



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	「法律上の婚姻」とは何か（4）：日仏法の比較研究
Author(s)	大島, 梨沙
Citation	北大法学論集, 64(2), 230[199]-180[249]
Issue Date	2013-07-31
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/53000
Type	departmental bulletin paper
File Information	HLR64-2_006.pdf



「法律上の婚姻」とは何か（4）

—— 日仏法の比較研究 ——

大 島 梨 沙

目 次

- 序論 (以上、62巻1号)
- 第1部 法律上の婚姻＝正統な結合
 - 第1章 国家が承認したという正統性
 - 第1節 フランス：承認主体としての教会と国家 (以上、62巻3号)
 - 第2節 日本：承認主体としての国家と社会？ (以上、62巻6号)
 - 第2章 他とは違うという正統性
 - 第1節 フランス
 - 第1款 非婚カップルとの相違
 - 第1項 内縁との相違：法的な結合
 - 第2項 パックスとの相違：子どもを前提とした結合
 - 第2款 非婚父母との相違
 - 第1項 自然上の父母との相違
 - 1 嫡出子と自然子のかつての相違点：相続権・相続分
 - 2 嫡出子と自然子の今日の相違点：法的親子関係のあり方
 - a) 定立方法
 - b) 親権の行使
 - 第2項 社会上の父母との相違
 - 1 養子縁組
 - a) 未成年共同養子縁組
 - b) 連れ子養子縁組
 - 2 親権行使の委譲

第1節小括

第2節 日本

第1款 内縁との相違

第1項 構成要素の比較

1 積極的要素

- a) 挙式あるいは親族への周知
- b) 一定期間の同居協力関係
- c) 一定期間の協力関係+夫婦としての認識

2 消極的要素

- a) 配偶者の存在（重婚的關係）
- b) 近親関係
- c) 性別？

第2項 法的効果の比較

第2款 非婚父母との相違

第1項 自然上の父母との相違

1 法的親子関係

- a) 定立方法
- b) 親権の帰属・行使

2 子の相続分

第2項 社会上の父母との相違

1 未成年養子縁組

- a) 普通養子縁組
- b) 特別養子縁組

2 連れ子養子縁組

第2節小括

第2章総括

第1部結論

（以上、本号）

第2部 法律上の婚姻＝法的な結合

結論

第2章 他とは違うという正統性

「婚姻」が「正統な結合」であるのは、その他の結合（以下、「非婚結合」又は「非婚」と呼ぶ）にはない何か「婚姻」には備わっているからということになろう。そこで、本章ではまず、フランスの「非婚結合」

の法的取扱いを概観したうえで、「婚姻」だけに留保されている特徴とその根拠を明らかにする（第1節）。フランスの状況を踏まえた後、日本における「非婚結合」の法的取扱いと比較した場合の「婚姻（法律上の婚姻）」の特徴について考察する（第2節）。なお、いずれの国においても、「婚姻」と「非婚」との相違は、時代と共に大きく変化しているが、本章では、今日（2013年3月時点）における違いに重点を置くこととし、歴史的経緯には簡単に言及するに留めたい。

※脱稿後に成立した、2013年5月17日の法律第404号により、フランスでは、同性カップルの婚姻が可能となった。以下の記述のうち、本法律の影響を受ける部分については※印により補足する。

第1節 フランス

ナポレオン民法典が、婚姻以外のカップルの形態を無視することとしていたのは有名な話である。しかし、今日のフランスでは、「非婚結合」として、内縁（concubinage）とパックス（pacte civil de solidarité, 略して pacs）の存在が肯定されている。よって、内縁およびパックスと比較した場合の「婚姻」の特徴を把握することは不可欠の作業である（第1款）。その際、内縁やパックスはカップル関係に着目した概念であることに注意が必要である。すなわち、婚姻夫婦がもつ父母としての関係については、また別途「非婚の父母」の場合との比較をする必要がある（第2款）。

第1款 非婚カップルとの相違

内縁（コンキュビナージュ）とパックスの法的取扱いに関しては、すでに別稿¹において詳細な検討を行ったため、ここでは婚姻との相違と

¹ 拙稿「フランスにおける非婚カップルの法的保護－パックスとコンキュビナージュの研究（1・2完）」北大法学論集57巻6号（2007年）370頁・58巻1号（2007年）210頁。

いう観点から、要点を述べるにとどめる。内縁と婚姻との相違（第1項）、パックスと婚姻との相違（第2項）について、順に見ていこう。

第1項 内縁との相違：法的な結合

フランスにおいて、内縁と婚姻との最大の相違は、法的な結合か否かという点にある。つまり、内縁は、事実上存在する結合ではあるものの、法的な結合ではなく、当事者は、法的義務を負わない。逆に言えば、原則として、何らの法的効果も及ばない。つまり、内縁カップルは、法秩序から自由である（関係形成を禁止されてはいない）一方で、（伝統的には）そこで不利益を被っても法的保護を受けることはないという状況に置かれていた。これに対し、婚姻は法律行為であり、婚姻をした夫婦は、民法典に定められた夫婦としての法的義務を負う代わりに、法的効果を楽しむことができる。

こういった内縁と婚姻の取扱いの差異の背景に、ナポレオン民法典制定当時の、内縁に対する否定的な評価があったことは確かであろう。婚姻でさえ必要悪と見るカトリックの考え方²によれば、婚姻をせずに性的関係をもつ内縁というのは、非難の対象となる³。このような伝統的な考え方は、フランス革命によって克服されたかに見えたが、革命に対す

² 本稿（2）・北大法学論集62巻3号628頁以下で言及。

³ とはいえ、中世のカトリック教会は、その教義とは裏腹に、内縁に寛容な態度を見せていたようである（Jean-Louis Flandrin, *Familles: parenté, maison, sexualité dans l'ancienne société*, Seuil, 1984, 森田伸子・小林亜子訳『フランスの家族 アンシャン・レジーム下の親族・家・性』〔勁草書房、1993年〕260頁）。この時代、内縁は、比較的継続的で安定的な関係として、社会に広く存在していた。婚姻できるほど裕福ではない人々や、身分違いの者同士は、内縁関係を形成していたのである。加えて、中世には、婚姻外性関係を禁止している当事者であるはずの司祭やその他の教会職の人々が、内縁関係を形成している例が多かった。彼らはカノン法の規律により、婚姻することができなかったからである。こういった状況が変化するのが、絶対王政期に入り、婚姻の手続的成立要件を定めることになった16世紀である。したがって、内縁を非難の対象とする背景には、教会の教義よりも、絶対王政や中央集権制の存在が大きいといえるかもしれない。

る反動により、ナポレオン民法典制定時には再び、内縁を望ましくないとする考え方がブルジョワ階級の間で強まっていた。ポルタリスもまた、内縁を「曖昧で不適法な」結合 (conjonctions vagues et illicites) であって、予防 (prévenir) すべきものと述べている⁴。

このナポレオン民法典の態度は、長らく判例でも維持されていたが、20世紀に入る頃から徐々に一部の法的効果に限って内縁にも付与されるようになり、さらに、20世紀半ば頃からの判例および立法によって、男女の内縁カップルについての一定の法的保護が確立する⁵。だが、ここで認められたのは、主として生活保障上の法的効果であることに注意が必要である。法的結合ではなくとも、事実上、カップルとして生活していたことによって必要となるものとして、認められるようになったのである。たとえば、一方が他方に扶養されていた場合、関係解消 (死亡・離別) によって被扶養者が困窮する事態となる。このような場合に対応するものとして、死亡に至らしめた加害者に対する損害賠償請求⁶、死亡保険の受給⁷、労働死亡事故の場合の年金の受給⁸、居住賃貸借契約の移転⁹・

⁴ Jean-Étienne-Marie Portalis, Discours Préliminaire sur le projet de code civil, in *Discours et rapports sur le code civil*, Presses universitaires de Caen, 2010, p.24, 野田良之 (訳) 『ポルタリス 民法典序論』 (日本評論社, 1947年) 37～38頁。

⁵ 1912年11月16日の法律により、父性搜索の訴えの場面において、内縁という言葉が初めて民法典に登場する (旧340条) (François Terré et Dominique Fenouillet, *Droit civil, La famille*, Dalloz, 8^e éd., p.315)。

⁶ Cass. mixte, 27 février 1970, *JCP.*, 1970, II, 16305 ; D. 1970, p.201, note R. Combaldieu ; *RTD.civ.*, 1970, p.353, note G. Durry.

⁷ 被保険者の死亡日に、当該被保険者に実質的、全体的、継続的に扶養されていた場合で、期間内にその権利を援用した場合に給付される (社会保障法典第 L.361-4条 1 項)。

⁸ 内縁関係が当該事故以前に構築されていた、もしくは、死亡日において一定期間その関係が存続していた場合、または当事者間に子どもがいる場合に給付される (社会保障法典第 L.434-8条)。

⁹ 死亡した賃借人と周知の内縁関係にあった者、または死亡日において1年以上、亡賃借人と生活していた被扶養者に、別段の意思表示をしなくとも、法律上の効果として認められる (1989年7月6日の法律第462号第14条第8項)。

継続¹⁰、濫用的関係解消者に対する損害賠償請求¹¹、「事実上の組合」理論による積極財産の清算¹²、不当利得理論による清算¹³、等の効果が内縁の当事者に認められるようになった。いずれも、関係解消後の生活保障に配慮したものといえる。（とはいえ、遺族年金の受給権は内縁当事者に与えられていない。）

他方で、カップル間での共同生活という事実の存在により、関係継続中の内縁当事者について、婚姻と同様の法的効果が与えられることがある。例えば、他方が加入している社会保険（疾病保険等）の受給権¹⁴、他方が介助を必要としている場合の休暇取得権（労働法典 L.3142-22条）、連帯富裕税の共同課税¹⁵、といった効果が挙げられる。相手が行っている農業経営に携わっている場合に、「共同経営者」、「給与所得者」、「経営者」のいずれかの地位を選択することができるのも婚姻夫婦と同様で

¹⁰ 賃借人である一方当事者が住居を放棄した場合、当該賃借人と周知の内縁関係にあった者、または、当該賃借人と住居放棄の日において少なくとも１年間その者と生活している被扶養者のために、賃貸借契約は継続される（1989年7月6日の法律第462号第14条第5項）。

¹¹ Cass. 1^{re} civ., 7 octobre 1957, D. 1958, p.493, note R. Savatier ; Cass. 1^{re} civ., 7 avril 1998, *RTD.civ.* 1998, p.884, obs. J. Hauser.

¹² 組合員の出資、その出資に応じた利益・損失の分配、組合結合の意思といった要素がある場合（Cass. com., 23 juin 2004, D. 2004, Somm. p.2969, obs. D. Vigneau ; Cass. 1^{re} civ., 12 mai 2004, D. 2004, Jur. p.2886, note G.-A. Likillimba）。

¹³ 一方当事者が通常の範囲を超えて無報酬で働き他方当事者の収入に貢献したような場合に、不当利得返還請求が認められる。近年の事例では、一方が工事費用を負担したことについて、通常的共同生活のための支出を超えているとして不当利得返還を認めたものがある（Cass. 1^{re} civ., 24 septembre 2008, *Dr. fam.* 2008, comm. 152, note par V. Larribau-Terneyre）。

¹⁴ 社会保険の被保険者と「夫婦のように生活している（vit maritalement）者」、及び、実質的、全体的、継続的に扶養されていた者で、そのことを証明した者について、受給資格が付与される（社会保障法典 L.161-14条第1項）。これは、1978年1月2日の法律によって可能となったものである。

¹⁵ 周知の内縁であって、当該カップルが一定額以上の資産を有している場合、婚姻夫婦と同様の課税に服する（一般租税法典第885-E条第2項）。これは、租税負担軽減の目的でカップルが婚姻外にとどまることを避ける趣旨のものである。

ある¹⁶。また、家庭内暴力対策の対象とされ、保護命令等の対象となるのも、婚姻夫婦と同じである¹⁷。これらはいずれも、(当事者に法的義務があるか否かにかかわらず) 共同生活が存在していれば必要となる法的措置だと位置づけられている。事実の存在を重視する法領域において、共同生活という事実を法が考慮しているというわけである。

こういった状況の変化は、法が内縁を完全に無視することが難しくなった事情から説明される。20世紀に入ってから交通事故の増加、2つの世界大戦を含む度重なる戦争、内縁者数の増加などである。内縁者数の増加の要因としては、女性たちが内縁をかつてほど嫌がらなくなったこと、都市化、社会の不安定化、宗教的道德の減退、より柔軟な家族政策などが挙げられている¹⁸。こういった変化に伴い、内縁に対する否定的な評価が緩和され、カップルの選択肢の1つとして位置づけられるようになっていった。

これに対し、同性間でのカップル関係¹⁹については、伝統的に何らの法的効果も認められることはなく、逆に、その性的行為が処罰化されるなどの制裁が課された時代もあった。このような制裁は1980年代に消滅する²⁰が、民事上・社会保障法上の効果については、依然として同性間カップルには付与されない状況が続いた。しかし、現実には不都合を被る同性カップルの存在を無視できなくなり、立法された1999年11月15日の法律第944号が、「カップルとして生活する異性または同性の2名の者の

¹⁶ 農事海洋漁業法典321-5条8項。これにより、経営財産の処分に関与することができ、かつ社会法的な効果が与えられる。

¹⁷ 民法典第515-9条ほか、刑法典等にも規定がある。

¹⁸ Benoît de Boysson, *Mariage et conjugalité, essai sur la singularité matrimoniale*, LGDJ, 2012, n° 24.

¹⁹ その法的扱いの変遷に関して、Daniel Borrillo (dir.), *Homosexualité et droit : de la tolérance sociale à la reconnaissance juridique*, PUF, 1999 ; Caroline Mécary, *Droit et homosexualité*, Dalloz, 2000 ; Caroline Mécary et Géraud de La Pradelle, *Les droits des homosexuel/les*, PUF, 2003.

²⁰ 北村一郎「未成年者に対する同性愛行為の処罰の廃止—刑法典第331条第2項を廃止する1982年8月4日の法律第683号」日仏法学12号(1983年)184～187頁。

間における安定性および継続性を示す共同生活によって特徴づけられる事実上の結合」（民法典第515-8条²¹）とする内縁の定義規定を置いたのは、同性カップルも内縁と認定することができる旨を明示するためであった。よって、今日では、同性カップルにとっても、内縁は選択肢の1つとなっている。

民法典上に定義規定が置かれたとはいえ、内縁は法秩序から自由である、というナポレオン民法典の原則は、現在でも基本的には維持されているといえよう²²。内縁は、「事実上の結合」にすぎず、内縁関係の形成・維持・解消は、個人の自由委ねられる。当事者間での合意や契約も、通常の要件を満たしている限り有効であって、当事者間のカップル関係の存在を理由に効力が否定されることはない²³。よって、内縁カップルは、組合契約、共有の約定、無償譲与、委任契約などを利用することができる。

以上のような内縁に対し、婚姻は、法秩序から自由ではない。成立させるには、婚姻の形式的・実質的要件をクリアしなければならない。加えて、婚姻は法的な結合であり、当事者は法的義務を負う。たとえば、婚姻をした夫婦は、貞操義務、協力義務、婚姻費用分担義務、日常家事

²¹ 以下、特に法典名のない場合は、民法典の条文を指すものとする。

²² とはいえ、内縁カップルにも例外的に法秩序が課される場合として、濫用的関係解消による損害賠償責任、家庭内暴力による量刑加重・退去措置等が挙げられる。こういった、カップルに共通の法規範を抽出しようとする試みとして、Xavier Labbé, *Le droit commun du couple*, Septentrion, 2010.

²³ 重婚的内縁者間の無償譲与の有効性も承認されるに至っている。かつては、それが関係の清算のためのものでない限り、無効とされていたが、今日では、1999年2月3日の破毀院判決（Cass. 1^{re} civ., 3 février 1999, JCP 1999, II, 10083, comm. M Billau et G. Loiseau ; JCP 1999, I, 152 chron. L. Leveneur ; D. 1999, 267, note J.-P. Langlade-O'Sugrue）および破毀院合同部2004年10月29日判決（Cass. ass. plén., 29 octobre 2004, D. 2004, Jur, p.3175, note D. Vigneau.）により、重婚的内縁の場合で、その動機が関係の形成・維持・修復のためのものであったとしても、当該内縁当事者間の無償譲与は無効とならないとの判断が示されている。

債務の連帯責任を負うが、内縁の当事者はこれらの責任を負わない²⁴。婚姻夫婦は、法的義務を負っているからこそ、内縁とは異なる法的効果を得ることになる。そして、婚姻夫婦が法的義務を負うことは、挙式時に明示的に表明された、法的義務を負う旨の意思表示によって正当化される。婚姻は、当事者が夫婦としての義務を負うと述べたから義務を負うのであり、内縁はその旨を表明していないために義務を負わないというわけである。では、同じ「法的な結合」であるパックスと比較した場合、婚姻にはどのような特徴があるのだろうか。

第2項 パックスとの相違：子どもを前提とした結合

パックスは、1999年11月15日の法律第944号によって創設された²⁵ものであり、「異性または同性の、成年に達した2人の自然人による、共同生活を送る旨の契約」(515-1条)と定義される。パックスは、共同生活のために成人の2者間で締結されるものであり、同性カップルでも異性カップルでも利用可能であるが、当事者間に「カップルとしての生活」²⁶、すなわち性的関係があることが前提となっている。また、パックスは「契約」、すなわち「法的な結合」であり、この点で、内縁とは異

²⁴ 婚姻費用分担義務について、Cass., 1^{re} civ., 17 octobre 2000, D. 2001, Jur. p. 497, note R. Cabrillac ; D. 2002, Somm. p. 611, obs. J.-J. Lemouland ; *RTD.civ.*, 2001, p.111, obs. J. Hauser. 日常家事債務の連帯責任について、Cass. 1^{re} civ., 27 avr. 2004 ; D. 2004, Jur. p.2968, obs. D. Vigneau.

²⁵ 2006年6月13日の法律によって、パックス継続当事者時の財産関係、パックス登録手続についての改正が行われた。この改正により、パックスの共同生活のための契約としての性格が強化されたと評価するものとして、Virginie Larribau-Terneyre, *L'amélioration du Pacs : un vrai contrat d'union civile*, *Dr.fam.* 2007 janv. p.9.

その後も、2007年、2009年、2010年、2011年に改正がなされている。本文で扱うパックスは、それらの改正内容をふまえたものである。

²⁶ Cons. const., 9 novembre 1999, n° 99-419 DC : *JO*, 16 novembre 1999. これを紹介する邦語文献として、齊藤笑美子「婚姻外カップル立法化の合憲性－連帯民事契約(PaCS)法判決」辻村みよ子編『フランスの憲法判例』(信山社、2002年)98頁。

なる特徴をもつ。たとえば、パックスを結ぶ当事者の関係は、排他的でなければならず、近親者間であってはならない（515-2条）。関係の形成には、実質的要件（同意、契約締結能力、年齢、原因の存在と合法性）を備えたうえで、一定の手続を履む必要がある（515-3条以下）。パックス当事者には、共同生活義務、物質的援助義務、相互扶助義務（515-4条1項）、日常生活にかかる債務の連帯義務（515-4条2項）が課される。一方的解消が可能であるなど、関係解消は容易であるが、パックスを終了させるには一定の手続が必要となる（515-7条）。一方的解消の場合に他方の損害賠償請求権を行使させないような合意には効力が付与されない²⁷。

このように内縁と違って制約がある分、内縁よりも付与される法的効果は大きい。同一企業で働くパックス相手方当事者に同時期休暇取得の権利が認められ（労働法典 L.3141-15条）、パックス相手方死亡時には忌引き休暇が認められる（労働法典 L.3142-1条）。また、所得税につき所得合計額に対する共同課税がなされる（一般租税法典第6条1第3項）。この課税方式は、当事者の一方が家計を支えている場合には利益がある。パックス相手方への無償譲与につき、譲渡税の税率が婚姻と同じになる（一般租税法典第777条表Ⅱ）。

だが、同じ「法的な結合」である「婚姻」と比較した場合、パックスと婚姻の間には、大きな違いが3点ある。パックスには、貞操義務がないこと²⁸、関係解消が容易であること²⁹、子どもに関する法的効果がないこと、の3つである。これらは、パックスが専ら《カップル関係》を扱う制度であり、《生殖》と《子育て》をその外に置いているということと関係している。パックスには、父性推定や共同親権、養子縁組、生殖

²⁷ 同上。

²⁸ ただ、パックス当事者には、通常の契約と同じく、誠実義務が課されるため、当事者の一方が、パックスの相手以外の者と関係を結んでパックス当事者間の共同生活を破綻させることは、誠実義務違反にあたるとした裁判例がある（TGI Lille, 5 juin 2002, D. 2003, n° 8, p.535 ; *Dr.fam.* 2003. mai, p.21, note par B. Beignier）。

²⁹ 遺族年金受給権がないという相違も、関係解消が容易という特徴から説明できるだろう。

補助医療といった子どもに関する法的効果がまったく存在しない。子どもを前提としないということは、世代間のつながりを前提とした家族的紐帯も発生しないことを帰結する。よって、相続、氏、姻族関係といった効果も、パックスには発生しない³⁰。

つまり、パックスと比較した場合の婚姻独自の特徴としては、当事者間で生殖をし、子育てをすることを前提にした法的義務・法的効果を有しているということが挙げられる。婚姻夫婦がそのまま父母になるということが前提となっているのである。この点から見た婚姻の特徴について、次款で詳しく検討しよう。

第2款 非婚父母との相違

婚姻夫婦は父母となる前提がある点で、他のカップル関係とは異なるということを前款で確認した。しかしながら、父母という点で見れば、婚姻をしていなくともカップルが父母となる場合が考えられる。たとえば、婚姻をせずにも子どもを出産した母と、その子の血縁上の父という父母の形態（「自然上の父母」と呼ぶ）がありうる。（自然上の父母の間に継続的・安定的なカップル関係が存在する場合もあれば、ない場合もある。）他方で、（一方または双方と）血のつながりのない子どもを非婚のカップルが実際に引き受けて育てるという父母の形態（「社会上の父母」と呼ぶ³¹）がありうる。一方の養子である場合や、連れ子である場合などである。こういった非婚の父母と比較した場合³²、婚姻（した父母）にはどのような特徴があるだろうか。

³⁰ Nathalie Glandier-Lescure, L'accès à la vie de couple et les symboles, in *Les états généraux du mariage : l'évolution de la conjugalité*, PUAM, 2008, p.94.

³¹ 同性カップルが子どもを養育している場合、「社会上の父父」「社会上の母母」の可能性がありうるが、これを含めて、便宜上、「社会上の父母」と表記する。

³² 非婚シングルの親と婚姻した父母の相違については、本稿の検討からは外すこととする。

第１項 自然上の父母との相違

かつてとは異なり、今日のフランスでは、婚姻外での生殖自体については、もはや反規範的なものとはされていない。たとえば、公衆衛生法典 L. 2141-2条は、男女のカップルであれば、婚姻をしていなくても生殖補助医療を受けることができるとしている。こういった婚姻外での生殖を許容する流れは、避妊技術の発達や DNA 鑑定の普及といった生殖関連技術が進歩して生殖における婚姻の必然性が薄くなり、非婚で子を産むカップルが増えたことと無関係ではない³³。家族給付や父親休暇の取得など、子育てにかかる社会保障は、自然上の父母にも等しく付与されている。こうして自然子が増えると、子どもの間での平等が求められるようになる。2005年7月4日のオルドナンスにより嫡出子と自然子という違いがなくなり、名称自体も削除されたことは、「婚姻の正統性」の観点からして、非常に重要な変化である。そこでまず、嫡出子と自然子の区別が撤廃された経緯について検討する（１）。さらに、自然上の父母も、子どもに対する親権の共同行使が認められるようになるなど、婚姻した父母との違いが少なくなっている点について確認したうえで、婚姻に残る特徴について考察したい（２）。

１ かつての相違点：子の相続権・相続分

かつてのフランスでは、嫡出子と自然子の差は至るところで設けられていた。最も著名なものとして、相続権や相続分の違いが挙げられる。ナポレオン民法典によれば、自然子のうち、相続権を有するのは認知された単純自然子のみであった。姦通により生まれた子や、近親相姦により生まれた子には、相続権は認められていなかった。相続権を認められた単純自然子であっても、その相続分は嫡出子と同じではなかった。被相続人に、①嫡出の直系卑属がいる場合には、その自然子が嫡出子であった場合に算定される法定相続分の3分の1、②嫡出の卑属がなく、被相

³³ 今日のフランスでは、新生児の半数以上が、非婚の父母から産まれている。2012年の統計では、56.6%を占めている（INSEE の HP より）。

続人の父母または兄弟姉妹がいる場合には、その自然子が嫡出子であった場合に算定される法定相続分の2分の1、③嫡出の卑属も尊属も兄弟姉妹もいない場合は、その自然子が嫡出子であった場合に算定される法定相続分の4分の3となっていた(ナポレオン民法典757条2項)。また、代襲相続に際しても、嫡出子には代襲相続権が認められているのに対し、自然子はその父または母を代襲することは許されていなかった(同756条後段)³⁴。

このような差異はなぜ設けられていたのか。相続上の自然子と嫡出子の取り扱いを異にする趣旨について、ポルタリスは、「婚姻を尊重し、善良の風俗を維持し、社会の利益を獲るためには、私生子は嫡出子と同等に扱われてはならない。のみならずすべての文明国によって市民権としてでなく家族の権利として認められている相続権が、なるほど国家の構成員ではあるが婚姻を定めている法律がどの家族の構成員とも認めていない人間に与えられるということは、事物の秩序に反することである。彼等に対しては、唯衡平に適する範囲内で、人道が彼等のために要求する救助を保障してやればよろしい」³⁵と述べている。ナポレオン法典では、婚姻が「正統な結合」として位置づけられており、それ以外の結合から生まれた子は、市民ではあっても「家族の構成員」ではなく、ゆえに相続権は認められないか、衡平に適する範囲内で与えられるにすぎないものと考えられていることが読み取れる。

以上のような自然子の状況は、長い時間をかけて徐々に改善されていった³⁶。1896年3月25日の法律³⁷により、単純自然子の相続分が増やされた。①他に嫡出の直系卑属がいる場合、従来は、嫡出であれば受けた

³⁴ 原田純孝「相続・贈与遺贈および夫婦財産制—家族財産法」北村一郎編『フランス民法典の200年』(有斐閣、2006年)267頁。

³⁵ Portalis, *op.cit.*, p.61, 野田訳93頁。

³⁶ 山田美枝子「フランス親子関係法における自然子の権利の保障の変遷」法学研究69巻1号(1996年)369頁。

³⁷ 本法について、J. Rondelet, *La réserve des descendants: commentaire de la loi du 25 mars 1896 sur les droits successoraux de l'enfant naturel*, L.Larose, 1896.

であろう分の3分の1であったが、それが2分の1へ、②嫡出の卑属がなく、被相続人の父母または兄弟姉妹がいる場合には、従来の2分の1から4分の3へと改められたのである。また、③その他の場合には、相続人となり、相続財産全部について権利を有する（旧756条以下）。無償譲与も、自由分の範囲内で、ただし嫡出子1人の相続分を超えないことを条件として許容された（姦生子・近親子は、扶養料相当分の範囲内にとどまる、旧908条）。

その後、この状況は長らく変わらなかった³⁸が、1972年1月3日の法律第3号³⁹によって大きな変革がもたらされた。自然子と嫡出子の相続上の権利が、原則として、平等化されたのである。①自然子は、その父母との関係において、一般的に嫡出子と同一の権利および同一の義務を有する、②自然子はその親の家族に入る、という原則が確立された（旧334条）。よって、相続分が嫡出子と同一になり、父母の血族、すなわち尊属、兄弟姉妹、その他の傍系血族との間で嫡出子と同様に相互に相続権者の地位に立つことになった。しかし、この平等原則は、姦生子には及ばないものとされた。姦生子の相続分は、嫡出子との関係において、嫡出子であるとすれば取得したであろう相続分の2分の1に削減される（旧760条）。親の配偶者との関係においては、①嫡出子・尊属・兄弟姉妹（その卑属）が存在しない場合には、姦生子の相続分は、その数にかかわらず、全員で遺産の2分の1、②嫡出子がなく、かつ、父系か母系の一方に普通傍系血族しか存在しないときは、姦生子の相続分は、全員で遺産の4分の1となる（旧759条）。姦生子に対する権利制限は、姦通が行われず、したがってその者が懐胎されなければより大きな権利を有

³⁸ その間も、相続面での不平等については、以下の2点から批判がなされていた。第1に、このような不平等を設けても婚外関係を防止するという実効性はない。第2に、父母の行為を理由として子が制裁を受けるのは、個人責任主義の原則に反し、不当である。François Terré et Dominique Fenouillet, *Droit civil, La famille, op.cit.* n° 388.

³⁹ 本法について、Michel Dagot et Pierre Spitéri, *Le nouveau droit de la filiation: loi du 3 janvier 1972*, Librairies Techniques, 1972 ; Claude Colombet, Jaques Foyer (et al.), *La filiation légitime et naturelle: étude de la loi du 3 janvier 1972*, Dalloz, 1973.

したであろう嫡出子・配偶者の相続上の利益を、姦通・懐胎によって奪われるのは不当だという理由に基づくものである。したがって、前婚の嫡出子と後婚の姦生子、前婚の姦生子と後婚の嫡出子・姦生子・配偶者の間では、姦生子の権利制限は生じない。

この姦生子差別は、欧州人権裁判所2000年2月1日判決⁴⁰によって、修正を迫られることになった。相続分について姦生子を嫡出子に比して不利に扱う760条が問題となった事案において、欧州人権条約14条（平等原則）と組み合わせられた財産権の侵害に関する同条約第一議定書1条違反を根拠に、用いられた手段と目指された目的（婚姻家族の保護）との間に「合理的な比例関係」がないとして、フランス敗訴の判決が下されたのである。これを受けて、姦生子の相続分差別を撤廃したのが、2001年12月3日の法律第1135号⁴¹である。姦生子を不利に取り扱う規定すべてが廃止され、子ども間の相続上の権利の完全な平等が実現された⁴²。

さらには、2005年7月4日のオルドナンス759号⁴³によって、「嫡出子」「自然子」という子を区別する名称自体が廃止された。これにより、準正制度がすべて無意味となって削除された。

⁴⁰ CEDH, 1 février 2000, *D.* 2000. Jur. 332 note par Jean Thierry.

⁴¹ 幡野弘樹「相続法改正—生存配偶者および姦生子の権利ならびに相続法の諸規定の現代化に関する2001年12月3日の法律第1135号」日仏法学23号（2005年）285～288頁。

⁴² ところで、カノン法においても、嫡出子（正統な子、*filii legitimi*）と自然子の区別が存在し、この区別は今日においても維持されている。すなわち、「嫡出子とは、有効な婚姻又は有効推定婚によって受胎若しくは出生した子である」（Canon 1137）との規定が現行カノン法典に存在している。しかしながら、カノン法は、相続を扱わない（相続は世俗法の管轄である）ため、このカノン法上の区別が直接に、現実世界における嫡出子と自然子の違いを生み出すわけではない。カノン法上の区別は象徴的・規範的なものといえるだろう。

⁴³ Jean Hauser, *La réforme de la filiation et les principes fondamentaux*, *RTD civ.*, 2008. jan. p.6, 羽生香織「親子—親子関係の改正に関する2005年7月4日のオルドナンス第759号」日仏法学24号（2007年）119頁。なお、本オルドナンスは、2009年1月16日の法律第61号によって追認されている。

以上により、今日のフランスでは、父母が婚姻しているか否かによる子の相続分の違いはない。しかしながら、「嫡出子」「自然子」という名称がなくなったとはいえ、父母が婚姻しているか否かによる違いが一切消滅したわけではなく、法的親子関係のあり方において、若干の相違点が残っている。

2 今日の相違点：法的親子関係のあり方

法的親子関係については、まず、定立（établissement、親子関係設定、立証）に関するルールがあり、そのうえで、親権の帰属と行使に関するルールがある。そのいずれについても、父母が婚姻しているか否かで若干の相違がある。フランスで今日でもなお残る相違は、何を意味するのだろうか。

a) 定立方法

今日の状況に至る前提として、歴史的経緯を踏まえておこう。かつてのフランスでは、母子関係についても父子関係についても、母の懐胎時に父母が婚姻しているか否かで、その子との法的親子関係の定立方法は大きく異なっていた。ナポレオン民法典の段階では、単純自然子の場合（父母の双方が非婚でかつ近親関係がない場合）で、父母が任意に認知する場合にしか法的親子関係を定立することができなかった。自然上の父が任意に認知しない場合の父の搜索の訴え（日本でいう強制認知）は、当初は認められておらず、1912年11月16日の法律によってようやく可能となったが、それが認められるのは、①誘拐・強姦、②詐術・権威濫用・婚姻予約ないし婚約による誘惑、③父の書簡等の文書における父子関係の明確な自白、④懐胎期間中の公知の内縁、⑤父の資格における子の養育・育成への参加、のいずれかの事実が認められ、かつ、懐胎期間中の母の公知の不行跡または父についての物理的不可能が証明されない場合（旧340条）に限られていた。この状況は、1972年1月3日の法律第3号によって改善され、姦生子（不貞の関係にある父母から生まれた子）・近親子（近親関係にある父母から生まれた子）についても、任意認知による親子関係の定立が可能となった。さらに、すべての自然子について

父(または母)の搜索の訴えによる法的親子関係の定立を可能にした(旧334条)。

これに対し、婚姻している父母の場合は、妻が婚姻中に懐胎した子の父は夫であると推定される(旧312条)こと、いわゆる父性推定によって法的父子関係を自動的に定立することが可能であった⁴⁴。母子関係についても、父母が婚姻しているか否かで相違があり、非婚の母の場合は認知が必要であるのに対し、婚姻している母の場合はその必要がなかった。母は、婚姻をした時点で、将来自らが産む子の法的責任を引き受けることを表明したものと考えられていたのである⁴⁵。

以上のような違いは、生まれてきた子の父が誰かを定めるために存在するものが婚姻だという位置づけに由来するものである⁴⁶。逆に言えば、婚姻とは自分の子を産む女性が誰かを宣言するものである、と理解されていたことになる。よって、婚姻には、(自分の子を産む女性是谁かという)公示機能と(その女性は自分の子しか産まないという)排他的な性的関係が必要不可欠となる反面、この2つがない非婚結合の場合には、子を引き受ける旨の親の意思表示が別途必要ということになり、認知が求められていたわけである。

他方、このような、婚姻父母—父性推定／非婚父母—認知とは異なる定立方法も、徐々に認められていった。たとえば、1972年1月3日の法

⁴⁴ 1972年法は、嫡出親子関係の定立についても改正を行い、父性推定規定の硬直性を緩和した。すなわち、①婚姻後180日未満に出生した子であってもひとまず嫡出子とし、これに異議がある夫は否認の訴えを自由に提起しうるものとした(旧314条)。一方で、②婚姻解消後300日を越えて出生した場合(旧315条)、③離婚・別居手続において別々の居所を許可する命令後300日を越えて出生した場合(子が夫婦に対して嫡出子の身分占有を有するときを除く、旧313条)、④子が夫の氏名の記載なしに身分登録簿に登簿され、かつ、母についてしか身分占有がない場合には、父性推定が及ばないものとし、否認の訴えによることを不要とした。

⁴⁵ Claire Neirinck, *Couples et établissement volontaire de la filiation*, in *Les états généraux du mariage : l'évolution de la conjugalité*, PUAM, 2008, p.127 et s.

⁴⁶ ポルタリスは、婚姻の役割の1つとして、父の確定に資することを挙げている(Portalis, *op. cit.*, p.38, 野田訳58頁)。

律第3号は、嫡出否認の訴えおよび嫡出性を争う訴えにおいて、自然親子関係の存在が明らかになった場合は、その判決の当然の効果として、自然親子関係が定立されるとした。これに加えて、1982年6月25日の法律第536号⁴⁷は、身分占有による自然親子関係の定立を可能とした。

こういった状況に大変革をもたらしたのが、嫡出子と自然子という呼称自体を消滅させ、子ども間の平等を実現しようとした2005年7月4日のオルドナンス759号である。これにより、まず、法的母子関係定立のあり方が、母の婚姻状態にかかわらず同一となった。すなわち、法的母子関係の定立は、出生証書における母たる表示で足りることになった（311-25条）。もはや認知がなくとも母子関係が成立することになる。ただ、出生証書の母欄への記載は義務ではないため、引き続き匿名出産は可能である。既婚の母でさえ、匿名出産ができるということになる。他方、認知という手段も消滅したわけではない。出生証書に記載をしなかった母（既婚・非婚を問わない）が、後から思い直した場合には、認知（316条1項）または身分占有（310-3条、317条）によって母子関係を定立する可能性が残されているのである⁴⁸。つまり、婚姻している母親であっても、子を認知するという手段が可能であり、これは従来の枠組みからは大きく変化したものといえよう。

これに対し、父子関係については、父の婚姻状態による区別が残ることになった⁴⁹。依然として、父性推定は父が婚姻している場合のみ働く⁵⁰のであって、非婚の父は認知により法的父子関係を定立する⁵¹。父性推

⁴⁷ 滝沢幸代「身分占有一非嫡出親子関係の立証に関する民法典第334条の8を変更する1982年6月25日の法律第536号」日仏法学12号（1983年）169頁。

⁴⁸ Claire Neirinck, *La maternité*, *Dr. fam.* 2006. jan., p.9.

⁴⁹ Aline Cheynet de Beaupré, “Homme et femme il les créa”: Retours sur l'égalité dans le droit de la famille, *D.* 2008, p.1216.

⁵⁰ ただし、出生証書に夫の名が記載されなかった場合は、父性推定が排除される（313条）。また、父性推定により定立した父子関係の否認（かつての嫡出否認）の訴えは、子側からも提起できるように改正された（332条）。

⁵¹ Pascale Salvage-Gerest, *La reconnaissance d'enfant, ou de quelques surprises réservées par l'ordonnance du 4 juillet 2005*, *Dr. fam.* 2006. jan., p.13.

定は夫婦間の貞操義務を前提にしているところ、貞操義務を負っているのは婚姻夫婦だけだからである。ただし、前述した通り、妻には出生証書の母欄に記載するか否かの選択が認められたため、当該父性推定が働くのは、妻がそれを望む場合に限られることになった点には注意が必要である。妻と産まれた子との間に母子関係が定立していないにもかかわらず、夫に父性推定が及ぶことはないからである。夫が父となるのは、子を産んだ妻と「婚姻しているから」ではなく、「妻がそれを望むから」と説明されることになる⁵²。

以上のように法的親子関係定立の場面を概観すると、今日のフランスでは、婚姻の特殊性は、父性推定による父子関係の定立が可能という点のみに残っており、かつてほどの違いはない。子どもの間の不平等をなくそうとした結果、定立の際に婚姻が果たす役割は減っており、むしろ、親の意思が果たす役割が大きくなっている。

※2013年5月17日の法律により、同性間でも婚姻が可能になった(143条)が、父性推定に関する諸規定については何らの変更も加えられていない。

b) 親権の行使

今日のフランスでは、親権は父母に等しく帰属したうえで、父母が共同して行使するのが原則であり、このことは、父母が婚姻していない場合であっても同様である。父母の間で生じた親権をめぐる紛争において、両者が婚姻夫婦か否かで裁判官の判断基準が変わることもない⁵³。しかし、非婚の父母の場合、共同行使を可能とするためには、一定の要件をクリアしなければならない、この点に非婚と婚姻との相違が残っている。

親権の行使については、従来、「父権」を父のみが行使していたところ、男女平等に反するとして婚姻夫婦による「親権」の共同行使へと変化

⁵² Claire Neirinck, *Couples et établissement volontaire de la filiation*, supra note 45, p.133-134.

⁵³ Marie-Francoise Tremoureux, *Le contentieux de l'autorité parentale*, in *Les états généraux du mariage : l'évolution de la conjugalité*, PUAM, 2008, p.163 et s.

し⁵⁴、これが離婚後の父母にも原則化されたという経緯がある。この共同行使は、自然子の父母についても拡大され、まず、自然子の両親が子を認知している場合に、後見裁判官の面前での共同の申述によって、共同行使が可能となった（1987年7月22日の法律第570号⁵⁵）。続いて、1993年1月8日の法律第22号⁵⁶は、自然子の両親が、子が満1歳に達する以前に認知を行い、その認知のときに共同生活をしていた場合、親権共同行使を自動化した。つまり、共同の申述をしなくとも、共同行使となる。さらに、1995年2月8日の法律第125号は、後見裁判官の面前ではなくとも、大審裁判所主席書記官の面前で、自然子の両親が共同の申述を行うことによって、親権の共同行使を可能とした（374条2項）。2002年3月4日の法律第305号⁵⁷は、父母は親権を共同で行使するという一般原則を宣言し（372条1項）、父母の離別時の共同行使の具体的態様として、子どもを父の住居と母の住居に交替的に住まわせることを可能とした（373-2-9条）⁵⁸。

⁵⁴ 田中通裕『親権法の歴史と課題』（信山社、1993年）。宮崎孝治郎「フランスの新しい親権法」北大法学論集31巻3-4号（上）（1981年）47頁。

⁵⁵ 滝沢聿代「親権の共同行使—親権の行使に関する1987年7月22日の法律第570号」日仏法学16号（1988-89年）108～109頁。田中通裕「フランス親権法の最近の改正をめぐって—離婚および非嫡出子の場合における親権共同行使の試み」比較法研究52号（1990年）131頁。山田美枝子「日本法における離婚後の単独親権とフランス法における親権共同行使：フランスの1987年7月22日法及び1993年1月8日法の改正を中心とする比較法的考察」大妻女子大学紀要27号（1995年）33頁。

⁵⁶ 山田美枝子「日本法における離婚後の単独親権とフランス法における親権共同行使：フランスの1987年7月22日法及び1993年1月8日法の改正を中心とする比較法的考察」大妻女子大学紀要27号（1995年）33頁。

⁵⁷ Adeline Gouttenoire et Pierre Murat, L'intervention d'un tiers dans la vie de l'enfant, *Dr. fam.* 2003, chron. 1. 中村紘一・色川豪一「フランス親権法の改正—親権に関する2002年3月4日の法律第305号—」比較法学37巻1号（2003年）313頁。

⁵⁸ 2008年の発表によれば、共同行使を選択した非婚カップルは、関係解消後も、その93%が親権の共同行使を継続しており、そのうちの84%は未成年子を母の家に住まわせて、父が面会交流する形態を採っている。父母の家に子どもを

以上の状況を整理すると次のようになる。すなわち、婚姻していない父母の場合、父母双方との間に親子関係が定立しているとしても、一方との親子関係定立が当該子の出生から1年以上後になされた場合、最初の親のみが親権を行使する（372条2項）。よって、親子関係定立が1年以上後の場合、親権の共同行使が原則となっているわけではなく、ここに婚姻夫婦の場合との相違が存在する⁵⁹（婚姻夫婦の場合は、夫婦間の子との法的親子関係が双方との間に成立したことにより、親権は共同行使が原則となる）。ただし、親子関係定立が子どもの出生から1年以上後の場合でも、父母が、大審裁判所主席書記官の面前で共同の申述を行えば、または家族事件裁判官の判決により、親権の共同行使が可能となる（372条3項）。つまり、非婚であっても、父母が自発的に、生まれた子の親となり共同して責任を果たそうとする場合には、法がそれを阻むことはなく、共同行使が可能となっている。他方で、非婚の父母の一方が、子が生まれてもすぐに親になろうとはせず、親権の共同行使を拒み続ける場合には、必ずしも共同行使とはならない構造となっている。

自然上の父母と婚姻をした父母との違いは、必要最小限にまで縮減されている。今日のフランスでは、両者の違いは、子との法的父子関係の定立方法、および親権の共同行使を可能にするための方法にあるのみである。これらの違いは、父が子（の養育責任）を引き受ける方法の違いと読み替えることができよう。婚姻をしている父の場合、妻が生む子を自らの子として養育することについては、婚姻時に、法的義務としてこれを引き受けていると見るのが可能である⁶⁰。これに対し、婚姻をしていない父の場合、子を自身の子として引き受ける手段として、認知（または身分占有）という過程を経ることが必要であり、母と共同して養育責任を引き受けるには、出産1年以内の認知または「共同の申述」をす

交互に住ませる形態を採るのは、6%にとどまっている（*AJ fam.* 2008. mai, Focus, p.183）。

⁵⁹ Jean-Jacques Lemouland, *Le couple en droit civil, Dr. fam.*, Juillet-Aout 2003, p.15.

⁶⁰ 民法典第203条は、婚姻をした当事者に対し、子の養育義務を課している。

ることが必要である。つまり、妻が生む子を夫婦の協力によって養育することについて、婚姻時に、法的義務としてこれを引き受けているというのが、婚姻の特徴であると分析できる。

第２項 社会上の父母との相違

前項に対し、本項で扱うのは、子どもとの間に血縁はないものの、親としての責任を果す非婚の「父母」(同性カップルの場合に起こりうる「父父」「母母」⁶¹を含む)と比較した場合の、婚姻している父母の特徴である。血縁のない子について親としての責任を果す手段としては、養子縁組（１）と、親権の委譲（２）が考えられる。

１ 養子縁組

養子縁組にはいくつかの形態がありうるが、それらの中でも、養親が婚姻しているか否かが重要となるのは、未成年子を共同で養子縁組する場合（ａ）と、一方の実子を他方が養子とする、いわゆる連れ子養子縁組の場合（ｂ）である。

ａ）未成年共同養子縁組

ナポレオン民法典では、そもそも、未成年養子縁組を不可能としていた(旧346条)。婚姻のみが法的父子関係を発生させるというのが原則だったからである。この態度が変わったのは、戦争によって孤児が増えたことがきっかけである⁶²。当初、未成年養子縁組をすることが可能とされたのは、婚姻夫婦のみであった。まず、1923年6月19日の法律は、孤児に限って、未成年者の縁組を可能にした。続いて、1939年には、未だ相続上の効果に限定しながらも、5歳未満の子ども（養子）について、嫡

⁶¹ この点に関するフランス法の状況を検討するものとして、大村敦志「パクスその後—私事と公事の間で—」水野紀子編『社会法政・家族法制における国家の介入』（有斐閣、2013年）115頁。

⁶² Philippe Malaurie et Hugues Fulchiron, *La famille*, 2^e éd., Defrénois, 2006, n° 1401.

出子として家族に入らせる養子準正が創設された。さらに、1958年12月23日のオルドナンス1306号は、妻の不妊症を医学的に証明した養親に、年齢と婚姻期間の要件をすべて免除し、養子縁組をさらに容易化した。このほか、夫婦の一方が30歳以上であり、養親になる夫婦の婚姻が8年以上続いている場合に、養子縁組が認められた。他方で、養子縁組と養子準正は、子どもの利益に配慮し、常に、裁判官によって言い渡されるものとなった。1976年には、さらに、既に嫡出の卑属がいる者であっても、養親になることが可能と改められた（1976年12月22日の法律第1179号）。その後、国際養子縁組の増加に対応するためになされた1996年改正（1996年7月5日の法律第604号⁶³）によって、夫婦共同縁組の場合に必要な婚姻期間が2年に短縮された（343条）。

加えて、1966年7月11日の法律第500号⁶⁴により、单身者も養子縁組が可能となった（343-1条）。1996年改正を経て、今日では、28歳以上の者であれば、単独で養親となることができる。なお、单身者による未成年養子縁組を、同性愛者であっても利用することができるかについて、従来、フランスの裁判所は、これを拒絶することを合法としてきた⁶⁵。しかし、同性愛指向をもつ单身者による養子縁組を否定するということは、性的指向による差別といえるのではないか。この点が争われた事件において、ヨーロッパ人権裁判所2008年1月22日判決⁶⁶は、フランスが

⁶³ 久保野恵美子「養子縁組—養子に関する1996年7月5日の法律第604号」日仏法学22号（2000年）289～292頁。

⁶⁴ 本法は、実親との関係が存続する単純養子縁組と、実親との関係が切断する完全養子縁組という2類型を設けた点でも、養子縁組を抜本的に改めるものとなった。完全養子縁組の対象となるのは、15歳未満の子どものみである。1996年改正により、15歳以上の子どもであっても例外的に完全養子とすることができる年齢が20歳にまで引き上げられた（345条2項）。

⁶⁵ Tony Anatrella, Antoine Beauquier et Christophe Eoche-Duval, Adoption et “homoparentalité”: L'éclairage des droits de l'homme, *Dr.fam.* 2003. oct., p.8 ; Florence Millet, L'homoparentalité: Essai d'une approche juridique, Defrénois, 2009, doc.38153. 齊藤笑美子「親子関係の法と性差—フランスにおける同性カップルの親子関係へのアクセスをめぐる—」ジェンダー研究11号（2008年）131頁。

⁶⁶ CEDH, gr.ch., 22 janv. 2008, E.B. contre France; *JCP* 2008, II 10071, obs. Adeline Gouttenoire ; *D.* 2008, p.2038 note par P. Hennion-Jacquet. 谷口洋幸・

同性愛者による養子縁組を認めないことについて、ヨーロッパ人権条約第14条と第8条に違反しているとの判断を下した。フランスは、子育てには父性と母性の双方が必要であり、異性愛者の単身者が養子縁組しうるのは、いずれ（異性の）パートナーができることを念頭に置いているからだと主張したが、ヨーロッパ人権裁判所は、「父性の指標」のような他性存在の要求は、フランス国内法が単身者による養子縁組を認めている以上、このような不利益取扱いを正当化する理由にはなりえないと判断したのである。したがって、今日では、同性愛者（同性カップルの一方である場合を含む）も、未成年者を養子にとることが可能となっている。

以上のように、非婚の単身者による未成年養子縁組が可能であるとしても、カップル2人ともが養親となる共同養子縁組は、婚姻夫婦に留保されている（346条）。したがって、非婚のカップルの一方が養子縁組によって子どもを迎え、他方とともに育てていたとしても、他方との間には養親子関係を設定しえない。婚姻夫婦のみが共同養子縁組しうるのであるから、婚姻しえない同性カップルの場合には、共同養子縁組の可能性はゼロである⁶⁷。ではなぜ、婚姻夫婦のみが共同で養子縁組をすることができるのか。その理由として、次の2点が指摘されている⁶⁸。1つ目は、婚姻夫婦の間には姻族関係が存在するからという理由である。夫婦の一方が養親となるのであれば、他方も同じ資格で養親となることが正当化されるというわけである。2つ目は、1人の男性と1人の女性によって育てられることが養子の利益になり、子の福祉に適うところ、それが可能であるのは男女によって形成される婚姻のみであるという理由

齊藤笑美子・大島梨沙（編著）『性的マイノリティ判例解説』（信山社、2011年）206頁〔齊藤笑美子〕。

⁶⁷ しかし、この点については、疑問も投げかけられている。子どもにとっては、2人の親に本心からの愛情を注がれて、経済的にも安定した中で育つことの方が、里親家族（familles d'accueil）又は施設の中で育つよりも望ましいのではないかとの指摘である（*Dr.famille*, n 9, septembre 2004, comm. 138, par Virginie Larribau-Terneyre）。

⁶⁸ Claire Neirinck, *Couples et établissement volontaire de la filiation*, supra note 45, p.143.

である。ただ、いずれの理由も十分なものとは言い難いように思われる。

※2013年5月17日の法律により、同性間でも婚姻が可能になった(143条)ことに伴い、同性カップルによる共同養子縁組も可能となった。

b) 連れ子養子縁組

では、カップルの一方の実子（連れ子）を他方が養子縁組することは可能だろうか。婚姻夫婦の場合は可能とされており、共同での親権行使が可能となる（365条）が、非婚カップルについては明文がなく、下級審で判断が分かれていた⁶⁹。しかし、破毀院は、同性カップルの場合の連れ子養子縁組（実母と養母、実父と養父となる）を否定する判断を下した。母親に対してのみ親子関係が定立している子を、母親とパックスを結んでいる女性が単純養子に望んだケースについて、破毀院は、実母が今後も子と暮らすことを予定しているにもかかわらず単純養子縁組によって実母の親権が奪われてしまう結果になることを重視し、当該養子縁組を認めなかった⁷⁰。なお、単純養子縁組をした後で、親権行使の委譲（後述）を行うことによって、実母に親権の行使を取り戻すという可能性についても、同判決は、それが養親のみに親権を与える単純養子縁組の趣旨と矛盾すると評価した⁷¹。

そこで、そもそも365条が婚姻夫婦にしか連れ子養子縁組を認めていない（と解釈された）ことの憲法適合性⁷²、および欧州人権条約適合性⁷³が争われるに至った。憲法院は、次のように述べて、365条の憲法適合

⁶⁹ 実親のパートナーによる単純養子縁組を認めたものとして、TGI Paris, 27 juin 2001, Dr. fam. 2001, comm. n° 116, obs. P. Murat 等、否定したものとして、TGI Riom, 27 juin 2006, RJPF 2006, n° 9, p.22, note C.Mécary がある。

⁷⁰ Cour Cass. 1^{re} civ., 20 févr. 2007, D. 2007. Jur. 1047, note Vigneau, Chron. 891, par Chauvin ; Dr. fam., avril 2007, p.33 note Pierre Murat ; AJ fam. 2007. 182, obs. Chénéde ; RTD civ. 2007. 325, obs. Hauser.

⁷¹ 齊藤・前注（65）131頁。

⁷² Cons. const., 6 oct. 2010, n° 2010-39-QPC, D. 2010. Jur. 2744, note Chénéde ; AJ fam. 2010. 487, obs. Chénéde ; RTD civ. 2010. 776, obs. Hauser.

⁷³ CEDH 15 mars 2012, Gas et Dubois c. France, n° 25951/07.

性を肯定した⁷⁴。すなわち、365条の存在は、実親が現実パートナーとともに生活をして養子を育てることの妨げには何らなっておらず、普通の家族生活を営む権利を侵害してはいないとしたうえで、共同養子縁組に関して婚姻カップルと非婚カップルとの状況の違いに応じて異なる取り扱いをすることは、子の利益の観点から正当化されるとした。また、欧州人権裁判所も、365条に性的指向に基づく差別はないと判断した。すなわち、婚姻はそれによる義務を引き受ける者に特別な地位を与えるものであるため、連れ子養子縁組について、婚姻夫婦とそれ以外のカップルとが同様の法的状況にあると評価することはできないとした。また、男女カップルであっても非婚の場合は連れ子養子縁組ができないことから、性的指向に基づく取扱いの違いはないとした。

これらの判断によれば、婚姻夫婦のみが連れ子養子縁組が可能であるのは、非婚カップルとの状況の違い、すなわち、婚姻夫婦のみが引き受けている義務によって正当化されていることになる。

2 親権行使の委譲

親権行使の委譲とは、親権者が、それを必要とする状況がある場合、裁判官の承認を得て、親権の一部または全部を第三者（近親者等）に委譲するというものである（377条以下）⁷⁵。特に、2002年3月4日の法律第305号により、親権の一部の委譲（分担委譲）⁷⁶が可能になったのだが、これは、再構成家族（ステップ・ファミリー）における継親の地位に対応しようとして作られたものであった。これは、委託者と受託者との間での親権の共同行使になるのではなく、あくまでも委託者が有している親権が受託者にうつる（委譲される）ことを意味するものである。だが、

⁷⁴ 本判断については、井上武史「フランス憲法院への事後審査制導入の影響—通常裁判所の法解釈に対する違憲審査—」岡山大学法学会雑誌62巻1号（2012年）161頁以下に詳細な紹介がある。

⁷⁵ 親権の委譲の詳細については、白須真理子「フランス法における親権の第三者への委譲（1）（2）（3・完）」阪大法学60巻1号～3号（2010年）。

⁷⁶ 父母が共同で、あるいは各々が、家族構成員や近親者、第三者に親権行使の一部を委譲するもの（民法典377条1項）。

例外的に、子どもの教育にとって必要である場合に、委託者と受託者とが共に親権を行使することが可能である（377-1条2項）。よって、現実には親としての責任を負っているカップルが、親権行使の一部委譲によって、親権を共同行使する可能性が生じることになる。

親権の委譲については、同性カップルにも認められるとした判例がある。破毀院第1民事部2006年2月24日判決⁷⁷は、「民法典377条1項は、それが必要な状況であり、その措置が子の最上の利益に合致する限り、単独で親権を保持する母親が、その全部または一部を自らが安定した継続した生活を共に送る同性の人に委譲することを妨げない」としたうえで、本件の子どもたちの健全な発達、本件カップルの安定的で調和のとれた関係、X1が日常的に長距離を移動する職業に従事していること（母親が養育役割を果たすことができないおそれの存在）を考慮したうえで、親権の一部委譲に法的根拠があると判断した。下級審でも、単に養育機能を分かち合うにすぎない（それによって法的親子関係という「血族関係」が生じるわけではない）として、親権の委譲を認めたものがある⁷⁸。同性カップルと子どもの問題に関しては、同性カップルが人工生殖等の方法により、「彼らの子どもをつくり出すこと」（「血族関係」の発生）、すなわち“homoparenté”は禁止されているが、同性カップルが養育の機能を引き受けること、すなわち“homoparentalité”については認められるというのが、一応の到達点となっている⁷⁹。

⁷⁷ 女性X1が、パックスを締結している相手方の女性X2に、自身の2人の子（法的父子関係なし）の親権の一部を委譲することの許可を裁判所に求めたのが本件（Cass. 1^{re} civ., 24 février 2006, D. 2006. 897, note D. Vigneau）。谷口・齊藤・大島『性的マイノリティ判例解説』前注（66）・210頁〔齊藤笑美子〕。

⁷⁸ TGI Paris, 28 mars 2008, *AJ fam.* 2008. juin, p.249, obs. F. Chénéde（委譲を認容）。さらに、レズビアンカップルの双方に子どもがいる場合に、相互に相手方に親権行使を委譲することを認めたものとして、TGI Lille, 3^e ch., 11 décembre 2007, *AJ fam.*, 2008. mars, p.119, obs. F. Chénéde。他方、破毀院第1民事部2010年7月8日判決は、一部移譲の必要性および子の利益について十分な立証がなされていないことを理由に、レズビアンカップルの請求を斥けている。

⁷⁹ Hugues Fulchiron, Parenté, parentalité, homoparentalité, *D.* 2006, p.876。

※2013年5月17日の法律により、同性カップルでも共同養子縁組、連れ子養子縁組が可能となったことは、homoparentéの一部を認めたことを意味する。ただし、父性推定や生殖補助医療に関しては、本法律では改正されていない。

社会上の父母と婚姻をした父母(で養子縁組をした父母)との違いは、共同養子縁組の可否にある。2年以上継続している婚姻夫婦のみが共同養子縁組をすることができる。つまり、養子との間で、カップルの双方が、法的親子関係、血族関係を発生させることができる。これに対し、婚姻をしていない社会上の父母の場合、法的親子関係を有するのはカップルの一方との間だけであり、他方との間では、せいぜい親権行使の委譲によって親としての責任を分担できる程度である。この違いは、なぜ生じるのだろうか。婚姻時に夫婦が養育責任を引き受けているのは、妻が生む子であって、第三者である養子は含まれていないのであるから、第1項と同じ説明は不可能である。また、夫婦にすでに実子がいる場合であっても、養子をとることができるのであるから、不妊を埋め合わせるためのものでもない。ここに、婚姻がもつ新たな「正統性」を見いだすことができる。すなわち、「婚姻」は、妻が生んだ子に限らず、未成年子を養育するためにふさわしい結合であるという位置づけである。では、このような位置づけを正当化できるものは何であろうか。考え得るのは、婚姻のみが解消自由ではなく、解消に一定の制約があり、未成年子に安定的な養育環境を与えることができるという点であろう。とはいえ、度重なる改正により、フランスでも今日では、離婚は相当程度容易になっており、この点での婚姻の「正統性」根拠はかつてほど盤石ではない。そのことは認めつつも、やはり、そもそも解消自由が大前提である非婚結合と婚姻とは異なると考えられているようである⁸⁰。

第1節小括

⁸⁰ Benoît de Boysson, *Mariage et conjugalité*, supra note 18, p.287, p.394, François Terré et Dominique Fenouillet, *Droit civil, La famille*, supra note 5, p.703.

本節での検討を通して、「非婚」と比較した場合のフランスの「婚姻」の特徴を明らかにすることができた。すなわち、「婚姻」は、妻が生んだ子を協力して養育することを前提とした法的な結合であるという点である。よって、婚姻夫婦は、子の養育のために必要な（とフランス法が考えている）法的義務・法的責任を負っており、この点で、非婚のカップルや父母と異なる。関係解消も、離婚が自由化されてきたとはいえ、非婚結合と比べると容易ではない。これらのことから、さらに、夫婦の実子に限らず、養子を共同して育てる適性が承認されている。未成年子を養育するためにふさわしい結合というわけである。このような婚姻の「正統性」（特別扱い）は、婚姻夫婦のみがそれに見合った法的義務・法的責任を負っていることによって正当化されているということが重要な点である。

表3：フランスにおける婚姻とその他の結合との違い

婚姻	パックス	内縁
婚姻結合	非婚結合	
法的結合		事実上の結合
家族を形成するもの	共同生活のためのもの	法的義務なし
挙式（当事者の意思表示）あり	当事者の申述あり	
共同生活にかかる法的義務・効果あり		
貞操義務・子育て義務（203条）あり	一方的解消可能 （財産関係清算）	解消自由
関係存続が前提：離婚には要件あり （離婚後扶養責任）		
家族形成に関する効果あり （父性推定・姻族関係・相続権・共同 養子縁組・連れ子養子縁組可能）		
カップルに生まれた子に関しては同じ扱い 社会保障に関しては原則同じ扱い（遺族年金など除く）		

第2節 日本

日本の文脈においても、フランスの分析で用いた参照軸を利用してみたい。すなわち、「法律上の婚姻」とは異なる他のカップル（日本ではもっぱら「内縁」⁸¹⁾）と比較した場合の「法律上の婚姻」の特徴と

は何か（第１款）、そして、非法律婚の父母と比較した場合の「法律上の婚姻」をしている父母の特徴とは何か（第２款）をそれぞれ検討する。

第１款 内縁との相違

「法律上の婚姻」とは異なるカップル、すなわち「内縁」とは何か。フランスでは、民法典上に「内縁」の定義規定が存在するが、日本においては、判例を丹念に追っていくしかない。最二小判昭和33年4月11日民集12巻5号789頁は、「いわゆる内縁は、婚姻の届出を欠くがゆえに、法律上の婚姻ということはできないが、男女が相協力して夫婦としての生活を営む結合であるという点においては、婚姻関係と異なるものではなく、これを婚姻に準ずる関係というを妨げない」、「内縁も保護せられるべき生活関係に外ならない」と判示した。つまり、内縁とは、「男女が相協力して夫婦としての生活を営む結合」＝「婚姻に準ずる関係」＝法的に「保護せられるべき生活関係」ということになる。そのような関係にあると認められる「内縁」とは、具体的にはどのような関係を指すのだろうか（第１項）。そして、どのような効果が認められるのだろうか（第２項）。この作業を通して明らかになる「内縁」と比較することにより、日本の「法律上の婚姻」の特徴に迫ってみたい。

第１項 構成要素の比較

従来の裁判例を分析する⁸²と、これがあれば「内縁」と認定される・されやすくなるという積極的要素（１）と、これがあれば「内縁」と認定されない・されにくくなるという消極的要素（２）があることが分かる。

⁸¹ 判例・裁判例の一般的用法に従い、本設では、「事実上の婚姻」、「事実婚」も「内縁」に含めて検討する。なお、内縁にも該当しない非婚カップル、いわゆるパートナーシップ関係については、分析対象とするほどの判例の蓄積がないため、必要に応じて当該判例（最一小判平成16年11月18日判時1881号83頁）に言及するに留める。

⁸² 二宮周平『事実婚の総合判例解説』（信山社、2006年）に掲載の諸裁判例123件を基にし、それに近年の内縁に関する裁判例を加えて、分析対象とした。

1 積極的要素

「内縁」と認定される積極的要素としては、挙式や親族への周知（a）、一定期間の同居協力関係（b）、夫婦としての認識（c）が挙げられる。

a) 挙式あるいは親族への周知

挙式がなされている場合、その後の同居期間が短いなどの事情があっても、内縁と認定される傾向が強い⁸³。だが、挙式がなく、同居期間が短い場合であっても、親族の結婚式に夫婦として出席していた、挙式予定であった、葬儀に「妻」として列席したなどの事実があった事例では、内縁と認定されている⁸⁴。これに対し、そのような事情がない場合には、「男女の一時的な結合関係にすぎないと見る余地がかなりある」⁸⁵、「実質的な婚姻関係にあったかどうか極めて疑わし」⁸⁶い、といったことから、内縁との認定がなされていない。つまり、周囲、とりわけ親族への当該関係性の周知があったかどうか重要な判断要素の1つとなっている。

フランスと比較した場合、これらが内縁認定の一要素になるというのは、日本ならではの特徴といえる。フランスでは、挙式はまず役所でするものであり、挙式をすれば必ず婚姻になるため、挙式が内縁認定の要素になることはない（挙式は婚姻と認定する際の要素である）。むしろ、挙式をしていないことが内縁の特徴であると捉えられている。また、フランスでは、親族への周知などが内縁認定の要素となることもない。日本においては、「内縁」は婚姻と同視できる関係でなければならず、その「婚姻」とは、親族に夫婦と認められることを意味するという意識が、ここに反映されているように思われる。

b) 一定期間の同居協力関係

⁸³ 千葉地佐倉支判昭和49年7月15日交通民集7巻4号1026頁、東京高判昭和47年11月30日判時691号27頁ほか。

⁸⁴ 大阪地判昭和60年4月19日交通民集18巻2号537頁。

⁸⁵ 東京地判昭和49年7月16日判時760号65頁。

⁸⁶ 福岡地小倉支判昭和47年2月28日交通民集5巻1号294頁。

挙式がない場合であっても、ある程度の同居期間があり、当事者間の協力関係が見られる場合は、内縁との認定がなされている。例えば、岐阜家審昭和57年9月14日家月36巻4号78頁は、7年近くの同棲があり、一方の事業の売上金を他方が管理するなどの事実があった事例につき、「事実上の婚姻関係即ち内縁と判断される」としている。

フランスにおいても、共同生活の存在とその継続性は、内縁認定の際に最も重視される要素となっており、これは日仏で共通の要素といえそうである。

c) 一定期間の協力関係＋夫婦としての認識

以上に対し、挙式も継続的同居もない事例では、内縁との認定はなされ難い。将来の婚姻についての合意があって関係を続けていたものの関係解消に至った事例では、内縁ではなく婚約関係にあったというべきであるとして、内縁との認定が否定されている⁸⁷。また、婚姻の届出をしない選択をし、16年間関係を継続していたが、同居せず、生計も別であった事例では、内縁と認める「余地がない」と判示されている⁸⁸。これらを見れば、継続的な同居が内縁認定の要件となっているように見える。

しかし、他方で、継続的な同居がなくとも、「兩人に、内縁関係を成立させようとする合意が存在したこと」、仕事の性質や一方当事者が離婚直後であるといった「諸般の事情を総合すれば、本件のような生活の仕方同居生活の一つの形態と認められ」ることから「内縁の事実が存在した」と認定した事例⁸⁹、「精神的にも日常の生活においても相互に協力し合った一種の共同生活形態を形成していた」こと、当事者間に「夫婦と同様の認識」があったことから、「事実上の夫婦」と認定して、法的効果（死亡退職手当の受給権）の付与が認められた事例⁹⁰も存在している。

これらを見れば、挙式も、継続的な同居もない場合であっても、当事者の合意内容・当事者の当該関係に対する認識により、「内縁」と認定

⁸⁷ 仙台高秋田支判昭和38年1月28日家月15巻7号89頁。

⁸⁸ 最一小判平成16年11月18日判時1881号83頁。

⁸⁹ 福岡地判昭和44年8月26日判時577号90頁。

⁹⁰ 大阪地判平成3年8月29日家月44巻12号95頁。

される可能性があることが分かる。

2 消極的要素

「内縁」認定の消極的要素としては、配偶者の存在（a）、近親関係の存在（b）が挙げられる。なお、同性間結合であることが消極的に評価されるか否かについては、未だ裁判例がない（c）。

a) 配偶者の存在（重婚的關係）

いくら継続的同居協力関係があり、当事者に夫婦としての認識があったとしても、当事者の一方あるいは双方に法律上の配偶者がいる場合には、内縁と認定されない可能性がある。とりわけ、当該関係の存在によって、法律上の配偶者との関係が破綻するに至った場合、当該関係は法律の保護を受けるべき生活関係とはいえないとして、法的効果の付与が否定される傾向が強い⁹¹。とはいえ、離婚することになっているとの言葉を信じて関係を続けていたような場合には、少なくとも当事者間では「法律上有効な」「内縁関係」であると認定した事例⁹²も見られる。また、法律上の配偶者との関係が実体を喪失している事実があれば、その破綻の原因に対する当事者の有責性は問題とならないとの立場をとる裁判例⁹³も存在する。だが、法律上の配偶者との関係が破綻していないにもかかわらず、内縁としての法的保護を認容した例はない。したがって、重婚の内縁の場合には、競合する法律上の婚姻が事実上離婚状態にあることが最低限必要であることになる。

では、どのような事実があれば、法律上の婚姻の破綻が認定されるのであろうか。この点につき、最一小判昭和58年4月11日民集37卷3号270頁は、法律婚夫婦が「事実上婚姻関係を解消することを合意したうえ別居を繰り返して」いること、妻に対し「事実上の離婚給付としての

⁹¹ 東京地判昭和46年7月19日判時647号68頁ほか。

⁹² 東京地判昭和62年3月25日判タ646号161頁。

⁹³ 東京地判昭和63年3月28日訟月34卷10号2044頁、東京地判平成5年3月3日判タ859号129頁。

性格を有していたとみられ」る経済的給付をしていること、妻としても「別居以後は共同生活を伴う婚姻関係を継続維持しようとする意思がなかったと認められる」ことから、当該婚姻関係は「事実上の離婚状態にあった」、「婚姻関係は実体が失われて形骸化し、かつ、その状態が固定化していた」との原審の判断を正当としている。

要するに、内縁認定にあたっても、事実上、当該関係が二者による排他的共同生活関係であることが必要とされているということである⁹⁴。これは、重婚を禁止する民法の婚姻規定の影響によるものといえよう。

b) 近親関係

民法が定める婚姻障害に該当する近親関係にある当事者には、内縁としての法的保護も認められないのだろうか。この点につき、最一小判昭和60年2月14日訟月31巻9号2204頁は、亡夫の前妻との間の子どもと亡夫の妻（寡婦）との関係（直系姻族一親等）について、「仮に・・・内縁関係にあったとしても、厚生年金保険法3条2項の規定にいう『婚姻の届出をしていないが、事実上婚姻関係と同様の事情にある者』には当たらない」と判断した。近親関係にある当事者の場合、内縁との認定はありうるとしても、「婚姻関係と同様の事情にある者」とは認定しえないということであろうか。ここに、近親者間では「婚姻」しえないという、民法上の婚姻障害規定の影響が見て取れる。

これに対し、最一小判平成19年3月8日民集61巻2号518頁は、おじと姪との関係（傍系血族三親等）について、当該関係が「形成されるに至った経緯、周囲や地域社会の受け止め方、共同生活期間の長短、子の有無、夫婦生活の安定性等に照らし、反倫理性、反公益性が婚姻法秩序維持等の観点から問題とする必要がない程度に著しく低いと認められる場合」にあたるとして、「事実上婚姻関係と同様の事情にある者」として遺族年金の受給権を認める判断をした。よって、近親関係にあっても「事実上婚姻関係と同様の事情にある者」としての法的効果が与えられ

⁹⁴ 例外的に、内縁関係が重複した事例につき、先行する内縁当事者が遺族共済年金の「配偶者」に該当するとしたものがある（東京地判昭和63年12月12日判時1311号60頁）。

る可能性は認められたことになるが、その認定にはかなり厳しい要件が課されている。つまり、「婚姻法秩序維持等」に十分な配慮がされており、民法上の婚姻障害規定といかに矛盾しないか、言葉を尽くして説明がなされている。

つまり、婚姻当事者が負う規範が内縁にも及ぶという点では、a)と共通しているといえよう。

c) 性別？

同性カップルは内縁と認定されうるだろうか。この点について判断された裁判例は、現在のところ存在しない。男女の内縁についてのこれまでの例を見れば、内縁の認定にあたって、両者間に子どもが生まれることを前提としている必要があると判断された例はない。また、同性愛行為は日本では犯罪ではない。加えて、従来の内縁保護は、死別・離別によって困窮する当事者に保護を与える必要から、発達してきたという経緯もある。よって、これらの面から見れば、挙式をして関係性を公にした同性カップルや、継続的同居協力関係のある同性カップルについて、当事者に要保護性がある場合、内縁と認定することによって法的効果を与えることは十分に可能であるように思われる。

他方で、準婚理論による内縁保護という法的構成を採る日本においては、法律上の婚姻に「準じた」関係として内縁に法的保護を与えているのであるから、現行法下で婚姻しえない同性カップルは婚姻に「準じた」関係とはいえないとの解釈もありうる。現に、最高裁⁹⁵は、内縁について、「男女が相協力して夫婦としての生活を営む結合である」（下線部筆者）と明示的に述べている。したがって、この点を克服する必要があるが、内縁としての認定が排除されていないa)やb)よりも「反倫理性、反公益性が低い」ことに鑑みれば、内縁としての認定を否定することは正当化しにくいのではないだろうか。

いずれにせよ、内縁認定基準は、争われている法的効果が何かによって、厳しくなったり緩和されたりする傾向があり、内縁とはどのような

⁹⁵ 最二小判昭和33年4月11日民集12巻5号789頁。

関係かを一義的に記述することは難しい。とはいえ、以上の検討からは、周知性、継続的同居、協力関係、当事者の「夫婦」としての自覚が内縁認定の積極的要素となっている一方で、重婚の関係、近親関係は内縁認定の消極的要素となっていることがうかがえる。いずれも、民法が定める「婚姻」といえるかどうか、「婚姻」に近いかどうかが判断基準となっており、「内縁」と「婚姻」（「法律上の婚姻」）との相違は、届出の有無のみとなっているといえる。

第２項 法的効果の比較

内縁と認定された場合に認められうる法的効果を、裁判例および条文から探して列挙してみよう。前述の通り、日本では、「内縁」とは、（届出がないだけで）民法が定める「婚姻」とみなしうる結合のことをいう。よって、「内縁」に付与される法的効果も、各種の法が定める「婚姻」に付与される法的効果を借用する形となっている。

裁判例により、内縁にも準用または類推適用されたことのある婚姻の法的効果は、当事者間の協力・扶助義務（752条）⁹⁶、帰属不明財産の当事者間での共有推定（762条２項）⁹⁷、婚姻費用分担義務（760条）⁹⁸、日

⁹⁶ 内縁当事者の一方が賃借した土地の上に、他方が建物を建て共に居住していた場合に、他方に対する明渡請求がなされた事案につき、横浜地判昭和47年8月7日判タ286号271頁は、「内縁当事者間にあっては法律上の夫婦に準じて相互に協力扶助の義務を負い、又夫婦財産関係においてもその共同生活に資する財産、共同生活により形成した財産の帰属、収益、処分等について法律上の夫婦に準ずる法的取扱を受けるものと解せられる」（傍点筆者）と述べている。

⁹⁷ 東京地判平成4年1月31日判タ793号223頁は、内縁当事者の一方死亡後に当事者双方が資金を出して取得した（死亡当事者名義の）不動産の帰属が争われた事例で、「正式の婚姻関係であると、内縁関係であるとを問わず、・・・婚姻中夫婦双方が資金を負担し、その資金によって夫婦の共同生活の経済的基礎を構成する財産として不動産を取得し、しかも右不動産の取得につき夫婦が一体として互いに協力・寄与したものと評価し得る場合には、民法762条２項により、・・・夫婦の共有財産として同人らに帰属するものと解するのが相当である」と判示している。

⁹⁸ 内縁の妻が実家で療養中に支出した医療費について、関係解消後、内縁の

常家事債務の連帯責任(761条)⁹⁹、関係解消時の財産分与(768条1項)¹⁰⁰、一方の自動車事故死の場合の生存当事者の保障金請求権(自動車賠償保障法72条1項)、である。また、条文上の根拠はないものの、裁判例によって承認されたことのある法的効果として、婚約不履行／内縁の不当破棄による慰謝料請求権、不貞行為の相手方に対する慰謝料請求権¹⁰¹がある。

法律に内縁の場合にも適用がある旨が明示されている法的効果としては、DV加害者に対する退去命令・接近禁止命令等の措置(DV防止法10条1項2号)、死亡当事者が年金に加入していた場合の生存当事者の遺族年金受給権(厚生年金保険法59条1項・3条2項、私立学校教職員共済法25条、国家公務員共済組合法2条1項3号)、労働災害による死亡の場合の生存当事者の遺族補償受給権(国家公務員災害補償法16条1項、地方公務員災害補償法32条1項、労働者災害補償保険法16条の2、1項)、育児休業・介護休業法における「対象家族」としての考慮(法2条4号)¹⁰²、健康保険に加入している一方当事者に他方当事者が扶養さ

夫にその分担を求めた事案において、最二小判昭和33年4月11日民集12巻5号789頁は、「内縁が法律上の婚姻に準ずる関係と認むべきである」ことから、「民法760条の規定は、内縁に準用されるものと解すべきであり、従って、前記被上告人の支出した医療費は、別居中に生じたものであるけれども、なお、婚姻から生ずる費用に準じ、同条の趣旨に従い、上告人においてこれを分担すべきものといわなければならない」と判示している。

⁹⁹ 青森地八戸支判昭和36年9月15日下民集12巻9号2323頁は、近所の者が当該内縁カップルを夫婦であると考えていた事実などから、第三者保護を主眼とする「民法761条の規定が内縁関係にも準用せらるべき」として、内縁の妻が衣料品販売業者から継続的に購入していた衣料品の残代金の支払債務につき、内縁の夫が連帯して負うべきとした。

¹⁰⁰ 広島高決昭和38年6月19日高民集16巻4号265頁などである。ただ、当事者の離別の場合と異なり、一方当事者死亡(死別)の場合には、財産分与規定は類推されない(最判平成12年3月10日民集54巻3号1040頁)。

¹⁰¹ 大判大正8年5月12日民録25輯762頁、東京地判昭和33年12月25日家月11巻4号107頁判時174号23頁。

¹⁰² 例えば、一方が介護を必要とするような状態になった場合、他方はその介護のため休業することができ、その間、介護休業給付金も受けることができることになっている(雇用保険法61条の7)。同旨の規定は、一般職の職員の勤

れている場合の、他方当事者への健康保険の適用（健康保険法３条７項、国家公務員共済組合法２条２項、地方公務員等共済組合法２条２項等）、国民年金におけるいわゆる「第３号被保険者」（給与所得者の配偶者）としての年金受給権（国民年金保険法５条８項）、公営住宅への入居資格（公営住宅法２３条１号）、議院における証言拒絶権（議院における証人の宣誓及び証言等に関する法律５条の４）¹⁰³などがある。

これに対し、内縁には適用されないことが審判例・裁判例において示された法的効果としては、同居義務¹⁰⁴、夫婦間の契約取消権¹⁰⁵、夫婦同氏¹⁰⁶、配偶者相続権¹⁰⁷、恩給法上の遺族給付¹⁰⁸、所得税法上の配偶者控除¹⁰⁹、などが挙げられる。

以上をフランスの内縁と比較した場合、日本の内縁が特徴的であるのは、それが「事実上の結合」ではなく、「事実上の婚姻」であることにある。フランスでの「事実上の結合」か「法的な結合」かという分類で言えば、日本の内縁は、「法的な結合」としての性格を色濃く有している（！）。フランスとは異なり、日本の内縁の当事者には、（判例によりケースバイケースではあるが）協力・扶助義務、扶養義務、婚姻費用分担義務、日常家事債務の連帯責任、貞操義務が課されるからである。同

務時間、休暇等に関する法律２０条１項などにも見られる。

¹⁰³ 議院での証言によって、「当該証人又はその配偶者（婚姻の届出をしないが、事実上婚姻関係と同様の事情にある者を含む。）、・・・が、他人からその身体又は生命に害を加えられた場合」に、被害者への給付を行うことを定めている。

¹⁰⁴ 名古屋高決昭和３３年１２月２０日家月１１巻３号１３２頁は、内縁関係にあった当事者の一方が他方との同居を拒み、生活費も送らないことから、その者に対する同居および扶助請求がなされた事案において、「法律上の婚姻関係とは異なり、内縁関係は一方当事者の解消の意思表示と事実上の婚姻関係の廃絶とさえあれば解消される」として、同居請求を棄却している。

¹⁰⁵ 高松高判平成６年４月１９日判タ８５４号２６１頁。

¹⁰⁶ 神戸家姫路支審昭和４４年３月２２日家月２１巻１１号１５６頁（結果として戸籍法１０７条１項による氏の変更を認めている点に注意）。

¹⁰⁷ 甲府地判平成１７年１１月２日裁判所ウェブサイト。

¹⁰⁸ 最判平成７年３月２４日判時１５２５号５５頁。

¹⁰⁹ 最判平成９年９月９日訟月４４巻６号１００９頁。

居義務を除き、「婚姻」した夫婦とほぼ同じ義務が課されている。そして、そのことを根拠に、帰属不分明財産の当事者間での共有推定、関係解消時の財産分与、不貞行為の相手方に対する慰謝料請求権などの帰結が裁判例で肯定されている。なぜ、こういった取扱いが可能かといえ、当事者が挙式を行っているなどの事実から、婚姻夫婦と同様の意思が当事者に存在すると考えるからである。

一方で、「内縁」が解消自由なものと考えられている点は、日仏で共通しているといえるかもしれない。「内縁」の場合、一方当事者が共同生活の意思をなくし別居したのであれば、当該関係は終了したのであり、他方は、同居や引き続きの扶助を求めることができない。あくまでも、当事者の自由意思によって共同生活を続けている期間中のみ、前述の義務が課されると位置づけられている。これに対し、「婚姻(法律上の婚姻)」は、解消自由ではないものとして位置づけられている。だが、この点については、日仏で完全に同じとも言い難い側面があることに注意が必要である。すなわち、日本では、教会式の挙式を行い、「病めるときも健やかなるときも夫婦でいる」こと、すなわち永続的な関係になることを列席者の前で誓ったカップルであったとしても、届出をしていなければ内縁とされるが、フランスでは、このような宣誓をしたにもかかわらず内縁(つまり解消自由)と認定されることはない。日本では、当事者が永続性を誓っているにもかかわらず、法的には解消自由と位置づけているという点で、ズレが生じている。そのためか、日本では、内縁は解消自由とはいえ、関係解消時の損害賠償請求が比較的容易に認められる。他方、日本では、離婚届を提出するだけで離婚することが可能という点で、婚姻の解消はフランスよりも容易である。財産分与の取り決めもなく協議離婚するケースも多い(夫婦財産関係の清算や離婚後扶養があるフランスとは異なる)。つまり、解消に際しての内縁と婚姻との相違は、フランスほど大きくはない。日本では、解消時の内縁と婚姻との相違は、関係が破綻した後であっても、当事者の一方が関係解消を拒み続けた場合に、その間も相手方が婚姻費用分担義務を負うか否かという点に求められることになる。逆に言えば、内縁の場合、一方的に関係を解消して婚姻費用分担義務から解放されることは可能であるが、関係解消時の損害賠償責任を負う可能性があるという構造になっている。

以上のように、日本の内縁当事者は、婚姻夫婦とほぼ変わらない法的義務が課されているにもかかわらず、また、永続的に夫婦であることを挙式で誓う場合があるにもかかわらず、「内縁」には、婚姻夫婦には適用されるはずの相続や氏に関する法的効果、租税法上の税制優遇が及ばないとされている。こういった取扱いの差異は、何によって正当化できるのだろうか。フランスでは、婚姻と内縁の相違は、当事者が夫婦としての法的義務を明示的に引き受けたか否か（挙式によってその意思表示をしたか否か）に求められている。しかし、日本では、同じ説明はできない。では、どのように説明できるだろうか。

その検討に入る前に、見ておかなければならないものがある。本款で検討したのは、カップル関係における婚姻と内縁との相違であったが、子どもの存在を前提とした場合の、父母としての関係において、婚姻夫婦と非婚の父母とでは、大きな相違があることを看過し得ない。この点に婚姻と非婚とを分ける本質を見い出せるかもしれない。これについて、次に検討しよう。

第2款 非婚父母との相違

「法律上の婚姻」をしている父母をその他の父母と比較するにあたって、フランスの際と同様、自然上の父母との相違（第1項）と、社会上の父母との相違（第2項）という2点に着目することとしたい。

第1項 自然上の父母との相違

フランスと同様、日本でも、生物学上の父母が「法律上の婚姻」をしているかないかで、法的親子関係のあり方には違いが生じる（1）。加えて、日本においては、フランスとは異なり、「法律上の婚姻」をした父母から生まれた子、すなわち嫡出子と、それ以外の父母から生まれた子、すなわち非嫡出子との間の相続上の差が残っている（2）。

1 法的親子関係のあり方

a) 定立方法

日本の場合、法的母子関係は、母が婚姻していようとまいと、出産によって定立することとなっている¹¹⁰。母に選択権がない（産めば必ず法的責任を負う）点で、出生届への記載や認知によって法的母子関係が定立するフランスとは大きく異なるが、母の法的地位に関しては、婚姻しているか否かで差がないことになる。

これに対し、法的父子関係の定立方法は、子の母が婚姻しているか否かにより違いがある。まず、民法の前提によれば、子の母が婚姻しており、その婚姻中に懐胎した子（＝婚姻後200日以後離婚後300日以内に生まれた子）は、夫の子であると推定される（772条）¹¹¹。つまり、嫡出推定により自動的に法的父子関係が定立されることになる。それ以外の場合、すなわち、子の母が婚姻しているものの嫡出推定期間外に子が産まれた場合、および子の母が婚姻していない場合は、法的父子関係は認知により定立される（779条以下）。これは、かつてのフランス法と同様であり、公示と貞操義務とを前提とした、婚姻とは自分の子を産む女性が誰かを宣言するものだという理解がそのまま採用されていると評価できる。

だが、判例法理の発達により、今日の状況は民法の前提とは異なっている。まず、父母の婚姻後200日以内に生まれた子どもについても、夫婦間に生まれた子である以上、認知準正を経ずとも嫡出子として扱われることとなった（大連判昭和15年1月23日民集19巻54頁）。つまり、民法772条の嫡出推定は受けないが、嫡出子として届け出ることができ、戸籍にもそのように記載できるとしたのである。とはいえ、当該子は、嫡出推定を受けないとされていることから、法的父子関係の定立方法としては、嫡出推定でもなく認知でもない、第三の方法（出生届への記載）

¹¹⁰ 民法は、母が非婚の場合には、認知によると定めている（779条）が、最二小判昭和37年4月27日民集16巻7号1247頁以降、いわゆる分娩者＝母ルールが確立している。

¹¹¹ 当該子どもが自分の子であることに疑義がある場合、夫は子が嫡出であることを否認できる（774条）が、そのためには、子または妻に対して、原則として1年以内に訴訟を提起しなければならない（775条、777条）。

が出現したといえる。これにより、妻が婚姻中に出産をした子である場合、夫が父となるという運用になっている。ただ、この方法により定立した父子関係を否定するには、嫡出否認の訴えによる必要はなく、親子関係不存在確認訴訟で足りる（大判昭和15年9月20日民集19巻1596頁）点¹¹²が、いわゆる「推定される嫡出子」との大きな相違となっている¹¹²。

次に、婚姻200日以後・婚姻解消後300日以内に生まれた子ではあるが、夫が出征していたり、長期間別居しているなどして、外観上明らかに夫の子である可能性がない場合について、最高裁は、嫡出推定が及ばないものとしている¹¹³。また、近年では、婚姻解消後300日以内に生まれた子について、離婚後の妊娠であるという医師の証明書を添えて出生届を提出すれば、嫡出推定が及ばないものとして取り扱われるに至っている（2007年5月7日法務省民事局長通達）。さらには、真の父を相手とする認知調停・認知の訴えを起し、審判・勝訴判決を得ることにより、真の父の子としての出生届をするという手段も利用されている。懐胎時の婚姻と父子関係との連結は弱まっているといえよう。

他方、子の母が出産時にも婚姻していない場合には、民法の前提の通り、認知によって父子関係が定立される。任意に認知が得られない場合には、子や子の母から認知の訴えを提起することも可能である（787条）。その場合、「内縁の妻」が内縁関係継続中に懐胎した子については、その父親が「内縁の夫」であると推定されるため、それを覆す立証を「内縁の夫」がしない限り、認知が認められるとした判例がある（最判昭和29年1月21日民集8巻1号87頁）。内縁夫婦も貞操義務を負うことを前提としていると評価できる。

以上を総合すれば、親子関係の定立の場面において、父母が婚姻しているか否かで異なるのは、法的父子関係を成立させるのに別途、認知という手続が必要か否かという点であるといえる。母が非婚の場合のみ、

¹¹² また、「推定されない嫡出子」の場合は、第三者に対して認知請求訴訟を提起することが可能である（最判昭和41年2月15日民集20巻2号202頁）という特徴もある。

¹¹³ 最判昭和44年5月29日民集23巻6号1064頁、最二小判平成10年8月31日付の2つの判決（判時1655号112頁、家月51巻4号75頁）等。

認知によって父子関係が定立することになっている。このことは、父による子の引き受け方の違いとして理解することが可能であろう。婚姻の場合は、婚姻時に妻が将来産む子について親としての責任を負うことに同意している¹¹⁴といえるし、また、妻の出産時に婚姻して父として出生届を出したのであれば夫がその子を引き受ける意思があると見ることができるが、非婚の場合はそうとはいえないというものである。

b) 親権の帰属・行使

親権の帰属・行使の場面では、父母が婚姻しているか否かでどのような違いがあるだろうか。現行日本民法は、「成年に達しない子は、父母の親権に服する」（傍点引用者）と一般的に規定している（818条1項）が、父母が共同して親権を行使することが前提となっているのは、父母の婚姻中のみである（818条3項）。父母が離婚した場合は、そのどちらか一方が親権者となる（819条1項・2項）。その際、一方を親権者とし、他方を監護者とすることも可能であるし、親権者でない他方に面会交流を認めることも可能とされている（766条）。

これに対し、婚姻していない父母の場合には、親権は、原則として母による単独行使となり、父が認知をした子について、父母の協議で父を親権者と定めた場合のみ、父による単独行使となる（819条4項）。婚姻していなくとも父母が協力して子を育てることは前提になっておらず、父が認知をした場合であっても父母いずれかの単独親権となる点で、共同親権を認めるフランスとは大きく異なるように見える。しかし、実質を見れば、この点に関する既婚父母と非婚父母の違いはそれほど大きくないようにも思われる。例えば、非婚父母の場合、共同親権とならないとはいえ、認知がなされていれば、父母ともに子どもに対する扶養義務を負う（877条1項）。裁判例によれば、その父母の扶養義務は、どちらに親権があるかに関わりなく、同順位のものであるとされている¹¹⁵。ま

¹¹⁴ ただし、日本の民法には、この義務を婚姻夫婦に課す旨の明文規定（フランスの203条のような規定）はない。

¹¹⁵ 非嫡出子の父母（内縁関係はない）について、仙台高決昭和37年6月15日家月14巻11号103頁。

た、非婚の父母であっても、子の監護権の帰属や面会交流のあり方に関して、婚姻夫婦の離婚時と同様に、当事者間で取り決めたり、家裁に審判を求めることができる（788条）。さらに、近時では、非婚父母が同居し子を協力して育てていたが、父母間の関係が破綻し親権争いが生じた事例において、非婚の父母に「実質的な共同親権」があったことを前提に親権の帰属を判断しようとする審判例が登場している¹¹⁶。このように、非婚父母間に同居協力関係がある場合には、柔軟に解釈・運用されていく可能性が多分にあるといえよう。

c) 戸籍等における表記

以上に対し、婚姻している父母と婚姻していない父母との間で歴然と存在する差異は、戸籍上の表記にある。父母が婚姻している場合のみ、子ども（嫡出子・準正子）は、父母と同じ氏を称し（790条1項）、父母と同じ戸籍に入る（戸籍法6条、14条、18条1項）。これに対し、父母が婚姻していない場合には、子どもは原則として母の氏を称し、母と同じ戸籍に入る（民法790条2項、戸籍法18条2項）。だが、父が認知をしたうえで、家庭裁判所の許可を得た場合は、父と同じ氏になり、父の戸籍に入ることもできる（民法791条1項、戸籍法6条）。なお、かつては、戸籍上の続柄の表記が、嫡出子の場合は、「長女」「長男」等であるのに対し、非嫡出子の場合は、「女」「男」等であるという違いが存在した。今日では、非嫡出子の場合であっても、「長女」「長男」等と表記しうることとなっている（2004年法務省通達、民一第三〇〇八号民事局長通達2及び4）。また、住民票における表記についても、嫡出子と非嫡出子での差異がなくなっている。

フランスと比較した場合、親権の帰属や子の戸籍表記、子の氏に、父母が婚姻しているか否かの違いが生じる点が日本の特徴といえるが、後二者は、相続のあり方と無関係ではないだろう。

¹¹⁶ 横浜家川崎支審平成23年4月4日家月64巻11号58頁。なお、本件第二審はこの考え方を採用していない。

2 子の相続分

親子関係のあり方に差異があるとはいえ、目下、父母が婚姻しているか否かによる相違で最も大きな問題となっているのが、子の法定相続分の差異である。すなわち、現行日本民法では、非嫡出子の法定相続分は、嫡出子の2分の1とされており（900条4号ただし書）、この憲法適合性が争点となっている。しかしながら、これは、被相続人に嫡出子と非嫡出子の双方がいた場合の相違であって、婚姻している父母と婚姻していない父母の相違とは直結しないことに注意が必要である。婚姻していない父母が、双方とも、一度も婚姻しなかった場合、その父母から生まれた兄弟姉妹（非嫡出子）間の法定相続分は均等である。むしろ、配偶者相続分がない分、子どもが手にする相続分は、父母が婚姻していた場合よりも増加する。よって、非嫡出子と嫡出子の法定相続分の違いは、被相続人に配偶者と非婚の相手方の双方がいた場合の子どもの間の違いということになる。

この差異の妥当性に関し、最高裁は、合憲との解釈を維持してきた¹¹⁷。その際のロジックは、民法900条4号ただし書が、「法律上の婚姻の尊重」と「非嫡出子の保護」のバランスをとったものであるというものである。また、法律が、嫡出子と非嫡出子を区別している以上、両者には何らかの違いがなければならないという補足意見も出されている。だが、婚内子と婚外子には、既に見たように法的親子関係のあり方において違いがあるのであり、両者の違いが相続分の差として存在しなければならない必然性はないであろう。また、「法律上の婚姻の尊重」が意味するところの曖昧さについては、既に本連載（1）において指摘したところである。おそらく、従来の最高裁の念頭にあったのは、配偶者のいる者が不貞行為により婚外子をもうけた場合に、婚内子も婚外子も同じ相続分とすることへの躊躇なのだろう。

これに対し、近時では、同規定を違憲とする下級審判決が相次いでいる¹¹⁸。さらには、最高裁大法廷への回付も注目を集めている。このよう

¹¹⁷ 最大判平成7年7月5日民衆49巻7号1789頁。

¹¹⁸ 東京高判平成22年3月10日判タ1324号210頁、大阪高決平成23年8月24日判

な潮流から、子の相続分に関しては、父母が婚姻しているか否かによる相違は近い将来、解消すると思われるが、どのような理由により違憲と判断されるのか、それによって、「法律上の婚姻」概念にどのような変化があるのか、より一層の分析が必要となろう。

フランスと比較した場合、日本における自然上の父母と法律婚をした父母との違いは、子との法的父子関係の定立方法、親権の帰属と行使、子の氏や戸籍編製、子の相続分と、多くの場面で残っている。これらの違いはすべて、父母が婚姻していないのであれば、その子は原則として母単独で育てる（べき）という前提からくるものと理解できる。父母双方に子を養育する意思がある場合でも、法制度がこのような前提を押しているのである。フランスにおいては、父が子（の養育責任）を引き受ける方法の違いはあるものの、父母がいるならば子はその２人に育てられるものだという原則が確立していることに鑑みれば、日本の婚姻の特徴は、子どもを父母が協力して養育することが前提となっている唯一のものだという点に見いだせる。だが、なぜそうなっているのだろうか。前款で考察した通り、内縁も婚姻夫婦と同様の意思と実態を有しているのであれば、なぜ親権の帰属・行使においても、同じ取扱いをしないのだろうか。この取扱いの差異を、届出の有無によって、正当化することはできないのではないだろうか。

第２項 社会上の父母との相違

日本において、血縁がなくとも子の「父母」となりうる手段としては、第三者の子との養子縁組（１）と連れ子養子縁組（２）が考えられる。それぞれ、父母が婚姻している場合と婚姻していない場合を比較してみよう。

１ 未成年養子縁組

血縁のない未成年者を養子にとる場合、普通養子縁組と特別養子縁組

時2140号19頁（確定）、名古屋高判平成23年12月21日判時2150号41頁。

がある。普通養子縁組は、婚姻していない父母であっても可能であるが、養親となる者が婚姻しているか否かで異なる取扱いとなっている（a）。また、特別養子縁組は、婚姻夫婦しか養親になることができない（b）。

a) 普通養子縁組

婚姻をしている者が未成年者を養子とする場合は、配偶者とともにしなければならない（795条）。また、15歳未満の養子を離縁する場合、夫婦共同でしなければならない（811条の2）。つまり、未成年子を既婚者が養子にとる場合には、配偶者との共同養子縁組が前提となっている。これに対し、婚姻していない者であっても、普通養子縁組は可能であり、家庭裁判所の許可があれば、未成年者を養子とすることが可能である（798条）が、それは単独での養子縁組となる。

b) 特別養子縁組

婚姻夫婦は、特別養子縁組により養子をとることが可能である（817条の3第1項）。特別養子縁組の場合は、実方との親子関係が切断される（817条の2第1項、817条の9）もので、6歳未満の子どもを特別養子とし（817条の5）、夫婦間の実子同様に育てることが可能となる。これに対し、婚姻していないカップルは、他人の子どもと特別養子縁組をすることができない（817条の3第1項）。ここに大きな相違があり、婚姻のみが未成年子の養育にふさわしい環境を提供できると考えられていることが分かる。これは、フランスでも同様であるが、こういった婚姻の特別扱いをフランスと同じ理由（婚姻の安定性）で正当化できるかどうかには、慎重な検討が必要である。

2 連れ子養子縁組

婚姻夫婦の場合、配偶者の嫡出の連れ子を、単独普通養子縁組により、養子とすることができる（795条ただし書）。また、配偶者の未成年の直系卑属を養子とする場合には、家庭裁判所の許可を得る必要がない（798条ただし書）。これに対し、婚姻していないカップルの一方の連れ子に関して、民法には何らの特別な規定もない。よって、通常の法制に従

い、家庭裁判所の許可があれば、当該連れ子（未成年者）を養子とすることが可能になる（798条）ものと思われる。この場合、養親に親権がうつるため、非婚カップルが共同で親権を行使することはできない。

ところで、婚姻夫婦の一方に連れ子がいる場合で、婚姻による親の改姓によって当該夫婦の氏と当該連れ子の氏が異なるという状況になる場合、戸籍法の定めるところにより届け出ることによって当該連れ子は当該夫婦と同じ氏を称することができ、氏の変更の場合に通常必要とされる家庭裁判所の許可を得る必要がない（791条2項）。これは、連れ子を養子にしなくとも認められるものである。他方、婚姻していないカップルの一方に連れ子がおり、氏の変更をしたい場合は、家庭裁判所の許可を得る必要がある。

以上から、婚姻していない父母が、自らの子であれ、相手の子であれ、第三者の子であれ、互いに協力して養育するということは、日本民法では想定されていないことが明らかである。婚姻は、子どもを協力して養育することが前提となっている唯一のものとなっている。だが、このことはどのような理由によって正当化できるだろうか。

第2節小括

結局、日本の「法律上の婚姻」は、内縁と比較して何が異なり、何によってその「正統性」が担保されているといえるのだろうか。

本節での分析を通して、「法律上の婚姻」と「内縁」（「事実上の婚姻」）とを分けるものは、届出にしかないことが明らかになった。当事者の夫婦としての義務の引き受けの有無も、関係解消の自由も、両者を分けるものとしては決定的ではないからである。にもかかわらず、両者の間には、法的父子関係の定立、親権の帰属・行使、戸籍表記、氏、配偶者相続権や子の相続分、税制優遇の有無などの多くの差異が存在している。

そこで、「届出をしている」者と、「届出をしていない」者との間の差に、これらの差異の正当化根拠を見出すしかないのだが、両者の間にある違いとは何だろうか。従来から指摘されてきた通り、届出意思が「婚姻意思」そのものとは言い切れない側面があるとする、そこには、「届

出をするという義務」を果たしたか否かという違いしかないのではないだろうか。届出義務を果たすためには、国家に届け出ることについて両者が同意し、当事者に婚姻障害があってはならず、当事者の一方が他方の氏を名乗ることに同意する必要がある。ところが、既に参照した通り、日本の現在の判例法理では、婚姻障害があれば内縁とも認定され難い。そうすると、「内縁」と異なる「婚姻」の正統性は、「当事者が国家への情報提供に同意した」ということと、「当事者の一方が他方の氏を名乗ることに同意した」ということによってしか正当化できないことになる。反対に言えば、このように考えることによって説明できることは多い¹¹⁹。たとえば、日本において、選択的夫婦別姓の導入がこれほどまでにこじれる理由も、このことから説明できるのではないか。選択的夫婦別姓を導入すると、これまで日本の「法律上の婚姻」の正統性を支えてきた1つの柱が抜け落ちることになる。「法律上の婚姻」の正統性に関わる大改革(!)であり、だからこそ、容易には実現しないのであろう。

表4：日本における法律上の婚姻とその他の結合との違い

法律上の婚姻	内縁（事実上の婚姻）	内縁とはいえないカップル
婚姻結合	準婚姻結合	非婚結合
法的結合		事実上の結合
届出あり	届出なし	
挙式（当事者の意思表示）はある場合もあればない場合もある		
共同生活にかかる法的義務・効果あり		？
関係存続が前提：離婚には要件あり （ただし、裁判所を通さずとも協議離婚可能、財産分与はしなくとも離婚可能）	一方的解消可能 （損害賠償・財産分与義務が課せられる）	解消自由
社会保障に関しては同じ扱い		？
カップル間に生まれた子は嫡出子	カップル間に生まれた子は嫡出でない子	
氏・姻族関係・嫡出推定・相続権・準正・共同親権・共同養子縁組・特別養子縁組・連れ子養子縁組・配偶者控除		

¹¹⁹（夫婦としての実態を問題にせず）形式的な届出がなされている夫婦にのみ、配偶者相続権が認められることも、同戸籍を認めることも、配偶者控除の適用を認める（最判平成9年9月9日訟月44巻6号1009頁）ことも、「国家への情報提供」の有無で説明できるように思われる。

第２章総括 他とは違う正統な結合とは

本章では、婚姻とそれ以外との結合の間にどのような差異があり、それがどのように正当化されうるかという観点から、現在の日仏法を比較することにより「法律上の婚姻」の「正統性」の所在を探究した。それにより、「法律上の婚姻」とそれ以外の結合との法的取扱いの差異を正当化できるだけの根拠が、「法律上の婚姻」の中に見出しにくいという日本法の特徴が明らかにできたかと思う。「当事者が国家への情報提供に同意した」ということと、「当事者の一方が他方の氏を名乗ることに同意した」ということでしか説明できない「正統性」というのは、あまりにも貧弱である。婚姻に「正統性」を求めるのであれば、当事者による夫婦としての義務の明示的な引き受けにこそ、「正統性」を見出すべきではないだろうか。

第１部結論

第１章での考察も踏まえて、日本の「法律上の婚姻」を分析してみよう。「法律上の婚姻」が「正統な結合」という特徴を有しているということは、ひとまず肯定できるだろう。しかし、そこでの「正統性」というものは、フランスと同じようには説明できないのではないか。第一に、日本とフランスの「正統な結合」の範囲には、ズレがあるように思われる。つまり、「civil」の世界に限られた「正統性」であるということは、現状の日本の「法律上の婚姻」の「正統性」の描写としては正確ではないであろう。法の世界と事実の世界の切り分け、民事の世界と非民事の世界との切り分け、宗教の世界と世俗の世界の切り分けは、いずれも日本では曖昧である。よって、「法律上の婚姻」がもつ「正統性」は、フランスの場合よりも広い範囲で通用することになる。

しかしながら、第二に、その「正統性」を支える内実は、日本よりもフランスの方が重いといえる。このことを示す端的な例として、日本では、「法律上の婚姻」がもつ「正統性」の根拠を、フランスのように、当事者が他より重い法的義務を引き受けたこととして説明しにくいということが指摘できる。内縁当事者にも婚姻意思があるとされる一方で、

法律婚当事者の実質的な婚姻意思の担保がなされていないからである。「婚姻意思」が法的次元に純化されていないことがこの状況の一因といえよう。日本では、実質的な婚姻意思は、「届出」とは異なる場面で表明されることが多く、「届出」は、「夫婦である」ことについての国家への「情報提供」である。

さらに重要なのは、第三に、「正統性」を支える中身がフランスよりも軽いにもかかわらず、日本では、婚姻と内縁との違いがフランスと同等（またはフランス以上）に存在していることである。それだけの違いを、国家への「届出の有無」が正当化している構造であり、夫婦としての義務や責任を引き受けるという当事者の意思よりも国家による形式的把握が、日本の「法律上の婚姻」の「正統性」を支えている。日本の「法律上の婚姻」の「正統性」は本当に正統なものといえるのか、大いに疑問があるといえよう。

（未完）

〔付記〕本稿は、北海道大学審査博士（法学）学位論文「フランス法における婚姻概念の系譜的考察」（2010年3月25日学位授与）に加筆・修正したものである。執筆にあたって、特別研究員奨励費（2007年度・2008年度）、松下国際財団研究助成（2009年10月－2010年9月）の支援を得た。また、加筆・修正にあたって、研究活動スタート支援（2010年度・2011年度）の援助を受けた。