HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	選択的男女関係破棄の損害賠償責任に関する一考察　－平成一六年再判を機縁として－
Author(s)	和田, 美江
Citation	北大法学論集, 56(4), 359-386
Issue Date	2005-11-30
Doc URL	http://hdl.handle.net/2115/15410
Type	bulletin (article)
File Information	56(4)_p359-386.pdf

Instructions for use

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

研究ノート

選択的男女関係破棄の損害賠償責任に関する一考察

――平成一六年最判を機縁として――

和田美江

目次

一、最判平成一六年二月一八日の紹介
(1) 事実関係
(2) 判旨
二、問題の所在

（1）内縁（婚姻外男女関係）問題の発生
（2）婚姻外の男女関係を一方的に破棄したことについての不法行為責任の有無
（3）ライフスタイルの多元化・男女関係の多様化の現代的意義
三、従来の内縁保護に関する判例・学説
（1）内縁保護の判例法理
（2）内縁保護法理に関する学説
四、ライフスタイルとしての選択的内縁（事実婚）
（1）多様な生き方としての事実婚
（2）婚姻制度との関係
（3）主体的な選択肢としての親密圏
五、事実婚の一方的破棄と不法行為責任
六、憲法的価値としての婚姻の合意
七、本判決の評価

婚姻外の男女の関係を一方的に解消したことにつき不法行為責任が否定された事例

最高裁平成一六年一一月一八日第一小法廷判決（平成十五年（受）第一九四三号、損害賠償請求事件、破棄自判）判例時報一八八一号八三頁、判例タイムズ一一六九号一四四頁

［参照条文］民法七〇九条・七一〇条・四編二章一節（婚姻の成立）

一、最判平成一六年一一月一八日の紹介

（1）事実関係

X女は大学四年生であった昭和六〇年一一月に、結婚相談所を通じてY男と知り合い、翌月に婚約はしたが、翌年三月に婚

約を解消した。その際に、結婚する旨の報告をしていた関係者に対し、「お互いにとって大切な人であることにかわりはないため、スープの冷めないぐらいの近距離に住み、特別の他人として、親交を深めることに決めました。」との記載書状を、法律婚に服さない関係を結ぶ趣旨で、連名のもとに発送した。XとYの関係は、婚約解消後も続き、平成一三年に至るまで十六年間にわたった。

XYはその住居を異にしており、合鍵を持ち合うことも、YがX宅に泊まったときに一緒に食事をすることもなく、それぞれが自己の生計を維持管理しており、共有財産もなかった。Xは出産には消極的であったが、Yの要望が強かったため、出産費用と養育は全面的にYが責任を持つという約束のもと、Xは平成元年六月六日長女を出産した。長女の出産に際し、子どもの法律上の不利益を避けるために、出生の日に婚姻の届出をし、翌年九月二六日に協議離婚の届出をしている。XはYから出産に関する費用のほか、Yの親からも出産費用として約六五〇万円を受け取った。長女はYの母に引き取られ養育されているが、Xはその養育にかかわることはなかった。Xは平成五年二月一〇日、Yとの間に長男を出産した。長男の出産は異常出産であって、Xも一時は危篤状態に陥っている。Xはその出産に先立ち、子どもの養育で自分の仕事が犠牲にならないように子どもの養育放棄を要望し、平成四年一一月一七日に養育内容を取り決め、公証人の確定日付を受けていた。長男の出産の際にも、XはYから相当額の出産費用を受け取り、XYで長男の出生の届出日（平成五年二月十九日）に婚姻の届出をし、同月二三日に協議離婚の届出をした。長男はYの判断で施設に預けられたが、Yが訴外Aと婚姻したことにより平成一四年三月Yらのもとに引き取られた。長男出産前後XYの関係は悪化しYのXに対する暴力行為や、YによるX宅の玄関ドアの損壊などがあり、半年間ほど絶交状態にあったが、その後関係が修復し、仕事の面で協力したり、一緒に旅行をしたりしている。

しかし、Aは平成一二年ころYと知り合い、思いを寄せ交際を続け平成一三年四月三〇日、Yと話し合い、結婚を決意した。そして、Yは同年五月のXとの京都旅行をキャンセルし、一人で京都旅行をして帰ってきたXに対し東京駅で今後は今までのような関係を持つことは出来ない旨を記載した手紙を渡し、他の女性と結婚する旨を告げた。YとAは同年七月一八日、婚姻の届出をした。そこで、XはYが突然かつ一方的にXYの「パートナーシップ関係」の解消を通告し、Aと婚姻したことが不法行為に当たると主張して、慰謝料五〇〇万円の損害賠償を請求

した。

第一審東京地裁平成一四年一二月二五日判決は、XとYとの関係は、法律上の夫婦同様の関係であるとまでいうことができない上、終生、相互に協力し、扶助する義務があり、一方当事者の意思で解消することができない永続的な関係であると解することはできず、その関係の継続をYに強制できるものではなく、Xの精神的苦痛に対する法的な賠償をYに求めることはできないとして、Xの請求を棄却した。

これに対して原審東京高裁平成一五年八月二七日判決[1]は、第一審判決を変更し、以下の理由でXの請求を一部認容して一〇〇万円の慰謝料請求を認めた。すなわち、XとYとの関係は婚姻届を提出せず、法律婚として法の保護を受けることを拒否し、互いの同居義務、扶助義務も否定するという、通常の婚姻ないし内縁関係の実質を欠くものであったことが認められる。そのような関係は、その維持を専ら両者の自由な意思のみにゆだねるものであり、法的な拘束性を伴うものではないと解されるから、その解消に当たっては、互いに損害賠償責任を生ぜしめるものではないと解する余地もあり得る。しかしながら、XとYとは、両者が知り合った昭和六〇年から平成一三年に至るまでの約十六年間にわたり、上記のような関係を継続してきたものであり、その間二人の子を儲け、時に互いの仕事について協力し、一緒に旅行をすることもあること等、互いに生活上の「特別の他人」としての立場を保持してきたこともまた認められる。そうすると、YがXとの格別の話し合いもなく、平成一三年五月二日に突然、上記の関係を一方的に破棄し、それを破綻させるに至ったことについては、Xにおける関係継続についての期待を一方的に裏切るものであって、相当とは認めがたい。したがって、Yは、Xに対し、その点における不法行為責任を免れ難い、と判示した。

Yから上告。上告理由は、届出のない男女関係の崩壊による関係解消に対しては婚姻と同様な法的保護を与える必要はないというものである。上告が受理された。

（2）判旨

「事実関係によれば、①XとYとの関係は昭和六〇年から平成一三年に至るまでの約一六年間にわたるものであり、両者の間には二人の子供が生まれ、時には、仕事の面で相互に協力をしたり、一緒に旅行をすることもあったこと、しかしながら②上記の期間中、両者は、その住居を異にしており、共同生活をしたことは全くなく、それぞれが自己の生計を維持管理してお

り、共有する財産もなかったこと。③XはYとの間に二人の子供を出産したが、子供の養育の負担を免れたいとのXの要望に基づく両者の事前の取決め等に従い、Xは二人の子供の養育には一切かかわりを持っていないこと、そして、Xは、出産の際には、Y側から出産費用等として相当額の金員をその都度受領していること、④XとYは、出産の際に婚姻届出をし、出産後に協議離婚の届出をすることを繰り返しているが、これは、生まれてくる子供が法律上不利益を受けることがないようにとの配慮等によるものであって、昭和六一年三月に両者が婚約を解消して以降、両者の間に民法所定の婚姻をする旨の意思の合致が存したことはなく、かえって両者は意図的に婚姻を回避していること、⑤XとYとの間において、上記の関係に関し、その一方が相手方に無断で相手方以外の者と婚姻するなどして上記の関係から離脱してはならない旨の関係存続に関する合意がされた形跡がないことが明らかである。

以上の諸点に照らすと、XとYとの間の上記関係については、婚姻及びこれに準ずるものと同様の存続の保障を認める余地がないことはもとより、上記関係の存続に関し、YがXに対して何らかの法的な義務を負うものと解することはできず、Xが上記関係の存続に関する法的な権利ないし利益を有するものとはいえない。そうすると、Yが長年続いたXとの上記関係を前記のような方法で突然かつ一方的に解消し、他の女性と婚姻するに至ったことについてXが不満を抱くことは理解し得ないではないが、Yの上記行為をもって、慰謝料請求権の発生を肯認し得る不法行為と評価することはできないものというべきである。」（破棄自判）

二、問題の所在

本判決は、従来数多く存在する内縁とは異なるタイプの婚姻外男女関係の破棄に関する不法行為責任が初めて問われたケースであり、最高裁はかかる男女関係の一方的解消の法的処理に関して消極の判断を下したものである。従来届出のない婚姻外男女関係は、一般に私通野合の男女関係から区別する意味で、婚姻意思（主観的要素）および共同生活実体（客観的要素）の双方から、婚姻に準ずる実在として社会的承認を受けていることに、内縁の保護法益を認め、いわゆる準婚理論を通じて内縁配偶者の死別や離別の際の財産の配分が法的に保護されてきた。特に、離別時における際の、一方的解消を不法行為として損害賠償の請求を認めるか否かは、準婚理論による内縁保護に値するか否かと常に密接な関連で判断がなされてきた。

本事案は、一六年という長期間にもわたる関係を継続した婚姻外男女関係の一方的解消の不法行為性が否定されたわけだが、従来の内縁と異なる婚姻外男女関係の特質を考えると、当事者が主体的な意思を以て形成継続してきた関係に対し、単に外観的同居や届出意思の不在から、形式的に将来の届出意思の確定までの意思浮動性を確保する男女関係に回収し、解消に何ら法的権利義務は存在せず、解消自体の自由に違法性はないと判断することの是非は検討する余地がある。近年の価値多様化の変動の中で、新しい人間関係を維持継続しようと努力し期待することの積極的利益は、関係保持の保障と表裏の利益である。実際のXの主観的な不満の存在を認めつつも、「慰謝料請求権の発生を肯認し得る不法行為と評価することはできない」と判示した根拠の合理性をもう一度問い直すことで、婚姻外男女関係の一方的破棄がなぜ不法行為責任で問われたのか。成否判断はどこに由来し、どのような法理に支えられてきたのか、検討してみる価値がある。一つの事例判決といえばそれまでだが、新たな男女関係を扱うという意味では現代的事案であったのだから、今後とも再考されるべき原理的問題が伏在していると考えている。届出をしない男女関係の保護法益の存否を中心に、以下順に論じる。

（1）内縁（婚姻外男女関係）問題の発生

民法七三九条（「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。」）は、婚姻の成立要件として届出を要求する。しかし、わが国の婚姻実態を反映しておらず、その後の法と現実の不整合をもたらした。

民法の立法者意思においては「届出による法的統制の確立のために、届出による身分行為の成立のみを認め、届出なき身分行為を一切否定する意図であった」[2]ことは、当初の判決からもうかがえる[3]。しかし、司法の強力な制裁を以てしても起草者の意に反して、民法施行後四半世紀後においてすら、届出方式が顕著に定着したわけでなかった[4]。

その理由は、①伝統的な婚姻慣行が尊重された故である。婚姻の届出は戸籍と関連されていたので、戸籍上の確定（家族的身分）を重視する家意識が届出を慎重にさせていた。②また、家制度に関連する法律が婚姻障害となる男女関係が存在した[5]。③法律に無知であったり関心が低かったりした労働者階級は無届が多かった、などが一般に挙げられている[6]。結局、届出婚主義は国民に馴染まなかったので、必然的に内縁関係が生じざるを得なかった。

内縁問題の解決策として、婚姻の成立方式を改正することが

考えられたが、[7] いずれも不発に終わった。しかし、社会的に弱い立場にある女性の遺棄や遺族扶助等の給付の不公平を放置するわけにはいかず、結局、届出婚主義という法制度の枠組み内で、判例[8]と特別法（社会立法）[9]によって内縁関係保護理論を形成せざるを得なかった。

（2）婚姻外の男女関係を一方的に破棄したことについての不法行為責任の有無

起草委員は厳格な届出婚主義を望み、届出以前の婚姻外の男女関係の形成・解消は法的に無効と考えていた。例外的に一方に詐欺強迫的要素があれば、不法行為責任を適用するつもりであった。[10] その後、婚姻外男女関係のうちでも、婚姻に準ずる共同生活の意思と実体がある内縁は保護された。婚姻外男女関係に、内縁とそれ以外の区別がつけられたのである。内縁は「婚姻予約」「準婚理論」などの法理により婚姻類似効果が認められ、婚姻制度の枠内に吸収された。ゆえに、その場合に限り、正当な理由なくして一方的に内縁関係を破棄する場合は、不法行為責任の成立が容易になった。[11] ところが、戦後の社会変化を背景に、婚姻外男女関係の本質的変化を踏まえ、最近は準婚理論による内縁保護の拡張傾向に対しては強い批判が出てきている。[12]

なぜなら、戦後は意識的に婚姻の届出を避ける男女カップルが現われてきたからである。つまり、市民の意思的・主体的選択として重婚的内縁・同棲・非婚・非法律婚（いわゆる〈選択的〉事実婚）を選択している。このような現代的婚姻外男女関係を、従来の制度枠組みとの調和の中でどう捉えまた、一方的な解消の不法行為責任の可否はどう判断されるのか。法的議論は、まだ端緒にすらついていない観がある。

そのような中で、本判決が下されたわけだが、しかし、当該婚姻外男女関係の具体的状況、成立の経緯などの個別具体的検討を踏まえて、当事者の法的保護に値する権利または法的利益をどう評価すべきかを、法秩序全体に照らして、その判断の妥当性を検討する。

（3）ライフスタイルの多元化・男女関係の多様化の現代的意義

わが国では、まだ大半が法律婚（届出婚）志向であるが、しかし、欧米では事実婚（非法律婚）は増加している。[13] 法的婚姻関係のない男女が一緒に住む現象を表す用語もわが国よりも多種であり、[14] 事実婚の増加は現代の世界的現象になっている。経

済的に豊かになった先進諸国の女性は、社会的地位上昇と共に、意識的に法律婚を避ける選択が増えてきている。特に欧米先進諸国では、破綻主義離婚法の採用や嫡出子と非嫡出子の差別解消化により、単親家族、再構成家族、単身家族等、家族モデルが多元化している。すなわち、「法律婚による、夫婦とその未婚の子どもによって形成され長期的存続的に制度化された家族モデル」を脱し、流動化多様化しつつある。[15] このように、婚姻や家族についての伝統的な規範に対する評価が解体し、人々はその規範の影響力から次第に離脱することが、世界的現象になっている。このような意図的な法律婚回避型事実婚は、パートナー同士の自由な協議によって家族関係を創設・解消する条件を契約化する状況の浸透である。

さて、このような長期的に継続する事実婚の積極的な現代的意義[16]をどう評価するのか。近代憲法下においては、個人の幸福追求は家族関係とどう調和するのか。また、婚姻の意思と実体があるにもかかわらず、同性間関係は婚姻を受理されない根拠は何か、準婚理論で保護された婚姻障害による内縁とどこが異なるのか。[17] 仮に、本件の当事者が同性婚で、婚姻の意思と共同生活の実体が存在していたとしたら、その一方的破棄は保護されたのか、など現代的視点から婚姻制度の法的意義を検討する学問的要請は高まっている。届出婚制度の意義と共に検討を試みる。

三、従来の内縁保護に関する判例・学説

(1) 内縁保護の判例法理

民法制定当初の判例は、届出がなければ、挙式後数年に及んだとしても、夫婦同様の同棲生活に対し、双方の自由意思のもとに為されたからには、その関係の形成はもとより、その解消も自由であり、不法行為にはならない[18]とする婚姻予約無効論を示した。立法者の法律婚主義を尊重するなら当然の帰結であったが、しかし届出主義の厳格性は社会的婚姻慣習との整合的妥当性を欠き、戦前のうちに緩和された。すなわち、大審院大正四年一月二六日の連合部判決[19]でそれ以前の判例を変更させ、婚姻予約の有効を宣言し、内縁配偶者の一方的破棄に対する救済を認めた。内縁を「婚姻予約」に見立て、その違約を債務不履行責任で追及し、立法を侵害せずに男女関係の一方的破棄を広く救済した。しかし、婚姻予約有効法理では、一方的破棄の救済以外には不合理が生じ、その後最高裁は事実上の夫婦を「準婚関係」と構成し、不法行為での救済を広く認める[20]ようになった。すなわち、「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、婚姻関係という点においては、婚姻関係と異るものでなく、これを婚姻に準ずる関係というを妨げない」と判示し、個別具体的に実際の夫婦共同体への法的効果を正面から認める解決を求めた。その後は「重婚的」内縁関係に対し、下級審ではあるが、その不当な破棄に対して、女性の慰謝料請求が認められた。[21] 本妻との婚姻関係が形骸化している場合や、[22] 男性側の違法性が女性に比べて著しいと評価されうる特段の事情がある場合は、[23] 善良風俗に反する重婚的内縁関係といえども、準婚理論的構成により、一方的な破棄を救済し、婚姻関係を擬制した内縁解消時の財産的保障が与えられた。家制度が厳然として存在していた当時の女性の経済的無資力さや、社会的地位の低さを慮り、届出のない内縁関係に自身の帰責性の少なかった女性の要扶助、要保護状況を公平の観点から司法が積極的に救出した意義は評価されている。

（2）内縁保護法理に関する学説

学説も内縁関係の保護に関し、大正四年の大審院判決以来、多く論じられたが、婚姻予約理論で事実上の夫婦に法的効果を与える矛盾が批判の的となり、夫婦関係の実体化という観点から準婚理論が通説化された。[24] 挙式を行い共同生活が形成され、届出義務のみ果たしていない生活実態を、婚姻の予約に含めることに疑義が多かったためである。通説は、婚姻届の代わりに婚姻意思の存在を、関係存続の実体として共同生活の存在を推認し、婚姻に準じた内縁（家制度の障害や労働者層による事実婚）と婚約（やがて届出をして婚姻に至るか、不縁のまま解消するかの経過的内縁）とを区別し、内縁から婚約を除外した。よって、「永続的内縁」保護のための準婚理論が完成し、戦後も通説として内縁保護の根拠理論となった。

戦後は民法改正によって届出主義は維持されたものの、届出の便宜は格段に向上し、家制度も解体されたので、戦前のような婚姻障害を要因とする内縁関係の発生はほぼ消滅し、代わって、形骸化した婚姻生活の外に重婚的内縁の問題が発生した。他方、一九八〇年代以降、外部的要因ではなくむしろ価値観の多様化に伴い、自主的に婚姻の届出をしない選択的内縁（事実婚）[25] 現象も生じてきた。このような社会変化を背景に、準婚理論の機能不全が指摘され始めた。[26] 婚姻類似効果を包括的に与える準婚理論を、近年の事実婚にまで一律に適用することは、過剰な保護になるとして、さまざまに批判が台頭してきている。[27] 現在は、従来からの内縁を特権化させず、婚姻外の男女関係一

般に包摂させ、その法的保護は、社会的制度としての承認に応じて、「連続的・段階的」な準婚的保護として扱うべきだと主張され、通説となっている。[28]

しかし、婚姻の届出が可能であるのにも拘らず、意図的な届出回避をしている事実婚者の「婚姻制度否定の意思表示」の尊重を主張する準婚理論否定論[29]は有力である。そこにおいては、事実婚を婚姻法の保護射程から全面的に離脱させ、例えば契約法一般で処理することが主張されている。西欧諸国の事実婚保護に範をとると、この論理的帰結は充分に考えられる。[30]そして準婚理論批判の矛先が最も集約化されるのが、事実婚の解消時、すなわち存続保障の局面である。[31]事実婚は、自発的に婚姻を回避しているのであるから、婚姻の効果を享受させるのは矛盾であるし、特に、婚姻回避の目的が、離脱の不自由の回避にあるならば、自由な関係形成と同時に自由な関係解消が求められているのであるから、当該者間には不法行為によって保護すべき法益もなくなるはずである、という推論が成り立つ。[32]

他方、上記のような自律した個人の自己決定尊重に限界を画し、判例・学説および社会保障立法で確立した内縁保護法理の延長上に、継続的、安定的に営まれた共同生活ないし結合関係の実体に即した法的処理や生活保障を適用することを求めるいわば、準婚理論存続論とも言える学説がある。[33]いずれにしても、社会における自生発生的な多様な男女関係には、具体的事情に応じて、個別的保護を与えるという保護の観点が学説としては有力である。

四、ライフスタイルとしての選択的内縁（事実婚）

（1）多様な生き方としての事実婚

家族関係の変化や価値の多様化・国際化という時代の中で、法律婚を回避する選択的事実婚に積極的意義を見出す説[34]も現われてきている。

法律婚の拒否や自由な生き方の選択とは、具体的にどのようなことかというと、新しい婚姻習慣の実践、形骸化した婚姻からの離脱不自由さの回避、婚姻強制の社会習慣への反発、特定の家族形態のみを保護する政策への批判、また家制度的規制が生んできた夫婦同姓制度、性別役割分担の固定化、非嫡子差別を生む戸籍制度、男性本位の制度（認知制度、再婚期間など）等々への批判や反発などがあげられている。すなわち、法律婚制度の非現実的な包括的統制への異議申し立てである。

特に二宮周平教授は、形式的抽象的かつ包括的硬直的な法律婚を拒否し、生き方の自由を求める事実婚の実践あるいは新し

いカップルの関係形態を、自己決定権に基礎付けられた市民法的観念の幸福追求としての権利のひとつに位置づけている。[35] 事実婚は、男性の責任逃れや、別れやすいための関係、婚姻への意思を探る試験的な関係と安易に捉えられるような浮動的なものではなく、カップルの姿は、自らの主体性で意識的に事実婚を選択し、しかも安定的で誠実であると捉えている。その事実を踏まえた上で、以下のような主張が注目されている。

すなわち、そのようなカップルが、どのようなスタイルの家庭生活を営むかは、個人の自由域として尊重され（自己決定）、国家は営まれる家庭生活の実体に即した保護を与える中立の保護に徹することが要請される（国家保護の中立性）。カップルと国家は自己決定の実現の保障という関係でつながれることになる。もはや国家の保護すべき標準的な婚姻法は考えられなくなり、存在する限りの親密圏の多元化の実現を許容する。（同性カップルの婚姻も許容範囲である。）

（2）婚姻制度との関係

一九八〇年代以降に登場した自己決定としての選択的事実婚が、法的にどのような保護を受けるべきか否かは、従来の婚姻制度とどう整合的に捉えていくかという観点からも重要な法理論であるだろう。[36] ①法律婚制度を自明な前提とし、その外に自生してくる多様な事実婚を具体的事情に応じて保護をする（事実婚の相対的保護）、②法律婚制度自体を相対化させ、事実婚と法律婚制度と二元的な制度保護を受容する（二宮説）、③ほとんどが婚姻届を出す日本の現状から、事実婚の保護はマイノリティー保護の分配問題に吸収させる（内縁問題）、④〈事実の先行理論〉[37] から事実が法を支配することを原則とすべきであり、当然事実婚は保護される基礎が与えられていると帰結する（事実先行説）、⑤現行婚姻制度とは無関係に、法は保護の必要性に応じて積極介入が正当化される。（一般法説）⑥「自己決定」には「自己責任」で対応させる（司法不介入説）、などいろいろな見解が浮上する。

事実婚は、民法規定の法律婚主義を前提とする現行婚姻制度との調整が不可避である。しかし、届出前提の法律婚主義は前述のように、届出機能が不完全である。立法者は「届出」を「婚姻」の成立要件とし、形成的身分関係の発生に必要な要式行為と捉えた。すなわち民法制定当初は、「婚姻」の承認に国家の関与（法的統制）を関らしめようとした。しかし、わが国の伝統的挙式は、欧州のような公が確認する婚姻成立方式ではなかったうえに、法律上、届出行為の「方式」も規定していない。

代署でも一度受理されれば有効になり（民法七四二条二項但書）、郵送でも他人に委託して届け出ても良いなど簡易になっている。そのため、届出を単なる公示方式と捉える学説も有力であった。[38] 結局判例・学説によって折衷的に「婚姻」は「届出」によって成立し、さらに、その真正さを裏付ける意思（表示意思および効果意思）の存在で有効とされるという二元的構造で説明されてきた。要するに、理念的な法律婚主義の貫徹と、届出方式自体に内在する成立要件の不完全さから、現実には、婚姻意思と届出の分離が不可避だった。[39] 従って届出の効力発生さえも、当事者の意思に関らしめざるを得ない[40]局面が現われてきた。

しかし、婚姻の「意思」の問題は困難なものを孕んでいた。届出の法律効果の対象が定めきれず「実体的意思説」と「形式的意思説」が対立する。前者は「社会観念上の身分（夫婦・親子）関係の設定」をする意思であり、財産法上の意思との区別を強調する。他方後者は、「届出する意思、婚姻を成立させる意思」とする。しかし、例えば、実体的意思説では、相続に絡む臨終婚の効力に関し、他方、形式的意思説では、当事者の子に嫡出の地位を取得させる目的で為される婚姻届の効力に関し、説明が難しくなる。また、婚姻の届出が特定の法律効果の発生のみを目的とした場合、その効力問題が浮上する。届出の効力に当事者の意思を関わらせてもなお法律婚の具体的成否が多く問題になる。

以上のような法律婚の不完全性にも拘らず、届出によって婚姻の法的効力が発生すると考えるのが届出の成立要件説である。この説に従うと、届出の有無が事実婚と法律婚との間に一線を画すことになる。法律婚を強制する考えとも親しい。ところが、判例・学説の流れは、届出が具備されていない場合でも、婚姻の効果のほとんどを保護する準婚理論を採用した。こちらは、事実婚と法律婚を連続線上に考えた届出効力要件説といわれる。判例・学説の準婚理論採用の流れは、届出効力要件説に親しみ、もはや、法律婚と事実婚の重要な区別は、届出の有無ではなくなった。そして徐々に「解消の自由」の違いを際立たせることにつながった。一方的解消の法理論の根拠が「婚姻予約有効理論」から「準婚理論」に転換した後は、解消に際しての明白な違法性の立証が重要となった。届出を済ませていない婚姻外男女関係は、準婚理論の要件からはずれ易く、不法行為自体が否定されがちになった。それはとりもなおさず、「解消の自由が」あるとみなされやすかったのである。

その理由というのも、婚姻法の場合の届出と意思の関係が、

財産法上の契約意思の合致とは違う扱いが志向されていたからである。[41] 財産法では、意思の合致に当事者拘束力を認めて撤回させないのが原則であるのに対して、婚姻法の場合は届出の最後のぎりぎりまで意思の浮動性を許容しようとした。すなわち、届出の最も重要な意義は、婚姻意思の当事者拘束であった。[42] 届出時が最終の意思確定であり、届出以降は撤回不自由が原則となる。従って、届出をしない限り、事実婚の撤回自由を確保させることとなる。換言すると婚姻関係の簡便な解消の不利益を避けるためには、必然合理的に法律婚を選択させるインセンティヴが働くこととなった。以上から、準婚理論の隆盛は、男女関係を法律婚に標準化させ、一方的解消の救済も法律婚の保護法益に近い内実の男女関係であった事情と整合する。そのことは、法律婚志向を促す法律婚補完機能を有していたと窺われる。

しかし、戦前の婚姻法における特殊な意思原理も、戦後は、財産法との峻別が相対化されてきている。特に、相続による財産の個人化、家庭紛争の民事的処理など、また、家族内の契約的契機の浸潤と、家族内構成員の市民的権利の承認など、市民的権利と家族関係の緊張関係を伴ってきた。八〇年代以降に登場した意思自覚的な契約構成を取る事実婚にも法律婚志向的な「解消の自由」の擬制は有効であろうか。

（3）主体的な選択肢としての親密圏

欧米諸国にも、法律婚の存在にも拘らず、選択的事実婚の増加という共通の現象が現われているが、これらには一定の法的保護の規制が認められつつある。[43] 事実婚の目的が、かつての経済的不利益の回避から、私生活尊重のために婚姻制度の拘束性を拒否することに転換し始めている。また、近年の離婚法改正と、非嫡出子の地位向上の結果、離婚が非ドラマ化しつつある。共同生活としては、法律婚と事実婚の境界が溶解し、事実婚は法律婚より優先されるわけではないが、差別的にも扱われていない。[44] 法の整備により、自立志向の女性たちに、事実婚を選択する権利が保障されてきている。

翻ってわが国は、法律婚と事実婚の境界が比較的明確である。非嫡出子の相続的地位の差別[45]や内縁配偶者相続権の否定[46]の判例は維持されている。法律婚の女性の方が、事実婚の女性よりも、身分的財産的保護が法的に厚い。これは家制度に由来する妻の処遇価値という点で考慮されなくてはならないが、近代の法的家族形成を方向づけている、[47] 明治民法を起点とする法政策的要請も看過できない。

近代化推進のための法的家族像[48]もその役割を終え、家族の社会的機能は自ずと変容を受けてきている。法律婚強制の結果、国家のための婚姻届出制度として存続された嫌いがあり、副作用として、個々人の幸福追求の場としての制度利用の意義が後退したかもしれない。婚姻制度秩序は一応安定しているが、硬直的抑圧が制度内での個人の尊厳への配慮を希薄にさせ、事実婚の選択、重婚的内縁や「外縁[49]」、DVや虐待などの問題発生とも関連して考えることは必要である。しかも、夫婦同氏、固定的な男女分業など、憲法的理念（個人の尊厳や男女平等）や近代市民法原理（自由、平等、独立）と緊張関係にある社会的慣習を回避できる代替的制度はほとんど準備されていない現状である。

しかし、婚姻制度硬直化の打開は、離婚に治癒され、離婚の自由化に求められるのではない。市民による、婚姻形態そのものの自由化、多様なライフスタイルの自由化に求められている。人格的紐帯が生活の基礎となる新しい家族文化の再生が求められている。だが、そのような民事契約構成に馴染むような主体的婚姻の可能性が、現在の事実婚に開かれているとは思えない。子どもの社会的差別や財産的不利益などの不安は払拭できず、一般市民にとって事実婚選択のリスクは大きい。特に、解消時の保護がない事実婚は一方的な破棄の防波堤がなく、そのような場合は、公平な見地からの解決は望めそうにない。

二一世紀の家族法の理念は、従来型の国家政策にくみされやすい標準家族という規格化を離脱し、個人の市民的権利や具体的状況に対応して、多元的な仕組みを可能な限り保障されることが望ましい。家族は親密圏という新しい用語で捉えるほうがふさわしいかもしれない。当該者関係を私生活の基盤として容認し、信頼や尊重といった関係継続を充実させられる家族像が、もはやステレオタイプ的国家制度から離れて求められることに、共通理解は寄せられるだろう。同性・異性・単身・ペア・複合・老若男女のさまざまな組み合わせで、さまざまな様式で、さまざまな目的で営まれる家族像が、個人の自立の基盤かつ幸福追求の一環として尊重されれば、現代社会の多様な文化の土壌となろう。主体的な個人の親密圏形成の追求や親密圏内の人間関係の信頼的連帯を意欲する、個々人の自主的な要請を、国家制度が吸収・保障していく社会契約的構成で具体化させる意義は文化的にも重要である。

五、事実婚の一方的破棄と不法行為責任

判例は、弱者保護の傾向がはっきりしている。内縁保護の出

発もそこにあり、不当な破棄から、個々の具体的な問題の中で、公平な妥当性を探ろうとしてきた。反面、理論面が疎かにされてきた嫌いがあるので、一律の弱者保護の理論的根拠の脆弱さが露呈してきている。また、準婚理論による内縁保護は、徐々に婚姻意思を生活実態（社会通念的な共同生活の存在）に吸収させ、生活実体に一元化させたので、同居・協力・扶養義務・婚姻費用負担義務・日常家事債務の連帯責任などを法律婚形態に具体化させる一方、婚姻意思を軽視する方向へ導かれた。ここに現代的事実婚の保護の論理的矛盾が衝かれる理由がある。特に、法律婚との競合のない事実婚の場合は、いとも簡単に法律婚配偶者の地位に準じた保護が処遇されている例を紹介する。

共同生活がなく、家族への紹介もないが、お互いの居所を行き来する形態をとり始めてから九年、パートナーとして安定した関係を継続してきた女性を、事実上婚姻と同様の事情にあった者として、男性の死亡退職金受給権が認められた判決(50)である。本事案とよく似た事実婚の形態であるが、法的救済が対照的なのは、多様化してきた法律婚形態との類似性しか判断材料にせずに、当該者の婚姻意思にまで注視していなかったからであろう。準婚理論は、常に法律婚形態との接近可能性で保護可能性を拡大していたため、安定した関係が継続したり、精神的信頼や日常生活の相互の協力が認められたりすれば、「いずれ正式に婚姻届が為されることを前提として、夫婦と同様の認識をもって」関係を継続した法的婚姻に接近する条件が整う。

以上のように、判例は不法行為を前提としない場合の解消時の財の移転を、法律婚と事実婚の法的接近（準婚理論）を通じて財産の配分公平を実現させたのである。そこでは意思（表示意思や婚姻意思）は、実体という客観的事実の前に軽視されている。客観的事実とは事実婚と法律婚の時間的質的連続性の実体であり、事実婚が法律婚へ包摂される可能性が追求されている。しかし、事実婚が法律婚へ包摂されることの矛盾が「意思」の強調で明らかになってきた。

また、興味深いことに、男女関係の一方的解消の不法行為の成否は、行為の不法性によって決まるのではなく、婚姻外男女関係の法律婚包摂への成否で決まることである。しかし、届出回避型事実婚の当事者の意思尊重を強調すれば法律婚への包摂は不可能になる。結局、男女関係の一方的解消の不法行為の成否は、従来から法律婚包摂可能性にかかっているので、事実婚の意思尊重は一方的解消に関しては不法行為が成立不可能という結論が不可避である。これが解消の自由と表裏の関係である。

しかし、事実婚は主体的意思の存在が特徴的な、近代的契機

を孕んでいる。準婚理論に代わり、事実婚は一般契約法で解決をつけよと主張されている。しかし、一般契約法は自由・平等・独立者の利益社会秩序法で、財産に関する契約処理が原則であり、家族間においても財産移転の側面に適合的な規律法である。従って不当破棄には、組合法理を参照にせよというのが有力なようである。この場合も、解消時には、関係期間の出資財産の清算を義務付け、代わりに原則自由な離脱の保証を担保させている。ただし、子どもの利益は親子関係の承認から規律されるので、契約関係ではなく当然に親子法で保護されねばならない。

この一般契約法適用説とでも言えそうな論理は、事実婚の目的を一面的に捉えている。事実婚を望む者は確かに婚姻の「表示意思」を回避しているかもしれないが、その他の意思すなわち「実体的意思」や「婚姻効果意思」の存在が軽視されている。また、当事者の何らかの意思の合致による協働契約を、無名契約として保護される余地もあるはずなのに、「事実婚＝解消の自由」の前に、その余地も消えてしまうことである。しかし、「事実婚＝解消の自由」とは、巧みな法律婚秩序補強装置と変わらぬ装置である。「事実婚＝解消の自由」は、法律婚のほかに、事実婚の存在を許容する二元的法律婚制度の下では相容れられないはずである。法律婚を回避して事実婚を意欲したその意思を尊重するのであれば、可能な限り「継続の利益」を保護して、安定した信頼関係を保障する市民的自治（契約的拘束）の成立を可能にしなければならない。関係形成の自由の保障は、すなわち関係継続の保障である。事実婚の自由さは、解消の自由で支えられているのではなく、継続保障に裏付けられているのである。事実婚の一方的解消を抑制しなければ、自由な個人のライフスタイルの多様性実現の保障、市民的自治の実現支援が現実にならないだろう。

六、憲法的価値としての婚姻の合意

婚姻の合意は、本来憲法的な理念から保障されるべきであって、そこをないがしろにして国家の人口政策や労働確保の下に統制されるべきではない。誠実な人間関係を紡ぐことによって、安定した継続的信頼関係の基盤を形成する幸福追求として認められるべきである。憲法下の家族法は、このように個人の尊重の具体的保障として再生されるべきである。[51] そして、憲法的理念が法律の上位概念とすると、婚姻の合意は家族法によって尊重されなければならない。また、離婚も、婚姻の合意を尊重するものでなければならない。[52]

忘れてならないのは、離婚は婚姻を前提にするのであって、

「婚姻の自由」と「離婚の自由」は並列のものではない。特定の婚姻を原因として、その結果が離婚となるということである。婚姻が前提であり原因であり、離婚はそこから弾き出された結果であり、故障のようなものである。故障にならなければ離脱せずにすんだのだが、修復がままならないときに離脱という救済法を法は手当てしているのである。やはり婚姻補完制度としての離婚法である。いわば、婚姻存続を保障するための離婚法である。[53] なぜなら、婚姻あるいは家族形成は個人のあらゆる生命力の基盤だからである。個人にとって婚姻と離婚は軽視されざる重要な法益である。制度秩序の安定よりも、むしろ個々人の婚姻の安定が何よりも憲法の要請する価値であろう。従って、具体的な婚姻の不安定要因を排除する予防政策が大切である。

要するに、憲法の保障する婚姻の価値は、婚姻関係の誠実な継続であり、家族を基盤とする更なる個人の自律と自由な発展だろう。互いの尊重と誠実な関係を、双方の合意の下で決意した後は、その自分たち自身の合意に拘束され、可能な限り誠実な義務の遂行が要求されなければならない。もし仮に、どちらかの債務不履行（不実行為）が原因で、不誠実な婚姻関係が相互に苦痛になった場合、これを以て婚姻の破綻と呼び、別居を条件に自由に婚姻解消を認めるのであろうか。むしろ、無責者から有責者に誠実な義務の履行を要求すべき余地を保障し、一旦退いた信頼を取り戻せる方向を模索する交渉の場を法的に確保するほうが、市民的自律と自由の保護には必要である。特に、利己的な不貞や不実の回避には、制裁的機能の導入が検討される余地は充分ある。予防効果として、不貞（不実）配偶者に不貞（不実）が理に適わないものと自覚させることができる。場合によっては婚姻解消後の損害賠償を追及させる方法もあろう。

先進諸国がたどっている積極的破綻主義を条件とするのも、一つの婚姻解消方法の拘束である。しかし、両者が真に対等・平等でない限りどちらか弱い者が離婚で犠牲になるのは、わが国の協議離婚を例に引き出すまでもない。当事者の協議離婚でさえ、往々にして公平さを担保できない以上、女性や子どもの福祉を積極的に優遇し、財の配分をルール化して、経済的な公平さを確保する最低限の司法介入的規制は正当化される。当事者の婚姻解消リスクが公平に保障されてこそ、離婚合意が、個人の幸福追求と実質的な関連を持ちうる。しかし、「婚姻解消リスクが公平に保障される」条件を当事者同士だけで交渉するのはコストの著しく高い作業である。ゆえに、離婚合意のコストを低める上でも、司法ルールの介入は合理的である。

さて、欧州の一九六〇年代以降の離婚法の自由化は、積極的

に離婚後の社会的経済的コスト削減に力を注ぎ、婚姻解消リスクを公平に近づけた結果、女性からの解消インセンティヴを促進するという現象が現われている。[54] 女性と家族制度を考える上で、興味深い点である。[55] しかし「離婚自由化」後の社会保障コストの財源は、国家財産、すなわち国民の税金にある。このような社会保障の負担が過大になるのは問題がないとは言えない。[56]

因みに、米国の婚姻契約論〔契約法学を類比させて婚姻・離婚法を捉えようとする見解〕[57] を参照するのも有益である。いくつかの州で婚姻契約法（covenant marriage statute）の制定が歓迎されている。ここでも興味深いのは、婚姻契約法が婚姻解消の自由に対し制約的だが、個人の自由に対する侵害を嫌うリベラル（自由主義的）な立場も、自らの選択に従った結婚のコミットメントを法的に強制すること自体には、賛同している。ビジネス契約と同様、結婚においても、当事者間の協力を促進し、当事者関係の投資を保護し、関係当事者たちの相互利益に適うことは、リベラル（自由主義的）原理に馴染み、個人の自由を拡張することにつながると認められるからだ。また、結婚のコミットメントを重視することが、結婚の社会的機能に着目し、社会整合的な結婚法を具現しなければならないというコミュニタリアン（共同体主義的）な立場と親和的になる。

また、米国の婚姻契約論の離婚原因は合意である。つまり、双方の配偶者がこの結婚が失敗であると一致する必要を強調する。仮に、他方の配偶者のみが解消したいと望むときは、相手から同意を取り付けなければならない。これは契約不履行に対する特定履行（specific performance）とパラレルな議論になる。契約関係から解放されたいと望む当事者は、完全賠償を支払わねばならなくなる。このような離婚条件の取り決めは、婚姻関係への夫婦の投資が無に帰することから各配偶者を保護する。

米国の婚姻契約論は、現代の結婚法の機能不全回復のために、契約法のような自己責任という道徳的原理の具現化推進の必要性を説く。当然、子どもは契約の第三者であるから、その利益は厚く保護されることも主張される。両方の配偶者の同意を離婚条件とするか、契約法原理を適用し、契約の一方的違反者に期待利益の損害賠償を負わせることが効率的であるという。ゆえに、離婚時には有責証明の有用性が肯定される。確かに、契約法学と婚姻法学とは同日の談ではないが、昨今の男女関係の婚姻制度に捉われない多様化の裏に合意志向的関係形成があるとするならば、その論述が呈する示唆は少なくないように思える。

七、本判決の評価

本件の、婚姻（届出）意思も同居の生活実態もない婚姻外男女関係を、（1）法律婚強制型の一元的法律婚制度からと、（2）法律婚制度と多様性を目指す事実婚との二元的婚姻制度から再構成して、その結論の違いを比較してみたい。

まず、（1）であるがこれは、本判決の立場だと思われる。本事案のXYは、法律婚制度を慎重に回避し、届出をする形式的な意思（表示意思）は明らかに不存在であった。もはや、意図的に届出を回避する当該男女の「意思」の明示的な存在を、市民的自己決定尊重の面から無視できない。そこで、法律婚回避の事実婚者の権利救済可能性は、「法律婚制度」に包摂可能な実体であったかどうかである。「特別な他人の関係」としてのパートナー関係に合意していたことは、連名の書面挨拶で周知した事実から推認される。しかし、婚約を表明した直後から、生計を別にして同居・協力義務を負わないなどのXYの生活実態に、客観的に社会通念的な婚姻実体がなかった関係から、「社会観念上の身分（夫婦・親子）関係の設定」という「実体的意思」も不存在だったと評価される。

次に、法律婚強制反発的な婚外男女関係の一方的解消の法的処理である。一般契約法理を駆使して救済を試みる。一元的法律婚制度において、法律婚の回避は、離脱自由な関係の志向と捉えられがちである。本判決もXYの関係に関し、「その一方が相手方に無断で相手方以外の者と婚姻するなどして上記の関係から離脱してはならない旨の関係存続に関する合意がされた形跡がない」（⑤）点から、離脱の自由を認められるかのようである。しかし、「パートナー」関係の合意をする場合、婚姻と同様に期限を定めない（解消を考えない）ことのほうが多いのではないか。関係離脱禁止の取り決めを要請する根底には、法律婚回避型男女関係にはもともと関係存続の期待利益はないという、法律婚主義からの要請（婚姻イデオロギー）の前提が刷り込まれており、一方的な破棄による関係解消になんら不法行為は生じないとの論理を無条件に受容しているからではないだろうか。それよりも、法律婚制度に包摂される手続き（婚姻届）さえ済ませていれば、パートナー解消時に不当破棄を理由に慰謝料請求が可能である。法律婚主義強制は、男女関係の契りはできる限り法律婚にセーフネットを求めさせ、それ以外の一方的破棄への国家介入は抑制する。

よってXYの関係については「関係の存続に関し、YがXに対して何らかの法的義務を負うものと解することができない」との結論に至ったものと思われる。理由は憶測だが、法律婚回

避型男女関係にはもともと関係存続の期待利益はなく、離脱自由な関係の志向であり、一方的な破棄による関係解消になんら不法行為は生じないとの立場だったと思われる。

では、(2) の二元的婚姻制度志向を仮定してみる。本事案のXYは、法律婚制度を慎重に回避し、届出をする形式的な意思（表示意思）は明らかに不存在であった。もはや、意図的に届出を回避する当該男女の「意思」の明示的な存在を、市民的自己決定尊重の面から無視できない。一般に「意思」には、届出に関する表示意思のほかに、法律婚効果の期待に関する効果意思があるが、法律婚以外の男女関係を志向する男女は、法律効果の一部排除の場合が多い。XYの法律婚回避の効果意思はどこにあったのだろうか。「特別な他人の関係」としてのパートナー関係に合意していたことは、連名の書面挨拶で周知した事実から推認される。しかし、婚約を表明した直後から、生計を別にして同居・協力義務を負わないなどのXYの生活実態に、法律効果を一部（届出をしない、同居・協力義務その他）排除するパートナー関係を結ぶ二人の合意ができていたのではないだろうか。このXYの合意をどの程度法的に拘束的なものと評価することができるかが重要なポイントとなっている。

XYの関係の合意は「特別な他人の関係」というある種の「パートナー契約」とも考えられる。「パートナー契約」[58]という契約類型を立て非典型契約として許容されうるかは、法律婚ではなくとも、本質的に婚姻制度に包摂可能であれば（明確な公序違反ではない限り）非典型契約として許容され得ると思う。

なぜなら、法律婚主義の貫徹は民法の理想とするところであるが、現在制度疲労が生じていることは否めない。また、法律婚を回避する事実婚を一切認めないのは現実的ではない。さらに、判例・学説のこれまでの流れは、家族法に民事契約あるいは民事的合意を尊重してきた。ゆえに、法律婚と「パートナー契約」の合意関係を、二元的に構成することは不可能ではない。しかし、法律婚の保護以上に「パートナー契約」関係の保護が厚くなることは法構造上困難である。また、法律婚における包括的合意の保障に対して、「パートナー契約」関係は個々の合意を集積した契約ベース関係と構成せざるを得まい。これはやはり民法の定める法律婚主義からの要請である。

さて、「パートナー契約」を婚姻制度内で許容するならば、当然に関係の存続の保障がなければ、自由な契約は不可能である。法律婚主義の帰結として、その存続保障に定型的な厚い保護を与えているのは、法律婚が契約以上の深くて強いつながりに特化されているゆえんである。一般に契約の合意は自己拘束

性を担保するものであり、正当な事由なくして解約は認められにくいのが私的自治の原則である。合意によらない解約は損害賠償義務を担保しているのである。「パートナー契約」が、離脱の自由を含意しているとするならば、その契約の特殊性が説明されねばならない。これまでは、法律婚主義を強調するあまり、法律婚や内縁男女関係以外には、その一方的破棄に関する不法行為責任の保護が全く及んでいなかった。しかし、「パートナー契約」を許容し、法律婚や内縁とは異った男女の自由な関係形成の合意に一定度の保護を与えるのならば、その契約の内実に合わせて存続保障の保護範囲を検討しなければならない。

また、婚姻に離婚があるように、やむを得ない場合には、「パートナー契約」の合意解消も、正当化されうるだろう。[59] XYに関しては、むしろ「特別な他人の関係」という合意の拘束性に応じた処理が適していたのではないかと思う。二人に関係形成の合意はあったが、その後の継続的関係の実態からすると、お互いをを拘束するような他の契約の存在が、一般のパートナー関係に比して極端に少ない。生計も居住も別であり、出産の責任もお互いに放棄し、養育の協力も見られない。他の多くの親密な「パートナー契約」関係は、日常生活においてそれぞれ権利義務を認め合わなければならない契約が累積し、いわば個々の契約を集積した関係が紡ぎ出されてきて、時間の経過と共に厚みの増すパートナー関係が形成されているのが常態であろう。しかし、本事案は、一六年という時間の経過は一定度評価されるとしても、そこに厚みが出るほどの関係形成に達していなかったと評価されても仕方がない。「特別な他人の関係」ではあっても、「特別な関係」（親密圏）と認定するのは微妙である。

Yが訴外Aとの入籍を前に、わざわざXに関係解消を告げに出向いたことからも、互いを一定度拘束するパートナー関係（事実婚）であったことは十分評価されうる。しかし、時間の経過と共に厚みのある親密な関係には深まらず、XYの「存続の期待」を込めた合意はどこまで憲法的な価値として保障に値するのか、相互信頼がどれ程の生活基盤となっていたかの精査がないだけに判断がつきかねる。契約を一方的に破棄するYに対し「Xが不満を抱くことを理解し得ないではないが、Yの上記行為をもって、慰謝料請求権の発生を肯認し得る不法行為と評価することはできない」と判じた本判決の結論の妥当性はどうであろう。Yの一方的破棄という行為態様は私的自治違反であっても、他方、XYの「特別な他人の関係」は、法的保護に値するほどの客観的な人格的親密性の実体が認められず、侵害の違法性が少ないともいえるかもしれない。ゆえに不法行為責任が

肯定されなかった本判決は本事案の特殊性から妥当であろうか。

最後に、本事案で、XYは、不実な婚姻届けを出産の度に繰り返し、子どもの養育放棄を合意して出産に臨んでいる。いずれも、親としての道義的な非難は免れない行為であるが、法的にどのような責任を負わせられるか、検討の意義が大いにある。子どもの福祉をどのように法的に保障するかは、現代的かつ緊急の問題であると思われる。

以上、自由な人間関係形成の期待は、解消の自由に保障されるのではなく、解消の規制から保障されることを強調して、この稿を閉じる。

※本判決の評釈として、石川博康・NBL七九九号五頁、水野紀子・ジュリスト一二一九号七八頁、本山敦・法律のひろば二〇〇五年五月号五四頁がある。なお、脱稿後に二宮周平・判例タイムズ一一八〇号一二六頁に接した。

(1) 原告がHPを開いて高裁判決文を公開している(http://flab.s101.xrea.com/kousai.html 2005.5.20)ので、参照した。

(2) 山畠正男「身分行為における意思と届出(一)——仮装身分行為の効力について」北大法学論集一六巻二＝三号(一九六五年)九四～九八頁に詳細に論じられている他、この点は内縁問題を論じる際に多く指摘されている。

(3) 大判一九一一(明治四四)年三月二五日(民録一七輯一六九頁)「婚姻予約ノ下ニ慣習ニ従ヒテ婚姻ノ儀式ヲ挙ゲ事実上ノ夫婦同様ノ生活ヲ為スコト数年ナルニ於テハ、世人ハ予約者タル女子ヲ以テ妻ト看做シ、従テ此関係ヲ絶タルルニ於テハ出戻者若クハ疵物ト称セラレ、女子トシテノ品格ヲ毀損セラルルハ所論ノ如シト雖モ、其夫婦関係ヲ生シタルハ双方ノ任意ニ出テタルモノナレハ、固ヨリ不法行為ヲ以テ目ス可カラス」など判示された。

(4) 戸田貞三『家族と婚姻』(中文館書館、一九三四年)五四頁参照。

(5) 家督相続人同士の婚姻や、両親や戸主の承認を得られない婚姻は不可能であった。

(6) 二宮周平『事実婚』(一粒社、二〇〇二年)二～三頁など。

(7) 立法解決案は、一九二五(大正一四)年の臨時法制審議会、一九二七(昭和二)年の親族法改正要綱、一九三六(昭和一一)年の民法親族編改正案、一九四一(昭和一六)年の人事法案、さらに戦後の民法改正時にそれぞれ儀式による成立(国家制度的挙式)を認めようとする法案が提出された。

(8) 判例実務は、不当破棄、内縁の配偶者の事故死による第三者の損害賠償請求、居住権、財産分与、扶養、遺贈、贈与、死亡退職金、遺族補償給付、社会保険、氏の変更、父性推定、未認知内縁子の地位、死後認知、税金問題など多くの問題を取り上げている。

(9) 居住権については借地借家法三六条が借家権の承継を認め、相続に関しては民法九五八条の三で特別縁故者の財産請求権が規定され、社会保険上の地位も法律によって認められている場合がある。

(10) 日本近代立法資料叢書六『法典調査会民法議事速記録六』(商事法務研究会、一九八四年)一八六頁、梅謙次郎発言。

(11) 例えば、厳密な意味で内縁に当たらないような男女の関係に準婚理論を適用したとして①東京高裁一九七二(昭和四七)年一一月三〇日判時六九一号二七頁②岐阜家審一九八二(昭和五七)年九月一四日家月三六巻四号七八頁の二つなどは学説の批判を浴びた。

(12) 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』(日本加除出版、一九九三年)所収六九頁。

(13) 井上眞理子編『現代家族のアジェンダ――親子関係を考える』(世界思想社、二〇〇四年)一二頁によると、非婚姻同居は日本を除く先進諸国でいまや一般化しており、婚外子出生率が一九六〇年代から急増しているという。例えば、スェーデンで五三・九％(一九九六年)、デンマークで四六・八％(一九九三年)、フランスで三四・九％(一九九三年)、アメリカで三二・六％(一九九四年)、イギリスで三一・八％(一九九三年)、一方日本では一・四％(一九九七年)という対照を示しているという。

(14) 善積京子『〈近代家族〉を超える――非法律婚カップルの声』(青木書店、一九九七年)六頁。例えば、英語圏では、trial marriage, living together, common-law-marriage, concubinage, consensual union), unmarried couples, living as husband and wife, semimarriage など。研究論文では nonmarital cohabitation (非婚同棲) や nonmarital heterosexual cohabitation (非婚異性同棲)、単に cohabitaion (同棲) という用語が使われることが多いらしい。

(15) J. Commaille, "The welfare state and the family," 稲本洋之助訳「福祉国家と家族」社会科学研究四一巻一号(一九八九年)二四三～二六六頁で、フランス社会学者ジャック・コマイユはこの家族プロセスを「脱制度化」「契約化」と表現している。

(16) 二宮周平「事実婚」川井健ほか編『講座・現代家族法第二巻』(日本評論社、一九九一年)五五頁。

(17) 丸山茂『家族のメタファー』(早稲田大学出版部、二〇

〇五年）一九頁以下にPACS（pacte civil de solidarité 連帯民事契約）法の制定過程に関わり、フランスのジョスパン首相が〈一つの家族〉ではなく〈さまざまな家族〉へ向けられることが家族政策の基本姿勢だと表明したことが、高く評価されている。

(18) 大判一九一一（明治四四）年三月二五日民録一七輯一七〇頁。

(19) 大（連）判一九一五（大正四）年一月二六日民録二一輯四九頁、挙式数日後に離別された女性の損害賠償請求事件。

(20) 最判一九五八（昭和三三）年四月一一日民集一二巻五号七八九頁がリーディングケース。挙式後同居した女性が正当の理由なく破棄された損害賠償請求事件であり、最初の不法行為救済事例である。しかし、婚姻予約不履行構成を否定していない点は注目すべきである。一方的解消問題に関しては不法行為と債務不履行構成には事案に応じての長所短所が生じていた。

(21) 東京地判一九八七（昭和六二）年三月二五日判例タイムズ六四六号一六一頁。重婚的内縁女性から他の情交関係の女性に対し共同不法行為として慰謝料請求を認めた。

(22) 特に戦後の昭和五〇年代の下級審判決で多く認められ、婚姻観の社会的変化を投影してきた。ただし、最高裁は一九七九（昭和五四）年三月三〇日民集三三巻二号三〇三頁で「いわゆる不貞行為」に厳しい警告をし、形骸化していても婚姻夫婦の配偶者地位を厚く保護している。

(23) 最判一九六九（昭和四四）年九月二六日民集二三巻九号一七二七頁。情交関係が男性の詐言に起因するとされた。

(24) 松岡参太郎「婚姻届出義務の不履行（一）～（四）」法律新聞一〇一六～一〇一九号（一九一五年）で婚姻予約理論の批判、穂積重遠「婚姻予約有効判決ノ意義」法学志林一九巻九号（一九一七年）、中川善之助「婚姻の儀式（一）～（五）」法学協会雑誌四四巻一号～四四巻六号（一九二六年）で内縁を実質的婚姻と主張、杉之原舜一「法律関係としての内縁（一）、（二）」法律時報一一巻二号・三号（一九三九年）で準婚理論の礎石形成、我妻栄『親族法』（有斐閣、一九六一年）一九六頁でも準婚理論は評価されている。

(25) 二宮周平『事実婚』（一粒社、二〇〇二年）二頁のはしがきで「伝統的に婚姻に準ずる関係として狭く捉えられがちな「内縁」ではなく多様な婚外共同生活を包摂しうるものとして「事実婚」とした。」と書かれてあるのに依拠し、多様な非届出の共同生活を包摂する名称一般として「事実婚」と捉えておく。

(26) 唄孝一「『婚姻予約有効判決』の再検討（一）（二・完）」法律時報三一巻三号～四号（一九五九年）、同「続『婚姻

予約有効判決』の再検討（一）（・完二）」法律時報三一巻一〇号～一一号（一九五九年）〔同『唄孝一・家族法著作選集第三巻』（日本評論社、一九九二年）に所収〕。

(27) 太田武男『現代の内縁問題』（有斐閣、一九九六年）八八頁～九六頁にそのあたりの考察が詳しい。「法は、私益的・公益的かつ優生学的見地から、一定の要件を具備した夫婦にのみ法的効果を付与し、そのような要件を具備した婚姻関係の存続発展を期待すべく、その要件を法定しているのであるから、内縁関係の法的性質を準婚関係として理解する限り、法的保護に値する内縁は、右の婚姻に関する実質的要件を具備したそれであることを要するものと考えることは、その当然の帰結であらねばならない。」と述べ、主に重婚的内縁を念頭に、個別具体性から必要十分な法的効果を考慮するよう求めている。他に、明山和夫「内縁の成立に関する一考察」家裁月報一一巻三号一頁、武井正臣『内縁婚の現状と課題』（法律文化社、一九九一年）一七～二〇頁、鈴木禄弥『親族法講義』（創文社、一九八八年）八八頁、など。

(28) 前掲（注27）参照の他、鈴木禄彌・唄孝一『人事法Ⅰ』（有斐閣、一九八〇年）一四九～一五八頁など。

(29) 水野・前掲（注12）、星野英一『家族法』（放送大学教育振興会、一九九四年）一〇〇～一〇一頁、大村敦志『家族法［二版］』（有斐閣、一九九九年）二三五～二三六頁、有地亨『新版家族法概論』（法律文化社、二〇〇三年）五五頁など。

(30) 二宮周平『事実婚を考える』（日本評論社、一九九一年）六一～九〇頁で、諸外国では、婚姻と違う生活形態を選んだ当事者の意思尊重を論拠に、婚姻法の準用という包括的な取扱はしてないと紹介されている。

(31) 大村・前掲書（注29）二二四頁。

(32) 事実婚の意図を自己決定の尊重やプライバシー権の確立に帰結させ、最重要視する理念である。そして、内縁準婚理論の最大効果を、不当破棄の損害賠償肯定と財産分与規定の類推適用を認めることを意図したと帰結する。しかし、それでは準婚理論の外部効果として、一律に婚姻効果を押し付け公序に包摂させる形で消極的自由を抑圧する装置になりかねない。個人の私的自由の領域にパターナリスティックな国家の干渉や保護を嫌うリベラリズムの志向に矛盾するゆえに準婚理論の拡張を是認しがたいのだろう。

(33) 二宮周平「内縁と事実婚」判例タイムズ一一〇〇号九八頁（二〇〇二年）「当事者に家庭裁判所の調停や審判を利用する道を開いてきており、訴訟におけるプライバシーの侵害のおそれや、モラルを理由とする請求の棄却といったリスクを回避することができる点でも、法的解決手段としての有用性は高い。」、野沢紀雅「事実婚の法

的規整」ジュリスト一〇五九号（一九九五年）九〇頁「婚姻法規定の類推適用が依然として有用かつ必要であり、現代的な事実婚もまた従来の準婚理論の延長線上で捉えてよい」、丸山茂「「事実婚の法的取扱について――法の多元主義的介入」法学セミナー四七七号二九頁「事実婚の選択は必ずしも自己決定によって行われているのではなく、それぞれの事実婚にそれぞれの理由がある。」

(34) 利谷信義「夫婦の法の課題」川井健ほか編『講座・現代家族法　第二巻』（日本評論社、一九九一年）一〇頁、二宮・前掲（注16）五七頁など。

(35) 二宮周平『事実婚の現代的課題』（日本評論社、一九九〇年）二七九～二九二頁。

(36) 丸山茂『家族のレギュラシオン』（御茶の水書房、一九九九年）には国家の統制する家族規範原理から諸個人の創設する社会編成原理としての家族観への転換としての示唆がある。

(37) 中川善之助『身分法の総則的課題』（岩波書店、一九四一年）一五頁。

(38) 例えば栗生武夫『婚姻立法における二主義の抗争』（弘文堂書房、一九二八年）。

(39) 山畠・前掲（注2）、同「身分行為の理論」北大法学論集三一巻三＝四号上（一九八一年）七三頁等参照。

(40) 現在は憲法二四条の趣旨でもある。

(41) 財産法の一般性と家族法の特殊性の法的分離とその事実上の関連をどのように統合させるかの検討の必要性を、山畠正男「家族法の世界（セミナー主要論点シリーズ）」法学セミナー三一五号（一九八一年）一二四～一二五頁で指摘されている。

(42) 山畠・前掲（注39）「身分行為の理論」八五頁。

(43) 比較法的な考察は、野沢・前掲（注33）八七～八九頁、二宮・前掲書（注35）三六一～三六五頁、二宮・前掲書（注30）六一～九〇頁、島津一郎『転換期の家族法』（日本評論社、一九九一年）一五～四五頁などを参照。

(44) 欧米先進諸国の事実婚に対する具体的な国家規整の共通的特徴は、正式な婚姻との一線を画すため、法律婚のような包括的な法的保護は取っていないことだ。例外はスェーデンの事実婚解消時に経済的不利益を受ける弱者救済のための特別立法（一九八七年「事実婚カップルの財産関係に関する法律」）、スロヴェニア共和国の家族法一二条の、婚姻していない長期の事実婚に婚姻と同様な法的効果が生じること。判例や個別立法により状況に応じた個別具体的な解決を志向し、主として財産清算と扶養問題に集中し、合理的処理を図る傾向にある。

(45) 最大決一九九五（平成七）年七月五日民集第四九巻七号一七八九頁。

(46) 最決二〇〇〇（平成一二）年三月一〇日民集五四巻三

号一〇四〇頁。

(47) 利谷信義『家族と国家』(筑摩書房、一九八七年)、有地亨『婦人の地位と現代社会』(法律文化社、一九七一年)などを参照。

(48) 近代化の家族規範秩序が、戸主権と家督制度という二大柱で維持強化された。資本主義や軍事体制から、人を資源として育成させる政策が立てられ、法的家族像が整備された。戦後の高度経済成長期も、労働力再生産機能に適合的な性別役割分担に支えられた家庭機能を有していた。法体系・法制度は連動して法律婚を優遇するが、憲法24条を掲げながらも、男性の長時間・過密労働を支え、次代の労働力を生産する妻の自立の犠牲の代償であった。また、課税や社会保障の世帯単位への標準化も、主婦の無償家事労働を取り込んだ経済単位の家族像である。他方で、補助労働力として女性を利用された。近年は、個人の自立の点から厳しく批判されてきている。

(49) 「ある意味で『内縁』の問題の裏をなすものに、社会的実体としてはすでに離婚している(結婚状態にない)のに、法律上は、少なくとも形式的には婚姻が存することになっている場合がある。つまり、事実上の離婚であるが、往々にしてこの状態は『外縁』といわれる」鈴木・唄・前掲書(注28)一五八頁の説明。

(50) 大阪地判一九九一(平成三)年八月二九日家月四四巻一二号九五頁、判例時報一四一五号一一八頁、判例タイムズ七七八号一五三頁。

(51) 憲法二四条、憲法一三条の趣旨。

(52) 民法一条ノ二(現代語化の現在は二条)の趣旨を充分活用するべきであろう。

(53) このように離婚から婚姻制度の意義を積極的に検討する見解は山畠正男「離婚と法的統制(一)」北大法学論集一六巻一号(一九六五年)一頁以下参照。

(54) イアン・スミス、長谷川貴陽史訳「ヨーロッパ諸国の離婚法、離婚率、およびその影響」アントニィ・W・ドゥネス、ロバート・ローソン編著、太田勝造監訳『結婚と離婚の法と経済学』(木鐸社、二〇〇四年)。

(55) 内田隆三『社会学を学ぶ』(ちくま新書、二〇〇五年)四四〜四五頁に、「結婚生活における女性の地位を高め改善するために、男性の本能や自由を犠牲にした結果が一夫一婦制だ」という通説を批判したエミール・デュルケーム(一八五八―一九一七)の一夫一婦制の説明が紹介されているが、それによると一夫一婦制の結婚生活は男性の自殺を抑止する傾向をもっていて、離婚が広く容認されるとその免疫は低下するそうである。一方、女性の場合は、一夫一婦制の規律に服するのは負担や犠牲の加算になるが、離婚が頻発するような規制の緩やかなほうが自殺抑止に働くらしく、通説を裏切る男女別々の作用が

あるという。

(56) 婚姻関係解消の急増は司法制度運営を含め、社会的支援コストの増加を招来している。このことは戦後の離婚増加や婚姻減少を通じて、人間の生活の厚生（幸福）をめぐる、金銭では解決できないより広い問題を提起しているように思える。

(57) 婚姻契約法に関しては、アントニィ・W・ドゥネス、ロバート・ローソン編著、太田勝造監訳『結婚と離婚の法と経済学』（木鐸社、二〇〇四年）参照。

(58) 大村・前掲書（注29）二二九頁には、組合を基礎とした新たな契約類型（「パートナー契約」）であると考えることの可能性が示されている。

(59) 仮に「関係離脱の自由を放棄する合意」があったとすると、逆に公序違反に問われないとも限らないのではないか。