

内縁の法律関係

清水, 兼男

<https://doi.org/10.15017/14496>

出版情報 : 法政研究. 5 (2), pp.281-334, 1935-03-31. 九州大学法政学会
バージョン :
権利関係 :

内縁の法律關係

清水兼男

一 序 説

二 内縁の法律的性質

三 内縁の成立

四 内縁の效力

(一) 當事者間に於ける效力

(1) 婚約の不完全履行としての内縁の效力

(2) 事實上の婚姻としての内縁の效力

(二) 第三者に對する效力

一 序 説

我民法は從來の事實婚主義をすて、届出を以て婚姻の絶對的要件としたことから、實際上は立派な夫婦であり世間もさう認めてゐるに關らず民法上は夫婦として取扱はれないといふ關係が數多く生じた(一)。そしてかゝる關係は多くの困難なる問題を生ぜしめたのである。この問題は先づ、不當に事實上の婚姻を破棄せられたる當事者に對して何等かの法律的救済が與へられるかどうかといふ問題として現れた。判例は多年否定的の見解を採つてゐたのであるが、大正四年一月二十六日大審院民事聯合部判決は、

「婚姻ノ豫約ハ將來ニ於テ適法ナル婚姻ヲ爲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效ナリトス法律上之ニ依リ當事者ヲシテ其約旨ニ從ヒ婚姻ヲ爲サシムルコトヲ強制スルコトヲ得サルモ當事者ノ一方カ正當ノ理由ナクシテ其約ニ違反シ婚姻ヲ爲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爲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」(二)

と述べ、表には「婚姻ノ豫約」といふ言葉を用ひつゝ從來の態度を改め、届出なき夫婦關係も法律上保護せられることを示した。それ以來この問題に關する學說竝に判例は著しい發展を見たのであるが未だ不明確の點も少くないと思はれるので、本稿に於てこの問題に關する學說判例を整理し私見

を以て一應のまともりをつけてみたいと思ふ。

- 一 民法施行前が事實婚主義であつたことは、明治十年六月十九日司法省達丁第四十六號に「既ニ親族近隣ノ者モ夫婦若クハ養父子ト認メ裁判官ニ於テモ其實アリト認ムル者ハ、夫婦若シクハ養父子ヲ以テ論ズ可キ儀ト相心得ベシ」とあるのによつて知ることが出来、判例もこのことを認めてゐる。例へば、大審明治二九・六・二三民一・録二輯六卷八三頁、大審明治三二・三・三一刑二・録五輯三卷一四〇頁、大審明治四五・三・七民一・録一八輯一七二頁等。
- 二 大審大正四・一・二六民聯・録二一輯四九頁。

こゝに内縁といふのは、民法上婚姻とは認められないが實際上は婚姻である所の事實婚にして、これに對し一定の法律的保護を與へるに値する男女關係である(三)。

- 三 通常内縁といふ語は事實上の婚姻と同意義に解せられてゐるようである(例へば、中島博士・内縁の夫婦に就て「親族相續法改造論」一五七頁)が、事實上の婚姻であつても、それが何等法律の保護を與へるに値せざるものも存し得べく、私がこゝに考究しようと思ふのは法律關係としての事實婚であり、かゝる意味に於て内縁といふ語を本文の如く用ひたのである。

届出以前に於ては民法上の婚姻はなく、たとへ内縁關係が成立してゐても、たとへ將來有效な婚姻をなすべき豫約が存在してゐるに過ぎないといふ立前から内縁關係に對して「婚姻豫約」なる語を用ひてきた判例は、其後内縁關係に非ざる單なる婚約關係に對しても同じく「婚姻豫約」なる語を用ひてゐる。然しながら實際上すでに婚姻を形成してゐる内縁關係と單に將來婚姻をなすべき約束ある

に過ぎない婚約關係とは同一視せらるべきでなく、これが法律的考察をなすに當つても明瞭に區別して研究せらるべきである。

婚約關係については、多くの諸外國に於て民法中にこれに關する規定を設け、或は判例によつてその效力を認め、婚約に關する種々の法律關係が明にされてゐる(四)。我民法には婚約に關する規定がなく又、所謂「婚姻豫約」の判例に於ては、そのほとんどすべてが實質的婚姻たる内縁に關するものであつて、純粹な婚約に關するものは僅に二、三を數へるに過ぎない(五)。故に内縁關係についての諸問題が判例によつてある程度まで明にせられたのに反して婚約關係については未だ判例によつてこれをうかがうことが出来ない。然も我國に於ても婚姻は先づ婚約あるによつて成立するので普通であつて、これが違約の場合の損害賠償、結納の返還等に關して種々の問題を生ずるのであるから、婚約關係の研究も重要な事項であるけれども便宜上本稿に於てはその範圍を内縁關係にとどめることとする。

四 婚約關係について規定を設けてゐるものは、ドイツ民法(一一九七條—一三〇二條)、スイス民法(九〇條—九五條)、中華民國民法(九七二條—九七九條)等である。フランス民法には規定がないけれども判例によつて認められてゐる。ドイツ民法の規定に關しては、Helmann, Das Verlobnis nach dem B. G. B., Deutsche Juristenzeitung Bd. 6 S. 217-221, がある。英法に於ても婚約の效力は久しく認められてゐる。例へば、Keezer, A Treatise on the Law of marriage and Divorce, 2nd

Ed., Indianapolis, 1923 P. 1-72.

五 例へば、大審大正六・二・二八民三・錄二三輯二九二頁、大審大正九・五・二八民一・錄二六輯七七五頁、大審昭和六二・二〇民五・新聞三四〇號四頁、東控大正一四・八・一〇・新聞二四五二號五頁。

さて、嚴密に言ふならば内縁の夫婦なるものは我國に特有なる存在ではなく、歐洲に於ても可なり存在し、古代ローマ及び中世紀の歐洲に於ても一種の内縁が存してゐたのである。然しながらこれ等の内縁は今日我國に於ける内縁とはその發生の原因に於て大に異り、従つてその意味、内容に於て大に異なるものがあつて同一に論ずることは不可能である。我國に於ける内縁の生成、ことに内縁が多數に存在するのは全く我國個有の社會的及び法律的事情に歸因するものであつて、内縁の問題が、今日我國に於て特に重要な意味をもつてゐる理由もこれがためである(六)。

六 西洋諸國で法律婚主義を採つてゐる所では、大抵教會に對する禁令が出て居て、市役所等に於ける法律上の手續が済まぬ間は教會で結婚式を取扱つてはならぬといふことになつてゐる。従つて教會で儀式をする時にはすでに法律上の夫婦になつて居るのであるから、事實上は夫婦であるが法律上はまだ夫婦でないといふ關係は普通には起り得ず、あつても少いのである。これに反して我國では、家庭内でも、神社、佛閣、教會等でも自由に結婚式が擧げ得られるのであるから、内縁關係が生じ易い。又、今日普通の慣習では、結婚式の前又は當日に婚姻届をするのはむしろ稀で、大抵は婚禮後數日を経てから届をする。その間は數日でも法律的には内縁の夫婦である。又時には一年も二年も届をせず子供が生れてからといふのや、又家風に合つてからとか、夫婦折合がよかつたらとかいふのがある。要するに今日我國民の大多數の婚姻は内縁關係で始まり

而して其中の少なからぬ部分は内縁の夫婦の儘で終ることになる。(種積博士・親族法二五三頁以下による)。かゝる社會的慣習に加ふるに、我民法の規定、ことに家の尊重から婚姻が不可能又は困難とされてゐる規定の存在であつて、例へば、男女双方戸主又は法定推定家督相續人である場合の如き最も著しいものである。

西洋に於て内縁 (concupnatus) が盛んに行はれたのはローマである。最初、皇帝 Augustus が内縁を正式の婚姻と並んで法律的制度として認めてから幾多の變遷を経て東歐に於ては九世紀 Leo der Weise の時に、西歐に於ては十六世紀 Leo X の時に禁止せられるまで存続したものである。ローマの内縁については栗生博士の研究、ローマの内縁と日本のそれ」志林二八卷九・一〇號」、婚姻立法における二主義の抗争二二三—二六二頁、ヒザンチン期における親族法の發達七五—九〇頁婚姻の近代化六二—六七頁、があり Paul Meyer, Der römische Konkubin, 1895, がある。歐洲に於ける初期の民法典にも内縁を認めたものが存したようである(例へば、ドイツに於ける Ehe zur linken Hand od. morgantische Ehe, スウェーデンに於ける barraganía 等)。現代の歐米諸國に於てはすでに述べたように内縁といふ關係は餘り多くなく従つて我國に於ける程多くの法律的問題が生じないようである。ドイツに於ては内縁 (Konkubin) に關する記述が甚だ少い。フランスに於ては concubinage 又は union libre として相當論せられし居り判例も出づる。(Planiol et Ripert, Traité pratique de droit civil français, t. II, 1926, P. 58-59; Planiol, Traité élémentaire de droit civil, 11e éd., t. I, 1928, P. 255, 並に同書所載の文獻、我國では木村教授・フランス法に於ける内縁「關西大學研究論集第二號二五頁以下)。英米に於ては内縁の妻に於ける内縁の法律關係を比較研究することは甚だ興味あることであるが、紙面の都合もあり、本稿は我國のものに限り、その研究を他日にゆづることとする。

二 内縁の法律的性質

内縁がいかなる法律的性質を有するものであるかにつき判例に現れた所では明瞭でない（一）。かの大正四年一月二六日の判決に於ては、單に「婚姻豫約ハ將來ニ於テ適法ナル婚姻ヲ爲スヘキコトヲ目的トスル契約ニシテ」と言つてゐるだけであつてそれが如何なる性質の契約であるかは知ることが出来ない。その後、大正八年四月二三日の大審院判決は、原審たる廣島控訴院が「婚姻ノ豫約ハ將來適法ノ婚姻ヲ爲スコトヲ目的トスル債權契約ニシテ」と述べたのに對して、

「婚姻ノ豫約ハ……之ニ因リテ婚姻ノ成立ヲ強制セラルヘキ債務ヲ生スルモノニ非スシテ單ニ正當ノ理由ナクシテ違約シタル場合ニ於テノミ違約者ハ豫約ノ不履行トシテ相手方ニ對シ損害賠償ノ責ニ任スルニ過キサルモノトス故ニ原院カ之ヲ以テ債權契約ノ如ク説示シタルハ其當ヲ得スト雖モ婚姻ノ豫約ハ婚姻ノ成立スル前提事項タルニ止マリ其成立ヲ強制セラルヘキ債務ヲ生スルモノニ非スシテ婚姻其モノトハ全く別箇ノ契約ナレハ民法第七百六十五條ノ婚姻年齢ニ達セサル者ノ爲シタル婚姻豫約ト雖モ上告人ノ如ク當時既ニ年齢十五年五ヶ月ノ未成年ニシテ意思能力ヲ有スル者ノ爲シタル以上ハ自己ノ行爲ノ何モノタルカヲ辨識シテ爲シタルモノナルヲ以テ其契約ハ婚姻ノ豫約トシテ無効ニ非ス」（二）

と言つて債權契約であることを否定してゐるが積極的にその契約の性質については觸れる所なく依

然として不明瞭である。たゞ下級審の判例には内縁を以て「親族法上ニ於ケル一種ノ法律行爲」或は「一種ノ身分上ノ契約」であるとしたものがある(三)。

一 前に述べたように判例は婚約關係も内縁關係も共に婚姻豫約であると云ふ見方に據つてゐるのであるから、婚姻豫約の法律的性質についても廣く兩者に通じての觀念であつて、兩者について區別して見ることは出来ないようである。

二 大審大正八・四・二三民三・緣二五輯六九三頁。

三 盛岡區大正七・五・三〇・新聞一四二六號一八頁、東京地大正八・三・一〇・評論八卷民一九七頁。

次に内縁の法律的性質に關する學說について述べる。元來、内縁の性質については婚約のそれと區別して考察せらるべきこと前述の如くであるが、諸學者のこの問題について説かるゝ中には、この兩者の區別を意識的にか無意識的にか超越して、判例の用語の如く「將來ニ於テ適法ナル婚姻ヲ爲スヘキコトヲ目的トスル契約」たる「婚姻豫約」の法律的性質を述べられてゐるものがあることを注意せねばならぬ(四)。

四 例へば、石坂博士・婚姻豫約ノ效力(後出、法協三五卷四號一四二頁以下)、畦道博士・後出、最近大審院民法判例批評一七四頁以下、三八〇頁以下及び民法研究二七〇頁以下、和田判事・後出、婚姻法論七二〇頁以下、等。

さて、内縁の法律的性質について、從來の學說を見ると大體次の三種類に分けて考へることが出来ると思ふ。

一 内縁を以て債權契約であるとす説。

この見解をとる學者は、内縁といふ特殊關係に觸れないで一般に「婚姻豫約」といふ概念を對象として論ずる學者に多い。而して婚姻豫約を以て債權契約であるといふ説の論據として擧げてゐる所は大體次の如くである。

(1) 婚姻豫約は將來婚姻をなすべきことを約するに過ぎずして現に夫婦關係を成立せしめる婚姻そのものとは異なる。而も、我民法には婚姻豫約なる身分がないのであるから、親族行爲に限定主義を採つてゐる親族法に於て婚姻豫約を親族法上の契約となすことは出来ない。

(2) 親族法上の契約でないとなれば當事者間に將來婚姻をなすべき債權債務を生ずる契約即單純なる債權契約であるとするより外ない。而して債權法上の契約自由の原則によつて有效になすことが出来る(五)(六)。

五 睦道博士・婚姻豫約ノ效力及婚姻豫約不履行に因ル賠償責任ト訴ノ原因(最近大審院民法判例批評)一七四頁、特ニ、一七八、一七九頁。同博士・婚姻豫約ノ法律上ノ性質及婚約能力(同書)三八〇頁。同博士・所謂婚姻ノ豫約ノ大審院判決及其論評ニ就テ(民法研究)二七〇頁。和田判事・婚姻法論七二〇頁以下。宗宮氏・不法行爲論三五八頁。

尙、婚姻豫約を債權契約とするときは總則及び債權法の規定が當然適用せられ、(1)婚姻は男十七年女十五年に達すれば出来るが、豫約は成年に達せなければ獨りで有効になし得ず、(2)禁治産者の婚姻は後見人の同意を得ずして有效なるに、豫約は常に取消し得べきものとなる。(3)婚姻は男三十年女二五年に達するまでは父母の同意を要するに豫約には成年になれば何人の同意をも要しない、等の矛盾がある、といふ批難に對しては、婚姻は身分關係の創設を目的とする契約なるに反し、婚

姻の豫約は債務關係の創設を目的とするものであるから、全然その性質效力を異にしてゐる故、兩者の要件等を異にする所があつても決して矛盾ではない、と辯じてゐる（薩道博士・前掲、和田判事・前掲）。

六 中島博士も婚姻豫約を以て債權契約たる性質を有することを認められてゐる（同博士・婚姻の豫約「親族相續法改造論」一〇六頁）のであるが、博士は單なる婚約關係と内縁關係との相違を明かに區別して居られるのであつて、大正四年の大審院判決が、事實上の婚姻をなしたる内縁の夫婦關係を婚姻の豫約としたることを事實に反する不自然な見方であるとせられてゐる。そして博士は「婚姻式即ち祝言の式は婚姻締結の式である。故に既に慣習上の婚姻式を濟ませば、當事者間に於て將來婚姻を爲すの契約存することなきは明瞭なる事實では無いか。然るに、此の状態に至つて始めて法律上效力を認めらる可き豫約が存すと爲すに至りては矛盾も亦甚だしく只驚愕の外は無い。……故に債權契約としての婚姻の豫約を認めんと欲せば、それは當事者の意思に於て婚姻式舉行前に存する事實でなければならぬ。……婚姻の豫約として法律上の效力を認めんとせば、宜しく結納式又は結納の交換授受を以て豫約たるの事實としなければ理論にも實際にも合はないのである。結納は我國の慣習に於て、容易に違變すべからざる、堅き夫婦の約束である。將來舉行せらる可き婚姻の締結を目的とする當事者間の合意であるから、是れを以て豫約と認むるを至當とする。又豫約が結納であるならば、其の性質は債權契約であると論じても差支はない」（同博士・婚姻法改正論「前掲書」一四〇頁以下）と論じて居られる所からみると博士は婚約を以て債權契約なりとされてゐることは確かであるが、内縁が如何なる法律的性質を有するかについては述べられてない。

二 内縁を以て親族法上の契約であるとす説。

この説は内縁或は婚姻豫約がその性質上債權契約とは異り、親族法上の契約でなければならぬとするものであるが、この説を採る者を更に次の三種に分けて考へられる。

(1) 婚姻豫約は性質上親族法上の契約であるけれども、現行法上これを認めることは出来ない。専ら立法論として論じ得るのみである、といふ説。

石坂博士は婚姻豫約が債權契約に非ざることを論ずるに當つて性質上むしろ親族法上の契約であるといふ見解をとつて居られるのであるが、親族法上の契約に關してはその種類が限定せられて居り従つて法律が認める親族法上の契約以外に自由に締結することが出来ないから、民法の解釋としては婚姻豫約を親族法上の契約とすることを得ないとなし、結局婚姻豫約を以て無効とされて居るのである(七)。

七・石坂博士・婚姻豫約の效力(民法判例批評)法協三五卷四號一四二頁。博士も特に内縁關係について區別せず一般に婚姻の豫約として論じて居られるのである。「婚姻締結ノ結果ハ配偶者相互間ニ全人格ニ對スル關係ヲ生ズ從ツテ締結行爲ハ通常債權ノ目的タル給付トハ其性質ヲ異ニシ寧親族法上ノ請求權ノ目的タル給付ト其性質ヲ同フスルモノトナサザルベカラズ故ニ若シ婚姻豫約ノ效力ヲ認メ權利ノ發生ヲ認ムベキモノトセバ其請求權ハ債權タル性質ヲ有セズ親族法上ノ權利トナスヲ適當トスベシ」(前掲一四七頁)。「立法論トシテハ婚姻豫約ヲ以テ或ハ親族法上ノ契約トナスコトヲ得ベシト雖モ債權契約トナスハ當ヲ得タルモノニアラズ」(前掲一五五頁)。

(2) 内縁を以て法律上有效なる親族法上の契約であるとする説。

穂積博士は大正四年一月二十六日の判決を以て「民法典ノ解釋適用デハナクシテ民法典ノ缺陷ニ

對スル補充的立法行爲デアル」と言はれ、民法典に欠缺してゐる内縁に關する法規が裁判所によつて判例法として出來たものであるとせられた(八)。博士は内縁の法律的性質については直接に何等述べて居られないけれどもこの見解は、それを前提とするならば、内縁を以て判例によつて認められた親族法上の契約であると説明することの可能性を持つてゐる。

近來内縁關係が實質的な婚姻であるといふ觀點から見られるやうになり内縁を以て一種の身分であるとし従つて内縁を形成する行爲は親族法上の契約であるといふ見解が行はれてゐるが、その論の前提としては穂積博士と同様の觀念に基いてゐるものと思はれる(九)。

八 穂積博士・婚姻豫約有效判決ノ眞意義(法學志林一九卷九號一頁以下)「正當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ニ對シテハ、大審院ノ新判決ニ對スル反對論者ニモ恐ラク異論ハアルマイ。唯ダ岡松博士ハ大審院ノ判決理由ガ婚姻豫約ニアラザルモノヲ婚姻豫約ト見タ牽強附會ヲ咎メ、石坂博士ハ又其ノ現行民法典ノ解釋トシテノ不當ヲ責メテ、大審院ノ新判決謬レリト結論シタ。然ルニ余ハ、大審院ノ判決理由ガ牽強附會デアアルコトヲ咎ムル點ニ於テハ敢テ岡松博士ニ譲ラズ又モシ此問題ヲ現行民法ノ解釋問題トスルナラバ大體ニ於テ石坂博士ノ批難ニ與ミスルガ、大審院ノ新判決其モノニ對シテハ當ニ之ヲ是認スルノミナラズ、時弊ニ適中シタ名判決トシテ之ヲ歡迎シタイノデアアル。而シテ余ノ議論ノ根據ハ、該判決ハ現行民法ノ解釋適用デハナクシテ裁判所ノ補充的立法行爲デアルト云フ一點ニ存スル。」(前掲一七頁)

九 小石判事・判例を中心として觀たる「内縁」の諸問題(法曹會雜誌十卷十號二九頁)は「我民法に於て親族法上の行爲が物權法上の行爲と同じくその種類を限定せられ、當事者の意思を以て自由に新たな身分關係を創設し得ないものなることは、

是亦其の行爲の性質よりして言を俟たざるところである。然し乍ら問題は自ら別箇のところ存在する。内縁は判例に依り「適法にして有効なり」とせられたのである。既に法律上有効のものとなりたる以上、之が法律的性質は其の實質に即して考察せられねばならない。内縁は既述の如く其の實質に於ては何等婚姻と異るところなきものであつて、それは當事者の性情に基いて生じたる自然的なる結合であり、決して當事者間に債權關係を發生せしむるに過ぎない如きものではない。……唯内縁の當事者はその性結合が婚姻と呼ばれるに必要なる法律上の方式を具備してゐないといふ理由からして未だ婚姻協同體の一員としての法律効果を享け得られない丈であつて、それが一種の身分であることは疑の餘地はない、従つて内縁締結行爲は之を法律行爲として觀れば一の身分行爲就中「身分への行爲」たる性質を有するものであつて、當事者が互に其の相手方に對して有する請求權の如きは寧ろ斯かる身分から派生する効果の一とみるべきであらう。

尙内縁を以て身分上の契約なりとする見解を持して居らるゝ學者としては、岩田博士・婚姻豫約の實證的考察(商大・法學研究3三八頁以下)、小池教授・日本親族相續法論三四頁以下、齋藤教授・國際私法上の婚姻豫約(論叢二七卷三號一七頁、等。

法曹會決議、大正一〇・一一・一九は「婚姻ノ豫約ハ將來婚姻ヲ爲サントスルノ契約ニシテ身分關係ノ成立ヲ目的トスルモノナレハ一種ノ親族法上ノ契約ニシテ債權契約ニアラサルヲ以テ債權契約又ハ財産ニ關スル法律行爲ヲ前提トスル規定ハ之カ適用ヲ受ケサルモノトス」(法曹記事三二卷四號二八頁、法曹會決議要録上四七七頁)。

(3) 民法上婚姻は事實上の結婚によつて成立し届出はその效力を生ずる要件たるに過ぎないといふ見解があり、これに従へば、内縁を以てすでに民法上の婚姻が成立してゐることになるのである。

るから、内縁といふ特別な法律行爲が存することなく、民法上の婚姻たる親族法上の契約によつて内縁が成立するのである。

岡松博士は大審院が内縁關係を「婚姻豫約」として説明したのに對して「大審院の確定せる事實によれば決して婚姻の豫約あるにあらず既に婚姻存す、從て、豫約の不履行あるにあらず婚姻届出義務の不履行あるもの」として内縁が單なる婚姻豫約と異なることを明にし、實質的に婚姻をなしたる時(内縁關係發生の時)に於て法律上婚姻が成立し、届出はすでに成立せる婚姻に效力を生ぜしめる要件に過ぎないと論ぜられた(一〇)。

一〇 岡松博士・婚姻届出義務の不履行(所謂婚姻の豫約に關する大審院の判決に就て)法律新聞一〇一六號—一〇一九號。

「婚姻は終世夫婦たることを約する親族法上の契約なり契約なるが故に意思の合致を要し而して其意思の合致が表示されるときは婚姻成立せざるべからず、此合致意思は既に述べたる如く通常婚姻の儀式を擧ぐるに依り表示さるゝが故に婚姻は通常此時に成立するものと爲さざるべからず民法第七百六十五條以下に所謂婚姻の實質的要件なるものを規定するは届出に必要な要件にあらず實質上の婚姻に必要とする條件にして之に依るも實質上の婚姻なるあるを知るに足るべし……届出は婚姻の届出にして婚姻其者にあらず、又届出は婚姻が效力を生ずるが爲に必要な要件にして婚姻が成立するが爲に必要な要件にあらず」(一〇一六號四頁)。

これと同様の見解は、平田博士・婚姻契約とこれに關する諸問題「法と經濟」二卷二號六五頁、美濃部博士・私法的法律行爲の要素としての公法的行爲「法學研究」二頁以下、特に四頁。

三 内縁が如何なる性質の契約であるか民法の解釋論として之を論定することは困難といふよりも寧ろ徒勞であるとなす説 (一一)。

一一 野上判事・親族法講義五七頁、同氏・親族法(コンメンタール)二二二頁。

さて次に以上の諸説を検討して私見を述べて見たい。

① 先づ内縁を含む「婚姻豫約」を以て債權契約であるとす説は、實質的に相異なる内縁關係と單なる婚約關係とを區別して考へざる點に於てすでに立論の基礎が不完全であり、更に内縁を親族法上の契約なりとなす論者が指摘してゐるように、本質的に身分行為たる性質を有するものを以て債權契約なりとした結果、民法總則及び債權法の規定が適用せられることになり實際上幾多の不都合を生ずるのである。

(イ) 能力につき婚姻は男滿十七年女滿十五年に至れば能力者として有効に出来る(七六五條)の對し内縁は成年者でなければ有効には出来ず未成年者の場合には取消し得るわけであり、又禁治産者の婚姻は後見人の同意を得ずして有効であるに拘らず内縁は常に取消し得べきこととなる。而して債權契約説をとる論者はかゝる相異を以て、婚姻と豫約とが全然その性質を異にしてゐる當然の結果であつて何等矛盾ではないとしてゐる(一二)。然しながら未成年者又は禁治産者が充分なる

意思能力を以て事實上の婚姻をなした場合に於て、勝手にこれを取消し内縁關係を破棄しても何等の責任を負ふことなく相手方は何等の救済をも得られないといふことは極めて不當なことであつて社會的に正當と認められてゐる事實上の婚姻を保護せんとする内縁保護の精神よりしてかゝる場合を除くべき何等の理由もないのである。

(ロ) 又、意思表示に於て當事者間で無効であるものが第三者との關係に於て有效となることがある(九四條、九六條等)かゝることは取引の動的安全のために財産法についてのみ必要であつてその效力が絶對的でなければならぬ身分的結合關係たる内縁に於ては甚だ不都合な結果を生ずる。

(ハ) 更に代理が認められることになれば、これ亦、自己の意思を絶對的要素とする身分的行爲の原則を没却することになり、事實上の婚姻たる内縁は存在し得ないこととなるであらう。

以上述べた所によつても我々は債權契約説をとり得ないことが明である。

一一 註五參照。

次に内縁を以て親族法上の契約であるとする説についてみるに、石坂博士が「婚姻豫約」が性質上親族法上の契約なることを認めながら、法律が身分行爲の種類を限定せるの故を以て解釋上これを認め得ないとされたのは後に述べる如く身分行爲に關する考察の不充分なる結果である。

穂積博士は所謂「婚姻豫約」の判決を以て法の欠缺を補つた裁判所の立法行爲でありそれによつて判例法が生じたと述べられ、これに従つて内縁が親族法上の契約による一種の身分とみる説に對しては、先づ前提として穂積博士の説かるゝ所を考へて見なければならぬ。現行法に於て内縁に關する法規が欠缺してゐることはこれを認めなければならぬ。又判決がその法の欠缺を補つたものであることも間違はない。然しながらその判例が法源として認められるや否やは別問題であつて、その論理的基礎が明でない。勿論判例は具體的事件に對する具體的判斷であつて、判例を通じて法規の内容が明にされ得るのであり、この限りに於て我々は判例によつて明確にされた法規を判例法と稱し得る。然しながらその判例法が法源たり得るがためには、國家に於てそれを國家の法なりと認めねばならない。しかるに、かゝる國家的承認はどこにも存在しないのである。裁判所は前の判決と異つた判決を自由に下し得る。然もそれは何等違法とは認められない。かゝる事情の下に於て我々は法律解釋に於て判例の法源性を認めることは出来ない（二三）。従つて判例によつて法規として法律上の特殊の身分を創設することは不可能であるといはねばならない。

以上によつて内縁なる身分を發生せしめる親族法上の契約といふ觀念の論理的基礎の採り得ざることを明にしたので、この見解も従つて成立し得ないのもとよりである。更に今假にこの前提を

是認するとしても、内縁關係の發生を目的とする親族法上の契約なるものゝ認め得べからざること
を述べよう。私は法がその效力を認めてこれを保護しやうとする内縁關係は當事者が民法上正當な
る婚姻をなす意思を有して事實上の婚姻をなしたることを要するものと思ふ。即ち法律上完全なる
婚姻をなさうとする意思——かゝる意思是積極的に表示されなくとも、特に反對の意思が認められ
ざる限り通常はこれありと認めうるであらう——を以て婚姻を締結したが、種々の事情によつて届
出がないために有效な婚姻とはならないといふ關係のみが、法律の認めらるべき内縁であつて、はじ
めからかゝる意思がなく、たゞ實際上の共同生活のみを目的としてなされる男女の結合は、こゝに
いふ内縁關係ではなく、かゝる關係は公序良俗に反するものとして法の保護を受け得ないものであ
る。故に法律が認める内縁は、有效なる婚姻締結行爲の一部分が遂行せられたる状態であつてこれ
のみを目的とする法律行爲なるものは有效に存在しない。このことは後にも觸れるであらうが、以
上の理由によつて内縁を一個の獨立せる親族法上の法律行爲として認めるといふ説は採ることが出
來ない。

一三 英國に於けるが如く判例に拘束性を認められてゐる國に於ては判例は法源たる價値を有するであらうが、然らざる我國
に於てはこれと同様に考へることは出來ない。

末弘博士・解釋法學に於ける法源論について「法協五十周年記念論文集第二部三七九頁以下」は法例第二條の類推によつて判例に慣習と同様の法源性を認めて居られるが、すでに述べた如く私は異見を抱いてゐるのである。又、假に、博士と同じ見解をとるとしても、慣習法に於けると同様、内縁についてはその成立を否定せざるを得ない結果となるのである。この點に關する私見の論述は第四章「内縁の效力」に於て(D)岩田博士の説に對する批判を参照。

更に又實質的要件の具備によつて民法上の婚姻が成立し届出はその效力發生要件に過ぎないといふ岡松博士等の説は内縁なる特殊の法律行爲を認めざる點に於て前説に對する如き批難はなし得ないが、すでに睦道博士、穂積博士等が正當に反駁せられて居る通り(一四)、この説は婚姻に届出主義を採つた我民法の根本を覆すことになり、又實際の結果について見るも民法の規定する實質的要件を具備するによつて婚姻が成立するとすことは、保護せらるべき事實上の婚姻の範圍を甚だしく狭め、父母の同意なき婚姻、適齡以下の婚姻等はそれが實質上立派な婚姻であつても論者の所謂實質的婚姻ではないこととなり極めて不當である。

一四 睦道博士・所謂婚姻ノ豫約ノ大審院判決及其論評に就て(民法研究)前掲二七五頁以下、穂積博士・前掲一〇頁以下。

「婚姻豫約」の性質を解釋上論定することは徒勞であるといふ説があるが、これが法律的性質を論定することは内縁の諸問題を解決する上に極めて必要であつてその決して徒勞に非ざることは次に私見を述べることによつて明となるであらう。

從來の諸説がいづれも内縁の法律的性質を明確に論定することの出来なかつた理由は、その根本に於て身分的法律行為についての理解が不充分であつたためではなからうかと思ふ。即、債權契約と身分法上の契約とを對立して考へたに止りそれ以上の考察をなさなかつたことである。身分法上の法律行為についてみるに、私は財産法上の法律行為が、その行為によつて直に物權關係の變動を生ずる所の物權行為と、その行為によつては未だ何等の物權變動を生ずることなくたゞ當事者間に將來物權變動をなすべき債權債務の關係を生ずるに過ぎない所の債權行為との二種類に分けられる如く、身分法上の法律行為も亦、その行為によつて直に身分關係の變動を生ずる所の身分行為（狹義に於ける身分行為）と、その行為によつては未だ何等の身分變動を生ぜずたゞ當事者間に將來身分の變動をなすべき權利義務の關係を生ずるに過ぎない所の一種の身分行為とに分類せられ得るものと思ふ。即ちこの後の法律行為は、よつて生ずる權利義務の内容が單なる財産關係の變動ではなく身分關係の變動であるが故に、その性質も財産法上の債權行為とは異り一種の身分行為として理解せらるべきである。而して身分行為はその種類が法律を以て限定せられてゐるといふのは、直接に身分の變動を目的とする狹義の身分行為について言はれることであつて（財産法上物權變動を目的とする物權行為についても同様限定されてゐる）、それにより身分の變動を生ぜずたゞ權利義務

を生ずるに過ぎない所の身分行為については何等限定せられることなく、従つて公序良俗に反せざる限りは自由にこれをなし得るものと解せねばならない。

以上述べた所によつてみるならば婚姻は身分の變動を生ずる身分行為であり、婚約は當事者に將來婚姻をなすべき権利義務を生ずる一種の身分行為である（一五）。而して内縁といふのは婚約の履行としてなさるべき婚姻の一部のみが履行せられたる状態であつて、夫自身を目的とする法律行為に非ざることとは前述した所である。故に内縁は恰も債權法に於ける不完全履行と同様の關係にあり（一六）、かゝる法律的性質よりその效力を説明してみようと思ふ（一七）。

一五 身分行為が法律上限定せられてゐるの故を以て「婚姻豫約」を親族法上の契約として認めることを得ないとした石坂博士等の説は、狹義の身分行為のみを考へたものであつて、將來婚姻をなすべき権利義務を生ずる所の「婚姻豫約」の如き身分行為についてはこれを否定する理由とはならない。

一六 不完全履行の何たるやについては種々の學説があつて一定しない。こゝではこの問題について深入りすることは出来なから單に私のとる見解を一應述べるに止める。私は、不完全履行を、債務の本旨に従はざる履行があり而もその履行ありたるがために、全然履行なかりしならば生ずることなき特別な損害を債權者に與へたる場合であると考へる。例へば健全なる馬を給付すべき債務者が病馬を給付したために債權者の他の馬に病氣が傳染せる場合は勿論、名書に讚をすることを約した書家が半分だけ書いてやめたためにその名書を臺なしにしてしまつた場合の如きも不完全履行の一として理解せらるべきものと思ふ。私は内縁の關係を債權法に於けるかゝる不完全履行に相當するものとして説明したいと思ふのである。

一七 内縁の法律的性質に關する上述の私の見解は、婚姻の前に必ず婚約が存在することを前提とする。即、私はすべての婚姻には必ずその論理的前提として婚約が存在するものと考へるのである。故にたとへ見た所婚約がなく直に婚姻を締結する如き場合でも、論理的には必ず婚約が存在するのであつて、たゞ一個の行爲によつて婚約がなされ同時に婚姻が締結せられたに過ぎないのである。かく解することによつて當事者は常に正當なる婚姻をなすべき權利義務を有することとなり、當事者の意思にも合致し、法律關係を妥當に解釋し得ることとなる。

三 内縁の成立

内縁は有効に成立した婚約の實質的部分のみが履行せられたときに成立する。婚約が無効であるならば婚姻をなすべき權利義務は生ぜず従つてその一部の履行たる内縁も成立し得ず、又たとへ婚約は有効に成立しても、その履行にあつて婚姻をなす意思が存在せざる如き場合には婚約に基く一部の履行ありとは言ひ得ないが故に亦内縁は成立することはない。即、内縁の成立には有效なる婚約とそれに基づく實質的部分のみの履行とを必要とするのであるから、内縁の成立を述べるためには婚約の有効に成立する要件を説明する必要がある。

婚約は男女間に將來婚姻を締結すべき意思表示の合致によつて直に成立するのであるが、これが有效なるためには如何なる要件を必要とするであらうか。婚約は一種の親族法上の契約であること

前述の如くであるから、財産法に於ける法律行為にのみ要求せられる行為能力の存在は要件ではない。一般の親族法上の行為に於ける原則に従つて自然的な意思能力あるを以つて足る。又、婚約は婚姻そのものとは異り直に身分的變動を生ずるものではないから、婚約の時に於て婚姻に必要な要件は原則として必要でない。故に婚姻適齡(民七六五)前の婚約、父母の同意(民七七二)なき婚約再婚禁止期間(民七六七)中の婚約などは有効に成立し得る。而してこれ等の婚約より發生する内縁も亦以上の要件を必要とせずして有効に成立し得る(一)。判例もこのことを認め來つた。

能力及び婚姻適齡につき

「婚姻ノ豫約ハ婚姻ノ成立スル前提事項タルニ止マリ其成立ヲ強制セラルヘキ債務ヲ生スルモノニ非スシテ婚姻其モノトハ全ク別箇ノ契約ナレハ民法第七百六十五條ノ婚姻年齡ニ達セサル者ノ爲シタル婚姻豫約ト雖モ上告人ノ如ク當時既ニ年齡十五年五ヶ月ノ未成年ニシテ意思能力ヲ有スル者ノ爲シタルモノナル以上ハ自己ノ行為ノ何モノタルカラ辨識シテ爲シタルモノナルヲ以テ其契約ハ婚姻ノ豫約トシテ無効ニ非ス」(二)。

父母の同意につき

「婚姻ノ豫約ト其目的タル婚姻トハ法律上同一ノ性質ヲ有スルモノニ非サレハ婚姻ニ適用スヘキ法規ハ當然婚姻ノ豫約ニ適用スヘキモノト謂フヲ得ス從テ婚姻ノ豫約ヲ爲スニハ民法第七百七十二條所定ノ家ニ在ル父母ノ同意ヲ必要トスルモノニ非ス」(三)。

再婚禁止期間につき

「民法第七百六十七條ハ單ニ女ハ前婚ノ解消又ハ取消ノ日ヨリ六ヶ月ヲ經過シタル後ニ非サレハ再婚ヲ爲スコトヲ得スト云フニ止マリ再婚ヲ爲スニ非シテ唯其前提タル婚姻ノ豫約ヲ爲スニ過キサルトハ何等禁止スル所ニ非ス」(四)。

尙、戸主同志の婚約、法定推定家督相續人間の婚約はその履行が可能なりや否やは別として婚約そのもの、従つてかゝる内縁も有效なること勿論である。

一 このことは内縁の問題が、要件を缺くために法律上の婚姻たり得ない所の實質上の夫婦關係を保護せんとすることから考へて當然のことである。畦道博士等が、婚姻豫約を債權契約と見らるゝ結果、成年者でなければ有效になし得ないとされ(前掲論文)、又岡松博士が、實質上の婚姻により民法上の婚姻が成立するとして、實質上の婚姻(即、内縁)には、民法七六五條以下に規定する婚姻の要件を具備することを要するとせられた(前掲論文)ことは、内縁に關する考察の未だ充分でない結果であらう。

二 大審大正八・四・二三民三・錄二五輯六九三頁、抄錄八三卷一九七〇四頁。

三 大審大正八・六・一一民三・錄二五輯一〇一〇頁、抄錄八四卷一九九三四頁。本件の原判決、東控大正八・一・三〇民二・評論八卷民二八三頁も同様の趣旨を述べてゐる。然し、下級審の判例には反對のものがある。「男カ滿三十年、女カ滿二十五年ニ達セサル場合ニハ婚姻ニ付キ家ニ在ル父母ノ同意ヲ得ヘク父母ナキ未成年者ハ後見人及ヒ親族會ノ同意ヲ得サルヘカラサルコト民法第七百七十二條第一項第三項ノ明定スルトコロニシテ婚姻ノ豫約ニ付キテモ別段ニ解釋ヲ異ニスヘキ理由ナキヲ以テ」(東控大正九・一・二二新聞一八二〇號九頁)。東地昭和八・二・一六新聞三五二五號五頁。大正一〇・一・一九法曹會決

議・要録上四七七頁も反對の見解。

四 大審昭和六・一一・二七民二新聞三三四五號一五頁。

内縁が有効に成立するためには意思能力あれば足ること今述べた如くであるが、同時にその眞實の意思が存在することが絶対要件である。故に當事者に全く婚姻をなす意思を缺く場合には單なる私通關係に過ぎずして内縁とは言ふことが出來ない(五)のは勿論、虚偽表示、錯誤、詐欺、強迫等によつてなされたる婚約による内縁の如きも全然無効である(六)。又、一般の法律關係に於けると同じく、その内容が公序良俗に反する場合、例へば重婚(民七六六)となる婚約、相姦者間(民七六八)の婚約、近親間(民七六九―七七二)の婚約などより發生せる内縁は無効であるといはねばならない(七)。判例も同様に解してゐる。

重婚的なる内縁につき

凡ソ正妻アル者カ他ノ婦ト婚姻ノ豫約ヲ爲スモ其ノ豫約ハ公序良俗ニ反シ無効ニシテ法律上保護ヲ受クヘキモノニ非ス(八)。

尙婚約が條件附又は期限附にてなされたる場合には、その條件の成就又は期限の到來するまでは内縁關係が生じても效力を有しない(九)。

五 東控昭和九・七・二〇新聞三七三八號四頁は「數年ノ久シキニ亙リ情交ヲ繼續セル」事件について「終始控訴人ト正式ニ結婚スル意思ナカリシモノ」として内縁の成立を否定してゐる。

六 身分行爲に於ては原則として意思主義である。取引の安全を顧慮する要がないからである。第七七八條一號が「人違其他ノ事由ニ因リ當事者間ニ婚姻ヲ爲ス意思ナキトキ」に婚姻を無効と規定してゐるのは當然のことである。大審大正一一・二・二五民三集六九頁は、同條を離婚にも適用し總則の規定(九四條)の適用を排斥して、假裝の離婚を絶対に無効で何人にも對抗し得るものとしてゐるが、これは獨り離婚のみに限らず、すべての身分行爲はみなかく解すべきものである。故に内縁に於ても眞實の意思なき場合は無効である。詐欺又は強迫による婚姻の效力を定めた第七八五條は第九六條の特別規定ではなく、身分行爲に於ける一般原則に對する婚姻の特別規定であると解すべきであり、内縁にはこの規定を準用すべきでなく一般原則に従つて無効と解する。尙、この場合に賠償責任の問題を生ずることあるも、これは不法行爲によるのであつて婚姻豫約の不履行によるのではない。

七 この點特に近親間の場合には多少の疑があるが、一應一般の見解に従つてをく。中川教授・略説身分法學一五九頁、同教授・民法Ⅱ(岩波全書)八二頁、和田判事・前掲七一五頁、野上判事・前掲コンメンタール一二四頁、小石判事・前掲一〇號三八頁、參照。

八 大審昭和四・一・二五民二・評論一八卷民二三四頁。又、東地大正一一・二・一四新聞一九六一號八頁は「配偶者アルモノカ更ニ他女ト婚姻ノ豫約ヲ爲スカ如キハ客觀的ニ公序良俗ニ反スル事項ヲ法律行爲ノ内容ト爲スモノナルヲ以テ當事者カ之ヲ知ルト否トニ不拘當然無効ナリト謂ハサルヘカラス」といつてゐる。同様の趣旨のものとしては、東地大正八・一〇・六評論八卷民一〇三五頁。東地昭和三・四・三〇・谷井判事・人事訴訟手續要攬一二頁。東控昭和六・七・二八新聞三三一〇號四頁等。

この點について、名古屋區昭和二・一〇・二一新聞二七七四號一四頁は「甲男ト乙女トノ協議離婚届出ハ大正十四年五月十

三日ト爲リ居ルモ甲男ハ大正十四年三月初旬其先妻乙女ト事實上離婚ヲ爲シ、當時該離婚届書ニ甲男調印ヲ爲シタル上之ヲ右乙女ニ交付シ同人ニ對シ其届出ノ手續ヲ依頼シ置キタル處該届書ニ不備ノ點アリタル爲差戻サレ後日更ニ之ヲ更正ノ上提出セラレタルカ爲メ右離婚ノ事實カ戸籍簿上ニ登載セラレタル日時ノ遅延ヲ來シタルニ過キス如斯事情ノ下ニ於テ甲男カ丙女ト爲シタル婚姻豫約(事實上の離婚後、届出受理前)ヲ以テ直ニ公序良俗ニ反スルモノト爲スヘカラス」といつてゐるが正當の見解と思ふ。

尙、大審大正九・五・二八民一・録二六輯七七五頁、抄録八八卷二一四七七頁は、「配偶者アリ……其事實ヲ知レルニ拘ハラズ將來該婚姻ノ解消シタル場合ニ於テ五ニ婚姻ヲ爲スヘキ旨ヲ豫約シタル」如きは「我國民道德ノ觀念ニ照シ善良ノ風俗ニ反スル事項ヲ目的トスル法律行爲ニシテ全然無効ナルモノ」としてゐる。この事案は單なる婚約に關するものらしいが、内縁についても同様に解すべきこと勿論である。同趣旨、那覇地昭和四・二・一二新聞三〇一六號七頁。

九 婚約に、民法總則の條件及び期限の規定がそのまま適用せらるべからざることとは勿論であるが、その性質が許す限り條件附、期限附の婚約を無効とすべき理由はない。一定の始期附でなされるのがむしろ普通である。解除條件附、終期附のもの又は、可能性の稀少な停止條件や不確定始期を附することによつて當事者の地位を永く不安定なものとして不穩當な場合には無効と解すべきである。同趣旨、野上判事・前掲コンメンタール一二五頁。

次に内縁が成立するためには有効に成立した婚約の履行として實際上の夫婦生活をなすことを要する。即、眞實に婚姻をなす意思を以て實質的婚姻に入ることを必要とする。而してそれを以て充分とするのであつて、慣習上の儀式を擧げ或は其他の形式を行ふことなどは、必ずしも必要ではない。要するに、主觀的要件として當事者の婚姻をなす意思と、客觀的要件として實際上の婚姻生活を

營むことのみを要するのであつて、儀式を挙げたりや否やは、當事者の意思を推測するに重要な資料ではあらうが内縁の要件ではない。判例も同様の見解をとつてゐる。

「婚姻ノ豫約ハ事實上或種ノ儀式ヲ伴フコトナキニ非スト雖其儀式ハ豫約ノ成立要素ニ非サルハ勿論效力發生ノ條件ニモ非スシテ唯豫約ノ締結ヲ表彰スル社交的典禮タルニ過キス故ニ何等ノ儀式ヲモ舉ゲスシテ婚姻ノ豫約ヲ爲シタル場合ニ於テモ其豫約ハ適法ニシテ有效ナリト謂フヘク儀式ナキノ理由ニ依リ婚姻ノ豫約ト私通關係トヲ同視スヘキモノニ非ス何トナレハ前者ハ將來ニ於テ婚姻ヲ爲スコトヲ目的トスルニ反シ後者ハ全然其目的ヲ缺如スレハナリ」(一〇)。

一〇 大審大正八・六・一一民三・錄二五輯一〇一〇頁、抄錄八四卷一九九三三頁。同趣旨、大審昭和六・二・二〇民五・新聞三二四〇號六頁。東控大正八・一・三〇評論八卷民二八三頁。東控大正九・一二・一四評論一〇卷民九四頁。東地大正八・三・一〇評論八卷民一九七頁。東地昭和九・四・一二・新聞三七〇四號一〇頁。

大正四年一月二六日(前掲)の聯合部判決が「届出以前ニ先ヅ將來婚姻ヲ爲スヘキコトヲ約シ」たる「各當事者ハ之ヲ信シテ相當ナル準備ノ行爲ヲ爲シ尙ホ進ミテ慣習上婚姻ノ儀式ヲ舉行シ事實上夫婦同僚ノ生活ヲ開始スルニ至ルコトアリ」といひ又「當事者ハ眞ニ婚姻ヲ成立セシムル意思ヲ以テ婚姻ノ豫約ヲ爲シ之ニ基キ慣習上婚禮ノ式ヲ舉行シ」と稱してゐるのを以て判例が婚姻豫約の成立に一定の方式(慣習上の儀式)を必要としてゐるものであると解してゐる學者があるが(中島博士・前掲九七頁、小石判事・前掲三三頁等)、私はさう考へない。この判決の事案が儀式を挙げたものであるといふに止り、舉式がなければ内縁が成立しないといふのではない。たゞ舉式の事實が内縁成立を認定する重要な材料たるを示したに過ぎないのであつて、たとへ舉式がなくとも、内縁關係が認め得られる場合には、法律上内縁と認められることは數多の判例が示す通

りである。

而して方式が内縁成立を認定する材料となつてゐる事件についてみるに、「媒酌ニ因リ將來適法ナル婚姻ヲ爲スノ目的ヲ以テ慣習上ノ儀式ヲ舉ケ且ツ同棲ヲモ爲シタル場合ハ該當事者間ニ婚姻ノ豫約ノ成立シタルコト明瞭タリ」(大控大正五・一〇・一三新聞一一八二號二五頁)、「婚姻豫約ハ要式行爲ニ非サレトモ慣習上當事者間ニ婚姻豫約成立シタル後之カ成立ヲ確保スル爲メ相互ニ結納ノ金員ヲ取替セ且婚姻ノ儀式ヲ舉行シタル上同棲スルヲ以テ通常ノ事例ニ屬スルカ故有モ當事者間ニ於テ結納取替舉式同棲ノ事實アル以上ハ當然ニ婚姻豫約ノ成立シタルモノト推斷スルヲ妥當トス」(東地大正七・五・一五評論七卷民三三四頁)、「結納ヲ贈リ内祝言ヲ行ヒタル上同棲シタル場合反證ナキ限り當事者間ニハ遅クトモ右ノ同棲ヲ始メタル時ヲ以テ婚姻ノ豫約カ成立シタルモノニシテ必スシモ正式ノ儀式ヲ舉行シ親戚知己ノ間ニ披露スルカ如キコトヲ以テ其成立ノ要件ト爲スモノニアラサルモノトス」(東控大正九・一・二一四評論一〇卷民九六頁)、「媒酌ヲ介シ地方ノ慣習ニ從ヒ樽入ノ儀式ヲ行ヒタル事ハ婚姻ノ豫約アリタルモノトス」(東控大正一五・五・一新聞二五七四號一四頁)、「甲カ藝妓奉公中乙カ婚姻ノ申込ヲ爲シ内祝言ノ形式ヲ踏ミテ事實上ノ夫婦生活ヲ營ム場合ハ右兩人間ニ婚姻ノ豫約成立シタルモノトス」(東地昭和六・三・六評論二〇卷民五五二頁)、「甲女カ乙ノ媒酌ニヨリ丙ト結婚式ヲ舉ケ爾來同棲シ來リタル事實アルニ於テハ右當事者間ニハ婚姻豫約成立シタルモノト認ムルヲ相當トス」(東控昭和七・二・二四評論二一卷民四一八頁)等がある。

尙、東地昭和八・二・二四新聞三五四九號八頁は「所謂婚姻豫約ノ成立ニハ通常行ハル、處ノ結納ノ取交セ及婚姻ノ舉式等ノ手續ヲ履踐セストモ苟モ當事者間ニ於テ互ニ將來婚姻ヲ爲ス意思ヲ以テ事實上ノ夫婦生活ヲ營ム以上之ヲ日シテ所謂婚姻ノ豫約アリト認ムルニ妨ナキモ而カモ此契約ノ成立ニハ之ヲ單ナル私通關係ト區別スル爲メニハ訝マサル程度ノ公然性アルコトヲ要スルモノト謂ハサルヘカラス……當時原告カ未成年者ニシテ被告モ又未タ所謂自由結婚ヲ許サルヘキ年齢ニモ達セサルニ不拘先ツ當事者カ密カニ相通シ其ノ後婚姻ノ結果其ノ家ニ入ルヘキ被告家ニハ之ニ現存スル母アルニ拘ラス之カ承諾

ナキハ勿論親戚知友等ニ對シテモ一片ノ通知ヲ發セス否寧ロ之等ニ隱シ密カニ他家ノ二階ヲ間借りシテ之ニ同棲シ居リタル有様ニシテ毫モ公然性ノ認ムヘキ者ナク……」といつてゐるが、所謂公然性なるものも特に内縁の要件とは考へ難く、これ亦内縁を認定する材料たるに過ぎないものと解する。

四 内縁の效力

内縁關係は一方に於て婚約の實質的部分のみが履行せられたる状態であつて、將來完全なる法律婚に到達すべき過程の中間形態として觀察しうべきこと前述の如くであるが、他方に於ては、實質上、法律婚と何等異なる所のない男女の協同關係である。内縁の效力は従つてこの二つの觀點より考察せられねばならない。

(一)當事者間に於ける效力

(1) 婚約の不完全履行としての内縁の效力

婚約の當事者は將來に於て法律上の婚姻を締結すべき權利義務を有するのであり、その實質的部分のみが實現せられた状態が内縁なのであるから、内縁の夫婦は相互に婚約に基く效力として依然としてその内縁を法律上の婚姻たらしめるべき届出の權利義務を有する。故に内縁の夫婦の一方が

その義務を遂行せず届出をなすことを拒んだ場合には、債務不履行の責任を負はねばならない(一)。

一 この場合に於ては純然たる債務不履行とは言ひ得ないけれども、同様の關係であつて、それが親族法上の行爲たる性質と矛盾せざる限り、債權法に於ける規定並に理論に據つて説明しうるものと信ずる。

大正四年一月二十六日の大審院民事聯合部判決以前に於ては判例は永らく内縁の效力を否定し、届出をなすと否とは全く當事者の自由にして何等不履行の責任を負ふことはないといふ見解を持し(三)、學者も多くは同様「婚姻豫約」無効論を唱へてゐたのである(三)。然しながら當事者に婚姻をなす意思なくして相手方を欺いて内縁關係に入りたる場合の如きは、内縁を破棄したる當事者は不法行爲の責任を負はねばならない、といふ判決があり、かゝる見解は今日まで變らず私も正當と思ふ(四)。

二 大審院の判決としては、明治三五・三・八民一・録八輯一六頁、明治四四・三・二五民一・録一七輯一六九頁があり、下級審のものとしては、東控明治三四・三・二二・新聞二九號六頁、東地大正二・三・三一・新聞八六三號二四頁、東控大正三・七・二五・新聞九六五號二七頁、等多數あり。

三 仁井田博士・親族法相續法論一二〇頁、鳩山博士・法律行爲乃至時效七二頁、掛下學士・婚姻ノ豫約「明治法學五〇號七頁」、中島博士・京都法學會雜誌四卷四號一六七頁、牧野(菊)博士・日本親族法論(舊版)一七四頁、等。これに反し、有効論を唱へてゐた學者は、岡村博士・京法四卷四號一六七頁、池田博士・婚姻豫約ノ效力「法協二四卷一二號一七〇四頁」。

四 大審明治四四・一・二六民一・録一七輯一六頁「上告人(男)ハ適法ニ婚姻ヲ成立セシムルノ意思ヲ有セサリシニ拘ハラス其意

思フ有スルカ如ク凌ヒ以テ被上告人(女)ヲ欺キ同人ヲシテ明治四十二年一月中上告人ト婚姻ノ式ヲ舉ケ爾來數月間同様スルニ至ラシメタルモノナレハ上告人カ遂ニ婚姻ノ届出ヲ爲ササリシノミナラス瑣々タル事柄ヲ理由トシテ被上告人ヲ離別シタルニ於テハ被上告人ノ名譽ノ毀損セラレシコト勿論ニシテ即チ上告人ハ故意ヲ以テ被上告人ノ權利ヲ侵害シタルモノニ外ナラス。近くは東控昭和六・七・二八・新開三三一〇號五頁は「有婦ノ夫カ……無婦ノ男子ナルカ如ク裝ヒ甲女ヲ欺罔」して内縁關係を結んだのを「女ノ貞操を蹂躪シ因テ其ノ自由名譽身體上ノ權利ヲ侵害シタル」不法行爲であるとしてゐる。

所が大正四年一月二十六日にいたり大審院は從來の見解を改めて、「婚姻の豫約」は適法有效なりと宣言し、その約に違反したる當事者は違約による責任を負はねばならぬ旨を判示した(五)。この判決は當時有力な學者が指摘したやうに(六)、實際上の婚姻が成立してゐるに拘らずこれを單に「將來ニ於テ適法ナル婚姻ヲ爲スヘキコトヲ目的トスル契約」たる「婚姻ノ豫約」といふ觀念を以て説明した所に、事實に反し社會觀念に遠ざかるとの批難を免れ得ないにしても、その結果に於て、實質上内縁の效力を認め、それが法律的保護に値することを示したものとして重要な役割を演じたることを看過することは出来ない。その後この趣旨を基礎として内縁に関する判例は非常な發展をとげ、今日に於ては、その論據竝に範圍等についての相違こそあれ、内縁關係に法律的效力を與へることを否定する者は恐らくないであらうと思はれる。

五 前掲・錄二一輯四九頁。

内縁の法律關係 (清水)

(第五卷 第二號 三一三) 三三

六 岡松博士・前掲、新聞一〇一六號三頁、中島博士・前掲、改造論一〇二頁、種積博士・前掲、志林一九卷九號七頁等。

然らば次に届出を拒んだ内縁の當事者は如何なる理由によつて責任を負ふのであるか、即ち責任の根據如何が問題となる。

(A) 前掲聯合部判決は「婚姻の豫約ヲ履行セサルニ因リテ生シタル損害ノ賠償ハ違約ヲ原因トシテ請求ヲ爲スコトヲ要シ不法行爲ヲ原因トシテ請求スヘキモノニ非ス」と言つてゐる。これによれば、「婚姻豫約」不履行の責任は不法行爲によるのでなく違約に基くものであることになるが、この違約なる語は如何なる意義に解すべきか、明でない。

(B) 中島博士は前の判決が違約なる語を用ひてゐるのを債務不履行と解して賛意を表して居られる(七)。然しながら、この見解は「婚姻豫約」が債權契約であるといふ前提の上に立つものであり、その前提が採り難きことすでに述べた如くであるから(八)、この説には賛し得ない。

七 中島博士・前掲、改造論九五頁以下。

八 第二章、内縁の法律的性質、參照。

(C) 曄道博士は「婚姻豫約」不履行によつて生じたる損害の種類を分けて、財産上の損害については賠償責任の根據を委任に關する民法第六五一條及び雇傭に關する第六二八條の準用に求められ、

非財産上の損害については、身體及び名譽に關する不法行爲（民法第七一〇條）に求めて居られる（九）。然しながらかく解する時は、非財産的損害については、單に「婚姻豫約」不履行によつたのみではならず、特に不法行爲の存する場合にのみ賠償をうけ得られることとなる結果、救済の範圍が不當に狭められることとなる。又債務不履行又は契約脱退に因る損害賠償については非財産上の損害を賠償すべき規定が存しないからとの理由は、あまりに窮屈な見解である。不法行爲に關する規定を—それが性質上不法行爲にのみ限らるべきものでない限り—債務不履行又は契約脱退に準用することは何等不都合でないのみならず必要である。この意味に於て非財産的損害の賠償については不法行爲と債務不履行とを區別すべき理由なく、債務不履行の場合に準用されるべきだと信ずるので、この見解も採り得ない（一〇）。

九 嘩道博士・前掲、判例批評一七四頁以下、特二一八二頁以下。博士がその理由とせられる所は「蓋シ我國法上不法行爲上ノ損害賠償責任ニ付テハ特ニ明文ヲ以テ非財産上ノ損害ヲモ賠償スヘキ旨ヲ規定セルニ反シ（民法第七一〇條、第七一條）、債務不履行又ハ契約脱退ニ因ル損害賠償責任ニ關シテ特ニ此ノ如キ明言ヲ爲ササルハ此等ノ原因ニ基ク場合ニハ財産上ノ損害ノ賠償ヲ求メ得ルモ、非財産上ノ損害ノ賠償ハ之ヲ請求スルコトヲ許ササルノ主旨ナリト解スルヲ至當トス……」（一八二頁）といふにあり、この見解によれば、非財産的賠償は、不法行爲が成立せる場合に限り得られることになる。同趣旨として和田判事・前掲、七三五頁、七三八頁。

一〇 不法行為に關する民法第七一〇條、七一一條が債務不履行に準用せらるべきことは多數有力なる學者の認めてゐる所であつて、判例もこれを承認してゐる。例へば、石坂博士・日本民法債權總論上三六三頁、横田博士・債權總論三〇三頁、富井博士・民法原論三卷二〇三頁、二二八頁、鳩山博士・増訂日本債權法(總論)六四頁、七九頁、三瀨博士・債權法提要總論二二二頁、勝本博士・債權總論上卷二八九頁、等。大審大正五・一・二〇民二・錄二二輯四頁、抄錄六四卷一三九〇九頁、東控大正九・二・一四・評論一〇卷民九九頁、東控大正一・二・二六・評論一〇卷民五六九頁、等。

長控昭和七年(ア)第三八一號・民一(宮山、渡邊、阿武三判事)は十三、四年間に亘る内縁について内縁の夫が婚姻の届出を拒絶し且他に情婦をもつて子を擧げたので女が損害賠償を求めたのに對し男の方から控訴した事件であるが、その判文中に「該債務不履行ニ因リ被控訴人ノ蒙リタル損害タル以上特別ノ事情ニ因リ生シタル損害ニシテ債務者タル控訴人ノ豫見スルコトヲ得サリシモノニ非サル限り無形的非財産上ノ損害ト雖之カ賠償ヲ爲スヘキ義務アリト爲スヘキコト民法第四百十五條ノ規定上明白ニシテ其ノ無形的非財産上ノ損害ハ債務不履行ニ基クモノナリト雖其ノ賠償ハ不法行為ニ基クモノト同シク尙金錢ヲ以テ之ヲ爲スヘキモノナリトスヘキコト又民法ノ解釋上疑ヲ容レサルトコロナリ無形的非財産上ノ損害ニ對シテハ不法行為ニ基クモノニ付テノミ其ノ賠償請求權カ認メラレ債務不履行ニ基クモノニ付テハ其ノ賠償請求權ハ是認セラレサルカ如キ趣旨ノ控訴人ノ主張ハ法律ノ正當ナル解釋ノ方法ニ出テサル認見ニシテ當院ノ採ラサルトコロナリ」といつてゐる。

(D) 岩田博士は「婚姻豫約」によつて事實上の結婚者の地位といふ一種の身分上の地位が成立するとし「婚姻豫約」の不履行による責任は、「婚姻豫約」者たる權利の侵害によるものであるから、それは不法行為に基くものであつて契約不履行によるのではないと説いて居られる(一一)。

而してその論據としては、婚姻を以て慣習上の制度であり従つて内縁の夫婦も慣習上の正當な夫

婦であるとし、これに適用せらるべき法規が存しないのであるから、かゝる慣習は法例第二條によつて慣習法として承認せらるべきものであるといふにある(一一)。尙、個々の點について理由とせられる所を擧げてみるならば大體、(i)もし「婚姻豫約」不履行が債務不履行であるならば、内縁に於て履行せらるべきものは單に届出だけであつて、容易に強制しうべき性質のものであるに拘らず、判例は強制を許さずとし、又債務違反ならば相手方の正常な事由によつて損害賠償權が阻止されるといふことはないのに、判例は正當事由による違反の責任を負はないとしてゐるのはその責任の原因が債務不履行でないことを示してゐる。(ii)債務不履行によつては無形損害は賠償せしむべきでない、判例が無形損害をも賠償すべきものとしてゐるのは明に不法行為によることを示すものである。(iii)判決が違約を原因として損害賠償を請求すべきであつて不法行為を原因として請求すべきでないとしたことは、法文適用の技術上洵にやむを得ない窮餘の策であつたのであり、その後の判決に於ても契約不履行の損害賠償であるかの如く言つてゐるのは沿革的な文句に囚はれてゐるのである。現に之れを既成の具體的權利を侵害する不法行為と宣言した判例(一二)が現れてゐるのは、豫約者たる權利其の者の侵害を不法行為と認むる思想の胚胎せることを知るのであつて往時の婚姻豫約が無効なるが故に身體、自由、名譽に對する不法行為を認めたる見解とはその法律的概念構成を異

にする。(iv)要するに判例によつて「婚姻豫約」契約なる身分上の一契約が判例法として發生し、從つて婚姻豫約者といふ一種の法律上の地位が認められ、これに伴ふ多くの權利が承認せられて來た今日、この損害賠償の性質が不法行爲によるものであることは明瞭となつた、といふにある。

今博士の説かるゝ所を考へてみるに、博士は内縁が法例第二條によつて慣習法として認めらるべきことを主張せられるけれども、法例第二條によれば慣習が法的效力を附與せられるがためには、その事項が「法令ノ規定ニ依リテ認めタルモノ」なるか、又は「法令ニ規定ナキ事項」たることを要するのである。然も内縁を認めたる法律の存せざるは勿論「法令ニ規定ナキ事項」ともいひ得ないと思ふ。即、内縁の實質は社會的にみれば婚姻そのものであつて、この點、民法上の婚姻の實質と全く同一の關係である。而して民法はこの社會的な婚姻についてそれが民法上の婚姻として認めらるべき規定（民法第七七五條其他）を設けてゐるのであつて、この社會的な婚姻について内縁なる慣習があるとしても、それは法例第二條によつて慣習法として認められ得ないものであらうと考へる。又次に判例が届出を強制し得ないとしたのは債務に基くものでないからだとせられるが、判例が強制し得ないといつたのは、婚姻の届出は當事者の自由な意思によつてなさなければ婚姻の目的を達することが出來ないものと考へたからであつて、例へば、學者をして講演を爲さしめる債權、畫伯を

して繪をかゝしめる債權が性質上、強制し得ないのと同じ考へ方である(一四)。私は後に述べる如く届出を強制し得るものとの見解を採るのであるから(一五)、この點の論議は問題とならないけれどもさうでなくとも、届出強制を認めないからとて違反の責任が契約不履行であることを否定することを得ないと思ふ。又、正當な事由があれば責任なしといふのは、その責任が債務不履行によるのではないからといはれるが、正當な事由によつて「婚姻豫約」を履行しないといふのは、相手方に於てすでにその「責ニ歸スヘキ事由ニ因リテ履行ヲ爲スコト能ハサルニ至」らしめた場合であつて、この場合に不履行の責任はむしろ相手方に存し、一方當事者はこの正當事由によつて自ら履行の責任なきは勿論、むしろ相手方に對し履行不能に基く損害賠償を求むる權利を有するわけである(一六)。又、無形損害が債務不履行によつては賠償せしめられないといふ考の不當なることは前説について述べた通りである(一七)。更に引用せられたる判例に於て不法行爲を原因としてあることを以て、一般的に「婚姻豫約」不履行が不法行爲であるとする思想の現れだといはれるけれども、判例が不法行爲として被害者を救済してゐるのは、「婚姻豫約」が無効である場合であつて——引用の判例では錯誤及詐欺によつて無効と解すべきこと既述の如くである(一八)——かゝる場合には權利義務は生ぜず、従つてその不履行の問題を生ずる餘地がない。従つてそれが不法行爲を形成する時には、不

法行為によつて責任を負ふべきであるといふ判例の見解は、往時と何等異なる所を見出し得ないと思ふ（一九）。

さらに以上の諸點を問題外に置くとするも、「婚姻豫約」不履行を以て一般的に不法行為とせられることは現行法上根本的に承服し難い見解であると思ふ。即、民法は違法なる権利侵害行為を分けて、それが債務者による債権者の債権侵害の場合を特に債務不履行とし、其他の場合を不法行為としてゐる。そこで「婚姻豫約」によつて一種の地位が発生し、多くの権利が承認せられたとしても、當事者相互間に於ける法律上の婚姻をなすべき権利義務は——それは身分法上のものであり純粹な債権債務ではないけれども——債権的性質を有するものであつて、かゝる権利が義務者たる一方當事者によつて侵害せられた場合には、性質上、債務不履行と同様の關係を生ずるものといふべく、これを以て不法行為と解することは出来ないと思ふ（二〇）。

一一 岩田博士・前掲、婚姻豫約の實證的考察「法學研究」三三三頁以下、特ニ、五二、五三頁、六一頁、七七頁。

一二 同博士・前掲三六頁以下。

一三 同博士・前掲六一頁所載、東控大正一五・三・一三評論一五卷民二五一頁、東控昭和六・七・二八新聞三三一〇號五頁。

一四 かゝる考へ方は今日一般に行はれてゐる所である。末弘博士・債權總論「法學全集」七〇頁（註二三）参照。

一五 後述(イ)現實的履行請求權、参照。

一六 後述(一)履行不能による損害賠償、参照。

一七 (C)の批評参照。

一八 第三章参照。引用の判例に於ては、妊娠を秘して結婚(内縁)することは詐欺又は要素の錯誤として無効であり、有妻者が無妻と欺いて内縁を結ぶは詐欺によつて無効である。

一九 このことについては、すでに述べた。本章註四参照。

二〇 前掲長控昭和七年(ア)第三八一號・民一(本章註一〇)は「控訴人(男)ハ被控訴人(女)トノ婚姻ノ届出ヲ爲スヘキ旨ノ被控訴人ノ申出ヲ拒絶シテ其ノ届出ヲ爲ササル點ニ於テ前記内縁夫婦關係設定ノ事實婚ノ合意ニ於ケル婚姻豫約ノ部分ニ基ク被控訴人ノ婚姻豫約履行請求權ニ對スル債務不履行ノ效果ヲ受クヘキモノトスヘク又凡ソ現行法カ民事ノ裁判規範トシテ認ムル條理ノ解釋上婚姻關係ニ於テノミナラス前記ノ如キ内縁夫婦關係ニ於テモ其ノ有效ニ存續スル限り其ノ效果トシテ其ノ當事者タル内縁ノ夫婦ハ相互ニ相手方ニ對シ貞操ヲ守ルノ義務ヲ有シ其ノ義務ヲ要求スルコトヲ正當トスル親族法的請求權ヲ有スルモノトナスヘキトコロニシテ此ノ請求權ニ對スル右義務ノ不履行ハ民法所定ノ債務不履行ト同一ニ論スヘキトコロナレハ前記内縁夫婦關係ノ存續中右認定ノ如ク情婦ト繼續私通ヲ爲シタル點ニ於テ該内縁夫婦關係上ノ右義務ニ關スル債務不履行ノ責任ヲ免ルルコトヲ得サルトコロトス被控訴人ハ控訴人カ右ノ如ク情婦ト繼續私通ヲ爲シタル事實ヲ以テ右判定ノ如キ債務不履行ナリト主張スル外更ニ控訴人カ貞操ヲ守ルコトニ付被控訴人ノ有スル右内縁夫婦關係上ノ利益ヲ内容トスル被控訴人ノ權利ノ侵害タル不法行為ナリト主張スレトモ控訴人カ貞操ヲ守ルコトニ付被控訴人ノ有スル右内縁夫婦關係上ノ利益ヲ内容トスル權利ハ被控訴人ノ控訴人ニ對スル權利トシテハ實ニ右判定ノ如キ被控訴人カ控訴人ニ對シ貞操義務ヲ要求スルコトヲ正當トスル親族法的請求權ノ外ニ出テサルトコロトスヘク而シテ該請求權ニ對スル義務ヲ負擔スル債務者タル控訴人ノ右請求權ノ侵害ハ實ニ其ノ債務ニ關スル民法所定ノ債務不履行ト同一ニ論スヘキトコロニシテ右事實ニ付テハ此ノ外ニ

内縁の法律關係 (清水)

(第五卷 第二號 三三二)

四一

被控訴人ニ對スル不法行爲ノ要件ヲ充スヘキ餘地ナキトコロトス」といつてゐる。論旨には私見と異なるものがあるけれども内縁の破棄が不法行爲に非ざることと正當に述べてゐる。右判決に對する上告判決たる大審昭和八年（オ）第三千二百十五號民五、に於ても「論旨ハ自家ノ見解ニ固執シ原審カ右ノ如ク婚姻豫約ノ不履行ナリトスルモノヲ強ヒテ不法行爲ナリト牽強附會スルモノニシテ到底採用ノ限りニ在ラス」として不法行爲説を退けてゐる。

(E) 小石判事は内縁が實質的に夫自身婚姻であるから、所謂「婚姻豫約」不履行は債務不履行でなく内縁離婚であるとし、従つてそれに基く責任は有責離婚者の賠償責任として不法行爲上の責任に類するものであるといはれる(三二)。これは「婚姻豫約」不履行が實質的には有責離婚の問題であるとされたことは正當であると思ふけれども、その責任が不法行爲に類するものといはれることには賛し難く、私は、有責離婚者の責任の問題を婚姻契約違反の問題として、債務不履行による責任に類するものと信じてゐる(三三)。

二一 小石判事・前掲、法曹會雜誌十卷十一號三三、三四頁。

二三 有責離婚者、即、自己の責に歸すべき事由によつて離婚の止むなきに至らしめた者が、相手方に對して責任ありやないては、我民法に何等の規定なく従つて解釋上、議論の餘地が存する所である。今こゝでこの問題について詳述することは出来ないが、必要の程度に私の考を述べるならば、私は有責離婚者に賠償責任あり、而してその責任の根據は義務の不履行に存するのであつて不法行爲によるのではないと思ふ。男女が婚姻を締結することによつて夫婦の身分を生じ、夫婦はお互に誠實に婚姻生活をなすべき權利義務を有するに至るのである。もし夫婦の一方がこの誠實義務に違反し婚姻生活を繼續す

ること能はざらしめたならば、その者は誠實義務違反により相手方が蒙つた有形無形の損害を賠償する責に任ずべきものであつて、これは決して不法行為によるものではなく、義務者の義務不履行に基くものである。(D)に對する批評に於て述べた所参照)勿論、夫婦間に於て暴行、虐待等の行為があつた場合には不法行為の責任問題が生ずる場合はある。然しながらこれは暴行、虐待そのものが、不法行為を構成するのであつて、あへて、夫婦間に限られない問題である。故にこれは離婚の問題とは別個のものであることを注意せねばならない。

要するに私は「婚姻豫約」不履行即内縁破棄による責任は、婚約の不履行に基くものであり、債務不履行に關する規定を準用して解釋すべきものであると考へる。

(イ) 現實的履行請求權 (追完請求權)

内縁が有效であり、届出の義務に違反した當事者が損害賠償の責に任ずべきことは、今日學說判例の共に認めてゐる所であるが、婚姻の届出を強制して現實的履行を請求することが出来るやに關しては、判例は之を否定し學說もほとんど總てこれに替して居り、私の知る範圍では平田博士が強制を認めて居られるのみである(二三)。然してこれを否定する理由は、婚姻の意思がないのに無理に強制しても眞の婚姻の目的は達せられないからと考へたからであらう(二四)。

二三 平田博士・前掲、婚姻契約とこれに關する諸問題「法と經濟」二卷二號六五頁。

二四 和田判事・前掲七三二頁參照。東地昭和七・二・一二新報二九二號二八頁は「凡ソ婚姻ハ當事者ノ自由意思ニ基キ戶籍吏

ニ對シ之カ届出ヲ爲スニ非サレハ其ノ效力を生スルニ由ナキコト婚姻カ其ノ性質上對人的信賴ヲ基礎トシ當事者相互ノ自由意思ニ基ク身分上ノ行爲タルコトニ徴シ明ナリ從テ婚姻豫約當事者ハ相互ニ判決ニ因リ強制的ニ其ノ意思ノ決定ヲ求ムルニ由ナキモノ」といつてゐる。

然しながらこの理由は、未が事實上婚姻をなしてゐない單なる婚約の場合については正當であるけれども、すでに自由意思によつて實質的に婚姻をなし、たゞ形式的要件たる届出のみが残されてゐるに過ぎない内縁の場合に於ては當らない。この場合に、届出を強制せしむることは何等不都合がないのみならず、これによつて實際上多大の利益が存するのである。従つて私は内縁の夫婦に對しては現實的に届出を強制し得るものとし、その方法は民法第四一四條第二項但書の準用により判決を以て届出の意思表示に代へ得るものと解する(二五)。

届出を強制し得るとする結果は、内縁の夫婦間の子を嫡出子たらしめ父の相續について優位を獲得しうる。これ單なる損害賠償のみでは得ることの出来ない結果である。もし届出強制によつて婚姻成立した後に於ても、離婚原因(民法八一三條)に相當する事由があれば、離婚をなし相手方の有責離婚による損害賠償を請求しうるものと解すべきこと前に述べた如くである(二六)。

二五 平田博士・前掲は、事實上の婚姻を以て婚姻が成立し、届出はその效力發生要件であるといふ見解を前提として、届出の強制を認めて居られるのである。その前提には養成し得ないこと既述の如くであるけれども、届出の強制を認めるといふ

結果に於ては私見と同一である。尙、博士は更にすゝんで當事者の一方が死亡した場合も、人事訴訟手續法第二條の規定の類推によつて、檢事を相手方として届出に代る判決を求め得、その届出の効力が相手方死亡の時に遡及するものと考へて居られる。これは結果に於て妥當なものがあるけれども、現行法の解釋として果してそこまで言ひうるか、根據が薄弱であつて直に養し難う。

二六 本章註二〇参照。

(ロ) 損害賠償請求權

内縁をして法律上の婚姻たらしむべき届出に協力することを拒んだ内縁當事者が「婚姻豫約」不履行による損害賠償責任を負ふべきことはしばしば述べた所であり(三七)、その責任は義務不履行に基くものと解すべきこともすでに述べた。而してその性質は一種の不完全履行であるが、これには履行遲滞の觀念によつて説明し得るものと履行不能の觀念によるものとが存する。

二七 この種の判例は極めて多い。例へば、前掲大審大正四・一・二六民聯・錄二一輯四九頁、大審大正八・四・二三民三・錄二五輯六九三頁、東控大正六・二・五・評論六卷民二一四頁、大控大正六・一〇・六・新聞一三二三號二九頁、東控大正一一・八・三・評論一三卷民二九三頁、東控昭和四・一二・二三・評論一九卷民四二〇頁、東控大正九・四・一四・評論九卷民四九二頁、大審大正八・五・一二民二・錄二五輯七六〇頁、東控大正九・一二・一四・評論一〇卷民九四頁、東控大正一一・六・二七・評論一一卷民六〇三頁。

I 履行遲滞による損害賠償

内縁の法律關係 (清水)

(第五卷 第二號 三二五) 四五

内縁當事者の一方が其義務たる婚姻の届出を履行せざる時は、相手方は、その婚約を解除して損害賠償を請求することが出来る(四一五前段、五四一、五四五IIIの準用)。判例は損害賠償を請求するについて婚約を解除する要なしといつてゐるけれども(二八)、この場合に限り解除を不要とする理由なく、私は理論上解除の必要あるものと信ずる。たゞ解除の意思表示は特に獨立、明示してなすことを要せず、或は他の意思表示(例へば損害賠償の要求)の中に包含せられ、或は、ある行爲(例へば、實家に歸ること)によつて默示的に推察し得る場合には解除ありたりと見るべきである(三九)。

二八 大審大正八・三・二一民一・録二五輯四九二頁、大審昭和二・二・二六民三・評論一六卷民六九六頁、大審昭和八・三・二七民一・評論二二卷民四〇五頁、大地大正五・三・一・評論五卷民二九六頁、東地大正八・三・一〇・評論八卷民一九八頁等。

二九 かく解する結果、特に解除をなさなくとも既に解除があつたものと見うる場合が多く、實際上、判例と同様の結果となるであらうが、然し理論上は、解除が必要なのであつて判例の見解は不可解である。履行の催告に關しても同様に解する。

次に損害賠償の範圍について判例は「其約ヲ信シタルカ爲メニ被ムリタル有形無形ノ損害」(三〇)とらつて、(a)精神的損害も賠償すべきこと、(b)賠償すべき損害は所謂信賴利益(Vertrauensinteresse)である、ことを示してゐる。(a)については賛成であつて、その法律的根據は不法行爲に關する民法第七一〇條の準用に求むべきことすでに述べた所である(三一)。然し(b)の見解には賛し難い。

即解除による損害賠償(民法五四五III)は解除によつて生じたものではなく、以前すでに義務不履行によつて発生したものと解すべく又、その義務は法律上強制しうべきものと解するならば、この義務の履行なきことによる損害は履行に代るべきものであり、従つて履行により得べかりし履行利益(Erfüllungsinteresse)でなければならぬと思ふ。

三〇 前掲大審大正四・一・二六民聯。

三一 本章註一〇参照。

II 履行不能による損害賠償

内縁當事者の一方の責に歸すべき事由によつて法律上の婚姻をなすことが不能となつたときは、他方は婚約の解除をなして損害賠償を請求することが出来る(民法四一五後段、五四三、五四五III準用)。こゝに履行不能といふのは、婚姻法に於ける特異性により決すべきものであつて、判例が「婚約豫約」不履行の正當事由と認めてゐる事項は、實は相手方の責に歸すべき事由による履行不能を來すと見るべき場合が多いのである(三二)。

三二 判例が正當事由と認めてゐる事項にも當事者の責に歸すべき事由によらざる場合には履行不能による責任なきは勿論である。又、例へば東控大正一〇・三・五・新聞一八四六號一八頁が「女カ同棲前既ニ他ノ男子ト通シ居リタリトノコトヲ以テ理由トナシ婚約豫約ヲ解除スルハ正當」といつてゐるが、かゝる場合にはその婚約は、要素の錯誤或は詐欺によるものとして

無効であり、解除の問題は生じない。従つて、その場合に損害賠償の問題を生じてもそれは不法行為によるものである。

次に、有責不能と認めらるべき正當事由を擧げてみると、「性懶惰放縱ニシテ家事ヲ閑却シ……家庭ノ圓滿ヲ缺クニ至リタル」(土浦區大正八・六・二三・新聞一五八九號二〇頁)、「命且夕ニ迫レル病父ヲ顧ミス急迫ナラサル自己ノ病氣療養ノ爲メ夫タル可キ者ノ意ニ反シ強テ他ニ轉地スル」(東地大正八・一〇・二二・評論八卷民九八七頁)、内縁の妻が其の隣人に夫が「老年ナル其ノ養母ふじト破倫ノ行爲アル旨虚偽ノ事實ヲ云ヒ觸ラシ且該事項ヲ記シタル紙片ヲ被告方(夫)表口ニ掲セントシタル行爲アルトキ」(大地昭和二・五・一三・新聞二七〇三號一七頁)、「女ニ對シ常ニ過度ノ性交ヲ強要シ徹宵之ヲ性的玩弄ノ具ニ供シ且猜疑心深クシテ女ヲ呵責毆打又ハ監禁スル如キ」(高瀬區昭和二・七・五・新聞二七五四號八頁)、「仕事過重繁忙ヲ極メ、普通農家ニ成長セル被上告人(女)ニ取リテハ其ノ負擔餘リニ過大ナリシ結果、勞働ニ耐ヘス遂ニ病氣トナリタル所、上告人(男)並ニ上告人ノ父母ハ毫モ被上告人ヲ勞ハル心アルナク病人ナル被上告人ニ對シ尙且過激ナル勞働ヲ強ヒテ止マザリシ」(大審昭和五・一一・二九・民三・新聞三二一〇號一二頁)、「被控訴人(女)カ夫タル控訴人ノ所有不動産ニ抵當權ヲ設定シ以テ他人ヨリ借財ヲ爲スニ付、夫ノ同意ヲ得スシテソノ名義ヲ冒用スルカ如キハ到底許シ難キ處置ト云フヘク」(東控昭和六・四・七・評論二〇卷民七一二頁)、「夫タルヘキ者ガ妻タルヘキモノニ對シ不當ニ金錢其他ノ要求ヲ爲シ、此ノ要求ニ應スルニ非ザレハ同棲ヲ許ササルカ如キ」(東地大正七・四・二四・新聞一四〇四號二一頁)、「自己ノ意ニ滿タサルコトアレハ擅ニ家出ヲ爲シ實家ニ戻リシコトハ既ニ八九回ニ達シ」(妙寺區昭和六・八・八・新聞三三〇〇號九頁)、等。

次に正當事由に非ずとされた場合は、「所謂家風ニ合ハサル單純ナル事實」(大控大正五・一〇・一三・新聞一一八二號二五頁、同趣旨、東控大正一〇・一二・六・新聞一九三九號一七頁、東地昭和四・一一・二九・新聞三〇七號一三頁、仙地昭和六・九・一四・新報二七一號二六頁)、「相性方位惡シトノ理由」(東控大正一五・五・一・評論一一五卷民九六一頁)、「年廻リ惡シ」(横地昭和五・八・二七・新聞三一六八號六頁)、「居睡ヲ爲ス習癖アリ又身體羸弱ナル事實」(東地大正九・六・一一・評論九卷民五

三八頁、同趣旨、東控大正一一・六・二七、評論一一卷民六〇三頁)、「婦女カ偶々不治ノ病氣(早發性痴呆性)ニ罹リ」たる場合(大地昭和七・二・二九、評論二一卷民四二九頁)、男が「毎夜ノ如クニ麻雀ニ耽リ……時ニ罵詈擲ヲ爲ス」(横區昭和七・四・一八、評論二一卷民五〇九頁)、「養父ノ遺言」(大審大正一三・四・一四民二・新聞二二五四號二一頁)、「女カ我儘ニシテ仕事ヲ獨斷シ姑ニ口答ヲ爲ス」(松戶區大正一一・二・二七、新聞二三七一號一八頁)、女の父が賭博罪により前科數犯ある場合(東控昭和四・三・二二、新聞三〇三八號九頁)、「新參ノ婿養子トシテ舉式ノ當時兎角不作法」(水地土浦支昭和五・八・四、新聞三一六一號六頁)、夫の母が些細の事に干渉叱責し罵倒冷笑したる場合、若年の女が不貞腐的言動に出る場合(東地昭和五・一一・二六、評論二〇卷民五一頁)、女が病臥せる男に對し暴行虐待をするも、それが入籍に應ぜざりし爲なる場合(東控昭和六・一一・一二、新聞三三六九號一四頁)、男が十五も年上なること(東控昭和五・七・三、新聞三一六二號七頁)、「性格一致セス」(東控大正一一・二・四、新聞二二一三號二〇頁)、等である。

尙、當事者の姦通の場合には、「責ニ歸スヘキ事由」による履行不能と解すべく、父母の同意なきための履行不能は特別の事情なき限り責任なきものと見るべきであらう。

以上を以て大體「婚姻豫約」不履行による損害賠償についての論述を終へたのであるが、尙これに關して、賠償債務の相續を認めたる判例(三三)及び賠償の訴の管轄についての判例(三四)を附加してをく。

三三 大審昭和七・七・八民二・新聞三四五一號一四頁「婚姻豫約不履行ニ基ク慰藉料支拂ノ債務ハ損害賠償ノ債務ニ外ナラサルカ故ニ、不履行ニ因リ當然發生スルモノト解スヘク相手方ノ請求ニ依リ始メテ發生スルモノト解スヘキニ非ス從ツテ相手方カ未タ請求ヲ爲ササルトキト雖、相續ニ依リ相續人ニ於テ之ヲ承繼スヘキコト勿論ナリ」。請求債權の方もこれと同様に解

内縁の法律關係 (清水)

(第五卷 第二號 三二九) 四九

すべきであらう。

三四 東控昭和五・二・二七決定・新開三二二八號四頁「婚姻豫約不履行ニ基ク損害賠償ノ請求ハ一ノ財産權上ノ請求ナルコト疑ヲ容レサルトコロナレハ右訴ハ民事訴訟法第五條ニ依リ其ノ義務ノ履行地ニ提起スルコトヲ得ルモノトス」

(2) 事實上の婚姻としての内縁の效力

内縁は他方に於て事實上の婚姻として見らるべきであり、従つて民法上の婚姻の效果に關する規定がどの程度まで内縁に準用せられうるか、問題となる(三五)。

三五 中川教授・身分法學一六〇頁は「法定の夫婦財産制は内縁に準用して差支へがない。……従つて斯かる協同生活の營まれる外見的事實より出發せる法規は當然内縁にも準用せらるべきであり」と言はれ、

小石判事・前掲一一號四五頁は「内縁は其の實質に於て婚姻と何等異るところがない。……その結合を形成しつゝある婚姻當事者の内部關係的法規——例之、同居義務(七八九)、性的忠實義務、扶養義務(七九〇)、夫婦間に於ける契約の不拘束性に關する規定(七九二)の如き——並に「斯かる協同生活の營まれる外見的事實より出發せる法規——例之、法定財産制に關する規定(七九八—八〇七)、訴訟上の管轄達立會等に關する規定の如き——は當然内縁に準用せらるべきものである」といつて居られる。

美濃部博士・前掲「法學研究」四頁は「夫婦相互の間に於ては、婚姻の成立と共に法律上有效に夫婦となつたもので、敢て届出を爲すことを待たない。何となれば婚姻は其の本質において國家に對する意思表示ではなく、夫婦相互の間の合意であり、其の合意のみに依つて成立することを當然の性質とするからである」といつて居られる所からすると、夫婦相互間に於ては、届出ありたる婚姻と同等の關係を認められて居るようである。

この問題について判例の見解をみると、

(イ) 日用品供給の先取特權に關して

「未タ婚姻ノ届出ヲ爲サ、ルモ相當ノ儀式ヲ擧ケテ夫婦ノ事實存スル場合ニ於テハ其ノ一方ハ自己ノ負擔ニ於テ他ノ一方ヲ扶養スヘキ筋合ナルヲ以テ民法第三百十條ニ所謂債務者ノ扶養スヘキ者ニ包含セララルヘキモノトス」(三六)。

(ロ) 内縁夫婦の同居中に爲した勤勞と不當利得に關して

「元來夫婦カ同居スルハ専ラ夫ノ利益ノ爲メニスルモノニアラズ夫婦共同ノ爲メニ之ヲ爲スモノトス。本件當事者ハ婚姻ノ豫約ヲ爲シ慣習上ノ儀式ヲ擧ケ同居シ事實上夫婦同様ノ生活ヲ爲シタルモノニシテ右夫婦同居ノ場合ト異ル所ナク當事者双方共互ニ共同ノ利益ノ爲メニ家事ニ従事シタルモノナレハ其ノ後雙方合意ノ上婚姻ヲ爲サ、ルコト、ナシ甲女カ實家ニ歸リタレハトテ甲女ノ右同居中ニ爲シタル勤勞ハ全然其損失ニ歸シ乙男ハ之ニ因リ不當ニ利得ヲ爲シタルモノト謂フヲ得ス」(三七)。

(ハ) 内縁の夫の妻の財産管理權について

「婚姻ノ豫約ヲ爲シ結納ノ交換ヲ爲シタルモ未タ婚姻ノ届出セサルニ於テハ男子ハ夫トシテ女子ノ財産ニ付キ管理權ヲ有セサルヲ以テ其男子ヨリ女子ノ財産ノ寄託ヲ受ケタル第三者ハ女子カ所有權ニ基ク財産ノ引渡ノ請求ヲ拒ムコトヲ得ス」(三八)。

(ニ) 内縁の妻の行爲能力について

「事實上婚姻ヲ爲シタルモ其届出前ニ妻カ爲シタル金銭貸借ニ付テハ夫ノ許可ヲ必要トセサルコト勿論ナレハ婚姻届出後ニ於テ妻ハ右金銭貸借ニ基ク債務ノ辨濟期利息ノ元本組入等ノ契約ヲ爲スモ新ニ債務ヲ負擔スルモノニアラサルヲ以テ夫ノ許可ヲ要セサルモノトス」(三九)。

(ホ) 親族會決議の利害關係人なりやにつき

「被相續人ト事實上ノ夫婦關係アリタルノミニテハ民法第九百五十一條第九百四十四條ニ所謂利害關係人ニ該當セサルコトハ言フ歟タサル所」(四〇)。

三六 大審大正一一・六・三民三・集二八〇頁。

三七 大審大正一〇・五・一七民一・錄二七輯九三四頁。同趣旨大地昭六・八・六・新聞三三一・二號一三頁。

三八 東地大正五・五・二・新聞一一七七號一八頁。

三九 大區昭和三・五・二三・新聞二八八三號一二頁。

四〇 大審大正一〇・三・二民三・錄二七輯三九五頁。

(二) 第三者に對する效力

内縁の夫婦が相互に有する所の法律上の婚姻を求め、第三者に對しても主張し得べく、第三者がこの權利を冒すべからざることは當然である。従つてこの權利を侵害したる第三者は不法行爲による損害賠償の責に任じなければならない。内縁の妻と事實上の姦通をしたる第三者に對し判

例は不法行爲となし、更に、婚姻の成立を妨げたる者に對しても不法行爲の責任を認めてゐる。

「第三者カ婚姻豫約ノ效力存續中故意若クハ過失ニ因リ豫約者ノ一方ヲシテ他ノ一方ト婚姻ヲ爲スコトヲ得サラシメタルトキハ豫約者ノ一方ノ如上ノ權利ヲ侵害シタルモノナレハ不法行爲ニ關スル規定ニ從ヒ之レニ對シ其被リタル有形無形ノ損害即チ財産上ノ損害又ハ財産以外ノ損害ヲ賠償スルノ責アルモノトス甲男ハ乙男カ丙女ト婚姻ノ豫約ヲ爲シ婚禮ノ式ヲ舉ケ事實上ノ夫婦關係ヲ持續セルコトヲ知リナカラ乙男ノ不在ニ乘シテ丙女ト私通シ一子ヲ舉ケタルモノトス故ニ甲男ハ乙男ヲシテ右私通以前ノ狀態ニ於テ丙女ト婚姻ヲ爲スヲ得サラシメ乙男ノ婚姻ヲ爲スコトヲ求ムル權利ヲ害シタルモノト謂フベク、之カ爲メニ乙男ハ其品位聲譽ヲ傷ケラレ精神上ノ苦痛ヲ受ケタルモノト認メ得ラレサルニアラサルヲ以テ原裁判所カ…甲男ニ對シ慰籍料ノ支拂ヲ命シタルハ相當ナリ」(四一)。

四一 大審大正八・五・一二民・錄二五輯七六〇頁。

尙、第三者に不法行爲を認めた判例は、盛區大正七・五・三〇・新聞一四二六號一八頁、東地昭和四・一一・二九・新聞三〇七四號一二頁、東控昭和九・六・二五・新聞三七三四號一一頁。

更に、内縁の寡婦に夫の家の居住權を認めた大審昭和八・八・一〇民一・法學三卷三三七頁の判決は内縁の對外的效力の擴大を意味するものとして注目に値する。(中川教授・内縁寡婦の居住權「判批」志林三十六卷五號七〇頁參照)。

X X X

工場法施行令第十二條第三號は「職工死亡當時其ノ收入ニ依リ生計ヲ維持シタル者」といひ、實際上内縁の妻がこの中に含

内縁の法律關係 (清水)

(第五卷 第二號 三三三) 五三

まれて遺族扶助料をうけ得られるわけであるが、その順位低く、甚だ不充分のものである。

美濃部博士・前掲五頁は、届出は民法が定めた效力を生ずるための要件に過ぎないといふ立前から「刑法上の姦通罪及重婚罪の成立についても、婚姻の届出を爲して居るや否やは敢て其の要素を爲すものと見るべきではない。……行政法上の意義に於ての夫婦關係も亦必ずしも戸籍の届出を要件とするものと解すべきではないであらう。殊に例へば、官吏・軍人・職工等の死亡に因り妻が遺族扶助料を受くる権利を有する場合に、其の所謂妻とは必ずしも戸籍上の妻のみに限るものと解すべき理由なく、正式に婚姻したものであることが證明せらるゝならば、當然妻としての権利を有するものと解するのが正當と信ぜられる」と述べて居られる。従來の考方からすると可成り大膽な見解であるが傾聽すべきものである。（をばり）