

家族の中の「他人」

— 後見及び扶養を中心とした実務雑感 —

中山 直子

1 はじめに

(1) 家族法（親族法）については、夫婦や親子という身分関係の発生・消滅・変更を規律する法律であると一般には理解されている¹。家族法の性格については、3説あり、①財産法では、意思を媒介として法律行為の効力が発生するのであり、経済的合理性が支配するのに対し、家族法では、非合理性や感情に支配される側面があることを前提として、夫婦・親子という一体的結合関係を規律するというもの、②財産法と同一の近代市民法理によって基礎づけられ、独立自由な法的主体である男女間の契約としての婚姻及びその間の未成年の子に対する監護を中心とするもの、③家族法を、私的自治の原則である財産法の世界に参加できない行為能力の不十分な人々を対象とし、要保護者に一定の保護を与え、財産法の舞台に登場させるための法であると解する説（舞台裏の装置）がある²。しかし、どちらかの説によって、家族法の問題点のすべてを説明できるものではないことは、指摘するまでもないことであろう。たとえば、家族法の中心ともいべき婚姻関係は、対等な両性の合意にのみ基づいて成立し、その間で生まれた幼い子を育て上げ、成年まで監護する（②）とともに、未成年者の経済活

¹ 岡部喜代子・三谷忠之『実務家族法講義』2頁（民事法研究会、2006年）。

² 有地亨『新版家族法論』30頁以下（法律文化社、2003年）。①は、中川善助教授、②は、川島武宜教授、渡辺洋三教授、③沼正也教授の説である。

動については、親権によりこれを行う(③)。子どものためには、婚姻関係が安定したものであることが望ましいが、夫婦の信頼関係が失われたのであれば、その解消を考えなければならず、その際、非合理的な感情に支配されることも多い(①)。その一方、財産分与は、対等な当事者間における財産の清算であり、当事者は、経済的合理性に基づいて判断していることも珍しくない(②)。1つの法律関係についても場面を変えるとその性質が異なるのであり、性質論から具体的事案の解決が導かれるものではない。

ただし、一貫して求められることは、個人の尊厳の確保と弱者へ配慮であろう。離婚は、対等な大人の交渉により決められるが、弱者である子どもの利益を損なうことのないような配慮が求められるのであり、対等だとされる男女間でも、弱者への配慮、すなわち、経済的弱者(幼い子がいるため無職である妻等)やDVの被害者への配慮が求められる。精神上の障害により意思能力が減退した者に対しては、成年後見によりその取引能力の補完が行われるが、本人の残存能力や意思を尊重することにより、個人の尊厳を全うさせようとする。

(2) 親族法は、「家族」について定義するものではない。憲法24条の趣旨からも、家制度廃止後は、夫婦とその間の未成年子(あるいは、未成熟子)からなる核家族を念頭に、戦後の親族法が起草されたといわれている。ただ、通常、子が成年に達し、独立した後も、親と子の関係は、「家族」であると意識されていることが多い。これは、老親介護の問題が社会問題となることから否定できない事実であり、家制度の残滓、あるいは、「孝」すなわち親に対する子の恭順・服従の義務という儒教思想の影響もあろうが、それだけではなく、幼少時から成長するまでの親子関係に負うところであろう。「家族」と意識される要因は、婚姻関係が比較的安定していること、すなわち夫婦と未成年子の関係が継続的に良好であることが前提と考える。

離婚の増加や再婚により、前婚の配偶者間との間の連れ子と継父母の関係、さらには、離婚後の面会交流により、「家族」の範囲は、必ずしも安定

した夫婦関係とその間の未成年子といった上記の核家族モデルに収まらない。交流の乏しかった親と子との関係は、疎遠となり、「家族」とは意識されなくなるだろう。

(3) 「家族」という概念は、一見明白であるかのようなではある。しかし、憲法施行後の家族法が制定されてからすでに60年経過しており、敗戦の困窮状態から経済の高度成長、就業構造の変化、巨大な都市化の現象、大量の物品の消費を含む日常生活の大きな変容、国民意識の急激な変化など、家庭は、大きく変容している³。現代の家族については、結婚をせずに長期的に親と同居する中高年期核家族世帯、子どもと母親からなる母子世帯、高齢期の母子世帯など夫婦関係を持たない個人が所属する世帯が比率の上では徐々に増加している。初婚の継続を伴わない家族の増加、すなわち、夫婦関係の形成から親子関係が発生するという従来想定されていた家族の周期段階の出発点となる夫婦関係が存在しないことが家族の多様化として指摘されている⁴。

(4) 「家族」のイメージも、個々人が抱いているそれと現実が一致する保証はない。夫婦関係を調整する際や、離婚訴訟で破綻の有無を判断するとき、寝室を共にするか否かを代理人弁護士が問題にすることが多いが、食事もかなり重要である。離婚訴訟で、被告とされた夫が、「妻の料理を食べたい。」と答弁書に書いたところ、離婚訴訟が取り下げられたことや、親

³ 有地・前掲、15頁以下。

⁴ 稲葉昭英「わが国における家庭の動向とその将来について」家月65巻6号頁以下（2013年）は、2000年以降の「現代家族」をその主要な対象として全体像を示している。子どもと親との同居率は、2007年以降は、無配偶の子との同居が有配偶の子との同居よりも高い割合を示すようになってきているが、晩婚化・未婚化の進展のほかに、所得の低い層の別居が減少し、同居が増加している傾向も指摘されている。ただし、稲葉教授は、社会保障制度が整備・確立されるにつれ、家族を形成しなくても生活していくことが可能となり、未婚化・晩婚化が進展するようになったとするが、未婚化・晩婚化の原因を社会保障制度の整備確立に求めている点については、にわかに賛同できない。

権が争われた際、子が料理を美味しく作る方の親を選ぶことも経験した。では、家族の食事のイメージは、どのようなものであろうか。テレビや映画で描かれる昭和30年代から40年代の家族の食卓の風景は、一家食卓に揃って同じ料理を食べるといふものだろう。だが、現代の食卓の様子は、そのようなイメージとは相当異なるようである。岩村暢子氏は、食卓を通して家庭の実態・変化を捉えることを目的としたオリジナル調査〈食 DRIVE®〉を実施したところ、「朝は起きないお母さん、お菓子を朝食にする家族、昼をひとつのコンビニ弁当で終わらせる幼児と母、夕食はそれぞれ好きなものを買ってくる家族」などの実態を明らかにした⁵。

岩村暢子氏の〈食 DRIVE®〉調査は、首都圏に在住する1960年以降に生まれた子どもを持つ主婦を対照とした調査であり、事前アンケートと食卓日記・写真撮影、詳細面接の3ステップで行われた。さらに、〈食 DRIVE®〉調査の対照となった現代主婦151人の中から、年齢、学歴、職業、世帯収入、居住地、世帯構成、子供年齢などについて偏りのない40人を抽出し、その実の母親を対照とした「親の顔が見てみたい！」調査が実施された。母親たちの年齢は、調査期間の2004年3月の時点で、平均年齢64.5歳であり、その世代は、戦中・戦後の食糧難時代に成長期を過ごし、「昔ながらの家庭の食」を食べることができずに育った人たちである。岩村暢子氏は、「〈現代家族〉の誕生 幻想系家族論の死」の最後に、親世代の特殊な生育歴の中で必然的に食は崩れたとし、「今日浮上しつつある深刻な家族問題や奇妙な社会現象のいくつかは、このような家族の歴史の上に、今ようやく顕在化し始めたことのように思えてならない」としている。

⁵ 岩村暢子『変わる家族 変わる食卓—真実に破壊されるマーケティング常識』(勁草書房、2003年)(文庫本は中公文庫、2009年)、同『〈現代家族〉の誕生—幻想系家族論の死』(勁草書房、2005年)、同書の文庫版は『「親の顔が見てみたい！」調査—家族を変えた昭和の生活史』(中公文庫、2010年)、『徹底調査! 破壊する日本の食卓』(新潮社、2007年)、同書の文庫版は、『普通の家族がいちばん怖い—崩壊するお正月、暴走するクリスマス』(新潮文庫、2010年)。個人的に、家事事件に関わる方々(家事調停委員など)に推薦したい本である。

(5) 一介の実務家に過ぎない筆者としては、社会調査はできないものの、家事事件を東京、新潟、千葉で合計11年担当した中で、個々の事件を通じて社会の家族に対する影響とその速度を肌で感じるがあった。特に感じたことは、年々、弱者への保護が家族や家族法だけでまかなうことはできなくなっていることである。それは、影響というよりも「浸食」あるいは「介入」⁶といった言葉の方が実感に近い。実務では、家族はこうあるべきという理想論に意味はなく、現実を見据えて、どこまで家族に弱者保護の機能を持たせることが妥当であるかを意識することが多かった。

具体例として、成年後見制度の運用を挙げてみたい。制度発足から現在までの経過をたどると、家族による要保護性の補完が急速に困難になっていることが顕著である。以下、成年後見制度の歴史を振り返りたい。

2 成年後見制度にみる家族

(1) 近代法の後見は、親権者のない未成年者のための未成年後見と、精神障害のために禁治産宣告を受け、行為能力を制限された者のための禁治産後見の2つの制度であった。未成年後見は、親権制度の延長として未成年者の監護教育及び財産の管理を内容とするもの、禁治産後見は、親族間の弱者保護の制度として、本人の療養看護及び財産管理を内容とする。

家長の統制権が強大な時代は、家族の中に幼少病弱な者がいても、家長が家族的共同生活団体を統率してその保護監督に当たっていたのであるから、特に後見制度を必要としない。ただ、家長自らが幼少病弱で家政を執ることができない場合に、これを補佐し、又は代表するために後見人を置く必要があった。その後、家族的共同体の結合が弛緩し、親権、夫権が独

⁶ ジャック・ドンズロ（宇波彰訳）『家族に介入する社会』（新曜社、1991年）では、フランスの捨て子の救済を通じて、近代家族に対し、国家や社会が介入し、規制する様子を記している。

自の存在として認められるにしたがって、子は親権によって保護され、妻は夫権により保護されるようになり、親のない子や夫のない女子のための後見が生まれた。この場合もなお家の中(親族)から後見人が選任され、後見人は、被後見人の扶養を引き受けると同時に、被後見人の財産上に収益権を有した。さらに、女子の地位の向上とともに、夫権の後見的色彩が取り除かれ、成年の女子に対する後見も廃止され、後見は、専ら、親権の延長として親権者のいない幼少の子のための制度となり、同時に禁治産者の保護のために後見が利用されるようになった。家族の経済が別個独立のものとなり、後見人が被後見人の扶養を引き受けることもできなくなると、後見人と被後見人の経済を区別することとされた。また、後見が親権者のいない幼少の子のための制度になると、後見人に対する公権的な監督が行われるようになった⁷。

(2) 戦前の旧民法は、未成年後見と禁治産者後見を認めたが、未成年者に指定後見人がいないとき、及び禁治産者に法定後見人(親権者又は配偶者)がいないときは、戸主が後見人となった(旧民法 901 条ないし 903 条)。それでも後見人がいないときは、最後の順位の後見人として親族会が後見人を選任するとした(旧民法 904 条)。そこで、選任後見人は、戸主自身が未成年者であって、その戸主に指定後見人がいない場合、又は、未成年の家族に指定後見人がなく、戸主が未成年で後見人となれない場合、あるいは、戸主が禁治産者の場合に親権者又は配偶者がいない場合に選定されるというものであった⁸。

旧民法も後見人に対する裁判所の監督権を認めたが、親族の自治を尊重し、親族会をもって第一次的監督機関とし、裁判所は、親族会の構成に関与する(旧民法 944 条、945 条)にとどまり、それ以上は、親族会の決議

⁷ 我妻榮『親族法』352 頁(有斐閣、1961 年)、中川善之助『新訂親族法』539 頁(青林書院新社 1965 年)。

⁸ 大里知彦『旧法(親族・相続・戸籍)の基礎知識』365 頁(テイハン、1995 年)。

が違法、不当な場合にこれを取り消すことにより、間接的に監督するに過ぎなかった（旧民法 951 条）⁹。

(3) 戦後の家制度の廃止に伴い、戦前の旧民法第 4 編第 5 編が改正された（昭和 22 年法律第 222 号）。これによると、戸主権を廃止し、未成年者のために指定後見人が、禁治産者のために法定後見人（配偶者）がある場合を除いて、家庭裁判所が後見人を選任することとした。後見監督については、親族会を廃止し、家庭裁判所が直接後見人を監督することを原則とした。さらに、未成年者に対しては、親権者と未成年後見人等に対し、児童福祉法による公法的監督も行われた¹⁰。

(4) その後、急速な高齢社会の出現に対応するため、民法の一部を改正する法律（平成 11 年法律第 149 号）により従来の禁治産・準禁治産制度を廃止し、法定成年後見制度に改正されるとともに、任意後見契約に関する法律（平成 11 年法律第 150 号）によって、任意後見制度が新設された。法定後見は、従来の禁治産・準禁治産制度を廃止し、痴呆性高齢者、知的障害者、精神障害者など精神上の疾患により、判断能力の劣る者を、その判断能力低下の程度によって、家庭裁判所が成年後見、保佐、補助の各開始の審判を行うことにより保護するものであり、任意後見は、本人が判断能力を有している間に、将来、判断能力が不十分になった場合の後見事務について、後見をする人（任意後見人）に代理権を付与する契約を締結し、本人が判断能力を失った後は、公的監督のもとで任意後見人が後見事務を行い、本人を保護するものである。

旧法では、配偶者が当然に後見人又は保佐人になるものと定められていたが、痴呆性高齢者の場合には、配偶者も高齢のことが多く、適任とは限らない。新制度は、配偶者後見人制度を廃止し、家庭裁判所が個々の事案

⁹ 我妻・前掲、358 頁。

¹⁰ 我妻・前掲、353 頁。

に応じて適任者を選任することとした。チームを組んで後見事務を行う必要性や法人を後見人に選任する必要性から、成年後見人、保佐人、補助人については、複数の選任ができるようにし、また、法人の選任も可能とした。

(5) 法定後見制度の発足から現在までの運用を統計で見ると、申立件数の激増とともに、親族以外の第三者が後見人に選任される割合や市町村長の申立ての急増が顕著である¹¹。

成年後見開始の審判申立総数が、制度発足からの1年間(平成12年4月から平成13年3月まで)では、合計で9,007件(任意後見監督人選任事件51件を含む。)であったものが、10年を経た平成23年1月から同年12月までの1年間で、31,402件(任意後見監督人選任事件645件を含む。)まで激増した。

制度発足時は、成年後見人等(保佐人、補助人を含む。)は、親族から選任されることが多かったが、専門職後見人の整備に伴い、親族以外の第三者が成年後見人等に選任される割合が増加した。総計によると、制度が発足した平成12年4月から平成13年3月までの1年間では、成年後見人等と本人の関係は、子が成年後見人等に選任されたものが全体の約35%、兄弟姉妹が約16%、配偶者が約19%となっており、本人の親族が成年後見人等に選任されたものが全体の90%以上を占めている。親族以外の第三者が成年後見人等に選任されたものは全体の10%弱であり、弁護士が166件、司法書士等が117件、法人が13件などであった。制度発足から10年経過した平成23年1月から12月までの統計によると、配偶者、親、子、兄弟姉妹、その他の親族が成年後見人等に選任されたものが全体の約55.6%、親族以外の第三者が成年後見人等に選任されたものは、全体の約44.4%で

¹¹ 以下の統計は、平成12年4月から平成13年3月までは「成年後見関係事件の概況—平成12年4月から平成13年3月—」家月53巻9号135頁(2001年)、平成23年1月から同年12月までは「成年後見関係事件の概況—平成23年1月から12月—」家月64巻7号163頁(2012年)を参照した。

あり、弁護士が3,278件、司法書士が4,872件、社会福祉士が2,740件、法人が782件、市民後見人が92件であった。

旧制度と比較すると平成7年度では、親族以外の第三者の成年後見人等は全体の5%弱であったことからすると、申立件数からしても、親族以外の第三者が成年後見人等に選任される割合は、激増している。さらに、特筆すべきことは、平成23年度の統計で市民後見人が92人選任されていることである。専門職の不足が見込まれること、資力乏しい者については専門職後見人への報酬を支払えないことから、市民後見人の育成が提唱され、一般の市民を第三者後見人の担い手として育成する動きが広がり、87市区(33都道府県)に及んでいる¹²。

(6) 成年後見制度では、民法上の申立権者として、本人、配偶者、4親等内の親族のほかには公益の代表者として検察官にも申立権がある(民7条)が、社会の高齢化、少子化の進展に伴い、身寄りのない痴呆性高齢者、知的障害者及び精神障害者について、迅速に成年後見の申立てを行う必要性があった。そこで、民法の一部を改正する法律の施行に伴う関係法律の整備等に関する法律において、痴呆性高齢者、知的障害者及び精神障害者に対する法定後見開始の審判の申立権を市町村長(東京都の特別区の区長を含む。)に付与する規定が新設された。

制度発足時の統計では、市町村長の申し立ては、23件であり、全体の約0.5%にとどまっていたが、平成23年には、3,680件で全体の約11.7%に達している。

(7) 成年後見開始の審判申立総数は、制度発足からの1年間と10年を経た後の件数で比較すると、3倍を超えている。事件数の増加、第三者後見人や市町村長の申し立ての増加、親族以外の成年後見に対する関与の背景にあ

¹² 厚生労働省ホームページ http://www.mhlw.go.jp/seisakunitsuite/bunya/hukushi_kai/aigo/kaigo_koureissha/shiminkouken/index.html より。

るものは、いわゆる社会の高齢化である。65歳以上の人口が総人口に占める割合を高齢化率と呼び、高齢化率が7から14%の社会を高齢化社会、14から21%の社会を高齢社会という。我が国は、昭和45年の国勢調査7%を超えて高齢化社会となり、平成7年の調査(14.5%)で高齢社会になっている¹³。

上記の成年後見制度における市町村長の申立て、専門職後見人や市民後見人が選任される事例の増加を見ると、老親の財産管理について子世代が関与することが困難になり、家族ではない「他人」の関与が避けられない状況にあることがわかる。特に市民後見人の利用の増加は、申立権者となりうる親族がそもそもいない場合が増加していることに加えて、老親と子がかたもと疎遠である(離婚、再婚の増加により増加するであろう)、あるいは子も高齢である、あるいは、自らの生活と子の養育で手一杯のため、老親まで労力をかけられないという背景があると思われる。特に老親にさしたる財産がないのであれば、なおのこと市町村長による申立て、さらには、市民後見人の選任となるのであろう。

(8) 親族が後見人となる場合は、本人に財産がある場合が多い。しかし、親の遺産相続権のある子であっても一度後見人に選任された場合は、「他人」と扱われ、自己の家計と本人の家計を混同することは許されない。民法上は、本人の財産を後見人の財産と区別して管理しなければならないし、刑法上も成年後見人に選任された場合、親族であっても「親族」としての性質を失う。刑法244条1項(親族相盗例)は、配偶者、直系血族又は同居の親族間の235条(窃盗)罪を犯した者は、その刑を免除すると定めてい

¹³ 高齢化社会から高齢社会に至る年数は、倍加年数と呼ばれているが、24年というスピードは、世界最短(フランス126年、スウェーデン85年)である。なお、20ないし21%を超えた社会を「超高齢社会」と呼ぶこともあるが、日本は、平成19年には、21%に達している。東京大学高齢社会総合研究機構『東大がつくった高齢社会のための教科書』14頁以下(ベネッセコーポレーション、2013年)。

るところ、同法 255 条は、252 条（横領）及び 253 条（業務上横領）の罪にも準用されているが、親族が後見人に選任され、成年被後見人所有の財物を横領した場合、244 条 1 項を準用して刑法上の処罰を免除することはできない（最高裁平成 19 年（あ）第 1230 号同 20 年 2 月 18 日第一小法廷決定・刑集 62 卷 2 号 37 頁）。また、量刑にあたり親族関係にあることを酌むべき事情として考慮することも相当ではない（最高裁平成 24 年 10 月 9 日第二小法廷決定・家月 65 卷 2 号 88 頁）。事実上、子が親の財産を管理する場合、親のための支出と子のための支出が混同されやすい。しかし、後見人となった場合は、本人の財産保護は、必須であり、管理のための報酬は報酬付与の審判で得るとしても、子が親の財産を費消することは、解任事由（民法 846 条）となり、業務上横領罪としての刑事責任も問われることになる¹⁴。

(9) 専門職後見人が選任される割合が増加していることは、親族による不正行為が横行したことによるところが多いが、子自身も後見人の責務を負担に感じていることも否定できない。子らの中で、親の監護方法や方針について、意見が一致しない（費用をかけても手厚い世話をすべきという意見もあれば、費用を節約すべきであるという意見など）ことも多い。親の死後に、遺産が期待していたよりも少ないとなると、遺産分割の前提問題として、事実上管理していた子に対し、不当利得返還請求や不法行為に基づく損害賠償請求を民事訴訟で求めるケースは、珍しくない。後見人として適切に本人の財産を管理していた場合であっても、そのような争いに巻き込まれることもある。

平成 24 年 2 月から導入された後見制度支援信託制度は、被後見人の財産管理に信託を利用し、本人の財産のうち、日常的な支払をするのに十分な

¹⁴ 後見人専任時にその職責を十分説明をしていても、不正が発覚したのち、後見人からは、親が元気であれば、子や孫にこの程度の費用を支出していたはずであったなどと言われることが多かった。

金銭を預貯金として後見人が管理し、通常使用しない金銭を信託銀行等に信託するというものである。原則として弁護士、司法書士等の専門職後見人が、財産を信託する信託銀行等や信託財産の額などについて家庭裁判所の指示を受けて、信託銀行等との間で信託契約を締結する。信託契約では、本人に対する日常的に要する費用が年金等の定期収入でまかなえない場合は、信託財産からの定額給付を定めることになる。本人の施設入所など多額の費用が必要となった場合は、一時金として信託財産を払い戻すことや信託契約を解約することになるが、その場合は、あらかじめ家庭裁判所が発行する指示書を必要とすることで本人の財産を保護する。信託契約が締結された後は、専門職後見人は辞任し、親族後見人のみはその職に就くことで報酬を抑えることができる¹⁵。

包括代理権を有する後見人に対しては、後見監督人を選任した場合であれ、裁判所による職権による監督にせよ、いずれも事後監督しかできない。親族が後見人となる場合は、双方の財産管理があいまいとなりやすく、不正行為の温床となりかねないが、後見監督を厳しくする、あるいは、後見監督人を必須とすることは、後見人の負担を重くしかねない。本人の財産を保護し、後見人の財産管理の負担を軽減するために、今後、後見制度支援信託の利用が期待される。

3 家族法についての実務雑感

(1) 後見制度の変遷をみると、家族による要保護者の保護は、さらに減少の一途を辿り、ますます困難をきわめていくことが予測できる。高齢社会の

¹⁵ 最高裁ホームページ www.courts.go.jp/vcms_lf/210034.pdf より。後見開始審判時に専門職後見人と親族後見人を複数後見人として選任し、信託契約締結後に専門職後見人が辞任し、管理財産を引き継ぐ方法（併任方式）、後見開始審判時に専門職後見人のみを後見人に選任し、信託契約締結後に親族後見人を選任する方法（リレー方式）等がある。

背景には、長寿化と少子化¹⁶があり、少子化の要因として、晩婚化、晩産化、非婚化（生涯未婚率の増加）があげられており、今後、子や孫がいない人の割合が増加することは、明白である。そうだとすると、「家族」の範囲や家族に負担させるべき保護の機能についても今後変わっていくであろう。

(2) 「家族」の機能として、問題となるのは、老親扶養であろう。この点、旧民法においても、制度として扶養と相続が連動していたものではないが、家制度下の相続と扶養を総体としてみれば、そこには〈無限家族としての「家」+家督相続による単独相続+戸主の家族責任〉という3つの要素の、必然的かつ不可分な結びつきが存在したと指摘されているところである¹⁷。戸主に扶養義務があること（旧民法955条第4）、戸主は、兄弟姉妹に対する扶養義務を兄弟姉妹に過失があっても免れることはできなかった（同法959条2項ただし書）ことから、ある程度の関連性は否定できないであろう¹⁸。家制度のもとでは実際には、親から財産をもらわない二男三男以下の子は、原則として「親」を養う義務を負わないことが指摘されており、そのため、家制度が廃止された際、老親扶養をめぐる議論があった。すなわち、「孝」には、家督相続という「恩」を条件とするからであり、新民法の家督相続の廃止、均等分割では、結果として、親が老後に困るという非難がなされた¹⁹。

これに対し、現民法では、扶養と相続を関連づけて捉え直すことはなく、

¹⁶ 平成17年には、合計特殊出生率が1.26にまで減少している。

¹⁷ 原田純孝「扶養と相続」比較家族史学会監修、奥山恭子・田中真砂子・義江明子編『扶養と相続』174頁（早稲田大学出版部、1998年）。

¹⁸ 全財産を単独で取得した長男が、他のきょうだいに敷地を提供し、家を建てるということも行われていたようである。敷地について名義移転を行わずに長期間経過し、どちらかの死亡後に、その権利関係について民事訴訟が提起されることは、筆者の勤務する東京地裁立川支部でも、なお、数件係属している。

¹⁹ 川島武宜『日本社会の家族的構成』84頁（日本評論社、1950年）。

扶養と相続は、連動していない²⁰。現民法では、ある程度の財産を取得することの期待とは関係がなく、扶養義務が一定の親族に定められ、しかも扶養義務者の範囲は、家制度の廃止を考慮して広く定められている。すなわち、旧民法においては、扶養義務者の範囲として直系血族、兄弟姉妹、嫡母庶子、継親子、夫婦の一方と他方の直系血族であってその家にある者及び戸主の家族に対する義務が定められていた。戸主制度を廃止し、嫡母庶子、継親子を法定血族関係から除外して姻族1親等としたので、それらの間の扶養義務及び戸主の家族に対する扶養義務は削除されたが、これについて嫁と姑との間の扶養義務がないことにすることにより、習俗や道徳との間にギャップが生ずるのを恐れ、民法877条2項の規定を設けることになったといわれている²¹。家制度が廃止された後も、実際には、農村部を中心とした地方都市では、長男が老親と同居して世話をすることが多く、その代わりに、長男以外は相続放棄をし、長男に単独で相続させることが多く行われてきた²²。均等分割の広まりにより、老親の世話をした子は、寄与分を主張することになったが、通常の親と子の同居だけでは、「特別の寄与」と認められることはない。家業の農業経営に従事した、あるいは、痴呆症の親を長年介護し、相続財産の維持形成に寄与することが必要であり、その場合であっても、単独で相続するには至らない。住んでいた実家の評価額が高いと代償金を払えないため、遺産分割の調停で熾烈な兄弟姉妹の紛争を目の当たりにする。もっとも、子が1人というケースが増えるに連れ、そのような兄弟姉妹間の遺産分割争いも減少するであろう。

²⁰ 民法の定める親族扶養の範囲は、広い。3親等内の親族ということで伯(叔)父伯(叔)母は、甥姪に対し、民法877条2項の扶養義務を負う可能性があるが、甥姪の相続権は、有していない。甥姪は、伯(叔)父伯(叔)母に対する扶養義務を負うが、代襲相続により伯(叔)父伯(叔)母の相続権を有する。

²¹ 於保不二雄『注釈民法(23)』388頁[明山和夫](有斐閣、1969年)。

²² 新潟では、二男を「もしか兄や」(もしかあんにゃ)と呼ぶそうである。「モシカーニャ」とか「モシカンニャ」と聞こえ、ロシア語かと思った懐かしい言葉である。新潟勤務時代、相続放棄の申述受理件申立事件で、放棄の理由として「遺産を分散させたくない。」を挙げていることが多く、事実として長男の単独相続がなお色濃く残っていることを実感した。

(3) とすると、老親扶養は、「伝統的家族」という名の下に道徳的にも当然といった議論がなされやすい。筆者は、老親扶養は、夫婦とその間の未成熟子間の生活保持義務とは異なる扶養義務であると理解し、その内容もあくまで金銭給付であり、引取扶養や身上監護扶養は、扶養権利者と義務者の意思の合致があつてはじめて認められるものであると解している²³。しかし、高齢者の増加や介護の担い手不足から、伝統的家族の名のもとで、引取扶養や身上監護扶養を法的にも命じるべきであるという議論が今後おきるのではないかと危惧している。この点は、成年後見制度においても後見人に身上監護の義務を負わせるべきであるという議論もあるところである。特に高齢者の有権者に占める割合が増加するシルバー民主主義の下では、多数派である高齢者の意見が強くなるのではないだろうか。現在でも、働く世代の中には職を辞して老親の世話をせざるを得ないということが社会問題となっている。あるいは、妻や孫が自分を犠牲にして介護に従事するというも行われている。働き盛りの男性が給与収入を辞して介護をするとなると社会問題に、あるいは、孫が祖父母の介護をすると美談として扱われやすいが、中高年女性が高齢者を介護する場合は、「大変ね」の一言だけで、それ以上の反応がなされないことが多い。老親自身の子、その配偶者妻、又は孫であっても終わりが見えない介護を現実に行った後、新たに就労の機会があるのであろうか。個人の尊厳からすると、ある一時の弱者に対する配慮といった視点だけではなく、義務を課せられる者の将来に対する配慮も当然に忘れてはならない。

大村敦志教授は、フランス法では、親子が互いに扶養義務を負うという考えが一般的ではなく、要保護高齢者への対処の仕方は、人格に対する見方、親子関係に対する見方、国家の役割に対する見方により左右されると指摘されているところである²⁴。「伝統的家族」や「家族の絆」という言葉

²³ 中山直子『判例先例・親族法—扶養』14頁、223頁以下（日本加除出版、2012年）。

²⁴ 大村敦志『消費者・家族と法』212頁以下（東京大学出版会、1999年）。

は、人々の思考を停止させかねない。家族の形態が大きく変わった現代社会で、それに応じたあるべき姿を模索すべきであろう。

(4) 社会保障との関係で家族法を論じるまでの知識は持ち合わせていないが、生活保護受給者の近年の増加を受けて、平成 25 年 12 月 7 日、改正生活保護法(平成 25 年法律第 144 号)が成立した。改正生活保護法は、扶養義務を強化する方向で改正され、生活保護申請時に扶養義務者への通知(生活保護法 24 条 8 項)を行うほか、義務者の収入や資産状況に関し、勤務先や銀行などに調査をできるようにした(同法 28 条 2 項)。

だが、兄弟姉妹(民法 877 条 1 項)及び 3 親等内の親族(同法 2 項)間の扶養義務を定める立法例は、珍しい。もともと兄弟姉妹間及び姻族についての扶養義務については、兄弟姉妹及び 1 親等(配偶者の連れ子が想定される。)に限り、家庭裁判所が特別な事情があることを認めた場合に限り、審判で扶養義務を課すとする改正案が早くから提案されている²⁵。実務も、法律解釈として、兄弟姉妹間及び 3 親等内の親族間の扶養のいずれについても限定的に運用してきた²⁶。すなわち、兄弟姉妹について、生活の格差是正が目的ではないとして弟から兄への扶養請求を認めなかった判例(東京高決昭和 51 年 5 月 19 日判時 819 号 46 頁)があり、3 親等内の親族間の扶養については、扶養義務を認める「特別の事情」としては、扶養能力があるという一事をもって「特別の事情」の要件を満たすと解するのではなく、扶養義務を負担させることが相当とされる程度の経済的対価を得ている、高度の道義的恩恵を受けている場合に限定してきたところである(大阪家審昭和 50 年 12 月 12 日家月 28 巻 9 号 67 頁、福岡家審昭和 46 年 12 月 23 日家月 25 巻 4 号 54 頁、神戸家審昭和 48 年 5 月 28 日家月 26 巻 1 号 57 頁等)。

²⁵ 我妻榮ほか「親族法の改正「法制審議会民法部会小委員会における仮決定・留保事項(その2)に関連して」」法時 31 巻 12 号 126 頁(1959年)、市川四郎ほか「親族法改正の問題点(下)」ジュリスト 186 号 14 頁(1959年)。

²⁶ 中山・前掲 139 頁、141 頁。

筆者は、「特別の事情」は、ケースバイケースに検討すべきであるから、一般親族扶養について、要件を明確化して義務を課しやすくすることには、慎重でなければならないと考えている。ともすると、経済的余力があるという一事をもって扶養を義務づけることになりかねず、子育て中の現役世代に租税（ここから家族のいない困窮者に対する社会保障の諸費用が捻出されている。）とは別の新たな負担を負わせることになるからである。一人っ子が増えており、もともと兄弟姉妹間の扶養義務を負わない人が増えている。兄弟姉妹がいる者も、成人した後に、近隣に住み交流が頻繁であるケースは希であろう。「兄弟は他人のはじまり」、「遠くの親類より近くの他人」ではないが、当事者の意識としても「家族」「親族」の意識も希薄なのではないだろうか。ある程度の養育を受けたこともなく、財産取得等の恩恵も得ていない親族としても、経済的に余力があるというだけで、一般親族に対する扶養義務を課されることは、納得できないであろう。

この点は、厚生労働省も、生活保護法に新設された扶養義務者への通知及び報告徴収については、家事審判手続を活用してまで費用徴収を行う蓋然性が高いと判断される場合に限定して行う旨省令で明記するとしている²⁷。改正生活保護法の運用においても、一般親族扶養の義務者の範囲がもともと広範であることを念頭に、慎重に実施されることを望みたい²⁸。

(5) 最初に大風呂敷を広げてしまったが、家族だけでは要保護者を保護できない、あるいは家族法だけではまかなえない分野としての筆頭は、児童福祉法であろう。児童の健全な育成という観点から、児童福祉法 28 条 1 項により、子を保護者から分離しなければならないケースも年々増加してい

²⁷ 厚生労働省社会擁護局保護課「生活保護法改正法の概要」、厚生労働省ホームページ http://www.mhlw.go.jp/seisakunitsuite/bunya/hukushi_kaigo/seikatsuhogo/topics/dl/tp131218-05.pdf より。

²⁸ 西岡千史「改正『生活保護法』の本当の怖さ」週刊朝日 2013/12 月 27 日号 28 頁も、本当に受給を必要とする人に受給させずに、「見知らぬ親戚」への肩代わりを危惧している。

る²⁹。民法等の一部を改正する法律(平成23年法律第61号)は、民法834条の2を新設し、親権停止の制度を導入した。家族の役割の低下に機動的に対処すべく改正されたものである。

(6) 今後の少子高齢化がますます避けられないのであれば、子育て世代が老親介護や親族扶養の負担によって、児童の育成に支障がないような法律の解釈及び運用を心がけたいと考えている。「家族」による弱者の保護、補完が十分に行えず、他人の関与が今後増えることは避けられない。新たな地域社会の構築や家族の実態をふまえた社会保障制度の充実に期待したい。家族や家族法では、解決できない分野をどのような「他人」あるいは制度が代わるのかは興味のあるところであるが、筆者個人としては、個人ではなく、法人にその役割が求められることが増えるのではないかと感じている。たとえば、成年後見における市民後見人は、個人として選任されるが、背後にある育成団体の監督や指導が不可欠である。また、今後、子や孫のいない人たちは、相続人もなく、祭祀承継者も適格な人を得られないとなると、死後の供養を託するのは、死亡する可能性のある個人ではなく、法人に託したいというニーズがあるのではないだろうか。これまで以上に「現代家族」に対応した法解釈が求められるであろう³⁰。

*南方曉先生には、新潟家庭裁判所勤務時代に家事調停委員として、ご多忙な研究職の傍ら、面会交流が問題となるような手間暇のかかる事件も快くお引き受けいただき、相調停委員からも絶大な信頼を受けて、迅速適正に紛争解決に寄与していただきましたことをご紹介しますとともに、厚くお礼申し上げます。

²⁹ 最高裁ホームページ「児童福祉法 28 条事件の動向と事件処理の実情—平成 24 年 1 月から 12 月」http://www.courts.go.jp/vcms_lf/H24_28.pdfによると、児童福祉法 28 条 1 項の新受件数は、平成 15 年には 152 件であったが、平成 24 年には 300 件に上っている。

³⁰ 最近の文献を見ると、法学セミナー706号(2013年11月号)は、「変わる家族、漂う家族法」という表題である。また、水野紀子編『社会法制・家族法制における国家の介入』(有斐閣、2013年)で、同教授は、「公権力による家族への介入」の中で、少子高齢化をめぐる国家と私的領域について論じておられる。