



Title	身分行為における意思と届出(1) : 仮装身分行為の効力について
Author(s)	山島, 正男
Citation	北大法学論集, 16(2-3), 89-117
Issue Date	1965-12
Doc URL	http://hdl.handle.net/2115/27838
Type	bulletin (article)
Note	論説
File Information	16(2_3)_P89-117.pdf



[Instructions for use](#)

身分行為における意思と届出 (1)

論
説

身分行為における意思と届出 (1)

——仮装身分行為の効力について

山
島
正
男

- I はしがき——問題の所在
- II 身分行為における届出
- III 身分行為の意思
 - (1) 身分行為と同一性の錯誤(以上本号)
 - (2) いわゆる仮装身分行為の効力
 - (3) 身分行為の意思
- IV むすび——身分行為の無効

I はしがき——問題の所在

わが民法上、婚姻・縁組・離婚・離縁・認知のごとき形成的身分行為は、届出によって成立するが、「届出」というきわめて特殊な方式のゆえに、いろいろと困難な問題を生ずる。これらの問題の解決は、究極において「届出」なる方式の法的構成をいかに理解するかにかかっているわけであるが、とくにその「要式性」をどのように理解するか、また「届出」における身分行為意思の理解は、具体的な問題処理において、結論を大きく左右することになる。

本稿はもと仮装身分行為の検討から出発したのであるが、けっきよは身分行為の届出および意思の問題におよばざるをえず、全体としては表題のごとき形をとって副次的に諸種の問題にもふれたが、直接の対象は仮装身分行為の効力を検討する点におかれている。

仮装身分行為とは、当事者間に特定の身分関係を設定する意思なく、当事者によって当該の身分行為の外形がつくられた場合をいう。¹⁾ 実際には夫婦関係を形成する意思なく、あるいは養親子関係を実現する意図なく、さらには夫婦関係を解消する意図なく、当事者の意思にもとづいてそれぞれ婚姻・縁組・離婚の届出がなされた場合がそれである。かかる仮装身分行為は、なんらか他の目的達成のための便法・方便としてなされる通謀虚偽表示行為である場合が多いが、かならずしも通謀仮装行為である必要はなく、当事者の一方の心裡留保とくに諧謔表示を他方が知っている場合も、これと同視してさしつかえない。また普通に虚偽表示という場合は、意思表示についての通謀仮装が要件であり、これを身分行為についていえば、虚偽仮装の身分行為として実質的身分関係の外観をも必要とされることになるが、これは要件ではなく、単に届出だけがあればそこに仮装身分行為の成立ありとみられる（むしろ一般にはこの場合のみが仮装身分行為と考えられているようである）。²⁾ このような届出によって、身分行為が成立しその効力を生ずる

ことになるかどうか問題となる。

後述のごとく、この種の仮装身分行為は、世界のいたるところで行われているが(仮装婚・仮装縁組)、これに対する各国の立法、また判例の態度はかならずしも一致しない。その最大の原因は、とくにいわゆる「仮装婚」についていえば、仮装行為のつねとして、外形上のみせかけの背後に何らかの真の目的が隠されており、その目的が多くの場合、法ないし制度の濫用とみられるものを含んでおり、仮装婚を無効ならしめるのは、そのみせかけの点にあるのか(真意の欠缺)、あるいは当事者の意図の不法性の点にあるのか(法の濫用)、によって具体的事件の処理においては重要な差異を生じうることにある。のみならず、仮装身分行為はまた諧謔身分行為とも共通する点があり、両者を同視するかどうか一つの問題点である。さらに同じく仮装身分行為といっても、諸外国においては、婚姻は例外なく要式行為であるに反して縁組は成年養子について諾成行為とされている場合が多く、両者はかならずしも同一の取扱いに服していない。ここにも一つの問題点がある。このように「仮装身分行為」は比較法上もきわめて興味あるテーマである。³⁾

ひるがえってわが国でも古くから仮装身分行為の効力は問題となっており、判例・通説上は、「真に身分関係の設定を欲する効果意思」の有無によってその効力が判断されているが、離婚に関しては判例もかねてすこしく異なる判断を示しており、最近の学説はこの問題全般についてかなり顕著な対立を示していることは周知のごとくである。問題は要式身分行為の本質に関連しており、わが国特有の届出主義の理解にかかわる難問である。³⁾

ところで仮装身分行為に関する最近の判例の動向をみるに、最高裁判例は、すでに養子縁組について従来からの判例理論を確認していたが(仮養子縁組の無効に関する昭和二十三年二月二三日民集二卷四九三頁)、最近において離婚に関して一見前掲判例理論と相反する離婚意思に関する先例を踏襲したほか(昭和三八年一月二八日民集一七卷一

説

論

四六九頁)、判例集には登載されなかった一判決は、相続をめぐる孫養子事件に関して、身分行為意思に「精神的なつながり」を含むとする判断を示している(昭和三八年二月二〇日家裁月報一六卷四号一一七頁)。この二つの判決は、身分行為意思に関して、一方は実体的意思とは別個の法律上の意思を重視し、他方は実体的意思における必須的要素として精神的紐帯を重視する点で、一見相反する興味ある対照を示す。のみならず、養子縁組に関する一群の既存の判例理論とやかに調和するのにかついて、改めて考えさせる素材を提供している。身分行為一般を通じての身分行為意思理論はなお貫かれているのかどうか。それとも「離婚」のように身分関係を解消する行為は、身分関係を形成する行為とは異なる法理が妥当するののか。あるいはまた同じ養子縁組についても、前掲判決の事案の孫養子のごとき親族養子にあっては、なんらか特殊の法理が妥当するののか。さらに一般的には、身分行為意思における届出意思と実体的意思との関連、実体的な意思とはそもそもなにをいうののか。そしてまた目的違反的身分行為濫用ケースにおいて「公序良俗」規定の適用をみるかどうか。問題は多い。これらの検討が本稿の課題である。

(1) ドイツでは本文の意味での仮装婚を Scheinehe とよぶが、古くはこの用法は広く、婚姻が無効であるにもかかわらず外觀上は婚姻が存在している場合(方式違反の婚姻が登録された場合 (§1324 BGB, §17 EheG 46 のいわゆる Buchhe)に用いられたため、わが国でもこの言葉は、かつて表見婚 (Scheinehe) として、当事者以外の第三者によって届出のなされた場合をさすものとして(粟生・婚姻立法における二主義の抗争二一九頁)、あるいは広く民法の意思欠缺によるすべての場合にあたるとして(和田・婚姻法論二七七頁)、引用された。しかし一九三三年に氏名婚 (Namensehe) の無効が追加されて以後は、もっぱら仮装婚について Scheinehe の用語が用いられ、従前の表見婚については Rechtsheim の語が用いられている。

(2) 仮装の表示(届出)以外に従来看過されていた仮装の身分的外形も仮装身分行為の効力の判断にあたって考慮すべきことについては後述。仮装身分行為(仮装婚)に関する最近のモノグラフ¹⁾としては、筆者の知りえたかぎりでは、ドイツおよびオーストリアの氏名婚²⁾についての小説 Schwinnann, Zur Auslegung des §19 Ehe G 1946 (Namensehe). FamRZ 58. S. 45 のほかフランスの仮装婚の判例学説を詳細に検討した Foulon-Pignat, Le mariage "Simulé" Rev. trim. dr. civ. 60. p. 217 のように

このほかアメリカの仮装婚をまとめた資料として“Sham Marriages.” U. Chi. L. Rev 53. p. 710 が引かれているが参照の機会を得られなかった。なお若干の比較法上の文献については Dölle, Familienrecht I, S. 276 参照。わが国の研究としては古く谷口教授がその著「日本親族法」四七―五五頁において、ドイツ・フランスの学説を引いて、通説に対する疑問を展開されたほか、戦後において山崎「アメリカ法上の要式婚姻における意思の意識的欠缺」法と政治一二巻四号九一頁がアメリカの判例を詳細に研究されたにとどまる。

(3) この点に関する従来の学説の整理・分析として沼・判例学説総覧「民法親族編」上三八〇頁以下の「身分行為―その要式性と意思理論」はすぐれた資料である。

(4) わが国で仮装身分行為を取扱った文献としては、末川「仮装身分行為における意思」法と経済一〇六一―〇七号、中尾「仮装離婚の効力」(佐賀)法経論集四巻一号、福地「身分行為と効果意思」家族法大系I、中川(良)「縁組意思に関する一考察」商学討究一〇巻二号、中川(高)「身分行為意思の一考察」家裁月報一七巻二号などがあげられる。

II 身分行為と届出

仮装身分行為の効力をめぐって見解が対立するのは、その最大の原因が届出意思(表示意思)と実質意思(効果意思)のいずれを重視するかにあるが、ことは届出の法的意義、身分行為の無効の理論構成にかかわる難問である。ここでは前者について、以下に一応の概観を要約してみよう。

形成的身分行為において要求される「届出」はいかなる法的意義を有するのか、民法は婚姻について「届け出ることによって、その効力を生ずる」と規定し(七三九条)、これを離婚(七六四条)、縁組(七九九条)、離縁(八一二条)に準用するが、認知については「届け出ることによってこれをする」と規定し(七八一条)、身分行為としてはむしろ異質的な認知届において身分行為の成立を認め、他の身分行為については届出による効力発生を認めるとき表現を

用いている。しかし戸籍法は、右のすべてを通じて、「身分行為」をしようとする者は、その旨を届け出なければならぬ」と規定し(六〇、六六、七〇、七四、七六条)、身分行為の成立を届出にかける表現を用いている。したがって、民法上、身分行為は、届出によつてはじめて創設されるものなのか、それとも既存の身分関係を公示するものなのかは、規定だけからはかならずしも明確ではない。

もともと事実主義から法律主義に移行する過程においては、つまり国家が私的身分行為に対する法的統制を確立するに際しては、国家法の要求する方式による身分行為の成立のみを認め、それによらぬ身分関係について一切の法的効果を拒否するのが普通である。⁽¹⁾かかる強力な制裁なくしては、伝統的な方式を排して新たな方式による身分行為の法的統制を貫徹することは不可能だからである (obligatorische Zwische)。わが明治民法の立法者もまた届出による法的統制の確立のために、届出による身分行為の成立のみを認め、届出なき身分行為を一切否定する意図であった。⁽²⁾ただ、残念なことに、わが国には、従来から公的な婚姻成立方式がなく、ために、立法者はもともと身分公示手段の機能をもつにすぎなかった届出(送籍)を成立方式として代用すること以上にはでれなかった。もし当時の立法者が本来の身分行為の成立方式(国家による挙式)を要求していたなら、七〇年の民法の歴史のなかで、身分行為の成立方式はかなりの程度浸透したにちがいない。⁽³⁾

しかも、身分行為の成立要件として届出を要求したことは、国民の側からつぎのような形で反応された。第一に、法律婚主義の歴史一般が示すように、国民は、しかも立法者の懸念した下等社会においてのみではなく、全体として、身分行為の新成立方式を守らなかつた。⁽⁴⁾第二に、より困ったことには、国民はこの身分行為の成立方式に敵対的であつたのではなく、届出と戸籍との関連のゆえに、「家族的身分」の成立方式と考へたのである。⁽⁵⁾かくて、身分行為は、一般にはまず公示があり(挙式・身分占有)、ついで家族的次元において、後に届出によつて成立することとなつた。

この事情は、「家族」と「家籍」が廃止されてかなりの期間を経過した今日においても、なお根強く残存しており、国民の多くは、その意味では、法律に忠実に、届出によってはじめて法律的に夫婦となると考えているのである。⁽⁸⁾身分行為成立の要件としては本来不適当な届出の性質とその法技術、また届出に対する国民の意識のゆえに、わが身分行為における「届出」の法律構成はけっして簡単ではなく、従来から各種の理論が考えられ、また現に考えられている。

すなわち一方の極には、届出をもって、身分行為の成立方式とみず、これを単なる公示方式とみる見解がある。⁽⁹⁾他方にはまた届出をもって、できるかぎり「成立方式」として構成しようとする見解がある。⁽⁸⁾そしてわが判例および通説はこの中間をゆく。⁽⁹⁾ここでは一方において前述の戸籍法の規定の表現ならびに立法者の意思に忠実に、「届出」を「身分行為の成立方式」と解し、「届出」をすることがすなわち「身分行為」をすることであるとす。したがって、この意味での「届出」は、諸外国の「婚姻挙式」(solemnization, Traug, c elebration)と同じく、「戸籍吏の面前で」公的に確認される身分行為の意思表示と同一の性格のものであり、「届出」のもつ登録(公示)機能は無視される。届出が受理されれば、戸籍に記載されなくとも、身分行為は有効に成立するという判例はその直裁簡明な表現である。⁽¹⁰⁾また当事者出頭主義をとらない関係上、届出の意思すなわち身分行為の意思の存否を届出受理時において決定するという判例理論も同様である。⁽¹¹⁾たとえ届出以前に、届書が作成されていても、届出意思の存在が明確であっても、届出受理の時点において届出意思を欠くかぎり身分行為は成立しない。縁組に関しては、末期養子の事案がしばしば問題となり、⁽¹²⁾婚姻に關しても、以前に作成された届書が利用される例がみられるが、⁽¹³⁾判例はこれらに絶対に効力を認めない。また当事者において届出意思を欠くかぎり、第三者によってなされた届出は絶対に無効であるとする。⁽¹⁴⁾

右のごとく、判例は、当事者の届出意思を重視するが、届出行為の「方式」なるものが存在しないから、方式違反

説論

の身分行為を論ずる余地なく、かえって積極的に本来は唯一の方式たるべき当事者の自書自捺をも届出受理要件から外す方向へと進み、また届出意思もけつきよくは届出それ自体ではありえないところから、届出の存在をめぐって、一方において届出それ自体の届出意思を、他方において届出意思に内包される実質的身分行為の効果意思の存否を検討するという理論構成をとることとなった。これは届出制度に内在していた身分行為の構造であり、実質的にみれば、すでに存在せる公示をめぐってその公示に見合う実態の存否が、表示意思と効果意思の存否という形式で、判断されたわけである。

右の判例理論は、周知のごとく、中川教授によって理論的に体系化された。すなわち身分行為は、届出によって成立し、それとは別個にそれに見合う表示意思と効果意思（ただし表示意思の独立性を認めず両者は分離しえない）の存在によって有効となる。もし意思を欠けば、それが表示意思であろうと、効果意思であろうと、身分行為はすべて無効であるが、事後に意思が補完されるときは、届出によって成立した身分行為は、最初から有効な身分行為となる。以上がその骨子である。民法上の要式的身分行為の特異性とわが国における身分行為の実態を基礎とし、しかも法律婚主義の理想をあくまで崩さない立場において構成されたきわめて独自かつすぐれた構成である。

通説の基本構造は正しい。ただ、通説においては、表示意思と実質意思の関連が若干不明確であり（表示意思の独立を認めないにかかわらず、なお表示意思欠缺が問題とされる）、この点においてなお検討すべきものを含むように思われる。また判例通説上、身分行為の不成立は身分行為の効力の問題を生ぜず、すべては無効身分行為として問題となるが、これがいわゆる当然無効であってなんらの形成手続を必要としない点は、無効身分行為をできるかぎり生かそうとする趣旨に反する疑問がある。これらの問題を通じての「身分行為の無効理論」の検討は本稿の最後において試みられる。

(1) ヨーロッパにおける法律婚主義成立の沿革については栗生・婚姻立法における二主義の抗争一三七頁以下に詳し。

(2) 梅・民法要義四・一五頁以下。しかるに島津「婚姻成立に関する届出主義」家裁月報一五卷三号九一—一〇頁は、「乍併此法律ガ行ハレヌデ、儀式ヲ先キニ挙ゲテ置テ、後トカラ届出ラスルヤウナコトガアツタラ、夫レハドウモ仕方ハナイ」(傍点—島津)という法典調査会における梅発言(速記録一四二回六三丁)を引いて、立法者の意図は、筆者が解することく旧来の事実主義ないは、報告的届出主義の否認(山島「養親子関係の成立および効力」総合判例研究叢書(15)一四一頁)にあつたのではなく、「旧慣習、つまり習俗上の家族制度の存続を意識し認容していた」とする。しかし、傍点引用の部分の正当な理解は、すでにこれより以前に太田教授によつて同一箇所について指摘されていくとく(太田「届出婚主義に関する一考察」家裁月報一四卷八号一八頁、二五頁注(1))、「法律上致し方ない」意味であつたことは、それに続く梅発言また速記録の他の個処に見出される同旨の発言に明白である。なお西村「わが民法の届出婚主義の成立」立命館法学四五号一四〇頁の理解も島津前掲に類する。たとえば、梅委員のつぎの発言がある。「届出ト云フモノガ婚姻成立ノ要素ニナツタ以上ハ其要素ヲ缺イテ居ルモノハ最早私通テアツテ婚姻テハナイ。然ウシナイト云フト私通ト婚姻ノ境界ト云フモノガ少シモ立タナイ……方式ガ簡易テアルト同時ニ此方式文ケヲ履マナケレハ婚姻ト見ナイト云フトニナラヌト方式ト云フモノガ無制裁ニナル。届出テナイデ三三九度ヤアルトカ甚シキニ至ツテハ夫レモヤラヌテズるべつた里ニシテ仕舞フ。夫レハ婚姻テハナクシテ私通テアル。是レハ法律上無効テアルト云フトニナラヌト區別ハ立タヌト思ヒマシテ無効ト致シマシタ」速記録一四三回三二—三三三枚。

また届出推定の規定に関するつぎの富井発言においても、明確に届出婚主義の創設の意図がうかがわれ、旧慣の存続を認容する意識などおよそなかつたことはきわめて明白である。「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チ慣習上ノ儀式ヲ挙ケルトカ又ハ同居ラスル日ニ届出ヲ為セハ不都合ハナイ。其日ヨリ前ニ届出ラズルト云フトハ實際ニナイタラウト思ヒマス。其日ヨリ後三日、五日、一週間、十日経ツテカラ届出ラスルト云フトカ随分アリハスマイカ、サウシテ見レハ此推定ノ起算点ト云フモノガ一寸同居ノ日ニ当ラナイ……其結果夫ノ子テアツテ本条ノ適用ヲ受ケナイ者カ生レテ来ル。私生子カ生レテ来ル……届出ノコトハ前ニアツタ通りテ宜シイガ尚本条ノ適用ニ付テ念ノ為メニ御考ヲ願ヒタイ……私ハドウモ仕方ガナイト思ヒマス。此法律カ出レハ追々ニ其日ニ戸籍吏ニ届出ツルト云フトニ為ツテ来ルタラウト思ヒマス。又ドウシテモサウ為ラヌト、困ル。私生子ト為ツテハ困ル者カ私生子トナルカラ自然少シ考ヘノアル者ハサウ意ラスニ可成其日ニ届出ルト云フトニ為ラウト思ヒマス、ケレトモ實際ハ殊ニ下等社会杯ハ皆其日ニ必ス届出ルト云フトハ或

ハ望ムヘカラサル事テアラウカト思フ事文ケカ氣遣ヒテアル……」(傍点筆者) 同上一五四回一九二〇枚。なお穂積八束の届出主義採用に関する疑問に対しても右の見解を再説する同上四八一―九枚。

(3) 身分行為成立方式としての届出の中途半端な性格は、古くは、岡村司によつて痛烈に批判されている。すなわち「旧民法ハ未タ施行セラル、ニ及ハスシテ新民法之ニ代リ……婚姻ノ成立ハ一ニ届出ニ因リテ確定スルモノトセリ而シテ届出ヲ強制スルノ方法アルコトナク之ヲ為スト否トハ当事者ノ任意ニ存スルカ故ニ婚姻ト野合トヲ同視スルノ旧態ハ依然トシテ改マラス世俗ニ所謂内縁ノ妻ト云フモノ多キヲ以テ之ヲ証スヘシ、余輩案スルニ婚姻ハ人生ノ重大事ナリ必スヤ之ニ莊嚴ノ儀式アリテ而ル後ニ人其ノ神聖ニシテ敬重スヘキヲ知ル、今一片紙ノ届出ヲ以テ婚姻乃チ成レリトスルカ如キハ婚姻ノ制度ヲ侮蔑シ夫婦ノ關係ヲ脆弱ナラシムル所以ニシテ余輩ノ慍焉タル能ハサル所ナリ邦人婚姻ヲ輕視スルノ弊ノ如キモ亦安ソ儀式ヲ疎忽ニスルコトカ其ノ一因タラサルヲ知ランヤ余輩ハ寧ロ旧民法ノ規定ヲ是トスル者ナリ若シ慣習上ノ儀式ト云フモノ漠然トシテ識リ難シト云ハ、法律カ劃一ノ儀式ヲ定メテ之ヲ強行スルモ亦可ナラスヤ届出ヲ以テ婚姻成立ノ標準ト為スハ其ノ時期ヲ明確ニスルノ利益ハ之アランモ事実ヲ距ルコト余リニ甚タシ譬ヘハ猶ホ出生ノ如シ届出ヲ以テ出生ノ時期ト為サハ誰レカ其ノ妄ヲ笑ハサランヤ且夫立法ハ將ニ以テ世俗ノ陋風ヲ矯正セントス然ルニ反リテ世俗ニ阿諛シ陋風ヲ固守スルコトアラハ尚ホ何ソ立法トシモ謂ハンヤ」民法親族編三四四頁以下。

その後栗生教授によつて、民法上、婚姻は要式行為ではなく無式行為であり、届出はこの無式合意の公示にすぎぬことが指摘され(栗生・前掲一六八頁以下)、最近においては西村教授によつて、届出の半事実主義的性格が繰り返し強調され、「各市町村において公營する結婚式をもって……内縁関係の清算と旧来の不合理な結婚風習の一掃という一石二鳥の効果を期待することができる」と断言されている。西村「結婚シーズンに思う」時報二九卷一―三頁、なお同「届出婚主義は古く皮袋である」セミナー八六号。

筆者も、本文に述べたごとく、民法制定時において国家挙式方式が採用されるべきであったと思うが、現在においては、この方式の採用は当時以上に困難であると考えられる。ただし挙式の私的性格は旧のままに、そのやり方は、いまやますます多様になりつつあるからである。また届出についての現在の民衆の意識からみても、公的な身分行為成立方式が容易に受け入れられるようには思われない。なおこの点については注(6)参照。ただし改革を革命的状况において行うというならば別である。あるいは戦後の家族法改革時の一つのチャンスであったかもしれない。なお民法改正時の国会の論議については、西村「わが民法の届出婚

主義に対する批判(一)立命館法学三七号。

なお近時沼教授は民法の届出制度にむしろ近代的意義を見出す注目すべき見解を提唱される。それによると「わが現行法はキリスト教などに影響されないなら、近代人にほとんど普遍的だと思われる法前的婚姻と法的婚姻との二段階視への志向を直截的にうけ止めてあるものとして、近代的婚姻立法例の傑作……晴れの結婚の日を……国家機関の殺風景な介入などを斥けて思い思いに楽しくすごし、後日に届け出をして法的に婚姻たらしめるということは人間意思の自由のあくなき尊重としてまことに快適……要するに、婚姻届け出によって始めて法的効果を持たらしめられた婚姻となる。それまでは婚姻法統制から自由である」(沼・前掲民法親族編上三三二九頁)。一種の試験婚的理論のようにも感じられるが、結婚の日が公的な方式によって始まることは、それほど婚姻の快適さを損うものであろうか。また最初に国家機関の簡易な(ヨーロッパでは筆者の知るかぎり所要時間は一〇分程度である)手続を終えてからでは、思い思いに楽しい公示を行う障害になるのであろうか。さらにはこれまた思い思いに楽しくできる婚前交際(婚約)以外になお法前的婚姻の段階を設けねばならぬのであろうか。

なお欧米の婚姻締結方式については、宮崎孝治郎編・新比較婚姻法Ⅱ(Ⅳ)の各巻に概略が掲げられているほか、西ドイツについては、西村「強制民事婚主義における婚姻締結の方式—西ドイツの場合を中心として—」立命館法学三九・四〇合併号が詳しい。全体的にみて、西ドイツの婚姻締結方式は最も厳格なほうであり、比較法上は附随的要件を緩和する臨終婚 (*matrimonium in extremis, matrimonium articulo mortis*)、さらには当事者の出頭しない代理婚姻 (*Vertreterhe (Botenehe)*)、いわゆる *Hand-schuthe* などを認める国もかなりあることは後述のごとくである(註11)。また公開を原則として私宅での挙式を認める例もある。しかしいずれにしても婚姻締結方式の中核をなすものは、戸籍吏の面前における婚姻当事者双方の婚姻意思の確認であることに変わりはない(代理婚姻では書面により一方当事者の意思が表示される)。なおドイツ、フランス、ベルギー、ルクセンブルグ四カ国については、Lutier, *Das Ehe-schließungsrecht in Frankreich, Belgien, Luxemburg u. Deutschland*, S. 159 ff. に簡にして要を得た比較がある。

(4) この点を筆を尽して強調したのは中島・民法釈義四・二五八頁以下、二九六頁以下、同「婚姻法改正論」親族相続法改造論一七頁以下である。たとえば「法律ノ精神ヨリ論スレハ先ツ婚姻届ヲ為シ而シテ後夫婦ノ事ヲ行フヘキナリ、然ルニスル順序ヲ踐ムモノハ實際皆無ナリ、知識階級ニ属スルモノ、又ハ法律ノ専門家ト雖モ決シテ此ノ如キ方法ヲ採ラス、即チ民法ノ規定ヲ遵奉セスシテ、先ツ婚姻式ヲ挙ケテ正當ノ婚姻成立セルモノト信シテ夫婦関係ニ入ルヲ常トス、之レ国民的ノ法律意識ナリ、然

ルニ民法上ハ届出ナキヲ以テ婚姻ハ成立セス其ノ夫婦関係ハ私通関係又ハ内縁関係ニ外ナラサルコトナル、斯クシテ国民一般ニ先好後娶ノ奇現象ヲ呈スルニ至レリ」前掲釈義二五九頁。

- (5) 中島博士の推測したごとく、わが国の挙式と届出のずれは、一般的に「我國民ノ法律意識ニ於テハ婚姻ハ挙式ニヨリ成立スルモノト爲シ、届出或ハ送籍ハ事後ニ於テ之ヲ爲セハ足ルモノト爲スカ故」(前掲二九八頁)のものでなかつたし、西村教授によつて理解されているように「世間では一般に結婚式を結婚の本番と考へ、届出はつけたりの入籍手続というふうには理解してゐる」(前掲、傍点筆者)のでもないことは、すでに各種の内縁調査および「婚姻予約事件」の調査において実証されているところである。なかんづく内縁調査の体系的集大成たる高梨・日本婚姻法論八四頁以下、「婚姻予約」の実態をはじめ明らかなし、た唄「婚姻予約有効判決の再検討」時報三二卷三・四号、唄・佐藤「続・婚姻予約有効判決の再検討」時報三一卷一〇・一一号、なお同「内縁ないし婚姻予約」法律教室三三三号。すなわち「民衆にとつては、戸籍簿という國家の帳簿に記載されるというこゝとは、重大な意味を有するのであつて、それは単に確定的な生活関係を表示すべきであるのみならず、逆に、國家の帳簿に表示されることによつて生活関係は容易に動かし得ない確定的なものとなる、と意識されている」(川島・日本社會の家族的構成六九頁)のが普通であり、ときとして「届け出をしないところの(届け出が當事者の意思外的事情で遅れているという場合は、べつに論ぜらるべきものである)夫婦は、現下の社會的制度としての婚姻(法律婚)から、正確に自分たちの人的關係を區別しており、このことは家庭裁判所に現われるケースに身をもつてタッチしてみると完膚ないほど疑いの余地を残さない」(沼・民法における最善性と次善性九頁)といえる場合もすくなくない。後者の点は、法律事件としてあらわれる内縁についてみるかぎり、たしかに事実であり、すでに実務家によつても指摘されているところである。「現在の内縁は、家庭裁判所の事件から見る限り、當事者の私通に類する故意の回避とこの結合のルーズさ、つまりは、届出の遲滞という時間的な問題よりは、結婚の質に帰する点に問題があり、ここに、内縁の法律的な保護を如何にするかの鍵があるように思われる」吉村「内縁の法律問題」現代家族講座二二五七頁。
- (6) この点については高梨・前掲とくに一一一頁以下に克明である。そこでは届出のもつ法的意義に対する民衆の知識と意識との間にかんがりのずれのあることが示されている。しかしこれは内縁者の意識である。わが国の内縁は多くは経過的内縁であり、いづれは法律婚に移行する。では届出をした者の意識はどうであらうか。この点について未公表ではあるが(民商法雜誌に掲載の予定)、宮崎教授による「婚姻立法の研究」の筆者担当の調査結果の一部を引用すれば、「届出」についての一般の知識および意識はつきのごとくである(調査対象は昭和三七—八年の届出婚姻)。

身分行為における意思と届出 (1)

I いまの制度のもとではいつから法律上夫婦として認められると思いますか。

時期	都市		郡部		計
	都	市	郡	部	
挙式時	9	6.2%	15	17.8%	24
届書作成時	12	8.3%	14	16.7%	26
届出時	113	77.8%	47	55.9%	160
その他	11	7.7%	8	9.6%	19

II 結婚の届出をしたのはどういう動機からですか。

理由	都市		郡部		計
	都	市	郡	部	
当然届出るべきだから	123	84.7%	62	73.7%	185
その他	22	15.3%	22	26.3%	44

民衆は婚姻を当然に届出るべきもの、法律上公認さるべきものと考えている。では、それは既存の婚姻事実の公認(報告的届出)なのか、それとも婚姻の法的成立の承認(創設的届出)なのか。つぎの表がそれを明らかにする。

III あなたは結婚届をどういうつもりで出しましたか。

理由	都市		郡部		計
	都	市	郡	部	
役所に知らせるため	39	26.9%	33	39.2%	72
正式に夫婦として認められるから	99	68.2%	40	47.6%	139
その他	7	4.9%	11	13.2%	18

だが創設されるのは、はたして純粹の「夫婦」たる身分なのであろうか。そうではなくて、「家族としての」夫たり妻たる地位であることが、つぎの表によって示される。

IV 結婚届をすることは普通に「籍を入れる」ともいわれていますが、これはどういう意味をもつものとお考えになりますか。

回	答		計
	都 市	郡 部	
入籍してはじめて夫妻の家族員として認められる	116 (80.1%)	59 (70.3%)	175 (76.5%)
現在では入籍というのは意味がなくなった	15 (10.3%)	6 (7.1%)	21 (9.2%)
D K、その他、未回答	14 (9.6%)	19 (22.6%)	33 (14.3%)

調査方法として、役場の協力を得て、届出人に調査用紙を交付して、回答を郵送して貰う方法をとったが、届出人は使者であることも多く、回収率はかなり低く、思ったほどの調査量を得られなかったが、しかし右の結果は信頼しうるように思われる。調査結果の分析をここですべきかぎりではないが、ただ一点、従来は農村地域に対して強くと考えられていた届出の創設的意識が、むしろ都市においてこそ強い点が目されることだけを附加しておきたい。この点について来栖・民法特殊講義第二部講義案(1)七九頁の推測は正当のようであり、高梨前掲における調査結果とは若干異なる。ただし農村において届出意識が低いということは、いまだ家族の一員たる地位にとどまる婚姻の当事者についていえることであって、家長的地位にある人々にとっては、別な結果があらわれるのではないという疑問を留保しておかねばならない。

なお、届出がしだいに早期になされつつあることはつぎの統計の示すごとく顕著な事実である(昭和三七年人口動態統計上二二三頁)。

身分行為における意思と届出 (1)

5年 ～	3年 ～ 5年未 満	2年 ～ 3年未 満	1年 ～ 2年未 満	第 11 月 日	第 10 月 日	第 9 月 日	第 8 月 日	第 7 月 日	第 6 月 日	第 5 月 日	第 4 月 日	第 3 月 日	第 2 月 日	翌 月	同 月 中	1 年 未 満	総 数	挙 式 か ら 届 出 ま だ の 期 間
3.4	1.9	3.6	17.6	4.3	4.9	4.4	3.7	3.7	4.0	4.2	4.7	5.9	8.2	15.1	10.3	73.5	100.0	昭和25年 ¹⁾
2.7	1.6	2.6	12.3	2.9	3.2	3.2	3.1	3.4	3.6	4.1	4.7	6.0	9.5	20.6	16.5	80.8	100.0	30年
2.9	1.2	2.4	12.1	3.0	3.4	3.3	3.1	3.3	3.6	4.1	4.9	6.4	9.9	20.4	16.0	81.4	100.0	31年
1.7	1.1	2.4	11.1	2.3	2.6	2.8	2.9	3.2	3.5	4.0	4.8	6.2	10.3	22.2	17.8	82.7	100.0	32年
2.5	1.2	2.1	10.3	2.5	2.8	2.9	3.0	3.2	3.6	4.2	4.9	6.4	10.3	22.6	17.4	84.0	100.0	33年
2.4	1.1	2.0	9.7	2.3	2.6	2.8	2.9	3.1	3.6	4.2	5.0	6.6	10.7	23.4	17.7	84.7	100.0	34年
2.5	0.9	1.9	8.9	2.1	2.5	2.6	2.7	3.0	3.5	4.1	5.0	6.7	10.8	24.2	18.5	85.7	100.0	35年
2.3	0.9	1.7	7.9	1.9	2.2	2.3	2.5	2.9	3.4	4.1	5.1	6.7	11.3	25.3	19.6	87.2	100.0	36年
2.2	0.5	1.9	7.2	1.7	2.0	2.2	2.4	2.8	3.3	4.1	5.2	7.0	11.8	26.3	19.4	88.2	100.0	37年

年次別・挙式から届出までの期間別婚姻件数割合(百分率)

注： 1) 昭和25年の総数は不詳0.1%を含む。

(7) 民法上の方式が公示手段たる点に重点をおくものとして、法律婚を無式合意公示とみる栗生・前掲があり、届出を法人の設立許可と同一の意味の要式であるとして、要式意思表示よりは、對抗要件たる登記に近い性質を有するとする於保「無効離婚の追完」時報一四卷二号八五頁がある。他方、届出前に身分行為は成立しており、届出は民法の規定の表現どおり「効力発生要件」にすぎぬとするものに、古くは岡松「婚姻届出義務の不履行」法律新聞一〇一六—一九号、岩田・親族相統法綱要一八頁、美濃部・公法と私法一九一頁、近くは、加藤「身分行為と届出」家族法の諸問題、有泉・親族法・相統法三一頁以下（ただし民法三七一頁では、近時の早期届出（前注末尾参照）現象のゆえに、見解を留保）、金山「婚姻の届出」民商三九卷四・五・六号、福地「身分行為と効果意思」前掲などがある。このうち加藤・前掲のみは、他が合意の成立を儀式または身分占有にもとめるに反して、届書作成時という届出への意思の合致を示す表示行為の時点に身分行為の成立を認め、届出時における身分行為意思欠缺については信義則にもとづく意思撤回のみを認めるという構成によって、後掲の表示主義的構成（次注）とも実質的に接点をもつ点に特色がある。この説に対しては、届出の公示機能の側面（重婚における優劣）から（島津・親族法二四頁）、合意成立の認定の側面（単純な婚姻約束から、挙式同棲、届書作成、委託などまで）から（高梨・日本婚姻法論四七頁）、また届出時における意思欠缺（撤回）の点をめぐって（外岡「婚姻の届出」親族法の特種研究二三五頁、同・註釈親族上一五二頁以下、我妻・親族法四一頁）、批判がなされているが、他にも挙式がない場合とほぼ同程度の当事者以外の者による婚姻届の作成が考えられるのではないかと思われること（加藤・前掲五三四頁参照）、合意の撤回について有効適切な手段がないことなどの難点がある。しかし最大の問題は、届書作成後の当事者死亡の場合に、届書郵送の場合（戸四七条）以外に一般的に届出の効力を認める事実主義的構成（民法九七条の類推）の点である。いわゆる臨終婚（matrimonium in extremis）の場合であり、濫用の危険性が多く、この場合にこそ届出意思（届書提出意思）が重要であり、しかもこの場合にこそ実ははじめて戸籍吏の面前における合意の表示とその受領が行なわれるのである（回答大五・一一・六、先例全集②一〇七四頁ほか）、一般にはより簡便な届書提出の委託または郵送届出の方法をとるであろうし、後の場合には、その性質上、死後における届出の効力が例外的に承認されるのである。意思能力喪失の場合も同様である。もっとも立法論としてかかる場合の救済措置を講ずべき点については筆者も異論がない。しかし、加藤説は、諸種の難点（これほどの説にも存在する）にもかかわらず、その表示主義的構成の点で、他とは一線を劃すべき理論構成である。

なお加藤説を除いて、届出以前に身分行為の成立を認める見解は、身分行為の成立にもとづいて届出請求権を肯定するかその

可能性を示唆する。この点では、事実婚主義の見解の学説はもとより(山中・市民社会と親族身分法二五四頁以下、黒木「法律婚における合意についての一考察」私法一二号五三頁、ただし、杉之原「法律関係としての内縁」判例親族法の研究六九頁以下は届出請求権を否定)、他にも届出合意から同様の結論を認める見解もある(沼・前掲三三〇頁)。

ついでながら、届出制度のもとで法律婚主義を確立する方策として、媒約人に挙式届出義務を課しこれを婚姻届出に代える提案(高梨・日本婚姻法論一二〇、一六三頁)、一定の者に挙式の権限を与えこの挙式権者によって婚姻の登録を行なうという提案(島津「婚姻成立に関する届出主義」家裁月報一五卷三号二九頁)がある。挙式と届出の有機的関連は望ましいことであるが(青山「法律婚主義と事実婚主義」家族法大系II九九頁)、現状の挙式状況のままでもまた当事者の届出意識にはかわりなく、婚姻の当事者以外の者によって「届出」をしても、それで「法律婚主義」を確立したことになるのかどうか疑問である。

(8) これは二つの方向において展開された。一つは、およそ当事者の合意にもとづく届出のあるかぎり、絶対的に身分行為は有効に成立するとし、およそ仮装身分行為の無効を承認せず、身分行為意思の表示主義的構成を徹底する。その先駆はやはり栗生・前掲であるが、これを明確に理論化したのは谷口・日本親族法前掲であり、広浜「民法総則備考」日本の私法制度論考のほか、戦後においては、末川「身分行為における意思」前掲によって強く支持され、中尾「仮装離婚の効力」前掲、山本「協議離婚を有効と認めた事例」民商五一卷二号などの支持をえている。沼教授も方向としてこれに賛意を表されるが(民法親族編上三三一頁)、他にもこの見解を支持する学者はかなり多いのではないかと推測する。筆者も実質的にはこの見解に多分に惹かれるが(山島・養親子関係の成立および効力九八頁以下)、およそ仮装身分行為が存在しないとはいえず、また民法の「方式」に届出意思のみの形式的身分行為にも法的効果を強制しうるだけの価値を認めるべきかについてなお疑問を有することは後述のごとくである。

いま一つの方向は、民法の規定する無効原因中、「当事者が……届出をしないとき」というのを、通説のごとく届出がそもそも存在しない場合ではなく、文字どおり当事者による届出がないとき、したがって第三者によって届出がなされた場合と解する見解に示される。先の栗生・前掲二九頁、於保・前掲八七頁は、ここでは成立要件の見地に立ってこの見解をとり、中島・民法釈義三一二、五九〇頁が、これと同旨。しかしこれらの見解にあってはこの種の婚姻は意思欠缺の場合と効力において区別されず(栗生・前掲三三〇頁は形成無効、中島・前掲三三三頁は当然無効)とくに解釈上区別すべき実益を欠いていたが(その意味で、東控大四・九・二七評論四民法六〇三頁、島津・親族法七八頁は、届出欠缺、意思欠缺の双方に該当するとみる)、兼子・

実体法と訴訟法一六六頁および山木戸・人事訴訟法一四頁以下にいたってはじめて、当事者の届出による身分行為の成立と區別して、「届出欠除」を身分行為の不成立（当然無効）とする見解が示された。諸外国の婚姻成立方式においては、身分行為の当事者以外の第三者によって行なわれる婚姻準式などは考えることもできず（方式違反は、当事者の合意を受領する戸籍吏の側において生じ、この場合には、ともかくも行なわれた婚姻手続により婚姻が登録されて、婚姻の外観（Rechtschein）を有するため、これが無効とされる）、当事者による身分行為の不存存という点からいえば、婚姻の不存存（matrimonium non existens）とみらるべき場合に属しよう。しかし問題は、このような第三者の届出が容易に行われ、かつ当事者の身分関係がこれに符合する場合がすくなくはないであろう現実にある。もっともこの見解は、判例通説上、実はわが無効婚はすべて不存存婚とされることに對する批判的側面に重要な意味がある。すくなくともこれが当事者死後の届出となれば身分行為の不成立は明白であろう。養子縁組について山島・養親子関係の成立および効力一六八頁以下参照。

(9) 通説的届出要件の概要については外岡「婚姻の届出について」親族法の特種研究二二二頁以下。

(10) 大判昭一六・七・二九民集一〇一九頁。通説はこれを支持するが、届出を公示方式とみる見解では、登記の欠缺と同様、当然に身分行為の効力は否定されざるをえない。栗生・前掲一七三頁。

(11) 大判大六・一一・二〇民録二一七八頁（養親心神喪失中の縁組届に関する）がリーディング・ケースとされるが、他に大判明四〇・一一・六民録一〇九四頁（養親死亡後の縁組届に関する）、昭七・二・一六新報二八五号一〇頁（養親意識不明時の縁組届に関する）、昭一〇・四・八民集五一頁（意思無能力時の廃家届に関し、判旨は民法九七条二項の類推を否定）、昭一六・五・二〇民集六二九頁（夫死亡後に内縁の妻によってなされた婚姻届に関する）がある。

婚姻成立時における婚姻意思の存否に関する問題は、諸外国のいわゆる代理婚においても同様に生じうる。やはりわが国における学説の対立と同様、身分行為における瞬間において合意を決定すべしとするものと（合意があればその効力は意思表示までさかのぼって効力を生ずる）、挙式時までは代理権の撤回なきがぎり婚姻は有効に成立するとする両様の取扱がみられるのは興味深し（Lutter, a. a. O., S. 193 野田「エスペニア婚姻法」新比較婚姻法二二二頁参照）。

代理婚とは、一方当事者のみ戸籍吏の面前に出頭し、他方当事者については、その婚姻意思を証明する書面をもって代理人（正確には使者である。本来の意味の代理婚はイスラム法にみられる）が出頭するもので、古くオランダ、近くはフランス（一九五九年）のごとく一般的に重大な事由がある場合に認めるものと、とくに限定的に一定の事由の存在する場合について認めるも

の(イタリアは軍人と外国滞在者について、ドイツでも戦時中前線の兵士のために *Ferntraug* が認められた)がある。このほかカノン法は最初から代理婚を認めている関係で (§ 1089 CIC) カトリック系諸国はすべてこの方式を認め、また東欧の諸国にもこの方式を認めるものがある(ユーゴ、ポーランド、チェコ)。以上 *Dölle, a. a. O., S. 212 ff.*

なお臨終婚 (*matrimonium in extremis*) は、方式緩和のために古くから教会法上認められていたもので (§ 1098 CIC) これもラテン系諸国に一般に認められるほか、特別立法として認める例がある。一九五〇年のドイツの緊急婚姻 (*Nottraug*) はそれである。その他きわめて異例に死後婚 *postmortale Ehe* すら認められる。詳しくは *Dölle, a. a. O., SS. 220 ff., 244 ff.*

(12) 山島・養親子関係の成立および効力八五頁以下参照。
(13) 名控明四一・五・五最近判二・一三七頁、東地昭一三・二・八評論二七民三八二頁(過去ニ於テ適法ニ作成セラレタル婚姻届書ハ一片ノ反占ニ帰ス)など。

(14) 大判大九・九・一八民録一三七五頁、昭二・三・一五新聞二六八八号九頁。いずれも婚姻に関し、後者は、挙式後両親が届出をし、女がなお数カ月同棲を継続した事案であり、学説はこの場合における当事者の実質的身分行為意思の存在のゆえに、判旨を疑問とする。中川・親族法一九五頁、我妻・親族法一九頁。

(15) 婚姻について大判昭一一・一二・四民集二二四四頁、縁組について昭一一・六・三〇民集一二九〇頁。山島・前掲一四〇頁参照。

(16) 中川・身分法の総則的課題とくに一九四頁以下。なお正確には、身分的効果意思 (*animus*) と身分的生活事実 (*corpus*) が身分行為の効力発生要件とされるが、両者の独立した存在は否定される。前掲二一〇頁。

III 身分行為の意思

身分行為の意思に関しては、民法はわずかに「意思欠缺」を無効事由とし、詐欺・強迫による意思の瑕疵を取消事由とするにとどまり、他に別段の規定はない。ここでは、まず意思欠缺の例示として掲げられている「人違い」(同一性の錯誤)を届出との関連において考察し、つぎに身分行為意思を仮装身分行為の効力との関連において検討し、

最後にわが民法上「身分行為意思」とはそもそもなんであるかを総括的に研究する。

(1) 同一性に関する錯誤 比較法的にみると、錯誤については、当事者の同一性に関する錯誤 (error in persona) と相手方の性質に関する本質的錯誤 (error in qualitate) および詐欺・強迫による意思の瑕疵をともに婚姻の取消事由とする例が多いが、わが民法は、同一性の錯誤のみを意思欠缺による無効事由として例示し、別に詐欺・強迫による意思の瑕疵を取消事由として規定する。このような区別に加えて、民法上、離婚がもとと容易であるため、性質に関する本質的錯誤は、ときに詐欺を理由として婚姻の取消事由、あるいは婚姻を継続しがたい重大な事由として離婚原因となりうることは別として、意思欠缺にならぬというのが通説である⁽¹⁾。

問題は「同一性の錯誤」である。一体「人違い」ということはいかなる場合に生じうるのであろうか。立法者は、文字どおりの社会的意味における人違いを考えて、しかも「外国ノ法律ニ於テハ人違ヲ以テ婚姻無効ノ原因ト認メサルモノ稀ナリトセザルヲ以テ」規定をおいたものである⁽²⁾。しかし相手方の同一性に関する錯誤が「意思欠缺」にあたるかどうかは問題であり、また同一性の錯誤と性質の錯誤の区別は、比較法上も困難な問題であって、意思欠缺の例示としては無用のものであり、諸学者に概念法学的な設例を考えださせるために設けられたようなものである⁽³⁾。

たとえば、古く岡村、奥田両博士は同一性の錯誤として、要約すればつきのごとき設例を挙げる。一つは有形の錯誤であり、A男は既知のB女と婚姻する意思であったが届出においてはBをCと誤りて署名した場合、あるいはBがCと称していたため、AC間の婚姻として届けられた場合、他は無形の錯誤であり、A男は未知のB女と婚姻する意思であったが、C女をBと信じて、AC間の婚姻届がなされたという場合である⁽⁴⁾。常識的に考えてみつけられる設例はこれぐらいのものであり、以後の学説においても、積極的例示を試みるものはすくない⁽⁵⁾。これに対して、通説は、前者は実体的に錯誤はなく、表示について錯誤を生じたのみであり、後者は実体について錯誤はあったが、それは相

手方の同一性についてではなく(同一性に関する認識がない)、相手方に関する性質についての既存の知識と実体との間に生じた錯誤にすぎないと解する。

右の二つの設例は、一般的に同一性の錯誤としては、むしろ實際上考えられる典型的なものであり、したがって判例にあらわれたケースもいわゆる表示の錯誤か相手方の性質に関する錯誤に関するが、これらが同一性の錯誤にならぬとすれば、同一性の錯誤とはいかなる場合をいうのか。前掲のケースを同一性の錯誤から排除する谷口・薬師寺両教授によってあげられる例はつぎのごとくである。

谷口教授は、単なる表示の錯誤、性質に関する本質的錯誤を排除したうえで、A男が真実既知のB女をC女と信じて婚姻届を提出して後、その夕刻の結婚式に臨んだところ、相手方は既知のBではなく、似てもつかぬC女その人であった場合こそ、唯一の同一性の錯誤の例とされる。また薬師寺教授のあげる例は、(一) A男B女が見合するに際してAは附添のCをBと誤信し、婚姻の承諾をして婚姻「届出」を為したる場合、(二) BがA男に戯れにC女の名を告げたため、AはC女に婚姻を申込みその承諾をえて婚姻届出を為したる場合である。

これらの事例は錯誤の動機についてはそれぞれ異なるが、単純化していえば、Aは実質的にBと婚姻しようとし、他方CはAと婚姻しようとしたというのが実態である。これらが、真の同一性の錯誤とされるのは、表示意思の合致はありながら、その内容において当事者の一方が相手方に対する婚姻意思を有していないがためであると思われる。実体的な婚姻と異なる表示がなされたいわゆる表示の錯誤と区別されるのは、いわゆる表示の錯誤においては、表示された一方について表示意思も存在しないに反し、この場合には、表示意思はあってただその内容に錯誤があるのみられる点にある。したがってこの見解は、身分行為の効果意思と表示意思を分離することを前提としている。まさしく、民法上生じうる真の意味での「人違い」の事例である。しかしそれはあくまで「届出」における人違いであって、

実体的なそれではなく、そこに概念上は正確なこの「人違い」の実際問題としての疑問を生ずる。

すなわち、単なる表示の錯誤も表示意思における内容の錯誤も、婚姻の実体と一致しない点においては差異がない。ただ前者にはまず実体があってこれと異なる表示がなされるに反して、後者には、まず表示があってこれと異なる実体があるというにすぎない。この場合、とくに表示意思（届出意思）の存否に重点をおいてみても、表示された婚姻が成立しない点においては双方なら異なるところがない。逆に、谷口教授の設例において、もし結婚式にあらわれた別人と不本意ながら挙式をすませ同棲も続けた場合、届出当時の錯誤のゆえに、後日における無効主張が許されるのであろうか。これは明らかに疑問である。また単なる表示の錯誤の場合には、実体に見合うごとき表示の訂正（戸籍訂正）が許されるが、表示意思において錯誤があれば、身分行為は無効であって、戸籍訂正の余地はないことになるが、これも疑問である。あるいはこれらの場合には無効行為の追認理論によって救済することも考えられるが、表示意思の独自の存在を認めるかぎり、表示意思の欠缺は本来の理論からいえば、意思表示の錯誤というよりも、むしろ意思表示の不一致・不成立とみらるべき場合であって、追認の余地はないはずである。¹⁰以上はかりにこれらの事例が起った場合の理論上の問題にすぎぬが、実際上の問題としてみるときも、右の設例には疑問が生ずる。谷口教授の例では、A B間の婚姻がA Bの届出意思にもとづいてA C間の婚姻として届出られたというのであるが、このようなBの届出意思はまったく観念的抽象的なものであって、届書作成行為に関与していない場合以外には起りえない。また薬師寺教授の設例は、実際に表示意思の合致にもとづく届出として考えられるが、この場合にはそもそもいまだ身分関係の実体がないのであって、実質的な身分関係と切離してその効力を論ずる意味に乏しい。

もともと諸外国で同一性の錯誤が考えられるのは、稀有の事例にはせよ、¹¹婚姻成立（意思表示）の時点において、¹²身分行為がそれ自体について、人違いが想像しうるからである。しかるにわが民法上は、届出は身分行為の成立要件と

はいわれるが、諸外国のごとき意思表示の方式という意味での成立要件ではない。したがって錯誤は、厳格に意思表示理論を適用すれば、効果意思の次元と、表示意思の次元とにおいて二重に成立しうる。しかし前者は後者を離れては意味がない。問題は、後者についてこれだけで法律的意思があると考えるところにある。これは実体を離れてまったく届出という形式的行為についてのみ生じうることで、当事者がそこで身分行為をしているなら起りえないことである。これこそわが届出婚においてのみ生じうべき独自の同一性の錯誤だといえよそれまでであるが、これも前の場合と同様、単純に、実体と表示の不一致であり、届出についてみれば当事者の一方について実質的(効果)意思を欠くから無効、もしこれと反する実体が存する場合には、その実体に依じて一方の表示を訂正することができるものとし、¹³⁾ 逆に表示どおりの実体が事後に形成されたときは、その時期にもよるが、最初から身分行為は有効とするか、もしくは無効行為の追認によって遡って有効ということ、おかしくはないのではなからうか。以上要するに、わが民法上、本来の意味での要式的身分行為が存在しない以上、身分行為における同一性の錯誤なるものはありえず、ただ届出と実体すなわち身分行為の実質的意思との不一致を生ずるのみではないかということである。したがって、この不一致はある意味ではすべて「人違い」であり、これを当事者の一方についての意思欠缺というなら、「人違い」という事例は起らないといえることができる。¹⁴⁾

(1) 婚姻について谷口・親族法二五五頁、薬師寺・日本親族法上四一三頁、註釈親族法上(山中)一六一頁、我妻・親族法二五頁。縁組について中島・民法釈義四卷五八八頁、薬師寺・前掲下八四一頁、外岡「養子」家族制度全集法律Ⅲ七〇頁など。

(2) 梅・民法要義四卷一一六頁上「甲乙間ニ於テ甲ハ丙ト婚スルノ意思ヲ有シ乙ハ丁ト婚スルノ意思ヲ有セシ場合(果してありうるや?)」又ハ甲ハ乙ト婚スルノ意思ヲ有スルト雖モ乙ハ丁ト婚スルノ意思ヲ有シ若クハ乙ハ甲ト婚スルノ意思ヲ有スルト雖モ甲ハ丙ト婚スルノ意思ヲ有スル場合」と例示する。

(3)

錯誤と意思欠缺との関連はかねてから議論のあるところであるが(最近におけるすぐれた研究としては、村上「ドイツ普通法学的錯誤論」法協七六卷三号、同「和解と錯誤」契約大法系V一九一頁)、錯誤は、いわゆる表示の錯誤(表示機関による錯誤も同様)を除いて、すべて内心の意思の形成過程において生じた瑕疵にすぎない。いわゆる内容の錯誤については、これを動機の錯誤と区別し、意思欠缺にあたると思解する見解が多いが、内容の錯誤、とくにいわゆる同一性の錯誤 Identitätsirrtum といえども、動機の錯誤 Motivirrtum の一種であることに変わりなく(舟橋「意思表示の錯誤」九大記念論文集六一二頁、川島「意思欠缺と動機の錯誤」民法解釈等の諸問題一九二頁。ただし川島、民法総則二八五頁はこれと異なる)、「要素の錯誤」の成否の度合は別として、いわゆる性状に関する錯誤との間に本質的差異が存在するわけではない。いずれも法律行為の内容(同一性・性状)に関する誤った認識によって、ひとしく内心の意思の瑕疵より生じた意思表示であって、けっして意思欠缺が存在するのではない(ただし有力な反対説として柚木「動機の錯誤」判例演習「民法総則」一〇九頁)。

このことは身分行為についてみるときにきわめて明白である。たとえば婚姻無効事由たる「人違い」については、これを「意思欠缺」の例示として疑いがないかのごとく一般に考えられているが(一々引用は避けるが、この点に疑問をもつ見解をみない)、どこに相手方の性質に関する錯誤との本質的差異があるであろうか。いずれも、相手方と婚姻の意思を有した点において変りはなく、ただその相手方を全人的にある特定の人物と誤信したか、あるいは、その相手方の特定の性質について誤れるイメージを抱き、そのためにある特定の性質を具備する人物と誤信したかに、差異を認めうるのみである。ひとしくいわゆる「動機の錯誤」に属することは明白である(Dolle, a. a. O. SS. 317, 320)。ただ、両者はともに内心の意思に生じた瑕疵でありながらも、その瑕疵の救済について、双方についてまったく同一の法的評価を与えない点にのみ差異が存在するにすぎない。

しかし民法は、明らかに錯誤を「意思欠缺」とみているのであり(一〇一条一項、一一〇条、七四〇条一項、八〇二条一項)、いかなる意味で意思欠缺なのかを説明しなければならない。しかしこれは伝統的な意思表示理論に依拠するかぎり不可能である。それは意思と表示の不一致ではなく、意思表示と真意(舟橋・民法総則一〇五頁)または事実(我妻・旧民法総則二九六頁)もしくは意思表示における目的(我妻・民法案内二一八七頁)さらには表意者の意図(我妻・民法総則二九八頁)との不一致として説明される。もちろんこのように説明しても「意思表示」を抜きにした理論構成との非難は免れないし(柚木「動機の錯誤」前掲一一五頁)、瑕疵ある意思表示との差異を説明することにはならないが、これ以上には説明の仕様がな問題である。前掲の所説のうちでは、一般的にも「表示と事実の不一致」というのが最も簡明のごとく思われるが、身分行為の「人違

い」については、届出と身分行為の分離、とくに届出のもつ「公示」的側面のゆえに、文字どおり「事実と表示の不一致」という理論があてはまる。

(4) 若干の立法例についてみると(概観的には Dollé, a. a. O., S. 317 ff が便利)、ドイツ民法はもとも同一性の錯誤と性質の錯誤の両者について本質的差異を認めず、ただ、かような瑕疵婚の取消について、主観的に当事者がその錯誤を知り、かつ客観的に婚姻の本質についての合理的判断を加えた場合に、婚姻がなされなかつたであろうと推測されることを要件として、いわば実質的に同一性の錯誤を性質に関する本質的錯誤と同一に評価することを許してはならない (§1333 BGB)。しかるに一九三八年の婚姻法は、同一性の錯誤 Irrtum über die Person と性質に関する錯誤 Irrtum über die persönlichen Eigenschaften とを規定のうえでも区別し、前者は表示上の錯誤 Erklärungsirrtum および婚姻の意思表示それ自体の錯誤 Geschäftsirrtum (婚姻をする意思なくして錯誤により(心裡留保・虚偽表示を排除)婚姻の意思表示をした場合であり、意思表示の意味の誤解および表示の錯誤としてとも「意思欠缺」にあたる。Dollé, a. a. O., S. 314 は削除論)と同一に規定され (§1332 BGB と合体。§36 EheG 38, §31 EheG 46)、後者は独立してつむゆる本質的錯誤のみが取消事由とされたことは (§37 EheG 38, §32 EheG 46)、前者の実用的意義においてはもとより(“Nein”というべきを“Ja”と答えたとか、婚約式のつもりで婚姻挙式を臨んだとか、また人違いとかは、法的事件として登場することは予想できない)、同一性の錯誤を意思欠缺と同視した点においても、婚姻の錯誤に関する規定としては、無用・逆行の立法であつたとの非難を免れない。もっとも、同一性の錯誤と性質に関する本質的錯誤とは、後者については前者と共通の追認による取消権消滅のほか、取消請求の倫理的正当性が要求される点に差異があるが、同一性の錯誤が実際上問題とならない以上、その実益はもっぱら性質上の本質的錯誤の主張を制限する点にあるにすぎない。ドイツ婚姻法上の同一性の錯誤については、古くから今日まで盲人・双生児の場合を例示することについて一致している(どの教科書、註釈書においても同一なので引用を省く。ただ一種の代理婚姻たる隔地婚 Fentragung における人違いの可能性を指摘するものが一部にみられるが、これはとりも直さずが民法上の人違いの例である)。

ドイツ民法流の立法例としては、他にオーストリアとスイスがあり、前者は一九三八年のドイツ婚姻法の規定をそのまま維持し(オーストリア婚姻法上の同一性の錯誤については Schwind, Komm. zum österreichischen Eherecht, S. 158 後出(註14)の創世紀の事例のほか、やはり Fentragung を例示する)、スイス民法もほぼ同一の規定を設ける (§124 I, II ZGB)。こゝでも婚姻挙式それ自体の錯誤(国会で削除論もあつたが、網羅の規定を設ける趣旨において存置された。Egger, Zürcher Komm.

II, 1, S. 86)と同一性の錯誤が同一に評価されており、例示されることも詐欺による錯誤の例が多く、判例上もっぱら性質に関する錯誤であるが(Tuor, Das schweizerische Zivilgesetzbuch, S. 138)。¹⁾しかし学説は、同一性の錯誤を単に肉身上的の錯誤に限定することなく、いわゆる身分的同一性の錯誤 Irrtum über die zivile Identität 本来からいえば性質の錯誤に拡張し、幼馴染とか、書信のみを通じて知る相手の姉妹が替玉として用いられるとき場合にも、同一性の錯誤を認めていることが注目される(Egger, *ibid.*, Götz, Berner Komm. II, 1, S. 287)。²⁾これはとりもなおさず、同一性の錯誤の独自の存在理由を否定するものではない。

ドイツ法と対照的なのは、フランス民法であり、婚姻意思の瑕疵にもとづく取消事由としては、強迫 violence と同一性の錯誤 *erreur dans la personne* を認めるのみで、性質に関する錯誤を問題とせずまた詐欺を除外する点において、特徴的である(S 180 Cc)。³⁾詐欺を除外するのは、比較法的には、ローマ法系諸國のほか東ヨーロッパ諸國などむしろ多数であり、性質の錯誤を除外する点もナポレオン法系のメネルクス諸國、イタリアの場合が同様であり、その沿革は教会法にさかのぼる(この点については栗生・前掲一七七頁以下)意思欠缺及意思瑕疵に基づく婚姻取消が詳しい)。フランス民法の本規定については、すでに谷口教授によつて詳細に解説されていること(谷口・仏蘭西民法¹⁾人事編一五九頁以下)、すでにポライエの古典的な錯誤の区別(*erreur sur la personne* と *erreur sur les qualités de la personne*)は顧みられず、いわゆる肉体的同一性の錯誤 *erreur sur la personne physique* は創世紀の事例でもおのほろぬかあり起りえず、⁴⁾むしろ身分的同一性の錯誤 *erreur sur l'identité civile* (他の法律的同一性の錯誤 *erreur sur l'identité juridique* 家族に関する錯誤 *erreur sur la famille* とともに扱われる。後者はナポレオンの用語であるが、かれはこれ以外に同一性の錯誤など起りえぬことを主張したと伝えられる。Planhol-Ripert-Boulanger, *Traité de droit civil* t. 1, p. 461)か、性質に関する本質的錯誤 *erreur portant sur une qualité substantielle* かの選択をせまられ、一八六二年の民事連合部判決以後一〇〇年近くわたつて、人に関する錯誤とは、家族的身分など人の身分の要素に関する錯誤 *erreur sur les éléments de l'état civil* にかぎるとする原則が確立し、これ以外にはわずかに婚歴に関する錯誤が救済されたこととされる(Trib. civ. Bordeaux du 9. 6. 1924)。⁵⁾しかし後者はすでに家族身分的同一性の錯誤を脱して、性質に関する錯誤であるから、学説は、ドイツ民法流に性質に関する本質的錯誤を考慮すべきことを主張し、下級審判例にも婚姻直前における強姦殺人計画(Trib. civ. Bressuire du 26. 7. 1945)生来的かつ不治の性交不能(Trib. civ. Grenoble du 13. 3 et 20. 11. 1958)に人に関する錯誤を適用する例が見出されるが、一八六二年の「神話」が崩壊するにはなお前途はけ

les faits de Rieg, Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand, p. 121 ff., Lutter, a. O., S. 46 ff.)。なおポルトガルの「人の錯誤」は、身分の不知(人違)のほか、犯罪、性交不能不治の伝染疾患をも含むと解されている野田「ポルトガル共和国婚姻法」新比較婚姻法Ⅱ二三頁)。こでも人違いと性質に関する錯誤の区別の無用性を教えられている。

(5) 奥田・親族法九二頁、岡村・民法親族編三七二頁以下。もつとも岡村前掲は続けて単に表示の錯誤ではなく、実体的にも錯誤を生ずる例を掲げる。しかし「相似タル姉妹アリテ男某カ其ノ妹ト婚姻セント欲シタルニ實際婚姻ヲ為シタル者ハ其ノ姉ナリシモ男某ハ之ヲ其妹ナリト誤信シテ婚姻ノ届出ヲ了シタル場合又ハ男女カ互ニ写真ヲ交換シテ婚姻ヲ約束シ實際婚姻ヲ為シタル者ハ其ノ写真中ノ人物ニ非サリシモ之ヲ写真中ノ人物ナリト誤信シテ婚姻ノ届出ヲ了シタル場合ノ如キニ於テハ替玉ニ因リテ一時婚姻ノ成立シタルカ如キ外観ヲ呈ス」という例は、通説によれば、当事者の性質に関する錯誤と解されよう。

有形・無形の用語は、諸外国で用いる *physische Identität*, *zivile od. soziale Identität* から来たものであるが、後者は当事者の家族的・社会的身分に関するもので、理論的には性質に関する錯誤の一種である(谷口・前掲は性質の錯誤をほとんどもうら的に例示する。地位の誤認として学位、資産、主義、宗教、資格、榮譽、人的性質として頭脳程度、天分、道徳的性質、処女性、婚外子懐胎、健康、不妊、変態、不能、不治または重大な精神的肉体的疾患など)。これをとくに同一性の錯誤として區別するのは、フランス民法のごとく同一性の錯誤のみを婚姻の取消原因とする場合に (§ 180 II Cc)、相手方の経歴(姦通、私生子)、国籍、人種、宗教など性質に関する錯誤を離婚原因(重大な不正 *injure grave*)として考慮するに反して、相手方の家族身分(いずれの家族に属するか)に関する錯誤のみは、これを取消事由に含めるためである。これは同法(ローマ法系一般の傾向である)が詐欺による婚姻取消を認めぬこととも関連する。詳しくは *Juliot de la Morandière, Droit civil*, t. 3, p. 295 ff., *Plantol-Ripert-Rouast*, t. 2, p. 90 ff.

(6) わずかに穂積・親族法三〇〇頁は、新聞記事によって、内縁の妻がその養女と同名のため、代書人の錯誤により、内縁の夫と右の養女との間の婚姻届がなされた場合をあげる。これはまさしく典型的な表示の錯誤である。

また我妻・親族法一六頁は、B女はA男と婚姻する意思を有したが、A男にその意思なくその兄のC男がBと婚姻する意思を有し、BC間に挙式・同棲が行なわれ、届出は、Bの意に反して、BC間になされた場合を錯誤の例として、B女が錯誤に気付いて後も同棲を継続するときは、BC間の婚姻は有効に成立し、B女が周囲の強制によってやむなく挙式・同棲したが暫らくして逃げ帰ったときは、その間におけるB女の婚姻意思の存否によって婚姻の効力を決すべきものとする。設例は第三者によって

届出がなされた場合であるから、この場合の錯誤は、実体において錯誤を生じているのみであり、届出の側面では、表示意思（届出意思）の欠缺が存するにすぎず、実体と届出との間に不一致はない。当事者の一方はいやいやながら内縁関係に入ったが、第三者によって当事者間の婚姻届がなされたという場合は、当事者の意思にもとづかない届出の一事例であり、このような婚姻届の効力をいかに理論構成するかは別として（表示意思の独立性を排して婚姻の合意の存否をまず認定し、合意があるときは最初から有効、なければ無効だが、無効身分行為の追認を認めて遡及的に有効とする。我妻・前掲注（八）参照）、錯誤の事例としては適切ではない。

- (7) 婚姻に関して東地昭六・一二・二一人事判例集二九五頁は、内縁の妻がその妹の名を通称していたため、その妹が相手方とする婚姻届がなされたという事案であり、表示の錯誤の事例である。縁組に関しては、大判明四〇・一二・一三民録一二一一頁があり、養子の子爵の家族と信じて縁組したところ、後に爵位詐称の事実が暴露したという事案であり、判例は、相手方の性質に關する本質的錯誤は、単なる詐欺と異なり、同一性の錯誤にひとしいとして、縁組を無効としたもので、前述のフランス民法と同一の問題である。学説はこれに対して反対する。山島・養親子関係の成立および効力九三頁以下参照。その他柚木・親族法一九四頁、我妻・親族法二六四頁（詐欺とみる）。これに反して中川・親族法四四〇頁は、一般論としては要素的錯誤を認めるようにもうかがわれる。

- (8) 谷口・日本親族法二五六頁以下。なお同一人についての錯誤「判例演習〔民法総則〕」一二三頁。

- (9) 薬師寺・日本親族法論上四一一頁。

- (10) 表示意思を独立させる意味は、通説のいわゆる実質意思を欠く場合にも、身分行為を成立させる点にあることは前述したが、この場合、表示意思は同時に効果意思をも包含するのであるが、逆に表示意思の不一致は効果意思の存否を問うことなく、身分行為の不成立となるべきであらう。

- (11) Döle, Familienrecht I S. 318 は、稀有の例として、盲人、双生児のほか、つぎの場合も同一性の錯誤にあたる。一九〇三年に中国へ移住したドイツ商人Aは、一九一二年に中国から書信をもって、かつてひんばんに交際したある家庭の姉妹Bに結婚を申込んだ。Bの代わりにその妹のCが中国に送られ、彼女は到着するやすぐBの名においてAと結婚した。この場合、AがCは実はBの妹であることに気づかなければ、錯誤になるとする。幼馴染と後年になって結婚する場合など、このようなことが生じうるかもしれぬが、これは実質的にいって当事者の性質に關する錯誤とどれだけ違ふか疑わしく（過去のイメージと写

真によるイメージの差異)、挙式においては当の相手と婚姻する意思を有しているにかかわらず、この場合のみをとくに同一性の錯誤とすべき理由を理解しえない。もつともこの点は盲人の場合・双生児の場合もある意味では似たり寄ったりである。とくにドイツ民法のように、同一性の錯誤のほか相手方の性質に関する本質的錯誤をも同じく取消事由にしている場合は、しよせんは概念遊戯にとどまるのではないかと思われる。

(12) 錯誤は挙式の時点においてのみ問題となり、事後に錯誤を生じた場合、挙式の際にすでに錯誤に気づいた場合、もしくは錯誤の疑をもった場合などは、婚姻は有効に成立する。これに反して、盲人のような場合、面前の相手その人を結婚の相手とする意思であっても、後に錯誤に気付いた場合は取消を請求しうる。この場合、錯誤の内容(要素)は問題とならず、錯誤者のみが取消請求をなしうる。Dolle, *ibid.*

(13) 単なる誤記(純然たる表示の錯誤)を離れて、一方に表示意思なき場合にも他方について有効な既存の届出を生かして実体に見合う表示に訂正することは、届出意思を重視する通説的立場においては不可能である。この問題は、広く実体と戸籍の不一致をいかに解するかの大問題であるが(この点に関するすぐれた研究として来栖「戸籍と親族相談法」法協五八巻四・八号)。届出のもつ身分行為の成立、公示の二重機能に関連して、本稿の最後に若干の考察をするつもりである。

(14) 最後に中川教授のみは、錯誤を現代の事例にもとめず、旧約聖書の事例をあげて仮設的に説明される(親族法一九五頁)。ヤコブは妹のラケルと思って結婚したところ、翌朝になってそれが姉のレアであることを発見した事例において、もし事前にヤコブとラケル間の婚姻届がなされていたら、ヤコブとレアは内縁関係、ヤコブとラケルは届出なき不成立婚となるとされる。この場合に、ヤコブの届出を生かしてヤコブとレア間の届出とすることができぬかが問題である。