

## 判例内縁法序説（１）

岡 本 詔 治

- 一 内縁論の諸相と本稿の視座
  - 1 問題の所在
  - 2 本稿の課題
  - 3 内縁法の定着と「法の社会化」
  - 4 いわゆる「現代的内縁問題」について
  - 5 いくつかの課題 (以上、本号)
- 二 初期の裁判例の状況 (以下、次号)
- 三 当時の多様な男女関係
- 四 まとめに代えて

### 一 内縁論の諸相と本稿の視座

#### 1 問題の所在

##### (1) はじめに

周知のように、伝統的な内縁法理は戦前からの「準婚理論」を軸として展開してきたが、近時、いわゆる「現代型内縁」問題が浮上するに及んで、今日では、この方面の研究があらためて脚光を浴びるに至り、準婚理論の内在的限界が声高に叫ばれる傍ら、内縁保護の論拠をめぐって、理論は相当程度に複雑な様相を呈している。本稿は、そのような混沌とした理論状況に直接容喙しようとするものではなく、あくまでも判例自体の内縁法理を論究することに限定しているが、いずれにせよ、議論の出発点は伝統的な通説的準婚理論にあるところ、戦後の最高裁判決（最判昭和33・4・11民

集12巻5号789頁。以下「準婚判決」という。)が、この準婚理論をそのまま是認したという点では、おそらく学説には異論がないように思われる。今日的議論も、この評価が大前提となっているものと考えて大過なからう。

しかしながら、果たしてそうであろうか。私見では、このような評価には疑問があり、「準婚判決」のみならず、その後の判決例(最判昭和37・12・25 家月15巻4号37頁)も、大正4年の民事連合部「婚姻予約有効判決」(後述参照)に言及しているので、戦前の判例の蓄積のうえに「準婚判決」が登場してきた歴史的事実を重視すべきであると考えている<sup>(1)</sup>。しかも、後述するように、通說的準婚学説は戦前における大審院判例の重要な論理的視点を見落としたまま今日に至っていると思われるので、なおのこと軽々に「判例準婚理論」と「学説準婚理論」とを同視できないわけであり、そのような結論を導き出すためには、なお綿密な検討が必要とされよう。

そこで本稿は、戦前からの判例の推移に注視しながら、あらためて判例内縁法の論理構造を再検討することとした。こうした作業を通して、判例が歩むべき将来の方向性も定まり、かつまた現代型内縁にも適切に対応することが可能になるものと考えているからである。とりあえず本小稿では初期のころの判例内縁法に焦点を当てることとした。主として明治民法典施行直後の裁判例において、どのような論理で内縁保護の可否が論じられてきたのか、その歴史的推移をたどることを課題としている。民事連合部判決の真意義を見極めるためには必要不可欠の作業となるからである。

なお、本小稿は、以上のような全体的な構想の一部に当たるものであり、直近では判例内縁法理の展開・現状の分析を予定しているので、そうした判例法の論理構造を理解するうえで必要なかぎりであるが、私見の基本的な立場ないし分析手法についても、一応、ここで予め整理することとした。本稿をもって「序説」とした所以でもある。

## (2) 届出婚主義と事実婚主義

わが国の近代における内縁法の端緒的状况は、相当程度に複雑な様相を

呈している。明治4年の太政官布告により、その翌年には不完全ながらも一応は戸籍制度（いわゆる「壬申戸籍」）が導入され、手続的には身分的行為につき届出制が採用されるとともに<sup>(2)</sup>、これを承けて、明治8年の太政官達第209号は、法律上の婚姻を成立させるためには婚姻の戸籍登記を要件としたが<sup>(3)</sup>、その直後の明治10年司法省達第46号では、一転して、いわゆる「事実婚主義」が採用されたからである<sup>(4)</sup>。双方の規範の調整につき、戦前から今日まで、激論が繰り返されてきたところ、これ自体の難題は未だに解決していない<sup>(5)</sup>。しかし、いずれにせよ、明治民法典が「届出婚主義」を採用したうえで、事実婚・内縁の保護を明確かつ積極的に否定したことは、その立法の経緯からみても、何人もこれを認めざるをえないであろう<sup>(6)</sup>。ただし、民法施行前に成立した内縁については、大審院は上記司法省達に依拠しながら内縁を「法律婚」とみなしていたところ、この種の事実婚主義に立つ判決例が「婚姻予約有効判決」後も登場していたので、後述のように、当時の判例を分析するに当たっては、そうした二元主義的立場の「相互関連性」に特に留意しておかねばならないであろう。従来の内縁学説には欠落していた視点である。

### (3) 婚姻予約有効判決と中川準婚理論

大審院は、民法典施行後しばらくの間、立法者の趣意に従って内縁の保護には消極的であったものの、民事連合部判決では、従来の内縁・婚姻予約無効論を廃棄して、内縁の不当破棄につき、「違約」構成に限定しながらも、破棄当事者に損害賠償責任がある旨を宣言した（大連判大正4・1・26民録21輯49頁）。本判旨の論理構造については、当時から今日まで通説的内縁学説の批判的となっている。ことに、学説は、内縁を保護したこと自体には好意的に評価してきたが、本件の男女類型が内縁（社会的には夫婦）であったにもかかわらず、夫婦の実体を捉えていない「婚姻ノ豫約」論で処理したことから、仮託論であると揶揄する傾向が強かった<sup>(7)</sup>。しかし、いずれにせよ、そうした学説によっても、民事連合部「婚姻予約有

効判決」が当時から今日に至るまで「内縁」を保護した先例的裁判規範として位置づけられてきたことは、紛れもない歴史的事実であった。

これに対して、私見は、別著で、つぎのような視角を明確にした<sup>(8)</sup>。まず、大審院が創設した「婚姻予約有効論」こそが当時の時代的背景では内縁保護の最善の策であったことを指摘した。しかも、婚姻予約概念を使用したのは、当時、内縁とともに無効（公序良俗違反）とされていた「婚約」も含めて、そうした婚姻の前段階にある男女関係を保護することを宣言したものであり、本来は婚約のみを意味した婚姻予約概念に「内縁」を含ませる趣旨を明確にしつつ、かかる論理を通して民法典の届出婚主義との調整を目指そうとしたものである、との見解を述べた。つまり、大審院は、解釈論を通して従来の婚姻観の大転換を図ったわけである。

わが国の通説的内縁学説は、内縁保護に急なあまり、「婚約法制」の歴史的推移を曖昧にしたので、上記のような民事連合部判決の論理構造の真意義を見逃したものと思われるが、その上さらに民事連合部「婚姻予約有効判決」直後に「民録」に登録されていた「婚約・婚姻予約有効判決」<sup>(9)</sup>すらも見落としてきた。このいわゆる「知られざる婚約有効判決」は、大審院内部では内縁事例と同時期に審理されていたことのほか、民事連合部判決をそのまま引用していたので、民事連合部判決のいう「婚姻予約」概念には「婚約」も含まれていたことは客観的にも明瞭であったが、内縁学説は、婚姻予約有効判決＝内縁論に終始した。

すでに、当時の大審院は（司法省も）、「裁判の統一」ひいては「一般的準則の形成」にも注視していたが、「婚姻予約」概念・理論を説示した民事連合部判決は、このことを象徴する裁判例であったものと思われる。今日、いまだに大審院「婚約・婚姻予約有効判決」の存在すら認識していない学説が見られるのである。判例内縁法を説く場合には、同じ概念に包摂される婚約の準則にも留意したうえで、統一的に処理する必要性があったが、学説準婚理論では婚約法制との関連に思いが至らなかった結果、そう

した視点が欠落していたわけである。実際、「婚姻予約有効判決」当時では、内縁は有効であるが、判例では婚約は無効のままである旨を主張していた著名な学説すら存在したのである<sup>(10)</sup>。

別著では、以上のような歴史的事実を明らかにするため、婚約事例のほか、相当程度の内縁事例も検討したが、その趣旨は、「個々人の過誤」をことさらに取り上げようとしたものでは、決してない。そうした歴史的事実と真正面から向き合うことこそが、「理論の責務」であると考えたからにはかならない。今後は、現代の内縁も含めて一般に内縁ないし事実婚を論ずる場合には、上記のような事情を常に念頭におく必要があろう。

加えて、通説的内縁学説をリードしてきた中川準婚理論は<sup>(11)</sup>、夫婦という社会的な実体があれば、それを法律上の婚姻と同視するという事実優先（婚姻習俗の尊重）の論理を強調したため、判例婚姻予約有効論が前提としていた「婚姻の届出に協力すべき義務」（以下「届出義務」と略する。）を敢えて軽視ないし無視することにつながったので、内縁保護の結論においては大差がなかったものの、婚姻制度が婚姻と内縁とに完全に二分され、婚姻法体系を混乱させる結果となっていた。しかし、届出義務を前提とする判例の立場では、内縁もいずれは婚姻法秩序に収斂されることが期待・予定されており、ひいては「内縁撲滅の政策的意図」がそこに潜在していたものと推測される。これこそが解釈論者の責務であったと思われるが、学説準婚理論は、内縁保護に急なあまり<sup>(12)</sup>、判例のいう婚姻予約有効論の論理構造と機能とを十全に見極める点で大きな難を蔵していたように思われる。

戦後、最高裁も準婚論を採ったので、学説は、これをもって直ちに中川準婚理論が採用されたものと評価したことから、一般に婚姻予約論と準婚理論との調整には全く関心を示すことなく、今日に至っている<sup>(13)</sup>。しかしながら、後述するように、判例準婚理論と中川準婚理論とを同視したことは、大きな誤謬であったと思われる。

以上のような本稿の基本的視点については、すでに別著でもある程度は論究したが、本稿では、内縁それ自体に焦点を合わせて、別著で示唆したいくつかの視点を再確認しながら、あらためて私見の立場をより多面的な角度から論究することを眼目とした。したがって、取り上げる裁判例では、すでに一応は別著で検討した事例を再度にわたって分析しているが、できるだけ簡略化に努めたので、ご寛容願いたい。

なお、内縁に関する初期の判決例については、幸いなことに、いわゆる「未公表判決例」も先達の研究業績のなかで採録されているものがあるので<sup>(14)</sup>、それらの貴重な業績を積極的に借用しながら、判例内縁法を分析することとした。今日の内縁学説は、これらの先行業績を十分には活かし切れていないように思われるからである。あわせて、何故に「未公表」とされたのか、可能な範囲ではあるが、できるだけその理由にも視野を広げたいと考えている<sup>(15)</sup>。

## 2 本稿の課題

### (1) 「婚姻予約有効判決」の論理構造と歴史的意義

民事連合部判決が、何故に「婚姻予約」概念を使用して、婚約と内縁との保護を宣言したのか、その理由のほか、そこでの一般的準則の論理構造については、すでに一応は別著で言及した<sup>(16)</sup>。その結論的な部分を取り出せば、つぎのようになる。当時の社会生活でも、実にさまざまな男女類型がすでに存在したところ（この問題は、本稿の「三・当時の多様な男女関係」で詳述する。）、明治民法典の立法者は、いわゆる近代的な婚姻法を確立するため内縁や婚約などの婚姻前の男女関係をすべて無効（公序良俗違反）と断じた。しかし、大審院は、社会生活一般に深く根ざしていた伝統的な婚約・婚姻習俗をも考慮しながら、そうした男女類型を婚約・内縁二分論によって整序し、これを近代的な契約法的装置としての「婚姻予約」概念に包摂するとともに、「婚姻意思」を分水嶺として「婚姻予約」と「私通」

とを対置させた（近代的思惟の確立）。したがって、このような姿勢を明確にする機縁となった民事連合部判決は、日本法における「判例法」の誕生を記念すべき名判決であるとともに、当時の西洋諸国では内縁無効論が採られていたので、世界法史的観点からみても、この方面において金字塔を打ち立てたものである（「和洋折衷の論理」の生成）と評価した。

奇しくも、大正デモクラシー期の法律学は民衆化・社会化を理念として旧来の殻から脱皮しようと模索していた。「婚姻予約有効判決」後しばらくしてからであるが、周知のように、「末弘巖太郎」は、米欧諸国への留学（大正7年～9年）の直後に、ドイツ流の概念法学から距離をおいて実生活の中に内在する法の発見の重要性に目覚めている<sup>(17)</sup>。同じ頃に、社会学でも、「戸田貞三」（東京帝国大学）は、当時の学説が先進諸国の直接的な影響下で一般理論の構築にのみ腐心していたのに対して、歴史的・社会的事実の重要性を強調して「家族社会学の基礎」を確立している<sup>(18)</sup>。「婚姻予約有効判決」は、ある意味では、そうした大正期の「新思潮」の先がけとなる象徴的な裁判例ではなかったか。

ともあれ、本稿では、上記のような「婚姻前の多様な男女関係」に対する判例の基本的な姿勢を前提としながら、わが国の当初の裁判例が、どのような男女類型において、いかなる紛争との関連で、どういった技法を通して紛争を処理してきたかについて、より具体的に検討することとした。なかでも事件類型とともに当時の「多様な男女関係」にも留意した。婚約や内縁のほかに、いわゆる試婚の内縁や私通、さらには妾関係にも視野を拡張しながら、大審院が、前近代的ともいえる曖昧で不透明な男女関係に直面していた事情を明らかにすることも、ここでの重要な課題の一つである。このことを通して、大審院が婚約・内縁二分論と私通概念とを念頭において近代的思惟に基づく日本法固有の婚姻予約概念・理論を樹立した事情およびその歴史的意義につき、より深く理解することが可能となるであろう。

ことに「婚姻予約有効判決」は、先述のように、早くから「仮託論」と

揶揄されて通説的準婚学説の批判的的となっていたが、この批判的立場を象徴する論者が「我妻栄」であり、戦前の穂積重遠・中川善之助の見解に依拠しながら、つぎのように述べて、通説的内縁学説の立場を確固不動のものとした。すなわち、準婚理論は「内縁関係を婚姻の予約という一点だけから捉えることをせずに、合意を起点として生ずる実質的な生活関係自体を合法的な（法律の保護に値する）一種の男女結合関係として理解しようとするものであって、婚姻予約理論に比して遙かに優れたものである」と<sup>(19)</sup>。

しかしながら、私見によれば、むしろ民事連合部判決は、そうした趣旨を前提とする論理構造を蔵していた。つまり、「婚姻予約」の「合法性」を認めるとともに、その概念に内縁を含ませることは、単に「夫婦の約束」のみならず、「夫婦の実質」も保護せざるを得なくなることを含意するものであり、大審院も理論的には婚姻制度との相対比較を余儀なくされることを見通していたことが窺知され、実際上も、婚姻に関する種々の規定の準用の可否という難題が浮上して、個別事案ごとに、いわゆる「準婚的取り扱い」の問題に直面せざるを得ない結果に導かれている。その意味では、ここにいう「婚姻予約」とは、「夫婦の実質」もカバーすることが予定されていた日本法独自の概念であったといえよう。民事連合部も、婚姻予約の合法性を認めたかぎりには、それまでの内縁関連事件に関する経験から（後述の「二・初期の裁判例」を参照のこと）、単なる不当破棄事件のみならず、婚姻予約の内容である「事実上の夫婦関係」それ自体に起因する種々の紛争が生じ、その解決が自らの不可避の課題となることは、当然のことながら予測していたはずである。むしろある意味では、学説準婚理論のように内縁であれば婚姻規定の「一括の準用」という方向に歩むことを懸念して、「婚姻予約法理」を採用したともいえないのではないのである。実際、当時、先述したように、一方で大審院は「事実婚主義」（内縁＝法律婚）を採用していたので、いわゆる準婚理論では、これとの識別が曖昧と

なるおそれも生じかねないからである。以上のことは、別に「婚姻予約有効判決」以降の裁判例を検討する際に実証的に確認する予定である。

ここでは、ことに予約から派生する抽象的な「届出義務」との関連についてのみ敷衍しておこう。大審院は、「夫婦としての実体」の存在を前提としたうえで、一連の判決例を通して、当事者双方に「届出義務」を課すとともに、挙式に同意した戸主や親にも、それに協力すべき責務を課したが、先述したように、この抽象的な義務を通して「内縁撲滅の政策的判断」をもっていただけと思われる。真の意味で家制度下での社会的弱者を保護しようとしていたわけである。「届出義務」をベースとしながら、「婚姻意思」を基準として保護される男女関係の範囲と効果を個別具体的に明らかにする課題は別に残されていたように思われる。

学説にも、そうした論拠の構築が期待されていたはずであるが、通説的内縁学説は内縁を法律上の婚姻と同視することを企図した結果、一定の婚姻規定を内縁にも一括して準用ないし類推適用することに腐心したため、現行の婚姻法秩序が婚姻と内縁とに二元化され、結局のところ、全体としての判決例に通底する趣意を十全には汲み上げることができなかったといえよう<sup>(20)</sup>。事実、準婚理論のリーダーである「中川善之助」自身も、大正4年民事連合部判決から大正8年にいたる間は、内縁の法律効果が「婚姻届出の提出義務のみを中心として動いていた」ことを認めたうえで、このような立場を強く批判していたのである<sup>(21)</sup>。当時の中川の最大の関心事は、いうところの事実婚理論を判例に定着させることであったものと思われる、それ故、判例みずからが婚姻予約論ひいては入籍問題（届出義務）を克服するに至るとの仮説を想定して、その発展的な軌跡を追跡しながら、自説の「明証」となる裁判例を探し求めていたところ、漸く内縁夫婦間の「扶養義務」を認めたとされる判決例（大判大正11・6・3民集1巻280頁）において、それを見出しえたのであった<sup>(22)</sup>。その後は、論理的にも、そうした入籍問題に終始する婚姻予約論では第三者との関係では機能しないと

する批判が一般化する傍ら、「婚姻予約」概念それ自体を積極的に否定する見解すらも登場するなどして<sup>(23)</sup>、いつの間にか「届出義務」も雲散霧消と化したわけであるが、戦前の判例は、この届出義務を一貫して堅持してきた（大判昭和19・3・16民集23巻177頁など）。しかも、中川が事実婚論の「明証」と称した大正11年判決も子細に検討すれば、やはり婚姻予約論を当然の前提にしていたと見られる説示を残しているのである<sup>(24)</sup>。中川の主観的願望と判例の客観的現実には明白なズレがあったといわざるをえない。中川準婚理論はすでに戦前の内縁学説によって極限にまで純化されたが、判例は、中川が断言したようには展開していないので、その本来の姿に立ち返ることが求められている。この上に立って、改めて戦後の判例の展開をフォローすることが必要不可欠の課題となるので、単純に戦後の「準婚判決」を中川判決とは断定し得ないわけである。

他方で、戦後に登場した「唄孝一・佐藤良雄」らの「試婚論」も<sup>(25)</sup>、「社会的事実と社会的規範」なるものを重視することに急な余り<sup>(26)</sup>、判例には存在も内在もしない男女類型の予断をもって、民事連合部判決を分析したことから、婚姻予約有効論の「傍論」性を強調することとも相重なって<sup>(27)</sup>、通説とは別の方向に傾斜した結果、よりいっそう大審院の立場から遊離しすぎたように思われる。

ともあれ、本稿は、「届出義務をベースとする準婚関係」論が判例婚姻予約・準婚理論のうちに蔵されていることを実証的に論証することも将来の課題としている。この届出義務を前提にすることによってはじめ、  
「夫婦としての実体」が法的にも尊重されるべき趣意、ひいては「判例準婚理論」の論理面での真意義が明確になるであろう。

## (2) 「婚姻予約」概念

(ア) 婚姻予約と婚約・内縁二分論 「婚姻予約」という用語自体は、おそらくはイタリア1865年民法典にいう《promessa di matrimonio》を邦訳したものと推知され、もともと婚約のみを意味し、すでに旧民法編纂の報（龍法 '15）48-2, 100（888）

告委員であった「熊野敏三」の著書で使用されていたところ、その予約（婚約）は「婚姻の自由」の支障となるので無効とされていたが<sup>(28)</sup>、それがフランス法の立場でもあったからである。明治民法典の起草委員であった「梅謙次郎」も、フランス法に追従して「婚姻予約」の無効論を貫徹したことが起因となって、民法典自体には婚姻予約に関する規定は採用されなかった<sup>(29)</sup>。民法典施行直後の大審院判決例（大判明治35・3・8民録8輯3巻16頁）も、「婚姻予約」の無効論をとったので、この判決例は、一般に「婚姻予約無効判決」ひいては内縁無効論の先例として引用される傾向がある。しかし、その説示する婚姻予約無効論は、まさしく梅の論理（「婚姻の自由」侵害論）と軌を一にしているので、この段階での婚姻予約は純然たる婚約のみを意味していたものと考えらるべきであろう。当時では婚約と内縁との区別が明確ではなかったとする評価もなくはないが、そうした理解は婚約・内縁法制の歴史的経緯と矛盾する。むしろ曖昧であったのは多岐にわたる婚姻習俗の実態であろう。具体的事案との関連でも、この「婚姻予約無効判決」の男女関係（婚約）は、民法施行前に成立していたので（仮に内縁ならば有効であった）、施行後における内縁無効の先例とするのは、そもそも大きな誤謬をおかしていたことになる。事実、民事連合部判決も本判決を直接引用していないのである。もっとも、その後、内縁の不当破棄の場合でも、「不法行為責任」が追及されたケースではあるが、「婚姻予約」は無効とされたので（大判明治44・3・25民録17輯169頁）、この用語自体は、判例では、その初期のころから婚約のみならず内縁も含むものと理解されていたことは間違いないとしても、とにかく純然たる婚約・婚姻予約概念に内縁も含まれるようになったという歴史的経緯を銘記すべきであった<sup>(30)</sup>。

ところが、中川理論に迎合した戦前の内縁学説は、一般に婚姻予約と聞けば内縁を想起するようになり、その本来の意味から遊離して、「はじめに内縁ありき」という状況に陥ったといえよう<sup>(31)</sup>。かてて加えて、「米栖

三郎」によれば、戦前の学説では、横田秀雄論文を除いて「最早内縁を以て婚姻予約として論ぜんとするものはない」とまで極論されるようになっていた<sup>(32)</sup>。他方で、敗戦後に「試婚論」が登場して、学説につよい影響を与えた結果、私見の立場からみれば、学説内縁論は混迷状態に陥ったように思われる。

(イ) 判例にいう「婚姻予約」 このような中で、「二宮周平」によれば、民事連合部判決では、婚姻予約概念で捉えようとしていた男女関係は明らかにされておらず、「婚約・準備行為・挙式・同居までの婚姻成立過程を正当な婚姻にいたる過程として正当なものと評価してい(る)」と解釈されることとなり<sup>(33)</sup>、今日の学説では一般にこの見解が是認されているように思われる。本稿も、この解釈それ自体は間違っているとはいえないとしたが、しかし、多分に唄孝一らの試婚論ないし「社会的事実」重視の立場(「連続体としての男女関係」論)に強い影響をうけているので、一定の留保が必要である旨を付言した<sup>(34)</sup>。ことに婚姻に至るまでの事実婚レベルの婚姻習俗と法技術概念である婚姻予約とが渾然としているからである。

今ここで、さらに敷衍すれば、つぎのような疑念がますます強くなっている。すなわち、民事連合部は、旧来からの非近代的な男女関係を含めて、さまざまな男女関係を目の当たりにしていたところ、これを整序するために、近代法的な婚姻予約概念を採用したと考えられることから、「二宮周平」のような解釈では、大審院の立場を正確に捉え切ったことにはならないように思われる。婚姻予約概念は、もともと婚約のみを意味していたが、これに内縁を含ませたうえで、その有効論を展開したところに、画期的な意義が認められるので、二宮説では、その趣旨、ひいては婚約制度ないし婚姻予約概念の「歴史的意義」を曖昧にしてしまうからである。婚姻前の男女関係を極めてダラダラとした解釈で捉えようとしているので、民事連合部がせっかく近代的な峻別の論理によって婚約・内縁を私通関係から識別して保護しようとしたにもかかわらず、結局のところ、試婚論者と同様

に時計の針を逆戻りさせることにもなりかねないことが懸念されるのである。周知のように、かつて明治時代の初期においては、妾関係も「夫妻関係」として適法とした婚姻観があったことのほか、地方ごとに実に多様な種々の婚姻習俗の存在が報告されているが、明治民法典は、この種の非近代的な男女関係を整序して近代的な法律婚制度を樹立するため、届出婚主義の導入により、婚約や内縁関係も非合法の領域に放擲して、この難題を一挙に解決することを企図した。そこには婚姻予約論を「公序」とする基本姿勢が見られるように思われる。大審院は、届出婚制度の立法政策的意義とその限界を自覚したうえで、「客分」、「アシイレ」など地方の多岐多様な婚姻習俗を整序する趣旨も含めて、本判決によって保護に値する男女類型のみを「予約」概念を通して明確にしようとしたので、この段階において、そうした曖昧な解釈で婚外関係を捉えることは、究極的には判例の基本的立場と整合しない結果とならざるをえないように思われる。

たしかに社会的事実としては、婚約でもなく内縁ともいえないような男女関係の存在は否定し得ない。「唄孝一」らのいうように、「連続体としての男女関係」論にも一理あり、いわゆる試婚的な関係も存在したであろう。しかし、そのような婚姻前の男女関係をガラガラと捉えて法技術的な婚姻予約概念で表現しようとしたものではない。むしろ、民事連合部判決は、この種の曖昧な男女関係の存在を熟知しながら、届出以前の婚姻の約束や挙式・同棲という「通常の婚礼儀式」に言及した上で、婚姻予約の要件事実として「婚姻意思」を明示していたので、婚約と内縁とによって二分される「婚姻予約」論を創設しようとしたものと思われることから、それぞれの規範的な男女類型を予定していたものであろう。「はじめに連続体としての男女関係ありき」（社会的事実の優先）では決してない。むしろ「はじめに婚約ありき」と考えるべきである。

実際、「婚姻予約有効判決」以前では、「内縁」のほか（後述の未公表判決例を参照）、「婚約」という用語を使用する裁判例もあった<sup>(35)</sup>。その後の裁

判例でも、同様であり<sup>(36)</sup>、ことに婚約の独自性は「結納」の返還請求との関連で明確になるからである<sup>(37)</sup>。他方で、先述したように、「事実婚主義」下の判決レベルでは内縁は法律婚とされていたのに対して、婚約は「民法施行の前後を問わず」に無効であったので（前掲・大審院明治35年判決）、内縁と婚約との峻別は、裁判所としては避けて通れない現実課題でもあった。当時の裁判官にとって、社会的事実としての婚約と内縁との区別は、いわば当然のこととして理解されていたものであろう。港間でもすでに「内縁」という用語は一般化していたと考えて大過ない（後述「三・当時の多様な男女関係」を参照のこと）。ただし、民事連合部判決当時までにそれらが裁判手続上すでに法技術的概念として完全に成熟していたかは、なお綿密な検討を必要としよう。

以上のことを前提とすれば、民事連合部は、本来的には婚約としての婚姻予約に内縁を含ませるとともに、婚約も内縁も合法であると宣言するために、「婚姻予約」概念を使用したと考えるのがきわめて自然な解釈ではなかろうか。実際、この当時の西欧諸国では、フランス法を除いて、イタリア、ドイツおよびスイスでは、婚約は有効であったが、内縁の方は無効であったという事情（婚約・内縁二分論）につき、ことに外国法には敏感であった当時の裁判官ならば、当然のことながら、熟知していたであろう。事実上、婚約法理で内縁関係を保護した当時のイギリス法の影響も軽視できないが、「婚姻予約」概念・理論それ自体は日本法固有の特殊の技術用語・理論として誕生したわけであり、その下位の概念として、婚約と内縁とは社会的意味に加えて法的意味でも使用されるようになったものと考えられるので、婚姻予約概念が明確にされていないというのは、判決文の形式的な字面・文言にとらわれすぎた解釈ではなかろうか。

(ウ) 証明責任　さらにいうならば、その後の裁判例は、決して婚姻前の男女関係をガラガラと捉えて婚姻予約の成否を決してきたのではない。それでは、保護の可否を決するのに著しく困難をとまなうこととなり、当事

者にとっても、紛争の焦点を絞り込めないもので、どうしても具体的に基準となる男女類型（理念型としての男女類型）が必要となるはずであり、それが婚約と内縁であったといわねばならない。男女関係の当事者にとっても、それが婚姻予約に該当するか否かという側面よりも、何よりもまず婚約か内縁かという基準で区別した上で、いずれかに相当する事実の証明問題に関心を集中させざるをえないであろう。判例のいう「婚姻意思」の要件も、双方の区別（現在と将来の婚姻意思）ひいてはその「証明責任」問題があってこそ、生きてくるものではなかろうか。

ことにいわゆる婚約レベルでは、主として「秘密裡での情交関係」における結婚約束が法的保護に値するのかが争点となり、この種の男女関係では、通過儀礼がなされていないので、真の婚姻意思の証明が容易ではないことから、さまざまな事情（関係成立の経緯のほか、性関係や出産の事実など）が裁判の基礎資料とならざるをえない。裁判官としても常に私通との区別が不可避の課題となるところ、その念頭にある具体的な識別基準は「婚約」であろう。また、たとえ通過儀礼に着手しても、何らかの事情で挙式同棲に至るまでに、タル入れや結納などの伝統的な通過儀礼それ自体が途中で頓挫して完結しないケースもあるが、そうした場合には、下級審裁判例では、婚姻意思の存在ひいては婚姻予約の成立が否定される傾向にあるところ<sup>(38)</sup>、ここでも裁判官の脳裏にある判断基準は婚約であるはずである。

これに対して、特に戦前の内縁事例では、挙式同棲婚が主流であり、この種のケースでは、結婚の儀礼が踏まれたことの実事認定がなされるのを常態とするが、その反面、ここでは婚姻意思の証明問題は格別に生じないのである。実際、破棄事例ではなく戸主の同意要件の存否が問題となったケースであるが、「結婚式ハ男女ノ婚姻ノ合意ヲ象徵スルモノ」である（それ故、挙式に同意すれば、婚姻届出には同意不要）と説示した大審院判決例すら存在する（大判大正12・12・27民集2巻696頁）。この種の合意ひいては

婚姻意思とは、すでに夫婦としての実生活が開始されているので、届出と結合すれば、直ちに婚姻になる段階での婚姻意思を指すこととなり、それ故、このような場合には、婚姻意思は事実推認されているわけである<sup>(39)</sup>。単なる同棲の場合にも、「夫婦としての交情」ひいては婚姻意思の存否によって保護の可否が判断されているので、判断基準それ自体の曖昧さはない。曖昧なのは、対象となる当該男女関係の実態であり、その後、大審院は通過儀礼などの形式を不要としたことから、婚姻意思の「事実認定レベル」では、不透明な側面がみられることになったのは、たしかである。

以上のような裁判例の状況に鑑みるならば、婚約と内縁との識別こそが裁判一般において現実的にも機能してきたといわざるを得ないわけである。社会的事実としては、たしかに曖昧な男女関係も存在するが、そのようなケースでも（いわゆる「足入れ」も含めて）、私通でなければ、基本的には双方のいずれかに組み入れて処理してきたのが裁判例の実情といえよう（後記(㉔)を参照）。グレイゾーンにある事案への適切な対応は、婚外男女関係の場合にのみ固有な問題ではなく、大なり小なり具体的な事件の法的処理にあたって一般に避けて通れない課題であるので、このことを殊更に取り上げて、持論の男女類型の予断をもって、裁判所の認定とは異なる男女関係を析出することは、極力差し控えるべきであろう。

もともと「婚姻予約」概念は、民事連合部「婚姻予約有効判決」でも、それまで無効とされていた「婚姻予約」を合法レベルに引き上げるために使用された抽象的な技術概念であり、いわば婚約と内縁とに近代法的な婚姻予約という「衣」が着せられたともいえなくはないのである。その主意は保護されない無効な男女関係（「婚姻意思」の欠如した私通）との区別であり、実際上の使用の仕方でも、単に結論を正当化するための用語という意味合いがかなり強いように思われる。

(㉔) いわゆる「試婚」について いずれにせよ、裁判例では、「婚姻意思」の存否が分水嶺となり、それを認定するうえで、婚約と内縁との二分

論が前提とされており、試婚類型などというものは、決して存在しないといわなければならない。実際、民事連合部判決直後の未公表大審院判決例であるが、女性が「客分」（足入れ）として迎えられたという原審認定事実を引用したうえで、その後の同棲を「婚姻意思のある同棲」（「事実上の夫婦生活」という趣旨）として認定している<sup>(40)</sup>。一方、挙式・輿入れの翌未明に家族が女性を実家に連れ帰って結婚を破棄した事例では、実生活に入る「寸前」に破談となっていることから、「婚約」と評価した例<sup>(41)</sup>がある。また、戦後の下級審裁判例では、内縁とはいえないが、さりとて私通ともいえないような男女関係を「婚約」と把握した例もある<sup>(42)</sup>。

「唄孝一・佐藤良雄」らは、過去の裁判例の事案から、短期間で破綻した内縁ケースを試婚的事例と推知する傾向があり、これを承けて「二宮周平」は従来の内縁不当破棄ケースは「試婚的な関係を主たる対象」としていると評価するが<sup>(43)</sup>、いずれにしても、民事連合部判決を初めとして、いうところの裁判例では、唄孝一らが定義づけた伝統的な婚姻慣習のもとで行われる未完成婚（いわゆる「足入れ」）であるとの事実認定はなされていない。正当な理由もなく短期間の同棲で内縁の妻が夫の家から放逐されている事案から、そのように推知しているように思われ、結果的にみれば試婚的なタイプになっているに過ぎないものであろう。むしろ、「正式の結婚式」と「同居の開始」を済ませている男女類型が主流であり、これこそが民事連合部判決によって「内縁タイプの典型例」と説示された男女関係なのである。

要するに、そうした不幸な結果が生ずるのは、「戸田貞三」が指摘するように<sup>(44)</sup>、「媒介婚」という婚姻慣行により一方が他方の家と融和して永続的な共同生活に成熟するまでに相当の期間が必要となるので、その間は「婚姻当事者にとっては一種の試婚の如き意味をもつ」ということでしかないように思われる。それゆえ、伝統的な「足入れ」（この種の裁判例については、本稿「三・当時の多様な男女関係」を参照のこと。）という「一つの婚

姻慣行」とは社会的事実としても区別することが肝要となるので、ここでは「試婚的」なる曖昧な用語の使い方には特に留意しなければならないであろう。

いずれにせよ、大審院は、以上のような婚姻習俗や婚姻事情を当然の前提としたうえで、「婚姻予約有効論」を生成・展開してきたものと考えて大過なからう。

### 3 内縁法の定着と「法の社会化」

わが国では、先進の西欧諸国の婚姻法とは異なり、何故にかくも早くから独自・固有の「内縁保護法」それ自体が定着・確立したのか、誰しも疑問に思うことであろう。単に内縁が多かったということだけでは説明できない。「泉久雄」は、このような問題を提起して、結局のところ、日本では、「内縁も婚姻（事実婚）である」という法意識があり、それが「内縁問題を支え、その解決に決定的な影響を与えた」ものと評価している<sup>(45)</sup>。これは中川準婚理論（ひいては学説準婚理論）を意識したものと思われるが、なるほど、いうところの法意識が作用した面もあるのかもしれない。ことに明治民法典が施行されるまでは、そうした婚姻習俗（慣習）があったことは間違いのない事実であり、実際、大審院も儀式婚主義ないし事実婚主義を採用していたことは前述の通りである。また、明治民法典の施行後間もないころは、この種の市民意識が顕著にみられたものと思われるが、ただ、民法典が施行されてから大正・昭和前期を通していつまでも、そうした社会状況にあったといえるかは不明であるので、泉説には一定の留保が必要であろう。

たしかに内縁も婚姻であるという法意識の存在も軽視できないが、それが学説準婚理論がいうような法律的にも婚姻であるという意識を意味しているとすれば、疑問である。せいぜい「社会生活上の結婚」というレベルのものでしか考えられないであろう。「法律上の婚姻」と「社会的な婚姻」

との区別を曖昧にした点に、伝統的な内縁学説の問題点が潜在していたように思われる。実際、民法典の届出婚主義については、かなり古くから大半の国民が認識していた事情は、戦前の各実態調査でも、総有配偶者総数に占める届出婚の比率が圧倒的に高かったことから判明するし、また何よりも戦前の裁判例の事実関係から見ても、明らかである。むしろ、婚家側が意識的・積極的に届出を回避しようとしていた事情も事実認定されている。ことに戦前から、内縁の妻がいかに「入籍」に強い関心を示していたかについては、別著で執拗に追跡したが<sup>(46)</sup>、このような事情からみても、内縁が実質的には婚姻であるという法意識が戦前戦後を通して一般的であったというのは、疑問である。むしろ、法律的にはいうまでもなく、社会的（ひいては道徳的）にも「正当」な婚姻（本稿にいう「正当婚姻」とは、この意味で使用している。単に「正統」という趣意ではない。）とは異なるという意識が時代の推移とともに徐々に芽生えてきたのではなかろうか。すでに戦前でもかなり内縁率の漸減傾向が見られるのは<sup>(47)</sup>、そのことと無関係ではないはずである。逆に婚姻法制度が社会生活に強い影響を与えた結果、特に戦後では市民層に届出婚を重視ないし正当視する意識が広く静かに浸透していったものと考えられる。むしろ、このことと、一定限度における内縁保護の社会的必要性とは別次元の問題である。内縁当事者の生活関係そのものは、「社会的事実」としては婚姻夫婦のそれと基本的には同視できるからである。

わたしの少年時代（昭和30年代前半ころ）の狭い経験ではあるが、わが家を含む一団の借家長屋のなかで、ごく近隣に内縁夫婦が家族とともに居住していたが、何かの時ではあるが、大人たちがあそこは「内縁の夫婦」であるというような言い方をしていたことを今でも覚えている。それは、社会倫理的にも正当な婚姻ではないという趣意であり、港間では、そうした正当婚姻と内縁とのギャップに起因して、ある種の「差別用語」の響きをもっていたのである<sup>(48)</sup>。その内縁の夫が死亡した時に、家主は、わが借

家（借家人全員の事実上の世話役）に来て、借家人（亡夫）名義の通帳（賃料）につき勝手に内妻名義に書き換えてもらっては困るなどというような趣旨の話をしていたことが妙に記憶に残っている（あるいは港間にいう「名義書替料」を暗に求めているのかもしれない）。それ故、世間では内縁夫婦の「氏」も異なること（ひいては戸籍のこと）が明確に認識されていたように思われる。

私見によれば、いうところの法意識もさることながら、通常ならば婚姻（入籍）に至るはずであるという相手方の期待的利益を一方的に奪ったことが著しく「社会正義」にもとるという法意識こそが、戦前における内縁保護法の定着・確立を支えていたものと思われる。裁判所が繰り返して内縁の不当破棄を批難したことが、これに拍車をかけたであろう<sup>(49)</sup>。その正義・公平論ひいては信義則を通して、裁判所は、条文の形式的・注釈的解釈から転じて、法の社会化ないし民衆化を実現しようとしたのではなかろうか。ことに戦前の家制度下で、内縁の妻（婿養子の場合には、内縁の夫）が正当な理由もなく一方的に家から追い出されることは、狭い村落共同体のなかでは（「村内婚」が多かったという事情もある）、生涯にわたり一身上の傷・不名誉となり、事情によれば、生活の基盤を奪われることにもなりかねなかった。しかしながら、仲人を介して行われる媒酌結婚という婚姻習俗が定着していたことから、家風に合わないとか、性が合わないとかの理由にならない理由で破談になることが少なくなかったのも、ある意味では避けて通ることのできない現実問題であったが、これに素早く対応したのが大正4年の民事連合部判決であり、何よりも「社会正義」に適った内実を備えていた。当時の官僚国家的な法律万能・概念法学中心の法秩序のなかで、あたかも折りからの大正デモクラシー期における「社会法学」の新思潮と手を携えるかのようにして<sup>(50)</sup>、たちまち市民生活に受容され<sup>(51)</sup>、実際、この種の裁判例は、戦前だけでも、膨大な量が堆積している。民事連合部判決は、具体的な裁判に関する法解釈論に過ぎないとしても、一般（龍法 '15）48-2, 110（898）

理論の面からみても新たな地平を切り開いたものといえるので、そうした学説の新思潮の夜明けを予感させる判決例でもあった<sup>(52)</sup>。他方で、事実婚主義時代の初期の大審院判決とのバランス論や社会保障関連の特別法の進展も、与って力があつたであろう。

皮肉なことではあるが、わが国の婚姻習俗・慣習のもとで自生する「内縁の不当破棄」という不幸な出来事が、戦前からすでに全国的規模に及んでいたものと思われ、そうした社会的背景のもとで、紛争・裁判が頻繁に誘発されることとなり、判例内縁法は、社会生活のなかで自己の地歩を次第に拡大しながら確固不動の立場を確立したように思われる。同じテーマの紛争でこれだけ多数の裁判を生みだした例は、戦前では、きわめて珍しいのではなかろうか。しかも、それは現実社会で生起している紛争例の氷山の一角にすぎない。加えて、識者のみならず、一般の社会人にも、きわめて理解しやすい紛争例であり、かつ法律問題でもあつた。いったい誰がそうした不当破棄を許容することができたであろうか。「婚姻予約有効判決」の登場前から、これを保護しない婚姻予約無効論は「法家の弊」との非難も浴びせられていたのである。しかも、その論理は実社会での「性秩序」を紊乱していたとも言われているくらいである。まさしく、硬直した法制度や形式的な法解釈論によって、法の固有の価値である「正義公平観」と矛盾する結果が招来されていたと言わざるを得ない。ここにいたって判例は正義衡平論や信義則という「法の一般原理」を借用して実生活のなかから新たな法を発見・創造したものと評しえるのではなかろうか。

要するに、内縁は法律上の婚姻と同視できないが、いずれは婚姻に至る男女類型であるので、これを保護しないのは「社会正義」に反するという一般の法意識に支えられていたものであろう。判例のいう「届出義務」論は、このことと整合するわけである。内縁が「婚姻（事実婚）である」ということから保護されたというのは、少なくとも民事連合部判決の趣旨と整合しないし、また、当時の大審院が民法施行前に成立した内縁につき事

実婚主義を採用していたという事情にもそわない結果となるのみならず、その後における社会一般の法意識とも、必ずしも全面的に調和しているとはいえないのではなかろうか。

わが民法判例史において、民事連合部判決は登場すべくして登場した判決例であり、ある意味では、民法学説よりもいち早く市井の声を聞き分けて真の意味で「社会法学」の理念を実践していたように思われる<sup>(53)</sup>。加えて、先述したように、穂積重遠や中川善之助の事実婚理論を初めとして、その論理を承けた戦前の内縁学説も<sup>(54)</sup>、いわゆる「市民法学」という観点からみれば、判例の立場を裏支えたことは否定し得ない。この意味では、本稿のような批判的立場であっても、学説準婚理論の歴史的意義を認めざるを得ないように思われる。

かくして、内縁は、一見すれば、婚姻法とは矛盾する存在のようにみえるとしても、日本法の下では、判例・学説を通して独自固有の法的構成物としての地位を勝ち得たものと思われる。したがって、内縁概念が「自生した関係の事後処理のための媒介概念」にすぎないというのは<sup>(55)</sup>、機能主義的にみれば、必ずしも間違っているとはいえないとしても、形式的かつ消極的な評価にすぎるので、内縁夫婦の実質を前提とする従来の判例・学説の論理的蓄積を空虚にしてしまうおそれがあり、事態適合的な解釈とはいえないであろう。

とまれ、戦後の最高裁が、大審院判例をそのまま承継・発展させたのも自然の成り行きであり、判例内縁法は、そうした「社会的な力」によって支えられて今日に至っているように思われる。それ故、学説準婚理論の存在意義もさることながら、これまでの判例内縁法の展開・成果に即した解釈論が望まれる。

#### ４ いわゆる「現代的内縁問題」について

##### （１）学説の状況

敗戦後の経済社会は、混乱と困窮の極みから立ち直り、復興経済から重化学工業を軸とする近代化を目指して（昭和31年度の経済白書・結語は「もはや『戦後』ではない」と宣言していた。）、ことに国土改造計画と所得倍増論のかけ声に鼓舞されて、いわゆる奇跡の高度経済成長を経験しながら、きわめて短期間で構造的に激変したが、その結果、農山村社会の自壊や都市化現象の著しい進展などを背景として、種々の生活領域で新時代が到来した。当然のことながら、家族観・婚姻観も多様化し、昭和30年代では伝統的家族観がとにかく一応は維持されていたところ、特に昭和40年代に入ると、消費生活のさらなる進展や女性労働力の量的拡大と歩を合わせるかたちで、いわゆるアメリカでの「ウーマンリブ運動」の直撃を受けるなどして、性別役割分担に対する見直しが社会的に求められるようになり、男女関係のあり方でも、伝統的な制度からの解放やライフスタイルの自由が声高に叫ばれる傾向が顕著となった<sup>(56)</sup>。

すでに当時では、届出婚が一般化して家的統制下での伝統的な内縁が激減する一方で<sup>(57)</sup>、巷間にいう「同棲時代」が到来していた。種々の動機・目的から、意図的に婚姻届出をしないカップルも、一種の同棲に属するが、そうした夫婦の外観をもつカップルの出現が、内縁問題を複雑にした。いわゆる「現代型内縁問題」の登場である。もっとも、この種の内縁については、すでに戦前の「中川善之助」によって、「故意的・選択的内縁」という類型の「一種」として把握され、統計資料は引用されていないものの、漸次増加の気運にあることが指摘されていた<sup>(58)</sup>。あるいは「平塚らいてう」らの女性解放運動（本稿「三・当時の多様な男女関係」を参照のこと）の影響が根強く生き残り、広く静かに市民生活に浸透していたのかもしれない。

中川善之助の指摘する「選択的内縁」が戦前期から敗戦後にかけてどの

ように推移したかは知る術はない。昭和30年代では、「我妻栄」も、このような男女関係それ自体の存在には気が付いていたものの、きわめて消極的に対応していた<sup>(59)</sup>。この当時では未だ法的にはいうまでもなく社会的にも一般的な問題として理解されていなかったものであろう。しかしながら、早くから「明山和夫」は、内縁でもないがさりとて私通ともいえないような中間的な男女関係の将来を見通しながら、内縁保護の中核的要件（「事実婚」性）につき詳論したうえで、限定的であるが一定の法的保護を認めていた<sup>(60)</sup>。

その後、多様な婚外男女関係が社会的に広く問題となるに及んで、準婚としての内縁保護の必要性に疑念が提起されるようになった。昭和40年代の中頃に「太田武男」が主宰して当時の代表的な研究者が『現代の内縁問題』というテーマで討議しているが、そこでは戦前と戦後の内縁問題が質的に異なることを前提とした上で、現代の内縁保護が極限にまで達していることに危惧が表明され、その再吟味が学説での喫緊の課題である旨が共通認識とされていた<sup>(61)</sup>。他方で、かつての準婚理論は今日では有害無益とする極端な学説も出てきた<sup>(62)</sup>。

こうした中で、内縁の実態の推移にも注視しながら、準婚理論に対し真正面から論理的に反旗を翻したのが「武井正臣」である。武井は、戦前の家制度下での内縁とその延長線上で捉えられる敗戦後の内縁を「やむをえない内縁」（古典的内縁）と称し、その反面、今日での内縁は届出の怠慢などによる「当事者の責任による内縁」（現代的内縁）であると断じて、双方を厳格に峻別したうえで、現代的内縁については「準婚としての保護」を原理的に否定すべきことを提唱した<sup>(63)</sup>。

そうした問題提起の意義と反響は大きかった。学説では、内縁保護が高揚される傾向に一定の歯止めが生じたが、しかし、従来型の内縁もなお残存するので、その準婚的保護を全面的に否定するのは、たとい届出に怠慢があったとしても、社会的に自生する内縁の処理手法としては、やや行き

過ぎであったように思われ、その後の学説では、基本的には伝統的な準婚理論を維持しながら<sup>(64)</sup>、なお慎重な対応をするものが少なくない<sup>(65)</sup>。

こうした状況を踏まえた上で、今日では、内縁関係を類型化して、いわゆる現代の内縁については、「選ばれた内縁」<sup>(66)</sup>や「主義としての内縁」<sup>(67)</sup>などと称して、その法的保護に消極的な有力学説も登場している。

一方、そもそも当初から原理的に準婚理論それ自体を否定する有力な学説もあった。ことに「沼正也」は、準婚理論が高揚される当時から、「峻別の論理」を基本とする近代法的思惟を高く掲げながら、「婚姻予約有効判決」を評価する反面、準婚理論は近代的婚姻法に沿わないとして、これを厳しく批判する傍ら、体系的に家族法を「私的保護法」として位置づけるとともに、その一環として内縁を「要保護性の論理」で擁護しようとした<sup>(68)</sup>。その後も、「水野紀子」は、個人の私的な生活領域（ここでは婚約・内縁関係）に対し裁判所の介入を極力回避しようとする基本的姿勢を後景におきながら、婚姻法秩序と矛盾する事実優先の準婚理論それ自体を原理的に否定して、その保護を一般原則にゆだねるべきであるとした<sup>(69)</sup>。他方で、「二宮周平」は、個人的なライフスタイルの自由を最大限に擁護するという独特の基本姿勢をベースにしながら、もはや準婚理論では現代の多様な男女関係に対応しきれないので、憲法上の自己決定権と要保護性という論理によって、いわゆる多様な事実婚カップル（同性カップルも含む）の保護を目ざそうとした<sup>(70)</sup>。水野は沼正也の公的色彩の強い論理を疑うが、二宮は沼説の強い影響下で事実婚保護の「積極的な論拠」を探し求めているので、そもそも双方の基本的姿勢は異なるものの、その後景には西洋法ことにフランス法がひかえているように思われる。しかし、いずれにせよ、そうした論理構造（契約や社会的事実の重視）それ自体からは、いわゆる「婚姻夫婦の実体」を呈する「男女関係の特性」に注視するという姿勢が見えてこない。理論的にはともかくも、判例の立場を分析することを目的とする本稿にとっては、種々の多様な裁判例を整序するうえで、

特に参考となるような「より明確な指針」は期待できないであろう。

ともあれ、今日では、従前からの内縁の成立要件に関する論争もさることながら<sup>(71)</sup>、いわゆる内縁関係の保護の当否や論拠をめぐって議論が錯綜しており、一般に現代型内縁問題として相当程度に複雑なテーマとなっている。学説の一般的な特徴としては、旧来の伝統的な内縁と現代的な内縁とを「対置」させる傾向が顕著であり、基本的には、いわゆる現代型内縁に対しては、少なくとも「準婚」としての保護を否定する傾向が強くなっているようである<sup>(72)</sup>。後述のように、本稿は、そうした対置ではなく、むしろ「双方の連続性」のなかで裁判例を分析すべきであると考えている。ことに中高年者層の内縁関係ひとつを取り上げてみても、いずれかに割り切って現にある不透明な男女関係を適切に処理できるかどうか、なお慎重に検討すべき課題が潜在しているように思われるからである。

## (2) 判例準婚理論の現在と将来

本稿は、これまで基本的な内縁学説を整理して<sup>(73)</sup>、本稿にとって当面必要な見解に対しては、さまざまな観点から批判的に検討したが、その半面、それぞれの立場から学ぶべきものがあることを見逃してはならないであろう。現代的な内縁につき、本稿にも独自・固有の内縁理論ないし事実婚理論があるというわけではないことから、今日の内縁学説も参考にしながら、当面は、従来の判例の蓄積を重視して、今後の裁判例の方向性を見極めることが喫緊の課題となるので、そのために必要な範囲内で、ここで若干の感想を述べておきたいと思う。

先述のように、今日の学説では「判例準婚理論」と「学説準婚理論」とが同視され、戦後の最高裁判決が戦前からの通説的内縁学説をそのまま採用したという評価については、おそらく当然のこととして特に疑問がもたれていないものと思われる<sup>(74)</sup>。しかし、中川理論がリードした準婚理論は内縁それ自体が実質的には法律上の婚姻そのものであると考えていたのに対して、戦前の裁判例は婚姻予約論と「届出義務論」を一貫して堅持し

てきた。通説的内縁学説は、この「届出義務」も軽視ないし無視してきたので、戦後の最高裁判決が準婚関係に言及したことから、ただちに学説のいう準婚理論が採用されたものとして、双方を同視したものと思われる。しかしながら、戦後の「準婚判決」それ自体が民事連合部「婚姻予約有効判決」にも言及していることから明らかなように、判例が予約構成を捨てたわけでもなく、また、それが準婚論に吸収されたわけでもないで、そうした評価は一面的にすぎるであろう。学説には、判例は二元的立場にあると評価する見解もあるが<sup>(75)</sup>、もともと判例とは、最高裁判決例も含めて、あくまでも個別的判断とその結論が重視されるべきものであるので、二元論は当然の事理を指摘したことではなく、むしろ、そうした二元的な判決例をどのように調和させるかであろう。このことを通して、判例はより進化（連続性と内的一貫性）をとげることが可能となり、その論拠を明らかにすることこそが理論の責務であるように思われる<sup>(76)</sup>。そこで、本稿の立場では、以下のような視点が必須のものとなる。

たしかに、いわゆる準婚理論は、その機能面を重視すれば、まさしく家制度下での女性ないし妻を解放・救済するための論理構造をもっており、現にそのことが期待されていたものと思われる。しかしながら、判例の立場からみれば、現実にはそのように機能してきたようにみえるとしても、もともと婚姻予約有効論それ自体は、女性救済の論理でもなければ、「強い内縁」や「やむをえない内縁」を前提とする論理でもない。このような評価は、学説が判例にあてがった単なる一面ないし機能にすぎないのではないか。内縁の実態ないし発生要因については、これに容喙する能力も余裕もないが、仮に、従来の調査研究の手法・成果によって、いうところの内縁類型として単純に一括りにすることができるとしても、判例がそうした内縁類型を前提としていることの明証はない。むしろ、判例自体は、きわめて中性的な準則を創造しており、法的には正義・衡平という法の固有の価値を具現した論理でしかなく、具体的には、わが国固有の婚姻

習俗を尊重しながら近代的な契約法的装置を介して婚姻法秩序との調整をはかろうとした準則にすぎない。あくまでも届出婚主義との緊張関係のなかで形成され、かつ進化してきたものであるように思われる。

わが国の学説では、往々にして準婚理論は「西洋法には類をみない」との指摘がなされるが<sup>(77)</sup>、各国の婚姻法には、婚姻慣行も含めて、それぞれの過去からの年輪があるので、相互の優劣を判断するのは、決して容易なことではない。もっとも、いかに日本固有の婚姻習俗を尊重するとしても、学説準婚理論のように、内縁自体を婚姻と同視する立場を貫徹するために、届出婚ないし届出自体の意義を限定したり、相対化したりする姿勢は、民法典が採用した婚姻制度とは本来的には容易に調和しない解釈論であったように思われる。いかに実生活のなかから法を発見しようとしても、そうした解釈論的立場にも自ずから内在的限界があるはずである。

とまれ、上記のような判例の推移からいえば、現行の婚姻制度それ自体を一般的かつ全面的に否定する意思・趣旨のもとで男女が共同生活を継続しているような場合には、たとい安定的な夫婦の外観らしいものがあっても、判例の立場では、それに内縁としての保護を享受させることはできないであろう（後述の最判 16・11・18 裁判集民215号639頁「パートナーシップ関係事件」がこれに相当する。）。婚姻制度自体を積極的に否定する当事者に婚姻法的保護は無用であるといわねばならないし、これに準婚的保護を与えるならば、判例の論理自体が崩壊することにもなりかねないからである。民事連合部判決が婚姻習俗とともに「婚姻意思」を強調したゆえんでもある。

実際、民事連合部判決当時には、すでに種々の男女関係ないしカップルが存在したが、そのような曖昧な男女関係を整序することも、この判決が目指した一つの重要な目的であったように思われる。文字通りの非近代的な男女関係である妾関係、ズルズルべったりの内縁、いわゆる試婚的な内縁をはじめとして、単なる自生的な同棲カップルなどの男女関係のほか、家制度下の婚姻・届出婚制度それ自体をあえて否定する同棲カップルや

「同性カップル」（当時の「新しい女」論）の存在すらを目の当たりにしながら（この問題は、本稿「三・当時の多様な男女関係」で詳論する。）、少なくとも現在および将来の「婚姻意思」の有無を介して、その保護の分水嶺としたものであろう<sup>(78)</sup>。すでにこの当時から使用されていた「私通」概念は、このことを裏から証明しており、近代的な峻別の論理を通して、不透明で曖昧である非近代的な男女関係を整序したものと思われる。現代的内縁問題は、そうした古くからの男女問題が複雑な現代社会のなかで装いを新たにして再び登場してきたともいえないではないのである。古い革袋に新しい葡萄酒を入れるのは愚挙であるとしても、新しい葡萄酒を入れるために古い革袋を改善することは許されよう。

いわゆる事実主義に立つ学説準婚理論は、夫婦共同生活という客観的な事実を重視することに急なあまり、「婚姻届出」は夫婦の事実を確認するものに過ぎないとするとともに、内縁の要件とされる「婚姻意思」の解釈も曖昧にしたことから、現代的な内縁問題に直面して、やや混乱しているようにも思われる。もともと、先述したように、学説準婚理論は、判例の立場を歪曲しすぎた観があり、ことに判例のいう「婚姻予約」論のもつ意義をほとんど無視した上で、夫婦共同生活という事実の存在に傾斜しすぎた結果、婚姻意思すら軽視ないし無視する学説も登場するに及んでいる<sup>(79)</sup>。加えて、今日の学説一般が上記のように古典的内縁と現代的内縁とに区別するのも、中川理論を通して婚外の男女関係をみようとした結果であると思われるが、なおその上に、そうした視角で今日の裁判例を分析するならば、誤謬のうえに誤謬を重ねることにもなりかねないのではなかろうか。

今一度、判例の婚姻予約論と準婚理論の立場に素直に立ち戻り、あらためて、そこにいう「夫婦共同生活」ないし「婚姻意思」の解釈につき、現代の「社会的な力」を考慮しながら、具体的な妥当性を求めていくことが喫緊の課題である。わが国における判例法の発展を軽視することができな

いとすれば、そうした手法こそが、今後の判例の歩むべき方向性を示すことに資するものとなり、かつまた法の固有の価値である正義・衡平を具現することにもつながるはずである。

### (3) 本稿の分析視角

今ここで本稿の立場（判例分析の基本的手法）を先取りすれば、つぎのような視点が重要となる。かつて、民事連合部「婚姻予約有効判決」は、婚姻習俗や社会通念に依拠しながら、内縁保護の論理を構築し、しかも、「違約」構成を採用しながらも、なおその上に、わざわざ実質的な法益である被害者側の「名誉」をも強調した。それゆえ、ここにいう婚姻予約とは、「単純なる契約」でもなければ、単なる「予約」でもない。この婚姻予約とは、「婚姻をなすべき義務」を通して「夫婦の実質」もカバーすることが予定されていた特殊の身分的法律行為であって、その軸となるものが「届出義務」であり、届出婚制度のもとでは、その強制履行は許されないとしても、かかる婚姻予約・届出義務をベースとしながら、社会的にみて夫婦としての実体を有する男女関係を保護してきたように思われる。換言すれば、抽象的な届出義務（婚約レベル）は夫婦の実体を伴うことを通して「現実化」するともいえるであろう。そこで、挙式同棲をすれば、ある判決例が示唆するように、特段の事情がない限り、夫婦は相互に「遅滞なく届出をなすべき義務」を負担することとなるわけである。

戦後の最高裁は、この上に立って、「夫婦の実質」そのものに焦点を合わせて準婚としての保護を認めたので、ここで判例婚姻予約法は、一つの到達点に立ち至ったといえよう。つまり、内縁は、夫婦としての実体という事実が先行・優先するから保護されるのではなく、婚姻予約に起因する婚姻への「誠実履行義務」ひいては「現実化した届出義務」によって特色づけられ、いずれは婚姻法に収斂される夫婦共同生活であることから、「婚姻法秩序が予定している男女類型」として婚姻に準ずる保護を享受する関係となり、これが「判例準婚理論」の立場であると理解しなければ

ならないであろう。判例婚姻予約・準婚法理によって婚姻とは明確に区別される男女類型・身分的行為が真正面から新たに認められたこととなり、この点において、学説準婚理論とは根本的な相違がみられるわけである。

なるほど、伝統的な内縁学説が説くように、内縁の成立要件については、婚姻意思に基づく夫婦共同生活に求めるという立場は堅持しなければならないであろう。ただし、それを事実主義的に捉えるだけでは、内縁を「公序」としての婚姻法秩序に取り込むには不十分である。「身体や名誉と不可分一体となった特殊の身分的行為」であるので、婚姻法秩序によってオーソライズされた夫婦の実体でなければ、理論的にも制度的にも準婚的保护は困難となるはずである。判例の立場からいえば、そうした保護のベースとなるものが、「婚姻予約」ひいては「現実化した届出義務」であり、それによって規定された夫婦共同生活であることが必要となろう。これを私見の立場から敷衍すれば、そこにいる婚姻意思のともなう夫婦共同生活とは、日々の現在の単なる事実の継続・集積ではなく、将来の婚姻生活も展望しうる「夫婦としての交情」を軸とする緊密な身分的生活関係であり（それゆえ事実的な同棲・同居は必須の要件ではない<sup>(80)</sup>）、届出を前提とする限りは、社会的秩序からみても法的保護に値すると考えられる特殊の男女類型であると理解されるので、本来的には私的な婚外関係に国家が濫りに干渉すべきではないとしても、もはやこれを個人の問題として放任されるべきものではなく、したがってまた、社会全体からの視点がどうしても必要不可欠になるのである。学説準婚理論は、「自生する内縁」と称して、これまで「事実」ないし「条理」に拘泥するのみで、現行婚姻制度との調整を敢えて等閑に付してきたように思われる。また、「強いられた内縁」とか「やむをえない内縁」とか称するものも、現象面を強調しすぎているのではなかろうか。

判例婚姻予約・準婚理論では、当然のことながら、夫婦としての本質的義務（相互に協力・扶助する義務など）は双方に課されることとなるが、制

度としての婚姻それ自体とは質的に異なる男女類型であるので、当初より単に婚姻規定を一括的に準用するという立場にはない。あくまでも原則論ないし前提論でしかなく、当該個別法規の趣旨を尊重しなければならないし、現に裁判例はそうした姿勢を示してきたように思われる。

したがって、およそ法的にオーソライズされるに値しないような単なる夫婦の外観を呈するにすぎない私的な男女関係（抽象論としては、一時的な同棲や秘密裡の同棲関係などが、これに相当する。）とは明確に区別されるべき法的な男女類型が前提となっているわけである。いわゆる選択的内縁も、現行婚姻制度それ自体を全面的・積極的に否定する趣旨の男女関係であるならば、そうした同棲関係と同視しうるが、別姓夫婦ひとつを取り上げてみても、その実態は多様であるので、なお綿密な検討が必要とされよう。いずれにせよ、この種の同棲関係については、わが国の現段階では、一般的に社会的承認を受けているかどうか、慎重な判断が求められているように思われる<sup>(81)</sup>。

もっとも、純然たる私的なタイプであるとしても、安定的で継続的な関係であるならば、そのことを「重要な考慮事情」としながら、他方では婚約・内縁関係の要件論も常に念頭に置いて、基本的には一般原則に依拠して、その私的な関係の保護の可否や範囲を個別具体的に判断することは許されよう。この種の関係では、破棄された者がそうした保護に値する事情（保護法益など）と破棄の違法性を積極的に証明しなければならないであろう。近時の「パートナーシップ関係事件」（最判16・11・18裁判集民215号639頁）での男女関係は、最高裁の立場からみれば、この種の類型に属するものであり、破棄された女性側の保護法益（民709条）の立証がそもそも成功しなかった事例と思われる（後述「5の(3)」を参照のこと）。

とまれ、上記のような判例の状況に鑑みれば、伝統型内縁と現代型内縁とを対置させるような構図を採るのではなく、むしろ歴史的な推移に注視しながら、双方の男女類型を連続的に把握して、その発展的契機に留意す

ることこそが、ここで求められている視角となるので、そうした立場から従来の裁判例を改めて分析することとなろう。婚姻予約論、準婚理論および現代の事実婚理論は、相互に三位一体的に把握されるべきであるので、決してそれぞれを分離分断してはならないわけであり、まさしく現代において判例理論の真価が問われる時代を迎えているのである。今日、いわゆる「やむをえない内縁」ないし「強いられた内縁」が激減し<sup>(82)</sup>、そのような特質をもたない男女関係に直面するに及んで、一見すれば、伝統的な「判例内縁法」が衰退したようにみえるが、先述したように、判例理論は、当初からそうした種々の男女類型を一応は（抽象論であるが）前提とした論理であるので、その原則的な立場は明確であるところ、仮に現代の具体的な内縁関連事例のなかで判例理論が発展的に変容しながら、その活路を見いだしようとすれば、それは衰退ではなく、むしろ深化といえよう<sup>(83)</sup>。むしろ、はたしてそのような結論になるのかは予断を許さないとしても、少なくともそうした視点こそが、今必要とされているように思われる。かくて、この作業を終えた後に、「判例内縁法」の歴史的な役割とか今日的意義とかを云々しても、決して遅くはない。抽象的な内縁類型の予断をもって、頭から、いわゆる多様な現代の内縁の準婚的保护を否定すべきではない。そのためにも、学説準婚理論を深めることなく（参考にはするが）、判例固有の内縁理論の立場から、戦前戦後における裁判例を分析することこそが喫緊の課題となる。

## 5 いくつかの課題

今日の内縁法が新たな段階に移行していることは周知の事実であり、内縁ないし事実婚一般の今後の動向には興味深いものがあるが、ことに「同性カップル」を含む事実婚の法状況については、わが国の学説は、諸外国の動向に極めて敏感となっている<sup>(84)</sup>。そうした研究の成果から学ぶべきものが多々あるとしても、事実婚法理には各国それぞれの特質があるの

で<sup>(85)</sup>、さし当たっては、わが国独自の内縁法理を客観的に見直すこと、つまり堆積している膨大な量の裁判例を総合的に検討すること自体が先決であろう。本稿は、そうした視点を軸としているものの、すべての課題に容喙しうる能力も余裕もない。当面は、以下の解釈論に関わる若干の具体的な問題も一方で睨みながら検討することとなるが、現段階では、その解決指針を具体的に明確にすることはできないので、この種の難題の究極的な解決は後日に譲らざるを得ない。

#### (1) 婚姻届出の意義

明治民法典の立法者が届出を婚姻の成立要件と解していたことは、周知の事実である。届出によって、適法な婚姻と非合法の非婚とを峻別しようとした。ところが、準婚理論が主流となり、社会的意味での結婚が法律上の婚姻でもあるべきだとされると、届出婚との調整が不可避の課題とならざるを得ない。そこで、「中川善之助」によれば、婚姻は「男女の合意に依て成立する」こととなり、ただ法定の複雑な婚姻効果を完全に享受するためには届出が必要となる、とされる。つまり、「届出は飽くまで婚姻関係の成立を確証する最も便利な方法たるに止まり、婚姻関係の成立自体に影響する如き決定力を有つものではない」こととなる<sup>(86)</sup>。かくして、「準婚としての効果」と「届出に直結する効果」とが完全に分断されるが、このことによってますます婚姻法秩序が混迷状態に陥ったように思われる。

これに対して、判例は婚姻届出をどのように位置づけてきたか。民事連合部「婚姻予約有効判決」によって、婚姻予約論の範囲内で婚外の男女関係の合法性が認められたので、ここでも届出の趣旨が変容せざるを得ない。つまり、届出のみで合法性（法的保護に値する男女類型）を判断するという「機能」が失われたこととなる。ただし、届出が婚姻の構成要素であるという予約無効論時代の姿勢は堅持されている。そこで、大審院は、一方では、おそらく事実婚主義下での経験を踏まえながら、「婚姻意思」を分水嶺として適法・違法の男女類型を区別し、他方では、適法な男女関係には

「届出義務」を課すことによって届出婚主義との調整を図ったものと考え、大過なからう。「婚姻予約有効判決」は、「届出制」の歴史的経緯を踏まえた上で、見事に婚姻制度との調和を実現したものといえよう。そこで、判例のいう「私通」とは、婚約・内縁とは異なり、そもそも公的色彩を帯びる婚姻届出とはまったく交渉する余地のない純然たる私的な男女関係という位置づけがなされるわけである。

ところで、婚姻届出については、婚姻意思と絡んで、婚姻の成立要件か有効要件かをめぐって活発な議論がなされてきた。本稿は、そうした届出ないし婚姻意思一般の問題（ひいては、いわゆる「身分行為論」一般）を直接の対象とするものではないが、内縁問題と関連する範囲内では可能な限り当時の裁判例の動向に視野を広げることとした<sup>(87)</sup>。実は、婚姻予約が「無効」とされていた初期の時代では、挙式同棲による事実婚ですら、届出がなされないと、無効とされていたことから、「婚姻意思」と絡んで、届出の性質ないし効力に関する判例の立場がかなり鮮明に看取できるように思われる。他方で、事実婚主義下の裁判例では、婚姻と非婚との識別基準は抽象論としては「婚姻意思」しかないの、ここでは、特に「正式の結婚式」の意義のほか、「届出」や「婚姻意思」とは何かにつき、具体例のなかで、ある程度の象が浮かび上がってくるからである。さらに、民事連合部「婚姻予約有効判決」は挙式同棲と届出との密接な連携を説示していたし、結婚式をもって「婚姻意思」の徴表とする判決例もあったので、戦前の裁判例の分析に当たっては、「挙式」、「婚姻意思」および「婚姻届出」の相互関連性にも留意しなければならないであろう。

とまれ、届出の性質ないし効力をどのように解しても、内縁夫婦は、その旨の届出をすませない限り、現行法では婚姻としての法的保護を完全かつ一括して享受することはできない。届出なるものにそうした法的意義をみとめることの制度的根拠はなにか。そもそも内縁とは区別される婚姻それ自体に内在する正当性根拠があるのか<sup>(88)</sup>。本稿は、この難問に直接応

接することはできないが、学説によって純化された内縁法ではなく、日本固有の判例内縁法の軌跡をたどることを通して、その前提作業とするつもりである。

## (2) 重婚的内縁と近親婚的内縁

判例内縁法は、内縁保護を進展させる過程で、かなり早い段階から、いわゆる重婚的内縁についても、内縁夫婦として処遇すべきか否かの課題に遭遇していた。婚姻法秩序のなかで内縁を保護しようとする限りは、この種の難題は避けて通ることができないからである。すでに若干の大審院判決例もあるが、その姿勢は必ずしも一義的・明確でなかったことは、当時の学説において批判的に分析されている<sup>(89)</sup>。敗戦後では、下級審裁判例も含めて、かなりの蓄積があり、種々の生活領域で紛争が生じているので、今日でも、現代的な内縁問題の一環として、この難問の解決が重要な課題となっている。むしろ、内縁法の今日的争点は、婚姻観それ自体が大きく変容した現代社会では、この種の「重婚的内縁」の保護問題において尖鋭化しているといっても過言ではない。重婚的内縁関係は、婚姻と矛盾する、いわば「裏の夫婦関係」であり、それが妾同然の関係であるならば格別、その実態が時の経過とともに内縁ファミリーの外観を呈することから、有責配偶者の離婚請求の可否とも絡んで、内縁学説の焦眉の課題となっている<sup>(90)</sup>。判例では、一般に婚姻の形骸化・固定化がその保護の前提とされる傾向があるところ、これを私見の立場から敷衍すれば、婚姻夫婦の保護は婚姻が解消されるまでは基本的には温存されるとしても、時の経過とともに重婚的内縁当事者間に届出義務を課することが相当とされる段階に至ると、その反面で婚姻の効力も一定の制約に服するので、そうした視点から婚姻と内縁との調整をしなければならないであろう。どこまで重婚的内縁を保護するかは、究極的には、各々の保護法規の具体的な趣旨と時代の社会規範を勘案しながら、判断することとなろう。

一方で、近親婚的内縁についても、ことに社会保障給付金の受給資格と

の関連で、重要な最高裁判決（最判平成19・3・8民集61巻2号518頁）も登場しているが、この内縁の場合には重婚的内縁の保護問題とは異質の特性を示すだけに、その解決にはいっそうの困難をとまなうので、容易には容喙し得ない面がある<sup>(91)</sup>。

本稿では、この種の裁判例自体も事例としては一応取り上げる予定であるが、その保護の論拠や要件・効果などの具体的な問題の解決は将来の課題としておきたい。

### （３）男女関係における合意の意義

現代型内縁が登場して、いわゆる「事実婚契約書」なるものが港間で取り沙汰されてからすでに久しい<sup>(92)</sup>。実は、男女間の関係成立時ないし継続中における類似の合意書は、裁判例では、かなり古い時代から問題となっている。典型的な契約は、一方的破棄に対する違約金契約であるが（大判明治35・3・8民録8輯3巻16頁、東京地判大正2・3・31新聞863号24頁など）、それに加えて「同居持続の約定」の有効性が論点となった事例（神戸地判明治41・5・29新聞512号10頁）もある。この種の合意書は、ある意味では、男女関係の不安定性を象徴するものであり、本来、親族のように信頼関係がベースにある身分関係ならば、かえって書面の作成は好まれないものであろう。書面作成の動機は、むしろ重要な財産取引の当事者のそれに酷似しているのではなかろうか。相手方が約束を違えたり一方的に関係を破棄したりするかもしれないという「不信任」がいつも付きまとっているであろう。男女関係の「解消時の合意」に付帯する財産給付契約や手切金契約などの書面作成の例も古くから見られるが、ここでは、いわゆる「対価的な色彩」が濃厚であるので、上記のような書面作成事情を推知させる。まさしく男女関係とは、流動的であり、一心同体的な関係が形成される半面で、双方の「心変わり」も避けられないので、「一寸先は闇」ともいわれる所以である。

今日では、弁護士などの専門家を介して締結されている例も少なくない

ようであるが、そうした紛争を予定した事前の合意書の実務的意義は別に  
して、その合意書そのものの効力が争点となった近時の最高裁判例につい  
ては、寡聞にして知らない。ただし、男女が関係成立時・継続中に取り交  
わした種々の合意が問題となった最近の判決例が興味深い。前述した著名  
な「パートナーシップ関係事件」であり、男女がわざわざ婚約を解消した  
うえで、完全な別居・別生計で「特別な他人の関係」を約16年間も継続し、  
その間に女性が男性の懇請を容れて二人の子を出産したが、結局のところ、  
男性が他女と婚姻して一方的に関係を破棄したことから、その破棄責任が  
争点となった。原審は、男女間には内縁関係は成立していないが、「自由  
に解消できる関係」というよりも「特別な関係」が形成されているので、  
女性の「関係継続に対する期待」は法的保護（民709条）に値するとして慰  
謝料請求を認めた（500万円の請求に対し100万円を認容）。これに対して、最  
高裁は、婚姻や婚姻に準ずる関係が成立していないことはもちろんのこと、  
双方が意図的に婚姻を回避していたことのほか、一方が他と婚姻するなど  
して「関係から離脱してはならない旨の関係存続に関する合意」もなされ  
ていないことなどの諸事情を総合判断して、そうした期待的利益も存在し  
ないとした。

この判決の当否は別にして、ここでは男女間でなされた合意の意義のみ  
を取り上げることとするが、関係開始当時の特別な合意もさることながら  
（わざわざいったん取り交わした婚約も解消している。）、男性自身の上告受理申  
立書によれば、本件の男女は日常生活上の個別案件ごとに契約行為ないし  
それに準ずる行為を取り交わしてきたという。女性が出産後の養育には一  
切関わらない旨の合意には「公正証書による確定日付」まで得ているので、  
おそらく女性主導によって関係継続中は基本的には契約ないし合意で種々  
の物事に対処してきたのではなかろうか。この種の合意を積み重ねること  
によって男女間の緊密な人格的關係が形成されるはずであったが、皮肉な  
ことに、そうした「基本的な生活姿勢」が、結局のところ、双方の信頼関

係を崩壊させたように思われる。男性の主張によれば、相互に精神的な癒やしや楽しみを享受したり、子供の将来を語り合ったりするような関係すらなかったというが、その真偽はともかくも、このような男女間の情緒的な共感などの基盤となる人間関係を形成することも夫婦協働生活が目指すものにほかならないが、行き過ぎた合意主義が、その醸成を妨げる結果となっていたように思われる。

ところで、学説では、本判決の結論を支持する見解でも、上記のような「関係存続に関する合意」を重視する姿勢に対しては批判が強い。たしかに、通常ならば、身分に関する事項につき、「自由を拘束するような合意」は重要性をもたないであろう。しかし、本件の男女は基本的には自分たちの関係がいつ解消してもやむを得ないものという前提で関係を開始し、おそらくそのこととリンクして、何事でも個別案件ごとに合意で対処してきた（たとい関係が解消しても、合意だけは残ることとした）という側面が強いように思われるので、仮にそうした男女が一定の場合には相互に関係離脱の自由を制約するという立場をとるならば、当然のこととして、その種の「関係存続の合意」をしたはずであり、かえって、そのような合意をしなかったと考えるのは、きわめて不自然でもあり、かつまた合理的でもない。本件男女の基本となる生活関係が「関係離脱の自由」をベースとし、かつ日常の生活行為が合意を中心としたものであったとすれば、最高裁が「関係存続の合意」を強調したとしても、必ずしも不合理とはいえないであろう。いうところの合意とは、当該男女の「基本となる生活関係」から派生するはずであった約束ごとであり、それ自体が法的拘束力を有する「契約」とは異なるからである。

ただし、そうした基本的な男女関係は、一定の成果を目的志向するような合理的システムとして機能していたわけではなく、あくまでも男女間の非合理的で流動的な情緒的・全人格的關係をベースとするものである限り、関係継続中の諸事情、特に男性の懇請による女性の出産によって、どのよ

うな変容を受けたかであり、たとい女性が出産子の養育一切を否定したとしても、また、かねがね「利己的な生き方」を言葉にしていたとしても、とにかく何度かの断絶・危機を克服しながら曲がりなりにも約16年間も関係を続けてきたというのであるから、そうした本件男女関係の特異性に注視すべきではなかったか。上記のような個別の合意の有無に殊更に拘泥することではなく、双方によって形成された基本的な人間関係のなかで個々の合意の意味を問うべきではなかったか。婚姻・内縁夫婦ですら、安定した継続的な夫婦関係は日々の離反と融和の所産でしかない。本判決は、準婚理論に傾斜することに急な余り、そうした視角からの分析ないし説示が必ずしも十全ではなかったように思われる<sup>(93)</sup>。

とまれ、本判決は「事例判決」にとどまり、従来の準婚理論が前提とされていると考えて大過ないのも、その説示の一部をことさらに取り出して一般化するようなことは、厳に差し控えねばならないが、その説示の行間や脈絡から、いわゆる別姓夫婦や別居夫婦などの現代的な男女関係の存在を垣間見ることでもできないので、この種の男女関係に対する今後のより積極的な最高裁の対応に期待したいと思う。ことに「基本となる男女関係」から派生する種々の「合意」に対する解釈手法が問われる時代をすでに迎えているのではなかろうか<sup>(94)</sup>。

- (1) 戦後における準婚判決と一連の婚姻予約判決との関連については、簡略であるが、岡本詔治『婚約・婚姻予約法の理論と裁判』（信山社、2013年）593-4頁で整理している。なお、本著は、明治期から今日に至るまでの判例婚約法の推移と論理を分析したものであるが、内縁についても、「婚姻予約論」の観点から、一応は検討しているので、あわせて参考にさせていただきたい。
- (2) いわゆる「壬申戸籍」から明治民法典の付属法である戸籍法までの変革の経緯については、福島正夫・利谷信義執筆「四 明治前期における戸籍制度の発展」佐々木潤之介編『家族と国家（日本家族史論集3）』（吉川弘文館、2002年）269頁以下所収を参照。壬申戸籍は施行後わずか10年余を経て構造上の欠陥からその機能を十全に果たし得なくなっていたので、それまでの幾

つかの改正を踏まえて、明治19年に大改革がなされた。この明治19年改正戸籍法によって千申戸籍は廃棄され、全国をほぼ統一する身分上の公簿として構造的にも新たな戸籍が誕生したところ、この戸籍法がその後の戸籍法の基礎になったという(同297頁以下)。ちなみに、この改正戸籍法は同時期の登記法が近代的な公簿に変身したことを歩を合わせる形となっているものと評価されている(同300頁以下)。

- (3) 太政官第209号達(明治8年12月9日)「婚姻又ハ養子養女ノ取組若クハ其離婚離縁、縦令相對熟談ノ上タリトモ、双方ノ戸籍ニ登記セサル内ハ其効ナキ者ト看做スヘク候条、右等ノ届方等閑ノ所業無之様精々説諭可致置、此旨相達候事」。ちなみに、この時期の戸籍上の届出義務者が「戸主」のみに限定されていたか、それとも本人または尊属親であったのかという問題があるが、いずれにせよ、明治19年改正戸籍法のもとでは「戸主」とすることに確立している。
- (4) 司法省令第46号達(明治10年6月19日)「(明治)8年第209号ノ論達後其登記ヲ怠リシ者アリト雖トモ、既ニ親族近隣ノ者モ夫婦若クハ養父子ト認め、裁判官ニ於テモ其實アリト認ムル者ハ夫婦若クハ養父子ヲ以テ論ス可キ儀ト相心得ヘシ」。
- (5) 本稿には、この論争に容喙しうる能力はない。差し当たり、上野雅和「明治前期の法律婚主義の評価をめぐって」『法学及び法史学の諸問題』[星野通博士退職記念](日本評論社、1967年)17頁以下が参考となり、この当時に「法律婚・届出婚主義」が確立していた否かにつき、学説(山中永之佑、石井良助、および沼正也)の論争点が簡潔に整理されている。最近では、村上一博『日本近代婚姻法史論』(法律文化社、2003年)3頁以下が種々の問題点を的確に整序している。村上は、東京控訴院の民事裁判例を分析した限りではあるが、沼正也の見解(いわゆる「選択的要件」論)を支持している。ちなみに、沼正也『財産法の原理と家族法の原理(新版)』(三和書房、1980年)215頁、406頁以下によれば、明治前期では、明治8年の太政官達にもかかわらず、裁判例では、戸籍届出は婚姻の成否の決定的な要件ではなく、戸籍届出がなくとも婚姻の成立が認められる場合もあり、同棲生活など他の要件的事実と同じレベルの意味しかもたなかった(これを「選択的要件」と称する)とされている。学説は一般に、すでに法律婚主義が同達によって確立したとするが(法律婚が原則、事実婚は例外とする山中説など)、沼正也は、いまだ当時では、届出のみにより婚姻の成否を決するまでには近代的思惟は成熟していなかったとして、そうした法律婚・届出婚と事実婚とを峻別する判例の論理は、旧民法の経験を経たうえで、明治民法典施行後に確立した、という。
- (6) 明治民法典における婚姻法の制定過程については、主要な学説も含めて、さし当たり岡本・前掲注(1)『婚約・婚姻予約法』90頁以下を参照のこと。
- (7) 代表的な批判的学説が、後に「家族法の父」とも称賛された穂積重遠によ

る著名な「婚姻豫約有効判決ノ真意義」法学志林19巻9号（1917年・大正6年）1頁である。民事連合部判決については、当時から今日に至るまで、さまざまな学説の論評があるが、さしあたり、そうした先行学説も含めて、岡本・前掲注（1）『婚約・婚姻予約法』161頁以下を参照されたい。

- （8） 岡本・前掲注（1）『婚約・婚姻予約法』221頁以下参照。
- （9） 大判大正5・6・23民録22輯1161頁。この「知られざる婚約・婚姻予約有効判決」が発見された経緯とその歴史的な意義については、岡本・前掲注（1）『婚約・婚姻予約法』218頁以下を参照のこと。特に「佐藤良雄」による一連の未発表判決例の研究に負うものである。ただし、佐藤自身も、当初はほぼ十年間は「未発表」としてきたが、昭和48年12月刊行の青山道夫ほか編『講座家族3・婚姻の成立』（弘文堂、1973年）所収の「七章第三節 内縁の法的保護」なる論文のなかでは、「筆者もまったく不注意から、つい最近まで、未公表と信じて、これを紹介し、かつ論じてきた」（同著401頁〔注13〕）として「民録」を引用している。その後、「婚姻予約ないし内縁に関する未公表判決の研究について」経済研究45号（昭和49年3月）283頁でも、その不明を詫言している。その結果、「本大判の先例的価値ないし機能も再考されねばならない」と付言するが、公式判例と認識した後でも、本大審院判決の評価は変わっていないようである。この点については、岡本・前掲注（1）『婚約・婚姻予約法』226頁以下、231頁注（85）を参照のこと。なお、未公表とした最後の佐藤論文は、おそらく昭和48年9月刊行の「藤井対武田事件——大正4年連合部判決直後における『婚約』保護の一事例に関する補遺」経済研究43号173頁（この事件に関する3作目の論文）であろう。
- （10） 穂積・前掲注（7）14頁。穂積は、この当時では、婚約の保護を完全に否定していたので、仮に民事連合部判決の男女類型が婚約であれば、「婚姻予約有効判決」は宣告されなかったものと評していた。内縁保護に傾斜していた結果であるが、そこに穂積が「婚約・婚姻予約有効判決」を見落としたことと奇妙な符合が見られるわけである。戦後では、婚約無効論に立つ高梨公之「婚約の破棄」『家族法大系Ⅱ婚姻』（有斐閣、1957年）9頁も、自説の根拠として、一般に学説では婚姻予約無効判決のリーディングケースであるとされている大審院明治35年判決（「婚約ケース」）を引用しているが、これも「婚約・婚姻予約有効判決」を見落とした結果であろう。
- （11） 戦前からの中川準婚理論については、その主要な先行文献も含めて、さしあたり、岡本・前掲注（1）『婚約・婚姻予約法』236頁以下を参照されたい。なお、佐藤良雄「婚姻予約（内縁）に関する判例の展開・概要」経済研究41号（1973年）168頁注（2）以下は、中川善之助が準婚の判決と評価する戦前の各裁判例を簡潔にフォローして、判例分析の定型的手法に依拠しながら、そうした評価に疑問を呈している。ただし、本稿のような視点（後述参照）は持っていない。
- （12） 婚姻予約論では、不当破棄責任には対応することができても、ことに第三

者との関係では機能しないというのが、中川善之助をはじめ準婚学説が一致して批難するところである。代表的な学説として、太田武男『内縁の研究』(有斐閣、1965年)92頁は、「それ以外の内縁問題の解決には、凡そ役立ちえないものであったことは争いえない」とまで極論するが、これも、判例のいう予約概念を概念法学的に捉えているというしかない。民事連合部判決が婚姻に至るまでの婚姻習俗(社会的に公認された夫婦)につきわざわざ説示している点を見落としているのではないか。なお、青山道夫『市民社会と家族法』(法律文化社、1970年)28頁は、「社会的な婚姻」と「法律的な婚姻」は別であり、法律婚・届出婚主義を採る民法のもとでは、事実上の婚姻を法律上の婚姻と認識するのは不適当であるとして、判例の婚姻予約論は論理的に間違っているとはいえないとする。ただ、第三者との関係では予約論は不十分であるとして準婚的取り扱いも認めるが、通説のように、内縁の保護を準婚として統一的に処理する必要はないという。要するに、二元的処理にまかせるという立場であり、準婚論一辺倒の傾向に反して婚姻予約論それ自体の意義を認めた点は刮目に値するが、遺憾ながら、予約論と準婚理論を単に対峙させただけで、準婚論にも引きずられているので、「届出義務」に対する認識が欠落していることもさることながら、なぜ社会的な婚姻に準婚としての保護が可能なのか、法律婚との区別を強調するならば、なおのことその具体的な論拠が不可欠ではなかったか。

- (13) 「準婚判決」の調査官解説(三淵乾太郎『最高裁判例解説・昭和三三年度』82-3頁)は、判例変更の手段を避けるために婚姻予約論を排斥しなかったとしたうえで、今後は婚姻予約概念は「婚約」にのみ限定される可能性があるとしていたが、その後の最高裁判決の内縁事例(最判昭和36・3・9家月13巻7号87頁、同昭和37・12・25家月15巻4号37頁)でも「婚姻予約概念」が使用されているので、そのような認識はことに調査官としては軽率にすぎよう。また、学説には、戦後の準婚判決が戦前の「婚姻予約有効判決」を変更しなかったことに不満を述べる見解すら存在するが、無用な論究である。
- (14) 佐藤良雄・関彌一郎「判例家族法の再検討——婚姻予約ないし内縁(1)～(5)」社研25巻6号(1974年)144頁～同27巻5・6号(1976年)250頁。この一連の論文では明治31年から大正8年までの未発表の大審院判決が採録されている。また、関彌一郎「婚姻に関する若干の初期判例(1)～(5)」横浜国立大学人文紀要第一類哲学・社会科学39輯(1993年)164頁～同43輯(1997年)96頁、「同(6・完)」同大学教育人間科学部紀要、Ⅲ、社会科学1号(1998年)54頁は、明治31年から同45年までの未公表判決例などを採録している。なお、東京都立大学家族法研究会(町孝一・佐藤良雄)「判例における婚姻予約-未発表資料を求めて(1)～(25)」都立大学法学会雑誌1巻1号(1960年)ないし15巻2号(1975年)にも公選・私選の大審院判決とその未公表の事実審判決例の裁判資料が収録されている。一方、沼・前掲注(5)『財産法の原理と家族法の原理』215頁以下は、太政官達と司法省達と

の関連について、自説の「選択的要件説」を論証するため、明治前期から明治民法施行直後までの未公表判決も含めた膨大な裁判例等を紹介・分析している。本稿では、その中で適宜参考となる裁判例を引用している。

- (15) このような側面からの最近の研究としては、木村和成「大審院（民事）判決の基礎的研究・1——判決原本の分析と検討（序・大正14年11月分）～同基礎的研究9（昭和10年4月分）」立命館法学335号（2011年1号）511頁～同351号（2014年）252頁が貴重であり、大変参考となるが、本稿では、その成果を活かし切れなかった。ただ、一般的な判例編纂等の基本方針を求めることもさることながら、できるだけ多くの個別テーマごとの方針なり傾向なりを分析することが先決ではなかろうか。なお、大審院は、大正11年に「判例審査会」なる組織を立ち上げて、そこでの合議のもとで、公表例を選択するとともに、その判決要旨を作成する方針を立てたようである。この間の事情については、大河純夫「大審院（民事）判例集の編纂と大審院判例審査会」立命館法学256号（1997年）139頁が詳しい。それ以前の状況、とくに中央大学編纂当時（東京法学院から東京法学院大学を経て明治38年8月に中央大学に改組）における判例集の編纂方針などについては、大審院判決の「事実婚主義」研究との関連であるが、沼・前掲注（5）『財産法の原理と家族法の原理』の各所の記述（491頁、499頁以下、534頁など）が参考となる。ちなみに、沼正也の未公表判決原本を含む調査研究によれば、大審院判決録が刊行されてから明治17年12月末近くまでは、当該年度に言い渡された判決全部の採録を原則としていたようであるが、それ以降、この原則は放棄され、明治18年には、その編纂方法を改訂して「特ニ後來ノ判例模範トナルヘキモノノミ」を選抜するとともに（『明治前期大審院民事判決録——自明治18年1月至18年12月』11巻7頁）、解釈に重要な証拠等を添付することになった、という（同著465-6頁）。また、明治17年3月ころには、司法省や大審院は、「裁判の統一」について、真剣に考えるようになっていた、ともいう（同著467-8頁）。
- (16) この問題については、岡本・前掲注（1）『婚約・婚姻予約法』161頁以下で、私見の基本的な視点のもとで検討しているが、ここでは内縁に焦点をあわせながら、あらたな裁判資料を加味して、私見の立場をより具体的に開陳・検証することを課題としている。別著で検討した判決例の紹介は、本稿ではできるだけ簡潔にしているので、詳細は別著もあわせて参考にしたい。
- (17) 末弘巖太郎（1888-1951年）の基本姿勢（いわゆる「末弘法学」）については、周知のごとく、さまざまな観点から分析されているが（磯村哲『社会法学の展開と構造』〈日本評論社、1975年〉62頁以下など）、差し当たり、六本佳平・吉田勇編『末弘巖太郎と日本の法社会学』（東京大学出版会、2007年）を参照のこと。末弘巖太郎が後進のために1949年に実施した一連の講義（『法律社会学』）を整序・収録したうえで、共著者らがそれぞれ末弘法学の

意義や特質などを分析している。

- (18) 戸田貞三（1887-1955年）の研究業績・研究手法の特質と推移については、差し当たり山室周平「戸田貞三の家族学説——初期における家族史の研究を中心に」家族史研究4（大月書店、1981年）126頁以下を参照のこと。なかでも、昭和12年の『家族構成』（弘文堂）が主著とされており、大正9年の国勢調査の「抽出写し」や実態調査を縦横に駆使しながら、数量的分析を加えて、全国的観点から一定時期における日本の家族の特質を描き出した不朽の業績とされている（同著・復刻版〔新泉社、2001年〕巻末「喜多野清解説」を参照のこと）。そこで、この著書は、いわゆる「科学としての社会学」の誕生を象徴する研究とされている。本稿では、とくに同『家族と婚姻』（中文館書店、1934年・昭和9年）を引用することが多い。
- (19) 我妻栄『親族法』（有斐閣、1962年）195頁。
- (20) この点で注目すべきは、岩田新『判例婚姻豫約法解説』（有斐閣、1935年・昭和10年）281頁以下である。通説からはほとんど無視されてきたが、つぎのように述べているのが参考となる。岩田は、いまや婚姻豫約は「独立（特殊）の法律制度」であるとした上で、そうした「判例法」によれば、婚姻豫約は「同棲関係を内容とする婚姻豫約」と「慣習上の要式行為に依る婚姻豫約」とに明確に区別される、という。両者はともに契約であるが、後者は意思表示のみからなり、その意思表示が慣習上の儀式（結納等）によって表示された場合にのみ認められるところ、前者では、単なる同棲事実のみでその意思が顕現する場合もあるとしたうえで、両者の効力として、「同棲を適法ならしむ効力」、「法律上の婚姻（登録婚）を有効に成立せしむる効力」および「婚約者たる権利の侵害に対しては損害賠償を請求することができる」効力を指摘していた。さらに、後者に特有の効力として、「夫婦としての権利義務が次第に承認せられつつある」というが、岩田自身は、慣習にしたがって結婚をした当事者は「真性の夫婦」であるから、夫婦としての権利義務を全面的に認めるべきである、としていた（同285頁）。岩田説の当否は別としても、とにかく、婚姻予約を「独立の制度」としたうえで、予約論が同棲を内容とするともに婚姻を成立させる効力をもつこと、および「違約」が単なる債務不履行には尽きないことを指摘した点は、判例の分析としては、正しい視点をもっていただこうに思われる。なお、和田千一『婚姻法論（3版）』（大同書院、1929年・昭和4年）737頁も、判例の立場につき「事実婚を伴う婚姻予約」という視点をもっていった。
- (21) 中川善之助「婚姻の儀式（5）」法協44巻6号（1926年・昭和元年）102頁。
- (22) 中川善之助によれば、判例が（初期の学説も）内縁問題を「妻の入籍問題」としていたのは、「婚姻儀式の必要を没却することが出来なかったこと」とリンクしていたことに起因し、この状態は大正8年の「儀式不要判決」まで続いたが、内縁姦通判決（第三者との関係でも「婚姻ヲ為スコトヲ求ムル権利」を認めた大判大正8・5・12）によって、内縁問題が「入籍期待権の

問題に止まらずして夫れ自身一個の法律価値ある社会関係と認められる傾向を示した」(中川・前掲注(21)112頁)とされる。そうした「思想」は大正4年の民事連合部判決において「初めて其の兆しを見せ」、儀式不要判決と内縁姦通判決によって「愈々確かめられ」、「今やこの先取特権の判決〔大正11年判決のこと〕に拠って漸く明証の域に達せんとしたもの」と言うことが出来るよう」(中川・前掲注(21)114頁)と結論づけられている。

- (23) 戦前の内縁学説のうちでは、「杉之原舜一」が準婚理論の体系化を極めたものと評価されることもあるが、彼によれば、内縁保護の根拠は、夫婦協同生活関係それ自体にあり、純粹に「準婚関係」によるので、婚姻予約性は婚約も含めて全面的に否定され、不当破棄も不法行為責任とされる。同「法律関係としての内縁」法時11巻2号(1939年・昭和14年)16頁、同『判例親族法』(日本評論社、1940年・昭和15年)57頁などを参照のこと。この説によって、不幸にも婚姻制度と内縁・婚約とが完全に分裂させられたといえよう。
- (24) 大正11年判決は、すでに「儀式不要判決」が先行していたにもかかわらず、ことさらに「相当の儀式」による夫婦関係の存在に言及していたが、当時の裁判例では、儀式があれば、婚姻予約の成立・婚姻意思の存在(ひいては「届出義務」)が当然の前提とされていた。また、本判決は「扶養すべき筋合」という微妙な表現を使用していたが、これは婚姻夫婦間の扶養義務とは異なる趣旨を明らかにしたものと読むべきであろう。こうした事実を中川善之助は軽視ないし無視していたように思われる。
- (25) 「唄孝一・佐藤良雄」は、婚姻外の男女関係を内縁、単純婚約のほか、試婚(伝統的婚姻習俗の下で行われる未完成婚)および非婚の四類型に区別して、民事連合部判決の男女関係は内縁ではなく試婚に当たるのではないかとの疑義を提起したことから、通説的内縁学説に動搖をあたえた。その諸論文(唄孝一「『婚姻予約有効判決』の再検討」法時31巻3号56頁、同4号86頁(1959年)、唄孝一・佐藤良雄「続『婚姻予約有効判決』の再検討」法時31巻10号95頁、同11号38頁(1959年)など)は、唄孝一『家族法著作選集第三巻——内縁ないし婚姻予約の判例法研究』(日本評論社、1992年)に収録されているので、ここでは同著書による。同著3頁、21頁、71頁および111頁以下などでは、通説的内縁学説に対して疑義が述べられているほか、同著315頁(「自著解題」)以下では、試婚論を批判して通説的内縁学説を擁護する下記の川井説に言及しながら、持論を敷衍している。これに対して、「川井健」によれば、本件事実審で認定された事実では、当該男女関係は内縁でしかなく、また、みずからも実施した当該地域の実態調査では、この地方における「アシイレ」は通常の結婚であり、試婚ではないとされている。川井健『民法判例と時代思潮』(日本評論社、1981年)89頁、115-6頁(初出「内縁の保護」『現代家族法大系2 婚姻・離婚』中川善之助先生追悼論集(有斐閣、1980年)1頁以下所収)。民族学説でも、いわゆる「足入れ」は多

義的な男女関係を示す概念であり、今となつては「社会的事実」のいかんは判断しようがないが、少なくとも裁判所が認定した事実は明らかに「内縁」でしかないので(両家がした結婚式は「仮祝言」であったかもしれないというのは、暴論というしかない)、この事実を前提にして論述する。すでに、別著でも詳論したように、民事連合部は、そうした試婚なる非近代的な習俗を目の当たりにして、これを克服するためにも、近代的な契約法的装置である「婚姻予約有効論」を採用したというのが私見の立場であるので、その時計の針を逆戻りさせるような解釈論を採るべきではないことにつき、当時の裁判例の状況を引用しながら、批判的に検討した(岡本・前掲注(1)『婚約・婚姻予約法』169頁以下、189頁以下を参照のこと)。ちなみに、唄孝一らは、前記の4類型を「社会的事実」としていたが、研究途上で、その類型は「一つの理念型」とするに至った。唄孝一「判例における婚姻予約(21)」都法12巻1号(1971年)356頁を参照のこと。このこと自体は単なる軌道修正にはとどまらず相当程度に大きな改説といえるが、本稿は、当面は、そのことによって試婚論を提唱した唄孝一らの基本的姿勢そのもののを云々するつもりはないとしても、少なくとも、規範的範疇としての「試婚」という類型は、民法施行後の判例には存在・内在しないので(本稿の「三・当時の多様な男女関係」を参照のこと)、民事連合部判決の男女類型を試婚と評価するならば、ますます判例の立場から遊離することになったといわねばならない。

- (26) 試婚論者は、いわゆる「生の事実」なるものの重要性を説いていたが、その趣旨は、特に試婚は内縁とは異なり、社会的にも夫婦としての承認がなされていないので、双方には社会規範において質的相違がみられ、民事連合部判決の男女類型はこの未完成婚であったと評価するところにあったようである。佐藤良雄・前掲注(9)「内縁の法的保護」394-6頁は、そうした視点を強調する傍ら、この種の社会規範は「あるかないか」であって、内縁と試婚との差は程度問題であるとする疑問(太田・前掲注(12)『内縁の研究』73・100頁)に再批判を加えている。しかし、民事連合部判決当時に、そもそもいうところの社会規範が存在したのか、そのこと自体が具体的に論証されていないのではないのか。いずれにせよ、民事連合部が想定した事実関係は、明らかに「正式の婚礼」を済ましたうえで同居を開始した男女類型である。ちなみに、判例分析の手法として、唄孝一らが重視しているのは、正確には「生の事実」それ自体ではなく、それを含む種々の事実(主張事実や自白事実など)であり、裁判官が判決するにさいして頭の中に描いた事実(「表象事実」と称している。)であるが(唄・前掲注(25)『家族法著作選集』114頁以下、佐藤・前掲注(11)「婚姻予約(内縁)に関する判例の展開・概観」163頁注1以下などを参照)、民事連合部判決では、書かれた認定事実と判決理由ないし結論とが調和していないという観点から分析し、そのため事実審からの訴訟記録や訴訟関係人のインタビューなどを参照しているように思わ

れる。ただ、そうした手法で真の判決理由なるものを発見しうる蓋然性は定かではないのみならず、かえって「書かれた判決理由」の意義を軽視することにも繋がりがねないので、本稿では、余程の不合理な説示でもないかぎり、基本的には認定事実と判決理由を基礎としながら、一連の判例の推移ないし相互の関連に重点をおいて個別の裁判例の「真意義」を探索したいと考えている。

- (27) 唄・前掲注(25)『家族法著作選集』105頁は、民事連合部判決に対して「その事案や裁判過程から全く遊離して抽象的に喋々されること、本件の如く甚だしいものは他に例をみない」とまで酷評していたが、私見は、さまざまな視点から、このような見方こそが形式的で抽象にすぎること批判的に検討した。岡本・前掲注(1)『婚約・婚姻予約法』185頁以下を参照のこと。
- (28) 熊野敏三・岸本辰雄合著『民法正義人事編巻之巻(上下)』(明治法律学校講法会内新法注釈会出版、1891年・明治24年)193頁以下。熊野の見解については、岡本・前掲注(1)『婚約・婚姻予約法』90頁を参照のこと。
- (29) 旧民法と明治民法典の編纂過程における婚約の法制化に関する議論の推移については、先行学説も含めて、岡本・前掲注(1)『婚約・婚姻予約法』44頁以下および51頁以下を参照のこと。
- (30) 正当にも、沼正也は、「届出婚主義」のもとでは、「さいしょに婚約ありきを出発点として内縁におよんだ判決」であるとし、婚姻予約概念を婚約・内縁の上位概念として位置づけている。同『親族法準コンメンタール(婚姻Ⅰ)』(信山社、2000年)259-260頁。ただし、沼も、例の「婚約・婚姻予約有効判決」を未公表と誤解していた(同著265頁)。
- (31) 小石寿夫「判例を中心として観たる『内縁』の諸問題(1)」法曹会雑誌10巻10号(1932年・昭和7年)21頁は、「今日我國の法曹は『婚姻豫約』とさえ聞けば直ちに事実上夫婦生活を営んでいる男女の共同體を想起するほどであ(る)」と述べている。
- (32) 来栖三郎「内縁の法律關係に関する學說の發展」東京帝國大學學術大觀法學部經濟學部(1942年・昭和17年)164頁(『来栖三郎著作選集3』(信山社・2004年)1頁以下所収[岩城謙二解説付])。来栖が「横田秀雄」論文(「婚姻ノ豫約ヲ論ス」日本法政新誌18巻2号(1921年・大正10年)1頁)を除いたのは、それ自体としては正論であった。横田論文こそが「婚姻予約有効判決」の論理構造に即した自然な解釈をしていたからであり、当時の大審院裁判官の立場を代表していたものと思われる。横田論文については、岡本・前掲注(1)『婚約・婚姻予約法』184頁などを参照のこと。
- (33) 二宮周平「日本民法典の展開(3)判例の法形成——内縁」広中俊雄・星野英一編『民法典の百年Ⅰ』(有斐閣、1998年)356頁。
- (34) 岡本・前掲注(1)『婚約・婚姻予約法』243頁以下を参照のこと。
- (35) たとえば、管見の限りであるが、大阪控判明治42・5・8最近判例集5巻33頁は「婚約整いたる後」に結納を取り交わして「事実上夫婦となりたる

事」と説示しているし、また、東京控判大正3・7・25新聞965号27頁は、婚姻予約無効論のもとであるが、将来婚姻を為すべき契約につき、「法律上の成語」を欠くので「婚約」といっても「婚姻予約」といっても自由である、としていた。

- (36) この点については、岡本・前掲注(1)『婚約・婚姻予約法』243頁以下、415-6頁を参照のこと。
- (37) この点については、岡本・前掲注(1)『婚約・婚姻予約法』132頁以下を参照のこと。
- (38) この種の裁判例については、岡本・前掲注(1)『婚約・婚姻予約法』457頁以下を参照のこと。
- (39) 挙式同棲婚で婚姻意思がないとされる事例は単純な詐欺のケースか重婚的婚姻予約ケースでしか考えられないであろう。しかも、挙式同棲がある限りは、単純な詐欺の証明は著しく困難である。
- (40) 大判大正5・3・15大正4年(オ)1103号事件(佐藤=関・前掲注(14)「判例家族法(4)」社研27巻1号(1975年)131頁)では、原告女性が「客分」(足入れ)として迎えられ、約3ヵ月後に破談となった事案であるが、判旨は、その後の男女関係を婚姻意思のある同棲と認定し、ただ「結婚式を後日に延ばした関係」にすぎないと評価している。ちなみに、本件では、原告が被告には当初から「婚姻意思」がなかったこと(「詐欺誘惑の論理」)を根拠として一貫して不法行為責任のみを追及したが、原告の主張は「違約構成」(婚姻意思の存在が前提とされている)とは相容れないので、敗訴している。ただ、原審は被告には「婚姻予約不履行ノ事実」がある可能性を示唆していたので、離別の不当性(違約)を争えば、勝訴した可能性が高い。この未公表判決例については、その文献も含めて、岡本・前掲注(1)『婚約・婚姻予約法』302頁以下を参照のこと。
- (41) 大判昭和13・7・2全集5輯14号24頁の原判決が参照されるべきである。この裁判例の詳細については、岡本・前掲注(1)『婚約・婚姻予約法』482頁以下を参照のこと。「唄孝一・佐藤良雄」らは、本件の評論でも、自説のいわゆる試婚論を前提とする男女関係プロセス論に依拠して、きわめて曖昧な評価をしているが、原判決は、「実生活に入っていない」ことなどから、明確に「婚約」と認定している。判例が婚約・内縁二分論にあることの証左となる裁判例であろう。
- (42) この種の一連の裁判例については、岡本・前掲注(1)『婚約・婚姻予約法』585頁以下を参照のこと。ちなみに、最近の事例であるが、東京地判平成6・1・28判タ873号180頁は婚姻する前に同棲して夫婦同然の生活をしてきた男女関係を「婚約」としている。本件の男女は、近時の男女関係を反映して、将来結婚する約束のもとに1年近く同棲しており、双方の親もこれを承諾していたが、男性が他女と関係をもったことなどから、破綻している。試婚的内縁ともいえないが、判旨は「婚約」と認定している。これに

対して、二宮周平『事実婚の判例総合解説』（信山社、2006年）115頁は、事実婚事例として紹介しているが、それは当該裁判例の立場とは整合しないであろう。社会的にみても、その解消事情も含めて、やや不安定な男女関係のようにみえる。

- (43) 二宮・前掲注(33)『民法典の百年』362頁。
- (44) 戸田・前掲注(18)『家族と婚姻』63-4頁。
- (45) 泉久雄「内縁問題に思う」明山和夫編『現代家族法の課題と展望』太田武男先生還暦記念（有斐閣、1982年）115-6頁。
- (46) 内縁と入籍問題については、岡本・前掲注(1)『婚約・婚姻予約法』290頁、471頁および644頁を参照のこと。いかに内縁の妻が入籍を切望・懇請していたかという事情が下級審裁判例の事実認定からも明らかとなる。
- (47) 大正9年の国勢調査時では、内縁率（総有配偶者数に対する内縁割合）は、男子17%内外、女子16%内外とされ、同14年の国勢調査時では、0.6%減少していると評価されているが（戸田・前掲注(18)『家族と婚姻』53-4頁による。）、昭和15年の国勢調査では、内縁割合は7.21%となっているので（詳細は、太田・前掲注(12)『内縁の研究』75頁以下参照）、届出婚主義が市民生活において相当程度に浸透していた事情を窺知しうる。
- (48) 内縁なる用語については、すでに早くから嫌忌されていたようである。穂積重遠『親族法大意』（岩波書店、1917年・大正6年）166頁によれば、「少々誇大に云はば新聞の三面記事に『内縁の妻』なる文句を見出さない日は一日もない位我国の社会に最も普通なる現象である。」とされるときともに、「『内縁の妻』なる醜事実醜名称を、願くは我国の社会から永久に削り去りたいものである。」（原文傍点あり）とされていた（同著169頁）。
- (49) 佐藤良雄『婚姻予約の研究』（千倉書房、1969年）7頁以下によれば、1900年から1961年までの内縁関連事件の判決数は、427件（未発表29件を含む）であり、そのうち不当破棄事例が348件（81%）とされている。しかも、「婚姻予約有効判決」の登場以降である大正・昭和前期から敗戦後までに集中しているという。
- (50) 大正デモクラシー期の社会法学ないし末弘法学の意義については、差し当たり磯村・前掲注(17)24頁以下、28頁、62頁以下のほか、伊藤孝夫『大正デモクラシー期の法と社会』（京都大学学術出版会、2000年）12頁、23頁以下を参照。ただし、そうした末弘法学の登場にもかかわらず、北川善太郎『日本法学の歴史と理論』（日本評論社、1975年）309頁によれば、いまだ「概念法学的法律実証主義の克服」は解釈学方法論の大きな流れとはならず、同時代では思いつき論と揶揄され、その真価が認められるのは戦後になってからである、という。伊藤・前掲書12頁・14頁注4も同様の認識を示している。ちなみに明治期から大正期にかけての日本の概念法学とドイツでの概念法学との関連・相違については、北川・同著305頁以下に興味深い指摘があるが、本稿では、そうした問題には、これ以上は立ち入らないこととする。

- (51) 民事連合部「婚姻予約有効判決」がたちまち下級審裁判例に受容・承継された事情については、岡本・前掲注(1)『婚約・婚姻予約法』269頁以下を参照のこと。そうした判決の登場が社会的には期待されていたように思われる。
- (52) ちなみに、この当時に大審院部長であり、大正13年には大審院長(昭和2年退官)に任ぜられた「横田秀雄」の解釈論的立場も、当時の裁判例の傾向に強い影響を与えていたであろう。実際、横田は「婚姻予約有効判決」に私的にかかわっていたことのほか(この間の事情については、岡本・前掲注(1)『婚約・婚姻予約法』212頁注43を参照のこと。)、形式論理で結論を出すことの弊害を指摘して、社会通念に適した妥当な結論をうることに努め、「以て法律と実際社会とを調和」させることの重要性を強調していた。「司法官會同にて」(大正13年5月)、横田正俊『父を語る』(敝松堂書店、1941年・昭和16年)144頁以下所収。
- (53) 牧野英一『民法の基本問題(第2編)』(有斐閣、1925年・大正15年)98-122頁は、「婚姻予約有効判決」について、穂積論文を評価する一方で、その仮託論や法律の欠缺補充という見解には疑問を呈しながら、「大審院の根拠とするとところは、徹頭徹尾、社会的法律思想であったのである」(同著105頁)と結論づけていた。
- (54) たとえば、末弘嚴太郎『嘘の効用』(改造社、1923年・大正13年)212頁(「内縁の妻と私生子」)では、世間が認めた婚姻が婚姻であって届出により婚姻が成立するという立場は「婚姻の社会的価値」を見誤っている、とされている。また、末川博「婚姻でも婚姻でない内縁」改造16巻9号(1934年・昭和9年)18頁も、婚姻習俗を重視する準婚理論を支持して婚姻予約論を「こじつけ」と批判している。
- (55) 青山道夫・有地享編『新版注釈民法21巻親族(1)』(有斐閣、2000年・6刷)278頁(「二宮孝富」執筆)。
- (56) 敗戦後における日本の社会構造の変動と家族問題の推移(離婚率と未婚率の増大、晩婚化など)については、湯沢雍彦『昭和後期の家族問題』(ミネルヴァ書房、2012年)47頁以下、180頁以下、204頁以下および305頁以下などに要領よく簡潔に整理されている。なお、生産関係と近代家族の変容との具体的な相互関連性については、山田昌弘『近代家族のいくえ——家族と愛情のパラドックス』(新曜社、1994年)190頁以下、目黒依子執筆「総論 日本家族の『近代性』——変化の収斂と多様化の行方」目黒依子・渡辺秀樹編『講座社会学2家族』(東京大学出版会、1999年)1頁以下などを参照。
- (57) 太田武男・明山和夫・中川淳・久貴忠彦・田中泰子『婚姻の届出——届出婚主義の現状と内縁問題』(有斐閣、1971年)272頁では、内縁率につき、戦前でも漸次低減の傾向が見られ、戦後の各調査でも4%(昭和27年)から2、ないし3%(昭和37年)に推移しているので、単なる推計ではあるが、「最近では全有配偶者総数中の多くても2%を超えない程度しかないんじゃない

か」(田中泰子発言)とされている。こうした傾向は、解消自由と称される内縁を敢えて避けて安定的な関係としての婚姻を選択するという関係当事者の法意識に起因する面も否定できないが、社会倫理的にも正当な婚姻とは何かという社会規範が市民層に深く静かに漸次浸透した結果ではなかろうか。

- (58) 中川善之助「内縁の法律的意義」中央公論50巻4号(1935年・昭和10年)74頁。この中川論文は、当時の内縁の事実類型を析出し、一番多い普通の内縁の型として、何気なく手続を怠る「事實的・偶発的内縁」を指摘するほか(同73頁)、戦前では父母・戸主の同意がないことなど法制上の理由から内縁にとどまらざるを得なかったタイプも少なくなかったところ、これを「法律的・必然的内縁」と称したうえで(同74頁)、第三の型として「故意的・選択的内縁」なるものを析出している。この第三の型は、家風に合わないかぎり籍に入れないという古風なタイプと「モダンな思想」によるタイプとに区別され、後者につき、欧米諸国の例を引きながら、日本でも漸次増えつつあることを指摘していた(同76頁)。さらに、この種の「選択的内縁」については、当事者は婚姻的に扱われたいので内縁にとどまっているところ、法律的には、元来、身分的關係は当該時代の公序良俗を基礎づけるので、一応は許されないと答えざるをえないとしても、法律家はお内省して、「今までの型が今の社会に最適であるかどうかをもう一度吟味してみなければならぬ」としたうえで、「高い理想」のみを目標とするのは、必ずしも法律的不是ではない、とも付言する(同77頁)。しかし、いうところの「選択的内縁」が婚姻制度それ自体を積極的に否定する男女類型も含むとすれば、それは準婚理論そのもののが自壊することではなく、「高い理想」を云々するレベルの問題ではないはずである。むしろ法的な高い理想が逆に社会意識に浸透する可能性も否定できない。私見によれば、民事連合部判決は、そうした高い理想(挙式・婚姻意思に基づく届出)を掲げて市民層を教化しようとした側面があったものと推測している。

- (59) 我妻・前掲注(19)『親族法』15頁・18頁注(3)は、届出を排斥することを欲する意思につき言及し、「当事者が法律的拘束の生じない男女関係を欲しているわけである」ので、そうした合意は婚姻法的効果を生じただけではなく、契約としても公序良俗違反になる、と断じて、破棄責任は生じないとしていたが、この当時では、このような見解が一般的であったのかもしれない。

- (60) 明山和夫「内縁の成立に関する一考察」家月11巻3号(1959年)10頁以下、52頁以下は、内縁関係と認定されがたい婚外関係にも不当破棄責任のほかに一定の法的保護の可能性を認めている。後に、明山和夫・野川照夫執筆「内縁の法的保護とその限界」山島正男・泉久雄編『演習民法(親族)』(青林書院、1985年)66-8頁は、「準内縁」なる範疇を析出して、婚姻意思が当事者間に明確ではない結合、男性が相手女性を家政婦代わりのものと称しているが周囲が内縁関係と考えている結合、および同居生活を欠いている以外では

すべて正式婚とかわらぬ実体をもった結合を挙げるとともに、昨今の裁判例でも、内縁法理が準内縁にも準用されている形跡があるとした上で、その法的保護につき、実質的な要件を欠く不適法内縁と同程度（扶助・守養義務など関係の保持存続に資する効果は否定される。）にとどめるのがよい、などとする。

- (61) 太田ほか・前掲注(57)『婚姻の届出』263頁以下所収。ことに久貴忠彦は、戦後の内縁では「やむを得ざる事由というのはかなり薄いんじゃないか」（同著320頁）とする。
- (62) 唄孝一・鈴木緑也『人事法Ⅰ』（有斐閣、1975年）156-7頁は、準婚概念はかつて内縁を他の男女関係から区別して婚姻に準ずる保護を与えるためには有効であったが、婚姻から一時的結合に至るまでを連続的・段階的に捉える今日的課題のもとでは、むしろ準婚概念は「有害無益」である、と断じている。しかし、考慮事情だけで法的保護の要否・範囲を判断するのは極めて困難であり、裁判官に誤った指針を与えかねないであろう。内縁と婚約という理念型があってこそその考慮事情であり、今後も判例はこの方向性のもとで展開するしかない。
- (63) 武井正臣『内縁婚の現状と課題』（法律文化社、1991年）7頁〔初出「内縁の法的保護の再検討」『婚姻法の研究（上）』（有斐閣、1976年）151頁〕。武井論文の趣旨は、戦後では、婚姻届出の障害となる家制度の規制がすべて消失するとともに、昭和35年ころから婚姻観・婚姻慣行が激変して内縁関係の激減という社会生活の変化のもとでは（内縁率2パーセントにとどまり、しかも、それが届出軽視の意識によるとされる。）、基本的には「当事者の責任による内縁」に移行しているので、従来の準婚理論・内縁保護論のみが高揚されるのは、理論と実際のすれ違いがあり、もはや時代錯誤となっているということから、現代では原理的にも準婚理論は不必要（一般原則による保護で足りる）という結論が導かれる。その内縁論の基礎には「内縁の解消」という政策判断があり（同著3頁）、そのためにも現代的な内縁を保護することは「過保護の弊」を生みやすく、ひいては「婚姻法体系を混乱させる」ことにもつながる（同著19頁）、と批判する。たしかに卓見であり、そうした時流の変化には常に注目しなければならないであろう。ただし、武井論文は、従来の内縁学説や内縁の実態に関する統計調査を基礎にして組み立てられた研究であり、「裁判例」自体を総合的に論究したものではないので、判例の立場からみれば、そうした視角がそのまま妥当するかは、にわかに判断しがたいので、なお綿密な精査が必要であろう。ことに、武井論文では通説的準婚理論が前提にあるものと思われる。とまれ、まだまだ、ごく最近ですら、伝統的な内縁タイプの裁判例が登場してくるのである。そうしたタイプでは、契約的処理などには限界がある。
- (64) 泉・前掲注(45)119-121頁は、内縁を一般原則である契約理論で捉えたと、その保護が極めて狭くなり、黙示構成によるなど擬制を広くみとめなければ

ならないので、どうしても無理が生ずるとしたうえで、「生涯の結合を意図して営まれている男女の結合（事実婚）については、準婚理論は問題処理方法として今日でも極めて有能な性質を持っている」とする。また、実務家の立場から、大津千明「内縁の解消」村重慶一編『親族』現代裁判法大系10（新日本法規、1998年）129頁も、永年にわたって形成されてきた判例の準婚理論を放棄すべきではない、とする。もっとも、婚姻法秩序の維持という法律婚主義の意義を重視するので、準婚理論は本来内縁の存在自体を正当化するための論理ではないとした上で、二宮説を批判しながら、今後は内縁の成立認定を厳格にして真に保護すべき内縁関係の限界を明確にすべきであると付言する（同136-7頁）。

- (65) 久貴忠彦『親族法』（有斐閣、1984年）150頁は、武井論文を承けたうえで、内縁を婚姻に近づけるならば届出婚主義が崩壊しかねないので、届出婚主義いかに検討することなしに内縁保護のみを進めることは誤りであることから、内縁保護は現段階にとどまるべきであるとして、「意図的な内縁」の保護を明確に否定する。さらに、太田武男『現代の内縁問題』（有斐閣、1996年）91頁以下（初出、「日本の内縁」太田武男・溜池良夫編『事実婚の比較法的研究』（有斐閣、1986年）71頁以下）も、泉論文を支持して伝統的な準婚理論を堅持しながら、婚姻意思と夫婦共同生活のほか婚姻に必要な法定の実質的要件の必要性を強調するが、ただ、第三者との関連問題や不当破棄責任については、そのような要件を必ずしも必要としない、とする。しかし、そうした伝統的な準婚理論を維持する立場に対しては、森山浩江「非婚夫婦と準婚法理」小田八重子・水野紀子『新家族法実務大系第一巻——親族（1）婚姻・離婚』（新日本法規、2008年）230頁は、つぎのように批判する。夫婦の実体に依拠する準婚保護の法理と弱者である女性・妻の救済という実質的な根拠にはもともとズレがあり、そのことが現代型内縁の登場によって顕現したとするとともに、従来型内縁も消失したわけではないので、なによりも婚姻法秩序との矛盾の解明が先決である、と。
- (66) 大村敦志『家族法（3版）』（有斐閣、2010年）233頁以下を参照。伝統的な内縁を「強い内縁」と称して、その保護を否定するわけではないが、現代ではほとんど存在しないであろうとしている。なお、大村は、意図的に婚姻届を出さない現代的な婚外カップル（「選ばれた内縁」と称する）につき、フランス法にいう「自由結合（union libre）」という用語（このような用語をわが国で使用するのが適切かどうかは、にわかに判断しがたい。）を借用したうえで、存続保護、父性推定、財産帰属などの個別問題につき、従来の内縁法理の適用可能性を模索しているが、その独自性を積極的に位置づけるものの、一般的には、婚姻や内縁とは異なり、「弱い効力をもつ共同生活スタイル」とであるという観点で種々の問題を詳論している（同著234頁以下）。
- (67) 内田貴『民法講義Ⅳ親族相続（補訂版）』（東京大学出版会、2004年）144-5頁は、いわゆる内縁を従来型と現代型とに区別したうえで、現代型の

内縁につき、近親婚など婚姻障害のために婚姻届が出せない場合、届出を出す気はあるが単に手続上遅れている場合、および同棲して共同生活を営む意思はあるが法律に縛られたくないなどの理由から届出をしない場合(主義としての内縁)に区分した上で、「主義としての内縁」については、法律婚に近づけて処理すべきではないので、不当破棄に対する保護を与えることは余計なお世話とするが、婚姻法的効果のすべてを否定するのが当事者の意思の趣旨であるかは慎重に判断すべきことに注意を喚起している。

- (68) 沼正也『親族法の総論的構造(新版)』(三和書房、1975年)1頁以下。一般に家族法は、財産法のように独立・対等・平等の人格を前提とするものとは異なり、とくに未成年者など行為能力が劣る者をもその範囲内に取り込んでいるので、親族的身分に関する法を親族法の特質とする通説(中川説)では、後見・保佐制度を親族法に取り込んでいる現行家族法の構造を解明できない、とする。そこで、親族法を「要保護性を根幹とする私的保護法」と位置づけ、この要保護性をもって、もともと要保護の論理を内含する固有の身分的親族関係(婚姻・親子法)をも統一する原理としたうえで(同著1頁以下、68頁以下)、かかる要保護性の論理から、内縁の保護の論拠につき、つぎのような見解を展開する。通説的内縁学説は内縁が婚姻関係であるとしているが、これのみでは内縁が婚姻法の末尾に位置づけられる理由としては十全ではない。内縁を保護して婚姻法に導く契機となるものは「生活共同関係ないし性結合関係に立つ男女間に配分せらるべき保護」でなければならないとする。さらに、このような保護の配分は、内縁にとどまらず、婚姻外の男女関係にまで及び、「性結合という男女の関係に基づいて私的保護を分配せしめるを可とするような事例」の存在を肯定する(同著76-7頁)。すでに、この当時から、沼正也は意図的に婚姻届出をしないカップルの存在に注視していたが(沼正也『幕場の家族法と揺りかごの財産法(初版)』三和書房(1972年)38頁、同「市民社会法としての婚姻法と近代国家法としての婚姻法」『婚姻法の研究(上)』高梨公之教授還暦記念〈有斐閣、1976年〉80頁)、そうした婚外男女関係を上記の要件のもとに内縁として保護する趣旨であろう。そこで、判例の婚姻予約論は正しいが、「法律婚主義を堅持しつつ、内縁を準婚視するということは、近代的法思维の範疇にあらざる非近代的範疇の思维」であると批判して、判例準婚理論は「進むべき道を誤った」と結論づける(沼・前掲注(5)『財産法の原理と家族法の原理』167頁)。内縁の保護は、国家の理想を一步後退させても、目前の要保護者を保護しなければならないという近代法の一つの基本・不可避的使命と性格から、合法的でない男女関係の保護が認められる、という(同167-8頁)。その後も、沼・前掲注(30)『親族法準コンメンタール』313頁以下では、沼・内縁理論の総まとめがなされている。本稿は家族法理論一般の立場から沼正也の独特の論理(これを批判的に検討する論稿としては、差し当たり二宮孝富「家族法理論史の総括と今後の課題」家族史研究4巻〈大月書店、1981年〉160頁・165

頁)に容喙する立場にはないが、内縁問題に限定すれば、つぎのような疑問がある。

国家法によって法律婚・届出婚制度が採用されたにもかかわらず、要保護性に基づいて、その内縁当事者を保護せざるをえないのは、何故か。内縁それ自体の要保護性は法律によって明確に否定されているので、その上で保護の論理を市民法原理とは本来的に相容れない要保護性(これ自体は、社会的思想である。)のみで構築するのは、たとい「否定のうえの否定の論理」であると称したところで、所詮は一種のトートロジーでしかない。沼正也の立場では、内縁を保護することによって、結局のところ、超法規的保護を認めることとなるので、解釈論の名の下に「立法行為」をするのに等しくなるのではないか。裁判官にそうした「要保護性」の判断を強いるのは、裁判官の法拘束性の義務を明定する憲法の趣意に違反することもさることながら、その可否の具体的な基準が不透明であるので(事実尊重の論理でしかない)、必要以上に重たい負担を課すこととなるように思われる。

- (69) 水野紀子「事実婚の法的保護」石川稔・中川淳・米倉明編『家族法改正への課題』(日本加除出版、1993年)69頁以下参照。最近でも、水野は、同「内縁準婚理論と事実婚の保護」林信夫・佐藤岩夫編『法の生成と民法の体系』[広中俊雄先生傘寿記念論集](創文社、2006年)611頁以下で持論を詳論する。本稿とは基本的な立場の相違があるが、その多面的な角度からの問題提起には、種々の点で教示を受けるところ大なるものがある。この水野説を承けて、森山・前掲注(65)「非婚夫婦と準婚理論」221頁、同「現代社会と婚姻法理」生野正剛ほか編『変貌する家族と現代家族法』[有地亨先生追悼論集](法律文化社、2009年)36頁は、具体的な種々の視点から、準婚理論の難点につき論究して、議論を深めている。ただ、そもそもいうところの「合意」とは何か、より具体的に明確にする必要がある。これに対して、戦後の裁判例は、市民の保護を目指して、判例法理の独自の意義をいっそう明確にしたといえるので、契約構成論との調整は相当程度に困難であろう。合意は、この種の男女関係の保護の可否に当たっては、その総合判断の一事情とすれば足りよう。合意自体を根拠とするのは、曖昧で、しかも常に「流動性」のある男女関係の分析視角としては、裁判官に誤った指針を与えかねないのではなからうか。基本的な立場の相違もあるが、もともと性的な関係も含み、身体や名誉も一体となった特殊の男女関係を「合意」のみで捉え切れるかどうか、疑問が多い。たしかに「社会的事実」に傾斜してきた学説準婚理論は、法固有の技術性を軽視してきたように思われるが、「社会的事実」(自生する内縁関係の実態)から論理構成の上で遊離しすぎるのも問題であろう。「夫婦としての交情」があってこそその男女関係ではなからうか。なお、契約構成論に対しては、泉・前掲注(45)119頁以下は、準婚理論を支持する傍ら、契約法理などの一般原則による処理では保護が狭くなることを懸念するが、同様の念を禁じ得ない。加えて、何よりも現実に自生した「夫婦の実

態関係」からすべり落ちる危険性すら生じうる。かつて、米栖・前掲注(32) 170頁が、我妻栄の言説を引用しながら「内縁という特殊関係に結ばれた者の間の加害行為を……一般の不法行為としてしまうということは、内縁の特殊性を見失うことになる」としていたが、この限りでは、傾聴すべきものがある(米栖の他の言説については、岡本・前掲注(1)『婚約・婚姻予約法』257頁注116で簡単に紹介しているので、それを参照のこと。)

- (70) 二宮周平『事実婚の現代的課題』(日本評論社、1990年) 233頁以下、279頁以下。二宮は、とくに80年代に入って、単なる同棲ではなく、意図的に届出婚を拒否するカップルが社会的にも一定の幅をもって登場している現実と実態を踏まえたうえで、準婚理論の内在的限界を強調する。二宮のいう「ライフスタイルの自己決定」と「要保護性」との論理は、みずからも自認するように、基本的には「沼正也」の論理に依拠しているといえよう。二宮も準婚論を退けたうえで、いうところの自己決定権を憲法に依拠させることによって、婚姻外の継続的・安定的な共同生活関係の保護を根拠づけ、婚姻という法制度それ自体を相対化しようとした。これには好意的に評価する向きもあるが、批判も強い。そうした個人中心の考え方は家庭の崩壊につながるのか(八木秀次「自己決定権と家族秩序」憲法研究27号〈1995年〉71頁以下)、そもそも法はこの種の自己決定を妨げているというのは疑問であるとか(大村・前掲注(66)『家族法』241頁以下)の原理的な批判に加えて、解釈論として主張されているので、この方面からの論理的矛盾などが指摘されている(森山・前掲注(65)「非婚夫婦と準婚法理」230頁以下は、自己決定権や要保護性の意味を問う。)。ことに、二宮説では、現行の届出婚制度の否定につながるという批判は、軽視できないであろう(大村・前掲注(66)『家族法』246頁、田口文夫「婚姻外男女関係の法的保護に関する一考察」専修法学第97号〈2006年〉66頁)。もっとも、二宮説には、捨てがたい魅力も看取できる。たしかに、いかなる男女関係を選択するかは、個人の自由ゆだねられるべきであり、特定の男女類型のみを国家が保護するのは、ライフスタイルの自由を直接侵害しているわけではないとしても、事実としては、それを侵害する結果にもなりかねないので、そのような視点それ自体は「原理論」としては理解できなくはない。おそらくは、家族のあり方も個人のライフスタイルの一つと捉える先進諸国での一般的な家族観に影響を受けたものと推測されるが、ひとつの将来の方向性を示しているのかも知れない。かつて明治民法典が当時の婚姻慣行を無視して、挙式・同棲婚(媒酌結婚)の保護を完全に排斥したことは、時代的・政治的背景があったものの、火種を将来に残すこととなった。絶対的な正義なるものを発見するのは、ことに曖昧で流動的な男女関係の問題では、著しく困難であり、立法者といえども、時代的制約を免れない。ただ、民法の婚姻制度は憲法的価値も担うものであり、それが国民の総意によって長く今日まで堅持されてきているので、これを相対化するために憲法上の自己決定権なるものを強調するならば、民法秩序自

体に混乱・亀裂が生ずるのではなからうか。憲法24条が事実婚を否定していないという「単なる抽象論」も（同著286頁）、明治以来の歴史的経緯（事実婚主義を克服して届出婚制度を採用したこと）を顧みない根拠なき独断にすぎよう。現代では届出婚制度は憲法規範を「実在化」した民法規範としての価値を獲得している。かつての民事連合部「婚姻予約有効判決」は、公序としての婚姻制度との調整をはかるために、婚姻習俗（ひいては「慣習法」）にも依拠しながら、この問題を克服していたように思われる。結局のところ、ライフスタイルの自己決定に依拠する論理も、要保護性論とともに、やはり解釈論の名のもとに立法行為をするに等しい結果をもたらすとの批判を甘受せざるをえないであろう。わが国では、届出婚が定着しているのであるから、それ以外の特殊の男女関係の保護に急なあまり、原則と例外との区別を忘れた解釈論であるので、裁判例を分析するうえでの指針とはなりえないであろう。ことに、二宮は、要保護性の「事実」（ここでは安定した継続的な男女関係）があれば、保護されると解するので、たとえば当該男女関係が公序違反か否かなどの「法的評価」が不要となるメリットを強調するが（最近でも、二宮周平「日本における婚外関係の多様化と法的保護」北大法学論集57巻4号（2006年）215頁以下は、特に沼正也の「私的保護法」論のメリットをとり上げている。）、近親婚禁止規定すら要保護性で中和してしまうというのだから、もはや解釈論の域を超えるものであって、到底、支持できるものではない。そうした現行の婚姻法秩序のなかで、それと格闘しながら調和を図ることを通して正義公平という法の固有の価値を模索することこそが解釈論者の責務であり、最近の内縁に関連するいくつかの注目すべき最高裁判決も含めて（その結論の当否はしばらく措くとしても）、これまでの膨大な裁判例の蓄積は、その証左でもある。結局のところ、私的保護法もライフスタイルの自己決定権も、現行の婚姻法秩序（公的秩序）があってこそ成り立つものであり、暗黙のうちにそのお陰をこうむっている論理のように思えてならないのは、私だけであろうか。その論理は、あまりにも一般的・抽象的である半面、事実婚なるものの「事実」に傾斜しすぎているので、現行の婚姻制度との調整がきわめて困難となる。ことに同棲ないし事実婚の自立的選択（いところの自己決定）なるものは所詮は個々人の「私的な生活上の達成感」に起因するものに外ならないのだから、法がそれに介入する根拠は希薄とならざるをえないであろう（余計なおせっかいという面が強い）。しかも、そうした同棲を保護すべきであるとの社会規範すら未だ確立しているとは断定しえない。日本の社会に定着している届出婚を前提とした上で、その制度に即したより内在的で具体的な論拠の発見に努めることこそが喫緊の課題ではないか。先述のように、二宮が依拠した「沼正也」は、市民法との関連で家族法一般の原理として公的色彩の濃厚な要保護性という論理を構築するとともに、その抽象論の一環として内縁保護を根拠づけたが、そのようにして保護される内縁も、結局のところ、再び「婚姻法に導かれる」（沼・前掲注(68)

『親族法の総論的構造』76-7頁)との技巧を凝らさざるをえなかったゆえんでもある。

- (71) 内縁の成立要件を構築する上で民法所定の婚姻の実質要件を必要とするかについては、かつて全面的必要説や一部必要説など学説は多岐に分かれていたが、今日では、成立要件は付与される効果との関連で相対的に判断するという相対的效果説が主流となっている(太田・前掲注(65)『現代の内縁問題』39-40頁を参照)。その中でも、近親婚のような反倫理的な内縁関係の場合には、これを維持する方向での効果(婚姻費用分担義務など)は認められないとしても、解消する方向での効果(不当破棄責任など)や第三者との関係での効果は個別に判断してその成否をきめるという説が有力である、という。学説の状況については、二宮・前掲注(42)『事実婚の判例総合解説』31頁と注(30)が簡潔に整理している。ただし、そのように両者を截然と区別できるか、またそもそも何故にそうなのか、その明確な論拠が十全に示されているとはいえないのではないか。
- (72) 森山・前掲注(65)「非婚夫婦と準婚法理」227頁は、このような視角から現代型内縁の準婚的保護を否定する立場が通説である、という。
- (73) 学説の詳細は、二宮周平執筆「内縁」星野英一編『民法講義7 親族相続』(有斐閣、1984年)64頁以下・70頁以下、青山道夫・有地亨編『新版注釈民法(21) 親族法(1)』(有斐閣、1991年)276頁以下(「二宮孝富」執筆)、太田・前掲注(65)『現代の内縁問題』31頁以下・86頁以下のほか、最近では、沼・前掲注(30)『親族法準コンメンタール』289頁以下、宮崎幹朗『婚姻成立過程の研究』(成文堂、2003年)61頁や、森山・前掲注(65)221頁、田口・前掲注(37)62頁以下および古川纓子「事実婚の法的保護と内縁保護法理についての一考察」岡山大学大学院社会科学研究科紀要27号(2009年)52頁以下などに、それぞれの立場から詳細に整理されているので、さし当たり、それらに譲る。
- (74) たとえば、大村・前掲注(66)『家族法』231頁は、戦後の最高裁判決が中川理論を承認したと明言する。いちいち文献の引用は避けるが、この立場が学説の共通認識と思われる。
- (75) 判例は「不当破棄については『婚姻予約』として婚姻意思を中心に幅広く婚外関係をカバーし、その他の問題については個別的に事実上の夫婦共同生活を尊重した解決をするという、二元主義に立っているといえる」とする(二宮・前掲注(70)『事実婚の現代的課題』10頁)。すでに、青山・前掲注(12)285頁も、準婚理論を採用した判例が「婚姻予約理論を放棄してしまっているわけではない」ことに注意を喚起しているので、判例の二元的構成を認めていたこととなろう。
- (76) ちなみに、北川・前掲注(50)221頁は、一般論として、判例と学説とが相互補完的に作用して法形成に与っているので双方の法形成における内面的な協同関連性の重要性を指摘するが、内縁問題でも、このような視点は不可欠

ではなかろうか。そこにいう「よりすぐれた新しい法概念」を提供できるかどうかは別として、差し当たり一連の裁判判を内観するという姿勢が求められる。学説準婚理論も試婚論も、自説の立場の正当性を大前提にして一方的に裁判例を裁断しているように思われる。

- (77) たとえば、準婚理論の代表的な否定論者である水野紀子が強調するところでもある。水野・前掲注(69)「内縁準婚理論と事実婚の保護」674頁を参照のこと。たしかに、西欧諸国(フランス・イタリア・ドイツ)では、いわゆる内縁夫婦については、婚姻夫婦としての義務を負わないことから、一般の民事責任の下で捉えられ、婚姻とは明確に一線を画くものとされてきた。しかしながら、もともとわが国固有の伝統のなかではぐくまれてきた内縁保護法理とは、その生い立ち自体から根本的に異なる。ことにフランス法は、伝統的な宗教教を否定したうえで絶対主義的な国家観のもとで法的には民事婚一本に絞り込んだ国である。しかも、「婚姻の自由」なるものがことのほか強調・高揚されるので、「婚約」ですら、そのようなものとしての保護を否定するという特異な立場を採用した。しかし、そこにいう「自由」とは何であったのか、いまさら言うまでもないが、わが国の大審院判例の婚姻予約有効論は、国家法に抗して伝統的な婚姻慣行を尊重しながら、婚姻秩序との調整をはかり、もって機能的には女性救済の論理として深甚の効果をもたらしてきた。戦後の判例準婚理論も、市民の保護を目指して、「夫婦としての交情」をベースとしながら、判例法の独自の意義をいっそう明確にしたといえる。フランスでも、いわゆる PACS 法制定の直前のことではあるが、破棄院民事部1997年12月17日判決が、いわゆる「賃借権の承継」問題につき、同性カップルの保護を否定する判断を示すにあたって、コンキュビナージュを「婚姻の外観をもつ」安定的・継続的な男女関係に限定したこともあったというのではない(大島梨沙「フランスにおける婚外関係と法的保護(2・完)」北大法学論集58巻1号(2007年)201頁)。また、「丸山茂」は、PACS 法制定前のフランス法についてであるが、事実婚(コンキュビナージュ)をめぐって生ずるさまざまな生活領域において権利を承認していこうとする働きかけのなかで、それぞれの法領域ごとに「事実婚の概念が形成」され、法現象の複合化という意識が出てきている、としていた(丸山茂「家族のレギュレーション——現代家族法論の可能性」丸山茂・橘川俊忠・小馬徹編『家族のオートノミー』(早稲田大学出版部、1998年)133-4頁)。イタリアでは、事実婚は「夫婦のような同棲」(*convivenza more uxorio*)や「事実上の家族」(*famiglia di fatto*)などのほか、最近の学説では、憲法所定の婚姻夫婦のモデルに類似したカップルに限定する趣旨で「婚姻類似の同棲」(*c. paraconiugale*)という観念が使用されているようである(*Il matrimonio*, F. Santosuoso, Utet, 2007, p. 22)。つまり、理論的には、そうしたカップルの保護の前提として、その内実を想定せざるをえないということであって、わが国の判例は、わが国固有の伝統的な「婚姻慣習」に依拠しながら、このことを

素直に法的に構成したにすぎない。そのことが、法の固有の価値である正義公平にかなうものと判断したからである。本稿は、フランスの PACS 法に容喙しうる能力はないが、フランス民法典制定から今日まで婚姻制度そのものの独自固有性に呪縛され続けたうえで、なお「同性カップル」を含めた婚姻類似の同棲類型を国家なるものが用意するなどというようなフランス法の立場からは、単なる比較法の対象ならば格別、現段階では、日本法の判例研究に当たり学ぶべきものはさほど多くはないように思われる。

- (78) 内縁とはいえないが、さりとて「私通」ともいえないような場合には、将来の婚姻意思を認定できるカップルであるかぎりは、「婚約」の範疇に捉えることができる。その意味では、婚約概念は双方の緩衝領域となっており、これによって裁判例は一定の範囲で多様な男女関係の保護をはかってきたものと思われる。この問題については、差し当たり岡本・前掲注(1)『婚約・婚姻予約法』585頁を参照されたい。
- (79) たとえば、中川淳『家族法の立法と解釈』(同朋社、1997年)207頁以下(「内縁保護の法理について」)は、判例が「婚姻意思」を決め手にしてきたことを批判し、今日では「継続的な男女関係」があれば保護すべきである、としている(同著215頁)。しかし、これでは、現行婚姻法との調整が著しく困難となろう。先述したように、依然として「婚姻意思」を重視する学説が少なくない所以でもある。北川善太郎『民法綱要・親族法(第2版)』(有斐閣、2001年)40頁は、現代型内縁問題についても、「婚姻意思」を重視しながら、婚姻意思を欠く同棲は婚約でも内縁でもないとしているところに注目したい。また、野沢紀雅「事実婚の法的規制」ジュリ1059号(1995年)87頁以下も、準婚理論の有用性を認めている。他方で、田口・前掲注(70)54頁以下は、準婚理論を擁護しながら、いわゆる「強いられた内縁」ではないケースでも保護した戦後の下級審裁判例に注目している。
- (80) すでに戦前の下級審裁判例でも、妻が半月ごとにそれぞれ婚家と実家とを行き来していた事案(東京地判昭和9・5・29新聞3712号18頁)や男性が妻のもとに「往来シテ事実上ノ夫婦生活」をしていた事案(東京地判昭和6・3・6新聞3251号13頁)で、婚姻予約の成立を認めたものがある。これらの事例については、すでに岩田・前掲注(20)56頁と73頁に掲記されている。
- (81) ちなみに、善積京子執筆「非法律婚のライフスタイル」善積京子編『結婚とパートナー関係-問い直される夫婦』(ミネルヴァ書房、2000年)95頁によれば、届出婚の社会規範が確立している日本では非法律婚の選択が逸脱視され、実際上も独身層が同棲する割合が少ないとして、そうしたライフスタイルは「社会規範のレベルで許容されていない状態である」とする。ただ、将来、社会規範が変われば、個人の自由とカップルの一体感という相反する欲求を満たすため、この種の同棲が増えていく可能性がある旨を示唆している(同著102頁)。なお、善積のいう「非法律婚」(非婚とは趣意を異にするようである)とは、「婚姻届出のない男女の共同生活」を総称する意味に使用し

ているので、本稿のいう内縁を除外しているわけではないようであるが、主として現代的な内縁を念頭においているように思われる。同『〈近代家族〉を超える』（青木書店、1997年）3頁以下、13頁以下参照のこと。ちなみに、私見では、善積のいう非法律婚のうちでも、届出をしないことに相当な合理性がある男女類型もあるように思われ、そのような男女関係は社会秩序からみても許容されることが前提となろう。

- (82) いわゆる古典的内縁がなお現実生活の中で残存していることは、ほぼ間違いない事実であろう。ごく最近の事例としては、大阪高判平成22・10・21判時2108号72頁（確定）で認定された内縁夫婦が興味深い。本判決は、被告である内縁の妻と亡夫の相続人との紛争で、亡夫所有の遺産建物につき終生使用することのできる使用貸借の成立を認めた例として注目に値するが、被告と亡夫との男女関係については、当初は亡夫に正妻がいたので愛人関係であったが（被告は、その間に病弱の正妻の看護をしている。）、その妻死亡後では、「内縁」の成立が認められている。このような内縁は古い時代の裁判例にもあり、判例の立場からいえば、従来型の内縁と考えて間違いのないであろう。長期間にわたって、内縁の夫の療養看護をしていたが、夫が急逝したようであり、夫の子らとの関係で婚姻届出が出されなかったのかもしれない。亡夫が生前に銀行預金の払戻しを許容していたので、その死後に内縁の妻がした払戻しの適法性も問題となったが、内妻が勝訴している。また、最決平成12・3・10民集54巻3号1040頁（内縁の夫死亡後では妻の財産分与請求権は認められないとした事例）でも、原審では、上記大阪高裁判決とよく似た内縁関係の成立経緯が認定されている。こうした事例では、夫の家族との関連で、内妻も婚姻届を出さないことに納得していたのかもしれない。しかし、仮に事実上は当事者が内縁を選択していたとしても、その後の推移に注視しながら、客観的には双方に「届出義務」を課すことの合理性が認められる男女関係であるか否かという視点から慎重に判断されるべきであろう。
- (83) 本稿とは、内縁保護の論拠など基本的姿勢は異にするが、田口・前掲注(70)54頁・68頁以下は、伝統的な判例の要件論では内縁としての保護が困難であったと思われる戦後の積極例を指摘したうえで、自らは準婚理論の判断枠組を堅持しつつ、婚姻意思を「夫婦となる強い意識」とするとともに、夫婦共同生活の要件も緩やかに解釈すべきことを提唱する。判例の推移に目配りしながら、判例理論を「内観」しようとする方向性は注目に値する。ちなみに、近時の裁判例としては、大阪地判平成3・8・29判時1415号118頁が、「別居夫婦」に内縁としての保護（遺族退職手当等の受給資格）を認めたので、一般に注目されているが、ただ本件では婚姻届出を提出することが前提とされていた。二宮・前掲注(42)『事実婚の判例総合解説』18頁は、持論に引きつけて、「婚姻意思を、継続的に安定した共同生活ないし関係を含む意思」と捉えて、本件もその一例として説明しているが、この解釈は田口説とは異なり、伝統的な準婚理論の枠組みを完全に崩壊させることとなるので、

そうした立場で本判決例を解釈するのは、正当ではない。本稿の立場から言えば、「夫婦としての交情」が認められるので、「届出義務」を観念しうる男女関係であったということとなる。

- (84) 二宮・前掲注(42)『事実婚の判例総合解説』197頁以下は、持論を軸として今後の課題と展望に言及しているが、ことに諸外国の動向については、参考資料も含めて、簡にして要を得た叙述が参考となる。
- (85) ちなみに、先述したように、とくにフランスの PACS 法に対する関心が強いが、PACS 法がイデオロギー論争のなかで左派が成立を急いだため、法技術的には種々の生活領域で問題点を残している状況も指摘されている。丸山茂『家族のメタファー——ジェンダー・少子化・社会』(早稲田大学出版部、2005年) 58頁以下と74頁以下は、そうした具体的な実情を踏まえて解説しているが、非常に参考となる。本稿にとって特に興味深い点は、PACS 法が国民生活に浸透しつつある半面で、この法律によって、カップルが、婚姻、PACS およびコンキュビナーージュに分節化され、判例法によってユニオン・リーブルに与えられてきた緩やかな保護が後退する可能性を指摘するところである(同著70頁)。かえって国家がカップル選択の自由を制約するという「思われざる効果」を生むこととなる、とも付言する。
- (86) 中川・前掲注(21)「婚姻の儀式(5)」115頁。ただし、その後の中川善之助『日本親族法——昭和17年』(日本評論社、1942年・昭和17年) 201頁では、届出を婚姻の成立要件とする説を「絶対多数説」として客観的に記述するにとどまる。
- (87) 近代婚姻法における婚姻届出の多様な役割については、たとえば上野雅和「届出の意義と限界——婚姻の届出を中心として」谷口知平ほか編『現代家族法大系Ⅰ』(有斐閣、1980年) 138頁が参考となる。ただし、大審院判例のいう「届出義務」を見落としているので、本稿とは異なり、「婚姻予約有効判決」の分析では学説準婚論(婚姻予約仮託論)の立場をベースとしていることのほか、試婚論の強い影響下にもあるので、婚姻予約に捉えられる男女関係は幾重にも分けられるとして、二宮の立場に近いようである(同144頁以下)。また、届出までは関係の撤回が「自由」としていることから窺知しうるように、一般に機能主義的見方が強いように思われる。いうところの「自由」なるものに歯止めをかけたのが「婚姻予約有効判決」であり、その歴史的意義を決して軽々に扱ってはならない。
- (88) この問題については、最近の大島梨沙の研究が参考となる。大島・前掲注(77)「2・完」172頁(「結語——日本法への示唆」)では、単に届出の有無のみで内縁に一定の婚姻的保護(相続権など)が与えられないことの合理性に疑問を呈したのちに、同「『法律上の婚姻』とはなにか(4)——日仏法の比較研究」北大法学論集64巻2号(2013年) 180-2頁では、フランス法と対比しながら、内縁と婚姻との法的保護を個別具体的に検討した結果、結論として両者の差異は届出にしかないところ、実質的な婚姻意思は届出とは異

なる場面で表明されることが多いので、結局のところ、日本法では、夫婦としての義務や責任を引き受けるという当事者の意思よりも、「国家への情報提供」という形式的な面が婚姻の「正統性」の根拠となっている、とする。日仏双方の内縁法は歴史的経緯も原理的にも異質であるだけに、かえって日本法の特質が鮮明となっているので、その限りでは参考となる。また、日本法の婚姻と内縁との相違がいわゆる届出効果にしかないという指摘も間違っていないかもしれない。ただ、判例では、届出と婚姻意思は基本的には一致すべきであるという立場は堅持されているように思われるので、「国家への情報提供」というのは、初期の素朴な届出であるならば格別、機能主義的見方に過ぎよう。今日までの長い歴史と実生活のなかで形成されてきた届出婚を想うとき、届出という「制度」の本体は単純ではない。社会生活の面からみても、届書の提出という男女の協働行為は、重たい生活行為にまでなっているように思われる。また、フランス法流の区別論を日本法に持ち込むことについても、なお綿密な精査が必要であろう。

- (89) 大審院時代の裁判例と学説の評価については、岡本・前掲注(1)『婚約・婚姻予約法』397頁以下、507頁以下を参照のこと。婚姻が破綻していても、重婚的内縁関係は保護されなかった判決例もあり、未だ方向性が定まっていない状況にあったように思われる。
- (90) 差し当たり、太田・前掲注(65)『現代の内縁問題』187頁以下、219頁以下および294頁以下のほか、二宮・前掲注(42)『事実婚の判例総合解説』33頁以下、39頁および49頁などを参照のこと。
- (91) 近親婚内縁の問題については、差し当たり、棚村政行「近親婚の内縁配偶者と遺族年金-最高裁平成19年判決の射程距離をめぐって」早稲田法学84巻4号(2009年)1頁以下が参照されるべきである。
- (92) たとえば、読売新聞1996年1月19日朝刊(社会欄)は「契約書交わし 婚前セミナー」の見出しで、この種の事実婚契約の実例を取り上げている。
- (93) 本件に対する私見の立場については、岡本・前掲注(1)『婚約・婚姻予約法』666頁以下も参照のこと。
- (94) ちなみに、大村・前掲注(66)『家族法』239頁以下は、先述した持論の「自由結合」につき、「事前の規律」として財産面や人格面における個別合意の可能性・効力の問題点を指摘する。その自由結合論なるものの位置づけの当否はしばらく措くとしても、そうした男女関係をベースにして契約保護の強弱を詳細に検討しているのが非常に参考となる。ただ、婚姻とは異なり、将来を拘束するような包括的・継続的な効力をもたず、「現在の集積」でしかないとするが(同著242頁)、そこでの契約論が契約論一般に傾斜しすぎているようにも思われるので、なお綿密な検討が必要であろう。