

日本家族法の歩んだ道

敗戦後の立法を中心に

中 川 淳

- 一 はじめに 視点
- 二 昭和家族法と立法課題
 - 1 成立後の立法の方向
 - 2 男女平等
 - 3 子の福祉
 - 4 韓国法との対比
- 三 今後の社会関係と立法課題
 - 1 夫婦の氏
 - 2 社会福祉と家族法
 - 3 医療技術の発展と家族法
- 四 家族関係の崩壊

一 はじめに 視点

私は、以前から家族立法学に関心をもち、この視点を重視してきた。家族立法学という言葉は、あまり一般化していないが、家族法の立法をとおして、家族の理念とそれにもとづく制度を検討するという考えかたである。法律をとおして、あるべき家族の姿を知り、提言することである。法律が国家の考えかたを示しているものであるから、家族法は、まさに国家の家族観を示すものということになる。

日本における家族法の理念の転換は、大きくいえば、三つの立法を注目することによって、理解することができると思う。第一は、1890年（明治23年）公布のボアソナードの民法であり、第二は、1898年（明治31年）施行

のいわゆる明治民法である。そして、第三は、第二次大戦後の1947年（昭和22年）改正の民法の家族法であり、ここでは、昭和家族法と呼ぶことしたい。これが、すなわち、現行法である。

古い話については、詳しく論ずることはできないが、簡単に触れると、第一のボアソナード民法は、全体としてフランス法の影響を受けたもので、基本的な理念として自由・平等の思想にもとづいていたのであるが、とくにその家族法の部分にたいして批判が集まった。その主な理由は、当時の日本の国体すなわち天皇制国家の考え方と相い容れないということであり、最終的に、帝国議会は、法律として公布したにもかかわらず、実施をしないことにした。

このボアソナード民法を否定した勢力が、次の第二の明治民法を制定したといつてよい。明治民法の家族法については、自由・平等の思想にもとづくものではなく、封建的家父長的家族制度、すなわち、家の制度を基本理念とした。家とは祖先から子孫に至る抽象的な縦のつながりを意味し、現実の家族においては戸主（家長）を統率者とし、子孫へつなぐ制度として長男の家督相続を定めていた。ここでは、個人の尊重の思想が弱く、また、男女不平等の制度であった。具体的には、妻の無能力制度、夫婦財産における夫管理共通制、夫婦の離婚原因の差異、父の親権、相続における女性の後順位、尊属殺人の重罰規定などを挙げることができる。

二 昭和家族法と立法課題

1 成立後の理念型の変化

日本は、1945年（昭和20年）にポツダム宣言の受諾によって敗戦を迎え、その宣言の趣旨に沿って、民主化の義務を負うことになった。家族の問題については、その近代化・民主化が要請され、新たに制定された日本国憲法24条には、個人の尊厳と男女平等の原則が宣言され、家族の理念型が封建的な家の制度から婚姻家族の制度に大きく転換した。この趣旨にした

がって、1947年(昭和22年)に、明治民法の家族法が根本的に改められ、先に指摘した第三番目の立法、すなわち、昭和家族法が成立した。これによって、家の制度の残存規定がわずかに残ったものの、全体としては近代的な家族の法制度が立法化された。ここでは、家族の在り方が、女性が嫁として既存の夫の家にはいるという婚姻形態から、婚姻によって新しい家族が形成されるという考え方に変わった。先に述べた妻の無能力制度の廃止、夫婦別産制度の新設、夫婦の離婚原因の平等化、離婚財産分与制度の新設、父母共同親権、相続における男女平等、妻の相続上の地位の向上など、日本家族法が大きく近代化の方向に転換した。なお、刑法の尊属殺人の規定は、遅れて1995年(平成7年)に廃止された。

戦後の昭和家族法の成立については、スムーズに進行したのではなく、家の制度を廃止することに反対する勢力が強よく、いわゆる難産であつた。その当時、日本はアメリカの占領下にあり、新しい憲法、家族法は、そのような背景のなかで国会を通過していった。その直後、家の制度の復活の主張は影をひそめていたところ、1950年(昭和25年)前後になって、廃止された家の制度をもう一度復活しようという世論が出はじめた。そこで、政府は、法制審議会を立ちあげて、家族法の立法的検討を始め、その数年後の1954年(昭和34年)に審議の内容を発表した。いわゆる「仮決定及び留保事項」である。ここでは、家の制度の復活という考え方はほとんどないといつてよいと思う。この審議会は、今日に至るまで随時開かれている。

昭和家族法は、戦後の占領下にきわめて大急ぎでつくられたという経緯があつたので、日本国憲法の理念に著しく反するものを重点的に改正することに力点が置かれていたように思う。急がなくてもよい制度は、他日を期待したと思われ、不十分な点が少なからず残されたといつてよい。50数年たった今日まで、その改正問題、いわゆる立法の問題がいろいろと提起されている。

昭和家族法は、家の制度を一挙に廃止し、近代的、民主的なものに180度転換する改正を行ったといつてよい。韓国では、戸主制度は、強いか弱

いかは別として今も残っているが、ここでは、古い制度を段階的に廃止していくという方法がとられてきたように思われる。その点で、封建的な家の制度を一挙に廃止した日本とは違っているといえる。日本では、従来の制度を一挙に廃止した歪みが、その後の立法に影響してきたことになる。

昭和家族法の成立後、私は、その当時、大きくって三つの立法的課題の検討が重要になると主張した。第一に、現行家族法のなかの家の制度の温存規定、残存規定を早く削除すること。いわゆる近代化の要請にもとづくものである。戦後の日本国憲法24条やそれにもとづく昭和家族法の成立過程をみると、審議会等では家の制度の温存論者からの抵抗が強く、とくに家族法の具体的規定のなかに妥協の産物として、家の制度の名残りと思われるいくつかの規定が温存されている。このことを家の制度はお墓に埋葬されたが、なおお墓のなかから現在の家族法を支配しているといつてよい。もっとも、残存規定があるとはいえ、それらは今日では有名無実となっている。

昭和20年代の半ば、朝鮮戦争が起こったころ、古い家の制度を破壊したのは再検討すべきだという家の制度復活論が盛りあがったことがあった。そういう雰囲気の中で、1954年（昭和29年）になって、政府は法制審議会を立ちあげ、戦後の昭和家族法の再検討を開始した。すでに触れたように、その検討結果が1959年（昭和34年）に「仮決定及び留保事項」として、立法意見が公表された。これをみると、大雑把に言えば、昭和家族法の基本的な考え方は変更しない、むしろこれを前向きに進めるとみてよい内容と理解することができる。すなわち、家の制度の復活を容認するような内容ではないといえる。この立法意見のなかには、例えば後で述べる特別養子制度、夫婦別氏制度などいくつかの注目すべき提言がある。

第二の立法課題は、現代化の要請である。日本は、昭和30年代になって、経済の発展、高度成長、工業化、都市化という時代に入っていく、大きく社会関係が変化していった時期に当たる。当然に家族関係も変化していったことはいうまでもない。ここでは、現実的には家の制度の復活はありえ

ないといってよい。むしろ昭和家族法の考え方を現代風に発展させる方向に進めていくことが重要な課題となってきたということである。この問題は、後のところで述べることにしたい。

第三の立法課題は、先ほど述べたように、戦後の昭和家族法の成立のさいに緊急性が弱いということで後日の改正に待つとされたと思われる規定については、現代の実情にあう改正がやはり必要だといわなければならない。例えば、遺言の手続きがその例である。個人の尊厳・男女平等の原則と直接結び付かない制度のために、据え置かれたものと思われる。その一般的でポピュラーな制度である自筆証書遺言の要件をみると、自書でなければ無効であるということになっているが、その規定は明治時代のままで、手書きを別に否定するつもりはないが、現在では、意思の伝達手段も多様化しており、ワープロ、録音、映像の時代になってきているから、このあたりの時代錯誤を改める必要があると思う。

2 男女平等

昭和家族法は、男女平等の原則を実現した。主要なものを挙げると、妻の無能力制度と財産管理、離婚原因、財産分与、父母の共同親権、相続が問題とされた。

無能力制度というのは、重要な財産関係において自分一人で契約を結ぶことが認められないもので、法律的に有効な取引にするためには、法律上の保護者の関与が必要になる。妻の場合には夫の同意がなければならない。妻の無能力制度は、戦後の1947年(昭和22年)に廃止された。また、妻は財産を持つことは認められていたが、結婚して妻という名がつくと、所有権は変わらないが、管理権がなくなる。したがって、妻が独身時代に家を一軒所有している場合には、そこから入ってくる家賃は自分のポケットに入ったが、妻となると家賃は夫のものになるという仕組みになっている。昭和家族法では、夫と妻の財産関係は、別産別管理制となった。

次に、離婚原因については、明治民法では、裁判離婚をする場合に、妻

は姦通、夫は姦淫罪による処刑というかたちで扱いが違っていた。つまり妻の方は姦通をすると、その事実だけで夫からの離婚請求が認められる、しかし、夫が姦通をしてもそれだけでは妻からの離婚請求は認められない。結局、夫と妻との間の貞操義務の差ということであるが、昭和家族法は、配偶者の不貞行為を離婚原因にし、男女平等とした。

これと関連して、1933年（昭和8年）に、滝川事件があつた。その当時、京都大学の教授であつた滝川幸辰先生が姦通罪について、処罰するのであれば男女ともに処罰すべきであり、処罰しないのであれば両方とも処罰すべきでない、つまり姦通罪における男女平等の主張をされた。当時、姦通罪は女性の犯罪とされていた。その時の文部大臣の鳩山一郎さんは、滝川教授のいくつかの発言を取り上げ、共産主義的な教授は大学に居るべきではないという主張をし、昭和8年に滝川教授は京都大学を追放された。学問・思想の自由、大学の自治を守ろうとした大学人の主張も弾圧された事件である。ただ、不思議なことに、その鳩山さんは戦後に内閣総理大臣になっている。戦前に男女平等を批判した人が政治のトップになるということは、大変不思議な感じがする。

昭和家族法は、離婚のさいの財産分与の制度を新設し、離婚後の妻の経済的地位を保障した。この点も注目すべきことである。

昭和家族法は、父母共同親権として父母の平等を実現した。親権とは、親の子にたいする監護・教育の義務的性質の強い権利であり、いわゆる子育ての権利義務といわれるものである。明治民法の家族法では、親権は、原則として父親にしかなく、つまり母親には与えられていなかった。父親が親権の行使ができないような場合には、母親が親権者となるが、この場合には親族会の関与がある。このように、昭和家族法は、父親と母親との子育ての権利義務の差別をなくして、父母が共同して親権を行使することになった。

相続については、明治民法の家族法では、家督相続が基本の制度であり、それは長男子の単独相続である。そのほかに、遺産相続の制度もあつたが、

すべて男性が優先するもので、女性は、劣後に置かれていた。昭和家族法は、家督相続制度を廃止し、男女を区別しない遺産相続制度とし、とくに配偶者は常に相続人となるとして妻の相続法上の地位を確立した。その後、1962年(昭和37年)には、妻の受けるべき相続の割合つまり相続分も増え、例えば、子どもと共同相続する場合には、三分の一から二分の一に大きくなった。もちろん子ども以外と共同相続する場合であっても、妻の相続分は増加した。また、1980年(昭和55年)に寄与分の制度が新設され、被相続人にたいして財産上顕著な貢献をしたときには相続分が上乘せされることも認められることになった。以上は、男女平等の原則の定着の主な場合である。

男女平等という場合に、法律が両者を区別していないことが一般であるが、現在の家族法のなかに男女を別異に扱っている規定がある。ここでは、最高裁判所で争われたケースを一つ紹介しておく。日本の民法733条には、女は前婚の解消の日から6か月を経過しないと再婚ができないと定めている。いわゆる再婚禁止期間の規定といわれている。男には、このような制限はない。この規定が憲法の男女平等の原則に違反するかが争点となった。第一・二審も最高裁判所も、結論としては憲法違反ではないと判断した(最判平成7・12・5)。私は、昔から6か月は女性にいわれなき日数を待たせ過ぎているということで、現在の制度のもとでは100日でよいのではないかと主張してきた。というのは、現行家族法には、婚姻の成立の日から200日、解消の日から300日以内の出生子は、婚姻中に懐胎したものと推定しており、女性が婚姻の解消後すぐに再婚すると父性の推定の重複が起きる可能性がある。重複が起きるのは、300日マイナス200日の100日である。子の父親が分からないのでは子の利益・福祉に反することになるので、再婚禁止期間は、このようなことが起こらないようにすることが必要であると思われるが、起こらないときには不必要であると思われる。その意味で、私は、6か月については憲法違反であると思う。

日本では、平等をどのように考えているかという点、形式的には区別し

ないが、合理的な根拠があれば別異に扱っても差支えないというのが通説である。父性の推定の重複が子どもの利益に反することを合理的根拠としているわけである。1996年（平成8年）の法制審議会の最終答申は、6か月を100日に改めるべきであるという改正意見を出している。

3 子の福祉

次に、子どもの福祉の問題に移る。昭和家族法は、これまでの家のため、親のための親子法の考え方を、子のための親子法に発展させた。何時も引合いに出されるのが、未成年の子を養子とするには家庭裁判所の許可を得なければならないという規定（民法798条）の新設である。従来養子制度が悪用または乱用されて、本来の親子らしい人間関係をつくっていくのではなく、別の目的に利用されることがあり、子どもが不利益を受けることを阻止する趣旨から、家庭裁判所の許可の制度は子のための制度として評価された。

さらに、1987年（昭和62年）には、特別養子制度を新設して、子どもの福祉の制度を充実した。特別養子とは、本来は血縁がない養子ではあるがなるべく実子に準じた形で親子関係を認めていこうという制度であり、ヨーロッパ、とくにフランスの制度を参考にしたものである。周知のように、ヨーロッパでは、第一次、第二次大戦で被害を受けており、とくに親を失い住まいを無くしてホームレスとなった戦争孤児の救済が問題になり、家族法の領域では、養子制度を活用して救済をしようということになった。養子協会といった公的な組織が活躍したところもあり、いずれにしる戦争孤児に暖かな家庭を与えることによって、具体的に子の福祉を計った。

同じく日本も東京、大阪、広島その他多くの都市が戦争で破壊され、戦争孤児がホームレスとして公園や駅に住みつ়状況があった。ヨーロッパのように、日本ではその当時は特別養子の立法意見は出ていなかった。昭和家族法の成立後10年余りして、「仮決定及び留保事項」のなかに、ようやく特別養子の提言が示されたが、その後、積極的な前進がみられないま

ま、1987年(昭和62年)になって戦争孤児がいなくなってから立法化された。たしかに戦争孤児がいなくなったとはいえ、なお不幸な子どもが沢山いるという意味では、特別養子制度が十分に機能していくこと、不幸な子どもにも暖かな家庭を与えることによって、子どもの利益・福祉の実現が期待されるものである。

日本では、尊属殺人の刑法の規定(刑法200条)が戦後約50年も残っていた。自分の父母や配偶者の父母など直系尊属を殺したときには極刑に処すというものである。配偶者や子どもを殺しても一般殺人の規定によるが、直系尊属だけは特別扱いとしている。この規定は家の制度にもとづくと考えられながら、ようやく1995年(平成7年)に削除され、一般の殺人規定によって処理されることになった。

親子法の分野で、最高裁判所で争われた、いわゆる非嫡出子(婚外子)の相続法上の地位にかんするケースを紹介しておこう。非嫡出子の法定相続分が嫡出子の法定相続分の二分の一と定められていること(民法900条)が問題となり、同じ子どもでありながら、差別ではないかということが争われた。つまり憲法14条の法の下での平等の原則に反するかが裁判所で争われた。高等裁判所のレベルで立場が分かれていたが、最終的に最高裁判所において、1995年(平成7年)に憲法14条の法の下での平等に反しないという判決がくだされた。もっとも、この判決は、大法廷の事件で15人の裁判官によって判断されたもので、わずかな差をもって、多数決によって法の下での平等には反しないという合憲判決となった。(最決平成7・7・5)

このように、非嫡出子の法定相続分が二分の一であるという規定が憲法違反ではないと判断されたが、これにたいして、法制審議会における1996年(平成8年)の最終答申である「民法の一部を改正する法律案要綱」では、嫡出子と非嫡出子のそれぞれの法定相続分は平等にすべきであるとしている。これは、個人の尊厳にかんする重要な課題であり、今後の立法の動向が注目されるところである。

4 韓国法との対比

制度上、わが国と韓国との家族法の比較研究の重要性がますます必要と
なってきた。この視点から、私なりに簡単に問題点を指摘してみよう。

韓国家族法では、家の制度は徐々に廃止していった点では、日本法と相
違する。現在でも戸主制度が形骸化してはいるが、残っている。その国の
事情によるものであって、どちらがよいかという優劣の問題ではない。昭
和民法の家族法の立法課題について、私は、すでに、家の制度の残存規定
の削除（近代化の要請）、戦後の経済的・社会関係の発展・変化に対応す
る立法課題（現代化の要請）、昭和民法成立時に後日の改正を待つとした
立法的検討の三点が重要であると指摘した。法制審議会としては、その後、
度々検討の結果を公表してきたが、法律改正にまで至っていないものが多
い。妻の追出離婚を防ぐ離婚意思確認制度は、衆議院の反対で立法化が不
発に終わったが、その後、韓国では立法化されて久しい。1988年に子ども
の積極的保護を理念として立法化された特別養子制度は、韓国で現在親養
子の名で立法過程に入ったということである。家の制度に支えられた尊属
殺重罰規定は、日本では1995年に削除されたが、韓国ではこの規定はなお
存続している。日本では、1962年の特別縁故者への遺産分与制度、1980年
の寄与分制度は、韓国では1990年に立法化された。

1996年（平成8年）の法制審議会では、婚姻年齢を男女とも18歳とする
こと、再婚禁止期間を100日とすること、選択的夫婦別氏制の採用、夫婦
間の契約取消権の規定の削除、離婚規定の整理と明確化、非嫡出子の法定
相続分を嫡出子のそれと同等にすることなどが、「民法の一部を改正する
法律案要綱」として最終答申されていたが、7年後の今日にいたつても、
まだ実現していない。韓国では、夫婦別姓は行われており、非嫡出子の法
定相続分の同等化は、すでに実現している。

なお、一般的な議論になっていないが、私個人として、次の課題を指摘
しておきたい。それは、夫死亡後も被相続人たるその父また母（舅・姑）
を支えてきた嫁（夫の配偶者）の代襲相続と寄与分についてである。夫と

嫁との間に子ども(舅・姑の孫)があれば、孫には代襲相続権があるが、孫がないときは嫁に代襲相続権も寄与分もなく、時として親族付合いのない遠縁の夫の甥・姪(相続人)から無一物で追出されることがあり、これも立法課題として取り上げてほしいとかねがね主張してきた。韓国ではこの問題は解決済みのものとされている。

三 今後の社会関係と立法課題

1 夫婦の氏

現代社会においては、各領域から家族の問題に迫るテーマがあると思われる。そのなかから、いくつかのものを拾って家族の今後を考えてみたいと思う。

最初に、家族法のなかの問題で、男女の平等、子の福祉の原則をさらに充実していこうというテーマがある。周知のように、関心が高いものとして、選択的夫婦別氏制の問題がある。昭和家族法は、夫婦は婚姻のさいに定めるところに従い夫または妻の氏を称するとして、夫婦同氏の原則を規定した(民法750条)。夫婦が結婚するにさいして、夫の氏を称するか妻の氏を称するかについては協議して決めるものとした。夫婦となる者の双方の意思を尊重することで、男女平等の原則を採用した。そして、そこから生まれてくる子どもは父母の氏を自動的に称するものとした。

これにたいしては、昭和の末期あたりから、とくに女性の団体からこの制度を見直してほしいという意見が出てきたと聞いている。具体的には、女性は結婚すると、生来の氏を捨ててどうして夫の氏を称するのかという疑問である。韓国、中国、台湾など隣国では別姓であることも参考にされているようである。

法律の領域でこの問題が最初に取りあげられたのは、1989年(平成元年)に東京弁護士会が「選択的夫婦別氏制採用に関する意見書」を公表したことからだと思う。これによると、現在のように夫婦が同じ氏を称した

い夫婦は同氏にすればよく、夫婦が別々の氏を称したいという希望のある夫婦は別々の氏でよろしい、どちらかを選択できる制度を提言したものと見て注目することができる。

その後、夫婦別氏制の問題は、法制審議会で審議されることになり、家族法の立法上のテーマとなった。日本では、別氏制問題の視点がとくに女性の社会的進出と関連し、男女平等の問題であるという認識から出ている重要なテーマである。

しかし、私は別姓イコール男女平等であるといっているのではない。夫婦別姓でも男女不平等と結びついた夫婦別姓もあり、封建的な家の制度の時代には、女が結婚し嫁として夫の家に入る場合に、嫁の氏を夫の家の氏に変えさせない、つまり夫の家や一族には組み入れない、あくまでもよそ者扱いにするという別姓もありうるわけである。この場合、子どもは夫の家の跡継ぎとして夫と同じ氏を称することにしており、嫁の腹は借り物ということになる。ただ、現在の日本の場合には、夫婦別姓の制度が男女不平等をもたらすということにはならないと思われる。

法制審議会の検討は、中間的にも公表され、三つの立場が示された。A案とB案はいずれも夫婦同氏でも別氏でも選択するという点では共通であるが、ただ別氏を選択した夫婦の場合には、子どもについて、A案では、婚姻の届け出をするさいにあらかじめ将来生まれてくるであろう子どもの氏を予定しておくという考え方で、生まれてくる子どもは皆同じ氏にするというものである。しかし、B案では、生まれてくる子どもは出生時に氏を定めるという考え方であり、子どもが数人いる場合に父親の氏を称する子どももあり、母親の氏を称する子どももあり、同じ夫婦の子どもでありながら、ばらばらになることを認めるものである。C案は、夫婦同氏の原則にしたがうが、この戸籍上の氏のほかに、婚姻前の氏を自分の呼称とすることを公認するというものである。1996年（平成8年）の最終答申は、A案を基礎にまとめられている。選択的夫婦別氏制度の今後の立法に注目したいと思う。

2 社会福祉と家族法

今日の社会において、家族法と社会福祉との関連がきわめて重要になってきた。家族のなかの問題は、同時に社会問題でもある場合が多いといえる。例えば、家族のなかに高齢者がいてその扶養については従来の家族法の問題であるが、同時に広く社会福祉、社会保障の問題につながっている。家族の問題は、単に夫婦・親子関係という身分関係の面だけでなく、生活の場としての家族という側面もある。家族にとって、この両面は家族内においても社会問題としても大事なことであると思う。親子関係については児童福祉問題、高齢者問題があり、また、障害者問題もある。1999年(平成11年)に日本では、遅まきながら成年後見制度が立法化されたことを指摘しておくにとどめる。

ただ、児童福祉の問題と親権制度との関連が社会的にも法的にも現在問題になっている。とくに親が子どもにたいして身体的・精神的・性的虐待または放置(ネグレクト)という深刻な状態があり、その解決を子どもの福祉の観点から議論されている。昭和家族法には、親権者の変更や親権の喪失規定があり、また、児童福祉関係の法制度の改正等があったが、その対応については、多くの課題を含んでいる。

3 医療技術の発展と親子関係

最近の医療技術、生殖技術の進歩は目ざましいものがある。それが家族関係、とくに親子関係に大きな問題を投げかけている。振り返ると、1949年(昭和24年)に慶応病院で人工授精によって女子が生まれた。そのころにも、人工授精にかんする最小限度のルールづくりをしなければならないという法律家の声があったが、結局何らの立法も行われなかった。その後、体外受精が行われ、その延長線上に代理出産、代理母の問題が現実化してきた。代理出産については、賛否両論があり、アメリカでは現実に行われ、代理母との間に訴訟問題となっているものもあると報告されている。新聞報道によると、日本人もアメリカその他外国で代理出産をする

ケースがぼつぼつあるということである。

家族法以外の課題も少なくないようであるが、家族法では、親子関係の問題が最も重要だといわれている。人工授精の場合でも、AIH についてはとりあえず問題はないとしても、AID については第三者の精子によるのであるから、夫の同意があることから戸籍上は血縁のない夫のいちおう嫡出子となっている。夫は嫡出否認の訴え、親子関係不存在の訴えを起こすことができるのか、また、精子提供者が認知の訴えを起こすことができるのかなど、学説は否定しているが、法律の規定はなく、また裁判となつたケースも余りない。代理出産は認められないといっても、既成事実が出てくると放置できなくなる。卵子を提供した人が母親なのか、それとも十月十日おなかを痛めて出産した人が母親なのか、現行法が予想していない問題が出てくる。現行法をそのまま適用すれば、生んだ人が母親となり、そうすると、卵子を提供した人は自分の子どもが欲しいということから敢えて代理出産をした意味がなくなることになる。一方を母親にするのか、両方に認めるのか、困難なことになる。長い間放置してきたツケが今出てきたことになり、早急に立法の俎上に乗せてほしいと思う。生殖医療による家族関係が今までは訴訟事件になっていなくて済んでいたところであるが、ぼつぼつ下級審において出はじめてきた。

四 家族関係の崩壊

今日、家族の崩壊ということが重要な問題の一つであると思う。家族が一つの集団として、法的な権利義務の主体となれるかということ、日本では自然人と法人しか権利の主体となりえない。しかし、実際に家族という集団が社会生活のなかで大きな役割を果たしていることは紛れもない事実である。この事実を今後どういうふうと考えていくのか、このような家族の存在が次第に薄れていっているように思われる。昔は夕食を家族一同が一緒に楽しむというような風景が多かったけれども、今は皆ながばらばらで、

子どもは塾に行くから早く食事をする、父親は会社の残業で遅い食事をする、母親は適当なときに一人で食事をするような風景が多くなってきているといわれている。そういう点からみても家族集団のまとまりが崩れてきつつあるのではないかと思われる。社会現象として離婚、破綻的別居が増えてきており、単身赴任、別居結婚などがあり、最近では結婚年齢も高くなっていくばかりか、結婚しない男女が増えてきている、キャリアウーマンのなかにはひたすら仕事に関心をもち家庭をつくる意思が見受けられないという情報が流れている。

そうすると、家族というよりも一人一人の個人の問題が大きな位置を占めてくることになる。家族はもはや無用の存在なのか、また、家族というものを維持していくべきかという考えが分かれてくる。私が大学院生の時代に、マードックの『社会構造』(1954年刊)という原書が刊行され、それを読んだが、そこに家族の機能・役割について書いてあった。この当時は今日と異なり日本の社会学関係の新刊書も乏しく、アメリカからの輸入の本に頼ることが多かった。それによると、家族の機能には、四つの機能、性的、生殖的、経済的、教育的機能について説明されていた。ただ、これらの機能は、家族にのみ専属するものといえない。他の社会関係によっても、代行されるものである。この点を形式的に強調していくと、家族の存在意義は薄れていくことになる。しかし、現実には、性と血を基本とする家族の繋がりを重視する人間性が家族を維持していることも、また事実である。これは、家族政策の重要課題でもある。

ここで一つ、近時の最高裁判所の判例を紹介しておこう。東京地裁と大阪地裁から最高裁判所にあがっていった事件が類似の事実関係で同日に判決が出た。これは、不貞配偶者の相手方にたいする他方配偶者の慰籍料請求の事件である。東京ケースは、夫が妻と3人の未成年子を捨てて銀座のホステスと同棲を続けているという事件である。妻と未成年子が家庭を壊されたことによる精神的損害の賠償(慰籍料)を求めたものである。最高裁判所は、妻の慰籍料請求を認めしたが、未成年子の慰籍料を否定した(最

判昭和54・3・30）。家庭破壊によって未成年子は最も親を必要とする時期に親を奪われたわけで、同棲関係が数年継続していることから不貞配偶者の相手方にも家庭破壊の認識が十分にあったとみるのが普通だと思う。大阪ケースは、男女が入れ替わっていて、妻が夫と未成年子を捨てて昔の同級生と同棲した事件である。両事件とも同じ内容の判決であった。

この判例に賛成する学者もいるが、私は未成年子にかんする判断には同調できない。私は、家庭は社会的にも法的にも保護に値する集団であると考え、違法にそれを侵害・破壊することは許されないと考えるべきで、一般論としては、被害配偶者、未成年子の慰籍料を認めるべきだという論文を書いたことがある。この判例は個人と家族との関係をどう考えるかという話題を提供しているといつてよいと思う。

注 畏友・乾さんのご逝去を心からお悔やみを申し上げます。どうか安らかにやすみください。

乾さんとは、大学の同期で、その上、同じく学生法律相談部に属しサークル活動を行い、彼が委員長、私が副委員長を務めたことも遠い思い出となった。その後、同じく大学院に進み、彼は立命館大学に就職したが、私もあとを追って同じ大学に就職し、退職するまで共に民法の講座を担当した。退職後も5・6年ほど非常勤として立命館大学の講義を担当した。大学へ入学して以来、彼から学ぶことが多かった。すぐれた研究者を失ったことを非常に残念に思う。

追悼号には、私なりの力作を捧げたかったが、短期で仕上げる自信がなく、たまたま2003年10月にソウルにおける韓国家族法学会に招待されて講演をたのまれたさいの原稿の下書き（講演では時間の関係で、その全部を話していない）をもって、失礼したことを深くお詫び申し上げます。