

## 婚姻の自由についての覚え書き

——一九九一年八月二九日大阪地裁判決の事例を契機として——

清野幾久子

### 目次

- 一 憲法二四条と家族
- 二 家族の多様化を示す新判例——一九九一年八月二九日大阪地裁判決
- 三 憲法二四条婚姻の自由と本判決

### 一 憲法二四条と家族

「二〇・五世紀の人権」といわれる女性の権利の問題は、政治的、経済的権利の段階を経て、いまや社会・文化を見直すという国際的流れの中にある。<sup>(1)</sup>歴史になってきたさまざまな価値観がゆらぎ、「近代家族」をささえる原

理としての「役割分担論」そのものすら、「女性差別撤廃条約」（一九七九年）は「克服の課題」として人々に提示するにいたつた。<sup>(2)</sup> この条約の採択・批准をきっかけとして諸外国でも家族に関する法制度が大きく変わろうとしている。<sup>(3)</sup>

一九四七年に「家族法改革」を経た日本でも、家族の問題、とりわけ「戸籍制度」が正面から、裁判で争われるにいたつていて、一つは「事実婚を選んだ場合に子どもが非嫡出子として差別を受けるという壁に挑戦した」といわれる武蔵野市住民票続柄差別記載事件であり、<sup>(4)</sup> 一つは「夫婦別氏を記載した婚姻届を受理されなかつた者がこの点を不服として訴訟を起こした」岐阜家庭裁判所の審判事件である。<sup>(5)</sup>

これらの事件は「家族の多様化への歩みを阻害する」戸籍制度そのものの憲法適合性を問うており、榎原富士子によれば「現在における家族のありかたの多様化」<sup>(6)</sup>を求める訴訟であると位置づけられている。

ところで「家族の多様化」をいう論者の使う「家族」という言葉は漠然とした広がりを持つ。金城清子は「家族とは、毎日の生活を共にすることによって、形成されてきた親密な関係を共有しあう人びとの集団である」と定義づける。それは「シングル、事実婚（婚姻届をしないで家族としての共同生活を営む関係、非婚、訣婚などともいいう）など、法律婚以外のさまざまなライフスタイル」<sup>(9)</sup>を含むものとされる。この金城清子の定義は「多様化した結果としての家族の姿」（傍点筆者）、それを包摂した家族論という意味では肯首できる。

しかし問題を「多様化しつつある」家族の観点から把えるとき、その基礎となる「家族」とはいかなるものであろうか。ここでは「文化の多様性の前に『家族』の通文化的な定義は、とっくに放棄されている」<sup>(10)</sup>ということをふまえた上で、「日本における」「現在の」「法的家族」とされるものの位相を確認しておきたい。

まず、憲法における家族である。憲法二四条は、「婚姻および家族」について規定する。これは通常教科書レベルの説明で「家族生活における両性の平等」<sup>(1)</sup>と表現される。しかし例えば、清宮四郎がこの規定について憲法一三条のいう個人の尊重、一四条のいう法の下の平等という二つの基本原則を「家庭生活の分野にもちこんで、国民の家族生活のありかたを明らかにしたもの」<sup>(2)</sup>と説明するとき、そこでは「家族」と「家庭」とはどの程度意識的に使い分けられているのであろうか。そもそもわれわれは「家庭生活」などと使われる「家庭」という語の法律用語的な意味あいをあまり意識しないのが通例である。しかし、「家庭」とは家族紛争を解決する手続きを定める家事審判法にあらわれる法律上の用語であり、審判の際の基準となっている。

前述した岐阜家裁の事件は、婚姻後の氏として夫婦それぞれの姓を選択する旨記載した婚姻届について、民法七五〇条、戸籍法七四条一号に規定する婚姻後の夫婦の氏の選択がないものとして受理しないこととした市長の処分に対しても憲法違反を理由として取り消しを求めた事案であるが、岐阜家裁は次のような脈絡で「家庭」について述べ、審判を却下している。

「現行法制の下においても、家庭は、個人の尊厳と両性の本質的平等を基本としながら、その健全な維持を図るべき親族共同生活の場として、尊重すべきものとされている（家事審判法一条参照）

すなわち、家庭は、相互に扶助協力義務を有する夫婦（民法七五二条）を中心として、未成年の子の監護養育（民法八二〇条、八八七条一項）や、他の直系血族の第一次的扶養（民法八一七七条一項）等が期待される親族共同生活の場として、法律上保護されるべき重要な社会的基礎を構成するものである。

このような親族共同生活の中心となる夫婦が、同じ姓を称することは、主観的には夫婦の一体感を高めるのに役

立ち、客観的には利害関係を有する第三者に対し夫婦であることを示すのを容易にするものといえる。

したがって、国民感情または国民感情および社会的慣習を根拠として制定されたといわれる民法七五〇条は、現在においてもなお合理性を有するものであつて、何ら憲法一三条、二四条一項に違反するものではない。」（傍線筆者）

ここでいわれる「家庭」の意味は、「他の直系血族の第一次的扶養<sup>(16)</sup>…が期待される親族共同生活の場」である。そして「家庭」は「親族共同生活の場」として「尊重すべき」「法律上保護されるべき」ものとされる。

日本国憲法二四条によつて戦前の「家制度」が廃止され、それにともなつて民法その他が改正された。憲法二四条の予定する「家族」は夫婦と未成熟子からなるいわゆる「婚姻家族」であり、この判例のいう「親族共同生活の場」である「家庭」とずれがあるといわざるをえない。改正を被つた民法も建て前からいつて確かに「婚姻家族」を前提とした規定をもつてゐる。民法の法的家族像は「家族の集団性に関する考慮をほとんど排除し」「法形式としては家族を関係の中に解消している」といわれる。<sup>(15)</sup>しかし民法改正作業において、起草者である我妻栄は家制度の廃止をあやぶむ勢力に対し、家制度は廃止されたが、その実体は法律上残されているとの説明につとめたといわれる。<sup>(16)</sup>婚姻家族とはその範囲・概念を異にするもの＝「親族」「家庭」というものが法制上実体法たる民法にも、行政実務を規律する戸籍法にも、そして審判手続を定める手続法にも残されていることがみてとれるのである。そして、夫婦同氏義務の合憲性という、きわめて現代的な課題が親族共同生活の場である「家庭」の中の夫婦の氏という基準で判断された訳である。また、廣渡清吾は、現在の「家族の氏」を、「核家族的サークルの構成員の共通の氏」<sup>(17)</sup>というように把えていたが、それは、国民の実感としては適合的な面をもつとしても、現行法制上は右のような問

題をもつことに注意を要するであろう。

加えて、判決は「親族共同生活の場」としての「家庭」が法律上保護されるべきとしているが、このことの意味が問題となろう。保護されるべきは「家族」なのか「家庭」なのか。その保護の内容は何か、そして国家はその保護のためにどのような手段、方法をとるのであろうか。

## 二 家族の多様化を示す新判例——一九九一年八月二九日大阪地裁判決

民事法領域における裁判では家族の問題はどう扱えられているであろうか。日本では婚姻に関して法律婚主義がとられているが、この分野において裁判所は婚姻の実態という面から事実婚についても準婚理論を及ぼして法の保護を与え、離婚についても婚姻実態の破綻の面から有責配偶者からの離婚請求を認める方向にある<sup>(1)</sup>。

ここで取り上げるのは法的保護に値する事実婚として認められる限界事例としての新判断を下したと思われる一九九一・八・二九の大坂地裁の判決である<sup>(2)</sup>。

本件では婚姻届をした妻及び自らの子がない国家公務員（A）の死亡（病死）に伴う退職金手当、共済掛金還付金、埋葬金の受給権の帰属が争われた。Aの死亡当時Aの実母は生存していたがその後死亡している。Aと内縁の関係にあつたと主張する被告（Y）と、Aの兄弟であるX<sub>(1)</sub>、X<sub>(2)</sub>、X<sub>(3)</sub>（以下Xらと略）との間の争いである。

これに対して判決は次の三点について判断を下した。

- 1 退職手当について、Yを国家公務員退職手当法第十一條第一項にいう「届出をしていないが、職員の死亡當時事實上婚姻關係と同様の事情にあつた者」とし、

- 2　国家公務員等共済組合法に基づく共済短期掛金還付金、共済長期掛金還付金、入院付加金および一部負担払戻金の受領権利者については相続人たるXらとし、
- 3　埋葬料については、被扶養者に該当する者はいなかつたので、埋葬費用の負担者であるXらが支給を受ける権利を有するとした。

判断として新しいと思われるるのは本件におけるYが、1でいうところの「職員の死亡当時事実上婚姻関係と同様の事情にあつた者」といえるかどうかの点である。この点について判決は次のように述べている。

「YはAといずれ正式に婚姻届出がなされることを前提として、夫婦と同様の認識をもつてAとの関係を継続していたものであり、両者の関係が右のとおり長期にわたって継続してきたことは、AがYの認識と全く異なる認識で交際を継続してきたことを窺わせる的確な証拠もないので、AもYと同様の認識で関係を持っていたものと認めるのが相当である。

そして、AとYとは互いに別々の住まいをもつていたとはい、前記認定のとおり、互いに相手方のマンションに行き来して、特にAはYのマンションに頻繁に寝泊まりして生活し、夫婦としての宿泊旅行もしており、また、前記認定の事実からすれば、身体的に虚弱なAはYを精神的にも日常生活の上でも頼りにし、Yもこれに答えて生活したものであり、AとYとの間には、精神的にも日常生活においても相互に協力しあつた一種の共同生活形態を形成していたものと認められるので、AとYとは事実上の夫婦と認めるのが相当である。」（傍線筆者）

本判決の内容に対する検討に先立つて、従来のこの分野の判例の到達点を確認しておく。

従来の判例は一般に内縁の成立要件として①夫婦共同生活と認められるような関係を成立させる合意（主観的要件）と②夫婦共同生活の実態（客観的要件）が必要であるとしてきて、とりわけ②については同居の事実、共同生活の公然性が主張されている<sup>(3)</sup>。また、死亡退職金手当の性質については、相続財産か遺族の生活保障かという点に争いはあつたものの<sup>(4)</sup>、判例理論の上では一九八五年一月三一日の最高裁判決で遺族の生活保障重視の立場が採用されている<sup>(5)</sup>。そして「死亡退職金の受給権者としての内縁の配偶者」該当性の判断については、「生活保障」という観点も加味されているようである。

以上の判例理論の流れからすると「AとYは互いに別々の住まいを持つて」「互いに相手方のマンションに行き来」していたという本事例はかなり特殊である。少なくとも従来の判例にあらわれた、内縁と認定された「同居」とは本件は区別されよう。「AがYのマンションに頻繁に寝泊まりして生活」していようと、このような関係を「同居の事実」というのは無理があろう。「公然性」の面でも「夫婦としての宿泊旅行」をしていくことが、ただちに共同生活の公然性に結びつくものなのかどうか筆者には疑問に思える。加えて裁判所の認定事実によれば、Aの家族は容体が悪化したとの連絡をYから受け、病院に駆けつけたさい、AからYを紹介されるまで「AにYがいることを知らなかつた」というのである。共同生活の公然性をいうのは難しいと思われる<sup>(6)</sup>。

また、YはAとの交際中ほぼ全期間継続して就職しており（一九八二年三月、勤務先の閉鎖によつて失業しているが、四か月後の七月には再び職についている）、埋葬料についての判断に示されているように、YはAの被扶養者（実質的に主として組合員の収入により生活を維持している者）には該当しないと認定されている。ではそれぞれ独立した収入があり、別々のマンションで、それぞれ暮らしているAとYには「家計の共同」も認めずらいのでは

なかろうか。

このように「同居」やそれに伴う「家計」の共同ということを中心として「夫婦共同生活」をとらえようとする  
と、本件は従来の考え方からする内縁といえるための客観的要件を欠くといわざるをえないであろう。この事例で  
は行政の実務的な概念としての住民票上の「世帯」概念を基準としても、別世帯とされよう。

では次に、本判例がAとYとの関係を「事実上の夫婦」と認めるにいたつた認定事実と思われるることを順に示し  
検討を加えておきたい。

まず、夫婦共同生活と認められるような関係を成立させる合意＝主観的要件であるが、ここで本判決はYについ  
て「いざれ正式に婚姻届がなされることを前提として」、「夫婦と同様の認識をもつて」Aとの関係を維持していた  
と認定し、かつAについてはYのこのような認識と「全く異なる認識で交際を維持してきたと窺わせるに足りる的  
確な証拠もない」としている。しかし、本件の認定事実によれば、お見合いをしてから六年余りも「婚姻届をしな  
いAとの交際」についてYは親や兄弟から諦めるように言われ、現実に「暫く交際をやめていた」とのことである。  
やがて交際が再び始まり「以前よりも親密度が増し」たことであるが、Yはともかくとして少なくともAの  
側に、いざれ婚姻届を出すと言う認識があつたかどうかについては多分に疑問が持たれる（婚姻予約法理があくま  
でも「弱者の救済」のための便宜的な理論であるとしても）。本件の場合に内縁の主観的要件を満たすと判断された  
最大の理由は、AとYの交際期間の長さであり質であろう。AとYは、途中中断があるとはいへ「お見合い」とい  
う出会いからすれば一六年、YがAから請われて職場を変え、引っ越しをし、「双方の住まいに行き来する交際」が  
一四年程継続している。そして、特に「身体的に虚弱なAは」「Yのマンションに頻繁に寝泊まりして生活し」「Y

を精神的にも日常生活の上でも頼りにし」「Yもこれに答えて生活していた」とされる。Aが持病の喘息が酷くなり通算九か月余り入院したときも「その間、Yは看護に努めた」とされる。なお、裁判所の認定事実からみるかぎり、AY間に子はなく、また法律上の配偶者、いわゆる重婚的内縁関係は双方に存在しない。またAとYの交際期間中A、Yそれぞれ別の第三者との交際は認定されていない。

ここまで見てくると、AとYは婚姻「届」こそだきなかつたが、お互いを唯一の相手として、「精神的に」も結びついていたことが推測される。また、判例はこのAとYの状態を「日常生活においても相互に協力し合つていた」と表現しているが、同じ場所、同じ家に住まなくても、日常生活の相互協力はありうるということなのであろう。近時の単身赴任家族を考えれば、これはもつともなことといえるかも知れない。

このように判決が本事例を「一種の共同生活形態」「事実上の婚姻関係」と認めたことは、事実婚の問題にとどまらず婚姻観の変更をせまるといえないであろうか。事実婚の認定に限定しても客観的要件よりも外部からはより見えにくい、判断基準が明確とはいえない主観的要件が重視されているのである。もちろん本判決は、死亡退職金手当の帰属についての判断であり、婚姻の定義そのものをしているわけではない。そこでは故人とより生活関係が緊密な方を救う——という比較衡量がなされたことは想像に難くない。認定事実からすれば、Aの九ヶ月の闘病期間中Yは看護に努めたわけであるが、Aの死亡直前までXらがYに会ったことがないとすれば、この期間にもXらはYほどはAの看護にたずさわっていないということになろう。またAは、死の床にさいして、Xらに積極的に連絡をとることをYに指示しなかった。

このような事情からすると確かにXらよりYの方が「より緊密な」生活関係とはいえるかもしれない。しかし、

何よりも本件では、このような生活形態をAとYが「自ら選んでいる」ということが注目される。AとYとは認定事実よりもみる限り、別々に住まなければならないような理由はないし、婚姻届けを出せないような、やむをえない事情もなさそうである。本判例がいうように、AとYが事実上の婚姻関係＝「家族」であるとすれば、ここでいわれる「家族」は、「家族の多様化」を表した前出の金城清子のいう家族よりも広がる。そこには、「毎日の生活を共にすることによって形成された」親密な関係という要素が希しあくされた形でしかでてこない。本判決は「家族の多様化」をいう論者よりもはるかに広い射程の結びつき＝関係性を、「家族の姿」として認めたのである。判例タイムズ論評氏は「夫婦の生活形態の変化に応じた判断」の新判決と評価しているが、まさに同感である。

### 三 憲法二四条婚姻の自由と本判決

いずれにしても、本判決はこのような男女の関係性を「一種の共同生活形態」と認定し「事実上の婚姻関係」として保護に値するとした。本判決によつて事実婚概念だけでなく婚姻概念も広がりをもつたる可能性が開けたといえよう。憲法二四条一項は、「婚姻は両性の合意のみなりたつ」としてゐる、いわゆる「婚姻の自由」<sup>(1)</sup>規定である。この規定は「家庭関係の起点となる婚姻を閉鎖的な身分制の拘束から解放し、個人の自由な主体的意志によらしめること」を意味しているとされ、具体的には①自己の意に反する配偶者と婚姻を強制されず②婚姻の成立にあたっては、当事者本人以外の第三者の意思によつて妨げられない、という二点をさすと説明されている。<sup>(2)</sup>

しかしながら民法はこの当事者本人の合意に加えて婚姻の成立のための実質的要件と形式的要件を定めている（民法七三一条—七四一条）。この現行の民法規定の中に「違憲の疑いがもたれたり、違憲とまでは主張されないが、

その合理性に疑問が出されるもの」がいくつもあるといわれている<sup>(3)</sup>。とりわけ最近議論的のが夫婦同氏の原則（民法七五〇条）であろう。同氏原則に対する違憲論の根拠づけにはさまざまなものがあるが<sup>(4)</sup>、内野正幸はこれを二四条の「婚姻の自由」に含ませるのが最も妥当との考えをとっている<sup>(5)</sup>。

ところで、憲法学ではこの婚姻の自由の問題をあまりにも戦前の家制度からの個人の解放という面からのみとらえすぎていたのではないか。つまり、婚姻の自由を「婚姻成立」の自由に限定して考えていたということである。そこでは次のようなことは考慮の外におかれた。すなわち婚姻の自由はそれを契約と構成するか否かに拘わらず「誰れといつ結婚するかの自由」＝婚姻の入口の自由だけにとどまるものではなく、それは当然「いつ、どのようなときに結婚を解消するか」＝婚姻の出口の問題、離婚の自由を含むはずであるし、何よりも、「どのような結婚をするか」（子の問題・家計・家事分担・生活形態等々）という婚姻の中味の自由・内容の自由を含む概念であると構成することも可能であろうということである<sup>(6)</sup>。一定の男女の「関係性」が婚姻関係かどうかが問われた本判例は、この三つ目の自由＝婚姻の中味の自由が問われていると考える。しかも婚姻の中身の自由、それをどう構成するかということは、必然的に入口と出口の自由に影響を及ぼすことになろう<sup>(7)</sup>。「法は家族の中に入らない」「私生活の公権力からの自由」ということがあまりに自明なことのため、婚姻の自由の自由権的側面は従来あまり意識されてこなかつたといえるが、後述のように国家が政策を通じて私生活や家族に入れてくる現在、それに自己決定権の考え方方が対峙する現在では、二四条の自由権的側面のさらなる究明は今後新たなる課題となりうるのである<sup>(8)</sup>。

憲法学がもう一つ見落としてしてきたことは、二四条のもつ「おくれ」と「すすみ」の問題を、変化する社会の中での変貌する家族にどうあてはめるかということである。これは、「家族」というきわめて私的な領域の問題を、

憲法規定の中にとり込んでいることを、どう把えるかということでもある。前者の「おくれ」については、二四条そのものは二〇世紀社会国家の理念に立つ諸国の憲法における「婚姻、家族の積極的な保護」・「世界人権宣言」一六条三項のような内容<sup>(9)</sup>を規定していないことである。この点については二〇世紀半ばにつくられた社会国家的なこの憲法の歴史的位置からして、二四条を二五条と関連づけて、社会権的要素をよみこんでいかなければならないという課題が生じる一方で、「すすみ」の問題については、何よりも「個人の尊厳」と「両性の平等原則」を一般原理としてではなく、「具体的な家庭生活の原理として…、近代市民法の憲法的基礎」「市民法的な権利の一環」として示していることを憲法解釈論的にどう生かすかが意識されるべきであろう。<sup>(10)</sup>

婚姻の自由についての従来の議論を以上のように整理してみたとき、憲法上議論をつめるべきは、結局は家族という最も私的なことがらに関する「国家の中立性」＝非介入性をいかに確保するかことに帰着しよう。「家族の保護」をいうときにも、その政策が「家族」の中の「個人」の生き方に対する介入であれば、それはこの国家の中立性に反するといいうるのである。

婚姻の自由を、前述のように広義に把え、三つの段階に分けて構成し、なかんづく婚姻の中味の自由を問題とするとき、これを自由＝権力の介入の排除という古典的図式からとらえ直すと、国家の家族関係への介入はどう構成されるのであろうか。

- (1) まず、「婚姻＝結婚すること自体」は、自然的自由であるという側面の確認が必要であろう。
- (2) 次にどういう形態で婚姻状態をもつか＝結婚生活の自由（住居・子供・役割分担・個人の考え方等）という面を考える必要があろう。

(1) のうちの自然的自由については、日本では国家は直接目に見える形では何らのサンクションを課していない。

例えば婚姻障碍事由に民法があげる近親婚の禁止も自然的自由を行使しての近親婚について、国家が介入すること<sup>11</sup> 「ベッド・ルームへの介入」は困難であろう。まさしく個人の私的自由の領域だからである。現在国家が婚姻の自由にかかわりサンクションをおよぼすのは制度の面、戸籍法上の届出をするかどうかという点にのみかかわっている。そして、民法の定める法律婚主義というのは、婚姻の多様性、自然的自由を前提としていえば、届出をしていない者には一定の効果が及ばない、とうにすぎないともいえるわけである。<sup>12</sup> しかも判例理論は内縁<sup>13</sup>＝準婚理論説によつて婚姻の実態と残された者の生活保障という観点から「届出をしていない」ことの反射としての不利益を緩和することにつとめてきた。内野正幸は「氏名保持権や婚姻の自由は、戸籍などの国家の制度を前提としての自由」<sup>14</sup>として、婚姻の自由の自然的自由としての性格を狭義に把えているが、ここで「制度的自由」概念を持ち出すのは、自由の本質に反するようと思える。欧米におけるライフスタイルの選択としての事実婚の増加、日本における一九九〇年の一・五七ショックに示されるように、婚姻という人間の本性に根ざした、最もプライベートな場においては、ポルタリスのいうように、「私的な力のみが公的な力を保障しうる」という原則が妥当する。このような私的な力を制限しうる理論は、①他の人の権利を損う場合②自己及び相手の人間としての尊厳を損なう場合という、人権制約の最小限の要請からくることがらのみではないだろうか。そこからは、必要最低限の合理的制約しか導かれないのであろう。先にあげた民法の諸規定はこの観点から再検討を要するのではないかと考へるが、ここでは問題提起にとどめたい。

(2) の生活形態の問題は、近時憲法一三条を根拠に主張されているライフスタイルの自由、自己決定権と密接にか

かわる分野である。この点からいえば、二四条と一三条は、個人の自由の根源的部分として、関連性についての研究が一層進められるべきであろう。そこでは子をもつかもたないか（家族の形成・維持・リプロダクションの自由）、どのように子を社会化＝教育するか、という自由が内包されるであろうからである。「親の教育権」の新しい理論構成、理由づけのためにも、この点についての理論を深める必要があろう。

(1)(2) いずれの自由にしても、国家が原則として介入できない自由はあるが、現代の国家は政策という形で、さまざまにこの領域に介入し、自由を阻害している。一方では二四条の「おくれ」の克服のためにも、国家の介入が期待される領域があるが、それは先に述べたように個人の尊厳、両性の本質的平等にかなった、「自由の実現のための」介入であることが要請される。

結局「介入と自由」に関していえば、保護されるべきものは何なのか、それは両性の本質的平等と個人の尊厳を原則とする「家族」なのか、前述した家事審判法でいうところの、親族共同生活体の場としての「家庭」なのかということが決定的な意味を持つことになろう。

日本において国家は一方では夫婦の形式的自由＝「協議の上での決定論」をタテにとつて婚姻における実質的不平等（一九八三年で九八・六%の人が夫の姓に改姓する）の訴えには現在までのところ耳をかさない。しかし、家族の保護・実質的平等の実現を理由として法制上配偶者控除、同特別控除制度がおかれて、また、「扶養家族」の有無でも税務上差異が設けられている。それが、どういう形態で生活するかという夫婦の役割意識の固定化に役立っていることは、つとに指摘されている。

親子二世帯住宅への優遇措置は、親族共同体という意味での「家庭」の保護に結びつく。ステップのさめない距離

ならぬ「ステップのはこべる距離」に親世帯をおくことを可能とする優遇措置は、ケアを必要とする老人を「地域」や「社会の中」ではなく「家庭」にとどめるという政策であるかぎり（その老人にとつての幸、不幸はともかくも）、必ずしも「家族」の保護には結びつかないのは、沖藤典子『妻が職場を去る日』に明らかである。家庭の保護は家族の保護には必ずしも結びつかない<sup>(16)</sup>し、家族の保護が、個人の尊厳、両性の平等に直接結びつかない場合すらありえよう。「憲法上の自由として」婚姻の自由を再考する必要は、以上のような政策の妥当性を問う指針としても重要であると筆者は考えている。

家族をめぐっては国家の政策的判断からの立法がなされ易い。いま仮に「二〇才までに子をもうけた家族のみに、児童扶養手当を支給する」という法律がつくられ、統計的にいつて所得の少ない若年層への所得再配分政策であり「合理的な差別」であるとして、憲法一四条違反の主張がしりぞけられたとしたら、この法律のもつ違憲性への疑いをいかに構成できるのであろうか。個人の基本的自由として、二四条と一三条との関係のいっそうの解明が待たれるのである。

#### 一 註

- (1) 「二〇・五世紀的人権」との表現および内容については、辻村みよ子・金城清子『女性の権利の歴史』(岩波書店、一九九二)八頁参照。国際的流れについては、一九四五年の国連憲章に示された人権の新しい捉え方にさかのばれるであろう。
- (2) 国連の女性差別撤廃条約については、とりあえず赤松良子・浅倉むつ子・伊藤すみ子・大脇雅子・山下泰子『女子差別撤廃条約—国際化の中の女性の地位』(三省堂、一九九〇) 参照。
- (3) 新憲法制定、戦後改革を経て、ある程度「柔軟な構造」をもつ日本の民法に比して、諸外国での「変化」は急激な面をもつた

ようである。一九〇〇年の民法典でいわゆる「主婦婚モデル」を採用したドイツにおけるこの間の法改革について、広渡清吾「ドイツの社会と法」戒能通厚・廣渡清吾著『外国法—イギリス・ドイツの社会と法』二四八—二六九頁参照。

- (4) 東京地判一九九一・五・二三、判例タイムズ七六一、一七四頁、判例時報一三三三一、三頁
- (5) 岐阜家裁審判一九八九・六・二三、家裁月報四一―九、一一六頁。
- (6) 金城清子『法女性学—その構築と課題』（日本評論社、一九九二）一五三頁。
- (7) 榊原富士子「家族の在り方の多様化を求める二つの裁判」法律時報、六一―五（一九八七）九〇頁。
- (8) 金城清子、前出『法女性学—その構築と課題』一五一頁。
- (9) 同右一五三頁。
- (10) 上野千鶴子「ファミリー・アンデントティティのゆくえ」—新しい家族幻想』上野千鶴子・鶴見俊輔・中井久夫・中村達也・宮田登・山田太一編『シリーズ変貌する家族1』（岩波書店、一九九一）四頁。
- (11) この表記のし方は、二四条の見出しとしてかなり一般的である。野中俊彦・中村睦男・高橋和之・高見勝利『憲法I』（有斐閣、一九九二）二七九頁。伊藤正己『憲法』（弘文堂、一九九〇）二五一頁など。
- (12) 清宮四郎編『憲法事典』（青林書院新社、一九八六）一六二頁。
- (13) ここで「婚姻家族」とは、両性の意思に基づく結合である婚姻関係が家族関係の基礎であり、そうした夫婦に両性の意思に基づいてもうけられた未成熟子を加えた家族をモデルとすることになろう。憲法制定時の議論ではこの見解が有力であったことは、ここで再確認しておくべきであろう。我妻栄『民法研究Ⅷ憲法と私法』（有斐閣、一九七〇）三九九頁以下、宮沢俊義『憲法II（新版）』（有斐閣、一九七一）四三〇頁参照。なお、利谷信義「家族法の実験」、前出『シリーズ変貌する家族1』一〇八頁ではこのような夫婦と未成熟子からなる家族が「近代的小家族」と表現されている。
- (14) 利谷信義、前出「家族法の実験」一〇八頁。
- (15) 同右一〇七頁。
- (16) 利谷信義『家族と国家』（筑摩書房、一九八七）八一頁参照。

(17) 広渡清吾『二つの戦後社会と法の間—日本と西ドイツ』(大蔵省印刷局、一九九〇)三二二頁。

## 二 註

(1) 内縁の一般的成立要件が争われたものとして、大阪地判、一九七一・九・二二、判例時報六六八、九四頁。有責配偶者からの離婚請求については、最判一九八七・九・二、民集四一一六、一四二三頁参照。

(2) 大阪地判一九九一・八・二九、判例タイムズ七七八、一五三頁、判例時報一四一五、一一八頁。なお、一九九三年一月末の段階では管見のかぎり本判決に対する評釈は出されていないようである。

(3) (1)の一九七一大阪地判参照。二宮周平『事実婚の現代的課題』(日本評論社、一九九〇)一二頁によれば、①婚姻意思と②夫婦共同生活が必要となるとされる。①はあるが②はない男女関係は婚約として、①を欠く男女関係は私通として内縁から除外されたと整理されている。

(4) 最判一九八〇・一一・二七、判例タイムズ四三四、一六九頁。

(5) 最判一九八五・一・三一、家裁月報三七一八、三九頁。

(6) 判例は「婚姻予約の成立」については、公然性を要件とはしていない。最判一九六三・九・五、民集一七一八、九四二頁参照。

(7) 判例タイムズ七七八、一五四頁。

## 三 註

(1) 前出一・註(11) 参照。

(2) 樋口陽一・佐藤幸治・中村睦男・浦部法穂『注釈日本国憲法(上)』(青林書院、一九八九)五六一頁。

(3) 野中俊彦・中村睦男・高橋和之・高見勝利『憲法I』(有斐閣、一九九二)二七九頁。挙げられている例は、婚姻適齢の区別(民法七三一条)女子のみの再婚禁止期間設定(民法七三三条)、夫婦別産制(民法七六二条)、夫婦同氏の原則(民法七五〇条)である。

(4) 東京弁護士会・女性の権利に関する委員会編『これから選択夫婦別姓』(日本評論社、一九九〇)六六頁以下参照。

(5) 内野正幸『人権のオモテとウラ』(明石書店、一九九二)一四四頁。

(6) 婚姻は人格的結合であり、単なる契約 (contract) ではないとの理解もありえよう。キリスト教会で、covenant, foedusの語を用いるのはこれを表わしている。後者の場合、「婚姻」の意味する二つの面—「形成としての婚姻」と「状態として婚姻」とは、婚姻の別の側面であると強く意識されよう。しかし本ノートでは、いの二つの側面を認識しつゝも、いの二つの「内容的な」密接不可分性の方に重点を置いて考えている。

(7) 有責配偶者からの離婚請求の限定付容認、一九七六年の復氏についての民法改正等は、中味の自由が出口の自由に影響をおぼしたものとみることが可能ではなかろうか。

(8) 武田万里子「夫婦別氏論の意義と限界」『人権と憲法裁判』時岡弘先生古稀記念（成文堂、一九九一）五一四頁。

(9) 清宮四郎編『憲法事典』（青林書院新社、一九八六）一〇三頁。北欧の福祉国家諸国では、子ども、家族、女性の権利がトータルに捉えられている点に特色があると思える。デンマークの家族の保護について、Inga Dahlgard, Women in Denmark(1980) 参照。

(10) 家族の憲法上の保護については、①二四条自体を自由権としてだけでなく社会権としても把握しようとする学説（小林孝輔「家族生活における個人の尊厳と両性の平等」「日本の家族」法学セミナー増刊、一九七九、二八七頁）等②二四条と二五条をあわせ読む説（利谷信義「日本の家族」前出『日本の家族』一一頁）等③二三条と二五条に依拠する説（石井美智子「墮胎問題の家族法的分析(2)」社会科学研究、三六一五、一九八五、八八頁）④憲法一三条に依拠する説（一宮周平、前出『事実婚の現代的課題』二八八頁）と見解が大きく分かれている。後出註（16）参照。

(11) 小林直樹『新版憲法講義上』（東大出版、一九九〇）五一〇頁。

(12) 諸外国における事実婚の広がりは、この考えが基礎にあるように思われる。フランスにおけるリーブル・ユニオン、アメリカのコミニータ・カップル等について、畠江千穂「現代通い婚—コミニータ・カップル」、古橋エツ子編著『花園大学社会福祉学特別講座 男と女の周辺 上』（京都法政出版、一九九一）、一六三頁以下参照。もともと日本の民法では非嫡出子差別という人間の平等・尊厳にかかる差別を行なつてゐる点で問題を残す。

(13) 内野正幸、前出一四四頁では、「氏名保持権や婚姻の自由は、戸籍などの国家の制度を前提として、その枠のなかで認められる

ものである。これは、いわば制度的自由に属する。」とされる。

(14) 利谷信義、前出『家族と国家』六六頁。

(15) 自己決定権と「家族の形成・維持・リップダクションにかかる事柄」との関連について、佐藤幸治「憲法論において『自己決定権』をいうことの意味」日本法哲学会編『現代における〈個人－共同体－国家〉』（法哲学年報、一九八九）八九頁。

(16) 家族の保護の多様な意味あいについて、米沢広一『子ども・家族・憲法』（有斐閣、一九九二）、二七四頁以下参照。

(一九九三・一・三一)