

事実婚の法的保護と内縁保護法理についての一考察

古川 環子

1. はじめに
2. 婚姻と婚姻外男女関係－内縁と事実婚
3. 男女関係をめぐる社会の実態と内縁保護法理の確立
 - (1) 内縁問題の発生と内縁保護法理
 - (2) 準婚理論による内縁の保護基準と判例・裁判例
 - (3) 準婚理論による内縁保護の法的効果
 - (4) 小括
4. 事実婚の法的保護
 - (1) 内縁概念の変化と事実婚
 - (2) 準婚理論の再検討
 - (3) 事実婚の法的保護についての学説
 - (4) 学説の検討
 - (5) 小括
5. おわりに

1. はじめに

民法739条1項は、「婚姻は、戸籍法（昭和22年法律第224号）の定めるところにより届け出ることによって、その効力を生ずる」と規定し、明治民法（民法旧規定775条）を踏襲し、届出婚主義を採用している。この規定により、婚姻の届出の有無によって婚姻と婚姻外男女関係は区別され¹、届出がなければ婚姻は法律上不存在となる。そのため、明治民法下において、社会的には夫婦と認められていても婚姻の届出をしていないがために、法律上の正式な夫婦として取り扱われない内縁が生じた。しかしながら、届出婚主義をとれば内縁問題が生じるであろうことは、明治民法立案の際の法典調査

¹ 明治民法審議の法典調査会で、梅謙次郎は、「七百八十八條ニ於テ届出ト云モノガ婚姻成立ノ要素ニナツタ以上ハ其要素ヲ缺イテ居ルモノハ最早私通デアツテ婚姻デハナイ」と、述べている（法務大臣官房司法法制調査部監修「法典調査会民法議事速記録六（日本近代立法資料叢書6）」212頁（商事法務研究会、1984年））。

会の審議のときに予想されていたことであった²。婚姻の届出が出されなかった主な原因として、嫁として家風に合うかどうか、家の跡継ぎの子を出産できるかどうかという伝統的婚姻慣行によるもの、明治民法の家制度による戸主の同意（明治民法750条）や父母の同意（同772条）が得られない、また、法定推定家督相続人（同744条）³は、他家に入ることができない等の婚姻阻害要因によるもの、法律婚に関心が薄い層の存在にあって届出制度が利用しにくかった等がある⁴。そのため、判例は、明治民法制定当時から内縁の不当破棄を深刻な問題として受け止めた。大審院大正4年1月26日判決（民録21輯49頁）（以下、「大審院大正4年判決」とする）は、傍論⁵で「婚姻予約理論」⁶により正当な理由なく違約した場合は、婚姻予約の債務不履行責任を認めた。そして、最高裁第二小法廷昭和33年4月11日判決（民集12巻5号789頁）（以下、「最高裁昭和33年判決」とする）は、内縁を婚姻に準ずる関係とする「準婚理論」⁷によって内縁の不当破棄を不法行為責任とした。以後、内縁保護法理である婚姻予約理論、準婚理論により内縁の法的保護を図ってきたが、準婚理論が通説的地位を占めてきた。また、戦後、現行民法の家制度の廃止、婚姻の届出の普及⁸等により内縁は減少している⁹。しかし、昨今、従来の内縁とは質的に異なる「事実婚」という形態の婚姻外男女関係が現れた。事実婚は、夫婦共同生活をしているが、夫婦別姓を実践するため、戸籍制度や婚姻制度に伝統的に浸透している性別役割分業の回避¹⁰、婚外子差別の反発、高齢者による相続制度の回避等様々な理由で、意

² 法典調査会で土方寧氏は、届出婚主義より旧民法人事編47条の儀式婚主義の方が慣習に適しているのではないかと、とくに届出婚主義をとると、儀式をあげて届出をしないうちに当事者の一方が他方を嫌い婚姻継続の意思を失ったような場合はどうするのかと質問しているが、梅謙次郎は「儀式ヲ先ニ挙ゲテ置テ後トカラ届出ヲスルヤウナコトガアツタラ夫レハドウモ仕方ナシ」と答弁している（法務大臣官房司法法制調査部監修・前掲注（1）185～186頁）。

³ 法定推定家督相続人は、明治民法による家制度において、家の承継ということが重大な要請であったため、もし戸主を失ったときに家督相続人がいないことで家が断絶しないようにするために、法定推定家督相続人は家を去ることができないと規定された（谷口知平『日本親族法』149頁（信山社、復刻版、1989年））。

⁴ 二宮周平『事実婚の現代的課題』3～5頁（日本評論社、1990年）、太田武男『現代の内縁問題』9～10頁（有斐閣、1996年）。

⁵ 川井教授は、当該事件についての結論に対応する判決理由でなくても、当該事件についての解決の指針を示しかつその理由を説く判旨は広義の「判決理由」に属するから、婚姻予約理論は傍論でなく、広義の「判決理由」であるとする（川井健『内縁の保護』『現代家族法大系2』12頁以下（有斐閣、1980年））。

⁶ 「婚姻予約」ないし「婚姻の予約」という言葉は、婚姻外の男女関係に法的救済を、与えるかどうかの問題になった事案の処理に際して、判例上発達してきた言葉である（太田・前掲注（4）4頁）。「婚姻の予約とは、将来夫婦になろうという合意（契約）であるが、しかし、判例は・・・婚姻の儀式を挙げて成立した実質的な夫婦共同生活も、届出がないこと・・・を婚姻の予約とした。そして、かような実質的な夫婦共同生活が一方の責に帰すべき事由によって破綻した場合に、婚姻予約の不履行として損害賠償を認めた」（我妻栄『親族法』188頁（有斐閣、オンデマンド版、2001年））。

⁷ 中川善之助『日本親族法』280頁（日本評論社、1942年）。

⁸ 挙式・同居開始日と婚姻届出日の期間が、1ヶ月未満の届出の割合は、1950年17.9%、1970年50.2%、1970年75.5%、1994年73.9%、1年未満の届出の割合は、1994年95.7%である（善積京子『近代家族を超える—非法律婚カップルの声—』19頁（青木書店、1997年））。

⁹ 内縁率は、1918年までの人口静態統計、1920・1925年国勢調査から推計した内縁率（有配偶者総数に占める内縁配偶者の割合）から、男性約17%、女性約16%前後であった（二宮周平『民法の展開（3）判例の法形成—内縁—』広中俊雄・星野英一編『民法典の百年Ⅰ』343頁（有斐閣、1998年））。現在の内縁率は、「内縁の全婚姻に占める割合は、今日ではおよそ2%と推測されている（泉久雄『親族法』172頁（有斐閣、1997年））。

¹⁰ 大村教授は、「民法の定める「婚姻」そのものは、嫁役割・妻役割を強制するものではない」（大村敦志『家族法』242頁（有斐閣、第2版補訂版、2004年））とするが、戦後の民法改正要綱の起草委員会による改正要綱原案の作成において、祭祀に関する権利の承継の「祖先の祭祀を主宰すべき相続人」の規定（民897条）は、「特別財産の相続の問題は・・・家族制度の名残であると非難を受ける一方、家族制度存置論者の攻撃を防御するのに若干の効果があったことを後に思い知ったのでありました」（我妻栄編『戦後における民法改正の経過』25～26頁（日本評論社、1956年））、と述べているように、家制度が改正民法の中に残存しており、嫁役割が残存していると考えられる。

図的に婚姻の届出を出さないものである¹¹。このように事実婚が徐々に増えてきている¹²中で、事実婚に内縁保護法理によって法的保護を与えるべきなのかが問題となっている。準婚理論は、内縁が明治民法下の婚姻阻害要因等で婚姻の届出が出せないという当事者の責に帰せられない事由であるため、内縁の当事者の救済を目的として設けられたものである。そのため、自らの意思で婚姻の届出をしていない事実婚に準婚理論で法的保護をすることはすべきでないとする学説上の批判がある。そこで、本稿では、事実婚に準婚理論による法的保護を実現すべきなのか検討していきたいと考える。なお、重婚の内縁は、一般的な内縁と区別して考察しなければならないため、本稿では、対象にしない。

以下、婚姻と婚姻外男女関係である内縁と事実婚の概要を述べ、それにかかわる内縁保護法理を紹介し、事実婚に準婚理論による法的保護を図るべきか否かの学説を考察した上で、最終的に、事実婚に準婚理論による法的保護を実現すべきかを検討する。

2. 婚姻と婚姻外男女関係—内縁と事実婚

婚姻が成立するためには、民法739条に規定されるように、婚姻の形式的要件として届出が必要である。そのため、男女関係において婚姻届を出している場合が「婚姻」となり、婚姻届を出していない場合は「婚姻外男女関係」となる。婚姻外男女関係は、「内縁」と「婚約¹³」「私通関係」に分けられ、さらに、「内縁」は、「狭義の内縁」と「事実婚」に分けられる。内縁とは、「社会的事実としての夫婦共同生活体であるにも拘わらず、婚姻の届出を欠くために、法律上の夫婦（婚姻・配偶者）と認められない男女関係¹⁴」をいう。「狭義の内縁」とは、明治民法下において①戸主や父母の同意が得られない、②法定推定家督相続人は、他家に入ることができない等の婚姻阻害要因、③法律婚に関心が薄い社会層の存在にとって届出制度が利用しにくかった等で不可避免的に生じていた男女関係をいう。そこで、本稿では、「内縁」の中で特に区別する必要があるときは、この「狭義の内縁」を「伝統的内縁¹⁵」と称することにする。また「事実婚」とは、婚姻意思については多様とされるものの、夫婦共同生活として一定期間の同居があり、社会的に承認されていながらも、意図的に婚姻届を出していない事実上の夫婦関係である。

¹¹ 二宮・前掲注(4) 239～248頁。

¹² 欧米では、近年、同棲を積極的に選択する人々が増加し、アメリカの同棲カップル数は、1970年52.3万組、1994年366.1万組に達し、同棲世帯率も、1970年1.2%、1994年6.3%と増加している。日本の国勢調査・人口動態統計には「非婚同棲世帯」という分類カテゴリーが設けられていないため、非法律婚率の統計数値はない(善積・前掲注(8) 18～22頁)。

¹³ 婚約とは、将来婚姻しようという確定的な合意であり、婚約は一種の予約であるが、一方が予約完結権を有するものではなく予約完結権を行使して婚姻には到れない。また、婚約の成立には、結納の授受、婚約指輪の交換等一定の形式は必要ではない(我妻・前掲注(6) 189頁)。

¹⁴ 我妻・前掲注(6) 194頁。

¹⁵ 大村・前掲注(10) 224頁。

3. 男女関係をめぐる社会の実態と内縁保護法理の確立

(1) 内縁問題の発生と内縁保護法理

① 内縁問題の発生

明治民法（民法旧規定）は、「婚姻ハ之ヲ戸籍吏ニ届出ツルニ因リテ其効力ヲ生ス」（明治民法775条）と規定し、婚姻の届出主義を採用した。当時、梅謙次郎起草委員は、「段々其儀式ヲ挙ゲル日ニ届出ヲスルト云フコトニ為ラウト思ヒマス¹⁶」と述べ、届出が浸透していくことを想定していた。しかし、実際には婚姻の届出が浸透するには時間がかかり、数多くの内縁関係が発生することとなった。婚姻の届出が出されなかった原因としては、(i)婚姻の届出は、家制度により婚姻の成立とするだけでなく入籍という家の一員になる地位の取得とかかわるため、跡継ぎを懐胎するまで嫁として認めない、あるいは、嫁として家風に合うかどうかかわかるまで婚姻の届出をしないという伝統的婚姻慣行、(ii)明治民法において、「子カ婚姻ヲ為スニハ其家ニ在ル父母ノ同意ヲ得ルコトヲ要ス但男カ満三十年女カ満二十五年ニ達シタル後ハ此限ニ在ラス」（明治民法772条）と規定されていた子の婚姻に対する父母の同意権に関する規定、また、「家族カ婚姻又ハ養子縁組ヲ為スニハ戸主ノ同意ヲ得ルコトヲ要ス」（同750条）と規定されていた戸主の同意権に関する規定、「法定ノ推定家督相続人ハ他家ニ入り又ハ一家ヲ創設スルコトヲ得ス」（同744条）と規定されていた法定推定家督相続人の去家の禁止に関する規定等の婚姻阻害要因、(iii)婚姻の届出をすることに関心が薄い社会層があったことに加え、当時の届出制度が今日のような記入式の届出用紙ではなく書式がわからない等利用しにくいものであったことが挙げられる¹⁷。このように、婚姻の届出のない内縁が当時不可避免的に生じ、内縁関係にある者の一方が理由なくその関係を破棄した場合、主として、社会的弱者である女性に深刻な問題として現れた。

旧民法の儀式婚主義の建前が、明治民法で届出婚主義に改められるときに、内縁問題が生じる可能性があることは、立案参画者にも予想されていたことであった。そのため、届出婚主義を再検討して何らかの立法が必要であるとする見解¹⁸と届出婚主義をとりながら内縁問題の解決を図る見解があり、内縁の不当破棄や内縁配偶者の労務災害による遺族補償の問題¹⁹を内縁保護という形で解決していっ

¹⁶ 法務大臣官房司法法制調査部監修・前掲注（1）186頁。

¹⁷ 二宮・前掲注（4）3～5頁。1923（大正12）年、京都の西陣地区の内縁の調査結果で、戸主や法定推定家督相続人が29%、戸主の不同意によるものが12.8%、妻の出産待ちが8.1%であり、内縁の約半分が『家』制度によるものであり、全体の約四分の一が無関心による内縁であるとする（中島玉吉「内縁の夫婦に就いて」法学論叢10巻3号3～12頁（1923年））。

¹⁸ 臨時法制審議会の諮問に対する答申として立案された民法改正要綱案（1925年）は、儀式婚主義を建前にしていた（太田武男『内縁の研究』59頁（有斐閣、1965年））。

¹⁹ 社会保障法は、現実の夫婦共同生活を対象とする必要性が高く、内縁関係を無視できない状況であったため、内縁配偶者の遺族扶助料・家族手当等を支給するために「配偶者」の枠を広げることになる。例えば、大正12年改正の工場法15条は、遺族補償の受給権者に、「本人ノ死亡ノ当時其ノ収入ニ依リ生計ヲ維持シタル者」を加え、内縁配偶者を保護した。他に、昭和8年改正の「恩給法」、母子保護法（昭和12年）、「労働者年金保険法施行令」（昭和16年）等がある（太田・前掲注（4）25～27頁）。

た²⁰。戦後の民法改正²¹において、民法739条は、「婚姻は、戸籍法（昭和22年法律第224号）の定めるところにより届け出ることによって、その効力を生じる」と規定され、婚姻の届出について、明治民法の届出主義を踏襲し、婚姻の届出を成立要件とした。そのため、改正に至った当初は戦前と同じような内縁問題が生じた。

② 内縁保護法理－婚姻予約理論と準婚理論

明治民法下の当初の判例は、婚姻意思がないにもかかわらずあるかのように女性を欺いて挙式同棲の後、婚姻の届出をしないまま離別した行為に対して詐欺による名誉侵害として不法行為責任を認めたと²²。しかし、届出婚主義のもとでは、届出をしていない内縁関係は、法外関係とされていた。ゆえに、媒酌人を立て挙式し数年に及ぶ同棲後、女性が入籍を拒絶された事案においては、大審院は、夫婦と同様の関係が生じていたとしても、その関係は双方の自由な意思でなされたものであるとして、不法行為に基づく損害賠償請求を認めてはいなかった²³。

内縁保護の出発点となった婚姻予約有効判決²⁴である大審院大正4年判決は、女性が挙式後3日目に実家に帰り、まもなく男性が入院したため男性宅に戻り1泊したが、入院している男性の見舞いをせずに再び実家に帰ったため、その後男性からの内縁解消に対して女性が不当破棄による不法行為に基づく損害賠償請求をした事案である。大審院は、「損害賠償ハ違約ヲ原因トシテ請求ヲ為スコトヲ要シ原因トシテ請求スヘキモノニ非ス然ルニ本訴請求ハ全ク不法行為ヲ原因トシテ主張シタルモノナルコト記録上明確ニシテ其原因トスル所既ニ失当ナレハ此点ニ於テ棄却スヘキモノトス」と判示し、違法性はないとし不法行為は成立しないとされた。しかし、傍論で「婚姻ノ予約ハ将来ニ於テ適法ナル婚姻ヲ為スヘキコトヲ目的トスル契約ニシテ其契約ハ亦適法ニシテ有効ナリトス法律上之ニ依リ当事者ヲシテ其約旨ニ従ヒ婚姻ヲ為サシムルコトヲ強制スルコトヲ得サルモ当事者ノ一方カ正当ノ理由ナクシテ其約ニ違反シ婚姻ヲ為スコトヲ拒絶シタル場合ニ於テハ其一方ハ相手方カ其約ヲ信シタルカ為メニ被ムリタル有形無形ノ損害ヲ賠償スル責ニ任スヘキモノトス」とし、婚姻の予約は有効であり、正当な理由なく予約を破棄した場合には、債務不履行の責任が成立するとした。しかし、学説では、婚姻予約理論は、婚姻の予約（内縁）の有効、無効を問題にしていたにすぎず、事実上の内縁関係に法律上の効果を与えるには無力であるとして、内縁を婚姻に準じた関係として捉え、事実上の夫婦の共同生活継続中の関係を、婚姻に準じた法律関係としてその法的保護を認めようとする準婚理論を強調する。

²⁰ 太田・前掲注（4）11頁。

²¹ 起草委員会第一事案検討会では、婚姻の事実婚主義について議論され、婚姻の届出が、憲法の当事者の合意で成立するという規定（憲法24条）違反ではないかという疑問が一部にあったと述べている（我妻編・前掲注（10）32頁）。

²² 大判明治44年1月26日民録17輯16頁。

²³ 大判明治44年3月25日民録17輯170頁。

²⁴ 広中教授は、大審院大正4年判決は、当時は、準婚的な内縁保護は、制定法に反する解釈とならざるをえないが、民法典で意識的に規定が設けられなかった婚姻予約について欠缺補充を行うという方法により、内縁の不当破棄に基づく損害賠償について導入を図った法形成は評価すべきものとする（広中俊雄『民法解釈方法に関する十二講』31頁（有斐閣、1997年））。

その後、最高裁昭和33年判決は、挙式をし、事実上の夫婦として同居していた女性が運送業である家業や家事に追われる毎日の中、姑の小言も加わり健康を害したため、実家に戻ったものの肺結核であることが分かり、男性から一方的に関係を解消されたことに対して不法行為による慰謝料請求、また民法760条の婚姻費用分担の準用を請求した事案である。最高裁は、「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（下線は、筆者による）というを妨げない。・・・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とともに、不法行為を理由としてその損害賠償を求めるともできるものといわなければならない。」とし、内縁を「婚姻に準ずる関係」であるとする準婚理論により準婚としての身分的地位の不当な侵害として不法行為責任を認容した。さらに、婚姻予約の不履行を理由として損害賠償を求めるともできるとした。内縁の不当破棄については、判例は「不当破棄については『婚姻予約』として婚姻意思を中心に幅広く婚外関係をカバーし、その他の問題については個別的に事実上の夫婦共同生活を尊重した解決をするという、二元主義に立っている²⁵⁾」といえるとする。その後、「婚姻に準ずる関係」とする準婚理論によって、法律婚に与えられる効果を内縁に適用し対応していくこととなった。

(2) 準婚理論による内縁の保護基準と判例・裁判例

① 準婚理論による内縁の保護基準²⁶⁾（通説）

法律婚が成立するためには、実質的成立要件として、婚姻意思(民742条)があること、婚姻障害(民731～737条)がないこと、形式的要件として、婚姻の届出(民739条)があるという法律上の要件をすべて具備していることが必要であり、これらの要件が具備されて初めて法律婚の効果を得ることになる。

準婚理論による内縁の成立要件²⁷⁾は、主観的要件として、当事者間に社会的観念上の夫婦共同生活と認められるような関係を成立させようとする合意である「婚姻意思」が必要とされている²⁸⁾。客観

²⁵⁾ 二宮・前掲注(4)10頁。

²⁶⁾ 我妻・前掲注(6)197～200頁、二宮・前掲注(4)12頁。

²⁷⁾ 内縁の成立要件に民法の定める婚姻成立の実質要件を備えていなければならないかということについて学説はいくつかに分かれている。内縁は、法律的形式をふまずに社会的ないし習俗的に自生してしまった関係であるから、法的効果ないし保護の対象となる内縁も、民法の定める婚姻の成立に関する実質的要件はすべて必要でないとする全面的要件不要説、社会的に自生してしまった関係であるとしても、法的効果ないし、保護の対象となる内縁は、民法の定める婚姻の成立に関する実質的要件の全部が必要とする全面的必要説、婚姻の成立に関する実質的要件の一部を必要とする部分的必要説、内縁の成立のための要件を、中核的要件(婚姻意思、同棲の事実と世評もしくは公然性)と付随的要件(婚姻適齢、重婚・近親婚の禁止などの実質的要件)に分け、付随的要件は必ずしも必要でないが、内縁の成立には中核的要件が必要であるとする折衷説、要件は付与されるべき法的効果との関連において相対的に勘案されるべきとする相対説がある(太田・前掲注(4)39～40頁)。

²⁸⁾ 「婚姻の意思に届出の意思まで含めることになれば、現行制度の下では、重婚の内縁以外は、すべて現時点で届出可能であるにもかかわらず、届出をしていないから、したがって、婚姻の意思がなく、内縁ではないということになりかねない」が、内縁とは、現実には共同生活関係に対する法的保護の問題であるから届出意思まで要求するのは、内縁保護法理に反するとして届出意思は必要ないとする(二宮周平「事実婚」20頁(一粒社、2002年))。

的要件として、「当事者間に社会観念上夫婦共同生活と認められるような共同生活の事実が存在²⁹」しなければならないとされている。つまり、内縁は婚姻の届出がない事実上の夫婦の問題であるから、夫婦共同生活の実体が存在しなければならず、一般的には、関係の安定性と継続性を示すものとして、同居が一定期間継続していることから証明されている³⁰。婚姻障害要件は、未成年の父母の同意（民737条）、婚姻適齢（民731条）、再婚禁止期間（民733条）は、内縁の成立において考える必要はないとされ、また、重婚的關係（民732条）と、近親婚的關係（民734～736条）については、公序良俗の観点から問題があるとして、内縁保護の限界とされてきたが、判例は、近年、重婚的關係でも、婚姻關係が事実上離婚状態にある場合には、重婚の内縁として成立を認め³¹、また、近親婚的な關係に対しても、近親婚の内縁として成立を認めるに至っている³²。

② 内縁の保護基準に関する判例・裁判例

内縁に関する裁判例は多く存在するが、主に婚姻意思と夫婦同居生活についての判例・裁判例を取り上げる。東京地裁昭和49年7月16日判決（判時769号65頁）は、内縁の成立が認められなかった事案ではあるが、内縁關係の成否について、詳細に判断した事例であるとされる。男性が交通事故により死亡し、女性が加害者に対して損害賠償請求をした事案で、3ヵ月余りの同居があったものの、その共同生活の永続性には疑問があるとして、当該男女關係は一時的な結合の男女關係にすぎなく夫婦と同視しうる關係とはいえないとした。その判断にあたって、内縁は、「終生にわたって夫婦として生活を共同にする意思で、社会的に見て法律上の夫婦と同視し得る生活關係」を要するとして、当該男女關係の経歴、生活状態および同居期間、第三者の認識、事故前後の事情等を考慮するとした。千葉地裁佐倉支部昭和49年7月15日判決（交通民集7巻4号1026頁）は、男性が事故で死亡し、女性が加害者に対して損害賠償請求をした事案であるが、挙式をし、新婚旅行にも行き、葬儀には妻として列席している等の事情から、2週間程の同居でも、内縁の成立が認められた。また、岐阜家審昭和57年9月14日判決（家月36巻4号78頁）は、内縁解消に基づく財産分与を相手方に求めた事案であるが、「ずるずるべったりと性關係に入り同棲生活を続けて行ったものであって、その間にはっきりした結婚の約束が交わされた形跡もなく、むしろ申立人側の入籍（婚姻届）要求は、相手方より拒否ないし無視され続けていたものであるため、「相手方の婚姻意思には疑義がないでもない。」としながら、同居が7年近くにも及び、保証人にもなっていること等から、事実上の妻として判断し、内縁の成立を認めた。また、大阪地裁昭和60年4月19日判決（交通民集18巻2号537頁）は、交通事故で男性が死亡し、女性が損害賠償請求をした事案であるが、挙式する予定があったことや、女性の妹の結婚式に男性が女性の夫として出席するなど、男性の葬儀には女性が妻として列席し、冠婚葬祭で家族の一

²⁹ 我妻・前掲注（6）198頁。

³⁰ 二宮・前掲注（28）24頁。

³¹ 最判平成17年4月21日判タ1180号171頁。

³² 最判平成19年3月8日家月59巻7号63頁。

員として扱われていたことから、1年9ヶ月程の同居で内縁の成立を認めた。さらに、大阪地裁平成3年8月29日判決（家月44巻12号95頁）は、国家公務員であった男性の死亡退職金の受給権³³を、女性が男性の母および兄弟3名と争っていた事案であったが、入院の際の看病、夫婦としての旅行等、お互いの居所を行き来するパートナー関係として16年間（うち3年弱の中断がある）安定した関係にあったものの、共同生活もなく、家族への紹介もないが、「いずれ正式に婚姻届出がなされることを前提として、夫婦と同様の認識をもってA男との関係を継続していたものであり、両者の関係が・・・長期にわたって継続してきたことは、A男が被告の認識と全く異なる認識で交際を継続してきたを窺わせるに足りる的確な証拠もない」とし、両者の間には「精神的にも日常的の生活においても相互に協力し合った一種の共同生活形態を形成していたもの」として、事実上の夫婦であることを認めて、内縁の成立を認めている。しかし、「パートナーシップ関係」である婚姻外男女関係の一方的解消に関する不法行為責任が初めて問われた事案である最高裁第一小法廷平成16年11月18日判決（判時1881号83頁、判タ1169号144頁）は、(i)約16年間にわたる関係と二人の子の誕生、(ii)住居と生計の別、(iii)女性の養育放棄、(iv)婚姻の意図回避、(v)関係存続の合意の欠如という5つの事情をあげ当該婚姻外の男女関係は、「婚姻及びそれに準ずる」関係ではないとした。さらに、存続保障につき何らかの「関係の存続に関する法的な権利ないし利益」を有しないと、不法行為による損害賠償請求を認めなかった。これは、当該男女関係が、準婚理論により婚姻の効果の規定が類推適用される内縁ではなく、関係存続にその他の法理でも法的な権利義務関係はないとするものである³⁴。

従来の裁判例では、婚姻意思とみられる挙式という明らかなものがない場合、婚姻意思の認定方法は、一般的には性的関係の継続性、妊娠の有無、家族や第三者への紹介、見合い・結納・挙式等の慣習上の婚姻儀礼の有無等から、認定されているとする³⁵。夫婦共同生活は、一般的に同居が一定期間の継続が必要であるが、挙式等慣習上の婚姻儀礼があれば短期間でも内縁の成立が認定されている。しかし、それらがなく場合は、同居が短期間であると内縁の成立は認められにくいと考えられる³⁶。

(3) 準婚理論による内縁保護の法的効果³⁷

① 内縁継続中の法的効果

内縁が成立すると、準婚として婚姻法の効果を適用されることになるが、内縁保護の法的効果は、法律婚に関する民法の規定の効果の適用をすべて認められているわけではない。内縁が継続中の法的

³³ 国家公務員退職手当法は、遺族の範囲を及び退職手当を受ける順位について、第一順位を配偶者（届出をしていないが、職員の死亡当時事実上婚姻関係と同様の事情にあった者を含む）、第二順位を、子、父母、孫、祖父母及び兄弟姉妹で職員の死亡当時主としてその収入によって生計を維持していたもの、第三順位を右第二順位に上げる者以外、職員の死亡当時主としてその収入によって生計を維持していた親族、第四順位を子、父母、孫、祖父母及び兄弟姉妹で右第二順位に該当しないもの、と定めている（国家公務員退職手当法第11条1項・2項）。

³⁴ 水野紀子「最高裁平成16年判批」ジュリ1291号79頁（2005年）。

³⁵ 二宮周平「事実婚の判例総合解説」20頁（信山社、2006年）、同・前掲注（28）22頁。

³⁶ 二宮・前掲注（28）24頁。二宮・前掲注（35）23頁。

³⁷ 我妻・前掲注（6）201～210頁。

効果としては、同居・協力・扶助義務（民752条）、貞操義務（民770条1項1号）、婚姻費用分担義務（民760条）、日常家事債務の連帯責任（民761条）、夫婦特有財産（民762条1項）、帰属不明の財産の共有推定（民762条2項）の規定が適用される³⁸。社会保障上では、社会保障が、事実上の家族共同生活を対象としているため、健康保険の各種給付（健康保険法3条7項）、育児・介護休業の利用が認められている。しかし、夫婦同氏（民750条）、子の嫡出性（民772条）³⁹、成年擬制（民753条）、姻族関係の発生（民725条）等の法律婚の規定は適用されない。また、自動車事故の損害賠償請求の場合の過失相殺（民722条2項）において、被害者の過失には、同乗被害者である女性の内縁配偶者につき運転者の過失を斟酌してこれと同率の過失相殺が認められている⁴⁰。

② 内縁解消時の法的効果

内縁の解消には、当事者の死亡による解消と生存中の解消がある。内縁は、法の規定がない事実上の関係であるため、合意はもちろんのこと一方的に関係を断つことができる。しかし、内縁の一方的解消に正当事由のない場合は、不当破棄として、相手方に対して損害賠償責任が発生する。生存中の内縁解消の法的効果については、婚姻の財産分与請求権（民768条）が類推適用⁴¹されるが、死亡による解消の場合、生存当事者に配偶者相続権（民890条）は認められず、財産分与の規定の適用もされない⁴²。ただし、相続人不存在の場合は、特別縁故者としての相続財産分与（民958条の3）の規定がある。居住権の保障については、持ち家の場合、相続人からの明渡し請求を権利の濫用として斥けられることができる⁴³。借家の場合については、賃借人からの明渡し請求に対し、内縁生存配偶者は、相続人の借家権を援用して対抗できる⁴⁴。また、借家法改正（1966年）により、相続人不存在の場合の借家権の承継（借家7条の2、借地借家法36条）が規定され、内縁配偶者が賃借人の権利義務を承継することができる。また、事故死の場合の損害賠償請求権について、加害者に対して、財産的利益（扶養請求権の侵害）および慰謝料（民711条）の損害賠償が認められる⁴⁵。社会保障上、内縁の保護が明記されている事項として、厚生年金保険法3条2項は、「この法律において、『配偶者』、『夫』及び『妻』には、婚姻の届出をしていないが、事実上婚姻関係と同様の事情にある者を含むものとする」とし、厚生年金の遺族年金の受給権を与えている。同様に、労働者災害補償保険の遺族保障手当の受給権（労働者災害補償保険法16条の2第1項）等がある。

(4) 小括

³⁸ 住民票に世帯主との続柄記載に「妻（未届）」とすることが可能である（二宮周平『家族と法—個人化と多様化の中で—』58頁（岩波書店、2007年））。

³⁹ 子は非嫡出子になるが、住民票は、1995年3月から、婚内子も婚外子も「子」に統一され、続柄記載を訂正した。戸籍も、2004年11月から婚外子について、母を規準に「長女」「長男」型で記載される改正が行われ、婚内子との記載差別は廃止され、日常生活での困難さは解消されている。また、婚外子だけなら相続の差別も生じない（二宮・前掲注（38）8・58頁）。

⁴⁰ 最判平成19年4月24日判時1970号54頁。

⁴¹ 広島高決昭和38年6月19日家月15巻10号130頁ほか。

⁴² 最判平成12年3月10日民集54巻3号1040頁ほか。

⁴³ 最判昭和39年10月13日民集18巻8号1578頁。

⁴⁴ 最判昭和42年2月21日民集21巻1号155頁ほか。

⁴⁵ 東京地判昭和36年4月25日家月13巻8号96頁ほか。

明治民法が、婚姻の届出主義を採用したため、「家」制度上の制度的阻害要因や伝統的婚姻慣行、婚姻の届出に対して無関心な社会層の存在等による届出のない事実上の婚姻関係である内縁が発生した。大審院大正4年判決は、婚姻予約理論により、最高裁昭和33年判決は、内縁を婚姻に準じる関係であるとして準婚理論による法的救済を図った。以後、準婚理論は定着し、今日に至るまで通説的地位を得るに至っている。準婚理論による婚姻法の効果を適用される内縁の成立には、婚姻意思と夫婦共同生活の事実上の存在が必要であり、一定期間の継続した同居の存在から証明されている。しかしながら、判例・裁判例は、婚姻意思があったとは明確にいけない男女関係にも内縁として認定し、短期間の同居でも、挙式や冠婚葬祭等で夫婦として扱われていることがあった場合には、夫婦共同生活があったとして内縁の成立を認めるなど、次第に婚姻意思と夫婦共同生活の規準を緩和してきた。また、内縁に対する法的効果は、今日、かなり婚姻に近づいているといえる⁴⁶。

4. 事実婚の法的保護

(1) 内縁概念の変化と事実婚

戦後、民法典の改正により家制度が廃止され、家制度に由来する制度的阻害要因（戸主・父母の同意、法定推定家督相続人等）がなくなったこと、婚姻の届出が90%以上に及ぶに至ったことにより、内縁数は減少し、昭和30年以降、内縁の形態が質的に変化した⁴⁷。明治民法下において、やむを得なく内縁の妻となった女性への救済として、内縁保護法理が果たしていた「伝統的内縁⁴⁸」「法律的・必然的内縁⁴⁹」「止むをえざる内縁⁵⁰」「古典的内縁⁵¹」「強いられた内縁⁵²」という類型の内縁は、意図的に選択された事実上の婚姻関係である「故意的・選択的内縁⁵³」「事後的・偶然的内縁⁵⁴」「選ばれた内縁⁵⁵」「現代的内縁⁵⁶」へと変化してきている⁵⁷。

⁴⁶ 大村・前掲注(10) 227頁。

⁴⁷ 武井正臣「内縁の法的保護の再検討」高梨公之教授還暦祝賀『婚姻法の研究(上)』158頁(有斐閣、1976年)、太田・前掲注(4) 87~89頁、青山道夫=有地亨編著『新版注釈民法(21) 親族(1)』259頁〔二宮孝富(有斐閣 2004年)〕。

⁴⁸ 大村・前掲注(10) 224頁。

⁴⁹ 中川善之助教授は、内縁の発生原因を、嫁が家風に合うかどうか、家の後継ぎの子を出産できるかどうかわかるまで婚姻届を出さない原因のものを「故意的・選択的内縁」、法廷推定家督相続人は他家に入ることができない、両親・戸主の同意がなくて婚姻届が出せない等法的な婚姻阻害要因が原因のものを「法律的・必然的内縁」、工場・鉱山労働者層の法律知識の欠乏や関心がないこと、届出制度の利用の不便さで婚姻届が出されていない原因によるものを「事後的・偶然的内縁」と表現し、さらに「故意的・選択的内縁」の中に、男女対等の考え方から選ばれた内縁を挙げているとする(二宮・前掲注(4) 5~6頁、太田・前掲注(4) 13頁)。

⁵⁰ 武井・前掲注(47) 159頁。

⁵¹ 武井正臣「内縁婚の現状と課題」7頁(法律文化社、1991年)。

⁵² 大村・前掲注(10) 227頁。

⁵³ 二宮・前掲注(4) 5~6頁。

⁵⁴ 二宮・前掲注(4) 5~6頁。

⁵⁵ 大村・前掲注(10) 227頁。

⁵⁶ 武井・前掲注(47) 151頁。

⁵⁷ 青山=有地・前掲注(47) 259頁。

今日、存在する内縁は、(i)重婚・近親婚等の婚姻障害があるため婚姻届が出せない場合、(ii)婚姻後のわずかな期間婚姻の届出が遅れている場合、(iii)婚姻の届出をしないことの意味に意味を認めている場合があり⁵⁸、1970年代以降、(iii)のような内縁に対して「事実婚」という表現が用いられ始めた。

1970年代には、婚姻外男女関係の多様化をあらわすものとして、婚姻意思の曖昧な関係、継続的同居のない関係等が同棲として話題になったが、法律婚を前提としていないために、内縁として消極的の評価を受け、内縁の保護の限界論が展開された。その後、事実上の共同生活をしているが、意識的に法律婚を拒否し届出をしないカップルが「事実婚」として社会的に認められ始めた。事実婚は、夫婦別姓の実践、戸籍制度や婚姻制度によって伝統的に浸透している家意識による「嫁役割」「妻役割」意識等による性別役割分業への反発、婚外子差別への批判、高齢者による相続制度の回避などの様々な理由で結合される男女関係で、意図的に婚姻届を出さないものである。事実婚と伝統的内縁は、当事者の婚姻の届出意思の有りに違いがある⁵⁹。伝統的内縁は、明治民法の家制度上の婚姻阻害要因や伝統的婚姻慣行あるいは法律婚への関心が乏しい社会層の存在等から、不可避免的に生じていたもので、当事者には、社会通念上の婚姻意思が存在している。しかし、事実婚は意図的に婚姻の届出を出さず、伝統的内縁と同様の夫婦共同生活を行うというものである⁶⁰。

(2) 準婚理論の再検討

準婚理論は、経済的に男性に依存していた女性が、内縁を一方的に解消されると受ける精神的あるいは経済的ダメージの救済のために展開していた。しかし、準婚理論で法的保護を図った内縁に、準婚理論の提唱者が予定していなかった試験婚的な内縁が存在していたことが、戦後早くから指摘され問題となっていた⁶¹。つまり、婚姻外男女関係には従前より、(ア)事実上の夫婦、(イ)純粋な婚約、(ウ)伝統的な結婚習俗における未完成婚(試婚)、(エ)非婚(結婚的結合とはいえない男女関係)があり、とくに(ア)と(ウ)には、質的な相違があるとして、(ア)と(ウ)を区別しないで内縁と規定することを批判⁶²されていた。さらに、明確な婚姻意思を持たない試験婚的な内縁は、届出がなされるまでは、自分たちの関係は正式なものではないことを当事者は認識していたとして、内縁を一律に準婚理論で法的に保護することへの批判が強かった⁶³。

また、フランス法で、事実婚の法的地位に対して「準婚関係等を決定して、これを全面的・包括的保護を与えるという手法をとらず、一般的規定の適用による解決をとらざるを得ないのは、婚姻によ

⁵⁸ 鈴木祿弥『親族法講義』86-87頁(創文社、1988年)、鈴木祿弥=唄孝一『人事法Ⅰ』157頁(有斐閣、1980年)、内田貴『民法Ⅳ親族・相続』144頁(東京大学出版会、補訂版、2004年)。

⁵⁹ 二宮周平「内縁と事実婚」判タ1100号98頁(2002年)。

⁶⁰ 二宮・前掲注(59)98頁。

⁶¹ 水野紀子「事実婚の法的保護」石川稔=中川淳=米倉明編『家族法改正への課題』70頁(日本加除出版、1993年)。

⁶² 二宮・前掲注(4)33頁、唄孝一「内縁ないし婚姻予約」法教3号37-41頁(1962年)。

⁶³ 二宮・前掲注(4)31-36頁。

る法的拘束を望んでいない当事者に婚姻法の効果を与えることは、当事者の意思に反する、あるいは法律婚と事実婚は全く違った関係であり、婚姻効果を事実婚に認めることは、婚姻制度の存在価値を失わせることになるといった原則論があるからである⁶⁴とする。しかし、日本において、「法律婚が唯一の正当な関係だ」という規範意識は、戸籍制度と結びついて極めて強固なものになっており、内縁に法的保護を与えたとしても、婚姻制度が揺らぐ⁶⁵ことはなかった。このため、日本法の婚姻制度は、欧米法にあるような当事者の婚姻の意思や婚姻制度の意義を考慮することなく、内縁保護法理を用いてきたという批判も出てきている⁶⁶。現在の内縁の実態は、準婚理論が対象とした時代の伝統的内縁とは異なっており、婚姻の届出に制約はなく、女性も経済的に自立できるようになっているのに、意図的に婚姻届を出さない事実婚を準婚理論により法的に保護することが実現されるべきなのか学説上議論がなされている⁶⁷。

(3) 事実婚の法的保護についての学説

事実婚に何等かの法的保護を与えることについては学説上異論がない。しかし、その法的保護については、内縁保護法理による説、契約理論による説、相対的效果説によるもので分かれている。①事実婚の法的保護を内縁保護法理で実現する説には、準婚理論による法的保護を認める説（A説）と自己決定権による内縁保護法理で法的保護を認める説（B説）とがある。それに対して、②事実婚に内縁保護法理による法的保護を認めないとする説は、内縁は準婚理論で法的保護を認めるが、事実婚は契約理論での法的保護を認めるとする説（C説）と、内縁・事実婚に契約理論での法的保護を認めるが、準婚理論で法的保護を認めないとする説（D説）がある。

① 事実婚に内縁保護法理で法的保護を認める学説

A説；事実婚に準婚理論による法的保護を認める学説⁶⁸

相当期間の共同生活の継続という事実から婚姻意思の存在を推認し、時間の経過によって婚姻意思にもとづく永続的な結合として、社会的に承認される夫婦関係に発展した事実婚は、内縁として保護されるとする。また、「生涯の結合を意図して営まれている男女の結合（事実婚）については、準婚理論は問題処理方法として今日でも極めて有能な性質を持っている⁶⁹」から、内縁や事実婚に準婚理論による婚姻法の効果を認める一方、契約理論では、事実婚の法的保護の範囲が狭くなるとする。

B説；事実婚に自己決定権による内縁保護法理を認める説⁷⁰

⁶⁴ 二宮・前掲注（4）299頁。

⁶⁵ 二宮・前掲注（4）299頁。

⁶⁶ 水野紀子「内縁準婚理論と事実婚の保護」林信夫＝佐藤岩夫編広中俊雄先生傘寿記念論集『法と生成と民法の体系』625頁以下（創文社、2006年）。

⁶⁷ 大村・前掲注（10）238頁、二宮・前掲注（4）31～36頁、武井・前掲注（51）6頁。

⁶⁸ 泉久雄「内縁問題に思う」明山和夫〔ほか〕編 太田武男先生還暦記念『現代家族法の課題と展望』107～121頁（有斐閣、1982年）。

⁶⁹ 泉・前掲注（68）121頁。

⁷⁰ 二宮・前掲注（4）279頁以下、同・前掲注（35）197頁以下、同「婚外関係の法的保護はどこまで認められるのか」戸時594号14頁以下（2006年）。

現実に夫婦共同生活が存在している場合、準婚理論ではなく、ライフスタイルに関する自己決定権を根拠にする内縁保護法理により、婚姻法の効果の適用を認めるとする。ライフスタイルを選択することによって「著しい経済的不利益を受けたり、道徳的に関わなければならないとすれば、その生活形態を選択することは事実上不可能になる。これでは、自己決定権を保障したことになる。そこで、婚姻外の関係であっても、安定的で継続した共同生活・パートナー関係が存在する以上、内縁と同じような法的な生活保障をしなければならない⁷¹⁾とし、法は、婚姻だけを保障するのではなく、事実婚が望ましいかどうかの評価とは離れて、営まれる家庭生活の実体に即した価値中立的な法的処理、生活保障をする必要があるとする。

② 事実婚に内縁保護法理による法的保護を認めないとする学説

C説；事実婚に準婚理論による婚姻法の効果認めないとする説⁷²⁾

内縁については、準婚理論による婚姻法の効果認めるとするが、内縁を、婚姻意思がある一定期間の同居がある夫婦共同生活がある婚姻外の男女関係として厳しく範囲を限定するため、事実婚は、内縁にはあたらないとして、準婚理論による婚姻法の効果認めないとし、事実婚の法的保護は、契約理論によるとする。また、事実婚に準婚理論を適用して保護することは婚姻体系を混乱させるおそれもあるとする見解もある⁷³⁾。

D説；内縁・事実婚に準婚理論で法的保護認めないとする説⁷⁴⁾

婚姻意思の持たない内縁・事実婚の当事者に法律婚の婚姻効果を強制することは、私的自由の領域を侵すことであるとし、内縁・事実婚に準婚理論による婚姻法の効果認めないとする。また、準婚理論の法的正当化は難しいとして、事実婚の当事者の保護は、契約理論によって行われるべきとする。しかし、「第三者との関係では、たとえば日常家事債務の連帯責任のように、婚姻法が類推適用される⁷⁵⁾」とする。この考え方の背後には婚姻尊重の考え方がある⁷⁶⁾。

③ E説；相対的效果説⁷⁷⁾

内縁を準婚として扱うのではなく、婚姻外男女関係で法的に婚姻として扱われていないものにいかなる法的な効果があたえられるべきかを、一般問題の一つとして考える見解である⁷⁸⁾。婚姻外男女関係を連続的・段階的に区別して捉え、「婚姻以外の男女の結合にいかなる法的効果が与えられるべきかは、結合の排他性・継続性、同居・家計の共同性の有無、社会ないし周囲のサンクションの有無、婚姻障

⁷¹⁾ 二宮・前掲注 (35) 199頁。

⁷²⁾ 太田・前掲注 (4) 91・95頁、武井・前掲注 (51) 6頁、久貴忠彦『親族法』149～150頁 (日本評論社、1984年)。

⁷³⁾ 武井・前掲注 (51) 19頁。

⁷⁴⁾ 水野・前掲注 (61) 69頁以下。水野・前掲注 (66) 613頁以下。

⁷⁵⁾ 水野・前掲注 (61) 84頁。

⁷⁶⁾ 大村・前掲注 (10) 240頁。

⁷⁷⁾ 鈴木=唄・前掲注 (58) 149頁以下、鈴木・前掲注 (58) 79頁以下。

⁷⁸⁾ 鈴木=唄・前掲注 (58) 157～158頁。

⁷⁹⁾ 鈴木・前掲注 (58) 80・81頁。

害の有無等の多様なファクターによって、具体的な男女結合類型ごとに、かつ問題となる具体的な事項ごとに定⁷⁹⁾めて、婚姻法の効果を与えるとする。

(4) 学説の検討

A説は、契約理論によると保護の範囲は狭くなることを指摘し、事実婚に準婚理論による婚姻法の効果を認める。この説は、契約理論では「黙示の意思表示とか、黙示の契約とかいった擬制を広く認めなければ、妥当な結論に到達することは難しい⁸⁰⁾」とし、内縁解消時の財産の清算において、財産分与請求権が認められないとしたら、不当利得（民703条）や共有物分割請求（民256条）あるいは黙示の雇用契約（民623条）や組合規定（民667条以下）を認めて処理することになるため、事実婚の法的保護が非常に狭くなるとする⁸¹⁾。しかし、事実婚は、当事者の自由な決定によるのであるから、準婚理論による婚姻法の効果の適用は許されないという強い批判がある⁸²⁾。

B説は、自己決定権による内縁保護法理によって事実婚に婚姻法の効果の適用をして、事実婚の法的保護を図ろうとする。しかし、婚姻予約理論、準婚理論により内縁に法的保護をしてきた判例法の展開は、「法の欠缺を補い、多様な婚外関係に柔軟に対応して、社会的・経済的弱者を保護し、事実面に即した公平な解決を試みてきた⁸³⁾」歴史がある。この説は、「このような日本の内縁保護のあり方は比較法的に見ても独自のもので、現在までのところ、その柔軟さにおいては、際だっている⁸⁴⁾」としながら、内縁保護法理の根拠を、準婚理論ではなく、ライフスタイル自己決定権によるとする。これは、「婚姻した夫婦でも、仕事などの理由で同居を欠いていたり、共稼ぎのため、生計を一方が他方に依存するという生計維持の関係がないケースが増えている。…婚姻を規準に、どれだけ婚姻に近いかによって、婚外関係を正当化し、法的保護を論じるような発想は、もはや妥当性を失っているのではないだろうか⁸⁵⁾」と述べ、準婚理論によることを否定して、憲法13条の個人の幸福追求権である自己決定権を内縁保護法理の根拠とする。そして、自己決定権によって、ある生活形態を選択することによって、著しい不利益を被ったりするならば、その生活形態を選択することが不可能になるため、国家は中立的に、自己決定権の保障をしなければならないとし、自己決定権による国家保護の拡大を要求する⁸⁶⁾。さらに、「関係継続中に一方が要保護状態にあった場合や、一方的な解消から他方が精神的に打撃を受け、病気になったり、仕事の継続が困難になるなど、要保護性が生じた場合には、解消した方は要保護者を補完する義務⁸⁷⁾」があるとする要保護性も判断基準とする。また、内縁の保護規準を「精神的にも日常の生活においても相互に協力し合った一種の共同生活形態を形成していた⁸⁸⁾」

⁸⁰⁾ 泉・前掲注(68)121頁。

⁸¹⁾ 泉・前掲注(68)120～121頁。しかし、「目的たる事業」（民667条）といえるか問題があるとする（大村・前掲注(10)234頁）。

⁸²⁾ 水野・前掲注(66)614頁。

⁸³⁾ 二宮・前掲注(35)197頁。

⁸⁴⁾ 二宮・前掲注(35)197頁。

⁸⁵⁾ 二宮・前掲注(38)62頁。

⁸⁶⁾ 吉田克己「最高裁16年判批」民商134巻3号482頁（2006年）。

⁸⁷⁾ 二宮・前掲注(35)200頁。

⁸⁸⁾ 二宮・前掲注(35)26頁。

とする。しかし、「ライフスタイルとしての自己決定権をいうのであれば、自らの意思と決定によって、たとえば、しかるべき契約を締結することによって、自分たちの経済関係を規律していくことを望むはずである。かりに当事者の一方が婚姻と同様の裁判所の後見的な介入を望むとしても、それに応じるのは、国民の自由や自己決定権、プライバシー権の領域に自覚的な立場をとるのであれば、過保護・過干渉であるといわざるを得ない⁸⁹⁾」という批判がある。さらに、自己決定権は、「医療における治療方法の選択のように、それぞれの異なる選択肢の利害得失を十分に理解した上で自ら自己決定する権利をいうもの⁹⁰⁾」で、自らの意思で契約を締結することによって、自分たちの関係を規律していくことではないかと強く述べる。

D説は、内縁・事実婚は、「自由の領域の承認であり、そこには国家権力が介入や評価を慎むべき領域である⁹¹⁾」ため、内縁保護法理で法的保護をするべきでないとする。日本において、準婚理論を可能にしたのは、内縁の伝統、婚姻意思の軽視、婚姻法の効果が貧弱であること、東洋法の伝統法意識であるとする⁹²⁾。さらに、「婚姻意思をもたない事実婚カップルに対して裁判所が婚姻の効果規定を適用する内縁準婚理論は、本来正当化が非常に難しい⁹³⁾」とし、準婚理論の法的構成を批判する。しかし、「内縁準婚理論の適用対象を主体的な事実婚カップルを除いた伝統的な『強い内縁』カップルに限定する解釈は、伝統的な内縁が現在の日本ではほとんどありえないという前提を共有するのであれば、法律婚主義の導入期の日本においてのみ、内縁準婚理論が妥当することを意味するものであって、合理性のある解釈である。⁹⁴⁾」と述べているが、内縁準婚理論は、本来正当化が非常に難しいとしながら、「強い内縁」に準婚理論が妥当するというのは、その理論構成に矛盾があるとも思える。また、この説は、「内縁に準用してもとりあえず支障が生じないような法律婚の効果の貧弱さに問題があり、むしろ婚姻法の改正こそが急務⁹⁵⁾」であると主張し、婚姻障害となっている同氏強制の削除、離婚法の改革、離婚給付や扶養料の履行確保など法律婚の法的効果を手厚くすることを優先⁹⁶⁾して解決すべきであるとする。しかし、この考え方によると「婚姻から権威主義的な要素をできるだけ除去することである。はたしてこれは可能か⁹⁷⁾」問題であるとする。

E説は、婚姻外男女関係を連続的・段階的に区別して捉えたとするが、「それぞれの段階を法効果との関連をも念頭におきつつ截然と区別することは困難であり、たとえ区別しえたとしても、それぞれの段階の中にもまた段階がある筈であるのみならず、各事案をどの段階に位置づけるかの問題

⁸⁹⁾ 水野・前掲注 (61) 84頁。

⁹⁰⁾ 水野・前掲注 (66) 626頁。

⁹¹⁾ 水野・前掲注 (66) 614頁。

⁹²⁾ 水野・前掲注 (66) 614頁。

⁹³⁾ 水野・前掲注 (66) 614頁。

⁹⁴⁾ 水野・前掲注 (66) 616頁。

⁹⁵⁾ 水野・前掲注 (61) 84頁。

⁹⁶⁾ 水野・前掲注 (66) 632頁。

⁹⁷⁾ 大村・前掲注 (10) 240頁。

⁹⁸⁾ 太田武男「内縁保護の現段階と今後の課題」家裁月報32巻10号38頁 (1980年)。

も、・・・判例集に掲載されている程度ないし範囲の事実関係の説明では、常に必ずしも明らかに決しえない⁹⁸」といった批判があり、具体的事案ごとに個別的判断になるため、裁判官の裁量にゆだねられることになるとする⁹⁹。

学説上、内縁保護法理で事実婚の法的保護をする場合、事実婚・内縁は婚姻の届出がない事実上の夫婦の問題であるから、夫婦共同生活の実体が存在しなければ事実婚と認定しがたい点は、異論がないと考えられる。しかし、夫婦共同生活をどのように考えるかは必ずしも明確ではない。婚姻意思についても、A説は、相当期間の共同生活の継続という事実から婚姻意思の存在を推認し、C説は、婚姻意思が明確に必要であるとしている。また、B説は、内縁の保護規準を「精神的にも日常の生活においても相互に協力し合った一種の共同生活形態を形成」していた場合とし、婚姻意思を相互協力の意思とすると考えている。このような検討から内縁成立の主観的要件である婚姻意思をどのように判断するのかで事実婚に内縁保護法理で法的保護を認めるか認めないかに違いがでてくるといえよう。

(5) 小括

学説上、事実婚に法的保護をすることには異論がない。A説は、準婚理論による事実婚の法的保護を認める学説では、生涯の結合を目的とし、意図されている共同生活がある事実婚である場合、事実婚に準婚理論による法的保護を認めることによって、婚姻法の効果を適用できるとする。しかし、いかに婚姻に近いかということにより判断する準婚理論には限界があるとするB説は、ライフスタイルの自己決定権による内縁保護法理と要保護性を根拠にし、事実婚に婚姻法の効果を広く認めていこうとする見解に立つ。だが、内縁保護法理の根拠を、自己決定権とするのか要保護性とするのか分かりにくく、ライフスタイルの自己決定権についても問題を抱えている。また、事実婚の法的保護は、契約理論であるべきであるとするC説とD説では、あまりにも事実婚の法的救済が薄いため黙示の意思表示等の擬制を認めていかなければならない。

5. おわりに

明治民法が届出婚主義を採用したことにより、婚姻法の適用の範囲外とされた止むをえない事情で婚姻の届出を出せない社会的な弱者を救済するため、準婚理論によって婚姻法の効果の適用を図ってきた。A説は、相当期間の共同生活の継続という事実から婚姻意思の存在を推認し、時間の経過によって婚姻意思にもとづく永続的な結合による夫婦共同生活があり、社会的に承認される夫婦関係に発展した事実婚には、準婚理論によりその法的保護を図ろうとしている。それゆえA説を支持すべきであると考えられる。

確かに、民法典で婚姻届を出すことができるのに意図的に婚姻届を出さない事実婚には、自ら婚姻

⁹⁹ 二宮・前掲注(70)14頁。

法の保護を放棄しているとし、準婚理論により法的保護を図ることが認められないとする見解(D説)がある。その見解によると、事実婚の救済は、一般財産法の黙示の労働契約・報酬合意、不当利得、組合規定の準用、共有財産の分割請求によることになる¹⁰⁰。しかし、事実婚の当事者が婚姻の届出を提出しないことの理由の多くは、夫婦別姓を実現するため、伝統的な役割分担である「妻役割」「嫁役割」を強要されることへの回避の一態様である場合が多く¹⁰¹、法律婚の効果をすべて拒否しているとは一概にいえぬ¹⁰²。その生活実体は法律婚と何等変わりがない。そのため、事実婚を「当事者の生涯の結合と見る場合には、契約法理によって問題を処理することはどうしても無理があり、かつ、不自然¹⁰³」である。問題となる事実婚の解消時の財産の精算は、契約理論によると事実婚後に取得した住居や自動車、預金の名義がカップルの一方の名義だけであると、他方にこれらの権利はないことになる。このような共有財産の帰属が明らかでない場合は、準婚理論によれば、財産分与規定(民768条)を適用して簡潔に解決できる。また、事実婚には、自己決定権による内縁保護法理によって法的保護されるとする見解(B説)があるが、自己決定権とは、それぞれの異なる選択肢の利害得失を十分に理解した上で、自ら自己決定する権利であると筆者は考えるため支持できない。また、フランスにおいては事実婚の法的地位に対して準婚関係等によって保護をあたえるという手法をとらず、一般規定の適用による解決を図っている。その理由は、婚姻効果を事実婚に認めることによって婚姻制度の存在価値を失わせないためである¹⁰⁴。これに対して、日本では準婚理論による婚姻法の効果を適用し、多様な婚姻外の男女関係に対応して社会的・経済的弱者を保護してきた。それは、法律婚において婚姻の届出をすると、夫婦について新戸籍を編成する(戸16条)が、婚姻の届出をしていない事実婚は、新戸籍を編成しないので、夫婦同氏、配偶者相続権が発生しない。そのため、事実婚に準婚理論による婚姻法の効果を適用しても婚姻制度を混乱させるおそれはないからであると考えられる。したがって、社会的夫婦と認められるような関係を形成しようとする婚姻意思によって一定期間の同居がある夫婦共同生活が認められ、社会的に承認されている事実婚には、準婚理論による法的保護を実現するべきであると考ええる。

なお、内縁の成立要件である婚姻意思の緩和に関して、最高裁平成16年判決は、当該両当事者に民

¹⁰⁰ 二宮・前掲注(4)293頁。

¹⁰¹ 善積教授の「非婚カップル調査」では、婚姻届を出さない理由(複数回答)として「夫婦別姓を通すため」「戸籍制度に反対」が女性で9割近くを占め、男性は6割以上である。この2項目が男女とも婚姻届を出さない最も大きな選択動機になっているとする(善積・前掲注(8)42頁)。

¹⁰² 内田・前掲注(58)145頁。

¹⁰³ 泉・前掲注(68)121頁。

¹⁰⁴ フランスでは、民事連帯協約に関する1999年11月15日の法律第944号ボックス(PACS, Le pacte civil de solidaritéの略)という新しい非法律婚カップルの制度を創設した。そのため、フランス民法典に新たにボックスと内縁の定義が規定された。それによると、ボックスとは、「異性または同性の、成年に達した2人の自然人による、共同生活を送る旨の契約」(仏民515-1条)と規定され、内縁とは、「カップルとして生活する異性または同性の2名の者の間における安定性および継続性を示す共同生活によって特徴づけられる事実上の結合」(仏民515-8条)と規定される(大島梨沙「フランスにおける非婚カップルの法的保護(1)」北法57巻6号124・126・149頁)。

法所定の婚姻をする意思の合致が存したことがないことと、意図的に婚姻（法律婚）を回避していることを強調している。それは、法律婚を意図的に回避する事実婚について、婚姻意思という要件が充足されていないことを指摘し、要件緩和志向を否定しているとする見解がある¹⁰⁵。しかし、判例・学説において、事実婚の婚姻意思について合理的な判断がなされていないと考える。内縁・事実婚の婚姻意思についての詳細な検討は重要なことであると思われるので今後の課題にしたい。

また、平成8年1月16日法制審議会民法部会¹⁰⁶による「民法の一部を改正する法律案要綱案」によると、夫婦別姓の要綱が掲げられ、要綱の第三に夫婦の氏として、「一 夫婦は、婚姻の際に定めるところに従い、夫若しくは妻の氏を称し、又は各自の婚姻前の氏を称するものとする。」「二 夫婦が各自の婚姻前の氏を称する旨の定めをするときは、夫婦は、婚姻の際に、夫又は妻の氏を子が称する氏として定めなければならないものとする。」とある。家族法の改正の動向に注目したいと考える。

¹⁰⁵ 吉田・前掲注(86)483頁。

¹⁰⁶ 平成8年1月16日法制審議会民法部会 (<http://www.moj.go.jp/SHINGI/960226-1.html>)