

判例内縁法序説（２）

岡 本 詔 治

- 一 内縁論の諸相と本稿の視座
 - 1 問題の所在
 - 2 本稿の課題
 - 3 内縁法の定着と「法の社会化」
 - 4 いわゆる「現代的内縁問題」について
 - 5 いくつかの課題 （以上、48巻2号）
- 二 初期の裁判例の状況
 - I 明治民法施行前後の法状況
 - 1 明治民法典と内縁関連問題
 - 2 「事実婚主義」下の裁判例
 - 3 「届出婚主義」下の裁判例 （以上、本号）
 - II 「婚姻予約無効判決」後の法状況
 - 1 「事実婚主義」下の裁判例
 - 2 「届出婚主義」下の裁判例
- 三 当時の多様な男女関係
- 四 まとめに代えて

二 初期の裁判例の状況

大正4年の民事連合部「婚姻予約有効判決」が登場するまでの裁判例の状況を分析することが本章全体の課題であるが、まず、本稿の分析視角からみて必要と思われる基本的な内縁関係判例を頭書に掲記して、それとの関連に留意しながら一連の判決例（大審院・下級審裁判例）を検討することとした。裁判例の分析にあたっては、後述するように、明治35年の「婚姻

「予約無効判決」(後掲[1]判決)が注目されているが、本稿でも、この[1]判決を重視し、ことに関連判決の分析にあたってもしばしば引用しているので、本判決を一応の基準として、その前後に登場する裁判例を大別した。

ここで取り上げる裁判例は、主として明治民法典施行以降のものであるが、先述したように、本稿は「事実婚主義判決」の意義をきわめて重視しているので、施行以前の注目すべき判決例にも視野を拡げている。一般に、戦後の内縁学説は、「解釈論」を展開するうえで、いわゆる事実婚主義を採用した裁判例には、ほとんど関心を示さなかったが⁽⁹⁵⁾、後述する[1]判決の説示からも示唆されるように、当時の判例内縁法の実相を明らかにするためには、届出婚主義のほかに事実婚主義に立つ裁判例の検討も必要不可欠である。実際、民事連合部判決当時でも未だに「事実婚主義判決」が宣告されていたという事情も勘案すれば、大正期の連合部判決を客観的に位置づけるためにも、その分析ないし相互の比較検討が必須の課題となる。他方で、民法施行後の届出婚主義下における「未公表の内縁関連判決」をも検討することによって、より深くこの当時の判例内縁法の全体像を浮き彫りにすることが可能となろう。

そうした裁判例の全体から、「夫婦の実質」に起因する種々の法的紛争の多様性も明らかとなり、すでに大審院がさまざまな内縁紛争類型を経験していた事情を知りうるが、このような歴史的推移を前提としたうえで、「婚姻予約有効判決」が誕生したと解するのが本稿の立場であり、いわばその孵化場にメスを入れることとなるわけである。

I 明治民法施行前後の法状況

1 明治民法典と内縁関連問題

(1) 届出婚主義の導入と事実婚主義の並存

明治民法典の後二編である第4編(親族編)と第5編(相続編)は、明治31年6月21日に公布され、すでに制定・公布されていた前三編とともに明

治31年7月16日に施行された⁽⁹⁶⁾。民法典は、法律婚として届出婚制度を導入したので、内縁保護を立法的に真正面から否定したが（旧法第775・778条）、先述のように、この時期を境として、事実婚夫婦（ひいては内縁子）の保護が一変した。すなわち、民法典が施行されても、その前に挙式同棲するなどして社会的な承認をうけている内縁夫婦であれば、なお従前の法によるとされているので（旧法施行法第1条参照⁽⁹⁷⁾）、後掲の裁判例からも明らかなように、大審院でも下級審裁判所でも、施行前の「事実婚主義」を堅持する傾向が見られる。この種の事例では、事実婚が法律上の婚姻となり、それ故、いわば報告的届出ともいえない婚姻届出の「履行請求」（送入籍の強制）それ自体が認容されていたことのほか、事実婚にも施行後の婚姻法の効力規定が適用されることとなるので（同施行法第68条⁽⁹⁸⁾）、同居・扶養義務（旧法第789・790条）はいうまでもないが、「遺産相続」では内縁の妻も相続権を認められる蓋然性が高いことのほか（旧法996条・配偶者は第2順位相続人）、その間の出生子も嫡出子と認められていた。つまり、内縁関係の成立時期に応じて、ある場合には保護され、ある場合には保護されない（法律上は無効）という結果になっていた。あまりの保護の懸絶について、施行当時の下級審裁判所では（ことに「東京控訴院内部」でも）混乱がみられるのである。そうした当時の下級審判決の法状況にも留意したうえで、大審院判決例を軸としながら、未公表判決にも視野を広げて、さし当たり民法典施行前後の裁判例を検討することが、ここでの当面の課題である。民法施行当時の学説は、すでに婚姻予約論に注目していたが、梅謙次郎の立場を墨守して、婚姻予約無効論に追随し⁽⁹⁹⁾、大審院（後掲[1]判決）も同じ立場にあった。ただし、注目すべき反対論もあり⁽¹⁰⁰⁾、そうした判例の批判も、「婚姻予約有効判決」を用意したものと思われる。

（２）「婚姻予約無効判決」と婚姻届出の意義

（ア）事実婚主義の排斥 民法施行直後の公表例としては、下記の[1]判

決があり、その事実関係と判旨の説示からみて「婚約事例」ではあるものの⁽¹⁰¹⁾、一般に婚約予約の「無効論」を採用したリーディングケースとして引用されるとともに、この先例が後の民事連合部「婚約予約有効判決」によって変更されたと解釈する学説もあり、相互の関連が議論されていることに加えて、この[1]判決は、戸籍登記を重視する反面、「事実婚主義」を排斥する趣旨にも言及しているので、本稿にとっては、どうしても避けて通ることができない裁判例である。やや詳しく検討しなければならないであろう。

【1】大判明治35・3・8（民1）民録8輯3巻16頁（約定金請求事件）

【事実】X女とY男が将来夫婦となる約束をして（明治25年）、Yが、その予約を不履行した場合には、金150円を支払う旨の書面をXに交付したが（翌26年）、Yが履行しないので、Xが予定賠償額を求めて提訴した。一審（山口地判明治34・6・18）は、夫婦となる約束は公序良俗に反しないとして、Xの請求を認めたが、原審（広島控判明治34・10・15）は、婚約予約を無効として、Xの請求を棄却した。

【判旨】「明治八年太政官達第二百九号ニ婚姻又ハ云云縦令相対熟談ノ上タリトモ双方ノ戸籍ニ登録セサル内ハ其効ナキモノト看做ス（其登記ヲ怠リシモ事実ノ存スルトキハ夫婦タルコトヲ認ムルノ例外アレトモ）トノ規定アリ又民法第七十五条ニ婚姻ハ之ヲ戸籍吏ニ届出ツルヲ以テ其効力ヲ生ストノ規定アリ蓋婚姻ハ人生ノ一大重事ナルカ故ニ民法施行ノ前後ヲ問ハス法律ハ結婚ノ時特ニ当事者双方ノ自由ナル意思ノ存スルヲ必要トセルカ故ニ其自由ナル意思ノ結合ニ因リテ戸籍ニ登録シタル時又ハ戸籍吏ニ届出テタル時ヲ以テ始メテ其婚姻ヲ有効トセリ由是觀之ハ将来婚姻ヲ為スヘシトノ予約ノ如キハ法律ノ認許セサルコトヲ明知シ得ヘシ何トナレハ苦シ夫レ其予約カ有効ナルニ於テハ当事者ノ一方カ種々ノ事情ニ因リ其意思ノ変更ヲ来タスコトアルニモ拘ハラス其予約ニ束縛セラレ竟ニ其意思ヲ枉ケテ婚姻ヲ為スナキヲ保セス然ルトキハ其婚姻カ当事者ノ自由ナル意思ニ背戾シテ成立スルノ結果竟ニ夫婦相愛ノ道ヲ保持スル能ハサルニ至ルノ恐アレハナリ已ニ婚姻ノ予約カ無効ナリトセハ其予約ノ不履行ニ付キ損害賠償ノ額ヲ予定シタル契約モ亦随テ無効ナルコトハ洵ニ明カニシテ民法第四二〇条ヲ適用シ得ヘキ場合ニアラサルナリ」

本件のＹ男が婚姻を約束したうえで違約金の約定書を差し入れたのは、事実審判決によれば、民法施行前であり、その後も同棲していた事実は認定されていないので、民法施行後のケースとは一応は区別すべきであるが、婚約については、施行前でも無効と解される傾向が強かった。そこで、大審院も、形式的には明治８年太政官達209号と民法典の届出婚規定（旧法775条）とを論拠として、民法典施行の前後をとわず、「婚姻届出」を重視したうえで、その前段階の婚姻予約は「婚姻の自由」を妨げることになるので無効である、と判示したわけである。本件は、内縁事例ではないとしても、同太政官達を判決理由の冒頭に指摘した上で、民法施行前では事実婚主義が「例外」として認められていたことにも言及しながら、「民法施行ノ前後ヲ問ハス」と説示していたことを決して見逃してはならないであろう。同時期の事実婚主義に立つ判決例を意識した説示と考えられるとともに、他面で、わざわざ丸括弧内にして事実婚主義に閑説しているのは、事案が内縁ではなく婚約であることを暗に示唆したものと思われる。従来の内縁学説は、単に民事連合部「婚姻予約有効判決」によって否定された予約無効論の先例と解する傾向があるが⁽¹⁰²⁾、この「婚姻予約無効判決」の意義を理解するためには、この当時の事実婚主義を採用していた大審院判例と比較検討しなければならないわけである。つまり内縁は届出婚と同視されて保護されていたが、婚約は保護されていなかったという判例の立場（ひいては「婚約・内縁二分論」）を明確にしなければならなかったはずであるが、今日の学説には、一般に、そうした視点は欠落しているのである。

ところで、本判決にいう「婚姻予約」概念は、用語としては単純な「婚約」のみならず、前段部分の抽象論では、届出の重要性が指摘されているので、すでに内縁も含みうるほどに広い意味のニュアンスがなくはないとしても、施行前では例外的に事実婚が保護されることを抽象的に指摘したうえで、後段部分の具体論（直接の判決命題）では、「婚姻の自由」を強調しながら、予約の無効を結論づけているので、この説示部分が梅謙次郎

(ひいては当時の通説)の「婚約・婚姻予約無効論」に従っていることをも考慮すれば、やはり本判決のいう婚姻予約概念も、婚約・内縁二分論を前提としたうえで、婚約(無効)の意味で使用されていたものと判断するのが無難であろう。ただし、届出時までの婚外関係の無効を強調しているので、内縁を排除する趣旨ではないことが窺知され、のちに大審院が内縁を予約概念に取り込むための重要な契機となった判決例としても注目しなければならないであろう。現に、大判明治44・3・25(民録17輯169頁)は、内縁を「婚姻予約」概念でとらえた最初の判決であるが、その無効論につき「当院ノ執レル意見ニシテ既ニ其ノ判例ニ在ルアリ」と説示しているからである。当時では未公表判決も含めて婚姻予約無効論を採った大審院判決は[1]判決以外にはみられないのである。

(イ) 届出時の婚姻意思と「届出意思」 [1]判決によれば、婚姻前の契約である婚姻予約が無効であり、「婚姻の自由」により婚姻約束の自由な翻意が許容されるならば、婚姻の成立要件として、婚姻届出時における婚姻意思が必須の要素とならざるをえない。届出時における当事者双方の自由な意思の存在が強調される所以でもある。つまり「法律ハ結婚ノ時特ニ当事者双方ノ自由ナル意思ノ存スルヲ必要トセルカ故ニ其自由ナル意思ノ結合ニ因リテ戸籍ニ登録シタル時又ハ戸籍吏ニ届出テタル時ヲ以テ始メテ其婚姻ヲ有効トセリ」と。届出と婚姻意思との直接的な関連(届出時における婚姻意思)につき明確に説示しているからである。このような考え方は、もともとフランス判例法(婚約無効と婚姻締結時の自由意思)に由来する。一般論ではあるとしても、[1]判決の説示部分は、「婚姻の成立」論では、従来の学説が等閑に付しているところでもある⁽¹⁰³⁾。学説は、届出当時に婚姻意思が必要である旨を説示した裁判例としては、[1]判決直後の下級審判決に注目しているが⁽¹⁰⁴⁾、むしろ、それらは上記[1]判決の説示に依拠していたものと考えて大過なからう。

この種の「自由意思」つまり婚姻意思はすでに初期の民法編纂当時から

一連の立法作業のなかで一貫して注視されてきたものであり、旧民法当時でも明治民法典制定時でも特に重視されてきたし⁽¹⁰⁶⁾、また、民法施行直前の例であるが、大審院も同じ立場にあった（〔２〕大判明治31・2・15民録4輯2巻18頁）⁽¹⁰⁶⁾。少なくとも法制度的には欧米諸国に見られる「近代法的な婚姻法」の導入・確立が不可欠の時代的要請でもあったからである⁽¹⁰⁷⁾。

このうえに立って、大審院は、仮装・偽装の婚姻届出に関する刑事事件ではあるものの、「婚姻ノ成立センニハ当事者間ニ婚姻ヲ為ス意思ノ合致アルコト」が必要であるので、当事者間に婚姻意思がないにもかかわらず、「仮令婚姻届ヲ為スコトニ合意シ進テ其手続ヲ実行シタリトスルモ婚姻ノ効果ヲ生スルモノニ非サルコト弁ラ俟タス」とした（〔３〕大判明治39・10・22刑録12輯1087頁）⁽¹⁰⁸⁾。本判決によって、婚姻意思と届出意思とが明確に区別されたが、このことを通して逆に届出時における当事者間の「真の婚姻意思」（いわゆる実質的婚姻意思）の存在がよりいっそう重視されるようになったものと思われる。当時の婚姻関連事件では、兵役忌避目的の入夫婚姻などのほか、親族・後見人などの周りの関係人が本人の意思を軽視・無視して無断で届出をする例もみられるので（たとえば、後掲〔29〕大判明治34・3・5の事案などを参照のこと。）、その意味では、本判決の一般論は民事事件でも軽視できない意義をもっていたと考えて大過なからう⁽¹⁰⁹⁾。

いずれにせよ、婚姻予約（婚約・内縁）無効論と「届出時の婚姻意思」必要論とは、この段階ですでに密接にリンクしていたという事情に注目しなければならないわけである。

（３）夫妻関係と内縁

特に明治期の婚姻法を理解するためには、妾関係という男女類型の分析も避けて通ることはできない。周知のごとく、明治初期では、妾は二等親の「配偶者」とされ（「新律綱領」）、明治8年の太政官指令は、「届出送入籍」をもって妾を公認する主義を採ることとした。妾を妻にすることも禁

止されていなかったようであるので、端的には刑事処罰（殺人罪・姦通罪等）との関連ではあったものの、私法上も婚姻や内縁と緊密に関係する男女類型であったといわざるを得ない。もっとも、やがて夫妻制度が廃止されたが、社会的事実としては、その後も根強く残存して、戦後の判決例にも、いわゆる妾関係は登場している（妾については、本稿「三・当時の多様な男女関係・妾」で詳論する。）。

大審院の「民事判決」としては、下記の事件が妾に関する最初の裁判例とされている。民法施行直前の時期であるが（したがって、事実婚が法律上の婚姻とされていた時代である。）、大審院は、妾関係は「公序良俗に反する」ので、この関係を維持するためになされた違約金契約を無効とした。本判決は、妾に関するリーディングケースといってもよく、その後における裁判例の指針となっている。ことに妾につき「内縁の妻」という用語を当事者や原判決が使用しているようでもあり、すでに「内縁」用語がある程度一般化していた事情（本稿「三・当時の多様な男女関係・内縁」参照）を窺知しうることも含めて、大変興味深い事例である。ただし、事実関係からいえば、被告には、正当の妻子がいるし、原告のほかにもう一人のいわゆる内縁の婦女がいたというのだから、重婚的内縁ともいえないようである。大審院が、この種の男女関係を明確に「妾」とした所以でもある。ここで、婚姻夫婦ないし内縁夫婦とも異質な男女関係として、妾なる男女類型が大審院判決に登場したという歴史的事実を銘記しておく必要がある。

〔4〕大判明治 30・12・4 民録 3 輯 11 卷 15 頁（約定金請求ノ件）

【事実】 委細は不詳であるが、上告理由から窺知しうる限りでは、次のようになる。一審の認定事実とこれを引用する原判決によれば、Y 男には「公正ナル妻」がいたが、X 女は、Y といわゆる内縁関係にあったところ、Y には他にも一人いわゆる内縁の妻がいたので、Y との関係の将来を慮り、この関係持続のため Y が離縁すれば一定の金員を贈与する旨の契約を締結し、その趣旨の書面を Y が X に差し入れた。X が、これを根拠として、約定の金員を請求したのが本件である。一審（大津地裁）は請求を棄却したが、原判決（大阪控判明治 30・2・27）

は、「夫妻」なるものが公序良俗に反するものとして法律が禁止しているわけではなく、かえって慣習上認められているとして、Xの請求を認容した。大審院は、つぎのように説示して、原判決を破棄して控訴を棄却した。

【判旨】（破棄自判）「妾ナルモノハ男女間ニ於ル内輪ノ関係ニシテ一夫一婦タル善良ノ風俗ニ反スルモノナレハ法律上其関係ヲ認ムルコトヲ得ス従テ妾ナル人格ハ正當ノ身分トシテ之ヲ認ムルヲ得ス」。原判決によれば、XはYの妾となり、その関係に基づいて上記契約を取り結すんだものであるが、「該契約ハ法律ノ認めサル関係即不法ノ原因ニ基ツクモノナレハ」、「妾ナル身分ヲ公認シテ」、その契約の履行を命じた原判決は不法の判決である。

本判決は、妾の存在を前提にしているので、妾関係の要件や当時の事実婚との区別については、何も説示していない。XYが婚礼儀式のうえ同棲していたという事実の有無も不明である。Yの主張では、Xが他人と外泊し、またXが自己の非行を悔悟せずにXの方から離縁したとするが、原判決はXの外泊が不品行であるとは認定していない、という。大審院は、こうしたYの反論には直接応接しないで、上記の抽象論で本件を解決している。妾の実態は多様であり、妻に近い関係から召使いに近い関係までであるとされているので、その定義は困難であったものと思われるが、この問題は改めて取り上げる。

（４）内縁夫婦間の子

届出婚制度下での内縁の子は、「私生子」として処遇され、認知されないと父子関係が生じないので、法的には内縁の子の問題は内縁固有の課題ではないとしても、単なる一時的な情交関係（私通）による子とは、実際上は父子関係の証明責任との関連では重要な差異があったことは、当時の裁判例からも明らかとなる（本稿「三・当時の多様な男女関係・私通」参照）。一方、事実婚主義下では、事実婚が法律上の婚姻であるので、論理的には内縁の子も嫡出子と処遇されてしかるべきは当然であるので、この種の難題は、後述の裁判例のように、特に父の家督相続権をめぐる親族間紛争で浮上する。また、母の嫡母性が問題となった事例もある。そうした裁判例

と学説の対立状況とは、後に改めて取り上げることとしたい。

周知のように、「私生子」制度は明治初期の太政官布告21号（明治6年1月18日）に始まる。同布告によれば、「妻妾ニ非サル婦女ニシテ分娩スル兒子ハ一切私生ヲ以テ論シ、其婦女ノ引受タルヘキ事、但男子ヨリ己ノ子ト見留候上ハ、婦女住所ノ戸長ニ請テ免許ヲ得候者ハ其子其男子ヲ父トスルヲ可得事」とされ、さらに明治8年太政官指令では、父が戸長の免許を受けて「父の戸籍」に入れると「庶子」に変わることとなったが、いわゆる任意認知のみが認められていたところ、明治民法はさらに強制認知をも導入した（旧法827条・835条）⁽¹¹⁰⁾。

民法施行以前の私生子につき、大審院は、上記明治6年の布告によるべきことを明確に判示し、母子側からの認知請求権を否定している⁽¹¹¹⁾。また、同布告の解釈については、父が子の出生当時に自分の子と認めたかぎりは、父子関係はすでに確定しているので、母の私生子として母の戸籍に入っている、その子は父の「庶子」となり、それ故、父は「其家ニ引取り己レノ戸籍ニ入ルル権利」があるが、その反面で、同布告は、父が私生子を自分の子と認めた場合でも、子を引き取り、自己の家の籍に送籍する「義務」を負わせたものではなく、単に母戸籍にある私生子を庶子に変えることができる旨を定めたにすぎない、と解釈されている⁽¹¹²⁾。もっとも、父が自分の子として認めた場合には、庶子として自分の戸籍に入れなくとも、「養育義務」があるとした裁判例もあるが⁽¹¹³⁾、いずれにしても、父が父子関係を拒絶すれば、この当時の「私通による私生子」は非常に劣悪な境遇におかれていたといえよう。

ところで、上記布告は、「妻妾ニ非サル婦女ニシテ分娩スル兒子」に関する規定であることは明らかである。これに対して、「婚姻中に懐胎された子の嫡出性」をめぐる争訟では、当時、裁判規定がなかったものの、大審院は「裁判上ノ慣例」として嫡出子の引取りや戸籍編入の請求を認めていた（大判明治32・6・22民録5輯79頁など）。

ここでの課題は私生子一般の法的規制を問題とすることではないが、「事実婚夫婦の子」も私生子と同様に扱われたかという難題が残されるところ、有力多数説は、後述のように、その嫡出性を否定し、これが事実婚に付与される法律婚的保護の唯一の例外であるとする。しかし、そのように断定しえないとする反対説（下級審裁判例）もあることのほか、民法施行後の大審院判決では明らかに嫡出子とする例もあるので、この種の問題ないし裁判例にも簡単に論究することとした。届出婚下の内縁子との保護の懸絶に注目せざるをえないからである。

（５）明治民法と離婚給付

周知のごとく、家制度ないし家督相続を基本とする明治民法のもとでは、夫婦別産制（旧法第807条）は形式的なもので、婚姻中の寄与は評価されず、離婚給付に関する規定も用意されていない。かえって、妻の持参・特有財産に対してすら夫の使用収益権と財産管理権が及んでいた（旧法第799・801条）。夫の扶養義務（旧法第790条）ないし婚費分担義務（旧法第798条）は認められていたが、これも用益権・財産管理権の半面と解釈される傾向が強かった。ただし、大審院は、早くから不当な「婚姻」破棄に対して虐待侮辱を受けた妻の慰藉料請求を認めていた（大判明治41・3・26民録14輯340頁）。また、「民事連合部・婚姻予約有効判決」直後には、「離婚」に際して一定の金銭を給付する契約は公序良俗違反とはならないとした（大判大正6・9・6民録23輯1331頁）。これは、そうした男女間での金銭の授受（いわゆる手切金契約）による実際上の紛争解決手法を追認したものと思われ、実質的には離婚後の生活保障や慰藉料の意味も有していたものであろう。[1]・[4]判決のほか、後述するように、内縁等の男女関係の存続・解消に付随する金銭給付契約の有効性が争点となる裁判例は古くから登場する。

内縁の不当破棄と離婚問題とはパラレルな関係にあるので、本来的には相互の関連にも目配りしなければならないところ、本稿では、この問題には深入りできないので、内縁夫婦間の財産関連問題に限定するしかないが、

そうした視点の意義のみを指摘することにとどめて、その検討は後日に期したい。

2 「事実婚主義」下の裁判例

民法典の届出婚制度を前提とする裁判例を分析する前に、まず事実婚主義を採用している当時の裁判例の検討から始めよう。明治期の早くから内縁関連事件は大審院判決だけでも相当数みられるが、本稿の目的・課題からいっても、それらを網羅的に取り上げる必要はないので、差し当たっては旧民法公布当時から明治民法施行前後の民事事件を中心として概観する⁽¹¹⁴⁾。周知のように、旧民法はいわゆる「儀式婚主義」を採用したが、その立法趣旨は、わが国の婚姻慣習を尊重しながら届出婚との調整をはかったところにあり⁽¹¹⁵⁾、遅くともこの段階では、届出婚と事実婚との区別・意義が明確に認識されていたものと思われるので、すでに指摘されているように、このような立法が裁判例にも反映している可能性がきわめて高いからである。庶民の生活にも、通過儀礼の重要性もさることながら、「戸籍」のもつ意味が次第に浸透していたものと思われる。

(一) 民法施行前の裁判例

(1) 大審院判決

(ア) 入籍・同居請求事例 事実婚夫婦の妻が夫側に対し入籍を請求する事例は早期の段階でも存在するが、とくに明治22年度以降に目立って多くなっている⁽¹¹⁶⁾。ここではつぎの例のみを掲記しておこう。入籍・同居判決の意義を明確に説示している。

〔5〕大判明治25・9・19明治25年128号（戸籍及ヒ妻兒引渡事件）⁽¹¹⁷⁾

【事実・判旨】委細不分明であるが、上告理由から推知すれば、つぎのようになる。X女とY男とは媒介婚により結婚したが、Xが他に寄留して別居したのちに、実家に立ち帰って、送籍および引取り（同居）などを請求した。Yは、おそらく婚姻の成否を争い、仮に婚姻が成立しているとしても、Xが明治24年3月にいた

るまで２年半余にわたり音信不通であるので、離婚が成立したなどと争ったが、原審は、婚姻関係が変更なく依然存続するとして、Xの請求を認容した。Yは、引取・同居は強制できないなどと反論したが、大審院も原判決を是認している。「夫婦ハ固ヨリ同居スヘキモノナルニヨリ」、本裁判の如くは当然にして救済方法としても毫も妨げない。「如何トナレハ縦令同居ヲ為スニ至ラサル場合アリトスルモ此ノ裁判ノ効果ニ依リ之ヲ戸籍ニ登記シ永ク夫婦タル身分ヲ全フシ得可ケレハナリ」

(イ) 「重婚の内縁」事例 つぎの例は、大審院が事実婚主義の採用を鮮明にした事例として位置づけられている⁽¹¹⁸⁾。「旧民法」の影響も考えられるが、いわゆる「重婚の内縁」事例（妻が善意のケース）である。「夫婦共通財産」の可否が争点となっていることもあって、その事案が大変興味深い。原判決も大審院もこれを認めているが、旧民法は夫婦別産制をとり明治民法と基本的には同様に実質的には夫中心の一家一財であったことを思えば、事例判決ではあるものの、夫婦であることを前提として共有財産を認めているので、刮目に値する。上告理由から知りうる事実関係を紹介しておく。

〔６〕大判明治26・1・20 大審院判決録〈明治26年自1月至2月〉32頁（寄託物件取戻事件）

【事実・判旨】 X男は、郷里に戸籍上の妻がいることを明かさずにY女と夫婦となることを約し妻として貰い受けた（媒酌結婚のようである）。XがYに対して寄託していた係争物件の返還を求めたが、Yがこれを夫婦共通財産であると争い、原審がYの主張を容れて、Xの請求を棄却した。大審院も以下のような理由によりXの主張を排斥して原判決の判断を是認した。Xは自分には正当な妻がいるので、YはXの妻たる身分を有するものでなく、したがってまた身分より生ずる共通財産なるものは存在しない、と主張するが、原判決は当事者間に「実際夫婦ノ関係ヲ生シタリトノ事実」を認めたにとどまり、Yが「法律上公然妻タルノ身分」を有すると判断したものではない。また、現行法には夫婦財産制に関する規定はないので、夫婦間の財産は習慣により妻の特有財産でない限りは夫の財産とみなすべきであるところ、原判決はこの法則を無視しているとするが、本件の争点はYがXの妻であるか否かにあり、一般の習慣はXの主張の通りであるとし

ても、XはYの共通財産である趣旨の主張に反駁していないので、夫婦たる以上はXも本件物件が共通財産であることに異論がないものであり、原判決は「實際夫婦ノ関係ヲ認め且ツ之ヲ共通財産ナリト認メタルモノニシテ、本件における事実の判断にとどまり、一般の習慣を無視したものではない。

(ウ) 「内縁」概念の登場 つぎの例は、大審院判決に「内縁」なる用語が登場した最初の裁判例とされている。

〔7〕大判明治26・11・24（2民）明治26年第427号（内縁取消請求事件）⁽¹¹⁹⁾

【事実・判旨】 Y男がX女の家へ婿養子に入ったが、Yが徴兵逃れのため一時他家と養子縁組をしたところ、容易に離縁してX家に復籍しえないので、X家の家事担当という養嗣子の貰い受け目的を達成しえないことから、Xの父死亡後にXがYに対して事実上の夫婦関係の取消しを求めた事案で、原審はこれを認容した。そこで、Xは「XトYトノ間ハ事実上ノ夫婦ニシテ内縁ト称ス可キモノニアラスト主張シタル点ニ付判決ヲ与ヘサルハ不法」などと争ったが、大審院は、本件は事実上の夫婦関係の取消しを目的とする請求であり、「其称シテ内縁ト云フト否トハ毫モ訴訟ノ実跡に影響アルヲ見ス」などとして、上告を棄却した。

「沼正也」によれば、本件での「内縁概念」は、届出婚を原則としたうえで例外として内縁を保護するという近代的な思惟によるものではないとしても、それに近いものであり、今日の内縁概念にいたる「一里塚」をなすものとして注目されている⁽¹²⁰⁾。それに加えて、事件類型としては、家制度下の婿養子制度の特質を示しているところ、妻の家側からの離婚請求であり、家事担当という養子・婚姻目的の達成に支障があれば、婿養子が家から追い出されることもあったという事情を窺知しうるであろう。本判決の当否は別にして、家制度下での内縁保護の論理は、妻のみならず夫の立場にも配慮することが必要となり、大審院は、本件のような紛争例を通して、そのことを学習していたものと思われる。

(エ) 内縁夫婦間の子の「嫡出性」 事実婚夫婦の出生子が「嫡出子」になるかどうかであるが、裁判例では、家督相続権の前提として、その身分が争われる例も少なくない。事実婚主義は事実婚を法律上の婚姻とみなすも

のである以上、夫婦の子としての戸籍登記がなくとも、その嫡出性には疑問がないはずである。ただ、嫡出子として届出がなされていないので、その実体法的な身分関係の証明問題が残される。以下の二判決は、そうしたことに関連する事例であると思われる。

〔８〕大判明治 29・6・23（１民）民録 2 輯 6 巻 83 頁（養子相続取消並ニ相続人
撰定要求ノ件）

【事実・判旨】 事案の委細は不詳であるが、戸主 A の死亡後に A 家の養子となった Y が直ちに家督を相続したところ、A の親族 X は、A の嫡男 B と C 女との間の子である D 女が真正家督相続人に当たるので、Y の家督相続の取消しを主張するとともに、D を家督相続人に選定すべきであるとして提訴した。原審（長崎控判明治 29・1・27）⁽¹²¹⁾ は、B が明治 24 年旧 2 月に媒酌人を介する婚礼儀式により C を妻として迎え入れたことから、入籍はなされていないが、C を「正当ナル妻」と認めたとうえで、D を A の「嫡孫」であると判示した（X 勝訴）。そこで、Y は、B と C との婚姻は戸籍登記がなされていないので、太政官達 209 号により無効であり、原判決はこれに違反する、などと主張して上告したが、大審院は、同達後に司法省の上申に対する「太政官指令」により婚姻等は「戸籍ニ登記ナキモ裁判官ハ事実上其成立ヲ認定スルコトヲ得ヘキ次第ナレハ原判決ハ明治 8 年第 209 号太政官達ニ違背シタルモノニ非ス」と判示した。

〔９〕大判明治 29・9・15（１民）民録 2 輯 8 巻 8 頁（相続権確認請求事件）

【事実】 事案の委細は不詳であるが、A 家の家督相続をめぐる紛争である。A 家の娘 B と事実上の夫婦関係にあった Y（被控訴人・被上告人）が、A 家の婿養子となる前に B が出産し、その子が B の私生子として入籍されていたことのほか、X（控訴人・上告人）が先に A 家の養子となっていた。そこで、X が A 家の家督相続権を争って、戸籍登記前の B と Y との関係は不義密通に当たるとするとともに、A は X を先に養子にしたものであり、先位の養子は実子・長男と同視される習慣があるなどと主張した。原審（宮城控訴院）は、結婚入籍前の子でも私生子とはいえないし、また、A は Y を家督相続人（養嗣子）として貰い受けたものであるとした。X が上告したが、以下の理由により棄却された。

【判旨】 人の身分は戸籍簿により証明すべきは当然であるが、「戸籍ニ登記ナキ身分ハ法律上一切之ヲ認メ得サルモノニアラス夫婦タル関係ノ如キ假令戸籍ニ登記セサルモ果シテ相当ノ式ヲ行ヒ夫婦トナリ爾来夫婦タルノ実アル場合ニハ法律

上ニ之ヲ夫婦ト見做シ毫モ差支ナシ然レハ原院ニ於テ被告人トBトヲ以テ登記前タルニ拘ラス夫婦ナリト認メタリトテ不法ト云フヲ得ス戸籍ニ登記セサル間ハ戸籍上夫婦タル身分明カナラサルヲ以テ其間ニ挙ケタル子ヲ直ニ（掲載誌の「眞ニ」には誤植）正出子トシテ登記シ得サルハ当然ノ結果ナレハ原院カ被告人トB間ノ子ヲ登記前ニ付私生子ト記入シタル迄ナリ云々ト説明シタルモ亦相当ナリ」。また、先位の養子でも養嗣子でない場合には、必ずしも家督相続権を有するものではない。

(a) 上記の〔8〕判決については、明治8年太政官達と明治10年司法省達との関連に言及しているところに注目されている。「沼正也」は、双方の密接な関連を「整理した形においてリーディングケースとして与え不動に確立された判例法というべき意義をもつもの」と評価する⁽¹²²⁾。つまり、「司法卿ノ上申ニ対スル太政官指令」が10年司法省達として各裁判所に布達されているので、大審院によれば、10年司法省達も太政官達と同レベルの法規範と位置づけられているようにも読めなくはない。その意味では、8年達は抽象的な戸籍登記による届出婚主義を宣言するとともに、既に具体的に存在する一定の事実婚には10年達を適用するという趣旨と解するならば⁽¹²³⁾、後者は前者を「補足する形」となっていると構成することもできなくはないであろう⁽¹²⁴⁾。ただし、当初の各達の形式的な「条文の解釈」ならば格別、それにはとどまらず、その後、事実婚に付与された「民事上の法的効果」をも考慮すれば、それが届出婚と同視されているのであるから、民法施行後の判決例も含めて、一連の大審院判決例に通底する基本姿勢に鑑みると、そうした単純なる補足論では、いまだ説明が十全に尽くされたとはいえないのではなかろうか。婚姻届出ひいては戸籍登記のもつ法的意味が双方において根本的に異質であり、したがってまた、事実婚が成立する範囲では、届出婚は完全に排斥される結果となるからである。おそらく大審院もこのことを自覚していたものと思われ、後述するように、双方の達を調整するための解釈に苦慮することとなる。

（b）一方、上記の〔９〕判決は、法史の通説によれば、大審院が民法施行前では事実婚主義を採用していたとしても、「事実婚夫婦の子」については嫡出性を否定する旨を明言した判決例として引用される傾向がある⁽¹²⁵⁾。しかし、「沼正也」によれば、通説が上記判文の特に「眞二」に依拠してそのように解しているところ、それが判決原本では「直二」となっており、従来の大審院判決の流れからいっても、通説の理解は根拠を欠くと批判されている。本判決文全体の趣旨から判断しても、沼正也の評価が正当であろう⁽¹²⁶⁾。実体法上の親子関係と戸籍上の形式的な身分関係との区別を前提とした判決であるように思われる。

ともあれ、本稿が注目する点は、〔９〕判決が「相当の式」を挙げて「夫婦の実体」があれば、戸籍登記がなくとも法律上の夫婦であると判示しているところである。また、〔８〕判決も「婚礼儀式」によって事実婚の成立を認定した原判決を是認している。これをもって、ただちに儀式婚主義をとったとはいえないが、少なくとも「身分の証明」に関わる事例では、戸籍登記を根拠にできない場合には、儀式の重要性が認識されていることは間違いないであろう。内縁を保護した民事連合部判決やその後の判決例が婚礼儀式を重視していたのは、婚姻慣行に依拠していたこともさることながら、こうした事実婚主義時代の判決例の蓄積があったことも決して軽視してはならないのではなかろうか。

（オ）債権者との関係　上記のように、「相当の結婚式」の重要性はいうまでもないが、儀式が践まれていない男女の共同生活でも、社会的には夫婦と認められていたという事情があるならば、そうした「社会的事実」に依拠した例もある。つぎの裁判例〔１０〕では、内縁の夫に対する債権者が、内縁の妻の有体動物を差し押さえたが、その動産類が夫の兄の家屋内に存在したので、兄がその差押えの適法性を争ったところ、原判決が「相当の結婚式」をしたことの事実を認定しないで「妻」と認めたことが一つの問題とされた。しかし、大審院は、「夫婦の実際」によるべきことが習慣で

ある、と判示している。むろん、本判決も、儀式的重要性を否定するものではなく、それが決め手になるものではないとする趣旨であると理解すべきであろう。なお、民事連合部判決の後に「儀式不要判決」(大正8年)が登場したことはすでに言及したが、そのことが予測される判決例でもあったというのは、言い過ぎであろうか。少なくとも民事連合部も同趣旨の問題がいずれは登場することを予見できたであろう。

【10】大判明治30・4・2(2民)民録3輯4巻14頁(有体動産差押解除請求事件)

【事実・判旨】 Xは、Yが債務者A(Xの弟)に対する執行力ある判決に基づいてXの占有する動産(箆筭・抽斗・衣類等)を差し押さえたことに反論し、X家にある係争物は戸主たるXの所有と推定されるので、差押えを違法として、その解除を訴求した。原審は、X家にA・Bが同居していること、係争物件はAの亡先妻のほか後妻BとA・Bの子の所有物であってXの所有物ではないことなどから、Xの請求を棄却した。Xの上告理由は多岐にわたるが、必要な範囲で簡略にすれば、つぎのようになる。原判決は、差押物件がBらの所有物であることを認めながら、何故にAの債務のためにB所有物に対する差押えが適法であるのか、何ら説明がない。また、Aと先妻やBとは戸籍登記がなされていないことを認めながら、「相当ノ結婚式」を挙げたことの事実を認定しないで、Bらを妻と認めたのは違法である、と。しかし、大審院は原判決を是認した。AはX家とは別戸主であり、Aの債務のためAの家族の動産を差し押さえても相当である。BらはXの家族ではないので、XはBらの所有物に対して何ら権利を有しない。また、「實際夫婦タルニ相違ナキ以上其實際ニヨリ判断スヘキコトハ我邦民法上の習慣ナレハ」、原判決に違法はない。

(カ) 内縁の妻の「嫡母性」 内縁夫婦間の子が父を相続したところ、子の後見人が、生母たる母を親族会議に参加させないで当該相続不動産を売却したので、その売買が不適法とされたが、その前提として、実際正当に亡夫の妻に嫁したるものであるから、内縁の妻は「嫡母」としての身分があるとされている。

【11】大判明治30・10・4(2民)民録3輯9巻1頁(宅地建家譲与登記取消事件)

【事実・判旨】 X₁女は、A男とは戸籍上の夫婦ではないが、Aとの子であるX₂

の生母であるところ、Aを相続した X_2 の後見人 Y_1 が Y_2 に X_2 所有の本件土地建物を売却した。そこで、Xらは、親族会議に X_1 を参加させないでなされた当該売買は無効であるなどと主張して、その登記の抹消を請求した。原審は、Xらの主張を認めて、本件売買を無効とし、大審院もこれを是認して、つぎのように説示する。原審が X_1 は「戸籍面ニ登録セラレサルモ実際正當ニ亡A妻ニ嫁シタルモノニシテ被上告人 X_2 ノ生母ナリト認定シ」、「 X_1 ハ実際被上告人 X_2 ノ嫡母タル可キ身分ヲ有スルモノト認タル以上ハ」、特段の事情がない限りは、本件譲渡のように幼者の利害に関する親族会議に幼者の保護のために生母を参加させるべき筋合いなれば、他の親族が参加したとしても、その会議の無効たるべきことは論を俟たず。

(2) 下級審判決

「明治前期」における「未公表の下級審裁判例」を分析する研究があるので、その貴重なる業績によりながら、事件の多様性を認識するとともに「事実婚主義」を採用する具体例が多数にのぼる状況を垣間見ることとしよう。ここでも、やや古い例は割愛して、主として旧民法当時以降のものに限定する。

(ア) 熊本地裁・大阪地裁等の裁判例 「山中至」の研究によれば、戸籍登記は婚姻・離婚の要件ではないとして事実婚主義を明言する熊本地裁の判決例(後掲[14]判決)を初めとして、同地裁や大阪地裁の多くの裁判例では、一般に結納の授受や媒酌人の仲立ちがあれば、戸籍登記がなくとも、基本的には婚姻の成立を認める傾向があるとされ⁽¹²⁷⁾、種々の裁判例が引用されている。単なる同居のみでは、必ずしも十分ではない、という趣旨であろう。現に「同住」のみの事案では、「婚姻契約」は完結せず、「公然結婚ヲ為シタル証憑」が必要であるとした例もある(大阪地判明治24・3・20妻取戻請求事件)⁽¹²⁸⁾。さらに、民法施行直後の判決例([12]長崎控判明治31・8・13)であるが、単に一年有余にわたり同住同炊してその間に一子を儲けたという事実のみで事実婚を認めた原判決(熊本地判明治31・1・31)を取り消している⁽¹²⁹⁾。

すでに明治10年代から事実婚主義に立つ裁判例が散見されるようであるが⁽¹³⁰⁾、ここでは同20年代中ごろ以降の興味深い紛争例のいくつかを掲記しておこう⁽¹³¹⁾。

[13] 大阪地判明治 24・10・30 (離縁請求及妊児戻し荷物返還請求事件)⁽¹³²⁾

【事実・判旨】 X女は、明治24年3月にY男と媒酌により結婚して、簞笥・長持・化粧道具一式をY宅に持参した。不仲の原因は不詳であるが、Yが同居中に妊娠したXを実家に帰したこと、Xは、離婚請求のほか、持参諸道具の返還、出産費用および妊児の引取りを請求した。これに対してYは、荷物の引取りは承諾したが、Xは妻ではなく、その関係は「私通」にすぎないので、妊児は自分の子ではなく、出産費用も負担しないと反論した。判旨は、上記の事実から「婚姻の成立」を認めたとはいえず、XがYの「妻」ではなく、また妊児が自分の子ではないと公言するYは、「夫タルノ義務人情」を著しく欠き、「将来夫婦間ノ情誼ヲ全スル能ハサヤ明カナリ」として、離婚請求を認容した。分娩した子についても、同居中に妊娠しているので、Yの子であるとして、出産費用を負担し、その子を引き取ったうえで、Y家の戸籍に登録すべきである、と判示⁽¹³³⁾。

[14] 熊本地判明治 25・5・17 (帰家承諾ヲ求ムル件)⁽¹³⁴⁾

【事実・判旨】 事件の内容は不詳であるが、おそらく事実婚夫婦が別居して、一方が同居をもとめた事案であり、事実婚主義を採用するとともに、離婚についても、実際により戸籍登記を必要としないとした例である。判旨はつぎのように説示する。わが国では「結婚ノ方式」に関する法律が存在しないので、「公簿上ノ登載ハ以テ結婚ノ要件トナスヲ得ス」。公簿は「結婚アリシ事ヲ公認セシムル手續ニ外ナラス、故ニ仮令戸籍登記移送ノ手續ヲ尽ササルモ、實際上夫婦トナリタルノ事実アルニ於テハ結婚アリタルモノ」である。したがって、その逆の離婚についても、事実婚夫婦の場合には、「別ニ公簿上ノ手續ヲ要セス、只夫婦ノ情誼全ク絶へ、各居所ヲ異ニシ、又所持ノ諸道具等一切ヲ引取りタル」ようなときは、離婚があったと解さざるを得ない。

[15] 大阪地判明治 25・7・7 (身柄復帰及ヒ送籍ノ訴訟事件)⁽¹³⁵⁾

【事実・判旨】 X男は、明治23年6月4日にY₁男の長女Y₂を「娶トル契約」をなし、同年10月8日に媒酌により結婚式を挙行して「伉儷【夫婦仲のこと】全カリシニ」、同25年4月28日に実母の病氣見舞いと称してY₁宅に立ち帰ったまま、再三のもとめにも応じないで帰家しないので、Y₂には速やかに復帰すべき

こと、Y₁には速やかにY₂の戸籍を送籍すべきことを請求した。Yらは、X宅に戻れば、Y₂は気鬱症を発するので、しいてX宅に帰せばY₂の生命にも支障が生ずると反論した。判旨は、「凡ソ婚姻ノ合意ナルモノハ慣行ニ因リ結納ヲ為シ媒ニ依リ結婚セシ上ハ格別ノ理由アルニ非サルヨリ容易ニ之ヲ破談シ得ヘキモノニアラス」として、Yらの主張は口実にすぎないと判示した。

[16] 大阪地判明治30・4・12（預物品引渡請求事件）⁽¹³⁶⁾

【事実・判旨】 X女は、結納名義でYから15円を受け取り、明治29年11月7日にY宅において親族の立会のもとで慣習による婚礼を行なって同住した。しかし、Xは結婚の将来に希望がもてないので、同月中に実家に立ち帰った。Xは、家風見習いのため一時Y方に同居したに過ぎないとして、持参物件の引渡しを請求した。判旨は、上記の事実から婚姻の成立を認めたとうえで、離婚後でないで持参物件の返還請求は認められない、と判示。

一方、「事実婚夫婦間の子」を保護した例もある。[13] 判決に加えて、媒酌結婚により事実婚の成立を認めたとうえで、妻の分娩した子を夫の「家ノ戸籍」に入れて、毎月ごとに相応の「養料」を支払うべきことを命じた判決（[17] 宮崎裁判所明治20年5月28日判決）のほか、事実婚中に懐胎した子を夫の子であるとして、離別後に出生した子の引渡しと出産費用の請求を認めた判決（福岡裁判所明治17年9月16日判決）などが指摘されている⁽¹³⁷⁾。

(イ) 東京控訴院等の裁判例 東京控訴院の裁判例を分析した「村上一博」の研究によれば、届出婚を厳格に適用した例もなくはないが、事実婚主義をとる多くの具体例が発掘されている⁽¹³⁸⁾。ここでも「元来送籍ノ手続ハ婚姻ノ結果トシテ尽スヘキモノニシテ、婚姻成立ノ要件ニアラサレハ」、媒酌による婚姻儀礼によってすでに「夫婦」となっている旨を説示した判決例が注目に値する（[18] 東京控判明治26・11・8）⁽¹³⁹⁾。本判決の立場では、届出婚主義と対立させて事実婚主義が把握されているように思われるからである。また、本稿の立場から興味深い判決例も引用されている。ことに事実婚の事実認定にあたって、婚姻儀礼のほか、配偶者間の承諾ないし婚姻意思を不可欠とする一連の判決例が指摘されている（[19] 東京控

判明治30・6・24等)⁽¹⁴⁰⁾。そのうえで、婚姻の事実上の成立を判断するための基準は、「婚姻当事者の婚姻意思（親権者の同意も配慮されている）を前提として、婚姻儀式（媒酌や結婚式）の挙行、同居（さらには子の出生）の実態に求められている」とする⁽¹⁴¹⁾。すでに、「婚姻意思」が重視されていたことに刮目したい。

「事実婚の効果」として本稿が注目する具体例は、妻側が夫側戸籍への入籍を請求する一連の事件であり、裁判所は、事実婚の成立を認定したうえで、夫方戸籍への入籍を命じている（[20] 東京控判明治22・11・16等）⁽¹⁴²⁾。同じく、「婚姻契約」の履行請求それ自体を認容した京都地裁の判決（[21] 京都地判明治24・9・28）もあり⁽¹⁴³⁾、その事案が興味深いので、本件も紹介しておこう。原告（男性）と被告（女性）との関係が「私通」からはじまり親族同意のもとで媒酌による挙式後に同棲していたが、被告の実母が被告を実家に連れ帰ったので、原告が被告の実父も共同被告として「婚姻契約」の履行を請求したところ、欠席判決であるが、判旨は「被告共ハ其婚姻契約ヲ履行スヘシ」とした。

なお、損害賠償を請求した裁判例⁽¹⁴⁴⁾もあるが、この種の事件は極めて珍しいようである。本判決は、当事者間での「夫婦となる契約」が成立したことを認めるものの、男性が資産家の息子で契約当時ではようやく成年に近い年齢に達して父の支配下にあったことなどから父母の同意なくして独断で妻を娶ることは普通の慣習に反し、一方、酌婦である女性もその事情を知っていたものであることから、当該「夫婦契約」は父母の許諾をまって初めて効力を生ぜしめる趣旨の合意であるので、父母が不同意である意思を表示したときに、「夫婦契約」は失効した、としている。そこで、家族間で授受された手切示談金（金60円）も考慮されて、損害賠償請求は棄却されたが、いわゆる夫婦契約を不履行すれば、損害賠償責任がある旨を前提とした判決例であろう。なお、村上によれば、事実婚の例として引用されているが、婚約成否（おそらく情交関係をとまなう男女関係）の例とい

う可能性も否定しえないように思われる。

一方、事実婚夫婦間の子についても、父の実子として、その引取りないし父戸籍への編入を認めた一連の裁判例（東京控訴院や金沢地裁など）が引用されている⁽¹⁴⁵⁾。

（二） 民法施行後の裁判例

（１） 大審院判決

（ア） 婚姻届出請求事件　民法施行後でも事実婚主義に立つ裁判例が登場している。下記の二例〔23〕・〔24〕判決は内縁夫婦間で婚姻届出それ自体を請求している事件であり、いずれも請求を認容しているので、民法施行後の大審院判決としては特に注目すべき具体例である。

ところで、この種の権利の性質については、下記に引用する大審院判例では明らかにされていないが、民法施行以前の大審院の未公表裁判例〔22〕大判明治24・11・6には、養子縁組に関する事例ではあるものの、養子が養親に対して入籍を拒むならば家産の増殖部分の半額を分与すべきであると主張したところ、「入籍権ナルモノハ元来身分上ノ事ニ属シ普通ノ債権トハ全ク其趣ヲ異ニシ随テ其権利ヲ以テ直ニ財産ニ代フルカ如キハ條理ノ許ササル所ナリ」とした例があり⁽¹⁴⁶⁾、刮目に値する。ここにいう「入籍権」という概念は、すでに有効に成立した養子縁組ないし婚姻に基づいて戸籍手続法上の入籍を強制する権利にとどまるので、実体法上の身分関係それ自体を変動させるものではないが、身分関係と表裏一体となった権利といえようか。

〔23〕 大判明治32・9・19（1民）民録5輯8巻6頁（婚姻届請求事件）

【事実】 Y女は、明治30年3月20日に媒酌によりY宅でX男と祝盃を挙げて、爾来「同住」した。XがYに対して婚姻届出の訴えを提起したところ、一審（東京地判明治31・10・24）では、Xの請求が認容されたようである。そこで、Yが控訴した。原審（東京控判民事第1部明治32・2・20）⁽¹⁴⁷⁾は、つぎのように判示して、Yの控訴を認容した。XY間には、婚姻の戸籍登記がなされていないの

で、太政官達第209号により、婚姻の効力は生じない。司法省丁第46号達は国民一般に対するものではなく、大審院等の裁判所に対する訓令ないし諭達にすぎないものである、これは憲法76条という法令ではないことから、同達により、太政官達が変更されたとはいえない。そこで、本件当事者間には婚姻の効力は生じない。ただし、少なくとも「婚姻を成立せしむべき合意」は有効に存在しているので、本件の争点は、「婚姻をなすべき旨の約束」に違背した場合に、その履行を強いることができるかにある。案ずるに、財産権に関する債務でも履行を強制できない債務があることは民法414条が明示するところであり、条理上もまたそのようにならざるをえないので、「身分上ノ関係ヲ生スヘキ婚姻等ノ如キハ到底其ノ意思ニ反シテ之カ履行ヲ強フルヘカラスモノトス」(X敗訴)。これに対して、Xは、民法施行前では戸籍の有無により婚姻を有効無効とする成文法はなく、婚姻はその事実があれば成立しうるので、戸籍登記は婚姻の成立要件でないことは多年の慣習である、と主張して上告。大審院は、原判決を破棄して、Yの控訴を棄却した(X勝訴)。

【判旨】(破棄自判) 司法省達第46号も太政官達第209号の指令も等しく憲法76条にいう法令である。「然り而シテ民法施行前ニ在テハ實際夫婦タル事実ノ存スル以上ハ其實際ニ拠リ判断ヲ下スハ我国裁判上ノ慣習ナリトス故ニ本案モ亦民法施行前ニ生シタル事項ニ係ルヲ以テ前頭司法省達及ヒ慣習ヲ適用スヘキモノナリ然ルヲ原院ニ於テハ該太政官達ハ法令ニシテ該司法省達ハ法令ニアラストシ其結果本案当事者カ實際夫婦タルノ事実ヲ認定シタルニモ拘ラス単ニ戸籍ニ登記セサルノ故ヲ以テ婚姻ノ効力ナキモノトシ第一審判決ノ全部ヲ廃棄シ上告人ノ請求ヲ棄却シタルハ違法判決ナリ」

「関彌一郎」は、本件一審判決は「民法施行後、おそらくはじめて『婚姻届出請求』を認容した判決であろう」という⁽¹⁴⁸⁾。また、本件控訴審判決は、「民法施行後、おそらく初めて『婚姻届出』請求に対して、その『履行強制』を許さないとした初めての判決であろう」とも述べている⁽¹⁴⁹⁾。

それもさることながら、むしろ、本件控訴審が届出婚主義に立ったうえで、事実婚につき、「婚姻をなすべき旨の合意」つまり「婚姻予約」の存在とその有効性を認めながら、合意の履行強制はできないとした点に注目

すべきであろう。先述した〔１〕判決の一審「山口地裁」判決よりも先に「予約有効論」を説示していたことになるが、それは、おそらく当時の婚姻慣行を尊重して予約有効論を採りながら、届出婚主義との調整を工夫したものであったように思われる。民法施行後では、従前のように、事実婚主義に立ったうえで婚姻の届出ないし送込籍を強制的に命ずることに抵抗があったものと考えて大過なからう。

つぎの大審院判決も事実婚主義を採用している。

〔24〕大判明治33・2・1（1民）民録6輯2巻3頁

【事実・判旨】 X女（25歳未満）は、Y男の家を去り、婚姻手続を訴求したところ、一審では敗訴したようであるが、控訴審（東京控判民事第2部明治32・10・3）⁽¹⁵⁰⁾では勝訴している。明治30年7月15日にXはYと婚姻の儀式を挙行して、爾来同31年5月まで同居した。ところが、Yは、この事実を認めながら、引き続きXを自家に同居せしめ、かつ自己の妻として入籍せしめる意思はなかったので、婚姻は成立していないとするとともに、仮に成立したとしてもXの退去で黙示の離婚が成立している、と争った。控訴審は、婚姻が「仮設」に出でたるものとは信じがたいとするとともに、Xが一時Y宅を立ち去った事実によっては、いまだ離婚意思を表示したとは認められない、と説示したうえで、本件当事者の婚姻は民法施行以前に成立し、その後、離婚した事実がないことから、「YハXトナシタル婚姻ニ付所管戸籍吏ニ之カ届出ノ手続ヲ為スヘシ」との判決を宣告した。Yは、上記の主張を含む4点の上告理由を掲げて上告したが、いずれも排斥されて、大審院では、原判決が是認された。

本判旨は、原判決をそのまま是認したかたちになるので、事実婚主義に関する直接の説示はないが、同居の事実のみで婚姻の成立を認めたのは不当であるとYが反論したことに対して、「原院ハ当事者間ニ於テ婚姻ノ儀式ヲ挙行シタル事ト爾来共ニ同居シタルコトヲ以テ其成立ヲ認メタルモノ」で、単に同居の一事をもって認めたのではないとした点が注目に値する。また本判決の結果、判決により戸籍登記がなされることとなるが、すでに別居している夫婦間での入送籍手続とは何かにつき、判然としない面

もなくはないとしても⁽¹⁵¹⁾、離婚給付等につき、「契約」を取り交わす強力な手段となるであろうし、また、その間の出生子の地位も安定するので、無用な相続紛争なども回避できるはずである。

ところで、一審はXの請求を否定しているが（理由不詳）、民法施行直後では、施行前に成立した内縁保護の可否につき、下級審裁判例が混乱していた事情が判明する。実際、「沼正也」が指摘するように、ことに東京控訴院が大審院の確定した判例理論に反旗を翻して執拗に法律婚主義に固執していた⁽¹⁵²⁾。すでに前記の[23]判決（大判明治32・9・19）によって、その原判決（東京控判明治32・2・20民事第1部・裁判長富谷銆太郎）のそうした立場が破棄されていた事情は前述した。その後、下記の[27]判決（大判明治34・11・27）の原判決（東京控判明治34・6・14民事第1部・裁判長田代律雄）、および後掲（次号掲載）の[32]判決（大判明治35・6・26）の原判決（東京控判明治35・1・24民事第1部・裁判長榊原幾久若）も、民法施行前に成立した婚姻事例につき、事実婚主義を排斥して太政官達209号に依拠しながら届出婚主義をとったが、いずれも大審院によって繰り返し破棄されている。

ただし、同時期の東京控訴院の民事第2部は、事実婚主義をとっていたので（[24]大判明治33・2・1の原判決・東京控判明治32・10・3など）、このような頑固な立場を堅持したのは東京控訴院民事「第1部」であることに留意すべきであろう。同民事第1部が、大審院の先例に反して何故に届出婚主義に固執したのかは、不可思議であるが、施行前の事実婚主義と施行後の届出婚主義とのあまりの懸絶に困惑していたとも考えられる。

(イ) 関連裁判例 上記の裁判例をみただけでも当時の大審院が事実婚主義に立っていたことは疑問のないところであるが、事件類型の多様性を認識するためにも、いくつかの未公表判決も含めて、さらに民法施行後から明治35年3月の[1]判決に至るまでに事実婚主義を採用した大審院判決例を概観しておこう。

(a) 事実上の婿養子と家督相続権 つぎの例は、事実上の婿養子関係でも民法施行前は「実際により判断すべきもの」とされて、養子の入籍請求が認められ、家督相続人たる地位も容認されている。

〔25〕大判明治32・10・14（1民）民録5輯9巻103頁（養子入籍執行請求事件）
 【事実・判旨】 Xは、民法施行以前にY家の婿養子となったが、戸籍登記がなされていないことから、その入籍手続を請求した。Y家に推定家督相続人がいたこともあって、婚姻の成否も争点となったが、原審（名古屋控訴院）がXの請求を認容し、大審院もこれを是認した。「民法施行前ニ在テハ實際養子縁組ノ事実存スル以上ハ其ノ實際ニ依リ判断ヲ下スハ我裁判上ノ慣習ナリ故ニ本件モ亦民法施行前ニ生シタル事項ニ係ルヲ以テ前顯司法省達及ヒ慣習ヲ適用スヘキモノトス」。また、Y家に推定家督相続人たる男子がいても、Y家の家女との婚姻が成立したことを認めた原判決は適法である。

(b) 離婚協議と戸籍登記 離婚の協議が成立すれば、その旨の戸籍登記がなくとも、離婚は有効に成立する、とした裁判例もある。事実婚が届出婚と同視されるならば、離婚も事実によるとされても、何ら問題がないであろう。

〔26〕大判明治33・10・11（1民）明治33年（オ）316号（離婚証書連印請求事件）⁽¹⁵³⁾
 【事実・判旨】 委細は不分明であるが、つぎのような事件である。X女とY男は婚姻したが、おそらく婿養子縁組と推定され、その縁組が解消して、離婚の協議も明治31年7月12日頃に成就したところ、妻Xの希望で届出は民法施行後にすることとしたにもかかわらず、Yがこれに応じないので、Xが離婚届書に連印を求めて提訴した事件のようである。Yは、離婚の協議が成立しても、その旨の戸籍登録がない限りは無効であるなどと争った。原判決（長崎控判明治33・3・7）は、協議の日に離婚が成立しているので、民法施行以前では戸籍登記は婚姻成立の要素ではないのと同様に離婚の要素でもないことから、その旨の戸籍登録の有無は本件とは関係がないと判示し、大審院もこれを是認した。「原院カ『民法施行以前ニ於テハ云云戸籍ノ登録有無ハ本件ニハ何等ノ影響スル所ナシ』トシテ現行民法ヲ適用セサリシハ固ヨリ当然ニシテ」、Yの上告には理由がない。

(c) 縁組解消と戸籍登記 養子縁組の解消についても、同趣旨の判決が

ある。養子である推定家督相続人（戸主）が離縁につき戸籍登記がなされていないことを理由として遺産の回復を請求した事件（[27] 大判明治 34・11・27（2 民）民録 7 輯 10 巻 102 頁・家屋及不動産回復請求）で、原審（東京控訴院民事第 1 部明治 34・6・14）⁽¹⁵⁴⁾が太政官達第 209 号により当該請求を認容したのに対して、大審院は、「明治 8 年太政官達第 209 号ニ関スル明治 10 年司法省丁第 46 号達ヲ遵由ス可キ効力ヲ生スルモノナルコトハ既ニ当院ノ認ムル判例ナリ」として、「養子縁組」は協議離縁により既に解消されていると判示した。

（2）下級審判決

民法施行後から[1]判決までの下級審判決でも、先述した東京控訴院の諸判決や[12]長崎控判明治 31・8・13 のほかに、事実婚主義をとる熊本地裁・長崎控訴院判決が報告されている。婿養子の例であるが、媒酌により相当の婚儀を挙げ一子を儲けたうえで、隣佑も夫婦と認めていることから、「実体上既ニ夫婦ト見認メ得ヘキ要件具足スル」として縁組契約の有効性を認め（熊本地判明治 32・3・7）、その控訴審判決（[28] 長崎控判 32・7・5）も「相当ノ式ヲ行ヒ夫婦ト為リ尔来夫婦タルノ事実アル以上」、これを夫婦とみなすことに何ら差し支えないと説示している⁽¹⁵⁵⁾。

3 「届出婚主義」下の裁判例

（1）未届出の挙式・同棲婚

下記の裁判例は、原審（東京控訴院）の判決のみが公表されているところ、一般に民法施行直後の初めての「婚姻無効確認判決」として紹介されている⁽¹⁵⁶⁾。しかし、すでに本件の未公表大審院判決も紹介されていることのほか、その全体的な事案をみるならば、同時に、民法施行後に成立した未届出の挙式・同棲婚につき、「婚姻の成否」が争点となったところ、事実婚主義を排斥して届出婚主義を採用したうえで、これを「事実上の婚姻」ととどまると判示した裁判例としても特に注目しなければならなかつ

たように思われる。本判決の翌年の〔１〕「婚姻予約無効判決」も本判決の趣意を承けたものと考えられる。加えて、民法施行時の「前後の事情」を反映して、その事案の特殊性にも、大変興味深いものがある。

〔29〕大判明治34・3・5（1民）明治34年（オ）618号婚姻無効確認及離婚請求事件⁽¹⁵⁷⁾

【事実・判旨】 事実関係は委細不分明であるが、つぎのような事案と思われる。Y男は、明治29年12月11日にX女方に入籍した事実があるが、これはXの後見人に就いたYの父がXには無断で婚姻届出の申請をしたものであった。その後、民法の施行直後である明治31年12月中にXYは合意の上で結婚の儀式を挙げたが、婚姻届出はなされなかった。破綻の理由は分からないが、Xが婚姻無効と離婚の請求をした。原審（東京控判明治33・11・11）⁽¹⁵⁸⁾は、明治31年12月以前にはXが婚姻を承諾した事実は認められないので明治29年12月中には婚姻は成立していないとした。また、明治31年12月には当事者双方承認のうえ挙式したことには争いがないが、「民法実施後にありては婚姻は戸籍吏に届出ざる限りは假令其儀式を挙げ事実上の婚姻ありとするも法律上婚姻の成立せざること民法775條の明定する所なるを以て該婚姻は其届出なきに争いなきが故未だ成立せざるものと為さざる可らず夫れ如此く婚姻の成立なき上は離婚の請求を為し得ざるや勿論なる」と判示した。Yの上告理由は、いずれも証拠方法の取捨選択などに関する手続上の違法をいうものであったが、上告審では、すべて理由なしとされ、結局のところ、原判決は維持されている。

本件事案の注目すべき点は、当事者間において、「民法典施行時」を境として前後二度の婚姻の成否が争点とされているところであろう。施行前では、女性の後見人が無断で婚姻届出をしたことにより、施行直後では、双方納得のうえでの挙式・同棲婚であるものの未届であったことから、いずれの時期でも婚姻は成立していないとされた。

「関彌一郎」によれば、本件は民法典施行後初めての婚姻無効確認請求事件であり、その重要性が強調されているが、なぜ「民録」に採録されなかったのかにつき、疑問を呈して、その理由を詮索している⁽¹⁵⁹⁾。たしかに、本件は、民法施行後の判決であり、控訴審判決は公表されているので、

学説でも、一般に民法施行後における婚姻無効の積極例として注目される傾向がある。しかし、婚姻無効の対象とされている婚姻は、民法施行以前に成立したものであることに留意する必要があるであろう。むろん、事実婚主義下の事件でも、当事者間の婚姻意思が必須の要件とされ（先述した東京控訴院の判決例や大審院[2]判決を参照のこと）、それがなければ、たとえ入籍の事実があっても、無効（ないし不成立）であることはいうまでもないが（近代西洋法の大原則でもある。）、本件での婚姻届出・戸籍登記は、婚姻の成立要件ではなかったもので、そのような事案であれば、施行後における婚姻無効事例とは、やはり趣旨を異にすることから、先例的価値という意味では、おのずから制約があったのではなかろうか。

その断定は留保するとしても、本件では、施行後の未届出・事実上の婚姻につき、当事者が「離婚」の請求をしているところに興味深いものがある。形式的には無効な戸籍上の記載が残存していたので、そのような事情とも無関係ではないとしても、いまだ事実婚主義時代の判例の立場が前提とされていたといえるのではなかろうか。

いずれにせよ、控訴審判決が、民法施行直後に成立した婚礼については届出がない限り婚姻は成立しないとし、届出婚制度を前提としたうえで、これを「事実上の婚姻」と称していたことに留意すべきである。大審院も、この結論を是認しているので、むしろ、この点にこそ本判決の先例的価値があろう。民法施行の前後を明確に区別しているからである。なお、控訴審の裁判長は、後に大審院長に任ぜられた高名な「横田秀雄」である。

（2）「私通」と手切金契約

[1]判決の登場前の段階では、未公表判決例の中にも内縁ないし婚姻予約の「不当破棄事例」は存在しないようである。[1]判決が特に公式判例集に登載されたゆえんである。ただし、その間に、内縁などの男女関係に関連する具体例がなかったかといえ、そうではない。そのような未公表の事例が紹介されているので、簡単に分析しておこう。

つぎの例の男女関係は、「私通」とされているが、民法施行後の内縁は私通同然とされていたので、一応は検討する必要があるだろう。

〔30〕大判明治 33・3・19(2民)明治32年(オ)第167号証書無効及反訴請求事件⁽¹⁶⁰⁾

【事実・判旨】 事実関係は必ずしも明確ではないが、判旨や上告理由引用の原判決などによれば、大略つぎのようなものであった。X男（控訴人・被上告人）とY女（被控訴人・上告人）とは、「私通関係」にあったが、私通の解消にあたって、その手切金として、Xが、私通の結果、Yに6,000円を与えたこととして、その受領証を受け取るとともに、あわせて、当該金員をXが預かることとして、その旨の預り証をYに交付した。Xが、その証書の無効確認を請求したのが、本件である。原判決（東京控判明治 32・7・7）は、本件預り証は私通を目的とするものではなく、「私通の結果或る事情のために成立したものである」として、Xの請求を棄却した。そこでXは、本件金員の預り証は、私通関係より成立した善良の風俗に違反するものであり、その他に原因は存在しないなどと主張して上告したが、大審院は次のように説示して棄却した。私通を目的とするかどうかは原審の事実認定いかんの問題である。原判決は、本件預り証については、私通の結果ある目的の為に成立し、私通を目的とするものではないと判示したものであり、「此ノ事実ニ依レハ私通ハ当事者間ノ契約ノ遠因ニシテ近因即チ其ノ目的ニ非ス随テ善良ノ風俗に反スル事項ヲ目的トスル契約ト云フコトヲ得ナイト知ル可シ」

本件の男女関係の性質は不分明である。「佐藤・関」によれば、私通というのみで、単なる内縁か、あるいは重婚の内縁かなど、その婚外関係の性質は詳らかでないとする⁽¹⁶¹⁾。ただし、本判決後に、Y女が預り金を請求した別件があり、こちらの方はいわゆる公式判例となっているが（大判明治 34・11・21民録7輯10巻72頁）、そこでは、本件の預り金契約（寄託）の成否が要物性との関連で論点となり、Xが、「民法施行の前後を問わず」、寄託契約は要物契約であるので、本件契約は成立しない、と争ったところ、大審院は、たしかにそうではあるが、施行前では、すでに金銭等の給付義務を負う債務者が債権者とこれを目的とする寄託契約をした場合には、当該契約は有効に成立する、と判示している。そうだとすれば、本件の私通

関係も民法施行前に成立していたこととなろう。したがって、単なる内縁（当時は法律上の婚姻であった。）ではなかった可能性が大である。上告理由では、男女の関係中の事情によりないし手当として金銭（金1,750円と金6,000円）が授受された書証が引用されているので、これが真実とすれば、いわゆる妾に近似した男女関係であった可能性が高いといえよう。いずれにせよ、通常の内縁ではなかったものと考えられるが、すでにこの当時から、公序良俗違反の男女関係との関連で締結された金員等の贈与契約につき、それが私通目的ではなく⁽¹⁶²⁾、私通の解消後に別の目的でなされた場合には、有効となる可能性が認められていたこととなる⁽¹⁶³⁾。本判決の論理と[1]判決（婚姻予約）や[4]判決（妾契約）のいう違約金契約等の無効論とは、それぞれ相互に無関係ではない。この種の紛争例については、当然のことながら、諸外国の経験から大審院も予測していたので、本判決は「近因・遠因」という論理でそれを調整しているものと思われる。

ともあれ、内縁とはいえない男女類型がすでに「私通」概念で捉えられていた事実を認識しておかねばならないであろう。

(3) 婚姻予約の無効判決と有効判決

[1]判決までの下級審裁判例の状況はどうか。管見のかぎりではあるが、「婚姻予約」に言及した事例が散見され、無効論と有効論が対立している。下記の裁判例の無効論は、「事実上の婚姻」は法律上の婚姻ではないとした[29]判決の原判決（東京控判明治33・11・11）を承けたものであることは、明らかであろう。

(ア) 婚姻予約無効論

[31] 東京控判（民2）明治34・3・22新聞29号6頁（損害賠償請求事件）

【事実・判旨】 X女は、Y男（飲食店経営）が婚姻予約に違反して情婦に飲食店を経営させたと主張して、名誉毀損による損害に加えて婚姻準備による損害の賠償（金550円）を請求した。一審ではXが敗訴したようである。判旨は「元来婚姻なるもの婚姻當時に於て当事者双方に全然自由の意思あることを要するものな

るが故に婚姻の豫約なる者は法律上無効のものなり何んとなれば若し之を有効なりとする時は間接に其意思の自由を妨げ強ひて婚姻をなさしむるに至り従って婚姻以後に於ける一家の平和を破るの原因となり強ひて甚しく公益を害するに至ればなり」として、違約の責任も名誉毀損による損失もないとした。

本判決当時では、いまだ大審院判決は登場していなかったので、おそらく公表事例としては、民法施行後における「婚姻予約」に関する最初の事例といえよう⁽¹⁶⁴⁾。事案は不詳であるので、婚約か内縁かは定かではないが、おそらくまだ同棲がない事案と推測されるところ、男性が「情婦」をつくったことから、女性が婚姻予約の破棄責任を訴求したものであろう。婚姻予約が「婚姻の自由」を妨げるという論法は、すでに法典調査会での「婚約・婚姻予約の有効無効」論との関連で議論されていたところである⁽¹⁶⁵⁾。民法典施行当時では、裁判官は、依拠すべき大審院判決もなかったことから、フランス法の影響下にあった立法関係者の婚姻予約無効論を強く意識していたことの証左であろう。

ほぼ同じ頃に、[1]判決の原審（広島控判明治34・10・15）も、同趣旨を説示していたが、大審院もフランス法流の解釈論を墨守したわけである。

(イ) 婚姻予約有効論

これに対して、この当時、婚姻予約有効論を説示した珍しい下級審裁判例がある。[1]判決の一番判決（山口地判明治34・6・18）は、つぎのように説示していた。「夫婦タルヘキ予約ハ公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反セサルノ法律行為ニシテ苟モ夫婦タル身分関係ヲ生スルハ戸籍吏ニ有効ノ届出ヲ為スニアラサレハ効力ヲ生セサルモ之ヲ履行セサル場合ニ処スル予定賠償額ヲサタムルハ法令ノ禁止スル所ニアラス」としてXの請求を認容した。「唄孝一」らは、本判決が民法施行後において初めて「婚姻予約有効論」を説示した事例として、注目している⁽¹⁶⁶⁾。後述のように、この種の下級審裁判例は、[1]判決の無効論にもかかわらず民事連合部「婚姻予約有効判決」の登場以前でも根強く生き残ることとなる。

- (95) たとえば、大原長和「内縁の概念—内縁をめぐる思想の変化・特別法との関連」『家族法大系Ⅱ婚姻』中川善之助教授還暦記念（有斐閣、1959年）269頁、272頁以下も、歴史的視点が重要であるとして、先述した明治8年太政官布告と同10年司法省令の関連につき、法史学説に依拠しながら叙述するが、当時の大審院判決例には全く言及していない。甲斐義弘「内縁保護の軌跡」山梨法学24号（1992年）53頁も、伺い・指令など当時の法令については、かなり詳細にフォローするが、同様に判決例には沈黙している。これに対して、さすがに太田・前掲注(12)『内縁の研究』37頁以下・57頁注(12)、同「民法典編纂と文明開化—届出婚主義確立の問題を中心として」林屋辰三郎編『文明開化の研究』（岩波書店、1979年）497頁以下は、この問題に関する法史学説や「沼正也」の見解に触れたのちに（後者では、太政官209号達の下でも事実婚主義であったとして通説に反論する。）、明治民法施行以前の実事婚主義を採る判決例にも注目している（同509頁）。ただし法史的研究にとどまり、本稿のような視点はもっていない。
- (96) 明治民法における婚姻法の成立史に関する研究は少なくないが、差し当たり前田陽一「民法742条・802条（婚姻無効・縁組無効）」広中俊雄・星野英一編『民法典の百年Ⅳ個別的観察（3）親統編・相統編』（有斐閣、1998年）1頁以下を参照のこと。旧民法まで遡り、かつ関連する判例の推移についても逐一フォローされているので、大変参考となる。ただ、本稿が注視している民法典成立後の事実婚主義にたつ裁判例には言及されていない。また、「婚約」についても関心がもたれているにもかかわらず（同20頁など）、先述した大正5年の「婚約・婚姻予約有効判決」が見落とされている（同35頁）。
- (97) 明治民法施行法第1条「民法施行前ニ生シタル事項ニ付テハ本法ニ別段ノ定メアル場合ヲ除ク外民法ノ規定ヲ適用セス」。民法施行前に成立した内縁夫婦については、民法所定の届出婚主義を適用しない趣意と解されている。
- (98) 明治民法施行法第68条「民法施行以前ニ為シタル婚姻又ハ養子縁組ト雖モ其施行ノ日ヨリ民法ニ定メタル効力ヲ生ス」。つまり、法律上の婚姻としての事実婚には、民法所定の届出婚としての効力規定が適用されることとなり、事実、そうした説示をする当時の裁判例が散見される。
- (99) 明治民法施行直後の学説については、岡本・前掲注(1)『婚約・婚姻予約法』115頁以下、施行前の「熊野敏三」の予約無効論とこれを承けた「梅謙次郎」の見解については、同著90頁以下をそれぞれ参照のこと。
- (100) [1]判決に対する当時の批判的な学説（日々谷道人、森作太郎、岡村司、さらには後に大審院判事となった池田寅次郎）については、岡本・前掲注(1)『婚約・婚姻予約法』150頁以下を参照のこと。
- (101) 本件が単純婚約の事例かどうかにつき、学説では戦前から争いがあるが、唄＝佐藤・前掲注(14)「判例における婚姻予約(1)」155頁以下によれば、本件の一審・控訴審判決を検討しても、男女関係の中身は不分明であるものの、違約金150円や生涯の扶持米の給付約束のほか、かつて同居請求を提訴した

こともあるようなので、少なくとも情交関係があったものと推測している(穂積・前掲注(7)5頁も同旨)。情交関係があっても婚約と評価することに何等の支障もない。むしろ婚約関係に情交関係はつきものである。さらに、一審では「夫婦タルヘキ予約」とし、原判決は「将来結婚スヘキコトヲ予約シ」と述べた後に「該婚姻ノ予約ノ違約」と表現を変えて説示していることのほか、そもそも事実婚であるならば通常は裁判例で前提とされる「同棲の事実」が認定されていない(これに対して、X女と他男との「同棲」ないし「夫婦ノ生活」には関説している。)ことなども併せ考慮すれば、内縁ではないと解するのが自然であり無難でもあろう。これに対して、岩田・前掲注(20)『判例婚姻豫約法』214頁は、「事実婚の要件を備えた場合」とするがその根拠は曖昧である(同著215頁注197参照)。なお、本件については、岡本・前掲注(1)『婚約・婚姻予約法』112頁も参照のこと。

- (102) たとえば、川井・前掲注(25)『民法判例と時代思潮』108頁、二宮・前掲注(42)『事実婚の判例総合解説』6頁。
- (103) 右近健男『婚姻無効の判例総合解説』(信山社、2005年)も、本判決には言及していない(3頁以下、11頁以下、37頁以下参照)。
- (104) 利谷信義「身分行為の意思(性格・存在期間)」ジュリ500号(1972年)188頁は横浜地判明治35・10・8新聞111号8頁、右近・前掲注(103)『婚姻無効』37頁は名古屋控判明治41・5・5最近2巻137頁をそれぞれ引用する。両判決については、後に取り上げる。
- (105) 立法の経緯については、前田・前掲注(96)4頁以下、24頁などを参照のこと。
- (106) 本判決(無効相続確認の件)は、「婚姻ハ結婚者本人ノ承諾ナクシテ成立スヘキモノニ非サレハ」として、未成年者(16歳)の婚姻能力を認めたとえで、離婚能力もあるとした。
- (107) 梅謙次郎が、届出の前提として「其当事者ハ眞ニ其意思アルコトヲ要ス」とし、従来往々にして行われていたように親が結婚を定め、「当事者ヲシテ之ニ服従セシメル如キハ到底文明国ノ婚姻ノ性質ニ適セス」としていた所以である(『民法講義卷之四・親族編』和仏法律学校、1902年(12版)106-7頁)。しかし、日本法の届出婚が西洋の近代婚姻法におけるような個人の自由意思による結合ではなく「家制度の一環である」(家と家との結合)とする見解(特に西村信雄『戦後日本家族法の民主化(上巻)』〈法律文化社、1978年〉234頁以下)は傾聴に値する。本稿は、戸籍制度の性格(非近代性)や機能(社会的統制)に直接容喙する余裕がないので、個別の裁判例の分析と裁判例の内的発展をみることに限定しているが、民事連合部「婚姻予約有効判決」の登場は、そうした非近代性に対する一つの突破口になったものと考えている。
- (108) 本判決については、差し当たり右近・前掲注(103)『婚姻無効』12頁を参照のこと。なお、本判決には「実体意思説」に立った理解がみられるとする。

- (109) ちなみに、後の大審院判決で、女性が届出時に婚姻意思がなかったとして無効を主張した事案であるが、「婚姻ハ当事者双方ノ意思ニ基ク有効ナル届出アルニ依リ初メテ成立スルモノナルニヨリ」としたうえで、有効な届出がなされていない本件では、たとい届出後数ヵ月間同棲の事実があっても、婚姻は無効とした例がある（大判昭和2・3・15新聞2688号9頁）。本件は、学説では、無効な婚姻の「追認」の問題として取り上げられ、右近・前掲注(103)『婚姻無効』87頁は、今日の判例法理では追認が肯定される例であろうとする。本稿は、無断届出後に夫婦関係が生じていたにもかかわらず、婚姻届出時の婚姻意思を重視した本判決の論理に注目した。事案の委細が不明ではあるが、仮に届出や夫婦関係の開始がそもそも家的な統制・制約のなかでなされたものであるとすれば、本判決の説示にも合理性があろう。
- (110) 私生子法の歴史的推移と明治民法施行前の「下級審裁判例」については、村上・前掲注(5)『近代婚姻法史』31頁以下、297頁が詳しい。事実婚夫婦間の出生子に関する裁判例も分析され、これを明確に私生子とする裁判例のほか、父の戸籍への送籍や引取義務を肯定した例もあることなどが指摘されている（同65頁以下）。民法施行後の裁判例については、佐藤良雄『婚姻予約および認知・未発表判決の研究』（システムファイブ、2005年）271頁以下を参照のこと。
- (111) 大判明治36・2・10民録9輯153頁（私生児認知請求）、大判大正5・9・6民録22輯1695頁（私生子確認及引渡請求）。昭和期では、大判昭和7・5・28新聞3435号18頁（私生子認知請求事件）などがある。
- (112) 大判明治26・4・20明治25年第653号事件（私生子引渡送籍請求）。村上・前掲注(5)『近代婚姻法史』51頁。
- (113) 大判明治29・4・16民録2輯73頁（養料請求事件）など。同判決は「彼ノ明治六年第二一号ノ布告ノ如キハ身分ニ関スル規定タルニ過キス」とする。村上・前掲注(5)『近代婚姻法史』54-5頁。
- (114) 明治11年から明治民法施行直後までの裁判例については、未公表判決も含めて、沼・前掲注(5)『財産法の原理と家族法の原理』437頁以下が、持論の「選択的要件説」を論証するため（同「明治民法施行前婚姻法と養子法—じゅうらいの諸研究の批判のうえに」私法22号（1960年）117頁以下に沼理論が整理されている。）、各年代ごとに関連判例を逐一網羅的に検討している。本稿では、沼説の趣意ないしその当否には容喙しえないが、必要なかぎり、そこに引用された判決例のうち婚姻に関する民事関連事件に限定して、民録掲載事例ではそれも参考としながら、特に「事実関係」に注視して可能な範囲で客観的に叙述している。
- (115) 旧民法（明治23年公布）は、第一草案（明治20年）と再調査案とを経由して、儀式婚主義を採用したが、届出も重視した。すなわち、証人二人の立会のもとで慣習による「婚姻の儀式」を行うこと、および儀式挙行後は「双方から10日以内に届出をなすこと」を基本要件とし、かつ婚姻儀式の前にも身

分取扱人にその旨の申立てが必要とされていた（旧民法人事編第43条、47・49条、43条2項）。要するに、婚姻慣行を重視したわけであるが、その立法趣旨のうちで本稿が特に注目する点は、仏国など欧州諸国とは「風俗慣習固ヨリ同シカラス若シ欧州諸国ノ法制ヲ採用セハ頗ル新奇ニ涉リ民心ヲ傷フニ至ルヘシ」とされているところであろう。熊野敏三・岸本辰雄合著『民法正義・人事編卷之一（上下）』（新法注釈会、1891年・明治24年〔信山社版〕）〔上・熊野敏三執筆〕200頁。民事連合部「婚姻予約有効判決」でも、この知見（民心をそこなわないこと）が大前提となっていたものと考えて大過なからう。そうであればこそ、民事連合部は、世界法史的にも画期的な判決を創造しえたものであろう。ちなみに、旧民法は、西洋民事婚に倣って「身分取扱吏の面前」での儀式を必須とした「第一草案」を修正して習俗的儀式を重視したことから、一般に近代化に逆行すると批判されている。学説の状況については、差し当たり西村・前掲注(107)284頁以下を参照。青山道夫「日本社会の近代化と儀式婚主義—素描の一考察」法学新報83巻10・11・12号（1977年）1頁以下は、大正末期における「民法改正要綱」等の儀式婚主義の制定過程にまで及んで、同様の認識を示している。そうした制度一般の構造的色彩は否定できないが、個別の判決や裁判の展開をその視点のみで一括りはできないのではなかろうか。

- (116) 沼・前掲注(5)『財産法の原理と家族法の原理』493頁によれば、養子縁組も含めて、この時期に戸籍登記の必要性が社会生活に浸透してきたことの反映であるとされる。
- (117) 沼・前掲注(5)『財産法の原理と家族法の原理』503-4頁。
- (118) 沼・前掲注(5)『財産法の原理と家族法の原理』505頁によれば、持論の「選択的要件論」のもとでも、本判決をもって事実婚主義へと踏み切ったリーディングケースとされている。他方で、石井良助「明治初期の婚姻法」中川善之助・青山道夫・玉城肇・福島正夫など編『婚姻 家族問題と家族法』（酒井書店、1968年）205頁以下は、すでに壬申期の戸籍法当時から民事では法律婚主義、刑事では法律婚と事実婚の二元主義であったが、明治8年太政官達により民刑事ともに法律婚主義に統一されたところ、再び明治10年司法省達により刑事につき二元主義に戻したと解釈するが、この明治26年判決については、「明らかに事実婚主義を認めた」としている。つまり、本判決以降、大審院は民事でも事実婚主義を採用したとする。ただし、その根拠につき本判決は何も語っていないが、「実質的にそれが法律婚のみによることより生ずべき不当をさけようとしたもの」である、という（同著212頁）。その後、石井良助『日本婚姻法史』（創文社、1977年）308頁は、沼・前掲注(5)『財産法の原理と家族法の原理』501頁が引用する未公表判決・大判明治25・3・2（明治24年第265号入籍取消事件）をもって、すでに大審院は事実婚主義に変わっていたことが明らかになったとしているが、本判決をそのように位置づけてよいかは、なお検討を要しよう。なお、上記のような石井説の時

期的区別に対しては批判もある。山中至「明治八年太政官第二〇九号達（法律婚主義）についての一試論」『法と政治学の諸相』熊本大学法学部創立10周年記念論文集（成文堂、1990年）607頁以下は、太政官達によって法律婚主義が採用されたのが原則であるが、事実上の夫婦関係から生ずる矛盾を解決するために司法省達が出されたとする通説的見解（山中永之佑『日本近代国家の形成と「家」制度』〈日本評論社、1988〉103頁以下、132頁以下の見解など）のもとで（同635頁）、熊本地裁や大阪地裁の民事判決例（未公表）を検討した結果、それ以前にすでに事実婚主義に立つ例がかなり多くみられるので、下級審判決例ではあるものの、石井説の区別論には疑問が残るとする（同634頁）。

- (119) 沼・前掲注(5)『財産法の原理と家族法の原理』509頁以下。
- (120) 沼・前掲注(5)『財産法の原理と家族法の原理』509-510頁。
- (121) 山中・前掲注(118)620頁に原審の判決理由が引用されている。
- (122) 沼・前掲注(5)『財産法の原理と家族法の原理』520頁。
- (123) 山中・前掲注(118)619頁。
- (124) 廣瀬隆司「民法施行前における婚姻の形態について—明治前期婚姻法序説にかえて」法学新報83巻7・8・9号（1977年）343頁以下は、司法省達（大審院等の裁判所に対する「為心得」）よりも、その指針となった同年5月21日の「太政官指令」（これは先述した大審院判決[8]も指摘する指令である）の重要性に注目して、「太政官内部での成立過程」、特に当時の法制局の議案（布告、布達、指令などの趣旨・理由を論じたもの）に焦点を当てながら、双方の達の成立過程を詳細にフォローしたうえで、明治10年達は同8年達を「補足する意義を有するにすぎず、双方は矛盾しない」と結論づけている（同357・359頁、同366頁）。本文・前注の山中至の[8]判決の解釈は、この広瀬の「公文録」のみによる両達の条文の解釈に示唆を受けている。たしかに、元来、明治10年司法省達は刑事事件（謀殺・故殺・犯姦等）に関する伺いに応接したものであるので、そうした形式的な条文解釈も可能であろう。ただし、その後の民事判決の多様性と保護範囲の進展とを考えると、それのみで説明できるか、なお綿密な精査が必要であろう。実際、廣瀬は沼理論を前提とし、それを補足するものとしている（同344-5頁）。
- (125) たとえば、石井・前掲注(118)「明治初期の婚姻法」216頁は、「大審院では、明治26年以後、事実婚主義をとった場合でも、事実婚によって生まれた子は私生子になるものとしている」とする。外岡茂十郎「我国に於ける私生子法の誕生と私生子の範囲」早稲田法学20巻（1941年）1頁以下も、司法省達以降は事実婚主義に復帰したが（同20頁）、その唯一の重要な例外は、事実婚夫婦間の子が私生子として処置されたことであるとして、伺・指令などのほか[9]判決も引用し、同判決では、「夫婦たる事実」により法律上の夫婦と認めながら、その間の子を私生子と断定しているという（同23頁以下）。私生子が嫡出子となるためには、夫婦の戸籍が必要とする趣旨である。さら

に、高柳真三『明治前期家族法の新装』（有斐閣、1987年）275頁も、司法省達以降は法律婚と事実婚の二元主義にあったとするが、その間の子については同趣旨を述べる。しかしながら、後述するように、明治民法典施行後の事実婚主義に立つ大審院判決例は、あきらかに事実婚夫婦の子を「嫡出子」としているの、上記のような通説的理解には、なお疑問が残る。村上・前掲注(5)『近代婚姻法史』73頁以下、80頁は、民法施行前の下級審裁判例を分析した結果、通説的理解のみでは説明できない具体例が存在することを明らかにしている。

- (126) 沼・前掲注(5)『財産法の原理と家族法の原理』521頁以下。これに対して石井・前掲注(118)『日本婚姻法史』310頁は、沼説に再反論を加えるが、なお十全ではないように思われる。
- (127) 山中・前掲注(118)617頁。
- (128) 山中・前掲注(118)617頁、同「(資料)大阪裁判所の離婚関係判決（２）—明治８年～31年」熊本法学60号（1989年）189頁（90〔番〕・判決原本）。
- (129) 山中・前掲注(118)621頁以下。[12]判決は、明治８年太政官達にいう法律婚主義につき説示したうえで、実際の状況により夫婦としての身分を認めるためには、慣習による婚礼儀式はもちろん、双方の尊属親等の承諾をうるなど、その他一切の手續を完了し、ただ戸籍登録の一事を欠く場合であることを要するので、本件での子は嫡出子ではない、と判示している。
- (130) 山中・前掲注(118)613頁、616頁以下を参照のこと。ただし、明治10年代前半の法律婚主義をとる裁判例も引用されている。いずれも、明治８年太政官達を引用し、戸籍登記のない限りは、婚姻の効力がないとしたり、妻とはいえないとしたりしている。山中・前掲注(118)626頁以下参照。
- (131) 引用されている判決例は、事案の詳細は不分明なところもあるが、本稿では、適宜、そこから事実と判旨とを区別・整理して紹介していることをお断りしておきたい。
- (132) 山中至「(資料)大阪裁判所の離婚関係判決（１）—明治８年～31年」熊本法学59号（1989年）112頁（37〔番〕・判決原本）。
- (133) 本件については、山中・前掲注(118)615-6頁も参照。
- (134) 山中・前掲注(118)612-3頁を参照。
- (135) 山中・前掲注(128)「離婚関係判決（２）」190頁（91〔番〕・判決原本）。
- (136) 山中・前掲注(118)616頁、同・前掲注(128)「離婚関係判決（２）」167頁（70〔番〕・判決原本）。
- (137) 山中・前掲注(118)631-2頁。こうした下級審裁判例は、先述した沼正也の「嫡出子説」に近い状況にある、と評価する。
- (138) 村上・前掲注(5)『近代婚姻法史』８頁以下は、婚姻の形式的要件と実質的要件に大別して、それぞれに関連する各裁判例を、足入れ婚や妾契約の例にも視野をひろげながら、簡潔に整序している。なお、村上は、例の太政官達と司法省達との規範調整に関する論争については、裁判例では事実婚の承

認を基調とするものの、戸籍記載が全く等閑に付されていたわけではないし、そもそも当該訴訟の目的が送籍にあることなどの事情から、通説のように単純に原則・法律婚、例外・事実婚とは捉え切れないほど裁判例の実情は多様であるので、「沼正也の選択的要件説」が東京控訴院の裁判例にも妥当すると解釈している。さらに、その当時では女性の婚姻意思が一定程度認められていたところ、徹底した届出婚制度に転換した明治民法を契機として、「『子を生む性』としての女性の地位の決定的な劣位を生み出した」との結論を導き出している。村上・前掲注(5)『近代婚姻法史』29-30頁。

- (139) 東京控判明治 26・11・8 明治26年(ネ)36号離婚付諸道具及衣類取戻請求ノ控訴事件。村上・前掲注(5)『近代婚姻法史』11頁参照。
- (140) 東京控判明治 30・6・24 明治29年(ネ)201号家督及財産譲与契約履行請求事件などが指摘されている。村上・前掲注(5)『近代婚姻法史』17頁以下、および10頁以下参照。
- (141) 村上・前掲注(5)『近代婚姻法史』29頁。
- (142) 東京控判明治 22・11・16 明治20年第790号事件(身分送籍引渡要求ノ詞訟事件)、村上・前掲注(5)『近代婚姻法史』13-4頁。その他、東京控判明治 30・4・28 明治29年(ネ)第112号事件(送籍ノ入籍請求控訴事件)、同明治 30・5・8 明治30年(ネ)18号事件(妻及私生児入籍請求之控訴事件)などがあり、いずれも戸主に送籍手続を命じているほか、後者は、夫婦間の子の入籍も認めている。
- (143) 村上・前掲注(5)『明治離婚裁判史論』(法律文化社・1997年〈2冊〉)78-9頁(離婚判決抄〈その一〉n. 10)に判決原本が引用されている。
- (144) 東京控判 31・5・13 明治30年(ネ)第233号夫婦契約違変賠償請求控訴事件、村上・前掲注(5)『近代婚姻法史』19-20頁。村上は、本件を男性側の親権者の同意の要否に関する例として引用し、事案の特殊性から一般化はできないとしている。
- (145) 村上・前掲注(5)『近代婚姻法史』73頁以下、とくに76頁以下参照。ただし、たとい事実婚であっても、戸籍登記がないことから、子の嫡出性を否定した東京控判明治 24・7・3 も指摘されている(同75頁)。
- (146) 大判明治 24・11・6 明治24年第114号入籍差拒ニ付分祿請求事件。沼・前掲注(5)『財産法の原理と家族法の原理』494頁および498頁注(20)を参照のこと。本判決は再上告審判決であり、当初の破棄判決(大判明治 23・10・15)は、原審(東京控訴院)が養方の家産の十分の一相当額を分与すべきことを命じたのに対して、養方が相当の原因なくして入籍を拒むならば養子(上告人)が増殖資産の半額を請求する「條理アルヤ否ヲ討究」しないのは不法として、宮城控訴院に移送したところ、同控訴院は財産分与を認むべき原因がないとしたので、再び養子が上告したが、本文掲記の理由により、上告が棄却されたものである。ちなみに、「財産分与」につき、相当の理由があれば、これを認める趣旨であるので、この点でも本判決は注目値するが、

この論理が夫婦間でも妥当するかは不分明であり、たとい妥当するとしても、実際上は、養親子相互間の本件同様に、家制度下では相当程度に困難ではなかったか。

- (147) 本件の原判決（未公表）である東京控判（民事第１部）明治 32・2・20 明治31年（ネ）第323号婚姻届請求控訴事件（裁判長富谷銈太郎）については、関・前掲注(14)「婚姻法に関する若干の初期判決（２）」95頁を参考にした。上告審判決については、関・前掲注(14)「婚姻法に関する若干の初期判決（１）」156頁も参照のこと。
- (148) 関・前掲注(14)「婚姻法に関する若干の初期判決（１）」59頁。
- (149) 関・前掲注(14)「婚姻法に関する若干の初期判決（１）」58頁。
- (150) 原判決（未公表）である東京控判（民事第２部）明治 32・10・3 明治32年（ネ）第223号婚姻届出請求控訴事件（裁判長末弘厳石）は、関・前掲注(14)「婚姻法に関する若干の初期判決（２）」94頁を参照のこと。
- (151) 関・前掲注(14)「婚姻法に関する若干の初期判決（１）」154頁は、そのような疑念を述べている。しかし、先述の〔５〕判決は、そうした疑問に答えているのではないか。
- (152) 沼・前掲注(5)『財産法の原理と家族法の原理』541頁、545頁。沼は、この時期に東京控訴院が大審院判例に反して法律婚主義をとったのは何故か、という問題を提起したうえで、その理由は、憲法第76条の「法令」の理解につき近代的思惟のもとにおけるそれを直接的に司法省丁第46号に及ぼしたことにある、と解釈している。たしかに、当時は帝国憲法も施行されて間もないこともあって、そのような事情も無視しえないとしても、ただ、何故にそうした形式論に終始したかであろう。その実質的根拠こそが、ここで明らかにされるべき疑問なのである。おそらく、明治民法の届出婚主義との整合性に苦慮した結果ではなかったか。一審が事実婚主義に立ったのは、民法典自体が不遡及の原則を前提としていたので、それによったものと思われるが、控訴審は、実質的な考慮としては施行後の内縁無効とのバランス論に影響・左右されていたように思われる。
- (153) 関・前掲注(14)「婚姻法に関する若干の初期判決（１）」152頁。
- (154) 原判決・東京控判（民事第１部）明治 34・6・14 明治33年（ネ）29号家屋及動産回復請求控訴事件については、関・前掲注(14)「婚姻法に関する若干の初期判決（２）」87頁。
- (155) 中山・前掲注(118)623-4頁。
- (156) 右近・前掲注(103)『婚姻無効』４頁。
- (157) 関・前掲注(14)「婚姻法に関する若干の初期判決（２）」85頁。
- (158) 東京控判（民事第３部）明治 33・11・11 新聞11号 7 頁。東京控訴院の判決日については、法律新聞では11月11日となっているが、大審院判決が引用する同判決の日付は同月の10日となっている。関・前掲注(14)「婚姻法に関する若干の初期判決（２）」83頁参照。同85頁では、いずれが正しいか確認

できていないとする。

- (159) 関・前掲注(14)「婚姻法に関する若干の初期判決(2)」84頁。
(160) 佐藤＝関・前掲注(14)「判例家族法の再検討(1)」168頁。
(161) 佐藤＝関・前掲注(14)「判例家族法の再検討(1)」168頁。この当時の「佐藤・関」には、おそらく民法施行前の内縁が法律上の婚姻であったとする認識がなかったものと思われるので、私通と内縁とを同視していたのではなかろうか。
(162) 先述のように、大審院の[4]判決によれば、妾関係の維持を目的とする金銭給付契約は公序良俗に反して無効とされている。
(163) 私通関係の当事者間における金員の贈与契約でも、必ずしも無効とはならないとするのが大審院の立場である。この問題については、佐藤・前掲注(110)『婚姻予約および認知』101-2頁を参照のこと。本稿「四・当時の多様な男女関係・私通」でも検討する。
(164) 岩田・前掲注(20)『判例婚姻豫約法』215頁注198も同趣旨を述べる。
(165) 岡本・前掲注(1)『婚約・婚姻予約法』90頁以下参照。
(166) 唄＝佐藤・前掲注(14)「判例における婚姻予約(1)」158頁。

訂正 「本稿(1)」(龍谷法学48巻2号)の記述を以下のように訂正させていただきます。

- ① 133頁注(14) 上から4行目
(誤) 「婚姻に関する若干の初期判例」
(正) 「婚姻法に関する若干の初期判決」
② 133頁注(14) 下から3・4行目
(誤) 「判例における婚姻予約-未発表資料について(1)～(25)」
(正) 「(1)～(28)」(28)都法19巻2号217頁(1979年)
③ 134頁注(15) 下から2行目
(誤) 「裁判の統一」 (正) 「裁判例の統一」