

〔研究ノート〕

内縁準婚判決は婚姻予約有効判決を変更したのか？

石川 真人

目次

- I はじめに
- II 婚姻予約有効判決
- III 内縁準婚判決
- IV 内縁準婚判決が大法院判決でない理由
- V おわりに

はしがき

I はじめに

本稿は二〇〇五年九月二〇日に民法法研究会（久留米大学法学部・法科大学院）で行なった報告に加筆したものである。報告の機会を与えて下さり、また貴重なご意見を賜った同研究会の諸先生に、この場を借りて感謝申し上げます。

婚姻予約有効判決^①と内縁準婚判決^②は、数多くの文献で言及され、授業でも頻繁に取り上げられる有名な判決であるが、この二つの判決がどういう関係にあるのか、必ずしも明らかでない。後述のように、後者は前者を変更したと解さざるをえないのであるが、判例変更ではないというのが通説的理解のようであり、また最高裁自身、判例変更したとは考えていない可能性もある。

そこで、本稿では、そもそも判例変更されたのか否か、最高裁が判例変更ではないと考えているとすれば、その理由は何か、を考察する。

II 婚姻予約有効判決

まず最初に、婚姻予約有効判決の事実と判旨を確認しておく。

(1) 事実

X女はY男と事実上の婚姻をしたが、婚礼後三日目に実家に帰った。帰宅後、Yが病気で入院したとの知らせを受け、XはY宅に戻ったが、病院にYを見舞わず、Y宅に一泊しただけで実家に戻った。また、XとXの父が地方の慣習に背き媒酌人を訪れなかったため、媒酌人は媒酌を辞退した。これを理由にYはXを離縁した。XはYに対して不法行為（名誉毀損）に基づく損害賠償を請求。第一審（下妻区裁）および第二審（水戸地裁）ではX敗訴。上告審（東京控訴院）は破棄差戻。差戻審（水戸地裁）ではX勝訴。Y上告。上告理由…婚姻は届出があつて初めて効力が生じるのだから、婚姻の予約は無効であり、法的保護には値しない。

(2) 判決文

本判决の結論は破棄自判（X敗訴）であり、以下は「理由」である（便宜上、濁点と句読点を付し、さらに①③の段落に分けた）。

①婚姻ノ予約ハ将来ニ於テ適法ナル婚姻ヲ為スベキコトヲ目的トスル契約ニシテ、其契約ハ亦適法ニシテ有効ナリトス。法律上之ニ依リ当事者ヲシテ其約旨ニ従ヒ婚姻ヲ為サシムルコトヲ強制スルコトヲ得ザルモ、当事者ノ一方ガ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於テハ、其一方ハ相手方ガ其約ヲ信ジタルガ為メニ被ムリタル有形無形ノ損害ヲ賠償スル責ニ任ズベキモノトス。

②蓋、婚姻ハ戸籍吏ニ届出ヅルニ因リテ始メテ其効力ヲ生ジ、其当時ニ於テ当事者ハ婚姻ヲ為スト為サザルトノ意思ノ自由ヲ享有スルヲ以テ、当事者ガ将来婚姻ヲ為スベキコトヲ約シタル場合ニ於テモ、其約旨ニ従ヒ婚姻ヲ為スコトヲ強ユルコトヲ得ズ。然レドモ婚姻ヲ為ス当事者ハ其届出以前ニ先ズ将来婚姻ヲ為スベキコトヲ約シ、而シテ後其約ノ実行トシテ届出ヲ為スハ普通ノ事例ニシテ、其約ヲ為スコトハ実ニ婚姻成立ノ前提事項ニ属シ、固ヨリ法律上正当トシテ是認スル所ナレバ、適法ノ行為ナルヤ言ヲ俟タズ。而シテ其契約ハ当事者ガ相互間ニ将来婚姻ノ成立センコトヲ欲シテ誠実ニ之ガ実行ヲ期シ、其確乎タル信念ニ基キ之ヲ約スベキモノナルコトハ其契約ノ性質上常ニ然

ルベキ所ナリ。從テ既ニ之ヲ約シタルトキハ各当事者ハ之ヲ信ジテ相当ナル準備ノ行為ヲ為シ、尚ホ進ミテ慣習上婚姻ノ儀式ヲ挙行シ、事実上夫婦同様ノ生活ヲ開始スルニ至ルコトアリ。斯ノ如キハ婚姻ノ成立スルニ至ルニ相当ナル徑路トシテ普通ニ行ハルル事例ニシテ、固ヨリ公序良俗ニ反スルコトナク、社会ノ通念ニ於テ正当視スル所ナリ。然ルニ若シ当事者ノ一方ガ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リトセンカ、之ガ為メニ相手方ガ其約ヲ信ジテ為シタル準備行為ハ徒勞損失ニ帰シ、其品位名譽ハ毀損セララルル等有形無形ノ損害ヲ相手方ニ被ラシムルニ至ルコトナシトセズ。是レ其契約ノ性質上當ニ生ズベキ当事者ノ婚姻成立予期ノ信念ニ反シ、其信念ヲ生ゼシメタル当事者一方ノ違約ニ原因スルモノナレバ、其違約者タル一方ハ被害者タル相手方ニ対シ如上有形無形ノ損害ヲ賠償スル責任アルコトハ正義公平ヲ旨トスル社会観念ニ於テ当然トスル所ニシテ、法律ノ精神亦之ニ外ナラズト解スベキヲ以テナリ。

③本件ノ事実ハ原院ノ確定シタル所ニ依レバ要スルニ、当事者ハ真ニ婚姻ヲ成立セシムル意思ヲ以テ婚姻ノ予約ヲ為シ、之ニ基キ慣習上婚礼ノ式ヲ挙行シタル後、上告人ハ正当ノ理由ナクシテ被上告人ヲ離別シ、婚姻ヲ為スコトヲ拒絶セリト云フニ在ルヤ判文上明白ナリ。是レ畢竟上告人ガ当事者間ニ成立シタル婚姻ノ予約ヲ履行セザルモノニ外ナラザレバ、之ニ因リテ生ジタル損害ノ賠償ハ違約ヲ原因トシテ請求ヲ為スコトヲ要シ、

不法行為ヲ原因トシテ請求スベキモノニ非ズ。然ルニ本訴請求ハ全ク不法行為ヲ原因トシテ主張シタルモノナルコト記録上明確ニシテ、其原因トスル所既ニ失当ナレバ、此ノ点ニ於テ棄却スベキモノトス。故ニ原院ガ本訴請求ヲ是認シタルハ違法ナルヲ以テ、本件上告ハ結局其理由アルニ帰ス。依テ爾余ノ論点ニ対シ説明ヲ加フルノ必要ナキヲ以テ之ヲ省キ、又本件ハ從來本院ノ判例ニ於テ示シタル見解ト相反スル所アルヲ以テ、裁判所構成法第四十九条及ビ第五十四条ノ規定ニ從ヒ、民事ノ總部ヲ聯合シテ審理シ、民事訴訟法第四百四十七条第一項、第四百五十一条第一号、第四百二十四条、第七十二条第一項及ビ第七十七条ノ規定ニ從ヒ、主文ノ如ク判決ス。

(3) 小括

本判決は、婚姻の予約は法律上効力を有しないとされたそれまでの判例^③を変更し、婚姻の予約は適法で有効な契約であり、正当な理由なくその履行を拒絶した場合には損害賠償責任が生じるとした。このいわゆる「婚姻予約理論」が内縁保護の出発点として高く評価され、後の裁判実務に大きな影響を与えたことは周知のとおりである。ところで、本判決の「判決要旨」は次のように記載されている（便宜上、濁点と句読点を付した）。

- 一 婚姻ノ予約ハ将来ニ於テ婚姻ヲ為スベキコトヲ目的トスル契約ニシテ有効ナリ。
- 一 婚姻ノ予約ハ法律上之ニ依リ履行ヲ強制スルコトヲ得ザ

ルモ、当事者ノ一方が正当ノ理由ナクシテ違約シタル場合ニ於テハ、其一方ハ相手方が予約ヲ信ジタルガ為メニ被ムリタル有形無形ノ損害ヲ賠償スル責ニ任ズベキモノトス。

一 婚姻ノ予約不履行ニ因リテ生ジタル損害ノ賠償ハ違約ノ原因トシテ請求スルコトヲ要シ、不法行為ヲ原因トシテ請求スベキモノニ非ズ。

このうち第一点と第二点が「傍論」(obiter dictum)にすぎず、「判決理由」(ratio decidendi)は第三点(判決文③)の不法行為構成を否定した部分⁽⁵⁾だけであるという理解は、現在では常識と言ってもよい。⁽⁶⁾

Ⅲ 内縁準婚判決

次に、内縁準婚判決の事実と判旨は以下のとおりである。

(1) 事実

X女とY男は昭和二六年一月一日に挙式、事実上の夫婦として同棲した。XはY家の家業である貨物運送業の手伝いと家事に追われ、姑らYの家族との折り合いも悪かった。昭和二七年六月二日夜に発熱したXは実家に戻り、医師の診断を受けたところ、肺結核であることが判明した。XはYの了承の下に昭和二七年七月から昭和二八年三月まで入院、療養した。昭和二八年三月二一日、YはXを離縁。XはYに対して慰謝料一〇

万円(民法七〇九条)と医療費のうち二〇万円(民法七六〇条)を請求。第一審(名古屋地裁)、第二審(名古屋高裁)ともにX勝訴。Y上告。上告理由第一点…内縁の不当破棄は当然には不法行為にはならない。同第二点…婚姻予約不履行の問題として処理されるのが従来の判例である。同第三点…民法七六〇条は内縁に準用されるべきでない。

(2) 判決文

本判決の結論は上告棄却(X勝訴)であり、以下は「理由」である(便宜上、①③の段落に分けた)。

①上告理由第一、第二点について。

大審院は、いわゆる内縁を「将来ニ於テ適法ナル婚姻ヲ為スベキコトヲ目的トスル契約」すなわち婚姻の予約であるとし、当事者の一方が正当の理由なく、約に違反して婚姻をすることを拒絶した場合には、其の一方は相手方に対し、婚姻予約不履行による損害賠償の義務を負う旨判示し、爾来裁判所は、内縁を不当に破棄した者の責任を婚姻予約不履行の理論⁽⁷⁾によって処理し来り、当裁判所においても、この理論を踏襲した判例の存⁽⁸⁾することは、論旨の指摘するとおりである。

②ところで、いわゆる内縁は、婚姻の届出を欠くがゆえに、法律上の婚姻ということはできないが、男女が相協力して夫婦としての生活を営む結合であるという点においては、婚姻関係

と異なるものではなく、これを婚姻に準ずる関係というを妨げない。そして民法七〇九条にいう「権利」は厳密な意味で権利と云えなくても、法律上保護せらるべき利益があれば足りるとされるのであり、内縁も保護せられるべき生活関係に外ならないのであるから、内縁が正当の理由なく破棄された場合には、故意又は過失により権利が侵害されたものとして、不法行為の責任を肯定することができるのである。されば、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ことができるといわなければならない。本件において、原審は、上告人の行為は所論の如く不法行為を構成するものと認めたものであるが、上記説明に徴すれば、これをもって違法とすることはできない。論旨は採るをえない。

③同第三点について。

本件当事者間の内縁関係は昭和二八年三月二日上告人の一方的意思によって破棄されたこと、被上告人は上告人と別居するにいたった昭和二七年六月二日から昭和二八年三月三十一日までの間に、自己の医療費として合計二一四、一三〇円を支出したことは、いずれも原審の確定したところである。そして、内縁が法律上の婚姻に準ずる関係と認むべきであること前記説明の如くである以上、民法七六〇条の規定は、内縁に準用されるものと解すべきであり、従って、前記被上告人の支出した医療費は、別居中に生じたものであるけれども、なお、婚姻から生

ずる費用に準じ、同条の趣旨に従い、上告人においてこれを分担すべきものといわなければならない。そして、原判文の全趣旨に照らすと、原審は、本件当事者間における一切の事情を考慮した上、本件内縁関係が破棄せられるまでの間に、被上告人の支出した医療費のうち金二〇〇、〇〇〇円を上告人において分担すべきものと判断したことを是認することができるのであって、原判決には所論の如き理由が、この違法はなく、所論は採るをえない。

よって、民訴四〇一条、九五条、八九条に従い、裁判官全員一致の意見で、主文のとおり判決する。

(3) 小括

本判決の意義は、内縁を婚姻に準ずる関係(準婚¹⁰)と見て、その不当破棄については不法行為責任を肯定し、また、民法七六〇条(婚姻費用の分担)を内縁に準用した点にあるとされる¹¹。ちなみに、本判決の「判決要旨」は次のように記載されている。

一、内縁を不当に破棄された者は、相手方に対し不法行為を理由として損害の賠償を求めることができる。

二、民法第七六〇条の規定は、内縁に準用されるものと解すべきである。

本稿で問題にするのは「判決要旨」第一点(判決文^②)である。すなわち、婚姻予約有効判決では不法行為構成が否定されている(「判決要旨」第三点、判決文^③)のに対して、本判決

では肯定されており、両判決は明らかに抵触する。内縁準婚判決は婚姻予約有効判決を変更したと理解すればすぐに解決するよう見えるが、その理解には大きな障害がある。それは、内縁準婚判決が大法廷判決ではないという点である。すなわち、裁判所法一〇条は「事件を大法廷又は小法廷のいずれで取り扱うかについては、最高裁判所の定めるところによる。但し、左の場合においては、小法廷では裁判をすることはできない」と規定し、その第三号に「憲法その他の法令の解釈適用について、意見が前に最高裁判所のした裁判に反するとき」とあるからである。⁽¹²⁾

そこで、節を改めて、内縁準婚判決が大法廷判決ではない理由について考える。

IV 内縁準婚判決が大法廷判決でない理由

内縁準婚判決が大法廷判決でない理由として、いくつかの可能性がありうる。

(1) 判例変更ではないから？

まず、判例変更ではない⁽¹³⁾という可能性については、婚姻予約有効判決が（どの部分が「判決理由」⁽¹⁴⁾かは別にして）不法行為構成を否定しているのに対して、内縁準婚判決がこれを肯定し

ていることから、両者が抵触することは明らかであり、したがって、後者は前者を変更していないと理解することはできない。

(2) 事案が異なるから？

次に、婚姻予約有効判決と内縁準婚判決とは事案が異なる⁽¹⁵⁾（だから法律構成は違って当然）という可能性については、大審院も最高裁も婚姻予約有効判決の事案だけが他と異なるとは認識しておらず、むしろ「婚姻予約」として一括して処理していることから、婚姻予約有効判決も内縁の事案である⁽¹⁶⁾ということを前提にせざるをえない。

(3) 婚姻予約理論が大審院時代の判例だから？

「意見が前に最高裁判所のした裁判に反するとき」には大法廷で裁判をしなければならぬ（裁判所法一〇条三号）が、大審院時代の判例を変更する場合には小法廷で裁判をすることが可能である（最高裁判所裁判事務処理規則九条六号）。しかし、婚姻予約理論が大審院の判例であるのみならず、最高裁の判例⁽¹⁷⁾でもあることは最高裁自身が認めているのであって（判決文①）、この場合は大法廷の判断が必要となる。

(4) 「黙示の判例変更」だから？

判例変更は明示的になされることもあれば、黙示的に行なわれる⁽¹⁸⁾こともあり、内縁準婚判決は婚姻予約有効判決を黙示的に

(あるいは事実上)判例変更したと理解することも可能であろう。たしかに、婚姻予約理論を踏襲した最高裁判決は不法行為構成を否定しているわけではないので、形式的には小法廷で判例(不法行為構成否定)を変更することはできる。しかし、内縁準婚判決では婚姻予約理論が堅持されている(判決文②「されば」以下)ところから、この可能性は低いのではないかと考える。

(5) 最高裁は判例変更とは考えていないから?

最高裁は内縁準婚判決が婚姻予約有効判決を変更したとは考えておらず、それゆえ大法廷で裁判をする必要性を認めなかった可能性もある。それは、婚姻予約有効判決(およびそれ以来の判例法)の意義を、不法行為構成を否定した部分(「判決要旨」第三点、判決文③)ではなく、契約責任を肯定した部分(「判決要旨」第二点、判決文①)だけにあると理解したからではないだろうか。

そのような理解は、現在の法源論の水準では維持しえないものではないが、最高裁がそのように理解したのには理由がある。第一に、婚姻予約有効判決においては傍論にすぎなかった「婚姻予約理論」が先例として(あたかもそれが法であるかのよう)機能し、数多くの判例が蓄積されたこと、第二に、学説上も、婚姻予約有効判決によって内縁が不当に破棄された場合には損害賠償責任が生ずることになったという理解(誤解?)が

一般的だったこと、がそれである。⁽²⁰⁾

V おわりに

(1) 結論

本稿の一応の結論は以下のとおりである。内縁準婚判決が大法院判決でない理由は、黙示の判例変更だからという可能性(IV(4))も否定できないものの、実は判例変更であるにもかかわらず最高裁は婚姻予約有効判決を変更したとは考えなかったからという可能性(IV(5))もあり、では、最高裁がなぜ判例変更と考えなかったのかというと、それは、当時と現在の法源論(そもそも「判例」とは何か、判決文の中のどの部分が「判例」か、「判例」の拘束力の問題など⁽²¹⁾)の違いによるのではないか。

(2) 今後の課題

判例研究の目的と方法について「研究の目的は具体的法律を知らむとするにある。故に先づ第一には判決中極めて不完全な事実の記載中から成るべく詳細に事実関係を拾ひ集めることを力める。而して第二には裁判所が此事実に対して如何なる裁判を与えたかを簡短に摘記する。さうして最後に評釈を附ける。評釈を加へる主旨は従来諸学者に依つて試みられた判例批評とは全く異なつたものである。主として其判決と従来の判例との

連絡を尋ねて当該の問題に関する具体的法律の変遷及び其内容が漸次に充実に来る様子を説明するに在る⁽²²⁾と宣言されて以来、今日すでに八〇年以上の年月が経過したが、その真の意味がどれほど理解されたかについては、何度か疑問が提示されている⁽²³⁾。一九一五年の婚姻予約有効判決の段階ではやむをえないとしても、一九五八年の内縁準婚判決の段階でなお十分に理解されていなかったとすれば、いつそれは「常識」となったのか。その探究が次の課題である。

- (1) 大審院大正四年一月二六日民事連合部判決・民録二二輯四九頁。婚姻予約有効判決については数多くの文献があるが、とりわけ唄孝一「『婚姻予約有効判決』の再検討——大連判大正四年一月二六日——」『内縁ないし婚姻予約の判例法研究』（日本評論社、一九九二年）七一頁（初出は『法律時報』三三卷三号、四号（一九五九年））、「続・『婚姻予約有効判決』の再検討——大連判大正四年一月二六日——」同書一一一頁（初出は『法律時報』三三卷一〇号、一一号（一九五九年））および川井健「内縁の保護——婚姻予約有効判決をめぐって——」『現代家族法体系2』（有斐閣、一九八〇年）一頁を参照。以下では唄論文、川井論文は著者名のみで引用する。
- (2) 最高裁昭和三三年四月一日第二小法廷判決・民集

一二卷五号七八九頁。

- (3) 大判明治三五年三月八日・民録八輯三卷一六頁、大判明治四四年一月二六日・民録一七輯一六頁、大判明治四四年三月二五日・民録一七輯一六九頁。

- (4) 中川善之助「婚姻予約有効判決」『法学セミナー』一九五七年五月号三六頁。

- (5) 婚姻予約有効判決が不法行為構成を否定したのは、雲右衛門浪曲レコード事件（大判大正三年七月四日・刑録二〇輯一三六〇頁）に見られる、当時の大審院による「権利」の限定的な解釈と関係があると思われるが、本稿では立ち入らない。また、契約責任と不法行為責任の関係（請求権競合の問題）についても詳論しえない。この点については川井・八頁を参照。

- (6) 唄・九七頁、我妻栄『親族法』（有斐閣、一九六一年）一九五頁、川島武宜「判例研究の方法」『川島武宜著作集第五卷』（岩波書店、一九八二年）一六〇頁（初出は『法律時報』三四卷一・二号（一九六二年））など。なお、唄・九七頁によれば、最初にこの点を指摘したのは中村宗雄『裁判過程（Judicial Process）』に関する比較法学的研究『早大比較法研究所紀要』二号（一九五八年）一頁である。これには異論もあり、川井・一二頁は「当該事件についての解決の指針を示しかつその理由を説く判旨は、広義の『判決理由』に属するとみてよい」

- とする（つまり、判決文①の部分も「判決理由」であると理解する）。しかし、現在では一般向けの著作（たとえば五十嵐清『法学入門（新版）』（一粒社、二〇〇一年）七九頁）においても同趣旨の叙述が見られることから、本文では不法行為構成を否定した部分が「判決理由」であるという理解を「常識」とした。
- (7) 婚姻予約有効判決が引用されている。
- (8) 判決文に引用はないが、上告理由（第二点）でも引用されている最判昭和二十七年一月二日・民集六卷九号八四九頁を指す。
- (9) 大学湯事件（大判大正一四年一月二八日・民集四卷六七〇頁）と阪神電鉄事件（大判昭和七年一月六日・民集一一卷二〇三三頁）が引用されている。
- (10) 川井・一六頁以下によれば、「準婚理論」は穂積重遠「婚姻予約有効判決ノ真意義」『法学志林』一九卷九号（一九一七年）一頁に先駆的に見られ、これを中川善之助「婚姻の儀式（一）」（五）『法学協会雑誌』四四卷一号三九頁、二号五四頁、四号六三頁、五号八七頁、六号九八頁（一九二六年）が発展させ、杉之原舜一「法律関係としての内縁（一）」（二）『法律時報』一一卷二号一三頁、三号二二頁（一九三九年）もこれに従い、内縁準婚判決が出た当時、すでに通説化していた。
- (11) 川井健『家族法判例百選（第三版）』（有斐閣、一九八〇年）一二頁、木幡文徳『家族法判例百選（第六版）』（有斐閣、二〇〇二年）四〇頁など。
- (12) 詳しくは東孝行「判例による法の形成——他人物売買を中心として——」『比較文化研究』二四輯（一九九九年）六八頁を参照。
- (13) 中川淳『家族法の諸問題』（有信堂、一九七二年）二九二頁（初出は『民商法雑誌』三八卷五号（一九六五年））は「ここで注意すべきことは、この判例が婚姻予約の理論を放棄していないということである。最高裁判所になつてからも、内縁の不当破棄を婚姻予約不履行として処理したことがある（前掲（注8）判例の引用）。したがって、この理論を放棄するためには、大法院の判断を必要とするから、この判例は、あえてこれを避けたのであろう」とする。また、二宮周平「内縁」『民法講座7』（有斐閣、一九八四年）六二頁は、最高裁が婚姻予約理論と内縁準婚理論の二元論を採っている（婚姻予約理論を維持しつつ準婚理論によって不法行為責任も肯定する）と解する。さらに、判例変更に関する後掲（注19）諸論文のいずれもが内縁準婚判決を判例変更の具体例として扱っていないところからも、内縁準婚判決は婚姻予約有効判決を変更していない、というのが通説的理解であると思われる。
- (14) 注6および対応本文を参照。

- (15) 唄・一三七頁は、事件当時の当地の婚姻慣行を精密に調査した結果から、婚姻予約有効判決における男女関係がはたして「内縁」と言えるのかどうかを疑問視する。
- (16) 川井・一四頁も同旨。
- (17) 前掲(注8)判例。
- (18) 前掲(注8)判例。
- (19) 中野次雄(編)『判例とその読み方』(有斐閣、一九八六年)一六五頁によれば、明示的な判例変更には、①特定の判例を変更すべき旨明示するものと②具体的に特定せずに判示と抵触する従前の判例を変更する旨というものがあり、黙示的な判例変更には、③判例を変更する旨いつていないもの(黙示的変更)、④形式的に判例の変更ではないものとされているが、実質的には判例を変更したものと同評価されるもの(実質的変更)、がある(数字は報告者が便宜的に付した)。このうち④は事案の区別や一般条項の活用による判例の実質的変更であり、内縁準婚判決はこれに該当しない。該当するとすれば③であるが、③の具体例として一七九頁以下に掲げられているケースはいずれも大法院判決であり、同書は内縁準婚判決を黙示の判例変更と理解していないようである(同判決は「判例による法の創造」として位置づけられる(二二二頁))。判例変更については、川井健「判例変更の限界」『北大法学論集』一七巻四号(一九六七年)
- 五三五頁、西野喜一「判例の変更(一)」(九)『判例時報』一四九五号三頁、一四九六号三頁、一四九八号三頁、一四九九号一六頁、一五〇一号四二頁、一五〇二号一六頁、一五〇四号二四頁、一五〇五号三頁、一五〇七号一一頁(同『裁判の過程』(判例タイムズ社、一九九五年)所収)、小山昇『裁判と法』(信山社、一九九五年)も参照。なお、いずれの文献においても内縁準婚判決は扱われていない。
- (20) 現在ではそのような誤解はあまり見られなくなった(我妻・前掲(注6)一九五頁、内田貴『民法Ⅳ(補訂版)』(東京大学出版会、二〇〇四年)一四二頁などを参照)が、内縁準婚判決が出た当時は「連合部判決は、従来の判例理論の再検討によって得られた結論であるために、その要旨は、とかく、一般的抽象的な理論として示され、その後の判決においては、条文でもあるかのようによに援用される。〈中略〉そして、裁判所も、学者も、どんな事案についての判決であったかを忘れがち」な状況であったとされる(我妻栄『聯合部判決巡歴Ⅰ』(有斐閣、一九五八年)三頁)。
- (21) 最近の文献として東孝行「判例による法の形成」(信山社、一九九六年)がある。
- (22) 『判例民法(大正一〇年度)』(有斐閣、一九二三年)「序」七頁。これが末弘巖太郎によって書かれたもので

あることは有名である。『日本の法学』（日本評論社、一九五〇年）一〇八頁を参照。

- (23) たとえば来栖三郎「法の解釈における制定法の意義——その一 法と法源——」同『法とフィクション』（東京大学出版会、一九九九年）二三頁（初出は『法学協会雑誌』七三卷二号（一九五六年））。法源（抽象的正）は法（具體的正）を知るためのフィクションであるという来栖の認識がわが国の学会でどれほど理解されているかも疑問である。木庭顕「余白に」同書三六一頁、拙稿『法曹法の歴史的基础づけ——エールリッヒの法源論——』（一）（二）『北大法学論集』四一巻三号一〇五一頁、四号一四六一頁（一九九一年）を参照。