

重婚的内縁の保護に関する一考察（下）

— 交通事故における損害賠償について —

A Study of the Share on the Damages of the Tort between a Legal Wife and a Cohabitation Wife.

小島二郎¹⁾, 田中淳子²⁾
Jiro Kojima, Atsuko Tanaka

The subject of this paper, written by Kojima and Tanaka, try to solve this problem which liy int he rlationthip a legal wife and a cohabitation wife on the dameges of the tort their hasband. We have discussed this probrem as follows: 1 Introduction. 2 Study of case law. 3 Principal of theory on the probrem. 4 Study of theory. 5 conclusion.

1) 愛知工業大学教養部講師
2) 愛知学院大学博士課程後期1年

重婚的内縁の保護に関する一考察（下）

——交通事故における損害賠償について

小島 二郎 ・ 田中 淳子

- 一 はじめに
- 二 判決例の検討（以上二八号）
- 三 判例法理に対する検討（以下本号）
- 四 学説の検討
- 五 むすびにかえて

二 判例法理の検討

一 ここで改めて、前号で取りあげた判決例を整理する。

なお、①原告、②請求（認容〓〇・認容されたが保険あるいはその他の給付によってすでに填補済〓△・否定〓×）、③要保護性（要保護性〓要保護状態にあれば〇・なければ×）、④法律婚をしている者、⑤善意・悪意（善意〓原告が内縁当初他方配偶者に法律上の婚姻関係が存在することを知らない・悪意〓原告が内縁開始当初他方配偶者に法律上の婚姻関係が存在することを知っていた・媒酌〓善意の認定はないが、媒酌人によって事実上の婚姻をしたことから善意と思われるもの）、⑥事実上の婚姻の継続年数、⑦法律婚の別居年数、⑧公序良俗（〇〓公序良俗に触れている・×〓公序良俗に触れていない）⑨学説、⑩無責任（〇〓原告の善意性を考慮している・×〓原告の善意性を考慮していない）、

⑪重点、⑫請求権競合（〇〓法律上の妻および事実上の妻ともに支払いを認める、×〓法律上の妻もしくは事実上の妻の一方にしか支払いを認めない）を示す。

【判例の整理】

〔判決例1〕盛岡地判昭和三二年五月三十一日判時八三号一八頁

①内縁の夫、②慰謝料×、③×、④夫側 ⑤媒酌、⑥三年、⑦三〇年、⑧〇、⑨相対的無効、⑩〇、⑪法律上の婚姻生活、⑫×。

〔判決例2〕東京地判昭和四三年二月一〇日家月二一巻六号八八頁
①内縁の妻、②扶養損失△・慰謝料〇、③〇、④夫側、⑤善意、⑥一一年、⑦一三年、⑧〇、⑨相対的無効、⑩〇、⑪法律上の婚姻生活・事実上の婚姻生活の比較衡量、⑫〇。

〔判決例3〕福岡地小倉支判支部昭和四三年二月一八日判時五五二

号七四頁

①内縁の妻、②慰謝料△、③○、④夫側、⑤善意、⑥二〇年、⑦二一年、⑧×、⑨有効に近い相対的無効、⑩○、⑪事実上の婚姻生活、⑫×。

〔判決例4〕大阪地判昭和四五年七月一七日判タ二六〇号二四一頁

①内縁の妻、②慰謝料×③×、④夫側、⑤善意、⑥五年、⑦二五年、⑧○、⑨相対的無効、⑩○、⑪法律上の婚姻生活・事実上の婚姻生活の比較衡量、⑫○。

〔判決例5〕横浜地判昭和四七年一月九日交民集五卷六号一五七二

頁

①内縁の妻、②扶養請求権×・慰謝料○、③×、④夫側、⑤？、⑥一四年、⑦二〇年、⑧×、⑨有効に近い相対的無効、⑩？、⑪法律婚の形骸化、⑫×。

〔判決例6〕神戸地判昭和四八年四月一七日判時七一五号九四頁

①内縁の夫、②慰謝料×・兄妹慰謝料×、③×、④夫側、⑤？、⑥一四年、⑦？、⑧×、⑨有効に近い相対的無効、⑩○、⑪法律上の婚姻生活・事実上の婚姻生活の比較衡量、⑫×。

〔判決例7〕大阪高判昭和四九年六月一七日判タ三一一号一五九頁

①内縁の夫、②慰謝料×、③×、④夫側、⑤？、⑥一四年、⑦？、⑧×、⑨有効に近い相対的無効、⑩○、⑪法律上の婚姻生活・事実上の婚姻生活の比較衡量、⑫×。

〔判決例8〕山口地裁下関支部昭和五一年一〇月二七日交民九卷五号

一四八三頁

①内縁の夫、②慰謝料○、③？、④妻側、⑤善意、⑥六年、⑦六年、⑧×、⑨有効に近い相対的無効、⑩？、⑪法律婚の形骸化、⑫×。

〔判決例9〕千葉地裁昭和五二年八月一〇日交民一〇卷四号一一〇一

頁

①法律上の妻、②逸失利益○・慰謝料○、③○、④夫側、⑤善意、⑥三

年、⑦三年、⑧×、⑨形骸化した法律婚は無条件に保護、⑩？、⑪なし、⑫×。

〔判決例10〕京都地福知山支判昭和五四年五月一〇日交民一二卷三号

六四三頁

①内縁の妻、②逸失利益△・慰謝料○、③○、④夫側、⑤善意、⑥二〇年、⑦三二年、⑧×、⑨有効に近い相対的無効、⑩？、⑪事実上の婚姻生活、⑫×。

〔判決例11〕横浜地判昭和五四年一二月二四日交民集一二卷六号一六

五七頁

①内縁の夫、②賠償債権○・慰謝料○、④夫側、⑤媒酌、⑥一九年、⑦二〇年、⑧×、⑨有効に近い相対的無効、⑩？、⑪事実上の婚姻生活、⑫×。

〔判決例12〕名古屋地判平成元年一〇月三十一日交民集二二卷五号一二

四二頁

①内縁の夫、②慰謝料△、③○？、④妻側、⑤悪意、⑥一〇年、⑦一三年、⑧×、⑨有効説？、⑩×、⑪事実上の婚姻生活のみ、⑫×。

二 みぎに紹介した判例法理は、いうまでもなく、重婚的内縁配偶者の保護を「内縁法理である準婚理論」によって解決してきたものである。この判例法理の基礎は、法律婚を重視する、という基本的な姿勢に立ち、法理論的には、重婚禁止規定との相関関係によって説明しようとするものである。そこで、当該重婚的内縁が法的保護をうけるためには、「公序良俗に反しない」ことを必要としている。その要件として、①法律婚の形骸化、②事実婚の実質的成熟度を挙げ、③重婚的内縁配偶者の無責性をも要求する、というのが基本的姿勢だといえることができるのではないか。

三 しかし、その判例法理の理論的基調は変わらないとしても、そこ

には微妙な変化をみることが出来る。その第一点は、「反公序良俗性」という要件が次第に判決のことば的表現としては登場しなくなった、という点である（「判決例5」以降）。

第二点は、有責性や悪意性、あるいは、法律婚に対する離婚の意思がなかった等の要件を問題として、重婚的内縁配偶者の少なくとも財産上の損害賠償を否定した事例は、原告である内縁配偶者が男性であるような場合、つまり要保護性に欠ける場面だという点に注目したいと考える（「判決例1」、「判決例6」がその例である。原告が女性であるが、すでに他の男性と婚姻関係を結んでいることから、要保護性が欠如しているとしたのは「判決例4」である）。そして、次第にこれらの有責性等の要件を問題としないで、実質上の婚姻関係の有無によって保護する方向へと変わっていったことに留意したいと考える。

いずれにせよ、要保護性の高い時は、善意を認定し、要保護性が欠けている場合には、悪意を認定しているといっても過言ではないと考える。四 さて、みぎのように考えるならば、つぎのことが導き出せるのではないか。まず、厳しい要件によって、保護すべき関係を認めている、という判例法理への理解は一面的な評価と考える。むしろ、判例法理は交通事故の損害賠償という第三者関係に対しても、重婚的内縁配偶者の保護を認めているという評価をすることこそ正しい評価というべきだと考えられるのではないか。とりわけ慰謝料については、要保護性がない場合を除いて、ほとんど認容している、ということからもそのように解することができる（「判決例5」以降）。

三 学説の検討

一 判決例への対応

一 つぎに、先程紹介した判例に対応させる形で学説を簡単に紹介してみよう。周知のように、重婚的内縁関係が法的保護の対象となるか、

という問題については、大きく三説に分類することができる。いわゆる、無効説⁽⁷⁾、相対的無効説⁽⁸⁾、有効説⁽⁹⁾である。

二 それらの学説を簡単に説明するならばつぎのようになっている。まず第一に、無効説とは、基本的には重婚的内縁関係は公序良俗に反するものであるから、保護すべきものではない。しかし、無効説のなかにも、内縁以外の法理で妥当な解決を与える（大原説⁽¹⁰⁾）と解するものも見られる。

第二に、相対的無効説とは、原則として、重婚的内縁は公序良俗に反し無効であるが、不法性の低いものについては救済を与えようと解するものである。この学説に分類される見解の中には、重婚的内縁が、法的保護を受けるための要件として様々な要件が提示されている。たとえば、相手方内縁配偶者に法律上の配偶者が存在していることを知らなかった、といういわゆる「善意性」を求める説（中川善説⁽¹¹⁾）、あるいは、法律婚の態様によって、重婚的内縁の保護を決しようとするものもある。

第三に、有効説とは、重婚的内縁の成立要件については厳しい枠組みを設けるが、その枠の中にはいる重婚的内縁については、公序良俗違反の認識なく、完全に有効な内縁として位置づけるものである。

三 現在の学説の状況は、重婚的内縁が有効だとか無効だという議論でなく、三説ともに、一様に、一定要件の下に重婚的内縁に法的保護を与えよう、という態度であるといっても過言ではない。したがって、実質的には、三説ともに「重婚的内縁の保護」については、「認めている」という、共通の認識をもっていることになる。具体的には、個々の要件がそれぞれの論者によって若干の相違はあるものの、その議論の中心は、①どのような要件で、②どの程度法的効果を与えるのかという議論へと移行しているといえよう。本稿では、教科書の見解に基づいて、それぞれの学説を整理してみたが、その整理をもとに、先程紹介した二の判決例が具体的には「どの学説に依拠しながら判決を下したのか」

という点から、判決例に対し学説を対応させることにする。

四 【判例の整理】から導きだされることはつぎのことである。まず、⑧では、判示の中で公序良俗について触れてあるか否かを整理してみた。なぜなら、無効説と有効説の境界線は、重婚的内縁が公序良俗に反し無効であるか否かに求めることができるからである。この【判例の整理】に従えば、「判決例5」以降は全く公序良俗については触れられていない。このことは、事実上、判決が、法律上の婚姻関係と事実上の婚姻関係といった具体的事実の認定によって、判決を下していることを示していることになる。基本的には、法的保護にあたる「重婚的内縁」の認定がなされるが、「判決例5」以降は公序良俗についての判断がなされていないという事実を踏まえて、いわゆる、相対的無効説というよりも、それは、有効説に近いかたちの相対的無効説という評価もできるのではないか。さらに、「判決例12」になると、その傾向は顕著にあらわれているといえよう。この「判決例12」の判決文を読む限り、それまでの判決に比べ、素直なかたちで事実上の婚姻を受け入れており、さらに、原告の善意性や無責任性についての判断することなく判決を下している点から考えると、有効説に依拠して判決がなされたといっても過言ではないと考える。このように、実際上、有効説・無効説・相対的無効説というかたちではなく、ゆるやかにではあるが、相対的無効説と有効説が融合するような、相対的無効説が有効説へ近づいている、とう評価が可能であると考える。

五 さて、重婚的内縁が法的保護の対象となるか、ということについて形式論的には、三つの学説が説かれているが、今日では、その結論の相違というものが失われている。相対的無効説と有効説とは、具体的問題を通じて結論は同じであり、実質的な差はほとんどないといってもよい。たとえ無効説であっても、すべて公序良俗に反し無効というものはなくなっている。ただ学説は、夫と内縁の妻とが、不当破棄に基づく

損害賠償請求や財産分与請求、さらには法律上の妻の扶養請求等の請求権の競合があった場合にどう処理するのか、ということを含めて立論している。したがって、相対的有効説・無効説といわれる学説は、法律上の妻への配慮、つまり法律婚主義を無視できないということを、理論的に表明しているにすぎないといえよう。ところが、自動車事故のように加害者として第三者の登場が余儀無くされる場面には、内部関係の解決に用意された理論をそのまま適用することはできない。問題は被害者の保護であり、内部関係の解決に用意された理論をそのまま利用することはできない。問題は被害者の保護であり、内部関係に機能してきた婚姻理論間は考慮する必要はないからである。かくして、重婚的内縁関係は、すでに新しい理論が求められてきているのではないか。なぜなら、交通事故によって一個の損害が生じ、請求を求めることができる法律上の妻と事実上の妻という主体が二個存在する場合に、もっとも妥当な解決策とはいったいどのようなものであろうか。いま、まさにこのことが求められていると考える。その理由として、重婚的内縁関係にある女性からの損害賠償請求権が認められた判決の存在は、同時に、当然法律上の配偶者にもそれを求めるということである。これは、請求権を重疊的に行使するという場面である。判決例というならば、「判決例2」、「判決例4」であるが、裁判になってあらわれる事件とは、重婚的内縁の配偶者が原告となる場合がほとんどで（「判決例9」は例外）、このことは、法律上の配偶者であれば当然に請求が認められることの証明でもある。批判をおそれずに評価するならば、法律上の配偶者と内縁の配偶者のいずれの請求も認めるように判例・学説もほぼ定着しつつあるといえるのではないか。

そこで、今後は不法行為によって一個の損害が発生した場合に、損害賠償をこの両者にどのように配分するのか、という問題が登場する。これは、法律上の配偶者と重婚的内縁関係にある配偶者とが、いかなる法

的根拠を用いて、どれだけ配分を受けることができるかということである。⁽¹²⁾いま、これをどのように構築していったらよいのか、という議論がなされることが望まれている。

二 請求の基礎と配分の基礎

重婚的関係にある事実上の夫婦の一方、たとえば夫が死亡した場合に、事実上の妻は、加害者に対して、どのような法的根拠によって請求することができるか。さらに、それが、認められるとすれば、一体いかなる法的構成によって処理されるのか、について以下の学説が主張されている。

I 法律婚重視により重婚的内縁の法的保護について消極的、もしくは否定的な見解

(1) 宮井忠夫⁽¹³⁾ 「そもそも重婚的内縁の夫婦には協力扶助義務は存在するのだろうか」という疑問を出発点として、第三者との関係や婚姻家族との関係が問題となる場合に一定要件のもとに重婚的内縁を保護することについて、消極的である。なぜなら、婚姻法上の権利を同様に内縁の妻にも認めるとするならば法律上の妻との権利競合が生ずる。事実上離婚状態にあるといっても、法律上の妻の権利を制限されるべきものではない。くわえて、有責事由によって婚姻破綻がもたらされた場合はなおさらである。このことが、重婚的内縁の公認という事態を招きかねない、とし、事故死の賠償を認めない。

II (ア) 法律上の妻については被害者の逸失利益の相続的構成を採り、事実上の妻については扶養請求権の侵害的構成を採る学説

(1) 野田愛子⁽¹⁴⁾ 内縁の妻は事実上内縁の夫から扶養されているという関係ではなく、法的に夫に対し扶養請求権を持つ。したがって、単に事実上の扶養の利益ではない。そこで、ここでいう扶養請求権とは、扶養必要者と扶養可能者が前提となり、当事者の一切の事情が勘案され、具体化される。そもそも扶養請求権は、特別関係にある者同志の権利・

義務の関係であり、相対権の性質を持つ。しかし、第三者によって扶養することが履行できなくなれば、不法行為による損害賠償請求の対象となることは否定できない。事情変更を考慮するなら民法七一条の慰謝料請求権の構成を考える。そもそも扶養請求権は、一身専属権であって相続されないとするが、扶養者の死亡によって、損害賠償請求権に転化する。したがって、相続することができ、その範囲は、被害者が生きていたら得ることができたであろう生活費を限度とする。

相続人と内縁の妻の請求権が競合した場合、被害者の生存を仮定すれば、①被害者の得べかりし純収益から、まず扶養権利者(内縁の妻)の扶養にあて、②その残余が、相続の対象となる。①+②=遺失利益(同額)でなければならぬ。例外として、相続人が先に請求してきた場合である。その場合はつぎの様に考えることにする。まず第一に、内縁の妻の存在を知っていたら、その分をあらかじめ控除して払う。ついで、全額相続人に支払ったら、善意・無過失により、相続人は免責される。

(2) 人見康子⁽¹⁵⁾ 重婚的内縁関係をすべて無効な婚姻とはいえないが、法律上の妻の側に離婚の意思がない場合には、法律上離婚しているわけではないため、重婚的内縁の法的効果も当然制限され、たとえ事実上重婚的内縁関係にあるといえども、扶養請求権を行使できる法的地位にあるものではない。慰謝料請求権についても同様に解する。法律上の妻の離婚の意思を重視する見解であり、保護すべき重婚的内縁を厳格に解釈すべき立場である。おそらく婚姻の倫理観を規定に法律婚主義を尊重する立場といえよう。したがって、内縁の妻でなくその子(内縁の子)の扶養請求権については、認容する。

(イ) 相続的構成否定説

(1) 淡路剛久⁽¹⁶⁾ 重婚的内縁に該当した場合には、扶養請求権の侵害を認める。重婚的内縁の判断基準は、「①法律上の婚姻関係が断絶し、形骸化していること、②内縁が実質上の夫婦関係であること」の二

点である。昭和四三年判決は、内縁関係が婚姻の意思に基づくことをあげているが、「形式をとまわらない意思は通常は客観的事実から推認されるものであるから、独立の要件ではない」として、「損害賠償を請求している者が、重婚の関係にある者本人か、それとも相手方か」によって異なる。

慰謝料については、「法律上の相続人との関係で面倒を生じないのだから、比較的ゆるやかにその請求を認めるべきである」と考える。しかし、基本的に慰謝料を固有の権利ととらえているため、重婚的内縁の妻と法律上の妻との競合については具体的に触れられていない。

(2) 幾代通¹⁷⁾ 基本的に財産的損害の請求について、固有損害説に立ち、生命侵害において残された遺族が、なんらかの固有の損害を被った場合に、損害賠償請求権を固有に取得すると解するため、重婚的内縁の場合においても、死亡した者との間に存在した扶養・寄与などの「広義の家計共同体的な関係の実質に着目して」、扶養侵害説によって個別的に妥当な額を認定すべきである。

固有被害説は、相続説よりも少額となる場合が多いが、「不法行為制度が、被害者の救済を目的とするものであって、加害者に対する正妻を目的とするものでない以上、致しかたない」が、その額の差については、「はなはだしく少なくなるような事態はないであろう」と解している。配分については、以下で紹介する倉田説に依拠する。

精神的損害（慰謝料請求権）についても、財産的損害と同じく固有被害説の立場に立つ。したがって、「死者との間の親密度・生活的連帯感などの現実の有り方に応じて、慰謝料を考慮していく」。したがって、結果的に重婚的内縁関係の場合、事実上共同生活を送っており、他方、法律上の配偶者とは形骸化していることが前提であるため、重婚的内縁の妻の側が比較的保護される割合が高い、といっていよい。

(3) 加藤一郎¹⁸⁾ 加藤教授は、交通事故等で死亡した者の遺族の

有する損害賠償請求権を、死者の権利を相続することによって生じた請求権ではなく、遺族固有に生じた損害の賠償請求権と解している。財産的損害の賠償請求について、扶養請求権の侵害による遺族固有の権利を主張できるとしている。また、遺族と相続人の競合した場合には、「相続人より、遺族を優先させる方がよい」とし、相続人以外、つまり法律上の妻でない者は遺族として扶養侵害の賠償ができるという趣旨ではなからうか。遺失利益の範囲は、死者の死亡時までの分に限り、後は慰謝料で調整するとか、具体的には刑事罰で制裁するという方法を提示している。ちなみに、賠償額の算定については、内縁の場合は「相続人への賠償額からさし引く」という記述がみられる。

精神的損害、つまり慰謝料請求権について「慰謝料が、その財産的価値自体を本来の目的とするものではなく、財産的価値を通じてではあるが請求権者の精神的慰謝を直接の目的とするものであることを考えれば、死者との共同生活などの生活上の密着度が慰謝料請求の基準になるべきであり（七一一条はまさにそれを示している）、相続人という財産上の抽象的資格をもちだすべきではない」としている。みぎ論文では、重婚的内縁の場合の慰謝料請求権ならびに財産的損害の構成については直接ふれられていないが、内縁の妻対死者の兄弟姉妹の慰謝料請求権が競合した場合に、「偶然的な立場にいる兄弟姉妹にまで、死者が苦しみ悲しんだということによる慰謝料請求権の行使を認めることは妥当と思われる」という記述から、いわゆる単なる相続人として死者の慰謝料請求を可能となさしめるのではなく、死者と、実際に共同生活をしてきた者が請求権者となるべきだとしていると解し、重婚的内縁であっても、共同生活をしてきた者をして、七一一条の適用もしくは類推適用により、固有の権利として認めると解することもできる。

以上を総合して検討すると、重婚的内縁を、他方内縁配偶者の死亡によって、事実上内縁と同視できるとい立場であれば、通常内縁の場合

と同様の法的処理によって保護することが可能であろう。

(ウ) 重婚的内縁の損害賠償の根拠を扶養期待権の侵害と考え、その賠償額については、配分的調整を示唆する見解

(1) 倉田卓次⁽¹⁹⁾ 重婚的内縁関係の場合における財産的損害の賠償請求については、法律上の配偶者と内縁の配偶者との請求権が競合する場合は、「本妻との問題は事実上、離婚と同じ状態が成立していたわけだが、財産分与も行われず、さらにこの種のケースでは男のほうに婚姻を破綻させた責任があるのが普通で、本妻としては慰謝料も取れるはずである。この種の未清算の権利を清算させる意味では、内縁の妻とで割合的な配分を考えるのが一番妥当な結果になるように思われる」としている。これは、倉田説が不法行為による損害賠償請求を「加害行為を扶養請求権侵害とする見地から、死者本位とを総合する理論づけ」した「扶養構成」だと考えているからであろう。そのように考える理由は、「救済さらべきは、内縁の妻や未認知の子なのであるが、彼らに扶養請求権がないからという理由で、扶養喪失説をとるより、扶養請求権侵害説を維持しつつ彼らにもこの権利を類推によって認めるような解釈論を求めるほうが、例えば離婚といった法概念の創出と同様、より建設的と言える」と解するからである。

精神的損害については、財産的損害の構成が扶養構成を求めることによって、消極的損害の賠償額を減少することになる。したがって、慰謝料はその賠償額減少の「過渡的調整」の性質をもって機能することが望ましいと考えている。現在の慰謝料の額に比べ、おのずと高額化になることを示唆しているが、重婚的内縁の損害賠償請求については具体的に触れていない。

(2) 二宮周平⁽²⁰⁾ 扶養をめぐる法律婚と事実婚の争いについて、扶養の「無条件性」にもとづいて、双方とも法的保護をあたえる。すなわち、扶養の「無条件原理」にもとづいて、どんな婚外関係でも一応保護

の対象として考慮する」。その場合、①事故当時の扶養状態、②共同生活の実体、③別居の状態、④各自の自立度を考慮する。その上で要保護状態にあるものは無条件に賠償を認めることになる。

慰謝料についても、要保護状態に陥ったら扶養を請求することができるとの関係にあるもの、つまり事実婚も法律婚も慰謝料請求が可能である。その場合も、加害者との負担の公平を守るために、分配することになる。具体的分配については、賠償請求同様の要素を考慮することになる。

(3) 古田時博⁽²¹⁾ 法律上の妻と重婚的内縁の妻との請求権の競合が生じた場合、本妻の扶養請求権については考慮すべきである、旨明示し、重婚的内縁と法律上の妻との割合的配分を提唱している。

損害賠償請求については扶養侵害の構成に立ち、その具体的な賠償額の割り振りについては、つぎのように解する。「端的に本妻BがAに対し(Aが存在していると仮定し)婚姻費用の分担ないし夫婦間の扶助義務として扶養料の支払の審判を申立てたと仮定したさい、此の事実のもとでBにいくばくの扶養請求料の支払を命ずべきかどうかという観点から考えて、Bの請求分を考えるべきだと考える」。重婚的内縁の妻の取扱についてはそれを法的保護の対象とするには慎重な判断を必要とするが、基本的には、それらの関係にあるものを一定の要件下で保護しているため、これらをとるべく一切の事情を斟酌して、二人の女性の間で分配率を決定して、内妻がどの程度本妻になっているか、逆に本妻がどれだけ他人に近づいているかによって決定されるべきである、と解している。

慰謝料については、大体決定した慰謝料の総額の中で法律上の妻と重婚的内縁の妻とで割り振る。

(4) 中川淳⁽²²⁾ 「重婚的内縁関係にある妻についても、扶助Ⅱ扶養請求権を認め、したがって、その侵害によって損害を生じたときは、加害者になりたいして、損害賠償を請求することが認められる」。ただ、法

的保護が与えられる重婚的内縁は、「法律婚が事実上長期にわたって回復の見込みなくまったく戸籍上形骸をとどめているにすぎないという場合に限定されなければならない」。法律上の配偶者と重婚的内縁の当事者の権利の競合については、「事実上の離婚または客観的に破綻した婚姻関係にある配偶者には、扶助すなわち扶養の請求義務はないと解すれば、競合の問題は、それほど複雑ではないように思われる。すなわち、婚姻関係の客観的破綻は、事実先行性の理論によって、夫婦の間の権利義務に消長をおよぼさずべきであると思う」。

精神的損害については、事実上の妻が、法的保護の対象と評価される場合に限り、民法七一条の類推適用によって慰謝料を認めることになる。

(エ) 相続的構成を採りながら、重婚的内縁の妻と法律上の妻の賠償額については、配分的給付を考慮している見解

(1) 松嶋道夫²³⁾ 「重婚的内縁関係にある内妻には法律上の扶養請求権を有するとはいえないにしても、生活事実として、うけている生活利益が違法に侵害されれば、その損害は保護されてよい。しかし内妻の権利を認容した場合にも法律上の妻の権利は否定しえない。法律上の妻が損害賠償請求権の相続ないし固有の慰謝料請求権に基づいて請求すれば、内妻の慰謝料請求権と競合する。このような場合、法律上の妻と内妻の保護法益が同一であれば、損害賠償責任の分配もありうるであろう」としている。具体的な配分については、倉田説に依拠している。しかし、同じく競合の場合の配分を提唱している二宮説が、配分の根拠を「扶養義務の無条件性」に求めることには批判的である。

(2) 椎木録司²⁴⁾ 基本的には、相続的構成の立場であるが、法律上の配偶者と内縁の配偶者との利益を調節について考慮している。「内縁の妻らの法的地位が認められるのは生活保障の分野であるから、自動車事故の損害賠償の面においても生活保障的な底部構造部分とそれを上

回る上部構造部分に分ち、前者の部分においては扶養請求権侵害が、後者の部分においては遺失利益の相続関係がそれぞれ優先する」。「私のいわゆる損害賠償の底部構造の部分は内縁の妻Bがこれを越える上部構造の部分はC(自動車事故で死亡したAの父・筆者注)がそれぞれD(加害自動車の運行供用者・筆者注)に請求権を持つと考える」。慰謝料は、損害賠償の上層部の範囲に入るから法律上の妻に与えられる。

(7) 無効説を主張するのは、大原長和「家族法における倫理」有

地亨編『現代家族法の諸問題』四三頁(弘文堂、一九九〇年)、宮井忠夫「判評」同志社法学一〇〇号一〇八頁(一九六七年)、青山尚史「重婚的内縁の効力」駒沢大学法学論集一七号一五四頁以下など。

(8) 相対的無効説の立場に立つのは、我妻栄『親税法』二〇〇頁(有斐閣、一九六一年)、中川善之助「重婚的内縁の解消と財産分与」新版家族法判例百選三四頁、有地亨「判評」判時三四七号三六頁、明山和男「重婚的内縁の考え方」判時七五三号一二〇頁、太田武雄「重婚的内縁の保護基準」『現代家族法研究』一一七頁以下(有斐閣、一九八二年)など。

(9) 有効説に立つ見解として、於保不二雄「判評」法学論叢四四卷一八五頁(一九四一年)、青山尚史「重婚的内縁の効力」駒沢大学法学論集。

(10) 大原・前出注(7)。

(11) 中川(善)・前出注(8)。

(12) 倉田卓次「相続的構成から扶養的構成へ」『現代損害賠償法講座七卷』一一七頁(日本評論社、一九七四年)。

(13) 宮井忠夫「判評」法時四一卷九号一四六頁(一九六九年)。

(14) 野田愛子「遺失利益と扶養請求権」判タ二二二号二二頁

- (一九六七年)。
- (15) 人見康子「判評」判タ二三二号八九頁(一九六九年)。
- (16) 淡路剛久「重婚の内縁と損害賠償請求」交通民集三卷索引号二九七頁(一九七一年)、同「重婚の内縁と交通事故」家族判例百選(第三版)二五頁(一九八〇年)。
- (17) 幾代通「徳本伸一『不法行為法(補訂)』二四五頁以下(筑摩書房・一九九三年)。
- (18) 加藤一郎「慰謝料請求権の相続性——大法廷判決をめぐって」ジュリ三九一号一四頁以下(一九六八年)、同「慰謝料請求権の相続性」ジュリ四三二号一四九頁以下(一九六九年)、同「不法行為(増補版)」(有斐閣・一九七四年)。
- (19) 倉田卓次「相続的構成から扶養的構成へ」『現代損害賠償法講座七巻』一一七頁以下(日本評論社・一九七四年)。
- (20) 二宮周平「事実婚の現代的課題」一九五頁以下(日本評論社・一九九〇年)。
- (21) 古田得博「判評」島六一六号四六頁(一九七一年)。
- (22) 中川淳『判例家族法』二一七頁以下(一九七六年)。
- (23) 松嶋道夫「重婚の内縁の効力」富山大学経済論集二九巻3号八六頁(一九八四年)。
- (24) 椎木録司「遺失利益の相続と扶養請求権の侵害との関係」ジュリ四三一号四九九頁(一九六九年)。

四 むすびにかえて

一 以上、本稿でおこなった判例・学説の検討から以下の点を導くことができよう。まず、第一に、現在の判例の立場、すなわち、判例の方向性について、重婚の内縁が法的保護の対象となる為には、法律上の配偶者との婚姻関係が事実上離婚状態になければならない。すなわち、

一夫一婦制の厳格な遵守と、普遍的な婚姻観のもとでの、法律婚優先の原則を前提としているからである。その上で、弱者保護としての事実上の配偶者の法的救済を求めようとしているのである。なぜなら、有責性・善意性の有無を問題としながら、実は要保護性を認定し、それを理由付けるためにそれらを問題としているからである。なお、このような判例の方向性については、有責配偶者からの離婚請求の認容の傾向とも少なからず関連性を見出せる。有責な配偶者であっても、ただそれだけをもって法の救済の対象外とするものではない、という積極的破綻主義への判例変更がまさにその方向性を現しているといえよう。重婚の内縁の問題も有責配偶者の離婚請求の問題も、法律上の配偶者との婚姻が事実上の離婚状態として解決をしていることにみることができる。

このような方向性は、学説の近時の傾向にも同じことがいえる。そのような観点にたつて問題の方向性を考えてみると、つぎのようになっていることができる。

まず、第一に、法律婚の重視などの婚姻観にもとづく解決のアプローチは、仮に、対法律上の配偶者の問題としては考慮すべき要因となり得ても、対第三者つまり交通事故に関する不法行為者である加害者にたいしては何ら問題とするべきことではないと思われる。なぜなら、死亡配偶者と共に生活している家族(的)共同体の利益(扶養等)を侵害した加害者の免責をもたらず要因を考えることはできないからである。

第二に、右のことは、死亡配偶者(内縁配偶者を含む)の生命侵害によつてもたらされる精神的侵害に基づく慰藉料請求(悲しみ、期待権を失った不安等)に顕著にあらわれる。これらの精神的苦痛は、内縁配偶者といえども生じているからである。むしろ、形骸化した配偶者よりも事実上ともに暮らしていたもののほうが、それによって受ける悲しみは大きいのではないか。

第三に、重婚の内縁配偶者は、実際かつ具体的に扶養されていたかど

うかを問わず、死亡配偶者の存在そのものを必要として生活共同体が維持されていたのであり、その利益、および将来の期待利益(抽象的な扶養請求権)を侵害されたといわねばならない。その損害を填補することは当然といわなければならない。

第四に、もしそうだととしても、法律上の配偶者の権利侵害・利益侵害が否定されるわけではない。重婚的内縁の場合には、法律婚が完全に形骸化しているか否とにかかわらず、法律婚との関係(実質的離婚とも等しい関係)において、それに関する、慰藉料・財産分与の問題については、いまだ未解決のままである。したがって、死亡配偶者が生存していれば填補したであろうこれらの財産的利益が失われているからである。

このように考えると、生命侵害によって、その者が生存していれば、得たであろう利益が失われたのであるから、そこに生命侵害による一個の損害が発生し、加害者にはそれを支払う義務が発生する。そして、それを前提に、法律婚上の配偶者と事実上の配偶者が、従来死亡配偶者との共同生活の濃淡関係によって配分給付をするべきだという結論になる(例、重婚的内縁関係にある妻と法律上の妻との請求権が重畳的になる)。

かくして、これに対応できるような不法行為理論を用意して問題に対応すべきであるというように考える。

つまり、さまざまな観点から現在問題となっている西原理論が示唆的であると考えられる。いずれにせよ、内縁法理から訣別して、事実婚を事実婚そのものとして保護していく方向が模索されなければならないと考える。

(一九九三年四月脱稿)