

【講義案内】 この部分はレジュメ省略

【わが国の家族法の歴史】

1 わが国の家族法の歴史の変遷

- ・ポアソナード旧民法 (1890年) の挫折 - 法典論争 : 「民法出テ忠孝滅フ」(穂積八束)
- ・明治民法 (1898年) による家父長制的「家」制度 : 戸主、親族会、家督相続原則
- ・憲法改正 応急措置法 現行民法への改正 (1948年) : 「核家族」モデルへ : 「家」制度の廃止、男女平等、妻の行為能力や相続権の肯定、均分遺産相続制度へ
- ・小改正 (特別縁故者制度 - 1962年、相続分改正・寄与分新設 - 1981年、特別養子制度 - 1988年、行為能力・成年後見制度改正・任意後見契約制度新設 - 2000年)
- ・婚姻制度等を見直す改正要綱案 (婚姻年齢、待婚期間、選択的夫婦別氏、協議離婚制度、離婚原因等の改正、選択的夫婦別氏制の導入など - 1994年)

2 社会的背景の変遷と家族の機能

- ・男の私有財産保障としての家族制度 - 国家の基本としての家族秩序の安定
- ・市民社会の想定する独立・対等・平等な市民を育てること、要保護者を保護すること
- ・資本主義経済社会による家族制度の利用
- ・資本主義社会を支える性別役割分業構造の定着 - 「弱い」妻の保護
- ・女性の社会進出・人権感覚と実質的平等要求の向上・脱宗教化・価値観の多様化・離婚の増加・晩婚化・少子化・家族の機能の外部化 (商品化)・家庭内暴力等々
法規範と人々の意識には常にズレがあることに注意。

【家族法と財産法 - 身分行為論を中心に】

1 中川善之助・身分行為論による家族法の独自性の強調

- ・法以前の自然的自生的結合関係たる家族関係は非合理的な要素を持ち、事実 (習俗の力 = 社会倫理関係) の先行性を重視して、条理による柔軟な解決を図る (財産法の要件効果型思考と対照的)。家制度の換骨奪胎を図り、家族法の独自の体系化を志向。
- ・身分行為 (= 身分上の法律効果を発生させる法律行為) の特徴

- 民法総則規定の適用の制限ないし例外の強調

本人の意思*の重視 (代理は例外。意思なき行為は無効) 身分行為能力 = 意思能力、要式行為性 慎重な意思の確保、無効取消の独自の要件化、無効取消の効果の不遡及 継続的關係。遡及的清算は不可能など。

*実体的 (実質的) 意思説と形式的意思説の対立はそれぞれの箇所検討する。

2 評価と批判

- ・通説化しているが、権利義務概念の排斥、弱者保護を実効化する制度の欠如を助長す

る側面が批判されている（水野）

【氏名と戸籍 住民登録】

1 氏名

- ・明治民法と異なり氏の異同は実体的権利関係とは遮断され、名前と併せて個人の同一性を示す。氏名を正しく表示され呼称される利益は人格権に属す（最判昭63年2月16日民集42巻2号27頁 - NHK在日韓国人氏名日本語読事件）。
- ・夫婦同氏の原則（750条）・親子同氏の原則（790・810条）：特に前者は実質的に女性的人格権を侵害し不平等で不合理な不利益を与えていると批判され、選択的夫婦別氏制の導入が提案されているが、家族の一体性を害するなど保守層の抵抗が大きく難航している。参考：公務員の旧姓（通称）使用（消極 - マ66）
- ・離婚・離縁による復氏原則（767条1項・816条1項。751条1項も参照）。例外：婚姻時縁組時の氏への復氏。3ヶ月内の届出による（前記各2項。前者をとくに婚氏続称という）。
- ・父母が氏を異にする場合子供には一定の変更権がある（791条）。
- ・子の名前の命名権は親にある。常用平易な文字を用いる必要があるが（戸50条）、それ以外の明文の規定はなく、命名権の濫用が問題になる（マ65（悪魔ちゃん事件：命名権の濫用だが戸籍に記載された名前は職権抹消できないとした））。
- ・英米法と異なり氏名の変更には家庭裁判所の許可審判を要する（戸107条）
行政事務や戸籍制度の円滑運用、社会生活上の混乱防止
改姓許可は稀。「正当な事由」の例：通称の定着、難読、同姓同名による混乱防止、子供の受ける不利益（「田中角栄」事件）
【関連】 婚外子の父の氏への変更（消極 - マ67）。婚氏続称後の旧姓復帰（積極 - マ68）

2 戸籍と住民票

- ・戸籍 = 日本国民の身分関係の得喪変更を夫婦と未婚子を一同として登録し公証する制度（一夫婦一戸籍主義。三世代同一戸籍禁止の原則。戸17条）。個人の身分登録を主体とする諸外国にはない。
- ・本籍地（= 管轄する市町村）の指定・変更は自由（戸108）。
- ・夫婦では婚姻の際に氏を改めなかった方が筆頭者になる（戸14条）。
- ・子供は成人後は婚姻により原則として新戸籍を編製し（戸16条）、婚姻前でも任意に分籍できる（戸21条）。
- ・壬申戸籍（1871年）が出発点で「家」制度廃止によって改変されたが、家制度を引きずる意識（「戸籍が汚れる」）や差別を温存する（続柄表示）、特定の家族観を押し付ける源である、偽造防止の制度的保障が乏しい、プライバシー保護に欠ける（公開の原則（戸10条）・戸籍付票制度）などの批判がある（利谷『現代家族法学』〔星野〕。従来の家族法解釈学を戸籍法学だという批判もある（水野））。
- ・住民票 = 戸籍から派生し（1914年寄留法 1951年住民登録法）、日本国民の現実の居住関係を把握して、住民の利便と行政の合理化（選挙権・健康保険・年金・徴税・修学・印鑑登録などの基準）を目的とする（1967年住民基本台帳法）。個人単位で作成

し世帯毎に編製する。

- ・ 続柄表記は、最大**決**平7年7月5日民集49巻7号1798頁を経て1995年3月1日より子に統一。

【家事紛争の解決手続】

- ・ 家事紛争の特殊性と手続原則（深谷）
 - ：非合理的要素の存在。弱者への援助の必要性。プライバシー問題。信頼や愛情の回復・円滑な人間関係の再構築に向けた自主的合意の尊重と援助の必要性。
 - 権利製の原則、 科学性の原則、 迅速性の原則、 秘密性の原則、 民衆性の原則、 公益性の原則
 - ・ 家庭裁判所による家事調停・家事審判、通常裁判所における人事訴訟手続の特則
 - ・ 審判事項（家審9条）と訴訟事項の区別と特徴
 - 甲類審判事項：後見・保佐などの開始審判やその取消、失踪宣告やその取消など紛争性がないもの
 - 乙類審判事項：夫婦協力扶助、婚姻費用分担、監護者指定、遺産分割など紛争性があるが協議や合意を基礎とすべきもの。職権調停の対象（家審11条）。
 - 人事訴訟事件：婚姻の無効・取消、離婚、嫡出否認、認知など基本的な身分関係の確認・形成を目的とする民事訴訟。人事事件手続法による。専属管轄・本人遂行主義・職権探知主義（弁論主義・処分権主義の制限）
 - ・ 検察官の関与・別訴禁止・判決の対世効などの特徴がある。
 - 民事訴訟事件：婚約不履行、相続回復請求、遺留分減殺など上記以外の家庭に関する事件。
 - ・ 家事調停の特徴：甲類審判事項を除いて調停前置主義（家審18条、11条）。審判官1名と家事調停委員2名以上の前での話し合い。本人出頭主義、非公開主義、職権探知主義。調停調書は確定判決と同一の効力を有する。
 - ・ 家事審判の特徴：審判官（+ 参与員）による非訟的手続。本人出頭主義、非公開主義、職権探知主義。給付を命じる審判には執行力がある。
 - その他に特殊家事調停として、 に関する合意に相当する審判（家審23条）、 に関する調停に変わる審判（家審24条）が簡易な手続として認められるが、審判後に利害関係人の異議申し立てがあれば失効する 訴権の保障。
- 関連** 審判の合憲性につき百4・92、マ13・91。
- ・ 審判前の保全処分による財産隠匿や処分の防止（家審15条の3）
 - ・ 履行確保制度（勧告・命令・過料・金銭寄託など。家審15条の5～7）

【家族法をめぐる3つの対抗軸】

個人指向型の家族法論（二宮・大村もか）：ライフスタイルや自己決定権の重視・差別禁止・専業主婦優遇への批判・離婚自由化。基本的にはパターナリスティックな国家介入に批判的スタンスを取るが、自己決定権の条件整備に当たる部分（児童虐待・家庭内暴力・離婚給付と子供に対する措置など）には介入を求め、さらに女性の労働

市場の整備など福祉国家型積極支援を肯定する。

共同性指向型の家族法論（八木）：すべてを個人化することは価値の無政府状態を招き（公序としての家族の相対化）家族秩序解体のしわ寄せは子供が受けている。国家に積極介入・支援を求める考え方は、家族の国家管理を求めることに繋がると批判し、家族共同体の保護を指向する。

法＝正義指向型の家族法論（水野）：手続的正義を重視する自己決定権に委ねきれない社会秩序の存在を指摘し（とくに子供や高齢者などの弱者保護）、家族法に国家による家族の保護法としての役割を期待し、家族に関する強行法的な公序としての家族「法」の意味を強調する。を指摘する。もっとも、国家による家族への介入は弱者保護の限度にとどめ、法によって国家介入を限定しようとする。

- ・ 以上のように分析する吉田自身は、 を基本に据えつつ、合意の名の下での実質的不平等と妻の人格抑圧の危険などを指摘する。一方、社会と法の家族支援体制整備の強化の必要性を説き、人格的利益の侵害の危険を防止するためには一定の公序が必要であると、公序としての家族の相対化には慎重。男女の実質的平等と家族構成員の人格的発展の確保が、個人の自律と自己決定によっても処分できない実体的価値だという。

【参考文献】

利谷信義編『現代家族法学』1～144頁

神谷遊「中川善之助『身分法の基礎理論』」『学説百年史』644頁以下

泉久雄「身分行為」『民法講座7』1頁以下

水野紀子「比較法的にみた現在の日本民法 家族法」『民法典の百年』651頁以下

同「第7章 序論」『民法学説百年史』630頁以下（上記のダイジェストの趣き）

吉田克己『現代市民社会と民法学』62～73、205～209、219～233頁（日本評論社、1999年）