

婚姻成立過程における婚約の位置づけ

宮 崎 幹 朗

一 はじめに

人は、見合いや紹介など何らかの形で人と出会い、交際を始めて、それを深めていくことにより、将来夫婦となることを約束するに至る。そして、婚約指輪を交換したり、あるいは結納を交わしたりして、婚約の証とし、やがて、さまざまな形式での結婚式を挙げ、友人や親族を交えた結婚披露宴を行うなどする。さらに、同居し、夫婦としての共同生活を始めるに至る。そして、婚姻の届出を行い、法律上の夫婦となる。このような経過が日本における婚姻の成立に至る一般的なプロセスであると考えられている。⁽¹⁾しかし、日本の民法はただ婚姻の成立の要件としての婚姻届出についての規定を置くのみであり、前記の一般的プロセスにおいて何らかの問題が生じた場合には、その解決の基準はすべて判例・学説に委ねられてきた。婚約についてもまた同様であり、婚約の一方的破棄などの問題については、日本の民法は何ら規定をおいていないため、婚約をめぐる問題・争いはすべて学説・判例に委ねられている。アメリカにおいては、婚約不当破棄を理由とする訴訟の濫用ないし悪用を理由として、多くの州においてこの類型の損害賠償請求訴訟を廃止したり制限したりしている。⁽²⁾他方、ドイツでは、民法典に婚約に関する規

定が置かれ、わが国の婚姻予約保護の理論と同様、婚姻の訴求は認められないものの、正当な理由なしに婚約を破棄した者への損害賠償請求を認めている。⁽³⁾

婚約は将来婚姻して夫婦になろうという二人の合意である。周知のとおり、判例は、夫婦としての共同生活関係は存在しているものの婚姻の届出をしていないため法律上の婚姻とは認められないいわゆる「内縁関係」と将来の婚姻の合意にすぎない純粋な意味での「婚約」とを区別することなく、これらを一括して「婚姻予約」として取り扱ってきた。立法者は、婚姻届出の有無によって正当な「婚姻」とそうでない男女関係を峻別し、婚姻届出のない正当でない男女関係を法的に保護するという観点を持たなかった。したがって、婚姻届出のない「内縁関係」の法的保護のために、判例がこのような理論構成を採らざるを得なかった事情がある。内縁関係であっても、婚姻届出を前提とした男女関係であれば、正当な婚姻に至るプロセスの一つとして、法的保護の対象とすることができたわけである。婚姻予約ないし婚約について民法が何ら規定を置いていないことは、この問題について法律の不存在が発生したものとみて、法律の規定の欠けている問題について判断を補充することは裁判所の権限内のことであり、法律の規定に反することにはならないと考えられ、こうしていわば判例法という形で内縁関係の保護が図られてきた。⁽⁴⁾ また、立法者も、婚約の解消については損害賠償責任が生じることもありうることは認めていたと考えられるため、婚約の一方的破棄の場合と同様に、内縁関係の一方的解消の問題を処理する方策として、純粋な婚約と将来の婚姻届出を前提としたいいわゆる経過的内縁を婚姻に至るプロセスとして「婚姻予約」としてとらえる理論構成を採用したものといえる。しかし、この「婚姻予約」という概念自体が明確ではなかったため、婚姻届出に至るさまざまな男女の関係が正当な婚姻に至るプロセスの中の一つとして位置づけられ、純粋な婚約や経過的内縁のような場合に限られず、事実上の内縁や場合によっては単なる継続的な婚姻外の男女関係までを不当破棄に対する法的

保護の対象とするに至っているとも指摘されている。⁽⁶⁾ 咽孝一は、婚姻予約に関する判例の事実関係の分析を通して、いわゆる「婚姻予約」には、「事実上の夫婦関係」(内縁)、「純粹婚約」(未完成的内縁)、「非婚」の四つの類型を区別できると主張している。⁽⁷⁾ その上で、婚姻予約を有効と認め、その不当破棄について法的保護を認めた大審院判決の類型は、内縁でもなく純粹な婚約でもないとして、非婚の類型に該当するものと指摘しており、婚姻予約保護の判例理論が単純な内縁保護でも、婚約保護でもない側面を持つことが強調されていた。⁽⁸⁾

このような判例の立場に対して、学説は「内縁関係」と「婚約」とを区別して論じようとしている。ここでは、学説にしたがって、本来の意味における「婚約」と「内縁関係」とを区別して論じることにはしたい。

二 婚約の成立要件とその証明

婚約の成否についてはおおまかに言って、当事者間の合意のみの存在を要求するべきとする見解と、合意のみでは十分ではなく、結納などの何らかの儀式による公示性もしくは家族・親族等への公表および家族らの認識による公然性を要求する見解とに分けられるであろう。通説や大審院および最高裁の判例理論は、当事者間の誠心誠意の合意のみを要件としている。これに対して、婚約の公示性ないし公然性を求める判例も見られる。もちろん、このような判例においても婚約そのものを当事者の合意としてとらえることを否定するものではないが、合意のみによって、婚約の成立を法的に承認し、その合意に対して一定の法的保護を与えることを躊躇しているといえよう。当事者の婚約の合意以後にあらわれる種々の具体的事実の積み重ねによって、次第に婚姻の成立に近づいていく過程を全体としてとらえた上で、婚約を法的に評価ないし認識しようとしているといえる。⁽⁹⁾ それは婚約の成立したことを

を当事者がいかに証明するかという問題でもある。

婚約を当事者間の将来婚姻しようという合意と理解する限り、婚約の成立にはこの合意さえあればよいことになる。したがって、判例は、結納などの慣習的儀式を必要とせず、当事者間の合意があればいいとしている。たとえば、大審院判例も、大審院大正八年六月十一日判決においては、「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ラ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同一視スヘキモノニ非ス」と指摘している⁽¹⁰⁾。この判決の事案は内縁関係の破棄に関するものであったが、婚姻予約を単なる私通関係と区別する理由として将来において婚姻をすることを目的とするものである点を強調している。さらに、大審院は、昭和六年二月二〇日判決においても、「婚姻ノ予約ナルモノハ結納ノ取交セ其ノ他慣習上ノ儀式ヲ挙ゲ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ベキモノニ非ラ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」と述べている⁽¹¹⁾。このように、大審院は、将来の婚姻の約束を「婚姻予約」として、その成立には結納などの慣習的儀式は不要であることを明確にした。

このような立場は、最高裁判決においても同様である。最高裁昭和三八年九月五日判決は次のように述べている。すなわち「原判決は、原審並びにその引用する第一審判決挙示の各証拠を綜合考かくして、被上告人が上告人の求婚に対し、真実夫婦として共同生活を営む意思でこれに応じて婚約を約した上、長期間にわたり肉體關係を継続したものであり、当事者双方の婚姻の意思は明確であつて、単なる野合私通の關係でないことを認定しているのであ

つて、その認定は首肯し得ないことはない。右認定のもとにおいては、たとえ、その間、当事者がその関係を両親兄弟に打ち明けず、世上の習慣に従って結納を取りかわし或いは同棲しなかったとしても、婚姻予約の成立を認めたと原判決の判断は首肯しうる」と判示している⁽¹²⁾。また、最高裁昭和三八年二月二〇日判決も「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」婚姻の成立が認められると判断している⁽¹³⁾。これらの判例からすれば、結納などの慣習上の儀式の存在は婚約の成立そのものには必要ないものとなる⁽¹⁴⁾。場合によっては、親や兄弟などの家族への報告も必要ないということになろう。あくまでも、婚約の成立そのものは当事者の誠心誠意の合意によって成立するものであり、その合意の公示性や公然性は成立要件としては要求されていない。少なくとも理論上は、婚約の成立そのものについては、何らかの儀式を求めず、将来の婚姻の合意に関して公示性や公然性が求められてはいないことになる⁽¹⁵⁾。

しかし、大正八年の大審院判決はいわゆる内縁関係の破棄に関する事案であり、昭和六年の大審院判決の事案は、事実関係の詳細は明確ではないが、上告理由から判断すれば、当事者間には性的交渉関係が存在しており、原告女性が子どもを出産していることがうかがえる。同様な判断を示したものと思われる判例は他にもあり、性的関係の存在が重要な意味を有するものと評価されていることがうかがえる⁽¹⁶⁾。最高裁の二つの判決の事案でも、当事者間に性的交渉関係があったことが認められており、その事実が影響を与えたと考えることもできる。内縁関係と言える共同生活関係が存在している場合ではないような事案についても、性的関係の事実の存在を重視して、将来の婚姻を約束した上で、そのような性的関係の存在を認めて婚約の成立を認めている判例はいくつか見られる⁽¹⁷⁾。このような判例の傾向からすれば、単純な将来の婚姻の約束の合意の存在のみによって、婚約の解消に伴う損害賠償という法的責任が認められたといえるかどうかは、疑問の残るところである⁽¹⁸⁾。

それでは、具体的にどのような状況であれば、将来の婚姻を「誠心誠意」約束したことになるのかは前掲の判例からは必ずしも明らかではない。確かに、将来の婚姻の合意が存在するかどうかを周囲から外部的・客観的に判断することができるためには、何らかの公示性ないし公然性が求められると考えるのが自然である。判例の中には、結納などの儀式が挙行されている場合、結納や結婚式の日取りを決めている場合、結婚式ないし披露宴の場所を予約している場合、結婚披露宴の招待状が作成され発送されていた場合などに、婚姻の成立を認めたものがある¹⁹。当事者間の合意を越えて、その合意が婚姻へと進んでいく過程にあることをうかがわせる行動があるような場合、すなわち結納や結婚式・披露宴などの慣習上の儀式が終了しているかまたはそのための準備が進んでいることがうかがわれるような状況があれば、客観的にも婚姻の成立を認識することができるものと考え、婚姻の成立を肯定しているものが見受けられる。これらの判例においても、婚姻の成立そのものは当事者間の合意であることは否定していないものの、結納や結婚式ないし披露宴など外部的に認識できるさまざまな儀式に対する準備行為の存在が合意を補強しているものとみていると思われる。また、これらの準備行為の存在を重視する判例においては、当事者間の性的交渉の有無などの事実関係は重要視されていない。たとえば、徳島地裁昭和五七年六月二一日判決は、「原告（女性）と被告（男性）との間には単に将来において夫婦たらんとする合意が存したと言うにはとどまらず、その合意は婚姻成立に基づく慣行上の儀式の他親戚、知人への紹介、結婚披露宴への招待状の発送などという一種の身分の公示行為をすら伴って、各当事者に実質的、形式的な婚姻意思の成立したことを客観的に認めしめるに十分なものがあり、仮に同被告が実際には右婚姻を危惧し、次第に原告に対する愛情を喪失しつつあったとしても、原告がこれを過失により察知しなかったものとしても、或は又原告と被告との間に同棲、性的交渉その他の事実婚姻類似の関係が何も存在しなかったものとしても、右の程度の婚姻については、その不履行（破棄）自体が、通常、相手

方によって取得した生活上の利益に対する故意による不法行為を構成すると解するのが相当である」と述べている。⁽²⁰⁾ この判決は、当事者間の合意に加えて、周囲に対する公示行為の存在によって婚約の成立が客観的に認められることを指摘している。また、婚約から結納、知人等への紹介、結婚披露宴の招待状の発送、結婚式・披露宴と進んでいく過程を重視して、これらの婚姻へと至るプロセスそのものを事実として評価しているものと言え、これらの事実の積み重ねによってこの婚約が法的に保護されるべきものと判断したものと考えられる。⁽²¹⁾ そして、同棲や性的交渉という事実の不存在は婚約の成立に影響を与えるものではない旨を明らかにしている。

しかし、逆に、結納等の何らかの儀式が行われたとしても、当事者間で将来の婚姻についての合意が認められなければ、当然婚約の成立は否定されることになる。性的関係が継続していても、当事者間の将来の婚姻意思の合致が認められなければならないことは言うまでもない。判例の中には、この点に触れているものもある。⁽²²⁾ 特に、性的関係が継続している当事者間で行われた「一緒になる」などの約束について、一時的な情熱に浮かれた行為であり、誠心誠意将来夫婦となろうという合意が成立したものとは認められないとした判例もある。⁽²³⁾ また、性的関係が継続する当事者間で、男性の方には将来結婚しようという意思はないものの関係を継続するために、一時しのぎに結婚する意思を有しているように装っていた事案があり、婚姻予約の成立を前提とする女性からの損害賠償請求を認めなかった判例もある。⁽²⁴⁾ 当事者間では真実将来結婚する意思を有していたことが婚約成立の要件であるとする。

また、外部への婚約の公示について、両当事者の家族・親族ないし友人らへの紹介や認識が問題とされている判例もある。⁽²⁵⁾ 当事者間では、外形上生活上の目新しい出来事はなかったものの、長期間にわたってつき合いを深められてきた両者の精神上的の交わりが認められ、友人への婚約の公示、家族の認容等の事実が認められるとして、婚約の成立を認めた判例もある。⁽²⁶⁾ 東京地裁平成六年一月二八日判決の事案は、当事者が両者の婚約を周囲の人に告げて

いたり、家族に婚約者として紹介していたことなどがわかれ、婚約の公然性が問題となったものといえる。⁽²⁷⁾ただし、これらについては、合意の存在に加えて、性的関係の存在ないしエンゲージリングの贈与などが伴っているものが多く、単純に外部への表示や紹介、外部の人の認識や予見のみを問題としているものではない。

このように、当事者間の将来の婚姻の合意をもって婚約の成立そのものをとらえようとする点に差異はないものの、一方では、当事者間の継続的性的交渉関係の存在という事実関係によってこの合意が補強されたものとして婚約の成立を認めたものと評価できる判例があり、他方では、そのような性的交渉関係とは無関係に結納などの儀式や結婚式・披露宴などの準備行為の存在によって婚約の合意の公示性を要求し、当事者の合意の客観性を求めているものと評価できる判例がある。結局、婚約の合意の成立をどのような事実によって証明・推測するかという点が問題とされているものといえる。婚約という当事者間の内部的な合意の存在を訴訟手続において立証するためには、何らかの公示性ないし公然性が必要とされてきたことを意味することになる。佐藤良雄の分析によれば、法律上の婚姻関係にない男女間の損害賠償請求事件などに関する一九六〇年代までの判例の中のほとんどにおいて性的関係の存在が認められ、何らかの儀式を経ているものも半数に達している。結納などの儀式が全く存在しなかった事例は全体の一八％であり、このような儀式も性的関係も存在しないものはわずかに一・五％に過ぎなかったと指摘している。⁽²⁸⁾これらの判例の事案の中には内縁関係に当たるものも相当数含まれるが、判例の婚姻予約保護の理論については、将来の婚姻に対する合意という諾成的側面のみでは十分でなかったことをうかがわせる。したがって、判例においては、婚約の成立を認めてその解消に対して損害賠償請求等を認容する事案は、多くの場合、当事者の婚約の合意に基づいて、結納などの儀式や結婚式に向けた準備行為が進んでいるか、両者の婚約関係が家族や友人など周囲の人に公示されるなどしている場合など、法律婚の成立に向けた一定の生活関係が形成されていることが明

らかである。また、これとは別に、当事者の合意を前提とした性的関係が存在する場合には、婚約に対する法的保護が与えられていることもうかがえる。⁽²⁹⁾

三 婚姻成立の要件と婚約の成否

婚約が成立するために、民法が規定する婚姻の実質的成立要件を具備していることが必要かどうか問題となる。婚約は将来婚姻しようという合意だから、婚約の時点で婚姻の実質的成立要件を備えておく必要はなく、婚姻届出の時点においてこれらの要件を満たしておけば問題ないことになる。⁽³⁰⁾したがって、当事者が婚姻最低年齢に達していない場合であっても、婚姻届出の時点でその年齢に達していればいいということになり、婚約そのものの効力を否定する必要はないことになる。⁽³¹⁾判例では、婚姻について父母の同意が必要とされる場合でも、たとえば当事者が未成年であつて婚約の時点で父母の同意を得ていなかった場合でも婚約の成立を否定する必要はないとして、婚約の成立を認めるのが大勢である。⁽³²⁾また、婚約した時点においては女性の方が再婚禁止期間内であつた場合に、婚約の成立を認めている判例がある。⁽³³⁾

これらに対して、近親婚の制限に反する婚約は、将来の婚姻届出の時点においてもその障害を除去することができないものであるから、その婚約は認められないものとなるものと考えられている。⁽³⁴⁾婚約が将来の法律上の婚姻をめざした合意であり、その意味で法的保護の対象として位置づけられるものである以上、将来の婚姻届出が実現不可能である場合には、当事者間の婚約の合意は法的保護の対象とはならないと言わざるをえない。

また、現在配偶者のいる者の婚約については問題がある。大審院判例には、そのような婚約は離婚を前提とする

ものであり、公序良俗に反し無効とするものがある。⁽³⁵⁾このような大審院判例の立場に対して、一律にそのような婚約を無効とする必要はないとして、法律上の婚姻関係が破綻して、事実上の離婚状態にある場合には現在法律上の配偶者はいる者の婚約も有効であるとする見解が学説上は一般的である。⁽³⁶⁾将来の法律上の婚姻関係の成立が実現可能な状態であり、実現可能と推測することが経験則上自然であると考えられるものであれば、そのような婚約を一律に法的保護の対象から排除する必要はないことである。下級審判決の中には、このような見解を支持するものも見られる。まず、当事者の一方が他方がすでに離婚したものと信じて交際を続けていた事案に関して、東京地裁昭和三四年二月二五日判決は、他方の離婚が成立したことを条件にしながら、当事者間の婚姻予約は法律上有効であると認めている。⁽³⁷⁾この判決の場合には、当事者の一方に対する要保護性と他方に対する非難可能性が問題とされたものといえるが、現在法律上の婚姻状態にある当事者の離婚を前提とした上で、婚約の成立を肯定しているものといえる。大阪地裁昭和五二年六月二四日判決は、別居している夫婦間で、離婚そのものに対する争いはなく、離婚が子どもの就職や結婚の障害となるため、子どもの結婚や就職を待つて離婚届出をする旨の合意が成立していたという事案に関連して、その夫との婚約について、法律上の配偶者がいる者との婚姻予約であっても、法律上の婚姻関係が事実上の離婚状態である場合には公序良俗に違反しないとの判断を示している。⁽³⁸⁾

婚約の成立について、このように法律上の婚姻の成立要件を勘案しながら論じるといふこと自体、婚約が法律婚を前提とした法的概念としてとらえられるべきことを示しているといえる。

四 婚約の効果をめぐる議論

一般に、婚約は「将来婚姻しようという両者の合意」として理解されている。立法者の一人である梅謙次郎は、法典調査会における答弁の中で、破談のような場合にはお互いの不幸とみて、当事者間で処理する方が望ましく、裁判所に持ち出すような問題ではないという趣旨の発言をしている。⁽³⁹⁾それによると、婚約の破棄については場合に よっては損害賠償責任が生じることもあるかもしれないが、民法にその旨の規定を置かなければ損害を被った者も裁判所に訴えようとすることもなくてすむが、損害賠償を認める規定が置かれれば訴訟になるものが多くなると答えている。ここでは、婚約の有効性そのものをどう考えていたかについて直接言及しているわけではないが、婚約の不履行が生じた場合であっても履行の強制をすることはできないことを当然の前提としている。したがって、不履行に対して履行を強制できない約束を通常の契約のような効力を有するものと評価することはできないと考えられていたわけである。

大審院は明治三五年三月八日判決において、婚姻届出の際に当事者双方の自由な意思に基づく合意が必要であるということから、婚約を法的に有効なものと解すると、婚約後当事者の一方が婚姻する意思を失った場合にも、その当事者は婚約に拘束され、婚姻せざるをえなくなり、自由な意思に反するとして、婚約の法的有効性を否定し、婚約を無効と判断した。⁽⁴⁰⁾その後、大審院は、その立場を改め、婚姻届出に至るまでのさまざまな関係をすべて「婚姻予約」として位置づけ、婚姻予約の適法性および有効性を承認するに至った。しかし、この場合でも、法律上婚姻を強制することを認めたわけではなく、正当な理由なく婚姻予約関係を破棄した者に債務不履行責任として損害

賠償責任を認めるものであった。⁽⁴¹⁾これ以後、婚約も「婚姻予約」に含まれるものとして理解され、婚約の不当破棄に対しては一定の法的保護が認められることになった。⁽⁴²⁾その後の判例は、婚姻予約の不当破棄に関して、損害賠償責任を認めてきた。下級審判例ではあるが、大阪高裁昭和五三年一〇月五日判決は注目すべきものである。この事案は、婚約当事者の一方が他の者と交際を始めたことにより、婚約が破棄された事案に関するものであるが、次のように述べている。「婚約当事者は互いに一定期間の交際をした後婚姻をして法律、風俗、習慣に従い終生夫婦として共同生活することを期待すべき地位に立つ。婚約は将来婚姻をしようとする当事者の合意であり、婚約当事者は互いに誠意をもつて交際し、婚姻を成立させるよう努力すべき義務があり（この意味では貞節を守る義務をも負っている）、正当の理由のない限りこれを破棄することはできない。婚姻はその届出と届出時における真意に基づく婚姻意思の合致によって、成立するから、婚約当事者の一方が婚姻意思を失い、婚約を破棄したときは、他方は婚約の履行として届出を強制することはできず、正当な理由がなく婚約を破棄した者に損害賠償を請求しうるにすぎない。しかし、その故をもつて婚約は何らの法的拘束力を有しないということとはできない。そして、婚約当事者は合意に従い、合意の通常的发展として婚姻した場合に終生夫婦として共同生活が続けるべき義務のあることは疑問のないところであるから、婚約当事者の前記地位は法の保護に値するというべきであり、これを違法に侵害した者は損害賠償責任を負うといわなければならない」と述べている。⁽⁴³⁾当事者間では、婚約の破棄は債務不履行責任を生じさせるものと理解できることは言うまでもない。

このような判例の傾向に対して、学説の中では、婚姻の自由の尊重という立場から、婚約を道義的ないし社会的な義務を生じさせる約束にすぎないものとして、婚約には法的拘束力はなく、法律上は無効とする見解が主張されている。⁽⁴⁴⁾この見解では、婚約によって当事者間では婚姻の成立に向けた社会的・道義的な責任が発生するにとどま

るため、婚姻の履行請求が認められないのはもちろん、単に婚約の破棄ということだけでは破棄された者からの損害賠償請求が当然には認められず、婚約を前提として形成されてきた当事者間の生活実体ないし関係に対して社会通念上許容できない程度の違法性が認められた場合に、不法行為に基づく損害賠償請求権が発生するということになる。したがって、婚約を破棄すること自体には何の法律的問題も生じないことになるが、この見解においても、婚約を不当に破棄した者は不法行為としての損害賠償責任を負うことになり、破棄された者からは損害賠償請求ができることになる。結果的には、判例の結論と変わらないことになるが、理論的には、損害賠償の範囲、立証責任のあり方、消滅時効の期間等の問題について違いが生じることになる。⁽⁴⁵⁾ 石川稔は、婚約の法的保護に関して、私的な関係であつた男女間の交際が「公」化された婚約がある程度法的に保護されることを期待され、婚約の履行を強制できないにしても、婚約の不当破棄に対して一定のサンクションが課されるべきであるとされるが、ここで「契約は守られるべし」という要素と「気の進まない結婚はすべきでない」という二つの要素が対立し、いずれをより重視するべきかという価値観の対立が生じていると指摘する。⁽⁴⁶⁾ この対立が、婚約の不当破棄の問題を債務不履行と構成するか、不法行為責任として構成するかの違いとなつていると考えるが、結局のところ、その理論構成の違いの結果には大きな差は生じない。木幡文徳は、このような両説の差異を検討した上で、婚約を一元的にとらえてその不当破棄が債務不履行か不法行為かと考えるのではなく、婚約を契約的婚約と事實的婚約とに分けて把握した上で、前者についての不当破棄に対しては債務不履行責任を追及し、後者の不当破棄に対しては不法行為と理論構成すべきと主張している。⁽⁴⁷⁾

その理論的構成は異なるものの、判例および学説において、婚約関係が当事者間で法的保護の対象となることは前述のように明らかである。これに対して、第三者の行為によって婚約関係が解消されたり、破棄されたりした場

合に、その第三者の法的責任はどのように考えられるかという問題がある。婚姻関係は単に当事者間に限られず、一般的に法的保護の対象となるものと考えられており、したがって、婚姻当事者の一方と交際したり、性的関係を持つなどして、婚姻の解消を導いた者に対する損害賠償責任は肯定されている。たとえば、前述の大阪高裁昭和五年判決は、次のように続けている。すなわち、「婚姻当事者の一方及びこれと意を通じまたはこれに加担した第三者の違法な行為によって婚姻当事者の他方が婚姻の解消を余儀なくされ、あるいは婚姻をするに至ったものの、これを解消するのやむなきに至った場合はもとより、解消に至らず婚姻を継続している場合でも、少なくとも婚姻の破棄あるいは離婚するについて正当な事由があつて、婚姻あるいは婚姻関係が円満を欠き、その存続が危ぶまれる状態（婚姻破綻のおそれ）に至った場合にも婚姻当事者の有する前記法的地位の侵害があると解するのが相当である。つまり、婚姻当事者は、婚姻の通常の発展としての、将来婚姻成立後の夫婦の地位（いわば将来の権利）についても、法の保護を受けることができるものというべく、婚姻期間中、その当事者の一方または双方に対し、将来の婚姻の破綻を生じさせるような原因を与える第三者の行為は、法の容認しない違法なものといわねばならない」と述べている。⁽⁴⁸⁾婚姻の法的保護は当事者間でのみ機能するものではなく、第三者に対する法的利益でもあることが明らかにされている。当然のことながら、第三者の法的責任は判決文中で明示されてはいないものの不法行為責任であると理解することになる。⁽⁴⁹⁾

第三者が直接婚姻関係にある当事者間に介入した場合ではなく、間接的に婚姻関係の解消をもたらす場合もある。婚姻している当事者の一方が交通事故等の被害者となり、死亡した結果、婚姻は実現不能となる。このとき、加害者は被害者の婚約者に対して損害賠償責任を負うかどうかという問題も生じる。しかし、現実にはこのようなことが争われた事案は見あたらない。ただし、二宮周平によれば、事故で死亡した男性の婚約者から加害者への慰謝料請

求について、最高裁は継続的な共同生活関係が存在していないことをあげて、その請求を否定したと指摘している⁽⁵⁰⁾のが目につく程度である。

実際に、婚約の法的効果が問題となるのは、婚約の解消が表面化した場合である。婚約当事者の双方が合意によって婚約を解消した場合はもちろん、当事者の一方からの一方的な解消の場合にあっても、その解消自体をとめることはできない⁽⁵¹⁾。また、婚約の効果として将来の婚姻の強制はできない。しかし、婚約を一方的に解消した当事者は婚約の解消に正当な理由がない限り、婚約ないし婚姻予約の一方的破棄となり損害賠償責任は生じ、他方の当事者は損害賠償によって救済されることになる。この損害賠償の法的根拠については、すでに指摘したように議論がある。判例および通説的見解は債務不履行責任と解し、これに対し不法行為責任と解する立場が対立しているが、いずれの立場に立つとしても、婚約解消に対する損害賠償責任の有無の判断について、婚約解消の正当な理由の判断基準が問題となる⁽⁵²⁾。

判例の中では、性格の相違や容姿に対する不満などを理由とする婚約解消の正当性が争われた事案がいくつか見られるが、婚約解消について正当な理由があると判断したものは少ない。東京地裁昭和三二年五月六日判決の事案は、気の弱い男性の方から男まじりの性格である相手の女性と性格が合わないことを理由とした婚約解消の正当性が争われたものであるが、判決は「原告は男勝りの性格であり、被告は気の弱い性格であつて、その性格が全く対蹠的であることは明らかであるけれども、両者の性格が一致しないとか、女性が気の強い性格であるとかいうこと、それ自体だけでは、これを以て直ちに婚姻の予約を破棄するに足る正当な事由とはならない。けだし、婚姻中或いは婚姻予約中の当事者の性格が一致しないとか、その一方の女性が気の強い性格であるとかいうこと自体だけで、これが常に、そして一般に婚姻予約又は婚姻の予約を継続することを不可能ならしめる筋合のものではなく、かか

る因子があつても、その調整釣合を保つことができれば婚姻或いは婚姻予約中の生活を継続するに、さしたる支障を来すものではないからである」と指摘し、被告からの婚約破棄には客観的に見て正当性がみられないと判断し、原告からの慰謝料請求を認容している。⁽⁵³⁾ また、前掲の徳島地裁昭和五七年六月二一日判決は、婚約した当事者の一方である女性について、常識が欠け、家庭的なしつけができていないことや、性格がルーズで、責任感に乏しいこと、さらに体形が余りにも細すぎるなどの理由をあげて婚約解消の正当性を主張する男性および婚約解消を強く促した男性の母親に対する損害賠償請求がなされた事案である。⁽⁵⁴⁾ この判決は男性の主張する婚約解消の理由に正当性がみられず、一方的な婚約の破棄は女性に対する不法行為を形成するものとして、損害賠償請求を認容している。これら判例の中では、婚約解消の正当性を認めたものは少なく、婚約の解消が正当と評価されるについては、将来の共同生活の開始を妨げるような客観的な事情が必要となるものと理解されている。⁽⁵⁵⁾

婚約の一方的解消について正当な理由が認められた判例として、東京地裁平成五年三月二一日判決があげられる。⁽⁵⁶⁾ この事案は女性からの婚約解消が問題となったものである。この事案では、女性は結婚式等に関する男性の母親の言動などから結婚生活に入ること自信をなくし、婚約の解消を申し出て、男性から再三にわたり翻意を求められたものの、両親らの反対もあり、婚約は解消されたという経緯をたどっている。この婚約解消について相手方の男性から正当な理由のないものだととして、女性とその父親に損害賠償を請求したという事件である。これに対して、判決は、婚約の解消について損害賠償請求が認められるのは「婚約解消の動機や方法が公序良俗に反し、著しく不当性を帯びている場合に限られる」という判断を示した。男性およびその家族との関係を考へて、結婚後に円満な夫婦としての共同生活が望めないものと判断したものとえれば、従来までの説明と異なるところはないともいえるが、結果的に婚約解消に関する正当事由を従来よりも緩やかに解したものと言えるのではないかと思われる。⁽⁵⁷⁾

また、直接には結納の返還請求が問題となった事案であるが、婚約解消の正当性が認められたものと考えられる判例がある。福岡地裁小倉支部昭和四八年二月二六日判決の事案は、結婚式および披露宴を済ませ、新婚旅行に出かけたものの、相手方の性格や行動に嫌気がさし、新婚旅行の途中に実家に逃げ帰った女性からの婚約解消に対して、男性側が結納の返還を求めたものである。判決は「婚約はその性質上内縁関係と比較してより広い範囲で破棄の正当事由を許す余地があるものと解すべきところ、被告の婚約破棄は同被告の認識不足や原被告双方の親族の不信感がその遠因として存在することは間違いないのであるが、前示のとおり、結婚式当日ないし新婚初夜において、新郎として弁えるべき社会常識を相当程度に逸脱した原告の異様な言動を直接最大の原因とするものであり、その結果新郎に対する新婦のそれまでの印象を一変し、且つ今後結婚生活を共にする決意を全く失わせるに至ったものであるから、このような場合被告には婚約を破棄すべき正当な事由があり、違法性は存しないと認めるのが相当である」との判断を示している。⁽³⁸⁾ また、東京高裁昭和四八年四月二六日判決では、婚約中に男性が女性に性的関係を強要し、女性を侮辱するような言動があつたため、女性から婚約解消した事案で、女性から相手方男性に対して侮辱的言動によつて精神的苦痛を受けたとして慰謝料の請求を求めたものであり、請求が認容されている。これらの判決は、直接婚約の解消の正当性が問題とされたものではないが、それが判決の判断の前提となっているものであり、婚約の解消について正当性が認められた判例として位置づけることができるであらう。

五 婚約時における婚姻に向けられた意思

婚約ないし婚姻予約の場合に、学説および判例は婚約を将来の婚姻への合意と説明するものの、その合意の具体

の内容は厳密に言えばまったく検討されていない。婚姻成立のための実質的要件として両者の婚姻意思の合致が求められ、その婚姻意思をどのように解するかについては、周知のとおり議論がある。学説上は、いわゆる実質意思説と形式意思説とが根本的に対立し、協議離婚や養子縁組の場合も含めた身分行為意思の解釈として、法的意思説、具体的定型説、定型的意思説、法的効果説、多元的類型説などと呼ばれる諸学説が主張されている。⁽⁵⁹⁾判例においては、婚姻意思とは社会通念上の夫婦関係の設定を意欲する意思として説明され、学説上の実質意思説に対応するものと位置づけられている。⁽⁶⁰⁾ここでも、将来の婚姻の意思の合意は何をさすことになるかという問題を考慮する必要があるといえる。

経過的内縁の場合には、当事者間の関係は儀式等によつて社会的に承認されたものであることが多く、また共同生活関係の存在が前提となっている。したがって、共同生活が開始され、婚姻届出がなされていない状況の下では、すでに夫婦としての共同生活関係の開始に向けられていた当事者間の合意は実行された段階にあり、あらためてその意思の存在を問う必要性はないものといえる。この場合の将来の婚姻意思は明らかに婚姻届出に向けられたものであると理解できる。結納などの婚約を公示する儀式をおこなうことなく、将来の婚姻を約束して事実上夫婦と同視できるような共同生活関係に入つた場合にも、将来の婚姻意思とは両者の関係を社会的ないし法的に承認される関係へと変える意思、すなわち将来の婚姻届出を意欲した合意であると考えるのが自然である。これに対して、純粋な婚約の場合においては、共同生活関係の開始に向けられた意思および婚姻届出に向けられた意思の双方が存在するものと考えられる。⁽⁶¹⁾単に共同生活の開始に向けられた意思の合致をもって、将来の婚姻の合意とみることが適切とは思われない。

判例の中では、内縁関係にある男女の場合に、男性が同様している女性に対して財産を分与し、婚姻届出をする

意思を有していたとして、婚約の成立を認めたものがある。⁽⁶²⁾ また、これに対して、結納などの儀式もなく、内縁関係とまではいえない男女間の婚約の成否について、当事者が真に婚姻し夫婦としての共同生活を営む意思でこれを約した事実が認められるとして、婚約の成立を認めたものもある。⁽⁶³⁾ これらの判例からすれば、すでに夫婦としての共同生活関係が存在すると認められる当事者間の場合には、婚姻届出に向けられた意思が重視されることになり、未だ内縁関係と呼べるような関係にない当事者間では夫婦としての共同生活を営む意思が重視されているものとみることができ。しかし、武井正臣は、婚約が解消されたり、内縁関係が破棄された事案に関連して提起された婚姻の届出請求事件に関する判例を分析して、これらの判例においては、婚姻意思は「婚姻届出時における、婚姻の届出をして婚姻を成立せしめようとする意思」というふうに用いられていると指摘している。⁽⁶⁴⁾ したがって、将来の婚姻の約束をしていても、現実の届出の時点において両当事者双方に婚姻の届出をして婚姻を成立させようとする意思がなければならぬので、一方がその意思を失っている場合には婚姻届出を強制する力はないということになる。このことからすると、将来の婚姻意思とは明らかに単に夫婦と見られる共同生活を営むことにあるのではなく、婚姻届出を意識したものと考へざるをえないものといえる。法律上の婚姻関係の成立を目的とした将来の婚姻の意思が保護されるべき婚約関係の当事者に求められているといえる。

しかし、ここで留意する必要があることは、判例のいう婚姻予約保護の理論の対象範囲がいわば単なる男女関係の保護のためにも活用されているという側面である。前述の最高裁昭和三八年の二つの判決に関連して、二宮周平は「一方的に捨てられた女性を救済するために、婚姻予約有効法理が、純粹な婚約でもなく、内縁ともいえない男女関係にまで適用される」と指摘している。⁽⁶⁵⁾ そのように考えると、将来の婚姻意思の内容がどのようなものかは重要な問題ではないことになる。しかし、婚姻へと向かうプロセスの一つとして法的保護を与えることができるとい

う理論からは、当事者間の種々の事情や周囲の状況から将来の婚姻意思の存在を擬制せざるをえないわけである。また、純粹な婚約と内縁関係ないし事実婚を区別してとらえる学説の立場からすれば、婚約と事実としての共同生活関係の存在は別個の理論によって保護される対象となる。したがって、内縁関係や事実婚の法的保護の条件として、将来の婚姻意思の存在が当然に要求されることにはならないはずである。

六 婚姻成立過程における婚約の位置づけ

男女の関係がどのような経過を経て、同棲などの共同生活を開始して事実上の夫婦としての生活を始めることになるのか。そして、どのような経過を経て、婚約に至り、結納などの儀式を経て、法律上の婚姻へと至ることになるのか。このような経緯はきわめて多様である。判例の婚姻予約保護法理が、事実上、法律上の婚姻関係にない男女関係の法的保護の役割を果たしたことは否定できないし、このような多様な男女関係を一括して一つの法理論でくることができたという点についても婚姻予約保護についての判例法が日本の家族法理論の展開の上で重要な位置を占めたことを否定するわけにはいかない。しかし、このことによって、逆に法律上の夫婦関係にない男女関係のあり方の分析ないし法的保護のあり方をあいまいなままにしてしまったともいえる。

すでに指摘したように、根孝一は、「婚姻予約」に含まれる四つの類型の区別を主張した。単に、「内縁関係」と「純粹な婚約」とを区別するのではなく、内縁の中にも、事実上共同生活を継続していた男女関係と、伝統的な社会習俗上の理由などから婚姻届出が完了していない試婚的な内縁関係（未完成婚ないし経過的内縁）とが考えられ、この両者は共同生活という事実の存在から見れば同一のものと評価できるけれども、社会的な位置づけは異なる。

近時においても、当事者間で法律上の婚姻関係を忌避して意識的に婚姻届出を行わない形の内縁関係、事実婚が増加していると指摘されている。このような意識的事実婚は、単純な内縁関係とも違出し、婚姻届出を予定しているいわゆる経過的内縁とも異なつた男女関係であると言わなければならない。また、非婚という共同生活ないし同棲関係が存在しない単に性的関係が継続してきた事案であっても、その性的関係の継続性の故に法的保護が与えられてきたものと評価されていることも指摘のとおりである。これらの男女の関係がどのような法的保護を受けるかという面については、内縁関係とも言いがたい単純な男女関係であっても一定の法的保護を認めてきた婚姻予約に関する判例法理からすれば、法律上の婚姻へと向かう男女関係の一つとして同種のものであるとして位置づけられることになろう。⁽⁶⁶⁾これに対して、純粹な婚約と内縁関係ないし事実婚を区別するという学説の立場からすれば種々の内縁関係ないし事実婚の保護は、いわゆる準婚姻論によつて共同生活の継続という側面において考慮すべきことになる。

事実婚ないし内縁関係を事実の側面から分析しても、このような差異が見られる。婚約の場合にも、それを一つの類型としてのみとらえるには無理があるのではないかと思われる。当事者間の合意が合意であるというだけで法的保護の対象となるのかどうか。当事者の合意という私的な関係が、どのような経緯を経て法的・社会的に承認される関係へ転化していくと考えるべきなのか。このように考えていくと、婚約と総称される関係の中にもいくつかの類型があると考えるのが正当ではないかと思う。純粹な意味での婚約を考えると、それは理念的には当事者間の單純な将来の婚姻への合意でしかないわけである。したがって、これに対する保護のあり方は、本来は、当事者間の性的関係や共同生活ないし同棲関係の有無によつて影響されることはないはずである。しかし、現実的な問題として考えた場合、すでに見てきたように、当事者間の性的関係の有無や婚約の公示性ないし公然性は重要な保護要件であり、婚約以降の当事者間の種々の事実の経過が重要な意味を有していることも明らかである。これらの

点を踏まえて、婚約をどう位置づけるべきかを整理してみるべきであろう。

木幡文徳は、婚約の法概念として、「契約的婚約」と「事実的婚約」という区分を提唱している。⁽⁶⁷⁾ 将来婚姻するという合意（契約）自体により他の男女関係とは区別されるべきであるために法的保護の対象とされるものを契約的婚約と呼び、事後的性格が強く当事者間の関係が公然化することにより周囲がその関係を承認するという意味で他の男女関係と区別され、法的保護の対象となるものを事実的婚約と呼び、区別しようとする。そして、この両者を婚姻前の法的保護の対象となる男女関係として、婚約と一括することができるとしても、その法的処理については両者の性格の違いを考慮すべきと主張している。そして、契約的婚約に対する法的保護について、事後的色彩の強い事実的婚約とは異なる性質のものとしての法的保護を与えるべきではないかと、疑問を投げかけている。⁽⁶⁸⁾ また、すでに指摘したように、判例は、当事者の合意のみによる婚約と、家族や友人などの第三者に公表され、承認された婚約とを区別し、取り扱っているものといえる。婚約と一口に言っても、その実態は、合意、家族等への公示、周囲の承認の三つの要素の程度とその組み合わせによって多様なものとなるといえる。⁽⁶⁹⁾ さらに、植木とみ子は、社会学における配偶者選択過程に関する研究をもとにして、交際している当事者同士がお互いに相手を結婚のパートナーとして認知しあう「私的了解」の段階と、二人の関係が私的な個人的関係から婚約を周囲に公表し認知され、社会的関係へと転化する段階を区別し、後者を法的な意味における「婚約」と位置づけている。⁽⁷⁰⁾ この二人の見解は同一ではないが、当事者間の単なる合意ないし了解にすぎない段階において、この約束を法的に保護されるべき「婚約」として位置づけることに疑問を投げかけ、あるいはその必要がないと考えている。木幡の見解によれば、婚約の成立は当事者の私的な合意によってなされることになるものと思われる。これに対して、植木によれば、当事者同士の了解は私的な約束にとどまり、法的な意味における婚約の成立には達していないものと考えることになる。⁽⁷¹⁾

ここに両者の違いがあるものの、当事者双方がそれぞれ相手を結婚の相手として認知し、将来の婚姻の合意をおこなっていく段階から法律的な婚姻の成立へ向かうプロセスを全体的にとらえて、単なる私的な関係と法的保護を必要とする社会的婚約関係を明確に区別しようとする点において共通点を有している。

当事者が何らかのきっかけで知り合い、交際を深めていく過程で、それぞれが相手を結婚相手として認知し、当事者間で将来の婚姻を約束するに至る、という意味での当事者間の私的なレベルでの「婚約」を想定することができ。このような段階にとどまっている限りでは、当事者の婚約関係は未だ私的な約束にとどまり、特別に相手方の信頼を裏切り相手方に損害を与えるような事情がない限り、損害賠償請求などの法的問題は発生しないものと考えるのが相当であるものと考えられる。そして、この関係が両当事者の家族や親族、友人らに公表され、認知されていく、という社会的レベルにおける婚約を位置づけることができる。さらに、結納などの婚約を証するさまざまな社会的慣習的儀式がおこなわれ、結婚式や結婚披露宴、夫婦としての共同生活の開始などに向けられたさまざまな準備行為が進められていくという段階がある。このような段階においては、当事者の婚約は社会的に認知され、その前段階における私的な意味での婚約に比して、一方的で不当な婚約破棄ないし解消は相手方に対して一般に損害を与える可能性が大きくなるものと考えてよいといえるだろう。その意味から、法的保護の対象として十分に考慮することができる関係として評価されてきたわけである。この段階からさらに進むと、結婚式や披露宴を行った上で、夫婦としての共同生活関係に入っていくが、婚姻届出が完了していない段階が判例法上では婚姻予約の一つと考えられてきたわけである。このようないわゆる経過的内縁ないし試婚的關係を婚約から法律婚へと向かうプロセスの中で婚約に対する法的保護の一つの側面として位置づけることは可能である。しかし、これら以外の内縁関係ないし事実婚、とりわけ意識的事実婚に対する法的保護は、婚約に対する法的保護とは区別されるべきものとい

える。婚約という法的概念が法律上の婚姻を前提とするものである限り、法律婚を当然の前提とするものではない男女の共同生活関係は婚約という婚姻前の男女関係とは区別される関係として把握するべきであり、共同生活という事実面に対する法的保護の問題として位置づけるべきものであると考えられる。さらに、これとは別に、当事者間の性的関係の存在する場合の保護も判例法上は婚約として与えられてきたといえるが、これも婚約の法的保護とは別に考慮されるべきものといえる。本来、婚姻外の男女関係の保護の問題の一つとしてとらえられるべきものである。⁽⁷²⁾

七　む　す　び

婚約ないし婚約予約として検討されてきた男女関係を検討し直し、法律婚の成立に向けられた過程の中で、婚約をとらえ直してみた。従来、婚約予約として一括されてきた男女関係を整理し、内縁関係ないし事実婚と婚約を区別することは学説上は当然のことであった。しかし、さらに、従来、婚約として総称されていた関係も一括されるべきものではないという指摘が行われるようになってきた。当事者の単純な合意にすぎない婚約から、夫婦としての共同生活ないし婚姻届出へと向かう一連のプロセスの中で、当事者の関係の法的な要保護性を再検討する必要があるのではないかと考えてきた。この一連のプロセスの中で、当事者の関係が法的にどのように位置づけられ、どのような法的保護が図られるべきかは段階を踏んで異なってくるものといえる。

単純な当事者の合意としての婚約に対する法的保護の必要性は次第に薄れているとの指摘はかなり強いものといえる。植木は、離婚に対するイメージの変化を参考にしながら、婚約破棄についても不幸などの消極的なイメージ

にとらわれるのではなく、この精神的苦痛を乗り越えて、積極的にとらえていく方向に向かうべきではないかと主張する。⁽⁷³⁾ また、小野幸二は、個人の意思を尊重し、婚姻の自由を保障する限り、婚約の破棄ないし解消そのものを非難する理由はないと指摘し、婚約の強制履行が認められないのと同様に、婚約不履行そのものを理由とする慰謝料請求は認めるべきではないと主張している。⁽⁷⁴⁾ これに対して、婚約の段階が法律上の婚姻の成立に向けたさまざまな準備行為が進んでいる段階に達している場合や、共同生活に向けた準備が進んでいる場合に、婚約解消ないし破棄が行われると、その準備行為に関連して種々の損害が他方に生じることは十分に予測できる。たとえば、結納や婚約式の費用、結婚式や披露宴の準備に向けた費用、さらに共同生活のための家財道具の費用など、婚約破棄によって無駄となり、通常生じると予測できる損害が発生する。このような場合にこれらの費用を損害賠償として請求することは自然であるといえるだろう。また、小野は、婚約の破棄ないし解消が社会道徳観念上許されない場合、つまり婚約解消の理由や方法が公序良俗に反し、著しく不当な場合には、解消者は他方に対する損害賠償責任を負うと指摘する。⁽⁷⁵⁾ 特に、慰謝料請求が認められるためには、反社会性が強い場合でなければならないものと言う。前掲の東京地裁平成五年三月三十一日判決の事案はその典型的な事案といえる。この判決は婚約解消に際して、慰謝料請求が認容されるためには、より強い不当性が必要であることを指摘している。

婚約破棄に関する判例の特徴の一つとして、損害賠償ないし慰謝料請求訴訟の原告はほとんどの場合、女性であり、つまり破棄者は男性であることが指摘できる。このことは、婚約関係ないし内縁関係においても、男女の立場としては女性の方が社会的経済的に不利な状況に置かれていたことを示しているといえる。しかし、近時、女性の側からの婚約解消が増え、逆に破棄された男性からの損害賠償請求や慰謝料請求訴訟があらわれている。これらの中には、東京地裁平成五年三月三十一日判決のように、男性からの損害賠償請求を棄却したものも見られる。このよ

うな点も考慮すると、男女関係の多様化の指摘の中で、婚姻関係の法的保護のあり方を検討するべき時期に来ていることは確かである。また、特に、慰謝料請求の認否が婚姻前の男女関係の解消に対する調整的意味を有するものとして把握することができるといったとすれば、女性の社会的・経済的地位の変化に対応した法的保護の必要性が検討されねばならない時期に来ているといえる。⁽⁷⁶⁾

〔注〕

(1) たとえば、国府剛『婚姻』（叢書民法総合判例研究44、一粒社、一九七七年）二頁では、法律上の婚姻が成立する過程として、将来婚姻する旨の合意の段階（婚姻の段階）、その合意に基づいて共同生活関係に入った段階（内縁の段階）、および婚姻届出の段階（法律婚の段階）に区別している。

(2) 国府剛「アメリカにおける婚姻違反訴訟廃止の現況」関西大学法学論集三九卷四・五号二三頁以下（一九九〇年）、小野幸二「家族間における不法行為とくに不貞行為の相手方の責任など、アメリカ法を中心に」川井健ほか編『講座現代家族法第一巻』（日本評論社、一九九一年）八九頁以下参照。

(3) ドイツ法については、D・シュヴァープ『ドイツ家族法』（鈴木禄也訳、創文社、一九八六年）二七頁以下、中山秀登「わが国における婚姻の法的構造」ドイツ法と対比して」法学新報九九卷三・四号一二五頁以下（一九九二年）参照。

(4) 二宮周平『家族法』（新世社、一九九九年）九八頁参照。なお、判例における「婚姻予約」理論に関する分析として、唄孝一および佐藤良雄の研究は忘れるわけにはいかない。唄孝一「内縁ないし婚姻予約の判例法研究」（唄孝一家族法著作選集三卷、日本評論社、一九九二年）、佐藤良雄『婚姻予約の研究』（千倉書房、一九六九年）参照。

(5) たとえば、梅謙次郎は、婚姻について法的規定を置かなかったことについて、婚姻していても法律上は婚姻を強制する力がないことを指摘し、婚姻の破棄等については基本的には当事者間で話し合う問題であって、訴訟に訴えたり、裁判所の介入するべきも

のではないと説明している。しかし、事情によっては、損害賠償責任が生じることもありうることを認めている。「第一三七回法典調査会民法議事速記録」「法典調査会民法議事速記録六」（日本近代立法資料叢書6、商事法務研究会、一九八四年）二二頁以下。なお、有地亨『家族法概論（改訂版）』（法律文化社、一九九四年）四五頁参照。

(6) 二宮周平「日本民法の展開(3) 判例の法形成く内縁」『民法典の百年Ⅰ』（有斐閣、一九九八年）三五六頁参照。

(7) 前掲・唄孝一『内縁ないし婚姻予約の判例法研究』七頁以下参照。

(8) 前掲・唄孝一『内縁ないし婚姻予約の判例法研究』一一頁。

(9) 菅原勝伴「婚約の成否」川井健編『判例と学説4 民法Ⅲ』（日本評論社、一九七六年）一四頁では、このような立場の違いを「婚約関係をどの段階から取り上げるといふ法的評価態度の違い」と指摘する。

(10) 民録二五輯一〇一〇頁。ただし、この事案は内縁関係の不当破棄に関するもので、純粋な婚約の破棄が問題とされたものではない。

(11) 新聞三二四〇号四頁。その後、「誠心誠意」判決として引用されるものである。同様の判断は、当時から多くの判例で示されている。たとえば、東京地裁昭和一〇年四月一六日判決新聞三八三三三三頁は、儀式は婚姻予約の成立要素でも効力発生の条件でもないとしている。他に、東京地裁大正八年三月一〇日判決評論八巻民法一九七頁、東京控訴院大正九年一月二四日判決評論一〇巻民法九四頁などがある。

(12) 民集一七卷八号九四二頁。

(13) 民集一七卷一二号一七〇八頁。ただし、この事案では、当事者双方の両親とも二人が将来の婚姻を約束していることを知っており、被告の就職後には結婚させてもいいと考え、二人の関係を黙認していたことがうかがえる。

(14) 下級審判例の中にも、同様の判断を示したものはある。佐賀地裁昭和十六年八月一日判決新聞四七二六号二八頁、東京地裁昭和四三年五月二三日判決タニ二六号一六五頁では、結納や婚約式などの儀式が行われていない場合に婚約の成立が認められた。

(15) 前掲・国府剛『婚約』二二頁では、「合意のみを成立要件としており、公然性・公示性を明示的には要求していないようであっ

た」と指摘している。戦前の判例の中には、結納などの儀式の存在を必要とするものもある。長崎区裁昭和十三年二月二三日判決新聞四三七一号一三頁は、結納が終わっていない程度では婚姻予約が成立したものとはいえないとする。また、東京地裁昭和二年五月二五日判決新聞四一三九号三頁では、両当事者に将来の婚姻意思があるとの表示がなされていても、挙式・同棲・入籍等に関する両者の取り決めについて合意が認められずに破談となった事案について、真に婚姻する意思の合致はなかったとして婚姻の成立を否定している。

(16) 大阪地裁昭和三十一年二月二九日判決不法行為下民集一号三七一頁の事案は、将来の結婚を誓い合い、四年間にわたり性的関係を継続してきた男女の婚姻の成否が問題とされたものであるが、両者の関係は内縁関係とはいえず、結婚式など外部に公示する儀式等も行われていなかったもので、両者の間に子どもが生まれていることを指摘して、同棲も儀式もない場合であっても婚姻予約成立の段階にあったものと解すべきと判断している。子どもの出生という事実が重視されたもののように思われる。

(17) 長野地裁昭和二十九年六月一日判決下民集五卷六号八八四頁は内縁関係までとはいえない男女間の婚姻の成否が問題となったものである。他にも、同様な判断が示されたものとして、京都地裁昭和二十九年一月六日判決下民集五卷一十一号一八二九頁、仙台高裁秋田支部昭和三十八年一月二八日判決家月一五卷七号八九頁などがある。

(18) 中川良延「婚姻の法的保護」山島正男・泉久雄編『演習民法「親族」』（青林書院、一九八五年）五九頁。また二宮周平はこの点に関連して「一方的に捨てられた女性を救済するために、婚姻予約有効法理が、純粹な婚約でもなく、内縁関係ともいえない男女関係にまで適用される。見方を変えれば、保護の必要性がある場合に、周囲の状況から将来の婚姻の意思を擬制するのだともいえる」と指摘する。島津一郎・久貴忠彦編『新判例コンメンタール 民法10』（三省堂、一九九二年）二八頁「二宮周平」。しかし、判例の中には、婚姻の成立を否定しながらも、性的関係の存在を重視して、貞操侵害の不法行為による損害賠償請求を肯定することによって、とりわけ女性の保護を図ったものと評価できるものがあり、婚姻成立前の男女関係の保護を婚姻予約法理によってのみ救済しようというわけではない。最高裁昭和四四年九月二六日判決民集二三卷九号一七二七頁など参照。

(19) 戦後では、見合をして結納の段取りまで決めていたにもかかわらず、破談となったケースとして、東京高裁昭和四八年四月二六

日判決判時七〇六号二九頁、結納が取り交わされていたケースとして、大阪地裁昭和四二年七月三十一日判決判時五一〇号五七頁、結納はなされていないが、結婚式の日取りは取り決めていたケースとして、福岡地裁小倉支部昭和四五年一月四日判決判タ二六〇号二九五頁などがある。戦前でも、樽入の儀式を行った以上、婚姻の予約が成立したものとする判例が見られる。東京控訴院大正一五年五月一日判決新聞二五七四号一四頁、同昭和五年一月二六日判決新聞三三三一号一〇頁。

(20) 判時一〇六五号一七〇頁。

(21) 小野幸二「婚約の不当破棄と相手方の保護」日本法学六五巻四号一三五頁(二〇〇〇年)参照。

(22) 水戸地裁土浦支部昭和六年七月三〇日判決新聞三三〇四号九頁、東京控訴院昭和九年七月二〇日判決新聞三七三八号四頁。

(23) 大阪地裁昭和二六年五月一五日判決下民集二巻五号六五七頁、東京高裁昭和二八年八月一九日東高民時報四巻四号一一八頁など。

(24) 東京地裁昭和四〇年四月二八日判決判時四一七号五〇頁。

(25) たとえば、性的関係の存在に加え、当事者の同僚や家族・親族間でも両者の関係が結婚を前提とするものであると認識していた場合として、大阪地裁昭和四〇年七月九日判決下民集一六巻七号一二〇八頁があげられる。

(26) 東京高裁昭和四三年三月五日判決東高民時報一九巻三三五五頁。

(27) 判タ八七三号一八〇頁。

(28) 前掲・佐藤良雄『婚姻予約の研究』一〇頁以下参照。

(29) 中川善之助・島津一郎編『基本法コンメンタール 親族(第三版)』(日本評論社、一九八九年)二〇頁「石川稔」参照。

(30) 大審院昭和一一一年六月一〇日判決新聞四〇〇九号一七頁。

(31) 大審院大正八年四月二三日判決民録二五輯六九三頁、大審院昭和六年二月二〇日判決新聞三二四〇号四頁、前橋地裁昭和二五年八月二四日判決下民集一卷八号一三二八頁。

(32) 前掲・大審院大正八年六月一一日判決民録二五輯一〇一〇頁、東京地裁昭和一〇年四月一六日判決新聞三八三三三三号四頁、福井地

裁昭和二六年二月一〇日判決下民集二卷二号一八二頁、最高裁昭和二八年六月二六日判決民集七卷六号七六六頁など。

(33) 大審院昭和六年十一月二七日判決新聞三三四五号一五頁など。

(34) 前掲・二宮周平『家族法』九九頁参照。

(35) 大審院大正九年五月二八日判決民録二六輯七七三頁。同旨の判例はかなりある。東京地裁大正一一年二月一四日判決新聞一九六号八頁、東京控訴院昭和六年七月二八日判決新聞三三三〇号四頁、大審院昭和一五年七月六日判決民集一九卷一一四二頁など。戦後にも、東京高裁昭和三〇年一月一日判決下民集六卷一〇号二三三七頁、長崎地裁昭和三八年六月二八日判決家月一五卷一〇号一一〇頁などがある。

(36) 久貴忠彦『親族法』（日本評論社、一九八四年）一四二頁、島津一郎・松川正毅編『基本法コンメンタール 親族（第四版）』（日本評論社、二〇〇一年）二七頁「二宮周平」など。

(37) 家月一二卷六号一四六頁、下民集一〇卷一二号二七五一頁、判時二一九号二五頁。

(38) 判時八八〇号六〇頁。

(39) 前掲「第一三七回法典調査会民法議事速記録」『法典調査会民法議事速記録六』二二二～二三頁参照。

(40) 民録八輯三卷一六頁。

(41) 大連判大正四年一月二六日民録二二輯四九頁。ただし、この事案は内縁関係の一方的破棄に関するものである。

(42) 大判大正五年六月二三日民録二二輯一六二頁など。

(43) 家月三三卷一〇号四八頁。

(44) 高梨公之『婚約の破棄』『家族法大系II』（有斐閣、一九五九年）一〇頁、谷口知平『婚約無効論』民商法雑誌三九卷四〇号五一〇頁（一九六〇年）＝同『家族法の研究（上）親族法』（信山社、一九九一年）所収、岩垂肇『民法研究』（法律文化社、一九八五年）一二四頁など参照。

(45) 岡村道代「婚約の解消をめぐる紛争」判タ七四七号一四頁（一九九一年）では、両説の差異は立証責任と消滅時効の点で顕著で

あるが、損害賠償などの現実的な救済の側面については大差ないと指摘する。本稿ではこの問題については詳しく立ち入らないことにする。

(46) 前掲・島津一郎編『基本法コンメンタール 親族(第三版)』二二頁「石川稔」参照。

(47) 木幡文徳「婚約不履行(不当破棄)の法的構成」森泉章ほか編『民法基本論集Ⅶ 家族法』(法学書院、一九九三年)三七頁。

(48) 前掲・家月三三卷一〇号四八頁。

(49) 前掲・小野幸二「婚約の不当破棄と相手方の保護」日本法学六五卷四号一五六頁。当事者間では債務不履行または不法行為としての損害賠償責任となるが、第三者に対しては不法行為に基づく損害賠償責任を追及することになる。

(50) 前掲・島津久貴編『新判例コンメンタール 民法10』二九頁「二宮周平」参照。最高裁昭和六三年二月二日判決読売新聞一九八八年二月二日夕刊。新聞記事だけでは、詳細は分からないが、継続的な共同生活関係の伴わない純粋な意味での婚約という法的関係は、不法行為法上保護されるべき利益にはあたらないものと判断しているものと思われる。

(51) たとえば、我妻栄『親族法』(有斐閣、一九六一年)一九一頁では、一方的解消にも特別の理由を必要としないと指摘している。

(52) これに関する文献は多いが、とりあえず、前掲・国府剛『婚約』七二頁以下、前掲・唄孝一『内縁ないし婚姻予約の判例法研究』二〇五頁以下など参照。

(53) 家月九卷五号六三頁、判時一一七号一二頁。

(54) 判時一〇六五号一七〇頁、判タ四七八号一二二頁。

(55) 前掲・島津久貴編『新・判例コンメンタール 民法10』二九頁「二宮周平」参照。

(56) 判タ八五七号二四八頁。

(57) 前掲・小野幸二「婚約の不当破棄と相手方の保護」日本法学六五卷四号一四七頁。

(58) 判時七二三号一〇八頁、判タ二九二号三〇六頁。

(59) 詳細は、拙稿「婚姻の届出と意思」九大法学四四号(一九八二年)一頁以下参照。

(60) たとえば、最高裁昭和四四年一〇月三十一日判決民集二三卷一〇号一八九四頁。

(61) 前掲・国府剛『婚約』二二頁。現実的な問題として考えた場合に、婚約当事者がそのように明確に区別された意思を意識的に認識した上で、婚約を位置づけているとはいえないであろう。しかし、婚約を法的にとらえるためには、そのような意思の区別は必要である。

(62) 前掲・佐賀地裁昭和一六年八月一日判決。

(63) 前掲・長野地裁昭和二九年六月一四日判決。

(64) 武井正臣「婚姻届出請求権」同「内縁婚の現状と課題」(法律文化社、一九九一年)三三頁。

(65) 前掲・島津川久貴編『新・判例コンメンタール 民法10』二八頁「二宮周平」。

(66) しかし、その場合に、意識的に法律婚を避ける事実婚当事者の保護が判例理論によつて可能なものかどうか、疑問がないわけではない。

(67) 前掲・木幡文徳「婚約不履行(不当破棄)の法的構成」森泉章ほか編『民法基本論集VII 家族法』三三頁以下。

(68) 前掲・木幡文徳「婚約不履行(不当破棄)の法的構成」森泉章ほか編『民法基本論集VII 家族法』三九頁。

(69) 前掲・島津一郎編『基本法コンメンタール 親族(第三版)』二〇頁「石川稔」参照。

(70) 植木とみ子「婚約」川井健ほか編『講座・現代家族法第二巻』(日本評論社、一九九一年)四三頁。

(71) 前掲・小野幸二「婚約の不当破棄と相手方の保護」日本法学六五巻四号一五五頁以下では、法的保護の検討のためには、婚約の区分や婚約の成立時期の確認は必ずしも必要ないと指摘している。

(72) 前掲・小野幸二「婚約の不当破棄と相手方の保護」日本法学六五巻四号一五五頁では、不確定な意思による貞操侵害として保護されるべきとする。

(73) 前掲・植木とみ子「婚約」川井健ほか編『講座・現代家族法第二巻』五二頁参照。

(74) 前掲・小野幸二「婚約の不当破棄と相手方の保護」日本法学六五巻四号一六三頁。

(75) 前掲・小野幸二「婚約の不当破棄と相手方の保護」日本法学六五巻四号一六五頁。

(76) 前掲・木幡文徳「婚約不履行（不当破棄）の法的構成」森泉章ほか編『民法基本論集Ⅶ 家族法』三九頁参照。木幡は「慰謝料が男女の社会的・経済的地位にも関わった調整的意味を有するものであるとすれば特に女性の社会的・経済的地位が婚約の法的保護の可否との関連で考慮されねばならないこととなろう」と指摘している。