

家族法における人間像と家族法改正問題

小沼 イザベル

はじめに

家族に関する法律において、法的主体（法の適用対象となる人間像）はどのように描かれているか。現在様々な課題のもと、民法の一部を構成する家族法の改正作業が進められている。夫婦別姓、非嫡出子差別、離婚後300日問題などの提起により、戦後から現在まで一定のまとまりを見せていた家族モデルが明らかに限界を見せているのが現状である。

なお、家族モデルが語られる際、モデルという言葉に注意しなければならない。現行民法では、明白なモデル設定はなされておらず、夫婦・親子同氏の原則（民法750条・790条）、さらに戸籍法の同氏同戸籍の原則（第6条）に基づいて、婚姻夫婦とその戸籍に記載されている子供が一つの家族と見なされている。

これを現行家族モデルとすると、現在、家族法の抱えている諸問題に対しこのモデルをどう対応させていくべきかという具体的方法論が主に採られている。しかし、本稿ではこのような視点からではなく、現行家族法がどのような人間像を描いているか、いわば法における人間像に焦点をあて、そこから現在の改正の方向を模索してみたい。つまり、「現実の人間」に対する法の適用問題を直接的に論じるのではなく、ラートブルフ（Gustav Radbruch, 1878-1949）の言う「人間の映像」を現行家族法に限って抽出した上で、家族問題の分析を試みたい。これにより、モデルそのものを否定するのではなく、その中で何が限界とされ、どのような変化が期待されているのか検討していきたいと思う。

1. 法的主体の分類

法的主体は、フランスの家族法社会学者イレーヌ・テリー（Irene Théry）を引用すれば、四種類に分類することができる¹。

第一には、人権の主体となる「理想的人間像」が挙げられる。「全ての市民は法の下に平等にある」とフランス人権宣言でも述べられている「市民」がそれに当たり、「全て国民は、法の下に平等であって（略）」と日本国憲法第14条で詠われている「国民」がそれである。老若男女を問わず、一切の個人的特色をも払拭した理想的人間像が人権享受者として描かれている。

第二には、社会生活上必要な「身分」を規定した結

果生じる「社会的人間像」が挙げられる。これは家族構成員として、父にあたるか、母にあたるか、子であるか、または嫡出子であるか否か等の相対的変動的な条件によってその権利義務が左右される状態を示す。この理想的人間像と社会的人間像のギャップにより、例えば非嫡出子の合憲性問題が生じる。

第三の分類は、第二の分類が団体系的な強い社会において適用されていたのに対し、それら個別的な社会とその特殊性の衰退、そして人類という単一の文明社会を築いていくという言わば世界的なプロセスを代表するものだとテリーは述べている。すなわちこの過程は、父、母、夫、妻、息子、娘など、身分に応じて全く異なる扱いを受けていた「社会的人間像」が、男性と女性とに大きく二分され、その結果新しく創出された人類共通の男性像と女性像へ移行しつつあることを表すものと言える。なお、このプロセスは普遍主義（universalisme）に伴い生じたものであり、従ってそう古くない分類であるとテリーは述べている。ここではこれを「文明的男女像」と呼びたい。

第四の分類は、同じく男女の分類ではあるが、身体的違いを基準にした分類である。つまり、アリストテレスの言う最も根本的な分類、「生む性と生ませる性」がこの「身体的男女像」に当たる。

これらの分類に基づいて、日本の家族法がどのような人間像を描きだしてきたか、明治民法と現行民法の比較分析を試みたい。さらにその結果、現在の家族法改正の試みを複数の分類間のテンションという視点から分析し、現在の家族を取り巻く諸問題へまで考察を進めていきたいと思う。

2. 明治身分法と現行家族法の比較

1) 明治身分法

明治民法（1898年）は、周知のとおり日本社会に欧米法が導入されて初めて適用された民法である。「家」が規定されている第四編と第五編には、男女不平等規定は勿論のこと、嫡出性、系統などにも左右された不平等規定が多々ある。なお、家族構成員はどのような言葉で表現されているのであろうか。

男女規定

- 第七六五条 男ハ満十七年女ハ満十五年ニイタラサレハ婚姻ヲ為スコトヲ得ス
- 第七七二条 子カ婚姻ヲ為スニハ其家ニ在ル父母ノ同意ヲ得ルコトヲ要ス但男カ満三十年女カ満二十五年ニ達シタル後ハ此限ニ在ラス

配偶者規定

- 第九九六条 前二条ノ規定ニ依リテ遺産相続人タルヘキ者ナキ場合ニ於テ遺産相続ヲナスヘキ者ノ順位左ノ如シ
- 第一、配偶者
- 第二、直系尊属
- 第三、戸主

夫妻（おとつま）規定

- 第七八八条 妻ハ婚姻ニ因リテ夫ノ家ニ入ル
- 第七八九条 妻ハ夫ト同居スル義務ヲ負フ
夫ハ妻ヲシテ同居ヲ為サシムルコトヲ要ス
- 第七九八条 夫ハ婚姻ヨリ生スル一切ノ費用ヲ負担ス（…）
- 第八〇一条 夫ハ妻ノ財産ヲ管理ス
- 第八〇四条 日常ノ家事ニ付テハ妻ハ夫ノ代理人ト看做ス
- 第八一三条 夫婦ノ一方ハ左ノ場合ニ限り離婚ノ訴ヲ提起スルコトヲ得
- 一、(略)
- 二、妻カ姦通ヲ為シタルトキ
- 三、夫カ姦淫罪ニ因リテ刑ニ処セラレタルトキ
- (以下略)

夫婦規定

- 第七九〇条 夫婦ハ互ニ扶養ヲ為ス義務ヲ要ス

父母（ちちはは）規定

- 第八二七条 嫡出ニ非サル子ハ其父又ハ母ニ於テ之ヲ認知スルコトヲ得
父カ認知シタル子ハ之ヲ庶子トス

- 第八七七条 子ハ其家ニ在ル父ノ親権ニ服ス但独立ノ生計ヲ立ツル成年者ハ此限ニ在ラス
父カシレサルトキ、家ヲサリタルトキ又ハ親権ヲ行フコト能ハサルトキハ家ニ在ル母之ヲ行フ

ここで多く使用されている表現は、「夫」と「妻」、「父」と「母」である。つまり、個々の身分に応じて権利義務が変化し、男として、女として一生を過ごす間、息子・娘、夫・妻、父・母、祖父・祖母と一定の間隔を置いてその身分が変動する。それに対し、「男」「女」という表現を用いている条文は非常に少なく、非婚男性・非婚女性を指しているものが例外的にあるにすぎない。つまり、家族との関係性（既婚か否か）が男女という普遍的な分類よりも実生活の法律において大きく影響していたことが伺え、上記分類によると第二の分類、「社会的人間像」が色濃い法律と言えよう。

しかし明治民法は、男女という身分差とその他の社会的な身分差をどのように区別していたのであろうか。ここで改めて、性別による身分差と生まれによる身分差が各々どのように関連しあっていたのか、相続順位を参考に考えてみたい。特に、男の非嫡出子と女の嫡出子間の家督相続順位に関する規定は大変興味深いので、簡単に紹介したい。

明治民法（1898年）

- 第九七〇条 被相続人の家族タル直系卑属ハ左ノ規定ニ従ヒ家督相続人ト為ル
- 一 親等ノ異ナリタル者ノ間ニ在リテハ其近キ者ヲ先ニス
- 二 親等ノ同シキ者ノ間ニ在リテハ男ヲ先ニス
- 三 親等ノ同シキ男又ハ女ノ間ニ在リテハ嫡出子ヲ先ニス
- 四 親等ノ同シキ嫡出子、庶子及ヒ私生子ノ間ニ在リテハ年長者ヲ先ニス

1942年改正後

- 四 親等ノ同シキ者ノ間ニ在リテハ女ト雖モ嫡出子及ヒ庶子ヲ先ニス

1942年改正前までは、家督相続は次のような基準で行われていた。まずは男子を優先し、複数いる場合は

嫡出性を問い、そして最後に年齢別に家督相続順位を決めるという方法である。つまり非嫡出子の男子は、嫡出子の女子より先に家督相続人となる資格を有していた。

1942年改正以降はこれが逆になり、嫡出子・庶子の女子は私生子の男子より優先的に戸主となる資格が付与された。男女平等がまだ法的に認められていなかった当時、このような改正がなされたことは注目にあたいする。しかし、この改正の目的が婚姻家族を保護することにあり、戦中の妻たちの心配をやわらげることにあつたということは、当然考えに入れなければならない。すなわち、結婚の価値を見直すという目的で行われた、あくまでも社会的人間像レベルでの改正だと言えよう。

2) 戦後家族法

1946年、日本国憲法が公布され、国民の基本的人権が規定されている第三章14条のもと、このような個人的な性別・社会的身分等を一切払拭した平等原則が掲げられる。特に、家族内における男女差別は24条により禁じられた。

これらを受け家族法が大々的に改正され、1947年に新しく公布された。その際、明治身分法の「夫妻（おとつま）」規定、「父母（ちちはは）」規定はどのように改正されたのであろうか。

夫妻（おとつま）規定から夫婦規定へ

第750条 夫婦は、婚姻の際に定めるところに従い、夫又は妻の氏を称する。

第752条 夫婦は同居し、互いに協力し扶助しなければならない。

第760条 夫婦は、その資産、収入その他一切の事情を考慮して、婚姻から生ずる費用を分担する。

父母（ちちはは）規定から父母（ふぼ）規定へ

第818条 成年に達しない子は、父母の親権に服する。

男女規定の存続

第731条 男は、十八歳に、女は、十六歳にならなければならない。婚姻をすることができない。

第733条 女は、前婚の解消又は取消の日から六箇月を経過した後でなければ再婚をすることができない。

以上のように、「夫妻（おとつま）」規定、「父母（ちちはは）」規定は、一つの単位として導入された「夫婦」規定、「父母」規定に換われ、単位内の平等化が憲法の夫婦同権思想（第24条）のもと試みられたことが分かる。さらに、「家」で強固な身分差別を生み出していた家督相続の制度も廃止された。この変化は、戦後人権思想が日本にも上陸したことの直接的な影響であり、この際「身分法」も「家族法」と改められた。ここで新たに注目されるのは、人権と家族法の関係である。

そもそも人権とは、社会的現実をすべて切り落としの上で発生する権利であるが、「その強みはさまざまな歴史的社会的しがらみをあっさりとは断り、社会革新をはたすことができること、弱みは、そのしがらみを断ち切ることによって、現実の中で多くの血を流すこと」（石川顕治）とも言われている²。このような人権思想のもと、強固な社会的人間像を作り出していた明治の「家」構成員像は払拭され、男女平等原則が導入された。それと同時に、理想的人間像と社会的人間像との間に軋轢が生じることになる。さらにこれに伴って、一方では家族という団体を公序という名の下保護しつつも、他方ではその私的領域に属する部分は個人の自由に任せるという、いわゆる公私二元的社会構造が生み出された。結婚はここで新たな意味合いを持つにいたり、結婚と平等、さらに社会的人間像と理想的人間像との間に矛盾が生じる。

3. 結婚と理想的人間像との関係

この二重構造に沿って、特に次の二点に注目したい。個人の自由・平等が理想的人間像のもと詠われているが、既婚男女（夫婦）の間ではどのような人間像が描かれているか。さらに、非婚男女と既婚男女の法的地位の違いは、理想的人間像という視点からどのように説明できるか。

1) 理想的人間像としての夫婦とその現実

現行民法は、夫婦の平等を建前としている。しかし、この形式的平等が実際適用されているかというところではない。それは、結婚改姓が97%女性により行われており、かつ離婚後80%以上は母親が親権者となっているにもかかわらず、そのうち財産分与請求がなされるのはごく一部に限られているという現実からも伺える。とくに協議離婚（全体の90%）が多く活用される日本においては、離婚に合意してもらうために財産分与をあきらめるケースが少なくない。1998年度統計によれば、3割程度だけが離婚に際し金銭その他の財産の分与を受けている³。このことは、平等という原

則が自由原則と同時に活用され、重要な決定が個々人の判断に委ねられていることと大きく関係がある。つまり、理想的人間像の導入が、あまりに非現実的なレベルにおいてなされたため、実社会への適用が（自由原則の下）行われず、従来の社会的人間像が残存していると言えよう。しかし理想的人間像と家族法の関係を考える際、二段階に分けて考える必要がある。

まず、理想的人間像が掲げられつつも、それが家族法レベルで完全に適用されていない状態が挙げられる。すなわち、家族のもつ団体性が各構成員の理想的人間像より法的に優先されることにより、家族内の個人は、独立した男女というよりもまず、家族を構成するメンバーとして捉えられるのである。結婚すると既婚男女は人権享受者として持っていた権利を失い、夫婦としての地位が法的に先行する。夫婦同氏の強制はこのよき一例であり、男女としての法的アイデンティティーが結婚と共に失われることを如実に示していると言えよう。かといって、重婚の禁止などのように、一定のモデルを設定することによって公序良俗が守られていることから伺えるが、モデルの存在自体、個人の人権と完全に相反するとは一概には言えない。これは、基本的人権の限界が公共の福祉であることを意味する。第二に、理想的人間像が法的に描かれていても、実社会においてその性質を完全に失ってしまう状態が挙げられる。つまり法的にいくら平等であろうと、それが実際適用されるにあたって大きい社会的不平等を生む原因となっている場合であり、形式的平等と実質的平等の違いがこれに相当する。結婚改正が女性によりなされている現状、親権が主に母親により行われている状態、財産分与という制度があるにもかかわらず活用されていない状態が実質的不平等を生み出している原因と考えることができる。

以上のように、家族がモデルとして存在することと個人の人権の保障問題が、現在相矛盾するものと感じられつつあること、さらに権利があるのにそれを行使しづらくしている社会的環境、この両者は区別して考慮されなければならない。特に後者は、形式的平等の影響がモデル内では限られていること、つまり家族法への理想的人間像導入が、逆に社会的人間像の復活もしくは存続を促したことを物語っている。

対処法を考える際も、両者別に対応していく必要がある。前者では、平等・自由原則にモデルという枠組みをどう重ねていくか、後者では、それら自由平等規定をジェンダーなどの現状とどう結びつけていくか、以上の二方面からの対策が求められる。最終的には、前者は、モデルを緩めるかどうか、どこまで公序良俗

を家族内に保つべきかという問題に行き着くのに対し、後者は積極的格差是正措置（ポジティブアクション）などを使って法は社会を変えるべきか、さらに多様性を認めるべきか、もしくは社会モデルの提示に徹すべきか、などの法観念の問題をも内包するものである。

2) 既婚男女と非婚男女：理想的人間像の追求

今まで婚姻家族というものが当然標準的なものとして考えられていたのに対し、現在は、その婚姻家族メンバーになることによるデメリットだけでなく、さらにならないことによるデメリットに焦点があてられ、モデル基準というものが自体が疑問視されるにいたっている。つまり、モデル内におさまることによるデメリットが先に論じられたのだが、それ以前に、モデル内におさまらないことによるデメリットも存在しているのである。

モデル内であれ外であれ、「合理的で自律的な主体像」というものが戦後から今まで単一的に存在していた。しかし近年は、人権意識の高揚とともに、様々な人間像（高齢者、非婚夫婦、非嫡出子など）が表出しつつあり、それらに対して福祉といういわば最低ラインによる救済策ではすまされなくなっている。家族法にあっても、女性の人権、子供の人権の名の下、この複数具体像を無数に形成・承認していこうという流れが存在している。このプロセスは、理想的人間像提唱のもと社会的人間像が無数に形成されるという、一見矛盾した動きに沿っているかのように見える。しかしここで特筆すべきことは、この理想的な社会的人間像が、身分制定ではなく、法的保護を目的として形成されていることである。フランスの法学者ローラン・ルヴヌールは、有名なメーンの言葉「身分から契約へ」が、その実逆の流れをたどっている例外的なケースだとこれを指摘している⁴。その流れをたどるなら、社会的人間像から理想的人間像、そしてさらに理想化された社会的人間像へと、今日の間像は向かっているのではなからうか。

さらに注目すべきことは、これに伴い人権の定義も変化しつつあることである。人権は、18世紀に国家から個人を守るものとして出現したが、今では国家が私的領域においてこれを保障すべきものとされ、概念が大きく変わって来ている。この流れは、要保護とされる法的人間像が新たに形成されつつあることを説明するものとして、非常に重要と言える。

むすび

戦後家族法では、家族モデルに組み込まれる個人

は、個人として特定の権利を失いつつも、他方では夫婦として新しい権利を得ていた。しかし、現在の人権擁護傾向により、婚姻家族外の個人の人権の尊重、そして夫婦の人権の尊重というダブル構造で変革が進んでいる。これは、家族モデルのもとで描かれていた夫婦、非嫡出子、事実婚カップルという現実的人間像が、法的に保護されるべきものとして見直されつつあることを意味し、家族の多様化を促す流れを作っていると考えられる。

参考文献

- 芦部信喜（高橋和之補訂）『憲法』岩波書店（2007年）
牛山積『市民法と労働法における法的主体性』早稲田法学
会誌12号（1962年）143-183頁
樋口晟子『「家族」と「個人」の相克』東北大学出版会（2000
年）
水野紀子（編）『家族—ジェンダーと自由と法』東北大学

出版会（2006年）

- 『（座談会）法における人間像を語る』（特集—法は人間を
どう捉えているか）法律時報80巻1号（2008年）4-32頁
FENOUILLET, DOMINIQUE & De Vareilles-Sommières, Pascal, *La
contractualisation de la famille*, Paris, Economica, 2001.
THÉRY IRÈNE, *La distinction de sexe – une nouvelle approche de
l'égalité*, Paris, Odile Jacob, 2007

注

- 1 THÉRY Irène, *La distinction de sexe – une nouvelle approche
de l'égalité*, Paris, Odile Jacob, 2007, p. 33-49.
- 2 『（座談会）法における人間像を語る』（特集—法は人
間をどう捉えているか）法律時報80巻1号（2008年）4
-32頁
- 3 棚村政行「結婚の法律学」有斐閣選書（2002年）75頁
- 4 FENOUILLET, Dominique, VAREILLES-SOMMIÈRES (de),
Pascal (sous la dir. de), *La contractualisation de la famille*,
Paris, Economica, 2001, p. 12.

こぬま イザベル／パリ第7大学 国立東洋言語文化大学 講師