

論 説

遺族厚生年金受給権と近親婚的内縁の効力

棚 村 政 行

- 一 はじめに
- 二 東京地裁平成16年6月22日判決（判例時報1864号92頁）
の事実関係と判決要旨
- 三 事実婚の概念と法律婚主義
- 四 事実婚保護法理の展開と法的構成
- 五 近親婚の禁止規定の趣旨とその合憲性
- 六 本判決の検討
- 七 おわりに

一 はじめに

民法は、法律婚主義・届出婚主義を採用している（民法739条）。そのため、婚姻の実質的成立要件（婚姻意思を有し婚姻障害事由がないこと）を充足するカップルが、形式的成立要件である婚姻届を役所に提出し受理されてはじめて法律上の婚姻と認められることになる。したがって、法律婚のための所定の手続を踏んでいないカップルは、社会的習俗的に夫婦と認められる共同生活を何年続けていたとしても、法律上の婚姻とは認められない。法律婚以外の継続的な共同生活関係を広い意味で「事実婚」という概念で表すとすれば、事実婚の保護法理はどのような展開を遂げてきたか。

事実婚は、人々の意識や社会状況の変化、ライフスタイルの多様化に伴い、その発生原因や態様も変容を遂げている⁽¹⁾。戦前は、識字率も低く、法

的な知識に欠ける人たちが少なくなかった。また、家制度という古い封建的な家父長制的な制度のもとでは、長男長女など婚姻したくても、できない男女のカップルが多数出現した。これらのやむを得ない事情で届出はできずに夫婦として共同生活をしている事実上のカップルのことをとくに「内縁」と呼んできた。そして、このような内縁カップルを保護するために、「婚姻予約有効判決」⁽²⁾から、「内縁準婚判決」⁽³⁾を経て、事実上の夫婦に対してできるだけ法律上の夫婦に準じた法的取り扱いをしようとする内縁準婚理論が確立するに至った。⁽⁴⁾

しかし、最近では、これらのいわば伝統的な内縁カップルのほかに、意識的選択的に共同生活をする事実婚カップルが登場するようになった。たとえば、離婚経験者が法的な束縛や面倒な離婚の手続を回避するために、婚姻届を出さずに暮らす例も少なくない。また、法律上の夫婦になると、いずれか一方の姓(氏)を共通に名乗らなければならないため(民法750条)、意識的に婚姻届を出さないカップルもいる。このタイプの事実婚では、婚姻は、お互いに対等で独立した個人の協力関係なのだ、相手方に吸収合併されたり、上下関係にたつことを潔しとしない新しい考え方に基づいて事実婚にとどまる人たちが少なからずいる。さらに、長寿化・高齢化が進み、伴侶を失って单身となった高齢者の中には、相続問題や子

(1) 二宮周平『事実婚を考える』2頁以下参照(1991年、日本評論社)。16年間にわたり、それぞれ自立して、同居もせず、家計も別にして「特別の他人として親交を深める」パートナー関係にあった男女間で、女性から男性に対して一方的解消の慰謝料が請求されたケースで、最高裁は、女性からの請求を拒けた(最判平成16, 11, 18裁判所時報1376号3頁)。このケースも新しい事実婚パートナーの事案といってよい。

(2) 大連判大4. 1. 26民録21輯49頁。

(3) 最判昭33. 4. 11民集12巻5号789頁。なお、内縁準婚理論の問題点については、水野紀子「事実婚の法的保護」米倉明ほか編『家族法改正への課題』71頁以下参照(1993年、日本加除出版)。

(4) 各判例理論の詳細については、二宮周平『叢書民法総合判例研究 事実婚』4頁以下参照(2002年、一粒社、)。

ども達との関係を考慮して、異性との出会いや恋愛を法律婚という形に置き換えたくないという人もいる。このように、法律婚をせずに暮らすカップルの意識、目的、生活の実態もかなり多様化し、意識的選択的に事実婚を営む人たちが増えてきた。また、これまでは事実婚カップルは異性を前提として考えられてきた。しかし、夫婦としての共同生活や親密な結合の主体は必ずしも男女であるとはかぎらない。事実上の夫婦的共同生活を営む同性婚カップルは、一男一女の結合たる婚姻の本質に反するなどの理由により婚姻届が受理されないため、法律上の婚姻とは認められない。これらの同性カップルはやむをえず事実婚にとどまっているケースも少なくなく、事実婚の一種とみることが許されよう。

このように事実婚が多様化し質的にも変化を遂げる中で、本稿では、社会保険庁に対する行政処分の取消請求事件を素材としながら、遺族厚生年金と近親婚的内縁の効力の問題を取り上げることにはしたい。とくに、伝統的なやむをえない事情で42年間も近親婚的な関係にある者が内縁関係を形成し、そのカップルの一方が死亡した場合に、残された他方は社会立法上どのような法的地位に立つことになるのか。厚生年金保険法では、老齢厚生年金の受給権者であった者が死亡した場合に、同法59条1項により「配偶者」が遺族厚生年金の受給権を有するとされるが、本稿では、同人と近親婚的な内縁関係にあった者も同法3条2項にもとづき遺族厚生年金を受給する権利をもつかどうかという問題に焦点を当てて検討する。ここでは、まずはじめに、本件事件の事実関係の概要及び判決要旨を詳細に紹介する。そして、本件での主要な争点の前提となる事実婚や内縁の法的概念と法律婚主義、事実婚保護の基本的アプローチについて触れ、次いで、内縁準婚理論の形成、事実上の夫婦と社会立法などを中心に事実婚保護法理の展開と法的構成のあり方、とくに不適法内縁の効力と社会保障給付について検討を加える。そして、近親婚禁止規定の趣旨とその合憲性、欧米諸国での動向などについて取り上げて、最後に、近親婚的内縁配偶者の遺族厚生年金受給権につき若干の私見を述べ、本稿での考察を閉じたいと思

う。

二 東京地裁平成16年6月22日判決⁽⁵⁾の事実関係と判決要旨

1 事実の概要

原告 X は、A (以下「A」という。)の兄の長女であり、A と叔父・姪の関係にあったところ、昭和33年12月末から平成12年12月5日に A が死亡するまで、A と事実上の夫婦として生活した。X は、平成13年10月19日に、遺族厚生年金の裁定請求をしたところ、被告 Y (社会保険庁) は、同月31日、「遺族の範囲に該当しないため(近親婚にあたり、内縁の妻として認められないため。)厚生年金法第59条」にもとづき、本件不支給処分をした。そこで、X は、平成13年11月21日に、甲社会保険事務局社会保険審査官に対して審査請求をしたところ、同審査官は、同年12月7日、同審査請求を棄却する旨の決定をした。X は、上記決定を不服として、平成13年12月12日、社会保険審査会に対し、再審査請求をしたが、同審査会は、平成14年5月31日に再審査請求を棄却する旨の裁決をしたため、X は、同年8月19日受付の訴状により、本件訴訟を提起した。

ところで、X は、茨城県乙郡丙に生まれ、中学2年の時からは同県丁郡〇〇町において、父、母、弟及び妹と共に生活していた。A は、同県××郡××町に、原告の父方の祖父 D (A にとっては父)、同祖母 G、A の弟、妹と共に生活していた。両家は、いずれも農家であった。X は、父の実家を時々訪れることがあったため、A と面識はあったが、父の実家以外の場所で A に会ったことはほとんどなく、夫婦としての生活を始めるまでに、同人と同一住居に居住したことはなかった。A は、昭和30年11月24日、B (原告の母のいとこに当たる) と婚姻し、両名の間には、同年12月12日、長女 C が生まれたが、B は、C の出産前後から統合失調

(5) 東京地判平成16. 6. 22判例時報1864号92頁。

症に罹患し、昭和31年末には、Cを残して実家に帰ってしまった。

Aは、Bとの婚姻関係の継続は困難であると考え、Bとの離婚を決意した。Aは、調停や裁判を行えばBの病気が公になってしまい、Bのその後の人生にとってよくないと考えたため、離婚協議を重ねたが、Bの精神状態が原因で協議自体が困難であった上、Bの両親が、Bとの離婚後にBの妹とAが結婚することを強く望み、AはBを気遣ってこれに同意しなかったために、同協議は4年間にわたり続いた。Aは、当時国鉄に勤務しており、朝出勤の場合は翌朝にならないと帰宅しなかったため、Bが実家に戻った後は、Cの世話はAの父母が行っていた。しかし、Aの実家は農家で年中多忙であったことから、継続的にCの世話をできる者はいなかった。そのため、Cは、離乳食などもあまり食べることができず、栄養失調気味であり、Cの衣類の洗濯も十分に行われておらず、おむつなどが何日分も廊下に山のように積んであった。親族の間では、Cを里子に出すことも考えられたが、Aは自らの責任で生まれた子であるから手放せないと考え、里子に出すことに反対した。

Aは、Cがきちんと面倒を見てもらうことができ、家族も落ち着いて生活することができるよう、再婚を考えはじめたが、Aの実家が農家であり、Aの妻になれば農業の手伝いをしなければならないこと、物心がつき始めた子供（C）がいること、数年後には介護が必要となる老父母がいること、Aは夜勤が多く帰宅できないことが多いこと等の点で、いわゆる結婚相手としての条件が悪かったため、なかなか結婚相手を見つけることができなかった。

Xは、春休み、夏休みなどの長期の休みには、父の両親の手伝いに父の実家（A宅でもあった。）を訪れ、その際Cのおしめを変えて洗濯をしたり、牛乳をあげたり、散歩に連れて行ったりするなど、Cの面倒を見ていた。Cも、親戚の中で最もXになついていた。Xら親族の中では、戸主の立場にあるDの発言権が絶対であったところ、Dは、Cが一番Xになついていたこと、親戚の中では、Xの年齢が一番Aに近かったこと、

D の後継者としては X の父が第一順位にあったが、仮に X の父が D の跡を継がない場合には、D の田畑を、代わりに A が継ぐことになるため、A の妻を親族内から出したいと考えていたこと、前記のとおり、A には既に子供がおり、結婚相手としての条件がよくなかったこと等から、A の姪に当たる X と A との結婚を提案した。

X と A との結婚について、X の母は、B が自分のいここに当たるため、C の養育の点などからも A に同情的であり、どちらかというとな賛成の態度を示した。また、X の父は、叔父と姪の関係の結婚に、不安そうな様子を示したものの、特別強い反対は示さなかった。X は、直接父から聞いたことはないが、その不安の理由は、叔父と姪の結婚は、数としては多くないことや、弟に当たる A と娘に当たる X の結婚生活がうまくいかなかった場合に、その後も両者が親戚関係を続けていかなければならないこと等を気にかけていたのではないかと考えていた。X のその他の親戚は、同結婚にほとんど皆が賛成していた。

X の周りには、農業で生計を立てている者が多く、地域的な特性から親戚同士で結婚することも多くあった。X の近い親戚の中には、いとこ同士で結婚した夫婦が二組いたほか、X の知っている中にも、A の勤務先で二組、親戚に一組、叔父と姪が夫婦として生活する者がいる。X は、D から A との縁談の話を聞き、余りにも身近な関係にあったため、当初は驚いたものの、C の衣服等が汚れたままになっていることや、体格もやせ細っていたこと等に同情し、C のために結婚を決意し、昭和33年12月末ころから、A と夫婦としての共同生活をはじめ、以後約42年間にわたり夫婦としての生活が続いた。

X と A は、共同生活をはじめるとに当たり、二泊三日で新婚旅行に出かけた。X らは、旅行から戻った後、親戚に集まってもらい、結婚を祝う会を開いてもらった。X は、同会に友人を呼ばなかったが、それは C の存在を気遣ったためであった。X らの結婚の媒酌人は、A と B の結婚の際にも媒酌人を務めた A のおばとその義兄が務めたが、このことも X と

Aの結婚に親戚一同が賛成していたことを示すものである。

AとBとの間の協議離婚は、昭和35年4月1日に成立した。Aは、同月25日付けで、扶養家族、税金控除、出産費用等を認めてもらうため、XとAとが結婚したことについて、証人二名の署名入りの証明書を××町長に宛てに提出した。同証明書には、「右願出の通り相違ないことを証明する」旨の文言及び××町長の記名押印が認められる（なお、同証明願には、××長の記名押印も認められる。）。

Xは、Aを世帯主とする健康保険証に氏名を記載され、源泉徴収票上にも配偶者控除の対象として記載されていた。また、出産に際し、××の共済組合から出産費用の支給を受けた。XとAは、共同生活の開始以降、Aが平成12年に亡くなるまで夫婦として生活した。XとAとの間には、昭和35年にEが、昭和37年にFが出生し、Aは両名の認知をした。X、A、C、E及びFは、Aの収入から生活費を支出し、Xが家事を担当して家族として五人で生活を送った。Aは昭和34年にXの父から土地を購入し、昭和36年ころ同土地上に建物を建築し、Xらはその後同所で生活を送った。Xは、Cが高校三年生の時に、大学受験に必要な戸籍謄本を取りに行った際、Xは実の母ではないことを伝えたが、それ以降もXら家族はそれまでと変わらずに仲良く暮らした。

Aの葬式に際し、XはAの妻として挨拶を行う等、結婚生活をはじめた当初から、Aが死亡するまで、事実上の妻としての役割を果たして生活してきた。Aは、Xら家族の生活の安定のために、長年にわたり厚生年金の保険料を納付し、Xに対しても、自分が先に死亡した場合には、バッグに年金に関する手続の仕方を記したものが入っているから、よく見て手続をするようにと常に言い聞かせていたため、Xは、Aの死亡後、本件裁定請求をした。

Xは、本件不支給処分を受けたため、遺族厚生年金の支給を受けることができず、Aの死亡後は、自らの貯金を取り崩して生活費を支出しながら、息子夫婦と同居して生活している。

以上の認定事実によれば、X は、A と姪・叔父の関係にあったものの、内縁関係に至る前には同人との同居の事実はなく、父の実家を訪れる際に顔を合わせるにすぎない関係であったこと、原告が A との結婚を決意したのは、A と B との間に生まれた C が十分に面倒を見てもらえないことを不憫に思い同情したこと、親族間で戸主の立場にあった D の提案であり反対できなかったこと等の理由によるものであったこと、同内縁については、X らの親戚もむしろこれを望み、二人を祝福したこと、夫婦としての生活を開始した後は、X らは内縁の事実を隠すことなく、法律上の婚姻と特に変わる点はなく、公然と約42年間にわたり夫婦としての生活を送り、その間に二人の子をもうけ、C も含めて三人の子を夫婦として育ててきたこと等を認めることができる。

また、X の周辺には、いとこ間や、叔父・姪間の結婚が少なくとも数件は存在していたことは前記のとおりであるところ、X の出生地である××県××町や、原告がその後生活をした同県××町は、いずれも農業が盛んな地域であること、婚姻習俗の特性として、親が婚姻の決定権を持っており、本人自身は誰と結婚するかについて決定権を持つことがほとんど不可能であること、いとこ同士の婚姻を筆頭として内婚（親族間の婚姻）的な傾向が強いことが挙げられるほか、このような婚姻慣行・婚姻意識を有する地域においては、非常に近い姻戚関係での結婚がむしろ受け入れられる土壌があった。

X と A との関係は、民法734条に違反するという一点を除けば、婚姻関係の実質を有する関係として約42年間にわたって継続してきたものであり、また、このような関係は、少なくとも、A の職場や X らが居住する地域社会においては、特別な違和感のないものとして受け入れられてきたものであった。

2 判決要旨

「法59条は、『遺族厚生年金を受けることができる遺族は、被保険者又は

被保険者であった者の配偶者、子、父母、孫又は祖父母であつて、被保険者又は被保険者であった者の死亡の当時その者によって生計を維持したものとす。』と定め、法3条2項は、法にいう配偶者には、『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を含むものとす。』と定めている。

本件で問題となっているのは、法3条2項の規定であるが、この規定の文言そのものは、『事実上婚姻関係と同様の事情にある者』というものであつて、被保険者又は被保険者であつた者と、その「配偶者」であると主張する者との間の共同生活の実態が、「婚姻関係と同様の事情」にあると評価できるかどうかを問題としているのにとどまるのであるから、この規定の文言から当然に、民法上禁止された近親婚関係にある者が、法3条2項の規定に該当しないと断定することは困難である。Yは、「『婚姻の届出をしていないが』との文言は、婚姻の届出をしていれば、それが当然に受理されたはずであることを前提としているものである。」という趣旨の主張をしているが、「婚姻の届出をしていないが」という文言それ自体は、法律上の婚姻関係にはないことを意味しているのにすぎないと解することも十分に可能なのであるから、Yの上記主張を採用することはできない。したがって、同項の文言上、近親婚関係にある者は、当然に同項の規定に該当しないと断定することはできないのであつて、実質的な観点からの検討をすることが不可欠であると解される。

Yは、「遺族厚生年金給付が、民間の保険とは異なる公的給付制度である以上、その給付が認められるかどうかの判断に当たっては、公益的観点からの考慮が不可欠であるところ、民法734条に違反する反倫理的な近親婚関係にある者に対して同給付を認めることは、国家が反倫理的な近親婚を公認することにつながり、そのような行為は、わが国の法秩序ないし社会一般の倫理観にも違反するのであつて、公益を害するものといわざるを得ないのであるから、この点からしても、近親婚関係にある者は、法3条2項に該当しないものというべきである。」という趣旨の主張をするとこ

ろ、たしかに、遺族厚生年金を含む厚生年金制度は公的な社会保障制度であり、この制度に基づく給付を行うということは、その対象者に対して公的な保護を与えるという側面を有するものなのであるから、「婚姻関係と同様の事情にある者」かどうかの判断に当たっては、その対象者が、公的保護の対象にふさわしい者であるかどうかという観点からの判断が要求されるものであって、その判断に当たっては、公益的観点からの考慮も要求されることは否定し難いところである。

しかしながら、厚生年金制度は、「労働者の老齢、障害又は死亡について保険給付を行い、労働者及びその遺族の生活の安定と福祉の向上に寄与することを目的」とする制度であって（法1条）、その中でも遺族厚生年金は、被保険者又は被保険者であった者によって生計を維持していた遺族の生活の安定のために給付されるものであり（法59条）、婚姻秩序の維持を目的とする民法734条等とは、その目的を異にしているのであるから、『婚姻関係と同様の事情にある者』かどうかの判断に当たって、同条の規定がそのまま適用されなければならない論理的必然性はないし、仮に民法上は禁止される近親婚関係にある者に対して遺族厚生年金が支給される結果となったとしても、それは、遺族の生活保障という厚生年金制度独自の観点からの行為なのであるから、これによって直ちに国が近親婚関係を公認したことになるものでもない。また、厚生年金制度は、拠出制の年金制度であって、その財源には、一部国庫負担金が含まれているというものの（法80条）、被保険者が納入した保険料がその相当部分を占めていることも事実であり、この点を捉えれば、労働者が、自己の費用負担において、自らやその家族の将来に備えるという側面をも有していることも否定し難いのであるから、年金給付の受給権があるかどうかを判断するに当たっては、被保険者が保険料を納付していたにもかかわらず、公益性等の点から受給権を否定するに足りだけの事情があるかどうかという観点からも検討をする必要があるものというべきである。

以上のように考えると、法3条2項所定の『婚姻関係と同様の事情にあ

る者』に当たるかどうかを判断するに当たり、近親婚関係は、民法734条に違反する反倫理的関係であるから、このような関係にある者は、およそ同項所定の者には当たらないと解釈するのは相当ではなく、その関係の内容や、それが形成されるに至った経緯、態様、その関係が、社会一般の通念や、当該地域社会等において、どの程度抵抗感のある関係として受け止められるものであり、現に受け止められていたのかなどといった事情を総合考慮した上で、年金的保護の対象となり得るものであるかどうかを判断する必要があるものというべきである。

なお、Yが引用している最高裁昭和60年判決は、「厚生年金保険の被保険者である亡A（仮名）と直系姻族の関係にある上告人は、仮に亡Aと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』には当たらないというべきであり、これと同旨の原審の判断は正当として是認する」ことができると判断しているのにとどまり、近親婚関係にある者が、法3条2項の規定に当たるかどうかについて的一般論を示しているものではないのであるから、上記のような解釈は、上記最高裁判決の判断に抵触するものではない。

そこで、上記の観点から本件を検討するに、XとAとは、叔父と姪の関係にあるものであって、その内縁関係は、民法734条に違反する近親婚関係に当たるとはいうものの、近親婚関係の中では最も親等が離れた関係にあるものであること、両者は、子供を抱えて苦労しているAに同情したXの祖父の決定と、親族の賛同に基づき、内縁関係に入ったものであって、その動機や態様等の点において、特に不当な点等は見当たらないこと、両者の関係は、約42年にわたる安定的なものである上、職場や地域社会等においても抵抗感なく受け入れられ、むしろ公認されていたものとさえいえることなどは既に第2項において認定したとおりであって、これらの点に照らしてみれば、これが近親婚に当たるとの一事をもって、Xの遺族年金の受給権を否定しなければ公益性に反するということは到底困難

であり、むしろ、法的な婚姻関係に等しい実質をもったものであって、法 3 条 2 項所定の場合に該当するものというべきである。

なお、Y が引用している最高裁昭和 60 年判決は、被保険者と直系姻族の関係にある者は、法 3 条 2 項所定の者には当たらないとの判断を示したものであるところ、姻族関係であるとはいえ、一度は親子の関係にあった者が内縁関係に入った場合と、叔父、姪の関係にあった者が内縁関係に入った場合とでは、社会的評価、抵抗感を異にするものと考えられる上、同判決の事案と、本件事案とでは、内縁関係に入った経緯や、態様、地域社会等における受け止め方等の点においても、事情を異にしているのであるから、上記の判断は、上記最高裁判決の判断に抵触するものではない。

以上によると、X と A の内縁は、法 3 条 2 項の「婚姻と同様の事情にある者」に該当し、X は、法 59 条の定める受給権者を有する遺族に該当するというべきである。そして、本件全証拠によっても、他に X について遺族厚生年金の受給権が存在しないものと認めるに足りる事情は存在しないから、本件不支給処分は違法であり、取消しを免れない。」

三 事実婚の概念と法律婚主義

1 男女関係の類型と内縁概念

婚姻というのは、社会的に承認された夫婦関係をいう。しかし、さらに、法律上の婚姻と認められるためには、実質的にみて夫婦と認められる資格ある者どうしが（婚姻障害事由がないこと）、国家の定める方式に従って婚姻を登録していなければならない（届出婚主義、民法 739 条）。したがって、どんなに実質的な夫婦としてのつながりや生活を続けていようとも、日本の場合、戸籍法の定める婚姻届を提出しないかぎり、法律上は婚姻とは認められない。このような婚姻届ができない、あるいは届出をしない事実上の夫婦のことを一般に「内縁」⁽⁶⁾「事実婚」と呼ぶ。

ところで、法的概念のレベルでは、親密な男女関係は、法律上の婚姻を

中心に類型化されてきた。たとえば、「婚約」は、将来夫婦になろうと結婚の約束をさす。しかし、将来の結婚の約束であっても、真摯な合意でなければならぬとされる。また、「内縁」は、婚姻意思をもって事実上夫婦として共同生活を営む関係をいう。届け出はされていないが、夫婦としての実体を備えた「事実婚」を指している。判例法上は、婚約と内縁は「婚姻予約」として一括して取り扱われることもあり、「婚姻予約」は、準婚、試婚、婚約、非婚を含む広範囲な概念となっている。

これに対して、婚姻との対比で言うと、かなりイレギュラーな関係もある。たとえば、男女が一時的に情を通じ合って肉体関係をもつことを古くから「私通」とか「情交関係」といい、法的保護の範囲はかなり狭い。

また、主として既婚の男性が経済的援助をしながら女性と性的関係を継続することを伝統的には「妾関係」「愛人関係」と呼んだ。最近では「不倫」「家庭外恋愛」という言い方がはやり、原則としてお金や対価は絡まない。しかし、中高校生がお金をもらって成人の異性とのお付き合いするのを「援助交際」といい、これは「売買春」に近い。このような関係は、いずれも、一夫一婦の婚姻秩序と矛盾衝突する関係とみられ、原則として法的保護は受けられない。

もっとも、「内縁」に対立する概念として「外縁」もある。これは、形式的には夫婦であるが、夫婦としての共同生活が実体を欠き戸籍に形骸をとどめているにすぎない関係をさす。外縁と内縁がオーバーラップした「重婚的内縁」など、複数の男女関係が競合錯綜する関係も存在しうる。

このように男女関係の各種タイプを類型化して、その性質決定を通じて法的効果を考えておくことも、思考経済という点からは便宜であるかもしれない。しかし、現実に存在する男女関係は多様で、実体面、形式面からみても、無数の連続系列を構成しているといわなければならない。

離婚の増加、若者のシングル志向、結婚離婚に対する人々の意識の変

(6) 棚村政行「結婚の法律学 [補訂版]」141頁(2002年・有斐閣)。

化、未婚率の上昇、晩婚化、ライフスタイルの自由などの影響で、男女関係の多様化は一段と進んだ。そのため、最近では、内縁に代えて、「現代的内縁」「準内縁」「事実婚」「現代的同棲」などの用語を使用することがある。「内縁」「事実婚」という言葉は、論者によって、コンテキストによってかなり多義的に用いられていることに注意しなければならない。

2 内縁の実態や発生原因の変容

内縁の実態やその発生原因においても、最近ではかなりの変化が見られる。つまり、明治31年に施行された明治民法は、届出婚主義を採用した結果(旧775条、現行739条)、お上に対する届け出などとは無縁な一般庶民では、習俗的儀式を挙げたものの届け出をせずに生活するものがかなりの数にのぼった。たとえば、内縁率では、大正期は約16～17%、昭和15年頃7%、戦後間もなくは4～5%、最近では4%前後ではないかといわれている。現在では、法律上の婚姻が認められるために届出が必要だと認識は高まり、無知のために届出をしていない人たちは激減した。

また、明治民法の家制度のもとでは、戸主または推定家督相続人どうしの婚姻は禁止され(旧民法744条・旧754条)、婚姻するためには、男満30歳、女満25歳までは家にある父母の同意が必要とされ(旧772条)、婚姻・養子縁組については戸主の同意が要求されていた(旧750条)。したがって、当事者たちは正式の婚姻の届出を希求しながら、父母や戸主の同意が得られないとか、家の「あととり」どうしであるため、婚姻できないという家制度的障害による「やむをえない事情による外圧的内縁」が多数あった。

そして、家制度が廃止された戦後間もなくの調査でも、双方が長男長女であるとか、両親の反対、家風に合うかどうか、妻が妊娠するのを待つといった、家制度的意識から内縁にとどまるケースがかなり見られた。しかし、最近では、届出が煩わしいとか、怠慢でしなかったという理由のほか、意識的選択的に婚姻届をしなくて暮らすカップルが増加している。⁽⁷⁾

3 法律婚主義と事実婚主義

法律上の夫婦となるためには、婚姻適齢に達していること（民法731条）、重婚でないこと（民法732条）、再婚禁止期間を経過していること（民法733条）、近親婚でないこと（民法734条以下）、婚姻の意思があること（民法742条）などの実質的要件のほか、戸籍法所定の届け出（民法739条）という形式的要件を充たしてなければならない。このように、法律上の夫婦と認められるかどうかの中身を審査して、登録公証させる建て前を「法律婚主義」という。国家は、一定の社会的に承認される夫婦関係のみを法的に承認し、一定の方式を踏むことを要求する。これに対して、社会習俗的に夫婦と認められる関係があれば、法律上も婚姻として認める考え方を「事実婚主義」という。法律婚主義が採用されたのは、法律婚成立の時期を明確にし、国家が法定する資格ある者にのみ婚姻としての保護を与えるという考え方にもとづいている。しかし、一定の場合には、事実上の夫婦共同生活に婚姻としての法的保護を与えることで、事実婚主義が法律婚主義の欠けている点を補う場合もある。

法律上の夫婦になると、夫婦で同じ氏（姓）を名乗り（民法750条）、同居し協力扶助する義務を負う（民法752条）。また、婚姻から生ずる費用の分担（民法760条）、日常家事債務の連帯責任（民法761条）、特有財産、帰属不明財産の共有推定規定（民法762条）、財産分与（民法768条）などの権利義務を負担する。夫婦の他方が死亡したときは、配偶者として相続権を有するし（民法890条）、社会立法上は遺族給付の受給権ももつ。このように法律上の夫婦は、民法そのほかの法律の適用上ももっとも手厚い保護を受けることになる。

(7) 棚村政行「同棲の法的保護」法学セミナー増刊総合特集シリーズ31号110頁（1985年）参照。

4 事実婚保護の基本的アプローチ

すでに述べたように、最近では、法律婚をせずに暮らすカップルの意識、目的、生活の実態もかなり多様化し、意識的選択的に事実婚を営む人たちが増えてきた。新しい事実婚カップルは、従来のような伝統的内縁カップルと質的にも意識の面でもかなり異なった生活関係を展開している。したがって、これまでの内縁準婚理論にもとづくオール・オア・ナッシングの全面的包括的保護は、かえって、このようなライフ・スタイルを選択した当事者の意思に反する結果ともなりかねない。また、一時的な不安定な関係まですべて婚姻法の規定を準用することでカバーしようとするのは、過保護だとの批判も免れない。このようにみると、これらの新しいタイプの事実婚については、個別の問題ごとに、当事者の意思、関係の実態、共同生活の継続期間、子どもの有無などさまざまな事情もとに具体的に⁽⁸⁾ 妥当な判断をしなければならないであろう。

たとえば、当事者どうしの対内的な問題としては、共同生活を継続中の生活費の分担、他方の借金への責任、双方の財産の帰属、関係解消時の財産分与、相続、関係の一方的破棄の責任などが具体的に問題になってくる。また、対第三者との関係では、事故があった場合の加害者に対する損害賠償、日常家事債務の負担、死亡退職金や遺族給付の受給権、生命保険、死亡した場合の居住確保などの問題がある。

以上のように婚姻外の共同生活関係は多様化しているが、基本的な保護のあり方として、一つには、当事者間の合意や契約にもとづく保護に限るという立場がある。欧米諸国では、法律上の婚姻と事実上の関係を峻別して、事実婚に法律婚の規定を準用することにきめて慎重な姿勢がとられている。これに対して、すでに述べた内縁準婚理論のような当事者の婚姻意思と夫婦的共同生活に焦点を当て、できるかぎり婚姻に関する規定を準用しようとする伝統的な立場もある。ここでは、一応、前者を契約的アプロ

(8) 棚村・前掲注2 論文109～110頁、梶村太市＝棚村政行『夫婦の法律相談』51頁以下(2004年、有斐閣)参照。

一と呼び、後者を身分的アプローチと呼んでおくことにする。⁽⁹⁾

契約的アプローチでは、当事者の生活関係というより、合意や意思に法的効果が与えられることになり、新たな婚姻という法的ステータスそのものが保護の対象になるわけではない。財産関係を中心に第三者と同じように雇用、組合、不当利得、不法行為、債務不履行などの要件が充たされているかどうかを主として問題とされる。ここでは、婚姻に近い生活実態や婚姻の意思という身分や地位にもとづいて保護の可否を決めるのではなく、あくまでも契約や合意など個別的に一般財産法理の適用要件を充足するかどうかで、部分的段階的保護が与えられるにすぎない。

しかし、身分的アプローチでは、伝統的な長期の安定した事実婚カップルは、夫婦的生活実態と婚姻意思にもとづき、婚姻規定の準用や類推適用を主張し、身分にもとづく包括的全面的保護を求めることになる。ただし、重婚的に複数の関係が競合したり、短期の一時的共同生活関係が展開するようなケースでは、身分や地位にもとづく法的救済はかなり限定され困難になるであろう。⁽¹⁰⁾

四 事実婚保護法理の展開と法的構成

1 内縁準婚理論の形成

それでは、法律上の婚姻ができない事実上の夫婦、法律上の婚姻をしたくないカップルはどのような法的保護を受けることになるのだろうか。

明治31年の民法施行に伴って、一つには婚姻習俗と法制度との乖離のた

(9) 棚村政行「わが国における同棲法の展開と課題」青山法学論集32巻3・4合併号548以下〔1991年〕参照。ほかに、二宮周平『事実婚の現代的課題』1頁（1990年、日本評論社）、二宮周平『事実婚を考える』2頁以下（1990年、日本評論社）、水野紀子「事実婚の法的保護」『家族法改正への課題』71頁以下（1993年、日本加除出版）等参照。

(10) 棚村政行「法律上の配偶者と事実上の配偶者との異同」法学セミナー591号12～13頁（2004年）。

め、もう一つには「家」制度的制約や意識のために、日本では、社会的には夫婦と認められながらも法的な手続きが未了のため婚姻とされない男女関係が多数現れた。⁽¹¹⁾

とくに、明治から大正期にかけては、「事実婚」「内縁」と呼ばれる事実上の夫婦関係は、一片の届け出を欠くという理由だけで法的救済が拒否され、社会問題ともなった。その端緒となったのが「内縁の不当破棄」「労働災害での遺族給付」の二つであった。

前者は、「家風に合わない」「子どもが産めない」「親との折り合いが悪い」などとの理由で追い出された事実上の妻の不利益を、どうカバーしてあげるかという問題であった。また後者は、過酷な労働条件のもとで働く工場労働者や鉱山労働者が労災事故に直面したときに、遺族は保護されないということが社会問題化していた。

判例・学説は、できうるかぎり「内縁」配偶者の法的保護を図り、法律上の婚姻に準じた手厚い保護を志向した。その結果、「婚姻予約」と構成して不当破棄に対する損害賠償責任を認めた「婚姻予約有効判決」(大連判大正 4. 1. 26 民録 21 輯 49 頁) から、「内縁準婚判決」(最判昭和 33. 4. 11 民集 12 卷 5 号 789 頁) を経て、できるかぎり婚姻に準じて取り扱うという内縁準婚理論が確立した。

内縁については、夫婦の氏(民法 750 条)、姻族関係(民法 725 条)、相続権(民法 890 条)、成年擬制(民法 753 条)など婚姻届出を前提としない共同生活の法効果に関しては、同居協力扶助義務(民法 752 条)、帰属不明財産の共有推定(民法 762 条 2 項)、婚姻費用の分担(民法 760 条)、日常家事債務の連帯責任(民法 761 条)等の婚姻法規定を準用するという準婚理論が採用されている。

たとえば、判例は内縁不当破棄のリーディングケースにおいて、「いわ

(11) 泉久雄「内縁問題に思う」『現代家族法の課題と展望』(太田武男先生還暦記念 115 頁 (1982 年、有斐閣)、二宮周平『事実婚の現代的課題』3 頁 (1990 年、日本評論社) 等参照。

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ではできないが、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」（最判昭和33. 4. 11前掲）とし、「内縁を不当に破棄された者は、相手方に対し婚姻予約の不履行を理由として損害賠償を求めることができる」とともに、不法行為を理由として損害賠償を求められることもできると判示した。

また、内縁の妻が別居中に支出した医療費についても、内縁の夫が民法760条の準用により分担義務を負う（最判昭和33. 4. 11前掲）。日常家事債務の連帯責任（札幌地判昭和47. 11. 10判時695号96頁、東京地判昭和41. 4. 26最高裁民事判例26巻6号836頁等）、内縁夫婦の共同経営する家業収益で購入した不動産は実質夫婦共有財産（大阪高判昭和57. 11. 30判タ489号65頁）、内縁の亡夫名義の預金と民法762条2項の規定（名古屋高判昭和58. 6. 15判タ508号112頁）など、夫婦財産制に関する規定の準用が認められている。

さらに、内縁の夫が不法行為によって死亡した場合、内縁の妻は加害者に対して財産的利益（扶養請求権の侵害）及び慰謝料（711条）の損害賠償が認められる（東京地判昭和36. 4. 25家月13巻8号96頁、大阪地判平成9. 4. 22交民30巻2号568頁、東京地判平成12. 9. 13交民33巻5号1488頁等）。また、内縁関係が解消された場合、離婚に準じて民法768条の財産分与の規定が準用され、夫婦財産の公平な配分と離別後の扶養的財産分与が与えられる（広島高判昭和38. 6. 19高民集16巻4号265頁、東京家審昭和40. 9. 27家月18巻2号92頁等）。

2 事実上の夫婦と社会立法

大正年間の工場法は、はじめて「本人死亡の当時その収入により生計を維持したる者」という表現で、内縁配偶者を遺族補償の受給資格者に含めた（大正12年の工場法15条）。その後、内縁配偶者は「配偶者（届け出をなくとも事実上の婚姻と同様の関係にある者を含む）」という表現で、法律上

の配偶者に準じて扱われるようになった。

戦後も、労働基準法施行規則42条、労働者災害補償保険法施行規則 7条、船員法施行規則63条、国家公務員災害補償法15条、16条、国家公務員共済組合法 2 条 1 項 2 号、健康保険法 3 条 7 項、110条～120条等の多数の社会立法において、内縁配偶者には受給資格が認められている。また、亡くなった国家公務員の死亡退職金の受給権を内縁の妻に認めた下級審裁判例⁽¹²⁾もある。

3 重婚的内縁の保護

すでに述べたように、法律上の配偶者がいるのに他の異性と事実上の夫婦関係を持つ場合を「重婚的内縁」という。かつて、判例・学説は、重婚的内縁は一夫一婦制の基本原則にもとり、公序良俗に違反して無効であるという絶対的無効説の立場にたっていた（大判昭和15. 7. 6 民集15卷1143頁等）。これに対して、重婚的内縁は公序良俗に反して無効だが、善意の当事者や第三者に対しては緩和されるとする、相対的無効説が主張され、現在では、法律婚の状態により保護の有無を決するとする法律婚態様説が多数説を占めている。

法律婚態様説も、法律婚の実態が客観的に破綻していればよいとする立場から、事実上の離婚状態のほかにも離婚後の措置についての合意まで要求する厳格な立場もある。しかし、法律婚態様説は、法律婚が夫婦としての実体を喪失して形骸化し、かえって事実婚に夫婦としての実体が形成されているような場合には、重婚的内縁も通常内縁と同様に保護してゆこうとする。ここでは、競合する法律婚が実体を失っているかぎり、重婚的内縁を法的に保護しても一夫一婦の婚姻秩序を破壊するものではないとの考え方が背景にある。

判例でも、重婚的内縁の法的保護は拡大され、オーバーラップする法律

(12) 大阪地平成 3. 8. 29判時1415号118頁。

婚が事実上の離婚状態にあつて、戸籍上に形骸をとどめるだけになり、内縁に夫婦としての実質がある場合は一定の保護が与えられている。

たとえば、重婚の内縁を不当に破棄した当事者には損害賠償責任が認められるし（京都地判平成4.10.27判タ804号156頁）、解消の際の財産分与（広島高松江支決昭和40.11.15高民集18巻7号527頁、東京高判昭和54.4.24判時930号70頁）、賃貸名義人である重婚的内縁配偶者死亡後の非名義人配偶者の居住権（東京地判昭和53.5.29判タ368号301頁）、重婚的内縁配偶者の一方の事故死に対する損害賠償（東京地判昭和43.12.10家月21巻6号88頁）等が認められている。

4 重婚的内縁と社会保障給付

また、死亡退職金や遺族給付などの社会立法においても、法律上の婚姻が実体を失って形骸化し、事実上の離婚状態にあるときは、法律上の配偶者の受給資格は失われ、重婚的内縁配偶者に受給資格を認める判例がだされている。たとえば、農林漁業団体職員共済組合法上の遺族給付の受給権が問題となった最判昭和58.4.14民集37巻3号270頁では、共済組合法の社会保障的性格から、戸籍上の配偶者でも実体を失ってその状態が固定化している場合、受給権をもたず、かえって婚姻の実体を備える内縁配偶者が「配偶者」として受給権をもつと判示された。

しかし、最近、恩給法72条1項にいう「配偶者」の意義をめぐる争われたケースがある。元公務員で恩給を受けていたAと同居し生計を維持されてきた事実上の妻Xと、法律上の妻BのいずれかがAの遺族扶助料を受け取る資格を有するかが争点となった。Xは国Y（総務庁）に対して、亡Aの遺族扶助料の請求をなしたが認められなかったため、訴訟を提起した。

第一審、原審ともに、恩給法では他の社会関係法規と異なり、法律婚を重視しているので、法律上の配偶者と認められない者は「配偶者」に該当しないとXの請求を棄却した。そこで、Xから上告がなされ、最高裁も

「恩給法72条1項にいう「配偶者」は、公務員と法律上の婚姻関係にある者に限られると解するのが相当である」とXの請求を退けた。

たしかに、恩給法の遺族給付は、国家保障の制度であることや法律婚重視の立場がとられてきた沿革があり、戦後もそのような解釈運用がなされてきた。しかし、恩給法上、遺族扶助料の性格自体は公務員の死亡当時の遺族の生活保障を目的としていることに変わりはない。そうだとすれば、形骸化が長年固定している法律婚配偶者に遺族扶助料を給付すべき合理性や必然性があるかどうかはきわめて疑わしい。

5 婚姻障害事由のある内縁—いわゆる不適法内縁の効力

内縁とは、婚姻の意思をもって夫婦共同生活を営み、社会的にも夫婦として認められているにもかかわらず、婚姻の届出をしていないために、法律上は夫婦として認められない事実上の夫婦関係⁽¹³⁾をいう。すでに述べたように、内縁にとどまる理由はいろいろであり、当事者自らの責任と意思で婚姻届出をしない選択をする意識的選択的事実婚もありうる。しかし、夫婦たる実態を備えながら、婚姻届出をしようとしても婚姻障害事由の存在により届出が受理されない「やむをえない事情」で内縁にとどまるカップルも少なくない。すなわち、婚姻適齢未満(731条)、重婚(732条)、再婚禁止期間内(733条)、近親婚(734条乃至736条)、父母の同意を欠く未成年者間の婚姻(737条)のように、婚姻届を出したくとも受理されないような場合でも、はたして内縁が成立するのかが問題となる。これがいわゆる「不適法内縁」である。

このような不適法内縁の効力につき、大審院判例は、婚姻予約の成否に⁽¹⁴⁾関して、婚姻適齢違反、父母の同意を欠く未成年者間の婚姻、再婚禁止⁽¹⁵⁾期間の場合⁽¹⁶⁾については、婚姻予約の成立を認めている⁽¹⁷⁾。これに対し、近親

(13) 二宮周平『事実婚』15頁(2002年、一粒社)。

(14) 大判大8・4・23民録25輯693頁。

(15) 大判大8・6・11民録25輯1012頁。

婚禁止違反の場合はどうか。亡 A の直系姻族一親等に当たる X (上告人) が、亡 A との婚姻届出は断念したものの、3 人の子をもうけて全員亡 A が認知し、二人して子らを養育し、A の死亡まで共同生活を送ったという事情のもとで、A の死後、内縁の妻として、亡 A が被保険者である厚生年金保険法による遺族年金の支給を請求したという事案において、最高裁は、「厚生年金保険の被保険者である亡 A と直系姻族の関係にある上告人 (X) は、仮に亡 A と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」として、遺族厚生年金の受給資格を否定⁽¹⁸⁾した。

学説では、婚姻障害事由の存否を内縁の成立要件とするかどうかについて、①婚姻の実質的要件の具備は一切必要ないとする立場(全面的・要件不要説)、②これとは逆に、すべての要件を具備する必要があるとする立場(全面的・要件必要説)、③内縁成立のための要件を中核的要件(婚姻意思・同居協力扶助・世評など)と付随的要件(婚姻適齢・重婚・近親婚)とに分け、前者はすべての内縁が具備しなければならない要件であるが、後者は必ずしも具備する必要はないとする立場(折衷説)、④重婚禁止および近親婚禁止の規定に反するものは内縁として認められないとする立場(一部否認説)、⑤内縁関係に伴う法律関係は多面的であるから、付与されるべき効果との関連から相対的に勘案されるべきであるとする立場(相対説)⁽¹⁹⁾がある。この相対説の立場によれば、婚姻費用分担、同居協力扶助義務といった内縁関係を存続させるような効果は、近親婚禁止違反の場合には、公序良俗に反するものとして認められないことになるが、内縁の不当

(16) 大判大 6・11・27 新聞 3345 号 15 頁。

(17) これらの事件では、実態は内縁なので、内縁の成立に関するものと解してよい。

(18) 最一小判昭 60・2・14 訟務月報 31 卷 9 号 2204 頁。

(19) 学説の整理につき、久貴忠彦『法律学全集 9 親族法』151 頁以下参照 (1984 年、日本評論社)。

破棄、生命侵害による損害賠償請求、年金といった当該内縁関係が解消する場合の効果や第三者との間に生ずる効果（日常家事債務の連帯責任）は、事後処理の問題あるいは第三者の信頼を保護する問題だとして、こうした場合においても法的効果が認められ得ると説く。⁽²⁰⁾

内縁保護法理が、現実中存在し営まれた夫婦としての共同生活体の保護を目的とするものであるところからみれば、相対説が妥当であろう。⁽²¹⁾しかも、後述するように、現行の近親婚禁止規定そのものが家制度的な旧法規定をそのまま引き継いだものであり、核家族化、小家族化の著しい現代の家族意識や生活実態に即応するものとはいいがたい面もある。したがって、不適齡婚、重婚等の婚姻障害事由と同じように、近親婚の場合も、関係出発時点での反倫理性、反公益性よりも、長年形成されてきた事実上の夫婦としての共同生活の実態そのものが法的保護に値するかどうかで保護の要否を決定すべきものであろう。

厚生年金の被保険者と直系姻族一親等の関係にあった者を厚生年金保険法3条2項の「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」に当たらないとした最高裁昭和60年判決（前掲）は、民法735条に違反する反倫理的な内縁には公的給付はふさわしくないと否定した。しかしながら、直系姻族一親等の間の内縁関係が果たして反倫理的で醜悪な関係であり、性的軋轢や児童の虐待につながるかどうかはきわめて疑わしい。核家族化、小家族化により、親族の付き合いも冠婚葬祭などごく限られた範囲に縮小されつつあり、憲法24条、同13条で保障される婚姻する基本権を尊重するかぎりには、姻族関係終了後の婚姻禁止は合理的で必要な規制とはいいがたい。男女間の社会一般の倫理観は変化し、かつ安定した事実上の夫婦生活が長らく築かれた場合に、本来の社会保障理念にたっ

(20) 島津一郎＝松川正毅編『基本コンメンタール親族〔第四版〕』29頁（二宮周平執筆）（2001年、日本評論社）、二宮周平『民法総合判例研究実婚』33頁（2002年、一粒社）。

(21) 我妻栄『親族法』200頁以下（1951年、有斐閣）、久貴・前掲註19、152頁。

て、厚生年金保険制度は運用されなければならない。⁽²²⁾このようにみえてくると、遺族の生活保障を図る遺族厚生年金は、実質的な夫婦の共同生活自体を前提としてその生活支援を目的として支給されるものであるから、民法の法律婚主義の枠組み外の内縁関係でも、その実態に応じて保護の対象とされるべきであろう。

五 近親婚の禁止規定の趣旨とその合憲性

1 現行民法の近親婚禁止規定の趣旨

現行民法が、一定範囲の親族間の婚姻を禁じ（民法734条乃至736条）、これに反する婚姻を取消すべき婚姻と定めている（同744条）理由としては、優生学的配慮と社会倫理的考慮（家庭道德上の理由）⁽²³⁾が挙げられる。しかしながら、他方において婚姻自由の思想や憲法13条、同24条で保障される婚姻の基本的権利も尊重されなければならないため、現行民法は従兄弟姉妹の手前に婚姻禁止線を画した⁽²⁴⁾。

上記の二つの理由は、具体的に次のような形で条文上現れるとされる。すなわち、直系の自然血族および三親等内の傍系自然血族間の婚姻禁止（同734条）は、優生学上の理由に基づく禁止であり、養親または養親の直系尊属と、養子や養子の配偶者並びに養子の直系卑属またはその配偶者間の婚姻禁止（同736条）は、社会倫理上の配慮に基づく禁止である。同様の理由により、直系姻族間の婚姻についても、728条によって姻族関係が終了した後であっても婚姻が禁止される（同735条）と一般的に説明されている⁽²⁵⁾。

(22) 二宮周平『民法総合判例研究事実婚』33頁（一粒社）も、近親婚の内縁を近親婚違反として法的保護の対象外に置くことは、遺族の生活保障を目的とする遺族年金の性格からみても疑問とする。

(23) 中川善之助『親族法（上）』160頁以下（1958年、青林書院）、我妻・前掲註21、26頁以下。

(24) 中川・前掲註23、160頁。

しかしながら、学説上は、優生学的配慮と社会倫理的考量の両事由を必ずしも絶対的なものとしてはみていない。まず、優生学的配慮を近親婚禁止の根拠とすることに対しては、次のような疑問が提起されている⁽²⁶⁾。すなわち、確かに悪い遺伝子が重なり合う近親間の交配は遺伝的危険が大きいということが指摘できるが、これは重なり合う遺伝子の質にかかわる問題であり、近親でなくともより大きな危険性をもつ結合は多いから、優生学的には、近親婚だけを禁止するのは整合性に欠ける⁽²⁷⁾。また、近親婚禁止が優生学的にいくらかの合理性をもつとしても、それは自然血族についてのみ妥当するものであって、法定血族・姻族については婚姻禁止の理由にならないし、自然血族についても、今後立法論として問題になりうる叔父・姪間若しくは叔母・甥間や半血兄弟姉妹間の婚姻禁止の是非を判断する決定的規準とはなりえないであろうと説く⁽²⁸⁾。

また、社会倫理的考慮という根拠に対しても、それによる説明も誤りではないが、それぞれの近親者間の婚姻が社会倫理的に非とされる根拠を明らかにしない限り、近親婚禁止の範囲の判断基準としては無価値であろうと批判する⁽²⁹⁾。

後述の諸外国での動向を見るかぎりでも、現代社会における近親婚禁止も、それを支持する社会的要因から説明されねばならないであろう。現代社会における親族関係の社会的重要性の減少は、親族関係の現象面に反映し、明確に定まったひろい範囲の制度的親族関係の認識は必要でなくなりつつある。核的家族外の親族間には、親子間、兄弟姉妹間のような一般的に承認された行動様式は存在しなくなりつつあり、冠婚葬祭を除いて親族

(25) 我妻・前掲註21、26頁以下、泉久雄『親族法』77頁以下（1997年、有斐閣）等参照。

(26) 有地亨＝青山道夫編『新版注釈民法（21）』212頁〔上野雅和〕（1989年、有斐閣）。

(27) 上野・前註26、212頁。

(28) 上野・前註26、212頁。

(29) 上野・前註26、212頁。

が緊密な会合や連帯を形成する機会も乏しい。かえって、養子縁組終了後または直系姻族関係終了後にまで、婚姻禁止を及ぼしている現行法は、現代社会における親族行動の実情や親族の意識からみても、その妥当性がきわめて疑わしい。

婚姻は、憲法13条の幸福追求権、憲法24条での婚姻の自由、婚姻の基本権により厚く保護されて⁽³⁰⁾おり、これに対する法的干渉や制約も、合理的な根拠や目的のもとづくもので、目的と規制手段との間に実質的関連性があり、しかも当該規制は必要最小限のものでなければなら⁽³¹⁾ない。したがって、婚姻の自由や婚姻する基本権への制約は必要最小限にとどめられ、婚姻関係の創設が当事者間の既存の親族関係や家族生活と直接矛盾衝突したり、未成年子に対する性的虐待や性的搾取を阻止するとか、同一家族内での親子の縦の役割と夫婦としての横の役割が混乱するなど、直接かつ具体的な危険の可能性のある直系血族、兄弟姉妹間の婚姻禁止にとどめるべきであろう。とくに子の社会化のための役割の促進、性的軋轢の防止という面でも、核家族が中心となっている現代家族においては、広範囲な婚姻禁止の妥当性はほとんど見当たらない。

しかも、欧米諸国では叔父叔母甥姪間の婚姻禁止については、アメリカの統一婚姻及び離婚法のように社会慣習により認められているケースでは例外的に許容したり、ドイツ、フランスなど特別に裁判所が許可を出せる制度となっている。このような事情から、現代社会における近親婚禁止の範囲は確実に狭まってきており、将来の方向としては、核的家族を中心として考えればいい段階にきていると説く見解もきわめて有力である。⁽³²⁾法定直系血族関係終了後の婚姻禁止について、現今親族関係が断絶した後にまで婚姻を禁止すべき理由が見出されず、まして婚姻の自由および配偶者選

(30) 工藤達郎「結婚するって本当ですか?—憲法における婚姻と家族」法教276号29頁(2003年)。

(31) 戸松秀典「厳格な合理性の基準」『憲法訴訟と人権の理論』251頁以下(1985年)、松井茂記『アメリカ憲法入門』253頁以下(1990年、有斐閣)参照。

(32) 上野・前註26、212~213頁。

扱の自由の原則が最大の尊重を要求されている憲法⁽³³⁾の精神からは削除されるべきものであるとする主張も、近親婚禁止範囲の縮小傾向と相通ずるものがあるといえよう。

実務上も、養子縁組に基づく法定血族関係が終了した後も、その当事者間の婚姻を禁止している民法736条⁽³⁴⁾の合憲性が争われたケースがある。裁判所は、「民法736条は、近親婚禁止の原則規定である民法734条とのつながりを抜きにしては、その合理性を論ずることができない。[中略] 民法は、養親子関係の内実を実親子関係との本質的な差異は差異として、できるだけ実親子関係に引きよせて考えている。『養子に養親の嫡出子たる身分を取得する』と規定し、これを介して養親子を血族とし、広範に実親子と同じ規定に服させている。換言すれば、『合意によって生じた嫡出子関係』ともいえる。これに対応して、養親子関係の内実も、実親子関係と同様のものが、形成されてゆくべきものと考えているといってよい。[中略] 実親子型の養親子関係を基礎にすれば、民法736条も、734条との関係で充分筋の通った合理的な規定だと考えら [れ]、そこでは、当事者の婚姻の自由、配偶者選択の自由が、その限度で制限されること、実親子が常にその制限を受けているのと同様な状態におくことが是認される」として、同条は憲法24条に違背しないと判示した。しかし、すでに述べたように、わが国の養子の大半は成年養子であって、目的が多様できわめて緩やかな契約養子である。この点で子の養育を目的とする断絶型の特別養子とは異なる。したがって、性的搾取や性的軋轢を生じないような離縁による養子縁組終了後の婚姻までを禁止する民法736条は、憲法13条、同24条に違反する違憲、違法なものといわざるをえない。

他方、亡A（おじ）と婚姻したY（姪）に対し、亡Aの前妻との間で生まれた子ら（Xら）が、亡AとYの婚姻が近親婚であることを理由とし

(33) 有地亨「近親婚」中川善之助教授還暦記念『家族法大系II婚姻』57頁（1959年、有斐閣）。

(34) 大阪高判昭51・9・7判タ345号217頁。

て、婚姻の取消しを求めるとともに事案で、裁判所は、⁽³⁵⁾「民法が同法734条の規定に違反する婚姻を取り消しうるものとしたのは、優生学的配慮と倫理上の要請に基づくものであり、」その要請は、時の経過等により消滅するものではないから、不適齢の婚姻（同法731条違反）や再婚禁止期間内の婚姻（同法733条違反）につき、一定期間の経過等により取消権が消滅するのと異なり、近親婚においては、取消権が消滅することなく、それは、当事者の一方が死亡した場合においても同様である〔中略〕婚姻取消の効力は原則として遡及しないが、亡Aの死亡により同人と控訴人Yとの婚姻は解消しているのであるから、本件婚姻が取消されると、右死亡の時に婚姻が取消されたことになり、その結果としての相続権を有しなかったことになるから、被控訴人らの遺留分の割合は、本件婚姻の取消の成否によって左右されることとなる。〔中略〕婚姻の取消に関する右に説示した倫理上の要請からすれば、被控訴人らが本件婚姻の取消を請求することができないものと解する余地はな〔く〕、控訴人の主張する親族関係に関する諸事情を斟酌しても、本件婚姻についての取消権の行使をもって権利の濫用であるということとはできない」と判示し、控訴人Yの権利濫用の抗弁を斥けた。

しかし、不適法婚当事者の一方の死亡後においては、公益の代表者である検察官の取消権が消滅するのであるから（民法744条1項但書）、近親婚の反倫理性も、近親婚に至った経緯、動機、当該当事者の生活していた地域の慣行、人々の意識、生活期間の経過、子の有無、夫婦生活の安定度、違法性、反倫理性も減退消滅することが認められよう。また、優生学的配慮についても、生存配偶者の性別や年齢によっても、その配慮の必要性がない場合も考えられる。さらに、婚姻の取消により、配偶者相続権など一切の重要な権利が剥奪される結果となることも酷にすぎよう。配偶者相続権が、遺産の維持形成についての実質的貢献を清算し、その潜在的持分を

(35) 東京高判平3・3・29判タ768号220頁。

払い戻す趣旨だとすれば、パートナーの長年にわたる遺産への権利が近親婚の一事をもって奪われることには納得しがたいものがある。⁽³⁶⁾ 重婚のケースで前婚が重婚者の相手方当事者の死亡または離婚などによって解消されその後も後婚が存続した場合には、解消時から将来に向かって後婚の違法性は治癒され、もはや後婚を取り消すことはできなくなるものとした事例があり、これを参考にすべきであろう。⁽³⁷⁾

2 欧米諸国における近親婚禁止の動向

(1) アメリカ

どんな社会においても、親等の近い血族間の婚姻や性関係を禁止するルールをもち、姻族間の婚姻を禁止する社会も少なくない。⁽³⁸⁾ 近親者間での婚姻や性関係を禁圧するルールのことを「インセスト・タブー (incest taboo)」という。インセスト・タブー自体は、時代を超え、洋の東西を超えた普遍的な制度といってよい。アメリカの著名な家族法学者の Clark は、刑法 (刑罰) によって禁止されるような親子、兄弟間での近親婚の禁止を「真正のインセスト (true incest)」と呼び、伯父伯母甥姪間や従兄弟姉妹間、姻族間のような婚姻法によって禁止される「人為的なインセスト (technical incest)」⁽³⁹⁾ とを区別している。

アメリカでは、近親婚の禁止を正当化しうる第 1 の理由は、聖書や教会法に示される宗教的信念や宗教的教義にもとづく。たとえば、姻族 (affinity) の概念は、夫婦は一体であり、それゆえ夫婦の一方の血族は他方の血族となるという宗教的観念から発展した。⁽⁴⁰⁾ 血族概念が婚姻を媒介と

(36) 判例タイムズ768号219頁判例解説、上野・前註26、221頁参照。

(37) 東京地判昭和36. 12. 20下民12. 12. 3067.

(38) See Stroke, *The Incestuous Marriage-Relic of the Past*, 36 U. COLO. L. REV. 473, 473 (1964).

(39) 1 CLARK, *THE LAW OF DOMESTIC RELATIONS IN THE UNITED STATES* 153 (2d es. 1987).

(40) GREEN & LONG, *MARRIAGE AND FAMILY LAW AGREEMENTS* 27 (1984).

して成立した姻族にも拡張され、宗教的な観点からも近親婚として規制された。第2の正当化理由は優生学的理由である。一定の近い血族関係にある者どうしが生殖をすると、遺伝的障害をもつ子の出生率はかなり高くなる⁽⁴¹⁾。そのため、同血統、近親交配(inbreeding)を防止することにより、劣性遺伝や遺伝的障害をもつ子の出生を回避し、もって人々の人種の身体的優良性を維持強化するとも説かれる⁽⁴²⁾。第3に近親婚禁止では社会倫理的な理由があげられる。つまり、インセスト・タブーは、家族内での性的嫉妬や性的敵対関係を防止することにより、家族の調和(family harmony)を生みだし、家族の結束力を高める働きをされている。近い関係の婚姻を禁止して家族外の婚姻を奨励することにより、他の家族との協力連帯関係を形成するという政策的理由もあった⁽⁴³⁾。また、子どもが家族のなかで親によって慈しまれ愛されるための環境が用意されなければならないが、近親婚の制限により、安定した家庭養育環境が確保される⁽⁴⁴⁾。とくに、夫婦、親子という伝統的な役割と相容れない役割を家族構成員が引き受けることから家族を保護し、扶養されている家族構成員の性的虐待を防止⁽⁴⁵⁾することも近親婚禁止の理由とされている。

(41) たとえば、2人の血縁関係のない者たちが同一の劣性遺伝子をとにもつ確率は70対1の割合であるが See MONTAGU, HUMAN HEREDITY 304 (1959).、実の兄弟姉妹の場合は2対1の確率になるという。そして、同一の劣性遺伝子をもつ兄弟姉妹が生殖をすると、子が父母から劣性遺伝子を引き継ぎ、事実上遺伝的障害をもつ確率4対1となり、子が劣性遺伝子をもつ確率も2対1になるという(LERNER & LIBBY, HEREDITY REVOLUTION AND SOCIETY 370-73 (1976); STRICKBERGER, GENETICS 787-88 (1976).)。従兄弟が共通の祖先の劣性遺伝子をとにもつ確率は8対1で、従兄弟姉妹間に生まれた子が父母の劣性遺伝子を受けづく確率は4対1となるという。

(42) See Moore, *A Defence of First-Cousin Marriage*, 10 CLE-MAR. L. REV. 136, 139-45 (1961).

(43) 1 CLARK, *supra* note 31, at 150; GREEN & LONG, *supra* note 40, at 27.

(44) See Mead, *Anomalies in American Postdivorce Relationships*, in DIVORCE AND AFTER 114-18 (Bohannon ed. 1970).

(45) Developments, *Constitution and the Family*, 93 HARV. L. REV. 1156, 1264 (1980).

ところで、アメリカでも、すべての州が親子、祖父母と孫といった直系血族、兄弟姉妹間の婚姻を禁止しているが、いままでにこれが問題とされたことはほとんどなかった。州によって婚姻禁止の範囲が異なり議論を呼んだのは、主として従兄弟姉妹間、姻族間、養子縁組による法定血族間での婚姻をめぐることであった。従兄弟姉妹間の婚姻については、約半数の州で禁止されているが、⁽⁴⁶⁾ 従兄弟姉妹間の婚姻は、婚姻により従兄弟姉妹間の伝統的な役割や地位と矛盾衝突することもなく、また伝統的な家族の役割の混乱や家族の調和を乱すこともない。さらに、遺伝的優生学的理由も、従兄弟姉妹婚 (first-cousin marriages) ではほとんど問題にもならないし、これらの者たちに憲法上保障されている婚姻する基本権を否定することは許されないと指摘されている。⁽⁴⁷⁾ そのため統一州法のための全米委員会が起草する統一婚姻及び離婚法 (Uniform Marriage and Divorce Act) では、従兄弟姉妹間の婚姻は禁止していない。

これに対して、継子や養子と継親と養親との婚姻は、自然的血縁関係は存在しなくても、実親子関係と同様に扱われかなりの州で婚姻が禁止されている。⁽⁴⁸⁾ たとえば、コネティカット州でも「いかなる男性も継母または継子と婚姻することはできないし、いかなる女性も継父または継子と婚姻することはできない。これらの者の間の婚姻は無効である。」と規定している。⁽⁴⁹⁾ また、ミシシッピ州では、養子と養親との間では婚姻できないものと定めている。⁽⁵⁰⁾ この種の婚姻は、実の親子の婚姻と同様に性的軋轢をもたらしたり、子が親の優越的地位の濫用で性的に虐待されたりする危険があるとされ、継親子関係や養親子関係存続中は婚姻禁止にもそれなりの理由が存在しよう。

(46) See GREEN & LONG, *supra* note 40, at 28.

(47) Developments, *supra* note 45, at 1265; Fuller, *Washington's Statutory Restrictions on Marriage; Ripe for Legislative Review*, 12 GONZ. L. REV. 403, 411 (1977).

(48) 1 CLARK, *supra* note 39, at 154.

(49) CONN. GEN. STAT. ANN. §46b-21 (2003).

(50) MISS. CODE ANN. §93-1-1 (2003).

しかしながら、自然血縁関係のない養子縁組による兄弟姉妹間の婚姻が問題となった Israel v. Allen 事件で、コロラド州最高裁判所は、養方の兄弟姉妹間の婚姻を禁止することは、家族の調和を増進するのではなく、むしろ家族の不和を招来し、かつ子孫に対する遺伝的優生学的危険も存在しないのであるから、養方の兄弟姉妹間の婚姻禁止は不合理であり、合衆国憲法修正14条の平等保護条項に違反すると判示した。

継親子関係などの姻族や養子縁組による法定血族間での婚姻を制限することは、これらのカップルを事実上の関係にとどめ、その結果、嫡出子の出生を妨げ、配偶者になろうとする者に政府の給付や法的保護を拒否することにもなりかねない。しかしながら、この制限は、優生学的な理由とも関係がないし、事実上、近親相姦や児童虐待を予防したり、子どもたちを家庭内でより安定させることにもつながるものではない。⁽⁵²⁾ 結局、姻族や養子縁組による婚姻禁止は、安定した家族構成の維持や家族内の役割秩序維持の社会政策的理由から置かれているが、このような関係に対する一般の人々の倫理的嫌悪感が薄らぎ、離婚や再婚の増加による家族関係の再編が一般化するに連れて、このような論拠も婚姻の全面的禁止を憲法上ますます正当化しえなくなってきている。なお、統一婚姻及び離婚法は、親子などの直系血族、兄弟姉妹、伯父伯母甥姪間の婚姻を原則として禁止している。しかし、例外的に伯父伯母甥姪間の婚姻も、土着の文化により確立した慣習、地域の慣習により許容される場合には認められるとしている。⁽⁵⁴⁾

(2) フランス

フランス民法では、直系血族、兄弟姉妹間の婚姻が禁止されるほか（フランス民法162条、163条）、養親子間、直系姻族間の婚姻は禁止される。⁽⁵⁵⁾

(51) Israel v. Allen, 577 P. 2d 762 (Colo. 1978).

(52) See Jones, *The Rights to Marry and Divorce: A New Look at Some Unanswered Questions*, 63 WASH. U. L. Q. 577, 624. (1985).

(53) See Strickman, *Marriage, Divorce and the Constitution*, 15 FAM. L. Q. 259, 288 (1982).

(54) UNIF. MARRIAGE & DIVORCE ACT § 207, 9A UNIF. L. ANN. 168 (1987).

かし、直系姻族間の婚姻禁止は姻族関係を生じた配偶者が生存する場合のみで、死亡して姻族関係が解消した場合には及ばない。したがって、たとえば、離婚した息子の父は息子が生存するかぎり直系姻族関係にあった息子の元妻と婚姻することはできない。

叔父と姪、叔母と甥の間の婚姻は、民法163条の禁止にもかかわらず免除されうる(同164条)。また、義兄弟と義姉妹間の婚姻は、民法162条の規定にかかわらず、姻族関係をしょうぜしめた婚姻が離婚によって解消された場合にも免除されうるとする。しかしながら、養方の兄弟姉妹間の婚姻、叔父叔母甥姪間の婚姻、姻族関係を成立させた配偶者が死亡後の直系姻族間の婚姻、離婚により解消された後の2親等の傍系姻族間の婚姻は、優生学的問題もなく、むしろ婚姻させることが社会倫理的に妥当なケースでは裁判所による許可が比較的自由に与えられ認められてきた。⁽⁵⁶⁾

(3) ドイツ

ドイツでも、全ての直系血族相互間(ドイツ民法1589条1項1段)、全血か半血かを問わず兄弟姉妹間の婚姻は、絶対的に禁止されている。⁽⁵⁷⁾ 妻の死亡後に妻の連れ子(夫から見ると継子)と婚姻するなど直系姻族間の婚姻も禁止され、姻族関係の基礎となっている婚姻解消後も、姻族関係は存続するので婚姻できない(1590条2項)。

しかし、姻族間の婚姻の場合には、後見裁判所の免除の宣告を受けることが可能である(EheG 4条3項)。事後にこの後見裁判所による免除が認められると、婚姻は当初から有効であったものとみなされる(EheG21条2項)。養親と養子の婚姻は近親婚禁止に規定に抵触して締結された場合でも、婚姻締結により養親子関係が終了するため有効とされている。傍系姻族間の婚姻は現在は何らの婚姻障害ともならない。一方が他方の親族と性

(55) フランス民法161条~164条参照。

(56) Alain Benabent, "La Liberte individuell et le mariage" 1973 *Reve trimestrielle de droit civil*. 462. 宮崎孝治郎編「新比較婚姻法Ⅲアメリカ大陸(2)・ヨーロッパ(2)」662頁。

(57) EheG § 4 (1976); Beizke, Familienrecht, 1985, ss. 51-53.

関係をもった場合の婚姻禁止は1973年に連邦憲法裁判所で違憲判決がくだ
 されている。⁽⁵⁸⁾

ドイツでも婚姻禁止は、長い文化的伝統にもとづく近親婚タブーにもと
 づくもので、今日では狭い人的範囲に限定されつつある。したがって、叔
 父と姪の間、従兄弟姉妹相互間及び義理の兄弟姉妹間では婚姻は禁止され
 ていない。⁽⁵⁹⁾

(4) スウェーデン等

スウェーデンでは、レイフとイングリッドという相思相愛の異父兄妹が
 当時の刑法上の近親相姦罪で処罰され離別を命じられたにもかかわらず同
 棲を続け、2人の子をもうけたケースがあり、これをきっかけに1973年に
 婚姻法が改正され、半血の兄弟姉妹間の婚姻も特別に裁判所の許可があれ
 ば認めることになった。⁽⁶⁰⁾ 1973年の法改正において、近親婚に関する第2章
 第3条が次のように改められた。「直系血族及び兄弟姉妹の婚姻はこれを
 禁止する。異父母兄弟姉妹の婚姻はとくに内閣によって任命された者の許
 可ある場合を除いてはこれを禁止する」。この近親婚の禁止の緩和措置は、
 婚姻モラルの変化に対応している。⁽⁶¹⁾

欧米諸国では、一定の近親者間の婚姻や性関係を禁止する理由として
 は、自然的生物学的要因から社会的倫理的要因に移行しつつある。しか
 も、優生学的遺伝的説明は十分な説得力を欠き、自然血族以外の婚姻制限
 の論拠とはなりえない。もし優生学的遺伝的観点から言えば血縁関係に
 ない血友病患者どうしの婚姻を禁止すべきかもしれないが、これを禁止し
 ている国は存在しない。⁽⁶²⁾

(58) 1973年11月14日連邦憲法裁判所判決参照。1974 NJW 545.

(59) データ・シュバープ（鈴木祿弥訳）「ドイツ家族法」47頁（創文社・1985年）
 参照。

(60) See Note, *Family Law-Sweden*, 22 *INTERN'L COMP. L. Q.* 182 (1973).

(61) ヤコブ・スンドベル（菱木八朗・辻田康次訳）「スウェーデン婚姻法」新比較
 婚姻法2686頁以下（1978年）参照。

(62) GLENDON, *THE TRANSFORMATION OF FAMILY LAW: STATE, LAW AND FAMILY IN THE*

近親婚は単一の世帯内で家族生活に社会的法的に破壊的效果をもつから抑制されるべきだという考え方も、核家族化、小家族化により世帯規模が縮小しつつあるなかで、説得力を失いつつある。半血の兄弟姉妹間の婚姻でさえ、異なる家庭で育った場合には婚姻を禁止する社会倫理的理由は見いだしがたい。家族の不和論も養親子や姻族関係の婚姻禁止を十分に説明するものではない。比較法学者の Glendon も指摘するように、インセスト・タブーの内容や婚姻禁止の範囲は、社会構造の急激な変化や家族関係のパターン、人々の意識の変容に伴って変化している⁽⁶³⁾。なお、重婚のケース同様に、近親婚的婚姻は無効ないし取消得べきとされるが、生活事実は実質的に形成されてきたので法的効果は婚姻と同様に認められる傾向にある⁽⁶⁴⁾。

六 本判決の検討

1 事実婚と法律婚との関係

日本は、法律婚主義を採り、国家の法定する要件を充足した者が国家の登録機関に所定の方式に沿った婚姻登録をすることで法律婚の成立を認めている。本人出頭主義、実質審理主義をとる欧米諸国とは異なり、日本の場合は、書面審理だけの届出婚主義である（民法739条）。旧法時に日本でも事実婚主義で補完していたが、現在は法律婚主義が採用されている。

ところで事実婚をどの程度まで保護すべきかについては、各国の対応は異なっている。比較的厳格なドイツ、フランスなどの大陸法諸国やイギリスは、法律上の婚姻とは区別しつつも、財産的権利を中心とした権利につき、契約的なアプローチでのカップルの保護を拡大していった。これに対して、アメリカ、コモンウェルス諸国は、身分的アプローチと契約的アプ

UNITED STATES WESTERN EUROPE 57 (1989).

(63) *Id.* at 58.

(64) *Ibid.*

ローチを並存させながら、保護法理を展開し、事実婚当事者を「配偶者」と同様に扱う立法方式や解釈での個別救済方式も活用した。

スウェーデンのように中立性の原則をとる国でも、法律婚は衰退して利用されなくなっているわけではない。ただ、事実婚であっても法律婚であっても法的に差別されず、事実婚にも実態に応じた法的保護を与えるとこの立場が採られている。したがって、50%近い人々が事実婚を選択しており、婚姻統制の意味があるのかが問われている。

法律婚は国家の資格チェックを済ませ、公的な登録がなされているため、その生活の実態や中身を問わずに、夫婦として承認され法的権利義務が包括的に一律に与えられる関係である。これに対して、事実婚はあくまでも自らの共同生活の実態と婚姻の意思を主張立証して、規範の保護目的や趣旨に沿った部分的段階的限定的保護しか受けられない。その点では、法律婚主義の建前を採っていても、事実婚保護を図ることは十分両立しうるし、相互に補完的な関係といえる。逆に、法律婚として届出がなされていても、婚姻としての実質を喪失し、戸籍に形骸をとどめるだけの存在になっていけば、場合により法律上の配偶者としての権利を失うことも⁽⁶⁵⁾ある。法律婚は夫婦的結合であり法的権利を原則として無条件でみとめられる点で優遇され、婚姻法の中核的部分を構成しているといえる。したがって、本件 X の厚生年金保険法上、亡 A と事実上婚姻関係にある者として保護することは、民法の法律婚主義に何ら抵触するものではない。

2 本件地域の婚姻慣行及び X と亡 A の内縁の動機

本件 X が生まれた茨城県西茨城郡〇〇町や嫁いだ真壁郡△△では、内婚の傾向がきわめて強く、従兄弟姉妹どうしの婚姻、叔父姪の結婚が多くみられる。⁽⁶⁶⁾この地域は農業を中心とした第一次産業に支えられる生産家族を構成し、地縁血縁により結びつき農業生産を家族的基盤により運営する

(65) *Id.* at 290.

(66) 甲第15号証の原告作成の報告書。

にふさわしい労働力の供給と安定化の装置として婚姻を位置付ける傾向が⁽⁶⁷⁾強い。わが国では、古くから叔父叔母甥姪や従兄弟姉妹が婚姻するなど内婚的傾向が強く、親戚身内など素性が明らかで小さいときから交際のある男女が結びつくことで婚姻の安定化を⁽⁶⁸⁾図る傾向があった。亡妻の姉妹と残された夫が婚姻する順縁婚や亡夫の兄弟と残った妻が再婚する逆縁婚も、当然の慣行として認められ、日本では傍系姻族の婚姻は禁止しなかった。このような中で、X と A の姪と叔父の結婚は、当該地域で違和感をもたれず、反倫理的反社会的な不道德な関係とは認識されて⁽⁶⁹⁾いなかった。

また、X と亡 A が結婚したのは、前妻が精神障害であり、前妻との間の未成年の子 C を継続的に養育できず、年齢的にも事実上の子の世話もしていた X に白羽の矢が当てられたものである。亡 A は国鉄に勤務していたものの、前妻の幼子を抱え老父母を面倒をみて農業に従事する再婚相

(67) 唄孝一・佐藤良雄「続・婚姻予約有効判決の再検討 (一) (二)」法律時報31巻10号98頁、31巻11号38頁以下 (1959年) は、有名な婚姻予約有効判決 (水戸地方裁判所下妻支部近辺) の事件の起きた村落では、結婚が父親や媒酌人により決められ女性の側の意思はほとんど問題にされなかったこと、タルイレ、アシイレなどの試験的結婚などの段階的婚姻慣行があり、入籍は子どもができてからであったことなどを明らかにしている。また、湯沢雍彦監修『転換期における家事資料の研究』147頁以下 (クレス出版1991年) で湯沢雍彦教授 (当時東京家裁調査官)、佐藤良雄教授 (当時東京大学助手) による水戸家裁下妻支部における昭和23年～36年当時の調停事件が詳細に分析されており、法律上の夫婦のトラブルでも実質的な当事者は親であることが多く、婚姻外男女関係事件も虐待、暴力、相手方の親や親族との不和が多く、家制度的意識や慣行の名残がかなりみられ親が当事者としてもでてくるが多かったという (318頁)。当時調査した湯沢教授も、東関東平野の農村地帯であったこの地域では交通の便も悪く、親戚姻戚などの親族的つながりがある者の間の婚姻や内縁が比較的見られたとのことであった。

(68) 福田アジオほか編『日本民俗大辞典上』514頁 (笠原政治) (吉川弘文館、1999年)、綾部恒雄「内婚制」『講座家族3 婚姻の成立』74頁 (弘文堂、1973年)、執行嵐「農村の婚姻」『家族問題と家族法II結婚』276頁 (酒井書店、1957年) 参照。

(69) 武井正臣『内縁婚の現状と課題』215頁以下 (法律文化社、1991年) には、1955年当時の鳥取県八橋町での内縁の実態調査が行われており、届出がされず内縁にとどまった理由として、妻の出産をまつとか、合うかどうかみる、親戚間の婚姻だからというものもあった (同書227頁、232頁)。

手を見つけることは決して容易なことではなかった。この当時も、このような祖父 D が中心になって、亡 A と X の結婚が締結され、1958年から亡 A の死亡する2000年まで42年間にわたり安定した内縁関係が継続してきたもので、両名間には二子が出生し認知されている⁽⁷⁰⁾。本件は、社会的にも承認され倫理的にも違和感のない「やむをえない事情による外圧の内縁」であった。しかも複数の関係が競合することのない一夫一婦的な単純内縁のケースであり、内縁の動機目的においても、内容においても、事実上婚姻と同様の関係にある者と認定して差し支えないケースであることは明らかである。

3 本件遺族給付の性格と X の受給資格

遺族厚生年金とは、被保険者等が死亡した場合に、家族の生活を保障する目的で給付されるものであって、これにより遺族の生活の安定と福祉を図る社会保障的性格の公的給付である（厚生年金法1条）。受給権者についても、被保険者又は被保険者であった者の死亡当時その者によって生計を維持したものとすると規定され（同59条1項）、現実の扶養関係の存在を資格条件にしている。また、「配偶者」には、「事実上婚姻関係と同様の事情にある者も含む」（同3条2項）と規定し、現実の家族共同体の保護の徹底を図っている。

したがって、遺族厚生年金における遺族の範囲も、被保険者たる A との家族生活実態に即して、現実的な観点から理解すべきで、遺族に属する配偶者についても、まさに、お互いに協力して社会通念上夫婦としての共同生活を現実に営んでいた者を指すというべきである⁽⁷¹⁾。

遺族給付の受給権者の範囲や順位などは、民法の規定にしたがって形式的に決めるのではなく、当該内縁関係の目的、動機、関係に入った経緯、共同生活の実態、関係継続期間、子の有無、関係の安定度、周囲の承認や

(70) 甲17号証の陳述書。

(71) 最判昭和58. 4. 14民集37. 巻3号270頁、参照。

関係者の意向などから、実質的な共同生活を営んできたパートナーを確定すべきである。むしろ、遺族厚生年金が公的給付であり、社会保障的理念から現実的機能的に事実上の婚姻関係と同様の生活実態にあった者に給付する趣旨であり、この給付を受けるにもっともふさわしいのは X であることは明らかであろう。そうでなければ、厚生年金制度の社会保障的理念や性格は生かされることはない。

4 本件近親婚的内縁の効力と不支給処分の効力

本件ケースは、近親婚的内縁が死亡解消後、生存する内縁配偶者が被保険者の遺族として遺族厚生年金の受給を求めたものである。かりに百歩譲って、本件 X の内縁関係が民法734条に違反する不適法内縁だとしても、不適法婚当事者の一方の死亡後においては、公益の代表者である検察官の取消権が消滅するのであるから（民法744条1項但書）、近親婚の反倫理性、違法性も、前述の通り、近親婚に至った経緯、動機、当該当事者の生活していた地域の慣行、人々の意識、生活期間の経過、子の有無、夫婦生活の安定度など諸般の事情から減退消滅することが承認されなければならない。

また、重婚的内縁配偶者という民法732条の婚姻の実質的成立要件違反のケースでも、社会立法上の「配偶者」概念については、戸籍に形骸をとどめるだけの法律上の配偶者ではなく、夫婦としての共同生活を営んでいた重婚的内縁配偶者を指すと、きわめて現実的機能的に解釈⁽⁷²⁾されている。社会的にも事実上の配偶者として遇され、40年以上にわたり安定した夫婦共同生活を続けてきた X の遺族厚生年金という重要な権利が認められないのは、重婚的内縁配偶者のケースと比べてもあまりにも権衡を失っている。社会保障給付という現実の遺族の生活保障を図る給付が、近親婚ということの一事をもって奪われることは納得しがく、本件のような遺族厚生

(72) 最近の大阪地判平成13. 8. 30判タ1097号277頁参照。

年金は、まさに X のような内縁配偶者の老後を支える重要な権利であって、Xこそ受給権者たるにふさわしい資格をもつものである。以上の次第で、本件遺族厚生年金の不支給処分は違法であり、これを取り消した原判決はきわめて正当であるといわざるをえない。

X の主張を容れて不支給処分を取得した東京地裁判決は、社会保険庁から控除され、東京高裁で控訴審に係属している、以下では、控訴審での争点とこれに対する若干の検討をおこない、結びとしたい。

七 おわりに

1 厚生年金保険法と民法との関係

控訴人は、「遺族厚生年金をめぐる法律関係には、厚生年金法で特に排除されていない限り、親族について定めた民法の規定も適用され得る」「厚生年金保険法上『遺族』の要件として定められた婚姻関係の成否を解釈するに当たっても、基本的に民法の規定及びその趣旨を尊重すべきである」と主張する（控訴理由書10頁イ）。しかしながら、厚生年金保険法では、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ものを含むものとされており（法3条2項）、同法での「配偶者」は、民法上の配偶者と同一のものとみなしなければならないわけではなく、社会保障法の理念や目的に照らして独自に解釈すべきものである。つまり、厚生年金保険法は、労働者の老齢、障害、死亡などの社会的事故に対して、社会保険制度を活用して保険給付を行い、労働者およびその遺族の生活不安を除去・軽減し、生活の安定と向上を保障しようとする目的のものである（厚生年金保険法1条参照）、独自の社会保険としての制度趣旨や目的に照らして給付ごとの支給要件や受給資格者が定められている⁽⁷³⁾。したがって、民法の配偶者概念を当然の前提としたり、民法にもとづいて支給基準（生計維持関係の

(73) 西村健一郎『社会保障法』249頁以下（有斐閣、2003年）、小西國友『社会保障法』312頁以下（有斐閣、2001年）

有無)や「遺族」の範囲が確定されるものではない。⁽⁷⁴⁾

このように、厚生年金保険法でいう「配偶者」は、民法とは異なる社会保障の理念や目的にたつて受給権者としての範囲や順位を定めているのであって、被保険者等とお互いに協力して社会的単位である家族として生活を継続してきた者、社会通念上夫婦としての共同生活を現実に営んできた者をいうと解すべきであり、控訴人の主張は明らかに判例(最判昭和58.4.14民集37巻3号270頁)や法の目的や趣旨にも反するといわざるをえない。

2 民法による近親婚禁止の趣旨及び法3条2項の趣旨

控訴人は、民法734条は、自然的血縁関係という治癒し得ない前提事実に基づき、公益的要請によって、当該関係にある者の間の近親婚の成立を、届出時のみならず将来においても絶対的に禁じており(理由書11頁)、法秩序の維持という観点からみても、近親婚関係にある者を、遺族厚生年金を受給しうる配偶者に含むと解することには慎重であるべきとする(理由書12頁)。しかしながら、入り口において、理念型としての法律婚としてどのようなカップルを保護すべきかということと、事実婚として自生してしまったカップルをどこまで保護すべきかという議論は次元を全く異にしている。法律婚は標準的モデルとして法定の資格や能力ある者に婚姻を認めて、できるかぎり安定した関係の法的承認を図ろうとするのに対して、事実婚保護の法理は届出をしない事実上のパートナーを個別具体的にその実質に即してどう保護すべきかという法政策的判断の問題である。婚姻のモラルや男女関係の多様化が進行するなかで、事実婚をとりまく社会倫理的配慮も大きく変わっており、遺族年金給付の場面でも、いたずらに婚姻の実質的要件とされる婚姻障害事由にこだわるべきでない。このことは重婚の内縁関係についても法律婚が形骸化し、実質的共同生活が安定し

(74) 西村・同書260～261頁、小西・同書325頁参照。

固定化していれば、事実婚を保護して受給資格を認めた判例の流れを見れば一目瞭然であろう。⁽⁷⁵⁾

3 民法による近親婚禁止と画一的公平な処理の実現

控訴人は、厚生年金保険法が「配偶者」の解釈について、法の趣旨、画一的公平な処理を可能とするような合理的基準が見出せない限り、民法の規定及びその背後に認められる社会的事実に従うべきと主張している（理由書15頁）。

確かに、控訴人の主張するように公的給付としての遺族厚生年金では、大量迅速な画一的事務処理や公平で平等な事務処理がなされなければならない。しかし、重婚的内縁配偶者の遺族厚生年金給付についても、当初は公的給付の性質上公序良俗に反する違法な関係は法的保護の対象にならないとしていたものが、次第に、婚姻関係が実体を失って戸籍に形骸をとどめ、その状態が固定化して近い将来解消される見込みがないときには、法律上の配偶者であっても遺族給付の対象となる「配偶者」とはいえないという判断をしている。⁽⁷⁶⁾

重婚的内縁配偶者のケースでも、法律婚が形骸化し実体を喪失しているかどうかで細かい基準を設け、法律婚が別居に至った経緯、別居期間、婚姻関係継続の意思の有無、婚姻関係修復への努力や働きかけの有無、相互の経済的依存関係の状況、別居後の音信、訪問等の状況、重婚的内縁関係の固定性等を総合的に評価して、婚姻の実質的成立要件に違反する事実婚

(75) 厚生省年金局年金課等編『新版厚生年金保険法解説』768頁（1987年）の注1では、「内縁関係とはいっても、すべての事実婚関係を認めるというのではなく、例えば、三親等内の事実婚関係等の法律上の婚姻が成立しない事実婚関係は原則として認められない」とし、ただし重婚的内縁関係は法律婚が実体を喪失している場合は内縁関係にある者と事実婚関係にあると認定すると解説されている。この解説の趣旨で言えば、いかなる実質的成立要件違反の事実婚も絶対的に認めないわけではなく、原則として認めないという立場を表明しているにすぎない。

(76) 最判昭和58. 4. 14民集37巻3号270頁。

でも、保護の成否を個別具体的に検討している。⁽⁷⁷⁾

社会保険庁の昭和55年5月16日庁保発15号、同13号の通達でも、概ね10年以上の別居、経済的依存関係の有無、音信や訪問等の実情等を基準として、個別具体的に案件を審査しており、直系血族、兄弟姉妹以外の近親婚については、受給資格の客観的画一的基準を定めて迅速かつ適切な認定を行うことは可能であるし、現に重婚の内縁では行われている。控訴人がそれを本件のような近親婚の内縁についてのみ、事実認定能力に限界のある行政庁として不可能というのは、自らの職責を放棄する単なる言い逃れに過ぎないと断ぜざるをえない。

4 大量の保険事務処理における公平性・効率性

控訴人は、厚生年金保険法は、国内全土で適用されることを当然の前提として定められており、居住地域ごとに配偶者にあたるか否かに影響を与えると解することは、公平画一的な処理を受給条件とする「配偶者」の意義を変容させるものだと批判する（理由書20頁）。

しかしながら、厚生年金保険法上の遺族年金の受給資格者としての「配偶者」概念は、その社会保障法的理念や趣旨にしたがって現実的に理解されるべきであって、公平画一的に処理基準として、客観的外形的な基準（長期間の夫婦の共同生活の有無、子どもの有無、地域社会からの承認等）のほかに、当該関係の主観的事情や基準（近親婚の内縁に至った経緯、動機、目的、地域社会における当時の倫理観、抵抗感など）を総合的に評価して、個別具体的に判断すべきものである。この点での控訴人の主張も相当性を著しく欠き全く理由がない。本件原判決が問題にしたのは、当該居住地域における倫理観抵抗感という特殊性や狭い主観的要件ではなかったことは火を見るよりも明らかであろう。原判決は、あくまでも、関係に至った動機、目的、経緯等諸般の事情からみて、近親婚の内縁だからといって、

(77) 東京地判昭和63. 3. 28訟務月報34巻10号2044頁、判時1275号46頁。

遺族厚生年金が予定した「婚姻関係と同様の事情にある者」という受給権者から排除すべきではなく、遺族厚生年金の法の趣旨や目的に照らして、道徳的にも社会通念上も醜悪で反倫理的な関係でないのに、婚姻の実質的成立要件に触れるという一事で法の保護の対象外とされることの不条理を弾劾したのである。控訴人こそ、社会保険庁という公的給付の実施機関でありながら、厚生年金法の本来の趣旨や精神を忘れ、形式的画一的処理や事務処理の便宜にとらわれて、本来保護されるべき被控訴人のような生活実態と給付資格のある事実上の配偶者を切り捨てているというほかはない。

5 最高裁昭和60年判決への抵触

控訴人は、国内において自然血族間の婚姻の方が、一般に優生学的に問題があると考えられており、社会的評価は厳しく、抵抗感が強いこと、姻族関係のほうがむしろ近親婚としての弊害は少なく、最高裁判決に抵触すると主張する（理由書25頁）。

しかしながら、優生学的配慮、公益的要請といいながら、日本は歴史的に内婚的傾向が強く、とくに農村地域では叔父姪の近親婚の内縁については、法律婚は届出が受理されないものの、実態的には例外的事情のもとで社会的倫理的に許容されていたことも明らかである。原判決も言うように、義理の親子間では一旦法律上親子となった以上は直系血族間の婚姻禁止と同様に扱い、遺族給付の受給権も認められないと昭和60年当時判断したからといって、昭和30年代からやむをえずはじまり、42年間にわたり続いた男女の生涯にわたる結合を近親婚というだけで否定しきることのほうが非人道的かつ反倫理的であり、正義や信義にももとるといえよう。最高裁判決と本件とは明らかに事案を異にしており、結論が相違したからといって、何ら最高裁昭和60年判決に抵触しないとした原判決は、この点においても正当であった。

6 遺族厚生年金と社会保障制度との関係

ところで、社会保障のシステムには三つの基本的な政策的課題があると
 言われる⁽⁷⁸⁾。第一が社会保障の規模の問題であり、公的におこなれる社会保
 障の大きさや規模をどの程度のもんとして制度設計していくか、高福祉高
 負担で行くのか、低福祉低負担とするのか。第二に、社会保障の内容や中
 身をめぐり課題であり、社会保障の内容である医療、年金、福祉等の比重
 や組み合わせをどうするかである。そして、第三に、社会保障の財源をめ
 ぐる課題であり、社会保障を実現するための財源確保のために、税によっ
 てまかなうのか(税方式)、保険料によるのか(社会保険方式)。現在、社
 会保障における公私の役割分担が盛んに議論されているが、そもそも、社
 会保障のシステムは、基本的に、産業化という経済社会の構造変化やこれ
 に伴う家族構造・就業構造等の変化に対応するかたちで展開してきた。地
 域共同体も、家族も、本来は公的な制度とは別のインフォーマルなシステ
 ムであり、産業化・都市化の進展のなかで、こうしたインフォーマルなコ
 ミュニティーが解体ないし脆弱化していくのと併行して、社会保障制度は
 それを補充するために整備された⁽⁷⁹⁾。

とくに日本の年金制度は、ドイツ型の職域・所得比例型の社会保険シ
 ステムから出発し、普遍主義的な方向でのイギリス・北欧型の生活保障型の
 基礎年金を導入し、財源的にも「保険と税」の渾然一体となったユニーク
 な性格をもっている。つまり、基礎年金は財源的には税が3分の1で、保
 険料が3分の2となっており、定額の保険料で定額の給付であるため、所
 得配分的機能を果たし、厚生年金の二階建て部分は所得比例であるため貯
 蓄・保険機能を果たしているといえよう⁽⁸⁰⁾。今後、公的年金制度がどのよ
 うに改革されるべきかは別として、現行の厚生年金保険は、労働者の老齢、
 障害、死亡などに対して、社会保険システムを利用して保険給付を行い、

(78) 広井良典『日本の社会保障』22～23頁(岩波新書・1999年)参照。

(79) 広井・同書136頁。

(80) 広井・同書74～77頁。

労働者およびその遺族の生活の安定と向上を保障しようとすることを目的としていることは疑いない（厚生年金保険法1条参照）。そして、遺族厚生年金は、社会連帯や相互扶助というコンセプトに立つ社会保険制度上の給付であり、変容する家族や共同体を支援し補完するものであって、共同体関係の外部化・社会化といってもよいものである。したがって、本件でも公的給付としての遺族厚生年金の受給権者を決定するにあたっては、このよう厚生年金制度の性格や趣旨にそって「遺族」の範囲が確定されるべきであり、遺族厚生年金の生活保障的機能、所得再配分的機能、貯蓄・保険機能から見ても、本件のような叔父姪間の近親婚の内縁であっても、事実上の安定的なパートナー関係を長期間にわたり形成してきた X には受給資格が認められるべきである。⁽⁸¹⁾

(81) なお、本件での控訴審（東京高等裁判所）は、平成17年5月31日、叔父と姪という三親等内の傍系血族にあたる者の内縁関係は公益的要請から遺族厚生年金という公的給付を受給する資格がないとして、一審判決を取消す判断をした。被控訴人側はこれを不服として上告をした。