

## 研究ノート

## 婚姻意思について —— 身分行為意思論 序説

足立清人

## 1. はじめに

身分行為とは、婚姻、離婚、養子縁組、離縁など、家族関係にかかわる法律行為を意味する<sup>1</sup>。これらの身分行為が成立するためには、身分行為意思と届出が必要とされる。身分行為意思とは、どのような意思か。判例においては、各身分行為において、事案ごとに要求される身分行為意思の内容が異なり、学説もまた百家争鳴の状態、身分行為全般の身分行為意思を統一的に説明することはできない。昨今、家族法の改正が議論されているが、身分行為意思のあり方についてはペンディングされている<sup>2</sup>。婚姻関係・家族関係が多様化している現在、身分行為が有効に成立するための要件である身分行為意思について検討を行うことには意義があると考え。判例・学説ともに混沌としたなかで屋上屋を架すことになるかもしれないが、まずは婚姻意思の検討から始めてゆく。もっとも、本稿は、婚姻意思について本格的な研究を行うための前段階、(はなはだ貧弱ではあるが)婚姻意思にかかわる学説整理を記したノートにすぎない。したがって、判例・参考資料ともに網羅的ではないが、今後研究を進めていくにあたっての、自分なりの指針・着想を得ることができれば、と考えている。

## 2. 婚姻の届出と意思

婚姻が法律上有効に成立するためには、形式的要件と実質的要件を具備しなければならない。形式的要件とは、届出であり(739条)、実質的要件とは、婚姻意思があること、および、婚姻障害がないことである(731条~736条)(婚姻障害事由のある婚姻は取り消すことができる(743条))。婚姻意思をテーマとする本稿では、届出と婚姻意思の問題について概観・検討を行う。まずは、形式的要件とされる届出からみていこう。

## (1) 届出の法的意義

届出の法的意義については、それが成立要件であるのか、効力要件であるのかについて争いがある。739条では、婚姻は、戸籍法の定めるところに従って届け出ることによって、その効力を生じ、742条では、婚姻は、当事者が婚姻の届出をしないとき無効である、とされる。したがって、条文の文言を見る限り、届出は効力要件であると解することができそうである。しかし、立法者は、届出は婚姻の成立要件であると理解し<sup>3</sup>、現在の通説もそう考えている(届出婚主義・法律婚主義)<sup>4</sup>。742条の文言にもかかわらず、届出がなければ、婚姻は無効ではなく、不成立となる(「届出なければ婚姻なし」)。届出を婚姻の成立要件と解するのであれば、届出時に婚姻意思がなければならぬ<sup>5</sup>。その機能は、当事者の意思撤回の自由を確保・担保すること

にある、とされる<sup>6</sup>。しかし、届出が、書面でも認められ(戸籍法27条)、郵送でも(戸籍法47条)他人に委託しても良く、また代署も認められ(大判昭和7・4・20新聞3400号4頁)、しかも戸籍管掌者(市区町村長)は法令違反の有無を確認するだけで形式的審査権があるにすぎないことから、婚姻意思の存在と届出の間にズレが生じたり、(届出に伴うはずの)婚姻意思自体に問題が生じることがあった<sup>7</sup>。すなわち、成立要件主義では届出時に婚姻意思が存在しなければならないから、届出時に当事者が死亡している臨終婚や届出時に当事者が意識を喪失していたようなケース<sup>8</sup>について説明することができず、また、成立要件主義では判例<sup>9</sup>が内縁を保護することも説明することもできない。

成立要件主義には以上のような問題があるために、届出は婚姻の効力発生要件であるとする説が主張されることとなった<sup>10</sup>。すなわち、儀式(結婚式)時によせ、届書作成時にせよ<sup>11</sup>、当事者の婚姻意思が合致することで婚姻関係が成立し、届出をなすことで婚姻の効力が発生すると考えるのである。儀式(結婚式)の時に婚姻が成立し、届出により婚姻の効力が生ずるという考え方は、一般の意識に適合し、なじみやすいものであった<sup>12</sup>。しかし、この考え方では、婚姻成立の時期を特定できないと、事実婚主義に近づくことになり、また、婚姻成立後、届出までの意思撤回をどう扱うかについても問題となる。届出が成立要件であるにせよ、効力発生要件であるにせよ、公示方法であるにせよ、婚姻が有効に成立するためには婚姻意思が必要となる<sup>13</sup>、次に、婚姻における最大の難問の1つである婚姻意思の問題についてみていこう。

## (2) 婚姻意思論

(イ) 婚姻が有効に成立するためには、婚姻意思が必要である。民法は婚姻意思を、明文をもって積極的に要件として掲げているわけではないが、婚姻意思がないときには婚姻は

無効である(742条一号)として間接的に婚姻意思を要求している。婚姻が両性の合意に基づいて成立する(憲法24条)以上、それは当然である<sup>14</sup>。

通常の婚姻であれば問題は生じない。婚姻意思もその実体も当然に存在する。しかし、婚姻の一部の効果のみを欲するか、または婚姻の効果とは別の効果を欲する仮装婚のような通常でない婚姻が問題になった場合に、その通常でない婚姻を法律上有効な婚姻として認めることができるのかどうか、そうして婚姻意思とはそもそもどのような内容なのかが問題となる<sup>15, 16</sup>。

(ロ) 元来、婚姻意思について通説的地位を占めてきたのが、中川善之助教授の主張にかかる実質的意思説であった<sup>17, 18</sup>。中川理論<sup>19</sup>を、本稿の目的に関する限りで要約すると、中川教授は、財産法における財産行為に対して、身分法における身分行為という概念をたて、身分行為に属する行為は、そもそも本質社会結合的(ゲマインシャフト的)意欲であり、その効果意思は、性情的、宿命的、習俗と感情に支配されて動く非合理的な意思である、とする<sup>20</sup>。身分的效果意思は、身分的生活事実の反面であり、意思と事実とは同じ盾の両面である。すなわち、客観的にみれば身分関係で、主観的にみれば身分的效果意思である<sup>21</sup>。この意思と事実は、法論理上は、法規に先行する<sup>22</sup>。そうして、(法的な意味での)婚姻意思とは、婚姻の愛情そのものではなく、特定の相手方と婚姻をなさんと欲する意思である、と。もっとも、上記の如く、婚姻事実から全く遊離した婚姻意思は存在しない。つまり、婚姻生活事実が無くて、意思だけが婚姻に向けられたとしても、この単なる意思によって婚姻が成立するということにはならない<sup>23</sup>。婚姻をなすとは、時代の社会通念に従って婚姻とみられるような関係を形成することであり、各時代各社会にはいずれも習俗上、婚姻の一定の型が決まっており、それに従っ

て婚姻をなす意思だけが、婚姻意思なのである、と<sup>24</sup>。そうして、中川教授は、婚姻のような「身分への行為」、すなわち「形成的身分行為<sup>25</sup>」が三つの要素からなっている、とする。第一が、身分的效果意思であり、それは本質社会結合的意欲であり、感情と意思と理知との渾然たる一体であり、身分行為における心素 *animus* と呼ぶことができる。第二は、身分的生活事実である。親子たる血縁、もしくは血縁なき者の親子的結合、夫婦の結合、戸主の隠退等の事実であり、身分行為の体素 *corpus* と呼ぶことができる。第三に法律的表示行為としての方式であり、形式 *formula* である。そうして、体素と心素との結合事実が、方式と結びつくときに初めて身分行為が成立し、その方式の結びつく時期は、体素の甚だ微弱にして、心素のみ判然と現れている場合でも差し支えない。いずれにしても、*formula* が欠ければ身分行為は不成立であり、*animus* か *corpus* かが全然欠缺して、*formula* のみ存する場合には身分行為が無効となる、と<sup>26</sup>。

子に嫡出子の身分を与えるための限定目的婚が問題となった最高裁判所昭和44年10月31日判決<sup>27</sup> が、婚姻意思について中川理論にたつことを明らかにした。当該判決の事実の概要は、次の通りである。

Y が昭和28年8月頃、X 方に下宿してから、XY 間に肉體関係が生じ、結婚を約束し合う仲となった。結婚について、X の両親の反対を受けたので、Y は X 方を出たが、二人の関係は続き、Y は昭和32年末、女子を出産し、X は自ら名前をつけ、出生届の準備までした（未提出）。ところが、X は、訴外女性 A との間に結婚話が生じ、挙式が昭和34年10月29日と決まったので、X は過去を清算すべく、Y に事情を告げたが、Y の反対を受け、双方話し合いを続け、子どもだけでも入籍させたいとの Y 側の強い希望で、X としてはいっ

たん Y との婚姻届をして子どもを入籍し、後に離婚するという便宜的手続を認めざるを得なくなり、届出がなされた。X は予定通り A と挙式して、夫婦生活を営むにいたり、その反面 Y との間には夫婦としての生活関係は全くなかった。X が Y に離婚を求めるも Y が応じないため（離婚を強制することはできない）、X は届出時婚姻意思がなかったという理由で婚姻無効確認の訴を提起した。1・2 審ともに、X の婚姻無効の請求を認容した。

これに対して Y が上告。すなわち、民法724条1項の「婚姻をする意思」とは、①婚姻の届出をする意思（届出意思）、②法律上の夫婦という身分関係を当事者間に設定しようとする意思（法律関係設定意思）、③社会通念上夫婦と認められる生活関係を営もうとする意思（夫婦生活意思）の三段階に分析することができる。本件では、婚姻届出当時、当事者間に①届出意思および②法律関係設定意思の存在したことが認められる。従来解釈論では、②法律関係設定意思と③夫婦生活意思との区別が明確に意識されていなかった。「婚姻をする意思」の核心は、②「法律上の夫婦という身分関係を当事者間に設定しようとする意思」に求められるべきであり、したがって、そのような意思の存在が認められる限り、原判決の認定のように、本件当事者間に夫婦生活意思の合致が認められなかったとしても、「婚姻をする意思」を欠くものと言うことはできないと考える。

婚姻その他の身分法上の契約は、財産法上の契約とは違って、婚姻するか否かの自由はあるが、どのような内容の婚姻をするかの自由はない。すなわち、婚姻は、法により規格化され定型化された包括的な身分関係を当事者間に創設しようというものである。そう考えると、民法742条一号の「婚姻をする意思」とは、定型的包括的身分関係すなわち

「法律上の夫婦という身分関係」を当事者間に設定しようとする意思であると解され、原判決のいうように、当事者が営もうとする具体的な生活関係に着目し、「習俗の標準にてらしてその社会で一般に夫婦関係と考えられる男女の精神的肉体的結合」という夫婦関係の理念型を想定したうえで、その理念型に適合する夫婦生活を営む意思をもって「婚姻をする意思」であるとする考えは、少なくとも婚姻無効事件における判断基準としては、適当でも明確でも客観的でもなく、したがって実際の役にも立たない。このことは、仮装離婚のケースである最判昭和38年11月28日民集17巻11号1469頁からも明らかである。当該ケースは、婚姻と離婚の差をのぞけば、本件と類似のケースであり、「妻を戸主とする入夫婚姻をした夫婦が、事実上の婚姻関係は維持しつつ、単に、夫に戸主の地位を与えるための方便として、協議離婚の届出をした場合でも、両名が真に法律上の婚姻関係を解消する意思の合致に基づいてこれをしたものであるときは、右協議離婚は無効とはいえない」と判示された。当該ケースの判決の趣旨は、そのまま婚姻関係についても適用されるべきであり、右判例の表現に従って、これを婚姻の場合にあてはめれば、「事実上の婚姻関係は設定せず、単に…ための方便として、婚姻の届出をした場合でも、両名が真に法律上の婚姻関係を設定する意思の合致に基づいてこれをしたものであるときは、右婚姻は無効とはいえない」となる。したがって、原判決が昭和38年11月28日判決と矛盾することは明白である。

本件においては、①の届出意思および②の身分関係設定意思の存在が認められるだけではなく、仮りに本件婚姻届が、原判決のように、子に嫡出子としての地位を与えるための便法としてなされたものであっても、それは完全に適法で社会的にも好ましいことであり、しかも婚姻の直接効果の少なくとも一部を目的とするものである。したがって、本件の婚姻

は、婚姻意思を欠くものではなく、有効に成立している、と主張した。

最高裁は次のような判断をくださった。すなわち、

『『当事者間に婚姻をする意思がないとき』とは、当事者間に真に社会観念上夫婦であると認められる関係の設定を欲する効果意思を有しない場合を指すものと解すべきであり、したがってたとえ婚姻の届出自体について当事者間に意思の合致があり、ひいて当事者間に、一応、所論法律上の夫婦という身分関係を設定する意思はあったと認めうる場合であっても、それが、単に他の目的を達するための便法として仮託されたものにすぎないものであって、前述のように真に夫婦関係の設定を欲する効果意思がなかった場合には、婚姻はその効力を生じないものと解すべきである」と判示して、上告を棄却した(婚姻を無効とした)。(以上の下線は筆者。)

判決によれば、最高裁は、婚姻意思とは法律関係設定意思であるという上告理由を斥けて、婚姻意思とは「社会観念上夫婦であると認められる関係の設定を欲する効果意思」であり、他の目的を達するための便法<sup>28</sup>として仮託された本件の届出<sup>29</sup>の婚姻意思には、それが認められない、として、中川教授の言う実質的意思説に従うことを明らかにした<sup>30</sup>。

(ハ) 実質的意思説に反対する形式的意思説<sup>31</sup>からは、当然、本判決に対して批判がなされる。形式的意思説は、婚姻の成立のために要式主義(届出)が採られていることの制度的な意義を尊重すること、届出をした当事者の自己決定・自己責任を重視すること、また身分行為の安定を維持して第三者の保護をはかることから、婚姻意思とは婚姻届の届出意思である、とする。この立場から、届出意思と法律関係設定意思の認められる本件については、婚姻を認めるべきである、という。本件

で実質的意思説をとるならば、婚姻が無効とされ、子に嫡出子としての地位が与えられず、子の個人としての尊厳が奪われることになり、適切でない<sup>31a</sup>。したがって、本件においては、婚姻の成立を認めて、離婚の手續を促すのが妥当であった、という<sup>32, 33</sup>。

仮装婚についてのみみれば、実質的意思説が優勢のように見えるが、その他の身分行為（仮装離婚、仮装縁組（仮装離縁））にまで考察の範囲を拡げてみると、仮装離婚に関しては、形式的意思説に従った判決が下されているようにもみえ<sup>34</sup>、身分行為全般を実質的意思説または形式的意思説で統一的に説明をすることはできない<sup>35</sup>。こうして、身分行為全般の身分行為意思をめぐる判例理論を説明するために、そして身分行為意思のあり方を説明するために、さまざまな学説が提唱されていくことになる。

(二) 身分行為全般（仮装婚姻、仮装離婚、仮装縁組（仮装離縁））に関わる判例を説明しようとするのが、法的意思説である<sup>36</sup>。この説によれば、当事者双方の意思の合致によって効力を生ずる身分行為意思とは、それによって意図した身分関係について、その効果のうちの基本的な部分の意欲または認識で足りる、とされる。この「法的意思」は、さらに、婚姻、縁組のような身分関係の結合を目指す場合には積極的意思（社会制度としての生活関係実現への意思）を必要とし、離婚、離縁のようにその解消を目指す場合には消極的意思（婚姻・縁組という法的関係の解消に向けられる意思）で足りる、とされる。積極的意思とは、婚姻の場合、夫婦間の同居・協力・扶助の一般的効果や、婚姻費用分担・日常生活費用の連帯責任等の財産的效果を対象とし、縁組では、監護・教育・財産管理という親権的效果や、扶養の権利義務が対象となり、他方、消極的意思とは、以上を解消する意思であり、同氏、親族関係、相続権の解消などを認識の対象とする。本説によれば、昭

和44年10月31日判決は、子への嫡出性付与は婚姻関係の主要な効果として執着すべきものではなく、当事者間の現実の状況（将来の離婚の合意・他女との婚約・挙式）を考慮するに、首肯できるものとされる<sup>37</sup>。

(ホ) 法的意思説による創設的身分行為（婚姻・縁組）と解消的身分行為（離婚・離縁）への分類からさらに進んで、身分行為ごとに多元的に説明していくべきだという考えが登場してくる<sup>38</sup>。深谷松男教授によれば、夫婦関係と養親子関係の実質の違い、創設的身分行為（婚姻、縁組）と解消的身分行為（離婚、離縁）の方向の違いに着目して考察する必要があるとされる（「実体的意思説の修正個別化」、<sup>39</sup>「多元的類型説」）。各身分行為の実質的意思の内容は、その実質的・方向的差異に応じて、定型的ではないし、また、そうあるべきでもない。つまり、何が実質的意思かは、何が真の夫婦関係か、また何が養親子らしい関係かを明らかにすることによって決定され、その場合、一方で夫婦関係や養親子関係について社会の実態はどうであるのかという現状把握と、他方でいかなる関係を夫婦関係または養親子関係として法的に許容すべきかの政策的価値判断とが総合的になさなければならぬとされる<sup>39</sup>。このような考え方に基づいて、深谷教授は、昭和44年10月31日判決について、本判決が、子に嫡出性を付与するという法的目的によってなされた点が重要であるとして、習俗的婚姻に国家が婚姻としての保護を与えることの目的が子の嫡出性の付与にあると考えるのであれば、本件を「単に他の目的を達するための便法として仮託されたもの」と決めつけるわけにはいかず、内縁出生子の親が子の福祉のために婚姻届を提出したという事実は見逃されるべきではない、という。そうして、本件の判断は、婚姻を積極的に否定する意思および事実（他女との挙式・同居）の存在と、子に嫡出性を付与するという届出の目的との比較衡量にかかってお

り、前者が明瞭に認められる以上、実体的に婚姻意思はないと判決は判断しているのであり、最高裁の判断は賛成できるものとする<sup>40</sup>。

(へ) 中川高男教授<sup>40a</sup>は、養子縁組を素材に、社会習俗の定型に向けられた意思で縁組意思の存否を判断するのでなしに、民法上 養親子関係の定型として認められる効果—氏、親権、後見、扶養、相続などを排除しない(享受しようとする)意思が、縁組意思であるとする。これは、法律的定型説と呼ばれ<sup>41</sup>、身分行為意思の内容は「民法上の定型に向けられた効果意思」であると定義づけられる<sup>42</sup>。この意思は、民法が強行的に定めている効果すべてを認識することまでは必要でなく、少なくとも排除しない意思であれば良いとされる。そうして、仮装縁組に関して、民法上の効果を欲する効果意思が当事者になくときには、802条一号により無効となり、その意思があっても、強行規定違反のものは91条によって、公序良俗違反のものは90条によって無効となるとする。身分行為には民法総則の規定が適用されないとした中川理論に反対して、身分行為にも民法総則、とくに90条の適用が肯定されるとする<sup>43</sup>。この考え方は、その他の身分行為意思(婚姻意思・離婚意思・離縁意思)についても適用できるといふ<sup>44</sup>。

以上の考え方に基づいて、昭和44年10月31日判決について中川(高)教授は次のように批評する。婚姻は民法上の制度であるから、婚姻意思とは「法律上夫婦となる意思」であり、したがって、それは民法上の婚姻関係の定型効果—夫婦同氏(750条)、親族関係の発生(725条)、同居・協力扶助義務(752条)、法定財産制(760条以下)、相続権(890条)など—に向けられた意思である。これを本件についてみてみると、当事者間には、子に嫡出性を与えるために婚姻届の届出に合意しており、すなわち、法律上の婚姻、つまり民法が定型として定める婚姻の効果に同意したとみることができる。届出に合意したことは、

婚姻の強行法的な法的効果が自己に及ぶことを消極的にせよ承知していたはずであり、たとえ婚姻の効果の一部を排除する特約があったとしても無効である、と。したがって、当事者間には、婚姻の届出意思も法律上の婚姻意思もあったと認定することができる。そうして、子が嫡出子の身分を取得することは、婚姻の重要かつ基本的な民事法上の効果であり、これを単に他の目的を達するための便法として仮託したとするのは適切でないとする。したがって、本件では、婚姻を有効として、裁判上の離婚手続を求めるか(770条1項五号)、または詐欺または強迫による婚姻の取消し<sup>45</sup>を求めるべきであったとされる(747条)<sup>46</sup>。

学説は、婚姻の事実を重視する傾向から、当事者の意思、特に法的な効果意思を重視する方向へ、すなわち、当事者が婚姻の定型効果の何を望んだかという視点にシフトしているように思われる<sup>47</sup>。

(ト) 内田貴先生<sup>48</sup>は、実質的意思説と形式的意思説との相違は、当事者が婚姻の効果を全面的に享受しようとしたのか、あるいは特定の効果のみを享受しようとした(そのような意思だけでも婚姻意思として認める)のか、という点にあると考える。特定の効果を享受する意思だけで婚姻の効果が全面的に発生することになると、当事者にとって予期せぬ負担が押し付けられることになるから(当事者間に争いの火種を残しかねないから)、実質的意思説に合理性があるように思われる、という。そうして、実質的意思説を、婚姻意思の効果の享受という面から再解釈すると、婚姻意思とは、法的婚姻に伴う法的効果を全面的に享受するという意思であると解することができる、とする。もっとも、これでは、判例が婚姻の特定の効果のみを享受しようとする臨終婚を認めることを説明できない。そこから、内田先生は、法規範の「行為規範」と「評価規範」という機能に着目して(「評価

規範の行為規範からの分離)], この問題を解決しようとする。すなわち, 便法としての婚姻届が提出されたケースで, 「婚姻の法的効果を全面的に享受する意思がなかった場合であっても, 当事者が便法による目的を既に達しており, 婚姻の法的効果を全面的に発生させても当事者間にはもはや不都合は生じない」という場合には, 評価規範を行為規範から分離させて, 実質的婚姻意思 (全面的享受意思) がなくても婚姻は有効」であるとし, 他方, 「便法が失敗した場合には, 全面的に婚姻…の法的効果を生ぜしめることは, 明らかに当事者の当初の意思に反する。そこで, 原則通り行為規範をそのまま評価規範として用いて, 結果的に意思を欠くから無効」であると判断する。こうして, 内田先生は, 婚姻意思とは民法が定める婚姻の法的効果を全面的に享受する意思であると解しつつ, 具体的なケースの解決の側面では, 当事者の意思 (当事者がどのような効果を望んだのか) や第三者の保護を考慮しつつ, 規範の機能を柔軟に使い分けて, ケース解決を試みるべきである, とする。

(チ) 大村敦志教授<sup>49</sup> は, 婚姻と契約のアナロジーから, 婚姻の意思とは, 婚姻の効果を発生させる意思である, という。そうして, 婚姻意思に関して, 民法が婚姻に付与するすべての効果の発生に意思が及んでいることが必要なか, あるいは, その一部について意思が存在すれば良いのかが問題になる, とする (ただし, 婚姻の基本的な効果, たとえば同居義務・貞操義務に関する合意がないならば, 当該合意は婚姻を発生させない)。言い換えるなら, 上記内田先生と同様に, 婚姻の特定の効果を得るだけの意思に基づく婚姻は有効か, また, 有効だとして, 発生する効果はその特定の効果に限られるのか, または婚姻のすべての効果が発生してしまうのが問題である, とされる。婚姻の制度的な側面から考えるに, 婚姻の効果は法定されているの

で, 個別の合意によってそれを変更・修正することは許されない。つまり, 婚姻には, 締結の自由はあるが, 契約と異なって, 内容決定の自由はないのである, と。そうして, 身分行為全般の判例を見渡すに, すべての効果享受の意思を要求するものもあれば, そうでないものもある (仮装離婚の判例に多い)。このような状況を踏まえて, 大村教授は, 婚姻意思, 身分行為意思とは何かという問題について議論は手詰まりになっている, という<sup>50</sup>。そこで, 大村教授は, 北川善太郎教授の二元的婚姻意思説 (二元的類型説) に着目する<sup>51</sup>。北川教授<sup>52</sup>は, 判例の現状を肯定して, 通常の典型的な身分行為における意思は実質的意思であると解し, この場合には, 民法が予定した効果を一括して生じさせて良い, とする。しかし, 仮装婚や臨終婚のような非典型的な身分行為の意思としては, 身分行為の実体とは一応切り離された身分的效果発生のみを目的とする意思も特別な事情があれば法的な意思として効力を持ち, 特定の効果のみを求める (あるいは特定の効果を排除した) 婚姻を認めて良い, と解する (傍点筆者)。この説からすると, 昭和44年10月31日判決は, 他女との婚姻という事実から, 婚姻の基本的効果である同居協力扶助義務や貞操義務を排除する意思を明確にしていた事情があり, しかももし有効だとしても, 当事者が婚姻届を届けた後, 仮装の協議離婚をしていたらと考えると, 何ら実体がないのに婚姻も離婚も有効となることになるので, 婚姻は無効であるとして, 判決に賛成している<sup>53</sup>。

(リ) 以上, 網羅的ではないが, 婚姻意思 (身分行為意思) に関わる学説を見てきた。婚姻意思をめぐる学説は, 現在, 法律的定型説が有力説ということができそうだが, 未だ中川理論に基づく実質的意思説の影響も強く, 錯綜気味である。もっとも, 学説・判例ともに, 当事者の意思重視, 婚姻を認める・認めないことによる当事者間 (および第三者を含

めての) の実質的な利益衡量という思考方法に収斂しつつあると言うこともできよう。

### 3. 小括

婚姻当事者の法律上の婚姻に向けての婚姻意思を考えてみるに、二段の意思をみてとることができる。①婚姻しようとする意思と、②民法・特別法上の法律効果を享受しようとする意思である<sup>54</sup>。①は事実上・心理上の意思であり、②は抽象的に婚姻という法制度に必要な(婚姻という法制度の効果を受受する)意思(法律婚に向けた意思)である。婚姻が成立するために必要な婚姻意思とは、婚姻の法律効果を享受しようとする意思(②)であると考えられる。この意思は要式行為である(届出で意思が表示される)。当事者が民法・法律上の婚姻の効果を受けますという意思を国家に対して表示することで、婚姻の法的効果がパッケージとして当事者に与えられる<sup>54a</sup>。婚姻は当事者間の契約でもあり、国家が保障する制度でもある<sup>55</sup>。通常の婚姻であれば、①と②双方が備わっており問題ないが、通常でない婚姻については、①の内容が通常の婚姻とは別の目的(仮装(他目的)婚、嫡出性付与などの限定目的婚など)であるにもかかわらず、②の意思が表示される可能性もある。このとき、その婚姻が有効に成立するか否かは、②の根底にある①の意思を、90条(身分的公序)のスクリーニングに乗せることで<sup>56</sup>判断していくべきではないかと考える<sup>56a</sup>。

ところで、届出制度自体を、当事者の実質的な意思確認をしっかりと行えるように抜本的に変更することで、あるいは届出の受理機関(戸籍管掌者)に実質的審査権を与えることで、仮装婚(仮装の身分行為)が少なくなるという指摘<sup>57</sup>がなされることがあるが、婚姻は究極的には当事者の自由意思にまかされているので、仮装婚(仮装の身分行為)の発生可能性は(潜在的に)存在し続ける<sup>58</sup>。したがって、届出制度の実質・厳格化はもちろん

必要だが、近年の婚姻関係・家族関係の多様化<sup>59</sup>、個人のライフスタイルの自由化を目的の当たりになると、身分行為全般のあり方、そして身分行為意思の内容がどうあるべきかを考え、整序していくことが必要であると考えられる。

今後の課題として、①中川理論の検討<sup>60</sup>(身分行為概念の有効性・有用性、民法総則の通則性、これらは必然的に民法の体系の問題にもつらなる)、②身分行為にかかわる裁判例(仮装婚姻・離婚・縁組・離縁など)の検討、③身分行為意識(婚姻意識、縁組意識など)に関する社会的なりサーチの必要性が挙げられる。以上、はなはだ雑駁な拙稿となってしまったが、上記の問題を次の課題として、研究を進めていく。

<sup>1</sup> 中川善之助「新訂 親族法」(1965年)21頁以下；山島正男「身分行為の理論」北法31巻3・4号(1983年)69頁-71頁；泉久雄「身分行為」(星野英一編「民法講座 7 親族・相続」(1984年)所収)1頁以下を参照。

<sup>2</sup> 「特別座談会：家族法の改正に向けて(上)・(下)」ジュリ1324号・1325号(2006年)特に1324号63頁；「特集：家族法改正-婚姻・親子法を中心に」ジュリ1384号(2009年)4頁以下、特に7頁を参照。

<sup>3</sup> 梅謙次郎「民法要義 卷之四親族編」(1903年)105頁以下を参照。立法過程については、前田陽一「民法742条、802条(婚姻無効・縁組無効)」(広中俊雄=星野英一編「民法典の百年 4：個別の観察. 3(親族・相続)」(1980年)所収)21頁以下が詳しい。

<sup>4</sup> 中川(善)「親族法」180頁；二宮周平「家族法[第3版]」(2009年)34頁-35頁など。

<sup>5</sup> 婚姻意思が届出につつまれていると説明されることもある。

<sup>6</sup> 山島「身分行為の理論」72頁-74頁を参照。

<sup>7</sup> 届出成立要件主義に関わる問題については、さしあたり、山島正男「身分行為の成立時期」(山島正男=泉久雄編著「演習民法(親族・相続)」(1972年)所収)を参照。



- <sup>8</sup> 臨終婚のケースは、最判昭和44・4・3民集23巻4号709頁；最判昭和45・4・21判時569号43頁（「家族法判例百選 [第7版]」2事件（滝沢昌彦）などを参照。届出時に意思能力を喪失していたケースは、養子縁組のケースであるが、最判昭和45・11・24民集24巻12号1931頁などを参照。判例はいずれも、届書き作成時に婚姻意思があれば良いとする。婚姻意思の喪失を示す特段の事情がない限り、婚姻意思が存続すると理解するのである。戸籍法47条も参照。
- <sup>9</sup> 大連判大正4・1・26民録21集49頁を嚆矢とする。最判昭和33・4・11民集12巻5号789頁（「家族法判例百選 [第7版]」21事件（木幡文徳）も参照。
- <sup>10</sup> 加藤一郎「身分行為と届出」（末川博他編著「家族法の諸問題：穂積先生追悼論文集」（1952年）所収）（加藤教授は、効力要件主義をとることによって、婚姻意思撤回の自由を制限し、相手方の信頼を保護しようとした。身分行為の表示主義を標榜する立場でもある（加藤、539頁-540頁を参照。））；福地俊雄「身分行為と効果意思」（「家族法体系Ⅰ：中川善之助教授還暦記念」（1959年）所収）88頁，90頁；金山正信「婚姻の届出」民商法雑誌39巻4・5・6合併号（1959年）560頁-566頁；星野英一「判批」法協88巻4号（1971年）493頁など。古くは、岡松参太郎「婚姻届出義務の不履行」新聞1016号-1019号（1915年）も参照。
- <sup>11</sup> 加藤「身分行為と届出」521頁は、届書作成時またはそれ以前の社会的な婚姻の事実が発生した時点をもって婚姻成立時と考えるべきだと主張する。
- <sup>12</sup> 現在では、届出で婚姻が成立するという意識が定着しつつあると言えようか。
- <sup>13</sup> 婚姻の成立時期・届出と婚姻意思の関わり方についての学説の整理は、上野雅和「日本民法における婚姻の自由と婚姻意思」（「現代婚姻法の課題：高梨公之教授還暦祝賀論文集（下）」（1976年）所収）97頁-115頁；金山正信「婚姻の届出」560頁-566頁を参照。
- <sup>14</sup> 憲法24条と婚姻意思・届出との関係については、宮崎幹朗「婚姻の届出主義と憲法24条との関係」法セミ458号（1993年）86頁を参照。
- <sup>15</sup> 通常でない婚姻（・離婚）の分類については、上野雅和「仮装の婚姻と離婚」（川井健他編著「講座 | 現代家族法 第2巻：島津一郎教授古稀記念」（1991年）所収）を参照。上野267-268頁によれば、婚姻意思概念-実質的意思説と形式的意思説-は、仮装婚に対する社会的評価の結論を表現する法技術的概念でしかなく、その一義的概念規定によって「仮装」婚の社会的評価が決まるものではなく、「仮装」婚は、目的達成のための法技術的手段として婚姻制度を利用するものだから、当事者の個人的目的と取得または排除しようとした制度上の効果との相関において、当事者の目的の適法・不適法、効果意思の内容の社会的妥当性を、類型的・個別的に検討する必要がある、とされる。また、多様な婚姻類型の社会学的把握について上野270頁を参照。
- <sup>16</sup> 当該問題についての学説・判例の概観については、前田陽一「いわゆる『身分行為』の効力に関する一考察」立教法学34号（1989年）81頁以下、特に113頁以下；同「民法742条，802条」32頁以下を参照。
- <sup>17</sup> 中川善之助教授の思考・思想・学界における意義などについては、法セミ臨時増刊「中川善之助・人と学問」（1976年）所収論考を参照。身分行為（意思）論を考察するにあたっては、中川理論の正確な理解が何よりの前提である。中川理論の豊穡さについては、独立した検討が必要となる。中川理論の理解・分析が、次の課題である。同趣旨の論考として、加藤永一「身分法学の体系について-中川理論の構造」法学53巻6号（1990年）；岡林伸幸「身分行為論：中川理論批判と身分行為意思」同志社法学60巻7号（2009年）など。中川理論に対しての本格的な反論として、平井宣雄「いわゆる『身分法』および『身分行為』の概念に関する一考察」（加藤一郎他編著「民法・信託法理論の新たな展開：四宮和夫先生古稀記念論文集」（1986年）所収）；鈴木祿弥「親族法講義」（1988年）13頁-14頁，51頁-52頁，54頁-56頁，186頁-188頁など。水野紀子「中川理論-身分法学の体系と身分行為理論-に関する一考察」（「民法学と比較法学の諸相」（1998年）所収）の中川批判は激しい。
- <sup>18</sup> 実体的意思説に賛成する学者は、島津一郎「親族法」（1955年）18頁-22頁，77頁-78頁；我妻栄「親族法」（1961年）14頁，161頁；中川淳「民法742条一号の婚姻意思の意義」法時42巻13号（1970年）146頁以下；太田武男「夫婦の法律 [新版]」（1973年）102頁以下；久貴

- 忠彦「親族法」(1984年) 45頁-46頁; 松坂佐一「民法提要 親族・相続法 [第4版]」(1992年) 57頁; 泉久雄「親族法」(1997年) 71頁など。
- <sup>19</sup> 中川(善)「身分法の基礎理論」(1939年); 同「身分法の総則的課題」(1941年); 同「新訂親族法」(1965年) 序論を参照。
- <sup>20</sup> 中川(善)「総則的課題」206頁-207頁。
- <sup>21</sup> 中川(善)「総則的課題」207頁。
- <sup>22</sup> 中川(善)「総則的課題」195頁以下, 205頁。
- <sup>23</sup> 中川(善)「総則的課題」208頁。
- <sup>24</sup> 中川(善)「親族法」160頁-161頁, 196頁。
- <sup>25</sup> 身分の得喪変更に向けられた行為である。婚姻の他に、養子縁組, 離婚, 離縁, 認知, 親族入籍, 隠居が含まれる。
- <sup>26</sup> 中川(善)「総則的課題」208頁以下。
- <sup>27</sup> 「家族法判例百選 [第7版]」1事件(前田陽一)を参照。
- <sup>28</sup> 「便法」という用語法の問題について、窪田充見「婚姻の成立-婚姻意思の合致と婚姻届をめぐる問題」法教332号(2008年)40頁を参照。
- <sup>29</sup> 子に嫡出子としての地位を与えるための婚姻届の提出であるから、本件婚姻届が「単に他の目的を達成するための便法として仮託されたものにすぎない」とはいえない(青山道夫「改訂家族法論I」(1971年)86頁; 黒木三郎「家族法判例百選 [新版増補]」(1975年)15事件; 右近建男「身分行為と意思-嫡出子とすることを目的とする婚姻届の効力-」民法の基本判例 [第2版] (1999年)200頁などを参照)。
- <sup>30</sup> 中川(善)「『当事者間に婚姻をする意思がないとき』の意義」法セミ180号(1980年)9頁。中川は同12頁で、判旨を「まったく正当であり、私は双手を挙げて賛意を表したい」とする。中川淳「民法724条一号の婚姻意思の意義」146頁; 杉田洋一「民法742条一号にいう『当事者間に婚姻をする意思がないとき』の意義」最判解民昭44年度(上)(1970年)500頁も参照。
- <sup>31</sup> 谷口知平「日本親族法」(1935年)47頁以下; 末川博「身分行為における意思」(同「物権・親族・相続」(1970年)所収)332頁以下; 中尾英俊「仮装離婚の効力」佐賀大学経法論集4巻1号(1956年)38頁-40頁など; 山本正憲, 「協議離婚を有効と認めた事例」民商51巻2号(1964年)266頁; 立石芳枝(谷口知平=加藤一郎編「民法演習V(親族・相続)」(1959年)所収)39頁。もっとも、形式的意思説とされるいずれの説も、婚姻意思を、婚姻の実体とは全く関係のない・抽象的な届出意思と考えているわけではないように思われる。
- <sup>31a</sup> 「子の尊厳」、「子の福祉」と簡単に語られるが、その内容が何であるかについては、実質的に考えなければならない。
- <sup>32</sup> 末川博「民法724条一号にいう『当事者間に婚姻をする意思がないとき』の意義」民商63巻2号(1970年)224頁; 谷口知平「家族法判例百選 [第3版]」(1980年)11事件を参照。
- <sup>33</sup> 形式的意思説を批判する論考として、深谷松男「身分行為に関する二・三の考察」金沢法学19巻1・2号(1976年)50頁-51頁; 阿部徹「協議離婚を有効と認めた事例」熊本法学3号(1965年)103頁; 中川善之助「離婚意思とは何か」(同「家族法研究の諸問題」(1969年))113頁以下; 山島正男「身分行為の意思と届出」(山島正男=泉久雄編著「演習民法(親族・相続)」(1972年)所収)44頁-45頁; 中川淳「民法742条1号の婚姻意思の意義」148頁; 大島泰代「身分行為の意思-仮装虚偽の身分行為を中心として-」家月20巻3号(1968年)40頁-47頁; 上野「日本民法における婚姻の自由と婚姻意思」102頁-106頁。
- <sup>34</sup> 大判昭和16・2・3民集20巻1号70頁; 最判昭和44・11・14判事578号45頁; 最判昭和38・11・28民集17巻11号1469頁; 最判昭和57・3・26判事1041号66頁(「家族法判例百選 [第7版]」11事件(久保野恵美子))など。いずれのケースにおいても「届出意思」が認定されて、仮装離婚を無効とすることはできない、と解されているが、法律上の夫婦関係を解消する意思と届出意思は必ずしも一致しないとされる(上野「仮装の婚姻と離婚」276頁)。たとえば、大判昭和16・2・3民集20巻1号70頁によれば、明確な反証がなければ、離婚届出を法律上の夫婦関係解消の意思なき虚偽の届出であると認めるべきでないとされる。つまり、明確な反証があれば、届出意思ただちに離婚意思であるとはいえない、とされる(上野277頁)。また、上野277頁によれば、仮装婚と仮装離婚の取り扱いの相違について、「『仮装』婚の有効・無効は、婚姻の自由の保障にかかわる問題であり『仮装』離婚の有効・無効は、

- 協議離婚の自由にかかわる問題である」とされる。
- <sup>35</sup> もっとも、統一的に説明する必要はないのかもしれない。鈴木「親族法講義」54-57頁を参照。
- <sup>36</sup> 高橋忠次郎「協議離婚における合意と届出」私法23号（1961年）100頁以下；同「婚姻意思と離婚意思」専修法学論集9号（1970年）18頁以下（同「婚姻法における意思と事実の交錯」（1993年）所収，105頁以下，129頁以下）。
- <sup>37</sup> 高橋忠次郎「民法724条一号にいう『当事者間に婚姻する意思がないとき』の意義」専修法学論集11号（1971年）74頁。
- <sup>38</sup> 深谷松男「身分行為に関する二・三の考察」金沢法学1・2号（1976年）60頁-66頁。利谷信義「身分行為の意思」ジュリスト500号（1972年）191頁；山島「身分行為の理論」80頁-81頁，86頁以下；同「身分行為の意思と届出」43頁-44頁，46頁；大島「身分行為の意思」9頁-10頁，52頁-53頁；右近健男「叢書民法総合判例研究48 婚姻の無効」（1986年）18頁はいずれも，身分関係の社会的定型性に着目して，多元的に考察していくべきだとする。
- <sup>39</sup> 深谷「考察」62頁。
- <sup>40</sup> 深谷「考察」65頁。
- <sup>40a</sup> 中川高男「身分行為意思の一考察」家裁月報17巻2号（1965年）10頁以下。
- <sup>41</sup> 深谷「考察」60頁；右近「婚姻の無効」18頁は，法律定型説を実質的意思説の修正と理解するが，社会通念ではなしに，法的な定型効果の発生・認識に着目する点で，法律的定型説は，形式的意思説の系譜に連なるものであると考えられる。窪田充見「婚姻の成立-婚姻意思の合致と婚姻届をめぐる問題」法教332号（2008年）42頁も同旨。前田「『仮装の『身分行為』』の効力に関する一考察」107頁-109頁は，法律的定型説は中川理論からの決別でもあり，平井「『身分法』および『身分行為』の概念に関する一考察」の考え方にも近いという。
- <sup>42</sup> 前田正昭「婚姻意思について」近大法学23巻3号（1975年）28頁-31頁；佐藤義彦「身分行為論管見」（明山和夫他編「現代家族法の課題と展望 太田武男先生還暦記念」（1982年）所収）27頁-29頁；前田「『仮装の『身分行為』』の効力に関する一考察」131頁-132頁。星野「判批」法協88巻4号499頁；同「身分行為の要件に関する二，三の問題」（同「民法論集第四巻」（1978年）所収）384頁-385頁も同旨か。
- <sup>43</sup> 我妻「親族法」18頁注(3)，394頁；青山道夫「身分行為と民法90条」（同「続 近代家族法の研究 [増補版]」（1971年）所収）特に35頁；平井「『身分法』および『身分行為』の概念に関する一考察」268頁；有地亨「新版 家族法概論 [補訂版]」（2005年）41頁-42頁；二宮周平「家族法」（2009年）38頁。この問題をめぐる学説史についての詳細は，前田陽一「身分行為と公序良俗」（椿寿夫=伊藤進編著「公序良俗違反の研究」（1995年）所収）357頁以下を参照。身分行為に90条を適用することに反対する学者は，中川善之助「不倫の関係ある縁組の効力」（同「親族相続判例総評 第1巻」（1935年）所収）153頁-154頁；谷口「日本親族法」43頁-44頁；島津「親族法」29頁；深谷「考察」72頁-73頁。
- <sup>44</sup> 中川高男「身分行為意思判例の分析」（森泉章編「続 現代民法学の基本問題 内山尚三・黒木三郎・石川利夫先生古稀記念」（1993年）所収）463頁-465頁，479頁；同「新版 親族・相続法講義」（1995年）109頁-110頁，119頁-120頁を参照。
- <sup>45</sup> 婚姻の取消しの効果は遡及しない（748条1項）ので，子の嫡出性は奪われないからである。
- <sup>46</sup> 中川（高）「身分行為意思判例の分析」469頁-472頁。
- <sup>47</sup> 前田「仮装の『身分行為』の効力に関する一考察」111-112頁，127頁；同「民法742条・802条」52頁を参照。
- <sup>48</sup> 内田貴「民法Ⅳ 親族・相続 [補訂版]」（2004年）55頁-63頁。内田60頁で，内田先生自身が認めているように，内田説は法律的定型説に近い。内田説の意義については，窪田「婚姻の成立」42頁-43頁を参照。
- <sup>49</sup> 大村敦志「家族法 [第2版補訂版]」（2004年）123頁-127頁，137頁-140頁。
- <sup>50</sup> 山島正男「身分行為の届出と意思」（内田貴=大村敦志編「ジュリスト増刊 民法の争点」（2007年）所収）319頁も参照。
- <sup>51</sup> 大村「家族法」139頁。
- <sup>52</sup> 北川善太郎「親族・相続 [第2版] 民法講要Ⅴ」（2001年）8頁-9頁，41頁-44頁。北川教授自身は自説が多元的類型説に近く，典型意思と非典型意思からなる二元的類型説であ

- るとする。大村「家族法」139頁は、これを「法律的定型説の修正」と考えるべきだとする。
- <sup>53</sup> 大村「家族法」126頁-127頁；前田「家族法判例百選 [第7版]」1事件、特に5頁；北川「親族・相続」41頁-42頁を参照。
- <sup>54</sup> 二宮「家族法」37頁を参照。
- <sup>54a</sup> パッケージとしての婚姻の効果については、窪田「婚姻の成立」36頁を参照。
- <sup>55</sup> 婚姻の法的性質－婚姻は契約か制度かの問題についても考察が必要である。国家による登録を必要とする以上、制度的性質は免れないが、契約的性質が強いのであれば、個別の合意で特定の効果の付加・排除が可能になり柔軟性が増す。現在および今後の社会において、婚姻をどう考え、どう構成していくかを考えていかなければならない。
- <sup>56</sup> そのためには、民法総則を、家族法、特に親族法に適用していくことができるのかどうか（民法総則の通則性）の問題、ひいては家族法と財産法の関係、家族法（親族法）の独立性・固有性の問題をも検討しなければならない。
- <sup>56a</sup> もっとも、どのような婚姻関係を法律上有効な婚姻と認めるかは、立法政策の問題ということもできる。
- <sup>57</sup> 宮崎「婚姻の届出主義と憲法24条との関係」10頁；大村「家族法」123頁などを参照。
- <sup>58</sup> 上野「仮装の婚姻と離婚」278頁。
- <sup>59</sup> 窪田充見「婚姻外の婚姻みたいな(?)関係－婚姻法外伝」法教338号（2008年）14頁以下を参照。
- <sup>60</sup> 否定的な評価が多いように見受けられる。もっとも、中川理論は、時代に規定されている。時代が変われば、中川理論をそのまま適用できないのも当然である。家族関係の多様化を見るに、「事実」を重視する中川理論の積極的な再検討も必要であると考え。吉田邦彦「家族法（親族法・相続法）講義録」（2007年）7頁-8頁、47頁-48頁なども参照。