

いわゆる「パートナー婚解消訴訟」について（二・完）

星野 豊

- 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（以上三九号）
  - 2 夫婦同氏原則の影響力
  - 3 夫婦関係と親子関係
  - 4 家族関係における「合意」の効力

- 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

### 三 現行家族法の特徴と問題点（つづき）

#### 2 夫婦同氏原則の影響力

周知のとおり、現行民法では、婚姻する夫婦は、夫又は妻のいずれかの氏を称するものと規定している（第七五〇条）。又、この規定に対して、近時様々な観点から批判が加えられ、一時は改正案が国会に提出されるに到ったことも、よく知られているところである。

もつとも、同じく夫婦同氏原則に対する批判と言っても、現行制度に対して加えられる理論的な批判としては、以下の三つの観点が考えられる。

第一に、現実の局面においては、婚姻に際して氏を変更しているのが、大多数の場合女性である、という点を捉えているが、婚姻によって氏が変更されることが、活動の継続や活動に対する評価に関して、不利益が生ずることがありうる。又、婚姻前に称していた氏を社会活動の局面において継続して使用すること（いわゆる「旧姓使用」）についても、必

ずしも常に肯定的ないし好意的な対応がとられるとは限らない<sup>(22)</sup>。この批判は、単に多くの女性が社会生活上の不利益を余儀なくされるだけでなく、男性が同様の負担を負わないことがそもそも不平等であり、さらに、現行の圧倒的多数の状況から「男性の氏に合わせて女性が自己の氏を変える」という認識が生ずることを指摘して、現在のわが国の社会における性差別を法制度が助長している、という主張に連動していくものである。

第二の批判は、婚姻に際して氏を変えるのが女性であるか男性であるかに関わらず、いずれか一方が氏を変更しなければならぬ点自体に対するものである。この批判によると、氏は個人の人格を表章するものである以上、いかなる氏を称するかは自ら決定すべきであり、<sup>(23)</sup>法制度によって強制的に氏の変更が行われること自体、個人の尊厳を定めた日本国憲法の理念に反する、と主張する。又、この批判は、氏の決定について個人の主體的な判断や選択を重視するから、強制的な夫婦別氏に対しても同旨の批判を加えるわけであり、結果として、「選択的夫婦別氏制」が望ましい旨主張することとなる。平成八年に国会に提出された家族法改正案も、概ねこの主張に沿ったものとなっている<sup>(24)</sup>。

以上に対して、第三の批判は、妻の氏を以て夫婦の氏とすることが圧倒的に少ない現状を前提としたうえで、近時の少産化の傾向の中では、子が女性しかいない家が続出し、子が婚姻により全て氏を変えてしまうと、氏を継承する者、すなわち「跡取り」がいなくなり、「氏が絶える」という事態が生じかねないことを懸念して、夫婦別氏制度を要望する、というものである。もちろん、この批判は、婚姻に際して妻が夫に倣って氏を変更することを当然の前提とし、又、個人が「家」ないし「氏」の維持継承に務めることを是とするものであるから、前述の第一の批判とも第二の批判とも凡そ相容れない議論である。ちなみに、このような理念を基盤とする議論が、現行制度における夫婦同氏原則と大多数の夫婦が夫の氏を以て夫婦の称する氏とする現状とを強固に支えてきたことも明らかである。

しかしながら、以上のように完全に相容れない理念を基盤とするいくつかの議論が、互いに相手の主張の基盤となる

理念を全く容認しないまま、結論だけは一致して夫婦同氏原則を批判したため、とりあえず条文の改正作業が試みられる、という、理論的には必ずしも望ましいとは言えない問題状況が、氏に関する家族法改正案には内包されていたということが出来る。

このように、現行法における夫婦同氏原則は、あらゆる観点から批判の対象とされているものの、それが大多数の者の傾向である、との理由に基づき、現在もなお維持されている。そして、このような制度があることから、自らの氏の変更を望まない者が、そもそも婚姻自体を行わない、との選択をする現象も、現在では珍しくないようである。<sup>26)</sup> しながら、本稿の問題関心である、法律婚の本質は何かを考える、という点からすると、夫婦同氏原則は、必ずしも重要な意味を有していない。すなわち、夫婦同氏原則の遵守は、法律婚を成立させるためには現行制度上不可欠の手續とされているもの、<sup>27)</sup> 既に述べたとおり、婚姻届の提出の有無による法律上の保護の内容に実質的に差がなくなっているとされる現状を議論の前提とする限り、夫婦同氏原則の存在によって個々の夫婦に対する法律上の保護の取扱いに本質的な差異が生ずることは、関係当事者が夫婦であることの証明に関する事実上の困難という問題を除けば、<sup>28)</sup> 相当程度少なくなっている筈だからである。

- (22) 関連する文献は極めて多数に上るが、議論全体をわかりやすく整理しているものとして、大村敦志『家族法』四五頁―五三頁（第二版補訂版、二〇〇四年）、内田貴『民法Ⅳ親族相続』四九頁―五二頁（補訂版、二〇〇四年）。なお、氏に関する用語としては、他に、「姓」「名字」「苗字」等が存在しており、これらの各用語相互の關係の歴史の変遷や、その背後にある制度的文化的諸問題を検証することも、現代における法解釈の基盤として必要不可欠であると思われるが、本稿でその検証を行うことは到底できないため、とりあえず現行条文上使用されている用語である「氏」のみを使用して、議論を進めることとした。

(23) 訴訟にまで到った例として、国立大学の教員が、所属する大学を管理する国(当時)に対し、講義、研究成果公表等の局面において、婚姻前の氏の使用を認めることを請求した、東京地判平成五年十一月一九日判時一四八六号二一頁がある。この訴訟の第一審では、個人を特定するのに最も効率的な制度は戸籍であるとの理由に基づいて教員の請求が棄却されたが、控訴された後、東京高裁において、教員の主張には沿った内容の和解が成立している。

(24) さらに言うなら、社会活動の中には、本人の家族関係を含めた個人情報第三者との関係で開示すること自体が、不必要あるいは不利益な場合もありうることを考えると、婚姻による氏の変更が法律により強制され、公的認証制度との関係で氏の変更を事実上第三者に対して開示せざるを得なくなることも、問題視される可能性があるであろう。但し、このような不利益は、戸籍に登録する氏名に本名のほか通称を含めてしまうことにより、極めて簡単に解決するものであるが、その場合には、いわゆる個人識別番号等により、個人を氏名と別に把握する制度を導入するため、問題がやや複雑となる。

(25) 平成八年二月二六日法制審議会決定「民法の一部を改正する法律案要綱」(大村・前掲書三七六頁以下所収)。なお、決定に到るまでの議論として、法務省民事局参事官室「婚姻制度に関する民法改正要綱草案」ジュリ一〇五〇号二二四頁(一九九四年)、「婚姻及び離婚制度の見直し審議に関する中間報告(論点整理)」に対する意見の概要について「ジュリ一〇三四号一〇〇頁・一〇三五号一〇二頁(一九九三年)参照。

(26) 現代における個人の社会生活は、公的機関に対するもののみならず、私的な契約関係等まで含めると、自らが明確に把握している以上に拡大している場合が少なくないため、氏を変更することの不利益は、本人の予想を超えて大きくなることがあるわけである。又、氏の変更が法律上の制度に基づくものであるとして本人の意思に関わらず強制される一方で、具体的な氏の変更手続の中には、単に変更前の氏の表記上に二重線を引いて変更後の氏を並記し訂正印を押すのみ、といったような氏に対する当事者の感情への配慮がやや不十分であると思われる取扱いが、現在なお行われている場合があることも、氏の変

更に基づく「不利益」と認識されている可能性があるように感じられる。

(27) 夫婦の氏を選択しない婚姻届は受理されず、かかる不受理処分を違法として争うことは許されない、とするのが現在の判例である。岐阜家審平成元年六月二三日家月四一卷九号一二六頁。

(28) 但し、日本人と外国人との婚姻においては、外国人に戸籍がないとの理由で、当事者の本国法に関わらず、夫婦同氏原則が適用されていないため、入国申請が夫婦の氏が異なることを理由に日本以外の国で入国申請が拒絶される、という例も生じているようである（東京家審平成六年一〇月二五日家月四七卷一〇号七五頁参照）。

### 3 夫婦関係と親子関係

現行法上、夫婦関係は、当事者の合意に基づいて成立することを原則とし（法律婚の成立について、憲法第二四条及び民法第七三九条）、当事者間で関係解消に係る合意が成立すれば、公的機関の承認等の手続を要することなく、関係の解消を図ることができる（法律婚の解消について、民法第七六二条以下<sup>(29)</sup>）。他方、親子関係については、近時における生殖技術の発展によって多少議論に紛れが生ずる可能性があるものの、<sup>(30)</sup> 遺伝系質ないしは分婉<sup>(31)</sup>という事実に基づいて認定され、一旦成立した法律上の親子関係が解消されることは原則としてなく、<sup>(32)</sup> 例えば父母が離婚した場合であっても、親子関係は父子関係、母子関係共に存続するものとされている。

このように、夫婦関係と親子関係とが、その成立及び解消の局面で、大きく制度上の理念を異にするものであるとすると、1で前述した法律婚の本質的要素に関して、「子の養育における協同行動」をどの程度重視すべきかについては、必ずしも明確な結論が導けなくなってくる。すなわち、夫婦関係と親子関係を理論上別次元の関係と位置づける限り、夫婦関係が成立していない状態でも親子関係は存続している以上、親子関係に基づく扶養等の必要性から、夫婦関係が

現に成立しているか否かを問わず、協同行動をとらざるを得ない事態が生ずる可能性があることになる。従つて、「子の養育における協同行動」は、法律婚における夫婦関係の本質的要素というよりも、子の扶養における事実上の必要性に基づいて行われる行為と考える方が適切であり、夫婦関係と親子関係を合体させた「家族関係」を前提として法律婚の本質的要素を考えていくのでない限り、親子関係上の事由を以て夫婦関係上の本質的要素と位置づけることは、理論上困難であると言わざるを得ない。

他方、夫婦関係と親子関係を性格の異なる関係として位置づける考え方の下では、夫婦関係において自由に合意できる内容と、親子関係において合意できる内容とが、半ば必然的に異なってくることとなる。<sup>32)</sup> 例えば、夫婦の一方が、子の養育に関して全く負わない旨を夫婦間で合意することは、子の両親に対する養育利益の確保という点から見る場合には、明らかに問題を含むものであるが、夫婦間におけるあらゆる生活上の利益や全ての負担の調整という点から見れば、必ずしも不当なものとは言えない可能性が生じてくる。もつとも、かかる夫婦間の合意については、当事者として子を含むものでない以上、<sup>33)</sup> 仮に夫婦間における合意が有効であったとしても、子からの養育の請求があった場合には、かかる夫婦間の合意の存在を理由に子からの請求を拒絶することはできず、夫婦間で負担の求償を合意内容に基づき図るほかないことになるであらう。

(29) 事実婚については、現行法上に根拠規定を持つものでない以上、その解消についても規定がないことは当然であるが、基本的に法律婚と同様、両当事者の合意のみにより解消することができると考えて差し支えない。

(30) 現代の生殖技術の発展からすると、本文中で示したような、遺伝系質と分娩の事実とは理論的に別次元のものとなるため、出生後の扶養関係とも合わせて、どの要件を以て親子関係の本質的要素と考えるべきかが、今後極めて重要な議論となること

が予測される。もつとも、この議論は、いわゆる「立法政策」の問題であり、親子関係の認定の目的をどのように定めるかによって、理論的には結論が出るものである。例えば、未成年の子にとつての扶養利益を確保するためであれば、遺伝系質や分娩の事実に関わらず、出生後の扶養関係を以て親子関係と認定する制度を設計することは十分可能であるし（但し、その場合には実子と養子とを制度上区分する意味はほとんどなくなる）、親となる意思を有する者に自己の遺伝系質を継承させる権利があると考えらるならば、遺伝系質の連続を以て親子関係と認定することが、最も合理的である（このほか、近親婚による劣性遺伝の防止との議論もありうるが、現行法の下でも、父子関係の認定は遺伝系質のみでは定まらず、父からの認知か子からの認知請求という法律上の手続を要するものとされ、完全に近親婚が防止できていないわけではないため、この議論の説得力はやや弱い）。又、出産をした者の母性形成の保護（ここでいう「母性」とは、分娩に応じて身体的・心理的に生ずる変化を、出生してくる子の保護に貢献するもの、と位置づけた場合における仮の表現であるが、何を以て「母」とすべきかが議論の対象となる状況下では、やや用語として不適切な面があることは否定できない）と分娩者による扶養の権利義務を中心に考えるのであれば、分娩の事実を以て親子関係と認定することが最も望ましいこととなる。医療補助生殖による親子関係全般については、大村・前掲書二一〇頁以下参照。

- (31) 現行法上、親子関係が法律上解消するのは、子が第三者の特別養子となつたときのみである（民法第八一七条の九）。但し、非嫡出子との父子関係については、父が認知をするか、子等が認知請求をするという法律上の手続が必要であるため（民法第七七九条・第七七八七条）、事実としての親子関係の存在にかかわらず、法律上親子関係が認定されない状態が経過することがありうる。

- (32) 家族間における「合意の効力」、すなわち、家族間において有効となるべき合意の内容それ自体については、後記4参照。

- (33) なお、子を合意の当事者としていた場合には、かかる合意は単に夫婦間の合意に留まらず、親子関係に関する親子間の合意



という性格を帯びるわけであるから、その妥当性や有効性は、親子関係における制度理念に照らして判断されることとなり、子の利益を不当に害する恐れのあるものとして、無効とされる可能性が高くなるように思われる。

#### 4 家族関係における「合意」の効力

前記3においては、夫婦関係を、対等な当事者が自由に合意することにより形成される関係、と仮に位置づけたうえで、親子関係との質的差異について議論してみたが、そもそも、家族関係における「合意」の効力自体についても、検討すべき点が存在する。

家族関係における合意の当事者に係る人間像については、取引関係における合意の当事者と異なり、自己の法律上の利益を無制限に追求する合理的経済人ではなく、家族に対する愛情を基盤とした超合理的、非打算的な家族の構成員であるとの位置づけが、伝統的に提唱されている。<sup>34</sup>又、現行法の規定の中で、夫婦間の契約を夫婦の一方が婚姻中常に取り消すことができるとしている民法第七五四条について、実質的に破綻している夫婦間における合意については同条に基づく取消は判例により認められておらず、円満な夫婦関係においては訴訟により契約の履行を求めることが想定できないとの理念に照らしても、既になされた贈与は取り消せないなど、当事者の保護にとって不完全な条文である、との議論が一般に展開されている。<sup>36</sup>

このような議論においては、家族関係における「合意」が形成される際の理想的な状況として、自己の利益を第一義に追求する取引と異なり、合意の相手方である家族の利益を第一義に追求するという、理想的な家族構成員が想定されていることは、容易に予測することができる。もつとも、より厳密に考えてみると、合意の形成において自己の利益を第一義に追求しないことが、常に合意の相手方である家族の利益を第一義に追求することを意味するのではなく、集

団としての「家族」自体の目的や利益が、合意の両当事者の各々の利益に共に反する事態も生じうる筈であるが、要するに、当事者が、自己の利益以外の利益を第一義に追求することが、家族関係における「合意」形成の基盤となつていると考えて、概ね差し支えないであらう。

問題となるのは、このような前提や基盤を持つ家族関係における「合意」の効力を、取引の場合と同様に強制することが妥当か否かである。すなわち、取引における「合意」は、仮に当事者が何らかの不利益を負う結果となる場合でも、自己の利益を第一義に追求し、自己の意思により選択した結果として当該合意が形成された以上、その効力を当事者に強制することが当然とされるわけであるが、家族関係における「合意」が、前記のとおり自己の利益を第一義に追求していないとすると、少なくとも取引における合意と同様の理由のみでは、合意の効力を強制することが妥当とは言えない可能性が生じてくる。この場合に、家族関係における「合意」の形成に関して存在する力関係格差の是正という点から考えようとしても、そのような力関係格差の是正の手段として最も効果的であるのは、家族間における「合意」の効力を強制することではなく、むしろ家族関係における「合意」の効力を無視して他の観点から導かれる結論を強制することであるから、この問題に対する観点として、必ずしも有効に機能するとは限らない。

このように、家族関係における「合意」の前提を取引における「合意」と異なるものと考える限り、家族関係における「合意」の効力は、法律によつて強制されることにそもそもなじまない可能性を含んでいると考えざるを得ない。そうすると、家族関係における「合意」自体の性格についても、取引における「合意」とそもそも異なり、自己の法律上の利益を保護し、合意破綻時に相手方に対して内容を強制することを目的としているというよりも、むしろ、円満な家族関係の継続を象徴する事実的行為であり、そもそも合意が破綻することを前提としておらず、相手方に対して合意内容を強制することを必ずしも目的としていないもの、と考えるべきであるのかもしれない<sup>18)</sup>。以上のような考え方は、後

記5で議論する家族法における公序良俗と家族関係における合意の効力との関係について考える際、より現実的な意味を帯びてくることになる。

(34) 四宮和夫『民法総則』二二頁注一（第四版補正版、一九九六年）。

(35) 最判昭和三三年三月六日民集二二卷三三号四一四頁、最判昭和四二年二月二日民集二二卷一号八八頁。

(36) 我妻栄『親族法』九六頁（一九六一年）。但し、規定の趣旨や問題状況の捉え方によつては、同条の存在意義を再評価すべきであるのかもしれない。大村・前掲書七四―七五頁、内田・前掲書四六―四八頁。

(37) これは、個人の意思を離れた団体としての「家族」については、容易に想定することができざる事態である。これに対して、個人の集合体としての「家族」においては、合意の形成が当事者双方の利益に共に反することはむしろ少ないものと思われるが、合意の当事者以外の家族の利益を第一義に考慮する場合（夫婦間で子の養育上の負担を分担するための合意を形成することなど）が、例として挙げられるかもしれない。

(38) もっとも、以上は、当事者間において「家族関係」が既に形成されていることを前提とした議論であるから、家族関係をそもそも形成するに際しての合意については、理論上別に考える必要がある、との考え方も、十分成り立つと思われる。しかしながら、家族関係形成の前後で「合意」の性質や効力を完全に分けて考えることが、果たして妥当であるかについては、なお検討の余地がある。すなわち、このように家族関係の形成前後で考え方を分けることは、要するに、「家族関係を形成する」という合意の内容が、「以後行われる合意に関しては家族関係形成後の合意となり、これ以前の合意とは質的に異なるものとなる」ということを意味している、と説明することになるが、家族関係形成に際して、そのような趣旨の合意の効力を将来にわたって明確に予測すべきである、と断言することが果たして妥当か、という疑問が拭い切れないからである。

## 5 家族法における公序良俗

家族関係における「合意」をそもそも取引における合意と同一に扱うべきか否かを措くとしても、夫婦関係における「合意」の全てについて、その効力が認められているわけではない。例えば、夫婦となることの合意は、終生、無条件に夫婦となることの合意であることが必要であり、夫婦となることについて条件、期限を付したものについては、公序良俗に違反するものとして、合意全体の効力が否定されるか、少なくとも、当該条件、期限の部分については無効となると考えられている。<sup>(39)</sup>

しかしながら、例えば「定収入が得られるようになったら」とか、「学校を卒業したら」といったように、少なくとも夫婦関係の成立に関しては、条件等を付することは、社会的事実としてはそれ程珍しいことではない。<sup>(40)</sup> 前記の考え方からすれば、このような現象は、定収入が得られ、あるいは学校を卒業した後に、改めて夫婦となることについて終生、無条件の合意がなされることにより、初めて夫婦関係が成立するのであって、それ以前に行われた条件付の合意は、法的に当事者を拘束するものではない、と説明することになるのである。<sup>(41)</sup> 実際、このような考え方は、関係形成に支障が生じた場合における当事者間の法律上の解決をある程度簡単にするものであるし、<sup>(42)</sup> 当事者間の社会的な力関係に格差が存在する場合に、社会的弱者側の法的、社会的地位を保護するために、相当の効果があることも否定できない。

しかしながら、現行法で予定した形態以外の関係形成に対して、「公序良俗」に違反するとして効力を否定する可能性を留保することは、夫婦関係が当事者間の自由な合意で形成される、ということの実質を、大幅に変化させるものであるように思われる。実際、社会関係が複雑となり、又、個人の平均余命が長くなる傾向の中では、夫婦関係の成立時点において各当事者が有する情報や能力を前提とした予測の合理性について、完全なものを期待できない場合があることはやむを得ない面もある、との評価も、必ずしも不可能でないかもしれない。もっとも、一旦成立した夫婦関係につ

いて、多くの当事者が、(それが自己の利益追求を目的とした合理的な判断であるか否かは別として)当該関係の円満な存続を一般的に求めることは、ごく自然なことであると思われる。又、夫婦関係がある程度の期間存続した場合には、それが破綻した際に、当該関係の一般的な存続を前提とした様々な利益が破壊され、当事者間における紛争の原因となることも、論ずるまでもなく明らかである。

従つて、夫婦関係の成立に際して終生、無条件であることを要求する考え方は、結局のところ、夫婦関係の破綻に際して損害を被る当事者の利益を保護するため、夫婦関係がその時点において新たに破綻につき合意したのでない限り、夫婦関係形成前からの条件期限に基づく関係の形成終了を認めないものとしている、と理解することは可能である。そうすると、次に論ずるべき問題点は、夫婦関係破綻に際しての不法行為責任の成否についてである。

(39) 我妻栄『親族法』一五頁(一九六一年)、四宮・前掲書二七三頁。

(40) これに対して、夫婦関係の終了にかかる合意については、必ずしも一般的に行われ、あるいは社会的に許容されているとは言えないように思われるが、例えば、「子が全員自立したら」とか、「子が生まれなかつたら」とか、「親を介護する必要がなくなつたら」といったように、事実上夫婦間で合意がなされる場合は、ありえない事態ではないと思われる。

(41) すなわち、当事者が条件付合意の当時予測した期間内に条件成就がなされなかつたような場合に、かかる条件付合意がどの範囲で相手方を拘束するかについて考えてみると、常識的な感覚からすれば、通常予測される時期までに定収入が得られなかつたり、学校を卒業できなかつたという事態が生じた場合には、改めてその時点で協議が行われ、当事者間で新たな合意が形成されることになるであろうから、厳密に考えれば、「定収入が得られるようになったら」、「学校を卒業したら」、という条件には、それらが達成されることを内容とする停止条件と、それらが合理的期間内に達成されない場合には合意全体が効力を失うとす

る解除条件とが混在している、と考えることになる。しかしながら、このような複雑な考慮を行うよりは、当初の条件付合意の段階では夫婦関係成立に関する法律上の効力は発生しておらず、条件が成就した段階で改めて夫婦となることを当事者が合意した段階で効力を認めるとする方が、法的解決としてはるかに簡単なことは明らかである。

(42) 例えば、「子が生まれなかった場合には離婚する」、といったような合意の効力が認められることは、特に妊娠、出産の負担を負うこととなる妻の側に不利益になる恐れがある、ということなどは、直感的に理解可能である。しかしながら、この理解は、婚姻した妻が外部取入を持たずに、経済的に不安定な立場に立たされることが多く、又、夫婦となることの最大の目的が両者間に子を儲けることであり、かつ、子が生まれないことについての責任が事実上妻の側に帰せられる感覚が社会的に強いこと、をそれぞれ前提とするものであるから、社会における一般的な感覚のあり方によっては、このような合意の効力は、一概に「妻」の不利益となるとは限らない。むしろ、この合意の効力を否定するための最大の論拠は、夫婦関係の形成と親子関係の形成とは本来別次元のものであり、親子関係が予測した期間内に形成されないことが夫婦関係の存続に影響すること自体が理論的に望ましくない、という考え方であるように思われる。

## 6 関係破綻と不法行為責任の成否

現在のところ、夫婦関係が破綻した場合において、一方当事者に関係破綻の主要な原因がある場合には、民法上認められている財産分与(第七六八条)のほかに、破綻について有責である当事者が相手方に対して精神的損害についての賠償責任を負うことが、一般的に認められている<sup>(43)</sup>。このこと自体は直感的に十分肯定できるものであるが、問題となるのは、破綻した夫婦間において慰謝料請求が認められる本質的理由は何か、である。

代表的な判例である最判昭和四六年七月二三日民集二五卷五号八〇五頁によれば、財産分与は、夫婦が婚姻中に有し

ていた実質的な共同財産を清算分配し、かつ、離婚後における当事者の生活維持を図ることを目的とするものであるが、慰謝料請求を併せて行うことができる、とされている。この判示からすると、破綻した夫婦間において慰謝料請求が認められるのは、財産分与で行われる「実質共同財産の清算分配」や「離婚後の当事者の生活維持」とは別の、「夫婦が破綻したこと自体に基づく精神的損害」に対する賠償責任ということになる。従って、この慰謝料請求権は、夫婦間で実質共同財産の清算分配の有無なしの結果を問わず、又、離婚後の当事者の生活維持が十分であるか否かを問わず、およそ関係破綻につき有責の当事者が相手方に対して負うべきもの、と考えられる。<sup>44)</sup>

そうすると、次に問題となるのは、破綻に関して有責である当事者が、相手方に対して慰謝料を支払うべき本質的理由は何か、である。既に見たとおり、理論的には、夫婦関係破綻に際して行われる財産的調整として、慰謝料とは別の目的を有する財産分与が制度として存在している以上、財産分与の目的である「実質共同財産の清算分配」や「離婚後の当事者の生活維持」を、慰謝料請求の本質的な目的ということは難しい。従って、夫婦関係が破綻したことそれ自体が、慰謝料請求を理論的に基礎付けるもの、と考えざるを得ないわけであるが、夫婦が合意により離婚可能であるとされていることとの関係上、慰謝料請求を肯定するためには、相手方当事者が夫婦関係の存続を期待しており、かつ、その期待を法律上保護すべき必要性があると判断されることが、前提として必要となってくる。

このような考え方は、理論的には、夫婦関係が法律婚であるか否かを問わず妥当する基準の筈であるが、法律婚の場合には、前記5で問題点を指摘したもの、一応「終生、無条件」である筈の夫婦関係が途中で終了した、ということ自体から、夫婦関係の存続を相手方当事者が期待することについて、法律上の保護の必要性を比較的容易に認めることができるのに対し、それ以外の夫婦関係では、当該夫婦関係が今後も存続していくであろうと予測ないし期待することについて、どの程度法律上の保護の必要性が認められるべきかが、その都度判断されることになる。その際における一

一般的な判断要因としては、①当該夫婦関係の形成過程と存続してきた期間、②当該夫婦関係の具体的内容、特に夫婦としての協同行動と相互依存関係の有無ないし程度、③当該夫婦関係における第三者の関与、特に夫婦間における子の存在ないしその養育状況、などが挙げられるが、これらは要するに、前記1で示した法律婚と事実婚との関係における、事実婚の法的保護の要因とほぼ完全に合致するものである。

そうすると、前記1及び3で議論した、前記各要因を以て事実婚の法的保護を認めることに対する問題点、すなわち、現代の夫婦関係における個々の夫婦の生活状況の変化や多様性を考慮すると、これらの各要因を個別に検討した場合、必ずしも夫婦関係破綻に際して法律上の保護を認めることの判断と無条件に直結しないのではないか、との疑問が、再度生じてくることとなる。<sup>(45)</sup> 又、前記5で議論したとおり、法律婚の夫婦関係について「終生、無条件」であるとの「合意」がなされている、との前提自体、理論的検討の余地があると考えるならば、夫婦関係存続に対する期待への法律上の保護の必要性が慰謝料請求を基礎付ける、と考えることには、やや不安定さが残ると言わざるを得ない。

以上のことから考えてみると、夫婦関係破綻に際して慰謝料請求を認めるべき本質的理由については、夫婦関係が破綻したという事実自体ではなく、むしろ、夫婦関係が破綻するに到った態様に着目する方が、より妥当な結論を導くことができるのではなからうか。すなわち、夫婦関係の破綻とは、要するに、従来存続してきた関係を支配してきた何らかの一定の秩序が破壊されたことを意味するわけであるから、当該関係における当該秩序を破壊すべきである場合についてはともかく、当事者間で少なくとも黙示に合意されていたと考えられる一定の秩序が、一方当事者によって一方的に破壊された場合には、その行為に対して慰謝料請求を認容したとしても、当事者間の衡平や、法律婚制度を定めている現行法の趣旨に反することにはならないように思われる。<sup>(46)</sup>



(43) 大村・前掲書一五六頁以下、内田・前掲書二二三頁以下。判例は枚挙に暇がないが、最判昭和三十一年二月二日民集一〇卷二号一二四頁、最判昭和四十六年七月二三日民集二五卷五号八〇五頁など。

(44) 前掲最判昭和三十一年二月二日では、財産分与請求権は、必ずしも請求された相手方について有責、不法行為の存在を要件とするものでなく、慰謝料請求権と本質を異にし、両請求権のいずれかを選択して行使することもできる、と判示されている。もつとも、現実に行われる財産分与には、その中に慰謝料が含まれることが珍しくなく、実質的に離婚後の生活維持を目的として、慰謝料請求権を行使する場合もありうると考えられるから、両請求権がどこまで別次元のものと断言できるかは、必ずしも明らかでない部分があることも否定できない。

(45) 前記1及び3参照。すなわち、夫婦関係が長期間にわたって存続していることが、論理必然的に以後における存続の期待を増すものであるとは言えないし、協同行動や相互依存関係の有無は破綻後の個人の行動に変化を生じさせる可能性があるとしても、かかる変化を生じないことの期待が保護に値するか否かは、理論的に別の問題であると言わざるを得ない。又、夫婦関係と親子関係を理論的に区別する限り、親子関係の存在を理由として夫婦関係の存続についての期待を正当化することは、やや困難であるように思われる。

(46) この考え方は、夫婦関係の存続の長短を問わず、又、夫婦関係の終了自体が不法行為となるか否かに関わらず、端的に「別れ方」に着目して慰謝料請求の可否を判断しようとするものであり、法律婚との質的異同を逐一議論する必要がない点において、より夫婦関係が多様化していくであろう将来において生じうる種々の事案に対しても、それぞれ妥当な結論を導くことを可能とさせるように思われる。

## 7 家族関係事件における手続

夫婦関係について現行家族法の有する潜在的な問題点は概ね以上のとおりであるが、現実の紛争に対する解決に際して事実上重要な影響を及ぼすものとして、家事事件関係の手続や、当事者の訴訟活動において生じうる問題点についても、若干検討を加えておきたい。

周知のとおり、家族関係事件については、民事訴訟法の特別法としての人事訴訟法が適用される事件類型があるが、これは、同法第二条で定義される、家族関係の身分的事項について確定するための訴訟である<sup>(47)</sup>。このほか、家事審判法では、家族関係に関する広範な事件類型について、訴訟よりも「柔軟」な解決を指向するとされる調停手続や審判手続を規定し、関係者による「協議」を主体とした紛争解決が、やや強調される感がある<sup>(48)</sup>。これは、実体法としての民法が、家族関係内の諸事項について、当事者の協議を中心とし、協議が調わないときと協議ができないときには家庭裁判所に処分を請求できる旨定めていることと、平仄を合わせるものとなっている<sup>(49)</sup>。

このように、家族関係事件の解決において、当事者による「協議」の補完を中心とした手続が定められ、客観的な事実の確定が必ずしも前面に出てこないことは、一面においては、家族関係内での平穏な関係維持を指向したものと評価することができる。しかしながら同時に、家族関係内での実質的な交渉力格差を事実上容認する結果となることも、否定できないものと思われる。又、紛争解決に際して当事者から提出されるべき証拠についても、例えば取引関係と比べた場合、紛争が生じうることを合理的に予測して各当事者において証拠を保管すべきであると前提することが、果たして妥当な結果を導くかは定かでない<sup>(50)</sup>。

もつとも、家族関係事件といえども、第三者である裁判官が公権力を以て判断を下す裁判の一種である以上、裁判官の恣意的判断を防止する、という観点からは、当事者間の協議を補完するという手続的な建前の下においても、客観的

な証拠に基づいて判断すべき必要があることは、一般論としては当然である。但し、具体的な事案の中には、当事者の一方が何らかの事情により重要な証拠を支配下に置いているような場合や、当事者の一方が長期間にわたって密かに証拠を収集していったことにより、当事者間で証拠の格差が生じる結果となるような場合もありうることを考えると、家族関係事件における証拠法則や事実認定のあり方については、当事者間の実質的衡平という観点からすれば、今後再検討すべき余地がありうるように思われる。

(47) 人事訴訟法では、管轄裁判所（第四条）、被告適格（第二二条以下）、弁論主義の制限と裁判所による職権探知主義の採用（第一九条及び第二〇条）等、民事訴訟法と異なる規律が存在している。この中で、特に重要であると思われる点としては、民事訴訟法では、主張、立証の方法や、証拠の収集等に関して、客観的な真実の確定という側面がやや後退し、その分当事者間において発生した紛争を当事者の力量に基づいて解決していく側面がやや前面に出るのに対し、人事訴訟法においては、当事者の身分関係の第三者に対する関係で客観的に事実を確定する必要があると考えられていることから、当事者の戦略的な訴訟活動を原則として予定していない点が挙げられる。

(48) 詳細については、大村・前掲書二九六頁以下、内田・前掲書一〇一一二頁参照。

(49) 例えば、財産分与に関して第七六八条、子の監護者の決定に関して、第七六六条など。

(50) 又、家族関係事件において必要となる証拠の中には、家族関係内における個人のプライバシーが問題となるものや、一般人の感覚からして合理的に対処することがやや困難であるような事項（典型的には性的事実に関するものなど）も多々含まれうることを考えると、果たして取引関係と同様の規律に服させて良いかについては、疑問の生じる余地があるところである。

#### 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

これまでの議論を踏まえたいうえで、本件で問題とされた「パートナー婚」について再検討してみると、その特徴を一言で要約すれば、「個人主義」をある意味で徹底させた男女関係を形成しようとした点にあると考えられる。すなわち、本件におけるXとYとは、その居住形態にしても、生計の維持についても、完全に個人的な独立関係を貫いているし、子の養育に関しても、X・Y間で子の出生前に養育の負担について合意を取り交すことにより、子との間で個人的な関係を別個に形成することを意図していたものと考えられる<sup>(51)</sup>。

従って、X・Y間に形成されていた「パートナー婚」と、従来の議論で念頭に置かれてきた「事実婚」との最大の違いは、家族生活を営むための「集団」を形成し、家族の構成員である個人の行動に対し、集団としての制約を加える場合があることを予定しているか否か、という点にあると考えて差し支えない<sup>(52)</sup>。そうであるとすれば、X・Y間での「パートナー婚」が従来の事実婚に関する法的保護の要件に合致していないことは、事実婚に対する法的保護が集団としての家族の秩序形成を基盤としている以上当然であると考えられるし、本件におけるX・Y間の合意(特に子の養育負担に関する合意)に対して公序良俗違反の疑いがある、との批判が加えられることについても、集団としての家族の秩序維持に合致しない内容の合意であることに対する批判として、明確な説明を加えることが可能となる<sup>(53)</sup>。

このように考えると、本件で問題とされたXのY・Zに対する慰謝料請求が認められるべきか否かについて考えるためには、本件が法律婚ないし事実婚とどの程度の相対的な親近性を有しているか、という観点からではなく、端的に、X・Y間において形成されていた個人的関係としての「パートナー関係」における何らかの秩序がYないしZによって一方的に破壊されたと考えられるか否か、そもそもX・Y間において形成されていたパートナー関係における何らかの秩序が、

法律上保護するに値しないものであつたか否か、という観点から、再検討する余地があるように思われる。

(51) XがYとの関係で子の養育について負担をしない旨合意したこと、Xが子との間で親子関係を事実的にも社会的にも一切形成しないことは、厳密に区別する必要があるであろう。但し、XはYとの間でYの養育方針に対して一切異議を唱えないことを併せて合意しているから、Yの養育方針として子がXと接触することを完全に忌避した場合には、Xと子との間で親子関係が事実上形成されない事態が生じうる。しかしながら、既に検討したとおり、X・Y間における子の養育負担に関する合意は、子との関係では効力を生じないと考えられるから、子がXとの親子関係の形成を望んだ場合に、Yの養育上の判断として子がXと接触することを禁止することはできないものと考えられる。

(52) ここでいう「集団」としての制約とは、構成員個人が各自の意思に基づき、複数集合して共に生活する場合における、生活上の必要性から互いに個人の意思に基づいて互譲する必要性があることを相互に確認し、かつ、かかる互譲に基づく個人としての不利益や負担を承認する、との意味であり、構成員個人の行動目的とは別次元に存在する「団体」としての目的との関係で、個人の行動が制約される、という意味ではない。このように、家族が「集団」であるか「団体」であるかは、理論上厳格に區別されるべきであると考えられるが、詳細な検討は今後の課題とせざるを得ない。

(53) なお、本件でのX・Y間の合意が、果たして公序良俗に反するか否か、あるいは、社会的非難を加えるべき内容か否かの評価に関しては、事件当事者と第三者とで想定する状況が異なる可能性があることに、注意を払う必要がある。すなわち、第三者は、本件事案を含めた一般論として、類似事案や典型的的事案も含めて評価を行うのに対し、事件当事者がかかる評価を受けてまず第一に念頭に置くのは、自己が直接経験した当該事案における自己の人格的評価としてであることが避けられないため、議論のずれ違いが生じてしまう恐れが常にあることに、十分注意すべきであると思われる。

## 2 最判平成一六年一月一八日に対する再評価

本件におけるXYの「パートナー関係」の特徴を以上のように考えると、本件における裁判所の判断に対しても、一つの評価を行うことが可能となる。

本件の事実関係から考察する限り、XY間において形成されていた「パートナー関係」については、集団としての家族関係を形成することを意図していなかったことは明らかであるが、少なくとも、当該関係におけるXY間での個人対個人の関係における何らかの秩序が存在していた可能性が、否定できないように思われる。<sup>(54)</sup> そうすると、YがZと婚姻したことが、直ちにXY間の関係を破壊したか否かについてはともかく、XYの<sup>(55)</sup>関係が破綻するに到った経緯については、既存のXY間における何らかの秩序を破壊したと評価される余地が、ありうるように考えられる。このように考えれば、第二審が本件におけるXYの関係を、事実婚でないと明確に認定する一方で、YがXとの関係を一方的に破棄したことにつき不法行為責任があると判示したことは、必ずしも特異な判断ではなく、又、論理的に破綻しているわけでもないと考えられる。

これに対して、第一審及び最高裁の判断においては、本件におけるXYの<sup>(56)</sup>関係に、集団としての「家族」の要素が含まれているか否かが検討され、かかる要素が含まれていないことを理由に、集団としての「家族」関係の維持を目的とした「慰謝料請求」が否定されたことが明らかである。その前提には、家族が個人対個人の自由な合意に基づく関係であるというよりも、むしろ、共同生活を目的とした「集団」であるとの考え方が、存在しているように思われる。<sup>(56)</sup>

従って、本件の各審級における慰謝料請求に対する判断の違いは、XYの<sup>(57)</sup>関係破綻についての理論的把握の仕方に基づくものであり、単なる妥当不当、賛成反対で片付けてしまうべきものではないように思われる。むしろ、本件のような事案を契機として、改めて家族関係における個人性と集団性とを議論し直し、<sup>(58)</sup>関係破綻に際しての法律上の保護のあ

り方を再検討することが、家族法学に与えられた今後の課題であると考えられる。

(54) もとより、このXY間において存在していたであろう秩序の具体的内容について、裁判所による認定がなされているわけではないため、あくまで推測の域を出るものではないが、少なくとも、重要事項については当事者間で協議することが含まれていた可能性は、十分高いように思われる。

(55) 考えようによっては、XY間の関係は、一方又は双方が別に家族集団の構成員であったとしても、理論的には成り立つ可能性がないではない。この点も、事実婚を含む従来の家族関係が、「複数の集団」に同時に帰属できないことから生ずる破綻状態と、質的に異なりうる部分であると考えられる。

(56) このような家族に関する捉え方の是非については、三で議論した夫婦関係と親子関係との把握の仕方などを考慮にいれつつ、改めて議論する必要があることは明らかであるが、近時の最高裁判例においては、夫婦関係と親子関係を理論的に別次元のものとするのではなく、共同生活集団としての「家族」を前提とした議論を展開していると思われるものも存在することに注意すべきである。例えば、議論の文脈がかなり異なるが、最決平成七年七月五日民集四九卷七号一七八九頁において、非嫡出子の相続分規定の合憲性を判示した多数意見や可部裁判官の補足意見では、「法律婚の保護」と「嫡出子の優遇」との関係が必ずしも論理的に直結しているわけではなく、法律婚夫婦と嫡出子とを合わせた「嫡出家族」が保護されている、と考えない限り、説明が困難であるように思われる。

(完)

(人文社会科学研究所教授)