

## 多様な事実婚の保護

弁護士 福市 航介

### 第1 はじめに

わが国の民法は届出婚主義(民法739条)を採用しているから、社会的に夫婦と認められていても、届出をしていないために法律上の夫婦と認められない「事実上の婚姻関係」が生じるのは不可避である。

しかし、事実上の婚姻関係が存在しながらも、事実上又は法律上の理由で婚姻できない者もおり(従来型事実婚関係)<sup>1</sup>、届出がないとの一事で民法上の保護を与えないとするのは相当ではない。そこで、判例や学説は、これら事実上の婚姻関係を法的に保護しようとしたことはよく知られている(内縁保護の法理)。

もっとも、この事実婚をめぐる法律関係は、現在、敢えて法律婚を選択しないカップルや同性カップルを含む多様な結合関係(現代型事実婚関係)を取り込みながら、その領域を拡大している状況にある。そこで、新たな様相を呈しているこの事実婚関係を整理し、その保護のあり方について、若干の検討を行いたい。

### 第2 従来型事実婚関係と内縁保護の法理

#### 1 内縁保護の法理の生成<sup>2</sup>

周知のとおり、明治民法施行当初、事実上の婚姻関係は法外関係として何らの法的保護も認められなかった<sup>3</sup>。しかし、その後、大審院は、婚姻予約法理を肯定し<sup>4</sup>、「婚姻予約」という構成ではあったものの、事実上の婚姻関係を不当に破棄された一方配偶者に対する救済の途を開いた<sup>5</sup>。その後、学説では、婚姻予約構成では、実質的な夫婦共同生活を捉えることができないとして、「合意を基点として実質的な夫婦共同生活それ自体を合法的な(法律の保護に値する)一種の男女結合関係」<sup>6</sup>として理解し、これに婚姻に準じた法的保護を与えるべきとする準婚理論が通説化していった。

そして、最高裁は、この準婚理論を容れ、事実上の婚姻関係を「準婚関係」と捉え、その不当破棄が不法行為責任を構成することを認めるに至り<sup>7</sup>、以後、下級審でその保護の範囲が拡大していった。これが、現在通用している内縁保護の法理である。

#### 2 内縁の成立要件

内縁としての法律上の効果を得ようとするれば、あるカップルの関係が「内縁」と評価される必要がある。この内縁の成立要件としては、一般に、①婚姻意思、②夫婦共同生活の実体があることが挙げられている<sup>8-9</sup>。ここで、①の意味が問題となるが、検討を要するものの、現時点では、婚姻に準じた法的保護を求める以上、婚姻に準じた法的効果の享受を求める意思と考えるべきではないかと思われる<sup>10</sup>。

なお、①及び②を充たしておきながら、婚姻障害事由がある内縁にも内縁保護の法理を及ぼすかも問題となるが、判例は、それぞれの婚姻障害事由の趣旨毎に個別に判断し、その解決を図っている<sup>11</sup>。

#### 3 内縁の法的効果

内縁関係に入ると、民法の解釈上、末尾の図のとおり法的効果が認められるとされている。特別法によっても、厚生年金保険の遺族年金<sup>12</sup>、健康保険の各種給付<sup>13</sup>、労働災害補償保険の遺族補償手当<sup>14</sup>、公営住宅の入居資格<sup>15</sup>などによる保護が図られている。

このように、現在、内縁は婚姻とほぼ同様の効果が認められている状況にある<sup>16</sup>。

### 第3 多様な事実上のカップルの発生と視点の整理

#### 1 はじめに

内縁保護の法理は、法律婚をしたくてもできない男女カップルの関係を前提として展開してきたものといってもよい。ところが、現代において法律婚を選択しないカップルの中には、法律婚をしたくてもできないという状況にないが、法律婚という選択をしないカップルが存在するようになっている<sup>17</sup>。また、そもそも男女カップルという前提を持たないカップルも存在するようになっている。このように多様なカップルの関係<sup>18</sup>を従来の内縁保護の法理で処理できるのかが問題となる。

#### 2 整理の視点

##### (1) 婚姻に準じた法的効果の享受意思を基準とする整理

現代の事実婚関係は、事実上の婚姻関係において隷属する女性と、事実上の婚姻関係による利益を受けつつ、都合の悪い場合は責任を負わない男性あるいは男性側家族の関係という従来の内縁保護理論が想定してきた男女結合関係では捉えきれない。能動的に法律婚を選択しない

カップル等をも包括した多様な事実婚関係を、法的保護のあり方という観点から適切に把握するためには、一旦、従来型事実婚関係と現代型事実婚関係というような経時的な分類を解体し、当事者が婚姻に準じた法的効果の享受意思を有するか否かを基準として、整理することがより有用な検討の視点を提供できるのではないかと考える。

そこで、以下、①明示的に婚姻に準じた法的効果を望むカップルの関係と②それ以外のカップルの関係に分けて検討する。

## (2) 明示的に婚姻に準じた法的効果を望むカップルの関係<sup>19</sup>

内縁保護法理を発展させてきた従来型事実婚関係に典型的にみられるように、当事者が婚姻による法的効果を享受したいという意思を持っている、あるいは少なくとも一方がこのような意思を持っており、他方がそれによって利益を得ているのに、法律上又は事実上、当事者間の責任に帰することができない理由により、当事者が婚姻による法的効果を享受できないという点に特徴がある。

そこで、このようなカップルについては、婚姻法を拡張すべきとする態度が是認されるとして、民法秩序とどのように調整すべきかという視点が重要となってくる。

## (3) それ以外のカップルの関係<sup>20</sup>

それ以外のカップルについては、上記とは視点を異にする必要がある。先ほどとは異なり、婚姻の法的効果を望んでいないカップルには、婚姻の効果の全部を望んでいないカップルと婚姻の効果の一部だけを望んでいないカップルとが存在するからである。特に前者のカップルの場合、国家(法)が婚姻に準じて扱うという姿勢に出ることは、かえって当事者の意思に反する危険性がある点に特徴がある<sup>21</sup>。

そこで、このようなカップルについては、前記(2)の視点もさることながら、カップルのあり方に対する当事者の自己決定権の尊重と当該当事者の保護の必要性をどのように調整するかという視点がより重要となってくると思われる。

## 第4 法的保護のあり方

### 1 明示的に婚姻に準じた法的効果を望むカップル

#### (1) 典型的な従来型事実婚関係の場合

当事者が婚姻に準じた法的効果を望んでいる以上、婚姻法を拡張しようとする態度は基本的には是認されるべきであり、これと婚姻秩序の維持という利益とを調整することが必要ということであれば、結論として、現在の判例の状況に特に異論を述べる必要はないように思われる<sup>22</sup>。

#### (2) 同居を予定しないカップル

現代では同居を予定していないカップルが存在するが、このようなカップルに婚姻法を拡張してよいかは問題である。

民法は、夫婦の同居義務を定めているが、正当な理由がある場合には、同居義務は認められないとされており、同居義務に関する規定は宣言規定以上の意味はないというべきである<sup>23</sup>・<sup>24</sup>。同居義務は婚姻秩序の一環としては捉えられないといえる。

そうだとすれば、同居義務の存在を根拠として、婚姻法拡張を否定するのではなく、同居を予定しないというライフスタイルを尊重し、このようなカップルでも婚姻法を拡張することで良いと思われる<sup>25</sup>。

#### (3) 同性のカップル

現行民法上、同性カップルであることは婚姻障害事由とはなっていないが、同性間の婚姻はそもそも認められていない。このような同性カップルを婚姻に準じて扱うかが問題となる。

この点については、現在の婚姻法秩序が、同性間の関係を排除しているかどうか手がかりとなるが、現行民法は異性間の関係について婚姻を用意しているということが確実に分かるだけで、それ以上については沈黙している。そこで、上位法である憲法をみると、その24条1項で「婚姻は、両性の合意のみに基づいて成立し」としていることから、婚姻は同性間のカップルを廃除しているかのようである。

この点に関しては、憲法24条1項が戦前の家制度の解体するために存在しているという文脈で理解されるべきであり、同条項はむしろ個人の尊厳という趣旨を重視すべきであること、ここでいう「両性」とは、「両当事者」、すなわち、2つの性であれば、異性同士でなくてもよい解釈とすることは可能であること、同条2項は家族に関する制度を立法していく一環であると解

積することも可能であるとする見解があり、それは説得力があるように思われる<sup>26</sup>。

したがって、基本的には、同姓カップルにも婚姻に準じた法的保護を与えるべきである。もっとも、事柄の性質上、国民の議論なく司法が民法の解釈によって解決することには無理があるように思われる。

なお、ヨーロッパでは、内縁、パートナーシップ契約、登録パートナーシップ、婚姻と保護の態様は異なるが、多くの国が同性カップルの保護を承認している状況にあるようである。もっとも、制度を構築して同性カップルの規律を行う場合、親子関係等困難な問題が生じているようであり、この点の検討を要すると思われる<sup>27</sup>。

## 2 それ以外のカップル

### (1) 自己決定権の尊重と当事者保護の相克

それでは、明示的には婚姻の法的効果を望んでいないカップルの法的保護についてはいかに考えるべきであろうか。この点については、二宮周平教授と水野紀子教授により、主張の対立が見られるところである。

### (2) 二宮周平教授の見解<sup>28</sup>

二宮教授は、次のように説く(以下「二宮説」という)。本来、個人には、他人に危害が及ばない事柄については、自分で判断し、自らの責任において行動することができるという自己決定権がある。どのような家族を形成し家庭生活を過ごすかも、この自己決定権の一つである。ところが、ある生活形態を選択することにより著しい経済的不利益を受けたり、道徳的に戦わねばならないとすれば、その生活形態を選択することは事実上不可能になる。これでは自己決定権を保障したことにならない。

そこで、婚姻外の関係であっても、安定的で継続した共同生活・パートナー関係が存在する以上、内縁と同じような法的な生活を保障しなければならない。

### (3) 水野紀子教授の見解<sup>29</sup>

水野紀子教授は、次のように説く(以下「水野説」という)。自己決定権という概念は、異なる選択肢の利害得失を十分に理解した上で自ら自己決定する権利であるのに、婚姻と事実婚という選択肢の内容を同じものにしないと自己決定権が保障されないという理解は、自己決定権

の理解として論理的ではない。事実婚は婚姻ではない以上、婚姻と同じような定型的な保護が与えられないのは当然であって、それを拒むのであれば、契約等により、自らの関係を自らで規律すべきである<sup>30</sup>。

### (4) 自己責任を問えるだけの環境の有無

さて、いかに考えるべきか。水野説のように、法律婚を選択しなかった以上内縁としての保護が与えられないという自己責任の考え方を貫くためには、法律婚を選択しなかった当事者に対して婚姻の法的効果を享受できないことについて自己責任を問えるだけの自己決定権が認められる必要があるはずである。

ところが、現行民法はカップルの結合関係を保護する制度として婚姻制度しか用意していない。カップルの関係を契約で規律することもありうるが、家族法領域の内容を規律する契約は不安定であることは否めない<sup>31</sup>。そうすると、当事者には限られた選択肢しかなく、法律婚を選択していないとの一事をもって保護を否定することは疑問がある。最高裁平成16年11月18日第一小法廷判決<sup>32</sup>は婚姻外の男女関係の解消につき不法行為責任を認めなかったが、これは当該事案の当事者に婚姻に準じた法的保護を与えなくとも自己責任を問えた事案であるからにすぎない。

そうすると、法律婚を選択しなかったという一事で準婚として法的保護を与えないのは躊躇されるところである。

### (5) 自己責任が問える場合と問えない場合

しかし、そうなると、自己責任が問える(準婚としての法的保護を与えない)場合と自己責任を問えない(準婚としての法的保護を与える)場合とを区別する必要が生じる。当事者が婚姻の法的効果の全部を享受する意思がない場合には、自己責任を問えるのはもちろんであるから、問題となるのは、当事者が婚姻の法的効果の一部を享受する意思がない場合の取り扱いであろう。

もとより個別の事案によって判断しなければならないが、私見としては、その判断の主要な要素として、カップルが法律婚を選択しなかった理由(人格的利益に基づく理由なのか、財産的利益に基づく理由なのか)、望まない法的効果の範囲がどの程度か(一つだけなのか、大部



分なのか)という観点が必要ではないかと思われる。

- (6) 例えば、夫婦別姓を实践するという観点から法律婚を選択しないカップルの場合、当該カップルがいかに夫婦同姓以外の法律婚の法的効果を楽しむ意思を持っていたとしても、任意的にでも夫婦別姓制度を導入していない現行民法上これを実現しようとするれば必然的に法律婚を選択できなくなる。それにもかかわらず、婚姻としての法的効果を全く与えないとするのは自己責任を問うことは難しいというべきではなからうか。このようなカップルの場合には、婚姻の法的効果を及ぼすべきである。これに対して、夫婦同姓でも良いが、財産管理は別々にしたいというカップルは、一応契約を締結する等の選択肢は与えられているから、共同生活が長期間に及び特段の不都合も生じなかったという場合には法律婚を選択しなかったということに自己責任を問うことは可能であって、婚姻の法的効果を及ぼす必要はない。むしろ、このようなカップルに婚姻の法的効果を及ぼそうとすることは、当該カップルの自己決定権を侵害する結果となる危険性が高いであろう。また、夫婦別姓を实践しようとするカップルでも、婚姻から生じる多くの法的効果の享受を望んでいないのであれば、法律婚を敢えて選択しなかったと評価することは可能であるし、それにもかかわらず、婚姻の法的効果を及ぼすことは当該カップルの自己決定権を侵害する危険性があるということになる。
- (7) このように、個別の事案毎に事実関係を丁寧に把握し、婚姻の法的効果を楽しむという選択肢を当該カップルが選び取ったか否かという点で検討していくことが重要であると思われる。ただし、その判断の際には、女性(又は男性)が本当に自由な意思で選択を行っていたかということが慎重に検討される必要はあろう。

## 第5 まとめ

当たり前のことであるが、人は他人に尊重され、他人の価値観を認める必要がある。自分と違うから排除するのではなく、その違いを互いに認め合い、その価値観を尊重しなければならない。マジョリティであっても、マイノリティであっても、互いにその人生観を認め合い、誇りを持ち、責任を持つ必

要がある。それが、憲法13条の幸福追求権の示すところである。

事実婚の多様性はライフスタイルの多様性であって、ライフスタイルの選択は自らの生きる方法そのものの選択である。その選択は尊重されるべきであるし、選択をした者は、その選択に責任を持たねばならない。民法は事実婚の法的保護のあり方について沈黙しているが、できる限り憲法13条に則った解釈をし、個人の生き方が尊重される解釈論を展開することが重要である。本稿は、極めて簡単に事実婚の整理をしたが、事実婚に関する相互理解に何らかの寄与ができたらと思う次第である。

以上

内縁の効果一覧

問題となる効果		適用の有無	参考裁判例
身分的效果	貞操の義務	○	東京地方裁判所判決昭和33年12月25日・家裁月報11巻4号107頁
	夫婦の同氏(民法750条)	×	神戸家庭裁判所姫路支部審判昭和44年3月22日・家裁月報21巻11号156頁(ただし、事案としては、例外的に戸籍法107条1項にいう「やむを得ない事由によつて氏を変更しようとするとき」に該るものとして認容すべきものであるとして、同氏とすることを認めた。
	生存配偶者の復氏等(民法751条)	×	上記の論理上当然である。
	同居・協力・扶助義務(民法752条)	○	①大審院判決大正10年5月17日・民録27輯934頁②東京控訴院判決昭和7年3月29日・新聞3064号17頁③東京家庭裁判所審判昭和48年8月23日・家裁月報26巻3号47頁
	婚姻による成年擬制(民法753条)	×	認められないことについて争いなく、裁判例もない。
財産的效果	夫婦間の契約取消権(民法754条)	△	否定する裁判例はあるが(大審院判決昭和10年3月12日)、昭和33年最高裁判決前の事案であり、学説では肯定説が多数説である。
	夫婦財産契約(民法755条乃至759条)	×	ただし、法律婚の夫婦でさえ殆ど利用されておらず、実益もない。
	婚姻費用の分担(民法760条)	○	最高裁判所第二小法廷判決昭和33年4月11日・民集12巻5号789頁
	日常家事債務の連帯責任等(民法761条)	○	東京地方裁判所判決昭和46年5月31日・判時643号68頁
	夫婦間における財産の帰属(民法762条)	○	大阪高等裁判所昭和57年11月30日・家裁月報36巻1号139頁等
	財産分与(民法768条)	○	最高裁判所第一小法廷決定平成12年3月10日・民集54巻3号1040号が、傍論ながら認めている。
	相続権(民法890条)	×	争いなし。なお、内縁関係の死亡解消時に民法768条を類推適用することは認められていない(最高裁判所第一小法廷決定平成12年3月10日・民集54巻3号1040号)
	第三者に対する損害賠償請求	○	東京地方裁判所判決昭和36年4月25日・下民集12巻4号866頁(扶養請求権侵害)
居住権	△	最高裁判所第三小法廷判決昭和39年10月13日・民集18巻8号1578頁(被相続人の持家の場合、相続人からの家屋明渡請求を権利濫用とする。)最高裁判所第二小法廷判決昭和42年4月28日・民集21巻1号155頁(被相続人の借家の場合、相続人が承継した賃借権を援用できるとする。)	

- 1 例えば、事実上の婚姻形態として「足入れ婚」があったり、明治民法においては、法定推定家督相続人は他家に入ることができないというような家制度からの婚姻障害事由が規定されていた。
- 2 以下、内縁保護理論との関係では、便宜上、事実上の婚姻関係を「内縁」と表現する。
- 3 大審院判決明治44年3月25日民録17輯169頁
- 4 大審院連合部判決大正4年1月26日民録21集49頁。ただし、本判決は、結論としては、原告の請求が不法行為を理由としていたことを理由として、請求棄却している。
- 5 その後、家風にそぐわないことを理由として離別された内縁の妻を婚姻予約法理によって救済した判決がなされた(大審院大正8年3月25日民録25輯492頁)。
- 6 我妻榮『親族法』(有斐閣、昭和47年)195頁参照。
- 7 最高裁昭和33年4月11日・民集12巻5号789頁
- 8 二宮周平『家族法』(新世社、3版、2009年)142頁参照。
- 9 ただし、窪田充見教授は、「しよせん、内縁は、それ自体として、婚姻と同レベルでの確固たる法的な概念ではない。婚姻ではないことを示すと同時に(それは、婚姻の届出がないこと)によって示される。)、その外延を画する上でのミニマムの要件として暫定的なものであっても挙げざるを得ない」(窪田充見『家族法—民法を学ぶ—』(有斐閣、2011年)126頁参照)とされ、内縁の成立要件の浮動性を指摘される。
- 10 もっとも、ここでいう「婚姻意思」の意味については、一般には本文のように解されていない。すなわち、内縁における婚姻意思とは、「社会通念上の夫婦になる意思」であると定義されている(二宮・前掲8・143頁参照)。なお、二宮教授は、婚姻の成立要件である婚姻意思について法的意思説をとられていることから(二宮・前掲8・38頁参照)、婚姻の成立要件である婚姻意思と内縁における婚姻意思とは必ずしも同義ではないことが分かる。
- 11 例えば、婚姻適齢に達していない場合や未成年で父母の同意を得ていない場合、女性が再婚禁止期間であった場合でも内縁の成立を認める(それぞれ、大審院判決昭和6年2月20日・法律新聞3240号4頁、最高裁第二小法廷判決昭和28年6月26日・民集7巻6号766頁(ただし、旧法下における父母の同意がなかった事例)、大審院判決昭和6年11月27日法律新聞3345号15頁参照)。
- また、判例は、近親婚的内縁の場合は事例毎に判断を行っているようであり(遺族年金の受給権を巡る争いであるが、最高裁は、直系姻族1親等にあたる関係で内縁が形成された事例については、当該内縁は反倫理的な内縁であるとして、遺族年金の受給権を否定するが(最高裁判所第一小法廷判決昭和60年2月14日・訟務月報31巻9号2204頁)、叔父と姪という傍系血族3親等の関係にある内縁については、①社会保障の権利であること、②叔父と姪の関係であること、③親族や地域社会の賛成のもとで約42年間共同生活を行い、子を2人もうけていたこと等の具体的な事実関係の下で、内縁配偶者に遺族年金受給権を認めている(最高裁第一小法廷判決平成19年3月8日・民集61巻2号518頁参照)。
- さらに、重婚的内縁の場合については、判例は、法律婚が実体を失い、事実上の離婚状態にあると認められるときのみ内縁配偶者の方を保護するようである(遺族年金の給付の事例であるが、最高裁は、内縁配偶者に受給権があると認めた(最高裁判所第一小法廷判決平成17年4月21日・最高裁判所裁判集民事216号597頁参照)。また、交通事故死の損害賠償について、下級審ではあるが、内縁配偶者の損害賠償請求を認めている(東京地方裁判所昭和43年12月10日・判例時報544号3頁)。もっとも、法律婚主義を採用している以上、法律婚の破綻認定は厳しいようである(東京地方裁判所判決平成7年10月19日・判例タイムズ915号90頁、名古屋地方裁判所判決平成18年11月16日・判例タイムズ1272号79頁)。
- 12 厚生年金保険法3条2項参照。
- 13 健康保険法3条7項参照。
- 14 労働災害補償保険法16条の2第1項参照。
- 15 公営住宅法23条1号参照。
- 16 その他、平成二十三年度における子ども手当の支給等に関する特別措置法3条等がある。なお、法令データ提供システムの任意語検索で、社会保障関係法令で多用されている「事実上婚姻関係」との語で検索すると、354件の法令等が検索結果として出てくる。
- 17 青山道夫・有地亨編『新版注釈民法(21)親族(1)』(有斐閣、平成8年7月10日)259頁(二宮孝富執筆分)は、シンポジウム「内縁問題の現代的課題」ジュリスト618号85頁(明山和夫執筆分)を引きながら、「内縁の実数を把握することは困難であるが、種々の統計の調査では婚姻総数のほぼ2%程度ではないかといわれている」とされており、また、武井正臣「内縁の法的保護の再検討」高梨公之教授還暦祝賀論文集刊行発起人会編『婚姻法の研究』(上)151頁、159頁を挙げて、「その質についても、今日の内縁は、法律的・必然的内縁ではなく、「事実婚・偶然的内縁」や「故意的・選択的内縁」へ比重が移ってきているといわれる」とする。なお、法律婚を選択しない当事者に対する調査をまとめた文献として、善積京子『近代家族』を超える—非法律婚カップルの声』(青木書店、1997年)があり、興味深い。
- 18 二宮教授の分類によれば、現在の事実婚関係は、①選択できないカップル、②あえて選択しないカップル、③特に届出をしないまま一緒に暮らしているケースに分類できるとされる。なお、二宮周平「事実婚の多様性と法的保護の根拠」日本家族(社会と法)学会27号20頁以下参照。
- 19 例えば、①近親婚などで婚姻障害事由がある場合、②夫からのDVから逃れて離婚に向けた話し合いが困難だったため、離婚が正式に成立しない場合、③高齢者カップルであるため、相続など子へ配慮したり、あるいは子から反対されて婚姻届出をあきらめる場合、④同性カップルである場合等が挙げられる。
- 20 二宮周平教授によれば、例えば、①法律婚では実現しない利益、例えば、夫婦別姓を实践するため、再婚が受給停止となっているため、前夫の遺族年金を確保するために婚姻届をしない場合、②婚外子差別や戸籍制度への反対等、法律婚制度に対する異議申立ての意味から届出をしない場合、③届出の必要性を感じない場合、お互いに自立しており、法律婚にメリットを見いださない、継続的な同居を選択しない、うまくいくか婚姻の届出前に同居して試してみる場合などがある。
- 21 ①水野紀子「事実婚の法的保護」石川・中川・米倉編『家族法改正への課題』(日本加除出版、1993年)、②同「内縁準婚理論と事実婚の保護」林信夫・佐藤岩夫編『法の生成と民法の体系』(創文社、2006年)参照。
- 22 婚姻秩序の保護という観点から、基本的に調整問題とならないという考え方もありうるが、現実的な問題解決の観点から妥当ではないと思われる。
- 23 窪田・前掲9・55頁参照。
- 24 また、同居義務を権利的に構成し、「同居するかどうかは、夫婦の協議で定めることができ、定めた場合にはお互いの同居権利義務が発生すると構成すべきである」とする学説も存在する(鈴木博人「同居・協力義務の権利的構成」婚姻法改正を考える会編『ゼミナール婚姻法改正』(日本評論社、1995年)85頁以下、二宮・前掲8・52頁参照)。
- 25 二宮・前掲8・143頁参照。
- 26 日本家族(社会と法)学会の自由討論における渡邊泰彦発言及び谷口洋幸発言(日本家族(社会と法)学会27号103頁、109頁参

- 照。)
- 27 「同性パートナーシップの法的課題とモデル」日本家族(社会と法)学会27号34頁以下参照。
- 28 二宮周平「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594号2頁以下参照。その他、同・前掲8・138頁、同・前掲18・30頁参照。
- 29 水野・前掲21②・626頁以下参照。
- 30 なお、水野教授は、不法行為法による保護も認める。もっとも、不法行為法の介入については謙抑的であり、「相手方配偶者に育児や家事というシャドウワークの負担を追わせてその利益を享受し、職業生活で自立する可能性を剥奪した上でさらに遺棄した内縁配偶者にのみ、不法行為による損害賠償責任を負わせるという法的介入が認められると考えたい」とされる(水野・前掲21②・629乃至631頁参照)。
- 31 契約による当事者関係の構築ができるか。大村敦志『家族法』(有斐閣、第3版、2010年)239頁以下、窪田・前掲9・136頁以下によれば、次のような不安定さがあるようである。
- まず、財産面に関する合意であるが、婚姻費用は個別に契約してもかまわないし、日常家事債務についても必要であれば、個別に連帯保証契約を締結すればよい。また、当事者間の結合関係を包括的に捉えようとするれば、この関係を組合契約的に捉えることもありうる。しかし、結局は、個別の契約のその時点での集積であって、包括的かつ継続的なものではないというべきである。組合という構成に関しても、そのように構成できるかは不確定である。
- 次に、人格面に関する合意であるが、同居義務や協力義務は強制履行ができないことは法律婚と同様である。貞操義務については、契約の有効性を認めることは不可能ではないが、第三者との関係でそれを対抗できるかどうかは検討を要する。婚姻の存続期間に関しては、終身という期間の定めは期間の定めがないのと同じ扱いを受けそうであるし(民法678条1項)、組合の場合にも、解約の要件は離婚の場合よりも緩い(民法678条2項)。また、婚姻と同じ義務を設定し、婚姻以上に強い存続保障をするという契約は、過度に人身を拘束するものとして、無効とされる可能性が高い。したがって、人格面に関しては安定的とは言い難い。
- さらに、子に関する合意については、認知すると合意は有効であり、これが守られなかったとしても、認知訴訟で有力な証拠となるので、意味がある。しかし、子の養育をしないという合意は、子との関係では効果がないは当然としても、その有効性を認めるべきか疑問に残る。逆に、共同で親権を行使するという合意は、当事者間では有効だが、第三者の間では効力を持たない。相続分の平等化については、遺言による処理は可能であるが、遺言の撤回は可能であるから安定性はない。
- このように、総じて、契約等による処理は不可能ではないものの、多分に不確定な要素を含み、かつ、将来的な安定性は少ないものと思われる。もっとも、この点に関する研究の集積は少ないようであり、もう少し詳細に検討してみる必要はある。
- 32 判例タイムズ1169号144頁