

いわゆる「パートナー婚解消訴訟」について（一）

- 一 序——本稿の課題
- 二 最判平成一六年一月一八日の概要
 - 1 裁判所の認定事実
 - 2 各審級における判断
 - 3 判例評釈の議論とその問題点
- 三 現行家族法の特徴と問題点
 - 1 法律婚と事実婚との関係（以上本号）
 - 2 夫婦同氏原則の影響力（以下次号）
 - 3 夫婦関係と親子関係
 - 4 家族関係における「合意」の効力

星野 豊

- 5 家族法における公序良俗
- 6 関係破綻と不法行為責任の成否
- 7 家族関係事件における手続
- 四 いわゆる「パートナー婚」の再検討
- 1 いわゆる「パートナー婚」の特徴と問題点
- 2 最判平成一六年一月一八日に対する再評価

一 序——本稿の課題

本稿は、いわゆる「パートナー婚解消訴訟」の最高裁判決・最判平成一六年一月一八日（以下略）に対する分析検討を通じて、現行家族法制度における夫婦関係及び親子関係の特徴と問題点を、再考してみようとするものである。

周知のとおり、現行家族法制度における婚姻関係は、その成立において届出を要求するほか、その効果、解消についても一定のあり方を前提としており、それと異なる関係形成・存続・解消に対しては、極めて消極的な対応がなされている。しかしながら、同時に、従来の判例及び実務において、婚姻届を提出しない夫婦関係に対しても、場合により法律上の婚姻関係と同様の取り扱いをしてきたことは、広く知られているところである。そのような中で、本件最高裁判決は、婚姻と同様の取り扱いがなされるべきか否かに関する限界事例として一般に位置づけられているが、後に詳述するとおり、そもそも法律上保護されるべき「男女関係」の本質は何か、という点について再検討するため

にも、興味深い事例であると考えられる。

以下では、まず、本件最高裁判決について、認定事実と各審級における判断を紹介し、併せて本件に対する判例評釈においてなされている議論の特徴を検討し、本件最高裁判決を題材とする本稿での検討視点について論ずる（二一～三）。次に、本件における当事者間で形成されていたとされる「パートナー婚」の特徴を、より多様な観点から考えるため、関連する現行家族法制度の特徴と問題点とを、状況ごとに検討する（三一～三七）。そのうえで、本件でのそれを含めたいわゆる「パートナー婚」の有する特徴と問題点とを検討し直し、かかる再検討から得られた観点を基に、本件最高裁判決について改めて私見を述べる（四）一～二）。

(一) この表現は、後記最判平成一六年一月一八日判時一八八一号八三頁事件の原告本人が、最高裁判決後に開設したウェブサイトを (<http://www.partner-marriage.info>) の表題に使用されているものであるが、他の紹介ないし判例評釈等においては、「パートナー婚」の表現は用いられず、「婚姻外の男女関係の破綻」等と表現されていることが多い。四で後述するとおり、どのような表現によつて同事件における男女関係を説明するかは、同事件に対する評価のみならず、当該男女関係をどのように位置づけるかについても影響を及ぼすものであるが、本稿では、かかる男女関係のあり方が従来の議論の中で想定されてきた男女関係とやや次元が異なる部分を含むものと理解することから、本文で示した表現を用いて議論を進めることとする。

(二) 判時一八八一号八三頁、判タ一一六九号一四四頁。以下、特に断りのない限り、当該判決を「本件最高裁判決」といい、本件最高裁判決を含めた事件全体を「本件」という。

二 最判平成一六年一月一八日の概要

1 裁判所の認定事実

本判決並びにその下級審である東京地判平成一四年二月二五日(平成一三年(ワ)二六〇三八号判例集未登載)及び東京高判平成一五年八月二七日(平成一五年(ネ)五八三号判例集未登載)によると、本件の事実関係は、概ね次のとおりである。³⁾

X(原告、控訴人、被上告人)とY(被告、被控訴人、上告人)とは、昭和六〇年に知り合い、その後婚約して入籍の予定であったが、昭和六一年三月初、婚約を解消した。この婚約解消に際し、X及びYは、連名で婚約を解消する旨の書状を関係者に発送しており、その中には、「お互いにとって大切な人であることにはかわりはないため、スリーブの冷めないぐらいの近距離に住み、特別の他人として、親交を深めることに決めました」との記載がある。Yは、前記婚約解消の約一カ月後、東京都a区内にあったX宅の近くに引っ越し、双方が互いの家を行き来するようになった。このことは、平成二年にYが東京都b市の自宅に転居してからも続き、YがX宅に泊まってそこから出勤することもあった。もともと、XとYとは、その住居はあくまでも別々であって同居をしたことはなく、合鍵を持ち合うことも、YがX宅に泊まったときに一緒に食事をする⁴⁾こともなく、また、生計も全く別で、それぞれが自己の生計の維持管理をしており、共有する財産もなかった。

Xは、出産には消極的であったが、Yが子供を持つことを強く望んだため、両者の間で、Yが出産に関する費用及び子供の養育について全面的に責任を持つという約束をした上で、Xは、平成元年六月、Yとの間の長女を出産した。

XとYとは、長女の出産に際しては、子供が法律上不利を受けることがないようにとの配慮等から、その出生の日(5)に婚姻の届出をし、同年九月に協議離婚の届出をした。また、Xは、上記の約束に基づき、妊娠及び出産の際の通院費、医療関係費及び雑費等をYに請求して受領したほか、Yの親から出産費用等として約六五〇万円を受け取った。なお、長女は、上記の約束に基づき、出生後、静岡県c市内に住んでいたYの母に引き取られ、その下で養育され、Xがその養育にかかわることはなかった。その後、長女は、Yの母と共に東京都b市内に転居し、Yの母と二人で暮らしている。

Xは、平成五年二月、Yとの間の長男を出産した。長男の出産は、一卵性双生児の一方が出産後間もなく死亡するという異常出産で、X自身も一時的に危篤状態に陥り、二か月間入院した。その出産に先立ち、Xが、生まれてくる子供の養育の負担により自分の仕事が犠牲にならないようにするため、子供の養育の放棄を要望したことから、XとYとは、平成四年一月、X及びその家族が出産後の子供の養育についての労力的、経済的な負担等の一切の負担を免れることをYは保障すること、XはYが決定する子供の養育内容について一切異議を申し立てないこと等の取決めを行い、その取決めを記載した書面に公証人役場において公証人の確定日付を受けた。また、Xは、長男の出産の際にも、Yから相当額の出産費用等を受け取っており、両者は、長女の場合と同様の配慮から、長男の出生の届出をした日に婚姻の届出をし、同月中に協議離婚の届出をした。

長男は、上記取決めに基づき、Yに引き取られたが、Yの判断で施設に預けられた。長男は、その施設において養育され、Xがその養育にかかわることは全くなかった。その後、後記のとおり、YがZ(相被告、相被控訴人)と婚姻したことにより、長男は、平成一四年三月、Y及びZの下に引き取られた。

長男の出産の前後において、XとYとの関係が悪化し、YのXに対する暴力行為や、YによるX宅の玄関ドアの損

壊などがあり、出産後、両者は半年間ほど絶交状態にあったが、その後、関係が修復し、YがXの原稿の校正を行ったり、Xの研究分野に関する資料を送付したり、一緒に旅行をするなどしていた。また、Xは、平成八年からd大学教育学部の助教授として勤務するようになったが、Yは、Xがd市内にアパートを借りるに当たって連帯保証人となったり、Xが同大学で「ジェンダー論」の講義をするに際し、Xの求めに応じ、講義資料として自己の戸籍謄本を提供したり、学生にメッセージを寄せるなどの協力をした。

他方、Zは、Yの勤務する百貨店でアルバイトをしていたが、平成一二年ころYと知り合い、Zが別の会社に勤めた後もYとの交際を続けた。その後、Zは、平成一三年四月三〇日にY宅を訪れ、Yと話し合いをし、XとYとの間に二人の子供がいることを理解した上で、Yとの結婚を決意した。

XとYとは、同年五月の連休に、一緒に旅行に行くことにしていたが、Yがキャンセルしたため、Xは一人で旅行に出かけた。同月二日、Yは、旅行から東京に戻ってきたXに対し、東京駅において、今後は今までのような関係を持つことはできない旨等を記載した手紙を手渡すとともに、他の女性と結婚する旨を告げ、Xとの関係を解消した。その後、YとZは、同年七月に婚姻の届出をした。

本件は、以上の事実関係の下で、XがY及びZに対し、XとYとの間には約一六年間に及ぶ「パートナーシップ関係」が形成されており、Yがこれを一方的に破棄したことは不法行為に当たり、ZはXとYとのかかる関係の存在を理解しつつYと婚姻したものであるから、Yと共同不法行為を行ったものであると主張して、慰謝料一〇〇〇万円（第二審で五〇〇万円に減縮）を請求したものである。

(3) 以下、本文で紹介する事実関係は、本件最高裁判決において認定事実として要約されているものであるが、第一審及び第二審で認定された事実のうち、最高裁において要約の対象とされていないものがある。本稿では、後の議論との関係が必要となる範囲において、かかる事実の一部を注において摘示する。又、本件に関する判決文等はいずれも横書きであるのに対し、本稿は縦書きであるため、数字に関しては、特に算用数字で表現する必要がない限り、漢数字に直して引用している。

(4) この点に関して、専らYの側から、金銭等のやりとりはもとより家事分担結果のメモに到るまでの詳細な書証が提出されている。後に三七で検討するとおり、このYによる立証活動が、本件におけるXY間の関係の解釈のみならず、かかる関係の法的保護の必要性に関する判断についても、事実上影響を及ぼした可能性が高いように思われる。

(5) この点に関して、第一審及び第二審では、Yの勤務先から配偶者の出産に関する補助金を受領する関係から、との理由が併せて認定されている。

(6) この点に関して、第一審及び第二審では、出生前に多胎妊娠であることが判明したため、Xが人工妊娠中絶を希望したが、Yが人工妊娠中絶を承諾しなかったとの事実が、併せて認定されている。

(7) 但し、同時に、例外的に、授業参観など、子供が希望した場合についてはXの負担とならない範囲で参加する、との取り決めもなされている。

(8) Y提出の書証に基づく第二審の認定によると、この頃、Xが入院先の医師にあてた手紙(原文横書き)の中に次のような表現がある。『私とY、長女、長男の関係について』／私は、私を傷つけたり、私に不利益を与えた男を、一瞬にして自分の人生から抹消してきました。長期入院は不利益以外の何物でもありませんし、妊娠による失業期間中の不利益を彼から私に補填するという契約が不履行になったことが加わり、退院後Yとは人間関係を切りました。……〔引用者注、省略は認定のまま〕私と彼は共有するものや財産なども一切ないので、関係を遮断するためには、彼が私に会いに来なければいだけです。他人は八年目の破局と捉えるでしょうが、八年も続いていたというのは、私自身の二十代

の頃を振り返るならば奇跡に近いと思っています。（以下、引用者において略）」第二番におけるXの主張は、専らこの第一番の認定を論難することに集中しており、同手紙が書かれた背景事情、すなわち、長男の出産後、X自身も危篤状態に陥ったうえ長期入院を余儀なくされ、かつ、Yとの関係が一時的に悪化し、担当医らとの人間関係も必ずしも良好でなかった特異な状況からして、同手紙に書かれた表現を以てXとYとの関係に関するXの真意やXとYとの関係の法的性質を認定する証拠とすることは不当である、との陳述等が繰り返されている。しかしながら、第二番でも、同番においてXがかかる主張を行ったことがやや詳細に記されているものの、Xがかかる手紙を書いたとの事実自体については、特に修正削除されることなく第一番の認定が引用されている。

2 各審級における判断

第一番は、次のように判示して、Xの請求をいずれも棄却した。

「XとYとの間には、意識的に形成された長年にわたるパートナー関係が認められ、また、その間には、二人の子供がいるというものの、その生活形態、相互協力の程度、子供の出産及び養育過程に照らして考慮すれば、その関係が（特に長男出生後は）法律上の夫婦同様の関係であるとまではいえることができない上、Xが主張するような、終生、相互に協力し、扶助する義務があり、一方当事者の意思で解消することができない永続的な関係であるとは解することはできない。……たとえば、XがYとの関係について今後も継続することを期待していたとしても、その関係の継続をYに強制できるものではなく、（なお、YにおけるXとYとの関係の打ち切り方が突然でやや一方的であるが、）Xの期待権が侵害されたものとしてその精神的苦痛に対する法的な賠償をYらに求めることはできないものというべきである。」

Xの控訴に対して第二審は、XのZに対する請求については控訴を棄却したが、Yに対する請求については第一審判決を次のように判示して変更し、Yに対して慰謝料一〇〇万円の支払を命じた。

「(一) XとYとの関係は、婚姻届を提出せず、法律婚として法の保護を受けることを拒否し、互いの同居義務、扶助義務も否定するという、通常の婚姻ないし内縁の実質を欠くものであったことが認められる。」「そのような関係は、その維持を専ら当事者の自由な意思のみに委ねるものであり、法的な拘束性を伴うものでないとも解されるから、その解消に当たっては、互いに損害賠償責任を生ぜしめるものではないと解する余地もあり得るところである。」

「(二) しかしながら、XとYは、両者が知り合った昭和六〇年から平成一三年に至るまでの約一六年間にわたり、上記のような関係を継続してきたものであり、その間二人の子(長女、長男)を儲け、時に互いの仕事について協力し、一緒に旅行することもある等、互いに生活上の「特別の他人」としての立場を保持してきたこともまた認められる。」

「(三) そうすると、前記(一)にかかわらず、少なくとも上記(二)のような事情を含む本件の場合において、Yが、Xと格別の話合いもなく、平成一三年五月二日に突然上記の関係を一方的に破棄し、それを破綻させるに至ったことについては、Xにおける関係継続についての期待を一方的に裏切るものであって、相当とは認め難いものといわざるを得ない。」「したがって、Yは、Xに対し、その点における不法行為責任を免れ難いものと解するのが相当である。」

「(四) そして、X、Y間の上記関係の経緯、内容、その他諸般の事情を考慮するならば、Yの上記不法行為によりXの被った精神的苦痛を慰藉するには一〇〇万円が相当というべきである。」

この第二審の判断に対してYのみが上告したところ、最高裁はYの上告を容れて第二審判決を破棄し、XのYに対する請求は認められないとした第一審判断を是認して、Xの控訴を棄却した。

「前記の事実関係によれば、(一) YとXとの関係は、昭和六〇年から平成一三年に至るまでの約一六年間にわたるものであり、両者の間には二人の子供が生まれ、時には、仕事の面で相互に協力をしたり、一緒に旅行をすることもあったこと、しかしながら、(二) 上記の期間中、両者は、その住居を異にしており、共同生活をしたことは全くなく、それぞれが自己の生計を維持管理しており、共有する財産もなかったこと、(三) XはYとの間に二人の子供を出産したが、子供の養育の負担を免れたいとのXの要望に基づく両者の事前の取決め等に従い、Xは二人の子供の養育には一切かわりを持っていないこと、そして、Xは、出産の際には、Y側から出産費用等として相当額の金員をその都度受領していること、(四) YとXは、出産の際に婚姻の届出をし、出産後に協議離婚の届出をすることを繰り返しているが、これは、生まれてくる子供が法律上不利を受けることがないようにとの配慮等によるものであって、昭和六一年三月に両者が婚約を解消して以降、両者の間に民法所定の婚姻をする旨の意思の合致が存したことはなく、かえって、両者は意図的に婚姻を回避していること、(五) YとXとの間において、上記の関係に関し、その一方が相手方に無断で相手方以外の者と婚姻をするなどして上記の関係から離脱してはならない旨の関係存続に関する合意がされた形跡はないことが明らかである。」

「以上の諸点に照らすと、YとXとの間の上記関係については、婚姻及びこれに準ずるものと同様の存続の保障を認める余地がないことはもとより、上記関係の存続に関し、YがXに対して何らかの法的な義務を負うものと解することはできず、Xが上記関係の存続に関する法的な権利ないし利益を有するものとはいえない。そうすると、Yが長年続いたXとの上記関係を前記のような方法で突然かつ一方的に解消し、他の女性と婚姻するに至ったことについてXが不満を抱くことは理解し得ないではないが、Yの上記行為をもって、慰謝料請求権の発生を肯認し得る不法行為と評価することはできないものといふべきである。」

3 判例評釈の議論とその問題点

本稿の冒頭で述べたとおり、本件最高裁判決は、男女関係が破綻した場合における法的保護の限界事例として一般に位置づけられており、本件に関する解説ないし判例評釈でも、従来の判例で取り扱われてきた内縁関係ないし事実婚と、本件でのXY間のパートナー関係との関係態様を事実レベルで比較検討し、本件でのXYの関係が法律婚とはもとより、内縁関係ないし事実婚とも質的に異なるものであるとして、本件最高裁判決の妥当性を論ずるものが支配的である。⁽⁹⁾ 実際、判例評釈における主要な検討対象は、最高裁判決を中核とする「判例」が、ある「事実」に対してどのような「法」を形成しているかを探り、従前の判例法理との理論的關係を検証することにあるとされているから、⁽¹⁰⁾ 本件に関する判例評釈が、本件と他の法律外の男女関係とを比較し、裁判所における法的保護の範囲をどのように限界付けているかを検証したうえで、従来の判例における理論構成との間で本件最高裁判決が矛盾なく位置づけられる、としてこれを肯定することや、これらの評釈において、第二審の判断が従来の判例法理と整合的に位置づけられないとしてやや批判的に扱われていること自体は、自然なものと考えられる。

しかしながら、本件最高裁判決の判断が、男女関係の破綻に関する従来の判例法理と整合性を保っているとしても、その判断の前提にある、「法律婚」の法的保護の必要性がなぜそれ以外の関係と比べて強く認められるか、という点については、厳密に考えてみると必ずしも明らかでない部分がある。もとより、国家の定めた形式と要件に合致した法律婚に対して、国家の定めた法律において規定されている保護が最も強く認められること、そして、それ以外の男女関係の破綻に関する法的保護の程度について、法律婚に質的に近いものはより法律婚に近く保護され、法律婚と質

的に異なるものは法律婚と同様の保護のうち全部又は一部を認めないとするのが、極めて明快なバランス論であることは否定できない。しかしながら、このバランス論では、検討の対象となる関係と法律婚との相対的な異同が問題とされているに過ぎないため、果たして法律婚のどの要素が最も法的保護にとつて重要な本質部分であるといえるのか、さらには、かかる本質部分に対してなぜ国家が法律上の保護を与えてまで関係を維持、存続させる必要があるといえるのか、という基本的な問題に対しては、必ずしも明快な回答を与えるものとなっていない。実際、後に検討するとおり、本件でのパートナー関係は、要するにXY間の合意のみを中核とするものであり、これは憲法第二四条における「婚姻は、両性の合意のみに基づいて成立」するとの文言に反するどころか、むしろ合致しているものと考えられる余地すらあるように思われるわけであるが、このような「当事者が自由に合意した関係」が破綻した際になぜ不法行為責任が認められないかについて、単に「法律婚との異同」のみから結論を導くことは、少なくとも敗訴当事者（本件でいえばX）を合理的に説得するためには、議論として十分でないように思われる。

このように、本件最高裁判決について考えるに際して、本件を単に法律婚との異同に着目した限界一事例としてのみ捉えるのではなく、本件最高裁をはじめとする裁判所が法的保護の判断に際して前提とする「法律婚」の本質とは果たして何か、という家族法上の最も基本的な問題点について再考するための題材であると考えられることは、必要かつ有益であるように思われる。従って、以下では項を改め、本件においてXY間で形成されていたとされる「パートナー婚」の特徴について、より多様な観点から検討を加えることとしたい。

(9) 本稿執筆時に公表されている判例評釈としては、石川博康・NB L七九号五頁（二〇〇四年）、本山敦・月報司法書士二〇〇五年四月号八六頁、同・法律のひろば二〇〇五年五月号五四頁、水野紀子・平成一六年度重判七八頁（二〇〇

○五年)、良永和隆・ハイローヤード三三五号七一頁(二〇〇五年)がある。このほか、本件最高裁判決が登載されている判時一八八一号八三頁、及び、判タ一一六九号一四四頁に、本件に関する匿名の解説が付されている。

(10) わが国における判例研究の理論的基礎を示したとされる、『判例民法大正一〇年度』序文参照。

三 現行家族法の特徴と問題点

本件に関する解説の中でも言及されているとおり、本件のようなパートナー関係が生じてくるに到った社会的背景としては、「ライフスタイルの変化に伴う男女関係の多様化⁽¹¹⁾」という点が指摘されることが少なくない。実際、各自の私生活をどのように過ごすかが基本的に各自の自由な意思で決定されるべきものとすれば、誰とどのような私生活を過ごすか、すなわち、誰とどのような男女関係を形成して「夫婦⁽¹²⁾」として過ごすか、という点も、当然各自の自由な意思により決定すべきものとなる筈である。そうすると、本件のような「パートナー婚」に法的保護が与えられないのは、要するにかかる関係が現行家族法の予定する「夫婦関係」と異質なものを含んでいるから、と考えざるをえないわけであるが、その具体的内容と妥当性について考えるためには、現行家族法の特徴と問題点を、必要な範囲でまず検討しておくことが、必要かつ有益であると思われる。

従って、以下では、「パートナー婚」それ自体について検討を行う前に、現行家族法の特徴と問題点を概観することにより、本件のような「パートナー婚」が従来想定されてきた男女関係とどの点で異質であったのかを考えてみることにしたい。

(11) 本件最高裁判決に関する、判時及び判タのコメント末尾参照。

(12) なお、この観点を進めていくと、本文でいう「誰と」「夫婦」ないしそれに相当するものとして私生活を過ごすかに ついて、必ずしも「男女関係」との限定を付す必要はないとの見解が当然主張されうるが、本稿では、現行家族法における法律婚の保護の本質を考へることを一つの目的としている関係上、ここでいう「夫婦」については、とりあえず「男女関係」に限定したうえで、以下の議論を行うこととしたい。

1 法律婚と事実婚との関係

前述のとおり、本件に関する裁判所の判断や、本件最高裁判決に関する評釈の中では、従来の男女関係の破綻に関する判例法理、すなわち、法律婚のほか、内縁関係、事実婚関係との比較によって、法的保護の必要性の有無及び程度が論じられている。周知のとおり、法律婚とは、民法、戸籍法等に従い、婚姻届を提出し受理された夫婦関係を指し、内縁、事実婚とは、かかる届出がない夫婦関係をいう。⁽¹³⁾ この区別は、明らかに、夫婦関係の形成状況が国家の管掌する戸籍によつて把握されているか否かによる区別であり、それに加えて、婚姻届を提出し受理されるためには、例えば夫婦同氏等、現行法で定められた法律婚としての要件を充たす必要があるわけであるから、最も単純な発想をすれば、法律婚は国家の提供する形態に従つた夫婦関係、内縁、事実婚は必ずしもそうでないもの、という区別を考へることが可能となる。

そうすると、国家から夫婦に対して提供される法的保護の有無を、この「婚姻届」の有無と完全に連動させてしまふのが、国家による夫婦関係の把握の難易という点から考へて最も合理的なのではないか、というある意味わかりや

すい発想が生ずることになるわけであるが、これも周知のとおり、国家から夫婦に対して与えられる種々の法的保護は、婚姻届の有無と一致しているわけではない。¹⁵ すなわち、現在の一般的な取り扱いの下では、婚姻届を提出した夫婦であっても、「実質的な婚姻をする意思」がなければ夫婦としての保護は認められないとされているし、¹⁶ 婚姻届が提出されていない内縁や事実婚であっても、「夫婦」としての実体生活関係が備わっているのであれば、国家からの法的保護を、事実上のみならず法律上も享受することができる¹⁷とされている。

以上のことは要するに、法的保護の有無なし程度に關する判断にとつて重要であるのは、婚姻届の有無ではなく、「夫婦としての実体生活関係」の有無である、ということであるが、¹⁸ そうすると次に問題となるのは、当然のことながら、この「夫婦としての実体生活関係」とは何か、という点である。この点に關して、本件最高裁判決その他の議論から抽出される要素を抽出してみると、①長期間にわたつての同居、②生計の実質的同一、③夫婦としての対外的協同行動、特に、④子の養育における協同行動、等が挙げられており、¹⁹ 本件の「パートナー婚」ではこのうち、少なくとも①②④が否定されているため、従来の議論をそのままではめようとする限り、「夫婦としての実体を伴わない」から法的保護を与えるべきでない、という結論がある程度自然に出てくることとなる。

しかしながら、これらの要件については、より厳密に検討していくと、少なくとも個々の要素について状況に応じた取り扱いをせざるを得ない場合が少なくない。すなわち、夫婦が共に有職者であつて、各自の勤務上の必要性と各自の自立性を尊重しようとする、上記①②に沿わない場合は、それ程珍しくなく生じてくる。又、夫婦は必ず合手的に同一行動をすべきである、との社会的感覚が強い場合²⁰はともかく、夫婦各自の活動分野や個性がより尊重されるようになれば、③も必須の要素とすべきかはやや疑問となる。²¹ そうすると、残るべき要素は④のみであり、この点は夫婦が共同して未成年の子に親権を行使すべきであるとされていること（民法第八一条第三項）と実質的に連動し

うるものであるが、このことの問題点については3において後述する。

以上述べてきたとおり、法律婚と内縁、事実婚との現在における関係を見る限り、夫婦関係に対する法的保護の有無ないし程度については、単に婚姻届が提出されているか否かではなく、「夫婦関係の実体」の有無に基づいて判断せざるを得ないわけであるが、その具体的内容について検討してみると、多分に不確定要素が伴うことを、改めて重視すべきであるように思われる。

(13) なお、同じく届出がなされない関係であっても、単に届出がないだけなのか、あるいは法律婚を意識的に回避するためにあえて届出をしないのかによって、その法的保護の必要性を区分する見解が近時は有力であるとされる。大村敦志

『家族法』二二三頁注一〇(第二版、二〇〇二年)。

(14) 現行法における夫婦同氏原則とそれに対する改正論を含めた議論の特徴と問題点については、後記2参照。

(15) このこと的具体な内容については、紙幅の関係その他から、家族法ないし社会保障法の詳細な体系書、概説書等に委ねざるを得ないし、むしろその方が望ましいように思われる。『新版注釈民法(21)』二五五頁—二七九頁(二宮孝富)

(一九八九年)、大村・前掲書二二〇頁以下、内田貫『民法Ⅳ親族相続』一四一頁—一四五頁(補訂版、二〇〇四年)。

(16) 代表的な判例として、最判昭和四四年一〇月三十一日民集二三卷一〇号一八九四頁参照。

(17) 関連する判例法令は枚挙に暇がないが、例えば、最判昭和三三年四月一日民集一二卷五号七八九頁、厚生年金保険法第三条第二項など。

(18) この観点からすれば、内縁、事実婚を「法律婚に準ずるもの」と考えること自体も問題となる余地がないではない。すなわち、法律婚であるか内縁、事実婚であるかは、要するに夫婦関係の形成及びその正統性を社会の中で誰が認証しているか、という違いに過ぎない、という考え方にも説得力があるように思われるからである。そして、この観点をさ

らに進めるなら、国家をはじめとする各機関による個人情報保護の必要性が前面に出てきている現代にあつては、法律婚とは、国家による戸籍が法律上の正当性を以て回覧される範囲でのみ周知となる（当然のこの範囲にあつてその事実を知つた者については個人情報保護のための守秘義務が課せられる）という一種の「秘密婚」に近いものとなつており、それに対して内縁、事実婚とは、社会生活上の關係者に対して事実を公開してそこからの認証を受けるという一種の「社会婚」に近いものである、と捉えることも可能かもしれないわけである。もつとも、現在の法律婚では、少なくとも一方の当事者は、氏を変更してそれを社会生活の中で事実上公開せざるを得ないから、上記の議論のみではなお徹底されない部分があることは否定できない。又、法律上の身分証明が求められる關係と私生活上の關係とをどのように区分するかによつて、この点に関する問題はより複雑となることが明らかである。いずれにせよ、このような観点から法律婚の現代的意義を考へてみることは、それなりに興味深いように思われるが、この点に関するより詳細な検討は、今後の課題とせざるを得ない。

(19) 本件最高裁判決では、このほか、X Y間の破綻における意思内容が解釈されている部分があるが、それについては後記4及び5参照。

(20) 現在の公職でこの考え方がなお根強いものの典型としては、外交官が配偶者の協力を得て接遇に係る職務を遂行する場合などが挙げられるであらう。

(21) 後に四で詳述するとおり、家族についてどのような「現代的」観点から説明を加えようとしても、複数の独立した人格によつて構成される以上、家族が本質的に「集団」としての性格を有していることは、完全には否定することができないように思われる。しかしながら、第二次大戦後における家族法学の最も基本的な観点は、家族法における「個人の尊厳」だつたわけであり（我妻栄『親族法』四頁以下（一九六一年）、家族が「集団」であることを正面から肯定する議論は、かかる立場との關係で主張することが事実上困難であつたのではないかと思われる。しかしながら、夫婦に対する法的保護を論ずる際の考慮要素として、夫婦として対外的に協同行動をしているか否かを加へることは、夫婦が「一

体となつて」、すなわち、ある意味での「集団として」行動しているか否かによつて判断していることに外ならない。本件のXの行動に対する評価にしても、評価する側がやや無意識的に家族の集団性を前提として議論を展開し、Xの主張の根底にある思想との間で次元のずれが生じている可能性があるのではあるまいか。要するに、徹底された個人主義の下では、現行家族法制度の基本的な部分のうち少なくとも一部はそもそも成り立たない可能性すらあるわけであり、家族をどこまで「集団」として捉えるかについて、立場を明確にしたうえで議論する必要があるが、今後は強くなるように思われる。

（未完）