



IIPS

Institute for
International Policy Studies

▪ Tokyo ▪

憲法二十四条改正論議と 家族をめぐる諸問題について

・ 平和研レポート ・
主任研究員 西垣 淳子

IIPS Policy Paper 338J
August 2008

財団法人
世界平和研究所

© Institute for International Policy Studies 2008

Institute for International Policy Studies
6th Floor, Toranomon 30 Mori Building,
3-2-2 Toranomon, Minato-ku
Tokyo, Japan 〒105-0001
Telephone (03)5404-6651 Facsimile (03)5404--6650

本稿での考えや意見は著者個人のもので、所属する団体ものではありません。

憲法二十四条改正論議と家族をめぐる諸問題について

目次

| | |
|-----------------------|----|
| はじめに | 1 |
| 1 憲法二十四条の改正論を巡る状況 | 1 |
| (1) 改正論の提案とそれへの反発 | 2 |
| (2) 憲法二十四条改正の反対理由 | 4 |
| 2 憲法二十四条と「家」制度 | 6 |
| (1) 二十四条の果たした役割 | 6 |
| (2) 明治憲法の下での「家」制度 | 6 |
| (3) 「家」制度の否定と「家」意識の存続 | 9 |
| (4) 「家」制度の否定と家父長制の存続 | 10 |
| 3 現行憲法制定時の二十四条を巡る論議 | 11 |
| (1) 議会で案が提出されるまで | 11 |
| (2) 議会での議論 | 13 |
| (3) 憲法制定直後の揺り戻し | 14 |
| 4 憲法二十四条と家族の変容 | 15 |
| (1) 当初の二十四条の解釈 | 15 |
| (2) 戦後の家族の変容 | 15 |
| (3) 二十四条の現代的意義付け | 17 |
| 5 家族関係の民法上の検討課題 | 19 |
| (1) 「戸籍」と「氏」 | 19 |
| (2) 婚姻の成立における男女不平等 | 20 |
| (3) 非嫡出子の差別 | 21 |
| (4) 扶養義務 | 22 |
| 6 二十四条の改正は必要か | 23 |
| (1) 二十四条の改正の必要性の検討 | 23 |
| (2) 二十四条改正よりも民法の改正 | 26 |

(余白)

はじめに

昨今の憲法改正議論の中において、戦後直後の改正論議と同様に、憲法二十四条の改正も提案されてきた。そしてその是非を巡って、様々な家族観が議論されている。また、教育基本法の改正に始まった教育改革の議論、あるいは人口減少時代の中での少子化対策の議論においても、「家族」観が議論され、憲法二十四条を取り巻く家族観を巡る議論は古くて新しい議論であることが再認識される。1990年代の民法改正案が、夫婦別姓や、離婚後の再婚禁止期間の短縮、非嫡出子の相続分の平等化といった点につき、伝統的な家族観から容認しがたいとされ頓挫したことも記憶に新しい。

同時に、そうした憲法改正論とは異なる次元において、民法の家族規定を巡って、父性推定にかかる300日問題¹や、代理母を巡る法的な親子関係の問題などが生じてきている。こうした問題は、遺伝子診断による親子鑑定や、高度生殖医療技術の進展などにより、制定当時の民法が想定しない事態が発生したという問題であるとともに、そもそも民法の想定している家族像というものが揺らぎ始めているという事実を露呈するものでもある。

こうした状況を踏まえた上で、本ペーパーでは、憲法二十四条が戦後果たしてきた役割と現在の意義について再度確認することとし、その上で、2005年に世界平和研究所が発表した憲法改正案(以下「平和研案」とする。)においては、二十四条改正を打ち出したところであるが、そうした二十四条の改正の必要性について再検討するものである。

1. 憲法二十四条の改正論を巡る状況

憲法二十四条 婚姻は、両性の合意のみに基づいて成立し、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。

2 配偶者の選択、財産権、相続、住居の選定、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。

¹ 民法772条2項は離婚後300日以内に生まれた子を前夫の子と推定する。妊娠時にすでに夫婦関係が破綻し、前夫の子でないことが明らかな場合であっても、生まれた子は前夫の子として戸籍上記載される。これを覆すためには、家庭裁判所での手続きが必要であるが、前夫の協力が得られない場合、あるいは前夫と連絡を避ける場合などは、そもそも裁判が進められない。また、裁判で認められても戸籍上はいったん前夫の子と推定されたという記載が残る。そのため、そもそも出生届の提出をあきらめる状況が生じており、その結果、生まれた子が「無戸籍児」になっているという事実が明らかになった。この問題が「300日問題」として顕在化したことを受け、平成19年5月に、離婚後に妊娠した場合には、「推定の及ばない子」として扱い、現夫の子として出生届を可能とする取り扱いが認められるようになった。しかしながら、離婚前の妊娠については引き続き検討することとされ、現時点では具体策が講じられていない。

(1) 改正論の提案とそれへの反発

昨今の憲法改正論議の中では、まず、2004年5月に発表された読売新聞案に始まり、自民党案の作成過程において発表された改正の論点整理や2005年1月発表の平和研案において、新たな家族の条項が提唱された。これらは、家族の崩壊といった社会的事象への警鐘として、家族の重要性を再確認することを目的とし、「公共」を構成する最小単位としての家族の意義、「共同体論の観点から」の家族の意義を強調するものなどが見受けられる。

一方、このように憲法改正案の中に家族の条項が取り上げられるにしたがって、それへの反発も高まった。例えば、憲法二十四条の原案を策定したとされるベアテ・シロータ・ゴードン氏の度重なる訪日と映画「ベアテの日記」の放映、あるいは二十四条にまつわる本の出版²なども、憲法二十四条改正論に対する関心の高まりから発していると思われる。

①自民党案

一自民党憲法改正プロジェクトチーム 論点整理(案)2004年6月

四 国民の権利及び義務

3 公共の責務(義務)

家族を扶助する義務を設けるべきである。

4 見直すべき規定

婚姻・家族における両性平等の規定は、家族や共同体の価値を重視する観点から見直すべきである。

5 今後の議論の方向性

近代憲法が立脚する個人主義が我が国においては正確に理解されず、利己主義に変質させられた結果、家族や共同体の破壊につながってしまったのではないか、ということへの懸念である

一自民党憲法改正草案大綱(たたき台)2004年11月

家庭の保護

・国及び地方自治体は、家庭が社会生活において大切な共同体であり、子どもの健全育成の基盤であることにかんがみ、その社会的、経済的及び法的保護を保障するものとする。

*「家庭の保護」について、国・自治体の保護責務という形で規定したもの。

² 植野妙実子 『憲法二十四条 今、家族のあり方を考える』明石書店(2005年)

福島みずほ編 『みんなの憲法二十四条』明石書店(2005年)

中里見 博 『憲法24条+9条 なぜ男女平等がねらわれるのか』かもがわ出版(2005年)

「家族」ではなくて「家庭」としたのは、血族的な意味合いは明治憲法下における「家」制度を連想させるという復古的な意味合いを払拭して、様々な形の家庭があることを容認する趣旨からである。

同時に、そのような意味での「家庭」は、社会や国家という「公共」を構成する最小の単位であって、そこで伝統や文化や人間的な慈しみの気持ちなどが伝承されていく土壌であることを、「不可欠な共同体」「子どもの健全な育成の基盤」という表現で表そうとしたものである。

一 自民党新憲法起草委員会 小委員会要綱 2005年4月

家庭等を保護する責務

- ・国民は、夫婦の協力と責任により、自らの家庭を良好に維持しなければならない。
- ・国民は、子供を養育する責務を有し、親を養う精神を尊重しなければならない。
- ・国や地方自治体は、家庭の社会的、経済的および法的保護を保障し、企業や社会は、家庭の維持のために適切な環境を国民に提供しなければならない。
- ・国民は、地域社会の秩序を良好に維持しなければならない。

一 自民党新憲法案 2005年11月

現行二十四条の条文改正なし(語句の一部修正のみ)³

②読売試案 2004年5月

第二十七条 家族は、社会の基礎として保護されなければならない。

2 婚姻は、両性の合意のみに基づいて成立し、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。

3 配偶者の選択、財産権、相続、住居の選定、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。

③平和研試案 2005年1月

憲法二十八条 家庭は、社会を構成する基本的な単位である。何人も、各自、

³ ただし、自民党案が憲法二十四条の条文の見出しとして「婚姻および家族に関する基本原則」としている点に着目して、「ストップ！二十四条改悪キャンペーン」では、「個人の尊厳と両性の平等という二十四条の原則を骨抜きにする意図が透けて見える」と評している。

その属する家族の維持及び形成に努めなければならない。

2 婚姻は、両性の合意のみに基づいて成立し、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。

3 家族は、個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚するものであり、国家はこれを保護する。

4 配偶者の選択、財産権、相続、住居の選定、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。⁴

④新憲法制定促進委員会準備会(超党派議員)の新憲法大綱案 2007年5月
家族の保護規定の新設

祖先を敬い、夫婦・親子・兄弟が助け合って幸福な家庭をつくり、これを子孫に継承していくという、わが国古来の美風としての家族の価値は、これを国家による保護・支援の対象とすべきことを明記する。

(2) 憲法二十四条改正の反対理由

① 反対論の二つの流れ

改正反対論者の中には、大きく分けると二つの流れがみられる。一つには、現行憲法の下で廃止された「家」制度の復活、すなわち、女性の権利の剥奪への警戒感に起因する反対論である。これは主にフェミニズム的立場から主張される。特に、男女共同参画社会基本法(1999年制定)をきっかけとして、男女の固定的役割分担についての賛否論争が高まってきたが、そうした中で、保守的な家族観に立つ層からは、家事労働における女性の地位を固定化させる方向の主張が行われてきた。こうしたバックラッシュの動きが激しいものだっただけに、二十四条の改正により、「家」制度の復活とまではいかないとしても、家庭内の男女平等や個人の尊重といったものが否定される方向に結びつきかねないという不安が高まっている。そして、改正案が家族を扶養する義務の明記とあわせて主張された場合には、当該義務が事実上女性にのみ課せられるのではないかと、といった点を懸念する。こうした動きを阻止し、女性の権利を確保するためには、二十四条が今なお意義を持つと唱え、24条の改正を反

⁴ 植野富美子『憲法二十四条、今、家族のあり方を考える』では、平和研案について、「一項前段の規定は、家族が社会発展の基本となることを意識させている。家族が社会のために存在するという解釈を招きやすく、家族の基本が個人個人にあることを忘れさせる。また、一項後段の規定が、どの程度の意味をもつのか気になるところである。何らかの家族を維持し形成する義務を個人に負わせることになると、家族の維持や形成についての個人の自由は失われる。更にこの改正案が、「独自の文化と固有の民族生活」を強調していることから、家族のあり方がこうしたことと結びつけられて解釈されるのではないかとおそれる。」としている。

対している。

二つ目の流れとしては、家族を定義すること自体への反対論である。家族の有り様が変質し、多様化する中で、二十四条の改正によって、一定の「家族」観なるものが設定され、それに対して国家が介入してくることを危惧するものである。これは主に個人の尊厳を徹底して追求するリベラルな立場から主張されている。

現行憲法が施行され、「家」制度が崩壊した後、日本の各種制度は、夫婦と未成年の子で構成する「核家族」を基本的モデルとして機能してきた。実際に、民法においても、婚姻（法律婚）による夫婦とその未成年の子によって構成される家族を基本形としてとらえている。しかしながら、離婚や再婚の増大、未婚や事実婚の増加、シングル・マザーの出現等、そうした基本的モデルをはずれた世帯が増えてきた結果、一定の「家族」観にとらわれることなく、判例や立法を通じて、そうした実体に合わせた対応も進みつつある。

さらに、最近では、家族あるいは世帯ごとにとらえる各種制度のあり方を「個」の観点から見直すことも提唱されている。こうした動きは、憲法二十四条が「個人の尊厳」を家族の中にも徹底した⁵からこそ可能とも考えられる。すなわち、憲法二十四条の精神のもとでは、「家制度」から「核家族」中心へと家族のとらえ方が変わったにとどまらず、さらに、「個人の尊厳」の徹底により、家族という概念そのものすら個人との関係において希薄化したと考えるのである。その理由として、日本国憲法には、元来、他国の憲法や国際人権規約にみられるような明文の「家族」保護規定がなく、「家族」の存在を当然視していないということもあげられる。したがって、今次の憲法改正によって再度「家族」を位置づけることは、このような「個人の尊厳」を徹底した先見的な日本国憲法の姿を後退させるものと見なされるようである。⁶

② 反対論と憲法の関係

この二つの流れは、反対論者によっては同時に提唱されている場合もあるが、「憲法」との関係においては潜在的に相反する方向性を持っている。すなわち、前者（フェミニズム的主張）は、現行憲法が保障する「個人の尊厳と両性の本質的平等」を徹底するために、家族という私的領域における男女の不平等を是正すべく、よりいっそうの国家の関与（憲法の私的領域への介入）を強めることを是とする方向にあり、後者

⁵ 「個人の尊厳は、個人と全体（社会・集団）との関係を頭に置いた観念であり、全体を構成する個々人に価値の根源をみる思想を表現している。この言葉が、特に結婚・家族に関する原則を定めた24条で用いられたのは、偶然ではない。戦前には、社会におけるもっとも基礎的な集団である家族関係が、個人より集団（家族）を重視する価値観を基礎に形成されていた。この反省が背景となっているのである。」（高橋和之『立憲主義と日本国憲法』p69）

⁶ もっとも、日本国憲法の先見性については、最近では、憲法が「両性の本質的平等」とうたい、同性婚を排除していることによって、かげりが見られてきているのも確かである。

(リベラリズム的主張)は、現行憲法が保障する「個人の尊厳と両性の本質的平等」の家族内における徹底を図るためには、かえって「家族」を自律的な存在とみなし、憲法も介入すべきでないとする立場になりうるということである。

つまり、二十四条の解釈において、前者の見解は、憲法十四条の平等条項を家族の中に具体化するものとしての意義、またそのおかれた位置ゆえに二十五条の社会権的要素をあわせ持つ点に重きを置くのに対して、後者は、憲法十三条の個人の尊重を家族の中に具体化するものとしての意義、そして個人の幸福追求権を満たすために自分の望む家族をもつ自由の保障という自由権的要素に重きを置いている。

このように反対論の中でも、現在の二十四条の解釈が分かれている⁷。

そこで、二十四条改正論議を行うためには、まず、現行二十四条の意義を再確認していくことが重要であろう。

2. 憲法二十四条と「家」制度

(1) 二十四条の果たした役割

現行二十四条の成立により、明治憲法下での「家」制度が否定されたことについては疑いのない事実である。当初より、二十四条の意義は、「家」制度の解体と新しい近代的な家族制度の構築の指示にあると解されてきている⁸。

現行憲法の制定により否定された日本の「家」制度は、そもそも明治民法(1898年7月公布)に由来しており、強大な戸主権を抱えた家長を中心に、男女不平等、個人の自由や自立の制約といった前近代的な内容を持っていた。

また、明治民法の制定にあわせて、1898年に戸籍法が制定され、「家」制度を戸籍の面から位置づけてきた。ちなみに、大日本帝国憲法(明治憲法)においては、現行憲法二十四条と比較しうるような家族条項は定められておらず、家制度は民法によって制度化されたものであった。このため、民法によって制度化された「家」制度の否定をなすことが、憲法二十四条の意義であり、そのように考えれば、二十四条の役割は終わったとする見解となる。

(2) 明治憲法の下での「家」制度

では、二十四条によって否定された「家」制度とはどのようなものだったか振り返ってみたい。

⁷ 樋口陽一『国法学』(p 145脚注2)は次のように指摘する。「憲法24条が置かれた条文編成上の位置からして、家族保護という社会権的要素をなんらかの程度読みとることは、解釈論上ありえるだろう。但し、家族保護に関する明示の文言が、起草及び審議の段階であえて削除されたということは、24条の個人主義性を示すものとして重要であろう。」

⁸ 高橋和之『憲法I第3版』有斐閣(P280)

①「家」と戸籍

「家」とは、親族(旧民法725条⁹)の中に更に狭い範囲の親族をかぎって、「戸主」と「家族」から構成される緊密な支配・服従関係にある社会の構成単位をいう(旧民法732条)。「戸主」は家督相続により継承され、「家」は子々孫々まで引き継がれるものとされていた。それぞれの「家」は氏をもち、氏は「家」の名称であり、「家」に属するものは、その「家」の氏を称する(旧民法746条)こととされ、「家」ごとに戸籍は編成された。すなわち、戸籍はその名がしめすとおり、「戸」の籍であった。一方、個人の身分変動は、当初は身分登記簿が作成されたが、このような二重の登録制度は煩雑という理由で、1914年改正によって、身分登録簿は廃止され、戸籍は個人の身分変動簿としての性格も持つようになった。

(参考)旧民法より抜粋

第二章 戸主及ヒ家族

第一節 総則

旧民法第 732 条 戸主ノ親族ニシテ其家ニ在ル者及ヒ其配偶者ハ之ヲ家族トス

第二節 戸主及ヒ家族ノ権利義務

旧民法第 746 条 戸主及ヒ家族ハ其家ノ氏ヲ称ス

②戸主権

家長としての身分をもつ戸主は、「家」の統率者であり、家族に対する私法上の権限と義務(戸主権)を持っていた。具体的には、家族構成員の戸籍変動に対する同意権、居所指定権(旧民法749条¹⁰)、入籍の拒否権及び戸籍からの排除権である。したがって、婚姻あるいは養子縁組は戸主の同意がなければ行われず(旧民法750条¹¹)、その一方で戸主は全ての家族を扶養する義務を負った(旧民法747条¹²)

戸主が死んだ場合には、長子相続制(旧民法970条¹³)により家督相続が行われた。

⁹旧民法第 725 条 左ニ掲ケタル者ハ之ヲ親族トス

- 一 六親等内ノ血族
- 二 配偶者
- 三 三親等内ノ姻族

¹⁰旧民法第 749 条 家族ハ戸主ノ意ニ反シテ其居所ヲ定ムルコトヲ得ス

¹¹旧民法第 750 条 家族カ婚姻又ハ養子縁組ヲ為スニハ戸主ノ同意ヲ得ルコトヲ要ス

2 家族カ前項ノ規定ニ違反シテ婚姻又ハ養子縁組ヲ為シタルトキハ戸主ハ其婚姻又ハ養子縁組ノ日ヨリ一年内ニ離籍ヲ為シ又ハ復籍ヲ拒ムコトヲ得

¹²旧民法第 747 条 戸主ハ其家族ニ対シテ扶養ノ義務ヲ負フ

¹³ 旧民法第 970 条 被相続人ノ家族タル直系卑属ハ左ノ規定ニ従ヒ家督相続人ト為ル

- 一 親等ノ異ナリタル者ノ間ニ在リテハ其近キ者ヲ先ニス

長子相続制とは、すなわち、男子優先、嫡出子優先、年長者優先による単独相続であった。戸主の地位は家督相続人に継承され(旧民法986条¹⁴)、家産とともに系譜、祭具及び墳墓など、祭祀に伴うものも受け継がれた(旧民法987条¹⁵)。現行民法897条はこの規定の名残である。

現行民法 897条 系譜、祭具及び墳墓の所有権は、前条の規定にかかわらず、慣習に従って祖先の祭祀を主宰すべき者がこれを承継する。但し、被相続人の指定に従って祖先の祭祀を主宰すべき者があるときは、その者が、これを承継する。

③夫権

夫権も強く、妻は無能力とされていた。また、その不平等は特に離婚の場合に現れていた。旧民法下では、協議離婚と一定の事由のある場合の裁判による離婚を認めていたが、実際には協議離婚に名を借りた夫の専断的離婚がかなり行われていたようである。また、「家」の存続のために、子を生まない妻はその一事により、離婚の対象となった。旧民法ではさらに妻の姦通は直ちに離婚原因とされながら、夫については「姦淫罪によりて刑に処せられたるとき」に限られていた(旧民法 813 条¹⁶)。また姦通を理由として離婚を宣告された妻は、相姦者と婚姻することはできなかった(旧民法 768 条¹⁷)。

また、刑法上の姦通罪は、妻にしか成立しなかった(旧刑法183条¹⁸)。¹⁹

④親権

子の親権についても、父母が婚姻中であっても、父が親権を行使することができ

二 親等ノ同シキ者ノ間ニ在リテハ男ヲ先ニス

三 親等ノ同シキ男又ハ女ノ間ニ在リテハ嫡出子ヲ先ニス

四 親等ノ同シキ者ノ間ニ在リテハ女ト雖モ嫡出子及ヒ庶子ヲ先ニス

¹⁴旧民法第986条 家督相続人ハ相続開始ノ時ヨリ前戸主ノ有セシ権利義務ヲ 承継ス但前戸主ノ一身ニ専属セルモノハ此限ニ在ラス

¹⁵旧民法第987条系譜、祭具及ヒ墳墓ノ所有権ハ家督相続ノ特権ニ属ス

¹⁶旧民法第813条 夫婦ノ一方ハ左ノ場合ニ限り離婚ノ訴ヲ提起スルコトヲ得

二 妻カ姦通ヲ為シタルトキ

三 夫カ姦淫罪ニ因リテ刑ニ処セラレタルトキ

¹⁷旧民法第768条 姦通ニ因リテ離婚又ハ刑ノ宣告ヲ受ケタル者ハ相姦者ト婚姻ヲ為スコトヲ得ス

¹⁸旧刑法第183条

1 有夫ノ婦姦通シタルトキハ二年以下ノ懲役ニ処ス其相姦シタル者亦同シ

2 前項ノ罪ハ本夫ノ告訴ヲ待テ之ヲ論ス但本夫姦通ヲ縦容シタルトキハ告訴ノ効ナシ

¹⁹現行憲法成立の際に、旧刑法183条の姦通罪の見直しが行われ、男女平等の観点からどちらにも成立するかしないかのいずれか、ということになり、結局両者に不成立という結論になった。

ないときに限り、家にある母が行使することとなっていた(旧民法877条²⁰)。さらに母の親権行使には限界があった(旧民法886条²¹、887条²²)。子に対する扶養の義務も、家にあるものがまず扶養の義務を負うこととされ(旧民法956条²³)、子の婚姻、養子縁組についての父母の同意又は承諾についても、家にある父母であることが要件とされていた(旧民法772条²⁴、843条²⁵)。つまり、離婚をして家を去ったもの(多くの場合母である)の、子に対する身分上の地位は法律上認められなかった。

(3)「家」制度の否定と「家」意識の存続

①「家」制度の否定

憲法二十四条が家族生活における個人の尊厳と男女の平等を宣言したことに伴い、民法の大改正が進められたが、憲法施行に際しては、民法の根本的改正は間に合わず、「日本国憲法の施行に伴う民法の応急措置に関する法律(昭和22年法律74号)」により憲法に抵触する規定がとりあえず停止され、1947年、民法の「親族法」と「相続法」の全面改正が行われた。また、それにあわせて、戸籍法も見直され、1947年に制定された現行戸籍法においては、「家」的な色彩は払拭された。

応急措置法は、まさに現行憲法に矛盾することが明白な点を定めたものであり、民法改正作業の要点を的確に示したものとなっている。

(参考)応急措置法より抜粋(下線は筆者による)

第1条 この法律は、日本国憲法の施行に伴い、民法について、個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚する応急的措置を講ずることを目的とする。

第2条 妻又は母であることに基づいて法律上の能力その他を制限する規定は、これを適用しない。

第3条 戸主、家族その他家に関する規定は、これを適用しない。

第4条 成年者の婚姻、離婚、養子縁組及び離縁については、父母の同意を要しない。

第5条 夫婦は、その協議で定める場所に同居するものとする。

²⁰旧民法第877条 子ハ其家ニ在ル父ノ親権ニ服ス但独立ノ生計ヲ立ツル成年者ハ此限ニ在ラス

2 父カ知レサルトキ、死亡シタルトキ、家ヲ去リタルトキ又ハ親権ヲ行フコト能ハサルトキハ家ニ在ル母之ヲ行フ

²¹ 旧民法886条 親権ヲ行フ母カ未成年ノ子二代ハリテ左ニ掲ケタル行為ヲ為シ又ハ子ノ之ヲ為スコトニ同意スルニハ親族会ノ同意ヲ得ルコトヲ要ス

²² 旧民法887条 親権ヲ行フ母カ前条ノ規定ニ違反シテ為シ又ハ同意ヲ与ヘタル行為ハ子又ハ其法定代理人ニ於テ之ヲ取消スコトヲ得此場合ニ於テハ第十九条ノ規定ヲ準用ス

²³ 旧民法956条 同順位ノ扶養義務者数人アルトキハ各其資力ニ応シテ其義務ヲ分担ス但家ニ在ル者ト家ニ在ラサル者トノ間ニ於テハ家ニ在ル者先ツ扶養ヲ為スコトヲ要ス

²⁴ 旧民法772条 子カ婚姻ヲ為スニハ其家ニ在ル父母ノ同意ヲ得ルコトヲ要ス (以下略)

²⁵ 旧民法843条 養子ト為ルヘキ者カ十五年未滿ナルトキハ其家ニ在ル父母之ニ代ハリテ縁組ノ承諾ヲ為スコトヲ得

② 夫婦の財産関係に関する規定で両性の本質的平等に反するものは、これを適用しない。

③配偶者の一方に著しい不貞の行為があったときは、他の一方は、これを原因として離婚の訴えを提起することができる。

第6条 親権は、父母が共同してこれを行う。

第7条 家督相続に関する規定は、これを適用しない。

新民法は、家制度の根幹である戸主権、家督相続を廃止し、夫婦共同の親権、夫婦の居所の決定や離婚の際の財産分与等についても当事者の協議を優先する個人主義的傾向を示した。「家」制度は除去され、明治民法においては、「婚姻」の章に先立っておかれていた「戸主及び家族」の章は削除された。

② 「家」意識の存続

その一方で、親族の扶養義務(730条)や祭祀承継に関する規程(897条)など、旧来の家制度の名残も存続している。また、夫婦同氏(750条)や親子同氏(790条)の原則が定められ、形式的には性に中立に、夫婦のいずれかの氏を選択することと定めたが、その後も97%以上の夫婦が夫の氏を選択しており、実質的には「家」意識を存続させている要因となっている。

さらに祭祀承継者の決定に際して、かつての家督相続と同様に長子が優先されたり、結婚披露宴に際して個人名ではなく両家の名で開催されるなど、冠婚葬祭における家意識・家中心の慣行が存続しているという実体もある。

また、同一氏の原則にも、「家」の名残を有しているものがあり、夫婦の一方が死亡した場合に、他方が復氏すると、祭祀相続ができなくなる(751条2項)。ここでは、祭祀相続と氏は一体化させて考えられているのである。

(4) 「家」制度の否定と家父長制の存続

このように「家」意識が存続するも、少なくとも「家制度」は否定されたという点は、二十四条制定の成果として疑いのない事実である。その一方で、家制度が否定されても、なお、家制度の根幹にあった家父長制は存続しているというフェミニストによる指摘もある²⁶。これは、法的な男女平等の背後に、性別役割分担に基づく社会的、経済的不平等が存在しており、結果として妻の夫への従属を招くことによって、直系家族における「父の支配」から、核家族における「夫の支配」に姿を変えて家父長制が存続すると指摘するものである

そして、こうした主張は、90年代後半において、男女共同参画が推進され、性別役割分担を否定する動きが進められることに対して、激しいバックラッシュと呼ばれる人々が登場したことにより、なお有効なものであることが再認識される。

今般の二十四条改正の動きに対して、家庭内の男女平等を否定するものだと強く反発が生じたのも、その背景に、こうした家父長制が存続しているという状況認識が存在していると考えられる。そして、家父長性を否定する論理としての二十四条の有

²⁶上野千鶴子『近代家族の成立と終焉』岩波書店(1994年)

用性は今なお存在していると考えられるからこそ、二十四条の改正は、男女平等の否定のためと捉えられるようである。

3. 現行憲法制定時の二十四条を巡る論議

上記のように、明治民法のもとでの「家」制度の否定につながった二十四条の制定であるが、これが、米国人女性の手によって原案が誕生したものであることは今では広く知れ渡る事実となってきた。だが、当初の案から現在の二十四条が成立するまでには左右双方からの様々な議論があり、両者の妥協という形で現行二十四条が誕生することとなった。では次に、当初案から現行の条文にいたるまでの議論の過程をみしてみる。

(1) 議会で案が提出されるまで

①ベアテ草案

現行二十四条は、GHQ に務めていたベアテ・シロタ・ゴードン氏が作成したといわれている。幼少時代を日本で過ごした彼女は、日本の女性のおかれた地位を改善するために、女性の権利や平等について、様々な事項を折り込んだ原案を作成したが、そのうち唯一残ったのが現行の二十四条である。それでも、家制度の解体につながる本条文については、天皇制の条文とあわせて、日本側が最も激論した部分であったと回想している²⁷。当時、家制度は、大日本帝国憲法の天皇主権原則と結びついて、天皇を中心とする「天皇制家父長家族」を形成し、国家による国民統合の装置として、日本の国体に必要不可欠と目されていたのである。

(参考)ベアテ草案²⁸

「家庭は、人類社会の基礎であり、その伝統は、善きにつけ悪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。婚姻と家庭とは、両性が本質的にも社会的にも平等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、かつ男性の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、離婚並びに婚姻及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。」

「妊婦と幼児の保育にあたっている母親は、既婚、未婚を問わず、国から守られる。彼女たちが必要とする公的援助が受けられるものとする。嫡出でない子どもは、法的に差別を受けず、法的に認められた子ども同様に、身体的、知的、社会的に、成長することにおいて機会を与

²⁷ ベアテ氏講演より

²⁸ ベアテ・シロタ・ゴードン『1945年のクリスマス』（柏書房）及び「第147回国会参議院憲法調査会 第7号（平成12年5月2日）」より

えられる」

「養子にする場合には、夫と妻、両者の合意なしに、家族にすることはできない。養子になった子どもによって、家族の他のメンバーが、不利な立場になるような偏愛が起こってはならない。長男の単独相続権は廃止する。」

「全ての公立、私立の学校では、民主主義と自由と平等及び正義の基本理念、社会的義務について教育することに力を入れなければならない。学校では、平和的に向上することを、もっとも重要として教え、常に真実を守り、科学的に証明されたことや、その研究を尊ぶことを教えなければならない。」

「公立、私立を問わず、国の児童には、医療、歯科、眼科の治療を無料で受けさせなければならない。また、適正な休養と娯楽を与え、成長に適合した運動の機会を与えなければならない。」

「学齢に児童、並びに子どもは、賃金のためにフルタイムの雇用をすることはできない。児童の搾取は、いかなる形であれ、これを禁止する。国際連合並びに国際労働機関の基準によって、日本は最低賃金を満たさなければいけない。」

「全ての日本の成人は、生活のために仕事につく権利がある。その人にあった仕事がないければ、その人の生活に必要な最低の生活保護が与えられる。女性は専門職業及び公職を含むどのような職業にもつく権利を持つ。その権利には、政治的な地位につくことも含まれる。同じ仕事に対して、男性と同じ賃金を受ける権利を持つ。」

「老齢年金、扶養家族手当、母親の手当、事故保険、生命保険など十分な社会保障制度は法律によって与えられる。その保障は、国連機構、国際労働機関の基準によって最低の基準を満たさなければならない。女性と子ども、恵まれない集団の人々は特別な保護が与えられる。国家は個人が自ら望んだ不利益や欠乏でない限り、そこから国民を守る義務がある。」

このときベアテ草案から抜け落ちた条項の中には、現在、民法改正案(1996年要綱)として議論されているものが含まれ(例えば、非嫡出子の相続分差別の問題)、彼女の先見性を物語っている。(ゴードン氏は、いくつかの細かい規定に対してGHQ内部で民法事項であって憲法事項ではないと反対された際、そこまで憲法の条項に書き込まないと、日本人(日本の男性)が行う民法改正の際に権利が位置づけられないと心配していたといっているが、まさにその通りとなったわけである。)

② GHQ案²⁹

ベアテ案を元に作成されたGHQの草案では、下記の条項一つに絞られることとなった。

「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

²⁹ 樋口陽一・大須賀明編『日本国憲法資料集』第4版 三省堂(2000年)

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平等ニ立脚スル他ノ法律ヲ以テ之ニ代フヘシ」

③ 政府提案

このGHQ草案を元に、日本側が作成し、帝国議会に提出した段階では、更に削られ、下記のようになっている。

「第22条 婚姻は、両性の合意のみに基づいて成立し、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、住居の選定、離婚並びに婚姻及び家族に関するその他の事柄に関しては、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。」

(2) 議会での議論

こうして現行二十四条にほぼ近い形で帝国議会に提出された規定は、衆議院において、自由党、進歩党の保守派議員から日本の伝統に基づく家父長型家族論が主張され、他方で社会党などの左派議員からワイマール憲法型の家族保護論が主張された。

また貴族院においては、牧野英一議員(民法学者)から家族についての条項の必要性が提案されたが、修正に必要な3分の2に届かず、結果として、世界に類を見ない、個人尊重主義を基礎とした憲法二十四条が成立した。

○自由党、進歩党からの意見

・原夫次郎委員(進歩党)「相続について、個人の尊厳と両性の平等に立脚して制定されるという点について、家督相続、長子相続を否定するものではない旨の確認をしたい」

→金森大臣答弁

「日本では祖先の祭りをするとか、あるいは家系、血統を保持していくという基本の思想があり…この思想が日本に存在する限り、それを護るような秩序を持って行くというのは当然である。」

・芦田委員長(自由党)

「この規定を読んで委員会の多数の人が心配したのは、家督相続とか戸主権とかがすべて吹きとんでしまって、在来の家思想に基づく家督相続、若しくは戸主権のごときものを残しておくことが憲法22条と正面衝突しないか、そうなってはあまりに行

き過ぎだ……」

→金森大臣答弁

「この規定から直接にそういう結果になってくると言うことはないではないかと思うが、もちろん家を特に認めないというような考え方の議論であるが、それにしても祭りを絶つとすることを考えているわけではない。家はなくてもやはり祖先の墓とか、祭りの道具とか、あるいは祀を続けていく任務は社会的に存在……」

(昭和21年7月30日衆議院憲法改正小委員会議事録より)

○社会党からの意見

・鈴木義男委員

「22条(現行二十四条)は全体としてみると男女というものを平等、対等において保護するということを規定している。それでまだ日本ではそれ以外に、家という集团的団体を一つの対象として保護している部面がたくさんある……戸主権の問題、相続の問題でも、長子相続ではなく均分相続にする、しかしある場合には農家のように均分相続もできない、やはりある程度の家族本位の相続制度を維持して行かなければならないということになると、この条文だけでは不十分だ……どっちにしても家族という者を土台にした一つの保護規定のあることが望ましい、そういう意味で親子、兄弟、姉妹の関係等を調節する、男女という性の関係に置いて保護するのではなく、家族という集团的関係に置いて保護するということを約束しておくことが望ましい、ドイツのワイマール憲法のように、家庭生活、血の純血の保護とか……ああいうものと似た規定を、ごく簡単な言葉で表現するつもり……」

(昭和21年7月29日衆議院憲法改正小委員会議事録より)

○貴族院での牧野英一委員の「家族」条項の主張

・貴族院憲法改正特別委員会

「国は家族生活の健全な保持を保障し且つ保護する。家族生活は伝統及び慣習と条理及び温情とに依って敬愛と協力との精神に従い、これを保持することを要する」という条文を提案 →否決

・貴族院本会議

「**家族**生活はこれを尊重する。」という条文を提案

→賛成165名対反対135名 3分の2以上でなく修正案として不成立

(3)憲法制定直後の揺り戻し

戦後の家族改革が進む一方で、1950年代の改憲論が盛んな時代には、早々に家制度復活論が台頭しており、復古的な改憲論の一つの象徴として家族条項たる二十四条が取り上げられていた。

(参考)自由党内憲法調査会での意見

○岸信介

「日本の伝統や習慣、国情にふさわしい「家」のあり方というものが、どうしても必要と思われる。その「家」の精神に基づいて国家が形成され、国際的に進出する基となる。」

4. 憲法二十四条と家族の変容

(1) 当初の二十四条の解釈

このように、制定当時から、家制度との関係で議論されてきた憲法二十四条であるがために、当初の二十四条は、消極的な人権と解されてきていた。たとえば、法学協会編「注釈 日本国憲法上巻」(有斐閣 1953 年)は次のようにいう。

「家族生活における個人の尊厳と両性の平等を要求し、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、第十三条の個人尊重及び第十四条の法の下での平等の立法を通じての私人間の身分関係、家族生活関係における発現にほかならないともいえる。それだけに又本条は、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に対立する。」

また、男女平等についても、「本質的平等」という文言を緩やかに解釈し、男女の具体的差異を前提として、かかる差異に相応した法的取り扱いを認めるものと考えていたため、家族内の男女平等を実質的に保障するものでもなかった。

さらに、憲法自体が家族という私的領域についての介入を抑制する(公私二元論)という態度をとっていたために、二十四条は家族生活の中における個人の尊重や男女の平等をうたうものの、それを具現化することは憲法の要請するところと考えられておらず、あくまで家制度の否定としての役割にとどめられていた。

(2) 戦後の家族の変容

しかしながら、戦後の家族の変容や国際条約の進展によって、二十四条に期待される役割も変容することとなってきた。

① 50～70年代

戦後の家族改革の結果として、核家族化が進展する。もっとも下図でみるように、もともと核家族世帯の割合は多かった。しかしながら、直系家族世帯が急速に減少している。その背景としては、戦後の家族解放によって、夫婦+子供が家族モデルと捉えられるようになったことにより、直系3世代同居という家のあり方という規範意識から解放されたこともあろう。

家族形態の図

(%)

| | | 1920年 (大正9年) | 1955年 (昭和30年) | 1965年 (昭和40年) | 1975年 (昭和50年) | 1985年 (昭和60年) | 1990年 (平成2年) | 1995年 (平成7年) | 2000年 (平成12年) |
|-----------|----------|-----------------|------------------|------------------|------------------|------------------|-----------------|-----------------|------------------|
| 核 家 族 世 帯 | | 54.0 | 60.6 | 62.6 | 59.5 | 60.0 | 59.5 | 58.7 | 58.4 |
| 拡大家族世帯 | 直系家族世帯 | 約31 | 32.6 | 24.3 | 約20.8 | 約19.0 | 約17.2 | 約15.4 | 約13.6 |
| | その他の親族世帯 | 約8 | 2.9 | 5.0 | | | | | |
| | 非親族を含む世帯 | | 0.5 | 0.3 | 0.2 | 0.2 | 0.2 | 0.3 | 0.4 |
| 単 独 世 帯 | | 6.6 | 3.4 | 7.9 | 19.5 | 20.8 | 23.1 | 25.6 | 27.6 |
| 計 | | 100.0 | 100.0 | 100.0 | 100.0 | 100.0 | 100.0 | 100.0 | 100.0 |

資料：総務省「国勢調査」（ただし1920年は戸田貞三「家族構成」による。1975年までは普通世帯、85年以降は一般世帯の分類による。）

出典：平成18年少子化社会白書

② 70年代～80年代

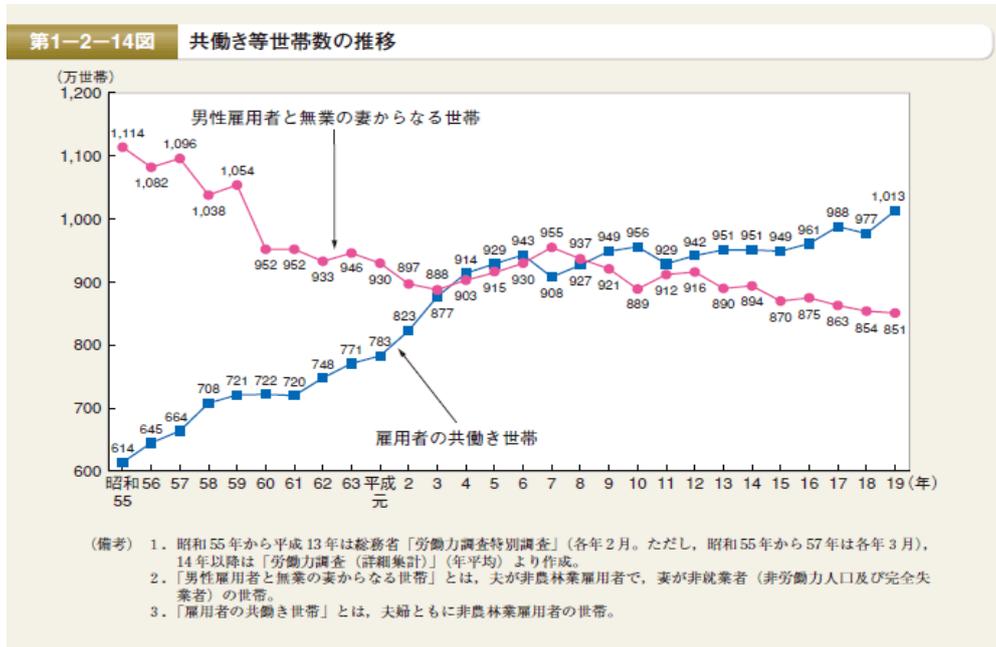
女性の社会進出の進展や、70年代からの女性差別撤廃条約批准等を背景として女性の権利意識が向上した。女性差別撤廃条約は、「固定化された男女役割分担観念の変革」という理念を掲げており、男女の違いが、妊娠・出産にしか認められていないと極めて限定的に定めており、女性差別撤廃条約の批准（1985年）を受け、わが国では、国内法の整備が行われた。顕著なものは、国籍法の父系優先血統主義が父母両系血統主義に改正（1984年）されたこと、男女雇用機会均等法（1986年）や育児休業法（1992年）が制定されたことである。

さらに、こうした国際人権条約の進展の中で、日本の家族法制のあり方が疑問視され、再婚禁止期間規定等の憲法適合性をめぐる憲法訴訟が提起されるようになってきた。

③ 90年代～

女性の晩婚化、高学歴化、就業率の上昇などが続き、共働き夫婦が増加し、従来の性別役割分担に対する意識にも変化が生じてきた。婚姻後も働き続ける女性が増えて、1994年には有配偶者の女性の労働力率が50%を突破し、共働き世帯が専業主婦世帯を追い越した。こうした動きを受け、男女雇用機会均等法と労働基準法が改正（1997年）され、女子保護規定が廃止され、男女共同参画社会基本法制定（1999年）へと、つながっている。

専業主婦世帯と共働き世帯の数の推移



出典：平成20年版男女共同参画白書

こうした女性の社会進出を背景に夫婦別姓問題が社会問題化し、夫婦同氏の原則の規定が憲法二十四条二項違反や女性差別撤廃条約違反であるとして訴訟が提起された。このような家族の変容に直面して、民法改正作業も進展し、1991年から法制審議会において民法改正審議が進められ、「民法の一部を改正する法律案要綱」が答申されるに至った。

この要綱では、選択的夫婦別姓制度の導入、婚外子の相続分平等化、再婚禁止期間の100日への短縮、5年間の別居生活後の離婚制度の導入などが定められた。

しかしながら、自民党保守派の反対等から、法制審の答申としては極めて異例であるが、閣法として提出されないまま10年近くが立っている。その間、野党や超党派議員から、夫婦別姓を中心とした改正案が提案されているものの、いまだ成立にいたっていない。

(3) 二十四条の現代的意義付け

憲法制定当時の二十四条は、(1)で述べたように、家制度を否定するためのものであり、消極的な自由権的規定として、せいぜい婚姻の自由を保障する程度と解されていた。

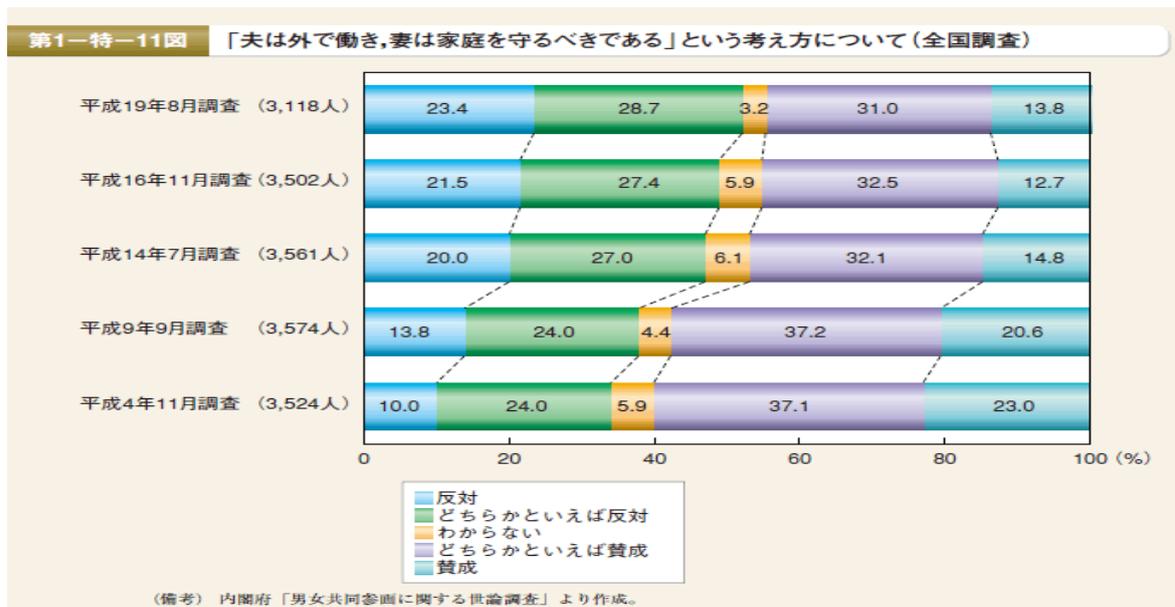
しかしながら、現代社会においては、家族像の多様化が進む中で、家族の中での「個人の尊厳」を重視する二十四条の価値を新たに見出し、自らの望む家族・家庭を形成する自己決定権を十三条に加えて二十四条にも求める動きが生じている。二十四条が、家族を規定していないがゆえに、こうした多様化する家族観をも包含しえる

と考えられていることからすれば、二十四条に新たに「家族」を規定することは、こうした自己決定権を制約する方向へとつながることとなる。

また、従来、家庭内には法は入らずとされてきた領域において、配偶者への暴力や児童虐待といった事態が深刻化するにしたがって、家族の中における人権保障の必要性が高まってきた。それを受け、すでに配偶者暴力防止法(DV防止法、2001年施行)や児童虐待防止法(2000年施行)が制定され、家庭内に国家権力が介入する形で人権保障が行われている。このように考えれば、家族を保護するために、二十四条に家族の重要性を書き込むことの必然性があるという帰結にはならない。

そして、公的社会(主に雇用・労働)における男女平等が進むことに伴い、私的社会(家庭内)における「男女不平等」が、意識されるようになってきている。たとえば、「夫は外で働き、妻は家庭を守るべきである」という性別役割分担意識は変化しているとはいえ、いまだに根強く残っている中、二十四条によって男女の平等の保障を家族の中にも徹底するという積極的な意義を見いだしていく見解³⁰もある。

性別役割分担意識のグラフ



出典:平成20年版男女共同参画白書

5. 家族関係の民法上の検討課題

4. で述べたように、二十四条が今なお重要と捉えられる背景には、現行二十四条が保障する個人の尊厳や両性の平等の観点から問題とされてきた民法上の諸課題

³⁰ 「日本国憲法24条は、前近代性を色濃く帯びていた日本型家族国家間の基層としての「家」を否定し、「両性の本質的平等」と「個人の尊厳」という憲法価値を、公序として私法上の家族関係に課すものだった。」(樋口陽一『国法学』p145)

がいまだに解決されていないという事実がある。このため、二十四条の改正を議論する前に、現行民法上の諸課題に対応することがまずは必要であろう。民法上改正が必要とされる課題としては、次のような点があげられる。

(1)「戸籍」と「氏」

「氏」は明治民法のもとでは、戸主によって統率された「家」を表す呼称であったが、今日では、もはや個人の呼称にすぎないとされている。しかしながら、民法上、夫婦は同一の「氏」を称し(750条)、子は少なくとも親の一方の氏(790条、810条)を称する。また、これに対応して、戸籍法上は、同一戸籍に記載されるのは、同一の氏の者に限られるという考え方がとられている(戸籍法6条、16条、18条)。こうして考えれば、今日でも「氏」は「家族」の呼称であり、しかも、子どもは結婚すると親の戸籍から外れ、新戸籍が編成される(戸籍法16条)ため、ここでいう家族は「核家族」であるということになる。

では、現在の「氏」は同一戸籍にのっている「核家族」のみをさしているか、といえそうではない。婚外子も氏を同じくすれば、同一戸籍に載せられるため、核家族以外のメンバーも同じ戸籍の中に含まれることとなる。

また、法律婚が同一姓を強制する結果、夫婦別姓をのぞめば事実婚を選択せざるを得ず、同一氏同一籍を原則とする戸籍制度は、かえって事実婚をも含んだ夫婦の実態を表さなくなってきた。

このように、戸籍は婚姻家族の表象ですら、なくなっているのである。

その一方で、1976年には、離婚した場合であっても、婚姻時に称していた氏を続けて称することは可能とされるようになった(婚氏続称、767条2項)。つまり、この改正においては、女性の社会活動における便宜性から考えて、仮に離婚しても(「家」から出て)、旧来の氏を名乗ることを可能としたのである。実際に、今日、全離婚者数の3分の1が利用している(84年60,780件/185,949件、93年70,437件/193,841件、03年111,745件/286,489件)。つまり、すでに「氏」も、婚姻関係の実態を表すものとして機能していないのである。

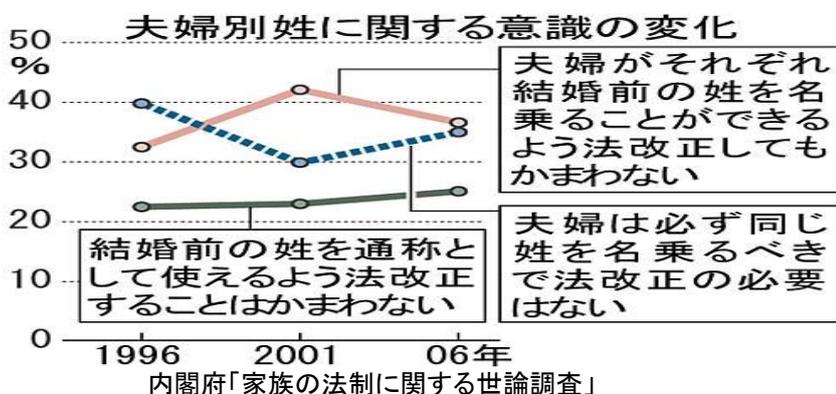
1996年の民法改正要綱に盛り込まれた選択的夫婦別姓は、上記で述べた離婚時の婚氏続称の制度と同様に、婚姻時の「氏」の選択において、同姓も別姓も個人の判断として選べるというものである。離婚後の婚氏続称の制度とは整合性が計られている。もっとも、同一氏同一戸籍の原則は変えなければならない。しかし、同一氏同一戸籍にこだわると、上記で述べたように、かえって、事実婚夫婦の実態を表さなくなる、あるいは、婚外子が家族の戸籍に含まれるという問題も生じることになる。同一氏同一戸籍の原則もすでに問題をはらんでいるのである。

夫婦別姓にかかる訴訟は提起されており、別姓選択の婚姻届不受理事件(岐阜家裁、1989.6.23)では、岐阜家裁は、「家庭は・・・親族共同生活の場として、法律上保護されるべき重要な社会的基礎を構成するものである。このような親族共同生活の中心となるべき夫婦が、同じ氏を称することは、主観的には夫婦の一体感を高めるのに役立つ、客観的には利害関係を有する第三者に対し夫婦であることを示すのを容易

にするものといえる。したがって、国民感情または国民感情及び社会的慣習を根拠として制定されたといわれる民法 750 条は、現在においてもなお合理性を有するものであって、なんら憲法十三条一項、二十四条一項に違反するものではない」と判示している。

しかし、その一方で、氏名は人格権を構成するという判例もある(1988年)。最高裁³¹は、「氏名は、社会的にみれば、個人を他人から識別し特定する機能を有するものであるが、同時に、その個人からみれば、人が個人として尊重される基礎であり、その個人の人格の象徴であって、人格権の一内容を構成するものというべきであるから、人は、他人からその氏名を正確に呼称されることについて、不法行為法上の保護を受けうる人格的な利益を有するものというべきである。」としている。人格権として個人に属する氏名についての決定権よりも、夫婦同氏の原則を優先するという判断は個人の尊重を保障する二十四条からみて、問題視されよう。

また、判例が述べたような「国民感情」であるが、夫婦別姓を許容する人は、総理府のアンケート(1996年)によれば、国民の過半数を超えた。もっとも、通称使用が広く認められてくるなかで、夫婦別姓賛成者数は逆に減少し始めているという調査もある(下記参照)。



出典: 読売新聞2007年1月28日

(2) 婚姻の成立における男女不平等

婚姻適齢は、未だに男性が18歳、女性が16歳である(731条)。また、女子のみの再婚禁止期間も6ヶ月と設定されている(733条)。これらは、従来の判例・通説によって、男女の肉体的・生理的条件の違いによる合理的な差別とされてきたが、違憲の疑いという議論も強く、1996年の民法改正要綱においては男女とも18歳、再婚禁止期間も100日間に短縮という改正が答申されている。

もっとも、再婚禁止期間について、1995年の最高裁判決³²では、「民法733条は、

³¹ 昭和 63 年 2 月 16 日最高裁第三小法廷判決

³² 平成 7 年 12 月 5 日最高裁第三小法廷判決 (別冊ジュリスト家族法判例百選第 4 版 p 8)

一件極めて明白に合理性がないとまでは言えない」としているが、学説上は、憲法二十四条のみならず、十四条、十三条、さらには女性差別撤廃条約十六条違反として問題のある規定としており、再婚禁止期間を一律に全ての女性に6ヶ月とする規定は合理的とはいえないであろう。

参考：女性差別撤廃条約

16条 締約国は、婚姻及び家族関係に係るすべての事項について女子に対する差別を撤廃するためのすべての適当な措置をとるものとし、特に、男女の平等を基礎として次のことを確保する。

(a) 婚姻をする同一の権利

(3) 非嫡出子の差別

非嫡出子(婚外子)を嫡出子との関係で差別した諸法制を、憲法十四条や国際条約(国際人権規約B規約二十四条一項、子どもの権利条約二条)に反するものとする訴訟は数多く提起されている。住民票上世帯主と子の続柄を婚内子については「長女」「長男」とし、婚外子については「子」と表記していた点を法の下での平等違反と訴えた住民票続柄差別訴訟(1995年3月22日東京高裁)では、違憲判断がなされ、以後、いずれも「子」と表記するように改められた。また、戸籍についても、婚内子を「長女」「長男」とし、婚外子を「男」「女」と表記していた点について争われた事案(2004年3月2日東京地裁)を契機に、婚外子についても、母を基準に「長男」「長女」型で記載されるように改められている。

もっとも、相続分については、非嫡出子の相続分を嫡出子の二分の一と定める900条4号但書について、1995年、最高裁は「本件規定が、立法理由との関連において著しく不合理であり、立法府に与えられた合理的な最良判断の限界を超えたものということとはできない」として、合憲判決³³を出している。その際、「民法が法律婚主義を採用した結果として、婚姻関係から出生した嫡出子と婚姻外の関係から出生した非嫡出子との区別が生じ、親子関係の成立などにつき異なった規律がされ…差異が生じて、それはやむを得ないところといわなければならない。」とした。(→もっとも、5人の裁判官が違憲判断を出したことにより、民法改正論議(1996年の要綱)に弾みをつけた。)

しかしながら、父親が日本人で母親が外国人である子どもの国籍についての事案ではあるが、2008年6月に最高裁³⁴が、非嫡出子について、両親が婚姻したか否かによって、日本国籍の有無が変わると定める国籍法の規定について、合理的な理由ではないとして違憲と判断した。ここでは、「その子とわが国との結び付きの強弱を両親が法律上の婚姻をしているか否かをもって直ちに図ることはできない」とし、法律婚の有無を判断基準とする規定を問題視している。この判断の過程において、最高裁が、家族の多様化や結婚観の変化について考慮したということは、民法上の非嫡出

³³ 平成7年7月5日最高裁大法廷決定(別冊ジュリスト家族法判例百選第4版 p114)

³⁴ 平成20年6月4日最高裁大法廷判決

子の相続分差別についての考え方にも影響する可能性がある。

1996年の民法改正要綱では、相続分の平等化が提案されており、改正案の方が、個人の尊厳をうたう二十四条の理念からは妥当と考えられる。

国民世論においても、たとえば「家族の法制に関する世論調査」(内閣府2006年)によれば、1996年調査と比較して、「配偶者以外の異性との間に生まれた子どもであっても、生まれてきた子どもに責任はないのだから、そのことだけで子どもについて不利益な取扱いをしてはならない」(54.5%→58.3%)と答えた者の割合が上昇し、逆に、「正式な婚姻をした夫婦が配偶者以外の異性との間に子どもをもうけることはよくないことをはっきりさせて正式な婚姻を保護すべきであり、そのためには、配偶者以外の異性との間に生まれてくる子どもについて、ある面において不利益な取扱いをすることがあってもやむを得ない」(21.9%→18.5%)と答えた者の割合が低下している。

(4) 扶養義務

また、家制度の廃止にもかかわらず、民法に規定された家族扶養義務についても、現代の家族実態からみると疑問視される規定がある。

明治民法では、強い戸主権を背景に戸主に対し家族扶養義務を課し、扶養は家族責任とされていた。現行民法のもとでは戸主の扶養義務はなくなったものの、親族相互の扶養義務については規定されている。また、憲法25条に基づく公的扶養としての生活保護法が登場したが、ここでは、補足制の原則(親族優先の原則)が規定されており、親族扶養が可能な場合には公的扶養より優先して親族扶養を行うべきとされている(生活保護法4条二項)。

参考:生活保護法第四条

2 民法(明治二十九年法律第八十九号)に定める扶養義務者の扶養及び他の法律に定める扶助は、すべてこの法律による保護に優先して行われるものとする。

夫婦相互間、未成年の子に対する扶養義務を除いて比較すると、明治民法においては、直系血族、兄弟姉妹、及び姻族で「家」を同じくする者に扶養義務を定めていたのに対し、現行民法では、直系血族と兄弟姉妹は法律上当然の扶養義務を定め、それ以外にも三親等内の親族については特別の事情がある時に限っては、家庭裁判所の審判によって扶養を命ずることができる(877条)。

参考:民法

731条 直系血族および同居の親族は、互いに扶け合わなければならない。

752条 夫婦は、同居し、互いに協力し、扶助しなければならない。

877条 ①直系血族および兄弟姉妹は、互いに扶養をする義務がある。

②家庭裁判所は、特別の事情があるときは、前項に規定する場合の外、三親等内の親族間においても扶養の義務を負わせることができる。

こうした規定により、三親等内の親族という規定においては、明治民法以上の範囲において、扶養義務が課せられている。家制度が否定され、核家族化が進展する中、

直系血族はともかくとして、親族関係において私的扶養を優先させることは疑問が示される。

6. 二十四条の改正は必要か。

このように考えてくると、家族の変容がすすみ、家族感が多様化するなかで、法律婚を前提とした従来型核家族を念頭において、家族像を提示するということは、現実論として無理がある。むしろ、多様な家族観を包含しうる現行二十四条において、あえて家族条項を規定する必要があるか、国際的な人権保障の流れと比較して、二十四条に改正すべき点があるかについて次に検討したい。

(1) 二十四条の改正の必要性の検討

そこで、家族条項の改正の必要性を検討する指標として、国連人権規約における4つの規定について検討する。

国連人権規約 B（市民的および政治的権利に関する国際規約）

第23条

1 家族は、社会の自然かつ基礎的な単位であり、社会及び国による保護を受ける権利を有する。

2 婚姻をすることができる年齢の男女が婚姻をしかつ家族を形成する権利は、認められる。

3 婚姻は、両当事者の自由かつ完全な合意なしには成立しない。

4 この規約の締約国は、婚姻中及び婚姻の解消の際に、婚姻に係る配偶者の権利及び責任の平等を確保するため、適当な措置をとる。その解消の場合には、児童に対する必要な保護のため、措置がとられる。

① 家族の保護

家族を保護するという点から考えるのは、古くは、25条の社会権からくる家庭生活の経済的保障であり、最近では、家庭内暴力や児童虐待といった家族内における人権侵害から個人を救出するための国家介入による人権保障である。

前者は、児童手当や母子家庭手当あるいは、児童の保育等によって実施され、後者は、DV防止法、児童虐待防止法の制定によって問題解決が図られてきている。これらの立法措置は、十三条による個人の尊重あるいは、二十五条による社会権の保障等のもとで行われる。

国際人権規約や各国法は、「家族が社会の基礎的な単位として機能」しているという家族の特殊性にかんがみて、家族の保護を人権保障の一環として規定しており、平和研案の1項前段と3項はこうした意識から作成されている。

もっとも、現行憲法の下でも、家族の保護を規定することなく、社会権や個人の尊重の観点から、上記の保護は国家によって行われており、あえてこうした規定を位置づける必要性は生じていない。むしろ、家族について位置づけずに、あえて家族に関し

て「個人の尊厳」を言及している二十四条の特殊性を、どう理解するかによって考えるべきである³⁵。

さらに、家族の保護といった場合には、家族という総体としての権利の保護を考える余地はあろう。具体的には、家族としての生活権の保障、家族結集の権利などを含む通常の家族生活を営む権利が挙げられよう。

従来判例では、こうした家族結集の権利を阻害するようなものが見られた。昭和61年最高裁判決(東亜ペイント事件)では、高齢の母を扶養し、幼児を抱える共働きの男性についてなされた単身赴任命令について、権利の濫用とはいえないとして、男性側の訴えを却下した。しかしながら、家族生活を保障していくためには、こうした事例において企業の人事管理上の裁量権の範囲を考えるにあたって、「家族の保護」という視点をうちたてていくことも重要となろう。

もっとも、ここでいう家族の保護は、家族の維持・形成に関する権利を個人の自由として保障した上での家族の保護であって、国の規定する「家族」像に合致する家族のみの保護を意図するとなれば、それはまた二十四条で「個人の尊厳」を規定した点との関係あるいは憲法13条の幸福追求権において、問題が生じることとなる。

② 家族を形成する権利

非婚・離婚の自由は二十四条一項の消極的権利としてすでに認められている。

また、自分の望む家族を形成する権利が13条の下での幸福追求権として認められていると解釈されている。

ここで問題となるとすれば、家族の中に同性婚を含むか否かについてである。憲法二十四条一項は「両性」と規定することにより、同性婚を許容していないが、それを保障するのであれば、二十四条改正に踏み込む必要が生じる。もっとも、わが国の場合、フランスのパスク法(民事連帯契約法)や、ドイツの人生パートナーシップ法のように、同性間の結合を認める方向にすら至っていないし、さらにはオランダのように、同性間の結婚を法的に認めるという見通しは今のところ想定されない。となれば、同性婚を法律婚として認める合意ができるまでは、直ちに二十四条の改正が必要といことにはならないであろう。

次に問題となるとすれば、子どもを持つ権利である。最近生じている事例としては、子供を持ちたいという親の権利(生むか生まないの自由に加え、生殖補助医療を通じ

³⁵ 二十四条で「個人の尊厳」を言及していることを重要視する見解として、樋口陽一「人権 一語の事典」(p 54)では次のようにいう。「旧家族制度の否定というかぎりでは、「個人の尊厳」条項は、ひとつの公序の強制を意味し、その効果として、そのような公序に合致する家族を保護すべきことを含意する。しかしまた同時に、「個人の尊厳」の強調は、本気でそれをつらぬこうとするならば家族を解体させる要因ともなりうるはずである、この意味で、憲法二十四条は、家長個人主義のうえに成立していた近代家族にとって、家族解体条項としての論理的含意をも備えているのである。」

た子供を持つ権利)と、それまでの親子関係という公序、さらには、生まれてくる子供の福祉や権利との調整である。

2006年には、夫死亡後の凍結保存精子による人工受精で生まれた子の扱いをめぐって夫を父親と認めるか否かが争われ、最高裁³⁶は、父親と認めた高裁判決を覆した。また、2007年には、代理母出産で生まれた子の母親が誰かが争われ、卵子提供した女性を母親と認めた高裁判決が覆され、最高裁³⁷はあくまで出産した女性を母親とするという基準を尊重した。

こうした事例は、13条の幸福追求権のもと、子を持つ権利をどこまで広げてよいか、という問題である。

現行憲法上、胎児・新生児の権利は十三条で保障されないという解釈³⁸に立つのであれば、こうした家族を形成する権利が二十四条に明記される場合には、親側の権利がより強くなるという危惧が生じる。

となれば、胎児・新生児の権利を憲法上保障していない中で、子を持つ権利を含む「家族を形成する権利」を特記して、二十四条で保障するということは慎重に考えるべきであろう。

③ 婚姻の自由

わが国では「両性の合意のみ」によって婚姻が成立することを、二十四条一項がすでに保障している。「婚姻」といった場合に国連人権規約でもその第2項を受け、両性による婚姻をしめしているという前提で考えるべきであろう。

④ 離婚の解消の際の男女の平等の保障と児童の保護

二十四条はすでに、十四条とあいまって、婚姻や離婚における両性の本質的平等を図ることとしている。この点においては、「本質的平等」の解釈において、実質的平等を図るようにしていくことが必要であろう。そのためには、憲法規定の問題ではなく、立法、司法府による判断の見直しが重要である。

児童の保護については、①の家族の保護と同様に、従来から二十五条のもとで図られてきており、新たに憲法上の権利の保障を行うことが必要なのではなく、児童の

³⁶ 平成18年9月4日最高裁第二小法廷判決

³⁷ 平成19年3月23日最高裁第二小法廷決定

³⁸ 長谷部恭男「憲法学からみた生命倫理」(樋口陽一他編『国家と自由』日本評論社P349～)は以下のようにいう。「憲法十三条で想定されている「個人」とは……「自律的個人」であり、そのためには、少なくとも「機能する脳」が必要である。……上述のような能力を備えた「自律的個人」にいたるまでの存在(新生児、胎児、受精卵、精子・卵子等)は「個人」として尊重されることはない。これらの存在は、「個人」になりうる存在として、その限りで尊重されるにすぎない。」

保護の実質化に向けた取り組みを行うということである。

(2) 二十四条改正よりも民法の改正

このようにみえてくると、二十四条が十三条や二十五条とあいまって、司法、立法が十分に機能することによって、対応は可能である。

現在の二十四条が家族を規定していないことは、むしろ、家族観が多様化する現在、様々な家族のあり方を包含し、そうした家族内において、個人の尊厳と両性の平等を保障するものとして機能していることへとつながっている。

そして、現行の二十四条は、「個人の尊厳」の徹底を家族の中にも行いつつ、それでもなお、法律上の両性による婚姻という家族を基本モデルとするという立場をあらわしている。こうした状況において、この基本モデルを絶対視するような家族観にたった二十四条の変更は、個人主義を徹底した現行憲法の精神とは矛盾する。

むしろ、二十四条の改正の必要性が生じるとすれば、いずれ、こうした基本モデルの枠が完全に破壊された場合であろう。

現時点においては、二十四条そのものの改正を議論するのではなく、二十四条が絶対視していないにもかかわらず、公序としての家族という価値を、硬直的に規定してきた民法の規定について、個人の尊厳と両性の平等の観点から見直すことが先決である。

参考文献

- 上野千鶴子『近代家族の成立と終焉』岩波書店（1994年）
- 植野妙実子『憲法二十四条 今、家族のあり方を考える』明石書店（2005年）
- ベアテ・シロタ・ゴードン『1945年のクリスマス』柏書房（1995年）
- 高橋和之『立憲主義と日本国憲法』有斐閣（2005年）
- 谷口知平『家族法の研究（上）親族法』信山社（1991年）
- 中里見博『憲法24条+9条 なぜ男女平等がねられるのか』かもがわ出版（2005年）
- 樋口陽一『国法学』有斐閣（2004年）
- 樋口陽一『人権』三省堂（1996年）
- 樋口陽一・森秀樹・高見勝利・辻村みよ子編『国家と自由—憲法学の可能性』日本評論社（2004年）
- 福島みずほ編『みんなの憲法二十四条』明石書店（2005年）
- 山田昌弘『迷走する家族—戦後家族モデルの形成と解体』有斐閣（2005年）

