

第26回 婚姻

2013/07/08

松岡 久和

再掲載（抜粋）

【家事紛争の解決手続】（10-23頁）

- ・家事調停の特徴：①の審判事項を除いて調停前置主義（家事257条）。審判官1名と家事調停委員2名以上の調停委員会での話し合い。本人出頭主義、非公開主義、職権探知主義。調停調書には確定判決と同一の効力（家事268条1項）
- ・家事審判の特徴：審判官（＋参与員）による非訟的手続。本人出頭主義、非公開主義、職権探知主義。給付を命じる審判には執行力有
 - ※その他に特殊家事調停として、③に関する合意に相当する審判（家事277条）、③④に関する調停に変わる審判（家事284条）。しかし、審判後に利害関係人の異議申し立てがあれば失効←訴権の保障
- ・審判前の保全処分による財産隠匿や処分の防止（家事105条）
- ・履行確保制度（勧告・命令・過料・金銭寄託など。家事289条-290条）

【家族法をめぐる3つの対抗軸】

- ①個人指向型の家族法論（二宮）：ライフスタイルや自己決定権の重視
- ②共同性指向型の家族法論（八木）：自律した公序重視
- ③法＝正義指向型の家族法論（水野）：弱者保護の限度での介入を容認
 - ・吉田：男女の実質的平等と家族構成員の人格的発展の確保は処分できない実体的価値

【婚姻制度序論】（40-41頁）

- 1 婚姻の動向
 - ・婚姻統制の歴史的変遷：脱宗教化・世俗化。民事契約的把握と法律婚主義の採用
 - ・近時の傾向：価値観の多様化→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徴
 - ①合意のみによる婚姻←→封建的「家」中心の婚姻観
 - ②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・夫による財産管理
 - ③一夫一婦制 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条の改正を要する
 - ④法律婚主義（←→事実婚主義）かつ届出婚主義（←→民事婚主義）

【婚姻の成立要件】（42-51頁）

Case 26-1 戸籍上は夫婦だが共同生活を営んでいないX Yの間に婚姻は有効に成立するか。

- 1) X Yは将来の婚姻を約束し届書を作成したところ、YがXの同意を得ずに届書を提出した。
- 2) 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。
- 3) 死の床にあるXはYとの結婚を望み、届書を作成したが、証人が婚姻届を提出した頃にはすでに意識がなく、届出受理の数時間後に死去した。Xの母親Aは、X Y間の婚姻が無効なのでYにはXの財産の相続権がないと主張できるか。
- 4) X Yは「別居を続ける」「お互い浮気を咎めない」「いずれからでも離婚できる」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が応じない場合、Xは婚姻の無効を主張できるか。

1 実質的要件

1-1 婚姻意思の存在（742条1号）

- ・確定的意思を要す。条件期限は不可

★どのような内容の意思が必要か

判例 ×嫡出身分取得目的の婚姻（PⅢ6。ただし松岡・後掲の判例読解も参照）

- ①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なし
- ②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
- ③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
- ★届出時に意思が存在しなければならないか。【参考】 不受理申出制度
成立要件説 vs 効力要件説 【判例】 PⅢ4・5（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。事実婚状態を欠く臨終婚も有効）

1-2 婚姻障害の不存在（731-737条）

- ①婚姻適齢（男18歳、女16歳） 男女年齢差は性別役割分担意識を反映、合理性を欠く
- ②重婚でないこと 無効な協議離婚・失踪宣告取消・誤った認定死亡の場合くらい
- ③待婚期間の経過 父性推定（772条）の重複回避目的→2項の適用除外・実務上の運用。規制手段の合理性に疑問。【判例】PⅢ2は立法不作為の違法はないとする
- ④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
- ⑤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2人以上の口頭または署名した書面による届出（739条2項。戸29・74条、戸規56条）；郵送や使者を使った届出も可
- ・婚姻は受理（740条）により成立し戸籍簿の記載を要しない（【判例】PⅢ3）
- ・成年被後見人も後見人の同意不要（738条）。本人自身の届出が必要（戸32条）

【婚姻の無効・取消】（52-54頁）

1 婚姻の無効

1-1 無効原因

- ①婚姻意思の欠如、②届出欠如

【判例】 PⅢ7（無効な身分行為の追認－①実質的夫婦関係、②黙認）

最判平8・3・8家月48巻10号145頁（無効な届けの30年後の重婚。前婚無効の主張は信義則違反でない）

1-2 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：画一処理・法律関係の安定）
- ・利害関係人は誰でも訴え提起可（【判例】 最判昭34・7・3民集13巻7号905頁）

1-3 無効の効果

- ・最初から婚姻の効果（相続権・子の身分）不発生
←→非婚姻家族・準婚姻家族という家族形態として相応の保護を与えるべき（大村）

2 婚姻の取消

2-1 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

2-2 主張方法

- ・訴えによる（744条）が、調停前置。審判も可（家事244条・277条）
- ・期間や主張に制限有（745-747条）
- 【判例】 PⅢ1（偽造離婚届後の重婚。後婚離婚後の前婚の取消請求は法律上の利益を欠き却下）

2-3 取消しの効果

- ・不遡及（748条1項）－夫婦間の義務関係、子の嫡出性
- ・離婚に関する効果の準用（749条）

【婚姻の効果】（54-70頁）

1 身分上の効果

以下の点のほかには、夫婦同氏（750条）、成年擬制（753条）、子の嫡出推定（772条）

1-1 同居義務（752条）

- ・性関係（同衾）を伴う。常に性行為に応じる義務なし⇒夫婦間レイプも観念可

- ・ 具体的内容は協議により、決まらないときは審判
- 判例 PⅢ8：夫婦であっても具体的には同居義務を負わない余地を肯認
- ・ 単身赴任も含め、破綻状態にあるときなどには一時的別居も肯定可能
- ・ 同居義務は強制履行になじまず、義務違反が離婚原因となるのみ

1-2 貞操義務

- ・ 違反は離婚原因（770条1項1号）
- ★不貞行為の相手方は不法行為責任を負うか？⇒くわしくは民法第4部に譲る

判例 PⅡ314：対配偶者肯定、対子供否定（因果関係なし）
学説はバラエティに富む（前田達明『愛と家庭と』参照）
婚姻共同生活・家庭の平和の破壊の場合に限り責任を肯定すべき
←人格形成の自由と責任は不貞行為配偶者、法的美人局防止
家庭破壊による最大の被害者たる子供を救済する余地有
PⅡ314：破綻後の不貞行為で責任を否定（被害法益なし）
最判平8・6・18家月48巻12号39頁：信義則違反・権利濫用で否定。美人局防止事例

1-3 協力義務

- ・ 経済面以外（経済面は扶助義務）
- 例 住居、家族計画、職業の決定、子供に関する種々の決定など

1-4 扶助義務＝生活保持義務（広義の扶養義務の一種）

- ・ 生活扶助義務（親族間の扶養義務）との違い：余裕の有無が要件か否か

1-5 夫婦間の契約の任意取消権（754条）

- ・ 合理性に乏しく廃止論が主流
- 判例 最判昭42・2・2民集21巻1号88頁：破綻状態では取消し不可

2 財産上の効果

- ・ 相互相続権
- ・ 日常家事債務の連帯責任（755条以下：表見代理規定の類推適用で説明済）

2-1 夫婦財産制

(1) オプションとしての夫婦財産契約とデフォルト値としての法定財産制（755条）

- ・ 夫婦財産契約の問題点：婚姻前の契約・登記を要し、婚姻後の変更不可（756・758条）
- ・ 内容例示なし→ほとんど使われていない（年間数件）

(2) 夫婦財産の帰属

- ・ 別産制＋不明財産の共有推定（762条）
- ・ 問題点：専業主婦に不利益な形式的平等

判例 PⅢ11：（二分二乗税制希望事件）実質的平等は図られているので762条や所得税法規定は合憲
PⅢ12：（不倫妻登記名義固執事件）営業用の旅館の敷地が営業を切り盛りしていた妻の名義で
登記されてもそれだけでは妻の特有財産と解すべきでない

種類別財産帰属説（通説？）←→共有制原則説・純粹別産制説

第一種財産－名実共に特有財産

第二種財産－対内的にも対外的にも共有推定が働く 例 共同使用動産など

第三種財産－対内的にのみ共有推定・財産分与による清算 例 単独名義不動産

- ・ 下級審裁判例：夫婦間で共有とする傾向（でも専業主婦の内助の功だけでは不足？）
※女性の経済的自立・共有財産の管理の面倒さから必ずしも共有制への改正の声は強くない。

2-2 婚姻費用分担義務（760条）

(1) 婚姻費用＝生活共同体維持に要する費用 例 生計費、養育費、入院費など

←→道垣内＝大村26頁：婚姻費用＝夫婦双方の収入全額

- ・ 審判事項（家事別表第二・2項）。審判には形成力有、既判力なし→事情の変化による再審判可能
- ・ そもそも審判前に権利義務として観念できるかにつき学説は否定的な見解が圧倒的
- ・ 婚姻費用の分担との関係は諸説あるがおおむね簡略な婚姻費用の分担による

(2) 分担額決定の当たり斟酌すべき事情

- ・ 義務者の（重婚的）内縁関係は子供の生活費だけ控除し、それ以外は原則として非控除

- ・義務者の生活維持基準：通常生活限度？最低生活限度？－審判例は多様に分岐
- ・請求者側の資力・収入・稼働能力なども考慮
- ★請求者の別居責任と分担額が連動するか？
 - ・一般には連動。別居に正当事由がない請求者には請求を認めないか減じる傾向
 - ・子供の養育費については非連動←子供に責任なし
 - ・最近の審判例では有責性を問題にしないものも登場
- (3) 分担額の算定方法
 - ・いずれも各人の現実の生活の嗜好やスタイルが問題ではなく、客観的に定まる
 - ・労研方式（総合消費生活単位が基礎）、標準生計費方式（総理府統計局家計調査準拠）、生活保護基準方式（生活保護法の生活基準額比率準拠）などを経て、簡易算定表による標準算定方式（判例タイムズ1111号（2003年）285頁）の使用が増加（最判平18・4・26家月58巻9号31頁は税理士の場合に是認）
- (4) 過去の婚姻費用請求の可否
 - ・判例は肯定的だが否定する裁判例
 - 判例 PⅢ9（大法院）：家庭裁判所は過去の婚姻費用分担額を決定可能
 - ←→道垣内＝大村38頁：平時の経済生活への介入や評価をすべきでない
 - ・過去の費用の分担請求の処理は、離婚時の財産分与との関係で多様な裁判例有

【内縁＝事実婚の保護】（111-118頁）

- ・内縁＝婚姻届を欠くが夫婦関係としての実質を有する関係
- ・夫婦同氏・成年擬制・子の嫡出推定・相互相続権を除いて、婚姻の効果の規定を類推適用（婚姻予約構成から準婚理論への判例の展開・立法的措置）
- ・重婚の内縁でも、法律婚が形骸化していれば、事実婚の配偶者を優遇する傾向
- ・ライフスタイル論（二宮） vs 婚姻制度尊重論（非婚関係の契約ベースの処理：大村）

【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』（日本評論社、1991年）3頁以下
- ・前田陽一「民法742条・802条（婚姻無効・縁組無効）」星野＝広中編『民法典の百年Ⅳ』1頁以下
- ・道垣内弘人＝大村敦志『民法解釈ゼミナール⑤』〔大村敦志〕1頁以下
- ・二宮周平「日本民法の展開(3)判例の法形成 — 内縁」『民法典の百年Ⅰ』341頁以下
- ・松岡久和「婚姻は無効？(上)～(下)」法教295～297号（2005年）