二〇年はかかりそうです。

#### 四 離婚原因

1 積極的破綻主義から無責主義へ 最高裁は、昭和二七年以来有責配偶者からの離婚請求を許すことは「踏んだり蹴ったり」であるとして消極的破綻主義をとってきましたが、昭和六二年九月二九日(民集四一卷六号一四二三頁)、ついに大法院で判例を変更し、積極的破綻主義を採用するに至りました。平成八年二月公表の「民法改正案」もこの趣旨を入れ、いわゆる苛酷条項付「五年別居離婚」を規定しています。二一世紀的立法論からいえば、離婚原因から有責性を完全に払拭した無責主義離婚(no-fault divorce)が理想的でしょうが、現在のわが国における社会的・経済的状況、結婚ないし離婚観からみて、いまここで徹底した積極的破綻主義を採用するのは時期尚早であると思います。

この見地から、カリフォルニア州民法のように離婚原因から離婚給付や子どもの問題を一気に切り離すのは問題が大きすぎますし、また財産分与の額も低額であり、その履行さえ十分ではなく、またすでに慰謝料は定着していることなどを考え合わせますと、改正案が現行日本法とカリフォルニア州の中間にあるヨーロッパ型苛酷条項付積極的破綻主義を採用していることは妥当であると考えます。<sup>(18)</sup> 別居期間五年も、ドイツ・オーストリア三年、イギリス五年、フランス

六年、最高裁八年ということなどを勘案すれば、妥当な期間だと思えます。

## 2 離婚原因と離婚効果との関係

アメリカでは、古い有責主義離婚制度は一九七〇年代後半までにすべての州で破棄されました。約半分の州は離婚原因から有責事由を全面的に排除し、配偶者のいずれかによる一方的な婚姻解消を認める無責主義離婚制度を採用し、残り半分も何らかの形で無責離婚を認めています。日本でも、二〇年後か、三〇年後かわかりませんが、やがてこういう時代がやってくると思います。

アメリカの離婚は裁判離婚で、離婚原因も例えばカリフォルニア州では「回復不能な破綻」と法定されていますが、実際は夫婦の一方が「この結婚は破綻した」といえば簡単に離婚できるそうです。郵便離婚 (mail divorce) さえ認められています。つまり、単意離婚が認められているわけです。ところで話は変わりますが、離婚が許可されたものうち九四％は「争われていない事件」です。イギリスでも無防御離婚事件が九三％、日本では協議離婚件数が九一％以上ということは世界的に合意離婚率はほぼ同じという点で大変興味深いですね。EUでも、昨年(一九九七年)の統計庁の発表によりますと、「欧州では、今やどこでも夫婦の合意のみで離婚が可能になった」ということです。とにかく、離婚原因がどうであれ、今や世界は離婚の自由へ向って進んでいる、ということがいえるかと思えます。

ところで、このように離婚が簡単にできるようになりますと、離婚婦や子の保護が問題になります。日本では、その方法の一つとして、離婚裁判の中で職権により財産分与を行えるようにすればいいという見解があります。たしかに、民法では離婚原因と財産分与とをリンクさせてはいないのですが、調停の現場では、離婚については異存がないのに、「財産分与や慰謝料、子の養育費や親権などの問題で有利な条件を引き出すまでは離婚に応じない」というケースがか

なりあり、そのことが妻子の保護に役立つのも事実です。

しかし、親権者の決定と同じように、もし財産分与や養育費の取決めが離婚届の受理事項となったり、離婚判決の前提事項となれば、離婚原因に条件を付することになり、離婚の自由は大きな制約を受け、また年間一〇万件近い有子離婚についての家庭裁判所の処理能力も問題となります。

そこで、私は、米倉明教授が主張されてるように、財産分与や子の扶養料など「離婚後の妻の保護」の問題は、有責配偶者の離婚請求を認める要件とすべきではなく、離婚効果の問題とすべきであるとする説<sup>(19)</sup>に賛成であります。民法改正要綱草案もこのような見解を採っています。アメリカの無責離婚も、非行の暴き合いによる紛争の泥試合をやめさせ、子の養育や離婚給付をスムーズに行わさせるというのがその導入の眼目でした。だから離婚原因と離婚効果はリンクさせない方がいいのです。<sup>(20)</sup>

### 3 アメリカで最近提案されている無責主義離婚法再検討の動き

アメリカでは今、一方的に離婚できる無責離婚法に対して政治的・学問的に批判が高まり、「アメリカの離婚に有責主義 (Fault) を取り戻そう」という無責主義反対運動が起こっています。その理由にはいろいろありますが、「使い捨て結婚」 「The Disposable Marriage」という言葉に象徴されますように、今やアメリカでは結婚の半数が離婚し、そのほとんどが二年以内に再婚し、二回や三回離婚を繰り返す人も珍しくありません。我が家を訪問するアメリカのお客さんはたいして妻には子どもが何人、私には何人いて今どこで何をしているという紹介の仕方をします。話がそういう方向に行きますと、われわれは何かプライバシーに触れるような気がして、それ以上聞くのをはばかりたい気分になるのですが、あちらの人にとってはそんなこと恥じて何でもないのですね。私は、アメリカのテレビを見ていて、クイズ

番組でしたが、司会者が美しいご婦人にいきなり、「あなたはご結婚何回目」と聞きますと、「私三回目よ」と平気なのです。それどころが、「私には魅力があるから何回でも貰ってくれる殿方がいますわ」と得意顔です。そのやり取りを聞いていた隣りのご主人も、自分は最後にこんな素晴らしい女性を射止めたんだ、といわんばかりに得意満面です。このような離婚感覚ですから、離婚はごく簡単に抵抗なく行われるわけです。その結果として、子どもたちに教育、精神的な安寧、就職、やがては結婚にまで悪影響をおよぼすこととなります。そこで「有責主義」に帰ろうというわけです。

ルイジアナ州は昨年（一九九七年）の八月全米で初めて、「誓約結婚法」という法律を制定しました。この法律により、婚姻のとき誓約結婚を選択すれば、相手配偶者が有責であるか、一年以上別居しないと離婚できないこととなります。このような保守的な批判に対して、カリフォルニア大学バークレー校ロースクールのシュガーマン教授は、離婚を制限しても婚姻外同棲が存在する限り改革は成功しないと断じ、<sup>(21)</sup>ダンカン元判事も、「裁判を扱ってきた裁判官としての私からすると、有責主義を離婚の要件から外したのは正解だった」と<sup>(22)</sup>いっています。

## 五 離婚の効果

### 1 離婚給付

わが国の離婚給付制度の基本は民法七六八条の財産分与です。その内容は、婚姻中の財産の清算、離婚後の扶養、離婚による損害賠償といわれてきました。しかし、専業主婦の家事労働などが正当に評価されず、財産分与額が少額になるなど夫婦間に不公平が生じました。

そこで、民法改正案もこの点に留意し、将来的退職金、家事労働などによる非財産的な寄与なども分与の対象とし、

また婚姻中の生活水準、婚姻前の職歴、離婚後における未成熟子の監護教育なども分与の考慮事情として離婚婦の保護をはかっています。

しかし、無責離婚においては離婚給付はさらに充実させる必要があります。例えば、フランスの「補償給付」制度、ドイツの「年金分与」制度および離婚後の扶養制度、イギリスの「クリーン・ブレイク」の奨励、アメリカの夫婦財産の平等分割および「離婚後扶養」制度などは大いに参考になりましょう。家事債務の履行確保については、給与からの天引、公的機関による立替払い、取立代行などの諸制度の導入が是非とも必要になると思います。しかし、アメリカ並の罰金や拘留を課するというのはいかがなものでしょうか。法廷を馬鹿にしているというわけですが、留置場から働きに行くという笑えない話もあるようです。これらの点につきましては、平成六年の民法改正要綱試案で、結局今回はペండిングとなりました。これからの研究課題というわけです。

以上、この問題をまとめますと、要するに離婚法の理想は、夫婦関係が真に破綻したら、そのみによって離婚を認め、公平かつ適正な離婚給付を決定し、それを確実に履行させることにある、といえます。そのことが、すなわち離婚の自由と離婚婦の保護を同時に実現することになるのです。<sup>(23)</sup>

## 2 退職金・年金と財産分与

まず退職金についてですが、退職金は離婚のとき、すでに支払われているか、支払いが決定していれば分与の対象になること問題はありません。しかし、将来の退職金につきましては、将来確実に支給されるとはかぎりませんので（懲戒免職、死亡、退職時期の不明などにより不確定な要素が強い）、清算の対象とならないという裁判例があります。

年金につきましても、支給が確定している部分につきましては（支給の蓋然性が高い場合も同じ）、清算の対象にす



べきと考えますが、確定していない将来の年金につきましては、①単なる期待権だから清算の対象にならないという説（裁判例）、②なるという説と、③離婚後扶養の基礎財産として分与すべきであるとする説（裁判例）があります。

しかし、一般的には夫名義の年金を離婚婦が清算してもらう、というのは難しいと思います。そうであるとしても、例えば公務員の夫と離婚した妻は「共済年金」も「遺族年金」ももらえなくなって、ただ六五歳から月一、二万円の基礎年金をもらうだけだ、ということになります。夫が四〇年年金に加入して満額もらえるとしても、それは月給六万五〇〇〇円程度にすぎません。

最近「今までの私の一生はいったい何だったのか」、「自分の人生を実感したい」などといって、高齢者の方が離婚を請求する場合が増えているのですが、これでは妻は離婚したら大変不利になりますから、離婚したくてもしにくいことになります。ただこういう風潮（失礼かもしれませんが）がいいか悪いかは別の問題です。平成三年の名古屋地裁の判決にこういうのがあります。「子どもが独立した現在、残りの人生を忍耐ではなく、自分に正直に過ごしたい」といって、結婚生活約三〇年近くに及ぶ熟年夫婦の妻から提起された離婚請求で、裁判所は「約二八年間喜びも悲しみも幾歳共に築いてきた家庭生活を改めて構築し、二人してどこを捜しても見つからなかった青い鳥を身近に探さない」と諭して棄却しました。これは私の調停経験からですが、やはり同じような年配の夫婦について円満調整を目指して努力していたある日、申立人の奥様が突然「実は私離婚したいんです、主人は明日定年になります」と言われました。退職金のことがあったのかどうか、これまでは離婚話は出ませんでしたし、「亭主関白だ、優しい言葉の一つ掛けてくれたい」程度の争いでしたので、私も我が身のことを考えて愕然としました。ご主人もそのことを聞かれた途端絶句されて、立ち疎んでしまわれました。結局最後は離婚に応じられませんでしたけれど……。私は、この事を同僚の女性調停委員の先生に話したら「そうよ、先生、女性は言葉で言ってもらわないとわからないものよ」といわれましたので、それ以来、

私は一週間に一回は家内に「ご苦労さん、大変だね」ということを言うように心掛けています。それでも、鹿児島出身の私には面映ゆい限りですが、これから先是非とも家内にお世話にならねばなりませんものですから…。

ところで、アメリカをはじめヨーロッパでは年金や退職金は原則として平等の割合で夫婦に分配する傾向にあります。カリフォルニア州では、年金の期待権も夫婦共有財産として平等に分割されます。

日本でも、退職金・年金は名義人のみならず妻をも含めた老後の生活保障でもあると考えることもできますし、また夫名義の就業所得から所得比例で徴収されている保険料は夫婦の役割分担の上に成り立っているともいえますから、あまり別産制にこだわらず、これらは財産分与の対象になると考えたいと思います。

民法改正案では、かりに特有財産であっても他方配偶者がその維持に寄与したらその財産を清算できるとしています。いずれにしても、この退職金と年金は一〇年、二〇年後ではなく、かなり近い将来調停の場で財産分与の対象として処理しなければならぬときが来るだろうと思います。

最後に、私は「財産分与」というのは言葉としておかしいと思います。例えば、夫は妻に対して恩恵的に財産を分けてあげるのではなく、妻は夫に対し、自分の権利として財産の分与を請求するものだからです。改正案でも同じく財産分与となっていますが、アメリカのように「財産分割」(property division)という方が、実体によく合っていると思います。

### 3 離婚後の子の共同監護

共同監護 (joint custody) の意味は統一されていませんが、簡単にいえば、離婚後も子どもを父と母のもとで生活させ、両親双方で相互に身近の世話をすることです。現在行われています面接交渉を一步進めたようなものですが、

子の成長期にピンポン球のように父母双方の間を行ったり来たりさせることが子の安定性、継続性からみて妥当なんだろうか、と疑問を投げかける説もありますが、民法七六六条はこれを否定してはいないと思われるので、可能だという説もあります。

たしかに共同監護がわが国に果たして馴染むのか、例えば数ヶ月交替で監護するような場合学校や友人はどうなるか、などの問題があります。

しかし、スウェーデンでは共同監護が原則ですし、アメリカでは相当の州がこれについての制定法か判例法を持っていて、これらの点は上手に克服しているところもあります。

今の日本では、すぐ導入するほどの社会的、家庭的環境はないと思いますが、一〇年、二〇年後はわかりません。九七年の日本の離婚率は、人口千人あたり一・七八件といってもあまりピンときませんが、最近の離婚件数は同じ年の結婚件数の二六％を超えており、アメリカの離婚率五〇％に近づきつつありますし、また最近の女性は既婚・未婚を問わず外で働く人が多くなってまいりましたので、やがて好むと好まざるに拘わらず共同監護（あるいは共同親権）が問題になるときがやって来ると思います。

注

(1) 小野幸二編・やさしい結婚・離婚のはなし三頁（法学書院、一九九四年）。

(2) しかし子の嫡出性や相続権が否定されるなど不利益は免れません。住民票の続き柄欄には非婚の子は一九九五年二月までは「子」と記載され、嫡出子の場合「長男」「長女」などと記載され、異なる表記がなされていました。そこで、東京都武蔵野市の夫妻らが「非嫡出子（婚外子）を差別するもので憲法の平等原則に反する」などとして訴訟を提起しました。これに対し東京地裁は九一年請求を退けましたが、東京高裁は九五年表記の点については憲法違反との判断を示しながらも、しかしそれはすでに「子」に統一さ

れているので訴えの利益はなくなっているとして損害賠償請求を退けました。最高裁は一九九九年一月二一日東京高裁判決を支持し、「住民票に世帯主との続き柄を記載する行為は処分取り消しなどの抗告訴訟の対象となる行政処分当たらない」として夫妻らの上告を棄却しました(朝日新聞一九九九年一月二一日朝刊)。

(3) 小野幸二「海外ニュース(南アフリカ)」ケース研究二五四号一七六頁(東京家庭裁判所内家庭事件研究会、一九九八年)。

(4) アメリカでは、一九八〇年行われた国勢調査で過去一〇年間に離婚率は九六%、同棲カップルは一四九%増加した事実が判明しました。このときの同棲カップルの急増は税法上の結婚ペナルティに対する反発にあったといわれています。一九六九年連邦税改正により共働きの同棲カップル(つまり独身者二人)の場合、連邦所得税の基礎控除額がそれぞれ二、三〇〇ドルずつ計四、六〇〇ドルまで認められるのに対して、共働き夫婦の場合は、三、四〇〇ドルまでしか認められませんでした。同棲カップルに比べ一、二〇〇ドルも損をすることになりました。そのうえ共働き夫婦は税率でも不利をこうむることになりました。たとえば、ある共働き夫婦がともに年収三万ドルずつ計六万ドルの収入があるとしますと、共同申告した場合の所得税は一万八、六九〇ドルですが、かりに離婚したことにして別々に申告しますと計一万五、〇四四ドルですみますので、結婚しているおかげで三、六五〇ドルも多く税金を支払わされていることとなります。そこで、同棲カップルは税金対策のために便宜上離婚する、そんな共働き夫婦が増加するというわけです(小野幸二「スウェーデンにおける同棲法の動向」第三回国際家族法学会ウプサラ大学世界会議に出席して」大東法学七号一六一頁(一九八〇年)。スウェーデンでも婚姻外同棲(cohabitation without marriage)が多いことは知られていますが、その原因の一つにやはり結婚したカップルに対する税法上の不利益がありました。しかし、スウェーデンではすでに一九七〇年から八〇年頃までに同棲夫婦保護の法律が整備されました。そのときの基本的スタンスが、国家は個人が家族の形態として結婚という形をとるか否かの選択については中立の立場をとるということでした(小野・前掲「スウェーデンにおける同棲法の動向」一五九頁)。日本でも最近この国家の「中立性」の理論が主張されるようになりました。

(5) 日本でも、同性愛の問題を学校教育に取り入れる試みが、少しずつ広がっているようです。中学校や高校の授業などで同性愛を取り上げた実例が一九九九年一月二一日から全日本教職員組合主催の岡山と滋賀で開かれた研究会で発表されました(朝日新聞一九九九年二月一日朝刊)。「話してくれてうれしかった」など、生徒には好意的に受け取られているようです(スポーツ報知一九九一年一月二一日)。また一九九九年一月二二日には二八歳のミュージシャンと二三歳の会社員の男性同性愛カップルが昨年末、境内に男性器のご神体を祭り「性病よけ」で知られる川崎市の若宮八幡宮・金山神社で結婚式を挙げた、と報じています。同性愛もタブーではなくなりつつあります。

(6) 小野・前掲(1)・やさしい結婚・離婚のはなし五頁。

(7) ヘルマ・ヒル・ケイ「棚村行政訳「抵触法における同性婚」提案されている婚姻擁護法についての検討」21世紀の民法・小野幸

二教授還暦記念論集八三一頁（法学書院、一九九六年）。

- (8) その後、この法案がどうなったか気になったので、本学の白石裕子先生を通じ、昨年客員教授として来校されたパリ第一〇大学のアルノー・レイグロブレ先生にお尋ねしたところ、「連帯の市民協約」(Pacte d'union civile) 法案は、国民議会（下院）によって可決されましたが、元老員（上院）ではまだ可決されていません。それゆえ、法律はまだ適用される状態ではありません。保守派が過半数を占めている元老員では、法案を否決する可能性が高いと思われます。それゆえ、国民議会は、彼らの意見を強制するために、今一度行動しなければなりません。つまり、この法律がかりに成立したとしても、その施行は、早くても数カ月後になるでしょう」との返信がありました。

- (9) H. Kay, "Beyond No-Fault: New Directions in Divorce Reform", *Divorce Reform at the Crossroads* 6-36 (S. Sugarman and H. Kay ed. Yale University Press 1990).

- (10) 小野幸二編著・親族法・相続法（基本民法シリーズV）六四頁（八千代出版、一九八八年）。

- (11) 小野幸二「家族間における不法行為」とくに不貞行為の相手方の責任など、アメリカ法を中心に―川井健ほか編、講座現代家族法八八頁（日本評論社、一九九一年）。

- (12) 小野・前掲（1）・やさしい結婚・離婚のはなし一一頁。

- (13) 根津医師はこの二つのケースのように精子、卵子の提供者を兄弟姉妹に限るというガイドラインを作り、自らを自己規制してきたのですが、二月七日の長野における講演で今後は卵子の提供者が肉親以外でも体外受精の実施を引き受ける意思があると言っています（読売新聞一九九九年二月八日朝刊）。

- (14) 小野幸二「人工生殖における親子関係」ケース研究二四八号八頁（東京家庭裁判所内家庭事件研究会、一九九六年）、小野幸二「人工生殖における親子関係―代理母出産の親子関係を中心に―」大東法学七巻一号三三三頁以下（大東文化大学法政学会、一九九七年）。

- (15) 小野幸二・やさしい遺産相続のはなし二五三頁（法学書院、一九九五年）。

- (16) 小野幸二「不貞行為の相手方に対する損害賠償請求」加藤一郎・米倉明編、ジュリスト民法の争点II（債権総論・債権各論）二〇四頁（有斐閣、一九八五）。

- (17) 小野・前掲（11）講座現代家族法一〇〇頁。

- (18) アメリカ離婚法と日本離婚法の若干の比較については以下の拙稿を参照して下さい。K. Ono "Court Precedents and Articles Regarding Marriage and Divorce in 1996" in the *international Survey of Family Law* 1996 at 259 A. Bainham ed. (University of Cambridge 1998).

- (19) 米倉明「積極的破綻主義でなせいけないか——有責配偶者の離婚請求についての一試論——」ジュリスト八九三号三八頁（有斐閣、一九八七年）。
- (20) この点についての詳細は、小野幸二「積極的破綻主義の次に来るもの」新世紀へ向かう家族法・中川淳先生古稀祝賀論集（日本加除出版、一九九八年）二一五頁「離婚原因に離婚婦や子の保護の問題を考慮すべきか」の項を参照して下さい。
- (21) ステイブン・D・シュガーマンⅡ北脇敏一訳「アメリカ家族法における最近の論争」21世紀の民法八四五頁。
- (22) ロデリック・ダンカンⅡ岡本潤子訳「アメリカ合衆国の離婚をめぐる状況——法廷からの一考察」21世紀の民法八五五頁。
- (23) 小野・前掲（20）・新世紀へ向かう家族法二四二頁。

付記

本稿は、一九九八年一月二六日東京家庭裁判所参調会（社会福祉委員会主催）で行った講演（この講演の収録はケース研究二五九号に掲載される予定です）および一九九九年二月九日本学法学研究所で行った研究発表をもとに、その概要をまとめたものですが、正確を期するため「注」を付けました。