

1 3 婚姻の無効・取消とその効果の及ぶ範囲

中 川 淳

広島大学名誉教授

小 川 富 之

広島商船高等専門学校講師

1 序 論

婚姻の無効・取消には、婚姻の成立以前の段階で成立要件に瑕疵があるために、有効な婚姻が成立しない場合の問題であり、有効に成立した婚姻が、その後を生じた事由で解消される離婚とは異なる。中世ヨーロッパにおいては、婚姻は教会の支配の下にあり、キリスト教は離婚を認めていなかったため、婚姻非解消主義の潜脱方法の一つとして、婚姻無効の制度が窮余の策として教会により案出された。婚姻の無効は、限られた特定の場合に教会裁判所の無効宣言によって婚姻を無効として、実質的な離婚を合法化するものである。従って、この婚姻無効の制度は、婚姻還俗後、離婚が認められていく過程でその重要性を減じていったが、その理論は、「明文なければ無効なし (Pas d'enulite sans texxte)」の原則とともにヨーロッパ諸国の民法に影響を与えてきた。

わが国においては、かつて婚姻は慣習によって支配されていたが、明治以降は西欧の法制度が導入されることとなり、ポアソナード民法および明治民法旧規定を経て現行法へと至っている。西欧諸国においては全ての国が必ずしも無効と取消を明確に区別しているわけではないが、現行民法第七四二条以下の規定では婚姻の無効と取消を区別し、その原因を限定的に定めている。

2 論 点

(1) 婚姻の無効とその効果

民法は婚姻の無効原因として、婚姻意思の欠? の二つの事由を挙げている (民法七四二条一項・二項)。届け出の欠? については婚姻は不成立と解されており、この規定は無意味な規定というべきであり、ただ届出の要件を欠く届出も受理されたときには有効に成立するという但書を引き出すための規定にすぎないというべきである (中川淳・親族相続法六六頁など)。婚姻意思の欠? の例としては、人違いを挙げているが、これは相手方の同一性を誤ることをいい、相手方の性質・健康・地位・財産等を誤ることではない。その他の事由としては、当事者が婚姻の意義を弁じない幼者であった場合、当事者の一方もしくは双方が心神喪失または一時的な精神障害のもとで婚姻の届出をなした場合、当事者の知らない間に相手方または第三者が勝手に届出をなした場合、当事者が第三者の脅迫によって意思決定の自由を失っていた場合などが考えられる。

婚姻は意思の欠? の場合に無効とされるわけであるが、婚姻意思の理解に関しては、通説・判例は、社会観念上、婚姻的共同生活に入る意思とする実質的意思説と解してい

る（我妻栄・親族法一四頁、中川善之助・新訂親族法一九六頁など）。これに対しては、届出意思で足りるとする形式的意思説が存在する（末川博・新版民法（下の一）六一頁、谷口知平・親族法六七頁など）。この学説の対立いわゆる仮想婚の効力に違いを生じる（中川淳「民法七四二条一号の婚姻意思の意義」法時四二巻一三号一四六頁）。通説・判例に従えば婚姻は無効になる（最判44・10・31民集二三巻一〇号一八九四頁）。同性婚の場合も認めることはできないであろう。

婚姻意思の存在期間に関しては、当事者が出頭して口頭で届出をする場合には問題ないが、事前に届書を作成し後に届出の場合には、届書作成時および届出時の意思が問題となる。通説は両時点での婚姻意思の存在を要求するが（中川善之助・前掲一九五頁、我妻栄・前掲17頁など）、届出を効力発生要件と解する説も主張されている（加藤一郎「身分行為と届出」家族法の諸問題五一九頁など）。判例は、事実上の夫婦共同生活にある者または将来婚姻することを目的として性的交渉を続けてきた者の婚姻に関し、婚姻意思に基づいて届書を作成したときは、その受理当時意識を失っていたとしても、受理前に翻意したなど特段の事情がない限り、届出の受理によって婚姻は有効に成立すると判示し（最判昭44・4・3民集二三巻四号七〇九頁、最判昭45・4・21判時五九六号四三頁）、従来の立場を変更した。これは、通説に若干の疑問を投じるものであるが、届書作成当時婚姻意思があり、その意思を撤回しないで当事者が意識を失ったときには意思の存在がそのまま安定すると解すれば、通説の考えをなお維持していることが可能であろう（中川淳「本人の意識不明の間に受理された婚姻の効力」法セミ二四〇号四九頁）。

婚姻無効の効果に関しては、当然無効と解するのが通説である。従って、婚姻にともなう権利の変動ははじめから効力を生じなかったこととなり、判決または審判を待たずに相続回復その他の訴訟において、利害関係人は前提問題として無効を主張することができる。無効について争いがある場合には訴えを提起することになるが、それは確認の訴えであると解されている。この場合まず家庭裁判所に調停の申立てをし、家庭裁判所は、当事者間に合意が成立し無効につき争いがない場合には、必要事項を調査したうえで調停委員の意見を聴き、正当と認めるときは婚姻無効の審判をすることになる（家審法一八条・二三条）。このように婚姻無効は遡及的に効力を失わしめるので、きわめて苛酷な結果を生ずる場合が少なくない。わが国の民法は善意の当事者・第三者および子の保護の規定を欠いており、立法的な不備といえるであろう（中川淳・親族法逐条解説七四頁）。婚姻無効の追認に関しては、学説は別れているが、通説は、民法一一九条は婚姻法には適用されず、無効な婚姻を追認して夫婦共同生活を開始した場合には、これを無効とする必要はないと解している（中川善之助・新訂親族法三六頁など）。判例は、婚姻無効の追認を認め、婚姻は追認によってさかのぼって有効になると解している（最判昭27・10・3民集六巻九号七五三頁、最判昭47・7・25民集二六巻六号一二六三頁）。

婚姻が無効とされると、戸籍法に基づいて戸籍の訂正を申請しなければならない（戸籍法一一六条）。しかし、戸籍法は別に、婚姻無効の判決または審判によらない戸籍の訂正について規定し、届出人または届出事件の本人に家庭裁判所の許可を得て訂正を申し出ることを認めている（戸籍法一一四条）。どのような場合に家庭裁判所の許可で足りるかに関しては規定のうえからは明らかでなく学説上も定説が確立していない。大審院時代の判例は、当事者または利害関係人に異議がないときと解していたが（大判大11・4・25民集一卷二二二頁など）、戸籍先例は、戸籍上無効が明白であるか否かに基準をおいているようである（昭二四・一一・一四民甲二六五一号回答、昭二六・二・一〇民甲二〇九号回答）。婚姻の無効という重大な身分関係の訂正を当事者または利害関係人の異議の有無にかからしめるのは疑問であり、戸籍上無効が明白である場合に限るべきであろう（岡垣学＝川井健・民法逐条特別法講座 五六頁など）。

（２）婚姻の取消とその効果

婚姻の取消原因も限定的に定められている。婚姻の実質的要件のうち、無効原因とされる婚姻意思の合致を欠く場合と、父母の同意を欠く場合を除く残りの四つの要件を欠く場合（不適齢婚、重婚、待婚期間中の婚姻、近親婚）および、詐欺強迫による場合に婚姻は取消される（民法七四四条・七四七条）。前者の取消原因が、いわゆる公益的取消原因であり、後者が私益的取消原因である。その違いは、取消権者のなかに、公益代表者としての検察官が加えられているか否かに求められる。

婚姻の取消は、訴えによってしなければならないが、この場合も調停前置主義が適用になる。婚姻取消の訴えが形成訴訟であることについては異論がない。また、通説は、民法総則の取消に関する規定は民法七四三条によって排除されていると解している。婚姻の取消権が婚姻の解消（死亡・離婚）によって消滅するかに関し、死亡解消の場合には、検察官以外の取消権者の取消権が消滅しないことは明らかであるが（民法七四四条一項但書、人訴法二条）、離婚に関しては学説が別れている。これに関しては、まず取消すべき婚姻を離婚により解消できるかということと、離婚により解消された婚姻をなお取消することができるかということが問題とされる。学説は積極説と消極説に別れているが、判例は前者については積極説（名古屋高最決昭37・10・3家月一五巻三号一六一頁）、後者については消極説を支持している（最判昭57・9・28民集三六巻八号一六四二頁）。

婚姻取消の効果は、通常法律行為の取消の場合と異なり、原則として遡及効を欠いており、取消の時から将来に向かって婚姻不存在の効果を生ぜしめるにすぎない（民法七四八条一項）。従って、婚姻によって生じた身分関係は、取消によって将来に向かって消滅するが、それまでに発生した身分関係には何ら影響を与えない。これは身分関係の特殊性によるが、その結果、効果としては離婚の場合と類似する点が多いので離婚の効果に関する規定が準用される（民法七四九条）。

婚姻取消の効果は、その婚姻によって生じた財産関係については、一定の範囲で遡及

する（民法七四八条二項・三項）。すなわち、婚姻の取消前に、夫婦間で財産的利益の移転があった場合には、不当利得の法理によって、善意の婚姻当事者は現に利益を受けている限度において、悪意の婚姻当事者は婚姻によって得た利益の全部を返還しなければならない。この場合悪意者は、相手方が善意の場合には損害賠償の責任を負うこととなる。この損害賠償責任が債務不履行責任ではなく不法行為責任であることには争いが無い。一般の不当利得の場合と異なり相手方の善意を要件とするのは、婚姻当事者双方が取消原因のあることを知っている場合には、いずれも損害賠償の責任を負わないとするのが衡平の観念に合致するからである（中川淳・親族法逐条解説八八頁）。

3 ま と め

婚姻の無効および取消ともに立法の不備がいくつか存在する。婚姻の無効に関しては、遡及的に効力を失うことは、善意の当事者・第三者および子の保護という点できわめて苛酷な結果を生ぜしめることがあり得る。まあ、届出の欠? の場合を無効原因としているが、立法論としては不必要な規定であると思われる。

婚姻の取消に関しては、離婚と婚姻の取消権に関し、判例は離婚後に婚姻の取消を認めないという考え方を支持しているが、制度の本質からいって、積極的に解すべきであろう。公益的取消とされる待婚期間に反する婚姻に関しても、他の取消原因と比較すると、その反社会性の程度は低いといわざるをえず、待婚期間中に婚姻がなされた場合には、その婚姻を取消してみてももはや父性推定の衝突を避けるという待婚期間の趣旨は回復されるものではない。ましてその取消の訴えが女が再婚後懐胎していない間に提起されることを要し、判決言渡前に六ヶ月が経過し、または、懐胎したときには、判決言渡の必要がなくなるから、取消権は消滅すると解されるので、取消の規定の存在意義はなく、むしろ七三三条の規定は削除すべきであると思われる。公益的取消の場合に、検察官が公益代表として取消権者に加えられているが、当事者の一方の死亡後は検察官の取消権のみを否定している。公益の代表という点を強調するのであれば、その存在を認めてもよいのではないかと思われる。離婚の規定の準用には、姻族関係の終了（民法七二八条）子の親権者の決定（民法八一九条）の規定を欠いているがこれも立法の不備というべきであろう。また離婚の規定の準用で、財産分与の規定（民法七六八条）が準用されているが、七四八条の不当利得との関係が問題となる。継続的な法律関係の処理としては不当利得の法理よりもむしろ離婚の際の財産分与の規定の方が衡平な結果を達成できる場合も少なくないと思われる。このように、婚姻の無効取消に関しては衡平な結果の達成をひとつの基準として規定の解釈適用をされることが望まれる。

<参考文献>

本文中で揚げたもののほかに

星野通「民法制定以後の婚姻法」家族問題と家族法（結婚）二三二頁

重倉珉祐「婚姻の無効と取消の差異（立法論）」家族法体系（婚姻）一二四頁

深谷松男「婚姻の解消と不当利得の返還」家族法体系（婚姻）一四四頁

泉久雄「身分行為」民法講座7（親族・相続）一頁

黒木三郎「婚姻の無効と追認」別冊判夕八号・家族法の理論と実務二二三頁

上野雅和「身分行為における届出と意思 - その機能的考察 - 」現代家族法の諸問題（有地亨編）五五頁

その他判例解説および注釈書等を参考にした。