

判例内縁法の展開（2）

岡 本 詔 治

- 一 問題の所在と本稿の課題
 - 1 判例内縁法の誕生
 - 2 本稿の課題
- 二 「婚姻予約有効判決」の論理構造
 - 1 「婚姻予約無効論」の克服
 - 2 内縁保護の判例法理
- 三 大正期の内縁裁判例
 - I 第一期の内縁関連事件
 - 1 婚姻予約法理の定着
 - 2 「社会的婚姻」と婚姻予約
 - 3 「届出義務」論の登場
 - 4 その他の裁判例 (以上、本誌50巻4号)
 - II 第二期の内縁関連事件
 - 1 婚姻予約法理の展開
 - 2 「社会的婚姻」と婚姻予約
 - 3 「届出義務」論の確立
 - 4 夫婦の財産問題
 - 5 その他の裁判例 (以上、本号)
- 四 昭和前期の内縁裁判例
- 五 内縁学説の系譜
- 六 まとめに代えて

三 大正期の内縁裁判例（続）

II 第二期の内縁関連事件

大正時代の第一期における裁判例を承けて、判例内縁法は、ことに大正

8年代に入ると、一連の具体例を通して、いっそうの進展を経験するので、「内縁法の充実期」といっても過言ではない。この時期から、さらに昭和期に入っても、種々の事件類型に応じて、それぞれの準則を再確認したり、いっそうの拡がりを示したりする裁判例が登場しているので、この第二期は内縁法理の確立時期ともいえる。詳論は、後述するとして、その傾向を概観すれば、大略、つぎようになる。

すでに個別の判例を検討した結果、当時の大審院は、民事連合部判決を初めとして、婚姻予約有効論を説示するにあたり「婚姻儀式」を重視する傾向が顕著であったが、この時期では、そうした儀式がなくとも予約が成立しうる旨を明らかにした。また、予約に基づいて内縁夫婦双方に「婚姻を求めうる権利」なるものを認め、第三者がこれを侵害した場合には、不法行為責任を負うとした例が注目される。本判決は「届出義務」を暗黙裏に前提としており、実際、この直後に届出義務を認める一連の重要な大審院判決例が続出する。あわせて、婚姻予約が「債権契約」ではなく「親族上の行為」である旨を明らかにするとともに、損害賠償請求のためには予約の「解除」を不要とする判決も登場した。これらの判決例によって婚姻予約が婚姻届出前の男女間における「特殊の身分行為」である由縁が明らかにされているので、婚姻予約法理の骨格が相当程度に明確になってきたことは確かである。

学説準婚理論の先駆者である「中川善之助」も、大正8年以降の一連の裁判例を取り上げて「内縁問題の円熟」というタイトルで整序している⁽¹⁰³⁾。ただし、準婚学説の主意は、あくまでも社会的婚姻を法律婚と同視することにあるので、そのような傾向をみせる裁判例、とくに「入籍問題」(届出義務)ひいては「婚姻予約的性質」を克服したと称されるような裁判例に関心が集中することとなる⁽¹⁰⁴⁾。しかしながら、そのような主観的願望が判例の客観的現実と整合していないことは、いずれ判明するであろう。

一方、当時の裁判例につき「実証的研究」を基調とした「岩田新」の著
(龍法 '18) 51-1, 174 (174)

作によれば、「民事連合部判決」以降の裁判例では不分明であった問題が、とくに「大正八年の三判決」によって明確になったとして、その後の判決例も分析したうえで、それら裁判例を昭和期における展開の前提として論述している⁽¹⁰⁵⁾。このような視角は是認しえよう。

いずれにせよ、この時期の判決例に注目する必要があるので、本稿でも、とくに独立して取り上げたが、私見の立場では、あくまでも婚姻予約論ひいては届出義務論を大前提とする判例内縁法の真意義（判例展開の内在的契機と内的一貫性）を発展史的視角から見極めることが主要な課題となるので、本章では大正8年以降の注目すべき裁判例をいくつかの項目に分けて検討することとした。

1 婚姻予約法理の展開

本節では、婚姻予約一般に関連する判例の準則を検討し、次節以下では、個別テーマごとに内縁関連事例を分析する。

（1）婚姻予約の性質と要件

婚姻予約が有効となれば、債権契約か否かという論議や婚姻法所定の障害事由が婚姻予約にも準用されるかの問題が生ずるのは、いわば当然の成り行きでもある⁽¹⁰⁶⁾。

（ア）「身分行為」性と「婚姻適齢」準用の可否 つぎの大審院判決は、婚姻と婚姻予約との区別を強調しながら婚姻適齢の規定（旧法765条）が婚姻予約には適用されない、とした。

〔22〕大（3民）判大正8・4・23民録25輯695頁（損害賠償請求事件）⁽¹⁰⁷⁾

【事実・判旨】X女とY男とは大正4年6月ころ婚姻予約を締結し、約2年間ほどY家で夫婦として同棲したが、Yが単身で渡鮮して予約を不履行したので、その破棄責任が問われた。婚姻予約当時、男性が15歳余で婚姻年齢17歳に満たなかったことから、当該婚姻予約の有効性が論点となった。原判決は、婚姻予約は将来適法に婚姻をなすことを目的とする「債権契約」であり、婚姻とは全く別個の契約であるので、予約当時には婚姻適齢の要件を満たしていなくとも無効とはなら

ないとした。大審院は、「原院カ之ヲ以テ債権契約ノ如ク説示シタルハ其當ヲ得スト雖モ婚姻ノ予約ハ婚姻ノ成立スル前提事項タルニ止マリ其成立ヲ強制セラルヘキ債務ヲ生スルモノニ非スシテ婚姻其モノトハ全ク別箇ノ契約ナレハ民法第七百六十五条ノ婚姻年齢ニ達セサル者ノ為シタル婚姻予約ト雖モ上告人〔Y〕ノ如ク当時既ニ年齢十五年五箇月ノ未成年ニシテ意思能力ヲ有スル者ノ為シタルモノナル以上ハ自己ノ行為ノ何モノタルカヲ弁識シテ為シタルモノナルヲ以テ其契約ハ婚姻ノ予約トシテ無効ニ非ス」とした（X勝訴）。

本判決は、「民事連合部判決」の準則を再確認したうえで、婚姻予約が「債権契約」ではない旨を明言している。しかも、婚姻それ自体と婚姻予約とは「別個の契約」であることを強調したうえで、15歳5ヵ月程度をもって予約締結の事理弁識能力があると判断しているのは、明らかに単なる財産的法律行為と区別していることによるものであり、婚姻予約を「親族法上の身分的行為」と解した結果であろう。「婚姻予約」が独自の法律制度とされているとみて大過ない⁽¹⁰⁸⁾。

婚姻予約の「身分行為」性は、すでに「民事連合部判決」が用意していたものと思われる。同判決は「違約」という用語を使用しているが、その実質的な被害法益として、わざわざ「名誉」を指摘していた。単なる債務不履行責任ではないのである。とりわけ当時の社会秩序のもとでは、婚姻予約・内縁の破棄によって、女性が婚期を失うおそれのほか、守操が重視された婚姻習俗のもとでは、そもそも別の結婚の途が著しく困難となるからである⁽¹⁰⁹⁾。したがって、婚姻予約とは、「身体や名誉と渾然一体となった契約」であり、「梅謙次郎」が法典調査会で普通の契約ではできない（「公序」問題という趣意）と言明していた所以でもある⁽¹¹⁰⁾。民事連合部「婚姻予約有効判決」が予約不履行構成をとりながら、実質的被害法益として「名誉」を指摘していたのは、この梅の見解を意識していたことによるものと思われるが、解釈論によって婚姻予約公序論を克服したわけであり、おそらく大審院も、そうした趣旨から、本判決によって明確に「債権契約」性を否定したものと考えて大過なからう⁽¹¹¹⁾。

なお、本件の関連事件として、本件当事者間の内縁関係の継続中に出生した私生子が本件のＹである父に対して認知を請求した未公表の裁判例がある（後掲[31]参照）。

（イ）両親の同意 一定の年齢に達しない男女の婚姻については、在家両親の同意が要件とされている（旧法772条）。これを積極的要件とする見解もなくはないが、「父母の同意」要件は、近親婚や重婚の禁止規定とは異なり、公益性の弱い規制であるので、単なる障害事由（消極的要件）に止まるとともに、時の経過（取消事由を知ってから６ヵ月、婚姻届出から２年）によって、その瑕疵が治癒される。

つぎの判決は、[22]判決と同趣旨のもとに、婚姻予約には婚姻同意の規定は適用されない旨を明確にしている。

[23] 大(3民)判大正8・6・11民録25輯1010頁（損害賠償請求事件）⁽¹¹²⁾

【事実・判旨】 事実関係は、後掲の儀式不要判決[24]を参照のこと。本件のＹ男の年齢は当時30歳に満たなかったので、婚姻ならば家に在る父母の承諾を要するものであったが、判旨は「婚姻豫約ト其ノ目的タル婚姻トハ法律上同一ノ性質ヲ有スルモノニ非サレハ婚姻ニ適用スヘキ法規ハ当然婚姻ノ豫約ニ適用スヘキモノト謂フヲ得ス」として、その承諾を不要とした。

両親の同意については、その後の裁判例でも問題となっているが、反対の趣旨といえなくはない下級審判決もある。たとえば、東京控判大正9・11・22（評論9巻民1142頁）は、女性が未成年で父母がいないし、男性も成年になったばかりであり、ともに後見人や父母の同意なくして情交関係を継続していたという事案で、婚姻の同意規定は婚姻予約にも適用されるので、その同意がない限りは、たとい将来婚姻する意思があったとしても、法律上の拘束力はない、とした⁽¹¹³⁾。ただし、形式的には同意規定を引用しているが、実質的には婚姻意思の「事実認定」のうえて父母や後見人等の同意を必要とした事例ともいえなくはない。つまり、単なる私通関係と判断された可能性も絶無ではなからう。

ところで、先述した大正10年「法曹会決議」は、「横田秀雄」論文（「五・内縁学説の系譜」参照）の影響もあるように思われるが、旧法765条（婚姻適齢）の法意から、満25歳に達していない男女の婚姻予約については、両親の同意を積極要件と解するに至った⁽¹¹⁴⁾。しかし、戦後の最高裁判決でも、旧法下の内縁事例で婚姻予約には旧法772条（同意要件）の適用がないとする例があり⁽¹¹⁵⁾、このような解釈が一般的である。

（ウ）「儀式不要判決」 婚姻予約が身分行為性を帯びるとすれば、その成立ないし効力要件として何らかの形式を必要と解する立場も十分にあり得たが、大審院は、「民事連合部判決」後間もなく、儀式は不要であるとして、通過儀礼を践んでいない男女間の合意でも、婚姻予約が成立しうることを認めた。これが一般に「儀式不要判決」として著名な下記の判決である。ただし、事実関係に注意すべきであろう。

[24] 大(3民)判大正8・6・11民録25輯1010頁（損害賠償請求事件）⁽¹¹⁶⁾

【事実・判旨】 X女は、両親の知り合いであるYの懇請により家事手伝いとしてY方に寄寓中にYと関係をもち、帰宅後妊娠していることが判明した。Xの両親がYに掛け合ったところ、Yは、いずれ他所に赴任すれば、その際にXを妻として受け入れる旨を約束した。ところが、Yは、Xが一女を出産しても、この約束を守らなかった。Yは、X・Yの関係は私通関係であると反論するとともに、慣習上の儀式も伴っていないことなどを理由として、婚姻予約は成立していない、と争った。判旨は、つぎのように説示した。婚姻の儀式は、「予約ノ締結ヲ表彰スル社交的典礼タルニ過キス故ニ何等ノ儀式ヲモ拳ケスシテ婚姻ノ予約ヲ為シタル場合ニ於テモ其予約ハ適法ニシテ有効ナリト謂フヘク儀式ナキノ理由ニ依リ婚姻ノ予約ト私通関係トヲ同一視スヘキモノニ非ス」と。

本件の男女関係については、内縁か婚約かは必ずしも明瞭とは言えないが、Xが寄寓中に婚姻予約をなし「爾来夫婦トシテノ交情ヲ継続シ、其間ニ一女ヲ拳ゲルニ至リタル事実」（原判決）を前提としているので、一般に内縁事例とされている。また、本件のYは、民事連合部判決を引用して、そこでは「慣習上の儀式」がなされているからこそ、婚姻予約として保護

されたのであり、そうでない男女関係は私通関係に過ぎない、と反論していることから推測して、Ｙのいう儀式とは婚姻儀式であるので、内縁を前提としていたと考えて大過なからう⁽¹¹⁷⁾。本件では、とくに儀式の要否が論点となったが、それは当時の婚姻習俗からみれば、慣習上の儀礼を欠くような同棲は、社会的には私通や野合と評価される傾向が強かったからである。Ｙがこの点を突いて責任を回避しようとしたが、大審院は、これを一蹴した。その結論はむろん正当であったが、いかなる事実があれば、婚姻予約と認定されるのかについては、問題を将来に残したといえよう。また、判旨の形式的な立論は、婚姻習俗の法的意義を頭から否定するに等しい結果となっているので、その後の内縁学説では、儀式不要という点のみが強調される傾向が顕著となった。

私見では、本判旨の立論の仕方は、上告理由に応接した結果でしかなく、私通との区別を通過儀礼によってのみ判断してはならない、という消極的な判断をしたに過ぎないので、民事連合部判決の基本的な立場は堅持されていると解される。つまり、同判決によれば、婚姻儀式をするのが慣行上は「普通の事」であるというのであるから、これを前提とすれば、婚姻予約の「要件事実」としては儀礼は不要であるとしても、予約の成立を「事実認定」する上では儀礼を重視するのが原則であり、特段の事情があれば、社会的な承認で足りるという考え方が同判決に内含されていたこととなる。先述のように、ある学説が、民事連合部判決では婚姻儀礼が要件とされている、と解釈していたのも、理由がないわけではないのである。ただ、その評価はやや行き過ぎであったものの、同判決がことさらに婚姻儀式につき論及していた事実を決して過小評価してはならないであろう。

そうとすれば、民事連合部判決の立場と本件事例とを調整・和合させるような解釈が求められていたのではなからうか。学説の傾向は、『挙式同棲から届出へ』という民事連合部判決の趣意をも封殺する要因となったように思われる。ことに「中川善之助」は、従来の判例では（学説も）挙式

と入籍問題（「届出義務」）をリンクさせていたが、「儀式不要判決」によって儀式と届出とが分離したので、内縁は入籍問題に尽きないという姿勢が明確になったという判断をしているからである⁽¹¹⁸⁾。しかし、YはXを「妻」とする旨をXの両親にも約束していたというのであるから、判旨が私通との区別を指摘していることも考慮すれば、本件でも「届出義務」が前提とされていたと考えて大過なからう。

ところで、儀式不要とした本判決は、特に当時の社会保障関連法における遺族扶助料の受給資格（受給順位）との関連では、先見の明があったように思われる。この当時ではまだ工場法（大正5年）でも内縁寡婦の受給資格は明確に否定されていたが、やがて改正工場法・同施行令（大正12年）では、その受給資格が承認されたところ、仮にそこでの内縁を挙式同棲婚に限定するならば、特に貧困層では⁽¹¹⁹⁾、単なる同棲婚が決して少なくなかったと思われるので、せppかくの特別法による保護も、社会生活上では、その機能を大きく減殺されたかも知れないからである。大審院は、本判決当時でも、そうした特別法上の保護から内縁配偶者が敢えて排斥された立法事情を熟知していたはずであるので⁽¹²⁰⁾、いずれは内縁寡婦にも受給資格が及ぶことを予測して当時の内縁の実態を勘案しながら儀式不要と判断したものであるという評価も外的外れとはいえないのではなからうか。

ともあれ、本判決によって、婚姻予約と私通との具体的な識別基準が課題となったが⁽¹²¹⁾、単なる同棲ケースでは、その識別が困難となり、後述のように、昭和期に入ると、「公然性」を強調する判決例が登場する所以でもある。大審院における内縁事例では、多くは挙式同棲婚の事案が前提となっているので、そのことが特に争点となった事例はさほど多くはないとしても⁽¹²²⁾、婚礼儀式があれば、婚姻予約は事実推認されるので、もはや反証は著しく困難であるという意味では、判例の立場によっても、それが婚姻意思の「考慮事情」としては、依然としてきわめて重要な意味をもっていたといえよう。

（2）解除不要判決

内縁破棄による損害賠償を請求するためには、婚姻予約の不履行だけではならず、その前提として「解除」が必要かが争われた事例もある。「民事連合部判決」直後の下級審裁判例には、婚姻予約は当事者双方がともに身分上の権利義務を負担する双務契約であるので、「履行に代わる損害賠償」を請求するためには、予約の解除が必要であるとした例（大阪地判大正5・3・15評論5巻民296頁）があり、単純に債権法の原則に依拠しているが、これは明らかに民事連合部判決の趣旨を誤解した結果であろう。同判決によれば、予約不履行によって当然に「慰藉料」（名譽侵害）も認められているので、同判決にいう「違約」とは単なる債務不履行ではないからである。下記の大審院判決も、同判決の趣旨を承けて、解除の要をみないとしている。

[25] 大(1民)判大正8・3・21民録25輯492頁（損害賠償請求事件）⁽¹²³⁾

【事実・判旨】X女とY男は大正3年3月に媒酌人を介して婚姻予約をなし挙式したうえで、同5年2月まで同棲したが、Yの実父が資産家であるものの非常な節約家であり、Xがその意を迎えることができなかったことから、一方的に離別された。原審は、その一事だけで離別したのは正当の理由にはならないとして、Yの賠償責任を認めた。これに対してYは、正当理由の判断を争うとともに、婚姻予約は双務契約であり、その不履行による損害賠償請求については契約の解除を必要とするなどと主張して、上告した。大審院は、「家風ニ副ワスト云フ」とどまり「婚姻予約ノ履行ヲ拒否スヘキ正当ノ理由ノ存セサルコト明カナレハ」、原判決には不法がないとするともに、「婚姻予約ノ当事者カ正当ノ理由ナクシテ其約ニ違反シ婚姻ヲ為スコトヲ拒絶シタル場合ニハ」、有形無形の損害賠償責任があることはすでに民事連合部判決の認めるところであり、「相手方カ如上損害賠償ノ請求ヲ為スニ当リ婚姻予約ノ解除ヲ為ス必要ナキコト勿論」であるとした。

本判決については、解除不要の論拠が示されていないとする批判もなくはないが、婚姻予約では、同居拒絶や届出拒絶によって予約不履行の事実が客観的に明らかであれば、予約の履行を確定的に拒絶していることになるので、解除をまつまでもないという趣旨であり、一般に学説も支持して

いる⁽¹²⁴⁾。たしかに、単に別居の事実のみでは、その判断は困難であるが、判決例には、離別を通告して確定的に予約の履行を拒絶した場合には、予約の履行を「不能」にしたものであるとした例（後掲[34]）があり⁽¹²⁵⁾、参考となろう。

(3) 慰籍料の性質と証明責任

民事連合部判決によれば、婚姻予約不履行により物質的損害のみならず精神的損害の賠償責任も発生するが、精神的損害賠償の立証責任がどのようになるのかは未解決のままであった。つぎの例は、財産損害との区別を明確に説示して、この問題に応接している。

〔26〕大(1民)判大正11・10・20大正11年(オ)第730号損害賠償請求事件⁽¹²⁶⁾

【事実・判旨】X女は、Y男と大正5年12月8日からY家で夫婦として同棲し、翌年1月頃に入籍の交渉をしたが、Yはこれに応じなかった。Xは損害賠償を請求し、Yが正当事由として居眠りの習癖や身体の虚弱等を主張したが、一審（東京地判大正9・6・11評論9巻民538頁）も原審（東京控判大正11・6・27評論11巻民603頁）も、単なる座睡や身体の健康を欠くということだけでは正当事由にはならないとしてXの請求を認容した（金500円）。この慰籍料につき、原判決が「控訴人（Y）ノ社会上ノ地位身分年齢及教育程度其他諸般ノ事情ヲ彼是斟酌スレハ右慰籍料額ハ金五百円ヲ以テ相当トスル」と判示したことから、Yは、Xが精神的苦痛を実際に感知したか否かを確定したうえで損害賠償の有無を判断すべきであるのに、原審は「婚約」の不履行により当然に多大の精神的損害を蒙りたるもののごとく説明しているのは違法である、などと主張した。しかし、大審院は、「婚姻予約ノ下ニ男子ト同棲シテ事実上ノ夫婦関係ニ在ル女子カ其ノ期待ニ反シテ正当ノ理由モナキニ婚約ノ履行ヲ拒絶セラレタルニ於テハ女子トシテ境遇上其ノ不幸大ナラストセス其ノ精神上ニ多大ノ苦痛ヲ感スヘキハ人情ノ常ニシテ証明ヲ要セサル顯著ノ事実ナリ之ヲ否認セントセハ否認スル者ニ於テ然ラサル所以ノ事情ヲ立証セサルヘカラス又斯クノ如キ無形ノ損害ハ財産上ノ損害ノ如ク其ノ額ヲ具体的証拠ヲ以テ挙示スルニ由ナク各場合ニ於ケル諸般ノ事情ヲ斟酌シテ之ヲ定ムルノ外ナシ」として、原判決を是認した。

「佐藤良雄」は、従来の判決が精神的損害賠償の具体的根拠を示すのは希であったので、本件Yの指摘するような非難が生ずるのは自然であると

して、本判決の意義を高く評価している。たしかに、婚姻予約事例では、本判決がはじめて慰籍料の規準につき、財産損害との区別を積極的に明らかにしたように思われ、刮目に値する。この点の説示に関する限りでは、公式判例に登載してもよかったであろう。ただし、慰籍料額の算定それ自体については、事実審の自由裁量によることは、すでに別の事件類型では若干の公式判例があったので、非公式とされたのかもしれない⁽¹²⁷⁾。

なお、本件の男女関係は内縁夫婦であることが認定されているところ、一審では「婚姻予約の成立・不履行」とするが⁽¹²⁸⁾、原審も上告審も「婚姻予約」が成立したという一方で、「婚約」の履行拒絶としている点に注目せざるを得ない。当事者の主張にそのまま応接したとも考えられるが、事案の委細は不詳である。訴訟では、Xの座睡の「習癖」等が論点となっているが、この事実は婚約段階からの事由として争われたのかもしれない。あるいは、原判決の直前に「横田秀雄」論文（大正10年）が公表されており（本稿「五・内縁学説の系譜」参照）、同論文では婚姻予約が婚約を軸として解説されており、そこに内縁も含まれていたことと関連があるのかもしれない。いずれにせよ、婚約を起点とする判例婚姻予約法理（「プロセスとしての内縁」論）のもとでは、婚約不履行の請求に対し内縁であることを理由に当該請求を棄却することはできないであろう。

（４）違約金契約の可否

婚姻予約に付帯して男女間で違約金契約等の財産給付契約が締結される例は、古くから裁判例に登場している⁽¹²⁹⁾。当該契約の「趣意」を見極めることが裁判所の課題となる。

（ａ）下記の大審院判決例では、婚姻予約の「履行の確約」を目的とする金銭給付契約と違約金契約とが合意されたので、それぞれの契約の有効性が争点となっている。

〔27〕大（3民）判大正13・10・25大正13年（オ）第462号約定金請求事件⁽¹³⁰⁾

【事実・判旨】X女とY男とは、明治43年4月以降、情交関係を結んだ後に婚姻予

約を締結したうえで、同棲中に一女を儲けたところ、Yは大正7年5月3日に下記の契約書をXに差し入れた。その前段では、「自分儀其許ト合意同棲中一女子出生ニ付今回将来夫婦タルコトヲ契約仕候ニ就テハ其ノ確約タルコトヲ保証セン為大正七年七月三十一日迄ニ金五千円ヲ提供シ其許ニ相渡シ可申」とするとともに、後段では、「又相当ノ理由ナクシテ其許ト離別致候場合ニハ更ニ其ノ際金三千円ヲ手当金トシテ差出シ可申事ヲ茲ニ契約候処」と記載されていた。その後、大正8年2月17日にXはYと結婚式を挙げてY家に入ったが、XとYの母との折り合いが悪くなり、大正9年9月に協議のうえで離別した。Xは、上記の二つの合意に基づいて、それぞれの金員を請求した。原審（東京控判大正13・3・19新聞2258号21頁）は、違約金については、理由なくして離別したものではないので、Yに婚姻不成立の責めを負わせることはできないとしたが、前段の確約保証金については、「Yカ右予約ノ履行ニ付誠意ヲ有スルコトヲ明ニスルノ趣旨ニ出タルモノト解スルヲ相当トスル」として、真意ではなかったとするYの抗弁などを排斥した（X勝訴）。しかし、判旨は、確約保証の契約につき、「婚姻ノ豫約カ当事者協議ノ上履行セラレスシテ終了シタル場合ノ如キニ於テモ尚且金五千円ヲ給付スヘキ趣旨ノ単純ナル贈与契約トハ実験法則上到底理解シ得ヘキニ非ス」と、判示した（破棄差戻し）。⁽¹³¹⁾

大審院は、婚姻予約不履行による違約金契約も婚姻予約の履行確保を目的とする贈与契約も有効であることを前提として、上記のような説示をしていると判断して大過なからう。本件では、当該違約金契約等の解釈が問題（事例判決）とされたに過ぎないが、婚姻予約の内容としての社会的婚姻の「独自性」が暗黙裏に予定されていると考えて大過なからう。

(b) 「入籍合意」に関する違約金契約については、後掲[37]を参照のこと。

2 「社会的婚姻」と婚姻予約

すでに検討した判決例でも「社会的婚姻の独自性」が暗黙のうちに前提とされている例が見られたが、本節では、特に内縁夫婦が社会的な意味では婚姻と解されているものの「法律上の婚姻」とは明確に峻別していると思われる内縁関連事例を検討する。一般に「準婚的判決」と称される例も

登場しているが、ここでの目的は、そうした判決例でも、あくまでも内縁の「社会的独自性」を前提とする限度にとどまり、決して「準婚的性質」を認めたものではないことを論証する点にある。中川準婚理論には内縁関係の二面性を識別する視点が欠落しているので、個別の判決例をどうしても持論に引きつける傾向があり、これに迎合した従来の内縁学説も中川理論の強い影響下で判決例を分析する傾向が顕著である。

（１）家事労働の評価

内縁の妻が夫の家のために家業や家事労働に従事するのは普通であるが、このような場合に、その家の家産の維持増大に寄与したというならば、それなりの評価があっても不合理ではない。しかし、通常の家事労働では、判例は基本的に消極的である。下記の例では、妻が労賃相当分を不当利得として請求しているが、否定されている。ただし、その前提として、「夫婦としての共同生活」が法的にも評価されている点に注目されている。先述した同種の先例[11]は、夫の家の戸主に対する訴訟であったが、本件では、夫婦間の紛争である。通常は「当事者双方共互ニ共同ノ利益ノ為メニ家事ニ従事シタルモノナレハ」、妻の勤労に起因する不当利得返還請求権は成立しない、と判示されているが、内縁関係を「事実上夫婦同様の生活」としている点に刮目せざるを得ない。

[28] 大(1民)判大正10・5・17民録27輯934頁（不当利得返還請求事件）⁽¹³²⁾

【事実・判旨】X女はY男と婚姻予約のうえ挙式同棲したが、大正8年11月中にYと合意のうえで実家に帰った。Xは、Y方に同居して家事に従事したのは婚姻を成立させる目的によるものであり、Xの勤労によりYも利益を得ているとして、その間（1年3か月間）の利得の返還を請求した。原審（浦和地判大正10・3・3）は、婚姻夫婦の同居は夫婦共同の利益のためであり、挙式同棲による事実上の夫婦も同様である趣旨を述べて、Xの請求を棄却。判旨も原判決を是認して、「原判決ノ旨趣トスル所ハ元来夫婦カ同居スルハ専ラ夫ノ利益ノ為メニスルモノニアラス夫婦共同ノ為メニ之ヲ為スモノトス本件当事者ハ婚姻ノ予約ヲ為シ慣習上儀式ヲ挙ケ同居シ事実上夫婦同様ノ生活ヲ為シタルモノニシテ右夫婦同居ノ場合ト異

ル所ナク当事者双方共互ニ共同ノ利益ノ為メニ家事ニ従事シタルモノナレハ其後
双方合意ノ上婚姻ヲ為ササルコトナシ上告人（X）カ実家ニ帰リタレハトテ上
告人ノ右同居中ニ為シタル勤勞ハ全然其損失ニ帰シ……民法第七〇三条ニ依リ利
得返還ノ請求ヲ為スコトヲ得スト謂フニ在ルモノトス」とした。

準婚学説をとる「小石壽夫」は、本判決の論理を支持したうえで、内縁夫婦は婚姻夫婦と同様に「同居」し（旧法789条）、互いに「扶養義務」を負う（旧法790条）とともに、婚姻協同体を保障し生活を分配負担すべき義務を負うとしている⁽¹³³⁾。「佐藤良雄」も、本判旨が内縁夫婦には婚姻夫婦と同様に共同利益のために家事に従事する義務があることを理由としているので、内縁夫婦の「準婚性を認めた判例として注目される」という⁽¹³⁴⁾。

たしかに、挙式・同棲している内縁夫婦を婚姻夫婦と同視しているように思われるので、その限りでは、上記学説の評価を是認しうる。ただし、「婚姻予約」論を前提としているので、純然たる準婚理論とはいえないであろう。ことに上告理由では、Xが原判決を批判して「婚姻の原則と婚姻予約法理とを混同している」と反論したことに対しても、大審院が上記のように応接して原判決を是認しているので、むしろ、婚姻予約を前提としたうえで内縁夫婦の実質を述べたものと解した方が、自然であり無難でもある。婚姻予約の効力が内縁関係にも及ぶこと（「プロセスとしての内縁」論）を前提として、本稿にいう「内縁の社会的独自性」それ自体を析出して、結論を正当化するために婚姻夫婦と同視したにとどまり、積極的に「権利義務としての内縁関係」を承認した裁判例とは解しえないであろう。

実際、「穂積重遠」も、本判決自体が予約論に拘泥している事実を認めただうえで、持論の立場から、つぎのように本判旨を批判している。判旨のいう婚姻予約とは「事実上の婚姻」であり、婚姻をしないというのは「事実上の離婚」であることを承認して、法律上の婚姻の場合には不当利得問題は生じないので、この方面から703条の適用がないとすべきであった、と⁽¹³⁵⁾。しかし、そうした「事実婚理論」を前面に押し出せば、論理的に

は明快であるとしても、そこまで行くと届出婚制度と矛盾する結果となろう⁽¹³⁶⁾。

なお、本件一審判決（川越区判大正 9・11・11）は、X が離別に当たり若干の金員・物品を受取って合意で予約を取り消したので、たとい不当利得が成立するとしても、請求権の放棄を推定しうる、とも付言している。金員受領による請求権放棄の可否は本判旨では論点となっていないが、いずれにせよ本判旨の論理は合意解除のみならず正当理由のない破棄の場合にも妥当すると考えて大過なからう⁽¹³⁷⁾。

（２）内縁夫婦間の「扶養義務」

内縁夫婦間でも扶養義務があることを否定することはできないであろう。準婚理論では当然の帰結であるが、判例の立場でも、婚姻予約が、将来の婚姻を目的とし、婚姻意思のある夫婦共同生活を内容とするものであるかぎりには、同様のことが妥当する。前記の不当利得否定判決[28]も、学説が指摘するように、この義務を暗黙の前提としている。

つぎの事例は夫婦間の紛争例ではないが、内縁の妻も民法310条にいう「扶養すべき者」に含まれるとして、妻に対する日用品供給債権も夫の債権者の先取特権に服するという結論を導いている。一般に学説準婚理論が自説の論拠として好んで引用する裁判例でもある。

[29] 大(3民)判大正11・6・3民集1巻6号282頁（配当異議請求事件）

【事実】X 会社はA 男に対する貸金債権に基づいて強制執行をしたが、A に対する日用品（白米・醤油）供給の売掛債権を譲り受けたY が民法第310条所定の先取特権を執行裁判所に申し立てたところ、裁判所はこれを認めた。そこでX は、当該日用品供給債権のうちにはA の内縁の妻B のために要した費用も含まれているので、その金額相当分につき先取特権を認めたのは不当であると争って、Y に対して配当異議の訴えを提起した。原審は、B は入籍手続を済ましていないが「正式ニ婚嫁シタルモノナル」をもって、民法310条所定の親族・家族又は僕婢とはいえないが、「是等ト同一視スヘキモノ」であるので法所定の範囲内の債権につき優先弁済を受けられるとして、X の請求を棄却した⁽¹³⁸⁾。X は、入籍していないB が

夫Aの家に入ることはないで、民法310条の同居の親族等には当たらない、などとして上告したが、棄却された。

【判旨】「未タ婚姻ノ届出ヲ為ササルモ相当ノ儀式ヲ挙ケ夫婦ノ事実存スル場合ニ於テハ其ノ一方ハ自己ノ負担ニ於テ他ノ一方ヲ扶養スヘキ筋合ナルヲ以テ民法第310条ニ所謂債務者ノ扶養スヘキ者ニ包含セラルヘキモノト解スルヲ相当トスル」

原審のいう「正式ニ婚嫁」とは、婚礼儀式のうえ同居したという趣旨と思われるが、大審院は、これを「相当ノ儀式ヲ挙ケ夫婦ノ事実存スル場合」として、正確に説示している。むろん、「儀式不要判決」後の判決であるので、相当の儀式が必須の要件とされているわけではないが、本件事案では、そうした儀式婚であったから、このような説示になったものに過ぎないとも断定しえないであろう。ただし、かつて儀式がなされたが、その後、夫婦の事実がなくなっていれば、本準則は適用されなかったものと思われる。

本判決は、準婚理論の立場からは、高く評価されている。判旨に賛成する「穂積重遠」は、従来の判例では内縁という事実関係が「まだ直接に法律上の効果を与えられなかった」が、本判決は「軽微ながらも…直接に或法律上の効果を認める方への動きが見えて居る」と評価している。ただ、当該先取特権の目的からいえば、儀式は不要であり、夫婦の事実だけでよい、との苦言を呈しているのである⁽¹³⁹⁾。他方で、「中川善之助」によれば、本判決は従来の婚姻予約論（入籍問題）から決別して内縁関係それ自体を一つの社会的価値あるものにまで高めたと評価される⁽¹⁴⁰⁾。たしかに、本判決では婚姻予約という用語は使用されていない。しかし、わざわざ、本来的な要件ではない「儀式」を指摘したのは、「相当の儀式」によって婚姻予約の成立（婚姻意思の存在）に疑問がないと解されたものと思われる。というのは、当時の大審院によれば、挙式同棲婚の場合には、婚姻予約の成立は当然の前提とされていたからであり、本判決直後の判決例でも「結婚式ハ男女ノ合意ヲ象徴スルモノ」（大判大正12・12・27民集2巻12号696頁〔離

籍取消請求]と解されているのである。それゆえ本判決が婚姻予約論から脱却したという中川の評価は早計にすぎよう。

いずれにせよ、本件では「相当の儀式」の言及は不要であるという穂積の批判は、学説準婚理論からの批判に過ぎないので、判例の立場にはそわないこととなろう。「相当の式」によって本件のＡ・Ｂでは婚姻予約が有効に成立し、それ故「私通」ではない旨を明確にしているのであって、ことに第三者との関連では予約の客観性・公然性が求められた結果であろう。しかも、本判旨が「夫婦の事実」を強調しながら、敢えて婚姻夫婦と同様の「法律上の扶養義務」があるとはいわないで、「扶養スヘキ筋合」である旨に止めたのは、内縁・婚姻予約と婚姻とを明確に区別しようとした結果であり、この意味も含めて、本判決は「婚姻予約論」を前提としていたといわねばならないわけである。決して、持論に引きつけて無理な解釈をするような判決例ではない。

それ故、本判決もまた婚姻予約の効果が「夫婦の実質」にまで及んでいることを示唆する事例といえるが、ただ、内縁夫婦間の扶養義務は、本判旨がいうように、あくまで夫婦の実体があればこそその権利義務であるので、夫婦の実体ひいては内縁関係が解消すれば、当然に消失することから、そこに法律婚との重要な相違がみられることに留意しなければならないであろう。「筋合い」とはそうした趣意の含みもあるのではないか。

要するに、原審が内縁の妻を「親族ではない」ことを明確にしつつ「同一視すべき者」という語法を使用したのに対して、大審院は、基本的には原判決の趣意を承けながらも、「所謂債務者ノ扶養スヘキ者」というやや曖昧な表現に止めているので、準婚学説のいうような「扶養すべき親族」とは明確に区別したと考えねばならないであろう。あくまでも「事実上の夫婦」としての自然・当然の扶養義務であり、内縁の社会的独自性に起因する評価と考えて大過なからう。

（３）離別の正当性と離婚原因

つぎの判決は未公表判決であるが、相手方の尊属心に加えた「重大なる侮辱」が正当理由となる旨を明らかにしている。婚姻法所定の「離婚原因」である「配偶者カ自己ノ直系尊属ニ對シテ虐待ヲ爲シ又ハ之ニ重大ナル侮辱ヲ加ヘタルトキ」（旧法813条8号）を意識した判決ともいえなくはない。

〔30〕大(2民)判大正7・10・3大正(オ)第730号物品引渡並ニ損害賠償請求事件⁽¹⁴¹⁾

【事実・判旨】X男とY女とは、大正4年5月8日以来同棲し、円満に過ごしてきたが、Yの母の死亡に際し、Yが同年8月28日に実家に帰ったところ、XがY方に來訪して弔詞を述べることをしなかったので、Yの父Aがこれを非難し、人を介して離別を申し入れたうえ、Aは、同年9月1日にYの道具類の引き取りを求めてX家に赴いた。その際、Aは、XがYに三度の食事も満足に与えていないというようなことを言ったので、Xは憤激のあまり、「十能をもって打掛かからんとし打殺す」旨を放言したという。結局のところ、X・Yの同棲は3、4ヵ月で解消した。Xが婚姻予約不履行に基づいて損害賠償等を請求したが、これに対して、Yは「正当理由」を抗弁とした。判旨は、原判決と同様に、直系尊属に対して重大なる侮辱を加えたときは、動機の如何に拘わらず、婚姻予約を破棄することができるとしたうえで、Xの行為が一時の憤激に出でたるものとしても、「Xノ言動カ相手方ノ尊属親ニ對スル重大ナル侮辱ナルコトヲ妨サルヲ以テ」、予約破棄に正当事由があるとした。

この「未公表判決」は、「佐藤良雄」によれば、正当理由の判断において「離婚原因」を規定する条文が基準になる旨を初めて判示した例として重要である、とされている⁽¹⁴²⁾。ただし、判旨には、そうした趣旨の直接の説示は(条文の引用も)ないので、むしろ、婚姻予約としての内縁の解消の場合には、離婚規定とは距離をおいたとも解釈できる。つまり、婚姻予約・社会的婚姻も家制度下にあったので、当時の「家族制度」の反映として、Xの上記のような尊属親に対する言動に起因して当該内縁が解消せざるをえなかったものであると解すれば、わざわざ離婚規定に依拠する必要もなかったとも考えられる。むしろ、強い拘束力のある婚姻の解消の場合こそ、制限的な離婚原因として(同条1項本文を参照)、そうした事由を明記する必要があったはずである。

なお、正当事由の可否につき「信義則」によろとした判決例が後の昭和期に登場していることに鑑みれば（後述参照）、学説準婚理論の手法（婚姻規定の準用）では「判例の客観的な現実」の核心を十全に捉え切ることができない由縁・事情については、改めて再論する。

（４）内縁夫婦の子

下記の判決は、内縁子が内縁の解消後に父に対して認知を請求した事案で、その請求を認容している。私生子認知請求訴訟では、母の懐胎時に父と母との間に性交渉があれば足りるが、いわゆる「不貞の抗弁」が提起されると、その証明が著しく困難になり、単なる情交関係にすぎない場合には、事実上不可能に近い証明責任を課せられていたことは周知の事実であるところ、父母が挙式後に同棲したという事実があれば、父子間の血縁関係はかなり容易に事実推認される。本件は、そのことを示す一例であるが、それに加えて、「事実上の夫婦関係」が婚姻予約の内容となっている事情を示唆するものといえよう。事実、本件の原審は、父母の「結婚関係」に関する事情を認定・説示している。

〔31〕大（3民）判大正8・1・25大正7年（オ）第1031号私生児認知請求事件^{〔143〕}

【事実・判旨】本件の男女関係は、別件〔22〕判決の事実も考慮すれば、つぎのようになる。A女はY男と「婚姻の宴」を挙げた上で大正4年6月ころから同6年3、4月ころまでY男と同棲して、事実上の夫婦としての生活を営んでいた。しかし、Yが大正6年6月ころ渡鮮したので、その関係が解消したが、その後の同6年9月19日にAはXを分娩した。原審は、AがYの「事実上の妻」としてYの祖父方に入嫁し披露宴の後に同棲してXを出産した事実などに基づいて、Xの認知請求を認容し、大審院も原判決を是認した。

（５）内縁保證の脆弱性

上記のように、社会的婚姻につき法的にも一定の評価をする判決がある一方で、この当時、内縁関係の脆弱性を如実に物語る事例が登場している。以下の一連の裁判例は、一見すれば、内縁当事者を冷遇しているように見えるが、婚姻予約と婚姻を明確に峻別する判例の立場からみれば、いわば

当然の帰結であったように思われる。

(ア) 死後認知 先述のように、内縁夫婦間の子であれば、私生子であっても、単なる私通関係に起因する子とは異なり、基本的には父子関係の推定は容易に認められていたが、父が死亡すると、当時では死後認知（昭和17年改正民法）が認められなかったので、旧人事訴訟手続法にも、この点に関する特例的措置はなかった。そこで、大審院（大〈3民〉判大正10・6・11民録27輯1144頁）は、認知請求権は「父の意思表示」を目的とするものであるので、婚姻・養子縁組の無効または取消しを求める訴訟とは異なり、父死亡後は検察官を相手としても認められない、と判示した。

この当時では、真の血縁関係があっても、もはや父子関係を確認しうる可能性を母子側は完全に奪われていたこととなるが、もともと判例内縁法は婚姻予約の当事者双方の法的保護を眼目としていたので、婚姻家族とは異なり、内縁家族としての保護にも自ずと限界があり、そのためには特別の立法をまたねばならなかったものと思われる。

いうまでもなく、認知制度は広く婚外男女間での出生子を保護するものであって、内縁子のみの保護を目的とするものではない。しかし、準婚学説の立場からいえば、死後認知が否定されることは、内縁それ自体の保護を根底から動揺させられる結果となるのである。これに対して、判例婚姻予約法は、本件のようなケースも含めて、いわばその予測のもとに、内縁・婚姻予約と婚姻とを区別していたものと考えて大過なかなろう。実際、明治民法典施行後にも未公表例を含めるとすでにかなり多くの私生子認知請求事件が登場していたのである⁽¹⁴⁴⁾。そうした実情を前提にしたうえでの予約論であり、この種の私生子問題を度外視すれば、婚姻法秩序（届出婚）の根底を動揺させることになるので、そもそも内縁合法論を宣言しえなかったはずである。

(イ) 「親族会決議」参加資格 内縁の夫は、亡妻の相続問題に関する親族会決議に「利害関係人」として参加しうる資格（旧法944・951条）がある（龍法 '18）51-1, 192（192）

るのか。下記の大審院判決は、これを否定した。

〔32〕大(3民)判大正10・3・2民録27輯395頁（親族会決議無効請求事件）⁽¹⁴⁵⁾

【事実・判旨】X男はA女と事実上の夫婦関係にあったが、その間に子がいなかったため、自己の弟とAの姪との子Bを貰い受けてAの私生子としたところ、後にXがBを認知したので、BはXの籍に入籍した。X・Aは将来はBをAの家督相続人とする意向であったようである。ところが、A死亡後、Aの弟Yが裁判所に親族会の招集を申請のうえ、Yの子をAの家督相続人と選定したことから、Xは民法951条に基づいて決議無効の訴えを提起した。Xは、Bが家督相続人になることにYら親族には異議はなかったし、葬式にはBが位牌をもったなどと主張したが、Yは、Xは現在自己の家の家督相続人であり、Bはその推定家督相続人であるなどと反論した。大審院は、そうした当事者の主張の可否に立ち入らないで、被相続人と「事実上ノ夫婦関係アリタルノミニテハ」法所定の利害関係人には該当しない、と判示した。

準婚学説からは、本判決に対する批判が強い。大正8年における一連の判決が「事実上の夫婦」を保護する傾向を強めていただけに、この流れに倅さすように、本判決は真正面から内縁婚を軽視しているからである。また、仮にXが「法律上の親族」ではないとしても、「利害関係人」であるという程度の見方は、たしかに可能であったであろう⁽¹⁴⁶⁾。

しかし、内縁は婚姻とは同視できないという判例の立場からいえば、このような結果になっても、特に不合理なことではなかったであろう。というのは、相続人選定手続は家督相続制度内での手続であり、家長の地位と家産との承継を軸とする当時の「家族制度」を前提とするかぎり、そこでは画一的・形式的な処理が求められるので、その参加資格につき、法所定の「親族」を法律上の親族に限定するとともに、「利害関係人」の範囲を厳格に解したとしても、やむをえないことと思われるからである。実際、家産の維持増大のためには被相続人の親族の寄与が不可欠であるが、妻の実家側の「家産」に対して関係のない内縁の夫が干渉しうるのは、かえって不当な結果にもなりかねないであろう。後の大審院判決例（大判大正13・

7・22新聞2289号20頁)が「家督相続人カ定マルト否トニ由リ権利上利害関係ヲ有スルモノ」に限定した所以である。要するに、本件は、婚姻と一線を画する内縁の特質をいっそう明確にした事例として位置づけることができるであろう。

3 「届出義務」論の確立

(1) 「婚姻をなすべき義務」

既述の大審院判決によれば、婚姻予約の当事者は挙式同棲によって「事実上の夫婦」になるとされ、それが多様な紛争の局面で社会的に独自の意義を有したが、これに加えて、ついに内縁の妻と情を通じた第三者は夫の「婚姻をなすことを求めうる権利」を侵害したことになると解する裁判例が登場した。すでに[16]判決は当事者双方の「婚姻届出義務」を認めていたが、下記判決では、夫婦間の「守操義務」が問題となっているとしても、実質的には内縁夫婦が目的とする婚姻の成立ないし婚姻届出の可能性を奪ったことの責任が問われていると考えて大過ない。つまり、具体的な事案との関連で、内縁関係と届出婚との必然的な連携が明確にされているが、このことはすでに民事連合部判決でも、一般的に社会的事実(「挙式同棲から届出へ」)として説示されていたところであり、本判決は、これに一步進めて、その直接的な連携を具体的かつ「法的に」認めたものであり、婚姻予約が「公的な婚姻秩序」に取り込まれたことを明確にする一例といえよう。

[33] 大(2民)判大正8・5・12民録25輯760頁(損害賠償請求事件)

【事実】X男は、A女と挙式の上、婚養子として同棲していたが、満州守備隊に出役中に、Y男がこれを知りながらAと情を通じて一子を儲けたので、Xは名誉侵害による不法行為に基づいて慰謝料を請求した。原審は、XとAとの婚姻予約につき、「Yニ於テモ之ヲ認メ尊重スル義務アルモノ」と判断し、「此義務ニ違反シタルトキハYニ慰謝料支払ノ義務アリ」とした。これに対して、Yは、つぎのよ

うに反論して上告した。婚姻予約自体は、損害賠償義務の根拠になるとしても、強制しえないので履行されるまでは単なる一種の希望にすぎず、債権関係の場合ですら対人的な権利であるので第三者による侵害はあり得ない。第三者がその一方と私通するのは道義上は許されないとしても、当事者間に婚姻が成立しない限りは夫婦としての権利も発生していないので、その権利侵害は生じない、と。

【判旨】（上告棄却）婚姻予約の当事者は「其契約ニヨリ婚姻ヲ為スヘキ義務」を負担し、「其義務ヲ履行セサルトキハ……有形無形ノ損害ヲ賠償スル責アルコト」は民事連合部判決の認めるところである。「故ニ各当事者ハ相手方ニ対シ婚姻ヲ為スコトヲ求ムル権利ヲ有スルモノト謂フヘク唯強制ノ方法ニ依リ其権利ヲ実行スルコトヲ得サルノミ」。予約はいつでも解除しうるところ、「予約者ノ一方カ予約ヲ解除シタルトキ他ノ一方ニ婚姻ヲ為スコトヲ求ムル権利消滅スヘシト雖モ苟モ予約ノ解除セラレサル限りハ他ノ一方ハ此権利ヲ失フヘキ筋合ナク且ツ此権利ハ第三者ニ対抗スルコトヲ得ルモノトス」。何故ならば、形成権のような権利は別としても、およそ権利は、「親族上ノ権利ナルト物権債権ノ如キ財産権ナルトヲ問ハス何レモ対世的効力ヲ有シ第三者ハ之ヲ侵害スルコトヲ得サル消極的義務ヲ負担スルモノナレハナリ」。それ故、故意・過失により、「予約者ノ一方ヲシテ他ノ一方ト婚姻ヲ為スコトヲ得サラシメタルトキハ予約者ノ一方ノ如上ノ権利ヲ侵害シタルモノナレハ」、第三者は不法行為責任を負担する。原判決の認定事実のもとでは、Yは、Xをして「右私通以前ノ状態ニ於テAト婚姻ヲ為スコトヲ得サラシメXノ婚姻ヲ為スコトヲ求ムル権利ヲ害シタルモノト謂フヘク之カガメXニハ其品位名譽ヲ傷ケラレ精神上ノ苦痛ヲ受ケタルモノ」といえなくはないので、原判決は相当である。

本判決は、「民事連合部判決」を引用するとともに、婚姻予約の当事者は互いに「婚姻ヲ為スヘキ義務」を負担するとともに、「婚姻ヲ為スコトヲ求ムル権利」を有すると断じて、「婚姻を目的とする権利義務」を前面に押し出したうえで、この権利義務が第三者との関係でも保護される旨を明言したところに、画期的意義がある。判旨後半部分の形式的な理由付けは当時の厳格な保護法益・権利侵害要件との調整をはかったものであるとしても、前半部分の判旨は、民事連合部判決では必ずしも明確ではなかった「予約上の権利義務」を新たに付け加えている⁽¹⁴⁷⁾。これは要するに、

予約当事者双方に「婚姻届出義務」があるとしたのと同義であり、婚姻予約論を仮託論として批判・排斥する「中川善之助」も、本判決が「届出義務」を認めたものと解しているのである⁽¹⁴⁸⁾。

ところで、Yが、別に上告理由中で、A女は私通前からすでに婚姻意思を有しなくなっているので、Yが予約上の権利を侵害した責任を負担することはないと反論したのに対して、大審院は、私通当時にAがXとの婚姻予約を履行する意思がなくとも、AがXに対して予約の「解除」の意思表示をしない限りは、予約の効力はなお存続する、と応接している。Yの反論のように、すでにX・Aの内縁関係が一方的破棄により解消していたならば、たしかに予約上の権利も消滅しているはずである。しかも、損害賠償請求の前提としては、本判決の直前の[25]判決では解除不要説が明確になっているので、大審院としては、まことに痛いところを突かれたわけであるが、ここでは、Aの解除の意思表示がない限りは、Xの予約上の権利は消滅せず、Aの違約とYの不法行為とは「別異ノ行為」であるとした。そうした弁明は、純然たる「債権侵害」の判決例を引用して、予約上の形式的な権利の性質を長々と説示したことに起因するものであるが、ここで判旨が解除を強調したのは内縁関係の存続・継続を論理的に説明しようとしたものであろう。本来ならば、解除の有無を問わずに、X・A間の社会的婚姻が客観的にみて破綻していたかどうかを問題とすべきであろうが、本件のような不倫ケースでは、Y・Aの不法行為の前にすでに夫婦関係が破綻していたどうかは不分明であるのが普通であるので、判旨の立場も止むをえないといえよう。むしろ、上記のようなYの抗弁は信義に反する。

いずれにせよ、本件は、別の面では、婚姻予約の効力が社会的婚姻・内縁にまで及ぶことを示すとともに、その「内縁関係の社会的独自性」を明確にした事例と位置づけることが可能であろう。婚姻意思を必須の要件とする「事実上の夫婦関係」が、婚姻予約・届出義務によってオーソライズされていることとなり、このことを通して、この種の男女類型が婚姻と類

(龍法 '18) 51-1, 196 (196)

似の公的な色彩を帯びるので、第三者もこれを尊重する義務があるという趣意を明らかにしたものと思われる。婚姻予約は債権契約ではなく特殊の身分行為であり（判旨のいう「親族上の権利」もこのことを念頭におくものであろう）、判旨も「私通以前ノ状態ニ於テＡト婚姻ヲ為スコトヲ得サラシメ」たことを強調していることに留意しなければならない。

ところが、準婚学説からは、本判決は「事実は内縁関係の姦通の成立を承認せんとする心持ちの現れ」として評価されたり⁽¹⁴⁹⁾、内縁関係の社会的事実が強調されたりすることとなる⁽¹⁵⁰⁾。この頃から、「届出義務」はいつそう非難的とされる傾向が顕著になり、「中川善之助」によれば、本判決は「内縁問題が単なる入籍問題に止まらずして夫れ自体一個の法的価値ある社会関係と認められる傾向を示したものと」評価されるのであるが⁽¹⁵¹⁾、本判決の一面のみを強調しすぎており、その全体の趣旨にそわない解釈であることは明らかである。

ところで、「婚姻」それ自体の第三者侵害ケースでは、当時の大審院は、「夫ハ妻ニ対シ貞操ヲ守ラシム権」があるので、この「夫権」に対する不法行為になるとしていたが⁽¹⁵²⁾、内縁ケースの本判決では、そうした夫権侵害について言及していないので、婚姻夫婦との区別を前提としながら、婚姻法との調整を図っていると考えねばならない。それ故、本判決のみでは、いまだ独自の「法律関係としての内縁」にまで達しているとはいえないであろう。あくまでも「婚姻予約による同棲」（社会的婚姻レベル）の効果にとどまる。

なお、本判決は、実質的な被害法益についても、「民事連合部判決」を承けて、「品位名誉ヲ傷ケラレ精神上ノ苦痛ヲ受ケタルモノ」と説示している点を決して見落としてはならない。第三者侵害との関連ではあるものの、内縁当事者間での「身体や名誉と渾然一体となった特殊の契約利益」が念頭におかれているといえよう。財産法上の契約概念では捉えきれない身分行為としての予約概念が想定されており、夫婦の実質的な関係を前提

としなければ、理解しえない婚姻予約論でもある⁽¹⁵³⁾。

(2) 「届出義務」不履行事件

先述のように、民事連合部判決は「届出義務」を暗黙の前提としていたところ、これを承けて、「届出義務」〔15〕〔16〕に言及したり、「婚姻をなすべき義務」〔33〕を認めたりする例が登場した。その後では、具体的に「届出義務」を明言する一連の判決例が続出しているので、管見の限りであるが、そうした事例を検討しなければならないであろう。このことを通して、「婚姻予約有効判決」の論理構造がよりいっそう鮮明になるからである。それぞれの事案との関連もあるので、以下では、その点にも留意しながら、具体例を列挙しておこう。いずれの判決でも、その義務の不履行が損害賠償請求権の根拠とされている。

(a) つぎの例では、民事連合部判決を再確認したうえで、挙式同棲後は「遅滞なく届出を為すべきこと」を明言しているので、特筆に値する。

〔34〕大(3民)判大正9・10・13大正9年(オ)第642号損害賠償請求事件⁽¹⁵⁴⁾

【事実】X女とY男とは、媒酌により大正7年4月28日に挙式し、同年7月初旬まで同棲して、Xは誠意をもってYとYの養母に仕えたが、養母がみだりにXに不快の念を抱き、Yも理由なくしてXを嫌忌した。そこで、Xが実家に帰っていたところ、Yが離別を申し入れた。Yは、離別に正当理由があり、また離別につき合意があったと反論したが、控訴審(東京控判大正9・6・23評論民9巻563頁)は、これを認めなかった。上告審では、Yは、婚姻予約有効論が法則に反すると主張するとともに、「婚姻届出義務の履行期限」の到来およびその不履行の事実につき、原判決は審究していない、などと主張した。

【判旨】(上告棄却)「婚姻予約ハ我国法上有効ノ契約」であり、正当の理由なくして「婚姻ヲ為スコトヲ拒否シタル場合ニ於テハ」、損害賠償の責任があることは「夙ニ本院判例ノ認ムル所ニシテ今尚之ヲ変更スルノ必要ヲ認メス」。原判決は、Yが離別の意思を表示して確定的に予約の履行を拒否したことを認め、Yも婚姻届出によって夫婦たる身分関係を確立させる意思が絶対になことを表示して予約に違反している事実を認めているので、届出の履行期限到来等の事実を審究する必要はなくなっている。本件のごとく、挙式のうえ同棲したような場合には、「当

事者ハ遅滞ナク戸籍吏ニ婚姻ノ届出ヲナシ以テ夫婦タル身分関係ヲ確立セシムルヲ当然トナスニヨリ」、すでに婚姻の届出を履行する期限が到来しているので、不履行の責めに任ずべきは勿論である。

(b)つぎの例では、内縁破棄の正当理由の可否が争点となっているが、夫による同居に耐えざる虐待があったので、そのことが婚姻届出の履行を拒絶したことにもなるとして、婚姻予約不履行の責任が認められている。

〔35〕大(2民)判大正10・5・9大正10年(オ)第263号損害賠償請求事件⁽¹⁵⁵⁾

【事実・判旨】原判決は、Y男による同居に耐えざる虐待がありX女をしてY方を立ち去らざるをえなくした事実から、「婚姻予約」の不履行によるXの損害賠償請求を認容した。Yは、予約不履行のためには婚姻手続を拒絶した事実が必要であるのに、原審はその事実を認定していない、として上告したようであるが、判旨は、原審の認定事実から、「婚姻手続ヲ為スコトヲモ拒絶セル事実ヲ確定シタルコト自ラ明ニシテ」と判示した。

(c)つぎの例でも、妻や家族の再三にわたる届出履行を格別の理由もなく拒絶したことが、損害賠償請求の原因となっている。

〔36〕大(2民)判大正13・4・14新聞2254号21頁（損害賠償請求事件）

【事実】X女は、大正2年7月の初めころY男と結納をとり交わし媒酌・挙式のうえ事実上の夫婦として同棲し、大正2年11月に自らの戸主の身分を改訂したうえで、媒酌人を介してたびたび婚姻届出の手続をYに対して請求したが、Yはこれに応じなかった。その後も、Xは、出産のたびごとに、再三、家族と共に届出手続を請求したが、Yは、養子の身分で亡き先妻の子が成年に達するまでは届出を見合わせる旨の養父の遺言があるなどと称して、その猶予を求めて届出に応じなかった。ついにXは、大正8年夏ころに実家に立ち戻った。原審は、婚姻予約後に同棲すれば、速やかに婚姻届出をなすことは当然であるので、Yは正当理由なくして婚姻予約の履行を拒絶した、と判示した。Yは、婚姻届出を絶対に拒絶したものではなく、一時猶予を請いたるもので、Xが真に即時入籍を希望するならば、これを拒むものではなかった、などと反論して上告した。

【判旨】原判決はYが「終始入籍ヲ拒絶シタルモノト認定シタル趣旨」と解すべきものであり、Yが養父の遺言を理由に今日まで、「Xノ再三ノ請求アリタルニ拘ラス遂ニ入籍ヲ背セサル事実ヲ確定シタ」ので、この事実をもって、Yが入籍を拒

絶したものと認定したのは相当である。

原審や大審院の立場では、挙式により婚姻予約が成立し、同棲したならば、当事者間に「届出をなすべき義務」が生ずることを認めたこととなろう。「唄孝一・佐藤良雄」も、本判決をもって大審院が「届出義務」を「不履行の中心にすえた最初の大審院判決」と評している⁽¹⁵⁶⁾。より正確には第一期の前記[34]大審院判決をもって、その嚆矢というべきであろうが、いずれにせよ一般に裁判例では「届出義務」が認められていたといっても過言ではない。なお、昭和期における同趣旨の一連の大審院裁判例については、後述する。

(3) 届出手続の合意と予約不履行

(ア) 入籍合意と違約金契約 つぎの裁判例では、内縁の夫が届出手続を容易に執らないことから、妻が実家に立ち帰ったところ、夫が届出手続を履行することに同意し、その履行を怠った場合には、「違約金」を支払う旨の書面を作成したが、結局のところ、届出手続がなされなかったため、妻がその違約金を請求している。

[37] 大(1民)判大正8・11・21大正8年(オ)第781号約定金請求事件⁽¹⁵⁷⁾

【事実・判旨】X女は、Y男と十数年間同棲して、Yとの間で三児を儲けたが、大正元年11月27日に実家に立ち帰った。Yは、Xの帰宅を促したが、Xが承諾しないので、同日、3カ月以内に婚姻届出手続をすることのほか、違約のときは金500円を払う旨の書面を交付した。Xは、自己が推定家督相続人であったので、自家に養子を迎えて、入籍手続をまっていたが、結局のところ、Yがこれを行おうとしないので、約定の違約金を求めて提訴した。Yは、本件契約がYの真意によるものではない、などと反論したが、原審は、上記の事実などからYの反論を排斥して、Xの請求を認容し、大審院も原判決を是認した。

かつて「婚姻予約無効判決」として著名な大審院判決は、婚姻履行の確保を目的とする違約金契約を無効としたが、婚姻を事実上強制するのは、婚姻の自由を侵害することになると考えられていたからである⁽¹⁵⁸⁾。同様の危惧は、予約有効論のもとでも生じうるが、本判決には、そうした趣旨

の説示は全く存在しない。内縁夫婦間の「届出義務」とは、単なる想定上の義務ではなく、法的にも有意な存在であるからであろう。この義務を違約金契約で確保しても適法であるということは、婚姻予約の内容には、「夫婦の実質」（その関係の事実上の維持継続）も含まれていることを明らかにした事例と解釈することができるわけである。

（イ）婚姻予約と「入籍合意」 あらかじめ入籍合意のもとで婚姻予約をした事例もある。

〔38〕大（3民）判大正13・11・8大正13年（オ）第594号慰藉料請求事件⁽¹⁵⁹⁾

【事実・判旨】委細は不詳であるが、X女はもと娼妓家業に従事したこともあったところ、Y男がXを妻として入籍する約束のもとに事実上の婚姻を行ったうえで、関係の絶縁に際して、YがXに対して金650円以上の報労を代物によって支払う旨を申し出た。Xが慰藉料を請求したところ、原審が金500円の慰藉料を認容し、判旨も、つぎのように説示して、原判決を是認した。婚姻予約の成否については、もと娼妓稼業に従事していたことは特に支障にならない。また、報労金の申出にかかわる陳述は関係の絶縁にいたる事情を述べたに過ぎず、その旨を協定した事実を主張したものではないので、慰藉料の算定とは関係しない、と。

おそらくX女がもと娼妓をしていたことから、事前に入籍の合意がなされたものであろう。破棄の事情は不明であるが、男性が女性を妾同然のものと考えていたので、離別の際に「報労金」の申出をしたのではなかろうか。入籍合意や報労金の申出とは別に予約不履行による慰藉料（額）が認められたものと思われる。

（4）入籍手続の拒否と違約の成否

（a）つぎの判決は、内縁期間が20年以上にわたるが、長年の間、届出を請求しなかったことなどから、届出義務の不履行を理由とする損害賠償請求には理由がない、とした。本件は、いわゆる「破棄誘致責任論」の前兆のある裁判例としても注目されているが⁽¹⁶⁰⁾、判旨の結論にいたる推論には疑問が残されるので、やや詳しく検討してみよう。

〔39〕大(3民)判大正13・5・3大正13年(オ)第231号損害賠償請求事件⁽¹⁶¹⁾

【事実】X女とY男とは明治33年6月以来、内縁関係を二十数年間にわたり継続してきたが、大正10年9月にXは内容証明郵便で婚姻届出の履行を要請した。Yは10年前に他女と私通した事実があり、また現に別の女と私通していることから、Xは、それを不安に思っ、このような請求をしたようである。Yが届出に応じないので、Xは実家に帰り、これによって内縁関係が断絶した。Xが損害賠償を請求したが、原審(長崎控判大正12・12・25新聞2201号14頁)は、つぎのように述べて請求を棄却した。単に予約不履行の事実があっても、これが「予約不履行ノ拒絶ト認メ得サル限りハ之ヲ以テ婚姻予約違背アリタルトシテ直ニ損害賠償ノ義務アルモノト謂サルコト単純ナル一般の債権契約ト其ノ趣ヲ異ニスル婚姻予約ノ性質ニ鑑ミ洵ニ明白ナルトコロナリ」とし、それまでXから届出の履行を求めてYがこれを拒絶したことがなかったのに、突然、届出手続の履行をもとめて、Yがこれに応じなかったことから、Xが実家に帰ったのであって、Yが予約を破棄したわけではない、と。そこで、Xの方が予約を破棄したかたちになったので、Yにその破棄につき過失があるか否かが問題となった。原審は「婚姻予約者ノ一方ハ自ラ其履行ヲ拒絶セサルモ他ノ一方ヲシテ其履行拒絶セシムルニ至ルタルニ付キ其ノ責ニ任スヘキ過失アルトキハ之ニ対シテ被リタル損害ヲ賠償スヘキ義務アルコト勿論」との一般論を述べたうえで、本件では、Yは他女とは私通したがXとは離別すると約したわけではないので、Yの身分ないし社会的地位からみれば、Xが二十数年來の内縁関係を破棄するにつき正当理由があるとも、またこれにつきYに過失があるともいえない、とした。

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

原判決は、予約と届出義務との関連を念頭に置いて婚姻届出の手続をとることが予約の履行になると解したが、これを是認した上告審も同じ立場にあると考えて大過ないので、本件もまた観念的・一般的な「届出義務」を認めた判決に一例を加えたものといえよう。

ただし、具体的な結論との関係では、本件の男女が何の支障もなく20年

以上にわたって内縁関係を継続してきた事実を重視し、突然、一方が入籍手続を求めること自体が合理性を欠き、かえってそれが内縁解消の要因となっているとして、夫側にその不履行の事実があることを認めながら、結局は、妻の行為態様を非難して賠償請求を否定したが、この判断には問題を残したといえよう⁽¹⁶²⁾。

ともあれ、本判決の結論は支持し得ないとしても、裁判の過程からみて、内縁の妻にとって「入籍問題」がいかに関心の強いものであったかを如実にみる思いがする。

(b)婚姻届出の履行請求と予約不履行の成否それ自体との関連については、つぎのような判決例もある。届出の履行請求・履行拒絶の事実がない事案であるが、予約を不履行した夫側が、逆に、その事実が予約不履行を決定するとの反論をしている。

[40] 大(1民)判大正11・10・6大正11年(オ)第574号損害賠償請求事件⁽¹⁶³⁾

【事実・判旨】一時許諾を得て実家に帰っていた内縁の妻の復婚を夫の父（戸主）が強く拒絶し、夫もその意向に従ったことから、予約不履行があるとされた事例である。夫は、予約不履行の責任は、正式の婚姻手続・入籍届出の履行請求の事実によって決すべきであるところ、原判決が同棲の拒絶のみで判断したのは違法である、などと反論したが、判旨は「予約ノ不履行ハ相手方カ入籍届出ノ履行ヲ求メタルニ対シ之ヲ拒絶シタル場合ニ於テ初メテ認メ得ヘキモノト限ラス」と判示している。

本件では、入籍拒絶が争点とはなっていない。妻やその母が同棲を懇願したにもかかわらず、理由なく夫の家側が拒絶したので、そもそも入籍など要求しうる状況ではなかったのであろう。これを利用して、逆に予約不履行した夫側が、正式の婚姻手続の履行が予約履行の本体となり、予約中の同棲は正当なる習俗ではない、などとも主張していたが、大審院も原審も、夫の主張を排斥した。いずれにせよ、届出義務を前提とした事例であり、届出義務の観念が一般社会にも浸透していた事情を反映しているように思われる。

(c)夫側に同棲・入籍拒絶があったとしても、妻側の行為態様に原因があるならば、婚姻予約不履行とはならないことはいうまでもない。

[41] 大(2民)判大正14・3・3大正13年(オ)第1010号慰籍料請求事件⁽¹⁶⁴⁾

【事実・判旨】X女とY男は婚約のうえ大正10年5月6日に婚礼の式を挙げて同月20日までY方で同棲したが、Xが婚約前に情夫がいたとの疑惑を抱かせるような言動を取っていたので、Yは、そのように思惟して、当時里帰りをしていたXをXの実父に一時預かるように申し入れた。間もなく疑惑が一掃されたので、復帰同棲を承諾したが、X方の者が復帰に対し過大な金員の預入れをYに要求したので、結局、破談となった。原判決は、Yが同棲を拒絶し入籍手続に応じなかったのは、X側のそうした行為に起因するので、Yに「婚約」不履行の事実はないとした。判旨も、原判決を是認した。

本件は、婚姻予約不履行につき、夫側に正当理由があったとする事例判決に過ぎないが、ここでも「入籍手続」がその判断の前提とされている。

(5) 戸主の「届出履行」尊重義務

婚姻届出には、戸主の同意が受理の一応の要件とされている(旧法750条)。ただし、戸主が挙式同棲に同意したときには、届出につき戸主の同意書の添付は不要と解されている。つぎの判決例は、そのことを明確にした先例であるが、あわせて、社会的婚姻に同意した事実から、戸主も届出に協力すべき責務があることを前提としている。こうした責務は、後の大審院判決では真正面から認められているが、本件は、その前兆となる具体例ともいえるので、ここで簡単に紹介しておこう。

[42] 大(2民)判大正12・12・27民集2巻696頁(離籍取消請求事件)

【事実】X男は、父Aと親族一同の同意のもとに、B女と明治43年5月にAの家で結婚式を挙行し、事実上夫婦として同棲したうえで、明治44年11月21日に戸主でもあるAの連署なくして婚姻届出をなした。ところが、Aは婚姻届出には同意していないという理由でXを離籍した。Xは、A死亡(大正10年9月)後にその家督相続人Yに対して、離籍手続の取消しを訴求した。一審は、婚姻は「人生ノ重大事」であり、「誠実ニ其實行ヲ期スヘク」、戸主が家族の婚約に同意し、進んで「婚

姻ノ儀式」を挙げることに同意した場合には、「婚約ノ履行ヲ尊重スヘク、当事者ガ届出ヲ為スニ際シテ之ヲ拒ミ得ヘキモノニ非ス」として、Xの請求を認容した。しかし、原審は、戸主の同意は届出の時に必要であるので、Aの戸主権の行使は正当であるとして、一審判決を取り消した。その理由として「法制上婚姻ハ届出ニヨリ始メテ成立シ其ノ前ニ於ケル挙式若ハ共同生活開始ノ事実ハ婚姻成立ノ経路トシテ普通行ハルルト云フニ過キスシテ之ニヨリ婚姻成立スルモノニ非サレハナリ」とした。

【判旨】（破棄差戻し）「然レトモ結婚式ハ男女ノ婚姻ノ合意ヲ象徴スルモノナレハ戸主カ家族ノ結婚式挙行ニ同意シタル事実アレハ其ノ戸主ハ家族ノ婚姻ノ合意ニ付同意ヲ為シタルハ勿論反証ナキ限り他日婚姻ノ届出ヲ為スコトニ付予メ同意ヲ為シタルモノト解スルヲ相当トスル」。それゆえ、戸主は、一家の維持発展に悖戻する重大事由が婚姻合意者に生じないかぎり、みだりに同意を取り消すことはできない。

大審院は、戸主の承認との関連ではあるが、挙式の重要性を指摘している。すでに挙式に同意することは、婚姻届出に同意することが内含されているという。これは、事実審判決がいうように、挙式すれば届出をするのが普通であるという婚姻習俗を前提としたものであろう。「民事連合部判決」がその趣旨を明言していたこと（「挙式同棲から届出へ」）が思い起こされる。

それ故、内縁夫婦は相互に届出義務を負担し、挙式同棲すれば、一審判決が指摘するように、戸主も届出義務の履行を尊重しなければならないので、遅滞なく届出手続を履行すべきことが前提とされているともいえよう。「結婚式ハ男女ノ婚姻ノ合意ヲ象徴スルモノ」とは、挙式と婚姻意思との一体性を述べたものであり、戸主のみならず両親にも、届出の履行を尊重すべきことを暗に示唆したものと思われる。

要するに、挙式同棲後は、当事者のみならずこれに同意した戸主・両親もまた、正当な理由なくして届出の履行を拒絶することは許されないの、**「社会的婚姻の独自性」**を前提として、届出義務が**「現実化」**しているといえるわけである。「穂積重遠」も、本判決の上記の説示部分が特に重要

であるとして「事実上の結婚式を多少法律上の問題にしかかって居る」との微妙な評価をしている⁽¹⁶⁵⁾。

(6) 下級審判決での「届出義務」

若干の下級審裁判例を掲記しておこう。

(ア) 婚姻予約に基づく「届出義務」 つぎの東京控訴院判決は、いっそう端的に予約不履行の責任と婚姻届出手続の拒絶を直結させているので、婚姻予約に基づく「届出義務」を積極的に認めていると解して大過なからう。

[43] 東京控判大正10・12・6新聞1939号17頁（損害賠償請求事件）

【事実・判旨】X女（控訴人）は、Y男（被控訴人）と大正7年12月中に媒酌により婚姻予約をなし、同月24日に挙式・同棲したのち、大正8年5月16日までYと夫婦として同居した。Xは、同年5月11日にYに対し同月14日までに「婚姻届出手続」をなすよう催告したが、Yが不履行したので、同月16日に予約を解除する旨の通知をした。Yは合意解除の抗弁をしたが認められなかった。予約不履行の理由は、要するに「家風にあわないところに存する」ので、これでは正当理由にはならないとされ、本判旨は「予約履行ノ催促アリシニ拘ワラズYニ於テ婚姻届出ノ手続ヲ為サザリシモノナレバYニ豫約不履行ノ責任存スルモノ」と判示する。

(イ) 婚姻届出と慣習 挙式後6ヵ月程度は入籍手続をしない旨の当該地方の慣習があるとされた事例もある。

[44] 東京控判大正12・6・27新聞2201号17頁（慰養料損害賠償請求事件）

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

本件では、妻が夫に社会的相当性を欠くような必要以上の詫状を求めたことが要因となって、夫婦関係が破綻しているので、夫側に予約不履行の責任はなく、かえって妻が予約を破棄したと判断されたものである。それ故、婚姻届出に関する慣習自体から、夫側の免責を認めたわけではない。単に予約不履行の事実を判断するための資料にすぎない。むしろ、この種の慣習をもちだしたのは、予約不履行の前提として予約に基づく「届出義務」の存在を明確に認識していたからであろう。

（ウ）届出請求訴訟事件　婚姻届出の履行を強制できないことは、民事連合部判決やその後の下級審裁判例（〔7〕）によって確定している。この時期でも、いまだにそれを求めた事例もあるが、これは当然のことながら、否定されている。下記の二例は、いずれも婚姻予約の成立に争いが無いが、内縁事例であるかは、委細不詳であるので、事案は割愛する。

〔45〕東京控判大正8・2・3評論7巻民1216頁（婚姻履行請求訴訟事件）。本件は、前掲の浦和地判大正7・10・15（Ⅰの1（3）「婚姻届出・同居の請求訴訟」を参照のこと）の控訴審判決である。

〔46〕東京地判大正8・5・11評論8巻民438頁（婚姻履行請求訴訟事件）

（7）小括

以上の裁判例の事案からいえば、婚姻予約の内実とは、婚姻届出を前提として事実上の夫婦生活を継続することにほかならないので、その履行の強制は不可である（送籍・同居強制の判決は出せない）としても、届出がなされるまでの夫婦関係の継続に対する期待的利益が予約の内容となっているとみて差し支えない。それゆえ、事案に応じて、予約不履行が同居拒絶によることもあれば、入籍拒絶によることもあるわけである。

婚姻予約論を否定する「穂積重遠」自身も、こうした裁判例の状況を認識したうえで、大正期のいくつかの下級審裁判例を論評して、「もう今日では『事実上ノ結婚ヲ為シナガラ正当ノ理由ナクシテ婚姻ノ届出ヲ為スコトヲ拒ミタル者ハ相手方ニ対シテ損害賠償ノ責ニ任ス』と云ふ程度の判例

法が確定している」と述べているのである⁽¹⁶⁶⁾。当時の判例の客観的分析としては正鵠をえたものであり、「中川善之助」とは異なり、穂積は判例にいう「届出義務」の意義を明確に認識していたといえよう。

4 夫婦の財産問題

内縁夫婦の実質は基本的に婚姻夫婦と異ならないので、学説準婚理論は、一般に夫婦財産制に関する規定を準用する傾向にある⁽¹⁶⁷⁾。判例でも、暗黙裏に夫婦財産制を前提として内縁夫婦の財産問題を処理した例もなくはない。ここでは、そうした傾向のみられる具体例を含めて、一般に夫婦の財産問題に関連する紛争例を掲記しておこう⁽¹⁶⁸⁾。

(1) 夫婦財産制

(ア) 所有帰属の推定 同棲中に取得した財産の所有帰属をめぐる紛争は、婚姻夫婦であれ内縁夫婦であれ、夫婦関係が破綻すれば、避けることができない。婚姻法は夫婦別産制をとるとともに、夫婦のいずれに属するか不分明の財産は夫（または女戸主）の所有と推定していたが（旧法807条）、この推定規定が内縁夫婦にも準用されるかは、必ずしも明確ではない。つぎの例では、男女関係の性質は不分明であるが、同棲中に取得した「牝牛一頭」の所有帰属が争点となっている。

〔47〕大(3民)判大正11・9・23大正11年(オ)第639号牛引渡請求事件⁽¹⁶⁹⁾

【事実・判旨】X女は、Y男から「同棲を拒絶されて帰家した」として、牛1頭の引渡しを所有権に基づいて請求した。Xは、係争の牛はXが父から贈与されたものと主張したが、Yは他から購入したと争った。原審では、Yの反論が認められて、Xの請求が棄却されたので、Xが上告したが、事実認定の問題に過ぎないとして、上告が棄却された。

単なる事例判決であり、委細不分明であるので、所有権推定規定との関連は不明である。ただし、単なる同棲関係であっても、それが解消すれば、婚姻夫婦と同様に、当事者間での財産問題が浮上する由縁を明らかにする

事例であり、いわんや、その男女が内縁であるとすれば、なおのこと婚姻予約論と「夫婦の財産問題」とが事実として連携せざるをえないことを示唆する例といえよう。

（イ）差押手続と所有帰属　特に、内縁夫婦の一方の債権者が夫婦の共用財産に対して差押え等の手続を執った場合に、この種の所有帰属問題が顕在化する。

（a）つぎの事例は、仮装の協議離婚がなされた特殊のケースであるが、おそらく所有権推定規定を前提にしていたものと思われるので、未公表判決ではあるものの、内縁配偶者の財産関係に関する数少ない事例として注目されている。

〔48〕大（2民）判大正10・1・27大正9年（オ）第596号差押解除請求事件⁽¹⁷⁰⁾

【事実・判旨】X女はA男と明治44年9月に協議で離婚したが、従前通りAと同居して事実上の夫婦関係を継続していた。Aの債権者であるYは、X・Aの協議離婚は債務を免れるための仮装行為であるとして、Xが使用している本件物件（田地からの収穫物、鏡台、衣服等）を差し押さえた。これに対してXは、すでにAの妻ではないとして、差押えの解除を請求したが、原審は、Xの請求を棄却した。Xは、女のみ所有ないし使用すべき物は女の特有財産と推定すべきである、などとして上告したが、上告審はつぎのように述べて上告を棄却した。XはAと離婚後も「事実上ノ夫婦関係」を継続し、A家の戸主Aの主宰の下にあって独立して生計を営んでいないし、女の使用すべき物件でも男の所有に属する場合が少なくないので、直にこれをXの所有と推定し難いところ、当該物件につきX所有の証明がなされていない。

「佐藤良雄」によれば、本判決は法定夫婦財産制を内縁夫婦にも「準用した」ことから、「内縁の夫婦の準婚性を認める判決」とされている⁽¹⁷¹⁾。しかし、婚姻規定を引用しているわけではないので、「準婚性」というのは、やや行き過ぎではなかろうか。たしかに婚姻規定を念頭においているものの、内縁を婚姻と同視したというよりも、むしろ社会的婚姻のレベルで婚姻夫婦と共通の処理をしたという程度にとどめるのが無難であろう。

(b)下記判決でも、妻の所有権の主張が排斥されている。

[49] 大(2民)判大正12・3・1大正11年(オ)第1123号強制執行異議事件⁽¹⁷²⁾

【事実・判旨】X女は、大正4年ころより本件家屋を借り受けて所帯主として居住していたところ、A男と内縁関係を結んで、ここで同居した。ところが、その後X・A間の内縁関係が解消し、現在ではAは他に女をもって同棲している。Aの債権者Yが本件家屋内にある本件物件を差し押さえたので、当該物件はXの所有であるとして提訴した。一審ではXが勝訴したが、原審は、Aの所有であることが証明されたとしてXを敗訴させ、上告審も原判決を是認した。

本件も動産所有権の立証問題に尽きるので、単なる事例判決にすぎないが、夫婦間の所有帰属をめぐる紛争では、妻側の証明責任が重くなっているように思われるので、そうだとすれば、夫婦財産制における推定規定が暗に働いているのかもしれない⁽¹⁷³⁾。

(c)つぎの例では、内縁の夫の債権者が仮処分をしたが、夫婦財産の所有帰属が問題となり、妻が夫婦財産規定を援用して原判決を非難している点に新味が見られる。

[50] 大(3民)判大正14・11・11大正14年(オ)第862号仮処分執行異議事件⁽¹⁷⁴⁾

【事実・判旨】X女は、A男と内縁の夫婦として同居していたが、Aの債権者Yが本件物件をAの所有であるとして仮処分を得たので、その仮処分に異議を申し立てた。原審がXの請求を排斥したので、Xは、原判決はXがAの内縁の妻として同居していた事実のみで本件物件をA所有としたが、そのように判断するためには、民法807条2項の如き法律上の根拠が必要であるにもかかわらず、この点の説明を欠き、同条文を事実上の夫婦間にも準用する趣旨であるかの説示もなく、法律に準拠しないで同条2項と同一趣旨の推定をした、と反論した。しかし、判旨は、原判決はXが「Aノ内縁ノ妻ニシテ同居セル事実ノミナラス」その他の事実も参酌して総合的に「係争物件ハXノ所有ニ非スシテAノ所有タルコトヲ認定シタルモノ」であるので、論旨は採用しがたい、とした。

Xは所有権推定規定の準用を問題としたが、大審院は、この点には沈黙している。単にA所有であることを諸般の事情から事実推認した原判決を

是認したのみである。委細不明であるが、本判決では、所有権推定規定が事実上働いていたという節はみられない。むしろ、その準用を取えて避けているのではないかとの疑念も生ずる。

（２） 婚家に残した動産の返還請求

内縁の妻が内縁解消後に婚家に残していた自己の所有物（嫁入道具類）の返還を請求する事件は古くから見られるが、つぎの事件もその一例である。

[51] 大(2民)判大正13・7・3大正13年(オ)第238号物品引渡請求事件⁽¹⁷⁵⁾

【事実・判旨】内縁の妻XがA男との内縁解消後にAの父Y（戸主）に対しX所有の動産の返還を請求したが、YはAのために保管しているとして返還を拒絶した。原判決は「Yカ訴外Aノ内縁ノ妻トシテ共同生活ヲ為シタリシノミノ故ヲ以テ何等他ニ原因事実ナクシテ訴外Aカ当然Y主張ノ如キ占有ヲ取得スルコトヲ首肯シ難シ従テYカAノ為ニ保管セルニ過キサル旨ノ抗弁ハ採用スルコトヲ得ス」と判示し、大審院もこの判断を是認した。

事実審では、Yは、婚姻予約の「解除」がなされていないので、Yの保管は正当であると反論したが、原審は解除の事実には争いがなかったとしたので、この点につき原審の誤解があったものの、原判決は解除の事実を判断理由としていないのみならず、上記のような説示もなされているので、上告審は、結局のところ、原判決の結論に何ら影響がないとした。

かつて事実婚主義時代では、離婚の事実がないので、別居中の妻からの物品請求を否定した事例があり⁽¹⁷⁶⁾、婚姻予約の場合にも類似の問題が生ずるのは、ある意味では自然の成り行きであった。いまだ夫婦であるというならば、嫁入道具の持ち去りは不条理であろう。本件[51]では、離別の事情など委細不明であるが、婚姻予約によってカバーされる内縁関係は、たとえ一方的破棄でも解消せざるを得ないので、もはやこの段階では夫側に妻の物品を占有しうる権原はないこととなろう。

（３） 夫婦間の贈与・遺贈事例

(a) つぎの例では、内縁夫婦間の贈与契約の効力が争われているが、内縁

関係の解消を解除条件とする約款が付されていたので、その条件成就の成否が争点となっている。

〔52〕大(1民)判大正10・3・1大正9年(オ)第955号所有権移転登記抹消請求事件⁽¹⁷⁷⁾

【事実・判旨】X男は、Y女と内縁関係にあったが、その関係の永続を期するため本件不動産をYに贈与して、その旨の移転登記を了した。ただし、Yに不行跡があって家出をするような場合には、本件贈与契約を解除する旨の条件が付いていたところ、Yが家出をしてXとの関係を絶つに至ったので、Xが当該条件が成就したとして、その返還を請求した。Yは、原審が単に家出をした事実のみを根拠にしてXの請求を認容したので、不行跡の事実を認定していない、などと主張して上告した。大審院は、当該条件は単なる例示であり、その趣意は「恣ニ家出ヲ為シテ内縁関係ヲ絶ツニ至ルノ行為アル場合ヲ広く指シタルモノト解スルコト」ができるとして、Yの上告を棄却した。

本件の「内縁関係」の実体は不分明であり、将来の婚姻を予定した関係とはいえないとすれば、一般の婚姻予約事例とは異なるが、婚姻の成立を否定していたかも不分明であるらしい⁽¹⁷⁸⁾。上記のような条件を付するといふのも、もともと不安定な男女関係であったのかもしれないが、内縁関係とはそうした性質をもっているし、また、その約款は履行確保の違約金契約に近いタイプでもあるので、判決のいう解釈はやむを得ないものと思われる。

本件も婚姻予約論との関係については、何ら説示はないが、予約の履行を強制できないという民事連合部判決を前提とすれば、当事者が自治的にその履行を確保せざるを得ないので、その限りでは予約論と連携するが、そもそも婚姻届出を回避する趣旨の男女関係（選択的内縁）であった可能性も残される。しかし、いずれにせよ、社会的婚姻の独自性を前提とする事例であろう。

(b)つぎの判決は、内縁の夫が妻に土地4筆を遺贈した旨の遺言が真性であることを認めている。単なる事例判決にすぎないとしても、遺言の対象

である田畑が相当な規模におよび、宅地も含まれているので、その自筆書証による遺贈には、夫の死後における内縁の妻に対する扶養的意味が含まれ、相続を補完する趣旨の遺言であると考えて大過ない。ことに宅地所有権によって、間接的には「内縁寡婦の居住利益」が保護されているように推測されるので、注目すべき事例でもある。

〔53〕大(2民)判大正10・4・28大正9年(オ)第971号土地所有権移転登記抹消請求事件⁽¹⁷⁹⁾

【事実・判旨】A男は病状が危篤となり、内縁の妻Yに対し係争土地を遺贈する旨の自筆遺言書を作成した。X女は、遺言書の真否と遺言書記載の土地の同一性を争って、移転登記の抹消を請求したが、一審・原審では、Yが勝訴した。Xは、上告審では、対象土地の範囲についてのみ争ったが、原判決が是認されている。その遺言の対象地は、田8畝1歩、宅地41坪余、田3畝25歩および田5畝19歩の4筆と認定されている。

こうした遺贈がなされるのは、内縁が社会的婚姻であることに起因するが、それが法律上の婚姻ではなく、あくまでも婚外の男女関係であると明確に認識されていたことによるものであろう。すでに内縁保護の脆弱性が市民生活にも浸透していた事情が判然とする。

(4) 居住建物をめぐる裁判例

(a)内縁夫婦が賃借家屋に居住していた裁判例もある。

〔54〕大(3民)判大正13・3・29大正12年(オ)第1002号建物明渡並損害賠償請求事件⁽¹⁸⁰⁾

【事実・判旨】委細不明であるが、内縁の夫が賃借していた家屋につき、所有者から建物明渡請求を提起されたところ、夫が、建物の賃借人・占有者は同居の「内縁ノ妻」である、と争ったが、所有者が勝訴している。

明渡請求の理由や賃借人の反論の趣旨などが不分明であるので、事例的価値はほとんどない。当時では旧借家法の施行区域が限定され、かつ同法には「正当事由条項」が存在しなかったので、賃借人の応訴は賃貸借関係の解消後における明渡猶予のための方便であった可能性も否定できない。

夫の反論から推知すれば、あるいは内縁の妻が賃借・占有していた家屋に夫が入居したというような事情などがあって、内縁関係の成立事情と何らかの関係があるのかもしれない。

(b)内縁夫婦が夫所有の建物で共同生活をしていたところ、夫が死亡すれば、内縁関係の解消とともに生存配偶者の居住利益も一朝にして消滅する可能性は否定できない。戦後の住宅難の時代では、とくに賃借家屋につき、この難題が大問題となり、旧借家法が改正された経緯は周知の事実であるが、所有家屋でも類似の問題が生ずる。ここでの大正期には、そうした居住紛争例は、現在のところ報告されていないが、つぎの事例が興味深い。

〔55〕大(3民)判大正11・5・20大正11年(オ)第209号家屋明渡損害賠償請求事件⁽¹⁸¹⁾

【事実・判旨】Xは、「内縁ノ夫」であるAと妻Yが居住していた本件家屋につき、A死亡後にX所有であるとしてYに対し明渡を請求した。これに対してYは、当該家屋はAが借地上に建築所有した建物である、と争ったようである。原審は、A所有であるとして、Xの請求を棄却したが、大審院は、つぎのように説示して、原判決を破棄した。土地所有者に対する地代の支払いにつき、Aが今後はXを借主としたい旨を申し入れ、当該年度の受領証もX名義になっているので、当該地代はAの手を経てXから受領したものであることは明らかであり、原審がAの計算によると判断したのは審理不十分である。

XはAの相続人ではないようであるものの、上記の事実から、その親族である可能性は否定しえないが(両者は同氏でもある)、委細不分明であり、訴訟の顛末も分からない。いずれにせよ、居住用建物の所有配偶者が死亡すれば、ことに相続権や扶養の権利を有しない内縁配偶者は一朝にしてきわめて不安定な状態に置かれることとなり、仮に差戻審で本件建物がXの所有であると認定されていると、Yの居住継続の保護が認められなかった可能性も否定できないであろう。

5 その他の裁判例

(1)「私通・重婚的内縁」関連事件

(龍法'18) 51-1, 214 (214)

（ア）重婚的婚姻予約 この当時では、重婚的内縁・婚約は公序良俗違反で無効とされている。下記の事例は、予約不履行による慰養料請求事件ではないが、その嚆矢ともいえる大審院判決である。

[56] 大(1民)判大正9・5・28民録26輯773頁（扶養料請求事件）⁽¹⁸²⁾

【事実・判旨】 X男は、妻と離婚したらY女と婚姻すると約束し、婚姻まで一定額の扶養料をYに支払う旨を約定した。その契約の有効性が論点となったが、判旨は、YはXには配偶者がいることを知りながら婚姻の予約をしたので、かかる予約は善良の風俗に違反し、したがってまた、これを維持することを目的とする当該契約も無効である、とした。

本件の男女関係は、婚約か内縁かは不明であるが、その合意の趣旨から少なくとも情交関係があったことが推知されるし、同棲関係のあった可能性もなくはないであろう。

なお、「佐藤良雄」によれば、本判決までは判例の立場は必ずしも明確ではなかったが、本判決の当時から、判例では「近代的・一夫一婦制の理念が、この分野においても貫徹されるようになってきたと言えよう」とされている⁽¹⁸³⁾。その後も、この種の男女関係が公序良俗違反とする判例の立場は維持されている（後述参照）。

（イ）私通・妾関連事例

(a) 下記の二例は妾関係に起因する紛争である。

[57] 大(3民)判大正10・7・9 大正10年(オ)第417号損害賠償及慰養料請求事件⁽¹⁸⁴⁾

【事実・判旨】 正妻のいるY男は、推定相続人がいなかったため、若年のX女を雇い入れ、これと強引に情交関係を継続し、正妻の承諾のもとに、Yを妾とすることとし、Xの両親と結納の儀まで行っている。Xは出産したが、嬰兒は死亡した。Xは、Yの強姦などを主張して、貞操蹂躪による不法行為責任を追及したが、敗訴した。

[58] 大(2民)判大正11・12・11大正11年(オ)第264号約定金請求事件⁽¹⁸⁵⁾

【事実・判旨】 妾関係にある女性が男性に対し裁縫による約定の賃金4,000円と贈与金1,000円を請求した。原審は、賃金支払いの約定は認めたが、贈与金契約の存在を認定しないまま、請求全額を認容したので、上告審では贈与金の認容部分が破

棄差し戻された。

(b)つぎの例は、私通関係の絶止を目的・対価とする金銭給付の契約を無効としている。先例〔4〕の趣旨に従う判決と思われる。

〔59〕大(3民)判大正12・12・12民集2巻668頁(假下金返還請求事件)

【事実・判旨】X男はYの孫A女と私通により情交関係を継続していたので、Yは私通関係の絶止を目的としてXに金200円を慰藉料名目で交付した。ところが、恐喝の嫌疑により警察署が同金員を差出すべき旨をXに命じ、これがYに仮下されたが、結局は、判決により、Xの無罪が確定し、その金員を差出人に還付する旨が命じられた。そこで、XがYに対してその金額の返還を請求したが、判旨は、私通関係の絶止を目的とする契約は公序良俗に反し、これを目的・対価として金員を給付した場合は、民法708条にいう不法原因給付にあたり、その不法性は本件ではXのみに存するので、同条ただし書きにより、Xの返還請求権は失当である、とした

(c)つぎの例は、男性の妾の娘が男性との間に贈与契約が成立したと称して裁判に及んだ珍しいケースである。特に見るべき説示はないが、事例的価値があるので紹介しておこう。

〔60〕大(1民)判大正13・11・14大正13年(オ)第589号建物所有権移転登記請求事件⁽¹⁸⁶⁾

【事実・判旨】X女は、Y男の妾Aの娘であるが、Yは、明治42年以来、Aを妾としたうえでY所有の本件建物を妾宅とし、ここにXもAと同居していた。ところが、AとYの妻の関係が円滑ではないので、大正5年以来、Xの友人やAの親族がY・Aの関係を絶たせようとし、その際、本件建物をAに贈与させようとしたが、Yの承諾をえられなかった。しかし、Yは、Yの二男とXが結婚をするか、またはXをY家に入籍して贅を迎えて別家させるか、そのいずれかを条件として、本件建物をXに贈与することを承諾した。いずれの条件も成就しなかったが、Xは、Xへの贈与は無条件であると主張して本訴に及んだ。一番はXの請求を認容したが、原審はX・Yの条件付贈与契約は条件が成就しなかったとし、判旨も原判決を是認した。

(d)つぎの下級審裁判例は、妾を維持する目的の違約金契約もこれと合体
(龍法'18) 51-1, 216 (216)

した生活費支給契約等も民法90条によりすべて無効と断じている。一般に注目されている判決であり、事案も興味深いので、ここで紹介しておこう。

〔61〕大阪地判大正10・2・19新聞1823号7頁（契約履行請求事件）

【事実・判旨】X女は正妻のあるY男の妾となり大正7年1月より情交関係を結び、一時同棲していたが、同8年4月にYが本宅に復帰するに際して、X・Yは、つぎのような契約を取り交わした。契約書の冒頭でYはXを「妾」として情交を結びたるにより将来のことを契約するとしうえて、1項では情交関係を永遠に絶交しないこと、2・3項では生活費や子を出産した場合の教育費の支給、4項では前記約定に違反したときは金1万円に相当する財産を贈与することなどを約定した。情交関係が絶えたことから、XはYに対して約定の履行を請求した。判旨は、「正妻ある男子が他の婦女子と情交を結び之を維持すべき契約、例へば妾関係を約する契約の如きは」公序良俗に違反して無効であるところ、1項と4項とは妾関係を維持・確保する目的の契約であり、2・3項の贈与契約もこれと合体しているので、結局のところ、全体としてすべての契約は無効である、と判示した。

（2）「婚姻事例」と婚姻予約

婚姻予約と婚姻とを実質的に同視した立場が学説準婚理論であるが、判例では、婚姻予約と婚姻とは法的には明確に峻別されていた。双方は社会的婚姻を共通項とするが、婚姻予約はあくまでも社会的婚姻を基礎とする論理にすぎない。下記の（ア）と（イ）との裁判例については、このような事情を反映した事例として位置づけることができるであろう。

（ア）婚姻契約と婚姻予約　民事連合部判決は婚姻予約の「誠実履行義務」に言及していたが、具体的には予約当事者は「届出義務」を負担するほか、第三者が予約当事者の一方と関係をもって婚姻の成立を妨げれば、予約上の権利を侵害することとなり、他方に対し損害賠償義務を負うとされたので（〔33〕）、予約当事者は相互に守操義務を負うことも明らかとなった。そうした予約による男女拘束論は、そのまま「婚姻」の当事者相互間にも当然のことながら承継される。というよりも、より以上の強い拘束力が生ずるはずである。

大審院は、婚姻の当事者間では、たとえば夫が他女と内縁関係や私通関

係に入ると、そのこと自体が正妻に対する貞操義務の違反であるとして、これによって夫婦関係が破綻すれば、他女のほかに夫も妻に対して「不法行為」による損害賠償義務を負うと判示した（大(1刑)判昭和2・5・17新聞2692号6頁）。これは刑事事件の理由中での説示部分であるが（それ故、他女に養育料を要求しても恐喝罪にはならない。）、本判決の「中間決定」が、あの著名な「男子貞操義務違反事件」の裁判である。刑事裁判例であるが、婚姻予約論との整合性を意識した論理を構築しているので、ここでの議論をする上でも、見逃せない裁判例といえるであろう。

〔62〕大(1刑)決大正15・7・20刑集5巻318頁（恐喝被告事件）

【事実】被告人Zは、大正13年9月28日にA女から次のような依頼を受けた。Aの娘Bと婚養子のCとの間には3人の子供がいるにもかかわらず、CがD女と私通して自宅を顧みない結果、Bは子供の養育費にも窮するような状態になったので、その打開策としてDと交渉するように頼まれた。そこで、Zは、即日、Aを伴ってDと交渉し、妻子のあるCと同棲するのは姦通罪になり、告訴の用意があるが、相当の出金があれば、告訴を取り下げる旨を通告した。その結果、DはB・Cの手切金と子供の養育料5年間分を支払う旨の契約書を作成した。Zの行為が恐喝罪に該当するかが問題となったが、原審は、男子には姦通罪は成立しないし、民法の解釈上、妻は夫に対し貞操を強要する権利はないとして、Zの恐喝罪を認めた。そこで、恐喝罪の成否の前提として、夫の妻に対する貞操義務の存否が重要な争点となったので、そのことが中間決定の対象とされた。

【決定要旨】「婚姻ハ夫婦ノ共同生活ヲ目的トスルモノナレハ配偶者ハ互ニ協力シテ其ノ共同生活ノ平和安全及幸福ヲ保持セラルヘカラス然リ而シテ夫婦カ相互ニ誠実ヲ守ルコトハ其ノ共同生活ノ平和安全及幸福ヲ保ツノ必要條件ナルヲ以テ配偶者ハ互ニ婚姻契約ニ因リ誠実ヲ守ル義務ヲ負フモノト云フ可ク配偶者ノ一方カ不誠実ナル行為ヲ為シ共同生活ノ平和安全及幸福ヲ害スルハ即チ婚姻契約ニ因リテ負担シタル義務ニ違背スルモノニシテ他方ノ権利ヲ侵害スルモノト謂ハサルヘカラス換言スレバ婦ハ夫ニ對シ貞操ヲ守ル義務アルハ勿論夫モ亦婦ニ對シ其ノ義務ヲ有セサルヘカラス」。民法(旧813條3号・離婚原因)と刑法(旧183條・姦通罪)が妻にのみ貞操義務を認める趣旨の規定を置いているのは、主として「古来ノ因襲ニ胚胎スル特殊ノ立法政策」によるので、民法上夫に貞操義務を要求する妨げ

とはならない。それゆえ、夫には貞操義務がないとした原判決は違法である。

本件は、民事連合部「婚姻予約有効判決」に私的にかかわっていたとされる大正期の名判事「横田秀雄」が裁判長として宣告した決定である。当時の旧刑訴法440条によれば、事実の確定に影響を及ぼすべき法令違反を理由として原判決を破棄する場合には、決定をもって事実を再審議する旨を言い渡すとされているので、大審院は本条によりみずから事実審理を開始する旨の決定をしたが、結局のところ、本決定は、妻側が夫に貞操義務を強要しても、恐喝罪にはならない旨を示唆した。その理由中で、「配偶者ハ婚姻契約ニ因リ互ニ誠実ヲ守ル義務ヲ負フ」とし、また、不誠実な行為によって「共同生活ノ平和安全及幸福ヲ害スル」ことは、「婚姻契約」上の義務に違背し「他方ノ権利ヲ侵害スルモノ」とした⁽¹⁸⁷⁾。

ところで、民事連合部判決は「婚姻予約」を「婚姻ヲ為スコトヲ目的トスル契約」とし、「誠実ニ之カ実行ヲ期」すべきことを宣言した。その後の判決（[33]大正8年）では、「婚姻ヲ為スコトヲ求ムル権利」が認められていたが、そこに婚姻契約と婚姻予約との密接な相互関連性を看取することができるのではなかろうか。後者は妻の不倫の相手方に対する不法行為訴訟であるが、一般に婚姻や婚姻予約における当事者相互間での貞操義務を強く意識している点に注目すべきである。この限りでは内縁・婚姻予約と婚姻との「連携」が明確であったといえるが、他方では婚姻と「峻別」されており、婚姻契約では、「誠実を守る義務」とするが、婚姻予約では、「婚姻をなすべき義務」を負担して予約を「誠実に実行する」ことが期待されているので、誠実義務の性質（ひいては貞操義務の法的根拠）が異なる点に留意しなければならないであろう⁽¹⁸⁸⁾。実際、その予約上の義務とは実質的には「届出義務」にはかならないのである。

（イ）「婚姻の成立」論と婚姻予約 「婚姻予約無効判決」当時から「婚姻の成立」と婚姻予約論とが密接に連携している事情については、別稿で詳論した⁽¹⁸⁹⁾。届出時の婚姻意思が決定的な決め手となり、その前段階（「婚

姻予約」段階)の婚姻意思是「婚姻成立論」では重視されないもので、その翻意が可能であることは、すでに確定した判例となっている。ここでの大正後期でも、この立場は堅持されている。内縁関係を前提とする事例についてのみ、掲記しておこう⁽¹⁹⁰⁾。

[63] 大(3民)判大正9・9・18民録26巻1375頁(婚姻無効請求事件)

【事実】X女とY男とは、挙式のうえ同棲したが、Xは2、3日で実家に立ち戻って同棲を拒絶した。Yは大正4年1月中にXの両親に懇請してXとの婚姻届に調印を得て、Xの父AがXの承諾のないままXの名下に調印した。同月9日にYはこれを役所に提出したが書類不備のため受理されなかった。その後、Yは届書訂正箇所に調印を求めたところ、A・Yの承諾を得られなかったので、届出書の日付等を訂正したうえで同年9月14日にこれを提出して届出を完了した。原審は、Xの承諾のない婚姻は無効であるとした。これに対して、Yは、正式の婚礼のうえ同棲しているので、少なくとも「婚姻予約」が成立しており、Yの親権者たるAが署名捺印をした届書は有効である、などと反論した。

【判旨】「婚姻ハ之ヲ戸籍吏ニ届出ツルニ因リテ其ノ効力ヲ生スルモノナルカ故ニ当事者ニ於テ毫モ婚姻ヲ為ス意思ナク第三者カ擅ニ当事者ノ名ヲ以テ其届出ヲ為シタル場合ハ其婚姻ノ無効タルヘキハ言ヲ俟サル所ニシテ其専擅行為ヲ為シタル第三者カ当事者ノ親権者タルト否トニ依リテ其結果ヲ左右スルモノニ非ス」。したがって、本件の婚姻届出は、民法778条により無効であることは明らかである。

婚姻予約により内縁関係が成立すれば、「遅滞なく届出をなす義務」があるとするのが判例の立場であり、本件のYも、正式の結婚式と同棲により「婚姻予約」がXとの間で成立しているとして、婚姻届の適法性を強調した。しかし、届出義務の履行はあくまで任意によるしかないので、たといい内縁関係の成立時に婚姻意思があっても、その後、翻意して届出時に婚姻意思がなくなれば、他方配偶者等が届出をして受理されたとしても、その婚姻が無効となることは、大審院も下級審も一致して認めていた⁽¹⁹¹⁾。本判決は従前の判例の立場を踏襲したにすぎないが、大審院の姿勢をいっそう強固にしたこととなろう。

(3) 事実婚主義判決

[64] 東京控判大正14・7・8新聞2441号6頁（家督相続回復請求事件）

【事実・判旨】X男は、A・B夫婦の実子・長男であるが、戸籍上は他人の子となっている。大正10年10月7日A死亡により、戸籍上はAの長男であるCがまずその家督を相続したうえで、大正11年10月5日Cの死亡により、Cの長女であるY女がその家督を相続して、その旨の届出がなされた。ところが、A・Bは明治14年中に媒酌により夫婦として同棲し、Xは明治16年12月16日に長男として出生し、Cは明治26年3月に二男として出生していたので、XはYに対して相続回復の訴を提起した。YはA・Bの関係は「婚姻予約」にすぎないなどと争ったが、判旨は、民法施行以前では、戸籍登記は婚姻の成立要件ではなく、「当事者間に婚姻の事実存する以上之を夫婦と認めたるを以て」、その間の子は「嫡出子」になるとして、「A死亡によりCが家督相続し、C死亡によりYが承継した家督相続をXに回復する」と判示した。上告審も原判決を是認した⁽¹⁹²⁾。

なお、「女戸主」については、たとい民法施行前に挙式して事実上の夫婦関係に入ったとしても、家を廃するか隠居するかしない限りは、「有効ナル婚姻成立シ他家ニ入りタルモノト解スヘキニアラス」として嫡母庶子関係を否定した例（大3民）判大正14・12・26民集4巻774頁）があるが、本判決も事実婚主義に立っている。

- (103) 中川善之助「婚姻の儀式（５）」法協44巻5号（1926年・大正15年）110頁以下参照。
- (104) 中川によれば、内縁関係それ自体を保護の対象とする思想は、儀式不要判決（後掲[24]判決参照）と内縁姦通判決（後掲[33]判決参照）とによって、「愈々確かめられ、今や此の先取特権の判決（後掲[29]判決参照）に拠って漸く明證の域に達せんとしたもの」と云うことが出来よう」とする。中川・前掲注（103）「婚姻の儀式（５）」114頁。
- (105) 岩田・前掲注（16）『判例婚姻豫約法』227頁（「更に大正八年の三判例」）、230頁（「大正期判例の昭和時代に於ける展開」）を参照のこと。いうところの三判例とは、後述の[24]大正8・3・21（儀式不要判決）、[22]同8・4・23（債権契約でないとした判決）、および[33]同8・5・12（いわゆる「内縁姦通判決」）をいう。
- (106) これ対して、婚姻習俗や社会的事実によ拠する中川準婚理論によれば、実質的な婚姻関係（婚姻意思）が重要なので、基本的に内縁の成立要件を問題

とする意味がないとされるが（中川善之助『日本親族法一昭和一七年』〔日本評論社、1942年・昭和17年〕277-8頁）、そうした論理はそもそも判例の立場とはまったく整合するものではないのである。

- (107) 本件の事実審判決については、唄・佐藤「判例における婚姻予約（4）」都法2巻2号（1962年）84・90頁を参照のこと。同論文によれば、本件の男女関係は試婚的なものから準婚的なものへ移行しつつある段階とするが（同95頁）、そのような明証はどこにもない。
- (108) 本判決は「横田秀雄」が部長をしていた「第3民事部」の判決であり、後に横田は、民事連合部判決の「趣旨ヲ簡明スル」ために「婚姻豫約ヲ論ス」『法学論集』（清水書店、1921年・大正10年）915頁（初出、日本法政新誌2号〔1921年・大正10年〕1頁）を公表したが、それによれば、婚姻予約は「身分ノ得喪變更ヲ目的トスル契約」（同著918頁）であるとする。その影響が大きかったのではないかと思われるが、大正10年11月19日の法曹会決議でも、明確に親族法上の「身分契約」説が採用され、債権契約ではない旨が宣言されるに至っている（法曹会蔵版『法曹会決議要録上巻』〔清水書店、1931年・昭和6年〕477頁による）。さらに、戦前では、実務家の「小石壽夫」が、民事連合部判決や下級審判決を引用しながら、判例も暗黙のうちに身分契約性を認めていると解するとともに、当時の債権契約説を批判的に検討したうえで、身分契約説の正当性を強調している。小石・前掲注（16）「判例を中心として観たる『内縁』の諸問題（1）」26頁以下。学説では債権契約説も根強いが身分契約説が優勢である。
- (109) かつて、婚約につき、ポティエが同趣旨の事情（「信義」違反）を根拠として婚約破棄（契約違反）による慰謝料を認めていたが、これが当時の西洋法の基本的立場であったものと思われる。この点については、岡本・前掲注（1）『婚約・婚姻予約法』23頁を参照のこと。
- (110) 法典調査会・民法議事速記録137回（明治28年11月15日）『日本近代立法資料叢書6巻』（商事法務研究会、1984年）28-9頁（梅謙次郎発言）。
- (111) 婚姻予約の性質論に関する裁判例については、下級審も含めて、差し当たり岡本・前掲注（1）『婚約・婚姻予約法』324頁以下を参照のこと。
- (112) 本件の原判決と上告審判決の論評については、唄・佐藤「判例における婚姻予約（26）」都法15巻1号（1974年）241頁以下を参照のこと。
- (113) 中川善之助『親族相続判例総論1巻』（岩波書店、1935年・昭和10年）25頁は、本控訴院判決が「卒然として必要論を唱え（た）」と批判する。ちなみに、当時、不要説を採ったとされる同著引用の東京控訴院判決につき、判決日を大正7年1月30日とされているが、大正8年の誤記であり、同判決は〔23〕判決（大正8年）の原判決である。
- (114) 法曹会・前掲注（108）『法曹会決議要録上巻』477-8頁。
- (115) 最判昭和28・6・26民集7巻6号766頁（養育料並びに慰謝料請求事件）。
- (116) 本件控訴審判決の全文や本件の解説については、唄・佐藤「判例における

- 婚姻予約（26）」都法15巻1号（1974年）241頁以下、251頁以下を参照のこと。
- (117) 実際、本件では、必ずしも明確な事実関係は認定されていないが、「夫婦の実体」があるのみならず、Yは、Xが妊娠後には婚姻するという「約束」をXの両親に対しても表明した事実を「自認」しているし、相互に妻、夫という文言を使用した書面で文通もしていたようであるので、単なる秘密裡の男女関係ないし婚約ではなく、夫婦としての「社会的な承認」が認められる男女関係と「評価」されたように思われる。これに対して、唄＝佐藤・前掲注（116）「判例における婚姻予約（26）」244頁は、「非婚」タイプではないかとの疑念を表明している。いずれにせよ、高梨公之「内縁の成否と儀式」加藤一郎・太田武男編『家族法判例百選（新版）』ジュリ40号（1973年）17頁が指摘するように、本判決は内縁事実をより積極的に検討すべきであったのかも知れない。ただ、判旨を善解すれば、判例では、内縁は婚約の延長線上でとらえられているので（「プロセスとしての内縁」論）、本件のように、婚姻約束と同居ないし同棲があり、その間に女性が妊娠した後に出産すれば、婚姻意思は否定し得ないと判断されたようにも思われる。
- (118) 中川・前掲注（103）「婚姻の儀式（5）」110頁。しかし、中川の指摘にもかかわらず、大審院は、挙式を重視するとともに、届出義務を堅持している事情については、後述の通りである。
- (119) 当時の下層労働者の生活難については、湯沢彦彦『大正期の家族問題』9頁以下を参照のこと。湯沢は、国政調査を組み換えて独自の数値化を試みた大橋隆憲編著『日本の階級構成』（岩波新書、1971年）によりながら、大正期に貧困層は増加の一途をたどったという（同13頁）。
- (120) 工場法施行令（大正5年）の制定過程については、二宮・前掲注（16）「事実婚の現代的課題」21頁以下を参照のこと。
- (121) 中川・前掲注（103）「婚姻の儀式（5）」105頁によれば、「儀式も届出もない性的結合と雖も相当年月の間継続的に生活協同し来たったもの」であれば、内縁の成立（婚姻意思）が認められるというが、本件では、そうした事実があるのか不分明である。小石・前掲注（16）「判例を中心として観たる『内縁』の諸問題（1）」35頁も中川説を支持する。
- (122) たとえば、後の大（2民）判昭和6・11・27新聞3345号15頁は、再婚禁止規定の適用の可否が争点となった事例であるが、妻が「離婚後、被告ト婚姻豫約ヲ為シ、事実上同棲シ居リタル事実ヲ認ム可ク」として、「事実上の同棲」のみを指摘して、特に婚姻儀礼に言及していない。一方、婚約・婚姻予約事例では、著名な「誠心誠意判決」（大（5民）判昭和6・2・20新聞3240号4頁）があり、この判決では儀式的の要否が争点となり、その不要を明言する。戦後の下級審裁判例については、二宮・前掲注（16）「事実婚の判例総合解説」16頁以下に興味深い例が引用されている。
- (123) 本件の実事審の判決については、唄・佐藤「判例における婚姻予約（22）」都法12巻2号（1972年）227頁以下、上告審判決と総括的コメントについては、

- 「同 (25)」都法14巻1号 (1974年) 135頁以下を参照のこと。
- (124) 本件については、岡本・前掲注 (1)『婚約・婚姻予約法』383頁以下を参照のこと。学説についても、簡単に「注記」している (同著408頁以下)。なお、唄=佐藤・前掲注 (123)「判例における婚姻予約 (25)」143頁によれば、本件は内縁事例で損害賠償をみとめた最初の事例とされており、「大判としてはじめて『準婚』的という事案を『婚姻予約』の射程距離におさめ」たとするが、これは試婚論者の独断にすぎない。また、「社会的婚姻の法的独自性」を認めた事例ではなく、「プロセスとしての内縁」にすぎないので、「準婚」という用語は不適切であろう。
- (125) 大(3民)判大正9・10・13大正9年(オ)第642号損害賠償請求事件。佐藤・前掲注 (17)「婚姻予約・認知」107-113頁。本件は「届出義務」論で検討する (後掲 [34] 参照)。
- (126) 佐藤・前掲注 (17)『婚姻予約・認知』166-71頁。佐藤は、1・2審での当事者の主張を含めてかなり詳細に紹介したうえで、「きわめて重要である」 (同著174頁) とする。
- (127) たとえば、大判明治43・4・5民録16輯273頁 (不当な破産宣告により財産損害のほか名誉侵害の慰養料が認容された事例) や大判大正5・1・22民録22輯1113頁 (人身傷害による慰養料額を「諸般ノ状況ヲ参酌シ」て算定した原判決は違法ではないとした事例) などがある。ちなみに、内縁の不当破産事例では、後の公式判例である大判昭和7・7・8民集11巻1525頁も自由に慰養料額を量定しう旨を明言している。
- (128) ちなみに、佐藤・前掲注 (17)『婚姻予約・認知』166頁は、1審判決も「『……婚約に違背した相手方は500円を支払うべきものである』ことを判示したものと知られてきた」とするが、ただ、1審判決の掲載誌では「婚約」用語は使用されていない。
- (129) 「婚姻予約無効判決」当時の裁判例については、先行業績を含めて、岡本・前掲注 (2)「判例内縁法序説 (3)」84頁以下、「同 (4)」42頁を参照のこと。
- (130) 佐藤・前掲注 (17)『婚姻予約・認知』196頁。
- (131) 佐藤・前掲注 (17)『婚姻予約・認知』201頁は、大審院が前段の合意も違約金と同視したことを批判し、この合意はすでに履行遅滞に陥っているので、仮に判旨の結論を認めるならば、婚姻の不成立を解除条件とする贈与契約とみて条件が成就したと解すべきではなかったか、とする。
- (132) 事実審の未公表判決と本判決を含む論評については、唄・佐藤「判例における婚姻予約 (10)」都法6巻1号 (1965年) 157頁以下を参照のこと。本判決のいう不当利得論の不透明さなどが指摘されている。なお、本件当事者間には別件2件 (慰養料請求事件と損害賠償請求事件) がある。「同 (11)」都法6巻2号 (1966年) 291頁以下参照。
- (133) 小石・前掲注 (16)「判例を中心として観たる『内縁』の諸問題 (2)」

40-1頁。

- (134) 佐藤良雄「婚姻予約（内縁）に関する判例の展開・概観」経済研究41号（1973年）167頁、佐藤・前掲注（17）『婚姻予約・認知』17頁。
- (135) 穂積重遠（執筆）『判例民法第1巻（大正10年度）』民法判例研究会編（有斐閣、1923年・大正12年）226頁。
- (136) 太田・前掲注（11）『内縁の研究』120-21頁は、「間接的ではあるが」として、「夫婦の同居、協力、扶助義務」を認めたことを前提とする事例と評価している。問題は、何故に「間接的」と評価せざるをえないのかである。
- (137) 岩田・前掲注（16）『判例婚姻豫約法』230頁（注215）。
- (138) 原判決については、佐藤・前掲注（17）『婚姻予約・認知』156頁を参照のこと。
- (139) 穂積重遠（執筆）『判例民法第2巻（大正11年度）』民法判例研究会編（有斐閣、1924年・大正13年）176頁。葉師寺志光「民事判例研究」法学志林25巻6号（1923年）92頁も、同旨を述べるが、ただ、その理由としては、男女が夫婦として同居する場合には、「特約なき限り、互いに扶養すべき契約上の義務を負担したものと認むべきである」という観点から、儀式を云々する必要はなかった、とする。
- (140) 中川・前掲注（103）「婚姻の儀式（５）」114頁。中川準婚理論に従う小石・前掲注（16）「判例を中心として観たる『内縁』の諸問題（２）」38頁も、「内縁は法律上の婚姻にあらずとも其の實質的に於ては何等之と異なるものではないのであるから、民法310条に関しては内縁を婚姻と同様に解すべきものなることを明らかにしたもの」として、「判例上に於ける重要性」を認めている。
- (141) 佐藤・関「判例家族法の再検討（５）」社研27巻5・6号（1976年）272頁。佐藤・前掲注（17）『婚姻予約・認知』60頁。
- (142) 佐藤・前掲注（17）『婚姻予約・認知』63頁・118頁。
- (143) 佐藤・関・前掲注（141）「判例家族法の再検討（５）」280頁。なお、本件内縁夫婦間における別件の婚姻予約不履行事件（〔22〕）では、婚姻適齢に関する規定（旧法765条）は婚姻予約には適用されない旨が判示されている。
- (144) この当時の認知請求裁判の状況については、佐藤・前掲注（17）『婚姻予約・認知』271頁以下を参照のこと。
- (145) 本判決および事実審の判決、並びにその解説については、唄・佐藤「判例における婚姻予約（23）」都法13巻1号（1972年）187頁以下参照。
- (146) この点を指摘する学説として、穂積（執筆）・前掲注（135）75-6頁、中川・前掲注（103）「婚姻の儀式（５）」112頁も参照。
- (147) なお、末川博「権利侵害と権利乱用」（岩波書店、1970年）536頁は、不法行為の要件として権利よりも「違法性」に重点を置く立場から、本大審院判決にいう「貞操義務」は、他人の行為の違法性を示すために説示されているものに過ぎないので、本来の権利義務と同性質であるかは問うところではな

い、とする。ただし、本判決の婚姻義務とは、貞操義務には尽きないであろう。

- (148) 「中川善之助」は、婚姻予約論を仮託論として批判する傍ら、本判決にいう「婚姻を為すことを求むる権利」を「婚姻届を出すことを求むる権利」に置き換えている（中川・前掲注（103）「婚姻の儀式（5）」111頁）。判例の立場からいえば、そのように解釈するのが極めて自然であり、かつ合理的でもあるわけである。さらに、中川によれば、すでに民事連合部判決も「内縁効果中の極めて一部分たる届出義務の不履行に因る損害賠償を問題としたに過ぎない」とされる（中川・前掲注（103）「婚姻の儀式（5）」103頁）。それ故、中川自身も判例のいう届出義務なるものを認めていたが、これを極めて軽々に扱っていたわけである。夫婦の「事実」を決め手とする中川準婚姻論からいえば、むしろ予約論に依拠する届出義務は差障以外の何ものでもなかったからである。
- (149) 中川・前掲注（103）「婚姻の儀式（5）」111-2頁。
- (150) 小石・前掲注（16）「判例を中心として観たる『内縁』の諸問題（2）」36頁も、「婚礼の式を挙げて事実上の夫婦関係を持続せることを知りながら」私通して一子をあげたというのだから、「結局事実上の姦通を民法上の不法行為とし姦夫に損害賠償の答を加えたものである」とする。
- (151) 中川・前掲注（103）「婚姻の儀式（5）」111-2頁。
- (152) 大判明治36・10・1刑録9輯1425頁（姦通及付帯私訴事件）。ちなみに、著名な「男子貞操義務違反事件」（刑事事件）は、大正15年に登場する（後述〔62〕参照）。
- (153) ちなみに、後代の下級審裁判例であるが、ここでの被害法益を「人格権」とする例もあり、その当否は別にして、婚姻予約が財産法上の予約概念とは異質である趣旨が認識されているので、注目に値しよう。熊本地判昭和4・10・26新聞3064号6頁は、ここでの被害法益につき、「之を豫約当事者の側より観察するときは当事者は将来夫婦たる身分を取得すべき社会上の価値即名誉を有すると同時に何人よりも其豫約上の権利を謂われなく攪乱せられざるべき権利即人格権を有す（る）」とする。
- (154) 本件については、佐藤・前掲注（17）『婚姻予約・認知』107-113頁以下が各上告理由を個別に掲記しながら紹介し、同著134-5頁は、本判決の意義を敷衍・解説する。
- (155) 佐藤・前掲注（17）『婚姻予約・認知』144頁以下。
- (156) 唄・佐藤「判例における婚姻予約（5）」都法3巻1・2号（1963年）320頁。本件の実事審判決については、同論文302頁以下参照。ちなみに、本判決は、「正当理由」に関しても著名な大審院判決であるが、あわせて、慰料額でも注目すべき事例であり、一審では金3000円、原判決では金5000円の慰料が認められている。控訴審では、Xは名字帯刀を許され、維新後は「権区長」または戸長の職を勤めたこともあり、現時も土地十数町歩を所有して

居村では上流階級に属し、Y家も名古屋市内で多数の土地建物を所有する資産家と認定されている。同時に、Yが養子で先妻の子女との関係のことを考慮して届出を遅延していたので、「其心事ノ諒トスヘキモノアル」ことも説示されている。

- (157) 佐藤＝関・前掲注（141）「判例家族法の再検討（５）」292頁。
- (158) 婚姻予約無効判決については、岡本・前掲注（２）「判例内縁法序説（２）」188頁を参照のこと。
- (159) 佐藤・前掲注（17）『婚姻予約・認知』201頁。
- (160) 「破棄誘致責任」については、石川稔「婚姻予約の破棄誘致責任－判例における破棄者保護の論理について（１）（２・完）」民商49巻3号（1963年）263頁、同5号（1964年）670頁が詳論する。石川論文については、岡本・前掲注（１）『婚約・婚姻予約法』353・371頁注39、356頁、362頁以下および474頁などで、個別判例の分析を通して検討しているので、ここでは割愛する。
- (161) 佐藤・前掲注（17）『婚姻予約・認知』189頁。
- (162) 内縁関係を破綻させたのは、一方的に実家に帰ったXの方であるとしても、なぜ実家に帰らざるをえなかったかといえ、それはYの女性問題であった。他に情婦をもちながら、夫婦関係を維持しようなどというのは、虫がよさがるというXの反論にも一理あろう。佐藤・前掲注（17）『婚姻予約・認知』192頁も、判旨の論理に疑問を呈している。
- (163) 佐藤・前掲注（17）『婚姻予約・認知』163-6頁。
- (164) 佐藤・前掲注（17）『婚姻予約・認知』207-9頁。
- (165) 穂積重遠「本件判批」法協42巻2号（1924年・大正13年）241頁。
- (166) 穂積重遠「親族法相続法判例批評（八）－婚姻予約不履行の事実と慰養料の額」法協44巻4号（1922年・大正11年）118頁。ただし、持論の立場から「余計な苦心をせずに直截に事実を語ってもよさそうなものだと思う」と述べて判例の婚姻予約論を批判している。
- (167) 中川善之助『略説身分法學』（岩波書店、1942年・昭和17年）160頁、小石・前掲注（16）「判例を中心として観たる『内縁』の諸問題（２）」42頁。これに対して、杉之原・前掲注（16）『親族法』70-1頁は、届出・公示なき内縁には第三者の利害に重大な影響を及ぼす夫婦財産制の規定は原則として適用されない、とする。
- (168) ただし、「民事連合部判決」直後の下級審判決には、内縁の夫の財産管理権を否定した例もある。東京地判大正5・5・2新聞1177号18頁は、婚姻予約・結納の授受をしても、未届では、「男子は夫として女子の財産に付管理権を有せざるを以て」、夫から財産の寄託を受けた第三者は、妻の所有権による引渡請求を拒否できない、とする。この結論は妻を保護することになるが、生硬な準婚理論では、対応に苦慮するのではなかろうか。
- (169) 佐藤・前掲注（17）『婚姻予約・認知』162頁。
- (170) 本件については、佐藤・前掲注（17）『婚姻予約・認知』139頁以下で紹介

されている。直接の引用ではなく、概要にすぎないので、事実関係の詳細は不詳であるが、本稿が必要な範囲でそれを整理した。

- (171) 佐藤・前掲注(17)『婚姻予約・認知』153頁。
- (172) 佐藤・前掲注(17)『婚姻予約・認知』180頁。
- (173) 佐藤・前掲注(17)『婚姻予約・認知』182頁は、所有帰属の証明責任を夫婦のいずれに負わせるかという問題について、本件では「大審院の判断を含む可能性があ(る)」とする。そうした暗黙の立場はたしかにあるようにも思われる。
- (174) 佐藤・前掲注(17)『婚姻予約・認知』211頁。
- (175) 佐藤・前掲注(17)『婚姻予約・認知』193-6頁。
- (176) 大阪地判明治34・4・12預物品引渡請求事件。本未公表判決については、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』(成文堂、1990年)616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)167頁を参照のこと。
- (177) 佐藤・前掲注(17)『婚姻予約・認知』141-2頁。
- (178) 佐藤・前掲注(17)『婚姻予約・認知』142頁。
- (179) 佐藤・前掲注(17)『婚姻予約・認知』142-3頁。
- (180) 佐藤・前掲注(17)『婚姻予約・認知』188-9頁。
- (181) 佐藤・前掲注(17)『婚姻予約・認知』160-2頁。ちなみに、本判決は破棄判決であるが、民事判例集未登載とされた。木村和成「大審院(民事)判決の基礎的研究(8)判決原本の分析と検討(大正11年5月分)」立命館法学349号(2013年)455頁・460頁では、破棄判決でも未登載とされた判決例の「一例」として取り上げられている。
- (182) 本件の事実審と上告審判決、およびそれぞれの論評については、唄・佐藤「判例における婚姻予約(9)」都法5巻2号(1965年)411頁以下参照。岡本・前掲注(1)『婚約・婚姻予約法』398頁以下でも本判決の問題点を整理しているので、ここでの詳論は割愛する。
- (183) 佐藤・前掲注(17)『婚姻予約・認知』131頁。
- (184) 佐藤・前掲注(17)『婚姻予約・認知』145-8頁。
- (185) 佐藤・前掲注(17)『婚姻予約・認知』171-4頁。
- (186) 佐藤・前掲注(17)『婚姻予約・認知』203頁。
- (187) 本件の「中間決定」については、差しあたり、中川善之助「[夫の貞操義務]に関する裁判例に付て」法協45巻2号(1927年・昭和2年)222頁を参照のこと。中川自身は、横田裁判を消極的にしか評価していないところ、そのことなどとも関わって、「牧野英一」との論争・応酬があるが、ここでは割愛する。
- (188) ちなみに、末川・前掲注(147)『権利侵害と権利乱用』533-5頁では、不法行為の成立要件の観点から、いちいち民法710条という人格的な「権利」の侵害を問題とすると、その保護範囲が狭くなることを懸念して、本文の大

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

- (189) 差し当たり、岡本・前掲注（２）「判例内縁法序説（４・完）」39頁以下を参照のこと。
- (190) なお、このような傾向は昭和期以降も堅持されている。右近・前掲注（49）『婚姻無効の判例総合解説』62頁以下は、そうした趣旨の事例を整理・検討している。
- (191) 明治民法施行後の裁判例では届出時の婚姻意思が決定的意義を有していた事情については、岡本・前掲注（２）「判例内縁法序説（３）」90頁以下および「同（４）」39頁以下を参照のこと。
- (192) 上告審（大判大正14・11・9大正14年（オ）第842号家督相続回復請求事件）では、相続放棄の有無などについて争われているが、原判決が是認されている。木村和成「大審院（民事）判決の基礎的研究（１）—判決原本の分析と検討（序・大正14年11月分）」立命館法学335号（2011年）517頁（判例一覧）、529頁に掲記されている。なお、Xは、1審で完全勝訴したが、1審が「YがC死亡によりなしたる相続をXに回復する」と判示したので、この判示を不満として「付帯控訴」し、これを認めた原判決の主文（本文カギ括弧〈一部変更〉を参照のこと）も上告審では是認されている。

（未完）