

判例婚姻予約法の知られざる展開 (中)

佐藤良雄

目次

- 一 序説
- 二 第三者の責任
- 三 正当事由(以上本誌一七号)
- 四 内縁と不当利得(以下本号)
- 五 予約解除の要否
- 六 婚姻予約の成立要件

四 内縁と不当利得

婚姻予約ないし内縁の不当破棄について損害賠償の請求が認められ、一方においてこの分野の判例法が形成されてきたが、他方において、内縁の夫婦に対して、法律上の婚姻に準ずる効果を認めるべきかという問題が、学説と判例のうえで、とりあげられてきた。法律上の婚姻の効果は、いわゆる身分上の効果と財産上の効果に大別される。身分上の効果としては、氏の同一性、同居・協力・扶助の義務、守操の義務、成年擬制、契約取消権などが定

められている。財産上の効果としては、夫婦財産制に関する諸規定がある。このほか、法律上の婚姻にともなう多くの効果がある。たとえば、法律上の婚姻の解消にさいしては、離婚のさいの財産分与請求権が認められており、死亡解消のさいの配偶者相続権が認められている。また、法律上の婚姻中に懐胎した子に対しては、嫡出性が認められている。

内縁の夫婦を法律上の婚姻に準ずる関係として取扱うべきであるという考え方は、早くから学説上主張されてきたが、判例も、次第に、このような立場を採り入れてきた。その立場を最初に明らかにしたのが、事実上夫婦として生活した間になした勤労は不当利得として返還請求できない旨を判示した大正一〇年五月一七日大審院判決⁽¹⁾である。その後、夫婦の事実が存する場合は日用品供給の先取特権に関する民法第三一〇条⁽²⁾にいう債務者の扶養すべき者にあたると判示した大正一一年六月三日大審院判決⁽³⁾、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した昭和七年八月二五日大審院判決⁽⁴⁾、内縁の夫婦の間に生れた子は、少なくともその内縁の夫の収入により生計を維持することを得べかりし者であつて、内縁の夫を侵害した者に対して、不法行為に基く賠償を請求することができるとした昭和七年一〇月六日大審院判決⁽⁵⁾、内縁の夫の死亡後も、妻はその家に居住する権利があり、同人を保護すべき身分にある夫の親兄弟が、非道に迫害してその立ち去ることを強要する場合、同人の精神に与えた多大の痛苦に対し賠償の責があるとした昭和八年八月一〇日大審院判決⁽⁶⁾などが、知られている。

その後今日にいたるまで、多くの判例によって、内縁の夫婦に対して準婚的效果がみとめられているが、判例および学説によって準婚的效果を認められる場合は、主として、内縁の夫婦の内部的な法律関係に関するものに限られ、対外的に効力を及ぼす法律関係に関するものは、準婚的效果を認められていない。すなわち、夫婦の氏の同一性、子の嫡出性、配偶者相続権などの規定は、内縁の夫婦に対して準用を認められない。さらに夫婦の内部関係に

属する規定であっても、その規定の妥当性が疑われているような場合は、内縁の夫婦に対する準用を否定される傾向がある。たとえば、夫婦間の契約取消権に関する規定がその例である。

次に、身分上の効果、財産上の効果、財産分与請求権、相続権などの準用について、もう少し詳しく述べておく。内縁の夫婦に氏の同一性に関する規定(民七五〇)が準用されないことは言うまでもない。いわゆる成年擬制に関する規定(民七五三)も準用されない。いづれも、対外的に重要な影響を及ぼす法的効果だからである。夫婦間の契約取消権(民七五四)は、この規定そのものの妥当性が疑われているので、準用されないと考えられている。同居・協力・扶助の義務(民七五二)が準用されることは、当然と考えられている。夫婦の財産関係に関する規定のうち、夫婦財産契約に関する規定(民七五五―七五九)は、準用がないとされている。法定財産制に関する規定のうち、婚姻費用の分担義務(民七六〇)は、準用される。このことを明確に認めたのは、昭和三十三年四月一日最高裁判決⁽⁷⁾であり、内縁の妻の支出した医療費について、別居中であっても、内縁の夫が負担すべきであるとした。なお、日常家事債務の連帯責任に関する規定(民七六一)も、内縁の夫婦に準用されると考えられている。ところで民法は、夫婦財産契約によって、とくに別段の定めをしていないかぎり、夫婦の財産関係について別産制を採用している(民七六二)が、内縁の夫婦の場合は、とくに右の規定の準用を問題とするまでもなく別産となる。

新法において法律上の婚姻の解消につき財産分与請求権が認められた(民七六八)結果、婚姻予約ないし内縁の解消にさいしても財産分与を認めるべきであるという議論を生ずるに至った。内縁が婚姻に準ずる関係である以上、財産分与規定の準用を認めることに何ら異論はない筈であるという趣旨である。若干の高裁決定において準用が認められ、家事審判において準用を認めるものも多いが、最高裁判例は未だ準用を認めていない。なお、準用を認めるとしても、婚姻に準ずるような内縁の夫婦には妥当であろうが、婚約に近いような事実上の夫婦には準用さ

れないであらう。

内縁の夫婦間には相続権がない。この点を考慮して、昭和三十七年の民法一部改正にさいして、相続人が不存在の場合だけ、特別縁故者として財産の分与を受ける道が開かれた（民九五八の三）。すなわち、相続人が不存在の場合に相当と認めるときは、家庭裁判所は、被相続人と生計を同じくしていた者、被相続人の療養看護に努めた者その他被相続人と特別の縁故があった者の請求によって、これらの者に、清算後残存すべき相続財産の全部又は一部を与えることができるとされている。必ずしも内縁の配偶者だけを対象とした規定ではないが、内縁の夫婦もこれによって保護される可能性が大きい。

夫婦間の法律関係のうち、相互の同居および扶助の義務が最も基本的なものであることは言うまでもない。旧法（明治民法）は、その第七八九条第一項に於て、「妻ハ夫ト同居スル義務ヲ負フ」と定め、同条第二項に於て、「夫ハ妻ヲシテ同居ヲ為サシムルコトヲ要ス」と定めていた。また、第七九〇条に於て、「夫婦ハ互ニ扶養ヲ為ス義務ヲ負フ」と定めていた。新法（改正民法）は、第七五二条に於て、「夫婦は同居し、互に協力し扶助しなければならない」と定めている。夫婦間の権利義務は多岐にわたるが、内縁の夫婦に対する準用を認めた判例の沿革のうえで、夫婦の同居および扶助の義務の準用が、その中心となってきたことは、至極当然のことであると言えよう。さきに紹介した初期の大審院判決は、いずれも、多かれ少なかれ、内縁の夫婦間の同居および扶助の義務について判示したものである。この一連の内縁準婚判決のうちで、その最初の判決とされてきたのが、事実上夫婦として生活した間になした勤労は不当利得として返還請求できない旨を判示した大正一〇年五月一七日大審院判決であった。⁽⁸⁾

右大審院判決の事案は、慣習上の儀式を挙げ一年三ヶ月ほどY男と同棲した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女の上告も棄却された。そのさい右大審院判決は、次のように

判示している。「原判決ノ旨趣トスル所ハ元來夫婦カ同居スルハ専ラ夫ノ利益ノ為メニスルモノニアラス夫婦共同ノ為メニ之ヲ為スモノトス本件当事者ハ婚姻ノ予約ヲ為シ慣習上儀式ヲ挙ケ同居シ事実上夫婦同様ノ生活ヲ為シタルモノニシテ右夫婦同居ノ場合ト異ル所ナク当事者双方共互ニ共同ノ利益ノ為メニ家事ニ従事シタルモノナレハ其後双方合意ノ上婚姻ヲ為サルコトトナシ上告人カ実家ニ婦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婦シ被上告人ハ之ニ依リ不当ニ利得ヲ為シタルモノト謂フヲ得ス故ニ上告人ハ被上告人ニ對シ民法第七百三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而シテ此原判示ハ相当ト認ムルヲ以テ原判決ニハ所論ノ如キ不法アルモノニアラス」。

右大審院判決は、結論としては内縁の妻の不当利得返還請求を棄却しているが、その論理のうえで、事実上の夫婦の準婚性を認めている。すでに判決當時から、この点に注目されて、判例批評のうえでも採り上げられていた。⁽⁹⁾その後、事実上夫婦同様の生活をした間になした勤勞による利益は、不当利得として返還請求できないという規範は、判例法のうえで定着してきた。⁽¹⁰⁾内縁の夫婦間の同居および扶助の義務に関する判例法は、この点だけでなく、多くの論点に及んでいるが、⁽¹¹⁾それらの判例法を切り開いた判決として、右大審院判決の果たした役割は、大きく評価できよう。

ところで、右の大正一〇年五月一七日大審院判決は、これまで、内縁と不当利得ないし内縁の夫婦間の同居および扶養義務に関する最初の判決であると信じられていたが、実はそうではないことが明らかになった。すなわち、すでに大正七年三月二三日大審院第三民事部判決・大正七年(オ)第八七号・不当利得金返還請求事件⁽¹²⁾によって、事実上夫婦同様の生活をした間になした勤勞による利益が不当利得として返還請求できないとされていたのである。この未発表大審院判決も、結果としては、内縁の妻の不当利得返還請求を棄却しているが、その判旨において、不当利得を構成することがあるべき旨を認め、本件の場合には、内縁の妻の勞務がたまたま普通の家事であつた

から不当利得を構成しなかったまでであり、その者を事実上の妻として迎えたため増加した一家の経費を償って余りあるような「特種ノ勤勞」にその者が服するような場合には、不当利得を構成する可能性があるかのような論旨を判示している。次に、右の未発表大審院判決について、概略を述べておこう。

原告X女（大塚マツ―控訴人、上告人）と、被告Y（大塚庸策―被控訴人、被上告人）の長男A男（八郎）の間の「事実上ノ夫婦関係」は、正当の媒酌人の下に成立し、将来適法の婚姻を為すべきことを目的として成立した「婚姻ノ予約」であり、X女とA男は、右契約履行の意思の下に「事実上ノ夫婦関係」を持続し大正二年六月中に至ったものである（本大裁判旨）。すなわち、X女の述べるところによれば、X女は、明治三十九年一月二一日に、Yの長男A男と婚姻する約のもとにY方に連れて行かれ、大正二年六月七日まで（七年五ヶ月）、YおよびA男と共同生活をなした（上告理由による）。本件は、右事実上の夫婦関係ないし共同生活継続中にX女の服した労務によってYが得た利益は不当利得であるとして、X女からYに対し、その返還を請求したものである（金額不明）。第一審の結果は明らかでないが、X女の請求を棄却したものと思われる。X女から控訴し、控訴審もX女の請求を排斥し控訴を棄却した。これに対しX女から上告したが、本大判大正七年三月二三日は上告を棄却し、結局X女の不当利得返還請求は斥けられた。そのさい右大判は、次のように判示している。

「上告人（X女）ト被上告人（戸主―Y）長男八郎（A男）トノ婚姻予約成立シ上告人カ被上告人方ニ於テ被上告人等ト共同生活ヲ営ミタルハ予約ノ内容タル将来正当ノ婚姻ヲ為ス可キ事ヲ目的トシテ労務ニ服シタルモノナレハ婚姻ノ遂ニ成立セサル結果上告人ノ労務ニ因リ被上告人ニ於テ利益ヲ受ケタルニ於テハ不当利得ヲ構成スルコトアルヘシト雖モ原審ハ上告人ハ被上告人方ニ於テ多年労務ニ服シタル他方ニ於テ家族ノ一人トシテ其待遇ヲ受ケ生活上万般ノ保護ハ被上告人カ之ヲ負担シ上告人ハ被上告人保護ノ下ニ生活ノ安寧ヲ保持シ来たリタルモノニシテ婚姻予約ノ為メナリトモ事実上妻トシテ婦人ヲ迎フルハ一家ニ複雑ナル関係ヲ生シ尠カラサル経費ノ増加ヲ来シ婦人

ノ補助的勞務ニ依リ補足ス可カラサルヲ通例トスルカ故ニ特種ノ勤勞ニ服シ其收入ハ一般生活ニ要スル經費ヲ償ツテ尚余リアリタルトキハ格別ナルモ上告人カ多年被上告人ニ僕婢ニ等シキ勞務ヲ供シタリトスルモ五六千円ノ財産ヲ有シ農商ヲ業トスル被上告人家普通ノ家事ニ從ヒタルニ過キスシテ特種ノ勤勞ニ服シタルモノニ非サルコトヲ判示シ被上告人ニ不当利得ナシト為シタルモノニシテ其判旨洵ニ相当ナリ。

この未発表大審院判決について注目すべき点は、第一に、内縁と不当利得という問題に関して從來知られてきた大正一〇年五月一七日大審院判決は、この問題に関する最初の大審院判決ではなかったという事実である。しかも右大審院判決は、この問題に関する唯一の上告審における先例と信じられてきたが、そうではなかったという事実である。第二は、大正七年ないし一〇年のこの時期において、事実上夫婦同様の生活をした間になした勤勞による利益は返還請求できないという大審院の立場は、すでにかなり強固なものであったという事実である。このことは、内縁ないし事実上の婚姻を、法律上の婚姻に準じて扱い、その当事者に同居ないし扶助の義務をみとめようという立場が、かなり強固なものであったことを物語っている。第三は、このような大審院の立場にもかかわらず、内縁の妻の不当利得返還請求も、全く認められる可能性がなかったわけではないという事実である。すなわち、右判旨によって明らかのように、本件の場合、X女の勞務がたまたま普通の家事であったから不当利得を構成しなかったまでであり、X女を事実上の妻として迎えたために増加した一家の經費を償って余りあるような「特種ノ勤勞」にX女が服するような場合については、不当利得を構成する可能性を示唆しているのである。結局本件の場合にはこれに当たらないとされたのであるから、右の判旨は、いわゆる「傍論」と言うべきかと思われるが、大審院が基本的にこのような立場をとっていたことは、注目すべきことである。

婚姻予約ないし内縁の解消にさいして、当事者の一方が相手方に対して財産的給付（離別給付）を請求する場合の法律構成には、いくつかの類型がある。その一は、婚姻予約不履行による損害賠償である。婚姻の予約は、本契

約たる婚姻の成立（届出）の予約であるから、その不履行は債務不履行である。その二は、不法行為による損害賠償である。不法行為を理由とするときは、何らかの権利ないし利益の侵害が存在することが必要であるが、その権利ないし利益には、いくつかの態様がある。相手方の貞操を侵害する場合、名誉を侵害する場合、さらに内縁の妻としての地位を侵害する場合など、多くの場合がある。右の二つは、従来の判例と学説によって認められてきたものであるが、戦後の改正民法によって法律上の婚姻の解消（離婚）にさいして財産分与が認められた（民七六八）結果、内縁の解消にさいしても、これを準用して、財産分与を認めるべきであるという主張を生じた。この立場は、未だ最高裁判所で認められるに到っていないが、いくつかの高等裁判所決定によって認められている。

要するに、これまで判例と学説によってとりあげられてきた財産的給付の法律構成は、債務（予約）不履行、不法行為、財産分与の三種類であったが、右に紹介した未発表判決をひとつの先例として、不当利得の返還請求という法律構成を、これにつけ加えることができる。従来は、大正一〇年五月一七日大審院判決をはじめとして、いくつかの下級審判決によって不当利得の返還請求が斥けられたことが知られていただけであったため、右の可能性は殆んど存在しなかった。しかし、「傍論」とは言え、その可能性を認めた大審院判決の存在が知られたことによって、事情が多少変更されたと言える。

婚姻予約ないし内縁の解消にさいして財産的給付を請求する場合に、不当利得の返還請求という法律構成を導入することによって、如何なるメリットが生ずるかという点について、若干の考察を加えておこう。第一に、婚姻予約ないし内縁の一方的解消の場合だけでなく、合意解消にさいしても、財産的給付の請求が可能となる。一方的解消が正当の事由によってなされた場合においても、同様である。一方的解消ないし不当破棄にさいしては、婚姻予約不履行あるいは不法行為による救済を求めることが出来るが、合意解消ないし正当事由のある一方的解消にさいしては、右の伝統的な法律構成は採用することが出来ない。財産分与規定の準用も、合意解消ないし正当事由ある

一方的解消にさいしておこなわれることができるが、不当利得の返還請求も、このような場合におこなわれることができる。第二に、事実上の夫婦関係の継続中に相手方が取得した財産に対する持分の分割を請求するさいに、この法律構成を用いることが可能である。予約不履行あるいは不法行為は、いずれにしろ不当破棄によって生じた財産上又は精神上的の損害賠償の請求を目的とするに過ぎない。事実上の夫婦関係を継続中に、内縁の妻は家事に従事することによって、夫の特有財産の蓄積に寄与している。また、夫の家業（農業、漁業、商業など）に協力することによって、同じく夫の特有財産の形成に貢献するであろう。家事や家業に従事して事実上の夫婦生活の維持に寄与することは、協力扶助義務の履行であるから、夫の不当利得とは言えない。しかし、内縁の夫の特有財産の蓄積に対しては潜在的持分を有するであろう。このことは、法律上の婚姻における妻の場合と同様である。法律上の婚姻の場合、離婚のさいの財産分与や死亡解消の場合の配偶者相続権によって、右の潜在的持分が清算される。内縁の場合も、解消にさいして財産分与が認められれば、これによることが出来よう。しかし、財産分与がなされなかった場合は、不当利得を理由として、潜在的持分の返還請求をおこなうことができる。配偶者相続権は、内縁の場合には認められていない。したがって、相手方の生前において、あるいは相手方死亡後にその相続人に対して、遺産に対する債権者として、被相続人の不当利得の返還を請求することも、可能なのではなからうか。ところで、以上にみたように、合意解消（又は正当事由による解消）のさいにも、蓄積財産の清算のさいにも、不当利得の返還請求は、財産分与の準用と同様の機能を果すのであるが、男女関係の態様によっては、財産分与請求権の行使をなさない場合があり、この場合には、不当利得の返還請求が、その機能を發揮しうることを付言しておこう。すなわち、財産分与規定の準用をなしうるのは、その男女関係が婚姻に準ずる関係（いわゆる準婚姻関係）とみなされる場合である。内縁の夫婦ないし準婚姻関係の成立要件（婚姻を成立させる意思と、夫婦同様の生活関係が存在し、障害事由が存在しないこと）が欠けている婚姻外男女関係の解消にさいしては、財産分与規定の準用より、不当利

得の返還請求がなじむことになる。

婚姻予約ないし内縁の解消にさいして不当利得の返還請求はできないという立場は判例および学説において支配的であり、その現状のもとで、右のような考察をおこなうことは、空論のそしりを免れないかも知れない。しかし、内縁の妻の労務が普通の家事でなく、その者を迎えたために増加した一家の経費を償って余りあるような「特種ノ勤勞」である場合には不当利得の返還請求が可能であるとする未発表判決は、右のような考え方に対し、先例的な意義を有するものと言えよう。

- (1) 民録二七輯九三四頁。本大判の未発表下級審判決については、都法六卷一号一五七頁以下参照。この大審院判決には、別訴が二件ある。これについては、都法六卷二号二九一頁以下に紹介がある。
- (2) 民法第三一〇条は、次のように規定する。「日用品供給ノ先取特權ハ債務者又は其扶養スヘキ同居ノ親族及ヒ其僕婢ノ生活ニ必要ナル最後ノ六ヶ月間ノ飲食品及ヒ薪炭油ノ供給ニ付キ存在ス」
- (3) 民集一卷二八〇頁。
- (4) 法律評論二二卷民法一二二六頁と法学二卷四七四頁に、大審院判決の一部が発表されているが、その全文および未発表の下級審判決については、都法五卷二号四二七頁以下を参照。
- (5) 民集一一卷二〇二三頁。いわゆる「阪神電鉄事件」である。この事件の差戻控訴審判決および再上告審判決については、都法八卷二号四六九頁以下を参照。
- (6) 法律新聞三五九二号五頁。この判決の未発表下級審判決については、都法四卷二号五一頁以下を参照。
- (7) 民集一二卷五号七八九頁。
- (8) 前註(1)参照。
- (9) 判例民法大正十年度二二四頁(穂積評釈)
- (10) 昭和六年八月六日大阪地判・新聞三三一二号一三頁、昭和三〇年六月一日四日福島地相馬支判・下級民集六卷六号一一二〇頁、昭和三十一年仙台地石巻支判・不法行為下級民集一号五五四頁など。いずれも、不当利得返還請求をしりぞけている。

(11) さきに挙げた先取特権と扶養関係に関する大正十一年六月三日大審院判決、一方の死亡と居住権に関する昭和八年八月一〇日大審院判決などがその例である。戦後の例としては、婚姻費用の分担義務(民七六〇)を内縁の夫婦間に準用した昭和三年四月一日最高裁判決(民集一二巻五号七八九頁)があるが、このほか、とくに戦後になって問題となってきたのは、内縁の夫が死亡したのちに、内縁の妻が夫の所有した家屋ないし賃借していた家屋に、ひきつづき居住できるかという点であり、判例は、明渡請求を権利の濫用とする傾向を示している。

(12) 社研五・六合併号二五六頁以下に判決原文と解説がある。

五 予約解除の要否

婚姻予約の不履行による損害賠償請求権の性質について、種々の問題が争われてきた。すなわち、解除の要否、相続性、期限との関係、留置権との関係、請求権の放棄、時効、相殺禁止との関係などの諸問題である。なお、損害賠償請求権そのものについては、その性質のほか、その範囲、具体的算定額、訴の管轄などの論点があり、各々判例が多い。

ところで、婚姻予約ないし内縁の不当破棄にさいしては、婚姻予約不履行(債務不履行)のほか、不法行為および財産分与請求(民七六八の準用)という法律構成があり、各々について問題がある。しかし、従来判例法のうえで主として展開されてきたのは、婚姻予約不履行(債務不履行)による損害賠償請求権に関する諸問題であり、不法行為および財産分与に関する問題は今後の発展にみるべきであるから、ここでは深く立入らない。

婚姻予約不履行による損害賠償を請求するにさいして、原告があらかじめ婚姻の予約を解除する必要があるかという問題は、判例のうえで度々問題とされてきた。この問題については、大審院判決が三件公表されている。すなわち、大正八年三月二一日大審院判決⁽¹⁾、昭和二年二月二六日大審院判決⁽²⁾、昭和八年三月二七日大審院判決⁽³⁾である。いずれも婚姻予約の解除を必要としないとしている。これらについては、のちに紹介する。なお、右の大正八年三

月二一日大審院判決は、「解除不要判決」として知られている。

婚姻予約不履行による慰養料支払債務は、請求前でも相続するかが問題となったことがある。昭和七年七月八日大審院判決⁽⁴⁾は、婚姻予約不履行に基づく慰養料支払債務は不履行によって当然生じ、相手方の請求によって初めて生ずるものではなく、請求前でも相続により承継されるとした。

婚姻予約不履行による損害賠償請求にさいして、いわゆる遅延賠償を請求することができるか、その起算は何時からおこなわれるか。この問題について、この請求権は期限の定めがないものであるから、催告があつて初めて遅滞の効力があるとされたことがある⁽⁵⁾。実さいには催告がなかったので、訴状送達の日から起算された。

婚姻予約不履行による損害賠償請求権を有している場合に、相手方の結婚調度品に対して留置権を主張しうるであらうか。右の債権と結婚調度品には法律上牽連関係がないから、留置権を主張することはできないとされたことがある⁽⁶⁾。

被告である男の責による婚姻予約不履行において、原告たる女がすんで予約の破棄を欲し、原告の母や親類が被告方に来て原告の諸道具を持ち帰った場合に、慰養料請求権を放棄したものと言いうるであらうか。このような場合にも請求権の放棄があつたものとは言えないとされたことがある⁽⁷⁾。

婚姻予約不履行による損害賠償請求権の消滅時効期間については、どのように考えるべきか。不法行為の場合に準じて三年の時効期間が主張されたことがあるが、婚姻予約の不履行は債務不履行であるから、一〇年の時効に服すべきであるとされた⁽⁸⁾。

さて、ここでとりあげるのは、婚姻予約不履行による損害賠償を請求するにさいして、原告は、あらかじめ予約を解除する必要があるかという問題に関する判例法である。さきに述べたように、この問題については、判例が多く、大審院においても、三つの判決が知られている。すなわち、大正八年三月二一日大審院判決⁽⁹⁾において、婚姻予

約不履行により損害賠償を請求するに当っては右予約を解除する必要はないとされて以来、昭和二年二月二十六日大審院判決¹⁹⁾および昭和八年三月二十七日大審院判決²¹⁾において、同趣旨の判示がなされてきた。したがって、予約の解除は必要がないという判例法が、定着していると言つてよい。

大正八年三月二一日大審院判決は、次のように判示したものである。「婚姻予約ノ当事者ノ一方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其一方ハ相手方カ之カ為メニ蒙リタル有形無形ノ損害ヲ賠償スル責ニ任スヘキコトハ夙ニ当院判例ノ示ス所ニシテ（大正二年「オ」第六二一号大正四年一月二十六日言渡判決参照）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ナレハ本論旨ハ理由ナシ」。昭和二年二月二十六日大審院判決は、次のように判示している。「婚姻予約ノ当事者ノ一方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其ノ者ハ相手方ニ対シ之カ為ニ蒙リタル有形無形ノ損害ヲ賠償スヘキ責ニ任スヘキモノニシテ相手方カ損害賠償ノ請求ヲ為スニ付先ツ婚姻予約ノ解除ヲ為ササルヘカラサルコトナシ之レ当院従来ノ判例トスル所ナリ（大正八年「オ」第一百十八号同年三月二十一日言渡）。昭和八年三月二十七日大審院判決は、次のように判示している。「婚姻ノ予約ハ法律上有効ニシテ若当事者ノ一方カ正当ノ理由ナク其約ニ違反シ婚姻ヲ為スコトヲ拒絶スルトキハ相手方ハ違約者ニ対シ違約ヲ原因トシテ之カ為ニ被リタル有形無形ノ損害ノ賠償ヲ請求シ得ヘク而モ如上請求ヲ為スニ付婚姻ノ予約ヲ解除スル必要ナキモノナルコトハ従来当院ノ判例トスルトコロナリ（大正二年「オ」第六百二十一号同四年一月二十六日言渡判決及大正八年「オ」第一百十八号同年三月二十一日言渡判決参照）」。

右にみたように、昭和二年判決と昭和八年判決は、いずれも大正八年判決を先例として引用し、これに従うものである。大正八年判決も、大正四年一月二十六日大審院民事連合部判決（婚姻予約有効判決）を引用しながら、予約を解除する必要がないことは勿論であると判示するに過ぎない。したがって、判例法のうえで、解除不要の法理が

定着していることは疑いないとしても、その根拠は、それほど明らかではないのである。一般の債権契約において、債務不履行による損害賠償請求をおこなう場合に、契約を解除することができることは、言うまでもない（民五四一ないし五四三）。この制度は、いわゆる双務契約において、当事者の一方が債務を履行せずあるいは履行不能に陥った場合に、相手方がみずからの債務を免れ、且つすでに履行した債務について原状回復を求め、なおこれによっても足りない損害の賠償請求をおこなえる（民五四五）ように配慮したものである。民法のたてまえからみて、一方が債務を履行しない場合に、相手方が契約を解除するか否かは自由であって、みずからの債務をすでに履行し、あるいは履行する用意があるかぎり、契約の解除をおこなわなくても、その者が債務不履行責任を追求することは可能である。したがって、もともと、婚姻予約不履行による損害賠償請求にさいして、あらかじめ予約を解除する必要があるという主張自体に、いささか無理があつたのではないかと思われる。大審院としても、この当然の理を述べれば足りたのであるが、大正四年連合部判決や大正八年大審院判決を先例として引用して判決理由としたところに、多少の混乱を招いた原因があつたのではなからうか。いずれにせよ、婚姻予約不履行による損害賠償請求にさいして予約を解除する必要がないことは、判例上も学説上も、異論がないと言つてよい。

ところが、右の大正八年三月二一日大審院判決（解除不要判決）以前に、大正七年五月二九日大審院第三民事部判決・大正七年（オ）第二七〇号・損害賠償請求事件⁽¹²⁾において、婚姻予約不履行による損害賠償請求にさいして、予約を解除することが当然のように見做されていたことが明らかとなり、大正八年三月二一日「解除不要判決」には、判例変更とまでは言わないとしても、この問題に関する大審院の態度を宣明する意義があつたのではないかと考えられるのである。右の未発表大審院判決の概略は、次のようなものである。

原告X女（藤井等―被控訴人、被告Y男（山田治作―控訴人、上告人）に対して、（Y男が婚姻不履行をなしたため）婚姻予約の解除にもとづく原状回復および損害賠償を請求した。なお第一審においては、Y、

男の父Y。(山田治助)も被告になっていたように見受けられる。X女とY男は、大正二年末に婚姻予約をなし同棲したが、入籍をしないで過してきたもののようである。その間X女は度々実家に立帰ったとも言われている。また、入籍の交渉などもあったようであるが、大正四年になって、X女が実家に帰っていたところ、Y等からX女に対し、Y方へ帰ることを拒む旨の電話があり、かくしてX女からY等に対し、本訴が提起されたものである。第一審判決は、X女の請求をみとめた。これに対しY男から控訴し、控訴審判決もY男を敗訴(Y男の控訴棄却)せしめた。Y男から上告したが、上告は棄却された。上告論旨は数点に及ぶが、そのうちで、上告人は、次のように述べた。X女は一審以来Y男の契約解除(Y等からX女に対して電話で帰来を拒絶したこと)と、X女の契約解除(本件訴状をもってX女がY等に対し予約解除の意思表示をしたこと)の二つを同時に主張して訴の原因としてきたが、この両者は両立を許さざるものであり、原審は、まず契約解除原因ヲ一定させるか訴を却下するべきであるのに、右二つの主張と全く異なる、本訴の口頭弁論においてなした予約解除の意思表示により本訴予約解除はその効力を生じたと説明しているのは不法である。これに対して判決は、次のように述べている。「本訴ノ原因ハ被上告人カ上告人ニ対シ婚約不履行ノ為メ為シタル契約ノ解除ニ基ク原状回復及損害賠償ヲ求ムルニ在ルコト本件記録ニ依リ明白ナレハ原裁判所ニ於テ『本訴ノ口頭弁論ニ於テ為シタル婚姻予約解除ノ意思表示ニヨリ本訴予約解除ハ其効果ヲ生シ』ト判示シ上告人敗訴ノ判決ヲ言渡シタルハ正当ニシテ所論ノ不法ナシ」。

右の判決をみると、二つの問題がある。その一は、さきにも述べたように、婚姻予約不履行による損害賠償を請求するにさいして、右予約を解除することが当然のように扱われていることである。判決は、予約を解除しなければ損害賠償を請求できないとまで言っているのではなく、予約の解除に関する原審の判示をみとめているに過ぎない。したがって、これを「解除必要判決」とまで言うことはできないであろう。しかし、予約不履行による賠償請求が、予約解除を前提として認められたことがあるという事実は、重視されてよい。問題のその二は、婚姻予約の

不履行と、その解除という二つの法的概念の間に、多少の混乱がみられるということである。このことは、とくに原告の主張において見受けられる。すなわち、被告等が原告に対して電話で帰来を拒絶した行為を、契約解除と称しているところに、右の問題が現われている。この問題は、右の判決の意義を考えるうえでは、さして重要ではない。しかし、一般論として、婚姻予約の不履行とその解除の関係には、若干の問題があるために、そのひとつの現われとして、注意しておくのである。⁽¹³⁾

(1) 民録二五輯四九二頁。この判決の未発表下級審判決および解説については、都法一二巻二二七頁以下、および一四巻一号一三五頁以下を参照。

(2) 法律新聞二六七〇号七頁。この判決の未発表下級審判決については、都法四巻一号一四三頁以下を参照。

(3) 法律新聞三五四四号一八頁。この判決の未発表下級審判決については、都法九巻二二四七三頁以下参照。

(4) 法律新聞三四五一号一二頁。

(5) 大正八年九月一八日東京地裁判決・法律評論八巻民法一〇八六頁。

(6) 昭和八年一〇月二七日東京控訴院判決・法律新聞三六四三三五頁。

(7) 昭和三年九月二六日仙台地裁判決・不法行為下級民集一号五三八頁。

(8) 昭和三年四月二四日東京高裁判決・下級民集九巻四号七三〇頁。

(9) 前註(1) 参照。

(10) 前註(2) 参照。

(11) 前註(3) 参照。

(12) 社研二七巻五・六合併号二六五頁以下に判決の原文と解説がある。

(13) すなわち、外国の立法例(たとえばドイツ民法)において、婚約(婚姻予約)の不履行を、婚約の「解除」(Rücktritt)とするものがあり、この考え方との関連が問題となるのである。

六 婚姻予約の成立要件

婚姻予約不履行ないし内縁不当破棄による損害賠償請求がみとめられるためには、まず、当該の婚姻外男女関係が、婚姻予約ないし内縁として成立しているとみとめられることが必要である。わが国の判例法は、婚姻外男女関係を、婚姻予約という概念で把握してきたために、判例法のうえでも、婚姻予約の成立要件が、主として問題とされてきた。他方、学説は、婚姻外男女関係を、婚約と内縁(あるいは準婚)の二つの概念で把握する傾向を持ってきたために、婚約あるいは内縁の成立要件を問題としてきた。判例においても当該の男女関係を婚約とか内縁と呼ぶことがあり、必ずしも婚姻予約という概念で統一されてきたわけではない。しかし、その主流をなすのは、婚姻予約という概念であるから、判例法を問題とするさいには、婚姻予約の成立要件をとりあげるべきであろう。

婚姻予約の成立要件には、さきにも述べたように、二つの論点がある。その一は、積極的成立要件(成立方式)である。これは、法律上有効な婚姻予約が成立するためには、当事者の意思のほか何らかの儀式あるいは情交ないし同棲の如き生活関係を要するかという問題である。その二は、消極的成立要件(障害事由)であり、これは、婚姻予約が成立するために、一般の法律婚の成立における障害事由(すなわち、婚姻適令、重婚の禁止、再婚禁止期間、近親婚の制限、同意権者の同意)が、同様に障害事由となるかという問題である。積極的成立要件(成立方式)の問題に入る前に、右の消極的成立要件(障害事由)に関して、判例と学説の概要を述べておくことにしよう。

民法は婚姻につき適令を設けている(民旧七六五によれば男一七歳、女一五歳、民七三一によれば男一八歳、女一六歳)。婚姻予約ないし内縁の成立について適令が存在するか、存在するとして法律上の婚姻の適令が準用されるかが問題とされている。単純な婚姻についても全く適令がないとは言い切れないが、法律上の婚姻適令の準用は考えなくてもよい。しかし、準婚関係とも言われる内縁の夫婦に関しては、それなりの適令のみならず、法律上の婚姻適令の準用も考えられるべきかも知れない。しかし判例は、婚姻予約の成立には意思能力で足りるとし、法定の婚姻年令を必要としないとしている⁽¹⁾。ただし、婚姻適令に達したときに成立するとした判決もあり、再考の余地⁽²⁾がある。

のある問題であらう。

すでに配偶者のある者は、重ねて婚姻をすることができない（民旧七六六、民七三三）。同様の問題が、婚姻予約ないし内縁に関しても生ずることがある。すなわち、すでに配偶者のある者が、重ねて他の者と婚姻予約ないし内縁の關係を生じた場合である。いわゆる妾關係はその典型であるが、情交あるいは同棲を伴わなくても、配偶者と離婚することを前提として、他の者と婚姻予約をおこなうような場合がある。このような婚姻予約は、公序良俗に反するので無効（民九〇）とされてきた。³⁾しかし、事情によって、必ずしも無効とされない場合があり、比較的近時になって、重婚的婚姻予約ないし内縁に効力を認める下級審判決および審判例がみられるようになってきた。その一は、当事者の一方が相手方に配偶者のあることを知らずに、婚姻予約ないし内縁の關係に入った場合である。学説も、このような一方が善意の場合は、効力を認めてよいとする傾向にある。その二は、すでに配偶者はあるが、その者との婚姻關係が破綻しており、事実上の離婚状態にある場合である。戸籍上は婚姻をしておりながら事実上その婚姻が破綻している場合を内縁に対して外縁と呼ぶことがある。重婚的な内縁と外縁が競合した場合に、いずれに優位を認めるかが問題となるのである。

女は、前婚の解消又は取消の日から六箇月を経過した後でなければ、再婚をすることができない（民旧七六七、民七三三）。子の父の推定が重複することを防止するための規定であるが、内縁關係から生れた子については、嫡出の推定はおこなわれないので、前婚解消または取消の日から六箇月を経ないときになされた婚姻予約ないし内縁は、効力について問題を生じない。

民法は、血族、姻族および養親族について、一定の範囲で婚姻を禁止している（民旧七六九―七七一、民七三四―七三六）。右の範囲において近親者の間でなされた婚姻予約ないし内縁の効力が問題となる。判例はこの問題について立場を明らかにしていないが、原則として、公序良俗に反し無効になるものと考えられる。

婚姻にさいして同意権者の同意を必要とする場合がある。現民法のもとでは、未成年者の婚姻について、父母が同意権を有している(民七三七)。民法旧規定のもとにおいては、家族の婚姻に対して戸主が同意権を有しており(民旧七五〇)、父母はその子の婚姻に対して、男子については三〇歳、女子については二五歳にいたるまで、同意権を有していた。したがって、婚姻予約ないし内縁に対する同意権者の同意も、旧法下と新法下では、事情を異にする。旧法時代から、父母の同意の要否については、いくつかの判例があるが、父母の同意は不要とするものが多かった。新法下における未成年者の婚姻に対する父母の同意は、他の要件に比して軽く扱われており、これを欠いても取消原因とはならない。この点からみても、婚姻予約ないし内縁の成立について、父母の同意に関する規定は準用されないものと考えられよう。

婚姻予約の積極的成立要件(成立方式)に関する上告審の判決としては、次のようなものが知られてきた。その一は、大正八年六月一日大審院判決⁽⁴⁾であり、「儀式不要判決」として知られている。すなわち、儀式は予約の締結を表彰する社交的典礼たるに過ぎず、何らの儀式をも挙げないで婚姻の予約をなした場合にも、その予約は適法にして有効であるとしたものである。その二は、昭和六年二月二〇日大審院判決⁽⁵⁾であり、「誠心誠意判決」として知られている。すなわち、慣習上の儀式をあげなくても、当事者が誠心誠意夫婦となるべき契約をするときは、なお予約があったとみても差支えないとしたものである。その三は、昭和六年五月二七日大審院判決⁽⁶⁾であり、二一歳の学生がその下宿先の女と情交関係をつつその家に同棲を続け一子をもうけたとしても、これをもって婚姻予約があるというとはできないとしたものである。その四は、昭和二八年六月二六日最高裁判決⁽⁷⁾であり、肉體関係を結び、将来夫婦となることをお互いに誓い合い、約一年一〇ヶ月同棲生活を営み、その間一子をあげた場合、婚姻予約の成立を認めたのは正当であるとしたものである。その五は、昭和三八年九月五日最高裁判決⁽⁸⁾であり、女が男の求婚に対し、真実夫婦として共同生活を営む意思で応じて婚姻を約したうえ、長期間にわたり肉體関係を継続

したものであり、双方の婚姻の意思は明確な場合、たとえその間当事者がその関係を親兄弟に打明けず、結納、同棲をしなかったとしても婚姻予約の成立を認めた原判決の判断は肯認しうるとしたものである。その六は、昭和三年二月二〇日最高裁判決⁹⁾であり、互いに将来夫婦となることを約して肉体関係を結び、その後も情交を重ね、双方の両親もこれを黙認していた場合、男がなお学業を継続しなければならない状態にあったとしても、当事者が当初肉体関係を結ぶに当ってまじめに婚姻予約を締結していたとする原判示は肯認でき、たとえ結納仮祝言がなくても男は女に対し予約不履行による精神上の苦痛による損害を賠償すべき義務があるとの原判示は相当であるとしたものである。

右の上告審判決のうち、大正八年六月一日大審院判決（儀式不要判決）と昭和六年二月二〇日大審院判決（誠心誠意判決）が、先例として重視されてきた。この二つの判決について、やや詳しく述べておこう。

大正八年六月一日大審院判決は、次のようなものである。原告X女（控訴人、被上告人）は、その父母の知己である被告Y男（被控訴人、上告人）の懇請に応じ、家事手伝のためY方に寄寓中、Yと婚姻の予約をなし、爾来、夫婦の交情を継続し、その間に一子をもうけた。なお妊娠八カ月位の時、Xの妊娠を知ったXの母とYとの掛け合いがあり、Yは、いずれ長野もしくは越後に赴任したときはXを妻にもらいうける旨を答えたりしたことがあったようである。また、X・Y間には文通もあつたりしたようである。しかし、結局、X・Yの婚姻は成立しなかった。そこで、XはYに対し損害賠償を請求。第一審の結果は明らかでないが控訴審はXの請求を一部認容。Yから上告。Yは、婚姻予約なるものは、婚礼の式を挙行し事実上婚姻生活に入つた場合においてのみ成立すべきものであると主張した。Yの上告は棄却され、Xの損害賠償請求が認められたが、大審院の判旨は、次のようなものであつた。「婚姻ノ予約ハ事実上或種ノ儀式ヲ伴フコトナキニ非スト雖モ其儀式ハ予約ノ成立要素ニ非サルハ勿論効力發生ノ条件ニモ非スシテ唯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挙ケスシテ婚姻ノ

予約ヲ為シタル場合ニ於テモ其予約ハ適法ニシテ有効ナリト謂フヘク儀式ナキノ理由ニ依リ婚姻ノ予約ト私通關係トヲ同一視スヘキモノニ非ス何トナレハ前者ハ将来ニ於テ婚姻ヲ為スコトヲ目的トスルニ反シ後者ハ全然其目的ヲ欠如スレハナリ」。

昭和六年二月二〇日大審院判決は、次のようなものである。原告X女(被控訴人、被上告人)は、大正七年二月、被告Y男(控訴人、上告人)と情交をなし、その後も情交關係を継続した(結納、披露、同棲もなかった)。大正九年一月Xは一子を分娩(一審はYの子と認定しているが、控訴審は明らかでない)。Yは上京後もXと文通し、XはYとの婚姻を望んで一〇年近く独身であった。昭和二年にYはA女と事実上の婚姻をなし子をもうけた。Xは、婚姻予約不履行による損害賠償を請求。第一審、控訴審とも、Xの一部勝訴。Yから上告。「わが国古来婚姻予約には相当なる結納の取交し其の他の様式若は親戚知人に披露を行ふを以て普通とし斯るものを行はざるものも同居中の男女或は婚姻者として世間一般が認めたるものを婚姻中のものなりとして遇し又遇するを相当とする」と主張した。上告は棄却され、X女の勝訴となったが、大審院はその判旨において、次のように述べている。「所謂婚姻ノ予約ナルモノは結納ノ取交セ其ノ他慣習上ノ儀式ヲ挙ケ因テ以テ男女間ニ将来婚姻ヲ為サンコトヲ約シタル場合ニ限定セラルヘキモノニ非スシテ男女力誠心誠意ヲ以テ将来ニ夫婦タルヘキ予期ノ下ニ此ノ契約ヲ為シ全然此ノ契約ナキ自由ナル男女ト一種ノ身分上ノ差異ヲ生スルニ至リタルトキハ尚婚姻ノ予約アリト為スニ妨ケナキモノトス」。

戦後、最高裁においても、右の大審院の立場が維持されてきた。すなわち、婚姻予約の成立には、何らかの儀式は必要とされず、当事者の将来婚姻する旨の合意があればよいとされてきたのである。さきに挙げた昭和三八年九月五日最高裁判決、および昭和三八年二月二〇日最高裁判決は、いずれも、このような見地に立っている。次に、この二件について、やや詳しくみておこう。

昭和三十八年九月五日最高裁判決は、次のようなものである。原告X女（被控訴人、被上告人）と被告Y男（控訴人、上告人）は、出生以来旧知の間柄であったが、共に二一歳になった昭和二八年六月頃、X女はY男から結婚の申込をうけ、X女自身もかねてからY男に好意を抱いていたので、それ以来Y男と交際をつづけているうち、相互の愛情は益々強くなり、将来の結婚を誓いあって、昭和二七年九月頃には、X女の親戚の家で初めて情交関係を結ぶに至り、以来、昭和二九年夏頃まで、屢々物置小屋や浜辺で同様な関係を重ねたほか、その後昭和三十一年九月頃、当時病氣治療のため松山郡上の国村にいたY男と、同村の旅館で会った際にも同衾し、その結果二回にわたって妊娠したが、その都度Y男の希望により中絶手術をおこなった。その後Y男はX女をうとんじ始め、X女の婚姻予約履行の懇願に応ぜず、訴外A女と事実上婚姻して、正当の理由なく婚姻予約関係を破棄したとして、X女はY男（およびその破棄に協力したY男の父）に対して、不法行為による慰養料を請求した。第一審はX女の請求を認め、控訴審も、Y男は真実夫婦としての共同生活を営む意思でX女との婚姻を約し、X女もまた将来Y男と正式の婚姻をなしうるものと信じたればこそ肉体関係すら許容し、ひたすら婚姻の実現を待望していたもので、両者間には婚姻予約が成立したものであるとし、X女・Y男とも両者の関係を親兄弟に打ち明け、結納を取り交したことも、同様同様の生活が続けていたことも認められないが、「X女はY男の求婚に応じて交際を始め長期間にわたり肉体関係を継続した点において既に当事者双方の婚姻しようとする意思が明確に窺える」ので「婚姻予約」の成立にはなんらの妨げもなく、単なる「野合」ないし「私通」の關係にすぎないとは解しがたいとした。Y男からの上告は、棄却。判決は、次のように述べている。「原判決は、原審並びにその引用する第一審判決拏示の各証拠を綜合考かくして、被上告人「X女」が上告人「Y男」の求婚に対し、真実夫婦として共同生活を営む意思でこれに応じて婚姻を約した上、長期間にわたり肉体関係を継続したものであり、当事者双方の婚姻の意思は明確であって、単なる野合私通の關係でないことを認定しているのであって、その認定は首肯し得ないことはない。右

認定のもとにおいては、たとえ、その間、当事者がその関係を両親兄弟に打ち明けず世上の習慣に従って結納を取
かわし或は同棲しなかったとしても、婚姻予約の成立を認めた原判決の判断は肯認しうる」。

昭和三八年二月二〇日最高裁判決は、次のようなものである。原告X女(控訴人、被上告人)と被告Y男(被
控訴人、上告人)は、高校通学中に相思相愛の仲になり、卒業後旅館において、将来夫婦となることを約して肉体
関係を結んだ。その後、Y男が大学在学中も情交を重ね、双方の両親もY男の卒業後婚姻させてもよいとの考えで
右の関係を黙認し、近隣の者もX女とY男が将来夫婦になるであろうと噂していた。ところがY男は、大学在学中
から訴外A女と情交を結び、このことをX女に詫びて、X女に学資の送金を依頼し、X女も送金した。しかしY男
は、大学卒業後A女と結婚同棲し、結局X女と夫婦になる意思のないことを明示した。X女は婚姻予約不履行によ
る慰養料を請求。第一審はX女の請求を棄却したが、控訴審は請求の一部を認容した。Y男から上告したが、上告
は棄却された。判決は次のように述べている。原判決は、右に紹介したような「事実を認定し、右認定事実によ
り、『本件当事者は、当初肉体関係を結ぶに当って、真面目に婚姻予約を締結していたことを認めることができる』
旨判示したものであって、たとえ当時Yは高等学校卒業直後であり、なお学業を継続しなければならない状態にあ
ったとしても、原判決の右判示は肯認できないはないから、原判決に所論の経験法則違反の違法があるということ
ができない。そして、以上の事実関係の下においては、たとえ当事者間において結納の取交し、仮祝言の挙行等の
事実がなくても、YにおいてXに対し、Yの右婚姻予約不履行によりXの蒙った精神上の苦痛による損害を賠償す
べき義務があるとする原判決は相当であるから、原判決に所論の法令解釈の適用の誤りはない。論旨はすべて採用
できない」。

「本契約」に対する意味での「予約」が成立したかどうかは、しかるべき「申込」と「承諾」の意思表示の合致
があったかどうかということにほかならない。「婚姻予約」の成立についても、本来、ことは同様であって、将来

婚姻を成立させる（婚姻届を出す）という約束（予約）が成立したかどうかという問題にすぎないのである。その事実を証明するような証拠がみとめられれば成立するし、みとめられなければ成立しないという、いわば単純な問題である。その証拠は、証言でもよいし、証文とか手紙のような書証でもよいことになる。

だが、婚姻の予約に関しては、売買とか賃貸借のような契約の予約の場合と異なり、単に意思表示の合致の立証の有無だけでは、割り切れないものが残るところに問題がある。裁判官は、意思表示の合致の立証だけで処理したいと考えるのではなからうか。確実な証言や書証があれば、それだけで押し切れることも可能である。しかし、事柄が男女の秘め事であるという性質上、第三者の証言や書証に欠けていることが多いというのが実情である。それでは、証拠が欠けていれば成立を否定してしまえばよいかと言うと、実は男女関係の実質（性関係とか同棲、あるいは儀式のようなもの）は、かなり進行しているという場合が多いのである。成立を否定することが、直ちに慰藉料の請求の棄却につながるとすれば、裁判官としても、簡単に意思表示の合致の立証の有無だけで割り切ると言うわけには行かなくなるのである。そこで、結納とか婚姻の儀式（祝言）のようないわゆる通過儀礼の存否、性関係や同棲とか子の出生のような性的生活関係の存否から、婚姻予約の成否を認定するというやり方を探る傾向が生ずるのである。この場合は、意思表示の合致の存否そのものが、直接認定されているわけではない。

さきに紹介した昭和三八年九月五日最高裁判決の場合を、その一例として挙げておこう。親兄弟にも打ち明けず、結納を交したこともなく、情交関係をつづけ、妊娠さえしたというのが、本件の事案であるが、X女は将来の婚姻を約したと主張し、Y男はそれを否定している。X女の主張を直接うらづける証拠というものはない。さればこそ、原（第二審）判決は、「長期間にわたり肉体関係を継続した点において既に当事者双方の婚姻しようとする意思が明確に窺える」というような認定をおこなって、婚姻予約の成立を認め、最高裁判決もこれを肯定することになったのである。

たしかに、ここでは、当該の男女関係破棄における被害者（X女）を保護しようという意図（結論）が、意思表示の合致による婚姻予約の成立の認定という手続（論理）に先行していると言えなくもない。この点を非難するのは容易である。しかし、えてして、裁判というものがそのようなものであるという事実は、すでに私どものよく知っていることではないだろうか。そして、むしろ、その事実を素直に認めながら、当該の男女関係における被害者を保護することが妥当であるかどうかを考え、且つその事件の如き男女関係における被害者が保護されたという事実を、ひとつの先例として認識することを、判決研究の目的と考えようとするのが、今日の私どもの方法なのである。

ところで、他方において、結婚という問題が、人生の重大事であるという世間一般の常識（社会規範）が軽率な結婚の約束を許さないという事情が存在する。したがって、当事者の約束がたとえ証言や書証によって立証されても、それだけでは婚姻予約の成立をみとめないという傾向が生ずることもまた否定できない。世間一般では、このような重大事の約束を、単に口先だけのことではおこなわないのが常識である。少なくとも、親兄弟に知らせて結納を交すというようなプロセスの伴わない約束は正當なものではないという考え方が、一般に存在すると言えよう。「婚姻予約」の成立に関しては、単に意思表示の合致の立証の有無だけでは割り切れないものが残るといえる。は、このような身分上の（法律）行為に特有の事情にも由来する。法律上の婚姻や縁組が、売買や賃貸借と異なっており、単なる意思表示の合致によって成立せず、一定の方式（届出）を要求されるのと同じ事情である。

さきに紹介したように、判例は、大正八年六月一日大審院判決および昭和六年二月二〇日大審院判決以来、戦後の最高裁判決（昭和三八年九月五日、昭和三八年十二月二〇日）に至るまで、婚姻予約は将来婚姻をしようという約束だけで成立し、一定の儀式は必要がないと判示してきた。実を言うと、このような判例の立場は、一般の常識に反するものである。ここでは詳説しないが、儀式や同棲を伴う通常の婚姻予約ないし内縁の不履行（不当破棄）

事件において、判決が婚姻予約の成立を認定するさいには、当事者の合意のほかに、儀式的行為や情交ないし同棲の事実を予約成立の指標として掲げているのである。決して、合意のみを指標とし儀式や情交・同棲を無視してきたのではない。その限りで、判例も世間一般の常識と同じ立場をとってきたのである。さらに、学説上、婚姻外男女関係が、「婚約」と「内縁」の二つの類型でとらえられ、各々について成立要件が論じられるさいには、「婚約」の成立には「公然性」を要するとされたり、「確実な合意」を要するとされており、「内縁」の成立には、当事者の合意のほかに、「事実上の夫婦としての共同生活」の存在が必要とされてきた。このことからみても、大審院や最高裁の判旨が、いささか、常識を外れていることが諒解されるであらう。

それでは、このような判例の立場は誤っているかと言うと、必ずしもそうではない。ただし、従来の先例の判旨は、各々当該の事件の男女関係の特殊性（儀式的行為や同棲なしに、性関係のみが進行しているという特殊性）にかんがみて、しかもその男女関係破棄の被害者を保護する必要があるという価値判断から生じてきた論理だからである。一般論としては、当該判決の裁判官も、儀式的行為や同棲が存在することが望ましいと考えていたかも知れないのである（ひとつの仮説にすぎないが）。

婚姻予約の成立要件に関する判例法の一般的な分析に、多少深入りし過ぎたが、ここで、最初の先例たる大正八年六月一日大審院判決（儀式不要判決）の直後、これとさして大きな相違のない男女関係について、婚姻予約を不成立とし、単なる「野合」であるとした未発表の大審院判決があることを紹介しておこう。すなわち、大正八年七月八日大審院第一民事部判決・大正八年（才）第四六六号・慰藉料請求事件⁽⁹⁾がそれである。本件においては、情交関係のあった男女関係について、婚姻予約の成立が否定され、原告たる女の慰藉料請求が棄却されている。

本件は、Y男と情交関係を結んでいた（同居したとも言われている）X女が、Y男との間に婚姻予約があったとして、その不履行を理由に慰藉料を請求したものである。第一審判決は、X女の請求を一部認容したものと思われ

る。Y男から控訴し、控訴審はX女の請求を棄却した。X女から上告し、上告は棄却され、結局X女の敗訴に帰した。大審院は、男が女のもとに忍び行つて約三ヶ月の間情交を重ね、金品を授与するなどをおこなったが、女の母に情交の現場を発見されて女を連れ帰るように迫られて、やむなく同伴帰宅したという男女関係を、婚姻予約ではなく「野合」であるとしたものである。さきに紹介した大正八年六月一日大審院判決(儀式不要判決)および昭和六年二月二〇日大審院判決(誠心誠意判決)の事実関係と比べて、それほど大きな違いがあるとは思われないのであるが、一方は婚姻予約の成立を認められ、他方は認められなかったのは何故であろうか。本件の当事者の情交関係が、意思の合致(婚姻予約の成立)を認定する程度に到らないものであったのか、婚姻予約の成否に関する大審院の態度が未だ不確定であったのか、直前の大正八年六月一日大審院判決が、先例として知られるいとまがなく、その機能を果たすに到らなかったのか、種々の事情が考えられる。次に、この未発表大審院判決をもう少し詳しくみておこう。

原告X女(中尾ハルエー被控訴人、上告人)と被告Y男(上北駒楠—控訴人、被上告人)とが情交関係にあったところ、X女からY男との間に婚姻の予約が成立していることを前提とし、その不履行を理由に慰養料を請求したものである。上告審判決から、次のような事情が、うかがえる。Y男は、大正六年旧一〇月二日から女と情を通じ、X女方へしばしば忍んで行き情交を重ね、時には金品(時計、小遣錢、かんざしなど)を与えていた。大正七年旧正月八日夕方忍び行った際に、翌朝X女の母に発見されて、やむなくX女を伴って帰宅した(X女は、以来Y男と同居したかのように述べている)。その後、X女とY男の関係が、いかなる経過をたどったか明らかでないが、X女は、情交、金品受取、同伴帰宅、同居などの事実をとらえて、婚姻の予約が成立していたものとし、その不履行による慰養料を請求した。第一審判決は、X女の請求を一部認容したものとされる。Y男から控訴したところ、控訴審判決は、「本件当事者間ニ情交ヲ通シタルハ適法ナル婚姻ノ予約ニ基クニアラスシテ所謂野合ニ外ナラ

サル」旨を判示して、X女の請求を棄却した。X女から上告したが、上告は棄却され、結局X女の敗訴に帰した。

X女の上告論旨は二点あるが、いずれも、実験則ないし経験則違反として事実認定を非難するものである。その第一点は、約三ヶ月間の情交の事実とY男から金品を与えられた事実とは、実験法則上婚姻予約の成立を前提とするものと言ふべきであるし、売女でも娼婦でもないX女が婦女の生命とすべき節操を男子に放任しているのだから、経験法則上も予約成立は明白であるのに、原判決がこれを野合として婚姻予約の成立を否定したのは、経験法則に違背して事実を認定したものであるという趣旨であった。これに対し判決は、次のように述べている。「然レトモ原審ハ本訴当事者間ニ情交ヲ通シタルハ適法ナル婚姻ノ予約ニ基クニアラスシテ所謂野合ニ外ナラサルコトヲ判示シタルモノナリ而シテ野合ノ事例ハ遊女若クハ娼婦ノ外ニ存セストノ実験ノ法則ナケレハ原判示ニハ何等不法ナク本論旨ハ適法ノ理由ナシ」。その第二点は、原判決が、X女方からY男がX女を同伴して帰宅した事実を認定していながら、予約不成立と断定したのは経験則に反するものである。けだし、婦女を伴って帰りこれと同居するようなことは、婚姻をする意思なくしては為し得ないものであり、もしもY男が一時婦女の節操をもてあそばうとしたのであれば、これを同伴し、これと同居するような愚かなことをする筈がなく、同伴し同居したことを認めるうえは、婚姻の予約があったとするのは当然の結論であるという趣旨である。これに対し判決は、次のように述べている。「然レトモ成年ノ男子カ婦女ヲ自家ニ同伴シタル事実アリトスルモ之ヲ以テ直チニ婚姻ノ予約成立シタルト解セサルヘカラサル実験ノ法則アルコトナク其成立ノ有無ハ一ニ事実承審官ノ証拠ニ依リ自由ナル心証ニ基キ判断スヘキ事項ニ属スルヲ以テ本論旨ハ理由ナシ」。

同じく大正八年度に、儀式なく情交関係を継続した男女間において、婚姻予約の成立を認めた大審院判決（大正八年六月一日）と成立を認めなかった大審院判決（大正八年七月八日）が存在し、たまたま、前者が発表され「儀式不要判決」として注目されたために、その後判例婚姻予約法に大きな影響を与え、今日になお先例として機

能し、後者は未発表であるがために、全く先例としての機能を有さなかったのである。判例法の形成が、判決の発表の有無という偶然的な契機に支配されて、一定の方向に進行するのは、やむを得ないことであるとは言え、判例法とその研究というものに対し、反省の材料を与えるのではなからうか。すでにわが国の判例法が、大正八年「儀式不要判決」の方向で形成されてきたことは否定し難いところであるが、少なくとも、大正八年度の大審院の態度には、二つの方向が併立していたことを確認しておく必要があると思われる。

- (1) 大正八年四月二三日大審院判決・民録二五輯六九三頁。この判決の未発表下級審判決については、都法二巻二号八五頁以下参照。
- (2) 昭和七年二月九日朝鮮高等法院判決・法律評論二二巻民法六八六頁。
- (3) 大正九年五月二八日大審院判決・民録二六輯七七三頁。この判決の未発表下級審判決については、都法五巻二号四一頁以下を参照。ほかにも同旨の判決がある。
- (4) 民録二五輯一〇一〇頁。この判決の控訴審判決は、法律評論八巻民法二八三頁に一部発表されているが、その全文は、都法一五巻一号二四一頁以下に紹介されている。
- (5) 法律新聞三二四〇号四頁。この判決の未発表下級審判決とその解説については、都法八巻一号二三三頁以下を参照。なお、そこには、当事者(Y男)からの聞き書きも採録されている。
- (6) 法律新報二五九号一四頁。この判決の未発表下級審判決とその解説については、都法一三巻二号一一七頁以下を参照。
- (7) 民集七巻六号七六六頁。
- (8) 民集一七巻八号九四二頁。
- (9) 民集一七巻一二号一七〇八頁。
- (10) 社研二七巻五・六合併号二四八頁以下に判決原文と解説がある。

(さとう・よしお 法学教授)

