

Title	日本法における離婚および法改正の方向
Sub Title	Divórcio no Direito Japonês e Tendências da Reforma Legislativa
Author	犬伏, 由子(Inubushi, Yukiko)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	2000
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.73, No.7 (2000. 7) ,p.9- 23
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Journal Article
URL	<a href="https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20000728-0009">https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20000728-0009</a>

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

# 日本法における離婚および法改正の方向

犬 伏 由 子

- 一 はじめに
- 二 離婚手続きおよび離婚原因
- 三 離婚の効果
- 四 日本における離婚の実状
- 五 現行離婚法の問題点
- 六 民法改正の方向

(本稿は、一九九九年七月九日に行われた慶應義塾大学法学部とサンパウロ大学法学部の学術交流協定二〇周年記念シンポジウム「日本とブラジルの法と社会——過去から未来へ」において「日本法における離婚および法改正の方向」と題して行った報告に、当日ブラジル側のツヨシ・オオハラ弁護士の報告および両報告に対する質疑を受けて若干のコメントを付したものである。)

## 一 はじめに

ただいまのブラジル法のご紹介を受けまして、私の方からは日本法における離婚および法改正の方向という話

をさせていただきます。

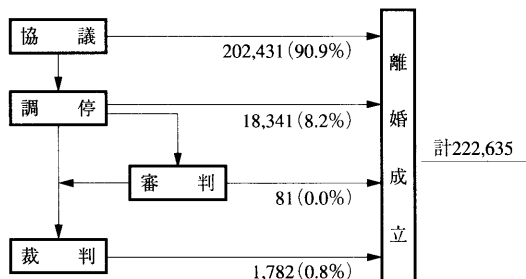
最初にお断りしておきますが、日本にはブラジル法の離別（1）に当たる法定別居制度というものはありません。その理由は、日本では離婚を禁止するという考え方が元からなかったということによります。従って、離婚を禁止する代わりにいわゆる「卓床離婚」といわれている法定別居制度を定める必要はなかったわけです。もちろん事実上別居している夫婦はおりますが、別居していても原則として婚姻の効果が消滅するということはありません。この点については、私は一部婚姻の効果の消滅を認めて離婚の前倒しの処理ができるようにしたらどうかと考えておりますが、本日はこれ以上ふれないこととし、本題に入らせていただきます。

## 二 離婚手続きおよび離婚原因

まず第一に、日本の離婚手続きについてですが、民法上の離婚手続きは一八九八年にいわゆる明治民法ができて以来変わってはおりません。明治民法でも協議離婚と裁判離婚の二種類が認められておりました。そこに、第二次世界大戦後、家庭事件と少年事件を専門として扱う家庭裁判所が創設され（一九四九年）、家庭裁判所による離婚手続きとして、調停離婚と審判離婚の二種類が加わり、現在四種類の離婚手続きが定められているわけです。四種類のうち、協議離婚と調停離婚の二つは日本法に特徴的な制度だと思われれます。

協議離婚というのは、夫婦が離婚することについて合意し、市区町村の戸籍係に協議離婚届を提出すれば成立するという世界に例を見ない簡単な離婚方式です。行政上の離婚にも見えますが、行政による実質的コントロールがあるわけではありません。戸籍係は書面審査のみで、離婚意思の確認はいたしません。協議離婚届が戸籍係に受理されることによって協議離婚の効果が生じます。協議離婚については、離婚するために、何らかの離婚原

図1 我が国の離婚制度と件数



(注) 調停、審判、訴訟の途上においても、協議が成立すれば離婚可能。

資料：件数は厚生省大臣官房統計情報部「人口動態統計」(1997年)

因を必要とするものではなく、無因離婚といえます。ちなみに、最近日本では、離婚後も友好的な関係を保っている人たちについて友達離婚などという言葉も生まれています。

調停離婚は、調停前置主義に基づいて家庭裁判所で行われる離婚手続きです。当事者間で離婚について合意できない場合、直接通常裁判所に離婚請求を行うことはできません。原則として、家庭裁判所の調停を経ることになっていきます。調停離婚は、協議離婚と裁判離婚の中間に位置づけられておりますが、家庭裁判所の調停ではあくまでも当事者間の意思を中心にしながら夫婦関係の調整をはかり、離婚について合意した場合に調停離婚が成立するというものです。調停成立の日

に調停離婚の効力が生じますが、戸籍係に調停離婚の届けを出さなければなりません。

審判離婚<sup>(2)</sup>は、家庭裁判所での調停で合意が成立しない場合に家庭裁判所の家事審判官が職権で審判を行うというものです。離婚の審判に対して、二週間以内に不服申し立てがあると離婚審判が効力を失うこともあってか、審判離婚は現実にはほとんど行われません。

裁判離婚は多くの国で認められている手続きで、離婚原因がある場合に裁判所の判決によって離婚が認められます。日本の場合、離婚原因としては五つの事由(配偶者の不貞行為、悪意の遺棄、三年以上の生死不明、強度の精神病、その他婚姻を継続しがたい重大な事由)<sup>(3)</sup>が定められていますが、破綻主義の原則に基づくものと考えられています。

以上四つの離婚手続きの流れと実際の利用割合につきましては、図1に一

九九七年の数字を挙げておきました。協議離婚の利用が圧倒的多数で九〇%を越え、この割合はほとんど変化しておりません。残りが、調停離婚八%、裁判離婚が一%弱の数字となっております。

### 三 離婚の効果

第二に離婚の効果についてですが、夫婦関係の消滅に直接関係する効果は省略しますが、離婚後の夫婦の姓について簡単にふれておきます。日本では夫婦同氏の原則があり、婚姻の際に夫又は妻の姓を夫婦の姓として選択します。離婚する場合は、婚姻の際に姓を変えた方の配偶者は婚姻前の旧姓に戻ることにありますが、旧姓に戻りたくないという場合は、離婚後三ヶ月以内に戸籍係に届け出れば、婚姻中の姓を離婚後も名乗り続けることができるようになりました。

離婚の効果のうち、まず子どもに関して、離婚後の親権の問題が生じます。現行法では、離婚後の単独親権を原則としていますので、父母のいずれかを親権者に決定しなければなりません。親権者となったものが実際に子の監護ができない場合は、親権者とは別に監護者を決定することもできます。この点は日本でも今後離婚後の共同監護の方向を目指すべきだろうと考えます。次に、現実に子どもと一緒に暮らしていない親が子どもと交流することができるといふ面接交渉権については現行法には明文の規定はないのですが、家庭裁判所の実務や学説により認められるようになったものといえます。子どもに対する扶養料については、離婚後も親は未成年子に対して当然に扶養義務を負うものと考えられておりますが、特に離婚後の養育料を定める規定はありません。

夫婦間の財産的処理に関しては、一九四七年の民法改正により財産分与の規定が新設されました。財産分与の内容としては、(1)婚姻中夫婦の協力により維持形成された財産の清算。(2)離婚後の扶養あるいは補償。(3)離婚に

よる精神的苦痛に対する慰謝料の三つが挙げられていますが、財産分与に慰謝料を含むかどうかという点には議論があり、学説の多数は慰謝料は財産分与に含まれないとしております。最近では、そもそも離婚は損害をもたらすものではないとして慰謝料を認めるべきではないという見解もあります。

#### 四 日本における離婚の実状

第三に日本の離婚の実状については、資料に基づいてお話ししますと、図2の通り、離婚件数は増加傾向にあります。ただ外国との比較で見ますと表1の通りそれほど多いともいえません。さらに図3を見ていただくと婚姻間の長い夫婦について増加率が高く、特に同居二〇年以上のところが目立っています。このような離婚の背景は必ずしも明らかではありませんが、調停離婚についてその一端を見たのが図4で離婚申し立て理由の中で最も多く挙げられるのが性格の不一致です。また妻からの申し立てが七割となっています。さらに図5でもわかるように子どものいる夫婦の離婚も多くなっています。ちなみに一九九七年の数字では、未成年の子どものいる夫婦の離婚は一三三、〇四九件でした。そのうち、母親がすべての子の親権者となったのが七八・一%、父親の場合は一七・四%、その他四・四%となっています。親権者以外の離婚の効果についての実状は必ずしも明らかではありませんが、その一端を見たのが図6でこれによれば、子どもの扶養料についての取り決めやその履行は十分とはいえません。面接交渉についても図7によればあまり実行されていないようです。財産分与については離婚調停で決まった額については、図8でわかるように一九九七年で平均三八二万円とあまりのびておらず、それほど高いとはいえません。

図 2 離婚件数及び離婚率の年次推移

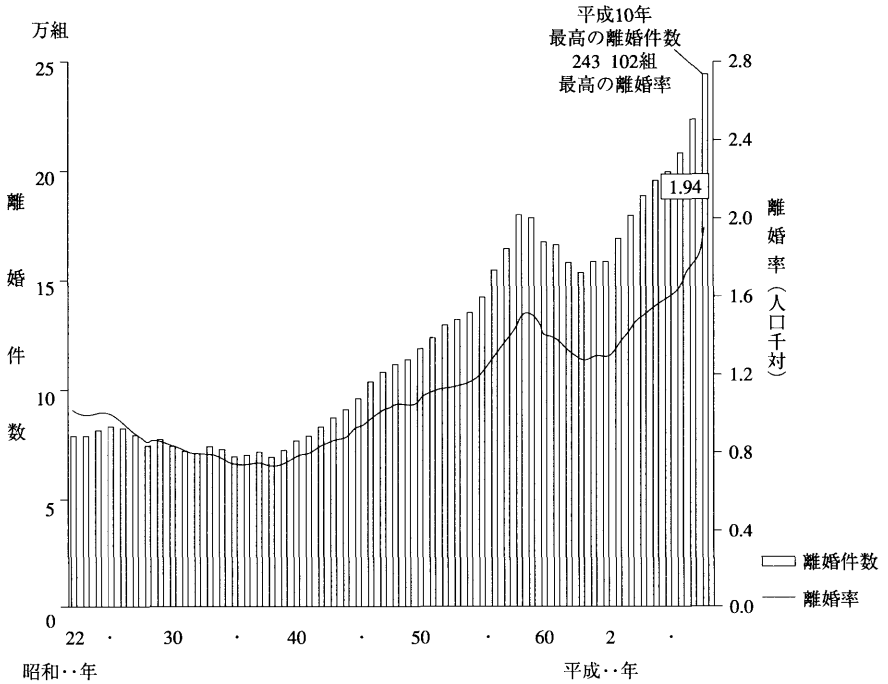


表 1 人口動態総覧(率)の国際比較

国名	出生率		死亡率		乳児死亡率		婚姻率		離婚率		合計特殊出生率
	(人口千対)		(人口千対)		(出生千対)		(人口千対)		(人口千対)		
日本	'98) 9.6	'98) 7.5	'98) 3.6	'98) 6.3	'98) 1.94	'98) 1.38					
イギリス	'97)* 12.3	'97)* 10.7	'97)* 5.9	'95) 5.5	'95) 2.89	'97) 1.71					
イタリア	'97)* 9.4	'97)* 9.8	'97)* 5.4	'97)* 4.8	'95) 0.47	'97) 1.22					
スウェーデン	'97)* 10.1	'97)* 10.5	'96) 4.0	'96) 3.8	'96) 2.42	'97) 1.53					
ドイツ連邦共和国	'97) 9.6	'97) 10.4	'96) 5.0	'97)* 5.1	'96) 2.14	'96) 1.32					
フランス	'97) 12.4	'97) 9.1	'97) 5.1	'96)* 4.8	'96) 1.90	'97) 1.71					
アメリカ合衆国	'96)* 14.8	'96)* 8.8	'96)* 7.2	'96)* 8.8	'96) 4.33	'95) 2.02					

(注) \* 暫定値である。

資料：[1]日本 人口動態統計月報年計(概数)の概況

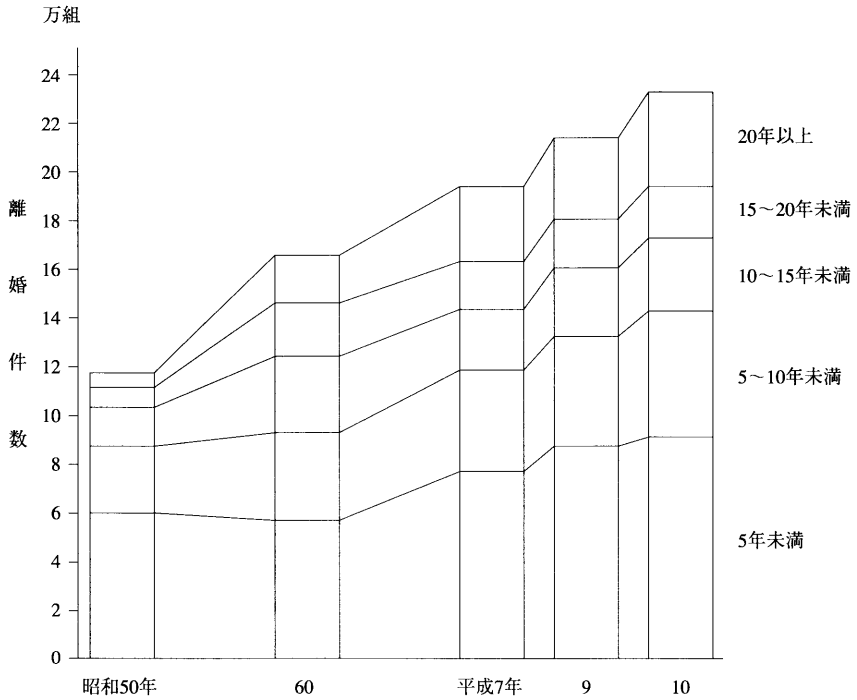
[2]外国 出生率・死亡率・乳児死亡率は、UN, POPULATION AND VITAL STATISTICS REPORT, Jan. 1999

婚姻率・離婚率は、UN, DEMOGRAPHIC YEARBOOK, 1997

合計特殊出生率は、Council of Europe, Recent Demographic Developments in Europe, 1998

ただしアメリカは、Us, Monthly Vital Statistics Report, June. 1997

図3 同居期間別離婚件数の年次推移



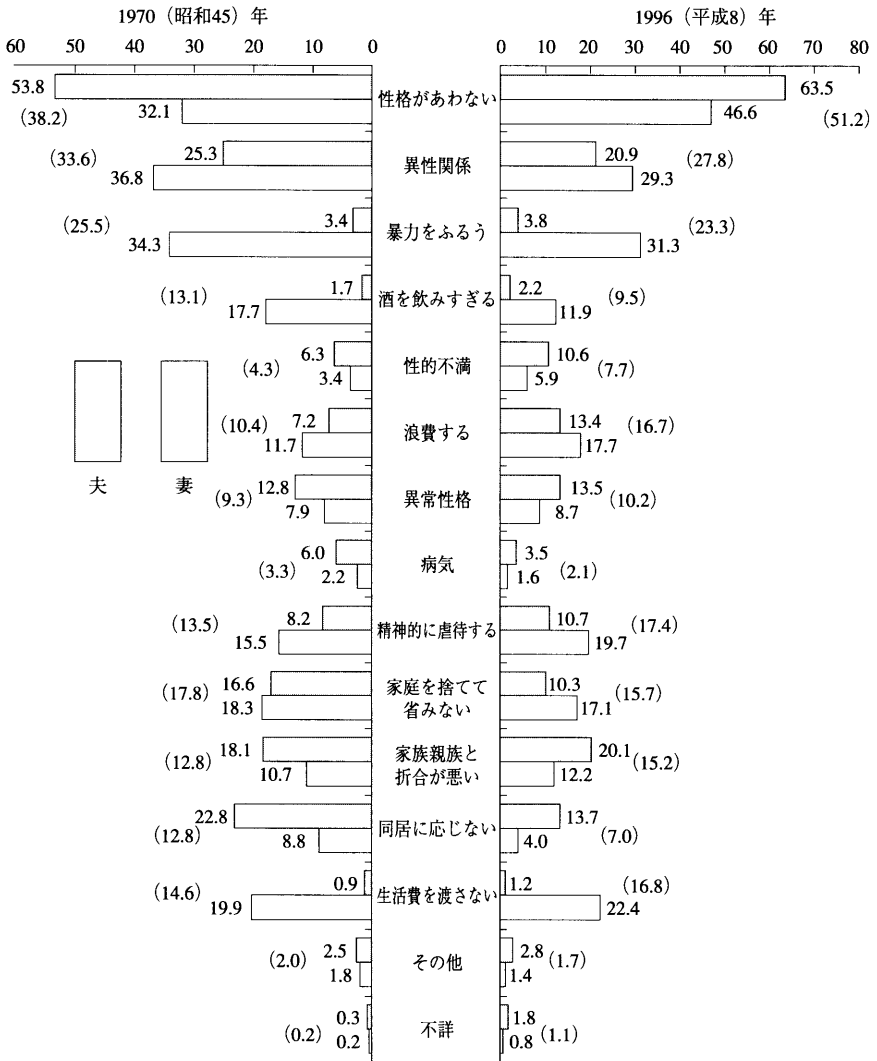
### 五 現行離婚法の問題点

以上をふまえて現行離婚制度の問題点を考えてみますと、まず離婚全体にわたる問題として、離婚自体と離婚の効果の問題を同時に解決する手続き上の保障がないことが問題となります。特に離婚全体の九割を占める協議離婚の場合は、協議離婚の届出の際に親権者の決定を除いては、離婚の効果について定めておくことは要求されていません。そのため、離婚しても子どもの養育料や財産分与について全く取り決めがないという場合も多く見られます。

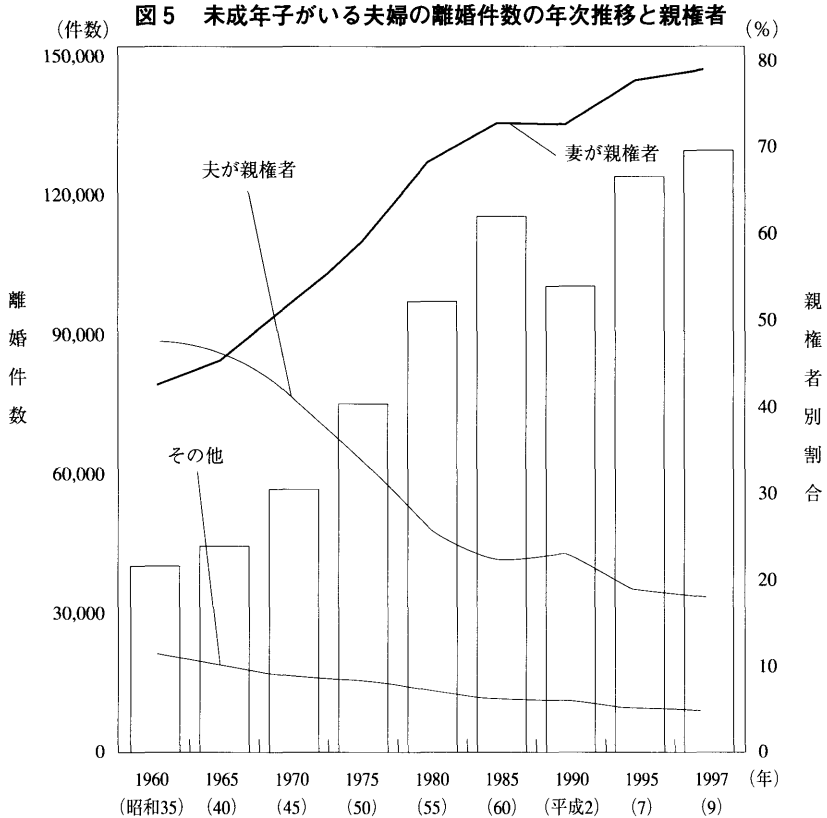
次に、協議離婚についても問題点が指摘されています。協議離婚は離婚についての決定が完全に当事者に任されており、国家は介入しません。その結果、当事者の自己決定やプライバシーが守られる反面、真の協議に値しないものが含まれる可能性を防



図 4 夫婦別申立て動機 (割合)



(注) ( ) 内の数値は、夫、妻の合計の動機別割合  
資料：最高裁判所「司法統計」



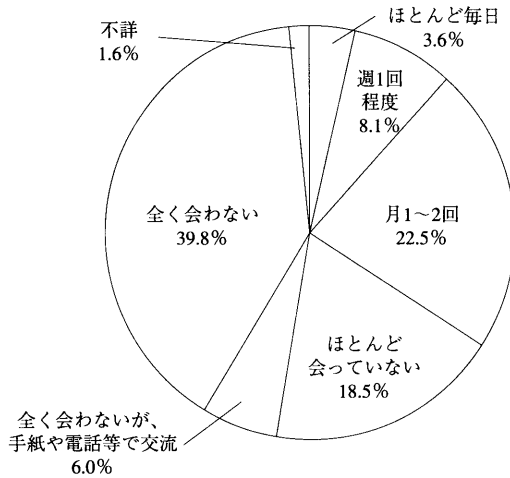
(注) その他とは、夫と妻がそれぞれ分け合っって子どもの親権を行う場合である。  
 資料：厚生省大臣官房統計情報部「人口動態統計」

**図6 養育費の受給状況** (%)

	総数	現在も受けている	受けたことがある	受けたことがない
1983年 (昭和58)	100.0	11.3	10.1	78.6
1988年 (昭和63)	100.0	14.0	10.6	75.4
1993年 (平成5)	100.0	14.9	16.4	68.7

資料：厚生省児童家庭局「全国母子世帯等調査」

図 7 別れた子との面会頻度



(注) 平成9年6月に協議離婚し、親権を行う子(男女)を対象として、同年10月に行った調査

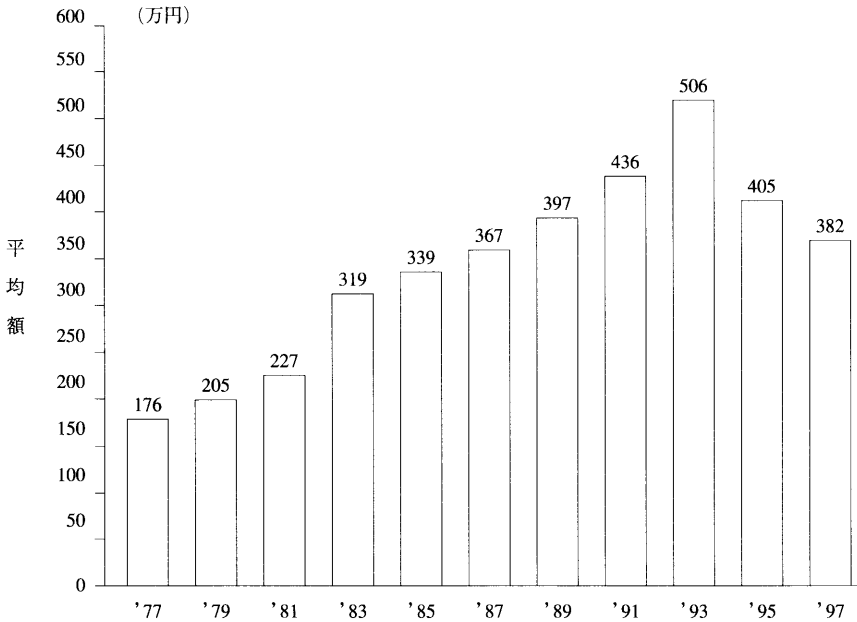
資料：厚生省大臣官房統計情報部「平成9年人口動態社会経済面調査—離婚家庭の子ども—」

求は棄却されず。特に、有責配偶者からの離婚請求の可否をめぐって最高裁判所は長らく否定的な態度をとってきました。しかし、最高裁一九八七年九月二日判決(民集四二巻六号一四三三頁)により、ようやく条件付きで有責配偶者からの離婚請求が認められるようになりました。

止することはできません。たとえば、追い出し離婚、離婚の合意がないにも係わらず勝手に出された協議離婚届、離婚の効果について話し合いがないままの協議離婚届の提出等がおこります。こうした問題に対して、協議離婚の際に当事者の離婚意思や離婚の効果についての合意の確認制度を設けるべきという主張もありますが、実現に向けての合意は難しい状況です。

さらに、裁判離婚については、離婚を認めるか否かについて裁判官の自由裁量の幅が大きいことが挙げられます。破綻主義に基づいているといっても、夫婦関係の破綻の事実認定は裁判官に委ねられており、婚姻の継続が相当と判断される場合は、離婚請

図8 財産分与・慰謝料額（調停）



## 六 民法改正の方向

一九九一年から法務省の法制審議会（民法部会「身分法小委員会」）で婚姻法および離婚法の全般的な見直しの検討が開始され、一九九六年二月「民法の一部を改正する法律案要綱」が政府に答申されました。ただし、その後政府法案としては一度も国会に提案されておりません（政党レベルでは、婚姻法の改正の部分特に夫婦別姓の導入をはかる法案が国会に提案されていますが、実現しておりません）。

今回の婚姻法および離婚法改正作業の目的や背景となっているのは、一九四七年の民法改正以降、国民の人生観・価値観が変化・多様化しており、家族に関する意識や価値観も大きく変わってきていることと、男女平等の点から現行婚姻法および離婚法の見直しが必要になっていくことです。

それでは、「民法の一部を改正する法律案要

綱」に示された離婚法の改正点は何かということですが、大きく二点あります。一点は、裁判離婚に関するものです。裁判離婚の離婚原因について、五年以上の別居を加えることにより、夫婦関係の破綻事実の認定の客観化をはかっています。ただし、離婚請求の棄却事由として、苛酷条項と信義則条項を加えています。

もう一点は、離婚の効果に関するものです。子の監護に関する事項として、面接交渉や養育料の分担に関する明文規定をおきました。また、財産分与について、従来財産分与の内容や決定基準を明らかにすべきという指摘があったことを受けて、財産分与の決定の際の考慮事情の明確化をはかり、また、夫婦財産の清算については、原則として二分の一を基準とすることを明示しました。

すでお話しした通り、民法改正は実現のめどは立っていません。改正案の内容には賛否が分かれる点もありますが、今後とも改正に向けて検討が必要であることは変わりませんし、早急に実現することが必要な点も含まれています。改正に向けてのねばり強い努力が法律家にもとめられております。

(1) シンポジウム当日、ツヨシ・オオハラ弁護士からブラジル法の離別と離婚について法改正の経緯とその内容を簡潔に報告していただいた。それによると、カトリックの国であるブラジルでは長らく離婚が認められず、婚姻の本質的義務である同居義務や貞操義務が免除される唯一の制度として、いわゆる卓床離婚である離別が認められていたこと。一九七七年にはじめて離婚が認められた際には、原則として法定離別から三年以上経過している場合に離別から離婚への転換という形での間接的な離婚が認められ、例外的に五年以上別居している場合に制限的条件で直接離婚が認められたに過ぎないこと。これがさらに一九八八年の新憲法により、法定離別から一年以上経過すれば、離婚への転換が認められるだけでなく、一年以上別居していれば直接離婚を請求することができるように改正されたと言っているのか、また、法定離別と離婚の実態についても興味のあるところである。今後の交流を通じて明らかにしていきたいと考えている。

(2) シンポジウム当日、私の報告に対して、ブラジル側参加者から、審判離婚と裁判離婚の違いについての質問を受けた。離婚紛争解決手続きの流れの中で、家庭裁判所の家事審判手続きに移行する場合と、地方裁判所における離婚訴訟の提起に至る場合について説明したが、非訟事件手続きによる離婚審判と人事訴訟手続きによる離婚訴訟の手続き上の違いや、家族関係に関する紛争解決手続きの全体像について十分に説明しきれなかった。

家族紛争の解決手続きとしては、人間関係調整機能を持ち家族紛争を解決する専門的裁判所として創設された家庭裁判所での家事調停と家事審判があるほか、地方裁判所での人事訴訟Ⅱ民事裁判がある。家族に関する紛争については、調停前置主義がとられているため、原則としてまずは家庭裁判所の調停を経なければならぬ。調停での合意が成立しない場合、家庭裁判所の専属管轄に属する事件、たとえば、扶養や財産分与、子の監護に関する事件などについては当然に家事審判手続きに移行して家事審判が行われる。他方で離婚紛争のように人事訴訟事件とされているものは、離婚調停が不成立の場合は、家庭裁判所が職権で審判に移行させない限り、当事者は直接地方裁判所での離婚訴訟による解決をもとめることになる。従って、離婚紛争の終局的解決は通常裁判所での離婚訴訟によることになるが、家族紛争を解決する専門裁判所である家庭裁判所に終局的解決を委ねるべきという指摘もある。また、離婚自体は人事訴訟事項とされているのに対して、離婚の効果（財産分与、養育料、面接交渉権など）は審判事項とされている点で、一つの離婚紛争について解決手続きの管轄が分かれていることも離婚紛争の解決を複雑にしている。離婚紛争等の人事訴訟事件の家庭裁判所への移管が検討されつつある。

(3) シンポジウム当日、ブラジル側から、裁判離婚について、ブラジルでは離婚の原因について、深く追求しなくてもよいと考える方向にあるが、日本でもそのような方向にあるかとの質問を受けた。

これに対して、私の方からは、日本でも、概略的には離婚原因を追及すべきではないと言う考え方向に向かっているが、当事者が離婚自体について争っている裁判離婚では、相手の有責性を追及して離婚請求をすることが現実にはある。裁判所としては、破綻しているかどうかによって判決を下すことになるが、離婚裁判自体が相手の有責性を追及する場になっていることは事実上あるとの説明を行った。

このコメントに関連して、星野英一教授（東京大学名誉教授）から、(1)日本法の理解としては、破綻主義を原則として、(2)民法七七〇条は離婚原因として、不貞行為、悪意の遺棄という二つ有責の離婚

原因と三年以上の生死不明、強度の精神病、その他婚姻を継続しがたい重大な事情という三つの破綻主義的離婚原因を列挙しているものであり、これを主張して離婚請求をすることもできるといって構造になっている。従って、民法上は有責原因を主張して離婚請求をすることができるのであり、婚姻の破綻で一本にまとまった離婚原因となるのではないとの指摘と、(2)ブラジル法が、離婚に厳しい立場から、急速に二年別居で離婚を認めるといふ方向に改正されたのはどのような根拠によるものかという質問がブラジル側に対して行われた。

第二点については、ブラジル側から「一九七七年の法律は、できるだけ離婚を行わないように厳しくした。ところが、それからの現状を見えますと、完全に婚姻が破綻しているにもかかわらず、期間が長いためになかなか離婚できないでいる人たちがいるのは不公平ではないか。期間を短縮することによって、一緒にいたくない人たちができるだけ早く解放してやって、新たな婚姻がそこで生じることが望ましいという観点で憲法改正に至ったというふうに理解している」との説明を得た。まさにブラジルにおける婚姻破綻についての実態と意識が、破綻主義への流れを加速したものと思われるが、カトリック的婚姻観・離婚観に基づいていたブラジル社会における家族や家族意識の変化について、なお興味を引くところである。

第一点については、裁判離婚についての民法七七〇条一項の離婚原因が、婚姻の破綻を唯一の離婚原因とする一元論に立つのか、複数の有責主義的離婚原因と破綻主義的離婚原因を並立的に認める多元論に立っているのかについては見解が分かれるところである。家族法の通説的理解は一元論に立っていると思われるが、訴訟法上の訴訟物のレベルでは、判例が離婚請求権は七七〇条一項の各号ごとに別個に成立すると解する立場であることは星野教授のご指摘の通りである。従って、相手方の不貞行為のみを主張して離婚請求をすることは可能であり、この点では、日本の離婚訴訟の現状が相手の有責性の追及の場となっているという面があることは否定できない。しかし、離婚訴訟の原告が不貞行為だけを主張している場合でも実務上は積明権の行使により原告に対し他の離婚原因をも主張するかどうかを明確にするように配慮がなされていること、特に、婚姻を継続しがたい重大な事由をも離婚原因として主張させる傾向にあることを考えれば、実務も破綻主義に向かっているともいえる。

もともと破綻主義は、相手方の有責行為により婚姻が破綻した場合以外にも広く婚姻が客観的に破綻した場合に離婚を認めるとするものであるから、有責主義を包摂しうる。そこで、比較法的に見ても離婚法改正の際に破綻主義を

どのように採用するかで立法の方法が分かれている。たとえば、①破綻を唯一の離婚原因とする（一定の別居期間により破綻を推定する）ことにより、有責性を排除して破綻主義を徹底する立場（ドイツ）、②破綻を唯一の離婚原因としながら、破綻の証明に関しては、別居と並べて有責事由を残し、破綻主義に有責主義を包摂する立場（イギリス）、③有責事由に基づく有責離婚と婚姻の破綻（精神病、一定期間の別居による）に基づく破綻離婚を並列的に認めることにより、破綻主義の枠外で有責主義を残す立場（フランス）などがある。この点について、日本の離婚法改正がどのような方向にあるのかを見ると、一九九六年の民法改正案要綱では、七七〇条一項の離婚原因に一号の不貞行為と二号の悪意の遺棄という有責事由を残している点で、①の立場はとっていないが、一号・二号については、「婚姻関係が回復の見込みのない破綻に至っていないときは、この限りでない」としていることから、不貞行為と悪意の遺棄を破綻の徴表とする意図を明確にしたものといえ、②の立場に近いと考えられる。従って、民法改正案要綱は、完全に有責主義を払拭するに至っていないが、破綻主義の強化には向かっている。