

L S 展開先端科目教材
家族法グループ

家 族 の 法 と ジ ェ ン ダ ー

目次

各章に先立って	（奥山恭子）
第 1 章 家族と憲法	（君塚正臣）
第 2 章 家族と戸籍	（奥山恭子）
第 3 章 家族と暴力	（川島志保）

ー本稿の著作権は各章著者に帰属しますー

各章に先立って ―――展開先端科目としてのジェンダー法学

本教材家族法グループの表紙（ホームページ上）にも記載したように、本教材作成プロジェクトは法科大学院の展開先端科目に資することを目的として企画されたものであり、本編はその対象科目として主にジェンダー法を念頭においたものである。

ロースクールで展開先端科目として設置されている科目の多くは、新司法試験の試験科目ではない。特定の分野に特化した実務家になることを希望する者には、展開先端科目として設定されたそれぞれの科目は必須の、しかも夢に繋がる科目であろう。しかし一般的には展開先端科目をどのように受け止めるべきか、困惑しているとの声も聞こえてくる。受験制度がある以上やむを得ない点もあり、法科大学院の現況からしても、学生の悩みは無理からぬものとも思われる。

しかしそれでもなお、非受験科目を学ぶ重要性を強調しておきたい。学生諸子は恐らく時間的・精神的制約が多いであろう。しかし受験のためではなく実務家になるための準備段階であるロースクールでしか学べないことが多数ある。基本科目は合格後の研修でも、実務の道を歩み始めてからも、日々鍛錬を重ね研鑽していくものであろう。しかし展開先端科目として設定されている科目には、場合によっては生涯触れることができない分野もある。

一定の分野に特化した実務家になる者もおろうが、平均的には生涯を通じオールラウンドの実務家になる者が大半と思われる。いずれの道を歩むにしても、深みのある実務家になるには、解釈論の前提にある基礎知識をどれだけ身につけているかにかかってくる。深みがあるとは、例えば弱者の痛みがわかることであり、あるいは事の本質を理解していることでもある。紛争の根本原因がどこにあるかを見極め、どのように解決すべきかの能力を養うには、自己の土台部分に十分な養分を蓄える必要がある。したがって本来は比較法学、法哲学、法制史学、法社会学などの基礎法学や隣接学問分野の知見を身に着け、その上で法律論を展開することができる実務家が求められているのであろう。裁判員制度の導入は、国民各層各分野の声を裁判に反映することが目的ではあるが、換言すれば、人を裁き紛争を処理するには、六法を見比べるだけの知識だけでは足りないことを意味していることにもなる。

ジェンダー法のフィールドは広い。ジェンダー法学を扱った諸文献をみても、公法、私法の伝統的学問分類を超越し、多くの領域からの考察がなされていることは周知のとおりである。本稿は「家族の法とジェンダー」と題して、憲法、家族法、家族にかかわる暴力の3方向からの分析を試みた。憲法と家族法は基本科目でもあるが、本来は其中で扱われるべき事項が、時間の制約等の事情で無理な状況である。家族と暴力は、社会現象を知る上で、法社会的分析の際たるものともいえる。本編に掲げた3つの章が、各人の将来の実務家としての栄養にならんことを願い、利用されんことを期待する。（文責 奥山）

家 族 と 憲 法

横浜国立大学国際社会科学部 教授

君塚正臣

はじめに

日本国憲法 24 条は、多くの論稿が出されてきた条文とは言えない。「戦前戦後を通じて、“憲法学の視角より論じた家族（-法）” についての研究はほとんどない」（小林孝輔「家族生活における個人の尊厳と両性の平等」法学セミナー増刊『日本の家族』282 頁（1979））状況だった。特に「本条の法的性格については、従来、十分な議論がなされてきたとはいえない」（有倉遼吉＝時岡弘編『条解日本国憲法』〔改訂版〕211 頁（1989））のだった。

だが、ある法領域に、最高法規である憲法の統制されない道理はなく、24 条の制定の過程に鑑みると、このような研究の不足が望ましいことのようにはとても思えない。本稿は、「ジェンダーと法」を考える冒頭に、憲法学の視点から「家族」を考えるべきことを提言し、併せて、憲法と私法の関係の再考を提唱することを目的とするものである。

一 日本国憲法 24 条の誕生

大日本帝国憲法の見直し作業は 1945 年 10 月、近衛文麿が内大臣府御用掛として憲法改正の準備に着手したこと、幣原喜重郎内閣が松本烝治国務大臣を主任とする憲法問題調査委員会の設置を発表したことで始まる。しかし、後者による草案（松本案）があまりに保守的なものであると報じられると、マッカーサーは 1946 年 2 月 3 日にいわゆるマッカーサー・ノートを示して、民政局に憲法草案の作成を指示したのであった。そして、現在の憲法 24 条につながる部分を執筆したのは、ベアテ・シロタ・ゴードンであった（ベアテ・シロタ・ゴードン〔聞き手横田啓子〕「私はこうして女性の権利条項を起草した」世界 583 号 61 頁（1993））。シロタは、ドイツ・ワイマール憲法、北欧諸国の憲法・人権宣言、アメリカ合衆国憲法、ソ連憲法などを参考にしながら、「『男性も女性も人間として平等である』をキーワードに据え」て執筆を急いだ。現在の日本国憲法 24 条となるものは、近衛案にも松本案にもなく、この時期までの政党や民間団体の憲法案にも殆どなく、またマッカーサー・ノートにもなく、人権に関する小委員会の第 1 次案（2 月 7 日運営委員会に提出）の 18 条から登場するのであった（古関彰一『新憲法の誕生』110 頁（1989））。

第 18 条 家庭は、人類社会の基礎であり、その伝統は、善きにつけ悪しきにつけ国全体に浸透する。それ故、婚姻と家庭とは、法の保護を受ける。婚姻と家庭において、両性が法律的にも社会的にも平等であることは当然であることは当然である〔との考え〕に基礎をおき、親の強制ではなく相互の合意に基づき、かつ男性支配ではなく〔両性〕の協力に基づくべきことをここに定める。これらの原理に反する法律は廃止され、それに代わって、配偶者の選択、財産権、相続、本居の選択、離婚および家庭に関するその他の事項を、個人の尊厳と両性の本質的平等の見地に立って定める法律が制定されるべきである。（鈴木昭典『日本国憲

法を生んだ密室の九日間』201 頁（1995）より）

この後には、子どもや女性の国による保護を求める、非常に細かい条項が続いていた。シロタは後に、曖昧な表現では日本の男性官僚に都合よく解釈される危険があるので、明確にしようとしたと述べている（シロタ前掲文献 66 頁）。この詳細さは G H Q 内部の激論を呼び、最終的にはホイットニー民政局長が、社会立法に関する細かい点は省略した方がよいが、社会保障制度を設けるといふ一般的な規定は置く方がよいという結論を下した。結果、シロタ起草のものうち、18 条だけが辛うじて残ることになった（この点、「特別インタビュー－憲法の男女平等条項を起草したベアテ・シロタ・ゴードン氏」法学セミナー108 頁、109 頁（1996）の中でシロタは、「私はいまでも細かい規定をすべて入れておくべきだったと思っています」と述べている）。人権に関する小委員会第 1 次案 18 条は、マッカーサー草案では以下のように整理された。

第 23 条 家族ハ人類社会ノ基底ニシテ其ノ伝統ハ善カレ悪シカレ国民ニ滲透ス婚姻ハ男女両性ノ法律上及社会上ノ争フ可カラサル平等ノ上ニ存シ両親ノ強要ノ代リニ相互同意ノ上ニ基礎ツケラレ且男性支配ノ代リニ協力ニ依リ維持セラルヘシ此等ノ原則ニ反スル諸法律ハ廃止セラレ配偶ノ選択、財産権、相続、住所ノ選定、離婚並ニ婚姻及家族ニ関スル其ノ他ノ事項ヲ個人ノ威厳及両性ノ本質的の平等ニ立脚スル他法律ヲ以テ之ニ代フヘシ（外務省訳。佐藤達夫〔佐藤功補訂〕『日本国憲法成立史第三卷』36 頁（1994）より引用）

しかしこの 23 条は、「別段の法律的意味が認められず、また、体裁の上でも日本流の法文の形になじまないという気持から」3 月 2 日の日本案には加えられず（佐藤前掲書 78 頁）、代わりに以下の条文が加えられた。

第 37 条 婚姻ハ男女相互ノ合意ニ基キテノミ成立シ、且夫婦ガ同等ノ権利ヲ有スルコトヲ基本トシ相互ノ協力ニ依リ維持セラルベキモノトス（佐藤前掲書 97 頁）

3 月 4 日と 5 日の日本政府と G H Q との逐条審議の中、ケーディスがマッカーサー草案 23 条の復活を呼びかけた（鈴木前掲書 311-312 頁）結果、日本案 37 条は 22 条に移されるなどして、3 月 5 日案では以下ようになった。

第 22 条 婚姻ハ男女相互ノ合意ニ基キテノミ成立シ、且夫婦ガ同等ノ権利ヲ有スルコトヲ基本トシ相互ノ協力ニ依リ維持セラルヘキモノトス

配偶ノ選択、財産権、相続、住所ノ選定、離婚並ニ婚姻及家族ニ関スル其ノ他ノ事項ニ関シ個人ノ威厳及両性ノ本質的の平等ニ立脚スル法律ヲ制定スヘシ（佐藤前掲書 168 頁）

第 2 項の「個人ノ威厳」は 3 月 6 日要綱段階で「個人ノ権威」に変更された。

第 22 条 婚姻ハ両性双方ノ合意ニ基キテノミ成立シ且夫婦ガ同等ノ権利ヲ有スルコトヲ基本トシ相互ノ協力ニ依リ維持セラルベキコト

配偶ノ選択、財産権、相続、住所ノ選定、離婚並ニ婚姻及家族ニ関スル其ノ他ノ事項ニ関シ個人ノ権威及両性ノ本質的の平等ニ立脚スル法律ヲ制定スヘキコト（佐藤前掲書 191 頁）

憲法口語化の建議を受けて、口語体の案が作られ、4 月 13 日の憲法改正草案では以下ようになった（17 日の発表でも本条はそのまま）。位置から見ても、この条項は当初社会権的条文群の一部として起草されたのであった。

第 22 条 婚姻は、両性の合意に基いてのみ成立し、夫婦が同等の権利を有することを基本

として、相互の協力により、維持されなければならない。

配偶者の選択、財産権、相続、住所の選定、離婚並びに婚姻及び家族に関するその他の事項に関しては、法律は、個人の権威と両性の本質的平等に立脚して、制定されなければならない。（佐藤前掲書 339 頁）

同案は同日枢密院に下付された。6 月 8 日、枢密院本会議は第二読会以下を省略して起立採決を行い、美濃部達吉を除く賛成多数で委員会報告の通り可決されたのである（佐藤前掲書 442 頁）。

1946 年 6 月 20 日、憲法改正を主テーマとする第 90 回帝国議会が始まる。改正草案 22 条は人権条項の中で「議会でもっとも論議を呼んだ条項」（キョウコ・イノウエ〔古関彰一＝五十嵐雅子訳〕『マッカーサーの日本国憲法』348 頁（1994））となった。当初、政府は改正草案 22 条の意味は曖昧にされており、明治民法の家族制度自体を廃止する結果になるとは考えなかったようである。だが、7 月 6 日に衆議院委員会における、加藤シヅエの質問に木村司法相が、「現行民法は封建的色彩を持って居ると云う非難を蒙るのは何処にあるかと申しますと、要するに、余りに戸主権並に夫権が強かったと云う点にあると申して宜かろう」（清水伸編『逐条日本国憲法審議録第二巻』〔増補版〕508 頁（1976））などの答弁を行った頃から、状況は変わり出した。貴族院本会議では更に、旧来の家族制度は全廃するものだと言明する答弁が多くなった。議論はほぼこの一点に終始した。貴族院では特に様々な抵抗があったが、結局それらは採決に持ち込まれても、原案を修正するには至らなかった。この間、衆議院の審議により、第 2 項の「個人の権威」は「個人の尊厳」に修正され、草案の 22 条は 24 条となって、現在の日本国憲法 24 条となるのである。

このため、憲法 24 条の趣旨は明確なものにならず、その後もひとえに反封建主義・家族制度廃棄を宣言するものとして考えられていったのである（1961 年の憲法調査会第一委員会報告においても、憲法 24 条は家族制度復活の是非を巡って激しい論争されているくらいである。法律時報 33 巻 14 号 152-156 頁（1961）参照）。結果、起草段階で予定されていた国家による女性や子どもの保護というより、国家の不介入、個人の尊重に基づく「家族」の自律に任される解釈方向が相対的に強まっていった（辻村みよ子『女性の権利』155 頁（1997））。また、「婚姻」に始まる夫婦・親子関係を起点とする「家庭」の法的保障という色彩、先進的・個人主義的な「家族」観は明文から消えてしまった（篠原光児「憲法第 24 条の成立過程について」白鷗法学 8 号 69 頁、91 頁（1997））。「家族」構成員がその中で自律性をもった人間となるよう、その阻害要因を国が除去するという姿勢は薄れ、かといって明治民法も否定されたため、消去法的に、公私分離と性役割を前提とする近代家族を肯定的に評価される中、様々な家族観の大妥協により、憲法 24 条理解は曖昧になったのである。

日本国憲法公布を前に、1946 年の 10 月 24 日には民法改正要綱が内閣の臨時法制調査会を通過した。しかしその公布は憲法施行に間に合わず、「日本国憲法の施行に伴う民法の応急的措置に関する法律（昭和 22 年法 74 号）」が作られ、改めて 1947 年 12 月 22 日の国会で民法改正がなされている。これにより、法律の上での戸主権や家督相続に伴う家族制度、妻の無能力制度などは廃止された。憲法 24 条とリンクした法制整備が速やかになされたと言えよう。しかし、憲法 24 条の意味が曖昧であったことにより、新しい親族・相続法は憲法 24 条の精神を

活かしているという漠然とした説明の後、個々の民法条文の合憲性は疑う余地もないとしてその解釈に進むという、これまた白地委任に近い説明を民法学界も繰り返すようになったのである。

二 憲法学説の中の日本国憲法 24 条

憲法学界は、以上のような状況の下、日本国憲法 24 条の性格づけに苦慮した。しかも、そもそも、憲法の定める人権体系・分類に多大な影響を与えたイエリネックの理解を基とすれば、分類が困難になるのである。このため、24 条の性格づけを巡って、学説は多種多様に分かれることとなった。

（１） 制度的保障とする立場

第 1 に、憲法 24 条を法的権利とは見做さずに、制度的保障と解する立場がある。例えば、田上譲治は、「婚姻及び家族生活は、私的自治の範囲に属するから、これについて自由権及び受益権のように、行政権の不作为又は作為を請求する人権を要せず、」「要するに」憲法 24 条は、立法及び法解釈の原則に止まる」ものであり、法制の保障であるが「権利の保障ではない」と述べていた（田上譲治『憲法提要』82 頁（1963））。

橋本公亘もまた、24 条は、家族生活において「家」観念を打破し、「平等原則がこの分野でも完全に実現できるようにするため、とくに」設けたものと解している。但し、それに加えて、「憲法が、婚姻、離婚、相続に関する法制を制度的に保障したもの」であり、「婚姻および家族に関する事項について原則規範を定めたものであ」とする（橋本公亘『日本国憲法』216-217 頁（1980））。

長尾一紘は、24 条は「婚姻および家族についての制度的保障の規定である」との説明をしながら、この条文の権利性に触れる記述をしていない（長尾一紘『日本国憲法』〔第 3 版〕157 頁（1997））。しかも、「憲法の諸規定、とりわけ基本権規定のなかには、直接個々人に『権利』としての基本権を保障するのではなく、特定の『制度』自体を客観的に保障する規定がある。これを制度的保障という」という説明があり、「検閲の禁止」「通信の秘密」と並んで、「婚姻および家族に関する制度の保障」もその範疇に加えるべきだと述べるのである（同右 87-89 頁）。24 条は明らかに権利規定ではないという立場に読める。

だが、「憲法原則に反する家族法が存在するということは、国が憲法の命じる義務違反をしているのであるが、この義務違反を矯正することができないならば、憲法に規定した制度的保障や法制の保障は、絵に描いた餅と等しく、実効のないものである」（和田鶴蔵『憲法と男女平等』166-167 頁（1969））。特に 1 項が夫婦の「権利」を保障しているという文言を無視していると言えよう。仮に、25 条などがプログラム規定であるとしても、財政的担保なくして社会保障が不可能だとされるような 25 条独自の事情は 24 条にはない。この見解は問題が多く、有力なものとはならなかった。

（２） 人権ではあるが分類不能とする立場

これに対して、多くの憲法学説は 24 条も人権規定であると解する。しかしその性格付けは多様である。伝統的な公法学説に従えば従うほど、この条文の性格は、立憲過程でそれが曖昧にされたこともあって、わからなくなる。結局、この問題に「わからない」という率直な解答を出した学説が存在する。

その典型は宮沢俊義であろう。宮沢は、日本国憲法 3 章の人権規定は「かならずしも厳格にはないが、だいたい論理的・体系的に構成されている」（宮沢俊義『憲法Ⅱ』〔新版〕196 頁（1971））とした上で、人権を大きく、「法の下での平等」を含む自由権、社会権、「能動的関係における権利」の「だいたい以上三種に区分することができる」とし（同上 203 頁）、これに従って著述を進めているが、「家族生活における個人の尊厳と両性の平等」については、基本書の中では孤立した一つの章で取り上げている（同上 430・433 頁）。「個人の尊厳と両性の平等」に立脚する家庭こそ、民主社会のもっとも重要な生活単位であり、「憲法は、それをどこまでも守ろうとする」ものであると指摘し、「十分に近代化しない社会に見られるような家族制度は、平等な個人の価値に立脚していませんから、個人主義に反」する「封建的」なものと断じたのである。

比較的宮沢に近い扱いをしているのが覚道豊治である。覚道は、基本的人権を包括的基本的人権と個別的的基本的人権に区分し、後者を講学上、「身体の自由に関する権利」「精神活動に関する権利」「経済生活に関する権利」「婚姻および家族生活に関する権利」「政治生活に関する権利」「裁判に関する権利」に分類した。これは憲法上の権利の性質というよりも、その登場する場面毎の整理だと言えなくもない。そして実際、「婚姻および家族生活に関する権利」は、婚姻その他における「自由と平等」の問題として説明しているのである（覚道豊治『憲法』〔改訂版〕292-293 頁（1973））。

以上の学説は、憲法 24 条への当惑を素直に表したものだと言えよう。しかし、伝統的枠組みに適さないからといって実定人権規定を分類不能とするのは主客転倒との誹りを免れない。寧ろ、日本国憲法に適合的な人権体系を見出すべきであろう。また、人権の性格が不明のままであれば、その保護範囲も不明確となり、司法審査基準や合憲性判断基準もよくわからないままとなろう。それらの理由もあってか、「伝統的通説」の体现者とされる宮沢の主張にも拘わらず、この立場もあまり採用されることはなかったのである。

（３） 自由権的に捉える立場

多くの学説は、新たな状況に直面して、憲法 24 条をなんとか従来の枠組みの中の何れかに分類することをしようとしたのである。明確に人権分類を行った学説の最初の方角は、憲法 24 条を大きく自由権と捉えるものであった。

民法学者の我妻栄は、戦後すぐの著書の中で、人権の全体を大きく「自由権的基本権」と「生存権的基本権」に分類した上で、憲法 24 条を「自由権的基本権」とし、その中の「法の下での平等、とくに家族生活における男女の本質的平等」、「精神および肉体の自由の保障」の一つとしての「婚姻の自由」という形で捉えた（我妻栄『新憲法と基本的人権』161-162 頁（1948））。これは、自由権説の先駆けと言えるものであり、注目される。そして、「個人の尊重と基本的自

由」の問題「に関連して、特に注意すべきことは、新憲法は、さらに、家族生活における個人の尊厳を、男女の本質的平等と並べて確認保障しているということである」（同上 169 頁）とした。そして、「個人の平等」の中で「男女の本質的平等」について再び 24 条に言及し、実際、「新憲法の施行とともに、戸主権は廃止され、親権は父母の共同行使とされ、夫婦は全く平等の地位をもつものとされた」と述べていく（同上 178 頁。我妻の護憲性は、我妻栄「家族制度と憲法改正論」世界 164 号 71 頁（1959）でも明らかである）。だがその我妻にして、その体系書において、憲法 24 条から家族法を論じる姿勢はない（我妻栄『親族法』3 頁以下（1961）など参照）。戦後に生まれた民法の規定が憲法に違反するかという設問を想定する様子もない。女性の再婚禁止期間についても、「十分な根拠がなく、非難されている」（同上 31 頁）とはあるが、それが違憲かどうかは論じる素振りさえなかったのである。

『註解日本国憲法』は、24「条は、家族生活における個人の尊厳と両性の本質的平等を要求し、封建的家族制度における家のため、男子のための拘束から、個人特に婦人を解放することを目的とする。この点で、第 13 条の個人尊重及び第 14 条の法の下での平等の、私法上の身分関係、家族生活関係における発現にほかならず、「それだけにまた本条は、国民にとって消極的な自由権的人権を保障するに過ぎない。この意味で、次条以下が積極的な生存権的人権の確認であるのとは対立する。このために、婚姻や家庭に、国家的社会的意義を認め、それを維持保護しようとする態度をとるところまでは、いつていない」（法学協会『註解日本国憲法上巻』232 頁（1948））として、24 条を自由権的権利と捉えていた。そして、「個人の尊厳に反するものとして、まず問題になるのは、従来の民法の家の制度である」（同上 235 頁）としたが、新民法の規定は包括的に承認した感も強かった（依静夫『日本国憲法概論』63-64 頁（1952）、佐藤立夫『憲法綱要』135 頁（1954）、渡辺宗太郎『改訂日本国憲法要論』132 頁（1957）、作間忠雄（『現代憲法読本』84 頁（1991）なども同様）。

踏み込んで、24 条を経済的・社会的自由権と解する立場もあった。和田英夫は、「家族生活における個人の尊厳と両性の平等」を、「居住・移転及び職業選択等の自由」「財産権」と並ぶ「社会経済生活の自由権」の一部と考えていた（和田英夫『新版憲法大系』202 頁以下（1982））。「憲法 24 条は、13 条の個人の尊重と 14 条の法の下での平等という憲法の原則規定を家族生活の中に具体化したものであり、とくに、私生活における一個人としての平等をば、封建的・家父長主義的・男尊女卑的家族制度の徹底的廃絶」の方向に向って、実現しようとしたものであり、「現代の社会の家族生活は、原則として、国民生活とりわけ消費経済生活の単位をなすことにかんがみ、」ここで解説したのだった。「家族生活における基本原理」という項目を「市民の経済・社会的自由権」の中の「市民法的諸権利」一つとして挙げた小林直樹（『憲法講義上』393 頁（1967））も、同様の立場と捉えられよう。

しかし 24 条は、1 項の力点が「夫婦が同等の権利を有する」ことにあると思われるのをはじめ、2 項の文言も、立法が「個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚して」なされなければならないことを定めており、自由権的表現は相対的に少ない。また 24 条は、「婚姻関係すなわち夫または妻の権利義務を、合意によって自由に定めることができる、という意味に解することはできない」し、憲法は「いくつかの原則を定め、このような原則に従って夫婦生活が営まれていくことを国が保障した」ものではないか（和田鶴蔵前掲書 157 頁）、との批判もある。憲

法制定過程でも、家族が国家からの自由を享受することは、あまり強調されて来なかった。更に、仮に自由権であるとすれば、それが精神的自由なのか経済的自由なのか身体的自由なのか等が問題になるところであるが、この立場に立つ学説はあまりその点を明確にしていない。和田英夫や小林直樹のように経済的自由権と捉える立場にしても、当該問題を経済問題と解してよいのか、社会権説と立場の違いがはっきりしない、などの問題を有していた。

（４） 社会権的に捉える立場

そこで、経済的・社会的自由権説を踏み越えて、社会権であると言いきる説が登場した。憲法「24 条の家族規定を第 25 条以下の生存権ないし社会権規定と関連づけて読むと、憲法は家族を積極的に保護する責務を国家に課しているように思える」（阿部照哉＝初宿正典編『法学ガイド憲法Ⅱ』147 頁（1991）[阿部]）という理解も、憲法起草段階の理解と併せれば、首肯できないではない。

佐々木惣一は、24 条全体「を一言にしていって、国家は家族生活を合理的に定めなくてはならぬ。国民はこれを要求するの権利を有し、国家はこれを為すの義務を有する」（佐々木惣一『改訂日本国憲法論』434 頁（1952））として、「家族生活の合理性に関する国務要求権」という説明を行った。但し、佐々木にとって「国務要求権」の下にはこれや「国家行動への希望に関する国務要求権」などと並んで「人格の保持向上」という項目があり、その中には「平等」も含まれているのであるから、今日考えられている国務請求権と同じように解して分類したのかは微妙である。

憲法学における男女平等の先駆的研究者である和田鶴蔵は、24 条は「自由権である」（和田鶴蔵前掲書 157 頁）としつつも、「国は婚姻関係の原則を示し、この原則の支配するような近代夫婦と近代家庭を、国民が営むことのできる権利を保障したものであると把握しなければならない」として、ここに「国民の国務要求権」が含まれるとしたのである（同上 154 頁）。田畑忍（『改訂憲法学原論全』439 頁（1957））もまた、24 条を「生活権（私生活にかんする国務請求権）」の一つとして説明した。そして、田畑あたりから、24 条を「国務請求権」とする表記は下火になり、それに代わって「社会権」と記す学説が一つの流れになっていく。田畑の「生活権」という表現は、25 条を「生存権」と言いたがらない論者の表現そのものと見受けられるのである。

鵜飼信成は、基本権の体系を「個人権的基本権」と「社会権的基本権」に分類し、後者を更に「経済的基本権」と「社会的基本権」に分けるとしていたが、24 条は 25 条以下と共に「社会的基本権」に属するとしたのである（鵜飼信成『新版憲法』130 頁（1968））。鵜飼は、「新しい憲法が、」「新しい組織原理に基づ」く「規律を国家に要求する権利、を規定した」のであり、「家族生活の形体を、近代化することは国家の義務である」と述べたのである（同上 131 頁）。樋口陽一も、家族に関する規定を「現代的意義を持つ諸条項」中の「社会的諸条項」の中で説明している。そこには 25 条から 28 条までの条項も含まれており、これらの「領域では国家の積極的役割の承認を前提とする」（樋口陽一『憲法』[改訂版] 262 頁（1998））とすると述べている。法社会学者の利谷信義も、「日本国憲法は 24 条と 25 条を独立の条文とした」（利谷信義「日本の家族」法学セミナー増刊『日本の家族』2 頁、10 頁（1979））が、「25 条が、

国民の生存権を保障し」ていることなど「と合わせると、一方では個人の生存権の保障に支えられた家族の保障を、他方で家族という場における個人の尊厳の保障を引き出すことができ」、「その意味では、家族の保障は、自由権と社会権双方の保障の基盤としての意義を持っている」と述べるのである（利谷信義編『現代家族法学』4 頁（1999）[利谷]）。

このような理解の根底には、社会権への過大な期待が基底にあったように思われる。しかし、社会権に大きな期待をかける空気は 1970 年代でほぼ終わってしまう。20 世紀に生まれた人権、新しい人権、現代的人権規定を全て社会権と称することには無理があった。そして、24 条の起草段階の発想が仮に社会権的なものと解し得るのだとしても、憲法制定過程で当時公になされていなかった議論を根拠に 24 条を社会権的に理解することは相当に困難であった。制定された条文の文言上も、国家に積極的保護介入を求める姿勢は希薄である。社会権が、経済的自由権の修正としての国家への請求権であるという理解が一般的になれば、24 条を明文上請求権とは読めないように思われた。

（５） 平等権的に捉える立場

以上、憲法 24 条を自由権ないし社会権の一つと考える学説が衰退する一方で、これに代わって、最も一般的となった立場は、24 条を憲法 14 条、即ち平等権・平等原則の特別法的位置にあると考えるものであった（稲田正次『憲法概要』127 頁（1954）、大石義雄『憲法原論』192 頁（1954）、中村哲『日本国憲法の構造』178 頁（1957）、中谷敬寿『日本憲法要義』140 頁（1958）、鈴木安蔵『日本国憲法概論』130 頁（1962）、酒井吉栄『日本憲法概論』151 頁（1963）、原龍之助『新版憲法概説』67 頁（1968）、奥貴雄『入門憲法講義上』272 頁以下（1969）、大西芳雄『憲法要論』〔再版増補〕79 頁（1973）、俵静夫『新版憲法』67 頁（1978）、尾吹善人『基礎憲法』107 頁（1978）、芦部信喜編『憲法Ⅱ』249 頁（1978）[阿部照哉]、大須賀明ほか『憲法講義 2』63 頁（1979）[戸松秀典]、中原精一『日本国憲法講義Ⅰ』109 頁（1983）、伊藤公一『憲法概要』〔改訂版〕65 頁（1983）、榎原猛『憲法-体系と争点』146 頁（1986）、小嶋和司『憲法概説』180 頁（1987）、阿部照哉『憲法』〔改訂〕107 頁（1991）、千葉勇夫『憲法で考える』108 頁（1991）、戸波江二ほか『憲法(2)』124 頁（1992）[安念潤司]、手島孝監修・安藤高行編『基本憲法学』81 頁（1992）[大隈義和]、上田章＝浅野一郎『憲法』449 頁（1993）[浅野]、宮田豊編『憲法講義』247 頁（1993）[間宮庄平]、吉田善明『日本国憲法論』〔新版〕300 頁（1995）、阿部照哉ほか編『憲法(2)』152 頁（1995）[佐藤幸治]、中谷実編『ハイブリッド憲法』140 頁（1995）[角田猛之]、粕谷友介＝向井久了編『憲法』104 頁（1995）[吉川和宏]、小倉正恒『憲法』74 頁（1997）、畑博行『憲法Ⅱ』56 頁（1998）、小林孝輔『新版憲法』120 頁（1998）、古野豊秋編『スタンダード憲法』〔改訂版〕78 頁（1998）[山本悦夫]、堀内健志『憲法』〔改訂新版〕116 頁（2000）、粕谷友介『憲法』135 頁（2000）、越路正巳『現代憲法体系』〔改訂第三版〕79 頁（2001）、大沢秀介『憲法入門』〔第 3 版〕109（2003）、野中俊彦ほか『憲法Ⅰ』〔第 4 版〕293 頁（2006）[野中]、川岸令和ほか『憲法』〔新版〕94 頁（2005）[川岸]、君塚正臣編『ベーシックテキスト憲法』87 頁（2007）[丸山敦裕]、長谷部恭男『憲法』〔第 4 版〕189 頁（2008）などがこの立場だと思われる。要するに圧倒的多数である）。

このような立場を最初に示唆した憲法学者は美濃部達吉であったように思われる。美濃部は、

「人格の平等」という項目の冒頭において、「平等主義は自由主義と共に国民主権主義と離るべからざる関係に於いて相結合して発達し来つたもので、我が新憲法も亦国民主権主義と共に平等主義の原則を確認し、二箇条に分ち、第十四条には各人の法律上の平等及び華族制度の廃止に付き、第二十四条には婚姻及び家族生活に於ける平等に付き規定して居る」（美濃部達吉『日本国憲法原論』168-169 頁（1948））と記述する。そして、これが「舊来の民法に対し根本的な一大変革を加へんとするもの」であり、「家の制度が廃止せられた」ことに伴う諸制度の改正を求めている（同上 176-177 頁）として、24 条の焦点は家族制度の廃止にあるとしたのであった。

佐藤功もまた、大日本帝国憲法が範囲外に置いていた私的な生活の面での平等の問題を、憲法 24 条が「平等の原則の具体化」として捉えたとする（佐藤功『日本国憲法概説』〔全訂第五版〕188 頁（1996））。伊藤正己も、この条文は「全体として男女の平等を重視しつつ、」「明治憲法のもとでの旧民法を近代化することを指示している」とする（伊藤正己『憲法』〔第 3 版〕253 頁（1995））。芦部信喜は、人権を「包括的基本権」「法の下での平等」「自由権」「参政権」「国務請求権」「社会権」に分類しているが、ここには 24 条が登場していない（芦部信喜『憲法学Ⅱ』81 頁（1994））。そして、人権の分類が相対的であることも留意しつつ、「家族」の問題は「平等」の部分で扱っている（芦部信喜『憲法学Ⅲ』〔増補版〕40 頁及び 57 頁（2000））。佐藤幸治は、「憲法は、民法旧規定下の『家』制度を否定する趣旨から、14 条 1 項を受けてさらに入念に」24 条を規定したとする（佐藤幸治『憲法』〔第 3 版〕476-477 頁（1995））。

このほか、高橋和之は明示的ではないが、憲法 24 条の問題を専ら「性別」の「平等」の部分で論じている（高橋和之『立憲主義と日本国憲法』135-136 頁（2005））ようであり、戸波江二も 24 条を平等の問題として解説しているが、他面、「家族の尊重は、個人の自由・平等と対立する契機をもはらんでいることが留意されるべきである」（戸波江二『憲法』〔新版〕202 頁（1998））とも述べている。このようなものも含めれば、現在の基本的な憲法の教科書では、専ら憲法 24 条は「平等権を定めた規定として理解されてきた」（松井茂記『日本国憲法』〔第 3 版〕547 頁（2007））と言ってよい。24 条の平等権説的理解は、通説かつ圧倒的多数説であると言えよう。

この、平等権の延長として憲法 24 条を捉える通説的な立場は、確かに、憲法制定過程で確認されたものが旧家族制度の否定であるとするならば、その力点は平等というところにあると思われるのであるから、その立場が有力化したことには一定の理由があると言えなくもない。しかし、その根拠・理由が十分に展開されたとは言えなかった。自由権と社会権の狭間の条文が、突如として平等権の飛び地だとすることも不可解だったが、これらの説明もなかった。

そしてまた通説は、平等の中でも、あまりにも同条を男女平等に特化して読み込んできた。2 項の「両性の本質的平等」も、男女の本質的差異と読み替え、その役割を当然のこととする解釈の根拠にされてきただけの感があった。実際、憲法学界にはその問題は既に解消されたと思ひ込んでいた節があり、性差別問題に関心を示すのはやっと 1990 年頃のことであった。ましてや、男女以外の家族構成員の平等、例えば非嫡出子差別の問題がこの射程にあることなどは長く認識されてこなかった。更に同条に「個人の尊厳」という文言が記されていることは、殆ど意識されてこなかった。その結果、保障されるべき家族のあり方を示し、「憲法の基本理念

の内容をより豊かなものにするはず」の理論展開は、「日本の憲法学においては」「十分でなかった」、と評されざるを得ない（利谷編前掲書 4 頁 [利谷]。）。夫婦別氏論の問いかけにより、形式的平等の現行法の前で憲法学はまさにその対応に苦慮することになったのである。他方、家族に関する諸々の自己決定権の問題を 13 条の「幸福追求権」の問題と理解し（背景には、アメリカやドイツでの議論の無批判な直輸入の姿勢がある）、24 条の射程を非常に狭く理解してきたことも問い直されねばならなかった。

（6） 平等権と幸福追求権の両方の特別規定のように捉える立場

そこで、24 条が平等権の性質も有することは認めつつ、それ以外の要素を含む理解に進む新たな立場が生まれてきたのである。まず、24「条は、憲法 13 条（個人の尊厳）と憲法 14 条（法の下での平等）の一般原則を、婚姻および家族生活の領域において具体化された規定である」（浦田賢治＝大須賀明編『新判例コンメンタール・日本国憲法 2』55 頁（1994）[大山儀雄]）という、通説的理解とは若干異なる立場が示されたのが端緒となった。だが、通説はなお重く、主要な学説としては以下の 2 説に留まる段階である。

辻村みよ子は、「24 条は一般に平等の規定と解されてきたが、婚姻の自由を中心とする家族形成に関する個人の自己決定権や、夫婦同権を定めた条文として重要な意味をもつ」と、加えて、『婚姻及び家族に関するその他の事項』に関する法律がすべて個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚して制定されなければならないという、憲法 24 条のみならず、憲法 13・14 条の内容に抵触すると思われる現行法上の諸規定が存在する」と述べるのである（辻村みよ子『憲法』[第 3 版] 194 頁（2008））。辻村は版を変えた際に記述を微妙に変化させているが、この先、辻村説が、何故 24 条にこれほど強い読み込みが可能であって、そのことが憲法の全体構成に問題を残さないかを説明することが問われることが必要であるように思われる。

これとは別の角度から、家族の問題を平等と「家族形成・維持に関わる自己決定権」の問題に分けて考えるのが、松井茂記である。松井はプロセス的憲法観に立ち、基本的人権を「平等権」「政治参加権」「政治参加のプロセスに不可欠な諸権利」「政府のプロセスに関わる諸権利」「非プロセス的権利」に大別する。そして、平等の問題は、14 条 1 項後段列举事由「に該当するかどうかで厳格審査の適用の有無が決定される」（松井前掲書 379 頁）というのである。「性別」はこれに該当するが、これに従い、松井は民法 731 条と 733 条を共に「明らかにこれは違憲」だとする（同上 385 頁）。また、非嫡出子は「社会的身分」に該当し、民法 900 条 4 号但書は「違憲とすべきであった」とするのである（同上 390 頁）。だが、より一般的に「家族」を憲法が保護しているとは考えていない。それは、ひとえにそれが「政治参加」に不可欠な権利として構成できないことによる。まず、よく「いわれるようなさまざまな自由を『自己決定権』という一つの基本的人権と捉えることそれ自体が困難である」上、「これらの自由が裁判所が基本的人権と認めるべき根拠ははっきりしない」し、仮にそうであっても「厳格な審査を正当化する根拠はなさそうである」として、一まとまりのものとしての「自己決定権」概念構成を否定する。そして、24「条は、平等権規定であると同時に家族形成・維持やリプロダクションに関わる個人の権利を保障した権利規定でもあると考えられる。家族形成・維持に関わる自己決定権やリプロダクションに関わる自己決定権は、むしろ 24 条の問題として扱った方が

適切である」と述べ、通説的見解を批判し、24 条の独自の保護領域を認定したのである。ところが、「このような権利は政治参加のプロセスに不可欠な権利とはいえないので、裁判所としてはその制約を緩やかに審査すべき」（同上 550 頁）とするのである。だが、「家族」はさほど憲法上保護できないとしながら、それが平等の問題となれば強く読めるのは何故か、24 条は結局平等権の特則という効果しかなくなるのではないか、そのプロセス的憲法理解に 24 条はうまくはめ込めるのかなどが、松井説には問われることになるう。

（７） 「結社」の一場面として捉える立場

もう一つの新しい立場は、憲法 24 条の「家族」を、政党などと同様、人的結合、結社の自由の側面から捉える立場である。それは、通説的立場が 24 条に平等を強く読み込むのとも異なり、また過去の自由権説が経済的・社会的自由と考える傾向を帯びていたのとも異なると言えよう。

そのような見解を最初に示してきたのは、初宿正典である。初宿は、家族を、精神的自由権の中の人的結合の自由の一場面、「もっとも小さな共同体」（初宿正典『憲法 2』〔第 2 版〕284 頁（2001））と捉える。そして、「《家族》（広義）の問題を考える場合には、《婚姻》にかかわる法制度の問題と《家族》（狭義）にかかわるそれとは区別しておかなければならない」と論じる。それは、男女の合意的契約的關係と、「親と子どもの共同体」のような「いわば《運命共同体》的な関係」とは区別する必要があるからだというのである（同上 286 頁）。初宿は、憲法 24 条の意義は、家族がまず「個人および社会の基本的な要素」であることにあり、「旧来の家制度を否定し、婚姻が夫の家の存続・維持を目的とするのではな」い点にあるとする。そしてその 1 項は、「婚姻の自由（およびその消極的側面として離婚の自由）を保障した自由権の規定である」（同上 287 頁）とする。しかし「それ以外の家族的結合についても、すべての側面において法律上の婚姻とまったく同等に扱うことが憲法の要請であるとまでは言えない」（同上 287・288 頁）として、同性婚や未婚の母の保護の否定、再婚禁止期間などについては現行法を追認するのである。

このような立場は、ほぼ、渋谷秀樹の採るところでもある。渋谷は、憲法 24 条を「共同生活」の中の「家族形成の自由」で説明する（渋谷秀樹『憲法』411 頁（2007））。憲法 24 条が、「平等に関する側面が注目されていた」が、「家族のあり方が急激に多様化しつつある現在において、改めてこの規定を家族を形成する権利の一般法規定と読み直す必要がある」とするのである。それでは、憲法 24 条は 13 条の自己決定権の延長として読めばよいのではないかという素朴な疑問に答えるように、渋谷は続けて、「しかし、むしろ家族を形成する権利として 24 条の中で『家族に関するその他の事項』の問題として考えるべきである」として、それも拒絶するのである（同上 416 頁）。

これらの立場は、通説が平等権的に 24 条を読み込んできたことを批判的に考え、寧ろ、「家族」という場における人的なつながりの保障を考えたものと言える。しかし、果たして「家族」は他の、自律的な個人の意思により加入・脱退が保障される類の「結社」と同列に解してよいかは疑問である。仮に、初宿が注意深く論じているように、「婚姻」をそう解することができたとしても、親子関係を同様に読み込むことは難しい。その点に注意するならば、何故「結社」

に含めて論じたかも知れない疑問として残る。補足すれば、これらの学説が掲げる「結社」が憲法上同様同種の位置づけを与えられているかは、なお疑問もある。またこのことがいかなる司法審査基準を導くのかも不明である。特に、「家族」の結合を精神的自由の一場面と捉えるならば、不可解な結論も多かろう。

三 憲法 24 条の実質化

以上が憲法学説などの憲法 24 条理解の変遷であるが、果たしてこのことは民法を中心とする法令の「家族」理解をどのように変えたのであろうか。また、どのように考えて行くべきなのであろうか。

（１） 民法学説の変遷

憲法規定が関連する実定法分野の正当性の根拠規定であるのであれば、憲法 24 条は少なくとも民法の親族・相続編の根拠規定でなければならない。しかし、民法学者が憲法 24 条を十分に展開して家族法を解説したとは言い難かった。

我妻栄については既に述べた通りであるが、我妻と共に民法改正「当時としては近代的感覚が最もあるとみられる学者」（依田精一「戦後家族制度改革の歴史的品格」福島正夫編『家族政策と法 1』251 頁、254 頁（1975））であった中川善之助についても同様の傾向が見られる。中川は、憲法改正論者を批判して、そこで「家族員の協和敬愛とか子の孝養義務とか、家産制の創設とかが一緒に主張されているところを見ると、その真意はやはり現実的家族の尊重ではなくて、累代的家族への郷愁にあるもののように思われる。われわれは言葉の蔭に潜む、古い価値体系の露頭を軽率に見おとしてはならないのである」（中川善之助『親族法』〔第 2 版〕82-83 頁注 3（1960））として、日本国憲法、特にその 24 条の立場を支持した。だが、ローマ法以来の家族法の歴史を語り、その財産法に対する特殊性を強調するように見える中川善之助は、「個人に対する統体の優越は、旧法において甚だ強く、新法においてはやや弱くなったといえよう」（同上 16 頁）とするなど、憲法 24 条が家族法に与えたインパクトをあまり認めていないようである。何れかの規定を違憲ではないかとする主張は見られなかったのである（松坂佐一『民法提要-親族法・相続法』〔第 4 版〕23 頁（1992）、有地亨『家族法概論』〔改訂版〕10 頁（1994）なども同様）。

だが、次の世代は現行家族法を、無謬のものとして盲目的に信じているばかりではなくなった。久貴忠彦は、「現行親族・相続法は、憲法の精神に則り、個人の尊厳（憲 13 条）・男女平等（憲 14 条）を柱とする」（久貴忠彦『親族法』11 頁（1984））と憲法に言及する。しかし、女性の再婚禁止期間について、民法「733 条の定める 6 カ月という日数の整合性は理論的には説明しえず、それは結局、かつての『貞婦二夫にまみえず』の思想を根底にもつものといわざるをえない」（同上 50 頁）と批判しながら、「女子についてだけとくに課せられた制限ではあるが肯定すべきものである」（同上 49 頁）とするなど、憲法論に踏み込むようではなかった。だが、非嫡出子相続分規定を違憲とした 1993 年 6 月 23 日の東京高裁「決定が世に与えた衝撃は大であり、」「これ位のことがなければ法改正へのきっかけは容易に生れないかも知れない」（久貴忠彦「判批」私法判例リマックス 9 号 83 頁、86 頁（1994））などとも述べており、こ

の頃には同規定違憲判断に好意的と思えるような変化が生じていた。

中川淳もほぼ同様の傾向にある。例えば、民法 730 条「は無用なものであり、その立法過程からみても、『個人の尊厳と両性の本質的平等』（1 条ノ 2）という家族法に反する家の制度の規定といえる。したがって、この規定の意味については、支配的な見解にしたがうべきであり、立法的には削除すべきである」（中川淳『親族相続法』〔改訂版〕49 頁（1988））とするが、同規定が違憲か否かについての言及はない。中川高男も、明治民法が終戦後に、「個人の尊厳と両性の本質的平等（憲 24 条）の立場から民主的変革がなされ」（中川高男『新版親族・相続法講義』5 頁（1995））たことを記述する。各所で「平等」を強調して立法論として民法規定の改正を主張するが、憲法違反という主張はないように読める（同上 110-112 頁など参照）。記述の状況は他もほぼ同様である（鈴木禄弥『親族法講義』270-271 頁（1990）、太田武男『親族法概説』6-7 頁（1990）、泉久雄『親族法』23 頁（1997）、遠藤浩ほか編『民法（8）』〔第 4 版〕4 頁（1997）〔川井健〕、北川善太郎『民法講要Ⅴ親族・相続』〔第 2 版〕2 頁（2001）なども同様）。日本の家族法が、よもや憲法違反の規定を含むとは、これらの世代によってもなお考えられなかった。しかし、この世代は「個人の尊厳・男女平等を実質的に実現するために現実をふまえつつ見直していく必要」（川井健「家族法の課題」島津一郎古稀『講座家族法第 1 巻』3 頁、6 頁（1991））に直面し、いくつかの条文について、違憲とは言わないが、不合理だとして、立法論として改正の必要性を語り始めたのである。

更に、戦後生まれ世代、即ち、生まれたときには現行民法が施行されていた民法学者の記述ともなると、憲法論の実質化が見受けられてくる。憲法 24 条を家族法（民法）の上位法としてはっきりと視野に入れ、特定の条文については憲法違反であるという明確な主張も見られてくるのである。

二宮周平は、「1946 年に成立した日本国憲法で、婚姻・離婚・家族に関する法律は、個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚して制定されるべきことが示された（憲 24Ⅱ）」、「民法の解釈基準として『個人の尊厳と両性の本質的平等』があげられた（民 2）。当時、世界で最も平等の進んだ立法となった」と述べている（二宮周平『家族法』5 頁〔第 2 版〕（2005））。二宮には、日本国憲法制定と戦後民法改正の意義を家族制度の廃止というところにとどめていないところがあるように見受けられる。例えば、非嫡出子の相続分差別について、司法審査基準に関する憲法学説を引用の上、同規定の違憲論をはっきりと展開している（同上 286-289 頁）。また、戦後における家族の変化を捉え、「家族の制度化を強めれば、社会が安定するという関係にはなくなった。そこで家族法の役割は、家族の制度化よりも、多様な家族のニーズに応え、かつ当事者の人権と自律を尊重し、その自主的な紛争解決を援助することにあるようになった」とし、「男女の平等と個人の尊重という憲法の原則を確認し、現実の家族生活の中に定着させていくことこそ、家族法の基本的な課題だといえよう」（同上 10 頁）とまで述べ、家族法の憲法化を推進して、新しい個人主義的な家族観をそこに実現させていこうとする意欲が強く見えるのである（これと対照的な議論を展開し、婚姻家族・配偶者保護を前面に打ち出すのが水野紀子である。二宮と水野の違いは、石川稔ほか「座談会・非嫡出子の法的地位をめぐって」ジュリスト 1032 号 34 頁（1993）で鮮明となっている）。

大村敦志は、「親族法を指して、『（狭義の）家族法』と呼ぶ」など、新しい「家族法」概念を

提唱する（大村敦志『家族法』〔第 2 版〕15 頁（2002））。「性役割分業を伴う核家族」という典型的な「戦後家族」に対し、「高齢化／流動化／国際化」をキーワードとする「戦後家族の動揺」が「1980 年代以降」起き、「習俗が法律を追い越す兆しをみせている」と述べ、「われわれの目前にはよるべきモデルは存在しない」ことになったと言う。我妻栄・中川善之助による「婚姻家族＝核家族モデル」を「標準モデル」としながら、それは、「個人のライフ・スタイルの尊重を説く」「家族消滅モデル」と、「家族の復権を主張し、拡大家族に郷愁を抱く立場」による「拡大家族もモデル」という「2 つの対抗モデルによる挑戦を受け」ることになったと解説する。しかしこれら全ての立場が「家族モデルは 1 つであるという前提に立つ」ことであると、これらを包括的に批判し、「現存するさまざまな家族とそれに対する法的処遇を出発点としつつ、複数の家族類型を再編成するという方法」即ち「多元モデル」に立つことを宣言するのである（同上 18-24 頁）。

大村は、戦後の民法改正は、「日本国憲法は、家庭生活における個人の尊厳と男女の平等を宣言した」のに伴うものであり、その「家族法の内容は先進的なものであった」と評価する（同上 18 頁）。そして、大村は、「家族に関する法規範の定立に際しては憲法との適合性が十分に考慮されなければならないし、また、制定された法律は違憲審査の対象となる」（同上 346 頁）と述べ、憲法が民法の上位法であることを明言する。実は、民法学者によるこのような明言は少ないのである。そして、憲法 24 条のいう「『個人の尊厳と両性の本質的平等』は、家族に関してのみ求められる要請ではない。実際のところ、憲法は人権総則ともいうべき 2 つの規定において、この要請を確認している」として、「家族に関する諸問題は、憲法 24 条との関連で独立に論じられるよりも、むしろ、憲法 13 条・14 条、とりわけ後者との関連で言及されることが多い。幸福追求権や自己決定権、あるいは法の下での平等が、家族法においても基本原理となる」ことを確認する一方、「憲法の基本原理である『自由』『平等』（個人の尊厳と両性の本質的平等）にとどまらず、『連帯』に触れた一項にこそ婚姻保護の契機をみいだしうるのではなからうか」と述べ（同上 347-348 頁）、24 条独自の、或いは「結社」保護的な保護領域があることを想定させた。

（２） 「家族と憲法」再考

日本国憲法 24 条は、長く十分に検討されてきた条文であるとは言い難かった。多くの説は、憲法 24 条は戦前の「家」制度を否定し、対等の男女の合意による婚姻、法律婚を基調とする家族の結合を保障したものと解してきたと思われる。だが、その規定した「家族」とは何であるかの説明もあまりなされなかった。他方、日本国憲法の制定に合わせて戦後すぐに大改正された民法第 4・5 編は憲法 24 条の内容を具体化したものとして理解され、当然それに適合しているものと考えられてきた。しかし、最近では民法 4 第・5 編の各条文が果たして日本国憲法に適合的なのか否かが改めて問い直されるようになってきた。民法が憲法の下位法令である以上、そのような検討がなされることは当然のことである（補足すれば、法令の条文が、憲法 24 条以外の、例えば 14 条に抵触しても違憲なのである）。ようやく、憲法 24 条が国内法最高法規として実質的に起動し、これと結び付いた家族法理解が始まったのである（憲法の家族（民）法化、家族（民）法の憲法化、などとも称される）。

しかしなお、家族は私的な領域であって憲法の問題にはならないとか、憲法学はもっと政治的な、統治に直接関わる問題だけを扱うべきだという主張もありえよう。「このようないわば家族法の憲法化の傾向に対しては、憲法は元来統治に関する法ではないかという観点から、批判的にみる見解も存する」（佐藤幸治『国家と人間』65 頁（1997））のである。民法学からも、「練り上げられた技術の体系であることの認識が十分に前提とされないまま、短絡的にスローガンのように平等原則の適用の議論が行われる」ことにより、民法学が培ってきた体系が崩れることはないかという懸念も多分にあるように見受けられる（水野紀子「子どもの平等権」家族《社会と法》10 号 155 頁、158 頁（1994））。それは、公法秩序が私法秩序に介入することなどへの恐れのようにも見える。

だが、日本国憲法は必ずしも「民事生活のことに触れないということではない」（佐々木惣一前掲書 65 頁）。例えば、14 条は「経済的又は社会的関係」の平等を、27 条 2 項は「賃金、就業時間、休息その他の勤務条件に関する基準は、法律でこれを定める」とするなどである。日本国憲法 24 条もまた、「家族」に関する法律が「個人の尊厳と両性の本質的平等」に基づくものでなければならないことを要請している。また、大日本帝国憲法体制下では家族制度が天皇中心の統治を支える制度であったことから考えてみても、少なくとも日本では家族は統治の問題だったのである。家族への国家の不当な介入を認めないような制度を保障することは、まさに日本国憲法の関心事だと言ってよいのである。そして、憲法が国内法最高法規であるということは、法理論上、これに反する下位法令を許容できないことを指し、私法も例外ではない筈である（君塚正臣『憲法の私人間効力論』258 頁以下（2008）など参照。例外であるとすれば、戦前の皇室典範と同じ状況が私法に生じてしまうのである）。反論は、憲法が「公」法であるという呪縛に囚われすぎているという疑念もなくはない。そこで、民法第 4・5 編の各条文のような法令、政府の行為が憲法 24 条に反しないかは検討されるべきとする近年の学説傾向は、当然のものである。

そして、日本国憲法は「家族」の必要性を認識し、それを制度として保障したのだと思われるが、日本国憲法は「家族」の保障、そのような結合が存在すればよいというようなある種の協同体主義を最優先させている憲法でもない。特に 24 条は「個人の尊厳と両性の本質的平等」に沿った立法を求めているように、個人の尊重や男女平等は「家族」に優先するものでと言わねばならない。このことは包括的基本権規定とされる憲法 13 条、14 条とも極めてよく合致する。日本国憲法はそれまでの日本が集団主義的でありすぎたことの反省から、「人間の尊厳」ではなく「個人の尊重」を平等と並ぶ基本権規定の指導原理に選んだと解されよう。その手段として、「家族」の形成が保障されたのであり、その逆ではないということは、ここで確認する必要がある。

このような主張は「家族」の役割を軽視するものだ、という批判もあるかもしれない。家族は他の組織・団体とは異なり、自然に存在するものであり、誰もがその中に生まれるべきものである。子どもの成育の場であり、人の安らぎの場であるべき場所である。そのようなものを人権の手段に過ぎないと表現するのは言い過ぎではないか、という反論は予想できる。しかし、それでもなお個人の幸福追求を阻害する「家族」の危険性は捨象するわけにはいかない。そのような家族あるいは家族法制度から個人を守る可能性は、「個人の尊重」を基本とする日本国憲

法の解釈論としては残さざるを得ないのではあるまいか。また、国家が「家族」という私的領域に介入するきっかけを与えるものではないか、という批判もあるかもしれない。しかし、では憲法 24 条が「家族」に言及したのはなぜなのか。第一義的にはその領域で人権侵害的な状況が戦前まで存在したという認識によるものではなかったのか。仮に個人生活に過介入の民法等の規定があれば憲法違反となる疑いが濃いのである（米沢広一『子ども・家族・憲法』276-277 頁（1992））。そのような法規定を違憲とせずに残すことこそ、実は国家法の家族への許されざる介入なのである。さらに、婚姻、出生、養子縁組など何らかの形で公示されることが必要である。それらの条件や期限は定めなくてはならない。この点でそもそも家族は限定的に法規制を受けざるを得ないのである。その「家族」を扱う法規が憲法に適合しているかを論じることとは、憲法と法律の関係を論じる通常の憲法論でしかないのである。

では日本国憲法は「家族」をどのように考えているのか。ここでいう「家族」とは決して一族・血統の維持や儒教的な親子関係の継承を指さないことは言うまでもない。憲法 24 条はその 1 項で婚姻が当事者 2 人の合意のみによって成立することを謳う。「家」同士の約束で結婚を進め、しかも子が生まれるまでは正式の婚姻をさせないような婚姻のあり方を否定している（但し、現実に本人意思が最尊重されるようになったのは 1975 年以降だという。湯沢雍彦「現代型結婚は成熟するか」家族社会学研究 6 号 29 頁、32 頁（1994））。この点が同条の主眼だったように読める。憲法は「家族」が夫婦とその間の子によって成り立つことを基本とし、「家」とは無縁の独立した個人の契約と、本人の意思とは無関係に出生した未成熟な子の福祉のためにあると考えたのであろう。しかも、憲法 24 条が「個人の尊厳と両性の本質的平等」を要求していることを考えれば、仕事を持つ夫と専業主婦の妻という西欧近代的な家族ではなく、それが「より現代的な要請を体現しているものであることは明らか」（中山道子「憲法学にとってのもうひとつの“諸個人の結合”」立教法学 41 号 192 頁、208 頁（1995））であろう。あるいは、どのような婚姻をするかの自由と、悪しき「婚姻」を忌避する自由があると言ってもよいのかもしれない。憲法 24 条が最も警戒的なのは、なお反個人主義的に「家」制度が温存されることと、婚姻が当事者の自由でなくなることだったのであるように考えられるのである。

即ち、憲法 24 条は、包括的基本権である憲法 14 条の「平等」の要請と、13 条の「幸福追求」の要請を受けて、解釈されるべきである。これは、全ての人権条項についてそうなのかもしれないが、権利の性格づけが曖昧で、事の性質上、これらの問題に密接に関わる「家族」に関する規定である 24 条は、そのことが強調されてよい。逆に、「家族」が「結社」であることを強調しても、憲法 21 条の「結社」や、労働者の団結権などの保障とは、特に司法審査基準の観点から統一的な理解ができないため、そのような理解には大きな意味はなさそうである。このため、「平等」と「幸福追求」を重要な視点として家族に関する法規は判断されるべきであり、これらに反する下位法令については、明快な司法審査の基準を擁して、憲法違反とする明快な回答を用意しなければならぬ（そうでなければそうでないと明言すべきである）。

民法は法律婚制度を採用し、届出を形式的要件としている。確かに、ライフ・スタイルの自己決定権の中に事実婚の自由を読み込む説もある（二宮周平『家族法改正を考える』190 頁（1993）など）。しかし、いかなる男女の同居にも婚姻と同程度の法的保障が及ぶとは言えない以上、法が婚姻という制度を作るか、男女の関係のうち一定のものを法的に保障に値すると確定するの

はやむを得ぬものと解さざるを得ない。しかし、婚姻最低年齢の男女差を定めた民法 731 条が、果たして「両性の本質的平等」に適合して憲法 24 条に反しないと言えるのかは疑問である。「個人の尊厳」を侵すものであるとも言えよう。また、同条は憲法 14 条違反ということはできよう。同様に、女性だけに再婚禁止期間を定めた民法 733 条も憲法 14 条及び 24 条違反になる可能性も濃いように思われる（君塚正臣『性差別司法審査基準論』167 頁以下（1996）など）。

以上の主張に対しては、24 条の「両性の本質的平等」とは、家族領域における男女別の取扱いを許すものとする解釈を提唱する見解もあるかもしれない。しかしそうだとすると、24 条は性差別等を家族という最も他人の目に触れない領域で温存するため、わざわざ付け加えられたということになる。しかし、同規定は戦前、家族における女性や子、傍系の地位が低かったことに鑑みて設けられたと考えるのが合理的な解釈であり、憲法制定過程にも合致する。24 条は、生理的差異を考慮すれば「本質的」という文言を入れざるを得なかったのであり、それ以外では差別を厳しく禁じた条文であると解すべきように思える。

平等原則違反、憲法 14 条違反とは言いにくかった夫婦同氏制度も、憲法 24 条違反である可能性がある。「家」に縛られることなく「個人の尊重」や「個人の尊厳」を確保するならば、少なくとも一方が生来の姓名を必ず強制的に変えるという婚姻制度は憲法 24 条に違反するとも言えなくはない。それもその殆ど一方の性ばかりがその負担を負うことが予測できた制度は、「両性の本質的平等」という点でも違憲であったのではないかと考えられるのである。もしそう言えるのなら、憲法 24 条は 13 条や 14 条とは異なる効果を発揮することになる（高井裕之「結婚の自由」ジュリスト 1037 号 177 頁、179 頁（1994）、君塚正臣「何が『性』『差別』か」文明（東海大）77 号 39 頁（1997）も参照）。

こうして順次考えていけば、家族法学界で合理性や妥当性が問題となってきた条文が、憲法 24 条等に違反すると言い換えられていくのではなからうか。離婚制度や養子制度、親権や相続制度一般についても、果たして個々の条文が合憲であるかについて、再考の余地があるように思われる。

おわりに

「家族」を憲法学が考察することは当然であった。憲法は 24 条で「家族」を問題にするほか私的な領域の差別や自由にも関心を払っている。憲法は違憲な法律を無効とし、あるいは合憲的に解釈することによって、「家族」と関わるのである。憲法が「公」領域の基本法であるだけでなく、全ての国内法の基本法であることを認識し、そのあり方を問うことは、憲法というもののあり方を再考することでもある。あるいはまた、漠然と政治的社会問題は何でも憲法問題かのような対応も再考されるべきなのかもしれない。「家族」の憲法的再考は憲法や憲法学の再考の端緒になる要素を含んでいる。

このような再考を踏まえ、近時の学説には、民法の条文の中に違憲のものがあるという記述があるものが多くなった。24 条に、比較的厳格度の高い司法審査基準を及ぼそうとする姿勢も顕著である。古い形での公法私法二分論は消滅したようである。より多くの「家族」に関する問題が憲法化していけば、民法学に与える影響は大きくなる。民法学でも、憲法 24 条の解釈論はこれまで展開が十分になされてきたとは言い難い。そして、言わば憲法 24 条解釈の空

白の中、戦後家族・核家族が一般化し、働く父とそれを支える名字を変えた専業主婦の母が子どもを育て、辞令一枚で丸ごと転勤することで高度経済成長を支えるという、お決まりの図式ができ上がってきた。だが、経済発展とその終焉は幸福感も変えた。男女共同参画社会の到来、国際化・グローバル化、過疎化、それに少子高齢化がこれに拍車をかけた。映画『おくりびと』（2008）が暗示するように、戦後家族の動揺が生まれ、これに問題提起がなされるようになる（理想の家族を巡る意識変化は、吉見俊哉『ポスト戦後社会』80 頁以下（2009）など参照）と、眠っていた憲法 24 条が叩き起こされてきたかのようである。そして、「家族」の結合力の欠如は今や明らかになった（同上 84 頁）。他方で、現実には、家事と育児は妻の負担となっている（浅川千尋ほか『家族とこころ』〔改訂増補版〕6 頁（2009）〔浅川〕など）。民法学でその傾向を示す世代が、憲法学における新しい 24 条解釈を示しつつある世代とほぼ一致するのは、単なる偶然ではなかろう。そもそも「家族」概念は多義的であり、人類社会普遍の共住単位が明確であるなどとはもはや信じられなくなっている。大村敦志の多元的な「家族」理解は、その実感に沿うものである。

このような問題意識の上に、憲法 24 条の解釈の再構築を求められていくことになる。問題は大きい。「家族」の位置付けが憲法上変われば、「家族」と密接に関係していると思われる、「福祉」、「労働」、「教育」、「居住、移転」の自由、住居不可侵等プライバシーなどの憲法上の扱いも微妙に影響してくるであろう。より大きくは、日本国憲法が、根本的には私的幸福を享受するため国家の役割をより小さくしたものなのか、公平な社会的幸福の実現のため適度な国家介入を是とするものなのか、などとして問われることになる。そして、その影響は、民法学は勿論、それ以外の法分野にも及ぶ可能性は大である。

〔本稿は、「日本国憲法二四条『家族』の法意——非嫡出子差別事例を主な素材として」法律時報 70 巻6号 102-108 頁（1998 年5月）の一部と、「日本国憲法二四条解釈の検証——或いは『家族』の憲法学的研究」の一部として」関西大学法学論集 52 巻1号1-72 頁（2002 年6月）を基に、加筆修正を施したものである。〕

問1 憲法と民法の関係をどう整理するか。公私二元論をどう考えるか。

問2 「家族」とは何か。それはいかなる法分野のどんな議論かで異なるか。

問3 「家族」の変容は、法の世界にどのような影響を与えているか。

問4 非嫡出子保護は「妻」の軽視であるという批判をどう考えるか。

問5 憲法 24 条の性格は何か。また、その結論はどんな意味を有するか。

第 2 章 家族と戸籍

横浜国立大学国際社会科学研究科 教授
奥 山 恭 子

目次

はじめに 民法と戸籍法の関係性

Q I 戸籍は身分関係形成要因か－重婚事例から

Q II 婚姻成立要件としての届出－儀式婚主義との本質的差異はなにか

Q III 推定の及ばない嫡出子と 300 日問題

はじめに 民法と戸籍法の関係性

最初に、なぜジェンダー法として戸籍を問題にするのかについて、説明を要するであろう。ジェンダーと戸籍の関係を言うのであれば、夫婦別姓、非嫡出子相続分差別、戸籍筆頭者の問題など、これまでもジェンダー法学の題材として論じられてきた争点は多々あるのに、なぜ戸籍かとの感想をもつ者もいると思う。言うまでも無く上に掲げた諸論点は民法の論点がそのまま戸籍に反映する重要な問題である。したがってこれらの論点を見直し、再度検討することは重要である。しかし本稿では、戸籍の論点はそれだけではないことの提示と、読者がLS学生だからこそ、従来あまり論じられておらず、かつ実務とも関連する以下の課題を提供したいと思う。

重婚と届出婚の問題は、戸籍への届出をめぐる関連性のある論点ではあるが、重婚については主として、戸籍上の公示内容と生活実態との関係性を論点とし、届出婚の問題では、わが国の届出が実質審査能力が無いことの問題性を、比較法的観点から諸外国の届出がどのような方法でチェック機能を果たしているかの一例として、未だ宗教婚を残す国スペインの実情を紹介しながら、日本の法制度の問題点を、具体的事例の中でいかに解決すべきかの模索と制度の在り方(立法論)の検討に期待して、とりあげたものである。

300日問題は民法の運用が社会事情に合わせて変化しているものの、戸籍制度はその性質上形式的処理が要求され、結果的に当事者が窮地に追い込まれるという自体として社会問題となった事例である。新しい生殖技術の問題とも類似して、立法時と異なる社会状況が生み出した問題の典型ともいえる。

民法と戸籍法は本来異なる次元の法規範であるものの、相乗的に作用し、結果的に法律行為の性質を決定する要因となっている事実につき、その原因を追究することは重要な作業である。民法の予定する現象と現実社会との齟齬もあろうし、戸籍制度に潜在的問題がある場合もあろう。いずれにしても民法と、戸籍の法ならびに制度の関係を論ずるには、抽象的議論ではなく、個々の事案ごとに論点を模索しなければならない。

戸籍法は民法の周辺領域に存在する法ではあり、戸籍は身分関係の公示、公証機能を有する。しかしその機能は、良くも悪くも登録システムにはとどまらない。壬申戸籍以来わが国の戸籍制度は着実に進展し、現在では国民を余すところなく登載し、国民各人の民事上の地位を正確に反映してきたとされている。確かに制度上戸籍は国民各人の一生を記録に留め、その存在を公示、公証する最終手段でもある。出生の届出が義務であり、養子縁組は届出により親子関係を発生させ、婚姻は届出なければ法律上の効力を発生しない。ところが戸籍記載事項がすべて真実かについては、記載内容をめぐる訴訟が成立しうることからも判断しうるところであり、さまざまな理由で実態を如実に表しているとはいえない。

たとえば虚偽の届出があり、その不実性が戸籍吏により確認されなかった場合の例として、他方当事者が一切知らぬ間に勝手に提出された婚姻届の実例があった。LS学生であれば、民法上婚姻成立の実質要件である届出意思の缺欠により無効と断じるであろう。しかし戸籍上は

婚姻の届出事実（したがって受理されている以上、婚姻成立の事実）はそのまま戸籍の上に残り、訴訟により無効判決を得た後になされる訂正手続（戸籍法 116 条）は記載事項に朱筆でバツ印が上書きされるだけであった。たとえ本人の与り知らぬところで発生した婚姻であったとしても、すでに婚姻が成立しており、それが無効となったという事実は残ることになる。

戸籍は身分事項の変動自体を記録し、後の追跡を可能とする必要性から、記載事項が虚偽であるとの訴訟結果をもまた正確に反映する必要がある、記載事実を残したまま訂正の記載をなすことは、手続上必要なことである。ところが当事者にしてみれば、「なぜウソの婚姻の記載が残るのか。私に何の責任があるのか。何も無かったことにしてほしい。」との思いを持つのも無理からぬことである。民法解釈上、婚姻の取消は遡及しない（748 条 1 項）が、無効ははじめから無かったことではないかとの主張も筋の通った見解といわざるを得ない。たしかに訴訟法上は、民法上の要件を欠く無効な婚姻は当然無効か、無効判決が確定するまでは有効かの学説論争も存在するが、戸籍が身分変動経緯を記載するのは、民法上の効果を記載する点に根拠があるというよりは、届出事項の記録を残すという戸籍制度の特性から生じているもので、ここでは民法との間に一貫性を求める必要がないとも考えられる。

なお上記の偽造婚姻届事件は、本人が知らない間に見も知らぬ男性と結婚したことになっていることを後に知るに及び、マスコミが気の毒な女子学生として取上げたこともあり、これが契機となって、本人の希望により虚偽事実が記載されていない戸籍にする再製手続（戸籍法 11 条の 2）ができるようになった事件である。戸籍の再製とは本来戸籍の破損・焼失等の際の手続であることから、戸籍制度の変遷の一端を実感するものではあるが、しかしここにはいくつかの民法上の論点も隠れていることに注意する必要がある。

言うまでも無く虚偽届出を難くなくし得た背景である。身分行為は当事者意思の尊重を旨とし、意思のない行為は無効との、L S 生であれば疑う余地の無い真実として受入れている法理は、実は本人意思の実質的審査が行われることなく届出が受理され、受理された以上は有効との扱いがなされているのであるから、むしろ逆に個人意思の尊重に欠ける実務ともいえる。

こうした現行の届出実務がなぜ行われることになったのであろうか。その理由は、過去への反省から出でている。旧法の家制度下では、身分行為といえど本人意思ではなく戸主の判断でなされ、婚姻は戸主の同意が無ければなしえないものであった。離婚に至っては、明治民法以前からわが国には離婚原因なくして一方的に追い出すことも可能な「三行半」の慣習が報告されている。これらの事情を背景に、戦後の民法改正時には、家や親の思惑ではなく、また当事者に婚姻の儀式に要する経済的余裕がなくとも、本人の意思のみで完結する法律行為にすべく、届出行為によって成立することが定められたものである。当事者意思の尊重を理念として創設された法制度が、理想とはかけ離れたところで立法者の意図と異なる状況により、理念倒れどころか悪用の道具に利用されていることになる。

以上の論点に限らず、戸籍をめぐる問題は他にも存在し、民法上の身分関係の形成・解消や、民事身分をめぐる紛争の根底に内在している。

しかし民法と密接不可分とはいえず、現行 L S 制度の構成、講義時間配分、受験制度等々を考えた場合、基本法たる民法の中で扱うことは困難である。時に立法論に及ぶ必要もあろう。またこの種の事案の解決には所与の答えはない。当事者の状況が異なれば解決策もことなる。本

章では現下で問題となっている三点に焦点を当て、事案を提供しているが、LS 学生諸子には、個々の事案に直面したと想定して、実務家としては何を重視し、何を規範として取り組むべきかを熟考してもらいたい。展開先端科目であるジェンダー論の教材として「民法と戸籍」を扱った意図は、登載の諸問題が突き詰めれば個々の人格をいかに尊重するか、まさにジェンダーの問題であることを再度確認してもらいたい。

本節参考文献

戸籍制度の問題点を扱う諸論文は個々の事案ごとに多数あるが、ここでは総論的にわが国の戸籍制度のあり方の議論の構築に役立つであろうと思われる以下の 2 冊をあげておく。

- ・ 利谷信義他編『戸籍と身分登録』シリーズ比較家族、早稲田大学出版部 1996 年
- ・ 奥田安弘『家族と国籍－国際化の進む中で（補訂版）』有斐閣 2003 年

Q I 戸籍は身分関係形成要因か－重婚事例から

戸籍は民法により決定される身分関係の登録及び公示手段である。それでは戸籍が無ければ民事身分秩序はどのようなになるのだろうか。その実例が、戦火を被った沖縄にあった。戸籍の意味を考える素材として、沖縄における重婚問題の事例を考えてみよう。

一般的重婚先例

戸籍と身分関係との関わりで先ず思い起こされるものは、夫婦別姓論であろう。婚姻と氏のあり方はジェンダー論の長年の、かつ現在なお継続する課題であることは周知の通りである。しかし戸籍の制度設計や登載方法が身分関係の実質を左右する例は、これに尽きるものではない。ここではあまり問題にされることのない重婚を例に取上げ、戸籍が民法といかなる関係性を作り出しているか、とりわけ戸籍の記載内容いかに民事上の身分関係が影響を受けることをどのように考えるべきかを検討してみよう。

民法は配偶者のある者の更なる婚姻を禁止している(732 条)。重婚事例は戦中、戦後に多く発生し、かつては我妻栄博士の教科書にも、重婚発生原因として、i 戸籍吏が不注意で受理したとき、ii 離婚後再婚したが、離婚が無効もしくは取消しとなったとき、iii 失踪宣告を受けた者の配偶者が再婚した後に、失踪宣告が取り消されたとき、iv 夫が戦地で死亡したとの戦死公報により婚姻が解消し、遺妻が再婚した後に夫が生還したとき、v 内地で婚姻している者が外国で二重に婚姻したとき、と説明されていた（我妻栄・「親族法」有斐閣法律学全集・昭和 42 年（初版昭和 36 年）22 頁）。

戦後の混乱が収まり、もはや戦後ではないと云われる現在では、本国の身分登録制度が余り徹底していない国の外国人と日本人との婚姻・離婚など、涉外事例判例を時に見ることが出来る程度である。教科書などにも、わが国の戸籍制度は全国どこで届出をしても、重婚を見逃す

ことはなく、ほとんど発生しないとの説明が付されている。その根拠として婚姻届は戸籍の謄本を確認し、重婚でないことが明らかとなった上で受理されるものであり、戸籍吏の処理手続に過誤がある場合以外には発生之余地がなく、過誤自体がほとんど無いからとの戸籍実務関係部署からの証言もある。

とはいえ前記「我妻親族法」の記載内容は、iv の戦死したはずの元夫が帰ってきた事例以外は、現代でも発生しうるものである。そこで現在のいくつかの教科書では、戦死公報の件を除いて、その他の場合のみを重婚の発生要因として記載している。もっとも戦死事例とて地球上に紛争地域がある以上、過去のものとはいええないし、離婚無効確認訴訟数は昭和時代より少ないとはいえない。それでも重婚判例が少ないのは、主として 2 つの理由があると考えられる。

重婚が発生した場合、一般には前婚の取消か後婚の無効の原因と説明されているが、このことは実際の事案解決において、どちらの婚姻を生かすかの判断基準なり得るであろうか。失踪宣告を例にとっても当事者すべてに帰責事由が無く、両婚の配偶者が婚姻継続を望んでいる場合、訴訟では法的判断基準は無いも同然であり、結局どちらの配偶者がより気の毒かとか、子どもの年齢を考えてどちらの婚姻を優先すべきか、といったことにしかならない。このような判断が法律判断とは言えず、結局、法律は最終決定を下す力が無いともいえる。最良の解決は、当事者双方の妥協点を見出し、双方が多少とも納得できる範囲でコトを収めることになる。そうであればこれはまさに和解のなせる業である。重婚の和解事例の数は明らかではないが、重婚判例が少ない原因のひとつは、ここにもあろうと考えられる。

重婚判例の少ない第二の理由は、重婚発生場面の多くが涉外事件にあることから推測するように、身分登録制度の徹底度と関連し、わが国の戸籍制度が、国民を管理することの是非は別として、本籍を基準に全国民の民事情報の管理に適している制度であることは否定できない。民事登録を採用している諸外国には現在でも、市役所の外に面した掲示板等に、婚姻の予告文書が掲示され、当事者情報の記載に加え、当該婚姻に異議のある者は申出よと書かれている国が多い。わが国が国内のどこでも一元的に管理された登録システムを採用するからこそ、届出時に前婚の事実を看過することがない点は、確かにわが国戸籍制度の利点ではある。

沖縄の重婚事例

前節で重婚判例は少ないと書いたものの、日本国内で実際に重婚事案が多数発生している地域がある。沖縄県では戦時下で戸籍、土地登記簿等の公証書類がほとんど焼失し、戦後新たに再製したものの、その内容が必ずしも実態を示すものではなかったためである。戸籍の記載内容自体により、身分関係は変動しうることの一例と言い得よう

重婚事案は以下のようなものであった（沖縄県弁護士会所属新里恵二弁護士から頂戴した記録による）。昭和 19 年 7 月戦火が激しくなり、沖縄では老若女子に疎開が勧奨された。そこ妻 A は子ども 3 人を連れて九州に疎開し、夫 B は沖縄にとどまった。戦後昭和 21 年になって本土に疎開していた者の帰郷が始まり、妻 A が子らを連れて沖縄に戻ったところ、夫 B はすでに別の女性 C と事実上の婚姻をし、子どもももうけていた。そこで妻 A は子ども 3 人を連れて実家に帰り、こちらにも後に他の男性と事実上の結婚をし、その男性との間にも子を一人もうけた。この A、B 夫婦は、戦前に行ったはじめの婚姻は戸籍の届出をしていたものの、戦後の、双方

とも他者との婚姻はすべて事実婚であり、戸籍上はいまだ A と B は夫婦のはずである。

ところが上述のように、沖縄では戸籍が全焼し、再製戸籍が作られたが、その際証拠となるものがあればそれを添付はするものの、基本的には本人の申告により、申出られた内容での再製戸籍作成であったことから、夫 B は戦前に A と婚姻していた旨の届出をせず、戦前から C と結婚していたかのように申告し、その内容の戸籍が作られ、B、C 間に戦後生まれた二人の子も嫡出子として届出をしていた。B は昭和 55 年に死亡したが、当時沖縄では基地として利用していた土地の返還が行われ、それもあって B の資産は 20 億円にもなっていた。当然相続権をめぐって争いとなるはずであるが、相続人確定の戸籍が当てにならないのである。このケースは結局和解により決着をつけたのであるが、さて LS 学生諸子、いかに考えるべきであろうか。

本節参考文献

沖縄県の戸籍再製事情については、

拙稿「戦後沖縄の法体制と戸籍の変遷(1)」横浜国際社会科学研究所 11 巻 3 号 1 頁。

失踪宣告が取消されたことにより重婚が発生した場合については、平成 3 年の法制審議会議法部会身分法小委員会で検討作業を行い、その効果に関する明文規定をおくべきかにつき中間報告を発表したが、立法化には至らなかった。法務省民事局参事官室「婚姻及び離婚制度の見直し審議に関する中間報告（論点整理）」平成 4 年 1 2 月。

Q II 婚姻成立要件としての戸籍の届出

－儀式婚主義との本質的差異はなにか

婚姻に限らず、戸籍への届出は戸籍吏に実質的審査権がないことから、本人意思の確認がなされずに虚偽届出の原因ともなっているが、これを改善するにはどのようにしたらよいであろうか。諸外国の実例はどのようなものであろうか。

わが国の届出婚の経緯

戸籍が関係する実定法上の問題は、戸籍の届出を成立要件とする身分関係において、実態と届出との間に齟齬がある場合の処理として発生することがあり、婚姻の届出を欠く事実婚問題はその典型例である。法的に婚姻の効力を発生せしめるためには、届出なければならないことは民法 739 条が規定するところで、届出がなければ無効であることも条文上明記されている(742 条 3 号)。

同条の意味については、届出がなければ無効ではなく不成立との解釈が展開されているが、立法史的には、わが国でも婚姻成立要件としての届出婚主義を見直すべきかの議論がなされたことがあるが(大正 8 年臨時法制審議会)、そこでの議論は、結局あらゆる立場の国民が儀式を挙げているとはいえないことから、これに法律上の意義を付与することは困難であり、またい

ずれにしても公示手段が必要であることから、戸籍に届出ることを以って、法律上の婚姻の成立とするとの結論に至ったものであった。

このことからわかるように、身分関係は画一的に効力が発生し、また当事者間の意思の合致により成立するものではあっても、親の婚姻関係いかんにより、子の民事身分が決まることを考えても、対世効をもたせ、そうである以上は、一元的管理と公示の必要性がある。届出婚主義の最大の存在意義がここに存する。

スペインにおける民事婚・宗教婚共存方式

ところが一国の中で異なる婚姻方式が共存する国が存在する。スペインでは身分登録所への届出による婚姻（民事婚）と教会の挙式により成立する宗教婚との両方が有効な婚姻である。正確には、宗教婚の方は、国家法である民法ではなく教会法上の婚姻であるが、教会法に拠った婚姻の効力を国家法が承認しているのである。比較婚姻法的には、たとえばイスラム教国であるインドネシアで、慣習法による婚姻と国家法による婚姻とが並存し、どちらを選択するかは信奉する宗教と居住地域とによるとする例も存在するが、フランス法系のヨーロッパ諸国の中では婚姻の法が国家法に統一されてきた経緯からして、伝統に固執した法制度とも見做しうる。

そこで、なぜ伝統回帰とも思われる婚姻法制度を存置するのか、このことにつき国民はどのように認識しているのかを調査することとした。そのことが後述の日本の婚姻制度の問題点の解決に有用ではないかとの思いからである。まずはスペイン法の現状と調査結果を紹介しよう。

スペイン法では民事婚の要件と方式は民法典(スペイン民法 44 条～65 条)による。事前に当事者が提出した書類に基づき、年齢および近親婚規範に反しないか、重婚でないか等の実質的要件につき管区の民事登録所付裁判官により審査がなされ、その後市長あるいは市の官吏の面前で、当事者間に自由な意思の合致が存在しているかが確認された上で（この確認が婚姻の儀式挙行である。49 条 1 号）成立するものである。

他方宗教婚は、各々の宗派教団とスペイン国家との協約を前提に、その効力を民事上認めているものである。たとえばキリスト教については 1979 年 1 月 3 日のローマ法王庁とスペイン国との協定によって、民事上の効果を付与することが可能となった。

宗教婚の場合の、儀式に先行する審理および婚姻の挙行は教会の責任者により執り行われ、その後国家の身分登録簿へ登記することが義務付けられている。登記を経た場合、その婚姻は国家法による民事的効力を持つことになる（同 60 条）。

ただし教会婚の最大の特色として、離婚による解消ができないことから、婚姻を解消させる場合には、婚姻無効あるいは不完全離婚判決を教会裁判所から得た後、これを身分登録所にて登録することで民事婚の離婚と同じ結果に到達することになる。

アメリカ南部諸州や中南米諸国等においても、スペインの植民地時代は教会法が施行されており、離婚は不可能であったが、これら諸州、諸国は婚姻を民法に組み込み、独立後は徐々に離婚法を制定し、現在は離婚の不可能な国は存在していないが、スペインは教会婚をそのまま

残し、その効力を国家法が承認するとしたことから、いまだ不完全婚や婚姻無効判決による事実上の離婚がなされている。

比較法的には古色蒼然と思われる法制度であり、ローマ法王庁の存在するイタリアですら法的離婚が可能であるのに、スペインで宗教婚を選択した者は離婚がなしえないことは何を意味するのだろうか。ヨーロッパの多くの国で同性間の契約的同居が合法化され、これらに婚姻と同一の効果すら付与されており、スペインでも違憲訴訟が提起されているとはいえ、同性婚が立法化された。このような婚姻観の中で、法制度として宗教婚を存置すること、またその宗教婚を選択することはどのような意味を持つのか。

以上の疑問に対する答えは、条文比較だけでは理解が困難であり、文献からも知りえないので、スペインに出向き、民法学者にインタビューを試みた。その結果、以下のような発言を聞き取ることができた。特に感覚的要因に注目した結果、婚姻、ひいては家族を作ること、個人の内面において極めて宗教的行為であり、宗教を抜きに考えることができない。たしかに制度としては民事登録所での儀式（単に届出だけではなく、登録所の担当者が本人確認をし、祝福の言葉を述べる儀式である）と国家への登録とによって婚姻をなすことが可能であり、それを選択する者もいるが、あくまでも宗教行為として婚姻したいと思うのが、国民の多数者の感覚である。離婚は良くないと思っているが、どうしても離婚したいときは、教会裁判所での婚姻無効判決によることも可能である。

以上が教会婚を指示する現地の人々の感覚的理由である。地域による違いもあるが、婚姻締結者の過半数は宗教婚である。このことから何を読み取るべきであろうか。スペインも他のヨーロッパ諸国と同様、外国との間で人間の移動が多く、他人種他民族国家である。したがって国民の中には、さまざまな宗教を信奉する者が存在する。イスラムも、プロテスタントも、ユダヤも存在し、それぞれが信教の自由が保障された状態で生活している。その中で宗教上の信念が表出する場面は、日々の祈りやミサなどにおいて外部からも見ることはできるが、婚姻観は外部的には見るのが難しいが、宗教観が大きな意味を持っているものなのであろう。

スペインと比較すると、日本の婚姻制度は宗教観が異なるのは当然のことであり、宗教上の婚姻を参考にする必要が無いことは当然である。しかし多くの場合に結婚式が行われ、その場で本人確認と周囲への周知がなされている事実は、日本独自の慣習のひとつではないであり、これを本人確認のひとつとして、届出に何らかの関連性を持たせる制度化を検討してみる意味があるのではないだろうか。虚偽の婚姻届や一方当事者の知らぬ間の離婚届がありうる日本の届出制度は、どこに問題があるのかを考えると、スペイン法はひとつのヒントを示していると思われる。

本節参考文献

わが国での儀式婚の論争があった大正 8 年臨時法制審議会については、拙稿「臨時法制審

議会（大正八～一四年）における儀式婚主義採択の経緯」宮良・森編『歴史と民族における結婚と家族』第一書房、2000 年。

スペイン法については、拙稿「スペインの婚姻法」スペイン法研究会編『スペイン法概説』嵯峨野書店（2009 年 8 月刊行予定。脱稿済み）

QⅢ：推定の及ばない嫡出子と 300 日問題

一嫡出と非嫡出の違いは明白なものか

事実上の別居状態にあった A と B 夫婦が正式に離婚届を提出してから 280 日目に、子が生まれた。この子は婚姻が破綻状態になってから妻 B が交際していた男性 C の子である。A、B、C とともに、生まれた子が A の子ではなく C の子であることを認識している。この場合、子の出生届はだれが出し、戸籍にはどのように記載されか。

前提となる嫡出子概念

出生の届出は戸籍法 49 条の規定するところであり、原則として嫡出子であれば父又は母が、非嫡出子であれば母が届出義務者となり（同法 52 条 1 項、2 項）、前者は父母の戸籍に、後者は母の戸籍に入ることになる。本件の場合、生まれた子は嫡出子であろうか。民法の嫡出推定規定によれば、婚姻の解消から 300 日以内の出生子であるから、婚姻中に懐胎したものとみなされ（772 条 2 項）、したがって本件出生子は B の子と推定（同条 1 項）されることになる。

嫡出推定がなされる以上、これを否定するには父とされる者の否認権行使しかなく、しかも 1 年という出訴期間があることから、夫の子でないことが明白な場合などには厳格に過ぎるとして、推定の及ばない嫡出子とする概念が学説上打ち立てられたことは、L S 学生であれば周知のことである。つまり 772 条 1 項の「夫の子と推定する」とされた場合は、774 条が「772 条の場合において、夫は、子が嫡出であることを否認することができる」と規定するので、この場合の出生子には否認権の適用があり、しかも 774 条の文言に「夫は」、否認権行使は夫にのみ認められたものと解されている。そこで否認権行使を阻害するためには 774 条の適用がないことにすればよく、そのためには、772 条 1 項による「夫の子と推定する」ことを避ける必要があり、したがって「夫の子と推定しない」けれども「嫡出子」である状態を作り出すことが必要であった。

しかし周知のように、わが国では実質的婚姻の成立と届出時期とに時間差があるのが通例であったため、事実婚が先行し、「婚姻成立の日から 200 日を経過した後」の出生子のみが嫡出子では実態に合わないこととなるとして、婚姻届より以前に事実上の婚姻関係が先行している場合は、出生と同時に当然に父母の嫡出子たる身分を有すると判示し（大審院連合部判決昭和 15・1・23）、結果的には戸籍吏に実質的審査権がないことから事実婚の先行の有無を問わず、婚姻成立後の出生子はすべて嫡出子の地位をしゅとくすることになった。これが「推定されない嫡出子」概念であり、学説もこれを承認し、広く定着していた。

そこで解消から 300 日以内ながら明らかに夫の子でない状況での出生子の方を「推定されない嫡出子」と区別して、「推定の及ばない嫡出子」としたものである。つまり「推定されない嫡出子」であれ「推定の及ばない嫡出子」であれ、推定は受けないのであるから、夫の否認権行使を規定した 774 条の適用を受けず、厳格な要件の否認の訴えを待たずとも利害関係人からの親子関係不存在確認訴訟を認めることにして、推定規定の硬直性の緩和、ひいては子の保護を図ることにしたのである。「推定の及ばない嫡出子」概念の方は、学説先導で打ち立てられた見解であったが、現在では実務もこれを承認、繁用している事実は、近時の親子関係存否確認訴訟判例の繁出によっても知りうるところである。

ただし通説・実務が認めるところといっても、同概念に問題がないわけではなく、夫の子を懐胎しえないことが明らかな状態とはどのような場合かは、必ずしも明確ではない。肌の色の違いなど外観的に明らかな場合(外観説)に限定するか、生殖不能や血液型の背馳など、審査をした上で夫の子でありえない場合を含む(血縁説)かで見解の分かれる点であるが、さらに家庭の平穏が保たれている以上、他者が親子関係に口を挟むべきではないとする異なる観点からの訴権の制約説も主張されている。つまり親子関係存否確認訴訟が提起され、この訴えが裁判手続に入ったばあいには、DNA 鑑定などの科学技術による検証結果が出されることにあり、鑑定が出た以上はこれに従うことになることとすれば、嫡出推定規定も否認権の除籍期間規定もなきに等しいことになる。したがってたとえ真実の親子でないとしても、当事者が平穏に暮らしている場合には、他者（利害関係人であっても）から訴訟を起こすことを許さないとして、訴訟提起自体を権利濫用等の法理により制約するものである。

しかしこれもまたある種の事実判断による結論で、結局原告もまた利害関係人であることから、どちらの利益をより尊重するかによる判断とならざるを得ない。家族関係紛争の特性であり、財産関係との根本的差異であると同時に、親子関係とは何か、血縁なのか、そうではないのかの、本質問題が問われていることにもなる。家族法学のなかでも未だ結論は出ていないが、そもそも法律学が断じ得ることではなく、生物学、人類学或は心理学等々の諸科学をもって論じなければならない問題が残されていることになる。ここまでは基本科目たる民法親族相続法の教科書が扱う通りである。

「推定の及ばない嫡出子」は嫡出子か——いわゆる 300 日問題の背景

仮に本件事例において A と B 夫婦の生活が完全に破綻し、B と C との間に生活実態があり、「推定の及ばない嫡出子」として利害関係人が親子関係不存在確認訴訟を提起しうる場合であるとしよう。この場合出生届けはどのようなになるであろうか。夫の子であるという推定が及ばないのであるから、A、B 夫婦の子とはならず、B の子としての出生届けが受理されるであろうか。もしそうであれば本件出生子は非嫡出子であり、B が後に C と婚姻したならば B と C との嫡出子となるはずのものである。

しかし「推定の及ばない嫡出子」学説・実務によれば、この子は A、B 間の嫡出子である。なぜならば再三述べたように、「推定の及ばない嫡出子」学説・実務が生み出された経緯は、否認権出訴期間を経過し、或は夫が意図的に否認権を行使せず、真実ではない親子関係が、その事実を望まない者がいる場合であっても固定してしまうことを是正する措置が必要であったか

らであり、非嫡出子とすることを意図したものではなかったからである。したがって出生の届出はAまたはBの義務（戸籍法 52 条）であり、出生子の父の欄にはA、母の欄には B の名前が記載され、B の子はAの戸籍に入ることとなるが、B はすでに A と離婚しており、したがって子は B の戸籍ではなく、元夫の戸籍に入ることになる。「推定の及ばない嫡出子」学説はあくまでも嫡出子としつつ、否認権の厳格性により生ずる弊害を阻却する理由のみによって打ち立てられた概念であり、理論的には非嫡出子に該当するのではないかとの問題性には触れてはいなかったのである。実質論で言えば、非嫡出子であるという実態はともかくも子にとって不利益のものであり、嫡出子とすることが子の利益にかなうものとの価値観が先にあり、まさに「推定されない嫡出子」概念生成時の価値観と同じ背景である。

しかし近時、元夫の嫡出子になりたくない（母の側からはさせたくない）との価値観が生れ、これが事の発端となって生じたのが、いわゆる 300 日問題である。事実上破綻状態であっても法律上の離婚の成立が遅れる事情はさまざまで、親権や財産上の話し合いがつかずに離婚届が出せない場合もあろうし、離婚の効果たる財産分与を求めるところか離婚だけであればよいと考えているのに、それを主張すれば暴力行為に及ぶので言い出すことができない、あるいは逃げ隠れているというケースもある。（LS 学生であれば、夫の暴力による婚姻の破綻は夫に離婚原因がある場合であり、妻からの離婚請求が求められるのであるから、身を潜めてなどいないで訴訟を提起すべきであると考え、権利意識を持てない結果であり自業自得などとの声も聞こえてきそうではあるが、かかる正論が通じない社会が現に存在している。未だ駆け込みシェルターも完備とはいえない社会状況でもあり、現実には有責の夫が離婚しないといえ、無責の妻は我慢するしかない現実も存在している事実を認識するのも、法律家としての素養であろう。）

このような状況がある中で、本件のように離婚成立後 300 日以内に生まれた子の場合、「推定の及ばない嫡出子」に該当するとして離婚前の夫の嫡出子とされることは、子の母にとっては望まないどころか是が非でも避けたいことであろう。感情的に前の夫の子にすることへの嫌悪感だけではなく、出生届を出すことで、子との居住場所が夫の知るところとなってしまうことの恐怖を感じ、出生届を出せなかったケースもあり、その場合子は戸籍に記載が無い子である。戸籍がない場合において日常生活に支障が生じるのは、婚姻届、養子縁組等の身分関係の届出をする場合と、パスポートの取得である。パスポートは日本国民に対して付与されるものであり、日本国民である証は戸籍による。したがってパスポートは戸籍謄本を添付しなければ取得しえず、戸籍の無い子が高校生になって国外への修学旅行に行く段になり、戸籍が無いことが問題になったのが、社会的に 300 日問題といわれるものである。

「300 日問題」自体の問題性は、民法・戸籍法以外の要因もある。民法の不備が修学旅行に行けないかわいそうな高校生を作り出したとの論評は、必ずしも的を射た評価とはいえない。しかし民法上は少なくとも 772 条の解釈をめぐる新たな問題提起をしたととらえるべきであろう。法律上の離婚と現実の別居に時差があることが通例の状況であるにもかかわらず、離婚の成立直前まで同居生活が継続することを前提として設定された嫡出推定規定を無条件に適用することの問題性である。

こうした状況を受けて戸籍実務上の解決策としては、出生子が離婚後の懐胎であることを証明する医師の発行する証明書を添付することで、後夫の子としての届出が可能とする法務省通

達が出されるに至った。すなわち「推定の及ばない」嫡出子ではなく、772 条の嫡出推定が働かない子である。そうであれば「推定の及ばない嫡出子」とは果たして嫡出子なのであろうか。学説・判例とも「推定の及ばない嫡出子」とは夫の否認権には服す子ではないが嫡出子であるとしてきたが、嫡出推定が働かないのであれば本来非嫡出子ではないかとの疑問も生ずるところである。また法務省通達が離婚後の懐胎を証明することを要しているのは、嫡出推定規定を現存させる以上必要な措置ではあろうが、そもそも父性は推定しかなしえなかった時代と異なり、嫡出推定規定がなおも必要なのであろうかとの、根源的な問題も存在する。そしてその背景には、子に父親を与えることは疑う余地無く子の利益であるとの価値観が揺らいでいることも考え合わせなければならない。

この問題については筆者もいまだ疑問を抱えたままであるから、問題提起にとどめ、LS 学生諸子の検討にゆだね、ともに論ずるための資料提供をすることとする。

本節参考文献

親子関係の本質論についてはフランス法の紹介および日本法との比較がなされている。たとえば松川正毅「フランス法と日本法—実親子関係とDNA鑑定—」『家族＜社会と法＞1997』日本加除出版 1997、水野紀子「実親子関係と血縁主義に関する一考察—フランス法を中心に」『日本民法学の形成と課題 下』

300 日問題については、大村敦志「300 日問題とはなにか」ジュリスト 1342 号 2 頁。

家族と暴力

横浜弁護士会 弁護士
川島志保

第1講. 隠された暴力

（1）視点

家族は、最も親密な関係にあるため、家族内の暴力は、これまで注意深く隠されてきた。

こどもが親から暴行を受けると「しつけ」の問題と言われ、妻が夫から暴行を受けると「犬も食わない夫婦喧嘩」と言われ、警察は、家庭に入らずという原則を貫いてきた。

さらに、高齢化が進むと、思い通りにならない親に暴力を振るったり、介護を必要とする高齢者を放置して死に至らしめたり、親の資産を勝手に使い込むこどもが現れた。

高齢者の場合には、心身の能力が衰え人のお世話にならなければ生きていけない状況や、我が子に対する負い目や愛情等から、「虐待」を受けていることに気付かない、あるいは気付いてもそれを認めたがらないことが多いため、深刻な問題となっている。

ここでは、家族内の暴力が、許されないものであり、時には、犯罪行為であるとの視点から、特に高齢者の虐待を中心に、法律及びその関連領域の方策について検討することとする。

（2）虐待の定義の検討

① こどもの虐待（児童虐待の防止に関する法律、以下「児童虐待防止法」と略称）

両親あるいは同居者等から虐待を受けた子供達の死亡事故が相次いだことから、最初に注目されたのは、こどもに対する虐待だった。

平成12年11月に施行された児童虐待防止法は、虐待の定義を定めている（同法第2条）。

- ・身体的虐待
- ・性的虐待
- ・ネグレクト
- ・心理的虐待

特に注目すべき点は、心理的虐待に関し、「児童が同居する家庭における配偶者（内縁関係を含む）に対する暴力（身体的及び精神的暴力）その他児童に著しい心理的外傷を与える言動を行うこと」も虐待に該当するとした点である。つまり、夫の妻に対する暴力（身体的・精神的暴力）は児童に対する虐待であるとした点である。

② 配偶者等への虐待（配偶者からの暴力の防止及び被害者の保護に関する法律、以下「DV防止法」と略称）

平成13年、DV防止法が施行された。同法は、平成16年及び同19年に、暴力

の定義や保護命令の範囲等を拡大し、警察本部や福祉事務所の支援を明確化する方向で、改正されている。

配偶者等への暴力については、同法1条が、配偶者等の範囲（内縁関係を含み、離婚後も含む）と暴力について定義している。

同法によれば、配偶者からの暴力とは、「身体に対する暴力（身体に対する不法な攻撃であって、生命身体に危害を及ぼすもの）またはこれに準ずる心身に有害な影響を及ぼす言動」とされている。

神奈川県で作成したパンフレット（ストップ・暴力）によれば、配偶者からの暴力には、身体的暴力、性的暴力、精神的暴力、社会的隔離及び経済的暴力があるとされている。精神的暴力、社会的隔離及び経済的暴力は、「見えない暴力」である点に留意しなければならない。

なお、DV防止法前文は、「配偶者からの暴力は、犯罪となる行為を含む重大な人権侵害であるにもかかわらず、被害者の救済が必ずしも十分に行われてこなかった」、「被害者は多くの場合、女性であり、経済的自立が困難である女性に対して配偶者が暴力を加えることは、個人の尊厳を害し、男女平等の実現の妨げとなっている」と、現状分析に言及している点が注目される。

③ 高齢者への虐待（高齢者の虐待防止、高齢者の養護者に対する支援等に関する法律、以下「高齢者虐待防止法」と略称）

平成18年、高齢者虐待防止法が施行された。

我が国では、永らく高齢者の介護は、家族の問題とされてきたが、高齢化社会が進む中、家族による介護は限界となり、高齢者介護に行き詰まり、殺人事件や心中等が、各地で多発し、看過できない事態となった。

高齢者施設における虐待防止の取り組みは、1992年発足した高齢者処遇研究会（代表田中荘司日本大学教授）ですでに始められていたが、その後も病院関係者、介護福祉士や学者等によって数々の調査が行われ、施設における虐待の実態が明らかにされてきた。

介護の社会化を目指して平成12年、介護保険法が施行された。満40才以上のすべての国民は、介護保険料を負担することとなり、満65才以上の高齢者が要支援状態と認定された場合（特定疾病の場合は満40才以上）には、必要な福祉サービス等を受けることができることとなった。

介護保険が始まると、さらに、施設内や家庭内での虐待の実態が明らかとなり、高齢者虐待防止法の必要性が説かれ、平成18年に、ようやく法律が制定された。

高齢者虐待防止法第2条第4項によれば、虐待とは、養護者による高齢者に対する

- ・身体的暴力
- ・ネグレクト
- ・精神的虐待
- ・性的虐待

に加え、「養護者または高齢者の親族が高齢者の財産を不当に処分することその他高齢者から不当に財産上の利益を得ること」（経済的虐待）も虐待行為であるとしている。高齢者の場合、これまで高齢者が形成した資産に対する侵奪行為もまた虐待に含めなければ、高齢者を保護することはできないので、当然のことである。

この法律で注目すべき第1点は、法律名にも掲げられている「高齢者の養護者に対する支援」という視点である。高齢者を虐待する側について配慮することによって、高齢者の虐待をなくしていこうとする考え方である。同法第6条及び第14条は、市町村に対し、養護者に対する相談、指導及び助言その他必要な措置等を講ずるとし、在宅高齢者を養護する家族への支援を定めている。

また、施設等での虐待については、要介護施設従事者による虐待通報義務を定め、速やかな虐待発見を目指している。

④ 検討課題 家族間における虐待は、対象と態様に違いがあるのか？

家族間の暴力に関わる3つの法律は、それぞれ、制定された時期、その背景事情等が異なるため、条文の表現や構成も少しずつ違っている。

文言が異なることによって、それぞれの法律の射程範囲は異なることになるのだろうか。

その違いはどうして生じたのだろうか。

異なることによる不都合はあるのだろうか。

今後目指すべき虐待防止法とはどのようなものだろうか。

第2講．法律に定められた支援及び関連する施策の検討

（1）こどもの虐待と関連施策について

① 児童虐待の早期発見

児童虐待防止法第5条以下は、学校、児童福祉施設、病院その他児童の福祉に業務上関係のある団体及びそれらの職員、保健師、弁護士その他児童の福祉に職務上関係のある者に対して、児童虐待の早期発見に努めること、また、児童虐待を発見した者は、速やかに福祉事務所等に通告しなければならないことを定めている。

② 通告後の措置等

虐待があることを知りながら、親等の拒絶にあつて行政機関が手を拱いているうちにこどもが死亡するという事態が多発したことを受け、通告後の措置について、児童虐待防止法には以下の通りの定めがある。

児童の安全を確認するための措置、一時保護（同法第8条）

出頭要求（同法第8条の2）保護者に対し児童を同伴して出頭することを求め、必要な調査や質問をすることができる

立入調査（同法第9条） 児童の住所または居所への立ち入り調査

臨検、搜索等（裁判所の許可状による臨検と搜索、同法第9条の3）
警察署長に対する援助要請等（同法第10条）

③ 面会制限（同法第12条）

④ 親権喪失の制度の適切な運用（同法第15条）

（2）配偶者に対する暴力と関連施策について

① DV防止法による施策

1）緊急一時保護

同法第3条は、都道府県に「配偶者暴力相談支援センター」の設置を定める。

配偶者暴力相談支援センターでは、相談やカウンセリング等の機能のほか、緊急時における安全の確保と一時保護の役割を担っている。

配偶者からの暴力から逃れてきた女性（と子ども）については、婦人相談所や一定の基準を満たす民間団体で保護し、安全の確保を図ることになっている。

2）警察官による被害の防止及び警察本部長等の援助

同法第8条及び第8条の2は、警察が、暴力の制止や配偶者の保護を行い、被害発生防止のため必要な援助をすることを定めている。配偶者への暴力が、「犬も食わない夫婦喧嘩」などではなく、犯罪となる場合があることから、警察による介入が必要とされたものである。

3）保護命令

同法第4章は保護命令について定めを置く。

保護命令の申立には、配偶者暴力相談支援センターの職員または警察職員に、配偶者からの暴力について相談し、または保護を求めたことが要件とされている。

保護命令は、接近禁止命令（6ヶ月）と退去命令（2ヶ月）がある（同法第10条1項）。平成19年の法改正により、接近禁止命令には、配偶者本人への接近禁止に加え、電話等禁止命令（面会要求、電話、メール等の制限）、子どもへの接近禁止命令、親族等への接近禁止命令も合わせて求めることができることになった（同法第10条2項）。

保護命令違反は、1年以下の懲役または100万円以下の罰金に処せられることになっている。

② 内閣府男女共同参画局「STOP THE 暴力」から

1）支援の流れ

2）「相談したい」「逃れたい」

3）保護命令の申し立て

4) 参考資料（統計データ平成18年4月公表）

- ・女性の4人に1人が身体的暴行を受けている
- ・女性の約10人に1人が配偶者からの被害を何度も受けている
- ・被害を受けた後別れなかった理由の3割弱が経済的不安
- ・3人に1人は、配偶者からの行為をこどもは知っていたと認識している

第3講．高齢者虐待の実態とその関連施策の現状（事例を中心として）

（1）横浜市及び横浜弁護士会の取り組み

- ① 横浜弁護士会には、高齢者・障害者の権利に関する委員会が設置され、虐待事例も含め、高齢者を巡る問題について定期的に委員会を開催して検討をしている。
また、高齢者相談（電話無料，来場有料）を定期的に開催している
- ② 横浜弁護士会と神奈川県内の市区町村の連携として、次のものが挙げられる。
 - ・各市区町村や社会福祉協議会から個別事案についてのケースカンファレンスへの派遣要請があるときに、横浜弁護士会会員を派遣する
 - ・横浜弁護士会会員が横浜市各区主催のサポートネットに参加する
 - ・市区町村長申立の際、虐待など緊急性の高い事案については、一定のガイドラインを定め、申立前から会員を派遣することができる体制作りが進んでいる

（2）具体的事例

① 端緒

本件は、横浜市内に単身で暮らす男性（当時70歳。配偶者は死別、子はなし）が、道端で倒れて病院に救急搬送された。病院で、連絡先となる親族等が不明であるとして、区に連絡がいった。

その後、区の担当者の調査で、男性は、自分の預貯金通帳を全て知人に管理させていて、手元には1万円もないことが判明した。知人に確認しても、預貯金通帳が返還されることはなく、残高はゼロとの回答であった。さらに、知人は、男性の自宅は競売中であると話した。

この段階で、男性が知人から経済的搾取を受けている可能性が高いと考え、区の担当者、地域包括支援センターの担当者らが、男性の保護の検討を開始した。

② 弁護士会への会員派遣依頼と委員会からの委員派遣

横浜弁護士会会員（高齢者・障害者の権利に関する委員会委員）が、横浜市とのカンファレンスにおいて、個別に横浜市の担当者から相談を受けた。

これを受けて、高齢者・障害者の権利に関する委員会の月例委員会において、相談を受けた委員から、対応について協議が求められた。委員会では、派遣の必要を認め、実務経験10年程度の会員と登録1年目の会員とをセットで派遣することになった。

③ 対処

1) カンファレンス

担当となった会員弁護士2名、区の担当者、地域包括支援センターの担当者らが、本人同席の下、今後の対処を検討するカンファレンスを行った。

2) 住居の確保と経済的搾取からの保護

男性の保護（措置入所）を区と地域包括支援センターが、知人との交渉を会員弁護士が行うことにし、日程を調整の上、各自実行した。

措置入所を行う意味は、知人の影響下から男性を隔離し、言いなりにならずに済む環境を確保することにある。

経済的搾取からの保護としては、結局、預貯金通帳の取り戻しはできず、再発行手続をとり、残高ゼロであることが確認された。ただし、保護された後に入金される年金は確保された。また、自宅は競売され、剰余金が男性の手元に残った。

3) 成年後見制度の利用

男性は、判断能力が低下してきたため、担当会員が成年後見人候補者となり、区長申立による成年後見開始決定を受けた。特別養護老人ホームに入所し、入退院を繰り返しながらも平安に生活している。

第4講. アメリカにおける被害者支援の実情について

(1) サンフランシスコ

① Jewish Home of San Francisco (老人ホーム)

ユダヤ人の多くが入所する老人施設（特別養護老人ホームと有料老人ホームを兼ねている）における高齢者の処遇。

同施設は、ホロコーストの犠牲者を最優先に入所させている施設である。施設内には、小動物の飼育（小鳥やウサギ等）や、広々した庭や共有スペース等、快適な生活に対する工夫が多くみられたほか、病院を併設し、健康管理に配慮していること、及び、公設オンブズマンの訪問によって、施設内での虐待に対する監視を行っていた。



老人ホームの食堂



ユダヤ教の礼拝堂
(老人ホーム)

② Family Service Agency of San Francisco

公設オンブズマンの事務所を訪問し、オンブズマン活動について、説明を受けた。

サンフランシスコには、公設オンブズマンがおり、定期的に施設を訪問することによって、施設内における虐待を監視するとともに、入所者がより快適な生活を送ることができるよう配慮している。説明を受けた限りでは、オンブズマンと施設との関係が良好であり、施設内虐待のみならず、家族からの虐待についても相談を受けている事情が窺われた。しかし、オンブズマンの数には限りがあることや、カリフォルニア州における福祉予算の削減から、補助者を雇うことができなくなる等、今後の活動には課題があるとのことだった。

また、家族による虐待の中には、こどもたちによる経済的虐待が多く含まれているが、親は、我が子かわいさからか、あるいは共依存のためか、第三者による介入を嫌う傾向があり、また、一度虐待から救出されても、再びこどもたちからの経済的虐待を受け容れてしまうことが多いなど、日本における虐待対応の際の問題点と共通していることがわかった。



オンブズマンの事務所



オンブズマンと老人ホームを訪れる

③ C A N H R (California Advocates for Nursing Home Reform)

1983年設立された長期介護老人施設の利用者の権利擁護を目的として設立されたNPO法人である。アメリカ連邦法及びカリフォルニア州法によって定められている入所者の権利を守るための活動をしている。

簡易な言葉で数カ国語で書かれたパンフレットが用意されており、施設入居にあたって留意すべきこと、施設内での苦情があれば、ホットラインで通報できること等が記載されている。

入居者には、苦情の申し立ての権利、保険・医療サービスを受ける権利、財産管理（自分の財産は自分で管理することができる、パンフレットによれば、施設内での盗難や財産の紛失は深刻である）施設からの転居や契約解消の権利、薬物投与・身体拘束・虐待の禁止、入居者の記録の管理と本人による開示請求権、プライバシーと個人の尊厳の保護、アクティビティ、グループ、宗教等の選択の自由、外部からの訪問や連絡の自由等々の権利があるが、これらの権利のいずれかが侵害された場合、C A N H Rが相談を受け、時には、C A N H R専属の弁護士が、権利侵害に対し、訴訟等の手続により対応している。

日本での苦情解決については、厚生労働省の指針により、社会福祉事業者は苦情受

け付け担当者、苦情解決責任者及び第三者委員を設置することが求められているが、いずれも施設内に設けられた機関であること等から、十分に機能しているとは言い難いのが現状である。

NPO法人による権利擁護活動は、施設外であることから苦情を申し立てることによる不利益を受けないため、苦情を申し立てやすい等のメリットがあり、かつ、権利擁護の最後の砦として、専属の弁護士を抱えている点が多いに魅力があった。



CANHRの事務所で弁護士と一緒に

（２）サンディエゴ

① Family Justice Center

市街地の大きなビルの３階を専有し、こどもの虐待、DV、高齢者虐待等あらゆる虐待に関するワンストップサービスを提供する相談機関である。施設内には、こどものためのスペース（ダイニングやリビングルーム）、診察室（虐待の証拠を保全する）、カウンセラー、コーディネーター等のほか、ボランティアの弁護士（DVの保護命令や移民が多いという地域の特質もあり入管手続き等の法的手続きを取る）、軍関係者の部屋（サンディエゴは軍港があるため軍人が多く、軍独自の対応が必要になる場合もある）があり、相談者は、ここを訪れれば、必要により、医療機関やシェルター等を紹介され、あるいは、情報提供を受けることができる。施設には多くのパンフレットが用意されており、DVについては、女性のトイレ等に置かれる名刺サイズのカードもあった。

ワンストップサービスは、利用者にとって利便性に富み、利用しやすい。訪問中にもこどもを連れたヒスパニックの女性が窓口を訪れていたが、充実した施設サービスはうらやましいばかりである。

センターに高齢者虐待部門が加わったのは、まだ新しいことだそうだが、すべての虐待に対応するという点でも、利用しやすい施設である。

文部科学省「国公立大学を通じた大学教育改革の支援」
平成19・20年度：大学改革推進等補助金（大学改革推進事業）専門職大学院等教育推進プログラム
展開・先端科目を中心とした教材開発－地域弁護士会と連携して－



Center の入り口



高齢者虐待を専門に担当する
ケースワーカーの部屋



Center 内のリビングルーム

親が相談している間、連れて
きた子どもがくつろぐ
ことができる



Center 内の医務室

専属の医師が暴力について
診察し、証拠を残す

② California Western School of law

Health Law が専門の Bryan A. Liang 教授は、医師と弁護士の資格を有しており、ロースクールで教鞭を執っている。教授の論文（Elder Abuse Detection in Nursing Facilities: Using Paid Clinical Competence to Address the Nation's Shame）は、高齢者虐待とは何か、アメリカの現状を知る上で示唆に富むものである。

参照論文： Journal of Health Law Fall2006 Volume39, No 4 Elder Abuse Detection in
Nursing Facilities: Competence to Address the Nation's Shame Bryan A. Liang



後列左の男性が Bryan 教授

横浜弁護士会所属
弁護士 川島志保