

研究ノート

ケア関係から見た婚姻制度の再検討に向けて

池田 弘 乃

酔っぱらっているのか、夫は呂律がまわらない口調で言った。

『『家族』と銘打った人間が本当は他人とどう違うのか、もう誰にもわからなくなってる。本当は、僕らはもうすでに失っているんだよ』……「家族」はついさっきまで、私たち二人の大切な宗教だったではないか。酔っているなら、これが夫の本音なのだろうか。私たちは、家族という宗教の敬虔な信者で、だからこそこうして、たいして知りもしない他人同士が同じ部屋の中で安心しきって暮らしているというのに。

村田沙耶香『消滅世界』173頁（河出文庫、2018年）

1. 本稿の目的
2. 婚姻制度の未来
3. 生の脆弱性
4. 新たな立脚点は何か？

1. 本稿の目的

本稿では、婚姻制度の根本的な再検討に向けて、その未来についての様々な可能性を、ケアの提供・享受という論点に特に注意しつつ素描してみたい。まず第1節では、家族法については弱者保護法としての意義に着目し、家族については或る人の生にとって「自然かつ基礎的」と感

じられるような関係性という見方から出発する。その上で第2節では、現行の婚姻制度についてどのような代替的な未来像がありうるかを素描する。そこで仮に親密な関係性について当事者の契約による規律を可能にしていく場合、依存的な存在に対するケアの問題についてはどのように考えればよいだろうか。第3節では、人の生が抱える普遍的な脆弱性という観点から、それに対する保障に関わる論点を瞥見する。最後に第4節では、今後の家族法の立脚点として理念上重要と思われる幾つかの論点に触れることにしたい。

1-1 家族という単位：法の側から

「家族は社会の自然かつ基礎的な単位（the natural and fundamental group unit）である」という表現がある⁽¹⁾。しかし、あえて「家族は社会の自然かつ基礎的な単位なのか？」と問いかけることも可能なのかもしれない。家族とされる関係性であってしかも「自然かつ基礎的な単位」でない場合を想定することができるようにも思われるからである。もっとも、最高裁判決や人権規約の表現は、なぜ家族が特別の保護や考慮の対象となるのかというありうべき問いへの予めの答えとして「自然で基礎的な単位だから」という修飾がなされているにすぎないのかもしれない⁽²⁾。

この「自然かつ基礎的」であるはずの制度に対する日本法の態度につ

(1) 世界人権宣言16条3項を受けた自由権規約第23条1項、社会権規約10条1項、また移住労働者権利条約44条1項等参照。いわゆる夫婦同氏合憲判決（最大判2015〔H27〕年12月16日民集69巻8号2586頁）もこの表現を用いている。

(2) この点で、自由権規約23条については、家族の「多様な形態のなかで一定のものを望ましいとして保護の対象とする視点は、国家による統制へとつながるおそれがあることに留意されなければならない……。」との指摘があることは後述の議論との関係で重要である（宮崎編著1996：235、今井雅子執筆）。なお、社会権規約10条について人権委員会案の「家族は婚姻に基づかなければならない」という部分は第3委員会段階で削除されていることに留意したい（同上67頁）。

いては、水野紀子の次の警鐘が重要である。水野は、家族の多様化を称揚する言説のなかで、日本法では国家による家族内の弱者保護が非常に弱かったことが等閑視されていないかとの警告を発している。日本の家族に関わる法制度は、「明治民法の極端な「家」の私的自治をそのまま当事者の私的自治に横滑り」（水野2017：54）させたものである（具体的には協議離婚などの協議の多用や白紙条項的あり方）という分析の下、水野は弱者保護のための家族法の重要性を強く訴えてきた。そこから、例えば法律婚保護の目的として「子の幼い日々を守る暖かい繭」としての意義を強調する見解も出てきている。

家庭が子の幼い日々を守る暖かい繭としての機能を果たすためには、法が家庭を守らなければならない。この法の保護がないと、母と子は父に捨てられる危険が高まるだろう。安定した家庭ではぐくまれる子が多ければ多いほど、その社会は安定した平和なものになるであろう。（水野1998：76）

また別の論考では、次のようにも述べている。

家族法の第一義の任務は、若い男女が結婚して家族を作り子を生み育てる環境を、安定的に確保することにある。夫婦同氏強制制度は、その家族の成立自体を阻害するにいたっている。戸籍の存在ゆえに、わが国では家族法が家族法として機能できずに、むしろ国民の登録法として現われる場合が多かったといえるのではないであろうか。戸籍が個人ごとの編成に改正されることによって、わが国の家族法が戸籍の桎梏から逃れることができ、真の家族法へと脱皮できるものと思われる。（水野1992：171）

ここには2つの主張が含まれている。1つは①「家族法の第一義の任務」について、もう1つは②「家族法が家族法として機能〔することの必要性〕」である。①を達するために法律婚が重要であると考えるので、②の主張がなされている。本稿は、②を肯定し（「弱者保護のための家族法」という観点が欠くことのできない視点であることを前提とし）た上で、そのためには①についてさらに考察を深める必要があるだろうとの立場から出発する。「男女が結婚して家族を作り子を産み育てる」という一連の経緯のうち特に「子を産み育てる」ことについて、それを「子が生まれ育つ」という観点からも考えるとき、法には何が求められることになるのだろうか。それは家族法の根源的な任務を、あらゆる子にとっての養育環境の保持というところに見定めることになる。この観点からは、一夫一婦の婚姻以外の形で養育主体を考えることがかえって積極的に求められるかもしれない。それは現在法律婚と呼ばれている制度の刷新にこそつながるかもしれない。「子を守る暖かい繭」という表現には、一見したところ以上にラディカルな発想が込められているかもしれない⁽³⁾。それは家族法の任務についての峻厳な反省を迫ってくる。そしてそこでは、子以外の依存的存在に対するケア（例えば介護）と家族との関係についての再考も深刻な課題となる⁽⁴⁾。

1-2 自然かつ基礎的な関係性：生の側から

「家族は社会の自然かつ基礎的な単位」であるという表現には、制度から出発する読み方とは逆の読み方もできるかもしれない。例えば、そ

(3) これは、万人にホームを保障することという後述4-1の論点に関わる。

(4) 例えば「《家族による老親の看護や介護は、本来家族の「自助原則」の枠内でなされるべき無償の家事労働の一部である》という発想を根本から問い直してみる」必要（原田1992：55）という課題は、介護保険法の制定を経た日本社会で、どこまで果たされたのだろうか。

れぞれの人にとって最も「自然かつ基礎的」と感じられる親密な⁽⁵⁾関係性について、それをその人自身にとっての家族と呼ぶことができるといった形で。それは、その人が暮らす社会で「家族として」法的な保護を受ける関係性と一致はしないかもしれない。本稿ではこちらの側から、つまり或る人の人生と生活にとって「自然かつ基礎的」と感じられる親密な関係性の側から、そこに法制度はどこまで、どう関わっているのか、そして、これからどう関わっていくべきなのかについて考えていくための基礎的な整理を試みてみたい。まずは婚姻制度の代替案の可能性について簡単に素描することから始めてみよう。

2. 婚姻制度の未来

婚姻制度の未来を大まかに三つの方向性に分類することから始めよう。現行制度の理念の維持、変更、廃止の三つである。変更の中には、現在よりも関連する要件効果を厳格化したり緩和したりするパターン、婚姻自体を多元化するパターンがありうる。

2-1 現行制度の維持

現行の婚姻制度については、夫婦の氏のあり方や事実婚との異同に関わる法的論点や家事労働負担の不均等など実態についての論点が山積している。関連して親子法制も、嫡出性、嫡出推定、認知制度の未来をどう考えるかという難問が多数存在する。そして「婚姻とは、妻が産んだ子を自分の子であるとして引き受ける約束である」（大村2017：140）と

(5) ここに「親密な」という修飾語を挟むことは、後の議論との関係で多分に論点先取のきらいがあるが、「親密な」という表現の内実の探索については別稿を期したい。ここでは、具体的な他者の生・心身の配慮をする関係としてイメージしておく。

いう見方があることにも示されているように現状では婚姻制度と親子法制が密接に関連していることはいうまでもない。親子法制の問題は、誰が生殖補助技術・医療（assisted reproductive technology）を利用できるのか（より具体的には法律婚カップルにのみ利用資格を限定するのか）という問いとも連動している。

おそらく現行制度維持の下では、裁判所の解釈に求められるものはますます重いものとなるだろう⁽⁶⁾。どこまでが司法や行政による解決に委ねられ、どこからが立法による対処に委ねられるのかは問題によって様々だろうが、どちらについてもその指針についての議論が必要である。そしてその議論は、たとえ現行制度を維持するという方針をとったとしても、何が現行制度の軸となる理念なのかの明確化を伴うものとなるであろうから、実質的には「維持」といっても、現行制度の理念の再度の意識的な選択ということになるであろう⁽⁷⁾。

2-2 変更⁽⁸⁾

次に、現行制度を変更するとしたらどのような可能性があるだろうか。変更というとき、何をどこまで動かしたとき、それはもはや制度としての婚姻ではなくなるのだろうか。構成員（membership）の問題を含めた要件の観点と法的効果の観点の2つの側面からみてみよう。

(6) 前掲最大判2015（H27）年12月16日における寺田逸郎裁判官の補足意見（「国民的議論、すなわち民主主義的なプロセスに委ねること」への言及）を参照（前掲民集2600頁）。

(7) 婚外子の法定相続分差別に対する違憲決定（最大決2013〔H25〕年9月4日民集67巻6号1320頁）への反発として、与党の一部から配偶者保護の必要性が主張されたことが、配偶者居住権等を新設した2018年7月の相続法改正（平成30年法律第72号）のきっかけとなったことは、法律婚の理念があらためて問われざるを得ない状況となっていることを示す一例である。

(8) 近年の日本における法律婚の相対化（要件効果の緩和と特権的地位の限定）の動向については（吉田2017）参照。

2-2-1 構成員の拡大・縮小の可能性

まず構成員の拡大・縮小の可能性である。最大限まで話を広げれば、種の問題⁽⁹⁾が存在するであろうが、より現実的な問題としては、人数の問題がある。例えば、3人以上⁽¹⁰⁾の婚姻についてどう考えるかという論点である。さらに、年齢・時間の問題（婚姻適齢の是非や再婚禁止期間の是非）もある⁽¹¹⁾。国籍と戸籍に関わる側面も人の移動がさらに加速するであろう社会においては重要な論点である。その他の婚姻障害（近親婚の禁止等）の是非やその内容も検討する必要がある。

構成員の拡大という側面で現在、最も注目を浴びているのは「性的指向」に関する（そしてそこに限定した）拡大の方向性の是非についてであろう。つまり、同性間でも可能とする、あるいは性別不問とするといった方向性である（ここには法的性別の在り方も関連してくる⁽¹²⁾）。そこからさらに性愛関係を不問とするところまで進む議論も存在する（齊藤2017）。この議論の際には、性の多様性を、アセクシュアルなども視野に入れてより根源的に捉える必要がでてくるだろう⁽¹³⁾。現在の法制は性愛関係を一般的には前提としているだろうが、要求しているとはまではいえないかもしれない。性愛関係の不在が離婚原因として問題となること

(9) 人間以外の動物との婚姻、非生物との婚姻（エッフェル塔と「結婚」した Erika Labrie 氏について、参照 *The Independent*, 2008年5月25日）、法人との婚姻等々……。

(10) ポリアモリー当事者から要求がありうるだけでなく、性愛の考慮とは別に複婚制度を求める者がいるだろう。

(11) 理論的には、年齢以外にも現行の要件にさらに要件を加重して、婚姻制度の利用に今よりも厳しい制限を加えるという選択肢も存在する。そのことを考えると縮小というよりは参入制限と言った方がよいのかもしれない。

(12) 性同一性障害者特例法3条1項2号は、法的性別が同じ者同士の婚姻状態が生じるのを避けるために、性別変更の要件として「現に婚姻していないこと」を挙げている。

(13) アセクシュアルについては池田（近刊）の参照を乞う。

はありうるが、そもそも不在とするものとして婚姻関係に入ることと同意的場合について、婚姻の成立をそう容易に否定できるかどうかは難問である⁽¹⁴⁾。

2-2-2 法的効果の拡大・縮小・カスタマイズの可能性

日本における法律婚の法的効果としては現状では以下のようなものがある。網羅は意図せず目につくところを列挙してみよう。民法750条による「夫婦同氏」（同氏が可能になっているともいえるし、それ以外の形では法律婚ができないという意味では「強制」されるともいえる）、752条による「同居・協力・扶助の義務」、755～762条による「夫婦財産制」に関わる一定の効果（デフォルトとしての法定財産制は夫婦別産の原則をとる）、772条に代表される「嫡出推定」に関連する効果（前掲大村2017：140）、法律婚の場合にのみ認められる共同親権、「養子」に関わる効果（特に特別養子縁組で養親になれる者を法律婚をした者のみに限定する817条の3）、法定相続権……。これらに加え配偶者ビザに関する問題、（同居義務規定または離婚原因規定〔770条1項1号〕から導出されうる）貞操義務、税法上の一定の優遇措置などもあげることができる。さらに、戸籍に表示されることや公的証明の問題も無視できないものである。

これら諸効果について、何らかの項目について選択肢を増やす（例えば、氏について選択的に別氏も可能にする）、あるいは特定の項目を含まない形態を設けるといふ制度設計がありうる。婚姻の多元化ということもできようが、それが「法律婚に結びついているさまざまな権利義務の束を一旦解体して、アラカルト方式で当事者に選択させ、その結果多様に

(14) 例えば、婚姻意思の説明における（窪田2017：19－20頁）の設例（高齢の資産家BがAの身体に触れないことを約束したのでBとの婚姻に同意したA等）を想起せよ。

生ずるであろう権利義務の組み合わせの全部または一部を、正規の婚姻として法認」したり「当事者を多様化」したりするものである場合、(安念2002:26)、何をどこまで法認するかという難問に直面することになる。

法律婚に与えられる諸効果は、それなりに事実婚の当事者にも与えられることがある。もし法律婚を多元化するのであれば、あらためて事実婚への保護とは何であり、何を根拠とするものなのかが問われることになる。そこでは婚姻する意思の位置もあらためて問題となるだろう。そこから、意思や意思に基づく地位を基準とするのではなく、何らかの機能を果たしたことに着目して、それに対して保障・給付を行うというやり方も有望な代替案として登場することになる(後述3-2参照)。

2-3 廃止

多元化にとどまらず、あらゆるアラカルト方式による選択を法認することになれば、それは婚姻制度の廃止論ということになる。通常婚姻制度廃止論とは、家族の解体論(共産化論?)のことではなく契約化のことを指して用いられるだろう⁽¹⁵⁾。あるいは、それすら超えて、婚姻制度が現在規定しているような事柄に法は関与しないという意味での廃止論も想定しうる。私的に家族を営むことを禁止する家族解体論には、プラトンの『国家』篇に描かれる守護者階級における子の養育の共同化からキブツ、そしてポルポト派まで様々な提案や実験が存在するが、ポルポト派のような実験の帰結については多言を要しないであろう(小倉1993)。もっとも文学等の構想力が描き出す世界に触れておくことで、想像力の幅を広げておくことには大きな意義がある⁽¹⁶⁾。

では、廃止論としての契約化とは何か。そこでは家族関係について個々

(15) 契約化論については、例えば(安念2002)や(森村2012)参照。

(16) 例えば村田沙耶香『消滅世界』(河出書房新社、初出は2015年)で描かれる人間の「繁殖」に関する実験都市を想起してみたい。

の当事者が各自の意思によって契約を結んでいく。もっとも、カップルの財産や家事分担について契約を語ることは可能だったとしても、専ら人格に関わるところで契約を語ることは可能なのか、意味をもつのかという問題は考えなければならない⁽¹⁷⁾。契約という概念がもつ請求権や強制執行といった概念との結びつきを忘れてはならない。そして契約化の議論では、それらの契約に関わる強行法規との関係を考える必要がある。特に最重要論点の1つとして、親子法の問題が存在する⁽¹⁸⁾。

それは、家族についての契約といっても関係性に応じて場合分けしなければならないだろうということでもある。非対称性がないか少ないと想定できる関係性においては、当事者の合意に委ねてよいところが多いだろう。もちろん、現実には「対称性」を無造作に前提することができないことは要注意である。これに対して、乳幼児・子の養育、高齢者の介護等の非対称性が前提である関係性においては、強行法規として設定する必要のある部分が出てくる可能性はより大きい⁽¹⁹⁾。依存的存在に対するケアの提供という局面で、ケア関係のうち当事者の自律に委ねうる部分と、公的な規制あるいは公的な責任によって保障される部分との兼ね合いが問題となる。

(17) 法が、親密な人格的關係を捉えることが「本来的に不得意」であることについて（吉田2017：50）。

(18) そこには、子の「養育の引き受け手が誰も現れない場合のデフォルト・ルール」をどうするか（安念2002：29）を含め、血縁上の母や父とそれ以外の「親」候補が養育にどのように関与しうるのかについて多くの問題があるだろう。また、親権が子の利益のため親に信託されたものだと考えていく場合には、その延長線上に親業の免許制への議論が出てくることについては、LaFolletteやJ.S.Millを引きながら論じる（Kymlicka：90ff）参照。

(19) さらにその非対称性も、育児の局面と介護の局面では性質が大きく異なってくる（池田2017）。

3. 生の脆弱性⁽²⁰⁾

依存的存在に対するケア提供については、依存的存在に対するケアに関わる者に生じうる派生的依存・二次的依存にも注意しなければならない。この問題を人間の生の脆弱性（vulnerability）という視角から眺めてみよう。

3-1 普遍的な脆弱性

普遍的な脆弱性とは人間の普遍的で恒常的な条件としての脆弱性のことである。そして、脆弱性と脆弱性ゆえに依存することとは生にとって逸脱的な状態ではなく自然で不可避のものである（Fineman2013:17）。この不可避の依存状態にある者をケアする者は、ケアをうまくやり遂げるための資源に依存することになる。これが派生的な依存である。後者は性別分業を前提とした家族が行うことでしばしば不可視化されてきた。不可避的依存は無視され、派生的依存は問題とみなされないことが多かった。またそのあり方は人々の選択・契約に委ねられるものと考えられてきた。

そのような現状への対案として Fineman は「応答的国家」（responsive state）を提示する。それは、脆弱性に向き合うために必要な資源や回復力・弾性（resilience）を蓄積できる仕組み・手段として国家を捉える（同上 p. 19）。その目標は人々が「傷つかなくなること（invulnerability）」ではなく人々に回復力を保障することである。回復力を構成するのは物質的資産（貯蓄、投資など。相続税制とも関わる）、人間的資産（ケイパビリティなど。保健、教育、雇用システムに関わる）、社会的資産（関係性、ネットワーク、共同体・集合体に属することなど）、環境資産（自然環境）、

(20) 脆弱性の分類については（Mackenzie et al. 2014: 7-9）参照。

実存的資産（信仰、文化、芸術など）であると説明されている。

以上の普遍的な脆弱性に対して、状況による脆弱性というものもある。そこでは、一定の人々が特に（他からの危害に）傷つきやすいことに注目し、権力や依存の不平等関係に着目する。それは人間一般の脆弱性に解消されない。しかしこれは同時に特定の人々のステレオタイプ化とその人々へのパターンリズムの可能性を伴うことになる。さらに、脆弱さへの対処がさらに脆弱さを生むこと（pathogenic vulnerability）にも注意が必要である。例えば、介入が対象者の自律を掘り崩し、無力感を悪化させることである（Mackenzie et al. 2014: 9）。

3-2 脆弱性への対処と法

この脆弱性への対処という課題は、婚姻制度の今後にどのような関係があるのだろうか。たとえ「法的カテゴリーとしての結婚」（婚姻）が廃絶されたとしても、人間関係において弱い当事者（子どもなど）を保護したり、共有財産をめぐる紛争を処理したり、国家の便益や税を適切に指揮するために、個人の関係性を規制する必要性は残る（Chambers 2013）。個人間の関係構築を契約ベースで行ったとしても国家規制の必要は残る。Chambers は、その規制を一括で（holistic）行うかそれとも断片的（piecemeal）に行うかという選択肢があるという（同上 p. 134, p. 137）。Chambers に拠りながらその違いをみてみよう。

3-2-1 一括方式

一括方式は、何らかの地位（status）を作る道である。例えば、民事的結合（civil union）やケア提供単位に定位し、その地位への承認と保護を国家が与える方式である。しかし、婚姻よりもケア提供に定位することの方が公共政策の基盤としてふさわしいと考えとしても、人々の生活は1つの地位に納まらないほど複雑で多様であろう。地位への着目

は、卓越主義になりえる点（価値的によい地位の承認になってしまう）でもリベリズムの観点からは問題である²¹⁾。また、意思を持つ人が申告して参入する方式（opt-in）であることも問題である。

3-2-2 断片的方式

これに対し、漸進的・断片的に規制を行う道がある。財産、子の監護、移民（家族やパートナーとしてのビザ）等の問題ごとに、国家が何に、なぜ正当な介入理由（介入すべき利益）をもつかを考えるとこの道である。そこでは、ある活動に従事する者は一定の規制下に置かれる。それを望まない者は離脱（opt-out）すればよいとされる。しかし一定のものは免脱不可な規制として存在する。この方式の場合、国家は特定の機能を遂行している全ての者に、その意思にかかわらず、標準設定（default）として権利と義務を規定することになる。法的保障の一括化（bundling）は否定され、国家は人々の地位にかかわらず、一定の機能を果たしている人には保障と規制を行い、人々はそこから意思によって部分的には離脱できる場合もある。

例えば、相続での配偶者の優遇を考えてみよう。その正当化根拠は、残された者が住居に住み続けられるようにするためであると考えられるならば、その優遇は主たる住居を受け継いだ全ての人に与えられるべきということになる²²⁾。また、児童虐待への規制という例に対しては、それは子どもと関わる万人に課されるべきということになる。ただし、家族のプライバシーへの配慮という観点から、赤の他人、職業的ケア提供者、家族としてのケア提供者では基準が違ってよいだろう。

(21) 卓越主義の問題について、同性婚批判の文脈で論ずるものとして（松田2018）参照。

(22) この点に関連して、姉妹間で相続税に関する優遇が受けられないことについての異議申し立てであるバーデン姉妹対英国事件を素材に鋭く論じる（齊藤2017）参照。

3-2-3 国家の役割

それでは断片的規制の方向に進む場合は、国家が介入すべき事項についてどのようなことが問題として残ることになるだろうか。ケア提供に関わる局面と国家による認証という局面との2つについてみてみよう。

まずケア提供に関わる局面では、関わる人の品位や尊厳を保障することが、ケア労働者とケア享受者との双方において課題となる。もちろん尊厳とは何かは非常に難問である。それでも、議論を停止させるための答えとしてではなく、議論を喚起するための概念としての役割は少なくない。加藤泰史の言葉を借りれば「これまで不可視であった問題をまさに社会問題として発見し可視化するために、この概念〔尊厳〕はその問題に関する議論を公共的に巻き起こしてその議論をさらに推進する原理として機能する」のである（加藤2017：28-29）。

なお、ケア提供について考える際には、ケア負担の国際分業の問題（Parreñas2015）も無視できない。日本社会にとっても、看護や介護労働に携わる外国人労働者（特に外国人女性労働者²³）がEPAや技能実習生、外国人家事支援人材などの形で増大するのに伴い、ケア負担の国境を越えた公正な負担とそのために国家がなさなければならないことの検討という課題はより切実なものとなる。

次に、国家による認証の局面である。個別の契約による関係性に対してその公的証明書や登録制度を求める欲求にどう対応するかという課題である。もっとも、現在の婚姻制度を念頭に、そのような制度を通じて承認されることへの欲求もあるのだとすると、現在のような婚姻自体が

²³ この点については、「フィリピン人移民女性労働者は、フィリピンにおける1つのジェンダー階層化（gender stratification）のシステムから出発して、合衆国やイタリアといった先進資本主義産業諸国におけるもう1つのジェンダー階層化のシステムへと参入するにすぎないのだ」という重要な指摘がある（Parreñas 2015：37）。

なくなったとき、公的承認への欲求もまた変容することになるのかもしれない。それでも、医療への同意や臨終の見取りなどの場面で、特に関係者自身の意思確認の術が失われているような状況で、現状においては婚姻関係などの法的関係にあることが、関係性の証明として非常に強いものであることに鑑みれば、予め一定の関係性を証明可能なものとしておきたい当事者からの公的認証制度へのニーズは少なくないだろう。

4. 新たな立脚点は何か？

最後に、家族の法についての原理的な再検討にとって、その理念に関わる論点を若干提示し、今後の考察の足掛かりとしよう。

4-1 ファミリーからホームへ

ケアに関わる尊厳について考えていくにあたっては、家族についての岡野八代の次の表現が大きな示唆を与えてくれる。

家族が「一体不可分の場所」であるどころか、異なる時空を生きる他者たちが壁を抱え込み、だからこそ、なんとか「ことば」を交わそうとする場であること……。 「ことば」を交わそうとするのは、しかし、通じないことを受け止めることでもある。じっと待つこと、分かりあえない状態から、予期し得ない形で他者の尊厳に気づかされる時が到来することを、そうした受け止めからわたしたちは学んでいく。（岡野2012：241）

岡野は、この営みが国家に回収されない術をみいだすべき、という（同上 242）。それは具体的には、例えば異性愛のみの婚姻制度に異論を呈し、家族機能の外部的による社会福祉の改編を促し、国家性暴力の傷を語り

合うサヴァイヴァーたちのカムアウトを支えるといったことにつながっていく。

人間はその脆弱さゆえに、他者との複雑な関係性が不可避である。そこから、互いのユニークさ、かけがえのなさに気づき、そこに個としての尊厳が宿る、と岡野は言う（同上351）。それらが生まれうるような場としてのホームが万人に保障されるためには何が必要なのか（Young 1997, 池田2018）。その関係性から離脱できる権利の保障も含めて考察していく必要がある。

4-2 憲法24条の真価

今後の家族や婚姻制度の再検討の際に、家族について言及している憲法24条²⁴⁾はどのような意義をもつのか。同条について、樋口陽一が次のように述べていることは広く知られている。

憲法二四条は、何より、旧家族制度を否定して近代家族の理念を憲法上の公序として設定する意味を持ったが、他方では、「個人の尊厳」に言及——近代憲法の窮極の理念としての「個人」にいわば総論的に言及した一三条のほかにあえてここで一箇所——したことによって、近代西欧家族の「個人」が実は家長個人主義……というべきものだったことへの、批判的見地を含んでいる。家族の問題について「個人」を徹底的につらぬこうとすれば、二四条は……ワイマール憲法の家族保護条項とは対照的に、家族解体の論理をも含意したものとして読むことができるだろう（もっとも、

24) もちろん同時に憲法の他の規定、特に世襲の身分制度である天皇制度（それに伴う基幹的な人権の剥奪ないし深刻な制限）の再検討は、家族を考える視点からも強く要請される。

「両性」の本質的平等とのべているかぎりでは、同性の結合による「家族」を憲法上想定するほどには徹底していないが。

(樋口2010: 278)

同条が「家族解体の論理を含意」するとの指摘は重要である²⁵⁾。24条2項が「両性の本質的平等と個人の尊厳」という理念を提示していることは、同項に「配偶者」や「婚姻」等の文言が含まれているにもかかわらず、婚姻を基軸とするのではない家族法の再構築の模索を積極的に促しているように思われる。そこには確かに現行の婚姻中心の「家族解体の論理」があり、その先には個人の尊厳に立脚した新たな家族法の論理構築を試みる可能性が開かれている。その最も有望な形態は、少なくとも成人間の親密な関係性のあり方については当事者の契約に委ねるものだろう。そこでは、「同性の結合による「家族」も憲法上十分想定できるし、想定しなければならない²⁶⁾。同項の「法律は……」という表現は、契約に委ねえない部分、すなわち新たな多様な家族の中における弱者(典型的には他者のケアに依存する者)の保護について、実効的な保護法制が準備されるべきことを規定するものとして役割を果たすことができるだろう。「両性の」本質的平等という理念は、個々の家族が両性から成

25) (中山1995: 208-209)も参照。

26) その上で、同性婚の法制化ではなく、むしろ婚姻の廃止こそが「個人」に立脚した家族法の出発点となるのではないか。この点で、24条1項が婚姻という制度を憲法上保障していると考えるときには、同条1項と2項の間の衝突可能性が意識されることになる。関連する論点として、1項の「両性」や「夫婦」という文言が同性婚の法制化の障害になると論じられることがある。同性婚の法制化に同項が障害とならないと考えられているのであれば、それは皮肉なことに日本法における婚姻がその程度にはあたかも既に相対化されたようなものとして受け取られていることの反映なのかもしれない。しかし、仮に婚姻廃止論に立たない場合でも同性婚の法制化は婚姻という制度自体についての大きな再定位となるはずであるから、1項についてもそれを明確化する形での改正は

ることを要請する文言というよりは、弱者保護法としての家族法において、性による不平等、例えば妊娠・出産に関わる特有のニーズに起因するそれに対して注意が払われるべきことを要請する文言という方向性で意義を発揮することができるだろう。

4-3 日本民法の「二つの魂」²⁷⁾

実は民法自体の中に、婚姻家族を中心とする家族像とは異なるもう1つの家族像が伏在していることについては夙に指摘されてきた。例えば、民法752条に例示されるような夫婦を中心とした婚姻小家族の家族像に対し、730条に例示されるような直系家族を中心とする同居親族としての家族像である（青山・浦本1989：136ff.）。もちろん、730条の立法経緯は多分に家制度廃止をめぐる政治的闘争をはらむものであり、同条自体には廃止論も根強い（床谷2017：62-63）。本稿も結論としては廃止論に賛同するが、730条が「同居」する人々の「扶け合い」について述べていることは本稿の問題関心との関係で示唆的である。

互いの生への配慮や生活の共同運営について扶け合っている／合おうとする関係性を家族と形容することは多いだろう。そこでは「扶け合うべきである」とすでに当事者が相互に認識し合っているのであるから、法律がそれを命ずることは無意味であるばかりか、その扶け合いの形成

考えられてしかるべきである。さらに、むしろ2項こそが新たな家族法の基盤となるべきであると考えた立場からは、1項も、家制度との訣別という原義をより忠実に表現する形で「成年者間の家族形成は、当事者の合意のみに基いて成立し、当事者が同等の権利を有することを基本とする」といった文言とすることが考えられる。「相互の協力」云々は立法レベルの考慮事項でもよいであろう。ただし、そこに「連帯」の価値を読み込む解釈の可能性については（大村2010：367）。なお、この注では憲法をダシにした粗雑な「ためにする」同性婚反対論は度外視している。

27) （青山・浦本1989：136）の表現。同論文は、民法730条無用論の立場から「二つの魂の対立・相剋」を鋭く論じている。

を強制された助け合いと分別できなくすることによって、有害ですらあるろう。他方で、現在、法的には親族とか血族と呼ばれる間柄にある人同士の間「扶け合うべきである」という認識が成立していない場合には、それを法律が命ずることは一見意味をもちそうだが、なぜその認識が成立していないのかへの視点を欠いて、ただ命じたとしてもやはり意味を持たないだろう。

憲法24条2項を踏まえるなら、法律の役割は、「扶け合おう」とする意思があるところで、その扶け合いを支えていくことに見出される。ここでは「扶け合おう」とする当事者たちは同居を志向するかもしれないし、しないかもしれない。さらに同居といっても、常時継続するもの、日常的なものに限定する必要もないだろう。そのとき「同居」という言葉は、集った時と場所が当事者にとって特権的なものとなるような関係性の一端を指し示すものとなるだろう（それは数カ月一度、いや数年に一度かもしれない。あるいはもう二度と実現しないかもしれない再会を待ち望むものかもしれない）。様々な形で家族として「扶け合おう」とする意思を支えるために、法律は何をすべきで、何から手を引くべきなのか。730条が着目していた「同居」する者たちの「扶け合い」という観念は、婚姻を特権視するところからではなく、血族や親族といった観念からでもなく、互いの生に配慮し合う親密な関係性としての「家族」から、家族法の未来を構想していくときに、730条自体の意図とはおそらく全く別のものとして、1つの大きなヒントを提供しているように思われる。

謝辞： 本稿は、2017年12月に開催されたジェンダー法学会第15回学術大会の「ワークショップA. 婚姻制度はどうあるべきなのか? : 法哲学と憲法学の観点から」における報告原稿を元にしたものである。同ワークショップに誘ってくださった川口かすみ先生、松田和樹先生に御礼を申し上げると共に、会場からいただいた貴重な質問についても、この場をお借りして心より御礼を申し上げたい。

参考文献

- Chambers, Clare 2013 *The Marriage-Free State, Proceedings of the Aristotelian Society*, Vol. CXIII, Part 2, pp. 123-143.
- Fineman, Martha A. and Grear, Anna (eds.) 2013 *Vulnerability: Reflections on a New Ethical Foundation for Law and Politics*, Ashgate.
- Kymlicka, Will 1991, *Rethinking the Family, Philosophy and Public Affairs*, vol. 20, no. 1, pp. 77-97.
- Mackenzie, Catrina, Rogers, Wendy and Dodds, Susan (eds.) 2014 *Vulnerability: New Essays in Ethics and Feminist Philosophy*, Oxford University Press.
- Parreñas, Rhacel Salazar 2015: *Servants of Globalization: Migration and Domestic Work* (2nd Ed.), Stanford University Press.
- Young, Iris Marion 1997 *Intersecting Voices: Dilemmas of Gender, Political Philosophy, and Policy*, Princeton University Press.
- 青山道夫・浦本寛雄 1989 「第730条」, 青山道夫・有地亨編『新版注釈民法 21 親族(1)』, 有斐閣, 133-149頁
- 安念潤司 2002 「「人間の尊厳」と家族のあり方 ——「契約的家族観」再論」, 『ジュリスト』1222号21-29頁
- 池田弘乃 2017 「ケアへの敬意 ——倫理から制度へ」, 『法哲学年報2016』, 有斐閣, 8-22頁
- 池田弘乃 2018 「家族の法からホームの権利へ ——ジェンダー・親密圏・ケア」, 井上達夫編『現代法哲学講義〔第2版〕』, 信山社, 271-296頁
- 池田弘乃 近刊 「アセクシュアル」, 綾部六郎他編『クィアと法』, 日本評論社
- 大村敦志 2010 『家族法〔第3版〕』, 有斐閣
- 大村敦志 2017 『広がる民法 1 入門編 法の扉を開く』, 有斐閣

- 岡野八代 2012 『フェミニズムの政治学 —ケアの倫理をグローバル社会へ』, みすず書房
- 小倉貞男 1993 『ポル・ポト派とは?』, 岩波書店
- 加藤泰史 2017 「尊厳概念史の再構築に向けて —現代の論争からカントの尊厳概念を読みなおす—」, 『思想』1114号 8-33頁
- 窪田充見 2017 『家族法 (第3版)』, 有斐閣
- 齊藤笑美子 2017 「婚姻——カップルの特別扱いに合理性はあるか?」, 谷口洋幸他編『セクシュアリティと法——身体・社会・言説との交錯』, 法律文化社, 67-78頁
- 床谷文雄 2017 「第730条」, 二宮周平編『新注釈民法 17 親族(1)』, 有斐閣, 62-63頁
- 中山道子 1995 「憲法学にとってのもうひとつの“諸個人の結合”——あるいは、家族について——」, 『立教法学』41号192-213頁
- 原田純孝 1992 「日本型福祉と家族政策」, 上野千鶴子他編『変貌する家族 6』, 岩波書店, 39-61頁
- 樋口陽一 2010 『憲法 (第3版)』, 創文社
- 松田和樹 2018 「同性婚か? あるいは婚姻制度廃止か? ——正義と承認をめぐるアポリア——」, 『国家学会雑誌』131巻5・6号369-432頁
- 水野紀子 1992 「戸籍制度」, 『ジュリスト』1000号163-171頁
- 水野紀子 1998 「団体としての家族」, 『ジュリスト』1126号72-77頁
- 水野紀子 2017 「家族の自由と家族への国家介入」, 『法律時報』89巻9号53-59頁
- 宮崎繁樹編著 1996 『解説・国際人権規約』, 日本評論社
- 森村進 2012 「親族法の私法化のために」, 『法律時報』84巻2号, 74-78頁
- 吉田克己 2017 「民法・法律婚・家族的結合」, 『国際人権』28号49-

法政論叢——第70・71合併号 (2019)

53頁