

【婚姻制度序論】

1 婚姻の動向

- ・ 初婚年齢の上昇 = 晩婚化、未婚率の上昇、少子化、国際結婚の増加、外国人妻の増加
- ・ 婚姻統制のありかたの変遷

ヨーロッパ中世の宗教婚主義・儀式婚主義 宗教改革・啓蒙的自然法思想による婚姻還俗運動・世俗化 民事契約的把握による国家規律 = 法律婚主義の採用 (例 1791年フランス革命憲法第2章第7条)

- ・ 最近のヨーロッパ婚姻法の動き：離婚、非婚・事実婚、非嫡出子の飛躍的増加、制度的婚姻観から契約的婚姻観へ

2 憲法24条と現行婚姻法の特色

合意のみによる婚姻 = 男女の独立の人格の承認と自由意思による関係形成の保障

戸主の同意、推定家督相続人同士の婚姻の禁止、家柄の重視、自由な恋愛の蔑視 夫婦の平等・相互協力による婚姻関係の維持 妻の行為無能力、夫の財産管理 一夫一婦制 なお同性婚を認める国が登場しているが、日本では憲法24条改正問題。

法律婚主義 (事実婚主義) かつ届出婚主義 (民事婚主義)

：武家の伝統の願出主義・旧民法の儀式婚主義を否定して実践容易な方法を選択

ひろく届出主義の一環として戸籍による身分関係の一元管理を目指した

長い間、届出をしない婚姻が多数を占めたが、家制度の廃止、教育啓蒙の効果により、届出婚は日本社会に完全に定着している。

問題点 形式的審査で偽造を防げない

【婚姻の成立要件】

共通の前提状況：両者は戸籍上夫婦となっているが現在共同生活を営んでいない。

Case 01 X Yは同居していた時期に将来の婚姻届提出を約束し届書を作成してはいた。YがXの同意を得ずに届書を提出し、その後X Yは別居した。XはYに婚姻の無効を主張できるか。X Yが一度も同居したことがない場合も考えてみよう。

Case 02 Xは外国人Yに日本での在留資格を得させるため婚姻届を出した。Yが入国後X Yは同居して親密さを増し、Yが「本当に婚姻しよう」とXに求めたが、Xはこれには応じず離婚届の提出を求めた。Yが離婚に応じないときXは婚姻無効を主張できるか。

Case 03 難病で死の床にあるAはYと結婚することを決意し、B Cを証人として届書を作成したが、Bが届書を役所に提出に出向いた頃には、すでに意識がなくなっており、届出受理の数時間後に死去した。Aの母親Xが、A Y間の婚姻は無効であり、YにはAの財産の相続権はないと主張することはできるか。

Case 04 X Yは「別居を続ける」「お互いを縛らず浮気を咎めない」「婚姻関係が維持できないときはいずれからでも理由なく離婚できる」旨の約束を交わして婚姻届を出した。その後、Xが離婚を求めたところYが応じないので、Xは婚姻の無効を主張できるか。約束が上記3点のうちいずれかひとつだけだった場合も考えてみよう。

Case 05 YはXと結婚直後にボランティアで出かけた国のAと知り合い、Xとの音信が不通になったことなどもあって、結婚の事実を秘してAと同国の方式で婚姻した。その後、帰国したYはXと離婚する話し合いを持ったが、Xはこれに応じずYA間の婚姻無効を主張した。どうなるか。YAが離婚した場合はどうか。

1 実質的要件

(1) 婚姻意思の存在(742条1号)

- ・ 確定的なもので条件期限にはなじまない。

問題はどのような内容の意思が必要かである。

判例 × 嫡出身分取得目的の婚姻(百01=マ04); なお身分関係解消は別基準。

実質的意思説: 生活事実重視。実体を欠くところに効果を認める必要はない。

問題は何が「実体」なのか。

形式的意思説: 身勝手な翻意を防ぎ、婚姻制度の安定を図る。

法律的定型説: 制度の採否の意思を必要とし、契約的な内容形成を否定する。

届出時にそのような意思が存在しなければならないか。

成立要件説なら、届出時に意思の存在が必要で、届出書作成後、翻意・撤回があれば無効になるはず。**参考** 戸籍先例による**不受理申出制度**

問題は、届書作成後の意思能力喪失。

判例 特段の事情がない限り、意思能力の喪失は婚姻の効力に影響しない。いわゆる臨終婚も有効。マ05(一時間夫婦事件) 百02

効力要件説: 先行する合意で婚姻は成立し、その後の届出は有効要件でしかないから、届出時には婚姻意思や意思能力の存在は不要になる。しかし、翻意した場合、届出前に死亡した場合、重婚的な届出書二重作成のケースで処理が難しい。

(2) 婚姻障害の不存在(731~737条)

婚姻適齢に達していること 男女年齢差は性別役割分担意識を反映。合理性を欠く。

重婚でないこと 無効な協議離婚や失踪宣告取消時などに問題になる

待婚期間の経過 父性推定(772条)の重複回避目的だから、2項の適用除外があり、実務上は緩和して運用。規制手段の合理性に疑問がある

判例 マ07(制度不改正は合憲) 原審百03

近親婚でないこと 姻族関係・法定血族関係解消後の禁止には疑問

未成年者の場合の親の同意 父母の一方の同意で足りる。不同意の場合の救済がなく、後見人に同意権なし、受理後は確定有効など不備が多い。

2 形式的要件

- ・当事者双方 + 成人の証人二人以上の口頭または署名した書面による届出(戸29・74条、戸規56条); 郵送や使者を使った届出も良い
- ・受付 形式的審査 受理(740条): 届出の効用のひとつ(ほかは身分関係の公示)
- ・婚姻は受理により成立し戸籍簿の記載を要しない。
- ・成年被後見人も成年後見人の同意を要しないが(738条)、意思能力がある旨の診断書は必要(戸32条2項)。

【婚姻の無効・取消】

1 婚姻の無効

(1) 無効原因

婚姻意思の欠如: 仮装婚姻(すでに前述)

届出欠如

判例 百09 = マ06(無効な身分行為の追認 - 実質的夫婦関係、届出知悉後の黙認)
マ08(婚姻無効の主張と信義則 - 第三者の利益も考慮し信義則違反を認めず)

(2) 無効の性質

- ・当然無効。無効主張の訴訟は確認訴訟(形成訴訟説。鈴木 = 唄、泉はこちらに賛成: 法律関係の安定 - 人訴による画一的対世効)
- ・利害関係人は誰でも訴えの提起ができる(最判昭34年7月3日民集13巻7号905頁)

(3) 無効の効果

- ・最初から婚姻の効果(相続権・子の身分)を生じない。しかし、婚姻としての効力がないとしても、非婚姻家族・準婚姻家族という別のタイプの家族形態として、相応の保護を与えるべきだとの論調が有力になっている(典型例は大村敦志『家族法』)。

2 婚姻の取消

(1) 取消原因

- ・親の同意を除く婚姻障害(744条) - 親族や検察官も取消権者(なお2項も参照)
- ・詐欺・強迫(747条) - 被害者のみ

(2) 主張方法

- ・訴えによる(744条)が、調停 23条審判が行われうる。
- ・期間制限(745条2項、746条、747条2項)
- ・取消権主張制限(745条、747条2項、746条)

判例 百10(後婚離婚解消後の取消請求は法律上の利益を欠く)

1947年改正により離婚時の財産分与請求権が認められたことで748条2・3項による必要性が低下したのが学説の変遷の重大要因

(3) 取消の効果

- ・不遡及(748条1項) - 夫婦間の義務関係、子の嫡出性
例外 死亡後の取消による相続権の消滅
- ・離婚に関する効果の準用(749条) - 748条2・3項(不当利得の特則)との調整が難問

【参考文献】

- ・利谷信義「夫婦の法の課題」『講座現代家族法 第2巻』3～14頁（同書掲載論文の概要と現代的課題の全体的概観）
- ・湯沢雅彦「社会現象としての婚姻・離婚と法」『講座現代家族法 第2巻』15～38頁（統計的に見た婚姻動向を分析し日本の婚姻制度の安定性を指摘）
- ・前田陽一「民法七四二条・八〇二条（婚姻無効・縁組無効）」『民法典の百年』1～52頁（規定の丹念な沿革）
- ・道垣内弘人＝大村敦志『民法解釈ゼミナール』〔大村敦志〕1～13頁（「婚姻の成立」。上記ケースは同書の設例を少し変更したものである）

- ・前回分補遺：増本敏子＝久武綾子＝井戸田博史『氏と家族』（大蔵省印刷局、1999年 - 氏・姓・名字・苗字の異同の歴史的検討や外国との比較など多角的な研究）