HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	「法律上の婚姻」とは何か（1） ： 日仏法の比較研究
Author(s)	大島, 梨沙
Citation	北大法学論集, 62(1), 216[29]-184[61]
Issue Date	2011-05-31
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/45737
Type	departmental bulletin paper
File Information	HLR62-1_006.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

論　　説

「法律上の婚姻」とは何か（1）

―― 日仏法の比較研究 ――

大　島　梨　沙

目　　次

序論
　第１節　「法律上の婚姻」をめぐる従来の学説
　　第１款　「法律上の婚姻」の成立要件に関する論争
　　　第１項　立法論としての　法律婚主義　対　事実婚主義
　　　第２項　解釈論としての成立要件論
　　第２款　「法律上の婚姻」の効果に関する論争
　　　第１項　解釈論：準婚理論とその妥当性
　　　第２項　立法論：婚姻法改正論
　第２節　「法律上の婚姻」をめぐる従来の裁判例
　　第１款「法律上の婚姻」が結論を左右する事例〔届出＞実態〕
　　第２款「法律上の婚姻」が結論を左右しない事例〔届出＜実態〕
　第３節　本稿の研究方法と構成　　（以上、本号）
第１部　法律上の婚姻＝正統な結合
第２部　法律上の婚姻＝法的な結合
結論

序論

本稿は、日本の法学において当然のように用いられてきた、「法律上の婚姻」という概念について、それが意味するところを再検討しようとするものである。なぜならば、「法律上の婚姻」という文言自体は条文

上存在しないにもかかわらず[1]、学説・判例によって形成・維持されてきた「法律上の婚姻」という概念が、カップル関係を法が扱う際の解釈上のカギとなっているからである。以下で敷衍するが、その前に、本稿での「法律上の婚姻」という言葉の用い方について前置きをしておく必要があるだろう。

「法律上の婚姻」と聞くと、それと類似するものとして「法律婚」という言葉が想起されるため、この２つの言葉の関係性について述べておきたい。本稿は、「法律婚」を「法律上の婚姻」の省略形と捉え、この２つを同義と考えている。ただ、「法律上の婚姻または法律婚」と毎回並列させて書くのは煩雑であるため、これをひとまず「法律上の婚姻」と表記しているにすぎない。よって、便宜上「法律婚」と書いた方がいい場合には、本稿においても「法律婚」という言葉を用いるが、その場合も、「法律上の婚姻」と指し示す内容は同一である。なお、「法律上の夫婦」、「法律上の配偶者」、「法律上の妻」、「法律上の夫」等は、「法律上の婚姻をした当事者」を意味するものとして、本稿の検討の対象とする。

次に、「法律上の婚姻」と単なる「婚姻」[2]をどのように使い分けるのかという点にも触れておかなければならない。この両者の区別は非常に難しい。というのも、論者によって、また文脈によって、「婚姻」という言葉のニュアンスが変わるからである。

一方で、「婚姻」という言葉だけでいわゆる「法律上の婚姻」を意味して用いられることがある（婚姻＝法律上の婚姻）。後で詳しく述べる

[1] 民法をはじめとする大多数の法律は、単に「婚姻」と表記する。ほぼ唯一の例外として、戦没者等の遺族に対する特別弔慰金支給法が挙げられる。たとえば、その２条２号は、「戦没者等の遺族」に該当しない「配偶者」として、「弔慰金を受ける権利を取得した後平成21年４月１日前に遺族以外の者と婚姻をした配偶者（死亡した者と同じ氏を称していた配偶者で、その氏を改めないで法律上の婚姻をしたものを除く。）」（下線部筆者）とする。

[2]『法律学小辞典［第４版］』（有斐閣、2004年）は、「婚姻」について「男女が結婚すること、及び結婚している状態をいう法律用語」と説明する。

ように、「法律上の婚姻」という概念は、「事実上の婚姻」[3]の反対概念として存在してきたのだが、この「法律上の婚姻／事実上の婚姻」という二項対立については、「婚姻／内縁」であるとか「婚姻／非婚」といった言葉で記述されることもある。後二者のような文脈で「婚姻」という語が使用される場合、「婚姻」と「法律上の婚姻」の意味するところは多くの部分で重なってくる[4]。したがって、本稿の検討対象は、上記のような文脈で用いられる場合の「婚姻」を含むことになる。

他方で、「婚姻」という言葉は、「法律上の婚姻」とは区別されるもの・異なるものとして用いられる（婚姻≠法律上の婚姻）。その端的な例は、「事実上の婚姻」という言葉の中に登場している「婚姻」である。ここで、「婚姻＝法律上の婚姻」と理解すると、「事実上の婚姻」は、「事実上の法律上の婚姻」という意味になり、語義矛盾となってしまう。したがって、この文脈では、「婚姻≠法律上の婚姻」と考えなければならない。

本稿においても、「婚姻」という言葉がもつ上記２つの意味を文脈において使い分けることにしたい。どちらかの用法に統一したいのは山々であるが、従来の学説・判例を扱うにあたって、「事実上の婚姻」という言葉（婚姻≠法律上の婚姻）も、内縁の反対概念としての「婚姻」という言葉（婚姻＝法律上の婚姻）も、避けて通ることはできないからである。

さて、この「法律上の婚姻」とは、今日の一般的な理解では、現行法の定める手続的要件であるところの届出を了した婚姻のことをいうと説

---

[3] 本稿における「事実上の婚姻」という言葉は、「事実婚」と同義で用いる。また、「事実上の夫婦」、「事実上の配偶者」、「事実上の妻」、「事実上の夫」等についてはいずれも、「事実上の婚姻をした当事者」と捉え、「事実上の婚姻」の検討対象とする。

[4] 「法律上の婚姻」と単なる「婚姻」が同趣旨で用いられている一例として、『法律用語辞典［第３版］』（有斐閣、2006年）の「内縁」部分での説明が挙げられる：「実質上は夫婦でありながら、婚姻の届出を行っていないため**法律上の婚姻**とは認められない男女の関係。社会的に正当な夫婦と評価される点で妾関係と区別され、氏の変更、子の嫡出性、配偶者相続権は認められないが、その他の点では**婚姻**同様の保護を与える傾向にある」（太字部筆者）。

明される[5]（以下、これを「定義φ」とする）。そして、この概念自体には、それ以上の注意は向けられてこなかったように思われる。というのも、「法律上の婚姻」という概念は、届出は了していないが夫婦としての実態をもつ「事実上の婚姻」の反対概念として存在してきたところ、話者の意識は「事実上の婚姻」や「（夫婦としての）実態」の方に向いていたからである。このため、「事実上の婚姻」とは何か、それをどのように法が扱うべきかという問題については膨大に議論されてきたのに対して、「法律上の婚姻」とは何か、それをどのように法が扱うべきかという問題は、「事実上の婚姻」に関する議論の裏返しとして示されるのみであって、正面から論じられることは少なかったように思われる。だが、「法律上の婚姻」という概念も、「事実上の婚姻」に負けず劣らず、法解釈において重要な役割を果たしているのではないだろうか。そして、それは、届出を了しているか否かにかかわらず、すべてのカップルについての法解釈に影響を及ぼしているのではないだろうか。そうであるとするならば、「法律上の婚姻」という概念に込められた（定義φ以上の）意味を明らかにする必要があるのではないだろうか。

これらの前提を検証するために、これまで「法律上の婚姻」概念が学説や裁判例においてどのように用いられてきたか、順に見ていくことにしよう。それらを踏まえたうえで、序論の最後に、本稿の課題と、研究方法および構成を示すことにしたい。

第１節　「法律上の婚姻」をめぐる従来の学説

「法律上の婚姻」をめぐる学説上の議論には、大別して２つのものが

[5]「…法が定める一定の手続きをとらない限り、法律上の結婚にはならないのである。この法律上の結婚のことを法律婚という。／わが国の場合は、市町村の戸籍係へ結婚の届出をすることによって、法律婚が成立する（民739条）」（二宮周平「なぜ法律婚はあるのか」法セ424号〔1990年〕45頁）、「法律婚とは、法律の要求する婚姻届出を婚姻の成立要件とする婚姻」（福里盛雄「法律婚主義の今日的課題」沖縄法学26巻〔1997年〕２頁）等。

あるように思われる。一方で、どのようなカップル関係を「法律上の婚姻」として扱うべきかという「法律上の婚姻」の成立要件をめぐる議論がある（第１款）。他方で、「法律上の婚姻」から発生する法的効果を「事実上の婚姻」にも与えてよいかといった「法律上の婚姻」の効果をめぐる議論がある（第２款）。

第１款　「法律上の婚姻」の成立要件に関する論争

「法律上の婚姻」という概念が学説において登場した最初の場面は、いわゆる「法律婚主義対事実婚主義」論争の文脈においてである。この論争は、明治民法（親族･相続編）立法時[6]、戦後民法改正時[7]、法制審議会民法部会身分法小委員会（民法親族編改正要綱を提出）[8]等において問

[6] 起草者の１人である梅謙次郎は、民法修正案（いわゆる明治民法後二編の草案）の衆議院での委員会審議において、婚姻の形式につき、「既ニ親戚隣保ニ於テ夫婦ト認メテ居ルモノハ、刑法ノ適用ニ於テハ、矢張夫婦ヲ以テ論ズルト云フガ如キ伺指令ノ結果、今日慣例ガ出来テ居リマス、此慣例ハ、刑事ニ於テハ定ッテ居リマスルカ、果シテ民事ニモ適用スベキモノデアルカ、ドウカト云フコトハ、今日法学者ノ問題デアリマス」として、後にいうところの法律婚主義対事実婚主義論争に言及している（広中俊雄「第一二回帝国議会における民法修正案（後二編）の審議」民法研究３号〔2002年〕39-40頁）。なお、明治民法立法時の両主義の対立については、西村信雄「わが民法の届出婚主義に対する批判（二）」立命館法学45号（1962年）136頁、太田武男ほか『婚姻の届出：届出婚主義の現状と内縁問題』（有斐閣、1971年）3頁以下〔太田武男〕等に詳しい。

[7] 川島武宜「事実婚主義か法律婚主義か」法時19巻６号（1947年）２頁、杉之原舜一「事実婚主義か法律婚主義か」人文２巻２号（1948年）37頁以下。なお、戦後の民法改正時における法律婚主義対事実婚主義論争については、高梨公之『日本婚姻法論』（有斐閣、1957年）84頁以下、西村信雄「わが民法の届出婚主義に対する批判（一）」立命館法学37号（1961年）26頁以下、太田武男ほか・前注（６）20頁以下〔太田武男〕に詳しい。

[8] 民法親族編改正要綱では、第739条は現行法通りとすることが「仮決定」をみたが、「留保」事項として、内縁につき規定を設ける必要があるか、あるとすればいかなる規定を設くべきかが残された（上野雅和「明治前期の法律婚主義の評価をめぐって」松山商大論集17巻６号〔1966年〕18頁）。この仮決定を

題となったことでも分かるように、立法論の色彩が強いものである。つまり、この論争は、「法律上の婚姻」の形式的要件をいかに定めるべきかめぐる見解の対立といえる（第１項）。しかしながら、実際の民法は届出を形式的要件としていたことから、それによって生じる不都合を是正するために各種の解釈論も展開されている（第２項）。

第１項　立法論としての　法律婚主義　対　事実婚主義

いわゆる「法律婚主義対事実婚主義」論争とは、一言でまとめるならば、「法律上の婚姻」の形式的成立要件を届出とするべきか、それとも結納・挙式・同居などの事実に係らしめるべきかという立法論上の見解の対立であると理解してよいだろう。この論争の背景には、届出を成立要件とすることによって生じる内縁問題に対する問題意識があった[9]。しかしながら、この論争で使われる「法律婚主義」「事実婚主義」という言葉は、上記のような対立構造を示すものとしては誤解を招きやすく、注意をする必要がある。

まず、この論争上での「法律婚主義」の意味については、大きく分けて２つの理解が存在している。（Ａ）**届出がなければ法律上は婚姻が成立しないとすべき**との立場が「法律婚主義」であるとの理解[10]と、（Ｂ）

受けて書かれたものとして、山主政幸「法律婚主義の機能―法制審議会身分法小委員会の仮決定をみて―」ひろば12巻10号（1959年）22–23頁。

[9] 明治民法775条（婚姻ハ之ヲ戸籍吏ニ届出ツルニ因リテ其効力ヲ発生ス）の結果、内縁がおびただしく発生し、そのしわ寄せが内縁の妻にくることが問題視された。穂積重遠は、内縁問題の発生の根本は民法の法律婚主義にあるのであるから、その根本原因を是正せぬかぎり問題は解決しないとして、いわゆる事実婚主義の採用を主張した（穂積重遠『親族法』〔岩波書店、1933年〕278頁）。

[10] 谷口知平『日本親族法』（弘文堂書房、1935年）211頁以下：「法律婚主義とは…婚姻を国家の制度とし国家に対する婚姻の届出によって法律上初めて婚姻の存在を認めやうといふ主義であって…社会的に婚姻の事実の有無を問はず婚姻の届出のあることによって其日から婚姻の存在を認めやうとするのである」、黒木三郎『家族法提要』（法律文化社、1959年）50頁：「届出の受理を以て婚姻の成立とする立場を法律婚主義といい、…」等。

法の定める方式によって婚姻が成立するものとすべしというのが「法律婚主義」であると理解する立場[11]である。

（A）の理解に立つと、「法律婚主義」の反対概念である「事実婚主義」とは、結婚が（儀式等によって）事実において成立した以上、その届出はなくても婚姻として法律上承認されるべきとする立場をいう。これに対し、（B）の理解に立つと、（A）で言うところの「事実婚主義」は、慣習上認められた儀式を挙げることを婚姻の成立要件とすべきであると主張する点で、（B）の理解で言う「法律婚主義」の一種にすぎない[12]（このため「儀式婚主義」と呼んでもよいとの見解がある[13]）。そして、（A）が言う「法律婚主義」は、「届出婚主義」と呼称されるべきものだということになる。

（A）（B）の違いは、比較法の文脈における「法律婚主義」という言葉の使われ方を例にとると顕著である。たとえば、近代化をした西欧諸国はすべて「法律婚主義」を採用していると説明されることがあるが[14]、

---

[11] 太田武男ほか・前注（6）2頁〔太田武男〕、西村・前注（7）21頁、沼正也「法律婚主義の昏迷」『民法における最善性と次善性』（新版、三和書房、1979年）158頁、泉久雄『親族法』（有斐閣、1997年）65頁等。

[12] 太田武男ほか・前注（6）2頁〔太田武男〕：「『法律婚主義』という言葉は、元来、法の定める方式によって婚姻が成立するものとする主義一般を指称する言葉であるがゆえに、もしも、事実婚もまた法律婚となり、また、法律が、慣習上認められた儀式を挙げることによって婚姻が成立する旨を定めれば、儀式婚が法律婚となるのであるから、概念の混同を生ずるおそれがないとはいえない」、沼・前注（11）158頁：「もし婚姻の届け出をして婚姻成立の形式的要件たることを止め、たとえば儀式を挙げまたは婚姻意思をもって同棲を始めることによって法律上婚姻の成立を認めるならば、そのような儀式に基づく男女の結合・事実的同棲もまた法律婚の範疇に入れられねばならない」。

[13] 青山道夫「法律婚主義と事実婚主義」『家族法大系Ⅱ　婚姻』（有斐閣、1959年）76頁、鈴木禄弥『親族法講義』（創文社、1988年）7頁。

[14] 穂積・前注（9）246頁：「今日の欧州諸国は大体法律婚主義なのである」、青山・前注（13）79頁以下：「ヨーロッパにおける法律婚主義」、執行嵐・有地亨「婚姻と社会統制」中川善之助ほか編『家族問題と家族法Ⅱ　結婚』（酒井書店、1957年）68頁：「近代社会はほとんど例外なく、法律婚主義を採用して、その成立の認定を国家が行っている」、福里・前注（5）3頁：「法律婚主義を

ここでいう「法律婚主義」は少なくとも（Ｂ）の理解でなければならない。日本法のような「届出」のみを婚姻の形式的成立要件にしている西欧諸国は皆無であるためである。

（Ａ）に対する批判として（Ｂ）の見解が生じたという経緯もあり、現在、「法律婚主義」の一般的な説明としては（Ｂ）の見解が採用されている[15]。ただ、日本の現行法が手続的要件として定めているのが届出であることから、届出なければ婚姻なしという（Ａ）の理解も現行日本法の文脈上では「法律婚主義」に含まれることになると理解されている[16]。他方、「事実婚主義」については、どちらかというと（Ａ）の理解が一般的である[17]。つまり、（Ａ）の見解と（Ｂ）の見解の相違が正しく理解されたうえで、どちらか一方の見解が学界に共有されるに至ったという状況にはなっていない。

さらに「法律婚主義対事実婚主義」論争を分かりにくくするのは、明治民法制定以前の明治時代において、日本は既に「法律婚主義」を採用していたといえるのか、「事実婚主義」であったのかという法制史（法史学）上の論争が存在することである[18]。この文脈においては、明治民

婚姻成立の法形式にいち早く取り入れたのはヨーロッパ諸国である。ヨーロッパ諸国は、近代国家の成立とともに法律婚主義を採用した」等。

[15]『法律用語辞典』前注（４）では、「婚姻の成立に法律上の一定の手続を要件とする立法」が「法律婚主義」であると説明されている。『法律学小辞典』前注（２）では、「形式婚主義の一種で、婚姻の成立に法律上一定の手続を要件とする立法主義」が「法律婚主義」であると説明されている。

[16]『法律用語辞典』前注（４）は、「日本の民法は、戸籍上の届出を要件とする（民739）ので法律婚主義である」とする。

[17] たとえば、『法律用語辞典』前注（４）は、「事実婚主義」を「社会の慣習上婚姻と認められる事実関係（事実婚）そのものをもって直ちに法律上の婚姻と認める立法上の立場。婚姻の成立に一定の形式（法律上又は宗教上の）を必要とする形式婚主義に対する語」（下線部筆者）とする。「事実婚主義」を「法律婚主義」の一種とする（Ｂ）の理解は採られていない。

[18] 明治民法施行前は（明治８年太政官達があるとはいえ）事実婚主義であったとする見解（穂積・前注〔９〕246頁以下）、明治８年太政官達以前から法律婚主義がとられており明治８年達は民事刑事をあわせて法律婚主義に統一したにすぎず明治10年達は再び刑事について事実婚と法律婚の二元主義を採用したも

法以前に、明治８年太政官達第209号によって、戸籍に登記がなければ婚姻の効力はないものとみなすとされたことが「法律婚主義」の採用であると表現される[19]。他方、明治10年の司法省達において、届出をしていない事実上の夫婦を裁判において夫婦として扱ってよいとしたことをもって「事実婚主義」と表現される[20]。つまり、これらの達について、実務にあたる者たちに対し、どのような関係を「婚姻」としてよいかという解釈方針を示したものであると考えるならば、この文脈での「法律婚主義」「事実婚主義」は解釈論上の主義としても理解しうることになる。

このように、「法律婚主義」「事実婚主義」という言葉の使われ方が錯綜していることを踏まえたうえで、両主義の対立構造を見てみよう。

「法律婚主義」を主張する論者は、その利点として、①公示の機能（婚姻成立時期・婚姻の存否が明確）②不適法婚姻の成立の阻止（婚姻障害の有無について審査が可能）、③身分関係の社会秩序の維持、④当事者の合意の確認、を挙げるのに対し、「事実婚主義」論者は、その利点として、①実質上の夫婦が届出をしていなかったがために生じる実態と法律上の形式との不一致の是正、②当事者（とくに妻）が保護を受けられないことに対する救済が可能となること、を挙げる。だが、「法律婚主義」を（Ａ）の意味で、いわゆる「届出婚主義」として理解した場合、利点②および④が必ずしも担保されているとはいえない。他方で、「事実婚

のとする見解（石井良助「明治初年の婚姻法―とくに法律婚主義と妾について―」中川善之助ほか編『家族問題と家族法Ⅱ　結婚』〔酒井書店、1957年〕200頁）などが存在する。この論争は、明治民法施行前のように純事実婚主義に復帰したほうがいいということを事実婚主義者である穂積が主張した（穂積・前注〔９〕278頁）ことに端を発するようである。この論争の概要については、黒木三郎『婚姻法の近代化』（勁草書房、1966年）212-213頁等を参照。

[19] その一例として、「達は婚姻が『双方ノ戸籍ニ登記セザル内ハ其効ナキモノト看做ス』というのであるから、達の立場が法律婚主義であることは明らかであるといえよう」（青山・前注〔13〕85頁）。

[20] その一例として、「斯く親族近隣の者―即ち社会―が婚姻と認めるならば裁判官―即ち法律―も婚姻と認むべし、と云ふのであるから、事実婚主義たることは明白である」（穂積・前注〔９〕248頁）。

主義」を（Ｂ）の意味で、とりわけいわゆる「儀式婚主義」として理解した場合、「法律婚主義」が主張する①④の利点は「事実婚主義」でも備えることが可能である。このように、「法律婚主義」「事実婚主義」という言葉の錯綜状況は、議論のすれ違いを生む１つの要因となっている。

以上のように、「法律婚主義対事実婚主義」については、その言葉の曖昧性のために、論者による理解のズレや用法のズレが生じており、それが論争自体の食い違いを生んでいる。とはいうものの、この一連の議論には、１つの共通点があるように思われる。それは、届出はしていないが夫婦としての実態をもつ「事実上の婚姻」への意識があるからこそ生じている議論だということである。しかし、逆に言えば、これは「法律上の婚姻」についての見解の一致がないからこそ生じている混乱であるようにも思われる。ここでの「法律婚主義」という言葉の多義性は、「法律婚」という言葉の多義性と無関係ではないだろう。「法律上の婚姻」の形式的成立要件を何にすべきかを論じる前に、「法律上の婚姻」をなぜ法定するのか、どのようなものとして法定するのかを論じなければならないのではないだろうか。

第２項　解釈論としての成立要件論

前項のような対立があるとはいえ、現行の民法739条１項が、「婚姻は、戸籍法…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」[21]と定めていることは否定できない。しかしながら、形式的要件としての「届出」には、一方で、日本人の伝統的な婚姻慣行と合致していなかった（よって届出を励行しなければならなかった[22]）という問題が

[21] 明治民法第775条第１項も、「婚姻ハ之ヲ戸籍吏ニ届出ツルニ因リテ其効力ヲ生ス」としてほぼ同旨を規定していた。

[22] 戸籍実務は、婚姻の届出をしやすくするために、届書を自ら持参しなくてもよく（明治31年７月26日回答569号）、郵送してもよく（大正７年10月10日回答1791号）、他人（使者）に委託してもよい（明治31年10月１日回答813号）とした（吉田邦彦『家族法（親族法相続法）講義録』〔信山社、2007年〕39-40頁）。戦後の新民法下でも、下級審ではあるが、富山地判昭和40年３月31日判時425

あり、他方で、（届出を励行するためにそのハードルを低くした結果）当事者の意思や婚姻実態とは無関係に届出がなされてしまうという問題があった。これらの点を克服するため、解釈によって、「法律上の婚姻」の成立に柔軟性をもたせようとの努力がなされてきた。主に前者の問題に応えようとしたのが、届出を「成立要件」ではなく「効力要件」とする解釈論であり（１.）、後者の問題に応えようとしたのが、「届出意思」に加えて「婚姻意思」を必要とする解釈論である（２.）。

１.「法律上の婚姻」の成立時期―成立要件・効力要件

立法者は、届出が婚姻の成立要件であると考えており、届出を欠いているものは私通であって、一切の婚姻の成立を認めないとしていた（成立要件説）[23]。しかし、この立場を採ると、伝統的な婚姻慣行にしたがって挙式をしたものの法律の不知などの事情により届出をしていない夫婦を「法律上の婚姻」として扱うことができない。このため、「法律上の婚姻」の成立時期を届出以前にずらし、届出は婚姻の効力発生要件と捉える説が提唱された（効力要件説）。

この効力要件説は、届出時とは別の時点で「法律上の婚姻」が成立すると解することになるが、「法律上の婚姻」の成立時をいつとするかについては、見解が分かれている。合意ないし届書作成時[24]、婚姻意思を外部的に表象する事実があった時[25]、法律上の実質要件のすべてと現実

号38頁が「婚姻届自体は、夫婦たるべき双方が直接これを為す必要はなく、一方が他方の意を受けて、単独で、あるいは第三者が当事者双方の依頼によって、いずれも有効に届出をなしうる」とする。

[23] 梅謙次郎『民法要義巻之四』（明法堂、1899年）105-107頁。法典調査会議事速記録143回33丁裏。

[24] 加藤一郎「身分行為と届出」末川博ほか編『家族法の諸問題』（有斐閣、1952年）521・540頁。

[25] 金山正信「婚姻の届出」民商39巻４＝５＝６合併号（1959年）567頁。

の身分的生活関係が備わった時[26]、挙式時[27]、合意時[28]の諸説がある。いずれにせよ、効力要件説によれば、届出なき「法律上の婚姻」が成立しうることになり、この場合に、一部の婚姻的効果が付与される[29]、任意の一方的撤回がしえなくなる[30]、といった効果を肯定することになる。

これに対し、成立要件説を堅持すべきとする見解も提唱されている。成立要件説は、「法律婚」と「事実婚」を峻別しうることにより、「法律婚」をしない自由を確保できる点、および届出前であれば婚姻意思を撤回しうる点で、現代的意味があるという[31]。

成立要件・効力要件をめぐる論争について、判例は一貫して成立要件説に立っている[32]。つまり、「事実上の婚姻」をめぐる問題は、ここでは

---

[26] 福地俊雄「身分行為と効果意思」『家族法大系Ⅰ』（有斐閣、1959年）50頁。

[27] 岡松参太郎「婚姻届出義務の不履行（一）」法律新聞1016号（1919年）３頁。

[28] 中川善之助「婚姻の儀式（五）」法協44巻６号（1926年）1117頁。

[29] 同上。

[30] 福地・前注（26）57頁。

[31] 山畠正男「身分行為の理論」北法31巻３＝４合併号上巻（1981年）1015頁以下。また、近時では、森山浩江「現代社会と婚姻法理」生野正剛ほか編『変貌する家族と現代家族法』（法律文化社、2009年）43頁が、「届出なしに婚姻が成立するという捉え方は婚姻制度と真っ向から矛盾する」として効力要件説を批判する。

[32] このことを明示的に述べているものとしては、下級審裁判例ではあるが、次のような事例がある。東京控判明治33年11月11日法律新聞11号７頁は、「婚姻は戸籍吏に届出ざる限りは仮令其儀式を挙げ事実上の婚姻ありとするも法律上婚姻の成立せざると民法第775条の明定する所」とし、東京控判明治39年２月１日法律新聞338号９頁は、届出を了していない「夫婦」の婚姻無効が求められた事案において、「婚姻の届出を戸籍吏に為さざりしこと」から「本件当事者の婚姻は絶対的無効にして外観上に於ても亦婚姻関係なるもの存在せざるもの」、「無効とすとの判決を為すべき婚姻関係なるもの毫も存在せざる」と判示した。長崎控判明治39年10月31日法律新聞338号８頁も、Ｘ男からＹ女に対して、届書に署名捺印するよう訴求した事例において、「婚姻は之を戸籍吏に届出るに非ざれば法律上其成立を認むべからざる」、「当事者双方の事由なる意思に基」く必要があるとして、請求を斥けた。札幌地判大正５年６月27日法律新聞1160号28頁は、「婚姻は届出を以て成立すべき一の要式行為にして届出は単に婚姻の効力を発生すべき条件たるに止らず亦単に第三者に対する公示方法

解決しないことになる【本節第2款へ】。

2.「法律上の婚姻」の実質的成立要件―届出意思・婚姻意思

「法律上の婚姻」の成立についての２つ目の課題として、届出の形骸性からくる意思と届出との乖離問題がある。そこで、「法律上の婚姻」の実質的成立要件たる「婚姻をする意思」[33]の解釈によって解決を図ろうとする見解が提唱された。それがいわゆる実質的意思説である。

（1）実質的意思説

実質的意思説とは、社会通念上、習俗上、婚姻とみられる関係を形成しようとする意思が婚姻の有効な成立に必要とする見解[34]で、伝統的通説とされている。この見解は、社会通念上の夫婦関係を形成する意思を「婚姻意思」として、婚姻の届出をする意思である「届出意思」とは別個に観念する点に特徴がある。これにより、届出をすることについては合意があるものの、実際に夫婦になるつもりはないという仮装的婚姻の場合に、その効力を否定することが可能になる。しかしながら、この見解に対しては、大別して２つの点からの批判がある。

第一の批判は、「婚姻の実質的意思」の具体的内容として、「社会通念」や「習俗」を参照することに対する批判である。「法律上の婚姻」の成否について、その内容が明らかでない「社会通念」が重要な役割を果たすことを問題視する。

これを受けて、「社会通念」の内容を明らかにして、婚姻意思を理解しようとする立場も見られる。「男と女の終生にわたる精神的・肉体的

たるにも非ず実に婚姻の成立の一要件」であるとする。

[33] 当事者の意思については、婚姻の実質的成立要件として明示的に民法に書かれているわけではないが、民法742条１号が「人違いその他の事由によって当事者間に婚姻をする意思がないとき」は当該婚姻が無効となるとしていることから、当事者間の「婚姻をする意思」の存在が婚姻成立の実質的要件となっていると考えられている。

[34] 中川善之助『身分法の総則的課題』（岩波書店、1941年）207頁以下、柚木馨『親族法』（有斐閣、1950年）102頁、我妻栄『親族法』（有斐閣、1961年）14頁以下等。

結合を発生せしめようとする意思」[35]であるとか、「特定の相手方とテーブルとベッドを共にする関係に入ろうとする意思」[36]といったものである。しかしこれらは本当に、夫婦関係をめぐる日本の「社会通念」や「習俗」から演繹されるものなのであろうか。男女の終生にわたる結合であるとか、テーブルとベッドを共にするのが夫婦であるといった考え方は、キリスト教世界においてよく言われる婚姻概念である（詳しくは本論で検討する）。これに対し、日本では、20世紀初頭でも、婚礼を挙げた後も妻が実家にとどまり、子どもも実家で育て、夫はツマドイをするのみといった習慣をもつ地方があったという[37]。つまり、実質的意思説が前提とする夫婦関係のあり方は、キリスト教世界が前提とする夫婦関係、あるいは、それを導入した「日本民法」が前提とする夫婦関係なのであって、日本の「社会通念」や「習俗」に基づくものではないのではないだろうか。

（２）法律的定型説

この第一の批判の観点から提唱されたのが法律的定型説である。上記のような問題のある「社会通念」や「習俗」を参照するのではなく、婚姻を「民法の定める定型」としたうえで、これに向けられた意思を婚姻の意思とする[38]。婚姻も法律行為であるから、その効果に向けられた意思によってその効果が法律上発生するべきであることを根拠とする。

しかし、「民法の定める定型」に「向けられた意思」というのは、法律が定める婚姻の権利・義務のすべてを受け入れる意思が必要なのか、一部で足りるのかが明らかでない。このため、いわゆる「仮装的婚姻」について、それを無効とするかどうか、判断が分かれる可能性がある。この点につき、婚姻の効果の主要な部分を、夫婦の同居協力扶助義務（民法752条）と一方的解消の不可能性（民法763条、770条）を挙げる見解

[35] 久貴忠彦『親族法』（日本評論社、1984年）45頁。
[36] 泉久雄『親族法』（有斐閣、1997年）71頁。
[37] 瀬川清子『婚姻覚書』（講談社、2006年〔初出：1957年〕）89頁以下。
[38] 中川高男「身分行為意思の一考察」家月17巻２号（1965年）１頁、有地亨『新版家族法概論』（補訂版、法律文化社、2005年）42頁。

がある[39]が、一方で、婚姻の主要な効果を、妻から生まれた子が嫡出子となること、夫婦が相互に相続権をもつこと、とする見解もある[40]。婚姻から生じる数ある効果のうち、なぜそれらが主要な効果といえるのか、さらなる検討が必要であるように思われる。

（3）形式的意思説

実質的意思説に対する第二の批判は、届出意思と区別される「婚姻の実質的意思」を更に観念すること自体に対する批判である。「婚姻の実質的意思」の要求により、届出の効力を私人が左右することを認め、婚姻の成否を不確定にし、届出を婚姻の成立要件とした意味を失わせるものであるという。

この批判から提唱された形式的意思説は、婚姻の届出をすること自体に対する意思があればそれだけでよいとする[41]。これは、届出を婚姻の成立要件としている民法の趣旨を尊重するものであるという。また、実質的な「婚姻意思」を要求しない理由として、生活事実設定の効果意思究明はきわめて困難であることを挙げる。したがって、「仮装的婚姻」をも有効とすることになるが、そういった脱法目的をもつものについては、届出どおりの権利義務を認めることによって差し控えさせるのが政策上妥当であるとする。これは、仮装の届出を有効と考え、仮装の婚姻届を出した後に離婚届を出すといった人々の行動とも合致するという。また、実態のない婚姻については、身分行為を要式行為とする多くの利益のためやむを得ない犠牲として忍ばねばならないとする。

この見解は、筋の通ったものではあるが、判例には採用されていない。判例は、実態を完全に無視することを躊躇したのではないかと思われる。

第２項で見た議論は、「届出」と「実態」とが乖離することからくる不都合に対応しようとする一連の取り組みである。ここでの解釈論には、各論者の「婚姻観」が反映しているといえる。たとえば、効力要件説や

---

[39] 大村敦志『家族法〔第３版〕』（有斐閣、2010年）125頁。

[40] 鈴木・前注（13）27頁。

[41] 谷口・前注（10）47頁、末川博「身分行為における意思」『物権・親族・相続』（岩波書店、1970年）342頁。

実質的意思説は、届出以外の挙式や共同生活といった要素を「婚姻」と捉えている。これに対し、成立要件説や、形式的意思説、法律的定型説は、届出とそれによって発生する（主たる）法的効果を「婚姻」と捉えている。つまり、「婚姻」や「法律上の婚姻」をどのようなものとして理解するかがここでの解釈論を支えている。本稿はこの点に着目して、各論者の主張の背後にある「法律上の婚姻」論に焦点をあてようとするものである。

第２款　「法律上の婚姻」の効果に関する論争

「法律上の婚姻／事実上の婚姻」という概念は、遅くとも明治民法（後二編）立法時には既に存在していた[42]古いものであるが、その後しばらくは、「婚姻／内縁」と表記されることが一般的になった。しかし、「婚姻／内縁」として示されているものの内容は、「法律上の婚姻／事実上の婚姻」と大差ないといえよう。なぜならば、「内縁」とは、「実質的には婚姻でありながら、法律上の方式、即ち届出を欠くため、法律的には婚姻と見られない、婚姻と同質の結合である」と定義されていたからである[43]。そのうえで、「事実上の婚姻」たる「内縁」に一切の法的効果を否定することの不都合が認識されるようになり、「内縁」にも「法律上の婚姻」の法的効果（の一部）を付与すべきか否かが論じられた。いわゆる内縁準婚理論であり、その妥当性について議論が蓄積されている（第１項）。さらに近年では、「法律上の婚姻」がもつ（一部の）効果が時代

[42] 明治民法起草者の１人である梅謙次郎は、民法修正案（いわゆる明治民法後二編の草案）の衆議院での委員会審議において、婚姻の形式につき、「今日ト雖モ、明治ノ初年ノ布告ニ依ッテ、**婚姻…ト雖モ、戸籍簿ニ登録シタ時カラデナケレバ、法律上効ガ無イ**ト云フコトニ成ッテ居ルノデアリマス、サリナガラ此布告ハ、実際ニ於テ現ニ行ハレテ居ルト云フコトハ申サレマセヌノデ、今日立派ナ身分ノ人々デモ、**事実上婚姻ヲ済マシテ**、遥カ後ニナッテ戸籍ニ登録スルト云フコトニナッテ居ル、従ッテ時々種々ナ問題ヲ惹起シマシテ…」（下線・太字部筆者）と当時の状況を説明しており、既に「法律上の婚姻」「事実上の婚姻」という概念が現れている（広中・前注〔６〕39-40頁）。

[43] 中川善之助『親族法（上巻）』（青林書院、1958年）315頁。

に合致していないことが問題視され、婚姻法改正論が起こっている（第２項）。

第１項　解釈論：準婚理論とその妥当性

１．準婚理論の生起

立法者は、届出を了した婚姻以外の関係は単なる私通・野合として、婚姻がもつ法的効果を一切認めないという立場であった。当初の判例もこれに従い、内縁に対し、「法律上の婚姻」がもつ法的効果どころか、不当破棄の場合の損害賠償も例外的にしか認めていなかった[44]。この状況を大きく変えたのが、著名な大正４年判決（婚姻予約有効判決）[45]である。同判決は、婚姻予約を有効とすることによって、正当な理由なく婚姻予約に違反した（関係を一方的に解消した）当事者は、相手方が当該婚姻予約を信じたために被った有形無形の損害を賠償する責任を負うとの判断を示した[46]。この「婚姻予約」の概念は、その後、純粋に婚約

---

[44] たとえば、大判明治35年３月８日民録８巻３号61頁は、婚姻予約は無効であると判断し、婚約解消の場合の違約金請求を斥けた。大判明治44年３月25日民録17輯170頁も、事実上の夫婦生活の不当破棄が女性側当事者への名誉侵害にあたるとして損害賠償請求がなされた事例につき、「其夫婦的関係ヲ生シタルハ双方ノ任意ニ出タルモノナレハ固ヨリ不法行為ヲ以テ目ス可ラス」「而シテ其関係ヲ絶ツコトモ双方ノ自由ナル」ことから、婚姻予約の履行を拒絶して女性の品格を傷つけたとしても、それは不法な行為によるものではないとして、請求を斥けている。これに対し、挙式・同居後数ヶ月で離別されたことが女性側当事者の名誉を毀損する不法行為であるとして損害賠償請求がなされた事案につき、大判明治44年１月26日民録17輯16頁は、男性側当事者が婚姻を成立させる意思がないにもかかわらず相手を欺いて挙式・同棲したと認定して、損害賠償を認めている。つまり、当該関係成立が双方の自由意思に基づくものであればその解消は不法行為とならないが、関係成立時に詐欺があれば、不法行為になるとの立場がとられていた。

[45] 大連判大正４年１月26日民録21輯49頁。

[46] その理由として、婚姻予約は、「将来ニ於テ適法ナル婚姻ヲ為スベキコトヲ目的トスル契約」であって適法であること、婚約は「婚姻ノ成立スルニ至ルニ相当ナル経路トシテ普通ニ行ハルル事例」であって公序良俗に反するものでなく、社会通念上正当視できること、婚約破棄者に損害賠償責任を負わせること

といえる関係を超えて、試婚的な関係や継続的な婚外関係にも拡大された[47]。

準婚理論は、このような流れの中から生まれたものである。すなわち、学説から、非婚結合自体を「事実上の婚姻」と見ていることが、婚姻予約有効法理による救済の実質であるとの指摘がなされるようになった[48]。さらに、実質的な婚姻である内縁は、婚姻に準ずる関係であり、届出の如き確証を絶対必要とする種類の効果を除いては、婚姻的効果が付与されるべきとの主張がなされ[49]、そこから進んで、準婚である内縁には、婚姻法の準用による解決が図られるべきとの主張がなされた[50]。最高裁がこのような内縁準婚理論を採用したのは、昭和33年（1958年）になってからである。最二小判昭和33年４月11日民集12巻５号789頁は、「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という点においては、婚姻関係と異るものではなく、これを婚姻に準ずる関係というを妨げない」、「内縁も保護せられるべき生活関係に外ならない」と判示し、婚姻費用の分担に関する民法760条の規定が内縁にも準用されるとした。

以上のような経緯であったため、準婚理論は、内縁を「事実上の婚姻」（婚姻に準ずる関係）としたうえで、「法律上の婚姻」のための法規定を内縁に準用するという点が強調されがちである。しかし、準婚理論は、婚姻法規定のすべてを内縁に準用せよと主張するわけではない。たとえ

が「正義公平ヲ旨トスル社会観念ニ於テ当然トスル所ニシテ法律ノ精神亦之ニ外ナラスト解スヘキ」ことが挙げられている。

[47] たとえば、大判大正８年６月11日民録25号1010頁は、男性方で継続的に同居をして子どもも生まれたが、その後関係を解消されたという事案につき、この関係を「婚姻の予約」としている。大判昭和６年２月20日新聞3240号４頁は、同棲を欠く継続的な性関係についても、「男女が誠心誠意を以て将来に夫婦たるべき予期の下に」なしたものとして、「婚姻の予約あり」との判断をしている。

[48] 穂積重遠「婚姻予約有効判決ノ真意義」法学士林19巻９号（1917年）１頁。

[49] 中川善・前注（28）。

[50] 杉之原舜一「法律関係としての内縁（１）（２・完）」法時11巻２号（1939年）12頁・３号22頁。

ば、中川善之助博士は、「届出の如き確証を絶対必要とする如き種類の効果を除いて」との留保を付している[51]。つまり、この議論は、「法律上の婚姻」だけに留保すべき法的効果は何かを問うていることになる。本稿は、この視点から従来の議論を再検討することにより、「法律上の婚姻」の特徴を明らかにしようとするものである。これは、準婚理論の判断枠組を明確化することに資するであろう。

2．準婚理論の今日的妥当性をめぐる議論

ところで、20世紀後半以降、従来とは異なる含意をもって「法律婚／事実婚」という言葉が使用されるようになっている。そこには、従来の「内縁」とは異なる新しいカップル形態を「事実婚」として積極的に捉えようという意図がある。その代表的な論者である二宮周平教授は、「事実婚」について、「婚姻届をしない共同生活という点では、外見的には『内縁』や『同棲』と同じである。しかし、**当事者の意思として、法律婚を否定する**一方、試験的でない**安定したパートナーシップ**をめざしているので、内縁や同棲と区別する意味で、こうしたカップルを事実婚と呼びたい」[52]（太字部筆者）とする。

これに対し、「法律婚」については、「夫に経済的に依存しながら家事に従事する妻の生活を保障する場を作ることによって、男性＝夫が、自分の身の回りのことや、子育て・親の介護にわずらわされることなく、安心して仕事に没頭することを可能に」することによって、「高度経済成長を裏から支えていた」ものとする[53]。そのうえで、女性も給与所得を得ているカップルや、自立した関係を求めるカップルなどには、「法律婚」によって発生する法的効果が不都合であったり、必要でなかったりすることを指摘している。この理解を前提に、二宮教授は、ライフスタイルの自己決定権の保障という観点から、「法律婚」をせずにパート

[51] 中川善・前注（28）。

[52] 二宮周平「事実婚」川井健ほか編『講座・現代家族法　第２巻』（平文社、1991年）58頁。

[53] 二宮・前注（52）55頁以下。二宮・前注（５）47頁も同旨。

ナー関係を形成するというライフスタイルの選択を担保するため、「事実婚」にも婚姻法規定を準用することを肯定する[54]。

また、大村敦志教授は、「事実婚」カップルが婚姻届を出さない主たる理由を、それによって女性側当事者に嫁役割や妻役割が強制されることを避けるためであるとしたうえで、民法（法律婚）は、嫁役割といったものを法的義務として強制しているわけではないし、当事者も法律婚による法的義務・効果をすべて回避する趣旨ではないとする[55]。ここには、「法律婚」は性別役割分業を強制していないという、二宮教授とは異なる「法律婚」理解があるといえよう。

他方で、「事実婚」に婚姻法規定を準用すべきでないとする見解がある[56]。この見解は、「法律婚」を選択したカップルにのみ、「法律婚」がもつ法的効果を認めるべきだという点を重視する。ここでは、「法律婚」がもちうる性別役割分業的要素は、特に考慮に入れられていない。

つまり、「法律婚」をどのように理解するか、また、あえて届出をしないという意思をどのように解釈するかが、「事実婚」に対する法解釈論の相違につながっている。ここでも「法律上の婚姻」は、法解釈上、重要な位置を占めている。

第2項　立法論：婚姻法改正論議

前項で見たように、今日の「事実婚」カップルは意図的に「婚姻届を

---

[54]「法律婚」より法的効果が大幅に少ないため、「法律婚」をせずにパートナー関係を築くことが困難になるということがあれば、それは個人のライフスタイルの選択が侵害されていると考えるのである。二宮周平『事実婚の現代的課題』（日本評論社、1990年）、同『事実婚を考える』（日本評論社、1991年）115頁以下等。

[55] 大村敦志『家族法（第3版）』（有斐閣、2010年〔初出：1999年〕）247頁。そのうえで、今日「事実婚」を選ぶカップルの「大部分が望んでいるのは、新しい『婚姻』なのではないか」、「新しい婚姻は、民法の婚姻制度の外にではなく、その中に求められるべきではないか」と指摘する。

[56] 水野紀子「事実婚の法的保護」石川稔ほか編『家族法改正への課題』（日本加除出版、1993年）69頁、森山・前注（31）50頁等。

しない」というのであるから、「法律上の婚姻」の形式的成立要件が届出であることはもはや主たる問題ではない。そうではなく、**現行の法律が「法律上の婚姻」に用意している法的効果**が問題になっているのである。換言すれば、従来の内縁発生原因が届出という形式的成立要件（いわゆる「届出婚主義」の採用）にあったのに対し、今日の「事実婚」発生の主原因は、「法律婚」に付された法的効果にあるということになる。

現に、「法律婚」の法的効果については、学者から、（ア）その前近代性・男女不平等性が問題視されているものと、（イ）当事者を保護するに不十分であることが問題視されているものが存在する。このため、いずれについても改正論議が起こっている。

（ア）にあたる代表的なものとして、夫婦同氏規定（民法750条）[57]、女性の待婚期間規定（民法733条１項）[58]、非嫡出子相続分規定（民法900条４号但書）[59]、が挙げられる。これらはいずれも、平成８年（1996年）の「民法の一部を改正する法律案要綱」[60]（以下、「平成８年民法改正案要綱」とする）において、選択的夫婦別氏制の導入、再婚禁止期間の短縮（100

---

[57] この規定の改正を訴える論稿は膨大に存在する。滝沢聿代「選択的夫婦別氏制―その意義と課題」成城法学43号（1993年）22頁、水野紀子「夫婦の氏」戸時428号（1993年）15頁、高橋朋子「夫婦の氏」東海法学13号（1994年）236頁、民法改正をすすめるグループ編『民法改正そこが知りたい―選択別姓と子どもの平等』（かもがわ出版、1996年）、唄孝一「選択的夫婦別氏制（３・完）―その前史と周辺」ジュリ1129号（1998年）101頁、竹中勲「婚姻の自由と夫婦同氏強制制度の合憲性」ジュリ1234号（2002年）88頁などはその一部である。

[58] 同規定は、婚姻の「効果」ではなく「要件」部分に位置しているが、再婚する者にとっての「前婚の効果」と考えることもできるため、ここで取り上げる。同規定の非合理性を指摘するものとして、中川善・前注（43）172頁、我妻・前注（34）31頁以下、青山道夫・有地亨編『新版注釈民法（21）』（有斐閣、1989年）208頁以下［上野雅和］ほか多数。

[59] 二宮周平「『非嫡出子』の相続分差別撤廃へ向けて（１）（２・完）」立命館法学223＝224号（1993年）581頁・225＝226号（1993年）970頁、水野紀子「子どもの平等権―非嫡出子問題を中心に」家族〈社会と法〉10号（1994年）155頁、本山敦「非嫡出子相続分差別の違憲性」法教276号（2003年）87頁、棚村政行「嫡出子と非嫡出子の平等化」ジュリ1336号（2007年）37頁ほか多数。

[60] ジュリ1084号（1996年）126頁。

日に）、非嫡出子相続分の嫡出子相続分との平等化が提案された。しかしながら、とりわけ選択的夫婦別氏制度への反発は根強く、2011年現在もこの改正案は実現しそうにない。

（イ）に該当する代表的なものとして、協議離婚制度（民法763条以下）、夫婦財産制度（民法755条以下）が挙げられる。前者は、当事者の合意によりあまりにも容易に離婚が可能であることが弱者たる妻や子の保護に欠けるため、より充実した手続保障や法的効果を加えるべきとするものである[61]。後者については、近年、いくつかの立法提案が見られる[62]。しかしこれらは、法学者にはともかく、国民一般にはその重要性が共有されておらず、改正が実現するかは不透明であるように思われる。

いずれにせよ、これらの改正論のように、新しい「法律上の婚姻」のあり方を議論するためには、現在の「法律上の婚姻」の姿を把握することが不可欠であろう。

以上は、「法律上の婚姻」をめぐる学説の状況であったが、実際の裁判例に「法律上の婚姻」がどのように現れているのかも確認しておかなければならない。

第２節　「法律上の婚姻」をめぐる従来の裁判例

日本の従来の裁判例の判決本文中に、「法律上の婚姻」概念が登場する事案を分析すると、それらは主として、次の４つに分類できる。①「法律上の婚姻」に適用される法規定や約款等の条項を「事実上の婚姻」に適用してよいか否かが争点となる事例（第１－１類型）、②「法律上の婚姻」か否かによって大きな差が生じる場合に当該差異の正当性が争わ

[61] 水野紀子「日本の離婚における法規制のあり方」ケース研究1999号（2000年）２頁、同「人事訴訟法制定と家庭裁判所における離婚紛争の展望」ジュリ1301号（2005年）16頁等。

[62] 大村敦志「〔特集 家族法改正〕婚姻法・離婚法」ジュリ1384号（2009年）６頁以下、犬伏由子「夫婦の財産関係に関する法規制の課題と展望」法時1020号（2010年）11頁以下。

れる事例（第１－２類型）、③「法律上の配偶者」と「事実上の配偶者」が対立する事例（第２－１類型）、④「法律上の婚姻」が成立しているものの夫婦としての実態を伴っていないことが問題となる事例（第２－２類型）、の４つである。このうち、①④は、１組のカップルについて、その法的扱いが具体的に問題となった例であるのに対し、②③は、「法律上の婚姻」という枠組みが問われており、１組のカップルにとどまらない問題となっている。

これらを眺めてみると、「法律上の婚姻」が当該紛争の結論を左右する事例（①②）がある一方で、そうではない事例（「法律上の婚姻」が結論を左右する判断基準とはなっていない類型）（③④）が存在することが分かる。以下、順に確認していこう。

第１款「法律上の婚姻」が結論を左右する事例〔届出＞実態〕

第１－１類型　「事実上の婚姻」への法的効果付与の可否

第１－１類型は、「事実上の婚姻」の法的扱いが焦点となる事例であり、伝統的にも（いわゆる内縁の法的保護として）議論の多い事案類型といえる。ここでは、「事実上の婚姻」にも、「法律上の婚姻」と同様の法的効果を認めてよいか否かが争点となり、肯定例もあれば否定例もある。

類推適用肯定例として、最一小判昭和29年１月21日民集８巻１号87頁（民法772条、父性推定）、最二小判昭和33年４月11日民集12巻５号789頁（民法760条、婚姻費用分担）[63]、青森地八戸支判昭和36年９月15日下民集12巻９号2323頁（民法761条、日常家事債務の連帯）、広島高決昭和38年６月19日高民集16巻４号265頁（関係解消時の財産分与）、横浜地判昭和47年８月７日判タ286号271頁（協力扶助義務）、最三小判昭和49年12月17日民集28巻10号2040頁（民法711条、「近親者」の慰謝料請求権）、東

[63] 大阪地判昭和29年８月９日下民集５巻８号1289頁も内縁の妻の出産費用につき、民法760条に準じる扱いをして、内縁の夫の全額負担を肯定している。また、最三小判昭和41年２月22日最高裁判所裁判集民事82号453頁も、「内縁は法律上の婚姻に準ずる関係というべきであるから，民法760条の規定は内縁に類推適用されるものと解すべき」とする。

京地判平成４年１月31日判タ793号223頁（民法762条２項、帰属不分明財産の共有）などが挙げられる。

だが、その類推適用肯定の理由は必ずしも定かではない。たとえば、内縁の妻が実家で療養中に支出した医療費について、関係解消後、内縁の夫にその分担を求めた事案において、最二小判昭和33年４月11日民集12巻５号789頁は、「内縁が法律上の婚姻に準ずる関係と認むべきである」ことから、「民法760条の規定は、内縁に準用されるものと解すべき」と判示しているにすぎず、それ以上の理由は示されていない。青森地八戸支判昭和36年９月15日下民集12巻９号2323頁は、近所の者が当該内縁カップルを夫婦であると考えていた事実などから、第三者保護を主眼とする「民法761条の規定が内縁関係にも準用せらるべき」としている。こういった論理を用いるならば、およそ「婚姻」に関する規定はすべて内縁関係（事実上の婚姻）に類推適用されるようにも思われる。

しかし、他方で、類推適用否定例も存在する。名古屋高決昭和33年12月20日家月11巻3号132頁（同居義務）、高松高判平成６年４月19日判タ854号261頁（夫婦間契約の取消権）、最二小判平成７年３月24日判タ875号68頁（恩給法上の「配偶者」）、最三小判平成９年９月９日訟月44巻６号1009頁（所得税法上の「配偶者」）、最一小判平成12年３月10日民集54巻３号1040頁（死別の場合の財産分与）などである。

類推適用否定例では、その判断の根拠が示されているものもある。たとえば、名古屋高決昭和33年12月20日家月11巻３号132頁は、内縁関係にあった当事者の一方が他方との同居を拒み、生活費も送らないことから、その者に対する同居および扶助請求がなされた事案において、「法律上の婚姻関係とは異なり、内縁関係は一方当事者の解消の意思表示と事実上の婚姻関係の廃絶とさえあれば解消される」として、同居請求を棄却している。また、高松高判平成６年４月19日判タ854号261頁は、内縁の場合には、相続権がないなど婚姻に比べて内縁当事者の財産的保護が薄いことを理由に、契約取消権の規定の類推適用を否定している。一方で、最三小判平成９年９月９日訟月44巻６号1009頁は、「所得税法83条及び83条の２にいう『配偶者』は、納税義務者と法律上の婚姻関係にある者に限られると解するのが相当であ」ると述べるにとどまる。

要するに、この第１－１類型では、争われている法的効果が「法律上

の婚姻」だけに留保されるべきものか否か、すなわち「法律上の婚姻」とは何かに対する理解が、結論を左右することになる。にもかかわらず、裁判例を見る限り、類推適用肯定例と否定例を分ける基準は、明確なものとはいえない。このことは、「法律上の婚姻」概念の検討の必要性を示している。

第１－２類型　「法律上の婚姻」とそれ以外との差異の妥当性

第１－２類型は、「法律上の婚姻」とそれ以外との間に差異を設けている法規の妥当性が争われるものである。よって、これに該当する事案は憲法訴訟となる。代表的なものとして、非嫡出子相続分に関する違憲訴訟[64]および国籍法違憲訴訟[65]が挙げられる。

著名な非嫡出子相続分規定合憲決定（最大決平成７年７月５日民集49巻７号1789頁）を見てみよう。これは、非嫡出子相続分規定を合憲としたものであるが、その合憲判断は、**民法による法律婚主義の採用＝法定相続分は婚姻関係にある配偶者とその子を優遇**（これを最高裁は「法律婚の尊重」と表現する）というロジックに支えられている[66]。しかしな

---

[64] 東京高決平成５年６月23日高民集46巻２号43頁（違憲）、東京高判平成６年11月30日判時1512号３頁（違憲）、最大決平成７年７月５日民集49巻７号1789頁（合憲）等。

[65] 最二小判平成14年11月22日判時1808号55頁（合憲）、最大判平成20年６月４日民集62巻６号1367頁（違憲）等。

[66]「民法が法律婚主義を採用した結果として、婚姻関係から出生した嫡出子と婚姻外の関係から出生した非嫡出子との区別が生じ、親子関係の成立などにつき異なった規律がされ、また、内縁の配偶者には他方の配偶者の相続が認められないなどの差異が生じても、それはやむを得ないところといわなければならない。…本件規定の立法理由は、法律上の配偶者との間に出生した嫡出子の立場を尊重するとともに、他方、被相続人の子である非嫡出子の立場にも配慮して、非嫡出子に嫡出子の２分の１の法定相続分を認めることにより、非嫡出子を保護しようとしたものであり、法律婚の尊重と非嫡出子の保護の調整を図ったものと解される。これを言い換えれば、民法が法律婚主義を採用している以上、法定相続分は婚姻関係にある配偶者とその子を優遇してこれを定めるが、他方、非嫡出子にも一定の法定相続分を認めてその保護を図ったものであると解される。／現行民法は法律婚主義を採用しているのであるから、右のような

がら、先に検討したところによれば、学説でいうところの「法律婚主義」とは、届出がなければ法律上は婚姻が成立しないとするという立場、または婚姻の成立に法律上一定の手続を要件とする立法主義を意味するのであって、相続分規定のあり方と直結するはずのない概念である。換言すれば、「法律婚主義」の帰結としては、法律で定められた手続を経て成立した婚姻とそれ以外との間に、法的効果について何らかの違いがあればいいだけであって、それが子どもの相続分の違いである必然性はないはずである。現に、いわゆる「法律婚主義」を採用しながらも、非嫡出子／嫡出子の区別自体を撤廃したフランスのような例は存在している。

このように、最高裁が「法律婚主義」および「法律婚の尊重」と記述しているものが、結局は何を意味しているのかをさらに検討する必要があるはずである。単なる「法律婚＝法定の手続的要件を具備した婚姻」（定義φ）ということ以上の意味、つまり最高裁が考える「法律上の婚姻」概念がそこに読み込まれているからである。いずれにせよ、この事例では、「法律上の婚姻」の趣旨をいかに理解するかが、違憲か合憲かという重要な判断を左右するものとなっていることは疑いない。

もう1つの代表例である、国籍法違憲判決も、非嫡出子相続分合憲判決ほど直接的でないとはいえ、「法律上の婚姻」をどう理解するかが鍵となっている。すなわち、その多数意見は、日本国民である父と日本国民でない母との「法律上の婚姻」が、当該子と日本という国との密接な結び付きの存在を示す基準として合理的であるか否かを問題とし、国との結び付きの基準としては「今日では必ずしも家族生活等の実態に適合するものということはできない」と判断した[67]。ここでは、法学的とい

本件規定の立法理由にも合理的な根拠があるというべきであり、本件規定が非嫡出子の法定相続分を嫡出子の2分の1としたことが、右立法理由との関連において著しく不合理であり、立法府に与えられた合理的な裁量判断の限界を超えたものということはできないのであって、本件規定は、合理的理由のない差別とはいえず、憲法14条1項に反するものとはいえない」。

[67] 最大判平成20年6月4日：「国籍法3条1項の規定が設けられた当時の社会通念や社会的状況の下においては，日本国民である父と日本国民でない母との間の子について，父母が法律上の婚姻をしたことをもって日本国民である父との家族生活を通じた我が国との密接な結び付きの存在を示すものとみることに

うよりも社会学的理解という側面が強いが、それでも「法律上の婚姻」概念が結論を左右するものとなっているといえよう。

第２款　「法律上の婚姻」が結論を左右しない事例〔届出＜実態〕

第２－１類型　法律上の配偶者　対　事実上の配偶者

「法律上の配偶者」と「事実上の配偶者」が争うという第２－１類型の典型例は、社会保障給付の受給権をめぐる争いである。よく見られるのは、ある男性が死亡した場合に、その「配偶者」に対して支給される遺族年金の受給権が、当該男性の「法律上の妻」にあるのか、「事実上の妻」にあるのかが争われる事例である。その他にも、被相続人が「事実上の妻」に対してなした贈与（死因贈与、遺贈）の有効性が争われる事案[68]、「法律上の妻」が「事実上の妻」に対して慰謝料請求をする事

は相応の理由があったものとみられ，当時の諸外国における前記のような国籍法制の傾向にかんがみても，同項の規定が認知に加えて準正を日本国籍取得の要件としたことには，上記の立法目的との間に一定の合理的関連性があったものということができる。／しかしながら，その後，我が国における社会的，経済的環境等の変化に伴って，夫婦共同生活の在り方を含む家族生活や親子関係に関する意識も一様ではなくなってきており，今日では，出生数に占める非嫡出子の割合が増加するなど，家族生活や親子関係の実態も変化し多様化してきている。このような社会通念及び社会的状況の変化に加えて，近年，我が国の国際化の進展に伴い国際的交流が増大することにより，日本国民である父と日本国民でない母との間に出生する子が増加しているところ，両親の一方のみが日本国民である場合には，同居の有無など家族生活の実態においても，法律上の婚姻やそれを背景とした親子関係の在り方についての認識においても，両親が日本国民である場合と比べてより複雑多様な面があり，その子と我が国との結び付きの強弱を両親が法律上の婚姻をしているか否かをもって直ちに測ることはできない。これらのことを考慮すれば，日本国民である父が日本国民でない母と法律上の婚姻をしたことをもって，初めて子に日本国籍を与えるに足りるだけの我が国との密接な結び付きが認められるものとすることは，今日では必ずしも家族生活等の実態に適合するものということはできない」。

[68] 最一小判昭和61年11月20日民集40巻７号1167頁、東京地判平成18年７月６日判時1967号96頁等。

案[69]などがこの類型に該当するといえよう。

この類型において、「法律上の婚姻」の存在は、一考慮要素ではあるものの、各事案の結論を左右するものとしては機能していない。「事実上の配偶者」が勝訴する事案もあれば、「法律上の配偶者」が勝訴する事案もある[70]のだが、各結論を左右しているのは、「法律上の婚姻」か否かではなく、それ以外の要素である。

たとえば、遺族年金事例では、「法律上の妻」が夫とどのような関係性であったか（別居していたか、音信不通状態であったか等々）が結論を左右する主たる要素である。東京高判平成19年７月11日判時1991号67頁は、「原則として、法律上の妻が、配偶者要件を満たす者として、遺族給付の受給権を有するものと認めるべき」としつつも、「届出による婚姻関係がその実体を全く失って形骸化し、かつ、その状態が長期間継続し、いわば事実上の離婚状態にあると判断されるときに限り、例外的に戸籍上の届出をした妻は、配偶者要件に該当しないものと判断すべきものと解される。そして、法律上の婚姻関係が事実上の離婚状態にあるか否かは、別居の経緯、別居の期間、婚姻関係を維持ないし修復するための努力の有無、別居後における経済的依存状況、別居後における婚姻当事者の音信・訪問の状況、重婚的内縁関係の固定性等諸般の事情を総合的に考慮して判断すべき」とする。なお、贈与事例では、当該贈与が公序良俗違反か否か、慰謝料請求事例では、それが濫用的であるか否かが結論を左右する。結局のところ、この類型で重視されるのは、実態、すなわち事実関係である。

第２－２類型　「法律上の婚姻」と「実態」との乖離

第２－２類型では、「法律上の婚姻」が成立しているものの、「夫婦としての実態」が存在しない場合に、婚姻に伴って発生する法的効果を付

[69] 最三小判平成８年６月18日家月48巻12号39頁等。

[70]「法律上の配偶者」勝訴事例として、東京地判昭和62年11月25日判時1261号56頁、東京地判平成元年９月26日訟月36巻６号1080頁、「事実上の配偶者」勝訴事例として、最一小判平成17年４月21日判時1895号50頁、東京高判平成18年７月26日訟月54巻12号3027頁等。

与すべきか否か、または当該婚姻が無効か否かが争われる。

前者にあたる事例としては、最一小判平成14年10月17日民集56巻８号1823頁（「日本人の配偶者」としての外国人の在留資格）[71]、後者にあたる事例としては、最二小判昭和44年10月31日民集23巻10号1894頁、東京高判平成22年１月20日判時2076号48頁[72]等数多くの裁判例が存在する。

この類型においては、実態が伴っていないならば法的効果は付与しな

[71]「外国人が『日本人の配偶者』の身分を有する者として別表第二所定の『日本人の配偶者等』の在留資格をもって本邦に在留するためには，単にその日本人配偶者との間に法律上有効な婚姻関係にあるだけでは足りず，当該外国人が本邦において行おうとする活動が日本人の配偶者の身分を有する者としての活動に該当することを要するものと解するのが相当である」、「日本人の配偶者の身分を有する者としての活動を行おうとする外国人が『日本人の配偶者等』の在留資格を取得することができるものとされている趣旨に照らせば，日本人との間に婚姻関係が法律上存続している外国人であっても，その婚姻関係が社会生活上の実質的基礎を失っている場合には，その者の活動は日本人の配偶者の身分を有する者としての活動に該当するということはできないと解するのが相当である」。

[72]「Ｂは，本邦に最初に入国した後の，日本語による日常会話にも不自由していたと見られる時期に，結婚を前提とする交際期間もないままに，従前，何らの接点もない生活保護受給者で重い腎臓病の持病のある16歳も年上のＤと突然，婚姻したこととなるが，経験則に照らしてこれは極めて不自然である。また，ＢとＤは，控訴人の出生直前（９日前）に協議離婚をしているが，これもＢとＤの婚姻が，夫婦としての生活実態を伴うものであるとすれば，この時期に離婚すること自体が不可解かつ不自然である。さらに，夫婦の転居の時期が異なることは，夫婦としての生活実態がなかったことを外観上もうかがわせる不自然きわまりないものであり，その合理的な理由は見出し難い。これらに加えて，ＢとＤの婚姻後，間もなく，Ｂの在留資格期間が日本人配偶者（１年）と変更されていること，控訴人の出生直前の協議離婚は日本国籍を有することとなる控訴人が誕生すれば，その母親にあたるＢはＤとの婚姻を続けなくても在留資格を得られることによるものと推認され，実際にも控訴人の出生後Ｂの在留資格期間は定住者（１年）と変更されていること，さらに，Ｂが控訴人を懐胎したと見られる時期にはＤと同居していた事実がないことなどを総合すると，ＢとＤの婚姻は，妻とされるＢの本邦における在留資格の取得又は維持の目的で法律上の婚姻関係が形成されたものであると推認することができ，したがって，夫婦の生活実態も存在しないものであったと評価するのが相当である」。

いとする（または、有効な成立を否定する）事例が多いのであって、「法律上の婚姻」がもつ力は極めて小さい。むしろ、「夫婦の実態」とは何か、実質的な夫婦とは何かについての理解が結論を左右する。たとえば、最二小判昭和44年10月31日民集23巻10号1894頁は、「法律上の夫婦という身分関係」に加えて、「社会通念上夫婦であると認められる関係」が必要であるという立場を示している[73]。

とはいえ、「社会通念上夫婦であると認められる関係」、すなわち「夫婦としての実態」をどのように定めるのかというのは難しい問題である。たとえば、夫が生殖不能であることから婚姻無効が争われた事案では、それを知って婚姻の届出をした場合は有効であると判断されている[74]。

他方で、「夫婦の実態」がなくとも法的効果を認める事例もある。たとえば、婚姻費用分担義務は、別居していたとしても「法律上の夫婦」間に課せられる[75]。また、実際には関係解消していないのに方便としてなされた離婚の届出は、有効なものと判断されている[76]。ここには、（実態とは切り離された）「法律上の婚姻」独自の意義が見いだされていることになる。しかし、実態が優先される事案と届出が優先される事案の

[73]「『当事者間に婚姻をする意思がないとき』とは、当事者間に真に社会観念上夫婦であると認められる関係の設定を欲する効果意思を有しない場合を指すものと解すべきであり、したがつてたとえ婚姻の届出自体について当事者間に意思の合致があり、ひいて当事者間に、一応、所論法律上の夫婦という身分関係を設定する意思はあつたと認めうる場合であつても、それが、単に他の目的を達するための便法として仮託されたものにすぎないものであつて、前述のように真に夫婦関係の設定を欲する効果意思がなかつた場合には、婚姻はその効力を生じないものと解すべきである」（傍点筆者）。

[74] 最三小判昭和37年２月６日民集16巻２号206頁。

[75] 大阪高決昭和33年６月19日家月10巻11号53頁、東京高決昭和53年12月14日判時921号90頁など。

[76] 最一小判昭和38年11月28日民集17巻11号1469頁：「原判決によれば、上告人及びその妻Ａは判示方便のため離婚の届出をしたが、右は両者が法律上の婚姻関係を解消する意思の合致に基づいてなしたものであり、このような場合、両者の間に離婚の意思がないとは言い得ないから、本件協議離婚を所論理由を以つて無効となすべからざることは当然である」、最二小判昭和57年３月26日判時1041号66頁も同旨。

区別の基準はどこにあるのだろうか。この問いは、最終的には、「法律上の婚姻」が結論を左右する事例（本節第１款）と左右しない事例（実態が重視される事例）（本節第２款）との区別の基準を問うことに行き着く。

本稿は、このように、裁判例において「法律上の婚姻」概念が真正面から問題となる第１－１類型・第１－２類型の事案だけでなく、「法律上の婚姻」よりも「実態」の方が優先される第２－１類型・第２－２類型をも念頭に置きながら、その解釈に一定の安定性をもたらすことを意図して、日本における「法律上の婚姻」の趣旨、特徴を明らかにしようとするものである。

第３節　本稿の研究方法と構成

以上で示したように、「法律上の婚姻」概念は、解釈論上、立法論上、判例上の重要な概念となっているが、その内容は一義的には定まっておらず、話者の「婚姻観」に依るところが大きい。本稿は、「法律上の婚姻」の内実を明確化することによって、解釈を安定化させ、また議論を整理することを目的とするものである。この課題に取り組む方法として、本稿は、「法律上の婚姻」という用語そのものをもたないフランス法との比較という研究方法を採用したい[77]。本稿の関心の対象は日本における「法律上の婚姻」であるから、フランス法との比較は、一見、迂遠に思

[77]「法律上の婚姻」をフランス語に直訳すると “le mariage légal” となるが、このような言葉はフランス法の解釈学においてあまり用いられない、または少なくとも法律用語として一般的ではない。よって、「法律上の婚姻」の対義語たる「事実上の婚姻」を直訳した “le mariage de fait” という言葉も、裁判例の文言や法学論文・教科書等において、今日使用されることはほとんどない（比喩表現等で用いられることはある）。日本の文脈でいう「法律上の婚姻」に近いものとして、“le mariage civil” という著名な言葉は存在するが、これは直訳すれば「民事上の婚姻」（民事婚）である。なお、「民事婚」（仏）と「法律婚」（日）の趣旨が同一か否かについては、本稿の主たる検討課題の１つであるため、本論で述べることにしたい。

われるかもしれない。しかし、「法律上の婚姻」概念が一般的ではないという点で正反対な状況下にあるフランス法を鏡とすることにより、「法律上の婚姻」概念の存在が当然となっている日本の状況を相対化することができ、かえって、日本法だけを見ているよりもはっきりと、日本における「法律上の婚姻」概念の全体像を映し出すことができると考えられる。

とはいえ、日本の「法律上の婚姻」概念を、フランス法と比較可能にするためには、「法律上の婚姻」がもつ意味をもう一段階、咀嚼する必要がある。そこで前節までの検討を振り返ると、日本における「法律上の婚姻」には、大別して2つの意味が付与されているように思われる。第一は、「法律上の婚姻＝正統な結合」という意味であり（意義α）、第二は、「法律上の婚姻＝法的な結合」という意味である（意義β）。

意義αは、「法律上の婚姻」を、それを承認する主体が国家であるという点から把握するものである。よって、反対概念たる「事実上の婚姻」は、「正統でない結合」、すなわち「国家によって（婚姻として）承認されていない結合」と理解されることになる。

これに対し、意義βは、「法律上の婚姻」を、法が定めた婚姻の法的効果の視点から把握するものである。このため、反対概念たる「事実上の婚姻」は、「法的でない結合」、すなわち「婚姻としての法的効果が（当然には）発生しない結合」ということになる。

これら2つの意味を踏まえたうえで、第1部では、前者、すなわち「正統な結合としての婚姻」をテーマに、承認主体としての「国家」の位置づけや「正統性」に関する日仏の違いについて考察する。第2部では、後者、すなわち「法的な結合としての婚姻」をテーマに、日仏における実定法上の婚姻の効果を比較しながら、なぜ日仏間に相違が生じるかについて検討する。同じ「婚姻」という検討対象を扱っているようでありながら、第1部・第2部それぞれで生じてくる日本法とフランス法のズレ、および第1部と第2部の関連性を分析することによって、日本法における「法律上の婚姻」概念の特徴が明らかになるであろう。

（未完）

［付記］本稿は、北海道大学審査博士（法学）学位論文「フランス法における婚姻概念の系譜的考察」（2010年３月25日学位授与）に加筆・修正したものである。執筆にあたって、特別研究員奨励費（2007年度・2008年度）、松下国際財団研究助成（2009年10月－2010年９月）の支援を得た。また、加筆・修正にあたって、研究活動スタート支援（2010年度・2011年度）の援助を受けている。