

法の中に見られる男性観・女性観

——家族法を手がかりとして——

松井 秀征 (立教大学法学部 助教授)

1. はじめに——ジェンダーと法律学——

わが国の法律学において、ジェンダー（社会的文化的性別）の視点をもって議論が展開されるようになったのは、つい最近のことである。むろんこのことは、わが国の法律学が性差別の問題に無関心であったということを意味するものではない。日本国憲法は、14条において性別による差別を禁じ、この理念は個々の法令にも反映されている。また、裁判所も現実に行われている性差別には適宜対処してきた（たとえば、男女別定年制を公序良俗違反とした最判昭和56・3・24 民集35巻2号300頁参照）。

だが、問題はここから先にある。憲法上の平等原則に基づき平等の問題を考える場合、属性に応じて合理的に異なる取り扱いをすることは平等とは矛盾しないと考えられている（たしかに、0歳の子供に選挙権を与えることは無意味であるし、出産直前・直後の女性に何らの保護を与えないことは有害である）。したがって性別の問題に関しては、男性・女性という単純な属性をもとに、「形式的」に扱いを同じくすれば、それで憲法上の要請は満たされることになる。近時のジェンダー研究の成果によれば、すでに社会構造の中には性別役割分業の要素が組み込まれているというが、その制定当時の社会構造を前提にする法律も、以上の憲法理解によれば「平等」なものとして認知される可能性が出てくる。

近年、法をジェンダーの観点から論ずる研究では、次のような方向性で議論が展開されている。第一に、性別分業の要素を有する社会構造が、現にどのような形で法制度に反映されているかどうかを解明する方向性である。そして第二に、法的手段をもって、その性別分業構造を変革し、解体する方向性である。以下では、わが国の家族法を手がかりに、ひとつの試論を展開してみることとする（以下、「家族法」という場合、民法中の「親族」編および「相続」編の総

称を指す)。

2. 法の前提とする家族像

法が家族に深い関心を寄せるのは、家族が社会の基礎的な単位となってきたからである。そして、第二次世界大戦後の新しい憲法と新しい家族法が前提とした家族像は、夫婦と未婚の子からなるいわゆる近代的小家族であった。このモデルは、戦前の「家」制度と男女の不平等を排除することを目的としており、当時としてはすぐれて先進的なものであった。しかし、近年のジェンダーの視点が提起する問題意識は、まさに一見すると何の問題もなさそうなこの家族像に向かう。

① 不純物の存在

まず、家族法の有する近代的小家族像には、若干の不純物が混じりこんでいるとの指摘がある。たとえば、夫婦同氏を定める規定（民法 750 条ほか）は、その例だとされる。近年の研究によれば、このような規定は、新しい家族法制定に際しての保守派の抵抗によって入ったものだという。

もっとも民法の起草者たちは、このような不純物ができる限りミニマムなものとして評価していたらしい。氏の問題にしても、あくまでも個人の同一性を識別するための手段としてとらえられており、「家」的な家族集団に付着するものとは考えていなかったようである。

② 民法の白紙条項化

家族法の規定を見ると、少なからぬ部分が当事者の協議によって決定できるものとされていることに気づく（①に示した夫婦の氏もこのことが妥当する）。このような家族法の規定の体裁は、家庭裁判所における家事調停・家事審判の仕組みとも相互関係にある。わが国における多くの家事事項は、まず当事者の協議に委ねられ、それがまとまらないと家庭裁判所における調停に委ねられ、さらにこの調停が成立しないと審判をもって決せられるという仕組みになっている。むろん、協議、調停、そして審判のいずれの段階においても、家族法上の枠が存在することは確かである。だが、その枠の中では裁量が広く利くのも事実である。このことは、社会の急激な変化や当事者の個別具体的な事情に対応できる反面、現実の力関係がそのまま法律関係に反映されてしまう危険もある（婚姻に際して夫の氏を名乗る場合が 90% をはるかに越えるという事実はその証左かもしれない）。

③ 正統・異端のレッテル

ある家族像をモデルとすることは、それ以外の家族のあり方を排除することにつながりやすい。近代的小家族をモデルとする現在の家族法においては、法的な婚姻とそこから誕生した嫡出子が尊重される。

しかし、現実の多様な家族の中には、このようなモデルに合致しない例もままあります。そのような家族に対して、法は、「正統」な家族とは異なる扱いを施している。著名なのは、非嫡出子の相続分の問題であるが(民法900条4号)、その他にも社会保障や税制等、法律婚よりも事実婚の場合に不利益を受ける例は多く存在する。

3. 法の及ぼす社会構造

3-1 形式的平等のもつ意味

① 性別役割分業

戦後の家族法が採用した近代的小家族モデルは、「家」制度から自由な労働力を供給し、わが国の高度成長に寄与したといわれる。社会学の研究によれば、このような高度成長を支えた労働力には、性別役割分業が不可避的に伴っていたという。すなわち、高度成長期における流動性の高い労働力は企業内に包摂されたのだが、これに融通無碍に対応できたのは、性別分業を基軸に据えた小家族であった。男性(=夫=父親)は、いわゆる苦患労働に耐えて自分の役割をそこに特化し、その反面として女性(=妻=母親)は、家庭内にその役割を特化した。企業の側もこれを前提として、男性の稼ぎで家族を養いうるような賃金体系を整え、家族諸手当や生活給型賃金カーブ等の配慮を行っていた、というのである。

これに対して法は、以上の事実レベルでの性別分業に対して沈黙してきたといってよい。たとえば家族法は、表面的に平等・中立であり、それ以上に事実レベルで性別分業がなされようと閑知するところではなかった。同様のことは、社会保障や税制の問題にも妥当する。たとえば、税制の配偶者控除は、夫の賃金で家族が生活することを前提に、専業主婦たる妻を持つ者の優遇を図るものとして現実に機能している。だが、法律上は「配偶者」の控除を認めるものであるから、男女の属性とは無関係であって、平等・中立である。しかし、事実レベルにおける「配偶者」とは、圧倒的に女性が問題となっており、結果として性的分業を支持する形になる。

つまり、家族法をはじめとするわが国の法がもつ平等原則は、その形式性・中立性ゆえに、徹底して男性・女性という視点を排除している。しかし、事実

レベルで男女間に差異の構造が存在するとした場合、これに対処することをも困難なものとしてしまう。とりわけ家族を単位とする家族法の場合、さらにその単位の中に法が入り込むことはできず、法の及ばない領域を法が認めることになりうるのである。

② 社会構造の変化

近年、家事労働の軽減や外部経済状況の変動などから、女性労働が多く展開されるようになっている。また、海外における諸運動とも相まって、男女平等の意識が啓蒙されるようになっている。このような事情の変化は、家族という外皮の中から個人を析出させ、近代的小家族像と現実の家族との間の矛盾を生じさせうる。

問題は、家族法の有する近代的小家族像が、以上の矛盾の下でお維持可能かである。この点に対する一義的解答を導くのは極めて困難であるが、次のように考えることはできるだろう。すなわち多分に白紙条項化され、社会構造の自律的領域を認めていた家族法にとって、その枠内にある社会構造の変化はそのまま是認することが可能だということである。

3-2 裁判所の謙抑的態度

それでも、立法時に前提とされた社会構造が大きく変化する時期には、とかく既存の法律では対処できない問題が生じやすい。だが、家族法のように価値観の対立が激しい分野では、迅速な法改正がなかなか期待できない。そこで、具体的な紛争を処理する裁判所に期待される役割は大きくなる。以下、2つの例を手がかりに裁判所の態度を検討することとする。

① 夫婦別姓について

既述のとおり、民法750条は、夫婦が同じ氏を名乗るものとしている。平成8年（1996年）1月、法制審議会から出された民法の改正要綱案では、選択的別姓の制度が提示されている。だが、この案には一部議員からの反対も強く、立法にまでは至っていない。そこで民間企業などでは、通称使用を認めることで、この点に対処する動きが見られるようになっている。

では、国家公務員につき、この通称使用が認められるだろうか。図書館情報大学のW（旧姓S）教授は、大学内での勤務関係に関わる文書につき、旧姓名を使用することを再三にわたって申し入れた。だが、大学側がこれを拒絶したため、旧姓使用を認める訴え等を国に提起した。この事件の論点の一つは、以上の戸籍名使用強制が憲法上認められる人格権に反しないか、という点にあつた。これに対して裁判所は、東京地裁は、夫婦同氏の合理性を認め、憲法上の

主張は認めなかった（東京地判平成5・11・19 判例時報1486号21頁）。なおこの事件は、控訴審において、一定範囲での旧姓使用および旧姓併記を認める旨の和解が成立している。

② 非嫡出子の相続分について

法律婚関係にある夫婦は、事実婚関係にある夫婦に比して、法的に少なからず優遇される。たとえば民法900条4号は、非嫡出子の相続分は、嫡出子の2分の1としており、これを法律婚の優遇と見ることも可能である（ただし非嫡出子の相続分の問題は、これとは別に嫡出子が存在する場合にのみ生じる。事実婚にある男女間の子のみが存在する場合、何ら問題は生じない）。

近年、この非嫡出子の相続分に関する規定につき、合憲性が争われる事案がしばしば見られる。最高裁は、民法900条の補充性、民法における法律婚主義の採用、そして立法理由などに言及し、当該規定は立法府の裁量判断の範囲内にあるという結論を出した（最大判平成7・7・5民集49巻7号1789頁）。

③ 小括

裁判所は、法の前提とするモデルと異なる家族の事案において、法のモデルを現実の家族に適応させるという解決をとっていないようである。たしかに、家族法の問題は憲法問題となりやすく、司法の場における価値判断が難しいということはある。また、以上二つの法規定がともに改正課題となっており、立法府との関連で中立を保つ必要があったのかもしれない。ただ、結果だけをとらえる限り、裁判所は家族法の事案において法と実態の乖離に直面した場合、法を実態に適合させることに謙抑的であるように見える。このことが、結果として旧来の社会構造を制度的に維持する側面があることは言うまでもない。

4. おわりに

以上の議論を踏まえて、冒頭に設定した問題をふりかえることとしよう。

第一の問題は、性別分業の要素を有する社会構造が、現にどのような形で法制度に反映されているか、というものである。これに対する答えとしては、憲法上の平等原則が家族法を含め下位の法令を拘束する以上、直接的には反映されていない、ということになる。その限りにおいては、法の中に男性観・女性観があるという議論は意味をなさない。しかし、家族の内部事項を当事者の自治に任せるとする法のあり方は、決して現実の平等を約束するものでもない。結果として、法は、現に存する男女間の力関係をそのまま所与として受けとめるとの価値判断を有しているともいえる。

そこで、法的手段をもって、その性別分業構造を変革し、解体するにはどうすべきか、という第二の問題が必要となる。端的には、性別分業構造が社会構造として看取できるのであれば、法が形式的中立を保つのではなく、それを是正するための措置をとっていくことが必要になるのかもしれない。しかしながら立法作業は、政治的な産物であって、以上のような是正措置が迅速に行われる保障はどこにもない。そこで期待されるのは裁判所の役割であるが、この点に関しても経験的にみる限り、わが国の場合はまだまだ難しい面がある。

ジェンダーの観点から見た場合、わが国の法律学の課題は、この第二の点にあるといつてもよいのかもしれない。

<参考文献>主なもののみを掲げる。

岩波講座 現代の法 11『ジェンダーと法』所収諸論文（岩波書店・1997年）

木本喜美子・家族・ジェンダー・企業社会（ミネルヴァ書房・1995年）

利谷信義・家族と国家（筑摩書房・1987年）