

## 養子制度、財産分与制度に関する規律の検討（二読）

## 第 1 養子制度に関する規律

## 1 未成年養子縁組（注）の成立要件

## (1) 家庭裁判所の許可の要否

未成年者を養子とする場合の家庭裁判所の許可の要否につき、以下のとおり検討することとしてはどうか。

【案①】配偶者の直系卑属を養子とする場合に限り、家庭裁判所の許可を要しないものとする。

【案②】自己の直系卑属を養子とする場合に限り、家庭裁判所の許可を要しないものとする。

【案③】未成年者を養子とする場合、家庭裁判所の許可を得なければならないものとする。

【案④】現行法のとおりとする。

## (2) 家庭裁判所の許可に係る考慮要素及び許可基準

未成年養子縁組における家庭裁判所の許可に係る考慮要素及び許可基準を法定することにつき、どのように考えるか。

## (3) 夫婦共同縁組

配偶者の未成年子を養子とする場合には、当該子が当該配偶者の嫡出子であるか否かにかかわらず、当該配偶者とともに縁組をすることを要しないものとするにつき、引き続き検討してはどうか。

## (4) 代諾縁組

法定代理人が養子に代わって縁組の承諾ができる養子の年齢を引き下げることにつき、どのように考えるか。

## (5) 養子の必要的聴取

裁判所が、養子縁組の許可の審判事件において、養子の陳述を必要的に聴かなければならない年齢を引き下げることにつき、どのように考えるか

## (6) 養親になろうとする者による養子の意見又は心情の確認

養親となろうとする者は、できる限り、養子となろうとする者の意見又は心情を把握し、その年齢や発達の程度に応じて、尊重しなければならないものとするにつき、引き続き検討してはどうか。

#### (7) 父母の関与

未成年養子縁組時の父母の関与の在り方に関する規律につき、引き続き検討してはどうか。

(注) 未成年者を養子とする普通養子縁組のことを指す。

(補足説明)

#### 1 はじめに

一読においては、部会資料8に基づき、未成年養子縁組に関する課題について、幅広く検討を行った。その中で、縁組の目的に応じて、未成年養子縁組を「養育型養子縁組」と「非養育型養子縁組」に二分し、それぞれの規律の在り方を検討する方向性を提案したが、一読の検討において、養育目的と養育以外の目的が併存する縁組も想定され、厳密に二分することは困難であるとの指摘や、養育以外の目的を有する未成年養子縁組を民法上正面から認める規定を設けることには慎重であるべきとの指摘などが示された。この点、部会資料8で提案した未成年養子縁組を二分する考え方は、養子縁組の要件・効果等を養育型養子縁組及び非養育型養子縁組の各類型ごとに一律に規律するという発想に基づくものであるが、後述のとおり、個別に、要件・効果等について検討する方向性とし、本資料では、未成年養子縁組を縁組目的で二分する規律については明示しないこととした。

#### 2 家庭裁判所の許可の要否について

ア 現行の民法第798条は、「未成年者を養子とするには、家庭裁判所の許可を得なければならない。ただし、自己又は配偶者の直系卑属を養子とする場合は、この限りでない。」と定め、未成年養子縁組には、原則として、家庭裁判所の許可が必要とされている。これは、未成年者の養子が、芸妓とするための養子縁組のように、子を「喰いもの」にするために利用されたことを顧慮して、昭和22年の改正により新設された制度である。同改正により「家」の制度も同時に廃止された経緯からすると、現行法の許可制度は、人身売買的養子を排除することに加えて、「家のため」の養子縁組をも排除し、その結果、養子となる未成年者の福祉のために奉仕する制度として位置付けられるようになったとされる。このように、未成年養子縁組について、原則として、家庭裁判所の許可を必要としている趣旨は、養子となる未成年者

の福祉に合致しない縁組を阻止する趣旨と解されている。その一方、自己又は配偶者の直系卑属を養子とする場合には、家庭裁判所の許可が不要である。これは、このような養子縁組の場合には、子の福祉に弊害を及ぼす危険が少ないと考えられるからとされている。しかし、この判断が全ての場合に妥当するとは限られないとの批判が存在しているとされる。

イ この問題を検討するに当たっては、さしあたり未成年養子縁組と特別養子縁組の関係性についても留意する必要があると思われる。すなわち、前記のとおり、未成年養子縁組は、未成年者の福祉のための制度と考えられている一方で、特別養子縁組も、子の利益のために特に必要があるときに成立が認められるものであり（民法第817条の7）、結局、未成年養子縁組と特別養子縁組の両制度は、いずれも未成年者の福祉のための養子制度という点では共通している。

そうすると、未成年者の福祉という意味で未成年養子縁組と特別養子縁組の両制度は、相互補完的な関係に立つものといえ、未成年養子縁組は、全件について家庭裁判所の判断が介在することになる特別養子縁組と整合的な規律にすべきであり、家庭裁判所の許可の範囲を拡張すべきであるという考え方があり得る。

その一方で、未成年養子縁組と特別養子制度は、子の福祉のための養子制度という点では共通しているものの、特別養子縁組は、実親子関係を断絶するという強い効果を有する養子縁組制度であるため、家庭裁判所の許可の要否という点で、必ずしも未成年養子縁組と特別養子縁組を整合的な規律にする必然性はないという考え方もできると思われる。

ウ この点、一読の検討においては、未成年養子縁組全件について裁判所の許可を必要とすれば、法的な親子関係を創設することなど養子縁組の法的重要性を縁組当事者が認識する契機になり得るとの意見、未成年養子縁組全件について裁判所の許可を介在させ、可及的に養子の意向を聴取する機会を設けるべきであるとの意見が出された一方で、仮に家庭裁判所が養子縁組を不許可としても、実態としては養親となろうとする者が養子となろうとする未成年者を監護していることが多いのであり、かえって当該未成年者の養育環境が悪化する懸念があるため、家庭裁判所の許可の必要性が乏しいといった意見などが出された。このほか、多数に上るこれらの種類の縁組まで家庭裁判所の許可の対象とする結果、本来子の利益を慎重に見極めなければならない事件が埋没し、結果として子の利益を損なう危険性があること等も踏まえながら、検討を加える必要があると思われる。そのような観点から、仮に許可の範囲を拡げる場合、配偶者の直系卑属を養子とする場合（いわゆる連れ子養子縁組）には家庭裁判所の許可を要しないものとする

規律（案①）、自己の直系卑属を養子とする場合（いわゆる孫養子）には家庭裁判所の許可を要しないものとする規律（案②）、未成年者を養子とする場合には許可を得なければならないとする規律（案③）、現行法の規律を維持するものとする（案④）について提案したものである。

エ なお、未成年養子縁組における裁判所の許可の要否に関連して、子の氏の変更に関する家庭裁判所の許可の要否も問題となり得る。一読の検討においては、子を監護している親が再婚し、新しい配偶者の氏に改めた場合、その配偶者と子が養子縁組をせずに、子が氏を改めた親と同じ氏を称するため子の氏を変更する場合には家庭裁判所の許可が必要となる（民法第791条1項）一方で、このような場合に、子を監護している親の配偶者と養子縁組（連れ子養子縁組）する場合には家庭裁判所の許可が不要とされており、不均衡が生じているのではないかとの指摘が出された。もっとも、養子縁組をして親子関係を創設する場合と、親子関係を創設しない場合とではそもそも場面も異なる上、実務上、離婚後に親権者の氏と同じ氏を称するために子の氏の変更においては、簡易かつ迅速に家庭裁判所の許可が出されることが多く、許可が必要とされていることが問題となるケースはほとんどないのではないかとの指摘や、手続を簡便化するために、子の氏の変更ではなく、あえて養子縁組を選択している実態はないのではないかとの指摘が出された。また、連れ子養子縁組の場合には、その実態として、実親（養親の配偶者）とともに子の監護をしている場合が多く、典型的に子の福祉に反するおそれが低いことから家庭裁判所の許可が不要とされている一方で、子の氏の変更のみを申し立てるケースには様々な目的・動機が想定され、典型的に子の福祉に反するおそれが低いとまではいえず、家庭裁判所の許可を要するという考え方も可能かと思われる。本部会では、離婚等に伴う子の養育に関する規律の検討をすべきとされているところ、子の氏の変更が、直ちに子の養育に直結する法的事項とまではいえないことも踏まえて、本資料では、子の氏の変更に関する具体的な規律は提示していないが、未成年養子縁組の規律に係る検討状況も踏まえて、必要に応じて、子の氏の変更に係る規律の在り方についても検討することが考えられる。

### 3 家庭裁判所の許可に係る考慮要素及び許可基準について

前記のとおり、未成年養子縁組の趣旨からすれば、家庭裁判所は、当該縁組が未成年者の福祉に合致するかどうかを判断すべきであることは明らかであるが、現行法では、考慮要素及び許可基準についての明文規定はなく、家庭裁判所による解釈と運用に委ねられている。この点、現在の家裁実務においては、縁組の動機、目的、実親（監護親）及び養親の家庭状況、養親となる者の監護者としての適格性（親権を行使し得る能力の程度、経済状況、養子となる

者との親和性) など、一切の事情を総合的に考慮して、子の福祉の観点から、許可・不許可の判断をしているとされている。一読の検討においては、家庭裁判所の許可の考慮要素及び許可基準を法定する方向性については、特段の異論は出ていなかったと思われるが、それぞれの考慮要素の持つ意味、重要度等は判然としない上、考慮要素等を法定することによって、かえって個別具体的な事案に沿った判断が困難になる可能性も考えられるところである。以上を踏まえた上、家庭裁判所の許可に係る考慮要素及び許可基準を法定するか否かについて、どのように考えるか。

#### 4 夫婦共同縁組について

現行法の民法第795条は「配偶者のある者が未成年者を養子とするには、配偶者とともにしなければならない。ただし、配偶者の嫡出である子を養子とする場合又は配偶者がその意思を表示することができない場合は、この限りでない。」と定め、配偶者の嫡出である子を養子とする場合には、養親となろうとする者は単独で養子縁組ができるが、配偶者の嫡出でない子を養子とする場合には、配偶者とともに養子縁組をしなければならない(夫婦共同縁組)としている。

この規律は、昭和62年民法改正によって制定されたものであるところ、これは、当時、嫡出子と嫡出でない子の法定相続分が異なっており、実親が自己の嫡出でない子と養子縁組をすることによって、嫡出子の身分を取得させることは、同人の法律上の地位の向上をもたらすものであるという考え方に基づいていた。もっとも、現行法では、嫡出子と嫡出でない子の法定相続分に差異がなくなっており、嫡出でない子との間で養子縁組をすることによって、嫡出子の身分を取得させることの合理性が乏しくなっている上、実子との間で養子縁組をすることに心理的抵抗感を覚える親もいることから、嫡出でない子であっても、養親となろうとする者が単独で縁組をすることができる規律にすべきであるとの意見がある。この点につき、一読の検討においては、特段異論は出されなかったと思われる。もっとも、養子となろうとする者が配偶者の嫡出でない子の場合にも、養親が単独で養子縁組することを可能とした場合には、片方の親にとっては嫡出でない子、もう片方の親にとっては嫡出子というアンバランスな状況が生じ得る(例えば、母Aに、嫡出でない子Bがいた場合に、Aの配偶者CがBを単独で養子縁組をした場合、AにとってBは嫡出でない子、CにとってBは嫡出子となる)ことになるが、現行法においても、前記の例でいえば、CがAと婚姻するよりも前にBを養子とする縁組をした場合には、同様の法的状態になると思われる。以上も踏まえて、更なる検討が必要と考えられる。

#### 5 代諾縁組及び養子の必要的聴取について

現行法では、「養子となる者が15歳未満であるときは、その法定代理人が、これに代わって、縁組の承諾をすることができる」（民法第797条1項）と規定し、15歳未満の者が養子となる場合には、その法定代理人が代諾するとされている。また、家庭裁判所における養子縁組の許可審判においては、養子となるべき者が15歳以上であれば、必要的にその陳述を聴取しなければならないとされている（家事事件手続法第161条3項1号）。

この点、一読の検討において、15歳未満の者からも意見・意向を聴取すべきである旨の意見が出された一方で、「代諾縁組の基準となる年齢」と「養子となろうとする者の意向を必要的に聴取すべき年齢」という点が渾然一体となって議論されているとの指摘もあったところであり、それらを明確に区別した上で、慎重に検討する必要があると考えられる。

また、現行の民法上、15歳という年齢は、代諾縁組に関する規律に限らず、子の氏の変更（民法第791条3項）や遺言（民法第961条）に関する規律でも定められているとおり、身分行為能力の基準とされている年齢であるため、縁組能力に係る年齢を引き下げるとは、高度の必要性・合理性が求められると思われる。加えて、現行の家事事件手続法上、子の陳述聴取を必要的とする年齢を15歳以上と定めている規定（注1）は、養子縁組の許可審判事件に限られず、子の監護に関する処分の審判事件（同法第152条2項）など多数存在する上、15歳未満の者であっても子の陳述聴取などの方法により、子の意思を把握するように努めて、それを考慮しなければならない（同法第65条）とされており、家裁実務でも個別具体的事案に照らして、15歳未満の者の陳述聴取を実施しているとされる。以上のとおり、代諾縁組や家庭裁判所における必要的聴取に関する年齢の引き下げについて、それぞれの規定においてその年齢が15歳以上と定められた趣旨や他の規定との整合性等も踏まえて、どのように考えるか。

#### 6 養親になろうとする者による養子となろうとする者の意見又は心情の確認について

部会資料12の第2.1では、親子関係から生ずる義務として「子の利益を最も優先して考慮する義務」を提案しているところ、養子縁組とは、養親と養子の上に法的親子関係を創設する制度であることに鑑み、家庭裁判所の許可の要否にかかわらず、養親になろうとする者の義務として、同様の義務を定める規律について提案するものである。なお、「養子となろうとする者の意見又は心情」の対象としては、当該養子縁組をすること自体を想定している。もっとも、仮に、この規律を設ける方向性で検討することとした場合には、この規律の法的性質（単なる訓示規定と解するのか、それとも義務違反の場合には、養子縁組の無効など何らかの法的効果を生じさせる規定と解するのかなど）

等については、更なる検討を要するものと思われる。

## 7 父母の関与について

### ア 現行法の規律

#### ① 未成年養子縁組（普通養子縁組）

現行の民法第797条1項は、「養子となる者が15歳未満であるときは、その法定代理人が、これに代わって、縁組の承諾をすることができる。」と、同条2項は、「法定代理人が前項の承諾をするには、養子となる者の父母でその監護をすべき者であるものが他にあるときは、その同意を得なければならない。養子となる者の父母で親権を停止されているものがあるときも、同様とする。」と規定している。

この点、同条1項の「法定代理人」とは、親権者（親権者がいない場合には、未成年後見人、児童相談所長等）のことをいい、父母の婚姻中の共同親権下においては、夫婦共同で行われなければならない、一方の父母の届出を欠く養子縁組は無効であると解されている。また、同条2項では、法定代理人とは別に、養子となる者の父母で監護者が定められている場合には、その同意が必要とされている（注2）。この趣旨は、親権者の承諾により縁組が成立すると、養親が親権者として子を監護すべきこととなり、従来の監護者はその地位を失うので、監護者にも縁組が子の利益に合致するかどうかの判断の機会を与えるのが妥当とされたことにある（細川清「改正養子法の解説」168頁）（注3）。このように、現行法において、未成年養子縁組では、親権者及び監護者は、縁組に関する同意権を有しているとされている一方で、親権も監護権も有していない父母の関与を義務付ける規律は設けられていない。

#### ② 特別養子縁組

現行の民法第817条の6は、「特別養子縁組の成立には、養子となる者の父母の同意がなければならない。」と規定し、特別養子縁組の成立に実父母（転縁組の場合には、それまでの養父母も含む）の同意を必要としている。この同意権は、父母としての基本的かつ固有の地位、権利に基づき与えられたものであり、親権又は監護権に由来するものではないとされている。全ての父母の同意が必要とされている趣旨は、特別養子縁組によって、特別養子となった子は、縁組前の父母との法律上の親子関係を断絶され、父母に対する扶養請求権及び相続権を失うとともに、従来の生育環境を離れ、養親によって監護養育されることになり、子の利益に重大な影響があるので、第一次的責任を有する父母に同意権を与えるのが相当である上、父母は、特別養子縁組によって、子に対する親としての法律上の地位、扶養請求権及び相続権を失うので、親としての地位を保護する

ためにも、同意権を与えるのが適当であると考えられたからである（前記「改正養子法の解説」86頁）。このように、親権・監護権の有無にかかわらず、全ての父母の同意が必要となる一方で、特別養子になろうとする者に後見人等がいる場合であっても、これらの者は「父母」ではないため、同意権は有していないと解されている。

イ 一読の検討においては、全ての父母の同意を必要とすべきという意見や、別居親が縁組を認識し得る機会を与えることが必要であるなどといった意見が出された。それに対し、親権も監護権も有していない親が養子縁組について適正な意見を述べることができるのか疑問があるとの意見や、当該父母の所在・連絡先等が不明であることが多く、その場合に養子縁組を不可能とすることは非現実的であるとの意見など、全ての父母を養子縁組に関与させることに消極的な意見もあった。

ウ 仮に全ての父母を何らかの形で、養子縁組に関与させる方向性で検討するとした場合、当該関与を基礎付ける法的根拠としては、「親権」又は「監護権」に由来するものとして位置付ける、もしくは「親子関係」（父母としての地位）に由来するものとして位置付けるという考え方があり得ると思われる。そうすると、その前提として、まずは部会資料12、13で検討されている「親権」「監護権」の各概念や、親子関係に関する法的概念（部会資料12の第2）について、養子縁組との整合性にも留意しつつ、これらの概念を整理する必要がある。すなわち、部会資料12、13での整理を前提とした場合、養子縁組に関与することを、①親権者の権限・義務である「重要事項」の決定、②監護者の権限・義務である「日常生活事項」の決定、③親子関係から生じる固有権のいずれに性質決定すべきなのかという問題が生じる（もともと、養子縁組への関与態様は、「同意権を与える」「通知を受ける権利を有する」など多々想定できるところ、その関与態様によっては、①～③の該当性が変わり得ることに留意する必要があるため、関与態様の在り方も含めて検討する必要がある。）が、この点はどのように考えるか。

また、仮に全ての父母を養子縁組に何らかの形で関与する方向性で検討するとした場合に、その関与態様としては、一読で意見が出された「同意」又は「通知」などが考えられ得るが、以下のとおり、種々の検討課題が残されていると思われる（注4）。

#### ① 同意権付与の方向性について

一読において、全ての父母の同意を付与すべきとの意見もあったが、そもそも前記アのとおり、現行法において、15歳未満の子が養子となる場合の法定代理人の承諾が親権の効果として認められていることや、（分属



している場合の) 監護者に同意権が認められていることからすれば、部会資料12、13における親権及び監護権の範囲を踏まえても、親権や監護権を有しない者に代諾や前記同意権と同様の効果を有するような重たい手続的な関与は慎重に検討すべきではないかと考えられる。

#### ② 通知を必要とする方向性について

例えば、「養子縁組前に、その旨を通知しなければならない」という規律や「養子縁組後に、その旨を通知しなければならない」という規律などが考えられ得る。

もっとも、仮にこの方向性で規律を検討するとしても、前記ウのとおり、そもそも、このような通知をする義務や通知を受ける権利は、いかなる法的根拠に基づくものと考えべきなのかを、親権・監護権の概念との整合性等について留意する必要がある上、通知主体、通知方法、通知を懈怠した場合の法的効果、通知を受けた父母の異議申立権の可否、通知の有無の判断権者、相手方が所在不明等により通知が困難な場合の規律など様々な検討課題があると思われる。

#### ③ その他

その他にも、全ての父母が縁組に関与する態様は様々なものが考えられる。例えば、連れ子養子縁組であれば、「養親の配偶者である実親は、他方の実親から、子の養育環境等に関する情報の提供を求められたら、それに応じなければならない」といった規律や、「養親の配偶者である実親は、子の養育環境等に変更が生じた場合には、他方の実親に対して、報告するように務めなければならない」などといった規律を定めることも考えられる。

#### ④ 小括

以上を踏まえて、未成年養子縁組に関する父母の関与の在り方に関する規律について、部会資料12、13における親権・監護権の概念や親子関係に関する法的概念などの規律に係る検討状況(注5)も踏まえながら、引き続き検討をする必要があると考えられる。特に、現行法において、15歳未満の子が養子となる場合の法定代理人の承諾が親権の効果として認められており、また、特別養子縁組において父母に同意権が認められている趣旨を踏まえると、親権や監護権を有しない者に同意や事前通知の義務付け等重たい手続的な規律は慎重に検討すべきであると考えられる。

(注1) 家事事件手続法において、子の陳述聴取が必要的となる場合において、その年齢を15歳以上としたのは、子が自らの認識を表現し、または意見や意向を表明することができる能力が必要なことに加え、子の心情への配慮が必要であり、どんなに低年齢でも

陳述を聴取することが望ましいとはいえ、一定の発達程度に達した子が聴取の対象となるため、必要的陳述聴取を法律で定める基準として15歳以上としたものとされている。

(注2) この点、部会資料12、13では、親権者の権限及び義務として、「子の監護、教育、財産管理に関する重要な事項について子を代表すること」と、監護者の権限及び義務として、「子の日常生活に関する事項（未成年子扶養請求権に関する事項を含む。）について、子を代表すること」と、親権者・監護者のいずれも「重要事項」又は「日常生活事項」に関する法定代理権を有していることを前提として整理しており、現行法の解釈と整合的に解釈するならば、民法第797条1項の「代諾」が、親権者の権限及び義務である「重要事項」に含まれているということになる。かかる解釈の妥当性については、部会資料12、13の検討状況を踏まえながら、なお検討を要すると考えられる。

(注3) この考え方は、親権者と監護者が分属している場合に、養子縁組がされると、縁組前の監護者はその地位を失って、養親が親権者及び監護者の権利・義務を有することを前提としている。もっとも、この点の規律の在り方についても、部会資料12、13の検討状況を踏まえながら、引き続き検討する必要があると考えられる。

(注4) 現行法では、養子となろうとする者が15歳以上である場合には、親権者等（法定代理人）による代諾も監護者の同意も必要とされず、養子が単独で縁組をすることができるとされているため、本規律は、養子となろうとする者が15歳未満であることを前提としている。もっとも、養子となろうとする者が15歳以上であっても、親権者等が養子縁組に関与する規律を設けるべきという考え方もあり得るため、その点は、別途検討を要するものと考えられる。

(注5) 親権者を有していない父母も養子縁組に関与させる方向性で検討するとした場合、部会資料13の29ページで提示している「双方関与の態様」とのバランスにも留意する必要がある。例えば、親権者が決定権限・決定義務を負う「重要事項」について、事後的な通知で足りるという規律としながら、養親縁組に係る特別の規律として、親権を有していない父母の同意が必要又は事前通知が必要といった規律を設けることは、ややバランスを欠いていると思われる。

## 2 未成年養子縁組の効果

### (1) 親権

#### ア 縁組後の親権者

縁組後の親権者に関する規律の在り方につき、以下のとおり検討してはどうか。

- ① 同一人を養子とする養子縁組が複数回された場合には、養子に対する親権は、最後の縁組に係る養親が行使する。
- ② 養親の配偶者が養子の父母である場合（親権者でない父母の配偶

者が当該父母の子を養子とする養子縁組をした場合も含む。)には、養子に対する親権は、養親及び当該配偶者が共同して行使する

- ③ 共同して親権を行使する養親と実親が協議上の離婚をするときは、その協議で、その一方を親権者と定めなければならない。裁判上の離婚の場合には、裁判所は、養親・実親の一方を親権者と定める

イ 親権者の変更を伴わない養子縁組

未成年養子縁組において、縁組当事者等の合意があれば親権者の変更を伴わない養子縁組をすることができるということにつき、どのように考えるか

(2) 扶養義務

養親と実親がいる場合には、養親が主たる扶養義務を負い(当該養親が実親と婚姻している場合には、その実親は当該養親とともに主たる扶養義務を負う)、その他の親は、当該扶養義務に相対的に劣る扶養義務を負うということにつき、引き続き検討してはどうか。

(補足説明)

1 縁組後の親権者について

民法

(親権者)

第818条 成年に達しない子は、父母の親権に服する。

2 子が養子であるときは、養親の親権に服する。

3 親権は、父母の婚姻中は、父母が共同して行う。ただし、父母の一方が親権を行うことができないときは、他の一方が行う。

現行の民法において、養子縁組がなされた場合の親権者に関する規定は、第818条2項のみであり、その他は、解釈運用に任せられている。

養子縁組が関係する親子関係の類型について、実母A、実父Bの間に未成年子Cがいる場合を例にとると、以下のとおり、分類できる(以下に記載する「養子縁組」はいずれも普通養子縁組とする)。

- ① ABが婚姻中に、D及びその配偶者EがCを養子とする縁組をした場合  
② ①の縁組後、D及びEが離縁することなく、F及びその配偶者GがCを養子とする縁組をした場合  
③ ①の縁組後、D及びEが離縁した後、F及びその配偶者GがCを養子とする縁組をした場合  
④ ABが離婚し、Aを親権者とする(監護者の定めなし)。(1)AがDと婚姻

- する。(2)(1)の後、DがCを養子とする養子縁組をする。
- ⑤ ABが離婚し、Aを親権者とする（監護者の定めなし）。(1)DがCを養子とする養子縁組をする。(2)(1)の後、AがDと婚姻する。
- ⑥ ABが離婚し、Aを親権者とし、Bを監護者とする。(1)AがDと婚姻する。(2)(1)の後、DがCを養子とする養子縁組をする。
- ⑦ ABが離婚し、Aを親権者とし、Bを監護者とする。(1)DがCを養子とする養子縁組をする。(2)(1)の後、AがDと婚姻する。
- ⑧ ABが離婚し、Aを親権者とし、Bを監護者とする。(1)BがDと婚姻する。(2)(1)の後、DがCを養子とする養子縁組をする。
- ⑨ ABが離婚し、Aを親権者とし、Bを監護者とする。(1)DがCを養子とする養子縁組をする。(2)(1)の後、BがDと婚姻する。
- ⑩ ④～⑨の各場合に、親権者であるA（又はB）とDが離婚した場合

①については、民法818条2項及び同条3項から当然にDとEが共同して親権を行使する。②については、FとGが共同して親権を行使する（その結果として、第1の養親であるD及びEは、親権を失う又は行使できなくなる）と解されているところ、明文はないため、本文2(1)ア①のとおり、明文化することを提案している。③については、D及びEが離縁した際に、親権者は、A及びBに戻るが、F及びGの縁組によって、同人らが共同して親権を行使すると解されている。④については、(1)の婚姻のみでは、DとCの間に親子関係がないため、親権者の変更は生じないが、(2)により、養親であるDと実親の一方であるAが共同して親権を行使すると解されている（なお、仮にCが嫡出でない子であった場合には、夫婦共同縁組が必要となり、実親であるAもCと養子縁組をすることとなるため、818条3項により当然AとDが共同して親権を行使することとなる）。このときに、実親Aの親権が消滅しない理由について、この場合に民法がDによる単独親権でよいとしているのは、実親とのその嫡出子とが養子縁組をしても法律上の実益がないからであって、実親子関係を廃除するためではないからであるとされている。⑤については、(1)の養子縁組により、民法第818条2項により、Dが単独親権者となる。もっとも、(2)の婚姻により、実親Aの親権が復活して、AとDが共同して親権を行使すると解されている。これは、民法第818条2項は養親と実親とが共同生活していない場合を想定した規定であるのに対して、同条3項の婚姻中の父母の共同親権は、広く同条1項・2項の場合を包摂した規定と解されるからとされている。⑥と⑦のように、監護者が別に定められている場合に、代諾縁組をする場合には、民法第797条2項により、監護者の同意が必要とされているが、親権者の変動には影響がなく、⑥については④と、⑦については⑤と同様と解されている。⑧については、(1)のBとDの婚姻では、親権者に変動は生じないが、

(2)の縁組によって、Aは親権を失い、BとDが共同して親権を行使すると解されている。⑨については、(1)の縁組により、Dが単独親権者となるが、(2)の婚姻により、BとDが共同して親権を行使すると解されている。この⑧⑨の結論についても、前記⑤と同様の理由とされている（なお、⑧⑨は、Bが親権者でも監護者でもない場合にも同様と解されている）。

加えて、共同して親権を行使する者であるA（又はB）がDと離婚した場合の親権者に関する明文はないところ、裁判例や学説上は、民法第819条1項及び同条2項の適用により、協議又は家庭裁判所で、その一方を親権者と定めると解されている。

以上のとおり、②～⑩に関しては、実務上・学説上の解釈・運用としては定着しているといえる一方、現行法の文言のみでは直ちに導ける結論ではないともいえる。そこで、何らかの具体的規律について設けることができないかを検討するものであるが、どうか。

また、④～⑨について、更に転縁組がされた場合の親権者に関する規律の在り方についても別途検討が必要と思われる。

なお、未成年養子縁組後に、親権者全員が死亡した場合（注1）の解釈については、①生存親の親権が当然に復活するという考え方、②養親の死亡によって養子縁組が解消することはなく、基本的には後見が開始するが、死後離縁があれば実親への親権回復を認めるという考え方、③後見が開始するが、死後離縁により、親権者たり得る資格を回復した上で、親権者変更の申立てにより、家庭裁判所においてその可否を決するという考え方、④後見が開始するが、親権者の死亡によって、当然に生存親の親権者たり得る資格が回復し、親権者変更の申立てにより、家庭裁判所においてその可否を決するという考え方があり、かつての通説・戸籍先例は②であるが、近時は①も有力に主張されている。また、審判例も分かれており、①～④のいずれの立場の審判例も存在するようである。もっとも、現在の戸籍実務は、未成年養子縁組後に親権者全員が死亡した場合には、当該養子のために後見が開始されるが、当該養子の親権者として実父母を指定する審判が確定し、戸籍法第79条に基づき、当該審判の謄本を添付した親権者指定届がされた場合には有効な届出として受理するという扱いが定着しているようである。このように、戸籍実務の立場は定着している上、審判においても、個別具体的な事案における妥当な解決を妨げないよう、解釈の余地を残すことが望ましいという考え方も可能と思われる。そこで、未成年養子縁組後に親権者全員が死亡した場合の親権者に関する規律については、現行法の解釈運用に委ねることとし、具体的な規律の提示はしていない。

## 2 離婚後に父母双方が親権を有する規律との関係

部会資料13の第2で提案している親権についての規律を設けた場合には、

離婚後に養子縁組がされた場合の親権者についても別途検討する必要がある。例えば、子Cの実父A及び実母Bが離婚し、A及びBが親権を有し、Bが監護者であるとした場合に、BがDと再婚して、DがCと養子縁組をした場合の親権者については、離婚後の親権に関する規律の在り方や親権の内容、養子縁組時の父母の関与の在り方（第1. 1(7)）との整合性等に留意して、更なる検討をする必要があると思われる。

### 3 親権者の変更を伴わない養子縁組について

現行法では、「子が養子であるときは、養親の親権に服する。」（民法第818条2項）と定められ、原則として、縁組によって、親権が縁組前の親権者から養親に移行することが想定されているが、実際には養親が養子を監護しない縁組（自己の孫を養子とするような場合に多いと思われる）も一定数あるとも考えられるが、このような場合には、現実の監護者と親権者が一致しなくなることによって、かえって養子に不都合が生ずるおそれがあるとの意見があり得る。そこで、縁組当事者等の合意によって、親権者の変更を伴わない養子縁組を認めることにつき、どのように考えるか。もっとも、親権者の変更が生じない養子縁組を認めることは、民法上、子を養育しないことを前提とする養子縁組を正面から認めることになりかねないため、この規律については、未成年養子縁組の制度趣旨に立ち返って、慎重に検討する必要があると思われる（注2）。

### 4 扶養義務について

扶養義務について、現行法では、民法第878条で扶養義務の順位について協議又は家庭裁判所が定めるとされているが、養親と実親の間の扶養義務の優先順位に関する明文はない。この点、養親が実親に優先して主として扶養義務を負っており、連れ子養子縁組のように、養親の配偶者が実親の一方である場合には、当該実親も同様の扶養義務を負うという解釈については、特段の異論がないとも思われるが（注3）、そのような考え方を明文化することについては引き続き検討を要すると考えられる。仮に、明文化する方向性で検討するとしても、主として扶養義務を負う者の規律の在り方、扶養義務の優先順位と民法第878条の協議又は家庭裁判所により定められた扶養の順位との関係性、扶養権利者である子が主として扶養義務を負う者以外の扶養義務者に対して、扶養請求権を行使した場合の規律の在り方などについて、更なる検討が必要と思われる。

なお、連れ子を有する実親の再婚相手が、実際には同居するなどして当該連れ子を監護しているものの、養子縁組をしていない場合の扶養義務に関する規律については、別途問題となり得るが、法的な親子関係が存しない者同士の間で扶養義務を認める方向性については、なお慎重な検討が必要と思われる。

## 5 相続権

一読の検討において、当事者の選択によって、養親子間・実親子間の相続権を生じさせない養子縁組を認める規律についても検討を行ったが、実子と養子との間に相続権の有無という差異を設けることは相当ではないのではないかなどといった消極的な意見が出された一方で、積極的な意見は出なかったと思われるため、本資料では、具体的な規律は提示しないこととした。

(注1) 同様の問題は、離婚後に単独親権者が死亡した場合でも共通である。

(注2) この点は、親権者の変更を伴わない養子縁組を認めるという方向性ではなく、養親・実親間における監護者の定めという問題に関連づけることも可能であると思われる。すなわち、いわゆる孫養子縁組によって、養親である祖父母が子の親権を有することになるが、実態として、実親が子の養育をしているという場合には、部会資料12の第3.2(1)(11ページ)で提案しているとおり、父母が複数人いる場合における監護者の定め等に関する規律を定めるという方向性で議論することも可能と思われる。

(注3) 神戸家裁姫路支部平成12年9月4日審判(家庭裁判月報53巻2号151頁)は「養子制度の本質からすれば、未成熟の養子に対する養親の扶養義務は親権者でない実親のそれに優先すると解すべきである」と判示し、長崎家裁昭和51年9月30日審判(家庭裁判月報29巻4号141頁)は、「扶養義務は先ず第一次的に養親である申立人兩名に存し、養親が親としての本来の役割を果しているかぎり、実親の扶養義務は後退し、養親が資力がない等の理由によつて十分に扶養義務を履行できないときに限つて、実親である相手方は次順位で扶養義務(生活保持の義務)を負うものと解すべきである」と判示している。

## 3 未成年養子縁組の離縁

離縁時に養子が未成年である場合に、離縁をするために、家庭裁判所の許可を要するか否かについて、引き続き検討してはどうか。

(補足説明)

### 1 離縁時の家庭裁判所の許可の要否について

現行法では、養子が未成年であっても、家庭裁判所の許可を要せずに、縁組当事者の協議のみで離縁できるとされている(民法第811条1項)。離縁が成立すると、親権は、縁組前の親権者に戻るものとなるが、離縁時に、必ずしも当該親権者が養子の養育能力・養育意思を有しているとは限らず、それを担保する制度もない。そこで、子の利益を確保する観点から、離縁についても家庭裁判所の許可を必要とすべきとの意見がある一方で、家庭裁判所の審査対象が不明確であり、適正に離縁の相当性を判断できるかは疑問があるとの意

見や、裁判所が不許可としたとしても、実際には養親が養子を養育する意思を有していない場合が多く、かえって養子の成育環境が害されるおそれがあるとの意見がある。加えて、縁組時に家庭裁判所の許可が必要又は不要とされているからといって、離縁時も許可を必要又は不要としなくてはならないという関係にはないといった意見も出されており、かかる意見等をも踏まえて、引き続き検討を要すると思われる。

## 2 離縁の訴えの申立権者

このほか、一読の検討において、離縁の訴えの申立権者を拡張する方向性について提示したところ、多くの賛同までは得られなかった上、裁判上の離縁を求める事案の解決は、親権制限制度によって図られるべき問題であり、申立権者の拡張には慎重であるべきとの意見があったことも踏まえ、本資料では、具体的な規律の提示はしていない。

## 3 特別養子縁組の離縁

一読の検討においては、特別養子縁組の離縁の要件緩和に関する方向性についても検討を行った。すなわち、現行法の規定によれば、特別養子が成人した（18歳になった）後は、もはや離縁することができないと解されているところ、令和元年の特別養子制度の見直しによって、養子となる者の上限年齢が原則15歳、例外として18歳に引き上げられたことから、場合によっては特別養子縁組成立後直ちに離縁ができなくなる可能性が生じることになるため、成人後も離縁の可能性を認める方向性についても検討を行ったものである。もっとも、養子となる者の上限年齢を引き上げる法改正は、令和2年4月1日に施行されたばかりであり、実際に、現行法の規定により不都合が生じているのかが判然とせず、現時点で改正の必要性について十分判断できないことから、本資料では、具体的な規律は提示しなかった。

## 第2 財産分与制度に関する規律の在り方

財産分与に関する規律について、以下のような規律を設けることについてどのように考えるか。

### 1 財産分与の目的・理念の明確化

協議上の離婚をした者の一方は、離婚後の当事者間の財産上の衡平を図るため、相手方に対して財産の分与を請求することができるものとする(注)。

### 2 財産分与における考慮事情の明示

財産分与について、当事者が、家庭裁判所に対して協議に代わる処分を請求した場合には、家庭裁判所は以下に掲げる事情等の一切の事情を考慮して、分与させるべきかどうか並びに分与の額及び方法を定めるものとする。

①当事者双方がその協力によって取得し又は維持した財産の額



- ②①の取得又は維持についての各当事者の寄与の程度
  - ③婚姻の期間
  - ④婚姻中の生活の水準
  - ⑤婚姻中の協力及び扶助の状況
  - ⑥各当事者の年齢、心身の状況、職業及び収入
- 3 当事者の寄与の程度

当事者双方がその協力により財産を取得し、又は維持するについての各当事者の寄与の程度は、その異なることが明らかでないときは、相等しいものとする。

(注) 1～3の規律は裁判上の離婚の場合にも準用する。

(補足説明)

1 「1 財産分与の目的・理念の明確化」について

現行法の下では、財産分与の目的や法的性質について、明確に規定しておらず、規定の文言上明らかではない。この点、最高裁昭和46年7月23日判決(民集25巻5号805頁)は、離婚の際の財産分与の法的性質について、「夫婦が婚姻中に有していた実質上共同の財産を清算分配し、かつ、離婚後における一方の当事者の生計の維持をはかることを目的とするもの」として、財産分与の中心が清算的要素と扶養的要素であるとしつつも、慰謝料的要素も含みうると判示した。また、現行法の下における財産分与の機能には、①婚姻中の財産の清算、②離婚後の扶養ないし補償、③離婚に伴う損害賠償(慰謝料)が含まれると解するのが一般的である。

そこで、本規律は、財産分与の目的として、清算的要素、扶養ないし補償的要素、慰謝料的要素を包括するものとして定めるものである。

一読の議論では、財産分与の法的性質の中心が清算的要素であることについては異論がなかったが、離婚後の扶養ないし補償を財産分与の内容とすることについては、婚姻によって喪失した稼働能力に対する補償又は婚姻によって減退した所得能力の回復に必要な費用の補償という要素が含まれるべきであるとの指摘がされる一方で、婚姻中は夫婦間に扶養の義務があるとしても、離婚により終了するのであるから、相手方の扶養が必要となることの根拠がないとの指摘がされた。この点、婚姻の余後効としての扶養を財産分与の一要素とする考え方もあるが、離婚後も婚姻中と同じ生活水準を維持できる程度の扶養を求めることは難しいようにも思われる。他方で、家事育児に長く専念してきた配偶者からすれば、結婚によって以前獲得していた自立の能力と可能性を結婚により喪失したと評価することもでき、離婚により経済的不利益を被る当事者が自立する力をつけるための扶養又は補償の観点も考慮すべ

きであるとも思われる。もっとも、いつまで、どの程度の扶養義務を認めるか、その基準を何らかの形で示す必要はないかという問題、何に対する補償なのか示す必要はないかという問題もあり、慎重に検討する必要がある。

また、慰謝料的要素を含めるか否かについては、慰謝料は個別請求も可能であり、財産分与請求権と慰謝料請求権が併存し得るとしても、実質的に重複した場合の規律がなく、かえって紛争の長期化につながるのではないかとの指摘も出された。しかしながら、従来から、実務上、財産分与においても慰謝料的要素を考慮することが認められており、離婚に伴う財産上の問題の一回的解決が図られてきた現在の実務との連続性を考慮して、慰謝料的要素も排除していない形で提案するものである。

(参考1) 本部会の調査審議の範囲を画する諮問第113号は、「子の利益の確保等の観点から、離婚及びこれに関連する制度に関する規定等」について検討を求めるものであり、財産分与制度は、基本的には、子の利益の確保を直接とする目的とするものではないが、以下では、子の利益の観点から重要と思われる規律について取り上げている。

## 2 「2 財産分与における考慮事情の明示」について

### (1) 考慮事情の明示

現行法において、財産分与の方法に関する具体的な規定はない。民法第768条第3項は、家庭裁判所が財産分与に関する処分をする場合に、「当事者双方がその協力によって得た財産の額その他一切の事情を考慮して、分与させるべきかどうか並びに分与の額及び方法を定める」と規定しており、裁判所において財産分与の内容を定めるにあたっては、裁判所の合理的な裁量に委ねられている。

民法第768条のみでは夫婦財産の清算プロセスはブラックボックス化されており、具体的事案においてどのような考慮事項に基づいて判断されているか明確ではなく、裁判規範性に乏しいとの指摘もある。また、現実には協議離婚が多数を占め、財産分与に関する定めもまずは当事者の協議に委ねられていることからすれば、財産分与の取決めを促進するためにも、当事者に対する明確な指針を示すことの意義は大きいと考えられる。

### (2) 考慮事情全般

本規律は、当事者による財産分与の取決めの促進を図るとともに、財産分与請求に予見可能性を高めるため、財産を分与させるべきかどうか並びに分与の額を定めるについて、適正な実務の運用の支障とならない範囲で考慮事情を示したものである。

①については、主として婚姻中の財産の清算的要素を考慮するものであ

る。「当事者双方がその協力によって取得し又は維持した財産の額」は、夫婦が実質的に共有している財産だけでなく、夫婦の一方の有する財産（特有財産）であっても、他方の協力により、その価値が維持された場合には、その財産も寄与に応じた清算の対象となり得る。どのような財産が清算の対象となる財産に当たるか否かは、財産の内容及び性質や取得のための原資が考慮されることがある。なお、財産の内容及び性質を判断するにあたっては、財産の取得の目的も考慮されることもあり得る。②については、財産の分配は、当事者の寄与に応じて分配することが当事者間の衡平に適うものと考えられるので、「その取得又は維持についての各当事者の寄与の程度」を考慮事情としている。各当事者の寄与には、婚姻中の役割分担に伴う家事労働への従事など非経済的寄与も含まれる。また、一方当事者の浪費による財産の減少等の消極的寄与についても考慮の対象になると考えられる（注）。

③～⑥については、主として離婚後の扶養ないし補償の要素についての考慮事情である。例えば、「婚姻中の生活の水準」や「職業及び収入」から離婚による生活水準の低下を判断するものであり、「婚姻中の協力及び扶助の状況」も含め、相手方の婚姻中の生活状況を把握し、離婚後における相手方の生計のための維持を図るものである。

なお、離婚後の子の生活の安定を図ることが子の利益に資すると考えられることから、離婚後の子の監護に関する事情（子の居住環境の継続等）を考慮事情に挙げることも考えられるが、財産分与の目的は、父母の離婚後の子の生活の安定を直接の目的とするものではないと解されるため、考慮事情として明示することはしていない（注）。

（注）婚姻継続中における過去の婚姻費用の分担の態様も考慮される事情の一つとして含まれる。これは、過去の婚姻費用は、婚姻中に夫婦が取得した財産ではないが、婚姻生活上の財産関係の清算と捉えることで、過去の婚姻費用の請求も清算的財産分与の一環として捉えることができると考えられる。判例では、一方当事者が過当に負担した婚姻費用の清算のための給付を含めて財産分与の額及び方法を定めることができるとしている（最高裁昭和53年11月14日判決民集32巻8号1529頁）。他方で、過去の婚姻費用の請求は離婚の有無にかかわらず問題となるものであって、離婚になって清算の形で処理されることが本来の性格ではないとの指摘もある。

（参考）法制審議会平成8年2月26日決定「民法の一部を改正する法律案要綱」

## 第六 協議上の離婚

一 （略）

二 離婚後の財産分与

- 1 協議上の離婚をした者の一方は、相手方に対して財産の分与を請求することができるものとする。
- 2 1による財産の分与について、当事者間に協議が調わないとき、又は協議をすることができないときは、当事者は、家庭裁判所に対して協議に代わる処分を請求することができるものとする。ただし、離婚の時から二年を経過したときは、この限りでないものとする。
- 3 2の場合には、家庭裁判所は、離婚後の当事者間の財産上の衡平を図るため、当事者双方がその協力によって取得し、又は維持した財産の額及びその取得又は維持についての各当事者の寄与の程度、婚姻の期間、婚姻中の生活水準、婚姻中の協力及び扶助の状況、各当事者の年齢、心身の状況、職業及び収入その他一切の事情を考慮し、分与させるべきかどうか並びに分与の額及び方法を定めるものとする。この場合において、当事者双方がその協力により財産を取得し、又は維持するについての各当事者の寄与の程度は、その異なることが明らかでないときは、相等しいものとする。

### (3) 財産分与請求権

財産分与の許否及び額を定めるにあたっては、(2)で記載した考慮事情のほか、「**一切の事情**」を考慮して判断する。また、財産分与の内容として、財産の清算、離婚後の扶養ないし補償及び慰謝料的要素をそれぞれ別個の請求権として構成するのではなく、財産分与請求権という一個の請求権として構成される。

## 3 「3 当事者の寄与の程度」について

現行法においては、財産の清算の具体的な基準について直接規律する規定はないが、清算的財産分与の際には、基準時（夫婦の協力関係が終了したと考える合理的な時点。別居時が多いとされる）における実質共有関係にあった財産として清算対象財産を確定し、その部分を金銭評価し、寄与度の認定割合を前提に財産分与額を算出した上で、財産分与の額及び方法について判断することになる。裁判実務においては、清算の割合は財産形成に対する寄与の程度によることを前提に、特段の事情が認められない限り、双方の寄与を相等しいものとするとした上で、特段の事情があれば寄与度の割合を変更する方法で財産分与の内容を修正する方法が広く定着しているとされる（注1、2）。特段の事情は、寄与度を修正する必要があると認められる程度に意味を有する事情があるか否かという基準で判断されていると解されており、費用負担や労務負担の割合を個別具体的に認定することを前提としている。

本規律は、実務での取扱いを明文で規定するものである。対象となる財産の内容や構成は婚姻解消時までに変化していくため、分与の対象の固定が難し

く、清算の具体的な基準を明示するためには、引き続き、慎重な検討を要するとも考えられるが、財産形成に対する寄与度の推定の規律を設けて、2分の1という出発点を設定することは意義あるものと思われる。また、我が国の家族の在り方が多様化しており、画一的な定めを置くことは慎重に検討すべきではないかとの指摘も出されたが、夫婦財産の形成に対する両当事者の経済的あるいは物理的な寄与度を個別具体的に認定し、特段の事情が認められる場合には、寄与度を2分の1から変更することも可能であって、本規律を設けたとしても不公平な事態は生じないと考えられる。

(注1) 債務の取扱いについては条文上明示されていないが、婚姻中の夫婦の協力により取得された財産が清算対象となるのであれば、婚姻中夫婦一方名義で負担した債務であっても、当該配偶者の個人的な利益を目的とした債務を除き、実質的共同の債務として清算の対象となるとして、婚姻中の夫婦の協力により取得された積極財産から債務額を控除して、清算対象財産を確定している。(松谷佳樹「財産分与と債務」判タ1269号5頁)

(注2) 現在の実務においては、財産分与請求権の対象とならない財産について、「特有財産」と呼称されることがあるが、民法第762条第1項の「特有財産」とは異なる意味内容で用いられていることを踏まえ、財産分与の対象財産に当たるか否かの判断基準を明確に規律するとともに、実務上、「特有財産」と呼称されていた財産分与請求権の対象とならない財産について、新たな呼称を付す必要があるのではないかとの指摘があった。明文として規律することの要否も含め、引き続き検討を要する。

#### 4 夫婦の居住用不動産に関する規律

##### (1) 離婚後の配偶者の居住の保護

夫婦の離婚の場面における配偶者の居住の保護に関する規律については、特段の規律を設けないこととしては、どうか。

##### (2) 婚姻中の居住用不動産の処分の制限

婚姻中の夫婦の居住用不動産の処分の制限に関する規律については、特段の規律を設けないこととしては、どうか。

(補足説明)

##### 1 「(1) 離婚後の配偶者の居住の保護」について

一読では、未成年の子がいる夫婦が離婚する場合に、安定した住まいを確保することが子の利益の観点から重要であることや、子育てをしながら働いたとしても、一般的にひとり親の収入は不安定であるため、離婚に伴って新たに居住用不動産を購入したり、賃貸借契約を締結したりすることは決して容易ではないことが指摘された。居住用不動産が形式上一方の配偶者の名義にな

っていても、夫婦の協力によって取得又は維持してきた場合には、名義人でない配偶者の立場への配慮と、配偶者（とその子）の居住利益を保護する必要があると考えられる。そこで、裁判所の判断によって、配偶者の生活を維持するために特に必要があると認めるときは、居住建物の使用権に関する新たな権利を創設し、配偶者の居住に対する利益につき、一定の法的保護を与えようとする考え方があ

る。これに対して、離婚の場面においては、相続の場面における配偶者居住権を基礎付けるものがないようにも思われ、財産分与請求権の範囲内で、居住建物の所有権を使用権に関する部分とその余の部分とに分割するために必要な新たな権利を創設することができるのか疑問視する意見もあり得る。また、婚姻解消後に元夫婦間の法律関係を残すことは好ましくなく、DVや虐待などの場合にもその関係が続くことについて配慮が必要であるとの指摘もある。この点、安全・安心への懸念を解消するために総合的な対応を取ることが求められることを前提に検討する必要がある。

さらに、夫婦の離婚の場面において、一方の配偶者に長期居住権が与えられたときには、配偶者の属性の点で、遺産相続の場面よりも、所有者が建物の使用及び収益をすることができなくなる不利益が大きいようにも思われる。加えて、離婚後も、一定の期間、不動産の所有者ではない配偶者が引き続き居住することができるようになると、建物の流通や不動産購入の際の融資に影響を及ぼすことも考えられる。以上の点から、離婚後の配偶者の居住の保護に関する規律を設ける方向性については、慎重な検討が必要と思われる。

## 2 「(2) 婚姻中の居住用不動産の処分の制限」について

民法第762条第1項は、夫婦の一方が婚姻前から有する財産及び婚姻中自己の名で得た財産は、その特有財産として、各自の所有であることを規定し、いわゆる別産制の原則、すなわち夫婦別々にその財産を所有しかつこれを管理することを定めたものと解されている。別産制においては、夫婦が各自の所有する財産を随時自由に処分することができることを原則とするが、居住用不動産の名義人による一方的処分は配偶者やその子の生活基盤を失うことにもなりかねず、たとえ一方の特有財産であったとしても住居を失うことによる配偶者やその子の不利益は大きい。そこで、原則としては、夫婦の一方の特有財産の自由な処分が認められるとしても、配偶者が現に居住している不動産で、将来、清算の対象となる不動産を処分する場合には、配偶者に同意権及び取消権を与えて居住の保護を図るとする考え方があ

る財産にあたると思われるから、居住用不動産の名義人でない夫婦の一方も、居住用不動産の処分について実質的な利害関係を有しており、同意権や取消権を基礎付けることができるようにも思われる。

もともと、婚姻中の夫婦の居住用不動産の制限については、保護の対象となる居住用不動産の範囲を明確にすることが困難であるとの指摘がある。例えば、居住を判断する基準時の問題、婚姻関係が破綻して名義人でない配偶者が現に他に居住している場合における従前の居住建物を含むか、夫婦の一方が従前から所有している建物も含むのかなどの問題がある。また、名義人でない配偶者が正当な理由なく処分に同意しない場合の救済方法をどうするか、名義人でない配偶者に取消権を与える場合に、取引の安全が害されることと第三者の利益の保護が問題になるほか、制限される処分に担保権の設定を含むものとすべきか、名義人でない配偶者による取消しの効果をどのように考えるかなど、不動産取引に与える影響との関係で、種々の問題が指摘されている。そこで、婚姻中の居住用不動産の処分の制限を認める方向性については、慎重な検討が必要と思われる（注）。

(注) 配偶者の居住の保護については、昭和50年に発表された「法制審議会身分法小委員会中間報告」においても検討されていたが、平成6年の7月に公表された「婚姻制度等に関する民法改正要綱試案」において、名義人ではない配偶者の居住の保護は、夫婦の離婚の場合及び名義人の死亡による相続の場合のそれとも併せて、今後の検討課題とされるにとどまり、平成8年1月に発表された「民法の一部を改正する法律要綱案」では、論点そのものが落とされている。

## 5 財産分与に係る期間制限

財産分与に係る期間制限に関する規律について、以下のとおり見直しを行ってはどうか。

【案①】 3年とする。

【案②】 5年とする。

(補足説明)

民法第768条第2項において、当事者は、離婚の時から2年を経過したときは、家庭裁判所に対して財産分与の協議に代わる処分を請求することができないとされているが、この規定は、一般的には、財産分与請求権を2年以内に行使しないとその期間の経過によって権利が当然に消滅することを定めたものと解される（注1）。

一読の議論では、現行法上2年の期間制限が定められていることについて、

離婚前後の様々な事情によって2年以内に財産分与を請求することができなかった場合に、分与が請求できないことから、結果的に経済的に困窮するに至っている者がいるとの指摘があり、除斥期間の延長を求める意見が出された。この点、離婚後の法律関係の早期の確定であることも踏まえつつ、他の期間制限との関係等も含めた検討が必要である（注2）。上記の観点から、期間の長さとして、3年又は5年を提案している。

（注1）現行法において、離婚の時から2年を経過した後、家庭裁判所において財産分与を請求することができないが、当事者間の協議により財産分与について定めることについては、妨げられないと考えられる。そうだとすると、民法第768条第2項のただし書は、申立期間であるようにも思えるが、期間制限の性質については、引き続き、解釈に委ねるものとする。

（注2）不法行為による損害賠償請求権の消滅時効期間は、被害者又はその法定代理人が損害及び加害者を知った時から3年、不法行為の時から20年である（民法第724条）。養育費支払請求権の消滅時効は5年である。養育費について当事者間の協議や公正証書で取り決めた場合には、各自の具体的な養育費請求権が発生してから、各請求権についてそれぞれ5年で時効期間が満了する（民法第166条第1項）。なお、裁判手続（調停や審判を含む。）で養育費について定められた場合には、各月の具体的な請求権が発生してから、各請求権についてそれぞれ10年で時効期間が満了する（民法第169条第1項）。

詐害行為取消権は、訴えの出訴期間として、債務者が債権者を害することを知って行為をしたことを債権者が知った時から2年、行為の時から10年を経過したときは、提起することができないとする（民法第426条）。

本文記載の3年又は5年の期間に関して、例えば、3年については、父又は母の死亡後の認知の訴えは、その死亡の日から3年以内に提起しなければならないとされている（民法第787条）。また、5年については、親権者とその子の間に財産管理について生じた債権は、その管理権が消滅した時から5年間これを行使しないときは、時効によって消滅するとされているほか（民法第832条第1項）、相続回復請求権は、相続人又はその法定代理人が相続権を侵害された事実を知った時から5年間これを行使しないときは、時効によって消滅するとされている（民法第884条）。

（参考）2019年に調査した人口動態統計において、前婚解消後から再婚までの期間別にみた夫一妻・年次別再婚件数百分率をみると、10年以上を除いては、再婚までの期間が1年未満と回答した割合が最も多かったが、再婚までの期間が1年～5年未満と回答した人の合計は男性が55.7%、女性が52.3%となっている。また、1年～3年未満と回答した人の合計は男性が38.5%、女性が35.4%となっている。



## 6 相手方の財産の開示

相手方の財産の開示に関する規律について、次のような考え方があり得るが、どのように考えられるか。

【案①】当事者は、離婚するときに、それぞれの他方に対して、夫婦の一方が（婚姻前から有する財産及び）婚姻中自己の名で得た財産について報告する。

【案②】当事者は、財産分与に関する裁判手続において、家庭裁判所に対し、財産に関する情報を開示しなければならない（注）。

（注）その他、実務上の運用を明示的に規律する方向性も考えられる。すなわち、当事者が財産を有することが認められる場合に財産を明らかにしないときは、家庭裁判所は、手続の全趣旨に基づき、財産の額を認定することができるものとする別案も考えられる。

（補足説明）

現行法では、相手方の財産の開示について直接規律する規定はない。当事者間で財産分与について協議をするときは、当事者双方が婚姻中にその協力によって得た財産を申告し、財産分与の対象となる財産を確定させる。また、裁判手続においては、対象財産を裁判所自らが把握することには限界があるとされ、当事者主義的な運用がなされており、対象となる財産の存否の把握は当事者の協力を委ねられている。もっとも、このような運用に対しては、婚姻中から財産の管理は夫婦それぞれが行うような生活様式が増えていることを背景に、お互いに相手方の名義の財産を把握することが困難な場合があり、裁判手続においては財産を明らかにするために時間を要するとの指摘がある（注1）。

本規律は、いずれも、夫婦間の財産関係についての公平な判断のため、財産分与対象財産を網羅的に把握しようとすることを検討するものである。

【案①】は、夫婦別産制のもと、夫婦間であっても相手方の情報を開示することを求めることの根拠として、実体法上の規律を設けるものである。夫婦の一方が婚姻前から有する財産について、例えば、夫婦の一方が婚姻前から所有していた不動産を維持するために夫婦の財産から余分の支出をしていた場合における不動産は、清算の対象に含まれると考えられ、また、婚姻中に夫婦の一方の名義で取得した財産であっても、夫婦の協力によって形成又は維持した財産であれば、清算の対象とすることができる。これらの財産は、財産分与の対象となり得る財産であって、相手方の財産を把握しておく必要性が高いと考えられる。また、開示の対象となる財産は、夫婦の共同により形成又は維持したものであって、夫婦双方が実質的に利害関係を有しているから、許容性も認められる。

【案②】は、財産分与の裁判手続において、当事者双方にそれぞれが管理する財産についての開示を求めるものである。家事事件手続法第56条第2項は、当

事者は、適切かつ迅速な審理及び審判の実現のため、事実の調査及び証拠調べに協力するものとするとして規定しているところ、この規定は、資料提出義務を課すものではないとされるが、他方で、各当事者は、財産分与対象財産を開示すべき義務があるとする考え方もある。そこで、財産分与に関する裁判手続において、当事者は、家庭裁判所に対して、財産に関する情報の開示義務を有することを規定することによって、裁判手続において対象財産の早期把握や確定を容易にすることを目的としている。なお、財産分与における当事者の財産情報の取得は、民事執行法上の財産開示手続とは異なるものとして位置づけられる（注2）。

もともと、財産に関する情報の開示義務については、解釈に委ねられているとして、新たな規律を設けることについては、慎重な立場も考えられる。

（注1）相手方が、預貯金口座の存在を明らかにしないなど、財産分与の対象財産を明らかにすることを拒否する場合、一般的な手続としては、弁護士会による照会手続（弁護士法第23条の2）や、裁判所の手続としては調査嘱託の手続（家事事件手続法第258条第1項、62条）によることになる。また、当事者の非協力のために財産分与対象財産の額等の認定が困難な場合、特段の事情がない限り、夫婦共有財産を隠匿するという事態は、夫婦間における信義則に反するものとして「隠匿していると合理的と考えられるという事情」を「一切の事情」の一つとして財産分与の判断をすることが考えられるとされる（大門匡＝木納敏和「離婚訴訟における財産分与の審理・判断の在り方について（提言）」家庭の法と裁判10号15頁（2017））。

（注2）相手方による財産の開示を確保するために、財産分与の裁判手続において当事者が財産を有することが認められる場合に、正当な理由なく財産を明らかにしないときは、家庭裁判所が過料に処するものとする方向性も考えられる。

## 7 共有物分割訴訟との関係

夫婦の離婚の場面における共有物分割訴訟については、特段の規律を設けないこととしては、どうか。

（補足説明）

一般的には、夫婦が共有持分を有する共有財産を対象として、共有物分割請求訴訟を提起することは妨げられないと解されている。しかしながら、例えば、夫婦の共有建物において夫婦の一方が現に居住している場合において、共有物分割の裁判で競売分割が命じられたときは、居住配偶者の利益が財産分与手続を経ることなく一方的に失われ、又は制限されることがあり得る。また、夫婦の共有財産全体に係る財産分与手続によらないで、居住している建物だけ共有物分割手続で分割されることが問題となる場面もあり得る。そこで、夫婦の一方か

ら、離婚時又は同居の解消時に夫婦が共有する建物について共有物分割訴訟が提起された場合において、その分割によって建物に居住する配偶者が著しい不利益を被るときは、裁判所は、請求を棄却することができることも考えられる。

もっとも、濫用的な共有物分割請求は、現行法においても、事案に応じて、権利濫用等の一般条項を用いて棄却することもできると解されており、規律を設ける必要はないとの指摘もある。また、共有物分割の在り方が多様になっている現在において、共有物を使用する者が裁判による共有物分割によって不利益を受けるケースは、夫婦間にとどまらず、親子間や他の親族間でも生じ得るものであるため、財産分与の場合に限定して共有物分割請求の制限を設ける場合には、共有物分割訴訟一般との関係の整理が必要となることから、慎重な検討を要する。

## 8 破産手続における取扱い

破産手続における取扱いについて、どのように考えるか。

(補足説明)

一読の議論では、婚姻中の夫婦の財産の性質に関する規律を整理し、破産手続の場面では、婚姻解消時でなくても清算する手続を設けることの是非について議論したが、離婚前から財産分与請求権を発生させることは、(離婚時の)清算対象財産について、婚姻中から民法上共有の性質を有しているかのように思われ、極めて慎重な検討を要するとして、否定的な意見が出された。もっとも、離婚前の財産分与制度を設けるか否かとは独立した課題として、破産手続における財産分与請求権の取扱いについては、検討の必要性が指摘されている。

離婚における財産分与として金銭の支払を命ずる裁判が確定し、それを支払う前に分与者が破産した場合に財産分与請求権が取戻権としての性質を有するか否かという点について、最高裁平成2年9月27日判決(判時1363号89頁)では、財産分与判決により確定された清算的・扶養的な財産分与金の支払を目的とする請求権は破産債権であって、取戻権には当たらないと判断している。この判決に対しては、財産分与権利者に対して一定の優先性(取戻権や財団債権)を認めるべきとする立場がある。他方で、最高裁昭和58年12月19日判決(民集37巻10号1532頁)では、離婚に伴う財産分与は、民法第768条第3項の規定の趣旨に反して不相当に過大であり、財産分与に仮託してされた財産分与であると認めるに足りるような特段の事情がない限り、詐害行為にならないことを示して、債務超過後に合意・実施された清算的・扶養的・慰謝料的財産分与としての不動産譲渡が、詐害行為に当たらないと判断している。過大

でない財産分与について偏頗行為否認ができるかについては、見解が分かれているようであるが、財産分与が離婚後における相手方の生活の維持に資する観点からすれば、不相当に過大でない部分については、偏頗行為否認の対象にもならないとの考え方がある。そのような考え方を前提とした場合、最高裁昭和58年判決において、危機時期における清算的財産分与を他の破産債権者よりも優遇しているのに対し、平成2年判決では、破産手続開始決定における清算的財産分与についても、他の破産債権者よりも優遇しなくてもよいのか、最高裁昭和58年判決と平成2年判決の整合性が問題になると思われる。また、財産分与については、財産行為とはいえ、身分行為に伴うものであって、清算的要素や扶養的要素といった要素を含むと考えられることからすれば、通常の破産債権と比べても保護されるべき要請であるともいい得る。

そこで、財産分与請求権を保護し、権利者が他の破産債権者よりも優遇されるために、例えば、自由財産の範囲の拡張により保護を図る（破産者に配偶者がいる場合には、財産分与の用に供する目的で、同人らが離婚をしたときに配偶者の清算的財産分与によって取得していたと見込まれる金額の範囲で自由財産と認めることができるものとするなど）との考え方があり得る。この点、自由財産の範囲の拡張は、破産者の個別の事情に応じた生活の補償を図ることを可能とするための制度と考えられ、特定の権利者または破産債権者の保護を目的とする制度でないとも思われるが、破産者とその配偶者の生活を保護するものとして位置付けてはどうかとの指摘もある。

しかしながら、破産裁判所が配偶者の清算的財産分与によって取得していたと見込まれる金額を判断できるのかといった問題や、自由財産として認められたものを財産分与に用いられるのかといった問題があるほか、権利者（配偶者）が他の破産債権者よりも優遇されることの必要性及び相当性については、引き続き慎重な検討を要する。その上で、自由財産の範囲の拡張により保護を図ることは、破産手続における実体的請求権の取扱い一般にも影響を及ぼし得る問題でもあるから、財産分与請求権の取扱いは、義務者に対する破産開始決定が、離婚成立前、離婚成立後・財産分与前、財産分与後にされた場合のいずれに該当するのかなどを場合分けし、分析的に検討することが必要であるものと考えられる。以上を踏まえ、本資料では具体的な規律の提示はしないこととした。

（参考）破産法

（破産財団の範囲）

第三十四条 破産者が破産手続開始の時において有する一切の財産（日本国内にあるかどうかを問わない。）は、破産財団とする。

- 2 破産者が破産手続開始前に生じた原因に基づいて行うことがある将来の請求権は、破産財団に属する。
- 3 第一項の規定にかかわらず、次に掲げる財産は、破産財団に属しない。
  - 一 民事執行法（昭和五十四年法律第四号）第三百三十一条第三号に規定する額に二分の三を乗じた額の金銭
  - 二 差し押さえることができない財産（民事執行法第三百三十一条第三号に規定する金銭を除く。）。ただし、同法第三百三十二条第一項（同法第九十二条において準用する場合を含む。）の規定により差押えが許されたもの及び破産手続開始後に差し押さえることができるようになったものは、この限りでない。
- 4 裁判所は、破産手続開始の決定があった時から当該決定が確定した日以後一月を経過する日までの間、破産者の申立てにより又は職権で、決定で、破産者の生活の状況、破産手続開始の時に破産者が有していた前項各号に掲げる財産の種類及び額、破産者が収入を得る見込みその他の事情を考慮して、破産財団に属しない財産の範囲を拡張することができる。

以 上