

《判例研究》

子に嫡出性を付与するための婚姻の効力

昭和 44 年 10 月 31 日最高裁第二小法廷判決（昭和 42 年（オ）第 1108 号婚姻無効確認本訴並びに反訴請求事件）民集 23 卷 10 号 1894 頁——棄却

〔判決要旨〕

民法 742 条 1 号にいう「当事者間に婚姻をする意思がないとき」とは、当事者間に社会通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し、たとえ婚姻の届出自体については当事者間に意思の合致があったとしても、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ときは、婚姻は効力を生じない。

〔事実〕

Y（被告、控訴人、上告人）は昭和 27 年から保健婦として勤務しており、昭和 28 年 8 月頃から上司の家に下宿するようになった。そこで Y は上司の息子である大学生の X（原告、被控訴人、被上告人）と肉体関係を持ち、結婚の約束をするようになった。しかし X の両親から結婚について反対を受けたため Y は家を出たが、その後も 2 人の関係は続き、以来 3 回にわたって Y は妊娠中絶をした。

その後 X は就職赴任した。赴任後も X は Y との関係を保ち、Y は 4 度目の妊娠の際、生む決意をして上京した。Y 名義で家を借り、X も休日はその家を訪れていた。昭和 32 年、Y は A 女を出産した。

ところがその後、昭和 34 年 10 月 24 日に、X が他の女性（B）と 5 日後に結婚式を挙げるということを Y に告げたため、Y は X を非難し、せめて A を X の嫡出子としてほしいと強く願った。処置に窮した X は、いったん Y との婚姻届を提出して A を嫡出子とし、その後離婚するという方法を採用することとし、Y とその旨の誓約書も交わした。同月 29 日、X は予定通り B と夫婦生活に入り Y との関係を断った。その後 X は誓約書の通りに離婚に応じるよう Y に求めたが Y はそれを拒んだ。そこで X は、Y との婚姻届を出したときに XY 間には婚姻意思がなかったと主張して、婚姻無効確認の訴を提起した。

一審（大阪地方裁判所）は「婚姻とは新しく夫婦関係を成立させるものであつて、過去にあつた夫婦関係を確認するためのものではない」と判示して、X の請求を認容した。

原審（大阪高等裁判所）も第一審の判断を支持して、「民法第七四二条一号にいう婚姻をする意思とは、夫婦関係を設定する意思であつて、その夫婦関係とは、習俗的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を意味するものというべきである。従つて、同条一号にいう当事者間に婚姻をする意思がないときとは、当事者間に真に右の如き夫婦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であつて、

たとい婚姻の届出自体については当事者間に意思の合致があつたとしても、それは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過ぎずして、前叙の意味において真に夫婦関係の設定を欲する効果意思がなかつた場合においては、その目的とするところが本来違法なものではない場合においても婚姻の効力を生じないものと解するのが相当である」と判示した。Yが上告。

〔上告理由〕

- ①「婚姻という契約は……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契約であります。そう考えれば、民法七四二条一号にいう『婚姻をする意思』とはまさにこのような身分関係を創設しようとする意思である、と解するのが当然であります。換言すれば、右のような定型的包括的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こそ、いわゆる婚姻意思の中核であると考えるのが、少なくとも論理的にもつとも自然な帰結であります」
- ②「原判決は……貴裁判所が昭和三八年十一月二八日判決（集一七卷一一号一四六九頁）において示された判例に矛盾するものであります。右事件は、婚姻と離婚の差を除けば、まったく本件に酷似する事案であります。……何をもつて身分行為意思の核心と考えるかについて、婚姻と離婚とを区別する合理的根拠を見出すことはできません」

〔判決理由〕——上告棄却

『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通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を解すべきであり、したがつ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つたと認めうる場合であつても、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つて、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つた場合には、婚姻はその効力を生じないと解すべきである」

「所論引用の判例（最高裁昭和三七年（オ）第二〇三号、同三八年十一月二八日第一小法廷判決、民集一七卷一一号一四六九頁）は、事案を異にし、本件に適切でない。原判決に所論の違法はなく、論旨は採用することができない」

〔参照条文〕

民法 742 条 1 号

〔研究〕

本判決は、民法 742 条 1 号にいう「婚姻をする意思」とは何かについて争われた判例である。本判決が出るまで、婚姻意思について最高裁が明確な判断を下したものは存在しな

かった。その意味で本判決は重要な意味を持つ判決である。

婚姻意思に関する学説は、大きく三つの立場に分かれている。すなわち、実質的意思説、形式的意思説、法的効果意思説と呼ばれるものである。

第一に実質的意思説であるが、これは、社会通念にしたがって婚姻と見られるような関係を形成する意思が、婚姻意思であると解する立場である（中川善之助『新訂親族法』160頁〔青林書院新社、1965年〕、我妻榮『親族法』14頁〔有斐閣、1961年〕、泉久雄『親族法』71頁〔有斐閣、1997年〕）。この説によると、その時代の社会通念から見て婚姻とは呼べない婚姻は無効となる。たとえば、同棲ができるのに将来にわたって絶対に同棲しないという意思が伴っていれば、婚姻意思とは呼べないし（我妻・前掲書 15頁）、同姓間の婚姻も無効となると解されている（中川・前掲書 160頁、169頁）。子に嫡出性を付与するためだけの婚姻は、実質的意思説によれば無効と解される。通説である。

本件最高裁判決も、この立場に立っていると考えられる。婚姻意思を「真に社会通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」と捉え、嫡出子たる地位を付与するための婚姻は無効と解したからである。

次に形式的意思説は、婚姻届を提出する意思さえあれば婚姻の効力が生じると解する説である（末川博「民法七四二条一号にいう『当事者間に婚姻をする意思がないとき』の意義」民商 63 卷 2 号 224 頁〔1970年〕、谷口知平「子に嫡出性を付与するための婚姻の効力」家族法判例百選〔第三版〕28頁〔1980年〕、黒木三郎「子に嫡出性を付与することを目的とする婚姻の効力」家族法判例百選〔第二版〕39頁〔1973年〕）。この説によれば、たとえ当事者が社会通念にしたがって考えられる婚姻を目的としていなくても、届出の意思さえあれば婚姻の効力は生ずる。子に嫡出性を付与するためだけの婚姻も、有効に成立することになる。

最後に法的効果意思説であるが、この説はいわば右の二つの説の折衷説だと言える。まず、身分行為を創設行為（婚姻と縁組）と解消行為（離婚と離縁）とに区別する。そうして、前者は積極的に社会関係を形成しようとする意思であり、後者は消極的に法的関係を消滅させる意思で積極的に消滅させる意思ではないと説明する（高橋忠次郎「婚姻意思と離婚意思」専修法学論集 9 号 1 頁〔1970年〕、福地俊雄「身分行為と効果意思」中川善之助教授還暦記念『家族法大系 I』41頁〔有斐閣、1960年〕。なお、深谷松男「身分行為に関する二・三の考察」金沢法学 19 卷 1・2 合併号 26 頁、58 頁〔1976年〕参照）。この説の立場に立てば、婚姻は創設行為であるから、実質的意思説と同じく積極的意思を必要とする。そうして、仮定の婚姻は積極的に婚姻生活を形成する意思が無いことにより、無効と解することとなる。

はたしてどの説が妥当であろうか。

実質的意思説の長所は、特に、簡便な届出制度を採用する日本において、身分行為の真意なき届出を排除する道を開いた点にあると考えられている（高橋・前掲評論 21 頁）。先にも述べたように、当事者間に社会通念にしたがって考えられる効果意思が無い限り、そ

の身分行為は有効とはならない。

しかし、形式的意思説は、この考えを否定する。「婚姻という人間関係は、当事者個人のためにあると同時に、当事者以外の者にとっても……利害関係があ〔り〕……何人がいつから夫婦となっているか」明確にせねばならないと言うのである(末川・前掲評論 228 頁)。そうして、いったん仮想の婚姻をなしたら、それは自分の自由な意思で届出をしたのであるから、当事者は仮想の婚姻によって生じる責任を負わなければならないと考えるのである(末川「身分行為における意思」『物権・親族・相続』332 頁、339 頁〔岩波書店、1970 年〕)。

確かに形式的意思説の主張する考えは、一見妥当であるように思える。仮想の身分行為であっても、当事者にその届出をする旨の合意が存在した以上、後から当該身分行為の無効を主張することは、第三者の利益を害する恐れがあるからである。

しかし、第三者保護の目的があったとしても、婚姻の実態が無いのにもかかわらず、届出があるという一事をもって法がその婚姻を保護するのは、やはり妥当ではないと言うべきである(泉久雄「身分行為」星野英一編・民法講座(7) 1 頁、31 頁〔有斐閣、1984 年〕)。中川善之助教授も指摘されるように、形式的意思説は「夫婦になろうとする意思がなくても、届出の意思さえあれば、それは法律上の夫婦になろうとする意思だと強弁する。戸籍上の夫婦という単なる記載をもって、法律上の夫婦だという」(中川善之助「『当事者間に婚姻をする意思がないとき』の意義」法セ 180 号 9 頁、11 頁〔1971 年〕) ことになるのである。仮に戸籍上は夫婦とされていても、実際は何の関係も無い男女を「夫婦」とは呼べないであろう。法が当該男女の関係を保護する必要は無いと思われる。

また、「生まれた子に嫡出子の身分を与える目的で婚姻届をすることは……不法な目的があるわけではな」く(谷口・前掲評論 29 頁)、子のためを思って婚姻届を出したとしても(末川・前掲評論 55 頁)、婚姻とは夫婦の情愛によって成り立つものであり、互いに協力して形成されていくものだから、婚姻の効力は認めるべきではないと考える。単に子の嫡出性を目的とするにすぎない婚姻は有効とは言えまい。婚姻意思とは、社会通念にしたがって婚姻と呼ばれるような関係を創設する意思のことを指すと言うべきである。

ところで、婚姻をした場合、後になって夫婦の氏を他の一方の氏に変更したいと夫婦が思ったとしよう。この場合、現行法上いったん離婚をした後に、あらためて婚姻をしなければ氏を変えることができない。しかし、その離婚は氏を変更するための離婚であるから、実質的意思説によれば無効となる。中川教授はこの問題の不都合を認めた上で、夫婦の氏を変更することによって取引の安全が妨げられる場合を考慮し「適当と思えばこれ〔夫婦の氏を変更すること〕を許可する制度を新たに設けるべき」(中川・前掲判批 13 頁)と述べておられる。立法論ではあるけれども、1996 年に法制審議会の発表した「民法の一部を改正する法律案要綱」において、婚姻の際に夫婦の氏は各自の婚姻前に称したものをそのまま使用してもよいとする案(「第三 夫婦の氏」)が発表されている中、婚姻の後にも同じような解決策を提示する意味で、示唆に富む見解と言えよう。

なお本件事案の解決方法としては、中川淳教授が指摘されるように、Yは婚姻予約不履行によって救済を求めるべきではなかったであろうか（中川淳「民法七四二条一号の婚姻意思の意義」法時42巻13号146頁、148頁〔1970年〕）。

ところで本判決を考えるにあたっては、離婚意思とも比較しなければならない。同じ身分行為である婚姻意思と離婚意思との間で判例には、どうして判断に違いがあるのだろうか。

判例は、強制執行を回避する目的で便宜的に離婚の届出をしたという事案で、離婚を有効と認めた上で、後は単に内縁としての関係が残るという判断を下した（大判昭和16年2月3日民集20巻70頁）。最高裁も、旧法下の事案で、戸主権を妻から夫に移す目的のためになされた離婚を有効と解して、大審院前掲昭和16年2月3日判決の判断を踏襲している（最判昭和38年11月28日民集17巻11号1469頁）。

通説は、これらの判決を批判する（大審院判決の批評として、穂積重遠・判例民事法昭和16年度五事件評釈〔復刊版、有斐閣、1954年〕、中川善之助「判批」民商13巻6号1036頁〔1941年〕。最高裁判決の批評として、中川淳「判批」法時36巻7号104頁〔1964年〕、阿部徹「判批」熊本法学3号103頁〔1965年〕）。しかし、形式的意思説の立場からは、これらの判決を積極的に評価する（山本正憲「判批」民商51巻2号91頁〔1964年〕）。また法的効果意思説は、婚姻意思に関する本件判決と、離婚意思に関する右の二つの判決の態度は矛盾していないと説明する（高橋忠次郎「判批」専修大学論集23号23頁〔1960年〕）。

最高裁の立場を説明している法的効果意思説によれば、身分行為は創造的身分行為と解消的身分行為とに分かれ、離婚の際は、法律関係は解消するけれども身分的事実は問題にしない、という消極的な意思のみで足りるという（高橋・前掲判批30頁）。したがって、本件判決のように婚姻意思に関しては実質的意思が必要だけでも、離婚意思は届出をする意思さえ存在すれば構わないと考えるのである（ただしこの説も、たとえば名門校への学区確保のための協議離婚をして生活の本拠を別にしたたり、贈与税脱税のための協議離婚をして財産分与をしたりするなどの離婚は無効と解する点で、形式的意思説とは考えを異にする。高橋・前掲「婚姻意思と離婚意思」24頁）。

最高裁はなぜ、婚姻意思と離婚意思の基準を分けて考えているのであろうか。泉教授は、この点を、以下のように説明しておられる。「婚姻共同生活……が定型化している今日では、婚姻の効果意思と実際の婚姻生活の間に少しの矛盾衝突もない」から婚姻意思は実質的意思説を採用できるけれども、「離婚においては、離婚届出後当事者が事実上の夫婦生活を続けるといった」事態が存在するから、離婚意思の場合は形式的意思（届出意思）のみをもって画一的に有効無効を裁判所が判断せざるを得ない、と（泉・前掲論文31頁）。

確かに、婚姻と違い離婚後の当事者間の関係は様々である。離婚届を出した後も、夫婦関係が続いていることもあり得る。しかし私は、夫婦共同生活が実際に存在するのに、内縁としての保護しか与えられないのも疑問だと考える（泉・親族法136頁）。法的に離婚をした後であっても、夫婦が事実上婚姻生活を営んでいれば、相続などの時に混乱が生じる

し、内縁と法律上の夫婦は扱い方が近付いてきたとは言え、やはり根本的に違う関係だからである。実質的に夫婦関係を解消する意思が存在しない限り、離婚は効力を生じないと解すべきである。法律上は離婚がなされていても、内縁夫婦として法の保護に値する場合も考えられるのではないだろうか。

婚姻意思に関する本件判決において示された実質的意思説を、離婚意思に関しては採用しない最高裁の判断は、疑問と言わざるを得ない。

〔参考文献〕

本文中に引用したもののほか

中川善之助「身分行為に於ける意思の欠缺」『身分法の総則的課題』162頁（岩波書店、1941年）

中川善之助「離婚意思とは何か」『家族法研究の諸問題』101頁（頸草書房、1969年）

大村敦志『家族法〔第2版〕』122頁、125頁（有斐閣、2002年）

右近健男「判批」民法の基本判例〔第二版〕197頁（1999年）

山島正男「身分行為の意思と届出」山島正男＝泉久雄編『演習民法 親族・相続』37頁（青林書院新社、1972年）

内田貴『民法Ⅳ 親族・相続〔補訂版〕』61頁（東京大学出版会、2004年）