HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	第一報告　日本における婚外関係の多様化と法的保護
Author(s)	二宮, 周平
Citation	北大法学論集, 57(4), 209-219
Issue Date	2006-11-30
Doc URL	http://hdl.handle.net/2115/16934
Type	bulletin (article)
Note	資料
File Information	hogakuronshu57-4-9-2.pdf

Instructions for use

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

資料

〈北大大学院法学研究科研究推進ボード主催研究会〉

婚外関係の多様化と法的保護のあり方

――自己決定を支える法の論理――

二宮周平
渡邉泰彦
大島梨沙

資　料

目　次

趣旨説明　古矢　旬
第一報告　日本における婚外関係の多様化と法的保護　二宮周平
第二報告　ヨーロッパにおける同性カップルの法的保護　渡邉泰彦
コメント　大島梨沙

第一報告

日本における婚外関係の多様化と法的保護

二宮周平

一　二つのケース

最近公表された二つの婚外関係に関する判例を具体例としてまず紹介し、皆さんに問題認識をしていただけたらと思います。

(1) 近親婚的内縁

おじとめいが夫婦共同生活に入って四二年経って、そのおじである内縁の夫が死亡したので、その人の遺族年金受給権を内縁の妻であるめいが受給申請したという事案があります。おじが妻と離婚し、子育てに困っていましたので、共通の家長にあたる祖父（おじにとって父、めいにとって祖父）が、めいがおじの子どもと一番仲が良くてなついていたこともあって、結婚してはどうかと話を進め、親族一同それが良かろうという承認を受けて、祝福のもとに結婚をし、そして四二年間の共同生活で、二人の間に子どもが生まれるという関係にありました。ところが、遺族年金受給権に関する社会保険庁の扱いでは、近親

婚的な内縁は、反倫理的な関係であるとして、受給権を認めませんでした。これに対して、東京地方裁判所は、遺族厚生年金の目的、保険料を納めてきた被保険者の意思を考慮して、本件については、公序良俗違反には当たらないという認定をして、年金受給権を認めました。[1] しかし、控訴審は、いとも簡単に、反倫理的であるとし、遺族年金の受給権者に関する通達に従い、年金受給権を否定しました。[2]

ここでの問題は、公序の規範性です。婚姻秩序というものがありますが、これをどこまで貫徹するのか、どこまで緩和することができるのという問題を明らかにした判例です。

（2）同居を欠く関係

もう一つは、同居を欠く関係の問題です。通常、内縁は婚姻に準ずる関係とされますから、夫婦としての共同生活が存在することが前提となっています。ところが、この事例では、同居は一回もしていない。お互いに経済的に自立しているので、生計依存関係もありません。しかし、一六年間にわたり、特別に親密な関係にあり、女性が男性の希望を入れて、子どもを二人産みました。そして、子どもが出生した時点で婚姻届を出し、子どもに嫡出子の身分を取得させたうえで、離婚届を出すということをしており、また、その男性のたっての希望で子どもをもうけているにもかかわらず、上の子は男性のお母さんが、下の子は児童養護施設で養育してもらっているという状況がありました。しかし、男性が別の女性と結婚を考え、当該関係を一方的に解消したという事案です。原審の東京高裁は、二人の間に特別に親密な関係があった、「特別な他人」という言い方をして、一〇〇万円の慰謝料請求を認めたのですが、最高裁は、婚姻に準ずる関係ではない、関係の継続性への期待はありえない関係であるとして、損害賠償を否定しました。[3]

この事件で考えなければならないことは、これまでは内縁関係を婚姻に準ずる関係と捉えて法的保護をしてきたのですけれども、女性の経済的自立にともなう生活関係の多様化から、同居だとか生計の同一だとか子どもの養育だとか、こういうことが男女関係を正当化する基準になりうるのかどうか、そうではないとすれば、どういう基準がたてられるのかということであり、新しい問題提起をした判決ではないかと思います。

二　婚外関係の保護法理

内縁は婚姻に準ずる関係だということを繰り返し述べました

が、婚外関係の法的保護はどういう理屈でなされてきたかについて、ざっとおさらいをしてみたいと思います。

（1）婚姻予約不履行～不当破棄に対する救済

日本は、法律婚主義をとっていますから、婚姻の届出をすることによって法的な婚姻が成立します。これは、一八九六年の明治民法でたてられた原則です。この当時も、婚姻届をしないで実際に夫婦として暮らすカップルがありましたが、そういう関係については婚姻ではないとして、法的保護の対象には一切なっていませんでした。

しかし、ご承知のように、大正四年の大審院の連合部判決[4]で、婚姻予約の不履行という法理が打ち立てられます。お見合いをして仲人をたてて、婚礼の儀式をあげて、そして女性が男性の家に入って三日目に、ちょっとしたことで荷物を取りに帰りたいというので婚家先から実家に戻ったところ、色んなトラブルが発生しまして、結局関係を解消せざるをえなくなってしまった。そこで、女性のほうから損害賠償を請求したという事件です。大審院は婚姻予約の不履行という理屈、債務不履行として損害賠償請求を認めるという理屈をたてました。ですから、一応婚姻をする意思があって、同棲をしたり、あるいは結納をしたり、挙式をしたりして、その後関係が解消したといった場合には、不当な関係の破棄である、婚姻予約不履行として、損害賠償請求をすることが可能になったわけです。

（2）内縁準婚理論～事実上の夫婦共同生活の保護

婚姻予約不履行法理は、当事者の関係の一方的な解消にともなう法的保護を試みるものであって、実際に夫婦共同生活をしている場合に生じる問題には対応していません。しかし、例えば、婚姻費用の分担であるとか、一方が交通事故で死亡した場合の損害賠償請求であるとか、あるいは遺族年金であるとか、夫婦としての共同生活にまつわる問題についても、法的保護が必要だと認識されるようになります。

これに対して、最高裁昭和三三年四月一一日判決[5]は、内縁というのは婚姻に準ずる関係であるという言い方をして、婚姻法のうち、夫婦共同生活に関する規定を準用ないし類推適用することによって、当該婚外関係を法的に保護するという方向を打ち出しました。このことは、既に戦前から学説が主張してきたことであり、それを最高裁が認めたということになります。

こうして、ある種の婚外関係が法的保護に値するということになったわけですが、そうすると法的保護に値する内縁とは、

どういう要件が整ったときに成立が認められるのかという内縁の成立要件の問題が出てきます。この問題について、判例も学説も相対的効果説をとりました。つまり、問題となっている法的効果に対応して、成立要件も変えていくという考え方です。例えば、当該関係を維持する効果については、重婚的内縁といって内縁当事者の一方に配偶者がいるようなケース、あるいは近親婚的な内縁については、認められないが、関係が解消した場合の法的保護については、公序良俗に反すると思われるものであっても、関係は終了しているわけですから、それに法的効果を与えても、一夫一婦制あるいは近親婚の禁止に反しないのではないかと考えるのです。公序との関係を、その問題となっている効果に応じて相対化していくのです。

（3）保護の背景

このように法的保護を図った社会的な背景について、二点指摘します。

一つは、規範としての婚姻の堅持です。婚外関係の法的保護を図ったからといって、婚姻の価値が相対化するのかというと、日本の場合はそうではありません。あくまでも、婚姻が正統な男女関係であり、法で認められた唯一の関係です。婚外関係は、その婚姻との距離の近さによって正統性が判断されます。当事者には婚姻の意思がある、それに向けた準備行為もしている、ただ婚姻の届出ができない、やむをえない事情がある。例えば、戦前ですと、民法の中に厳しい規定があって、男性も法定推定家督相続人である、女性も一人娘で法定推定家督相続人であるという場合には、婚姻届を出すことができません。また、婚姻をする場合には必ず戸主の同意が要ります。男三〇歳、女二五歳になるまでは、父母の同意も要ります。戸主の同意が得られない、父母の同意が得られない、あるいは双方戸主である、法定推定家督相続人であるといった場合には、婚姻の届出ができない。あるいは、家制度上のやむをえない事情がある。実際に、その家の嫁としてやっていけるか、家風に合うか、子どもが産めるか、そういうことが分かるまで婚姻の届出はしない。あるいは、経済的な事情で婚姻の届を出すことができない。鉱山や工場で働いている労働者の人は、遠隔地に住んでいます。役所のあるところに、勤務を休んで、給料が下がるのを覚悟で、婚姻の届を出すことができるのか。しかも、今みたいな届出用紙はありませんから、代書屋さんや司法書士の人に文書を作ってもらわないといけない。こういう負担をして婚姻の届をして、法的な婚姻だったから何か特別にいいことがあるのかという

と、労働者の人にとって、たいしたメリットがない。

こんなことから、婚姻の届出をしないというカップルが相当数ありました。考えてみると、どこかにやむをえない事情がある。当事者の意思は、自分たちは夫婦だと思っている。ただ、届出がないだけだと、だからこれは婚姻に準じた関係として考えてよろしいという法的評価が可能になってくるわけですし、実際に共同生活を保護することによって、婚姻のもっているさまざまな機能、労働力の再生産であるとか、育児・介護を含めた共同生活の保障といった機能も維持されている。だから、社会的にも婚姻として扱って何の問題もないという状況にあります。したがって、重婚的内縁であっても、法律婚が事実上離婚状態にあるということを条件に、内縁の方を法的に保護するようになっていきます。内縁の基本的な要件であった同居を欠く、そして婚姻に至らなかった婚外関係も、一定の場合には、先ほど言いました婚姻予約の不履行として、損害賠償の対象になっていきます。

なぜかというと、そこにはジェンダーの格差が存在したからです。これが保護の二つ目の社会的背景です。婚姻に至らないで解消した場合、婚外関係をもった、例えばそこで子どもをもった、性的な関係をもったということになると、それだけで偏見・スティグマが生じた時代がありました。そんな関係にある女性に対して一定の救済をすると同時に、理不尽な関係の解消を許さないという男性に対する一種のペナルティ、こういうものを考える必要性が説かれたのだと思います。そして、当時も今でも性別役割分業型の家族では、関係を解消した後に専業主婦的な役割を果たしていた女性が自立することが難しい。そこで当面の生活の困難さをカバーするためにも、損害賠償、あるいは交通事故で内縁の夫が死亡した場合には事故死の損害賠償、遺族年金受給権等々を保障することによって、女性の利益を守る。それによって、性別役割分業という社会の大きな枠組み自体を守る。このようなことから、日本の内縁準婚理論等々の保護法理が展開したのではないかと考えるのです。

三　多様化への対応

(1) 女性の経済的自立

しかし、今日はこれが変化しつつあります。先ほど述べました女性の経済的自立が前提にありますが、夫婦の共同生活は多様化していきます。必ずしも同居というわけにはいかない。共稼ぎだが単身赴任で別々に暮らしているという場合もあります

から、同居とか生計同一が婚姻の本質的要件からはずれていきます。婚姻というのは男女の結合であるとしても、それは人格的な結合である。そこで、何か物を生産したりするということは要素からははずれ、愛情を基軸としたパートナー関係に婚姻が純化していきます。子育てについても、夫の役割、妻の役割の区別をしないで、子育てに男女が関わっていくという共同化が進んできますと、婚姻と出産が二人のプライベートな出来事に純化されていくという側面があり、この側面からは、内縁・事実婚と婚姻との差は、限りなく小さくなります。パートナー性を基軸にするときには、同性パートナーの関係の法的保障も対象になる可能性が出てきます。

（2）国家の関心

しかし、一方で、家族・婚姻は常に国家の関心事であり、現在の少子高齢社会への対応として、日本に根強い性別役割分業構造を維持し、出産・育児・介護を家庭内に期待していくというスタンスが今でも続いています。つまり、生殖に公的な側面がでてきます。次世代育成支援対策推進法のように、子どもを産み育てるということに国家が強い関心をもってそこに支援していくという側面、プライベートな側面と先ほど述べましたが、今度は逆に公的な側面がでてくる。こうした出産・育児・介護のような機能を安定的に保障するために、婚姻尊重、あるいは婚姻重視という立場は堅持していこうという姿勢がみられるように思います。婚外子の法的差別が残っているのはその一つのあらわれです。この国家の関心事からみますと、内縁・事実婚と婚姻とには明らかな壁、乗り越えられない壁があり、そして同性パートナーの保護については排除という論理が出てくるように思います。

（3）婚外関係の多様化

こうした婚姻をめぐる私事化と、ある種の公的な側面と両方あるなかで、婚外関係の法的保護はどのように考えていけばよいのでしょうか。婚姻が私事化していくと、婚姻と婚外関係との垣根はますます低くなっていくわけですが、婚外関係には、自立したカップルのパートナー関係、夫婦別姓の選択、婚外子差別や役割分業婚への批判、重婚的内縁、同性カップル、婚姻意思の不明確な関係、同居を欠く関係、性愛を欠く同居関係、パートナー性を欠く複数の相互関係など、色々な形態があります。こういう形態について、婚姻を基軸にこれまでのような内縁保護法理で対応することは難しい。これらの多くは、法的保

障の範囲外に置かれるということになるでしょう。

他方で、夫婦別姓のためにとか、婚外子差別はおかしいとして主体的に婚姻届を出さない選択をした自立したカップルであっても、いつ病気や事故に会い、あるいは不況で失業したりして、要保護状態になるかわかりません。誰でもその可能性はあります。こうしたときに、誰が世話や面倒をみてくれるのか。要保護者の補完を誰が担うのかというテーマが出てきます。これらをすべて、社会保障の問題、国家的責任の問題に解消できるのかどうか、私たちの市民社会の自律性を守ろうと思えば、自分たちのできることは自分たちでやっていくという一種の社会連帯がないと、国家からの干渉を受け、自由を守ることができなくなるかもしれない。できるだけのことは自分たちでやろうという立場に立てば、要保護者の補完についても、当事者がその能力の範囲内で担っていくという考え方になります。

以上のように、多様化する婚外関係について、婚姻を基軸にした評価は困難ですが、要保護者は不可避的に生じる。その保護をどうやってカバーしていくのか。そこに婚外関係の法的保護のひとつの根拠が出てくるように思うわけですが、どんな形であれ、一定の法的保護を認めるということになりますと、その婚外関係について社会がどう見るのか、社会的評価とのズレ、あるいは揺れといったものが生まれます。宗教規範の影響の乏しい日本の場合であっても、公序、婚姻秩序というものに対しては、多くの人たちが信頼をよせています。その秩序に対する信頼を揺るがせるようなことをしていいのかどうか、これが要保護者の補完を婚外関係に対して認めていくとした場合の究極の問いになるかと思います。

四　法的保護の論理

以上のように、婚姻を基軸にした法的保護が困難だとした場合、そして、婚姻秩序との調整を考えた場合、何を根拠としてどんな保護が可能になるのでしょうか。

（1）私的保護法の理論（沼正也）

その解答の一つが、私的保護法の理論だと考えます。これは一九五〇年代に沼正也教授が述べられたもので、財産法と家族法との関係を独自の論理で構築した考え方です。それは、民法を市民社会の法と捉え、その体系を、独立・平等・自由の属性をもつ人の関係を規律する財産法と、独立・平等・自由の属性を欠く存在に対して無条件の保護を与えて、独立・平等・自由

の存在とする「舞台裏の装置」としての家族法に、二分するという体系論です。つまり家族法は要保護者の補完のために存在するという考え方なのです。その補完の内容は、行為的監護（法律行為の代理）、経済的監護（扶養）、事実的監護（身の回りの世話）という三つの類型に分けられる。こうした要保護者の補完を自分の能力の範囲内で行う。要保護状態に陥ったことについての責任の有無や、対価関係を問わない。最終的には当事者の意思を無視して、保護が強制されるのです。無条件性の原理と言われているのですが、対価関係、責任、当事者の意思からも無条件だ。そうすると、最終的には、婚姻関係、親族関係からも無条件に保護が付与される。これが内縁保護の根拠なのだと、こういうふうに説かれるのです。

私は、大学院に入ったときに、何かのきっかけでこの沼先生の本を読んで、これだと思ってしまいました。それ以来、沼先生の呪縛から解かれることはありません。いろいろな方から批判されているのですが、いまだに内縁保護の根拠としては、一番論理的な説明ではないかと思っています。沼理論によると、要保護者の無条件の補完ですから、共同生活が存在している以上、それが近親婚的であろうと重婚的であろうと、問題にならない。同居がなくても、継続的で安定的なパートナー関係が存在している場合には、その実態に対応した保護付与が考えられてもいい。同居も要件からはずれていく。要するに、安定的で継続的な関係性が当事者の間にあれば、こうした無条件の保護が強制されていくのだという論理になります。

この考え方のメリットは、婚外関係を法的に保護する場合に、それに対する法的評価を介在させる必要がないということです。先ほど紹介した一番目の事例の近親婚的内縁について遺族年金受給権を認めた東京地裁は、その判決理由のほとんどを、当該関係がいかに公序良俗に反していないかの実証に費やしていました。例えば、その人たちの住んでいる地域では、必ずおじめいといったような関係の人がいる、原告の親戚のなかにもそういう人たちがいたというようなことを挙げて、その地域の中では、おじめいの関係は違法な関係としては認識されていないということに言葉を尽くします。同じように、二番目の事例の、継続的同居のない関係について保護を否定する判決は、これは婚姻に準ずる関係ではないから法的保護に値しないとします。法的保護に値するかどうかということについて、当事者の主観も介在させるので、極めて不安定な取り扱いになります。

（2）中立性の原則

ところで、男女共同参画社会基本法、基本計画の視点に中立性の原則があります。どのようなライフスタイルをとっても、法的な保護について不利益扱いを受けないという考え方です。これは主として、社会保障法や税法を中心に説かれていますが、あるライフスタイルをとったことによって、不利益を受けるということになると、よほどの覚悟がない限り、そんなライフスタイルは選べないということになります。それでは、ライフスタイルの選択に一定の誘導措置が講じられることになり、私的自治への介入になるのではないか。自分たちの望むライフスタイルに対して、中立的な保護が必要ではないか。このようなことから、基本法でも基本計画でも、中立性の原則ということが説かれました。

これとの関係で内縁保護を考えてみると、法的評価を間に挟む方法、つまり、この関係は法的保護に値する、この関係は保護に値しないという手法は、中立性に反するように思います。沼理論は、当事者の関係性について価値評価を介在させません。ただ要保護状態が発生しているかどうかだけを考えるのです。

二番目の事例では、関係を解消された女性は、勤務を続けており、経済的に困窮していません。関係を解消されたことによって、病気になり、入院したりとか、失業したりとか、そういうことがあるわけでもありません。要保護性は発生していません。だから、損害賠償は否定されてやむをえないという結論になるのです。それでは、専業主婦的な生き方をしてきた人の方が得じゃないかということにもなりかねないですが、それは自分の生き方を選んだ以上、やむを得ないことだと考えます。沼理論では、要保護状態にない以上、法的保護の対象外なのです。

(3) なぜそこまで法的保護を考えるのか

では、こうした私的保護に関わる効果についての強制的な法的保護を、なぜしないといけないのでしょうか。それは先ほども述べましたが、人それぞれに自分の生き方、幸福を追求する権利があるという、憲法一三条の個人の幸福追求権との関わりで考えてみたいと思います。

憲法で保障された幸福追求権とは、自分の幸福は自分で決める、選ぶことができることを意味していると考えます。例えば、誰と親密な関係になり、どういう共同生活を営んでいくのか。これはその人自身が自分の生き方との関係で自由に選べていいのではないか。ある人にとっては婚姻が望ましいというかもしれない。だけど、自分は別姓を貫きたいから婚姻はしたくないという人がいてもおかしくはない。あるいは、同性で婚姻届を

することができないという人もあるかもしれない。それぞれの人たちが色々な理由でライフスタイルを選んでいます。それに対して、最低限の生活保障、要するに要保護状態になったときにはどんな場合であっても生活は守られる。これがあって初めて、人は安心して色々な生活を選ぶことができるのではないかと考えるのです。

この自己決定権というのは、これまではどちらかというと、国家の介入を防ぐ自由権的側面がありました。しかし、選択を可能にするためには、条件整備が必要です。あるライフスタイルをとれば不利益を受ける、あるライフスタイルを選択すると社会的偏見、道徳的に戦わなければならないとなると、そういった生活を選べる人は経済力があり、そして精神的にも強い人ということになり、誰でも選べないということになります。それでは、ライフスタイルの自己決定を保障したことにはならない。だから、条件整備としての社会権的側面も自己決定権の中にはあるだろうと考えます。

その条件整備のひとつとして、少数者の選択に対して多数派から攻撃や妨害がありえるのですから、選択を妨害する社会的状況を排除していくという側面もあると思います。少数の人たちの自由権を守るために、国家が妨害を排除する責務を負うということは、自由権が複雑な入り組んだ状況にあることを示しています。多様な社会と言われるためには、多様性を許容する社会条件がなければならない。それを国家が保障しなければならない。自律性ということを先ほど言いました。市民社会の自律性を保持するために、社会連帯で、自分たちでできることは自分たちでしていくのだということを言いましたが、その最低のライン自体は国家が保障しなければならないという、相互的な関係が現代社会にはあるのではないでしょうか。だから、自由権的な意味でのライフスタイルの自己決定を言っているわけではありません。

（4）家族観・婚姻観の変容

最後になりますが、こうしたライフスタイルの自己決定を肯定するためには、家族観・婚姻観が変容する必要があります。家族はひとつ、あるいは家族に対するノスタルジーのようなものがあるかぎり、今言ったようなことはなかなか受け入れがたいのではないかとも思います。標準的な家族モデルが消失し、夫婦関係・家族関係が人格化していく。個人の尊重を基礎に中立的な制度が構築されていく。このような状況を家族の個人主義化と呼ぶとするならば、家族の個人主義化を承認できるかど

うかがライフスタイルの自己決定を認めるかどうかの要になっていくと思います。

事実婚の法的保護というのは、実はこの問題を含んでいます。事実婚、あるいは同性カップルは圧倒的な少数者です。マイノリティの権利を保護したところで、多数派には影響がない。だから、マイノリティの権利を擁護してもいいのだ、こういう言い方はもちろん可能ですが、そこに込められている象徴的な意味は、家族の個人主義化です。となると、婚姻家族が相対化するということを意味します。これまでの性別役割分業型の制度的な家族が克服されなければならない。あるいは、克服していく方向性を事実婚の保護というものはもっているのではないかと思います。ジェンダーの格差に基づいて法的保護が始まった内縁保護理論が、今度は逆にジェンダーの呪縛を解く方向で一定の意味をもってくる。これまでの保護法理が変わることによって、全然違う方向で事実婚保護法理が機能していく可能性を持っているように思います。一つの問題提起として皆様にお話ししました。

（1）東京地判平一六・六・二二判時一八六四・九二
（2）東京高判平一七・五・三一判時一九一二・三
（3）最一小判平一六・一一・一八判時一八八一・八三
（4）大連判大四・一・二六民録二一・四九
（5）最二小判昭三三・四・一一民集一二・五・七八九

（参考文献）

丸山茂「家族の変容と国家」慶應義塾大学経済学部編『市民共生の経済学三家族へのまなざし』（弘文堂、二〇〇一）、ジャック・コマイユ（丸山茂・高村学人訳）『家族の政治社会学〜ヨーロッパの個人化と社会』（御茶の水書房、二〇〇二）、ロランス・ド・ペルサン（齊藤笑美子訳）『パックス』（緑風出版、二〇〇四）の訳者解説、二宮周平「家族の個人主義化と法理論」法律時報七四巻九号（二〇〇三）、同「戸籍の性別記載の訂正は可能か（3）」戸籍時報五六一号（二〇〇三）、同「婚外関係の法的保護はどこまで認められるのか」戸籍時報五九四号（二〇〇六）