

判例内縁法の新展開（２）

～昭和後期の裁判例を中心として～

岡 本 詔 治

- 一 問題の所在と本稿の課題
- 二 敗戦後の内縁裁判例と内縁学説
 - I 当時の内縁裁判例の実情
 - 1 内縁の不当破棄事例
 - 2 家事調停による「婚姻予約履行事件」 （以上、本誌52巻4号）
 - 3 内縁の準婚の効果
 - 4 夫婦の財産問題
 - 5 内縁寡婦の「居住権」と内縁子の法的地位
 - 6 重婚的内縁事例
 - 7 その他の内縁関連事件
 - 8 小括
 - II 当時の内縁学説の状況
 - 1 中川準婚理論
 - 2 「準婚学説」一般
 - 3 内縁学説の多様性
 - 4 小括 （以上、本号）
- 三 最高裁「準婚判決」の登場
- 四 「準婚判決」後の内縁学説
- 五 「準婚判決」後の内縁裁判例
- 六 まとめに代えて

二 敗戦後の内縁裁判例と内縁学説

I 当時の内縁裁判例の実情（続）

1 内縁の成立事情

2 家事調停による「婚姻予約履行事件」（以上、前号）

3 内縁の準婚的効果

（1）共有推定規定（民法762条2項）の類推適用

夫婦が日常使用していた物品について、妻の資産形成への協力・寄与を評価して共有推定規定を類推適用した例がある。民法改正直後であるだけに、特筆に値しよう。

[58] 福岡地判昭和30・9・29下民集6巻9号2058頁（物品返還等事件）

【事実・判旨】A男の相続人Xら（兄弟姉妹）は、Aの内縁の妻Yに対して、その占有する物品類の返還を請求した。判旨は、Aの所有財産の存在を認めるとともに、いずれの所有か不明の日常使用物品については、民法762条2項を類推して夫婦の共有とした（詳細は [66] を参照のこと）。

（2）婚費分担義務

（ア）出産関連費用を認めた事例 出産関連費用については、すでに戦前にも、夫が妻の実家に委託したことから、委任契約を事実推認して認容した大審院判決例（未公表）があるが⁽²⁹⁾、注目すべきは、すでに下記の一連の裁判例が、出産・養育費用等について、新民法の婚姻費用分担規定（民760条）を準用している点である。

[59] 大阪地判昭和27・3・24判タ21号61頁（認知等請求事件）

【事実・判旨】X女はY男と昭和23年2月に結婚式を挙行し、爾後Y方で事実上の夫婦生活を営んでいたが、Xが同年4月24日ころ実家に帰り内縁関係は解消した。判旨は、その間に懐胎し、同年11月に生まれた子については、夫婦の性生活という面からみれば、実質的には法律上の夫婦のそれと何等変るところはないので、

民法772条の趣旨からYの子と推定するとともに、分娩費用については、760条の類推により、Yの負担とした。

【60】大阪地判昭和29・8・9下民集5巻8号79頁（慰籍料等請求事件）

【事実・判旨】X女とY男は昭和24年3月27日に媒酌挙式により「事実上の夫婦」としてY方で同棲したが、同年9月19日にYが、Xを実家に立ち帰らせたとえ、家風に合わないので離別すると称して、X家の復縁の懇請にもかかわらず、正当理由なくして婚姻予約を破棄した。慰籍料金15万円のほか、X・Yが事実上の夫婦の間に懐胎し、別居後に出産した際の助産料等の出産関連の立替費用計3万円が認容された。

【61】青森地裁弘前支判昭和31・2・15下民集（不法行為）1号357頁（慰籍料請求事件）

【事実・判旨】X女はY男と昭和29年4月1日に媒酌による挙式後Y方で同棲したが、Xが妊娠してから常人のように働けなくなったことやXの父が婚姻準備のためにYから借用した金員の強引な返済要請をめぐるトラブルなどの事情により、結局は昭和31年1月に破談となった。判旨は、Yの予約不履行責任（慰籍料金20万円）を認めたとえで、出産・養育費用は、同棲生活の結果、当然発生したものであるから、「婚姻から生ずる費用に準じ、双方の資産、収入その他一切の事情を考慮し各自応分の額を負担すべきところ」、本件ではYが全額負担すべきである、とした。

【62】高知地判昭和31・8・21下民集（不法行為）1号501頁（慰籍料等請求事件）

【事実・判旨】X女とY男とは、昭和28年1月に媒酌により挙式して「事実上の夫婦」としてY方で同居。まもなくXが湿疹を患い、Yの同意の下で、昭和29年3月に実家で治療した結果、ほぼよかったが、Yは、湿疹は再発し、それでは農作業ができなくなることなどを理由として、昭和29年4月に内容証明書面で持参物の引取りを要求し、婚姻予約を一方的に破棄した。慰籍料は金15万円、湿疹の治療費については、合意があったとされ、急性腎臓炎による妊娠中絶費用については、「民法760条に準じて」、夫婦が能力に応じて分担しなければならないが、本件ではYが全額負担すべきである、とされた。

（3）財産分与請求権

新民法で新設された財産分与制度（民768条）は、「離婚事件」では昭和20年代からすでに下級審裁判例でも問題となり^{（30）}、昭和31年には最高裁

判決（後掲[88]参照）も登場しているが、「準婚判決」前では、内縁関係にこの制度の準用を認めた事例は、きわめて希である。下記の審判例は、婚姻と内縁との区別は届出・公示性（対外的関係）の有無にあり、対内的関係では区別する必要はないところ、財産分与の趣旨は財産関係の清算と有責配偶者に対する生活保護請求権という対内的規律であるとして、内縁離婚にも財産分与を認めているが、その上に相続性にまで論及をしている。学説では、好んで引用され、その自由奔放な説示には新時代の高揚感を如実にみる思いがするが、参考となる部分もある⁽³¹⁾。

[63] 東京家審昭和31・7・25家月9巻10号39頁（財産分与請求事件）

【事実・審判要旨】X女とY男は昭和29年に見合い結婚をしてY宅で「事実上の夫婦」として同棲したが、姑が些細なことで家風に合わないなどと難くせをつけて虐待、またXの病弱な体質もあって、結婚半年に足らないうちに実家で養生せざるをえなくなった。Xは健康回復後に復帰を図ろうとして調停を申し立てたが、Yと姑はこれを拒絶したので、慰藉料を斟酌するかたちでの財産分与を申し立てた。共稼ぎ夫婦で夫婦の貯蓄は2万円であるが、家裁は、X・Yの所得や療養費（13万円余）を負担していない事情など諸般の事情から10万円の分与を認めたくえて、つぎのように説示している。「内縁を括一的に考察せず或る種の内縁については財産分与請求権は勿論のこと相続権も認め、又或る種の内縁について相続権は勿論のこと財産分与請求権も認めないというように内縁を段階的に考察するのが家事事件解決に際して実情に添う」ところ、「この区別は当事者間の婚姻意思の確定性と、その一つの現われである内縁の対外的関係における公示性の程度如何により段階を認めるものであ（る）」。たとえば、永年夫婦生活がなされ、その親族・知人が届出がなされていると信じられているような場合には、その内縁は婚姻と実質的に区別はないから婚姻の効果に関する規定は広く適用しうるが、当事者の精神的結合は強くても、それが人目をしのんで夫婦生活を営んでいる程度の場合は、その公示性の程度が低いから配偶者相続権を否定し、さらに共同生活形態の稀薄なものには公示性が殆んど存しないからその程度に応じて財産分与請求権は順次逐減稀薄となり、公示性を全然欠如しているときは、婚姻意思も不確定なことも多いので、内縁や婚約の成立さえも認められない場合もある、と。

（4）生命侵害と民法711条の準用

戦前の判例（大判昭和７・１０・６民集１１巻２０６頁）は、内縁配偶者の事故死による損害賠償請求につき、財産損害（扶養利益の損失）は別にしても、民法７１１条の類推適用には消極的であった。しかし、下記の判決は、内縁関係の法的保護一般を後景において、その可能性を認めている。その後、こうした傾向が一般化したことについては、周知の事実である。

〔６４〕盛岡地判昭和３１・５・３１下民集７巻５号３０６頁（慰藉料請求事件）

【事実・判旨】X男は、昭和２３年１月以来、A女と媒酌結婚により婚姻意思をもってX方で同棲していたが、AがYの被用者の操縦する荷馬車のため死亡させられた。判旨は、「昭和七年十月六日の大審院判例はこれを否定するが、現在一般の内縁関係に認められている法律上の地位及び前記法条の立法趣旨に鑑みれば、婚姻届出をしなくとも事実上婚姻と同様の関係にある内縁の配偶者にも同条を類推し」うる、とした。ただし、本件では、X・Aは重婚の内縁関係（公序良俗違反）にあるのでXの請求は認められない、と結論づけている。

４ 夫婦の財産問題

（１）家事労働と不当利得

妻が婚家での稼働による労賃相当額を不当利得として請求した事案で、これを否定した大審院判決があるが^{〔３２〕}、戦後の〔３５〕も同趣旨の例であり、下記判決も、その一例である

〔６５〕仙台地石巻支判昭和３１・１０・２３下民集（不法行為）１号５５５頁（損害賠償並慰藉料請求事件）

【事実・判旨】挙式同棲婚。約３年半で内縁解消。妻の慰藉料請求は認容されたが（金１０万円）、不当利得の返還請求は排斥された。事実上の婚姻の不当破棄であっても、夫婦がその境遇に応じて家事または家業等による勤労に従事するのは、いずれか一方の利益のためではなく「夫婦共同の利益のため夫婦が互いに協力し扶助するためになすもの」である。

（２）包括遺贈が認められた事例

[66] 福岡地判昭和30・9・29下民集6巻9号2058頁（物品返還等事件）

【事実・判旨】A（昭和22年10月死亡）の相続人（兄弟姉妹）Xらは、Aの内縁の妻Yに対してA所有物品の返還を請求したが、判旨はYの主張する包括遺贈を認めた。AとYは、昭和6年9月Xの媒酌で事実上の婚姻をしてA死亡まで円満に同棲していたが、ただ、子がなかったこともあって未届のままであった。Aは、何等の資本もなく事業を営み、経営難の際も、Xらの援助を受けず、Yの献身的協力を得て努力した結果、死亡当時では生活は安定していた。それゆえ、本件物件取得も夫婦協力の結果であるところ、Aは昭和22年5月胃がんと診断され、同年9月頃に、子もなく余り健康でもないYの将来を案じ、直ちに婚姻の届出をするよう指示し、A所有の一切の資産はYの自由に任せる旨を繰返し言明し続けたので、Yは婚姻届書を提出する準備をしたが、Aが死亡し、Xらとの紛議により、実家に復帰せざるを得なくなった。判旨は、Aは昭和22年9月頃、その所有する本件物件等一切をYに口頭で贈与し、その際、占有改定により履行が完了した、とする。

（3）内縁配偶者の相続権と遺産分割申立ての可否

[67] 仙台家審昭和30・5・18家月7巻7号42頁（遺産分割申立事件）

【事実・判旨】内縁の夫Aの死亡（昭和26年）によりAの子らが遺産不動産（店舗兼居宅）の遺産分割の審判を求めたところ、内縁の妻が利害関係人として参加を申し立てた。内縁の妻は戦前からAと内縁関係にあり、昭和23年中にAと婚姻して離婚したが、離婚後も内縁関係を継続していた。判旨は、「被相続人死亡の際に前記の如く離婚し配偶者ではないからA死亡による遺産相続権はなく」、それ故、その遺産分割の申立は不適法である、とした。

5 内縁寡婦の居住権と内縁子の法的地位

内縁寡婦の居住利益や内縁子の保護は、基本的には「内縁の社会的独立性」に起因する。

（1）内縁寡婦の居住権

敗戦直後は、極端な住宅難の時代であった。家主の家屋明渡請求訴訟では家主と借家人との同居を命じた判決すらあったが、内縁との関連では、亡夫名義の借家で同居していた寡婦の居住継続の保護をいかなる論理で認

めるかにあった。借家法を旗幟として、いわゆる「社会法的居住権」が声高に叫ばれる時代でもあったが、裁判所は、現行法の解釈論の枠内で対応した⁽³³⁾。なお、亡夫の「所有家屋」に同居する内縁寡婦の居住継続の保護についても、類似の難題があったが、後に最高裁は「権利濫用」論で対応している⁽³⁴⁾。

（ア）最高裁判決 つぎの判決は、戦後において初めて内縁寡婦の「居住権」を認めた例として注目されている⁽³⁵⁾。

〔68〕最二判昭和25・7・14民集4巻8号333頁（家屋明請求事件）

【事実・判旨】Xは、遺贈により本件建物所有権と賃貸人の地位を承継して、前主の明渡しの申入れを維持しながら、自己使用の必要性などを主張して、賃借人であった亡A男の内縁の妻Yに対して本訴に及んだ。YはAと昭和11年10月に離婚したが、約1ヵ月後に呼び戻され、以降昭和21年7月にAが死亡するまで内縁関係を継続して本件家屋に居住していた。原審（東京高判昭和24・2・23）は、内縁の妻は、夫の死後も夫またはその相続人の意思に反しないかぎり、夫又はその相続人の有する賃借権を援用して自己の居住権を主張しうるとして、これを「家庭共同生活体の構成の一員である」ということによって根拠づけ、この理はAの相続人不分明のため「相続財産法人」に賃借権が属する場合でも異にしない、とした。ただし、X側には、現在の住居が6畳一間であるところ、結婚を熱望するほか、両親と同居する予定があり、しかも母が不治の病に伏しているなどの事情があるので、Yには他に行き場所がないとしても、解約申入れに正当理由があるとした。判旨も、原判決の居住権の論理を承認したうえで、正当理由の判断も是認した。

すでに敗戦直後に原審の東京高裁は「居住権」論を採用し、最高裁もこのいわゆる「援用権」論を前提にして立論しているので、刮目に値する。内縁配偶者の相続権を否定したうえで、独自固有の「居住権」を認めているが、それは、内縁関係が社会的婚姻であるが故の保護であろう。内縁の妻が「家庭共同生活体」の一員であるとは、婚姻夫婦ではないが、社会的婚姻レベルでそれと同視しうる生活関係という趣意であり、このような事実婚姻としての共同生活それ自体は戦前の婚姻予約法理のもとでも認めら

れていた。

(イ) 下級審裁判例 下級審裁判例は事案に応じて、それぞれ独自の論理を説示している。

内縁の亡夫の賃借権を同居の妻が承継したとされた事例〔[69] 大阪地判昭和26・10・5下民集2巻10号4頁家屋明渡等請求事件〕、内縁の夫の賃借権を譲り受けたとされた事例〔[70] 大阪地判昭和27・7・14下民集1巻9号178頁家屋明渡請求控訴事件〕、内縁の妻も賃借人であるとされた事例〔[71] 大阪地判昭和27・9・27下民集3巻9号108頁家屋明渡等請求事件〕、内縁の妻は亡夫の賃借権を援用しようとした事例〔[72] 大阪地判昭和31・8・27下民集7巻8号218頁家屋明渡等請求事件〕のほか、内縁関係の解消により転居した借家人・妻と同居していた夫の占有権限も消滅するとした事例〔[73] 東京地判昭和32・10・11下民集8巻10号18頁家屋明渡請求事件〕などがある。

(2) 内縁子の法的地位

(ア) 嫡出推定規定の類推適用 内縁夫婦の子は、両親が婚姻届出をしない限りは、あくまでも非嫡出子にとどまり、父子関係は認知によって初めて成立する。ただし、内縁子と父(夫)との父子関係は容易に認められていた。このことは大審院判決でも明確である⁽³⁶⁾。つぎの事例は、内縁関係が短期間で解消して、しかも解消後10ヵ月を経過せずに9ヵ月で出生しているので、疑惑をもった父が自分の子ではないと争ったものであり、一番では子は敗訴しているが、原審も最高裁も、民法772条の規定を類推して子を救済した。

〔74〕 最一判昭和29・1・21民集8巻1号88頁(子認知請求事件)

【事実】Xの母(法定代理人)Aは、昭和22年4月29日にYと媒酌により結婚式をあげ、同年8月23日まで「内縁の夫婦」としてY方で同棲していた。その後、Aは昭和23年1月16日にXを出産し、XはYに対して認知の訴えを提起した。原審は、XがY・Aの内縁関係成立後の263日目、また、その断絶後146日後に生まれているので、「内縁の夫婦は少くとも単なる野合とはちがうのであつて、内縁の夫婦間の性関係と内縁の妻の貞節とが法律上の婚姻の場合と本質的に同一である」こと

を理由として、民法772条の規定を類推して内縁中の懐胎子XをYの子と推定できる、とした。Yは、嫡出子として推定をうけるならば、さらに認知の訴えを提起するのは理論上矛盾する、などと主張して上告した。

【判旨】「内縁の子についても民法772条が類推されるという趣旨は、事実の蓋然性に基いて立証責任の問題として、父の推定があるというに過ぎない。それ故、認知の訴訟において父の推定を受けている者が、父にあらざることを主張する場合には、その推定を覆すに足るだけの反証をあげる責任を負うわけである。そして、父と推定される者は、認知をまずして、法律上一応その子の父として取扱われることもなく、また同様にその子は、認知をまずして、法律上一応推定を受ける父の子として取扱われることもないものと言わねばならぬ」。

最高裁も772条の類推適用を認めたが、婚姻夫婦の子とは異なり、それは「あくまでも事実上の推定にとどまるので立証責任負担の問題として意義を有する」にすぎないので、認知が不可欠である旨が指摘されている。それ故、内縁婚が法律婚と厳格に峻別されている点にも留意しなければならない。なお、婚姻予約という用語はみえないが、予約論を前提にした論理である（社会的婚姻に軸足を置いている）ことも疑いえないであろう。現に原審は内縁が「単なる野合とはちがう」と説示しているので、そのように解しても不合理ではないからである。

（イ）同趣旨の下級審裁判例があるが、下記の一例のみを挙げておこう。

[75] 大阪地判昭和27・3・24判タ21号61頁（認知等請求事件）

【事実・判旨】X女はY男と昭和23年2月に結婚式を挙行し、爾後Y方で事実上の夫婦生活を営んでいたが、同年4月24日頃実家に帰り内縁関係は消滅した。判旨は、その間に懐胎し、同年11月に生まれた子については、夫婦の性生活という面からみれば実質的には法律上の夫婦のそれと何等変るところはないので、民法772条の趣旨からYの子と推定し、分娩費用については、760条の類推により、Yの負担である、とした。

6 重婚的内縁事例

（1）重婚的内縁の保護要件

(ア) 不当破棄責任 戦前の大審院判決は、法律婚の形骸化か、または離婚の協議・合意があれば、重婚的内縁でも保護していたが⁽³⁷⁾、つぎの例では、同棲の継続中に法律婚の妻が死亡しているので、その時から内縁が成立するとしている。

[76] 東京高判昭和32・7・11家月9巻7号25頁(慰藉料請求事件)

【事実・判旨】X女はY男と昭和3年中に関係をもち、翌年8月ごろに両親同意の下に同棲した。当時、Yには妻子があり、Xは当初はその事実を知らなかったので、一時別れたものの、妻と別れるとのYの甘言に誘われて、結局は同棲をズルズルと続けた。昭和8年に二人はカフェを経営したが、Xが常に中心となり働いた。昭和11年にYの妻が死亡したことから、Xはしばしば入籍を求めたところ、Yも届出を約束したが、口実をもうけては、これを履行しなかった。Xには一子Aがあり、Yと同棲後はAを手元で養育していたが、A・Yの折り合いが悪く、昭和26年11月にX・Y間で感情の衝突が生じて、Xが家出したAを探すため数日間家を明けたところ、YはXの帰宅を拒み、昭和30年中に他女と内縁関係に入ったので、婚姻届出も復縁の可能性もなくなった。判旨は、Yの妻が死亡するまでの関係は保護に値しないが、その死亡後は「事実上の夫婦関係」であり、Yは婚姻の届出をするのに何の妨げもなく、Xがそれを切望しYも承諾していたので、X・Yの関係は婚姻予約関係として法律上の保護に値する(慰藉料金10万円)、と判示。

重婚的内縁の保護について、法律婚の妻が死亡したことから、それ以前の関係は違法であっても、死亡後は適法になると判断したのは、正当であろう。Xは当初は善意であったものの、その後は正妻の存在を知りながら、同棲を継続していたので、Yの執拗な甘言があったとしても「詐欺誘惑の論理」は働かないものとされている。Xを保護したのは正当であるが、その年齢(40歳)のほか、Xの永年にわたる寄与を考えると、Xにはわずかな給料所得があるにすぎないので、Yの資産(家屋二棟、貯金数十万円、葬儀屋業等による年収60万円)を考慮すれば、慰藉料額は少なすぎるであろう。その後の発展した内縁法理では、婚姻住居に対する持分のほか、財産分与が認められる可能性のあるケースでもある。加えて、本判決は、重婚的内

縁が「通常内縁」に移行したときに、「事実上の夫婦関係」ひいては「婚姻予約」の成立を認めたとうえで、この段階では「婚姻届出」を済ませなかったことを問題視している。つまり、内縁当事者が「婚姻の届出」により正規の婚姻に移行することも予定して、婚姻予約の成立を認めている。それ故、XとYの夫婦生活は婚姻を目的としていることを前提としているので、「届出義務」を認めたことと同義であろう。なお、Yが他女と内縁関係に入ったことから、「婚姻届出」も復縁の可能性もなくなったとしているが、要するに、二重の婚姻予約・内縁関係は成立しないことも前提としていることとなろう。

（イ）事故死による損害賠償請求 下記判決は、婚姻夫婦の関係断絶のほか、その旨の自由な合意が必要であるとしたうえで、本件では夫が家出により妻を一方的に「遺棄」しているので重婚的内縁は適法ではないと判示して、より厳格に保護要件を絞り込んでいる。

[77] 盛岡地判昭和31・5・31下民集7巻5号1438頁（損害賠償請求事件）

【事実・判旨】X男は、昭和23年1月以来媒酌によりA女と相互に婚姻の意思をもってX方で同棲し、その「事実上の婚姻」はAがYの荷馬車により死亡させられるまで（昭和25年11月27日）継続した。Xは民法711条による慰養料を請求したが、Xには大正2年に婚姻したB女がいたので、そのことが論点となった。判旨は、つぎのように説示する。内縁にも同条が準用されるが、それが公序良俗または強行法規に反する場合には認められない。重婚的内縁が公序良俗に反しないためには、「戸籍上の配偶者との間の事実上の夫婦関係が断絶していること」および「これにつき右配偶者との間に完全な自由意思に基づく合意の存すること」が必要である。本件では、Xの家出以来、Bとは夫婦としての共同生活関係が中絶しているが、それは、「XがBを遺棄したことに始まる」。Bとしては、消息不明のXの帰来を待ちわびてなすべもない事情のもとで、遺棄が継続され、Bが別居・離婚を真実承諾したことはないので、XはAと適法な内縁関係を成立せしめえない。

（ウ）改氏申立事件 内縁の夫の氏への改氏を認めなかった事例もある。

[78]大阪高決昭和32・8・8家月9巻8号37頁(改氏不許可審判に対する即時抗告)

【事実・決定要旨】X女は、つぎのように申し立てた。XはA男と昭和12年頃から内縁関係を結び、昭和13年にBが出生し、Aは、昭和24年に死亡するまでほとんどX方に同居して、X・B母子の生活費を負担した。Aには別居中の正妻がいたが、Xと事実上の夫婦生活を送り、その間は、Aの氏を称し、Bも高等学校までA氏で通し、此度更に上級学校に入学を許されたので、改氏の許可を申請したが、原審がXとAとの関係を妾関係と見て申請を却下したので、抗告に及んだ、と。しかし、抗告審は、氏は人の同一性や親族関係等をあらわすに社会生活上重要な役割を果しているのに、濫りに変更を許すべきでないことは、戸籍法第107条が「氏」はやむを得ない事由あるときに限ったことからうかがえるところ、X主張のような事情では、それに相当しない、とした。

(エ) 家屋明渡請求事件 下記の判決は、重婚の内縁関係にある夫の借家で同居していた内縁の妻に対する家主の明渡請求を否定した例であるが、内縁が婚姻配偶者の死亡後では重婚的ではなくなるとした。

[79] 大阪地判昭和31・8・27下民集7巻8号218頁(家屋明渡等請求事件)

【事実・判旨】判旨は、内縁の亡夫Aの妻Yに対する家主Xの明渡請求を棄却して、重婚的内縁につき、つぎのように説示する。Aは先妻と別れて独身。Yには戸籍上の夫Bがいるが、ソ連に抑留中に死亡したものと思われ生還の望みがなかったので、子らの養育のことも考えて、Aと同棲した。Yは失踪宣告等の手続をとっていないため戸籍上はBの妻となっているが、「その夫婦関係は既に断絶して事実上は解消せられている」ので、YがAと婚姻したとしても、これを公序良俗に反する不倫関係として排斥することはできないし、Aの弟も近隣の人達もYをAの妻と認めていた。

(2) 重婚的内縁の解消を宣言した審判例

[80] 福岡家小倉支審昭和32・2・12家月9巻2号49頁(内縁関係解消申立事件)

【事実・審判要旨】X女は亡夫との間に四男一女があり、Y男には妻子がいるが、X・Yは同一職場で懇意となり夫婦関係を結ぶにいたったところ、Yが教養低く常識を逸した言動があることなどから、結局、Xは内縁関係の解消を求めた。家裁は、X・Yの子女親族が内縁解消を熱望し家庭を再建することを希望していることなどの

事情のほか、重婚的な夫婦関係は人倫の大義に反し法律の許容しないところであり、このような内縁関係の当事者はいつでも解消することができる、とした。ただし、Yが5年間に亘りX一家の生活に寄与した補償としてXよりYに対し相当の金額（金2万円）の支払いを命じた。

（3）重婚的婚約を有効とした例

婚約事例であるが、「二重の婚姻予約」を認めた例もあり、注目されている⁽³⁸⁾。

〔81〕京都地判昭和29・11・6下民集5巻11号1829頁（慰藉料請求事件）

【事実・判旨】X女（現在33歳）は、妻を求めているというY男（現在42歳）と交際して昭和23年5月頃に求婚され、Yは、Xに対しキリスト教的修養を積むなど結婚への希望を述べたことから、Xは妻となり得ることを信じて、その申し入れを承諾し、同年8月下旬、Yに肉体関係を許した。しかし、Yの不審な態度から、XはYの誠意に疑惑を抱き、昭和28年8月に家裁に調停の申立をしたところ、Yは昭和21年頃「事実上の婚姻」をなし同24年6月1日に届出をすました妻Aのいることが判明した。判旨は、昭和23年にX・Y間で婚姻予約は成立したとしたうえで、つぎのように説示した。当該婚姻予約は、当初より履行不能の状態にあるものの、「婚姻予約はその性質上必しも一人の男性につき二重に成立することを阻むものではなく」、特にXはYに内妻があるなどとは夢想だにできなかったし、かつ、Yは当時内妻とは不和の状態にあったことから、その解消の場合を予想してXと「婚約」したとも認定しうる事案である。しかし、Yは内妻のことを秘しXを欺き貞操まで奪い、予約はYの不純なる動機により成立したのみならず、その後、Aと婚姻することによってYの責めで履行不能となった。慰藉料の額については、Xにも慣習に従う拳式等を俟たないのみか、4年間に性交渉を伴う交際をしながら、何等Yの身元を調査しなかったことなど、多少の過失があるものの、Xを痛苦に懊悩せしめた（慰藉料金20万円）。

本件は、婚姻予約不履行というよりも、「詐欺誘惑の論理」で処理した方が、理論的にはすっきりしていたであろう。婚姻予約が二重に成立するという論理は、従来の判例からいっても、無理な論法といわざるをえない。

7 その他の内縁関連事件

(1) 内縁配偶者と「親族」の意義

大審院判決では、先述のように、内縁当事者を「親族」とした例は見られない。下記の最高裁判決も同趣旨を説示している。

〔82〕最三判昭和25・3・28民集4巻3号110頁（農地買収取消請求事件）

【事実・判旨】自作農特別措置法4条所定の「農地の所有者の配偶者」には内縁の妻が、また「その同居の親族」には世帯員の家族が、それぞれ含まれるかが問題となった。同法によれば、在村地主の保有小作地面積の限度は個人別ではなく、配偶者もしくは親族の所有地を含む合計総面積による規制がなされている。X₁男はA女と内縁関係にあり、X₂（12歳）はAの子である亡B女の子である。X₁所有の甲農地とX₂がBから相続した乙農地について、Xらは同一家屋内に居住していたことから、国Yが敗戦直後に同法4条所定の同居の親族に当たるとして、これを合算して買収処分をした。しかし、X₁とX₂両名の各所有地面積は、親族でなければ、その限度範囲内であったので、Xらは、その無効を主張した。判旨は、同条にいう親族または配偶者は民法によるし、配偶者を法律婚に限定するとともに、X₁とX₂との血縁関係は証明されていない、とした。

(2) 祭祀財産の承継

〔83〕大阪高決昭和24・10・29家月2巻2号15頁（各権利の承継者の指定家事審判申請併合事件）

【事実・決定要旨】X女は、内縁の亡夫A男の祭祀財産の帰属をめぐり、Y（Aの弟妹）と争った。Xは、大正12年3月からAが死亡（昭和23年5月）するまで約25年間にわたり円満に同棲し、世間では夫婦であることを疑う者もいなかった。Xが戸主で手続が面倒であったため届出未了中にAが死亡した。判旨は、新民法の理念を説示するとともに、内縁の妻には相続権がないとしたが、Xを祭祀主宰者と認定した。婚姻届を怠ったというだけで、遺産をYに承継され、法律上やむを得ない結果とはいえ、祭祀を承継するためAの氏に変更までしたXを祭祀主宰者とした原審の判断はAの遺志に合致している、と。

(3) 妻は夫の占有補助者

〔84〕神戸地判昭和30・10・13下民集6巻10号2127頁（農地明渡請求事件）

【事実・判旨】夫と死別したYは、3人の子を抱えていたが、戦前に遠縁のAがYの生活保障を条件として荒蕪地に近い所有農地の耕作を依頼し、YがAの許に通って働くうちに情交関係が生じ、Yは、本件農地を改良して稲などの栽培を続けた。その間、Yは、AとA宅やYの実家で同棲し、Aの子XらやYの子女を含めて、A名義の金員を資として生計を支えAの指示の下に本件農地を耕作した。亡Aの相続人Xらが、その明渡しを請求した。判旨は、YはAとの内縁関係を前提とする世帯の一員として耕作に従事し、Aの占有の「所持の機関」として協力してきたにすぎない、と判示した（Y敗訴）。

当時の判例の立場からいえば、夫所有の不動産を使用する妻は、婚姻夫婦でも、単なる所持の機関とされていたので、本判決もそうした通説的ドグマに支配されたものであろう。

（4）詐欺誘惑の論理（貞操侵害）

当初から婚姻意思がないにもかかわらず、詐欺的言動により女性に結婚の期待をもたせたうえ、情交関係をもつ行為態様は、貞操侵害として不法行為となることは、戦前からの確定した判例法理である⁽³⁹⁾。たとい同棲の事実があっても婚姻予約の成立は容易でない。若干の事例のみを掲記しておこう。

（a）つぎの例は、詐欺による婚姻約束の典型的ともいえるものであろう。

[85] 東京地判昭和25・2・28下民集1巻2号284頁（慰藉料等請求事件）

【事実・判旨】Y男は、昭和21年9月頃以降、X女宅を再三訪問するうちに結婚の意思がある様に装い甘言を以て遅くも昭和22年2月頃までにはXと情を通じ、同年4月頃にはXはYを住居に同棲させるようになったが、同年5月頃より、Yは、Xを疎んずるようになり、ついに結婚の意思がないことを明かにしたうえ、出奔した。判旨は、Yは学歴等を詐称し甘言を以てXに近づきその誤信に乗じて貞操を奪つて同棲し情交を重ねたうえ、Xを見捨てたのであるから、Xは精神的苦痛を蒙ったが、Xにも軽率な点があったので、慰藉料を金5万円とした（請求額20万）。

（b）つぎの例では、情交関係自体が妻帯の男性の目的であったが、女性側が男性からの経済的援助を期待しながら「入籍」を強く求めたことに起因して、関係が破綻している。

[86] 大阪地判昭和32・6・19下民集（不法行為）昭和32年度（下）727頁（慰養料等請求事件）

【事実・判旨】X女（当時17歳）は、昭和25年6月ころよりY男（Xより19歳年上で会社社長）から交際を求められ、Yは同年10月に正妻のあることを秘してXに結婚を申し込み、Xは次第にYに対し愛着を感じるようになり、Yの申込みを承諾して、Yと肉体関係をもった。Yは、Xら家族を会社内に居住させるとともに、昭和26年4月には「結婚式をあげ且入籍する」などと約束したが、昭和26年12月ころ入籍を強く要求するXの母との暴力沙汰の末、Xとの関係を絶った。判旨は、妻帯のYとの婚姻約束には効力がないが、Yは、未成年のXに対し婚姻の意思があるかのように装って、その処女を奪い、その後も結婚の希望を抱かshめて欺罔してきたので、Xの貞操を侵害した、とした（慰養料金20万円）。

(c)男女は同棲していないが、貞操侵害による慰養料100万円を認容した事例がある。

[87] 東京高判昭和30・11・11下民集6巻11号2357頁（損害賠償請求控訴事件及び附帯控訴事件）

【事実・判旨】X女（明治44年生）は、妻子のある単身の眼科医Y男（明治22年生）に大正13年2月、Xが14歳のころに姦淫され、Yは戦間期に結婚する旨の約束をしたが、敗戦後に一方的に関係を断絶した。Yは、全く情事を解さざる14歳のXを姦淫し、その羞恥心に乗じてこれを継続し、その長ずるに及び婚姻意思のある如く装って結婚の望を抱かしめこれを欺罔して来た、などとした。賠償額については、長期間の貞操侵害によって生涯の運命を決定されたものであり、さらに病弱となって、婚姻も就職も望み得ない状況にあるなどの事情から「今後の生活の資となすに足る金額を以て相当とすべき」である、とした。

(5) 離婚慰養料と財産分与請求権

この当時では、内縁関係に財産分与制度を準用する例はほとんど見られないが、離婚事件の方では、分与の性質につき言及する最高裁判決が登場した。後述のように、本判決は、「準婚判決」とも無関係ではないものと思われることのほか、当時の内縁学説も関心を示しているので、ここでの概要を紹介しておこう。

[88] 最三判昭和31・2・21民集10巻2号124頁（離婚並びに慰養料請求事件）

【事実】Y女は、戦中にX男と「事実上の婚姻」後に婚姻届出をすまして、農作業に従事していたが、過労のため健康を害してから、姑Aが冷淡となり、XもAの言動に追隨する有様であったので、戦後にYは婚家を去った。1審は、Xの離婚請求を棄却し、Yの離婚請求を認容したが、慰養料請求は排斥した。原審は、夫婦の破綻の発端はAの冷酷な仕打ちであるが、Xが相互扶助の精神により対処すれば破綻を防止し得たなどとして、Yの反訴請求を認めた（慰養料金7万円）。Xは、離婚の場合には、財産分与の請求ができるので、離婚原因となった相手方の行為が、特に身体、自由、名誉の法益に対する重大な侵害である場合にのみ、損害賠償の請求をなし得るに過ぎない、と主張して上告した。

【判旨】財産分与請求権は、相手方に離婚につき有責不法の行為のあったことを要件とするものではないが、離婚における慰養料請求権は、相手方の有責不法な行為による離婚に基づいて損害賠償を請求することを目的とするものであるから、財産分与請求権とは、その本質を異にするし、Xの主張の場合にのみ限局する必要もない。権利者は両請求権のいずれかを選択して行使できるところ、「両請求権は互に密接な関係にあり財産分与の額及び方法を定めるには一切の事情を考慮することを要するのであるから、その事情のなかには慰養料支払義務の発生原因たる事情も当然に斟酌されるべきものであることは言うまでもない」。本件では、Yは慰養料のみを請求しているので、Xの主張は理由がない。

8 小 括

ここで当時の裁判例の実情を一応整理しておこう。なお、「準婚判決」の登場を誘引したと思われる事情については、別に検討する。

(1)内縁の成立事情と内縁のタイプ

(ア) 挙式同棲婚 この時代でも、裁判例に登場する内縁夫婦は挙式して同棲するタイプが主流であり、しかも、そのほとんどが媒酌結婚であり、戦前からの婚姻習俗は堅持されている。戦前からの内縁関係が戦後も持ち越されている例も散見されるが、敗戦後も、「いえ」や「村落」の社会的規範は温存されていたので、両親主導による婚姻習俗は容易には変わらなかったといえよう。両親の同意がないので、婚姻届出がなされなかった例

も、依然としてみられる（たとえば松山家審昭和32・3・4家月9巻3号39頁〈扶養請求調停申立事件〉）。それゆえ、婚姻意思ひいては内縁の認定に際しても、挙式を重視する傾向も残存している（[29]）。厳格な立場にある[4]は、婚姻予約を認めたにもかかわらず、通常の内縁とは異なるとしていたのも、結局のところ、挙式がないことに遠因があるといえよう。一方で、単なる同棲婚ケースも珍しくはないが（[1][4][9][18][21][37][48]など）、これも戦前の内縁事例でも存在するので、特に目新しいタイプではない。ただ、この種のケースの増加の兆しが見える⁽⁴⁰⁾。

（イ）「事実上の婚姻」概念 この時代では、戦前の判例を承けて、内縁関係につき、「事実上の婚姻」という用語を使用する例が多数存在する（最高裁判決[5]、[88]の原審、下級審裁判例[2][11][12][13][18][21][34][44][64]等々）。こうした用語は、婚姻という言葉が使用されていることから窺知しうるが、民事連合部判決以来、もともとは将来は婚姻届出をして正式の婚姻夫婦となることを含意する用語であった。

（ウ）同棲の有無と同棲期間 挙式後に同棲していない関係でも内縁とされているケースが散見された（[2][3]）。他方で、挙式同棲しても、きわめて短期間で内縁関係が破綻している例は珍しくない。挙式して新婚旅行の直後、「両三日」で破綻した例[10]、女性が同棲後約20日あまりで復帰を拒絶した例[17]や、約1ヶ月から2ヵ月前後（[11][13][47][27]）のほか、1年未満の例が多数みられる（[6][18][44]等々）。これに対して長期の例では、3年から6年程度の例（[29][42][49][65]、[3][25]、[19][41]等）のほか、ことに夫死亡まで継続している場合では、かなり長期の例が散見される（16年[66]、25年[83]等）。

なお、仲介により婚約して結婚式を済ましたが、女性が翌日に実家に帰って婚姻予約を破棄したという事例があるが、本件は婚約事例と考えるべきであろう⁽⁴¹⁾。

（エ）外国人との同棲 すでに、この当時から、外国人との同棲生活な（龍法'20）53-1, 176（176）

いし内縁関係も散見される。駐留軍の軍人男性との内縁関係（広島地裁呉支判昭和32・3・18下民集8巻3号508頁・婚姻無効確認事件）や中国人女性との内縁関係（神戸家審昭和32・2・19家月9巻3号34頁・戸籍訂正申立事件）などの例がある。アメリカ国籍の男性Aが子連れの芸妓B女と事実上の夫婦生活に入ったが、のちにB女が死亡したので、Aがその子を養育していた例（東京地判昭和32・2・16下民集8巻2号307頁・人身保護請求事件）もある⁽⁴²⁾。

（２）内縁破棄の態様

この当時の婚姻はかつての家族制度下の婚姻とは基本的に変わらないので、婿養子でもなければ、夫婦生活は挙式後に妻が夫の家に入ることによって開始することとなり、妻が夫の両親などの家族生活に同化していかざるを得ない。したがって、妻が家族から嫌忌されると、夫婦生活も破綻する傾向があり、これに関連して、内縁破棄の理由も、家族が加担するなどの事情に起因する例が少なくない（[11]～[15]、[31]～[35]）。

（３）責任の論拠

（ア）婚姻予約法理 最高裁は婚姻予約法理を堅持し（[5]）、下級審判決も基本的には同様の立場にある。予約法理が「信義則」に依拠していることにも変更はないであろう⁽⁴³⁾。

（イ）不法行為構成 内縁の妻の法的地位の独自性を認めて不法行為構成をとる例[29]があるものの、必ずしも不法行為責任を前面に押し出しているともいえない。婚姻予約論を「こじつけ」と批判して、内縁破棄責任を不法行為（民709条）とする裁判例[30]は、傍論にとどまる。

夫の家族も加担して内縁の妻が退去を余儀なくされている不当破棄ケースでは、夫と家族との「連帯責任」を認めるものの、その論拠が不透明である判決例も散見された（[26][31]～[34][40]）。不当破棄の不法行為構成が待ち望まれていたといえよう。

（４）準婚的效果

婚姻法所定の規定を準用する例も登場し、とくに760条所定の婚費分担

規定については、一連の具体例〔59〕～〔62〕〔75〕がある。ただし、財産分与については、いまだ一例〔63〕にとどまる。離婚規定を準用する例では〔20〕〔21〕、「準婚」と称する判決〔20〕も登場した。一方、大審院判決例に異論を唱えたうえで民法711条所定の配偶者には内縁の妻も含まれるとした例〔64〕も現れた。準婚理論の影響が徐々に浸透しつつあったといえよう。

(5) 届出義務論

挙式同棲しても、婚姻の届出が容易にはなされない事情も依然として見られる。当時の都市新聞では、わざわざ特集を組んで「入籍」の重要性を喚起しているのも、理由のないことではないのである⁽⁴⁴⁾。裁判例では、「届出義務」の不履行を重視して予約不履行責任を認める例が散見された〔18〕〔19〕。また、〔80〕は重婚的内縁事例であるが、届出義務を前提とする説示をしている。一方、内縁と届出との関連を認識している例もある〔66〕〔76〕。

(6) 重婚的内縁関連事件

この当時の「重婚的内縁」事例については、いまだ戦前の事例と特に変わるところがなく、不当破棄ケースが中心となっている。ただし、その保護要件をより厳格に解する例〔77〕がある一方で、婚姻当事者の相手方の死亡によって内縁が有効となると解する判決例も登場している〔76〕〔79〕。妻帯の男性との婚外関係については、婚姻予約責任ではなく、女性の貞操侵害による慰籍料請求を認めた事例もある〔86〕〔87〕。また、内縁と婚約の「二重の婚姻予約」の成立を認めた例〔81〕もあるが、かなり無理な推論をしている。「詐欺誘惑の論理」がいまだ十全には理解されていなかった時代の産物であろう。なお、法律婚の妻の婚費分担請求事件で内縁の妻の生活費を考慮している例もあるが（大阪高決昭和32・9・7家月9巻9号23頁）、その論拠など委細不詳である。

Ⅱ 当時の内縁学説の状況

敗戦後における婚姻法の大改革のもとで、周知の「内縁の法制化」に関する議論も加わって、裁判所が、内縁保護との関連でも、そうした新制度の解釈をするに当たり、当然のことながら、当時の学説の状況にも強い関心を傾注させていたはずであり、その活発な学説の展開が、後の最高裁「準婚判決」の登場とも、密接に関連すると考えて大過なからう。内縁学説の整理は本稿の本来の課題ではないので、「準婚判決」を客観的に分析するために必要な範囲に限定するが、それと無関係ではないと思われる学説に的を絞って検討してみよう⁽⁴⁵⁾。すでに戦前から準婚理論が通説となっていたので⁽⁴⁶⁾、内縁は「慣習法上の婚姻」であるが新法によってその慣習法は廃止されたとする見解は論外として⁽⁴⁷⁾、戦後の内縁学説も、準婚理論を前提としつつ、とくに新民法によって採用された「財産分与」の規定（民768条）の準用ないし類推適用を認める見解がかなりの程度で有力となっていた⁽⁴⁸⁾。そうした内縁学説が、「準婚判決」の一つの誘因となったことは、ほぼ間違いないと思われる⁽⁴⁹⁾。敗戦後の内縁学説は、細部では意見は多岐に分かれるものの、準婚理論それ自体については中川理論に迎合する傾向がいっそう顕著になっている。当時の学説の基本的な動向を検討してみよう。

1 中川準婚理論

まず準婚理論のリーダーである「中川善之助」の敗戦直後における見解を検討する。

戦前の立場と変わらないので⁽⁵⁰⁾、特に取り上げるべき新味はないが、その結論的な点のみをあらためて抽出しておこう。内縁は「実質的には婚姻である」という大前提のもとに、内縁問題は自生してしまった夫婦共同生活を処理する問題であるので、重婚的・近親婚的内縁も一定の保護を享

受するとされ、婚姻意思以外の要件はすべて不要とする⁽⁵¹⁾。内縁は、予約関係ではなく、「本契約的の準婚関係」であるので、不当破棄は不法行為責任となり、「実際上も法律上の婚姻届出を予想しないような内縁なるものも少なくない」とし、予約論は、不当破棄責任以外では馬脚を現し、大審院時代に登場した「準婚的判決」を説明できない、という。「判例のこのような、内縁には『法律上の婚姻をなすべき義務』があり、内縁の不当破棄はこの義務の不履行として責任を生むのであるとする見解を排斥する」と断言している⁽⁵²⁾。

中川は、戦前から「婚姻届出を予想しない内縁」を重視して、自説の論拠の一つとしているが⁽⁵³⁾、そうした同棲が具体的にどのような男女関係なのかが不分明であり、戦前に中川が好意的に評価するかのような取り扱いをしていた「男女ともに婚姻を回避しようとする関係」（「故意的・選択的内縁」のモダンなタイプ）⁽⁵⁴⁾まで含ませる趣旨であるならば、準婚理論は自壊するしかない。単なる継続的な同棲婚（ないし終生的な内縁）を念頭においているのかも知れないが、いずれにせよ、いうところ「婚姻意思」は「社会的な婚姻の意思」ということとなり、もともと社会的習俗を大前提にしていたはずであるが、結局のところ、その習俗から外れて、婚約（契約責任）と内縁（不法行為責任）との区別を強調するあまり、双方の連続性を切断する一方で、内縁と届出との連携も断絶させたといえよう。

2 内縁学説の多様性

(1) 準婚学説の分岐

(ア)「島津一郎」の所説⁽⁵⁵⁾ 島津は、内縁は「生物学的な結合である」という意味では、婚姻と一致する」という前提のもとに、そうした趣旨の婚姻障害（重婚・近親婚のほか、婚姻適齢）の準用および婚姻法的效果（協力扶助義務、貞操・同居義務、一方の私通による損害賠償請求権）を認める。さらに、民法711条所定の慰藉料請求権のほか、内縁解消を「届出という公示（龍法 '20）53-1, 180（180）

を伴わない内縁夫婦の離婚」あるいは「内縁離婚」と称して、財産分与規定の準用も認めるが、その理由として、財産分与が夫婦財産原則の例外であつても、それが主として扶養の原則に従うべきものとされるならば、これを認めても弊害が生じないし、そのことによって内縁に相続権保護のないことと権衡を失することにもならない、という。

（イ）「柚木薫」の所説⁽⁵⁶⁾ 柚木は、実質的な婚姻要件を充足する内縁を「完全なる準婚」とし、そのいずれかの要件を欠く内縁は本来の準婚ではなく「不完全なる準婚」・「違法内縁」とする。前者の内縁は準婚であるので、その不当破棄は予約不履行ではなく不法行為とするとともに、内縁配偶者は711条の「配偶者」になると解し、財産分与請求権も含めて婚姻法的効果を認めるが、後者は本来の準婚ではないので、基本的には保護されない。ただし、治癒しうる要件（婚姻年齢など）の欠けるだけの内縁には、不当破棄責任のほかには第三者保護の規定（民761条）の類推適用を認める一方で、近親婚・重婚の内縁は原則として内縁としての保護を受けないものの、ただ善意の当事者の損害賠償請求権と夫婦の連帯責任を認めることがこの種の婚姻を取消しうるとした法意に適合する、という。

（ウ）「外岡茂十郎」の所説⁽⁵⁷⁾ 婚姻予約論を批判して、判例もすでに「内縁を法律上の婚姻に準ずる関係として処理するようになった」として、縷々「戦前の裁判例」を列挙したうえで、すべての内縁が国家的保護を受けるかの問題が生じてくるところ、要件論については、中川説は正当ではなく、保護に値する内縁に限定されるべきであるので、公益的婚姻障害は内縁にもあてはまり、「性的結合自体に存する障害」でない要件（父母の同意など）は不要であるとしても、重婚・近親婚禁止規定のみならず、不適齡婚、待婚期間に関する規定も内縁に適用される、とする。

（エ）「我妻栄」の所説 我妻は、戦前から予約論を否定して「準婚理論」を支持し、中川説と同様に、内縁問題は自生した関係の処理問題であるとして、消極要件も基本的に不要とする一方で⁽⁵⁸⁾、重婚の内縁に関す

る判例評釈では、「その要件の如きも、これに賦与する効果の如何によって相対的に定（め）」、一律に決すべきものではないとしたうえで、重婚であることのみで不当破棄責任を否定すべき理由にはならない、と述べていた⁽⁵⁹⁾。戦後では、家制度下での内縁発生の原因は新法のもとでは基本的に解消するとして⁽⁶⁰⁾、戦前の立場を踏襲するとともに、判例理論を「婚姻の豫約（婚姻契約すなわち届出をする債務を負担する豫約）」と解する一方で、新民法の財産分与規定の準用については、死亡による解消の場合は除いて、合意による解消や一方的破棄のケースでは、「事情によれば」認められる、としていた⁽⁶¹⁾。一方、「有泉亭」との共著であるが、婚姻の実質的要件を備えなくとも、いずれかの婚姻の効果が付与すべきものはすべて内縁と認めたうえで、その他の各種の効果については一々検討するのがよいとし、近親婚内縁では、損害賠償請求はできないものの、財産分与は認めてよい、としていた⁽⁶²⁾。

（オ）「中川良延」の所説⁽⁶³⁾ 戦前からの中川・我妻の準婚理論に従ったうえで、何らかの準婚的效果が与えられるべきものはすべて内縁と認め、その要件は、これに賦与される効果との関係で決めれば足りるとする前提のもとで、結局のところ、内縁の実質的要件はすべて不要とする。つまり、すべての要件を具備している場合には、財産分与も含めて婚姻規定が準用されるが、重婚的・近親婚的内縁でも、同居・扶助義務は認め得ないとしても、すでに生じた関係にはある程度の婚姻法的效果を認めるべきであるとして、近親婚内縁にも財産分与は認めてよいし、重婚的内縁でも、婚姻当事者が事実上離婚している場合には不当破棄に対する保護は認められるなどとして、きわめて柔軟な処理を提案している。中川良延は、「社会的に婚姻とみられる場合」には、何らかの法的效果が付与されてよいとする基本観念のもとに⁽⁶⁴⁾、中川準婚理論を前提としながら、きわめて恣意的な結論を導き出している。ただし、我妻説に与して、一定の婚姻法規定を一括して準用するという準婚学説（中川・杉之原説）から離反する傾向に

いっそう拍車をかけたように思われる。

（２）身分契約論と届出義務

下記の両説は、内縁が実質的には婚姻ないし準婚であるとするが、内縁を婚姻に近似する身分契約とし、届出義務も認めているので、当時では特に注目に値する。

（ア）「野田孝明」の所説⁽⁶⁵⁾ 内縁を「婚姻意思をもって夫婦共同生活をなすことを目的とする契約」とし、「婚姻に準ずる一種の身分的契約」と捉えて、婚姻の実質的要件を必要としたうえで、契約法理と條理により解決する。内縁の効果としては、「内縁関係を維持する義務及び婚姻届出をなす義務」が生じ、信義則に従い履行せねばならない、とするとともに、夫婦共同生活を基盤とする婚姻の効果も認め、財産分与請求権も「條理」により認める。前段部分は、大審院の立場に依拠した見解であろう。

（イ）「永田菊四郎」の所説⁽⁶⁶⁾ 内縁は婚姻予約と婚姻との中間に位置する事実上の婚姻関係であり、破棄による不法行為責任の論拠につき、「婚姻類似の身分的契約」による身分権侵害としたうえで、守操義務、同居・協力扶助義務、婚費分担義務などの「婚姻の効果」を認め、財産分与についても「相手方の協力により造られた財産の分配を受ける権利」を認めることは自然の道理である、とする。さらに、「内縁当事者は法律上婚姻する目的で協同生活に這入っているので、婚姻の届出をして、法律上の婚姻を成立せしめ得べき地位を取得」し、この効力は婚姻予約の効力であるが、内縁関係にも存続する、という⁽⁶⁷⁾。

（３）内縁論と財産分与

裁判官の「千種達夫」は、当時の大審院判決の「婚姻予約法理」をある意味では正確に認識し、挙式後に夫婦として同棲していても、「法律上は婚姻の予約があるにすぎない」としたうえで、「婚姻の予約とは、普通は男女が同棲して内縁関係のある場合をいう」と解するとともに⁽⁶⁸⁾、さらに、その後の慰藉料に関する研究でも、つぎのように謙抑的な内縁保護論

を述べている⁽⁶⁹⁾。すなわち、当時の千種は、慰養料の認められる事件類型として、内縁破棄事例を独自の項目とはしないで、「婚約不履行」のなかで内縁問題に論及して、同棲後に破棄された場合には、同棲前の破棄よりも慰養料の額が多いのを普通とするが、「ただ、婚約不履行の場合では、財産分与はない。したがって長く内縁関係にあった者が別れる場合でも、当然には財産分与の規定を適用することはできない」としたうえで、「事実上の夫婦関係」にある場合には、離婚の場合と区別する理由はないことから、財産関係を清算すべきであるので、「財産分与の精神を慰養料の算定に加味すべきである」という⁽⁷⁰⁾。まだ「準婚判決」前の見解であるので、「婚姻予約法理」のもとに、内縁が婚約の延長線上で捉えられている。それゆえ、実質的には準婚理論を強く意識しているとしても、あくまでも判例の婚姻予約法理を前提としながら「財産分与規定の準用」には消極的な判断を示したうえで、その制度趣旨を慰養料の額に反映させようとしたものであろう。

(イ)「市川四郎」の所説 実務家の市川は、財産分与規定の準用について、当初は反対していたが⁽⁷¹⁾、その直後の論文では一転して賛意を表明して、つぎのよういう⁽⁷²⁾。戦前の大審院判決等によって、種々の局面で、「内縁そのものとして共同生活関係自体に対する保護を受けるに至り」、多くの学説も婚姻法の規定を準用すべきとしていることのほか、社会立法も内縁を婚姻と同視する傾向があり、「かかる情勢のもとにおいて」、財産分与の性格（清算と扶養）を考慮すれば、「財産分与制度の準用を否定しなければならぬ理由は何等存在しない」とし、前掲東京家裁の審判例[63]を積極的に支持する。

(ウ)「田中實」は、内縁法理の究明を留保して、財産分与との関連に重点をおいているので、準婚理論を支持しているのかは不分明であるが、つぎのようにいう。内縁配偶者の保護救済は、夫婦共同生活の面に限定され戸籍の身分関係にまでは及んでいないので、内縁理論では、内縁を婚姻化

することではなく、私的扶養の適正な配分の手掛かりとして夫婦共同生活の紐帯が取りあげられてきた。近代社会でも親族的扶養の重要性は失われていないが、財産分与制度とは「夫婦間の相互扶助の転化物」であるので⁽⁷³⁾、内縁の破棄・解消でも、相互扶助の消滅という意味では離婚に準じて財産分与規定を準用すべきであり、財産分与は、離婚による損害賠償も含まれるので、「内縁理論の準婚理論への発展からすれば、—それが不当破棄であるか否かを問わず、ひろく—財産分与の準用をみとめる」ならば、内縁配偶者の救済を十分に期しうる、と⁽⁷⁴⁾。財産分与の準用によって内縁問題を解決するという解釈論は異説にとどまったが、沼説と同様に、内縁保護の具体的な論拠を明らかにしようとした点に限定すれば、その当否は別にして、傾聴に値しよう⁽⁷⁵⁾。

（4）内縁の「二元的構成」

「青山道夫」は、基本的には準婚理論を支持するが、もともと「内縁は民法上明確な概念があるものでない」ので、これを画一的に決めるのは、かえって問題解決に支障が生ずるとして、判例のように、内縁を婚姻予約として（不当破棄ケース）、あるいは準婚として、それぞれ法的に保護するという「二元的構成」をとる⁽⁷⁶⁾。青山が、「準婚判決」の登場前から判例が二元的立場にあると解していたのは、大審院時代のいわゆる「準婚的判決」の傾向を指しているのであるが、ことに不当破棄・節操蹂躪ケースでは、被害者救済の観点から判例のように婚姻の障害要件を適用せず内縁の要件を厳格に捉えないのが妥当であると考えた結果であり、準婚理論では、その解決が「首尾一貫しないようにおもわれる」としていた⁽⁷⁷⁾。内縁の効果では、相続権は否定するものの、内縁破棄は「実質上の離婚」であるので財産分与を認めるほか、死亡による解消の場合にも、これを拡張する⁽⁷⁸⁾。

青山の「二元的構成」は、最高裁の「準婚判決」に繋がっている面もなくはないが、民法では内縁概念が定められていないので、統一的に把握す

る必要がないということだけでは、公序としての婚姻法秩序の中に内縁を積極的に位置づけ、婚姻法的効果を認めるための論拠にはならないし、また、大審院判決には内縁を「準婚」と明証した判決例（いわゆる「準婚的判決」）は存在しないので、問題を残していたように思われる。

（5）婚外関係の段階的構成—沼正也の「要保護論」

「沼正也」は、親族法の理念は「保護関係」にあるとの独特の見解のもとに、婚姻についても夫婦相互の保護義務が中核となる、とする。こうした夫婦間に分配される保護義務は夫婦の「強度の生活共同関係」に起因するが、内縁関係についても、それが婚姻法の末尾に位置づけられる契機となるものは、「生活共同関係ないし性的結合関係に立つ男女の間に分配されるべき保護である」としたうえで、さらに、そうした私的保護を分配すべき関係は、内縁関係の枠を超えて、「婚姻外の男女関係を、素直にいく段階ものままにこれを承認し、その関係の濃淡に応じた保護が分配せしめられる」という⁽⁷⁹⁾。いうところの内縁の保護としては、判例の届出義務や扶養義務などを指摘し、親族的身分関係などには及ばないとしているので、判例学説が認めている以上のものではないようであるが、他方で相続権や死亡後にも財産分与を認める学説にも「注目」している。また、内縁以外の男女関係では、どのような保護を考えているのかは不分明であるが、裁判所は内縁の枠に押し込めて問題を解決してきたとしているので、この限りでは青山説に通ずるものがある⁽⁸⁰⁾。

（6）その他の学説

この当時の学説には、不当破棄責任を不法行為によるべきであるとするが、準婚理論や財産分与には言及しない立場もある。たとえば、「宮崎孝治郎」は、内縁を事実上の婚姻関係・事実婚とみて、一定の婚姻規定の準用を認める⁽⁸¹⁾。また、「谷口知平」は、契約構成により婚姻届を出さないことを債務不履行とする判例理論を批判し、不当破棄の損害賠償額の算定には、離婚に準じ、内縁中の協力による利得を反映させるべきである、と

する⁽⁸²⁾。

一方、「川島武宜」は、事実婚を法律上は「有効」としても嫁に対する家族制度的な不都合はなくならないので、事実上の婚姻と同時に届出をする旨の「法育」をするか、または、不当な離婚と同様に一種の人格侵害による不法行為の保護を与えるか、そのいずれかによれば「足りる」としていた⁽⁸³⁾。ところが、後に、離婚慰料を「不法行為」構成によって認めることは、その要件と救済手段からみて不適切であるので、財産分与制度のもとでは、その存在の余地がなくなったとし、内縁の不当破棄でも、財産分与を類推適用し、「予約不履行の判例法理は財産分与制度の中に吸収される」と主張するようになった⁽⁸⁴⁾。

4 小括

準婚理論が主流となる一方で、なお態度不明な有力学説もあるが、基本的には婚姻予約構成ひいては届出義務論から離れる傾向が顕著となり、準婚学説では、財産分与を含めて、婚姻規定の準用を認める立場がほぼ一般化している。ただし、この当時（1950年代）では、大審院の婚姻予約法理に留意しながら届出義務を認める有力学説があることのほか、「中川善之助」や「我妻栄」が判例の届出義務論に言及していたことに特に刮目しなければならないであろう。

他方で、予約論を堅持する千種判事の見解については、大審院判決の傾向に対応しているが、ことに新たに導入された財産分与規定の準用との関連では、その純然たる予約論の内的限界を露呈していたといえよう。

ところで、私見は、「大審院時代の裁判例」を検討したうえで、一定の結論に達したが⁽⁸⁵⁾、この千種判事の見解に遭遇して、みずからの判例分析が間違っていなかったことを改めて確信した次第である。しかし、他方で判例が大審院時代における予約論の桎梏から一歩前進せざるをえない由縁が暗示されているのではなかろうか。最高裁「準婚判決」が準婚関係に

軸足を移したのは、そうした過去の由来を受け容れながら将来の課題をも見通していた結果であるように思われるが、この難題は、後に再度取り上げる。

- (29) 大判昭和2・11・18昭和2年(オ)517号出産費用請求事件。この未公表判決については、その掲載誌を含めて、岡本・前掲注(1)「判例内縁法の展開(3)」295頁を参照のこと。
- (30) 当時の「離婚」にともなう財産分与事例の状況については、市川四郎「財産分与請求」『総合判例研究叢書民法(3)』85頁以下(有斐閣、1957年)や山本笑子「判例財産分与法(1)(2・完)」民商35巻2号39頁・同4号33頁(1957年)が詳しい。
- (31) 二宮・前掲注(8)『事実婚の判例総合解説』124頁は、本件を詳細に取り上げている。
- (32) 大判大正10・5・17民録27輯934頁、大阪地判昭和6・8・6新聞3312号13頁など。岡本・前掲注(1)「判例内縁法の展開(2)」185-6頁、「同(3)」269頁も参照のこと。
- (33) 「借家権の承継」問題については、先行業績を含めて、差し当たり、岡本詔治「借家権の相続」平井宜雄編『民法講義5』(有斐閣、1985年)385頁以下を参照のこと。
- (34) ここでは、最高裁判決を中心とし、下級審裁判例は、紙幅に制約があるので、簡略化した。なお、一般に夫婦間の居住問題については、岡本詔治『不動産無償利用権の理論と裁判』(信山社、2001年)299頁、373頁や最近では古川環子「生存内縁者の居住利益の保護—内縁者の所有不動産の場合」岡山大学法学会雑誌62巻1号(2012年)83頁などを参照のこと。特に理論面からの研究としては、後藤泰一「内縁関係の解消と居住用不動産の利用(1)」信州大学法学論集21号(2013年)89頁、宗村和広「同(2)—死亡解消における非名義当事者の保護を中心に」同127頁、池田秀敏「同(3)—要件事実論からのアプローチ」同論集22号(2013年)129頁が、その賛否は別にして、重要な文献である。
- (35) ちなみに戦前の大判昭和8・8・10新聞3592号5頁は内縁の妻の居住権を認めた「準婚的判決」の一例とされているが、そうした評価は行き過ぎであることについては、岡本・前掲(1)「判例内縁法の展開(3)」279頁以下を参照のこと。
- (36) 内縁子に関する大審院裁判例については、岡本・前掲(1)「判例内縁法の展開(2)」191頁(1例)、「同(3)」282頁以下(2例)に掲記した大審院判決例を参照のこと。
- (37) 戦前の重婚的内縁事例の二面性については、岡本・前掲注(1)「判例内縁法の展開(3)」299頁以下、同(4・完)211頁を参照のこと。

- (38) 我妻栄『親族法』（有斐閣、1961年）199頁は、重婚の内縁の保護要件を緩和した一例として、本判決を引用する。
- (39) 戦前の詐欺誘惑事例については、岡本・前掲注（2）『婚約・婚姻予約法の理論と裁判』620頁以下を参照のこと。
- (40) 佐藤良雄『婚姻予約の研究』（千倉書房、1969年）3頁以下では、戦前から戦後の膨大な裁判例（427件）の事案・事実をいくつかの視点から網羅的に分析しているが、それによると戦前のピーク時（1931-40年）と戦後のピーク時（1951-60年）とが比較されており（13-15頁、一覧表18頁）、儀礼・挙式のある関係の数は、いずれでも全体数のほぼ半数であり変化はないが、儀礼のない関係については、戦後では、ほぼ二倍になっているという。
- (41) 仙台地判昭和29・10・27下民集5巻10号1791頁は、女性が挙式当日に当該地方の俗信である「年回りが悪い」事実を知ったことや男性の容貌が意外に老けていたことなども重なって、破棄した事例（慰養料1万円）である。本件については、岡本・前掲注（3）『婚約・婚姻予約法の理論と裁判』573頁、610頁を参照のこと。なお、下光軍二「低すぎる内縁の妻の慰養料」ジュリ138号（1957年）25頁は、本件を内縁（慰養料低額）事例として紹介している。
- (42) 本件は、最大判昭和33・5・28民集12巻8号1246頁の一審判決であり、AのもとからBの祖父（親権者）らが実力で子連れ去ったが、Aの人身保護請求は排斥されている。
- (43) ちなみに、戦前の裁判例には、「内縁破棄は債務不履行なり」とのタイトルで「紹介」され、不法行為構成を否定した例がある（大判昭和9・3・30昭和8年（オ）3215号慰養料請求事件、法学3巻1064頁）。本件の上告理由は、原判決が婚姻予約を債務不履行ないしこれと同一視した関係としたことを非難したが、判旨は、原判決が婚姻予約の不履行につき「之に因り生じたる損害の賠償」を命じたものと説示しているので、婚姻予約の不履行それ自体を債務不履行とした例かは、委細不明である。なお、婚姻予約法理・責任の論拠と予約不履行による慰養料請求権とは区別しなければならず、後者が財産権であることはいうまでもない。大（2民）判昭和5・12・27評論20巻民訴326頁（慰養料請求事件）では、義務履行地・管轄権につき争われたが、慰養料請求権が財産権であることを基準としている。戦後の最判昭和37・12・25家月15巻4号38頁（慰養料請求事件）も同旨を説示する。
- (44) 朝日新聞昭和30年9月6日夕刊2面「結婚と入籍をめぐって」は、入籍の重要性と伝統的な因習や未入籍による種々の問題点について、実際例などをおりまぜて報告している。
- (45) 戦後の内縁学説については、二宮周平『事実婚の現代的課題』（日本評論社、1990年）31頁以下、青山＝有地・前掲注（6）『新版注 民法（21）』276頁以下（二宮孝富執筆）、最近では、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1巻—親族（1）婚姻・離婚』（新日

- 本法規、2008年）221頁、古川櫻子「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頁以下などで、それぞれの立場から要領よく整理されているので、それらにゆずる。
- (46) 戦前の内縁学説の状況については、先行業績も含めて、差し当たり、岡本・前掲注（1）「判例内縁法の展開（4・完）」186頁以下を参照のこと。
- (47) 薬師寺志光『親族法概論』（法政大学出版局、1950年）13頁。
- (48) この当時の学説の状況については、石村善助「内縁解消と財産分与」『家族法大系Ⅱ』（有斐閣、1959年）305頁以下が的確に概論する。ちなみに、民法768条の立法過程では、内縁解消時にも本条を準用する旨の修正案が提案されていた事情や本条の沿革一般については、差し当たり、太田武男『内縁の研究』207-8頁、226頁以下を参照のこと。
- (49) なお、家制度を廃止した改正民法直後の学説においては、届出婚を前提とした上で、「内縁原因」に関する実態調査に関心が傾注したが、その手法と分析において戦前のそれよりも格段の深化を示している（高梨・前掲注（14）『日本婚姻法論』84頁以下）。竹内利美「内縁の社会的実態」川島武宜編集代表『現代家族講座第2巻・結婚への道』（河出書房、1956年）187頁以下は、そうした内縁の調査研究を総合的に鋭く分析している。
- (50) 中川善之助『日本親族法—昭和十七年』（日本評論社、1942年・昭和17年）275頁以下（第十一節「内縁」）。戦前までの中川準婚姻理論については、岡本・前掲注（1）「判例内縁法の展開（4・完）」193頁以下参照。
- (51) 中川善之助『親族法（上）』（青林書院、1958年）315頁以下、321頁。
- (52) 中川・前掲注（51）『親族法（上）』325頁。なお、旧著では、「判例通説のいふ如く」として、学説も含めていたが（前掲注（50）280頁）、これは、岡松参太郎、穂積重遠、中島玉吉など、届出との関連を重視する学説を指すものであろう。学説の状況については、岡本・前掲注（1）「判例内縁法の展開（4・完）」190頁以下、199頁以下などを参照のこと。
- (53) 中川・前掲注（50）『日本親族法』280頁。
- (54) 中川善之助『「内縁」の法律的意義』中央公論50巻4号（1935年3月7日）76頁以下。
- (55) 中川善之助編『注解親族法』（法文社、1949年）158-162頁〔島津一郎執筆〕。
- (56) 柚木薫『親族法』（有斐閣、1949年）157-161頁。
- (57) 中川善之助編『注釈親族法（上）』（有斐閣、1950年）147頁以下〔外岡茂十郎執筆〕
- (58) 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。
- (59) 我妻栄執筆『判例民事法（昭和15年度）』20巻254頁（63事件・大判昭和15・7・6民集19巻14号1142頁損害賠償請求事件）。
- (60) 我妻栄『改正親族相続法解説』（日本評論社、1946年）56頁。本書では新民法の特徴ないし旧法との比較に力点がおかれている。

- (61) 我妻栄『民法大意（下）』（岩波書店、1955年）498頁、495-7頁。
- (62) 我妻栄・有泉亨『民法Ⅲ』（一粒社、1956年）122頁。
- (63) 中川良延「内縁の成立」『家族法大系Ⅱ』（有斐閣、1959年）292頁以下。
なお、本論文の執筆時は「準婚判決」の公表前と思われる。
- (64) 中川・前掲注（63）297頁。
- (65) 野田孝明『身分法学』（評論社、1951年）85-88頁。
- (66) 永田菊四郎「内縁の法律問題」戸籍制度八十年記念論文集『身分法と戸籍』（帝国判例法規出版社 1953年）15頁以下、21頁、56頁。
- (67) 永田・前掲注（66）「内縁の法律問題」34-5頁。なお、永田は戦前の著書『内縁と私生子』（巖草堂書店、1940年・昭和15年）60頁でも、「法律婚を有効にせしむる効力」も内縁の効果としていた。戦前の「岩田新」の著作（『判例婚姻豫約法解説』）を引用しているので、その「実証的な判例分析」に示唆されたものであろう。
- (68) 千種達夫『結婚と家族法』（全日本社会教育連合会編、1953年）87頁以下参照。ここでは「婚姻破棄と損害賠償」の項目の中で内縁問題を捉えている。
- (69) 千種達夫「慰藉料の算定」『総合判例研究叢書民法（４）』（有斐閣、1957年）79頁以下。
- (70) 千種・前掲注（69）214頁。
- (71) 有泉亨・立石芳枝『夫婦の法律』（河出書房、1955年）60-6頁（座談会）では、市川は、財産分与の準用には消極論を述べて、立石の財産分与容認論に反対している。
- (72) 市川・前掲注（30）「財産分与請求」99-100頁。この問題に対する当時の学説の微妙な立場が反映しているように思われる。
- (73) 田中實「財産分与の一考察（２・完）—とくに内縁解消と財産分与」法学研究28巻7号（1955年）27頁以下、31頁以下。
- (74) 田中・前掲注（73）39-40頁。
- (75) 田中論文が内縁保護の論拠を準婚論以外のものに求めているのか、準婚理論の「趣意」が夫婦の相互扶助関係にある旨を説いているのかは、不明であるが、後の田中実『親族法論』（成文堂、1976年）91頁では、内縁を準婚視する学説判例の方向性を評価している。
- (76) 青山道夫『身分法概論』（法律文化社、昭和26年）108-9頁。
- (77) 青山・前掲注（76）110頁。
- (78) 青山・前掲注（76）114頁。
- (79) 沼正也「親族法の対象」法学新報59巻6号（1952年）47頁以下、同『親族法の総論的課題（新版）』（三和書房、1975年）68頁以下所収。
- (80) 沼の「要保護論」はその後も変わっていないが、判例の準婚理論は近代的思惟に反するとして、婚姻予約法理を支持している（沼正也『財産法の原理と家族法の原理（新版）』（三和書房、1980年）167頁、同『親族法準コンメンタル婚姻Ⅰ』（信山社、2000年）315頁）。沼の見解については、差し当

たり、岡本・前掲注（３）『婚約・婚姻予約法』、岡本・前掲注（１）「判例内縁法序説（１）」を参照のこと。

- （81） 宮崎孝治郎『新婚姻法』（有斐閣、1950年・昭和25年）34頁-53頁。
- （82） 谷口知平『親族法』新法学全書11（評論社、1953年）54-59頁。なお、谷口知平「判例批評」（最高裁判決 [88]）判評5号（1956年）11頁では、「離婚」の財産分与請求と慰藉料請求につき、それぞれ他方の趣旨を含ませて双方を択一的としている。
- （83） 川島武宜『民法（三）』（有斐閣、1952年・昭和26年）66頁以下、同「事実婚主義か法律婚主義か」『日本社会の家族的構成』（日本評論社、1950年）194-5頁。
- （84） 川島武宜「離婚慰藉料と財産分与との関係—法的保護と法的構成との問題として」川島武宜編『我妻先生還暦記念・損害賠償責任の研究（上）』（有斐閣、1957年）257頁、272頁以下および274頁。
- （85） 差し当たり、岡本・前掲注（１）「判例内縁法の展開（４・完）」233頁以下を参照のこと。

（未完）