

未成年者を養子とする場合を中心とした養子制度の在り方
及び財産分与制度の在り方について（二読）

5

第 1 はじめに

本研究会における一読目の検討では、まず、父母の離婚後の親子関係の在り方（親権に関する規律等）に関する検討（第 2 回及び第 3 回会議）を行い、
10 専門家等からのヒアリングを挟んで、「父母の離婚後の子の養育の在り方に関する親権制度以外の論点」についての検討（第 6 回会議）を行い、最後に「未成年者を養子とする場合を中心とした養子制度の在り方及び財産分与制度の在り方」についての検討（第 7 回会議）を行うという順序で検討を進めてきた。

このうち、未成年者を養子とする普通養子縁組（以下「未成年養子縁組」という。）を扱った第 7 回会議では、縁組成立後の親権の在り方について整理が必要であるとの指摘や、いわゆる代諾縁組については父母の離婚後の親権の在り方と連動する問題であるとの指摘があった。また、前回の第 8 回
15 会議でも、父母の離婚後の子の養育に関する規律の在り方を検討する場合には、未成年者についての養子縁組等の身分行為に関する規律の在り方をどのように位置付けるかという点について更に検討が必要であることが確認されたところである。そこで、父母の離婚後の子の養育に関する規律の在り方と未成年養子縁組の在り方との関連性の高さに鑑み、二読目の検討では、前回の父母の離婚後の子の養育に関する規律の在り方についての検討
20 に引き続いて、まずは、未成年者を養子とする場合を中心とした養子制度の在り方（後記第 2）及び財産分与制度の在り方（後記第 3）について検討を行い、養育費や面会交流といった、父母の離婚後の子の養育の在り方に関する親権制度以外の論点については、次回会議で検討することとした。

なお、現在、法務省内に設置された「養育費不払い解消に向けた検討会議」¹や法務省・厚生労働省で立ち上げた「不払い養育費の確保のための支援に関するタスクフォース」²では、養育費の支払確保の在り方を中心に制度論
30 の検討・調査も行われているようであることから、次回会議では、その点に関する議論も参考にすることができるものと考えられる。

¹ http://www.moj.go.jp/MINJI/minji07_00101.html

² http://www.moj.go.jp/MINJI/minji07_00091.html

第2 未成年者を養子とする場合を中心とした養子制度の在り方

1 普通養子縁組制度に関する基礎的検討

(1) はじめに

5 本研究会の第7回会議で取り扱った資料7(3ページ)において、縁組意思の内容について分析を進めてはどうかとの考え方を提示したが、第7回会議では、普通養子制度が様々な利用のされ方をしていることや、社会通念上の親子の有り様は子の年齢等によって大きく変わってくることから、縁組意思について特定の方向性を見いだすのは難しいのではないかと指摘がされた。

10 他方で、対象を未成年養子縁組に限定すれば、制度の目的や、縁組の意思について比較的議論しやすいと考えられるとの指摘があった。

これらの指摘を踏まえ、成年養子縁組については別の機会に必要な応じて検討する必要があることを念頭に置きつつ、本研究会では、未成年養子縁組に限って、制度の目的や、縁組の意思について検討を進めることについて、どのように考えるか。

15 なお、このような方向で検討を進める場合には、まず、未成年養子縁組の制度目的について更に検討を深め、未成年養子縁組が創設しようとする親子関係の実質を明らかにした上で、そのような親子関係を創設する意思を縁組意思として整理するアプローチが適当ではないかと考えられる。

(2) 未成年養子縁組の目的

ア 制度趣旨及び縁組意思

25 現行民法の規定では、未成年養子縁組の目的を直接規定した条文はない。もっとも、未成年養子縁組が成立すると、養親が養子の親権を有することになること(民法第818条第2項)から、資料7(3ページ)において「未成年養子縁組は、養親が養子を養育することによって、養子の利益を図るための制度と捉えるべきであるものと考えられる。」との考え方を提示したところ、第7回会議では、この点について概ね異論がなかった。また、この点については、同4ページ「(注2)」において、
30 相続税の節税を目的とした未成年養子縁組であって、実際には養親が養子を養育する意思がおよそないというような類型(注)について、縁組の結果として養子が相続によって経済的利益を得ることができることをどのように評価すべきかとの投げかけがされていたが、そのような経済的利益は、未成年養子縁組が実現しようとしている養子となる者
35 の利益とは異なるものと考えることについても、概ね理解の一致が

みられたものと考えられる。

そこで、未成年養子縁組の制度趣旨を明らかにする観点から、未成年者は、養親となる者から養育を受けることが、当該未成年者の利益となる場合に限り、養子となることができる旨の規律を設けることについて、どのように考えるか。

また、このような考え方を前提に、未成年養子縁組の縁組意思を、養親となる者が養子となる者を養育する親子関係を形成しようとする意思と捉えることについて、どのように考えるか。

(注) 最高裁平成29年1月31日判決(民集71巻1号48頁)は、「相続税の節税のために養子縁組をすることは、このような節税効果を発生させることを動機として養子縁組をするものにほかならず、相続税の節税の動機と縁組をする意思とは、併存し得るものである。したがって、専ら相続税の節税のために養子縁組をする場合であっても、直ちに当該養子縁組について民法802条1号にいう「当事者間に縁組をする意思がないとき」に当たるとすることはできない。」と判示している。もっとも、この点について、中野琢郎「最高裁判所判例解説」(法曹時報70巻4号249頁)は、「本判決の判文からすると、本判決は、節税の動機があれば縁組意思が肯定されると判断したものではない。いわゆる借養子縁組を無効とした前掲最一小判昭和23年12月23日は、『たとえ養子縁組の届出自体については当事者間に意思の一致があつたとしても、それが単に他の目的を達するための便法として仮託されたものに過ぎないときは、養子縁組は、効力を生じない。』としており、この判決の内容からすれば、相続税の負担軽減のための便法として、養子縁組を仮装したような場合には、養子縁組が無効となるものと思われる。」としている。

上記平成29年判決では、どのような場合に、上記の「単に他の目的を達するための便法として仮託されたものに過ぎない」と評価されるかという点は明らかにされていないが、本文に記載した考え方によれば、当事者間に「養親となる者が養子となる者を養育する親子関係を形成しようとする意思」の合致がなければ、縁組意思は認められないということになると考えられる。

イ 裁判所の許可基準

民法第798条は、未成年養子縁組をするには、家庭裁判所の許可を得なければならないことを定めるが、許可の要件や、許可に際しての考慮要素については何ら定めていない。

この点について、家庭裁判所の実務では、個別具体的事案において、「養子縁組が養子となるべき未成年者の福祉に合致するかどうか」と

5 いう観点から「縁組当事者、特に養親となる者の縁組の動機、目的、実親及び養親の家庭状況、養親となる者が未成年者を監護養育する適格者であるか(親権を行使し得る能力の程度、経済状況、養子との親和性)などの要素を総合的に検討して判断されている」との指摘がある(野田愛子=梶村太市総編集「新家族法実務体系(2)」276ページ〔都築民恵〕)。

10 そこで、未成年養子縁組が、養親が養子を養育することによって、養子の利益を図るための制度であるとの理解を前提に、例えば、家庭裁判所は、縁組が子の利益のために必要である場合に限り民法第798条の許可をすることができることとした上で、その判断に当たっては、縁組の動機、子が縁組をすべき事情、養親の養育能力、養親と養子となる者の適合性等を考慮しなければならない旨の規律を設けることについて、どのように考えるか。

15 ウ 関連する論点(子の氏の変更)

(子の氏の変更)

第791条 子が父又は母と氏を異にする場合には、子は、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、その父又は母の氏を称することができる。

2 (略)

3 子が十五歳未満であるときは、その法定代理人が、これに代わって、前二項の行為をすることができる。

4 (略)

20 資料7(4ページ「注1」)でも指摘したとおり、子の氏の変更手続は家庭裁判所の許可を要するのに対して、未成年養子縁組のうち、特に配偶者の子を養子とするもの(以下「連れ子養子縁組」という。)は家庭裁判所の許可が不要であることから、簡便に子の氏を変更する手段として連れ子養子縁組が用いられているという実態もあるのではないかの指摘がある。

25 子の氏の変更を主目的とする縁組は、上述の「養親が養子を養育することによって、養子の利益を図る」という未成年養子縁組の制度趣旨の理解とは必ずしも整合しないように思われる。また、第7回会議では、社会の実態として、あたかも、連れ子養子縁組は、実親と養親との婚姻関係を前提とするものであるかのように誤解されており、実親と養親

5 ところが離婚をした場合には縁組についても離縁するものだと捉えられているのではないかとの指摘があったところであるが、このような実態も、養親となる者が養子となる者との間で親子関係を築くという十分な意思がないままに、連れ子養子縁組をしているケースがあることの一因となっている可能性がある。

10 この点については、資料7（4ページ）において、専ら子の氏を変更したい場合には未成年養子縁組ではなく子の氏の変更手続が用いられるようにすべきであるとの観点から、子の氏の変更手続を簡略化するために、一定の場合には子の氏の変更家庭裁判所の許可を要しないこととしてはどうかとの考え方を提示したところであり、特段の異論はなかった（注1）。

15 もっとも、民法第791条第1項が家庭裁判所の許可を求めている趣旨については、「子の氏の恣意的変更を防止するとともに、家庭裁判所が子の氏の変更をめぐる関係者の利害の対立を調整することによって、子の利益（福祉）を保護することを目的としたものであると解されている」³との指摘があるが、このような観点からも、家庭裁判所の許可を不要とするものの当否について改めて検討する必要がある。また、「関係者の利害の対立」とされている点について、最も重大な利害を有するの、離婚後の非親権者である親であると考えられるが、それとの関係で、15歳未満の子の氏の変更について、法定代理人が単独ですることができるとされている現行の規律を見直すことの当否も検討する必要がある（注2）。

20 これらを踏まえ、子の氏の変更について家庭裁判所の許可を不要とすること（家庭裁判所以外の公的機関を関与させるより簡便な手続を設けることも考えられる。）や、15歳未満の子の氏の変更に関する民法第791条第3項の規律の在り方について、どのように考えるか。

30 （注1）後記2(4)アのとおり、未成年養子縁組については例外なく家庭裁判所の許可を要することとしてはどうかとの考え方もあり、仮にその方向性で見直しを行うこととした場合には、本論点については見直しの必要性がなくなるとの考え方もあり得る。他方で、その場合であっても、現代社会において、子の氏の変更について

³ 中川善之助＝米倉明「新版注釈民法（23）」612ページ〔梶村太市〕。なお、同634ページでは、子の氏の変更により生じ得る危険として、「氏の変更を関係者の自由に放任するときは、氏が家名であった時代の因習的感情にとらわれ、濫用される危険性があり、他方関係者間の利害の対立から紛争の生ずるおそれもある」ことが指摘されている。

家庭裁判所の許可を求める必要があるかという観点から、独自に検討する必要性があるとの考え方もあり得るものと思われる。

(注2) この点については、資料8(16ページ)において、父母の離婚後の子の養育に関する規律の在り方の検討の中でも、未成年者(特に15歳未満の子)の身分行為に関する規律をどのように整理すべきかが検討されたところである。

もっとも、この点について、規律が問題となる身分行為として、子の氏の変更及び未成年養子縁組が挙げられるのみであるように考えられることからすると、父母の離婚後の子の「身分行為」一般に関する規律をどうするかという観点で論ずるよりも、子の氏の変更と未成年養子縁組のそれぞれについて、各制度趣旨等から検討すべきようにも考えられる。

このような観点から、本資料では、子の氏の変更及び未成年養子縁組(後記2(3)イ)のそれぞれについて、親の関与に関する規律の在り方を個別に検討することとしている。

(3) 未成年養子縁組の効果

ア 当事者が親権の所在を選択することができる制度

資料7(3ページ)では、未成年養子縁組が成立した後の親権の所在について当事者に選択の余地を残す制度を設けてはどうかとの考え方を提示した。

しかしながら、仮に上記(2)のように、未成年養子縁組を「養親が養子を養育することによって、養子の利益を図るための制度」として理解する場合には、縁組後は常に養親が親権を行使すべきであることから、このような選択の余地を認めることはできないものと考えられる。そうすると、仮にこのような選択を認めるとすれば、制度趣旨の異なる別の種類の縁組(養育を目的としない未成年養子縁組)を設けることとなるが、親子関係という基本的な身分関係を規律する養子制度について、そのような複雑な制度とするのは相当でないものと考えられる。また、養親による養子の養育を目的としない場合に、未成年養子縁組を成立させて親子関係まで形成させる必要性があるのかは疑問である(注)。

これらを踏まえ、未成年養子縁組後に実親に親権を残すことを選択することができることとする制度を設けてはどうかとの考え方については、どのような方向で検討すべきと考えるか。

(注) 仮に、未成年養子縁組について、子の養育以外を目的とするものを成立させたいという要請があるということであれば、端的にそのような要請に対応した制度を

別途創設することも考えられる（それを養子縁組制度の中に位置づけることができるかは別途検討を要する。）。もっとも、そのためには、むしろ成年者間の養子縁組を中心に、子の養育以外を目的とする養子縁組の利用形態全般について検討することが必要になるため、未成年養子縁組を主たる検討対象とする本研究会の射程を超えることになると考えられる。したがって、この点については、成年者間の養子縁組の在り方について検討する場合に残された課題になるものと考えられる。

イ 縁組後の親権に関する規律

第7回会議では、未成年養子縁組後の親権に関する現行法の理解として、縁組後の実親は、親権を有しているがそれを行行使することができないという状態なのか、それとも、その親権が消滅しているという状態なのかが明らかでないことから、この点を整理すべきであるとの指摘があった。

また、令和元年の特別養子制度の見直し⁴に向けた検討過程において、要保護児童についての社会的養護の手段として、普通養子制度が利用されにくい理由について、実親子関係が存続する普通養子縁組では、縁組成立後も、実親による養親子関係への介入のおそれがあることから、養親候補者が普通養子縁組を敬遠する傾向があるとの指摘があったことが紹介され、未成年養子縁組成立後の実親の地位について明らかにする規律を設けるべきとの意見もあったところである。

さらに、資料7（4ページ）では、連れ子養子の場合の親権の所在や、連れ子養子をした後に実親と養親とが離婚した場合の親権の所在を明示する規律を設けてはどうかとの考え方が提示されたが、この点について特段の異論はなかった。

そこで、これらの指摘等を踏まえ、未成年養子縁組後の親権の在り方に関し、例えば、以下のような規律を設けるとともに、親権の所在と行使についての整理を行うこと（注）について、どのように考えるか。

- ① 養子は、専ら養親（複数回の縁組がされている場合には、その最後の縁組に限る。）の親権に服する。この場合において、実親は、養親の親権の行使を妨げてはならない。
- ② 上記①の場合において、親権を行行使する養親の配偶者が養子の親である場合（親権者でない親の配偶者が連れ子養子をした場合も含む。）には、養子は、養親及び当該配偶者の親権に服する。
- ③ 上記②の場合において、養親と実親とが離婚をするときについて

⁴ 令和元年法律第34号

は、父母が離婚をする場合と同様の規律を置く⁵。

(注) この場合には、民法における「親権者」、「親権を行う」、「親権に服する」といった用語の整理を行うことも考えられる。

5

なお、仮にこのような整理を行うこととした場合には、例えば、現行法において、父母の離婚後に親権者とされた方が死亡した場合に、他方の親が親権者となることができるか否かという点に関する規律が欠けていること⁶等、未成年養子縁組に直接関係しない場面における親権の在り方や、再婚に際して連れ子と再婚相手との間に養子縁組がされていない場合に、再婚相手が連れ子の養育に関与できるか等、連れ子と再婚相手の関係のうち親権の在り方と関連性の高いものについても併せて整理をすることが考えられる。

10

そこで、未成年養子縁組の場面以外も含めて親権の所在に関連する全般的な整理を行うことについて、どのように考えるか。また、仮に整理を行う場合には、どのような場面が考えられるか。

15

ウ 相続権

資料7（5ページ「(注3)」）では、要保護児童の社会的養護の手段として普通養子縁組が利用されづらい理由について、上記イで述べた

20

⁵ ③の場面について、現行法は明確な規定を欠いているが、養親説（民法第818条第2項に従い養親が親権を行使するという考え方）、協議説（民法第819条第1項及び第2項を適用して、いずれかを親権者と定めるという考え方）、折衷説（縁組と婚姻の先後関係で判断し、縁組が先行するときは養親が、婚姻が先行するときは実親が親権を行使するという考え方）があるとされており、協議説が通説的見解とされている。上記③は、ひとまず協議説によることとしているものである。この場合、仮に民法第819条第1項及び第2項の規律を見直すとすれば、この場面でもそれに合わせた取扱いをすることとなると考えられる。

⁶ 父母の離婚後に、親権者となった一方の親が死亡した場合に、他方の親が親権者となることができるかという点については、学説上は、①未成年後見が開始し、他方の親が親権者となることはできないとする考え方、②他方の親の親権が当然に復活するという考え方、③未成年後見人の選任の前に限って、他方の親が親権者として適任であれば、親権者の変更を認めるという考え方、④後見人選任の先後を問わず、生存親に親権者変更をすることができるという考え方等があるとされており、かつては上記①が通説的であったが、近時は、学説・実務上も④が多数説になっているとの指摘がある（松川正毅＝窪田充見編「基本法コンメンタール親族〔第2版〕」240ページ〔白須真理子〕）。

5 実親による養親子関係への介入のおそれとは別に、養親候補者の中には、仮に、養親が死亡して養子とその財産を相続した後に、実親より養子が先に死亡した場合に、実親（実方の親族）がその財産を相続することになるおそれがあることに強い抵抗感を持つ人が多いとの指摘があったことを踏まえ、養親子間に相互の相続権を生じさせない未成年養子縁組制度を創設してはどうかとの考え方が紹介された。しかしながら、この点については、第7回会議において、養親の子の中に相続権がある者とない者とがいることになることは、偏見を生じさせるおそれがあるのではないかとして、慎重な検討を要するとの指摘があった。

10 他方で、同会議では、比較的年齢の高い子が特別養子縁組を望む理由として、実親の負の財産に関する相続問題に関わりたくないことが挙げられるとの指摘があった。このような実情に照らすと、未成年養子縁組において、養子の実親に対する相続権を消滅させることには一定のニーズがあるようにも思われる。また、これとは逆に、実親の養子に対する相続権も消滅させることとした場合には、上記で述べた、養親の財産が養子を経由して実親に相続されるという事態も避けることができる。

15 そこで、未成年養子縁組が成立した場合には、当事者の選択によって、養子と実方の親族との間の相互の相続権を消滅させることができることとする制度を設けることについて、どのように考えるか。

20 なお、仮に、このような方向で検討を進める場合には、相続権を失う実方の親族（特に実親）について手続保障を与える必要があるか、相続権を消滅させる未成年養子縁組と特別養子縁組との違いをどのように整理するかといった点も問題になるものと考えられる。

25 2 未成年養子縁組の成立

以下では、資料7で列挙した未成年養子縁組の成立に関する論点について、第7回会議における議論を踏まえて、整理を行っている。

30 (1) 民法第792条及び民法第793条関係（養親となる者の下限年齢の

⁷ 特別養子制度の見直しに際しては、普通養子では養子の実親に対する扶養義務が残ることから、将来的に実親が生活保護を受給しようとするときに、養子に扶養に関する照会があり、養子が心情的に傷付けられることとなるとの指摘もあった。もっとも、扶養義務も消滅させ得ることとした場合には、未成年養子縁組と特別養子縁組との違いがますます曖昧になるという問題があるように思われる。

引上げ、養親子間の年齢差)

(養親となる者の年齢)

第792条 成年に達した者【二十歳に達した者：令和4年4月1日以降】は、養子とすることができる。

(尊属又は年長者を養子とすることの禁止)

第793条 尊属又は年長者は、これを養子とすることができない。

5 資料7(6ページ)では、未成年養子縁組を「養親が養子を養育することによって、養子の利益を図るための制度」と捉えることを前提に、適切な養育を担保するという観点から、未成年養子縁組における養親となる者の年齢の下限を引き上げてはどうかという考え方や、養親子間の年齢差要件を設けてはどうかという考え方が提示された。

10 もっとも、この点については、平成30年の成年年齢の引下げや、令和元年の特別養子制度の見直しの際にも、養親となる者の年齢要件や養親子間の年齢差要件に関する検討が行われたものの、規律の見直しは見送られた経緯があり、第7回会議でも、この点の見直しに対する積極的な意見はなかった。

15 このような経緯も踏まえ、未成年養子縁組における養親となる者の年齢の下限を引き上げてはどうかとの考え方や、養親子間の年齢差要件を創設してはどうかとの考え方については、どのような方向で検討すべきと考えるか。

20 (2) 民法第795条ただし書関係(未成年者を養子とする場合の夫婦共同縁組の例外の拡大)

(配偶者のある者が未成年者を養子とする縁組)

第795条 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。

25 資料7(7ページ)では、夫婦共同縁組の例外を定める民法第795条ただし書について、①配偶者の嫡出でない子を養子とする場合及び②夫婦で共同して監護することができない事情がある場合にも、夫婦共同縁組の例外としてはどうかとの考え方が提示された。両論点に関する第7回会議における議論の状況及び今後の方向性は、以下のとおりである。

ア 配偶者の嫡出でない子を養子とする場合

配偶者の嫡出でない子を養子とする場合を夫婦共同縁組の例外とすることに慎重な意見や、反対の意見はなかった。

5 ただし、仮にこの方向で制度を見直す場合には、養子が、夫婦である父母の一方との関係では嫡出子となり、他方との関係では嫡出でない子となることも踏まえ、縁組後の親権の規律について検討すべきであるとの指摘がされた。もっとも、この点については、上記1(3)イ②の規律を設けた場合には、明確になるものと考えられる。

10 そこで、民法第795条の規律を改め、配偶者のある者が未成年養子縁組をする場合であっても、「配偶者の子を養子とする場合」には、配偶者とともにしなくてもよいものとするについて、どのように考えるか⁸。

15 イ 夫婦で共同して監護することができない事情がある場合

資料7(8ページ)では、養親となる者に配偶者がいる場合であっても、夫婦が共同して監護することができない事情があるときは、当該縁組が未成年者の利益に適うものか否かは家庭裁判所の許可の手段で判断されることを前提に、配偶者の同意があれば、単独で養子縁組をすることができるとしてはどうかとの考え方が提示された。

20 しかしながら、この点については、第7回会議において、「夫婦で共同して監護することができない事情がある場合」が、夫婦仲が悪化している場合等を意味するのであるとすると、そのような場合に、養親が養子となる者を適切に養育することができるかについては慎重に検討する必要があるとの意見があった。また、第4回及び第5回会議のヒアリングでは、家庭内の不和の状況が子に与える影響の大きさについて指摘されていたことからすると、そのような状況下に養子を置くことは典型的に子の利益に反する可能性が高いというべきであると考えられる。

25 これらを踏まえ、「夫婦で共同して監護することができない事情がある場合」を夫婦共同縁組の例外としてはどうかとの考え方については、
30 どのような方向で検討すべきと考えるか。

⁸ 仮にこの方向で検討を進める場合には、民法第817条の3第2項についても、同様の見直しを検討することになるものと考えられる。

(3) 民法第797条関係

(十五歳未満の者を養子とする縁組)

第797条 養子となる者が十五歳未満であるときは、その法定代理人が、これに代わって、縁組の承諾をすることができる。

2 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。

ア 代諾縁組の制度

5 資料7(9ページ)では、代諾縁組の制度について、その妥当性を改めて検討してはどうかとの考え方を提示していた。

この点について、第7回会議では、未成年養子縁組において、養子は、養親に対する扶養義務を負うといった関係性よりも、養親から養育を受けるといった関係性が中心となることからすれば、未成年養子縁組における養子となる者の縁組意思能力として要求される水準は、成年者を養子とする養子縁組において要求されるものよりも低くてよいのではないかとの指摘があった。また、「特別養子を中心とした養子制度の在り方に関する研究会」の中間報告書(研究会資料1-2)でも、15歳未満の者にも意思を表明する機会を保障すべきとの考え方が記載されてお

10 ける。そこでは、15歳という年齢について、現行法上、遺言(民法第961条)、子の氏の変更(民法第791条)とともに、身分行為能力の一つの標準とされている年齢であるとしつつも、養子縁組については、実質的に養親となる者の縁組意思に同意するかどうかを判断

15 することができれば足りることから、自ら遺言や氏の変更をする場合とは異なり、より低い年齢でもその意思を尊重され得ることが指摘されていたところである。

そこで、このような指摘を踏まえ、民法第797条の「十五歳」という年齢を引き下げることや⁹、養子となる者が十五歳未満であっても一定の年齢に達していれば、養子となる者の意向を聴かなければ未成年養子縁組をすることができないこととする事について、どのように

25 考えるか。

⁹ 民法第817条の5第1項本文、第961条等、家族法の領域では15歳を基準に制度が構築されている。仮にこの年齢を見直す場合には、家族に関する法体系全体に対する影響についても検討する必要があるものと考えられる。

イ 代諾権者及び同意権者

資料7（10ページ）では、未成年養子縁組について、養子縁組の代諾は親権を有しない親も含めた全ての親が共同でしなければならないこととすることや、法定代理人が養子縁組の代諾をする場合には、養子となる者の全ての親の同意を要することとしてはどうかとの考え方が提示された（父母の離婚後の子の養育の在り方に関する規律の検討との関係については、6ページ「(注2)」参照。）。

もっとも、同資料では、この点について、最高裁平成26年4月14日決定（民集68巻4号279頁）を前提に、親権も監護権も有しない親は、子の未成年養子縁組に何ら関与することもできないままに、親権者変更の申立権を失ってしまうことに着目し、そのような親にも手続的な保障を与えるべきであるとの観点から、上記方向性を提示していた。しかしながら、第7回会議では、そのような事態を避けるのであれば、上記の場面でも親権者変更の申立権を失わせないようにする方向を検討すべきであるから、そこから直ちに代諾縁組の制度の見直しの必要性には結びつかず、他の観点から検討すべきではないかとの指摘があった。

この指摘は首肯できるが、他方で、未成年養子縁組については、実際の監護状況や法的地位の変動等、養子となる者に与える影響が大きいことや、親権も監護権も有さない親も自らの子の監護状況については関心があるのが通常であることからすれば、上記の指摘を受けてもなお、未成年養子縁組について全ての親を関与させる方向性で検討を進める必要性は否定されないようにも思われる。

そこで、未成年養子縁組が子や親に与える影響の大きさに鑑み、慎重な縁組を制度的に担保する趣旨で、**未成年養子縁組については、全ての父母が養子縁組に関与しなければならないこととすることについて、どのように考えるか。**

なお、このような方向で検討を進める場合には、親権を喪失している親についても同意を要することとすべきかという点や、全ての父母の同意がない場合であっても、例外的に縁組を成立させる余地を認めるかといった点も問題となる。

ウ 15歳以上の未成年者が養子となる場合の法定代理人の同意

資料7（10ページ）では、未成年者による安易な養子縁組を防止する観点から、養子となる者が15歳に達している場合であっても、法定

代理人の同意を要件としてはどうかとの考え方が示された。

この点について、第7回会議では、未成年養子縁組の許可の審判事件における調査の過程では、養子となる者の法定代理人の意向も確認していることから、法定代理人の同意を要件とするまでの必要はないのではないかとの意見があった。また、実務的には、父母に養育能力がなく、祖父母にはその能力があるという場合に、祖父母に子の親権を行使させるため、子が15歳に達するのを待って、子と祖父母との間で未成年養子縁組を成立させるような事例もあり、法定代理人の関与なく未成年養子縁組を成立させることが養子となる者の利益になり得る事例もあることが紹介された。

これらの指摘等を踏まえ、養子となる者が15歳に達している場合に、法定代理人の同意を未成年養子縁組の要件としてはどうかとの考え方については、どのような方向で検討すべきと考えるか。

エ 関連する論点（子の監護者の指定）

第7回会議では、上記ウで指摘されたような、養子となる者が15歳に達するのを待って、自ら祖父母と養子縁組をするといった状況が生じているのは、現行の家事事件手続において、父母以外の者を監護者として指定することができないという実務運用があるためであり¹⁰¹¹、その点を見直すべきではないかとの指摘があった。

そこで、家事審判において、父母以外の第三者を監護者として指定することができることとする制度を設けることについて、どのように考えるか。

(4) 民法第798条関係

¹⁰ この点については、家事審判によって第三者を監護者と指定することに否定的な裁判例（仙台高裁平成12年6月22日決定、東京高裁平成20年1月30日決定）もあるが、これを肯定する裁判例（東京高裁昭和52年12月9日決定、福岡高裁平成14年9月13日決定）もある。

¹¹ 例えば、二宮周平「子の監護者の指定審判に対する抗告事件」（判例タイムズ1284号153ページ）は、前掲脚注10東京高裁平成20年決定について、「（同決定以前の）家裁実務の到達点は（中略）、民法第766条を用いて、父母以外の者を子の監護者に指定することが可能であるということである」とした上で、同決定について「本事案の下では、この結論に賛成する。しかし、理由づけは、これまでの先例に反するものであって、納得できない。」としている。

(未成年者を養子とする縁組)

第798条 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。

ア 例外要件の見直し

5 資料7（11ページ）では、未成年養子縁組について、当該縁組が子の利益に適うことを担保するため、常に公的機関を関与させることとしてはどうかとの考え方が示された。

10 この点について、第7回会議では、年間数万件に及ぶ未成年養子縁組の全てについて、家庭裁判所の許可を得なければならないこととした場合には、手続が重くなりすぎる懸念があるとの指摘や、事件数の激増により家庭裁判所の対応能力を超えることとなるおそれがあるとの指摘、その結果として、現行制度下で、未成年養子縁組の許可の審判事件において縁組が子の利益にかなうものか否かという点について相当に手厚い調査がされている実務を維持することができなくなり、1件当たりの審査の密度が低くなるおそれがあるとの指摘、連れ子養子については、典型的に子の利益が相当程度確保されているのではないかとの指摘がされ、家庭裁判所の許可を要する場面を拡大することについては、慎重な意見が出された。

20 他方で、未成年養子縁組については、当該縁組が子の利益に適うことを担保するため、全件に家庭裁判所の許可を要件とするのが理想であるとの意見もあった。この立場からは、上記の指摘に対して、①現状では、連れ子養子は、家庭裁判所の許可を要する子の氏の変更手続よりも手続が軽いため、氏を変更することを目的として養子縁組が用いられている可能性があるから、連れ子養子の場合にも家庭裁判所の許可を要することとなれば、連れ子養子の件数が減少すると考えられること、
25 ②後記4のとおり、未成年養子縁組の離縁を制限することや、後記イのとおり、要件の厳格化等をする場合には、やはり未成年養子縁組の件数が減少する可能性があることが指摘された。もっとも、仮にこの方向で検討を進める場合には、家庭裁判所の対応能力との関係から、家庭裁判所以外の公的機関を関与させることも考えるべきであるとの指摘があった。
30

さらに、中間的な意見として、連れ子養子では、養親となる者に監護意思があることが通常であるのに対し、孫養子では、相続目的等で、監

護意思が十分でないことも少なくないことを指摘し、孫養子についてのみ、家庭裁判所の許可を要することとしてはどうかとの指摘もあった。

そこで、この点については、以下の方向性で更に検討を進めることについて、どのように考えるか。

【甲案】未成年養子縁組をする場合には、常に家庭裁判所の許可（注）を得なければならないこととする方向性

【乙案】未成年養子縁組をする場合には、家庭裁判所の許可を得なければならないが、配偶者の子を養子とする場合は、この限りでないこととする方向性

【丙案】現行法の規律を維持する方向性

(注) 連れ子養子縁組又は孫養子縁組については、家庭裁判所以外の公的機関を関与させることも考えられる。

イ 試験養育の要件化

第7回会議では、未成年養子縁組について、より実質的な養育のための制度にする観点から、民法第817条の8類似の規律（いわゆる試験養育）を設けてはどうかとの意見があった。

そこで、未成年養子縁組を成立させるためには、養親となる者が養子となる者を一定期間監護した状況を考慮しなければならないものとするについて、どのように考えるか。

ウ 未成年養子縁組制度の趣旨の周知

第7回会議では、特に連れ子養子の場面について、社会の実態としては、あたかも、当該養子縁組は、実親と養親との婚姻関係を前提とするものであるかのように誤解されており、実親と養親とが離婚をした場合には、縁組についても離縁するものだと捉えられているのではないかとの指摘があった。

このような未成年養子縁組の制度趣旨の啓発の在り方について、どのように考えるか。

4 未成年の養子との離縁

(1) 民法第811条関係

(協議上の離縁等)

- 第811条 縁組の当事者は、その協議で、離縁をすることができる。
- 2 養子が十五歳未満であるときは、その離縁は、養親と養子の離縁後にその法定代理人となるべき者との協議でこれをする。
- 3 前項の場合において、養子の父母が離婚しているときは、その協議で、その一方を養子の離縁後にその親権者となるべき者と定めなければならない。
- 4 前項の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、家庭裁判所は、同項の父若しくは母又は養親の請求によって、協議に代わる審判をすることができる。
- 5 第二項の法定代理人となるべき者がいないときは、家庭裁判所は、養子の親族その他の利害関係人の請求によって、養子の離縁後にその未成年後見人となるべき者を選任する。
- 6 縁組の当事者の一方が死亡した後に生存当事者が離縁をしようとするときは、家庭裁判所の許可を得て、これをするすることができる。

資料7（12ページ）では、養子が未成年であるときは、離縁後の監護及び養育について子の利益を害することがないように、離縁についても家庭裁判所の許可を得なければならないものとしてはどうかとの考え方が示された。

この点については、現在、縁組が協議のみで解消できることによって、具体的に養子にどのような不利益が生じているかが明らかではないという指摘があった一方で、子の身分が変動すること自体から、抽象的に子の利益に反するおそれがある状態であるということができるとはではないかとの指摘があった。また、この点については、離縁に関する規律を厳しくした場合には、特に連れ子養子の場面等で、子の氏を変更するための縁組といった、未成年養子縁組の趣旨とは異なる縁組がされなくなるのではないかとの指摘もあった。

これらの指摘を踏まえ、**未成年の養子との離縁に関する規律の在り方**について更に検討を進めることについて、どのように考えるか。

(2) 民法第811条の2関係

(夫婦である養親と未成年者との離縁)

第811条の2 養親が夫婦である場合において未成年者と離縁するには、夫婦が共にしなければならない。ただし、夫婦の一方がその意思を表示することができないときは、この限りでない。

資料7（12ページ）では、民法第795条ただし書の見直しをすることとする場合には、併せて民法第811条の2についても見直しを検討する方向性が示されたが、上記2(2)イのとおり、民法第795条ただし書については、見直しに対して積極的な意見は多くない。それを踏まえ、本条について見直してはどうかとの考え方については、どのような方向で検討すべきと考えるか。

(3) 民法第814条（裁判上の離縁）関係

（裁判上の離縁）

第814条 縁組の当事者の一方は、次に掲げる場合に限り、離縁の訴えを提起することができる。

- 一 他の一方から悪意で遺棄されたとき。
- 二 他の一方の生死が三年以上明らかでないとき。
- 三 その他縁組を継続し難い重大な事由があるとき。

2 第770条第2項の規定は、前項第一号及び第二号に掲げる場合について準用する。

資料7（13ページ）では、未成年の養子の保護のため、養子が未成年である場合には、縁組の当事者以外の者の申立てによって、離縁の裁判をすることができることとしてはどうかとの考え方が提示された。

この点について、第7回会議では、縁組当事者以外の者が縁組の在り方について関与することができることとした場合には、養親子関係に悪影響があることを懸念する見解も示されたが、公益の代表者である検察官や児童相談所長について申立権を認める方向性はあるのではないかと指摘があった。もっとも、児童相談所長については、親権制限の申立権があることからすれば、離縁の申立権を認めるまでの必要はないのではないかと指摘もされた（ただし、この点は、検察官についても同様であるとも思われる。民法第834条、第835条）。

このような観点も踏まえ、養子が未成年である場合には、子の利益の観点から必要がある場合には、縁組の当事者以外の申立てによって、離縁の訴えを提起することができることとしてはどうかとの考え方については、どのように考えるか。

5 関連する論点（特別養子縁組の離縁）

(特別養子縁組の離縁)

第817条の10 次の各号のいずれにも該当する場合において、養子の利益のため特に必要があると認めるときは、家庭裁判所は、養子、実父母又は検察官の請求により、特別養子縁組の当事者を離縁させることができる。

一 養親による虐待、悪意の遺棄その他養子の利益を著しく害する事由があること。

二 実父母が相当の監護をすることができること。

2 離縁は、前項の規定による場合のほか、これをすることができない。

第7回会議では、未成年養子縁組に関連する論点として、特別養子縁組の離縁に関する規律の見直しを検討してはどうかとの意見が出された。

すなわち、特別養子縁組の離縁については、民法第817条の10第1項に規定されているところ、同項については、同項第2号において「実父母の相当の監護の可能性が離縁の要件とされていることから明らかなおり、特別養子が成人してその監護の必要性が消滅したときは、最早本号の要件が満たされることはなく、離縁をすることはできない」と解されている¹²。したがって、令和元年の特別養子制度の見直し¹³によって、養子となる者の上限年齢が、原則15歳未満、例外的な場合には成年に達する直前にまで引上げられた結果、特別養子縁組成立後、直ちに離縁をすることができない状態になる可能性が生ずることとなっている。

この点について、仮に、特別養子縁組の離縁の趣旨を、「養親ではなく実親が養子を養育することが養子のために特に必要であるとき」に離縁を認めるものと理解するのであれば、仮に縁組成立直後であっても、養子が成年に達した以上は、離縁の余地はないという結論を導くものと思われ、現行法は、このような理解に立っていると考えられる。

他方で、特別養子縁組の離縁の趣旨を、「養方との親族関係を終了させることが養子のために特に必要であるとき」¹⁴と理解する場合には、養子が成年に達した後であっても、特別養子縁組の離縁を認める余地が生ずることとなる¹⁵。この立場からは、現に縁組成立後に養親子間の適合に問題が生ず

¹² 細川清「改正養子法の解説」131ページ

¹³ 令和元年法律第34号

¹⁴ ここで「実方との親族関係の発生」を入れていないのは、養子と実親とが普通養子縁組をすることは妨げられないことから、「実方との親族関係の発生」については普通養子縁組によって達成することができると考えられるためである。

¹⁵ 仮に養子が成年に達した後も特別養子縁組の離縁を認めることとする場合には、その効

ることもあり、養親子関係の将来予測には限界があるとの指摘をすることになると考えられる。

5 もっとも、仮に後者の考え方を採用したとしても、養子が一定の年齢に達した後で成立した特別養子縁組についてのみ例外的に養子が成年に達した後の離縁を認めるという方向性もあり得るが、そうすると、原則的な離縁の趣旨と、例外的な離縁の趣旨とが異なることとなり、制度的整合性の点も検討を要する。

10 これらを踏まえ、養子となる者が成年に達した後の特別養子縁組の離縁に関する規律の在り方を見直すことについて、どのように考えるか。

果について、民法第817条の11（離縁による実方との親族関係の回復）を適用することができるかという点も問題となる。

第3 財産分与制度の在り方

(財産分与)

第768条 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。

2 前項の規定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。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。

3 前項の場合には、家庭裁判所は、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、分与をさせるべきかどうか並びに分与の額及び方法を定める。

1 論点の概要

5 資料7(14ページから16ページまで)においては、財産分与制度について、「2分の1ルール」や特有財産に関する論点を提示していたが、第7回会議では、それらを検討する前提として、財産分与の法的性質についての整理をする必要があるのではないかと指摘がされた。また、同会議では、資料7で提示した論点のほかに、財産分与と物権法上の共有分割制度との
10 関係、内縁関係の場合の問題等についても整理すべきとの指摘があった。

そこで、本資料では、まず、財産分与の法的性質について整理を行い(後記2)、それを前提に、特に清算的要素と関連の強い「2分の1ルール」(後記3)及び特有財産(後記4)の問題について検討を加え、さらに、除斥期間(後記5)及びその他の論点(後記6)について記述している。

15

2 財産分与の法的性質の整理

民法第768条は、財産分与の法的性質について明確に規律しておらず、家庭裁判所が財産分与に関する処分をする場合の考慮要素について定めた同条第3項も、「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」することを定めているのみである。
20

一般的に、財産分与は、①夫婦財産関係の清算としての要素(以下「清算的要素」という。)、②離婚後生活に困窮する配偶者の扶養としての要素(以下「扶養的要素」という。)、③離婚に伴う損害賠償(慰謝料)としての要素(以下「慰謝料的要素」という。)という性質を有するとされている。最高裁昭和46年7月23日判決(民集25巻5号805頁)も、以下のとおり判示しており、財産分与の性質について清算的要素と扶養的要素を中心と
25

しつつ、慰謝料的要素も含めることができるものとの理解をしていると解される。

5 「離婚における財産分与の制度は、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であつて、分与を請求するにあたりその相手方たる当事者が離婚につき有責の者であることを必要とはしないから、財産分与の請求権は、相手方の有責な行為によって離婚をやむなくされ精神的苦痛を被ったことに対する慰藉料の請求権とは、その性質を必ずしも同じくするものではない。したがつて、すでに財産分与がなされたからといつて、その後不法行為を理由として別途慰藉料の請求をすることは妨げられないといふべきである。もつとも、裁判所が財産分与を命ずるかどうかならびに分与の額および方法を定めるについては、当事者双方におけるいつさいの事情を考慮すべきものであるから、分与の請求の相手方が離婚についての有責の配偶者であつて、その有責行為により離婚に至らしめたことにつき請求者の被った精神的損害を賠償すべき義務を負うと認められるときには、右損害賠償のための給付をも含めて財産分与の額および方法を定めることもできると解すべきである。」

10

15

20 上述のとおり民法第768条第3項において、「当事者双方がその協力によって得た財産の額」が財産分与に関する考慮要素とされていることからすれば、財産分与の中心的な性質が清算的要素であることは明らかであるものと考えられるし、第7回会議においても、財産分与が清算的要素を中心とするものであることについては、概ね異論がなかった。

25 他方で、扶養的要素や慰謝料的要素については、実務的には認められることは多くないとの指摘もあり、財産分与にそれらの要素が含まれると解することの当否も含め、基礎的な検討を行う必要があるように思われる。このような観点から、以下では、扶養的要素及び慰謝料的要素について検討を行っている。

(1) 扶養的要素

30 ア 扶養的要素と補償的要素

扶養的要素については、既に親族関係にない元配偶者に対する扶養義務を觀念することが難しいとしてこれを否定的に捉える考え方もあるが、夫婦間に収入等の格差があることも少なくない状況に鑑み、経済的に自立が困難な元配偶者に対する実質的な扶養義務を觀念することができるのと考えるのが一般的である（上記昭和46年判決も同様の理解を前提とするものと考えられる。）。

35

このような実質的な扶養義務を観念する場合の理論的根拠については様々な考え方があるが¹⁶、従来の通説的見解は、夫婦が終生の共同生活を誓い、相互に協力してきたという関係にあることからすれば、婚姻が破綻したときに経済的に余裕のある一方が生活に困窮する他方を扶養することは当然の人的義務であり、婚姻の事後的効果であるというものであった。もっとも、このような考え方に対しては、婚姻の解消について協議離婚という容易な解消方法を有する我が国の法体系との関係では、説得力を欠くとの指摘もある。その他に、離婚後に自活することができない元配偶者の一方の扶養は、本来は国家の責務であるが、それが実現するまで過渡的に他方に課せられた政策的な義務であると説明する見解や、離婚後に夫婦の一方（多くは妻）が自活することができない状況となるのは、婚姻中の性別役割分業の結果であるから、離婚時に妻に生じたマイナス分を離婚後の扶養によって補うことで夫婦の平等を実現するものであるとする見解等があるとされている。これらの見解はいずれも、配偶者の一方が要扶養状態にあることによって扶養的要素を基礎付けていることからすると、財産分与における扶養的要素は、清算的要素と慰謝料的要素からの財産分与を受けてもなお離婚後生活に困窮する場合に、補充的に考慮されるに過ぎないものという結論を導くようにも思われる（扶養的要素の補充性）。

これに対し、離婚後の扶養の補充性を否定し、離婚後の扶養について「補償」概念を導入する見解がある。これは、離婚後の扶養の中核を、婚姻生活（婚姻中の役割分担）に起因し、離婚によって生ずる損失の補償、経済的不利益の調整、又は減少した所得能力の補償と捉えるものである。この立場からは、扶養的要素は、一方配偶者が要扶養状態にあることを前提とする民法上の扶養義務（生活保持義務や生活扶助義務）とは異なり、当事者の経済的衡平を図ることを目的とする制度として捉えられることとなるものと思われる。なお、法制審議会が平成8年に答申した「民法の一部を改正する法律案要綱」においても、財産分与が、「離婚後の当事者間の財産上の衡平を図る」ことが理念として定められている。

そこで、これらの見解を踏まえ、財産分与における扶養的要素の理論的根拠や、扶養的要素の補充性について、どのように考えるか。

なお、仮に「補償」概念を採用することとする場合には、「扶養」概

¹⁶松川正毅＝窪田充見編「新基本法コンメンタール・親族〔第2版〕」91ページ〔許末恵〕。

念との関係について整理をする必要がある。例えば、婚姻によって退職をした者が離婚後生活に十分な財産を有している場合にも財産分与額に加算を認めるのか（補償の基礎は認められるが、要扶養性は認められない）、婚姻後に他方配偶者の同意のないままに退職をした場合や、も
5 とともに稼働の意思ないし能力がなかった場合であって、生活に困窮しているというときに、財産分与額に加算を認めるのか（補償の基礎が認められるか明らかでないが、要扶養性が認められる）といった点についても検討を要するものと考えられる。

10 イ 子の扶養を考慮することの当否

第7回会議では、実務的に扶養的要素が認められにくいという現状について、子の貧困解消との関係から見直すべきではないかとの指摘があった。

この点について、財産分与は、少なくとも現行法の下では、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が、ひとり親世帯の半数近くが貧困の問題を抱えており、その多くが離婚によって生じているという現状に照らせば、監護親の財産分与請求権と子の貧困の問題との間には実質的な関連性を認めることもできる。
15 もっとも、仮に、財産分与において、子の扶養的要素を考慮することとする場合には、財産分与請求権と、監護親の養育費請求権や子の扶養料請求権との関係についても整理する必要があるものと考えられる。すなわち、例えば、仮に、財産分与について扶養料の先払いとしての性質を有するものと整理する場合には、その後の養育費額等に影響を与えるのかといった点や、離婚後に、子について親権者変更や養子縁組がされた場合等に、過払いの問題が生ずるのかといった点等が問題になる
20 ものと考えられる。

25 これらを踏まえ、財産分与において、子に対する扶養的要素を考慮することの当否について、どのように考えるか。

30 ウ 関連する論点（元配偶者からの扶養料請求）

上記アにおいて、元配偶者に対する扶養義務を積極的に認めることとする場合には、財産分与請求権とは独立した扶養料請求権を認めることができることとすべきかという点も問題になるように思われる。

35 もっとも、扶養義務の理論的説明についてどのように考えるとしても、若年期のごく短期間の婚姻があったというだけで、元配偶者に対する生涯の抽象的扶養義務まで生ずることはないと考えられる。また、扶

養の範囲についても、元配偶者双方の離婚後の経済状態という要素よりも、婚姻期間中の両当事者の関係等によるところが大きいように思われることからすると、離婚から長期間が経過してから扶養料を算定するのは困難であると考えられる。そうすると、元配偶者に対する扶養料請求については、財産分与の手続内でのみ考慮することができることとするところにも一定の合理性があるように思われる。

さらに、仮に、扶養料請求権を、財産分与における考慮要素の一つとしての地位を越え、明確に権利として位置づけた場合には、例えば、財産分与において扶養的な観点から金額を加算した場合において、そこで想定されていたよりも早く元配偶者の経済力が回復したというときには、当該加算部分について不当利得の問題がより先鋭化するのではないかといった点も検討する必要があるように思われる。

これらを踏まえ、**財産分与制度の外での元配偶者に対する扶養に関する規律の在り方について、どのように考えるか。**

(2) 慰謝料的要素

財産分与と慰謝料との関係については、離婚そのものによる慰謝料（離婚慰謝料）が認められることを前提として¹⁷、財産分与には、夫婦財産の清算的要素と扶養的要素のほかに慰謝料的要素も含まれるとする見解、清算的要素と扶養的要素が含まれるが、損害賠償は別個の問題として慰謝料的要素は含まれないとする見解等がある。また、財産分与が慰謝料的要素を含むと解する見解の中にも、慰謝料請求権は財産分与請求権に吸収されることから、実体的・手続的に両者は不可分になるという考え方や、両者は別個のものとして併存するとして、個別に行使することができるという考え方等に分かれる。

この点について、前述の最高裁昭和46年7月23日判決は、財産分与請求と離婚慰謝料との関係について以下のとおり説示しており、財産分与請求権と慰謝料請求権とは併存し得るものであり、財産分与において離婚慰謝料を含めて決定することも、財産分与と独立して離婚慰謝料を認めることもできるが、離婚慰謝料について二重請求は認められないとの考え方を前提にしているものと考えられる。

¹⁷ そもそも、離婚そのものについて精神的な損害を与えると考えるのは難しいとの立場から、離婚慰謝料を否定する見解もあり、この立場からは、慰謝料的要素も認められないこととなる。

「財産分与として、右のように損害賠償の要素をも含めて給付がなされた場合には、さらに請求者が相手方の不法行為を理由に離婚そのものによる慰籍料の支払を請求したときに、その額を定めるにあたっては、右の趣旨において財産分与がなされている事情をも斟酌しなければならないのであり、このような財産分与によって請求者の精神的苦痛がすべて慰籍されたものと認められるときには、もはや重ねて慰籍料の請求を認容することはできないものと解すべきである。しかし、財産分与がなされても、それが損害賠償の要素を含めた趣旨とは解せられないか、そうでないとしても、その額および方法において、請求者の精神的苦痛を慰籍するには足りないと認められるものであるときには、すでに財産分与を得たという一事によって慰籍料請求権がすべて消滅するものではなく、別個に不法行為を理由として離婚による慰籍料を請求することを妨げられないものと解するのが相当である。」

これらを踏まえ、慰謝料的財産分与と不法行為との関係について、どのように考えるか。

15

3 「2分の1ルール」について

資料7（14ページ）では、いわゆる2分の1ルール（夫婦の財産の取得及び維持への寄与の程度は、異なることが明らかでない限り、当事者の双方で相等しいものとする考え方）の相当性について改めて検討してはどうかとの考え方を提示した。

20

この点について、第7回会議では、実務において、清算的要素との関係では、2分の1ルールが定着しており、個別の寄与の割合によって2分の1の割合を変更することは多くないとの指摘があった。

そして、2分の1ルールの相当性については、現在の実務でも、特段の事情を主張する者にそれを裏づける資料などの提出を求めて反証の機会が確保されていることや、共働き世帯が増加した現代社会においても、夫婦間で収入差がある場合に夫婦の平等や公平性が保たれることから、肯定する意見があった。他方で、分与の基準として、2分の1ルールを明文で規律することについては、社会の多様化に逆行しているとして、画一的に2分の1と定めることについては消極的であるといった意見や、2分の1ルールが、専業主婦型の夫婦関係を想定していることから、時代の変化に対応することができないとして、慎重な意見があった。

25

30

また、現在でも当事者間に経済的格差のある夫婦が存在することを指摘し、2分の1ルールが当事者間の衡平を実現する観点から有益な場合があるとしつつも、これを民法で規定することは、平成8年の法制審議会答申当時とは夫婦関係の多様化等の状況が異なる現在では相当でないのではない

35

かとの指摘もあった。

これらを踏まえ、2分の1ルール相当性や、それを明示する規律を設けることについて、どのように考えるか。

5 4 特有財産について

財産分与における清算的要素の判断にあたって2分の1ルールが実務上定着していることは上記3のとおりであるが、第1回会議において、2分の1ルールを適用する対象財産を明らかにすべきであるとの意見が出された。これを受け、資料7（15ページ）では、財産分与の対象財産に当たるか否かの判断基準を明示することとしてはどうかとの考え方が提示された。

この点について、第7回会議においては、実務上は、夫婦の財産全体を「夫婦共有財産」と各当事者の「特有財産」とに分け、「夫婦共有財産」を2分の1ルールの対象財産としているとの理解を前提に、ある財産が一方当事者の「特有財産」になるかどうかという点が争いになることが多いことが紹介された。その上で、各配偶者の「特有財産」の対象範囲（対象財産の範囲）として争いになるものの例として、夫婦の一方の婚姻前の預貯金で頭金を出して購入した不動産、一方の親の資金援助を受けて購入した不動産、婚姻前から一方が利用していた預貯金口座について婚姻後に残高の増減がある場合の取扱い、子の名義の預貯金や学資保険などが問題になることが多いとの指摘があった。

なお、上記「特有財産」の概念は、民法第762条第1項において「夫婦の一方が単独で有する財産」として規定されているもの（同条では「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」がこれに当たるとされている）とは厳密には異なる内容であることから、夫婦の財産関係に関する概念についても整理を行う必要があると思われる。

そこで、財産分与請求における予見可能性を高めるため、対象財産に当たるか否かの判断基準を明示すること（例えば、財産の内容、原資、財産の形成・維持に対する他方の寄与等を考慮要素として明示すること）について、どのように考えるか。

5 5 除斥期間について

資料7（16ページ）では、財産分与の除斥期間を延長してはどうかとの考え方を提示していたが、第7回会議では、これに対する反対意見はなかった。

現行法において除斥期間が2年と定められていることについては、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つた場合に、分与を請求できなくなり、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る。また、そもそも2年の除斥期間が設定された趣旨も明らかでないとの指摘がある一方で、清算的要素は本来的には時効消滅しない共有持分権に類似するものであることや、慰謝料的要素について一般的な不法行為の消滅時効が3年であることからすると、2年の除斥期間を維持することの合理性を説明することは困難なように思われる。

これらを踏まえ、財産分与請求権の除斥期間を延長すること（例えば3年、5年等とすること）について、どのように考えるか。

6 その他の論点

(1) 夫婦共有財産の開示手続

第7回会議において、財産分与の手続では、相手方が財産を秘匿してしまう結果として、そもそも財産分与の対象となり得る夫婦の財産が全体としてどのようなものがあるのか明らかにならない事例や、これを明らかにするのに時間を要する事例があるとの指摘があった。

そこで、財産分与の手続において、相手方の財産を開示させるための方策を検討することについて、どのように考えるか。

(2) 破産手続における財産分与請求権の取扱い

最高裁平成2年9月27日判決（集民第160号373頁）は、以下のとおり、破産手続において、財産分与請求権は破産債権として扱われ、優先的な取扱いがされるわけではないことを判示しているが、第7回会議では、この取扱いに疑問を呈する意見があった。

「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、その後に分与者が破産した場合において、右財産分与金の支払を目的とする債権は破産債権であつて、分与の相手方は、右債権の履行を取戻権の行使として破産管財人に請求することはできないと解するのが相当である。けだし、離婚における財産分与は、分与者に属する財産を相手方へ給付するものであるから、金銭の支払を内容とする財産分与を命ずる裁判が確定したとしても、分与の相手方は当該金銭の支払を求める債権を取得するにすぎず、右債権の額に相当する金員が分与の相手方に当然帰属するものではないからである。」

この点については、様々な考え方があり得る上、倒産法制における実

体的請求権の取扱い一般にも影響を及ぼす問題であるため、慎重な検討を要するところであるが、財産分与請求権が、婚姻中に形成された夫婦財産の実質的清算ないし潜在的持分権の行使という性質を有することに照らすと、これを取戻権と取り扱う余地がないわけではないようにも思われる。

5

これらを踏まえ、**破産手続における財産分与請求権の取扱いについて検討することについて、どのように考えるか。**

(3) 財産分与制度と共有物分割制度との関係

10

財産分与制度と共有物分割制度との関係について、夫婦が共有持分を有する共有財産については、物権法上の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（東京地裁平成20年11月18日中間判決（判例タイムズ1297号307頁））。もっとも、第7回会議では、夫婦が共有財産を有する場合、夫婦の別居中に、離婚後の財産分与を封じる目的で、先に共有物分割が申し立てられることがあり、それが権利濫用と判断された事例の紹介があった（近時のものとしては、東京地裁平成29年12月6日判決（判例タイムズ1464号208頁））。このような共有物分割の申立てをするに至る動機については、例えば、夫婦で共有している財産について、財産分与手続によれば、相手方の共有持分権を越える分与が認められるおそれがある場合に、これを封じる目的で共有物分割請求を行い、事実上、正当な財産分与を阻害することや、財産分与としては一方当事者が共有財産を取得する形の解決が望ましいにもかかわらず、これを妨害するために、先に当該共有財産についての分割手続において形式競売をしてしまうといった具体的な分与方法を妨げようとするなどが想定される。これらに対し、離婚前後の場面では正当な目的に基づくものはあまり想定されないことからすると、財産分与を申し立てるべき事情が認められる状況下では、共有物分割の申立てを制限する規律を設けることも考えられる。

15

20

25

30

35

もっとも、夫婦の財産関係については、夫婦のみならず第三者とも共有している場合も考えられるところ、仮に共有物分割請求の申立てを制限する規律を設ける場合に、第三者が共有物分割を申し立てた場合の規律の在り方も検討を要する。このような観点からは、例えば、夫婦間の共有物分割制度と財産分与制度とを一体化し、衡平かつ一回的な解決を導く制度を考慮することも考え得るが、この場合には、この手続を訴訟手続とするのかも含め、様々な点が問題となる。

これらを踏まえ、**物権法上の共有物分割制度と財産分与制度との関係**

について、どのように考えるか。

(4) 内縁関係の解消と財産分与制度との関係

第7回会議では、内縁関係の解消と財産分与制度との関係について、
5 明確な規律を設けてはどうかとの指摘があった。

この点について、最高裁平成12年3月10日判決（民集54巻3号
1040頁）は、傍論であるが、以下のとおり判示して、内縁関係の解
消の場合に財産分与の規定を類推適用することを認める考え方を示して
いる。

10 「内縁の夫婦について、離別による内縁解消の場合に民法の財産分与の規定を類推
適用することは、準婚的法律関係の保護に適するものとしてその合理性を承認し得
るとしても、死亡による内縁解消のときに、相続の開始した遺産につき財産分与の
法理による遺産清算の道を開くことは、相続による財産承継の構造の中に異質の契
15 機を持ち込むもので、法の予定しないところである。」

このことからすると、内縁関係について財産分与の規律を明示する
という方向性も考えられるが、他方で、婚姻外の男女関係の多様性に照ら
し、そもそも、民法上定義のない内縁という概念を要件化することがで
20 きるかという困難な前提問題がある。また、民法上の婚姻制度による法
的保護を受けないことを選択している者に対して、一律的に婚姻の効果
を及ぼすことは適当かという指摘もあり、内縁の離別解消の場合に
は、財産分与の準用の規定ではなく、財産法上の処理に委ねるべきとの
見解もある。

25 これらを踏まえ、内縁の離別解消の場合においても、財産分与の規定
が準用されるとすることについて、どのように考えるか。

以上