

婚姻予約（内縁）に関する判例の展開・概観

佐藤良雄

(一) 本誌第二九号に、筆者は、「婚姻予約（内縁）判例小史・序説」と題して、若干の資料紹介とともに、大正四年連合部判決（婚姻予約有効判決）前の状況と、右連合部判決とその周辺についての小稿を掲載させていた。いた。

これにひきつづいて、右連合部判決以後今日に至る判例の展開過程を、今後、本誌または別途に素描してみた。と考えているのであるが、その冒頭にあたり、筆者は、おそらくすべての歴史的叙述に共通するであろうところの方法的問題に逢着せざるをえない。のみならず、ここでの対象たる歴史的事実が、判決というきわめて特殊な事象であることから右の困難は一層倍加されるようにも思われる。ここで筆者は、歴史認識ないしその叙述の方法にまでさかのぼって検討する能力もないし余裕もない。しかし、少なくとも次のような問題だけは指摘できよう。すなわち、歴史的諸事実は、それ自体としては、単に時間的に継起する事象にすぎない。それらの事象を個別的に認識し、さらにこれを検討・批評する場合の方法も、それはそれとして、きわめて重要な問題であ

婚姻予約（内縁）に関する判例の展開・概観

(1) 　しかし、これらの個別的事象（判決）を、時間的順序にしたがって羅列するのみでは、単なる事件史の域を出ないであろう。かような事件史も資料的にはまったく意味のないことではないであろうが、しかし右の如き事件史を述べるにさいしても、生起した事象（判決）のすべてをとりあげるわけではない。そこに筆者の問題意識（観点・視点あるいは史観など）に照らして、事象（判決）の選別がなされている筈である。おそらく、一般の歴史叙述にさいしては、最もプリミティブな方法としては、ある事象が同時代に対し、さらには後の時代に対し与えた影響力の大きさが選別の一つの標準となるであろう。しかし、歴史叙述が単なる事件史に終わらないためには、さらに、右の如き事象の一と他の因果の関係（ときには、それは下部構造と上部構造の各変化と相互関係として把握されることもであろう）が追求されること、あるいは、事象の一と他の性質の相違又は変化が明らかにされることを要するであろう。そして、判決という事象についても、歴史認識ないしその叙述の手続は、右とおそらく同様であろうと思われる。判決の場合、そこに登場する事実関係は、きわめて個性的・偶然的であり、時間的継起の連続性・必然性は、はなはだ稀薄である（但し、時代の推移に伴なう事実関係の性質の変化は否定できない）。しかし判決によって形成される規範の同時代又は後の時代に対する影響力には強弱があり、且つ一と他の間にはある種の因果関係（一が他に先例として機能するという関係）が存在することがあり、一と他の性質の相違又は変化（一の判決の規範と他の判決の規範の相違、変化）が著るしいこともある。

　ところで、右の如き歴史的事象（判決）の選別や因果関係及び性質の変化等の認識は、必ずしも客観的或いは一義的になされうるものではなからう。前述の如く、認識主体の問題意識（観点・視点あるいは史観）によって、認識の在り方は主観的且つ多義的にならざるをえないと思われる。

はなはだ粗雑ではあるが、とりあえず、以上のような考え方にもとづいて、次に、婚姻子約（内縁）に関する判例の歴史を叙述するにさいして、従来とられてきた観点を三種に要約して述べてみよう。なおここでとくに補足しておきたいが、以下に述べる三種の観点は、相互に矛盾・対立するものではない。後述するように、一つの著書・論文において、それらの二ないし三が同時に採られてきたこともあるし、むしろその場合が多かったと言えよう。但し、各種の著書・論文により、その（三種の観点の）いずれかの比重の軽重がみられることもまた否定できないところである。しかしそれは、いわゆる史観の対立の如き性質を有するものではない。あえて、「観点」というややあいまいな用語で表現するゆえんである。

※ ※

なお本稿は、連合部判決以後の判例の展開の概観を意図したものであったが、その叙述方法に迷ううちに、判例史とも学説ともつない中途半端なものになってしまった。しかも、判例・学説とも網羅的でない、きわめて不十分なものである。とりたてて新しいアイデアもないかような草稿を本誌に掲載することの是非を最後まで迷ったが、筆者の意図する「婚姻子約（内縁）判例小史」の必要な一節でもあるので、愚作のそしりを覚悟しつつあえて掲載させていただくことにした。――本文には特に新味もないが、いくつかの註で、従来の私どもの考え方や私見を整理してみたところに多少のメリットがあるとも言えようか。いずれにせよ、われながらお恥かしい不出来の小稿であることに変わりはない。これが筆者の能力の限界であると言われればそれまでのことであるが。

(1) 本稿は、個別判例の研究を意図するものではない。しかし全体として、従来われわれのおこなってきた個別判例の研究に依拠しながら執筆を進めるものである。その意味で、ここで個別判例の研究方法についても若干触れておく。個別的事象としての判決の認識・検討は、絶えず学者によっておこなわれているところである。すなわち、あ

婚姻子約（内縁）に関する判例の展開・概観

婚姻予約（内縁）に関する判例の展開・概観

特定の判決について、いかなる事実関係に対し、いかなる論理で、いかなる結論がとられたかを明らかにし、これを既存の判例法を含む法秩序とその解釈理論と対比し、且つ将来の同種の事件への機能を予想しながら検討し、さらに右の法的判断に含まれる価値体系を批評、批判すること——このような作業は、多かれ少なかれ、いわゆる判例批評・評釈・解説等のなかでおこなわれていることである。しかし、厳密に云えば、個別的判決の認識・検討も、方法的に反省する時は、必ずしも容易な作業ではない。すなわち、判決の結論（請求の認否）は、判決主文から明瞭であろうが、右の結論の前提をなす事実関係は、一応判決文に記載（表現）されてはいるものの、厳密に云えば、裁判官の脳裡に表象された事実であった筈であり、これを認識（ほとんど推理に近い）することは、下級審の認定事実、当事者の主張ないし自白事実、さらに当事者や関係者への面接と聴取などによって接近しうる（あくまでも接近にすぎず、せいせい近似値に過ぎないが）なまの（實在）事実の分析を通じてある程度可能であるとしても、かなり困難なことである。仮に右の表象事実（これが判決文に表現された事実と一致するのがノーマルであり、かような場合が少なくないことを忘れてはならないが）を知りえたとしても、これを基礎として結論に達した理由は、判決文に表現された論理そのものであるとは限らない（両者が一致することが原則であり、両者の乖離はむしろ例外であることはここでも忘れてはならないが、往々にして両者の不一致―表見的論理は真の理由の正当化にすぎないこと―が生ずることも否定できないのではなからうか）。裁判官の脳裡に表象された事実関係は、彼の有する価値体系（世界観、イデオロギー、道徳ないし倫理観念など）に照らされ、既存の法秩序との論理的整合性を意識され、将来の機能を顧慮され、しかも時には各種のイラショナルな要因（政治的、個人的動機など）をも加えられて、結論（請求の認否など）に到達すると考えられる（しかもこれらのプロセスは、おそらく、順次段階的に行なわれるのではなく、一時一体的に行なわれるのであろう）からである。したがって、判決文に表現された事実関係も理由づけも、実はそのまま受け取ることのできないかなり疑わしい存在である。——このことは、既に末

弘教授によって、判例における形式的論理と具体的論理、抽象的な法律論と具体的法律の二元的存在として分析され（判例民法大正一〇年度序文など）、川島教授により判決が表示する理由づけと判決理由（教材民法(三)序）、主観的判決理由と客観的判決理由、あるいは、先例機能的裁判規範と先例価値的裁判規範（請求権の競合）法協七四卷五、六合併号）として区別されてきた。さらに唄孝一教授は、「書かれた判決理由」と「実質的判決理由」（イラショナルな動機まで含めれば「真の判決理由」という観念も考えておられるようである）という区別をされている（青山記念・家族の法社会学一五七頁以下の方法的叙述は、同教授が、婚姻子約有効判決ほかの判例研究を通じて到達された方法論の、きわめて見事な集約である。ここで我々が何よりも学ばねばならないことは、唄教授がその判例研究の方法論を、末弘教授、川島教授の提起された問題意識を手がかりとしながらも——先験的・思弁的或いは単なる思いつきや外国学者の理論の輸入によってではなく——文字通り汗と埃にまみれながら経験的且つ実証的に構築されてきたことである）。なお近時、注目すべき論稿として、川島還暦記念「民法学の現代的課題」所収・小林三衛「裁判研究の方法についての一試論」がある。ここでは小林教授自身の研究テーマである入会研究に即して、判例研究における（実在）事実探究の重要性、並びに未公判判決収集の重要性などが強調され、唄教授が婚姻子約有効判決の再検討にさいして採られた方法が評価されている。唄教授がその方法論を集約された青山記念一五七頁以下が視野に入っていないように思われること、未発表判決探究の意義について述べられた都大法学一卷一号一四五頁以下（とその実践たる都大法学での未発表婚姻子約判例の紹介）が参照されていないように思われることなどは、専門違いのことゆえやむをえないとして、とつとつとして語られる判例（裁判）の科学的研究の方法に關する同教授自らの深い学問的体験に裏づけられた試論は、（一時期判例研究の方法論に關して華やかに発表された流麗ではあるが思弁的な諸論稿に比して）まことに人をうづもつものがある。研究分野は異なっても、裁判ないし判例を科学的に研究することを志す者の行きつく所は同一であることを、深い感銘を以って知らされたことである。

婚姻子約（内縁）に關する判例の展開・概観

婚姻予約（内縁）に関する判例の展開・概観

(二) 前項に述べたように、筆者は、これまで婚姻予約（内縁）判例の沿革ないし歴史について、わが国の家族法学者が考察する場合に三種の観点があつたと考える。以下、それらについて順次述べてゆこう。あらかじめ要約しておく、第一は、判例において、婚姻予約ないし内縁が、いかに法律上の婚姻に準ずる効果を与えられたきたかという観点から判例の発展・展開をあとづける場合である。第二は、婚姻予約（婚約・内縁）の成立要件や法的効果の主要問題に関する判例の発展を個別的にあとづける場合である。第三は、判例にあらわれた婚姻外男女関係の類型とその法的保護の有無ないし是非に焦点を合わせて考察する場合である。

以下、各々の観点について概要を述べておこう。

(1) 第一の観点は、最も一般的なものと言えようが、わが国の判例において、婚姻予約という法律構成を与えられてきた婚姻外の男女関係が主として社会的には婚姻の実をもちながら届出を欠くという点だけで法律上の婚姻と異なる事実上の婚姻（夫婦）すなわちいわゆる内縁であり、これを法律上の婚姻に準じて扱うことが社会的にも学說的にも要請されてきたために、事実上の婚姻ないし内縁が、判例上、いかに婚姻に準ずる法的効果を与えられてきたかという角度から判例の発展・展開をあとづけるものである。婚姻予約（婚約・内縁）の成立要件や法的効果の主要な問題点に関する先例的規範の発展をあとづける場合（後述の、第二の観点）にも、また婚姻外男女関係のタイプに対する判例による法的保護の展開をあとづける（後述の、第三の観点）場合にも、多かれ少なかれこの（第一の）観点が包摂されてくることになるが、前者（即ち第二の観点）は、法律構成（法律的問題点）をおしなべて問題とし、後者（即ち第三の観点）は、婚姻外男女関係の各類型の保護をおしなべて問題とするのに対し、この（第一の観点の）場合は、我国の民法における届出婚主義（法）と社会慣行における事実婚主義（事実）

のギャップに注目し⁽¹⁾、これを特に問題として、事実婚(内縁)に対する法律婚の効果の準用(内縁の準婚化)に焦点をしばって判例の発展をあつづけるものである。従来わが国の家族法学者が、婚姻予約(内縁)に関する判例の展開ないし発展につき考察するとき、その観点は、この第一の場合が多かったように思われる。⁽²⁾ いわゆる内縁の問題が一つの重要な社会問題であったこと、またわが国の民法(さらには近代法)における法と社会的事実(慣行)の乖離を示す典型的な事例であったことからみて、けだし当然の勢いであったと言ふべきであらう。

内縁の保護(準婚化)という理想に照し、この観点から判例の歴史をみると、大正四年連合部判決(婚姻予約有効判決)は、その(内縁保護の可能性をひらくという)目的において称賛すべきものであるが(準婚の不当破棄すなわち不法行為としてではなく、婚姻予約の不履行という)論理構成において批判されるべきものであった。そして、この観点から後の判例の展開をみると、〈挙式同居し事実上夫婦同様の生活をした間になした勤労は、双方合意の上婚姻をしないことにして実家に帰ったからといって、不当利得として返還請求できない〉とした大判大正一〇年五月一七日が、結論としては原告女の保護をもたらさなかつた点でやや皮肉な結果となつたとはいへ、まず、事実上の夫婦の準婚性をみとめた判例として注目される。⁽³⁾ さらに、〈まだ婚姻の届出をしなくても儀式をあげ夫婦の実が存する場合には、民法第三二〇条(日用品供給の先取特権)にいう債務者の扶養すべき者に含まれる〉とした大判大正一一年六月三日、〈内縁の妻の実家において妻の療養看護その他の世話を委託された趣旨に基づいて、その火葬費を立て替えていたときは、夫の父はそれを弁償すべき義務がある〉とする大判昭和七年八月二五日⁽⁴⁾、〈内縁の夫婦の間に生まれた子は少なくともその内縁の夫の収入により生計を維持するを得べかりし者であつて、後者(内縁の夫)を侵害した者に対して、不法行為に基づき賠償を請求することができる〉とした大

婚姻予約（内縁）に関する判例の展開・概観

判昭和七年一〇月六日⁽⁷⁾（いわゆる阪神電鉄事件）、〈内縁の夫の死亡後も内縁の妻はその家に居住する権利がある〉とした大判昭和八年八月一〇日⁽⁸⁾などが、判例の（内縁の準婚化への）進歩ないし発展の指標とみなされる。そして結局、〈内縁を不当に破棄された者は、相手方に対し婚姻予約の不履行を理由として損害賠償を求めることができるとともに、不法行為を理由として損害賠償を求めるところもできる〉とした最判昭和三年四月一日⁽⁹⁾に至って、判例によっていわゆる内縁準婚理論がまとめられたとするのである。

(1) 穂積重遠「親族法」（昭和八年）二五〇頁以下は次のように述べている。「我民法は全然事実婚を顧みない純粋な法律主義なのであるが、我々はここに形式婚主義殊に法律婚主義の一大欠陥に注目せざるをえない。それは事実と法律との不一致である。事実と法律とがややもすれば食い違ふことは、我国今日の社会の一つの持病と云ってよいが、其症状が婚姻制度に最も極端に暴露して居るのであって即ち一方には法律婚あつて事実婚なき状態があり、他方には事実婚あつて法律婚なき状態が存する」と。

(2) 判例による内縁の準婚化の過程をあつてこられたのは、主として中川善之助教授の一連の判例批評、論文、著書である。大正一五年の「婚姻の儀式」（法協四四卷一・二・四・五・六号）において、同教授は、大判大正八年六月一日（儀式不要判決）をとらえて「……苟くも正当に婚姻と謂ひ得べき関係に対しては仮令届出はなくとも、将又婚姻儀式は挙げられなくとも、或る程度法律効果が附与されることとなつたのである」とされ、しかし「ただ大正四年以来同八年に至る間は大体に於てこの所謂『或る程度法律効果』なるものが、婚姻届の提出義務のみを中心として動いて居たことは注目に値する」と述べておられる（法協四四卷一一〇四頁）。ここで、教授は註記されて、「何が内縁法上所謂『或る程度法律効果』なりやに付いては、本稿本来の範囲を脱するが故に詳論を避ける」とされながらも、かかる性的結合が浄化はされているものの充分の公示確証がなく「従て本人同志の間に

は殆んど民法其他の法律に於ける婚姻効果がその假適用されて差支へがない。殊に不当離婚に対する損害賠償の如きは之を否むことが出来ない。之に反し善意の第三者に向つて己れの内縁関係を對抗せしむることはどうしても許されない」（同一一〇四―五頁）と述べておられることを特に注目しておきたい。その後同教授によつて展開されたいわゆる内縁準婚姻論がその萌芽をみせている点においても、同時にまた同教授が当初は「善意の第三者」への対抗力を否定されていた（その後の理論では善意、悪意を問題とされていないようであるが）点においても興味深い。ところで同論文は、さらに大判大正八年五月二日（民録二五輯七六〇頁―婚姻の予約をし事実上の夫婦生活持続中の女と私通し婚姻をすることができないようにしたときは、予約者の一方の権利を侵害したものであるから、その有形無形の損害を賠償しなければならないとしたもの。いわゆる「満州守備隊事件」であるが、当時同教授は「内縁姦通判決」と名付けておられる）をとらえて「此の内縁姦通の判決は我國の内縁問題が単なる入籍期待権の問題に止まらずして夫れ自身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思われた……」と評し、さらに大判大正十一年六月三日（民集一卷六号二八〇頁―すなわち日用品供給の先取特権に関する判決）に、内縁問題が「……単なる入籍問題ではなくなり、実に内縁関係なる一社会関係其の物に如何なる法律効果を与ふべきかの本質問題となつて来た」ことの一つの表現をみる。そして、結局、「内縁関係を夫れ自体相当の保護を受くべき法律関係なりと見る思想は判例の上では大正四年の所謂婚姻予約有効判決に初めて其の兆を見せ、次いで其の形式を解き捨てた大正八年の婚姻儀式不要判決と第三者に対する主張を認めた同年の内縁姦通判決とに依て愈々確かめられ、今や此の先取特権の判決は依つて漸く明証の域に達せんとしたものと云うことが出来よう」と述べておられる。その後の婚姻予約（内縁）判例史に関する叙述は、多かれ少なかれ、右の中川教授によつて定式化された観点に則つて来たと云つてよいであろう。二、三の例を挙げよう。昭和一二年刊行の「家族制度全集・法律篇 第一巻・婚姻」所収の小石寿夫「内縁」には「日本内縁法小史」なる章があるが、ここでは、右中川論文の影響が婚姻予約（内縁）に関する判例の展開・概観

婚姻予約（内縁）に関する判例の展開・概観

きわめて顕著である。すなわち、「判例の上で内縁が婚姻関係としての真面目を認められるに至ったのは、日用品供給の先取特権に関する大正一一年六月三日の大審院判決を以て嚆矢とする」（一七三―四頁）と述べるが、一方、大正四年連合部判決について注目すべき点の一つとして右判決の同棲関係が「慣習上婚姻ノ式ヲ挙行シタル」ものであったことをあげ、さらに「婚姻儀式なき正当婚姻」を保護したものとして大判大正八年六月一日を挙げている。中川教授は、さらに昭和一七年「日本親族法」二七五頁以下において、「内縁関係は予約関係ではなく、本契約的の準婚姻関係なのである」とし、その不当破棄の責任は、不法行為をもって論ずべしとし、判例が内縁を準婚姻係として見ていることを、大判大正一一年六月三日（民集一卷二八〇頁―日用品供給の先取特権に関する事件）や大判昭和七年一〇月六日（民集一卷二〇二三頁―いわゆる阪神電鉄事件）を例証として挙げ、「一般に実際上の夫婦生活に欠くことの出来ない婚姻法的効果は内縁にも認められてよい」と述べられた。この理論及び判例法の認識は、その後一層、学説上定着した。戦後の諸論著についてみるならば、たとえば、「家族法大系・II・婚姻」所収の大原長和「内縁の概念」、同教授による註釈民法第二〇巻「親族I」二四三―四頁、太田武男「内縁の研究」九〇―九六頁、島津一郎「家族法入門」六四―六七頁など挙げれば限りがない。

(3)

民録二七輯九三四頁。判民一卷二二四頁（穂積評釈）参照。本件は、X女がY男を相手方として、X女がY男の家事に尽した勤労によってY男は不当利得をなしたとして、その返還を請求したものである。第一審でX女の請求は棄却され、X女の控訴も棄却、さらにX女の上告も本大判で棄却された。本大判の未公表下級審判決とその註釈については、都大法学六巻一五一七―一七五頁。本件の男女間には、なお別訴二件（X女からの慰籍料請求事件とY男からの損害賠償請求事件）があることが発見されて、判決文・註釈と共に、都大法学六巻二九一―三二〇頁に公表されている。判決の認定によると、本件男女は、慣習上の儀式を挙げ一年三ヶ月ほど同棲したものであり、若干の疑義（右都大法学六巻二号「総括」参照）があるとはいえず、「準婚」的事案のように思われる。本大判

については、前掲穂積評釈もあり、穂積「親族法」二六一頁にも引用され、岩田「解説」二二九—二三〇頁も大きく採りあげてはいるが、翌大正一年の日用品供給の先取特権に関する大判に比すれば、当時から、さほど重視はされていなかった。X女の請求を否定した判決であつたからかも知れない。

(4) なお、初期の中川教授は、儀式不要判決（大判大正八年六月一日）や内縁姦通判決（大判大正八年五月二日）をも、（未だ内縁の準婚化という觀念には言及しておられないが）内縁関係をそれ自体相当の保護を受けるべき法律関係であると見る思想のあらわれとして重視しておられたことは、前註(2)に述べた通りである。

(5) 民集二卷二八〇頁。判民二卷（大正十一年度）一七三頁（穂積評釈）のほか、法学志林二五卷六号八八頁（葉師寺評釈）がある。本判決が「内縁関係を夫れ自体相当の保護を受くべき法律関係なりと見る思想」の「明証」であると賞揚されたことは、前註(2)で述べた通りである。穂積評釈、中川「婚姻の儀式」以来、今日でも、内縁準婚化判決の「嚆矢」として挙げられている。なお本大判の下級審判決は未公表であるが、控訴審判決は近く都大法学誌上に公表の予定である。本件は、債権者たる原告X会社が、訴外債務者Aに対する貸金債権に基いてAに対し強制執行をしたところ、他の債権者Yが配当要求をなし、Yの債権中の白米及び醬酒類の代金について民法三一〇条の日用品供給の先取特権があると主張し、執行裁判所によってYの優先権がみとめられたために、X会社がYを相手方として、右の日用品供給債権中には、Aの内縁の妻のために要した費用も含まれているので、その金額については先取特権を認めるべきではないと主張して配当要求異議の訴を起したものである。一審・二審共X会社敗訴し、X会社の上告は棄却された。詳しくは、後日都大法学誌上で検討・紹介したい。

(6) 評論二卷民法一二二六頁、法学二卷四七四頁。右出典は、本大審院判決の一部を公表しているが、大判の全文及びその下級審判決と註釈は、都大法学五卷二号四二七—四四六頁にある。

本件は内縁の夫Bの父Xが内縁の妻Aの父Y₁ほか三名を相手方として貸金請求をしたものであるが、Y₁がその婚姻予約（内縁）に関する判例の展開・概観

婚姻子約（内縁）に関する判例の展開・概観

娘Aの看護療養費、葬式費の立替金をその対当額において相殺すると抗弁し、第一審では、Xの請求はほとんど容れられたが、控訴審では、Y₁の相殺の抗弁が採用され看護療養費の一部と火葬費がみとめられ、これに対するXの上告が棄却されたものである。本大判は、判例における内縁準婚視の指標を示す主要なものの一つとして屢々引用されている。すなわち、中川「民法Ⅲ」（昭和八年）八二―三頁でとりあげられ、岩田「解説」一三二―三頁で「内縁の妻も財産関係に於いては妻として扱われるべきものであるとする傾向が強く現れ出した」こと、「内縁の夫の妻に対する扶養義務あることの前提に立つた判決である」と強調された。これをうけてか、大原・家族法大系・II「内縁の概念」二七九―三〇〇頁も、判例が内縁を「準婚」として解決をはからんとした事例の一つに挙げ、同教授・註釈民法第二〇巻・親族I二四三―二四四頁も同旨を説く。このほか、島津「入門」六五頁も同旨。たしかに本大判は、火葬費用（葬式費用ではない）の負担を内縁の夫の父（であることにも注意）にみとめたが、その淵源は、A女の「内縁の妻」性を根拠としながらも、直接的には、YがXからA女の「療養看護其ノ他ノ世話ヲ委託セラレタル趣旨ニ基キ該費用ヲ立替ヘ支払ヒタル」ことに求められている。療養看護費については控訴審でみとめられ、これは上告審では争われなかったが、これもやはり「委託」にその根拠を求められている。これらの点につき、なお詳細は、前掲都大法学五巻二号を参照。要するに本大判は、通常考えられているほど内縁の準婚性をみとめた判決とは言いがたいのである。

(7)

民集一一巻二〇二三頁。本件は、阪神電鉄の電車で死亡した内縁の夫の妻と未認知の子が右電鉄会社に対し、各々財産上の損害（得べかりし扶養料）と慰籍料を請求したものである。第一審で右内縁の妻と私生子の両請求は棄却され、控訴も棄却されたが、本大判は、内縁の妻の両請求については、さきの和解契約を理由として棄却し、私生子の慰籍料も棄却したが、私生子の財産上の損害のみはみとめるべしとして、原判決を破棄差戻したものである。しかるに、この大審院判決は、結果として内縁の妻の財産上及び精神上の損害賠償請求を認めなかったこ

とは明らかであるにもかかわらず、「事実上の妻は配偶者としての殺人不法行為請求権（民法第七一条）を有するものとした」（岩田・解説・二三三頁）とか、「内縁の妻子を正式の婚姻の妻子と『同視すべき関係にある者』としてそれに夫の死亡によって生じた財産的損害（扶養料の喪失）に対する賠償請求権を認める判決（大審院昭和七・一〇・六判決）とがあいついで現われた」（島津・入門・六五頁）、「他人の不法行為によって夫を失った内縁の妻を、『妻子或へ之と同視スヘキ関係ニ在ル者』となし、損害賠償の義務を認めるにいたった（大判昭七・一〇・六民集一一二〇二三）」（大原・註釈民法二〇卷二四四頁）などと云われており、かつて、本判決の批評（志林三五卷五号、総評一卷一一三頁）において「判決は内縁の妻重子の財産的損害賠償請求を認めて居ない……」と明記されていた中川教授も、「判決は、被害者に『妻子或は之と同視すべき関係にある者』があれば、加害者はこれに七一条による慰藉料は払わなくてもよいが、扶養喪失による損害は七〇九条により、かかる者即ち内縁の妻に対しても賠償しなければならないとしたのである」（新訂親族法三四一頁）と述べられるに至っている。——さすがに、太田武男「内縁の研究」九二頁は、大審院は「内縁配偶者の請求を認めなかった」と記しておられるが。

ところで、本大判は、私生子の財産的損害（扶養料）の請求をみとめるべしとして原判決を破棄差戻したのであったが、差戻後の控訴審において、右請求が認められたあと、被告会社から再上告され、再上告審たる大判昭和一年六月二〇日（法学五卷一五一五頁に一部公表、都大法学後掲に全文公表）は、原判決の被告敗訴の部分を破棄して再び控訴審に差戻し、この再差戻控訴審係属中に和解（内容不明）により終結した。その意味で、本事件について、大審院が、父の死亡に因る私生子の財産的損害賠償請求をみとめた（内縁の妻のそれを認めたというに至っては論外であるとしても）という通念は、その後の訴訟経過をも視野に入れば正確ではない。これらについては、都大法学八卷二号四六九頁以下（関）を参照されたい。

（8） 法律新聞三五九二頁。本件は、X女が（一二年間事実上婚姻してきた）亡A男の死亡後、亡A男の父 Y_1 、弟 Y_2 ・ Y_3

婚姻予約（内縁）に関する判例の展開・概観

婚約予約（内縁）に関する判例の展開・概観

等が寝室のたたみを取り除き電燈を取りはずすなどして退去を強要したのは不法行為であるとして慰籍料を請求し、第一審、控訴審ともX女の請求を一部認容し、Y男の上告が棄却されたものである。未公表であった下級審判決は註釈とともに都大法学四卷二号五一頁以下（関）に掲載されている。そこで関助教授は、「本件が、従来理解されていたように、内縁の妻を内縁であつたが故に保護し、その夫の死亡後、その住家に居住する権利をみとめた判決である」とみることにやや行きすぎないであろうか」と提言されておられる。

（9）

民集一二卷五号七八九頁（いわゆる内縁準婚判決）。Y男と事実上の夫婦として同棲してきたX女が実家で病氣療養中、Y男方から荷物の引取りを要求されたため、Y男に対し、慰籍料と医療費を請求したもので、第一審・控訴審ともX女の請求をみとめ、Y男の上告は棄却された。本判決については、いづれ訴訟記録の検討とも併せて別稿で詳しく紹介したい。

（2） 第二の観点は、婚約予約（婚約・内縁）の成立要件や法的効果のうち主要な法律問題に関する判例の発展をたどるものである。テキストや註釈書で、法律問題をおしなべてとりあげる場合はもちろん、モノグラフにおいて、判例法を体系化しあるいは学説を展開するにさいしても、多かれ少なかれ、成立要件や法的効果に関する判例の展開を回顧せざるをえないのは当然であろう。ただし学説は、判例における婚姻外男女関係を、「婚約」と「内縁」の二類型ないし概念で把握していることが多いために、判例も各々の類型に即して引用ないしあとづけられていることが多い（学説の立場からはやむをえないことであろうが、この方法は、婚姻予約に関する判例を乏しい既存の公表資料から、婚約と内縁に分別するという苦肉の或いはときには誤りを含む努力を自らに強いることになる。判例自身が婚約とか内縁という概念を用いている場合はそれでよいとしても、婚姻予約という概念を用いているとき——大部分はそうであるが——はこれに即したほうがよいのではなからうか）。

いま、婚姻予約（婚約・内縁）の成立要件や法的効果に関する主要な問題点を列挙すれば次の如くである。成立要件については、成立の方式と障碍事由が問題となる。障碍事由についてはさらに婚姻年令、同意権者の同意、再婚禁止期間、重婚などに関する民法の規定の準用の有無が問題となる。法的効果は三種の問題を含む。届出強制の是非及び違約金などのけん連契約の是非、解消に関する諸問題（解消事実の認定・破棄責任の性質・正当事由・賠償請求権の性質や範囲など）、いわゆる準婚的効果（同居扶助の義務・契約取消権・婚姻費用の負担・日常家事債務の連帯責任・財産所有関係の推定・財産分与・相続権・特別縁故者など）である。⁽¹⁾

(1) 本稿では、これ以上この問題に深入りしない。本小史の続稿が、主としてこの観点から（成立要件、解消に伴う諸問題、いわゆる準婚的効果などの問題について）上告審判決の沿革を追う予定だからである。

(3) 第三の観点は、判例にあらわれた婚姻外男女関係の類型とその保護に焦点を合わせて考察するものである。ところでさらにこの観点に立つ論者に三種のものを区別しておくことが必要である。その一は、比較的初期の論者であって、その典型を、「婚姻の儀式」（法協四四巻のとくに五号、六号）当時の中川善之助教授にみることのできる。小石寿夫判事も「内縁」（前掲）において、その影響を示している。その特徴は、中川教授の右論稿にみられる如く、判例にあらわれた内縁関係には、「儀式に依る内縁」と「儀式に依らざる内縁」があるとし、大判大正八年六月一日（儀式不要判決）によって、「儀式に依らざる内縁」も保護されるようになったとするのである（小石論稿もほぼ同旨）。⁽¹⁾ところで、右中川論文は、「儀式に依らざる内縁」について、判例に即し、あるいは理論的に、いくつかのタイプを分析しておられ、しかも当時までの判例に即して「真の予約」・「不義の結合」⁽²⁾などのタイプも挙げておられる。思うに、当時氣鋭の家族法学者として登場された中川教授の脳裡には、判例の

婚姻予約（内縁）に関する判例の展開・概観

事案に即しつつ、婚姻外男女関係のさまざまのタイプが明滅していたのではないかと推察される。さらにこれに、岩田新「判例婚姻予約法解説」を加えることもできよう。いささか未整理の感があるとはいえ、同博士が、判例にあらわれた婚姻外男女関係を、「儀式婚」・「同棲婚」・「狭義の婚姻予約」の三つのタイプで把えておられることは明らかである。

その二として、学説は、その後次第に、婚姻外の男女関係を、「婚約」と「内縁」の二つの概念でとらえるようになった。それにしたがって、判例の事実関係も、右の二つの類型に分別されて認識されるようになる。今日、学説による判例認識の大勢は、これによっていると言えよう。

しかし、ここで、その三として、婚姻予約有効判決の再検討を契機に、唄孝一教授によって提唱され、その後さらに展開をみた、新たな四類型（準婚または事実上の夫婦、婚約または純粹婚約、試婚または伝統的結婚習俗における未完成婚、非婚または結婚的結合とはいえないような男女関係）論による判例史の再検討の試みを加えることができよう。⁽⁵⁾当初中川教授によって始められ、中途にして、「婚約」・「内縁」の二概念に収束されてしまった類型論は、（類型化の規範的意義という新たな装いのものと）新しい展開をみることになったのである。⁽⁶⁾この唄教授によって提唱され展開された類型論については、——後に導入された「事実概念」・「擬制概念」という観念とともに——理論的にも、具体的な判決に即しつつも、なお検討・考慮し述べるべきことが多いが、それについては他日を期すことにしたい。

(1) 家族制度全集・法律篇Ⅰ・婚姻一七二—一七三頁。

(2) 中川教授は、「儀式に依らざる内縁関係」ないし「性的無儀式結合」に、まず二つの種類があると分析されてい

る。すなわち、その一は「所謂内祝言として極めて簡單なる方式を踐んだ結合」であり、その二は「当事者の意思及び社会殊に其の親族の眼にすら或は婚姻と言う程公然清淨な關係として映じたりや疑はしい位の、寧ろ私通に極く接近した結合」である。教授はその一の結合にあたる判例として東地大正八年三月一〇日（評論八卷民法一九七頁）をあげ、これを「無儀式婚姻中最も有儀式婚姻に近いもの」といわれている。しかし教授はとくにその二の結合を問題とし、大判大正八年六月一日の事案をこれにあたるとするが、これが社会的にはたして婚姻關係なりと謂いうるかを疑問としつつも「恐らくは……当事者の關係は謂はば婚約的であつたのであろう」と推測される。かくて教授は「大正八年を転期として判例法が内縁問題に関し儀式の必要を少なくとも従前の如く高調しなくなったものと見ることができよう」と云われる。しかも、なお且つ教授は、正当な婚姻と不正当な婚姻（筆者註―いずれも事実上の婚姻を指す）の区別の基準に思いを廻らせ、「例えば茲に二組の性的結合がある。何れも婚姻の届出を為さず、又婚姻儀式をも挙げて居ない。而かも本人並びに社会一般が見て以て其の一を婚姻となし、他の一を以て然らずとなす場合がある。斯る場合之を法律的に截然と區別する方法ありや」と疑問を提出される。（そこで、ローマのウーズス理論が参照されるのだが）結局教授の到達される結論は、「儀式も届出もない性的結合と雖も相当年月日の間継続的に生活を協同し來つたものは即ち婚姻關係に他ならない」ということである。

(3) 「真の予約」に関するとしてされているのは、東控昭和三年七月二五日（新聞九六五号―実は「藤井対武田事件」の下級審判決）である（法協四四卷九〇〇頁）。

(4) 「不義の結合」とされているのは、東地大正二年四月一日（評論二卷民一七九頁）である（法協四四卷九〇二頁）。

(5) 唄孝一・佐藤良雄「続・婚姻予約有効判決の再検討」（一）・（二）法律時報三二卷一〇号、一一号（とくに後者の追記）、唄孝一・法学教室（別刷ジュリスト）一一二号「内縁ないし婚姻予約」

(6) 唄教授が「婚姻予約」破棄に関する判例において、その法的保護の対象となつた男女關係のなかに法律的に未完成婚姻予約（内縁）に関する判例の展開・概観

婚姻予約（内縁）に関する判例の展開・概観

（未届）であるが社会的には完成している（家族秩序・村落秩序による承認はなされている）もの（準婚または事実上の夫婦）と、法律的にも未完成（未届）で社会的にも未完成的な（家族秩序・村落秩序による承認が未だなされていない）もの（試婚または伝統的結婚習俗における未完成婚）を区別したのは、単に判例にあらわれた男女関係をより細かく分類・整理せんがためではなかった。唄教授も言われるように、両者を峻別したのは、「そのどちらであるかによってその不当破棄の規範の意味はかなり異なってくると思われる」からであり、「男女結合の性質において両者に質的な相異があり、そのことが不当破棄保護の意味（とくに国家規範と社会規範との関係）をも質的に異ならしめている」からであった。詳しく言えば、不当破棄における法的保護にさいして、前者（準婚）については、「社会規範における保護に国家規範が追従するものであるのに対し」、後者（試婚）においては、「社会規範における保護拒否に国家規範は対決しそれを否定克服したのではないか」と思われたからであった（唄・前掲・兩論文）。それはともかくとして、太田教授はこれについて「第一の範疇『事実上の夫婦』と第三の範疇『伝統的結婚習俗における未完成婚』との質的な相異を尊重するとしても、それぞれの範疇に属する事例の中にもまた相対的・段階的な質的相違があるわけであるから、一応事案は整理されるとしても、絶対的・根本的に整理・解決されえたとはいえるか、わたくしとしては疑問なきをえない。だから結局は五十歩百歩の感なきをえず、厳密な意味では問題が残るのではないかと考える」（前掲七三頁）と述べておられる。しかしながら、ここで、若干唄教授のために（いずれは唄教授自らの反論がなされるであろうが、誤解を恐れず筆者の理解するところから）弁ずるならば、仮りに第一の範疇（準婚）と第三の範疇（試婚）との質的な相異が（単なる儀礼的な尊重ではなく学問的に）承認されるならば、第一と第三の「それぞれの範疇に属する事例の中にもまた」、唄教授の云われるような社会規範（家族秩序、村落秩序）による承認・保護の有無という「質的相違」が「相対的・段階的」に存在するとは言えない筈である。けだし、ある一定の男女関係に対する社会規範による承認ないし保護は、「ある」か「ない」か何れかで

あり、「ある」ものが第一の範疇に属し、「ない」ものが第三の範疇に属するという、二律背反的な関係に立っているからである。もし、第一と第三の「それぞれの範疇に属する事例の中にもまた相対的・段階的な質的相違がある」とするならば、その「質的相違」は、唄教授の云われる社会規範による承認・保護の有無とは全く別のものではなくてはならず、それを具体的に提示する必要があることになろう。そして、さらに付言するならば、仮に全く別の基準による質的相違が提示されても、それだけでは、唄教授の言われる社会規範による承認・保護の有無という「質的相違」の存在を否定したことになるのである。——なお同「内縁の研究」一〇〇頁がさらにこの点に言及するほか、「婚姻の屈出」（有斐閣）二六八頁のシンポジウムにおける太田教授の発言もこの点に言及するが、時間及び紙幅の余裕の関係からその批評は他日に譲る。

ところで、なお多少つけ加えておくと、たしかに、時代と地域により、ある男女関係の不当破壊が社会規範によって保護されたりされなかつたりすることはあろう。その意味で「伝統的結婚習俗における未完成婚」の実質的内容は、流動的であろうが、かかる範疇ないし範疇的相違が常に存在するという事実が動かしがたいのである。もちろん、具体的事件をいずれの範疇に入れるかについて困難を感じることはあろう。あるいは多くの事件についてこの作業をおこなうことは、ほとんど不可能に近いかも知れない。しかし、一定の時代と地域における伝統的結婚習俗における婚姻の完成要件を確定ないし推定することは、社会学や民俗学の方法ないし成果を学びとり入れれば決して不可能ではあるまい。いずれにせよ具体的分類の困難性は、第一の範疇と第三の範疇の区別そのものの存在を否定する理由とはならないのである。

ただしこう云うからと云って、学説又は判例における法的概念（論理）構成上、「準婚」または「事実上の夫婦」、「婚約」または「純粹婚約」、「試婚」または「伝統的結婚習俗における未完成婚」、「非婚」または「結婚約結」とはいえない男女関係」などの概念（範疇）を採用すべしと唱えるのではない。唄教授も云う如く、これらの概

婚姻予約（内縁）に関する判例の展開・概観

念は、「事実的な社会関係上の概念」（「事実の概念」）であり、法的概念（論理）構成のために用いる概念（「擬制概念」）とは別のものである。法的概念・論理構成のためにこれまで判例・学説上用いられてきた「婚姻予約」・「婚約」・「内縁」なる概念が（そのいずれかを捨て、いずれを選ぶかは別問題であるが）、法的構成のために合目的であるかぎり、これらの使用に反対するものではない。しかしいかなる「擬制概念」を用いようとも、これに対応する「事実の概念」には、前記の如き四種のものがあるということを主張しているのである。——なお以上は、唄教授の御主張に関し筆者個人が理解しているところを述べたのみであり、あるいは唄教授の御真意に反しているかも知れない。きびしい御叱正を仰ぐ次第である。

(三) 以上、従来採られたきた観点を、三種に区別して整理してみた。第二の観点については、今後本「小史」の続稿で詳論するので、簡単に述べるに止めたが、第一の観点については、内縁の準婚化の指標として挙げられてきた判例のうちには、必ずしも準婚性をみとめたとは言えないものがかかなりあることを（主として各判決の註で）指摘したつもりである。さらに第三の観点については、とくに初期の中川教授の観察にはなお学ぶべきものがあることと、近時の唄教授の類型論が新たな研究課題を提起していることを（これを批判する太田教授への私なりの反批判をも含めて）指摘したつもりである。本稿冒頭に述べた如く、甚だ不十分なものではあるがこれを「概観」として、婚姻予約（内縁）判例の展開過程をあとづけて行くことにしたい。