

令和 4 年 6 月 20 日現在

機関番号：32634

研究種目：基盤研究(C)（一般）

研究期間：2019～2021

課題番号：19K01392

研究課題名（和文）家事事件の実務的課題からアプローチする実体法理の再構築

研究課題名（英文）Reconstruction of substantive law approached from the practical issues in family affairs cases

研究代表者

道垣内 弘人 (Dogauchi, Hiroto)

専修大学・法務研究科・教授

研究者番号：40155619

交付決定額（研究期間全体）：（直接経費） 3,400,000円

研究成果の概要（和文）：家事事件の実体的法理について、各人がいくつかの領域を担当するほか、共同研究として、2018年度は子の監護、2019年度は財産分与、2021年度は児童虐待に対する対応を検討した。子の監護については、子連れ別居に対して、現行民法の解釈として、必ずしも肯定的な判断ができないことを指摘し、現在の実務を批判的に考察するとともに、立法論も展開した。財産分与については、実務における分与の実体が、共有論理とどのように関係しているかを分析し、基礎的な理解の必要性を強調した。児童虐待については、実態の把握のための手法を理解し、比較法的に位置づける努力をした。

研究成果の学術的意義や社会的意義

家事法の研究において、裁判官の立場、弁護士の立場、研究者の視点を総合することは、明らかに必要であるにもかかわらず、これまで必ずしも十分ではなかった。我々の研究成果は、研究過程から、裁判官、弁護士、研究者が一堂に会して議論をするという形態をとっており、発表形態としても、同一のテーマに関する裁判官や弁護士の論考と同時に、それを踏まえた理論的な検討・学理的な見地からの反省を加える論考を発表するものとなっている。まさに、実務を踏まえた理論的な検討により、今後の家事法の議論を牽引するものとなっている。

研究成果の概要（英文）：Our joint research mainly examined child custody in 2018, property division in 2019, and responses to child abuse in 2021. Regarding child custody, we pointed out that, as an interpretation of the current Civil Code, it is not always possible to make a positive judgment against separation with children, and we critically examined the current practice as well as legislative theory. Regarding the division of property, he analyzed how the substance of division in practice is related to the logic of sharing, and emphasized the necessity of basic understanding. Regarding child abuse, he made an effort to understand the methods for understanding the actual situation and to position it in comparative legal terms.

Translated with [www.DeepL.com/Translator](http://www.DeepL.com/Translator) (free version)

研究分野：民法

キーワード：家事法 遺産分割 遺産中の果実 児童虐待 財産分与 子の監護

## 様式 C - 19、F - 19 - 1、Z - 19 (共通)

### 1. 研究開始当初の背景

本研究の代表者・分担者は、かねて、家庭裁判所の裁判官、家事事件を専門とする弁護士らと共同研究を行い、最新の实务の正確な紹介と分析の上、それを支える理論をどのように考えていくべきかの検討を行ってきた。しかし、これまで取り上げることのできたテーマはわずかであり、研究の拡大が必要とされる。

本研究は、2で述べる目的に従い、研究を拡大・継続しようとするものである。

### 2. 研究の目的

家庭裁判所実務が成熟し学説との相互交流が減少していること、最高裁判所の判例法理が、家庭裁判所の実務で、どのように捉えられ、具体的にどのように運用されているのかがわかりにくくなっていること、高齢化、離婚・再婚の増加といった社会実態の変化により旧来の家族法モデルが成立しなくなっていること、家事事件手続法・民事訴訟法・戸籍法に関する書く実務が発展してきたことを踏まえ、家庭裁判所の裁判官、家事事件を専門とする実務家の協力を得て、家裁実務、弁護士実務、戸籍実務の実態を明らかにしたうえで、そこに存在する理念的な問題性・論理的な不整合性・実質的な非妥当性を検討し、あるべき実体法的な規律を考える。

### 3. 研究の方法

裁判官・弁護士との協働と、研究分担者内での自由闊達な議論を基軸にしていく。より具体的には、まず、研究代表者の道垣内と協力者の松原正明（早稲田大学教授）が、東京家庭裁判所の裁判官1名、家事事件を専門とする弁護士2名と、問題点の洗い出しの作業を行う。その上で、東京家庭裁判所の10人程度の裁判官、家事事件を専門とする7人程度の弁護士とともに、本研究の研究者全員で研究会を行う。研究会においては、同一のテーマにつき、弁護士、裁判官、学者がそれぞれ報告し、議論する。もちろん、弁護士実務にせよ裁判実務にせよ、様々なものがありうるであり、認識や手法を異にする実務家も存在する。そして、各研究会で明らかになった問題点を踏まえ、担当者を中心として、比較法も含めた検討を行う。その際、当該担当者の得意とする外国法を考慮し、他の研究者がそれ以外の外国法を担当することになる。この作業を含め、当該テーマについて、もう一度、今度は研究代表者と研究分担者のみによる研究会を開催し、論文のかたちにとめる。

具体的テーマとして、すでに研究会自体は行った遺産分割について、さらなる討議を踏まえ、研究分担者の幡野がまとめた論文を公表した。それと並行して、2019年度には、まず、財産分与をとりあげた。研究分担者のうち中心となったのは、久保野である。2020年度には、子の監護について共同研究を行い、とりまとめは、研究分担者の石綿が行った。2021年度には、児童虐待の問題について共同研究を行い、とりまとめは、研究分担者の西が行った。

### 4. 研究成果

#### (1) 遺産分割、相続開始後に遺産から生じた果実の遺産分割対象性について

最高裁平成17・9・8民集59巻7号1931頁が提示した、賃料債権は遺産分割の対象にならず、共同相続人間で相続分に応じて当然分割されるという規律は、遺産との関係で果実に独立性を与えるという意味を有する。先に、遺産同視説の批判として挙げられていた、果実を常に審判事項とすることは、家庭裁判所における審理の長期化をもたらす、紛争の迅速な解決を困難にする、という実務上の困難は無視しえない重要性を有する。相続開始から長期間経過した後に遺産分割を行う場合に、遺産から生じた果実がどれだけ生じているのか、そのうち費用などを差し引いた純益はどれだけあるのか、といった問題を処理するために、遺産分割審判が複雑化・長期化することは望ましいことではない。この点は日仏ともに遺産から生じた果実の分配に共通して存在する問題であるということが出来る。

もっとも、フランス法との比較により、日本法の果実の取り扱いにつき、3つの問題を指摘することができる。第1に、果実を遺産分割の対象から外すものの、長期間発生した果実について、適切に計算し分配するための仕組みが用意されていない。たとえば、共同相続人の1人が自らの銀行口座で被相続人死亡後の賃料を管理していた場合に、他の共同相続人が5年以上果実から生じた収益の分配をしなかったとして、消滅時効が完成するののかという問題がある。寄託期間の定めのない場合に、寄託契約成立の時から時効が進行するというのが判例であるが、寄託する以上はたとえ期間を定めなかったとしても、一定の期間は返還請求しないであろうから、寄託時から時効が進行するというのは問題であるという学説上の批判もあるところである。他の共同相続人の収益分配請求権の時効が、仮に請求時から進行するとすると、長期間発生した果実を適切に計算し、分配することの困難性という問題が、遺産分割手続の外でお存続することになる。

第2に、何が果実に含まれるのかという問題もある。フランスでは、個人事業主が死亡し、その営業を遺産分割前に共同相続人の1人が引き継いだ場合、それは遺産から生じた果実の問題として処理され、営業を引き継いだものに対する報酬は支払われるが、報酬や費用を除いた収益

は共同相続人間で分配される。日本では、遺産である資産に、利用者が積極的に労働力を投下したり資金を投入したりすることにより初めて生み出されるもの(農地からの農産物、漁船による漁獲、個人商店の営業利益など)については、労働力や資本の投下、経営上の判断・技術等が絡み合っており、遺産からの果実ではないという考え方もあるという指摘がある。営業用の財産等が共同相続人に共有という形で帰属している限り、他の果実と同様の処理をするのが望ましいと思われるが、さらなる議論が必要であろう。

第3に、日本では、共同相続人全員の合意がある場合に限り、遺産から生じた果実を遺産分割の対象に含めることができるというのが家裁判務であるが、合意がない場合にも遺産分割の対象に含めることはできないのかという問題についても検討する必要がある。たとえば、共同相続人の1人は、被相続人から多額の生前贈与を受けており、遺産から生じた果実を他の共同相続人に分配しない限り共同相続人間の公平が保たれないという場合に、全員の合意なしに果実を遺産分割の対象に含めるといった解釈論的な方向性も十分あり得るように思われる。フランスでは、不分割権利者間(共同相続人間)で果実の分配に争いがある場合には、遺産分割により果実の分配を決する。このような規律は、相続人間の平等という観点から正当化がなされる。日本法においても、同様の相続人間の平等という見地からの例外的取り扱いを模索する必要があるように思われる。

## (2) 共有論理によらない清算的財産分与と合意に基づく多様化

裁判実務において財産分与の認定は清算的な財産分与を中心に行われ、その算定は確立した方法に従ってなされるようになってきているが、当該方法を支える考え方には課題が存するといわれる。特に、裁判実務の考え方は、専業主婦片働婚を想定して作り上げられてきたものであって、それが対等の収入を得る共働き婚にも適用されることで、その問題が顕在化しているのではないかと指摘がされることが多い。

たしかに、後に見るように、裁判実務における一般的な考え方の限界が認識されるのは、いわゆる共働き婚の事案においてであり、夫婦の実態の違いに適合した規律に課題があるように思える。このことは、専業主婦片働婚を想定して形成されてきた考え方を放棄して他の考え方を採用することや、それぞれの夫婦の実態に応じた別々の解釈を探索すべきことを示唆している可能性がある。しかし、それらの方向性を志向するのが適切かどうかを考えるためにも、まずは、専業主婦片働婚を想定して作り上げられてきた考え方の、どこがどのように問題となり得るのか、場合によっては修正が望ましいのかを、解釈論として考察する必要があるのではないかと。清算的財産分与の対象財産について、裁判実務で基礎とされている、夫婦がその協力によって得た財産であること、そのような財産は夫婦の実質的共有であること、という二段階の論理によって画する考え方、及び、その考え方に基づいて、夫婦の一方が婚姻中に得た収入は原則として夫婦がその協力によって得た財産であるとする一般的な認定方法について、解釈論としての方向性として、次の点を示す。

夫婦に「共有」される財産が財産分与の対象となるという、財産の帰属と離婚時における分配を連結する論理( )は、有効に清算的財産分与の対象財産を画する機能を果たしておらず、予測可能性を低くする要因となっている。実質的共有財産か否かという判断枠組みは、分配対象財産を画する意味しかないことを前提に、より実質的な基準の明確化が図られるべきである。について、裁判実務では、夫婦の一方が婚姻中に得た収入は、原則として夫婦がその協力によって得た財産であるという解釈をするのが一般的であると整理でき、その限界が認識されていたわけであるが、協力によって得たという論理によるかどうかをいったん留保し、夫婦の一方が婚姻中に得た収入は財産分与の対象となるという結論については、相互に同居協力扶助義務を負い、生活保持義務の履行としての婚姻費用を分担しあうという婚姻の本質に基づき、説明できる可能性がある。個々の夫婦が実情に応じて、範型としての夫婦財産関係及び財産分与と異なる効果を生じさせたいときには、合意によってそれを実現することができる。ただし、婚姻中の合意に、それに従った効果が認められるためには、要式性を求めるべきである。どのような内容であっても要式性に従って合意すれば必ず効果が認められるわけではなく、婚姻の強行的な効果に反する合意は認められない。

## (3) 子の監護をめぐる紛争

子の監護をめぐる紛争には、子の監護者・親権者の指定・変更、面会交流、子の引渡し等がある。これらは、広義の「子の奪い合い」と整理されることがある。親の一方又は双方が、実力によって子の身柄を取り合う狭義の「子の奪い合い」のみならず、広義の「子の奪い合い」である子の監護をめぐる紛争に子が巻き込まれることは、子にとって必ずしも利益ではない。また、現在、子の監護をめぐる紛争は件数自体が増加しており、紛争の激化も指摘されている。

子連れ別居をめぐる問題が生じる背景には、民法の規定の欠缺がある。そのため、問題をできるだけ根本から解決するために、立法的な対応をすることも考えられよう。子連れ別居が行われた後、監護者・親権者の指定が行われていない場合、同居親の事実上の親権の単独行使を認めることには十分な根拠がなく、同居親の行為の効力も不明確なものでなり、結果として子の利益のためにならない、という子連れ別居の問題点を重視するのであれば、少なくとも別居後速やかに監護者指定を行い、親権行使態様が法的に明確になるような方向での立法が考えられよう。

また、そもそも子連れ別居が子に与える影響が大きいこと、子連れ別居という行為自体が、居所指定権という子に重要な影響を与えるものが単独で行使されている場面であることの問題を重視するのであれば、子連れ別居を可能な限り抑止する方向での立法も考えられよう。

#### (4) 児童虐待問題と民法

従来の民法における児童虐待への対応については、次のように考えられる。

一時保護は必要な場合に躊躇なく行うべきである一方、一時的とはいえ、子どもを親から引き離すものであり、行動の自由など子どもの権利が制限されることや、親権の行使等に対する制限でもあるため、必要最小限の期間で行うとともに、判断の適正性の確保や手続の透明性の確保が必要である(検討会とりまとめでは、「一時保護により権利制限を受ける子どもや保護者にとって、十分な説明を受ける機会の保障を含めた手続の透明性の確保と、手続への参加機会の保障も重要」との指摘)。児童の権利に関する条約9条においても、父母の意に反する親子分離は司法の審査に従うことを条件として適用のある法律及び手続に従うことが求められている。(第36回社会保障審議会児童部会社会的養育専門委員会資料より)

また、児童虐待の問題が深刻化している社会状況を背景として、子に対する体罰等の有害性が広く指摘されるとともに、児童虐待防止法において、親権者による体罰の禁止が明文で定められるに至るなど、子に対する懲戒権の在り方等に関する社会通念にも変化が生じている。このような社会通念の変化を前提に、児童虐待を正当化する口実に利用されているとの指摘のある民法第822条を削除することなどにより、児童虐待は正当な親権の行使とはいえ許されないことなどを規定上も明確にして、児童虐待の防止を図ろうとするものである。

ここにおいては、克服されなければならなかった親「権」という問題がある。

戦後日本の課題としての「権力関係としての親子関係の象徴」である親権概念・親権法の「近代化」(家父(長)権的・支配権的性格の払拭)が必要とされ、親権の義務性・社会性・後見性が強調～権利から義務へ～された。この流れの中で、親権・後見統一論、親権廃止論も唱えられ、子の利益の強調することから、「親権」という名称の見直しも提案された(ex. 親責任、親義務、監護権、親の配慮)。しかし、事理弁識能力のない子を教育して、国・社会・家族親族とたたかい、国に対して必要な支援を要求して、子を守るのも親であると考えられてきた。つまり、制限したくても、制限できない、制限すべきではない、という面もあるのである。

そして、そもそも、虐待の動機は親権の有無にかかわらない。親権(法)だけで対応できないし、すべきではない。民法に関しては、出生、親子関係の成立段階から多層的・多元的対応を可能とする親子関係法を構築できないか、と考える。

## 5. 主な発表論文等

〔雑誌論文〕 計10件（うち査読付論文 0件 / うち国際共著 0件 / うちオープンアクセス 1件）

1. 著者名 石綿はる美	4. 巻 2145
2. 論文標題 民法910条に基づき支払われるべき価額の算定の基礎となる遺産の価額	5. 発行年 2020年
3. 雑誌名 金融法務事情	6. 最初と最後の頁 74-77
掲載論文のDOI（デジタルオブジェクト識別子） なし	査読の有無 無
オープンアクセス オープンアクセスではない、又はオープンアクセスが困難	国際共著 -
1. 著者名 石綿はる美、窪田充見、増田勝久、潮見佳男	4. 巻 1542
2. 論文標題 これからの相続法 相続法改正の意義と将来の課題	5. 発行年 2020年
3. 雑誌名 ジュリスト	6. 最初と最後の頁 74-95
掲載論文のDOI（デジタルオブジェクト識別子） なし	査読の有無 無
オープンアクセス オープンアクセスではない、又はオープンアクセスが困難	国際共著 -
1. 著者名 石綿はる美	4. 巻 32
2. 論文標題 嫡出推定・否認制度の再検討	5. 発行年 2020年
3. 雑誌名 論究ジュリスト	6. 最初と最後の頁 34-42
掲載論文のDOI（デジタルオブジェクト識別子） なし	査読の有無 無
オープンアクセス オープンアクセスではない、又はオープンアクセスが困難	国際共著 -
1. 著者名 久保野恵美子	4. 巻 249
2. 論文標題 消費者取引と日常家事債務	5. 発行年 2020年
3. 雑誌名 別冊ジュリスト	6. 最初と最後の頁 78-80
掲載論文のDOI（デジタルオブジェクト識別子） なし	査読の有無 無
オープンアクセス オープンアクセスではない、又はオープンアクセスが困難	国際共著 -

1. 著者名 久保野恵美子	4. 巻 32
2. 論文標題 親権者の懲戒権への家庭裁判所の関与について	5. 発行年 2020年
3. 雑誌名 論究ジュリスト	6. 最初と最後の頁 50-54
掲載論文のDOI (デジタルオブジェクト識別子) なし	査読の有無 無
オープンアクセス オープンアクセスではない、又はオープンアクセスが困難	国際共著 -

1. 著者名 西希代子	4. 巻 72
2. 論文標題 日本遺留分法の誕生－継受法からの脱却	5. 発行年 2020年
3. 雑誌名 法曹時報	6. 最初と最後の頁 1-79
掲載論文のDOI (デジタルオブジェクト識別子) なし	査読の有無 無
オープンアクセス オープンアクセスではない、又はオープンアクセスが困難	国際共著 -

1. 著者名 幡野弘樹	4. 巻 101
2. 論文標題 フランスにおける非財産的権利に関する遺言執行者の役割 葬送の自由・著作者人格権を素材として	5. 発行年 2020年
3. 雑誌名 立教法学	6. 最初と最後の頁 132-153
掲載論文のDOI (デジタルオブジェクト識別子) 10.14992/00019338	査読の有無 無
オープンアクセス オープンアクセスとしている(また、その予定である)	国際共著 -

1. 著者名 木村敦子	4. 巻 61
2. 論文標題 妻の過去の不貞行為の相手方の離婚した夫に対する離婚慰謝料についての責任	5. 発行年 2020年
3. 雑誌名 私法判例リマークス	6. 最初と最後の頁 42-45
掲載論文のDOI (デジタルオブジェクト識別子) なし	査読の有無 無
オープンアクセス オープンアクセスではない、又はオープンアクセスが困難	国際共著 -

1. 著者名 久保野恵美子	4. 巻 4
2. 論文標題 共有論理による清算的財産分与の限界と課題	5. 発行年 2020年
3. 雑誌名 家事法の理論・実務・判例	6. 最初と最後の頁 44-58
掲載論文のDOI (デジタルオブジェクト識別子) なし	査読の有無 無
オープンアクセス オープンアクセスではない、又はオープンアクセスが困難	国際共著 -

1. 著者名 池田清貴、佐野みゆき、道垣内弘人、鈴木裕一、松原正明、ローツ・マイヤ	4. 巻 4
2. 論文標題 子の引渡しをめぐる	5. 発行年 2020年
3. 雑誌名 家事法の理論・実務・判例	6. 最初と最後の頁 59-94
掲載論文のDOI (デジタルオブジェクト識別子) なし	査読の有無 無
オープンアクセス オープンアクセスではない、又はオープンアクセスが困難	国際共著 -

〔学会発表〕 計0件

〔図書〕 計4件

1. 著者名 磯谷文明、町野朔、久保野恵美子、水野紀子、若瀬徹、柑本美和、浜田真樹、藤田香織	4. 発行年 2020年
2. 出版社 有斐閣	5. 総ページ数 741
3. 書名 児童福祉法・児童虐待防止法 実務コンメンタール	

1. 著者名 道垣内弘人 = 松原正明編	4. 発行年 2019年
2. 出版社 勁草書房	5. 総ページ数 240
3. 書名 家事法の理論・実務・判例 3	

1. 著者名 道垣内 弘人、松原 正明	4. 発行年 2020年
2. 出版社 勁草書房	5. 総ページ数 216
3. 書名 家事法の理論・実務・判例4	

1. 著者名 道垣内 弘人、松原 正明	4. 発行年 2022年
2. 出版社 勁草書房	5. 総ページ数 160
3. 書名 家事法の理論・実務・判例 5	

〔産業財産権〕

〔その他〕

-

6. 研究組織

	氏名 (ローマ字氏名) (研究者番号)	所属研究機関・部局・職 (機関番号)	備考
研究分担者	宮本 誠子 (Miyamoto Sakiko)  (00540155)	金沢大学・法学系・教授  (13301)	
研究分担者	石綿 はる美 (Ishiwata Harumi)  (10547821)	一橋大学・大学院法学研究科・准教授  (12613)	
研究分担者	大島 梨沙 (Ooshima Risa)  (20580004)	新潟大学・人文社会科学系・准教授  (13101)	



6. 研究組織（つづき）

	氏名 (ローマ字氏名) (研究者番号)	所属研究機関・部局・職 (機関番号)	備考
研究分担者	幡野 弘樹  (Hatano Hiroki)  (40397732)	立教大学・法学部・教授    (32686)	
研究分担者	西 希代子  (Nishi Kiyoko)  (40407333)	慶應義塾大学・法務研究科（三田）・教授    (32612)	
研究分担者	木村 敦子  (Kimura Atsuko)  (50437183)	京都大学・法学研究科・教授    (14301)	
研究分担者	久保野 恵美子  (Kubono Emiko)  (70261948)	東北大学・法学研究科・教授    (11301)	

	氏名 (ローマ字氏名) (研究者番号)	所属研究機関・部局・職 (機関番号)	備考
研究協力者	松原 正明  (Matsubara Masaaki)	早稲田大学・元教授    (32689)	

7. 科研費を使用して開催した国際研究集会

〔国際研究集会〕 計0件

8. 本研究に関連して実施した国際共同研究の実施状況

共同研究相手国	相手方研究機関