

## 事実上の家族をめぐる法的諸問題(一)

早稲田大学英米判例研究会

(代表 矢頭 敏 也)

はしがき

早稲田大学大学院法学研究科の科目の一つである「英米私法特殊研究」に参加した人たちと事実上の家族をめぐる判例研究をはじめから、すでに数年を経過した。いっしょに勉強した判決のなかには、よく知られた *Stanley v. Illinois*, 405 U. S. 645 (1972); *Marvin v. Marvin*, 134 Cal. Rptr. 815, 557 P. 2d 106 (1976) や、イギリス控訴院のいくつかの判決があった。当初、先例としての影響力の大きい判決を時代順に紹介することを考えたが、本資料はその方針にそっていない。それら

事実上の家族をめぐる法的諸問題

の判決が日本でもかなり研究され、ひろく知られるようになってみると、私たちは重ねて研究報告するほどの成果をもちえていないと認めざるをえなくなったからである。そこで、本号では、先例としての重要性という基準からだけでなく、いろいろの事情から二つの判決をとりあげることにした。一つは、非嫡出親子関係の嫡出親子関係への法的同化の傾向のなかで、非嫡出子の父に養子収養への同意権を認めないニューヨーク州法を違憲としたアメリカ合衆国連邦最高裁判所の判決 (*Caban v. Mohammed*, 441 U. S. 380 (1979)) である。この判決については憲法論の立場から有益な研究がなされているが、私たちは

家族法研究をこころざす者としてアプローチすることに意味があると考へた。しかし、本号では、事件当時のニューヨーク以外の州の非嫡出子の父の同意の問題についても、また Caban 判決の他州への影響についても研究が及ばずに終つてしまつてゐる。他日を期したい。もう一つは、Marvin 判決とは違つてゐるしく対照的なイリノイ州最高裁判決 (Hewitt v. Hewitt, 77 Ill. 2d 49, 394 N. E. 2d 1240 (Ill. 1979)) による Marvin 判決は、同棲関係解消にあたつて契約法理その他にもとづく財産的救済を承認し、カリフォルニア州のみならず他州においても追隨されている判決である。他方、Hewitt 判決は、いづれに婚姻外同棲関係と婚姻との法的同化が有力な方向と予想されるなかで、それがかならずしも平坦な道でないことを示唆するようにみえる。少なくとも現在のアメリカ家族法判例の多様さを認識せしめるものとして紹介の意味があらうかと思う。さらに、Marvin 判決をいづれそう本格的に検討しようとする者にとつて、Hewitt 判決は看過しえない問題を提示しているといえよう。

執筆者は、授業に参加しただけでなく、その後も研究会においてこれらのケースに関心をもちつづけてきた鈴木隆史・後期課程二年度生と棚村政行・同三年度生である。

(三木妙子)

## Caban v. Mohammed 事件

一九七九年四月二四日、連邦最高裁判所判決 (上訴人勝訴)。

441 U. S. 380, 99 S. Ct. 1760, 60 L. Ed. 2d 297 (1979).

——非嫡出子の父に、子の養子収養 (adoption) に対する同意権を与えないニューヨーク州法の合憲性 (消極)

### 目次

- 一 事実の概要
- 二 連邦最高裁判所の判決
- 三 本判決以前の状況
- 四 解説
- 五 結び

### 一 事実の概要

Abdiel Caban (上訴人) と Maria Mohammed (被上訴人) は、一九六八年九月から一九七三年末まで、夫婦として同棲していた。Caban には、妻がいたが、同居はしていなかった (一

九七四年に離婚)。Caban と Maria は、一九六九年七月一六日に David、一九七一年三月一二日に Denise という二児をもうけた。Caban は、各々の出生証明書において父と記載され、父として子らと同居し、Maria と共同で子らを扶養していた。しかし一九七三年二月に、Maria は二児を連れて、Kazim Mohammed (被上訴人) と同棲するに至り、一九七四年一月に兩人は婚姻した。その後九ヵ月間は、毎週末に Maria が二児を母のアパートに連れて行き、そこで Caban が二児に会うことができた。ところが九月になると、Maria の母が、Maria と Kazim の頼みを入れて、二児を連れて故郷のフエルト・リコへ移ってしまった。Maria と Kazim は、フエルト・リコで商売を始めることができるだけの金を貯めればすぐにでも同地で二児と一緒に生活するつもりであった。Maria は二児に手紙を出すことによって、Caban は同地に住む彼の両親を通じて二児と接触を保った。一九七五年十一月、Caban はフエルト・リコへ行き、Maria の母に二、三日で返すものと思わせた上で二児を預り、そのままニューヨークへ連れ帰った。子が Caban の監護にあることを知った Maria は、警察の助けを借りて二児を取り返そうとしたが失敗に終わった。そのため、Maria は、ニューヨーク州家庭裁判所 (New York Family Court) へ、子の監護を求める訴 (custody proceedings) を

提起した。同裁判所は、Mohammed 夫妻に暫定的な監護権 (the temporary custody) を、Caban 夫妻 (当時 Caban は再婚していた) に面接交渉権 (visiting rights) を与えた。その後一九七六年一月になって、Mohammed 夫妻は、ニューヨーク州家族関係法 (the New York Domestic Relations Law) 第一一〇条<sup>(1)</sup>にもとづき、二児の養子収養を申し立てた。これに対し、同年三月に、Caban 夫妻が養子収養の反訴を提起した。このため、監護決定手続は、養子収養手続終了まで延期されることとなった。

ニューヨーク州キングス郡ニューヨーク検認裁判所 (Surrogate Court) は、Mohammed 夫妻の養子収養の申立を認容し、そのことによって、Caban が有した親としてのすべての権利・義務を終了せしめた。

ニューヨーク州中間上訴裁判所 (New York Supreme Court, Appellate Division) は、<sup>(2)</sup>「原判決を確認」、Caban のなしたニューヨーク州家族関係法第一一條に対する憲法違反の主張は、*In re Malpica-Orsini* 判決 (*In re Malpica-Orsini*, 36 N. Y. 2d 568, 331 N. E. 2d 486 (1975)) に基づいて認められない」と判示した (*In re David Andrew C.*, 56 App. Div. 2d 627, 391 N. Y. S. 2d 846 (1977))。

ニューヨーク州最高裁判所 (The New York Court of

Appeals) の *In re Mapica-Orsini* 判決に依拠して原判決を確認した (*In re David A. C.*, 43 N. Y. 2d 708, 372 N. E. 2d 42 (1977))。

そこで Caban は連邦最高裁判所へ上訴した。上訴理由は、  
(1) ニューヨーク州法の下で存する、非嫡出子の父が有する養子収養に関する権利 (adoption rights) と非嫡出子の父以外の親が有する養子収養に関する権利との区別が、合衆国憲法修正第一四条の平等保護条項に違反すること、(2) 連邦最高裁判所は *Quiloin* 判決 (*Quiloin v. Walcott*, 434 U. S. 246 (1978) (後述)) において、親として不適格であると認定されない限り、非嫡出子の父は子と親子関係を維持することができるという適正手続上の権利を認めた、というものであった。<sup>(5)</sup>

## 二 連邦最高裁判所の判決

### (1) 法廷意見 (違憲)

五対四で原判決を破棄。法廷意見は Powell 裁判官が執筆した (BRENNAN, WHITE, MARSHALL, BLACKMUN 各裁判官が同意)。<sup>(6)</sup>

〔1〕「未婚の母 (unwed mother) は、ニューヨーク州法の下で、ただ同意を与えないというだけで子の養子収養を阻止しうる権限を有する。未婚の父 (unwed father) は、たとえ

その親子関係が一本件のように一実質的なもの (substantial) であっても、子の運命に対して同様の決定権能 (control) を有していない。未婚の父は、申立人夫婦による子の養子収養が、子の最良の利益 (the best interests of the child) から見て容認されないということを立証することによってのみ、その親としての権利の終了を阻止することができる」。(441 U. S. at 386-387)

「ニューヨーク州最高裁判所によって確認された本件における検認裁判所の判決は、David および Denise の未婚の父としての Abdiel Caban の権利と、子らの未婚の母としての Maria Mohammed の権利との間に明確な差異 (distinctive difference) が存在するという仮定にもとづいていた。すなわち、この仮定によれば、Abdiel による養子収養は Maria の同意がなければ不可能であるのに対して、Maria による養子収養は、Mohammed 夫妻による養子収養が子の最良の利益に反することを Abdiel が立証することができた場合にのみ、阻止されるにすぎないのである。したがって、第一一条が未婚の父と母に対しその性にもとづいて異なる取り扱いをしていることは明らかである」。(Id. at 387-388)

〔2〕「性にもとづく区別 (gender-based discriminations) が平等保護条項の下での司法審査に耐えるためには、『重要な

政府目的 (governmental objectives) に資するものでなければならず、かつ、それらの目的の達成と実質的に関連して (be substantially related) しなければならぬ』(Craig v. Boren, 429 U. S. 190, 197 (1977), Reed v. Reed, 404 U. S. 71 (1971) も参照せよ) (Id. at 388.)

〔3〕「被上訴人の主張ならびに第一一条の根底にある明白な推定に反して、母の役割と父の役割との重要性の差が、変わることなく (invariably) 存在するわけではない。たとえ一集団としての未婚の母が、未婚の父と比べて生まれたばかりの子 (newborn infants) に対して一層緊密な関係を有しているとしても、親子関係についてのこの一般化は、子の年齢が上がるにつれ、立法上の区別の根拠として次第に承認し難いものとなるであろう。本件は、未婚の父が母子関係に十分匹敵しうる親子関係を持ちうることを示している。上訴人 Caban、被上訴人 Maria Mohammed および二児は、実の家族 (natural family) として数年間同居した。この家族の構成員として、母と父双方が彼らの子らの世話と扶養に関与した。Caban の子ら一養子収養当時四歳と六歳一が、父の愛情と関心に優る関係を母との間に有していたと信すべき理由はない。それゆえ、われわれは、第一一条の性にもとづく広範な区別が子のすべての成長段階において母子関係と父子関係との間の何らかの普遍的

#### 事実上の家族をめぐる法的諸問題

な相違 (any universal difference) によって必要とされる、との主張を排斥する」(Id. at 389.)

〔4〕「非嫡出子の福祉を実現する (provide for) という州利益は、重要なものである。非嫡出子の最良の利益にとって、非嫡出子に正常な、両親のそろった家庭の持つ安定を与えると思われる新しい家庭への養子収養が必要とされる可能性が多いことに、われわれは疑いを抱くものではない。さらに、養子収養は非嫡出子が被る汚名 (stigma) を除去するであろう。しかしながら、立法によってこれらの望ましい諸目的を推進するという州の疑いのない権利は、それ自体では、第一一条の性にもとづく区別を正当化するために十分ではない。むしろ、平等保護条項を適用する関連事件の下では、区別がこれらの目的を推進するために合理的に設定されていることが立証されなければならぬ。Reed v. Reed 判決で繰り返したように、かかる制定法上の「区別は『恣意的ではなくて合理的なものではない』と、立法目的と相当にして実質的関連 (fair and substantial relation) を有する一定の相違にもとづくものでなければならぬ。したがって、同様の状況にある者はすべて、同様に取り扱われるものとする」(Roster Guano Co. v. Virginia, 253 U. S. 412, 415 (1920)) (Id. at 391.)

〔5〕「われわれは、本件で示されているように、第一一

条における未婚の母と未婚の父との区別が、非嫡出子に養親家庭 (adoptive homes) を提供するという州利益と何ら実質的関連を有するものではないと認定する。もし機会が与えられたならば、未婚の父の中にも自分の非嫡出子が養子収養されることを阻止しようとする者がいるであらう。養子収養に対するこのような障害は、両性がひとしく有する非嫡出子の実親としての利益 (natural parental interest) の結果であることが通常であって、非嫡出子に対して父と母とが有する愛情と関心が著しく異なっていることを示すものではない。州も上訴人らも、未婚の父が未婚の母に比べて自分の子の養子収養に、より反対する傾向にあると主張してはいないし、また一集団として未婚の父がそういう傾向にあるという明白な理由も存しない」 (*Id.* at 391-392.)。

〔9〕「たとえ出生時における未婚の父の搜索 (locating) および確定 (identification) に付随する特別の困難のゆえに、新生児 (newborns) の母と父との立法上の区別が正当化されるとしても、そのような困難は乳幼児期 (infancy) を過ぎてても存続しなければならぬものではない。より年長の子 (older child) の養子収養が申し立てられた場合には、養子収養事件を処理する州の利益は、第一一条でなされた様な硬直した性にもとづく差別 (inflexible gender-based distinction) を設

けない手段によって、保護されうる。父が子の養育に進んで関与しようとはしなかった場合、平等保護条項は、州がこのような父に子の養子収養を拒否する特権 (the privilege of vetoing the adoption) を与えないことを妨げるものではない。実際、現在のままの制定法の下でも、その他の場合には同意が必要とされる親が進んで現われようとしなかったり、子を遺棄した場合には、検認裁判官は同意を得ることなく手続を進めることができる (例えば、*In re Orlando F.*, 40 N. Y. 2d 103, 351 N. E. 2d 711 (1976) 参照)。しかし本件のように、父が子との間に実質的な関係 (substantial relationship) を確立しており、かつ、父であることを承認している場合には、州はたとえ婚外子であってもその父を確定することが困難ではない。したがって、第一一条にもとづいて未婚の父と未婚の母に對してなされる異った取り扱いが、非嫡出子の養子収養を促進するという州の表明する利益と実質的関連を有することの証明はなされていなく。

要するに、われわれは、第一一条が性にもとづく区別の『広範すぎる一般化 (overbroad generalizations)』のうちの一つの例であると信ずるものである (Califano v. Goldfarb, 430 U. S. 199, 211 (1977); Stanton v. Stanton, 421 U. S. 7, 14-15 (1975) 参照) (*Id.* at 392-393.)。

(2) 反対意見Ⅰ（合憲）

反対意見は二つあり、初めの一つを STEWART 裁判官が執筆している。

〔1〕「非嫡出子の福祉を促進するという州利益は、法廷意見が示唆しているよりはるかに重要である。婚姻関係にある両親の間に生まれた子と異なり、非嫡出子は毎りがたい種々のハンディキャップを負って人生を歩み始める。……養子収養は、これらのハンディキャップを除去するための、おそらくは最も一般的に用いることの可能な方法を提供するであろう。最も重要なことは、養子収養が非嫡出子を嫡出化する手段を提供するということであり、この事実は本日の法廷意見がほとんど承認していない事実である」(Id. at 395.)

〔2〕「未婚の父は、子の法律上の監護権者である場合には、制定法にもとづいて同意をしなければならない。しかし未婚の父が監護権を有していない場合であっても、非嫡出子と関係を確立していれば、養子収養手続に参加する機会を否定されない。かかる未婚の父と子との関係は、養子収養が子の最良の利益に寄与すると裁判所が判断したときのみ、養子収養によって終了せしめられる。以上の区別は、問題になっている相対立する諸利益を注意深く調整したことを意味しており、子の福祉を促進するという州目標と密接かつ実質的な関連を有するよう

に思われる」(Id. at 395.)

〔3〕 嫡出子の父との区別について

「〔非嫡出子の父と〕子の母との法的きずな (legal tie) が存在しないという事実が、〔非嫡出子の父と嫡出子の父とを〕区別することの合憲的根拠であることは明らかである。……非嫡出子の母とその夫による養子収養を拒否する権能を未婚の父から奪うという決定は、父と称する者 (putative father) が、恣意的に自分の子から〔養子収養によって〕嫡出子となる利益 (the benefit of legitimacy) を奪うことを許されるべきでない」という判断をよく反映しているといえよう」(Id. at 397.)

〔4〕 離婚した親との区別について

「親としての権利は、親子間の生物学的関係 (the biological connection) からすべて発生するというものではなく、関係よりも継続 (enduring) がより必要とされる。……現実の父子関係 (the actual relationship) によって、未婚の父の親としての利益が既婚の父 (married father) の親としての利益に十分匹敵しうる場合もある (Stanley v. Illinois, supra 参照)。しかしここで我々が扱っているのは、未婚の父の希望と母の希望とが衝突し、かつ母優先の解決によって子の最良の利益がも

たらされる場合の未婚の父が有しうる権利についてである。このような場合には、その他の場合に現実の父子関係によって成立しうるかもしれないいかなる実体的な憲法上の請求 (substantive constitutional claims) も、母との法的きずなが存在しないことを理由に制限されることがある」(Id. at 397)。

〔5〕 未婚の母との区別について

新生児 (newborn children) および乳幼児 (infants) の養子収養について、次のように判断した。まず、「子を養育するのは母であり、かつ、大多数の未婚の父が身元不明 (unknown) であるか、〔子から〕援助を求められないことができないか (unavailable)、またはまったく無関心 (uninterested) である」という認識に立つ。そして「名乗り出て来なかった未婚の父ならびに子と関係を確立していない未婚の父は、母と同様の状況にない」のであるから、このような相違に基礎づけられた第一一条を、平等保護条項に反するものではないとするのである (Id. at 399)。

次に本件のように子に関心を持ち、子と父子関係を確立している未婚の父について判断した。すなわち、「ここで問題となっているのは、〔母の利益と父の利益という〕二つの利益ではなくて、母の利益、父の利益および子の利益という三つの利益であることが想起されなければならない。……もし未婚の両親

の同意が必要とされたならば、一方の親が同意しない場合には、非嫡出子の地位はそのままである。この観点から見れば、当該制定法はいかなる意味においても性にもとづいて区別をしてはいない」(Id. at 400)。

「上訴人 [Caban] は、養子収養が子の最良の利益にならないことを立証する機会を与えられた」が、未婚の父と子との関係が終了することによって事実上子の福祉が促進されるであろうというニューヨーク州諸裁判所の判断にもとづけば、「性にもとづかないルール (sex-neutral rule) の下でも、本件の結果は同様であらう」(Id. at 400)。

### (3) 反対意見Ⅱ (合憲)

STEVENS 裁判官が執筆 (BURGER 首席裁判官および REHNQUIST 裁判官が同意)。

〔1〕 「すべての非嫡出子は、嫡出子の地位を獲得する権利を有し、大多数の非嫡出子は、その他の場合には与えられることのない〔嫡出化の〕機会を非嫡出子に与えることが可能な親達によって養子収養される利益を有し、また、一部の非嫡出子にとっては、基本的な必需品が問題である。適切な場合に養子収養を促進するという州利益は強力でありおそらく『極めて必要 (compelling)』でさえある」(Id. at 402)。

〔2〕「非嫡出子の懐胎に対して両親はひとしく責任を負う。しかし、懐胎の時点から妊娠期および幼児期を通じて、男女間の差異が子の運命に対して重大な影響を与える」(*Id. at 404*)。そして具体的な男女差として、母のみが子を胎内ではなくくむ(*carry*)のであり、かつ、出産を決定する憲法上の権利を有していること、多くの場合、母のみが子の父が誰であるかを知っており、かつそれを相手に告げるか否かが母の意思にかかっていること、非嫡出子の父が子の母と結婚することによって子を嫡出子とすることができる場合が少ないこと、および父の確定が困難であることを挙げ、「非嫡出子の出生時および出生直後において、男女間の差異を理由に、父母に対し幾分異なる取り扱いをすることが正当とされるということは、極めて明白である」(*Id. at 407*)と結論づけた。

〔3〕そして正当とされる取り扱いとは、新生児(*newborn infant*)の養子収養に対する同意権を母だけに与えるルールであるとする。すなわち、同ルールは、子の養護(*care*)に関し決定を下す最大限の自由(*maximum of flexibility*)を母に与え、子を愛する父(*loving father*)に子の母との婚姻を促し、さらに養子収養手続を簡素化し、迅速、完全かつ確実に子を収養することにより、養親、子および一般大衆の利益を促進する。これに反し、両親の同意を要求するルール、または両親の

どちらか一方の同意が不要であること、もしくは、得られないことの理由を説明するためのある種の聴聞を要求するルールは、養子収養手続を複雑化ないし遅滞させ、母が自己および子のために選択をする自由を母から奪うだけでなく、所在不明の父(*absent father*)に対する通知を必要とする結果、母のプライヴァシーを侵害するおそれがあり、さらに養親子関係の確実性に対する養親の信頼を喪失せしめ、手続に要する費用と時間を増大させる、と批判した。

〔4〕「法廷意見は、本件のように、かつて子の養育に関与したことがあり、父であることを承認する実父(*natural father*)の意思に反する、比較的、年長の子(*older child*)の養子収養に関する事例に、その判断を限定している」(*Id. at 409*)。しかし、法廷意見が、第一一条の性にもとづく区別を疑わしいものとみなした結果、当該区別がすべての人々に等しく妥当することの立証責任を州に課した点については、以下のよう

に反対する。  
「それ以外の場合には有効な包括的分類(*general classification*)が例外的事例(*isolated case*)において恣意的であるように思われるという事実だけでは、ルール全体を無効とするのに十分な理由ではない」(*Id. at 411-412*)。

〔5〕さらに、本件のような例外的事例についてのみ考察し

た場合でも、第一一条が恣意的であるとはいえないとし、その理由を次のように述べた。

「性にもとづく区別に代えて、養子収養を拒否する権限が子を監護している親に与えられたとしても、州裁判所における母がそうであったように、母が勝つであろう。(a)子と実質的な関係を有する実父、および(b)裁判所が子の最良の利益になると認定した養子収養を阻止したいと願う実父を保護するために、特別のルールを設けることが賢明であるかどうかは別にして、本件の記録には、平等保護条項がかようなルールを要求することが立証されていない」(Id. at 413.)

〔6〕 実体的適正手続については、以下のように述べた。

「少なくとも非嫡出家族単位 (the natural family unit) が既に崩壊しており、父が子を嫡出化するための手段をとったことがなく、かつ父の不適格性の立証のような要件を加えることにより、子—および州—が養子収養と嫡出化の利益をすべて奪われる場合には、養子収養が子の最良の利益にかなうという認定にもとづいて養子収養を決定することは正当であると思われる」(Id. at 414-415.)

〔7〕 最後に、法廷意見の射程距離を次のように制限した。

「母の監護下—単独であろうが、父と共同であろうが—または養子収養に対する同意権を有する機関 (agencies) の監護下

に置かれている乳幼児 (infants) に関する事例において行なわれるべき手続は、本判決ないしその理由づけによって、まったく影響されない。実際、私が法廷意見を理解するところによれば、『比較的年長の子 (older children) の養子収養が申し立てられている場合』であり、かつ「父が子と実質的な関係を確立しており、進んで子の父であることを承認する場合」を除いて、現行州法は今まで通り強行されうる」(Id. at 416.)

### 三 本判決以前の状況

(一) 伝統的な非嫡出子の父の地位とその向上

コモン・ローにおいて、非嫡出子の父母は、*nulius filius* の原理 (非嫡出子は誰の子でもない) に従って、親としての権利を何ら有していなかった。その後この原理が修正され、非嫡出子の母が子に対する排他的な監護権を有し、子の扶養に対する全面的な責任を負うに至ったが、非嫡出子の父は、子の扶養義務を負う以外は、子に関する権利を承認されることがほとんどなかった<sup>(1)</sup>。したがって、最近に至るまで、子の監護<sup>(2)</sup>に関して母が優越的な権利を有することは当然であるとされてきた。もちろん子の養子収養に対する父の同意権は認められなかった。ところが、最近の一連の連邦最高裁判所判決によって、未婚の父の権利が拡大されるに至った。この動きは、アメリカ社会にお

ける婚姻観の変化や、未婚の父母の増加とそれに伴う非嫡出子出生数の増加といったような社会状況<sup>(15)</sup>を背景としていると思われるが、そのみならず、このような社会状況の変化と歩調を合わせて、連邦最高裁判所が一方では非嫡出子の保護を拡大し、他方では性差別審査を厳格化してきたこともその誘因となっているように思われる。本判決は、このような社会状況を抜きにしては考えられず、非嫡出子の養子収養に関する非嫡出子の父の権利を承認した点において、まさに画期的意義を有するものといえよう。

## (二) 子の養子収養に関する父の権利

養子収養とは、子が実親 (natural parents) 以外の親を得、親が実子 (natural child) 以外の子を得るための法的プロセス<sup>(17)</sup>である。養子決定 (adoption decree or order) の結果、今まで子とその実親との間に存していた法律上の権利義務が消滅し、それに取って代わって、子と養親との間に同様の権利義務が発生する。つまり、養子は実親との関係を永久に遮断され、養親の嫡出子として取り扱われることになるのである<sup>(18)</sup>。

このように、養子収養が子と実親との法律関係を終了させるものであるため、養子収養の前提として、養子収養に対する実親の同意が必要とされ、または実親の親としての権利の終了 (termination of parental rights) もしくは同意免除事由の

存在によって、子が養子収養されうる状態になっていることが必要とされる<sup>(19)</sup>。同意を必要とされる親とは、養子となる子が嫡出子の場合には両親である。他方、養子となる子が非嫡出子の場合には、一般に母の同意のみが要求されてきたのであり、たとえ父が子を自分の子であると承認し、扶養をしてきた等の事情があったとしても、父の同意は必要とされてこなかった<sup>(20)</sup>。Caban 判決は、非嫡出子の父に対するこのような差別的取り扱いを違憲としたものである。

## (三) 関連判例

非嫡出子の父の権利が憲法上保障される権利か否かが初めて争われたのは、Caban 判決ではなく、一九七二年の Stanley 判決 (Stanley v. Illinois, 405 U. S. 645 (1972)) である<sup>(22)</sup>。同事件の内容は、長年同棲してきた男女間に生まれた子が、母の死亡を理由に、州の被保護児童決定手続 (dependency proceeding) において州の被後見人とされ、その結果、子と同居し、子を扶養してきた未婚の父と別れさせられることとなったため、この未婚の父が合衆国憲法修正第一四条の平等保護を奪われたとして争ったというものである。連邦最高裁は、未婚の父が子の監護に関し、認識されるべき重要な利益を有しており、したがって法の適正手続の問題として、子がその監護から奪われる前に、親としての適格性に関する聴聞 (hearing) を受

ける権利を有することを明らかにした上で、被保護児童決定手続を規定するイリノイ州法を違憲とした。<sup>(24)</sup>

Stanley 判決は、その保護する未婚の父の範囲が不明確であったため、混乱を引き起こした。<sup>(25)</sup> また、その保護する未婚の父の権利が、単に手続的な通知・聴聞権だけなのか、それとも子の監護に関する実体権をも含むものであるのかがあいまいであったため、子の監護・養子収養・面接交渉等に関する未婚の父の権利一般に対する同判決の影響力の理解に、統一を欠くこととなった。<sup>(26)</sup> その他、審査基準や未婚の父への通知方法などに関しても不明瞭な判決であるが、少なくとも未婚の父に通知・聴聞を受ける権利を明認し、さらに未婚の父の実体権を承認する第一歩となった点で、その有する意義は大きい。<sup>(27)</sup>

この Stanley 判決を養子収養事件に適用すべしと命じたのが、Rothstein v. Lutheran Social Services of Wis. and Upper Mich. 判決 (405 U. S. 1051 (1972)) である。<sup>(28)</sup> 同判決は、未婚の父が非嫡出子の養子収養の通知を受ける権利および親としての権利を有しないと判示したウィスコンシン州裁判所の判決を破棄し、Stanley 判決に照らしてさらに審理を尽くさせるために、原審へ差戻したものである。この判決により、Stanley 判決が養子収養事件にも適用されることが明らかにになったが、Stanley 判決の保護する未婚の父の範囲は、依然とし

て不明なままであった。<sup>(29)</sup>

ようやく一九七八年の Guilloin v. Walcott 判決 (334 U. S. 246 (1978)) において、連邦最高裁は、養子収養に関する非嫡出子の父の権利につき、初めて自己の見解を明らかにした。同事件の非嫡出子の父は、子およびその母と同居したことはなく、時折、子が父を訪問したにすぎなかった。非嫡出子とその父が、このような関係を続けていたところ、非嫡出子の母と結婚した男性が、子と数年間共同生活をした後に、子の養子収養を申請するに至った。そこで、非嫡出子の父が、子の養子収養を阻止し、面接交渉権を得ようとして本訴を提起したのであるが、当該父は、監護を得ようとしたことはなく、また子が母達と同居を続けることにも反対しなかった。同事件のこのような事情をふまえた上で、連邦最高裁は、非嫡出子の父に子の養子収養に対する同意権を与えないジョージア州法の合憲性に関し、次のような判断を下した。すなわち、『不適格性 (unfitness) の立証を経ることなしに、単に子の最良の利益であると考えられるという理由だけで、両親とその子の反対にもかかわらず、州が血縁上の家族 (natural family) を崩壊させようとするならば』 (Smith v. Organization of Foster Families, 431 U. S. 816, 862-863, 53 L. Ed. 2d 14, 97 S. Ct. 2094 (1977)) 適正手続条項に違反するということに、当裁判所はほとんど疑いを

抱かない。しかし、本件は、未婚の父が常に子の事実上ないし法律上の監護権を有していたり、あるいは求めようとした事例ではない。また、本件は、申請された養子収養によって、今まで共同生活をしたことのない新たな両親の下に子が収養されるという事例でもない。むしろ、本件における養子収養の結果は、既存の家族単位 (family unit) に完全な承認を与えることであり、それは、上訴人 (Quilloin) を除く全関係者が望む結果なのである。他の事情の下で何が要求されるにせよ、本件の事情の下で、州が養子収養、すなわち嫡出化 (legitimation) の否定が、『子の最良の利益 (best interests of the child)』であること以上の認定を要求されると言うことはできない。<sup>(30)</sup> このような理由から、連邦最高裁は、未婚の父に子の養子収養に対する同意権を与えないことが、未婚の父から実体的適正手続を奪うものではないと結論した。また、未婚の父に同意権を与えず、既婚の父 (married father)<sup>(31)</sup> に同意権を与えることが平等保護条項違反となるかについては、本件のように子の監護を行なったことも、子の日常の監督、教育、保護または養護に関する重大な責任を負ったこともなく、また子の監護を欲しているわけでもない未婚の父の利益と、婚姻中子の養育の全責任を負っていた既婚の父の利益とは容易に区別することができるとして、平等保護条項違反とならないと結論づけた。<sup>(32)</sup>

事実上の家族をめぐる法的諸問題

同判決は、Stanley 判決が養子収養に適用されることを明らかにし、正面から未婚の父に実体的適正手続を保障した点で、未婚の父が法律上保護に値する存在であることを確認したものであるといえよう。しかし、未婚の父の権利も一定状況下では制限されうることを承認し、未婚の父が保護されるための要件として父と子の一定の関係を要求することによって、未婚の父の無制限な保護に歯止めをかけた点で一層意義深い判決といえる。ただし、要求される父子関係の程度およびその審査の際の基準については、以後に問題を残した。

#### 四 解説

(一) Stanley, Quilloin および Caban 三判決の関係

(二) 三判決で示された原理<sup>(33)</sup>

① 非嫡出子の父の権利が憲法上保障されるものであること。生物学的つながりだけでは、常に十分な保護に値するとはいえないにしても、法的きずなの不存在を理由として、当然に憲法上の保護が否定されるものではないことを示した。

② すべての未婚の父に対し、通知・聴聞権が与えられること。

未婚の父が、少なくとも手続的な権利だけは等しく与え

られることを示した。

- ③未婚の父が子に関する実体的な権利を与えられるためには、子と実質的關係 (substantial relation) を有することとを必要とすること。

未婚の父に実体的権利が与えられるためには、単に子との生物学的つながりだけでなく、日常的な事実上のつながりが必要であることを示した。しかし、実質的關係がいかなるものを指すのか、父の母に対する関係がどの程度考慮されるのか、さらには、子の年齢、子の現在の監護状態等の様々な要素が結果にどのような影響を与えるのか、などの問題が、依然として残されている。

- ④「子と実質的關係を有する」未婚の父が法律上母と同様の地位に置かれること。

- ⑤非嫡出子の父に対する差別が、性にもとづく差別であること。

この点は、従来、非嫡出子の父に対する差別が、非嫡出性にもとづく差別と考えられていたのを変更し、今後この方向での保護が予想される点で重要である。Stanley, Quilloin 両判決が、主として適正手続条項を根拠としたのに対し、Caban 判決が平等保護条項を根拠とし、中間的な審査基準を導入したことによって、他の領域での未婚の

父保護の見直しが迫られよう。

- ⑥親としての適格性に関する絶対的な推定が廃棄されたこと。

行政的便宜が、親の基本的権利に優先するものではないこと、親の基本的権利を制限するための制定法は、精巧に立法されなければならないこと、およびかかる制限を認めるか否かの審査が、個々の事件の基礎たる事実 (individual basis) にもとづいて行なわれることを示した。

- (1) 養子収養事件である Quilloin 判決と Caban 判決との主要な相違点

- ① Quilloin は、子との実質的關係を有していなかったが、Caban は有していた。

- ② Quilloin は、子の監護を求めなかったが、Caban は、子の養子収養を申請した。また、Caban は婚姻しており、子に安定した家庭環境を提供することができる。

- ③ Quilloin 判決は、主として実体的適正手続に関する判断であった。

- ④ 平等保護に関して、Quilloin 判決が既婚の父と未婚の父との区別を判断したのに対し、Caban 判決は未婚の父と未婚の母との区別を判断した。

- ⑤ Quilloin 判決では、未婚の父は特別な地位を与えられず、

子の最良の利益が最終的な判断基準とされたが、Caban 判決では、未婚の父が不適格と認定されない限り、他の親と同様の権利を有するとされた。

(二) Caban 判決の検討<sup>(34)</sup>

(ア) Caban 判決の意義

Caban 判決の最も重要な点は、既に述べたように、未婚の父母間に設けられている区別を、性にもとづく区別であるとなししたことである。<sup>(35)</sup> また、審査に用いられる基準として、州法の区別と重要な州目的との実質的関係 (substantial relationship) を要求する中間的な審査基準 (intermediate standard) を選択した点、さらには、具体的な判断基準として、未婚の父と子との間に実質的関係 (substantial relationship) が存するか否かという基準を採用することを明確にした点が重要である。

問題点の指摘も含めて、これらのことにつき、以下で若干の検討を加えてみることにする。

(イ) 審査基準<sup>(36)</sup>

i) 平等保護条項による保障

合衆国憲法修正第一四条の平等保護条項および適正手続条項は、ともに個人の諸権利に対する憲法上の保障の第一の根拠として発展してきた。平等保護条項は、すべての人に法の平等保護を保障するものであり、州立法が同じ状況にある者を異った

ように取り扱うことを禁ずる。このように、平等保護条項がある個人の属する集団の特性を根拠として区別をすることの是非に注目するのに対して、適正手続条項は、各個人に基本的な一定の利益が適正手続を経ることなく奪われることは是非に焦点をあわせる。<sup>(37)</sup> いずれの条項を適用するかは、個別的事例に即して判断されるが、適正手続条項を適用するためには、当該個人の被侵害利益が基本的なものであることが必要とされるうえ、違憲か合憲かの判断に際しては、州利益と個人の利益との利益衡量が行なわれるため、未婚の父一般に対する画一的な保護手段としては平等保護条項の方がすぐれている。<sup>(38)</sup> この点で Caban 判決は、未婚の父に対する保護を一步進めたものと評価してよいと思われる。

従来、連邦最高裁は、制定法が平等条項に違反しているか否かを判断するために、二段階の審査 (two tiered approach or test) を行なってきた。一つは合理的基礎テスト (rational basis test) であり、もう一つは厳格審査テスト (strict scrutiny test) である。<sup>(39)</sup> 前者が立法上の区別に合憲性の推定を与えるゆるやかなテストであるのに対し、後者は合憲性の推定を排除し、立法者側に重い立証責任を課す厳格なテストであり、裁判所がいずれのテストを採用するかによって結論が左右されることが多い。性差別事件に関して言えば、連邦最高裁は合理的

基礎テストを採用し、一貫して合憲の立場をとってきた。<sup>(40)</sup>ところが、七〇年代に入って、合理的基礎テストと厳格審査テストの中間的な審査基準を採用する判決が出てきた。その最初の判決が、*Reed v. Reed* 判決 (404 U. S. 71 (1971)) である。同判決は、合理的基礎テストを用いながらも、実際にはより高度な審査を行なって違憲判断を下した。その五年後に下された *Craig v. Boren* 判決 (429 U. S. 190 (1976)) は、明確に中間レベルの審査基準を採用するに至った。すなわち、同判決は、「性による区別は、重要な政府目的に資するものでなければならず、かつ、それらの目的の達成と実質的に関連していなければならぬ。」(*Id.* at 197) と判示した。こうして、性にもとづく区別も、立法上当然に許されるものではなく、より厳格な審査が要求されることが明らかにされてきた。<sup>(41)</sup>

ii) 未婚の父と母との区別の審査基準

*Caban* 判決は、このような中間レベルの審査基準を、未婚の父と母との区別に適用した初めてのものではあった。ところが *Caban* 判決と同じ日に下されたもう一つの未婚の父に対する差別事件である *Parham v. Hughes* 判決 (441 U. S. 347 (1979)) は、合理的基礎テストを採用しており、そこには連邦最高裁の足並みの乱れが見られる。同判決は、非嫡出子の不法行為死を理由とする損害賠償請求権を母に優先的に与え、母が

いない場合に、子を嫡出化する裁判所の命令を得ていた未婚の父にのみ請求権を与えるジョージア州法を、合憲であると判断したものである。合理的基礎テストを用いた理由は、次のようなものであった。すなわち、州は、男女のいかなる相違にもまったく無関係な、性にもとづく広範すぎる一般化 (*overbroad generalization*) をすることを禁じられるが、子の嫡出化の権限が父にだけ認められているので、非嫡出子の父母は同様の状況にない (*not similarly situated*)。州法は、性にもとづいて区別しているのではなく、非嫡子を嫡出した父とそうでない父とを区別しているにすぎないから、不当な差別 (*invidious discrimination*) は存在していない、というものであった。<sup>(42)</sup>この立場によれば、中間的審査基準を適用するためには、制定法上の性にもとづく区別が、単なる性以外の男女の何らかの相違にもとづいていないことの認定を必要とする。<sup>(43)</sup>しかし、その認定を厳格にすると、中間レベルの審査を事実上廃棄しかねない。<sup>(46)</sup>事実、*Parham* 事件の父は、子と実質的關係を有していたのに保護されない。また、未婚の父がたとえ子を嫡出化していたとしても、母がいない場合に限って、請求権が認められるにすぎないのであるから、ほとんどの未婚の父は請求権を与えられないという不当な結果を生ずることになり、到底その結論には賛成しえない。

また、法廷意見を構成していた四裁判官 (STEWART 裁判官が執筆)、BURGER 首席裁判官、REHNQUIST 裁判官および SEVENS 裁判官が同意) は、Cabán 判決における反対意見を構成していたが、Cabán 判決で法廷意見を執筆した Powell 裁判官が、Parham 判決では合憲の立場を採ったため、同裁判官が未婚の父事件のキャスティング・ボートを握ることににより、連邦最高裁の立場を不鮮明なものにしていく。Powell 裁判官は、Parham 事件でも中間レベルの審査基準を採用したが、州法上の区別と重要な州目的 (父性立証の困難の回避) との間に実質的関連があるとの判断を下した。中間レベルの審査基準を採用しても、各裁判官の裁量によってその結論が異なりうることは当然であるが、Powell 裁判官が Cabán 判決において父性立証の困難の回避という州目的を不十分と考えたことからすると、Powell 裁判官の態度にはにわかに首肯し難いものがある。<sup>(49)</sup>

以上のように、連邦最高裁内部で、審査基準についての対立があり、また同じく中間レベルの審査基準を用いる裁判官の間でも、具体的判断における統一性を欠いている。したがって、Cabán 判決が未婚の父に対する差別につき、中間レベルの審査基準を採用した画期的判決であるとはいえ、兩判決における連邦最高裁の立場に一貫性がないことによって、未婚の父と未

婚の母との区別に用いられる審査基準は、未だ明確ではないといわざるを得ない。

(ウ) 同意権を与えられる未婚の父の範囲

(a) 未婚の父と子との実質的關係

Cabán 判決が未婚の父に対する差別を性にもとづく差別とみなしたからといって、すべての未婚の父が未婚の母と同様の地位を認められるわけではない。Cabán 判決も、進んで父であることを承認せず、あるいは子を遺棄したような父には、同意権を与えない。<sup>(50)</sup> すなわち、同意権が与えられるためには、未婚の父が子と実質的な関係を確立しており、かつ自己の父性を承認していることが必要とされる。この実質的な関係が、どのようなものを指すのかは明確でないが、少なくとも単なる生物学的父子関係ではならず、父が子に強い関心を示しているとか、子と日常的な接触を保っているとか、あるいは子の監護・養育に貢献してきたなどの、父子関係を認定するに足る客観的な事実関係の存在が要求されると思われる。具体的には、子との同居の有無 (子と同居していない場合には、子との面接交渉の有無ないし程度)、子の日常的な養護、監督および教育への関与、子の扶養などの事実が、実質的關係を認定する際の重要な資料となろう。いずれにせよ、子の監護・養育に対するみずからの責任を回避する父には、実質的關係が認められない。

ところで、父と子の実質的關係を認定するにあたり、子の年齢はどの程度重要な資料であるかを考える必要がある。本判決は、新生児の父の搜索および確定に関する困難が、新生児の父と母との立法上の区別を正当化する可能性のあることをほのめかしている。<sup>(52)</sup> 確かに、分娩の事実によって容易に母性を確定できる母と異なり、未婚の父の父性確定は困難である。ことに子が新生児 (newborn) の段階では、子と父との間に法廷意見が言うところの実質的關係が存することがまれであらうから、なおさらである。しかし、生まれて間もない子が養子収養されることも多いのであるから、少なくとも父であることが明らかである未婚の父と新生児との間には、できる限り実質的關係を認める必要があると思われる。そこで解釈論としては、新生児と未婚の父との実質的關係の認定に際し、単に新生児に対する未婚の父の態度だけでなく、子の出生前および出生直後の母に対する態度をも斟酌することを認めてよいのではないだろうか。たとえば、子の出生前に、子の妊娠・出産に関し、父が母を援助していた場合には、父が出生後の子に対し重大な関心を抱いていることは明らかである。このような場合にも、生物学的にみて、新生児と母との関係の方が、新生児と父との関係よりも緊密であることや、新生児にとって養子収養される利益が大きいことを理由に、画一的ないし推定的に未婚の父と新生児

との実質的關係の不存在を認定することは許されるべきではないと思われる。このように未婚の父と子との実質的關係の認定に際し、広く子の出生前後の母に対する父の態度をも斟酌することが許されるならば、子の成長段階に關係なく、実質的關係テストはすべての父子關係に適用することが可能となる。

問題は、子の妊娠もしくは出産の事実を知らなかった未婚の父である。このような父は、子に対する関心を示す機会が与えられなかったわけであり、また現在では Stanley 判決によってすべての未婚の父に対し、裁判手続の通知を受ける権利および聴聞を受ける権利が認められているのである。そこでこのような父に機会を与える意味から、養子決定をするにあたり、父の子に対する関心の有無を確認する義務を裁判所に課し、今後実質的な父子關係を形成すると思われる父には、養子収養に対する同意権を与えるという方法を採る必要があると思われる。<sup>(53)</sup>

未婚の父が親として不適格であるという反証を許さない推定 (irreputable presumption) を違憲とした Stanley 判決ならびに当該非嫡出父子の事実關係に即して判決を下した Gullion 判決および Caban 判決の趣旨を貫くならば、少なくとも父であることが明らかである未婚の父と新生児との実質的關係の不存在を推定することは許されるべきではない。よって、本判決

は、新生児を含むすべての子と未婚の父との關係に適用されると解したい。

(b) 子の最良の利益と養子収養

子の監護一般に関する争いにおける判断基準は、時代と共に変わってきた。一九世紀初頭には、父優先の原則であったのが、次第に母優先の原則に取って代われ、子の最良の利益は母の監護によって達成されると考えられるようになった。<sup>(55)</sup>しかし、画一的な決定に対する疑問から、現在では、子の最良の利益が最終的な判断基準であると考えられるに至っている。すなわち、たとえば離婚の際には、子の最良の利益というガイドラインに沿って親の一方に監護権が与えられる。また実親対第三者の争いにおいても、従来の実親優先の原則 (doctrine of parental right) をとらずに、子の最良の利益に合致するときには、親の不適格性を立証することなしに監護権を第三者に付与することができるとする州も出てきた。<sup>(56)</sup>

このような子の最良の利益原理と養子収養との關係はどうであらうか。子の養子収養は、養親の家名や財産の永続という養親の利益に資するものであったこともあるが、現在では、未成年者の収養の場合には、実親と暮らすことのできないう子にしっかりした家庭環境を与えることを第一の目標としている。<sup>(59)</sup>養子収養は、あくまで子の身体的・精神的欲求を充足させるための

手段であるから、養子収養が子の福祉に合致するものでなければならぬことは言うまでもない。重要なのは、養子収養が子と実親との關係を永久に遮断し、実親から親としての權利を奪ってしまう点であり、このため、親の同意が、養子収養の必要条件とされている。したがって、親の同意を得ずに養子収養を行なうためには、その前提として、親としての權利の終了 (termination of parental rights) または制定法に規定された同意免除事由の存在が必要である。<sup>(60)</sup>このように、一般の監護事件と異なり、養子収養においては、原則として親の意思に反して子を奪ってはならない (実親優先の原則) というのが現行法の態度である。<sup>(61)</sup>

また、制定法が養子収養が子の最良の利益であることを同意免除事由と定めていればともかく、ニューヨーク州のように同意免除事由としていない法域では、親の同意を不要とするか否かは、養子収養とは無關係に決定されるのである。

このような養子収養の特殊性に鑑みるならば、子と実質的關係を有している未婚の父も、他の親と同様、親子關係を断絶されても仕方のない状態をみずからの行為によって招いた場合を除き、その意思に反して子を養子収養されないと解すべきであらう。もし、このような未婚の父に同意権を与えないとすると、未婚の母は同意権を有するから、同意をするか否かによっ

て養子収養手続を開始させるか否かの決定権を有することになる一方、未婚の父は母の意思にもとづいて開始された養子収養手続に、第三者としての資格でしか参加することができず、養子収養を拒むためには、積極的に養子収養が子の最良の利益にならないことを立証しなければならない<sup>(62)</sup>という不公平な結果を招くことになる。以上の理由から未婚の父に同意権を与えた本判決は妥当なものであったと考える。

残された問題は、非嫡出子の養子収養が、特別の保護に値すると思われるべきか否かである。非嫡出子にとって、養子収養により嫡出子となるのが一般に利益であるといえるであろうが、必ずしもすべての非嫡出子にとって養子収養により嫡出子となるのが利益であるとは思われない。なぜなら、子にとって最も重要なことは、子の監護に最良の環境が提供されることであるからである。現状において子が実父と実質的な関係を確立している場合に、その未婚の父に養子収養の同意権を与えた本判決は、この点でも正当であったと思われる。

## 五 結び

本判決の根底にあるのは、子にとって親との事実的關係が最も重要であるとの考えであろう。父と実質的關係を確立している子にとってみれば、その父が未婚の父であろうがなかりう

が、關係のないことである。その父との關係を継続することこそ、子の監護にとって好ましいのである。たまたまその父が未婚であったために、父に同意権を与えられず、父の意思に反して子が養子収養される結果不利益を被るのは、実際には子である。子の養子収養手続を開始させるか否かの決定権が親に与えられる結果、州がその決定にまで積極的に介入しない現行法の下では、未婚の母同様、未婚の父にも同意権を与えることこそ、究極的な子の最良の利益に資するものであると考える。

なお、一九七九年の時点において、あるノートの筆者が記すところによれば、八州<sup>(63)</sup> (ARIZONA, ILLINOIS, IOWA, MONTANA, OREGON, RHODE ISLAND, SOUTH DAKOTA, WISCONSIN)<sup>(64)</sup> がすべての非嫡出子の父に同意権を与え、二十九州 (CALIFORNIA, LOUISIANA, NEW YORK etc.) が一定の非嫡出子の父に同意権を与えているという<sup>(65)</sup>。

ニューヨーク州家族関係法 (Domestic Relations Law) 第一一条第一項は、一九八〇年に改正され、以下の様な規定となった(新しい(d)号を追加し、以前の(d)号を(f)号と変更した)。

第一一条 同意権者

第一項(d)号 成年であるか未成年であるかを問わず、出生後六ヵ月以後に養親のもとに置かれた婚外子 (child born out-of-wedlock) の父。但しこの父が、以下の事実によって証明

されるような、子との実質的にして継続的もしくは反覆的な接触 (substantial and continuous or repeated contact) を保ってきた場合に限る。その事実とは、(i)父が自己の資力に応じた相当にして合理的な額の子の扶養料を支払ったこと、および(ii)心理的かつ経済的に実行可能であって、子の法律上の監護権を有する人もしくは権限を有する機関によって阻止されなかった場合に、父が少なくとも毎月子を訪問したこと、または(iii)心理的かつ経済的に子を訪問することが不可能であるか、子の法律上の監護権を有する人もしくは権限を有する機関によって子の訪問を阻止された場合に、父が子と、または子の養護ないし監護を有する人もしくは機関と、規則的に連絡をとったことである。……(中略)……成年であるか未成年であるかを問わず、養子収養のための子の託置 (Placement of the child for adoption) の直前一年内に六

ヵ月間子と公然と同居し、その間子の父であると主張してきた婚外子の父は、本号の目的のために子と継続的な接触を保ってきたとみなされるものとする。

同項(e)号 成年であるか未成年であるかを問わず、養子収養のために養親に託置された時点で六ヵ月未満であった婚外子の父。但し、(i)この父が、養子収養のための子の託置の直前の六ヵ月間、子もしくは子の母と公然と同居し、(ii)その間子の

父であると主張し、かつ(iii)自己の資力に応じて、子の母の妊娠もしくは子の出生に関して生じた医療、入院および看護のための費用につき、相当にして合理的な額を支払った場合に限る。

右のニューヨーク州法については、(e)号の要件が厳格すぎるとして、州裁判所段階ではあるが、早くも違憲判決が下されている (*In re F. D.*, 7 F. L. R. 2007 (1980))。同事件の未婚の父は(ii)の要件のみを充足しているにすぎなかった。しかし、同事件の事実、子を出産した当時、母がまだ十五歳の高校生であり、出産後五日めに母の同意がなされ、子の母方の祖母が翌日子を養親希望者に引き渡したが、一方父は妊娠した母が治療を受けるために病院へ行くのに付き添い、子の出生証明書に自分の氏名を書きたいとの意思表示をしており、また母の分娩費用の支払を申し出たが、子の母方の祖母に拒絶された、さらに母の両親および兄弟は子の父を嫌っており、母との接触を拒んだという特殊なものであった。そのため、当該父は *Caban* 判決にもつき平等保護および適正手続を受ける権利を与えられる子に対して関心を有している父 (concerned, caring father) であると認定され、ニューヨーク州ナッソー郡検認裁判所は、同条(e)号が制限的にすぎる結果、多くの *Caban* のような父をカバーしていないことを理由に、(e)号を違憲と判断し、当該未

婚の父に子の養子収養に対する同意権を与えた。本判決は、新生児の養子収養においても、Caban 判決が妥当することを示したものであり、子の出生前、出生後において父が子に対する関心を示していれば、Caban 判決の言う実質的な父子関係を認定することが可能であることを認めた点で評価してよいと思われる。

このように、同意権を与えられる未婚の父の範囲は、今なお明確であるとはいえない。明確な範囲確定のためには、その前提として、未婚の父の父性確定の方法や未婚の父に対する通知の方法などの手続面での展開が待たれる。

## 註

(1) 夫婦の一方は、他方配偶者と共同して、他方配偶者の子（嫡出・非嫡出を問わない）を養子とすることができ、る旨を定めた規定。

(2) 一九七七年当時の第一一条（関連部分のみ）は、以下のように規定されていた。「養子収養の同意は、以下の者に要求されるものとする。……(b)成年か未成年であるかを問わず、嫡出子の両親または生存親、(c)成年か未成年であるかを問わず、非嫡出子の母、……。」

(3) 同事件では、Caban 事件と同様に、ニューヨーク州家族関係法が、合衆国憲法修正第一四条の適正手続条項および平等保護条項に違反しているかどうか、が争われた。事実関係も Caban 事件と似ており、非嫡出子の母の夫からの養子収養の申立に対し、非嫡出子の父が異議を唱えたものである。但し、同事件における非嫡出子の父は、子の出生後一年半の間、子および子の母と同居していたにすぎないけれども、父であると宣告する判決および扶養料支払命令が下されており、また面接交渉権も認められていた。

ニューヨーク州最高裁判所 (New York Court of Appeals) は、未婚の父母に対する異なる取扱いは、子の福祉の増進という州利益によって正当とされるので、平等保護条項に違反しない、と判示した。その理由として、未婚の父に同意権を与えることによって、父搜索の困難と出費増という問題が生じること、養子収養後に父が現われることによる紛糾を恐れて養子収養の申立が減少すること、その結果実親によって監護されない子を施設に収容することによって国庫が枯渇するであろうこと、さらには、養子収養されない子を持つことによって母の結婚が難しくなること等を挙げている。

結局、これらの理由から区別を合理的なものと判断した上で、父と子の事実的生活関係の濃淡に関わりなく、すべての未婚の父に同意権を与えないことを正当とした。

- (4) 合衆国憲法修正第一四条第一節の中には、個人の権利を保障するために、適正手続条項(due process clause)と平等保護条項(equal protection clause)と呼ばれる次のような条項が含まれている。

「いかなる州も、法の適正な手続によることなくしては、何人の生命、自由または財産も、これを奪うことはできない。また、いかなる州も、その管轄権内にある何人に対しても、法律の平等な保護を拒むことはできない。」(C. H. Pritchett (村田光堂・西修・竹花光範訳)「アメリカ憲法入門」によった。)

- (5) 「[Caban]は、適正な通知を与えられ、養子収養手続に当事者として参加することを許されていたので、Stanley v. Illinois 判決(405 U. S. 645 (1972))において必要なものであると判示された手続的適正手続(procedural due process)が否定されたとの主張は、行なっていない」(Caban v. Mohammed, 441 U. S. 380, 385, n. 3)。

事実上の家族をめぐる法的諸問題

- (6) 番号は、筆者の整理による。

- (7) 未婚の父を指す言葉として、unwed fatherのほかには、unmarried father, putative father, natural fatherなどが使われることがある。このうち、putative fatherとは、厳密に言えば、非嫡出子の父であると主張する者または非嫡出子の父であるといわれている者であり(BLACK'S LAW DICTIONARY)、また、natural fatherとは、広く子と血縁関係を有する父を意味するように思われるが、一般には両者とも、非嫡出子の父(未婚の父)を指して用いられている。

- (8) 法廷意見は、未婚の父の憲法上の主張を否定したQuilloin v. Walcott 判決(434 U. S. 246 (1978))と比較して、Quilloin 判決では未婚の父が子に対し父として行動しなかったことの重要性が強調されたと述べている(Caban v. Mohammed, *supra*, at 380, n. 7)。

- (9) “infant”という用語は、本来、か弱く無力な年齢の子(a child of a tender and helpless age)を意味するが、法律上は、未成年者を指し、また“infancy”や、未成年(minority or nonage)を指す(42 Am. Jur. 2d *Infants* § 1 (1969))。POWELL 裁判官が、具体的に何才位の子を意味しているのかは不明であるが、ここに

は未成年者の中で、新生児と対比して使われているから、infancy とは乳幼児期を意味すると解した。(なお、子の発達段階については、大西誠一郎編著『親子関係の心理』(昭和四十六年)、柏木恵子・松田惺・宮本美沙子・久世敏雄・三輪弘道『親子関係の心理』(昭和五十三年)などを参照)。

- (9) H. CLARK, JR., *THE LAW OF DOMESTIC RELATIONS IN THE UNITED STATES* § 5. 1 (1968); H. KRAUSE, *FAMILY LAW IN A NUTSHELL* 128-29 (1977).

- (11) 未婚の父に対するこのような差別的取り扱いは、コモン・ローの歴史的偏見を反映したものであるが、父性それ自体が不確かであること、および一般に父が子に関し責任を負わず無関心であるとの固定観念もまた原因であったとされる (*Unwed Fathers and the Adoption Process*, 30 *LAW REVIEW DIGEST* 2: 4, 14 (1981) = *Condensation of an article by Rausch*, 22 *WM. & MARY L. REV.* 85 (1980) [以後、Rausch, *supra* note 11 に引用する])。

- (12) CLARK, *supra* note 10, § 5. 4; KRAUSE, *supra* note 10, at 137; 10 C. J. S. *Bastards* § 17 (1938)。なお非嫡出子の父の権利義務については、Note, *Unwed Fa-*

*thers: An Analytical Survey of their Parental Rights and Obligations*, 1979 *WASH. U. L. REV.* 1029 (1979) [以後、Note, *Unwed Fathers*, *supra* note 12 に引用する] が詳し。

- (13) CLARK, *supra* note 10, § 5. 4; KRAUSE, *supra* note 10, at 168; 2 C. J. S. *Adoption of Persons* § 58 (1972, *supp.* 1982)。

- (14) 未婚の父の権利義務の拡大に先んじて、まず非嫡出子の法的地位が判例によって引き上げられた。嫡出性の有無にもとづく区別に初めて違憲判断を下したのは、Levy 判決 (Levy v. Louisiana, 391 U. S. 68 (1968)) および Glona 判決 (Glon v. American Guarantee & Liability Insurance Company, 391 U. S. 73 (1968)) であった。前者は、母の不法行為を理由とする非嫡出子からの損害賠償請求を認めないルイジアナ州法を違憲であると判断したものであり、後者は、非嫡出子の不法行為を理由とする母からの損害賠償請求を認めないルイジアナ州法を違憲であると判断したものであった。(両判決については、三木妙子「非嫡出子の地位と法の平等保護」比較法学八・二・一〇一(一九七三)およびクラウス(石川稔訳)「アメリカにおける非嫡出子

の法的地位」家月二六・一一・一一八（一九七四）（参照）

本判決以前に非嫡出子の父からの憲法上の請求を審査したものは、*Stanley v. Illinois*, 405 U. S. 645 (1972); *Quilloin v. Walcott*, 434 U. S. 246 (1978); 本件および *Parham v. Hughes*, 441 U. S. 347 (1979) (plurality opinion) である。前三者では、子の監護等に関する権利および子の養子収養に関する権利の有無が争われたが、*Parham* 事件では、子の不法行為死を理由とする、子を嫡出化していない父からの損害賠償請求権の有無が争われた。このうち違憲判断を下したのは、*Stanley* 判決と本判決である（各判決の詳細は後述）。

なお、非嫡出親子関係全般に関する連邦最高裁判所の対応については、石川稔「アメリカにおける親子法の最近の動向」ジュリスト六〇二・一〇二（一九七五）、釜田泰介「嫡出・非嫡出による区分と法の平等保護（一）」（三・完）「同志社法学三二・三・四・二三一、三二・五・一、三三・一・一（一九八一）参照。

- (15) 我妻洋「変動するアメリカの家庭」ケース研究一七九・二（一九八〇）。

- (16) 男女間の性にもとづく差別は、*Reed* 判決（*Reed v. 事実上の家族をめぐる法的諸問題*

*Reed*, 404 U. S. 71 (1971)) 以降、合理的基礎テストより高度な審査基準を適用される場合がある（本文二〇一頁参照）。なお、性差別に関する憲法判断一般については、釜田泰介「性による区分と法の平等保護—アメリカ最高裁判所一九七一一一九八〇」同志社アメリカ研究一七・九（一九八一）、同「性による差別とアメリカ憲法（一）」（三・完）「同志社法学二八・五・一二九、二八・六・一一七、二九・一・一〇一（一九七七）が詳しい。

- (17) CLARK, *supra* note 10, § 18. 1. その他、以下の叙述には、KRAUSE, *supra* note 10, at 154; 2 C. J. S. *Adoption of Persons* §§ 1-12 (1972, *supp.* 1982); Hurd, *The Law of Adoption: Ancient and Modern*, 9 VAND. L. REV. 743 (1956) 等を参考にした。

- (18) なお、アメリカにおける未成年者の養子収養が、裁判所の決定（final decree or order）によって成立するものであって、養子側と養親側との養親子関係創設の意思の合致によって成立するものではないことはいうまでもない。ただし、私人間の養子縁組契約を認めない一般原則の修正として、養子縁組契約が equitable adoption なじし adoption by estoppel として法律上の保護を受ける場合もある。しかし、この場合も、私法上の契約と

事実上の家族をめぐる法的諸問題

一一一

して保護されるのではなく、あくまでも裁判所が信義誠実 (justice and good faith) の見地から、事実上の養子収養 (*de facto adoption*) として保護すべきであると判断した場合にのみ保護されるにすぎない。したがって、その認定は厳格であり、当事者が法律上の養子収養をする意思を有していたことを要する (CLARK, *supra* note 10, § 18, 8; 2 C. J. S. *Adoption of Persons*, § 3 (1972, *supp.* 1982))。

(19) 子の監護権を親が有しないときに、後見人その他の者の同意が必要とされることがある。

(20) 州判決の中には、非嫡出子の父の父性が承認されているか、または確定している場合に、父の同意が必要であるとしたものがあり、また、両親の同意が必要であることを特に判示したものもある (従来の州判決については、Annot., 51 A. L. R. 2d 497 (1957) が詳し)。

(21) 2 C. J. S. *Adoption of Persons* § 58. なお、非嫡出子の父が子の母と婚姻することによって子を嫡出した場合には、父の同意も要求される。

(22) 州判決レベルでは、Stanley 判決以前に非嫡出子の父の監護に関する請求を認めたものもあったが、父の権利を正面から認めたものではなかったとされている

(Freytag, *Equal Protection and the Putative Father: An Analysis of Parham v. Hughes and Caban v. Mohammed*, 34 SOUTHWESTERN L. J. 717, 718 n. 11 (1980))。

(23) 405 U. S. at 652.

(24) 平等保護違反となるかについては、正面から取り扱わず、「聴聞を Stanley や同種の父に認めなかったにもかかわらず、その他の親は認めるところに、当然、平等保護条項違反となる」(*Id.* at 658.) とだけ判示した。

(25) Schwartz, *Rights of a Father with regard to his Illegitimate Child*, 36 OHIO ST. L. J. 1, 3 (1975); Note, *Unwed Fathers*, *supra* note 12, at 1032; Wright, *Caban v. Mohammed: Extending the Rights of Unwed Fathers*, 46 BROOKLYN L. REV. 95, 100-02 (1979); Comment (Caban v. Mohammed) 29 EMORY L. J. 833, 843 (1980); Comment, *An Analysis of the Unwed Father's Adoption Rights of CABAN v. MOHAMMED: A Foundation in Federal Law for a Necessary Redrafting of the Pennsylvania Adoption*, 25 VILL. L. REV. 317, 320-25 (1980) 「以後」 Comment, *An Analysis of the Unwed Father's Adoption*

*Rights, supra* nota 25と引用する); Bodenheimer (中川高男・鈴木廣訳)「養子法の新しい傾向と要請並びに法律改正への提言」明治学院論叢三二・四一(一九八一)°

- (26) J. AREEN, CASES AND MATERIALS ON FAMILY LAW 155 (1978); Note, *Unwed Fathers, supra* note 12, at 1031-33; Comment (Caban v. Mohammed), *supra*, at 838-40; Comment, *An Analysis of the Unwed Father's Adoption Rights, supra*, at 317, 320.

- (27) Stanley 判決の註脚は「*Putative Father's Constitutional Protection of the Putative Father's Parental Rights*, 70 MICH. L. REV. 1581, 1608 (1972); Note, *The "Strange Boundaries" of Stanley: Providing Notice of Adoption to the Unknown Putative Father*, 59 VA. L. REV. 519 (1973); Comment, *The Unwed Father's Rights In Adoption Proceedings: A Case Study and Legislative Critique*, 40 ALB. L. REV. 543, 547-54 (1976) 参照°

- (28) Stanley 判決を監護事件に適用すべきことを命じたものとして Vanderlaan 判決 (Vanderlaan v. Vanderlaan, 405 U. S. 1051 (1972)) を参照° 同判決は非

事実上の家族をめぐる法的諸問題

嫡出子の監護に関する未婚の父の権利を否定したイリノイ州裁判所の判決を破棄差戻したものである°

- (29) Stanley 判決後「ニューヨーク州で非嫡出子の養子収養に関する未婚の父の権利の有無が争われたが、ニューヨーク州最高裁は、未婚の父に同意権を与えなかった。ニューヨーク州法を合憲と判断した (*In re Adoption of Malpica-Orsini*, 36 N. Y. 2d 568, 370 N. Y. S. 2d 511 (1975))° 同判決は「註(26)参照°

- (30) 434 U. S. at 255.

- (31) これは、特に「母と別居するか離婚するかして子と現在同居している父を問題としている°

- (32) 434 U. S. at 256.

- (33) 主として「Rausch, *supra* note 11, at 7」による°

- (34) 本件評釈には「小林節「アメリカにおける未婚の『父』の権利と法の下での平等」三色旗三八四(一九八〇)°同「Cadan v. Mohammed」アメリカ法一九八一・二・三二七および釜田「嫡出・非嫡出による区分と法の平等保護」前掲註(14)一九がある°

- (35) Comment, *Constitutional Law-Equal Protection-Gender-Based Classifications in Adoptions Found Violative*. Caban v. Mohammed, 63 MARQ. L. REV.

- 131, 137 (1979); Wright, *supra* note 25, at 119.
- (36) 司法審査および審査基準に関する文献は数多うが、主としてそのを参考とした。L. TRIBE, *AMERICAN CONSTITUTIONAL LAW* (1978); G. GUNTHER, *CASES AND MATERIALS ON CONSTITUTIONAL LAW* (3d. ed., 1980); Gunther, *The Supreme Court-1972 Term, Forward: In Search of Evolving Doctrine on a Changing Court: A Model For a Newer Equal Protection*, 86 HARV. L. REV. 1 (1972); Note, *Developments in the Law-The Constitution and the Family*, 93 HARV. L. REV. 1156 (1980); Hughes, *Equal Protection and Due Process: Contrasting Methods of Review under Fourteenth Amendment Doctrine*, 14 HARV. C. R.-C. L. L. REV. 529 (1979); Bice, *Standards of Judicial Review under the Equal Protection and Due Process Clauses*, 50 So. CALIF. L. REV. 687 (1977); Erickson, *Equality between the Sexes in the 1980's*, 28 CLEV. ST. L. REV. 591 (1979); Comments, *Gender-Based Discrimination and a Developing Standard of Equal Protection Analysis*, 46 CIN. L. REV. 572 (1977). 邦語文献として、戸松秀典「平等保護と民法
- 審査(一〜四)」国家学会雑誌九〇・七二八・一、九一・一二・一、三二四・一、七二八・二七(一九七七〜七八)、『阪本昌成「優先処遇と平等原則—審査基準と実体的価値—」ロー・スクール二八・二七(一九八二)』、久保田きぬ子「アメリカ法と男女の平等」アメリカ法一九七七・二・一九七、高橋一修「アメリカの男女差別判例の動向(一〜二・完)」ジュリスト七二六・九七、七三〇・六九(一九八〇)、『釜田「性による区分と法の平等保護」前掲註(16)』、同「性による差別とアメリカ憲法」前掲註(16)などがある。
- (37) 両者の違ひは、Note, *Developments in the Law-The Constitution and the Family, supra* note 36, at 1193-97; Hughes, *supra* note 36, at 530-33 参照。
- (38) Cohen は、あらゆる審査基準を検討した後、非嫡出性のみにとて汚名を着せられているすべての個人、父および子に対し、裁判所に同一程度の敏感さが要求されることなどを理由に、未婚の父に対する区別の審査基準として、中間的レベルの平等保護審査(intermediate level of equal protection scrutiny)が最も適当であると、Note, *Equal Protection for Unmarried*

*Parents*, 65 IOWA L. REV. 679, 718 (1980).

- (39) 合理的基礎テストは、立法上の区別と正当な立法目的との間に合理的関連が存するか否かを審査する。厳格審査テストは、州立法が個人の「基本的利益(fundamental interest)」を侵害するか、「疑わしい区別(suspect classification)」を包含する場合に適用され、立法上の区別が「極めて必要な州利益(compelling state interest)」の獲得に必要であること、および州が「より侵害的でない代替手段(less restrictive alternatives)」を採ることが不可能であることの立証を州側に課すものである。

- (40) *Frontiero* 判決 (*Frontiero v. Richardson*, 411 U. S. 677 (1973)) とおなじ、四名の裁判官 (BRENNAN, DOUGLAS, WHITE など MARSHALL) は、性別に基づく立法上の差別を、本来疑わしいものであると述べたが、この見解は未だ連邦最高裁の多数意見になっていない。

- (41) 同判決の要旨は次のとおりである。「区別は『恣意的でなく、合理的なものでなければならず、立法目的と相当にして実質的な関連(fair and substantial relation)を有する一定の相違にもとづくものでなければならな

事実上の家族をめぐる法的諸問題

- い。したがって、同様の状況にある者はすべて、同様に取り扱われることを要する』(*Royster Guano Co. v. Virginia*, 253 U. S. 412, 415 (1920))」(404 U. S. at 76)。  
なおこの部分は、*Caban* 判決 (*supra*, at 391) に引用されている。

- (42) この部分は、*Caban* 判決 (*supra*, at 388) に引用されている。

- (43) 釜田「性による区分と法の平等保護」前掲註(16)一三五～一三六参照。

- (44) 441 U. S. at 354-55.

- (45) *Erickson* によれば、性差別を行なっている制定法の違憲判断を回避するための手段の一つが、男女が「同様の状況にある(similarly situated)」ことの要求であるといわれる。*Erickson*, *supra* note 36, at 596-98.

- (46) *Freytag*, *supra* note 22, at 729-30, 737.

- (47) 反対意見を構成している四裁判官 (WHITE, BRENNAN, MARSHALL など BLACKMUN 各裁判官) は、*Caban* 判決では法廷意見を構成しており、本件でも区別が性にもとづくものであるとして、中間レベルの審査基準を適用した。

- (48) 441 U. S. at 359-61.

- (49) Powell 裁判官が合憲判断を下すにあたっては、当該区別が父を全面的に排除するものではなかったこと、ならびに、問題になっている父の利益が、Caban 判決では子の養育に関する親の利益であったのに対し、Parham 事件では経済的利益であったことが、背景に存したのではなかったかと思われる。Note, *Equal Protection for Unmarried Parents*, *supra* note 38, at 714; Freytag, *supra* note 22, at 733, 737 参照。
- (50) 441 U. S. at 392.
- (51) *Id.* at 393.
- (52) *Id.* at 389, 392.
- (53) Rausch, *supra* note 11, at 15; Comment, *An Analysis of the Unwed Father's Adoption Rights*, *supra* note 25, at 334.
- (54) 未婚の父に対する通知の方法は検討されなければならぬが、少なくとも身元不明の父や、住所不明の父に対しては公示送達を行なうほかない。この場合に、裁判所は、出頭して来た父の子に対する関心について審査すれば足りる。出頭しなかった父は、自己の権利を放棄したとみなされ、後になってから当該養子収養が同意を欠き無効であると主張することは許されない。
- (55) CLARK, *supra* note 10, § 17. 4; KRAUSE, *supra* note 10, at 253-55. Mnookin 「子の監護に関する裁判(上)」ケース研究一七一・五六(一九七九) 石川稔・前掲註(14)・一〇五。
- (56) Title によれば、母優先の原則を廃棄した理由は、女性の経済的地位の向上による役割の変化、母優先の原則の科学的根拠の欠如、母優先的取り扱いに対する違憲判断の出現、および母優先の原則が様々な欠点を有することであった(Comment, *The Father's Right to Child Custody in Interparental Disputes*, 49 TUL. L. REV. 189, 198-203 (1974))。
- (57) KRAUSE, *supra* note 10, at 256; Comment, *Illegitimacy (J. M. S. v. H. A.)*, 17 J. FAM. L. 179, n. 110; Comment, *Termination of Parental Rights in Adoption Cases: Focusing on the Child*, 14 J. FAM. L. 547, 550-55 (1975-76)。現在、多くの州が子の最良の利益という基準を制定法上採用している。たとえばカリフォルニア州は、一九七二年に母優先規定を廃棄し、さらに一九七九年に、「親の性を理由として、一方の親に未成年の子の監護が決定されもしくは付与されるという法律上の推定が存在しない」というのが、カリフォルニ

ア州の政策である。」(Stats. 1979 ch. 204, § 3)と規定する法律を制定した。また「民法典第四六〇〇条(Civil Code § 4600)は「子の監護の付与が子の最良の利益以外の要素に基づいてはならない旨」定めている。

- (58) Chernerinsky, *Defining the "Best Interests": Constitutional Protections in Involuntary Adoptions*, 18 J. F.A.M. L. 79, 80-81 (1979-80); Getman, *The Unwed Father's Rights in Adoption Proceedings: a Case Study and Legislative Critique*, 40 ALB. L. REV. 543, 547-50 (1976); 石川 稔・前掲註(41)・1〇五。

- (59) CLARK, *supra* note 10, § 18. 1; KRAUSE, *supra* note 10, at 154; Rausch, *supra* note 11, at 4; Bodenheimer 前掲註(25)・四九。

- (60) 各州法は「一定の場合に「親の同意を免除する規定を設けている。多くの州は「親が子を虐待なつて遺棄したとてや「子の扶養を怠ったことなどを免除事由とつづけるが、養子収養によって子の利益が促進されることと親による同意の拒絶が子の最良の利益に反してつづることを免除事由とつづる州もある (Annot., 78 A. L. R. 3d 722, 728 (1977); Annot., 51 A. L. R. 2d 498 (1957); 2 C. J. S. *Adoption of Persons* §§ 57, 60, 64, 66,

事実上の家族をめぐる法的諸問題

77)。

ニューヨーク州家族関係法第一一二条二項は「六カ月間子と面接交渉しなかったことなどによって自己の親もしくは監護権者としての権利義務を放棄する意図を明らかにしたこと、子を権限を有する当局に引き渡したと、父性を否定する書面を作成したことなどを免除事由と定めるが、養子収養が子の最良の利益になることを免除事由とはしていない。

- (61) 養子収養制度と他の親としての権利終了制度との関係については、Rausch, *supra* note 11, at 4-5 参照。

- (62) 441 U. S. at 400 (STEWART, J., dissenting opinion), 414, 415 (STEVENS, J., dissenting opinion).

- (63) ARIZ. REV. STAT. ANN. § 8-106 (Supp. 1981) (生存している実親 (natural parents) 双方の同意を要求する)

- (64) ILL. ANN. STAT. ch. 4, § 9. 1-8 (Supp. 1979) (両親の同意を要求する)

- (65) IOWA. CODE ANN. §§ 600. 3, 600 A. 8 (Supp. 1981) (親としての権利 (parental rights) の終りが養子収養申立の要件)

- (66) 1979 MONT. LAWS ch. 33, § 40-8-111 (1979) (両親

## 事実上の家族をめぐる法的諸問題

二一八

の同意を要求する) 条文を確認することができなかった  
の<sup>67</sup> Note, *Unwed Fathers*, *supra* note 12, at 1059  
を参照した。

- (67) OR. REV. STAT. § 109, 312 (1979) (両親の同意を  
要求する)

- (68) R. I. GEN. LAWS § 15-7-5 (Supp. 1980) (両親の同  
意を要求する)

- (69) S. D. COMP. LAWS ANN. § 25-6-4 (Supp. 1981) (両親  
の同意を要求する)

- (70) WIS. STAT. ANN. § 48, 84 (Supp. 1981) (未成年  
の非嫡出子の父の同意が、父の権利が法律上終了してい  
ない限り、要求される)

- (71) この分類は、Note, *Unwed Fathers*, *supra* note 12,  
at 1059 によった。

- (72) Stanley 判決は、その有名な註九 (405 U. S. at 657,  
n. 9) で、子の処遇 (disposition) につき関心を有する  
父は子の監護手続もしくは養子収養手続において聴聞を  
受ける権利を有することを認めた。これがいかなる範囲  
の未婚の父を指すのか不明確であるため、各州立法者の  
応対はさまざまであった。

ニューヨーク州家族関係法第一一一—a 条は、非嫡出

子の父に対する通知に関して規定している。同条は一九  
七七年および一九八〇年に改正され、通知権者として、  
手続開始時に子および子の母と公然と同居し、かつ、子  
の父であると公認していた者 (二項(e)号)、書面による  
宣誓供述において母によって子の父であることが確認さ  
れていた者 (同項(f)号)、子の出生後六カ月内に、しか  
も子の引渡証書 (surrender instrument) の交付または  
社会福祉法第三八四—b 条にもとづく手続の開始前に、  
子の母と婚姻した者 (同項(g)号)、および未婚の父登録  
所 (putative father registry) に対し、子の父である  
ことを承認する証書を提出している者を追加した。

(鈴木隆史)

## Hewitt v. Hewitt 事件

一九七九年九月一九日、イリノイ州最高裁判所判  
決 (上告人 (被告)、中間被上訴人 勝訴)。

77 Ill. 2d 49, 394 N. E. 2d 1204 (Ill. 1979).

## 目次

一 婚姻外同居者になんらかの財産的権利を認めることは

許されるか（消極）

二 イリノイ州における法律上の配偶者と婚姻外同居者の財産的地位

三 解説

一 婚姻外同居者になんらかの財産的権利を認めることは許されるか（消極）

(一) 事実関係と事件の経緯

Victoria Hewitt（原告・中間上诉人・被告人）は、Robert Hewitt（被告・中間被上诉人・上诉人）と一九五八年にアイオワ州グリーンネル大学在学中に知り合った。一九六〇年六月、Victoria は妊娠したが、二人は法律上の婚姻関係になかった。Victoria の妊娠後まもなく、Robert は彼女に、自分達は夫婦であり、夫婦として同居しよう、正式の儀式は必要ない、また、これから先彼女と生活、所得、財産を分かち合いたいと言った。それからすぐに、二人はそれぞれの両親に自分達の結婚について知らせ、事実上の夫婦としての生活をはじめた。

Victoria は、Robert の約束を信頼して、彼の専門教育の修了および小児歯科開業医としての地位の確立に尽力し、自分の実家からそのための経済的援助をうけるなどした。さらに、

事実上の家族をめぐる法的諸問題

Victoria は、その特殊技能をもって彼の仕事を助け、そのサービスにより給与をもらってはいいたが、その金銭は家族の共通の資金とした。結婚当初なんらの資金ももっていなかった Robert は、Victoria の協力により、現在年収八万ドル以上、しかも多額の財産を蓄積するまでに至っている。また、Victoria は、妻として子の母としてのあらゆる助力を惜しまず、その助力の中には、Robert の社会的職業的名声をたかめるための社会活動も含まれていたという。

このようにして、Victoria と Robert は婚姻類似の関係 (marriage-like relationship) を形成し、その間に三人の子をもうけた。しかし、一九七五年に至って、一五年にもおよぶ二人の関係は解消されることになった。そこで、Victoria は、はじめに裁判所に対し離婚の訴 (complaint for divorce) を提起した。ところが、Victoria と Robert は婚姻許可状 (marriage license) を得ておらず、婚姻の儀式 (marriage ceremony) もおこなっていなかったため、右離婚の訴は却下された。その後 Victoria は、改めて以下のような請求をおこなった。① 被告 Robert は生活、将来、財産、収入を分か合うと約束し、かつ彼の財産はすべて二人の協力によって得られたものだから、原告 Victoria はエクイティ上二分の一の持分権を有する。② 当事者達の行動は彼らの家族関係 (family rela-

tionship) 継続中に蓄積された財産の二分の一の権利を原告に与える旨の黙示の契約 (implied contract) の成立をはっきりと示している。③ 被告は、原告と婚姻していないことを知りながら彼女から労務の提供をうけるため詐欺的に妻であると言つて安心させたのであり、それゆゑ被告の財産には原告の利益のため信託 (trust) が設定されるべきである。④ 原告は被告の約束を信頼して彼に全生活を捧げ損失を蒙つたものだから、被告は不当に利得している。

第一審裁判所 (The Circuit Court of Champaign County) は、イリノイ州法および公序 (public policy) は原告の請求が有効な法律上の婚姻にもつづくものであることを要求しているにもかかわらず、本件ではかような法律上の婚姻が成立していないとして、原告 Victoria の請求を棄却した。これに対し、第二審裁判所 (The Appellate Court of Illinois, Fourth District) は、キャリフォーニア州の Marvin 判決に依拠しながら、つぎの理由から第一審判決を取り消した。すなわち、① Victoria と Robert は決して不倫な (meretricious) 関係にあつたものではなく、一五年以上にわたる「きわめて伝統的な尊重すべき通常の家族生活 (most conventional, respectable and ordinary family life) を営んできたものである」② イリノイ州婚姻および婚姻解消法 (Illinois Marriage and

Dissolution of Marriage Act) は婚姻外同棲を禁止しておらず、彼らの関係は刑法上の犯罪である fornication をも構成しないこと、したがつて、Victoria の行動は必ずしも公序に反するとはいえないこと、さらには、③ 原告の訴は明示の口頭契約 (express oral contract) を訴訟原因とするものであるが、事実および証拠に関する適切な主張によつて構成されるその他の救済を原告に否定すべき公序の理由は存しない、というものである (Hewitt v. Hewitt, 380 N. E. 2d 454 (Ill. App. 1978))。

そこで、Robert からイリノイ州最高裁判所 (The Supreme Court of Illinois) に本件上告が提起された。

## (二) 判決要旨

イリノイ州最高裁判所は、Victoria を勝たせた第二審判決を取り消し第一審判決を確認した。アンダーウッド Underwood 裁判官の手による本判決の要旨は以下の通りである。

### (1) Marvin 判決に依拠した第二審判決の批判的分析

「Marvin 判決を下した裁判所が採用したのは純粹の契約理論 (pure contract theory) であつて、その理論のもとでは、当事者達の意思と合意条項が立証されるなら、本件中間上訴裁

判所を印象づけた擬似伝統的家族関係 (pseudo—conventional family relationship) が重要でないことは明らかである。すなわち、暗黙の性的関係が合意の明示の約因 (consideration) を成していないかぎり、財産的請求が許されるわけである」(394 N. E. 2d at 1207)。これに対し、本件中間上訴裁判所 (appellate court) は、当事者達の関係が外見上伝統的な家族関係に近似する場合にのみ契約法理を適用しようとする。Marvin 判決での原告は、外観上の家族関係を欠くため、わが中間上訴裁判所では請求が認められなかっただろう。

「婚姻外同居者に財産に対する権利が生ずるかどうかの問題は、実際には明示の契約法の問題にすぎぬとみることはできない」(ibid.)。恐らく、同居する男女のほとんどは財産に対する権利についての明示の合意を結んでいないと思われるから、黙示の契約についてのコモン・ロー法理、エクイティ上の救済、構成信託 (constructive trust) が問題となる事件のほうが、はるかに多いであろう。「Marvin 判決で触れられた婚姻外同居棲の増加およびそこで認められた多様な法的救済方法が、かなりの数の訴訟を招来することは必至とみられるし、その訴訟では、たとえ口頭の契約の主張でも、立証は必ず当事者達の生活関係 (living arrangements) の細部にまでおよびることになる」(ibid.)。

事実上の家族をめぐる法的諸問題

## (2) 婚姻外同居者の財産的権利と公序論

言うまでもなく、われわれは、婚姻外同居者の共同で蓄積した財産に対する請求につき、ますます司法的関心が向けられつつあること、多数の裁判所が当事者達の合理的期待を実現するためのエクイティ上または契約上の基礎を承認していることを心得ている。「しかしながら、婚姻外同居者相互の財産的権利 (property rights) の問題は、……契約法の観点のみから適切に性格づけることもできないし、またかような関係当事者間での衡平や公正という考慮に限られるものでもない。婚姻外同居関係から生ずる請求になんらかのタイプの法的地位 (legal status) を付与するのが望ましいのは、どういう事情のもとでか、またそれはどの範囲でかを決定する際には、より大きな公序の問題がある。直接の当事者達の権利よりもはるかに重要なのは、これを承認することがわれわれの社会や婚姻制度におよぼす影響である」(ibid.)。意識的に不法な (illicit) あるいは不倫な関係に入った者が伝統的な婚姻類似の法的権利を取得できることは、かような関係の成立を促進し、われわれの社会の基礎としての婚姻を弱体化するのではないか。一方死亡の場合、相続、不法行為死訴訟 (wrongful death actions)、労働者災害補償に関し、残された者は生存配偶者 (surviving spouse) の地位をもつか。さらにもっと重要なことは、かような関係

から生まれた子の扶養、相続、監護の問題をどうするかである。「婚姻外同棲から生じる法的に強行しうる財産的権利および監護権の肯認は、その實際的效果として、少なくとも本件事情のもとでは、コモン・ロー婚の適法化(legalization)と同様ではないか」(*Id.* at 1208)。要するに、イリノイ州民の一般福祉は、一九〇五年に廃止されたコモン・ロー婚類似のものを復活させることにより促進されるといえるのであろうか。

### (3) 婚姻外同棲者間の契約の有効性

本件で主張されてくるような合意に関するイリノイ州の公序は、Wallace 事件 (Wallace v. Rappleye (1882), 103 Ill. 229, 249) で示されたように、「原告との間での将来の不法な同棲を約因とする合意は無効(void)である」とするものである。言うまでもなく、当事者達の間には、性的関係が約因の一部を成さずそれと関係ない別の事項(independent matters)についての有効な契約の成立を妨げるものではない。(Restatement of Contracts secs. 589, 597 (1932); 6A Corbin, Contracts sec. 1476 (1962))。「財産的請求を認める裁判所は、一般に不法性の原則(rule of illegality)の適用範囲を縮減するため、この法理に依拠してきた。」かくして、Marvin 判決よりだいぶまえから、カリフォルニア州の裁判所は、所得をプ

ールする明示の合意は独立の約因により支えられ、当事者達の間棲により無効とならないと判示していた(See, e.g., *Trutalli v. Meraviglia* (1932), 215 Cal. 698, 12 P. 2d 430)。

「最近では、いくつかの裁判所は、本件原告の主張するような家事労働(housekeeping and homemaking services)の提供は、性的関係に基づく不法な契約(illegal contract)から分離できる当事者間での別個の契約のための約因とみなすことになりかねない」と説くところ(Kozlowski v. Kozlowski (1979), 80 N. J. 378, 403 A. 2d 907; Marvin v. Marvin (1976), 18 Cal. 3d 660, 670 n. 5, 134 Cal. Rptr. 815, 822 n. 5, 557 P. 2d 106, 113 n. 5; Tyranski v. Piggins (1973), 44 Mich. App. 570, 205 N. W. 2d 595, 597; contra, *Rehak v. Mathis* (1977), 239 Ga. 541, 238 S. E. 2d 81.) (ibid.)。Latham 事件(Latham v. Latham (1976), 274 Or. 421, 547 P. 2d 144.)および Carlson 事件(Carlson v. Olson (Minn. 1977), 256 N. W. 2d 249.)は、ミネソタ州最高裁判所は Marvin 判決を受け容れ、オハヨー州の裁判所は、同棲自体を約因とする合意も無効でないとはっきり判示するに至った。

原告の言わんとすることは、最近の社会規範およびモーリズの変化、さらには同棲の増加により、不法性の原則は時代遅れのものとなっており、これを廃棄すべきである、というにあ

る。しかしながら、これが帰結であるとするならば、これらの関係には性的行動と別個独立の契約がともなうという主張や、かような契約は性的行動と係わりなく締結され継続されるとの仮定に含まれる浅薄な考え方 (*naïfete*) を提示するよりも、コモン・ロー婚の変型の復活を認めるほうがより率直だと思える (*Id.* at 1209.)。

(4) イリノイ州法の公序と裁判所が同棲者の財産的権利の問題を決定することの当否

たとえ不法性の原則を若干変更することが相当だと仮定しても、まえに言及した根本的問題に立ちかえらなければならぬ。「つまり、この問題の解決が究極的には公序の問題によるものとすれば、それはどの機関によって決定されるべきか」 (*ibid.*)。Marvin 判決は、この問題をもっぱら契約法上の問題とみて、裁判所の政策決定 (*Judicial policy-making*) になじむものと判断した。「……しかしながら、本件で主張されている状況は、伝統的な契約法理の予定するような対等当事者間の取引 (*arm's length bargain*) ではなく、根本的に異なった種類の親密な関係 (*intimate arrangement*) であった。問題は、現実的には、州によって承認された婚姻制度に代わる私的な関係に、当裁判所が法的地位を許与することが妥当かどうか、で

ある」 (*ibid.*)。婚姻類似の関係 (*marriage-like relationship*) というむづかしい領域での当事者達の権利に関し、法の改正が必要かどうかの判断には、社会学的データの評価とすぐれた実態調査機関を必要とし、これに最適なのは立法部門 (*legislative branch*) である。

「婚姻外同棲者間での相互的な財産的権利を司法的に承認することは、われわれの意見では、最近制定されたイリノイ州婚姻および婚姻解消法の公序に明らかに違反する」 (*ibid.*)。同法の基本目的の一つは、婚姻の完全性 (*integrity of marriage*) を維持強化し、家族関係を保護することである (*Ill. Rev. Stat. 1977, ch. 40, par. 102.*)。法律上、婚姻よりも私的な関係の魅力を高めるかもしれない点において、本件中間上訴裁判所判決は、同法の右政策に反するものとわれわれは信じる。

また、同法は「一九〇五年六月三〇日以降当州で結ばれたコモン・ロー婚は無効である」と規定する (*Ill. Rev. Stat. 1977, ch. 40, par. 214.*)。「中間上訴裁判所は、その判決がコモン・ロー婚法理の復活に奉仕するものであることを否定したが、われわれは納得をしない」 (*Id.* at 1210.)。原告の主張は、明らかに一九〇五年以前に当州で有効なコモン・ロー婚を構成する関係を提示する。「成る程、原告が主張するように、コモン・ロー婚配偶者とちがい、たとえば被告死亡の際にその財産の法

定の三分の一の持分(相続分)を主張できないという点で、彼女は完全な婚姻上の諸権利(marital rights)をもつものではないが、もし原告が明示または黙示の契約理論にもとづいて財産の二分の一を主張できるなら、この区別はたいして意味をもたない」(ibid.)。

さらに同法は、無責離婚主義(破綻主義)を採らず、有責主義の離婚原因を保持している(III. Rev. Stat. 1977, ch. 40, par. 401)。「同法の政策は、州に婚姻制度についての強力な継続的利益を与え、事実上、婚姻関係が任意に解消できる私的契約(private contract)になることを阻止すること。このことは、われわれにとって、公序が婚姻に取って代わる私的契約(private contractual alternatives to marriage)を冷遇することのもう一つの示唆になると思われる」(ibid.)。

最後に、同法ははじめて、大陸法的な誤想婚(putative marriage)法理を採用し、婚姻の儀式をあげ有効に婚姻していると善意で信じた同棲者は、法律上の配偶者の諸権利を取得しようと規定する(III. Rev. Stat. 1977, ch. 40, par. 305)。「われわれの意見における以上の諸事情は、婚姻関係にないと承知していた同棲者に相互的な財産的権利を許与しない最近の明白な立法的判断を構成している」。「たとえこの判断の英知に不賛成であったとしても、われわれはこれを覆したり損ったり

することは許されなく」(Davis v. Commonwealth Edison Co. (1975), 61 Ill. 2d 494, 496-97, 336 N. E. 2d 881.)」(ibid.)。われわれの判断するところでは、本件を判断した第二審判決の誤りは、前に指摘したように、その実際の効果がコモン・ロー婚を復活させることにある。Marvin 判決の裁判所も本件第二審裁判所も婚姻の価値(『社会構造それ自体が大きく婚姻制度に依存している』(Marvin v. Marvin (1976), 18 Cal. 3d 660, 684, 134 Cal. Rptr. 815, 831, 557 P. 2d 106, 122.))を強調することおよび婚姻制度を傷つけた(『ibid.』)損つたり(Hewitt v. Hewitt (1978), 62 Ill. App. 3d 861, 868, 380 N. E. 2d 454.)する意図を否定することが必要だと判断した。「学者達は、より大なる憂慮を表明している。すなわち『これらの諸判例の効果は、立法部によってコモン・ロー婚が廃止された後、カリフォルニア州でそれを再生させることである』」(Clark, The New Marriage, 12 Willamette L. J. 441, 449 (1976).)『Hewitt』は、直接的なコモン・ロー婚契約法理の復活ではなくして、少なくともかような方向への大きなステップである』(Reiland, Hewitt v. Hewitt: Middle America, Marvin and Common Law Marriage, 60 Chi. B. Rec. 84, 88-90 (1978).)」(Id. at 1211.)。

「以上のところから、原告の請求は、婚姻関係にないことを承知している同棲者に相互に強行しうる (enforceable) 財産的権利の許与を認めない、イリノイ州婚姻および婚姻解消法の法制に暗に示される公序に反するため強行しえないとわれわれは判断する」(ibid.)。第二審判決を取り消し、シャンペイン郡巡回裁判所判決を確認する。

## 二 イリノイ州における法律上の配偶者と婚姻外同棲者の財産的地位

イリノイ州においては、一九七七年イリノイ州婚姻および婚姻解消法にしたがい婚姻許可状 (marriage license) の発給をうけ、適正な挙式 (solemnization) と登録 (registration) を経た男女間の婚姻のみが、法律上の婚姻として有効と認められる<sup>(1)</sup>。かような法律上の配偶者はつぎのような財産的権利 (property rights) をもつ。まず離婚に際しては婚姻成立後に配偶者の一方により取得された財産は原則として夫婦財産 (marital property) とされ、配偶者間での衡平な分割の対象となる<sup>(2)</sup>。そして裁判所は、別産制とする合意がないかぎり、婚姻上の非行を顧慮せず正当な割合で (in just proportions) で夫婦財産を分割しなければならぬ<sup>(3)</sup>。また十分な資力をもたず自活できないような配偶者は、相手方から扶養をうける権利をもつ<sup>(4)</sup>。

事実上の家族をめぐる法的諸問題

ついで配偶者の一方の死亡による解消の場合、イリノイ州検認法 (Illinois Probate Act) は、生存配偶者が死者の遺言を放棄する (renounce) とときには、直系卑属がいる場合は全遺産の三分の一、いないときは二分の一の権利を取得すると定める<sup>(5)</sup>。また無遺言の場合で直系卑属がいるときは、生存配偶者は全遺産の二分の一、直系卑属がいなくときは全遺産を相続する<sup>(6)</sup>。さらに、生存配偶者は、配偶者権の喪失 (loss of consortium)、『不法行為死、労働者災害補償 (workmen's compensation)』を理由とする各種訴訟を提起することができる<sup>(7)</sup>。

これに対して、婚姻外で同棲する者は、かような法律上の配偶者としての権利を当然には主張できない。イリノイ州ではすでにコモン・ロー婚 (common law marriage) は廃止されているため、同棲者はこの法理に依拠することもできない。しかし、誤想婚配偶者 (putative spouse) として救済される余地は存在する。誤想婚配偶者とは「婚姻の儀式をおこない、他方と婚姻しているものと善意で信じていたが、法律上はその者と婚姻しておらずに同棲してきた者」を指称し、かようなカテゴリーに入る同棲者は、法律上の配偶者と同様の権利を取得する<sup>(8)</sup>。したがって、婚姻の有効性に対する善意の信頼と婚姻の儀式という要件をみたすかぎり、同棲者にも財産的権利が付与されることになる。とはいえ、そのような恩典にあずかれる者

の範囲はきわめて限定的である。

そこで、後に検討するように、婚姻外同居者がその財産的事項につき明示または黙示の合意に達していたような場合、また信託理論はかエクイティ上の救済法理の適用要件をみたす場合、かかる契約法理、信託法理に依拠できないものかどうか、まさに問題となってくるわけである。

### 三 解説

アメリカ社会では、このところ、正式の婚姻の方式をふまずに同居する男女が急速に増え続けている。<sup>(13)</sup> かような婚姻外同居 (nonmarital cohabitation)<sup>(14)</sup> は、大学生などを中心とした若い人達の間で、また、再婚により年金、社会保障給付、税法上の利益を失いたくないという年配の人達の間で、わりあいによく見受けられるようである。しかし、かかる男女関係の解消時に、それまで共同で蓄積してきた財産の配分をめぐって当事者間に深刻な紛争を生じることも少なくなく、アメリカでは同居の急増を背景にして、同居者の財産的権利の問題がにわかにクローズアップされてきた。

Hewitt 事件において、イリノイ州最高裁判所は、同州ではじめてこの問題に言及し、伝統的な救済消極論を展開したが、他州の裁判所はむしろ次第に積極論への傾斜をつよめている。<sup>(15)</sup>

このようなアメリカにおける現在の法的状況は、Hewitt 事件第二審判決と最高裁判決との鋭い緊張と対立を生み出し、基本的な争点はほぼそこに集約されているといつてよい。したがって以下では、Hewitt 判決をめぐる四編の評釈によりながら、Hewitt 原審判決と最高裁判決を対置させて分析検討し、それによってとくに、同居者の財産的権利と公序論の關係にアプローチしてみたいと思う。

#### (一) 契約法理等に依拠する場合の問題点

前述のとおり、Hewitt 事件での原告 Victoria は、一五年以上におよぶ關係の解消後、被告に対して、明示の口頭契約、黙示の契約、被告の悪意不実表示にもとづく構成信託 (constructive trust)、不当利得 (unjust enrichment) という各種の理論構成により、被告の財産の二分の一を訴求した。<sup>(17)</sup> 原判決は、同居者の財産紛争の解決のためにかかる法理の積極的適用を示唆するキャリフォニア州の Marvin 判決に依拠した。<sup>(18)</sup> そして、「長期にわたる安定した家族關係を示す」本件事實關係のもとでは、Marvin 判決の理論 (reasoning) にはとくに説得力があると説示し、<sup>(19)</sup> 原告の請求を斥けた第一審判決を破棄差戻しとしている。

これに対し、イリノイ州最高裁高裁はつぎのように原判決を

批判した。すなわち、Marvin 判決は純粹な契約理論を採っており、そのものでは、当事者達の関係の安定性や家族の側面は重要でないが、原判決では、擬似伝統的家族関係 (pseudo-conventional family relationship) の存在が契約法理適用の前提条件となっている<sup>(26)</sup>。また、明示の契約を結ぶ同棲者が少ないところから、必然的に黙示の契約法理、エクイティ上の救済、構成信託の問題の適用拡大化に向かうだろう。かように最高裁は、婚姻外同棲の増大にかんがみて、裁判所が当事者達の親密な生活関係の細部にまで立ち入らなければならないような訴訟が頻発することを、とくに懸念した<sup>(27)</sup>。

たしかに、黙示の契約、その他のエクイティ上の救済法理の適用を肯定する場合、その訴訟においては、当事者達の行動が審理対象となるため、かつての有責主義離婚法の悪弊を復活させはしないか、またそれは裁判所に收拾不能の負担を課すことにならないか、等のいくつかの問題点はある。しかし、最高裁の論調からみると、同棲者間での明示の契約についてさえも、きわめて消極的かつ制限的であるようにみえ、これでは、イリノイ州で婚姻外の生活関係を選択した者にあまりにも酷ではなかろうか。立証や約因という技術的問題は別として、少なくとも通常の契約法準則にのっとった明示の合意の有効性は承認されるべきである。原判決は、原告の請求の基礎が契約法、財産

法の一般原則であることを明言しており、裁判所が現代生活に存する諸問題を現実的かつ公正に処理する用意をすべきであると説示する<sup>(28)</sup>。したがって、原判決の態度は、Marvin 判決と同じ立場から、法的に、同棲者を婚姻関係にない他の者と同様に扱うということにすぎず、決して同棲とその後の離別という事実のみから、なんらかの財産的権利を引き出そうという試みではない。

ところで、イリノイ州最高裁は、本判決において、将来の不法な同棲 (illicit cohabitation) を約因とする合意は無効であるという伝統的な不法性の原則を再確認した。そしてその際、他州でのこの原則の適用制限の傾向についても言及し、Severance<sup>(30)</sup>のような技巧的法理を用いることを拒絶している<sup>(31)</sup>。最高裁の Severance 理論への反対理由は、性的関係とは別の合意を考へることは全くの擬制に依拠するものである、という点にあった<sup>(32)</sup>。

本来、不法性 (illegality) の原則は、不法な性的交渉を約因の一部として予定する契約を公序に反し、強行しえない (unenforceable) ものとするため、発動されてきた<sup>(33)</sup>。言い換えれば、その眼目は、売春契約のように不法な性的交渉を目的とする取引や妻契約のように不法な関係の継続を目的とする、不道德を

促進する契約 (contract in furtherance of immorality) を無効とするにあらたにみてよい。<sup>(34)</sup> しかし、婚姻外と同棲という事情があるときさまこの原則を持ち出し、同棲者間の一切の契約の強行を拒むというケースも少なくなかった。<sup>(35)</sup> どのような裁判所は、同棲者間での契約をいけば売春契約になぞらえ、男女の性関係にのみ焦点をあてようとしたわけである。<sup>(36)</sup>

イリノイ州最高裁のこの問題に対する論旨は、かかる伝統的なアプローチにきわめて近く、その妥当性には疑問がある。まず第一に、今日の婚姻外関係を売春と同視することは社会的現実を無視するものであって許されない。<sup>(37)</sup> 本件被告は、原告が「不倫な関係 (meretricious relationship) で暮らす meretricious な配偶者」だといひ、原告は救済の拒否によって罰せられるべきことをよく主張した。<sup>(38)</sup> これに対し、原判決は、当事者達は長期にわたる安定した通常の家族生活を送っていたもので、決して売春婦や妾 (concubine) を連想させる関係ではないと反論し、また、救済の拒否が一方を罰するかぎりにおいて他方に不当な財産の保有を許すとの Marvin 判決の説示を引いて、これに答えた。<sup>(40)</sup>

第二に、不法性の原則はその州の婚姻外の性関係を規制する刑事法とも関連している。犯罪をおかすことにかかわる契約は不法性がつよいといえるからである。<sup>(43)</sup> しかし、婚姻外同棲を犯

罪とする fornication statute を有する州は減少してきており、<sup>(43)</sup> かりに存在しても有名無実なものとなっているのがどうも実情のようである。<sup>(44)</sup> イリノイ州は、いまなお fornication を犯罪とする法域の一つに入るが、その行為が公然かつ顕著 (open and notorious) でなければ犯罪とはされない。<sup>(45)</sup> 原判決もこの点を詳細に検討し、Hewitt 達の関係は「公序に反する刑法上の犯罪を示す」どころか、むしろ承認された道徳規範にそう伝統的な家族関係であつたと結論づける。また、アメリカ社会での価値観の多様化、婚姻外の性関係への寛容さの増大により、最近では、一般の人々の間に、同棲が不道徳で醜悪なものだという意識はかなり薄れてきたようにみえる。<sup>(47)</sup> このような点からみるかぎり、同棲者の財産的な合意を無効とするために不法性の原則を持ち出すアプローチは、アナクロニズムだといわなければならない。<sup>(48)</sup>

## 二、イリノイ州最高裁の二段階公序論

イリノイ州最高裁は、婚姻外同棲者間での財産的権利の問題は、契約法の観点からあるいは当事者間での衡平という考慮のみから把握されるべきではなく、公序の問題というより高い次元から捉えられるべきことを力説する。判決は、この問題は、婚姻外同棲者の請求に legal status を付与することが妥当かどうか

か、という公序の問題に依存する<sup>(49)</sup>とみ、そして原告の請求を認めることは、婚姻制度を弱体化し、かつコモン・ロー婚の司法的承認に等しいから公序に反すると立論する。イリノイ州最高裁のかような公序論は、「公序に対する二段階アプローチ (two-pronged approach)<sup>(50)</sup>」と評してもよく、これは Hewitt 事件最高裁判決の核心部分を構成している。本件評釈者達の問題関心もここに集中しており、ここではこの二段階公序論の批判的分析を試みる。

#### (1) 婚姻制度の弱体化の危険

主要な公序論の検討に移って、まず最高裁は、同棲者に財産的権利を許与することは婚姻外の不法な関係の成立を促進し、われわれの社会の土台である婚姻を弱体化するなど、その社会的弊害のほうが大きいと判断した<sup>(51)</sup>。さらにまた、このことは、婚姻よりも私的な関係の魅力を高めることになり、最近制定されたイリノイ州婚姻および婚姻解消法のあげる婚姻の完全性 (integrity of marriage) を維持強化するという政策にも反すると解した<sup>(52)</sup>。

しかるに原判決は、かかる婚姻抑性論をつぎのように明確に打ち消している。「安定した婚姻の価値は依然揺ぎのない (unchallenged) ものであり、この意見により傷つけられることは

ない。被告が主張する、明白な所得能力 (income-producing ability) をもつ当事者をして婚姻を回避せしめ、彼の得たすべての収入を保持せしめることを奨励しうるにすぎない準則のため、この決定が婚姻を『思いとどまらせる』との結論を下すことは、現実的でない<sup>(53)</sup>」。

また本件評釈者である Hinman は、「Hewitt 判決の裁判所がとる政策は、所得をあげている当事者に報奨を与えることになるため、〔逆に〕婚姻を思いとどまらせる効果をもつだろう。」と説いている<sup>(54)</sup>。つまり、「婚姻しないことによって共同の関係中えたすべての財産的利益をすべて自分だけの手にとどめることができるときには、所得をあげる当事者は婚姻しようという気にならない。このような政策は婚姻制度の強化に逆行するよう<sup>(55)</sup>にみえる。」と。

同じく DeZevi も、最高裁の論旨に批判的コメントを加えている。すなわち、第一に、財産的請求の可能性が婚姻外の同棲を選択させる唯一の要因とはいえず、しかも多くの男女が同棲の経済的效果に気づいていないことから、救済を拒否したところで婚姻を奨励するということになりそうもない。また、当事者の一方のみが、同棲者の財産的請求が拒否されることを心得ている場合もありうる。「事実、かような当事者は婚姻をしたくないという強力な動機づけをもつことになる<sup>(56)</sup>」。「かくし

て、このような場合、財産的請求の拒否は、用意周到に財産の権原や資金の占有を取得する先見の明 (foresight) のあった当事者にすべての利益の保持を許すことにより、事実上、婚姻を思いとどまらせるといってよい。<sup>(56)</sup>

こうした批判論者の中であって、Edstrom のコメントは若干趣を異にする。つまり、本件最高裁判決は、同棲者に財産的権利を付与する際に他州で確立した擬制 (fictions) にしたがわなかった点で賞賛に値するものだった。しかし、Hewitt 達のように長期にわたる安定した関係の同棲者に例外的救済を与えることは、最高裁の懸念した不確実性を惹き起こすことも、また重要な州の政策的関心 (state policy concerns) を損うこともない、と結論づける。<sup>(57)</sup> 彼女によれば、州法が挙式を要求する理由は、関係成立の明確化と結合の重大性の認識にあり、三人の子を儲け、一年以上事実上の夫婦として暮らしてきた Hewitt の場合は、意思と結合 (intent and commitment) の確実性は明らかだった。したがって、彼らが挙式しなかったことは「婚姻制度についての州利益」を害するものではない。<sup>(58)</sup> 最後に、彼女は「長期にわたる安定した関係にあるパートナー達に財産的権利を与えることは、アメリカ社会の礎石たる家族の保護を促進するだろう。」と結んでいる。<sup>(59)</sup> 要するに、彼女の見解では、同棲者でも、Hewitt 達のように、相当程度の永続性

(permanence) と安定性 (stability) を示す長期間の関係にあるときに限り、<sup>(60)</sup> 財産的請求が許されるというのである。

Marvin 判決が示したように、<sup>(61)</sup> 同棲者への救済付与を婚姻を抑制するものとみる考え方は、説得力に乏しい。もとより、婚姻制度を育成し奨励するという公序は承認されなければならないが、婚姻外関係中に蓄積された財産の不公平な分配を放置することは、こうした公序を実現する正当な方法でも効果的な方法でもない、<sup>(62)</sup> というべきだろう。

## (2) コモン・ロー婚復活の危険

最高裁の公序論の第二の柱は、原告 Victoria の請求を認めることが、イリノイ州で一九〇五年に廃止されたコモン・ロー婚を裁判所の手によって復活させはしないか、という点にあった。<sup>(63)</sup> 原判決が、コモン・ロー婚の再生・復活をつよく否定し、主張されている事実とは異なるものであると説くのに対して、最高裁は、原告らが夫婦となるという現在の意思を表明し、世間一般に夫婦たる身分を示したことは、まさにコモン・ロー婚に相当する関係だと断じた。<sup>(64)</sup> たしかに、コモン・ロー婚は現在一四法域で認められているにすぎず、<sup>(65)</sup> また偽証や詐欺的主張の可能性があるなど、<sup>(66)</sup> 難点が少なくない。その意味で、同棲者がすでに廃止されたコモン・ロー婚の主張をすることは、

公序の問題にかかわってこよう。しかし、果して本件原告の財産の法理に基礎づけられた主張を、コモン・ロー婚の主張あるいはそれへの復帰と同視してよいものだろうか。

Hinnan は、原判決と同じ視角から批判的な立場をとる。すなわち「Victoria の主張に横たわる基礎は、コモン・ロー婚とは全く異なるものである。コモン・ロー婚であるためには、関係当事者達が相互に夫婦となることに合意したこと、また同棲し世間に対して婚姻しているように行動したことが立証されなければならない。ひとたびかような要素が立証されれば、当事者達は裁判所によって婚姻しているものとして扱われ、婚姻上の諸権利が全面的に付与される。」<sup>(68)</sup>これに反し、「Victoria の訴訟の基礎は、婚姻上の権利理論(marital rights theories)ではなく、純粹の契約理論(pure contract theories)であった。」契約理論では、「契約が立証されても、当事者達の契約条項から生ずる以外の権利を得ることはない。したがって、財産の帰属についての救済方法が本件の場合においてコモン・ロー婚と契約とで同じであったとしても、訴訟は異なった基礎をもち、ちがった効果をもちうる。」<sup>(69)</sup>と。

これとは対照的に、Edstrom は、一応婚姻外同居者に財産的権利を許与することが、コモン・ロー婚に対する「限定的な司法的許可(limited judicial imprimatur)」を与えるもので

あることを肯定する<sup>(70)</sup>。しかし、彼女は、長期にわたる伝統的家族類似の関係を続けてきた場合、当事者達が詐欺的主張をしているということは困難であるとし、「Hewitt 事件のような事実関係においてコモン・ロー婚の禁止に対する限られた例外〔を認めること〕は、長期間の關係に等しくかわってきた一方にのみ棚ぼた式の授り物を許すより、一層すぐれて婚姻を要求する州目的を実現するだろう。」と独自の論旨を展開している。

同居者の権利主張が場合によっては、コモン・ロー婚の主張に近くなることもあろうが、本件での原告の主張は、財産法的にあるいは、契約法的に理論構成されたものである。コモン・ロー婚が外観的夫婦かどうか、婚姻意思あるいは、一定期間の同居があるかどうかといった、関係の家族的側面を問題とする all or nothing の解決をもたらすのに対して、本件原告の請求は、あくまでも関係の経済的側面についての case by case の解決を求めているにすぎない。このように、理論的にも実際のにもコモン・ロー婚と契約理論、信託理論の主張には顕著な差異が看取される。したがって、成立要件も効果もちがうこの両者を等しいものと評価することは、いかにも短絡的な思考とはいえない<sup>(73)</sup>か。

(三) 裁判所が同棲者の財産的権利の問題を決定することの当否

イリノイ州最高裁判所は、本件争点を「州により認められた婚姻制度に代わる私的な関係に、当裁判所が法的地位 (Legal status) を付与することが妥当かどうか」の公序問題として捉え<sup>(74)</sup>、かような婚姻類似の関係というむずかしい法領域において法の変更をする権限は、裁判所ではなく、立法部に属すると判断した<sup>(75)</sup>。これに対して、Marvin 判決は、もっぱら契約法理およびエクイティ法理上の問題とみることにより、裁判所の政策決定になじむと考えたようにみえる<sup>(76)</sup>。恐らく Hewitt 第二審判決も同じとみてよいだろう。

成る程、意識的に婚姻外にとどまる者に、明示、黙示の合意もなく、不当利得の名のもとに他方により取得された財産について配偶者同様の権利を認めるとすれば、これは、新たな身分の承認ともいえる。そしてかような場合に、その判決の意味するところは、ときとして、特定の当事者の利害をこえ、また対立当事者達が争点をつくり証拠を提出する一訴訟のなしうる限界をこえるに至る。むしろこれは立法過程により解決されるべき事柄なのかもしれない<sup>(77)</sup>。しかしながら、これまで同棲者の財産関係をめぐる州の立法は殆んどみられず、この領域での立法部は、裁判所の動静をみて慎重にかまえている様子がかがえ

る<sup>(78)</sup>。このような状況下で、裁判所が保守的な自制論を振り回すことは、事実上、一般庶民の権利保護の砦としての自らの役割を放棄するに等しいといえないだろうか。

(四) おわりに

以上、Hewitt 事件におけるイリノイ州最高裁判所判決の論旨とその提示する争点にしたがって若干の解説と論評を試みてきた。すでにみてきたように、イリノイ州最高裁は、婚姻外関係の一般化および他州での同棲者の財産的権利に対する積極的な動きを認めながらも、婚姻保護の強力な公序論の立場から独自の消極論を展開した。本判決は、伝統的な公序論の内容とその構造を明らかにしてくれた最近の州最高裁判決として注目すべきものである。しかし、全体としては説得力と十分な論証に欠け、それが今後も維持されるかは定かではない。

ところで、問題は公序論だけに尽きない。かりに Edstrom のように、長期にわたる安定した家族関係を営む Hewitt 達のような者にだけ、契約法理やエクイティ法理の主張を許すとするれば、関係の家族的側面にも審理が伸長し、一種の身分を擬制する結果にならないか。また、契約法理、エクイティ法理による場合でも、同棲者の財産紛争の解決に利用できるのはどの範囲の救済法理か<sup>(79)</sup>、等大きな疑問は依然残されている。これら

は今後の検討にまたなければならぬ。<sup>(83)</sup>

註

- (1) ILL. ANN. STAT. ch. 40, § 201 (Smith-Hurd 1980).  
(2) *Id.* § 503. イリノイ州の夫婦財産法の改正として、  
だんぜは Bartke & Zurvalec, *The Low, Middle and  
High Road to Marital Property Law Reform in  
Common Law Jurisdictions*, 7 COMMUNITY PRO. J.  
200, 213-218 (1980).  
(3) *Id.* § 503 (c) (1)-(10).  
(4) ILL. ANN. STAT. ch. 40, § 504 (Smith-Hurd 1980).  
(5) ILL. ANN. STAT. ch. 110 1/2, 2-8 (Smith-Hurd  
Supp. 1980).  
(6) *Id.* § 2-1.  
(7) B. Grant & B. Hyink, *Caueat Amator*: "The State  
of Affairs" in Illinois after *Hewitt v. Hewitt*, 29 DE  
PAUL L. REV. 493, 494 n. 6 (1980).  
(8) もともと婚姻外同棲は、当事者に不利益だけを与える  
わけではなく、離婚の手続、婚姻の手続をよまずに自由  
に關係を解消したり、創設したりできる等の便宜も与え  
る。
- (9) ILL. ANN. STAT. ch. 40, § 214 (Smith-Hurd 1980).  
(10) *Id.* § 305. 本条は統一婚姻および離婚法 (Uniform  
Marriage and Divorce Act) 110 九条に由来する。な  
が「懸想婚とは、実態上はなにかから法的瑕疵のためと  
無効・取消となるが、少なくとも当事者の一方は婚姻  
意を結んだ夫婦の結合 (matrimonial union) である」  
52 AM. JUR. 2d Marriage § 113, at 966; S.  
Coolidge, *Rights on the Putative and Meretricious  
Spouse in California*, 50 CALF. L. REV. 866 (1962);  
F. Luther & C. Luther, *Support and Property Rights  
of The Putative Spouse*, 34 HASTINGS L. J. 311, 312  
(1973); A. Williams, *Property Rights of Putative  
Spouses*, 4 COMMUNITY PRO. J. 131 (1977).  
(11) ILL. ANN. STAT. ch. 40, § 305 (Smith-Hurd 1980).  
(12) See, G. Blumberg, *Cohabitation Without Marriage*:  
*A Different Perspective*, 28 U. C. L. A. L. REV. 1125,  
1128-29 (1981); M. Glendon, *Marriage and the State*:  
*The Withering Away of Marriage*, 62 VA. L. REV.  
663, 686 (1976); Note, *In re Cary: A Judicial Re-  
cognition of Illicit Cohabitation*, 25 HASTINGS L. J.  
1226 n. 1 (1974); Van Gelder, *Cohabitation and the*

- Courts: The Stigma Begins to Fade, N. Y. Times, Sept. 2, 1976, at 26.
- (12) 「meretricious marriage, companionate marriage, contractual marriage, new marriage, cohabitation, living together, domestic partnership, de facto marriage」などについて See, e. g., Comment, *Property Rights Upon Termination of Unmarried Cohabitation*, 90 HARV. L. REV, 1708 n. 1 (1977).
- (14) G. LESLIE, THE FAMILY IN SOCIAL CONTEXT 379-82 (4th ed. 1979).
- (15) H. Foster, *Marriage and Divorce in the Twilight Zone*, 17 ARIZ. L. REV. 462, 471-72 (1975).
- (16) 石川利夫・棚村政行「婚姻外同棲の解消と財産関係の清算—アメリカ合衆国における最近の州判決の動向」法律時報五四巻三号九八頁以下参照。
- (17) Hewitt v. Hewitt, 380 N. E. 2d 454, 456 (Ill. App. 4th Dist. 1978).
- (18) Marvin v. Marvin, 134 Cal. Rptr. 815, 557 P. 2d 106 (1976). なお浅見公子教授による解説(アメリカ法「一九七九—」一七〇頁以下)参照。
- (19) 380 N. E. 2d at 460.
- (20) Hewitt v. Hewitt, 394 N. E. 2d 1204, 1207 (Ill. Sup. Ct. 1979).
- (21) *Ibid.* Comment, *Hewitt v. Hewitt—Property Rights of Unmarried Cohabitors Upon Dissolution of a Relationship*, 1980 U. IL. L. F. 525, 530.
- (22) Marvin 判決に対する Clark 裁判官の反対意見等を参照(1977 (557 P. 2d 123))。また、契約理論は婚姻そのもの離婚に対する有責任を復活させることの指摘は「Weyrauch, *Metamorphoses of Marriage*, 13 FAM. L. Q. 415, 438 (1981)。
- (23) 394 N. E. 2d 1207-08. 同判決は「性的関係が約因の一部をなすという別個の事項 (independent matters) に属する有効な契約の成立を、同棲は妨げない」とする。しかし判旨からうかがえる範囲では、きわめて限定的なものと思われる。Grant & Hyink, *supra* note 7, at 515 は事業上の合意 (business agreement) はこの例外に入ると解する。
- (24) Note, *The Old Morality Lives on in Illinois*, CHIKENT L. REV. 1197, 1208 (1980) は「Hewitt 判決を論理的に押し進めてゆくと、婚姻外で同棲することを選

んだ者は私的な財産の合意を強行するための手段を殆んどもたないことになると批判する。

- (52) *See, e. g., Morone v. Morone*, 407 N. E. 2d 438 (N. Y. Ct. of App. 1980).
  - (52) 380 N. E. 2d at 459.
  - (52) *Id.* at 460.
  - (82) 557 P. 2d at 121.
  - (82) 394 N. E. 2d at 1208.
  - (93) この *divisibility* という。不法な契約 (illegal contract) に対して裁判所は一切の救済を与えないというのが古典的アプローチだった。ところが、このことは等しく有責な当事者の一方にのみ思わぬ授け物を与えることにもなった。そこで、契約が可分性 (divisible) 適当かつ相当と認められる場合、裁判所は、契約の不法部分を切り離して残りの部分を強行することができるものとなった。See *G. SCHABER & C. ROWER, CONTRACTS IN A NUTSHELL* § 131, at 114 (1975); 17 AM. JUR. 2d Contracts § 230 at 609-11; J. CALAMARI & J. PERULLO, *THE LAW OF CONTRACTS* § 11-28, § 22-11, at 431, 792-94 (2d ed. 1977).
  - (13) 394 N. E. 2d at 1209.
- 事実上の家族をめぐる法的諸問題
- (32) Note, *supra* note 21, at 531.
  - (32) See *RESTATEMENT OF CONTRACTS*, § 589 (1932); Comment, *supra* note 13, at 1713.
  - (42) See JACKSON & BOLLINGER, *CONTRACT LAW IN MODERN SOCIETY, CASES AND MATERIALS* 897 (2d ed. 1980); 17 AM. JUR. 2d Contracts § 183, 184, at 547-50.
  - (52) *See, e. g., Vincent v. Moriarty*, 52 N. Y. S. 519 (1898); *Levin v. Levin*, 200 N. Y. S. 1042 (1973); 44 米最近のハーバード *Rehak v. Mathis*, 238 S. E. 2d 81 (Ga. 1977).
  - (92) L. WEITZMANN, *THE MARRIAGE CONTRACT* 386-88 (1981).
  - (37) See *Marvin v. Marvin*, 557 P. 2d 106, 122 (Cal. 1976).
  - (82) 380 N. E. 2d at 456. なお “meretricious” という形容詞は、反倫理的意味合いを取り去られた「非婚的」(unwed, unmarried) というニホンズ用言葉 *コウゴウ* (See, e. g., H. Clark, *The New Marriage* 12 WILLAMETTE L. J. 441, 449 n. 47 (1976); 石川綾「アメリカにおけるコモン・ロー婚の今日的状況(上)」

- 判例時報八二二号五頁註(23) 参照)が、*“of or relating to a prostitute”* といふ意味を持つ (WEBSTER'S NEW COLLEGIATE DICTIONARY 713 (1979))。この文は「不倫な」と誤出した。なお、K. V. Lorio, *Concubinage and Its Alternatives: A Proposal for a More Perfect Union*, 26 LOY. L. REV. 1, 2 n. 4 (1980) は“meretricious” といふ用語が語源的に売春の意味を持つといふ認識を述べたといふことは指摘する。
- (35) 380 N. E. 2d at 459.
- (40) *Id.* at 457.
- (41) *Id.* at 459.
- (42) See 17 AM. JUR. 2d Contracts § 182, at 545-46.
- (43) Note, *Fornication, Cohabitation, and the Constitution*, 77 MICH. L. REV. 252, 254 (1978) は“*fornication* を犯罪とすることは、*ロムン*と特別図で定められている”。
- (44) See H. Foster & D. Freed, *Marvin v. Marvin: New Wine in Old Bottles*, 6 FAM. L. REP. 4001, 4002 (1979).
- (45) ILL. ANN. STAT. ch. 38, § 11-8 (a) (Smith-Hurd 1979).
- (46) 380 N. E. 2d at 457-58.
- (47) See, e. g., *The New Morality*, TIME, Nov. 21, 1977, at 62-67; LESLIE, *supra* note 14, at 379-80; Note, *Reasonable Expectations in Nonmarital Cohabitation: A Proposal for Recovery*, 21 B. C. L. REV. 889, 914 (1980).
- (48) C. Crutchfield, *Nonmarital Relationships and their Impact on the Institution of Marriage and the Traditional Family Structure*, 19 J. FAM. L. 247, 251 (1981).
- (49) 394 N. E. 2d at 1207, 1209.
- (50) Note, *supra* note 24, at 1206.
- (51) 394 N. E. 2d at 1207-08.
- (52) *Id.* at 1209.
- (53) 380 N. E. 2d at 460.
- (54) Note, *supra* note 24, at 1208.
- (55) *Ibid.*
- (56) Note, *supra* note 47, at 915-16.
- (57) Comment, *supra* note 21, at 534.

- (58) *Id.* at 535.  
 (59) *Id.* at 540.  
 (60) *Id.* at 535.  
 (61) 557 P. 2d at 122.  
 (62) *Ibid.*  
 (63) 394 N. E. 2d at 1210.  
 (64) 「この決定によつて、当裁判所が現在制定法により禁止されている一種のコモン・ロー婚を復活または再生させた」と判断することは早計だろう。本件で主張される事柄および立証される事実は、全くではないとしても、実質的に異別のものである」(380 N. E. 2d at 460)。  
 (59) 394 N. E. 2d at 1210.  
 (66) 現在コモン・ロー婚を認めているのは、マランバ、ロラド、ジョージア、アイタホ、アイオワ、キャンザス、モンタナ、オハイオ、オクラハマ、インシルバニア、ロードアイランド、サウス・キャロライナ、テキサスの十三州とロロンビア特別区だと言われている(See, e. g., H. CLARK, CASES AND PROBLEMS ON DOMESTIC RELATIONS 102 (3rd. ed. 1980); Grant & Hyink, *supra* note 7, at 499-500 n. 27.)、少数州ではない。なぜ、コモン・ロー婚に関する邦語文献としないか、

事実上の家族をめぐる法的諸問題

- 不破勝敏夫『米国のコモン・ローマリッジ』(有斐閣)、同「アメリカのコモン・ロー・マリッジーわが内縁問題の参与として」『婚姻法の研究(上)』(高梨教授還暦祝賀)二六三—二七八頁、石川稔「アメリカにおけるコモン・ロー婚の今日的状況(上)(下)」判例時報八一号八頁、八一—八三頁以下等がある。  
 (69) See, e. g., Sorenson v. Sorenson, 100 N. W. 930, 932 (Neb. 1904); Baker v. Mitchell, 17 A. 2d 738, 741 (Pa. 1941); 52 Am. Jur. 2d Marriage § 46, at 902. そのほか、婚姻前の医師による健康診断や婚姻適齢など州の定める制定法上の要件の潜脱等の難点もある。S. T. Stein, *Common Law Marriage: Its History and Certain Contemporary Problems*, 9 J. Fam. L. 271, 290-96 (1969).  
 (69) Note, *supra* note 24, at 1206.  
 (69) *Id.* at 1207.  
 (70) Comment, *supra* note 21, at 536.  
 (71) *Ibid.*  
 (72) Clark は、カリフォルニア州の Cary (In re Marriage of Cary, 109 Cal. Rptr. 862 (1973)) Atherley (In re Estate of Atherley 119 Cal. Rptr. 41 (1975))

判決等の効果は、コモン・ロー婚の復活・再生だと批判する (Clark, *supra* note 38, at 449.) が、事実上の家族関係の存在を条件として一律に制定法上の putative spouse と同じ二分の一の財産的権利を付与するとすれば、やはり問題が生じよう。

- (73) Marvin 判決もつきのようになる。「われわれは、一八九五年にカリフォルニア州で制定法により廃止されたコモン・ロー婚法理を復活させようとするものではない。したがって、われわれは原告と被告が婚姻していたと判示するのでもなく、また家族法 (Family Law Act) が有効なあるいは誤想婚配偶者に許与する権利を原告に拡張するものでもない。われわれは、原告が他の婚姻関係にないいかなる者とも同じく、契約を強行し、その努力によって取得された財産についてのエクイティ上の権利を主張する権利をもつことを判示するにすぎない。」 (557 P. 2d at 122 n. 24.)

- (74) 394 N. E. 2d at 1209.  
(75) *Id.* at 1209, 1211.  
(76) 394 N. E. 2d at 1209; 557 P. 2d at 110.

- (77) R. C. Casad, *Unmarried Couples and Unjust Enrichment: From Status to Contract and Back Again?*,

77 MICH. L. REV. 47, 61 (1978).

- (78) C. Bruch, *Nonmarital Cohabitation in the Common Law Countries: A Study in Judicial and Legislative Interaction*, 29 AM. J. COMP. L. 217, 225-27 (1981).

- (79) See C. Bruch, *Property Rights of De Facto Spouses Including Thoughts on the Value of Homemakers' Services*, 10F AM. L. Q. 101 (1976). 本件評釈でもこの点に触れるものがほとんどだが (Grant & Hyink, *supra* note 7, at 512-18; Note, *supra* note 24, at 1208-10; Note, *supra* note 47, at 912-20.)、ここが契約、信託、不当利得理論にまたがる大問題であるため、後日の研究にゆずることにした。

- (80) なお、邦語文献では、わが国の内縁とアメリカ・スウェーデン等の同棲問題とを簡潔に比較検討する島津一郎「家族関係の契約化について」『現代家族法大系1』(中川善之助先生追悼)三二頁以下、コモンウェルス諸国を含む英米法系における婚姻外同棲法の現状を概観したものととして三木妙子「同棲—英米法系における」法学セミナー三二八号三三頁以下を参照されたい。

(棚村政行)

「追記」——Caban v. Mohammed 事件——

本稿を書き上げた後、校正の段階で、州の判決および制定法に変更が生じたので、追記という形で補充する。対象とした判決および制定法は、一九八三年六月の時点で、調査の結果知りえたものに限る。本来ならば、変更した判決および制定法を含めて総合的に検討した上で、本判決の評釈をすべきであろうが、本判決以降の判決および制定法の検討については別稿を予定しているので、そこで本判決の影響力を実証してみたいと思っている。

一 州判決の動き

本文二〇七頁で紹介した *In re F. D.* 判決 (7 F. L. R. 2007 (1980) (現在では、433 N. Y. S. 2d 318 にも収録されている)) は、ニューヨーク州中間上訴裁判所 (Supreme Court, Appellate Division) に上訴されていたが、同裁判所は、一九八一年九月八日に、原審の下した違憲判断の部分を破棄し、合憲判断を下した。判決は次のように言う。すなわち、ニューヨーク州家族関係法第一一条は、非嫡出子である新生児が安定した養親の家庭に養子収養されることを効果的に促進する。同条は、実父の努力によって事実上の家族単位が形成された場合には、両親の同意を要求するが、同時に、子が利用することができる唯一の親 (the only parent available to [the child]) が実母

事実上の家族をめぐる法的諸問題

である場合に、実母が提起した子の最良の利益となると思われる養子収養を、不在者たる生物学上の父 (absentee biological father) が妨害することを阻止する。したがって、同条は、重要な政府目的に資するものであり、かつ、それらの目的の達成と実質的に関連している。したがって、同条は、性にもとづく区別に関する憲法上の審査を通過する。と。なお、本判決のほかに、同じく(e)号が適用される事件で、子の出生後、子に会うこともなく、かつ、子の扶養に協力してこなかった父から提起された違憲の主張を排し、同様の理由づけで同条を合憲と判断した判決がある (Matter of Michael Dattrick C., 442 N. Y. S. 2d 579)。

ニューヨーク州以外にも、Caban 判決が下された後に、非嫡出子の父の養子収養に対する同意権の問題を扱った判決が散見されるが (例えば、W. E. J. v. Superior Court Los Angeles County (1979) 100 Cal. App. 3d 305, 160 Cal. Rptr. 862; Ellis v. Social Services Dept., etc. (1980) 615 p. 2d 1250 など)、別稿で州法の規定と合わせて検討する予定である。

二 州制定法の動向

註(71)に掲げたノートが書かれてから三年余が経過し、州法に変更がみられることや、右ノートの調査対象となった州が四五州にとどまっていたことから、州法の現状を調査すること

が必要と考え、校正の時点で調査を行なった。モンタナ州については、新しい法令に触れることができなかったたので、調査の対象は、同州を除いた四九州である。調査の結果にもとづき、州制定法を三類型に分類してみた。

A、非嫡出子の父と嫡出子の父とを区別することなく、すべての父に均しく同意権を認める制定法。このタイプの制定法を有する州は、現在一四州存在し、前掲ノートの調査よりも六州多い。しかも、後述するBタイプとCタイプの制定法からAタイプの制定法に変更した州が、それぞれ五州と二州あるのが注目される。なお前掲ノートでは、モンタナ州がAタイプの制定法を有する州に分類されていた。

B、一定の要件（父性確定判決を得ていることや、子を自分の子として承認していることなど）を具備した非嫡出子の父にのみ、同意権を認める制定法。このタイプの制定法を有する州は、二九州存在する。ただし、一九七八年以前の制定法しか調査することができなかった州が六州あるので、それらの州がCaban 判決にどのように対応したかは不明である。

C、非嫡出子の父に同意権を認めず、同意権者を母のみに限る制定法。このタイプの制定法を有する州は、六州ある。前掲ノートの調査でこのタイプの制定法を有するとされた州は八州あったが、うち二州は前述したようにAタイプの制定法を有す

るに至り、一州がBタイプの制定法を持つに至った。ところが、Bタイプの制定法からCタイプの制定法に改正した州が一州あるため、Cタイプの制定法を有する州が都合六州存在するというわけである。

さて、一応このように分類したが、Bタイプの制定法は様々で、中には、広範な父性推定規定を置いたり、あるいは同意権を与えるための要件を多数認めたりすることによって、非常に多くの非嫡出子の父に同意権を与えている制定法もある（ミネソタ州やノース・ダコタ州の制定法など）。Aタイプの制定法の下でも、同意免除規定に該当したり、所在が不明であるなどして、実際には同意権を行使しえない父が存することを考えると、Bタイプの制定法の中には、Aタイプの制定法と近似するものがあるといえよう。したがって、州制定法は、他の父性確定に関する規定や、嫡出化（婚姻準正や認知など）に関する規定と照らし合わせた上で、更に検討する必要があることをお断りしておく。いずれにせよ、Bタイプの制定法の中に、子と実質的關係を有している非嫡出子の父に同意権を与えるであろうと予想される制定法が、少なくとも八州存在すると思われるので、Aタイプの判定法と合わせて計二二州は、Caban 判決に沿うものといえよう。