

# 戦後五〇年の家族と法

渡辺 洋三

——私の家族法社会学研究史ノート——

まえがき

私はもともと家族法専業ではない。せいぜい第一種兼業くらいである。それでも一種兼業なみに、家族法に関心を持ち、いくつかの論文や書物を書いたこともある。そこで今日は、この五〇年間に勉強し考えてきたことの問題点を若干整理した上で、今後の日本家族法改革を考える上での参考となることを話すことにする。五〇の階段を急いで駆けあがることになろう。

## 一 序論

まず民法学の中で家族法と財産法との関係をめぐる理論史を初めに紹介しておこう。ほぼ五説に分ける。

① 第一説。これは、やや古い時代の伝統的二元論である。第二次大戦以前の家族法は、家族制度を中心に行っていたか

ら、家族の法と財産の法とは基本的に性質を異にすると考えられていた（穂積重遠説や中川善之助説）。

② 第二説。この説は「家団論」というキーワードを使って家族の法と財産の法との接点を探るといふものであった（末弘徹太郎説）。

③ 第三説。これは、大戦後の民法改革を出発点として、家族法を近代市民法たる商品交換法の一環として理解するものである（川島武宜説や青山道夫説↓これが戦後の主流派）。

④ 第四説。これは、川島説に対するアンチテーゼとして商品交換に乗れない女子や子どもの保護を中心として家族法を考えるものである（沼正也説↓新二元論）。

⑤ 第五説。これは一九六〇年代後半以降の日本社会の変化の中で新しく登場する現代家族法の諸問題を視野に入れた説である（西原道雄説、利谷信義説、稲本洋之助説等その他数多い）。

もちろん、これらは代表的なもので、しかも詳細に見ればもつと複雑であるが、あえて単純化した。それでも時代を背景とし、それぞれの歴史的社会的差異を反映していることが分かるであろう。特に第五説はきわめて多様である。

## 二 家族制度の廃止と復活論争

### 1 戦後の三つの家族制度論争

戦後民法は、家父長制「家」制と言うべき家族制度を法律の規定の上では基本的に廃止した。戸主制度、家督相続、隠居、男女不平等の廃止等である。しかし制定当時の激しい賛否両論の対立の中で、さまざまな妥協も行われ、家族制度の名残りと言うべき規定もかなり温存された。さらに新法施行後一〇年を経過した後、第一次憲法改正論の登場に便乗して、家族制度復活論が争われたが、この復活論は実現しなかった。こうして新法は、妥協のまま今日まで大きな変更はなく、

細部の改正にとどまった。

ところが約半世紀を経過した一九八〇年代頃から、現代家族の変容に合わせて、もはや昔の妥協のままでは済まないというので、本格的な民法改正案が法務省法制審議会を中心として議論され、法案要綱までつくられた。このプロセスにおいても、さまざまな改革案が論じられ、結局、最終案は、夫婦別姓の選択を一つの柱とする法案に固まった。もつとも、別姓案でも、A案（子の姓は統一する）とB案（子の姓もそれぞれ別姓でよい）に分かれ、最終的にはA案に近いものとなった。しかるにこの最終案は、現時点において国会を通過せず、国民的合意はなお達成していない。

以上、戦後五〇年をふりかえると、家族制度論争には、新法成立時の論争、一九五〇年前後の家族制度復活論争、一九九〇年代の民法改正論争という三つの大きな論争があった。そこで以下においては、この三つの論争で何が大きな論点となったかを整理してみる。

## 2 家族制度廃止反対論（存続論）

(1) A型。これは武士型というべきもので、家父長制「家」制度を全面的に支持するものである。その根底にあるのは伝統的家族国家論である。

(2) B型。これは戦後庶民型というべきものである。この考えは、古来の美風としての家制度と封建時代の家制度の二つに分け、前者はよいもの、後者は悪いものとする。つまり家父長制的戸籍制度、家督相続の廃止は認める、しかし親族間（特に親子間）の扶養共同体としての家は必要であるという意見である（中田薫説引用）。

## 3 法律上の家族制度の廃止説

(1) C<sub>1</sub>型。これは、法制度と社会生活の二分論である。法と道徳を分離し、社会生活の道徳の上で家族制度を堅持すべきであるが、それを法律によって強制しないという意味では、消極的ながら家族制度廃止論である。

(2) C<sub>2</sub>型。これは、戸主権制度と現実の家族生活との矛盾を直視し、現実には合わない戸主権制度を廃止すべきであるとす積極的廃止論である。我妻栄説に典型的に見られるように法律家的思考を重んじる人の通説的立場である。

(3) D型。これは社会生活の上でも法制度の上でも徹底的に家族制度の廃止を提唱する革新派的主張である。戸籍をやめて個人的身分登録簿に改めるというような徹底的個人主義に立っている。川島説がその代表であり、立法過程では少数派にとどまったが、この理論は戦後民法学に大きな影響を与えた。

#### 4 新法の内容

##### (1) 妥協の産物

新法の内容は、結局、B型とC<sub>2</sub>型との妥協の産物であった。つまり、家父長制「家」制度のうち、家父長制という封建的戸主権の牙を抜いた上で家制度を残すものとなった（あたかも天皇制から牙を抜いて象徴天皇制として残したのと似ている）。

そこで妥協の産物であるゆえに、家制度の内容をめぐる見解がまた多様に分かれた。

##### (2) 扶養共同体としての家

家族制度支持論者の最大の関心事である扶養については、立法当時から論争は多かつた。当初は、何らかの扶養集団をつくるという案も考えられたが、せっかくの個人主義的家族のイメージをこわすということで、個人単位の扶養義務となった。しかし個人単位とはいっても、扶養義務者の範囲は従来より広く、その範囲は姻族を含む三親等まで拡大され、その上に更に七三〇条にもとづく親族扶け合い義務の規定も追加された。この規定は立法当時にはC型からもD型からも家族制度思想の温存として強く批判された。

この新法制定当時の扶養義務論争は、次の憲法改正論のさいの家族制度復活論争のさいにも同じようくり返されてい

る。この時点での家族制度復活案は、家産制度と、子の親に対する孝養の義務の二項目を憲法規定に入れるというものであった。ここでも相続と扶養が家族制度の中心問題であった。が、この案は、憲法改正案そのものと共に葬られた。

## 5 現在の民法改正案

現在の民法改正案に対する賛否の意見を見ると、夫婦別姓を中心としているので問題は異なるとは言え、各意見の分布は、これまでの論争に出された意見とよく似ているので、これを比較しながら整理してみよう。

(1) 改正案反対論。これは昔のB型と同じである。自民党を中心とする保守勢力の間に強い。別姓は日本の家族制度の根幹をゆり動かしかねないという危機感が根底にある。戦後五〇年も経ているのに、なぜかくも家族制度に固執するのか理解に苦しむ。現在の保守議員は二世、三世議員が多く、家族制度のもとでの世襲制に乗っかって当選している人が多いからであろうか。

(2) 別姓A案賛成論。これは昔のC型と同じである。子の姓がばらばらになるのを心配しているからであろう。氏を家族の本質と考えている点では五〇年まえと変わらない。

(3) 別姓B案賛成論。これは昔のD型と同じである。五〇年まえには一部の革新的意見であったが、この五〇年間に賛同者は学者の間では、かなり増大している。しかしながら、国民的規模ではまだなお少数派にすぎない。

以上をまとめると、あらためて日本社会における家族制度の重みを痛感せざるをえない。なぜ今でも家制度の尾をひきずっているのか、この点については後述する。

### 三 生産・経営主体としての家族——生産手段としての所有権

#### 1 戦後初期の農民家族

##### (1) 旧法時代の矛盾

旧法時代には、家族制度のもとで所有権の法的歸属は、戸主個人のものとなされ、家督相続により長男から長男へと引きつがれた。しかし生活実態の上では、土地その他の財産は家族全員の共有財産であった。法の世界と現実の世界との間のこの矛盾は、しばしば具体的に争われた。たとえば戸主が勝手に借金をつくって土地を差押えられた場合等。

##### (2) 新法の均分相続制の矛盾

民法改正が国会を通過したとき、均分相続によって土地が分割され、農地の細分化が促進されないよう付帯決議がつくられた。さらにこの趣旨にもとづき、一九四七年と四九年の二回にわたって、農地は一子に相続するという農地相続特例法案が国会に提出された。しかし二回とも審議未了に終わった。一つには、国内でも、家督相続の復活につながるという反対運動が強まったことと、もう一つには国際的要因として米占領軍が承認しなかつたことがあげられる。

その後、日本法社会学会では、均分相続によって農地が細分化したかどうかについて大規模な全国的調査を行った。その結論は、均分相続の影響による農地細分化は見られない、ということであった。農村に残った長男があとつぎとして相続をしている慣行がなお圧倒的であった。但し、他の子が相続放棄するときには何らかの代償を貰うというケースも見られる。なお、この調査のもう一つの重要な結論は、相続まえに他の子はかなり大きな生前贈与をすでに受けているのであるから簡単に一子相続とは言えない、ということであった。たとえば女子の場合の嫁入り仕度、男子(次三男)の場合の別居・分家にさいしての住宅費の援助等はかなり多額である。

さらに長子相続のもう一つの要因としては、扶養との関係がある。この問題は農村だけの問題でなく都市部でも広く見

られるが、老親の面倒を見る子とそうでない子とが相続については平等であるというのとは不合理であるということである。農地のあとつぎが単独相続すると共に老親の面倒を見るといふ慣習法は、民法が変わった後も続いているのである。

### (3) 土地共同相続の可能な条件

もともと民法の均分相続は、財産価値の平等原則であつて、現物の分割を必要としない。それゆえ、長男が土地を相続しても、他の子の相続分に相当する土地代金を支払えば、土地分割をせずに均分相続は可能なはずである。他国ではそれが可能なのに、なぜ日本では可能でないのか。重要な点は、土地価格の計算のしかたである。本来、農地の価格は、収益価格と言ひ、経営者の経営利潤(収益)を基本とし、そこから適正な地代額を定め、それを資本還元したものである。ところが相続の場合の土地価格は現実の売買価格を基準にする。そして日本では、農地まで商品化されたために、収益価格と売買価格との格差が年と共に拡大し、一子相続した長男は農業経営を維持しながら他の相続人に土地代金を支払えないという結果になつた。

さらにもう一つの重要な要因は、家族経営において経営を手伝う妻子には、労働の対価が払われないという伝統的慣行の存在である。小さい頃からの労働はタダで相続は平等であるという考えは認められないのである。家父長制無償労働経営(註)といふ。

(補註) 農業の経営管理主体が伝統的に男性管理型であることは他国でも同じで、それゆえどの国でも、近代民法成立後も家父長制は生き残る。周知のごとく先進国でも男女平等選挙になるのは二〇世紀になってからであり、男女平等の家族法改革に至つては、一九六〇年代以降のことである(後述、性差別撤廃条約)。しかし先進国では夫婦・親子間の家族契約慣行の歴史は日本より古いから、家族無償労働の解体も早い。

これに対し日本では、第二次大戦前は妻は無能力者であるから、もちろん管理主体となれず、戦後においても引続き夫・父親が経営の管理主体である(もつとも消費生活では妻・母親が財布を握っている場合は多い)。農業経営共同体において、

なぜ欧米に比較して男女平等型の共同経営にならないか。もちろん日本社会全体の女性の地位の低さという問題もある。しかし前述した土地所有の構造の問題もある。その上つけ加えれば、特に米作農家においては「水廻り」の管理が決定的であり、水利共同体としての農村においては、水廻りを責任をもって担当できる人間は伝統的に男とされる慣習が存在している。

## 2 工業化・都市化と農民家族

### (1) 地価上昇

工業化・都市化（高度成長）の急速な進展の中で地価上昇のテンポも早くなった。都市近郊はもちろん、農村部でも全国的開発と共に地価は上昇した。土地神話は農村計画や農業経営を破壊する大きな要因である。都市計画法は都市サイドからの線引きで、その施行により、すぐに都市化しない多くの農地も、都市計画区域に編入され、高い宅地並み課税を支払うことを余儀なくされた（もっともそれを修正する自治体の政策もあった）。いわゆる調整区域においても、企業は投機的買い占めに走った。都市と農村を線引きで分けること自体が地価高騰を促した。またこの過程をつうじて、農地の転用（宅地化）を規制する農地法の運用は緩められた。

### (2) 労働力流動化

地価問題と平行して、深刻なのは、労働力流動化政策による、農村から都市への人口移動であった。特に若者の都市への流出は、基幹労働力を農村から奪うことになった。いわゆる「三ちゃん農業」（じいちゃん、ばあちゃん、かあちゃん農業）の到来である。農業基本法（一九六一年）は、人口移動により農地を手離す農家が増大すれば他方で経営規模を拡大する農家が出現し、日本農業は、小規模経営から脱出できるという展望で制定された。しかし現実には、そうならず兼業農家が増大する一方であった。

専業農家はしだいに減少し、それに代わって兼業農家、それも第二種兼業農家が増大した。たとえば老親は農業、若者はサラリーマン、役場や農協に就職という形の多就業農家である。その結果、農業は衰退するも農家は豊かになるという構図がここに成立した。

### (3) あとつぎ対策と法人化・家族契約

このような経営担い手の老化現象が続く中で、あとつぎを確保するための努力が始められた。全体としては農業経営を近代化し無償労働を見直す必要がある。その一つは農業法人化である。経営体を家としないで会社組織にし、たとえば父親が社長、母親が専務取締役、子は従業員にする等の衣がえをする。この法人化には二つの意義があった。一つは税金対策である。従来、家計は生産と消費が一体となっていたのを分離し、生産のための収支を明らかにし、賃金計算を含めた支出を出すことにすれば、利益はわずかで税金も低くなる。もう一つは、形の上だけでも無償労働がなくなるということであった。法人化を最初に取入れたのは、果物・野菜等の農家であった。

法人化に平行して行われたのは、家族内分業を促進するための家族協定を行うという努力であった。分業協定(父と子の田を分けて耕す)、賃金支払い協定等である。これも形の上では、無償労働を解体し、あとつぎを確保するためのものであった。

なお国全体の問題としては、老親を早くリタイアさせて子に後を継がせるという目的で離農年金制度も導入された。また従来からの一子相続対策としては、その旨が農業基本法にもうたわれている。農民の間では、親があとつぎの子一家(子、その嫁、孫等)を養子にして、その子の相続分を全体としてふやすという相続養子もあらわれている。他方、依然として均分相続を批判し、一子相続の実現のために憲法を改正すべきであるという主張も農村部では依然として強い。

## 3 自由化・規制緩和の中の農民家族

### (1) 農産物自由化と農業危機

一九八〇年代から現在にわたる世界的規模での新自由主義の流れは、まさに農業を直撃するものとなっている。コメ自由化を象徴とする農産物の輸入は質量ともに急増している(農業のみならず漁業、林業も同じ)。

もともと日本国家の経済政策は、明治以来、つねに農業のぎせいによって工業を発展させることを基本としてきた。この伝統的考えと現代の新自由主義とが結びつき、政府は、工業立国の名で工業生産物輸出を助長する反面、農産物輸入に

力を注いできた。国民経済を破壊して国際分業を主張する財界の主張は、八〇年代には食糧輸出国にとっては有利で輸入国にとっては不利なガット(GATT)を利用し、九〇年代の現在では世界貿易機関(WTO)を利用して進められている。この政府の政策によって最も困難な事態に立ち至っているのが農家経営であることは言うまでもない。

## (2) 農民家族再生の条件

この困難を打開することが当面の急務となっている。例示的に問題点をあげる。

① あらためて農業法人化を見直すこと。一九九三年の統計では、法人総数三九〇〇である(有限会社二五〇〇、農事組合法人一四〇〇)。農業生産法人、特に一農家一法人の場合には、前述のごとく税金対策が中心であったために形式化して実態を伴っていない。これに、もつと魂を入れて足腰を強くする必要がある。

② 戦後農政の原点となった自作農主義を厳守すること。所有・経営・労働の一体性は家族民主主義の基礎であり、この一体性をこわすことは、資本と労働の分離という資本主義的農業に道を開くことになる(当然のことながら株式会社社の農業参入は認められない)。

③ 今後の農業は一農家のみでは支えられなくなるから、地域社会と結びつき農家の市民的連帯の上で、複数家族の分業と協業の新しい集団のしくみを検討する必要がある。

④ なお克服すべき無償労働の問題。たとえば経営管理の在り方、給料支払いはもとより休日・休暇制度の導入、女性の地位向上、後継者対策等、これまでも部分的には行われてきたことではあるが、これを全面的に発展させる。村落、場合によっては地方自治体を含めた集団的取組みが必要である。

以上の課題は困難ではあるが、このような長期的展望を基礎にしないと、家族経営の二一世紀への展望は暗いのではないだろうか。

#### 四 企業社会と労働者家族

##### 1 産業・雇用構造の変化

##### (1) 高度成長の展開と主婦論

大戦後一〇年を経て戦後資本主義は復活し、一九五〇年代後半以降、日本は高度成長時代に入る。この頃から女性問題の関心は、家族制度の復活是否から労働者・サラリーマンの家族問題へと移行する。当初は、まだ圧倒的多数を占めた家庭の主婦論が争われた。一つは妻の家事労働の評価、いわゆる「内助の功」の評価が争われた。農民家族の無償労働と異なるとは言え、労働者家族の妻の労働無償性も放置させるべきでないという意見が女性運動の側から出された。

この問題は、内助の功を経済学的に評価することの困難さ、妻の労働内容の多様性、家族内部に商品交換的要素を持たむことへの批判等もあり、実りある結論に達しなかった。とは言え、この問題についての主婦層の不満は、民法の夫婦財産別産制の不合理に対する関心を高めることに役立った。自分に収入のない主婦にとって、別産制は実質的平等でなく、形式的平等にとどまるにすぎないものであることが明らかとなったからである。

##### (2) 女性労働者の男女平等運動

主婦の運動に対応し、女性労働者の運動の中では、職場での男女の形式的不平等に反対する運動が大きな問題となった。その典型的例は、結婚退職制や定年制差別であった。これが性差別であることは明らかであるが、戦後も二〇年以上にわたって、日本では存続してきたのである。これらの契約は、多くの裁判判決を経て、公序良俗違反の契約(実質上憲法違反)として無効とされるに至った。男女の形式的不平等は認められないということが司法によっても確定したという点で、これら諸判決は女性解放運動にとって一つの歴史的意義を持っている。

## 2 一九六〇年代・七〇年代の変化

### 世界女性運動と家族法改革

この時期は、世界的レベルでの女性解放運動が昂揚し、世界各国にとっても画期的な時代であった。この昂揚期に、一九七五年に「国際婦人年」を迎え、八五年までの一〇年間を性差別撤廃のための「行動計画」とすることが定められ、国連では、八五年に女子差別撤廃条約も成立した。

この国際的背景のもとで、欧米各国は、六〇年代から七〇年代に、大規模な家族法改革を行った。これらの国において、日本のような第二次大戦後の戦後改革はなく、宗教の伝統も強いので、長い時期にわたって家族法改革は行われなかったのである。それゆえ、この時期の各国の改革は、婚姻、離婚、親子等の多方面にわたる根本的的改革となっている。このような大改革と比較するならば、わが国のこの時期の民法改革は小さなものにとどまった。

その代わり、裁判所や家庭裁判所の実務の上では、実質的にかんがりの改善が見られた。たとえば、夫婦財産の共有推定の拡大、慰謝料額の増大、妻の死亡にさいしての逸失利益の認定、改正民法の寄与分等。これらは、権利義務関係の明確でない日本型市民社会にそれなりに対応する利益調整の結果であった。

## 3 一九八〇年代とポスト福祉国家

### (1) 福祉社会論と危機管理国家論

一九七〇年後半からは、世界的にポスト「福祉国家」の時代に入る。この時代のキーワードは「福祉社会論」と「危機管理国家論」である。福祉社会論とは、「福祉を国家の責任とする考え方を改め、これを社会の責任におろすということである。それでは福祉の責任から解放された国家の役割りは何か。それは今後予想される危機（経済的・社会的・軍事的危機、大規模災害危機等）に備え、危機を管理し予防するのが国家の責任である」という考えである。

## (2) 日本型福祉社会の受け皿

ところで福祉を国家から社会におろすという場合の、その受け皿は何かについて、欧米型と日本型とでは根本的な差異がある。欧米型の場合、受け皿となるのは、地域コミュニティ、宗教団体（主にキリスト教）、ボランティア（市民的連帯）の三つである。日本にはこの三つともない。その代わり日本には外国にないものが二つある。

その一つは企業である。日本の企業は大企業を中心として、労務管理の一環として企業福祉施設を持っている（社宅は典型）。この伝統を利用して企業福祉（年金等）に肩がわりさせる。

もう一つは、これまた伝統日本の美風とされる老親同居扶養慣行である。もともと老親同居型の国は日本以外に少ない。すでにのべたように、家族制度がくり返し扶養共同体として論じられてきたのは、この伝統と無関係でない。日本の政府は、福祉切り棄て政策の一環として、この慣行を政治的にフルに利用した。この場合、親の介護をするのは、ほとんどが女性である。統計的には娘より「嫁」の方が多い。それゆえ老人問題は、女性問題であると言われるのである。

約一〇年まえの中曽根体制下のこの政策は、現時点では共に破綻してきている。企業は今日の不況のもと、福祉に資本投下する経済的余裕を失っている。また家族の老親介護は女性の人権を奪い、在宅介護の限界は重要な社会問題となっている。これが現在の介護保険法登場の背景である。

### 4 男女雇用機会均等法の制定と限界

#### (1) 男女平等と保護

他方、「国際婦人年」の「行動計画」という世界史的流れのもとで、日本はおくれて最終の年とされる一九八五年に至って、やっと男女雇用機会均等法（以下、均等法と言う）の制定にまで漕ぎつけた。しかし日本の企業は、もし外圧がなければ、女性の人権を念頭に入れた雇用政策をする気は全くなかったのではなからうか。本法制定に至る経過を見ると、企業がいかに抵抗し、法案の内容を骨抜きにしたかということがよく分かる。

その結果、制定された法律は、男女の形式的平等を認めたものの、女性の権利保障規定はなく、企業の義務規定もなく、単に努力規定にとどまるという、きわめて消極的なものに終わった。これによって女性労働者の生存権は保障されないのみならず、女性保護を弱める労働基準法改正とあいまって、かえって女性労働者にぎせいを強いるものとなった。

平等と保護の関係について、企業は「平等も保護もというのはムシがよすぎる」「女性を保護するのは、かえって女性の職場進出をせげめ、その地位向上を妨げる」という見解を主張し続けている。この考えは依然として実態を見ない形式的平等論というほかない。

## (2) 均等法のもとの新しい差別

均等法のもとで、多くの企業は新しい男女差別の措置をとっている。それは男女別ではなく、職種別あるいはコース別という形をとる男女の賃金格差である。その結果、女性労働者の三極構造が定着してきている。第一は、総合職という名のキャリアウーマンの採用である。しかし、これは大学出身のうちのごく一部に限られる。普通の女性は事務職であって、実態は依然として男性の仕事の補助的役割りにとどまっている。さらにこの下にほう大な数のパートタイマー（主婦兼業）が存在する。この結果、女性労働者は外国人労働者と共に全体として日本の低賃金構造を支えているにかかわらず、それぞれの職種に分断されて、相互の連帯が困難な状況に置かれている。

## 5 男性管理型社会と家族

### (1) 家族を崩壊させる企業社会

戦後一貫して日本の企業社会は家族を切り棄てることよって経済成長をとげてきた。成長の過程で、男性は第一線の企業戦士として持ちあげられ、妻はそれを支える「銃後の妻」と、もてはやされた（軍国主義日本の経済版）。男性自身もそのようにマインドコントロールされてきた。この男性管理型企業社会の構造は、この四〇年間、形の上ではさまざまに変化を伴いながら、現在なお基本的に変わっていないように思われる。むしろ、そのつけが今まわってきている。経済至上

主義の光と影とは、企業を光とすれば家族が影であった。

男性の長時間労働と残業は、父親・夫など男性不在の不健全な家族を前提としてのみ可能であった。過労死に至っては、家族崩壊の最たるものであるが、一方的な転勤、別居、単身赴任などの家族共同体の分裂は、日本ではあたかも当然であるかのごとく日常不断のことになっている。このことは、日本の企業が、家族ひいては妻子の人権保障に全く眼目を置いていないことを示している。

家族の解体は、単に物理的なものではなく、人間的精神的結合の場としての家族の不在を意味する。特に子にとっては、家族と教育現場が重要である。家族の崩壊と学校教育の管理はあいまって子どもを不登校や犯罪に追いやってきた。

## (2) 共働き夫婦の増大

共働き夫婦の増大それ自体は望ましいことであるが、わが国では、それを支える社会的条件が未成熟である。そのうえ、近時では、自由化・民活路線に沿って、公共がこの分野からも撤退している。

育児及び介護休業法が制定されたとはいえ、日本の現状では男性がこの権利を行使する可能性はほとんどない。公的保育所も、最近の法改正により措置行政が後退し、有料民間保育所に道を開くものとなっている。学童保育に至っては、大分までに解体したまま再建のめどもたっていない。最近の神戸市の小学生殺人事件はあらゆる分野に衝撃を与えたが、子ども一人の通学や在宅がいかに危険なものであるかを、あらためて示した。安定した保育所と学童保育対策の社会的整備がなされない限り、子を持つ親が安心して共働きに出ることもできない。そういう状況に今の日本はさしかかっているのではなからうか。

## (3) 新型男女分業論と産業・雇用構造の改革

夫婦共働きの現状は、これまでの男女分業論に代わる新型男女分業論をうみ出している。旧型男女分業論は、男は仕事、女は家庭という形の分業を固定化するものであった。これはこれとして残っているが、増大する共働きの中には、夫は仕事、妻は仕事も家庭もという場合が少なくない。統計的にも実態的にも、女性の家事労働の負担は男性に比較して、はる

かに重いからである。

前述のごとく労働基準法の改正により、女性労働者の仕事上の負担が増大し、そのうえ家事労働の負担も減少しなければ、共働きの妻（母親）にとつては、新型男女分業論のゆくえは明るいものでありえない。

近時、「男女共生社会」という言葉がよく使われるが、これを男女が本当に対等な立場で共に生きる社会をイメージするものと考えらるならば、雇用及び家族の両面における男女平等を意味するものでなければならぬ。これを阻止しているのは、やはり根本的には男性管理型産業社会の温存であるから、この根本的改革が必要である。

これは産業構造そのものの全体的改革であるから、一朝一夕にできるものではない。しかも、この被害者は、企業に管理されている男性労働者でもある。男性が企業の支配から解放されなければ、家族の手にもどることはできない。それゆえ、企業に対する男性労働者の闘いと、さまざまな女性の地位向上のための闘いは、表裏一体であり、車の両輪であるとの認識を、男共ともに共有することが不可欠な前提である、と私は思う。

（補註）、本稿執筆後九七年六月に、均等法改正と労働基準法改正がセットになって大改正された。均等法は一步前進であるが、逆に女性保護を撤廃した労働基準法改正は、女性にとって「改悪」となった。女性労働者の立場は、今後いつそうきびしいものとなりそうだ。

## 五 改革の問題点——中・長期的展望——

### 1 国際家族年と日本

#### (1) 小さなデモクラシー

一九九四年は、国際連合の総会で決定した国際家族年（IYF）であった。これは世界的規模で、先進国も途上国も含めて家族秩序が動揺し、その機能を低下させ、子ども、女性、高齢者、障害者などの人権を保障する力を失ってきている、という認識を背景にしている。家族についての重要性をあらためて世界諸国民に訴えたのが、IYFキャンペーンであった。そのスローガンは、社会の核としての家族の最も小さなデモクラシーであり、その内容としては家族員個人の同権、自由、自己決定権、福祉の権利という四本柱を強調している。

この四本柱は、日本国憲法の理念にはば合致している。憲法一三条（幸福追求権、個人の尊重、自己決定権）、同一四条（平等原則）、同一二四条（婚姻の自由、男女平等）、同一二五条（生存権）等である。

しかし、この四本柱相互の関係が理論的にどのような関係にあり、全体としてどのような家族像が想定されるのか、そしてこのような家族を可能ならしめる社会的条件は何なのかについては、立ち入った検討はなされていない。それゆえ、せっかく四本柱を立てながらも、これは具体化されることなく、単なるキャンペーンにとどまった。

#### (2) 日本の現状

日本においても、この「家族年」に対する取りくみはきわめて弱かった。若干の行事は行われたものの、家族について本格的に見直すための具体的施策は何ら提案されなかった。

それどころか、前述したように九四年頃には本格的に見直し作業が行われていた民法改正論も、考えられる最も穏健な政府原案さえもが国会を通過しない、というみつともない状況に追いこまれている。ここには、価値の多様化、個人の尊

重、自己決定権等の家族生活の自由化を断乎として拒否し、あくまで家族の全国的画一化を強制しようとする政治権力の強い意思が貫かれている。

このような全体主義的考え方が、いずれは破綻することは明らかであろう。しかし私たち学者も手をこまぬいて見てい  
るだけでなく、それぞれの立場から、未来に向けての改革提案を考え、世論を形成すべきである。

以下は、私自身の問題提起である。

## 2 家族と国家と法

### (1) 総論的問題

家族は人間生活の中で最も私的個人的な生活領域である。他人の権利や利益を侵害しない限り、どのような形態の家族が存在してもよいとも言える。しかし他方で、ほとんどの国で、国家が介入し、法律をつくってわくを定めている。これはなぜかという根本の理論について案外、立ち入った議論はまだ十分には行われていないようである。家族を国家の公序良俗の基礎とする場合、私的なものと公的なものとを結びつける媒介的要因がさまざまにあるはずである。それを理論的に解明しなければ、家族に対する国家介入の正当化とその限界を説明することはできないであろう。

またもう一つの論点は、家族といっても一様ではない。特に現代社会は、どの国でも家族は多様化している。それゆえ、家族に対する国家の法政策も多様であつてよい。たとえば、前にものべたように、農民（その他自営業を含む）家族のような生産・経営主体としての家族と、消費生活単位としての家族とは区別して考えなければならない。扶養共同体としての家族はまた別の役割りを持っている。あるいは福祉と家族の問題もある。家族構成上の差異、単身世帯（一人住まい）、核家族、二世帯以上の複合家族、母子家族等のさまざまな類型があり、それぞれ異なつた問題を抱えている。ここでは法律上の改革にしぼつてのべる。

## (2) 伝統的家族集団の解体

まず、諸個人を、家集団から解放し、家族を構成員諸個人相互間の自律的連帯関係とするために、これの妨げとなっている法律上の集団概念をすべて廃止する。①氏は現在のところ集団の象徴とされているから、これを個人の象徴とするために別氏自由とする。②戸籍制度も同氏に固執している制度であるから、これを解体し、諸外国なみの個人身分登録簿に改める。③民法の親族範囲の六親等は広すぎるから、これを狭めて、せいぜい二く三親等どまりとする。なお尊属、卑属の概念も差別用語であるから廃止する。民法ではないが、行政法上使われる「世帯」概念も、集団的概念であるから、これも見直す。

以上が家制度を支えている法システムについての改革提言である。ところで法学の問題のみならず、社会学上の問題として、現実生活の上で重要なのは、墓の問題である。民法でも祖先祭祀について墓は一子相続の規定となっている。これは伝統的な「家の墓」という意識を前提としている。しかし家制度の解体を考えるならば、将来は、墓も「個人の墓」（あるいは「夫婦の墓」となつてゆくのではなからうか。

私事ながら、私も「渡辺家」のあとつぎではないので、数年まえから、私と妻の共同の墓をきめておきたいと考えた。しかし東京都内で手に入れようとすると五〇〇万円以下のところはほとんどない。ところが、最近になって、息子たち夫婦が首都圏の公営墓地を手に入れたので相乗りし、少ない予算で墓ができて、今はほつとしている。あとは、宗教儀式をともなわない葬式のやり方だけを考えておけば、安心して死ぬ。

ついでながら、この新しい墓の現地を見に行ったところ、やはり墓石に「〇〇家の墓」と書いてあるのが三分の二くらいあった。これは、今の日本の平均的数字であろう。あとの三分の一くらいは、キリスト教信者の墓石とか、その他は、たとえば平和、やすらぎ、愛、いこい等さまざまな工夫をこらした墓石となっていた。

## (3) 夫婦の法律制度の改革

次に夫婦の法律について考える。

### ① 婚姻の見直し

婚姻年齢は男女共に一八歳とすること(親の同意は不要)、女性の再婚禁止期間は廃止すること、夫婦別氏については前述B案(子の氏も異なつてよい)を採用すべきこと。これら諸点は、私のみならず、かなり多数の法学者や弁護士の見見であろう。

その他まだ論じられていない重要な問題として、現行の法律婚主義をこのまま維持するか、もう一步事実婚主義を認める方向での改革を考へるか、という問題があると思う。この点は、前述した婚姻の自由と国家の介入との接点として重要なことでもある。もちろん私も結論を出していない。しかし、これだけ事実上の夫婦関係が多様な形態で存在している現代において、一片の紙切れで合法か否かの二者択一に分けることの合理性について、少なくとも、さまざまな角度から検討してみる価値があるのではないか。

### ② 夫婦財産制と契約

夫婦財産制については、男女の実質的平等を貫いて、法律の中でも「二分の一条項」を明記することが不可欠である。このような夫婦平等原則を原則とした上で、現行の形骸化している夫婦財産契約を根本的に改正し、日本も将来は、多くの市民が夫婦財産契約をするのは当り前、というくらいになるのが望ましい。近代市民社会の根底は契約社会である。とすれば最も身近かな生活環境の中から契約社会をつくるのが市民という名にふさわしいのでなからうか。

### ③ 離婚

民法改正案の審議過程で多くの議論があり、最終的に原案は五年別居を離婚理由に加えることと苛酷条項を取り入れることとしたが、賛否は分かれた。この問題についてはなお基本的論点についての検討が必要である。そもそも離婚の自由と国家との関係は、欧米諸国と日本では異なる。日本の現実には圧倒的に協議離婚であるから、協議離婚をどう考へるかということの方が、裁判離婚の改正より重要でないか。右の改正案でも、別居五年は裁判規範としての離婚原因と考へるならば合理的であるが、これが制定されると現実には協議離婚にも多大な影響を与えかねない。夫が五年別居を理由にして

一方的に協議離婚を妻に押しつける弊害の有無についても検討されるべきである。

その前提として、現在の協議離婚が、果たして夫婦平等の立場での協議として行われているかどうかの実態調査が必要である。昔にくらべれば女性の地位は向上したとは言え、第三者のいない場合での当事者の話し合いは、財産分与、子の親権・監護権等をめぐって、権利義務関係の明確でない、あいまいな処理に終わっている場合も、なお多いのではないか。

この議論を、さらに深めれば、協議離婚制そのものに伴う弊害を国家の介入によつて排除するルールがあつてもよいことになる。他国のようにすべて裁判離婚にするというのは現実的でないとしても、家庭裁判所の関与を、現行より大幅に増大する改革もありえよう。

### 3 子どもの人権保障システム

#### (1) 民法上の権利

子どもの権利条約成立以降だいたいおかれて、日本も一九九四年に批准したが、政府は、そのさい批准後も国内法を変えなければならないと答弁し、国内法の施行を留保した。これは、政府が、子どもの人権を守る意思がなく、ただ形だけ世界の流れに合わせることにしか考えていなかったことを示している。民法レベルだけを取つても、子の人権が保障されておらず、改革を必要とする問題は山積している。

① 嫡出子と非嫡出子との間の差別撤廃。これも、ここ数年間にわたつて論じられ、学者の意見、裁判所の動向、世界の流れでは差別撤廃が常識的となつているにもかかわらず、わが国では未だ国民的合意に達していない。その根本的理由は、子の権利という立場に、まだ多くの人が立っていないことである。子の立場に立てば、親がどうであれ、非嫡出子自身には責任がないのであるから、差別扱いを受けるのは不合理であることは明らかである。

② 親権は、親が離婚しても双方の親に責任があるのだから、ともに親権を持つというのが本筋である。他国でも共同親権の国がふえている。日本でも早く共同親権制度を導入すべきである。それがすぐに実現しなくとも、せめて離婚した

両親に対する子の面接交渉権の制度くらいは一日も早く取入れるべきである（諸外国でもこの制度を持っている国は多い）。日本で、これも抵抗が多いのは、親権を親の利益と考え、子の利益のためとは考えない人がまだ多いからであろう。子が離婚した親の一方とだけしか会えないことは、その子の成長や幸福を妨げることを考慮すれば、面接交渉権は、子にとっての当然の権利である。親権の奪い合い等は、子にとって最も迷惑なことである。

なお離婚した親が子に対する扶養義務を怠っているのに、親の債務履行を強制する特別の制度がないことが大きな問題となっている。これもあわせて改革されるべきである。

## (2) 教育権

① 教育権は、民法と学校の両者にかかわる問題である。家庭では、親権の一つとして教育権がある。この民法上の権利も子のための権利であり、親の利益のためものではない。特に子どもの権利条約のもとの親子のあり方からすれば、何よりも子の自由と自立、個の確立が保障されなければならない。しかし現実には、子の立場に立たず、子を私物化し、親の視点から子の自由に介入する傾向は少なくない。その上、親自体が企業社会の中で管理されているために人権感覚が弱くなり、子の人権を傷つけても気がつかない人がふえている。それゆえ、家族を子の人権保障のとりでとするためには、まず親の人権が保障されることが同時並行的に必要なものではあるまいか。

② 次に学校教育の現場は、もつときびしい。子どもの権利条約には、たとえば生徒の意見表明権、自己決定権、教育情報（内申書、指導要録など）に対する生徒や親権者の開示請求権などを明文を以て保障している。ところが学校現場では、このほとんどが守られていないと言っても過言ではない。

たとえば校則をとつても、生徒に意見表明の機会がなく、学校側が一方的につくったルールを生徒に強制している場合が少なくない。しかも「……してはいけない」という禁止規範が多い。人は自ら参加してつくった（あるいは合意した）ルールはよく守るものであるが、押しつけには反撥するものである。大人でさえそうであるから、子どもはもつと敏感である。こうして学校への反抗、登校拒否、いじめ、各種犯罪が絶えない。

今後は、生徒の意見をよく反映し、子、親、学校が一体となった校則にすべきであろう。また禁止規定でなく、前向きにこういうことをやろうという積極的行動規範を中心に考えることが望ましい。

#### 4 私的扶養と社会保障

##### (1) 賃金法則と扶養

資本主義経済の賃金法則からすれば、労働者の賃金の中には、私的扶養に必要な生活費は当然に含まれているはずである。なぜなら、資本にとって労働力の再生産費用は資本の再生産にとって不可欠な必要経費だからである。それゆえ、通常の場合、妻子の生活費は賃金法則のわくの中に入る。しかし将来の労働力として期待できない高齢者の生活費は、賃金法則の中に入らない。したがって、それは、個別資本の負担ではなく、総資本すなわち社会全体の責任で負担しなければならぬとするのが、福祉国家の理念なのである。資本主義社会である以上、国家公共の手による援助がなければ高齢者が生きることができないのである。

##### (2) 私的扶養と公的扶助

民法の扶養義務の規定は、前述のごとく他国以上に扶養義務が広いものとなっている。この民法の規定を改正し、扶養義務者の範囲を、直系の範囲くらいにとどめるべきである。

民法の改正以上に重要なことは、私的扶養優先主義に立つ現在の公的扶助行政を、根本的に改めることである。くり返しになるが、高齢者、障害者、病人等の生活権保障は国家公共の義務であるという認識を前提とするならば、公的扶助が私的扶養に優先するのが筋である。法システムとしては、最低限生活保障の公的生活保護の法システムをまず確立し、それを前提とした上で、それ以上の生活水準は私的扶養によって補充することにする。この種の発想は、これまでの考え方を一八〇度切りかえることを求めるものである。

(3) あらためて社会保障の権利とは

ここであらためて、社会保障の権利とは何かが問われている。国民の社会保障の権利という言葉は、国家公共の義務を伴う言葉である。そうであるとすれば、法律の条文は「……しなければならぬ」という義務規定として書かれなければならない。ところが、現実には、「……することが出来る」という条文が多い。これは「出来る」規定であるから、行政の自由裁量規定でしかない。そこで行政は、福祉施策を認めたり、認めなかったりの手心を加えることができる。これが福祉行政の許認可とむすびついて汚職の温床ともなってきた一つの理由である。

このような行政裁量に依存する福祉の法システムを改め、国民の福祉を求め、権利のシステムに転換することが今後の課題である。たとえば、ホームヘルパーの派遣を権利として認める、あるいは地域社会に老人ホームその他の福祉施設の設置を求める権利、少なくともそれら公的施設の管理・運営等に参加する権利等である。

(4) 介護保険法について

最後に、いま国会で問題となっている介護保険法について一言すれば、社会経済的基盤がまだ整備されていない現段階で、なぜ急ぐのかという根本の問題がある。まだ多くの市町村は紀元二〇〇〇年までのゴールドプランを達成できる見とおしはなく、その上、介護保険を押しつけられては財政基盤がますます持たないと困惑している。介護の国家保障の確立を前提としない保険制度の導入は、負担のみ増大して介護を受けられない高齢者の増大を招きかねない。

さらに前述のように行政裁量の強いわが国では、要介護の行政認定が公正且つ民主的に行われる保障は全くない。介護保険法制定までに二〇年間を要して議論が行われていたドイツにおいてさえ、法制定後、要介護の認定がきびしくて、国民の不満が増大している。いわんや、ほとんど国民的討論の場を持たない日本においてをやである。

高齢化のスピードの早い日本で、介護保険法のゆくえは、二一世紀の民主主義のゆくえを左右するであろう。それはまた、二一世紀の家族のゆくえにも大きな影響を与えるものとして、私たち家族研究者にとっても重い課題であることを強調して、私の話を終わることにしたい。

(補註) 一九九七年十二月に介護保険法が強行採決された。多くの関係がクリアされないまま国民の意見を聞くこともなく、予想どおり「保険あつて介護なし」の法律となった。このままでは二一世紀の社会保険はいつそう貧しいものになりそうである。

(東京大学名誉教授 民法・憲法・法社会学)

付記 本稿は、一九九七年六月七日、帝京大学において開催された本学会第三十一回研究大会における特別報告「私の家族法学会学研究史―社会の中の家族―」の内容を、渡辺先生御自身の手によってまとめて頂いたものである。(編集委員会)