

# 家族の多様性と個人の尊重～研究の過去・現在・未来

二 宮 周 平

## 目 次

- 1 研究の出発点～内縁・事実婚の法的保護
- 2 多様化と個人の尊重
- 3 家族紛争における子の意思の尊重
- 4 家族紛争の合意による解決と履行の支援（子の利益の尊重）
- 5 実親子関係法と子の利益
- 6 相続法における個人の尊重
- 7 これから何を

2017年1月13日、立命館大学法学部・立命館大学法学会主催で、私の退職記念講義を催していただいた。時間の制約もあり、詳細をお話することが叶わなかったので、講義を補充する小稿を立命館法学に掲載していただくことにした。個人の研究ではあるが、「家族の多様性と個人の尊重」という視点から、過去を振り返り、現在の私なりの到達点と今後、取り組みたい課題を整理してみた。貴重な誌面を使わせていただき、心から感謝申し上げます。

なお業績一覧に詳細が記載されているので、（ ）では、論文・著書名と刊行年のみ記した。

## 1 研究の出発点～内縁・事実婚の法的保護

### (1) 沼理論との出会い

1960～70年代は、重婚の内縁（内縁当事者の一方または双方に法律上の配偶者のいる関係）に関する判例が数多く公表されていたこともあり、大学院

修士課程では、久貴忠彦先生、太田武男先生の指導の下、重婚的内縁をテーマとした。当時の重婚的内縁判例は、法律婚が実体を喪失し、事実上離婚状態にある場合には、内縁として保護するという方向で固まりつつあった。別居中の夫が妻子に生活費等を仕送りしていれば、法律婚は実体を喪失していないとして、内縁は保護されない。事実上の夫婦としての共同生活があり、内縁の妻が経済的に内縁の夫に依存していても、内縁の夫の事故死の損害賠償、労災や病死の遺族補償・遺族年金は法律上の妻に受給権が認められる。こうした二者択一の法的保護に疑問を感じ、生活保障に直結する扶養については、双方の必要度に応じて配分することができないものか、その法的な根拠を模索していた。

その時に出会ったのが、沼正也教授の「私的保護法の理論」だった。私的保護法（私なりの理解は、「家族の個人主義化と法理論～家族法理論の再検討」〔2002〕）は、市民法としての民法の体系論に基づく。すなわち、独立・平等・自由な個人の意思に基づく契約関係を起律するのが財産法であり、こうした属性を欠く人を補完して対等な存在にする仕組みが家族法である。その補完は3つの類型に整理される。①身の回りの世話〔事実的監護〕、②財産管理・代理〔行為的監護〕、③扶養〔経済的監護〕である。とりわけ③について、相互扶助本能に依拠し、すべての人を保護するためには、法的関係になくとも共同生活関係があれば、扶養の権利義務は認められるとされており、内縁保護の根拠はここにあるのではないか、扶養の法的関係からの無条件性は、扶養効果の配分的保護を可能とすると考えた（「扶養をめぐる法律婚と事実婚の交錯（1）（2）」〔1980, 1981〕）。

## (2) フランスの事実婚から自己決定権へ

比較法研究として、当時、事実婚（concubinage）に関する判例や文献が多かったのは、フランスだったことから、博士課程では、フランスを取りあげた（「フランスにおける事実婚（1）（2・完）」〔1978〕）。その後、1980年代のフランスの事実婚及び当事者の意識調査をまとめた研究に接し、当事

者の主体的な意思で婚姻をしない若い世代が増加していること、その理由は、女性の経済的自立（婚姻に依存しなくてよい）、関係解消の自由（離婚は離婚原因と判決が必要）、性別役割分業が前提となっている婚姻法への反発などがあることを知った（「80年代フランスにおける事実婚と私生活の尊重」〔1989〕）。

1980年代後半は、男女雇用機会均等法の成立、女性差別撤廃条約の批准など、女性の職場進出が進み、性別役割分業批判が台頭してきた時期であり、日本でもフランス同様の実態があるのではないかと考えた。当時は、夫婦別姓や婚外子の平等化をめざす市民運動が社会的に広がり、同性カップルもカミングアウトや共同生活など当事者の運動が始まっていた。そこでこうした当事者の集会、交流会、学習会に参加し、アンケートやインタビューに協力してもらった。当事者の意識は、諸事情で婚姻できないから内縁にとどまるのではなく、主体的に婚姻の届出を否定していた。そこで「事実婚」と表現した。

事実婚の法的保護の根拠を、憲法13条に基づく幸福追求権に依拠したライフスタイルの自己決定権に求めた。幸福追求の1つとして、どのような家族を形成し、家庭生活を過ごすか自己決定できることが保障される必要があると考えた。婚姻を選択しなかったことは、法的な解決や法的保護を放棄することではない。自己決定を支えるためには、家庭生活の実態に即した価値中立的な法的処理、生活保障が不可欠なのではないか。具体的には、① 共同生活で築いた財産の公平な分配（財産分与規定の類推適用）、② 要保護者の保護（関係解消時や事故死の賠償、遺族年金等）である。②は、沼教授の私的保護法による。ライフスタイルの自己決定権を根拠にすることは、憲法の原理を家族法に導入しようとするものである（「事実婚の新しい展開～当事者の意識と社会的評価」〔1989〕、「自己決定権と事実婚保護の中立性」〔1989〕）。(1)の重婚の内縁に関する論文と併せて『事実婚の現代的課題』〔1990〕としてまとめることができた。幸い、同書で1991年の尾中賞（家族法学会奨励賞）を受賞することができた。

### (3) 事実婚の位置づけ

価値中立的な保護は、共同生活の実体と当事者の関係性の親密性に基づいて、(2)①②の法的保護を認めようとするものであり、近親婚的内縁でも同性カップルでも事実婚としての法的保護が可能になる。近親婚的内縁の妻が遺族年金の受給を求めた事案の上告審で意見書を作成し、最高裁2007年3月8日判決で逆転勝訴を得ることができた(「婚外関係の法的保護はどこまで認められるのか」[2006]、「近親婚的内縁の保護～最小判平19・3・8を考える」[2008])。

(2)で述べた夫婦別姓、婚外子の平等化、同性カップル等、当事者、当事者団体との交流から、関連する裁判の意見書等を頼まれるようになった。意見書作成など弁護士・弁護団と関わる中で学び、研究を展開してきたように思う。

現在は、事実婚を家族の多様化の中へ位置づけている(「事実婚の多様性と法的保護の根拠」[2011])。多様化へ向けた法の課題について、性別役割分業との関係を検討し(「家族法と性別役割分業」[1997])、新たな制度設計を考察した(「新しい家族が求める『自由』～家族法の視点から」[2010]、「家族法改革の展望～個人と家族はどこへいくのか」[2011]、「家族～多様性の承認と家族観の転換」[2015]など)。多様化は何でもありではない。一人ひとりの尊厳、個人の尊重と対であることが必須である。家族法における個人の尊重が課題となる。

## 2 多様化と個人の尊重

### (1) 婚外子の平等化

事実婚で生まれた子は婚外子となる。婚外子差別は、「子どもがかわいそう」という言い方で、親の生き方を規制する。子の平等は、親の生き方の自由、多様性の前提である。当時、次のような法的差別が存在した。①住民票の世帯主との続柄、戸籍の父母との続柄の記載差別(婚内子は長男・

長女型、婚外子は「子」（住民票）、「男」「女」（戸籍）（「戸籍・住民票の続柄記載と非嫡出子差別」〔1992〕）、② 父の認知による児童扶養手当の打ち切り（「児童扶養手当法における婚外子差別の検討」〔1998〕）、③ 国際婚外子の日本国籍取得差別（出生時に父又は母が日本人であれば日本国籍を取得できる。婚外父子関係は認知によって成立するが、国籍法は認知の遡及効を認めず、後に父母が婚姻しない限り、日本国籍を取得することができない）（「国籍法における婚外子の平等処遇」〔1997〕）、④ 法定相続分差別（被相続人に婚外子と婚内子がいる場合、前者の相続分は後者の1/2）（『非嫡出子』の相続分差別撤廃へ向けて（1）（2）」〔1993〕、「婚外子の相続分差別は許されるのか（1）～（4）」〔2007〕）であり、意見書も作成した。

平等化の根拠は、「子を個人として尊重する」である。子の個人としての尊厳は、法律婚尊重の原則よりも優先する。近代法の原則は、自己の責任ではないことによって不利益を受けないことである。したがって、父母が婚姻していたかどうかという子自身が選択できないことによって、子を差別してはならない。権利や地位に差別を設けられていて、どうして子どもが自らの出生に誇りを持つことができるだろうか。生まれ方による差別は許されない。

こうした考え方を背景に、①～④は改正された。すなわち、①は、住民票の続柄を「子」に統一し、戸籍の続柄を「長男」「長女」型に統一した。②は規定自体を削除した。③は国籍法3条を改正し、子の出生後に認知をし、届出をすれば日本国籍を取得することが可能になった。④は民法900条4号ただし書の該当部分を削除した。これらはすべて当事者による訴訟提起があり、その過程で、あるいは判決を契機として解決したものである。とりわけ④は最高裁大法廷1995年7月5日決定が合憲としていたのを、大法廷2013年9月4日決定が裁判官全員一致で違憲としたことが民法改正につながった。

2013年12月3日、私は、「民法の一部を改正する法律案及び戸籍法の一部を改正する法律案について」の審議に際して、参議院法務委員会に参考

人として招致され、婚外子差別の沿革や現在の社会における意義について意見を述べる事ができた。委員会では両法案とも可決された。20年以上続けてきた研究が法改正という形で実現する場に居合わせたことは、研究者冥利に尽きる。ただし、本会議では戸籍法改正については、自民党と日本維新の会（当時）の反対により1票差で否決された。相続分は平等になっても、出生届の嫡出子・嫡出でない子の区別欄を残して、法律婚の優位性を示そうとするかのようなのである。

したがって、今でも婚外子差別は残っている。① 出生届の差別記載（嫡出子か否かをチェックさせる）、② 住民票の続柄記載は、「子」に統一だったので、自治省（当時）と市区町村の責任で住民票の続柄は一斉に「子」に改める事ができたが、婚外子の戸籍の続柄記載は、母の何番目の子かによって「長男」「二男」などが定まるため、15歳以上の子自身または同籍の母による更正の申出が必要となる。更正した場合には、その旨が戸籍に記載される。この更正履歴のない戸籍の再製も当事者の申出による。2004年11月から2015年3月までで、更正申出は35,833件、再製は5,075件にとどまる。今もなお「男」「女」の続柄記載、あるいは更正した旨の記載付きの「長男」「長女」記載が残されている。③ 所得税・住民税の寡婦・寡夫控除が適用されない。課税基準が保育所や公営住宅の家賃に反映するため、非婚のひとり親世帯は、より多くの所得税・住民税を支払い、より高い保育料や家賃を支払うことになる。④ 法律上の父子関係の成立と否定（後述5(1)参照）、⑤ 事実婚で子と暮らしていても、父母どちらかの単独親権、⑥ 正統という含意のある「嫡出」という表現がなお法律用語として用いられていること（欧米では削除されている）などである。これらの改正が課題として残されている。

## (2) 選択的夫婦別氏制度の導入

氏名を人格権の観点から考察すると、夫婦の同氏強制は個人の尊重に反するものである。最高裁1988年2月16日判決は、氏名は人が個人として尊

重される基礎であり、個人の人格の象徴であって、人格権の一内容を構成するとした。個人を氏で特定する習慣がある日本では、生来の氏の変更を強制されないことが、人格の自己同一性の保持の観点からは重要である。したがって、自己の人格的生存に不可欠の権利として、憲法13条によって、氏の変更を強制されない権利が保障されているものと考ええる。夫婦同氏を強制する民法750条は、変更を希望しない当事者にとっては、人格権の侵害である。

こうした視点も取り入れて、法制審議会答申「民法改正案要綱」（1996年2月）は、選択的夫婦別氏制度を規定した。婚姻時に同氏、別氏を選択することができる、別氏夫婦は婚姻時に子の氏を父又は母のどちらにするか定める等の内容である。しかし、保守派の議員や草の根保守運動から、選択的でも夫婦別姓は、「家族崩壊を招く」、「親子の絆が壊れる」、「家族の一体感が損なわれる」などと批判され、結局、法務大臣の諮問機関である法制審議会の答申であるにもかかわらず、政府案として国会に上程されないまま今日に至っている。制度の導入を希望する当事者たちは、やむをえず、導入を怠っていたことを国会議員の立法不作為であり違法として国家賠償訴訟を提起した。私も氏名を人格権として把握する立場から意見書を作成した（「人格権から見た選択的夫婦別氏制度（1）（2）」〔2012〕）。また日本学術会議提言「男女共同参画社会の形成に向けた民法改正」（2014年6月23日）作成に関わり、ここでも導入の必要性を論じた。

しかし、最高裁大法廷2015年12月16日判決は、民法750条は、憲法13、14、24条に違反しないと判断し、国会で議論を尽くすべきとした。結婚改姓をした当事者の人格的不利益を認め、これらは旧姓使用の広がりによって緩和されるとし、違憲としない理由の1つとしていたが、東京地裁2016年10月11日判決は、旧姓使用は社会的になお定着していないとして、職場での旧姓使用を認めない学校法人の違法性を否定した。改正案が作成されて20年経過したにもかかわらず、こうした状況にある（「婚姻前の氏の使用と人格的利益の保護」〔2016〕）。憲法的価値は家族法においてなお実現されて

いない。この現状を分析し、改正の方向をさらに追求する必要がある  
〔家族法における憲法的価値の実現(1)～(5)〕(継続中)[2015～2016]。〕。

### (3) セクシュアリティの尊重

同性カップルについては、2の事実婚の多様性の中に位置づけていた  
が、性同一性障害者の性別の取扱いの変更に関する特例に関する法律の成  
立(2003年7月、翌年7月施行)の前後から、当事者や当事者団体との関わり  
があり、性的指向と性自認というセクシュアリティについて、個人の尊  
厳、個人の生き方の尊重の問題として位置づけた。

性別違和(性自認と身体の性の不一致、日本ではなお性同一性障害と表記され  
ている)については、特例法における性別変更の要件の見直しを検討し  
た。特に①現に婚姻していないこと(立法趣旨は、同性婚の回避)、②現  
に子がいないこと(2008年に未成年の子がいないことに改正される。子の混乱を  
防ぐ、子の福祉を理由とする)、③生殖腺を断ち、希望する性別の外性器を  
備える性別適合手術を受けること(元の性別の生殖能力等が残っていることは  
妥当ではない、希望する外性器に近似するものがあるなどの外観がなければ、社会  
生活上混乱を生じる可能性がある)である。

性自認が個人のセクシュアリティとして人格的生存に関わることなので  
あるから、性別の変更は、性的自己決定権の尊重として、確定した性自認  
と性別変更の意思に基づくべきであり、①②③は不要と考えてきた(「戸  
籍の性別記載の訂正は可能か(1)～(3)」[2003])。②を要件とする立法例  
はなく、同性婚を認めていない国でも①を要件としない国があり(ドイツ。  
性的自己決定権という人格権の優越の視点から、結果としての同性婚を許容する)、  
③の生殖不能手術を要件としない国も増加している(ドイツ、オランダ、  
オーストリア、スペイン、英国、スウェーデン等)。手続的には、自己申告書で  
足り、専門医の鑑定書も不要とする国もある(アルゼンチン、デンマーク  
等)。性別違和当事者の権利保障が進んでいる。

特例法による性別取扱い変更後は、変更した性別で法的に対処される。

FTM が女性と婚姻し、妻が第三者の提供精子で出産した事案では、法務省は、戸籍の身分事項の記載から元女性であることが明らかであり、夫婦の嫡出子としての出生届を受理しなかった。この上告審に関して意見書を作成した（「性別の取扱いを変更した人の婚姻と嫡出推定」〔2013〕）。最高裁2013年12月10日決定は、法律婚をしている以上、その主要な効果である嫡出推定（民法772条）を適用しないことに妥当性はないとして、嫡出子出生届の受理を命ずる決定を下した。逆転勝訴に貢献することができた。

2015年以降、同性カップルの生活保障に関して、社会的な動きがあった。7月、同性婚人権救済弁護団は当事者455人の署名を基に同性婚を認めないことは同性カップルへの人権侵害に当たるとして、日弁連に対して人権救済を申し立てた。11月、渋谷区は条例に基づきパートナーシップ証明書の交付を、世田谷区は要綱に基づきパートナーシップ宣誓書の受領証の交付を始めた。どちらも法的な権利を認めるものではないが、行政が当事者の関係性をパートナーシップであると証明することから、同性カップルの社会的承認を促進する可能性がある。2016年4月には伊賀市、6月には宝塚市、7月には那覇市が要綱に基づきパートナーシップ証明書を交付している。日本においても同性婚への展望が少しずつ開きつつある（「家族法～同性婚への道のりと課題」〔2015〕）。憲法24条1項の文言「婚姻は、両性の合意のみに基づいて成立し」は、家制度の下、戸主の同意がなければ婚姻をすることができなかったことに鑑みて、当事者の自由な合意のみによる婚姻を可能にするためのものであり、同性愛が精神的な病理とされていた当時、同性婚は想定外のことだったことを考えると、憲法は同性婚を禁じていないと解釈すべきである。婚姻が生殖・保育の場ではなく、カップルとしての共同生活と人格的結合の安定性を保障する場に変容した現在、婚姻を選択できることは、幸福追求権の1つであり、異性か同性かで婚姻制度の利用が異なることは、法の下での平等原則に反するものと考えられる。

同性婚が承認された次のステップは、未成年養子縁組や生殖補助医療を

利用して家族を形成することができるかである。

#### (4) 戸籍の個人単位化

人の移動と職業選択の自由が保障された近代社会では、個人の属性と家族関係を登録し、公証する制度が必要不可欠である。日本の場合、こうした公証機能は戸籍が担っている。欧米諸国とは異なり、戸籍は歴史的な沿革から家族単位で編製されている。明治時代、家制度の確立過程において、家の登録簿として戸籍が整備されていく。1947年の民法改正に伴い、家制度が廃止され、戸籍も改革されたが、1組の夫婦と氏を同じくする子を単位としており、家族単位としての機能は持続している。改正民法は、家族を夫と妻、親と子、親族相互の個人的な権利義務関係と規定しているが、家族単位戸籍と夫婦同氏・親子同氏の原則により、夫婦・親子の団体的把握を可能にした。婚姻の場合、夫婦の氏になった方が戸籍筆頭者となる。現在でも96%が夫の氏であり、夫が戸籍筆頭者である。家父長制意識を残す結果となっている（『近代戸籍制度の確立と家族の統制』〔1996〕）。

家族関係が多様化している現在、家族関係から中立的であること、個人の自立にとって適合的であること、憲法的価値（個人の尊重、法の下での平等、個人の尊厳と両性の本質的平等）を実現することを踏まえれば、戸籍は、個人単位の家族関係登録制度に転換すべきである（『新版 戸籍と人権』〔2006〕）。

大隈重信とともに立憲改進黨を結成した小野梓は、『民法之骨』（1884年）において、「独立自治の良民を以て組織するの社会」を旨とし、「一団の家族を以て其基礎となす社会」ではなく、「衆一箇人を以て基礎となす社会」でなければならないとし、戸主権、長男単独相続を斥けるだけでなく、「父母、子を持（たの）むの悪弊」を非とする見地から、「束縛压制人の権利を妨害するもの養子より甚はなし」とまで記していた（樋口陽一『加藤周一と丸山眞男～日本近代の〈知〉と〈個人〉』（平凡社、2014）132～133頁参照。ここでいう養子は後継ぎのための成年養子を指す）。(2)で述べた最高裁大

法廷2015年12月16日判決は、「家族は社会の自然かつ基礎的な集団単位であるから、……個人の呼称の一部である氏をその個人の属する集団を想起させるものとして1つに定めることにも合理性がある」とする。小野との家族観の違いは大きい。小野のように個人を基礎とする社会を旨とする考え方は、丸山、加藤や樋口を始め、脈々と受け継がれ今日に至っている。戸籍の家族単位編製は、個人より家族、団体を優先する主張を温存し続ける結果となる。このような弊害を除去し、真に人々に役立つ登録・公証制度に純化するためには、やはり戸籍は個人単位で編製されなければならない。

韓国は、2005年の民法改正で戸主制を廃止した。それに伴い、戸籍を廃止し、2008年から、個人別の家族関係登録制度を設けている。韓国の制度との比較検討が求められる。

### 3 家族紛争における子の意思の尊重

子どもを個人として尊重することは、家族紛争において、子の意思を尊重することにつながる。

#### (1) 子どもの意見表明権

1989年、国連第44回総会本会議において、全会一致で採択された子どもの権利条約（日本は1994年に批准）は、子の自由権を保障すると共に、養育・教育等子の自立へ向けた支援を父母と国家の役割とする。何より注目すべきは、子を権利の客体ではなく、権利の主体として位置づけたことである。その基幹となるのは、子どもの意見表明権である。条約12条は、「締約国は、自己の意見を形成する能力のある児童がその児童に影響を及ぼすすべての事項について自由に自己の意見を表明する権利を確保する。この場合において、児童の意見は、その児童の年齢及び成熟度に従って相応に考慮されるものとする」（公定訳）と定める。

したがって、家事事件においても、子を独立した人格として承認し、子は自分の気持ち、意見を表明する機会を保障され、その意思が尊重されるという、手続の当事者として位置づける必要がある。大人が判断した方がよい結果になるかもしれないが、それよりも決定のプロセスを重視する。子どもなりの判断、子の意見表明を、子が自立し責任を自覚する人格に、また自由の担い手に成長していく過程と捉えるのである(「家族法における子どもの自己決定」[1998]、「子どもの家事事件手続への参加の保障～子の意思の尊重」[2000])。

ようやく2011年、家事事件手続法(2013年1月施行)65条において、明文化された。「第5款 家事審判における子の意思の把握等」のタイトルの下、「家庭裁判所は、親子、親権又は未成年後見に関する家事審判その他未成年者である子……がその結果により影響を受ける家事審判の手続においては、子の陳述の聴取、家庭裁判所調査官による調査その他の適切な方法により、子の意思を把握するように努め、審判をするに当たり、子の年齢及び発達の程度に応じて、その意思を考慮しなければならない」(家事調停に準用される、258条)。

家事調停・審判・裁判になると、家裁調査官が子の意思を聴き取ることがある。父母の対立が激しい場合や子が父母の狭間で意思表示が困難な場合には、弁護士が子の手続代理人として、子の立場から子の意思を代弁し、家裁に報告する制度もある(「日本の家裁調査官と手続代理人」『子どもと離婚～合意解決と履行の支援』[2016])。しかし、協議離婚では子の意思をくみ取るとは父母の任意に委ねられている。

ある高裁決定を紹介する。親権者は母。非監護親である父と子の面会交流は定期的実施されている。その過程で、子(小学6年生)が父と暮らすことを希望したことから、父から家裁に親権者変更を申し立てた。子が母・母方祖父母と同居しながら、父との生活を希望する。その意思表示は困難であることから、子どもの手続代理人が選任された。手続代理人は十数回に及ぶ丁寧な聴き取りと子の意思確認をした。母側から、今日は何を

聞かれたの、友達と会えなくなってもいいのなど、あれこれ言われ、心細くなることもあったが、一貫して父と暮らしたいという気持ちを代理人に語り続けた。家裁は、この報告を受けて、父母の監護能力、監護状況に差がない場合には、子の意思を尊重するとして、父への親権者変更を認めた。

母は不服で高裁に抗告した。母は日常的に子を監護している。時にはしなかったり、しつづたりする。これに対して父はたまに子と会い、楽しく遊ぶ。それで父がいいと言っているにすぎないと。高裁は、母と祖父母、中学校の担任教師に対して調査官調査を実施した。監護状況は良好との報告書が出る。高裁は、子は父母の狭間でどちらの言うことに従うべきか葛藤状態にある、それなのに手続代理人は親権者を父とするか母とするか二者択一を長期にわたり迫り続けた、子は母の家出時と離婚に伴う母への引渡し時と、二度の喪失体験をしている、これ以上負担をかけるべきではない、中学一年でも甘えん坊で、母による監護が必要である、父方への移転に伴う環境の激変は子に不利益であるなどとして、親権者変更認めず原審を取り消した。

高裁は、家事事件手続法65条に沿った解決をしているだろうか。子は中学生になった。甘えん坊かもしれないが、母との生活、父との生活を経験している。引っ越し、転校のリスクは覚悟の上である。しかし、高裁は子の意思を聴きもしない。君はまだ未熟だ、大人の裁判官が判断してあげる、という保護者としての発想（パターナリズム）が根深い。子の成長・発達に対応して、子の独立性を認め、意見表明を尊重する法意識は、まだまだ家裁の実務には定着していないように思われる。この事案のように父母がそれぞれ子を監護する能力がある場合には、現在の環境を変えたいという子の意思を尊重して親権者を父に変更し、子がやはり母がよいと思えば、また母に変更すればよい。そのうち、子は成人になる。トライ・アンド・エラー、試行錯誤は人生の常である。それを支える大人たちがいれば、子には貴重な体験になると思う。子の意思の尊重を定着させることも

なお課題の1つである。

## (2) 子どもへの情報提供

子が親の離婚、自分の親権者の定めや面会交流などについて自分の気持ち、意見を述べるためには、前提としての情報が必要である。しかし、現実には、親から離婚について、突然切り出され、誰とどこで暮らすのか、学校や友達はどうなるのか、別居親とは会えるのかなど、蚊帳の外に置かれ、不安でいっぱいの子どもたちがいる。言葉で理解する能力が備わりつつある10～12歳以上の子には、必要な客観的な情報がある。例えば、親の離婚によって生じるさまざまな出来事、別居後の生活の変化(面会交流、養育費の負担、親の再婚、引っ越し・転校)、離婚を経験する他の子どもたちの気持ち(自分だけではないこと、どうやって乗り越えるのかなど)、父母の紛争の経過や現在の状況、両親の自分に対する思いなどに加えて、親が離婚する場合の手続、家庭裁判所や家族の法律の仕組み、専門家の役割、DVや児童虐待への具体的な対応の仕方なども提供すべきである。これらによって、今、自分がどんな立場にあり、これからどのような経過をたどるのか、どのように対応できるのかを予習することができ、突然のことによってよいかわからないという事態、とまどいを避けることができる。何より、自分を守ってくれる法的な仕組みがあることをあらかじめ知っておく必要がある。まさに「知は力なり(Knowledge is power)」である(「子どもへの情報提供」『子どもと離婚～合意解決と履行の支援』〔2016〕)。

他方、家庭裁判所の調停や審判の手続が始まっても、家事手続外の協議離婚であっても、親が離婚に関して子に伝えるためには、子の年齢に配慮し、理解しうる表現など適切な伝え方を考えるという事前の準備が不可欠であり、準備のために、親自身の気持ちの整理が必要である。親が自身の離婚の葛藤から子どものために何ができるかに視点を転換する1つの契機になる可能性もある。単に子に情報を伝え、子の声を聞き、その声を尊重するというだけにとどまらず、親子の対話の実現と、対話を通じて、

親も子もつらいこと、きついことを乗り越えていく一歩となるのではないだろうか。

そんな思いを込めて、『子どものためのハンドブック 親の別居・親の離婚』を作成した（このタイトルでウェブサイトからダウンロードできる。本冊子は、高島聡子家裁調査官のお力によるところが大きい）。目次は、「親の離婚はあなたのせいじゃない」、「これから起きるいろいろなこと」、「SOSを出してもいい」、「知っておきたい法律のこと」、「声を出そう、でも選ばなくていい」、「はなれても親は親」、「話せる大人をさがそう」、「ひろがる家族、あたらしい家族」（ステップファミリーのこと）、「これからどうなるの?」、「子どものための相談窓口」である。

最終章の「これからどうなるの?」は「Tomorrow is another day」である。「大変なこと、つらいことがたくさんあったでしょう。でも、これからの人生はあなた次第です。あなたが人生の主人公。これだけは忘れないでね。あなたは悪くない、自分の気持ちを言葉にする、分からないことは自分で調べる、相談できる人を見つける」の文章の後に、男の子と女の子が、笑顔で向き合って前へ向いて駆けていくイラストがある。子どもたちへのエールとしたかった。本冊子は子どもが自分で読んでもいいし、親と一緒に読んでもいい。家裁の関係者、面会交流支援団体、弁護士・臨床心理士等の専門家やスクールカウンセラーなどを介して幅広く配付、利用していただくことを期待している。

#### 4 家族紛争の合意による解決と履行の支援（子の利益の尊重）

2009年頃から、渡辺惺之教授のネットワークを基に海外調査や海外からの研究者・実務家を招聘しての研究会・シンポジウムなど科研費の共同研究を進めた。臨床心理の専門家や実務家の協力も得ながら、家族紛争の合意による解決の仕組みを追求している（『離婚紛争の合意による解決と子の意思の尊重』〔2014〕、『子どもと離婚～合意解決と履行の支援』〔2016〕）。

### (1) 協議離婚制度改革

その過程で日本の協議離婚制度改革課題も見つかった。現行制度では、離婚と離婚後の子の親権者を合意すれば、① 財産分与、面会交流、養育費分担も決めなくても、子の気持ちへの配慮もしなくてよい。② 協議離婚届出書を戸籍係へ提出するだけでよい。本人以外の者が届け出たときは、届出を受理した後、本人に受理したことを通知するだけであり、本人の知らない間に届け出されることがある。③ 勝手な離婚届への対応として、離婚届の不受理申出制度があるが、周知されていない。特に日本人と婚姻した外国人配偶者(多くの場合は妻)は言葉の問題もあって、②がわからず、③を知らない。まさに現行制度は「無法地帯」と化している。合意による紛争解決を阻害する現状に対して、少なくとも情報提供すべきであるとの視点から、とよなか国際交流協会と連携して、日・中・韓・タガログ・ベトナム・タイ・スペイン・ポルトガル・英・露10か国語の「離婚アラート」パンフレットの作成と、YouTubeへの動画配信を準備している。

合意解決を促進するためには、韓国の制度改革に学ぶことが多い(「韓国における協議離婚制度改革～離婚案内、協議書作成、相談勧告、養育手帳」『離婚紛争の合意による解決と子の意思の尊重』[2014])。韓国では、追い出し離婚の防止のために、1978年から家庭法院で協議離婚当事者の意思確認を行っている。協議離婚をする者は全員、家庭法院を訪れる。2008年からは、意思確認申請をした後、家裁調査官による離婚案内(法的情報、親の離婚が子に与える影響など)の受講が義務づけられており、受講した日から3か月内に、協議書(子の主たる養育者、養育費の分担、面接交渉の実施)を作成し、家庭法院で内容を確認されて初めて離婚意思の確認手続に入る。合意形成が難しい当事者には、専門の機関で心理相談などを受講することを勧告される(1回2～3時間、10回まで無料)。ソウル家庭法院では、義務面談を前置し、合意形成が難しい人には必ず相談勧告をする運用になっている。また女性家族部傘下の韓国健康家庭振興院内に養育費履行管理院が設立さ

れ、養育費の取立て代行、取立不能の場合の養育費緊急支援などを行っている（「義務面談、面会交流センターと養育費履行管理院～離婚紛争解決の入口と出口に関する韓国の新展開」〔2016〕）。

日本では兵庫県明石市の取組みが注目される。協議離婚届書を取りに来た市民に、「こども養育プラン」、「こどもの養育に関する合意書」、「親の離婚とこどもの気持ち」、「こどもと親の交流ノート」（希望者のみ）を配付し（明石市のウェブサイト→「こども・教育」→「離婚後のこども養育支援」でそれぞれダウンロード可能）、市役所内で専門家による相談を実施している。夫婦の葛藤の程度が高くない場合には、こうした情報提供によって合意による解決が進む可能性はある。しかし、私見では、韓国型を目指すべきであると考えられる。未成年の子のいる離婚の場合には、家裁が関与し、親教育を実施し、少なくとも子の養育計画書の提出を義務づける仕組みである。

## （2）子のための面会交流

現在、未成年の子のいる夫婦の離婚調停で最も解決が難しいのが、別居・離婚後の親子の面会交流である。調停の過程で、子の意思を把握し、父母に働きかけて子の利益のために面会交流の合意形成を促し、その履行について支援する機関の必要性等を主張していた（「別居・離婚後の親子の交流と子の意思（1）～（3）」〔2004～2005〕）。2006年頃から、家裁は、面会交流原則実施の立場から当事者に合意形成を促すようになった。別居親と子との円満で継続的な交流は、親と子の絆を保つことであり、子も別居親が自分を見捨てていないことを確信することができる。子は家族やさまざまな人たちとの交流を通じて、愛情と信頼の大切さを体験し、自尊感情を抱き、他者を愛し信頼することのできる力を育てていく。子の成長発達にとって、別居親やその家族との交流も欠かせない。

面会交流は別居親と子が会うだけではなく、子どもの見守りの役割もある。例えば、母が暮らし始めた男性が児童虐待の加害者となるような場合、別居親が子と面会交流をしたり、連絡を取り合っていたら、虐待の事

実をより早く発見できる可能性がある。同居親が育児放棄をしたり、家出をしたような場合には、別居親が家庭裁判所に親権者変更などの申立てをして子を保護することができる可能性もある。

しかし、調停や審判で面会交流を合意したり、命じられても、葛藤の高い元夫婦が自分たちで面会交流を実施することは困難な場合がある。当事者間の葛藤をさらに高め、子どもの心に傷をつけることもある。専門的な第三者機関が面会交流を支援（援助）すること、例えば、a子の受渡し、b付き添い・立ち会い、c日程変更等の連絡調整などによって、交流が円滑に進むこともある。科研費を用いて、ドイツ、オーストリア、カナダ、オーストラリアなど、面会交流支援に取り組む専門的な機関・団体を訪問調査した（「別居・離婚後の親子の交流を支援する仕組みの追求（1）～（3）」〔2014〕）。また、全国の面会交流支援団体17団体に参加していただき、「面会交流支援団体フォーラム2015」を開催した（その成果は、二宮編『面会交流支援の方法と課題』〔2017〕）。

自身が親の離婚を経験した若者たちが、今、渦中にある子どもたちを支援する取組みをしている団体がある。NPO 法人ウィーズの光本歩副理事長は、大切なことは、両親は離婚したけれど、父とも母とも関わりを持ち続けていたということの子自身が認識できていることであり、子どもが「自分の親はどういう人物なのか」を自分自身の目で見て、感じ、理解していることが、子どもが自分の人生と親の人生を良い意味で切り分け、前に進むための力となる、両親が離婚したことにより親子が過ごしていく形が変わったことは事実だが、親子であることを否定したり、なかったことにしたりする権利は、どちらの親にも、どの大人にもないと語る（「子どもたちのピアサポート」（二宮編・前掲書）所収）。

面会交流支援団体のゆるやかなネットワーク化と公的な財政支援のための仕組みを構築する必要がある。この点も課題として残されている。

## 5 実親子関係法と子の利益

実子関係法の研究の出発点は、現行制度に表れる婚外子差別とジェンダー格差への気づきであり、この解消を課題とした。

### (1) 出生による親子（法律上の父子関係の成立と否定）

現行制度の問題点は、次のとおりである。婚内子の父子関係については、「嫡出推定」、すなわち、妻が婚姻中に懐胎した子を夫の子と推定する（民法772条）。推定を争うことができるのは、① 夫のみ、② 子の出生を知って1年以内、③ 嫡出否認の訴による。出訴期間を経過すると、父子関係は確定する。誰も争うことができない。②の期間内であれば、否認権を行使するかどうかは夫の意思次第となる。妻が子を夫の子として育てたいと思っても、夫が否認すれば、その思いは叶わない。夫と別居・離婚して血縁上の父とともに子を育てたいと思っても、夫が否認権を行使しなければ、その思いは叶わない。妻は夫の決定に従属する。家父長的仕組みであり、不貞の妻は許さないという制裁的な意味もある。

他方、婚外子の父子関係は父の認知による（民法779条）。成年の子の認知には子の承諾が、胎児を認知する場合には母の承諾が必要であるが、それ以外は父の意思次第である。認知しない父に対して、子は認知の訴えを起こさなければならない。父が死亡した場合には、出訴期間は3年に制限される。父子関係の成立には、かなりのハードルがある。これに対して、父子関係を争う方法は認知無効の訴えであり、子、利害関係人（認知者も含む）はいつでも訴えを起こすことができる。すなわち、父子関係はいつまでも確定しない。

このような父子関係の成立・否定における父の意思の優越、婚内子と婚外子の格差は、法律婚の尊重と家父長制意識の反映である（「親子関係とジェンダー」〔2012〕）。

日本家族〈社会と法〉学会の下、家族法改正研究会を立ち上げ、親子関係法グループとして、法改正の方向性を検討した。2016年11月の家族〈社会と法〉学会において、大略、次のような改正案を提起した(「親子法」[2017])。

- ① 妻が婚姻中に分娩した子は、夫を父とする。〔分娩主義〕
- ② ①による父がないときは、子を承認(認知)した者を父とする。  
12歳以上の子は、その承諾、子が12歳未満の場合は、母の承諾を要件とする。〔子の意思、母の意思の尊重〕
- ③ ①②による父がないときは、家庭裁判所が父を定める。〔血縁の事実の尊重〕
- ④ ①②の場合、父子関係を否定できるのは、母、母の夫、子を承認した者又は子とする。〔子の養育環境の安定〕
- ⑤ ④の訴訟は、子の出生を知った時又は承認があった時から2年以内とする。ただし、承認者が事実を反することを知って承認をしたとき及び母が②の承諾をしたときは、訴えを提起することができない。  
〔血縁の事実の尊重と子の養育環境の安定〕
- ⑥ 子は、成年に達した後2年を経過するまで、④の訴えを提起することができる。〔子のアイデンティティの尊重〕
- ⑦ 父子関係否定訴訟の効果は遡及しない。〔既存の父子関係の尊重、父の上書きではなく、父の交替と捉える〕

こうした改正によって、いわゆる「離婚後300日問題」を解決することができる。別居中あるいは離婚後300日以内に子が生まれると、婚姻中懐胎により夫・前夫の子と推定されることから、夫・前夫の嫡出子出生届しか受理されない。妻・前妻が夫・前夫のDV等で逃れている場合、居所を知られることを恐れて出生届をしないことがある。その結果、戸籍のない子となる。上記改正案では、離婚後、再婚して生まれた子は、現夫の子となる(①)。再婚していない場合は、父のいない子になり、②により血縁上の父が承認することができる。前夫は無関係であり、関わることもな

い。離婚前の出産の場合は、妻の嫡出否認権で対応する（④）。否認権を行使するには、夫を相手として家事調停や人事訴訟をする必要がある。しかし、否認権の存在は、弁護士や支援団体の援助を受け、妻が勇気を持って訴えることを後押しするのではないだろうか。

## （2）生殖補助医療と子の出自を知る権利

生殖補助医療についても、子の利益を優先した仕組みを追求した。現行法には、生殖補助医療に関する法律はなく、日本産科婦人科学会の会告による自主規制にとどまる。法律婚当事者に限って、第三者の精子提供による人工授精（AID）を実施するが、原則、提供者は匿名なので、生まれた子が出自を知りたいと思ってもその手段が確保されていない。2008年頃から、AIDで生まれた子が自助グループを作った。親の病気、血液検査、親の離婚等の不測の事態から、親と血のつながりがないことを知り、ショックや喪失感を受ける。それは血のつながりがなかったことではなく、長い間、その事実が隠されてきたことへの不信、怒りである。そんな大切なことをなぜ告げてくれなかったのか、自分は信頼されていなかったのか、隠さなければならぬような技術で自分は生まれたのかなど、子の実存に関わる深い思いである。こうした実情がある以上、生殖補助医療で優先すべきは子の利益であることがわかる。

そこで子に出自を知る権利を保障したいと考えた。2つの意義がある。1つは、自己のアイデンティティの確立に関わる権利（人格権に基づく）である。1つは、子の出自を知る権利に対応して、育ての親は子の育成状況に配慮しながら、出自について告知をする責任を負うことから、その前提として、子との間に安定的な親子関係を確立しておく必要があることである。信頼と愛情に基づく安心感の中で告知されることで、子は自己の存在を肯定することができる。育ての親に、告知しても子が安心できるような養育環境、親子関係を築く責務を課すことによって、子の利益を守るのである（「子の出自を知る権利（1）～（3）」〔2008～2009〕）。

生殖補助医療を肯定的に捉える前提は、子の出自を知る権利を子に保障することである。精子・卵子・受精卵(胚)の提供者、代理懐胎者が自分の存在を明らかにして、子の成長にかかわることである。すなわち、生命の誕生にかかわる者は、誕生後の育みにもかかわるべきであり、子が提供者・代理懐胎者と交流することを、提供者・代理懐胎者側の家族が受け入れることによって、養育者側の家族と提供者側の家族が関係性を持つことが可能になる。これまで婚姻家族の中で一体的に営まれていた生命の誕生と育みの協働を、婚姻家族以外の人にもまで広げることであり、婚姻家族の閉鎖性から人々を解放することを意味するように思う。かつては代理懐胎に消極的だったが(『21世紀親子法へ』[1996])、出自を知る権利の保障と出産後の交流の保障を条件として、肯定したい。

結婚すれば子をもうけて当然、女性は出産すべきと考える人が多い日本において、生殖補助医療について法制化する場合には、その前提として、不妊に対する理解を深め、生殖補助医療は生き方についての多様な選択肢、カップルのみで生きる、養子縁組をする、里親になる、地域の子育てに協力するなどの一つであり、これらと等価であることを認識する必要がある。その上で、① 子の出自を知る権利を確保し、② 提供者や代理懐胎者の尊厳を守り、③ 提供を受ける者・依頼者が安心して利用できるシステムを構築すべきである。この順序を間違えてはならないと考える。

## 6 相続法における個人の尊重

久貴先生のご稀記念論文集を『遺言と遺留分』2巻本として刊行する際に、「共同相続と遺留分および減殺後の法律関係」、「遺留分減殺請求と税～民法(家族法)の立場から」[2003]を、裁判の意見書として、「認知症高齢者の遺言能力」[2011]、「預金債権の遺産分割対象性と払戻の制限」[2016]などを執筆した。後者は、預金債権を準共有として分割対象性を肯定し、また預金契約上の地位を準共有することから単独での払戻を制限

する解釈をとった最高裁大法廷2016年12月19日決定の判例変更につながった。個人の尊重は、共同相続人としての公平性の追求（遺留分、預金債権）、遺言者の意思の尊重と限界の画定（遺言能力）にあると考え、これらの研究を6に位置づけてみた。

## 7 これから何を

第一に、上記1～5で実現できていないことに関与していきたい。めげない、あきらめない、繰り返す。私なりの研究姿勢である。

第二に、共同研究の展開として、科研費基盤Aに応募している。テーマは、「生殖医療技術・養子縁組等を用いた開放的家族の形成と当事者支援システムの構築」であり、医学、文化人類学、臨床心理、社会臨床、生命倫理、家族社会学、法学等の研究者・専門家（医師、カウンセラー、弁護士等）による総合的な研究である。身体的不妊、同性愛、性別違和など自然生殖で子どもをもうけることのできない人、カップルが生殖医療技術や養子縁組を用いて家族を形成することを保障する。そのために適切な医療及び家族カウンセリングによる当事者の援助システム、子の権利と養育環境の安定化、提供者の尊厳を確保しうる法制度の構築を追求する。当事者の意思に基づいた家族形成と、精子・卵子・胚の提供者、代理懐胎・出産者、子の血縁上の親と子及び養育親との相互交流を通じて、法律婚主義と血縁主義の桎梏から家族を開放し、ジェンダー平等な社会創造に寄与することを目的としている。科研費採択の有無に関わらず、こうした方向での共同研究を今後の課題としたい。

これまで私は、人との出会いの中で研究を続けてきたように思う。どちらかと言えば、少数派の人たちの視点で考えた。それは現行制度の問題点を浮かび上がらせるからである。改善、改正を目指し、実現することによって、人の生き方を支える法制度になる。とりわけ家族の法律は、人の生き方を支えるものであるべきである。そのために微力ではあるが、これ

からも研究を継続したいと考えている。

\* 本稿は「二宮周平教授退職記念講義」(2017年1月13日)をもとにご本人が原稿を提出されたものです。