九州大学学術情報リポジトリ
Kyushu University Institutional Repository

内縁と公序良俗 : いわゆる重婚的内縁の有効性をめぐって

大原, 長和
九州大学教養部教授

https://doi.org/10.15017/1518

出版情報：法政研究. 32 (2/6下), pp.517-544, 1966-03-15. 九州大学法政学会
バージョン：
権利関係：

内縁と公序良俗

――いわゆる重婚的内縁の有効性をめぐって――

大原長和

一　序　説
二　三教授に対する批判
三　無効説による判例
四　有効説による判例
五　特別法上の取扱い
六　比較法的考察
七　結　語

一、序　説

わたくしは、かって「内縁の概念」という小論(一)において、「内縁とは、届出がないために法律上は婚姻とは認め難いが、両当事者に婚姻の意思があり、重婚や近親婚でない関係であって、法律も婚姻に準じて取り扱うべき関係である」と定義した。わたくしの考えによれば、「婚姻とは社会的に正当と承認される一男一女の永続的結合関係

である。したがって、その関係が事実上の婚姻――すなわち内縁と認められるためには、まず一男一女の自由意思に基づく排他的独占的関係でなければならない。その故に、例えばある人に妻（勿論法律上の）と内縁の妻があるというが如きことは考えられず、またある人に内縁の妻が数人あるということもありえない。たとえ当事者が主観的にかかる関係を婚姻関係と信じ、あるいは第三者がそのように評価しても、それは認められないのであるから、内縁関係を認めんとする時は、同一人物につき、法律上の配偶者がないこと、他には内縁的関係の存在しない――事実上の一夫一婦婚であることが絶対的条件となる。かくて、例えば重婚的内縁とか、あるいは公序良俗違反の内縁というが如き問題は発生する余地がない」、ということである。

この拙論に対し、近時、黒木三郎教授から御批判をうけた。(二)氏は、わたくしが重婚的内縁等の公序良俗違反の内縁について、婚姻的効果を否定することについて、肯定し得ない、とされる。

また、我妻栄教授は、その「親族法」(三)（法律学全集）において、この問題について、拙論の一部に触れつつ、わたくしとは反対の立場を主張されている。

さらに、最近、太田武男助教授は、大著「内縁の研究」(四)を著わされたが、その中において、「重婚的内縁とその効果」について詳細に論じ、およそこの問題に関する、学説、判例、特別法上の取扱い、等にわたって極めて豊富な資料を集大成されたが、氏自身の立たれる立場は、重婚的内縁「有効説」であって、わたしのそれとは全く対蹠的である。この意味において、わたくしたちの「無効説」ないし「厳格説」はいまや古くさい旧説におちいったかの如くにもみえよう。したがって、わたくしとしても、これらの批判に対し、反省すべきは反省し、主張すべきものはさらに今一度主張すべき責があるものと考える。

（一）大原長和「内縁の概念」中川善之助教授還暦記念家族法体系Ⅱ婚姻昭和三十四年二六九頁――二九一頁。
（二）黒木三郎「婚姻の成立と内縁」青山道夫教授還暦記念家族の法社会学昭和四十年二〇三頁――二二六頁。
（三）我妻栄「親族法」法律学全集二三巻昭和三十六年第一章婚姻第四節婚姻予約と婚約・内縁第二款内縁一九五頁――二一〇頁。
（四）太田武男「内縁の研究」昭和四十年本論第三章内縁の成立とその効果第三節重婚的内縁とその効果一三七頁――一八三頁。本書は約千頁におよぶ大著であり、内縁に関する比較法的考察からはじまって、およそ内縁に関するあらゆる問題を考察しており、また内縁に関する戦前戦後の殆んどすべての判例を集成している。拙論は氏とは対蹠的な立場に立っているが、資料その他の面において、拙論が本書に負う処大である。

二、三教授に対する批判

まず、黒木教授のわたくしに対する批判から検討してゆきたい。わたくしが、「法律が問題とする内縁は常に公序良俗に違反しない内縁だけである」とし、「内縁が事実として存在するための要件と、事実として存在する内縁が国家から準婚的護を受けるための要件とは、明確に区別して観念しなければならない。はじめから公序良俗違反と分っている関係を婚姻同様に保護しようかどうかと考えることは無駄なことである」(一)と強調したのに対し、黒木氏は、「内縁に準婚的効果的効果として婚姻的効果のうち氏の同一性、子の嫡出推定、相続権を除くすべてを認むべき関係については、大原説を支持したい。しかし、不適齢婚、重婚的内縁、近親婚などについて、それらが民法の規定する近代的婚姻の価値観に違反しているからといって、婚姻効果を全面的に否定し去ることについては肯定し得ないのである」(二)とされる。その理由として、氏は、「重婚的内縁については、旧くはこれを無効とする判例が多かったが、近時はこれを緩和し」て来ており、重婚的内縁も必ずしも公序良俗に反せず、法律上の保護に値する関係とみる判例も

いくつか現れており、判例は、「事実関係の分析に当っては概念法学的画一化を避けて、婚姻的事実に対する具体的な価値判断にもとづいた取扱をしている」ことを指摘されるが、拙論を「肯定し得ない」理由を理論的に構成されているわけではないようである。ただ、氏は基本的立場として、「法律婚主義」に批判的であり、「事実婚主義」を主張しているのであり、内縁にからまる種々の問題も、「届出主義の廃止によって終止符がうたれる」[三]として、立法論を展開されるのであるが、立法論そのものが傾聴すべきものを含むとしても[四]、現行法の解釈の問題として、いわゆる重婚的内縁の問題をいかに理論構成するかは、自ら別個の問題であろう。氏の所説から推察できるところでは「内縁成立の要件を厳格化し、その成立を認めたならば婚姻の効力を最大限準用すべき」であるというのであり、「婚姻規定の適用は、できるだけ狭めて届出のみなき実質的要件を全てそなえた事実婚関係に限定し、他はすべて場合に応じて個別的判断に委ね、一般理論によって保護救済を考えることで十分ではなかろうか」[五]というのであるから、それならば、結果的には、われわれの主張と大差はない、ということになるのではあるまいか。

つぎに我妻教授の御批判について考えてみよう。

我妻教授は「重婚的内縁は準婚関係としての法の保護の外におくと一線を画し、そこに生ずる法律問題は内縁以外の法理をもって妥当な解決をはかろうとする態度もありうる。強いて反対しようとも思わない。しかし、社会的事実としての内縁を一応すべて内縁とし、法律的規律を与える時に、当該内縁の性格を吟味し、各場合についてその効果を勘案する方が一層妥当だと考える」[六]といわれる。

しかして、「考えるべきことは、内縁に伴う法律関係の多面性である。第一に、共同生活における財産共有の推定（七六二条）や日常の家事についての連帯性（七六一条）など、対第三者の関係について、重婚的内縁の故にこれを否定してよいものであろうか。第二に、当事者の保護という関係に限定しても、前記の判決（昭和三一年の大阪地裁

の判決）に現われた内縁の妻の賃借権についてはどうであろうか。第三に、最も制限に値するのは、不当破棄者に対する損害賠償の請求であろうが、この問題についてさえ、一方が善意である場合や、法律上の婚姻が事実上離婚状態にある場合には、特例を認めざるをえないのではあるまいか」とされる。

教授のいわれる「社会的事実としての内縁を一応すべて内縁」とする、という意味は、充分に理解し難い処もあるが、重婚的内縁も内縁として取り扱ってよい、との趣旨ととって差支えないであろう。しかるうえで、「各場合についてその効果を勘案する」というのであるから、要するにいわゆる「ケース・バイ・ケース」で処理せよということになろう。ケース・バイ・ケースで具体的にもっとも妥当な解決を与えよ、ということは、その限りにおいては勿論異論はないが、実務家としてはとも角、いかに「内縁に伴う法律関係が多面性である」としても（内縁に限らず、あらゆる法律関係は多面的であり、法の予測しえざる複雑な新しい問題が生じてくることはいうまでもないことである）、その困難性を克服して、その問題について理論を確立して問題を整理し体系化し、その立場から他の学説や判例等を批判して行くべき責務があるのではあるまいか。

最後に、太田助教授の所説を検討してみよう。

氏は「一夫多妻的な婚姻形態が支配的な状態のもとにおいてならともかく、一夫一婦制の婚姻形態が確立されている現行民法秩序のもとにおいては、配偶者ある者が、重ねて他の者と性的関係に入ることは不貞として離婚原因となるのみならず、通常の場合、それ自体いわゆる『公序良俗』に反する行為であることはいうを俟たない。それゆえ、民法第九〇条に違反する行為として無効であるとするこの見解は、そのかぎりにおいては、正当である。しかしながら、元来、民法総則の規定は、原則として、親族・相続法の領域には親しまず、婚姻が『婚姻の意思なきとき』と『婚姻の届出なきとき』に無効とされているのも、民法総則編の無効に関する規定によるものではなく、とくにその

旨を規定した親族編の第七四二条の規定によると解されており、また、婚姻の取消たとえば詐欺・強迫による婚姻の取消も、民法総則編の第九六条により取消されるのではなく、やはり、とくにその旨を規定した親族編の第七四七条の規定により取消され、その効果も総則の取消の場合と異って遡及しない（七四八条一項）とされていることなどと考え合わすれば、重婚的内縁の無効を民法総則編の規定の導入によって解決しようとすることは、必ずしも適切であるとはいいがたい」[七]とされる。

民法総則の規定は、原則として、親族・相続法の領域には親しまないのだ、という氏の主張には、一般論として賛成する。同じ民法という一つの法典の中に組入れられているが、物権・債権のいわゆる財産法と、親族・相続のいわゆる家族法との間には種々の点に関して異質的要素が余りにも多く、したがって、民法総則の規定には、親族・相続法の中に、幾多の例外規定ともいうべきものが存することは周知のことである。その意味において、従前より「身分法の総則的課題」[八]とか、「親族法の総論的構造」[九]といったようなことが、論ぜられる所以である。

しかしながら、いかに民法総則の規定が原則として家族法の領域には親しまないとはいえ、形式的には民法全体の総則として規定せられている以上、家族法の中に、特に、総則の適用を排除するか、またはこれと矛盾する明文規定が存しないかぎりは、総則の規定を適用して差支えなく、また適用すべきものではあるまいか。婚姻が「婚姻の意思なきとき」と「婚姻の届出なきとき」に無効とされるのは、民法総則の無効に関する規定によるのではなく、とくにその旨を規定した親族法の第七四二条の規定によるのであろうとも、その外に、氏自身も「公序良俗」に反する行為だと認められるいわゆる「重婚的内縁」を民法第九〇条に違反する行為として、その無効を宣言することも差支えないのではあるまいか。

つぎに氏は、重婚的内縁必ずしも公序良俗には反しないと主張される。

曰く、「第二の婚姻関係に入ろうとする場合には、第一の婚姻関係を解消（法律的意味における解消）した上で、第二の配偶者の選択にとりかかるのが正当であり望ましいことは多言を要しないが、すでに何等かの事情によって第一の婚姻関係が事実上離婚状態になっているような場合において、たまたま好配偶者が見付かったような場合には、前夫（前妻）と離婚することを前提として、もしくはその離婚手続と平行して第二の話をすすめることは世間によくあり勝ちなことであり、そのような事情がある場合には、新たに配偶関係に入らんとする相手方も前婚の解消手続は近々のうちに完了してもらえるものと信じ、その手続（法律上の手続）の完了をまたずに婚約もしくは内縁関係に入ることは、これまた世間にその例乏しくなく、しかも、そのような場合には、世人も、右の行為を公序良俗に反する行為とは考えないのが一般ではないかと考える。したがって、法律上の夫婦関係にある者が、他に異性を求めてその者と内縁関係に入ろうとする行為それ自体は、公序良俗に反する行為であるには相違ないとしても、その間の事情如何によっては、とくに前婚が、主として相手方の責めに帰すべき事由によって、全くもしくはそれに近い程度に破綻してしまっているような場合には、必ずしも公序良俗に反する行為であるとはいい切れない場合もあることを注意しなければならない。それゆえ、重婚的内縁を、重婚的であるがゆえに、常に、公序良俗に反するものとして、無効しかも絶対的無効として取扱う無効説は、必ずしも当をえた見解であるとは評しがたい」[一〇]と。

なるほど、事実としては、「前夫（前妻）と離婚することを前提として、もしくはその離婚手続と平行して第二の話をすすめることは世間によくあり勝ちなこと」であろう。しかし、だからといって、相手方が、前婚解消の法的手続の完了をまたずに婚約もしくは内縁関係に入ることが「公序良俗」に反する行為ではない、といえるであろうか。前婚の解消を予定して、いわば停止条件付で婚約すること――それはむしろ「婚約の予約」ともいうべきものであろうが――は、社会的事実としてはとも角、法的保護には価しないであろう。いわんや、前婚解消の法的手続の完了を

またずに内縁関係に入ってしまうことは、「世間にその例乏しくない」として、「世人も、右の行為を公序良俗に反する行為とは考えないのが一般」であろうか。いな、一般には、それは「なすべからざる」ことと評価される――その意味で、公序良俗に反するというべきではあるまいか。

以上述べたようなわけで、わたくしとしては重婚的内縁肯定説に対して、賛意を表しかねるのであるが、判例の動向としては、当初は、殆んどすべて「無効説」ないし「厳格説」であったものが、後には「有効説」ないし「緩和説」をとるものが現われて来たことは事実であるから、ここで、それらの判例を再吟味してみることが必要であろう。

(一) 大原「前掲論文」二九〇頁註(五)。
(二) 黒木「前掲論文」二二〇頁。
(三) 黒木「前掲論文」二二一頁。なお、同氏「婚姻成立における両性の合意」愛知法経論集八集四七頁、同「法律婚における合意についての一考察」私法一二号六〇頁、同「婚姻の届出」家族法大系Ⅱ婚姻一〇〇頁以下等参照。
(四) 黒木教授は、(1)結婚式場を登録制にし、挙式は公認の式場ですることを原則とする。(2)市町村役場に公営の簡易結婚式場を設営する。(3)結婚登録係官の権限を強化し、実質的要件の審査権限を与え、且つ公営の式場に於ては挙式権者の代行的地位に任ずる。其の他の八項目を提案され、かくて未登録の非婚的関係に対しては、婚姻の成立を認めない。したがって一切の婚姻効果を否定すべきである。かかる非婚的関係について保護すべき必要が生じた場合には、婚姻の効果の準用としてでなく、一般的法理の適用によって救済する。かくて婚姻予約理論や準婚理論による擬制は不要となり、もはや内縁法理は役に立たなくなる、とされる。(黒木、「前掲論文」二二四―二二五頁。)
(五) 黒木「前掲論文」二二一頁。
(六) 我妻「前掲書」二〇〇頁。

（七）太田「前掲書」一六〇頁。
（八）中川善之助「身分法の総則的課題」昭和十六年。
（九）沼正也「親族法の総論的構造」昭和三十年。
（一〇）太田「前掲書」一六一頁。

三、無効説による判例

まず、重婚的内縁を否定した判例であるが、その数が多数を占めていることはいうまでもない。いまその幾つかの判例を挙げて、その理論構成を考察してみよう。

第一の事例は、乙男に正妻があったが、同女は訴外某男と姦通家出したあと、甲女に対し、目下離婚手続進行中で、一カ月後には手続完了するであろう、その上正式に婚姻の届出をなすとの約束のもとに、乙男と甲女は事実上の夫婦関係に入り同棲を継続すること一年数カ月に及ぶも、乙男は約束を履行しないのみならず、乙男の両親から虐待・侮辱を受けたので、甲女から乙男ならびにその両親を相手として損害賠償の請求におよんだ事案である。これに対し、大審院は、「凡ソ、甲女カ正妻アル乙男ト事実上ノ夫婦関係ヲ結ヒタルハ、正妻カ他ノ男子ト姦通シテ出奔シ離婚手続ノ準備中ニシテ且ツ乙ニハ真実甲ト婚姻スル意思ナキニ拘ラス之アルモノノ如ク装ヒテ之ヲ欺罔シタルニ因ルカ如キ場合ト雖、右事実上ノ夫婦関係ヲ結ヒタルハ公序良俗ニ反スル行為ニシテ、乙ニ正妻アルコトヲ知リナカラ之ヲ為シタル甲カ、其ノ結果貞操ヲ蹂躙セラレ精神上苦痛ヲ受クルコトアルモ、其ノ損害ノ賠償ヲ請求スルハ、畢竟自己ニ存スル不法ノ原因ニ因リテ生シタル損害ノ賠償ヲ請求スルモノニシテ、斯ル請求ニ対シテハ民法第七百八条ニ示サレタル法ノ精神ニ鑑ミ、敢テ保護ヲ与フヘキ限リニアラス」（大民　昭和一五年七月六日判決　民集一九巻一一四二頁）と判示した。[一]　この判決は、「不法原因給付」の理論の準用で、重婚的内縁の妻の請求を斥けたものであ

る。

第二の事例は、甲女と乙男とは、大正一二年二月挙式、爾来、約三年間同棲、内縁関係を継続していたが、乙男には、それ以前から正妻があり、その後も婚姻関係を解消していない事実関係のもとに、甲女が、右婚姻予約不履行に因る慰藉料を求めて本訴におよんだ事案である。東京地方裁判所は、つぎの如く判示した。曰く「法律上正当ノ妻アル男ガ重ネテ他ノ女ト婚姻ヲナスベキコトヲ約スルハ、刑法ガ第八十四条ヲ以テ重婚罪トシテ処刑ヲ規定シ、民法ガ第七百六十六条（現七三二条）ヲ以テ明カニ禁止セル重婚ヲ目的トスルモノニシテ、斯ル合意ハ畢竟一夫一婦主義ヲ採用セル我法則ニ悖ルモノナルノミナラズ、我国古来ノ一夫一婦ヲ理想ストル美風ヲ破壊スルモノト謂ウベキヲ以テ、如斯意思表示ハ公ノ秩序善良ノ風俗ニ反スル行為トシテ民法第九十条ニ依リ当然無効ナルモノト解スルヲ相当トス。……当事者ノ一方ガ他ノ一方ニ配偶者アルコトヲ知ラズシテ婚姻ノ予約ヲナシタリトスルモ、其予約ノ究竟ノ目的ガ依然重婚タルニ帰スル以上、斯ノ如キ事由ハ該予約ノ前記違法性ヲ阻却スルニ足ラザルモノト謂フベク、従ッテ、当事者ノ一方ガ他ノ一方ニ配偶者アルコトニ付善意ナリシ場合ト雖モ、該当事者間ノ婚姻予約ノ合意ハ到底無効タルヲ免レザルモノト謂フベシ」（東京地　昭和三年四月三〇日判決　新報一六二号一七頁）と。(二) この判決は、民法第九〇条を適用して無効を宣したものであり、当事者が、当事者が「善意」の場合も無効たるを失わない、としたところに注目しなければならない。

第三の事例は、原告（内縁の夫）は、訴外Bと事実上の夫婦関係に入り同棲を継続していたが、Bが被告の不法行為により死亡したので、慰藉料の請求におよんだのであるが、原告には家出した戸籍上の妻があったので、その前提として、原告と亡Bとの関係が、有効にして法の保護に値する内縁といいうるかが問題となった事案である。盛岡地方裁判所は次のように判示した。「戸籍上第三者との婚姻関係の存在するままで成立している内縁関係の適法性とそ

の法律上の効果の範囲は頗る疑問の多い問題であるが、これを公序良俗に反しないとするためには、少くとも、㈠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、㈡これにつき右配偶者との間に完全な自由意思に基く合意の存することが必要であることはいうまでもない。……原告とAとの関係は、原告の右家出以来原告による遺棄の継続に過ぎず、右認定に反し、Aが原告との別居または離婚を真実承認したとの証拠はない。……従って、如何なる意味においても、原告とA以外の他の女との適法な内縁関係を成立せしめる余地はないこと明白である。この間原告がBと事実上の夫婦関係を結んでも、それはひっきょう、夫妾の関係であるか、または一種の重婚的関係となるに過ぎず、とうてい、これをもって公序良俗に反しない正当な内縁関係であるということはできない」（盛岡地　昭和三一年五月三一日判決　下級民集七巻五号三〇四頁）と。この判決も、「公序良俗」違反で否認した例であるが、正妻との関係は「遺棄の継続に過ぎず」、他方の関係は「夫妾の関係」に外ならず、と仲々手きびしい。ただ、注目すべきことは、いわゆる「重婚的内縁」も、「㈠戸籍上の配偶者との間の事実上の夫婦関係が断絶して」おり、「㈡これにつき右配偶者との間に完全な自由意思に基く合意の存する」ときには、公序良俗に反しない場合もありうる、ことを示唆していることである。

（一）本判例に対する批判としては、中川善之助「有婦の男子と悪意にて事実婚を為したる女子の貞操蹂躙に因る損害賠償の請求」民商法雑誌一三巻一一七頁―一一八頁、高梨公之「妻ある男と知って事実婚をした女は貞操蹂躙を理由として損害賠償をなし得ないか」日本法学六巻一二号六二頁などがあり、かかる事実関係ある場合には、公序良俗違反にならないのではないか、との見解があるが、わたくしは判旨に賛成する。

（二）本判決とほぼ同趣旨の判例としては、㈠大民　大正九年五月二八日民録七七三頁、㈡東京地　大正二年二月一四日新聞一九六一年八頁、㈢大民　昭和四年一月二五日評論一八巻民二三四頁、㈣東京控　昭和六年七月二八日新聞三三一〇号四頁などのほか、戦後においても、㈤東京高　昭和三二年七月一一日家裁月報九巻七号二五頁、㈥福岡家　小倉支　昭和三二年

二月一二日審判等があるのであって、判例上も無効説は依然として支持されているのである。

四、有効説による判例

つぎに、いわゆる「重婚的内縁」を有効なものとして承認した、と考えられている判例の検討に移ってみよう。

第一の事例は、原告（内縁の妻）は、大正一四年三月、被告（内縁の夫）よりの後妻としての貰いうけを承諾し、同月末より約五カ月間事実上の夫婦として同棲生活を送っていたが、八月頃被告は原告を苛責し、原告をしてやむなく実家に帰らしめた後、復帰をこばみ、右の内縁関係を一方的に破棄したので、原告より慰藉料の請求におよんだ事案であり、原告が被告と同棲生活を始めた頃には、被告とその正妻との婚姻関係は、すでに破綻しており、離婚届出も作成され、一旦届出られたが、不備のため受理されずに差戻されたままになっていたとのことである。名古屋区裁判所は、「原被告間ニ大正一四年三月末頃婚姻予約成立シタルコトハ……之ヲ認ム。原告ハ、（被告ハ）当時未ダ先妻Aト婚姻中ニシテカカル（被告ト）原告トノ婚姻予約ハ公序良俗ニ反スル無効ノ契約ナリト主張スルニ付、案ズルニ、成立ニ争ナキ乙第一号証ニ徴スレバ一応戸籍簿上被告ト右Aトノ協議離婚ノ届出ハ同年五月一三日トナリ居ルモ、……被告ハ大正一四年三月初旬先妻Aト事実上離婚ヲナシ、当時該離婚届出書ニ被告調印ヲナシタル上、之ヲ右Aニ交付シ同人ニ対シ其届出ノ手続ヲ依頼シ置キタル処、該届書ニ不備ノ点アリタルタメ差戻サレ、後日更ニ之ヲ更正ノ上提出セラレタルガタメ右離婚ノ事実ガ戸籍上ニ登録セラレタル日時ノ遅延ヲ来シタルニ過ギズ。如斯事情ノ下ニ於テ当事者間ニ為サレタル前示婚姻ノ予約ハ、以テ直ニ公序良俗ニ反スルモノトナスベカラズ」（名古屋区　昭和二年一〇月二一日判決新聞二七七四号一四頁）旨を説示して、原告の慰藉料請求を二百円の限度において認めたものである。

この判決で注目されることは、重婚的内縁関係が最後まで継続したのではない、ということである。第二の妻と同棲関係に入る以前に離婚手続を開始しているのであるが、届書の不備のため差戻され、後日改めて更正の上提出、受理されたのであるから、少くとも正式に受理された五月一三日以降の同棲関係は違法性を阻却されたことになるのである。したがって、かかる事情の下における内縁関係は重婚的内縁とみる必要はなく、それが直ちは公序良俗に反するものとすべきでないことも当然といわなければならないであろう。

第二の事例は、直接的には、戸主の家族に対する居所指定権濫用の有無に関する事案であるが、その前提として、その指定の対象となった家族の、その内縁の夫との重婚的関係が、法の保護に値する有効なものとみるべきかが、先決問題として争われた事件であった。具体的には、女戸主Aに甲女および乙男という両人の養子があったが、Aが隠居して乙が戸主となり、乙は台北市に居住していた。一方甲は、Bと内縁関係を結び、広島市に居住し、同棲することすでに十数年に及んでいたが、BにはCという法律上の妻があり、Bとは別居はしていたが、離婚届を出すまでにはいたっていなかった。かかる情況のもとに、戸主乙は、戸主の家族に対する居所指定権を行使して、甲に台北市の戸主のもとに居住すべきことを命じたが、甲が右に応じなかったので、民法第七四九条（現在失効）によって甲を離籍した。そこで、甲は、右は、戸主乙の居所指定権の濫用であるとして離籍無効確認の訴を提起した事案である。大審院は、第一審広島地裁および第二審広島控訴院の見解（いずれも、形式的にせよ、一方に法律上の婚姻関係が存するかぎり、そのような重婚的内縁は、人倫にもとり善良の風俗に反し無効であるとの態度をとっていた）をしりぞけて、つぎの如く説示した。曰く「然レドモ、斯ノ如クB（内縁の夫）ハ、カツテCト婚姻ヲナシタルモ其ノ後全然之ト別居シテ同棲セズ、上告人（控訴人・原告、男―内縁の妻）ハ養母Aノ意思ニ従ヒCト別居後Bト事実上ノ婚姻ヲ為シテ同棲十数年ニ及ブト云フニ在ルモノナレバ、苦シBトCトノ別居関係ニシテ、事実上ノ協議離婚ニ由ルモノナ

ルカ又ハ之ニ類スル事由ニ基クモノナルニ於テハ、上告人ガ前記ノ如ク養母其ノ他ノ近親者ノ承認ヲ得テBト事実上ノ婚姻ヲ為シ之ト同棲スルモ必シモ之ヲ以テ人倫ニ悖リ善良ノ風俗ニ反スルモノト云フベカラズ」(一)（大民　昭和一二年四月八日判決民集一六巻四一八頁）と。

この判決は、今日からみればまさしく時代錯誤的な戸主の家族に対する居所指定権の濫用の有無に関するものである。そもそも戸主の居所指定権なるものが認めらるべきでないものである。されば居所指定権に関する判例の殆んどがその濫用を認められているのである。本件も要するに、かかる場合は濫用になる、と判示すればよいのであり、その前提として、重婚的内縁が必ずしも人倫に悖り善良な風俗に反するものでない、と立証する必要があっかた否か疑問におもう。この事件は、原告・被告は共に養子で血縁関係なく、前戸主の死亡後財産の相続問題等をめぐって不仲を生じ、新戸主が自己の利益を擁護するために、被告を「除籍」せんがために戸主の居所指定権を行使せんとしたのであろうと推察せられ、他方に於て、被告の行為は「公序良俗」に反するものではあるが、一般的に人は現在の生活の基礎をみだりには剝奪されない権利を有するとして、かかる事情のもとにおいて、居所指定権の濫用を確定することも決して不可能ではなかったのではあるまいか。いずれにしても、この判例は時代錯誤的権利に関するものであり、重婚的内縁に関する論旨は傍論に過ぎず、今日においてなお、リーディングケースとしての価値を有するとはいえないのではあるまいか。

第三の事例は、有婦の夫（被告）が、会社勤務の同僚の女性（原告）と知合い、「自己の妻は病床にあって子供もあるが現在別居中であり、離婚の予定である」と告げ、やがては「離婚した」と告げ、約二〇〇日近く同棲生活を送ったが、やがて、もとの妻と再婚したので慰藉料等の請求におよんだ事案に関する。東京地裁は、「以上の認定の事実によれば、原被告は昭和二八年中将来婚姻すべき約束の下に関係し、其後この関係を継続し、昭和三〇年四月二七

日から……内縁の夫婦として同棲して居たもの即ち所謂婚姻予約の関係に在ったものと認めるに十分である。……唯本件に於ては前掲認定の如く被告には戸籍上の正当な妻があったのであり、原告が被告と単なる同僚として交際を始めた当時そのことは被告の言によって原告も知って居たのであるが、被告は同人の妻が病気であり離婚することは既定事実である旨を原告及び周囲に吹聴して居り其後離婚したとも告げられたため、原告は被告は最初肉体関係を持った時は勿論その後昭和二九年一〇月二六日興信所の報告ある迄は、被告の離婚済みであることを信じて居たことは前段認定の通りであり、又その後も前段認定の如き曲折をへて三一年七月一五日迄その関係を継続して居たものであること而も昭和三一年四月二日には被告と妻と協議離婚したことは被告の自認及び前記乙第一号証の記載によって明らかであるから、以上の事情の下に成立した本件予約は少なくとも原被告間に於ては法律上有効なものと認めるを相当とする。然り而して被告がその後原告との婚姻を断念し昭和三二年二月一八日再び前妻と届出による婚姻をしたことは被告の自認及び乙第一号証の記載によって明らかである。……以上の如くであるから、被告は前妻との再婚によって原告との間の婚姻予約を理由なく破棄したものと認めるを相当とする。……以上の事実と……諸般の事情とを綜合参酌すれば、被告から原告に支払うべき慰藉料の額は、原告請求通り金四十万円を相当と認める」（東京地昭和三四年一二月二五日判決家裁月報一二巻六号一四八頁）と判決した。

この事案も、第一の事例同様、婚約をなしたるときないし同棲関係に入った当初は明らかに重婚的関係であったことに間違いはないが、後日には協議離婚がなされたのであるから、協議離婚成立後は重婚的関係とはいえない。(三) したがって、厳密な意味では、本件も重婚的内縁を有効とした事例として挙げられることは適切とはいいえないのではあるまいか。

第四の事例は、甲は訴外乙に家屋を賃貸した。乙は当時から丙女およびその間に出生した子と居住していた。乙死

亡後甲が丙に明渡しを請求した事件であるが、乙にはすでに別居せる戸籍上の妻子があったので、甲は丙は乙の内縁の妻ではなく妾にすぎず、したがって丙は乙の相続権はなく、それゆえ右家屋の賃借権は丙に相続されていない、と主張した。

これに対し、大阪地裁は、「妾関係であるかは、……法律上の妻が別に存するかどうかを決定的標準として区別することはできないのであって、例えば、法律上の夫婦が離婚の合意をして別居し、その間に夫婦共同生活の実体が全然存在しないが離婚の届出はしていない講学上事実上の離婚の場合、相互に貞操の義務を負わないとしなければならないからこのような夫が他の女性と婚姻予約を締結して同棲したとき、その関係は内縁の夫婦関係として法により保護されるべきであって、戸籍上妻が別にあることから、その関係を妾関係とし、公序良俗違反を理由に法の保護の外に置くのは相当でない。従って、妻があっても必ずしも内縁の夫婦関係の成立を否定すべきでない場合がありうる」との立場にたち、「乙と丙との関係は、少くとも一五年以上も続き、その生活は挙げて丙らとの居住家屋における生活であり、本籍地にある妻丁との間には夫婦としての共同生活の実体は何等見当らないわけであって、乙と丁はただ戸籍上夫婦であったに過ぎず、事実上の夫婦関係は丙との間にあったとしてよい。そうすると丙は同人の妾ではなく内縁の妻として遇せらるべきである。とは雖も、同人は……死亡し、居住家屋の賃借権は、その相続人である妻丁と〔その子供〕が相続したことになる。しかしこれらの者が居住家屋に住んだことがなく、賃借人であった乙と居住家屋における生活共同者は原告らだけである。……賃借人が死亡しその賃借権を他に居住している相続人が相続してしまうと、賃借人と共同生活を営んでいた者（本件では内縁の妻）が忽ち無権利者となってその生活の基礎を失うとするのは不合理であり妥当を欠くとしなければならない。むしろ共同生活を営んでいた者の居住は保護さるべきであって、これらの者は、相続人が相続した賃借権を援用して引続きの居住を続けることができると解するのが相当で

ある」（大阪地　昭和三八年三月三〇日判決　判例時報三三八号三六頁）と判示した。(三)

この判決のポイントは、「賃借人と共同生活を営んでいた者が忽ち無権利者となってその生活の基礎を失うとするのは不合理であり妥当を欠く」ということであり、したがって、「共同生活を営んでいた者の居住は保護されるべきである」、という論旨に外ならない。わたくしもこの結論には全面的に賛成である。しかし、その結論に導くために、本妻があるのに、別に内縁の妻を認めるというのはそれこそ「不合理であり妥当を欠」いている。丙は「共同生活を営んでいた者」として当然に、引続き居住する権利を承認してよいのではあるまいか。仮に本判決の如く丙を内縁の妻と認めたところで直接に賃借権を相続できるわけではなく、賃借権の相続権は本妻の方にあり、それを内縁の妻は援用して居住を続けることができるに過ぎないというのであれば、丙を内縁の妻であるかどうかと議論することは、無意味なことのように思われる。

（一）本判決に対する批判としては、穂積重遠「判例民事法〈昭和一二年度〉」一〇四―一〇五頁、中川善之助「居所指定権の濫用」親族相続判例総評〈第三巻〉一一五―一一六頁などがある。

（二）重婚的関係なるが故に婚姻障害があり、その障害が後に除かれた場合に、その内縁的関係が保護される問題については、後述のコモンロー婚参照。

（三）ほぼ同趣旨の判例として、大阪地　昭和三一年八月二七日下級民集七巻八号二一四頁があり、林良平「賃借人死亡後の内縁の妻の賃借家屋に対する居住権」法学論叢六三巻三号一一〇―一二三頁が賛成的批評をしている。

五、特別法上の取扱い

内縁関係の法的取扱いが問題となるのは、単に民法上だけではなく、特別法上においても問題が生じる。すなわ

ち、労働法やその他の社会立法においても、内縁の配偶者をも法律上の配偶者に準じて取扱おうとする傾向があることは周知のことである。その場合、内縁の配偶者のなかに重婚的内縁の者をも含ましめているか、という問題である。

まず国家公務員災害補償法は、「職員が公務上死亡した場合においては、国は、遺族補償として、職員の遺族に対して、平均給与額の千日分に相当する金額を支給する」（一五条）、「㈠前条に規定する職員の遺族は、左の各号に掲げる者とする。(1)配偶者（婚姻の届出をしないが、職員の死亡当時事実上婚姻関係と同様にあった者を含む）、(2)子、父母、孫及び祖父母で職員の死亡当時主としてその収入により生計を維持していたもの、(3)略、(4)略。」と規定し、人事院規則「国家公務員災害補償の取扱について」（昭和二六年七月一日人規二四―三七五〇号）は、右の字句を更に説明して、法第一六条第一項にいわゆる「婚姻の届出をしないが、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」とは、「戸籍上の配偶者がいない場合に限り、その者を配偶者として取扱うものとする、但し、その者が戸籍上他人の配偶者であった場合は、配偶者と認めない」と説明している。したがって、重婚的内縁の配偶者は国家公務員災害補償法において、遺族補償をうける遺族の対象とならないことは明らかである。

つぎに労働基準法第七九条は、遺族補償を受ける者を、「遺族又は労働者の死亡当時その収入によって生計を維持した者」と規定し、それを受けた労働基準法施行規則第四二条は、「㈠遺族補償を受けるべき者は、労働者の配偶者（婚姻の届出をしなくても事実上婚姻と同様の関係にある者を含む。以下同じ）とする。㈡配偶者がない場合には、遺族補償を受けるべき者は、労働者の子、父母、孫及び祖父母で、労働者の死亡当時その収入によって生計を維持していた者又は労働者の死亡当時これと生計を一にしていた者とし、その順位は、前段に掲げる順序による……」と規定している。したがって、内縁配偶者も、届出をした配偶者と同様、第一順位において受給資格があることは、法

文上明らかである。しかして、重婚的内縁の配偶者もまた、通常の内縁配偶者と同様、配偶者として第一順位において、受給資格を認められうるか、というに、実際問題となった事例[二]において、労働基準局はこれを否定している。

また労働者災害補償保険法は、同法第一二条第一項第四号の遺族補償の保険給付は、「遺族又は労働者の死亡当時その収入によって生計を維持した者に支給する」（一五条一項）と規定し、それをうけた同法施行規則第一六条は、「遺族補償費の受給順位」として、「㈠法第一二条第一項第四号の遺族補償費を受けるべき者は、労働者の配偶者（婚姻の届出をしないが労働者の死亡当時事実上婚姻と同様の関係にあった者を含む。以下同じ）とする。㈡配偶者がない場合には、遺族補償を受けるべき者は、労働者の子、父母、孫及び祖父母で労働者の死亡当時その収入によって生計を維持していた者、又は労働者の死亡当時これと生計を一にしていた者とし、その順位は、前段に掲げる順序による。」旨を規定している。しかして、そこにいわゆる内縁の配偶者が、重婚的内縁の配偶者を含むものと解しうるかについて、実務先例はこれを認めていない[三]。

さらにまた、厚生年金保険法は、遺族年金の受給資格者につき、「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」（三条二項）としているが、重婚的内縁の配偶者についての社会保険審査会の裁決例は、やはり、つぎのように述べて、内縁配偶者と認めていない。

「本法が、『労働者及びその遺族の生活の安定と福祉の向上に寄与することを目的とする』ことからして判るとおり、その解釈に際しては、社会の実態に則しつつ、その目的に適合するよう努力すべきことは言うまでもないところであるが、この場合においても、強行法規に反し、公序良俗に反する法律行為までを法の保護の対象に入れることは許されないとしなければならない。けだし、公序良俗を維持してゆくことは国家社会の一般的利益に適合し、これは

また時代の一般的倫理観にも合致するからである。したがって、本法において届出はしてないが、事実上は婚姻関係と同様の事情にあるものというのは、届出をすることによって当然法律上の配偶者の地位を得ることができるものにしぼられるのであり、他に法律上の配偶者が存在すれば、いわゆる内縁関係に在る者は、民法第七三二条に規定する重婚の禁止に触れ、厚生年金保険法においても配偶者として認めることはできないことになるのである。」

（一）事例は、「Aの夫Bは、精神耗弱者なるため鉱山を失職したが、Aは、その後S鉱山において選鉱婦として働いて一家の生計を立てていた。死亡労働者Cは、乙鉱山に就職しB方に下宿することとなったが、その間Aと関係を結び、その事実を夫Bに発見されたので、B家を去り、Cの家においてCと同棲し、Cは、丙鉱山会社に対しては、Aを妻として届出、その後業務上死亡するまで家族手当をうけていた。右のAが、内縁の夫Cの死亡を理由に遺族補償の支給を請求した」のに対し、労働基準局は、「AとCとが同棲生活を営んでいたとしても、その事実をもって両者の関係を『事実上婚姻と同様の関係にある者』とすべきではなく、両者の関係はただ単なる継続した姦通関係とみるべきであるから、労働基準法施行規則第四十二条第一項の規定による事実上婚姻と同様の関係にあるものとしての受給資格はない」（昭和二二年一二月一〇日附基発第六四号）と裁定した。

（二）Fの夫Aが応召、七年の長きにわたって音信不通、生死不明の状態であったので、FがAの家族と別居し、Y男と知りあい、Yの炭鉱でYの内縁の妻としての取扱をうけ、Yが事故死するまで、同棲を継続していた。その間、Aは生還したが、Fとの復縁には積極的でなく、むしろ他の婦人と関係しており、AF間は、事実上離婚と同様の状態であった。なお、Yの母MはYの姉の夫によって引取扶養をうけており、Yは母Mに対して月千円程度の小遣いを送っている程度であった。この事案に対し労働基準局は「Fは、有夫の婦であるから、労災保険法施行規則第七条第一項にいう『婚姻の届出をしないでも事実上婚姻と同様の関係にある者』に該当する者と認められない。但し、死亡者Yの収入によって専ら生計を維持していた者である限りにおいては、同条第三項の『生計を維持した者』には該当する。従って、Fは、死亡労働者の母Mが、Yの収入によって専ら生計を維持していたと認められない場合には、遺族補償費の受給権者となることができるものである」（昭和二六年一月三〇日附労基収第三二三四号）と裁定した。

六、比較法的考察

わが国における判例および特別法上における重婚的内縁の取扱いの大要は以上の如くであるが、かかる問題に関して外国においては如何に考えられているであろうか。

わが国の内縁に比較されるものとしては、フランスの「自由結合」（union libre）ないしコンクビナージュ（concubinage）、[一] 英米法におけるコモン・ロー婚（common law marriage）等が挙げられる。婚姻制度そのものの相異からして、それらはわが国の「内縁」に相当するものとはいい難い面を有するが、しかしともかく、それらにおいても、今われわれの問題としている重婚的関係に関する判例が存するので、それらと比較法的考察を行なうことは、他山の石として無益ではあるまい。

まずフランスにおけるコンクビナージュは、独身男女の準婚的共同生活を指す場合には、日本の内縁と正しく同じであるが、男に正妻のあることがコンクビナージュの関係を成立せしめる障害となるかが問題とされる場合がある。それを「姦通的コンクビナージュ」[二]（concubinage adultère）などと呼ぶこともあるが、それはむしろ「妾」（maîtresse）と呼ぶべきであろう。

判例は、内縁の妻としての有形無形の損害賠償請求事件について、これを認めたものと認めないものとがあるが、[三] [四] 認めないものが大部分であり、否認する判決は内縁そのものを「善良の風俗に反する事実状態」でしかあり得ない、としている。すなわち、コンクビナージュという関係の道義的反省が、常に問題を新たにし、複雑にしているのである。フランスの判例は、道義論の上に立っているが故に、初めは内縁の場合をも白眼視した。しかしこの態度が押し通せなくなったとき、判例は一歩を譲り、コンクビーヌ（concubine）[五] のうち純粋の内縁婦だけは正当視するが、妻あ

る男の妾である者には常に保護さるべき正当な利益はないという立場をとっている。すなわち、一夫一婦的なコンクビーヌの請求は理由ありとせられ、一夫多妻的なコンクビーヌの訴は棄却される。かかる訴の請求を容れることは正しく「われわれの法律と道義とに反し、婚姻の尊重、家庭の保護に背くものといわなければならない」[六]といわれているのである。すなわち、フランスのコンクビナージュにおいて、法的に保護せられているのは、重婚的関係でないものに限られる、とみてよいであろう。

つぎに、主としてアメリカにおけるコモン・ロー婚における重婚的関係の取扱いについてみてみよう。[七] コモン・ロー婚はイギリスにおいて成立し発達したものであるが、一七五四年のハードウィック法（Lord Hardwicke's Act, 1753）が教会儀式婚主義を確立し、違反者には厳罰をもって臨み、それ以外の婚姻を無効ならしめにいたって以来、コモン・ロー婚はイギリスにおいては発達しえず、主として英法を継受したアメリカにおいてのみ実際的な意義を有するに過ぎなくなった。アメリカにおいては、フロンティアの段階において、生活の物理的困難のため独身者より既婚者の方が生存が容易であったにもかかわらず、当時においては、婚姻許可状（licence）を発行し、結婚式を行なう権威を認められている役人の所に行くことは困難であったので、コモン・ロー婚が発達したのだといわれている。したがって、最近では、コモン・ロー婚を認めた必要もうすらぎ、現在では僅かに一七州のみがコモン・ロー婚を認めているにすぎず、さらに時を追って認めない方向へ進んでいるのである。

さて、そのようにアメリカにおいても、コモン・ロー婚、すなわち内縁的なものそのものを否認する方向にあることを銘記しなければならないが、コモン・ロー婚を認める州においての重婚的関係に対する態度は如何であろうか。

コモン・ロー婚を認める州における一般原則は、有効な儀式婚に対する障害がなくなった後にも二人の同棲が続けば、二人の間に以後夫婦になるという新しい合意はなくても有効なコモン・ロー婚を構成する、[八] ということである。

もっともある裁判所は、同棲がその初めに不正なものであった場合には、障害がなくなった後に二人の同棲が続いたというだけでは結婚を成立させないと主張した。これは、初めに不正であった同棲は、反対の意思が示されるまで、不正として続くという法的推定にもとづいている。

したがって、二人が明らかに結婚を欲し、結婚の合意や挙式というような証拠でその望みを達するために全力を尽したが、二人のうち一人がまたは両方が、生きていて離婚もしない夫または妻をもっていたため、その他の理由で、結婚が禁じられていたという事実のために、その結婚が無効であるというような場合には、その障害のなくなった後二人によって結婚の合意がなされねばならぬということは命令的である、とされている。また、一方が生きている妻をもっていることを知りながら再度結婚し（第二の妻は最初の結婚を知らない）、かかる第二の結婚の下に同棲中、最初の妻が死んだが、夫はその死を知らなかったという場合に、最初の妻の死後コモン・ロー婚があったとされた判例が(九)ある。これに反して、二人がお互いに不正な関係から区別されるものとして結婚を欲し、意図していて、かかる希望と意図が、明らかに夫婦の関係における同棲の継続により証拠づけられ、障害のなくなった後も続いたならば、二人は障害がなくなるや否や結婚したものとみなされるというが、大多数の判例の(一〇)意見のように思われる。

このようにみてくると、一般的にいって、アメリカのコモン・ロー婚においても「重婚的内縁」は否認せられている、とみるべきであろう。

（一）union libre とconcubinageとは、大体同意義に解する学者（Planiol et Ripert, Traité élémentaire de Droit Civil, 1932, t. I., p. 265およびCarbonnier, J., Droit Civil, 1955 t. I.〔144〕）と、concubinageは婚姻していない男女の情交関係一般を、union libre は生活の完全なる共同関係を伴った関係を意味すると理解する学者（Esmein, P., Le problème de l'union libre, 1936, p. 1）とがあるようであるが、一般にはそれほど厳格には区別していないようである（中川良延「フランス民法と内縁」小樽商科大学五十周年記念論文集四八五頁）。

(二) 中川善之助「生命侵害に於ける反射損害、特に無形損害」（同著・身分法の総則的課題所収）三〇〇頁。
(三) Montpellier, 24 juin 1924, D. 24, 2, 145.
(四) Amiens, 28 juil. 1924, D. 24, 2, 145 : Rennes, 26 mai 1926, S. 26, 2, 120.
(五) concubinageは内縁的関係を指し、concubineは当事者を指す。
(六) Paris, 18 mars 1932, cité par M. Beucher, Concubinage, p. 63.
(七) 米国のコモンロー婚については、不破勝敏夫教授の詳細な研究、不破勝「米国のコモン・ロー・マリッジ」昭和三十六年がある。氏によれば「Common Law Marriageとは、法律的に婚姻契約をする能力のある人達の間で、特別の形式の挙式をしないで、ただ夫婦の関係に入るというお互いの合意（mutual agreemnt）だけにもとづいて行われた結婚をいう」（同書一頁）と定義されている。
(八) Chamberlain v. Chamberlain, 68 N. J. Eq. 736, 62 Atl. 680, 6 Ann. Cas. 483.
(九) In re Fitzgibbons' Estate, 163 Mich. 416, 127 N.W. 313, 139 Am. St. Rep. 570.
(一〇) Adams v. Adams, 57 Miss. 267, In re Wells Estate, 123 App. Div. 79, 108 N.Y.S. 64, aff'd. 194 N.Y. 548, 87 N.E. 1129; Barker v. Valentine, 125 Mich. 336, 84 N.W. 297; Hawkins v. Hawkins, 166 Ga. 153, 142 S.E. 684 etc.

七、結　　語

重婚的内縁に対する判例の動向、特別法の取扱い、外国法の態度は右に観来った如くである。わが国の特別法および外国法が重婚的内縁を認めていないことは明らかである。わが国の判例もこれを無効とするものが多いが、これを必ずしも公序良俗違反とみない判例もいくつかあることも事実である。しかし、それらの判例も仔細に検討してみれば、重婚的内縁有効論は傍論として主張されたのが大部分であり、それらの事案の中心的問題を解決するためには、必ずしも重婚的内縁有効説を採用する必要はなかったのではないかと思われるのである。太田助教授によれば、重婚

的内縁に関する学説には、㈠無効説、㈡相対的無効説、㈢有効説の諸説がありうるとされている。無効説は、重婚的内縁は公序良俗に反するものなるがゆえに無効とするものであり、(二)相対的無効説は、重婚的内縁は公序良俗に反するものなるがゆえに無効であるとしても、その無効は、善意の当事者や第三者に対しては緩和されるべきものであるとの説である。(三)これに対し有効説は、重婚的内縁も無効ではなく取消しうるに止まり、したがって、取消されるまでは有効であるとする見解である。(四)

しかして、太田助教授によれば、重婚的内縁に関する学説は、あたかも、判例の進化とともにこの順序で発展し来ったごとく説かれている。さすれば、重婚的内縁無効説は、今日においては最早その意義を失った古典的学説であるかの如くとられよう。しかし、果してそうであろうか。

民法の規定で重要なことは「婚姻は、戸籍法の定めるところによりこれを届け出ることによって、その効力を生ずる。」（第七三九条第一項）と「届出なければ婚姻なし」と、はっきりと法律婚主義を宣明しているということ、ならびに、「配偶者のある者は、重ねて婚姻をすることができない。」（第七三二条）と、重婚を厳禁し、一夫一婦婚主義を確立していることである。その重要性を充分に認識するならば、届出なき事実婚としての内縁の保護にしても、あくまでも例外措置として認めるべきであり、いたずらに拡大して、重婚的な関係にあるものにまで及ぼそうとする見解や、重婚は禁ぜられているとはいえ、当然無効ではなく、取消しうるものに過ぎないから、重婚的内縁も、公序良俗に反するがゆえに当然無効と解すべきではなく、それは、婚姻の取消しうるに止まり、したがって、取消されるまでは有効である、とする見解は、法の規定の形式に拘泥して問題の本質を見誤まったものとみる外はないであろう。もちろん「公序良俗」なる観念は、必ずしも絶対的なものではなく、時代により場所により変遷しうるものである。やがては「重婚的内縁」をも必ずしも公序良俗に反しない、とみなす時代がこないとは言いえまい。しかし少

くとも現在のわが国においては、重婚的内縁は公序良俗に反するとみるのが一般の考えではあるまいか。ある事実が、公序良俗違反になるか否かを判断する一つの基準は、実定法にあると考える。実定制定法上重婚が厳禁せられ、法律婚主義が確立せられている以上、形式的実質的にそれらの原則と矛盾する事実は、法律上「公序良俗」違反になると考えるのがきわめて自然ではあるまいか。(六) さすれば、それが法律上保護されないことも当然のことである。しかし、一方において、法の解釈はいたずらに形式論理におぼれることなく、その解釈は社会の実態に則し、その目的に適合するように努力すべきものであることも言うまでもない。その意味で、内縁とは認めえず、したがって、婚姻予約理論や準婚理論では説明しえないが、他の法の一般原則によって保護救済しうるものがあるとするなら、それは望ましいことであることはいうまでもない。しかし、結果の具体的妥当性のみに拘泥して、基本的立場をゆがめ、理論の一貫性を曲げることはなすべきではあるまい。

つまり、われわれの考えは、内縁の概念は厳密に規定し、「重婚的内縁は準婚関係としての法の保護の外におこう」(七) とするものであり、もし重婚的内縁関係なるが故に一概に否定しえない法律問題が生じたならば、「内縁以外の法理をもって妥当な解決をはかろう」とするものであるから、その限りでは、結果的には、重婚的内縁有効説とそう大きくは異ならないことになるであろう。

(一) 太田「前掲書」一三九頁

(二) 無効説に属するものとして、太田氏は小石寿夫判事と清水兼男教授を挙げている。

(三) 相対的有効説を説くものとして、中川善之助教授が代表として挙げられ、永田菊四郎教授、柚木馨教授、島津一郎教授等も同様であり、この見解が昨今の通説であろうとされている。しかし善意の重婚的関係は保護に値するという立場をとった判例はないようである。なお太田氏は我妻授をこの範疇に入れているが、わたくしは我妻教授は有効説の方に近いのではないかと思う。

（四）有効説の代表者として於保不二雄教授が挙げられているが、太田氏自身もこの立場をとられている。

（五）太田「前掲書」一六二頁。

（六）法律上の婚姻が実質上解消同様の状態におちいっており、これに対し他方の関係が相当の長期にわたり、当事者も内縁の夫婦と信じ込んでいるような状態に達しているときには、その関係はもはや「公序良俗」に違反するとはいえまい、という見解もありえよう。しかし、公序良俗違反は本来主観的なものではなく、客観的なものであり、その客観性は実定法を規準として判定されるべきものであるから、かかる見解には同意し難い。同様に、民法九〇条による公序良俗違反は客観的なものであるべきだという趣旨から、当事者の善意・悪意によって差別をつけようという相対的無効説は論理の一貫性を欠いているのではあるまいか。この意味で英米法で「公序良俗」のことを policy of the law または public policy というのは示唆的である。

（七）我妻「前掲書」二〇〇頁。