

論 説

判例婚約法の展開 (1)

～「婚姻予約有効判決」後の推移に即して～

岡 本 詔 治

I 本稿の視点と課題

1 本稿の視点

2 本稿の具体的な課題

II 婚姻予約有効判決の受容と定着

1 婚姻予約の成否

2 婚姻届出請求事件

3 婚因予約有効論と不法行為責任の可否

4 小括－民事連合部判決の定着状況

(以上、本号)

III 婚姻予約有効判決の展開

(以下、次号)

IV いわゆる「誠心誠意判決」の登場

V 「誠心誠意判決」後の推移

VI 結語

I 本稿の視点と課題

1 本稿の視点

(1) 大正4年の民事連合部「婚姻予約有効判決」(大<民連>判大正4・1・30民録21輯49頁)は、単に婚約・内縁を保護したことにはとどまらず、制定法自体を改変したという意味でも、わが判例法史上からみて画期的な裁判例であったが、このような事情は、すでに前稿で検討した⁽¹⁾。加えてしかも、内縁については、当時のドイツ・フランス・イタリア民法のみならず、民事連合部判決の直前に施行されたスイス民法ですら、その保護を否定していたので(公序良俗違反)、わが民事連合部判決は、世界法史的な観点からみても、この方面において、まさしく金字塔を打ちたてたものと評価しえないわけではないのである。

本稿では、前稿を承けて、「婚姻予約有効判決」公表後の判例の推移をたどることが、主たる課題となる。前稿では、婚姻予約有効判決が内縁のみならず婚約も含む論理構造を有していたこと、および予約論の効果として「届出義務」が前提とされていたことを明らかにしたが、本稿では、その後の判例の展開を分析することによって、かかる私見の立場を再確認するとともに、民事連合部判決があえて不法行為の構成を排斥した理由についても、より一層具体的に検証することが予定されている。加えて、戦前までの「家制度」のもとにおかれた婚約・婚姻予約法の閉塞状態にも言及しながら、一面では、なお一定の論理的な展開をみせるとともに、他面では、女性救済という面に急なあまり、その要件事実を曖昧なままにするような結果を招来したことなどの事情ないし問題点を析出したいと考えている。ことに、婚約と私通関係との区別を不透明にして裁判官の自由裁量を許容する余地を残したが、そのことが、結局のところ、かえって女性救済という機能を十全には果たし得ない結果につながったことは否定し得ない事実である。ある種の自縄自縛の状態に陥ったようにも思われる。

大審院判例によれば、婚約としての婚姻予約の要件事実の核心は「将来において婚姻をなすことの意味」（以下では「婚姻意思」と略することもある。）の存在であるが、これは単なる事実というよりも、一種の規範的概念と捉えた方が正確であり、その考慮事情は単純ではない。結納や樽入れなどの儀式があれば、容易に認定できるが、単純なる口約による夫婦約束はいうに及ばず、秘密裡の性的関係ないし同棲中における結婚の「約束」ですら、結局のところ、その成否の命運は裁判官の価値判断に左右される面が強いからである。婚姻予約有効判決の歴史的意義の評価は衆目の一致するところであり、本稿もこのことに異論を述べるものではないとしても、社会的事実としては性的関係を伴う類似の男女関係であるにもかかわらず、ある場合には婚姻予約が認められ、ある場合にはそれが否定されていたとするならば、抽象的な女性救済という正義・衡平論が具体的場で

は十全に機能せず、結局は個別正義が部分的にせよ犠牲にされていたといわねばならないであろう。そうとすれば、婚姻予約有効論の論理構造ないしはその「解釈の仕方」そのものが十全ではなかったということとなり、単に事案による結論の相違といって済まされる問題ではない。また、内縁、試婚、単純婚約、あるいは非婚という社会的事実レベルの区別を重視した分析でも、この難題を克服することはできないように思われる。仮に、その責めの一斑が理論にあったとするならば、改めて、自戒の念をも込めて判例の推移を再検討することが、解釈論者の責務であり、かつここでの重要な課題となろう。

(2) ところで、婚姻予約不履行をめぐる裁判では、その請求認容の前提として、まず「婚姻予約」の成立が証明・認定されなければならないことはいうまでもない。かかる予約の成否に関する判例の立場について結論的なものを先取りして一言すれば、この当時の裁判例においては、いわゆる「内縁」ケースでは、慣習上の挙式を済ましたうえで、同棲していたならば、たとえその同棲期間が短期間であるとしても、基本的には、関係の破棄責任は肯定される傾向があったように思われる⁽²⁾。民事連合部判決での内縁もそのような内縁であった。この種の内縁関係（いわゆる「試婚」なる男女関係）の生成は、当時の媒酌結婚に起因するものと思われるが⁽³⁾、その反面、媒酌・挙式がなされていない、いわゆる秘密裡での同棲が単なる情交関係ないし私通とされるケースもあったことを考慮すると、ある大審院判決の説示から明らかなように⁽⁴⁾、「正式の結婚式」の挙行が普通の婚姻形態であるという当時の婚姻習俗を念頭におくならば、法的にも「内縁」につき通過儀礼のあるケースをもって婚姻予約とするという「原則論」が多くの裁判例の裡に潜在していたと評価しえないわけではない。それは、証明責任の観点からいえば、村落秩序や家秩序を後景において行われる「通過儀礼」によって「確定的な真意のある婚姻意思」を事実推認することとなり、もはやその反論は著しく困難になるということを

意味しよう。これに対して、単なる同棲では、その推定力はさほど強力ではないし、また、そうした単なる同棲が戸主や両親の意思に反すると、適法なる内縁とは認められなくなる可能性もあった。実際、この種の内縁を解消して戸主ないし両親の家に帰還するよう命令されても従わないならば、事情によっては離籍や廃除が認められることもあり得たのである。その意味では、この種の男女関係は、実体法的にみても、脆弱な関係といわざるをえない。

なるほど、判例によれば、通例儀礼はあくまでも単なる証拠とされているので、原則的内縁ケースと、これに準ずる内縁ケースとは、類型として明確に区別されていないとしても、かかる分析視点を介在させることによって、むしろ判例の立場をより系統的・統一的に整序できるように思われる⁽⁵⁾。前稿では、婚姻意思に通過儀礼がともなう場合には、単なる当事者双方の結婚の合意（いわば「裸の合意」）にはとどまらず、それを核にするとともに、それを裏付け、かつ強固な関係にまで昇華せしめる「社会的な力」が働いているという立場を明確にした所以でもある⁽⁶⁾。一部の学説が指摘する「試婚」か否かも⁽⁷⁾、それが媒酌結婚・挙式によるものであるかぎり、内縁の「成否の判断」では重要性をもたないことも、説明が可能となろう。ことに昭和期に入ると、下級審裁判例では、挙式・同棲に注目するような例が目につくようになっていくが（後述参照）、これはおそらく、婚姻習俗のほかに、儀式婚主義を採用した「臨時法制審議会の改正案」（大正14年）の影響もあるのではないかとも思われるので⁽⁸⁾、かかる観点からも、分析する必要がある。加えて、内縁学説の台頭や内縁保護に係る社会保障法関連の特別法の制定も⁽⁹⁾、決して軽視し得ないものがあろう。

他方で、「婚約」の方に目を転ずれば、その成立要件ないし要件事実は「将来夫婦となることの合意」のみであるとされてきた。この主要事実の証明は、いうまでもなくさまざまな間接事実の総合評価によるものであ

り、単純なる合意事実の認定にはとどまらない。ここでも、慣習上の儀式などによって、将来の婚姻意思が明確なケースとそうではないケースとを明確に区別しているように思われる裁判例もあるので、自覚的に要件事実論という視角も織り込んだ上で双方の具体例を識別するならば、あらたな視点が析出されよう⁽¹⁰⁾。加えて、大正10年11月19日の「法曹会決議」の「婚姻豫約二関スル件」では、「父母の同意」を婚姻予約の積極的な成立要件としたが⁽¹¹⁾、この決議の影響にも注視しなければならないであろう。

以上のことを前提としたうえで、単純婚約のケースでも、その論理構造からみて、同趣旨の準則が妥当と思われる内縁事例にも視野を拡張しながら、改めて判例婚約法を総合的に検討してみよう。時系列的には、儀式不要とした、いわゆる「誠心誠意判決」を中心として、一応は、その前後の裁判例を区別して検討することとした。この判決以降、ことに婚約と私通との区別が一層困難となった事情も明らかになるであろう。

(3) 周知のごとく、判例のいう「婚姻予約」については、婚約と内縁とに区別するのが伝統的な通説であるが⁽¹²⁾、これに対して、唄孝一や佐藤良雄は、いわゆる「試婚論」を旗幟としながら、正当婚姻に至るまでの男女関係を「連続体」として捉え、判例のいう「婚姻予約」概念もそのような内容をもっていると解しているようである⁽¹³⁾。本稿は、社会的事実としては、そのような連続体としての捉え方が間違っているとは思わないが、判例の要件事実論からいえば、「婚姻意思」が必須の要件となるので、法的には「内縁・婚約」二分論があってはじめて「婚姻予約」なるものが概念として機能しうるものと思われることから、かかる予約概念を前提とする限りは、婚姻に至る前段階の男女関係でいずれでもないような関係を想定することは極めて困難であろう。裁判官も、当然のことながら、内縁と婚約との区別を念頭に置きながら、当該の男女関係において婚姻予約が成立しているか否かを判断しているはずである。そうでなければ、「具体的な婚姻意思」の判断に支障をきたすからである。前稿で明らかにしたよう

に、民事連合部判決当時でも、すでに大審院の判事は、時代の婚姻習俗や社会文化に起因する曖昧な男女関係（「足入れ」とか「客分」のほか、婚姻意思を欠く「単なる同棲」）の存在を十分に承知のうえで、これを克服するために通過儀礼と婚姻意思を強調しながら、「内縁・婚約」二分論を採用したものと考えられる⁽¹⁴⁾。ただし、多くの裁判例は、内縁と婚約とを概念的には区別しないで「婚姻予約」概念を使用していることも事実であるので、判例の分析では、そのような視点も含めて検討することとした。

なお、いうまでもないが、あるテーマに関して大審院判決が登場したときには、その準則が下級審裁判例においてどのようにして受容（ないし変容）されていくのか、そのプロセスを見極めるという視点も不可欠である。加えて、民事連合部判決に対する学説の批判、ことに「穂積重遠」が強調した「仮託論」⁽¹⁵⁾での議論を意識しながら、婚姻予約論を説示している判決例もあるように思われるので、そのような観点も織り込んで分析している。いうまでもなく、婚姻予約に関する裁判例は夥しいほどの蓄積があり、また多数の研究業績が蓄積している⁽¹⁶⁾。本稿は、これらの先行業績の恩恵に浴しながら、本稿の視角から分析しているので、一般的かつ網羅的に学説や裁判例を掲記しているわけではないことをお断りしておきたい⁽¹⁷⁾。ことに本稿は、当時の社会的秩序のもとで行われてきた婚約・事実婚は、単なる当事者間での秘密裡での性的関係ないし同棲とは、社会的にも法的にも異質のものである、という視点（社会的婚約秩序論）を後景において、関連する裁判例を分析したいと考えている。

2 本稿の具体的な課題

(1) 大審院民事連合部判決によって婚姻予約が有効であるという一般論が確立したことから、これ以降においては、いかなる要件があれば、婚姻予約が成立するのか、その積極要件と消極要件に関心が向けられるのも自然の成り行きであろう。この種の要件事実論の展開については、すでに婚姻（龍法 '12）44 - 4. 80（1088）

法自体の歴史的展開からも学ぶことができるが、婚約法でも、「婚姻」の要件との関連で、その類推適用の可否が議論されてきた経緯がある。そこで、かかる視点から、裁判例の推移と判例の論理構造を分析することとした。

積極要件としては、当事者間の合意の重要性はいうまでもないが、単純なる合意だけでは、「私通」や「妾」との区別が困難となる。予約有効判決前では、内縁も含めて婚姻届出前の男女関係は、すべて公序良俗違反の男女関係（私通）と解釈することが判例の基本的立場であり⁽¹⁸⁾、この限りでは、私通と法的保護に値する男女関係との区別は明瞭であったが、これ以降は、両者の区別が極めて曖昧となる。ことに婚姻習俗としての「樽入れ」や「結納」、その他、婚礼儀式等の通過儀礼の要否が議論されており、幸いなことに、裁判例でも、この種の事例が登場している。先述のごとく、すでに大審院当時から、内縁についても、単なる婚約についても、ともに慣習上の儀式は不要と解されているところ、内縁については、基本的には「同棲」という事実が必要とされているので、婚姻意思の認定にあたって必ずしも挙式は重要因子とはならないが、単純な婚約事例では、慣習上の儀式がなされていないときには、将来の婚姻意思を何をもって認定するのか、極めて困難な事態に直面する。

他方で、両親の同意、婚姻適齢などの障害要件のほかに、とりわけ重婚的内縁ないし重婚的婚約の適法性が問題となるが、この種の事例もすでに散見される。

なお、婚姻予約との関連で、当事者双方ないしその親族間で一定の金銭の給付契約ないし授受がなされることもある。単なる贈与のほかに、予約不履行の場合の「違約金」として意味をもつ契約も少なくない。この種の契約の有効性については、それが婚姻予約を直接間接、強制することにつながりかねないので、すでに西欧諸国でも古くから議論されていたが⁽¹⁹⁾、わが国の判例の立場はどうか。この問題については、婚姻予約有効判決

の登場後は、必ずしもその効力を否定するような傾向にはないことが⁽²⁰⁾、大変興味深い。

加えて、民事連合部判決は、婚姻予約の破棄があっても、それが「正当ノ理由」によるものであるならば、賠償責任はないとした。そこで、本判決以降の下級審裁判例では、予約の成立に疑問がなければ、当事者間の争点は、かかる正当理由の有無に集約されることとなった。さまざま事情が登場しているが、その大半は「内縁事例」である。ここでは、婚約破棄責任においても有用な事情を中心として検討することとした。

ともあれ、以上のように、「婚姻予約有効判決」が前提となって登場してきたと思われる裁判例を特に重視して、その判例の推移を常に念頭におきながら、裁判例を幾つかの事件類型に区別して検討することが、本稿の当面の課題である。

(2) 本稿では、裁判例の紹介のなかで、慰籍料額の判断基準・指標と具体的な額についても、可能な範囲で言及することとした。「額」については⁽²¹⁾、裁判官の自由裁量にゆだねられているとともに、当事者の請求・主張とも関連するので、いわゆる相場なるものを析出することは困難であるが、多数の判決例の集積によって、おおまかな方向性が示されていないわけでもないで、そのような点にも留意しながら、特に認容額が多い事例や逆に少ない事例に注目している。

なお、慰籍料額の判断指標については、当初は、被害者側の地位や職業などの諸般の事情を斟酌して判断し、被害者が職業を有しない場合でも、その属する家の職業を斟酌しても不法ではないとしたうえで、その判断は事実審の専権に属するとした大審院判例があり⁽²²⁾、その後、加害者側の事情を斟酌しても不法ではないとされたため⁽²³⁾、ここで取り上げた下級審裁判例も、そのような考慮事情を指摘した上で、具体的な額を判示する傾向がある⁽²⁴⁾。

Ⅱ 婚姻予約有効判決の受容と定着

1 婚姻予約の成否

「婚姻予約有効判決」の登場によって、予約の成立論自体がどのような推移のもとで深化したのか、まずは、そのプロセスないし展開の契機を明らかにしなければならないであろう。したがって、予約有効論を前提として、そこから派生する問題（具体的な要件、正当理由の有無、付帯契約の効力など）についての判例の立場に関しては、本稿では、予約有効判決の展開として位置づけているので、次章での課題とする。

民事連合部判決の登場によって、その後に、これを承けた同趣旨の下級審裁判例が続出している。まず、本判決の直後、とりあえずその4、5年までに登場した裁判例に限定して、かかる準則の定着度を検討しよう。公表された裁判例のうちで婚姻予約の成立が認められているものは、内縁については、すべて慣習上の挙式後に同棲しているケースであるが、以下、そのうちで、いくつかの例を掲記しておこう⁽²⁵⁾。たちまち連合部判決が定着した事情が判明するであろう。なかでも「足入れ」ないし「客分」（いわゆる試婚）の成否が争われた事例もあり、興味深い。これに対して、単なる「情交関係」にすぎないと評価された事例も登場しているが、この種の事例では通過儀礼の存在が認定されていない。

(1) 婚礼儀式がなされた事例

通過儀礼のなされているケースでは、問題なく、婚姻予約の成立が認められているので、争点は正当理由の有無にある。「正当理由」自体の可否の問題は別に検討するが、ここでは、民事連合部判決の具体的な説示ないし準則を念頭に置きながら、婚姻予約の成否に関する判決例の姿勢に注目する。

(ア) まず、いくつかの「内縁事例」を時系列的に取り上げて、主として慰藉料を肯定した例をみてみよう。

(a) 民事連合部判決の翌年である大正5年に登場した裁判例については、網羅的に列挙しておこう。このことによって、同判決の影響力の大きさが判明するであろう。

【1】東京地判大正5・3・6新聞1135号29頁（内縁）

【事実・判旨】X女とY男とは、第三者の周旋により結納を取り交わし婚姻の儀式を挙行して将来婚姻を為すべきことを予約したうえで、大正4年7月23日以来「事実上夫婦同様の生活」をしてきたが、Yが理由なくして離別を迫った。Yは、妾関係や私通の抗弁を提起したが、いずれも排斥された。判旨は、Yは「婚姻の豫約に拘束せらるべきこと勿論にして」、離別を迫り本件契約を履行しないので、「之が為め原告に生じたる有形無形の損害を賠償すべき義務あるや洵に明白なり」としたうえで、金500円の損害賠償を認容した。

【2】長野地判大正5・3・9「判例」1巻民131頁（内縁）⁽²⁶⁾

【事実・判旨】X1男の5女であるX2とY男とは、媒酌人のもとで結納を授受したのち、明治45年12月23日に挙式後、X2は、Y方で同棲し、大正元年9月10日に初産の慣習に従って実家に戻り同月24日に出産を済ませたのち、同年11月18日にY家に帰宅した。ところが、大正3年4月25日に突然、Y側が一方的に離別を申し入れ、同年5月2日にX2を実家に戻した。Yは「性に合わない」といい、Yの親は「家風に合わない」というのみである。Xらは、出産後に入籍を懇請し、その協議の結果、大正2年9月10日にX2は婚姻届書に署名捺印してこれをYに交付したが、ついにYは婚姻届出をしなかった。

Xらは、慰料金2000円のほかに、婚姻費用200円や調度品など金300円の財産損害を求めて提訴した。

【判旨】「婚姻豫約ハ婚姻成立上ノ普通経路ニ属シ公序良俗ニ反セサルヲ以テ」、本件当事者の如く、結納を授受し儀式の挙行のうえ、同棲することは、わが国の「慣習上容認シ居ル所」である。したがって、理由のない不履行によって、「相手方ノ被害ハ有形ノ財産上ノ損害ニ止マラスシテ貞操ノ翻弄品位聲譽ノ毀損等無形ノ損害アルコトハ蓋シ此豫約ノ性質然ラシムル所ナリ」。X2は、永年貞操を弄ばれ、空しく婚期を逸し、品位聲譽を毀損されたので、その無形の損害は甚大である。慰料金については、Y家は県税等級一等に相当する資産家であり、X家もこれと大差がないので、金500円をもって相当とする。財産損害については、不分明であるので、認められない。

なお、本件では、女性側の父親も婚約不履行による損害賠償を男性側（その父親）に対して請求しているので、判旨は、婚姻予約の当事者は「婚姻セント

スル双方ニ限り之カ豫約ヲ為シ得ル」と判示して、父の請求を排斥している。

【3】東京区判大正5・5・3新聞1164号22頁（内縁）

【事実・判旨】X女の主張はこうである。Y男と大正2年12月中に婚姻予約を結び、翌年1月末に挙式したうえ、同棲したが、大正3年8月中にYが離別を強要した。いったん男子と同棲し、一児を挙げたことから、その品位を毀損され無形の損害を受けたので、金150円と婚礼費用などの財産損害を請求する、として提訴した。これに対して、Yは、Xはその性質が放肆で従順ではないのみならず、Yの資産状態に不満の念を抱き、みずから離別を求めてY方を退去したものである、と反論した。判旨は、XYは大正2年12月中に婚姻予約を結び挙式・同棲したが、XがYの資産状態に不満の念を抱き、みずから離別を求めたものである、不履行の責任はXにあるとして、その請求を排斥した。

【4】名古屋控判大正5・10・3新聞1178号24頁（内縁）

【事実・判旨】X女とY男とは従兄妹の關係にあり、明治45年3月20日に媒酌により慣習上の結婚式を挙げ、Xは、大正3年4月21日まで、三カ年余にわたりY家で「内縁の妻」として同棲して、その間に妊娠・出産した。ところが、Yが、大正3年12月中にA女と婚姻した。Yは離別の正当事由を多数あげるとともに、離別につき合意があったと主張したが、いずれも認められなかった。判旨は、挙式後同棲が3年に及び、その間に子を懐妊したXを除外してA女と婚姻したのは「Xに対して重大なる侮辱を加えたる者にしてXの被りたる精神上の苦痛甚大なること之を憫察するに余りあり」として、慰料金1000円を認容。

【5】大阪控判大正5・10・13新聞1182号24頁（内縁）

【事実・判旨】X女とY男とは、媒酌により大正3年1月25日親族知己とともに婚礼の式を挙げた上、婚礼後大正4年1月24日まで、XはY方で同棲した。したがって、「婚姻の予約が成立したことは明白である」。ところが、Yは、Xを実家に強いて帰らせ、大正4年8月24日にYは他女と婚姻した。それ故、婚姻予約の実行しないことが正当の理由に基づくものか、これを審究する。「抑も婚姻の豫約は、誠実に之が実行を期し確乎たる信念に基き之を為すべきものたること其契約上当然なるを以てこれに相当する重要なる理由あるにあらずば之が履行を拒み最初の目的を水泡に帰せしむ能わざるや多言を要せず」。而も本件のように1年近くも同棲し事実上夫婦の關係を維持している場合は、「当事者は将来適法なる婚姻を締結すべき重大なる道德上の義務あるものと謂わざるべからず」。

本件では、妻が裁縫に通ぜず、また、夫の營業の用向きに間に合わないとい

うのは、要するに「家風に合わない」という単純な事由によるにすぎないので、正当理由にはならないとされている。夫婦としての共同生活をしていたにもかかわらず、婚姻を拒絶したことにより、「Xの品位声誉が毀損せられ且つ精神上多大の苦痛を蒙り為に無形の損害を生ずるに至りしことは経験上の原則に照らして疑いなき処なり」として、連合部判決に忠実に依拠しながら判示している。損害額については、Xは初婚なるも婚約当時、機械工場の見回り役をなし、父は文部省の囑託として相当の地位にあること、Yは米商として多数の雇い人を使用し、相当の資産があるので、無形損害は金800円が相当である、とした。

(b) つぎに、大正6年から7年にかけての裁判例を列举しておこう。ますます連合部判決の準則が下級審裁判所に浸透していく状況が明らかとなるであろう。

[6] 東京控判大正6・6・16新聞1341号17頁（内縁）

【事実・判旨】X女とY男とは大正元年12月23日に婚姻の式を挙げて、以降夫婦として同棲し、Xは入籍手続を求めたが、Yは婚姻届出に応じなかった。その間に男児が産まれたが、大正3年4月頃媒酌人より突然離婚の申し入れがあり、翌月、Yは、愛情がないとか性に合わないとかの口実をもうけて、Xを実家に立ち返らせた。Xの兄が交渉した結果、Yはいったんは入籍して子どもを嫡出子としたうえで、離婚することに同意したが、その約束も果たさなかった。判旨は、つぎのように判示している。「思ふに婚姻は其性質上之を強制し得ざるものなるが故に婚姻豫約の当事者の一方が正当の理由なくして其義務に背き婚姻を為すことを背んぜざるときは他の一方は相手方をして強いて婚姻をなさしむることを得ず、・・・其違約者は之が為め相手方の被りたる精神上の苦痛に対しても其損害の賠償を為すの義務あるものとす・・・」。XYの実家はいずれもその地域において「相当の地位および名望を有するものなる」ことを推知しうること、既に男児を出産していることなどの事情を斟酌すれば、金500円の慰籍料をもって相当とする。

[7] 東京控判大正6・10・5新聞1355号23頁（内縁）

【事実・判旨】X女とY男とは婚姻の式を挙げて、大正4年5月14日以降、XはY方で同棲し事実上の夫婦関係を結び、婚姻予約が成立した。以来、Xはその履行を切望していたが、Yは途中で謂われなく婚姻の意思を変更し、大正5年3月中に離別を迫り、かつ他より妻を迎えた。したがって、豫約の履行を拒絶した事実が認められる。慰籍料額については、Xは、大正5年6月24日に女兒を出産し

ていること、Yが他に妻を迎え入れたため煩悶の余りヒステリー症に罹患したことなどの事情から、金500円をもって相当とする。

[8] 大阪控判大正6・10・6新聞1323号29頁（内縁）

【事実】 X女とY男はともに未成年者であるが、両親の許諾の下で、媒酌により婚姻予約を締結し、大正5年3月25日にY方で婚姻の式を挙げ、その後同棲していた。ところが、同年6月2日、XはYの許諾を得て実家に立ち返った。その帰省中に、Yの母が、Xの父宛の書状によってXが大切な物を大事にできないことや嘘をつくことなど人物技量につき逐一短所を挙げて非難攻撃したうえ、Xの父に対しその猛省を求めたところ、Xの父もYの母に反省を迫った。その間、媒酌人が再三、Y家にXを呼び戻すことを勧めたが、結局のところ、翌年の2月に至るまでYもYの母もXの帰還を峻拒したことから、Xは、相当の期間を定めて催告した上、予約を解除した。

【判旨】 「抑婚姻は人生の大事なれば忽ち行ふべからざるは論なしと雖も男女が既に予約を結びて婚姻の式を挙げ同棲し来たりたる以上何ら正当の事由なくして違約するを許さず若し正当の事由なくして違約するときは相手方特に婦たる者は之がため終生の不幸を招くことなしとせざるを以てその受くべき苦痛の甚大なるべきは多言を要せざる所・・・」。Yには何ら正当の事由がないので、その損害賠償の責に任すべく、慰藉料額については、Xが同棲当時未成年者で初婚者であり、高等女学校卒業にして小学校教員の検定試験合格者という事実等を斟酌すれば、金500円をもって相当とする。

[9] 和歌山地判大正7・4・19新聞1405号21頁

【事実・判旨】 Y男は、Aらの媒酌により度々、交渉した結果、ついに大正6年10月6日、X女宅で結婚式を挙げて事実上の夫婦関係を結んだ。Yは結婚式の当夜、明日にでも入籍することを約しながら、同年秋の収穫まで猶与を乞い、同年12月にAらが入籍を迫ったが、結局のところ、Yは、Xに実家に帰よう強要し、その後、大正7年1月中に離別の意思を言明した。

判旨は、大正6年10月6日に「将来婚姻を為すべき予約を結びたるものと認定す」としたうえで、Yに「本件婚姻予約不履行の責めあること疑いを容れ」ないので、「有形無形の一切の損害を賠償すべき義務」があるとした。損害額については、Xの父はもと資産家であったが、現在は小学校の使丁となり、Xは職工又は下女の労務に従事したものであるので、金400円をもって相当とした。結婚式当時の酒宴等の費用31円（財産損害）も認められた。

[10] 東京地判大正7・5・15評論7巻民334頁（内縁）

【事実・判旨】被告は、結納の取替しや儀式同棲のごときは、婚姻の一過程にすぎないので、婚姻予約ではないと争った。これに対し、判旨は、婚姻予約は、婚姻とは異なり、要式行為ではないが、「当事者間ニ婚姻予約成立シタル後之レカ成立ヲ確保スル為メ相互ニ結納ノ金品ヲ取替セ且ツ婚姻ノ儀式ヲ挙行シタル上同棲スルヲ以テ通常ノ事柄ニ属スル」ので、「当然ニ予約ノ成立シタルモノト推断スルヲ妥当トスル」とした。被告が儀式・同棲等を認めながら、それらを「婚姻ノ一階程」と称して、その前提たる予約の成立を否定する抗弁は到底採用し得ない、という。

(イ)「婚約事例」も登場している。一般に、婚姻予約破棄事例の大半は内縁事例であり、婚約事例は、下級審裁判例においても、数は少ないところ、つぎの大審院判決は、内縁事例ではないと考えてよいので、その意味では、希少価値のある裁判例である。

【11】大判大5・6・23民録22輯1161頁（婚約）

【事実・判旨】結納の儀式を終えたうえで、婚礼の式の日時を取り決めたが、女性がこれを一方的に破棄して、他男と婚姻した。一審・原審は、その当時の大審院の婚姻予約無効論に従って、男性の損害賠償請求を棄却したが、本判旨は、民事連合部判決の準則（婚姻予約有効論）を引用したうえで、原判決を破棄した。なお、本件の差戻審（東京控判大正5・10・9）では、女性が婚約不履行の事実と男性の請求額（金250円）を認めたので、男性側の慰養料請求がそのまま認容されている⁽²⁷⁾。

予約有効論は、事実としては女性救済に道を拓いたことは間違いないことであるが、論理自体は中性的なものであり、婚姻予約を一方的に破棄された男性も、当然のことながら、その恩恵に浴する。本判決は、そのような事例であり、かつ、連合部判決直後の刮目すべき判決例である。しかし、本判決が「公式判例」であることにつき、従来の内縁・婚約学説が長く見落としていたことでも、注目しなければならない裁判例であろう⁽²⁸⁾。

(2)「客分」や「足入れ」の成否が争われた事例

(a) 下記の二例は同一事件の一審と控訴審の判決であると思われるところ、破棄した男性側が女性を「客分」として迎え入れたことを抗弁としたが、認められなかった。本稿にとっては、きわめて重要な裁判例であるの

で、やや詳しく検討してみよう。

【12】東京地判大正8・3・10評論8巻民198頁（内縁）

【事実】大正3年2月、2名の媒介によりX女がY男の妻となるべき約束のもとに、Yから結納として金100円が交付され、Y家で「内祝言」が行われた。以降、大正5年4月までXYは同棲した。ところが、その後、YがXをしてY家に入ることを拒絶し、入籍手続を峻拒した。Xは豫約を解除して、損害賠償を請求した。

これに対して、Yは、いまだ「正式の結婚式」を挙げていないので、「客分トシテ取扱ヒタルニ過キナイ」と反論した。

【判旨】大正3年2月に「将来正当ニ婚姻ヲナスヘキ契約」が成立した。正式の結婚式を挙行しない事實は、豫約の成立を否定する事由とはならない。「客分トシテ待遇ヲ受ケル事實」を認めるに足る証拠はない。「婚姻ノ豫約ハ一種ノ身分上の契約ニシテ純粹ナル債権契約ヲ以テ目スヘキモノニアラス」。「愛情ト信義トヲ骨子トスヘキ婚姻豫約」では、上記のYの行為によって、その給付は履行不能に陥っているので、解除なくして履行に代わる損害賠償を請求する。

本判旨は、婚姻に至るまでの「通過儀礼」と「同棲」とを認定した上で、婚姻予約の成立を認めている。正式の婚礼式がなかったことから、男性側は「客分」とであると反論したが、否定されている。結局は、「婚姻意思」の有無が予約成否のカギとなり、それが予約の唯一の要件事実となっているので、「客分」という曖昧な婚姻習俗は、これによって整序されていることとなろう。それが、民事連合部判決の立場でもあったものと思われる。

【13】東京控判大正9・12・14評論10巻民96頁（内縁）

【事実・判旨】Y男は、大正3年1月末に結納金100円をX女方に贈り、同年2月中Y方で内祝言を挙げたうえで、XとYは同棲した。その間、Xの兄が再三婚姻届出の履行を請求したが、Yは構えてこれに応じなかった。大正5年4月中、Xは病氣療養のため家人の許可をえて実家に赴き、約1ヵ月後に帰来したところ、YはXの入家を拒絶して、絶縁を通告した。Xは慰養料を求めて訴求。Yは、「正式の儀礼」が行われていないので、婚姻の豫約は成立しないとするとともに、Xを「客分」として取り扱い「妻トシテノ待遇ヲ与ヘタルコトナカリシ」と反論した。しかし、判旨は、つぎのように説示した。正式の儀礼の挙行と親戚知

友への披露は、法律上も慣習上も、婚姻予約の成立要件ではない。客分として取り扱い妻としての待遇をあたえていなかったことにつき、証人等の供述があるが、それは儀式的に妻として披露した事実がなかったことを認めうるに過ぎず、「当事者間ニ於テテスラ婚姻予約ハ未タ成立スル程度ニ達セサリシトノ事実ヲ認ムル資料ト為スニ足ラス」とした。金1000円の慰養料を認容。

控訴審でも、「仮祝言」しか行われていなかったので慣習上の挙式をして結婚したわけではないというのが、夫側の主張であった。これは、ある意味では、典型的な「足入れ婚」を問題にしていたこととなろう。掲載誌からは、子の出産の事実は認められないので、2年以上も同棲して妊娠の兆候がなかったことから、理由なく破棄されたのかも知れない。Xの兄が婚姻届出に固執していた所以でもある。親族としては、当然の心配事であったはずである。本判旨も、この種の婚姻習俗に対して消極的な評価をしたものといえようか。かかる事例からみても、すでにこの種の習俗自体に疑念が持たれていたこととなろう。

(b) 破棄した男性が地方の「足入れの慣習」の存在を抗弁とした事例もある。

【14】土浦区判大正8・6・23新聞1589号20頁（内縁）

【事実・判旨】X女の慰養料請求につきY男側に正当事由（Xが生来怠惰で農作業に励まないこと）があるとして、それを排斥した事例であるが、Yが抗弁とした「地方の慣習」も掲載誌には記述されており、Yは「ある期間男女同棲したるうへ相互の意思投合し長く連添ふべき見込み立ちたる暁初めて正式に婚姻を為すべき慣習あり」と反論した。Xはこれを争ったが、判旨は、この慣習の存否自体には何も直接応接していない。

妻分、娘分とか、あるいは客分とかいわれる男女関係の実態は、地方によっても異なるものであろう。また、イギリスなど先進諸国の社会文化の影響が本格化した大正期に入っても、そのようないわゆる慣習が維持できたのかどうか、将来の研究に待ちたい。

(3) 通過儀礼のないケース（「秘密裡の男女関係」）

つぎの例は、原告である女性が未成年者であり、親の同意を得ていな

かったことから、当事者間には性的関係があったが、婚姻予約の成立が否定されている。当時の裁判例に登場しているのは、大抵は通過儀礼があるケースであり、これはそのような儀礼がなかったものとして位置づけることが可能であろう。

【15】東京控判大正9・1・22新聞1820号9頁

【事実・判旨】詳細は不詳。原告・控訴人は、大正8年5月29日に被告との間で婚姻予約をなし、その時から「情交関係」を継続してきたが、同年6月下旬に被告が正当の理由なくして一方的に破棄した、と主張して慰養料を請求した。判旨は、つぎのように説示する。当時、原告は、未成年者であり、何人の同意も得なかったし、漸く成人に達しても、家にある父母がいるにもかかわらず、その同意を得ていなかった。民法の規定（772条1項、2項）によれば、親ないし後見人等の同意が必要であるところ、「之等の者の同意を得ずして情交を継続したる本件の如き場合は、縱令当事者が将来婚姻を為すの意思表示を有したりとするも之を以ては法律上の拘束力を生ぜざるものと認むるを相当とする・・・。】

本件の男女関係は内縁ではない可能性が高いので、当事者が口約で結婚の約束をしたうえで、情交関係を結んだのかもしれない。内縁ならば、婚姻年齢・両親の同意を特に問題としない大審院判決があったので、それを決め手にして、逆の消極的な結論を出すことはなかったはずである。おそらく単なる秘密の情交関係と評価したものであろう。なお、通過儀礼の法的意義や婚姻予約と私通との区別については、別に改めて取り上げることとする。

(4) 小括

婚姻予約の成立を認めた事例では、当時の婚姻習俗に従って、媒酌人を立てたうえで結納の儀や婚礼の儀式が挙行されている⁽²⁹⁾。民事連合部判決の事案と共通するものであり、その説示も連合部判決に依拠していることは明らかであるので、連合部判決が下級審裁判例の中にたちまち浸透し、かつ受容されている事情が明らかになっている。しかも、同判決直後に登場している下級審裁判例の事案を見てみると、一方的に破棄・離別さ

れた時期は、連合部判決からかなり前段階の例が少なくない。とくに大正5年段階での判決（[2]・[3]・[4]・[6] 判決参照）では、そのような傾向にあり、民事連合部判決を認知してから、提訴に及んだと考えてもあながちの外れとはいえないのではなかろうか。

いずれにせよ、当時、内縁の破棄問題が社会的な問題となっていた時代背景のなかで、婚姻予約有効論が社会的にも待望されていたことが窺知しうるのではなかろうか。また、いわゆる「試婚」論が克服されている事情も、[13]・[14] 判決からも、再確認できるであろう。

ところで「穂積重遠」は、大正5、6年代の若干の下級審判決例を掲記して、これらの裁判例はすべて婚姻挙式後に一方が婚姻届出の提出を拒絶したことから、婚姻予約不履行責任が問題とされているところ、かかる男女関係の実体はすでに夫婦であるので、持論の「仮託論」から、このような裁判例の「婚姻予約」構成を批判している⁽³⁰⁾。民事連合部判決に対する彼の批判が、同趣旨の下級審裁判例にも及んでいるが、このような批判には問題があることは、私見は前稿で詳論した⁽³¹⁾。

2 婚姻予約と入籍問題

民事連合部判決は、内縁当事者間での入籍問題に言及していた。私見は、この婚姻予約有効判決では、すでに予約のうちに「届出義務」が内含されていることを指摘した。連合部判決後に大審院は「届出義務」を明確にしたが⁽³²⁾、ここでは、入籍問題につき、当事者、特に妻側がどれだけ強い関心を持っていたかにつき、大審院や下級審裁判例の認定事実ないし請求原因事実から、そうした事情を析出して、後の大審院の立場に至るまでのプロセスを分析してみよう。そのように争われてきた入籍問題こそが「届出義務」の明確化に繋がったことは、ほぼ間違いないように思うられるので、ここでとくに取り上げた次第である。

(1) 婚姻届出請求事件

連合部判決直後に、届出をなす旨の「合意」に基づいて婚姻届出それ自体を請求した事例がある。大審院は届出の履行は強制履行に親しまないとしていたが、その旨の合意があれば、履行請求を認めても特に不都合はないという趣旨の新たな問題提起がなされているが、いずれにせよ、婚姻届出時の自由な婚姻意思を尊重する立場からいえば、たとい事前に合意があったとしても、やはり履行強制を認めるわけには行かないであろう。

【16】札幌地判大正5・6・27新聞1160号28頁（内縁）

【事実・判旨】X女の主張によれば、大正4年12月19日に媒介によりYと夫婦関係を結び、同日、Y宅で祝宴をひらき爾来、同棲して婚姻の届出をなすことも約したが、Yが大正5年4月12日に村上某とともに他所に潜伏し、病氣と偽って同棲に応じない。そこで、Xは、「婚姻の届出を為すべきことを約し居りたる」ことを理由として婚姻手続を求めると共に、同居も請求した。判旨は、立法の趣旨を詳細に述べて、届出は婚姻の成立要件であり、「社会通俗の観念に於いて性交ある男女同棲を・・・所謂事実上の婚姻なりと為し以て法律上夫婦たるの効力を認めんとするが如きは畢竟俗念に駆られて立法の趣旨を没却したるもの」と判示した上で、同棲があり「届出を為すの予約」があったとしても、そのような請求は失当であるとした。

原告は、おそらく事実婚主義時代に認められていた届出請求（「入籍」強制）に準じて、本訴を提起したものであろう。ただし、民法典では、婚姻届出を成立要件としていたし、民事連合部判決でも、その強制履行はできないとしていたことから、当事者間で「届出をなすことの合意」があったと主張したものと思われる。しかし、そのような合意に契約としての効力を認めるならば、届出婚自体の立法趣旨が崩れることとなる。本判決は、かかる合意の効力を否定したが、これを別の観点からみれば、この種の男女関係が契約法理による処理に親しまないことの一つの証左となろう。

たしかに、事実婚主義時代では、その送籍を認めていたが、これは、事実婚自体が法律婚であり、届出はその「報告的趣旨のもの」と解されていた

たことによる面が強いと思われるので、そのような入籍強制が認められていたものといえるであろう。

なお、本判旨は、別の説示部分で「届出義務」それ自体も否定しているが、それは強制履行との関連で否定しているものと思われる。本判決の解決としては、それで必要にして十分であるからである。

(2) 妻側の入籍要請

挙式同棲後は、妻側としては、一刻も早く入籍手続がなされることを希求するものであろう。そのような事情が認定されている事例については、すでに紹介した裁判例（[2] [6] [9] [12] [13] [16]）からも判明するが、ここでは、それに加えて、興味深いいくつかの例を挙げておこう。

(a) つぎの事例 [17] では、挙式後、約1ヵ月後に入籍を求めたが、拒絶されている。事例 [18] では、長期間にわたって内縁関係が継続していたが、同じく妻側の入籍要請が夫によって拒否されている。

[17] 東京地判大正9・6・11評論9巻民539頁（内縁）

【事実・判旨】X女とY男とは、婚姻予約をなし大正5年12月8日に夫婦としてY方に同棲した。翌年1月ころにXの代理人を介して入籍の交渉がなされたが、Yは予約の履行を拒んだ。Yは、Xに居睡の習癖があり、また心臓病である、との反論をしたが、そのような証拠がなく、ただ、単なる衰弱にすぎないとされて、Xの請求（慰料500円）が認容された。

[18] 東京地判大正11・5・8新聞2005号9頁（内縁）

【事実・判旨】X女（当時21歳）とY男は、明治42年9月に慣習上の婚姻の儀式をあげて婚姻予約をなし、以来大正10年1月5日まで（13年間）Y方で同棲し、事実上の夫婦関係を継続した。その間、婚姻届出がなされなかったので、予約が履行されなかった責任を判断する上で、そのことが一つの論点となった。Yは、Xや媒酌人による入籍方（「即ち正式に婚姻届手続を履行すべきこと」）の「懇請」にもかかわらず、つねに理由を示さず態度を曖昧にしていた。Xからの賠償請求に対して、Yは、Xが戸主であるので、事実上入籍不能などの事情を指摘して反論したが、女戸主が婚姻のため隠居することは容易にその目的を達しうるとして、Xの請求（慰料額1万円）が認容されている。

(b) つぎの控訴院判決でも、入籍問題が争点となっている。なお、一見す

ると、内縁事例で「婚約不履行」と説示していることから、婚約と内縁を区別していないように見えるので、そのように評価する向きもある。しかし、「届出」との関連に注視しながら仔細に検討すれば、そのような評価には問題があるように思われるので、やや詳しく分析しよう。

【19】東京控判大正11・6・27評論11巻604頁（内縁）

【事実】X女とY男とは、大正5年8月下旬ころに「婚約」して、同年12月中より同棲した。X方より「本件婚姻の届出手続」をなすべき要請を受けたが、Yは、結局のところ、同棲と入籍手続を拒絶した。Yは、「婚約を履行しないこと」につき、つぎのような正当理由があると反論した。大正6年5、6月ころ、Xは毎日約2,3時間ほど午睡する。心臓病なりと称して日常の家事、ことに食器類の取り扱いが不潔であり、Yの母に一任して自らはしない。中元の挨拶のため実家に帰宅する際に、挨拶が済めば直ちに帰宅すべきを厳論したが、数日間滞在した。相応な反物を与えたにもかかわらず、家風にあわない不相応な鞆柄の衣類を着用する。そこで、Yの親は、同居に耐え得ないことから、別居を言明した、という事情を述べた。

【判旨】Xは多少の座睡の習癖の事実のほか、身体にも健康を欠くところがあり、Yの母が日常の家事を多少補助していた事実は推知しうが、他に特段の事情が伴わないかぎり、かかる一事をもっては、いまだ「婚約ノ履行ヲ拒否スルニ付キ正当ノ事由アルモノト謂フヲ得サルハ勿論」である。漫然と「同棲及入籍手続ヲ拒絶シ居リタル事実ヲ窺知スルニ難カラス」。したがって、Xは婚約不履行により多大の苦痛を受けたことから、Yは、その苦痛を慰藉するために、金500円の慰藉料を支払う義務がある。

本件では、たしかにXYの男女関係は、すでに内縁関係に移行している。それにもかかわらず、本判決は、「婚約」の不履行による損害賠償責任を認めている。それは、おそらく、本件では入籍手続の履行の可否が当事者間の重要な争点となっていたことによるものと思われる。当時、民事連合部判決に対する有力な批判的学説（穂積重遠など）が、内縁であるならば、婚姻予約論は整合しないと厳しく論難していたが（予約有効論の「仮託論」）、本件の当事者は、むしろ本来的な意味での「婚姻予約」=「婚約」を前面に押し出して、届出請求を拒絶したことの正当事由の可否を論点と

していたものと思われる。民事連合部判決は、「将来婚姻をなすことを目的とする合意」が婚姻予約であるとしたが、そこにいう「婚姻をなすこと」とは、婚姻届出のことを意味していると解する学説もあった。つまり、入籍問題は、当時の解釈では、「婚約」段階を論拠とする方が、論理的には整合していたといえよう。東京控訴院も、当然のことながら、内縁の不当破棄問題は認識していたはずであるが、婚約段階での当事者の合意に依拠しながら、当事者の主張に応接したものと考えるべきであろう。実際、本判決は、まず「婚約」が成立したことを認めたとうえで、つぎに同棲に移行した事実を認定している。そもそも、この当時で婚約と内縁とを混淆するような裁判官は、およそ想定できないことである。

むしろ、本判決は、「控訴院レベル」でも、婚姻予約の効果として「婚姻届出」を明確に認識していた事例としての貴重な先例の意義を有するものとしての位置づけが妥当であろう。したがって、この種の判例の字面を捉えて、婚約と内縁とを区別していない裁判例もあるというような評価は、認識不足といわざるを得ない。

他にも、内縁事例で、事件名が「婚姻予約ノ不履行ニ基ク損害賠償請求控訴事件」とされているが、判決理由では「婚約不履行」とされている事例がある（東京控判大正12・12・4新聞2213号20頁など）。これも、内縁と婚約とを区別していないと評価すべきではなく、むしろ内縁事例でも、破棄責任については、婚約の不履行として構成することを敢えて選択した事例といえるべきであろう。

(c) つぎの例は、夫側が夫婦で子女を挙げたら婚姻手続をする旨の合意があったと反論しているが、そのような主張が排斥されている。

[20] 札幌控判大正15・11・13都法4巻1号154頁（内縁）

【事実・判旨】X女は、大正12年2月中にY男と挙式し、Y家に入家した。しかし、大正13年3月11日にYは姑とともに「家風に合わない」と称して、XがY家から立ち去るのを余儀なくさせた。「婚姻拒絶の意思」との関連で届出をしなかったことが問題となったところ、Yは、夫婦が子女を挙げたら婚姻手続をするこ

とをXが諒承していたと反論した。しかし、Yは、Xの両親から入籍手続を求められことがあるが、そのうちに手続をすると述べた事実があることなどから、Yが婚姻届出をしなかったことにつき、Xが了承していたという事実はないとされ、「Xハ終生ノ不幸ヲ招キタルモノナル」としてYの賠償責任が認められた。その慰籍料の額は700円であるが、Xが当時24歳であること、同棲期間が約2年間におよびること、その他Yの社会的地位などの諸般の事情が斟酌されている。

本件は、大判昭和2・2・26新聞2670号7頁の原審の判決であり、上告審では、損害賠償の前提として婚姻豫約の「解除」の有無が論点となったが、先例（大判大正8・3・21民録25輯493頁）に従って、解除の必要性がないとされている。なお、一審（都法4巻1号146頁）では、Yは婚姻を拒絶した事実はなく、むしろXが無断で実家に帰り、その復帰方を懇請したが、Xがこれを拒絶したと判断された結果、Xの請求は排斥されている。

(d) つぎの例は、妻が出産している事例であるが、婚姻後、たびたび入籍手続をもとめた事実が認定されている。

[21] 東京控判大正12・8・3新聞2187号18頁（内縁）

【事実・判旨】X女（26歳）とY男は、大正9年12月6日に媒酌により婚姻予約をなし、挙式の上、事実上夫婦として同棲した。翌10年9月に女兒が誕生。結婚後、媒酌人を介して、Xは度々入籍手続を求めたが、その当時に既に夫婦円満を欠き愛情がなくなっていたことから、Yはこれに応じなかった。正当理由として、昼夜を問わず居眠ること、裁縫等の家事の技芸がないこと、年齢を詐称していたことなどが主張されたが、いずれも排斥された。

慰籍料については、X家は宅地1120坪、山林宅地田畑19町歩余、貸家24戸、貸金15000円を有し、Y家は田畑山林23町歩余を有することのほか、当事者の身分、Xの学業の程度（高等小学校2年退学）を参照して、金1500円とする。

(e) 下記の大審院判決の二例では、入籍手続の拒絶自体が予約不履行の要因とされ、その損害賠償の請求原因となっている。原判決は、女性側の請求を認めたところ、いずれの判旨も、これを維持している。

[22] 大判大正9・10・13大正9年（オ）642号判例集未登載（内縁）⁽³³⁾

【事実】X女とY男とは、媒酌により大正7年4月28日に挙式し、同年7月初旬まで同棲して、Xは誠意をもってYとその養母に仕えたが、養母がみだりにXに不

快の念を抱き、Yも理由なくしてXを嫌忌した。そこで、Xが実家に帰っていたところ、Yが離別を申し入れた。Yは、離別に正当理由があり、また離別につき合意があったと反論したが、控訴審（東京控判大正9・6・23評諭民9巻563頁）は、これを認めなかった。これに対して、Yは、婚姻予約有効論が法則に反すると主張するとともに、「婚姻届出義務の履行期限」が到来したか、また到来したにも拘わらずその履行をしなかったかどうかにつき、原判決は審究していない、などと主張して上告した。

【判旨】（上告棄却）「婚姻ノ予約ハ我国法上有効ノ契約ニ係リ当事者一方カ正当ノ理由ナクシテ之ニ違背シ婚姻ヲ為スコトヲ拒否シタル場合ニ於テハ其ノ一方ハ相手方カ其約ヲ信シタルカ為メニ被リタル有形無形ノ損害ヲ賠償スルノ責ニ任ス可キモノナルコトハ夙ニ本院判例ノ認ムル所ニシテ今尚之ヲ変更スルノ必要ヲ認メス」。原判決は、Yが離別の意思表示をして確定的に予約の履行を拒否したことを認め、Yも婚姻届出によって夫婦たる身分関係を確立させる意思が絶対ないことを表示して予約に違反している事実を認めているので、届出の履行期限到来等の事実を審究する必要はなくなっている。本件のごとく、挙式のうえ同棲したような場合には、「当事者ハ遅滞ナク戸籍吏ニ婚姻ノ届出ヲナシテ夫婦タル身分関係ヲ確立セシムルヲ当然トナスニヨリ」、すでに婚姻の届出を履行する期限が到来しているので、不履行の責めに任ずべきは勿論である。

【23】大判大正13・4・14新聞2254号21頁（内縁）

【事実】X女は、大正2年7月の初めころY男と結納をとり交わし媒酌・挙式のうえ事実上の夫婦として同棲した。当時、XはA家の戸主たる地位にあったが、同年11月にA家と離縁し生家に復籍の上、長兄ともに媒酌人を介してたびたび婚姻届出の手続をYに対して請求したが、Yはこれに応じなかった。その後、Xは女兒を出産し、その前後にわたり届出手続を迫ったが、これを遅延し、その後数年を経過して、Xが二子を出産したところ、その間も再三家族と共に届出手続を請求した。ところが、Yは、養子の身分で亡き先妻との子が成年に達するまでは届出を見合わせる旨の養父の遺言があるなど称して、その猶予を求めて届出に応じなかった。ついにXは、大正8年夏ころに実家に立ち戻った。

原審は、婚姻予約後に同棲すれば、「速やかに婚姻届出をなすことは当然のこと」とし、正当理由なくして婚姻予約の履行を拒絶したものとした。Yは、婚姻届出を絶対に拒絶したものではなく、一時猶予を請いたるもので、Xが真に即時入籍を希望するならば、これを拒むものではなかったなどと反論して上

告した。

【判旨】(上告棄却) 原判決はYの抗弁を排斥したので、Yが「終始入籍ヲ拒絶シタルモノト認定シタル趣旨」と解すべきである。また、Yが養父の遺言を理由に大正2年11月以来今日迄、「Xノ再三ノ請求アリタルニ拘ラス遂ニ入籍ヲ肯セサル事実ヲ確定シタ」ので、この事実をもって、Yが入籍を拒絶したものと認定したのは相当である。Yの主張には正当理由は認められない。

内縁破綻の要因が同居拒絶のほか、入籍拒絶である事例もあり、上記の二例では入籍拒絶が決定的な要因となっているが、X側の請求もこの事実を根拠としている。これを婚約不履行の根拠とするならば、大審院の判決や原判決の立場では、挙式により婚姻予約が成立したうえで、同棲したならば、当事者間に「届出をなすべき義務」が生ずることを暗に認めたこととなろう。その後も、同趣旨の大審院判例（大判昭和10・10・26大審院裁判例9巻260頁）が続いている。

なお、[23] 判決は、「正当理由」に関する事例として著名な大審院判決でもあるが、あわせて、慰養料も相当の高額であり、一番では3000円、原判決では5000円の慰養料が認められている（一番・原審の判決は、都法3巻1・2号305頁、314頁参照）。原審では、Xは名字帯刀を許され、維新後は樞区長または戸長の職を勤めたこともあり、現時も土地十数町歩を所有して居村では上流階級に属し、Yも名古屋市内で多数の土地建物を所有する資産家と認定されている。同時に、Yが養子で先妻との子女との関係のことを考慮して届出を遅疑していたので、「其心事ノ諒トスヘキモノアル」ことも説示されている。

(f) つぎの例でも、妻が入籍手続を求めていたが、これに応じることなく、その間に他女と婚姻している。

[24] 東京地判昭和3・8・6新聞2908号6頁（内縁）

【事実・判旨】X女（22歳）は、芸妓であったが、Y男から懇望され、みずから廃業して、大正11年1月20日親族立会のもとで内祝言をなしたうえで、同棲した。Xは、Yと同棲を始めた後、たびたびYに対して「婚姻の届出」を促したが、「自分を信じて時期をまつべきである旨」を申し聞き、そのうちに同年5月

ころ婦人病で約2週間ほど入院した。ところが、その間、Yが他女と関係もち、間もなく他女と婚約・婚姻した（同年10月10日入籍）。

(3) 入籍手続の拒否と「違約」の成否

夫側が入籍手続を拒絶すること自体が、直ちに予約関係の「違約」になるものではないが、それでは、ここにいう違約とは何か。入籍拒絶との関連でどのように考えるかにつき、つぎの具体例は、問題を含んでいるが、一つの参考例となる。

【25】長崎控判大正12・12・25新聞2221号21頁（内縁）

【事実・判旨】X女は、Y男と明治33年6月ころ媒酌により婚姻豫約の上、内縁の夫婦として同棲してきたところ、大正10年9月14日に福蔵等を介して、また、同月17日には内容証明郵便をもって、「婚姻届出」をなすべきことを催告したが、Yがこれに応じなかったため、Xは同年10月19日に実家に立ち返し、そのためYとの内縁関係が断絶した。Xは、その直後に損害賠償を求めて提訴。判旨は、単に予約の履行を怠ったことだけでは、「不履行ノ事実アルモ」、これを予約履行の拒絶と認め得ない限りは、直ちに賠償責任が生ずるものではない、とした。具体的には、内縁関係成立以来20有余年間にわたり婚姻の届出を為すことなくして別に故障がなかったにもかかわらず、突然そのような要請をしているが、この事実によって内縁関係が断絶している。Yはそのような催告に対しXの誠意を疑い即刻届出の手続をなしがたい旨を言明しているにすぎないので、これをもって予約を破棄し、その履行を拒絶したとはいえない。

本判旨は、本件の男女がなんの支障もなく20年以上にわたって内縁関係を継続してきた事実を重視し、突然、かかる入籍手続を求めること自体が合理性を欠き、かえってそれが内縁解消の要因となっているとしている。一見、もっともらしい理由を述べているが、婚姻届出の手続をとることが予約の履行になると解したうえで、夫側にその不履行の事実があることを認めているにもかかわらず、結局は、妻の行為態様を非難して賠償請求を否定した。

予約と届出義務との関連を念頭に置いている点は評価できるとしても、内縁の事実主義に傾斜しすぎた論法を採っているのも、結局は、予約有効

論の趣旨を曲解していることとなろう。予約有効論と「届出義務」との関連について、理解不足があるといわざるをえない。具体的にも、本件では、Yは、過去二度にわたって他女と私通関係を結んだことが認定されているが、Xがこれに耐えてきた事情からいえば、安定的な身分関係を求めたとしても、何の疑念があろうか。また、突然、Xが婚姻届出を求めたことを殊更に強調し、過去再三にわたって要請した事実・証拠がないとしているが、このような評価自体も短絡にすぎる。そうした証拠のあるなしではなかろう。きわめて現実感覚の希薄な裁判官であった。あるいは、「事実婚」重視の学説の影響があったかもしれない。

それはともあれ、本裁判からも、内縁の妻にとって、入籍問題がいかに関心の強いものであったか、如実にみる思いがする。

(4) 婚姻届出と慣習

挙式後6ヵ月程度は入籍手続をしない旨の当該地方の慣習があるとされた事例がある。

【26】東京控判大正12・6・27新聞2201号17頁（内縁）

【事実・判旨】大正10年3月27日に挙式、同年7月1日まで同棲した。妻は、夫が予約履行の意思なく、同居に耐えない行為があるとして、実家に帰った。しかし、夫には、多少の儀礼を欠くところがあつたが予約の履行意思なしとは認められず、かえって妻の帰来をまつて詫状も書いた。ところが妻がこれでは承知せず、さらに夫が重大なる侮辱を感じるほどの内容の「詫状」（詳細は不詳）の差し入れを求めたことから、結局は破綻した。妻の請求は棄却されたが、その判旨のなかで、夫が婚姻届出をしなかったことについて、「6ヶ月位ハ入籍手続ヲ為ササルハ当事者地方ノ慣習存スルヲ以テ」、この事実から予約不履行があるとはいえないとされている。

本件では、妻が夫に社会的相当性を欠くような必要以上の詫状を求めたことが要因となって、夫婦関係が破綻しているので、夫側に正当理由があるとしたものである。したがって、婚姻届出に関する慣習自体から、夫側の正当理由を認めたものではない。単に予約不履行の事実を判断するための資料にすぎない。むしろ、この種の慣習をもちだしたのは、予約不履行

の前提として予約に基づく「届出義務」の存在を明確に認識していたからであろう。

(5) 小括

予約不履行が同居拒絶によることもあれば、入籍拒絶によることもある。「穂積重遠」は、大正期の下級審裁判例を論評して、「もう今日では『事実上ノ結婚ヲ為シナガラ正当ノ理由ナクシテ婚姻ノ届出ヲ為スコトヲ拒ミタル者ハ相手方ニ対シテ損害賠償ノ責ニ任ス』と云ふ程度の判例法が確定している」と述べている⁽³⁴⁾。この限りでは、穂積も、婚姻予約に基づく「届出義務」を念頭に置いていたといえよう。大審院の [22]・[23] 判決も、そのような趣旨の判決として位置づけることが可能であろう。

ところで、昭和期に入って、事実上の夫婦関係にある妻が、夫には無断で婚姻届をなし、夫もそれを知りながら、以後、数ヵ月間同棲していた事実があったとされる事案で、婚姻の成立は認められないとした大審院判決（大判昭和2・3・15新聞2688号9頁）がある。事案は不詳であるが、原審が婚姻の成立を否定したので、妻側が「既ニ媒酌人ノ下ニ正式ニ結婚ノ盛典ヲ挙ケ爾来円満ニ夫婦トシテ同棲シ其ノ間ニ結婚ノ届出アリタルコトヲ知悉シテ猶同棲ヲ継続シ居リタルカ如キ場合ニ於テハ婚姻ノ意思ナシト云フカ如キハ全ク立法ノ精神ニ背反スルモノト云ハサルヘカラス」と上告した。しかし、大審院は「婚姻ハ当事者双方ノ意思ニ基ク有効ナル届出アルニ依リ初メテ成立スルモノナルニ依リ本件当事者間ニ有効ナル婚姻届出ノ存在セサルコト前記原審認定ノ如クナル以上縦令本来無効ナル届出ニ基キ当事者間ニ戸籍簿上婚姻関係ノ存在ヲ認メ得ヘク且当事者間ニ右届出後数月間同棲ノ事実アリトスルモ之ニ因リ婚姻ノ成立ヲ認ムルコトヲ得サル」とした。

結局のところ、この当時の大審院は、届出婚制度を前提としながら、婚姻届出当時の当事者の婚姻意思を極めて重視していたことから、たとい内縁夫婦の一方が他方の無断届出を承知していたとしても、なお正当婚姻を

選択しなかったという一方の婚姻意思を尊重していたこととなろう。判例理論の当否は別にして、婚姻予約段階で、夫婦間で届出履行の合意があったとしても、その強制履行を認めないという立場（[16] 判決）とも整合しているように思われる。しかし、そうした立場と婚姻予約に基づいて「届出義務」自体を認めるという考え方とは、無論、矛盾するわけではない。むしろ予約段階での抽象的なレベルでの「届出義務」があればこそ、届出当時の自由なる婚姻意思の重要性が活きてくることとなろう。

3 婚因予約有効論と不法行為責任の可否

(1) 詐欺誘惑の論理

民事連合部判決は、不法行為構成では婚姻予約の不当破棄による損害賠償を請求することはできないと宣言した。しかし、それは「離別」につき過失責任は問えないとしたのみであり、関係成立ときに詐欺的行為などがあり「婚姻意思」が当初からないにもかかわらず、それがあつたかのように相手方を誤信させて関係をもったという場合にまで、その保護を排斥するという趣旨でないことは、いうまでもない。この種の不法行為責任（「詐欺誘惑の論理」）については、元来は、女性の名誉・節操自体が独自の法益になっているので、予約の有効無効論とは分離して、それ固有の保護問題を独自に論ずることが可能であるからである。

もっとも、男女関係のなかで、関係が破綻したときには、当初から婚姻意思がなかったということの証明は決して容易ではない。ことに、通過儀礼を済ましていると、それは著しく困難となる。これに対して、重婚的な婚姻予約のケースでは、関係が破綻すれば、詐欺的行為性が顕著となろう。以下、関連する裁判例を分析してみよう。

(ア) 詐欺的行為を否定した事例

つぎの大審院の「未公表判決例」は、いわゆる内縁破棄事例であるところ、判決当時ではすでに一般に婚姻予約有効判決の存在が知られていた

が、何故か、破棄された女性は、「違約」に基づかないで、男性側の詐欺的行為を徹頭徹尾に追及して、結局のところ失敗している。その理由は定かではないが、男女間のトラブルで、かかる関係の形成において一方の詐欺を証明することがいかに困難であるかを示す一例として位置づけることが可能であろう。また、予約不履行構成と不法行為構成との機能的関連を考える上でも、重要な先例と思われる。

[27] 大判大5・3・15大正4年(オ)1103号(内縁)社研27巻1号131頁

【事実・判旨】X女はY男方に「客分」として迎え入れられた上で、挙式を後日に延ばしたまま事実上の夫婦として、約3ヵ月間同棲していたが、結局は破談となった。Xは、Yが婚姻意思がないにも拘わらず、その意思があるかのように装って同棲したうえ、一方的に関係を解消したことから、Xの貞操権を侵害したものである、として不法行為責任を追及した。原審(東京控判大正4・11・19)は、婚姻豫約不履行の事実ありしことは認められ得るが、Xの主張するように初めから婚姻意思がないにも拘わらず、これを装いXの貞操を弄ぶというような事実はない、とした。大審院も、これを堅持している⁽³⁵⁾。

(a) 本件の婚外関係は民事連合部判決の事案とは大差がないのに、X女は、「違約」を理由として提訴していない。原判決当時では、既に婚姻予約有効判決が出ていたので、原判決は、その趣旨のことをXにわざわざ説示・示唆していた。「被控訴人<Y男>ニ於テ婚姻予約不履行ノ事実アリシコトハ或イハ之ヲ認メ得ルカ如クナレトモ」としていたにもかかわらず、Xは、あくまでもYの当初からの詐欺的行為を非難することに固執した。しかもXは、原審が婚姻予約不履行があるとしたのは「違法」である、とまで主張している。つまり、Xは、Y側としては相互に「偕老」(終生仲良く連れ添うこと)の見込みがたてば、本祝言を挙げるという趣旨であったことから、Yには当初から「婚姻意思」がなかったということをみずから自白しており、この事実を前提としないのは違法である、という趣旨の主張をしていた。しかし、裁判所は、そのことから婚姻意思の偽装を自白したものとはいえないとして、「婚姻意思」の存在は否定し得ないと判断している。

事案の詳細が不詳であるが、そこにいう「客分」とはアシイレといわれている婚姻習俗であるので、それに従った儀式（仮祝言）があったこととなり、たとい、Y側が相互に「偕老」の見込みがたてば本祝言を挙げるという趣旨であったとしても、婚姻意思自体を否定するのは無理であったように思われる。両者の立場からいえば、Xには当初から婚姻予約の意思があったにもかかわらず、Yとしては、アシイレによる試験婚に合格してから、XをY家に正式に受け入れるというのだから、もともと同じ土俵の上での関係形成ではなかったからである。しかし、Xとしては、3ヵ月も同棲した上で、一方的に格別な理由もなく破棄されれば、この点において騙されたという意識は捨てきれないものがあつたであろう。その意味では、事実上はダマサレタに等しい。Xが、このことを一貫して主張した所以でもある。ところが、当時の婚姻習俗からいえば、かかる儀式は当然のことながら将来の婚姻を予定したものであるので、婚姻意思を否定するのは、著しく困難であろう。民事連合部の「婚姻予約有効判決」の事案も、社会的事実としては足入れに近い男女関係が問題となっていたが、事実審も大審院も「事実上の婚姻」として法的に評価したことは、すでに検討した通りである⁽³⁶⁾。したがって、Xとしては、予約の成立を前提としたうえで、破棄の正当理由の有無を論点とすべきであつたが、個人的感情に固執し過ぎたためであつたのであろうか、その主張の論拠が生硬なままに終わったように思われる。何故に不法行為的構成に固執したのか、その具体的な事情は不分明である。佐藤・関は、Yに婚姻意思がないとの確信がXにはあつたのか、あるいは予約有効論に異論があつたのか、というような疑問を提示している⁽³⁷⁾。

ところで、佐藤良雄によれば、本判決は「先例」としてはそれほど大きな問題を含んでいないとされている。すでに、婚姻予約有効判決が不法行為構成を否定していたからである⁽³⁸⁾。また、これとの関連で、ここでは婚姻予約有効論と不法行為的救済が「二者択一的な、両立し難い法律構成

である」という視点が必要である、としている⁽³⁹⁾。たしかに、佐藤らの指摘は重要であり、本稿の視角と一部共有しうるものがある。ただし、このような二つの対立する法的構成が、梅・土方論争に起因するものであり、それを承けて判例が展開してきたという事実を見逃してはならないであろう。かかる対立が、ひいては双方の「婚約観」の基本的姿勢に関わるということである。したがってまた、このことと密接に関連するが、両者は、いわれるような単なる二者択一的立場にあるのではない。すなわち、不法行為的構成（「詐欺誘惑の論理」）は、婚姻予約無効論があってこそその論理であるという視点が不可欠であろう。本件でも、婚姻予約が詐欺によるものであり婚姻意思がなかったという事実の証明がいかに困難かということを示しているのであり、むしろ、婚姻予約有効論は、ある意味では、つまり「機能」的にみれば、かかる証明困難な詐欺的行為に基づく不法行為的救済を克服するために登場してきた論理なのであり、このことは別稿で、「横田秀男」論文にも依拠しながら、客観的にも明らかにされていた事情を述べた⁽⁴⁰⁾。そのことを本判決の論理構造が裏から証明していると考えらるべきであろう。佐藤らによる事実重視の分析だけでは、かかる視点の析出には限界があるように思われる。本稿の立場から言えば、本判決は、以上のような意味での貴重な先例的意義を有しているので、民事連合部判決の定着・展開を理解する上では、ことのほか重要視されるべきこととなろう。実際、本判決は第3民事部に係属し、裁判長は「横田秀男」である。横田論文⁽⁴¹⁾が公表されるまでの判決例である点に注目しておきたい。

(b) 本判決の重要性は、もう一つある。民事連合部判決でも、女性側は、男性側にもともと当初から婚姻意思がなかったという主張（不法行為責任）を一審から一貫して繰り返し強調していた。逆に、男性側は、区判決段階では「足入れ」による祝言を済ませたので、婚姻意思があったと反論していた。これに対して、原判決は、ささいな理由で破棄した行為態様を（龍法 '12）44・4, 106（1114）

取り上げて、その「離別」に過失があるとして不法行為責任を認めた。民事連合部は、かかる不法行為構成では離別・破棄による慰養料を請求できないとして、そもそも不法行為構成自体を排斥した。

つまり、民事連合部判決によれば、「関係成立」当初に婚姻意思があるかぎり、不法行為責任（「詐欺誘惑の論理」）を問えないし、また「離別」自体（関係成立後の「心変わり」）も一般的な不法行為責任によって保護できないとされたこととなるが、この[24]判決は、かかる連合部判決の論理（前者の「関係成立時」の論理）を使って、女性側の請求を棄却したこととなろう。逆にいえば、連合部判決が不法行為構成を排斥した理由が、この判決を通して、より一層明確に再確認できるわけである。同様に、連合部判決の事案が「足入れ・試婚」ではないことも、明らかにされているように思われる。

なお、本判決も、連合部判決前に訴えが提起されているが、連合部判決と同時期に大審院に係属していた可能性はない、ということである⁽⁴²⁾。ただ、「横田秀男」が民事連合部判決に私的には関与していたとするならば、本判決と連合部判決との機能的関連を決して見逃してはならないであろう。

（イ）詐欺的行為を認めた事例

（a）下級審裁判例では、不法行為責任を認めた事例が散見される。

[28] 東京控判大正15・3・13 評論15巻民251頁（内縁）

【事実】X男は、大正12年2月11日にY女（20歳）と媒酌のうえて挙式・同棲し、大正12年7月24日に男児が生まれたが、Yは、予約当時、すでに妊娠4、5ヵ月に及び、他の男性との性的関係の結果、妊娠して出産したことが判明した。Xは、欺罔行為により婚姻予約を締結させたとして、名誉侵害による不法行為責任を追及した。

【判旨】「訴外岡本寅太郎、青柳玉吉ハ被控訴人（Y）カ品行正シキモノト信シテ右媒酌ヲ為シタルトコロ被控訴人ハ既ニ他ノ男子ト性交ノ結果其子ヲ妊娠シ右予約当時既ニ其妊娠四、五ヶ月ニモ及ヒ居タルカ為メ予約ノ日ヨリ僅カニ百六十四日目ニシテ十分成熟シタル男児ヲ分娩シタルニ依リ控訴人（X）ハ之

ヲ憤リ為メニ右婚姻予約ハ当事者間ニ於テ破棄セラレタル事実ヲ認ムルニ足ルカ故ニ右事実ニ徴スレハ反証ナキ本件ニ於テハ被控訴人ハ右婚姻予約ノ当時既ニ妊娠ノ事実ヲ知りナカラ之ヲ秘シテ控訴人ヲシテ被控訴人ニ右ノ如キ性交懐胎ノ事実ナキモノト誤信セシメタルニ因リ右婚姻予約ハ成立シタルモノト認ムルヲ相当トス被控訴人ハ大正十一年十月二十五日夜他ノ男子ニ強制姦淫セラレテ妊娠シタルモ其妊娠ハ之ヲ気付カサリシモノナリト主張スレトモ之ヲ認ムヘキ信用スルニ足ル証拠ナキヲ以テ右妊娠ヲ気付カサリシトノ主張ハ之ヲ排斥ス然ルニ凡ソ或婦人カ既ニ甲男子ト性交ノ結果現ニ妊娠シ居ルニ拘ラス之ヲ秘シテ乙男子ヲシテ斯ル事実ナキモノト誤信セシメ式ヲ挙ケテ自己ト婚姻ノ予約ヲ締結セシムルカ如キハ善良ノ風俗ニ反スルコト勿論ニシテ其婦女ハ則チ之ニ因リ乙男子ノ面目ヲ毀テ名誉ヲ害スルコト明ナルヲ以テ控訴人ハ右事実ニ依リテ其名誉ヲ毀損セラレ精神上苦痛ヲ感シタルモノト認ムルヲ相当トスサレハ被控訴人ハ控訴人ニ対シ相当ノ慰藉料ヲ支払フヘキ義務アルモノト云フヘク又其予約カ前示ノ如キ事情ニテ破棄セラレタル場合ニ於テハ其予約ノ為メ控訴人ニ生シタル財産上ノ損害モ亦之ヲ賠償スヘキ義務アルモノト云ハサルヘカラス仍テ進ンテ数額ノ点ニ付キ按スルニ控訴人ハ慰藉料トシテ金五百円ヲ請求スレトモ控訴人カ従業者三名ヲ使用シテ家具ノ製造ヲ業トシ其年収約金三千円ニシテ小学校卒業程度ノ教育ヲ受ケ明治三十一年六月二十八日生ニテ且初婚ナルコト並ニ被控訴人ハ予約當時年令二十才ニシテ小学校卒業程度ノ教育アルコトハ当事者間ニ争ナキトコナルヲ以テ叙上ノ事実ヲ綜合參酌シテ其慰藉料ハ金百円ヲ相当ナリト認ム」

本件では、他の男性の種を宿していた女性がそれを秘して婚姻予約をなすこと自体が、相手方男性を騙したこととなり、それを名誉侵害として不法行為責任が肯定されているので、このタイプの事件類型は、そもそも婚姻予約有効判決の射程外といえよう。本件のXは、婚姻予約の「締結」それ自体を主張し、判旨もこれを認めているが、そうした事情を不法行為の請求原因と構成したものであり、予約不履行・違約の方は主張していなかったという。本件での婚姻予約自体が公序良俗違反ということになれば、予約不履行は成り立たないからであろうが、事実として婚姻予約・内縁が成立していたことは、不法行為責任の前提となる重要な事実であり、そのことは、挙式・同棲によって明らかになっていた事案である。なお、

本件は、慰養料のほかに財産損害（婚姻費用）をも認めた事例であることのほかに、慰養料の考慮事情も明らかにしているところ、この種の裁判例では、男性側の請求であったことと関連があると思われるが、その賠償額が他の事例に比べて著しく低額（金100円）である点に注目しておこう。

(b) つぎの事例は、いわゆる重婚的婚姻予約事例である。本件は「誠心誠意判決」後の裁判例であるが、関係成立当時の「詐欺的言動」を捉えて、不法行為責任を肯定しているので、便宜上、ここで取り上げることとした。

【29】東京控判昭和6・7・28新聞3310号4頁（内縁）

【事実】X女は、Y男と昭和2年10月22日に正式に婚姻の儀式を挙行して、事実上の夫婦として同棲したが、その後、離別された。ところが、関係成立当時（判旨は「婚約当時」という）に、Yには妻がいた。妻とは不和であったが、何ら適法な婚姻解消の事実はなかった。それにもかかわらず、Yは、妻とは離別して今は女兒一人と同居生活しているにすぎないので、婚嫁されたき旨の申し込みをなしたところ、Xは、これを信じてその申し込みを承諾したものであった。Yは、昭和4年4月ころXから離別の要求を受け、ついに同年6月25日頃に実家に立ちもどった。そこでXは、慰養料金3000円のほか、物品の返還を訴求した。判旨は、金300円の慰養料のみを認容した。

【判旨】「凡て有婦の夫が更に他の女子と婚姻の豫約を為すも該豫約は公の秩序善良の風俗に反し無効なること多言を要せざるところなるを以て斯の如き事情を知りたらんには何人と雖も被控訴人（Y）の如き有婦の男子とは婚姻の豫約を為さざるべきを通常の事例なりとす然らば控訴人（X）が前示の如く被控訴人と婚姻の豫約を為し事実上の夫婦として同棲するに至りたるは畢竟前記の如く被控訴人が無婦の男子なるが如く装ひ控訴人を欺罔したる結果に外ならざれば被控訴人は前示所為により不法に控訴人の貞操を蹂躪し因て其の自由名誉身体上の権利を侵害したるものと論断せざるべからず」。

被控訴人は、控訴人が妻のあることを承知の上で婚約を成立させたものであるから、自分には不法行為責任はないと反論しているが、「控訴人を欺罔して之と同棲し依て右所為により既に控訴人に対する不法行為を構成せしめたる以上縱令其の後に至り控訴人を離別し且つ離別に付正当の事由存したりしとするも」、その不法行為責任は免れない⁽⁴³⁾。

本判旨は、慰藉料額を評価する際、つぎのような事情を認定している。女性が28歳で、小学校5年程度終了の学歴であること、被控訴人と同棲前に一度他に嫁した事実があること、女性の実家は芸娼妓の紹介を営み、多少の資産があり、同業者間では相当の声望を有すること、女性は大正10年ころ吉原で3、4ヵ月は娼妓となった事実などを指摘した上で、男性が婚姻しているかどうかは戸籍調査すれば容易に知りうるので、この点において女性にも「軽率の謗りなしと謂ふを得ざる」と付言する。これに対して、男性側は、沼津市で多額の資産を有する貸座敷業者である。なお、物品の返還請求については、退去の際に引渡しを受けた以外、更に衣類等の物品は請求しない旨を約定したので、その請求は排斥された。

ところで、本判決の論理は一つの考え方を示したものであり、合理性があると思われるが、のちの大判昭和15・7・6民集19巻1142頁は、たとい節操が蹂躪された事実があるとしても、「自己ニ存スル不法ノ原因ニ因リテ生シタル損害」であるので、民法708条の「精神」から、保護されないとした。二宮周平は、本判決の論理はこの大審院判決によって否定されたと評価している⁽⁴⁴⁾。そのように解し得なくもないが、本判決では、女性は男性に妻がいることを知らなかったことが認定され、かつそのことを前提とした論理を立てているところ、大審院判決の準則のなかでは、「乙ニ正妻アルコトヲ知りナカラ、之ヲ為シタル甲は、・・・」とあり、原審での事実認定でも男性が離婚手続の準備中であることを女性が認識していたことが認定されているので、事案に重要な相違があるという評価が正しいであろう。後者に立てば、本判決の論理は、今日でも十分に通用しうる。

ちなみに、最高裁判決では、いわゆる重婚的婚約事例で、男性に正妻のあることを知りながら、妻と別れて結婚するという詐言を信じて情交関係をもった女性（未成年者）側の不法行為に基づく慰藉料請求について（婚約破棄としては請求していないが）、民法708条との関連では、両当事者の「不法性を比較する」という手法によって、男性側の不法性が著しく大であるので同法の精神に反しないと構成して、不法行為責任にも同条の精神

を及ぼしながら女性を保護した事例もある（最判昭和44・9・26民集23巻9号1727頁）。

(2) 不法行為の請求を「違約」と評価した事例

内縁を破棄された当事者が不法行為を請求原因として慰藉料を請求した事例であるが、その主張事実が「終始婚姻予約不履行の事実以外ならざることを弁論の全趣旨に徹し明瞭なる」ことから、「訴えの原因には変更なし」として、「違約」による損害賠償責任を認めたものがある

【30】東京控判大正9・4・14評論9巻民492頁（内縁）。

【事実】X女とY男とは、大正6年11月15日に媒酌により婚姻予約を締結し、慣例によりYの生家で「結婚の式」をあげた。婚姻届出は、Yが東京商船学校を卒業したうえでなすことも合意され、爾来、大正7年3月に至るまで同棲したが、大正7年7月中にYが一方的に離別を申し入れた。Xは、慰藉料を請求したが、原審当時から不法行為を理由として請求した。「違約」を請求原因としなかったため、民事連合部判決との調整問題もあったが、本判決は、この点を巧みに推論している。

【判旨】Xは、Yの不法行為を原因として慰藉料を請求すると釈明しているが、「被控訴人（X）カ原審以来請求ノ原因トシテ主張セル事実ハ終始婚姻予約不履行ノ事実ニ外ナラサルコト弁論ノ全趣旨ニ徹シ明瞭ナルヲ以テ被控訴人ノ当審ニ於ケル右釈明ハ単ニ法律上ノ見解ヲ開示シタルニ過キサルモノト認ムヘク訴ノ原因ニハ変更ナシ」と判示した。そのうえで、Yは、Xが素行不良であると反論したことに対して、そのような事実はないことから、離別には何等の正当理由はないとされた。「而シテ婚姻予約ノ当事者ノ一方カ正当ノ理由ナクシテ其約ニ違反シ婚姻ヲ為スコトヲ拒絶シタル場合ニハ相手方ニ対シ其被リタル有形無形ノ損害ヲ賠償スヘキ責ニ任セサルヘカラサルハ当然ナルヲ以テ控訴人（Y）ハ被控訴人ニ対シ前示違約ニ基キ被控訴人ノ被リタル精神上ノ損害ヲ賠償スヘク相当慰藉料ノ支払ヲ為スヘキ義務アルモノトシテ……被控訴人ノ教育社会上ノ地位年令等ヲ参酌シ本件慰藉料ノ額ハ金七百円ヲ以テ相当ナリト認定スヘク其範圍ニ於テ被控訴人ノ請求ヲ認容シタル原判決ハ正當ナリ」

民事連合部判決は、離別につき不法行為による慰藉料を請求した原告女性側の請求を排斥するにあたり、「違約」によるべきであるとの理由で破壊自判した。この判断の根拠について、川井健は、当時の訴訟手続が「請

求原因」に規定されるという事情を指摘していた⁽⁴⁵⁾。そのような傾向があったのかも知れないが、上記の控訴院判決では、かなり柔軟な判断をしている。民事連合部判決が原告の請求につき破毀差戻しの宣告をしなかったのは、単に手続的理由だけではなく、実体法上の理由があったものと思われるので、私見は、そのような事情を別稿で明らかにした⁽⁴⁶⁾。先述した[27]判決では、原告は被告には婚姻意思がなかったという関係成立時の詐欺的行為を捉えて不法行為構成に依拠しながら請求したので、これはそのような事実は存在しないことから棄却され、民事連合部判決でも、原告は同趣旨の主張していたので同じく排斥されたが、本件では、そのような主張（「詐欺誘惑の論理」）ではなく、あくまでも離別の不当性のみを争っているので、違約構成ではなくとも、それは単なる法律上の形式の問題にすぎないと解されている。この控訴院判決からも、いわゆる「詐欺誘惑の論理」との関連で、民事連合部判決を読み解かねばならないことが、より一層客観的に明らかにされていると考えても大過なかなう。

(3) 一般的不法行為責任と慰藉料

(ア) つぎの例は、内縁関係にある夫が同棲中に妻を淋毒に感染させたことから、婚姻予約不履行に基づく慰藉料のほかに、不法行為による慰藉料も認容している。

[31] 大判大正9・4・27大正9年（オ）第253号判例集未登載（内縁）⁽⁴⁷⁾

【事実・判旨】X女とY男は大正6年2月25日に媒介により挙式のうえ事実上の夫婦として同棲したが、同棲数日にしてXが疾病に罹り一時Y宅から病院に通院したが、その後、実家に帰って引き続き通院または入院して療養中に、Yが病気を理由に婚姻を拒絶する旨を通知した。そこで、親族間で協議がなされたが、同年6月にYが他女と挙式のうえ同棲した。

控訴審（大阪控判大正8・12・15新聞1648頁13頁）では、Yの婚姻予約不履行には正当の理由がないとして、金400円の慰藉料と婚姻の宴会費用20円が認容された。同時に、XがYと同棲後に発症した疾病である「急性淋毒性尿道炎」については、Yが入営中に淋疾に罹患し、挙式後同棲した時にこれをXに感染させ、その結果、Xが同疾病を発症した事実が認められた。そこで、Yは故意

過失によりXの身体を害したものと判断され、不法行為による損害賠償として、慰藉料400円と入院治療費相当額280円40銭の財産損害(82日間、1日1円20銭割合)が認容された。大審院も、かかる原判決の判断を維持した。

(イ) つぎの例は、予約当事者間の紛争ではなく、男性の親族・兄が女性の人物評価をねつ造して、離別を正当化しようとしたことから、かかる意味での名誉権侵害が認められた事例(未公表判決)である。それ故、不当な離別による名誉侵害ではなく、それとは別の名誉侵害一般の保護であるが、その実質は、妻・女性としての名誉の侵害ともいえる内容をもった事案である。

[32] 大判大正5・12・1大正5年(オ)917号(内縁)社研27巻1号142頁

【事実・判旨】X女は、大正3年2月23日にA男と結婚して同棲したが、AがXを嫌い、約1ヵ月後にXを実家に帰らせた。ところが、Xを離別する事由がなかったことから、Aの兄Yが、Xは女子の用を弁じない不具者であるという虚偽の事実をねつ造して他人に公表した。そこで、Xが、名誉毀損を理由に慰藉料を請求した。原審は、Xの婦女子としての名誉が毀損されるとともに、Xの社会上における位置状況等に照らしても、その名誉権を侵害されたものであるとして、Xの教育程度のほか地位や年齢等を斟酌して金200円の損害賠償を認容。大審院も、これを維持している。

本件は、いわゆる内縁に関する事例であるが、単純婚約でも同様の事例が考えられるところ、このような虚偽の事実により婚約者の名誉を侵害すれば、同じ処理が可能であろう。たとい真実であっても、同様のことが妥当しよう。ともあれ、本件でも、わずか1ヵ月後に結婚が破綻している。

佐藤・関によれば、本件は、一般的には名誉毀損による慰藉料を認めた先例としての意義があるが⁽⁴⁸⁾、そのうえで、本件の訴提起時は連合部判決前と推測され、当時では婚姻予約の破棄責任の道が閉ざされていたことなどの事情から、Yの兄の名誉毀損行為のみを捉えて慰藉料を認めた本判旨の動機は、婚姻外男女関係(本件では試婚と推定する)を保護することにあった、とされている⁽⁴⁹⁾。たしかに、そのような側面がなくはないので、このような現実感覚は高く評価しうる。ただし、これをより正確に法

的に分析すれば、一方的に破棄されたことに加えて、性的不能であるかのような虚偽の事実を公表されたことによって、社会的に「疵者」同然とされたことに対する保護というべきであり、そこに内縁当事者としての名誉・名声の侵害があると解することによって、これまで検討してきた婚約ないし内縁の破棄責任自体と共通の基盤のうえにおくことが可能となるし、また、名誉毀損一般の保護を認めたこととの整合性も明確になろう。双方の保護を分離して考察するのは、事態適合的ではないのではなかろうか。

4 小括－民事連合部判決の定着状況

(1) 婚姻予約有効論の定着化

以上の判決を見ただけでも、連合部判決直後からすでにその判決の定着傾向が看取されるといってもよいであろう⁽⁵⁰⁾。理由らしき理由もないまま、一方的に内縁関係を破棄された妻側の憤りが、一気に吹き出したかの観すらあるのである。公表例は、その氷山の一角にすぎなかったものと思われる。当時の婚姻習俗は媒酌結婚を通例としていたが故に、それはまさしく家と家との紛争であった。民事連合部判決直後の裁判例（[2] 判決）では、婚姻予約という契約の主体として、当該男女のほかに「家長」が登場していた所以でもある。

これを別の観点からみれば、当時、足入れや客分という婚姻習俗のもとでは一方的に離別しても「不縁」として許容されていた、という社会的事実ない社会的規範そのものの存在に疑いを差し挟む余地があると考えても、決して不合理ではないことを意味しよう。たとい、そのようないわゆる慣行がもともとわが国にあったとしても、この当時では、すでに内部から部分的に破碎していたのではないか、という疑念すら生ずるのである。少なくとも、裁判所はそのような曖昧な男女関係の存在を克服していたといえよう⁽⁵¹⁾。たとえば、昭和期の裁判例（横浜地判昭和5・8・27新報233号20

頁) には、媒酌による婚約・結納を経て挙式したが、わずか2泊しただけで、夫が「年回りが悪い」という理由で不当破棄した例があるが、ここでも「事実上の夫婦関係を結びたるもの」と評価しているのである。民事連合部判決での内縁関係を彷彿とさせるものであろう。

ともあれ、社会規範の点は将来の課題とするが、本稿では、さらに婚姻予約有効判決から派生する諸課題をいくつかの視点から分析し、その論理構造が精練されていくプロセスを次章で検討してみよう。

(2) 挙式・同棲婚

民事連合部判決は、挙式同棲婚に言及していたこともあって、婚姻予約の成立を認めた上記の下級審裁判例では、すべてそのような慣習上の婚礼儀式がなされた事実が認定されている。いわゆる「媒酌結婚」が当時の婚姻習俗であったことが判明するが、そのような儀式がなされている以上、試婚とは解されていないことは、前述した。すべて「夫婦」として評価されていると考えて大過なからう。逆に、そのような儀式がなされていない事例では、婚姻意思が否定されている ([15] 判決参照)。なお、通過儀礼の法的意義は、別に検討する。

(3) 届出請求権

民事連合部判決は、婚姻届出につき、その強制履行を否定していた。実際、下級審裁判例（東京地判大正8・5・11評論8巻民438頁）には、婚姻予約に基づいて届出手続を訴求したものがあるが、むしろ否定されている。それでは、当事者・両家の間に届出に関する「合意」があった場合には、どうかという問題は残されていたかもしれない。そこで、かかる事実を根拠として、婚姻届出自体を訴求している事例が登場したが ([16] 判決)、裁判所は、これを排斥した。届出当時における婚姻意思を重視し、届出自体を婚姻の成立要件とする届出婚主義からいえば、当然の帰結であろう。これを認めるならば、まさしく「婚姻の自由」が拘束され、私的自治によって公的な婚姻制度の趣旨が崩壊する結果となるからである。婚約のみ

ならず、すでに事実上の夫婦関係にある男女間でも同じことが妥当する。

この問題については、かつて我妻栄・有泉亭が次のように述べていたことが、大変興味深い。婚姻は儀式によって成立し、届出を婚姻の効力発生要件と解する立場では、内縁は婚姻として成立しているが、民法上の効力は否定されるものとなり、これを準婚として理解することが容易となるのみならず、「一步進めればさきに述べた婚約はこれを強制できないという原則も、すでに成立している婚姻（すなわち内縁）については、適用がなく、裁判所は婚姻の効力を生ぜしめるための届出を命ずる判決を下すことができるという考え方も不可能ではなくなる」としたうえで、「近時挙式と届出を一致させる風習が行き渡っていることなどを考えるとそこまで踏み切るにはなお検討を要する」としていた⁽⁵²⁾。

このような見方については、かつて大審院が「事実婚主義」のもとで婚姻届出請求権を認容していた歴史的事実を念頭に置いていたものと思われるが、戦前・戦後をとおして、内縁当事者間における「婚姻届出請求権」を認めようとする学説は、数は少ないとしても依然として根強いものがある⁽⁵³⁾。もっとも、届出が報告的届出に過ぎないとすれば、そのような立場にも一理あるが、本稿では、差しあたり、届出婚制度を大前提とした上で、準婚夫婦の保護の論拠として抽象的な「届出義務」を観念することにとどめている。

(4)「届出義務」

民事連合部判決では、婚姻予約によって「婚姻をなすべき義務」が認められているので、これを「届出をなすべき義務」と置き換えて、損害賠償請求権はその不履行によるものと構成することは可能であろう。連合部判決当時の論評は基本的にはそのような立場にあったが⁽⁵⁴⁾、婚姻予約論が内縁保護のための仮託論であるとの評価が大勢をしめるに至り、学説が事実婚保護に傾斜すると、やがて届出義務論は衰退する⁽⁵⁵⁾。しかしながら、戦後でも、これに言及ないし注目する学説もあった⁽⁵⁶⁾。

一方、大審院では、婚姻予約論は堅持されており、大審院判例〔[22]・[23] 判決〕も、挙式・同棲後は当然「入籍手続」をなすべきであり、これをしないこと自体が婚姻予約不履行になると断じているので、このような説示を別の観点からみれば、届出義務違反によって損害賠償責任が認容されているものと評価することができるであろう。[23] 判決では、実際に入籍手続を繰り返し要請している事実が認定されているので、それに応じた面もなくはないが、[22] 判決では、そのような事情は詳らかではなく、むしろかなり抽象的な観点から、届出なるものが挙式同棲後における「夫婦の身分」を確立するための当事者間での資務であるという側面が顕著になっているように思われる。

もっとも、単に一方が同居を拒絶して内縁関係が破綻し、届出拒否が問題となっていない事例もあるので、届出義務が裁判例一般に通ずる明確な準則とはなっていないことも、否定できない。ただ、それは裁判での現象面にすぎず、一方的な離別・婚約破棄が「違約」であるならば、そこに婚姻予約上の届出義務違反が潜在していると評価できるのではないか。特に婚姻の実体があれば、「離婚」の場合に準ずる保護を与えるのだという単純なる準婚理論では、一種の循環論法に陥ることとなるであろう。届出を婚姻の成立要件としている現行法制のもとで、届出をしていない事実上の夫婦に何故に婚姻に準ずる保護を与えることが可能であるのか、その論拠が示されていないからである。「事実上の夫婦」の保護という価値判断が「さきにありき」といわねばならない。

ともあれ、婚姻予約に基づく「届出義務」を重要視している本稿にとっては、今後も判例が進展する中でさらに続けてこの問題をフォローする必要があるので、機会あるごとに繰り返して注視することとなろう。

(5)「不法行為責任」との関連

民事連合部判決が創設した「婚姻予約有効論」のもとでは、不法行為責任としての「詐欺誘惑の論理」の機能する場は少ないことも判明したよう

に思われる。かえって、挙式同棲のある場合には、かかる論理を援用しても、それを理由とする不法行為責任は排斥されている（[27] 判決）。関係成立時に婚姻意思がなかったことを立証するのは、事実上著しく困難であることが容易に推知しうる。他方で、離別に過失（不法行為）があったという主張も、もはや意味がなかったであろう。

このこととの関係で注目すべき事例は、単なる離別の不当性を不法行為で請求したにも拘らず、裁判所がこれを「違約」構成に捉え直して、請求を認容した [30] 判決であろう。これを [27] 判決と比較するならば、民事連合部判決が「詐欺誘惑の論理」に依拠して不法行為責任を排斥した理由が極めて明瞭となるからである。

これに対して、不法行為責任が認められているのは、重婚的婚約ケースである（[29] 判決）。その他では、とくに一方配偶者の人格的利益を侵害する行為態様が問題とされている（[31]・[32] 判決。[28] 判決もこれに近い。）。これは、ここで問題としている単なる「心変わり」の不当性ないし不当離別をいうのではなく、詐欺的行為などの行為態様が、婚姻予約関係を前提としつつ、それ自体として独自の人格的利益の侵害をもたらすものと評価された場合であると解すべきであろう。

(6) 婚姻契約と婚姻予約

ところで、大審院は、正当婚姻の当事者間では、たとえば夫が他女と内縁関係や私通関係に入ると、そのこと自体が正妻に対する貞操義務の違反であるとして、これによって夫婦関係が破綻すれば、他女のほかに、夫も妻に対して「不法行為」による損害賠償義務を負うとした（大判昭和2・5・17新聞2692号6頁）⁽⁵⁷⁾。この大審院刑事部判決の「中間決定」としての大決大正15・7・20（刑集5巻318頁）は、著名な「男子貞操義務違反事件」（裁判長・横田秀男）であり、妻側（妻から委託を受けた者）が夫に貞操義務を強要しても恐喝罪にはならないとしたが、その理由中で、「配偶者ハ婚姻契約ニ因リ互ニ誠実ヲ守ル義務ヲ負フ」とし、また、不誠実な（龍法 '12）44・4, 118（1126）

行為によって「共同生活ノ平和安全及幸福ヲ害スル」ことは、「婚姻契約」上の義務に違背し「他方ノ権利ヲ侵害スルモノ」と説示して、「貞操義務ヲ強要スル権利」はないとした原判決を破棄している（この種の中間決定については旧刑訴440条を参照のこと）⁽⁵⁸⁾。他方で、民事連合部判決は「婚姻予約」を「婚姻ヲ為スコトヲ目的トスル契約」とし、「誠実ニ之カ実行ヲ期」すべきことを宣言した。さらに、その後の判決（大判大正8・5・12民録25輯762頁）では、婚姻予約の当事者は契約に基づいて「婚姻ヲ為スヘキ義務」を負担し、「婚姻ヲ為スコトヲ求ムル権利」を有することが認められたが、そこに婚姻契約と婚姻予約との密接な相互関連性を看取することができるのではなかろうか。第三者に対する不法行為訴訟ではあるとしても、一般に婚姻・婚姻予約当事者相互間での権利義務を強く意識している点に注目しておきたい。予約当事者間での「届出義務」につながる論法であらう。

ともあれ、以上のような一連の関連判例を通して、かかる「届出義務」なるものの通奏低音の響きが聞こえてくるわけである。

- (1) 岡本詔治「判例婚約法序説 (1) (2・完) - いわゆる『婚姻予約有効判決』の歴史的意義について」龍谷法学43巻4号75頁、同44巻3号127頁（2011年）。
- (2) 判例一般の評価としては、二宮周平『事実婚の判例総合解説』（信山社、2006年）22頁も同様の認識を述べているのが参考となる。ちなみに、穂積重遠『親族法』（岩波書店、1933年・昭和8年）253頁は、挙式したならば、「折合がよかったら籍を入れる」という一種の「試験結婚」の場合も、内縁と考えていたようである。
- (3) 当時の媒介婚については、戸田貞三『家族と婚姻』（中文館書店、1934年・昭和9年）68頁以下参照。わが国での婚姻のほとんどが媒介婚であるので、当事者間での強い内的合一化は相当の期間を要するところ、その進行中は一種の「試婚」のごとき意味を有し、その間は婚姻手続（届出）をししばらくまち、離別があっても既婚者（所謂出戻り）という痛切なる非難を避ける傾向が強いというような趣旨を述べているが、この種の婚姻習俗は判例の分析においても参考となる。ただ、狭い村落共同体のなかでは、挙式・同棲後の「離別」が問題視されるのであって、社会的事実としては挙式・同棲が「正式の結婚」であることから、社会的評価という面に限定すれば、婚姻手続の有無はあまり重要性

をもたないのではなかろうか。この関係では、内縁を一方的に破棄された妻について、大審院みずから「出戻者」とか「疵者」とかの社会的風評がある事実を指摘していたことが想起されるべきであろう（大判明治44・3・15民録17輯169頁）。

- (4) 大判大正12・12・27大正12年（オ）第707号（親権喪失請求事件）は、内縁破棄が問題となったケースではないが、夫死亡後幾許も経たない間に妻・母が他の男性と関係をもったことが「私通」（不品行）とされたところ、その判断の決め手になったのが、「正式の結婚式」をしていなかったことであった。この未公表判決については、佐藤良雄『婚姻予約および認知－未公表判決の研究』（システムファイブ、2005年）182頁に収録されている。
- (5) ちなみに、明山和夫「内縁の成立に関する一考察」家裁月報11巻3号1頁、46頁、52頁以下（1954年）は、婚外関係について、本来の内縁や婚約とはいえないが、さりとて私通関係として全面的に法的保護を否定するのは問題であるので、その中間的な類型を析出したうえで、かかる保護を限定的に考えているが、このような見方も参考となる。
- (6) 「社会的秩序」による婚約・内縁論については、岡本詔治「婚約法の沿革小史－日本法とイタリア旧立法との関連について」龍谷法学42巻3号86-90頁（2010年）を参照されたい。
- (7) 試婚論を旗幟として民事連合部判決などを再検討する唄孝一・佐藤良雄らの一連の研究については、差しあたり、唄孝一『家族法著作選集第3巻－内縁ないし婚姻予約の判例研究』（日本評論社、1992年）3頁、21頁、71頁および111頁など、佐藤・前掲注（4）『婚姻予約・認知』23頁などを参照。かかる視点は、婚姻予約有効判決等の分析では、いわれるほどの重要性を有しないことについては、岡本・前掲注（1）「判例婚約法序説（2・完）」146頁を参照のこと。
- (8) 「臨時法制審議会」の改正案については、差しあたり、太田武男『内縁の研究』（有斐閣、1965年）58頁以下を参照のこと。同改正案は「届出義務」も明記していた。
- (9) 大正12年の改正工場法（15条）と同15年の同施行令改正（8条・12条）、大正13年の改正鉱業法（80条）と同15年の鉱夫労役規則の改正（21条・25条）をもって先駆的な特別法とし、戦前でも断片的ではあるものの、さまざまな社会保障関連の特例的措置が法定されている。また「届出義務」との関連では、昭和14年の委託・郵便による戸籍届出制度が興味深い。これは、事実上の婚姻関係が成立していながら、届出を済まさない間に軍事や公務に従事中に死亡した場合の救済措置である。この間の事情については、二宮周平『事実婚の現代的課題』（日本評論社、1990年）21頁以下参照。
- (10) 穂積・前掲注（2）『親族法』239頁は、すでに婚姻予約・婚約について、結納というような「社会的に認められた形式」がある場合と単なる口約の「夫婦約束」の場合とを区別して、後者は必ずしも保護されないとしていた。このよ

うな視点それ自体は、慧眼であったと思う。ただし、穂積は、事実婚の保護には積極的であったが、婚約保護については、もともと全面的に否定していたので(同「親族法大意」[岩波書店、1917年・大正6年] 66-7頁)、上記のような区別論が妥協的に主張されている面も否定できないことに注意すべきであろう。

- (11) 法曹記事32巻4号28-30頁 (1922年・大正11年)
- (12) 中川善之助「新訂親族法」(青林書院、1967) 146頁以下、我妻栄「親族法」(有斐閣、1961年) 188頁以下、末川博「新版民法(下ノ一)-親族」(千倉書房、8版・1966年) 66頁以下。
- (13) 唄・前掲注(7) 7頁以下、137頁以下、147頁以下、佐藤・前掲注(7) 23頁。
- (14) この問題については、岡本・前掲注(1)「(2・完)」146頁で詳論した。媒酌結婚や婚約儀礼、さらには婚姻意思のない「単なる同棲」すらが問題となっていたので、岡松参太郎や横田秀男らも、すでにこの種の男女関係に言及しながら、婚約・内縁問題を論じていたからである。判例も、たとえば結納の返還に関する事例であるが、大判昭和6・2・28民録23輯292頁は、「婚姻」と並べて「婚約」なる用語を使用している。
- (15) 内縁保護のための予約有効論が「仮託論」にすぎないとして、婚姻予約有効判決の結論を高く評価しながらも、その論理構造を厳しく批判したのが、穂積である。穂積重遠「婚姻予約有効判決ノ真意義」法学志林19巻9号8頁、17頁、25-7頁(1917年・大正6年)を参照。これを承けたのが、中川(差しあたり前掲注(12) 148頁注(2)を参照)、我妻・前掲注(12) 188-9頁、末川・前掲注(12) 72頁などであり、その権威によって内縁学説では、ほぼ定説となった観すらある。
- (16) 婚約ないし内縁の判例の総合的な研究に関する文献としては、古くは、岩田新「判例婚姻豫約法解説」(有斐閣、1935年・昭和10年)、永田菊四郎「内縁と私生子」(巖松堂、第2版1943年・昭和18年)などのほか、実務家である小石寿男の「判例を中心として観たる内縁の諸問題(1)(2)(3・完)」法曹会雑誌10巻10号19頁、同11号29頁、同12号27頁(1932年・昭和7年)などがある。戦後では、田村精一「婚約破棄の責任」(判例総合研究)民商40巻3号48頁(1959年)、太田武男「内縁の研究」102頁以下と313頁以下(特に「後編・内縁判例集成」)の収録裁判例、国府剛「婚約」叢書民法総合判例研究(一粒社、1977年)、太田武男「結納」叢書民法総合判例研究(一粒社、1977年)、二宮・前掲注(2)「事実婚の判例総合解説」などに負うところが大きい。これらの先行業績のほか、本稿では、細部にわたっていちいち具体的に引用しないこともあるが、唄孝一・佐藤良雄・関彌一郎らの研究になる「未公表の裁判例」(都立大学法学会雑誌1巻1号[1960年]以下および社会科学論文集25巻6号[1974年]以下)も重視したことは、後述の通りである(それぞれ「都法」、「社研」と略す)。なお、佐藤良雄には、「知られざる判決」成城法学16号79頁(1984年)、同「判例婚姻予約法の知られざる展開(上)(中)(下)」成城法学17号3頁(1984)、18号35頁(1984年)、19号41頁(1985年)、同「続・判例婚姻予

約法の知られざる展開（上）（中）（下）」成城法学21号1頁（1985）、22号61頁（1986年）、23号33頁（1987年）、同「事実婚をめぐる判例法の展開」加藤一郎・水本浩編『民法・信託法の展開』（四宮先生古希記念）などがあり、これらを収録した著書が、前掲注（4）『婚姻予約および認知－未発表判決の研究』である。本稿では、この著書（『婚姻予約・認知』と略す）のみを引用する。

(17) 佐藤良雄『婚姻予約の研究』3頁（初出「判例における婚姻予約の研究」社研17巻5号〔1966年〕）、126頁（初出「婚姻予約の成立方式に関する試論」社研14巻5号〔1963年〕）では、膨大な判例を計量的な視点から分析している。本稿は、そうした計量的分析では、かえって判例の内在的な展開の契機を見落とす虞もあると考えていることのほか、佐藤論文とは判例分析の基本姿勢を異とするのみならず、そもそも問題意識が異質であるので、いちいちの引用は避けた。ことに何故にそうした統計的事実が認められるのか、その評価を根拠づける「論理」が示されていないかぎりには、本稿にとっては、とくに魅力のある判例研究・分析とはならないからである。ただ、そこで指摘された種々の事項や一般的傾向なるものは、結論に至る「考慮事情」として参考となることもあるので、断片的かつ限定的ではあるが、引用させてもらうこともある。

(18) このような立場は、起草者である梅謙次郎の影響であることについては、岡本・前掲注（1）「婚約法序説（1）」95頁以下を参照のこと。

(19) この問題については、岡本・前掲注（6）「婚約法の沿革」103頁、106頁および143頁注（52）などを参照のこと。この種の違約金ないし贈与につき明文の規定を置いている立法例も少なくない。

(20) この種の違約金の効力については、佐藤・前掲注（4）『婚姻予約・認知』94頁を参照のこと。

(21) 穂積重遠「親族法相続法判例批評（8）・婚姻予約不履行の事実と慰養料の額」法協44巻4号112頁（1922年・大正11年）は、大正9年上半年の下級審裁判例4件を列挙して簡略な批評を試み、持論である婚姻予約の仮託論に触れたうえで、その末尾では（同119頁）、慰養料額について、「先づ以て五六百円と云う所が原則的ミニマムであろうか」と述べていた。たしかに、後述のように、本稿が取り上げる下級審裁判例では500円程度の認容例が少なくない。ちなみに、大村敦志「婚姻予約有効判決（1）被侵害利益②精神損害」法教351号78頁注2（2009年）〔同「不法行為判例に学ぶ—社会と法の接点」〔有斐閣、2011年〕105頁（106頁）以下所収〕によれば、民事連合部判決の一審当時の200円（原告の請求額）を米価と消費者物価指数から現在の価値に換算すれば55万円前後になる、という。これだと、上記の平均的な賠償額である金500円の現在価値は、137.5万円程度となる。

(22) 大判大正5・5・11刑録22集731頁（猥褻並附帯私訴の件）。原判決が原告・幼児の名誉侵害を認めながら、わずかに10円の慰養料しか認めなかったのも、原告側が上告審でつぎのように反論した。原判決が職業を斟酌して慰養料額を決めたことのほか、幼児である原告の父の職業等を斟酌したことも違法である

- と主張したが、大審院は、いずれの主張も排斥した。
- (23) 大判大正9・5・20民録26輯710頁。本件では、日刊新聞社の記事による名誉侵害が問題となっているが、その慰藉料額(50円認容)につき、原審が加害者側の事情も斟酌して決定したので、被告側が、それでは加害者側が巨万の富を有していると莫大の慰藉料の支払義務があることとなり不当である、として上告したが、棄却されている。
- (24) 当時の大審院判例の「慰藉料」に関する準則や具体的な判断指標については、千種達夫執筆「慰藉料額の算定」『総合判例研究叢書民法(4)』(有斐閣、1957年)92頁以下が参考となる。
- (25) 下記に掲記した裁判例は、主として岩田・前掲注(16)と太田・前掲注(16)313頁以下の収録裁判例を参考にするとともに、未公表判決例は、唄=佐藤=関・前掲注(16)の文献によっているが、若干の例については、それらには採録されていない事例も含まれている。
- (26) この私撰の判例集「判例」(厳松堂、1916年)は、大正5年(1916年)以降の数年間で廃刊になっているようであるが、当時の下級審裁判例(民事、刑事、行政事件)が蒐集されている。なお、穂積・前掲注(15)「婚姻豫約有効判決」8頁では、本件のほか、若干の裁判例がこの「判例」から引用されている(東京区判大正5・5・3、東京地判大正5・9・20、大阪控判5・10・13、東京控判大正6・2・5、東京地判大正6・7・4)。本稿は、法律新聞に掲載されている事件は同新聞を引用している。
- (27) 本件については、佐藤・前掲注(17)「婚姻予約」(「藤井対武田事件」)175頁以下が詳しい。
- (28) 本件は民事連合部判決と同時期に大審院で審議されていたので、判例のいう「婚姻予約」概念には、内縁のみならず婚約も含まれていたことなどの事情については、岡本・前掲注(1)「(2・完)」181頁以下を参照のこと。
- (29) 佐藤・前掲注(17)「婚姻予約」161頁は、婚姻予約の成否の判断において、通過儀礼がかなりの重要な要素となっているという。
- (30) 穂積・前掲注(15)「婚姻豫約有効判決」8頁。
- (31) 岡本・前掲注(1)「(2・完)」159頁、169頁。
- (32) 岡本・前掲注(1)「(2・完)」197頁以下。とくに「届出義務」については、婚姻予約論が「事実上の夫婦生活」を予定した論理であることのほかに、「内縁撲滅の政策的意図」があったことなどを指摘した。
- (33) 佐藤・前掲注(4)「婚姻予約・認知」107-112頁。本判決は上告理由が多岐にわたり、長文の判決文であるという(108頁)。本稿では、とくに関連する一部分を引用した。
- (34) 穂積・前掲注(21)「判例批評」118頁(1922年・大正11年)。穂積は、事実上の夫婦であれば、「余計な苦心をせずに直截に事実を語ってもよさそうなのだと思う」と持論の立場を付言している。
- (35) 本判決は、いわゆる未公表判決であるが、佐藤良雄・関彌一郎「判例家族

法の再検討のために－婚姻予約ないし内縁（4）」社研27巻1号131頁（1975年）に掲載されている。

- (36) 岡本・前掲注（1）「（2・完）」148頁参照のこと。
- (37) 佐藤＝関・前掲注（35）135頁。
- (38) 佐藤・前掲注（4）『婚姻予約・認知』35頁。
- (39) 佐藤＝関（35）134-5頁。
- (40) 岡本・前掲注（1）「（2・完）」149頁以下、163頁。
- (41) 横田秀男「婚姻ノ豫約ヲ論ス」日本法政新誌第18巻2号（1921年・大正10年）1頁（老川寛監修『家族研究論文資料集成・明治大正昭和前期編』第18巻婚姻（2）589頁〔クレス出版、2001年〕による）。この論文については、岡本・前掲注（1）「（2・完）」162頁、173-9頁を参照のこと。
- (42) 佐藤＝関・前掲注（35）133-4頁。たしかに、第3民事部が新設されたのは、民事連合部判決が結審（大正3年12月）された直後であったので（唄・前掲注（7）86頁）、佐藤らの判断は正しいであろう。
- (43) 本件については、岩田・前掲注（16）102頁、二宮・前掲注（2）『判例総合解説』35頁を参照のこと。
- (44) 二宮・前掲注（2）『判例総合解説』35頁。
- (45) 川井健『民法判例と時代思潮』（日本評論社、1981年）109頁（第3章「婚姻予約有効判決」）。
- (46) 民事連合部判決では、原告女は、一貫して男性側に「婚姻意思がなかったこと」（「詐欺誘惑の論理」）を理由として不法行為責任を追及していた。民事連合部は、婚姻予約に基づく請求のみを認めたとえで、破毀自判したが、予約論は「婚姻意思があること」を前提とした論理であるので、そのままでは差し戻すことができなかったものと思われる。岡本・前掲注（1）「（2・完）」149-153頁を参照のこと。上記の東京控訴院の事例とは、その点でやや事情を異にしよう。
- (47) 佐藤・前掲注（4）『婚姻予約・認知』106頁。
- (48) 本件の控訴院判決（東京控判大正5・7・1大正3年（ネ）585号事件）については、評論5巻民733頁、「判例」第1巻272頁に収録されているが、この判決について、末川博「権利侵害と権利濫用（末川博法律論文集Ⅱ）」（岩波書店、1970年）732頁は、社会的評価を害する虚偽の事実の流布による名誉毀損の先例として掲記している。
- (49) 佐藤＝関・前掲注（35）145-6頁。
- (50) 佐藤＝関「判例家族法の再検討のために－婚姻予約ないし内縁（5）」社研27巻5・6号252-3頁（1976年）は、主として大審院判決を中心としてみているが、そのような判断をしている。
- (51) 民事連合部判決当時でも、裁判所はすでに曖昧な婚外関係（足入れ、事実上の夫婦、さらには婚姻意思のない単なる同棲）の存在を十分に承知の上で、このような曖昧な男女関係を克服するために内縁・婚約二分論を採用したと

- というのが、私見の立場である。この問題については、岡本・前掲注 (1)「(2・完)」147頁、202頁を参照されたい。
- (52) 我妻栄＝有泉亨『民法3親族法・相続法』(勁草書房、改訂版・1963年) 71頁。この著書は、ダットサン(戴逖)の愛称で著名な『既説書』ではあるが、台本は「有泉」が作成し、我妻との議論のうえで、完成させたという(初版の序)。なお、その後の改訂版でも、本文で引用した部分の叙述はそのまま維持され、現在に至っている。我妻栄＝有泉亨＝遠藤浩『民法③親族法・相続法』(第2版・2005年) 60頁。簡潔な教科書タイプであるが、ここでの問題については、本質を突いたフレーズとなっている。
- (53) 戦前では、平田慶吉「婚姻契約とこれに関する諸問題」法と経済(立命館出版部)2巻2号65頁(1935・昭和10年)や清水兼男「内縁の法律関係」法政研究5巻2号31頁(1935年・昭和10年)などが「届出強制」を認め、戦後では、仁平先磨「内縁の法理」国土館大学大学院政経論集17号139-40頁、150頁(1972年)も、届出強制に好意的であり、そうすることが内縁の婚姻化ひいては婚姻尊重につながるので、今後の検討課題とする。さらに、武井正臣「婚姻届出請求権―試論」『現代家族法の課題と展望(太田武男教授還暦記念)』(法律文化社、1982年) 67頁[同「内縁婚の現状と課題」](法律文化社、1991年) 23頁以下所収]は、同趣旨の他の先行学説も引用しながら、内縁当事者間における届出の強制履行を認めることの必要性和論拠を詳論している。
- (54) この当時の学説(石坂音四郎、中島玉吉、坪道文藝ら)の状況については、来栖三郎「内縁の法律関係に関する学説の発展」東京帝国大学学術大観法学部政経学部161頁(1942年・昭和15年)〔来栖三郎著作選集3〕(信山社、2004年) 1頁、解説・岩城謙二]で整理されているが、来栖自身は当時の学説が「入籍問題」としてのみ考えていたことを批判している。
- (55) この立場を象徴・代表するのは、内縁保護を体系的に構築しようとした杉之原舜一「判例親族法の研究」69頁(日本評論社、1940年・昭和15年)であり、杉之原は、内縁には「婚姻予約的性質」は認められないとする準婚理論の立場を突き詰めるとともに、破棄による損害賠償との関連でも「将来戸籍上婚姻の届出をなすべき義務といふが如きものが、法律関係としての内縁の合意に基いて発生しうる余地はない」と断言する。同じく、小石・前掲注 (16)「(3・完)」28-9頁も、婚姻予約の本質は「事実婚」であると解するが、「届出義務の不履行」それ自体は認めた上で、ただそれは単なる損害賠償義務の有責事由にすぎないとし、本稿が批難した [25] 判決を高く評価している。
- (56) 戦後でも、婚姻予約有効判決との関連で「届出義務」に明確に言及する学説も散見される。たとえば、田中実「財産分与の一考察」法学研究28巻7号561頁(1955年)、沼正也「親族法の総論的構造(新版)」(三和書房、1975年) 77頁、78頁注 (30) を参照のこと。
- (57) ちなみに、末川・前掲注 (48) 533-5頁は、不法行為の成立要件の観点から、いちいち民法710条にいう人格的な「権利」の侵害を問題とすると、その保護

範囲が狭くなることを懸念して、本文の大審院判決においては、要するに婚姻制度の精神や公序良俗の観点から夫や他女の行為が「違法」であることを認めるための前提として「権利」を云々しているに過ぎないという趣旨の解説をしている。周知の「権利侵害から違法性へ」というテーゼのなかで上記の大審院判例を分析しているが、これも一つの見識であろう。ただ、大正15年の中間決定では、「婚姻契約」が強調されているので、末川の解説だけでは、いまだ不十分といわざるを得ない。おそらくこの横田裁判は、婚姻契約に至る前段階での男女関係に係る「婚姻予約有効判決」との関連を強く意識したものと思われる。

(58) この中間決定については、差しあたり中川善之助「『夫の貞操義務』に関する裁判に付て」法協45巻2号222頁（1927年・昭和2年）を参照のこと。

（未完）