

判例内縁法の展開（４・完）

岡 本 詔 治

- 一 問題の所在と本稿の課題
 - 1 判例内縁法の誕生
 - 2 本稿の課題
- 二 「婚姻予約有効判決」の論理構造
 - 1 「婚姻予約無効論」の克服
 - 2 内縁保護の判例法理
- 三 大正期の内縁裁判例
 - I 第一期の内縁関連事件
 - 1 婚姻予約法理の定着
 - 2 「社会的婚姻」と婚姻予約
 - 3 「届出義務」論の登場
 - 4 その他の裁判例 (以上、本誌50巻4号)
 - II 第二期の内縁関連事件
 - 1 婚姻予約法理の展開
 - 2 「社会的婚姻」と婚姻予約
 - 3 「届出義務」論の確立
 - 4 夫婦の財産問題
 - 5 その他の裁判例 (以上、本誌51巻1号)
- 四 昭和前期の内縁裁判例
 - 1 婚姻予約法理の充溢
 - 2 「社会的婚姻」と婚姻予約
 - 3 「届出義務」論の拡充
 - 4 夫婦の財産問題
 - 5 その他の裁判例 (以上、本誌51巻3号)
- 五 内縁学説の系譜
 - 1 初期の学説
 - 2 事実婚理論の展開
 - 3 「婚姻予約」学説の命運

- 4 「岩田新」の実証的研究
- 六 まとめに代えて
 - 1 婚姻予約法理の定着と展開
 - 2 婚姻予約法理の特質
 - 3 内縁の法的保護
 - 4 社会的婚姻の独自性
 - 5 いわゆる「準婚の判決」について
 - 6 「届出義務」論と学説準婚理論
 - 7 婚姻予約法理の課題と展望 (以上、本号)

五 内縁学説の系譜

内縁ないし婚姻予約の法理は判例によって生成・展開してきたので、本稿は、内縁の裁判例を分析することに主眼をおいてきたが、学説も、とくに「民事連合部判決」以降、判例と歩を合わせるかたちで展開している。ことに「穂積重遠」や「中川善之助」などの主張する事実婚理論には折りに触れて言及してきたが、ここで「民事連合部判決」前後から戦前までの内縁学説がどのような状況にあったのかについて、概観しておこう。戦前の学説が「婚姻予約法理」の影響を受けながらも、それと対峙して準婚理論に固執した経緯や由縁も判明するであろう。戦後の学説も、そうした権威的な学説の直接的な影響下にあったので、最高裁のいう「婚姻に準ずる関係」なるものを中川準婚理論と同視するという誤謬をおかしたように思われるが、この問題は後述する。

なお、戦前の学説の展開については、すでに周知の「来栖三郎」の論稿があるので、基本的にはそれにゆずるとしても、本章では、ことに本稿独自の視角（「社会的婚姻」論や「届出義務」論など）を中心として、当時の学説の推移につき判例の展開を念頭において分析することとした。準婚理論の影響下にある来栖論文には、そうした問題意識が希薄であるのみならず、一部にはやや正確さの欠ける点もあるように思われるからである⁽²⁵⁷⁾。

1 初期の学説

いわゆる「内縁」なるものが議論の俎上にのせられたのは、基本的には明治民法典によって厳格な「届出婚主義」が導入され、届出未了の内縁関係が無効とされた事情に起因する。まず「内縁・婚姻予約無効」時代の内縁論の推移を概観してみよう。

(1) 「事実上の婚姻」と婚姻予約

起草委員の「梅謙次郎」は、「事実上ノ婚姻」について、つぎのように述べていた。「實際ノ慣習ニ於テハ上流社会ト雖モ先ス事実上ノ婚姻ヲ為シタル後数日乃至数月ヲ経テ届出ヲ為ス者十二八九ナリ況ヤ下等社会ニ在リテハ竟ニ届出ヲ為サル者頗ル多シトス斯クノ如キハ実ニ神聖ナル婚姻ト私通トラ混同スルノ嫌アリテ到底文明国ニ採用スヘキモノニ非サルナリ」と⁽²⁵⁸⁾。加えて、梅は、「民法施行前に成立した事実婚」についても、明治8年太政官布告第209号達により、無効と断定し⁽²⁵⁹⁾、事実婚主義に関する明治10年司法省第46号達は法令ではないとして、届出婚主義を一貫していたが、そうした見解は、当時の大審院における二元的立場とは整合しないものであった。

一方、「奥田義人」も、梅と同様に厳格な法律婚・届出婚主義を採り、「届出ヲ為サルトキハ婚姻ハ法律上絶対ニ成立スルコト能ワサル」ものとして、婚礼儀式をすませても、婚姻の要件を具備しその方式を経ないかぎりには、「男女ノ共同生活ハ単ニ一ノ事実タルニ止リ婚姻ノ関係ヲ生セス又婚姻ノ効果を生セス」と解していた⁽²⁶⁰⁾。梅や奥田は内縁関係それ自体の存在は認識していたと思われるが、法律婚制度を重視していたので、そもそも内縁保護の可否を問題とするまでもなかったのであろう。

裁判例でも、民法施行直後の東京控判明治33・11・11（新聞11号7頁）は、挙式同棲婚を「事実上ノ婚姻」と称して、届出がなされないかぎりには「法律上婚姻は成立しない」旨を宣言し、この原判決は上告審（未公表）によって是認されていた⁽²⁶¹⁾。

(2) 婚姻予約と「内縁」

学説では、「婚姻予約」概念は民法施行当時から一般的に使用され、無効論が主流であったが⁽²⁶²⁾、すでに指摘されているように、それは「婚姻」のみを意味する用語であった。婚約・婚姻予約は有効とする立場でも、届出が婚姻の成立要件であるので、容易には内縁を婚姻予約に含ませることができなかったものと思われ、届出前の内縁関係を「野合」と同視するような下級審裁判例もあり、学説でも「事実上夫婦らしくして居るとしても法律はこれを夫婦とみとめない」ので「野合」である、とする見解がみられた⁽²⁶³⁾。

ところで、「内縁」用語は、裁判例では遅くとも明治30年代後半ころからかなり使用されていたが⁽²⁶⁴⁾。梅や当時の学説には、まだ見られない。しかし、「岡村司」は、すでに「内縁」用語を使用したうえで、つぎのような問題点に言及していた。届出は婚姻成立の方式であるとともに効力発生の要件でもあり「婚姻ノ成立ハ一ニ届出ニ因リテ確定スルモノトセリ、而シテ届出ヲ強制スルノ方法アルコトナク、之ヲ為スト否トハ当事者ノ任意ニ存スルカ故ニ、婚姻ト野合トラ同視スルノ旧態ハ依然トシテ改マラス、俗ニ所謂内縁ノ妻ト云フモノ多キヲ以テ証スヘシ」。しかし、婚姻は人生の重大事であり、荘厳な儀式によって、婚姻を敬重すべき意義が理解されるので、一片紙の届出を婚姻の成立要件とするのは、婚姻制度を脆弱にするなどの問題があり、旧民法の儀式婚主義を是とする、と⁽²⁶⁵⁾。つまり、届出婚制度では内縁問題が避けられないが、内縁保護は立法政策の問題であるという趣意と理解して大過なからう。岡村によっても、解釈論による内縁保護それ自体の論理は示されていない。しかし、内縁と婚姻予約とは区別していたようであり、岡村は、すでに婚姻予約・婚約は有効であると主張していた⁽²⁶⁶⁾。

ほぼ、同時期の「池田寅二郎」も、当時のイギリス婚約法を紹介する傍ら、婚姻予約有効論を主張していたが、婚約・婚姻予約と「同棲をともに

う婚姻予約」とを区別して、同棲は婚姻によって正当化されるものと考えていたので、この点では同棲を婚約に含ませていたイギリス婚約法とは距離において、予約が同棲を条件とするならば効力はない、としていた⁽²⁶⁷⁾。池田は、内縁用語を使用していたわけではないが、いうところの同棲とは内縁関係（本稿にいう「プロセスとしての内縁」）を念頭においていたように思われる。

岡村や池田の所説は、届出婚制度の導入後間もない時期の見解であり、その時代的制約は免れなかったので、上記のような見解にとどまったのもやむを得なかったであろう。いずれも、当時の儀式重視の婚姻習俗を前提として、岡村は立法の不備を批判していたし、池田は、当時のイギリス婚約法の影響下で、同棲（内縁）保護の可否も「社会道德の問題」としていたので、双方ともに内縁保護の将来性を見通していたのではなかろうか。

その後、婚姻予約に内縁を含ませていたと思われる論文が登場した。弁護士「森作太郎」は、大審院の「婚姻予約無効判決」（大判明治35・3・8民録8輯3巻16頁）を批判して、諸外国の立法例やわが国の結納慣行を検討しながら婚姻予約・婚約の有効論を論じたが⁽²⁶⁸⁾、その後に再び婚姻予約論を取り上げて、日本の媒酌結婚の婚姻習俗を強調したうえで、婚姻予約（婚約）のみならず婚姻届出前の婚姻儀礼も「法律に於いては婚姻予約と看做さるべきものならん」と述べていたことから⁽²⁶⁹⁾、婚姻予約に内縁関係も含ませる趣意の論述と考えて大過なかろう。同趣旨の下級審裁判例の影響もあるものと思われる。

以上のように、明治期の学説の内縁論は、梅謙次郎の見解の強い影響下にあったので、厳格な届出婚制度のもとでは、いまだ一般化していなかったが、その夜明けを予感させる胎動が感じられなくもない。内縁保護の論理は、いまだ未成熟であったが、少なくとも本稿にいう「内縁の社会的独自性」それ自体については、基本的には認識される方向に歩んでいた。事実、当時の一般の実務書・法律啓蒙書では、「内縁」それ自体の法律問題

について解説されていたのである⁽²⁷⁰⁾。

そうした動向は、当時の裁判所が、届出婚主義をとる一方で、わが国固有の婚姻習俗である儀式婚主義を重視して、民法施行以前に成立した内縁については、民法施行後でも「事実婚主義判決」を宣告していた事情と決して無関係ではなからう。

2 事実婚理論の展開

(1) 民事連合部判決と「事実婚・内縁」学説

学説が「事実上の婚姻」の法的保護を真正面から論究したのは、「民事連合部判決」の登場が機縁となっている。この判決が「事実上ノ婚姻」を前提として「婚姻予約有効」論を宣言したことから、学説でも論争が活発化した、そのなかで積極的な内縁保護論が登場することとなる。以下、ことに中川準婚理論に強い影響を与えた学説を軸としながら、本稿の立場からみて重要と思われる学説も含めて検討してみよう。

(ア)「岡松参太郎」の所説 当時の事実婚理論を語る場合には、「岡松参太郎」の見解を避けて通ることはできない。事実婚理論の出発点ともいえるからである。つぎのように主張する。「民事連合部判決」の確定した事実によれば、すでに婚姻が成立しているにもかかわらず、婚姻の予約というのは社会観念にそわない。なぜならば「我國に於ける普通の社会観念に依れば、慣習上の儀式に従い所謂華燭の典を挙ぐる事婚姻の本體なり」。婚姻とは、「終生夫婦たるの意思を表示するに因り身分的結合を生ぜしめるものであり」、通常、この意思表示は慣習上の儀式によって行う。大審院は婚姻儀式を婚姻の準備行為とするが、儀式の先に婚姻はないので、そうした見解は事理に迂なること甚だしい。挙式が婚姻であり、届出は婚姻成立後の一手続にすぎず、婚姻の効力要件にとどまる⁽²⁷¹⁾、と。

そこで、岡松によれば、儀式を挙げて婚姻をした当事者は、「同時に暗黙に其の婚姻が法律上効力を生ずるに必要な届出の手續を為すべきこと

を約するものにして此約束は婚姻契約中に含まれ之よりして夫婦は相互に
 対して届出を為すべき義務を負担する」こととなる⁽²⁷²⁾。さらに、大審院
 の認めた損害賠償責任とは、そうした義務の履行を拒み、実質的な婚姻を
 侵害することによって生ずるが、この責任は予約では根拠づけられないと
 したうえで、婚姻予約論の種々の不都合を詳細に論究している⁽²⁷³⁾。

要するに、岡松の事実婚理論によれば、届出前の儀式により「婚姻」が
 成立していることになるので、その事実婚固有の効果とは何かという問題
 が生ずる。届出婚規定をそのまま事実婚に適用するならば、儀式婚主義を
 採った意義がなくなるからである。そこで、岡松説にいう事実婚理論とは、
 届出前の事実上の夫婦を保護するための論理であるので、事実婚の成立に
 よって「届出義務」が発生すると構成され、この届出義務不履行によって
 有形・無形の損害賠償責任が根拠づけられることになり、岡松論文の「タ
 イトル」が「届出義務不履行」となっている所以でもある⁽²⁷⁴⁾。

結局のところ、岡松のいう儀式婚とは、準婚理論にいう「事実婚」では
 ないが、民法所定の「届出婚」と峻別されるとともに、婚姻を目的として
 いるという限りでは、本稿にいう内縁と同レベルの男女類型ということと
 なろう。特に儀式婚の成立によって「届出義務」が発生するという論理は、
 まさしく大審院が予約に基づく「事実上の婚姻」（社会的婚姻）の成立によっ
 て「遅滞なく届出をする義務が生ずる」という考え方と軌を一にする。

ただし、婚姻予約法理に対する種々の鋭い批判には教示をうけるところ
 大なるものがあるとしても、「予約」概念をドイツ法流の形式論理で捉え
 ているので、婚姻予約なるものが日本の婚姻慣行には存在しないという論
 法や予約は「債権契約」になるなどとする諸批判は、一見すれば厳しい「内
 在的批判のかたち」をとっているものの、判例法理を内部から突き崩すほ
 どの批判とはならなかったものと思われる⁽²⁷⁵⁾。

（イ）「穂積重遠」の所説 明治期のやや消極的な内縁論に突破口を開
 けた学者が「穂積重遠」であった。当時、届出婚制度を批判して単純な事

実婚主義を説く学説もあったが⁽²⁷⁶⁾、穂積は、「法律婚と事実婚」なる論稿のなかで⁽²⁷⁷⁾、諸外国の婚姻の方式に言及しながら、婚姻には何らかの「形式」が必要であり、届出には婚姻の成立時期を明確にするとともに、婚姻障害の判断も可能とするなどのメリットがあるので、そうした見解には同調し難いとして、つぎのように説いていた。明治民法では、法律婚主義が採用されたので、結婚式のうえ同棲を開始して届出をしたときも、挙式同棲時ではなく、届出時に婚姻が成立する⁽²⁷⁸⁾。また、事実婚当時に妻が姦通しても姦通罪にならないし、その間の子は嫡出子にはならないので、「我民法の婚姻法は全然事実婚を顧みざる法律婚主義である」⁽²⁷⁹⁾。そこで、事実関係と法律関係の不一致という一大欠陥が生じ、事実婚あって法律婚なき状態が「内縁の妻」問題であり、その不一致をなくするためには届出と婚礼儀式を同時にするような「法育」も重要である。

このように主張して、穂積は、届出婚制度の難点を問題視しつつも、とにかく届出婚を前提としていたので、「民事連合部判決」が届出婚制度のなかで内縁を保護したこと自体に対しては高く評価した⁽²⁸⁰⁾。しかしながら、同判決の男女がすでに事実上の夫婦となっているにもかかわらず、「婚姻予約」として把握したことに対して、厳しく批判した。わが国の婚姻生活は①婚姻豫約期②事実婚期③法律婚期の三段階に区別しうるが、同判決の欠陥は事実婚を婚姻豫約の問題とみなしたところにある⁽²⁸¹⁾、と。

こうした批判・認識はすでに岡松論文が詳細に論じていたが、穂積もこの限りでは岡松説に従う。ただ、婚姻が儀式によって成立するという岡松説は現行民法の解釈論として成り立たないとして、つぎのように批判する⁽²⁸²⁾。「形式婚主義ヲ採ルコトガ已ムヲ得ナイトスルナラバ之ニ因ッテ生ズベキ事実関係法律関係ノ不一致、就中事実上ノ婚姻生活ニ入りナガラ婚姻届出ヲ出サナイト云フ弊害ヲ救済スル手段ヲ講ズル必要ガ生ジテ来ル」。ことに挙式して「公然事実上ノ婚姻生活ヲ開始シタ後ノ届出拒絶」は、単なる婚姻予約違反よりも「不徳ガー層甚シク其ノ被害者側ノ精神上物質

上ノ損害苦痛ガ遙ニ大ナルコトハ」はいうまでもない。「民事連合部判決」は、「此ノ入籍ヲ拒マレタ内縁ノ妻ノ不幸ヲ救済慰藉スルコトガ眞動機眞目的デアッタ」と⁽²⁸³⁾。

要するに、穂積は、民事連合部判決の論理構成を「牽強付会」とするものの、「正当ノ理由ナキ婚姻届出拒絶者ニ損害賠償責任ヲ負ハシメルト云フ結論」には、異論はなかろうとして、「時弊ニ適中シタ名判決」としたうえで、これを単なる解釈論ではなく、法規が欠缺する場合の「裁判所ノ補充的立法行為」と評価するのである⁽²⁸⁴⁾。

穂積は、そうした「判例法」の立場をつぎのように纏めている。「慣習上ノ結婚式ヲ挙ゲテ事実上ノ婚姻生活ヲ開始セル後正當ノ理由ナクシテ婚姻ノ届出ヲ拒ミタル当事者ノ一方ハ当事者ノ他方ガ之ニ因リテ被リタル有形無形ノ損害ヲ賠償スル責ニ任ス」と⁽²⁸⁵⁾。

穂積の上記判決の「まとめ」は穂積自身の見解でもあると考えて大過ないが、届出婚制度を大前提として事実婚との調整を意識しているので、「届出拒絶」が不徳行為として常に叙述のなかに登場し、しかも、それが儀式婚と連携しているので、婚礼儀式によって事実上の婚姻生活が開始すれば、夫婦は相互に「届出義務」を負担するという趣意も含まれていることになるであろう。この限りでは、「民事連合部判決」にいう『挙式同棲から届出へ』というシェーマと軌を一にし、また、岡松論文が強調した儀式婚の効力にも注目しているといえよう。穂積は、後の昭和期の著作でも、その後の裁判例の動向にも目配りするなどして、自説を詳論している⁽²⁸⁶⁾。

（ウ）「中川善之助」の所説

中川準婚理論については、すでに折りに触れて言及してきたので、以下、重なるところもあるが、あらためてここで総括しておきたい。中川の初期の研究は、古代ゲルマン法やローマ法から説き起こし、明治民法制定前における儀式婚の伝統や事実婚主義判決に言及したうえで⁽²⁸⁷⁾、民事連合部判決から大正期の大審院判決例にまで及んでいるが、結局のところ、婚姻

儀式の公示性ひいては社会的承認を軸として、夫婦共同生活の事実のもつ意味を重視しながら、結論としては、届出がなくとも「儀式」がなされれば、その時から婚姻が成立するとしたうえで、儀式がない場合でも、「相当期間の経過によってその婚姻意思が顕著になるに及んで初めて内縁効果を享けうるものとなる」という⁽²⁸⁸⁾。

同時に、「民事連合部判決」については、つぎのように評価する。同判決が真の婚姻豫約につき説示していると考えている学説が少なくないが、それは「法の天秤の動き」や「社会的力」を正視したものとはいえない。判決を動かし、法の天秤に新しい目盛りを付けさせたものは、「事実一個の立派な婚姻関係であった」。当該事件の男女関係は「当時の社会意識上は殆ど欠くる所なき婚姻関係」である⁽²⁸⁹⁾、と。

かくして、中川によれば、民事連合部判決や当時の学説では内縁問題が「届出拒否」による損害賠償として捉えられているが、「入籍問題」としてのみ考えられるべきものではなく、むしろ内縁は実質的には婚姻関係と同視されるので、届出は婚姻の成立要件ではなく、婚姻意思の徴表と把握されるとともに、内縁には届出に直結する効果は与えられないものの、それ以外の婚姻効果がすべて認められることとなり、また判例も当初は内縁問題を「入籍問題」として捉えていたが、扶養義務を認める判決（[29]）など一連の判決例によって「夫れ自体相当の保護を受くべき法律関係」と認められるようになった、と解釈する⁽²⁹⁰⁾。

その後、昭和期に入ってから、中川は数々の著作のなかで持論を繰り返して、いわゆる中川準婚理論を完成させている。かくて、民事連合部判決という婚姻予約とは「届出をなすべき約束の下に事実上の婚姻をなした関係をいふ」が『「届出をなすべき約束」とはただ在るべきものとして想定せられたものにすぎない』として、内縁の「準婚的性質（これを逆にいえば非豫約的性質）」を力説した⁽²⁹¹⁾。中川によって、「岡松・穂積説」が蓄積してきた「事実婚と届出との連携」が完全に切断されるとともに、「届出

義務」を克服して「内縁を正婚と同視した」と称される裁判例が、ことさらに強調されたわけである。

そうした一連の著作を通して中川準婚理論（ひいては「学説準婚理論」）が完成したのであるが、それが戦前の大審院判決例の立場とは異質であることは、すでに本稿は折りに触れて繰り返して指摘した。中川自身は、当初の論文では、届出は婚姻の成立要件でないとするとともに、判例が届出義務を克服したかのように論じていたが（後述（エ）を参照）、その後、判例自体が「届出をなすべき約束」なるものを前提としていることを技巧的にも「想定上の存在にすぎない」というフレーズで認めざるを得なかったのである。しかし、そうした苦肉の策も、判例の客観的現実とは明白なズレがあったが、ついに中川は持論を改めることをしなかった。戦後の通説的内縁学説が「届出義務」を見逃したゆえんでもある。

（エ）穂積説と中川説との相違

穂積も中川も、ともに内縁の社会的存在（本稿にいう「社会的婚姻」）の意義を明確に認識していたので、その婚姻予約構成を厳しく批判した。しかし、穂積は、「届出」を婚姻の成立要件としたうえで、内縁関係における「届出拒否」を重視しながら内縁と届出とを連携させようとしたのに対して⁽²⁹²⁾、中川は、判例にいう「届出義務」を積極的に否定して、意識的に相互の連携を否定している。事実、中川の当初の見解によれば、婚姻は「男女の合意に依り成立する」ので、届出は、法所定の婚姻の完全な効果を取得するために必要とされ、「飽くまでも婚姻関係の成立を確証する最も便宜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」とされている点に穂積説との相違が如実に表れている⁽²⁹³⁾。そうした中川の主張は、内縁を婚姻に準ずる関係として位置づけ、一定の婚姻的效果を一括して付与するための大前提となっているのである。ただし、中川は、その後、届出を婚姻の「成立要件」とするに至っているが⁽²⁹⁴⁾、そうした修正・改説は判例や通説の立場を受け容れざるをえな

かった結果であるが、まさしくそこにも社会的事実のみを重視する中川理論の亀裂が如実に反映しているように思われる。

また、中川は、判例では婚姻予約概念が内縁につき使用されたことから、この用語を一般的に否定し、婚約の意味にも流用しないほうがよい、とするのに対して⁽²⁹⁵⁾、穂積は、婚約を「婚姻予約」として「内縁」と区別して解説している点も、重要な相違であろう。

一方、「婚姻儀式」の評価についてはどうか。当初の穂積論文は婚姻儀式を重視しているが、中川は、儀式を重視しながらも、儀式なき内縁も相当期間の経過があれば、内縁的保護を認めている。儀式重視の立場は、挙式同棲の後に届出がなされるのが普通であるので、内縁と入籍問題とを連携させる立場に繋がり、判例もそのような立場にあった。穂積も、もともととはそうした判例の立場を前提にしていたといえよう。これに対して、中川によれば、民事連合部判決後しばらくは内縁問題は入籍問題を中心としていたが、やがて「儀式不要判決」([24])の登場で、判例が入籍問題から距離をおいたと評価されることとなり、ついに扶養義務判決([29])は入籍問題と決別したことを「明証」する先例となるわけである。そうした評価は判例の客観的現実とそわないことは、すでに論証したとおりである。中川準婚理論によって、内縁学説は判例の立場から遊離する傾向が顕著となる。むしろ、入籍問題に留意していた穂積説の方が、判例の立場に即した評価をしていたこととなろう。穂積によれば、内縁につき婚姻予約という論理のみが不当なのであり、予約構成ではなく、素直に事実婚にもとづいて判決すれば、それで足りるという趣意と思われる。

もっとも、穂積の見解は判例の推移・状況に応じて変化がみられるように思われる。後には、「ズルズルベッタリ」の内縁でも現在夫婦であるかぎりには夫婦として取り扱うべきであるとともに、「民法改正要綱」が儀式を婚姻の要件としたことに対して、結婚式を挙げないで結婚しても婚姻にならないのか、という疑念を述べたうえで、みずからは立法論とし

て「純事実婚主義」への復帰を提唱している⁽²⁹⁶⁾。

ともあれ、両者とも、当初の見解を若干修正しているものの、事実婚保護の姿勢では基本的に一致している。ただし、個別の判例批評においては、中川は持論に引き付けてやや強引な解釈をする傾向が強いが、穂積は判例を客観的に分析して持論との区別にメリハリをつけていたように思われる（たとえば、[29]〈扶養義務判決〉に対する両者の評釈を参照のこと）。

（２）準婚学説の展開

（ア）事実婚理論への傾斜　中川準婚理論は、当時の代表的な民法学者によって支持されたので、すでに戦前において準婚理論は支配的の見解となっていた⁽²⁹⁷⁾。中川が婚約についてすら「婚姻予約」という用語を使用しない方がよいとしたこともあって、裁判例が婚姻予約法理を堅持しているにもかかわらず、学説では婚姻予約という用語それ自体が嫌忌される。ことに予約法理では内縁の対外関係が処理できないという難点が強調されるとともに、破棄責任の根拠は不法行為とする立場が一般的となった⁽²⁹⁸⁾。

（イ）事実婚理論と「届出義務」　中川準婚理論は「届出義務」論を封殺したので、婚姻予約と連携していた「届出義務」の命運はどうなったかであるが、学説の主流では、それも雲散霧消となった。ただし、中川準婚理論に従う一方で、「婚姻届出義務」を認める見解もあり、注目せざるを得ない。裁判官の「小石壽夫」は、内縁保護が法律婚に及ばないので、「内縁の当事者はその性結合をして婚姻にまで高昇せしめる義務を負ふ」として、この届出義務不履行があった場合には、相手方は内縁関係から脱退しうるし、また、予約不履行の判断において有責事由となる、とする⁽²⁹⁹⁾。この限りでは、実務家の鋭い現実感覚をみる思いがする。

また、同じく実務家の「寺澤真人」も、基本的には小石説と同旨を述べる。寺澤も、事実婚理論をとって予約論を否定する一方で、「届出義務」を事実婚自体に依拠させながら、届出義務が問題となっている裁判例を分析して、その届出義務の重要性を認める一方で、婚姻予約不履行それ自体

は、届出義務不履行それ自体によるのではなく、「事実上の離婚」に起因するという⁽³⁰⁰⁾。ただし、夫の届出拒絶を理由として妻が内縁を破棄した場合には、夫は内縁破棄を誘致したことによる責任を負うべきであるとして、届出義務違反に起因する「破棄誘致責任」という視点を析出したのは慧眼であった⁽³⁰¹⁾。

(ウ)「杉之原舜一」の所説 「来栖三郎」によれば、戦前の事実婚理論は、穂積説の基礎のうえに岡松説を復活するという形で展開したものの、社会的事実に即して「まず従来の概念を批判し其の事実に新たに適確な法的構成を与えそれから現行法体系に矛盾なく組み入れる努力を動もすれば怠った」とされるが、そうした趣旨の論理を工夫した一人が「杉之原舜一」である、という⁽³⁰²⁾。

杉之原によれば、穂積・中川説を含む従来の内縁学説は、婚約には婚姻予約的性質を認めたうえで、内縁を本契約的關係ないしは準婚関係と構成しているが、それは静止的關係としての内縁には妥当するとしても、「過程的關係としての内縁関係が予約関係であることを否定する」ための論拠としては不十分であるとされる⁽³⁰³⁾。そこで、そもそも婚約・婚姻予約も将来婚姻を目的とする法律関係ではないとし、ただ社会生活上は正常な生活関係であるので、不法行為的救済の対象となり、内縁関係が法律関係として保護されるのは夫婦協同生活関係それ自体であり、純粹に「準婚関係」であることによらずして、婚姻予約概念を婚約についても排斥し、これを全面的に否定したうえで、内縁の成立、効果及び解消などにつき体系的な観点から論究した。この立場では、もちろん内縁の合意に基づく「届出をなすべき義務」を観念する余地はない、とされる⁽³⁰⁴⁾。

「来栖三郎」は、杉之原の見解を評して、社会の事実を直視したうえで、「直視した事実に法的構成を与え法体系の一環として嵌め込むこと」を試みた最初の学説であると高く評価している。しかし、来栖が指摘するように、杉之原は、従来の学説に「纏わり付いていた倫理的色彩を払い消し法

体系の論理的構造の把握に向かった」ことから、理論上の当否はしばらく措くとしても、皮肉にも実務家でありながら、判例の立場から完全に遊離したといわざるをえないので、判例を客観的に分析することを目的とする本稿の立場からは参考となる視点はあまり見出せない。ただ、内縁の過程的關係と静止的關係とを区別したこと自体は、判例の推移を分析する上では、ひとつの視点として参考となろうか。杉之原のいう「過程的關係としての内縁」とは、民事連合部判決における内縁類型と思われ、本稿にいう「プロセスとしての内縁」にほぼ相当し、内縁の不当破棄・予約の不履行を認めた裁判例の一面を捉えているように思われるからである。しかしながら、裁判例は個別事案に応じて、いうところの過程・静止それぞれの状態における内縁問題を処理してきたので、双方の内縁問題を「婚姻予約法理」のもとでいかにして調整するかが「理論の責務」であり、杉之原のように、予約的性質ひいては届出義務を完全に否定したのでは、到底、判例法理の真意義を解明するための手がかりを見つげ出すことはできないであろう。杉之原も来栖も社会的事実を目を奪われ「先に事実婚ありき」の観念・弊に陥った結果、予約概念のドグマ的解釈も相重なって、結局のところ、「民事連合部判決」のいう婚姻予約法理のもつ法的テクニック（事実と規範との「間隙」の調整）を見落としたといえよう。しかし、学説は杉之原の所説によって「準婚理論の完成」と評価したのである⁽³⁰⁵⁾。

3 「婚姻予約」学説の命運

(1) 婚姻予約有効論

「民事連合部判決」当時の有力な論評では、判例理論を否定する見解はしばらく措くとして⁽³⁰⁶⁾、婚姻予約有効法理を支持する学説においても、判例の論理構造に対しては、なお種々の疑念が提起されていた⁽³⁰⁷⁾。たとえば、「中島玉吉」は、「近頃有数ノ大判決ナリ」と評価したうえで⁽³⁰⁸⁾、同判決によれば、婚姻予約とは、「要式行為」であるとともに、将来婚姻

の成立を目的とする契約であると定義されているので、判旨によれば「債権契約」になると断定し、自らも債権契約説を支持したうえで、同判決は予約の成立が結婚式の時であるかのように説示しているが、債権契約であるならば、むしろ予約の慣習上の儀式としての結納の交換時と考えるべきである、とする⁽³⁰⁹⁾。実際、本件事案では、結婚式が終わっているので、「事実上又ハ慣習上ハ婚姻ハ既ニ成立セルナリ」として、これを債権契約である予約とするならば「理論上矛盾スル所ナキカ」との疑問を提起したうえで⁽³¹⁰⁾、予約が結婚式の時に成立するという判旨の論理は「甚タ不自然ナリ」と結論づけていた⁽³¹¹⁾。中島の婚姻予約論は、その後も変わっていないが⁽³¹²⁾、「所謂内縁」については、婚姻予約とは区別し、「事実婚」との関連で解説して、それは内縁夫婦と称されるものの、法律上の夫婦ではないので、民法上の法的効果は一切生じない、と断じている⁽³¹³⁾。ただし、「民法ニ於テハ届出ヲ以テ婚姻締結ノ方式トスルカ故ニ華燭ノ典ヲ上ケタルモ届出ヲ拒否スルニ於テハ豫約破棄ヲ以テ論スヘキナリ」としていたので⁽³¹⁴⁾、内縁の不当破棄は婚姻予約論で把握されていたことになるが、内縁それ自体の積極的な法的保護には消極的であったこととなる⁽³¹⁵⁾。中島の立場は、後述する「横田論文」の趣意と一応は一致しており、民事連合部判決それ自体の解釈につき一部独断的な判断がみられるものの、同判決の趣旨にそっていたが、いずれにせよ婚姻予約有効論はその当初から学説では産みの苦しみを孕んでいたところ、穂積・中川理論の権威もあって、学説の焦点は事実婚保護に集中した。

(2) 「横田秀雄」の所説

学説が準婚理論に傾斜した結果、「来栖論文」をして、「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者はない」と言わしめた所以でもあるが⁽³¹⁶⁾、むしろ内縁を「婚姻予約論」で把握した横田論文こそが、判例の立場に即した解釈論を敷衍しているので、本稿では、特に本論文に注目せざるをえない。事実、横田論文は「婚約」としての婚

婚姻予約論を出発点として、それが夫婦共同生活にまで及ぶとする論述の形をとっており、民事連合部判決に対する種々の論評（批判と疑問）を前提としたうえで、「該判決ノ主旨ヲ簡明スル」ために、婚姻予約の性質、要件および効力につき論究している。横田は民事連合部判決に私的にかかわっていたとされているが、横田論文によって同判決にいう婚姻予約とは「婚約」を起点とする趣意であることが明確となっていることは別にして⁽³¹⁷⁾、内縁問題についても、判例「婚姻予約法理」を重視する本稿にとって横田の所説は避けて通れない学説であり、同時に当時の大審院判事を代表する見解とも考えられなくはないので、ここでは当面必要な範囲に限定して横田論文をあらためて検討してみよう。

横田によれば、婚姻予約が効力を生ずるためには、「将来婚姻ニ因リ夫婦ノ関係ヲ生セシムルコトニ付キ意思ノ合致アルコトヲ要シ」、その成立・効力要件は一般契約と等しいので、民法総則の意思表示の規定が適用され、また、婚姻と同様に婚姻年齢や両親の同意も要件となる⁽³¹⁸⁾。ただし、具体的に予約・婚約がいつ成立するかという問題があるところ、婚姻予約は財産契約やその予約とは異なり、身分の変動を来す「身分契約」であるので、当事者間の合意レベルでは、婚約の熟慮再考の余地が残され、結納の交換があれば、予約が「確定シタル」ものとするのが「普通一般」である⁽³¹⁹⁾。もっとも、婚姻儀礼は常になされるとは限らないので、婚約の確約の有無は、結局のところ、事実問題とする。具体的には、結納の授受がなされないで、いきなり結婚式がなされたり、同棲したりすることもあるが、「結婚ノ式ヲ挙行スルコト又ハ当事者カ同棲スルコト」は、「婚約アリタルコトヲ推定スヘキ重要ノ証拠資料トナル」わけである⁽³²⁰⁾。

婚姻規定の適用など（特に消極要件）につき後の大審院判決例とは異なる点もあるが、婚姻予約が身分契約であり、財産契約の予約とは異なるとする点は、その後の裁判例に承継されている。また、結婚式をもって予約の成立とする見解を批判して、それは「婚姻予約履行ノ方法」としているの

で⁽³²¹⁾、内縁関係には予約の効力が及ぶと解釈していることとなろう。事実上の夫婦生活を婚姻予約の内容とする大審院や下級審は、この立場にたっていると考えて大過ない（以上の点は、「六・まとめに代えて」を参照のこと）。

一方、「届出」との関連についての横田論文の叙述を総合すれば、つぎのようになる。予約の目的は「夫婦タルノ身分関係ヲ創設スルコト」にあるので、「婚姻ノ届出ヲ為スニ因リ其目的ヲ達スルモノ」である⁽³²²⁾。ただし、届出は、婚姻の式がなされて「實際上夫婦トシテ同棲シ婚姻成立ノ要件タル届出ハ却テ之ニ後ルルヲ常トスル」ので、「当事者ノ一方カ婚姻ノ届出ニ同意セサル場合」において違約問題が生ずるところ、当事者が届出をしないのは、大部分は当事者が「誠意ヲ缺ク場合」又は「法律上ノ意義ヲ解セサル場合」である、とする⁽³²³⁾。民事連合部判決と同様に「届出義務」それ自体については明言していないが、上記の解説から判断すると、予約の「目的」が届出であり、正当の理由のない届出拒否が違約となるので、届出義務を認めている大審院判決例と基本的には同様の立場にあるといえるであろう。とにかく、予約と届出とを直接に連携させていることは明らかである⁽³²⁴⁾。

かくして、横田によれば、そうした違約の責任は不法行為責任でも単なる債務不履行責任でもなく、「社会観念ニ立脚シ信義ノ原則ニ基ツキテ違約者ノ賠償義務ヲ認ムルモノ」と結論づけられる⁽³²⁵⁾。すなわち、婚姻予約が成立すれば、「此予想ノ下ニ結婚ノ準備ヲ為シ結婚ノ式ヲ挙行シ同棲シテ共同ノ生活ヲ営ム等国民ノ風俗慣習ニ従ヒ」身分上財産上の営みをなすのは、必然であるので、これによって生じた有形無形の損害は予約の当時に予見すべきものであり、これを賠償することは共同生活において行われる信義の原則に適うことから、特約によっても免責はできない。このような賠償責任は、契約の不履行により発生するが、積極的損害賠償ではなく、契約の無効・取消しの場合の消極的損害賠償に相当するものであり、

かつ「無形ノ損害即婚姻ノ拒絶ニ因ル名誉ノ毀損殊ニ女子ニ在リテハ其ノ最モ尊重スヘキ節操ノ蹂躪ニ対スル慰藉料」も含まれることとなる⁽³²⁶⁾。

要するに、婚姻予約・婚約が成立すると、婚姻慣行によれば夫婦としての共同生活が当然に予期されているとしているので、内縁関係は婚姻予約の内容（予約の履行プロセス）と観念されていたことになろう。しかも、婚姻予約は身分契約であるので財産契約の予約とは異なる、と解されている。予約の強制が不可とされることは当然のことながら、何よりも、予約が成立すれば、婚姻慣行にしたがって「婚姻の届出」がなされることが大前提となっている。民事連合部判決が「其約ノ実行トシテ届出ヲ為スコトハ普通ノ事例」としたことと軌を一にするのであり、予約論は婚約を起点として、いわゆる事実婚を予約のうちに「抱合」したこととなろう。また、婚姻儀式と予約の関連についても、民事連合部判決の趣意を承けたうえで、正式の結婚式は予約の要件ではないとするものの、きわめて重視して、反証がない限りは予約を事実推認させる、とする。

横田論文によって、婚姻予約法理の課題がすべて解決されたわけではないが、判例のいう「婚姻予約」概念とは、内縁学説が一致して非難したような財産契約上の予約概念とは異質であることが明確となったように思われる。しかも、横田は、予約不履行が「債務不履行」とは異なるとし、「信義則」を強調するとともに、婚姻予約を「身分契約」であるとしたうえで、その保護法益を当事者の名誉（とくに守操）と解していたが、この立場は特筆に値し、大審院も下級審も基本的には横田論文に即したかたちで展開しているのである（この問題は「六・まとめに代えて」で再論する）。しかし、横田論文は事実婚論に傾斜した学説からは、ほとんど顧みられることはなかった。

たしかに、横田論文では、その課題の限定と時期的制約があったものの、すでに岡松・穂積論文が事実婚理論を強調していたにもかかわらず、内縁それ自体に対する解釈論は希薄であり、あくまでも内縁は婚約の延長線上

で捉えられているにとどまる。婚約も内縁もともに届出婚を目的としているという意味では、両者は婚姻予約に含まれるので、とくに内縁を独立して取り出す必要もなく、それゆえ、内縁の要件や効力についても言及していない。内縁の不当破棄による賠償責任の成否それ自体では、損害額の問題は別として、婚約・婚姻予約の成否と結合させても特に問題がないと解していたのであろう。もともと横田論文は、民事連合部判決の趣意を解明することに主眼があったので、後代の多数の内縁事例に対応しようような論理を用意しているわけではない。むしろ内縁固有の保護問題は将来の課題として当面は避けていたものと推測される。

(3) 「横田論文」後の婚姻予約学説

(ア)「和田于一」の婚姻予約論 「民事連合部判決」後の裁判例の傾向を踏まえながら、婚姻予約論を分析した裁判官の「和田于一」は、実務家としての現実感覚をもっていたように思われる。和田によれば、裁判例の事案は、結婚式を挙行して共同生活に入ったにもかかわらず、一方が届出をしないで離別するものが殆ど全部を占めているので、学説のいうように「事実婚」として処理すれば、法理は極めてすっきりする。ところが、「事実婚の当事者は假令結婚式を為すも其れが未だ法律婚とならないのであるから、婚姻の届出即ち適法の婚姻を為すことを欲する意思あることは疑いない。従って、事実婚開始の当初に於いて婚姻の予約を為すものと解するも強ち不合理ではないから、一概に判例を非難し了するを得ないのみならず、判例も亦漸次純正なる婚姻豫約即ち事実婚を伴はざる婚姻豫約を事実婚を伴う婚姻豫約と同一に取り扱う傾向を示し来って居る」という⁽³²⁷⁾。他方で、「事実婚ありて法律婚なき男女を内縁の夫婦と称する」として、裁判例が内縁に対して種々の保護を付与している実情につき言及したうえで、その保護がますます拡大していくであろう、としていた⁽³²⁸⁾。

和田説の当否はしばらく措くとして、婚姻届出に注視しつつ「事実婚を伴う婚姻予約」という類型を析出して、判例の婚姻予約論を好意的に評価

したのは、事実婚論に傾斜した当時の学説のなかでは、刮目に値しよう。横田論文は事実婚を婚約の延長線上で把握していたにとどまり、それが民事連合部判決の立場でもあったが、和田は、その後の裁判例の蓄積を検討した結果、上記のような結論に立ち至ったというのであるから、婚姻予約論を前提としながら、内縁・社会的婚姻の法的独自性も認識していたように思われるので、「届出義務」を重視する一方で、内縁それ自体の社会的価値を個別に認めてきた判例の立場とも調和するように思われる⁽³²⁹⁾。

（イ）その他の婚姻予約論 婚姻予約論を前提にしたうえで、「届出義務」を前面に押し出す学説もある。「清水兼男」は「婚約・婚姻予約」重視のなかで「内縁」を把握して、内縁夫婦は婚約の履行として「届出義務」を負担するとしたが、内縁を婚約の履行として把握する点は横田論文と同趣旨の面があるものの、その強制履行をも認めるので、結局のところ、判例の立場とはかなり懸絶した結果となっている⁽³³⁰⁾。

一方、「近藤英吉」は、婚姻予約とは、婚約という身分的契約のほかに「将来婚姻の届出をなすべきことを目的とする債権的契約」でもあるという二性質をもつ「慣習法上の特殊の契約」と解し、その効力の一つとして「婚姻届出をなすべき義務」をあげている⁽³³¹⁾。ところが、「内縁関係」とは、「婚約して、事実上夫婦として共同生活」をなすが、届出がなされていない関係としてのみとらえられているので⁽³³²⁾、事実婚と婚姻目的・届出義務との関連が不透明である点が惜しまれる。

４ 「岩田新」の実証的研究

判例婚姻予約法理の客観的・総合的分析で注目には値するのは「岩田新」の研究である。岩田による個別の判決例の分析については、本稿は折りに触れて言及してきたが、横田論文の判例に対する影響力を見極めるうえでも、興味深いものがあるので、その当否は別にして、ここであらためて取り上げてみよう。岩田は、当時の「民法親族編改正要綱案」による儀式婚

制度を眼前にして、自らが「実証的研究」と称する手法に基づき下級審裁判例も含めて膨大な裁判例（明治・大正期から昭和10年3月まで）を総合的に分析した結果、「判例に依って確認せられた婚姻予約」には「儀式婚」とともに「其の外に尚ほ、同棲婚があり、狭義の婚姻予約がある」とする⁽³³³⁾。そうした婚姻予約事件のほとんどが事実婚・内縁に関連するとし、婚姻予約は「判例法」として「独立（特殊）の法律制度」となっていると評価したうえで、結局のところ、婚姻予約の類型として「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」の二種を析出した。前者が内縁関係、後者が婚約関係に相当するが、いずれにも、権利侵害による損害賠償のほかに、「法律上の婚姻（登録婚）を有効に成立せしめる効力」、「同棲を適法ならしむ効力」が認められているとした⁽³³⁴⁾。

岩田によれば、判例婚姻予約法が実際上は内縁を保護し、内縁は儀式婚だけではなく、同棲婚も含まれることのほか⁽³³⁵⁾、その効力の一つとして「届出婚を有効に成立させること」が指摘されている。岩田も、判例のいう「届出義務」を明確に認識していたわけである。しかも、婚姻予約としての内縁関係には「其の外に夫婦としての権利義務が次第に承認されつつある」とも付言していた⁽³³⁶⁾。

しかしながら、岩田自身は、事実婚主義にたち、婚姻予約法理を批判する傍ら⁽³³⁷⁾、「慣習に従って結婚を為せる者は真正の夫婦である」と考えていたので⁽³³⁸⁾、おそらくその視点とリンクして、判例婚姻予約法の真の目的は、それが予約であるからではなく、「婚姻其の者」にあるとして、穂積や中川と同様の認識をもっていた⁽³³⁹⁾。そこで、岩田自身の見解は判例の立場とはあまりにも懸絶する結果となり⁽³⁴⁰⁾、裁判例の分析それ自体においては、正当な点多々みられ、横田理論に繋がる指摘もなくはないが、自説では予約論と事実婚理論とを架橋する役割を担うことができず、結局のところ、婚約を起点とする横田理論を発展させるにはほど遠い地平にまで立ち至ったように思われる。

六 まとめに代えて

これまで本稿の視角から「民事連合部判決」以降の裁判例を検討してきたが、ここであらためてそれらを整理して、まとめに代えたいと思う。すでに折りに触れて言及したことと重なるところもあるが、大正期から昭和前期までの裁判例の蓄積を振り返ることを通して、戦後の裁判例を分析するための具体的な指標を見出すことも期待しうるのであろう。

１ 婚姻予約法理の定着と展開

（１）「事実婚主義判決」の歴史的意義

本稿は「民事連合部判決」以降の大審院判決例を未公表判決も含めてかなり詳細に検討した。民事連合部の「内縁事例」が大審院に係属していた同時期に、典型的な婚約事例〔１〕が大審院で審議されていた事情については、別著で詳論したが^{（341）}、本稿は、もう一つの重要な内縁関連事件〔19〕も同時期に審議されていた事実を推知した。当該判決（未公表）は事実婚主義を採用して民法施行以前に事実上の夫婦（すなわち婚姻夫婦）であった子の嫡出性を認めたが、要するに、当時の民事連合部は、一方では、婚約事例を睨みながら、他方では、従前からの「事実婚主義判決」を堅持したうえで、届出婚制度下において、いかにして内縁保護の論理を構築するかという難題に直面していたわけであり、この複雑な状況下では、学説のいうような事実婚理論を採用することなどは到底できるものではなかったであろう。「婚約・婚姻予約」概念のうちに「事実上の婚姻」を取り込むことが最善の策であったわけであり、たまたま同時期に審議されていた上記の三事件は、当時の民事連合部が置かれていた複雑な具体的状況を明らかにするとともに、その婚姻予約法理の論理構造にも、そうした輻輳・対立する微妙な法状況が反映せざるを得ない事情や由縁を暗黙裏に物語っているわけである。

事実、当時の裁判官も「事実婚主義判決」の重要性を認識していたことは、この種の先例を「民録」に登載しただけではなく⁽³⁴²⁾、その後に編纂された『大審院民事判決抄録』にも採録されている事実からみても⁽³⁴³⁾、明白である。その後、大正・昭和期に登場した事実婚主義判決についても、本稿は執拗にフォローした（[19][20][64][125][126]）。

（2）内縁と多様な男女類型

（ア）婚約と内縁との区別 民事連合部判決の男女類型は内縁であり、婚約事例[1]との区別は明確である。実は、婚約・内縁二分論は「事実婚主義時代」にまで遡り、内縁・事実婚であれば、「送入籍」（入籍権）の強制履行が認められていたが、婚約には、そうした保護がなかったからである⁽³⁴⁴⁾。届出婚制度下でも、予約により「事実上の夫婦生活」が開始すれば、夫婦には「遅滞なく届出をなす義務」（後述参照）があった。ただし、婚姻予約法理は「婚約」を起点とする婚姻までのプロセスのなかで内縁を捉えていたので、すでに内縁に入っている事例でも、法的には「婚約」の不履行とする例（[26][41][115]等）も散見されたが、このことによって婚約と内縁の区別が曖昧であると即断してはならない。双方の区別が前提とされたうえで、当事者が、ことに婚約段階の問題点を捉えて婚約不履行として請求した場合には（特に[115]参照）、裁判所は、それに応接したものと思われ、婚姻予約法理のもとでは、内縁事例であることを理由に、そうした請求を門前払いはいできないであろう。むしろ、判例のいう「婚姻予約」とは、本来的には婚約を意味し、その履行のプロセスとして内縁（ことに挙式同棲婚）が把握されていたという本稿の視点が逆に実証されたことを意味しよう。ことに、[26]は、そうした趣旨を説示している。そこに内縁を「抱合」する予約法理の柔軟性が見てとれるのであり、かつまた、そのことが当時の婚姻習俗とも整合していたわけである。

（イ）内縁と「足入婚」 大正5年の大審院「足入婚」事件[8]は、非近代的な婚姻習俗の残滓を婚姻予約・内縁法理によって見事に克服したと

いえよう。この事件（横田秀雄裁判長）は民事連合部判決の内縁事例と同時期に大審院で審理されていたわけではないものの、大審院は、「詐欺誘惑の論理」の要件（婚姻意思の欠如）を満たさないとして、不法行為責任に固執した原告女性の請求を排斥したが、その半面で「違約構成」に限定した民事連合部判決の趣意を具体的に明らかにしたといえよう。また、「アシイレ」が基本的には婚姻儀式の一段階に過ぎないとする戦後の民族学説の所説とも調和するものであった。しかも、この判決の直後に前記の〔１〕（いわゆる「知られざる婚約・婚姻予約有効判決」）が登場している。「試婚論」が婚姻予約論によってすでに克服されていたと確信したゆえんでもある。

（ウ）内縁関係の態様 裁判例での内縁は、典型的な挙式同棲婚が主流であるが、単なる同棲婚（〔74〕〔75〕が参考例）もあり、そのほか離婚後も夫婦共同生活を継続している例（〔3〕〔48〕）、「事実上の入夫婚姻」の例（〔9〕〔86〕）もみられた。「選択的内縁」とも推測される例も登場しているし（〔52〕）、寺の住職との内縁関係も、この種のタイプに属する可能性が高い（〔125〕参照）。一方、婚姻意思による同棲とは、必ずしも同居を厳格に解するものではなく、「別居夫婦」でも内縁の成立を認める下級審裁判例がある（〔68〕〔69〕〔70〕）。

なお、通常、学説では「経過的内縁」とそれ以外の内縁（いわゆる終生的内縁）とに区別される傾向があるが、これは学理的区別であり、判例では、いずれであれ、婚姻を目的とする事実婚であるとともに、それ自体の社会的ないし法的独自性の意義が問題となる。

（エ）内縁と「私通・妾」 私通関係や妾関係は、公的な婚姻秩序の埒外にある男女関係であり、それ自体としては法的保護を享受しえない（〔4〕〔5〕〔57〕〔58〕〔59〕）。婚姻予約概念では捉えることのできない関係であり^{（345）}、「社会的婚姻」としての内縁とは、法的にはいうまでもなく、社会的事実としても、峻別されている（〔60〕を参照のこと）。ただし、具体的にはその区別が曖昧となることもあり、単なる同棲カップルでは、私通

と区別するために「公然性」という識別基準を強調する例もあった（[71] [72]）。

なお、裁判例では、私通・妾概念は早くから使用され、「内縁」用語も明治から大正期にかけて既に使用されていたが、ことに昭和前期になると内縁用語は一般的に使用されるようになったといえよう（特に昭和15年の民事連合部判決[100]を参照のこと）。

（オ）内縁・私通と金銭給付契約等 私通関係とは異質である内縁の社会的価値は、違約金契約等の金銭・財産給付契約の有効性にも如実に現れている。私通・妾関係では、そうした合意（手切金など）は基本的には無効である。この種の合意を保護するためには、特別の技巧が必要とされる。つまり、妾・私通関係の絶止を「対価」としたり（[59]）、維持したり（[61]）する目的の金銭給付契約は無効とされるが、関係解消に「際して」なされる契約は有効とされ（[4]）、この準則は確定したといえよう。おそらくは、裁判所は、そうした社会的弱者との契約のうちに暫定的な扶養的機能を見ているのであろう。妾との生活費支給契約（[5]）や妾との裁縫による賃金契約が有効とされたのも（[58]）、同趣旨と思われる。

これに対して、内縁ケースでは、婚姻予約無効時代との相違は顕著となっている。予約の履行確保を目的とする契約（[27] [37]）、離別の際の手切金名目の契約（[121] [80]）は有効である。さらに不動産を遺贈（[53]）や贈与（[114]）した例もある。そうした「特別の合意」は、社会的婚姻の独自性を前提にしているが、他面で内縁関係の法的脆弱性を示すものであり、なかには内縁とはいうものの内縁解消を解除条件とする贈与契約の例（[52]）もみられるところ、これは不安定な男女関係をカバーする趣旨の契約というしかなかろう。およそ男女関係は、いつ破綻するかもしれない。婚姻夫婦の場合でも、夫の責めで離婚したときには妻に一定の金員を給付する旨の契約を婚姻継続中に締結したという事案では、その契約が婚姻の永続を図る趣旨であるので公序良俗に反しないとした例も見られる（大

〈2民〉判大正6・9・6民録23輯1331頁）。内縁では、一方的かつ不当な破棄でも解消せざるをえないので、内縁関係の成立時や継続中に違約金契約をする意義が特に認められる。いつ解消してもやむを得ない私通とは、本質的に異質な男女関係であり、あくまでも終生の結合となるはずの社会的婚姻ではあるが、民法上、離別・解消後では何らの財産的保護は期待できなかったのも、暫定的な生活保障については、当時では、そうした契約に頼るしかなかったのである。なお、先述した私通関係での特別の技巧も、女性救済のための扶養的意義をもつという機能面では、一般に婚外の男女関係に共通するものであろう。そこに大審院の基本的姿勢がみられる。

（3）「重婚的内縁」保護の二面性

内縁が「社会的婚姻」として保護される論理が定着しても、それはあくまでも「通常内縁」を前提とする。民法は、他方で、近代的な婚姻秩序（一夫一婦制）を基調としているので、判例でも、婚姻法秩序と直接的に矛盾する重婚的な婚姻予約（[56]）ないし内縁関係は基本的に公序良俗違反とされている（[116][117][118][120][121]）。重婚的内縁の存在は婚姻の離婚原因にもなる（参照例[119]）。

ただし、重婚的内縁の保護の可能性については、昭和前期の裁判例によって、二つの方向性が明らかとなっている。一つは、婚姻関係の方が事実上の協議離婚にあるか、またはこれに類する場合にあるときは、必ずしも公序違反とはいえないとされる（[117][121]）。他は、婚姻当事者が婚姻の事実を秘して内縁関係に入る場合である（[56][118][120]）。

前者については、本稿は、婚姻関係がその実体のみならず、戸籍上でも夫婦という身分関係が形骸化した結果、内縁の方に実体も形式的な身分も実質的に移行したことによるものと推論した。かぎりなく「通常内縁」に接近しているので、「届出義務」を観念しうる内縁と同視したわけである。[117]は離籍取消請求事件との関連で説示したものであるが、その趣旨を承けて、下級審裁判例では、真正面から重婚的内縁の有効性を認めた例

[121]があるので、この種の事件の先例と評価しうるのであろう⁽³⁴⁶⁾。後者のタイプは、「詐欺誘惑の論理」（故意不法行為責任）による救済であり、民法708条と交錯し、当時では妻帯の事実を知悉している悪意者は保護されないという限界があるが（[118]）、婚姻の形骸化は問われない。この論理で善意の内縁の妻を保護した下級審裁判例（[120]など）がある。

いずれにせよ、上記の二つの方向性は重なる部分もあるが、「問題類型」としては区別できるところ、その展開・深化は、戦後の裁判例をまたねばならない。

2 婚姻予約法理の特質

(1) 身分行為性・「違約」構成と「信義則」

「民事連合部判決」は、予約の破棄責任の論拠を「違約」構成に限定した。これを承けて、その後の大審院判決[22]（大正前期）や[39]（大正後期）によれば、婚姻予約は「債権契約」ではないとされ、また、[33]（大正後期）は予約上の権利を「親族上ノ権利」とした。加えて、婚姻予約につき、民法には特別の規定は用意されていないので、[102]（昭和前期）が、「婚姻スヘキ義務」を前提として内縁の不当破棄を「信義則」によってサンクションしたが、これは身分契約説を採る「横田論文」の影響であろう。下級審判決にも、信義とともに「身分契約」と明言する例や信義に言及する例もある⁽³⁴⁷⁾。民事連合部判決が予約の「誠実履行義務」につき説示したり、先述した著名な大審院判決（昭和6年）が「誠心誠意」性を強調したりしたのも、信義則を後景にしていたことによるものであろう。

それ故、予約の不履行とは、「貞操蹂躪」も内含され、民事連合部判決が実質的被害法益として「名誉」にも言及していたことから判断して、「横田論文」が明らかにしているように、決して「債務不履行」責任ではないことに注意しなければならない。実際、[77]事件（大正8年）の上告理由は、損害賠償義務は債務不履行か不法行為によるしかないが、原判決は婚姻予

約の破棄というのみであり、いかなる根拠によるのか明らかにしていないと争ったが、大審院は、「違約ヲ原因トス（ル）」旨を明確にして、上告を棄却している由縁を決して見逃してはならない。そうした違約による損害賠償には当然に「慰料」も含まれ、また、精神的苦痛の程度や額を証明する必要はないし（[78]）、損害賠償を請求するためには「解除」も不要である（[25][76][77][101]）とされたが、これも予約が特殊の身分行為であることによるものであろう。判例がことさらに「違約」という用語を使用し、「名誉」侵害に言及したゆえんでもある。「婚姻予約としての内縁」は、単純なる契約・予約ではなく、「身体・自由・名誉」も付帯した新規・独自の法的構成物となっているわけである。

なお、戦後の学説では、婚姻予約不履行を単に「債務不履行」と表現する傾向があり⁽³⁴⁸⁾、不用意な下級審裁判例もなくはないが、大審院も最高裁も、「婚姻予約不履行」とするものの、単純に「債務不履行」という用語は使用していないので、そうした用語を軽々に使用してはならない。そもそも実務上は「請求原因」を異にするという論理的節目があまりにも軽々に扱われてきたのではなかろうか。

（２）予約の「内容」としての「事実上の夫婦共同生活」

婚姻予約の成立によって同棲が開始すれば、「事実上の夫婦」としての共同生活が営まれることになるので、このかぎりでは内縁夫婦は婚姻夫婦と異ならない。[11]判決が指摘するように（同趣旨の判決[28]など）、内縁夫婦の共同生活は婚姻予約の「内容」（予約の履行プロセス）となり、この夫婦共同生活それ自体に起因する種々の問題も、婚姻予約法理のなかで解決されることとなる。つまり、判例にいう「婚姻予約」とは、婚約のみならず内縁も含む概念であることが具体的に実証されたわけであり、ここにいう婚姻予約概念とは、日本の婚姻慣行（婚約・婚姻儀礼）を前提として形成された日本法独特の特殊な意義をもたされているわけである。このことは、すでに「民事連合部判決」によっても示唆されていた事情について

は、本稿は繰り返して言及してきた。学説準婚理論が予約構成を「仮託論」と称してこぞって批判的としたのは、ドイツ法流の概念主義的思弁によるものであり、通説的内縁学説は、持論に固執し過ぎた結果、判例の客観的現実を正しく捉えることができなかったように思われる。

むしろ、内縁を婚姻予約法理のうちに捉えたことによって、「事実婚主義」を克服して登場した届出婚制度の特質がいっそう鮮明になり、ひいては「届出義務論」と相まって、すでに戦前においても届出の重要性の認識が庶民レベルでも一定程度の拡がりを見せたうえで、さらに戦後では真の意味で届出が国民生活に定着したともいえないのである。

かくして、「プロセスとしての内縁」論では、損害賠償という事後的・消極的な救済にとどまったものの、内縁の夫婦共同生活それ自体の独自固有の法的評価は、婚姻夫婦のそれと共通する部分があるので、このレベルでの問題は、まさしく内縁の法的独自性の有無・成否と連携するわけであるが、ただ、少なくとも戦前では、基本的には内縁の「社会的独自性」レベルによって解決される限度にとどまった。この点については、次節以下で、あらためて折りに触れて整理・検討することとしよう。

(3) 挙式同棲婚と同棲婚

(ア) 婚姻儀礼の法的意義 婚姻予約の積極要件としては「婚姻意思」という主観的事実が軸となるので、それを根拠づける考慮事情（「評価根拠事実」）が問題となり、とくに婚姻儀礼が重視されているが、「事実婚主義判決」時代から、「正式の結婚式」による「同棲の開始」が基本的には事実婚の成否を左右してきた。内縁・婚姻予約法理もこれを承けて当時の婚姻慣行をベースとしているといえよう。民事連合部判決によれば、婚約から「婚姻の儀式」を経て「事実上夫婦同様ノ生活ヲ開始スルニ至ル」ことが、「婚姻ノ成立」においては「普通ニ行ハルル事例」とされたゆえんでもあり、この基本的な立場が戦前の裁判例一般に通底している。それゆえ、「結納取替挙式同棲ノ事実アル以上ハ当然ニ婚姻ノ予約ノ成立シタル

モノト推断スルヲ妥当トスル」（東京地判大正７・５・１５評論７巻民334頁）と判断されるわけである。

ただし、「儀式不要判決」〔24〕によって、そうした儀礼は予約の要件事実ではなく単に婚姻意思を証明するための証拠となったが、それにもかかわらず、親族立会のもとでの儀式がなされていない同棲については、「社会的婚姻」の成否の判断（予約の「成立事情」）において、裁判所は相当程度に慎重である（〔71〕〔72〕〔73〕は消極例）。婚姻予約は、一身上の重大な行為であるので、単なる口約や同棲のみで成立しないのが普通である。当時の一般社会では、媒酌による婚姻儀礼が普通であったので、正式の婚姻儀礼を済ませていないと、「野合」といわれてもやむを得なかった。裁判所に登場する男女の多くが媒酌結婚を済ませているのは、そうした婚姻習俗の反映であろう。戸主の同意要件との関連であるが、「結婚式ハ男女ノ婚姻ノ合意ヲ象徴スルモノ」とした大審院判決〔42〕もある。

（イ）挙式と婚姻届出　儀式同棲婚と単なる同棲婚とが、社会的に峻別されていた時代では、婚礼儀式が単なる証拠だと言い切ってしまえない事情があり、それがもつ実体法的意義にも注視せざるをえない。本稿は、挙式同棲婚を「典型的内縁」と称して、単なる同棲婚と区別したゆえんである。『挙式同棲から届出へ』という標語は挙式同棲婚を前提とするので、単なる同棲の開始のみでは当然にはそうした標語（「遅滞なく届出をなす義務」）は当てはまらないことから、挙式同棲婚と単なる同棲婚とは、実体法的にみても原則と例外との区別があるように思われるが、なお綿密な精査が必要であろう。

（４）婚姻との「峻別」

（ア）内縁と婚姻の成立要件　学説の批判にもかかわらず、判例は、一方では予約の成立要件や成立事情を具体的に明確にしつつ、他方では、その効果についても、個別事案に応じて処理してきた。すでに戦前において婚姻予約法理の全体像が描き出されていたといえよう。大審院の基本的姿

勢は、内縁は「事実上ノ婚姻」ではあるものの、あくまでも「婚姻予約としての内縁」は法的には決して婚姻と同視できるような男女類型ではないということであり、婚姻予約の成立要件についても、婚姻予約が婚姻ではないことを明確にしたうえで、婚姻適齢（[22]）、同意要件（[23][65]）、および待婚期間（[66]）の各婚姻障害規定は適用されないとした。こうした「峻別の論理」は、事実婚主義を克服して届出婚主義を導入した明治民法の下では、いわば自然の成り行きであり、かつ論理的にも当然の帰結であったように思われる⁽³⁴⁹⁾。ただし、婚姻予約は、婚姻契約と同じく「身分行為」であり、民事連合部判決の指摘する「真の婚姻意思」が必須の要件であるので、一定の年齢を前提とする行為能力が必要となり、具体的には15歳程度が基準とされている（[22]）。

なお「戸主の同意」は、婚姻と同様に婚姻予約でも必要とされているので、その要件を満たさない内縁関係によって離籍されることもあり、離籍取消請求事件が散見される（[6][42]。[117]も参照のこと）。ただし、これは、婚姻・婚姻予約それ自体の要件というよりも、むしろ一般的な家族制度による統制の結果であり、戦後では、もはや論外である。

ところで、準婚学説は、内縁の成立要件をどのように捉えていたであろうか。この問題は、準婚学説のなかでも争いがある。「中川善之助」や「我妻栄」は、内縁保護は現実に自生した夫婦関係を処理する問題であるので、その成立要件も法律の前にあるとして、婚姻法所定の消極要件は不要であり、重婚的・近親婚的内縁も基本的には有効であるとする⁽³⁵⁰⁾。これに対して、「杉之原舜一」は、現実に自生した内縁をすべて保護するのが内縁問題ではなく、自生した内縁を法律上いかにして保護するかは、内縁を準婚関係と解するかぎりは、現行民法の理想を考慮せざるを得ないとして、婚姻に固有な規定の準用をみとめる⁽³⁵¹⁾。準婚説の論理に従えば、杉之原の見解が首尾一貫しているのではないか。内縁の効果を婚姻法に依拠させながら、その要件を婚外の事実に求めるというのは、「公的な婚姻秩序」

を軽視すること甚だしいといわざるを得ないからである。

（イ）内縁配偶者と「親族」　婚姻予約論の下では、内縁配偶者は民法所定の「親族」とはならない。内縁夫婦には「夫・妻としての地位」は認められていないのである。準婚学説が強引にも内縁の妻を「扶養すべき親族」としたと称する例（[29]）も、また、内縁配偶者を親族会決議の「利害関係人」ですらないとした大審院判決[32]も、内縁と婚姻とを明確に峻別する。さらに内縁寡婦にいわゆる「居住権」を認めたとされる例も、内縁の妻を亡夫の父の「家族の事実上の妻」としたが、家族とも親族ともいっていない（後述参照）。

（ウ）「婚姻成立」論と婚姻予約　婚姻予約と婚姻との峻別は、婚姻の成立論とも密接にリンクしている。大審院判決によれば、婚姻意思と届出が一体となり（[123]を参照のこと）、たとい社会的婚姻が成立して、予約当事者が「事実上の夫婦」として共同生活を営んでいても、一方当事者が無断で婚姻の届出をすれば、両親や周りの親族の承諾があろうとも、他方当事者の最終的意思決定が尊重されるので、その婚姻は無効となる（[63]）。夫が妻による無断届出を知りながら同棲を継続していた例でも無効とされている（[122]）。しかし、代書代印でも（[17][18]）、他人に委託しても（[124]）、届出時に本人の意思があれば、有効である。このような一貫した姿勢は、実は厳格な届出婚主義下の「婚姻予約無効判決」時代に遡る。大審院（大判明治35・3・8民録8輯3巻16頁）は、届出当時の当事者の婚姻意思（「婚姻の自由」）を最大限に尊重して、「婚姻」との関連では、その前段階の婚姻予約による拘束を否定・無効としたが、予約を合法とした民事連合部判決も、届出時における本人の自由意思が尊重されるべきであるという立場は承継した。明治民法の理想は個人の自由意思を基調とする近代的な婚姻制度の確立であったので、種々の家的統制や婚姻習俗からは免れなかったものの、とにかく届出と婚姻意思との結合には合理性があると判断されたものであろう。

そうした自由意思を決め手とする婚姻成立論は、両親・親族の意向に強く左右されていた当時の婚姻習俗のもとでは、一方では女性の最終的決断を保障することにつながる場合もあったが（[63]）、他方では内縁の妻は夫の家側から勝手気ままに放逐されるという結果を招来し、内縁子も不遇な境遇を余儀なくされた。本稿が検討した裁判例は、その一断面である。事実婚主義判決とのあまりの懸絶に驚くばかりである。

ただし、ここにいう西欧法流の「婚姻の自由」なるものから内縁の一方的破棄の「自由」を演繹してはならない。届出婚に至るまでの当事者双方の行為態様と婚姻習俗はそうした「自由」に内在的掣肘を加えているのであり、それが日本法固有の「婚姻予約法理」であると理解しなければならないであろう。それ故、単なる「婚姻の自由」ではありえない。内縁無効時代に社会的な性的素乱を経験した日本法では、婚姻法秩序を自覚的に形成するための「自由と責任」でなければならない。予約によって事実上の夫婦という身分的關係をみずからの意思によって自由に形成した当事者であるからこそ、一方的破棄責任の主体とならなければならないわけであり、そのための論拠をわが国の判例が創造したのである。

（5）婚姻との連携

内縁と婚姻との峻別を堅持するものの、他方では、内縁関係は、社会的婚姻レベルでは婚姻夫婦のそれと異ならないので（[28]）、婚姻法の特質との共通性が認められる。「真の婚姻意思」が要件事実となり、これと関連して同居・協力・扶助義務は届出の前後で区別することはできないと解されている（[85][86]）。要するに、「夫婦としての交情」、「夫婦としての協同生活」が念頭におかれているのであろう。

それ故、婚姻予約による事実上の夫婦生活は「適法」となり、それと矛盾する男女関係は排斥され、他の異性との関係は違法となるので、内縁夫婦にも守操義務が課される（[33][90]）。ただし、婚姻では「夫・妻としての権利」侵害であるが（[62]）、内縁では「婚姻を求める権利」侵害

（〔33〕）と構成されるとともに、婚姻では「誠実義務」違反、内縁では「誠実履行義務」違反となるので、その法的構成が異なる半面、双方の連携は明確である。

婚姻後に出生した内縁子を「嫡出子」とした判決（〔100〕）も、届出との関連で届出前の内縁関係（婚姻を目的とする婚姻予約法理）を重視した結果であり、婚姻と内縁とを架橋する。

加えて、何よりも婚姻予約法理の骨格ともいえる「届出義務」論（後述参照）も婚姻と内縁との連携のなかで理解されねばならないわけである。

要するに、判例婚姻予約法理とは、内縁それ自体を保護する場合でも、内縁を婚姻と同視することではなく、双方の区別を峻別しながら、婚姻へ至る間隙を調整する論理でしかなかったといわざるを得ない。「事実上の婚姻」とはいうものの、予約的性質に軸足を置いているので、決して内縁に直接、婚姻法的保護を与える前提とはなっていないのである。

3 内縁の法的保護

内縁の保護も、基本的には内縁の「社会的独自性」に起因するサンクションであり、準婚学説のいうような婚姻と同視した結果によるものではない。あらためて概観しておこう。

(1) 不当破棄による損害賠償

予約の不履行責任としては、財産損害もさることながら、慰籍料が当然に認められ、特約による免責が不許である点に特徴がみられる。慰籍料の額は、初婚か否か、同棲期間、破棄の経緯、妊娠ないし中絶の事実、当事者ないし家の職業・資産・所得など、種々の事情を総合的に考慮して判断されるが⁽³⁵²⁾、単に不当破棄による精神的苦痛による損害賠償だけではなく、通常は将来の暫定的な生活保障の意義も有しているといえよう。その判断は基本的には事実審の専決事項であり、かつ、裁判官の自由裁量による（〔78〕）。ただし、その根拠に不合理な点があれば、上告審で破棄され

ることなくはないであろう。

一方、当事者が合意で内縁を解消している場合には、合意解消が不当破棄の形式的な名目にすぎないときは格別、慰藉料を留保したことを立証しないかぎり、その請求が認められないのが原則であり（[79]）、とくに何らかの金員が授受されたうで解消しているときには、その立証も困難となろう（[80][81]）。

（2）内縁の基本的な効果

（ア）同居・協力・扶助義務　内縁が「事実上の婚姻」であるかぎり、夫婦相互の同居・協力・扶助の義務を観念しないでは、そもそも社会的婚姻は成り立たない。この限りでは、婚姻夫婦（旧法789・790条）の共同生活と異ならない（[28]）。生活必要費との関連で協力・扶助の義務が指摘されたり（後述「(3) 内縁夫婦の財産問題」を参照）、家事労働に服する義務との関連で夫婦同居が強調されたりする（[28]）。ただし、この種の抽象的義務は理念的な面が強いので⁽³⁵³⁾、たとえば、妻は夫と同居するのは「当然である」ので夫と同居していても当該家屋の共同占有の関係にはない（不法占有の責任はない）とするなどの結論の前提とされることもある（[89]）⁽³⁵⁴⁾。

（イ）守操義務　内縁夫婦は、事実上の婚姻夫婦であるので、二重の婚姻予約関係は想定されていないし、婚姻夫婦と同様に相互に貞操を守る義務を負担する（[33][90]）。これを否定するならば、社会的婚姻の存在意義がなくなるからである。大審院は、これを予約に基づく「婚姻を求めうる権利」と観念しているが（[33]）、内縁ケースでは、その実体は「貞操義務」である。この種の予約上の権利を「人格権」とする下級審判決（[90]）もある。

（ウ）家事労働に服する義務　夫の家に同居する妻は夫の家の労務に服することも予定されている。家事労働のほかに、たとえば、農家や商家ならば家業のために相応の労務に従事することも求められている。これを拒

絶するならば、離別の正当事由の考慮事情となってもやむを得ないが、ただ、過度の労務の要求は、これを拒絶しても予約不履行とはならない（[88]）。通常の家事労働は内縁関係に必然的な義務であるので、それを根拠にして不当利得や損害賠償を請求することもできない（[11][28][85]）。

（３）内縁夫婦の財産問題

（ア）夫婦財産制　法定財産制では、婚姻夫婦は夫婦別産制の下にあるが（旧法807条1項）、妻は夫の財産管理権に服するとともに（旧法801条）、所有帰属不明の財産は夫（女戸主）所有と推定される（旧法807条2項）。こうした規制は家的統制の色彩が濃厚であり、妻の「行為能力」も制限されていた（旧法14条）。しかしながら、内縁夫婦の場合には、法律婚ではないので夫の財産管理権は及ばないとした例（[109]）や、財産行為につき夫の「許可」を不要とする下級審裁判例（本稿注243参照）もあり、婚姻夫婦と峻別している。ただし、所有推定規定については、ことに差押手続等における債権者との紛争事例では、これを念頭においていると思われる裁判例が散見されるものの（[3][48][49][110]）、直接に婚姻規定は準用されていない。というよりも、むしろその準用を避けているようにも思われる事例（[50]）もあった。

なお、離別にあたっては、妻が婚家に残した持参品などの物品の取戻しが問題となっているが、裁判になる例は珍しいものの、この種の事例は、すでに明治期から登場している⁽³⁵⁵⁾。実際の生活では、当事者にとってきわめて重要な問題となり、妻が持参物件（特有財産）を持ち帰ることは、離別の意思を固めたときでもある。その反面で、離別後は夫側には妻の所有物を占有する権限はないとされる（[51]）。

（イ）生活費・治療費・出産費の負担義務　上記の夫の財産管理権と関連して、婚姻夫婦では、共同生活に必要な「婚姻費用・生活費用」は夫（または女戸主）が負担することとなっていた（旧法798条）。しかし、他方で、民法は夫婦の相互扶養義務（旧法790条）を定めていたが、両原則の関連

は必ずしも明確ではない。

内縁については、生活費の負担義務や扶養義務は夫婦共同生活を維持するための当然の義務であり、この種の義務なくしては、そもそも社会的婚姻は成り立たない。もちろん合意があれば、その支払義務が認められるが〔68〕、合意がなくとも、具体的には資力のある者が負担することとなる。生活費については、家事労働による出捐と同様に、不当利得の問題として請求される面もあるが、夫婦相互の「協力・扶助義務」により夫婦共同生活が「夫婦双方の共同利益」のために営まれる、という基本観念がベースとなり、不当利得は成立しないとされている〔85〕〔86〕。ここにいう「夫婦共同の利益」とは、社会的婚姻の独自性と同義であり、そうした準則は社会的婚姻それ自体から流露するものといえよう。〔86〕は、生活費用負担の婚姻規定を引用しているが、むしろこれは「夫婦協同体」に基づいて女戸主に生活費の負担を認めた結論のダメ押しといえよう。

一方、「療養看護費」については、妻の実家と夫との「委託」ないし「委託の趣旨」を根拠にして亡妻の治療費・火葬費相当額の損害賠償請求を認容した例〔87〕や、出産費用については、妻の実家に出産を委託したので委任契約を事実推認した事例〔113〕も、社会的婚姻があってこそその委託・委任である。夫婦相互の協力・扶助義務を念頭におくものであろう。

（ウ）死亡解消時の内縁保護　内縁当事者の相続権は否定される。このことを前提とする判決例がある〔93〕〔94〕。〔93〕は、選定家督相続人となりうる可能性を認めた判決例であるが、特殊の例である。そこで、夫は自分の死後における妻の生活を保障する方途を講じることもある。妻に相当規模の農用地と宅地を遺贈した例〔53〕や居住用建物を生前贈与した例〔114〕は、その典型例である。なお、夫が事故死した場合には、事実上扶養を受けうる生活利益としての財産損害（709条）は認められる可能性があるが、親族としての慰藉料は否定されている〔94〕。

（4）内縁寡婦の「居住利益」と内縁子の保護

（ア）「内縁寡婦の居住利益」 「内縁寡婦の居住権」を認めたとされる大審院判決[95]については、後述するが、もともと、この当時では、賃借権・借家権それ自体が「正当事由」条項によって保護されるような強固な権利ではなかったもので、同居家族がそれを援用できるような立場にもなかった（[54]を参照）。むしろ、本稿は、夫が生前に宅地・居住用建物を遺贈・贈与している事例に注目した（[53][114]）。双方とも未公表判決であったことが、惜しまれる。いずれにせよ、所有配偶者が死亡した場合には、妻は一朝にして居住権限を失う事態に直面するので、そうした裁判例は、すでに戦前でも、「内縁寡婦の居住権」問題が潜在していた事情を示唆しているとしても（[55]参照）、いまだ居住権保護を声高に叫ぶような法状況にはない。

（イ）内縁子の保護 周知のように、当時、大審院は、私生子の認知請求を容易には認めなかったが、内縁子であれば、父子関係は事実推認された（[31][97][98]）。また、たとい認知前であれ、内縁子には事実上の生活利益に対する不法行為的保護を認めたり（[95]）、父の扶養義務を認めたりした（[96]）。このような保護も、内縁の社会的独自性に依拠した効果であろう。一方、「事実婚主義判決」では、内縁子は「嫡出子」と認定されている（[64][125][126]）。

4 社会的婚姻の独自性

（1）婚姻予約と「夫婦共同生活」

「民事連合部判決」のいう事実婚は、法的には「プロセスとしての内縁」にとどまったが、すでに内縁夫婦の同棲は「事実上夫婦同様の生活」と解されていたところ、やがて、それは「予約の内容」と構成され（[11]）、婚姻夫婦の共同生活と異なることはないと考えられた（[28]）。この大審院判決[11]・[28]では、妻が夫の家の「家事労働」に従事することが前提とされており、まさしく「内縁の社会的独自性」を象徴する例といえよう。「事

実上の入夫婚姻目的の同棲」とした例（[9]）も妻を「扶養すべき者」とした例（[29]）も同様である。そこで、内縁の「要件」も「効果」も、そうした「社会的独自性」に規定されているのである。婚姻予約の「要件論」との関係では、先述の「婚姻の消極的要件」を不要とした一連の大審院判決例や、私通・妾関係と内縁とを明確に峻別する判例の立場も、別の面からみれば、内縁の社会的独自性を前提にしていたわけである。

他方で、内縁の「効果論」では、種々の問題類型との関連で一定の保護が認められているが、そうした保護も社会的婚姻に起因するサンクションである。さらに、一方が他方の訴訟における「証人資格」をもつかの紛争も（[13][14]）、事実上の夫婦生活に起因するものであり、そこでの準則もあくまでも社会的共同生活レベルの準則にとどまるのである。決して婚姻と内縁を同視した結果ではない。また、不当破棄責任についても、「離婚原因」を直接に引用した例はなく（[12]参照）、むしろそれを避けているような例（[91]）すらあるのも同様の事情によるものであろう。

加えて、先述のように、結納返還請求事件でも、婚姻と峻別される婚姻予約（「事実上ノ婚姻」）としての内縁の社会的独自性が顕著となっている。内縁夫婦間の代理問題でも、「表見代理」の成否が論点となるのも（積極例[111]、消極例[112]）、同様であろう。一方、私生子認知請求事件でも、挙式同棲婚であれば、容易に父子関係が事実推認されているし（[31][96][97][98]）、婚姻届出後に出生した内縁懐胎子を「嫡出子」とした判例は（[100]）、「嫡出推定規定」それ自体を準用していないので、婚姻との区別を前提としながら、規定の趣意を承けて「婚姻と内縁との間隙」を見事に架橋している。

以上のような紛争は、婚姻予約を合法としたかぎりでは、当然のこととして予測された紛争であり、本稿が検討したかぎりでは、概ね妥当な判断をしてきたと思われるが、要するに、内縁が社会生活レベルで独自の価値を有していたことの証左となるわけである。婚姻予約概念が内縁関係を

「抱合」している、と本稿が把握したゆえんである。

（２）社会的婚姻の法的脆弱性

内縁は、たしかに合法とされ不当破棄に対する法的保護を享受するとともに、社会的婚姻として法的にも一定の評価がなされてきた。しかし、あくまでも婚姻予約論にとどまるので、たとい「事実上の婚姻夫婦」であっても、おのずからその保護にも内在的制約が課される。内縁夫婦には、婚姻夫婦のような財産的保護は基本的に否定される。内縁寡婦は、亡夫の「親族・配偶者」ではないので、その家での「家族」としての扶養も期待できないし、婚姻住居からの立退きを「法的手続」によって余儀なくされてもやむを得ないであろう。せいぜい権利濫用ないし信義則による一般法理による保護を期待するしかない。また、内縁子はそのままでは「私生子」ととどまるので、父が死亡すれば、当時では（昭和17年改正までは）認知の方途がなかった（戦後でも死後認知は3年の期間制限に服する）。さらに、[32]判決は、「事実上ノ夫婦関係アリタルノミニテハ」親族会議の参加資格は認められない、とする。一方、婚姻予約に付帯する違約金契約も、内縁関係の脆弱性を補完しようとするものであろう。

５ いわゆる「準婚的判決」について

（１）内縁の社会的独自性と法的独自性

判例では、先述のように、内縁の効果は、準婚学説のいう婚姻法的效果ではなく、基本的には社会的婚姻レベルでの保護にとどまり、いまだいうところの「届出なき婚姻」にまでは立ち至っていない。それ故、本稿は、内縁が法的にも独自の関係として保護されるまでにはなっていないので、内縁の二面性を指摘した。準婚学説は、社会的婚姻としての内縁が一定の保護を享受すると、直ちに婚姻法保護が与えられたものと評価して、これを「準婚的判決」と称する傾向が顕著である。そうした評価が内縁の妻を家制度から事実上解放することに寄与したこと、また、そのことによっ

て判例婚姻予約法理を事実上は下支えしたことの歴史的意義は認めざるをえないであろう。しかしながら、一部の判決例を取り上げて、「準婚的判決」を宣告したとか、婚姻予約法理では説明できないとかの批難を浴びせて、持論の正当性を強調したが、そうした基本的姿勢には問題が残されていた。いかに解釈論は自由ではあるとしても、そこにはおのずと内在的制約があり、判例の客観的現実と自説の主観的願望とは、明確に峻別しなければならなかったはずである。

実際、すでに繰り返して言及してきたように、内縁学説が「準婚的判決」と称した裁判例は、内縁に婚姻規定を準用したもの（「内縁の法的独自性」）ではない。むしろ、かえって大審院は婚姻と婚姻予約・内縁とを明確に峻別してきた。それこそが婚姻を目的とするにすぎない「婚姻予約法理」であるからである。

重複をおそれず、あらためて総括しながら検討してみよう。まず内縁夫婦間の「扶養義務」を取り上げよう。この義務は、いわれるような婚姻法的義務というよりも、社会的婚姻としての内縁自体からいわば自然に流露するサンクションにすぎない。婚姻予約による「事実上の夫婦共同生活」を前提とすれば、資力ある者が他方を扶養する義務があるのは、当然のことであり（[85][86][87]）、社会的にもそのように評価されるべきものであろう。届出の前後で区別できるような義務ではないからである。したがって、内縁学説が「扶養義務」を認めたとする大審院判決[29]を準婚的判決と評して、「内縁の妻はその夫の『扶養すべき親族』（民310）に含まれる」と解釈したのは⁽³⁵⁶⁾、明らかに行きすぎ（誤謬）であり、同判決は「親族」なる用語を使用していない。事実、原審は、親族でないとしたうえで、「是等ト同一視スヘキモノ」とし、大審院は、さらに慎重に「所謂債務者ノ扶養スヘキ者ニ包含セラルヘキモノ」という婉曲的な語法を使用しているにすぎない。これを「ごまかし」という「中川善之助」の評価は⁽³⁵⁷⁾、いかがなものであろうか。現に、中川理論に従う「小石壽夫」ですら、本

判決を客観的に正しく分析しているのである⁽³⁵⁸⁾。

つぎに、事故死した父の未認知の内縁子に対して「事実上の扶養利益」を逸失損害と認めた大審院判決[94]については、「中川善之助」は、内縁の妻子を婚姻上の妻子と同視したと評価し、戦後では「鬼の首を取ったかのように」自画自賛した、という⁽³⁵⁹⁾。しかし、本判決についても、中川の評価には、大きな問題があった。あくまでも、私生子のままの内縁子の「事実上の生活利益」を認める説示のなかで、その限りにおいて、「同視」という用語を使用しているに過ぎないからであり、「法律上の扶養義務」としたわけではなく、いわんや内縁の妻子を婚姻上の妻子と同視したわけでも、決してないのである。事実審からの裁判の過程に鑑みれば、「内縁の社会的独自性」から、その間の未認知の私生子でも、亡父から事実上の扶養を受けうる可能性が推知されるがゆえの保護というしかないであろう。現に原審では民法710条による「親族」の慰養料請求は否定されており、大審院もこの判断を是認している。

さらに、内縁寡婦の「居住権」を認めたとされる大審院判決[95]でも、確かにそのような面もあることは否定するつもりはないとしても、すでに指摘されているように、支配的学説の評価にはやや行きすぎがあったように思われる。事案は、内縁の夫の父親らの非道な「実力行使」による行為態様を批難したものであり、仮に家屋の所有者（父親）が「所有権」に基づいて明渡しを請求した場合にも、同じく「居住しうる権利」によって保護されたかは不分明である。事後的救済の不法行為責任の前提として、そうした権利が観念されたにすぎないのであって、物権的請求権との「対立関係」では、たとい内縁寡婦の「居住継続」を保護するという実質的価値判断があったとしても、せいぜい「権利濫用」による保護にとどまったであろう（最判昭和39・10・13民集18巻8号1578頁参照）。大審院は、社会的には夫婦であったということから、戸主（義父）の「家族（亡夫）の事実上の妻」に対する理不尽な放逐行為が法の固有の価値である「社会正義」に

背戻する、と判断した結果と思われる。つまり「内縁の社会的独自性」に起因するサンクションでしかなかったのではなからうか。戦前のわが国では、借家権の保護すら極めて不十分のまま推移したことを思えば、「居住権」なる用語を使用することには特に慎重にならざるをえないであろう⁽³⁶⁰⁾。

(2) 「届出婚主義の緩和」とは何か

著名な学説によれば、内縁の法的保護によって届出婚主義が多少緩和される傾向があり、そこに判例の「苦悩」があったとされる。この評価は、準婚理論の立場から、上記の「準婚的判決」が「届出なき婚姻」に婚姻法的効果を認めざるえなかった事情を指しているのであるが⁽³⁶¹⁾、それに加えて、内縁の成立によって結納の返還請求権が認められないことをもって（[83]を参照のこと）、判例では「ここでも届出主義は緩和され、法律婚以外にも婚姻の成立をみとめざるをえなかった判例の苦悩がうかがわれる」とまで極論する⁽³⁶²⁾。学説準婚理論では、もともと社会的婚姻と届出婚との区別を曖昧しているので、そうした評価となるのであろうが、本稿は、個別の具体例の分析を通して、そのような評価は判例の客観的現実とはズレがあることを論証したつもりである（先述の整理・概要も参照のこと）。また、結納返還請求事件でも、いわれるような「苦悩」によって緩和をしているのではなく、むしろ判例の立場は論理的に明確であり、婚姻と内縁とを「峻別」したうえで、「結納の趣旨」から、そうした結論を導いているのである。現に内縁が短期間で解消するなどして、結納目的が達成し得ないときには、その返還請求は認められており（[84]）、逆に、いったん「婚姻」が成立すれば、基本的に返還問題は生じないのである（[84]は明言する）。

6 「届出義務」論と学説準婚理論

(1) 「届出義務」論の一貫性と完結

内縁の社会的独自性は、「届出義務」と密接に連携している。民事連合部判決にいう『挙式同棲から届出へ』のシェーマは、民事連合部判決の直後の大正第一期（[15][16]）から同第二期（[33][34][35][36]）を経て昭和前期（[101]～[108]）までの多数の大審院判決等によって具体化された結果、観念的な「届出義務」は、婚姻予約法理のもとで生成し、かつ完全に確立したといえよう。もはや動かしがたい判例法理となっていたわけである。本稿は、そうした義務は、事実婚主義時代での「入籍権」（送入籍の強制履行）にまで遡るものと解釈した。その時代でも、すでに届出の重要性がある程度は認識されていたのである。

具体的には、婚姻予約を締結したうえで挙式同棲を開始すれば、特段の事情がないかぎりは、「遅滞なく届出をなすべき義務」を負担する（[34][36][105]）。[103]は、たとい「同居拒絶」がなくとも再三にわたる入籍手続の要請を放擲する夫側の行為態様を、「妻タル地位」を与えようとする趣旨の意思表示と解して、予約不履行責任を認める。同時に、婚姻に同意した戸主や親も届出履行に協力すべき義務を負担するとされた（[42][105]）。

ことに届出義務違反が多数の不当破棄事例で問題となっている事情が判明した。夫婦間で「届出の合意」がなされる場合もあり（[78]）、「入籍合意」のうえ事実婚に入った事例（[38]）のほか、届出義務の合意に付帯する「違約金契約」の請求事例（[37]は積極例）もあるくらいである。内縁夫婦（特に妻）にとって、いかに入籍問題が重要であったのかを如実に物語るものであるが、「届出義務」が社会生活にも浸透しつつある事情を窺知しうるわけである。実際、妻側の同居の懇願を拒絶した夫が逆に届出の履行請求・履行拒絶のない事実を根拠にして予約不履行は成立しないと反論した例（[35][40]）もあったが、当然のことながら、そうした反論は排斥されている。

大審院も下級審も、この問題に誠実・適切に応接したゆえんであり、下

級審判決例では、予約不履行を「婚姻届出」の手續をしないこととした例（[43]）のほか、端的に婚姻予約とはやがて届出をして婚姻に入る旨を約することであるとした例（[108]）すらもある。

「届出義務」は、事実婚主義時代での「入籍権」が届出婚制度下で変貌した強制履行に親しまない抽象的義務ではあるが、あくまでも法的義務として定在しているものであり、「中川善之助」のというような単なる「想定上の存在」⁽³⁶³⁾では決してないことも、先述した多数の裁判例から明らかになった。そうした届出義務を通して、婚姻予約としての内縁は婚姻と同様に「公的秩序」に取り込まれて独自の男女類型となり、ひいては婚姻予約法理が社会の性的秩序ないし婚姻秩序の維持にも資する論理ともなっているわけである（[33]を参照のこと）。

（2）届出義務と予約不履行責任

予約不履行裁判では、届出拒絶が起因となっている事例が多いが⁽³⁶⁴⁾、しかし、届出義務不履行によって直ちに「予約不履行」になると判断されているわけではない。予約は「婚姻を目的とする契約」であるので、理由もなく婚姻をなすことを拒絶すること、それ自体が予約不履行となるので、その事実は総合評価である。実際、届出履行が問題とならなくとも、同居拒絶によって予約不履行と認定される事例も少なくない。届出をしない旨の合意も合理性があれば、認められなくはない。ただし、そうした事例でも、「事実上の婚姻」が成立すれば、すでに抽象的には「届出義務」が発生していると観念できるであろう。一方的な同居拒絶が批難されるのは、婚姻をなす義務ないし届出義務がそこに潜在しているからである（[40]参照）。実際、同居拒絶がなくとも、妻側の再三の要請にもかかわらず理由なく届出を遷延させることはいうまでもなく（[103]）、入籍しない旨を「仄めかす」（[104]）ことすらも問題視されているのである。

なお、先述のように、婚姻の消極要件を満たさなくとも、婚姻予約は有効であるので、このような場合には、その段階では届出不能であるとして

も、届出義務の具体的な発生が一時的に抑止されているにすぎないので、同様に届出義務を観念しうるであろう⁽³⁶⁵⁾。また、届出義務は予約不履行ケースでのみで問題となるのではない。内縁が独自に評価される事件でも、それが私通ではないと評価される前提として、この「届出義務」（予約的性質）がそこに存在・潜在し、一般に内縁固有の「社会的価値」を判断するうえでも、この義務（ひいては婚姻法秩序）が前提とされている趣意と理解しなければならないわけである。

（３）人事調停法と「婚姻予約履行事件」

戦乱期の家族紛争を道義・温情を基調として解決することを目的とした人事調停法（１９３９年・昭和１４年）の制定により、一般に「家庭ニ関スル事件」の調停制度が導入された（同法１条）。この調停は、婚姻・離婚はいうまでもなく、内縁関係の紛争にも利用できたところ、具体的な権利義務関係としては認められないような紛争でも可能とされたので、入籍を求める趣旨の申請もできるようになった⁽³⁶⁶⁾。この関係で特に刮目に価するのは「婚姻予約履行事件」と称される調停事件であり⁽³⁶⁷⁾、この種の事件は「婚姻を求めること」を目的としているので、合意が成立すれば、「届出義務」の励行を、また不調に終わっても、その存在意義を、それぞれ具体的に当事者に自覚させるうえで、一定の機能を果たしえたことになるとと思われる。このことは、婚姻予約がやがて届出をして法律上の婚姻に入ることとした判決（〔１０８〕）と軌を一にし、裁判規範としての「届出義務」が裁判外の紛争解決手続にも定着していた証左であり、何よりも実社会で個々の内縁配偶者が「入籍」を強く希求していたことの反映でもある。しかし、準婚学説は以上のことに一顧だにしていない。

（４）婚姻届出の社会的意義

大審院によれば（〔１０３〕）、挙式同棲すれば、届出により「妻たる地位」を与えることが法的に要請されていたが、このことは単に法的レベルの問題のみならず、社会生活上も重要な意義をもっていた。当時の夫婦生活は、

通常は夫の家で営まれ、夫の両親や家族と同居した妻は、経験も浅く、その家の平常の家事につき、当然のことながら、容易には同化し得なかったであろう。その反面、ことに姑の立場からすれば、未熟な若年の妻の立ち振る舞いに対し些細なことでもことに構えて叱責する冷厳な姿勢になる傾向があった事情については、裁判例からも明らかである（[82]では母姉が離別すべしとの不満の声をあげ、[101]では夫・姑が「見込みなし」として時々実家に帰すごとし）。実際、親族の主導により内縁が破綻することも、決して珍しくはなかったのである（[10]は参照例）。このような不安定で孤立した状況下で夫の家側が「入籍」を認めるならば、それは当該家族が妻としての立場を認めたことに等しいのであり（法的にも「家族」となる）、妻にとってどれほど精神的な支えになったかは、容易に推測できよう。とくに若年未熟な初婚の妻が夫の家の家風習慣に同化していくうえでも、入籍の事実は、きわめて重要な意味をもっていたといわざるをえない。大審院（[104]）が、「入籍し難キ旨を仄ス」ような行為態様すらも非難した所以でもある。

それゆえ、婚姻届は、単に身分関係を確保する法的手段に尽きるものではなかったのである。届出は「つけたり」とか、「国家への情報提供」などという見解は、判例のいう「届出義務」の法的意義を見逃しているのみならず、その社会生活上の意義すらも適切に認識・分析していなかったこととなろう。

妻側が「入籍」を求めるのは、挙式によって事実上の夫婦関係が開始すれば、夫婦協同の実生活を営むうえでは、いわば当然のなり行きであり、そのような社会的規範による行為態様を法的に構成することこそが、「理論の責務」である。大審院は、民事連合部判決のいう『挙式同棲から届出へ』のシェーマのもとに、ことに「届出義務」を介して、このことを自ら実践してきたといわざるを得ない。婚姻習俗をベースとする「事実婚主義判決」（入送籍の強制履行）の流れを承けて、制定法のもとでも可能な事実婚規範を実生活のなかから発見したともいえよう。「入籍問題」の理論構

成こそが、明治・大正・昭和前期における大審院の重要な課題であった。何故に、女性救済を旗幟とする準婚学説が、自説に拘泥するばかりで、これを無視したのか、そのことが問われなければならないのである。

7 婚姻予約法理の課題と展望

(1) 公的秩序としての「婚姻予約法」

明治期からの大審院の主要な課題は、「届出婚規範」と「事実婚規範」との矛盾・相克のなかで、いかにして事実婚の保護を根拠づけ、どの範囲までの保護を認めるかにあったといえよう。先述のように、「民事連合部判決」にも、「事実婚主義判決」の影響が色濃く残存するとともに、当時の大審院が、「事実婚主義判決」にも強い関心を寄せながら、過去の豊かな経験のもとに、個別の問題類型に応じて内縁関連事件を処理してきたことだけは、紛れもない歴史的事実であると確言して不可なかろう。

結局のところ、大審院は、当時の婚姻習俗（婚約・結納、婚礼儀式・同棲等）を後景におきながら、婚姻予約とは、やがては「届出によって法律上の婚姻に入るまでの法律関係」とであると構成し（それ故、単なる婚姻への「期待的利益」ではない。）、このことを前提としたうえで、つぎのような日本法固有の準則を創造したといえるであろう。すなわち、婚姻予約（婚約）の成立により、婚姻を目的とする権利義務関係が成立し、予約当事者には、その目的を「誠実」に実現することが求められるとともに、婚姻（届出）に至るまでに挙式するなどして同棲を開始すれば、「事実上の婚姻」が成立するので、この段階に移行すれば、当事者は、「事実上の夫婦」として同居・協力・扶助義務の観念のもとに共同生活を維持継続し、かつ相互に「守操義務」を遵守しながら、基本的には「遅滞なく届出をなす義務」を負担する。その「誠実」な励行が望まれるので、予約不履行（「信義則」違反）により「当然に」慰藉料の支払義務を負担するとともに（「解除」不要、「免責特約」不許）、第三者が予約当事者と情交関係をもったり、あるいは親

族が内縁破棄に加担したりすれば、そうした権利関係を侵害したこととなり、ひいては婚姻の成立（ことに「妻たる地位」の獲得）を妨げることにもなるので、「不法行為責任」を負う。それ故、内縁関係とは、婚姻夫婦のように「夫・妻としての権利」（[62]参照）を生み出すものではないが、一方的に解消できる「自由」なるものが認められているような関係ではないのである。

かくて、そうした効果をもつ婚姻予約とは、大審院判例によれば、債権契約・財産行為ではなく、むしろ「親族上の権利」を生じさせるものであり、したがってまた、「横田秀雄」や当時の裁判官（法曹会決議）が明言するように「身分行為」といっても大過なからう。その身分的な実質的被害法益が「名誉」ないし「守操」であるとされ、民事連合部判決も、ことさらに「名誉」侵害に言及しているので、本稿は、これを「身体と名誉が渾然一体となった身分行為」と構成したが、おそらく大審院も、ほぼ同様の実質的な価値判断をもっていたのではなからうか。つまり、予約という契約的構成をとるものの、これを「公的な婚姻法秩序」のなかに取り込んでいるので、単なる私的な契約ではなく、具体的事案との関連でも、家族・村落共同体のもとでの婚姻習俗（媒酌結婚）を軸とする社会的秩序というフィルターを通して当事者双方の合意を評価していたように思われる。通過儀礼のないケースでは、「公然性」なる識別基準をことさらに強調する判決例もあるからである。むろん、社会的秩序は時代的制約のもとにあり、戦後の社会秩序は大きく変貌した。別氏姓夫婦ひとつとってみても、内縁夫婦の実体は単純ではないので、そうした多様な内縁夫婦を判例の内縁法理で把握できるか、綿密な精査が必要となるが、何よりも、「社会的独自性のある男女関係」であるのかを見極めることが先決であり、そうした手法を採ることが戦前からの判例の発展史的視角からいっても、必須の課題となるのである。

（2）婚姻予約法理と最高裁「内縁準婚関係」判決

（ア）敗戦後の婚姻予約法理　中川準婚理論に迎合した戦後の通説的内縁学説は、最高裁（最〈2小〉判昭和33・4・11民集12巻5号789頁）が内縁を「婚姻に準ずる関係」として把握したことから（以下「準婚判決」と略する）、これを「中川判決」と称するなどして、こぞって歓迎した結果、通説的内縁学説でも婚姻予約法理ひいては「届出義務」論はいつの間にか雲散霧消となった⁽³⁶⁸⁾。ところが、「準婚判決」も含めて、当時の最高裁判決は⁽³⁶⁹⁾、「民事連合部判決」を引用していたので、中川準婚理論が目の敵とした「婚姻予約法理」はなお生き残っていた。中川理論によれば、準婚理論と婚姻予約法理とは論理的には矛盾することとなり、現に本判決の上告理由は、そうした論理的矛盾を突いていたが、本判決は、これを排斥した。それにもかかわらず、中川は、「最高裁ははっきりと予約理論を捨てた」とか、「予約論を揚棄する判例に到達した」とかの論評を加えたのである⁽³⁷⁰⁾。はたして、本判決を「中川判決」と断定しうるか、なお綿密な精査が必要となり、詳論は別稿に譲るとして、本稿の立場では、少なくとも、つぎのようにいえるであろう。

内縁の予約的性質は「届出義務」につながり、戦前では、これが確定した判例法理となっていたので、最高裁もこの伝統に従ったものと思われる。ことに、「届出義務」は、先述した戦前の人事調停事件を承けて、敗戦後の家事調停事件（「婚姻予約履行事件」）のなかでも、自己を貫徹していたので⁽³⁷¹⁾、最高裁もこの事実を認識していたはずである。否、家裁の有意な紛争解決機能に鑑みれば、そうした事情を無視することはできなかったであろう。調停では、婚姻・届出履行の合意を取り付けることが可能とされ、婚姻予約・届出義務は、調停実務でも実践的な行為規範としての現実味を帯びるに至っていたといえよう。「婚姻予約による事実婚」は、単なる事実婚・内縁ではなく、「婚姻目的・婚姻届出」に規定されるものであり、このことを通して、届出を国民生活に定着させるという大審院判決以来の「政策的意図」を承継したと考えられるので、この意味でも最高裁が予約

論を堅持したのは、正しい方向を選択していたこととなろう。

(イ)「準婚判決」の論点と「内縁の法的独自性」 「準婚判決」は、内縁の不当破棄責任につき「違約構成」のほかに「不法行為構成」も可能としたこと（「請求権競合」論）、および妻の治療費につき婚費分担規定（民760条）の準用を認めたこと、この二点に限定される。両者はいずれも大審院時代に蓄積されてきた「内縁の社会的独自性」によってすでに用意されていたように思われる。ことに最高裁のいう「婚姻に準ずる関係」という語法は、大審院のいう「事実上ノ婚姻」ときわめて酷似するものであり、戦前の裁判例のように、予約に基づく内縁夫婦（「事実上の婚姻夫婦」）の共同生活は「夫婦共同の利益」のために営まれるので、双方（資力のある当事者）が婚費分担義務を負担するのは当然であると解釈することも可能であったはずである。むしろ、戦後の婚費分担規定（民760条）は、この種の内縁準則を再現したともいえないのである（逆にいえば、内縁準則は男女平等論を先取りしていたこととなろう。）。もっとも、大審院判決は予約的性質に軸足をおいていたのに対して、「準婚判決」は事実婚的性質に軸足を移したので、内縁が法的にも独自の意義を獲得して、直接、新民法の婚姻規定を準用できるようになったことは否定できない（「権利義務関係としての内縁」論の成立）。ただし、いずれの立場でも、片足は予約領域に片足は事実婚領域に置いて両性質の併有が認められているので、「予約に基づく事実婚」論の枠組みは堅持されていると解釈できるわけである（内縁論の内的展開）。

要するに、戦後の「準婚判決」が民事連合部判決の「婚姻予約法理」を否定していないかぎりには、そうした大審院時代の成果を否定するものではないと解するしかないので、内縁が準婚として保護されるか否かは、社会的婚姻を前提としつつ、大審院時代の基本的手法に依拠しながら、個別の婚姻関連規定ないし問題類型ごとに慎重に判断するしかなかろう。判例の婚姻予約法理の立場からいえば、「準婚判決」は上記の婚費分担規定との

関連で単なる一例を示したものに過ぎないのであって、中川準婚理論のように、社会的事実可依拠して内縁を実質的に婚姻と同視するという立場から、破棄責任を不法行為的救済一本に絞り込み（請求権競合の否定）、かつ一定の婚姻規定を一括して内縁に準用するという演繹的な論法など、到底支持できるものではなかったはずである。しかし、「中川・杉之原」の準婚理論は、「準婚判決」に勢いを得て、ますます学説を席卷するとともに、遺憾ながら、戦後の下級審裁判例においても、強い影響力をもつこととなった。

（３）「柔軟かつ控えめ」な判例内縁法（婚姻予約法理）

最高裁が大審院時代の内縁法理（未公表判決も含めて）をどこまで整序していたのかは、不明であるが、とにかく判例内縁法を客観的に分析すれば、つぎのような論理的節目がみられるのである。ひとつは、婚姻予約と婚姻とは明確に峻別され、内縁は「事実上の婚姻」にすぎないところ、双方を架橋する論理が「届出義務」と解されていた点である。おなじく「内縁」用語を使用する場合でも、大審院判決では、それは「婚姻を目的とする事実上の婚姻夫婦」に過ぎず、いまだ「夫・妻たる地位」を成立させるものではなかったが、準婚学説では、内縁は「婚姻（事実婚）」そのものとなり、その半面、「中川・杉之原説」は、内縁と婚姻届出とを切断した。それ故、今日の定説的な内縁の定義にも、「婚姻目的が欠落している」のであり、ここに双方の決定的な相違がみられるわけである。予約論では婚姻習俗に即して婚約と事実婚とは連続的・系統的に把握されていたが、準婚学説では婚約と内縁との関係性は不透明であり、婚約についてのみ「婚姻締結義務」が指摘される傾向があるので、むしろ両者は分断されているといえよう。二つ目は、大審院判決例による内縁保護はあくまでも「予約的性質」による制約を前提としていたので、きわめて「控えめ」になされていたことである。「事実上の婚姻」とはいうものの、予約的性質に軸足を置いていたわけである。それゆえ、すでに検討したように、婚姻予約法

理では、内縁保護の可否を事案に応じて柔軟に対応できたものであり、かつまた、いわゆる婚姻法の効果についても、基本的には合意を介在させるなどして極めて謙抑的に対応してきたゆえんでもある。三つ目は、戦後の「準婚判決」の論理は、先述したような特質をもっている限りは、あくまでも「婚姻予約・届出義務をベースとする準婚関係」論でしかないので、そこに「婚姻目的による制約」が内含されていることである。それ故、内縁の効果についても、婚姻規定の準用とはいうものの、おのずから予約的性質による掣肘が加えられる結果、論理的にはできるだけ「控えめ」になされるべきことが予定されていたはずである。戦前からの判例の立場の延長線上で把握すれば、本来的には「婚姻に準ずる関係」というよりも、むしろ「婚姻類似の関係」というフレーズが事態に適合していたのではなかろうか。また、判例の立場では、「事実婚」というよりも、むしろ届出婚制度下での「事実婚姻」という用語が適切であろう。世界に類のない判例婚姻予約法理こそが、日本人特有の美意識を見事に象徴していたように思われる。

しかしながら、「準婚判決」にも力を得て、中川準婚理論の圧倒的な影響下で、内縁の婚姻法的保護が高揚されたので、ことに敗戦後の内縁学説は「判例内縁法」の歴史的推移のほか論理的節目の確認を怠った⁽³⁷²⁾。このことは、内縁学説一般が、かつて民録登載の「婚約・婚姻予約有効判決」(〔1〕)を見落とした事情とも、決して無関係ではなからう。かてて加えて、ことに戦後の内縁学説は、中川理論の強い磁場に引き付けられて、判例「届出義務」論を無視し、すでに戦前でも「準婚的判決」なるものが登場していたと称するほか、予約不履行を漫然と「債務不履行」と解するなどして、いくども誤解や強引な解釈を重ねた結果、ついには「準婚判決」を中川判決と断定してしまったといえよう。やがて現代的内縁問題という難題に直面した結果、みずからも純然たる「準婚理論」の歴史的意義や論理的矛盾ないし限界を自問自答せざるを得ない状況におかれているよ

うに思われる。

このような状況下で、はたして現代の「判例内縁法」は、何を目標ないし理念として歩んで行こうとしているのか。裁判例でも、予約的性質の影は薄れて、「準婚関係」論をおうむ返しに説示する傾向がみられるので、準婚理論のみが一人歩きしたかの観もなくはない。しかし、内縁が準婚であるということだけでは、問いを以て問いに答えたに等しいので、その将来の方向性は不透明であり、まったく予断を許さないところである。混迷状態にある今日の内縁学説が、これに拍車をかけるのではないかの懸念もなくはない。

本稿の立場では、いかに激動の社会で価値観が多岐多様に分節・分断しようとも、はたまたグローバリズムの今日的要請に抗しきれないような時代に直面しているとしても、否、かえってそうした時代的背景があるだけに、日本法固有の独自の立場（日本の婚姻法文化）から、戦前・戦後における「判例の連続性」という発展史的視角を堅持して、届出を軸とする婚姻法秩序のなかで（今日では民法の届出婚は憲法規範を「実在化」した制度となっていると思われる。）、「社会的婚姻」の法的意義を問いながら、敗戦後の具体例をフォロー・追試しなければならないが、はたして、そこに内縁保護の「控えめ論」（予約的性質）が潜在しているのであろうか。「事実婚規範」の独自の意義が高揚される中で、大審院判決以来の「本流」に部分的にも還流しうのような未来があるのか、その検討は別の機会にゆずるしかない。

- (257) 来栖三郎「内縁の法律関係に関する学説の発展」学術大鑑法学部経済学部（東京帝国大学、1942年・昭和17年）159頁以下（『来栖三郎著作選集3』〈信山社、2004年〉1頁以下所収〔岩城謙二の解説付〕）では、民事連合部判決以前の婚姻予約学説から昭和前期に至るまでの学説につき簡にして要を得た分析がなされている。屋下に屋を架すことになるが、ただ、来栖論文は学説準婚理論に従っているので、判例のいう「届出義務」を軽視していることの

- ほか、婚姻予約論を支持する学説が横田論文のみであるとしている（同論文164頁）点にも誤解がみられるので、基本的には来栖論文に譲るとしても、私見の視角を軸としながら、あらためて検討することとした。
- (258) 梅・前掲注(46)『民法要義巻之四親族編』105-6頁。
- (259) 梅謙次郎「民法典施行前は登記なき婚姻は無効なり」新聞355号（1906年・明治39年）18頁。これは、当時のフランス法に影響を受けたものと考えられる。梅の見解については、岡本・前掲注（1）『婚約・婚姻予約法』97頁以下を参照のこと。
- (260) 奥田義人『親族法論』（有斐閣書房、1898年・明治31年）144頁・107頁。
- (261) 本判決の上告審判決の「出典」も含めて、その概要については、岡本・前掲注（2）「判例内縁法序説（2）」213頁を参照のこと。
- (262) 当時の婚姻予約に関する論文については、差し当たり岡本・前掲注（1）『婚約・婚姻予約法』150頁以下を参照のこと。「婚姻予約」概念は、すでに旧民法の報告委員である熊野敏三の著書で使用され、熊野はフランス法に依拠して「婚姻豫約無効論」を主張していた。熊野の所説については、岡本・前掲注（1）『婚約・婚姻予約法』90頁を参照のこと。
- (263) 高橋隼郎『婚姻之豫約』（帝國法政學會、1903年・明治36年）65頁。この当時で婚姻予約につき「著書」の体裁をとって「婚姻予約有効論」を述べているのは特筆に値するが、婚姻と婚約・婚姻予約を中心とするのみで内縁につき具体的に論究していない。
- (264) この問題については、岡本・前掲注（2）「判例内縁法序説（4・完）」18頁を参照のこと。
- (265) 岡村司（講述）『民法親族編』（京都法政大学、1906年・明治39年）338頁以下、345頁。「事實上婚姻成立セルモ尚ホ野合ノ関係ト見做サレタリ」ともいう（同342頁）。なお、同著の出版年と岡村の研究業績については、先行業績を含めて、岡本・前掲注（1）『婚約・婚姻予約法』157頁注（88）を参照のこと。
- (266) 岡村・前掲注（265）284頁以下は「婚姻予約」論を詳論する。岡村説については、岡本・前掲注（1）『婚約・婚姻予約法』151頁以下を参照のこと。
- (267) 池田寅二郎「婚姻豫約ノ効力」法協24巻12号（1906年・明治39年）1703頁。
- (268) 森作太郎「婚姻の豫約」新聞552号（1909年・明治42年）2頁以下。ただし、予約の強制履行が不可であるのは、伊独法のように婚姻の自由を侵害するからではなく、民法414条所定の債務の性質が強制履行を許さざることに求めべきである、としていた。
- (269) 森作太郎「婚姻の豫約は何故に全然無効なるや」新聞907号（1911年・明治44年）5-6頁。おそらく実務では内縁を「私通」と区別する趣旨で婚姻予約という用語が使用されることがあったと思われる。
- (270) たとえば、引松操『國民必讀法律之友』日本法律研究会（榎本書店、1912年・明治45年）の項目（2頁）では「内縁の妻が私生子を男につきつけた紛

伝）」とあり、本文（13頁）では媒酌結婚をした夫婦でも届出がなされない限りは法律上の婚姻夫婦にはならない旨の解説がなされている。なお、同著巻末には婚姻届等の「諸願届書式」が収載されており、司法省所定の書式に従うものとされている。

- (271) 岡松参太郎「婚姻届出義務の不履行（１）」新聞1016号（1915年・大正４年）3-4頁。
- (272) 岡松・前掲注（271）「婚姻届出義務の不履行（１）」5-6頁。
- (273) 岡松参太郎「婚姻届出義務の不履行（３）」新聞1018号（同年）３頁以下。
婚姻予約論では現行法と整合せず、自説が現行法上も適合するとして、たとえば、現行法上は婚姻の取消しの場合に善意の相手方に対してのみに損害賠償義務が認められているところ、届出なき婚姻は無効であり、無効な婚姻をした場合には、一切損害賠償義務はないのである、と。
- (274) 岡松によれば、「届出義務」は強制履行には親しまないとしても、その給付判決だけは可能である、という（同「婚姻届出義務の不履行（４）」新聞1019号〈同年〉５頁）。
- (275) 婚姻予約論では、民法総則の適用が避けられないので、たとえば未成年者の場合では、婚姻適齢の規定ではなく、取消し規定が適用されるなどの種々の不都合が生ずるし、また、婚姻予約では、積極的利益ことに無形の損害賠償を根拠づけられない。つまり、名誉ないし貞操侵害の損害は婚姻自体から生ずるものであり、婚姻前の関係は「野合」であって、予約では、そのような損害はそもそも生じない、等々（岡松・前掲注（274）「婚姻届出義務の不履行（４）」３頁）。いずれの批判も、ドイツ法流の概念法学的思弁に依拠している点が惜しまれる。
- (276) 東川徳治「支邦法ヨリ観タル婚姻ノ豫約」法学志林19巻８号（1917年・大正６年）33頁。
- (277) 穂積重遠『親族法大意』（岩波書店、1917年・大正６年）153頁以下「付録・法律婚と事実婚」。
- (278) 穂積・前掲注（277）『親族法大意』162-3頁。
- (279) 穂積・前掲注（277）『親族法大意』163頁。
- (280) 穂積・前掲注（31）「婚姻豫約有効判決ノ真意義」17頁は「時弊ニ適中シタ名判決」とする。
- (281) 穂積・前掲注（31）「婚姻豫約有効判決ノ真意義」6-7頁。
- (282) 穂積・前掲注（31）「婚姻豫約有効判決ノ真意義」11頁。
- (283) 穂積・前掲注（31）「婚姻豫約有効判決ノ真意義」13-4頁。
- (284) 穂積・前掲注（31）「婚姻豫約有効判決ノ真意義」17頁以下。
- (285) 穂積・前掲注（31）「婚姻豫約有効判決ノ真意義」27頁。
- (286) 穂積・前掲注（24）『親族法』277頁。予約などという技巧・こじつけを弄せずして「成文法に規定がなく、慣習法もなきが故に條理をもって斯く裁判するのだと説明したら、最も宜かつたろうと思う」とし、事実と法律との弊

害を除くためには、「即日届出」が事実婚主義か二者選択であるが、前者は一朝一夕にはならないので、結局のところ、民法施行前の「事実婚主義」に改正するしかない、とする（同著278頁以下）。ただし、儀式的必要性については、後述のように、後に消極的となっている。

- (287) 中川善之助「婚姻の儀式（１）～（３）」法協44巻１号39頁、同２号55頁、同３号63頁（1926年・大正15）。
- (288) 中川・前掲注（103）「婚姻の儀式（５）」105頁。
- (289) 中川善之助「婚姻の儀式（４）」同巻５号（1926年・大正15年）87頁、103頁。
- (290) 中川・前掲注（103）「婚姻の儀式（５）」110頁以下、112-5頁。
- (291) 中川・前掲注（217）『民法Ⅲ（親族相続）』81-2頁。
- (292) 穂積・前掲注（24）『親族法』231頁以下は、「婚姻の成立」の節のなかで、届出のほか、婚姻予約（同著237頁）と内縁（同著252頁）について解説しているが、これも届出重視の姿勢によるものと思われる。
- (293) 中川・前掲注（103）「婚姻の儀式（５）」115頁。
- (294) 中川・前掲注（106）『日本親族法—昭和一七年』201頁では成立要件説が「絶対多数」と客観的に記述し、戦後の『新訂親族法』（青林書院新社、1965年）183頁では、明確に成立要件としている。
- (295) 中川・前掲注（106）『日本親族法』177頁。
- (296) 穂積・前掲注（24）『親族法』279-280頁。
- (297) 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、末弘嚴太郎教授講述『民法第三部親族法』昭和12年度東大講義（編集責任者金森豊、東京プリント刊行会、1936年・昭和11年）74頁以下、我妻栄『親族法・相続法講義案』（岩波書店、1938年・昭和13年）51頁、86-7頁（内縁は「準婚姻関係」であるので、予約は不十分なし正当ではない、とする）。
- (298) 小石・前掲注（16）「判例を中心として観たる『内縁』の諸問題（１）（２）（３・完）」は、忠実に中川準婚姻論を前提としながら、民事連合部判決以降の裁判例を総合的に研究したうえで、内縁は「其の実質において婚姻である」として、婚姻当事者の内部関係的法規（同居・扶養義務等）や「かかる共同生活の営まれる外見的事実より出発せる法規」（法定財産制や訴訟上の管轄送達立会等）は当然に準用されるが、「届出なき婚姻」であるので、公簿を予定する婚姻効果は一切認められない、とする（「同（３・完）」45頁）。
- (299) 小石・前掲注（16）「判例を中心として観たる『内縁』の諸問題（３・完）」28-9頁。ただし、予約不履行・内縁の解消は内縁の「離婚」にはほかならないので、内縁が継続している場合には、届出拒絶があっても、届出義務不履行のみで予約不履行とはいえず、届出義務不履行に起因して内縁が破棄された場合に、損害賠償発生原因の有責事由となるにすぎないとする。この立場それ自体は必ずしも不当ではないが、届出拒絶をややもすれば形式的に捉える結果となるおそれがあり、現に不当な長崎控判大正12・12・25（大審院判決

- [39] 〈未公表〉の原判決を好意的に評価することに繋がっているように思われる（同（３・完）29-30頁）。
- (300) 寺澤真人「内縁の破棄若は破棄誘致に因る損害賠償責任」司法協会雑誌 9 卷 1・2 号（1943年・昭和18年）904頁以下。ただし、寺澤は、事実婚が成立しているかぎり、形式的な手続が残るにすぎず、届出義務を強制しても、それは婚姻を強制することではなく、「婚姻の持続を強制する」にすぎないので強制履行も可能ではないか、とする（同915頁）。
- (301) 寺澤・前掲注（300）916-920頁。正当にも、寺澤は、そうした視点から大判大正13・4・14 [36] と比較して「小石」が好意的に評価した長崎控判（本稿注299参照）の結論は不当である、としている（同918頁）。
- (302) 来栖・前掲注（297）168頁以下。
- (303) 杉之原・前掲注（16）『親族法』50頁。
- (304) 杉之原・前掲注（16）『親族法』69頁。
- (305) たとえば、二宮・前掲注（120）『事実婚の現代的課題』12頁を参照のこと。
- (306) 石坂音四郎「婚姻豫約ノ効力一民法判例批評（7）」法協35卷 4 号（1917年・大正 6 年）142頁以下は代表的な婚姻予約無効論を展開する。石坂は、わが国には豫約を有効とする婚姻慣行はないと断じ、判決の論理では予約は「債権契約」になるところ、それでは種々の不都合が生ずるとして、そのような問題点を詳論する。ただし「尚本判決ノ案件ハ事実上ノ婚姻ハ成立シ婚姻ノ届出ヲ拒メル場合ナルヲ以テ恐ラクハ名誉毀損ヲ理由トシ不法行為ヲ以テ論スルヲ得ン」と付言する。
- (307) 中島玉吉「婚姻ノ豫約」京都法学会雑誌10卷 6 号（1915年・大正 4 年）1 頁、曄道文藝「婚姻豫約ノ効力及婚姻豫約不履行ニ因ル賠償責任ト訴ノ原因」京都法学会雑誌12卷 4 号（1917年・大正 6 年）81頁、同「所謂婚姻ノ豫約ノ大審院判決及其論評ニ就テ」立命館學誌 9 号（1917年・大正 6 年）1 頁。とくに曄道は、身分契約には法律上の根拠が必要であるので、婚姻予約は債権契約であり、「身分契約」ではないことを繰り返して強調する
- (308) 中島・前掲注（307）「婚姻ノ豫約」3 頁。
- (309) 中島・前掲注（307）「婚姻ノ豫約」10-11頁。
- (310) 中島・前掲注（307）「婚姻ノ豫約」7-8 頁。
- (311) 中島・前掲注（307）「婚姻ノ豫約」11頁。また、予約有効論の理由として「公平正義ヲ旨トスル社会通念」を挙げるだけでは、従来の無効判決を変更し、とくに英米法に比肩するほどの広い賠償責任を認める論拠としては不十分である、などとする批判も加えていた（同14-5 頁）。
- (312) 中島玉吉『民法釈義卷之四（親続編）』（金刺芳流堂、1935年・昭和10年）250頁以下。
- (313) 中島・前掲注（312）『民法釈義卷之四（親続編）』236頁。
- (314) 中島・前掲注（311）『民法釈義卷之四（親続編）』258頁
- (315) 中島玉吉「内縁の夫婦に就て」法學論叢10卷 2 号（1923年・大正12年）2

頁は、現行民法上は「法律上の権利或いは利益は一切彼等の享有する能わざる所である」とする。本論文は、当時の内縁原因の実体調査で著名であるが、その動機は内縁を減少させることにあり、種々の内縁原因を調査した上で、その原因は家族制度の強制維持と法律知識の欠乏に集約される、としている。また、当時は「自由結婚」「自由恋愛」という風潮が一部にあるところ（同2頁）、内縁原因として「事実婚理想主義又は届出無用論」によるものはないが、怠慢などの原因に「多少深い意味を以て故意に届出をしないものが包含されているかもしれないが、今の所では只想像にすぎない」（同15頁）とする興味深い指摘もある。

- (316) 来栖・前掲注（257）164頁。ただし、来栖が重要な中島論文などを指摘しなかったのは問題であった。
- (317) この問題については、岡本・前掲注（1）『婚約・婚姻予約法』184頁以下を参照のこと。
- (318) 横田秀雄「婚姻ノ豫約ヲ論ス」『法学論集（第三編）』（清水書店、1921年・大正10年）916-8頁（初出・日本法政新誌18巻2号〈大正10年〉）。
- (319) 横田・前掲注（318）「婚姻ノ豫約ヲ論ス」920頁。
- (320) 横田・前掲注（318）「婚姻ノ豫約ヲ論ス」920-3頁。
- (321) 横田・前掲注（318）「婚姻ノ豫約ヲ論ス」921頁。
- (322) 横田・前掲注（318）「婚姻ノ豫約ヲ論ス」925-6頁。
- (323) 横田・前掲注（318）「婚姻ノ豫約ヲ論ス」919-20頁。
- (324) 横田論文の公表以前でも、岡松・穂積・中島論文は、婚姻届出との関連で内縁を論じていたので、そうした立場が一般的であり、「民法改正要綱」等の改革案も、「届出義務」を明確にしていたが、「中川・杉之原」によって、その連携が否定されたわけである。
- (325) 横田・前掲注（318）「婚姻ノ豫約ヲ論ス」930頁。
- (326) 横田・前掲注（318）「婚姻ノ豫約ヲ論ス」930-1頁。
- (327) 和田于一『婚姻法論』（大阪嚴松堂、1925年・大正14年）736-7頁。その具体例として大判大正9・5・28民録26輯773頁（ただし重婚的な「婚約」事例か不分明）を指摘する。
- (328) 和田・前掲注（327）『婚姻法論』101頁以下参照。結局のところ、内縁の効力は、内縁と呼ばれつつある「事実婚に対して法律婚と同一の地位を与ふるに至って止むであろう」とし、「頗る奇怪なる法律組織が現出する」ので、「婚姻法上の内縁関係の整理」が喫緊の課題とする（同著108頁）。要するに、立法論による解決が望ましいという趣意であろう。
- (329) ただし、和田は、婚姻予約が公序の親族法では認められていないので「債権契約」として捉えざるを得ず、婚姻をなすことの債権債務が発生する、としている点に（同著721-2頁）、その限界があったように思われる。
- (330) 清水・前掲注（16）「内縁の法律関係」1頁以下によれば、婚約を将来婚姻をなすべき権利義務を生ずる身分行為とし、内縁は婚約の履行として将来

なされるべき婚姻の一部のみが履行せられた状態（不完全履行）であるので、内縁夫婦は婚約の効力として内縁を届出婚にするために依然として「届出の権利義務」を負担する、とされる。この理論構成自体は、横田論文ひいては判例婚姻予約法理とは必ずしも矛盾しないし、ことに届出義務を前面に押し出した点は刮目に値するが、ただ、社会的婚姻の法的独自性の可能性までも否定したうえで（「一個の独立せる親族法上の法律行為」ではない）、いうところの婚約に基づく届出義務は、純然たる債権ではないものの、「債権的性質」も有するので、債務不履行の規定を「準用」して、「現実的な履行強制」も認められる、とした。ここで判例法理から遊離することとなった。

- (331) 近藤栄吉『親族法講義要綱』（弘文堂書房、1938年・昭和13年）74頁以下。
- (332) 近藤・前掲注（331）『親族法』79頁以下。
- (333) 岩田・前掲注（16）『判例婚姻豫約法』序１頁、４頁以下、162頁以下など。
- (334) 岩田・前掲注（16）『判例婚姻豫約法』283頁以下。
- (335) 岩田・前掲注（16）『判例婚姻豫約法』188頁によれば、もともと「内縁」用語は嫌忌されていたが、やがて慣習上の儀式による正式の結婚式をすませたが未届の夫婦を意味するようになり、民事連合部判決のいう婚姻予約とは、この意味の内縁であるとする。その後、儀式不要判決によって、判例では婚姻意思の認められる「事実上の同棲」も婚姻予約に含まれるようになったとし、これを「同棲婚」としてまとめている（同著255頁以下）。
- (336) 岩田・前掲注（16）『判例婚姻豫約法』285頁。
- (337) 岩田・前掲注（16）『判例婚姻豫約法』209頁以下
- (338) 岩田・前掲注（16）『判例婚姻豫約法』281-5頁。
- (339) 岩田・前掲注（16）『判例婚姻豫約法』５頁。
- (340) 岩田・前掲注（16）『判例婚姻豫約法』285-6頁は、事実婚には夫婦の権利義務の全部を承認すべきであるが、民法の届出婚主義のもとでは、届出婚固有の親続編中の婚姻規定は除かざるをえないとしても、それ以外では民法・特別法を問わず、法律婚との差異を撤廃して事実婚にも適用すべきであると、とくに夫婦間の扶養義務（旧法955条〈扶養順位の規定〉）、配偶者の相続権（旧法982・996条）および嫡私出に関する規定を挙げている。
- (341) 岡本・前掲注（１）『婚約・婚姻予約法』221頁以下参照のこと。
- (342) 民法施行直後の大判明治32・9・19民録5輯8巻6頁と大判明治33・2・1民録6輯2巻3頁は、いずれも事実婚主義判決である。両判決は、岡本・前掲注（2）「判例内縁法序説（2）」207頁と209頁を参照のこと。
- (343) 大判明治32・9・19は『大審院民事判決抄録』3巻568頁に収録されている。同抄録1巻〈1925年・大正14年〉～93巻〈1933年・昭和10年〉の凡例によれば、明治31年以降（大正10年まで）の「大審院民事判決録」登載の判決例のうちで「参考ト為ルヘキ重要ナル裁判」が採択され、「大審院ノ認可」を得て刊行される、とされている。ちなみに、婚約事例〔1〕については、判決理由では民事連合部判決の説示を引用していたが、民録にはその旨の「判決

要旨」が欠落していたところ、『抄録』66巻14743頁では、[1] 判決の婚姻予約の「判決要旨」のみならず、「判決理由」もカットされている。すでに民事連合部判決が存在したからであろう。皮肉なことに、[1]を見落とした学説は、この抄録によって、[1]を発見する手掛かりを完全に絶たれてしまったともいえる。

- (344) この問題については、岡本・前掲注(2)「判例内縁法序説(4・完)」31頁以下を参照のこと。
- (345) 明治期から民事連合部判決以前の私通・妾に関する裁判例については、岡本・前掲注(2)「判例内縁法序説(4・完)」7頁を参照のこと。
- (346) そのほか、たとえば、名古屋区判昭和2・10・21新聞2774号15頁(不当破棄事例)では、いったん提出された離婚届が不備のため受理が遅延した間に近所周りにして内縁(再婚)に入った事例でも、重婚の内縁となる婚姻予約を有効とする。
- (347) 東京地判大正8・3・10評論8巻民198頁は、「愛情ト信義トヲ骨子トスヘキ婚姻豫約」として入籍手続を峻拒した夫の予約不履行責任を肯定する(岡本・前掲注(1)『婚約・婚姻予約法』287頁参照)。本稿注89で引用した例も「信義」を説示する。
- (348) 中川・前掲注(225)「身分法講話4内縁」29頁や太田・前掲注(11)『内縁の研究』202頁も「債務不履行」とする。最近でも、たとえば、大村敦志『家族法(3版)』(有斐閣、2010年)230頁や二宮・前掲注(16)『事実婚の判例総合解説』115頁のほか、嵩さやか「内縁・事実婚」松川正毅・窪田充見編『新基本法コンメンタール』(日本評論社、2015年)110頁・112頁や大島梨沙「内縁の法的性質・不当破棄」水野紀子・大村敦志編『民法判例百選Ⅲ(親族・相続)』(有斐閣、2015年)48-9頁は、民事連合部判決などが不当破棄につき「債務不履行」による損害賠償を認めたとする。このような理解が学説の一般的傾向であるとすれば、婚姻予約法理が正しく認識されていなかったこととなり、由々しき事態といわざるをえない。
- (349) ちなみに、中川良延「内縁の成立」『家族法大系Ⅱ婚姻』(有斐閣、1959年)294-5頁は、判例によってこの種の消極要件が解決されているのは損害賠償請求事件に限定されているので、内縁に準婚的保護を与える場合には、いまだ判例もないし、また、予約法理で解決しうるのは、そうしたケースだけであり、その要件論は後者のケースでの理論的根拠にはならない、とする。このような見方は裁判例の現象面にのみとらわれた生硬な解釈といわざるをえない。たとえば、婚姻適齢を満たさない例([22])で、仮に出産費用など夫婦共同生活に必要な費用も請求されていたとした場合に、予約不履行による慰料は認めるが、費用分担義務は否定するというようなチグハグな解決など、到底なしうるものではなかろう。予約にもとづく「事実上の婚姻」の成立(社会的婚姻の独自性)を認めている判例の立場を見落としてはならない。
- (350) 中川・前掲注(106)『日本親族法』278頁。我妻・前掲注(297)『親族法・

相続法講義案』87頁も消極要件を問題とせず、重婚的事実も破棄責任の有無・範囲等につき重要な要素となるが、一律に無効とせず、他の要件欠缺と本質的に異ならない、とする（88頁）。

- (351) 杉之原・前掲注（16）『親族法』57頁以下参照。ただし、父母の同意や戸主の同意などの家族制度的制限は、適用除外とする。
- (352) 当時の裁判例における慰藉料の具体的な額については、岡本・前掲注（1）『婚約・婚姻予約法』405頁以下、512頁以下などを参照のこと。
- (353) ことに、同居義務については、妻の「同居義務」を法定（旧法789条）する婚姻夫婦でも同居判決の履行は任意によるしかないので、その直接強制も間接強制もできないとされている（大決昭和5・9・30民集9巻926頁）。ただし、本決定は「同居判決」それ自体は可能であることを前提としているが、内縁夫婦では、一方的破棄でも解消するので、通常、そのような判決も無理であろう。
- (354) なお、内縁夫婦間の「同居義務」を認めたとされる事例として、太田武男『現代の内縁問題』（有斐閣、1996年）160頁注（3）は、[117]を指摘しているが、本件は、重婚の内縁ケースで、正妻とは事実上の協議離婚がなされていたので、内縁夫婦の同居が違法ではないとされた事例にとどまる。また、[89]も挙げているが、本件では内縁の夫と同居する妻も「共同の不法占有者」となるかが論点となり、判旨は、内縁の妻は相互扶助の関係から夫と同居するのは当然としたままで、それは社会的婚姻による事実上の同居にすぎないといえよう。
- (355) 岡本・前掲注（2）「判例内縁法序説（2）」205頁（[16]判決参照）。
- (356) 青山道夫・有地亨編『新版注釈民法（21）・親族Ⅰ』（有斐閣、1989年）167頁（青山・有地執筆）は、その代表例であり、内縁の妻を「扶養すべき親族」とした判例とするが、一般にそのように解釈する傾向がある。
- (357) 中川・前掲注（225）「身分法講話4内縁」28頁。
- (358) 小石・前掲注（16）「判例を中心として観たる『内縁』の諸問題（2）」38頁は、同判決を正しく分析しており、同判決が内縁の妻を扶養すべき「親族」や「家族」としたわけではないが、民法310条の立法趣旨から、これを広く「扶養すべき者」の意に解釈した、という評価にとどめているのである。何故に、このような素直で自然な解釈が無視されたのであろうか。
- (359) 中川・前掲注（225）「身分法講話4内縁」28頁。
- (360) 周知のように、わが国での「居住権」論争は、戦後の住宅難時代という歴史的背景がある。岡本詔治「借家権の相続」星野英一・平井宜雄編『民法講座5』（有斐閣、1985）385頁以下。しかし、その後、そうした「社会法的居住権」のリアクションもあって、今日の裁判・審判例では、「市民法」の観点からみても居住権なるものが夫婦・親子間紛争の種々の局面（離婚や相続など）で徐々に定着しつつある。岡本詔治「財産分与・遺産分割と生涯無償利用権」林良平・甲斐道太郎編『谷口知平教授追悼論文集Ⅰ家族法』（信山社、

1992年) 391頁以下、同『不動産無償利用権の理論と裁判』(信山社、2001年) 299頁以下、373頁以下では、非所有配偶者の居住利益を所有権から独立した「生涯無償利用権」として構成した。岡本詔治『『居住権』の再構築』松井宏興・牛尾洋也・岡本詔治編『借地借家法の新展開』(信山社、2004年) 1頁以下では、憲法上の居住権〈住まいへの権利〉を後景において、より多面的な角度から概観している。なお、最近では、婚姻夫婦に限定されるものの、非所有配偶者の独自の「居住権」を相続の局面で種々の保護を図る立法が成立した(平成30年法律第72号)。私見と基本的には同じ方向性にあり、そうした改正民法の「理論的根拠」となろう。したがって、内縁夫婦についても、私見の立場は「解釈論」としてなお有用なものと考えている。

- (361) 青山＝有地・前掲注(356)『新版注釈民法・親族Ⅰ』166-7頁を参照のこと。
- (362) 青山＝有地・前掲注(356)『新版注釈民法・親族Ⅰ』167-8頁。中川・前掲注(113)『親族相続法判例総評第1巻』237頁・241頁も[83]は内縁を「正婚と同視した」とする。
- (363) 中川・前掲注(217)『民法Ⅲ(親族相続)』81-2頁。
- (364) 石川・前掲注(160)「婚姻予約の破棄誘致責任(1)」274頁は、判例が予約不履行責任を認めるケースは届出拒否・届出不能か、同居拒絶か、あるいはその双方の事情によるとする。
- (365) ちなみに、寺澤・前掲注(300)918頁によれば、届出義務不履行は直ちに予約不履行となるのではなく、予約不履行とは「事実上の離婚」であるところ、両者を同視する見解では、消極要件を満たさない婚姻予約の場合には、届出義務の履行期は未到来であるので、届出不能期間中は予約不履行責任を問えないという不都合が生ずるという。
- (366) 『司法資料別刷第1号』(司法省調査部、1939年・昭和14年9月)4-5頁(第74回帝國議會貴族院特別委員會議事要領・人事調停法案)は、内縁関係につき、「唯籍ヲ入レテ貫イタイト伝フ請求」も調停事件になる(政府委員・大森洪太発言)、とする。佐野福蔵『人事調停法講話』(松山房、1939年・昭和14年)118頁も同旨を述べる。
- (367) この種の調停事件については、小川保男『調停の研究』(日光書院、1944年・昭和19年)106頁を参照。
- (368) 太田・前掲注(11)『内縁の研究』90頁以下(内縁の本質)、119頁以下(内縁の一般的効果)や二宮・前掲注(16)『事実婚の判例総合解説』6頁以下(婚姻予約法理)、115頁以下(内縁解消時の効果)でも、また、ごく最近の二宮周平編集『新注釈民法(17)親族Ⅰ』(有斐閣、2017年)87頁以下、90頁以下の内縁関連記述(二宮周平執筆)でも、まったく「届出義務」には言及されていない。ただし、届出義務に言及する希な学説も散見される。たとえば、田中実「財産分与の一考察」法学研究28巻7号(1955年)561頁、沼正也『親族法の総論的構造(新版)』(三和書房、1975年)77頁、78頁注(30)を参照のこと。

- (369) 最判昭和36・3・9裁判集民49号197頁（調停無効確認請求事件）、最判昭和37・12・25裁判集民63号939頁（婚姻予約不履行に基づく慰藉料請求事件）を参照のこと。
- (370) 中川・前掲注（225）「身分法講話 4 内縁」29-30頁。
- (371) 敗戦直後の家事事件については、差し当たり、吉村弘義「内縁の法律問題」磯村英一・川島武宜・小山隆編『現代家族講座 2』（河出書房、1956年）232頁以下を参照のこと。昭和29年から30年当時の東京家裁の事件であるが、予約不履行事件や離別事件などのほか、その具体的な内容はともかく、「婚姻予約履行」事件がある程度を示している。
- (372) たとえば、太田武男『家族法研究』（有斐閣、1961年）60頁・63頁注（7）は、内縁寡婦の居住権保護との関連で、大審院判決〔95〕を引用して、内縁を「婚姻関係と同視して保護せんとする風潮ようやく盛んになり始めた昭和八年前後のことであった」として、中川理論に追随しているのである。そうした主観的な見方が判例の客観的現実と明白なズレがあることについては、本稿は繰り返して指摘したところである。

（完）

訂正

本稿を閉じるにあたり、判例内縁法の第1部にあたる「判例内縁法序説」も含めて、ここにお詫びのうえ、目についた誤謬・誤解による箇所の訂正をさせていただきます。

- (1) 「判例内縁法序説（1）」龍谷法学48巻2号
 - ①135頁注20 下から16行目「後者」（誤）→「前者」（正）
- (2) 「判例内縁法序説（４・完）」龍谷法学49巻3号
 - ②44頁13行目 形式的要件（誤）→消極的要件（正）
 - ③55頁（注）280頁下から1行目 嫡出推定規定を適用した（誤）→嫡出性を認めた（正）
 - ④60頁（注）319および（注）320 二宮孝徳（誤）→青山道夫=有地亨（執筆）・前掲注（73）（正）
- (3) 「判例内縁法の展開（1）」龍谷法学50巻4号
 - ⑤89頁（注）16太田・前掲注（10）（誤）→太田・前掲注（11）（正）
- (3) 「判例内縁法の展開（2）」龍谷法学51巻1号
 - ⑥223頁（注）120 二宮・前掲注（16）（誤）→二宮周平『事実婚の現代的課題』（日本評論社、1990年）（正）