

日本家族法の特徴

水野紀子

第二〇回丸山眞男文庫記念講演会は、講師に水野紀子先生をお招きいたしました。水野先生は名古屋大学教授、東北大学教授を経て、現在は白鷗大学教授を務めておられます。民法、家族法を専攻され、日本私法学会理事、日本家族（社会と法）学会理事長、国の生命倫理・安全部会委員、生命倫理専門調査会委員、出入国管理政策懇談会委員、法制審議会民法（相続関係）部会委員などを歴任されております。編著として『社会法制・家族法制における国家の介入』（有斐閣、二〇一三年）、『信託の理論と現代的展開』（商事法務、二〇一四年）、『相続法の立法的課題』（有斐閣、二〇一六年）などを出版なさっています。

新型コロナウイルス感染症拡大防止のため、今回の講演会は録画配信という形で開催しました。本『報告』では、ご講演をもとに水野先生にご執筆いただきました文章を掲載いたします。

ご講演くださいました水野紀子先生に深く感謝申し上げます。

東京女子大学丸山眞男記念比較思想研究センター長 和田博文

一 はじめに〜歴史的な視座の中で〜

世界中を吹き荒れているコロナ禍は、スキャンにかけるように、それぞれの社会の特徴や課題を浮き彫りにする。貧富の格差、女性たちの置かれている地位、そして法の果たしている機能などである。日本では、非常勤で不安定な職についている女性たちが職を失い、母子家庭の綱渡りの日々が破壊された。休校措置は、給食を頼りに栄養をとっていた子供たちを直撃した。人々は、いわゆる「世間」の圧力の下、法的な根拠のない自粛要請に従順に従い、自粛警察すら現れる一方、裁判所は、日程の延期などで、裁判官たちは時間の余裕ができたと聞く。対照的に、日本民法とくに家族法の母法であるフランスでは、行政裁判所（コンセイユ・デタ）が大忙しであった。フランス行政裁判所には、「自由権緊急審理手続き」という特別手続きがあり、基本的人権が著しく侵害されていれば、四八時間以内に救済命令を出す任務

を負うため、コロナ対応の行政措置が救済命令に当たるかどうか、多くの提訴に答えなければならなかった。マスク着用義務化は合法であるが、本人の承諾か立法のない体温の自動測定は違法である、などの判断が下され、行政権は、行政裁判所の判断を予期して、基本的人權に配慮した措置を執らなければならぬ。

「基本的人權の擁護」など、法の求める価値は、それを実現する仕組みが整っていなければ、法ではなく、「祈り」に近くなる。また、「自由」と「平等」がそうであるように、憲法の求める大文字の正義は、相互矛盾することも少なくない。現実社会に適用するためには、具体的な実定法が、その矛盾を止揚して、妥協と共生の秩序を作り出さねばならない。日本家族法は、その秩序を作り出し、実際にそれを実現する役割を、十分に果たせているだろうか。また法的には、発展途上国にあるのではないだろうか。それが、本講演のテーマである。

今年二〇二一年は、一八六八年の明治維新から一五三年にあたる。そして一九四五年の敗戦で区切ると、明治維新からの前半は七七年、後半は七六年となり、ほぼ中間地点にることになる。明治民法は、維新から三〇年後の一八九八年の立法であった。権利や義務や時効という言葉そのものを創り出すところから始められた近代法の立法が、明治維新からわずか三〇年で成し遂げられたことは、驚異的な偉業であった。

私が大学生のときに聴講した講義で、三ヶ月章（一九二一年～二〇一〇年。恩師を含め、本稿では敬称を略す）が、法典編纂の作業を東

京オリンピックの前の建設にたとえたことがある。法典編纂は、オリンピック準備と同様に、「信じられないスピードで成された驚異的な作業」だったという形容であった。一年延期された今年の東京オリンピックは、コロナ禍により風前の灯火であるが、一九六四年の東京オリンピックは、当時小学生だった私にも記憶がある。一九六四年の東京オリンピックは、今回予定されている東京オリンピックとは桁違いの盛り上がり方だった。小学生たちも、先生たちも、何ヶ月も前からオリンピックの話題ばかりで、いよいよ始まると毎日、白黒テレビにかじりついた。今にして思うと、一九六四年は、あの徹底的な敗戦から二〇年と経っていない。戦争の記憶がまだ生々しい時代だった。そして東京オリンピックは、復興を成し遂げた日本を象徴する行事だった。たった二週間のオリンピックにむけて、何年も前から東京は大改造されていた。東海道新幹線も、羽田空港のモノレールも、首都高速道路も、オリンピックに間に合わせるために突貫工事が行われた。

江藤淳は、これを「戦争」と表現した。「昼夜を分かたずに推し進められている大建設工事を見て、ああ日本人は今戦争をしているのだな」と感じたものである。戦争以外のなものも、『建設』の名を借りて行われているあの大規模な破壊の、あるいは情容赦もない破壊によって成しとげられて行く『大建設』の、狂気のような進行ぶりを正当化するものはなかった。（中略）人々は、外側からみれば僅か二週間で終わってしまうスポーツの祭りにすぎぬものの名をかりて、見えない敵に対して挑んでいるように見えた。その敵とは、大きくいえば提督べ

リーの来航以来、日本人の肩の上のしかかっている宿命という名の敵である。歴史家のいわゆる日本の『近代化』が開始されてからこのかた、われわれはつねに不幸であった。(中略)諸外国の圧力に抗して、世界の数ある国のひとつとして辛くも存立を保つためには、われとわが手にかけて自分の馴れ親しんだ生活を破壊せねばならなかったからである。われわれは、この不幸の補償を戦争に求め、(中略)一九年前の敗戦が決定的にこの可能性を奪い去った。(中略)一九六四年の秋現在、日本が誰からもうしる指をさされずに戦って勝ち得る場所は、『平和』と『国際親善』の祭典であるオリンピック以外になかった。」(江藤淳「幻影の『日本帝国』」『江藤淳著作集6』講談社)。

三ヶ月章の形容には、江藤淳の表現と呼応するものがある。東京オリンピック前の建設作業の進行中は、私は幼かったから、自分自身の経験としてはよくわかっていなかったはずであるが、この相似は腑に落ちた。一九二一年生まれの三ヶ月章も、法典編纂過程を自分で体験した年代ではなく、歴史として勉強したのでろう。しかし生まれる二三年前に民法典が成立している年齢だと、もしかすると親の世代の記憶を追体験していたのかも知れない。戦後生まれの私が、両親の戦争経験を追体験していたように。

丸山眞男(一九一四年～一九九六年)が研究対象にしていた福澤諭吉(一八三一年～一九〇一年)は、二世紀半の長きにわたって続いた徳川日本の世に生まれて、それが崩壊する過程に参加し、明治民法の成立後まで生きて、日本の近代化という「戦い」を見届けた。丸山眞

男の政治学に限らず、学問は、どの領域であっても、先人から手渡され、次の世代に渡されるバトンである。家族法学は、明治民法下で家族法学の父と言われた穂積重遠(一八八三年～一九五一年)から、中川善之助(一八九七年～一九七五年)へと受け継がれ、戦後の民法改正を主導した中川善之助が、戦後の家族法の通説となった。いわば社会の臨床学である法学においては、それぞれの時代を生きた先人たちが、その時代の現実と苦闘した結果が、その学問となる。穂積重遠は、家族法の諸概念を西欧法から導入する研究をする一方、家制度のもたらす弊害については、将来の社会の変化に期待をつないだが、中川善之助は、解釈法学として家制度を換骨奪胎する努力を続けた。「敗戦以前にあつては、家族制度を否認攻撃することが直ちに危険思想とされた。それはやがて天皇制につながる考え方だからである。天皇の神格を否定したり、軍部の横暴を非難することと同じように、家族制度を批判することは火中の栗を拾うに似た業であった」(中川善之助『北向きの部屋』日本評論社)と、中川善之助が述懐するように、それは当時、大変な勇氣のある営みであった。明治民法と戸籍の作り上げた家制度は、国民国家イデオロギーの一部となつて、日本社会に根を下ろしていった。

戦後改正は家制度を廃止したが、「家破れて氏あり」(宮澤俊義)と言われたように、氏を通じて家意識は残存した。戦後早くから夫婦別氏選択制を肯定する論文を書いていた加藤一郎(一九二二年～二〇〇八年)は、法制審議会民法部会身分法小委員会委員長として、一九九

六年に別氏選択制を含む婚姻法改正要綱をまとめたが、政府提案と変わらないまま、今日に至っている。私は、加藤一郎が東大で育成した最後の弟子にあたり、この身分法小委員会の幹事を務めた。「多分、僕最後の仕事になると思うから、手伝ってくれたまえ」と言われた恩師の声が、記憶によみがえる。法制審議会が提案した民法改正が実現しなかったのは、明治民法前の夫婦別氏の歴史は忘れ去られて、夫婦同氏が家意識のとりでとなってきたからであり、現在でも、家族法改正の最大のトピックとなり続けている。しかし日本家族法の最大の問題は、そこにはないと私は考える。その問題点は、西欧法の家族法と比較したときの日本家族法の特殊性にある。

二 日本民法の特殊性

(1) 徳川日本の文化的遺伝子

日本家族法の特殊性を考えるとときには、明治維新以前、二世紀半も続いた徳川日本について考える必要がある。その延長線上に日本家族法の特殊性が構築された側面があるからである。

徳川日本の社会は、イエによって構築されていた(明治民法の家制度と区別するために、カタカナ表記する)。イエは、家業を営むある種の法人ないし機構であり、武士も、町人も、百姓も、日本人は、どこかのイエに帰属し、そのイエの職業を営んで生きた。武士は、将軍家から足軽まで、町人は、大店から棒手振り商人まで、百姓も庄屋から

水飲み百姓まで、イエがピラミッド階層をなしている家職国家であった。イエの当主は、イエに帰属する家族や雇い人たちの生存を維持する義務を負い、代わりにメンバーは、イエに滅私奉公した。このような社会は、東アジアの中では例外的で、中国や朝鮮は、男系血統集団すなわち宗族が主となる社会であり、宗族が生存を維持する相互扶助のセーフティネットとなっていた。日本のイエは、男系血統にこだわらず、イエの経営能力がある当主を得るために、養子も頻繁に行われた。

また、たいていの社会は、権力と富は同じ階層に帰属するが、徳川日本は、権力は武士に、富は町人に、分立帰属していた。武士は、百姓一揆を起こされる危惧から年貢を上げられず貧しかったが汚職のごく少ない潔癖な統治を行った(この伝統は、日本の公務員の汚職の少なさにつながる)。それは「お上」への信頼に結びついた。幕末に日本に來た外国人たちは、徳川日本の社会について、「行政組織が最高度に発達している」(カール・ローゼンクランツ)、「徳川將軍時代の日本の政治はどこから見ても秩序と規律の奇蹟」(ジョージ・サンソム)と感嘆している。この治安の良さは、村請制度や五人組などによる相互監視がもたらしたものであったろう。相互監視するこれらの「世間」は、監視と同時に支援の機能も果たしていた。つまりイエのみならず地域共同体も生存のセーフティネットとなっていた。乳飲み子を抱えた若い母親は野良仕事に忙しく、あぜ道に乳児を連れてきてもらって授乳する時間だけが彼女たちの休息时间であった。子どもたちは、大家族

や近所の人々によって育てられ、群れによる育児が成立していた。

江戸時代の法は、東洋法の伝統である律令、つまり刑法・行政法が主体である。「お上」による統治は、刑法・行政法によるもので、刑法領域では緻密な判例法が成立していた。しかし民法は知らない社会であった。民事紛争も当然に生じるが、その場合は、お上に「教導」を求め、お上が立ち会って話し合いをさせて、「内済」（和解）による解決がはかられた。紛争費用は高価であり、その高価さが内済へ誘導することになるが、バーゲニングパワーつまり交渉力のない側が負ける結論になりがちである。お上にとっては、正義すなわち結果の妥当性は保障されなくても、紛争が解決されれば秩序は回復するのであって、支障はなかったのかも知れない。このような「内済」の伝統は、現代の日本社会にも残っているのではなからうか。

次に明治民法の立法を検討する予定だが、時代の順序をずらして、先に「調停いろはかるた」を紹介したい。戦後、家庭裁判所が創設されて、家事調停が家事紛争解決の主たる手段として設けられた。昭和二八年に調停委員協会が作成したのが「調停いろはかるた」である。このかるたは、たとえば「い…いろいろの もめごとはまず 調停へ」、「ろ…論よりは 義理と人情の 話し合い」、「な…なまなかの 法律論は 抜きにして」、「け…権利義務 などと四角に もの言わず」、「ん…んと云うまで とつくりと 話し合い」という調子である。令和の現在から見ると、この内容は、法律家でなくても、流石に違和感があるだろう。ここには、徳川日本の「内済」の伝統が通底している

ように思われる。日常的な民事紛争については、ルールに従った解決が低廉な費用で保障されなくてはならないというのが、西欧法の常識である。日本法の伝統と現状は、この常識とは遠いところにある。

(2) 戸籍制度の創設と明治民法の立法

明治維新以降の歴史をたどってみよう。一八六八年の明治維新の年から、新政府は、戸籍制度の創設にとりかかった。年貢を廃止するため、徴税の必要があったからである。中国に由来する戸籍という言葉そのものは、古い時代からあり、江戸時代の宗門人別帳などの技法の蓄積を利用した側面はあるものの、現在の戸籍の直接的なルーツは、明治政府が創設した身分登録簿である。新政府は、国民と財産（土地・建物）の登録制度創設に力を入れた。そしてこれらの行政インフラは、現在に至るまで、日本法を動かす基礎的なツールとなっている。

明治初年の戸籍制度は、屋敷番号ごとに住民を列挙するものであり、屋敷単位の住民登録であった。戸籍には、雇い人も含まれており、明治初年の戸籍には、牛馬すら記載されていた。しかし隣りに、牛馬はもちろん雇い人はずし、屋敷番号が本籍地になるなど、戸籍の改良が進む。江戸時代には、氏を公称できるのは原則として武士階級のみであったが、一八七〇年には平民名字許可令が下される。その翌年、廃藩置県が行われた一八七一年には、印鑑登録制度が開始され、課税台帳である土地台帳・家屋台帳も整備されていく。平民苗字許可令にもかかわらず氏を名乗らない者も多かったため、一八七五年には、平

民名字必称義務令を出し、国民把握のために、襲名による変名などの慣習を封じる施策をとった。そして明治維新から一九年後の一八八七年には、内務省令により、戸籍制度がほぼ完成をみている。当初は、住民登録であった戸籍は、転居のたびに変更することがないように、本籍地に九〇日以上いない者は寄留とし、戸籍とは別に寄留簿（後の住民基本台帳）を整備して、職権で戸籍附票に寄留情報を記載して、両者を連結した。住民登録と印鑑登録が連結されることにより、印鑑証明は個人の意思確認の機能を持つものとなり、現在に至る取引安全の基礎条件となった。戸籍は公開原則の下で運用され、身分証明として活用されたため、国民の戸籍に対する意識は、重いものとなった。そして一八九八年に明治民法が制定される時、先に成立していた戸籍を基準にすることによって、家制度を創設できたのである。

前述したように、権利、義務、時効などの言葉そのものを創設するところから始まった法典編纂事業は、驚異的な偉業であった。権利という翻訳語は、DroitやRechtという言葉の訳語として創設されたが、母語は「法」と「権利」という両義をもつ言葉である。すなわち正義の体系である「法」が各人に割り当てたものが「権利」である。「権利」という訳語より、他の候補であった「一分」（武士の一分）の一分である）や、福澤諭吉が望ましいとした「権理」などのほうが、よりふさわしかったのかもしれない。ともあれ、明治民法は、これらのできたての言葉を用いて、個人財産制、所有権、契約自由、過失責任主義など、近代民法の基本を導入し、資本主義の法的道具を準備した。と

りわけ個人財産制を立法したことが大きい。それ以前は、事実上、家産制であり、取引の法主体は、イエであった。同様に個人財産制ではなかった中国において、宗族によって財産が共有される「同居共財」という概念が、宗族の連帯を保障するものであったように、戸主は、家産の管理者で、イエのいわば代表取締役にすぎず、家産はイエの連帯を保障していた。しかし、明治民法は、家産を戸主の個人財産とし、そして戸主に家族員の扶養義務を負わせた。

財産法領域では、西欧民法、とくにドイツ法とフランス法をあまり変更せずに輸入できたが、家族法では、これらの母法を大きく変形させた。親子と夫婦と親族は、法的に定義できるが、家族を法的に定義することは至難である。しかし明治民法は、戸籍を利用することによって、それができた。つまり一枚の戸籍に書かれているメンバーを「家」と定義し、戸籍が「家」を実体化した。氏を家名として、それまで戸籍上採られていた夫婦別氏制度を改めて、夫婦同氏とした。宗族、扶養、親権などの家族法の重要な効果は、「家」を同じくするかどうかで左右される効果となった。家産を個人財産として受け継いだ戸主については、戸主の交代による財産移転を、生前に行われるときには隠居とし、死によって行われるときと合わせて、家督相続という独特の相続法に委ねた。個人財産制のもとでは、戸主以外にも、財産をもつ可能性があったから、戸主以外の家族の相続も立法せねばならず、その部分は遺産相続として、主としてフランス相続法を継受したが、公証人が遺産分割を管轄するフランス法の運用は受け継がなかった。

なにより、離婚がすべて裁判離婚であるような母法の規律は、無用な手続きであると判断し、家族への公的介入を廃して、家の自治・自律を原則化した。婚姻・離婚・養子縁組・離縁などの身分行為は、かつてのイエの時代と同じように、すべて「家」のメンバーの合意すなわち「協議」による交換として設計されて、その結果を戸籍に届出のみで成立することとなった。このような家族法は、家族への公的介入を極力廃した、家族法の究極の私事化 *privatisation* であると評価できよう。かくして家族法は、主として戸籍の登録基準と相続を定める法となったのである。

とりわけ協議離婚は、世界に冠たる簡便な離婚方式である。日本の裁判離婚は、協議が成立しない場合のごく例外的な離婚方式となった。これに対して、たとえば夫婦間に離婚合意があつたとしても、裁判所において、子の処遇、夫婦財産制の清算、離婚給付などを監督して離婚を成立させるのが、西欧法の離婚法である。フランス法は、二〇一七年改正によつてはじめて裁判離婚ではない、公証人による離婚を認めるようになったが、弁護士と公証人が関与して法定された離婚効果の遵守を確保する。日本人にとってはあまりにも当たり前な協議離婚であるが、おそらくフランスでは基本的人権を守れない憲法違反と評価されるであろう。

身分行為において、公的機関の関与がなく、本人意思の確認すらない戸籍実務は、当然のことながら、虚偽届出の問題を抱えることになつた。かつての虚偽届出の問題は、本人意思を抑圧した家族による届出

であり、追出し離婚がその典型であつた。この問題に対しては、予防的な不受理申出制度や、戦後は家庭裁判所という敷居の低い裁判所に、離婚無効を争う手段が周知されることによつて対応されるようになった。明治民法の家制度は、かつてのイエを実質的な背景にした制度であつたが、近代化に伴う産業構造の変化によるイエ制度崩壊を防ぐ力はなかつた。イエ制度の崩壊を嘆く保守派は、家制度を強化することによつて歯止めをかけようとして大正要綱制定運動を起したが、成立しないまま、太平洋戦争を迎えることになる。日本社会の近代化は、イエの崩壊のみならず、地域共同体とその監視システムの崩壊ももたらした。その結果、現在の主たる虚偽届出の問題は、本人や家族が知らない間に行われる第三者による届出であり、借金を可能にするための氏の変更目的の養子縁組事例や、認知症老人に養子縁組や後妻が出現するようなタイプの事例である。民法理論においては、財産的な契約を締結するためには行為能力が必要とされるが、結婚や離婚や養子縁組という身分行為においては、行為能力は必須ではない。これはそれらの身分行為においては、必ず公的機関の関与と確認がある母法ゆえの理論である。それを欠く日本法で、たとえば行為能力を欠く高齢者が行った身分行為の効力を、遺族が争うときには、この民法理論が障害となる。

明治民法の立法者は、協議離婚制度などについては、裁判所が少ない日本の現状に合わせて立法したが、すべての制度において母法の制度的条件を持たないという点を配慮できたわけではなかつた。民法に

は、母法の制度的条件をもたないため機能しなかった部分が少なくない。たとえば、裁判所の圧倒的不足は、かつての禁治産制度、現在の成年後見の機能不全をもたらし、不在者の財産管理も機能していない。母法においては、まともな取引相手は、代理権をもたない事実上の後見人とは取引しないが、日本の実務においては、多くの取引相手は、事実上の後見人を信頼して取引するので、なんとか取引社会が回っている。成年後見立法の際に、禁治産者の強制入院については裁判所の許可を要するという民法旧八五八条二項は、削除された。保護者の同意と医師の判断のみで強制入院できる、精神保健法の医療保護入院によって運営されていた現実と合わなかったからである。しかし削除された条文のように強制入院には司法判断が必要とされるのがグローバルスタンダードであり、日本の精神衛生行政は、強制入院濫用国家として国際的な批判を浴びている。

また日本の検察官は、母法の検察官と異なり、民事では基本的に働かない。従って、明治民法立法当時、日本の醇風美俗に反するという保守派の反対論を押し切って導入された親権喪失規定は、提訴権者である検察官が申し立てることはなかったため、児童虐待に対応できず、実質的に機能しなかった。また公証人が登記を管轄し、遺産分割を司るフランス法の条文を導入しながら、公証人の関与を制限したため、虚偽の登記や遺産分割の困難などをもたらした。このような司法インフラの不備は、日本民法の運用を困難にしたけれども、それでも日本社会が近代化後の取引社会を運営できてきたのは、司法インフラの不

備を行政インフラで補ったからであった。すなわち戸籍や登記や印鑑登録などの行政インフラが、表現代理や虚偽表示などの理論を駆使した判例法理とともに、個人の取引意思を確認し、登記を信用した第三者保護を図って、取引の安全を確保してきた。

(3) 戦後の民法改正

戦後の家族法改正は、日本国憲法に従って行われた。戦前の忠孝一本による「国民」教育や特別高等警察による人権侵害への反省も大きく、これらの反省から、もともと日本家族法に欠けていた家族への公的介入は、要求されなかった。そして戦後の改正は、「家」制度を否定したという意味での「積極的」役割は果たしたが、西欧民法と異なる日本家族法の特徴は、維持された。日本国憲法の「平等」要請に従って、主として家制度に関する規定を削除した、引き算の改正であった。戦後改正当時の日本民法は、男女平等という点では、世界的に見ても、もっとも進んでいたと言える。当時のフランス法もドイツ法も、はるかに男女不平等であった。しかしそれを可能にしたのは、日本法が内容に「協議」に委ねるといった白地規定を多用していたからである。たとえば両親の共同親権行使について、両親が不一致の場合、日本民法には解決方法の規定がない。母法は、解決方法を書き込まねば、紛争解決の基準となる民法たり得ないと考えるから、不一致の場合は、父親の決定権を書き込むことになる。一九七〇年代以降、西欧民法も平等化していくが、そこでは不一致の解決策を裁判所に求めざるを得ず、

「平等化は司法化を伴う」と評された。近年の例として、夫婦別氏選択制の例を挙げよう。夫婦別氏選択制を導入することそのものは、難しいことではないが、困難なのは、子の氏である。両親が一致しないときに、子の氏をどのように決定すべきか。ドイツ法もフランス法もこの点について悩み、ドイツ法はいったん両親が一致しない場合には父の氏と定めたが、連邦憲法裁判所で違憲判断が下されて、立法まではクジで決まることになり、そして裁判所がどちらの親が決定するかを決定するという現行法が立法された。フランス法は、ドイツよりも裁判官不信が強い傾向があり、裁判官が決めるという結論はとれなかった。いったん意見が合わないときに下院はアルファベット順にするという法案を作成したが、上院でNiemのようなアルファベット順の後のほうの氏が失われるという反対により、父の氏となった。しかしその後、さらに改めて改正されて、現行フランス法は、いったん両親の氏をダブルネームとしてつけておき、子自身が成長してから選ぶことになっている。日本民法の「協議」という白地規定には、民法を適用することによって紛争に必ず答えが出なくてはならないという前提が成立していない。

日本の戦後改正の司法改革においては、家庭裁判所の創設が大きな改革である。戦前から家事紛争については、司法裁判所で争うよりも話し合いによる解決を主とする「家事審判所」を設けるべきであるという構想が存在した。家庭裁判所には、この家事審判所構想を受け継ぎ、それにアメリカ法の少年裁判所構想が合体した側面がある。そし

て家庭裁判所においては、調停前置主義がとられて、家事調停が主たる紛争解決手段となった。結論を「協議」すなわち合意に委ねる調停制度では、バーゲニングパワーのない当事者が負けることになる。たとえばなんとしても離婚して平和な生活を送りたいと思うDV被害者は、財産分与などのすべてを譲っても離婚したいと思うだろう。このように大きな問題を抱えた家事調停ではあるが、調停委員という人的資源を得たおかげで、裁判所の敷居が低くなったことが、利点であったことは否定できない。

戦後民法改正の内容的に最も大きな改正は、家督相続の廃止といえるだろう。すべての相続は、均分の遺産相続となり、遺産分割が必須となった。しかし利益相反する共同相続人に委ねられた遺産分割は、構造的な難点を抱えている。西欧諸国における遺産分割は、遺産裁判所や公証人という中立的な法的第三者が管轄する、被相続人という法主体の消失を清算する過程である。しかしそれを共同相続人に委ね、しかも遺産分割を管轄する家庭裁判所は、既判力を持たない裁判所であるために、遺産の範囲について争いがあると、遺産確認の訴えを地方裁判所で確定する必要が生じる。かくして家裁と地裁を往復して争っているうちに、遺産は紛争経費で消費してしまい、あとは荒れ果てた兄弟関係が残るといふ悲劇も少なくはない。戦後、遺産分割紛争が激化したため、昭和五年改正は寄与分を立法するなどの対応をしたが収まらず、むしろ紛争を予期して遺言を書く被相続人が増えた。その結果、均分相続権を最も強力に保障するフランス法由来の遺留分

滅殺請求権が、民法に埋め込まれていた時限爆弾のように、爆発する事態となった。また近年は、遺産分割されずに放置されたままの所有者不明土地問題が深刻となっている。

戦後の改正は、配偶者の地位も強化した。子と共同相続するときの配偶者相続権は、三分の一、昭和五五年改正によって二分の一となった。イエにおいては、夫婦は共同経営者であったから、このような妻の相続権保障は、それほど抵抗がなかったのかもしれない。本来なら、夫婦それぞれの特有財産（結婚前の財産や血族からの相続財産）と夫婦が協力して構築した財産とが夫婦財産制において切り分けられなければならないが、夫婦財産制を運営する公証人慣行もない日本では、他人同士のような極端な別産制が採用されている。主婦婚の妻の保障は、離婚時には財産分与で、死別時には配偶者相続権によって保障されるというのが、日本法の構造である。しかし戦後改正で創設された財産分与は、離婚給付としては非常に脆弱なものである。当初は手切れ金感覚で運用されていたが、次第に、家裁実務の運用は、夫婦で構築した現存財産の二分の一という基準に変化していった。手切れ金感覚で運用されたのは、離婚された妻は「実家」が扶養負担するという感覚が強かったのである。しかしサラリーマン化した社会では、実家の経済力はかつてのイエとは異なっている。現在の基準の財産分与は、西欧諸国の基準では、夫婦財産制の清算として獲得される内容であり、離婚給付すなわち内容的には離婚後扶養は、それとは別に経済力のある配偶者に課されるものである。西欧法の離婚後扶養は、離婚

後もかつての配偶者間の生活水準を均等にすることを目的にする巨額な負担であり、離婚した多くの夫は、大きな負担を負い続ける。しかし日本法では元夫がこういう負担を負わない。日本の母子家庭の貧困は、このような家族法にも一因がある。

西欧法と比較したときに、国家が家族に介入しないという日本家族法の特徴は、戦後改正においても、明治民法からそのまま継承された。結婚・離婚・養子縁組・離縁などが「家」の自律に委ねられた明治民法から、「当事者」の自律にそのままスライドされたにすぎない。

家族法学説は、必ずしもこのような家族法を批判してきたわけではない。日本家族法の通説といわれる中川善之助理論は、民法の中で財産法と身分法を分断し、法律行為と身分行為を対置して、家族法領域に財産法と異なる原理が働くとし、「事実主義」という理論を提案するものであった。身分法領域では、「法律的なるものは事実的であり、事実的なるものは法律적である」という主張であり、その真意は、「家」制度を批判的に解釈論で克服しようとするところにあった。民法の条文が規定する「家」よりも核家族を重視する解釈を、このような理論で実現しようとしたのである。妻の働き具合や男子を産めるかどうかを見てから籍を入れるという試婚が少なくなかった当時、中川善之助は、そのような妻を「内縁」とし、婚姻の効果規定を準用して保護する「内縁準婚理論」を提唱した。また事実上、離婚状態にある夫婦については、その事実状態を重視して、婚姻の効果を及ぼすべきではないとした。「家」的規制を免れようとする動機であったとしても、この

ような解釈は、法の効力を否定するものと言わざるを得ない。戦後の判例は、配偶者相続権や子の嫡出化を除いて、内縁準婚理論を採用した。しかし内縁準婚理論は、婚姻の効果が脆弱な日本法であるからこそ採用可能な理論であったのであり、日本法の最大の問題点は、婚姻効果の脆弱さにある。

日本国憲法は、戦後民法改正の基準となったが、そのときは自由と平等を機械的に要求するだけであって、合意を至上とする家族法の欠陥を是正する力を持たなかった。形式的な自由と平等は、他人間の関係においては基準となるルールであったとしても、家族には妥当しない。家族内部は、実際には決して平等ではなく、意思すら抑圧する力関係の差があり、当事者の相互依存はきわめて強く、そこから離脱することは容易ではない。法による弱者の保護がなければ、実質的な平等が保たれないどころか、悲惨な抑圧や収奪も生じうる。

大村敦志は、日本における家族ないし家族法観を、アンチモダン・プロトモダン・ポストモダンの三者対立として描く。アンチモダンは、もとより家制度ないし家意識であり、ポストモダンは、事実婚ないし同性婚の自由や多様化を主張し、内縁準婚理論に親和的である。これに対して、プロトモダンは、法律婚を重視し、その内容の充実を主張する立場である。日本社会の秩序運営は、自由の領域の具体的な限界を法が設定することなく、人々の生活実態を無視した無理のある行政規制と「世間」の圧力に依存して行われる傾向があった。ポストモダンの主張は、このような運営への反発として理解はできる。しかし内

縁準婚理論は、法の介入を拒絶する意思を持つ当事者に対して、婚姻の効果を強制する理論であって、自由の領域への介入として、西欧法では到底受け入れられない理論であろう。日本法においては、まず家族への支援という公的介入の設計であるプロトモダンを確立することが、必要であるように思われる。

三 戦後の日本社会の変遷と問題点

(一) 社会の変化

戦後、高度成長に伴い、近代化はさらに急速に進展した。戦後直後の段階では、まだ多数派であった農業人口は減少し、サラリーマン階層が飛躍的に増加した。かつての大家族や地域共同体が提供していたセーフティネットは、急速に失われた。漱石の「坊ちゃん」が雇い人のお清から愛情を受けたり、近所のおばさんが縁側から駆け込んできて親の暴力から子どもを救ってくることがなくなり、コンクリートの箱の中に家族は孤立するようになった。かつての「世間」は、監視する力や萎縮させる力以外に、支援する力をもっていたが、その支援力が失われたのである（しかし「世間体」を気にする日本人の傾向は、ネット時代を迎えて、ある意味では、強化されているかもしれない）。本来であれば、近代化に応じて社会福祉が「財」と「ケア」のセーフティネットを張るべきであったろう。しかし、日本社会は、「財」は企業が担い、常勤男子労働者への厳しい解雇規制や企業別労働組合と

いう労働慣行がそれを保障した。常勤労働者の長時間労働は、かつての「滅私奉公」に、そして解雇規制はイエの生存保障に、文化的なルールをもつように思われる。そして「ケア」は主婦ないし主婦意識を持つ低賃金パートタイマーに委ねた。その結果、高度経済成長長期以降、医療と年金を除いて、軽量の社会福祉で運営できてきたのである。しかしグローバルゼーションとともに企業が若年男性をすべて常勤労働者として雇用する力を失い、その結果、晩婚化・未婚化・少子化が進行した。また企業による生活給保障が失われた母子家庭の貧困は深刻であり、養育費の取り立てをカバーする公的支援もない。

コンクリートの箱の中で孤立した家族は、育児支援の少なさもあって、脆弱である。日本は、社会関係資本 (Social Capital) 近隣、宗教などの支え合い) が著しく低いとされる。日本社会の地域共同体は、それほど急激に崩壊したのであろう。戦後しばらく、地域の力を民生委員・保護司などのボランティアとして組織化する努力が行われたが、なり手の減少と高齢化が嘆かれている。かつての地域社会における「群れによる育児」の崩壊は、社会的安全弁の喪失を意味し、孤立した家庭の中における病理や暴力はエスカレートしがちである。

(2) 家族への公的介入

少子化の深刻化を受けて、家族への公的介入が議論されるようになった。婚姻による家族形成を進めるとともに、国家が家庭教育に介入しようという動きである。官製婚活事業が行われ、親学推進議員連

盟が家庭教育支援法案を提案した。この法案には、家庭教育支援の基本方向と具体的内容は文部科学大臣が定める(第九条)とする条文や、学校および住民は、国に協力すること(第五・六条)が定められていた。またさらに、家制度復活への潜在的な流れはまだ途絶えておらず、具体的には、憲法二四条改正の動きが存在する。これらの動きに対しては、プライベートな領域である家族への国家介入になるという批判や、事実婚などの家族の多様化を否定しようとするものであるという批判が加えられて、家庭教育支援法案は立法されなかった。

また、方向は異なるが、現在、立法の可能性が議論されているのが、離婚後共同親権と養育費の問題である。婚姻生活が破綻して、配偶者が子どもを連れて別居した結果、残された親が、子どもとの交流を求めて、親子断絶防止法案や共同養育支援法案の立法活動を行った。これらの法案は成立しなかったが、離婚後単独親権の現行法を改正して、離婚後共同親権を実現しようという立法の動きがある。戦前は、原則として父が離婚後も単独親権であったが、戦後の改正で父母どちらでも親権者になれることに改正された。徐々に母親が親権者になるケースが増え、昭和四〇年頃に父母が逆転して、現在では母親が親権者となるほうが圧倒的である。これを改めて離婚後も共同親権にしようという動きである。

同様の問題は、国際関係においても生じている。日本人の国際結婚は、男性が日本人の場合は途上国出身の妻と日本で住むことが多く、女性が日本人の場合は、西欧人の夫の母国で住む場合が多い。そして、

夫婦関係が破綻すると、子を連れて日本へ帰国する日本人妻の存在は、欧米諸外国から非難を浴びていた。そのような外圧によって、二〇一四年四月に日本はハーグ子奪取条約を批准したが、引き渡さないとくに強制力として刑事罰をもうけなかったために、債務不履行国という非難を浴びている。

ハーグ子奪取条約がもたらした問題の背景にあるのは、西欧諸国と日本との家族法の差である（水野紀子「離婚しても子に会いたい」は親のエゴか」プレジデントオンライン（二〇一九年）<https://president.jp/articles/-/27273>参照）。ハーグ子奪取条約が意味している目的は、自力救済の禁止である。夫婦間がうまくいかなくなって家庭内に暴力があるときには、必ず国が助ける、従って自分で逃げるな、という制度が前提となっている。ハーグ子奪取条約は、それにもかかわらず逃げた当事者を、元の国に戻して、本来の手続きに乗せる相互条約的なのである。しかし日本では、そもそも国内にそのような救済制度がなく、DV被害者は、自力で逃げて別居を実現しなければならない。

たとえば、DV対策において、フランス民法は五一五―一九条以下にDV保護命令を規定している。裁判官は、被害者ないし子の危険の疎明があったときに期日から一〇日以内に保護命令を发出する。保護命令の内容は、接触ないし面会の禁止命令、指定場所への移動禁止命令、凶器の保持禁止・提出命令、被害者の医療費等の負担命令、啓発授業の受講命令、住居についての裁定（従来の住まいは、原則として加害者ではない側に割り当て、費用負担は加害者である）、住居所の秘匿許

可、連絡先を弁護士ないし検事とすることの許可、親権行使、面会交流、婚姻費用分担などについての裁定などである。これに対して、日本の接近禁止命令は、被害者が逃げる間の時間を稼ぐという意味しかない。

本来、別居前の婚姻生活中でも、家庭に暴力がある場合には、公的介入が必要である。暴力のある家庭に育つことの弊害は、いうまでもない。たとえ子どもが直接の暴力にさらされなくても、DV暴露は、子どもの脳に深刻な悪影響を与える。日本のDV対策は貧弱であり、被害者は自ら逃げるしかない。家庭裁判所の実務では、両親がそろっている非行少年が起こした少年事件の子の家庭環境のほうが、両親が別居状態にある離婚事件の子の家庭環境より、深刻であると言われる。離婚事件の場合は、少なくとも一方の親が、暴力から逃げる力もっているからである。しかしそもそも離婚事件になる前、婚姻中から家族内の問題を発見して、社会が介入する必要がある。そのような公的介入は、前述した家庭教育支援法案が象徴するような、国が道徳的な方針を家族に命じる仕組みとはほど遠い、実効的な家族支援である。

たとえばフランスでは、児童虐待を発見するために、行政権が活躍する。児童精神科医が定期的に幼稚園などを回り、保育者と相談して、成育に問題がある子どもを発見すると、家庭環境に調査が入る。その結果、親の育児に問題があると判断されると、ケースワーカーを派遣して親の育て方を監督する。親がその監督に同意すれば、市と契約して監督が行われるが、同意しない場合は、検察官が提訴して親権制限

判決が下されて、強制的な介入が行われる。この判決数は、年間約一〇万件近くあり(二〇一六年には九二、六三九件であった)、親権制限の継続期間からすると、約二〇万人の子どもたちがケースワーカーと判事に見守られながら親権制限下で過ごしていることになる。フランスの人口のほぼ倍の人口をかかえる日本における親権制限判決数は、親権喪失審判三九件、親権停止審判八九件、児福法二八条一項による入所許可三三八件(二〇一九年)である。公的介入が圧倒的に足りないというこの構造的な問題を放置したままで、離婚後共同親権を認めるか認めないかという議論をするのは、危険すぎるだろう。監護親の意向次第で別居親が会えないのは、別居親に不当な苦痛を与え、子どもへの成育にもマイナスである場合もあるが、逆に、監護親と子どもにとって有害な別居親が、共同親権という口実でいわば公認ストーカーと化す危険も大きい。

養育費の支払い問題については、項を改めて考えてみたい。

(3) 養育費支払い確保問題とフランス法との比較

女子労働者が低賃金の不安定雇用に就くことが多い日本では、コロナ禍の中、生活に困窮する母子家庭の問題が深刻である。日本の労働市場の構造的な問題の他、養育費の不払い率が高く、母子家庭の貧困の一因となっている。

養育費の支払い確保について、制度改革が議論されている。法務省で、養育費不払い解消に向けた検討会議が行われ、その取りまとめ(案)

が公表されている(養育費不払い解消に向けた検討会議・取りまとめ(案) <http://www.moj.go.jp/content/001336065.pdf?fbclid=IwAR3JBaWzPDVufkphGhBEGLXQDzjuhtYgSyMwMRvcWoiJGq8QeppaB7v:inM>)。この案には、「養育費の取決め促進のための制度的方策を導入することによって、協議離婚が難しくなる状況が生じること、それにより困難な夫婦生活から逃れられない場合が発生し得ることには留意しなければならない。」「取決めを協議離婚の要件とした場合には、①DV等の事情により養育費を取り決めることができない場合があること、②自治体の窓口において取決め内容の相当性の判断を行うことは難しいことなどから、問題が大きいのではないか。」などの文言が並ぶ。これらの文言は、協議離婚制度を前提とし、当事者が合意によって養育費についても取り決めることも前提としている。しかしそのことにそもそも問題があるように思われる。

フランスでは、養育費の取立手続きにおいても、司法手続・行政手続・刑事手続が整備されている。民事執行法により執行官が行う司法手続は、権利者に執行費用の負担がない。国税徴収法により一〇%の手数料を上乗せして徴収する行政手続は、強力であり、家族支援手当の立替払いも行われる。そして最後に控える刑事手続は、二ヶ月以上故意に不払いすると家族遺棄罪(二年の懲役または一五、〇〇〇ユーロの罰金)の威嚇で支払いを強制する。そして未払い扶養定期金取立局ARRIPAがワンストップサービスを提供している。

これらのフランスの制度の背景には、すべての離婚が裁判離婚で

あつた長い歴史があるのだらう。裁判は法に基づいて行われ、資産や収入に応じた養育費などの基準となる客観的數字情報が国民的に共有されてきた。裁判離婚の遅延が問題になり、二〇一七年から公証人離婚が導入されたが、もともと夫婦財産制は公証人が関与・監督しているから、従来の裁判離婚でも公証人の関与が必要であり、公証人離婚であつても弁護士も必須である。裁判前の手続きで、暫定的な子の処遇も決定される。フランスでも合意離婚は存在し、離婚効果の合意も存在する。しかし「合意」の意味が、日本とは異なるように思われる。

計算式の客観的基準が存在するのである。遺産分割合意でも同様で、日本では、長男が圧倒的に多くの遺産を継承し、次男と三男はわずかな遺産で納得するという遺産分割は、合意されれば有効であるが、フランスでは、そのような遺産分割合意は無効である。養育費についても、両親の収入などによって客観的な計算式が存在する。「合意」は「判決」と並んで、当事者を拘束する根拠とはなるが、その内容が自由に決められるわけではないのである。

一方、日本の協議離婚制度は、すべてが当事者の自由に委ねられる。合意さえ得られればどれほど不当な内容であつたとしても問題とはされない。戦後の最高裁判例が、有責配偶者からの離婚請求は認められないという消極的破綻主義を採用したことによって、望まない離婚を強制されないという一点でのみ、当事者は守られることになった。しかし、経済的弱者が離婚を望む場合には、バーゲニングパワーをもたず、最高裁まで争つて費用と時間をかけるよりは、相手方の離婚合意

を得るために、あらゆる妥協をすることになる。近代国家の婚姻という制度は、離婚というその終了時に、弱者保護のための手厚い制度的手当を準備することに眼目がある。日本の協議離婚制度は、近代法の婚姻制度と言うには、あまりに脆弱である。離婚給付や養育費については、その額を客観的な基準で決定し、公的な介入を有効に行うことが必要である。日本法は大きな問題を抱えていると言わざるを得ない。

(4) 成年者の孤立と社会福祉の構築

大家族と地域共同体が包摂力を喪失してから久しい。地域や学校などの貴重な連携が、個人情報保護法によって、困難になる傾向もある。日本における児童虐待やDVに対する対策は、西欧諸外国と比べて、きわめて貧弱なものである。介護保険や年金制度によって、高齢者に割かれている社会福祉は比較的手厚いが、育児支援はあまりにも少ない。とりわけケアの社会福祉が、あまりにも足りない。訓練を積んだケースワーカーが家庭に介入して行う社会福祉を構築する必要がある。

もつとも社会福祉が育児支援より相対的に手厚いとはいえ、高齢者ないし成人であつても、制度的な問題がある。日本の社会福祉は、当事者が望んだ場合のみ供給されるのが原則である。児童虐待の場合には、被虐待児という被害者がいるために介入が必要なことは自明であるが、たとえばゴミ屋敷のセルフ・ネグレクトのように、当事者本人

が支援を望まない場合であっても、強制的な支援が必要な場合は少ない。しかし強制的支援は、日本法のミッシング・リングである。行政権による強制的な介入は、司法権によるチェックを得ながら行われるのが近代法の構造であるが、その行政と司法の緊密で柔軟な連携をとるには、日本の司法インフラはとも足りないからである。

成年者のうち、精神障害者については、前述したように、家族同意による強制入院が、日本の精神病院の過剰収容をもたらしている。ノーマライゼーションの必要が言われて久しいが、それに必要なワンストップサービスを構築することが難しく、一方、医療行政によって儲かる施設とされてきた精神病院は、現状維持されている。

また、「累犯障害者」といわれる人々がいる。本来ならば、社会福祉によって対応されるべき人々が、犯罪者として刑務所に収容される現象である。近年は、認知症による高齢者の犯罪も増加している。昔であれば、認知症の高齢者がよろずやで万引きしても、店主が自宅へ連れていけば、家族が恐縮して代金を支払って終わっていたであろう。しかし同じ出来事がコンビニの万引きとなると、警察が出動して捜査し、累犯となると刑事訴追し、多額の国費をかけて、刑事罰を科すことになる。この事態に対して、昔のように家族の責任を強調する発想は、無効で、弊害しかない。家族や地域社会にもはやかつてのように弱者を包摂する力はなく、家族であるからこそその過去からの蓄積した葛藤もあり得る。医療保護入院のように、家族に強力な権限と保護責任を持たせる政策は、危険が大きい。本来は社会福祉を充実し、公的

な後見人が、心を病んだ貧しい人々に寄り添う仕事をしなければならぬのだろう。現在でも、生活保護のケースワーカーは、限られた領域とはいえ、このような仕事をしている。

また児童相談所においては、職員が、被虐待児童対応の過酷な労働に従事している。被虐待児童対応は、訓練を積んだケースワーカーが対応する必要があるが、現在の児童相談所体制は、はるかに不十分な体制である。司法の親権制限判決のもとで関与するのであれば、「判事さんに理解してもらえようががんばろう」と虐待親に寄り添って指導できるが、現在の一時保護では、親の怒りは直接、児童相談所職員に向かうことになる。社会福祉におけるケアの構築が、全体的に著しく遅れているのである。児童福祉施設は、戦後のストリートチルドレンに食事と衣服などを与える基準で、一人の職員が多数数の子どもたちを担当することになっているものが多い。しかし被虐待児は、マニーマンで訓練を積んだプロフェッショナルが対応しないと、対応が困難である。里親に委託されても、その育てにくさから措置解除されることが多い。このような状況下で、令和元年の特別養子法改正は、特別養子制度を活用するために対象児童の年齢を上げたが、素人の養親に被虐待児童の育て直しを委ねるのは危惧される。実親との関係切断が求められたとはいえ、危険な実親に対応するのは、私人の養親であってはならず、国が対峙すべきであろう。

法を実際に動かすためには、行政インフラや司法インフラが必要である。そして法がインフラとともに弱者を守らないときには、力関係

がすべてを決定することになる。とりわけ孤立した現代の家族においては、危険が大きい。日本法は、合意に委ねる家族法を伝統としてきたが、売主と買主のような対等当事者間の交渉と異なり、力関係の差がある当事者間の合意は危険である。たしかに家族法領域では、単純な基準は作れず、支援と強制の曖昧さと複雑さが存在する。しかし日本社会もそれらの困難に耐える改革をせねばならないだろう。