

### 3 日本家族法

—フランス法の視点から—

水野紀子

- I 家族法学の傾向～大きな物語と家族法
- II フランス家族法200年の歴史
- III 日本家族法の特徴
- IV おわりに～民法の意義と日本民法の限界

#### I 家族法学の傾向～大きな物語と家族法

日本の家族法学の傾向として、学説は、大きな物語、すなわちグランド・セオリーから直接的に結論をもたらす議論をしがちであり、実際の解釈論は、家庭裁判所の実務によってつくられるという流れが存在していたように思われる。私はこのような傾向に抗して、できるだけ解釈法学をめざし、方法としては母法の条文・制度との対比において日本法を論じて、家族法学における解釈学を財産法学と同様の水準のものに構築したいと考えてきた。大きな物語を語ることは、イデオロギー対立に堕することになり、家族のあり方というもっとも根深く刷り込まれた価値観の領域で不毛な議論をすることになると思われたからである。民法という文明は、人類が平和裡に共存するための妥協と共生の技術である。その技術的な知恵を継受することが、継受法国である日本にとっては、まだ必要であろう。

しかし、本稿では最初に家族法学者が語ってきた大きな物語、つまりグランド・セオリーを確認し、また私自身も自分の考えている大きな物語めいた

ものも話すことにしたい。まず、このグランド・セオリーを分類する試みとして、星野英一と大村敦志の分類をみよう。

星野英一は、日本の家族法学には4つの家族観・家族法観があったと分析する<sup>(1)</sup>。すなわち、①古くからの「家」的意識、②啓蒙主義的家族観、③最近の「新しい」家族観、④西欧の家族法・家族観を見直し、それを意識的・無意識的に存在する伝統的家族観と対比して、今後の家族法を考える基礎を確立しようとするもの、という4つである。①の立場は日本の社会には根強くあっても、この立場を採る民法学者は殆ど存在せず、②啓蒙主義的家族観の立場は中川善之助以来の日本の家族法学の主流である。③「新しい」家族観には事実婚と法律婚の平等を述べる二宮周平らがあたるであろうし、④の立場として挙げられているのは、私の学説である。ここでは④西欧法対比説と称することにする。

大村敦志<sup>(2)</sup>は、日本の家族法学をアンチモダン・プロトモダン・ポストモダンの3者対立によって分析している。これも、興味深い光の当て方である。この大村敦志の分類は、「家」と婚姻家族と事実婚＝自然家族の3者対立とほぼ重なるだろう。すなわち、アンチモダンは「家」を、プロトモダンは婚姻家族を、ポストモダンは事実婚＝自然家族をそれぞれ家族のプロトタイプとして考え、正当化しようとしている。星野英一の分類と重ね合わせると、アンチモダンは①古くからの「家」的意識にあたり、ポストモダンは③「新しい」家族観にあたるといえようが、プロトモダンは重層的で、②啓蒙主義的家族観と④西欧法対比説の立場が入るように思われる。

伝統的な日本の家族法学説、つまり②啓蒙主義的家族観に基づくものと星野英一によって位置づけられた中川善之助に代表される通説は、「家」制度に対抗して核家族を重視することに力を注いできた。中川善之助は、「事実の先行性」を尊重する事実主義に基づく身分法の体系を構築したが、これは、戦前の明治民法における「家」制度を立法論的に批判することを超えて、学説の解釈論によって「家」制度の条文を空文化することを目的としたものであったといえる。しかしこの身分法の体系、いわゆる中川理論は、民法の解釈学説としては、民法の条文を事実によって空文化するという大きな

問題性をはらむものであった<sup>③</sup>。また戦前の明治民法の解釈においては、「家」制度を空文化する目的ゆえの大胆な解釈はなんとか正当化され得たとしても、戦後において通説となった中川説は、たとえば事実婚に婚姻の効果を準用する内縁準婚理論にせよ、破綻した婚姻を離婚と同様に扱う外縁理論にせよ、婚姻制度の意義を失わせかねない解釈論であり、プロトモダンの学説としても適切であったとは言いがたい。

しかしこのような伝統的プロトモダン学説への内在的な批判は、同様にプロトモダンの立場に立つ④西欧法対比説の学説が批判を始めるまでは、表立つことはなかった。それより有力であったのは、戦後の日本国憲法に基づく家族法改正をより徹底すること、具体的には憲法の要請する自由と平等をより強く押し進める学説傾向であり、具体的には戦後改正後も残ったわずかな差別規定（男女別婚姻適齢、非嫡出子の相続分不平等など）への立法論的批判であった。この学説傾向は、やがて婚姻家族に対して自然家族の正当性を述べることによって、日本の女性達の地位向上ないし平等化を進めようとする③「新しい」家族観へと発展することになる。

このポストモダンというべき③「新しい」家族観の立場には、近代家族内部での妻の隷属に対する批判や婚姻家族を守ることが性別役割分業の肯定につながってしまうという批判も含まれている。近代家族といわれる構造が、性別役割分業をはじめとする男女差別を内包してきたことは否定しないとしても、③「新しい」家族観の学説が唱える民法学説は、②啓蒙主義的家族観の通説と、民法学としては、とりたてて異なるものではなかった。③「新しい」家族観の学説は、立法論として、さらに一部の学説は憲法の適用による解釈論としても、平等化の徹底を主張したが、婚姻適齢を男女平等に改正しても、非嫡出子相続分を平等化しても、家族内部での夫婦の実質的不平等が是正されることはない。これに対して④西欧法対比説は、西欧法と比較したときの日本家族法の特徴、具体的には協議離婚制度や血縁主義に基づく実親子法解釈などを問題として取り上げ、国家介入によって夫婦の実質的平等や子の身分保護を図るべきことを主張する。

なお③「新しい」家族観の学説は、夫婦同氏を定める民法750条も批判の

対象として、民法750条の適用を免れる事実婚を推奨した。ただしプロトモダンとされる④西欧法対比説の学説も、民法750条を批判する点では変わりはない。民法750条は、条文の書きぶりは男女平等になっているために憲法違反という指摘を免れてきたが、実際には「家」意識を存続させ、妻に夫の両親の介護労働などの無償労働を義務づける意識を温存した。③「新しい」家族観は、このような日本の婚姻制度がもつ機能を批判的に見て、妻の従属性をもたらす婚姻家族への批判を強めることになったものと思われる。しかし事実婚であれば男女平等な夫婦関係が保障されるわけではない。かりに事実婚家族が事実上男女平等な夫婦関係を実践できていたとしても、それは妻が常勤労働者で経済力がある場合や夫婦別氏を实践するような平等意識を持つ夫である場合であるからではなかろうか。事実婚家族が婚姻家族にはない夫婦平等を確保できるのは、夫婦がそれぞれの氏を維持できるという一点のみである。

夫婦同氏強制制度が憲法違反という批判を免れてきたことも、日本の憲法論の特徴であったのかもしれない。婚姻の自由という人権と氏名権という人権が実際には衝突していることから、憲法違反という主張もできたはずであるが、憲法を根拠にしたこのような議論は、夫婦別氏選択制に賛成する学説のうちで、少なくとも大勢となることはなかった。③「新しい」家族観の背景となっているのが、日本国憲法の自由と平等の理念であるように、憲法から家族法への働きかけにおいては、もっぱら自由や平等が要請された。そのときの自由も国家権力からの形式的自由が主となる自由であったといえよう。

かつてマルクスが「憲法のどの条文も、自分自身のうちにそれ自身の反対命題、それ自身の上院と下院を、つまり一般的な決まり文句の中には自由を、傍注の中には自由の廃止を、含んでいるのである」<sup>(4)</sup>と言ったように、憲法の大文字の正義は、そのうちに反対命題を含まざるをえない。また憲法の複数の理念には構造的に相互矛盾が存在しうるのであって、たとえば自由と平等の両立が難しい場面は少なくない。さらに自由と平等という理念と比較して、基本的人権の尊重という要請は、日本の家族法学においては、あま

り主張されてこなかった。日本においては、家族法領域に対する憲法の働きかけは、もっぱら矛盾と限界を自覚しない自由と平等の形式的な適用が多かったように思われる。実質的な自由が存在しない場面で、合意の自由が正当化根拠となり、形式的な平等が、経済的弱者から実質的な平等を奪っても問題にされなかった。つまり国家が私人間、とりわけ家族間に介入することによって、基本的人権を守る義務があるという憲法的要請が前面に出ることはなかったのである。

平等が機械的に主張されるとき、他の人権や法益が配慮されない可能性がある。たとえば婚姻適齢の相違を問題視するとき、少女が妊娠した場合に婚姻をして出産する可能性を認めることが母子のニーズに合致するという法益は無視されがちである。また非嫡出子の相続権を平等化するのであれば、夫婦財産別産制のもとで比較法的にはきわめて劣悪な財産的地位にある生存配偶者が、せめて住み慣れた住居で老後を過ごせる居住権を確保する改正が、同時に立法される必要があるだろう<sup>6)</sup>。

基本的人権を尊重する憲法上の義務は、家庭内の暴力から被害者を救出する責務を国家に負わせるためにも働いたはずである。しかし国家からの自由と形式的平等という形で主張された日本国憲法による家族法に対する要請は、このような働きをもたなかった。形式的な自由と平等は、他人同士の間では守られるべき規範であり、治安維持法等の戦前の経験が教えるように、国家からの自由も大切な理念ではある。しかしそれだけが家族法に適用されたときには、法によって守られるべき弱者がむき出しの力関係の中に置かれることになる。自由と平等という憲法上の理念を直接に家族法へ適用することには、警戒が必要である。家族は、乳幼児を典型とする絶対的な弱者のケアと、そのケアを担う者の負担という構造を内包している。ケアと依存が密接に絡み合った家族関係に、自由と平等を形式的に適用することは、法による保護を否定することになりかねない。日本家族法の方向性を考えるときに憲法上の要請として働くべき理念は、自由と平等よりもむしろ基本的人権の尊重であろう。

プロトモダンの④西欧法対比説の立場は、同様にプロトモダンと位置づけ

られる②啓蒙主義的家族観の立場がグランド・セオリーと理念に力を入れているのと異なり、家族法が果たすべき家庭内の弱者を保護する機能を具体的に探ることが主な仕事内容であった。家族法がもつそれぞれの制度が、母法においてどのような機能を果たし発展してきたのかを、日本法と対比して、議論するものである。たとえば、日本家族法は内容を「協議」に委ねる白地規定が多く、「協議」を多用することで形式的には平等な規定になっているが、それは条文を適用することによって紛争を解決する民法の本来の役割に反する特殊な規定ぶりである。母法であるフランス法やドイツ法は、夫婦ないし両親の意見が一致しなかったときの決定権限を書き込む必要から、日本法より長らく男女不平等な規定を多く維持していた<sup>(6)</sup>。そしてそれを平等に改めるために、母法は主に司法判断を介入させて解決する方向に改正されていったが、それらの国と同様の司法介入による解決が日本法の貧弱な司法インフラで可能とは思われない。しかし現代社会の家族や育児環境は同じような問題を抱えているのであり、司法インフラ条件の異なる日本法であっても、比較法によって日本の問題点とあるべき方向性を把握していれば、努力の方向を間違える危険は少なくなるだろう。

母法における家族法の機能には、近代憲法成立以前からある古い制度から近年の家族内暴力に対応する改正まで、家庭内の弱者保護という性格、憲法用語で言えば基本的人権の尊重という要請に対応する機能を果たす側面がある。そのような機能は、母法においては多く家族法の「公序」として語られるものであり、ルーツとしてはカノン法がローマ法や古いゲルマン法に対するアンチテーゼとして形成した婚姻の尊重であり妻の地位の保護に由来するものが多いように思われる。そしてまさにその機能が、日本法においては明治民法から現行法まで欠けているものであり、そういう日本独自の家族法を前提とするからこそ、婚姻制度の存在意義を否定する③「新しい」家族法観も有力になったのではなかろうか。

家族法のグランド・セオリーに関する議論は、民法における家族法の位置づけに関する議論、とくに財産法との関係の位置づけに関する理論を主要な要素として含んでいた。日本においてこの点を論じる学説には、土着の東洋

法思想の感覚とマルキシズム思想のキメラともいうべき傾向があったように思われる<sup>7)</sup>。それらの議論の多くは、商品交換法に偏した狭義の民法理解を前提としていた。中川善之助は、家族法と財産法の内容は異なるとするものの、それでも民法の中にその両方が含まれるという身分法概念をとっていた。中川理論といわれるこの身分法・身分行為論を立論するにあたって、中川善之助は、テンニースのゲマインシャフト・ゲゼルシャフトという概念やジャン・クルエの論文<sup>8)</sup>を引用しているが、その用い方は恣意的であったと言わざるを得ない。中川が引用した論文において、クルエは、法律で無理なことを規定することは無益であるので、現実に沿った法律であるべきだ、とたしかに述べているが、クルエがこういうのは、当時のフランス法が、姦通を刑事罰で禁じており、また強制認知を認めていなかったことを対象として批判したものであった。すなわち、クルエは、婚姻外の性関係について、その存在を刑事罰で禁止したり、無視したりすることはすべきではないという文脈で語ったのである。またクルエの論文は、あくまでも当時のフランス法を前提にして、事実を踏まえて法律を改正すべきだという立法論であった。しかし中川はそこから、事実的なるものと法律的なるものは異なっており、家族法は事実的なるものを重視しなくてはならず、その結果として法律と事実が異なる場合には法律は無視されても良いと一般化する大胆な立論を行った。中川の主な動機は、当時の明治民法の「家」制度に関する条文を事実上換骨奪胎できる解釈論をたてようとするものであったろう。しかし、家族法の領域では法律は事実によって破られるのだと言ってしまった場合、婚姻制度であれ、その他の制度であれ、民法は法規としての意味を失ってしまう。非常に限定的な場合においては、反制定法的解釈もありうるかもしれないが、このような一般的な解釈論は法解釈としてそもそも立てることが出来ないはずであるが、中川はこれを家族法のグランド・テーゼとした。

そして戦後になって中川理論を批判した川島武宜・沼正也・鈴木禄弥・平井宜雄らも、家族法と財産法が根本的に異なっているということ、そして民法は、財産法、それも商品交換法が基本であることを前提としていた。とりわけ鈴木禄弥は、次のように述べる。「親族法は、相続と扶養との二つの効



果をもたらすための要件としての親族関係（親族法上の他の多くの問題は、児童福祉法など一括さるべき公法ないし社会法の問題といえよう）を規律する要件規定と見ることができる。しかも扶養について公的扶養＝社会保障制度が整備されて行くなれば、私的扶養の意義は次第に薄れ、扶養の要件規定としての親族法の意義も、次第に弱くなるといわなければならない。そうだとすれば、親族法は、狭義の相続の要件規定としてのみ、その法としての存在意味をもつ、とさえいえる」<sup>9)</sup>。しかし、このような民法イメージは正しくない、少なくともローマ法以来の伝統的な西欧民法のものではないといえよう。鈴木民法概念では、たとえば親権法の領域は民法に入りようがない。民法とはそのような狭い商品交換法ではなく、人類が共存するための基礎となる、社会の基本法であるのではなからうか。そして家族間の権利義務を定める家族法は、財産法と同程度には、民法という基本法の基幹をなすものであろう。

以上、先人たちの大きな物語、グランド・セオリーを批判してきたが、私自身がそれらに代わる大きな物語、自らの美しい物語を紡げるわけではない。それでは西欧法にはグランド・セオリーがあるだろうか。母法、たとえばフランス法においても家族法の独自性・特殊性についての議論がないわけではないが、それらはすべて民法の具体的な規定を基礎にして論じられる。つまりフランス民法の個別の規定を比較し、対照させ、家族法の規定の中にも多様な性格の規定があることを確認しつつ、それでもそれらの規定から析出される「ある種の傾向」について、論じるのである。日本法についても、従来のように近代市民社会の理念・哲学から直接的に家族法の独自性・特殊性を根拠づけるような議論ではなく、フランス法におけるような議論の仕方は意味があるだろう。しかしそのような議論の仕方をするとしても、現状の独特な日本家族法を前提にするとすれば、それゆえの限界がある。日本家族法は、結論を協議に委ねる白地規定の多い独特の条文構造となっているために、条文を根拠としても家族法の特异性をいい易くなってはいるが、それは日本法の特异性がもたらすものであって、本来の家族法に必然的な傾向というわけではなからう。いずれにせよ、本稿ではそのような試み、すなわち実



際の規定から家族法の特異性を分析することも行わない。

もっともグランド・セオリーというものではないが、家族法の存在と機能を大きくとらえるために参考になるとされる手がかりはあるように思う。そのような手がかりをあらわす著作を3点、紹介したい。前二者は、家族という文化の相違を考える際の参考に、そして最後の著作は、家族法の存在意義を考える際の参考になるとされる。

まず最初のひとつは、エマニュエル・トッドの著作『世界の多様性』<sup>(10)</sup>である。トッドは、周知のようにグローバリゼーション批判などでフランスのみならず世界の言論界をリードする著名な知識人の一人であり、彼の『世界の多様性』という著作は、世界の家族形態を分類するものである。たとえば、ドイツや日本等は、直系家族 (la famille souche)、フランス等は、平等主義核家族 (la famille nucléaire égalitaire)、イギリスやアメリカ等は、絶対核家族 (la famille nucléaire absolue)、そしてロシアや中国等は、外婚制共同体家族 (la famille communautaire exogame) などと分類される。このような家族文化について、文化の伝播は周辺ほど古いものが残るとして、ヨーロッパ大陸の縁辺にあるイギリスに最も古い家族形態が残っているという仮説をたてる。絶対核家族と名付けられたイギリスの家族形態は、子が成長して大人になると独立する、親子関係が希薄な形態であり、兄弟の間の平等に無関心である。この絶対核家族文化がアメリカに渡り、英米法文化は、この種の家族形態を基本としていることになる。古い家族文化ほどユーラシア大陸の縁辺に追いやられて、古い家族形態を凌駕していった新しい家族関係も、さらに新しいものが生まれると徐々に淵へと追いやられていく。最も新しく生まれたのが、外婚制共同体家族というロシアや中国の家族形態である。これは、親子関係が権威主義的であり、兄弟間が平等という類型で、血族間のつながりが強いために強固な家族形態となる。家族の在り方は、人間の育つ過程で秩序観・世界観を最初に形作るものであるため、人々が形成する政治構造も、その家族秩序の影響を受けるだろうと予測され、したがって権威主義的で平等という外婚制共同体家族をとる文化を持つ諸国は共産圏と重なっているというのである。これに対し、直系家族 (ドイツ、日本等) は、兄弟

間が平等ではなく、親子関係が権威主義的で、親は子どもたちの誰かと成長後も密接な関係を保って暮らす形態であり、平等主義核家族（フランス等）は兄弟間が平等であり、親子関係が独立的である形態である。

このようなエマニュエル・トッドの仮説が実際にどのくらい当てはまるものであるのか、門外漢の私には評価することは難しい。しかし少なくとも、たとえば一国の価値体系をあらわすと言われる相続法についていえば、この『世界の多様性』で描かれた家族文化は、それぞれの国の相続法のあり様に非常に強く影響しているように思われる。たとえば絶対核家族文化である英米法圏では、遺言が自由で遺留分が存在しない相続法であって、子が成長した後の親子関係の緊密性は、相続法では保障されていない。子どもたちの相続権平等が厳しい遺留分で保障されるフランス相続法に対して、ドイツ相続法はフランス法ほどの厳しい遺留分をもたない。日本法は、明治民法の家督相続は、直系家族を体现する相続法といえたであろうし、現行の相続法も相続人間の同意ができれば一子相続も可能となっている<sup>(1)</sup>。もとより資本主義は国を超えて同じ顔をもたらしところがあるので、産業形態の変化や平均寿命の延び等が、20世紀における相続法の変化として配偶者相続権の拡大強化を世界的にもたらしたように、各国法は時代に伴って変化するし、また共通化する傾向もある。しかしそれにもかかわらずそれぞれの国のもともとの家族文化は非常に根強いものであり、そのような文化を墨守すべきだというわけではないが、その差異と傾向を自覚した上で立法や制度を設計すべきであろう。とりわけ、イギリスやアメリカのような絶対核家族文化の国々が採ってきた家族法や相続法を日本に接ぎ木するときには、その文化の相違を考慮して、果たして上手く規律ができるのかという点を慎重に考える必要がある。

トッドの分析では、ドイツと日本が同じ直系家族文化に属するとされている。しかし法文化で言えば、日本はもともとは東洋法文化圏に属する国であって、明治時代に西欧近代法を継受したにすぎない。家族法領域では、明治の初めに起草された民法草案が次第に形を変えて明治民法起草段階で日本法独自の家族法へと変形していったが、現行民法に至るその変形のベクトル

は、その方向性の遠い先には中国法があるように思われる<sup>(12)</sup>。たとえば離婚法における消極的破綻主義や第三者に対する不貞行為慰謝料に関する判例のように、矛盾のない法体系がまんべんなく適用されることよりも、スローガンの効果を狙うことや、まず調停で紛争をおさめようとする事等である。とはいえ、中国の伝統的家族である宗族文化と比較したときに、日本の家族文化の独自性も、また著しい。

日本近世政治史の第一人者である渡辺浩が著した『日本政治思想史』の分析は、日本家族法の独自性を考える上で、非常に示唆的である。渡辺浩は、近世日本は家職国家であったと分析する。家職国家、すなわちイエ制度である（明治民法が作り上げた「家」制度と区別するために、カタカナ表記とする）。近世日本では「原則として、人は必ずいずれか一つのイエに属し、そのことによって家業・家職に従事して生きたのである」<sup>(13)</sup>。武家であれ商家であれ農家であれ、人々は必ずいずれかのイエに属し、そのイエが営む家職を自分の職業として生きた。財産はイエの家産であって、当主は家産の所有者というよりそのイエの責任者の地位にいただけであった。そしてイエはメンバーに対して抑圧的であったと同時に、保護の責任つまりメンバーの生存を維持する役割も負っていた。イエは、ある種の「法人」ないし「機構」であって、そのようなイエ同士の競争が存在したことで、日本社会のダイナミズムがあった。父系血族集団である宗族と異なり、イエはその家職によって「世間」に受け入れられる必要があり、ピラミッド状に構成されたイエが日本社会を作っていた。イエ制度そのものは崩壊していったが、このようなイエのあり方は、日本人の文化的遺伝子を形成しているように思われる。戦後の高度経済成長期に確立した企業の労働慣行にも、労働者の減私奉公的な過重労働と企業側の解雇規制という形で再現されていたといえよう。またたとえば最近の医学的な法規制においても、生殖補助医療や脳死という問題の処理にあたって、日本では、立法がなくても医師の学会「世間」により生殖補助医療が自粛されたり、漠然とした大きな家族集団メンバーに脳死臓器提供の拒絶権が与えられたりする独特な規制が見られるのは、このイエに由来する文化的遺伝子が機能しているのではなかろうか<sup>(14)</sup>。

さて、イエ制度は、明治初期に整備された戸籍制度を媒介として、明治民法の中に「家」制度として取り込まれた<sup>(15)</sup>。しかし、イエ制度と「家」制度とは、文化やメンタリティは重なるものの、制度としては別物である。日本の戸籍制度は、明治初期、住民登録を行うために明治政府が創設した制度であった。ある人間集団を法的な効果の対象とするためには、その集団の外延を画することが必須となるが、家族の定義が至難であることが示すように、家族の外延を画すことは非常に困難である。しかし、日本では戸籍制度がもともと家屋ごとの登録であったために、ひとつの家屋に居住する人々を列挙した戸籍が明治民法制定以前に存在し、その戸籍をもとに「家」という家族を定義して、家族制度の基礎とすることが可能となった。イエは居住家屋を中心に営まれていたから、戸籍は、このイエとほぼ重なるものであった。こうして日本家族法は、近世のイエ制度を民法に取り込むことに成功した。イエという実態があったために明治民法の「家」制度は力を持ったが、逆に制度の側が人々の意識を形作った面も大きかった。「家」を「戸籍という紙の上に具現し、その横の構成も縦の継承も、紙の上の可視的なものとし、その可視的存在が、常に人々の意識を受けとめ、かつ、その意識にはたらきかけることにより、抽象的存在としての家を実体化することに貢献していた」<sup>(16)</sup>（唄孝一）のである。

現実には時代が進むにつれ産業構造の基盤も変化し、イエ制度は崩壊していくが、「家」の自律を原則とし、養子縁組・離縁にしても、婚姻・離婚にしても、「家」同士の合意に任せる形で成立するという日本の家族法の特徴は、明治民法において出来上がった。明治民法の第一草案はフランス民法を大幅に輸入したものであったが、元老院の段階で大規模に構造的に手が入り、「家」の自律に任せ、その結果を戸籍に登録するものに姿を変えていった。

それでも身分証書の国からの継受法である民法と戸籍との関係は、必ずしも整合的なものではない。すべての日本人は、戸籍という登録システムの完全なネットワークがこしらえあげた、いわばバーチャルな一種の世界に、住所と身分関係がすべて明らかにされて特定されている自分のアバターをもっ

ており、その戸籍の世界でそれらのアバターが婚姻や離婚や養子縁組などのさまざまな身分行為を行う。そしてアバターと現実の日本人は、すべて一対一対応になっており、現実の世界と戸籍上の世界とが相互に完全に投影されて明示されるという構造になっている。戸籍制度はこういう特殊な機能をもつ身分登録簿なのであって、この点こそが戸籍制度の最大の特徴であろう。比較法的見地から日本家族法の解釈論を考えるため、また継受法である民法(家族法)と戸籍制度との矛盾や不調和を解くためには、この特殊性の理解が不可欠である。

最後に紹介するのは、エヴァ・フェダー・キテイ『愛の労働あるいは依存とケアの正義論』<sup>(17)</sup>の視点である。著者は女性哲学者であり、フェミニズムの立場からのロールズ批判者として位置付けられている。この著作を知る以前から、婚姻制度の存在意義について、私は婚姻制度は弱者を保護し、子どもを育てるための制度的保障として正当化できると考えていたが、この著作は、それと共通する観点を、説得力のある形で示しているように思う。人間が人間に依存して成長し、また死んでいくことを、これまでの哲学は捉えることができていなかったのではないか、という視点がキテイの立論の要である。彼女の娘が重度の知的障害者であることも、この立論の形成に資するところがあったという。従来 of 哲学のように自立した主体間の互酬性によって依存を正当化するのではなく、キテイは一方向的に依存する存在と、それに対し応答しケアを行う責任を負った人間が存在し、ケアの責任を負った人間はそれ故に競争の中で脆弱性を負ってしまうと述べる。そこで行われる競争は決して自由で平等な競争とはなり得ないために、この脆弱性を組み込んだ社会的構造をつくらねばならないとする。キテイは社会的協働という概念を次のように定義する。「人として生きるために私たちがケアを必要としたように、私たちは、他者—ケアの労働を担う者も含めて—も生きるために必要なケアを受け取れるような条件を提供する必要がある」<sup>(18)</sup>。そして婚姻制度の存在意義については、「婚姻制度が社会的に承認されるべき主要な理由は、それが依存者のケアと扶養の場だからである」<sup>(19)</sup>という。

キテイの論理が法哲学の世界で今後どこまで普遍性をもって受け入れられ

ていくのかは今わからないが、少なくとも婚姻制度の存在意義についてはひとつの説得力ある解答であろう。母法においては、公序としてとくに改めて正当化されるまでもなく認められてきた婚姻保護が、日本法においてはきわめて貧弱である。それにもかかわらず、婚姻保護を「家」制度擁護とときには混同して軽視し、自由と平等という憲法からの要請を形式的に家族法に適用してきた家族法学の一部の傾向に対して、私は常に違和感を覚えてきた。フェミニズム哲学のこのような視点は、日本家族法を改革し、社会的協働という観点から諸法との協働も組み替えていくために有効な、ひとつの大きな物語たりうるのではないかと思う。

## II フランス家族法200年の歴史

フランス法の200年の歴史をごく概略的に振り返ってみたい<sup>(20)</sup>。フランス民法はナポレオン法典に始まり、ナポレオン法典は家族集団の定義をもたない。夫婦とその子からなる婚姻家族の規律が中心であり、これらの規律は、夫権と父権が優越する男女不平等なものであった。また夫婦財産制は共有制をとっており、非嫡出子に対する差別は明らかで、「父の搜索はこれを禁止する」という有名な条文にあるように強制認知は認められず、既婚者である夫の浮気による姦生子については任意認知でさえ禁止されていた。そして非嫡出子差別の背景には、フランス民法における婚姻外の性関係に対する厳しい姿勢が存在していた。

このようなナポレオン法典は200年間に次々に変容し、原始規定は現在ではほとんど残っていない。とりわけ20世紀後半にカルボニエ教授がリードした大規模な改正が行われており、その改正のキャッチフレーズは「一人一人にその家族があるように、それぞれにその法を。A chacun sa famille, chacun son droit」というものであり、平等化と自由化、さらにはそれに伴う司法化を基調とした改正であった。

まず平等化の改正を確認しよう。フランス民法が平等化、具体的には男女の平等化、嫡出子・非嫡出子間の平等化の改正を行ったのは、日本民法より

はるかに遅かった。たとえばフランス民法213条の原始規定は「夫は妻を保護し、妻は夫に従う義務を負う」という有名な条文であったが、この条文は「夫は家族の長である」という条文に変わって、1970年まで残っていた。市庁舎における結婚式でも挙式に際して夫婦の義務としてこの条文が読み上げられていたために、フランス人の間にも周知の愛着をもたれた条文であったことから、とりわけ男性には改正の際に抵抗する向きも少なくなかったといわれる。

主要な民法改正は、1965年の夫婦財産制の改正、1970年の親権法の改正、1972年の親子法の改正、1975年の離婚法の改正などである。そして2001年には、姦生子（子の懐胎時に父または母が別の者と婚姻関係にあった子）の相続分を平等にし配偶者相続権を強化した相続法の大改正が行われた。この改正は、ヨーロッパ人権裁判所が、姦生子の相続分を不利に定めるフランス民法旧760条の適用を条約違反と判示した2000年2月1日のマズレク判決が契機となったものであった。ヨーロッパ人権条約は、締約国に人権裁判所の判決に従うことを約束させているため、国連人権委員会が日本民法900条4号を改正するよう勧告する場合よりも、締約国の負う義務は重い。締約国は条約違反の改善措置を講じなければならないが、ただしその方法については各国の自由に委ねられる。2001年相続法改正は、子の相続権をただ平等化するような改正ではなく、ナポレオン法典立法当時とは産業構造も変化しており、成人した子よりも高齢の寡婦のほうが相続財産の必要性が高いことを考え、フランス法の伝統的な血族相続の優先を崩した相続法の大改正であった。子の相続分を平等化したという意味では、婚姻家族と自然家族の扱いを等しくしたと言えるかもしれないが、配偶者の取り分を一挙に強化したから、配偶者の死後、その財産が流れる先は嫡出子であることまで視野に入れると、遺産が婚姻家族内にとどまる方向を強化したとも評価できる。

フランス民法の男女平等化と比較すると、日本民法ははるかに早い1947年の戦後改正の際に男女平等化されている。日本民法は、なぜ世界に先駆けて平等化できたのだろうか。もとより日本国憲法がそれを求めたことが原因であるが、日本民法の条文が機械的な平等化を可能にするものであったからと



いう理由も大きい。日本民法は、決定基準や決定権限を記載せず、内容を協議に委ねる白地規定にしておくからである。男女を平等にすると夫婦の意見が一致しなかったときの決定方法を書かなくてはならない。婚姻の際に称する氏を夫の氏にするか妻の氏にするかという決定であれ、共同親権行使で両親の方針が一致しなかった場合であれ、夫婦の意思が一致しない場合にどうするかという問題が、平等にすると即座に生じるはずである。民法の重要な存在意義のひとつは、それが家族間であれ他人間であれ、紛争が生じたときに民法の条文を適用すれば答えが出る基準を提供するところにある。決定権限の所在が書かれていなければ紛争解決の基準がないことになり、民法としての役割を果たせないという発想が、しかし日本法にはなかった。

これに対してフランス法では、男女を平等とすると、両者の意見が一致しなかった場合の決定権限はどうなるのかという問題を解決しなくてはならない。たとえば共同親権行使に際して両親の意見が異なる場合、どのように決着をつけるのか。原則的には、裁判官の介入という形で決着をつけざるを得ない。そのため、平等化というのは司法化であるともいわれる。

また、あらゆる場合に平等が貫徹されているわけではない。たとえば氏の問題である<sup>(21)</sup>。フランスの氏は、フランス革命期に氏を自由に変更できるようにした際、庶民が貴族姓を名乗ることがあったため、反動期の立法によって出生時の氏を変更してはならないことが定められた。これが伝統的に生得氏不変の原則とされてフランス法の氏の原則となっており、結婚後も配偶者の氏を使用する権利を得るにすぎない。夫婦別姓についてはこの使用権を放棄することで簡単に解決が可能だが、子の氏については1 + 1をいかに1にするかという難問が生じる。「母は命を与え、父は名を与える」という法格言があり、子は父の氏を継ぐことになっていたが、2002年3月4日法によって母の氏を継げるように変更された。しかし子が継ぐ氏が父の氏か母の氏か両親の間で意見が一致しない場合、国民議会の下院はアルファベット順でAに近い方を優先して決定することとしたが、上院でこれが覆され、結局、父の氏とすることが定められた。この点について、ドイツ法では両親のどちらに決定権を与えるかを裁判官が決定するという方法で平等化を行っている

が、フランス法では親権行使などと異なり氏の決定権限を裁判官に委ねなかった。フランスでは、アンシャンレジーム期の法服貴族への不信感や宗教戦争の記憶から、裁判官個人の正義感に委ねることへの抵抗が伝統的に強く、裁判官を法規で縛らなければならないという理念が強いためであったろうか<sup>(22)</sup>。ともあれ、両親の意見が一致しない場合の子の氏は父の氏とするという男女不平等が条文に残ることとなっている。

次は、フランス家族法改正における自由化について概観する。夫婦財産制は自由化されたが、婚姻効果の内容について自由化はそれほど進まず、強行法規として強制される部分が多く残っている。フランスでは、婚姻が制度か契約かという議論が長く行われていたが、通説は、制度的側面も契約的側面もあるという折衷的見解に落ち着いている。つまり婚姻を締結する段階では、契約の自由という側面が強く表れるが、いったん婚姻意思をもってはっきり婚姻を締結した後は、婚姻の内容・効果は制度的に固定されたものであり、当事者の自由が働く余地があまりない。

そして婚姻の制度的側面、すなわち当事者の自由が認められない側面は、なにより離婚の制限にあり、離婚の難しさが制度としての婚姻を担保してきた。この200年間に、その離婚法の変遷も大きかったことはいうまでもない。意思の合致による離婚を認容していたナポレオン法典を修正して離婚を禁止した1816年法をもっとも厳しい規制の出発点として、有責離婚を認めた1884年法、前婚中の姦通者とも再婚を許した1904年法、姦生子の準正を認めた1956年法と、生涯にわたる婚姻という規範性は徐々にゆるんでいき、最後に1975年法のカルボニエ改正が破綻離婚も認めて有責配偶者にも離婚する権利が承認された。フランスの離婚はすべて裁判離婚であるから、離婚手続きの重さが当事者の負担となっており、2004年法で離婚手続きが簡素化された。とはいえ、すべての離婚が裁判によらなければならないという点は維持されている。裁判離婚は当事者も負担であるが国家費用も高くつくのにかかわらず、弱者保護のために裁判離婚の体制を維持し続けるフランス家族法と、世界に比類のない協議離婚を原則とする日本家族法とは、この点においても異なっている。

フランス民法は、当初は婚姻家族という当為の家族のみを対象としていたが、自然家族についても、徐々に許容するようになった。民法典の中に事実婚・内縁 concubinage という言葉が出てくるのは、当初は、夫が内縁状態の時の妻の離婚請求権を定めた230条だけであった。その後、1912年法で強制認知の許容される場合の要件のひとつに父母の内縁が加えられたが、まだ事実婚・内縁は民法外の存在であるといえたであろう。しかし、共同親権を定めた1993年法は、自然家族の必要に応じられるように民法を修正したものであり、民法が自然家族の存在を内部に取り込んだことになる。この後、1999年法がパクス（PACS, Pacte Civil de Solidarité の略語）を創設する際に、内縁に関する規定をも設けた。パクスは、この法律により挿入されたフランス民法515条の1で「異性または同性の二人の成年の自然人によって、その共同生活を組織するために締結された契約」と定義される関係である。内縁については、フランス民法515条の8が「カップルとして生活する異性または同性の二人の間の、安定的かつ継続的共同生活によって特徴づけられる、事実上の結合」と定義している。パクスは同性婚を民法典の中に取り込もうとしたものであったが、結局、同性・異性カップル双方に開かれたものとなり、2013年について婚姻も同性カップルに開放された。フランスの民法学者の多くはパクスには批判的であり、婚姻に本来必要な、適切な保護をもたない準婚姻のようなものを創設してしまう危惧を述べていたが、保護が足りないと批判されるパクスの条文は、私の見るところでは日本法の婚姻制度と近いものである。

パクスによらない事実婚も増加している。カップルは、婚姻、パクス、事実婚という3つの選択肢を有しており、婚外子の出生率は現在では過半数を超えている。日本の内縁準婚理論は、事実婚カップルに民法の法律婚の法的効果を準用して適用するという、西欧諸外国に類を見ない解釈論であるが、内縁準婚理論をとる日本法とフランス法が大きく異なるのは、法の関与のあり方である。フランス法においては、事実婚の選択は法の関与を拒絶する当事者意思の表れだと認識され、法は事実婚カップルに介入しないのであるが、子ができると子の保護のために法は事実婚カップルに介入を始めるとい

う構造になっている。つまり婚姻という民法に用意された枠組みに入ることを選んだカップルには、国家は婚姻の効果を強制してその関係を守ることができるが、それを拒絶した事実婚カップルには、その間にできた子への民法上の責任を問うことで、関与するしかない。

フランス法に限らず、婚姻家族のみを正統化して離婚を制限し非嫡出子を差別していたかつての西欧法は、次第に変容して法律婚と事実婚の中立化を採用するにいたっている。日本法の内縁準婚理論は、このような中立化と同意義ではなく、婚姻意思を重視しない解釈論であって、個人の自律と自由の領域を確保するために、国家権力を法によって制限することを原則とする、西欧近代法とは相容れない理論である。内縁準婚理論が法の謙抑性をもたず、婚姻効果という大きな法的強制を婚姻意思をもたない当事者に強制してきたことの背景には、この理論が「家」制度下の隷属的な嫁の救済を意図していたことや日本法の婚姻効果の貧弱さなどいくつかの理由があるが、その一つとしてより広く、日本では法による秩序維持よりもイエ制度文化の「世間」の威力に頼った秩序維持が残存し、市民社会における自由の原則がもまだ十分に確立していないこともあるのかもしれない<sup>(23)</sup>。

婚姻カップルへのフランス法の介入と関与は、日本法よりはるかに大きい。この点にこそ、もっとも大きな彼我の相違がある。すべての離婚が裁判離婚であり、裁判所が離婚条件の公正さを監督する上に、家事債務の履行を公的に援助する点で非常に手厚いものがある。すなわち、すべての婚姻破綻に国家が介入することがいわば初期設定となっているのであり、国家介入のない協議離婚が初期設定である日本と根本的に異なっている。この初期設定の相違が、その後の民法にドメスティック・バイオレンス（以下、DVとする）対応や児童虐待対応を附加するにあたって大きく影響してくることになる。

養育費・扶養料の不払いに対しては、フランス法のみならずドイツ法やイタリア法なども、刑事罰をもって臨む。アメリカ法の場合もこれらの債務を命じる判事は、不履行に対して法廷侮辱罪という武器をもっている。これらの債権の履行の緊急性と債権者が弱者であることを考慮すると、債権者が強

制執行によって取り立てることでは不履行へのサンクションはとても足りないからである。

日本刑法は、この債務不履行への刑事罰を継受しなかった。扶養料債務の不履行へのサンクションが脆弱である結果として、日本家族法が家族を守る力は、非常に弱いものとなってしまっている。戦後改正の時期に、刑法においてもこのような家事債務不履行への刑事罰を立法しようという動きがあったが、その際に反対したのは、実は女性の議員であり学者であったという経緯を聞いたことがある。もしそのような経緯が実際にあったのだとしたら、当時の日本において、家族の義務は「家」制度の重圧として受け取られていたためにアレルギーが働いたのではないかと想像される。家族の義務は、夫が妻子に対して果たすべき義務というよりは、むしろ女性たちが負う家族維持の義務としてとらえられたのではなかったか。女性たちを守る力をもたない家族法の下で長年形作られた所与の常識を前提に発想すると、このようなアクションも無理はないのかもしれない。しかし戦後の改正民法が条文上は男女平等になったことを高く評価し、あとは社会において女性が力をつけて実質的に平等になれば足りるとする日本法に対する見方は、家族法の役割を理解しない誤った見解であると考えられる。

刑法のみならず、憲法においても、家族関係への公的介入を積極的に主張する学説は少なかった。戦前の治安維持法に対する反動からか、日本の憲法学は長らく国家権力からの自由を追求するという意味で一貫していた。欧米法のように、国家権力が家族に介入することによって家族内の弱者を守ることが、憲法的要請であるという発想は、少なくともあまり表には出てこなかった。DVや児童虐待を受けている個人の基本的人権を守ることが公権力に対する憲法的要請であるという考え方は、欧米においては、これらの家庭内暴力に対応する法改正をリードするものであったし、また実際に家庭内暴力による犠牲者がでた場合には公的介入が不十分であったとして憲法訴訟の対象ともなった。

しかし日本では、むしろ国家介入に対する消極的な場面で憲法がもちださ

れる傾向がある。たとえばDVの保護命令が加害者の権利を侵害することが憲法違反になるという主張である。2000年に立法された児童虐待の防止等に関する法律(以下、児童虐待防止法)は、2004年、2007年と改正された。2007年改正で、虐待の疑いがある家族がマンションを施錠して子の状況を確認できない場合に対応するために臨検制度が設けられたが、日本弁護士連合会等からの要求で憲法上の要請として司法関与が臨検手続きに組み込まれている。この臨検制度は児童虐待防止法改正の目玉とされたが、実際には使用されていない。現在の児童相談所の実務には、これほど重い手続きを踏むだけの余力がないためである。一方、国税徴収法142条は「滞納処分のため必要があるときは捜索することができる」と規定して司法関与なく施錠を解除するなどの強制調査を認めている。子の生命救助と滞納処分のこの不均衡は説明がつかない。従来日本の憲法学においても刑法学においても、家族間の弱者保護のための国家介入には非常に消極的であり、基本的人権を守る憲法的な国家義務として国家介入を要求しなかったことが、必要な立法がなされてこなかった理由の少なくともひとつであったと言わざるを得ない。

フランスにおいてもDV等の家庭内暴力に対応する民法改正等が行われたが、それらを先導したのは、憲法的な要請であった。DV事案では被害配偶者が離婚を決心できない段階でも被害者の要求に応じて婚姻の効果のうちに別居命令などの必要な措置をとる規定が設けられた。もとより児童虐待対応のための育成扶助という親権規制制度は以前から充実している<sup>(24)</sup>。たしかにこれらの公的介入には司法関与が規定されているが、日本よりも判事数が圧倒的に多いフランスにおいては、司法関与は救済への障害にならない。たとえばフランスでは、年間約10万件の親権制限(育成扶助)判決がなされ、育成扶助下におかれた親権者はケースワーカーの支援と監督を受けながら育児をし、少年事件担当判事はケースワーカーと連携して絶えず親権行使の監督を行なっている。親権制限と非行少年事件だけを管轄するこの少年事件担当判事の判事数は、日本の全家庭裁判所の判事数とほぼ等しく、フランスの約倍にあたる人口をかかえる日本では、その数の家庭裁判所判事が、少年事件担当判事の管轄以外に後見事件から離婚事件、遺産分割事件まではる



かに多くの事件を管轄している。

フランス家族法においては、この200年の間に婚姻家族という当為は大きく崩れたものの、家族を法が守らなければならないという姿勢は微動だにしていない。家族法の変化は、法と多様な家族の関係を模索してきた変化であった。たとえば事実婚の場合には法はカップル間に介入せず、子が生まれた途端に介入を開始する。事実婚と法律婚の中立化は、形式的で単純な平等化を意味するものではなかった。その模索の過程には、子が生まれ、育まれる場である家族は、人間が世界に対する関係性のモデルを学ぶ場であり、人生における信頼関係の意味を体得する場所であるため、法の保護が必要であるという発想がある。ナポレオン法典はたしかに男女不平等なものではあったが、同時に配偶者間において「弱者を守り支えるべく定められているのは、強者である。C'est le plus fort qui est appelé à défendre et à soutenir le plus faible.」(ポルタリス・民法序論)とされ、家族内における実効的な弱者保護を公序として内包していた。法による弱者保護がなければ家庭内は弱肉強食の場となり、虐待に道を開く。被虐待児の予後が非常に悪いことは既に周知のことであろう。フランス家族法の現在は、家族の自律性を認めると同時に裁判所の介入による保護とコントロールの強化を図るものとなっている。

### Ⅲ 日本家族法の特徴

近代法の原則は、自力救済の禁止である。日本においても、最判昭和40年12月7日民集19巻9号2101頁は、「私力の行使は、原則として法の禁止するところであるが、法律に定める手続によつたのでは、権利に対する違法な侵害に対抗して現状を維持することが不可能又は著しく困難であると認められる緊急やむを得ない特別の事情が存する場合においてのみ、その必要の限度を超えない範囲内で、例外的に許されるものと解することを妨げない。」と述べる。しかし日本法では、この原則は、残念ながら家族法においては通用しない。家庭裁判所の実務家の論文がそれを次のように公言する。「そもそ



も裁判とか司法とかいうものは、すでにできてしまった『事実』に対して、何らかの法的判断を加えるという作用を最も本領としている。」「家庭裁判所は『福祉的性格』をうたうが、それはあくまでも当事者のもつ意欲や能力や資源をもとに、当事者がそれらを適切に活用できるよう援助するにとどまるものである。家庭裁判所が先に立って、新たな事実を創造できるものではない」<sup>(25)</sup>。すなわち自力で別居を敢行し、生活を立てている妻が、その生活実態に「法的な裏づけを与える」ことを求めてきた場合は、現実に法律を合わせるだけなので、家庭裁判所が解決できる。しかしDV夫と一緒に暮らしている妻が離婚を願って家裁に調停を申し立ててきた場合は、「解決できない」のであり、妻は申し立てを取り下げざるを得ない。「別居は、当事者が現実を見据えて、自らつくり出すべきものなのである。家裁（調停）は当事者に対しアドバイスはすることができるが、当事者の別居という新たな事実をつくり出すことはできない」<sup>(26)</sup>、というのである。

ハーグ子奪取条約の批准という難問が日本に突きつけていたのは、この彼我の大きな相違である。欧米先進国においては、家事事件においても自力救済が禁止されているが、国家が当事者に代わって確実に救済する仕組みを整えていることが、自力救済禁止の当然の前提である。しかし日本法には、その当然の前提が準備されていない。外国で暮らす日本人妻は、日本の常識に従って自力救済をすべく日本に子連れ里帰りを決行するが、それは諸外国の夫にとって許しがたい自力救済であり、日本の家族法がかくも近代法以前であるとは考えられない諸外国政府も、自国民である夫の要請を受けて外圧をかけることになる。

明治民法と現行民法とを比較したとき、明治民法は「家」制度を定めた保守的な法典であるのに対して、現行民法は日本国憲法の自由と平等の原則に合わせて「家」制度を廃止し、世界的に先行した徹底的な平等化を行ったものと対照的に評価するのが一般的であろう。このような評価は、イデオロギ一的な威力に着目した評価であるが、民法学の観点からみると、国家介入を廃した協議離婚に代表される日本法に特徴的な性格は、明治民法も現行民法も共通している。そして実効的な家族法でなかったからこそ、日本民法は、

何十年もの間、これだけの社会と家族の変化にもかかわらず、ほとんど改正をされずに「不磨の大典」として生きながらえてきたのであろう<sup>(27)</sup>。

最初に述べた大村敦志の分析のいわゆるアンチモダン派は、氏の強制的変更や戸籍制度のもたらす人格権やプライバシー権の侵害機能を重視して法律婚制度を批判し、より一層の自由と事実婚を称揚する。たしかに夫婦同氏強制制度は「家」意識の残存に役割を果たしてきたし、家族制度が夫や父の責任を問うものではなく、女性の無償労働の強化と隷属をより意識させるものであった日本の伝統は、団体としての家族の拘束性に対して警戒心を抱かせるものであったろう。このような主張は、国家規制の拒絶へと働きがちである。しかし日本法にもっとも欠けているのは、弱者保護のための国家規制であり、婚姻の保護である。

戦後の「消極的破綻主義」判例は、追い出し離婚を禁止するという意味で、初めて婚姻保護を日本法に導入した。しかし、これは意に反して離婚をされないという一点のみにおける歪んだ保護であった。消極的破綻主義の結果、事実上の離婚が増加するとともに、婚姻費用分担請求が利用されるようになった。とはいえ、このような家事債務の履行確保も公的には援助されていない。家事債務の債権者は弱者であるから、公的な取り立て援助がなく私的な強制執行に任せていたのでは、債権者にとっては、絵に描いた餅となってしまいがちである。

婚姻保護のもっとも重要な場面は、離婚である。離婚に際して夫婦の不平等が是正される保障があることが、婚姻中の夫婦の平等を担保する。しかし日本の離婚給付である財産分与制度は、そのような不平等を是正する機能をもたない。また、そもそも離婚合意さえあれば、公的な関与が一切不要で、離婚条件の公正さは担保されない協議離婚制度が、いかに「異常」なものであるのか、日本人にとって自覚することは難しい。フランス人の民法学者に日本の協議離婚制度を説明して「なんて異常な！extraordinaire！」と叫ばれた経験がある。日本法は、そのような異常な離婚制度をプロトタイプとしているのである。

家事紛争を解決する手続きにも問題がある。戦後創設された家庭裁判所

は、家事「調停」を主要な紛争解決手段として制度化された裁判所である。家庭裁判所は、有力者による調停という日本の古層の紛争解決発想と、非行少年への対処はその家族への対応が必要というアメリカ型の科学的な裁判所という発想が、キメラようになって出来上がったように思われる。紛争解決にあたる調停委員は、裁判官不足という構造的なインフラ不備を補い、敷居の低い裁判所を実現した反面、訓練を経ない素人の危うさを抱えていた。とりわけ合意さえ成立すれば内容は問わない白地規定からなる家族法のもとでは、調停委員の「質」は死活問題となる<sup>(28)</sup>。

家族法が紛争解決に必要な基準を与えるものであったのなら、司法インフラの不備を補う調停制度も、より積極的な意義評価ができるものであったろう。しかし残念ながら日本家族法は、そのような民法ではなく、現実の家族に対して実効力をもたない法であった。権利内容を明示しない白地規定は、権利の内容を協議に委ねており、それは強者の自己決定と弱者のあきらめを認証するものに堕しがちである<sup>(29)</sup>。「協議」に基づく「合意」成立が優先されることから、DV夫と離婚して平和に暮らしたいと願う妻は、金銭的請求や子の親権まですべてを放棄して、極端な場合には、暴力の被害者でありながら自ら金銭を提供してさえ離婚合意を得ようとする。合意ができないと離婚訴訟をせざるを得ず、それは、あまりにも裁判官の裁量の幅が広くて裁判官の価値観に左右される、かつ争点も限られない異常な有責性の争いを戦う、高価な私的戦争に突入することを意味するからである<sup>(30)</sup>。

フランスにおいても、DVや児童虐待が問題視されて法的な対策がとられるようになったのは、歴史的にそれほど古いことではない。しかし経済的な給付を確保するという点では、西欧民法は当初から積極的に家族に介入してきた<sup>(31)</sup>。経済的な債務の確保がたやすく行われるのであれば、暴力のエスカレートから被害者が逃避することもよりやすかっただろう。また離婚後も経済的弱者である妻に夫から将来にわたって十分な離婚給付がなされる保障があれば、婚姻中の夫妻の平等確保にも好影響を与えたであろう。そしてそのような介入に家庭内暴力の対応策を入れるのは、フランス法では従来の民法や刑法における家族に介入する条文に暴力対策をプラスアルファすれば

足りるものであった。

しかし日本では、家族に介入しない民法や刑法の条文構造になっており、これらの暴力に対応する民法や刑法の改正は長らく行われなかった。その代わりに議員立法として、「児童福祉法」の改正が行われたほか、「児童虐待の防止等に関する法律」「ストーカー行為等の規制等に関する法律」「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」などの新たな諸法が立法された。しかしこれらの立法は、司法インフラや行政インフラの不備ゆえに、必要な保護を保障することができていない。また民法や刑法のような体系的な法典と連絡のない個別立法であることも、法としての弱さになっている。実効的な家族介入を前提としていないという民法のいわば初期設定の不備が、ファミリー・バイオレンス対応の構造的な不調をもたらしてきたといえるだろう。とはいえ、これらの諸法は、啓蒙効果としては大きなものをもった。理念を宣明することも法の重要な機能のひとつであるから、実効的な介入が難しい日本法の現状では、それだけでも大きな意義があったと言える。暴力に対応する初めての民法改正である平成23年の親権法改正においても、親権を制限して細やかに監督する実効的な制度がとれない行政と司法の条件下で、所詮は限界のある改正にとどまらざるを得なかったから、せめてたとえば懲戒権という文言の削除や体罰の禁止が織り込めれば、啓蒙としてはより大きな効果をもてたであろうが、そこまでの改正は残念ながら行われなかった。

豊かな家庭でもDVや児童虐待は生じるが、貧困は、ファミリー・バイオレンスを引き起こす大きな要因である。日本の社会福祉や税制度は、高齢者保護に偏っており、子どもたちの貧困を救出できていない<sup>(32)</sup>。貧困層に育った子どもたちが一定の脆弱性を身につけがちであることも指摘されている。そして日本の一人親家庭は、先進諸国の中では並外れた貧困率を示している。とりわけ母子家庭の勤労率はきわめて高いにもかかわらず貧困率は非常に高い<sup>(33)</sup>。この背景には、長時間労働を義務づけられる基幹労働者と低賃金のパートタイマーの二重構造という日本の労働慣行の問題もあろうが、扶養料債務や十分な離婚給付を確保できてこなかった家族法の欠陥も一因を

なしているだろう。

家族法は、家庭が子の幼い日々を守る温かい繭としての機能を果たせるように家庭を守る点に、重要な存在意義をもつものである。家庭内の弱者、つまり母と子を父に捨てられる危険から守り、父に扶養義務をつかさせるとともに、親権の濫用からも実効的に子を守るものでなければならない。日本では、これらの機能を持たない家族法によって、家庭内の弱者は、無防備に、むきだしの力関係のままに放置されてきた。家族への国家介入が非常に必要とされている。もちろん国家介入においては、国家が必要な謙抑性を失い、抽象的な短い言葉の秩序を強制することによって、個人の領域まで不当に侵入してくる危険が伴う。現在の日本では、あまりにも被害が深刻であるために、この危険性を危惧するよりは実際に国家介入する必要性のほうがはるかに高い。とはいえ、司法インフラの不備ゆえに欧米法の司法による行政のチェックの仕組みを利用できない難問を抱えている日本でも、なんらかのチェック方法を工夫する必要があるだろう。そして本来は、また将来的には、国家介入は、民法や刑法の体系的な法に基づくものであるべきであろう。

#### Ⅳ おわりに～民法の意義と日本民法の限界

民法は、市民社会における人々の共存のルールの基本法である。前述したように、一時期、鈴木禄弥にみられたように、学説における民法理解においては、狭義の商品取引にとらわれた民法理解が一般的であった。そしてこのような理解の背景には、前述したように自力救済を当然の前提とする特殊な日本家族法の条文の存在もあったかもしれない。たしかに民法は、法主体の独立を承認する意味で個人主義の基礎に立ち、商品取引・市場経済の基礎を成し、市場経済の安定的な運用を準備するものである。しかし同時に、民法は、商品取引法に限定されるものではなく、親が子を育てる場面、家族が生活する場面を含めて、広く人々の共存の作法を対象とするものである。我々の社会は、多様でアンビバレントな価値に満ちており、それらに調和を保たせて複雑系の社会を運営する必要がある。そして民法は、長い歴史を通じ

て、その運営の技法を磨き上げてきた体系であるといえよう。

日本社会では、かつては法が家族を救済しなくても、社会の中に多くの安全弁が存在していた。家職国家の伝統をもつ「家」制度は、使用人を含めた大家族の生活を内包していたし、「世間」の目を意識する秩序感覚があった。親が問題を抱えていても、大家族の中には親に代わって愛情を注いでくれる大人がおり、近所づきあいの中に助けてくれる大人もいた。放課後に年齢幅の大きな子どもたちが集団で遊ぶ姿は、つい近年まで広く見られた。しかし急速に都市化し、近隣社会の地域共同体が崩壊した日本社会では、これらの安全弁は、瞬く間に失われてしまった。家族は孤立し、コンクリートの箱の中で、暴力や虐待はエスカレートする。しかし村社会の共同体が生きていた時代の感覚が、事態への有効な対応のコンセンサス作りを阻みがちである。

フランス社会も、地域社会が断片化し家族が孤立する社会の変化を経験してきた。しかし日本よりも積極的に国家介入が行われ、行政が社会保障として介入し、判事が行政権の介入をコントロールする。その結果として、判事の仕事の性格が変わってきたといわれる。保護観察、後見、親権監督、離婚付随措置などにおける判事のコントロールは、従来の民事裁判における判事の役割とは異なるもので、「社会紐帯のセラピストとしての判事」(ピエール・ロザンヴェロン)<sup>(34)</sup>の役割といわれる。このような判事の役割は、「主体の管理」(アントワーヌ・ガラボン)<sup>(35)</sup>が主になるもので、なんらかの脆弱性を抱えた人間を管理しつつサポートするという点で、判事とソーシャル・ワーカーの職が接近してきている。

日本社会は、家族法の古典的な国家介入すら欠いた状態で、家族に過剰な自治と自助を委ねたまま、あまりに急速に現代化・近代化を遂げてきた。行政的なサポートも著しく不備であり、児童相談所のケースワーカーは極端な人手不足状態である。ケースワーカーたちは欧米基準ではあり得ないほどの多数のケースを抱え、親を支援しながら、しかし判事との役割分担がないので、親から攻撃される辛い立場にいる。虐待親の精神的な脆弱性や彼らのかかえる諸問題を理解しながら親をサポートし、かつ親の攻撃から自らを守るには、相当の訓練とノウハウの蓄積が必要となるが、そういう人材を育成す



る体制も整っていない。司法インフラの不備はさらに致命的で、日本法のもっとも構造的な欠陥は、国家介入を司法によって機動的に正当化する手段を、実際には採りえないということであろう。なんとも頭の痛い問題ではある。

児童虐待のみならず成年者のサポートも同様に困難を極めており、超高齢化社会を迎えてさらに深刻度を増している。本来なら民法の成年後見制度は、精神病者や知的障害者、認知症患者等に対応するシステムであったはずだが、おそらくは司法インフラの不備が主たる原因で、成年後見制度が機能してこなかった。実際には、精神衛生保険法の保護者制度にみられるように、患者家族の同意によって医療が行われる慣行が確立することによって、成年後見制度によらずに家族の判断に要保護者を委ねる医療の運用がなされてきた。さらに医療のみならず社会の通常取引においても、司法による授権や許可が利用できないことは、日本法に独自の問題をもたらしてきた。後見人や親権者の権限は、処分権限を含む非常に広範囲なもので、つねに濫用の危険をはらんでおり、家族間の代理行為が広く行われて本人の財産権が侵害され、相手方保護のために表見代理が駆使されてきた<sup>(36)</sup>。また意思無能力者には、事実上の後見人が広く無権代理行為を行ってきた。最判平成6年9月13日民集48巻6号1263頁が、後見人が事実上の後見人として行った無権代理行為を追認拒絶できることを原則としながら、それが信義則違反になる場合を広く認めたのは、事実上の無権代理行為を容認する社会のあり方を反映したものであった。

日本民法は、法継受の際に、条文こそ継受したものの、その背景に存在すべき必要な司法インフラを準備できなかったため、機能不全を起こしてきたといえる。司法インフラの不備は、裁判官不足のみではない。母法の公証人慣行を前提にした民法の制度が、日本ではそれを欠いているために、登記の信頼性がなく不動産取引が不安定になって民法94条2項の類推適用を活用して場当たりのな解決を計らねばならなかったり、遺産分割が公証人の関与なく私人間で行われるために相続財産の取引が危うくなったりする<sup>(37)</sup>。また検事が民事的に活動する前提で規定されている親権喪失などの条文も、検事



は刑事でしか働かない日本では、機能してこなかった。

とはいえ要保護者の保護と監督をもつばら家族や地域共同体に依存してきた社会のあり方は、もはや維持できなくなって久しい。認知症の高齢者がささやかな万引きをしても昔は問題にならなかったであろうが、現在ではコンビニ店でのおにぎりの万引きは刑事犯として立件される。かつては単純作業に従事して社会にそれなりの居場所があった知的障害者も、保護する家族をもたないと、「累犯障害者」<sup>(38)</sup>として刑務所に多く滞留する。また引き取り手のない精神障害者が精神病院に「社会的入院」をする事態も広く見られる。包摂力を失った社会の中で居場所のないこれらの人々の究極の居場所が精神病院や刑務所になっているとすると、なにより本人たちにとって不幸であるばかりではなく、公費としても決して効率的な使用法とはいえない。精神病院にも刑務所にも行かない場合には、日常生活を維持する能力が衰えることによって自宅で「セルフ・ネグレクト」状態となり、ゴミ屋敷に住んでついには孤立死する人々も存在する。彼らのセルフ・ネグレクトには社会的介入が必要であるが、本人が拒絶した場合には本人の自己決定を抑えつける管理となるため、そのような管理に踏み込めない行政の支援は、手をつかねてしまうことになる<sup>(39)</sup>。本来であれば、彼らはフランス法のように要保護状態にあることが発見されたときに裁判所に通知が行き、裁判所が後見制度を発動させて、貧しい人々には公費で、まんべんなく後見人をつける体制が、民法の予定すべきものであろう。

後見制度がまんべんなく機能していないことは、消費者被害においても日本法の困難をもたらしている。日本の消費者法領域の近時の改正についても、成年後見の機能不全が背景にあるように思われる。平成20年6月、特定商取引に関する法律および割賦販売法が大幅に改正された。判断能力の衰えた高齢者に次々販売をする被害が相次ぎ、特定商取引に関する法律は、消費者トラブルの多い取引類型を定め、その特徴に応じた対応を規定し、また割賦販売法は、クレジット取引のうち一定の分割払いに関する規制を含む。これらの規制法は、高齢者が被害者になりがちな取引類型を定める行政規制によって悪質商法に対応するものであるが、もし判断能力の衰えた高齢者を成

年後見で救えている前提があれば、取引の自律領域を市場に委ね、民法・消費者契約法ルールと協働して、契約当事者が過剰な調査や自主規制をしないで済むルールが作れたのではなかったか。つまり個別取引は取引の自律領域を一般的に規制してきた民法に委ね、業者に対する可能で必要な監督を取引の背景に加えるドイツ法などの制度設計方法である。取引社会全体を眺めたときに、司法インフラの不備は、公正さが担保できないマイナスをもたらすだけでなく、その是正のために社会の払うコストも、インフラの整備費用に比べて、さして少なくないかもしれない。自己決定に委ねる領域で成年後見システムが上手く機能していないために、高齢者をもっぱら消費者保護法で救済していかなければならないことが、多くの被害と困難をもたらしているように思われる。

このような構造的な困難は、一片の法律で解決がつくものではない。かつて成年後見法改正や任意後見契約に関する法律の立法にあたって、これらの立法によって知的障害者や認知症高齢者の救済が可能になるという期待が一部にあったが、実際には、悪徳リフォーム業者が任意後見人になるなどの例もみられ、事態がさして改善されるものではなかった。同様に、信託法の改正にあっても、民事信託を導入することによってこれらの問題が解決されるのではないかという期待がみられた。しかしコモンロー裁判所の強力なコントロール権能を前提とする信託は、その前提を欠く日本で、同様に機能することは難しく、たとえば受託者の権限濫用を封じることは英米法圏におけるよりも困難であろう。

また民事信託の導入は、民法との関係で大きな問題をはらんでいる。英米法の信託制度は、もともと貴族階級による相続法の潜脱手法を起源とするものであり、処分者の意思が最強であって遺留分を知らず、遺言の自由を貫徹するとともに、その弊害に対しては裁判所の強力なコントロール権能に依存するという、およそ大陸法や日本民法とは異質な法体系に基づくものである。改正された信託法と、大陸法を継受した日本相続法との体系的調整は、至難な課題となっている<sup>(40)</sup>。

相続法は、一国の価値体系であると言われる。民法の財産法全体の基礎構

造として、相続法は、権利義務の主体の消失にともない、その権利義務を安定的にしかるべき主体に帰属させて、取引社会のスムーズな運営を保障する仕組みであると同時に、家族と要扶養者の扶養をも配慮する国家の制度設計である。フランス法の相続秩序について、ミシェル・グリマルディは次のように説明する。相続は歴史的に財産権であったことはなく、一般利益と被相続人の個別利益の中に相続の根拠があり、「社会は、家族細胞の継承によってでなければ維持されず持続もしないのであり、家族細胞の一貫性と連帯性とを相続財産が表現し強化する」<sup>(41)</sup>。さらに、民法と信託法の背後にある大陸法と英米法の相違が非常に大きいことも強調する。すなわち大陸法は価値の多元主義をとる。多元的な価値、ときに対立する正義や法益が共存できるように、民法はそれらの調和を図っている。これに対して英米法は訴権構成であって、法は事後的に発生する機能障害を調整するために、裁判官を通じて介入する。大陸法と英米法はこれだけ異なるので、大陸法体系の国に英米法系の信託法を導入するときには、その調整に配慮しなければならないが、日本の信託法改正にはそのような配慮はみられず、相続法との衝突という点についても十分な議論は成されなかった。相続法の秩序について、そこに体现されている日本法の多元的な価値について、法学者の間にも共通の理解が成立していなかったのかもしれない。相続法の技術においても、大陸法では死の瞬間に相続人が被相続人の法主体を受け継ぐために、相続人を「同時存在の原則」で確定し、相続財産・相続分も確定することなど、信託法と両立しない技術は多い。しかし相続法の秩序について、「ただ遺留分減殺にかかる限度で、その処分の自由が制約されるだけだというのが、現行法の『相続秩序』の基本的な立て付けである」<sup>(42)</sup>（田中亘）というような理解も存在して、相続法との衝突が深刻に受け取られなかったのかもしれない。

相続法と信託法に限らず、日本法は、欧米諸外国のさまざまな法を継受した、所詮は寄せ木細工のような法体系ではあるのだから、大陸法のみを原則とすることはできない。寄せ木細工の法が矛盾を生じないように調整するのが立法者や法学者の責務ではあろう。とはいえ、新信託法の立法にあたって、これほど根本的に異なる信託と民法との衝突に必要な対応がなされずに

立法されたことに、危惧を覚える。このことは日本社会が未だに民法を十分に継受していないことの証左かも知れないからである。

人の法の基本を規律する民法は、個人の自立の支援について、育児環境について、家族への介入について、また相続秩序について、多元的な価値や法益の調和をとる法典である。「これらの価値のかかえる還元できないアンビバレンスを考えれば、これらの価値こそ、法に調和を保つように強いているものである。その調和とは、知の要求するもので満たされた豊かなあらゆる内容と、自由との共存という調和である」<sup>(43)</sup> (フランソワ・テレ) のだから。

前述したように、日本民法は、家族に介入せずに家族自治をあまりに尊重するなど、母法に多くの変形を加えており、また司法インフラの不備という根本的難問も抱えている。民法のそれらの問題を認識する必要はあるものの、民法を離れて、たまたま光の当たった問題を解決するために個別法で対応しようとする、アンビバレントな他の諸価値との調和を崩してしまい、思いがけない副作用をもたらしかねない。民法に立ち戻ることによって方向性を見誤らず、日本の家族法を改善・発展させていかなければならないと思う。

家族を放置してきた日本社会は、社会や家族の急速な変化に対応出来ていない。どこから手を付ければ良いのか、途方に暮れるほどの深刻な事態である。しかも最近では、資本主義のグローバリゼーションの進展によって貧富の差が開いているが、貧困層における家族の育児環境は、相対的にさまざまなストレスに脆弱な危険なものとなりがちである。もっとも深刻な被害は子どもたち、すなわち将来世代に現れる。家族介入に必要な多くの法的なインフラの不備を前提として、とりあえず対応をせざるを得ないであろう。ボランティアを利用するなど地域社会の資源を開発・活用し、行政は家族介入と支援をいっそう活発化し、マスコミによる啓蒙も行うなど、あらゆる手段を総動員して、子どもたちの養育環境を整えなくてはならない。日本の抱える構造的な問題点の認識を共有しつつ、方向性を見誤らずに、一歩ずつ可能な改革を進めていくしかないであろう。

- (1) 星野英一『家族法』(放送大学出版, 1994年) 6頁。
- (2) 大村敦志「日本民法の展開(1) 民法典の改正—後二編」『民法典の百年 I』(有斐閣, 1998年) 177頁以下注(109)。
- (3) 水野紀子「中川理論—身分法学の体系と身分行為理論—に関する一考察」山島正男・五十嵐清・藪重夫先生古稀記念『民法学と比較法学の諸相III』(信山社, 1998年)
- (4) カール・マルクス／植村邦彦訳『ルイ・ボナパルトのブリュメール18日』(平凡社, 2008年) 38頁。
- (5) 水野紀子「非嫡出子の相続分格差をめぐる憲法論の対立」法学セミナー662号 4-5頁(2010年) 参照。
- (6) 30年近く前の古い論文であるが, 水野紀子「男女平等と家族法」ジュリスト総合特集・女性の現在と未来58頁以下(1985年)。
- (7) 水野紀子「親族法・相続法の特殊性について」平井宜雄先生古稀記念・能見善久・瀬川信久・佐藤岩昭・森田修編『民法学における法と政策』(有斐閣, 2007年), 同「家族法と私法体系」小田八重子・水野紀子編『親族[1]—婚姻・離婚—野田愛子・梶村太市総編集「新家族法実務大系1」』(新日本法規, 2008年) など参照。
- (8) Jean Cruet, *La vie du droit et l'impuissance des lois*, Paris, 1908. 中川善之助による具体的引用などについては, 前掲・水野紀子「家族法と私法体系」55頁(注9) 56頁(注10) 参照。
- (9) 鈴木祿弥『相続法講義』(有斐閣, 1968年) 221頁以下。
- (10) エマニュエル・トッド, 荻野文隆訳『世界の多様性—家族構造と近代性』(藤原書店, 2008年)。トッドの原著は, 1983年の『第三惑星』(*La Troisième Planète*), 1984年の『世界の幼少期』(*L'Enfance du monde*) として出版されたものを合わせた本である。
- (11) 水野紀子「『相続させる』旨の遺言の功罪」久貴忠彦編集代表『遺言と遺留分・第1巻遺言〔第2版〕』(日本評論社, 2011年) 199頁以下。
- (12) 陳宇澄『中国家族法の研究』(信山社, 1994年) は, 中国における非嫡出子=非婚生子の差別禁止というスローガンの法と実際の政策の矛盾と乖離を描く。
- (13) 渡辺浩『日本政治思想史』(東京大学出版会, 2010年) 71頁。
- (14) 医事法領域におけるこの文化的遺伝子の影響については, 水野紀子「医療における意思決定と家族の役割—精神障害者の保護者制度を契機に, 民法から考える—」法学74巻6号(2011年), 同「改正臓器移植法の議論の背景と立法的問題点」肝胆脾63巻1号(2011), 同「性同一性障害者の婚姻による嫡出推定」加賀山茂先生還暦記念松浦好治・松川正毅・千葉恵美子編『市民法の新たな挑戦』(信山社, 2013年) など参照。
- (15) 戸籍制度については, 水野紀子「戸籍制度」ジュリスト1000号(1992年), 同

- 「戸籍と民法」ジュリスト増刊・民法の争点 (2007年), 同「日本の戸籍制度の沿革と家族法のあり方」アジア家族法会議編『戸籍と身分登録制度』(日本加除出版, 2012年) など参照。
- (16) 唄孝一「『氏』二題」黒木三郎他編『家の名・族の名・人の名——氏——』(三省堂, 1988年) 184頁。
- (17) エヴァ・フェダー・キテイ, 岡野八代・牟田和恵訳『愛の労働あるいは依存とケアの正義論』(白澤社, 2010年)。原著は1999年出版。またこの論理を利用した日本のフェミニズム政治学の著書として, 岡野八代『フェミニズムの政治学』(みすず書房, 2012年)。
- (18) 前掲・エヴァ・フェダー・キテイ『愛の労働あるいは依存とケアの正義論』298頁。
- (19) 前掲・エヴァ・フェダー・キテイ『愛の労働あるいは依存とケアの正義論』304頁。
- (20) 詳しくは, 水野紀子「フランス民法典の200年・家族」比較法研究66号 (2005年), 同「家族」北村一郎編『フランス民法典の200年』(有斐閣, 2006年) 等。
- (21) 夫婦の氏については, フランス法の子どもの氏に関する法改正前の古い論文になるが, 水野紀子「夫婦の氏」戸籍時報428号 (1993年) 参照。
- (22) 離婚法の改正においても, このようなフランス法とドイツ法の相違が見られることについて, 水野紀子「有責配偶者からの離婚請求」法学教室193号 (1996年)。
- (23) 水野紀子「事実婚の法的保護」石川稔・中川淳・米倉明編『家族法改正への課題』(日本加除出版, 1993年) 等。
- (24) 児童虐待については, 水野紀子「特集・家族法改正 親権法」ジュリスト1384号 (2009年) (加筆修正の上, 中田裕康編『家族法改正—婚姻・親子関係を中心に』(有斐閣, 2010年) に所収), 同「児童虐待への法的対応と親権制限のあり方」季刊社会保障研究45巻4号361-372頁 (2010年), 同「児童虐待, 配偶者間暴力, 離婚」町野朔・岩瀬徹編『児童虐待の防止—児童と家庭, 児童裁判所と家庭裁判所』(有斐閣, 2012年) など。
- (25) 佐竹洋人「怨念アプローチと鎮魂アプローチ」家調協雑誌14号 (全国家庭裁判所調査官研究協議会, 1984年)。同じく家裁調査官の執筆による飯田邦男『虐待親への接近—家裁調査官の目と技法—』(民事法研究会, 2005年) 122頁が, 「佐竹氏の指摘するところは, 家事事件を担当していると, まさに実感である」として引用する。
- (26) 前掲・飯田邦男『虐待親への接近—家裁調査官の目と技法—』138-139頁。
- (27) 水野紀子「家族—家族法から見た日本の家族」書斎の窓494号 (2000年)。
- (28) 水野紀子「家族と裁判に関する覚書」山口俊夫先生古稀記念・北村一郎編『現代ヨーロッパ法の展望』(東京大学出版会, 1998年), 同「民法典の白紙条項と家事調

- 停」家族〈社会と法〉16号（2000年）など。
- (29) 水野紀子「比較法的にみた現在の日本民法—家族法」広中俊雄・星野英一編『民法典の百年 I』（有斐閣，1998年），同「家族法の弱者保護機能について」鈴木祿弥先生追悼・太田知行・荒川重勝・生熊長幸編『民事法学への挑戦と新たな構築』（創文社，2008年）など。
- (30) 水野紀子「日本の離婚における法規制のあり方」ケース研究262号（2000年），瀬木比呂志・水野紀子「離婚訴訟，離婚に冠する法的規制の現状と問題点」判例タイムズ1087号（2002年），水野紀子「人事訴訟法制定と家庭裁判所における離婚紛争の展望」ジュリスト1301号（2005年），同「破綻主義的離婚の導入と拡大」ジュリスト1336号（2007年）など。
- (31) 前掲注（29）・水野紀子「家族法の弱者保護機能について」651頁。
- (32) 阿部彰『子どもの貧困—日本の不公平を考える』（岩波書店，2008年）。
- (33) 山野良一『子どもの最貧国—日本—学力・心身・社会におよぶ諸影響』（光文社，2008年）42頁以下。
- (34) ピエール・ロザンヴァロン，北垣徹『連帯の新たななる哲学—福祉国家再考』（勁草書房，2006年）224頁。
- (35) アントワーン・ガラボン，河合幹雄『司法が活躍する民主主義—司法介入の急増とフランス国家のゆくえ』（勁草書房，2002年）107頁以下。
- (36) 水野紀子「夫による妻所有の不動産の売却と日常家事代理権の範囲・最高裁昭和44年12月18日判決評釈」不動産取引判例百選〈第3版〉26-27頁（2008年）。
- (37) 前掲注（11）・水野紀子「『相続させる』旨の遺言の功罪」など。
- (38) 山本讓司『累犯障害者—獄の中の不条理』（新潮社，2006年）。
- (39) 岸恵美子『ルポ・ゴミ屋敷に棲む人々—孤立死を呼ぶ「セルフ・ネグレクト」の実態』（幻冬舎，2012年）。
- (40) 水野紀子「シンポジウム民法から信託を考える：日本における民法の意義」信託法研究36号107頁以下（2011年）。
- (41) ミシェル・グリマルディ「フランスにおける相続法改革（2006年6月23日の法律）」ジュリスト1358号68頁（2008年）。
- (42) 田中亘「後継ぎ遺贈—その有効性と信託による代替可能性について」米倉明編『信託法の新展開—その第一歩をめざして』（商事法務，2008年）。
- (43) François Terré, 'Pitié pour les juristes!', RTDciv. Avril/Juin 2002 p. 247 et suiv., 引用は, p. 249.