

論 説

中国における「事実婚姻」・「非婚生子女」と  
日本における「内縁」・「非嫡出子」との比較

祝 姫

はじめに

第一章 中国における「事実婚姻」

第一節 概念

第二節 発生原因

第三節 事実婚姻に対する法的取扱  
いの建国以来の推移

第四節 非合法婚姻（同居）

第五節 「事実婚姻」夫婦の法律関  
係

第二章 日本における「内縁」

第一節 概念及び成立要件

第二節 「内縁」夫婦の法律関係

第三章 中国の「事実婚姻」と日本の  
「内縁」、それぞれの概念ないし  
成立要件及び「夫婦」の法律関  
係の比較

第一節 概念ないし成立要件の比較

第二節 「夫婦」間の法律関係の比  
較

第四章 中国における「非婚生子女」

第一節 「非婚生子女」の概念

第二節 非婚生子女と認定される場  
合

第三節 非婚生子女の「認領」制度

第四節 非婚生子女の法的地位ない  
し法的保護

第五章 日本における「嫡出でない  
子」（非嫡出子）

第一節 「非嫡出子」の概念及びそ  
の認定される場合

第二節 認知制度

第六章 中国における「非婚生子女」  
と日本における「非嫡出子」と  
の比較

第一節 中国における婚生子女の否  
認と日本における嫡出否認制  
度の比較

第二節 中国における非婚生子女の  
「認領」と日本における認知  
制度の比較

第三節 中国における「非婚生子  
女」と日本における「非嫡出  
子」の法的地位ないし保護の  
比較

おわりに

## はじめに

中国では、歴代王朝から国民党政府の時代に至るまで、婚姻成立の形式上の要件は婚姻の儀式を行なうことであった。男女双方が婚姻意思に基づきこの儀式を行なえば、結婚が公(法)的に成立したものと認められて来た。ところが、全国解放後、封建的旧婚姻制度を打破すべく制定された1950年の婚姻法6条は「婚姻は男女双方が自ら所在地(区・郷)の人民政府に赴き登録をしなければならない。凡そ本規定に適った婚姻には、所在地の人民政府は、直ちに婚姻証を発給すべきである。凡そ本法の規定に適わない婚姻は登録されない。」と規定した<sup>(1)</sup>。因みに、現行の1980年婚姻法7条は、「婚姻しようとする男女双方は自ら婚姻登録機関に出頭して、婚姻登録をしなければならない。本法の規定に合致する場合は登録を許可し、婚姻証を交付する。婚姻証を受領すると、夫妻(婦)関係が成立する。」と規定している<sup>(2)</sup>。この1950年婚姻法が、その発布施行以後、婚姻の登録が婚姻成立の形式上の要件であることを表明することとなった。これは、中国人一般にとって婚姻の成立形式の革命であったといえる。しかし、人々の従来の観念と慣習は一片の法律条文によって直ちに全面的に変えられるものではなく、婚姻意思に基づき婚姻の儀式を行なって夫婦共同生活に入っても人民政府に登録しないという「事実婚姻」が、現在でもなお社会的慣行としての婚姻態様としてある程度残存している。

この事実婚姻は、法律に適合しないものではあるが、中国では一定程度法的に保護されて来た。ところが、民政部の1994年2月1日『婚姻登録管理条例』の発布施行により、事実婚姻も無効なものとするに至った<sup>(3)</sup>。それに伴い、最高人民法院所は1994年4月4日付で『「婚姻登録管理条例」の

---

(1) 宮坂宏編訳『現代中国法令集』239頁(専修大学出版局1993)

(2) 加藤美穂子『中国家族法の諸問題』327~328頁(敬文堂1994)

(3) 『新法規』1994年第7期35頁(『新法規』月刊雑誌社1994・7)

適用に関するの通達』を発した<sup>(4)</sup>。

その内容は、1994年2月1日以後、配偶者のない男女が婚姻登録を経ず夫婦の名で同居生活に入った場合その婚姻関係は無効であり法的に保護しない。人民裁判所に提訴したものに対しては、非合法同居関係として処理しなければならない。同条例施行日前婚姻登録を経ず夫婦の名義で同居生活に入ったものに対しては、同日以後、提訴されても後述の最高人民裁判所の『意見』によって処理するとした。従って、現在でも、同条例施行日前から存続している事実婚姻については法的に保護される余地が残されている。

ところで、実質的な夫婦関係が成立すれば、それが法律に適合していようとしてまいと、殆どの場合子女の生育（出産）という結果が生じる。つまり、ここに、社会の基礎的な構成単位である家庭が生まれる。これを婚姻登録という形式が欠けるという理由のみをもって一律に法的保護の外に追い遣ることは、家庭の安定、社会秩序の維持、延いては国家の健全な発展のためにマイナスとなる虞れがあるといえる。

ところが、この問題について参考にすべき中国「婚姻法」は、婚姻、夫婦関係、離婚の外に親子その他の家族構成員間の関係に関する規定を含むが、その規定は、日本その他の国のそれと比較して、簡潔で原則的・抽象的な内容に止まっている。従って、司法実務においては、地方各級人民裁判所と専門人民裁判所の裁判活動を監督し、且つ裁判における法令の具体的な適用問題に関して解釈を行なう権限を有する、最高人民裁判所の解釈（「批復」・「意見」・「通達」・「回答」・「規定」・「指示」・「決定」）が重要な役割を果たしている<sup>(5)</sup>。つまり、その規定が簡潔で原則的・抽象的なので司法の創造的解釈の幅が広いといえる。

そこで、現在でも法的に保護される余地のある「事実婚姻」及び法的に適合しない夫婦関係（非合法同居）により生まれた「非婚生子女」を、こ

(4) 『司法文件選』1994年第10期封3頁（人民法院出版社1994・10）

(5) 陳宇澄『中国家族法の研究』40～43頁（信山社1994）

れらに相当する日本における「内縁」及び「非嫡出子」と比較することにより、それぞれの意義と問題点を明らかにすることを試みることにする。この結果が、現時点においては司法実務、近い将来においては立法を通じて、社会の基礎的最小単位である家庭の安定・幸福、社会秩序の維持、国家の健全な発展に資することができれば幸いと考える次第である。

## 第一章 中国における「事実婚姻」

### 第一節 概 念

#### 一 定 義

事実婚姻とは、それぞれ配偶者がいない男女が婚姻登録をせずに夫婦関係を結んで同居し他の人達もそれを夫婦関係であると認める「婚姻関係」である<sup>(1)</sup>。

#### 二 「事実婚姻」と区別すべき概念

事実婚姻は、婚姻登録のない点で法律婚姻と区別されるが、他方、非合法同居とも区別される。後者の最終的な区別は、後述する『婚姻登録弁法』、『婚姻未登録、夫婦名義の同居生活者事件に関する若干の意見』、『婚姻登録管理条例』及び『婚姻登録管理条例』の適用に関する通達』によってなされるに至った。

### 第二節 発生原因

#### 一 長い歴史を有する伝統的慣習の影響

以前中国の社会では、婚姻法を“軟”法と思う人が少なくなく、婚姻は婚礼を行ないさえすれば社会から認められ、婚姻登録をしなくても夫婦に

---

(1) 『中国婚姻法教程』(修正本) 212頁 (人民法院出版社1992)

なるものと思っていた。

## 二 法定婚姻年令に達していないことが原因で婚姻登録しない事情

中国の婚姻法5条は、「男の場合は満22歳，女の場合は満20歳よりも婚姻の年令を早めてはならない。婚姻と出産の年令を遅らせることを奨励すべきである。」と規定している。人民裁判所が受理した案件からみると，婚姻登録要件に符合していながら，婚姻登録せず，夫婦関係を結び同居生活を営んでいるものが比較的多いが，特に農村などの辺鄙な地域では法定婚姻年令に達しない早婚現象が顕著である。

## 三 父母の子女の婚姻の自由に対する干渉から婚姻登録できない事情

例えば，子女の婚姻に干渉し，親子関係の断絶でもって子女を脅迫したり，或いは，婚姻登録手続に必要な戸籍簿の提出を拒絶したりして，子女が婚姻登録出来ないようにし，その結果，子女が婚姻登録をせず夫婦共同生活に入ることになる。

## 四 婚姻登録制度の運用上の要因

1. 人口密度の低い地方における，ある婚姻登録機関は，事務処理の便宜上人民の便宜を図らず，登録受理日を一ヵ月に一回或いは一週に一回と決め他の日には受理しない。これが当事者の反感をかい登録制度に反抗して，事実婚姻になることがある。

2. ある地方の役所は，“土政策”（婚姻届の受理機関等の政策的裁量）で婚姻登録制度を厳格に遵守せず，既に法定婚姻年令に達した男女が婚姻登録することを種々の手段を使って遅らせることがある。例えば，会社，企業，市，区の計画出産部門が，所定晩婚率の達成までも請負責任制を採用，晩婚率の指標を達成させるために法定婚姻年令に達している青年男女に対して婚姻紹介証明（所属単位が発行する未婚・年令を証明する）を発行しないことがありその結果，事実婚姻が生ずることがある。

### 第三節 事実婚姻に対する法的取扱いの建国以来の推移

中国の1950年婚姻法、1980年婚姻法は、いずれも事実婚姻について何ら規定していない。しかし、建国以来、関係部門はこの問題について幾度となく立法解釈あるいは司法解釈をしてきた。これらの解釈が、これまでの人民裁判所の事実婚姻紛争処理の根拠となってきている。

#### 一 立法解釈、司法解釈

1. 1953年3月19日付中央人民政府法制委員会の『婚姻問題に関する若干の回答』の問題九回答は、「婚姻法施行後既に婚姻登録機関が設置されている場合には、婚姻届をしなければならない。だが、それ以前に既に事実上の婚姻をしている場合には、夫婦関係を認め、改めて登録手続きをしなくてもよい。」とした。この立法解釈が事実婚姻を認める先例を開いた。

2. 1957年3月6日付最高人民法院・研字第4691号『婚姻年令に達しているが登録せずに婚姻している男女の一方が離婚請求する場合、どのように処理するかについての回答』は、次のように述べている。「登録のない婚姻が1953年の婚姻法完全実施運動の前であっても後であっても、その事実上の婚姻関係を認めるべきで、それを前提に離婚条件を決めるべきである。このように実際の状況に基づいて事実上の婚姻関係を認めることは婚姻法6条の規定に抵触しない。」

この司法解釈は、前述の立法解釈が認めた事実上の婚姻関係成立の時間的限界を拡大したことになる。これは、婚姻登録に関する婚姻法の規定に抵触する見解で極めて妥当でない。

3. 1958年3月3日付最高人民法院・研字第31号『「事実上の婚姻関係」はどのように保護すべきか、その一方が離婚請求した場合どう処理すべきかの問題に対する回答』は、次のように指示している。「事実上の婚姻関係を認めるということは、事実上の婚姻関係の家庭内における扶養関係、財産関係、相続関係及び事実上の婚姻関係を第三者から妨げられない

権利等を、登録した婚姻関係の権利と同等視し保護することである。事実上の婚姻関係当事者の一方が離婚請求をすると裁判所はその訴訟を離婚案件として受理するが、審判に際しては、登録した婚姻当事者の一方が離婚請求の場合と異なり、離婚理由を審査せずに離婚を認めるべきである。…事実上の婚姻関係を認め、そこにおける各種の権利義務関係を保障することは、實際上必要であり、また婚姻法の趣旨に合致しないわけではない。だが、当事者の一方が離婚請求をすると直ちに離婚判決をするのは、事実上の婚姻関係と登録した法律上の婚姻関係との間には根本的な相違があることを表している。」

この司法解釈は、事実上の婚姻関係が合法的な婚姻関係と同等の法的効力を有することを確認した。ただ、当事者の一方が離婚請求した場合、事実上の婚姻関係の場合は直ちに離婚判決をするのに対して、合法的な婚姻関係の場合には、離婚判決はそのケースにより異なるのである。この点で両者には相違がある。

4. 1979年2月2日付最高人民法院所の『民事政策法律の執行貫徹に関する意見』は、次のようにのべている。「人民裁判所がこの種の案件を審理する場合、婚姻は登録しなければならないという規定を遵守すべきで登録しないと非合法になる、と批判・教育すべきである。具体的に処理する場合、党の政策と婚姻法の関係規定に基づき、実際の状況を参酌熟慮して解決すべきである。双方または一方が法定婚姻年令に達していない婚姻紛争の場合、子女の生育がなければ十分説得してその非合法婚姻を解消すべきである。子女の生育等特段の事情があれば、婚姻法の関係規定により婦女と子女の利益に配慮すべきである。双方が既に法定婚姻年令に達している事実婚姻の紛争の場合は、一般の婚姻案件として処理すべきである。」

この司法解釈は、事実婚姻が違法であることの確認を前提として、双方が法定婚姻年令に達しているか否かをみて異なった処理をしている。

5. 1984年最高人民法院所の『民事政策法律の執行貫徹に関する若干の問題についての意見』第4条及び第7条は次のように規定している。「配

偶者のない男女が婚姻法による婚姻登録手続きをしないまま夫婦の名義で同居するのは違法である。この種の紛争（離婚）を処理する場合双方当事者に厳粛な批判・教育をすべきで、その行為の違法性と危険性を指摘し当事者の法意識を高めるべきである。起訴時、当事者双方が法定の婚姻年令に達し、またその他の婚姻成立の法定実質要件にも合致している場合、婚姻法25条（離婚の申立）により処理できる。調停を通じての和解または上訴取下の場合、関係部門へ婚姻届を出させるべきである。起訴時双方または一方が法定の婚姻年令またはその他の婚姻成立の法定実質要件に合致していない場合、その同居関係を解消すべきである。その子女の扶養または財産分割の問題は婚姻法の規定に従って処理する。」

この司法解釈は、前述の1979年『意見』の司法解釈の精神とほぼ同じである。相違するところは、事実婚姻関係とするか非合法同居関係とするかを、起訴時に法定の婚姻年令に達しているかどうか、をみるほかにその他の法定条件をみる必要がある点にある。このような解釈は婚姻法の法理に合致するものと思われる<sup>(2)</sup>。

6. 1989年11月21日付最高人民法院の『婚姻未登録・夫婦名義の同居生活者事件に関する若干の意見』第1条及び第2条は、次のように規定している。「1986年3月15日『婚姻登録弁法』施行前婚姻届をせずに夫婦名義で同居をした当事者が、提訴する時に当事者双方が婚姻成立の法定実質要件を充たしている場合は事実婚姻関係と認め、双方または一方が婚姻成立の法定実質要件を充たさない場合には非合法同居関係と認める。同弁法施行後、婚姻届をせずに夫婦名義で同居した時に、当事者双方が婚姻成立の法定実質要件を充たしている場合事実婚姻関係と認め、当事者双方または一方が婚姻成立の法定実質要件を充たしていない場合には非合法同居関係と認める。」この『意見』の規定は、人民裁判所に対してこの種の案件を処理する際の事実婚姻関係と非合法同居関係をとを区別する具体的基準

(2) 前記『教程』213—215頁 前記陳宇澄『中国家族法の研究』138—139頁

と限界を示すこととなった。また、同『意見』3条は次のように規定している。「民政部の新しい婚姻登録管理条例施行日後、婚姻届をせずに夫婦名義で同居をすれば、非合法同居関係と認める」<sup>(3)</sup>このように、同『意見』は事実婚姻関係を認める範囲を厳しくして、将来この種の違法婚姻関係の発生を減少させることを期している。

以上紹介した六つの事実婚姻関係に関する立法・司法解釈は、事実婚姻問題を解決するには完全なものとはいえないが、1994年2月1日民政部発布の新しい『婚姻登録管理条例』の制定に一定の基礎を与え、同条例は完成された。

## 二 『婚姻登録管理条例』（1994年2月1日民政部発布）

同条例24条は次のように規定している。「法定の婚姻年令に達していない公民が夫婦の名義で同居する場合または婚姻成立の法定実質要件を充たず当事者が婚姻届をせずに夫婦の名義で同居する場合にも、それは婚姻関係としては無効であり法律上保護されない。」これは中国の婚姻制度上の一大変革である。これ以後事実婚姻の法的効力を認めなくなったのである。

この点について最高人民裁判所は1994年4月4日新しい『婚姻登録管理条例』の適用に関する通達』を發し、次のように規定した。「民政部が1994年2月1日新しい『婚姻登録管理条例』を公布し即日施行した。従って、1994年2月1日から、配偶者のない男女が婚姻届を出さずに夫婦の名義で同居した場合、それは婚姻関係としては無効であり法律上の保護を受けない。人民裁判所に訴訟を提起すると、非合法同居として処理される。その前（婚姻登録管理条例施行前）婚姻届を出さずに同居していたものが新しい条例施行後に人民裁判所に訴訟を提起した場合には、依然として本裁判所のこれまでの『意見』の関係規定に従って取扱う。」

---

(3) 前記『教程』63—70頁

従って、婚姻登録管理条例施行後に婚姻届を出さずに同居するものは、一律に非合法同居として扱われることとなった。1950年の最初の婚姻法制定から本条例制定まで既に40年余り経過した。この間、事実上の婚姻の法的効力（法的保護）は長い時間をかけて肯定から否定へと推移してきた。中国の実際状況に起因してその発生原因が多岐に亘り複雑であり、一方個々の案件の具体的な事情もそれぞれ異なるという実状に即して、婦人と児童の合法的權益を保護し、家庭関係の安定と社会秩序の維持を図るため一定期間条件付で事実上の婚姻関係を認めることは、実際の状況に合っていたものと考えられる。しかし、ここにおいて、長い間の婚姻法の宣伝教育の結果を踏まえ、法律の厳粛性と威厳性を図るため同条例を制定し、その施行日から婚姻届をせず夫婦の名義で同居するものを一律に非合法同居として扱うことにしたものとされている。

### 三 「事実婚姻」否定の意義

#### 1. 否定の意義

現在、中国において婚姻登録の実施を強調し事実婚姻を否定する意義は次の点にあるとされている。

- (1) 社会主義婚姻制度実現の保障
- (2) 当事者の合法權益の保護
- (3) 婚姻法違反行為の適切な予防及び懲罰

#### 2. 否定の結果

事実婚姻の法的否定は次の結果をもたらすと考えられる。

(1) 事実婚姻が認められず非合法同居とされると、その当事者間に生まれた子女は、「非婚生子女」（非嫡出子）とされ、「婚生子女」（嫡出子）と同等の権利を享有するにもかかわらず（婚姻法19条1項）、一定の心理的障害を受けることは不可避である。

(2) 紛争になり裁判所に訴訟提起をすると、調停を経ず一律に非同居関係の解消の判決を言渡される。

(3) 事実婚姻当事者の同居期間における共同労働により得た所得及び購入財産は、夫婦の共有財産ではなく一般の共有財産となる（婚姻法13条）。

(4) 事実婚姻当事者相互間では配偶者として遺産相続ができない。ただ、相続法14条「相続人以外で、被相続人の扶養に頼っていた労働能力がなく生活の糧もない者、又は相続人以外で、被相続人を比較的多く扶養した者には、適当な遺産を分けることができる。」の規定により遺産分割を受ける余地があるだけである。

この事実婚姻の法的否定に対しては、必ずしも各部門の意見は一致しているわけではない。概して民政部门は否定の方に賛成するが、司法部門の一部には次のように主張する人もいる。例えば、事実婚姻を非合法婚姻としてその法的保護を否定すると、事実上の重婚状態の発生を放任することになるのではないか。婦人及び児童の利益の保護、人身、家庭関係の安定の観点からは登録婚姻と儀式婚姻を法的に併存させてよいのではないかと、というようにである（上海市高級人民裁判所民事法廷のある裁判官の意見）。

結局、事実婚姻の法的否定には、プラスの効果マイナスの効果があるといえる。確かに事実婚姻を法的に一律否定すれば、前述の否定の意義の観点からは社会秩序の維持が強化されるごとくであるが、事実上の重婚状態の放任、婦人・児童の不利益、人身、家庭関係の不安定というマイナスの効果により、かえってより社会秩序の不安定をきたすのではないかと、という懸念が残る。

#### 第四節 非合法婚姻（同居）

一 婚姻登録管理条例施行後、婚姻届を出さずに同居した場合には、(二) で述べる婚姻成立の法定実質要件の有無を審理することなく、たんに法定形式要件（婚姻登録）を欠くことだけを理由に一律に非合法婚姻とされる。これが、前述の1994年4月4日付最高人民法院所の婚姻登録管理条例の適用についての通達に依拠した結論と考えられる。

二 同条例施行前から配偶者のない男女が婚姻届を出さずに同居している場合には、次に述べる婚姻条件（婚姻成立の法定実質要件）を積極消極に充たしていなければ非合法婚姻となる。これに対して、婚姻条件を同じ意味で充たしているときは事実婚姻として法的に保護される余地が残されていることも、また前述の最高人民裁判所の通達による解釈である。そこで、先ずここで婚姻条件について述べ、第五節で事実婚姻「夫婦」の法律関係について述べることにする。婚姻条件は、必要条件と禁止条件に分けられる。

### 1. 必要条件

#### (1) 男女双方の完全なる自由意思によること

婚姻法 4 条は次のように規定している。「婚姻は男女双方の完全な自由意思によらなければならない、いずれか一方が他方に強要したり、第三者が干渉したりすることは許されない。」これは婚姻自由の原則の具体的表現であり、婚姻の第一の必要条件である。

#### (2) 法定婚姻年令に達していること

同法 5 条は次のように規定している。「男の場合は満 22 歳、女の場合は満 20 歳よりも婚姻年令を早めてはならない。婚姻と出産の年令を遅らせることを奨励すべきである。」

#### (3) 一夫一婦制の原則に合致すること

この点について婚姻法の専門条項（第 2 章婚姻）では規定していないが、第 1 章総則 2 条、3 条で一夫一婦の婚姻制度の実行及び重婚の禁止を規定している。これは、中国社会主义婚姻制度の基本原則の一つであり、婚姻する場合遵守すべき重要条件である。

### 2. 禁止条件

#### (1) 一定範囲の近親同志の婚姻の禁止

同法 6 条①は「直系血族であるか、3 親等内の傍系血族である場合」婚姻を禁止している。

## (2) ある種疾病患者の婚姻の禁止

同法6条②は「ハンセン氏病の治癒していない患者であるか、医学上婚姻すべきでない」と認められるその他の疾病の患者である場合」婚姻を禁止する。

以上の婚姻条件を積極的あるいは消極的に満たさないと、非合法婚姻とされ婚姻登録機関に登録できない。中国においては、非合法婚姻の中では早婚、請負婚の比率が高い、特に封建的な慣行の残存する辺鄙な農村においては、換親（息子の嫁を貰う家の息子に娘を嫁にやる）、請負婚、売買婚の現状が深刻になっている。

## 第五節 事実婚姻「夫婦」の法律関係

### 一 「事実婚姻」の成立要件

前述の事実婚姻の概念から婚姻成立の法定実質要件の他に次のものを要件とすべきことが導ける。

(1) 事実婚姻の男女は双方いずれも配偶者のないこと

(2) 事実婚姻の男女は、夫婦関係の名義で同居生活を公（開）に営むものでなければならない。即ち、実質的内容の上で夫婦生活の一切を有し、且つ外観上も社会が承認する夫婦の身分（地位）を有することである。例えば、婚姻意思に基づいて結婚披露宴を行ない客を招待するなど彼らが夫婦関係を結んだことを隠すことをせず、事実婚姻の当事者が社会生活においても夫婦の身分で振舞うことである。

(3) 所定の法律に従っての登録機関への婚姻登録手続がないことである。この点で法律婚姻と明確に異なる。

### 二 法律婚姻「夫婦」の法律関係に関する婚姻法の規定<sup>(4)</sup>

事実婚姻「夫婦」の法律関係については一般に婚姻法（1980年）の規定

---

(4) 野村好弘・浅野直人『中国民法の研究』373—375頁（学陽書房1987）

に照らして法的に処理されているので、先ずこれを次に示す。

9 条「家庭における夫婦の地位は平等である。」

10 条「夫婦双方は、それぞれ自己の氏名を使用する権利を有する。」

11 条「夫婦双方は、いずれも生産、仕事、学習および社会活動に参加する自由を有する。一方が他方を制限するか、またはこれに干渉をくわえてはならない。」

12 条「夫婦双方は、いずれも計画出産を実行する義務を負う。」

13 条「夫婦が婚姻関係存続中に得た財産は、夫婦の共有に属する。双方のあいだで別に合意がある場合はこの限りでない。夫婦は、共有する財産にたいし、平等の処分権を有する。」

14 条「夫婦は互いに扶養する義務を負う。一方が扶養の義務を履行しない場合、扶養を必要とする側は相手に扶養費の給付を請求する権利を有する。」

18 条「夫婦は互いに遺産を相続する権利を有する。」

25 条「男女の一方が離婚を申立てる場合は、関係部門が調解（調停）を行なうか、または直接人民裁判所に離婚訴訟を提起することができる。人民裁判所は、離婚事件を審理するさい、調解をしなければならない。感情に破裂を生じ、調解をしても効果がない場合は、離婚を許さなければならない。」

31 条「離婚のさい、夫婦の共有財産は双方が協議して処分する。協議が成立しない場合は、人民裁判所が財産の具体的状況および婦女と子女の利益を配慮する原則にもとづいて判決する」。

32 条「離婚のさい、それまでの夫婦の共同生活で生じた債務については、共有財産によって返済する。共有財産によって返済しきれない場合は、双方が協議して返済する。協議が成立しない場合は、人民裁判所が判決する。男女の一方が単独で負った債務は、本人が返済する」。

33 条「離婚のさい、一方の生活が困難な場合は、他方が適当な経済援助

をあたえるべきである。具体的な方法については、双方が協議する。協議が成立しない場合は、人民裁判所が判決する。」

### 三 事実婚姻「夫婦」の法律関係

#### 1. 身分上の法律関係

事実婚姻は、法律違反である以上、法律婚姻と全く同様に保護されるべきではないことは明らかであるが、その「夫婦」の人格的利益に関わるものは保護しないわけにはいかない。例えば、「夫」が「妻」の氏を「夫」の氏名に変更することを要求した場合、「妻」の氏名権を保護すべきである。この場合、10条は曾て中国の婦女に一般的に独立した氏名を持てなかったことという事情に基づくものであり、これを準用すべきである。また、男女平等原則からして、9条、11条が準用されるべきことも当然である。そして、人口問題との関係で12条（出産計画義務）も準用すべきである。

#### 2. 財産上の法律関係

「夫婦」共同生活の実質を維持するために必要な次の規定も一般に準用されるべきものとされている。それは、13条（婚姻中取得した財産の共有（同）の原則）、14条（「夫婦」相互間の扶養義務）、32条（「夫婦」共同生活費用債務の共同責任 この規定は離婚に際してのものであるが、婚姻存続中にも適用される）である。

#### 3. 事実婚姻の解消に際しての法律関係

##### ①「離婚」に際して

『意見』6条は、確実に認定された事実婚姻について、「まず調解（調停）を行なう。調解により和解或いは起訴を取下げた場合は、婚姻関係を有効と判定し調解書或いは判決書を出す。調解を経ても和解できない場合は、協議或いは判決によって離婚を許可する。」と規定している。然し、調解を経ても和解できない場合に、法律婚姻と同様に離婚それ自体の不許可判決を下すことはできない。少なくとも裁判所の判決によって直接、法律違反の婚姻関係の維持を図ることをすべきでないからである。この規定

は、事実婚姻の「離婚」に際して婚姻法25条を準用すべきことを表明したものである。

事実婚姻の離婚が裁判所の調解又は判決で許可された場合、子女の扶養、夫婦共有財産の分割、夫婦共同生活で生じた債務の返済、夫婦の一方の生活が困難な場合における他方への経済援助に関する31・32・33条が同居期間の長短、子女の有無等具体的事情を考慮して準用される。但し、同居して間もなく（1年未満程度）夫婦関係に破綻が生じ場合には、双方が共同して取得した財産以外のもの、例えば各自が相続或いは受贈した財産等は共有財産と見做すべきではない。これに対して非合法同居の解消については、次のように処理するのが妥当である。即ち確実に非合法同居と認定されたものには婚姻法は準用せず、事実婚姻と異なる次の処理である。

ア) 人民裁判所は当事者の訴訟提起に基づき調解を経ず一律に判決で解消する。

イ) 同居中双方の労働で得た所得、それによって購入した財産は、一般共有財産であり夫婦共有財産に属さない。従って、非合法同居を解消するに際しては一般共有財産として分割する。その際、当該財産の態様、双方の当該財産取得に貢献した程度を考慮し、婦女・児童の利益に配慮する原則に基づいて、適正に分割することを要する。

同居中に各自が贈与を受けた財産は、それぞれの特有財産として処理される。

## ②「夫婦」の一方の死亡に際して

「意見」13条は、事実婚姻「夫婦」相互間の遺産の相続について次のように規定している。「同居生活中一方当事者が死亡した場合、他方当事者が遺産の相続を請求すると、その当事者の関係が事実婚姻関係であると認定されれば、他方当事者は配偶者として相続法の規定に基づき処理する。その当事者の関係が非合法同居関係と認定されれば、相続法14条に符合するものとして具体的事情に応じて処理する。」つまり、事実婚姻の当事者相互間には相続権が認められていることになる。

参照 相続法14条「相続人以外で、被相続人扶養に頼っていた、労働能力がなく生活の糧もない者、又は相続人以外で、被相続人を比較的多く扶養した者には、適当な遺産を分けることができる。」

〔判例一〕謝東輝，鄭兆本が陳世軍などを訴える相続紛糾案<sup>(5)</sup>

原告（上訴人）：謝東輝，女性，50歳。

原告（上訴人）：鄭兆本，男性，60歳。

訴訟代理人：馬慶勳，西安市第二弁護士事務所弁護士

訴訟代理人：鄭宏，西安医科大学医療学部学生

被告（被上訴人）：陳世軍，男性，42歳。

被告（被上訴人）：陳世忠，男性，36歳。

訴訟代理人：李吉栄，西安市第二弁護士事務所弁護士

被告（被上訴人）：陳秀英，女性，46歳。

被告（被上訴人）：陳瑞玉，女性，32歳。

一審の起訴・弁解の主張

(1)原告謝東輝，鄭兆本がこう訴えた。鄭萍は1985年に友達の紹介により陳世傑を知り，間もなく恋愛関係が生じ，仲がとても良かった。1987年鄭萍が大学を卒業する前陳世傑の家事などを手伝って共同生活をした。1989年4月11日に殺害された日まで，二人は事実上の夫婦関係にあった。それまでの間，二人は共同で働き，前後してカラーテレビ，冷蔵庫，ラジカセ，ビデオ，洗濯機，ユニット家具その他の日常生活用品などを買い込んだから，法律により娘の遺産を相続すると主張した。

(2)被告陳世軍，陳世忠，陳秀英，陳瑞玉はこう弁解している。陳世傑と鄭萍は生前結婚届けをせず，合法的な夫婦関係を結ばなかったので，違法な同居関係に過ぎない。現在二人とも不幸にも死亡していて，その遺産は陳世傑の個人遺産であり，夫婦の共同財産は存在しない。原告の提出した鄭萍の遺産相続の訴訟上の請求を否定した。

---

(5) 『中国審判案例要覽』502—506頁（中国人民公安大学出版社1992）

### 一審の事実と証拠

陝西省西安市碑林区人民裁判所は調査と審理を経て、次のようなことを明らかにした。原告謝東輝、鄭兆本は被相続人鄭萍の父母であり、被告陳世軍、陳世忠、陳秀英、陳瑞玉は被相続人陳世傑の兄姉である。1987年1月から、鄭萍、陳世傑は夫婦の名義で公開に共同生活をし、財産を購入した。これらの事実は証人の証言と陳世傑の生前の手紙、卓上カレンダー日記を証拠として認められる。1989年4月11日の晩、鄭萍と陳世傑は西安市碑林区仁厚庄3号住民楼1单元3階3号の家の中で殺害された。その財産は西安市公安局八処により確認されてから、被告が保管している。

陳世傑の父親陳先良、母親吳蘭花はすでに1977年6月と1982年3月にそれぞれ逝去した。

### 一審審判の理由

西安市碑林区人民裁判所はこう認める。①鄭萍、陳世傑は生前夫婦の名義で公開に長い間共同生活をしていたので、すでに事実上の婚姻関係を形成した。その財産は共同所有とするべきである。②原告と被告はそれぞれ鄭萍と陳世傑の第一及び第二順位の法定相続人であり、いずれも鄭萍と陳世傑の遺産を相続する権利がある。原告の鄭萍の遺産相続の請求は法律により認められるべきである。被告の全遺産が陳世傑の個人所有であるとする弁解は証拠の不足ために認定できない。③遺産に対し、鄭萍と陳世傑の各自の就労年限の長短と家庭生活の経済収入の状況により分割して相続すべきである。

### 一審審判の結論

西安市碑林区人民裁判所は『中華人民共和国婚姻法』第十三条第一項の「夫婦が婚姻関係存続中に得た財産は、夫婦の共同所有に帰するが、双方の間に別の約定がある場合はこの限りではない」、第十八条第一項の「夫婦は互いに遺産を相続する権利を有する」、同条第二項の「父母と子女は互いに遺産を相続する権利を有する」、『中華人民共和国相続法』第十条第二、三、四項の法定相続人の範囲と法定相続順位などに関する規定にした

がって次のように判決した。鄭萍，陳世傑の財産の中の債権6000元，シャープ20インチのカラーテレビ一台，布団カバー四枚，タオル布団一枚は鄭萍の所有とし，鄭萍の法定相続人謝東輝，鄭兆本が相続し，残余財産は陳世傑の財産とし，陳世傑の法定相続人陳世軍，陳世忠，陳秀英，陳瑞玉が共同で相続する。

訴訟費用320元は謝東輝，鄭兆本が120元，陳世軍，陳世忠，陳秀英，陳瑞玉が共同で200元をそれぞれ負担する。

## 二審の情況

### (1) 二審の上訴弁解の主張

一審の判決後，原告の謝東輝，鄭兆本が不服として，1989年12月8日に陝西省西安市中級人民裁判所に上訴した。

謝東輝と鄭兆本の上訴理由は次の通りである。鄭萍，陳世傑の家庭財産は二人の共同生活期間に買い込んだものである。鄭萍，陳世傑の就労年限は違っていて，陳世傑がやや長かったが，その家庭収入と高額のボーナスがあり，それをほとんどその家庭に使った。第二，彼女はほとんどの家事を受け持って，陳世傑に最多の時間を与えて商業活動に参加させた。第三，陳世傑の文化水準が低く，それに対し鄭萍は大学卒業生だから，大学で学んだ経済理論を生かして陳世傑の商業経営にいろいろと知恵を貸し，陳世傑の英語・会計の勉強にも力を貸し，その商業経営の業務能力を高めた。第四，鄭萍本人も商業経営活動にも参与して，商品の販売について連携した。第五，鄭萍は親戚・友達・同級生を通して商品の販売を進めた。一審の判決においては，夫婦の共同財産を分割する際に，権利と義務が一致するという原則を表していなかった（遺産分割の規準）。漏れた財産がかなり多いので，分割は相当不合理であり，はっきりした法律上の根拠と十分な事実依拠に欠けている。上訴人は二審の判決が一審の財産分割の面で男側の相続人をえこひいきした判決を変更するよう請求し，そして二審の裁判所に対して鄭萍と陳世傑が殺害されたとき前後の情況を考えて，法律により判決を求める。

被上訴人の陳世軍、陳世忠、陳秀英、陳瑞玉は一審の判決に服従する意を表した。

## (2) 二審の事実と証拠

西安市中級人民裁判所は審理によって次のように認定した。鄭萍は1987年1月から1989年4月11日殺害されるまでずっと西安市碑林区仁厚庄3号住民楼1单元3階3号で陳世傑と夫婦の名義で公開同居の生活をした。二人はその共同生活の期間において、家庭に大量の財産を購入した。以上の事実の認定は証人証言と陳世傑の生前の手紙、卓上カレンダー日記などの証拠物による。1989年4月11日の晩、鄭萍と陳世傑は家の中で殺害された。公安機関の現場調べと遺体の検証が終わってから、原告と被告は共同で同年の4月15日に死体を茶毘に付され、そして一緒に埋葬された。被告の送った花輪の対句に「末弟世傑、弟嫁鄭萍は安らかに。兄世忠、世軍、姉秀英、瑞玉は痛惜哀悼」と書いてある。

また、公安機関の陳世傑、鄭萍の被害死亡の順序に関する法医学之鑑定結果が明らかにしたように、陳世傑が先に死亡し、鄭萍が後死亡した。その間約20分間があった。

## (3) 二審審判の理由

西安市中級人民裁判所は次のように認定する。①鄭萍、陳世傑が生前夫婦の名義で長い間公開に暮らし、事実婚姻を形成したのであるから、夫婦関係と見なすべきである。その財産は夫婦の共有財産とする。②陳世傑が鄭萍より先に死亡したので、その遺産は第一順位の相続人すなわち配偶者鄭萍が相続する筈であるが、鄭萍も死亡したので、その財産は第一順位の相続人すなわち鄭萍の父母謝東輝、鄭兆本が相続すべきである。③陳世軍、陳世忠、陳秀英、陳瑞玉が陳世傑の第二順位の相続人なので、陳世傑の遺産を相続する権利がないが、陳世軍などが陳世傑の生前に一定の扶助を与え、陳世傑と鄭萍が死亡してからまた一定の埋葬義務を果たしたことを考えて、適当な部分の遺産の相続もできる。④陳瑞玉に対する陳世傑の生前の1000元人民币の債務は遺産から引いて返すべきである。以上により

原判決は不当と認めるので、改めて判決すべきである。

#### (4) 二審審判の結論

西安市中級人民裁判所の認定した事実、証拠と上述の審判理由により、『中華人民共和國民事訴訟法（試行）』の第一百五十三条第一項（3）の規定に従って次のように判決した。①西安市碑林区人民裁判所（1989）碑法民東字第74号の民事判決書を撤廃（破棄）する。②鄭萍本人の所有した財産と相続した陳世傑の財産の内債権6000元、現金6320元、「シャープ」20インチのカラーテレビ一台、「ソニー」14インチのカラーテレビ一台、「サンヨー」150リットルの冷蔵庫一台、「シャープ」双桶洗濯機一台、「日立」ラジカセ一台、テレビ投影機一台、「富麗」V33UHC ビデオ一台、「長城」扇風機一台、タンス一つ、事務用テーブル一つ、高低タンス一つ、化粧台一つ、裝飾棚一つ、ダブルベッド一つ、二人用ソファ一つ、一人用ソファセット、ナイトテーブル一つ、茶托一つ、食器棚一つ、丸テーブル一つ、小タンス一つ、竹椅子一对、竹茶托一つ、ガステーブル一つ、プロパンガス缶一つ、空気銃一挺、電子時計一つ、七宝焼の裝飾品7箱及び食器、コップ類などは謝東輝、鄭兆本の相続とする。本判決が発効した一ヶ月のうちに、陳世軍が謝東輝、鄭兆本の相続すべき現金1000元・債権6000元を支払い、陳瑞玉が謝東輝、鄭兆本の相続すべき現金5320元を支払う。③陳世軍、陳秀英、陳瑞玉、陳世忠には鄭萍本人の所有及び相続した陳世傑の遺産である現金各2000元を割当てる。残った2000元は陳世軍の所有とする。本判決が発効して一ヶ月のうちに、陳世軍は陳秀英、陳世忠に割当てるべき現金各2000元を支払、残った2000元は陳世軍のものとする。陳瑞玉には現在その保有する現金1180元と「金竜」ネックレス一本（820元値する）を割当てる。④本判決が発効して一ヶ月のうち、謝東輝、鄭兆本は陳世傑が陳瑞玉から借りた債務1000元を一回で返済する。

一審の案件受理费320元は謝東輝、鄭兆本が200元を負担し、陳世軍、陳秀英、陳瑞玉、陳世忠がそれぞれ30元を負担する。二審の案件受理费の1200元は陳世軍、陳世忠、陳秀英、陳瑞玉が各300元ずつ負担する。

二審の裁判が事実を明らかにし、是非を確認した上に民事訴訟法（試行）の関係規定にしたがって、本案を改めて判決したのは正当である。

(1) 陳世傑、鄭萍の事実婚姻についての認定

事実婚姻は法定婚姻に対するものであり、配偶者のない男女が結婚届けをせずに夫婦の名義で同居生活をし、他人も夫婦関係だと思ふ両性の結合を指している。事実婚姻を構成するのは下記のような四つの条件を備えるべきである。①事実婚姻の男女はいずれも配偶者のないこと。②事実婚姻の男女は生涯を通じて共同生活という目的を持つこと。③事実婚姻の男女は公開した夫婦の身分関係を持つこと。④結婚届けをしていないこと。本案の被相続人陳世傑、鄭萍は生前夫婦の名義で二年四ヶ月公開共同生活をして、双方にはいずれも配偶者がなかった。鄭萍は殺害される前勤め先に正式に結婚登録証明書の交付申請を出したが、実習期間が終了しない理由で批准されなかった。双方の共同生活は事実婚姻の法律要件に符合していた。『意見』の第二条の「1986年3月15日『婚姻登録弁法』が施行された後、配偶者のない男女が結婚届けをせずに夫婦の名義で同居生活をし、他人も夫婦関係だと思ふ場合、その一方が人民裁判所に“離婚”を提訴すれば、同居の時双方がいずれも婚姻法定条件に合うならば事実婚姻関係と認定できる…」と第十三条の「同居生活期間において、一方が死亡し、もう一方が死者の遺産の相続請求がある場合、事実婚姻関係と認定されれば、配偶者の身分で相続法の関係規定にしたがって処理できる」という規定により、一審と二審の裁判所は陳世傑・鄭萍間に事実婚姻の夫婦関係が成立し、その財産を夫婦の共有財産と見なしたのは正当である。

(2) 陳世傑、鄭萍の死亡時刻の前後についての認定

一審裁判所は陳世傑、鄭萍が同時に殺害されたと認定した。最高人民裁判所の『「中華人民共和国相続法」を執行貫徹に関する若干問題』の第二条は次のように規定している。「お互いに相続関係を有する数人が同一事件で死亡した場合、死亡の前後の時刻が確定できなければ、相続人がない方が先に死亡したと推定する。死亡者にそれぞれ相続人がある場合、死亡

した人の世代が異なれば、年長の方が先に死亡したと推定し、世代が同じだったら、同時に死亡したと推定する。その場合は、お互いに相続が発生しない。彼らの各自の相続人がそれぞれ相続する。」一審裁判所はこの解釈によって判決した。陳世傑、鄭萍はお互いに相続が発生しない。彼らの遺産は各自の相続人がそれぞれ相続する。二審裁判所は公安機関が出した陳世傑と鄭萍の死亡時刻の前後に関する法医学の鑑定の結果により、陳世傑が鄭萍より約20分前に死亡したと認定した。その結果、本案の相続関係は重大な変化を見せた。一審とまったく違った審理結果が現れた。すなわち一審の相続が発生しないという結論から、二審の相続は、陳世傑が鄭萍より先に死亡したので、その遺産を鄭萍が相続するように変わった。その結果、鄭萍が死亡した後、その遺産を謝東輝、鄭兆本が相続するという否定できない事実となった。二審裁判所は上述の事実により一審判決を変更した。その判決は法律の規定に符合し、正当である。

#### 4、「事実婚姻」夫婦間に生まれた子女

婚姻法19条は「婚姻によらずに生まれた子女は、婚姻により生まれた子女と同等の権利を有し…」として、非婚生子女も婚生子女と同等の権利が保障されている。

## 第二章 日本における「内縁」

### 第一節 概念及び成立要件

#### 一 概 念

##### 1. 定 義

内縁とは、婚姻意思（又は社会的・実質的に夫婦になろうとする合意）をもって共同生活を営み社会的には夫婦と認められているにもかかわらず、法の定める婚姻の届出手続をしていないため、法律的には正式の夫婦と認められない男女の結合関係をいう<sup>(1)</sup>。

篠塚昭次教授は次のように述べている。「内縁はいろいろな種類があると思います。相対的内縁——このどれにも（婚姻障害）掛からないで、届けを出そうと思えば何時でも出せるのに、出さないという内縁、これはまことに単純な内縁です。かりに、「相対的内縁」と呼んでおきます。同じように、民法の規定のどれかに掛かる内縁の中で、婚姻の年令であるとか、再婚禁止期間とかいうものは、何ヵ月か何年かたてば、その禁止が解除されるから、婚姻届は受理されることになり、一時的な内縁に止まるので、これも「相対的内縁」といえると思います。絶対的内縁——ところが、絶対的に婚姻届が受理されない内縁というのがあります。かりに、「絶対的内縁」と呼んでおきます。民法734条の近親婚では、「直系血族又は三親等内に傍系血族の間では、婚姻をすることができない。」となっていますから、おじと姪の間では婚姻することはできません。民法735条は直系血族間の禁止ですから、嫁と舅の間では、嫁舅の関係が消えたあとでも、婚姻することはできません。民法736条の養親子関係間は、養子縁組が解消してしまった後でも婚姻できません。この三つは絶対に婚姻できない内縁です。」<sup>(2)</sup>

## 2. 「内縁」と区別すべき概念

「内縁」は、将来婚姻しようという合意のみで夫婦共同生活の実態を伴わない「婚約」と異なり、また、婚姻意思を有せず、法律上の配偶者がある男性が他に女性を囲って経済的援助をしながら性的関係を継続する「妾関係」、及び夫婦共同生活の実態がなく単に密かに情を通じあっているに過ぎない「私通関係」とも異なる。

## 二 成立要件<sup>(3)</sup>

男女の結合関係が、内縁として、法律上の婚姻に準じた法的保護を受け

(1) 有斐閣双書・民法（8）親族〔第三版増訂版〕133頁（1993）

(2) 篠塚昭次『民法のよみかたとしくみ』（改訂版）249～250頁（有斐閣1992）

(3) 新版注釈民法（21）（有斐閣）260頁

るためには次のような成立要件が必要である。

### 1. 夫婦関係を成立せしめようとする合意

必ずしも法律上の婚姻の合意は必要でなく、社会的・実質的に夫婦になろうという合意があれば足り、しかも、この合意には、特別の形式を必要としない。社会慣習上の儀式を挙げた上で夫婦共同生活に入ることも内縁成立の要件でないというのが判例・学説である（大判大8・6・11民録25輯1010頁）。

### 2. 夫婦共同生活の存在

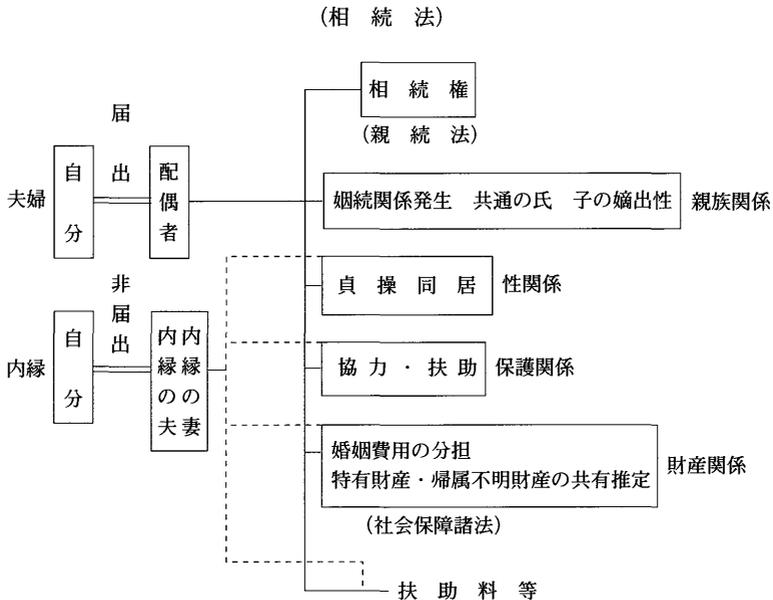
当事者間に社会観念上夫婦共同生活と認められるような社会的事実が存在しなければならない。

社会的に婚姻と実質的に同視できる関係が認められても、それに対して法律上の婚姻に準じた効果を与えるためには、婚姻の実質的要件を具備していることを要するか、について学説は別れている。婚姻意思以外の民法上の婚姻要件を全く不要とするもの（中川336）、全部を要するとするもの（柚木157）、中核的要件（婚姻意思）と付随的要件（婚姻適齢・重婚・近親婚）とに分け、前者は必要だが後者は必ずしも必要としないもの（明山和夫「内縁の成立に関する一考察」家月11巻3号）、「社会的事実としての内縁を一応すべて内縁とし、法律的規律を与える際に、当該内縁の性格を吟味し、欠く場合についてその効果を勘案」すれば足りるとするもの（我妻200）等がある。この点について次の判例がある。婚姻適齢に達していなくても（大判大8・4・23民録25輯693頁）、待婚期間違反でも（大判昭和6・11・27新聞3345号15頁）、内縁の成立を認めた上でその不当破棄を理由に損害賠償請求を問題にした。また、法律上の婚姻関係が事実上離婚状態にあり、他方、当該男女間に夫婦共同生活の実態があると認められる場合には、その共同生活の解消に際し財産分与に関する民法768条が類推適用される（広島高松江支決昭40・11・15高民18巻7号527頁）。

第二節 内縁「夫婦」の法律関係<sup>(4)</sup>

明治民法（現行法）は、婚姻は届出によって成立する、との法律婚主義（届出婚主義）を採ったが、伝統的婚姻（儀式・事実婚姻）慣行とのズレや、「家」制度上の制約（戸主・親の同意が得られないとか、双方が推定家督相続人である場合他家に入ることが禁止されていた）等から、届出のない夫婦関係を必ずしも非難できない事情があった。そこで、判例・学説は、「内縁」を婚姻に準ずるものとしての法的保護を拡大して来た。然し、婚姻の成立時期を明確に確定し、客観的画一的取扱を必要とする相続権、子の嫡出性、成年擬制の効果までは認められていない。

現在一般に認められている法律婚姻と内縁「夫婦」間の法律関係の異同を図示すると、次のようになる。



(4) 同上262～270頁

## 一 身分上の法律関係

1. 貞操義務（民法770条1項1号） 相手方がこの義務違反があると、内縁解消の正当事由となり、また、慰謝料請求原因ともなり得る。

2. 同居・協力・扶助義務（民法752条） 内縁の妻の家事労働は夫の不当利得とならないし（大判大10・5・17民録27・934）、同居義務違反があるときは同居請求が出来る（東京家審昭48・8・23家月26・3・47）。

3. 共通の氏を称する義務（民法750条） 氏を共通にすることは出来ない（神戸家姫路支審昭44・3・22家月21・11・156）。

4. 夫婦間の契約取消権（民法754条） 多数説はこれを認めるが（中川342）、各場合の事情により詐欺・強迫等の一般理論を適用する方が妥当とする説もある（我妻201）。また、否定する判例もある（大判昭10・3・12法学4・1182）。

## 二 財産上の法律関係

1. 婚姻費用の分担 民法760条に準じて一切の事情を考慮して分担すべきである（最判昭33・4・11民集12・5・789）。

2. 日常家事債務の連帯責任 第三者保護の観点から761条を準用すべきである（青森地八戸支判昭36・9・15下民集12・9・2323）。

3. 夫婦特有財産（民法762条） 内縁の妻の「嫁入り道具」は妻の特有財産となる（東京地判昭14・2・14法律新報537・21）。内縁の夫婦の共同経営による家業の収益で不動産を購入し、登記簿上の名義を夫にしているも、夫婦間でこれを夫の特有財産とする特段の合意がない以上は内縁の夫婦の共有財産である（大阪高判昭57・11・30家月36・1・139）。内縁の亡夫名義の預金は夫婦の準共有と推定される（名古屋高判昭58・1・65判タ508・112）。

4. 夫婦財産契約（民法755・756条） 婚姻の届出をしない限り第三者に対抗出来ない。この制度は殆ど利用されていない。

### 三 内縁の解消に際しての法律関係

1. 生前解消 内縁を当事者の合意（協議）で解消することは何ら問題がない。共有財産の清算や慰謝料、子の処遇等は合意で解決すればよい。その合意が成立しない場合には家庭裁判所の審判によることになり、離婚に際しての財産分与（民法768条）を準用出来ることは学説・判例・審判例で既に確立されている（大阪高決昭40・7・6家月17・12・128, 東京家審昭40・9・27家月18・2・92）。

内縁を当事者の一方的意思又は行為によって解消するには正当事由が必要であり、判例・学説は、民法770条の離婚原因に準ずる事由（不貞・悪意の遺棄・虐待・侮辱・不行跡等）は正当事由に当るが、病気、身体の欠陥、性格の相違等は正当事由とみていないようである。一方的破棄でも、正当事由があれば損害賠償責任は生じないが（最判昭27・10・21民集6・9・849）、正当事由がなければ損害賠償責任を生じる（最判昭33・4・11民集12・5・789）。

2. 死別解消 内縁配偶者の一方が死亡した場合、他方の配偶者の遺産の相続が認められるかということと、それまでの共同生活の場であった家屋に引き続き居住することが認められるかということが、法律的に問題となる。

ア) 相続権 内縁の配偶者に相続権を認めることには、学説・判例共に消極的である（我妻205, 中川92, 浅井清信「内縁と相続権」家族法体系II337, 大阪地判昭53・3・27判時904・104）その理由として、相続関係の画一性の要請、準婚事実の立証の困難性や継続期間の標準を確定することの困難性が挙げられている。

但し、相続人の不存在の場合には、被相続人と特別の縁故のあった者に対して、その請求により相続財産の全部又は一部が与えられ（民法958条の3）、内縁配偶者はこの特別縁故者に含まれる（東京家審昭38・10・7家月16・3・123）。そして、内縁配偶者に被相続人たる賃借人の権利義務の承継も認められる（旧借家法7条の2）。

イ) 居住権 次の判例理論が定着している。生存内縁配偶者が死亡内縁配偶者の所有家屋に居住していた場合は、相続人からの家屋明渡請求を権利濫用であるとしてその居住権を保護し（最判昭39・10・13民集18・8・1578）、借家の場合には、相続人の相続した賃借権を生存配偶者が援用することによってその居住権が保護されるとする（最判昭42・2・21民集21・1・155）。

### 第三章 中国の「事実婚姻」と日本の「内縁」、それぞれの概念ないし成立要件及び「夫婦」間の法律関係の比較

#### 第一節 概念ないし成立要件の比較

「事実婚姻」も「内縁」も法律上の婚姻に準ずる効果を認めるべき男女の結合関係を表わす概念であり、その本質的構成要素は、婚姻意思ないし実質的に夫婦となろうとする意思と社会的に夫婦関係と認められる共同生活が存在することであり、他方、形式的には婚姻登録又は婚姻届出が存在しない点で共通している。

ところが、双方の概念は、それぞれ他のものと区別すべき基準が異なる。最高人民裁判所の『意見』によると、「事実婚姻」は、非合法同居と区別されるべきものとされ、「内縁」と共通する本質的構成要素を具備していても、前述の法定実質要件（法定婚姻年齢、一夫一婦制合致〈双方に配偶者がいないこと〉、近親婚禁止——男女の自発的意思は本質的構成要素に含まれている）の何れか一つが欠けている場合は非合法同居となる。これに対して、「内縁」はその本質的構成要素を具備していれば、必ずしも前述の法定実質要件を全て具備する必要がある、とするのが日本の学説・判例である。つまり、前述のように学説は、婚姻意思以外の民法上の婚姻要件を全て必要としないとするもの（中川）、当該男女関係に与えるべき法律効果に応じて「内縁」の要件を考慮すればよいとするもの（我妻）等があ

る。判例にも、不当破棄を理由とする損害賠償請求の前提として、婚姻適齢、待婚期間違反にも拘らず「内縁」を認めたものがあるし、更に、重婚的内縁の不当破棄を理由とする慰謝料請求に関し女性が男性に妻があることを知っていたとしても、情交の動機が主として男性の詐言を信じたことにあり、女性の不法性より男性の違法性が著しく大きいと評価されるときはその請求が許されるとしたもの（最判昭44・9・26民集23・9・1727）がある。相対的内縁だけでなく絶対的内縁も、具体的事情によって損害賠償請求の前提としてではあるが認めていることになる。

このように、一般的に、「事実婚姻」と「内縁」とはその本質的構成要素は共通にするが、法定実質要件（婚姻意思を除く）については、前者はそのすべてを必要とするが後者はそのすべてを必要としないとしている。このことから、次のことが窺える。両国において、実質的社会的に夫婦と認められる男女の関係は、登録又は届出という形式があってもなくても、社会の基礎的な最小単位である実質に変わりはないという価値判断は同じである。然し、婚姻適齢の点ではその法定年齢が高いことを考え併せると人口政策的意図、一夫一婦制合致・近親婚禁止の点では道德重視と優生学的配慮が日本より中国の方が強いのではないか、ということである。また、法律上の婚姻に準ずる関係の成立を、出来るだけ法定の要件に近いものとして画一的に処理して婚姻秩序の法的安定性を図ろうとする意図もである。この点は、1994年2月1日発布施行の婚姻登録管理条例が同日以降成立した事実婚姻は無効とし保護しない、としたことから窺える。

## 第二節 「夫婦」間の法律関係の比較

両者の共通点は実質的夫婦関係に即して当然認めるべきことが明らかなので省略し、相違点のみ述べることにする。

### 一 身分上の法律関係の比較

中国においては、各自が自己の姓名を名のる権利を有し、計画出産実行

の共同責任を負う。これに対して、日本においては、共通の氏を称する義務を負うが、計画出産実行の共同責任はない。当事者の人格的利益の観点からは、前者については中国が優れているが、後者については中国が劣っているとも言えるが人口政策上やむを得ない面がある。然し、日本の「内縁」においては、共通の氏を称する義務はないとするのが判例である。中国の「事実婚姻」には計画出産実行の共同責任の規定が準用される。

貞操義務及び同居・協力義務は、日本では法定されているが、中国では道徳ないし道義上の義務と認識されてはいるが法定されていない。従って、中国の「事実婚姻」においては、貞操義務違反があっても慰謝料請求は出来ないが、裁判離婚の原因である「感情破裂」にはなり得る。同居・協力請求は法的には認められない。

日本では夫婦間の契約取消権の制度（民法754条）があるが、中国にはない。然し、日本においても、「内縁」に多数説はこの規定の準用を認めるが、これを否定する判例がある。

## 二 財産上の法律関係の比較

中国婚姻法14条の夫婦間の相互扶助義務と日本民法760条の婚姻費用の分担、中国婚姻法32条（婚姻関係存続中も適用される）の夫婦共同生活で生じたの債務の弁済と日本民法761条の日常家事連帯債務は、それぞれ概ね対応し、「事実婚姻」又は「内縁」に準用されるが、次の点では異なる。

中国では、夫婦が婚姻関係継続中に得た財産は、夫婦間に別の合意がない限り、夫婦の共有（同）とされる（婚姻法13条）。この夫婦の共有（同）財産には、夫婦の一方又は双方の労働収入及びその他の合法収入、或いは一方又は双方が受けた贈与・相続財産が含まれる。これが原則であるが、この原則と別に婚姻法の基本原則（婚姻の自由・一夫一婦制・男女平等の原則）に反することなく、また、第三者の合法權益や社会的利益に反しない限り、夫婦財産契約を締結できる。これを「夫婦共有（同）財産制」と称

するとすれば日本においては、これと異なり「夫婦別産制」を採っている(民法762)。そして、それぞれの規定が「事実婚姻」又は「内縁」に準用されている。

「夫婦別産制」は妻の夫からの経済的独立性が確保出来るが、財産のない妻の保護に欠け、また、夫婦間の同体意識を弱めるであろう欠点があると言える。中国では、立法意思は後者の欠点を回避し妻の地位を保護するために「夫婦共有(同)財産制」を採ることにあったと思われる<sup>(1)</sup>。

なお、中国の夫婦財産契約締結は婚姻前という制限がないが、日本の夫婦財産契約にはその制限がある。日本では、夫婦間の契約取消権制度があるからである。

### 三 「事実婚姻」・「内縁」の解消に際しての法律関係の比較

中国婚姻法31条の離婚に際しての夫婦共有(同)財産の分割・同法33条の生活困難な一方に対する経済援助と、日本民法768条の離婚による財産分与は対応し、それぞれ「事実婚姻」又は「内縁」に準用されるが、次の点は異なる。

「事実婚姻」配偶者の相続権は、中国では最高人民裁判所『意見』により認められるが日本では「内縁」配偶者の相続権を判例・多数説は認めていない。確かに、「内縁」配偶者に相続権を認めることは、相続関係の画一性の要請・準婚事実の立証の困難性等という難点がある。然し、「離婚の際の財産分与請求権の性質が、共有財産の清算と生活保障を含むとされ、内縁についても準用すべしとする考え方が有力になりつつあるとき、相続権についてだけは何故に当然否定されなければならないのであろうか」(黒木三郎「婚姻の成立と内縁」青山道夫博士還暦・家族の法社会学・昭40・214)という疑問も尤もであり、その実際的必要性から言っても相続権を認めるか、或いは相続権そのものは認めないにしても死亡「内縁」配

---

(1) 有斐閣双書・民法 (8) 親族〔第三判増訂〕88頁(1993)

偶者の遺産に生存「内縁」配偶者が与る地位を認めるための理論構成が要請されるべきものと考えられる。

中国では、「事実婚姻」配偶者に相続権が認められるので、当該「夫婦」が住んでいた家屋が死亡「事実婚姻」配偶者の所有物である場合には、生存「事実婚姻」配偶者はその家屋を相続して引き続き居住出来るが、その家屋が死亡「事実婚姻」配偶者の借家であった場合にはその賃借権は相続財産に含まれず、生存「事実婚姻」配偶者は、賃借権の相続を根拠に引き続き居住出来ないが、具体的事情によっては情（条）理により引き続き居住が認められる可能性がある。これに対して、日本では、当該家屋が死亡「内縁」配偶者の所有物である場合、相続人が存在して家屋明渡請求をしても権利濫用とされ、相続人不存在の場合には、生存「内縁」配偶者が特別縁故者としてその家屋の分与を受ける可能性がある（民法958条の3）。当該家屋が死亡「内縁」配偶者の借家である場合には、生存「内縁」配偶者は、相続人が存在するときは家主の家屋明渡請求に対してその相続人が相続した賃借権を援用出来、相続人不存在のときはその賃借権を承継する（旧借家法7条の2）。

#### 四 総 括

中国の「事実婚姻」と日本の「内縁」とはその本質は同じなので、一旦成立が認められと最終的に与えられる法律効果は、計画出産義務・相続権の有無といった違いを別にすると概ね同じであると言える。ところが、その成立要件は中国の方が前述の法定実質要件を必要とする分だけ厳しい。

その理由は次のところにあると思われる。第一に、実質的成立要件に関し法律婚姻と同等のものを要求し、具体的妥当性を多少犠牲にしても婚姻秩序の法的安定性を図ること、第二に配偶者のないこと・近親婚禁止要件に該当しないことを要求し、男女間の道徳を重視すること、第三に、人口政策的配慮である。

## 第四章 中国における「非婚生子女」

### 第一節 「非婚生子女」の概念

(対照 日本民法900条4号「嫡出でない子女」)

婚姻法にその定義に関する規定はなく、また、最高人民裁判所の解釈にもその定めがないが、非婚生子女とは、合法的婚姻関係のない男女間に生育した子女を指す、と解されている。未婚男女の恋愛期間中に生まれた子女、既婚者とその他の人との不純な性行為により生まれた子女、非合法同居の男女が生育した子女がこれにあたる。但し、未婚男女が妊娠後に婚姻届けをする場合あるいは出生後に追って婚姻届けをすると、その子女は婚生子女と認められ、非婚生子女とはならない<sup>(1)</sup>。

では、事実婚姻による出生子は、婚生子、非婚生子何れであるか。1989年最高人民裁判所『意見』第八条は、合法的な事実婚姻による子は婚生子であり、非合法同居による子は非婚生子である、としている<sup>(2)</sup>。

### 第二節 非婚生子女と認定される場合

一 父母の間に合法的な婚姻関係（法律婚姻、合法的な事実婚姻）が認められない場合（非合法同居）の非婚生子女の認定

婚姻年齢、一定の疾病の患者、請負婚、強要婚等の前述の婚姻条件を満たしていないか、これを満たしていたとしても婚姻登録管理条例施行後の事実上の婚姻関係は、合法的婚姻関係とは認められず（非合法同居関係）、その間に生育した子女は非婚生子女と認定される。

〔判例二〕：王宏海が劉国良を訴えた非合法同居関係を解消する事案<sup>(3)</sup>。

(1) 『中国婚姻法教程』（修正本）104頁（人民法院出版社1992）

(2) 中国最高人民裁判所公報1990年1号21頁

(3) 『中国審判案例要覽』445—449頁（中国人民公安大学出版社1992）

原告（被上訴人）：王宏梅，女性，22歳。

訴訟代理人（一審）：王啓智，男性，45歳。

被告（上訴人）：劉国良，男性，24歳。

訴訟代理人（一審）：劉崇朴，男性，49歳。

訴訟代理人（二審）：尚登邦，神木県弁護士事務所弁護士。

#### 一審の起訴・弁解の主張

(1)原告はこう訴えた。原告は1986年18歳になったばかりのとき、両親に無理矢理被告と婚約をさせられ、1987年12月に婚姻届けをせずに双方は「結婚」した。結婚のとき、被告は習慣にしたがって原告の家に多少の結納品を送り、原告の家も一竿の小タンスを原告の持参品として持たせた。しかし、原告は当時この婚姻に同意していなかった。結婚後、双方の夫婦仲がずっと良くなかった。1988年9月に息子劉軍軍が生まれた。その後も生活の中の些細なことでしょっちゅう喧嘩したりした。

このため原告は同居生活を続けたくなかった。しかし、その父親がに許さないため、1989年7月22日に家出した。その後、原告の両親と被告の父母は同年の9月9日に婚姻撤回の協議に達し、原告の両親が結納品2000元を被告の家に返すことを約束した。しかし、原告が実家へ帰ったとき、被告は翻意して協議に背き、無理矢理に原告を連れ出そうとした。原告は行こうとせず、そのため、双方は喧嘩をし殴り合った。原告は横山県人民裁判所に法律により次のことを処理するよう請求した。①非合法の同居関係を解消する。その理由は原告と被告の婚姻が完全に両親に請け負われ、自分は同意したことがなく、婚姻届もせず、一年あまり同居しても、常に喧嘩するので共同生活ができない。②生まれた子供を原告の養育とする。理由は子供の年齢が小さいから、母親とともに暮らすことは子供にプラスになる。③財産問題については、被告からの結納品は被告に返し、持参品は原告の所有とし、被告の両親の送った旧石洞窟三孔及びその他の家の財産の半分は原告のものとする。

(2)被告は次のように弁解した。①被告と原告は「結婚」したとき法定の

年齢になっていなかったが夫婦仲がとても良かった。息子までも生んだ。その後、原告家出は完全にその父親に唆されたせいであり、原告の本意ではなかった。現在双方は婚姻届けをすれば、共同生活が続けられる。②法廷で離婚と判決される場合には、子供は被告が養育すべきである。理由は原告が家出してから、子供はずっと被告に養育され、原告は子供を遺棄したから。③財産の問題については、「結婚」の際、原告の家は結納品として人民币660元、お米100キロ、小麦100キロ、生地4丈、布団2枚、1500元余りに値する財物を求めた。それを全部返すべきである。原告の持参品小タンスは原告に持って帰らせるが、三孔の石洞窟は両親が被告に送ったもので、原告が求める権利はない。家の中の別の財産はみな被告の個人所有だから、原告が分割請求する権利はない。

#### 一審の事実と根拠

横山県人民裁判所は審理により、次のことを明らかにした。

原告と被告はいずれも両親に請け負われて、1987年12月に法定の婚姻年齢に達することなく、婚姻届けをせずに夫婦の名義で非合法同居をした。同居のとき、原告及びその両親は被告及びその両親に結納品として人民币660元、お米100キロ、小麦100キロ、藍色の中長羅紗の生地4丈、布団2枚合わせて1300元に値するものを求めた。原告の実家は持参品として小タンス一竿を被告に送った。同居の初期、双方の仲は普通であった。1988年10月に原告が息子劉軍軍を生んだ。翌年生活の些細なことで双方は口喧嘩をし、原告は7月22日に家出した。同年9月、双方の両親は婚姻解消の合意をした。原告の実家は被告に結納品1000元を返した。間もなく、被告は原告が実家に帰ったのを知り、原告の家まで行って原告を連れ戻そうとした。そのため双方は殴り合った（すでに別件で処理した）。双方の同居の期間中、被告の両親は原告と被告に旧石洞窟三孔（1200元に値する）送った。原告と被告の家には高低タンス二竿、自転車一台、ミシン一台、食糧三石、磁器製の瓶五箇、布団二枚、及び電器具などがある。

#### 一審審判の理由

上記の事実により横山県人民裁判所は次のように認定する。

(1) 原告と被告の非合法同居関係を確認し、その関係の解消すると判決する。

『中華人民共和国婚姻法』は「婚姻は男女双方の完全な自由意思によらなければならない」と規定し、請負、売買による婚姻を禁止する。また「婚姻年齢は、男性満22歳、女性20歳より早くではない。」「婚姻をしようとする男女双方は自ら婚姻登録機関に出頭し、婚姻登録しなければならない。本法の規定に合致する場合、登録を許可し、婚姻証を受領すると、夫婦関係が成立する。」と規定している。しかし、本案の原告と被告は本人の意思に背き、法定の婚姻年齢に達していず、婚姻登録の手続をせずに夫婦の名義で同居したのは明らかに法律の規定に違反している。だが、その紛争が発生した以上、最高人民法院所の『意見』の規定にしたがって処理すべきである。その『意見』の第2条は次のように規定している。「1986年3月15日『婚姻登録弁法』が施行された後、配偶者のない男女が婚姻届けをせずに夫婦の名義で同居生活をし、他人もそれを夫婦関係だと思い、その一方が人民裁判所に「離婚」の訴訟をする場合、同居のとき双方がいずれもが婚姻の法定条件に合うならば、事実婚姻関係と認定でき、同居のとき一方又は双方とも結婚の法定条件に合わないならば、非合法同居関係と認定すべきである。」本案の原告と被告は1986年3月15日後同居し、そして同居のとき双方はいずれも婚姻の法定年齢に達していず、婚姻の自由意思にも背き、婚姻の法定条件に符合していなかったから、非合法同居関係と認定すべきである。従って『若干意見』の第7条の規定により、「非合法同居関係に属する場合、一律にその関係を解消すると判決すべきである。」

(2) 原告と被告にはいずれも子女を扶養する権利と義務がある。

双方の関係が非合法同居関係と認定された後、その子女は非婚子女となる。しかし、『婚姻法』は「非婚生子女は婚生子女と同等の権利を享有する」と規定している。従って、その子女の扶養問題は『婚姻法』の関係規

定が適用され、婚生子女の扶養原則で処理する。つまり父母双方にはいずれも扶養の権利と義務がある。同居関係を解消する場合、まず双方が協議し、合意できないときは、人民裁判所が子女の利益と双方の具体的情況により判決を行う。本案の子供は幼いが、ずっと父親に育てられているので、被告と一緒に生活すべきものと判決すべきである。原告は一定の生活費を負担すればよい。

(3)双方の争いのある財産は、『意見』の規定にしたがって、個々別々に処理すべきである。

①双方の同居生活の期間中の共同取得財産は、夫婦存続期間の財産関係として分割できず、『中華人民共和国民法通則』に規定された一般の共有関係で処理するほかはない。ただし、婦女と児童の利益に気を配り、実際の情況と双方の誤りの程度を考えて、妥当に分割すべきである。本案の争いのある三孔の旧石洞窟は双方の同居生活の期間において、男側の父母が原告と被告に贈与した共同財産であり、原告も分割を請求する権利がある。その他の共同の収入と共同購入した財産も双方の共同財産として分割すべきであるが、本案の実際の情況から、男女が財産取得のときに払った労働代価と子供への配慮を重視すると、被告に対して適当に多く割り当てるべきである。

②同居生活前の一方が進んで相手に贈与した財産は贈与関係規定を参照して処理すればよい。原告の両親が持参させたものは普通娘に贈与した個人財産として処理すればよい。

従って、本案に係わる小タンスは原告の所有とする。

③同居生活の前、女側が男側に求めた財物は、『婚姻法』の「婚姻を口実に財物を強要することを禁止する」という規定により、そして最高人民裁判所（1984年）法弁字第11号の『民事政策法律の執行貫徹に関する若干問題の意見』第18条の規定の精神に照らして処理すべきである。結婚の期間が長くなれば、男側に生産活動、生活の困難をもたらす場合、適当に結納品の一部か全部を返すことを請求できる。本案に係わる結納品の問題

は、原告と被告が訴訟の前すでに協議によって1000元を返した。これは上述した司法解釈の内容に合うから、有効と判決すべきである。

#### 一審審判の結論

陝西省横山県人民裁判所は『中華人民共和国婚姻法』の第四条、第五条、第十九条及び『中華人民共和国民法通則』の第七十八条の規定により、下記のように判決した。

- (1) 原告と被告の非合法同居関係を解消する。
- (2) 双方の子女劉軍軍は被告とともに生活し、原告は一回で子供の生活費350元を支払う。
- (3) 双方の共同財産は石洞窟一孔を400元と評価し、その上布団一組を原告の所有とする。その他は、全部被告の所有とする。また原告の両親が送った小タンス一竿は原告の所有とする。
- (4) 原告は事情をみて、結納品である人民元1000元を被告に返すこと（すでに実行した）。訴訟費用40元は、原告と被告がそれぞれ20元ずつ負担する。

本案の原告と被告は非合法同居関係と認定されたから、その子女は非婚生子女と確認された。

#### 二 婚生子女の否認（対照 日本民法775条「嫡出否認の訴」）による非婚生子女の認定

婚生子女の否認は、婚姻法には規定がないが、司法実務の中で「夫婦の一方又は子女が妻の子女が夫の子女であることを否認する民事法律行為である。つまり、その婚生子女が夫の子女であることを否認する行為である。この否認は通常夫側からするが、妻がその子女が夫の子女であることを否認することも少なくない。」ものとされている。この否認が認められるとその子女は非婚生子女と認定される。その否認の証明責任は、実務上夫にあるとされている<sup>(4)</sup>。

(4) 『民事判解与適用』336頁（中国検察出版社1994）

〔判例三〕：原告 A が被告 B を訴えた養育関係の変更の事案<sup>(5)</sup>

原告 A と被告 B が1982年に結婚し、1985年7月に B が男の子 C を生育し、双方は共同で養育していた。1989年7月、A は B が他人と婚外の性行為のあることに気づき、AB の協議により、民政機関で協議離婚をし、子供 C は A の養育とし、B が月に30元の養育費を支払うことにした。その後、双方は子供の面会に関し争議が生じ、B は A が C の父親ではないと主張して、1989年11月に訴訟し、C の扶養関係を変更するよう請求した。訴訟中、A は C が自分の肉親であることを証明するため、親子鑑定をしてもらった。B もそれに賛成した。鑑定により、A は C の父親であることが否定された。このため、B はその訴訟を取り下げ、C を連れ戻して養育するようになった。1990年2月に、A は提訴し、B にその婚姻関係存続期間中と離婚後詐欺されて支払った養育費6000元あまりを返還してもらった。C の父親について、B はかつて D を指名したが、D はそれを認めなかった。確実な証拠と証明がなかったから、法廷はそれ以上突っ込んで調査しなかった。

上記の事例の婚生子女の否認の問題について、C は AB の結婚の三年後に生まれたもので、婚生子女と推定すべきである。しかし、B は C が自分と他人との姦通によって受胎したことをはっきりと知っていたが、離婚してから初めて証拠を提出し、A の C の父親であることを否認した。これで分かるように母親は否認権の主体としてもその必要性がある。A が B の否認主張に反対したが、親子鑑定をしてから、A が C の父親でないことが確認されたとき、B の婚生子女否認権は認められた。このような状況のもとに AB 双方はこの事実を確認し、そして養育関係の訴訟の取り下げという方式で、A と C の親子関係を終えた。案件としてこれですでに解決したと思えるが、ここから人々に考えさせたことは中国の立法が婚生子女否認制度を欠いていて、不完備であるということである。このような処理法は、法律の依拠もなければ、具体的な規定もない。当事者の自己

---

(5) 同上365頁

判断に任せて、司法機関はどうしようもない羽目になり、妥当でないことは明らかである。

三 非婚生父子関係は次の第三節で述べる「認領」によっても生じる。

### 第三節 非婚生子女の「認領」制度

非婚生子女の「認領」とは、父親がその非婚生子女を自分の子女（実子）と認め（対照日本民法779条「認知」）、引取る行為（認知が認めれても子女または母の意見に反して当然にはできないが）である。この制度は、法律の規定はないが最高人民裁判所の司法解釈によって事実上認められている。

この制度の基本的内容は次の通りである。

#### 一 任意的認領

この行為の性質は単独行為であり、非婚生子女本人及び母親の同意を得る必要がなくその要件は次のものを必要とする。

- (1)非婚生子女の生父本人が認領しなければならない。
- (2)非婚生子女本人が認領されなければならない。
- (3)認領者と被認領者の間に実の親子関係が存在する。

但し、次の認領は無効である。

- (1) 認領する者に民事行為能力がない場合
- (2) 実の親子関係が存在しない場合
- (3) その子女が婚生子女または婚生子女と推定される場合
- (4) 遺言による認領においてその遺言の方式に瑕疵がある場合

#### 二 強制的認領

生父がその子を任意的に認領しない場合に、その子または生母が生父に対してその子の認領請求を主張して、裁判所に提訴する行為を指す（対照

日本民法787条「強制認知」)。任意的認領は、それをする者の主観的な意思によるが、強制的認領の場合には、生父の意思に反しても、親子の血縁関係に基づいて裁判所が判定する、この判定のための証拠資料としては、次の事実が挙げられている。

- (1) 受胎期間中に生父と生母の同居事実がある場合
- (2) 生父の文書で彼がその子女の生父であることを証明できる場合
- (3) 生母が生父に強姦され、あるいは騙されて犯された場合
- (4) 生母が生父に権力で犯された場合
- (5) その他の実の親子関係を証明できる証拠がある場合

認領請求者である原告がその請求を裁判所に提訴した場合、被告は反証を提出しない限り強制的に認領が認められることになる<sup>(6)</sup>。

#### 第四節 非婚生子女の法的地位ないし法的保護

非婚生子女の父母に過ちがあっても、その子供は無垢であり非がない。また非婚生子女も、婚生子女と同様社会の一員であり後者と同様の保護を与えるべきである。

解放前は非婚生子女の地位は非常に低く、婚生子女と同等の権利を享有することができないばかりか、ときには生まれて直に殺されることもあったのである。そこで、新中国は非婚生子女の「生の権利」を保障するため、1950年婚姻法15条が次のように明文をもって規定した。「非婚生子女は婚生子女と同等の権利を有し、如何なる人も危害と差別をくわてはならない。」そして、1980年婚姻法も改めて19条で「婚姻によらずに生まれた子女は、婚姻により生まれた子女と同等の権利を有し、如何なる人もこれに危害をくわえ、もしくはこれに差別をくわえることはできない。」と規定し、同法15条は「嬰兒の溺殺その他の嬰兒虐殺行為を禁止する」と規定した。従って、婚姻法の規定に「子女」とある場合には、婚生子女だけでな

---

(6) 同上371—374頁

く非婚生子女も含むものと解される。

一 非婚生子女にも父親の氏（姓）、母親の氏いずれのものでも付けることができる（対照 日本民法790条・791条）。

以前「男尊女卑」「子子孫孫に伝える」の封建思想の下、非婚生の息子には父親の姓が付けられたが、非婚生の娘にはこの権利がなく母親の姓が付けられた。しかし、現在中国においても子女の姓名選択の自由が認められている。婚姻法16条は「子女は父の姓を称することができ、母の姓を称することもできる。」と規定している。男女平等原則の現れである。

二 父母には扶養義務及び教育義務がある（対照 日本民法820条・877条1項）

扶養とは、父母の子女に対する養育と生活上の世話を指し、教育とは、父母がに思想的道徳的配慮をして子女を育成することを指す。婚姻法15条は「父母は子女にたいし扶養と教育の義務を負う。」と規定し、同法19条で「婚姻によらずに生まれた子女の父は、子女が独立して生活ができるまで、子女の必要とする生活費と教育費の一部または全部を負担しなければならない。」と規定した<sup>(7)</sup>。

例えば、前述の判例二の場合、原告王宏梅と被告劉国良に対しては「法律婚姻」関係が否定され非合法同居関係とされたので、その子女は非婚生子女として扱うほかなかったが、その非合法同居関係の解消をする判決をする際に子女の扶養についても同時に判決した。双方の子女である劉軍軍は被告と共に生活し、原告は一回でその子女の生活費350元を支払うというようにである。

三 父母には未成年子女に対する監督と保護の権利義務がある。（対照

---

(7) 前記『教程』99頁

日本民法820条「監護権」)

婚姻法17条は「父母は未成年子女を監護する権利を有する。」としている。そして、民法通則18条は「後見人（父母）は後見の職責を履行し、被後見人（子女）の身分上、財産上その他の合法的權益を守るものとし、…後見人が後見の職責を果たさず又は被後見人の合法的權益を侵害した場合には、責任を負わなければならない…」更に、婚姻法17条は「未成年の子女が国家、集団または他人に対して損害を与えた場合、父母は経済的損害を賠償する義務がある。」としている。但し、「後見人（父母）がその有する無・制限民事行為能力者（未成年子女）が他人に損害を与えた場合には、本人の財産の中から賠償費用を支払う。不足分は後見人が適当に賠償する。」（民法通則133条対照日本民法714条）。成年（満18歳以上）に達したが未だ独立して生計を立てていない子女が国家、集団または他人に与えた損害は加害者本人がその責任を負う。その本人に経済的収入がない場合は、扶養者が立替払いをし、それも困難である場合には延期払いの判決または調停もできる。」としている<sup>(8)</sup>。

未成年子女の父母は未成年子女の後見人となり、その後見人が未成年子女の法定代理人となる（民法通則12条、14条、16条）。父母が法定代理人として未成年子女の代わりに民事活動を進める際に、代理された未成年子女の利益を損なってはならない。父母は不利益となる未成年子女の相続権、受贈権の放棄の代理はできない（民法通則18条対照 日本民法826条「親権者と子の利益相反行為」）。

四 父母と子女相互間においては遺産相続をする権利がある（対照 日本民法900条4項但書）。

相続法10条は「遺産は次の順位で相続する。…この法律でいう子には、婚姻生子女、非婚生子女、養子及び扶養関係のある継子を含む。この法律

---

(8) 前記『教程』100—101頁

でいう父母には、実父母、養父母、及び扶養関係のある継父母を含む。」と規定し、同法13条は「同一順位相続人の遺産相続分は、一般に均等でなければならない。」と規定している。一方、婚姻法19条が「婚姻によらずに生まれた子女は、婚姻により生まれた子女と同等の権利を有し…」と規定しているので、「非婚生子女」も「婚生子女」と同等の法定相続分を有すると解してよい。

〔判例四〕：原告荊波が被告顧青華を訴えた遺産相続の紛糾案<sup>(9)</sup>

原告：荊波，女性，38歳，市ケイ酸塩研究所技術員である。

被告：顧青華，女性，48歳，市労働局課長である。

上記の当事者の遺産相続の紛糾の案件に対する市人民裁判所の審判は次のようなものであった。

被告顧青華の夫鐘容庄は生前市ケイ酸塩研究所の副総技師であり、息子二人娘一人を育てた。長男鐘云は前妻が生育し、次男鐘雨、長女鐘緑は顧青華の婚生子女である。1982年2月6日に病気で亡くなった。個人の遺産として41000元を残した。死者は生前研究所の指導者と関係人員五人を立会人として呼んできて、「遺産の1/3は長男鐘云に、1/4は次男鐘雨に、1/4は長女鐘緑に、1/6は顧青華にそれぞれ割り当てる。」旨の遺言書を作成し、自ら公証機関まで行って公証してもらった。

顧青華は自分の分が余りにも少ないと思って、鐘の前妻の息子と口喧嘩をしたので、遺産が分割できない状態になった。

1982年3月に、荊波は二歳の小娘于容容が彼女と鐘容庄との同居による子であることを理由に、人民裁判所に提訴し、相続を請求した。荊波は提出した証拠は次の通りである。

(一)鐘容庄が1979年に自ら荊波に出したお詫びの手紙である。その手紙には、荊に苦痛を与えたので自分はつらくなった。そして人民元100元を与えると書いてある。(二)荊波が于容容を出産した後、鐘はもう一度荊に手紙

---

(9) 『疑難案件解析』239—241頁（重慶出版社1984）

を出した。手紙に「子供を順調に出産したことは大変よいことです。記念に、于容容と名付けてほしい。今日人民币300元を送ります。お体を大事に。」と書いて、そして「もしあなたの亭主に殴られたら、彼と離婚すればいい。すべて私がお世話する。」と付け加えた。(三)荊と鐘と一緒に撮った写真が一枚ある。鐘が荊とその夫との離婚を迫って断られたので、双方は齟齬し、荊は第三者の目の前で鐘にびんたを食わした。それから、二人は対立した。

以上の確かな証拠と勤め先の同僚の意見により、人民裁判所は于容容が鐘容庄の子女であることを確認し、そのため、于容容は鐘の遺産の相続権を享有する。

上記の理由により、下記のように判決した。

(一)鐘容庄の遺言を無効とする。

(二)鐘容庄の遺産41000元の相続は法定相続により進める。

(三)鐘の三人の子女と配偶者はそれぞれ6200元を相続し、于容容は16200元を相続する。裁判所の判決は次の理由により正当であると解する。第一、于容容が鐘容庄と荊波の非婚生子女である証拠は確実である。中国婚姻法の第十八条「父母と子女は互い相続する権利を有する」、第十九条「婚姻によらずして生まれた子女は婚姻によって生まれた子女と同等の権利を享有し、如何なるものもこれに危害を加えたり差別することはできない」という規定により、非婚生子女はその実父母の遺産への相続権を享有するから、荊波の訴訟を支持すべきである。于容容はその生父鐘容庄の遺産を相続する権利がある。

第二、中国の関係民事法規は次のように規定している。被相続人が遺言で遺産を処理する場合、国家の法律と社会主義の公共利益に背いてはならず、未成年又は労働能力のない相続人の相続部分を剥奪し又は減らしてはならない。そうでなければ、人民裁判所はその遺言の部分か全部を無効であると公表できる。本案の鐘容庄は生前の遺言の中で故意にその非婚生子女于容容の相続権を剥奪し、国家法律の規定に違反したから、裁判所のそ

の遺言を無効であるとする公表は合法である。

第三、遺言が無効になったのであるから、法定相続をすべきである。中国の法律はこう規定している。死者の遺産の相続割り当ては法定の順序に従い、その順序で相続するという原則、同一の順序においては均等に相続割当をする原則、死者の未成年子女と生前死者に扶養された未成年又は労働能力のない人、または死者に義務を果たした人に対して配慮するという原則を貫くべきである。だから、裁判所の二歳にすぎない于容が遺産を多く相続するとする判決は道理に合い、また法律に合っている。そうすればこそ、未成年子女の利益を守り、健全に成長させることが保障される。

## 第五章 日本における「嫡出でない子」（非嫡出子）

### 第一節 「非嫡出子」の概念及びその認定される場合

#### 一 「非嫡出子」の概念

「非嫡出子」とは、「嫡出でない子」である。では、法律上嫡出である子即ち、「嫡出子」とは何かというと、妻が婚姻中に懐胎した夫の子であるということである（民法772条）。ところが、この要件を直接証明することは困難である。そこで、民法772条2項は「婚姻成立の日から200日後婚姻の解消若しくは取消の日から300日以内に生まれた子は婚姻中に懐胎したもの推定する。」とし、同条1項は「妻が婚姻中に懐胎した子は、夫の子と推定する。」としている。この二段の推定により父子関係の法律上の推定（民法775条の嫡出否認の訴えのみによってその推定を覆し得る）がなされている。

そうすると、婚姻成立日から200日以内に生まれた子は非嫡出子になる筈である。しかし、その婚姻成立前に内縁関係が先行していて、その内縁継続中に内縁の妻が内縁の夫の子を懐胎し婚姻後出生した子を大審院連合部判決（昭和15年1月23日民集19巻1号54頁）は、条理上「特に、父母の認

知の手續を要せずして出生と同時に当然に父母の嫡出子たる身分を有するものと解す」べきであるとした。更に、戸籍吏は内縁先行の有無の実質的審査権を持たないので、戸籍実務上は、婚姻届が出されていれば嫡出子出生届を受理する取扱いに定着した（昭和15年4月10日民甲437号通牒）。ただ、この場合内縁開始時から200日後であっても、婚姻成立から200日以内に生まれた子は民法772条2項の嫡出の推定を判例（最判昭和41年2月15日民集20巻2号202頁）は認めていない（我妻説はこれを肯定する）。

これとは逆に、民法722条の要件を形式的に充たしていても、子の懐胎当時妻が夫によって懐胎することが客観的に不可能な事実があるときは嫡出の推定は及ばない、とするのが通説・判例（最判昭和44年5月29日民集23巻6号1064頁）である。長期別居、失踪、長期海外滞在・服役等同棲欠如の場合である。真実に反することが客観的に明白な推定まで認めるべきでないことは明かであるからである。そして、夫婦間に同棲がある場合にも、夫の生殖不能、血液型背馴が認められるときには、「家庭の平和が既に崩壊し、当該父及び母子のいずれもが真実に合致しない形式的身分関係の消滅を望んでいる」こと等を条件として嫡出の推定を排除するのが最近の下級審の判例の傾向である（大阪地判昭和58年12月26日判時1129号90頁等）。

以上から、婚姻後200日後出生した子は、法律上の推定を受ける嫡出子とその推定の及ばない嫡出子があり、婚姻後200日以内に出生した子は、嫡出推定規定の適用を受けない嫡出子である。これらの子は、嫡出否認の訴え又は親子関係不存在確認の訴えの認容判決が確定しない限り、嫡出子として扱われる。この意味での嫡出子でない子が「非嫡出子」である。従って、日本においては、「非嫡出子」とは、懐胎時においても出生時においても合法的な婚姻関係にない男女間に生まれた子を指す、と言ってよいであろう（民法779条900条4号但書）<sup>(1)</sup>。

---

(1) 我妻栄『親族法』法律学全集23・230頁（有斐閣1965）有斐閣双書(8)165頁（1988）

## 二 「非嫡出子」とされる場合

1. 「非嫡出子」の概念は、父母との関係で生じるものであるから、具体的には非嫡出母子関係、非嫡出父子関係として問題となる。

非嫡出母子関係は、「母とその非嫡出子との間の親子関係は、原則として、母の認知を俟たず、分娩の事実により当然発生すると解するのが相当である。」（最判昭和37年4月27日16卷7号1247頁）ただ、棄子発見の場合或いは病院で子が取り違えられた場合等分娩の事実による証明ができないときには、民法779条は母にも認知を認めているので、母子関係存在確認の訴えによることなく、母の認知によることが認められる、と解されている<sup>(2)</sup>。

非嫡出父子関係は、認知（民法779～788条）によって発生する。親子関係存在確認の訴えは、既存のものとしての親子関係の存在を主張する訴えであるから、認知をまって発生する父子間では認知前にすることができない。

2. 嫡出性（父性）が法的に否定された場合には、非嫡出母子関係が残存する。法律上の推定を受ける嫡出子は、その推定が法律によるものなので、法律の認める嫡出否認の訴え（民法774～778条）によってのみ、その推定を覆すことができる。嫡出推定規定の適用を受けない嫡出子及びその推定の及ばない嫡出子は、一般原則により、親子関係不存在確認の訴えによりその嫡出性（父性）を否定する。

### 第二節 認知制度<sup>(3)</sup>

#### 一 認知の意義

非嫡出子と父又は母との間に法律上の親子関係を成立させる法律要件である（民法779条<sup>(4)</sup>）。非嫡出子と父との法律上の親子関係は、認知によ

(2) 中川高男『新版親族・相続法講義』199頁 前記『双書』166頁

(3) 前記・中川『講義』198～208頁, 190～191頁 前記『双書』165～184頁

(4) 前記・我妻『親族法』234頁

て発生し、血縁上の父子関係があっても、身分関係の法的安定の要請から認知がなければ父子関係は発生しない（最判昭和54年6月21日判時933号60頁）。だが、母子関係は、前述したように、分娩によって生じるので、母の認知は原則として不要である。

この認知には、父が任意な意思でなす任意認知と、父の意思に反してでも裁判により強制的に認知を認める強制認知がある。

## 二 認知の法的性質

意思主義説は、認知は、自己の子と承認する意思表示であって、父が進んでこの意思表示を行なうのが任意認知であり、父にこの意思表示を求める給付の訴えが認知の訴え（強制認知）である、とする。これに対して、事実主義説は、認知は客観的事実の承認（任意認知は親の承認であり、強制認知は裁判所の承認ということになるか）であるとし、任意認知は観念の通知であって非嫡出父子関係の推定方法に過ぎず、強制認知は嫡出父子関係の存在確認ないし形成の訴えであるとする。

意思主義に立つと死後認知は認められないことになる。ところが、昭和17年改正の民法783条2項は死後認知を認めた以上、現行法は意思主義から事実主義へ転換したと言ってよいのではないか、と考える。

## 三 任意認知

1. 要件 ①原則として、意思能力があれば自ら行なうことができる。その法定代理人の同意は不要である（民法780条）。認知は、本人の意思を可及的に尊重すべき身分行為であるからである。

②例外的に、次の場合に承諾を要する。(a)成年の子を認知するときは、その子の承諾が必要である（民法782条）。子が養育を必要とるときは放置し、成人になったら認知して扶養してもらおう、とする親の利己的な意図を排除するためである。(b)胎児を認知するときは、母の承諾が必要である（民法783条1項）。母の名誉・利益を守る一方、認知の真実性を担保するた

めである。(c)成年の直系卑属がある死亡した子を認知するときは、その成年の直系卑属の承諾が必要である（民法783条2項）。承諾者と認知者との間に直系血族関係が発生するからである。

2. 方式 認知届或いは遺言によってすることを要する（民法781条）。この点について次の判例がある。

大審院（大正15年10月11日民集5巻10号703頁）は、父が非嫡出子について嫡出子出生届をした場合に認知の効力を認めた。ところが、実親が未認知の非嫡出子を一旦他人夫婦の子として出生届をした上、その他人夫婦の代諾によって自分の養子とした場合には、その養子縁組届に認知の効力を認めなかった（大判昭和4年7月4日民集8巻686頁）。認知届を血縁的親子関係の存在という事実を承認する届出と解すると、その承認の意思が認められる限り、必ずしも認知届の方式を採らなくてもよい。そうすると、後者についても認知の効力を認めるべきものとする。多数説も同様である<sup>(5)</sup>。

3. 無効 民法786条が「認知に対して反対の事実を主張することができる」と規定するのは、その認知の無効を主張することができるという意味である。認知は、この事実に反する場合の外、認知の要件である意思能力を欠く場合、認知意思を欠く場合（認知者の意思によらずに認知届なされた場合等）に無効となる。

認知無効の性質については、当然無効説と形成無効説が対立している。判例は分かれている。前者は、裁判の確定をまたずに当然無効であり、他の訴訟の前提としてその無効を主張できる（通説）。後者は、無効判決の確定によって、初めて認知は遡って無効となるとする。

4. 取消の禁止（民法785条） 親子関係は重要な身分関係である。ところが、認知は単独行為であるから、際限なく認知とその取消を繰り返すことも可能であるが、これを許すとその重要な身分関係の不安定を来すの

---

(5) 前記・我妻『親族法』235頁

で、その防止のための注意規定である<sup>(6)</sup>。

本条の「取消」については、単なる撤回であるとする説と、法律行為に瑕疵がある場合の取消の意味であるとする説がある。前者が判例（大判大正11年3月27日民集1巻4号137頁）であり、たとえ真実に反するときでも、一度認知したら撤回できないとする（認知無効の訴えで争うことは可能）。また、認知が詐欺・脅迫による場合には、たとえ真実に合致していても取消し得るとする。後者が通説であり、任意の撤回は勿論、認知が真実に合致しているか否かに関係なく、詐欺・脅迫による取消も認められないとする。ただ認知が事実と反するときは、認知無効の訴えによることはできる。

なお、認知に承諾が必要な場合（民法782～783条）に、承諾を得なかった認知の効力については明文の規定がないが、認知の取消の訴えの対象とすべきである<sup>(7)</sup>。

#### 四 強制認知

1. 意義 父が任意な意思で認知をしないときは、子、その直系卑属又はこれらの者の法定代理人は、認知の訴えを提起することができる。但し、父（母）の死亡の日から3年を経過したときは、提起することはできない（民法787条）。

判例（大判明治32年1月12日民録1巻7頁）は、母は、法定代理人としても自己の資格においても、胎児の認知を請求し得ないとする。立法論として不当である（スイス民法は認めている）。父死亡の日から3年の起算について、判例（最判昭和57年3月19日36巻3号432頁）は、「出訴期間を定めた法の目的が身分関係の法的安定と認知請求権者の利益保護との衡量調整にあることに鑑みると、…他に特段の事情が認められない限り、右出訴期間は、A（父）の死亡が客観的に明らかになった…頃から起算することが許

(6) 前記・中川『講義』203頁

(7) 前記・我妻『親族法』237頁

される。」とした。この判例理論は、父が出奔し行方不明であったので、父の死を知ったときは既に父死亡の日から3年経過していたという場合に妥当な結果が得られる。

2. 父子関係の証明 この証明について民法は何らの証拠法則を定めていないので、自由心証主義（民事訴訟法185条）による。

大判明治45年4月5日民録18輯343頁をリーディングケースとする従来判例理論は、原告の母と被告が懐胎可能期間に情交関係を持ったこと、原告の母が懐胎期間中に被告以外の男子と情交関係を持たなかったこと（被告の不貞の抗弁に対して）、の二つの事実の証明責任を原告側に負わせた。しかし、母が②の事実を証明することが困難であり子に父が与えられない酷な結果となることが多かった。これに対して、学説は②の事実の証明責任を被告側に転換すべきであると主張してきた。

その結果、最高裁判所（昭和31年9月13日民集10巻9号1135頁）は、次のように判示し、大審院の従来判例理論を採用しなかった。原告（子）は、自己が被告の子であるとの事実について立証責任を負うが、（次の）要証事実が証明される場合には立証責任の問題は生じないとし、甲（原告）の母が受胎可能の日に乙（被告）と情交を通じた事実、血液型の矛盾がない、乙は甲の出生当時父親としての愛情を示した事実等が認められる以上、甲が乙の子であるとの事実は証明されたものとした。この判旨は、他男との情交がなかったことを認定しないで父子関係の存在を推認する趣旨とみられ、証明責任の転換を明らかに認めたものではないが、個々の事案に即した間接事実を総合して父子関係の存在を推認する趣旨とみるべきものであろう<sup>(8)</sup>。

## 五 認知の効果（非嫡出子の法的地位）

認知があると親子関係が生じ、親権・扶養・相続等親子間に認められる

---

(8) 前記『双書』180頁

一切の権利義務発生の基盤ができる。現行民法900条4号は非嫡子出の相続分は嫡出子の2分の1であるとしているが、平成8年1月16日付で法制審議会民法部会がまとめた民法改正要綱案は、両者の相続分を同一にするとして、本年中の法改正を予定している。

その効果は出生時に遡って発生するが、第三者の権利を害し得ない(民法784条)。従って、例えば、後見人が認知前に為した財産処分行為は無効とならない。相続については、既に共同相続人が分割その他の処分をしているときは、価額のみによる支払請求権を有する、としている(民法910条)。

認知は、子の氏と戸籍に直接影響しない。子は父の認知後も依然母の氏を称し母の戸籍に属する。だが、子は、家庭裁判所の許可を得て父の氏に変更し、父の戸籍に入ることはできる(民法791条1項)。

六 認知請求権の放棄 非嫡出子の父が自分の家庭に不和を生じさせないために、金銭を与えその代償として父子間で以降認知を請求しないという約束をしたところ、後日子が認知の訴えを提起した場合、裁判所はその約束の効力を認めて訴えを却下できるか、という問題である。

判例(大判昭和6年11月13日民集10巻1022頁をリーディングケースとする)は、これを認めると「多く不遇窮迫の地位にある私生子が僅少なる金銭のために容易に認知請求権を放棄せしめらるるに至」り、私生子を保護しようとする法律の精神は殆どその目的を達しなくなる、と判示した。これに対して、身分権の放棄は許されないからという形式的理由で一律無効とするのは正確でない。判断の基本的立場としては個人の尊厳を旨とするが、具体的事情に即して、子個人の利益だけでなく、父側の婚姻家庭共同生活の平和の保護、一夫一婦制の保護等、個人的・社会的利害の考量をして判断する必要がある、とする有力説がある<sup>(9)</sup>。

---

(9) 谷口知平『親子法の研究(増補)』108頁(信山社1991)

## 第六章 中国における「非婚生子女」と日本における 「非嫡出子」との比較

### 第一節 中国における婚生子女の否認と日本における 嫡出否認制度の比較

父母の関係が非合法同居関係とされればその間の子女は非婚生子女と認定されるが、法律婚姻関係であっても、その父母の子女でないことが証明されれば、やはり非婚生子女とならざるをえない。

現行の中国の婚姻法には婚生子女否認の制度が規定されていない。しかし、中国の司法実務においては、その子女が夫による妻の受胎によって生まれたものでないことが証明されれば、その子女の婚生子女としての地位は否定され非婚生子女とされる。「婚生子女」と「嫡出子」とは、「法律婚姻」関係にある男女間に懐胎・出生した子という点では同じ意味である。そこで、これを日本において法律により設けられている嫡出否認制度との比較において考えてみることにする。

#### 一 日本における嫡出否認制度

妻が婚姻中に懐胎した子は、夫の子と推定され（日本民法772条1項）、婚姻成立日から200日後、または婚姻解消もしくは取消の日から300日以内に生まれた子は、婚姻中に懐胎したのと推定される（同法条2項）。この推定は、父子の推定、嫡出性の推定を法律上の推定を意味している。従って、この推定を覆すには、訴訟手続における通常の反対事実の証明によっては許されず、法律で認める方法即ち嫡出否認の訴えのみによって許される（同法774条）。そして、この訴訟上の請求が認容されると、その父子関係の存在と嫡出性が否定される。

否認権者は、夫が禁治産者であるか否認の訴えを提起せずに死亡した場

合（人訴法28・29条）を除けば夫に限る。この限定に対しては、夫が自己の子でないとしていても否認の訴えを提起しない限り、妻、真実の父、子は真実の父子関係を回復できないから、少なくとも子には否認権を与えるべきであるという立法論が多い（子の意思に反して妻または真実の父に否認権を認めることには疑問がある）。訴えの相手方は子または親権を行なう母（または特別代理人）であり、その対象は妻の生んだ子に限る。訴えの提起期間は夫がこの出生を知ったときから1年以内の制限がある。夫が禁治産者であるときは、禁治産の取消後夫が子の出生を知ったときから起算する（日本民法777・778条）。身分秩序の早期安定のためである。これらの点で参考になるのは、『スイス民法典』256条「①夫は、夫本人がその子女の父でないことを知ったとき又は第三者が妻の受胎期間中に妻と同居していた事実を知ったときから、1年以内に訴えを提起しなければならない。子女の出生後5年を経過すると、訴訟提起権は当然に消滅する。②子女は、遅くも成年に達した後1年以内に訴訟を提起しなければならない。③上記の期限経過後は、重大事由があると認められた場合に訴訟提起ができる。」の規定である<sup>(1)</sup>。

嫡出推定の範囲を形式的画一的に定めると真実と相違する結果が生じるので、たとえ妻が婚姻期間中に受胎しても、入院、入監等妻が夫によって受胎することが不可能な事実がある場合には、嫡出推定が及ばないことが認められている（最判昭和44・5・29民集23巻6号1064頁）。婚姻成立後200日以内に生まれた子も、嫡出の推定は受けない。しかし、それぞれ婚姻関係にある男女間に生まれた子であるから、推定を受けない嫡出子であるとするのが判例である（大判昭和15・9・20民集19巻1596頁）。この父子関係の存在を否定するには、親子関係不存在確認の訴えを確認の利益ある限り誰からでも提起できる。

---

(1) 『民事判解研究と適用』369頁（中国檢察出版社1994）

## 二 中国における婚生子女の否認

中国においては、法律に規定はないが司法実務の中で「夫婦の一方または子女が、妻の子女が夫の子女であることを否認する民事法律行為である。」と定義されている。この定義からは、この否認が、訴訟提起による裁判所の判決によってのみ認められるのか、裁判外あるいは訴訟上の請求の前提としても認められるのか明らかでない。また、否認可能期間の制限があるのかも明らかでない。法律の制定があるまでは司法実務の中で徐々に明らかにされていくことと思われるが、それまでは法的予測可能性を欠くことになるので早期の立法が望まれる。そして、身分秩序の安定の観点からは、否認方法、婚生子女の推定の及ぶ範囲、否認権者の範囲、否認可能期間については一定の制限を設けた方がよいと考える。判例三においては、妻に子女の出生を知ってから4年以上経過してから否認の訴訟提起を認めている。この場合、子女の意思に反しても妻に否認権を認めるべきか、4年経過しても認めるのが子女の身分関係の安定の見地から妥当か検討の余地がある、と考えられる。

### 第二節 中国における非婚生子女の「認領」と日本における認知制度の比較

「認領」または「認知」は、非婚生子女または非嫡出子と父または母の間に法律上の親子関係を成立させる法律要件である。日本においてはこれを民法779～789条によって詳細に定めているが、中国においては、第四章第三節で述べたように司法実務の中でこれを認めてきた。任意認知だけでなく強制認知も認めて非婚生子女の利益を図っている点では日本と同じであるが、ある程度の任意認知の成立要件・有効要件、強制認知の証拠資料ないし証拠方法を明らかにしているのみで充分とはいえない。ただ、そこに明らかにされている任意認知の成立要件の内容をみると、任意認知の法的性格を、日本においては意思主義で捉えるのが多数説のようであるが、事実主義の方向でその成立要件を考えているように見える点が注目され

る<sup>(2)</sup>。

現時点においては司法実務の中に、将来においては立法の中に、詳細な日本民法の規定を子女の利益のために参考にしていく必要があろう。

### 第三節 中国における「非婚生子女」と日本における「非嫡出子」の法的地位ないし保護の比較

中国においては婚姻法19条で婚生子女と非婚生子女とは同等の権利を有するとしているが、日本民法においては非嫡出子に対する封建的差別の残滓が未だ残存しているので、両者には違いがある。

#### 1. 姓名権の比較

日本民法790条1項は「嫡出である子は、父母の氏を称する。」とし、同2項「嫡出でない子は、母の氏を称する」としている。これが原則である。ただ、非嫡出子も家庭裁判所の許可を得れば、父の氏を称することはできる（父による認知の場合）。そうであっても、原則的差別があることには変わりがない。

これに対して、中国民法16条は夫婦別姓制を前提として「子女は父の氏を称することができ、母の氏を称することもできる。」としていて、ここにいう「子女」には、前述のように非婚生子女も含まれるので、この点は日本民法より法の下での平等が徹底している。

#### 2. 親権（監督保護権）の比較

近代法の親子関係の中核は、親が子を哺育・監護・教育する職分である。民法はこれを「親権」として規定している。親権は、子を一人の社会人として養育すべき親の職分であるから、その内容は、この目的のために必要な事項のすべてに及ぶ。親権の包括的な内容は、身上の監護と財産の管理に大別しうる。身分上の監護とは、子について、主として肉体的な生育をはかる監護と、主として精神的な向上をはかる教育を含む趣旨であ

---

(2) 有斐閣双書民法(8)〔第三版贈訂版〕167頁(1993)

る。

日本民法820条は「親権を行なう者は、子の監護及び教育をする権利を有し、義務を負う。」として、身上の監護の面を包括的に規定している。そして、具体的な内容として居所指定権（同法821条）、懲戒権（同法822条）、職業許可権（同法823条）が規定されている。財産管理権については、同法824条で「親権を行なう者は、子の財産を管理し、また、その財産に関する法律行為についてその子を代表する。但し、その子の行為を目的とする債務を生ずべき場合には、本人の同意を得なければならない。」と規定している。その他に認知の訴え等身分上の行為の代理権を親権の内容として特に規定している（同法787・775・791・797・811・815・804・917・833条）。この親権を非嫡出子に対して行使する者は、母が単独親権者であり、父が認知した後に父母の協議または審判によって父を親権者と定めた場合には、父の単独親権となる（同法819条4・5項<sup>9)</sup>。なお、親子間の扶養義務は、親子等の親族関係の効果として規定されている（同法877条1項）。

中国婚姻法の親権に関する直接の規定は、15条の「父母は子女にたいし扶養と教育の義務を負う。」と17条の「父母は未成年の子女を監護する権利と義務を有する。」とする規定があるにすぎない。そこで、その親権の具体的な内容を定めるのは司法の実務に任されていると考えられる。そうすると、具体的な内容を有する親権に関する日本民法の規定は、司法実務において大いに参考すべきものと思われる。なお、非婚生子女も父母の子女である以上当然父母が親権を行使できるわけであるが、やはり日本民法と同様に父または母の単独親権となるとみてよいだろう。

### 3. 承継権（相続権）の比較

日本民法900条4項は、「…但し、嫡出でない子の相続分は、嫡出である子の相続分の二分の一とし、…」としている。これも封建思想の残滓の一つである。この規定については、日本法学界においても憲法14条1項の法

---

(3) 我妻栄『親族法・法律学全集』316頁、328～335頁（有斐閣1965）

の下の平等に反するから、非嫡出子も嫡出子と同等の法定相続分を保障すべきであるとする説が最近有力である。1994年11月30日付の東京高裁判決もこれと同様の結果を認めた。そして、近くこの法律改正が予定されている。

これに対して、中国においては第四章第四節において述べたように、非婚生子女の相続分は婚生子女の相続分と同等であることが法律の明文をもって規定されている。

## おわりに

中国においては、民政部発布『婚姻登録管理条例』の施行（1994年2月1日）により、従来一定の条件の下に法的に保護されるべきものとされて来た「事実婚姻」も、その保護が否定されるに至った。ただ、経過的に最高人民裁判所の1994年『意見』により保護される余地が残されたが、その範囲は同条例施行前から存続する「事実婚姻」に限定されている。現時点において斯様な条例を施行したことが果たして妥当なものであったか最後に少し考えてみることにする。

一 確かに、中国婚姻法の基本原則である婚姻の自由（請負婚・売買婚等婚姻の自由への干渉の禁止）・一夫一婦制（重婚の禁止）・男女平等の婚姻制度及び計画出産（婚姻法2条・3条、婚姻登録弁法1条）の確保維持のためには、同条例は長期的視点からは概ねプラスの効果をもたらすものと思われる。しかし、当面の問題としては、非合法的な婚姻関係の発生原因との関係でその効果を検討してみなければ、そのプラス・マイナスは具体的には明らかにならない、と考えられる。そこで先ず非合法的な婚姻の発生原因を分析する。

### 1. 非合法的な婚姻の発生原因の分析

仮令婚姻成立の法定実質要件を具備していても、婚姻登録手続をしなけ

れば法律上婚姻は成立しない。そこで、婚姻登録との関係でその発生原因を分析すると次のように分けることができる。

(1)登録できないからしない場合である。これは、早婚・近親婚・請負婚等婚姻成立の法定実質要件を欠いているケースである。

(2)登録できるけれどしない場合である。これは、農村、山奥に多くみられる「子供を複数それも男の子を是非欲しい」という庶民の願望に起因している。この願望は国家的緊急・最重要課題である計画出産・独り子政策と矛盾衝突する。それにも拘らず、「重男軽女」「多子多福」、「不孝に三つあり、後なきをもって大となす」といった、永年培われて来た封建的思想・価値観に囚われている人々は、これを回避するために婚姻成立の法定実質要件を全て具備していても婚姻登録をしないのである<sup>(1)</sup>。

(3)法的に登録可能であり、登録したいけれど事実上困難な場合である。

一部の農村等の辺鄙な地域では、婚姻登録機関や職場で、“土政策”により法定の婚姻登録手続を遵守しないことがある。例えば、双方当事者が法定婚姻年令に達しているにも拘らず、法外な手数料を徴収する等種々の手段を弄してその手続を困難にするケースである。

この種の「不法徴収」は、以前から地方行政部門に横行しているようであるが、最近の新聞（中国経済時報1996・1・1付）は次のような例を報道している。山東省のある農民が結婚登記所に婚姻登録ために行くとき先ず鎮（町）の計画出産事務所へ行くように指示され、そこで、保証金400元、出産準備費用180元、母子安定保健費50元、新婚費20元、雑誌1996年分の講読料36元、その他の費用0.5元を支払わせられた。そして、登記所では、更に記念写真代100元、贈り物代36元、晩婚費80元、社会養老保健費500元、扶養協定書費30元、婚姻登録手続費18元、婚姻登録諸費20元を支払わせられた。結局、合計13項目1470.5元に達したのである。幸い懇意にしていた幹部の計らいで社会養老保健費が250元軽減され、この後やっと婚姻

---

(1) 前出加藤美穂子『中国家族法の諸問題』167頁

証を入手出来たということである。

## 2. プラス・マイナスの効果

(1)の場合は従来も「事実婚姻」として保護されなかったが、(2)の場合も強い憲法上(49条)の要請である計画出産・独り子政策の観点から保護すべきでないとしてこれを禁圧することは、この種の違法婚姻を合法的な婚姻へ誘導するプラスの効果が得られる。登録しようとするればできる場合であるからである。これに対して、(3)の場合は、その婚姻を非合法同居として法的に保護しないことは極めて酷であり、合法的な婚姻へ誘導する効果も期待できないし、却って国民の反発を招きその順法精神を大きく損なうマイナスの効果をもたらす危険があるといえる。

そこで、同条例は登録を強制してもその履行が事実上困難な(3)の場合まで一律にその婚姻を無効とする趣旨ではないと解して、その場合には仮令当該夫婦が同条例施行後に同居を開始しても「事実婚姻」として保護するのが妥当ではないか。つまり、同条例の適用範囲を(2)、(3)に限定するのである。

二 次に、重婚罪(中国刑法180条・181条)との関係で同条例のプラス・マイナスを検討する。法的に認められる「事実婚姻」の範囲が狭くなると、その分だけ重婚罪の成立範囲も狭くなり、刑事罰による違法婚姻の禁圧に影響すると考えられるからである。

中国においては、次のような態様で夫婦関係が重複する場合、重婚罪に該当する。①法律婚姻後の法律婚姻 ②法律婚姻後の事実婚姻 ③事実婚姻後の法律婚姻 ④事実婚姻後の事実婚姻の場合である<sup>(2)</sup>。ところが、同条例の施行により、その施行前からその存続が法的に認められている「事実婚姻」以外の婚姻法に適合しない同居関係は全て非合法同居とされることになったので、②、③及び④の場合には重婚罪に該当しないことにな

---

(2) 同上170頁

る。その結果、その範囲の違法婚姻を刑事罰によっては禁圧できない事態に陥る。この点はマイナスの効果であるといえる。尤も、制裁金・減給・降格・解雇等行政上の制裁或いは党内規律上の処分を科されることはあり得る。

中国においては、改革開放後、農村では請負制導入等で経済力がつき、男子が欲しいという封建思想から重ねて妻をもつ、経済開放区では秘書を事実上の妻にするといった重婚が増加しており、福建・広東省等南方の経済向上地区に多いといわれている<sup>(3)</sup>。「事実婚姻」の一律の法的否定は、このような新たな重婚的現象の増加傾向を刑事罰から解放・助長する結果になるのではないかと危惧されるところである。『婚姻登録管理条例』による「事実婚姻」の法的否定が事実上の重婚状態を放任することになるのではないかと、という上海高級人民裁判所のある裁判官の指摘（本稿12頁）も、このような点を指しているものと思われる。

三 最後に、婦女及び児童への影響について検討する。当該婦女に「事実婚姻」関係が認められれば、前述したように夫の遺産の相続権や夫婦共有財産制を享有できる。ところが、『婚姻登録管理条例』の施行により、従来「事実婚姻」として法的に保護されて来た未登録婚姻を一部の経過的な例外を除いて一律無効とすると、未登録の具体的な事情に関係なく一律に当該婦女は相続権、夫婦共有財産制の法的利益を失うことになる。

では、児童についてはどうかというと、確かに、中国婚姻法（19条）上は非婚生子女の権利は婚生子女の権利と同等であるとされている。ところが、非婚生子女はその多くが計画外出産子として行政上の制裁の対象となる。例えば、就職するまでの医療費の補助や保育園・幼稚園の保育費の補助がされずその父母の負担となるとか、都市では国から割り当てられる住宅の面積が増加されず、農村では住宅建設用地と自給用の農地である自留地が増

---

(3) 同上170～171頁

加されない等である。このような制裁が地方的計画出産条例で規定されている（その典型例が上海市計画出産条例である）<sup>(4)</sup>

以上のマイナス面を勘案すると、違法婚姻の禁圧・根絶の目的が現在の中国において緊急・重要課題であるとしても、やはり、婚姻登録したいけれどそれが困難である場合には前述の限定解釈により同条例を適用すべきではあるまい。「事実婚姻」として保護するが反面重婚罪の規定の適用もあり得るとした方が、婚姻法の基本原則である女性・児童の保護、一夫一婦制の趣旨に合致し同条例の実効性も期待でき、また、「護るべきは護り罰すべきは罰すべし」という条理にも適うものであろう。

篠塚昭次早大教授によれば、「日本には“貧乏人の子沢山”という言い伝えがある」という。戦前の日本では、とくに農村部において、10人兄弟というのは珍しいことではなかったそうである。また、同教授によれば、「徳川封建体制の武家社会では、武士家族や富裕町人層の子沢山は、地位・資産の継承を保全する必要から生じた」という。一口に子沢山といっても、前者は貧しさ故の労働力確保から、後者は豊かさ故の地位・資産の保全の必要から形成されたことが判る。そのことは、当然、婚姻の形式と内容にかかわってくると思う。すなわち、前者では、妻は子生みの道具として、その能力テスト中は試験婚或いは足入り婚として「内縁関係」となり、後者は、政治上・事業上の因縁から多妻婚となる。従って、内縁や事実婚といわれるものも、その淵源を辿れば、その時代その社会の経済的・政治的構造に基因することが理解される。こうしてみると、今日の日本における核家族化（少子化）現象と中国における一子制との間に何か共通の原理や哲学を見出せないものであろうか。次の課題としたい。

(以上)

---

(4) 前出陳宇澄『中国家族法の研究』158～159頁