HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	コメント：北海道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　―
Author(s)	大島, 梨沙
Citation	北大法学論集, 57(4), 233-240
Issue Date	2006-11-30
Doc URL	http://hdl.handle.net/2115/16936
Type	bulletin (article)
Note	資料
File Information	hogakuronshu57-4-9-4.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

コメント

大島梨沙

本研究会企画者より、二宮・渡邉両先生のご報告に対し、若干のコメントをさせていただきます。なお、企画者は、研究会当日は司会を務めましたため、ここでのコメントは、当日のご報告及び研究会参加者とのご議論を踏まえて、後日、書かせていただいたものである点、最初にお断りさせていただきます。

「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」と題して開催された当該研究推進ボード主催研究会は、多様化する婚外関係に対し、どのような法的対応が望ましいのか、個人にとって重要なカップル関係という人間関係の形成・維持・解消について、国がどのように関わっていくべきかを検討するものでした。このような観点から、主に日本の男女の非婚カップルの法的保護について、第一線で研究しておられる二宮周平先生をお招きし、上記問題についてのご見解をうかがいました。さらに、ヨーロッパ諸国における同性カップル保護制度を研究しておられる渡邉泰彦先生にご報告いただくことによって、非婚カップルの法的保護という問題を、男女カップルから同性カップルへ、日本からヨーロッパへと相対化して捉えることが可能となりました。両先生のご報告、及びその後の議論を通して、非婚カップルの法的保護に共通する問題が、明らかになったように思います。以下では、まず、一において、両先生のご報告の意義・特徴を紹介した後、それらから浮かび上がってきたものについて、二で考察することにいたします。

一　両報告の意義・特徴

（1）二宮報告

二宮先生のご報告は、これまでの日本における婚外関係保護法理の変遷とその背景を簡潔にご説明くださり、そのうえで、これからのあるべき婚外関係保護について、ご自身の見解を提示されるものでした。二宮先生の考え方の特徴は、婚外関係保護と社会の状況との関係を常に意識されているという点、個人の生活への国家からの干渉を防ぐことを重視されている点に見出すことができるでしょう。

①　社会的背景との関係の分析

まず、二宮先生は、従来の婚外関係保護の背景にあった事情と、従来の婚外関係保護の機能に着目され、現在では、それらが変化し、新たな問題構造になっていることを指摘されます。すなわち、従来、婚外関係保護が求められた背景には、やむをえない事情により届を出さないカップルの存在と、ジェンダー格差の存在があった。このような背景を前提になされた婚外関係保護は、規範としての婚姻を堅持し、性別役割分業という枠組み自体を守るという機能をもつものであったということを明らかにされます。

これに対し、現在の状況として、二宮先生は、婚姻のもつ意味合いが変わってきていることを強調されます。すなわち、女性の経済的自立が進んできたため、婚姻の本質的要件から同居・生計同一がはずれ、夫婦の共同生活が多様化し、婚姻は男女の人格的結合であるという意味合いが強くなっている。一方で、現在は少子高齢化の時代であり、これまでと同様に、生殖は国家の関心事であるという側面も挙げられます。そうなると、従来のように、出産・育児・介護を担うものとしての性別役割分業構造をもつ婚姻の維持が望まれるというわけです。つまり、現在の婚外関係保護の問題の背景には、婚姻・生殖というものの私的側面と公的側面の対立、女性の経済的自立（ジェンダー格差減少の方向）と性別役割分業への期待（ジェンダー格差温存の方向）の対立があるとされるのです。

この背景理解は、二宮先生の考え方の要素といえます。二宮先生は、この対立状況の中で、婚姻・生殖の私的側面を重視して人格的結合を尊重し、また、ジェンダー構造を解消していく方向をとるべきであるとの立場を採られます。二宮先生の提唱する婚外関係の法的保護のあり方は、家族観・婚姻観の変容、家族の個人主義化・婚姻家族の相対化を認めることによって成り立つものです。そのような婚外関係保護が、性別役割分業型に基づくカップル保護というものを克服し、ジェンダーの呪縛

を解く方向で機能することに、二宮先生は着目しておられるのです。

② 要保護性による婚外関係保護・国家からの評価の排除

では、二宮先生の提唱する婚外関係保護とは、どのようなものなのか。ここにおいて、二宮先生が最も重視されているのは、個人の私生活に対する国家からの不当な干渉をいかに排除するかということであるように思われます。

二宮先生は、一律に要保護性というものを基準として婚外関係を保護しようとされますが、その理由として、市民社会の自律性（自分たちのできることは自分たちでという一種の社会連帯）、私的保護法の理論（扶養法としての家族法、原因からの無条件）を挙げておられます。この考え方は、婚外関係のある一方当事者から他方当事者への請求を国が認めないことによって、一方当事者が困窮するという事態は避けたいということから出発し、要保護性があれば一律に他方当事者にその補完をさせることが私法上の原理であるとすることによって、当該関係への裁判官の評価を介在させないことを目指したものと思われます。つまり、主眼は、一定の関係には法的保護を与える、一定の関係には与えないという国の評価によって、個人の自由な生き方の選択が制約・侵害されることを避けようとする点にあるのです。二宮先生は、そのような個人の自由な生き方の選択を、ライフスタイルの自己決定権（憲法一三条の幸福追求権より生じる）として、国家が保障すべきものと考えておられ、[14] これが婚外関係保護に対する先生の考え方の根本にあるといえます。

ただ、以上のような二宮先生の考え方をとってもなお、個人の私生活に対する国家からの不当な干渉（評価）は排除しきれるものではないということは、留保しておかなければならないように思います。

例えば、一方当事者に要保護性が生じれば一律に他方当事者にその補完をさせるとしても、どういう関係の人間にそういう要保護性の補完を認めるかということは問題として残ります。二宮先生のご見解によれば、ルームシェアをしていた友人同士といった単なる共同生活関係には要保護性の補完をさせないようであり、やはり性愛の関係であることを重視されるようです。その場合の性愛の関係も、ある程度の継続期間や信頼関係の存在、一対一の関係を前提とされているようですが、[15] その基準が明確でないため、裁判官の当該関係への評価が介在することは避けられない、ともすればその役割を大きくしてしまう危険性

があるようにも思います。

また、二宮先生の考え方の前提にある沼先生の私的保護法の理論自体も、問題を抱えているように思います。私的保護法の理論は、当事者の意思と関係なく要保護性補完の義務を負わなければならないとするものであり、その義務を国家が強制することを正当化するものといえます。当事者がそのような家族法上の制約を受けることを拒絶する意思で婚姻外で関係形成していた場合でも、国によって要保護性補完の義務が強制されてしまう点で、まさに個人の私生活に対する国家からの干渉を許容してしまうものといえます。つまり、一方が要保護状態に陥ったとしても他方には迷惑をかけないという自立した関係形成をするというライフスタイルの選択は、採ることが難しいということになります。ですが、二宮先生は、このような点を承知のうえで、それでも要保護性の補完という点だけは、当事者の合意によっても排除できないとされるわけです。[16] 個人は私生活において完全に自由であるわけではなく、何らかの社会的規範意識（連帯意識）による制約を受けるとされるのです。[17] 二宮先生は、親密圏における個人の自由と、そこで発生する要保護者の保護とのバランスを、私法上で図っているといえるのかもしれません。

（2）渡邉報告

渡邉先生のご報告は、二つのレベルで、二宮先生のご報告を相対化するものといえます。一つ目は、婚姻外の男女の共同生活の保護というものを相対化し、同性間の共同生活関係を法的に保護することがありうるということを示す点です。二つ目は、日本においては必然的に非婚カップルとされる同性カップルが、一定の国においては、婚姻することがありうるということを示す点です。つまり、日本における婚姻概念そのものを相対化しています。

① 非婚カップルの一種としての同性カップルの法的保護

渡邉先生のご報告から、ヨーロッパでは、同性カップルに何らかの法的保護を与えることが主流であることが分かります。それは、EUのコミッションにおいて、性的指向に関する差別撤廃が推進されたことと、それぞれの国での政治的状況（左翼政権であったこと）の影響によるところが大きいようです。[18] このため、同性カップルの法的保護の問題においては、どうやって男女カップルと平等にするかが主要な論点となり、男女の非婚カップルの法的保護の議論とは違うものになっています。

では、どうすれば男女カップルと同性カップルを平等に扱う

ことができるか。渡邉先生は、男女カップルと同性カップルの平等を図る方法として、二つの考え方があることを指摘されます。一つ目の考え方は、男女カップルに認められているものが同性カップルには認められないのは不平等であるとして、男女カップルに認められているものを（かたちを変えて）同性カップルにも認めるというもの。二つ目は、同性カップルのために新たに保護制度をつくると、男女カップルはその新制度を利用できず、不平等であるとして、男女カップル・同性カップル双方のために新たな保護制度をつくるというものです。前者の立場にたつと、登録パートナーシップ（同性カップル用の婚姻）が採用され、後者の立場にたつと、パートナーシップ契約（男女・同性カップルのための契約＝婚姻とは違うもの）が採用されるということになるわけです。

このような二つの考え方の前提として、男女カップルに認められている婚姻は同性カップルには認められないという考え方があるといえます。男女カップルと同性カップルの平等を実現できる一番容易な方法は、婚姻制度と内縁による保護を同性カップルにも与えるというものであるはずです。しかし、そうではなく、登録パートナーシップやパートナーシップ契約が採用されるに至ったのは、婚姻は同性カップルには認められないから、その他の方法でいかに男女カップルとの平等を図るかという問題意識であったといえるからです。とはいえ、このような「平等」をめぐる考え方の違いは、興味深いものといえます。

② 同性カップルの婚姻の可能性：婚姻の本質の再検討

一方で、渡邉先生は、オランダ、ベルギー、スペインにおいて、同性カップルに婚姻が認められていることを紹介されました。そのうちベルギーでは、婚姻を二人の関係に純化して考えることによって、同性カップルの婚姻を可能にしたとのことです。このように、同性カップルの婚姻を認めるためには、婚姻の本質的要素は何かという根本的問題を解決する必要があるのです。

この点につき、渡邊先生は、婚姻は男女の関係であることが本質であるとされます。その理由として、婚姻には嫡出推定があり、それが本質的なものであるとの見解を示されます。婚姻は生殖を前提とした制度であるところに特徴があるとして、生殖可能性がない同性カップルには適さないとされるのです。むしろ、同性カップルのために設けられた登録パートナーシップのほうが同性カップル保護としてはよいとして、積極的に評価されているところが渡邉先生のご見解の特徴であるように思い

ます。

ですが、例えば、オランダにおいて登録パートナーシップがあるにもかかわらず、さらに同性婚が認められたことを、どう考えるのかという問題は残ります。婚姻に見出される象徴的意味（婚姻したカップルが正統なカップルである）と、男女カップルと同性カップルの平等の問題を、切り離して考えてはならないのではないでしょうか。

二　両報告からの帰結

一見、違う問題を扱っているように見える両報告ですが、そこでの議論において共通して意識されている問題が指摘できるように思います。第一は、非婚カップルの法的保護をするにしても、婚姻に留保されるものとは何かという問題です。第二は、法的に保護されるカップルとは何かという問題です。

（1）婚姻制度独自の意義

先ほど、渡邉先生は、婚姻制度独自の意義は嫡出推定規定にあり、婚姻は生殖、つまり男女関係を前提としているとお考えであると紹介しました。一方で、二宮先生は、秩序論レベルでの婚姻制度の意義は、私有財産の正統な承継人である相続人を確保することにあり、そのために嫡出推定・貞操義務があると理解されています。[19] 若干の違いはあるものの、婚姻制度の要素の一つとして嫡出推定を挙げるという点では、両先生は共通しています。

ただ、そのような婚姻制度の意義に対する評価は、両先生で相違しています。二宮先生は、鑑定技術が不十分で誰の子か分からないという時代には、嫡出推定で妻が婚姻中に懐胎した子を夫の子と推定し、短期間で否認権を失わせて子どもの保障を確定し、親の側から見ると相続人を確保するということで一定の役割を果たしていたと評価するものの、ＤＮＡ鑑定などの技術が進んだ現在では、嫡出推定を堅持する意味はないとされます。逆に、今の時代に婚姻制度の要素として嫡出推定を捉えることは、非嫡出子の切捨てにつながりかねず、子どもの平等に反するほか、同性カップルを排除する論理になる点で性的指向による差別となりうるとして、秩序レベルでの婚姻制度の意義を、継続性を前提とした人格的結合の公証ということに変えていこうと提唱されます。

これに対し、渡邉先生は、嫡出推定によって（鑑定をするまでもなく早期に）親子関係を確定させるということは、現在に

おいても婚姻の本質的要素として意味があると評価されます。そのうえで、二宮先生が指摘されたような不都合については、非嫡出子については、親子法の充実（相続分平等化、共同親権の導入）により対応し、同性カップルについては、登録パートナーシップ制度を創設することにより対応すればよいとされます。

この両先生のご見解の違いから、嫡出推定というものがカップルの法的保護のあり方におけるキーワードとなってくることが明らかになりました。このことは、本研究会での重要な収穫の一つであるように思います。

（2）カップル像と法的保護

上記のような両先生の見解の違いに特徴的に現れているように、二宮先生は、従来の婚姻制度を解体していくことによって、婚姻と婚姻外とに関わりなくカップルを法的に扱おうとしているのに対し、渡邉先生は、従来の婚姻制度のもつ意義を評価し、従来のような婚姻制度を残したままで、非婚カップルにはそれに応じた法的保護を与えようとしています。このような違いの背後には、両先生が前提とされているカップル像の違いがあるように思います。

二宮先生は、自立した個人間の性愛と信頼関係に基づく人格的結合をカップルとしてイメージされているため、基本的には当事者に任せておいて問題はないのであり、婚姻しないことを選んだカップルについては、一方当事者に要保護性が生じる場合以外は、カップル単位で法的に保護を与える必要はないという方向性になります（個人の単位で必要な保護は付与していく）。さらに、このような二宮先生のカップルイメージは、婚姻制度の要素を人格的結合の公証という点に縮小していくことにもつながります。

それに対して、渡邉先生は、何らかの弱みをもつ個人間において、愛情によって助け合いのために結びつくものをカップルとしてイメージされているような印象を受けます。このため、婚姻制度は、負担を軽減する（カップル関係に必要な事項をすべて自分たちで決めて義務を負うということをしなくていい・親子関係を確定される場合において鑑定をしなくてもよい）というメリットがあるものとして維持しようとされ、さらに、何らかの保護を必要とする非婚カップルについては、それに応じた法的保護を与えるという方向性になります。法的保護が認められるカップルとしては、渡邉先生の考え方のほうが多様性があるということになりますが、それは、カップルの関係を国が

保護することに対する評価が二宮先生とは違っていることによるものであると思われます。

一方で、両先生のカップル像に共通しているのは、二名間による独占的・排他的な関係を前提としている点です。二宮先生は、本研究会質疑応答時、三名以上の結合である場合、その当事者の一人に要保護性が生じても、他の当事者に補完させることにならないと説明されましたが、その理由として、性愛による関係は、本質的に独占的・排他的な要素をもっているのではないかということを挙げておられました。婚姻秩序の影響によるものではなく、あくまでも性愛結合の本質として二名間であることが必要とされると解する点に特徴があるといえます。これに対し、渡邉先生は、法的に保護されるために二名間であることが求められる理由として、婚姻制度の影響によるものと説明されています。なお、ヨーロッパにおいては、宗教的な背景により、性的な関係は、同性カップルについては前提にならない（してはならない）と渡邉先生が説明されておられたことは、興味深い点といえます。つまり、ヨーロッパにおいては、同性カップルは純粋に愛情による結合であるということになっているものと思われます。

このように、婚外関係の法的保護においては、性愛や愛情による個人間の関係形成をどのようなものと捉えるか、そのような関係を国家法によって取り扱うべきなのかどうか、何らかの形で取り扱われるとして、それはどのような方法によるべきかといったこと全体が問題になり、婚姻制度に対する考え方を含む広い射程をもった議論が必要になるということが明らかになりました。

本研究会は、婚外関係の法的保護という問題がもつ構造を明らかにすることができた点で有意義であったと感じています。このような研究会が開催できましたのは、それぞれに大変な事情を抱えていらっしゃったにもかかわらず札幌までご足労くださいました二宮先生、渡邉先生のご協力によるものであることはもちろんのこと、準備過程で援助をしていただいた研究推進ボードのメンバーの皆様と先生方、当日活発な議論を展開してくださった研究会参加者の皆様のおかげであると思っております。この場をお借りして、心よりの感謝を表します。