

学校で教えない現代社会
シリーズ 2

萌えない 法律学

改訂初版

MFRI / 2005

「おまえら、妹は好きですか？」

一部の狭い世の中では「妹」がブームらしく、2004年6-11月の半年の間に、少なくとも「妹ゲーム大全」(INFOREST)と「いもうとドリル」(英知出版)の二冊のムック本が出ている。この手の文献には「おなか一杯」になれるぐらいの妹キャラが紹介されている。妹と比べると人気は低いようだが「姉ゲーム大全」(INFOREST)なるムックが出せるぐらいには姉キャラも健闘しているようだ。よく知られているように、近年の商業用エロゲーに出てくる攻略対象である「いもうと」(おねえちゃん)キャラは、「兄」(弟)と血縁関係がない。「こころナビ」(Q-X, 2003.6.23)の今関凜子や「タナトスの恋」(Red Label, 2003.9.26)の結城奈緒美のように、極めてトリッキーな設定を持ち出すことで実妹・実姉を攻略対象にした例もないわけではないが、大抵の場合は「義理」か「おさななじみ」か「知り合いの炉里」ということで逃げを打っている。なぜかといえば「コンピュータソフトウェア倫理機構・倫理規程」(平成11年6月22日改定)の禁止事項に「6. 近親(血続きの、直系および3親等以内の親族)相姦はその行為を描写した作品を制作しない。」とあったからだ。ちなみに、この規程の注意事項には「同性愛についても、上記の男女間における性的表現と同様で十分注意する。」とあるので、兄弟のハッテンも不許可である。ソフ倫が上記のような規定を設ける必要があるのは、近親相姦が社会的に禁止されているにも関わらず、ユーザーニーズが高く、かつ物語を作りやすいからである。ただし、この規程はあくまでもソフ倫加盟企業による業界規制にすぎない。規程のうち「わいせつ表現」に係る部分は、刑法第175条(わいせつ物頒布等)を回避する目的があるわけだが、近親相姦に係る表現に関しては、刑法上、それを禁止する特段の規定があるわけではなく、単に「公序良俗」に配慮しているだけだ。ソフ倫の近親相姦描写規制は2004年秋に廃止され、「ALMA ~ずっとそばに Complete Edition」(bonbee, 2004.11.26)には、2003年初版にはなかった「由衣と実兄が(以下略)」というシーンが追加されている。なお、この規制の撤廃に関しては、実兄妹関係の描写がすでに認められている、商業用小説ライターからの圧力であるとの噂がある。

義理妹と(以下略)というのは、今から20年前に作られたOVA「くりいむれもん part 1. 媚・妹・Baby」(フェアリーダスト, 1984年)に出てくるぐらい歴史があるもので、近年の有名所では「D.C.」(CIRCUS, 2002.6.28)の朝倉音夢や「ひなたぼっこ」(Tarte, 2004.6.25)の速水小春などがいる。義理の妹が出来るケースでメジャーなものの一つに「親の養子縁組」がある。その典型例を以下に示す。

ある不妊な夫婦が男の赤ちゃん(航)を養子に迎えた。その数年後、間の悪いことに、この夫婦に女の子供(花穂)ができてしまった。航と花穂は兄妹として育てられたわけだが、どうしたわけかプラコンに育てしまった花穂は「お兄ちゃま大好き！」などと言い出し、航もまんざらではないご様子。そうこうするうちに「電撃G's maazine」では掲載できないような事情もあったのか、花穂が「らーじ・PONPON」に…。

「Dear My Friend」(light, 2004.7.9)のメインヒロイン(久代麻衣)も同様の設定であり、へたれDQNな主人公、森川恭一が「手を出してはいかんだろう」と無駄に悩む話が展開される。

主人公の父親にして「ロリ小説四天王の一人」、森川文人が孤児院から麻衣を引き取ってきて、恭一と一緒に暮らすことになる。恭一は不自然になつてきた彼女と最終的にくっついてしまい、その後、「麻衣は自分の本当の妹なのかどうか」と父親に問い詰める。文人にしても身に覚えあることがあったために彼女を養女にしたわけで、麻衣同意の上で父親と彼女は親子鑑定を行なっているところだった。で、最終的には「血縁関係なし」という結果が出て「ハッピーエンド」となる。

よく考えてみると、これは変なシナリオである。親子関係に関しては、民法第4編 親族が基本法となる。その第734条に「直系血族又は3親等内の傍系血族の間では、婚姻をすることができない。」とあることから、親・兄弟・祖父母・叔父叔母(祖父母の子)・自分の子供・孫とは結婚できない。良く知られているように、リアル妹と結婚できない法的根拠はここにあり、逆に「いとこ」と結婚することは何ら問題ない。養子縁組は血縁関係がない人間の間、血族間同様の親族関係を生じさせる法律行為(727条)なので、DMFのケースのように父親の養子縁組によって妹ができた場合、それは主人公から見ても血縁関係のある妹と同じ傍系血族となる。ところが民法第734条に「養子と養方の傍系血族との間では、この限りでない」という但し書きがあることから、義理の兄妹(姉弟)の婚姻は合法的に成立する。だからDMFのケースでは、別に麻衣と自分の父親との間に血縁関係があろうがなかろうが、実際のところ、それほど大きな問題でもない。恭一が結婚可能な年になった所で、二人で婚姻届を出しに行けばそれで終わることだ。なお、文人が麻衣と養子縁組していない場合は、こんな面倒なことを考えることもなく、麻衣は始めから赤の他人として考えてよい。

養子には「普通養子」と「特別養子」の2種類がある。普通養子では養子縁組後も実親との血縁関係が消滅しないが(つまり、親が二組存在する)特別養子の場合は実方の血族との親族関係が終了する。特別養子制度は子供の福祉を目的として1988年に新設されたもので、そのために厳しい養親の条件が課されている。6歳以上(例外的な場合は8歳以上)の子供は特別養子にできないので、DMFのケースではこれを考慮する必要はない。養子縁組を解消する行為を「離縁」という。普通養子の場合は協議によって離縁は可能だが、特別養子の場合は「養親による虐待、悪意の遺棄その他養子の利益を著しく害する事由がある」「実父母が相当の監護をすることができる」の2条件を満たした場合のみ離縁が認められることがある。離縁が成立した場合、普通養子は養親との親族関係が終了し、特別養子は縁組前の親族関係と同一の関係に戻る。

DMFのケースで、麻衣が文人のリアル娘である(つまり恭一のリアル妹である)かどうかは、養子縁組によって生じた血縁関係に影響を与えないわけだが、もしも「血縁関係あり」という鑑定結果を元に、文人が彼女を認知した場合は、話が変わってくる。認知の否認については「夫が子の出生を知った時から1年以内にこれを提起しなければならない」(777条)のだが、承認についてはこのような期限設定がない。未成年だろうが成年後見人だろうが、法定代理人の承認なく認知は可能(780条)だし、遺言によることも可である(781条)。これは基本的に認知されることが子供にとってメリットがあることを想定しているからで、子その他の利害関係人は認知に対して「反対の事実を主張することができる」だけである(786条)。「成年の子は、その承諾がなければ、これを認知することができない」(782条)のだが、逆に未成年であれば、認知は親の届出だけで成立する。だから、文人が麻衣の気づかないうちに認知してしまえば、恭一が彼女と結婚することは不可能になってしまう。文人が本気で「麻衣に手をだしちゃいけないからねー」と思っていたなら、こういう嫌がらせもできたわけだ。

余談ながら、(普通)養子縁組の条件というのは「自分が成年に達していること」(792条)・「相手が卑属で、一日でも年少であること」(793条)であり、相手が15歳以上であれば当事者同士の合意で成立する。なので、実兄妹・姉弟の間でも、その気があれば養子縁組は可能である。つまり合法的に「いもうとのパパ」になることも可能なのだ。親の養子縁組によって生じた兄妹・姉弟関係の場合にも同様のことがいえるので「義理妹にしてリアル娘にして妻」あるいは「リアルママ先生にして義理のお姉ちゃんにして妻」といった無茶な設定も、法的には十分に可能である。

「義理妹と結婚」

「学園」に通っているごく普通の学生に、突然、年齢の近い妹ができてしまう例として、もう一つがよく使用される例に、実親の結婚相手の「連れ子」が妹になるケースが挙げられる。「ホワイトプレス」(F&C・FC02, 2004.7.23)を題材として、後者の場合について考えてみよう。

現在、先輩・後輩の関係にある相模司と浅野のののかは、かつて兄妹として一つ屋根の下に住んでいたことがある。どういうことかという、司の父とのののかの母が結婚したため、その互いの連れ子である司とのののかも兄妹になったというわけだ。しかしその後、父母が離婚し、それぞれが自分と血が繋がっている子供を引き取ったために、現在、二人は離れて暮らしている。

司の父にとってのののか母親は配偶者だが、その連れ子(のののか)との間には何の関係も存在しない。しかし養子縁組を行なうことで、彼女を実の子と同じにすることができる。その場合、司とのののかは相続・扶養などに関してリアル兄妹と全く同じ扱いを受けることになるが、婚姻を妨げられることはない(民法731条1項但書)。

義理妹と結婚する以外に、次のような場合でも妹と結婚できてしまう。せっかくだから「CLANNAD」(Key, 2004.4.28)のキャラクターを使って説明しよう。

岡崎朋也と、彼の親友の妹である春原芽衣が晴れて結婚することになった。その頃、娘の渚に死なれた古河秋生・早苗さん夫婦は、家業のパン屋を継がせるべく、養子を探していた。秋生は「俺と勝負して負けたら、うちのパン屋を継げ」と言っているようだが…。

ここで朋也が勝負に負けて、芽衣が同時に秋生または早苗さんの養子に入ると、芽衣は朋也の「夫にして妹」ということになる。あるいは朋也もしくは芽衣が、古河家ではなく、相手の少なくとも片親の養子に入った場合でも同様である。なお、配偶者がある者が縁組をするには、その配偶者の同意を得る必要がある(民法796条)のだが、別に養親夫婦揃って養子夫婦と縁組する義務はない。

養子縁組によって生じた血縁関係は離縁によって終了するのだが、その例外が一つある。それは養親・養子の婚姻障害である(民法766条)。「奥様は巫女?R」(ぱじゃまソフト, 2004.6.25)の後日談ということで、例えば次のようなケースが考えられる。

激しい男の奪い合いの末に吉野正太郎の奥様の座を射止めたのは鈴音だったが、晶はその後メイドとして、彼の家で働いていた。鈴音はまだ正太郎が晶と続いているのでは、と思いつつ日を過ごしていたが、そんなある日、鈴音は余命幾ばくもないことを知ることになる。甲斐甲斐しく看護してくれる晶に感動したのか、鈴音は「晶さんを養女にお迎えしましょう」と語り、正太郎も「鈴音が死んだ後で離縁すれば、結婚できるだろう」と、これに同意した。

夫婦の一方の死亡により、婚姻は解消するので、何もなければ正太郎は晴れて晶と再婚できる。しかしその前に晶を養子にしていれば、その後、離縁したとしても結婚は不可能である。何も知らない顔をしていた鈴音が実は一番、したたかだったのだ。ここで注意すべき点は、離縁後に婚姻できないのが養父母側当人とその直系尊属の集団と、養子のその配偶者とその子供および子供の配偶者の集団、それぞれの集団の間だけであるということだ。養子は法律によって血縁を作り出す行為であるため、養父母の实の子と養子は結婚できないのだが、養子関係が

切れると同時にこの二人は婚姻が可能となる。なぜなら実の子は養父母の直系卑属に相当するため、民法736条の適用を受けないから。もう一点。養子とその実の親（およびその血族）との親族関係は特別養子縁組によって終了するが、その場合でも実方の直系血族又は3親等内の傍系血族との間では、婚姻できない（同734条）。

「血縁度maxでも結婚できる」

「実妹と信じていた恋愛相手が、実は義理の妹だった」という設定については既に述べたので、次に「恋人同士だった二人が、後に血縁関係がある兄妹であることが判明する」ケースについて考えてみよう。例として宮川匡代「15歳のレビュー」（集英社マーガレット、1992）を取り上げる。

中3の村上郁子は同級生の高田郁実と両想いの仲になったのだが、郁子の腹違いの妹であるさゆりも郁実が好きになってしまった。郁実には多希という兄がいて、彼も郁子を好きになってしまう。ところがその後、衝撃の事実が発覚。郁子と郁実の実の兄妹だったのだ。もともと郁子を嫌っていたさゆりはその事実を郁子に告げる。一方、偶然に多希と父の会話を聞いてしまった郁実もその事実を知り、彼女と別れようとする…。

なぜこういう事態に至ったかという点、郁実と同居している母、一子が現夫と結婚する前に郁実の父と職場恋愛の末に、郁子が出来てしまったから。「未婚の母」として郁子を生んだ一子はその後、さゆりの父と再婚。一方、不倫相手である郁実の父は正妻との間に多希をもうける。だから郁子と郁実の実の両親は完全に一致しているのだ。もっとも、婚外子（非嫡出子）である郁子には戸籍上、父親が存在しない。ゆえに郁実の父親から認知されない（彼女が20歳を超えていれば、その認知を拒否する）限り、郁実とはあくまでも赤の他人である。なので、いくら父親を共有する実の兄と妹であるとしても、法律上、婚姻を妨げる理由はない。

その後、一子が結婚する。相手の連れ子であるさゆりと、その実の父の間には親子関係は存在しないし、逆にさゆりと一子の間も同様である。だから法的には郁子とさゆりの間には姉妹関係は存在しない。さてここで郁子と郁実が結婚することになり、さゆりがそれを妨害しようと思ったとする。まず考え付く方法は郁実の父に対して「郁子を認知しろ」と迫ることだが、認知の訴えを提起できるのは「子、その直系卑属またはこれらの者の法定代理人」に限定される（民法787条）。ゆえに郁実の父が認知を断れば、それ以上、法律的にこれを強制する手段はない。

ところで、婚姻の成立には以下の3つの実質的要件が必要である（民法742・743条）。

要件	欠けた場合
(1) 婚姻意思	婚姻の無効（はじめから婚姻の効果がない）
(2) 婚姻障害の不存在	取り消し（将来に向かって婚姻の効果を喪失する）える
(3) 届出	婚姻の不存在（無効）

このうち、近親婚は(2)の婚姻障害に該当する。だから一度、婚姻届が受理されてしまえば、その婚姻は取り消されるまでは有効である。婚姻障害には公益的立場から定められるもの（民法731-736条）と私益的立場から定められるもの（脅迫・強要）があり、前者は各当事者、

その親族又は検察官から、その取消を家庭裁判所に請求することができる（民法744条）。上記のように、さゆりは郁子または郁実と親族関係が存在しないため、二人の婚姻を妨害する目的でこの訴訟を提起することはできない。

ここでさゆりの父が通りすがりのレッサーパンダ男に殺されたとする（病死でもよい）。もし郁子が事実反してさゆりの父の「実の子」として戸籍に入っているのならば、非嫡出子と嫡出子との間で遺産取り分が露骨に異なる（民法第900条）ために、さゆりには血縁関係不存在的の訴えの利益が存在する。このような場合には、親子関係不存在的の訴えが可能である。ところが父または母の再婚相手の連れ子は、互いに1親等の姻族関係しか存在しないので、郁子に義理の父の財産相続権はない。放っておいても郁子の取り分はないのだから、財産争いの名目をもって、郁子の血縁関係を法廷で明らかにするという嫌がらせ手段も取りようがない。ということで、郁子・郁実の結婚に関して残る問題点は保護者の同意条項（民法737条）だけだが、これは時間が解決する話である。以上のことから「戸籍上、他人ということになっていれば、血縁度maxな兄と妹でも結婚は無問題」ということが結論される。

「出生の秘密」

かなり昔、「出生の秘密」をネタとした漫画やドラマが流行した時代がある。その一つにすぎ真弓「さすらいの太陽」（小学館小コミ、1970.9.20-1971.10.10）という漫画があり、後にアニメ化されている（CX、1971.4.8-9.30）。その内容は以下のようなものだ。

夜学に通っていたおでん屋の娘、峰のぞみは昼間部に移り、そこで香田美紀と出会う。彼女は香田財閥の令嬢として育てられてきたのだが、実はその二人、生まれた時に病院の看護婦、野原道子によってすり替えられていたのだ。そうとも知らず、美紀はのぞみに嫌がらせを続けるのだが、そんなある日、のぞみは「ファニー森山」（森山尚）という青年に出会う。二人は相思相愛の仲になるのだが、このファニーは4歳の時に森山家に養子に出された、峰家の長男だった…。

のぞみとファニーの間には自然血縁関係はなく、美紀がファニーの実妹である。普通養子縁組では実親と子の関係は切断されないのだから、戸籍上、のぞみとファニーの実の親はいずれも峰慎介・静子である。いくら野原道子が記者会見ですり替えの事実を公言しても、それだけではファニーとのぞみの関係は兄妹のままなので、二人が結婚するためには、それに先立って戸籍の訂正を行なう必要がある。戸籍の訂正は当事者の申請に基づき、裁判所の関与下で行なわれるのが原則である（戸籍法113-116条）。例外として、たとえば文書偽造の有罪判決が婚姻の無効を強力に推定できる根拠とされた例があり、この場合は市町村長の職権で訂正が認められている（戸籍法24条）。野原道子の刑事裁判の過程で、おそらくのぞみ・美紀の真実の父親が明らかにされるはずなので、その結果を受けて職権で戸籍が訂正されるものと考えられるが、そうでない場合でも確定判決または無効を宣言する審判を得れば、戸籍は訂正できる。その効果は出生に遡るので、野原道子が事実を暴露する前に香田大次郎が死亡し、香田美紀が遺産を相続した場合、その事実を知ってから5年以内ならば、のぞみは美紀に対して相続回復訴訟を提訴することができる（民法884条）。

「知らない間に毒男卒業」

婚姻成立の絶対的 necessary 要件は「婚姻意思」であり、それを欠く婚姻の届け出は無効である。ところが戸籍法上、役所の窓口担当者は書類の形式審査権しか与えられていないため、本当にその届けが真実の婚姻意思に基づいているものであるかどうかを審査することができない。だから事件も起こる(「知らぬ間にタイ人女性と結婚、養子も4人...宮崎の男性」読売2002.2.5)。

宮崎市の40才男性が、本人の知らないうちにタイ人女性と婚姻、4人の男と養子縁組させられていた。婚姻は1990年6月、養子縁組は2001年5月から9月にかけて届けられていた。婚姻届は大阪市から郵送され、タイ人女性のサイン、男性名の署名、押印があった。男性は2001年5月、生活保護を市に申請した際、婚姻届に気付いた。2001年1月、戸籍謄本を取り寄せたところ養子縁組が発覚、これを不受理とするよう申請した。また市が損害賠償に応じるかどうかなどを問いただしている。同市には「勝手に養子縁組された」という相談が、2001年だけで他に5件寄せられている。

こういう場合、男性は家裁から婚姻無効の審判または確定判決を受けるまで、タイ人女性と4人の男に対する扶養義務が存在する。それが出る前に死んでしまえば、彼らに財産相続権も発生するのだが、生活保護を受けるくらいだから、それは問題にならないかもしれない。それでは次の場合はどうか(「勝手に婚姻届作成、元恋人を逮捕 - 埼玉 前日に嫌がらせメール 不受理」ZAKZAK 2002.11.14)。

埼玉県の32歳アルバイト、若松靖が2002年初めまで交際していたさいたま市の会社員女性(22歳)との「結婚」を計画。以前に女性が冗談半分で署名した婚姻届の書類に市販の印鑑を押し、8月5日、さいたま市に提出。若松が提出の前日、女性に「婚姻届を出すぞ」と嫌がらせのメールを送っていたため、女性が同市に届け出て不受理に終わった。若松は「ずっとかかわり合いを持ちたくてやった」と供述していた。

若松は婚姻届を偽造し提出したとして、有印私文書偽造などの疑いで逮捕されている。これも余計な嫌がらせをするからで、女性が署名まで行っている婚姻届けがあるのだから、黙って印鑑を押し提出しておけばよかったのだ。もちろん、この婚姻届は無効だが、女性が後に別の男性と結婚しようとしたときに、無効確認訴訟を提起する必要がある。さらに「たしかに女性が印鑑を押し」と言い張っておけば、水掛け論になるので刑事立件も難しい。

上の二つは婚姻意思不在の事例だが、逆に婚姻意思があるのに婚姻障害が存在する場合はどうか。女性満16歳・男性は満18歳以上でないと結婚できない(民法731条)のに、17歳同士が合法的に結婚してしまう事件が発生している(「『だんなさまは17歳』...ドラマ化必至?! 大阪の17歳カップル婚姻届受理“事件”」ZAKZAK 2003.7.4)。

2003年6月12日、新妻とその母親が大阪府枚方市役所に婚姻届を提出。未成年者の結婚に同意する親の署名押印もあるなど、形は整っていたために戸籍担当者が受理。戸籍を作るため、妻の本籍地の役所にコピーを送った所、夫の年齢が18歳に約2カ月足りないことが判明。市側は夫の母親に慌てて連絡したものの、「両家の話も整っている。戸籍をつくる方向で進めてほしい」と取り消しを拒否されてしまった。しかもこの母親、「もうすぐ2人の間に子供が生まれるんです」と、担当者に明るく話していたという。

なんか典型的な「ドキュソスパイラル」という気がするが、それは本題と関係ない。民法739条および740条に書いているように、婚姻の届出は法令違反がないことを確認した後でしか受理できず、逆に受理された時点で婚姻の効力は発生する。しかも婚姻の無効は同742条で定められる2つの場合(「人違その他の理由によつて当事者間に婚姻をする意思がないとき」・「当事者が婚姻の届出をしないとき」)に限って認められるにすぎない。このケースでは婚姻届けが受理されてしまっているので婚姻は成立しており、かつ、当事者たちに婚姻の意志があつて当事者が婚姻届けを出しているため、完全に有効である。よく似たケースとして、男18歳、女16歳以上で両方が未成年だった場合で、父母の同意がないままに婚姻届けを提出し、勘違いで受理されてしまったケースも実際に起こっているが、この場合も父母は婚姻の取消を請求することはできない。

今回のケースは民法731条の規定に違反した婚姻にあたるために、同745条に定めるように、夫の方は追認をしない限り、適齢に達した後3ヶ月間は婚姻の取消を請求することができる。ただし婚姻を取り消した場合でも、「最初から婚姻をしなかった」ものとして扱われるわけではない(同748条)。財産法では取り消したことは始めから無効だったものとみなすことになっている(同121条)。なぜ親族法にわざわざこういう規定があるのかというと、最も大きい理由は婚姻後に懐胎出生した夫婦間の子を嫡出子とみなす規定があるため。平気な顔をしてデキ婚を報告するようなドキュソのことなので、子供が産まれた後で気が変わって婚姻を取り消す可能性もある。こういう場合にはじめから結婚していなかったものとみなしてしまうと、本当は嫡出子だった子供が非嫡出子となってしまう、子の身分の安定が確保されないからだ。

「いとことは結婚できるが・・・」

法律で禁止されている婚姻相手は、直系血族または3親等以内の傍系血族であり(民法734条1項)、ソフ倫はそれに該当する「近親」との関係の描写を禁止しているわけだ。この親等の数え方は、片方から共通の祖先まで遡り、そこから相手に到達するまでの世代数を合計する。例えば兄妹は2親等、叔父叔母は3親等であり、その子供であるいとこは4親等にあたる。Kanon(Key 1999.6.4)でいえば、水瀬名雪と相沢祐一は問題なく結婚できるが、名雪の母である秋子さんは攻略対象キャラにできないわけだ。

近親相姦の禁止が法定化されている理由は、「優生学的または倫理的配慮」とされる。そこで、ここでは近親相姦によってどれくらい遺伝的影響が出るものか考えてみよう。まず、ヒトの受精卵には父と母から受け継いだ同一染色体が一つずつ入っている。いわゆる「血の濃さ」を表す遺伝学の用語に「近交係数」(F)があり、これはある個体の染色体内の特定遺伝子座について共通祖先からの同祖遺伝子が二つ揃う確率を示す。常染色体劣性遺伝病は、同じ病原遺伝子が揃った時に発症するので、定義上、近交係数が高いカップルの子供ほど当たりを引く確率が高い。後に述べる特殊事例を除くと、いとこ・叔母・妹の近交係数はそれぞれ1/16、1/8、1/4であり、法律は1/8以下の近交係数を示すカップルの婚姻を禁止していることになる。ところが、世の中には妹と近交係数を示す相手と合法的に結婚できてしまうケースが存在する。「Clover Hearts」(ALCOT 2003.11.28)を少し改変して説明しよう。

南雲白兔・夷月、御子柴玲亜・莉織という二組の一卵性双生児があり、白兔・玲亜と夷月・莉織の二組のカップルが誕生。その後、玲亜から男の子(雄基)、莉織から女の子(ちまり)が生まれた。

このケースでは戸籍上、雄基とちまりは4親等(いとこ)の関係にあるので、彼らがその後、結婚することには何の問題もない。しかし一卵性双生児というのは遺伝的に同一のクローンなので、白兔・夷月、玲亜・莉織はそれぞれ同一人物とみなしてよい。ゆえに雄基とちまりの遺伝的関係は同一の父母から生まれた兄妹と全く同じである。

近親婚集団における劣性遺伝病の発生確率は、任意婚集団における病気の発生率を q^2 (q は婚集団内における病原遺伝子の存在確率)とした場合、 $Fq+q^2(1-F)$ で示される。比較的メジャーな常染色体劣性遺伝病である先天性聴覚障害やフェニルケトン尿症・色素性乾皮症の発生率(q^2)は1万児に一人のオーダーで、先天性魚鱗症のようなマイナーなものは、この1/100程度である。そこで前者の q を1/100、後者を1/1000程度とした場合、近親相姦によって何倍ぐらい子供の罹患リスクが上がるか計算してみよう。

メジャー系：	いとこ7倍	叔母13倍	いもうと26倍
マイナー計：	いとこ63倍	叔母126倍	いもうと251倍

いとこ結婚と比べると、いもうと結婚は4倍程度リスクが高く、メジャーな病気では、兄妹カップルの400児出産について一児程度が罹患することになる。これは35-36歳母親がダウン症児を出産する確率と同程度であり、そう考えると社会的に許容されている範囲の大きさのリスクであるともいえなくもない。

「妹と「事実婚」は可能か？」

世の中には「事実婚」状態のカップルが少なからず存在する。彼らは事実上、婚姻状態にあるが、種々の事情から婚姻届けを出していないわけだ。ただ日本では歴史的に「内縁の妻」(妾妻)の権利を守る必要があった関係から、事実婚カップルの間には婚姻に準ずる形で、以下の権利・義務が生じることになっている。

- 1)夫婦の同居・協力扶助義務(民752条)
- 2)貞操義務、婚姻費用の分担義務(民760条)
- 3)日常家事債務の連帯責任(民761条)
- 4)夫婦財産制に関する規定(民762条)
- 5)内縁不当破棄による損害賠償、内縁解消による財産分与(民768条)
- 6)遺族補償および遺族補償年金の受給権(労基法79条・労基則42条)
- 7)優生手術の同意(優生保護法3条)
- 8)年金・健保・労災など各種受給権(厚生年金保険法3条の2、健康保険法1条の2、労働者災害補償保険法16条の2) 扶養に入れるので、国民年金3号も可能。
- 9)賃貸借の継承(借地借家法36条)
- 10)公営住宅の入居(公営住宅法23条の1)

つまり、医療・保険・年金のような社会保障制度の面では、法律婚と事実婚の間に大差はない。しかし事実婚では配偶者の相続権や税金の配偶者控除などは認められないし、子供は私生児(婚外子)扱いとなる。

それでは、法律婚が認められない兄妹（姉弟でもよい）の間に事実婚は認められるものなのだろうか。もし認められるとするなら、相続権については遺言で対処すればよいし、もともと同一氏名なのだから、夫婦で名字が異なるといった面倒もない。

嘘みたいな話だが、近親婚者に関する事実婚に関しては、高裁判決まで出ている。どういうケースかという、1958年から12歳年上の叔父と内縁関係になり、叔父が死亡する2000年まで、事実上の夫婦として生活してきた茨城県内の姪の女性（64歳）が、内縁の夫である叔父（当時72歳）が死亡したのに「近親婚」を理由に遺族年金の受給資格を認めないのは違法だとして、社会保険庁長官に不支給処分を取り消しを求めたものである。

第一審の東京地裁（2004年6月22日）では「資格を認めれば、国家が反倫理的な近親婚を公認することになる」との社会保険庁の主張を退け、「遺族年金は、遺族の生活の安定のために給付されるもので、民法とは目的が異なる」としたうえで、「一度は親子の関係にあった者が内縁関係になった場合とは、社会的評価や抵抗感が異なる」と述べ、「内縁関係は42年にわたり、職場や地域でも抵抗なく受け入れられてきた。法的には婚姻関係に等しい」「民法上禁じられている近親婚関係にある者に年金を支給しても、遺族の生活保障という厚生年金制度独自の観点からの行為で、国が近親婚を公認したことにはならない」と女性の主張を認め、不支給処分を取り消した。ところが第2審の東京高裁判決（2005年5月31日）では、遺族年金制度は社会保障的性格が強く、事実婚の者が受給権を持つかどうかは、公的保護にふさわしい関係かという観点から判断すべきだ」とし、民法が禁じる三親等内の近親婚は「反倫理的で公益を害するものとされており保護することが予定されていない」として、姪の女性の受給を認めなかった。

つまり、近親婚は公序良俗に反するものだから、法で保護する必要がない。だから、いくら世間で「夫婦」としての外面的状況が認められていたとしても「内縁関係」が認められるべきではない、というのが、現在の所の司法判断ということで、ゆえに兄妹（姉弟）の内縁関係に法の保護は及ばない。

「いろいろな思い出が染み付いた（以下略）」

エディプスはテーバイ王ライオスと王妃イオカステの間に生まれたのだが、「わが子に殺される」という予言を恐れた王は彼の両足のくるぶしを刺し貫いた後、羊飼いに「キタイロン山中に捨てろ」と命じた。不憫に思った羊飼いは、彼を知り合いの羊飼いに託した。その後、彼は隣国のコリントス王に預けられ、王子として成長した。ある日彼はコリントス王が実父ではないという噂を聞き、真偽を確かめるためにデルフィ（デルフォイ）の神託を仰ぎに向かった。アポロンの「父を殺し母と結婚する」という神託を恐れたエディプスはコリントスに戻らず、テーバイ方面に向かったが、道中の三叉路で一人の老人と道を譲る譲らないで争いとなり、その老人を殺してしまう。ところが、その老人こそが実父ライオスだった。意気揚々とテーバイの国境に向かった彼は、スフィンクスの謎を解いて怪物を退治し、その手柄を認められてテーバイの王に迎えられる。そこで先の王妃と結婚して4人もの子供をもうけたのだが、何を隠そう、その王妃こそが彼の実の母だったわけだ。その数年後、悪疫が国を襲い、義弟（実は叔父）が「先王ライオスを殺害した犯人を捜しだして国外に追放すれば悪疫は終息する」という神託を聞いてくる。自分で犯人とも知らずに犯人捜しを続けているうち、コリントス王が病死。エディプスは「これで予言の前半は外れた」と安心したが、残り後半を恐れていた。その後、最初の羊飼いが登場して、コリントスの羊飼いに預けた赤子はテーバイの王子であったことを告白。ついに予言が成就し、王殺しの犯人はエディプス王自身であったことを知ることとなる。王妃は首をくくり、エディプス王は王妃の服のピンで両眼をついて盲目になる。そして彼は娘と放浪の旅に出ていった。

精神分析学の創始者であるジグムンド・フロイトは、この有名なギリシャ神話をヒントにして「エディプス・コンプレックス」という鍵概念を発明した。ジャック・ラカンの鏡像段階仮説もベースとなっている考え方は同一である。すなわち、生まれたばかりの男の子は自分の母親を「完全なもの」として理想化し、それと一体化しようという欲望を持つ。ところが母親は自分ではなく、父親の方を見ていて、それはどうも、父親が母親にないイチモツ（象徴的ファルス）を持っているためのようだ。そこで自分も持っているイチモツ（想像的ファルス）に固執することで、父親から母親を取り上げようとするのだが、ジョナサン・タイベリアス（「蒼き狼たちの伝説 X」フェニックス・エンタテインメント、1996年）のように力の強い父親から、コンチネンタル大尉よろしく自分のイチモツが切り落とされてしまう（去勢）。

話は変わるが、旧約聖書サムエル記下13章に次のような近親相姦の話が出てくる。これはダビデの不倫から始まる、王朝崩壊の序章である。

ダビデ王は部下ウリヤの妻バテシェバを妊娠させ、不倫を隠すためにウリヤを戦場に送って殺させた。これを見て神は怒り、次々と災いを起こす。手始めにダビデの実子が病死。続いて王子アムノンが、どうした訳か腹違いの妹タマルを恋してしまう。そんなある日、悪友のヨナダブに入れ知恵されて、仮病をつかってタマルが菓子を作って自分の寝室にお見舞いにくるように仕向けた。で「妹よ。さあ、私と寝ておくれ。」「いけません。兄上。乱暴してはいけません。」というお約束の展開に。ところが、いざ妹をものにしてしまうとアムノンは、ひじょうに深くタマルを憎むようになってしまった。タマルは義兄との結婚を求めたのだが、彼は家来に命じてタマルを外に追い出してしまった。その二年後、タマルの実の兄で、アムロンの義理の兄にもあたるアブシャロムが、アムロンを撃ち殺して実妹の仇を討つ。

実際の歴史ではダビデとソロモンの王朝成立がBC1003と965なので、この事件が起こったのはBC950-60ぐらいということになり、既に近親相姦を禁止する律法（レビ記20章17-21）が存在している。しかし旧約聖書を読む限り、近親相姦は人類の歴史のはじめからタブーとされていたわけでもなさそうで、その証拠に創世記19章には、父親（ロト）を酔わせて子供を作る姉妹の娘たちの話が出ている。それに至った原因は、ホモ大流行のせいで彼らが住んでいたソドムの町が滅ぼされて、姉妹の相手をするイイ男たちがいなくなってしまうためである。ここではホモは関係なく、重要なのは「世の中に近親相姦禁止の掟から自由な男性が一人だけいた」という神話が、その掟に先行している点である。

「近親相姦の禁止」という掟が、未開の土人から文明人まで広く共通して保持されていることを、レヴィ・ストロークに始まる構造主義人類学たちは明らかにしてきた。経済人類学的な考え方では、女性は有価物とみなされ、近親相姦は家族間の女性交換による社会ネットワークの拡大と構造安定効果を損なうために「村社会の掟」として禁止されたとされる。一方、フロイトは「トーテムとタブー - 未開人と神経症との精神生活における若干の一致点について」（1912-13年）という論文で、近親相姦禁止の掟とエディプス・コンプレックスの関係について考察している。同じ部族（家族）内の婚姻を禁止するルールを持つ未開土人には、「トーテム」という不可侵性を持つ動物が定められている。その不可侵性は何に由来するのか。

先に「蒼狼」の例で説明したように、「全ての男性はファルスの機能、あるいは去勢に従わされている」。これは「象徴的父」（ジョナサン）が存在した結果である。神話的社会には、全ての女性を我が物にしている「原始部族」の長がいて、彼は（ロトのように）近親相姦禁止の掟から自由であった。ところが彼は暴君で、自分の敵になりそうな息子を殺したり追放したりし

ていた。キレた息子たちは団結して父親を殺し、その肉を食べたまではよかったのだが、その後、兄弟同士で争い邪魔しあって、だれも父親の遺産を継ぐことができなかった。その反省から息子たちは「トーテミズム」という仕組みを作り出した。トーテムは死んだ原父の絶対的権力の象徴として、天皇のように神聖にして不可侵な存在とみなされる。このような存在、すなわち去勢をまぬがれた象徴的父が存在したということが、去勢に従わされない「絶対の享楽という幻想」を作り出す。逆にいうと、近親相姦という「近づき得ない禁止された享楽」が存在するためには「去勢する父」(象徴的ファルス)の存在が必須である。元はといえば、同一部族の女を「父のように」我が物にしようという欲望から生じたものである。その反省から外婚制度が生まれ、原父殺害に対する罪悪感が近親相姦に対する原罪意識の源泉である。以上述べてきたように、「近親相姦の禁止」という掟は、全ての男性が持つエディプス・コンプレックスに起因し、それが社会的に「掟」とされたものである。

「激しくデキ婚」

母子関係は分娩という事実によって、当然に発生するため、嫡出母子関係(自分と、自分の腹から生まれた子供の間)の成立については、民法に何の規定もない。しかし父子については、親子関係を証明する自明な事実は存在しないため、一定条件を満たした場合に親子関係があると「推定」している。一番メジャーなのは、婚姻中に生まれた子供は、そのカップルの男性の子供(嫡出子)とみなす(民法772条1項)というものだが、これはあくまでも推定であるから、自然血縁関係がないと考える場合には嫡出を否認することもできる(民法774条)。婚姻後に子供が生まれている場合、懐胎の時期が婚姻前後かで嫡出推定を受ける・受けないという分岐が生じる。嫡出推定を受ける場合であっても、夫が長期出張中・収監中などのケースがありえるので、懐胎期間内の肉体関係の有無により、これが更に嫡出推定の及ぶ子と及ばない子の二つに別れる。婚外子の場合には有無を言わずに非嫡出子である。

ところで、現在、全カップルの3割強が「できちゃった結婚」である。まあ「できちゃう」ぐらいだから、付き合っただけで、いい機会だからと(女性にハメられて泣く泣くかも知れないが)婚姻届を出すわけだ。ところが、婚姻成立後200日未満に子供が生まれてしまうと、婚姻中に懐妊した子と推定されない(民法772条2項)。その後、このカップルの間に子供が産まれると、その子は二人の実の子(嫡出子)である。よく知られているように、非嫡出子の遺産の取り分は嫡出子の半分である(民法900条4項)。事実上、両親と血縁関係があるにもかかわらず、親がドキュソだったために罪のない上の子が損をするハメになる……。

それではマズいので婚姻届が出てから200日以内に生まれている子供は、戸籍実務上、嫡出子として出生届けが受理される。これは「内縁関係が先行する場合には」認知がなくても嫡出子扱いしてよいとする大審院民事連合部昭和15年1月23日判決を拡張したものだ。ただし、あくまでも「推定を受けない嫡出子」であることに変わりはないので、いつ誰から「親子関係不存確認の訴え」を起こされるかわからないという危険は残っている(嫡出推定を受ける子については、夫だけが子の出生を知ってから一年以内に嫡出否認の訴えを提起することができる)。

「シスコン王子」

「シスコンの弟に結婚前の姉が強姦されて妊娠出産」というエロ小説紛いの事例が、実際に起こっているようだ。多くの場合、生まれてきた子供は親の籍に入れりしてごまかしているのだが、認知してしまえば弟の子ということになる。この辺について、「Clover Heart's」(ALCOT, 2003.11.28)を元にして説明しよう。

「榎円華・賢治」という姉弟がいる。オリジナルでは大人の事情から「義理」の関係とされているが、ここでは実姉弟としておこう。ストーカーと化したシスコン賢治は野望を遂げ、その結果、円華に子供ができてしまった。想定例では男女の間に血縁関係が存在するために、役所の戸籍係がミスをした限り、結婚することは無理である。ゆえにその子供は私生児(非嫡出子)になるしかない。この場合、子は母親の戸籍に入り、父親蘭は空欄になっている。法律上、この時点でその子と賢治の間には何の関係もなく、赤の他人同士である。認知というのは、このように「血縁関係はあるものの、法律的には無関係な父親と子供の間血縁関係を形成する法律行為」である。認知によって親子関係が発生すると相続権と扶養義務が同時に生じるが、氏と戸籍は直接の影響を受けないので、同時に父母両方の戸籍に入ることはない。ただし子供と血縁関係にある父母の婚姻の成立と、父の認知が揃うと、子供を両者の籍に入れることができる(準正:民法789条)。

民法779条を見るとわかるように、認知可能な人に係る制限は「父または母」という条件だけで、子の実父母間の親族関係には全く関知していない。だから、近親相姦の結果生まれた子供であったとしても、その父が子供を認知することには何ら障害はない。ただし、認知によって発生するのは父-子間系列の直系血族関係だけで、父-母間の親族関係には影響を与えない。だから賢治が子供を認知しても、円華が賢治の「配偶者」になるわけではない。子供から見た場合、賢治は父親だが、同時に叔父でもある。被相続人の配偶者と子は、常に同順位最優先で相続人となり、その取り分は半分ずつである(民法900条1項)。しかし円華は賢治の配偶者ではないので、彼の死亡によって財産分与が行われる場合、(内縁関係の存在が認定されない限り)円華に相続権は発生しない。子供が認知を受けていれば全ての遺産がそちらに行き、認知を受けていなければ賢治の直系尊属 兄弟姉妹の順位で財産相続人になる(民法889条)。以上の話は弟が姉を強姦して出来た子供だろうが、「Crescendo」(D.O., 2001.9.28)の佐々木あやめ・涼のごとく、合意の下で作った子供だろうが、全く違いはない。

認知が行なわれると、円華の子は賢治の嫡出子となる。非嫡出子は嫡出子の半分しか相続分がない(民法900条)ことから、実際問題として嫡出・非嫡出が問題になるのは相続絡みの場合が大半である。この規定が不合理な差別であるとして、複数の最高裁判決でも判事5人のうち2人が違憲とする反対意見を出している(『非嫡出子の相続差別、救済を』最高裁2判事『違憲』朝日 2004.10.15)。法務省も改正案を出してはいるのだが、「『正しい結婚』『正しい家庭』を守るには嫡出、非嫡出の区別が必要」とする自民党の抵抗で、廃案にされている。

上記のように、内縁夫婦の間で生まれた子供は母の単独親権に属し、認知がない限り実の父との関係はない。しかし認知訴訟において内縁継続中に生まれたことが証明されると、(夫の認知を待つまでもなく)子は夫の子と推定される(民法772条第1項の類推適用)。何かの事情から夫がそれを認めたくない場合は争いになるが、「実子でない」ことの立証責任は夫側に100%ある。認知の訴えの提訴は父の死後3年(民法787条但書)まで可能で、嫡出推定の場合もこの

規定の適用は排除されない。上のケースで円華が妊娠中に賢治が死亡し、その後子供が生まれた場合、子供が誰を相手に認知請求を提訴すればよいのか、というのは何ら定めがなく、裁判所の法令解釈にまかされている(生きていた片方の親、あるいは検察官などとする判例がある)。

上のケースと異なり、結婚した後で相手と血縁関係があることが判明するも、既に子供がいる場合はどうだろうか。「CLANNAD」のキャラクターを使って説明するならば、以下のような場合だ。

岡崎朋也は古河渚と結婚し、子供(汐)が生まれた。その年のゴールデンウィーク、九州に出かけた渚の父秋生は、佐賀市17歳(ネオむぎ茶)のバスジャックに巻き込まれて死んでしまう。おとなしく死ねばいいものを、「朋也は実は俺の子だったのだ。驚いたか!」と、死の直前、事件の実況中継で公言した。

これが遺言認知として認定されると、朋也は生まれた時から渚の実の弟だったということになる(認知の効力は出生に遡る)。これは婚姻取消の要件(民法744条)に該当する。では両者の間に生まれた子が私生児(非嫡出子)になるのか、といえばそういうわけではない。婚姻の取消は、その効力を既往に及ぼさない(748条)。取消は無効と異なり、取り消すまではその婚姻は有効で、かつ当事者・その親族および検察官しかその訴えを起すことはできない。汐が生まれたのは婚姻取消以前の婚姻継続中のことだから、朋也の子であるとする嫡出推定が働く。なお、婚姻の解消または取消の日から300日以内に生まれた子供も婚姻中に懐胎したものと推定される(民法772条第2項)ので、この期間内に生まれると、その後両親の婚姻が取消されても、汐は二人の嫡出子である。

「父ちゃんは紋次郎」

「死人は子供を作ることにはできない」ということを前提にして法律は作られている。だが競争馬や肉牛を見ればわかるように、精子さえ保存していれば、当馬(牛)の死後でも子供を作ることが難しくない。当然、これは人間にも応用できてしまう。

愛媛県の30歳代の女性が、白血病の夫の病死(1999年9月)後に冷凍精子を使って人工授精。当時の日本産科婦人科学会のガイドラインでは、夫以外の第三者の凍結精子を死後に使うことは制限されているが、夫婦の場合は明確な規定はなかった。担当医は「夫婦の場合でもこうしたケースでは疑問があるかもしれない」と説明したが、すでに女性が妊娠26週に入っていたうえ、出産を強く希望したことからそのまま診療を継続し、女性は2001年5月に男児を出産した。

という話が実際に起きている(読売「夫の生前の精子で出産 2002.6.25」)。女性は当初、市役所に「夫婦の嫡出子」として出生届を提出した。ところが、夫との婚姻関係は死亡によって消滅しており、かつ夫婦関係の消滅から300日経過後の出生は夫の嫡出子として認められないために、市役所は所管法務局に相談。2001年9月に「不受理」の回答があった。このため、女性は11月に生まれた子を夫婦の嫡出子とするよう、家庭裁判所に不服申し立てをした。これは最高裁まで争われたのだが、2002年5月に不受理の方針が確定。そこで女性は改めて父親が空欄のまま出生届を提出した。なお、件の女性はその後、子の代理人として父子関係の確認(死後認知)を国側に求めて提訴。被告側は夫が精子の凍結保存の際に「死後は精子を廃棄する」と記載した依頼書に署名押印しており、認知によって子どもに養育などの具体的実益もない、などと反論したが、2004年7月16日の高松高裁判決に勝訴している(「死後の凍結精子でも父子認知

原告逆転勝訴」毎日 2004.7.16)。

父親欄が空欄のままでも、母親は出生届けを出すことができる。これが不倫の場合なら、相手の男が認知すれば父親欄は埋まる。ちなみに、非嫡出子の続き柄欄は「男」または「女」と記載されていたが、2004年11月1日の戸籍法施行規則改正により、嫡出子同様、「長男」「長女」と記載される。しかし冷凍精子のケースでは父親が認知しようにも、当人は死んでいるのでどうにもならない。つまり子供の扱いとしては「妾の子」同様、法的には父親がいないとして処理されざるを得ない。これは子供にとって不合理なようにも見えるのだが、一方で父親側にしてみれば、生きていれば絶対に欲しくない子供を勝手に作られた可能性を否定しきれない(それ以前の問題として、本当にその父親の子供であるかすら疑う余地があるが、父親はそれを調べる手段を奪われている)。ゆえに「子供のために断固、嫡出子にしる」という論調は、父親側の自己決定権を侵害するという点から問題がある。

「代理出産の子は誰のものか」

この他にも代理出産など、生殖補助医療技術の進展に法整備が追いついていないことが、現実には種々の問題を引き起こしている。代理出産というのは卵子と精子を試験管内受精させた上で、第三者の女性(代理母)の体内に移して子供を産ませる方法である。代理出産の子は1976年に米国、1985年1月に英国でそれぞれ第一号が誕生している。しかし代理母が子供の引き渡しを拒んだ場合や、逆に実の夫婦が子供の引き取りを拒んだ場合、「子供の親が誰であるのか」という大問題が発生する。前者については1986年3月に米国で起こった「ベビーM事件」がリーディングケースとされ、最終的には代理出産契約そのものが違法であり、子供の親権は代理母にあるとされている。後者についても1987年ごろに米国では、障害児やエイズウイルス保有者であることを理由に実親が子供の引き取りを拒否するケースが多発している。日本国内では2001年1月に諏訪マタニティークリニックで姉妹間の代理出産が行われ、生まれた子供は遺伝上の父母と養子縁組されている。同じ病院で2003年3月に第2例となる出産が行われた。2001年7月から2年間、27回ほど厚生労働省厚生科学審議会生殖補助医療部会が議論を重ね、2003年5月21日に「精子・卵子・胚の提供等による生殖補助医療制度の整備に関する報告書」を提出。2003年5月20日に法務省も出産女性を実母とすることを法律で明記する方針を固め、試案を公開した(法制審議会親子法部会「精子・卵子・胚の提供等による生殖補助医療により出生した子の親子関係に関する民法の特例に関する要綱中間試案」2003.7.15)。それらを受けて生殖補助医療法案(仮称)が準備されているのだが、「票に結びつかない」とする自民党議員の反発で法案提出が遅れている(「卵子提供に道開く法案、次期国会への提出見送りに」朝日2004.12.19)。この法案では第三者からの精子、卵子、受精卵の提供を認める一方、代理出産や営利目的での卵子などの売買は禁止とした。生まれた子どもが遺伝上の親を知る権利も認めているが、この点については未だ議論が分かれている。

上記の試案によれば、母子関係は妊娠・出産という事実によって確定し、第三者の提供卵子を用いた場合も、産んだ女性を母とする。これは卵子の取り違えがあった場合でも変わりはない。父親については、民法772条を準用するので、たとえ夫が生殖医療による出産に合意していなくても、検査目的で採取した精子を妻の意向に基づいて使用し、妊娠・出産したときは、夫が父とみなされる。一方、精子を提供した第三者には子の認知ができないようにする方向で検討されている。これは子の法的地位を安定させる効果もあるが、一方で生まれた子供がダウ

ソだったり、ドキュソ母が財産狙いで人工授精を行ったなどした場合、母親や子から提供者が認知を迫られる事態を招かぬようにする意味合いも強い。また生殖医療は法律婚をした夫婦にだけ認められる方針であり、このため親子関係を定める法律でも、事実婚の女性が生殖医療で出産した子は、パートナーが治療に同意したという条件だけでは父子関係を認めないとされる。これはいずれも事実上の夫の決定権を重視したものと見えるが、一方で勝手に作られてしまった子供の方から見ると「妾の子」扱いをされることで法律的な不利益を受けることに変わりがない。

代理出産については国内の法的整備が遅々として進まないうちに事実だけが先行しており、海外の韓国人や米国人から日本人の子供が次々に生まれている。年間数百組の日本人夫婦が韓国の卵子バンクを利用しているといわれているが、同国では「生命倫理および安全性に関する法律」が2005年1月1日から施行されるため、精子や卵子の売買が禁止される（違反した場合は3年以下の懲役）。

海外で代理出産が行われる場合、子供の親子関係とともに国籍の扱いも問題になる。日本の法律では出生時に血縁上の父または母が日本人であれば、子供はどこで生まれても日本国籍を取得する（国籍法1条）。日本人父親との自然血縁関係が認められると、子供は自動的に日本人となる。婚姻中に妻から生まれた子供については夫の嫡出推定が働くが、代理出産についてはこの法理が適用できない。夫の認知か、それに代わる親子関係決定の審判や確定判決があれば、日本人の父親の子ということになるので、自動的に日本国籍を取得する。

代理出産の親子関係をめぐる司法判断が行われたのは、次のケースが第一号である（「法務省、出生届を不受理 代理出産の夫婦に告知」共同2003.11.7.）。

関西地区に住む53歳の夫と55歳の妻が、夫の精子とアジア系米国人女性の卵子を体外受精させ、受精卵を別の米国人女性に移植し、2002年10月に米国カリフォルニア州の病院で双子の子供が生まれた。

夫婦は双子男児の「父母」として、在米日本総領事館に出生届を提出したが、「50歳以上の女性が母の場合、出産の事実を確認する」との法務省通達によって約1年にわたり受理が保留となっていた。2003年11月6日に法務省は「日本人女性に分娩の事実は認められない」として不受理を決定し、在米日本総領事館を通じ夫婦に伝えた。この時「代理母契約にもとづき、代理出産によりもうけた子供には日本国籍がある」ことも伝えている。2004年1月16日、この夫婦があらためて依頼者女性を実母とする出生届けを提出し、これが受理されなかったため、同3月22日に不受理処分取消を求める申し立てを行った。8月14日に家裁は「妻は双子の卵子提供者でも分娩者でもなく、法律上の母子関係は認められない」として申し立てを却下（「代理出産の母子関係認めず / 出生届不受理で家裁審判」四国2004.8.14）。8月24日に夫妻は即時抗告したが、2005年5月に大阪高裁は「母子関係の有無は分べんの事実で決まるのが基準。昨今の生殖補助医療の発展を考慮しても、特別の法制が整備されておらず、例外を認めるべきではない」として、即時抗告を棄却する決定を出した。

代理出産に関する司法判断の第2例は、タレントの向井亜紀のケースである（「向井亜紀、出生届は不受理」読売 2004.6.8）。向井は子宮がんて子宮を摘出後、実の夫婦の受精卵を米国人女性シンディ・ヴァンリードの子宮に移植。2003年11月下旬に双子男児が生まれた。この時のシンディーの報酬は1万8000プラス2-3000ドルだったという（「週刊女性セブン」 2004年2月5

日号) 法務省も向井夫婦が米国の裁判所から夫婦が実の両親とする判決を受けたことを知っていたが、判例上、母親は「子を産んだ女性」ということになっている。向井は判決書類とともに2004年1月、東京都品川区に出生届を出したが、報道で代理出産を知っていた品川区は法務省に相談、対応を検討していた。2004年6月に法務省は出生届を不受理とする方針を決定したが、この時も子供の国籍は認め、かつ子を養子に入れることを薦めている。

「ママ先生5人は可能か」

「12人の妹」(Sister Princess) や「6組の双子」(双恋) といったキワモノ読者参加企画で有名な「電撃 G's magazine」が、かつて「HAPPY LESSON」という企画を実施していたことがある。「天涯孤独な主人公の事を心配した5人の美しい先生達が、放課後はママに大変身!」ということで、不条理なことに「ママ」が5人も登場してしまうらしい。あまりにフェチな設定だが、一体、何が起これば、こういう事態が発生しうるのだろうか。

どう考えても、主人公の遺伝的な母親は一人しかいるわけがない。分かりやすくするために、この人を「やよい」と呼ぶことにしよう。次に主人公の遺伝的な父親が一人必要である。今ここに「きさらぎ」という男性がいたとして、その性的自認は女性であるとする。ここでやよいときさらぎが百合カップリングを形成したとして、かつ「子供だけは欲しい」と思ったとする。例えばやよいが神社の跡取りをどうしても作る必要に迫られていて、かつ、きさらぎも「女装疑惑」で出世が危うくなっていたというシチュを想定すれば、まあ不思議はなさそうである。だが基本的に二人は「百合」なので「せくーすして子作り」はしたくない。日本では認められないが、外国ではこのようなカップルに対しても体外受精を実施するクリニックは存在し、かつ金と取って代理出産する女性もいる。ここでむつきが貸し腹で主人公を出産したと考えると、遺伝的なつながりはなくとも彼女が「ママ」と呼ばれても不思議はない。

ところが日本人であるむつきが、きさらぎとやよいから気づかれる前に、日本大使館に主人公の出生届けを出してしまった。父親は「不明」ということで非嫡出子の扱いである。むつきときさらぎは家庭裁判所に対して親権不存在確認の提訴を行ったが、日本の法律下では出生を行った者が自動的に母親になってしまうので門前払い。やよいと主人公の間には何の法的な関係も存在しない。一方、むつきが独身であり、かつきさらぎが精子を提供していれば、彼が主人公を認知することが可能。この場合、やよいと主人公の間に法的な親子関係は存在しない。むつきが引渡しを拒否した場合には民法788条に基づいて、家庭裁判所が子の監督者を決定する。このようなケースではきさらぎ・やよいカップルは真っ当に子供を育てることができないと判断される可能性も否定しきれない。なお、むつきに夫がいれば、彼が主人公の父と推定される。摘出否認ができるのは主人公だけで、夫にその権利はない。

さて、このケースでは主人公の監督者がむつきになったとしよう。しかしその後、彼女は同じ職場の巨根部長とデキてしまい、幼い子供を残して愛の逃避行。この時点ですでにきさらぎ・やよいカップルは破局。施設に入れられた天涯孤独な主人公をうづきとさつき(男)のカップルが引き取ったのだが、実はこいつらも偽装百合で、どちらも自分を「ママ」と呼ぶことを強要していたと。

以上のように、かなり無理な想定をすれば「ママが5人」というシチュエーションも不可能ではない。「HAPPY LESSON」の世界は、性的錯綜者だらけという自然かつ自明な結論である。

一方、このケースで巨根部長やむつみが存在しなかったとして、かつきさらぎが「種なし」だったとしたらどうか。第三者（さつき）の精子を使ってやよいの卵子を人工授精させ、これをやよいの母体に戻して出産を行った場合だ。もしこの人工授精についてきさらぎが同意していたならば、その子供である主人公は摘出推定が及ぶために、やよいはきさらぎと主人公の間に親子関係がないという主張はできない。また（今のところ）さつきと主人公の間に遺伝的な親子関係は存在しても、法的な親子関係は存在しない。

「性別は変えることができるか」

現在、20ヶ国以上が同性愛者の結婚を認めているが、ほとんどがドメスティック・パートナーシップを認めるにすぎず、完全に結婚という形を認めているのは、オランダ、ベルギー、カナダスペインおよび台湾の5ヶ国のみである（2005年7月時点）。日本の場合、婚姻は両性の合意のみに基づいて成立し（憲法24条）、両性とは男性と女性を意味する。だから同性愛者は法的に有効な婚姻を行うことができず、何かの手違いで婚姻届が受理されても、その婚姻は取り消しえる（「無効」ではない）。

出生届には「子の男女の別」を記載し、医師、助産師又はその他の者が出産に立ち会った場合、この順番に従って一人が作成した出産証明書を出生届に添付する義務がある（戸籍法49条）。大半の場合、医師が出産証明書を出していることから、生まれた子供の性別は（形式的であれ）医学的根拠に基づいて決定されていることになるが、そうでない場合も出生届に記載された性別が、その後の法的な性別として扱われる。一度性別が定められると、届け出ミス以外の理由でそれを覆すことは事実上、不可能だった。ところが、生まれた子供が成長後、ゲイやレズビアンのような同性愛者や、性的自認と生物学的な性別が一致しないトランスジェンダーに育ってしまうことがある。前者は生物学的なジェンダーと性的自認が一致していることを前提に、同じジェンダーの相手愛する。これに対し、後者は「自分の真のジェンダーは相手と異なる」と考えている以上、その本質は異性恋愛である。ただし、いずれも同じジェンダーの相手愛するという外面的特徴は一致しており、そのために同性の恋愛相手と結婚できないという問題も共通していた。

近年、トランスジェンダーが「性同一性障害」という病気として理解されるようになると、医学的治療の対象とされるようになった。国内での性転換手術は1998年から始まり、その結果、実質的に性的自認と外形的な性別の一致は得られることになった。しかし戸籍上の性別訂正は認められてこなかったため、2001年に7人が性別訂正許可を求める訴訟を起こした。家裁は申し立てに対して「現時点では、法的に訂正の根拠が認められない」と判断。この家事審判の特別抗告が初の最高裁取扱い事例だが、実質的な内容判断は避けている（「性同一性障害者の戸籍性別訂正請求、最高裁が棄却」日経 2003.6.2）。原告側は「戸籍の性別がそのままでは結婚も就職もできず、憲法で保障された幸福追求権が侵害されている」などと主張。これに対し1,2審は「性同一性障害は、戸籍法で訂正の理由となる『錯誤』に当たらない」として請求を退けた。最高裁は「単なる法令違反の主張で、（憲法違反の）特別抗告が許される場合に該当しない」と判断した。

しかし2004年7月16日に「性同一性障害者の性別の取扱いの特例に関する法律」が施行されることで、性同一性障害者の戸籍に関する問題は一応の解決を見た。「二十歳以上であること」

「現に婚姻をしていないこと。」「現に子がいないこと。」「生殖腺がないこと又は生殖腺の機能を永続的に欠く状態にあること。」「その身体について他の性別に係る身体の性器に係る部分に近似する外観を備えていること。」という5条件のいずれにも該当する者の請求により、家裁は性別の取扱いの変更の審判をすることができる。この請求には「診断の結果並びに治療の経過及び結果その他の厚生労働省令で定める事項が記載された医師の診断書を提出しなければならない」とされ、そのフォーマットは「性同一性障害者の性別の取扱いの特例に関する法律第3条第2項に規定する医師の診断書の記載要領について」(平成16年5月18日障精発第0518001号厚生労働省社会・援護局障害保健福祉部精神保健福祉課長通知)で定められている。変更審判を受けた者は(法律に別段の定めがある場合を除き)他の性別に変わったものとみなされるが、審判前に生じた身分関係及び権利義務に影響を及ぼさない。現実には起こりにくいと思うが、MtF女性が男性だったときに作ったと疑われる子供が現れて認知を迫った場合、「今は女性だから認知できませんが、何か?」とは言えないということだ。この法律の施行後、同性愛者団体の「gid.jp」が各家裁に問い合わせ、法施行日の7月16日から10月12日 11月23日までの件数を集計したところ、計100件の性別変更の申し立てがあり、却下は一件もなかったという。この団体によると、日本に性同一性障害者は約3000人いるが、性別変更の要件である「独身」かつ「子供がいない」というのがハードルになっているという(「性同一性障害者の戸籍性別変更、全国で52件」日経 2004.12.6)。

以上はトランスジェンダーの話だが、ゲイやレズビアンのカップルについては「生物学的には性別が明らかであるにもかかわらず、心理的にはそれとは別の性別であるとの持続的な確信を持ち、かつ、自己を身体的及び社会的に他の性別に適合させようとする意思」がないため、法律上、性同一性障害者の定義に該当しない。ゆえに同性愛者については依然、結婚に関する問題が残ることになる。特に微妙なケースは、日本人ゲイが外国のゲイと結婚しようとする場合だ(ビアン同士でもよい)。以下、「『未婚証明書』 同性婚の場合発行しないよう通達」(BJニュース020817)に記載の事例である。

日本人が外国で外国人と結婚する場合、現地の自治体などに『未婚証明書』を提出しなければならない場合がある。正確には「婚姻要件具備証明書」といい、法務局や市町村、海外領事館で取得することができる。この申請書には結婚をする相手の名前や国籍、生年月日を記入するが、これまで相手の性別を書く欄はなかった。ところが、ゲイカップルがこの証明書を現地で申請して、実際に交付が行われたケースが1件起こった。これが同性婚を認める国で行われたにしても、「日本では法的に同性婚は成立しないのに、有効と誤解される恐れがある」として、法務省は2002年5月に関係機関に対して「証明書に、婚姻の相手である外国人の性別を記載するよう」通知。さらに「相手が同性である時は証明書を交付するのは相当でない」と指示したという。

このケースが微妙なのは、この証明書が「婚姻状態」の証明ではなく、当該日本人ゲイの「未婚状態」を証明する以上のものではないということ。日本国内で同性婚が認められないのは憲法上、仕方ないとしても、外国の家族法制度の下で外人ゲイと婚姻関係に入ること、日本の法律が妨害する合理的な根拠はないように思われる。不当な理由によって、個人にかかる行政情報の開示・証明が行われないことにより個人の幸福追求権が事実上、不当に奪われるのだから、この通達は違憲の可能性の方が強い。

「まこビーに人権はあるか」

身寄りのない、記憶もない浮浪児がいます。
年のころは中学生くらい。女の子のようです。
警察が保護し、とりあえず血縁者を探すため、採血してDNA鑑定をすることにしました。
するとキツネの遺伝子が出ました。

さて日本の法は、この女の子にいかなる人格を与えることができるというのでしょうか？

これは「Kanon」(key, 1999.6.4)の沢渡真琴を想定した質問であるが、真琴がキツネと人間の遺伝子を持っていて、前者が発現していないために人間の表現型を示している場合、キツネ特異的遺伝子が検出できたとしても、彼女をキツネとして取り扱うことが妥当なのか。つまり「遺伝学的にキツネでもあるが、見た目・行動パターンが人間の場合、法的な人格を認めることができるか？」という問いであるが、これは法律の範囲外の質問である。

私法上の権利がないものは法律行為の主体になることができない。例えば「鯛焼き食い逃げ」という行為は債務不履行を構成するが、月宮あゆのような生霊はそもそも法律行為を行うことができないのだから、売買契約そのものが無効である。同様のことが、「To Heart」(leaf, 1997.5.23)のマルチ(ロボット)についても言える。これに対し、真琴が「人」とみなされるならば「代価を払って肉まんを買う」という契約は成立しうる。民法1条3項は「私権ノ享有ハ出生ニ始マル」と規定している。だから、人から生まれたものであれば、有無を言わず出生の時点で自動的に民事上の権利主体になる。普通、ヒトからキツネが生まれることはないのだが、何かの間違いでヒトから人間の形をしたキツネが生まれてしまい、ひとたび出生届が受理されてしまえば、後で本当はキツネだとわかってはどうしようもない。彼女は「人」として扱われる。「本当にこれは人間か？」などという合理的な疑いを抱くだけの理由があれば別だが、おそらく常識的な判断から無籍者扱いにされて終わりだろう。無籍者(本籍を有しない者)は、家庭裁判所の許可を得て戸籍の記載の届け出をすることができる。これを就籍という(戸籍法110条)。戦後外地から引き揚げた者や、父母が出生届けを怠ったまま死亡しているときなどに、就籍の届出が生じ、就籍を許可した審判例が多いようだ。

世の中には戸籍に書いてある基本的身分関係(婚姻関係や親子関係など)が、真実のそれと異なっていることが往々にしてある。ただ別に、戸籍に書かれていることが絶対的なわけでもなく、実は一応の証拠にすぎない(大決大111.16民集1巻1頁)。たとえば戸籍に親子と書いてあっても、それが真実に反していれば親族関係は存在しないし、逆もまた真である。世の中、独男暦=年齢の新中年が、本人も知らない間にシナ人と結婚していたりするといった事例があるようだが、このように、届出によって効力が生ずべき行為(婚姻など)が無効な場合は、家庭裁判所の確定判決または無効を宣言する審判を得た後に訂正を申請しなければならない(戸籍法116条)。訴訟手続は人事訴訟法に従い、管轄裁判所は「相続開始の時にける被相続人の普通裁判籍の所在地」ということになる(民訴第5条13項)。

ここで真琴が仮に就籍したとしても、その後、キツネであることが判明したならば(キツネは法律上、人でありえないので戸籍に記載できないから)戸籍の訂正を求めなければならない。「そんなことわざわざやる奴がいるのか」という疑問は当然に思い浮かぶ所であるが、たとえば真琴が人間として戸籍に登録されている間に、誰かが遺産を与える遺言を残して死亡し、その後、真琴がキツネであることが発覚した場合、他の相続関係者が自分の取り分を増すために訴えを起こす可能性がある(人でなければ、財産相続権は存在しないはずだから)。ところが、

これは人事訴訟に該当しない。そもそも人事訴訟法で想定しているのは「社会的な身分関係の安定を揺るがすケース」なのであって、目の前にいる奴が人間かどうか、なんてことは想定範囲外なのだ。だから戸籍の訂正を求めると言っても、人事訴訟手続きでは無理。それではどうやって訴訟を起こせばよいか、といえ民法第1条3項を持ち出してきて、「私権を享有できるのは人から生まれたものだけだ。キツネが人から生まれることはない。ゆえにキツネに私権は享有できない」という三段論法で、財産相続権を否定するしかない。

「人は死ぬ。必ず死ぬ」

人が死ぬと、死亡の届出義務者は死亡の事実を知った日から7日以内(国外で死亡があったときは、その事実を知った日から3ヶ月以内)に死亡届を出す義務がある(戸籍法86条)。届出義務者は「同居の親族」「その他の同居者」「家主、地主又は家屋若しくは土地の管理人」であり、同居の親族以外も届けを出してよい(同87条)。この届けを出すと同時に、普通は埋葬許可書をもらい、故人の埋葬を行う。埋葬を直接義務づける法律はないが、あまり長く死体を放置しておくで死体損壊・遺棄の罪(刑法190条)に問われることがある。それでは、死体を冷凍状態で保管しておいたら罪に問われるのか。こんな嘘のようなケースが実際に起こっている(「冷凍庫に父親遺体13年、電気止められ異臭で発覚 横浜」朝日2001.7.17)

横浜市港北区の市営住宅に住む50代の無職の男性が、13年前(1988年11月)に病死した父親の遺体を自宅の大型冷凍庫で保管していたことが判明。家族はこの父親の葬儀を行ったが、男性は「父の細胞が復活するかもしれない」と言って火葬を拒み、遺体を自宅に持ち帰った。当初ドライアイスで遺体を冷やしていたが、その後、業務用冷凍庫(幅約2m)を購入し、遺体を寝かせて保管していたという。ところがこの男性は2・3カ月前から行方不明になり、電気料金の未払いから送電を打ち切られた。このため、連日の猛暑で遺体が腐乱、悪臭を放つようになった。今月中旬になって近所の人から「異臭がする」との110番通報があつて、衝撃の事実が発覚した。その後、男性から警察署に電話があつたため遺体を引き取るよう説得したが、男性は応じず、連絡が取れなくなっている。

このケースでは死亡届が提出されており、遺体にも損傷がないことなどから、死体遺棄事件にならないとされている。同市生活衛生課は「火葬をお願いしてきたが、受け入れてもらえなかった」としており、その後も男性の家族らと交渉を続けたという。たしかに「墓地、埋葬等に関する法律」3条にも「埋葬又は火葬は、他の法令に別段の定があるものを除く外、死亡又は死産後24時間を経過した後でなければ、これを行つてはならない。」と書いているだけで、「何日以内に行なえ」という規定はない。もし「墓地」以外の場所で火葬なり土葬なりの埋葬をしたならば同4条に違反するが、これが成立するためには「埋葬許可書」を得ておく必要がある(同5条)。さすがに行政も部屋の冷蔵庫を「墓地だ」とは強弁できないだろうから、もし遺族が「親はまだ行きかえる可能性があるので、埋葬せずに、復活を待っている」と言い張れば、それ以上、何もできない。まるでどこかの「シャクティパット・グル」が起こしたミイラ事件のようだが、きちんと死亡診断書ももらっているところが手堅いといえよう。

上のケースは遺族がいたケースだが、住所不定・氏名不詳の行き倒れの場合はどうなるかといえば、「行旅病人及行旅死亡人取扱法」(明治32年制定)の「行旅死亡人」として処理される。これによると、死人が落ちていた市町村に埋葬(火葬)責任があつて、しかも墓地・火葬場の

管理者はこれを拒むことができない。だから、所持金ゼロのコジキであっても、一応、どこかの寺には放り込んでもらえる。ただし「行旅死亡人ノ住所、居所若八氏名知レサルトキ八市町村八其ノ状況相貌遺留物件其ノ他本人ノ認識ニ必要ナル事項ヲ公署ノ揭示場ニ告示シ且官報若八新聞紙ニ公告スヘシ」とされているので、官報で晒しageにされるという両刃の剣。素人にはお勧めできない。これに加えて、死体解剖保存法12条に「引取者のない死体は医学教育・研究のために大学に交付できる」ことが定められている。この場合、死体の運搬・埋葬費用等は大学持ち（同21条）なので、行政としてもコスト削減の観点からいえば、どんどん持っていってもらいたいくらいのものであろう。

死体解剖保存法に基づいて、解剖が義務付けられているのは主に2つある。犯罪が絡んでいると推測される場合に行われる「司法解剖」と、犯罪性とは無関係だが死因が判明しない場合に行われる「行政解剖」である。いずれも遺族の承諾は不要で、問答無用に行われる。レアケースではあるが、食中毒死と感染症の原因究明を目的とした解剖も、遺族の承諾なしで行うことができる（食品衛生法59条2項）。行政解剖は監察医以外が行ってはならず、兵庫県の監察医3名（うち県職員1名）が行政解剖の際に葬儀社員を使って処分された例がある（「葬儀社員が解剖手伝い 監察医らを注意処分」朝日2002.3.3）。兵庫県には10名の監察医がおり、2000年には801件の行政解剖を行った。行政解剖の遺体運搬業務は葬儀会社「神東社」が一手に引き受けていたが、県職員の監察医が少なくとも10年近く前から、同社の社員に解剖後の遺体の縫合をさせていたという。また、委託先の神戸大学医学部でも、監察医2人が数年前から、臓器摘出の手伝いや解剖後の縫合を同社社員にさせていたことが分かり、1日付で2人を口頭注意処分にしたという。この2人の監察医は「行政解剖は多い日で1日に4,5件あり、手が足りなかった」と話しているという。

「ワシ、ボケ老人」

「MAGO」(STONE HEADS, 2001.6.29)というゲームがある。ジジイがボケたふりをして義理の孫に（以下略）といったイカシタ作品なのだが、本当にボケてしまった人間に民事上の権利を与えておくと、いろいろと困った問題の元になる。

法律行為の主体たりうるためには、十分な判断能力が必要とされる。これが不足していると考えられる者については、親権者なり裁判所が決定した人物なりが、契約にあたって追認する必要がある。一番分かりやすい例は、未成年が高額な買い物をする場合に、親権者の同意が必要とされていることだろう（民法19条）。かつての「禁治産者・準禁治産者制度」も同様の発想で作られたものだが、実際問題として、この制度はほとんど使われなかった。戸籍に記録が残る、精神鑑定のコストが高すぎる、あるいは時間がかかりすぎるという理由からだ。しかし着実に増え続けるボケ老人やキチガイが勝手に株取引や不動産の売買を行うことを放置しておくと、権利関係者の間の無用な争いを増やすだけでいいことは何もない。ということで、実際に使い物になる制度を作るべく、2000年4月の民法改正で「成人後見制度」が定められた。

この制度では対象となる人のボケ・キチガイの程度に応じて、「補助」（民法14条）「補佐」（同11条・12条）「後見」（同7条・9条）の3段階が準備されている。「補助」の申し立てには本人の同意が必要だが、後の二つは同意不要。要は自分が何を言っているかわからないようなキチガイに同意を求めるとはナンセンスということだ。「補佐」と「後見」の違いはどこにあるかということ、法律行為の代理権の強さで、「後見」は本人の同意なく法律行為の代理ができる。

ただそれだけに宣言も出にくいと思われるので、「補佐人」の宣言を受けておいて、同意権取消権を行使するのが、次善の策。なおこの場合は精神鑑定が不要で、主治医の診断書があればよい。あと戸籍謄本も必要。家裁に届出を行ってから、1月ぐらいで宣言が出されるというのだが、実際に行ってみると、精神病院の協力が得られないといったこともあって、作業は難航しがち。寝たきりボケ老人まがいのケースでも半年はかかる。成人後見・補佐・補助の決定の下りた人については、家裁の指定した人の追認がなければ独立して法律行為を行うことができない（身の回りの小さい買い物などは除く）。ただ問題なのは、この制度がそれほど一般に利用されていない点である。

特に精神障害については「周囲の目」もあることから、「家族の問題」として親兄弟が資産管理を行う場合が多いのだが、その場合、法律上の管理権も処分権もない。その場合、以下のよう
な問題が生じる。

今ここに仮に、Yという人がいたとしよう。その人の父親Xは大地主であったが、元小作人の怨念によって、キチガイになったとする。医療費捻出のために、Yは父親の土地を小作人の子孫であるAさんに売り払ったところ、父親は快癒した。しかしその父親は「漏れの土地を、水飲み百姓の俵に売ってよいと言った覚えはない」と言い出した。

この場合、土地所有者Xの有効な意思表示が得られていないのだから、YはXの無権代理人である（民法113条）。AさんはYに対して土地を返す代わりに損害賠償請求を行うか、あるいはYに対して契約の履行を迫ることになる（民法117条）。いずれにせよ、責任はYが負うことになる。さらにAさんがBさんに、BさんからCさんに所有権を移転した場合、最後のCさんは一方的に土地を取り上げられて、代金は一切もらえないという不都合が発生する。（株式や動産と異なり）不動産について、このようなケースでは、善意の取得者は保護されないのだ。

時々勘違いしている人もいるが、「精神保健及び精神障害者福祉に関する法律」32条は公的な通院医療費補助について定めているもので、この決定が下っただけでは民事上の制限能力者とは言えない。精神障害者保健福祉手帳の交付を受けている場合でも、家裁の決定が必要なことには変わりがない（ただし、契約をめぐって裁判沙汰になった場合の対抗要件とはなりえる）。補助開始については本人が家裁に申し立てを行うことも可能なので、どうしても他人の保証人になりたくない事情がある場合には、この制度が利用できないこともないだろう。

参考までに書くと同法第23条では「精神障害者又はその疑いのある者を知つた者は、誰でも、その者について指定医の診察及び必要な保護を都道府県知事に申請することができる」とされており、実際に保健所に行くとき受付窓口はある。だが、実際には何だかんだと理由をつけて（しかも嘘も交えて）申請を受け付けまいとする。それは当のキチガイから「人権侵害だ」などと訴えられるのが鬱陶しいからだろう。一方、警察官は「自傷他害のおそれがあると認められる者を発見したときは、直ちにその旨保健所長を通じて知事に通報しなければならない」とされる（同24条）。そういうわけで実際に誰かが殺されそうになるようなことがあれば、警官はそのキチガイの身柄を確保して警察所に留置することができるわけだが、問題はその「虞」をどう判断するか、という点である。その判断基準は多分に現場の警官の判断にまかされており、警察も責任逃れのために、可能な限りこのような問題にはタッチしようとはしない。間違いなく警察が動きそうなケースは「刃物を振り回している」「警官に向かって攻撃的な態度を取る」場合で、後者については警官に向かって尿瓶を投げつける場合が含まれることが実証されている。

「メイドさんに労働基本権はない」

いもうとと並んで、世のおおきなおにいちゃんたちに大人気なのが「メイドさん」である。メロンブックスなんかで市販されている専門文献によると、世の中には「こどもメイド」というものもいるらしいのだが、はたしてこれは合法に存在しうるのだろうか？

労働基準法 56 条 1 項に「使用者は、児童が満 15 歳に達した日以後の最初の 3 月 31 日が終了するまで、これを使用してはならない」とあるために、原則的には義務教育終了までは雇用契約の締結そのものが不可能。その続きに書いてあるように「児童の健康及び福祉に有害でなく、かつその労働が軽易なものについては満 13 歳以上の児童であっても修学時間外に使用することができる」わけだが、逆にいうと小学生以下を労働者として使用することはできない（「映画の製作又は演劇の事業」だけは別）。

それでは『小学生メイド』を雇うことは違法なのか？というところ、それ自身には違法性がない（手を出すと犯罪なので注意）。なぜかというところ、「メイドさん一般には労働基準法が適用されない」からだ。労基法 9 条に書いてあるように、同法律で言うところの「労働者」とは「職業の種類を問わず、事業又は事務所に使用される者で、賃金を支払われる者」を指す。ここで重要なのは「事業又は事務所に使用される」という所で、非事業主である個人が家事手伝いのために雇い入れる人は「労働者」とみなされない。ちなみに「メイドさん」（下男・下女）のことを民法 310 条では「僕婢」と呼んでいるが、これは近いうちに「家事使用人」に変わるはずだ。「法人に雇われ、その役職員の家庭においてその家族の指揮命令のもとで家事一般に従事しているもの」は家事使用人に該当するが、「個人の家庭における家事を事業として請け負う者に雇われ、その指揮命令のもとに家事を行うもの」は家事使用人には該当しない。つまり、会社の社長宅に個人的に雇われているメイドさんは労基法の適用を受けないが、「メイド派遣業者」に雇われて、そこから派遣されるメイドさんは同法の適用を受ける（業者とメイドさんの間に雇用契約が成立する）。

未婚の未成年者に対して親権者は職業許可権を持っている（民法 823 条）。ここでいう「職業」には他人に雇われることも含まれる。労基法 57 条 1 項によって、親権者が子の代理で労働契約を締結することは禁止されているのだが、上記のように家事使用人に対してこの規定は効果を及ぼさない。だから親が子の代理として雇傭契約を結ぶことが可能だし、それ自身は利益離反行為（民法 826 条）でないのだから特別代理人を立てる必要はない。また親権者は子の居所指定権を有する（民法 821 条）が、（夫婦の場合と異なり）同居義務はなく自由裁量にまかされている。ゆえに、親権者がその気になれば、未成年の子を住み込みでどこかのお屋敷に送り込み、メイドとして働かせることも、それ自身には違法性がない。多くのヲタク野郎どもが期待しているようなアレげなシチュエーションの下で働かせると、児童福祉法 25 条の規定に基づいて、どこかの誰かが「通報しますた」ということもありえるし、場合によっては権利の乱用として親権剥奪ということも起こりえる（民法 834 条）。しかし、DQN 親に育てられるぐらいならば、むしろ真っ当なご主人さまにお使いしていた方が、なんぼかマシってこともあるかもしれない。なお 18 歳未満の住み込みメイドさんを雇うご主人様には、児童福祉法 30 条に基づく届出が必要なので注意されたい。また義務教育期間中であれば、親権者に子を学校に通わせる義務がある（学校教育法 22 条・39 条）のは、このケースでも同様である。

労働契約一般は民法 623 条で規定される雇傭契約に相当する。これは民法上の契約自由の原

則に従い、使用者が報酬と引き換えに労働者の労働力を買い取るというスタンスに立っている。しかし当事者の自由を認めてしまうと無制限に労働者の権利が侵害されるということから、労働法によって私人間の契約の自由が制限されているわけだ。ところが、メイドさんにはこういう法理が適用されない。それによって、次のような不都合が生じる。

1. 労基法第 16 条に「賠償予定の禁止」というものがある。例えば、ファミリーレストラン「ガト」にヤクザがやってきて、料理にいちもんを付けた上で、店が何がしかの金を渡したとする。こういう場合に備えて、店側が雇用契約に「業務上生じた損害は給料から天引きだよ」みたいなことを書いておいても、この条文に照らして無効となる（ただし、給料を払った後に、別途、損害賠償請求を出すことはできる）。しかし、この規定が適用されないならば、ドジっ子メイドさんの手取り給料はどうなる？
2. 労基法第 17 条に「前借金相殺の禁止」というものがある。「労働者に金を前貸をした上で労働を強制したり、労働者として拘束したりすることや、前貸分を勝手に毎月の給料から差し引くこと」を禁止するもので、こういう労働契約はその部分が無効になる。一部の特殊なジャンルでは、「親の借金のカタにメイドさんを館に監禁して（以下略）」という話がまかり通っているようだが、少なくとも労働法上は別段問題ない。ただしこれは刑法 220 条に抵触するし、民法 90 条でいう公序良俗に反する契約に相当する。監禁まではなくても、親の借金を子の財産から払おうとする場合には（それが子の利益を目的とする場合であっても）外形的には利益離反行為に相当するので、家庭裁判所の選任する特別代理人を立てる必要がある。
3. メイドさんは労基法 32 条で定められる労働時間規制（一日 8 時間・週 40 時間）とも無縁である。一部の特殊な方向けのゲームなどに出てくるメイドさんは朝から真夜中まで働いているが、それに対して労働基準監督署が文句を言わないのは、この辺に理由があるものと思われる。

そういうわけで、世のメイドさんたちは前近代的な労働条件を合法的に押し付けられ放題なわけだが、それに反旗を翻して「万国の無産メイドよ、団結せよ！」とばかりに労働組合を結成することができるのか？といえ、答えは「YES」である。労働組合法 3 条は労働者を「職業の種類を問わず、賃金、給料その他これに準ずる収入によつて生活する者をいう」と定義しているので、家事使用人であっても労働者ということになる。ゆえにメイドさんたちが「メイド労連」・「メイド総連」あるいは「メイド労協」といった労働組合を作って、無謀なご主人さまたちに対して団体交渉に臨むことも不可能ではないわけだ。

「働く仲間のための法律知識」

全てのモノ・サービスの売買と同様、雇用・労働契約も「契約」の一つである。労働者が労働力という「商品」を、雇用者に対して「販売」し、その対価として「賃金」を受け取るという訳だ。民事上の契約は原則的に「お互いが納得すれば」どんな内容でも成立しうる（公序良俗違反や、脅迫・詐術的な方法を用いた場合は例外）。たとえば、The GURU のシャクティパッドや、麻原尊師の入った風呂の残り湯であっても、信者が納得して文句を言わない限り、いくらで販売しても法律は文句を言わない（これらを医療行為・医薬品とみなせば話は別だが）。

まさに「契約は法を作る」を地で行く世界である。これに対して労働契約については、労働基本法によって「労働者に対して有利な」条件が、はじめから最低ラインに設定されている。

労基法 2 条 2 項に「労働者及び使用者は、労働協約、就業規則及び労働契約を遵守し、誠実に各々その義務を履行しなければならない」とある。つまり労使互いに「労働協約」「就業規則」「労働契約」には縛られている訳だ。なので、朝 8 時 30 分から夕方 17 時までの労働契約を結んでいる労働者が、毎日午前 11 時 15 分に出社して、(残業命令もないのに)夜中までネットサーフィンに興じていたりすると、労働契約違反(契約不履行)として首切りの十分な理由になる。

コンビニのバイト店員でも風俗の「泡姫」でも、法律上では「労働者」なので、仕事に採用された時点で「雇用契約」が締結されているはずである。詳細は労基法第 2 章に書いている通りだが、契約にあたっては文書で明示する義務がある。またその最低線は「最低賃金」「一日 8 時間・週 40 時間労働」といった形で定められている。労働協約・労使協定がない場合は、この契約と就業規則のみに、お互い縛られる。「それが何か?」という人もいるかも知れないが、雇用者側にとって何が困るかと言えば、「合法的に残業・休日出勤を行わせる」ことができないのが最大の問題である。また社会保険料の控除(同 24 条)や財形貯金を給与から差し引くこと(労基法 18 条)もできない。一人一人から給与の度に金を集めて回るのは、総務部の人はたまったものではないだろう。

基本的に労働条件は「労使が対等の立場で話し合っで決める」ことが原則とされる。といっても、一人一人と話し合っていたのでは日が暮れるので、事業所ごとに、「労働者の過半数を代表する者」を決めて、その人と雇用者が話しをすればよいことになっている。これが「労使協定」の本質である。一番有名なのは残業に関する「36 協定」(労基法 36 条)であるが、変形労働時間やフレックスタイムの導入にも、書面による契約が必須である(同 32 条)。なお、行政解釈としては「労働者の過半数を代表する者」には、パート、嘱託、時間外労働が規制されているため残業命令の対象にならない者も含まれる(S46・1・18 基収第 6206 号)ので、この手の労使協定を締結するためには、事業所に在籍する全ての労働者(病欠、休職期間中の者なども含む)の過半数を代表する者の選出が必須である。しかもその選出には民主的手続きが要求される(でないと、労働基準監督署に、代表者として認められない)ので、普通は選挙なり大会なりで選出されているはずだ。で、この代表者にどれだけの権限があるかを知りたいければ、「みなし労働時間」(38 条第 4 項)を見るとよい。一応、中央労働基準審議会のチェックは入るものの、一歩間違うと、合法的に「超勤させ放題」になる。

「労働協約」は基本的に「労働組合法」の方で規定されている概念である。これは「労使協定」と異なり、「労働組合」と雇用者の間でしか締結できない(「労働者の過半数を代表する者」ではダメ)。次に理解すべきはそのパワーの強さで、それは「労働協約」>「労使協定」>「労働契約」の順になる(労組法 16 条)。労使協定と労働契約の関係は先に書いた通りだが、なぜ労働協約の方が労使協定よりもより強いのか。それは、労働組合に法的な特権が与えられているために、強行手段によって使用者にとって不利益の大きい条件を飲ませることが可能になっているためだ。

民間企業の労働組合には労働三権(団結権・団体交渉権・争議権)が与えられている。労組非加入を条件とする雇用契約(黄犬契約)は無効であるが、労組加入を条件とする雇用契約は有効である。使用者の団結権公使妨害や団体交渉拒否は不当労働行為にあたる(労組法 7 条)。

労働者は労働力を使用者に売ることで、その対価を受け取るという契約を行っている以上、労働力の提供を一方的に拒否するストライキは、明らかに債務不履行である。たとえば「千紗ちゃん抱き枕」や「炎多留 魂」を通販で購入するにあたり、代金を振り込んでも商品が来なければ、債務不履行として履行の強制や損害賠償請求が可能である。しかし労働力商品に関しては、その引渡しを拒否する権利が合法化されているのだ。その他、争議行為に伴う民事・刑事上の責任の免責も定められている（労組1条2項・8条）。

労使協定と混同されがちだが、2名以上の労働者からなる労働組合であれば、全労働者の過半数を占めていないとしても労働交渉権が存在し、協約締結権も存在する（使用者がどこまでその意思を尊重するかは別問題だが）。ただし、労基法で過半数制限規定がある条項については、労使協定を別途結ぶか、あるいは労働契約の水準で我慢するしかない。たとえば同一事業所に常勤職員が100名おり、その76人が組合員だったとしても、パート職員が101人以上いれば、労働者代表者を選出しなければいけないのだ。

労働協約は「労働条件その他の労働者の待遇に関する基準」に関する事項なら、いかなるものでも対象とすることができる。たとえば労組が民主的な手続きによって、「全ての女子職員の制服はメイド服か巫女装束」「全ての男子職員の制服は六尺褌か黒のボクサーパンツ」とすべき、ということを決めたならば、それを交渉事項として使用者に持ちかけることもできる。しかも「一の工場事業場に常時使用される同種の労働者の4分の3以上の数の労働者が一の労働協約の適用を受けるに至ったときは、当該工場事業場に使用される他の同種の労働者に関しても、当該労働協約が適用されるものとする。」（労組17条）という規定があるために、組織率75%を超える労組がこのような労働協約を締結すると、非組合員も同じ制服の着用が義務付けられる。それが楽しいかどうかは別にしても、「Cure Maid Cafe」か「上野24会館」みたいな職場が実現するわけだ。ただし、上記の例に出てきた事業所のパート職員は制服着用の義務がない（常勤・同種の労働者でない）。

もっとも、事業所の管理運営にかかる事項に関しては交渉対象外とされることも多いので注意が必要。たとえば「ボクサーパンツはいいが、競泳パンツは業務の運営に差し障る」という理由で却下される虞はある。あと、セクハラ防止義務が使用者側にはあるので、メイド服に関してはこちらが問題になるかも知れない。実際問題として、職場の「月天」化は難しそうだが、「福利厚生のために、職場の床にダンボールと美尻フィギュアを」という程度の要求なら、交渉に乗せることが不可能ではないだろう。私は交渉担当者になりたくないものだが。

「にゃんこ先生の野望」

いま仮に、常時10人以上の従業員を持つ事業所があるとしよう。この事業所の職員の4割が常勤職員であり、残り6割が非常勤（パート）職員である。またこの事業所には労働組合が存在し、常勤職員の9割が加入しているとする。実はつい最近まで、この事業所の職員の6割が常勤職員であり、かつその全てが労働組合に所属していた。それゆえ、この労働組合は労働基準法でいう「労働者の過半数で組織する労働組合」に該当していた。そういう歴史的経緯より、組織率が過半数を割った後においても、労組の代表者が（パート職員を含む）全労働者の代表として、労使協定を締結してきた。とはいえ、職員代表者の選出にあたっては「全職員が代表となるものの選任を支持していることが明確になる民主的な手続き」が要求されるため、手続き的には全職員を対象として立候補を募り、その後選挙を行うことで単位労組委員長が

職員代表者として選出されてきた。「誰も好き好んでやりたい仕事でもないのに、他に誰も立候補がない」から、結果としてこういう事態が続いていて、それで別に何も問題が生じていなかったわけだ。

で、今年も例年同様、労組役員の交代を受けて職員代表者選出選挙を行うことになったわけだが、そこで少し困ったことが起こった。先例に従い立候補募集が行なわれ、労組代表者（ジョニー）が嫌々ながら立候補した。ところが、労組の方針に反対することを生きがいとする非組合員（にゃんこ先生）も立候補してきたのだ。「にゃんこ」というと『にゅ～ん』とか言っている、猫の耳をかぶった少女」といった感じもあるが、実際はただのデムパ野郎である。それはさておいても、非常勤職員の動きによっては「にゃんこ先生勝利」も十分にありえる。「にゃんこ」のクセに資本階級の犬である彼は「現使用者以上に使用者的な労働条件」を導入したいと考えている節もあるようなのだが、はたして彼の野望は成就するのか？

常時 10 人以上の労働者を使用する事業所は、「就業規則」を作成し、行政官庁に届け出なければならない（労基 89 条）。就業規則には「労働時間・休暇」「賃金」「労働者の退職（解雇・定年を含む）」に関連する絶対的記載事項と、その他 8 項目の相対的記載事項（法令で「…する場合は」と書いているもの）が記載される。使用者が就業規則の作成又は変更を行なおうとする場合には、まず「労働者の過半数で組織する労働組合」があればそちらに、もしない時には「労働者の過半数を代表する者」の意見を聴かなければならない（労基 90 条）ことになっている。行政解釈としては、「協議決定まで要求するものでなく、意見を聞けばよい」とされている。

とはいえ、就業規則に書いている労働条件の多くは「労使協定」によって決定されるものである。労働条件の最低レベルの所は労基法や最低賃金法で定められていて、それに満たない条件の労働契約はその部分が無効とされ、これらの法律に定める基準が適用される（労基 13 条）。「労使協定」が締結され（必要な場合は労働基準監督署に届け出）ると、法定基準と異なる基準を締結することができる。一番有名なのが「36 協定」（労基 36 条）と呼ばれるもので、これを結んでおかないと使用者は時間外・休日勤務を命じることができない。その他、フレックス・変形労働時間制度（32 条）や裁量労働制度（38 条）など、「労働時間・休暇」「賃金」に関わる労働条件の殆どに労使協定の効果が及ぶ。ということは、少なくともこれらの部分については、あらかじめ労使協定が締結されていないと、就業規則に書き込むことができない。だから、上に書いたように絶対的記載事項の多くは事実上、協議決定に基づいているわけだ。

それでは労使協定は誰と誰が締結することができるのか。労基 36 条で見ると「使用者は、当該事業場に、労働者の過半数で組織する労働組合がある場合においてはその労働組合、労働者の過半数で組織する労働組合がない場合においては労働者の過半数を代表する者との書面による協定をし、これを行政官庁に届け出た場合においては…」という書き方になっている。これは他の条文でも似たようなものだ。つまり組織率 50%以上の労組が、これがない場合には職員の過半数代表者が使用者と協定を結ぶことになる。つまり、就業規則の場合と同じわけだ。

話は戻って件の事業所のケースだが、現在、この事業所の労組組織率は 36%であり、全職員の過半数未達である。ゆえに、労使協定は職員代表者が使用者と締結することになる。もし選挙で勝てば、にゃんこ先生の天下がやって来るわけだ。極端に言うなら、交渉の場で使用者が提示するよりも下の（ただし、労基法の水準よりも上の）労働条件を提示することも可能であ

る。しかし、このような労働条件の切り下げを、労組が認めるわけがない。つまり、職員代表者と労組の間で利害対立が発生してしまうわけだ。使用者まで巻き込んだ、壮大ないやがらせ作戦と言ってもよい。

ところがこの戦い、最終的には、にゃんこ先生の敗北で終わることが決まっている。「労働協約に定める労働条件その他の労働者の待遇に関する基準に違反する労働契約の部分は、無効とする。この場合において無効となつた部分は、基準の定めるところによる。労働協約に定がない部分についても、同様とする。」(労組 16 条)・「就業規則は、法令又は当該事業場について適用される労働協約に反してはならない」(労基 92 条)・「就業規則で定める基準に達しない労働条件を定める労働契約は、その部分については無効とする。この場合において無効となつた部分は、就業規則で定める基準による」(労基 93 条)。つまり「労働協約 > 就業規則 (労使協定) > 労基法の規定」という関係があり、かつ労働協約を締結できるのは「労働組合の代表者又は労働組合の委任を受けた者」に限定される(労組 6 条)。だから、にゃんこ先生が労使協定によって現行の労働条件を切り下げようとしたとしても、労働組合が現行の労働協約によって定める条件を切り下げることには同意しない限りはどうしようもない。

以上の議論で、にゃんこ先生が労働法上、無意味なことに血道を上げていることが立証されたわけだが、ただし過半数以上を占めるパート労働者の労働条件を常勤職員が結果として低水準にとどめているという事実が存在し、それがにゃんこ先生の支持に繋がっているという事実があるとすれば、彼の活動にも一部の理はあるだろう。労組 17 条で規定される一般拘束力(一の工場事業場に常時使用される同種の労働者の 4 分の 3 以上の数の労働者が一の労働協約の適用を受けるに至つたときは、当該工場事業場に使用される他の同種の労働者に関しても、当該労働協約が適用される)による保護が非常勤労働者にも及ぶわけではない以上、労組としても(非組合員である)彼らの労働条件についても別途、交渉の対象とせざるを得なくなるわけだが、労働組合の代表者またはその委任を受けた者は労組か組合員のためにしか交渉を行なうことができない(労組 6 条)のだから、(使用者側が自らの意思で非組合員の労働条件を交渉事項と認めない限り)労組が交渉を強要することができない(つまり、労組 7 条 2 で定める団交拒否を不当労働行為とみなすことができない)。労組加入への道が開かれていて、自らの意思で非常勤労働者がそれに加盟しないのであれば、それによって救済の道が閉ざされるのも本人の責任だと言えるわけだが、はたして現状がどうなっているのか。

「ファミレス・コンビニ店員の雇用関係」

多くの場合、フランチャイズチェーン(FC)の加盟店(フランチャイジー)と本部(フランチャイザー)は独立した事業体である。このようなケースでは、加盟店のアルバイト店員は、あくまでもその店舗のオーナーとの間に雇用契約を結ぶことになるはずで、店員と本部の間には何の労働契約も存在しない(本部の直営店舗で雇われオーナーだったりすると、バイトは本部と雇用関係を結んでいる可能性がある)。

アルバイトでも正社員でも、雇用契約の締結に当たっては労働基準法 15 条が適用される。「明示」が義務づけられている内容は「就業規則」とほとんど同じなので、「一定規模以上の企業では」こちらを見せられることの方が多い。わざわざ「一定規模以上」と書くのは、常時 10 人未満の労働者を使用する使用者には、就業規則を作成する義務はないからだ(労基法 89 条)。

口頭で労働条件を言っただけでは「明示」したことになるのだが、実際問題としてアルバイトのケースなどでは文書を見せていないケースも多々あるらしい。ただし、「明示」と「交付」は意味が違うので、使用者が契約書を文書の形で交付する義務はない。ところが短時間労働者については「パートタイム労働法」の適用も受けるので、雇用者には「労働時間その他の労働条件に関する事項」を記載した「雇い入れ通知書」交付する「努力規定」がある。

ここまでは「雇用契約」の話だが、次は「懲戒」の話。通常、就業規則に「事業所内では黒のボクサーパンツを着用」なんてことは書いていないと思うが、何かの間違いでそんな規定が存在し、かつこれらの規定に違反していることが疑われる場合には、就業規則の「表彰および制裁の定め」に照らし合わせて解釈されることになる。髭については、タクシー運転手が「髭を剃れ」という実務命令に従う義務がないことを確認した判例があり（「イースタン・エアポート事件」東京地裁昭 55.12.15）、「茶髪」を理由とする解雇が解雇権の濫用とされた東谷山家事件（福岡地裁小倉支決平 9.12.9）もある。現行判例では「従業員の行為が企業秩序の維持の妨げになり、又は業務遂行において著しい支障を来す」ことが懲戒の要件とされる。これが証明できない場合は懲戒権乱用の法理によってその懲戒が無効とされ、場合によっては従業員側に不法行為に基づく損害賠償権が発生する。この手の裁判で最近、目についたのは女装出勤裁判（東京地裁平 14.6.20）で、これは性同一性障害の男性が女装して出勤したことを理由にした懲戒解雇を無効としたものである

なお、解雇に関しては、これまで条文規定がなかったが、判例上「客観的かつ合理的な理由を欠き、社会通念上相当であると認められない場合」は権利乱用として無効とされてきた（日本食塩製造事件、最判 1975.4.25）。2003年2月18日の労働基準法改正法案要綱には、使用者が「労働者を解雇することができる」という解雇自由の原則に続いて、上記判例の解雇三原則が続いていた。解雇権乱用法理に立つ場合、使用者側に解雇の正当性を立証する責任が生じるが、この法案では権利乱用の立証義務が労働者側に転嫁されることになる。そのため、この法案は労働側からの強い反対を受け、最終的に平成 15 年改正労働基準法第 18 条 2 項から解雇自由の原則は削除されている。

「ウメコ×ジャスミンが匂らしい」

一部の腐女子の間で「特捜戦隊デカレンジャー」（2004年2月15日放送開始）が人気を博していた。この番組は「ゴレンジャー」（1975年4月放送開始）から延々と続いている「東映スーパー戦隊シリーズ」の第 28 作目だ（厳密にいう場合、ゴレンジャーからジャッカー電撃隊までの 15 シリーズは「スーパー戦隊シリーズ」に含めない）。

「デカレンジャー」の 5 人のメンバーは宇宙警察地球署に所属する刑事で、正式名称は「S.P.D(Special Police Dekaranger)」である。彼らの上司は宇宙警察地球署署長のドギー・クルーガーで、宇宙警察の最高責任者(宇宙警察本部長官)はホルス星人ヌマ・O である。宇宙警察は警察行政機関なので、デカレンジャーたちに司法権は与えられていない。彼らが宇宙犯罪者(アリエナイザー)を現行犯逮捕した後に S.P.D バッジを示すと、犯罪者情報が「宇宙最高裁判所」に転送されて、即座に判決が下る。その結果、「有罪」と出れば「デリート許可」としてアリエナイザーを消去する。ただし全てのケースでデリート許可が出ているわけでもない(第 7 話)ので、デリートされなかった犯罪者は「監獄衛星プリズロン」(第 10 話)にでも入れら

れているのだろう。司法権と警察権の分離をきちんと書いた特撮はあまりないと思うが、「デカレンジャー」はその辺に一応の配慮はしているといえる。もっとも現在の日本の法律では「死刑は、監獄内において、絞首して執行する」(刑法第 11 条)とされているので、その辺は現行法と異なっている。そもそも現行の規定において死刑プロセスが「死刑判決の確定後、法務大臣が死刑執行命令を発し、検察官が死刑の執行を指揮して、監獄の長が死刑の執行を行なう」ことになっていることからわかるように、死刑執行は基本的に司法の仕事であって、(行政に属する)警察権の範囲を超えている。

デカレンジャーの 2 年前に放送していた「未来戦隊タイムレンジャー」(2000 年 2 月 13 日-2001 年 2 月 11 日)も警察ものだが、タイムレンジャーたちに死刑執行権は与えられていない。彼らのうち 4 人は 3000 年から 2000 年の世界にやってきた時間保護局の職員であるが、なぜか一人だけ現代人の非公務員が成り行きでメンバーに入ってしまう。一方、敵は 30 世紀から刑務所ごとタイムスリップしてきたマフィア一味。この時代には重犯罪者は「冷凍圧縮」して刑務所に保管されているのだが、一味は毎週一人ずつ彼らを解凍して「怪人」として利用していたわけだ。タイムレンジャーたちは怪人の身柄を確保すると、再度圧縮して刑務所に送り返している。つまり警察権の範囲で脱走犯を捕まえているだけで、別に刑罰を与えているわけではない。

これらの作品と対照的なのが「機動刑事ジバン」(1989 年 1 月-1990 年 1 月)である。「ジバン」は 1982 年の「宇宙刑事ギャバン」から始まる東映メタルヒーローシリーズ(全 17 シリーズ)の第 8 シリーズにあたる。ジバンとは人間社会崩壊を目論む秘密組織バイオロンに対抗して開発されたハイテク刑事である。その正体は、幼女絡みの事故で命を失い、五十嵐博士に体を改造されることで蘇ったサイボーグの「田村直人」で、彼はセントラルシティー警察署の刑事である。ちなみにジバンが炉理作品であったことは

僕のかわゆい少女ボス (第 1 話 1989.1.29)
大好き! ナオトお兄ちゃん (第 2 話 1989.2.5)
少女と戦士の心の誓い (第 11 話 1989.4.9)
好き! 二人のお兄ちゃん (第 46 話 1989.12.17)

といったタイトルを見ると明らかだろう。さらに、こんな回もあったようだ。

ようこそ!! 大霊界へ (第 24 話 1989.7.9 「ジサツノイド」登場)
美少年小太郎一座の怪人 (第 30 話 1989.8.20 「カブキノイド」登場)

なお、田村直人がジバンであることは秘密にされており、敵と戦う時には「警視庁秘密捜査官警視正機動刑事ジバン」と名乗っている。問題なのはその続きで、警察手帳を見せながら

対バイオロン法

第一条 機動刑事ジバンは、いかなる場合でも令状なしに犯人を逮捕することができる

第二条 機動刑事ジバンは、相手がバイオロンと認めた場合、自らの判断で犯人を処罰することができる

第二条補足 場合によっては、抹殺することも許される

などと言って、毎週のように敵を抹殺していた。判明している限りでは、他には

第三条 機動刑事ジバンは、人間の生命を最優先とし、これを顧みないあらゆる命令を排除することができる

第六条 子どもの夢を奪い、その心を傷つけた罪は特に重い

第九条 機動刑事ジバンは、あらゆる生命体の平和を破壊する者を、自らの判断で抹殺することができる

といった条文があるようだ。警視正といえば道府県警本部長、大規模警察署所長クラスで、捜査現場に出ることはない。キャリア組だと33歳以上（採用後10年）でここまで昇進するが、現場からの叩き上げなら、この辺がおそらく最高ポジションだろう。また警視正以上は国家公務員となり、警察庁の人事権下に入る。しかし、現行法では警察官に司法権は与えられていない（憲法第76条）し、それ以外の所でも違憲性全開である。まあこれはそういう世界の話なので仕方ないのだが、「機動刑事ジバン」が何なのか法令中に定義されていない所や、第6条のような明確さを欠く罰則規定があるところなど（普通は刑法第169条のような書き方をする）を見ると、あまりに穴だらけな議員立法にしか見えない。もっとも現実には行政機関が作った法案は内閣府法制局、議員立法の場合は衆議院または参議院法制局がチェックを入れているはずで、現実にはここまで既存法に抵触する法案が国会審議に持ち込まれることはないと思うが。

（奥付）

「萌えない法律学」

猿元 (MFRI)

2004年12月30日 初版

2005年8月14日 改定版

(<http://www.puni.net/~aniki/>)