

論 説

婚約法の沿革小史

～日本法とイタリア旧立法との関連について～

岡 本 詔 治

- I 問題の限定と本稿の視角
 - 1 婚約論と問題状況
 - 2 本稿の課題と視点
 - 3 本稿の構成
- II イタリア法の変遷
 - 1 イタリア民法の沿革
 - 2 ローマ法の婚約観
 - 3 中世イタリアの婚約観
 - 4 中世教会法の婚約観
 - 5 近世・近代と婚約観
- III イタリア旧立法の婚約法
 - 1 イタリア領邦国家
 - 2 サルデーニャ王国
 - 3 イタリア旧民法典（1865年）
 - 4 小括
- IV 日本民法典と婚約観
 - 1 前史
 - 2 「旧民法」の編纂過程
 - 3 明治民法の編纂過程
- V 結語
 - 1 婚約無効論の功罪
 - 2 「制度としての婚約」論

I 問題の限定と本稿の視角

1 婚約論と問題状況

「婚約」の形態が婚姻のそれと同様に時代と社会に応じて多様な形態をとってきたことは言うまでもないが、後述のように、近代民法典の成立に至るまでのヨーロッパ諸国では、婚約こそが結婚の本体であり、婚姻挙式は独自の意義・価値をもたず、婚約という契約の単なる履行行為ないし構成要素にすぎないという婚約観が根強く生き残っていた。わが国でも、明治民法の制定以前における旧来の婚約・婚姻慣習法では、「婚約儀式」が

重視されるとともに、いわゆる婚姻予約の効力として「婚姻挙式の履行義務」（婚姻約束の強制履行）すら認められていた。これら婚約・婚姻観に通底するものは、「婚約・婚姻の誉れや名誉」（ひいては信義誠実違反）という社会的評価・価値であったものと思われる。ことに同じ階級・職業等の部分社会集団での婚約・婚姻が多かったという歴史的事実があるので、これを単なる倫理・道德問題とって済まされるものではなかったわけである。

いうまでもなく、かかる社会的評価なるものは、時代・民族の文化・習俗の反映であるという制約はあるとしても、今日でも一面の真理をもっているように思われる。社会的事実としては、婚約が誠実に履行されて婚姻挙式にまで成熟してこそ、婚約当事者双方の誉れや名誉・名声が満たされるからである。しかし、法的には、婚約は婚姻の単なる前段階の男女関係にすぎないと構成され、その契約的保護が認められているものの、婚約不履行の法的効果が損害賠償に限定されていることは、今更改めて言うまでもない。

ところで、一般に、婚約とは、将来「結婚しようという合意」であると解されているが、この婚約なるものが当事者双方の単なる口頭の合意のみで成立するか否かは、事柄の性質上、従来から議論があり、今日でも必ずしも明瞭であるとはいえない面がある。近時の家族社会学では、相互に特定の一人と将来夫婦となる約束をすることを「私的な了解」（いわゆるコートシップ）と称し、この段階を起点とした上で、さらに親族・友人ら周囲の承認を受けて、これが社会的に認められることをもって、「婚約」にまで成長すると考えられているようであり^①、この立場では、曖昧な男女関係も社会的な公示・公認というフィルターをかけられるので、かなり明確な婚約像が析出されていることとなろう。しかしながら、法的には、周知のごとく、大審院時代の判例が真に夫婦となることの誠心誠意の意思があれば婚約が成立し、結納その他の慣習上の儀式（「樽入れ」など）

を不要と解したことから⁽²⁾、一応は、この問題に決着がついているようにも見えるものの、純然たる諾成契約であるのかについては、未だに必ずしも意見が一致しているわけではない。現に下級審裁判例でも、合意の確実性・確定性に加えて「公然性」まで要求する例があり、単なる合意以上のものが必要であると解する傾向が見られるし、学説でも、同様の趣旨を述べる見解がある⁽³⁾。加えて、婚約の契約としての性質についても、その不履行に対して、そもそも履行（婚姻の届出）を強制できないものであるから、契約としては何らの効力もないと解する婚約無効論は、立法当時の古くから登場していた。また、かかる婚約無効論によれば、これを保護することは、結局のところ、婚姻の強制につながり、ひいては「婚姻の自由」を侵害することになるという政策判断が強調されていた。

このような状況にある一つの要因は、わが民法典が「婚約」に関する規定を用意しなかったことにあると思われるが、明治時代の民法典制定当時においても、すでに外国の立法例には、婚約規定が存在し、当時、わが民法典の起草者らによって、この種の外国の立法例が参照されていたにもかかわらず、何故か規定が置かれなかった。実際、「旧民法」の編纂過程では具体的な婚約規定の草案が用意されていたが、最終段階である元老院の審議過程で消失しており、結局のところ、旧民法にも、またその後の明治民法にも、婚約規定は欠落している。かかる立法の経緯については、すでにいくつかの優れた研究があるが、しかし、途中で婚約草案が姿を消した理由が必ずしも十全には明らかにされていない⁽⁴⁾。史料に限界があるようなので、止むをえないところであるが、実は、その婚約草案の起草段階において参考とされた外国の立法例が当時のイタリア民法典（1865年制定）であった。また、明治民法の起草者である梅謙次郎もイタリア法に直接言及している。フランスでは、むしろ当時の学説では婚約に関する議論はあったものの、民法典には、何らの規定も用意されていなかったからである。

本小稿は、先達の業績に恩恵をうけながらも、改めてこのような立法の経緯を辿ってみることにある。ことにイタリア旧民法典については、管見の限りでは、どの先行論文も一応の形式的な指摘にとどまっているので、屋下に屋を架するという愚をおかす結果となるかもしれないが、敢えて本小稿をものしたわけである。

2 本稿の課題と視点

(1) 私的了解と婚約論

実は、本稿をものした動機は、単に婚約法制の歴史的な推移を辿ることのみにあるのではない。ここで本稿の問題関心につき、若干の言及を必要としよう。近時、いわゆる内縁婚の現代的な課題とともに、婚約破棄責任自体についても、改めて考え直すべきであるとの問題提起がなされている中で、学説には、破棄責任としての慰料請求権を原則的に否定すべきであるとの見解すら登場している。その主張は、要するに性的な問題ないし個人相互の人格的な人間関係には、国家が積極的に介入すべきではない、という伝統的な家族観にあるように思われる。この立場によれば、かつて最高裁判決が単なる私通関係にすぎない男女関係につき婚約破棄責任を肯定したことが問題視されるとともに⁽⁵⁾、さらに、性関係はないが結納を取り交わした後に破談となった事案で婚約破棄責任を肯定した近時の下級審裁判例⁽⁶⁾に対しては、「暴走」とまで極論される⁽⁷⁾。かかる見解の当否は暫く措くとしても、この種の男女関係を単なる性的な個人的関係とみるか、それとも性的な関係を軸として双方が積極的に形成してきた「特別の人間関係」として社会的にも評価するかは、基本的な価値判断の相違に帰するともいえないが、少なくとも判例は、私見によれば、後者の立場にたちつつ、男女間での特殊の人間関係の「形成」に焦点を合わせてきたと「評価」することができるであろう。つまり、単なる人格的な人間関係という消極的・事実的な側面を取り上げるというよりも、むしろ規範

(龍法 '10) 42 - 3, 84 (671)

化された特殊の人格的・抽象的な人間関係、換言すれば、あるべき男女関係を念頭におきながら、社会正義の実現を目指して具体的に妥当な解決を図ってきたものと思われる。そのような法的直感ないし正義・衡平感ともいえるものが、戦後の憲法が用意した家族関係における自由平等・自己決定の保護（憲法13・14・24条）やこれを承けた民法の基本理念（民法2条）を無意識のうちに具現していたともいえるのではなからうか。

もっとも、先述したリーディングケースとされる大審院時代の「誠心誠意判決」が、性的な男女関係にある婚約ケースで、双方の単なる合意で足りると判示したことから、その後の裁判例が具体的な判断基準を確立するのに随分と苦慮してきたことは、否定し得ない事実であり、先述の最高裁判決も「事例判決」にとどまり、婚約の成立要件につき「一般的指針」を明らかにしたものではない。したがって、下級審裁判例では、やや混乱した状況にあり、たとえば、結納が授受され、婚礼を間近に迎えていた婚約当事者間での破棄事例で、婚約の成立を認めておきながらも、破棄において公序良俗に反するような行為態様が必要であるとして、正当理由をきわめて緩やかに解し、結局のところ、婚約成立論の法的意義を半減させているような裁判例も登場している⁽⁸⁾。

思うに、いわゆる「私的な合意」と「性的な交渉」とを軸として、婚約法理に依拠（ないし仮託）しながら社会的弱者としての女性の救済を図ってきた従来の判例の立場を根本から否定し去ることは、行き過ぎであるが、たしかに曖昧・微妙な婚姻前の男女関係に曖昧な規準をもって対応してきたこと自体に混迷の要因が伏在していたように思われる。男女の関係は曖昧ではあるが、少なくとも婚約としての保護は、婚姻制度の前提となるものであるかぎり、このような曖昧な男女関係を一定の定式に収めるために明確な原則的規準が必要とされるであろう。かかる規準と距離をはかりながら判例理論なるものが事例から検証をうけつつ自らも内在的な論理的展開を経験すべきであったが、残念ながら、明確な法定の要件が欠落し

ていたという事情、否むしろ、後述のように、かかる定式化を取えて避けたという立法事情も加わって、わが国の裁判例は、対症療法的な解決に甘んじるにとどまり、そのような展開において極めて不十分な点が見られるように思われる。この限りでは、秘密裡の性的関係に国家が積極的に介入するのは余計なおせっかいであるとの批判も、一応は成り立つこととなろう。

(2) 社会的婚約論と集団秩序

いま、私見の結論を先取りして一言のべるならば、婚約法の「社会秩序」論による再構築が求められているように思われる。いうまでもなく婚約は個人間の私的な関係をベースとするものであるとしても、単に誠心誠意という私的な合意レベルに基づいてのみ、その保護の基本要件を構築したのは、将来に禍根を残すこととなったのではなかろうか。むしろ、少なくともわが国の婚約判例法は当該男女関係のみを念頭において結論を導いている（事例判決にすぎない）ので、これを理論的に整序・補完するのは、理論の責務であったかもしれない。しかし、従来の学説も、判例を前提として、その当否や破棄責任の法的構成（契約責任か不法行為責任か）にのみ目を奪われてきたように思われるので、本稿では、これら学説の恩恵に浴しながらも、あえて、私的合意が社会的な秩序にまで昇華されることによって、その私的合意の有意な価値が再発見されるものとして位置づけることとした。

ところで、かかる私的合意と社会的婚約との区別自体については、先述した家族社会学の立場から示唆を受けて、すでに具体的な法解釈論に應用している若干の学説があり⁹⁾、本稿もかかる学説から多大の恩恵を受けているが、これらの学説は、どちらかといえば両者の区別を男女関係の発展過程における事実上の区別としてとらえているのに対して、本稿では、個人間の私的合意と国家的保護との中間に集団的秩序を描くという私見の基本的立場から、ここでも、当事者間の「結婚しようという合意」が、家

庭・親族ないし隣人・友人・知人という集団秩序の支援のなかで、いわゆる「社会的な関係」に結晶・規範化されることによって、つまりかかる媒介項を通して初めて国家的保護に値する関係になると考えている。

今、ここで少しく敷衍の必要があろう。婚約は、恋愛関係（デート）とは異質の男女関係であることはいうまでもないが、単なる当事者間の身分的な事実上の「関係」にすぎないものでもない。婚姻という共通の目的をもち、それを核としながらも、双方がそれぞれの親族等の周囲の人々のなかで応分の役割を担いながら継続的な関係を形成・維持していくという有機的・複合的な人間の集団的合意ないし集団秩序の中に位置づけられるべきものであり、そこには自ずと一定の規範的な秩序が内在する。もともと当事者自身が積極的に形成した秩序でもあり、この一定の集団を巻き込んで生成・展開する社会的秩序を合理的根拠もなくして一方的に破綻させる行為は、相手方の信頼を裏切るものであり、法的制裁の下におかれるべきであろう。そうすることこそが、私的自治の根幹となっている信頼保護の要請に応えることになり、ひいては正義や社会的衡平の実現につながるからである。

法的な家族観一般についても、今日のように家族の絆が希薄化している時代では、「法は家庭に入らず」との基本理念の修正が迫られていることは周知の事実であるが、差し当たって私的な家族問題一般では、「家族的信義」が強調されるべきである。家族関係でも個人の自立・自律が声高に叫ばれる時代を迎えたが、そこでの財産関係でも身分関係でも、亀裂した親族間の骨肉の紛争では、抽象的・形式的な自立論ないし平等論が、かえって問題の核心を外すような錯覚を与え、現実感覚の希薄な裁判官に誤った指針を与えているように思えてならないのは、私だけであろうか。この事態に対処するためにも、当面は、「家族的信義」に依拠して、実質的な衡平を目指すべき場面が多くなろう。婚約破棄の正当理由の判断においても、関係形成の責任の論拠ないしその当否の判断基準として、信義則

を十分に考慮しなければならない。この信義則を裏支えする論拠が、本稿にいう社会的婚約論である。

そこで、かかる婚約の社会秩序論によって昇華された男女関係が法的な意味での婚約であるとする原則的な立場を提案したいと考えている。これを典型的な婚約として、これと距離をはかりながら、男女が、ことに秘密裡に性的関係を形成しているが、あくまでも婚姻の意思があると評価する場合には、これを「婚約に準ずる男女関係」という一応の類型を析出して、かかる男女関係のうち、どの範囲までのものを保護するかという視点から、いわゆる婚約保護の論拠と限界をより具体化することが当面の課題となる⁽¹⁰⁾。後者の場合においても、成熟した人間関係を前提とする社会的婚約論からみれば、その未熟さ故に他方の期待ないし信頼を裏切り、ひいては当事者双方の背後にある集団秩序（「家庭の平穩」）を攪乱した行為態様は、同様に信義則に基づいて積極的に評価されざるをえない（いわゆる「信頼の原則」により一定の法的制裁を甘受することになる）というのが、私見の立場である。人間関係の哲学的省察は、個人の自立性を前提とした上で、個人相互の互換可能性のもとに、相手方の関係の立場を最大限に尊重することの重要性を明らかにしている。たしかに、そこに単純なる動物的存在との本質的相違をみるならば、法的思考においても、可能なきり、かかる人間哲学から学び取る姿勢が肝要となろう。

ともあれ、以上のような立場に依拠することによって、婚約の発展的帰結である婚姻ないし内縁関係も、それが男女の性的関係を「社会的に公認したもの」（「公的な秩序」という側面を帶有する）にほかならないので、いわゆる婚約との内的連携が明確となり、また社会の実態では、その多くの婚約がかかるプロセスを辿るという事情とも、整合的に理解することが可能となるであろう。憲法や民法が婚姻を制度として保護しているのは、すでに学説によって指摘されているように、単なる制度保障論に尽きるものではなく、そこでの当事者である個人としての男女関係を予定している

ものと考えて大過ない。これを純然たる個人の尊厳ではなく、特殊の身分関係を後景においた個人の保護であると解するならば、婚姻に至るまでの男女関係としての婚約の保護もまた同じく憲法・民法秩序からの要請であると解することが可能となり、また、そのような解釈の必要性も否定し得ないはずである。婚約保護が「婚姻の自由」を否定することにつながるという論法は一面的に過ぎるのであって、むしろ婚約保護と婚姻の自由という双方の要請を調整・止揚する論理が求められている。婚姻が「相互の協力」（憲法24条1項）のもとに堅持されるものであるならば⁽¹¹⁾、婚約にも基本的には同様のことが妥当するのであって、本稿にいう「社会秩序」論は、憲法と民法とを媒介させる触媒ともなりうるものであり、このことによって、真に個人の基本権保護が民法秩序において「実在化」されることとなろう。加えて、「婚姻ないし婚約の名誉・名声」という国民感情を保護することにもつながるはずである。以上のかぎりでは、婚約関係も「公的な利益」を帯有しているともいえるわけである。

ところで、かかる社会秩序なるものが、かつては家制度ないし家という観念のもとで、個人の自由を封殺してきた歴史があるので、類似の結果につながるおそれがあるとの批判が当然予想されるが、今日では、もはやそのような社会経済的諸条件や主体的制約も存在しない。単純なる「自由論」は「集団主義」アレルギーに陥りやすいが、ペルソナ概念は単純ではない。むしろ、この種の社会秩序が健全に形成されるならば、かえって国家的な統制（純然たる公的秩序）からの防禦壁となろう。今日の家族社会学が明らかにしているように⁽¹²⁾、双方の秘密裡の私的・了解から「婚約」を経由して婚姻挙式にいたるまでに、当事者は多分に親族や友人等の周囲の意見に影響を受けることがあり、そのことが婚姻の成否を左右することすらあることは否定し得ない事実であるが、それこそが個人の自由な内面的葛藤のプロセスであって、かかる家庭共同体の支援のなかで婚姻への確信的な意思を形成し獲得することによって、私的・了解が真の意味で

の「婚姻の予約」となりうることとなろう。私的・了解なるものは当然のことながら当事者の自助努力・自己責任が大前提となり、ことに双方の「自己開示」という心理的プロセスを通して徐々に幾重にも種々の合意ないし関係を誠実に形成・蓄積していくことが求められるが⁽¹³⁾、他方では、かかる男女関係は、一面では「共同的关系」の形成を求めながらも、他面では多分に損得の計算をする打算的な「交換的关系」の影響からも免れないところ、双方の親族関係（ないし周囲の人々）のなかで自己開示を蓄積しながら展開して、そこで双方が将来の婚姻を決断した場合には、このような複雑な関係を止揚した特殊の集团的秩序を形成したこととなるので、かかる段階に至れば、当事者双方は婚姻成立に至るよう誠実に交際を進展させるべき法的な義務を負担し、もはや正当な理由がない限りは、一方的に破棄することはできないものと考えるべきである。したがって、決して自由意思を封じ込めるような社会秩序ではなく、むしろ当事者間の自由意思を核として「相互の協力」によって形成された私的・了解の発展的帰結ではない。このような私的・了解に対する親族等による周囲の人々の支援秩序をも念頭においたものが、本稿にいう「婚約の社会的秩序」論にほかならない。実は、かかる思想自体が、偶然ではあるが、近代社会を背景としたイタリア旧立法のもとでも看取されることについては、後述する。これに対して、少なくとも婚約法の場合は、「婚姻の自由」を旗幟として「国家」と個人とを直接的に対峙させたのは、当時のフランス法の立場（婚約無効論）であったものと思われる。

ところで、私見のいう、私人が自律的に形成した一定の社会関係における規範秩序なるものは、国家的・公的秩序を修正することもあり得るが⁽¹⁴⁾、本稿とのテーマでは、国家的秩序を単に補完するにすぎないので、そのような難題は生じない。ともあれ、社会的婚約論に立ちながら、非典型的な男女関係の保護要件を検討する上では、わが国の裁判例は必要不可欠の素材となり、その論究は他日の課題としたい。あわせて、将来は、

「婚約証書」をもってその成立要件とする慣行が生まれることを期待するものである⁽¹⁵⁾。

3 本稿の構成

本稿は、明治の初期編纂時期から明治民法に至るまでの婚約法制の沿革を検討するにすぎないが、先述のように、旧民法の制定過程でイタリア旧法が起草関係者らに強い影響を与えていたものと思われるので、まず、当時のイタリア法の法状況を検討し、そのうえで、わが民法の制定過程に進みたいと思う。いずれにしても、制定過程での起草者などの意見から本稿にいう社会的秩序論ないしそれに近い論理が意識されていたかという視点を常に「念頭」におきながら、具体的に考察することとなろう。

II イタリア法の沿革

1 イタリア民法の沿革

イタリア近代国家は、フランス絶対王政国家の主導のもとに成し遂げられているので、フランス法の影響が強いが、近代のフランスもイタリアも「ローマ法」の影響から免れなかった。次に、西欧ではローマ帝国の支配を崩壊させたゲルマン民族の大移動による影響もあるが、イタリアでは、一時期、「ランゴバルド民族」に席卷された時代（これによってイタリア中世期がはじまる）があり、さらにこれに加えて、ことに婚姻法については、中世以来の「教会法」による婚姻制度が社会の実態に根付いていた。法制史的にみても、教会法を無視できないので、まず、ローマ法とその後のランゴバルド民族法を通観するとともに、教会法における婚約法を概観したのちに、宗教婚から決別したナポレオン民法典成立後の「フランス法」の状況を検討しておきたい。

その上で、イタリア旧法の分析をするのが、発展的視角からいっても妥

当と思われるが、フランス民法典成立後でも、イタリアでは、多くの各領邦国家に分岐していたところ、その領邦国家のほとんどはフランス法の影響を受けながらも独自の慣習法をも成文化した固有の民法典を制定していた。とくに著名な民法典が、サルデーニャ王国の啓蒙君主アルベルト治世のもとで成立した民法典（1837年）である。この「アルベルト民法典」は、イタリア統一の主役となった封建国家がサルデーニャ王国であったことから、暫定的にイタリア統一国家の民法典として承継されたうえで、1865年制定の旧民法典が成立している。この旧民法典は当時、ヨーロッパでは最新の法典でナポレオン民法典を改革していた面もあったので、ボアソナードのほか⁽¹⁶⁾、明治民法典の起草者（ことに当時のフランス・リヨン大学での留学中にイタリア民法典の重要性を認識した梅謙次郎）にも強い影響を与えたものと思われるが、それはしばらく措くとして、実は、このイタリア旧民法典にはサルデーニャの民法典の影響が濃厚であるので、差しあたり、この民法典の婚約規定を分析することも、有益であろう⁽¹⁷⁾。

ともあれ、少し回り道をすることになるが、必要な迂路と思われるので、上記に述べた順序でイタリア旧民法典に至るまでの歴史的経緯をフォローすることとしよう。本稿の婚約観は、ある意味では、かかる検討の所産にすぎないからである。

2 ローマ法の婚約観

ローマの家族法は、キリスト教的婚姻観とは異なり、婚姻を社会的事実として捉えていたので、法律行為とは観念されなかった。一定の成立要件ないし障害事由（成年者であること、性的不能者でないこと、重婚・近親婚禁止などのほか、娼婦・売春仲介女・舞台女優などとの婚姻も禁止された。）は規定されていたが、婚姻意思によって具現された生活共同体が婚姻であり、この「自由な合意」のみによる婚姻という基本的な性格は、結婚が古典期後に法的関係に接近したことがあっても、変わらなかったとい

う⁽¹⁸⁾。このような婚姻観の下での婚約 (sponsalia) は、どのような効力を有したか。当初、婚姻の予約は婚約男子と婚約娘の家権保持者によって締結され、双方が交互に「誓約」(<sponsiones>と称し、婚約の用語はこれに起因する)を取り交わす「問答契約」という形式(要式主義)のもとに債権契約としての効力を有し、一定の金銭の給付が約束されると、婚姻締結が履行されない場合には、その金銭の給付を求めるための訴権が付与された。一種の売買婚ともいえる形式があったこととなろう。しかし、やがて共和制後期になると、婚約は書面がなくとも、また対席者でなくとも有効となり(Florent.D.23.1.1)、一定の婚姻障害事由が婚約にも適用されるようになる。また、婚約は随意に解消できるようになり、その訴求可能性が消失した。婚姻履行を担保する違約罰の約定は、「よき慣習に反する」ものと考えられた。つまり「婚姻の自由」を重視していたことになろう。さらに古典期では、婚約娘の婚姻意思が重視されている。ユリアヌスによれば、「婚約は婚姻と同様に締結者の合意によって行われる。それ故、婚姻と同様に婚約には家女が同意することを要する」(Julia.D.23.1.11)。

ところが、古典期後の専主政時代では、「婚約手付」(arra sponsalicia)が認められることとなり、重大な事由なくして婚姻を解消した花嫁は、花婿から受領した金員の四倍額の返還を義務づけられたので、これによって事実上は婚姻履行が半ば強制されることとなった。ただし、4世紀以降は、締結から2年が経過すると、この拘束は解消するものとされた。ユスティチアヌス帝は、古典法の婚約と専主政時代の婚姻手付(二倍額の返還義務に限定)とを併存しているので、その調整がなされていないといわれているが、いずれにせよ、婚約破棄は、「信義に反する」ものとなり、キリスト教の影響もあって、婚約を解消してはならないとする思想が芽生えていたものと推測される⁽¹⁹⁾。

要するに、もともと婚約が「誓約」とされて一定の法的拘束力が認められていたが、社会の発展(性的自由の容認)と法技術の精錬のもとに、婚

約の破棄も自由とされる時代を経由した後に、やがて婚約手付が登場してきたのは、その破棄が「信義」に反するものと考えられた結果であろう。婚姻が「妻の名誉」であったのと同様に、婚約もまた、婚約娘の名誉ではなかったか。

3 中世イタリアの婚約観

古中世のイタリア半島の大半は、ゲルマン民族であるランゴバルド族によって支配されていたが、この民族の婚姻法では、婚姻挙式もさることながら、その前段階の「婚姻の予約」が重視されている。つまり、婚約男子と婚約娘の家権保有者（*mundualdo*）との間でなされる「要式の婚約」（*desponsatio*）と「婚姻締結」とが明確に区別され、両行為が履行されることによって、婚姻が完成した。婚約は、それ自体としての法的効果を持ち、一方では、婚約男子が娘の家権保有者（父・兄弟等）に対して一定の期限までに婚姻の挙式をする義務を引き受け、他方で家権保有者が婚約娘を引渡すこと（*traditio*）の義務を負担する。引渡しは、まず最初はとりあえず象徴的な行為によって婚約男子に娘が引き渡されたうえで、挙式の日まで家権保有者が婚約娘を監護できるように、婚約男子は娘の再引渡しを行うこととなっていた⁽²⁰⁾。婚約男子が挙式を引延ばし、娘の引取りを拒むと、婚約時に約定した嫁女代（*meta*）の支払いを義務づけられる（ロータル王令178）⁽²¹⁾。

いったん婚約が成立すると、その解消のためには法律に定められた理由が必要とされ、娘の姦通行為、ハンセン病疾患、眼の喪失の場合（ロータル王令180）や、何らかの原因による重大な敵対行為、たとえば双方の家族間での殺人や紛争・闘争の場合（リウトブランド王令119）にしか解消できない。その後、時代を経て、このような厳格な規律につき、若干の緩和があったものの、娘の家権保有者である父の意思との関連について言えば、婚約の法的な観念は、その本質的な性格とともに、後の時代において

も、実務ではその完全さを失うことはなかった。

他方で、12世紀から13世紀のボローニャの注釈学派も、「婚姻の約束」を重視し、婚姻挙式はその履行に過ぎず、法的行為というよりも事実であるとしたり、婚姻予約と婚姻とは同義であると考えたりした。しかし、同時代のアゾー（12世紀?-1230年）の<Summia codicis>によれば、婚約の重要性が指摘されるとともに、「将来の合意」（consensus de futuro）と「現在の合意」（consensus de praesente）とを区別することによって、別の新たな議論を提起していた。これ以降、市民法学説は、二つの方向に歩み出した。一方は、合意は婚姻約束のみであり、その作用に尽きる、という見解である。他の見解は、意思決定の目的に注視して、将来の婚姻の約束と婚姻の締結とは、事実として双方は関連するが、婚姻の約束はそれ自体としては挙式合意の要件・要素とするためには十全ではないので、両者は法的には別のものである、とする。つまり、婚姻挙式は、固有の目的をもち、婚約とは異質のもので厳格な意思決定が前提となっている、という趣旨である⁽²²⁾。

ともあれ、この時期において、以上のような「市民法」の展開がみられる一方で、カノン法が固有の規律を精練させているので、つぎにカノン法の状況を概観することとしよう。

4 教会法の婚姻観

(1) 中世教会法

中世になると、強大な封建領主でもあった教会が、王権の衰退という政治的要因もあって、婚姻事件に関する立法・司法・行政権を排他的に支配していったが、婚約についても、事情を異にしない。その婚姻法の特質としては、何よりもそれは「秘蹟」であると観念されたことであるが、それとともに契約的性格も付与されている。神との契約であることから、姦通によらない限りは、離婚はみとめないという律法（マタイやマルコの福音

書)に明言されている夫婦一体観が根底にある。婚姻の眼目は、子の出産と養育にあり、第二次的には性欲の満足と姦通の救済にあるものと考えられた⁽²³⁾。このような中世婚姻法の「形式」が、ここでの婚約の位置づけに決定的な意義をもっていたようである。12世紀の末頃に、イタリアではグラチアヌス、フランスではロンバルドスという、それぞれ当時の代表的な教会法学説によれば、合意が「私はあなたを妻として受け入れる」という現在文言(*sponsalia per verva de praesenti*)でなされると、直ちに婚姻が成立するが、合意が「私はあなたを妻として受け入れよう」という未来文言による約諾(*sponsalia per verva de futuro*)によってなされると、婚約が成立する。この区別は、先述したアゾーの問題提起と共通する。将来文言による婚約は、別の婚姻の障害事由となるという効果をもつだけでなく、婚約段階で身体的交渉があれば、真の固有の婚姻に転換する、とされた⁽²⁴⁾。

ところで、かかる意思の重要性の賞賛は、将来の責任に拘束的な性格をもたせるといふさらなる成果を達成することとなった。このことは教皇アレクサンドリアⅢ(1159-1181年)の訓令でつぎのように確認されている。すなわち、免責許可がない場合には、教会裁判所は宗教的制裁によって婚姻挙式の履行を拒む婚約者に対して挙式を義務づける権限を有するものとされた。この規範が、Ostienseの権威によって、婚約が合意の一般理論の中に組み込まれるようになり、その結果、「単なる合意から訴権が生ずる」*<ex nudo actionem damus>*との原則の適用が認められることとなった⁽²⁵⁾。しかしながら、かかるカノン法の法規範については、「婚姻は強制というよりも自発性による」*<matrimonia monenda potius quam cogenda>*ということが想起されることによって、結局のところ、教会裁判所は宗教的制裁による救済手段の利用を差し控えるようになった。教会裁判所の実務では、そのような事実を明らかにしている史料がたくさんあり、婚姻予約の証明に疑問あるときには、婚姻意思の自由を優先させる傾向があった、と

いう⁽²⁶⁾。かくして、婚姻の約束違反に対する保護は、損害賠償による罰となっていたが、その損害には、婚礼の衣服や婚礼のための費用、教会の費用の償還のみならず、婚約破棄の事実に基づく何らかの名声の侵害によって婚約娘 (donna) に惹起された損失の回復も含まれた。

ただし、先述した教皇アレクサンドリアⅢの婚姻挙式を義務づける訓令自体は、少なくとも形式的には何世紀にもわたって堅持され、ようやくトレント (Trento) の公会議によって、改訂された。

(2) トレント公会議 (1543-1563年) による改革

その後、宗教改革などを経て、16世紀中頃の「トレント公会議」によって、婚姻の基本的性格 (サクラメント) は堅持されたものの、婚姻の方式や要件につき抜本的な改革がなされた。これがイタリア旧法に強い影響を与えているので、やや詳しく検討しよう。カトリック教会は、プロテスタントの批判もあって、当時のオーストリア領のトレント (トリエント) で伝統的・古典的教義の改革を議論し、相当の年月をかけて、前後25のセッションをもち、曲折の上、ついに「第24セッション」の決議で婚姻に関する改革を宣言・公布している (1563年11月11日)。従来、婚姻は教会でなされていたものの、挙式が有効要件ではなかったことから、秘密婚 (いわゆる内縁) や姦通を許容するような風潮を助長する結果となっていた。そこで、婚姻が当事者の自由な意思によって成立するものの、婚姻の方式が「要式主義」に転換され、司祭と2ないし3人の証人の立会のもとに教会で婚礼儀式が行なわれることが必要とされて、この方式違反の婚姻は無効となった。また、従来、子の婚姻には両親の同意が要件ではなかったことで、ことに未成年者の婚姻が両親の不知の間になされても、有効であったところ、このような家族の出現が絶対王政にとっても無視できないものとなり、その公示方法の必要性が議論されていたが、今回の改革では、婚姻には両親の同意が必須の要件となり、そのうえで、司祭による祭日ごとに前後3回の「公示」が義務づけられることとなった⁽²⁷⁾。「婚姻の約束」につ

いても、文書による形式に加えて証人とともに連署することが必要とされるとともに、その効力については、前代の婚姻義務の履行強制の問題は克服され、「婚姻挙式を強制するための訴権」<actio ad petendam matrimonii celebrationem>は提起できないものとなった。ただし、婚約の不当破棄に対しては、損害賠償が認められる。ちなみに、この原則は1917年公布の旧教会法典1017条1項（要式主義）、3項（履行強制の不許と損害賠償の訴権）にそのまま再現され、1983年公布の新教会法典1062条2項にも基本的には承継されている⁽²⁸⁾。

5 近世・近代と婚約観

(1) 近代前の西欧諸国

しかしながら、以上のような旧カノン法の伝統が一部のゲルマン法にも承継され、またプロテスタンティズムでも、婚約は婚姻よりも重要なものであり、婚姻は婚約を補完する単なるその構成要素にすぎないと考えられていた。ルターは、婚約者を「真の夫」(rechter Ehemann)と称している。また、ウィリアム・シェイクスピアも、「婚姻まえの夫」と称して、エリザベス女王時代に、「婚約の履行」を第三者にゆだねることができるとしていた。このような傾向が、近代法典ができるまでの北部ヨーロッパの婚約・婚姻制度の特徴となっている。実際、当時のオランダでは、第三者を介して(per interpositam personam)、「婚約の特別方式による強制的な履行」が認められていた⁽²⁹⁾。また、18世紀でも、ドイツの広範な地域では、「婚姻訴権」(Eheklage)を認めていた。学説は、婚姻とは婚約の拘束力の実現によって完成する単なる行為にすぎないとしていたのである。そこで、カルプツォフ(Carpzov, 1595-1666年)、プーフェンドルフ(Pufendorf, 1632-1694年)などの権威もあって、婚約と婚姻とを「売買と引渡し」(vendita e traditio)の関係と比較することにも躊躇はなかったという⁽³⁰⁾。プロイセン一般ラント法も、実定法上、婚約と婚姻とを明確に

(龍法 '10) 42 - 3, 98 (685)

区別し、婚姻の履行義務を認めていたが、当時の学説によって、原則として履行義務の訴訟は排斥され、婚姻履行を請求することができたものの、訴訟継続中に相手方が履行拒絶を再主張したならば、それは損害賠償請求に転換される、と解されていた。これは、実質的には、ローマ法の「婚約手付」の残滓ともいえる。その後のローマ法の現代的慣用の地域においても、ヴィントシャイトがこのような趣旨の手付同然の贈与（*Mahlschatz*）が残存していたことを証明している⁽³¹⁾。普通法の学説でも、婚約破棄者に対して婚姻締結（*auf Eingehung der Ehe*）の有責判決を求めることができる⁽³²⁾とされていた。

一方、この当時のフランスではどうか。Pothierは、つぎのように考えていた。婚姻約束の契約性はひとめていたが、その効果は、カノン法と同様に、婚姻障害になるという限定的な効果しか認めていないし、また、ローマの婚約手付については、当事者の地位（*qualite*）や能力（*facultes*）を考慮して、それが著しく多額なものである場合には、限定的に対応している。破棄された婚約者は相手方を教会裁判所に訴える権利があるが、婚約の存在と有効性を確認する場合には、その履行の強制も教会の刑罰による強制もできないので、婚約の履行を勧告することに限定するしかなく（市民会議に「濫用としての召喚」も許される。）、教会裁判所は、破棄者が拒絶に固執したときには、婚約の解消を宣告しなければならず、その際に、破棄者に対して、「祈り」などを課す。世俗裁判所も、婚姻の挙式を強制することはできない。したがって、損害賠償に限定されるが、その賠償には、実費の損害賠償のほかに、信頼（*la foi*）の違背により相手方に加えた侮辱の損害賠償も含まれる、としていた点が注目される⁽³³⁾。「他の人との結婚が妨げられるおそれのあること」が、その理由である。

(2) フランス民法典の婚約観

トレントの改革はフランスでは、結局のところ批准されないまま、絶対王政の進展とともに、婚姻は民事婚的性格を帯びながら、アンシャンレ

ジーム下では、教会の権限が大幅に制約されるに至り、ついにフランス革命をむかえて、フランスでは婚姻は民事婚のみに限定された（1791年9月3日革命憲法第7条）。そこで、婚姻事件の管轄権が国家に独占されることとなったことから、フランス民法典は、教会婚から離れて、民事婚一本に絞り込んだ⁽³⁴⁾。フランス民法典は、「婚姻」については、身分吏の面前での挙式を要件とするなど、婚姻の成立要件・障害事由や効果などを規定しているが、「婚約」（*fiançailles*）については、沈黙している。否むしろ、「自由」を旗幟とし、かつ教会婚とあえて決別したフランス法の立場からは、当然の帰結であったのかもしれない。

しかし、民法典成立直後の学説は、婚約は有効であって、違約つまり債務不履行による損害賠償を認め、違約罰の合意も可能としていた。当時の下級審裁判例も、婚約の有効性を肯定して、違約による損害賠償を肯定する例もあったが、必ずしも意見が一致していなかったところ、1838年5月30日の破毀院民事部判決は、婚約は無効である旨を明らかにした上で、不法行為による損害賠償を認めるとの方針を打ち出した。その婚約無効論の論拠は、「婚姻締結の自由」の確保にあり、婚姻締結時においてのみ婚姻意思を表明すべきものであると解釈されたことから、婚姻自由を事前に拘束することになる婚約は、公序良俗違反になる、というところにあった⁽³⁵⁾。公序良俗違反というのは、解釈論としてはやや拙劣であったように思うが、国家的権力がカノン法から決別する趣旨を強調する政策的意図があったのかもしれない。つまり国家と個人とを直接的に対峙させたわけである。この点については、後述のように、当時のイタリア法とは鮮やかな対立を示すこととなった。

Ⅲ イタリア旧立法の婚約法

1 イタリア領邦国家

イタリア統一前の法状態は分裂状態にあり、いくつかの封建国家によって分割統治され、教会国家は、教会法の婚姻・婚約法に従っていた。トスカーナ共和国も、1814年11月15日法律第6条により、基本的には同様であった。また、当時、イタリア北部を分割統治していたオーストリア民法典（第46条）も、婚約は婚姻を締結することも、婚約破棄の場合のために約定されたことを履行することも、法律上の義務を生じさせない、としていたが、破棄に原因を与えていない当事者は、損害賠償を請求する権利をもつとされた。1855年11月5日に教皇庁とオーストリア皇帝との協定（Concordato）によって、1856年10月8日の勅許は、世俗裁判所が婚約の存在と婚姻障害事由の婚約への影響を決定することのできる権限を認めた。民事裁判官に損害賠償の訴えを判決する権限が与えられたわけである。さらに、南部の両シシリーの民法典（1819年）第148条も、民事上の義務を否定し、例外的に損害賠償義務を不当破棄者に課して、実質的には同様の立場にあった。後述するサルデーニヤ民法典（第107条）、パルマ公国の民法典（第40条）、エストーニャ民法典（第87条）も同様であった。かくして当時のイタリア領邦国家の法典はすべて、不当破棄によって侵害された当事者のために損害賠償の訴訟を認めていたこととなる⁽³⁶⁾。

これらのイタリア統一前の旧立法は、カノン法のほかに、当時のフランス法の影響を受けていたことは否定できないであろう。先述のように、フランス民法典自体には婚約に関する規定がなかったが、当時のフランスの学説では、婚約は婚姻の履行義務を生じさせないという点では、一致していたからである。しかし、損害賠償義務については、争いがあった。ある説では、現実の損害だけではなく、逸失利益（*lucrum cessans*）も対象となり、違約罰も可能である、とされた。他の説では、婚約からはいかなる

民事上の効力も生じないとされ、有効完全なる合意は婚姻証書によってのみ行われると解された。ただし、当事者に過失があれば、不法行為による損害賠償は可能である、とする説もあったようである⁽³⁷⁾。

2 サルデーニャ王国

(ア)ところで、イタリア近代国家の統一はサルデーニャ王国の主導により実現されたことから、この王国の民法典(1837年)がイタリア統一民法典の下敷きになっている⁽³⁸⁾。そこで、少し寄り道をして、この民法典第一編「人」<Delle persona>(第五章「婚約と婚姻」<Degli Sponsali e Del Matrimonio>)での婚約法(第1節)について、検討しておこう。この婚約法もイタリア旧民法典に強い影響を与えているように思われるが、教会婚と民事婚とが併存しているところに、法制史上は見逃せない制度的特質を帯有しているだけではなく、民事婚の下での婚約法の制度的理念にも学ぶべきものが多いように思われるからである。つぎの二カ条が用意されている。

第106条

「婚約は、公文書(pubblico istromento)または私文書によってなされない限り、民事訴権を生じない。

当事者は、両親または少なくとも父の同意を得なければならない。父が死亡しているとき、またはその同意に支障があるときには、母の同意を必要とする。両親双方の同意が欠けるとときには、最近親の親族の同意を必要とする。

祖父の同意は、父の親権のもとにある孫との関係では父の同意に代わるものとする。

同意を得ることができない未成年者の場合には、家族会(Consiglio famiglia)の同意で補完する。

前3項の同意は、婚約の公文書もしくは私文書またはその他、認証

証書によって表示されることを要する。」⁽³⁹⁾

第107条

「婚約が教会裁判所によって有効であると宣告され、かつ当事者間でその有効性につき争いがいない場合に、一方が締結された合意の履行を拒絶したときは、前条所定の形式によって締結された婚約については、県民事裁判所に対し現実に被った損害の賠償を請求する権利が付与される。ただし、将来の損害と合意による違約罰は、この限りではない。」⁽⁴⁰⁾

(イ) サルデーニャ民法典は、第108条で婚姻がカソリック教会法の規則と形式による、と法定していたことから、いまだ民事婚と教会婚とが混在しており、したがって、第106条は、婚約を「婚姻の予約」(contratto preparatorio)と捉えた上で、主として sacrament としての教会法上の婚姻の履行を義務づけ、第107条は、教会裁判所が婚姻予約の有効性の宣告をなしうる旨を規定している。これは、いうまでもなく、トレント公会議での「第24セッション」の教義にしたがったものである⁽⁴¹⁾。そのうえで、つぎような二つの効果を認めている。一つは、教会法上の効果であり、婚約は、当事者が別の婚姻締結を意欲しても、その婚姻障害となるという効果であり、これは姦通ないし乱倫を禁止している教会婚姻法の理念によるものであろう。もう一つは、婚約不履行による損害賠償であり、これは民事上の効果として認められる⁽⁴²⁾。加えて、この段階で、損害賠償請求権が認められるためには、「婚約証書」が不可欠の要件とされている。さらに、注目すべきは、両親等の親族の同意を執拗に追い求めている点であろう。このような要件は、フランス民法典の「婚姻」自体の要件(フランス民法148.149.150条)に倣ったものと思われるが⁽⁴³⁾、すでにトレント公会議での教義が先行していた事実も無視し得ないであろう。この要件は、「婚約当事者の双方の家族の平和」(la pace di due famiglie)を企図したものである、とされているところに特に刮目しなければならないのである⁽⁴⁴⁾。

要するに、婚約を証書によって公示し、かつ家族の同意をも必要として、その要件を加重したのは、当事者間での秘密の婚約を回避しようとしていたこととなるが、そこに婚約の「公的なもの」としての性格が濃厚に看取されるであろう。

(ウ) つぎに、婚約の効果について検討しよう。第107条は、婚約の有効宣言を前提として、第106条の要件が満たされると、婚約不履行の場合には、民事裁判所に対し実費相当額の損害賠償を訴求できることを認めている。しかし、「得べかりし利益の損害」(danni eventuali)や婚約不履行に付けられた違約金条項(clausule penali)を認めないことが明文化された⁽⁴⁵⁾。違約金については、ローマ法が認めており、古くから議論のあった問題に決着をつけたわけである。違約金であろうと、手付(arre)ないし贈与であろうと、名目・名義人のいかに拘わらず、とにかく「婚姻の自由」の支障となる合意は、民事上の効力を有しないとした。立法者は、婚姻を前提とする贈与については、別に贈与規定のなかで詳細な規定を用意しているが⁽⁴⁶⁾、そのなかで、「婚姻を考慮してなされた贈与は、いかなるものであれ、婚姻が履行されない場合には、何らの効力を有しない」旨を定めている(第1181条)⁽⁴⁷⁾。これは、フランス民法典にならったものと思われる。

(エ) 以上のように、婚約不履行の効果を限定した立法の精神は何であろうか。つぎのような考慮があったものと考えられている。双方の合意もなく、また法律の根拠もなくして、約束された誠意(data fede)を愚弄し、恣に婚約の履行から免れた場合には、そのことによって他方に損害を生じさせないようにすることは、「正義と衡平」(giustizia ed equita')が要請するものである。そのため、婚約に一定の形式を課し、かつ利害関係人に必要とされる合意を法定することによって、確実に予測可能な範囲内のもとでの婚約が明らかにされているが、他方で、婚姻が軸となる「家族の平和」と密接不可分な「公共的な利益」(pubblico interesse)が「婚姻の

自由」の維持を要請する。加えて、たとい間接的な義務であるとしても、過度に婚約に非解消的な拘束力をもつような効果を与えないことも必要である。婚約は関係のないものの扇動や、不正確な認識のもとに行われることがあるからである。実際、婚姻の約束は、しばしば家族や両親の不知の間に若者や未成年者によってなされ、若気の無分別や過度の一時的な情熱の結果であったり、あるいは誘惑や卑劣な口実のもとになされたりすることが少なくないのは、経験則からも明らかとなる、と⁽⁴⁸⁾。結局のところ、当時のイタリアでも、婚約に基づいて婚姻が履行されるのが一般的であったものと思われ、まさしく社会倫理ないしキリスト教的な婚姻観によって婚約が履行されて婚姻が成立していたはずであるが、例外的に結婚が破談になったならば、それを明確な民事契約とした上で、その合意の明確性を証書や身分吏による公告によって担保し、もって紛争の解決をできるだけすみやかに、かつ客観的に処理するという基本姿勢が読み取れるであろう。このことが「婚姻の自由」という原理的要請と婚約保護の必要性との調和につながり、ひいては、国家的な秩序だけではなく、当事者双方の属する集団の利益（社会的な秩序）の維持にも資するものとなる、ということではなかろうか。ことに、同じ社会的階級に属する小さな社会集団での婚約・婚姻が普通であったという事情も軽視できない。そこに、イタリア法の技術的かつ政策的な知恵なり賢慮なりがみとめられるであろう。本稿に言う「社会的婚約論」と相通ずるものがあるわけである。

3 イタリア旧民法典（1865年）

(1) 婚約規定

サルデーニャ王国は、フランスの支援のもとに、イタリア半島をほぼ統一して直ちに民事秩序の整備に取りかかったが、カッシーニ草案に始まって、きわめて短期間でいくつかの草案を立案したうえで、最終草案（ピサネッリ草案）を若干修正して、民法典を完成させ（1865年）、1866年

1月1日から施行されることとなった⁽⁴⁹⁾。わが国の「人事草案」の起草者が参考にしたのは、この民法典の婚約規定であるが、「婚姻の約束」(Della promessa di matrimonio)の規定は、第一編「人」(Delle persone)の第五章「婚姻法」(Del matrimonio)の冒頭に置かれ、つぎのように定められていた。

第53条「将来の婚姻につき相互に取り交わした約束は、婚姻を締結すること、および婚姻の不履行につき合意した事項を履行することの法律上の義務を生じない。」⁽⁵⁰⁾

第54条「成年者、および成年者の同意を得た未成年者が、公正証書または私署証書によって締結した婚姻の約束については、婚姻の儀式に必要な人の承諾があり、かつ戸籍吏による公告により確認されたときには、重大な理由なくしてその履行を拒みたる一方の婚約者は、他方に対して婚姻の約束によって支出した経費の損害を賠償する責に任ずる。

本条の損害賠償請求は、婚姻予約を履行すべき日から一年を経過したときは、認められない。」⁽⁵¹⁾

(2) イタリア婚約法の特徴

イタリア統一民法典は、フランス民法典と同様に、自由(libertà)を標榜していた。婚姻法は、サルデーニャの伝統には従わず、フランス婚姻法に従って、この当時では、もはや教会婚を認めていない⁽⁵²⁾。婚約の合意も当事者の自由であり、合意だけで完成し、いかなる儀式的な形式も必要ではない。その婚約による義務も「有効」であり、もっとも限定的な効力をもって締結することが可能である。前記の二カ条は、このような最小限の効力をあてがうことしかしていない。このことは、婚姻の自由を保護するためである。婚約は婚姻を締結するよう拘束することはできないとされ、それが婚約の本質的効力でもある。

もっとも、この点については、違約罰の約定(stipulazione penale)に

よって婚姻締結を間接的に強制することが可能であり、時としてこれは強力なものとなりうる。ことに、その経済的価値が気の進まない婚姻の締結を決定しうることもありうる。立法者は、このことを懸念していた。婚姻の完全なる自発性が、その婚姻の将来の幸福・繁栄を保証するものであると確信していたからである。

しかし、現実には、違約罰に効果があるのではなく、それは損害賠償の解決のためのものに過ぎない。通常、婚約者は名誉による拘束(impegno d'onore)によって強いられる。そのことによってのみ、婚約の重要性が保持されるからである。遅かれ早かれ婚約は実現される。婚約が締結された時には、簡便な儀式が行われるが、それは婚姻を強制するものでなく、むしろ完全で確固とした意欲の表明であるからである。それが故に、民法典は、損害賠償につき、婚約を原因として生じた経費、つまり現実の損害、実費に限定している。想定された観念的な損害ではない。違約罰もこの限度に制限される⁽⁵³⁾。編纂過程の「カッシーニス草案」(1860年)では、上記のような違約罰を認めていたが、つぎのカッシーニス第二草案(1861年)は、これに反して、現実には被った損害に限定したうえで、将来の損害や違約罰は除く旨の規定を置いていた。しかし、「ミリエッティ草案」(1862年)や最後の「ピサネッリ草案」(1863年)では、カッシーニス草案に立ち戻っている、という⁽⁵⁴⁾。

結局のところ、第54条の法的装置は、実費の損害を賠償請求することを可能とするために「有効なる債務」を創設することを目的としているにすぎないものである。婚姻前(ante nuptius)では、かかる合意にとどまり、いかなる段階でも、それ以上のものを引き受けることもなければ、別の負担を負うこともない。もっとも、かかる義務が生ずるためには、同条所定の要件が必要である。この法定要件との関連では、慣習上、婚約に必要とされる書簡、約束、言明、愛の誓約は、法的には効力をもたない。ただ法

的に必要な形式は、公正証書 (atto pubblico) ないし私署証書 (scrittura privato) であり、また、それを法律によって認証する行為、つまり戸籍吏によってなされる公告 (pubblicazioni) である。

一方、婚姻を目指して授受される贈与 (caparre<手付>と称される) は、どのように扱われていたであろうか。民法典は、サルデーニャ民法典にしたがって、「将来の婚姻」に関する (in riguardo) 贈与については、贈与の章で規定している (第1068条)。本条は、婚姻が履行されないと、「効力が生じない」(è senza effetto) としているので、目的物の「引渡し」は要件とされていない⁽⁵⁵⁾。

引き渡されてから、破談となった場合には、どのように処理されたか。民法典編纂過程での草案に対する鑑定意見のなかで、ある控訴院は caparra の禁止ないし効力が無いものとする旨の規定の新設を提案したが、この提案は承認されなかった。というのは、法文は、婚約不履行の場合に約定されたことを履行する義務は婚約からは生じないとしているので、婚約手付は、その軸となるようなものであるから、返還されるべきことは明瞭であると考えられたからである。ただし、不履行に原因を与えた当事者は、その贈与につき、黙示による解除条件の効果によって、手付を取り戻すことはできないものとされた⁽⁵⁶⁾。

4 小括

手元にある文献によるしかない検討ではあったが、イタリア旧民法典での婚約法の規定の趣旨が、ある程度、理解されたように思われる。婚約では、婚姻締結を強制することはできないとしても、もともと中世教会法では婚姻の履行義務が認められたうえで、実際上は、その不履行に対して損害賠償義務に限定してきたが、その形式的な論理が婚約と婚姻とを明確に区別することとなり、婚約の契約としての保護に資するものとなっていた。婚約こそが本体であり、婚姻自体はその婚約の履行行為である、と観

念されたのは、まさしく婚約自体の倫理的拘束力を強化する意味をもって
いたものと思われる。

このような伝統のもとに、婚約を証書と結合させ、その婚約の不履行の
場合には、一定の法律上の義務、債務 (obbligazione) が生ずるとされた。
この義務については、立法過程でも曲折があり、実費相当額に限定するの
か、得べかりし利益を含むのかという問題と、婚約の履行確保のための違
約罰の約定が可能かという問題が議論の焦点となっていた。結局は、実費
賠償というところに落ち着いたが、その限度での違約金の合意は有効とさ
れた。このような賠償義務を生じさせるためにのみ、婚約から生ずる「債
務」につき、明文の規定が置かれたという。

イタリア法が婚約から法律上の義務が生ずるとしたのは、フランス民法
典とは、婚約（ひいては婚姻）に対する姿勢が、相当程度に相違があった
ということであろうか。フランスでは、何よりも「婚姻締結の自由」とい
う観念が、この問題に対する消極的姿勢に向かわせたといえるが、同じ立
場でありながら、なお、イタリアは、婚約という「契約の拘束力」に関心
を示している。フランス同様に、この当時のイタリアは教会法と袂を別ち
ながらも、なお実質的にはその影響を受けていたものと思われ、サルデー
ニャ王国の婚約観がその背景にあったことは否定し得ない。しかも、婚
約証書を必須の要件としているところに、婚姻証書とのつながりが見られ
る。ここにも婚約ないし婚姻の譽れや名誉という社会的評価が後景におか
れていたことは、推測に難くない。

他方で、損害賠償を財産的損害、しかも実費相当額に限定した点は、伝
統的に慰料が厳格な制約のもとにあることの帰結なのかもしれない。と
もあれ、フランス法を母法とするイタリアでの議論が、日本法のもとでも
再現されることとなるが、この点は、後述に譲ろう。

IV 日本民法典と婚約観

1 前史

(1) 皇国民法仮規則

いわゆる初期民法典編纂史においては、司法省明法寮（明治4年9月設置）での民法会議で編纂された「皇国民法仮規則」（明治5年後半と推定されている）が、後の「左院の民法草案」に引き継がれるとともに、さらに旧民法、明治民法にも影響を与えていることから、極めて重要な歴史的資料であることは周知の事実である⁽⁵⁷⁾。この「仮規則」は、人事編のほかに財産編と契約編を含む全9巻、1084箇条から成る大部の草案であり、それまでに司法省で起草された各種の草案（「改刪未定本」や「民法第一人事編」など）を集大成したものであるといわれているが、ここには、婚約の規定は欠落している。この仮規則の起草者がナポレオン民法典を参考にしていたことが明らかにされているが（各条文の欄外上にナポレオン民法典の対応条数が明記されている）、フランス民法典には存在した婚約贈与規定は贈与の規定中（民法第三巻財産編「贈遺総規則」）には欠落しているし、また婚約に係る「結納」の規定も存在していない。そこで、「婚姻」に関する規定から、若干の推測を述べておこう。まず、婚姻の形式要件については、「婚姻届」（民法第一巻人事編23-25条）というタイトルを付して次のように規定している。双方の戸主が姓名・年齢・身分・住所のほかに、両親の姓名を書面に記して戸長に届け出ることが必要とされ、その届書には、媒酌人の姓名・身分・住所の記載が求められている（同人事編23-24条）。この届出によって、戸長は役所に備えた帳面に身上届を記載するようになっている（同人事編「身上届出帳規則」10条以下）。この届出は、当時すでに制定されていた「戸籍法」（明治4年）が前提とされ、「戸」という家族集団を中心にして、家族関係を規制しようとしていたこととなる⁽⁵⁸⁾。

つぎに「婚姻」(同第46-51条)というタイトルの下では、父母ないし尊属の許諾が必要なこと(第46条)、婚姻適齢のこと(第47条)、近親婚の禁止(第50条)のほかに、当事者双方が承諾していない父母の意思のみによる婚姻の契約はしてはならない旨の規定(第48条)が用意されていた。この種の規定がわざわざ用意されていたのは、フランス法流に婚約当事者の自由意思が尊重されるべきものとされたわけであるが、しかし、他方で、媒酌人なくして婚姻をしてはならない旨の規定(第49条)もある。ほかに、民法第六卷「契約編三」では、「婚姻並養子養女の契約書」というタイトルで、夫婦財産契約に関する規定が用意されている。

以上の規定から考えると、婚姻につき「法律婚主義」を採り、婚姻戸籍も予定されていたことが判明する。婚姻が両親の意思によるのではなく当事者の意思によるものでなければならぬとされているので、フランス法にいう「婚姻の自由」が前提とされていたことは間違いないところである。さらに、両親ないし尊属の許諾という要件であるが、これもフランス法の影響と考えられる。ただ、フランス法では一定の年齢制限があったが、ここでは、そのような制限がない。また、媒酌人を必須の要件とする規定も、わが国独自のものであった。実は、これらの条項は、「仮規則」に先行する「民法第一人事編」(第46,49条)ですでに採用されていた。この点をとらえて、当時、フランス法の圧倒的な影響のもとでも、わずかに「日本的なもの」がみられるとの評価もなされている⁽⁵⁹⁾。そこに婚姻が男女の単なる私的な了解にとどまるものではなく、すなくとも法文上においては、個人の自由を軸として、その双方の親族ないし家族等を母体とする集団秩序によるコントロールがなされていたこととなろう。もっとも、フランス法流の婚姻意思の自由が尊重されているものの、婚姻届は戸主がすることになっているので、そこにいわゆる「家」による(明治初期の家をどのように評価するかは別にして)制約があったといわねばならない。また、この仮規則が、戸主権を軸として家族法を構築し、相続も長男の単独

制を採用していたことから、個人の自由を前提とする法制度を想定していた江藤新平の構想（「身分証書制度」）が否定されたと評価する向きもあるが⁽⁶⁰⁾、なお綿密な分析が必要であろう。

さらに「婚約」について検討するに、婚約が法的な意味の契約であるかどうかのフランスでの議論が理解されていたかは別にして、仮りに上記の婚姻規定を前提として考えるとすれば、少なくとも、婚約も当事者の意思によることが必要とされ、また、親族秩序からの規制を受けることとなったはずである。当時、慣行的に行われていた婚約の儀式（樽入れなど）や結納を前提とすれば、婚姻挙式の前段階にあるこれら両家の行為が、そのまま婚姻にまで昇華されるというプロセスを辿ることになるからである。しかし、「仮規則」の起草者は、おそらく婚約自体の重要性を認めていなかったものと思われる。というのは、後述のように、当時の慣行によれば、婚姻制度のなかで婚約がきわめて重視されていたにも拘わらず、これに全く言及していないのは、フランス法流の制度に傾斜していたと考えられないからである。しかも、フランスでは、まだ婚約贈与に関する特別の規定を用意していたが、「仮規則」には、この種の規定も存在しない。婚約規定の起草が技術的に困難であったというよりも、むしろ、関心が低かったということなのかもしれない。

(2) その後の編纂過程

(ア)「左院の民法草案」等 その後も、司法省民法会議では、箕作麟祥訳本『仏蘭西法律書民法』（明治4年）の原典を修正しながら（『箕作麟祥訳仏蘭西民法書入本』）、明治5年10月から民法典編纂事業は進められ、いくつかの草案が作成されている。明治6年5月に「民法仮法則」（全9巻88箇条）が完成・印行されているが、ここでの規定は手続的な「身分証書」（身分証書簿冊、出生届、婚姻届、離縁届など）に関するものが中心であり、婚姻についても「婚姻証書」という表題で婚姻届書に関する技術的・手続の規定に限定されていた。もっとも、これに先立ち同年の3月13日か（龍法 '10）42 - 3, 112（699）

ら開始し、7月3日までの民法会議の協議で、第89条以下の草案が起草されているところ、その中でも、婚約の規定がない。しかし、婚姻については、男17歳、女14歳とする婚姻適齢の規定（第98条）を始めとして、ほぼフランス法の条文に依拠しながら、夫婦となる双方の者の承諾（第100条）を重視することのほか、男25歳未満、女21歳未満の者については、父母ないし祖父母の承諾を要件とし（第102条以下）、この年齢に達しても、父母の承諾がないときには、婚姻前に父母の承諾につき公正証書による承諾を請求しなければならないとするなど（第105以下）、親族共同体的な拘束をかなり緩和した内容になっている⁽⁶¹⁾。

一方、太政官制が改定され、「制度局」に代わって新たな立法機関である「左院」（明治4年）が太政官制のなかに新設されていたが、江藤新平が制度局主任から左院の副議長の職に就いて以降、民法会議も左院に移されたうえで、民法編纂作業が引き継がれ、その後、彼が明治5年4月に司法卿に転じてからは民法編纂作業が司法省に移されたものの、左院でも依然として作業が継続されたのちに、民法草案が起草されている。具体的には、「家督相続並贈遺規則草案」（全93箇条、明治5年司法省合議脱稿、同6年9月改訂完成）、「養子法草案」（全10箇条、明治6年後半完成）、「後見人規則草案」（全34箇条、明治6年4月脱稿）のほかに、「婚姻法草案（民法課原案）」（全21箇条、明治7年1月）が編纂されている。これらは「左院の民法草案」と称されているが、ここでも婚約に関する規定は欠落している⁽⁶²⁾。婚姻の要件に関する規定（第1-9条）については、基本的には「仮規則」と同様であるが、ただ、第10条では、婚姻届書を提出しないときは、たとい「夫婦の景状」があっても、「男女和姦と同視」するとして、その間の出生子を私生子とするとしたうえで、この種の妻が密通しても姦通罪にはならない、と規定されているところが、目新しい。当時では、まだ実務上は届出婚制が採用されていなかったのも、儀式婚主義が慣習法として認められ、初期の大審院判決にも、事実婚主義を採用した事例があることは、

周知の事実である。

(イ)「明治11年民法草案」 明治6年4月に江藤が参議に転じ、同年10月に後任として司法卿を引き継いだのが大木喬任であったが、この直前、一時、左院が立法を独占することとなったところ、明治8年4月の官制改革で左院が廃止され、その後、再び司法省（第4局「民法課」）で民法草案の編纂作業が再開され、明治9年から11年までの2カ年を費やして起草された草案が「明治11年民法草案」と称されるものであり、第一編人事編、第二編「財産及ヒ財産所有権の種類」、および第3編「財産所有権ヲ得ル方法」が相次いで編纂され、明治11年4月17日に民法全体の草案が完成している。

この第一編人事編でも、婚約の規定は欠落している。婚姻については、第二卷「身分証書」の第三章「婚姻ノ証書」の規定のほか、第五卷「婚姻」が用意されている。その婚姻の要件としての「父母の同意」については、これを絶対要件としていた「皇国民法仮規則」や「左院の民法草案」とは異なり、「民法仮法則」（身分証書）の改印後に起草された草案と基本的には同じ立場にあり、婚姻適齢を男18歳、女15歳としたうえで（第109条）、親族共同体の許諾を男25歳、女20歳にするなど（第113条以下）、その要件を緩和するとともに、あわせて「仲人」の仲介を要件から外している。

しかし、この草案は、結局のところ、民法編纂会議では採用されなかった。左院草案の流れとは袂を分かち、あまりにフランス民法典に酷似していたことや、わが国の実情を意識した上でのボアソナードの意見を採用しなかったもので、この当時すでに強い影響力をもっていたボアソナードの反対があったことなどの事情が指摘されている⁽⁶³⁾。

(3) 当時の実定法秩序

ところで、婚姻や婚約に関する実定法規範はどうであったかといえ、当時の太政官達第209号（明治8年12月）と司法省丁第46号（同10年6月）との関連が古くから議論されている。第209号では、婚姻（養子縁組）が（龍法 '10）42 - 3, 114（701）

戸籍に登録されることを要件としていたが、第46号では、登記を懈怠しても、「親族近隣の者」が「夫婦若しくは養父子と認め」て、裁判官がその実体のあることを認めれば、夫婦となるとしていたので、その矛盾の調整をどのようにするかにつき意見が分かれている⁽⁶⁴⁾。それはともかく、ここでは、第46号がもともと内縁保護の趣旨に出たものではなく、「公益上、就中刑事上」登記なくとも既婚者と取り扱うこともあるという意味で（姦通罪などの刑事罰が課される）、「家族倫理」という公益上の要請にもとづくものであると仮定しても⁽⁶⁵⁾、少なくとも夫婦としての「社会的な認知」のあることが、婚姻の要件とされていたことに注目すれば足りる。男女間の法的紛争を予定した上でのルールであると思われるからである。一方、ここでも、婚約自体についての明文の規定は欠落しているが、当時の「全国民事慣例類集」（明治13年編纂）によれば、婚約の効果につき必ずしも一義的に整理しがたいものがあるとしても、基本的には、結納の授受に先立ち、媒酌人のもとで婚約儀式（地方ごとにその呼称は異なる）が行われる慣行があり、この段階でも、「変約」を禁ずるものがあるが、さらにこれに加えて、結納の儀式が挙行されると、すでに夫婦の契約になるものとして、「決して変約せざること一般の通例なり」とされていた⁽⁶⁶⁾。このような「社会的な承認」によって、もはや私的なレベルでの約束ごとではなくなるという趣旨と受けとめてよいであろう。

ところで、当時の司法省が公開した「民事問題」と「民事答案」という同省法学生の教本（明治16年）には、婚約に関する事例が登載されている⁽⁶⁷⁾。具体的には、つぎのような問題と解説になっている。原告（男）と被告（女）とが媒酌人を介して婚約をし、明治13年12月15日に挙式することを約束したうえで、同月1日までに金200円（被告の母の養料）を被告の母に贈与する旨の証文を取り交わし、双方の署名捺印のほか被告の母と媒酌人も署名捺印したが、原告は、今日（翌年の1月）になっても、贈与を履行しないにもかかわらず、被告の身柄だけを引き取るという訴え（婚

姻履行の請求)を提起した。この請求が認められるか。司法省の解説では、「婚姻の予約」と金銭の契約とは相關するので、この養料に関する契約が認められる限りは、当該契約は被告の母が「婚姻を承諾したる原由」となっていることから、被告のみを引き取るという請求は理由がないとしている。

ここで非常に興味深いのは、「原告カ婚姻履行ノ請求ハ相立タサル事」と結論づけている点であろう。つまり、婚約娘の母親への養料の給付があれば、婚約男子が婚姻・挙式を強制することができることを前提とした立論である⁽⁶⁸⁾。これは、婚約の履行が婚姻であるとする婚姻制度に通ずるものがあり、かつての「封建法」がそのような婚姻制度をもっていたことや⁽⁶⁹⁾、すでに検討した中世の教会婚姻法などにもこのような考え方があったことを彷彿とさせるものではあるが、他方で、婚約手付ないし結納による婚姻の拘束とも関連するように思われる。いずれにしても、当事者間の合意を前提としているものの、自由な合意による婚約ないし婚姻という觀念とは、かなりかけ離れていたものであろう。少なくとも、婚約娘の親による扶養料の授受の約束が、婚約娘の自由なる婚姻意思を無理矢理に強制するものであるとは考えられていなかったことは事実であり、この当時では、むしろこのような強制は自由契約の自然な成り行きであったのかもしれない。一般的にいえば、当時の女性の当該家族における労働力の社会的な意義が金銭的に評価されていたともいえるので(娘がいないと母の生活が立ちゆかないことが重視されている)、婚姻に対する親の承諾というものが、このような機能をも持ちうることを教えられるが、このことは、当時の下級審裁判例が、事実婚が成立していれば、婚姻届出ないし送籍を命じていた事情とも、決して無関係ではないであろう。

2 「旧民法」の編纂過程

旧民法の人事編にいたる編纂作業では、「民法草案人事編」と、これに

修正を加えた「民法草案再調査案」が起草され、さらに、調査案の条文数のみを差し替えた元老院提出案がある。いずれにも婚約に関する規定が存在したが、元老院の審議のなかで削除されたものと思われ、旧民法には、その痕跡は何も残っていない⁽⁷⁰⁾。梅謙次郎が明治民法を起草する段階では、前者は「第一草案」、調査案は「第二草案」と称されているので、本稿もこれに従うこととした⁽⁷¹⁾。

(1) 第一草案

明治21年10月のはじめ頃に、人事編第一草案は、司法省内の「法律取調委員会」の小委員会で起草され、婚姻は第四章で規定されているが、届出婚主義や慣習の儀式婚主義を採らずにフランス法流の婚姻様式を採用している。「理由書」によれば、従来慣習による婚姻礼式は、近時、「礼式大ニ破レ」諾成行為ともいえなくはないような状況になっている。諾成主義は各人に自由を認めることになるが、夫婦と同居せる男女とを区別しないという弊害がある。また、わが国では、婚姻の自由は、かえって「子女ノ好悪如何ニ拘ラス」、父母が婚家を決めるという「圧制」があり、結局のところ、離婚にいたるという弊害が甚だしい。そこで、婚姻は要式主義がまさるが、西欧では教会法の影響から免れた仏国の婚姻要式を模範としているので、その要式はひたぶる繁雑ではあるが、一生一度のことなので、かえって軽率な婚姻を避け、幸福につながることから、草案もこれに倣った、という⁽⁷²⁾。婚姻の様式は、極めて複雑で、婚姻前の「法式」として、身分取扱人のもとで一定の期間、「婚姻の公告」をなし（第52条以下）、公告後に必要な書類などの法定の条件や婚姻障害事由の確認がなされ、その上で、「婚姻の公式」（挙式）が行われることなどが法定されている（第70条以下）が、婚姻自体は口頭の承諾で足りるとされている。

以上のような婚姻法のもとで、つぎのような婚約規定が置かれている。

第39条「婚姻を為すべき約束は其婚姻を為すの義務を生ぜず然れど

も約束者の一方正当の理由なくして其履行を拒むときは他の一方其約束を信じて為したる実費賠償の責に任ず」

本条の理由書はつぎのように説明している⁽⁷³⁾。本条は「イタリア民法第53条54条」(1865年民法典のことである)より採用したものであり、婚姻の約束の効果を明言したものである。フランスの学説・判例はこれを無効としているが、このような婚約の効果を明言することは無用ではない。わが国では、「婚姻の約束」の例が非常に多いことのほか、慣習によれば、これを履行する義務があるとされていた。しかし、このわが国おける従来の原則を一変して無効としたのは、つぎのような理由による。つまり、婚姻は「人間一生の幸福に関係する」ので、双方の承諾は十分に自由であることが必要であり、その履行を義務づけると、やむをえず婚姻をなす結果になりかねず、「悪縁」に陥ることが稀ではないし、いわんや、本人が幼弱中に親が婚姻の約束をした場合には、弊害に絶え得ないこととなる。もっとも、婚姻の約束が無効であるとしても、正当の理由なくしてその履行を拒むことは、不法行為となり、損害賠償の義務を負う。ただし、一般原則に基づいて違約により生ずる「無形の損害をも賠償すべきものと為すときは、止むを得ずして婚姻するに至らんことを恐れ」たので、実費賠償に限定した、という。

この第一草案は、明治26年10月6日付けで、各裁判所と地方長官等に送付され、各意見が徴されている。その意見では、履行義務がないことに異議がないこと、不当破棄による損害賠償を認めるとしても、なるべく制限すべきことが、共通の趣旨であったと見てよいと解されている⁽⁷⁴⁾。具体的に注目すべきは、娼妓が作成した婚約書証を知慮浅薄な成年が信じて多額の財産を浪費し、その財産が尽きると、娼妓が違約するので、その財産返還に係る裁判が枚挙にいとまがないこととなるので、本条では規定しないで、損害賠償一般の規定で処理すべきである、とする見解や、口頭の婚

約に名を借り、争訟を提起して、毒婦姦婦が良家の男女を脅迫する手段となるおそれがあるので、書面を要件とすべきである、とする見解のほか、道義の問題が訴訟となるのは社会一般の秩序を乱すので、できるだけ訴訟を防止するため、その時効期間を1年とすべきである、とする意見であろう。

要するに、これら裁判官の鑑定意見の底意には、そもそもこの種の規定の存在意義に疑問があったものと評価することもできるのではなかろうか。そこでこれをまとめると、「婚約については消極的意見のみが上申されたものとみてよい」という解釈も可能となろう⁽⁷⁵⁾。

それはしばらく措くとしても、この段階で、従来、慣習として認められていた婚姻履行義務の強制を否定し、婚約保護を損害賠償のみに限定したことに刮目せざるを得ないが、その根拠について、理由書が「婚姻の自由」を強調している点に注目する必要がある。すでに、旧来の民事慣行から脱皮して、フランスやイタリアにおける近代的な婚姻観から強い影響を受けていたことの証左である。しかし、残念ながら、当時のイタリア法の真意までは理解されていなかったように思われる。少なくとも婚約を保護する限りは、婚約の成立要件を明確にしなければ、裁判規範としては十全ではなかったであろう。

ところで、第一草案が何故にイタリア法に注目したのであろうか。この点について、若干の私見を付言しておきたい。当時、フランス民法典の「敷衍」に傾倒していた起草者らがイタリア民法典に注目した理由は、おそらくボアソナードの影響であろう。ボアソナード自身、フランス法に問題があると考えたときには、イタリア法を参酌している⁽⁷⁶⁾。

イタリア法もフランス法のコピーというに等しい内容を持っていたが、フランス民法典が施行されてから、すでに半世紀以上経過した時代に制定され、その間に、フランス法自体が発展しているので、イタリア法はそのような成果を採り入れていたからである。むしろ、イタリア法独自の伝統

もあることはいうまでもない⁽⁷⁷⁾。

婚約規定については、フランス法には欠落していたが、先述したように、イタリアでは、イタリア固有の従前の慣行を考慮して、明文の規定を置いていたので、日本法でも、そのような慣行があったという事情が、このような規定をおいたことの動機であったものと考えて大過なからう。

(2) いわゆる「第二草案」

明治23年のはじめ頃、「法律取調委員会」では、上記の第一草案を修正した「再調査案」が起草された。つぎのように規定されている。

第24条「婚姻を為さんとする約束は其婚姻を為すの義務を生ぜず然れども約束者の一方が正当の理由なくして其履行を拒むときは他の一方に対して損害賠償の責めに任ず」

第一草案との差異は、実費賠償としていたのを損害賠償一般としている点であるが、実費賠償とは、いうまでもなく財産損害であり、しかも逸失利益は除かれていたものであろう。しかし、本条は、そのような限定を外している。また、第一草案の理由書では、慰藉料を認めないとしていたことから、本条では、慰藉料は必ずしも排除されていない趣旨と考えて大過ない。その慰藉料とは、おそらくは性的関係をもったことに起因する名誉の侵害を理由とするものと思われる。このような大転回の理由は不詳である。第一草案の鑑定意見とも方向性を異にしよう。

なお、本条に対しては、村田委員が、義務の強制し得ないものは何も婚約だけではないので、婚約の履行義務を否定している前段部分の語法が不要であるとして、修正案を提案しているが、これは否決された。かくして第24条がそのまま元老院に「最終案の第37条」として提出された。ただし、この審議に先駆けて、秋田始審裁判所の裁判官らの意見に注目する必要がある。婚姻は「人の大礼」（重大なる儀式のこと）であり、「各人畢生の

幸、不幸に関する所なるをもって」、婚姻が成立するまえは、「法律上強いて履行を命ずべきものにあらず」、しかるに、本条の「然れども」以下では、損害賠償の制裁を課して、「暗にこれを<きび>（つなぎとめること）するときは」、旧草案理由書の指摘するような弊害が生ずる、と。要するに、この意見は、結婚は人生の重大事であるので、婚約規定により一般の損害賠償義務を規定すると、かえって婚姻を強制することにもなりかねず、弊害が大きいという趣旨と思われる。この意見については、せめて実費賠償にもどすことを希望する趣旨のものであった、と評価する向きもある⁽⁷⁸⁾。確かにそのような意味も見て取れなくはないが、さらに加えていえば、第一草案は、履行義務を規定すれば、婚姻を強制することになり、弊害が大きいとしたが、実費賠償は認めるという趣旨であるのに対して、上記の意見は、損害賠償を認めること自体（「普通違約」という用語を使用している）が、結局のところ、履行を強いることにもなりかねないので（「暗にこれを<きび>するときは」というのは、そのような趣旨と思われる）、本条は無用であると主張しているように思われる。そうだとすれば、このような考え方が、後述する梅謙次郎の趣旨説明にも影響を与えたのではなからうか。本稿が、この意見に注目した所以である。

(3) 小括

上記の第37条案は、元老院の審議の最終段階で削除されたが、旧民法段階での推移を整理すれば、つぎようになる。第一草案は、婚約の効果として婚姻履行義務を認めていた従来の婚約慣習を念頭におきながら、明文でかかる履行義務を否定し、婚約自体はいわゆる無効であるとしたが、全く効力が生じないのではなく、少なくとも婚姻を前提として現に支出した費用相当額の賠償請求権を認めた。しかし、慰藉料請求権は明確に否定された。つぎの第二草案は、婚約不履行による損害賠償を一般的に肯定したので、ここでは得べかりし利益の損害も含まれるし、また慰藉料請求権を排斥する趣旨ではなかったものと評価してよいであろう。ところが、これ

では、履行義務を肯定する場合と同様に、やむなく婚姻をするものが出てくるおそれがあり、「人の一生の重大事」である婚姻制度に重大なる弊害をおよぼすので、実費賠償に限定すべきであるとか、あるいは、そもそも本条を削除すべきであるとの意見が具申された。

元老院は、結局のところ、婚約規定を削除したが、その理由は不分明である。しかしながら、元老院での審議の基本方針が、無用な規定と美風を害する規定を削除することにあつたとすれば、婚約履行義務の否定や不当破棄による損害賠償を規定することは、日本の道徳的美風を害すると考えられたのかも知れない。あるいは、婚約の効果を従来の慣習にしたがって肯定する立場のほか、婚約規定の趣旨は是認するが、ただ明文による規定を避けたという可能性も否定できない⁽⁷⁹⁾。ここでは、このような可能性のいずれが決め手となって、削除されたのかをきめる必要はない。むしろ、後の明治民法との関連でいえば、不当破棄の賠償責任を明文化することに躊躇した理由として、その規定が風致上、問題のあるかたちで悪用されることを懸念していた意見が少なくなかったことを確認しておけば十分であろう。すでにこの当時からこの種の意見があつたということには刮目せざるをえないが、同時代のイタリアでは、より高次の法秩序の形成を目指していたことと比較すれば、いかにも伝統のないことに起因するわが国の立法的限界が如実に現れているように思われる。もともと形式的にイタリア法に依拠したにすぎないので、形式的・法技術的な理由から、削除されたものと思われ、イタリア法の婚約規定の実質的な根拠にまでは、到底、理解が及ばなかったのも、やむを得ないことなのかもしれない。わが国では、いわれるような悪用が予想されたとしても、それを運用の面でどのように克服するか、具体例を通してその課題を担うのが解釈論の責務であつたが、そもそもそのような理論が蓄積していなかったからである。

ところで、「婚姻」については、婚姻適齢を男子17歳、女子14歳と定めた上で、未成年者の婚姻につき、父母の承諾を要件としていたが（第一章

案第47条1項)、その趣旨は、男女成人になれば、自由に婚姻を決定する権利を有するので、他人の許諾は必要ではないし、また、婚姻は「一身上に關し他人其当否を知るを得可きものに非ず」という点にあることから、成年に達しても父母ないし尊属の承諾を要するとしたフランス法には従わなかった。また、イタリア法は、父母の同意を訴求しようとしたが、これは家族の和睦を妨げるので、採用しなかったとしている⁽⁸⁰⁾。ところが、このような趣旨の規定に対して、各「鑑定意見」はこぞって反対し、旧来の慣習を掲げて、成年であっても、父母の同意を要するとすべきであるとした⁽⁸¹⁾。このような反対論を容れて、「再調査案」では原則、当事者の自由意思によるが、ただし書で、男子30歳、女子25歳になるまでは、父母の同意を要すると修正された。しかし、民法編纂組合(小委員会)では、ただし書は「本法固有の美風」に反するとしていた。結局のところ、旧民法では、上記のような年齢制限は撤廃された上で、「子は父母の許諾を受くるに非ざれば婚姻を為すことを得ず」(人事編第38条)と成文化された。

第一草案での父母の同意は、本稿に言う「社会的秩序の中での同意」に近いものであったが、旧民法での父母の同意は、家的色彩を濃厚に帶有していたこととなろう。仮に旧民法に婚約規定が用意されたとしたら、婚約にも、当然、このような特質が反映したものと思われる。なお、旧民法は、婚姻の形式要件として、一定の要件のもとで「儀式婚主義」(同法第47条、43条以下)を採用していたが、このことと婚約規定の不採用との関連は定かではない。

ともあれ、旧民法は元老院を通過して公布されたが、周知のように、ここで「施行延期論」が突如として登場し、結局のところ、新たに民法典の編纂作業が開始されたが、その「法典論争」では、婚約や婚姻制度については、とくに直接、論争の対象とはされていないので、ここでは割愛する⁽⁸²⁾。

3 明治民法の編纂過程

(1) 立法当時の婚約論

先述のように、上記の第37条案を起草者梅謙次郎が法典調査会で「第二草案第37条」として引用しているの⁽⁸³⁾、この草案も含めて、つぎに明治民法の編纂過程における婚約の規範化に係る議論の推移を検討してみよう。梅委員は、先述した第一草案第39条と第二草案第37条をまず紹介して、双方の差異は、損害賠償の範囲にあり、後者では広がっているとするとともに、外国の立法例では、フランス民法典には婚約規定がないが、最近の新しい民法典にはあるとして、「イタリア民法典」の例をあげ、この立場は草案と大同小異であるとしている。また、ドイツ民法草案（第2草案のこと）が、婚約の上同衾したときには、財産損害以外の損害（精神的損害）をみとめているのは、最も婚姻の効力を強くしていることとなるが、これに対して、破棄者の意向で支出した実費に限定する立場は最も効力を狭くしたことになると解説したうえで、つぎのように述べている。

「我日本ニ於テハ從來婚姻ノ前ニハ言ヒ名付ケト云フモノガアツテ結納ヲ取換ハスト云フコトガアリマシテ愈々儀式ヲ行フ當日ニ至ツテ俄カニ破談ニナルト云フヤウナコトハ毎度承リマスル所デアリマスカラ然ウ云フ場合ニ付テ規定ノアル方ガ宜カラウト思ヒマスケレドモ今迄モ然ウ云フ場合ハ御互ヒノ不幸ト見テ其爲メニ損害ガ生ジテモ裁判所ニ持出サヌデ済ムト云フヤウナコトニナツテ居リマス 然ルニ今此事ヲ法典ニ書クト破談ノアツタトキニハ動モスレハ裁判所ニ持出スト云フコトニナル 固ヨリ此婚姻杯ト云フモノハ一生夫レガ爲メニ身分ノ極マルモノデアリマスカラ鄭重ニ加ヘテヤルガ宜シイノデ昔シノ武士堅氣デ、一旦約束シタノdealル武士ニ二言ナシトカ言ツテ生涯娘ノ不幸息子ノ不幸ナルヤウナコトラ輕々ニ取扱フト云フヤウナコトハ文明ノ世ノ中ニアリ得ベカラザルコトデアラウト思ヒマス 却テ双方ノ爲メニ宜クナイト見タナラバ破談ヲスル方ガ宜シイ唯併ナガラ事情ニ依テ幾分カ騙マスヤウナ所爲ガアツタリ夫レカラ非常ニ

費用ヲ掛ケサセテ置テ然ウシテ後ニナツテカラ唯厭ヤダト云フヤウナ自分ノ勝手デ罷メルト云フヤウナ場合ニハ多少財産上ノ責任ハアツテモ宜シイカノヤウニモ思ハレマスルケレドモ夫レヲ書クト云フト必ズ疑ヒガ澤山出ルデアラウト思ヒマシテ夫レデ書クコトヲ厭ヒマシタ」⁽⁸⁴⁾

以上のように述べた上で、さらに続けて、婚姻予約が無効である趣旨につき、つぎのように説明している。「之ヲ書カナカッタナラバ結果ハドウナルカト云フコトヲ考ヘテ決シナケレバナラヌハ固ヨリ人々ノ解釈ニアルコトデアリマスカラ必ズ解釈ガ一様ニハ出ヌカモ知レマセヌガ私ノ解スル所デハ明文ガナケレバ無論婚姻杯ト云フモノハ公ノ秩序ニ關スル事柄デアリマスカラ普通ノ契約ノ目的トハナリ得ベカラザルモノデアル婚姻夫レ自身ヲ契約ト見レバ見ラレマスケレドモ夫レハ法律上定メタル條件ヲ備ヘテ始メテ効力ヲ生ズルノデアル 夫レヨリ外二人ノ身分ヲ極メルト云フヤウナ事柄ハ契約ノ目的トハナラナイ 夫故ニ其契約ハ無効デアル 從テ其契約中ニ財産上ノコトガ極メテアツテモ夫レハ何等ノ効ハナイ 唯普通ノ約束ヲシタト云フノデナク多少相手方ニこちらノ過失トモ言フベキ事柄ニ依テ損害ヲ掛ケタ或ハ相手方カラ慥メラレテ愈々何時幾日ニ婚姻ヲスルニ違ヒナイカラ御前ノ方デモ之丈 ケノ用意ヲシテ呉レ宜シイト云フヤウナコトデヤツタナラバ事情ニ依テ不法行爲ト認メラレルカモ知レヌ 不法行爲ト認メラルル場合ニハ損害ノ賠償ト云フモノハヤルト云フコトニナルデアラウト思ヒマス、デ然ウ云フコトニナツテ事柄ハ宜カラウトハ思ヒマス ケレドモ夫レヲ書イテ置カナクテモ大概ノ場合ニハ裁判官ノ見込ミデ往クデアラウシ毎度訴訟ガ起ルモノナラバ書イテ置ク方ガ宜カラウガ書イテ置カナカッタナラバ減多ニ起リ得ベカラザル訴訟ガ書イテ置クガ爲メニ毎度起ルヤウナコトガアリハシナイカト云フ虞ガアリマスルノデ幾分か不安ニ思フ どれ丈ケノ範圍ニ於テ賠償権ガアルカ、併シどれ丈ケノ範圍ト云フコトハ余程分リ悪クイカラ不安心ト思フテ先ヅ書カヌ方ガ宜カラウト考ヘマシタ 尚ホ書ク方ガ宜ケレバ成ルベク害ノ少ナイヤウニシテ書カナ

ケレバナラヌ菟ニ角豫メ諸君ノ御意見ヲ伺ツテ見ルノデアリマス 假リニ書カナイト云フコトニハ致シテ置キマシタガ何ウカ充分ニ御討議ヲ願ヒマス」。(85)

梅委員の主張の要旨を述べれば、婚姻は公の秩序に関することなので、これよりほかに身分に関することを契約の目的とはなしえないことから、そのような契約は無効であるが、ただ、普通の約束をしたというだけではなく、婚姻をするから、これだけの用意をしてほしいということで経費を支出させたならば、一般の損害賠償をみとめることもあるが、このようなことは規定しない方がよい、ということであった。裁判官の判断で処理されるであろうし、また、規定することで、減多に生じない訴訟がよく提起されることになるおそれもある。さらに、損害賠償の範囲についても、どれだけにするかを規定するのは、分かりにくい、ともいう。

梅は、以上のような趣旨説明をして、委員会で婚約規定を置くかどうかの意見を求めたところ、横田國臣委員と土方寧委員が、梅の意見に対して反対意見を述べているが、とくに土方委員が執拗に規定すべきであると主張していた。その論議は、単に形式的な明文を置くべきかどうかというレベルの論議ではなく、そもそも婚姻予約に対する基本的な姿勢を異にしていたといえよう。つぎにこれら委員、とくに土方委員と梅とのやり取りを検討してみよう。

横田委員は、婚約の破棄によって損害が生ずれば、その賠償をするのは当然であるが、ただ、芸者や娼妓との婚約についても賠償義務を負うというのでは困るので、規定しない方がよい、としている。他方で、土方委員は、婚姻の予約は有効であるとした上で、婚約不履行による財産損害の賠償は求めることができるという趣旨の規定は必要であるし、また、場合によっては、財産損害だけではなく、「其人を馬鹿にしたような場合・・・には・・・約束を違えられた者を慰めると云う趣旨の損害を支払わせても宜しからう」とした。

ことに「約束をして置いて愈々婚姻する時に同衾して仕舞うと・・男の方が厭になって違約する・・他に嫁に行く時期を失して仕舞う」。男の方が「いくら詐欺を行つたということになる」ので、それを金銭に見積もっていくらとはいえないとしても、「非常に一身を害することになる」としている。財産損害のほかに、精神的損害についても、言及している。

これに対して、梅は、婚姻の予約というのは婚姻を強制できないので、とくに明文がないと絶対に無効であることから、土方が指摘するようなケースでは、相手を騙して同衾したことになるので、名誉侵害として一般の不法行為による救済が受けられると説明したが、土方は、最初から騙すというのではなく、結婚の挙式までに「変心」して騙すつもりがなかったというときには、「それは不法行為というものでなく違約ということになって損害を賠償するという点だけは定めなければならぬ」と強く主張した⁽⁸⁶⁾。富井政章は、梅を擁護して、婚姻予約は強制できないので無効であり、したがって違約による損害賠償は取れないとしたが、これに対して、土方は、強制履行ができない契約は他にもあると反論して、横田もその土方の論理を支持したが、いずれにせよ、横田自身は上記のような趣旨から規定しない方がよい、とした。

一方、元田肇委員は、婚姻予約が有効か無効かはどうしてもよいが、起草委員の説明では、婚約後に変心した場合には、損害賠償がとれないということであるが、それでは、将来、外国人と婚約した場合、同衾後に変心して違約になっても損害賠償が取れないというのは、こまるので、救済の途をあけておくべきである、と反論した。

このように、梅の説明では、損害賠償が問題となるのは相手方を騙して同衾した場合に限定されるが、当初はまじめに婚姻するつもりであっても、途中で心がわりするということは、梅自身がこのようなケースがよくあることを認めていたので、この点の土方などの反論は、相当程度、起草委員には、堪えたように思われ、梅は、この問題につき、かなり

詳細に説明を加えているが、やや説得力を欠くことは、以下の説明からも明らかであろう⁽⁸⁷⁾。

梅によれば、規定するかどうかは随分と迷うところであり、理屈から言えば規定した方がよいとしても、現にここでも契約が有効だという論もあれば、無効だが賠償責任はあるという論も出るくらいだから、実際、弊害のないように書くのは難しい。「豫約ヲ全ク有効トスルコトハ出来ヌ 偕之ヲ有効トシナイト云フコトデアルト何ウモ一部有効ト云フコトハ法律ノアル所デハ余程六ヶ敷イ話デアリマスカラ詰リ其豫約ト云フモノノ無効トイウコトヲ飽迄モ認メナケレバナラス 唯實際豫約ヲ無効ト認メタ結果トシテ違約ヲシタモノガ直グニ不法行為ニナル夫レハ然ウ云フ解釈ヲスル人モ出テ來ルカモ知レマセヌガ私共ハ明文ガナケレバ然ウ云フコトニハナラスト考ヘマス 唯豫約ヲ違ヘタト云フコトデハ、無論「故意又ハ過失ニ因リテ他人ノ權利ヲ侵害シタル者ハ」斯ウ云フコトニナツテ居リマスカラ或ハ過失ガアルト言ヘルカ或ハ別シテ同衾シタ場合ノ如キハ大概言ヘマセウ其位ナラ式ヲ挙ゲテカラ同衾スレバ宜イノニ式ヲ挙ゲヌ内ニ同衾シテ厭ダト云フノハ過失と看テ宜カラウト思ヒマス 何ヲ害シタカト言ヘバ名譽權ヲ害シタノデアル 夫レデアリマスカラ是ハ無論賠償ハ取レル方ト私ハ思ヒマス 併ナガラ唯違約シタト云フ許リデー許嫁ノ約束ガアル、所ガ式ヲ挙ゲヌデ破談シタト云フノガ直グニ賠償ノ原因トハナラスト考ヘマス 又其方ガ宜イト考ヘル 詐欺ノ場合丈ケデハナイ過失デモ宜イノデアリマスカラ大抵ハ賠償ハ取レル方デアラウト考ヘマス」という。

梅は、同衾して変心した場合には、大抵は、過失があるので、一般の不法行為により損害賠償をとれるから、特に規定する必要はない。規定すれば、かえって婚約を有効と解釈するようなことになりかねないので、規定しない方がよいと、何度も繰り返して答弁している。ところが、他方で、梅は、「明文があっても差し支えないと思います」とし、かりに規定するならば、「予約は無効である」として、正当の理由なくして違約した者は

裁判官の認定によって場合によれば実費だけを賠償させることを得るといふならば、よいであろうが、「同衾」という文字を規定するのは、はなはだ望ましくないので、「特別の事情のある場合には無形の損害に付いても賠償を求むることを得る」というかたちならば、反対ではない、と結論づけている。たしかに、梅としては、めずらしく歯切れの悪い答弁をしている⁽⁸⁸⁾。当時のドイツ民法草案が、「無辱の女」という表現を使用していたが、このような表現は、当時の社会では、なかなか使用するの難しいかったであろうことは、推測にかたくない。

最終段階で、高木豊三委員がつぎのように述べているのが、注目される。わが国では、「許嫁」というものは、親と親の許嫁であり、西洋とは異なり、親が許さぬ勝手な同衾というものは決してない。そのようなものは、「尋常の和姦」とみてもよい。このような乱なことごとをして損害賠償を請求するというのは、はなはだ宜しくないので、法律で規定する必要はない、と。結局のところ、土方の意見は少数意見となり、採用されなかった。

高木の意見では、親族共同体のなかで婚約が位置づけられているが、仮にこれが委員会での共通認識であったとすれば⁽⁸⁹⁾、家制度の中に婚約を封じ込めようとしていた事情が明らかになる。それは、個人の自由な婚姻を保障するというものではなく、それに仮託された論理であったこととなろう。「公的な秩序」を外見では尊重しながらも、個人の自立を支援する親族共同体ではなく、むしろ個人の自由を抑止するための論理であったといわざる得ない。

(2) 小括

当時の婚約法は、明治民法の起草者である梅謙次郎によれば、結局のところ、つぎのようになろう。婚姻予約は履行を強制できないので、契約としては無効である。ただし、婚約破棄による実費賠償は認められてもよいが、これは一般の不法行為によれば足りる。一方、精神的損害賠償につい

ては、単なる婚約の儀式がなされただけでは、婚約破棄による損害賠償は請求することができないが、性的関係（同衾）があったならば、名誉権侵害として一般の不法行為によることが可能であるとし、このような「同衾」の明文化を前提とする破棄責任を婚約法のなかに書くのは、好ましくはないとする。いずれにしても、婚約保護規定の明文化によってかえって婚約訴訟を増大させることにもなりかねないことを懸念していたことが判明する。これに対して、土方委員の意見では、婚約における「名声・名誉」が重視されていたように思われる。かかる婚約観は、本稿が素描したように、ローマ法から中世を経て、Pothierに至るまでの基本的な婚約観と軌を一にするものであったと評価することができるであろう。

ところで、婚姻制度については、どのように考えられていたのであろうか。儀式婚主義を排斥して、「届出婚主義」を導入するとともに、婚姻適齢については、旧民法をそのまま踏襲して男子17歳、女子15歳とし（民765条）⁽⁹⁰⁾、当事者の合意のほかに、「戸主の同意」が要件とされている（民750条）。その上で、男子30歳、女子25歳までは家にある父母の同意が必要とされているが、この要件は、この種の年齢制限のない旧民法とは異なる。むしろ旧民法編纂過程で修正された「再調査案」が復活している。実は、梅の原案では旧民法が「子」としていたのを「未成年者」に限定していた（草案第778条）。ところが、この点につき、委員会では議論が錯綜し⁽⁹¹⁾、一度は審議を打ち切り、再審議した結果、上記のような案に落ち着いたが、反対意見では、家族制度からみて、家に居る親の承諾が必要であるとする意見、子の利益のために親の承諾が必要であるとする意見、親の同意のない結婚は「一家の平和」を害するという立場、あるいは、国家の善良風俗の観点もあるとする意見が錯綜するとともに、これと関連して、年齢制限を不要とする立場のほか、年齢制限を付すという立場でも、何歳にするかで意見が分かれ、30歳から25歳、女子の場合には20歳という意見などがあったものの、いずれも少数説にとどまり、結局のところ、留（龍法 '10）42 - 3, 130（717）

保付きで、旧民法にもどすという意見が多数となったが、その後、さらに審議した結果、上記のような結果になっている⁽⁹²⁾。

ここで注目すべき点は、戸主の同意が家族制度からの制約であったことはいうまでもないとしても、それとは別の「父母の同意」につき、本人の利益のほかに、「一家の平和」とか「国家の秩序」が指摘されていたことである。そこにいう「一家の平和」とは、本稿にいう社会的秩序の外形をもっているからである。ことに梅の原案は、実質的にも、子の利益を支える趣旨のものであったと思われる。しかし、家制度の確立は、個人の自立を衰退させるものであったことは間違いのないところであり、結局は、戸主や両親の支配的な立場が、実質的にも人々の生活に浸透したといえよう。そのような意味での父母の同意となり、一家の平和も、父母中心の平和でしかなかったように思われる。それが事実として子の平和になったことがあるとしても、あくまで結果論でしかない。今日でも、子の自立を支援するという共同体的秩序が容易に成立しないのは、このような歴史的推移とも無関係ではないであろう。したがって、明治民法下では、婚約段階でも、全く同様のコントロールが実際の社会でも行われていたことは推測に難くない。このような事情については、別に裁判例を検討するさいに譲りたい。

V 結 語

1 婚約無効論の功罪

明治民法典施行当時の学説では、婚約・婚姻予約無効論が主流となった⁽⁹³⁾。何故に婚姻予約無効論が主流となったのか、まず、この点に的を絞り込んで検討してみよう。何といても、梅謙次郎の見解が決定的影響力をもっていたものと思われる。梅は、経過的な内縁が多数にのぼる事実を指摘し、かかる事実婚の一方的破棄につき、損害賠償が認められるとす

るとともに⁽⁹⁴⁾、婚約については、別に「質疑録」で、つぎのように述べている。新民法は旧民法と同様に「婚姻の予約」の効力を認めない。婚姻は神聖で自由意思によるべきものであるから、婚姻意思がなくなれば、これを強制することはできない。これを強制すれば、真意でない婚姻を強制することになるから、法律はこれをみとめない。予約を有効と見て、一種の債権が成立し、その不履行の場合に強制履行ができないので、損害賠償になると構成すると、前記の趣旨に反するのみならず間接に婚姻を強制することになることから、このような立場は採用しない。ただ、詐欺強迫その他不法行為による損害賠償の責任は無論認められる、と⁽⁹⁵⁾。かかる梅の婚約観には、「名誉・名声」あるいは「誠意」という観念は、完全に消失してしまっていることとなろう。「婚姻の自由」にのみ傾斜しすぎた偏頗な論理というしかない。イタリア法は双方の要請を調整していたことを再度、ここで確認しておこう。

上記のような立法論は、それ自体としては、当時のフランス法流の「自由意思による婚姻観」を前提とするものであることは、いうまでもないが、婚姻が家制度化のもとにおかれることとなった結果、婚約も、当然に家制度からの拘束を免れないものとなった。たしかに、当時、旧来の婚姻慣習法を引きずり、親・親族の半ば強制による婚姻挙式があったことかからえば、子の自由意思を尊重することに資する面も期待されていたと思われるが、梅謙次郎らの立法論が目指した「婚姻の自由」と「婚約無効論」なるものは、結局のところ、事実としては、逆に家や両親による婚約ないし婚姻挙式の直接的な強制につながったことは否定し得ない。梅のみならず当時の解釈論者がこのような結果になることを予見することができなかったとはいえないであろう。このことは、先述した立法委員会での討議、ことに高木委員の発言からも明らかであるし、また、たとえば別の面からいえば、当事者双方の自由意思によるとされた協議離婚制度の導入も、家制度からの要請であったことを鑑みても、容易に推知できよう。

「婚姻の自由」を標榜した婚約無効論が、かえって、家制度のもとで、婚約の自由を抑圧することに奉仕したのは、いかにも皮肉な結果と言うしかない。このような状況が永く敗戦後でもなおわが国の婚姻観を支配していたことは、別の機会に明らかにするが、そのことは社会経済的な諸条件も絡み合った結果であり、ひとり家制度のみによるものではないとしても、いずれにせよ個人としての自立・自律への途をさまたげ、当時の婚約ないし男女関係が未成熟な人間関係の形成のままに推移したことだけは否定し得ない事実である。

かかる立法的措置が、男女の私的な情交関係、いわゆる私通関係なるものを結果として容認する風潮を醸成したとするならば、その責任は重たい。梅ら起草者は、性的な関係に法的メスをいれることにやや極端とも思えるほどに拒絶反応を示したが、それは当時の社会的諸条件や法的技術水準のもとではやむを得なかったとしても、何か割り切れないものが残ることも否定し難い。実際、起草者の婚約無効論なるものは、単に婚約の契約上の有効・無効というレベルでの議論にとどまらず、その「合法性」をも否定したに等しいのではなかろうか。

2 「制度としての婚約」論

ところで、この当時、ドイツ民法第一草案に対して、ギールケが婚約破棄責任について、同草案が履行義務を否定していたのを批判し、婚姻挙式の履行義務を強調するとともに、婚約を破棄された女性を擁護し、人生の将来を一方的に奪われたことによる精神的損害賠償の必要性を強調するに当たって、「国民の道德観にふさわし私法秩序の形成」を説いていたことが参考とされるべきであった。婚約破棄責任を放置するのは、時の経過とともに風紀上好ましくない結果を生じ、結局のところ、国民において「道德観の麻痺」(Abstumpfung der sittlichen Anschauungen)をもたらすこととなる、と警鐘を鳴らしていたのである⁽⁹⁶⁾。これに対して、逆に婚約規

定の存在が風紀上好ましくない結果を生じさせるというわが民法典起草者の立場とは、社会背景や法の伝統の欠落を考慮したとしても、あまりにも径庭がありすぎよう。ギールケの婚約観にもイタリア旧立法下での婚約の取り扱いにも、本稿が検討した近代に至るまでの「制度としての婚約」観が強い影響を与えていたように思われる。その長い歴史的経緯のもとで形成された思想といわざるを得ない。

ともあれ、かかるギールケの婚約道徳論こそが、私見のいう「社会的婚約秩序論」につながるものである。すでにイタリア旧立法の過程から学んだように、正当理由のない婚約破棄は相手方の信頼を裏切ることによって関係当事者の「家庭の平穩」をも侵害ないし破壊する行為であると評価することができるが⁽⁹⁷⁾、それに加えて、かかる不誠実な行為が国民一般の道徳観ないし法の正義の観念にも悖る行為にもなりうる、というのが、本稿の視角である⁽⁹⁷⁾。今日でも、この種の男女関係なるものは、婚姻を前提としている限りは、単なる私的な情交関係に尽きるものではなく、対等で自立した男女が形成してきた「社会的に認められるべき人間関係」そのものとして構築することが可能であろう。別の観点からみれば、現代においても「婚約の誉れないし名誉」が社会的に認められていることは否定し得ないことから、婚約の不当破棄は、この名誉に係る期待と信頼を侵害している面があるともいえるのである。まさしくここでは「婚姻の自由」の要請との調和が求められているのであり、いうところの「自由」とは一体何であるのか、改めて検討する必要がある。

ともあれ本稿の立場によれば、婚約を「制度」として構築することになるが、このことは、先述したように（Ⅰ「問題の所在と限定」）、婚約保護が民法のみならず憲法上の要請であるとする本稿の立場と連携するとともに、従来は私的な個人的・人格的关系とされる傾向の強かった男女関係にまであえて踏み込んで、これを積極的に法的な対象とすることとなるので、そのことがひいては婚約という男女関係のあるべき姿に法的ないし婚

姻道徳的な観点から司法が「一つの姿勢」を示すことにつながるはずである⁽⁹⁸⁾。いわゆる「非法」なる観念は、かえって有害となりうることもある。むしろ、そこに「公的な利益」が潜在していることを見落としてはならないであろう。今日ほど個人の価値観の多様性に翻弄されている時代はないとしても、否かえってこのような時代であるからこそ、それが成熟した男女間の人間関係を理想とすべき現代社会において求められている必須の視角であると思われる⁽⁹⁹⁾。ともあれ、以上のような重層的に構築される社会的婚約秩序論という観点から裁判例を分析することが、本稿の次の課題となる。

- (1) 湯沢雍彦『新しい家族学』（光生館、1978年）20頁以下、望月崇『家族社会学入門－結婚と家族』（培風館、1996年）78頁、木下謙治・保坂恵美子・園井ゆり『新版家族社会学－基礎と応用』（九州大学出版会、2008年）38頁[園井執筆]。
- (2) 大判昭和6・2・20新聞3240号4頁。いとこ同士の当時15歳の男と20歳の女が関係をもち、将来結婚することを約束して、約10年間にわたり関係があったところ、男が一方的に破棄したので、女が婚約破棄を理由に提訴した。男は年増女が誘惑した私通関係にすぎないと反論したが、大審院は、婚約の成立を認めた。
- (3) 従来、通説といわれる見解によれば、婚約は、婚姻ないし結婚しようという合意のみで成立し、結納や慣習上の儀式は不要と解され、これが判例の立場でもあるとされている。大原長和『新版注釈民法（21）親族（1）』（有斐閣、1989年）279頁。ただし、ここにいう合意は、単なる合意というのではなく、確実な合意とか確定的な合意と解釈されることが多い。我妻栄『親族法』（有斐閣、1961年）189頁、中川淳『親族法逐条解説』（日本加除出版、1977年）179頁、大原・前掲書280頁、有地亨『新版家族法概論』（法律文化社、2003年）49頁などは、真正かつ確定的な合意さえあれば、婚約が成立するというのが、判例・学説の立場であるとしている。また、ある程度の客観性ないし公示性が必要であるとしたり（谷口知平『親族法』<信山社、1991年>56頁）、公然性が必要であるとする学説もある（太田武男『親族法概説』<有斐閣、1981年>123頁）。これらの学説については、別の機会に検討する予定である。差し当たり、中山秀登「わが国における婚約の法的構造－ドイツ法と対比して」法学新報第99巻3・4号125頁（1992年）などを参照のこと。
- (4) この方面の先駆的な研究としては、高梨公之『日本婚姻法論』（有斐閣、

1957年) 45頁、熊谷開作「婚約の効果－徳川時代から現代へ」阪大法学19号1頁(1956年)、手塚豊「明治二十三年民法(舊民法)編纂過程における婚約」法学研究第30巻9号721頁・1957年(同『明治民法史の研究(下)』慶応通信、1990年、31・41頁に所収)などがある。ほかに沼正也『親族法準コンメンタール(婚姻I)』(信山社、1998年)224頁以下が婚姻予約に係る沿革的な文献も含めて渉猟・整理しているのが、参考となる。

- (5) 最判昭和38・9・5民集17巻8号942頁では、幼馴染みのX女とY男が、成年になってから結婚を誓い合って情交関係を結び、その間、Xが2回にわたって妊娠中絶をしたが、二人の関係は秘密裡に継続されていたという事案で、判旨は「原判決は、・・・XがYの求婚に対し、真実夫婦として共同生活を営む意思でこれに応じて婚姻を約した上、長期間にわたり肉体関係を継続したものであり、当事者双方の婚姻の意思は明確であつて、単なる野合私通の関係でないことを認定しているのであつて、その認定は首肯し得ないことはない。右認定のもとにおいては、たとえ、その間、当事者がその関係を両親兄弟に打ち明けず、世上の習慣に従つて結納を取かわし或は同棲しなかつたとしても、婚姻予約の成立を認めた原判決の判断は肯認しうる」とした。同昭和38・12・20民集17巻12号1708頁は、高校時代から情交関係があり、両親もこの関係を黙認していたという事案で、おなじく男性側の婚約破棄責任を肯定している。ちなみに、本沢巳代子「本件判批」『家族法判例百選(第7版)』41頁(2008年)は、本判決当時の社会的・経済的状况では、若い男女が肉体関係をもつとすれば、それは結婚を前提としていたこと、長期間の肉体関係の継続により女性が婚姻適齢期を逸する可能性があったこと、女性が経済的に自立することが困難であったことなどの事情から、この種の男女関係に婚約保護が与えられたものであり、現代では、婚約の成立が認められるかは疑問としている。しかしながら、本判決は事例判決ではあるとしても、婚姻意思を前提とするかぎりには、本判決が指摘する考慮事情は、今日でも、婚約の成立事情として有益なる判断指標となるであろう。

- (6) 徳島地判昭和57・6・21判時1065号170頁は、見合いのうへ結納を取り交わしたが、結婚式直前に男性が女性の体型が細いことや身だしなみに無頓着なことなどという理由で一方的に婚約を破棄したという事例であり、男性の母親が破棄に重要な影響を与えていたことから、共同不法行為とされている。性的な関係があったことの事実認定はなされていないことから、破棄責任を認めたことが非難されているようであるが、この判決の結論には、問題はないであろう。ここまでの関係を蓄積し、結婚をしようという決断をした者の責任は重たいものであり、倫理的にはいうまでもないが、法的にも強い非難に値し、信義に反する行為態様である。

- (7) 水野紀子「事実婚の法的保護」石川稔・中川淳・米倉明『家族法改正への課題』(日本加除出版、1993年)82頁。最近でも、同「内縁準婚理論と事実婚の保護」618-9頁(林信夫・佐藤岩夫編『法の生成と民法の体系－無償行為論・

法過程論・民法体系論（広中俊雄先生傘寿記念論集）』創文社、2006年）において、同じ立場を再確認している。

- (8) この裁判例（東京地判平成5・3・31判タ857号248頁）の立場は、一般的に好意的に受け止められている。たとえば、二宮周平『家族法第3版』140頁（新世社、2009年）は、婚姻後にはじめて相手方の性格や価値観がはっきりすることもあるので、本判決のように正当理由を緩やかに解する立場を支持している。しかし、本件は婚姻関係の破綻の理由があいまいで、強いてあげれば、双方の両親間の抗争に起因するものというしかないので、いかに女性が特に男性の母親との関係につき真剣に悩んだ末の破棄であったという事情があるとしても、このように正当理由を軟化させてしまうのは、結局は、婚姻当事者双方・個人の自立を裏から損なうことにもなりかねないことから、疑問のある判決と思われる。双方の「自己開示」が不完全であったことによる結果と思われるが、相手方の価値観等は婚姻前に知りうる可能性があるかぎり、そのような事情は、社会的に承認された婚姻の破棄を正当化するものではなく、せいぜい損害賠償の「額」の考慮事情とすれば、足りよう。婚姻から婚姻挙式までに直面することとなるさまざまな困難を双方の努力で乗り越えることこそが、個人の自立につながるものであって、これを一方的に回避するならば、相手方の信頼を裏切ったことになるので相応の責任を負担してもやむを得ないというのが、世間の良識ではないか。社会的に成熟した人間像こそが求められるべき自立した個人なのであって、社会的に未熟なことが正当理由になるというのは、著しく正義・衡平の観念に反することとなろう。
- (9) 植木とみ子「婚姻」川井健編『講座・現代家族法第2巻』（日本評論社、1991年）39頁以下は、わが国では双方の自己開示が不十分であることから、配偶者選択過程が未成熟な面がつよいので、婚姻の成立をかなり厳格に解して、原則的に慰養料を認めない立場にある。他方で、宮崎幹朗『婚姻成立過程の研究』（成文堂、2003年）15頁以下は、ことに植木の私的合意と社会的婚姻との区別論から示唆をうけながら、婚姻といわれるものにも段階があるので、婚姻届出までのプロセスのなかで婚姻を捉えるという基本姿勢から、婚姻破棄責任の強弱を検討している。
- (10) 本稿の論理自体は、内縁保護自体の論拠と限界を考える場合でも妥当するが、この問題は将来の課題としたい。今日の内縁学説を要領よく整理した最近の研究としては、森山浩江「非婚夫婦と準婚法理」小田八重子・水野紀子編『新家族法実務体系』（新日本法規、2008年）（第1巻親族[1]－婚姻・離婚）221頁がある。ちなみに、現代的な内縁婚は自由な意思によるものであることから、かかる男女関係につき、かつての弱者保護として機能した準婚理論を適用することの合理性が問われる傾向が顕著となった。しかし、なお、従来型の内縁もまだ存在するという事情を考慮して、慎重な立場にある学説もある（差しあたり、泉久雄「内縁問題に思う」明山和夫編『現代家族法の課題と展望（太田武男先生還暦記念）』105,119頁以下、有斐閣、1982年）。このような学説

の対立自体にはとくに容喙するつもりはないが、しかし、現代では、旧来の内縁とは異質である半面、実質的には同趣旨の内縁が現に存在することも否定し得ない。たとえば、一例を挙げるとすれば、種々の要因から、親兄弟の積極的な承諾のあるまでは婚姻届出を差し控えている事実婚夫婦がこれである。この種の男女関係は、近時の少子高齢社会を背景とする、いわゆる長男・長女時代の落とし子ともいえるものであり、ことに両親との関係を意識的に重視する傾向がみられるので、かつての社会的制約のもとでの「やむを得ない内縁」というものではないが、その内実を一部共有しながらも、双方の自立性を前提とする装いを新たにした内縁ともいえる男女関係である。いわれるような現代的な内縁婚のように、婚姻ないし婚姻保護を意識的に回避するものではなく、それを将来の目標としながら、自立・自律的な個人として家庭共同体を形成している男女関係であるので、これを素直にそのまま「保護に値する夫婦」として認めたとしても、何ら問題はなかろう。したがって、いわゆる現代的内縁婚に対し頭から全面的に準婚理論を排斥するのは行き過ぎであり、長い歴史的な経緯のもとで確立した「法の技術」を現代的な事象に即して、これを応用しながら慎重に考えていくという姿勢が求められているように思われる。おそらく将来の判例もそのようなかたちで展開するはずであり、ことに家族関係については、それが望まれる判例理論の内的な深化・進化といえるであろう。ちなみに、かかる視点に立てば、ごく最近の、いわゆる「パートナー（特別な他人の関係）」としての男女関係」の破棄責任を否定した最判平成16・11・18判時1881号83頁は問題を残している。最高裁は、破棄された女性がかかる特別な男女関係の破棄責任を問うのみで、内縁保護を一切主張していないにもかかわらず、従来の内縁法理を念頭において、ことに女性が子の養育を全面的に否定していた事情を指摘するなどして、男性側の破棄責任を否定した。もともと子どもを作らないという合意のもとで男女関係を継続してきたが、女性が男性側の懇請を受け容れたうえで二人もの子を「出産」したが（この時点で、当初、合意された男女関係が大きく変容している事実を見逃すべきではない。一体誰が赤の他人の子を身ごもるようなふしだらな行為をするであろうか。この段階に至っても男性側に「関係離脱の自由」があるなどという論法は、およそ形骸化した法律論に呪縛された者にもみ可能なものと言うしかない。）、その言い分を一蹴した。たしかに、いろいろと女性側にも問題があるようなので、ここでは深入りできないが、原判決が析出した内縁とは異質の「特別な男女関係」それ自体につき、あたかも否定しているとも思えないものの、もっと積極的に深くメスを入れるべきであった。原判決の当否は別にしても、そのことを通して、今日の社会における多様な男女関係のあり方の現実を認識すべきであったと思う（善積京子『＜近代家族＞を超える』（青木書店、1997年）13頁以下は、婚姻外の男女関係につき、結婚している意識のある事実婚関係と、その意識のない男女関係などの実態を明らかにしているが、本判決での当事者間の身分関係を考える上で参考となる。）。この現実を遠くから見ているかぎりは、最高裁・司法の立場と

しての責務を果たしたことにはならないであろう。本判決の論理が、当事者の主張や原判決の論理から遊離して、歯切れの悪い構成になっているのは、その故である。なお、この問題は別の機会に検討する予定であるが、差しあたり、学説の状況を簡潔に整理している論評として、山下純司・家族法判例百選第7版42頁（2008年）を参照のこと。

- (11) 大村敦志『家族法（第2版）』（有斐閣、2002年）347-349頁は、憲法24条1項にいう「相互の協力」という文言に注目し、そこに夫婦間の「連帯」観念を析出して、自由平等観もさることながら、むしろ、かかる連帯に触れている同条1項にこそ婚姻保護の契機があるとしている。
- (12) 望月・前掲注（1）96頁は、親族・友人など周囲の意見や態度が二人の関係を大きく左右する、という。
- (13) ことに、男女のさまざまな行為態様のうちでも、関係の親密化にとって双方の「自己開示」の重要性が指摘されている。諸井克英『夫婦関係学への誘い－揺れ動く夫婦関係』（ナカニシヤ出版、2003年）26-7頁。この自己開示が十全に行われていない男女間では、関係が破綻しやすい傾向があるように思われる。少なくとも裁判例に登場する男女間では、そもそも自己開示が社会的に抑制されていた戦前ではいうまでもないが、戦後でも、相手の価値観や性格などを十分に見極めないまま婚約していると思われるケースが少なくないからである。
- (14) 届出婚主義と準婚理論の緊張関係も、このような視点から再検討する必要がある。この点で、最近の森山浩江「現代社会と婚姻法理」生野正剛ほか編『変貌する家族と現代家族法（有地亨先生追悼論集）』（法律文化社、2009年）36頁は、いわゆる事実主義が招来した婚姻制度の「ゆがみ」について言及している。本稿とは基本的立場を異にするが、参考となる。ちなみに、本稿の立場からいえば、たとえば、「虚偽の出生届」によって戸籍上形成された嫡出親子関係の法的保護のあり方を考えるときにも、有益な視角となろう。この問題につき、最高裁は、「戸籍の確実性と真実性」という観点から、利害関係人であれば誰でも、かつ、いつまでも真の親子関係の不存在を争うことができるとし、養子縁組に転換させることも、また権利濫用とすることにも消極的であったが（最判平成9・3・11家月49巻10号55頁など）、ごく最近、親子の生活実体 が長期間に及ぶことや、「藁の上からの養子」の精神的苦痛や経済的不利益などの一定の事情を考慮して、権利濫用になりうることを認めたところ（最判平成18・7・7民集60巻6号2307頁）、その「権利濫用の効果」として、虚偽の戸籍はそのまま温存されるとしても、実定法上の親子関係（ひいては、他の兄弟姉妹との親族関係）が生み出されるのか、未解決の問題が残されている。これは国家的秩序である身分・戸籍秩序と個人の問題とを対峙させることから生ずる難問であるが、私見の集団秩序・社会秩序論によれば、「藁の上からの養子」を温存してきた親族間での秩序が、国家的秩序を修正することとなるので、親子としての戸籍があるならば、それが嫡出親子関係に昇格されると構成するこ

ととなるわけである。いわゆるフランスやイタリアでの「身分占有」と同様の結果となるが、そのような処理の「論拠」となろう。単に事実関係が継続すれば、それで足りる、というものではない。

- (15) ちなみに、今日でも、双方の結納の取り交わしに際して、書状（受書）が交換される慣例ないし慣行のある地域もあるが、むしろそのような書状でもここでのいう婚約証書といえることは、いうまでもない。通常、この種の婚約証書は、周囲の社会的な認知があった上で作成されるものであり、単なる当事者間の合意にとどまらないであろう。将来は、公正証書などの利用が一般的になることが望ましい。なお、佐藤隆夫『現代家族法Ⅰ』（勁草書房、1992年）67頁が立法論の一例として「複数の証人」を挙げているのが、参考となる。
- (16) 宮川澄『旧民法と明治民法』（青木書店、1965年）139頁。
- (17) イタリア民法典の成立過程については、岡本詔治『イタリア物権法』（信山社、2004年）4頁以下を参照のこと。
- (18) マックス・カザー著・柴田光蔵訳『ローマ私法史』（創文社、1979年）450頁。Modes.D.23.2.1「婚姻は男女の結合であり、全生活の共同であって、神法と人法との交錯である。」
- (19) カーザー・柴田・前掲注（18）453-4頁、船田亨二『ローマ法第4巻』（岩波書店、改訂・1971年）13頁・34頁、吉野悟『ローマ法とその社会』（近藤出版社、1976年）72頁。M.B.Fumagalli, *Sponsali (diritto romano)*, *Enciclopedia del Diritto*, XLIII, Giuffrè, 1990, p.500.
- (20) P.Vaccari, *Sponsali, Diritto intermedio, Novissimo digesto italiano, da A. Azara e E. Eula*, vol.18, 1971, p.38.
- (21) ランゴバルド部族法典（ロータル王）の邦訳については、塙浩『ランゴバルド部族法典』（信山社、1992）が参考となる。同著によれば、「嫁女代」（meta, mundius）は婚約時に婚約男からムント保持者に支払われることが約定され、婚約女の引渡しまでに支払われる（同著122頁）。そこで、「婚姻は売買婚の形式をまだ強く維持している」と評価している（同著114頁）。ちなみに、ドイツ古法のゲルマン民族も、同様の婚姻・婚約制度をもっていたようである。ドイツ古法については、田村精二「婚約の法的保護に関する一考察—ドイツ法との比較考察」『国際私法及び親族法』（信山社、2008年）357頁以下所収（初出、法学雑誌6巻4号・1960年）。
- (22) P.Vaccari, *op.loc.cit.*
- (23) 塙陽子「カトリック教婚姻非解消主義の生成と発展」『家族法の諸問題』（信山社、1993）3頁以下所収（初出、法と政治7巻4号・1956年）、32頁。
- (24) G.Oberto, *Promessa di matrimonio, Digesto delle discipline privatistiche, Sez. Civile*, vol.15, 1997, p.396. 塙・前掲注（23）33-4頁。ただし、この婚姻は未完成婚とされ、信者間でのみ効力があり、原則として不解消であるが、教皇がみとめる免責事由があれば、解消可能とされる。この未完成婚は、当事者間で身体的交渉（copula carnalis）があると初めて秘蹟としての完成婚が成立し、非解

消の婚姻が成立する。婚約も未完成婚であるが、現在文言によって婚姻に転換し、この場合にも、身体的交渉がないと、完成婚にならない。

- (25) G.Oberto, *op.cit.*, p.396.l.
- (26) G.Oberto, *op.cit.*, p.396.r.
- (27) 塙・前掲注 (23) 55-58頁。トレントでの教父たちの議論については、枝村茂「カトリック教会法における婚姻の形式的有効要件とその史的背景」宗教学3号32頁 (1985年) が詳しい。伝統的な合意による自由婚に固執する見解のほか、これと婚姻形式・要式主義とをどのように調整するかの興味深い議論や著者の意見が整理されている。
- (28) 旧教会法典の邦訳は、ルイジ・チヴィスカ『カトリック教会法典』(有斐閣、1962年) を参照。<matrimonii promissio>を「婚姻の予約」と邦訳しているが、これは日本の法学者の示唆によるものであろう。また、久保正幡・阿南成一「教会婚姻法」宮崎孝治郎編『新比較婚姻法Ⅲ』(勁草書房、1962年) 828頁では、当時の現行法として1017条が掲記されている。新法では、婚姻の本質的要素 (1055-1057条) とその形式 (1108条以下) は堅持されているが、「婚姻の約束」自体については、司教協議会が慣習又は国家法を考慮して制定する局地法によって規制されるとして、厳格な要式主義は採用されていない。『カトリック新教会法典』日本カトリック司教協議会教会行政法制委員会訳 (有斐閣、1992年) 571-2頁。なお、旧法時代の婚姻学説と新法での「婚姻」の研究としては、枝村茂「カトリック婚姻法における世俗法と宗教性」宗教学14号255頁 (1995年) が参考となる。
- (29) G.Oberto, *op.cit.*, p.396.r.
- (30) G.Oberto, *op.cit.*, p.396-7.
- (31) Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd.II, 1891, S.763-4, n.3.
- (32) Dernburg = J.Biermann, Pandekten, III, 1902, S.12によれば、普通法では、正当な理由があるときにのみ解除できるということから出発する。正当な理由がないときには、カノン法にしたがって、婚姻訴権 (actio matrimonialis) ないし婚約訴権 (a.ex sponsu) が認められた。ローマの婚約手付の二倍額訴権は普通法には知られていない、とする。G.Oberto, p.396.r.-7も、同旨を述べている。なお、ドイツの婚約法については、田村・前掲注 (21) 359頁・366頁、佐藤良雄『婚姻予約の研究』(千倉書房、1969年) 251頁 (初出、「フェルレーブニスの機能 (1) ~ (5)」成城大学経済研究24~28号、1966~69年)、中山秀登「ドイツにおける婚約の法的構造」法学新報98巻7・8号175頁 (1992年) が詳しい。佐藤論稿は、それまでのフェルレーブニス (「婚約」と邦訳されている) に関する裁判例を分析して、ほとんどの例が性的関係ないし同棲関係にある男女間での破棄責任事例である事情を明らかにしている。その他、ドイツ民法典制定過程における教会婚の意義については、右近健男「カトリック教会とBGBの制定」法学雑誌30巻3・4号111頁 (1984年)、同「カトリック教会とBGB婚姻法」林良平・甲斐道太郎編『谷口知平先生追悼論文集・家族法』(信山社、1992年)

- 39頁以下（「婚約」については、43頁参照）を参照のこと。常岡史子「ドイツ民法典への強制的『民事婚』と有責主義的離婚制度の導入-国家と教会の相克とその止揚」石部雅亮編『ドイツ民法典の編纂と法学』（九州大学出版会、1999年）457頁にも、民法典制定の前史に関する簡潔な記述があり、参考となる。
- (33) Pothier, *Traite du contrat de mariage*, n.51-53, in *Œuvres de Pothier*, par M. Bugnet, tom. VI, P.21-23, 1846; G.Oberto, *op.cit.*, p.397.1.
- (34) 塙・前掲注（23）50-67頁。
- (35) 木村健助「フランスにおける婚約」関西大学研究論集5号（1936年）2頁以下、48頁が立法当時の議論や判例の推移を詳論している。なお、今日では、財産損害のみに限定されず、「精神的な損害賠償」もみとめられている。山口俊夫『概説フランス法上』（東京大学出版会、1978年）400頁にも簡潔な記述がある。F.Boulanger, *Droit civil de de la famille*, 1997.3ed., p.137.ただし、その精神的損害は名声ないし名誉侵害による損害賠償と考えられているようである。Patrick Coubre, *Droit de la famille*, 5 ed., 2008, p.36-7によれば、1838年5月30日破毀院判決は今日でも堅持され、「婚姻の自由」がことのほか強調されているので、婚姻の約束の履行を拒絶しても、そのこと自体は民事責任の根拠にはならない。ただ、「濫用的な履行拒絶」のみが、不法行為責任の根拠となるが、その要件として、婚約の成立のほかに、いわゆる *faute* と権利侵害が必要であるとする。
- (36) L.Borsari, *Commentario del Codice civile italiano*, vol.1, 1871, p.284, P.Vaccari, *Sponsali, Diritto intermedio, Novissimo digesto italiano*, da A.Azara e E. Eula, vol.18, 1971, p.38.
- (37) L.Borsari, *op.cit.*, p.285.
- (38) 当時のイタリア国内における法の分裂状況については、岡本・前掲注（17）3頁以下の旧民法典の編纂史を参照のこと。
- (39) Art.106:Gli sponsali non produrranno azione civile se non saranno fatti per pubblico istromento, ovvero per iscrizione privata.
I contraenti dovranno inoltre ottenere il consenso dei genitori, od almeno del padre, ed ove questi morto od impedito, quello della madre, e mancando entrambi i genitori, il consenso degli ascendenti paterni proximiori.
Il consenso dell' avo paterno terra' luogo di quello del padre rispetto ai nipoti costituito sotto la di lui podesta'.
Se si trattera' di minori d'eta' che non abbiano ascendenti in grado di prestare il loro consenso, vi si supplira' col consenso del Consiglio di famiglia.
Il consenso richiesto nei casi sopradetti dovra' risultare dall' istromento o dalla scrittura degli sponsali ovvero da altro atto autentico.
- (40) Art.107:Qualora gli sponsali siano stati dichiarati validi dal Giudice ecclesiastico, e non ne sia fra i contraenti contestata la validita'. se uno di essi si ricusa di adempiere la fatta promessa, l'altro, ove gli sponsali siano stati contratti

nella forma prescritta nel precedente articolo, avrà il diritto di domandare avanti il Tribunale di Prefettura il risarcimento del danno effettivamente sofferto. Non si avrà riguardo ai danni eventuali, come neppure alle clausole penali che si fossero apposte alla stipulazione.

(41) V.Pastore, *Codice Civile per gli DI S. M. Il re Sardegna col commenti*, vol.1, Torino, 1838, p.146.

(42) V.Pastore, *op.cit.*, p.142-3.

(43) V.Pastore, *op.cit.*, p.143.

(44) V.Pastore, *op.cit.*, p.145-6.

(45) V.Pastore, *op.cit.*, p.147.

(46) 第5節「婚姻を考慮して、婚約者または婚約者間に生まれた子もしくは各婚約者の子に対してなされた贈与」<Delle donazione fatte a contemplazione di matrimonio agli sposi, ed ai figli nascituri dai medesima, o dagli sposi rispettivamente tra essi>、第1176条以下。

(47) V.Pastore, *op.cit.*, vol.10, 1844, p.494, 588.

(48) V.Pastore, *op.cit.*, vol.1, p.150.

(49) この間の歴史的経緯については、岡本・前掲注(17) 7-8頁を参照のこと。

(50) Art.53:La promessa scambievole di futuro matrimonio non produce obbligazione legale di contrarlo, ne' di eseguire cio' che si si fosse convenuto pel caso di non adempimento della medesima.

(51) Art.54: Se la promessa fu fatta per atto pubblico o per iscrizione privata da chi sia maggiore d'età, o dal minore autorizzato dalle persone, il concorso delle quali e' necessario per la celebrazione del matrimonio, oppure consta dalle pubblicazioni ordinate dall' uffiziale dello stato civile, il promettente che ricusi di eseguirla senza giusto motivo, e' obbligato a risarcire l'altra parte delle spese fatte per causa del promesso matrimonio.

La domanda per' non e' piu' ammissibili dopo un anno dal giorno in cui la promessa doveva essere eseguita.

(52) イタリアでの婚姻の方式が、民事婚と教会婚との二元主義に転じたのは、1927年の法王庁と王との「ラテラノ協約」によるものであり、これが現行民法典に承継されている。ところで、イタリア婚姻法に関する邦文の文献については、時期的な制約があるものの、石崎政一郎「イタリア婚姻法」宮崎孝治郎編『新比較婚姻法Ⅱ』（勁草書房、1961年）367頁以下が詳しい。婚約についても、380-1頁で言及されている。ちなみに、同論文は、婚約中の贈与につき、1865年民法典には直接の規定がなく、現行法80条は婚約不履行の場合には返還義務がある旨を規定する、と述べているが、これは誤解であろう、旧民法典にも、現行80条に相当する規定があったからである。これは、贈与規定の中にあり、第1068条は「将来の婚姻に関してなされた贈与は、いかなるものであれ、婚姻が実現しなかった場合には、その効力を失う」と規定している。この種の規定は、

先述のように、もともとはサルデーニャ民法典に由来し、同趣旨の規定がフランス民法典に存在するので（フ民第1088条は「婚姻のための贈与の失効」につき規定する）、このフランス法の影響によるものであろう。ただし、フランス法1088条は贈与の第八節（「夫婦財産契約によって夫婦及び婚姻から生まれる子に対してなされる贈与」）のなかにあり、同947条によれば、第八節の贈与には、前四条の規定は適用されないとしている。前四条とは、贈与の総則規定の一部（贈与の目的物や負担付き贈与に対する制限規定などに関するもの）であるが、イタリア法には、このように一部に限定するような規定は存在しない。

(53) L.Borsari, *op.cit.*, p.285.

(54) L.Borsari, *op.cit.*, p.285.not.3.

(55) L.Borsari, *op.cit.*, vol.3.sec. 1877, p.65ss.

(56) L.Borsari, *op.cit.*, vol.1, p.285-6.

(57) 利谷信義『皇国民法假規則-附、解題・明治民法編纂史関係主要文献目録』日本近代法史研究資料集第1（東京大学社会科学研究所、1970年）による。この「仮規則」の前に江藤新平が太政官制度局に設置した民法会議での「民法決議」（明治4年7月ごろ）があり、これをもって民法草案の嚆矢とされているが、ここでは割愛する。このいわゆる民法決議については、石井良介『民法典の編纂』（創文社、1979年）3頁、49頁以下など参照。

(58) この戸籍法に基づいて、翌年に戸籍簿（いわゆる「壬申戸籍」）が編成されたが、政策目的は徴兵・徴税にあり、その編成様式は、「戸」（現実の家族）を単位として、その家族の身分変動を戸長に申告させるというシステムをとっていた。このような「身分登録制度」から後代の戸籍制度への変遷については、差しあたり、二宮周平「近代戸籍制度の確立と家族の統制」利谷信義・鎌田浩・平松紘編『戸籍と身分登録』（早稲田大学出版部、1996）146頁が簡潔に整理しているので、従来の文献も含めて、これに譲る。「仮規則」にいう届出は、この戸籍法を前提としているものと思われる。

(59) 手塚豊『明治民法史の研究（上）』（慶応通信、1990年）59-60頁。皇国民法仮規則の特質、フランス法との相違については、川島武宜・利谷信義「民法（上）法体制準備期」鶴飼信成・福島正夫・川島武宜・辻清明編『講座日本近代法発達史第5巻』（勁草書房、1958年）7-8頁参照。

(60) 川島=利谷・前掲注（59）7頁。

(61) この草案については、手塚・前掲注（59）77頁以下、116頁を参照。

(62) 石井良介・前掲注（57）67頁以下（初出、「左院の民法草案（一）（二）」国家学会雑誌60巻1号26頁、同6号53頁、1946年）が、この草案の存在を明らかにし、条文も掲記している。川島=利谷・前掲注（59）13頁以下によれば、その後の民法編纂に対して種々の影響を与えているものとして、その重要性が指摘され、この草案の特質については、長男単独相続制と家父長制とを骨格とし、家族関係の法的規制を行政処分から切り離して私法の体系的な規範構造のなかに位置づけた点にあるとされている。具体的には、この草案は他のどの法案よ

りも戸主権の支配を明確にし、家族集団内では構成員が「権利」をもたず、戸主の絶対的な権力に服し、相続も「家産」の相続と規定されているので、このような家族は「身分証書制度」よりも「戸籍制度」に整合している、と評価している（17頁）。

(63) 手塚・前掲注（59）203頁、222頁参照。

(64) 差しあたり、石井良介『日本婚姻法史』（創文社、1977年）231頁以下、熊谷開作『家族法（法体制準備期）』（鶴飼信成・福島正夫・川島武宜・辻清明編『講座日本近代法発達史第3巻』（勁草書房、1958年）58頁以下、最近では、村上一博『日本近代婚姻法史論』（法律文化社、2003年）3頁以下が参考となる。ちなみに石井によれば、みずからの解釈が揺れていたが、結局は、第209号により初めて法律婚主義が採用されたとする通説的見解に対して、それ以前でも民事では法律婚主義であったこと、刑事では法律婚、事実婚の二元主義であったところ、第209号は民刑事ともに法律婚主義に統一したのちに、第46号は、刑事についてのみ、法律婚と事実婚の二元主義に戻したという、複雑な見解を採っている。

(65) 大竹秀男『家と女性の歴史』（弘文堂、1977年）254-5頁、村上・前掲注（64）6頁、29頁は、専ら公益によると評価する。なお、興味深いことは、村上・前掲注（64）13頁によれば、当時の東京控訴院の判決例では、妻戸籍の夫方戸籍への送籍請求について、裁判所が、当事者間に事実婚が成立していることの事実を認めると、夫方の戸籍への妻の入籍を命じていることである。これをどのように評価するかであるが、村上は、かかる訴訟の終局の目的が入籍ないし送籍の請求であったこと、また、わずかであるが、法律婚を表明した事例もあることから、当時の判決例は、単に法律婚の制度化までの過渡的なものと位置づけることはできないとして、戸籍届出を「選択的要件」（婚姻成立の一要素）とする沼説を支持している（29頁）。ちなみに、沼正也『明治民法施行前の婚姻法と養子法』『民法における最善性と次善性（新版訂正）』同著作集4巻（三和書房、1980年）131頁以下所収、154頁は、太政官達第209号と第46号との調整につき、法律婚主義と事実婚主義との併存と解する見解や事実婚の復活とする見解などを批判し、当時の裁判例では、いまだ婚姻と非婚姻とを峻別する近代法的な論理はそもそも成熟しておらず、送籍ないし届出は、婚姻成立・解消の判断にあたって、ある場合は重視され、ある場合は排斥されているということから、他の諸要件と伍するいわば「選択的要件」であり、これによって事実関係を融通無碍に認定し、事案に応じて格好な法的効果を付与することが可能となっていた、と解している。

(66) この点については、太田武男『結納の研究』（一粒社、1985）6頁以下、11頁参照。

(67) 司法省編『民事問題』133頁、『民事答案』54頁（『日本立法資料全集別巻47』信山社、1998年による）。

(68) もともと江戸幕府の封建法のもとでは、婚姻は両家からの縁組願が通ると、

初めて縁談の取極めがなされるが、この「縁約」の取決めには、両家が結納（祝儀）を取り交わすという形式が必需とされた（中田薫「徳川時代の婚姻法」『法制史論集第一巻』岩波書店、大正15年、再版昭和39年、467頁以下所収）。したがって、このような婚約を破棄することは、事実上は著しく困難であり、そこに履行義務ないし履行強制の契機があったであろう。そこで、熊谷・前掲注（64）60頁は、江戸時代の封建法が婚約を極めて重視し、家や上級支配者が婚約の許可を与えるまでは「婚姻はその萌芽さえなかった」とし、庶民でも「婚約にはかなり大きな効果がみとめられていた」と評価している。ただし、熊谷論文によれば、このような婚約重視の姿勢は、当時の明治政府による各県からの「伺い」に対する「回答」においても維持されていたが（同62-64頁）、これらの伺いと回答においては、本文での「民事答案」とは異なり、婚約の効果が「当事者の合意」に基づいて認められていたというのではなく、婚約の背後に「家」ないし親族共同体があり、かかるバックがあってこそその婚約保護であったが、その後の民法制定過程のなかで婚姻の届出制が確立し、「家」イデオロギーが明確化することによって、「婚約の効果」が否定されることになった、と評価している（同65頁）。「国家と『家』」を結ぶ戸籍の確定のために婚約の効果は否定された」（同66頁）ともいう。一つの見識ではあるが、この点は、立法過程のより具体的な検討が必要であろう。

(69) 徳川時代における婚姻については、中田・前掲注（68）472頁、476頁によれば、婚姻とは「結婚式の挙行」であり、そのまえに必ず縁約・結納によって成立した「準夫婦関係（許嫁関係）」が成立していた、という。

(70) 手塚・前掲注（4）34頁以下。

(71) この人事編の起草は、日本人起草委員が分担したが、ボアソナードの協力ないし影響があったことについては、石井・前掲注（57）7-8頁参照。

(72) 石井・前掲注（57）61頁。

(73) 「民法草案人事編理由書」第4章婚姻40枚裏-41枚表。石井良助編『明治文化資料叢書第三巻法律編上』（風間書房、1975年）62頁、手塚・前掲注（4）42-43頁も参照のこと。

(74) 手塚・前掲注（4）36頁。

(75) 手塚・前掲注（4）36頁。

(76) 宮川・前掲注（16）139頁。

(77) ちなみに、当時、このような事情について言及しているイタリア法に関する著書が公刊されていた事実も指摘しておかねばならないであろう。ユック著・光妙寺三郎訳『伊佛民法比較論評』（明治15年）は、この当時のフランス法学者である著者がイタリア法を軸としてフランス法と比較しながら、論述した著作であり、わが国の立法関係者も注目していたはずである。現に、本著の訳者、光明寺三郎も当時、司法省での民法の編纂委員という重職を歴任している。

(78) 手塚・前掲注（4）38頁。

- (79) 手塚・前掲注(4) 38-9頁。その後の学説では、婚姻は契約ではないとし、予約の履行を強制できないが、婚姻の不当破棄については、一般の不法行為責任を肯定する見解が多い。手塚・前掲注(4) 40頁が指摘する学説(たとえば、熊野敬三『民法正義・人事編巻之壱』196頁、岸本辰雄『民法人事編講義巻之壱』276頁など)を参照。
- (80) 「民法草案人事編理由書上巻・草案49条(理由)」石井・前掲注(73) 66頁上段。
- (81) 高柳真三『明治前期家族法の新装』(有斐閣、1987年) 282頁によれば、婚姻に対する父母の同意の必要性は、「明確な成文的証跡は求め難い」が、「自明の理」であって、少なくとも女子については、父母は同意権者の地位を超えて、「むしろ支配的な意思を作用せしめること」が慣習法として認められていた、とする。なお、村上・前掲注(64) 18頁は、当時の東京上裁判所の判決において娘の意思とともに親の同意が必要不可欠とした事例を紹介している。
- (82) 「法典実施延期意見」法學新報14号1頁(明治25年)以下参照。フランス法の個人主義的法観に対して、日本の伝統的な慣習(醇風美俗、祖先崇拜、家制恪守)を掲げて、後見、親子、扶養制度など具体的問題点を指摘しながら延期論は断行論と対峙した。延期論という共同体的法観には興味深いものがあるとしても、本稿にいう社会秩序論とは異質のものであるので、本稿は、この論争には立ち入らないこととした。この間の論争については、星野通『民法典論争史(明治家族制度論争史)』(河出書房、1949年)、小早川欣吾『續明治法制叢考』(山口書店、1942年) 208頁以下を参照。ちなみに、この関係では著名な穂積八束「民法出テ、忠孝亡フ」(法學新報5号8頁以下・明治24年、『穂積八束論文集増補改版』有斐閣、1943年、223頁以下に所収)では、婚姻につき、旧民法のいうような婚姻が一男一女の自由契約であるとする冷淡な思想は、キリスト教の影響によるもので、歴史的にみて古ヨーロッパでもかつて存在しないものであり、むしろ家があってこそその婚姻であり、「婚姻ニヨリテ始メテ家ヲ起コスニアラス家祠ヲ永続センカ為ニ婚姻ノ禮ヲ行フナリ」(同10頁)という極端なる家族主義的な立場を強調している。熊谷・前掲注(4) 27頁は、この穂積の立場を推し及ぼすと、婚姻が届出によって成立することとは矛盾はしないが、その届出は自由契約を表現するものでなく、家の意思を表現するものでなければならないということになる、と解釈している。いずれにせよ、穂積は、「孝道」を軸とする家族主義を説くにあたり、わが国では個人ではなく家制が中心となって発展してきた歴史的事実(ローマ法やゲルマン法でもしかり)を強調しているが、むしろそれに仮託したイデオロギーとしての家族主義の側面が極めて濃厚なように思われる。実際、この当時に穂積は、その講演「家制及び国体」(法學新報13号10頁以下[明治25年4月]に収録)では、祖先を崇拜する教え(「祖先教」)が、家・血縁を軸とする社会の秩序を正しくし、「万世一系の不易の君主」を崇拜することにつながるとするなど(21頁)、国や社会の秩序にとって祖先教と家制度がいかに重要なものかにつき、繰り返し強調してい

る。

- (83) この間の経緯については、手塚・前掲注(4) 31-2頁参照。
- (84) 法典調査会民法議事速記録第一三七回『日本近代立法資料叢書6』(商事法務研究会、1984年) 22-3頁。
- (85) 法典調査会・前掲注(84) 24頁。
- (86) 法典調査会・前掲注(84) 25頁。
- (87) 法典調査会・前掲注(84) 28-30頁。
- (88) 熊谷・前掲注(4) 29頁は、梅としては「めずらしく冴えない」と評している。
- (89) 熊谷・前掲注(4) 30頁。
- (90) 法典調査会・前掲注(84) 85頁以下によれば、これは、医学的知見と従来の慣習を基礎として定められたという。
- (91) 法典調査会・前掲注(84) 129頁以下。
- (92) 法典調査会・前掲注(84) 155頁以下、162頁。
- (93) 当時の学説の状況については、沼・前掲注(4) 238頁以下に詳細な文献の紹介がある。
- (94) 梅謙次郎『民法要義卷之四親族法(第22版)』(有斐閣、1912年) 106頁。
- (95) 法典質疑問答・民法第四編親族相統全『日本立法資料集別巻40巻』(信山社版) 51頁。
- (96) O.von Gierke, *Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs und das deutsche Recht*, 1889, S.395-7.
- (97) ちなみにイタリア現行民法では、旧法典の立場が基本的に承継されている(同法79・80・81条)。同法79条は婚姻予約の履行強制はできない旨を規定した上で、同81条によれば、正当理由のない婚約不履行に基づく損害賠償は財産損害に限定され、その財産損害も婚約に起因して支出した経費ないし負担した債務の損害に制約されていることに加えて(特に仕事を断念したことによる逸失利益は認められない)、賠償額の範囲についても、当事者の身分に応じた経費ないし債務の限度内とされている。このように旧法時代から伝統的に損害賠償が法定・限定されて抑制的ではあるが、一方が婚約者としての地位を濫用した場合には(侮辱的な言動をとまったり、いわゆる結婚の約束で誘惑したりする行為態様)、裁判例では、婚約の要件の具備を問わず、また、破棄の理由も重視されずに、一般の不法行為規定(2043条)により精神的損害賠償を認めた例がある。G.Cian, A.Trabucchi e A.Zaccaria, *Commentario breve al diritto della famiglia*, Cedam, 2008, p.81 [E.Lucchini Guastalla]; G.Pescatore e C.Ruperto, *Codice Civile*, 12 ed., tom.1, Giuffrè, 2002, p.127 [G.Servello]. ただし、この種の男女関係に対する社会意識や婚姻道徳は時代や社会のなかで変化することも否定し得ないし、また価値判断の相違もあるので、イタリアにおいても、これをどのように評価するかは、意見が分かれるものと思われる。M.Bessone, *Istituzioni di diritto privato*, 10 ed., C.Giappichelli edit., 2003, p.192 [M.Comporti].

- (98) 東京高判平成12・11・30判タ1107号232頁は、同棲していた男女X₁X₂のほかY女も加わって三人で共同生活をはじめたが、Yが離反したことから、XらがYに対して生活費分担の合意に基づいて立替金と損害賠償をもとめた事案で、その合意を公序良俗違反としたが、そこでの男女三人の性的関係を前提とする共同生活につき、つぎのように述べているのが注目される。上記の生活費の負担に関する取決めは、「単なる共同生活における費用の負担に関するものではない。X₁、X₂及びYとの間の性的交渉を前提とした男一人と女二人による同棲生活を維持するための費用の負担についての合意である。ところで、婚姻や内縁といった男女間の共同生活は、本来、相互の愛情と信頼に基づき、相手の人格を尊重することにより形成されるべきものであり、それ故にこそ、その共同生活が人間社会を形づくる基礎的単位として尊重されるのである。法は、このような社会的評価に基づいて、この男女間の共同生活を尊重し擁護している。そして、このような人間相互の愛情と信頼及び人格の尊重は、その本質からして、複数の異性との間に同時に成立しうることはありえないものである。本件におけるXらとYの三者による同棲生活は、仮に各人が同意していたとしても、それは単に好奇心と性愛の赴くままに任せた場当たり的で、刹那的、享乐的な生活であり、現に三人の共同生活では、相互の人間の葛藤から激しい対立関係が生じ、お互いに傷つけ合うに至っている。そして、このような共同生活によって、親族その他の第三者にも相当の被害を生じている。このように、XらとYの三名の男女による共同生活は、健全な性道德に悖り、善良の風俗に反する反社会的な行為といわざるを得ず、社会的にも法的にも到底容認されるものではない。(中略)このような取決めや合意を有効として、それに基づく請求を訴訟手続によって認めることは、社会的、法的に容認され得ない善良な風俗に反する行為を、裁判所が法の名の下に擁護し助長することにほかならず、許されるものではない。』
- (99) なお、山本純司「婚姻外カップルの関係」(家族法改正－婚姻・親子法を中心に)ジュリ1384号75頁(2009年)が、多様な「事実婚」の法的保護に関する立法論を念頭においた議論のなかで、「制度の構築」の重要性を強調しているのが参考となる。他方で、国際化した男女関係がもたらす「涉外法上の難題」もあるが(差しあたり、木棚照一・松岡博・渡辺愷之著『国際私法概論(第5版)』(有斐閣、2007年)213頁、櫻田喜章『国際私法(第5版)』(有斐閣、2006年)275頁を参照のこと)、ここでも曖昧な規準は、極力回避しなければならないであろう。

(完)