

判例内縁法の新展開（3）

～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 重婚の内縁事例
 - 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、本誌53巻1号）
- 三 最高裁「準婚判決」の登場
 - 1 内縁準婚関係論の誕生の経緯
 - 2 「準婚判決」の歴史的意義
 - 3 「準婚判決」に対する当時の学説の論評
- 四 「準婚判決」後の内縁学説
 - 1 内縁論の進展
 - 2 内縁論の新段階 （以上、本号）
- 五 「準婚判決」後の内縁裁判例
- 六 まとめに代えて

三 最高裁「準婚判決」の登場

1 内縁準婚関係論の誕生の経緯

(1) 前史（予約論と準婚論の動向）

（ア）裁判例の状況 敗戦直後の裁判例では、戦前からの婚姻予約不履行論が堅持され、基本的には内縁の不当破棄責任を不法行為とする傾向はなかったが、内縁配偶者（主として夫）側の家族の冷酷な行為態様が内縁破綻の直接間接の原因となっているケースが多数みられた。特にそれが決定的な要因となっているケースでは、婚姻予約論を前提とすれば、夫と家族との共同不法行為構成を採ることは、極めて困難であった。先述のように、下級審裁判例では、有責の内縁配偶者は予約不履行責任、家族には不法行為責任を根拠として、双方の連帯責任を認める例や責任の根拠を曖昧にしたまま連帯責任を認める例など、共同責任の論拠が不透明であった。

一方、内縁の効果、ことに生活必要費や婚姻費用については、旧法下の判例の立場でも、内縁の夫婦共同生活は「夫婦共同の利益」のために営まれるので、すでに資力ある者が負担するという準則が形成されていたが、新民法では、夫婦共同生活に起因する規定が婚姻法に採用されたので、そうした婚姻法的効果については、端的に婚姻法規定を準用することが裁判規範としては明確・適切であり、現に下級審裁判例は、そうした傾向にあった。

しかし、婚姻予約法理（有責主義）のもとでは、予約に基づいて「事実上の婚姻」が成立すると解しても、「予約的性質に軸足を置いている限りは」、そのままでは、「無責」を前提とするとともに、「婚姻」の解消による財産分与規定を類推適用するのは容易ではなかった⁽⁸⁶⁾。また、敗戦後における本条の立法過程では、内縁の解消時にも本条を準用する旨の修正案が提案されたところ、賛成もかなりの数にのぼっていたものの、反対多数で否決されていた⁽⁸⁷⁾。当時の家裁が、千種論文と同様に、消極的な立

場にあったゆえんでもある⁽⁸⁸⁾。

（イ）学説の状況 周知のように、敗戦直後から内縁の立法化の動きもあり、学説では、準婚理論を前提として、内縁配偶者の相続問題まで議論されていた⁽⁸⁹⁾。実際、戦前からの準婚理論（内縁の不当破棄は不法行為とする見解）が、ますます学界を席卷するようになり、このこととリンクして、「戦前の裁判例」でも、すでに内縁を「準婚」として取り扱う裁判例が存在するという見解も顕著になった⁽⁹⁰⁾。このような判例評価が公然と横行したのも中川準婚理論の強い影響力によるものであろう。あたかも判例は、不当破棄ケースは別として、婚姻予約論から内縁準婚論に移行したかのような評価がなされていたのである。かくして、判例のいう「届出義務」論は、敗戦直後の学説では基本的には雲散霧消となった。昭和20年代の著書では、準婚理論を支持するとは明確に言及しない学説もあったが、そうした立場でも、先述のように、内縁の実体を直視して、不当破棄責任については、判例の予約構成を否定して、不法行為構成を主張しているので、実質的には、準婚理論の強い影響下にあったこととなろう。

一方、新たに導入された財産分与請求の性質論については、準婚学説の中では必ずしも一致していないものの（夫婦財産の清算性、扶養的性質を強調する説のほか両性質の併有を認める説、さらには離婚慰藉料を分与制度に吸収する見解）、その準用ないし類推適用を認める学説が主流となり⁽⁹¹⁾、死亡による解消の場合ですら、これを認めてよいとする見解も見られた。

要するに、当時の内縁学説、とくに準婚学説では、現行法上、内縁配偶者に相続的保護を認めない点ではほぼ一致していたが、財産分与規定の準用可能性については、財産分与に慰藉料請求を吸収させる特異な見解は別にして、基本的には、これを認める方向性にあったといえよう。ただし、夫婦別産制を採用している民法のもとでは、離婚による財産分与制度は、あくまでも法制上の例外的措置であるので、社会的事実のみに依拠して内縁が準婚（ないし内縁離婚）であるということだけでは、届出婚との区別を

克服することは容易ではないので、その準用は当然ということにはならなかったはずである。

(2) 内縁論の多岐多様性

戦前からの通説的内縁学説は、婚約とは区別される内縁を「事実上の夫婦」として一義的に把握し、これを「私通」と対峙させていたが、敗戦当時では、すでに婚外関係を段階的に捉えて、その保護の可能性・濃淡を議論していた。当時ではいまだ限定的であるが、こうした見方は、「準婚判決」後に本格化することとなる（後述参照）。他方で、内縁の保護の要件・効果についても、準婚学説の中では、すでに戦前から中川・我妻説と杉之原説とに根本的な対立があったが、このような対立が未解決のまま、戦後では、先述したように、いっそう多様な見方が活発化し、見解は多岐に分かれていた。

双方の傾向は、一応は区別しなければならないが、しかしなお、その底流においては相互関連的に作用しているように思われるところ、この難題は、ことに重婚的内縁の保護問題において増幅するが、この点は別の機会に論究する。

いずれにせよ、内縁学説は、判例婚姻予約法理の論理構造を見極める方向には歩むことはなく、むしろ、そこから意識的に離れて、各説が前提とする内縁概念（婚姻夫婦との相違は届出未了のみにある）については、基本的には中川理論に従ってほぼ共通に捉えていたが、届出を目的とはしないので、婚姻と同視される内縁という観念それ自体が必ずしも明確ではなく、内縁の成立要件や効果については、各人各説の観があり、多岐多様に分節したといえよう。まさしく、敗戦後の学説はすでに混迷状態に陥っていたわけであるが、準婚理論それ自体は確固不動の通説的立場を確立していた。

(3) 内縁以外の男女関係

婚姻届出をあえてしないという男女関係については、戦前でも、すでに中川善之助が指摘していたが⁽⁹²⁾、敗戦後でも、そうした男女の合意につ

いて、内縁保護論との関連で識者の議論の対象となっている⁽⁹³⁾。しかし、そこでも指摘されているように、この当時の経済社会状況のもとでは、女性が職業をもち生活の自信があるならば格別、一般的にそうした男女関係を特に独立して論ずる社会的必然性はなかった。むしろ、伝統的な内縁夫婦の保護の充実・拡充こそが時代の要請するところであったといえよう。

2 「準婚判決」の歴史的意義

以上のような法状況ないし社会的背景のもとで、最高裁「内縁準婚関係」判決が登場することとなった。その事案と論理構造の特質につき、注意深く分析してみよう。

(1) 「準婚判決」の事案

〔89〕最（二）判昭和33・4・11民集12巻5号789頁（慰養料請求事件）

【事実】X女とY男は、昭和26年12月に挙式して同棲したが、XはYやYの姑等と折り合いが悪く、たまたま健康を害していたので、話し合いのうえ、昭和27年6月に静養のためXが実家にいったん帰ることとなった。しかし、粟粒性結核と診断されたため、引き続き実家で療養していたが、医師の勧めにより、Yの了解の下で、昭和27年7月25日から同28年3月末までY名義で入院した。ところが、YはXの入院中の同3月22日に荷物を引取るべき旨の内容証明郵便を送達して、内縁関係を正当理由なくして破棄した。一審・原審は、結婚式を挙げて「事実上の夫婦として同棲していた」ことを認めた上で、Yの行為態様につき「同居中の実情と相まって夫としての義務を欠き妻に対する無理解による甚だしく信義誠実にかけるところがある」などと説示して、内縁の不当破棄によるXの「精神的苦痛はYの前置不法行為に因る」とするとともに、治療費についても、協力扶助義務（民752条）と婚姻費用分担規定（民760条）により、治療費は婚姻費用の一とみるべきであり、「同条は事実上の夫婦であるいわゆる内縁関係にあるものについても準用され……たとえ後日内縁関係が解消となつたとしても、その時までの療養費はYにおいて内縁の夫として分担すべきであ（る）」とした。これに対して、Yは、原判決が内縁破棄を不法行為としたのは判例違反であり、また、仮に内縁破棄を婚姻予約としているならば、医療費をYが負担すべきものとしたのは内縁を「講学上の準婚姻」とらえているので、同一の内縁を二様に解し理論上矛盾している、

などとして上告した。さらに、治療費につき、一方的に破棄したのは3月21日としたにもかかわらず、同月31日迄の費用を認めたことも理由齟齬があると反論した。【判旨】「大審院は、いわゆる内縁を『将来ニ於テ適法ナル婚姻ヲ為スベキコトヲ目的トスル契約』すなわち婚姻の予約であるとし、当事者の一方が正当の理由なく、約に違反して婚姻をすることを拒絶した場合には、其の一方は相手方に対し、婚姻予約不履行による損害賠償の義務を負う旨判示し〔大正4年民事連合部判決を引用〕、爾来裁判所は、内縁を不当に破棄した者の責任を婚姻予約不履行の理論によつて処理し来り、当裁判所においても、この理論を踏襲した判例の存することは、論旨の指摘するところである。ところで、いわゆる内縁は、婚姻の届出を欠くがゆえに、法律上の婚姻ということはできないが、男女が相協力して夫婦としての生活を営む結合であるという点においては、婚姻関係と異なるものではなく、これを婚姻に準ずる関係というを妨げない。そして民法709条にいう『権利』は、厳密な意味で権利と云えなくても、法律上保護せらるべき利益があれば足りるとされるのであり（大正14年・昭和7年大審院判決引用）、内縁も保護せられるべき生活関係に外ならないのであるから、内縁が正当の理由なく破棄された場合には、故意又は過失により権利が侵害されたものとして、不法行為の責任を肯定することができるのである。されば、内縁を不当に破棄された者は、相手方に対し婚姻予約の不履行を理由として損害賠償を求めることができるとともに、不法行為を理由として損害賠償を求めこともできるものといわなければならない。（中略）内縁が法律上の婚姻に準ずる関係と認むべきであること前記説明の如くである以上、民法七六〇条の規定は、内縁に準用されるものと解すべきであり、従つて、前記被上告人の支出した医療費は、別居中に生じたものであるけれども、なお、婚姻から生ずる費用に準じ、同条の趣旨に従い、上告人においてこれを分担すべきものといわなければならない」。さらに、具体的に支出した治療費相当額についても、原判決は一切の事情を考慮して判断したものであって、違法はない。

(2) 「準婚判決」の論理構造

最高裁は、いわゆる「準婚理論」を採用したが、婚姻予約法理を否定していないので、「婚姻予約に基づく事実婚」という判断枠組みは、なお堅持されていると考えねばならないであろう。現に、後述のように、その後も予約法理によって問題を解決している。「準婚判決」が解決した問題点は、不法行為構成の承認と婚費分担規定の準用との2点に限定されるとこ

ろ、この種の問題については、大審院時代に蓄積されてきた判例法理（「予約に基づく事実上の婚姻」論）でも、対応し得たと思われるが、大審院判決では内縁関係に直接に婚姻規定を準用ないし類推適用した事例はなかったのに対して、最高裁「準婚判決」によって、そのことが可能となった。大審院は、予約的性質に軸足を置いていたので、準婚的立場を採用することが困難であったが、最高裁は内縁夫婦の共同生活関係に軸足を移したといえよう。

おそらく、その論理は、財産分与規定の準用可能性を予定していたものであろう。当時の家裁実務が財産分与の準用には消極的な状況にあったものの、わずかに一例であるが、これを認めた事例も登場するとともに、先述のように、当時の準婚理論をとる学説も、そうした傾向に向かっていったからであり、最高裁も、いずれは、この種の事件に対応せざるを得なくなることを見通していたものと思われる。実際、「離婚事件」では、すでにこの種の紛争がかなりの数に上っており、早晩「内縁離別での財産分与」問題に直面せざるをえないことを自覚していたであろう。奇しくも、本判決の直前に「離婚」にともなう財産分与請求権の性質を明らかにした最高裁判決（前掲[88]最判昭和31・2・21）が登場しているが、この財産分与判決では、財産分与請求権は相手方の有責性を問わないので離婚による慰籍料請求権とは性質を異とする旨を明言していたことから、「準婚判決」は、準婚理論をとることを通して、そうした保護が内縁関係の解消問題でも可能である趣意を暗に示唆したものと思われる。つまり、相手方に有責性のない内縁破棄についても、財産分与制度を通して内縁保護の拡大を意図したともいえないではないであろう。

ことに婚姻費用については、大審院時代でも、同居協力扶助の観念を後景において、予約による事実上の夫婦共同生活は「夫婦共同の利益」のためになされるので、資力あるものが負担するという準則が形成されていた⁽⁹⁴⁾。この内縁準則は、ひろい意味では有責主義に立つ不当破棄責任の

それとは別のものであり、家族制度下の旧婚姻規定とは矛盾する「夫婦平等観」に基づいていた。それゆえ、「内縁の社会的独自性」を積極的に承認していた大審院判決時代の立場をそのまま承継すれば⁽⁹⁵⁾、必ずしも準婚関係というフレーズは必須のものではなかったはずである。これに対して、新民法によって導入された「財産分与制度」は、夫婦財産制（別産制）のもとでの特別の例外的保護であり（とくに明文の規定が必須の制度であろう。）、しかも離婚につき無責配偶者にもその負担が課されるので、先述のように、有責を前提とする従来の「婚姻予約法理」では限界があり、家裁の実務的処理のもとで、その有意な紛争解決機能に期待するならば、おそらく、婚費分担規定の準用もさることながら、内縁法の新時代に向けて、そうした純然たる婚姻予約法理の内在的制約の打開を意図していたと考えても大過なからう。財産分与制度の「趣意」からいえば、内縁夫婦にその準用を認めることに格別の不合理はなく、慰藉料請求権に財産分与相当額を反映させることには限界があった。

下級審の裁判実務や家裁の調停実務に無用な混乱を生じさせないという配慮も重なって、たまたま婚姻費用分担請求事件の解決にあたり、その婚姻法規定を準用するためにも、婚姻夫婦との共通項である「夫婦共同生活」に焦点をあわせるかたちで、「準婚関係」というフレーズを前面に押し出したものと考えられる。ここでも、内縁の事実婚的性質に軸足を移せば、その準用も容易となると考えられたはずである。現に準婚学説では、すでに戦前にも「準婚的判決」が存在するというのであるから、学説にも受け容れられやすいとの判断もあったのではなかろうか。

もっとも、本件が、仮に財産分与規定の準用が問題となる事案であったとするならば、婚姻予約論を温存しながら、それを肯定するためには、単に「夫婦共同生活」の同質性を指摘するだけでは、理由不備の詭りを免れなかったものと思われる。ところが、後述するように、その後において準婚理論を前提としながら財産分与を肯定する一連の下級審裁判例が登場す

るとともに、「我妻栄」により夫婦財産の実質的共有説が主張され⁽⁹⁶⁾、その当時の学説に強い影響を与えたことも重なって、格別の根拠を云々しなくとも、実務でも学説でも、もはや財産分与規定の準用ないし類推適用に疑問の余地がなくなったように思われる。やがて、内縁配偶者の死亡後もその遺産につき財産分与を申請しうるかという難問が登場し、あらためて内縁配偶者による財産分与請求とは何かという本質論に立ち帰らざるえなくなったわけである。こうした問題については、別稿に譲るが、判例学説の混乱は、単純なる内縁準婚論に傾斜することに急な余り、内縁法の展開における論理的節目の確認を怠った結果ではなかったか。

（3）不法行為構成の意義

（ア）不法行為構成の実益 本判決は、準婚理論を前提として内縁破棄につき不法行為責任を認めたが、このことによって、家族との共同不法行為責任の論拠について、先述した下級審裁判例における曖昧さが払拭され、民法719条のもとで、きわめてすっきりとしたかたちで構成することが可能となったといえよう。現に「準婚判決」後では、共同不法行為責任を認めた一連の最高裁判決例や下級審裁判例が登場しているが（後述参照）、この種の例では、通常、きわめて悪質な破棄責任が問題となっており、単に「予約不履行」という観念では捉えきれないような行為態様が浮き彫りにされている。賠償権者が敢えて不法行為責任を追及するのも、この点にもあると考えて大過なからう。

本件では共同不法行為責任が論点となっていないが、そうした家族の悪質な破棄行為が認定されている。事実審は、YやYの家族のXに対する冷酷な対応を細部にわたって認定したうえで、Y家が従事していた運輸関係の仕事との関係でXが早朝から夜遅くまで働かざるをえなかったにもかかわらず、Xの食事の量まで制限するなどしたことから、同居生活の心労も重なって、わずか半年で破鏡の悲運に遇って、「結婚前の健康体をそこなわれ独り療養生活をつづける」ことを余儀なくされた事情を重視して、著

しく「信義誠実に反する」旨を強調している。Yらの行為態様がXの固有の人格侵害を構成するかどうかはしばらく措くとしても、かぎりなくそれに近い実情があったものと思われる。Xが不法行為責任のみを追及したかは不分明であるが、事実審は、違法性の強い不法行為と構成して、その判断の当否を最高裁にゆだねたものとも考えられる。最高裁は、Yの上告理由に応接しながら、たしかに一般論・抽象論として内縁破棄の不法行為構成を採用しているが、具体的な事案との関連でも、単なる予約不履行というよりも、Y側の悪質な行為態様による内縁破棄という側面にも配慮していたと考えるのが自然であろう。

ともあれ、準婚理論による不法行為構成を採ることのメリットは、どこにあるのか。通常、請求権競合で問題となる抽象論レベルの一般的な相違は別にして（実際上は時効期間の相違や遅延損害金の起算日・額に実益がある）⁽⁹⁷⁾、具体的には、不法行為構成では、内縁破棄につき正当理由のないことと、不法行為の要件との関連が問題となる⁽⁹⁸⁾。「正当理由」それ自体の存否は本来は契約責任を前提としているので、不法行為では、正当理由というよりも、具体的には、故意過失もさることながら、違法性の有無の判断が重視されるものと思われるが、本件の事実審の判断も、破棄の違法性を前提にしていると考えられる⁽⁹⁹⁾。

（イ）保護法益 本判決は、内縁も「法律上保護せらるべき利益」、「保護せらるべき生活関係」として、それが権利でなくともよいとしているので、内縁配偶者の法的地位を「妻ないし夫の権利」としているわけではないことに注意しなければならない。そこに婚姻夫婦との相違をみてとることができるもののほか、「準婚」という意味も、「内縁を実質的に婚姻と同視する」という準婚学説とは、多少のニュアンスの相違が見られなくもないようにも思われる。

準婚学説は内縁破棄を不法行為のみとするが、その根拠は不分明であり、ことに具体的な保護法益については、必ずしも明らかではないところ、一

般に、内縁の解消を「内縁離婚」と称して、離婚自体に基づく損害賠償責任を不法行為責任とするがゆえに、準婚としての内縁の不当破棄も不法行為とする傾向があるにすぎない⁽¹⁰⁰⁾。これ対して、「永田菊四郎」は、不法行為構成をとるが、内縁を「婚姻類似の身分的契約」とし、「身分権の侵害」と構成して、その論拠を明確に示しているのも、中川・杉之原説とは距離を置いているところが、注目に値する⁽¹⁰¹⁾。

（ウ）損害賠償の範囲 内縁破棄との関連では、「婚姻予約有効判決」のいう「有形無形の損害」の中身が問題となるであろう。予約法理では、「その約を信じたことによる有形無形の損害」とされるので、履行利益（婚姻成立によって得られるであろう利益）ではなく、いわゆる「信頼利益」の喪失による損害に限定され、従前の具体例では、婚姻準備に必要な諸経費（結婚式関連の諸費用など）や、結婚したことにより所得を喪失・減少したことによる損害が認められている。これに対して、準婚理論を徹底させると、いったん有効に成立した内縁の離別、「内縁離婚」それ自体による損害ということになるので、慰料と離別後の扶養利益の喪失による損害に限定される可能性もある⁽¹⁰²⁾。しかし、判例の立場では、不法行為によるか予約不履行によるかによって、損害賠償の範囲に相違が生ずるというのは、問題であろう。また、時効期間についても、予約不履行とは内縁学説のいうような単なる債務不履行ではないので、身分行為に起因する紛争を速やかに解決するという判断があるならば、信義則により、双方を統一的に処理したり、あるいはそれに近い期間制限を判断したりすることも可能であろう。

3 「準婚判決」に対する当時の学説の論評

（1）「中川善之助」の評価

まず中川の見解を検討しよう。つぎのようにいう⁽¹⁰³⁾。「準婚判決」によって判例内縁法は「飛躍的に進歩した」ものと評価し、「予約関係だと

すると自分の病気にかかったものは自分で負担しろということになる」が、「内縁関係を婚姻関係と同視すべき関係と見れば、その負担を双方で分担するという問題は当然に出てくる」ところ、「最高裁ははっきりと予約理論を捨てたのであります」とも述べたうえで、戦前の「いわゆる準婚的判決」を縷々挙げて、予約論では筋が通らないので、自分は随分と判例に反対してきたが、この「準婚判決」については、「私の一生のうちの大きな仕事の一つだと自惚れています」とも言わしめ、「予約理論を揚棄する判例に到達したのであります」と結論づけていた。

しかし、大審院時代でも、先述のように、予約に基づく事実上の夫婦共同生活は「双方の共同の利益」のために営まれるとする大審院判決の基本観念を承けて、生活必要費や療養費は当事者双方（資力ある者）が負担するとした下級審裁判例があったので、中川は、日本法独特の予約法理を正しく認識していなかったように思われる。しかも、戦前の婚姻法は、生活費の負担は夫（女戸主）の負担としていたのであり（旧法798条）、決して男女平等ではなかったのである。また、「予約だというから債務不履行という形になる」という解説も、身分行為の「違約」という趣旨（信義則による損害賠償論）を正しく理解していないので、戦前の判決例を持論に引き付けて強引な解釈をする傾向が顕著にみられるところ、「準婚判決」の分析にも、そうした傾向が如実にあらわれているように思われる⁽¹⁰⁴⁾。

（2）その他の学説の論評

準婚理論を支持する学説は、本判決が予約論を維持していることは認めていたものの、準婚理論に呪縛されて、予約準則の意義を極めて軽視していた。実際、婚姻予約論を否定して準婚関係論に変更するためには、大法院判決による必要があったので、そのことと関連して、予約論を温存したのであろうという程度の評価にとどまった⁽¹⁰⁵⁾。

なお、「三淵調査官」は、今後の実務では、婚姻予約不履行理論は「婚姻」破棄にのみ適用され、内縁破棄については、もっぱら不法行為をもつ

て律せられることになるかもしれない、との推測を述べて、そうとすれば本判決は、きわめて重要な意味をもつこととなろう、とする⁽¹⁰⁶⁾。一方、「佐々木金三」は、「準婚判決」と財産分与判決〔88〕とを統一的に理解するとともに、新民法の趣旨からいえば、慰藉料による保護よりも、財産分与制度の積極的活用による方がはるかに合理的である、とする⁽¹⁰⁷⁾。その見解の当否は別にしても、とにかく「準婚判決」と財産分与判決を関連づけたこと自体は、注目に値する。

（3）「判例変更」の論議と「判例二元論」の主意

先述のように、当時の判例評釈は、大審院判例やそれを受けた戦後の最高裁判決〔5〕が婚姻予約法理に依拠しているので、「準婚判決」は、いわゆる判例変更になるはずであるが（裁判所法10条3号）、それにもかかわらず、何故に大法廷で審議されなかったのかという疑問を提起する学説が少なくなかった⁽¹⁰⁸⁾。たしかに画期的・指導的判決でもあるので、大法廷判決として、より明確な内縁保護法理を創造すべきであったのかもしれない。ことに準婚理論と婚姻予約法理との関連が未整序のままであるのは問題を将来に残したといえよう。

ただし、私見によれば、「準婚判決」は、つぎのように理解されるべきものと思われる。まず、本判決が判旨の冒頭で民事連合部判決とその後の判例の状況を説示している点に注目しなければならないであろう。戦前の確定した婚姻予約法理を踏まえたうえで、準婚理論を説示しているわけである。準婚理論の根拠・内容は、内縁と法律婚との夫婦共同生活の同質性にあり、この点に限定すれば、婚姻予約により夫婦が同棲すれば、「事実上ノ婚姻」が成立していると解する大審院判例や敗戦直後の最高裁判決〔5〕や旧法下の事案であるが、最判昭和28・6・26民集7巻6号766頁）のほか、当時の一連の下級審裁判例と異なるところはない。実際、判例のいう「予約」とは単なる契約ではなく、先述したように、身分行為であり、予約の内容としての事実上の夫婦共同生活・内縁関係をも含み、このような理解

は動かしがたい客観的事実となっている。私見が予約は婚約のみならず内縁関係をも「抱合」していると解したゆえんでもある。したがって、準婚理論とはいうものの、学説のように内縁を婚姻化したものではなく、あくまでも予約的性質の掣肘をかぶせているので、それが婚姻目的を内含している限りは、事案に応じて婚姻法的効果が可能となるわけである。しかも、本件の婚姻費用については、大審院時代の裁判例で夫婦生活は「夫婦共同の利益」という観念のもとで資力ある者が負担するとして、すでに解決されていたこともあって、大法廷判決をまつまでもなかったものと思われる。実質的には、戦前の内縁準則は男女平等観に基づく「婚費分担規定」を先取りしていたからである。

他方で、不法行為構成の可能性については、すでに大正14年のいわゆる大学湯事件（大判大正14・11・28民集4巻670頁）などの大審院判決によって、その保護法益が生活上の利益にまで拡張されていた。民事連合部判決当時では、この点が一つ難点となり内縁の妻としての法的地位を保護法益としては構成できなかったのも、不法行為構成が排斥された事情については、「横田秀雄」論文からも明らかであった⁽¹⁰⁹⁾。その意味では、この問題についても、実質的にはすでに戦前において解決されていたので、ただ上級審の形式的な判決が待ち望まれていたわけであり、その確認のための、いわゆる「予定・期待されていた判決」に過ぎないともいえないことから、わざわざ大法廷の判断をまつまでもないと考えられたものと思われる。

実際、「準婚判決」が、以上の二つ論点について、それぞれ直接間接、関連する大審院判決例を引用している事実を決して見落としてはならないであろう。たしかに最高裁の時代では婚姻予約論を採った判決例[5]（いわゆる「破棄誘致責任」の事例）があり、この最高裁判決を変更するためには大法廷の審議が必要とされているが（裁判所法10条3号）、この先例は不法行為責任が追及された例ではなく、かえって大審院時代の予約論を堅持

したことも考慮したうえで、これまでの膨大な予約不履行裁判の多岐多様にわたる事案に鑑みれば、単純な不法行為構成に完全に切り替えることのリスクは大きく、予約論を廃棄することは決して容易ではなかったように思われる。何よりも、不法行為一般の問題に還元すれば、内縁問題の特殊性が希薄となりかねないことのほか、特に予約論とリンクする「届出義務論」には、婚姻届出の励行を高い理想とした大審院の政策的意図が後景にあるとすれば、むしろ積極的に予約論を堅持することこそが、正しい選択でもあったはずである。

とまれ、私見のように解すれば、大審院判例との連続性のもとで「準婚判決」を捉えることが可能となり、かつまた、わざわざ大法廷を開くまでもなかった所以が明らかとなろう⁽¹¹⁰⁾。要するに、判例準婚理論とは、「婚姻予約・届出義務をベースとする準婚関係」論ということとなり、このように解することによって「判例の内的展開」を見て取ることが可能となるわけである。単なる「二元的構成」論は、準婚理論を大前提にしたうえで、それに予約論を付け加えただけであり、そもそも双方が論理的に矛盾することの説明が何もしなされていないので、内縁概念を分裂させる結果となろう。そうした理解は、予約法理が信義則に依拠し、届出義務を本体とするという判例の論理構造を見落としていたことに要因があるように思われる⁽¹¹¹⁾。

（4）婚姻予約法理の命運

「準婚判決」の登場によって、学説は、いっそう準婚理論に傾斜する。「婚姻予約有効論も準婚理論に席を譲り渡すべき時期にきている」とする説のほか⁽¹¹²⁾、戦前のいわゆる「準婚的判決」を指摘して、本判決はそうした「準婚理論判例法の一つの帰結」とまで極論して、本判決の予約法理には言及しない説もあった⁽¹¹³⁾。ただし、「川井健」は、準婚理論を徹底させれば予約論は不要とする学説は理論的には正しいとするが、債務不履行の主張に対して、不法行為とするのは違法とする最高裁判決（譲渡担保

に関する例・最判昭和53・6・23判時97号59頁）を引用して、本判決はなお妥当性をもつ、とする⁽¹¹⁴⁾。

四 「準婚判決」後の内縁学説

上記のように、「準婚判決」は準婚学説を承継したという評価が一般化した⁽¹¹⁵⁾が、間もなく、経済社会の著しい進展にともなって実質的にも家族制度的拘束から解放され、性的自由の風潮がほぼ定着化した時代背景のもとで、内縁学説では、内縁の実態調査の精査や家裁の実務の実情などを踏まえたうえで⁽¹¹⁶⁾、婚外関係の多様性が本格的に議論され始める⁽¹¹⁶⁾。すでに、男女が好んで内縁関係を選択するという男女類型（いわゆる選択的内縁）の法的な問題点については、先述した戦前の中川論文が指摘していたが、学説では、自説の内縁論と関連づけて、「男女関係の質に対する変化」を読み取ろうとする傾向が顕著となる。他方で、伝統的な婚姻習俗を後景において、民事連合部判決の事実関係やその背景を事細かく分析・詮索して、婚外関係の類型化を試みる学説（試婚論）も登場している。ここでは、本稿にとって重要と思われる学説に限定して紹介しておこう。

1 内縁論の進展

学説準婚論は「準婚判決」後にその影響を受けていっそう精緻になっている。以下、時系列的に検討してみよう。

(1) 青山道夫の二元的構成

青山は、先述のように、従前から判例が予約論と準婚的立場との二元的構成にあったとしていたが、「準婚判決」後も、内縁問題は具体的な問題解決にあるとして、被害者救済から婚姻予約論に積極的な意義を認めて、二元的構成を支持するとともに、財産分与についても従前の立場を繰り返し、いうところの内縁とは、「社会的に承認された婚姻」であることが必

要となるとしていた⁽¹¹⁷⁾。その後も、同じ立場を堅持するが、内縁を準婚と捉える場合には、「内縁についての社会的サンクションが高度な場合、いいかえれば、婚姻の実質的要件をそなえてただ婚姻の届出のない関係」に限定する。準婚学説では、婚姻のみが保護に値する男女関係であるべきだという前提のもとに、内縁を準婚として一括することが妥当と解しているが、婚外関係には、保護に値する類型がいくつかあると考えるならば、すべての内縁を強いて準婚と解する必要はないし、その方が婚姻の純粋性をたもつことになる、ともいう⁽¹¹⁸⁾。

要するに、予約論では、被害者救済の観点から、判例のように実質的要件を緩和するとともに、内縁以外のいくつかの婚外関係（おそらくは試婚論者のいう私通とは異なる「非婚」も含める趣旨であろう）をできるだけ拾い上げて救済する、というところにあるように思われるが、後に青山が準婚的保護には「実質要件の必要性」を強調したのは、内縁保護に歯止めをかける昭和40年代中頃の学説（後述の太田・久貴説など）の傾向を意識したものであろう。ところで、青山が婚姻予約論を支持する根拠として、「社会的な婚姻」と「法律的な婚姻」とを区別し、事実上の婚姻を法律上の婚姻と同視するのは不適當とするところにあり⁽¹¹⁹⁾、これ自体は正当な刮目すべき視点であるとしても、他方で準婚的な取り扱いも認めているのであるから、双方の婚姻を区別するならば、何故に準婚的保護が可能なのか、単に準婚学説を前提にしているだけでは不十分であり、より以上にその論拠を示す必要があったのではないか。

（2）内縁概念の再検討

内縁概念は内縁の成立要件との関連で戦前から議論されてきたが、青山説の先駆けも重なって、「準婚判決」以降、「婚姻に準ずる関係」としての内縁とは何かが問われることとなる。学説は、それぞれの立場から「準婚判決」の直後に内縁概念を再検討している。

（ア）「大原長和」は、準婚理論を支持するが、従来は内縁概念が比較的

ルーズに使用されてきたということから、婚姻外の関係のほとんどが漠然と内縁概念に包摂されてきたとしたうえで、社会的にみて内縁が私通関係ではないと評価されているのは「夫婦の実」を備えているからであり、それゆえ、実質的には婚姻と認められる関係でなければならず、婚姻意思と重婚・近親婚の内縁でないことが絶対条件である、とする。その余の要件については、婚姻年齢のみは婚姻の公益性から必要とするが、他は婚姻の本質に触れない、という⁽¹²⁰⁾。

(イ)「明山和夫」は、この当時に内縁問題を多方面から本格的に論究した一人であるが、従来の準婚理論を前提にしているものの、内縁の実態の変化、ことに個人的事情による内縁の実情を後景におきながら、準婚学説が、一義的抽象的に届出のみが欠ける事実婚を内縁と把握して、一様に一定の婚姻法的効果を認めてきたことに対して、つぎのように批判した。内縁の「中核的要件」(婚姻意思のほか同居・扶助・協力関係と「世評」)は必須であるとするが、その実質的要件を「付随的要件」と位置づけたうえで、不当破棄責任はすべて不法行為の論理(「相関関係論」)で処理されるべきであるので付随的要件は不要とし、この種の保護は内縁とはいえないが性的享楽を求める私通ともいえないような中間的な関係にも、その被侵害利益は劣弱であるとしても、侵害行為の「悪質性」などを考慮しながら、具体的に妥当な解決をはかるべきである、とした⁽¹²¹⁾。他方で、準婚的保護については、婚姻障害のある正式婚も取消前には有効とする高度の救済的法政策がとられている一方で、取り消される可能性もある民法のもとでは、この種の内縁も、一応は保護されるべきではあるとしても、救済的正義に立脚しつつ予防的正義との関係を調整するならば、結局のところ、その要件(婚姻適齢、近親婚禁止、再婚期間および父母の同意)につき悪意者は準婚的保護を享受しないと解するしかない、などと主張する。さらに、敗戦後における婚外関係の多様性を指摘する川島説などの影響もあって、内縁や婚約とは断定し難い婚外関係にも一定の保護(出産した場合の婚費分担費用)の(龍法 '20) 53-2, 102 (562)

可能性を指摘した⁽¹²²⁾。一方、重婚の内縁については、重婚禁止要件は法律婚のみに妥当し、そもそも内縁には当て嵌まらないので、その婚姻要件とは関係がないところ、それが公序良俗に反するのは、婚姻を破壊し配偶者の地位を侵害するところにあるので、そうしたおそれのない場合（婚姻の解消が完全かつ決定的であるときや事実上の離婚が確定的に成立したとき）には、通常内縁として保護される、とする⁽¹²³⁾。

明山論文の準婚的保護に関する論旨は必ずしも明解とはいえないが、内縁の不当破棄責任と婚姻法的保護を峻別するとともに、いずれの場合でも、内縁と私通との中間領域にある男女関係にも注目したところに特色が見られ、この限りでは、沼説や青山説の影響があるものと思われる。ただし、重婚の内縁に関する理解については、判例学説が重婚禁止規定との関連で公序良俗違反とするのは、それが重婚禁止規定の「趣意」（近代法の理念である一夫一婦制）に反すると解しているのが、結論においては大差がないようであるが、明山の指摘それ自体は、必ずしも的を得ているとはいえないであろう。

（3）試婚論の登場

上記の学説とはほぼ同時期に、「試婚論」が登場して、婚外関係の類型化（純粋婚約、内縁、試婚および非婚）を主張する一方で、民事連合部判決の男女関係は内縁ではなく試婚的男女関係ではないかという問題を提起したことから⁽¹²⁴⁾、準婚理論が前提としていた、いわば統一的な内縁概念に亀裂が生じることとなり、こうした見方それ自体を支持する傾向は学説には根強いものがある。この学説の核心となる点は、「試婚」なる男女類型の捉え方であり、社会的秩序・婚姻習俗によりいまだ婚姻とは認められない関係すなわち「解消自由の未完成婚」を試婚と称したうえで、社会的には婚姻と認められる「内縁」と峻別するところにある。また、「非婚」という範疇も、判例学説のいう私通とは一致しないので、なお複雑な識別基準となっており、婚姻意思のない単なる同棲にも、保護の範囲を及ぼす学説を

誘引したといえよう。

しかしながら、私見によれば、民事連合部判決の当時において、そうした試婚なるものが社会的規範により婚姻や内縁と「同レベルの男女類型」であるという論証がなされていないのみならず、裁判例でも、そのような類型は存在も内在もしない。むしろ、試婚なる曖昧な男女類型はすでに大審院時代の「民事連合部判決」等によって克服されており、それ故か、試婚論者はせいぜい「試婚的」と称するしかなかったが、そうした例とされる裁判例でも、いうところの試婚的關係が判決の結論にどのようなかたちで反映しているのかを明確にすることすらできていないのである。しかも、試婚論者は、当初は上記の4類型の区別が「社会的事実」によることを強調していたのであるが、のちに「理念型」と改説しているので、この改説は単なる軌道修正にはとどまらず、自説の根本的立場を揺るがすものと思われる⁽¹²⁵⁾。もっとも、準婚学説は、婚約・内縁二分論を前提として、婚姻予約論の理論的發展が準婚理論であるという単線的な捉え方をする傾向があったが、試婚論は、戦後の学説に強い影響をあたえることとなり、大なり小なり試婚論を念頭におきながら、自説を立論する方向性に傾斜する面もみられるようになった。

(4) 内縁の二元的・段階的構成論

その後は、青山説や試婚論の影響を受けたと思われる一連の学説が続出する。

(ア)「黒木三郎」は、準婚理論を維持するものの、青山説と同様に二元説をとり、準婚理論の適用される内縁は実質的要件をすべてそなえた関係に限定し、そうした厳格な要件を備えた内縁に婚姻の効果を最大限準用すべき根拠を見出すとともに、相続権については直ちに準用できないものの、相続権にひとしい「遺産請求権」をみとめるべである、という。他方で、内縁の成立が認められないような婚外関係では、個別具体的な判断にゆだね、一般論によって救済をはかる、とする⁽¹²⁶⁾。

（イ）その後も、必ずしも一義的ではないが、内縁を段階的に捉える見解が散見される。「田中實」は、先述の財産分与に関する論文の後に、内縁を準婚視する学説・判例の方向性を評価する傍ら、試婚論にも注目して、内縁は当初は試婚の要素をもち、共同生活の実績が積み重なることによって次第に婚姻としての実質を形成するので、「準婚と認められない内縁」もあり、その形成過程にあわせて予約不履行と不法行為との両構成が用いられるべきであり、準婚としての実質のある内縁は、「離婚に準じて」財産分与等がみとめられてよい、と主張している⁽¹²⁷⁾。同様に、「高橋忠治郎」も、拳式同棲のみではいまだ準婚とはいえないようなケースを想定して、そこに「準婚判決」が婚姻予約論を温存した理由を見い出そうとするが、この見解では、内縁破棄の不法行為構成を婚姻予約論が補完するものと捉えられているので、内縁の二元的構成にも相通ずるものがあるといえよう⁽¹²⁸⁾。なお、二元的構成論は、今日でも根強いものがある⁽¹²⁹⁾。

（5）当時の内縁論の実情

以上のように、内縁学説は、青山説や試婚論の影響のもとで、婚外関係を二元的ないし段階的に分析する傾向がみられる一方で、内縁概念、ひいてはその要件・効果については、「我妻栄」が、その親族法の集大成ともいえる自著で、戦前の我妻説の立場（いわゆる相対的效果説）をよりいっそう徹底させた中川良延論文を引用するなどして、社会的事実としての内縁をすべて内縁とした上で、当該内縁の性格を吟味して、各場合の効果を勘案すべきであるとしたことから⁽¹³⁰⁾、このような立場は「太田武男」らに支持されて、相当程度に一般化して今日に至っている⁽¹³¹⁾。ただし、その具体的な要件・効果については、意見が分かれ、ことに重婚の内縁や近親婚の内縁の保護要件についても、一致していない。

他方で、そうしたなかで、内縁を婚姻に転化させるため婚姻届出の強制履行を認める学説は戦前から散見され、敗戦後でも根強いものがあるところ⁽¹³²⁾、その趣意を承けて、「仁平先磨」は、婚姻の届出は実際上は夫や

その家族の意思に左右されることが多いので、双方の届出意思を実質的に平等化して内縁を婚姻に転化させることが内縁問題の基本となることから、双方に「婚姻届出義務」をみとめるべきである、としていた。この当時でも、届出義務を介して内縁問題の解決を期する点については、注目に値するが⁽¹³³⁾、遺憾ながら、学説では、顧みられることはなかった。

いずれにせよ、この当時の内縁学説は、準婚理論を共有していたが、それぞれの問題領域の細部にわたっては、一致しないままであり、こうした状況のまま、新たな内縁問題に直面することとなる。なお、周知のように、婚約と内縁の区別論、ひいては準婚理論は、現代の多様な男女関係を把握するためには、もはや無益であるのみならず有害だという学説もあるが、これでは裁判の指針とはならず、解釈論としての意義を見出しがたいので、本稿では、このような学説に關説することは差し控えている。

2 内縁論の新段階

(1) 準婚理論の限界と停滞

昭和後期は敗戦直後の混乱期から重化学工業を軸とする高度経済成長期を経て、やがて低成長の冬の時代を迎えたことから、そうした時代・社会背景のもとで家族や結婚のあり方も大きく変貌した⁽¹³⁴⁾。婚姻届に対する社会の認識にも変化がみられる⁽¹³⁵⁾。昭和40年代の中頃になると、準婚学説でも、従前の家族制度的な因習が後退・衰退したことから、当時の実態調査の実情も踏まえたうえで、内縁原因の質的な相違に注目され、内縁保護に歯止めが必要とされる傾向が顕著になった。ある代表的な幾人かの研究者の共同討議のなかで、当時では内縁率が2%程度と推測され⁽¹³⁶⁾、また、戦後では戦前とは異なり内縁関係では「やむを得ざる事由というのはかなり薄い」という事実が指摘されたうえで、「当事者の責めに帰すべからざる内縁」とは質的に変化しているので、内縁保護にブレーキをかけるべきだとの意見もあり（久貴忠彦発言）、内縁とは言い切れないような男女（龍法 '20）53-2, 106（566）

関係にまで保護が及ぶこともあって（明山和夫発言）、届出婚主義を維持する立場にたつと、この辺で「英断が必要ではないか」とまとめられている（司会者・太田武男発言）⁽¹³⁷⁾。要するに、内縁問題に再検討が必要であるという点では討議の共通認識となっていた。

ことに昭和50年代に入ると、内縁保護に対する抑制論が顕著となる⁽¹³⁸⁾。「明山和夫」は、現に内縁として保護されている婚外関係の中には婚姻の実質的要件に反する例や私通と内縁との中間にある例（「準内縁」）があるとしたうえで、今後は内縁保護を厳格化することの必要性を強調して、内縁とは婚姻に準じて扱うに値する関係であるので、婚姻の実質的要件を重視して、その要件を満たさない内縁には関係の「保持存続に資する」ものや同居・協力扶助、守操義務などを否定して事後的処理の効果（財産面の効果）のみを認めた上で、婚姻意思の不明確な関係は一般法理にゆだねる、とした。実質的要件を満たさない不適法内縁にも社会的事実としては内縁の成立は認められ、不当破棄の慰藉料も一応は認められるが、不法性は大きいに低くなる、という⁽¹³⁹⁾。一方、「武井正臣」は、伝統的な内縁（古典的内縁）を「やむを得ない内縁」、現代の内縁を「当事者の責任による内縁」と称して、今日では内縁保護は過保護にわたり、もはや内縁としての保護の必要性がないと断じ、必要ならば一般法理に委ねるべきであると主張して⁽¹⁴⁰⁾、内縁学説に衝撃を与えることとなった。しかし、伝統的な準婚学説の壁は強固であり、内縁問題を一般法理に溶解させるにはいたらなかったが、武井説の問題提起を真摯に受け止めながら、「太田武男」も、明治期からの内縁論の判例学説を整理し、近時の多岐多様な学説を渉獵したうえで、結局のところ、準婚的保護を実質的要件の具備した内縁のみに限定し、ただ、第三者保護の規定では、その要件を緩和する方向性を示唆する⁽¹⁴¹⁾。

いずれにせよ、準婚学説側では、「民法上の内縁保護は現在の段階にとどまるべきであり、これ以上の進展は考えるべきではない」とする基本的

立場のもとで、内縁の成立要件を厳格に捉える傾向が顕著となり、伝統的な準婚学説の中では、基本的には実質的要件の具備する内縁のみが婚姻法的保護を受けるに値すると解する見解が有力となった⁽¹⁴²⁾。

(2) 新たな婚外関係論

他方で、昭和50年代に入ると、伝統的な内縁とは異質の同棲関係に注目する見解が登場している⁽¹⁴³⁾。「島津一郎」は、家裁の調停事件の実態や欧米諸国の実情を後景におきながら、戸籍にはこだわらない男女の契約による継続的な男女関係も出現しているので、伝統的な内縁は準婚理論で処理するが、現代的な同棲は契約（組合契約などの契約を多少とも擬制することなどもして）によって紛争を処理すべきであるとしたうえで、前者は遠からず姿を消すとし、婚外男女関係を「契約同棲」と構成して、これを家族関係の契約化の一環の問題として把握するようになった⁽¹⁴⁴⁾。

さらに、「棚村政行」や「二宮周平」は、島津説の影響下で、準婚理論では現代の多様な男女関係を保護することには限界があるとして、外国法の影響も受けながら、継続的・安定的な男女関係であれば、それに法的保護を認めるべきであると解し⁽¹⁴⁵⁾、準婚学説を墨守していた「中川淳」も、そうした方向性に同調する⁽¹⁴⁶⁾。内縁学説は、時代の男女関係の多様性に直面して、難題の解決に苦慮していたといえよう⁽¹⁴⁷⁾。

さらに以上のような多様な婚外関係論のなかで、「内田貴」は、内縁を現代型と従来型に類型化して、現代型につき、届出を出す意思はあるが手続上遅れている場合や同棲して共同生活を営む意思があるが法律的拘束に縛られたくないなどの理由から届け出をしない場合（「主義としての内縁」）等に再分化して、それぞれに応じた法的処理を提唱したが⁽¹⁴⁸⁾、他方で、判例の準婚理論を維持したうえで、その要件を緩和して現代的な婚外男女関係を処理する方途を模索する見解も注目される⁽¹⁴⁹⁾。これに対して、以上のような婚外関係論に抗して、そもそも準婚的保護は、婚姻法秩序を混乱させるものであって、原理的にそうした保護は認められないので、内縁

保護を当事者間の「契約」に依拠させる有力な学説なども登場して、内縁に対する基本的な考え方の対立が顕著となっている⁽¹⁵⁰⁾。

加えてしかも、現代では内縁はごく少数（内縁率２％程度）であるので、さまざまな男女関係が展開するなかで、夫婦としての法的保護を望むものは婚姻届出をすればよく、届出をしないが法的保護を必要とする「ごく少数の事実上の夫婦」については判例内縁法によって救済すればよいとする学説も登場しているが⁽¹⁵¹⁾、ここまでくれば、いよいよ内縁保護論の褐色・衰退を思わせる事態に立ち至り、その命運は風前の灯火となっていた。

ところが、今日、いわゆる同棲婚の法的問題については、「同性カップル」の処遇も相重なって、それが社会問題化するとともに、諸外国の立法化の影響を受けながら、あらためて婚外関係論ないしは内縁関連問題が浮上している。これを内縁に「準ずる関係」などという論法は、そもそも日本の婚姻法文化ないし国民意識ひいては現行婚姻法と調和するのか、判例内縁法の歴史的推移、ことに戦後からの経緯に鑑みて慎重に精査しなければならないであろう。

（３）重婚的内縁の保護

一方、重婚的内縁の保護の論拠・要件のほか効果の範囲については、各人各説の観があるものの、基本的には、その保護を拡張する傾向がみられ⁽¹⁵²⁾、ことに社会保障給付との関連で裁判例・裁定例における具体的な基準の明確化が喫緊の課題となっている。この時期に最高裁判決（後掲参照）が登場したものの、下級審裁判例では届出婚との関連で具体的な保護基準をめぐる争いが絶えない。本稿では、重婚的内縁の発生要因（成立事情）という視点から、裁判例を整理したうえで、いくつかの事実類型を析出したいと考えているが、法的処理との関連でいかなる意味があるかは、なお予断を許さない。

（４）判例内縁法の再確認

以上のように、内縁学説は、通常内縁でも重婚的内縁でも、その保護の

論拠や要件・効果などをめぐって不安定で不透明な状態に陥ったといえるが、本稿の課題は「準婚判決」以降の裁判例を整理することであるので、学説の論究は以上の程度で収めておきたいと思う。

そこで、あらためて最高裁「準婚判決」の論理を確認すれば、「準婚判決」が婚姻予約法理を温存したことは、もはや何人も否定しえない客観的事実となった。先述のように、「中川善之助」の論評にもかかわらず、今日では、このような評価が根強い。ただし、そうした学説は、予約不履行（不当破棄ケース）と準婚的保護を区別して、二元的立場にあるのが判例の立場であると解しているが、これでは、内縁問題がまさしく二元的に分裂し、たとえば、同一当事者間で内縁の不当破棄責任と婚費分担請求（出産関連費用のごとし）が論点となったようなケースでは、準婚の実質的要件が具備していないときには、それでも前者は認められるが、後者は認められないという結果にもなりかねないであろう。中川準婚理論が双方は論理的に矛盾するとした趣意も、そうした曖昧な処理を避けることにもあったはずであり、予約法理を徹底的に排斥したうえで、一定の婚姻規定の一括的準用を提唱したこと自体には、彼なりの理論的意味があったわけである。事実、同一の内縁が一面では婚姻を目的とするが（予約論は社会的婚姻と法律婚との峻別論でもある）、他面では婚姻と同視するというのは、いかにも不整合・不合理ではないか。

何故に内縁に準婚的保護が可能なのか、学説でも判例でも、その積極的な論拠はついに明らかにされることはなかった。婚姻の形式要件を具備していない内縁に婚姻法的保護をみとめる根拠としては内縁夫婦の共同生活が婚姻と異なるところがないということだけであり、それが、すなわち「婚姻に準ずる関係」である、ということとなり、そうした社会的事実のみでは、現行法により婚姻法的保護が明確に否定されている内縁を取って公的な婚姻法秩序に組み込むための論拠としては、きわめて不十分である。何度も繰り返すが、内縁が準婚であるということのみでは、問いをもって

問いに答えたに等しいのである。

とまれ、以上のような内縁学説を念頭におきながら、本稿の当初の視点を軸として、「準婚判決」以降の内縁関連裁判例を分析する作業のなかで、はたして、そうした学説の影響がみられるかについても、次章において検討することとなろう。

- (86) 予約論をとる千種達夫判事の見解（本稿・Ⅱ3「内縁学説の多様性」）を参照のこと。
- (87) 内縁の解消と財産分与制度との関連に関する立法経緯については、さしあたり太田・前掲注（14）『内縁の研究』206-8頁を参照のこと。
- (88) 「石村善助」は、当時の家裁が財産分与の準用につき、いまだ消極的であったという事情を指摘したうえで（石村・前掲注<48>312頁）、その理由として、判例が「婚姻予約法理」を採用しているので、「破綻主義ないし無責主義を前提とする財産分与制度の適用は、法技術的に不可能である」ことや、相続権などの法的保護のない現在では「内縁保護の観点からも行き過ぎである」ことなどいずれかによるものとし、自らは家裁でもっと同制度が考慮されてもよいのではないかとする（同327-8頁）。なお、前者の具体的な理由については、無責による内縁解消の場合には理論的に損害賠償を請求できない事情を指摘しているが、ただ、予約構成では財産分与が論理的に「不可能」とするのは、言い過ぎではなからうか。石村は予約なるものを準婚学説と同様に解しているが、判例のいう「違約」とは、そうした意味ではないことについては、岡本・前掲注（1）「判例内縁法の展開（4・完）」212頁以下（「婚姻予約法理の特質」）を参照のこと。
- (89) 我妻栄「民法改正に関する問題点（上）」ジュリ97号（1956年）14頁以下。
- (90) 先述の外山説、青山説のほか、たとえば、「準婚判決」前の有泉＝立石・前掲注（71）『夫婦の法律』57頁は、内縁は「『準婚』としての効力を認められて今日に至っている」とする。有地亨『親族法』（弘文社、1954年）30頁も、婚姻予約論が擬制に過ぎるとする準婚学説を客観的に叙述しながら、判例もそのような線に沿ってきたとし、戦前の「準婚的判決」を掲記する。なお、有地・同著30頁は、夫の生命侵害につき「内縁の妻に対して第711條の慰料を支拂う義務がある」旨を判示した例として、大判昭和7・10・6を掲記しているが、これは明らかに誤謬である（〔64〕をも参照のこと）。
- (91) ただし、準婚学説に従う「太田武男」ですら、当初は消極的な立場にあったことに注目しなければならない（太田・前掲注（16）「判例研究」146頁）。その後、太田・前掲注（14）『内縁の研究』218頁は、慎重な議論を踏まえたうえで、財産分与規定の類推適用を認めるに至っている。また当初は否定し

ていたが、一転して準用をみとめた実務家もいた（前掲・市川判事の見解を参照）。この難題に対する微妙な学説の状況を見て取ることができる。

- (92) 中川・前掲注（54）76頁。「故意的・選択的内縁」のモダンタイプと称していた。
- (93) 有泉＝立石・前掲注（71）『夫婦の法律』66頁以下。
- (94) 昭和前期の下級審裁判例の状況については、岡本・前掲注（1）「判例内縁法の展開（3）」268頁以下。同居・協力・扶助義務を前提として、同棲は「夫婦共同の利益」のためになされるという観念により生活費分担の準則を導いている。その基本理念は、家事労働による不当利得を否定した大判大正10・5・17に依拠していることは、いうまでもない。この大審院判決については、岡本・前掲注（1）「判例内縁法の展開（2）」185頁以下を参照のこと。
- (95) 大審院時代の裁判所は、大正4年民事連合部「婚姻予約有効判決」を一貫して堅持してきたが、徐々に予約に基づく「事実上の婚姻」（夫婦共同生活）を積極的に承認する傾向を示すようになり、ことに昭和前期では「内縁用語」がひろく一般的に使用されるようになっていた。岡本・前掲注（1）「判例内縁法序説（4・完）」17頁、同「判例内縁法の展開（4・完）」210頁を参照のこと。
- (96) 我妻・前掲注（38）『親族法』205頁参照。なお我妻は相続人に対する「求償請求権」すら認める。
- (97) 二宮・前掲注（8）『事実婚の判例総合解説』12頁は、二元的構成の抽象的なメリットをそれぞれ挙げて、不法行為構成では第三者侵害のケースで共同不法行為と構成しやすいことも指摘している。この点の指摘は正当であろう。しかし、そうした抽象論もさることながら、問題は、当時の下級審裁判例のなかで家族が内縁破綻に加担する例が相当数みられ、それが妻の人格的利益を損なう結果となっていたという実情があったので、本文で述べたように、最高裁がそのことに深く憂慮したという点を見逃してはならないであろう。
- (98) 三淵乾太郎「本件判批」『最高裁判例解説（民事）昭和33年度』83頁。
- (99) 太田・前掲注（14）『内縁の研究』204頁や二宮・前掲注（8）『事実婚の判例総合解説』12頁は破棄につき、「明白な不当性」が問題になるとしている。
- (100) 中川・前掲注（51）201頁。杉之原舜一『親族法の研究』（日本評論社、昭和15年・1940年）81頁は、内縁破棄は、内縁離婚に準ずるので、離婚自体による損害賠償が不法行為によることから、不法行為上の責任である、とする。なお、大島梨沙「本件判批」『民法判例百選Ⅲ親族・相続』（有斐閣、2015年）49頁は、「債務不履行構成」（？）もありうるので、なぜ不法行為なのか、疑問が残るとする。
- (101) 永田・前掲注（66）37頁。
- (102) 杉之原・前掲注（100）87-8頁は、「離婚」に準ずるとして、賠償範囲を限定する。

- (103) 中川善之助「身分法講話 4 内縁」法セミ52号（1960年）29-31頁。
- (104) 婚姻予約法理に関する「違約」構成と身分行為性、および信義則との関連については、岡本・前掲注（1）「判例内縁法の展開（4・完）」212頁を参照のこと。準婚学説はいくつかの裁判例をいわば「点」として指摘するにすぎず、そうした判決例の「線」としての見方がきわめて不十分である。
- (105) 丹生義孝「本件判批」法学論叢〔福岡大〕3巻4号（1959年）363-367頁、中川淳「本件判批」民商38巻5号（1959年）83頁、89頁、92-3頁、三淵・前掲注（98）82頁。
- (106) 三淵・前掲注（98）82-3頁。
- (107) 佐々木金三「本件判批」（民事判例研究）専修大学論集21号（1959年）96頁、99頁。
- (108) 今日でも、石川真人「内縁準婚判決は婚姻予約有効判決を変更したのか？」久留米大学法学54号（2006年）99頁以下は、判例変更の有無につき形式的な論議を踏まえて、あれこれの詮索をしている。
- (109) 横田・前掲注（12）「婚姻ノ豫約ヲ論ス」928頁を参照のこと。
- (110) ちなみに、「大審院判例」の変更との関係で大法廷の審議に付されなかったことについては、中川高男『親族・相続法講義』（ミネルバ書房、1989年）95頁が指摘するように、最高裁判所事務処理規則9条5項（昭和22年）によれば、「法令の解釈適用について、意見が大審院のした判決に反するとき」にも小法廷で裁判することができる、とされている。
- (111) こうした構成については、岡本・前掲注（3）『婚約・婚姻予約法』592-5頁も参照。
- (112) 島津一郎「婚姻成立に関する届出主義」家月15巻3号（1963年）9頁。
- (113) 潮見俊隆「内縁の不当破棄」『家族法判例百選（新版）』（有斐閣、1973年）20頁。
- (114) 川井健「内縁の不当破棄」『家族法判例百選（第3版）』（有斐閣、1980年）13頁。
- (115) 家裁の実務経験から、吉村・前掲注（23）257頁は、内縁原因につき、届出の遅滞というよりも、故意的な回避や男女関係のルーズさという「結婚の質」の変化を指摘する。
- (116) ちなみに、「民事連合部判決」当時における婚外関係の多様性については、岡本・前掲注（1）「判例内縁法序説（4・完）」1頁以下を参照のこと。
- (117) 青山道夫『家族法論Ⅰ』（法律文化社、1958年）108-9頁、116頁。
- (118) 青山道夫『改訂家族法論Ⅰ』（法律文化社、1971年）108-9頁。
- (119) 青山道夫『市民社会と家族法』（法律文化社、1970年）28頁。
- (120) 大原長和「内縁の概念」『家族法大系Ⅱ婚姻』（有斐閣、1959年）
- (121) 明山和夫「内縁の成立に関する一考察」家月11巻3号（1959年）1頁、44頁以下。
- (122) 明山・前掲注（121）52-53頁。

- (123) 明山・前掲注(121) 47-8頁。なお、明山は、内縁の要件である事実婚性に論究したうえで、そうした要件をみたさない男女類型、たとえば婚姻意思なき共同生活や婚姻約束にもとづく不継続な結合等を析出して、これに不当破棄などの一定の保護をみとめているが、のちにこれを「準内縁」という名称をつけている。他方で、明山は、この当時では、我妻らの相対的効果説に対しては、その論拠が不透明であることなどから、「内縁理論は余りにも乱雑な形になってしまう」と批判していた(同43-44頁)。
- (124) 唄孝一「続・『婚姻予約有効判決』の再検討」法時31巻10号・11号(1959年) 43頁以下。
- (125) 試婚論については、私見は、これまでも随所で批判的にコメントしているの、それを参照されたい。岡本・前掲注(3)『婚約・婚姻予約法』169頁以下、前掲注(1)「判例内縁法序説(1)」106頁以下、同(4・完)19頁以下を参照のこと。本稿では、理論的にも疑念が少なくないことから、ことに戦後における裁判例の分析にあたっては、試婚論から学ぶべきものはさほど認められないので、以上でとどめておきたい。
- (126) 黒木三郎「婚姻の成立と内縁・立法主義をめぐる論争によせて」『家族の法社会学』青山道夫還暦記念(法律文化社、1965年) 216-222頁、同『婚姻法の近代化』(勁草書房、1966年) 228-233頁。
- (127) 田中實『親族法論』(成文堂、1976年) 91頁。
- (128) 高橋忠治郎「内縁の不当破棄と不法行為の成否」法セミ257号(1976年) 99-100頁。
- (129) 「木幡文徳」は、青山の見解にも示唆を受けながら、従来の判例は婚約と内縁との峻別をしないで、婚姻予約概念を使用してきたという認識のもとに(ただし、私見によれば、この認識は正当ではない。), 「内縁というほどには共同生活が成熟しておらずさればとて明確に婚約の存在が認められないといった男女の結合関係」をも保護する趣旨で「準婚判決」が予約概念を維持したものと解したうえで、理論上の問題は残ることを留保しつつ、二元論構成を支持している。木幡文徳「内縁の法的性質・不当破棄」『家族法判例百選(7版)』(有斐閣、2008年) 45頁。他方で、中川高男・前掲注(110) 95頁は、準婚理論を支持するが、内縁夫婦間で婚姻届出の約束のあるときやそれを前提にしているときは、予約不履行で処理するのが適切であるとして、結局のところ、「二元的立場」を支持しているが、青山説とは、その趣意が異なるようである。
- (130) 我妻栄『親族法』(有斐閣、1961年) 200頁。なお、我妻は、「一切法律上の保護をうけないという積極的な合意がある場合」は「内縁」ではないとする。つまり、「絶対に届出をしない、という意味を伴う場合」は、民法にいう婚姻ではない、とする(197-8頁)。
- (131) 戦前からの学説の状況については、太田・前掲注(14)『内縁の研究』109頁以下参照。太田武男も、要件不要説や全面必要説には問題があるとして、

基本的には相対的效果説に同調したうえで、具体的に問題となるのは、重婚・近親婚の内縁であり、このケースでは、第三者との関係で日常家事債務の連帯責任を負わせるかは、その要件は重要でないとするが、不当破棄責任では、その要件には配慮すべきであるとして、悪意者は保護されない、とする（115頁）。

- (132) 山中康雄『市民社会と親族身分法』（日本評論社、1949年）253-6頁、有泉亨『親族法』（弘文堂、1954年）31頁。
- (133) 仁平先磨「内縁の法理」国士館大学政経論叢17号（1972年）124頁以下、149-50頁。
- (134) 湯沢雍彦『昭和後期の家族問題』（ミネルバ書房、2012年）180頁以下、204頁以下では、敗戦後から経済成長下での結婚観の推移について、統計や新聞情報などを織り込みながら庶民生活の実態に基づいて多面的な角度から詳論している。
- (135) 太田武男『現代の内縁問題』（有斐閣、1996年）15頁以下では、戦後から平成初期までの届出に関する実態につき、戦前との相違が簡潔に整理されている。
- (136) 太田武男編『婚姻の届出・届出婚主義の現状と内縁問題』（有斐閣、1971年）277頁。
- (137) 太田・前掲注（136）320頁以下。
- (138) シンポジウム「内縁問題の現代的課題」ジュリ618号（1976年）84頁以下（ことに明山和夫の発言）を参照のこと。
- (139) 明山和夫「内縁の法的保護とその限界」法律のひろば28巻10号（1975年）25頁、同「内縁の法的保護とその限界」久貴忠彦・泉久雄編『演習民法』（1985年）66-8頁も同旨。
- (140) 武井正臣「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、同「内縁婚の現状と課題」（法律文化社、1991年）7頁以下所収。
- (141) 太田武男「内縁保護の現段階と今後の問題」家月32巻10号（1980年）1頁、38頁以下。
- (142) 久貴忠彦『親族法』（1984年）150頁。その後も、太田・前掲注（135）『現代の内縁問題』90頁（有斐閣、1996年）は、前記の内縁保護の限界に関する久貴説を引用して同旨を述べるとともに、その要件論については、法は私益的、公益的かつ優生学的見地から婚姻の要件を法定しているので、内縁を準婚とするかぎりには、婚姻の要件・実質的要件を具備した内縁のみに準婚的效果をみとめ、第三者保護や不当破棄に関する問題では、そうした要件は不要とする。ただし、明山説のいう不適法内縁とか準内縁、または港間という「同棲」などには法的保護はなくともよい、と付言する（同著96頁）。
- (143) 二宮・前掲注（45）『事実婚の現代的課題』233頁以下では、多様な婚外関係について、ことに80年代の社会状況や内縁関連学説が簡潔に整理され、大

変参考となる。

- (144) 島津一郎「家族関係の契約化について-『身分から契約へ』の意味するもの-」『現代家族法大系1 総論・家事審判・戸籍』中川善之助先生追悼論集（有斐閣、1980年）32頁以下、48頁、55-7頁。なお、本論文は、島津が1978年国際家族法学会に提出した論文をもとにしたものである。アメリカなどの婚姻法の実情（婚姻前に婚約・同棲する試験結婚の合意など）を踏まえた上で、日本法の内縁については、民事連合部判決にみられたように、伝統的な足入婚が典型的なものであったが、戦後の高度成長のなかで急速に姿を消し、それとは異質の現代的な同棲は、契約による多かれ少なかれ継続的な男女関係であり、精神的に結ばれれば戸籍にはとられず相互の期待を試しながら生活するタイプである、という（48頁）。
- (145) 棚村政行「同棲の法的保護」法セ増刊『これからの家族』（日本評論社、1985年）104頁、同「わが国における同棲法の展開と課題」青山法学論集32巻3・4号（1991年）511頁。二宮・前掲注（45）『事実婚の現代的課題』は、一定の意識的な事実婚や同性カップルの実態状況を把握したうえで（233頁以下）、事実婚保護の論拠を憲法に依拠する「自己決定権」と「要保護性」論（扶養義務の無条件性）に求めている。ただし、棚村は、二宮が扶養利益にのみ責任の論拠をもとめ、かつ婚姻法的保護の可能性を認めることに疑問を呈し、同棲破棄の法的保護は扶養利益には限定されず不法行為規範により個別具体的に判断されるべきであり、他方、婚姻法の準用は長期間の安定した継続的同棲に限定するなどして（「同棲法の展開」533頁注6や534頁注13、542頁、552頁など）、同棲の実態に即した多様な救済手法を提案する。
- (146) 準婚理論をとっていた「中川淳」も、婚姻意思と共同生活を重視して内縁を婚姻に接近させる準婚理論から距離をおいて、共同生活それ自体に保護の根拠をおくべきだとする方向に舵を切り替えている。中川淳「内縁保護についての一考察」『谷口知平先生追悼論文集1 家族法』（信山社、1991年）105頁、113頁以下。宮崎幹郎『婚姻成立過程の研究』（成文堂、2003年）61頁以下も二宮や棚村の見解に同調する。
- (147) 泉久雄「内縁問題に思う」『現代家族法の課題と展望』（有斐閣、1982年）121頁は、契約法理では保護の範囲が限定されることなどから準婚理論の有用性を説く。他方で、野沢紀雅「事実婚の法的規整」ジュリ1059号（1995年）87頁は、二宮らの事実婚保護の立場に基本的には従うが、手続きも含めてなお準婚理論の有用性を認めて、その延長線上で捉えようとしている。
- (148) 内田貴『民法講義Ⅴ親族相続（補訂版）』（東京大学出版会、2004年）144-5頁。
- (149) 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97号（2006年）66頁。
- (150) そうした近時の学説の原理論的な対立と評価については、大村・前掲注（9）『家族法』244頁以下が的確に整理している。なお、大村自身は、いわ

ゆる古典的な内縁（「強いられた内縁」）は僅少であるとの前提のもとで、それと峻別される現代の内縁を「自由結合カップル」（「選ばれた内縁」）と称して、その間の子の処遇も含めて、契約法的に処理する場合の問題点を詳論する（同33頁以下）。また、いわゆる現代的な内縁問題については、森山・前掲注（46）「非婚夫婦と準婚理論」221頁以下が、内縁当事者に法的義務を課するためには「合意」が不可欠とする立場から、準婚理論の論拠や二宮周平のライフスタイル・要保護論の問題点など鋭く批判的に分析しているので、それにゆずる。なお、岡本・前掲注（1）「判例内縁法序説（1）」113頁以下でも、本稿の立場から、そうした現代的な内縁学説を批判的に分析しているので、ここでは概略にとどめる。

- (151) 深谷松男『現代家族法』（青林書院新社、1983年）42頁。
- (152) 学説の状況については、松嶋道夫「重婚的内縁の法的地位」富山大学経済論集25巻2号（1979年）163頁、167頁以下が詳論し、その後の学説も含めて、二宮・前掲注（45）『事実婚の現代的課題』157頁以下において、論点ごとに具体例や学説のほか、その問題点が要領よく整理されている。また、太田・前掲注（135）『現代の内縁問題』219頁、228頁以下も特に「準婚判決」後の裁判例を詳論する。差し当たり、それら先行文献にゆずる。学説の一例を挙げれば、有地亨「妻以外の女との内縁関係の成否<等>」判評62号（1963年）36頁は、法律婚が客観的に破綻し、一般の内縁として認められるような事実婚が存在すれば、内縁の方に事実上の夫婦関係が存在し、双方が競合しているのではないので、一夫一婦制の婚姻秩序を事実上破壊しているのではない、とする。松嶋・前掲論文176頁も有地の見解を支持する。一つの見識ではあるが、ただ、法律婚の客観的破綻とは何かにつき、なお精査すべき問題点が残されているように思われる。

（未完）