HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	身分行為の理論
Author(s)	山畠, 正男
Citation	北大法学論集, 31(3-4上), 67-90
Issue Date	1981-03-25
Doc URL	http://hdl.handle.net/2115/16325
Type	bulletin (article)
File Information	31(3-4)1_p67-90.pdf

Instructions for use

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

論説

身分行為の理論

山畠正男

一　はじめに

いわゆる「身分行為の理論」はわが家族法上の難問である。それは広くいえば届出を要件として身分関係の発生・消滅を形成する「身分行為」の理論であり、形式的要件たる「届出」にいかなる法的意義を付与するかの理論であり、また個々の身分行為を形成する「意思」をどのような内容のものとして理解するかの理論である。

第一の「身分行為」については、なにを身分行為というのかが問題となる。というよりは、婚姻とか離婚とかを個別的にではなく包括的に扱うのはなぜかという問題である。それによって当然「身分行為」の内容も異なることになろう。

第二の問題は、届出は成立要件か効力発生要件か、という形で今日争われている。立法者はもちろん成立要件として考えていたが、成立要件としてはあまりに不完全な方式であったことと事実上の身分行為（とくに内縁）に法的効力が

認められるにいたったことから、両者を一緒にして届出前に身分行為の成立を認め届出を効力要件と解する考え方があらわれてきた。この問題はつきつめていくと「届出」のもつ意味はなにかということに帰着する。そしてそれは同時に事実上の身分行為にいかなる法的意味を与えるかという問題につながっている。

第三の「身分行為の意思」は、具体的な身分行為の効力をいかに解するかの価値判断の問題であり、同時にまたその価値判断をどのように理論的に説明するかの問題である。

これらの問題は、筆者にとって年来の研究課題であるが(1)、なお充分に検討を尽したというにはいたっていない。本稿では、問題の概観において立法者意思とその後の学説をたどり(2)、あわせてこの問題についての私見の一端を附け加えるにとどめる。

(1) 筆者が未完の「身分行為における意思と届出(1)」を書いたのはすでに一五年前であり、その完結はいつも念頭を離れることのない課題であった。その間に注釈民法で「届出」の部分を執筆し、また解説程度のものは書いて（「身分行為の成立時期」「身分行為の意思と届出」山畠＝泉・演習民法所収、「身分行為の届出と意思」民法の争点所収）、すこしは考えを進めるところもあったが、なお充分に私見を展開するにいたっていない。本稿は、届出主義に関する立法者意思を中軸としてその後の学説の展開（立法者意思の崩壊）をたどり、筆者なりに立法者意思を再建する試みの一端である。

(2) 筆者の研究関心の一つは家族法学説史研究であり、本稿でも古い文献の引用が多い。とくに民法施行直後に柿原判事の手になる立派な体系書が公刊されていたことは驚きであり、その後の学説が自らの創始にかかると思っているものでも、すでに先人が考えていたものであることがすくなくない。このような仕事は沼教授によってなされているだけであるが（準コンメンタール）、その労多き仕事の完成を学界のため願ってやまない。

二　問題の概観

(1)　身分行為

「身分行為」という概念は「身分法学」の創始者中川教授によってつくられたものであり、本稿で問題とする身分行為はそのうちの形成的身分行為に属する。身分関係の発生消滅にかかる要式行為であるから、現行法上は婚姻・離婚・縁組・離縁・認知・婚族関係終了などを含むことになるが、[1] 普通に問題とされるのは婚姻から認知までである。しかし立法者が身分的法律行為としての共通の性質を認めていたのは婚姻・離婚・縁組・離縁の四者であって、認知を同じ性質のものとは考えていなかった。もちろん認知も届出を要件とする点は婚姻その他の身分行為と異なることなく、戸籍法上の届出の効力に関する理論は共通である。[2] しかし「届出」と「意思」をめぐる理論はこれとは別である。

たしかに認知は、民法上、婚姻その他の身分行為と同じように取扱われており（民七三九条一項、七六四条、七九九条、八一二条、七八一条一項）、戸籍法でも、代理届出禁止の点でこの五者の共通性を認めている（戸六〇条、六六条、七〇条、七四条、七六条）。しかし認知の代理届出の禁止は大正三年の改正戸籍法が新設したものであり、立法者はもともとこれを可能としていた。また遺言認知（民七八一条二項）も、一方行為であるところから、遺言養子（民旧八四八条）のように届出によって成立するのではなく、遺言の効力発生とともに効力を生ずる。これは現行法上も維持されており、この場合の届出は報告的届出にすぎない（戸六四条）。[3] 立法者はまた認知の撤回禁止（民七八五条）、認知の遡及効（民七八四条）の規定を設けて、認知の特殊な性格を明確にしている。これらの規定は、婚姻その他の身分行為の場合と異なり、認知の届出が成立要件とは異なることを示す。実質的に考えても、成立要件としての届出の機能（事実

主義の否定、撤回自由）は認知の場合には妥当しない。また「意思」の面でも、認知は「事実の承認」たる準法律行為の性質をもつというのが立法者の理解であった。[4] もちろん認知も届出を形式的要件とするから、認知を含めた身分行為の理論構成が不可能であるとはいえない。しかしそれは認知の特殊な性質を無視して他の身分行為に合わせる理論になりかねない。たとえば届出を成立要件と解する立場では、届出意思の存在は絶対的要件となるが、認知の場合にもこれを厳格に要求せねばならぬかどうかは疑問である。事実を承認する意思（認知意思）と届出はより簡易に結合してもよいのではなかろうか。[5] また届出を効力発生要件と解する立場では、より一層容易に認知の効力を認めてよさそうであり、この見解はむしろ認知について最も適切のように思われる。さらに身分行為意思の側面でも、身分的効果意思＝身分的生活事実は認知にはあてはまらない。あるのは生理的事実であり、その法律的承認の意思であるから、形式的意思説も実体的意思説もともに適合しない面がある。形式的意思説も生理的事実の存在を無視することはできないし、後者では生理的事実がむしろ身分的効果意思に代わって、結果的には届出意思のみを要件とすることになり、[6] 両説は結論において同一に帰着する。

右のように認知は、単に一方行為と双方行為の差異にとどまらず、行為の内容において婚姻その他の身分行為と性質を異にするので、認知を含めて身分行為の統一的理論を構成するには無理がある。したがって本稿における「身分行為」はもっぱら純粋に身分の形成にかかわる法律行為、すなわち婚姻・離婚・縁組・離縁の四者のみを対象とする。後述のように立法者は届出の側面においてのみこの四者を共通に考えたのであり、身分行為の意思の側面ではかならずしも同一には考えていなかった。しかし身分行為の効果意思は四者に共通するものが当然みられるから、この四者について「身分行為」の理論を考えることは充分に理由がある。

(1) 旧法上は家族的身分に関する身分行為が多く存在したが、現行法上は姻族関係終了、養親族関係終了（死後離縁）以外基本的な身分（夫婦・親子）に関する行為にかぎられる。なお親権者の地位に関する行為（親権者指定、親権・管理権辞任・回復）は、中川身分法学でいう附随的身分行為にあたる。身分法の総則的課題一一八頁。

(2) この点はむしろ「創設的届出」の共通性であり、復氏・分籍・転籍など戸籍上の行為も加わる。不受理申出制度はこれら全体を対象としている。昭和51・1・23民二第九〇〇号民事局長通達。

(3) 梅・民法要義(四)二六一―二頁は、この差異にとくに注意を喚起しており、届出は「戸籍上ノ便宜」にすぎぬとしている。遺言養子は遺言執行者と養子との間の身分行為とされたが(同二九五頁)、養子の承諾を条件とする一方行為とみる異説もあった。

(4) 富井・法典調査会議事速記録一五六回八八丁〔巌松堂版〕。

(5) 解釈論については拙稿・新民法演習5所収の「認知」の項を参照されたい。

(6) 深谷「身分行為に関する二・三の考察」金沢法学一九巻一・二号六六頁。

(2) 届　出

身分行為の「届出」の理論は、現行制度の存続するかぎり、わが家族法上の永久的研究課題たるを失わない。立法者は、成立時期の明確性を重視して、旧民法における婚姻（旧民四七条）・縁組（旧民一一三条）の儀式成立主義を排斥し、離婚(旧民八〇条)・離縁（旧民一三九条）の形式的要件であった「届出」をもって四者に共通の成立方式とした。[1] 立法者はこの届出に諸外国におけると同様の成立方式の意味を付与したが、[2] 届出一般の多義性、家制度とその形式的法制度たる戸籍簿の存在は、届出を身分行為の成立方式として一般に意識させる障害となった。もともと身分行為の届出は戸籍との直接的関連はなく、無籍者といえども身分行為の届出をすれば身分登記がなされ、戸籍記載の問題を生じなかった。[3] しかし一般には家族身分を有するのが普通であり、身分登記は同時に家族的身分の変動として戸籍簿に移記された。身分証書に由来する身分登記の制度は、家族制度を維持しつつも、なお個人的身分の変動を独立に意識させる点

で重要な意味をもっていたが、大正三年改正戸籍法はこれを廃止して、個人的身分行為の変動を直接に家族的身分の変動に吸収してしまった結果、身分行為の届出は家族的身分行為の届出の性格をもつにいたった。[4] これが身分行為の届出を「入籍・抜籍」の届出とみる意識を確固不動のものたらしめた。

また届出のもつ公示機能の不完全さは、学説上も、立法者意思とは異なる届出に対する理解を成立させた。届出を身分変動登録の申請行為と解する見解はその一つである。[5] しかし身分行為の届出が戸籍上の身分変動登録（戸籍記載）を前提とするものでないことは、民法施行時から今日にいたるまで、なんら変更されていない。現行法上も、届出によって身分行為が成立するのであって、戸籍記載は身分行為の効力に関係がない。[6] これは財産法上の権利変動と登記の関係との決定的差異である。

また届出によって身分行為を成立させるという法意識が形成されない結果、届出なき身分行為が常態となるにいたって、これになんらかの法的意味を見出すことが不可避的となり、ついに立法者がその効力を認めなかった婚姻予約を有効とする大正四年大審院判決の出現をみる。かくして「届出なければ身分行為なし」の原則は崩れ、届出前の挙式によって婚姻は成立し届出によって効力を生ずるとする見解が登場する。[7] 旧民法の儀式成立主義は、その成立時期の不明確さのため、立法者が強く排斥したところであり、改正要綱の儀式成立主義もついに実現することはなかった。

届出を成立要件と考える立場では、届出は身分行為の意思表示の方式であり、[8] 婚姻について極端な言い方をすれば「婚姻ノ法律上ノ儀式」であった。[9] しかしそれは届出の方式を当事者出頭主義にした場合にはじめていえることであって、書面届出しかも使者による委託届出を容認する以上、届出と当事者の意思の分離は不可避的であった。単に意思の分離のみならず当事者の存在そのものが消滅することも起りえた。この点の立法者意思を知りえないが、奥田博士はつとに書面届出においては民法の一般原則（九七条）が適用されるとしていた。[10] 届出委託（郵送を含む）後における当事

者の死亡は大いにありうることで、すくなくも大正以降の先例は届出を受理する取扱いであり[11]、学説上も支持されていた[12]。しかしこの問題は、届出成立主義の部分的破綻を示すものであり、書面届出における意思の存否の基準時はいつかという問題を提起するものであった。書面届出における届出合意時（あるいは届書作成・発信時）と届出時（正確には届出受附時）との時間的間隔がもたらした必然的結果である。届出＝意思表示と解するかぎり、届出時における死亡・意思無能力・意思の撤回は身分行為の効力を発生させないことになる[13]。逆に届出合意時に意思表示の成立を認めれば、届出は成立要件としての意味を失い、届出時における意思欠缺も無効とならぬ代わりに、届出時に意思を具備しても身分行為は成立しないことになる[14]。また届出成立要件主義の重要な機能である成立時以前における意思撤回の自由が否定されることになる[15]。

かくて届出方式自体に含まれる成立要件としての不完全さは、届出と意思表示の分離を不可避的としたが、それは届出を成立要件と解する立場でも理論化が行われた。中川教授による届出と届出意思と身分行為意思との分離である。そしてこれによって届出成立主義はさらに一歩後退をせまられた。無効な届出の追認の肯定である。

本来の成立要件としての届出においては、「届出なければ身分行為なし」の原則は届出と身分行為の同時存在を意味し、したがって「届出なき身分行為」と「身分行為なき届出」はともに存在意義をもたず、厳格に解するかぎり、両者の事後的結合（追認）も許されなかった[16]。これが立法者意思であり、そこにはわが国で可能な成立方式に対する最少限度の要請がこめられていた。ただし立法者は簡易な身分登記の取消と新たな届出を考えていたようであるが[17]、大正三年改正戸籍法はこれを現行の戸籍訂正制度に改めてしまった。もっともいかに簡易な方式を定めたにせよ、それは新たな届出を前提とするものであって、過去に遡る追認（の届出）は不可能である[18]。したがって追認を認めるとすれば、届出をそのままにして追認の効力を認めるほかはないが、このような見解は、民法施行直後の唯一の例外を除いて、中川教

授の追認理論以前には、まったくみられなかった。それどころかそれ以後においてすら、戦後の判例変更が行われるまでは、追認肯定論をみることができなかった。[19]

しかし届出の追認可能性は、届出＝意思表示の解体によって生じたものであり、このことは届出を効力発生要件と解する立場においても、身分行為の成立＝届出意思とみるのでないかぎり（この場合には届出請求権を認めることになる）、届出と意思の事後的結合を認めることは容易であり、現にそのように解されてもいる。[20]

以上みたように、届出の成立方式としての不完全さは、届出の成立要件たる性質（届出なければ身分行為なし）をいろいろな側面から崩さずにはおかなかった。それは立法者が考えたように簡易な制度ではあった。しかし簡易すぎて行われないという面もあった。他方また届出が家籍と結合することによって容易に行われないという面もあった。前者では届出の意味は軽く、後者では届出のもつ意味は重くかつ大きい。

この問題の本質は、わが身分行為における「届出」の位置づけであり、それは届出が現にはたしている機能（あるいは現に行われている実態）と密接に関連する。しかも届出の実態がかならずしも単一でないことはわれわれにとって顕著な経験的事実である。したがって届出のどのような実態に着目するかによって、おのずから見解が分れることになる。筆者は届出の側面においては基本的には立法者意思にしたがう。届出なければ身分行為なしの原則は今後とも貫ぬかれるべく、またそれを支える法意識も民法制定時とは比較にはならぬくらい成長していると考える。ただし届出の成立要件としての不完全さは承認しなければならず、その側面での例外的処理は不可避的である。委託届出の特則、無効な届出の追認（ただしその内容は通説と異なる）はその例である。

（1）旧民法は婚姻について申出（四三条）、儀式（四七―八条）、（報告的）届出（四九条）という三段階（縁組も同様。一一三、一二一、一二四条）の手続を定めており、離婚・離縁の場合とは性質を異にする届出を規定していた。しかも婚姻の申出および

届出には代理を許すことが明示されており、離婚・離縁の届出にはそれを欠いたから、この場合の届出は当事者の出頭を要する趣旨であったかにみられる。これに対して奥田・民法講義人事編二五七―八頁はつぎのごとく非難する。

「本法ハ蓋シ其ノ〔草案ノ〕精神ヲ酌ミテ夫婦自身ノ届出ヲ要スルモノトナシタルコトナランカ果シテ然リトセハ是レ実ニ本邦ノ慣習ニ違背スルノ規定ニシテ到底実地ニ行フコトヲ得ヘキモノニアラス加之婚姻ノ申出〔届出ではない〕ヲナスヲ既ニ代理人ヲ以テ為スコトヲ許シナカラ離婚ノ届出ニハ代理人ヲ許サストハ抑モ何等ノ理由ナルカ殆ント了解ニ苦シマサルヲ得ス離婚ハ大切ナルコトニ属シ錯誤ノナカランコトヲ期スルカ為メナリト云ヘハ婚姻ノ申出モ亦同様ナリト云ハサルヘカラス然ルニ彼レニハ代理人ノ使用ヲ許シ之レニハ其ノ使用ヲ許サストハ不権衡モ亦甚タシ……若シ……代理人ノ使用ヲ許スノ精神ナリトセハ……法文ノ粗漏……斯カル事柄ハ規定ナキモ当然ナリト云ヘハ他ノ場合ニ於テモ亦然リ……何レノ点ヨリ之ヲ観察スルモ規定ノ甚タ粗漏ナルヲ免カレサルナリ」。

奥田義人にあっては婚姻の（事前）申出と離婚の届出が同視されているとすれば、古賀廉造・民法人事編二七八―九頁においては、この届出は「現今行フ処ノ送籍ノ手続ト殆ト一般……斯ノ如キ簡単ナル条件ト方式トニ依リテ其〔離婚ノ軽忽ヲ防ク〕目的ヲ達セント企望スルハ所謂縁木求魚ノ類ナリ……其簡単此ノ如キハ殆ト之レ無キト撰フ処アラサルナリ〔裁判所による協議離婚の干渉を支持〕」という理解であった（なお本書は沼教授の御好意によって借覧したものであり、記して深く謝意を表する）。

またこの届出の性質についてもつぎのような理解のあったことが熊野・民法正義人事編一巻上三五三―四頁に述べられている。「法律ハ……夫婦タル者カ一旦是等ノ書類ヲ差出シ身分取扱吏ノ承認ヲ経ルヤ其離婚ハ則チ効力ヲ生スルモノトセリ然ルニ或ハ説ヲ為ス者アリ曰ク……本条規定ノ書類ヲ届出ツルノ一事ヲ以テ其離婚ハ直チニ民法上ノ効力ヲ生スルモノニシテ身分取扱吏カ其書類ニ依リ……審査スルカ如キハ決シテ為ス可キ所ニ非サルナリト何ソ夫レ然ランヤ」。

右の引用だけでも、当時における届出の多義的理解、それにもかかわらず明治8・12・9太政官達二〇九号の「登記主義」（〔婚姻・縁組・離婚・離縁〕双方ノ戸籍ニ登記セザル内ハ其効ナキモノト看做ス）とは異なる「届出主義」の観念が成立していたことを知りうる。なお身分行為の形式的要件の立法的変遷過程については注釈民法㉑七四頁以下〔利谷〕、同㉒のⅡ五〇二頁以下〔山畠〕参照。

（2）すでに旧稿でも引用した法典調査会における起草委員の発言「届出テナイデ三三九度ヲヤル……」（速記録一四三回・梅）

「婚姻ノ届出ト云フモノハ婚姻ノ日ニ行ヘハ少シモ不都合ハナイ。婚姻ノ日ト言フノハ可笑シイガ則慣習上儀式ヲ挙ケルトカ又ハ同居ヲスル日ニ届出ヲ為セハ不都合ハナイ。其日ヨリ前ニ届出ヲスルト云フコトハ実際ニナイタラウト思ヒマス……此法律カ出レハ追々ニ其日ニ戸籍吏ニ届出ツルト云フコトニ為ツテクルタラウ……可成其日ニ届出ル……皆其日ニ必ス届出ル……」（一五四回・富井）をみれば、慣習上の儀式に先立つ届出を考えていたことが明らかである。ただいかにも不完全な成立方式であるから、何日も前に届出を行うということはなく、慣習上の儀式の当日（事前）に届出ることになろうと考えたのである。しかし慣習上の儀式に法的意味を付与するかぎり（事実婚）、届出は事後的なものと意識され、「婚姻の即日届出」が提唱されることになる（穂積・親族法二七八頁）。島津「婚姻成立に関する届出主義」家裁月報一五巻三号三九頁は、この即日届出論を国民を愚弄するものと批判する。一方で「届出が婚姻の意思表示それ自身」といいつつ（穂積・前掲二三三頁）、他方で事実婚の成立を認めて法律婚との不一致の応急的対策として即日届出を説くのはたしかに矛盾である。しかしこれは立法者の意図したところとは異なる（立法者意思と同旨を説く見解としては島津編・判例コンメンタール6九六頁〔立石〕がある）。もっとも事前届出といってみたところで、届出以外に身分行為の存在を想定していることには変りがないという批判はありえよう。

(3) 明治32・10・5民刑一一〇七号回答ほか。辻＝山田＝赤塚・先例大系一五四八頁。なお身分登記の廃止に伴い、本籍不明者・無籍者の届出は本籍分明・就籍をまって戸籍に記載されることになった（現行戸二六条の規定は大正三年改正戸籍法により新設）。現在は国籍の関係で無籍者・本籍不明者の届出が困難になっていることについて注釈民法㉒のⅡ六〇二頁〔山畠〕。

(4) 大正三年改正戸籍法の最大の改正点は身分登記制度の廃止であり（司法大臣奥田義人趣旨説明）、その理由は、事務簡素化・経費節約・身分登記簿の利用価値のすくないことにあった。改正法案審議の過程で、立法当初ですら必要と考えられた個人的身分登記が将来において再び必要とされるようにならないかという島田俊雄の質問に対して、鈴木喜三郎政府委員は、家族制度を廃止すれば「戸籍ト云フモノハ、或ハ此戸籍法ノ中カラ除カナケレハナラヌコトニナリマセウケレドモ、今日ノ趨勢ニ於テハ、私一己ノ考ヲ申シマスレハ、寧ロ反対ニ個人主義ヲモウ少シ減少シテ、家族主義ノ方ヲモウ少シ発達セシムルト云フヤウナコトニスル方ガ穏当デハナカラウカト云フ私見デアリマス……」と答えている。また富井政章も議員として身分登記簿の廃止に賛成している。以上については島田・改正戸籍法詳解五頁以下。

(5) 古くは栗生・婚姻立法における二主義の抗争一六九頁があり、近くは上野「届出制度の意義と限界」現代家族法大系1一三八頁以下がある。この見解によると身分行為の効力発生時期は戸籍記載の終った時となる（栗生・前掲一七二頁）。

(6) 判例としては大判昭和16・7・29集二〇巻一六号一〇一九頁があるが、届出と身分登記との区別を指摘した学説は見出しえない（かえって岡村・民法親族編講義三三六頁以下は両者を合わせて届出の性質を説明する）。身分登記廃止後の学説では穂積・親族法大意六三頁、和田・婚姻法論二二一頁などがみられる。

(7) 岡松「婚姻届出義務の不履行」法律新聞一〇一六―九号。

(8) 柿原・民法親族編講義一四六頁。

(9) 岡村・前掲三三八頁。

(10) 奥田・民法親族法論一三三頁。

(11) 詳しくは注釈民法㉒のⅡ六四九頁以下〔山畠〕。

(12) 和田・前掲、薬師寺・日本親族法論上四一五頁。

(13) 意思の撤回についてつとに裁判例はこの見解によっていた。名古屋控判明治41・5・5最近判例集二巻一三七頁。

(14) 森本・日本親族法九一頁。

(15) 加藤「身分行為と届出」家族法の諸問題五一九頁は、届出前の意思撤回の制限を主眼として届書作成時に身分行為の成立を認める。

(16) 杉田・親族講義一四二頁は立法者意思をまことに適切に代弁している。「先きの届出は其当時に於て婚姻を為すの意志なきか故に婚姻の届出たる効力なし而して後ちの追認即ち婚姻を為すの意思表示は之れに対する届出てなきを以て之れ亦何等の効力を有することなかる可し」。

(17) 法典調査会議事速記録一四三回における横田国臣との質疑応答において梅博士は「前ニ私ハ本統ノ意思ヲ持ツテ居リマセヌデシタカラ夫レヲ此届ヲ為スト言ヘハ夫レヲ戸籍吏カ拒ムコトハ出来ヌト云フヤウニ戸籍法ニナラナケレハナラヌ前ノモノハ取消シテ後ノ分ヲ登記シテ後ノ分ヲ有効ト見テ置ケハ宜イ…戸籍吏ガ……復タ出スノハドウ云フ訳テアルカト言ヘハ夫レハ斯ウ云フ訳テアルト云フコトヲ言フカモ知レヌガ……帳簿ニ載セル訳テアリマセヌカラ構ハヌ……帳簿ニ書クナト戸籍法テ以テ書イテモ宜イ」と答えている（四五丁）。そして明治三一年戸籍法は判決による身分登記の取消とは別に、「無効ナル事由ノ証明書ヲ提出シテ」婚姻・縁組の身分登記の取消を申請することを要する旨の規定をおいていた（九一・一〇五条）。

(18) この点を指摘するのは谷口・親族法（昭28）三二頁のみである。

(19) 奥田・民法親族法論（明31）一四四頁（日本親族法（大5）一六三頁）、杉田・親族講義（明32）前掲、掛下・親族法講義（明32）八一頁（同（明37）一〇一頁）、境沢・親族法論綱（明35）一一四頁、柳川・親族法（明36）一六三頁、岡村・民法親族編講義（明39）三六九頁、和田・婚姻法論（大14）三三二頁、森本・日本親族法（大15）一九一頁（ただし同一四九頁は離婚については非遡及的追認を肯定）、野上・親族法（昭3）一六一頁、中島・民法釈義（四）（昭12）三一四、五九一頁、薬師寺・日本親族法論上（昭14）四一九頁、すべて追認否定説であった。唯一の例外は柿原・民法親族編講義（明31）二〇四頁である。

(20) たとえば福地「身分行為の理論」現代家族法大系1八五頁。

(3) 身分行為意思

身分行為の「意思」はどのようなものとして理解されるべきであるのか。立法者が婚姻と縁組は同一の性質の身分行為と考えていたことは明白である。[1] しかし離婚については婚姻とは異なる性質のものと考えていた。それは婚姻同意権者をそのまま離婚同意権者としながら（民旧八〇九条）、同意欠缺による取消を婚姻のみに限定し（民旧七八三条）、離婚には準用せず、単に受理要件にとどめた点にもあらわれている（民旧八一一条一項）。縁組と離縁の関係でも同様である（民旧八五七、八六五条）。また民法には離婚・離縁の無効・取消についての規定を欠いたが、これは協議離婚・離縁の制度を知らぬ外国法に範例を見出さなかったからではない。[2] 一般的には、婚姻・縁組の限定的無効・取消のような規定がないかぎり、民法総則の通則規定によると解するのが普通であり、多くの学説もそう解していた。[3] しかし立法者は、「夫婦タラント欲スル当事者ノ夫婦タルコトヲ妨クルノ害ハ離婚ヲ為サント欲スル当事者ヲ強ヒテ夫婦タラシムルノ害ニ比スレハ猶ホ軽キモノアリ」という見地に立って、[4] 婚姻よりはさらに限定的な無効を意図していた。「離婚の届出が……規定に違反して受理されたときでも、離婚は、これがために、その効力を妨げられることがない」（七六五条二項）の規定はその法律的表現であり、あたかも届出の受理不受理をもって離婚の有効・無効を決する趣旨のごとくで

あった。[5] 当時すでにその疑いがあったためと思われるが、意思欠缺（意思不存在）による離婚が無効となる理由を説明して、法律は意思欠缺の法律行為は無効であるとはいっていないから法令違反ではなく、また協議が存在しない以上当然離婚は無効であると弁じているほどである。[6]

では立法者は仮装離婚についてはどのように考えていたであろうか。この点に関して梅博士はなにもふれるところがない。ただここに一つの注目すべき法典調査会における質疑応答がある。それは整理会段階のものであるが、すでに知られているように、[7] 現行七六五条の原案（八一二条）は「戸籍吏ハ協議ノ真実ナルコト及ヒ前二条ノ規定其他ノ法令ニ違反セサルコトヲ認メタル後ニ非サレハ……」となっていて、「協議ノ真実ナルコト」の確認が含まれていた。ところがこの規定は受理要件を定めるとともに、受理した以上は離婚の効力に影響をおよぼさないことを定める点に主眼があったから（二項）、直ちに「「協議ノ真実ナルコト」ノ違反ハドウカ」（重岡）という質問をうけ、「協議カ真実テナイト云フヤウナコトハ論ヲ俟タヌ」（穂積）ということで、この文言は起草委員（梅）のほうで削除を提案し、「ソレカ宜イテセウ」（重岡）と了承されたが、再度「「前二条ノ規定其他ノ法令」デ宜イノテスカ此中ニ「協議ノ真実ナルコトカ」籠ルノテスカ」（井上）という質問をうけ、「サウテス」（梅）と答えがなされている。[8]「協議カ真実テナイコト」自体、一方の意思欠缺を想定したものか、双方の仮装意思を想定したものか、あるいはその双方を含んだのか、いずれとも解しうるが、もし仮装意思も考えられていたとすれば、最後の梅博士の答えは仮装離婚の有効を認めていたかにとれないでもない。解釈の難しい質疑応答ではあるが、これも離婚無効に限定的であった立法者意思の一例証にはなろう。

いま一つ立法者意思として注意されるのは、夫婦関係の成立を前提とせず、もっぱら届出の法律効果の取得のみを目的とする臨終婚が身分行為として考えられていた事実である。梅博士は、臨終婚の届出方式について規定を欠いたのは

戸籍法の欠点としながら、臨終婚にあっては戸籍吏の出張を請求しうると解するのが民法の正当な解釈であるとしたうえで、[9] かような婚姻の必要性が婚外男女間の子の利益のためまたはその財産関係（相続）のためにあることを指摘している。[10] 養子縁組においてとくに遺言養子を設けたのも同趣旨であったが、現行法上は臨終婚と同じことが縁組についても妥当する。

また立法者はわが国における婚姻・縁組の同質性を指摘しつつも、他方では縁組が多目的的な制度であって、慣行上の多様な縁組を是認する考えであったことも事実であり、[11] この点における婚姻と縁組との差異、すなわち届出の法律効果発生を目的とする縁組がすくなくないことも充分に認識していたはずである。

ところでこの身分行為意思の問題は、古くから判例上諸種の問題が提供されていたにもかかわらず、学説上理論的に検討されたのは比較的後になってからのことである。しかもそれは顕著な対照的理論として登場した。昭和に入ってからのいわゆる「実体的意思説」と「形式的意思説」との対立がそれである。前者は、判例が表面仮装の身分行為をつとに無効としていたのをうけて、これに身分行為の「本質意思」理論を補強して、「社会観念上の身分（夫婦・親子）関係の設定または解消を欲する意思」が身分行為意思にほかならないとして、身分行為意思と財産法上の法律効果意思との差異を強調する。中川教授の提唱にかかる。この見解に対し真向から対立するのは形式的意思説であり、身分行為の届出をする意思を措いて身分行為意思はないとする。谷口教授、末川教授によって代表される見解である。一方は身分行為を身分行為たらしめる「本質意思」こそが身分行為の本体であるとし、他方は身分行為を成立させる（届出）意思のあるところ身分行為は成立する（あるいは成立せざるをえない）とする。これは正反対の発想であり、具体的結果もまったく異なる。

右の見解の両極性は、判例がかならずしもこれらの見解を全面的にはうけ入れていないこともあって、これとは異な

る見解の提唱をもたらすこととなった。いずれも実体的意思説に対する批判として、あるいは身分行為意思を身分的法律効果意思と解し、あるいは基本的身分効果の設定または解消の意思であり、身分行為を形成する積極的意思と身分行為を解消する消極的意思とでその内容を異にすると説く。(12) 筆者もまた縁組意思については実体的意思説がかならずしも妥当しないことを指摘した。そこから身分行為意思の一元的理論構成をすてて、身分行為の種別によって、あるいは身分行為をさらに細分化して、身分行為意思を多元的に解しようとする傾向が生じてきた。(13) 筆者もこの見解に属するとされている。

身分行為の「意思」の問題はある意味では「届出」の問題以上に困難な問題である。それは具体的な身分行為の効力の可否につながるからである。結論的にいえば、従来の見解のいずれをとっても、問題となる身分行為の効力を適切に説明しうるものはない。形式的意思説は簡明であるが、あまりに実質無視であり、一般理論たりえない。実体的意思説は身分行為の本質を鋭くついている。しかしこれですべてを説明しようとすると、届出の法律効果を目的とする身分行為の場合に無理を伴う。逆に法律効果意思ですべてを説明することは、身分行為の本質を無視することになる。解消的身分行為を創設的身分行為と区別する理論は、立法者意思と結論を同じくするが、それが解消的身分行為だからというだけでは説明にならない。婚姻と離婚、養子縁組、さらには成年養子と未成年養子に分類して、身分行為意思を区別しても、それだけでは身分行為意思の本体を明らかにしてはいないように思う。従来の理論は身分行為意思全体の説明としては適切を欠くが、逆にいえば部分的にはみな適切である。したがってこの観点からの身分行為意思の再構成は、身分行為の種別だけでなく、個々の身分行為の実質により即応した多元的構成を考えるのでなければならない。

(1) 梅・前掲二七四頁「我邦ノ慣習ニ於テハ婚姻及ヒ養子縁組共ニ之ヲ縁組ト云ヒ全ク同種ノ法律行為トセリ」、同二九三頁「我邦ニ於テハ……婚姻ト養子縁組トハ同種ノ行為ト視ルヲ常トス」。中川・身分法学一一〇頁はこれを「婚姻の縁組性」と把え

ている。

(2) 中川・新訂親族法四六七頁。

(3) 古いところだけをあげると奥田・民法親族法論二一二頁以下、金子＝押田・親族編実用（明31）一六一頁。大鐘＝松村・民法講義親族之部（明31）二〇二頁、柿原・前掲三八二頁以下、杉田・前掲二二五頁以下、掛下・前掲（明32）一三一頁以下、鶴・民法親族（明35）九七頁、柳川・前掲二一七頁などがみられる。判例もまた同様の理解であったことは大判明治36・12・24九輯一四八二頁によって明らかである。とくに奥田・前掲は九四―九六条の規定を文字どおりに適用している。

右に反して離婚が婚姻の規定を準用しているところから、婚姻無効の規定を類推する見解もあった。梅博士もその一人であるが、それ以前に柿原・前掲三八四頁、それ以後に境沢・親族法論綱（明35）一七六頁、牧野・日本親族法論（明41）二六〇頁、仁井田・親族法相続法論（大4）一八七頁などにその傾向がうかがわれ、やがて大判大正11・2・25集一巻二号六九頁が、九四条二項の適用に関して、離婚は婚姻と同一性質を有するから民法総則の規定の適用なしと判示するにいたって、一般的に身分法上の法律行為に民法総則の適用なしとする学説があらわれ（和田・婚姻法論（大14）五七四頁。その先駆は仁井田・前掲であろう）、これが後の中川身分法学へと継承されてゆく。

(4) 梅・前掲二〇四頁。同じ文言は柳川・前掲二一九頁、掛下・前掲一五九頁にもみられる。この立法者意思に反対して制限的離婚を主張するのは岡村・前掲四九九頁である。

(5) 柿原・前掲三八六頁が明確にそれを指摘している。

(6) 梅・前掲二〇〇頁。なお同一九八頁では「意思全ク欠缺セルトキハ法律上離婚ナ（シ）」（不成立）としている。また詐欺・強迫による離婚についても、同二〇五頁は法令違反でないこと、通則によるべきことを理由としている。しかし取消の総則規定の適用は疑義が多く、明らかに立法の不備であったため、現行法において婚姻の取消の規定を準用することに改められた（七三四条）。取消の効力が異なることを考えれば（遡及効）、独立の条文として規定すべきであった。

(7) 注釈民法㉑七七頁〔利谷〕。

(8) 法典調査会整理会議事速記録民整五ノ九三―六。

(9) 戸籍先例上もこの取扱は認められている。大正5・11・6民一四五〇号回答ほか。注釈民法㉒のⅡ五〇九頁〔山畠〕。

(10) 梅・前掲一〇八頁。

(11) 判例が無効とした婚姻のための養女（借親養女）、芸妓養女も有効と考えられていたことについて山畠「明治民法起草者の養子制度観」現代私法の諸問題（勝本還暦）下七四五頁以下参照。
(12) 高橋教授・中川（高）教授の所説については、紙数の関係上、右近・婚姻の無効（民法総合判例研究）一六頁にゆずる。
(13) 深谷・前掲六二頁以下は婚姻、成年養子、未成年養子、離婚、離縁を区別し、右近・前掲一八頁は婚姻＝未成年養子、成年養子＝離婚＝離縁を区別する。いずれも表面仮装の身分行為を無効とし、子の嫡出化目的の婚姻を無効とみる判例を結論的に支持する点は共通する。

三　問題の検討

以下、届出成立要件説における届出の意義と身分行為意思について簡単に検討し、私見を述べる。

(1)　届出の意義

届出を成立要件と考える最大の意義は、事実婚と法律婚との間に一線を画することにある。この点で、両者を連続線上に把える届出効力要件説と発想を異にする。当初の届出効力要件説は内縁の法的保護を目的として提唱された。しかし判例学説上、内縁はすでに確立した法的保護のもとにある。夫婦関係それ自体の効果のほとんどは承認されていて届出を必要としない。それにもかかわらず両者の差異は、単に準婚効果と届出効果（戸籍法上・相続法上効果）の差異にあるのではない。両者の決定的差異は「解消の自由」の有無である。届出効力要件説はこの差異を無視し、また準婚理論は届出効果以外のすべてが法的保護の対象であるかの誤解を与えている。学説上、事実婚の効果として民法七五二条の同居協力扶助義務をあげるのが一般であるが、これを強制できるのが法律婚特有の効果であり、これを欠くのが事実婚であることが看過されている。そして当事者はしばしばこの差異に着目して届出を留保するし、意識的にそうでない

場合にも、その差異は充分に認識しているのが一般である。もちろん通常の婚姻にあっても、経過的にこの状態を生ずることはあるが、それは事実婚とよぶべきものではない。[1] もし事実婚にも同居協力扶助義務が認められるのであれば、それは事実婚の存続を前提とするものであるから、その保障としての届出請求権を肯定しなければならないはずである。したがって届出請求権を肯定する見解にあっては、右のような問題を生ずる余地はない。事実婚意思がすべてであって、それは同時に法律婚意思でもあり、届出における意思的要素は完全に消滅するからである。[2]

届出に法律婚成立の意義を認めるかぎり、届出における当事者の届出意思が重視されるのは当然である。もっとも成立方式としての届出の不完全さは、届出と届出意思の分離を不可避的とするから、届出時における届出意思の存否が問題となるのは、あくまで当事者がその段階でなお意思決定の自由を保有している場合でなければならない。この点で、届出時における当事者の意思能力喪失・死亡の事案は例外的に取扱わざるをえない。[3] 届出を効力発生要件と考える見解はむしろこの場合を原則として理論構成をするが、当事者の死亡が法律関係に影響をおよぼさない財産的法律関係と当事者が死亡すれば意味がなくなってしまう身分的法律関係を同列に論じているところに問題がある。

つぎに届出と届出意思の分離は、当事者の意思によらない届出と当事者の意思の事後的な結合を必要ならしめるが、ここでも当事者の届出意思は厳格に解されねばならない。判例は、他人による届出を他人の権利の処分であるとして、民法一一六条の規定の類推による追認を認めた。[4] したがって届出は当初から有効であったとする。この考え方は中川教授がかつて説かれたところと結論を同じくする。しかしこれまた当事者の意思によらない届出の承認であり、また一般的には、そもそも存在しない身分関係を事後的に擬制する無理を伴う。[5]

無効な届出の追認については、わが学説上唯一の例外として前述しておいた柿原判事の所説にしたがって、非遡及的追認であるべきだと考える。もともと当事者の意思にもとづかない届出によって身分行為の成立をみることはありえな

い。これは身分行為が代理に親しまないことからくる必然的帰結である。当事者の身分行為として成立しない届出ではあるが、無内容な届出としての存在だけはある。この届出を生かすことができないかというのが身分行為の追認の問題である。追認時以降については届出と意思の事後的結合を承認しうる。しかし追認以前の届出にまで効力を付与する理由はない。無効な身分行為の追認といわれているのは、無効な身分行為の転換と同性質の問題であって、身分行為自体を追認するというよりは（身分行為の性質上それは不可能である）、不成立ないし無効の届出をそのまま流用するというにすぎない。届出の訂正が考えられない以上、新たな届出をなす手数を省き、新たな届出のために生ずる不利益を救う意味において、いわば便宜的に届出の追認を許すということである。また追認時以前の届出についていえば、追認は届出の不成立ないし無効を争わないという意思の表明であり、厳密にいえばこれは訴権の放棄を意味する。したがって届出が遡及的に有効となるわけではない。事実上の身分行為の存否によって遡及効の有無を区別し、追認による無効離婚の有効化を制限的に解する見解もあるが[6]、この理論の主たる実益はむしろ離婚の追認にある。

最後に届出のいま一つの重要な意義は、届出時までの意思撤回自由の確保である。換言すれば浮動的な意思の最終的確定時期の設定の機能である。意思の浮動自体は身分行為特有の現象ではないであろう。しかし財産上の行為にあっては行為成立時の合意に拘束力をもたせて撤回を許さないのが原則である。これに反して、身分行為は最後のぎりぎりまで意思の撤回を認めて、可能なかぎり意思浮動状態を許容するところに特色がある。同じく意思の浮動といっても、その程度に大きな差異のあることは顕著な経験的事実であり、また意思浮動をもって当事者の責任に帰しえないところに両者の差異がある[7]。一般の法意識においても、届出時が最終的意思確定時であることは知られている。届出の「不受理申出」制度の活用はそのなによりの証拠である。

（1）成立要件説と効力要件説の対立の原因の一つは、事実上の身分行為に対する理解の仕方に差異があるためと思われる。事実婚

を通常の法律婚姻成立の過程で把えているのが効力要件説であり、成立要件説は法律婚をかならずしも前提としない（しかしいつでも移行しうる）事実婚の存在を忘れない。また従来の内縁理論はいずれかといえば「法律婚強制」の理論である。これに反して筆者は「法律婚自由」の立場に立つ。

（2）届出強制までいかなくとも、当事者の意思を介することなく、あるいは意思を擬制して、当事者の意思によらない届出に効力を認めるのも、これに近い考え方である。我妻・前掲五三頁、山本「身分行為の不成立と無効」婚姻法の研究下二二九頁はこれに属する。そこでは当事者の追認との区別がなくなっている。

（3）星野「身分行為の要件に関する二、三の問題」司法研究所論集五四号一二頁も臨終婚の事案の一般化が不当であることを指摘する。ただし教授の説くところは若干独特である。

（4）最判昭和47・7・25集二六巻六号一二六三頁。

（5）山畠「身分行為の届出と意思」民法の争点三五三頁。

（6）鈴木＝唄・人事法Ⅰ一七〇、二〇〇頁。

（7）星野・前掲一三頁はさらに一歩を進めて届出後にも意思撤回（無効主張）の可能性を認める。しかし届出後に存続しないような意思であれば届出時にすでに存在しないのが普通であろうし、また不充分ながら意思があるというのであれば、届出以後は婚姻は成立し、離婚によって解消するほかはないということになるのではなかろうか。浮動意思を極端に強調すれば、身分行為の成立は成り立たなくなる。

（2）　身分行為の意思

実体的意思説は、身分行為は届出によって成立するが、届出が有効であるためには届出意思と身分的効果意思の具備を要すると説く。届出意思は身分的法律効果とはまったく関係がなく、身分的効果意思も身分行為の法律効果に向けられたものではなく、社会通念（習俗）上の身分関係を設定しようとする意思（本質的意思）にすぎないとする。たしかに身分的法律効果は身分行為成立の結果として法律上付与（強制）されるものであって、身分行為の（効果）意思に由来するものではない。[1] 通常の身分行為にあっては、まったくそのとおりであって、この場合にまで厳格な意味での効果

意思（目的意思）をもち込む必要はすこしもない。また特定の法律効果を欲しない身分行為（たとえば扶助しないという約束でなされる婚姻）の効力を問題とする余地がない点でも、この理論構成は有用である。しかしこの見解の欠陥は、届出の特定の法律効果の発生のみを欲する身分行為の存在をおよそ認めない点にある。しかも実際には、この見解においても、明らかに特定の身分的法律効果のみの発生を目的とする身分行為の効力は当然視されている。たとえば自己の婚外子を養子とする場合、親子関係はもともと存在するのであって、この養子縁組の目的は婚外子の嫡出化にほかならず、養子縁組の意思も嫡出効果の発生を目的とする意思以外のなにものでもない。あるいはまた継子（連れ子）養子になると監護権効果ないし血族効果の発生を目的とするが、この場合にもあえて「社会観念上の親子関係の設定」ということをいうのはいかにも不自然な感じを与える。つまり実体的意思説は、身分行為の本質的意思を強調するのあまり、届出の特定の法律効果を欲する身分行為の効力を説明しえなくなっている。類似の例はいくらでもあげられるが、たとえばいわゆる「臨終婚」は、子の準正化を目的としたり、相続権付与を目的としたりして行われるが、身分行為意思の存否など問題にされることなく、判例でもその効力は当然視されている。しかしもし身分行為意思の存否が問題とされたときは、この場合にも「社会観念上の夫婦関係設定の意思」があるというのであろうか。末期養子的事案についても同じことがいえる。

実はこの場合、実体的意思説の選択は三つに分かれる。現に判例は養子縁組についてつぎのような選択をしている。

一つは、無理に本質意思を擬制する方法である。孫を養子にした場合に「親子としての精神的つながり」ありとするのがその例である。(2) 不自然というよりはこっけいですらある。なにも昨日までの孫を今日からは精神的に子として扱うというわけではない。養子縁組によって孫は第一順位相続人（推定相続人）の地位を取得したというにすぎない。もちろん親代わりの孫養子縁組の場合も多い。したがって孫養子における画一的身分行為意思もまたありえない。

第二は、身分行為意思を別の問題にすりかえる方法である。これは戦前の判例が継子（旧法上実親子）養子を有効とするについて用いたところであり、そこでは「実益」の有無が効力の決め手とされている。[3] 実益とはとりもなおさず法律効果上の利益ということであり、問題の本質が法律効果にあることを告白しているものといえよう。実体的意思説の学説はより率直にこれを認める。そこでは「親子関係のもつ完全な法律効果の発生を目的とする意味で縁組意思の存在を認めるもの」として、実体的意思説の中核をなす本質意思による説明を断念している。[4]

第三は、社会観念上の身分行為意思を単なる「身分関係設定意思」にしてしまう方法である。いわゆる妾養子といわれている事案について、判例は単に「親子関係ヲ生セシムル意思ヲ以テ為シタル養子縁組」といって切抜けている。[5] 一見形式的意思説に間違われるような文言である。実体的意思説の学説はこの判決に反対するので、学説上の理由づけを知ることはできないが、[6] この種の縁組については、その縁組による法律効果の取得を正面にださないかぎり、身分行為意思の適切な説明は困難である。

最も問題なのは、当事者間の子に嫡出子の地位を取得させる目的でなされる婚姻届出の効力である。判例は効力を否定する。[7] もちろん当事者間に実質的な夫婦関係を形成する意思はない（逆に別の夫婦関係が届出の直後に形成されている）事案であるから、実体的意思説は判例に賛成し、形式的意思説は判例に反対する。[8] 判例は、この婚姻届には「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」が、「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」以上、「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」届出であり、婚姻はその効力を生じないという。しかし子の嫡出効果は婚姻の主要な身分的法律効果であり、判例のいわゆる表面仮装の他の事案とは基本的に性質を異にする。この方法による以外に子に嫡出子の地位を与える途がない以上、この届出には重要な「実益」があり、すくなくともこれを「単なる便法」と断定することには抵

抗を感ずるであろう。実体的意思説に立つ学説が、単に実体的意思が存在しないという理由だけでなく、むしろそれを積極的に否定する意思の存在（別の夫婦関係の設定）を重視して、ようやく判決の結論にしたがっているのも、右の抵抗感のあらわれと思われる。(9) 筆者自身この判決には同調しがたいものを感じていた。ただ実体的意思説と形式的意思説の二者択一では、前者にしたがうほかはなかった。しかし最近では、この事案を実体的意思説の妥当範囲と解するのは誤りであると考えるにいたった。この婚姻は当初から届出の特定の法律効果の発生のみを目的としたものであり、そのような身分行為として、身分行為意思の効力を検討すべきである。この婚姻において問題にさるべきは、およそ身分的生活事実の存否ではなく、届出効果に向けられた効果意思の内容である。ある点では、同じ目的でなされる臨終婚の場合と共通の身分行為といってよい。ただし両者の効果意思の内容は異なる。

臨終婚にあっては、身分行為の効果意思は婚姻届出意思のみであり、それで完結している。これに反して前掲事案の場合は、婚姻届出意思のみならずその後の離婚届出意思をも含んでいるのが当事者の意思である。もし相手が約束どおりに離婚届出に応じてくれれば問題はなかった事案である。形式的意思説は、この点に着目して、いわゆる仮装の届出は一般的には有効と意識されていると指摘する。身分行為上の届出効果の取得を目的とする届出については、この見解を妥当と考える。しかし問題は離婚が実現しない場合である。形式的意思説は、婚姻の成立を認めたうえで、婚姻を継続しがたい事由によって裁判離婚をすればよいという。筆者はこの点には同意し難い。かような婚姻はその成立自体に問題が含まれている。実体的意思説はそれだからこそ婚姻は成立しないという。しかし最終的な婚姻の成否を取消権行使（あるいは追認）の有無にかからせて、一応は瑕疵ある婚姻の成立を認めてはどうかと考える。離婚の成立を信頼して届出に同意した一方当事者は、もし合意による離婚の実現が見込まれないならば、けっしてこの婚姻の届出をする意思をもたなかったはずである。これに対しては離婚予約は無効であるとの批判があるかもしれない。しかしそれは婚姻

が成立した後の話である。あるいは離婚を条件とする婚姻の合意そのものが無効であるといわれるかもしれない。実体的な婚姻（本質意思結合）の場合にはそのとおりである。しかしこれは、最初から特定の届出効果の取得を目的とする身分行為であって、いわゆる本質結合的身分行為には属しない場合であるから、その批判は妥当しない。詐欺・強迫による婚姻の取消は、ほとんど問題になったことがない規定であるが、想定婚制度をもたぬわが民法のもとでは、このような場合に用いられてもよいであろう。再婚の意思でなされる離婚についても同様に考えられる。

（1）野上・親族法一五九頁。
（2）最判昭和38・12・20家裁月報一六巻四号一一七頁。我妻・親族法二六四頁の援用であろう。
（3）大決昭和6・12・23集一〇巻一二八五頁。この問題については山畠・養親子関係の成立および効力一〇頁以下。
（4）我妻・前掲二七五頁。
（5）大判昭和7・2・12新聞三三七七号一五頁。また大阪地判昭和30・3・16下民六巻三号四八四頁は単に「縁組意思を有していた以上」と片附けている。
（6）我妻・前掲は、性的関係の存在のみでは縁組意思なしとはいい切れないとしながら、「当事者の年齢・生活状態その他を考慮して、客観的な親子関係の成立を認めうる事情があれば、縁組意思は成立する。のみならず、縁組することによって相続権を与え……生活を保障しようとする意思が伴ってもさまたげない」という。ここでは「親子としての精神的なつながり」が「客観的な親子関係」に変るが、妾との間に客観的な親子関係が成立するわけはなく、しかも相続権付与の目的が伴ってもさまたげないという消極的認容では、けっきょく縁組の効力は認められないことになろう。
（7）最判昭和44・10・31集二三巻一〇号一八九四頁。
（8）末川・民商六三巻二号二二四頁と中川・法学セミナー一八〇号九頁は、まったく好対照の見解である。
（9）深谷・前掲六五頁。判決の事案のように身分行為の届出に反する実体的意思（事実）がある場合にかぎって無効ということになると、そのような事実がない場合には、逆に存在しない実体的意思を認定しなければならなくなるように思われる。

Vol. 31 No. 3-4・I (1981)

The theory on the notification and the intention of a marriage (a divorce by agreement, an adoption and a dissolution of the adoptive relations by agreement)

Masao YAMAHATA*

According to the provisions of our Family Law, a marriage becomes effective by notification thereof in accordance with the provisions of the Family Registration Law (Art. 739). The same is true of a divorce by agreement (Art. 764), an adoption (Art. 799) and a dissolution of the adoptive relation by agreement (Art. 811). And a marriage is void where there is no intention to marry common to the parties owing to a mistake as to the identity of the person or through any other cause (Art. 742). The same is true of an adoption (Art. 802). There are no provisions on the nullity of a divorce by agreement and a dissolution of the adoptive relation by agreement, but our jurisprudence recognizes the absence of the intention as a cause of the nullity common to them. This article deals with the following problems: what is the meaning of "notification"? It is obviously different from the solemnization in European countries. And we cannot conceive the solemnization except on marriage. The notification is generally effected by other person and is not occasionally effected by mail (It is possible "notification" after death of the party); what is the "intention" to marry. . . .? There are two intentions; one is the intention of notification, the other is the intention to marry in practice. What is the relation to each other? Is it different from the intention for a divorce and the other. . . .?

* Professor of Civil Law, Faculty of Law, University of Hokkaido.