

論 説

判例婚約法の展開 (2)

～「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
- 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、44巻4号)
- III 婚姻予約有効判決の展開
 - 一 婚姻予約の性質と通過儀礼
 - 1 身分契約としての婚姻予約 2 「通過儀礼」の法的意義
 - 3 非婚関係と婚姻予約
 - 二 婚姻予約の成立要件
 - 1 戸主の承認と婚姻予約 2 婚姻予約の消極要件
 - 三 婚姻予約の破棄と「正当理由」
 - 1 大審院の裁判例 2 下級審の裁判例
 - 四 婚姻予約と結納
 - 1 結納の法的性質 2 裁判例の分析
 - 五 その他の問題
 - 1 婚姻予約と解除 2 婚姻予約と違約金等
 - 3 第三者による権利侵害 4 重婚的婚姻予約
 - 5 不当利得・損害賠償等
 - 六 小括 (以上、本号)
- IV いわゆる「誠心誠意判決」の登場 (以下、次号)
- V 「誠心誠意判決」後の推移
- VI 結語

III 婚姻予約有効判決の展開

一 婚姻予約の性質と通過儀礼

「民事連合部判決」では、婚姻予約の有効性が認められたが、当事者間

の婚姻意思のほかに、いかなる積極要件が必要とされるのかは必ずしも明確ではなかった。事案は挙式同棲後の破棄事例であり、判旨が「挙式」に言及していたこともあって、当時の学説には、連合部判決は一定の儀式を要件事実としている、と解した論評もあったが⁽⁵⁹⁾、儀式自体の要否は不明であった。

先述した民事連合部判決後の下級審裁判例のうちで婚姻予約の成立を認めた事例では、すべて「慣習上の儀式」の挙行が認定されていたので、特に問題は生じなかった。しかし、かかる通過儀礼を経由していない男女関係については、何をもって婚姻意思を認定するかという問題が残されていたといえよう。この問題に応接した大審院判決が下記の [33] 判決であり、明確に儀式は不要とされている。これによって、女性救済の道が著しく拡大したことは間違いない。しかし、その半面、単なる私通か、それとも内縁ないし婚約かの識別が困難になったといえよう。そのような事情にも留意しながら、この当時の判決例を分析してみよう。

一方、「民事連合部判決」は婚姻予約の破棄を「違約」というのみで、その性質が不分明であることから、当時から、婚姻予約は債権契約か、それとも親族法上の契約かについて、議論があった。同判決を素直に見れば、一種の身分契約とする趣旨が十分に読み取れたはずであるが、このような議論にも、一応の決着がつけられている。

1 身分契約としての婚姻予約

(1) 大審院判決

つぎの大審院判決は、婚姻適齢の規定（旧規定756条）が婚姻予約にも適用されるかという問題との関連であるが、婚姻予約が単なる債権契約ではなく、「親族法上の契約」である旨を明らかにしている。

[33] 大判大正8・4・23民録25輯695頁（内縁）

【事実】X女とY男とは大正4年6月ころ婚姻予約を締結し、約2年間ほどYの家で

夫婦として同棲したが、Yが単身渡鮮して予約を不履行したので、その破棄責任が問われた。婚姻予約当時、男性が15歳余で婚姻年齢17歳に満たなかったことから、その婚姻予約の有効性が論点となった。そこでYは、たとい婚姻予約が成立していたとしても、婚姻適齢の要件を満たさないので、その予約は無効である、と争った。原判決は、婚姻の予約は将来適法に婚姻をなすことを目的とする「債権契約」であり、婚姻とは全く別個の契約であるので、予約当時には婚姻適齢の要件を満たしていなくとも無効とはならないとしたうえで、金300円（一審も同額を認容）の慰養料を認めた⁽⁶⁰⁾。Yは、「凡ソ予約ニハ後日契約ヲ為シ得ヘキ内容乃至条件ヲ知悉シ之カ本契約ヲ締結スルノ意思表示アレハ足ルノ程度ニ之ヲ定メ置カサレハ予約トシテ之ヲ認ムル能ハサルモノ」であり、売買の予約でもそうであるところ、況んや身分契約である婚姻予約でも将来の婚姻の成立に必要な程度意思表示であるべきである、などと主張して上告した。

【判旨】「因テ按スルニ婚姻ノ予約ハ将来ニ於テ適法ナル婚姻ヲ為スヘキコトヲ目的トスル契約ナルモノニ因リテ婚姻ノ成立ヲ強制セラルヘキ債務ヲ生スルモノニ非スシテ単ニ正当ノ理由ナクシテ違約シタル場合ニ於テノミ違約者ハ予約ノ不履行トシテ相手方ニ対シ損害賠償ノ責ニ任スルニ過キサルモノトス故ニ原院カ之ヲ以テ債権契約ノ如ク説示シタルハ其当ヲ得スト雖モ婚姻ノ予約ハ婚姻ノ成立スル前提事項タルニ止マリ其成立ヲ強制セラルヘキ債務ヲ生スルモノニ非スシテ婚姻其モノトハ全く別箇ノ契約ナレハ民法第七百六十五条ノ婚姻年齢ニ達セサル者ノ為シタル婚姻予約ト雖モ上告人ノ如ク当時既ニ年齢十五年五箇月ノ未成年ニシテ意思能力ヲ有スル者ノ為シタルモノナル以上ハ自己ノ行為ノ何モノタルカヲ弁識シテ為シタルモノナルヲ以テ其契約ハ婚姻ノ予約トシテ無効ニ非ス然レハ原院カ予約当時上告人カ十七歳未満ニシテ婚姻能力ナカリシニ拘ハラス無効ノ契約ニ非サル旨ヲ判示シタルハ結局相当ニシテ本論旨ハ理由ナシ」

本判決は、「民事連合部判決」の準則を再確認したうえで、婚姻予約が「債権契約」ではない旨を明言している。もっとも、本判決は、婚姻予約が「身分契約」であると明言しているわけではない。ことに上告理由では、原判決が債権契約としたことに対して「身分契約」である旨の反論をしていたので、大審院がこれに直接応接していないことから、慎重な判断が必要であろう。しかし、債権契約説を明確に否定したうえで、婚姻それ

自体と婚姻予約とは別個の契約であることから、15歳程度をもって予約締結上の意思能力があると判断しているのは、親族法上の身分的行為としたうえで、単なる財産的法律行為と区別していることは明らかである。当時、「穂積重遠」らによる連合部判決の「論理構造」に対する厳しい批判があったので⁽⁶¹⁾、慎重な対応をしていたものと思われる。また、当時の学説では、有力なる債権契約説も少なくなかったもののほか⁽⁶²⁾、「横田秀雄」が身分行為説を主張した論文が、まだこの当時に登場していない⁽⁶³⁾。しかし、その後、おそらく「横田論文」の影響が大きかったのではないかと思われるが、大正10年法曹会決議では、明確に「身分契約説」が採用されるに至っている⁽⁶⁴⁾。さらに、戦前では、実務家の「小石寿男」が、民事連合部判決等の判例を引用しながら、判例も暗黙のうちに、このことを認めているとしていたが、みずからも身分契約説に賛じている⁽⁶⁵⁾。いずれにせよ、裁判実務では、身分契約説に固まっていたといえよう。学説も、身分契約説が主流である⁽⁶⁶⁾。

なお、本件での具体的な解決の観点からいっても、男性が17歳まで同棲していたことから、たとい婚姻年齢を考慮するとしても、時の経過によって、いわゆる瑕疵が治癒されているので、実質的にも、これを無効とすることは著しく正義衡平に反する結果となったであろう⁽⁶⁷⁾。

(2) 下級審裁判例

加えて、すでに下級審裁判例では、「親族法上の法律行為」としたり、明確に「身分契約」と断定したりする例が登場している。

【34】盛岡区判大正7・5・30新聞1426号18頁（内縁）

【事実・判旨】X男はA女と婚姻予約を締結したが、Xが出役中にAが他の男性Yと蜜通して一子を懐胎した。そこで、XがYに対して不法行為による損害賠償を請求した事件である。「婚姻ノ予約ハ異性間ニ於テ将来適式ノ婚姻ヲ為スコトヲ目的トスル契約ニシテ之ニ基キテ婚姻ノ儀式ヲ挙ケ事実上早く已ニ夫婦ノ生活ヲ為ス者少シトセス而シテ世人モ之ヲ認メテ真実ノ夫婦ノ如ク思惟スルハ我邦従来ノ慣習ナルヲ以テ我民法中此予約ニ付キテ何等ノ規定ヲ存セス又此予

約ニ基キテ婚姻ヲ強要スルヲ得サルカ故ニ之レヲ無効ナリトスルヲ得ス寧ク親族法上ニ於ケル一種ノ法律行為ヲ以テ之ヲ目スルヲ至当トスヘク從ツテ此予約ヲ為シタル男女間ニハ一種ノ法律關係相生シ互ニ信義ヲ守リテ相当ノ時期ニ正式ノ婚姻ヲ成立セシムルコトヲ勉ムヘク故ナク之カ成立ヲ妨ケタルトキハ違約ノ責ヲ免レサルハ勿論時ニ或ハ不法行為タルコトアルヘク故ニ第三者ニ於テモ亦須ク兩者ノ關係ヲ敬重シ敢テ之ヲ冒流スルヲ得ス」として、Xの請求を認容。賠償額については、屈強な男性が「一婦人ニ見捨テラルルモ為メニ一生ノ不幸ヲ招クカ如キ虞アルニ非ス」、女子が貞操を蹂躪された場合とはその趣旨を異とするので、「精神上ノ苦痛モ決シテ之ヲ深刻ナリト認ムルヲ得ス故ニ此点及原告ノ一家及ヒ社会上ノ地位其他諸般ノ情況ヲ斟酌シテ其損害賠償ヲ金百円ナリト定ムヘシ」

[35] 東京地判大正8・3・10 評論8巻民197頁（内縁）< [12] 判決と同判決>

【事実・判旨】 事案は、[12] 判決を参照のこと。「婚姻ノ予約ハ一種ノ身分上ノ契約ニシテ純粹ナル債權契約ヲ以テ目スヘキモノニアラス苟クモ其愛情ト信義トヲ骨子トスヘキ婚姻予約ニ於テハ」、YがXをしてY家に入れず、「入籍手續ヲ峻拒シタルカ如キ場合」には、予約の給付は不能となるので、予約の解除をしなくとも、賠償請求ができる。

上記の下級審裁判例では、[33] 判決とは事案を異とするが、それぞれの事案との関連で、婚姻予約の性質を深めており、「婚姻」を前提とする「男女間の法律関係」の特殊性を強調したうえで、信義則による処理を念頭においている。

2 「通過儀礼」の法的意義

(1) 大審院の立場

婚姻予約が身分契約であるとすれば、これに何らかの形式を必要と解する立場も十分にあり得たが、大審院は、民事連合部判決後間もなく、儀式は不要であるとして、通過儀礼を践んでいない男女間の合意でも、婚姻予約が成立しうることを認めた。これが一般に「儀式不要判決」として著名な次の[36] 判決である。ただし、事実関係に注意すべきであろう。

[36] 大判大正8・6・11民録25輯1010頁（内縁）

【事実】X女は、両親の知り合いであるYの懇請により家事手伝いとしてY方に寄寓中にYと関係をもち、帰宅後妊娠していることが判明した。Xの両親がYに掛け合ったところ、Yは、いずれ他所に赴任すれば、その際にXを妻として受け容れる旨を約束した。ところが、Yは、Xが一女を出産しても、この約束を守らないため、Xが提訴。Yは、XYの関係は私通関係であるとするともに、慣習上の儀式も伴っていないことなどを理由として、婚姻予約は成立していない、と争う。原審・東京控判8・1・30はXの請求を認容⁽⁶⁸⁾。

【判旨】「婚姻ノ予約ハ事実上或種ノ儀式ヲ伴フコトナキニ非スト雖モ其儀式ハ予約ノ成立要素ニ非サルハ勿論効力発生ノ条件ニモ非シテ唯予約ノ締結ヲ表彰スル社交的典札タルニ過キス故ニ何等ノ儀式ヲモ挙ケスシテ婚姻ノ予約ヲ為シタル場合ニ於テモ其予約ハ適法ニシテ有効ナリト謂フヘク儀式ナキノ理由ニ依リ婚姻ノ予約ト私通関係トラ同一視スヘキモノニ非ス何トナレハ前者ハ将来ニ於テ婚姻ヲ為スコトラ目的トスルニ反シ後者ハ全然其目的ヲ缺如スレハナリY所論ノ如キ実験法則ハ存セサルノミナラス又其援用ニ係ル当院判例ハ婚姻ノ予約ハ特別ノ方式ヲ要スルコトヲ判示シタルモノニ非サレハ之ニ依リテ本件ヲ律スルヲ得ス然レハ則チ原判決カ叙上ト同趣旨ノ理由ニ依リ本件ノ婚姻予約ハ有効ナル旨判定シタルハ相当ニシテ本論旨ハ理由ナシ」

本件の男女関係は、内縁か婚約かは必ずしも明瞭とは言えないが、原判決が「夫婦としての交情を継続し、その間に一女を挙げるに至りたる」との事実を認定したことが前提とされているので、一般に内縁事例とされている⁽⁶⁹⁾。本件のYは、民事連合部「婚姻予約有効判決」を引用して、そこでは慣習上の儀式がなされているからこそ、婚姻予約として保護されたものであるとし、そうでない男女関係は私通関係に過ぎないと反論したので、とくに儀式の要否が論点となったが、大審院はこれを一蹴した。ただし、本件では、儀式はなされていないが、「夫婦の実体」があったことのほかに、Yは、Xが妊娠後には婚姻するという「約束」をXの両親に対しても表明したことを「自認」しているし⁽⁷⁰⁾、相互に妻、夫という文言を使用した文通もしていたようであるので、この種の間接事実から婚姻予約と評価したものと思われるが、必ずしも明確な事実関係は認定されていない⁽⁷¹⁾。しかし、単なる秘密裡の男女関係ではなく、少なくとも「当事者

間に結婚の合意」(私的了解)があることに加えて、夫婦としての「社会的な承認」も認められる男女関係と評価されたものと思われる。

ともあれ、本判決によって、私通関係と婚姻予約との分岐点が(将来の)婚姻意思の有無にあるという一応の識別基準は明確にされた。ただし、「婚姻予約有効判決」前では、両者の区別は「婚姻届出」であったが、婚姻予約も有効となれば、「婚姻の意思」のみで足りるのか、それとも何らかの形式ないし儀式が必要かという問題に帰着するところ、本件では、単に消極的に儀式不要とされたにすぎないので、問題は、通過儀礼がなされていない場合に、ことに秘密裡の男女関係について、いかなる規準によって婚姻意思を認定しうるかに集約され、それ自体はさまざまな間接事実によって推認するしかないことから、結局のところ、私通関係との区別の問題は将来に残されたといわざるを得ないであろう。

本判決は、私通か否かは、事実認定の問題として、Yの反論を一蹴しているが、婚姻意思の認定には一定の評価が必須のものとなり、ときどきの時代背景のもとでの「社会通念」によって判断されるべきものであることから、その点につき問題を残したといえよう⁽⁷²⁾。民事連合部判決が婚姻予約を有効と判断するうえで、社会通念も考慮したことを決して忘れてはならない。いわゆる内縁事例でも「単なる同棲」等の男女関係との識別が困難なケースも見られ、この難題は戦後の裁判例にも引き継がれて、今日でも未解決のままである⁽⁷³⁾。ことに私通と同様の情交関係を伴うことの多い単純婚約事例では、なお一層区別が微妙なケースがあることは、すでに一般によく知られたところである。つぎに以上のことを念頭に置きながら、下級審裁判例をみてみよう。

(2) 下級審裁判例の状況

儀式は、判例では単なる証拠であるが、婚姻予約が「真意による合意」ないし「確定的意思」でなければならないという立場からは、単なる証拠以上の意味をもつこともありうる。この当時、婚約の成否が争われた一連

の事例が登場しているが、地方の婚約・婚姻慣行による通過儀礼がきわめて重視される傾向がみられるので、この種の儀礼がなされると、「婚約」の成立を否定することは著しく困難となる。以下、いくつかの事例を検討してみよう。

(a) つぎの例では、「樽入れ」とともに、「婚礼の式の日取り」などの合意がなされていることから、一層、婚約の成立が認められ易くなり、本判旨もそのような趣旨を判示していると考えて大過ない。

【37】 東京控判大正15・5・1新聞2574号14頁（婚約）

【事実・判旨】 X男（控訴人）はY1女（被控訴人）と大正12年12月29日にA夫妻の媒酌のもとで「樽入れ」の儀式を行ない、大正13年1月19日に結婚の式を挙行することを約束したが、Y1が同年1月9日に媒酌人の妻を介して「相性や方位が悪い」と称して破談を申し入れた。X男は、慰藉料の支払いを求めて、Y1とその父であるY2に対し訴えを提起した。

判旨は、当事者間に婚姻予約が成立したかどうかにつき、「右当事者間ニX主張ノ如ク大正12年12月29日訴外A夫妻ノ媒酌ニ依リ婚姻ノ予約成立シ地方ノ慣習ニ従ヒ樽入ト称スル儀式ヲ行ヒタル事実ヲ認ムルニ十分ナリY兩名ハ右婚姻ノ予約成立ノ事実ヲ否認シ単ニXトY1トノ間ニ縁談アリタルニ過キス然カモ該縁談ハ予約ノ程度ニ達スルコトナク破約トナリタルモノニシテ大正12年12月29日右Y1カ自宅ニ居リテ祝酒ヲ飲ミタルコトハ相違ナキモ之ハ前記Aヨリ強ヒラレタル為メXト婚姻スルノ意思ハナカリシニ拘ラス止ムナク飲ミタルニ過キスト抗争スルモ該事実ヲ肯定スルニ足ルヘキ措信スルニ足ル証拠ナキヲ以テ右Y等ノ抗弁ハ之ヲ採用セス而シテXトY1間ノ婚姻ノ式ヲ大正13年1月19日挙行スヘキ旨約シタル事実ハY2ニ於テ之ヲ認ムルノミナラス前記Aノ証言ニ徴スルモ明カナレ」とした。Yらが主張する相性・方位が悪いことについては、「相性方位悪シトノ如キ事由ハ社会通念上之ヲ以テ婚姻ノ予約ヲ破棄スルニ足ルヘキ正当ナル理由トハ到底認め難ク」と判示したうえで、Y1にのみ慰藉料金80円（請求額は920円）の支払いを命じた。その慰藉料額の判断に斟酌された事情としては、X家の資産は中流程度以上であること、本件予約成立から破談まで幾ばくもなく、また結納も取り交わしていないこと、Xは現在他女と婚姻同棲していることが指摘されている。なお、本件の当事者は同じ部落のもので、氏も同一である。

(b) つぎの事例も、「樽入れ」によって婚約の成立を認定している。

【38】東京控判昭和5・12・16新聞3231号10頁（婚約）

【事実】X男は、法定推定家督相続人たるY女の婚養子となるため昭和3年10月28日「樽入れ」の式を挙げて、同12月7日に挙式を予定していたが、Yは、Xのような人物では到底一家の平和を維持し円満な家庭は想像できないとして、11月中に婚約を解消した。Yは、「所謂樽入は、X主張の如きものにあらざして、樽入の納入後結納を取交わして始めて予約が成立するに至るものなり」と主張したが、1審でも、当審でも、「婚姻予約ノ成立」が認められ、Xの慰養料請求のほか、「得べかりし利益」の損害賠償も認容された。破棄の理由は不詳であるが、Yの母がXを熱しやすく冷めやすい性格であると評価したことが原因とされている。

【判旨】「YカY家ノ法定ノ推定家督相続人ニシテ訴外Aノ仲介ニヨリXヲY家ノ婚養子ト為サンカ為メ昭和3年10月28日所謂樽入ノ式カ挙ケラレタルコトハ当事者間ニ争ナシ・・・各証言ニ依レハ右樽入ノ式ハ媒酌人A立会ノ下ニ訴外B、C等近隣ノ人々モX方ニ招待ヲ受ケタル上举行セラレタルモノナルコト本件当事者地方ニ在リテハ儀式ニヨリテ婚姻及養子縁組ノ予約カ既ニ成立セルコトヲ外部ニ発表スルモノトナルコトヲ認め得ヘク従ツテ右樽入ノ式カ挙ケラレタル以上ハ婚姻ノ予約成立シタルモノト認ムヘキヲ以テ樽入ヲ為シタル後ハ猥リニ之取消シ得サルハ勿論婚約当事者双方ハ正当ナル事由ナキ限りハ該予約ニ基キ誠実ニ婚姻ヲ為スヘキ義務アルヤ勿論ナリ而シテYハ昭和3年11月中Xニ対シ右樽入ヲ取消シ右予約ノ履行ヲ拒絶シ爾来婚姻ノ届出ヲ為スニ至ラサリシハ本件当事者間ニ争ナシYハXノ如キ人物ハ到底一家ノ平和ヲ維持シ円満ノ家庭ハ想像シ得ヘカラサルヲ以テXトノ婚姻ヲ断念シタルモノニスキサレハ樽入ヲ取消シ婚約ノ履行ヲ為ササルモYニ於テ其ノ責ヲ負フヘキ限りニアラサル旨抗争スレトモY提出援用ニカカル全証拠ヲ以テスルモYカ右予約ノ履行ヲ肯セサルヲ正当ト為スニ足ル事由ハ毫モ之ヲ認ムルヲ得ス」

本件では、「樽入れ」の儀式が行われたものの、結納の交換は未履行であったので、Y側はそのことを理由として婚約の成立を否定したが、判旨は樽入れで足りるとした。要するに、婚約自体につき慣習上の儀式がなされれば、結納は婚約が成立した後の儀式という趣旨であろう。たしかに、社会的にも、結納は婚姻挙式を準備する前段階の儀式という意味合いが強いように思われる。本判決は、予約の効力として、「誠実履行義務」と

「届出の履行」につき、言及している点を銘記しておかねばならないであろう。

なお、慰藉料については、Yの父が地元の町長であること、Yは資産家の家督相続人であり、女学校を卒業していること、Xは中流農家に生まれ、商業学校卒業後日本郵船に就職していたが、これを退職し、ここに再就職することができないこと、XYともに予約成立後は一日も早く婚姻の成立を熱望していたことなどの事情から、金800円とした。さらに、財産損害として、日本郵船での生涯の賃金による純総収益3600円（年収150円、50歳迄の24年間）から、将来は薬剤師としての相当額の収入も所期しうるので、それによる収益を控除すれば、金1000円が相当である、とした。この種の逸失利益を認めた事例は珍しい。

(c)「結納」の取り交わしがあれば、なおのこと婚姻予約の成立は否定し難い。つぎの例は、そのような趣旨を明らかにしており、結納の事実に基づいて「婚姻予約の成立」を積極的に認定している。本件では、結納を受納した女性側が不当に婚約を破棄している。

【39】東京控判大正14・8・10新聞2452号5頁（婚約）

【事実・判旨】大正9年2月中にX男（被控訴人）はY女（控訴人）に対しYの父Aを介して婚姻の申込をなし、YもAを通じてその承諾の意思表示をなした。同月18日にXはBを使者としてYの代理人たるAに結納を交付し、Aがこれを受納した。そこで、判旨は、かかる結納の授受があったので、「茲ニ本件当事者間ノ婚姻ノ豫約ハ確實ニ成立シタ」と認定している。ところが、同年は申年であったので、これを忌みて婚姻の式を延期したところ、同年11月にXは歩兵聯隊に入営したが、大正11年4月には病気のため除隊となり、入院加療の結果全快して健康が回復したので、XはYに対し婚姻の式を挙げることを求めたが、Yがこれを拒絶した。Xは、さらに大正12年6月下旬Yに対し7月3日限りで婚姻予約を履行すべき旨を催告し、かつ同日限りで履行しないときには、当該予約を解除する旨を通知したが、結局はYがこれに応じなかった。そこで、判旨は、Xは「Yの不履行に因り精神上大なる苦痛を受けたるものと認むべくYは之に対し慰藉料として相当の損害賠償を為すべき義務あるものと云はざるべからず」と判示した。双方の家はともに村内で相当な生活をしていることなどの事情に

より、金200円の慰藉料（請求額は600円）を認容。

3 非婚関係と婚姻予約

(1) 私通関係

(ア)「野合」とされた事例

前述のように、婚姻予約には儀式は不要とされたことから、私通関係との区別が曖昧になった。以下の裁判例は、このような事情を明らかにしているのもので、特に事案に注意しながら分析してみよう。

(a) つぎの大審院判決例は、いわゆる「未公表判決」であるが、男女関係が「野合」とされて「婚約」の成立が否定されている。その考慮事情が非常に興味深い。

〔40〕 大判大正8・7・8第1民事部大正8年（オ）466号社研27巻5・6号284頁（婚約）

【事実・判旨】 大正6年旧暦10月2日より、Y男は、X女と情を通じ、それ以降、たびたびX女方に忍び行き、情交を重ねたうえ、時には金品を与えていた。大正7年旧正月8日夕にもX方に忍び行き、翌朝Xの母に発見され、母からXを連れ帰るよう迫られたことから、やむを得ずYはXを自家に伴って帰宅した。

Xは、婚姻予約不履行による損害賠償を請求した。一審は請求の一部を認めたようだが、原審は「野合」としたようである。Xは、つぎのような理由により上告した。情交をかさねたうえで金品を与えたのは、婚姻予約の成立を前提とするのが経験則である。女性の生命ともいえる節操を男子に放任することは経験則上あり得ないことだからである。また、原審は野合としたが、野合の事例は通常は遊女・娼婦の外には存在しない。さらに、Xの両親よりXを連れ帰るよう迫られたとしても連れ帰る必要はないにも拘わらず、自家で同居したのは、婚姻意思なくしてはなしえない。

大審院は、Xの主張するような経験則はないとするとともに、たといXを自家に同伴した事実があるとしても、婚姻予約の成立を認めたものとは解し得ない、とした。

本件は、民事連合部判決の裁判長「田部芳」のもとで下された判決である。3ヵ月間の情交関係と同伴帰宅とが争点となっただけであるので、後

代の「誠心誠意判決」の事案とは相当程度の開きがある。まったくの「私的な情交関係」とされ、婚姻の「事実上の約束」すら認定されていないので、判旨の論理からいえば、かかる結論も、やむを得ないのかも知れない。しかし、一審では、とにかくXの請求が認められたので、それが婚約の成立を認めたのか、不法行為によるのか、その点が不分明であるのは残念であるが、女性救済という観点からみれば、やや微妙な判決例である。

いずれにしても、大審院が単純婚約の成立に係る考慮事情を消極的なかたちではあるが、明らかにした点は重要である。ことに男性が女性宅で女性との情交関係を女性の母に発見され、その母から自家に連れ戻すよう迫られたのを受け入れたという事情は、たしかにXが主張するように重要な事実であるが、これだけでは十分ではないとされた。当時としては、女性が情交関係を結べば、他男との通常の婚姻は難しい。そのような社会的評価が母をしてかかる行為・言動に至らしめたものであろう。社会的な評価を落としたことによる責任があるという面に焦点を合わせれば、婚約の成立を認めたとえて、慰料の「額」で調整することも可能であったが、大審院は、将来の「婚姻の意思」に固執したといえよう。これが認められるためには、なおその上に、女性が妊娠したとか、長期間の同棲があったとかの事情が必要であると考えられたのかもしれない。また、本件の母が双方の情交関係を発見した当時に、その関係を承認して何らかの婚約の儀式を行っていたとすれば、婚姻意思を否定することは困難であったように思われる。当時の婚姻習俗を考えれば、大審院の立場が不合理であったともいえないであろう。

なお、「佐藤良雄」は、本件でも前記の儀式不要判決 [33] と同様に儀式なく情交関係を継続した男女関係が問題となっているところ、たまたま [33] 判決は発表されて先例として大きな影響力をもったにも拘わらず、本件は未発表であったので、儀式不要判決とは異なり、先例としては機能しなかったものであり、当時の大審院には、二つの方向が併存していたと

いうことを確認しておく必要がある、と論じている⁽⁷⁴⁾。この点の指摘には一理あると思う。ただし、「書かれた理由」を尊重する立場からいえば、本件は、「婚姻の意思」がなかった男女関係であるので、その保護を否定されたのは、判例の論理からいえば当然の帰結であり、いうところの二つの方向性なるものも、当然のことながら、すでに儀式不要判決でも予定されていたものであろう。本判決をもってその方向性が明らかになったという指摘は間違っていないとしても、すでに二つの方向性は先例の準則に内含されていたものであり、要は「証明責任」の問題であることから、むしろ婚姻意思の証明がいかに困難であるかという事情を示す一事例として位置づけた方が、より意味のある判決といえるように思われる。佐藤の立場を理解できないわけではないが、ことさらに、未公表判決の意義を強調するまでもなからう。単なる事例判決に過ぎず、未公表とされたのは、それなりの理由があつてのことではなかったか。

ことに「儀式不要判決」では、当事者、特に破棄者である男性が将来の婚姻を約束した事実が認定されている。それをもって直ちに婚姻意思とは断定しえないことはいうまでもないが、少なくとも、判例の立場からいえば、本件のような単なる継続的な情交関係ないし同棲だけでは、婚姻意思の認定には、慎重に対応せざるをえなかったものであろう。

いずれにせよ、大審院が何をもって具体的な識別基準としているのかが不分明であり、「将来の婚姻意思」なる事実が単なる事実ではなく、規範的概念となっているので、そこに大審院の「準則」の曖昧さがみられ、その評価を裁判官にいわば白紙委任しているに等しいことから、別の側面での問題点を潜在させていたといえよう。「佐藤」がいうように、儀式不要判決と「さして大きな相違のない男女関係」につき、本判決が「野合」とした具体的な論拠が明らかにされるべきであったが、消極的な対応に甘んじている。単なる事例判決であり、継続的な情交関係ないし同棲だけでは、容易には婚姻意思が認定されないことを明らかにしたケースでしか

く、私通概念を認める判例の立場からいえば、当然の帰結でもあり、それ以上の先例的な意義をもつような裁判例とはいえないこととなろう⁽⁷⁵⁾。むしろ、「儀式不要判決」は、女性救済を急ぐ余り、別の面では個別の正義を犠牲にする危険を孕んだ論理となりうる可能性を秘めていたといえよう。本判決の意義は、むしろそのような問題点をいみじくも露呈したというところにあるというべきである。

(イ)「正当の結婚式」がなされていない事例

私通関係に関する当時の大審院の立場の一端を示す例として、内縁破棄事件ではないが、つぎの裁判例【41】（親権喪失請求事件）も指摘しておこう。夫死亡後に幾ばくもなく他の男性と情交関係を結んだことが、子の親権喪失事由（「著しい不行跡」）に当たるかが問題となった例であるが、「正当の結婚式」がなされていなかったことを決め手にして、私通と判断しているので、当時の婚姻慣習の重要性が見て取れよう。儀式不要判決を単純に受け止めてはならないことを示す事例として位置づけておきたいと思う。

【41】大判大正12・12・27大正12年（オ）第707号判例集未登載⁽⁷⁶⁾

【事実・判旨】「上告人ノ夫Aは大正7年2月1日ニ死亡シタルモノナル処上告人ハ同年末以来他ノ男性ト私通関係ヲ結フニ至リタルト云フニ在リテ而モ此ノ情交関係ハ正当ノ結婚式ヲ経タル後ニ生シタルモノナリト上告人主張ノ事実ハ原院ニ於テ否定セラレタモノトス然ラハ上告人ハ夫ノ死亡後幾許モナク濫ニ他ノ男性ト私通シタルモノニシテ・・・」として、親権喪失を認めた原判決を維持している。

ここでは、「正当の結婚式」というが、従来の裁判例が明らかにしていた「慣習上の儀式」のことであろう。当時では、「寡婦」ないし「未亡人」ともいわれていたように、貞婦は二夫に交えず、との風潮があったこととも関連するものと思われるが、夫死亡直後における妻の再婚が決して容易ではなかったので、秘密裡の男女関係と同視されたのではなかろうか。

(2) 「妾」との区別が問題となった事例

私通関係と「妾」との区別は必ずしも明確ではない。そもそも私通関係自体が多様な男女関係を含む曖昧な男女関係であるからである。しかし、その沿革からいって⁽⁷⁷⁾、「妾」とは、少なくとも女性が男性側から継続的な生活費等の経済的支援をうけて夫婦同然の生活をしている場合が念頭に置かれているし、また、通常は「妻子ある男性」との関係を指しているものと思われる。たとえば、夫が妾をもつことは、妻に対する重大なる侮辱にあたるとした事例もあるので⁽⁷⁸⁾、この種の事例では、妾関係はかなりはっきりした関係として理解しうる。

このような男女関係は、いうまでもなくここにいう婚姻予約関係ではないが、社会的事実としては曖昧な男女関係もあり、内縁に酷似するものもあるので、決して単純ではない⁽⁷⁹⁾。この当時の裁判例で「妾」の関係が争点となった事例を取り上げてみよう。

(a) つぎの事例は、芸妓と伯爵との婚姻の約束に基づく同棲関係であったので、伯爵が妾関係にすぎないと反論したが、かなり特殊な経緯と事情があったことから、真の婚姻予約と認定されている。

〔42〕東京地判昭和3・8・6新聞2908号6頁（内縁）

【事実・判旨】X女は新橋花柳界の芸妓であり、Yは伯爵であったところ、Yの懇請・主導のもとに双方が同棲したが、間もなく、Yが他女と婚姻したことによって、XYの関係が破綻した。Xが婚姻予約不履行に基づいて慰養料と出産費用相当額を請求した。これに対して、Yは、Xとの関係は「妾として之を迎え入れたるに過ぎない」と反論した。判旨は、つぎのような事実を認定した上で、XY間に「婚姻ノ予約」が成立していたと判示して、Xの請求を認容した。Yは大正10年10月ころXを某宴席で見知り、Xに対して同月に結婚の申し込みをした。Xは身分不相応なることから、これを辞したが、Yは、母も元芸妓であり、Xの操行の正しきことは知っているし、芸妓たることはいささかも差し支えなく、配偶者の選択は母より任せられている旨を伝えた。Xは、親族と相談したところ、親族は、Yの風評がよくないので、断念辞退すべき旨を訓戒した。しかし、Xは、Yとの結婚を希望したことから、母ら親族を説得して、大正11年1

月20日、Yが借り受けた新居で、Yの弟2名とXの母等の親族立会のもとに内祝言を挙げた。Xは、当時、花柳界において名声があり、その落籍のためには2万円以上を抱主に支払う必要があったが、Xは、同日から客室に待らず、みずから落籍し、Yがその費用を拠出したのではなかった。また、新居には、Yの弟三郎も同居し、同人はXを姉と呼んでいた。

本件の男女関係については、女性が元芸妓であったという点のみが障害事情となりうるが、単なる同棲でもないし、秘密裡の男女関係でもないことは、明白であるので、「内祝言」もなされていることから、婚姻意思を認定することには、さほど困難はなかったであろう。

そのほかに、芸妓との婚姻予約を認定した事例としては、東京地判昭和6・3・6新聞3251号13頁があり、17歳の芸妓奉公中の原告と資産家の被告が親族立ち会いのもとで「内祝言」の形式を踐んで同棲したが、わずか5ヵ月足らずで被告が正当事由なくして破棄したことから、慰料500円および生活費としての贈与の未履行3ヵ月分相当である金300円の損害賠償が認められている。

(b) 内縁破棄事例ではないが、つぎの大審院判例では、夫死亡後に妻子ある男性から世話をうけることが親権剥奪の理由になるかというかたちで争われたところ、その男女関係は、世間では「妾」関係と称することが多いので、ここでも妾関係を考える上で参考となる事情が認められるであろう。

〔43〕 大判昭和4・2・13新聞2954号5頁

【事実】 歯科医の夫が死亡したことから、妻がその遺児を将来歯科医とするため、妻子のある歯科医の男性と同棲したことが、「著しい不行跡」になるかが論点となった。 原判決は「苟くも親権者として其の子女を監護教育すべき任に在る者が其の情を知り乍ら妻子ある他の男子と同棲し之と夫婦同様の生活を営むが如くは其の目的の如何を問はず之を認容すべきに非ざることは一般社會の通念に照し明白なるを以て」、著しい不行跡に該当すると判示した。

これに対して、上告理由は、常磐御前の例も引きながら、「原判決が妻子ある男子の妾となり之と同棲するの一事を以て直に著しき不行跡と爲し山崎家の

幼茅を守り他日の大成を期し以て家名を不朽に傳へんとするの悲壯なる動機目的に關する抗辯を一蹴し事實の審理を爲すに至らずして上告人に敗訴を言渡したるは反面に於て生活の資を失ひ二人の幼兒を拉して路頭に彷徨し一家覆没の危険に臨むことを強ゆるものにして一に理想に執着して人間の實際生活を見捨てるの誹を免れず」との論陣を張った。

【判旨】大審院は、この上告理由を容れて、つぎのように判示した。「按ずるに親權を有する寡婦が妻子ある他の男子と其の情を知りつゝ同棲するが如き行爲は素より擯斥すべきものたること論を俟たずと雖其の者の社會上の地位身分資力其の他特殊の事情の如何に依りては未だ以て親權を喪失せしむべき著しき不行跡と目するを得ざる場合あるべく裁判所が親權の喪失を宣告するに際りては單に親權者に右の如き擯斥すべき行爲ありたる事實のみを以て足れりとせず須らく其の事案に付前記各種事情の如何を審究參酌し果して親權の喪失を來すべき著しき不行跡なりや否を認定することを要す」。原判決は、そのような諸事情を斟酌していない（破棄差戻し）。

本判旨は、妻子ある男性の世話を受け、これと夫婦同様の生活をすることを「妾」と評価しているわけではなく、上告理由が、この種の男女關係を「妾」と表現していたにすぎず、判旨では、むしろ原判決を引用した別の説示部分では、「私通」という用語を使用している。しかし、本判旨は、一戸を構えて夫婦同様の生活をしている原審認定の事実についても説示しているので、おそらくこの種の男女關係を「妾」に相当するものと考えていたようにも思われる。実際、女性側の上告理由ですら、これを「妾」としていたので、当時の社会では、かかる男女關係を妾と考えていたのであろう。

(3) 妾契約を無効とした事例

(a) 妾契約につき、真正面から応接した事例は、おそらく下記の下級審裁判例であろう。いずれも、無効な契約であるので、いつでも關係を破棄することができる、とされている。

【44】 関東廳地判昭和3・7・5新聞2874号16頁

【事實・判旨】X女は、Y男と大正11年10月ころ、Xが奉公中の旅館で情交關係を結び、その後、YはXに神戸市で一戸を構えさせたうえで、生活費を支給し

て情交関係を継続していた。昭和2年5月には、Xは、Y宅に一時仮寓していたが、同年10月にYの妻が旅行中から帰宅したため、大連市の某旅館に移転したことから、XY間の妾関係は解消した。判旨は、現行民法の一夫一婦制のもとでは、事実上妾関係をなしたりとするも、かかる契約は公序良俗に違反して無効であるので、「当事者ハ之ヲ継続セサルヘカラサル何ラ権利義務ヲ有セサルモノトス」。したがって、妾は最初より貞操を蹂躪されることを承諾予期したるものであるので、「妾夫」が一方的に破棄しても、その相手方は慰藉料を請求することはできない。

〔45〕 大阪地判昭和4・3・13新聞2959号5頁

【事実・判旨】 明治44年12月ころ、Y男は、X女（当時18歳）を、その母親の承諾のもとに「妾」とし、Xに適当な商売をさせるか、またはその終身間扶養するかを約束した。以降、YはXに一戸を構えさせ、毎月相当なる生活費を支給した。しかし、大正14年7月ころにXが精神病を患い、現在は大阪脳病院に入院加療中である。正妻ある男子が他の婦人と情交を結び、「凡ソ夫婦同様ノ関係ヲ継続スルコトヲ内容トスル所謂妾契約ナルモノハ、我民法所定の一夫一婦制ノ婚姻制度ニ背シ、公ノ秩序善良ノ風俗ニ反スル事項ヲ目的トスル無効ノ契約ニシテ・・・」、いつ破棄しても妨げないので、扶養料給付の契約を履行する義務はない。

上記の〔44〕判決については、「岩田新」によれば、妾契約の中身が不分明であり、何をもつて妾契約の要素としているのかは判然としない、とされる。婚姻意思のない点にあるのか、同棲していない点にあるのか、それとも生活費の支給を受けている点にあるのか、不分明である、という⁽⁸⁰⁾。たしかに、妾関係の構成要素は不分明であるので、定義づけるのは、困難であろう。ただ、ここで重要なのは、二重の婚姻意思は認められないということであり、それ以上、積極的に妾関係を定義づける必要はなからう。夫婦としての同棲の実態がいわゆる妾関係の方に移行して、婚姻関係が形骸化すれば、それは重婚的内縁と称してもよいし、生活費の支給も、通常は男女関係を継続するためには必要な要素となる、と考えておけば、十分である。要は、男女関係の実態に焦点を合わせて、その保護の要否を考えていくのが合理的であろう。一方、〔45〕判決は、妾関係とそれ

に付随している扶養契約とを区別しているので、「岩田新」によれば、そうした解釈は大胆に過ぎるとされ、夫婦同然の関係を設定する契約が妾契約であれば、その内容として扶養義務が含まれるので、別個の財産契約を認定するのは、いたずらに法律関係を複雑にする、と批判されている⁽⁸¹⁾。ただ、いうところの財産契約とは、一応は区別して考えることも可能であろう。常に、そうした扶養契約が無効となるわけではないからである。[45] 判決も、そのようなケースのあることを予測しているのではなかろうか。たとえば、後掲の [47] 判決を参照のこと。

(b) つぎの例は、未公表判決であるが、「合意による私通」と評価して、法的保護を否定している。ただし、その実態は妾契約といえる男女関係である。

[46] 大判大正10・7・9大正10（オ）417号判例集未登載⁽⁸²⁾

【事実・判旨】 未成年者であるX女の雇主たるY男（48歳）がXと情を通じ懐妊させた。Yには推定家督相続人がいなかったため、その臨月にXは年上の妻の承諾を得てYを「妾」としてもらいうけるため、Yの保護者と結納を取り交わしたという⁽⁸³⁾。一審・原審はXの請求を棄却。大審院も「合意上ノ私通ハ別段ノ事実ノ伴ハサル限り各人ノ権利ヲ害セサル行為ニシテ不法行為ヲ成スモノニ非サル」として、上告棄却。

本件のXYの関係は、「佐藤良雄」が指摘するように、家制度下の特殊な「前近代的色彩の強い男女関係」であろう⁽⁸⁴⁾。当時としては、その結論はやむを得なかったとしても、今日的な視点から言えば、X女を救済するための論理はいくつか考えられる。佐藤は、雇主たる地位を利用して懐妊させ、かつ男女間の年齢差を考慮すると不法行為の成立可能性があることなどを指摘する。その論拠としては、今日の判例の立場からいえば、708条の類推適用により、双方の不法性を比較して、不法行為の要件である「違法性」の問題とすることが可能であろう。

(c) つぎの事例では、妻帯の男性と女性との愛人関係のなかで締結された養育委託契約等の有効無効が問題となっている。

[47] 岡山地判昭和2・3・3新聞2665号6頁

【事実・判旨】X女はY男と、かねてより「情交関係」を結んでいたところ、大正12年4月14日にYとの間に一子を分娩したが、その子については、協議の上、Yの正妻との間の嫡出子として出生届をなした。大正13年8月25日に、Yは、その子の養育をXに委託するあたり、養育費月額100円を支払うこと、もしその経費を支払わず、Xに対する愛情を絶ったときには、一時金5000円を支払う旨の契約を締結した。

Yは、XYの男女関係は公序良俗に反する事項を目的とするものであり、これと不可分の関係にある当該契約も無効と反論した。しかし、判旨は、Yの主張は認めながらも、養育方の委任による養育費用の支出に関する事項、愛情関係の持続に関する事項、およびその不履行による違約金の支払いに関する事項に区別して、たとい愛情関係が絶たれても、Yは当該委任の本旨に従ってその子を愛撫養育することができるし、幼児の看護には実母にまさるものはないので、当該委任契約は「妾関係ノ維持又ハ確保ノ為ニ締結セルモノト認ムルヲ得ス」とした。

妾関係ないし愛人関係の維持・継続のために金銭等の給付を目的とする契約は公序良俗に反して無効と解されているが、本判決は、愛人・実母による子の養育に係る委託契約自体については、愛人関係に起因・付帯するものの、それとは分離した独自の契約と評価している。男性側が子をつくるために女性を利用したという側面があるとすれば、このような判断も必ずしも不当とはいえないであろう。

愛人との間の子を自己の「家」に入れるときは、「嫡母庶子」とするのが法的に認められた形式であるので、自己と妻との間の「嫡出子」として入籍しているのは、むろん違法であるが、愛人との間の子を自分の「家」に入れるということでは、実質的には、双方に径庭はない。それ故、このような子に係る養育委託契約自体を愛人関係から分離するという論法も、当時の法制度からみて違法とは断定できないので、本判決の示した解決もありえよう⁽⁸⁵⁾。

二 婚姻予約の成立要件

婚約・婚姻予約が有効となるための具体的な要件については、一般に婚姻の成立要件との関連で議論されてきた歴史的経緯がある。婚姻予約が有効とされると、必然的にそのような問題点が浮上する。わが判例法もこの種の問題に直面することとなるので、以下、重要な事項に限定して検討してみよう。大半は内縁に関する事例であるが、婚約法にも共通する課題となりうるものである。

1 戸主の承認と婚姻予約

戸主の承認は「婚姻」の要件となっており（旧750条1項）、その同意のない届出は原則として受理されないが（旧776条本文）、当事者が戸籍吏の注意にもかかわらず、あえて届出をしようとすれば、受理されることとなっていたので（同条ただし書）、婚姻自体については、戸主の同意は積極要件ではなかった。ところが、戸主の同意をえないで婚姻をすれば、その1年以内であれば戸主は「離籍」することができたし、離婚後の復籍を拒むこともできたので（旧750条2項）、この離籍権は、實際上、家的な統制手段としては強力なものであったといえよう⁽⁸⁶⁾。離籍されると、扶養請求権も相続資格も失ったからである。そこで、内縁としての婚姻予約の成立にも、戸主の承認が必要かという問題が生ずる。この承認は、「家の戸籍」をつくる上での承認である面が強いので、その側面を重視すれば、内縁については別途の考慮も可能であるが、当時の家制度のもとでは、戸主が反対すれば、違法とされた。違法な男女関係となると、それは結局のところ、私通にほかならない。

(a) つぎの大審院判決は、そのような事情を明らかにする先例として注目し値する。

〔48〕大判大正5・12・21新聞1230号25頁（内縁）

【事実・判旨】X女はA男と十数年にわたり内縁関係を続け、その間に一子を儲

けたが、Xの非行が新聞で公表され、Xの実家であるY家の信望を失墜させる行為があったことから、戸主・父であるYが自己の住所へ転居を命じたところ、Xがこれに応じなかったので、Y家から離籍された。Xは、Yが転居のために定めた期間がわずか7日間であったので、その相当性・不当性を争って離籍登記の抹消を求めた。原審は、Xの請求を認めたが、大審院は、そもそも「内縁関係」には戸主たるYの承認が必要であり、その承認がないものとするれば「私通不行跡の事実たるに止まり」、その居所指定の期間の相当性は問題にならない、として、原判決を破棄した。差戻審（東京控訴院）は、Xの請求を棄却し、さらに再上告審判決（大判大正8・6・23）でも、新聞記事の事実の如何をとわず、Yの監督権の行使の正当性が認められている⁽⁸⁷⁾。

内縁につき戸主の同意を必要とするならば、婚約もまた同趣旨と解さざるを得ないであろう。当時の戸主ないし親の監督権のもとに婚約・婚姻の自由が制約されていたことを如実に物語る裁判例でもある。もっとも、私見のように、婚姻予約が「届出義務」を生ずるとするのが判例の立場であるという観点から見れば、内縁も「家籍」との密接な関連があるので、戸主の承認が必要であるとした上記の判決例は、その意味では、正しい判断をしたこととなろう。「民事連合部判決」が届出履行につき説示していたことと整合するので、逆にいえば、本判決も「届出義務」を観念していたことの例証となるわけである。

なお、本件の後始末として、AがXの父に慰藉料として5万円を交付した事実が、別件の裁判から明らかにされている。本件当事者間の訴訟でつぎのような未公表の別件（大判大正12・4・4大正（オ）840号債権確認請求事件）があるという⁽⁸⁸⁾。X女とA男との婚姻予約はAの申入れで解消されたが、Xの精神的苦痛を慰藉するために、AはXの父・戸主であるYに対して5万円を交付した。Aは面目のため直接これをXに交付することを欲しなかったもので、YがXの委託を受けることなくして自己名義でAとの間で当該贈与契約を締結したものであった。Yがその一部のみをXに交付して残額を手元に保管したことから、Yに対する贈与か否につき紛争が生じ、Xがその債

権の確認を訴求した。大審院は、この5万円は婚姻予約取消しに関する慰
 藉料としてXが受け取るべきであるところ、YはXの委託を受けることなく
 Xのためにする意思をもって自己の名において上記贈与契約をしたので、
 Yの行為は事務管理になるとした。

とまれ、このような慰藉料の交付が任意でなされている事実も、「民事
 連合部判決」が社会生活のなかでも定着しつつあったことを明らかにする
 ものとして、評価することができるであろう。さらに、本件の原審も大審
 院も、明確に「内縁関係」という用語を使用している点を決して見落とし
 てはならない。「民事連合部判決」直後の裁判例であることにも注目しな
 ければならないであろう。

(b) つぎの事例も、戸主の同意が内縁成立の要件となっていることを明ら
 かにしている。

【49】大判大正13・2・28大正12年（オ）第776号判例集未登載（内縁）⁽⁸⁹⁾

【事実・判旨】推定家督相続人であった女性Yに対して、Yの内縁関係が戸主で
 あるXの意思に反するとして「廃除」が申し立てられた事件である。原審は、
 Xが老境に入り、その家督をYの妹に譲るために、Yの廃除を申し立てたが、Y
 の内縁関係は亡父の遺志に基づき母の勧めによるものであり、何等非難の余地
 なし、と判示した。大審院も、原判決の事実認定を前提にして、原審がYA間
 の内縁関係が戸主の意思に反するものではないことを判断したものであると評
 価した。

本件では、婚姻予約が戸主の意思に反しない事情が明らかにされてい
 る。それは、内縁関係の形成につき、「両親の承諾」があった事実がほと
 んど決め手になっている。論理的には婚約の場合も同様であるとは必ずし
 も言えないとしても、婚約レベルでも将来の「婚姻の意思」が必須要件で
 あるから、家制度下では、戸主や両親の反対があれば、その婚姻意思を認
 定することは事実としては著しく困難であったはずである。そのことをこ
 の種の事例から学べば足りよう。

(c) ただし、戸主の同意は「事実上の婚姻」に対する同意で足り、いった

ん挙式に同意を与えた限りは、婚姻届出自体に対する同意については、特段の事情がない限りは、不要と解されていることに注意すべきであろう。本稿にとっては、重要な説示があるので、簡単に紹介しておこう。

【50】大判大正12・12・27民集2巻696頁（内縁）

【事実】Xは、A女と明治43年5月に父Bと親族一同の同意のもとにBの家で結婚式を挙行し、事実上夫婦として同棲した上で明治44年11月21日に戸主Bの連署なくして婚姻届出をなした。ところが、Bは婚姻届出には同意していないという理由でXを離籍した。Xは、B死亡後にその家督相続人Yに対して、離籍手続の取消しを訴求した。原審は、戸主の同意は届出の時に必要であるので、Bの戸主権の行使は正当であるとした。その理由として「我邦従来ノ習俗ニ於テ婚約成リタル時ハ先ツ婚姻ノ儀式ヲ挙ケ之ト共ニ夫婦トシテ共同生活ヲ開始シ婚姻届出ハ其ノ後ニ為サルヲ普通トスル状態ナルモ法制上婚姻ハ届出ニヨリ始メテ成立シ其ノ前ニ於ケル挙式若ハ共同生活開始ノ事実ハ婚姻成立ノ経路トシテ普通行ハルルト云フニ過キスシテ之ニヨリ婚姻成立スルモノニ非サレハナリ」とした。

【判旨】（破棄差戻し）「然レトモ結婚式ハ男女ノ婚姻ノ合意ヲ象徴スルモノナレハ戸主カ家族ノ結婚式挙行ニ同意シタル事実アレハ其ノ戸主ハ家族ノ婚姻ノ合意ニ付同意ヲ為シタルハ勿論反証ナキ限り他日婚姻ノ届出ヲ為スコトニ付予メ同意ヲ為シタルモノト解スルヲ相当トスルヲ以テ原判決ノ認定セル如ク戸主Bカ上告人（X）ノ結婚式挙行ニ同意シタル以上ハ同人ハ上告人ノ婚姻ノ届出ニ付予メ同意ヲ為シタルモノト謂ハサルヘカラスノ如ク戸主カ予メ婚姻ノ届出ニ付同意ヲ為スコトハ法律上有効ニシテ戸主ト雖濫ニ其ノ同意ヲ取消スコトヲ得ス唯婚姻ノ届出以前ニ於テ一家ノ維持発達ニ悖戻スル重大ノ事由カ婚姻合意者ニ発生シタル場合ニ限り之ヲ取消スコトヲ得ト解スルヲ相当トス」

原判決⁽⁹⁰⁾は破棄されたが、その説示部分で、婚約の重要性を指摘する点は見逃せないであろう。婚約と内縁とは明確に区別されている。一方、大審院は、戸主の承認との関連ではあるが、挙式の重要性を指摘している。すでに挙式に同意することは、婚姻届出に同意することが内含されているという。これは、原判決がいうように、挙式すれば届出をするのが普通であるという婚姻習俗を前提としたものであろう。「結婚式ハ男女ノ婚姻ノ合意ヲ象徴スルモノ」とは、挙式と婚姻意思との不可分一体性を述べ

たものといえよう⁽⁹¹⁾。ことに本件のように、子の出産があれば、なおのこと届出がなされるものである。その限りでは、本判決も、「届出義務」を前提とした論理構造をもっていたこととなろう。親にも届出協力義務を認めた後の大審院判決を準備していたものと思われる。実際、本件の第一審は、戸主において家族の「婚約」と挙式に同意した場合には、「戸主ニ於テモ婚約ノ履行ヲ尊重スベク」、その婚姻届出を拒むことができない、としていた。

2 婚姻予約の消極要件

(1) 婚姻適齢

婚姻障害事由が婚約ないし内縁の障害事由となるかにつき、参考となる事例が登場している。前掲 [33] 判決は婚姻適齢に達しない男性のした婚姻予約でも、婚姻と婚姻予約とは別個の契約であるので締結時に意思能力があれば有効であるとした。内縁関係が婚姻の実体を具備するものとすれば、その論理には問題が残されていたが、同棲中に婚姻適齢に達していたという原判決の認定を前提としているので、その限りでは、是認できよう。

ところで、単純婚約の場合には、婚姻の実体もないので、本判旨のいう予約の論理がそのまま妥当することとなり、婚姻意思の能力がある限りは、婚姻適齢に達していないとしても、婚約自体は有効と解してよいこととなろう。実際に結婚するときには、婚姻年齢に達していることが必要であるとしても、本判旨の論理から言えば、15歳程度であれば、有効に婚約をなしうる行為能力を具備しているし、また、その後同棲している間に婚姻年齢に達すれば、内縁としても有効ということとなろう。後に同趣旨の大審院判例が登場している。

(2) 両親の同意

両親の同意については、婚姻法の規定上は、戸主の同意とは異なり、婚

姻の積極要件ではなく、年齢制限があるにとどまるとともに、時の経過によって、その瑕疵が治癒されるものである。婚姻年齢と同趣旨の判決がある。

【51】大判大正8・6・11民録25輯1010頁（内縁）

【事実・判旨】事実関係は、前記【6】判決を参照。本件のY男の年齢は当時30歳に満たなかったので、婚姻ならば家に在る父母の承諾を要するものであったことから（旧772条）、この点も論点となったが、判旨は婚姻と婚姻予約とは性質を異にするので、その承諾は不要としている。「婚姻豫約ト其ノ目的タル婚姻トハ法律上同一ノ性質ヲ有スルモノニ非サレハ婚姻ニ適用スヘキ法規ハ当然婚姻ノ豫約ニ適用スヘキモノト謂フヲ得ス」。

両親の同意については、その後の大審院・下級審での裁判例でも問題となっており、大正10年11月19日の「法曹会決議」は⁽⁹²⁾、民法765条の法意から、満25歳に達していない男女の婚姻予約については、両親の同意を積極要件と解するに至った。「横田秀雄」の影響もあるように思われるが、学説の評価において必ずしも一致しない面もあった。これに対して、戦後の最高裁判決（最判昭和28・6・26民集7巻6号766頁）には、内縁事例の婚姻予約には旧772条の適用がないとする例があり、今日では、このような解釈が一般的である⁽⁹³⁾。実際上も、父母の同意は、近親婚や重婚の禁止規定とは異なり、公益性の弱い規定であるので、旧規定でも、時の経過（取消事由を知ってから6ヵ月、婚姻届出から2年）によって治癒されるものであった（旧784条）。

ただし、問題は単純ではない。秘密裡の男女関係については、その「婚姻意思」自体の有無を認定するにあたり、裁判例では、両親の同意が実際上きわめて重視されてきたことであり、双方の両親の承諾がないことから、成立を否定した事例が決して少なくないのである。

（3）女戸主の婚姻予約

つぎの例では、夫婦が民法施行直前に挙式同棲したが、ともに「戸主」であったため、「婚姻」の成立が否定されている。「事実婚主義」時代の例

であり、破棄事例でもないが、施行後の婚姻予約についても、同趣旨の解釈が妥当するであろう。

〔52〕 大判大正14・12・26民集4巻774頁

【事実・判旨】父と内縁関係にあった女戸主の母と父の庶子との間に「嫡母子の関係」が成立するかが争われたが、その前提として、夫婦間の婚姻の成否が論点となった。女戸主は廃家または隠居しない限りは、婚姻はできないので、たとい婚姻式を挙げて同棲していても、無効とされた。

ただし、その後、女戸主たる身分を離脱すべき手続をとることが推定しうる場合には、予約は有効とされている（大判昭和7・7・8新聞3451号14頁）。

三 婚姻予約の破棄と「正当理由」

婚姻予約の成立に問題がないとされると、破棄した当事者は次に正当理由の抗弁を提起することとなる。これまで本稿が検討してきた事例からも明らかなように、内縁や婚約については、大抵は通過儀礼が践まれているので、結局のところ、当事者が「挙式同棲して婚姻予約をなし」というのが判旨の決まり文句にすらなっている観があり、したがって、そうした事例では「正当理由」の存否が主論点となるわけである。

「内縁」については、伝統的な準婚理論によれば、内縁の解消は離婚と同視されるので、一応は、「離婚原因」が規準とされ、判例も同じ傾向にあると解されてきた⁽⁹⁴⁾。ただし、実質的には不履行の責任が争われているが、形式的には「正当理由」が争点となっていない事例もあることは、すでに指摘されているので⁽⁹⁵⁾、それらも含めて検討している。また、いわゆる「破棄誘致責任」ケースも散見されるので、この種のタイプにも一応は留意しながら検討してみよう⁽⁹⁶⁾。

一方、「婚約」については、この当時では、裁判例は極めて少ないので、学説の関心は判例分析に焦点を合わせるまでにはいたっていないようである⁽⁹⁷⁾。婚約事例は、すでに通過儀礼ケースで紹介したので、ここでは内

縁事例を必要な範囲で検討する。

1 大審院判例

「民事連合部判決」後に「正当理由」の可否が論点となった大審院判例があるので、いわゆる「未公表判決」も含めて検討してみよう。

(1) 初期の裁判例

大正6年には、「婚姻予約有効判決」後の「未公表」の婚姻予約不履行判決が登場している。大判大正6・1・24（第3民事部大正5年（オ）1028号事件）⁽⁹⁸⁾の事案は不詳であるが、内縁破棄事例で正当理由がないとされ、女性側の請求が一部認容されたもののようである。本件は、「佐藤良雄・関彌一郎」によれば、連合部判決後で「正当事由」を評価した最初の判決であろうとされているが、その具体的な内容は不分明なので、事例的意義は少ないという。佐藤自身も、「歴史的な意義」を強調するが、正当事由の中身が不詳なので、先例的意味では重要性が乏しいとする。本件でみるべき点があるとすれば、破棄した男性側の防禦手法であり、女性側が「離別に同意していた」という趣旨の書証（本人の作成したものではないと認定）に基づいて反論をしているところであろう⁽⁹⁹⁾。なお、その後、下級審裁判例では、この種の「関係解消についての合意」は、破棄者側の抗弁としては常套手段となっているが、問題は、その中身である。通常は、免責も含むような合意の成立については、認定が厳しくなるものと思われる。

(2) 正当理由がないとされた事例

この種の例は内縁では多数に上る。ここでは、婚約破棄を念頭において、参考となる若干の事例を中心として検討してみよう⁽¹⁰⁰⁾。公表例では、夫側の履行拒絶につき、正当理由がないとされた事例が大半にのぼる。いくつかの事例をあげておこう。

(a) つぎの事例は、「婚約不履行事件」とされているが、実質は内縁であ

るところ、破棄の「正当理由」のほかに、男性の父が届出を拒絶したことが、本人の「代理行為」になるかが論点となっている。

【53】大判大正7・5・29第3民事部大正7年（オ）第270号社研27巻5・6号265頁（内縁）

【事実・判旨】 事案が不詳であるが、X女とY男（大学に通学中であるらしい）とは見合いの上、大正2年の末に婚姻予約を締結したが、Xが度々実家に立ち帰っていた。大正4年にXが実家に帰還していたところ、Yらが電話でYらのもとにXが帰還することを拒んだ。そこで、Xは、Yが「入籍に応じないこと」を理由として、婚姻予約を解除して損害賠償を請求した。

Yは、結婚すれば同棲する義務があるにも拘らずXは婚家に居付かず気ままに実家に立ち帰っていたので、入籍に応じないことにつき、正当理由がある、と抗弁した。また、入籍手続に応じなかったのは、YではなくYの父Aであるので、Yは一切これに関与していないと争った。原審は、正当理由をみとめず、また、入籍手続については、「父母の家にある若年の男女が婚姻を為すに至りその届出手続等の交渉に付き父母を以て代理せしむるを通常とする事例に鑑み」れば、反対の事実が認められない限りは、本件のAはYを代理していたものであるとするのが相当であるから、Yの主張は認められないとした。大審院も、控訴審判決を維持した。

なぜXがたびたび実家に立ち返ったのか詳細は不明なので、これだけでは正当理由にはならないという趣旨が必ずしも明瞭ではなく、したがって、双方の事情が総合考慮されて判断される正当理由の中味を分析するうえでは、あまり参考となる事例ではない。しかし、本件の婚姻予約は、親の意向に従ってなされたものであることは、ほぼ間違いなく、本件にいう「代理」とは、単なる入籍手続の「代行」ではなかったように思われる。実質的には、双方の自己開示が不全のまま、見合いから結婚に至ったものであり、それが故に、当初より破談となる要因を孕んでいたものといえよう。

ところで、本件でも、婚姻予約に基づく入籍手続の協力請求の可否が論点となっている。その協力を理由もなく拒絶したことから、予約の解除が認められているので、正当理由の有無の判断との関連ではあるが、予約に

より「届出義務」の生ずることが前提とされているものと考えても大過なからう。しかも、上記の「届出の代理」から判断しても、かかる届出が夫の父の意思に左右されていた事情も明らかである。

(b) つぎの事例は、いわゆる「破棄誘致責任論」の前兆のある裁判例とされている。

〔54〕大判大正13・5・3大正13年（オ）第231号（内縁）判例集未登載⁽¹⁰¹⁾

【事実】X女とY男とは明治33年6月以来、内縁関係を20数年にわたり継続してきたが、大正10年9月にXは内容証明郵便で婚姻届出の履行を訴求した。Yは10年前に他女と私通した事実があり、また現に別の女と私通していることから、Xは、それを不安に思っ、このような請求をしたようである。Yがこれに応じないので、Xは実家に帰り、これによって内縁関係が断絶した。Xが損害賠償を請求したが、原審（長崎控判大正12・12・25新聞2201号14頁・〔25〕判決参照）では請求棄却。

原判決は、単に予約不履行の事実があつても、これが「予約不履行ノ拒絶ト認メ得サル限りハ之ヲ以テ婚姻予約違背アリタルトシテ直ニ損害賠償ノ義務アルモノト謂サルコト単純ナル一般的債権契約ト其ノ趣ヲ異ニスル婚姻予約ノ性質ニ鑑ミ洵ニ明白ナルトコロナリ」とし、それまでXから履行を求めてYがこれを拒絶したことがなかつたのに、突然、届出手続の履行をもとめて、Yがこれに応じなかったことから、Xが実家にかへったのであつて、Yが予約を破棄したわけではない、とした。そこで、Xの方が予約を破棄したかたちになつたので、Yにその破棄につき過失があるか否かが問題となつた。原審は「婚姻予約者ノ一方ハ自ラ其履行ヲ拒絶セサルモ他ノ一方ヲシテ其履行拒絶セシムルニ至タルタルニ付キ其ノ責ニ任スヘキ過失アルトキハ之ニ対シテ被リタル損害ヲ賠償スヘキ義務アルコト勿論」との一般論を述べたうえで、本件では、Yは他女とは私通したがXとは離別すると約したわけではないので、Yの身分ないし社会的地位からみれば、20数年来の内縁関係を破棄するにつき正当理由があるとも、またこれにつきYに過失あるものともいえない、とした。

【判旨】大審院も原判決を維持した。Yには履行拒絶の事実がないとした判断は適法である。また、Yの過失についても、他女との私通は十数年前のものであり、また別の他女との私通は「内密ノ裡ニ行ハレタモノ」であつて、Xを離別して他女と同棲することを約したものではないので、Xをして婚姻予約を破棄させるほどの「重大ナルYノ非行ト云フニ由無シ」と判定した原判決は何等違

法ではない、などとして上告を棄却した。

「佐藤良雄」は、この判旨の論理に疑問を呈しているが⁽¹⁰²⁾、本稿も同感の念を禁じ得ない。いずれにせよ、内縁関係を破綻させたのは、一方的に実家に帰ったXの方であるとしても、なぜ実家に帰らざるをえなかったかといえ、それはYの女性問題であった。他に情婦をもちながら、夫婦関係を維持しようというのは、虫がよすぎるというXの反論にも一理ある。このような場合を称して、婚姻予約の「破棄誘致責任」というが⁽¹⁰³⁾、原判決は、そのような論理構造を明らかにしているので、注目されている。本大審院判決も、かかる破棄誘致責任の論理を前提としているので、その上告審判決として重要な裁判例といえよう⁽¹⁰⁴⁾。

(c)「我が儘で姑に口答えすること」が、破棄の正当理由となるかが問題となった事例もある。

【55】大判大正14・11・25大正14年（オ）第880号（内縁）判例集未登載⁽¹⁰⁵⁾

【事実・判旨】X女は、Y男方（中流の農家）でYと同棲していたが、Yの母に冷遇され、大正13年3月に事後Xとは言語を交えない旨を告げられたことから、Yに訴えたが、「母の行動については如何ともながたいので不満ならば出て行け」と告げられた。そこで、Xは止むを得ずY家を去った。その後、Xが復帰を求めたところ、Yから、Xは我が儘で姑に口答えするという理由で、拒絶された。原判決は、Xの請求を認容。大審院も、これを維持した。ただし、我が儘で姑に口答えするというだけでは正当理由にはならないが、「其ノ内容タル言動ノ如何ニ依リテハ婚姻予約破棄ノ理由タルコトモ之ヲ得ヘシト雖」と説示した。

我が儘で姑に口答えすることもその行為態様によっては内縁破棄の正当理由になりうるとしているのは、注目すべき点である。「家風に合わない」ことから離別するというほど極端ではないとしても、やはり家制度下での離別の態様といえるのではないか。

(3) 正当理由があるとされた事例

(a) つぎの判決も未公表判決であるが、相手方の尊属心に加えた「重大なる侮辱」が正当理由となる旨を明らかにしている。

〔56〕大判大正7・10・3第2民事部大正（オ）第730号社研27卷5・6号273頁（内縁）

【事実・判旨】X男とY女とは、大正4年5月8日以来同棲し、円満に過ごしてきたが、Y女の母の死亡に際し、Yが同年8月28日に実家に帰ったところ、XがY方に来訪して申詞を述べることをしなかったので、Yの父Aがこれを非難し、人を介して離別を申し入れた上、Aは、同年9月1日にはYの道具類の引き取りを求めてX家に赴いた。その際、Aは、XがYに三度の食事も満足に与えていないというようなことを言ったことから、Xは憤激のあまり、「十能をもって打掛からんとし打殺す」旨放言したという。結局、XYの同棲は3,4ヵ月で解消した。

Xが婚姻予約不履行に基づいて損害賠償等を請求したが、これに対して、Yは「正当理由」を抗弁とした。判旨は、原判決と同様に、直系尊属に対して重大なる侮辱を加えたときは、動機の如何に拘わらず、婚姻予約を破棄することができるとしたうえで、Yの行為が一時の憤激に出でたるものとしても、「Xノ言動カ相手方ノ尊属親ニ対スル重大ナル侮辱ナルコトヲ妨サラルヲ以テ」、予約破棄に正当事由があるとした。

この「未公表判決」は、正当理由の判断において離婚原因を規定する条文が基準になる旨を初めて判示した例として重要である、とされている⁽¹⁰⁶⁾。それもさることながら、結局のところ、家と家の関係破綻が内縁の破綻を導き、ひいてはその関係破綻の事由が内縁自体の正当理由となっているところに、正当理由に斟酌される事情の不明瞭さが見られる。本件では、むしろXの賠償請求は信義則上許容しえないとすれば、それで足りたのではないか。

(b) つぎの〔57〕判決では、内縁破棄につき、「同居に耐えざる虐待」があったことから、正当事由が認められているが、当時の妻の立場を理解する上では、重要な判例である。ただ、婚約破棄事例との関連では、あまり参考となるものではないので、簡略化しておこう。

〔57〕大判昭和5・11・29新聞3210号12頁（内縁）

【事実・判旨】X男とY女は媒酌により昭和3年2月8日に婚姻予約・同棲して、X方の自作農を兄夫婦とともに手伝っていたが、「仕事過重繁忙ヲ極メ普通農家ニ成長セル被上告人（Y）ニ取りテハ其ノ負担余リニ過大ナリシ結果労働ニ堪

へス遂ニ病氣トナリタル」ところ、Xの「父母ハ毫モ被上告人ヲ勞ハル心アルナク病人ナル被上告人ニ対シ尚且過激ナル労働ヲ強ヒテ止マサリシカ為」、同年5月にX方を立ち去った。Xから賠償請求。

判旨は、「若シ婚姻予約者ノ一方ヨリ同居ニ堪ヘサル程度ノ虐待ヲ受クル等婚姻生活ノ持続ト相容レサル事故発生スルニ於テハ仮令婚姻予約ヲ履行セサルモ之ヲ履行セサルニ付正当ノ事由存スルモノトシテ因テ生スル損害ノ賠償ヲ為スノ責ナキモノト解スルヲ相当トス」としたうえで、本件では、Y側に正当理由があるとして、原判決が是認された。

(4) 「債務不履行」自体が否定されたケース

つぎの例は、「未公表判決」であるが、夫の同居拒絶があっても、妻側の行為態様に問題があったことから、予約不履行にはならないとされた珍しい事例である。夫側に「正当理由」があるので賠償責任を負わないとする論理を敢えて排斥することもなかったが、解釈技法としては、このようなケースも考えられるであろう。

【58】大判大正14・3・3第2民事部大正13（オ）1010号判例集未登載（内縁）⁽¹⁰⁷⁾
 【事実・判旨】X女とY男は大正10年5月6日に挙式のうえ、同月20日まで同棲してきたところ、Xが、不謹慎にも自己の従前の素行不良に関して疑惑を抱かせるに足りる言動を敢えてしたことから、Yは、Xには情夫がいるものと思惟して、いったん実家に返した。その疑惑が晴れたので、Yは復帰同棲を承諾したが、Xを復帰させるためには、X方が過大の金員（金2500円）を要求したので、結局は復帰の交渉が不調に終わった。そこで、原審（東京控判大正13・10・1）は、Yには「同棲拒絶や入籍手続不応等本件婚約不履行ノ事実ナカリシ事実ヲ推知」し得るとし、大審院も、これを是認している。

2 下級審裁判例

下級審裁判例では、どのような事情が「正当理由」の可否において斟酌されていたであろうか。すでに本稿が別の視点から紹介した裁判例のほかに、いくつかの具体例を検討してみよう。

(1) 正当理由が認められなかった事例

この種の事例は枚挙に遑がないといわれるほど、多数に上っている。代

表的なものと思われる事例をいくつか挙げておこう。興味深いのは、「夫婦双方に責任のあるケース」や「夫婦双方に責任がないとされたケース」である。

(ア)「相性があわない」、「家風に合わない」との事由は、正当理由にはならないとされた事例がある。

【59】 東京控判大正9・6・23評論9巻民536頁（内縁）

【事実・判旨】 事案が不詳であるが、つぎのような事情があった。X女とY男は大正7年4月28日に挙式のうえ、同7月初旬まで同棲し、XはYとその養母に誠意をもつて奉仕したが、養母が濫りに不快の念を抱き、Yも理由もないのに嫌忌して、Y家に留まるのを困難な状況に漸次醸成した。同年7月中旬中にXが病氣療養のため実家に寄寓中にYが離別を申し入れ、確定的に婚姻予約ノ履行を拒絶した。合意解除の事実是否定され、正当の理由なくして不履行したとして、慰藉料額については、Xの年齢、社会上の地位等に照らして、金2000円の支払義務を認めた⁽¹⁰⁸⁾。

【60】 東京控判大10・12・6新聞1939号17頁（内縁）

【事実・判旨】 X女（控訴人）とY男（被控訴人）との間に大正7年12月中に媒酌人を介して婚姻予約が成立し、同月24日にY方で挙式のうえ、その時から大正8年5月16日まで双方は夫婦として同棲していた。しかし、Yがその間婚姻の届出をしないことから、Xは、大正8年5月11日に同月14日までその手続きをなすべき旨を催告したが、これが履行されないの、同月16日にXは婚姻予約の解除の通知をした。Yは合意解除の抗弁を提起したが、その事実はないとされた。破棄の正当理由につき、判旨はつぎのように説示した。「本件予約ノ履行ヲ拒絶スル事由ト為ス所ノモノハ常套的ナル家風ニ適セザルトノ点ニ存スルコトヲ認メ得ルニ止リ」、「而して其所謂家風ニ適セザルトノ事由ハ婚姻予約ノ履行ヲ拒絶シ得ベキ正当ノ理由ト認メ難キヲ以テ」、YはXに対し慰藉料を支払う義務がある。慰藉料額は、当事者の地位年齢等を斟酌して金500円とする。

(イ) つぎの例では、夫が妻との同居を嫌って家出した後に他女と同棲している。破棄の理由として、妻の父に「前科」があったことが主張されたが、これでは正当理由にならないと判示されている。

【61】 東京控判昭和4・3・22新聞3038号9頁（内縁）

【事実・判旨】 X女とY男は、大正15年1月上旬に婚姻予約をなし、以来Y方で同

棲していたところ、Yが同年4月11日に無断で家出をした。Yは、Xとの同棲を嫌い、漂泊の旅に出るので、気の毒だが果敢なき縁も運命と諦めよとの手紙を書き送って、婚姻豫約を破棄した。Yの父は、Yの家出はXの責任として、XをY方から退去させたので、Xは実兄のもとに身を寄せ、媒酌人がXの復帰方を再三Yの父に懇請したが、父はこれを肯せず、結局のところ、Yは同年7月に他の女性と同棲した。Yは、破棄の正当事由として、Xの父に前科があったことを主張したが、そのような事実は、「未以テ被控訴人Xトノ婚姻豫約ヲ破棄スル正当ナル理由ト為スニ足サルモノト云フヘキ」と判示。慰藉料額については、Xが豫約当時22歳であること、Xが尋常高等小学校と町立女子技芸学校を卒業し、X家は田畑56反、家屋敷を有する中流の農家であること、Yは無資産だが、その父は東京に貸長屋12軒、郷里に田畑56反を所有する建物請負人であることなどの事情を斟酌して、金1000円を認容した。

形式的には、妻の父の「前科」が正当理由の主張事実となっているが、実質的には、「性が合わない」ということでしかないであろう。正当事由にならないことはいうまでもない。

(ウ) つぎの例でも、同棲後間もなく夫が妻を嫌って暴力を振るうなどしたことから、破綻しているが、極めて短期間で破棄されている。結局のところは、「性があわない」ということに尽きるのではなからうか。

【62】 東京控判昭和5・7・3新聞3162号7頁（内縁）

【事実・判旨】 X女（被控訴人）とY男（控訴人）とは、昭和2年12月15日に媒酌により婚姻豫約をなし、同棲したが、昭和3年2月4日にXが実家である兄A方に年始に赴きおりたところ、Yが電報でAにXを預かりくれと申し入れ、その後も引き取り・入籍を懇請しても、これを拒絶した。Yは、XがYとの年齢差15歳につき懊悩しYの身の世話を嫌い愛情もないなどと、さまざまな反論をしたが、いずれも排斥された。慰藉料については、Xが地元高等女学校卒業後、上京して2,3年間ほど某方で行儀見習いをした後にYと同棲したこと、実家の兄が印刷業を営み中流の生活をしていること、Yは、洋服店を経営して数千円の財産を有し相当の生活をしていることなどから、金800円が相当であるとされた。

【63】 東京控判昭和5・9・29新聞3194号9頁（内縁）

【事実・判旨】 X女（控訴人）とY男（被控訴人）とは、昭和2年4月中、媒酌にて婚姻豫約をなしたうえで、同年4月30日に挙式・同棲したが、昭和3年3月27

日にXが家出した。Xが家出をしたのは、Yの侮辱的な言動（お前のような不器量なる女をもっていることは肩身が狭いので、縁を切るから出で行け、のごとし）や情婦をもっていること、さらにXが家出する前夜には、Xの着衣が破れるほど、Xの顔面四肢を強打したことなどによる。Yのさまざまな反論は排斥され、Yは結局「婚姻豫約ヲ履行スルノ意思ナクシテ昭和2年4月中婚姻の式挙行後昭和3年3月下旬ニ至ル迄Xノ貞操ヲ弄ヒタルモノニ外ナラスト謂フヘキ」であるとされた。慰藉料については、Xが高等小学校程度の学歴を有し、初婚であり、地元において相当の資産を有する農家の娘であるが、Y家は田畑山林18町歩を有し村内では中流の生活を営んでいることなどの事情から、金800円を認容した。

（エ）妻が同居を拒んでも、その拒絶が夫の行為態様に起因している場合には、妻の慰藉料請求に対して夫側には正当理由がないとされる。先述した「破棄誘致責任」と称されるものである。

（a）公表例では、つぎの裁判例が最初の事例ともいわれている⁽¹⁰⁹⁾。

【64】東京地判大正8・9・18評論8巻民1087頁（内縁）

【事実・判旨】X女とY男は大正6年5月14日に華燭の典を挙げたが、旬日を出でずして、Yは、放蕩にひたり、ついにXは淋毒に感染して子宮内膜炎に罹患した。しかし、Y方はXにとかく温情を欠き、Xが苦境に陥いったことから、円満な共同生活をなすべきことの百方斡旋尽力したにもかかわらず、外泊勝ちでXを省みなかった。そこで、XはY方を退去した。Yは、Xが帰来したら、いつでも入籍の用意があるので、予約の履行を拒絶したものではない、と争った。判旨は、Yの行状からYが「暗黙ニ婚姻予約ノ履行ヲ拒絶シタル事実を認ムルニ十分ナリ」という。Yは、Xが擅にY方を退去したものであり、予約を履行しないことに正当の理由があると反論したが、Yの冷酷な態度があった以上、たといXが擅に退去したとしても、それを予約不履行の正当理由とすることは出来ない、と説示した。慰藉料額については、当事者の社会的地位と原告罹病の事情を斟酌して、金3000円とした。

本件は、X女がみずからの意思でY方を退去し、Yの方では予約の履行意思がある旨を表示しているのので、破棄誘致ケースの側面が見られる⁽¹¹⁰⁾。しかし、判旨は、Yが放蕩三昧した行状やXによる円満な夫婦生活への尽力を考慮して、Yの方に「暗黙の履行拒絶」があるとしたものであろう。

(b) つぎの裁判例でも同趣旨の事案が問題となっている。

【65】 横浜地判昭和5・8・27新聞3168号6頁（内縁）

【事実・判旨】 X女はY男と昭和2年4月24日に媒酌により婚約を結び、同年4月30日結納を交換しY宅で挙式して婚姻予約をなしたうえ、2泊して、事実上の夫婦関係を結んだ。その後、同年6月ころ、Yは、Xが24歳でYとの年齢差からみて年廻りが悪いので、媒酌人を介して婚姻予約の合意解約を申し込んだ。ところが、同3年1月にYは前記申込みを撤回して、予約の履行を申し出たので、媒酌人は、「不貞行為なき限り婚姻を拒絶せざる趣旨の証言」を求めたところ、これをYが拒絶したので、結局、Xは、かかる条件を付けないかぎりYに嫁ぎ難いので婚約を破棄するするのほかなし、と応答した。

判旨は、Yが年回りを理由に婚姻予約を拒絶した事実がある限りは、上記のような条件につき一札を要求するのは当然の措置であり、本件予約を不履行にしたのは、X側ではなく、正にYにある。X側の条件は、Yが本件婚姻予約を拒否するのを余儀なくせさせるほどの不当な条件とはいえない、とした。慰料については、2日間同棲して事実上の夫婦関係を結んだ事実のほか、双方の資産状態、年齢や学歴等を考慮して、500円を認容した。Yは、結納金220円で、袴料30円であるので、Xは190円の利得をしていることから、これを慰料額算定において斟酌すべきであるとしたが、判旨は、別個の問題として排斥している。

本件は、Xが予約を破棄したのはYの責任であるので、端的に不履行の責任はYにあるとしている。破棄誘致責任ケースとして捉えてもよいであろう⁽¹¹¹⁾。

(2) 正当理由が認められた事例

公表事例では、男性側の責任が認められた事例が圧倒的に多いので、女性からの賠償請求に対して正当理由が認められた事例は珍しいが、この種の裁判例を中心としながら、他にもいくつか興味深い例を掲記しておく。

(a) つぎの例では、「発作性のヒステリー病」に罹患していることが破棄の正当理由になるとされている。

【66】 東京地判大正7・8・7新聞1464号20頁（内縁）

【事実・判旨】 「原告には数年前より強度のヒステリーの持病あり毎年春秋の二

季に発作したるものにして大正6年4月29日被告と同棲当夜に於ても亦発作し其症状軽からざるにより被告は将来を慮りて右婚姻の履行を拒絶したる事実を認むるに足れり果して叙上の如く将来妻たるべき者にして症状の軽からざる発作性のヒステリー病あるに於て仮例婚約を履行して婚姻を為すも夫婦の和合及び家庭の円満を望み難く延て婚姻の目的達するすること能はざる虞あるを以て斯の如き場合に夫たるべき者が婚姻予約を履行せずして婚姻を肯んぜざるは正当の理由あるものと云ふべく従って被告は本件予約に付不履行の責を負はざるものと認むるを相当とす」

(b) つぎの例では、夫の父が危篤状態にあったにもかかわらず、妻が脚気の病氣療養を口実に他に転地したことなどの事情から、夫の不履行につき正当理由があるとされた。

【67】 東京地判大正8・10・22評論8巻民987頁（内縁）

【事実・判旨】 X女とY男は、大正5年5月28日に婚姻予約をなし、同年11月20日に同棲して事実上の夫婦関係を結んだ。しかし、同6年6月にYが同棲を拒絶した。その理由はつぎのような事情にあった。Yの父が同年4月25日ころ病勢昂進して余命幾ばくもない旨の診断をうけ、親族一同がその看病に努めていた折りから、Xは軽度の脚気を口実に無断家出した。Yらは大いに驚き、探索の結果、親族方に滞在していたことから、いったんは同伴帰宅したが、翌日、実母とともに病氣療養のため直ちに上京したき旨を申し入れ、Yの反対にもかかわらず、敢えて上京した。「命旦タニ迫レル病父ヲ顧ミス急迫ナラサル自己ノ病氣療養ノ為メ夫タル可キ者ノ意ニ反シ強イテ他ニ転地スルカコトキハ妻タラントスル者ノ誠意ヲ認メ難キを以テ」、YがXの行動を「孝道ニ反スルモノ」とみなして、予約の履行を拒絶しても、正当の理由がある。

(c) 夫が強烈な性欲者で妻がこれに耐え切れずに実家に帰り、予約が破綻したが、妻には正当理由があるとされた事例である。逆に、妻が慰藉料を請求すれば、認められていたはずである。

【68】 高瀬区判昭和2・7・5新聞2754号17頁（内縁）

【事実・判旨】 X男はY女と大正14年12月22日に挙式・同棲した。Xは、強烈な性欲者であり、過度の性交を要求し、Y女を「性的玩弄の具に供したる」ほか、Yに情夫がいると疑って故なく呵責殴打打擲や監視したため、重大な侮辱または同居に耐えざる虐待があるとされた。

(d) つぎの例では、妻が眠り過ぎることから、夫の商売にも影響が出ていることなどの事情があって、正当理由があるとされている。

〔69〕東京控判昭和6・2・17 新聞3247号15頁（内縁）

【事実・判旨】X女とY男は、昭和3年5月4日に媒酌の上、結婚式を挙げた。同年11月に妊娠し、翌4年7月に出産している。ところが、XがY宅を何らの断りもなく行く先も告げずに立ち去った。そこで、Xが家出をせざるを得ない事由があったかどうかが論点となった。判旨は、当事者の各言い分に応接して縷々述べているが、特にXの居眠りによる夫婦間の争いごとにつき、つぎのような判断をした。昭和3年8月ころ、XがYより早く9時ころに寝たことから、YがXを起こして顔を殴打したほか、翌4年1月ころYが居眠りをしたことに対してXが出て行けと怒ったという供述もある。また、同月15日の休日に徒弟の衣類の仕立てを命じたにもかかわらず、ことさら必要もない編み物をなし、Xの命に從わないため、Xを突き飛ばしたことも認められなくはない。Yの各行為は「多少穏和を欠くの嫌いあると謂ふに止まり前記各事情の下に行われたる各行為は未だもってXをしてYと同居するに耐えざらしむべき虐待又は重大なる侮辱なりと謂い得ざる」ものである。

本判旨の事実認定につき、やや懸念されるのは、居眠りがXの妊娠とは関係がないとして、Xの主張を一蹴したことである。妊娠中の妻に対する夫側の配慮に欠ける行為態様に対して、今少し慎重な分析が必要ではなかったか。

(e) つぎの例では、夫側に破棄責任があったが、妻の行為態様が決め手となって、賠償責任が否定されている。

〔70〕大阪地判昭和2・5・13評論16巻1178頁（内縁）

【事実・判旨】X女はY男と大正13年6月27日に媒酌により婚姻予約をなし、以来同棲した。ところが、Xは同棲後幾時もなくYには妾がおり、妾との間に2児がいる事実を感知したことから、それを常に言ふらすため、YがXを殴打するなどして家庭に風波が絶えず、Yは、冬期中暖を取らしめないようにするなど、Xを甚だしく冷遇した。その間、媒酌人より婚姻届出の手续をとるよう申し出があったが、YもY方の養子であり、7,8年は養子縁組の手续をとらなかったもので、婚姻の入籍はまだこれをする要なしとしていた。さらに、Xの母からも同様の要請がなされたところ、これに対して、Yは、手切金400円を交付するか

ら、離婚すると言明し、ついにXをして実家にかえることを余儀なくさせた。

ところが、Xは大正14年6、7月ころ、近所の者にYは老齡の養母と被倫の行為ありと虚偽の事実を吹聴し、その旨を記載した紙片をY方の表に掲げんとした。判旨は「Xの所為は、Y並びにその尊属親に対して重大なる侮辱を与えたものと謂ふべし」と判断し、このような行為があれば、到底婚姻関係を継続させることはできないので、Yには、この点において正当の事由がある、とした。

たしかにXの行為は尋常ではなかったが、本判旨が認定しているように、そこに至るまでのYの行為こそが、その原因となっているので、Xの行為のみを非難したのは、片手落ちといわざるをえない。尊属親に対するXの行為態様も、Yの養母が入籍手続に同意しなかったという事実もあったので、慎重な判断がなされるべきではなかったか。当時の時代ではやむを得なかったのであろうか。むしろ、責任を認めたうえで、賠償額で調整すべきであったように思われる。

(f) つぎの例では、嫁と姑とが折り合いが悪いので、嫁が実家に帰り、夫が姑と別居すれば、円満な夫婦関係が回復したかもしれないが、結局のところ、そのように推移しなかったので、嫁が夫に対して慰藉料を請求したが、認められなかった。

【71】 横浜地判昭和4・7・16新聞3061号16頁（内縁）

【事実・判旨】 X女とY男は昭和2年3月中、媒酌により挙式・同棲し、昭和2年6月初めころXが勤務多忙なため実家から通勤したい旨を申し出た。しかし、Yの母は顔色を変えて怒り出したため、Xは実家に寄寓することとなった。媒酌人の仲介で、Yが母と別居することでXが復帰することに話がまとまったが、経済上の問題があり、その別居の実現が困難になった。結局、YはXの帰宅を強いて求めることができないし、Yも復帰することを希望しないという状態となり、Xが衣類調度品の返還を求めるという事態に立ち至った。

(3) 双方に帰責事由があるケース

男女の双方共に責任があるとされ、諸般の事情から、賠償請求が排斥された事例もある。つぎの例は、再婚者同士で、男性が女性に賠償請求したものである。

[72] 熊本地判大正12・4・5評論12巻民241頁（内縁）

【事実・判旨】X男とY女との間で、大正11年4月10日に媒酌により婚姻予約が成立した。以来、同年7月13日まで同棲していたが、同年7月13日に盆会墓参に際して、些細なことで口論となり、Yは激昂して翌日、実家に立ち返り、Xからの復帰の要請にも応じないまま、同年12月27日に他男と事実上の婚姻をなした。「判旨」は、Xからの復帰の要請を無視して「他人ト婚約シXトノ予約ヲ無視スルカ如ハ」恕すべからず行動であり、「婦徳ヲ欠クノ甚タシキモノト謂ワサルヲヘカラス」と判示した。しかし、Xの方にも、将来短気で、年齢がYよりも20歳も上であるにもかかわらず、最も厳粛な祖先の祭祀を営む盆会墓参のさいに夫婦喧嘩をしたり、かつて双方が婚約後にY方での祝宴準備に構えてその招待を謝絶したりするなど、「平生Xカ妻タルYヲ遇スルニ其道ヲ得サリシコトヲ窺知シ得ヘクYカXトノ予約ヲ無視スルニ其当ヲ得サリシコトモ正ニ其素因ヲ為シタルモノト認ムルニ躊躇セス」。そのうえで、双方の職業社会的地位（普通の農民）、ともに再婚者であること、被告に対する処遇などの事情から考慮すれば、Xには、「社会上ノ真価ヲ傷ケラレ名誉面目ヲ失墜シタル事実」はなく、単に「感情ノ興奮の苦痛ヲ受ケタル事実アルヤモ知レスト雖モ」、これでは慰藉料請求の原因とはならない、とした（X敗訴）。

妻側にも婦徳に反する行為態様があるところ、そのような行為態様になった一因として、日頃から夫側の妻に対する処遇が道に外れていた事情などが指摘されている。要するに、夫婦共に破綻の責任があることのほか、夫の被害法益も取るに足らないことから、妻に対する賠償請求が排斥された事例であると解しえようか。

(4) 双方ともに無責であるケース

つぎの事例では、男女ともに有責行為がなく、外部の事情によって、内縁が破綻したということから、本訴・反訴いずれも排斥されている。

[73] 大垣区判昭和3・12・18新聞2940号6頁（内縁）

【事実・判旨】X男はY女と昭和2年9月29日に媒酌により挙式・同棲した。Yは、同年12月15日に実家に立ち返り、Xがその復帰を再三要請しても、Yの母がこれに応じなかった。判旨は、婚約破棄責任を論ずるには、「当事者の本人の意思に因るや将又外界の強要威圧竟に斯かる結果に立至りたるものや否やを審案するを要し」という立場から、つぎのような事情を認定して、結局のところ、

いずれの責任も認めなかった。XがYを俺の女房ではないから出で行けと罵った事実については、一時の感情による不用意な言語を発したるもので、この一事で豫約不履行責任を認めることは出来ない。他方、Yの責任については、家を出て復帰の要求に応じなかったのは、夫婦仲が別に悪くなかったが、Yの話し合では、舅が嫁に挑むため居づらかったと証人は思ったという供述もあり、また、Xが粗暴で父と喧嘩するという証言もあり、あるいは、Yが家を出たのは、Xの父が悪いとの証言もあり、これを総合すれば、Yが復帰しないのは、Yに婚姻破棄の意思があるからではなく、他に格別の事情が存在するゆえである。結局のところ、「当事者間の婚姻<婚姻予約>は当事者双方の責任行為以外の事情に因り維持することが能わざるものにして之を以て原告又は被告の責任なりと論ずるは正当成らざるものとす」。

「石川稔」は、本件末尾の説示を捉えて、これを破棄誘致責任の一態様としているようであるが⁽¹¹²⁾、あえて破棄誘致責任という必要性はないのではないか。客観的には内縁関係が破綻しているが、その破綻の要因がいずれの主体的な帰責事由によるものとはいえない、としたにすぎない。無用な一般化は避けるべきである。

3 小括

(1) 婚約事例

すでに検討した通過儀礼ケースでは、婚約の成立がみとめられたうえで、破棄責任が問われているが、この種の場合には、正当理由の有無が明確であった。「相性・方位が悪い」とか（[37] 判決）、「理由なく届出や挙式に応じない」とかの事例（[38] [39] 判決参照）である。

(2) 内縁事例

ここで検討した事例は主として内縁ケースであるが、この種の事案では、当事者がすでに共同生活関係を形成しているので、「正当理由」の判断に斟酌される諸事情は、原告・被告のさまざまな行為態様などの事情であり、どれが決定的な事情であったのかを判断することは、決して容易ではないことも少なくない⁽¹¹³⁾。この種の「規範的概念」については、その

考慮事情を具体化する作業が重要であるが、この当時では、ほとんどの裁判例が内縁事例であるので⁽¹¹⁴⁾、それは将来の課題としておきたい。ここでは、婚約破棄を考えるうえで参考となりうる裁判例に限定した所以でもあるが、すでに、さまざまな破棄事情のある裁判例が登場している。

象徴的なのは、周知の「家風にあわない」とか「性に合わない」とかいう理由である。裁判例では、「常套的ナル家風ニ適セザルトノ点ニ存スルコトヲ認メウルニ止リ」（東京控判大正10・12・6新聞1939号17頁）といわれているように、この種の理由が正当理由にならないことは当時の裁判所にも十分に認識されていた（[59] [60] [62] のほか、[55] もこれに近い）。将来においても、この種の事例は多数に上る（後掲の大審院判決 [79]・[80] も同旨）。たしかに、いきなり同棲生活を開始しても、円満な夫婦生活を維持しうるかは、容易には見通すことはできないので、「相性が悪いこと」から破綻したということだけで、直ちに破棄された側が責任を負うというのも、問題である。当時の「媒介婚」は、そのような破綻の危険を孕んでいたといえよう⁽¹¹⁵⁾。

それ故、いわゆる「足入れ」ないし「客分」など、いわゆる「試婚」なるものは、そのような事態に対応する一つの方途であったように思われるが、問題は、円満な関係を維持修復するために、関係当事者が相互にどのような努力をしたかであり、ここで登場してくる裁判例の主流では、夫の「家側」が一方的に妻の行為態様を非難中傷することに終始しているように思われる⁽¹¹⁶⁾。離別が「先にありき」であり、理由のない理由で破棄されている実情がある。裁判所としては、それをそのまま受け容れることはできなかったであろう。

ともあれ、婚約事例は少ないが、婚約の破棄についても、双方の「家の意向」に左右されていた事情が窺知しうるのではないか。

四 婚姻予約と結納

1 結納の法的性質

今日では、結納が慣習に従って授受されると、結納の授受が婚約の成立を前提としているので、通常、婚約の成否は重要な論点とはならない。しかし、沿革的には、結納の法的性質なり機能なりが問われるのは、婚姻予約が有効であるとの論理があつてこそのことである。したがって、結納の法的論議も「婚姻予約有効判決」の展開のなかで位置づけられねばならないであろう。婚姻予約が婚姻の自由を拘束することになって公序良俗違反となるならば、将来の婚姻約束の履行確保を目的とする結納も適法行為として法的に位置づけることは、特別の規定でもない限り、極めて困難となるからである。

裁判例では、結納の返還の可否が論点となり、下記の事例もこの問題を巡る裁判例であるが、それは、ある意味では現象面にすぎない。むしろ、この当時における結納の真の意義は、婚姻予約有効論を導き、かつ裏支える重要な契機となっていたことに求められるべきであるので、かかる隠れた機能を決して見逃してはならないのである。

その上で、「婚姻予約有効判決」後は、予約と結納との関連が問題となり、予約不履行により結納の返還が義務づけられることの論拠が問われることとなる。不履行を解除条件とする構成も可能であるが（解除条件付贈与説）、後述のごとく、大審院はそのような理論を採用していない。しかし、いずれにせよ、結納は、当事者双方に婚姻予約の履行を自覚せさるという意味では、予約の履行を確保するという機能をもつ一方で、破棄が現実化すれば、受贈者（通常は女性）の精神的苦痛を慰藉する意味もあるであろう。なお、通常は、結納は相互に交換されることとなるので、交付した男性側が不当破棄した場合には、女性側は、受領した結納金の返還義務を免れるとともに、交付した結納金の返還請求も可能ということとなる。

2 裁判例の分析

(1) 大審院判例

(ア) つぎの例は、未公表の裁判例であり、事案の詳細もよく分からないところがあるし、また、結納の法的性質について何も述べていないので、先例的意義はほとんどないといえようが、返還を認めた「公式判例」と比較しながら検討する必要もなくはないので、一応、紹介しておこう。

[74] 大正5・3・3大正4年（オ）999号 社研27巻1号128頁

【事実・判旨】事案は不詳であるが、本件は結納品の返還請求の当否が問題となった事例である。X男が、結納品は、同棲若しくは挙式にいたらず破約となるか、又は同棲若しくは挙式しても受贈者の行為若しくは発議により直ちに破約するに至ったときは、贈与者に返還されるべきは、わが国一般に行われている慣習であると主張して上告したが、判旨は、そのような慣習はないと判示して、Xを敗訴させた。

「佐藤・関」によれば、本件は、結納に関する最初の公式判決である後掲の大正6年 [75] 判決の前に存在し、かつ、同判決によって本判決の立場が覆されたという点において、その意味があったとしている⁽¹¹⁷⁾。また、本判決の男女関係については、同棲挙式にいたらず破約があったのか、同棲挙式後破約されたのか、不分明とするが、しかし、性的関係があったものと推測している⁽¹¹⁸⁾。もしそうだとすれば、本件での結納も、破棄された女性の救済に資するものとなったであろう。本件では、おそらくは、男性側に破棄の正当理由がなかったものか、あるいは世間体からいわず双方の合意解消というかたちをとったものとも推測されるが、いずれにせよ破棄されたこと自体の評価は、女性の社会的な境遇を著しく不利な状況に結果するので、実質的にはその救済という意味があろう。

ところで、佐藤は、本件を [75] と比べたうえで、結論のみならず法律構成も異なるとしているが、そもそもそのような比較に親しむ裁判例とは思われない。本判決は、文字通りの「事例判決」に過ぎないのに対して、公式判例 [75] は、結納の性質につき、大審院としての「一般的指

針」を明らかにしたものと思われる。仮に、当該地域で行われている慣習がXの主張のようなものであれば、その慣習が尊重されたであろう。本判旨は、わが国ではそのような「一般的な慣習」もなければ、「当事者の居村に於いても」そのような慣習の存在は認められないとしているからである。したがって、両判決の説示は矛盾・対立するのではなく、むしろ相互補完的とすらいえよう。

いずれにせよ、挙式同棲がなくとも、その前に「結納の取り交わし」が行われる婚姻習俗があったこととなり、このような場合には、通常は婚約自体の成否の問題は生じないということが明らかにされているが、他方で、結納なるものが婚約の単なる証明問題にとどまるのか、それとも婚約の実体法上の問題（成立ないし効力問題）に関わるのか、そのような議論が残されている。

（イ）上記の未公表判決例は、文字通りの事例判決であり、結納の法的性質には言及していなかったが、つぎの公式判決は、この点を明確にしたうえで、結納の返還の可否につき、かなり詳しく論じている。リーディングケースというに相応しい事例である。

【75】大判大正6・2・28民録23輯292頁（婚約）

【事実】Xの長男とYの二女との間には、大正3年3月ころ婚約が成立し、同月10日にX家よりY家に対して結納金として金1千円と、酒肴料として金50円とが交付されたが、その後Xの家系に関する新聞紙上の誹謗があり、またY家より持参すべき嫁入道具荷物の箇数等につき双方の間に意見の対立が生じたことなどによって、結局は同年8月双方合意の上、婚約が解除された。そこで、XはYに対し先に授受された結納金ならびに酒肴料の返還を求めて提訴した。

第一審では、X敗訴。原審（大阪控判大5・10・30新聞1186号23頁）は、つぎのように判示して、結納金のみの返還請求を認めた。「抑も結納なるものは、男女の婚約成りたるに当りて嫁簪の両家より相互に又は一方より他の一方に金員布帛の類を贈るの礼を謂ふものにして、其目的は之を以て婚姻予約の成立したる一の徴証と為すにあると同時に其希望せる婚姻の将来に於て成立することを予期して親族関係より生ずる親愛なる友情を厚くせんが為めにするものなる

ことは、我国一般の国風にして顕著なる事実なりとす。然れば結納なるものの法律上の性質は、一の贈与なれども決して被控訴代理人所論の如き単純なるものにあらずして、其贈与は法律行為の内容上婚姻の予約を証すると共に将来の婚姻成立を前提として其親族関係より生ずる相互間の友情を厚ふすることを目的とするものと謂はざるべからず。故に若し婚姻の予約解除せられ其前提せる婚姻成立するに至らざるときは、証すべき予約の消滅すると共に温情を致すべき親族関係生ぜざるを以て、給付の目的は一は既に消滅に帰し、一は不発生に因りて達する能はざるが故に、受益者は以上の目的に出でたる給付を自己に保留すべき法律上の原因を缺くものと謂はざるべからず。故に此場合に於ては、(中略)其利益の存する限度に於て民法第七百三条の規定により之を給付者に返還するの義務あるものとす。」

【判旨】「因テ按スルニ、男女ノ婚姻成立ニ際シ嫁婿ノ両家ヨリ相互ニ又ハ其一方ヨリ他ノ一方ニ対シ結納ト称シテ金銭布帛ノ類ヲ贈ルハ我国ニ於テ古來行ハルル顯著ナル式礼ニシテ、目的トスル所ハ、其主トシテ婚姻予約ノ成立ヲ確証スルニ在ルモ両者ノ希望セル婚姻カ将来ニ於テ成立シテ親族関係ノ生シタル上ハ、相互間ニ於ケル情誼ヲ厚クセンカ為メニ之ヲ授受スルモノナルコトモ亦我国一般ノ風習トシテ毫モ疑ヲ容レサル所ナリ。故ニ、結納ナルモノハ他日婚姻ノ成立スヘキコトヲ予想シ授受スル一種ノ贈与ニシテ、婚約カ後ニ至リ当事者双方ノ合意上解除セラルル場合ニ於テハ当然其効力ヲ失ヒ、給付ヲ受ケタル者ハ其目的物ヲ相手方ニ返還スヘキ義務ヲ帶有スルモノトス。蓋シ、結納ヲ授受スル当事者ノ意思表示ノ内容ハ単ニ無償ニテ財産ノ移転ヲ目的スルモノニアラスシテ、如上婚姻予約ノ成立ヲ証スルト共ニ併セテ将来成立スヘキ婚姻ヲ前提トシ其親族関係ヨリ生スル相互ノ情誼ヲ厚クスルコトを目的トスルモノナレハ、婚姻ノ予約解除セラレ婚姻ノ成立スルコト能ハサルニ至リタルトキハ之ニ依リテ証スヘキ予約ハ消滅シ又温情ヲ致スヘキ親族関係ハ発生スルニ至ラスシテ止ミ、究局結納ノ給付シタル目的ヲ達スルコト能ハサルカ故ニ、斯ノ如キ目的ノ下ニ其給付ヲ受ケタル者ハ、之ヲ自己ニ留保スヘキ何等法律上ノ原因ヲ欠クモノニシテ不当利得トシテ給付者ニ返還スヘキヲ当然トスレハナリ」

本件の婚約当事者はいずれも未成年者である。したがって、結納金の授受も、両家の間でなされているので、その返還請求権の当事者も両家の家長である。本件では、結納を授受したのちに祝言の儀式も済まされているが、同棲の事実はないように見られるので、単純婚約の破棄事例といえよ

う。原判決も本判旨も「婚約」という概念を使用している。

本判旨の重要性は、なによりもまず、「婚姻予約有効判決」を承けたうえで、予約段階での贈与契約である結納の性質を明らかにしたことであろう⁽¹¹⁹⁾。予約が無効とされていた段階では、本判旨の論理はそもそも成り立たないからである。これを別の観点からみれば、本判旨が指摘するように、結納とは、将来の婚姻を前提としてわが国の古来より行われてきた慣習であるところ、かかる慣行を法的保護の対象とするためにも、婚姻予約有効論の登場が期待されていたこととなろう。民事連合部判決の論理は、かかる意味において、わが国の婚姻習俗にも裏付けられていたものであり、本判決がそのことを実証するとともに、婚姻予約有効論が具体的に定着した証左となるものといえよう。民事連合部判決に対する擬制とか仮託とかの批判は、到底成り立ちがたいものであったといえよう。

加えて、結納の性質論自体についても、わが国での婚姻習俗の実体に配慮した極めて穏当な論理を明らかにしている。「其主トシテ婚姻予約ノ成立ヲ確証スルニ在ルモ両者ノ希望セル婚姻カ将来ニ於テ成立シテ親族関係ノ生シタル上ハ、相互間ニ於ケル情誼ヲ厚クセンカ為メニ之ヲ授受スルモノ」とし、また「結納ナルモノハ他日婚姻ノ成立スヘキコトヲ予想シ授受スル一種ノ贈与」であるとして、婚姻を前提とした特殊な目的贈与と解している。理論的には、解除条件付贈与とも構成できなくはないが、たとい黙示構成であるとしても、婚姻予約の不履行を解除条件なるものに構成するのは、わが国の婚姻習俗に沿わないことに加えて、そもそも婚姻予約の当事者双方の合理的意思の解釈という面からいっても、極めて拙劣であろう。およそ結納を授受する当事者が予約の不履行を条件（しかも黙示構成となる。）とするなどという論法は、たとい法の技術性を強調するとしても、本来的に「無償と善意」に起因する結納そのものの存在を否定するに等しいからである。わが国の社会道徳的観点から見ても、将来の「破談」を予定した贈与とは、それ自体倫理的に矛盾しているので、採りえない論

法である。ヨーロッパ諸法でのこの種の贈与とは、その趣旨を異とするものであるので、軽々にそのような論理を持ち込むべきではない。

ところで、結納が「取り交わされる」とは、交換的になされるのではなく、両者は二つの一方的な無償行為の取り交わしにすぎないのであって、そのことによって善意・無償の合意が積み重ねられることとなり、ひいては双方の情宜を厚くするとともに（一方的贈与とは異なる別の有意な機能がそこに潜在している。）、婚姻意思を確証していることとなるが、本稿の立場から言えば、結納は将来の婚姻意思と一体化した行為になるとともに、同時にその意思の確実性を表象・担保するものといえよう。

なお、この当時、「暁道文藝」は、つぎのように本判決を論評していた。結納が確証となることは意思表示の内容といえるが、親族間の相互の情宜を厚くするのは結納自体の法律効果ではなく縁由ないし事実効果にすぎない。また、親族その他の第三者間、または第三者と婚約者との間で行われるときは、解除条件付贈与とすべきであり、判例が婚約当事者間での結納とそれ以外の当事者間でのそれと区別しないで論ずるのは、論旨不分明である。また、判旨は合意解除による場合につき判示するが、いやしくも理由の如何を問わず結納による利得は原則として不当利得になる、と⁽¹²⁰⁾。やや形式論にすぎるのであって、結納が交換されることを通して形成される双方の情宜のほか、この種の無償行為では、有償行為とは異なり、特殊の人間関係を後景におきながら、その動機・目的こそが重視されるべきであるので、ドイツ法流の一般的な法律行為論の借用は差し控えるべきであろう。

(ウ) 結納交付者が、結納の授受に際して、婚姻不成立を解除条件とする旨の合意があったと主張したが、そのような事実はないとされた事例もある。

[76] 大判昭和3・11・24新聞2938号9頁（内縁）

【事実・判旨】X男とA女間で大正13年6月に婚約が成立して、同年7月3日にAの

父に結納金が交付されたうえで、同15日に挙式して約1年間にわたり同棲生活したが、翌14年7月6日に婚約を合意解除した。XがAの父の相続人Yに対し結納金の返還を請求した。Xは、結納は後日婚姻が成立しない場合にはその効力を失なう趣旨の解除条件付贈与であると主張した。これに対して、大審院は、結納は婚姻前の儀礼として一般慣習に従って行われるものではあるが、その契約の内容は一樣ではなく、慣習上の結納がすべて解除条件付贈与であるとはいえない。本件では、そのような解除条件でなされた意思表示の事実はないので、原判決がXの請求を排斥したのは違法ではない。

本件は、事例判決であるとしても、結納を解除条件付贈与と構成することは、事実としても困難であることを明らかにしている。それは、婚姻慣習に反する法律構成であるからであろう。先述のように、法の技術性に依拠するとしても、これはわが国では実態にそわない論理であり、判例のように「目的」つまり行為の前提・基礎と解する方が事態適合的である。

(2) 下級審裁判例

(ア) 婚約を破棄した側が、みずから交付した結納の返還を請求するのは、不当であろう。信義則違反や権利濫用の構成が可能であるが、この当時では、まだそうした構成は登場していない。もっとも、つぎの事例では、結納を受領した女性側の不当破棄によって婚姻予約が破棄されたところ、女性側の返還すべき結納額から結納返しとして交付した結納金を控除して返還する旨の主張が排斥されている。判例の論理からいえば、当然の帰結であろう。

【77】東京控判昭和6・7・14新聞3314号5頁（内縁）

【事実・判旨】X男とY女との間に「事実上の婚姻」が成立したが、Yが正当理由なくしてこれを破棄した。結納の授受・挙式があったことから、慰籍料のほか、挙式費用の賠償請求と共に結納の返還義務も論点となっている。結納については、X側が結納の返還を求めたのに対して、破棄したY側がその半額以上に相当する返戻（結納返し）をしているので、YはXの請求は不当であると争った。判旨は「元来相互ノ誠意アル履行ニ因ル婚姻ノ成立ヲ予想シテ贈与セラレタルモノト認ムヘキ右結納金ハ違約者タル控訴人（Y）ヨリ之ヲ被控訴人（X）ニ返還スヘキハ当然ナリト謂フヘク控訴人ハ右結納受領当時其半額以上ニ相当

スル金員ヲ控訴人方ヨリ返戻シタルヲ以テ金額ノ返還ヲ請求スルハ失当ナル旨
抗争スレトモ本件ノ如キ場合ニ於テ予約違反者ヨリ相手方ニ返礼ノ為交付シタ
ル結納ハ特別ナル合意ナキ限り之ヲ相手方ニ返還スヘキ結納ト差引ヲ為シ得ヘ
キモノニアラスト解スルヲ至当トスル」とした。

(イ) いわゆる「結納倍返し」の慣習

結納が授受されると、破談になった場合には、それを放棄ないし倍返し
することによって、当事者双方は互いに損害賠償等の責任を問わない趣旨
の慣習があるといわれることがある。このような慣習の主張がなされた
が、認めなかった裁判例がある。

〔78〕東京控判大正12・6・1新聞2194号13頁（内縁）

【事実・判旨】挙式・同棲したが、夫が挙式当時用意されたもの以上の法外の
調度品を求めたため、破談となり、夫の破棄責任につき正当理由がないとされ
た。夫が、当事者居住の地方では「婚姻豫約の際交付する結納金は男より予約
を履行せざるときは之を放棄し互いに何らの請求を為さざる慣習ありて本件に
於いても右慣習に依りて結納金を授受したもの」であるとし、夫はその返還請
求を放棄するので、妻も賠償請求権を有しないと反論した。判旨は、「某証人
の証言に依りては斯かる慣習の存在を認め難く・・・」と判示。

五 その他の問題

1 婚姻予約と解除

(1) 婚姻予約の解除と損害賠償請求権

(a) 婚姻予約不履行に基づく賠償請求のためには予約の解除が必要か否か
が争われた事例もあるが、下記の大審院はその要をみないとしている。こ
の問題も「婚姻予約有効判決」を前提とするとともに、そのうえで予約に
つき契約一般の原則が適用されるかという問題が生じてくるところ、婚姻
予約では、離別の事実が客観的に明らかであれば、解除をまつまでもない
という趣旨であろう⁽¹²¹⁾。内縁に関する裁判例ではあるが、婚約について
も、同様に考えて特に問題はない。

〔79〕大判大正8・3・21民録25輯492頁（内縁）

【事実・判旨】X女とY男は大正3年3月に媒酌人を介して婚姻予約をなし挙式したうえで、同5年2月まで同棲したが、Yの実父が資産家であるものの非常な節約家であり、Xがその意を迎えることができなかったことから、一方的に離別された。原審はその一事で離別したのは正当の理由にはならないとし、大審院は、「民事連合部判決」を引用したうえで、損害賠償を請求するためには解除は不要とするとともに、原判決の判断を是認した。

原審での事実認定は必ずしも明確ではないが、Yの実父が厳冬でも十分な火気を供しないことやXの分娩に必要な布団を自費で用意させるような節約家であることを例示として挙げ、そのような実父の意を迎えることができなかったという事情を指摘した上で、これのみでは正当理由にはならない、と判示した。大審院は、原審の事実認定を前提とした上で、Yの主張は「家風に合わない」というにとどまる、と結論づけている。

約2年間の夫婦としての同居生活があったので、家風に合わない、という一事でもって離別しても、それだけでは正当理由にはならないというのが正当であろう。それが真の離別の理由であったのかは、知る由もないが、とにかく、本件では、当事者双方の争いというよりも、Yの実父との相性ないし紛争が軸となっている。大審院が「家風に沿わない」と称した所以である。なお、慰藉料額については、2年間の同棲、懐妊（死産）したことなどから、2000円が認容されている⁽¹²²⁾。

(b) つぎの事例も、婚姻予約不履行による損害賠償を請求するためには、その解除は不要であるとした。

【80】大判昭和2・2・26新聞2670号7頁（内縁）

【事実・判旨】X女はY男と大正12年2月に挙式同棲。YはXに同棲中一銭の小遣いもあたえず、見込み無しとして時々辞柄を構えて実家に帰らせたこともあり、大正14年3月にYは実母とともに「家風に合わない」との理由でXに立ち去りをせまった。Yは、子どもができるまで婚姻届出を出さないことはXも了解済みなどと反論したが、原審は、慰藉料700円を認めた。Yは、損害賠償を請求するためには予約の解除が必要であるなど主張して、上告したが、大審院は、これを排斥した。

「然れども判決は証拠に依り上告人（Y）が正当の理由なくして被上告人（X）との間に於ける婚姻の予約に反し婚姻を為すことを拒絶せることを認定せ

るものとす而して斯の如く婚姻予約の当事者の一方が正当の理由なくしてその約に違反し婚姻を為すことを拒絶したる場合には其の者は相手方に対し之が為に蒙りたる有形無形の損害を賠償すべき責に任ずべきものにして相手方が損害賠償の請求を為すに付先づ婚姻予約の解除を為さざるべからざることなし之れ当院従来の判例とする所なり（大正八年（オ）第百十八号同年三月二十一日言渡）」

(2) 婚姻予約の合意解除と破棄責任

つぎに婚姻予約を当事者が任意に合意で解除することは、無論可能であるが、その場合に、一方に破棄責任があるとしても、免責されるのかという問題がある。この種の合意は「正当理由」の可否の判断と絡む問題でもあるが、便宜上ここで若干の裁判例を分析しておこう。

(ア) つぎの大審院の「未公表判決」では、男女の婚約関係の解消につき、双方の親と兄が登場している。ことに女性の妊娠が浮上すると、もはや秘密裡には処理できなくなる。親族を巻き込まざるを得ないという事情が判明するが、その際に、契約書が取り交わされているのも、注目すべきところであろう。

【81】大判大正8・10・10大正8年（オ）第652号社研27巻5・6号288頁（婚約）

【事実・判旨】男女の関係継続の期間等はほとんど不分明であるが、女性が妊娠したということから、その「胎児」を男性が引き受ける旨の契約書が作成されていたという。興味深いのは、その契約の当事者が女性の父と男性の兄であるという事実である。ところが、女性が妊娠したという事実はなかったことから、その胎児引受契約書が「廃棄」されたが、その際、男女間の婚姻予約が双方の合意によって解除されたかどうかにつき、争われた。その胎児引受契約書には、男女が合意で離別する旨の文言があったからである。原審は、該契約書の破棄によっては婚約の合意解除は証明されていないとして、女性の慰藉料請求（金300円）を認容した。男性は、すでに予約の合意解除があつてこそ、胎児引受契約が成立しているので、原審は双方を混同しているものであり、予約が合意解除された限りは、慰藉料請求権は成立しないなど主張したが、大審院も、「婚約」ないし「婚姻予約」は合意解除されていないと判示して、原判決を維持した。

本件の男女関係は単純婚約ではなく、同棲があったらしい。たしかに、当事者の主張・書証の中には、「離別」や「離婚」という用語が見えている。しかし、それにもかかわらず、大審院は原判決の引用のなかで「婚約」という用語をそのまま繰り返して使用している。おそらく、正式の結婚式がなかったので、婚約と評価されたものと思われる。

ところで、「佐藤良雄・関彌一郎」によれば、本件は、予約を合意解除する旨の記載がある書面を「廃棄」した場合には、合意解除の解除（予約の復活）ではなく、合意解除が存在しなかったと見るべき判決の先例として意味があるとする⁽¹²³⁾。資料からは、形式的にみれば、そのようになることは確かである。しかし、そのような形式的な意味での先例として位置づけるだけでは、不十分であろう。むしろ、ここでこそ、「書かれていない理由」を探索しなければならない。

実質的には、妊娠・出産によるさまざまな不利益を考慮して女性側が合意解除に一応は納得したものであると思われるので、その前提とされた妊娠の事実がなければ、もはや女性側には何等譲歩すべき事情がなくなったということであろう。予約解除の前提ないし基礎が喪失したが故に、予約の合意解除も成立しなかったという趣旨と解すべきである。女性が私生子を引き取って一人養育することが、いかに難題かは、当時の社会ではいまさら改めていうまでもない。藁の上からの養子や捨て子の問題は、このことに一つの要因があったともいえるのである。

(イ) つぎに下級審の裁判例を見てみよう。

内縁の事例につき、当事者間で「離別の合意」の存在が主張されるのは、いうまでもなく、婚姻予約の破棄責任を免れるためであり、破棄責任訴訟では、「正当事由」とともに、この種の抗弁は、いわば常套手段となっているが、容易には認められていない。しかし、合意解除によって、慰籍料等の損害賠償の問題も同時に解決されていたと判断されることもある。つぎの控訴審判決 [82] では、そのような事情は曖昧であるが、当

事者間での合意による離別が論点となり、離別合意がかなりのウエイトをもち、結局のところ、男性の破棄責任が否定されている。

【82】 浦和地判大正9・4・29大正8年（レ）第90号事件判例集未登載（内縁）(124)

【事実・判旨】 X女は、Y男と大正7年8月26日に婚姻の予約をなし、同8年11月9日まで同棲していたが、Xが実家に帰り破談となった。Xは、Yが正当の事由なく婚姻予約を破棄したと主張して、慰藉料を請求した。Xは、Yが他女と同棲するために離別したと主張したが、判旨は、正当事由なくして破棄したことを認めるに足らないとしたうえで、「婚姻予約を履行せざることを合意してYと別れ実家に帰るもの」と推認して、Xの控訴請求を棄却した（一審でもX敗訴）。

本件では、正当理由が認められたどうかは定かではない。その反証が不十分であるというにすぎない。一審では、Xが毎夜のごとく他出し、昼寝をして、また近隣で雑談してはYの名誉を侵害したこと、離別の相談のためXを実家に遣わしたのち帰還した際にXが自己の頭髪を切断してYにこれを打付けたことなどが主張されているが、これに対して、Xは、何らの過失がなかったと主張している。一審は、Xに何らの過失がないにも拘わらずYが離別したとの事情が認められないとするともに、Yの帰責事由は認められないとするのみで、具体的な正当事由が定かではない。結局のところ、事情は曖昧と言うしかないが、この点は控訴審でも同様である。ただ、控訴審では、「離別の合意」が加わっている。一審でもYはかかる合意の存在を主張していたが、これには応接していない。一審での判断は極めて消極的であり、問題を残していたが、控訴審では、正当事由の事実認定ないし評価は消極的ではあるものの、離別合意が推認されているならば、破棄責任は否定されても止むを得なかったであろう。むしろ、控訴審は、ここにこそ結論の決め手を見たようにも思われる。ただし、合意離別の認定も容易ではないはずであり、そのあたりの事情が不分明である。「金銭の授受」が認定されているので、かかる事実が重要性をもったもの

であろうか⁽¹²⁵⁾。

なお、本件の慰藉料請求事件は本控訴審で確定し、女性が敗訴したが、一審で敗訴後に、女性が請求権保全のため動産に対して仮処分をしたことから、男性側が不法行為による損害賠償を請求したところ、女性が1年余も男性に仕えたにも拘わらず零細な金員でその代償となしたのは不当であるとして、さらに女性側から不当利得返還請求訴訟がなされている⁽¹²⁶⁾。

2 婚姻予約と違約金等

婚姻予約の当事者間で授受される金員、ことに違約金が予約の履行を確保するという意味では、かかる合意の適法性のためには婚姻予約の有効性が論理的に前提とされている必要がある。婚姻予約が無効であり、その合法性を奪われていたならば、そもそも違約金の有効無効など議論の俎上にすら上らないであろう。実際、判例においても、当初は公序良俗違反により無効とする傾向があったことは（大判明治35・3・8民録8輯3巻16頁）、別の機会に検討した⁽¹²⁷⁾。したがって、違約金の議論も民事連合部「婚姻予約有効判決」の展開のなかで捉えることが可能であるだけでなく、むしろそのような視点が必須のものとなろう。さらに、広く一般に、婚姻予約有効判決の登場によって、男女関係に伴って授受される金員の贈与契約の有効性が問われなければならないであろう。「性」に対する大審院の姿勢が如実に示される場面でもあるからである。

(1) 「手切れ金」約束の有効性

つぎの裁判例〔83〕では、私通関係にある男女間において「手切れ金」名目の贈与約束の有効性が論点となったところ、大審院は有効であると判示した。もっとも、本件では、残念ながら、私通と婚姻予約との区別が問題となっていないし、また、その男女関係の実体は不分明であるので、事例的価値は低い。贈与された金銭が女性の精神的苦痛を慰藉するものである限りでは、婚約破棄による慰藉料と同じ作用を果たしたことになる。

社会的弱者である女性の救済に資する金員であったものと評価して大過なからう。

〔83〕大判大正4・5・15新聞1031号27頁

【事実・判旨】X女とY先代は私通関係にあったが、これを絶止する際に「手切金」として金100円を贈与する旨の約定がなされたので、XはYに対して贈与の履行を請求した。原審は、右約定金契約は公序良俗に反しないとして、その請求を認容。大審院も「私通関係ヲ絶止スルニ際シテ手切金トシテ金百円ヲXニ贈与スルコトヲ約シタルニ止マリテ私通関係ヲ絶止スルヲ以テ目的トシ其対価トシテ金員ノ贈与契約ヲ成立セシメタルモノニ非サルヲ以テ」として、その有効性を認めた。

本件は、「婚姻予約有効判決」の直後に登場した事例であり、もはや単なる内縁関係は私通ではなくなっているの、ここにいう私通とは、婚約でも通常の内縁でもない男女関係ということになるが、重婚的内縁か、または単なる妾関係なのかは原判決等の資料がないので不明である⁽¹²⁸⁾。

ところで、本件では、男性の相続財産に対して請求したという点を見逃すべきではなからう。私通関係の解消に「際して」の贈与約束か、解消の「対価」としての贈与約束かは、学説の批判するように、その区別は容易ではないが⁽¹²⁹⁾、それが結局のところ「証明責任」の問題であると解すれば、判例の立場も理解できなくはない。本件では、残された女性の今後の生活を維持するという趣旨ならば、この種の贈与契約の社会的意義が認められてもよい。暫定的な扶養的機能を分担する贈与と解すべきであろう。ただし、一般的には、この種の贈与は、関係解消の慰藉料としての意味をもつ金員とおなじ機能を果たすことになるので、私通関係の当事者間であれば、その解消の際とは通常は紛争が生じていることから、このような場合における贈与は基本的には対価の意味を有するはずである。したがって、これを有効とすれば、私通関係自体を保護した結果となるので、そのようなケースでは、判例のいう解消に「際して」の事実認定ないし解釈が実際には厳格にならざるを得ないのではなからうか。

ともあれ、判例のような解釈の妙は、当時の社会経済的背景のもとでは、適法な男女関係から外れる男女間の贈与であったとしても、実質的には弱者たる女性救済の機能を果たした得たものであり、そのかぎりでは、婚姻予約有効論の範疇に取り入れて検討しても、的外れとはいえないであろう。つまり、婚約・内縁解消に際して授受された金員の贈与契約についても贈与の趣旨との関連で有効無効が判断される、と解することができるのではなかろうか。

(2) 約定違約金等の有効性

(ア) つぎの例は内縁事例であるが、入籍の合意を交わして、その不履行の場合に「違約金」の約定がなされている。原審は、その約定の有効性を認め、大審院もこれを維持している。上告審では、違約金契約の是非が直接の論点とはなっていないが、とにかく婚姻予約有効判決後の初めての判例とされており、注目されるが、単純婚約の場合にも応用できるかは、にわかに判断し難い。

【84】大判大正8・11・21第1民事部大正8年（オ）第781号社研27巻5・6号292頁（内縁）

【事実・判旨】X女とY男とは大正元年當時にすでに「多年の内縁関係」にあり、その間に3児を儲けている。ところが、Xが大正元年11月に家出をしたことから、Yが帰還を促したところ、Xがこれを聞き入れなかったので、3ヵ月以内に入籍手続をすることとしたうえで、これを違約したときには500円の違約金を支払う旨の証書を作成した。Xは推定家督相続人であるため、養子を貰い承けた上で、「入籍手続」を待っていたが、Yがこれに応じないことから、違約金を請求した。原審では、Yは、10数年間同棲し育児の不便等から、Xの帰還を熱望したものであり、違約金契約は余儀なくしたものであって真意ではないなどと反論したが、Xの請求は認容され、大審院もこれを維持した。

本判旨は、原判決を維持しただけで（Yの上告棄却）、違約金契約の効力そのものについては言及していないが、事案との対応関係からみて、その効力を認めたものと考えてよいと解されている⁽¹³⁰⁾。

このような契約の効力を認めることには、意見が分かれるところである

が、通常は破棄による賠償額を予定するものであるところ、婚姻予約ないし内縁の不当破棄責任を肯定するかぎりには、一応は、その有効性を認めても、必ずしも不当ではないであろう⁽¹³¹⁾。先述のように、婚姻予約無効判決時代に、これとの関連で、かかる契約を無効とした大審院判決があったが、婚姻予約有効論のもとでも、間接的に婚姻を強制するおそれもなくはないので、慎重な対応が必要であるものの、おそらく、Yが入籍することを約束しながら、その履行を長く懈怠していたものと思われ、それが故の違約金契約であったものと推認しうることから、この種のケースでは、無効とするまでもない。また、このような場合には、入籍自体の「履行義務」を強調しても何等の不合理もなかったであろう。

(イ) つぎの例では、夫婦約束の履行確保のために一定の金員を贈与する旨の合意が書面でなされたが、女性と男性の母親との折り合いが悪くなり、結局は協議で離別したことから、その贈与契約の有効性が論点となっている。

【85】大判大正13・10・25大正（オ）第462号判例集未登載（内縁）⁽¹³²⁾

【事実】X女とY男とは、明治43年4月以降、情交関係を結んで、その後に婚姻予約をなし、大正7年5月にYが「合意同棲中一女子出生に付き今回将来夫婦たることを契約仕候に就いては其の確約たることを保証せん為大正7年7月31日迄に金5000円を提供」する旨の合意のほか、「相当の理由なくして其の許と離別致候場合にはさらにその際金3000円を手当金として差出」する旨の合意が書面に作成された。その後、XYは大正8年2月に結婚式をあげたが、XとYの母との折り合いが悪かったので、同9年9月に協議で離別した。Xは、上記約定に基づく契約金と違約金を請求した。

原審の東京控訴院（東京控判大正13・3・19新聞2258号21頁）は、つぎのように判示した。XとYとは、XとYの母との折り合いが悪いために「遂に当事者協議納得の上大正9年9月離別するに至りたるもの」であるから、「故なくYが予約を履行せざりしものにあらざることを肯定するに十分なる」をもって、違約金の請求は理由がない。しかし、予約履行を確約することを保証する趣旨の贈与については、Yが「予約の履行に付き誠意を有することを明らかにするの趣旨」に出たものであるので、公序良俗には反しないとして、これを認容した。

Yから上告。予約履行の確保のための贈与金の可否が論点となった。

【判旨】（破棄差戻し）上記契約書の記載の「文言上婚姻予約ノ履行ト金五千元ノ提供ト其ノ間何等カノ法律上ノ関係ノ存スルコトハ必然ニシテ婚姻ノ予約カ当事者協議ノ上履行セラレスシテ終了シタル場合ノ如キニ於テモ尚金五千元ヲ給付スヘキ趣旨ノ単純ナル贈与契約ナリトハ実験則上到底解シ得ヘキニ非ス」としたうえで、漫然と単純なる贈与契約と解したのは不法と判示した。

「佐藤良雄」は、当事者は違約金契約と贈与契約とを区別していたことは明らかなうえ、すでに贈与契約の履行期が経過していることもあって、本判旨の論理に疑問を呈している。仮に判旨の結論が妥当とするならば、解除条件付贈与とするのが、相当であると解している⁽¹³³⁾。

（ウ）つぎの事例も「未公表判決」であり、やや特殊な事案であるが、予約不履行に関連して、当事者の一方がいわゆる違約金として「過大の金銭」を要求した結果、破談となったものである。

[86] 大判大正14・3・3大正13年（オ）第1010号（内縁）[[58]と同判決]

【事実・判旨】X女とY男は、挙式のうえ同棲したが、Xの言動から、Yは、Xには情夫があるものと疑惑を懷き、Xをいったん実家に帰らせた。その後、Xの素行不良の疑念が一掃されたため、第三者の仲介で復帰同棲を承諾したところ、X方から過大の金員の要求がなされた。Yがこれを拒絶したため、破談となった。原審は、YがXを実家に預けたのはXの不謹慎な言動によること、Yが同棲を拒絶したのは、過大の金員を要請したことによるとして、婚姻予約の不履行がなかったと判示した。大審院も原判決を是認している。

本件は、関係当事者間で違約金の合意があったという事例ではないが、上記のような経緯から、Xの父が、XをY方に復帰させるにつき、XがY家で落ち着くようであれば、これに利子をつけて返還するという趣旨で、2500円という高額の金員の預入れを求めたようなので、かかる金員をいわば違約金として求め、これを保証として復帰させるという趣旨であったと解されている⁽¹³⁴⁾。そうとすれば、仮にその違約金の額が相当であれば、本件のように、Yが一方的に別居を強いたような場合には、Xの父による金員の要求も適法となりうる可能性があるともいえよう。その意味では、

注目に値する事例である。

(エ) 以下では、下級審裁判例を紹介しておこう。

(a) つぎは、重婚的婚約の例であり、その婚姻予約の有効性が問われたところ、公序良俗違反により無効とされたが、その際に締結された婚姻予約不履行に係る約定損害金と生活費の支給特約の有効性並びに当事者間の出生子の養育料に関する約定の効力が問題となった。

【87】東京地判大正11・2・14 新聞1961号8頁（内縁）

【事実】X女とY男は大正3年7月中に婚姻の予約をなし、Xが一子を分娩して、その養育料として毎月金10円宛支給する旨を約した。しかし、Yには配偶者がいたので、離別する場合には相当の金額を支払うこと、およびXとその子の養育料月額10円その他生活上必要な費用を支給する旨を合意した。Xがその約束の履行を求めて提訴した。

【判旨】「苟くも既に配偶者あるものが更に他女と婚姻の予約を為すが如きは客観的に公序良俗に反する事項を法律行為の内容と為すものなるを以て当事者が之を知ると否とに不拘当然無効なりと謂はざる可からず」。したがって、上記の離別に係る金銭の支給の特約は、婚姻予約不履行の場合における損害金の支払特約であるので無効であり、また、Xに係る生活費の支払いも、「前記無効の婚姻の予約の維持を目的とするものにして其の目的公序良俗に反するを以て之亦無効なりと解する」。しかしながら、特約の子に関する分は本件無効の婚姻維持を目的とするものと認め難きが故に有効であり、その額はYの認める10円程度が相当である。ただし、この債権は、5年間の時効にかかることから、本訴提起から5年より前の分は時効で消滅した。

(b) つぎの例では、婚姻予約をなし挙式同棲した夫婦間で、「相当の理由」なくして離別したときには、違約金を支払う旨が約定されたが、協議納得の上離別したことから、違約金の請求は否定されている。

【88】東京控判大正13・3・19新聞2258号22頁（内縁）

【事実・判旨】X女とY男とは、明治43年4月以降、情交関係を結び、婚姻予約をなして結婚式を挙げたうえで同棲した。大正7年5月3日にYはXに対して「相当の理由」なくして離別したときには金3000円を支払うべき旨を約定した。XはYと同棲したが、Yの母との関係がひたぶる円満を欠き、大正9年9月に協議納得のうえ離別した。Xは、右金員の支払いを請求したが、判旨は、相当の理

由なくして離別したことが前提とされているので、本件事案のもとでは、到底その請求を認容できるものではない、とした。

(c) つぎは、妻の労に報いるため営業資金として一定額の金員を贈与する旨の契約が有効とされた事例である。

【89】東京地判大正15・7・23評論15卷民法855頁（内縁）

【事実・判旨】大正11年1月25日にY男と内縁の妻であるAとの間で大正13年1月20日を履行期とする金3000円の贈与契約が書面で締結された。証書にはAのほかにAの父親Bの名義も記載されていた。大正14年8月20日にこの債権がXに譲渡された。Yは、当該贈与が私通関係に対するもので善良の風俗に反すると主張すると共に、債権譲渡の通知書にはA名義のみでB名義がないので、不適法であるなどと反論した。しかし、判旨は、贈与はAの妻としての労に報いるためにその営業資金としてなされたものであるもので、有効であるとした。また、B名義は、Aが女子であるので、その立会人として記載されたものであり、債権者はAのみであるので債権譲渡通知も適法であるとして、Yに支払義務ありとした⁽¹³⁵⁾。

(d) 内縁関係を破棄すれば、不動産の贈与を解除する旨の条件が付された場合には、そのような解除条件は有効か。つぎの判例は、これを有効とした。

【90】大判大正10・3・1 大正9年（オ）第995号判例集未登載（内縁）⁽¹³⁶⁾

【事実・判旨】内縁夫婦間で夫が関係の永続を期するために妻に不動産を贈与したが、仮に妻に不行跡があつて家出するようなことがあれば、当該贈与を解除する旨の条件が付された。妻が家出して内縁を解消したため、夫が条件の成就を理由に移転登記の抹消を請求した。原審では夫の請求を認容。大審院も原審の判断を維持した。

この種の解除条件付贈与は、珍しい⁽¹³⁷⁾。婚約ケースでも、同種の贈与は考えられるであろう。タダで貰った物を返すだけであるから、通常は身分的な意思表示を特に拘束することにはならないという趣旨であろうか。

3 第三者による権利侵害

婚姻予約が有効であるとすれば、予約上の権利を第三者が侵害すれば、

それは不法行為となるか否かという問題が浮上する。単なる債権侵害とは異なるので、判例は一般に認める傾向にある。

(1) 第三者が婚姻予約の一方当事者と情を通じた場合

第三者が内縁関係にある妻と情を通じたことから、内縁の夫の婚姻予約上の権利が侵害されたことを理由として慰藉料を認めた例がある。

〔91〕 大判大正8・5・12民録25輯760頁（内縁）

【事実】X男はA女と挙式の上、婿養子として同棲していたが、満州守備隊に出役中にY男がこれを知りながらAと情を通じて一子を儲けたことから、Xは名誉侵害による不法行為に基づいて慰藉料を請求した。原審は、X男とA女との婚姻予約につき、「Yニ於テモ之ヲ認メ尊重スル義務アルモノ」と判断し、「此義務ニ違反シタルトキハYニ慰籍料支払ノ義務アリ」とした。これに対して、Yは、つぎのように主張して上告した。婚姻予約は違約があれば損害賠償義務が発生するが、予約自体は強制しえないので、それまでは単なる一種の希望にすぎない。それ故、債権関係とはいえないが、債権関係の場合ですら、対人的な権利であるので、第三者による侵害はあり得ない。第三者がその一方と私通するのは道義上は許されないとしても、当事者間に婚姻が成立しない限りは夫婦としての権利も発生していないので、その権利侵害は生じない。

【判旨】（上告棄却）「按スルニ婚姻ノ予約ハ将来ニ於テ婚姻ヲ為スヘキコトヲ目的トスル契約ニシテ右当事者ハ其契約ニ因リ婚姻ヲ為スヘキ義務ヲ負担スルモ法律上之ニ対シ婚姻ヲ為スコトヲ強制スルヲ得ス然レトモ当事者ノ一方カ正当ノ事由ナク予約ニ違反シテ其義務ヲ履行セサルトキハ相手方ニ対シ其不履行ニ因リテ生シタル有形無形ノ損害ヲ賠償スル責アルコトハ当院判例ノ認メル所ナリ（大正二年（オ）第六一二号大正四年一月二十六日言渡判決参照）故ニ各当事者ハ相手方ニ対シ婚姻ヲ為スコトヲ求ムル権利ヲ有スルモノト謂フヘク唯強制ノ方法ニ依リ其権利ヲ実行スルコトヲ得サルノミ又各当事者ハ婚姻ヲ為スコトヲ強制セラレサル結果何時ニテモ予約ノ解除ヲ為スコトヲ得ヘキモノト解スルヲ相当トスヘク正当ノ事由ナクシテ之ヲ解除シタルトキハ亦如上ノ損害賠償ノ責任ヲ免レサルモノトス而シテ予約者ノ一方カ予約ヲ解除シタルトキ他ノ一方ニ婚姻ヲ為スコトヲ求ムル権利消滅スヘシト雖モ苟モ予約ノ解除セラレサル限りハ他ノ一方ハ此権利ヲ失フヘキ筋合ナク且ツ此権利ハ第三者ニ対抗スルコトヲ得ルモノトス何トナレハ凡ソ権利ハ形成権ノ如キ事実上他人ニ於テ侵害ヲ加フルコトヲ得サル性質ヲ有スルモノニアラサル限りハ親族上ノ権利ナ

ルト物権債権ノ如キ財産権ナルトヲ問ハス何レモ対世的効力ヲ有シ第三者ハ之ヲ侵害スルコトヲ得サル消極的義務ヲ負担スルモノナレハナリ（大正二年（オ）第四二五号大正四年三月二十日言渡当院判決大正三年れ第三三四五号大正四年三月十日言渡当院刑事部判決参照）故ニ第三者カ婚姻予約ノ効力存続中故意若クハ過失ニ因リ予約者ノ一方ヲシテ他ノ一方ト婚姻ヲ為スコトヲ得サラシメタルトキハ予約者ノ一方ノ如上ノ権利ヲ侵害シタルモノナレハ不法行為ニ関スル規定ニ従ヒ之レニ対シ其被リタル有形無形ノ損害即チ財産上ノ損害又ハ財産以外ノ損害ヲ賠償スルノ責アルモノトス原判決ノ確定シタル事実ニ依レハ上告人（Y）ハ被上告人（X）カ訴外内村チヨト婚姻ノ予約ヲ為シ婚禮ノ式ヲ挙ケ事実上ノ夫婦関係ヲ持續セルコトヲ知りナカラ被上告人ノ不在ニ乗シテチヨト私通シー子ヲ挙ケタルモノトス故ニ上告人ハ被上告人ヲシテ右私通以前ノ状態ニ於テチヨト婚姻ヲ為スコトヲ得サラシメ被上告人ノ婚姻ヲ為スコトヲ求ムル権利ヲ害シタルモノト謂フヘク之カ為メニ被上告人ハ其品位名誉ヲ傷ケラレ精神上ノ苦痛ヲ受ケタルモノト認メ得ラレサルニアラサルヲ以テ原裁判所カ被上告人ハ斯カル損害ヲ被リタリト認メ上告人ニ対シ慰籍料ノ支払ヲ命シタルハ相当ナリ」

本判決は、「民事連合部判決」を承けたうえて、「各当事者ハ相手方ニ対シ婚姻ヲ為スコトヲ求ムル権利ヲ有スルモノ」と断じて、対第三者との関係でも婚姻予約自体の保護を認めたところに、画期的意義がある。

ところで、「末川博」は、本件にいう貞操義務は、他女の行為の違法性を示すために説示されているものに過ぎないので、本来の権利義務と同性質であるかは、問うところではない、とする⁽¹³⁸⁾。たしかに、本判決の論理は、不法行為の「権利侵害」要件を厳格に解していた当初の大審院判決を前提とするものであるので、一見すれば、歴史的な意義を有するにすぎないように見えるが、それに加えて、判旨のいう双方の権利義務とは、当然のことながら、挙式同棲したならば、速やかに「届出をなすべきは当然である」という大審院判例の別の論理に繋がるものであり、これを媒介させるならば、そこに「届出義務」が観念されているといえるのではなからうか。もはや、妻にはいうまでもなく夫に対しても届出を期待できないので、夫が妻に対して「適法な婚姻関係」の形成を求めることは社会観念上

不可能となったものといえよう。本判旨は、かかる婚姻予約当事者間での「あるべき男女関係」を前提とした論理であるといえるので、単に不法行為の要件論のレベルでの議論にとどまるならば、判例の内在的な展開の契機を見落とすこととなろう。また、本判決は、実質的な被害法益についても、「民事連合部判決」を承けて、「品位名誉ヲ傷ケラレ精神上ノ苦痛ヲ受ケタルモノ」と説示している点を決して見落としてはならない。

なお、以上のような婚姻予約上の権利を絶対権として保護するという立場であるならば、単純婚約の場合でも、婚姻予約として保護されるのであるから、婚約当事者も同様の保護を享受しても不合理ではないであろう。

(イ) つぎの [92] 判決は類似の下級審裁判例であるが、その被害法益についても言及している。本判旨の事案は内縁の妻と情を通じた第三者に対する損害賠償請求事件であるが、一般に婚姻予約破棄責任によって保護される利益の中身を明確にした事例はすくない。単に精神的苦痛を慰藉するための損害賠償と説示されるのが普通であるが、この点を明確にしているので、夫婦間の予約不履行の場合でも基本的には妥当する論理であり、参考とされべきであろう。

[92] 熊本地判昭和4・10・26新聞3064号6頁（内縁）

【事実・判旨】X男は亡き妻の妹Aと挙式のうえ同棲した。Aはかつて女中奉公していたときに使用者Y（料理店経営）と関係があったが、Yとの関係を絶ち、郷里にもどりXと内縁関係にはいったところ、YはAを呼び寄せ再び関係をもってY方に同居させ、Xのもとに返そうとしないことから、XがYに対して慰慰料を請求した。判旨は、一男一女が婚姻の予約をなし内縁関係を結ぶことは法律上これを保護すべきものなること勿論にして、「之を豫約当事者の側より観察するときは当事者は将来夫婦たる身分を取得すべき社会上の価値即名誉を有すると同時に何人よりも其豫約上の権利を謂われなく攪乱せられざるべき権利即人格権を有す」るものであり、正妻のあるYがAと私通するがごときは、断じて許されない、とした。

(2) 親族が予約を破綻させた場合

つぎは、親族が内縁関係を破綻させたケースであり、その破棄責任を親

族（養父）が負うとされた。第三者が「事故」で内縁配偶者を死亡させるというケースでも、損害賠償請求は認められるが、これとは別のケースであり、婚約の場合にも、親が反対して破断したというケースが考えられるので、簡単に紹介しておこう。

〔93〕東京地判昭和4・11・29新聞3074号13頁（内縁）

【事実・判旨】X女はA男と大正13年9月に媒酌により婚姻予約をなし、結納をとり交わした。同月9日に神宮で挙式し、以来、Aの実兄である養父Y方で同棲した。大正15年8月に女兒を分娩した（ただし、間もなく死亡）。XとAとは結婚後互いに愛和していたが、YがAに辛く当たり（Yの妻もXに辛く当たっていたようである。）、結局は、XAの夫婦仲を裂き、その関係を絶つことを企図して、大正15年12月12日には、Xを媒酌人のもとに行かせたうえで、媒酌人にXを離別したと称して引き取り方を申し入れた。XはYとAに復帰を懇願したが、Yはこれに応じなかった。媒酌人がAの意見を求めたところ、Aは離別の意思も理由もないがYの意思に反すると機嫌を損ねることから、離別するものである、と告げた。その後、媒酌人がAに予約の履行を、Yには復帰方を懇請したが、いずれも拒絶された。Xは別訴でAに対して慰藉料を請求し認容されていたが、Yに対しても、慰藉料を請求した。判旨は、Aには離別の意思がないにも拘わらず、Yは実兄にして養父たる地位にありたることから、その離別を余儀なくさせ、離別の決意をやむなくさせたうえ、Aに協力してAをして婚姻予約を破棄させ、婚姻の成立を妨げたものと認められる、とした。慰藉料額は、Aの慰藉料額1000円などを考慮して、金500円としている。

4 いわゆる重婚的婚姻予約

ここにいう「重婚的婚姻予約」とは、正当婚姻にある当事者が第三者と婚約したり、または夫婦同然の関係を結んだりすることを意味し、一般に重婚的婚約ないし重婚的内縁と称される男女関係である。もっとも、婚約・内縁当事者が第三者と婚約をするような場合も考えられるし（二重の婚姻予約関係）、また、事情によれば、内縁当事者が第三者と夫婦同然の關係に入って、いわゆる二重の夫婦關係が形成できないわけではないが、当面は、これらの男女關係は考慮外とする。

従来の裁判例では、主として「重婚的内縁関係」が問題となっているが、この内縁問題は今日でも解決していない。この種の内縁の成否とその法的保護の範囲については、これまで多数の判例と研究業績が蓄積しているが⁽¹³⁹⁾、ここでは、婚姻予約の成否を軸として、初期の裁判例を検討することに限定する。

(1) 大審院の立場

(ア) 重婚的婚姻予約は、当然のことながら公序良俗違反となるので、この種の婚姻予約は無効とされる傾向がある。

〔94〕大判大正9・5・28民録26輯773頁

【事実】いわゆる内縁なのか婚約なのかは不明であるが、婚姻中のY男は、X女に対し、妻と離婚した後は結婚しようと申し入れ、Xがこれを承諾したうえ、その時期が来るまでXに一定額の扶養料を支払う旨の約束をした。Yが約束を守らないのでXが扶養料の支払を請求した。一審は認容したが、原審（浦和地判大正9・2・28）は、重婚的な「婚約」が90条違反であるかぎり、入籍までの扶養料の合意は、かかる無効な「婚約ノ維持ヲ目的トシ之ヲ内容ト為シタルモノ」であるので、これも公序良俗に反するとした（X敗訴）⁽¹⁴⁰⁾。

【判旨】（上告棄却）「婚姻ノ予約カ原則トシテ有効ナルコトハ本院従来ノ判例ノ示ス所ナリ然レトモ本件ニ付キ原裁判所ノ確定スル所ニ依レハYニハ配偶者アリテXモ其事実ヲ知レルニ拘ラス将来該婚姻ノ解消シタル場合ニ於テ互ニ婚姻ヲ為スヘキ旨ヲ予約シタルモノトススクノ如キ婚姻ノ予約ハ我國民道徳ノ觀念ニ照シ善良ノ風俗ニ反スル事項ヲ目的トスル法律行為ニシテ全然無効ナルモノト解スルヲ相当トス而シテ本件請求ノ原因タル甲第一号証ノ契約ハ原審ノ認定スル所ニ依レハ前示婚姻ノ予約ニ基キYカXト婚姻ヲ為シ入籍ヲ為サシムルコトヲ得ルニ至ルマテYヨリXニ扶養料ヲ給与スル旨ヲ約シタルモノニシテ右婚姻ノ予約ノ維持ヲ目的トシ之ヲ其契約ノ内容トスルモノナレハ該契約モ亦善良ノ風俗ニ反スルモノニシテ無効ト謂ハサルヲ得ス」

「穂積重遠」は、本判決の結論は正当であるとするが、婚姻予約の持論を振りかざしながら、本件は「純粹の婚約」の例であるが、この婚約の効力を否認する説示の前で、原則として婚姻予約が有効であると前置きすると、純粹婚約をも有効としているように判断されるので、それは将来にお

いて誤謬の種をまくようなものである、と手厳しく批判している⁽¹⁴¹⁾。穂積は、この当時では、内縁と婚約とを峻別し、婚約の保護を完全に否定し、また、「婚約有効判決」([11] 判決)を見落としていたからである。

一方、「我妻栄」によれば、本件契約は正当な婚姻関係を絶つことを目的とする契約であるので無効とされたものであるとされ、離別すれば一定の金員を給付する旨の契約は婚姻関係を永続させる目的の契約であるので有効とする判決例（大判大正6・9・3民録23巻1331頁）と比較検討されている⁽¹⁴²⁾。つまり、不倫関係を維持する目的の契約は無効であるが、断絶することを目的とする契約または維持とは無関係な契約では有効としているとする、我妻の判例評価の裏のケースとなっている。

ただ、事案との関係であるが、本判決は、「Yニハ配偶者アリテXモ其事実ヲ知レルニ拘ラス将来該婚姻ノ解消シタル場合ニ於テ互ニ婚姻ヲ為スヘキ旨ヲ予約シタルモノトス」と判示しているので、正当婚姻にある妻の存在を知ったうえで、その地位を取って侵害して、それに取って代わろうとする行為態様が、強く非難されている面がある⁽¹⁴³⁾。

なお、本件の男女関係については、内縁か婚約かについては、評価が分かれるが⁽¹⁴⁴⁾、それは別としても、原審は、婚姻予約という用語を一切使用しないで、「婚約」という用語を使用している。「唄孝一」らは、これに注目しているが⁽¹⁴⁵⁾、本書の立場からいえば、本件でのXYはまだ「正式」の結婚式を挙行していなかったことのほか、「扶養料の合意」をしていたので、たとい同棲があったとしても、法的には「婚約」段階と判断されたものと思われる。決して、婚約と内縁との区別を曖昧にするような判決例ではない。むしろ、「婚約・内縁」二分論を採用していた当時の裁判実務の当然の帰結であろう。

(イ) ところで、上記判決は重婚的婚約の例であり、この当時の同趣旨の例としては、非公式判例であるが、下記 [95] の大判昭和4・1・25（内縁事例）もおなじく無効論を採用している。すでに、当時でも、この種の

重婚的婚約・内縁が無効であることは確定した判例理論であったといえよう。ただし、婚姻していても、予約当時にすでに別居していたり（後の大判昭和12・4・8民集16巻418頁）、事実上離婚しておれば、有効となりうる可能性が残されていた⁽¹⁴⁶⁾。また、先述のように、大審院判例では、重婚的婚姻予約の相手方の善意・悪意の問題が潜在していたので、後述のように、下級審裁判例では、この種の問題が直接、争点となっている事例もある。

つぎの[95]判決は、重婚的内縁の無効論を前提とした上で、この問題の当否を曖昧にした原判決を破棄した例である。既婚男性と関係にある女性が男性の離婚後もそのまま従前の関係を継続していたことから、何時の段階で適法な婚姻予約が成立したのかなどの問題点が浮上している。

[95] 大判昭和4・1・25 評論18民234、都法2巻2号96頁⁽¹⁴⁷⁾

【事実・判旨】X女は、Y男と婚姻予約のうえ、大正9年から同15年3月ころまで、Y方で家事に勤め、内縁の妻として5年間同棲していた。ところが、大正15年旧正月にYは酌婦Aを落籍して自宅に引き入れ、Xをはなはだしく侮辱し、Xを同年旧3月に追い出して実家に立ち帰るのを余儀なくさせ、予約による「婚姻届出ノ義務ヲ履行シナイ」。そこで、原判決（水戸地判昭和3・7・19）は、婚約不履行を認めて、慰藉料については、当事者の地位や財産状態のほか、Xが5年間Yに仕えた事情などを考慮して、250円を認容。一審（水戸区判昭和2・6・6）では、Yが50円をXに交付して婚姻予約を合意解除したとの抗弁が認められたが（X敗訴）、原審は、それで全部が解決したことの証拠がないとして、かかる抗弁を排斥した。

ところが、Yは、上告理由ではじめて、つぎのような主張をした。当時、Yは他女と婚姻し、大正13年になって離婚したことは戸籍上明白であるので、Yとの婚姻予約は無効である。したがって、XYの関係は単なる野合であるので、正妻との離婚後、いつ婚姻予約が成立したのか不明であり、従前の私通を継続していたにすぎない。たとい、Yの離婚後に婚姻予約が成立したとしても、5年間の内縁を前提として慰藉料額を認定したのは不法である、と。

【事実】（破棄差戻し）「凡ソ正妻アル者カ他ノ婦ト婚姻ノ豫約ヲ為スモ其ノ豫約ハ公序良俗ニ反シ無効ニシテ法律上保護ヲ受クヘキモノニ非ラサルコト言ヲ俟タス」とした。証拠によれば、豫約成立当時Yに正妻がいたことを認めるに

足るにもかかわらず、そのことを釈明しないまま、その有無を判断しないのは違法であるとして、原判決を破棄した。

原審までは、重婚的内縁については、一切、争点とはなっていないので、その点に問題が残されるが、とにかく、正妻のいる者が婚姻予約をしても、それは公序良俗に反するものとして無効である、としたことは間違いない。現に原判決がこのことを曖昧にしている点も破棄理由になっている。

差戻審（水戸地判昭和5・3・20）では、重婚的内縁の無効論を前提としたうえで、Yが正妻と離婚したのちもXYの同棲が継続していたところ、かかる同棲は単なる私通関係に過ぎないので、これが婚姻予約となりうるためには、従来の私通関係を打ち切り更に婚姻予約の合意がなされて、その徴表が表れることが必要であるが、本件ではそのような事実は認められない、と判示した（X敗訴）。男性が婚姻中に他女と私通関係にあるときは、その離婚後になされた婚姻予約が有効となるためには、従来の私通関係を解消したうえで新たな合意が必要とされているので、漫然と従来の関係を継続していても、当然には有効とならないという趣旨と思われるが⁽¹⁴⁸⁾、この点は、大審院の判断ではなく、差戻審の独自の見解であり、その当否については、意見のわかれるところであろう⁽¹⁴⁹⁾。

問題は、内縁の妻の悪意・善意であるが、本判決からは、その間の事情を知ることはできない。上告理由では、XはYには正妻のいることを知りながら、Yの承諾もなくY家に入り、正妻ともども三人で同居していた、との記述がみえる。

（2）下級審裁判例の状況

下級審裁判例では、この種の重婚関係につき、どのように判断していたか。若干の例を具体的に検討してみよう。

（a）下級審裁判例も、重婚的な「婚姻予約」は、公序良俗に反するので民法90条により無効と解している。下記の裁判例は、たとい、予約当事者の

一方が善意であったとしても、無効とする。

【96】東京地判大正11・2・14新聞1961号8頁

【事実・判旨】「苟も既に配偶者ある者がさらに他女と婚姻の予約を為すが如きは客観的に公序良俗に反する事項を法律行為の内容と為すものなるを以て当事者が之を知ると否とに不拘当然無効なり」として、これに付帯する違約金の合意も無効とする。ただし、子の生活費の合意は有効として、夫に支払いを命じている。

【97】東京地判昭和3・4・30新報162号17頁

【事実・判旨】重婚は刑法上も処罰されるし、民法も一夫一婦制をとっているが、これは「我国古来の一夫一婦を理想とする美風を破壊するものとて謂ふべきを以て如斯意思表示は公の秩序善良の風俗に反する行為として民法90条により当然無効なるものと解するを相当とする」。妻が夫に正妻がいた事実をたとい知らなくとも、かかる予約の違法性を阻却させるものではない。

【98】那覇地判昭和4・2・12新聞3016号7頁

【事実・判旨】女性から男性に対する慰藉料請求事件である。「原告は妻ある被告に対し同人が其妻との婚姻解消の上互いに婚姻を為すと云うに外ならず元来婚姻の豫約は原則として有効なるは勿論なるも本件の如き豫約は実に道徳観念上善良の風俗に違反する事項を目的とする法律行為なれば民法90条の規定上無効なりと謂わざるべからず」

(b) ただし、先妻との離婚手続のみが遅延していたときには、有効とする例がある。

【99】名古屋区判昭和2・10・21新聞2774号15頁

【事実・判旨】X女とY男とが婚姻予約を締結した時には、Yは先妻とはまだ戸籍上は離婚していなかった。しかし、これには、Yが離婚届書を先妻に渡して、その手続を先妻に依頼していたが、当該届書が不備のため、差し戻され、更正のうえ提出されたので、戸籍上の記載が遅れたという事情があった。判旨は、以上のような事情があつてなされた婚姻予約は直ちには公序良俗に反するものとはいえない、とした。

5 不当利得・損害賠償等

(1) 妻の家事労働の評価

内縁の妻が夫の家のために家業や家事労働に従事していることが多い

が、このような場合に、その家の家産の維持増大に寄与したというならば、それなりの評価があっても不合理ではない。

(a) しかし、判例は一般的には消極的である。つぎの例では、不当利得として請求しているが、否定されている。

〔100〕 大判大正7・3・23第3民事部大正7年（オ）第87号 社研27巻5・6号 256頁（内縁）

【事実・判旨】 慣習上の挙式のうゑ7年5ヵ月間にわたって夫Aの家に同居した妻Xが、夫の父Yに対して、その間の労務の給付による損失につき、不当利得に基づいて返還請求をした事例である。判旨は、婚姻予約が成立したことを認めて、「XがY方に於いてYらと共同生活を営みたるは予約の内容たる将来正当の婚姻を為す可き事を目的として労務に服したるものなれば」、婚姻が成立しない結果、その労務によりYが利益をうけたとすれば、不当利得になることもあるが、他方、XはY方で家族としての待遇をうけ生活上万般の保護はYが負担しているので、婚姻予約のためなりといえども、事実上妻として婦人をむかえるは少なからずの経費の増加を来すので、「特殊の労務」に服して一般生活費を償ってあまりがあるならば格別、婦人の補助的労務によっては補完しえないのを通例とする、とした（X敗訴）。

(b) つぎの大正10年判決も、内縁夫婦は事実上夫婦同様の生活をなしたるものであり、「当事者双方共互に共同の利益の為に家事に従事したるものなれば」、妻の勤労に起因する不当利益返還請求権は成立しない、と判示している。

〔101〕 大判大正10・5・17民録27輯934頁（内縁）

【事実・判旨】 挙式後同棲の継続中になした妻の家事労働については、合意離別して実家に帰った場合には、その損失を不当利得としては請求できない。本判決は、「原判決ノ旨趣トスル所ハ元來夫婦カ同居スルハ専ラ夫ノ利益ノ為メニスルモノニアラス夫婦共同ノ為メニ之ヲ為スモノトス本件当事者ハ婚姻ノ予約ヲ為シ慣習上儀式ヲ挙ケ同居シ事実上夫婦同様ノ生活ヲ為シタルモノニシテ右夫婦同居ノ場合ト異ル所ナク当事者双方共互ニ共同ノ利益ノ為メニ家事ニ従事シタルモノナレハ其後双方合意ノ上婚姻ヲ為ササルコトナシ上告人（妻）カ実家ニ帰リタレハトテ上告人ノ右同居中ニ為シタル勤勞ハ全然其損失ニ歸シ」と判示した。

本件は、内縁夫婦に対して、いわゆる準婚的效果を認めた判決例と評されている⁽¹⁵⁰⁾。たしかに、挙式・同棲している内縁夫婦を婚姻夫婦と同視しているように思われる。しかし、婚姻予約論を前提としているので、内縁学説のいう純然たる準婚理論とはいえないであろう。むしろ、予約を前提としたうえで、夫婦の実質を述べたものと解した方が、自然であり無難でもある。

(2) 子どもの養育費

同棲中に夫の子を出産した場合には、それが当該夫婦間の子であるならば、その養育費を支払う義務があろう。

しかし、つぎの事例では、一時、実家にもどっていた間に妻が夫から養育を委託されたことを根拠として養育費と被服費を請求したが、その請求は排斥されている。

〔102〕 土浦区判大正8・6・23新聞1589号20頁（内縁）

【事実・判旨】 X女とY男は、大正5年4月中、媒酌により事実上夫婦としてY方で同棲し、大正6年5月5日、その間に一子を儲けた。Xの主張によれば、Yにたびたび入籍を迫ったが、Yは、これに応じなかった。Xは、Yの承諾のもとに実家で出産したので、Yにその旨を通知すると、Yは、嬰兒用の衣類を持参し、養育料被服料等については迷惑をかけないので、迎えに来るまで実家で静養する旨を伝えたことから、そのまま実家にいた。ところが、大正7年1月30日にY方に戻ると、態度が一変し虐待・暴力を受けたため、結局は、実家に逃げ帰った。そこで、慰藉料のほかに、養育料・被服費を請求した。判旨は、Xにも「元来性懶惰放縱なるよりY方に在りても農仕事に励まず家事を閑却し遊予徒に其日を送れる始末なるためYとの間和合せず延いて家庭の円満を欠くに至りたることを看取しうへく」として、相当の事由があるので、慰藉料の請求を排斥した。養育費等についても、Xにも養育する義務があるとしながらも、その費用をYに転嫁せしむべき法律上の根拠はないとして、これを排斥した。

(3) 慰藉料算定基準と斟酌事情

(ア) 慰藉料算定基準については、つぎの例が参考に値する。

〔103〕 大判大正11・10・20大正11年（オ）第730号判例集未登載（内縁）⁽¹⁵¹⁾

【事実・判旨】 原審（東京控判大正11・6・27評論11巻民法603頁）は、妻が単

に座睡の習癖を有し、とかく身体を健康を欠くということだけでは、正当理由にはならないとし、慰藉料の額について、「社会上の地位身分年齢および教育の程度その他諸般の状況を斟酌」して、金500円と定めた。大審院も原判決を維持している。

本件の大審院が、「女子として境遇上其ノ不幸大ナラストセス其ノ精神上ニ多大ノ苦痛ヲ感スヘキハ人情ノ常ニシテ」と判示し、その損害事実は証明不要の顕著の事実であるとしている点に注目しうるのであろう

(イ) 具体的な額については、当然のことながら、事案によってさまざまな結果になっているが、一般的には、500円前後程度の認容額が圧倒的に多い⁽¹⁵²⁾。しかし、中には、これを超える額や、より低額の認容額の例もある。ここでは、そのようなケースの斟酌事情に留意しながら、いくつかの裁判例を検討する。

(a) 相当程度に高額な慰藉料額を認容した例も散見される。

【104】千葉地判大正10・10・15評論10巻民1331頁（内縁）

【事実・判旨】婚姻の式を挙げ、一時別居したことがあるが、約8年の間予約を持続し、その間に男児と女児を儲けた。慰藉料は1万円が認容されたが、その他に、原告が50歳に至るまで寡婦として生活するための生活費のほか、男児が被告によって認知され、かつ引き取られるまでの養育費も請求した。判旨は、生活費については、被告が婚姻予約を履行しなくとも、他に配偶者をもとめることが可能であるので、必ずしも寡婦として一生を終わることにはならないとして、排斥した。養育費についても、子女の出生は「私通ノ結果」であり、「婚姻ノ予約ニ因リテ生シタルモノニト謂フヘカラサル」として、私生子は法律上の父ないし母が扶養すべきものであるから、原告がその私生子を扶養すべきは当然であるとして、これも排斥した。

婚姻予約を形式的に解釈した判決であり、また、内縁の「夫婦の実質」の意義が理解されていない。慰藉料は「1万円」という高額が認められているが、実質的には、生活費や養育費の補完的機能をもつものであろう。

【105】東京地判大正11・5・8評論11巻民641頁（内縁）

【事実・判旨】X女は、Y男と明治42年9月に慣習上の婚姻の儀式をあげて、大正10年1月5日まで約13年間同棲し、その間、何度も入籍方を懇請したが、Yは

態度を曖昧にし、正当な理由もなくして、これを拒絶したため、XはついにY家を退去した。Xは、その間、Y家の資産増大に寄与するとともに、Yの母の病氣看護等をしてきた。Xは、21歳の時にY家に嫁し、専心Y家につくし現在は30歳を過ぎて、婚期を逸している。「婚姻予約破棄せられたる例多しと雖も同棲13年の長きに渡り徒らに貞操を蹂躪せられ何らの理由なくして破棄せられたる事件の如きは蓋し稀なりと云ふべく之に対するX精神上の苦痛甚大なるべくして之が慰藉としてXの父弟の地位Xの教育程度XがY家に在りたる間の状況・・・Yが相当資金を有する点等」を斟酌して、金1万円の賠償請求は不当ではない。

【106】 東京控判大正10・6・8新聞1909号22頁（内縁）

【事実・判旨】 大正7年5月18日に挙式同棲。12月5日に実家に帰来中の妻にそのまま滞在すべきことを命じ、翌年4月6日に一方的に破棄する書面を交付した。当時、妻は26歳、同棲中に妊娠・出産した子は庶子として入籍。妻の実家は寺院の住職、妻は小学校教員。破棄当時、妻が妊娠中であり、「事の意外なるに驚き非常に煩悶したりとの事情」などを考慮して、金750円を認容した。

【107】 東京控判大正12・6・18新聞2194号13頁（内縁）

【事実・判旨】 大正10年4月中に婚姻予約が成立。同5年6月に挙式、同棲した。しかし、夫が、挙式当時以上の調度品を求めて、妻の実家と協議が成立しなかったことから、夫は妻を実家に送り届けたことによって、予約が破棄された。調度品不足を口実に破棄したことから、妻の実家の「社会的地位」と「妻の教育程度等」を斟酌して、金1500円とした。

【108】 東京控判昭和3・11・19新報172号19頁（内縁）

【事実・判旨】 大正15年4月16日に挙式し、同年5月5日まで同棲。同日に妻が実家に帰らせられた。慰藉料額については、妻の父が3万数千円の土地建物を所有していること、双方の父が商売をしていることやその年間売上高（妻の実家は年間4,5万円、夫の実家は一日千円をくだらないこと）、夫の父の営業成績が相当なること、妻が高等小学校卒後、実業女学校と裁縫女学校を卒業していること、妻が26,7歳の妙齢をもって挙式したこと、同棲わずか20日足らずで局部無毛症という虚偽の理由で離別されたことなどを斟酌して、金3000円とした。

【109】 東京地裁昭和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男から懇望されて、みずから廃業した上、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、同棲したが、間もなく、Yが他女と婚約・婚姻した（同年10月10日入籍）。慰藉料額については、YがXの処女性を疑って医師の診断をうけさせたこと、XがYと

離別後一児を出産して養育していること、一時芸妓をしていたが、現に廃業していることなどの事情から、金3000円を認容。ほかに出産費用494円余も認容。

(b) これに対して、認容額を制限した例もある。

【110】 東京控判大正10・6・25新聞1890号17頁（内縁）

【事実・判旨】 大正3年2月10日に予約締結して結納をとり交わす。同月17日に挙式し、以来同8年8月16日まで同棲。妻が病児の世話につき夫と姑から注意されたところ、家を出て夜遅く帰宅し、翌日、姑から再度注意されると、これに従わなかったので、夫が出て行けというと再度家出した。これが起因となり、妻の帰来を夫が拒絶して、破綻した。妻は、従前月給2円で雇われていたこと、予約の際、支度料100円と結納金30円が交付されたこと、破棄について、「妻にも軽からざる過失あるもの」として、300円を認容。

【111】 岡山地判大正13・3・30新聞2257号16頁（内縁）

【事実・判旨】 一般の男性が原告の場合には、「精神上ノ損害ハ、普通女子ニ於ケル如ク大ナラサルモノアルハ実験則ニ鑑ミ・・・」として、150円とした。

(c) つぎの例は、異常に少額の慰藉料しか認めなかった。

【112】 名古屋区判昭和2・10・21新聞2774号15頁

【事実・判旨】 X女とY男は、大正14年3月末ころ婚姻予約をなしたが、同年8月にYがXを苛責し、実家に立ち返らせた。復帰の要請を拒絶して、予約を正当理由なく不履行した。慰藉料額については、Yの資産は4,5千円程度、Xには資産なく、先夫との子ども、Yとの間の子ども、および母との4人暮らしであること、将来は産婆の資格を取る予定であったが、Yと情事関係を結んだ結果、その放棄のやむなきにいたったこと、Xは、一度婚姻していること、Yとは本件婚姻予約前に情交関係を結んでいたことなどの事情から、200円をもって相当とした。

(d) つぎの例は、内縁の妻が他男と情を通じたため内縁関係が破綻したので、その第三者に対する慰藉料請求事件であるが、つぎのように説示しているのが、興味深い。

【113】 盛岡区判大正7・5・30新聞1426号18頁（内縁）〔[34] 判決と同一判決〕

【事実・判旨】 「原告ハ今方ニ屈竟ノ壮年ニシテ前途有望ナリ偶々被告ノ不義背徳ニ因リテ婦人ニ見捨テラルルモ為メニ一生ノ不幸ヲ招ケカ如キ虞アルニ非ス即チ夫ノ孱弱ノ女子カ不徳ノ男子ニ其貞操蹂躪セラレタルカ如キ場合トハ頗フル其趣ヲ異ニスルモノアリ従ツテ其精神上ノ苦痛モ決シテ之ヲ深刻ナリト認

ムルヲ得ス故ニ此点及原告ノ一家及ヒ社会上ノ地位其他諸般ノ情況ヲ斟酌シテ其損害賠償ヲ金百円ナリト定ムヘシ」⁽¹⁵³⁾。

六 小括

以上、基本的には、「誠心誠意判決」が登場するまでの裁判例を中心として、実務において「民事連合部判決」がいかなる影響を及ぼしてきたか、ひいては婚姻予約有効論がどのように展開してきたかについて、いくつかの問題類型に区別しながら、それぞれ検討した。ここでは、次稿において「誠心員誠意判決」以降の裁判例をフォローするために必要な範囲で、以下、簡単にこれまでの推移・展開の成果を整理をしておきたいと思う。

1 婚姻予約の性質と通過儀礼の意義

(1) 「身分契約」としての婚姻予約

婚姻予約が「身分契約」であるとする立場については、大審院判決を含めて、この当時にほぼ固まったといえよう（[33]・[34]・[35] 判決）。ただし、「婚姻」自体とも異なるので、婚姻の消極要件は必ずしも必要とされていない。15歳程度であれば、意思能力があるので、婚姻適齢の要件は課されないし、両親の同意も形式要件としては不要とされている。ただし、婚姻意思が「確実なもの」と評価されるためには、二人だけの秘密裡の関係では十全ではなく、たとい当事者が夫婦となる旨の口約をとり交わしたとしても、なお私通関係とされることもあり（[40] 判決）、この意味において、「両親の同意」は、家制度下では、事実上は積極要件として機能している。

他方で、家制度下では婚姻に対する「戸主の同意」も軽視しえないものがあるので、婚約や内縁についても、これに反するならば、離籍・廃除になりうる可能性があったが（[48]・[49] 判決）、このことも、婚姻予約が

身分契約として位置づけられる要因となっているようにも思われる。

(2) 婚姻予約の成否と通過儀礼

大審院と下級審の裁判例に登場する夫婦ないし婚約当事者間では、そのほとんどは婚姻習俗に従って通過儀礼がなされている。「民事連合部判決」も、挙式同棲する夫婦を前提として立論していた面もあったし、その後の大審院判決には、夫婦間の争いではないが、「相當ノ儀式」をあげ、「夫婦の実体」があることを内縁夫婦の認定において重視する例もあった（大判大正11・6・3民集1巻282頁）⁽¹⁵⁴⁾。さらに、大判昭和4・3・1（新聞2976号15頁）は、夫が他女と「婚姻ノ式ヲ挙ケテ内縁ノ夫婦関係ヲ結ビタル」ことから、重大なる侮辱を理由に正妻からの離婚請求を認めた事案であるが、ここでも、重婚の内縁関係の成立事情として、「挙式」が指摘されている。

しかしながら、他方で、大審院判決は、婚姻予約の成否につき、儀式の挙行ではなく単に「婚姻意思」の有無のみで判断しようとした（[36] 判決参照）。ただし、具体的な事案を見ると、「夫婦約束」（私的了解）に加えて、諸般の事情から社会的に承認された「夫婦の実体」があるものと評価されている。下級審裁判例でも、継続的な同棲の事実により「事実上の婚姻」を推認している例が見られる（[42] 判決）。

ところが、「単純婚約」事例では、そのような判断指標がないので、いきおい形式的な通過儀礼に頼らざるを得ないこととなる。単なる夫婦となる旨の口約のみで、「婚約」の成否を判断することは、容易ではないからである。実際、「樽入れ」などの儀式が重視されているし（[37]・[38] 判決）、さらに大正14年の東京控訴院判決（[39] 判決参照）は、結納が授受された事実をもって、「婚姻予約が確実に成立した」ことを認定している。

したがって、たとい性的関係（情交関係）があっても、これだけでは決め手にはならない⁽¹⁵⁵⁾。それは内縁の成否に「同棲」が重要性をもつのと比肩するほどの考慮事情にはなっていないように思われる（[40] 判決を参照のこと）。

この当時、「横田秀雄」は、上記のことを明確に認識した上で、「結納」等の通過儀礼の重要性を指摘していた。婚姻予約は「身分に関する契約」であり、合意だけでは何時成立したかが不明なことが多いので、原則として、「結納」の時に成立するとして、このような儀礼が必要であると考えていたのである⁽¹⁵⁶⁾。すでに検討してきた裁判例に対する横田理論の強い影響力が見られるであろう。加えて、かかる儀礼のない場合でも、社会観念上、「婚姻ヲ為サントスル真意ノ確定シタル以上」は、婚約の成立を認めても、何ら支障がない、としていた⁽¹⁵⁷⁾。このような「真意」とか「確定的な意思」とかの判断指標についても、後の裁判例、ことに「誠心誠意判決」にも強い影響を与えているように思われる。

一方、「穂積重遠」も、「社会的に認められた形式」（結納など）による婚約と単なる「夫婦の約束」を区別した上で、後者の口約による予約の拘束力については、やや消極的に解していた⁽¹⁵⁸⁾。下級審裁判例でも、基本的には通過儀礼が婚約の成否の判断を左右しているといってもよい⁽¹⁵⁹⁾。

そこで、「秘密裡の男女関係」のケースでは、何をもって私通と判断するのか、微妙な場合もある（大審院【40】判決を参照）。一方、夫婦同然の継続的な同棲がなされても、いわゆる「妾関係」と判断されると、それ自体は公序良俗に反するので、この種の男女関係はいつ破棄されても、慰料請求の問題は生じない。もともと婚姻意思が欠落しているので、一応は、婚姻予約との区別がさほど困難というわけではない。

問題は、通過儀礼が何故にかくも婚姻意思の認定上重要性をもつのかということであろう。それは、単なる当事者間の合意だけでは、証拠法からみて、真意とか確定意思とかの認定が困難であるということだけではないように思われる。明らかに、家ないし両親の同意のもとでの合意こそが、そうした真意とか確実性とかを認定しうるものとなるからであろう。そうだとすれば、婚姻予約の成立は、当事者間の合意を核としながらも、家的ではあるが集団的な合意によって担保され、それがひいては「社会的な承

認」につながっていたことが判明する。

それ故、通過儀礼を践むことによって「社会的な承認」のある婚約・内縁をもって、原則的な婚姻予約と考えられていたと評価することが可能となろう。そのような社会的承認が欠落しているが、なお当該男女関係を保護するべきであるとの価値判断がなされたケースもあり、この種の男女関係、ことに秘密裡の男女関係のうちで、いかなる考慮事情が、そうした婚姻予約の成否につき、重要性をもつのか、このことを可能な限り、明らかにすることが、次稿での課題となる。

なお、戸主の承諾のもとに挙式同棲して婚姻予約が成立したならば、戸主は「婚姻の届出」についても、同意を与えたものと解した大審院判決例〔50〕判決〕があるが、その理由として「結婚式ハ男女ノ合意ヲ象徴スルモノ」としていることが、ここで特筆されるべきであろう。

2 婚約と内縁との区別

以上の裁判例をみた段階ではあるが、法的にも婚約と内縁とは明確に区別された上で、その成否の可否が論じられているといえよう。樽入れや結納の段階の男女関係は、内縁とは考えられていないからである。東京控訴院〔38〕判決は、樽入れがなされている婚約事例につき、「婚約当事者双方ハ正当ナル事由ナキ限りハ該予約ニ基キ誠実ニ婚姻ヲ為スヘキ義務アルヤ勿論ナリ」としている。「内縁的なものから婚約的なものへの連続体」なる観念については⁽¹⁶⁰⁾、強いてこれを強調する必要性はないように思われる。

さらに「民事連合部判決」直後の大審院判決〔75〕でも、結納返還請求事件であるが、原審も大審院も明確に「婚約」について明言していることを決して見落としてはならない。また、未公表判決であるが、婚姻予約の合意解除の有無などが問題となった大審院判決〔81〕でも、婚約事例につき「婚約」ないしは「婚姻予約」という用語を使用している（本件の

裁判長は第1民事部の「田部芳」である)⁽¹⁶¹⁾。

一方で、大審院は、この当時すでに、内縁の概念についても、「民事連合部判決」を承けて、いっそう明確に概念把握するに至っている。大正5年の[48]判決では「内縁関係」という用語が使用されている。大判大正10・3・2(民録27輯395頁)は、内縁の夫が亡妻の家督相続人の選任に関する利害関係人(旧法944条)に該当するか否かが問題となった事案で消極判断をしたが、亡妻と「事実上ノ夫婦関係アリタルノミニテハ」と説示していた。また、大判大正11・6・3(民集1巻282頁)は、「未タ婚姻ノ届出ヲ為サルモ相當の儀式ヲ挙ケ夫婦ノ事実存スル場合には」、夫婦の一方は他方に対し扶養義務があるので、民法310条にいう債務者の扶養すべき者に含まれるとした。前者の判決の一審・原審は、「内縁」という用語すら使用していた。昭和期に入っても、内縁関係の破棄事例ではないが、「内縁ノ夫婦関係ヲ結ビ」とした例が登場している(大判昭和4・3・1新聞2976号15頁)⁽¹⁶²⁾。

「民事連合部判決」登場後の大正時代から昭和期にかけて、大審院はすでに「婚約」といわゆる「内縁」とを明確に区別していた事実が明らかになったが、これは、民法施行以前の大審院判例の推移からみても、当然のことであって、ことさらに強調すべきことではないかもしれないが、今日でも「婚約・内縁」二分論に異を唱えたり、二分論を曖昧にしたりする学説が少なくないので、あえてここで再度確認した次第である。

3 非婚および妾関係

夫婦同然の継続的な同棲がなされても、いわゆる「妾」関係と判断されると、それ自体は公序良俗に反するので、この種の男女関係については、一方的に破棄されても慰養料請求の問題は生じない([44][45][46]判決)。なかには、妾契約に際して、儀礼がなされている例([46]判決)すら見られるが、いずれにしても、かかる当事者間には、もともと適法な

「婚姻意思」が欠落しているので、一応は、婚姻予約との区別がさほど困難というわけではない。妾関係は、前近代的な婚姻法を象徴する男女関係であり、わが国では、永い沿革もあって、民法典施行後でも、既存のものは温存されるとともに、「嫡母庶子制度」は、これを反映したものであったことから、もともと容易には解消しない男女関係なのであろう。

戦後の最高裁判決例（最判昭46・10・28民集25巻7号1069頁）でも、この種の愛人関係にある男女での建物の贈与履行につき、それが不法原因給付となる否かが問題となった事案で、「いわゆる妾関係継続の合意」と説示したものがあり、この種の男女関係のタイプの内実は客観的にも婚姻関係とは相当程度の落差が見られる。区別が困難となるのは、この種の妾関係が継続して夫婦の実態がこれに移行する半面、正当婚姻の側に形骸化の兆候がみられるようになった場合であろう。

これに対して、問題となるのは「秘密裡の男女関係」のケースであり、すでに微妙な判断をした大審院判決（未公表判決 [40]）が登場している。通過儀礼がなされていないことから、この種のケースの男女関係については、社会的承認を欠き、ひいては当事者間の生活関係から婚姻予約の確実な合意を析出し得なかったものと思われる。この種のケースは、将来とも、裁判所を悩ませることとなるが、この問題は、後の「誠心誠意判決」の章で再検討する。

4 婚姻予約上の権利義務

「民事連合部判決」を承けて、大審院判決 [91] は、「当事者ハ其契約ニ因リ婚姻ヲ為スヘキ義務ヲ負担スル」ことを認めるとともに、「予約者ノ一方カ予約ヲ解除シタルトキ他ノ一方ニ婚姻ヲ為スコトヲ求ムル權利消滅スヘシト雖モ筈モ予約ノ解除セラレサル限り、ハ他ノ一方ハ此權利ヲ失フヘキ筋合ナク且ツ此權利、ハ第三者ニ対抗スルコトヲ得ルモノトス」とした。本件訴訟は内縁事例で、妻と私通関係を結んだ第三者に対する不法

行為責任を問うものであるが、その前提として、婚姻予約者双方は互いに婚姻をなすべき権利義務の関係にある、という趣旨を明らかにした。この「婚姻を求むる権利」とは、具体的には、おそらくは、婚姻届出をすることによって正当婚姻を作り出す権利を指すものと解釈して大過ないであろう。この判決の当時では、いまだ誠実に婚姻生活の平穩を維持することの利益や内縁夫婦としての生活利益には、権利性が認められていないからである。実際、この大審院判決は、内縁の妻が他男と情を通じたことから、内縁の夫をして、私通以前の状態に於いて「妻と婚姻を為すこと」を得ざらしめた、と説示していた。実質的には「夫婦の排他的な性関係」を保護することにつながるとしても、準婚学説のように⁽¹⁶³⁾、それを前面には押し出していない。予約当事者間での婚姻予約有効論を前提としたうえで、第三者との関係でも、当事者的関係を保護するために、そうした権利構成を工夫したものといえる。むしろ、準婚理論では、内縁関係の継続を拘束する法的な鎖は何もないので、「関係離脱の自由」が認められ、妻が他男と情を通じれば、その時に内縁は自然に解消することとなるらざるを得ないので、夫が妻に責任を問うのは格別、他男にまで不法行為責任を問うことの法的根拠は希薄ではないか。

ともあれ、ここにいう「婚姻を求むる権利」とは、届出によって婚姻を完成させることにほかならないので、具体的には「届出をなすべき義務」を前提としたものと解釈するしかなかろう。むろん、だからといって、婚姻届出請求の「判決」のみは可能であるというような形式論をしようとするのではない⁽¹⁶⁴⁾。

5 婚姻予約と「届出義務」

上記4で述べたように、「婚姻を求むる権利」とは、基本的には「届出義務」と同義である旨は、すでに、前稿でも明らかにしたように、大審院判決を含めて裁判例の一般的傾向であることについては、具体例を挙げて詳

論した。ここでも、それらの裁判例に加えて、なお念を入れるために、さらにいくつかの裁判例を参考資料として補充しておこう。

婚姻予約の性質論との関連で、[34] 判決は、「互ニ信義ヲ守リテ相当ノ時期ニ正式ノ婚姻ヲ成立セシムルコトヲ勉ムヘク」と説示している。また、内縁破棄の正当事由の考慮事情との関連であるが、「入籍手續ヲ峻拒シタルカ如キ場合」を重視する裁判例もある（[35] 判決）。

東京控訴院 [38] 判決は、婚姻予約の成立したことを認めただうえで、「誠実ニ婚姻ヲ為スヘキ義務アルヤ勿論ナリ」とし、「予約ノ履行ヲ拒絶シ爾来婚姻ノ届出ヲ為スニ至ラサリシハ本件当事者間ニ争ナシ」とする。

大審院判決 [55] では、内縁関係を一方的に破棄した夫が、妻が求めた入籍の手續に応じなかったのは自分の父であり、自分は一切これに関与していないと争ったが、原審は、「父母の家にある若年の男女が婚姻を為すに至りその届出手続等の交渉に付き父母を以て代理せしむるを通常とする事例に鑑み」れば、本件の父は夫を代理していたものであるとし、大審院もこれを是認している。ここでは婚姻届出の手續の履行に際して、夫の父母が登場していることを銘記しておかねばならない。

東京控訴院の [61] 判決でも、妻が「届出の履行を催促した」うえで、不履行ゆえに予約を解除しているが、本判決はこれをそのまま是認している。一方、[65] 判決の事案では、妻に逃げられた夫が、帰来てくれれば「入籍」する旨を申し出ている。これは、内縁関係を維持する上で、当時の夫婦間では「入籍」問題がいかに重要視されていたかを物語るものであろう。

したがって、法制度の桎梏からなされる「やむを得ない内縁」というよりも、むしろ「夫側の都合による身勝手な内縁」である。同様に大審院判決 [84] でも、妻の帰還を求める夫が入籍手續を約束したうえで、不履行について違約金の支払いを合意している。大審院がこれを暗黙のうちに有効としたものであるならば、まさしく「届出義務」を認めたことと同義

であろう。大審院 [80] 判決では、一方的に破棄した夫側が「婚姻届出を出さないことは妻も了解済みである」との反論をしているが、このような主張は排斥され、婚姻予約の不履行があるとされている。ここでも、内縁夫婦間では、婚姻届出をしないこと自体が非難されていると考えて大過ない。

なお、婚姻予約が成立したにもかかわらず、「結婚式」の挙行を理由もなく拒絶する例もあるが、このケースでは、差し当たっては、当時の婚姻習俗のもとでは「挙式」自体を誠実に履行することが、「婚姻予約上の義務」となる ([39] 判決)。

6 その他の問題

(1) 正当理由

「正当理由」については、「家風に合わない」という事情だけで内縁が破棄されているケースが目につくが ([59]・[60] 判決のほか、大審院判決 [79]・[80] も参照のこと。)、これと実質的には同様に、夫婦当事者では円満な共同生活が営まれていたにもかかわらず、両親等の親族が夫婦仲を裂いているケースもみられた。双方ともにこれといった有責性が認められない場合では、結局のところ、賠償責任がないとされざるを得ないであろう ([73] 判決)。当事者間では、「性に合わない」という事情も、「媒酌結婚」であるがゆえに、自己開示が不全のままに終わったことによることが要因と思われるが、結局のところ、それは届出婚制度の意義を熟知したうえでの「身勝手な内縁破棄」でしかない。この種の事例では、問題のある裁判例も散見されたが (たとえば、大審院 [54] 判決を参照)、裁判所は概ね妥当な判断をしてきたように思われる。

「正当理由」の証明責任については、これを論点とした判決例はみられないようである。民事連合部の「婚姻予約有効判決」が「違約」構成を採っていたが、このことから、直ちに挙証責任を論理演繹し得ないとして

も、一般に裁判例では、婚姻予約の成立事情と破棄の事実の主張・挙証責任は原告が負担しているのに対し、被告側が不履行につき正当理由がある
と反論・抗弁しているので、被告に証明責任があることは明らかなように
思われる⁽¹⁶⁵⁾。ことに、大審院「婚約有効判決」〔11〕判決参照〕の差戻
審では、女性側が婚約不履行の事実を認めたことから、男性の請求がその
まま認容されているので、このことから判断しても、判例は、正当理由の
挙証責任を被告側に負担させてきたと考えて大過なからう。

(2) 重婚的内縁・婚約

すでに、「重婚的内縁・婚約事例」が登場している。「妻と別れて結婚す
る」とは、古今東西、関係を結ぶ際の決まり文句でもあるが、判例では、
この男女関係は公序良俗違反になるので、たとい一方的な破棄があっても
他方は保護を享受しない（大審院〔94〕〔95〕判決）。下級審裁判例では、相
手方の善意・悪意を問わないした例があるが（〔96〕〔97〕判決）、大審院判
例では、相手方が悪意のケースが問題となっている（〔94〕判決）。学説で
も、善意者との関係および第三者（内縁私生子）との関係では有効である
とする有力な見解があった⁽¹⁶⁶⁾。

なお、判例によれば、重婚的な男女関係は私通となるが、その私通関係
継続中に男性が離婚したケースがある。この場合には、離婚によって当
然に保護される内縁となるのかにつき、消極判断を示した例がある（〔95〕
の差戻審判決）。今日では、正当婚姻が形骸化すれば、不倫関係も重婚的内
縁として保護されると解されているが、この当時では、いまだそのような
見解には達していないこととなろう。一方、正当婚姻の離婚届出が形式不
備で遷延していただけであるならば、内縁として保護されるとした例があ
る（〔99〕判決）。

ところで、この種の男女類型と似て非なる関係に「妾関係」があり、こ
の場合にも、通常、二重の男女関係が形成されているので、重婚的婚約・
内縁関係と酷似した側面もなくはないが、もともと「婚姻意思が欠落して

いる」ので、理論的には上記の場合とは明確に区別されるべきであるところ、実際上は不分明なケースもある。かかる男女関係も、いうまでもなく公序良俗に反すると解されているが、この種の事例では、婚姻関係にある妻が夫に対して提起した名誉侵害（不法行為）による慰藉料請求を認容した事例がある⁽¹⁶⁷⁾。重婚的内縁・婚約の当事者間でも、かかる不法行為責任を認めることが可能であろう。ただ、実際上は、婚姻予約の不当破棄による損害賠償として処理されることとなろう。

(3) 慰藉料額

「慰藉料額」については、女性が請求する場合には、平均的な基準としては500円前後が多いが、ここで紹介した裁判例では、たとえば、1000円（[61] 判決）、1500円（[107] 判決）、2000円（[59] 判決）、3000円（[64]・[109] 判決）のほかに、1万円（[104]・[105] 判決）を認容した事例もあった。これに対して、男性側からの請求では、たとえば、100円（[113] 判決）ないし150円（[111] 判決）とか、200円（[112] 判決）とかの額に限定される傾向が見られる。もっとも、[38] 判決は800円の慰藉料のほか、逸失利益も認容している。

(59) 中島玉吉「婚姻ノ豫約」京都法学会雑誌10巻6号6-7頁（1915年・大正4年）。

(60) 一審（山口地判大正7・7・19）と原審（広島控判大正8・1・30）の判決については、それぞれ唄孝一・佐藤良雄「判例における婚姻予約（4）——未発表資料を求めて」都法2巻2号87頁、.91頁（1962年）を参照（本資料は唄・佐藤らの共同討議によるものとされ、執筆主体が「東京都立大学家族法研究会」となっているが、ここでは便宜上、唄・佐藤と略した。）。なお、唄らによれば、本件男女関係は、男性の年齢が低い、婚約ではなく、試婚的なものから準婚的なものへ移行しつつある段階とみてよいとする（同95頁）。

(61) 穂積・前掲注（15）「婚姻豫約有効判決ノ真意義」6・17頁。

(62) 曄道文藝「民法判例批評（40）97婚姻豫約ノ法律上ノ性質及婚約能力」法学論叢2巻6号117-8頁（1919年・大正8年）は、本判決が婚姻豫約の性質を曖昧にしているとして、持論である債権契約説を採ったうえで、婚約は婚姻とは全く別個の契約であるので、婚姻適齢の規定は婚姻豫約には適用されないとして、その限りで判旨を評価している。同「所謂婚姻ノ豫約ノ大審院判決及ヒ其論評

- ニ就テ (1) (2)」(立命館学誌9号1頁、同12号1頁、1917年・大正6年)でも、ドイツの議論やわが国での議論に言及しながら、身分契約説を批判している。和田宇一『婚姻法論(第3版)』(大同書院、1926年・昭和4年)721-5頁も同旨。
- (63) 横田秀雄・前掲注(41)「婚姻ノ豫約ヲ論ス」は大正10年に公表されている(なお、そこにいう「秀男」は誤謬であるので、訂正する。)
- (64) 大正10年11月19日法曹會決議要録上巻497頁によれば、「婚姻の豫約は将来婚姻を為さんとするの契約にして、身分契約の成立を目的とするものなれは一種の親族法上の契約にして債権契約にあらずるを以て、債権契約又は財産契約に関する法律行為を前提とする規定は之か適用を受けざるものとす」とされている。
- (65) 小石・前掲注(16)「内縁(1)」27頁と29頁を参照。
- (66) 中川善之助『日本親族法』(日本評論社、1935年・昭和10年)180頁は、婚姻も「身分法的合意」とし、また、同39頁は、内縁につき、届出がなくとも婚姻の実態が不完全であるとはいえないので、要式性のない身分行為であるとする。永田菊四郎『内縁と私生子(改訂版)』(巖澤堂書店、1943年・昭和18年)30-1頁も「婚姻類似の身分的契約」とする。於保不二雄「判例研究」(大判昭和15・7・6民集19巻14号56頁)『家族法と家庭裁判所』(日本加除出版、2008年)379・384頁[初出、法学論叢44巻1号、1941年・昭和16年]は、大審院は明確には身分契約につき述べていないが、「身分行為の法理をもって解決すべき時にまで来ているのではあるまいか」とする。これに対して、谷口知平『日本親族法』(弘文堂、1942年・昭和17年)220頁は、内縁についても、法律上は「全くの他人」として取り扱われるので、婚姻予約は身分的な性質を有しないとす
- る。
- (67) ちなみに、唄=佐藤・前掲注(60)「判例における婚姻予約(4)」94頁は、本件の先例価値的規範を問題として、17歳を超えた段階の破棄事例であることに注目し、17歳未満で破棄した場合までは包含しないとも考えられるとし、「婚姻適齢に達しなくてもその結んだ婚姻予約は有効である」といえるか、疑問が残るとする。しかし、判旨は、15歳程度でも予約締結の意思能力があると明言しているのだから、そのような疑問は理解しがたい。むしろ、17歳で破棄したのだから、なおのこと破棄責任は免れないとしたものであろう。そのように読むのが自然である。
- (68) 本件の原判決のほか、本判旨の論評については、唄・佐藤「判例における婚姻予約(26)」(佐藤・関執筆)都法15巻1号241頁以下(1974年)参照。判決理由のみは、評論8巻民283頁に収録されている。
- (69) 中川・前掲注(66)『日本親族法』278頁、谷口・前掲注(66)224頁、高梨公之「内縁の成否と儀式」家族法判例百選(新版)14頁(1973年)、国府・前掲注(16)8頁、二宮・前掲注(2)『判例総合解説』16頁、佐藤・前掲注(4)『婚姻予約・認知』84頁など。これに対して、唄=佐藤・前掲注(68)「判例における婚姻予約(26)」244頁以下、唄・前掲注(7)207頁・208頁注5は、持論

の男女関係の形態の「連続体」という視点から、婚約でも内縁でもない男女関係（「非婚」）ではないか、という疑問を述べている。

- (70) 唄＝佐藤・前掲注 (68)「判例における婚姻予約 (26)」256頁は、本件男女関係を「非婚」という評価の伏線とする趣旨と思われるが、Y男は「婚姻予約に関する合意」ないし結婚の「約諾」を否定したものと思われる、とする。また、同257頁では、いずれ妻として貰い受ける趣旨の事実が「上告理由にあらわれる事柄にすぎない」とし、原判決ではこの事実は認定されていないとしているが、これは形式論にすぎるように思われる。この事実は上告理由で夫が「自認」していたものであるので、原判決でも、そのような事実は当然に前提とされていたものと思われる。また、原判決からも、夫は「結婚の合意」をしたことを前提としたうえで、儀式や両親の同意の有無を争点とし、そのような事実がない関係を「私通」として抗弁したものと思われる。そうでなければ、「夫婦としての交情」の存在を認定することが著しく困難となろう。なお、次注 (71) の中川の解説を参照のこと。
- (71) 中川善之助「婚姻儀式 (5)」法協44巻6号1103-4頁 (1926年・大正15年) は、男性側の証拠方法をみると、女は必ずしも男の妻として同棲してきたという点については、極めて薄弱であり、「社会的に果たして婚姻関係なりと謂い得るやは尚ほ多大の疑問の様にみえるが、恐らくは判決の事実摘示の文字以上に両当事者の関係は謂はば婚約的であったのであろう」とする。なお、中川は同時に社会的にも儀式の意義が希薄化してきたことを指摘している (同1104頁)。
- (72) 佐藤・前掲注 (4)『婚姻予約・認知』90頁は、かかる大審院の立場は「一般の常識に反するものである」とし、裁判例は合意のほかに儀式や情交関係・同棲の事実を予約成立の指標として掲げてきたという。すでに、岩田・前掲注 (16) 257頁も、婚姻意思是外部にはあらわれないので、実際上の基準にはならないとしていた。
- (73) この問題は、二宮・前掲注 (2) 17頁以下参照。
- (74) 佐藤・前掲注 (4)『婚姻予約・認知』93頁。
- (75) ちなみに、佐藤＝関・前掲注 (50)「判例家族法の再検討 (5)」286頁は、本件の当事者は、前記の儀式不要判決を参照することができなかったものと推察している。佐藤・前掲注 (4)『婚姻予約・認知』91-2頁も、その可能性を指摘する。
- (76) 佐藤・前掲注 (4)『婚姻予約・認知』182頁。
- (77) 周知のごとく、明治初期の「新律綱領」が妾を二親等と定め、同8年2月の太政官指令は、妾として夫方戸籍への入籍方法を指示したが、間もなく「畜妾」制度が廃止された。その制度史はしばらく措くとして、妾に関する裁判例を研究する著書としては、村上一博『日本近代婚姻法史論』(法律文化社、2002年) 105頁以下が興味深い。たとえば、入籍されていない「事実上の妾」の法的地位はどうかという裁判例や、民法典施行後の妾契約の有効・無効論などに関して、未公表を含む数少ない裁判例を分析している。本稿にとって重要と思われる

る例は、民法施行後の妾契約を必ずしも公序良俗違反とはいえないとして「一種の雇用契約」と評価したうえで、その給料の支払いを命じた下級審裁判例である。ほかに、妾を「一種の雇人」として「証人」の資格を否定した大審院明治26年6月15日刑事判決もある。後者は本稿にとってはあまり意味がないものであるが、いわば「雇い人」の立場にあることが重要な判断の指標となっている事情を窺知しうる。これらの判決については、村上・同152頁、150頁を参照のこと。

- (78) 大阪地判昭和3・7・25新聞2889号14頁。X女は、夫Yが妾Aとの関係を絶つことを条件として、Aの産んだ子を引き取り、これを養育した。XはYに対して重大なる侮辱を受けたとして、Yに対して不法行為に基づいて損害賠償を請求したところ、判旨は、「婚姻外ニ於テ之ニ類スル共同生活を目的トスル所謂妾ナル私通関係ハ、之ヲ容認スルコトヲ得ス。・・・婚姻ノ存続中夫カ妻以外ノモノヲ所謂妾ト為シ、之ト私通関係ヲ継続シテ、妻を顧ミサルカ如キハ、当ニ善良ノ風俗ニ背クノミナラス、妻ノ名誉ヲ害シ、之ヲ侮辱スルコト甚シキモノト謂ハサルヘカラス」として、Xの請求を認容した。本件については、岩田・前掲注(16) 66-7頁も参照のこと。
- (79) ちなみに、民法施行前の妾関係が施行後も温存されると解する立場もある、和田・前掲注(62)『婚姻法論』112頁は、民法施行法62条が施行の際「家族たる者」は施行後は家族たることを得ざる者といえども、これを家族とする、と規定しているので、「妾として一家の家族たりし者」は施行後も家族資格を失わない、としている。
- (80) 岩田・前掲注(16) 66頁。これに対して、一時的な性的関係が私通であり、継続的な性的関係が妾関係である、とする見解もある。穂積重遠「妾」法律学辞典4巻2620頁(1936年・昭和11年)、永田・前掲注(66) 21頁。
- (81) 岩田・前掲注(16) 68-9頁。
- (82) 佐藤・前掲注(4)『婚姻予約・認知』147頁。
- (83) 佐藤・前掲注(4)『婚姻予約・認知』138-140頁。
- (84) 佐藤・前掲注(4)『婚姻予約・認知』147頁、153頁
- (85) 岩田・前掲注(16) 60-1頁も、本件を解説するが、とくに批判はしていない。
- (86) 家制度と旧婚姻法下での「戸主の同意」の法的意義については、差しあたり、西村信夫『戦後日本家族法の民主化(上巻)』(法律文化社、1978年) 208頁を参照のこと。
- (87) この事件については、佐藤・関・前掲注(35)「判例家族法の再検討(4)」社研27巻1号120頁(1975年)。控訴審判決である名古屋控判大正5・6・10明治43年(オ)348号事件については、唄・佐藤「判例における婚姻予約(2)」都法1巻2号134頁(1961年)、同差戻審の東京控訴院大正8年1月20日大正6年(ネ)55号事件については、唄・佐藤「判例における婚姻予約(3)」都法2巻1号155頁(1961年)。唄は、Xが敗訴した要因(主要な動機)は、同控訴院判決が指摘

- する「非行」にあり、単に戸主の同意の欠如だけではなかったと推測し、その非行の中身はX夫婦の起こした悪質な詐欺事件であるとしたうえで、その旨を報ずる当時の新聞記事も掲記している。なお、再上告審判決（大正8・6・23）については、唄・佐藤「判例における婚姻予約（27）」（佐藤・関執筆）都法15巻2号255頁以下（1975年）に収録されている。本判決が新聞報道の真実の有無に関わらないとしている点が新たな論点とする（同266頁）
- (88) 本判決については、唄・佐藤「判例における婚姻予約（28）」都法19巻2号217頁（1979年）。原判決の「事務管理」論を是認している。佐藤・前掲注（4）『婚姻予約・認知』175-178頁も参照。
- (89) この法定推定家督相続人廃除請求事件は、佐藤・前掲注（4）『婚姻予約・認知』185頁に収録されている。
- (90) 穂積重遠によれば、原審の判断は、当時の下級審裁判例が分家に対する戸主の同意と「分家届出の同意」とを区別していたので、このような伝統的解釈論にしたがったものとされている。穂積重遠「本件判批」民法判例研究録（126）法協42巻2号244頁（1924年・大正13年）。
- (91) 穂積・前掲注（90）241頁は、「結婚式ハ男女ノ合意ヲ象徴スルモノ」という説示を「特に注目すべき所」とし、「事実上の結婚式を多少法律上の問題にしかかって居ること」であると述べている。
- (92) 「大正10年12月17日法曹会決議」法曹記事32巻4号28-30頁。同決議は、豫約の不履行により違約者に損害賠償の責任を負担させるとともに、相手方の名誉・財産上の不利益を惹起して当事者に重大な影響を及ぼすので、「軽々ニ之ヲ取結フコトヲ得サル」のみならず、民法772条を設けたる法意から、男女が婚姻適齢に達していても、満25歳に達しない限りは、父母の同意を要し、同意なくして為された予約は取り消しうる、としていた。
- (93) 本件事件（最判昭和28・6・26）については、太田武男「本件判批」民商29巻5号366頁（1954年）、能美善久「本件判批」法協96巻6号760頁（1979年）の論評がある。
- (94) 中川善之助『略説身分法学』（岩波書店、1930年・昭和5年）160頁は、離婚規定の類推適用を主張し、判例も「不言の中にこの趣旨を実行して居る」とされる。小石・前掲注（16）「その（3）」30頁も、婚姻予約の本質は事実婚であるという前提のもとで、離婚と同視して、判例も正当事由を「ゆるやかに取り扱っている」と分析している（36頁）。戦後では、太田・前掲注（16）186頁以下も、離婚原因に相当する事由が「おおむね『正当理由』と判断されてきた」として、いくつかの類型化するが、離婚裁判の場合と同様に、とくに虐待・侮辱的な行為がかなり多いとしている。
- (95) 唄・前掲注（7）218頁は、そのようなケースを含めて、概要図を示しているのが、大変、参考となる。ちなみに、「被告に不履行・破棄の事実がないとされた場合」の一つとして、「双方に責のない事情ありとされた場合」が指摘されており、これは間違いのないと思われるが、「双方に責めの事情あり」とさ

れたケースでも、賠償責任を否定したものもあり、論理的にも、この種のケースが想定できよう。いずれにせよ、結局のところ、唄によれば、「正当理由」という「ことば的操作」にのみとらわれるべきではなく、双方の責任の比較が裁判官の裁量によって総合判断される面が強いことも否定できないので、種々の法的技法にも注意すべきこととなろう。なお、唄は、ド民1299条が規定するケース（原告が不履行しているが、被告にその責任があるとされる場合）を特に興味深いとして注記する（同220頁注22）。いわゆる「破棄誘致責任」のケースであり、特に戦後、最判昭和27・10・21民集6巻9号849頁の登場によって注目されるようになったが、本件は性病を治療しない夫が内縁関係の「継続の意思を表明している」ケースであるので、この種のケースでは、婚姻予約の「履行不能」という論法を使って妻を保護していることに注目すべきである、という。一方、婚約については、すでに田村・前掲注（16）68・70頁は、当時の判例によれば、婚約の成立を認めた上で正当理由があったとした例がないことから、婚約の認定を厳格にして、正当理由の事情は婚約成否の認定において考慮されている、と評価している。たしかに、そのような面があることは否定できない。

(96)「破棄誘致責任」については、石川稔「婚姻予約の破棄誘致責任—判例における破棄者保護の論理について（1）（2完）」民商49巻3号263頁（1963年）、同5号670頁（1964年）が詳しい。唄論文を承けた上で、主として戦前・戦後の下級審裁判例を分析しているが、裁判例が一応は予約不履行理論を前提にしながらも、さまざまな論理構成（履行不能、契約解除等）を採っている事情を明らかにしたうえで、そのような多様な論理構成は「婚姻予約判例法が具体的妥当性を求めて苦悩しつつ発展してきた一つの姿」（同「（2完）」693頁）を提示していると結論づけている。判例を緻密に分析して潜在的な破棄誘致事例の再発見に努めており、その眼識には敬服するが、やや強引に破棄誘致論を展開しようとする傾向もあるので、本書では、典型的な事例に限定している。結局のところ、裁判例は、当事者双方の諸事情を予約成立段階から破綻に至るまでの経緯を詮索しながら、事案に即して個別具体的に対応しているので、婚約・内縁が破綻した事実を認定した上で、その主たる責任がいずれにあるかを判断してきたといえよう。「婚姻予約有効判決」の形成した要件事実そのまま当て嵌まらない事例があるのは、いずれが原告になるかによっても左右されてくるので、いわば当然のことであり、そうした論理構成の多様性が判例法発展での「苦悩」といえるかは、なお綿密な検討が必要とされよう。

(97) 中川・前掲注（88）97-100頁は、婚約法の沿革を述べた上で、内縁判例を念頭に置きながら、婚約法理の必要性を強調して、「判例が内縁に関して誤り用ゐたる婚姻豫約なる語を奇貨とし、之を利用して内縁判例をそのまま婚約にも適用せんとするに至るやも計られない」という懸念を述べているにとどまる。なお、戦後では、太田武男『親族法概説』（有斐閣、1990年）203頁は、婚約解消の正当理由については、夫婦の実態を有する内縁の場合のように、「離婚原因に該当する事由の類推が、直ちに許されうべき筋合いではない」としている

- が、離婚事由に該当する事由があれば、正当理由になるともしているの、要するに、内縁の場合よりも「緩やかに解釈する」という趣旨であろう。国府・前掲注 (16) 72頁はそのように見ている。
- (98) 佐藤＝関・前掲注 (50)「判例家族法の再検討 (5)」251頁。
- (99) 佐藤・前掲注 (4)「婚姻予約・認知」59-60頁。
- (100) 戦前の裁判例については、岩田・前掲注 (16) 233頁以下、永田・前掲注 (16) 64頁以下、小石・前掲注 (16) [(3)] 31頁以下で、正当理由の具体的事情が列挙されている。その体系化を試みようとしたのが、唄・前掲注 (1) 218頁以下であろう。
- (101) 佐藤・前掲注 (4)「婚姻予約・認知」189頁。
- (102) 佐藤・前掲注 (4)『婚姻予約・認知』192頁。
- (103) なお、石川・前掲注 (96)「破棄誘致 (1)」270頁以下は、裁判例にいう「破棄」と「不履行」という用語の使い方にこだわり、事実のみの場合と責任の価値判断を含む場合とがあるとするが、いずれにしても、要件事実論からいえば、婚姻予約不履行の事実があっても、「正当理由」の抗弁ないしそれに相当する事実・事情のレベルで、責任の有無が判断されることとなるので、本稿ではとくに留意していない。むしろ、判例が破棄・不履行責任を認める場合は、届出拒否・届出不能か、同居拒絶か、あるいはその双方の事情による、という指摘 (同「(1)」274頁) があり、こちらの方はたしかに重要であろう。
- (104) 佐藤・前掲注 (4)『婚姻予約・認知』205頁。
- (105) 佐藤・前掲注 (4)『婚姻予約・認知』212頁。
- (106) 佐藤・前掲注 (4)『婚姻予約・認知』63・118頁。
- (107) 佐藤・前掲注 (4)『婚姻予約・認知』207頁
- (108) 本件の上告判決 (Yの上告を棄却) である大判大正9・10・13は、佐藤『婚姻予約・認知』107頁以下に紹介されている。
- (109) 石川・前掲注 (96)「破棄誘致 (1)」265頁。
- (110) 石川・前掲注 (96)「破棄誘致 (2・完)」681頁は、破棄誘致事例の一つとしている。
- (111) 石川・前掲注 (96)「破棄誘致 (2・完)」686頁。
- (112) 石川・前掲注 (96)「破棄誘致 (1)」282・283頁注4。
- (113) 内縁事例については、唄・前掲注 (9) 212-3頁が、原・被告のそれぞれの有責事情をいくつかに一応の類型化を試みているのが、参考となる。唄によれば、実質的には、原告と被告との行状の比較考慮により左右される面が強いので、裁判官の裁量の余地 (非訴訟的側面) が少なくない、とされている。もっとも、この種の規範的概念については、常につきまとう難題であり、ここでの特殊の問題ではない。
- (114) 唄・前掲注 (7) 231頁以下は、従来の裁判例をつぎのように7つに類型化して検討している。①「原告の行為の有責性が問題となったもの」が、まず挙げられている。これは、被告の不履行・有責性との相関関係で正当理由ないし

責任の有無が判断されている事例であるので、もっとも普通のタイプである。さらに原告が女性か男性かに応じて、それぞれケースを細分化する。②「おやその他との関係を問題とするもの」では、被告と原告のそれぞれの親の同意の有無や親に対する侮辱的行為などが指摘されている。③「原告の健康状態に関する問題」。④「原告の財産状態に関する問題」。⑤「原告の属性に関する錯誤」では、原告の異性関係などが指摘されている。そのほかに、⑥「相性、迷信など」、⑦「性格の不一致など」が付加されている。他方で、「離婚原因」の事情も加味する裁判例もあるところ、佐藤・前掲注(4)『婚姻予約・認知』57-8頁は、「正当理由」との異質性を前提とした上で、「男女間の解消を正当化しうる規範的事由という観点」からみて、双方に共通する問題があることは明らかである、としている。

(115) 戸田・前掲注(2) 68頁。わが国では、婚姻は「媒介婚」である結果、「婚姻当事者」にあっては婚姻は一種の試婚の如き意味を持つ」という。

(116) 唄・前掲注(7) 236頁も、前掲①類型のうちで、原告女の有責性が問題とされている戦前の裁判例では、夫に対する誠実義務違反というよりも、「ヨメ」としての適否に関するモノが多い、という。太田・前掲注(16)『内縁の研究』190頁以下も、同趣旨の事情を述べている。

(117) 佐藤＝関・前掲注(35)「判例家族法の再検討(4)」128-130頁。

(118) 佐藤＝関・前掲注(35)「判例家族法の再検討(4)」128頁、佐藤・前掲注(4)『婚姻予約・認知』43頁も同旨。

(119) 結納の性質に関する判例・学説については、差しあたり、太田武男『結納』叢書民法総合判例研究(一粒社、1977年)11頁以下を参照。学説では、手付説、贈与説、両者の折衷説のほか、贈与説にも解除条件付贈与説(中川善之助の見解)と目的贈与説があるなどの状況が整理されており、太田自身は、目的贈与説をとる(同11-13頁)。一般に大審院判例は、目的贈与説をとるとともに、結納を婚姻予約の証拠とするが、下級審裁判例では解除条件説をとるものがある一方で(同16頁)、単なる証拠ではなく、その要件とする例も皆無ではない旨に言及している(同20頁)。なお、結納の法律上の問題点は、いうまでもなく婚約ないし内縁が破棄されたときに、その返還請求の可否というかたちで具体化するが、この問題は本稿では将来の課題とする。さしあたり、太田が、このような問題点を多角的に検討しているので(同18頁以下)、これに譲る。太田の整理の仕方について、若干の問題があると思われるのは、「婚姻予約有効判決」が公表される前と後の下級審裁判例を区別しないで整理している点であろう。本文での大審院判決からも明らかのように、予約有効論を前提として結納の性質論を論じているので、当然のことながら予約無効論時代の裁判官にとって、そのことが足枷になっていたからであり、現に結納を婚姻予約と解して無効と解釈していた事例すらあるのである。この点は、岡本・前掲注(1)「判例婚約法序説(1)」134頁以下を参照のこと。

(120) 曄道文藝「本件判批」法学論叢第2巻6号112頁(1919年・大正8年)。

- (121) 嘩道・前掲注 (120) 116頁は、「婚約違反ニヨリテ婚約ハ既ニ解除セラルモノ」であるので、ここでは解除の問題は生じないとする。岩田・前掲注 (16) 229頁注214も、本判決は違約によって当然解除されたものと見たものと思われるとする。和田・前掲注 (62) 『婚姻法論』 739-40頁も、婚姻予約の不履行は「告知」(解約申入れ)であり、これによって予約は解消するので、解除の問題は生じないとする。他方で、婚姻予約不履行は「事実上の離婚」にほかならないとする立場でも、不当離婚がなされたならば、さらに離婚すべきものは何も残っていないから、解除の不要は自明のこととされる(寺澤真人「内縁の破棄若は破棄誘致に因る損害賠償責任」司法協会雑誌9巻1・2号918頁、1943年・昭和18年)。これに対して、清水兼男「内縁の法律関係」法政研究5巻2号43-47頁(1935年・昭和10年)は、「婚約重視」の立場から(清水の見解については、岡本・前掲注 (1)「判例婚約法序説 (2・完)」208頁を参照のこと)、理論上は解除が必要であるとして、本判決を批判する。
- (122) 本件の一審・原審の判決は、唄=佐藤「判例における婚姻予約 (22)」(関彌一郎執筆)都法12巻2号227頁以下(1972年)に収録されている。コメントも付されているので、詳細はそれに譲る。さらに加えて、同「判例における婚姻予約 (25)」(関彌一郎執筆)14巻1号135頁(1974年)は上告審判決を収録して法律新聞からは判事名も引用しているところ、本判決(第一民事部)の裁判官が田部芳(裁判長)など民事連合部判決のメンバーと共通することに注目している(同151頁注7)。さらに、本判決の事案について、唄らは持論のいわゆる「試婚論」を強調しながら、大審院としては、はじめて「準婚」的といえる事案を「婚姻予約」の射程距離におさめたことに注目している(同「(25)」143頁)。
- (123) 佐藤=関・前掲注 (50) 『判例家族法の再検 (5)』 289-90頁
- (124) 唄・佐藤「判例における婚姻予約 (11)」(石川稔・恒吉壽子執筆)都法6巻2号291頁(1966年)。
- (125) 唄=佐藤・前掲注 (124) 299頁注 (2) は、金員の贈与に注目する。
- (126) この不当利得返還訴訟については、唄孝一・佐藤良雄「判例における婚姻予約 (10)」都法6巻1号157頁(1965年)、当事者間の3つの訴訟の経緯については、同・前掲注 (100)「同 (11)」316頁参照。ここでは、内縁破棄による女性側からの慰養料請求事件のみを取り上げている。ちなみに、慰養料請求権を保全するために妻がなした有体動産の仮差押えについては、婚約訴訟でも考えられるところ、一審・原審は、ともに一審で本訴敗訴後であるならば、特段の事情がない限りは、請求権の不存在を覚知するべきであることから、あえて仮差押えをした妻に過失ありとしたが(50円の損害賠償金を認容)、大審院(大正10・5・13)は、かかる覚知の有無は事実問題であり、そうした「一定ノ法則」はないとして、破棄した(同308-310頁)。差戻審では、妻が口頭弁論に欠席したため、妻敗訴の欠席判決がなされている(同311-2頁)。
- (127) 岡本・前掲注 (1)「判例婚約法序説 (1)」110頁以下参照のこと。

- (128) 佐藤・前掲注(4)『婚姻予約・認知』102頁参照。なお、佐藤・同著105頁注22は同種の事例として大判明治33・3・19をあげているが、この当時の判例の立場では、民法施行後に成立した内縁も私通と解されていたので、そのような紹介の仕方は疑問である。
- (129) 我妻栄『新訂民法総則(民法講義1)』(岩波書店、1965年)272頁は、その区別は不可能に近く、理論としても無意味であるとする。
- (130) 佐藤・前掲注(4)『婚姻予約・認知』100頁。
- (131) 佐藤・前掲注(4)『婚姻予約・認知』100頁も同旨を述べる。
- (132) 佐藤・前掲注(4)『婚姻予約・認知』196頁。
- (133) 佐藤・前掲注(4)『婚姻予約・認知』200-1頁。
- (134) 佐藤・前掲注(4)『婚姻予約・認知』207頁。
- (135) 本件の当事者間で出生した子と男性との間の未公表の認知請求事件(大判大正8・1・26大正7年(ネ)1031号)がある。佐藤=関・前掲注(50)「判例家族法の再検討(5)」280頁以下、282頁参照。
- (136) この所有権移転登記抹消請求事件については、佐藤・前掲注(4)『婚姻予約・認知』141頁以下参照。
- (137) 佐藤・前掲注(4)『婚姻予約・認知』142頁。
- (138) 末川・前掲注(48)『権利濫用』536頁。
- (139) 重婚的内縁問題については、差しあたり、太田・前掲注(16)『内縁の研究』137頁以下が、判例・学説を整理しているので、それに譲る。
- (140) 本件の一審と原審の判決は、唄=佐藤(関彌一郎執筆)「判例における婚姻予約(9)」都法5巻2号411頁以下(1965年)に採録されている。
- (141) 穂積重遠「本件判批」法協39巻11号1909頁(大正11年・1921年)。穂積自身は、当初は単純婚約の保護には消極的であったところ、判例もそのような立場にあるものと推測しているが、これは明らかに誤謬であり、別稿で明らかにしたように、既に婚約事例でも、「婚姻予約有効判決」が存在していた。
- (142) 我妻栄「判例より見たる『公の秩序善良の風俗』」法協41巻5号108頁、112-3頁(1923年・大正13年)。
- (143) 唄=佐藤・前掲注(140)424頁。これに対して、太田・前掲注(16)『内縁の研究』149頁は、「当事者の善意・悪意を区別して、善意の重婚的内縁は保護に値する旨を判示したような事例、すなわち相対的無効説(相対的有效説)の立場をとった事例は、見出し得なかった」とする。
- (144) この点の従来の学説の評価については、婚約説と重婚的内縁説とに分かれている。たとえば、中川・前掲注(66)『日本親族法』192頁は婚約の例として引用するが、我妻・前掲注(142)114頁は重婚的内縁としていた。唄=佐藤・前掲注(140)425頁によれば、当事者間に少なくとも「同棲」があったことはほぼ確実とする。
- (145) 唄=佐藤・前掲注(140)420頁。
- (146) 佐藤・前掲注(4)『婚姻予約・認知』131頁は、従来は重婚的内縁ないし

妾関係にも法的保護を与えた例もなくなかったが、本判決のころから近代的一夫一婦制の理念が貫徹されようになってきたという。一般的な観点からの有効無効の判断では、相手方が善意か悪意か、正当婚姻が形骸化しているかどうか、また、正当婚姻の離婚手続が進行中で経過的なものかどうかという事情によって、その保護に差異が生ずるとしている。

- (147) 本件については、一審・原審および大審院を経て差戻審にいたるまで、唄・佐藤「判例における婚姻予約(4)」都法2巻2号96頁以下(1962年)に、その判決理由が採録され、かつ的確な評釈もついているので、詳細はそれに譲る。
- (148) 唄＝佐藤・前掲注(147)「判例における婚姻予約(4)」112頁は、この説示を「看過することができない」とし、予約につき、要式不要とする判例の立場からは、逆の解釈の余地もあったとしている。
- (149) ちなみに、今日では、離婚後(正当婚姻の破綻後)の関係が保護に値する関係であるとして、この問題をかなり機械的に処理する下級審裁判例もある。たとえば、最近の大阪高判平成16・7・30家月57巻2号147頁は、いわゆる重婚的な男女関係が長期にわたるが(子も儲けている)、その間に正当婚姻が完全に破綻したところ、「破綻後の3年間余」が夫婦としての実質を備えた内縁関係とする(慰養料400万円認容)。
- (150) 穂積重遠「本件判批」『判例民事法大正10年』224頁は、判例の予約論を批判し、本件では「事実上の婚姻」があり、法律上の婚姻の場合には不当利得問題を生じないので、「実質上同一な場合も同一ならざるを得ない」といえば足りるという。佐藤「婚姻予約・認知」66-7頁は、そのような評価を前提として、準婚的効果を認めた事例としている。太田・前掲注(16)『内縁の研究』120-121頁は、やや慎重に、「間接的ではあるが」としたうえで、「夫婦の同居義務、協力・扶助義務」を認めたことを前提とする事例としている。
- (151) 佐藤・前掲注(4)『婚姻予約・認知』166-171頁。
- (152) 穂積重遠は、大正9年度の下級審裁判例を論評するなかで、慰養料に斟酌される事情として、「男の不徳さの程度も標準になってしかるべき」とするとともに、5、600円程度が「原則的ミニマムであろうか」としていた。穂積重遠「判例批評－親族法相続法判例批評(8)」法協40巻4号119頁(1922年・大正11年)。
- (153) 本件は[91]大判大正8・5・12民録25輯760頁の一審判決である。
- (154) 大判大正11・6・3民集1巻280頁は、内縁の夫に対し強制執行手続を執った一般債権者と日用品を供給した債権者との紛争例で、後者が民法310条にいう「先取特権」を有するとした。その前提として、「未タ婚姻ノ届出ヲ為ササルモ相當の儀式ヲ挙ケ夫婦ノ事実存スル場合ニ於テハ其ノ一方ハ自己ノ負担ニ於テ他ノ一方ヲ扶養スヘキ筋合ナル」ことから、内縁の妻はその家の債務者の扶養すべき者に含まれると判示した。ちなみに、本件の原判決は、「正式の婚嫁」があった事実を強調している。なお、一般に学説は準婚的効力を認めたものと評価している。その直後、大正12年の工場法15条や鉱業法80条が、「其の

収入ニ依り生活ヲ維持シタル者」として内縁の妻を保護したことは、周知の事実である。

- (155) ちなみに、田村・前掲注(16) 70頁は、判例によれば、「婚約」については、婚姻の自由を尊重しているので、その成立の認定を厳格にして、法的保護に値するほど明確なものに限って成立を肯定する傾向がある、と評価する。そのような裁判例もあるが、一般的にそうだとはいえないであろう。のみならず、「婚姻の自由」を尊重するというのみでは、ここでの問題の解決に資する点はほとんどないように思われる。
- (156) 横田・前掲注(41) 4-5頁。なお、横田によれば、結婚式を必要とする説もあるが、これは予約の成立要件ではなく、予約の履行方法であるので、このような説は相当ではないとしていることにも(同5頁)、注目すべきであろう。明確に婚約と内縁とを区別し、婚姻予約が「事実上の夫婦関係」を将来において予定している(予約論によってカバーされている)ものとする私見の立場にかなり近い考え方を示していたようにも思われる。
- (157) 横田・前掲注(41) 6頁。
- (158) 穂積重遠『親族法大意』(大正15年改訂版) 57-8頁、同『親族法』(1933年・昭和8年) 239頁(結納に関する裁判例を引用している)を参照のこと。
- (159) 岩田・前掲注(16) 148頁は、昭和期の裁判例につき、これを単なる諾成契約と解することは裁判例の実質的意義に適しないとし、「婚姻予約が要式行為であることは略ぼ疑いがないやうである」と評価していた。ちなみに、佐藤・前掲注(17)『婚姻予約』168頁も、「婚姻予約の指標」につき、「戦前においては通過儀礼に集中していた」とするとともに、戦後では、性的生活関係、当事者の合意など拡散しているという。たしかに、計量的にみれば、そのようになるのかもしれないが、問題は、戦前における通過儀礼を予約成立論との関連でどのように「評価」するかであり、また、戦前でも、すでに「秘密裡の性的関係」が継続している男女関係につき、裁判所が悩まされていたわけであるので、裁判例が婚姻予約の成否の判断において、どのような考慮事情を斟酌していたか、および何故にそのような事情が重視されてきたかにつき、通過儀礼がなされたケースとの関連で分析することが肝要である。
- (160) 唄・前掲注(7) 7頁以下、224頁などを参照のこと。かかる曖昧な捉え方は、法的概念の擬制という予断をもって、「婚姻予約」概念なるものを捉えているが、それは何よりも婚約制度の歴史的認識の欠如に起因するものと思われる。
- (161) 佐藤=関・前掲注(50)「判例家族法の再検討(5)」292頁。なお、「佐藤・関」は、本判決が婚約とも婚姻予約とも述べているので、本件の男女関係は一義的ではないとしている(同288頁)。しかし、判決理由の頭書では「婚姻予約不履行」につき述べて、その後は上告理由に承接する傍ら、「婚約の解除」と繰り返して述べているので、むしろ、「婚約としての婚姻予約」につき判示しているものであることから、大審院判決としては、極めて自然であり、内縁事

- 例ではなく、婚約事例と判断したものと考えるべきである。むしろ重要なのは、書証や当事者の主張では「離婚」とか「離別」とかの用語が使用されているにもかかわらず、これを承けた上で、婚約概念を使用していることであろう（同290-1頁を参照のこと）。
- (162) 未公表判決であるが、大判大正14・11・11同年（オ）第862号仮処分事件（佐藤『婚姻予約・認知』211-2頁）も、「内縁ノ夫婦トシテ同居セリ」というフレーズを使用している。ちなみに、「沼正也」によれば、民法典施行前に大審院判決で「内縁」という用語が登場した事例としては、大判明治26・11・24同年427号「内縁取消請求事件」という。沼正也『財産法の原理と家族法の原理（改訂版）』（三和書房、1963年）509-510頁を参照のこと。
- (163) 加藤一郎「本件判批」（内縁の妻と通じた者の賠償責任）家族法判例百選（新版）別冊ジュリ40号25頁（1973年）。
- (164) 「中川善之助」は、内縁につき婚姻予約概念を使用することには厳しく批判するが、本稿が本文で引用した[91]判決の文言に従うと、婚約の場合には、『婚約を実行せよ』との訴えも、『婚約に従って婚姻届出をせよ』との訴えも許され、ただ、強制し得ないこととなる、とする。同『新訂親族法』151-2頁（青林書院新社、1967年）。届出義務を認めることに好意的な立場自体は、評価しえなくもないが、ドイツ法流の演繹的な概念思考が強い。「身分行為の特殊性」からいっても、そのような訴えを認めることには問題が多い。婚約や内縁が破綻した男女間では、無用有害な判決となり、現に、下級審裁判例は請求自体を棄却している。
- (165) 唄・前掲注（7）210頁も、大審院「婚約有効判決」は言及していないが、従来の多くの判決での判決理由に現れる裁判過程から、被告に立証責任があるものと解されているようである、としている。ただし、唄は、先述のように、裁判官の裁量の余地が少なくないとしているので、立証責任の問題自体は、それほど重要性をもたないと考えているようである。
- (166) 中川・前掲注（66）『日本親族法』279頁、谷口・前掲注（66）『日本親族法』226-7頁、永田・前掲注（16）45-6頁。太田・前掲注（16）『内縁の研究』115頁は、我妻の相対的効果説（『親族法』197-200頁）に示唆を受けて、内縁の保護を個別具体的に検討するという基本的立場から、重婚的内縁の不当破棄については、悪意の当事者は保護に値しないとするが、日常家事取引の連帯責任では、重婚的・近親婚的内縁にも適用されるとしている。
- (167) 大阪控判昭和2・7・14新聞2724号7頁は、妻帯の男性が正妻の不在中に下女と私通関係を繰り返し、その間に私生子2名を儲けたところ、このことは、正妻の名誉を毀損すること大であり、妻は夫により「重大なる侮辱をうけたるもの」として、その慰藉料請求を認容。大阪地判昭和3・7・25新聞2889号14頁も、「而シテ夫婦ハ相互ニ誠実ヲ基調トスル共同生活ノ平和ト幸福ニ協カスヘキモノニシテ、婚姻ノ存続中夫夫妻以外ノモノヲ所謂妾ト為シ、之ト私通関係ヲ継続シテ、妻を顧ミサルカ如キハ、實ニ善良ノ風俗ニ背クノミナラス、妻ノ

名誉ヲ害シ、之ヲ侮辱スルコト甚シキモノト謂ハサルヘカラス』として、不法行為による賠償請求を認容した。「岩田新」によれば、大阪控判での私通関係は7年間も継続し、正妻は実家にばかり帰ってしまっているのもはや事実上は妻ではなかったと見られなくもないが、ただ、飽くまでも法律上の妻として認められているので、正妻を保護するのは当然であるが、離婚した場合には、他女との事実上の同棲はもはや不倫とはいえない（岩田・前掲注（16）83頁）、とする。もっとも、そのような場合でも、もともと妾関係では、たとい夫婦同然の関係であっても、「婚姻意思」がないことが前提となっているので、たしかにもはや不倫とはいえないが、果たして保護に値する男女関係に昇格するのかは、慎重なる判断が求められよう。この種の男女関係は、いうまでもなく、ここにいう婚姻予約関係ではないが、社会的事実としては曖昧な男女関係もあり、内縁に酷似するものもあるので、決して単純ではない。

（未完）