

判例研究

無効な婚姻について追認を認めた事例

家族法判例研究(五四)
*

前 田 正 昭

昭和四七年七月二五日最高裁判所第三小法廷判決(昭和四五年中第二三八号婚姻無効確認請求事件) 判例時報六七七号五三頁——上告棄却

【判決要旨】 事実上の夫婦の一方が他方の意思に基づかないで婚姻届を作成提出した場合においても、当時右兩名に夫婦としての実質的生活関係が存在しており、後に右他方の配偶者が右届出の事実を知ってこれを追認したときは、右婚姻は追認によりその届出の当初に遡って有効となると解するのを相当とする。

【事実】 Y女(被告・被控訴人・被上告人)は昭和二年三月一五日にX男(原告・控訴人・上告人)と婚姻して一男二女を儲けたが、姑との不和や自分に対する夫の理解不足などの理由で結婚生活に希望を失ない、昭和二四年二月一七日に協議離婚をした。

離婚後、長男と長女の養育にはXの母親があたっていたが、それも昭和二五年一月一日に死亡。当時勤務の関係で子の監護教育も思うにまかせなくなったXを見かねて、Xの義兄等が復縁をすすめ、Xは当初それに反対したものの、結局子の養育のためにはやむをえないものと考え、しかし意地をはって、家政婦代りということとそれを承諾し、昭和二五年一月下旬頃から、中野区のX方においてYおよび子とともに同居生活を始めた。

再開した共同生活では、XはYと子の生活費を負担し、Yは生計を切り盛りして子の養育にあたり、また、同居の当初Xが淋疾にかかっていたために途絶えていた性交渉も、一・二か月後には復活した。X Yが子や近隣の者に離婚したのを知らせていなかったこともあって、親族の一部を除いては、X Yが夫婦であることに疑いをもつ者は殆どいなかった。Xは異性関係も多く、外泊することもあったが、昭和二九年頃までは中野区の住居を生活の本拠としていて、家ではつとめて団らんの日を送っていた。

昭和二九年九月頃から、Xはほかに間借りをして女を囲うなど、次第に外泊が多くなったが、まだ月の半ばはYのもとに帰って生活し、子の学校関係の用件も主としてXがしていた。昭和三五年九月頃、XはついにYと別居したが、生活費の交付や郵便物の受け取りなどの所用もあって、時々家は家にもどっていた。

それに先だつ昭和二七年一月一七日に、YはXに無断で、Xとの婚姻届をなした。Xはそのことを昭和二九年三月頃知ったが、その件については何もふれずに、前述のようにYや子と生活をともにしていた。さらにXは昭和三一年三月に特別区民税の申告にあたってYを妻と申告書に書いて提出したり、昭和三五年一〇月にYとともに長女の結婚披露宴に出席しながら、右婚姻届が無断でなされたことやそのいきさつについては一度も問いたださず、また昭和三六年に私立学校教職員共済組合でYを妻と認定されても異議をとえず、Yに医療のため組合員証を使用させるなどしていた。

右のように、婚姻届の件についてはなんの問題も起きないまま別居後約四年が過ぎたが、昭和三九年七月になってXは突如として東京家裁に右婚姻の無効の調停を申し立て、それが不調におわると東京地裁に婚姻無効の確認を求めた。しかしXの請求は認められず、そこでXは控訴におよんだ。第二審の東京高裁は、「婚姻の届出がほしいまゝに当事者の一方もしくは第三者によってな

され、当事者間に婚姻の意思も夫婦としての実質的生活関係も存在していない場合には、右婚姻を不成立もしくは無効をもって論ずべきことは明らかであるが、当事者の一方が相手方不知の間にほいまゝに婚姻届をした場合であっても、その当時当事者間に夫婦としての実質的生活関係が存在しており、相手方において右婚姻届を了知した後もなお右届出の効力を争うことなく、右生活関係を継続している等の事情があるときは、右届出が無効であったとしても、相手方においてこれを追認するにいたったものといふべく、右追認によって婚姻はその婚姻の当初に遡って効力を生ずるものと解するのが相当である」としてXの控訴を棄却。そこでXは、右判決は根拠を示すことなく無反省に昭和二十七年一〇月三日の最高裁判決の趣旨を拡張類推して追認理論を採用し、また、根拠を示すことなく無方式の追認による遡及効を認めているとして上告におよんだ。

【判決理由】 「所論の点に関する原審の事実認定は、原判決挙示の証拠関係に照らして首肯することができ、右事実認定の過程に所論の違法を認めることはできない。

原判決は、被上告人が、上告人の意思に基づくことなく、勝手に同人の署名欄に同人の氏名を記載し、かつ、押印して、同人と婚姻する旨の届書を作成し、昭和二十七年一月一七日これを所轄の戸籍事務管理者に提出したという事実を確定し、右婚姻は上告人の届出意思を欠くものとして無効としたうえ、右届出当時、上告人と被上告人との間に夫婦としての実質的生活関係が存在したこと、および上告人において、昭和二十九年三月頃右届出を知った後もその効力を争うことなく、同人が昭和三五年九月頃被上告人と別居するまで右生活関係を継続し、昭和三九年七月に至って突如家庭裁判所に婚姻無効の調停申立をしたことを認定するとともに、右届出を知った後右調停申立までの間において、上告人は、特別区民税の申告書に被上告人を妻と記載してこれを提出し、長女の結婚披露宴に被上告人と共に出席し、私立学校教職員共済組合から被上告人を妻として認定されながら異議を唱えず、同人に医療のため右趣旨の記載のある組合員証を使用させるなど、前記婚姻の届出を容認するがごとき態度を示していたという事実を確定し、上告人は、おそくとも右調停申立当時までには、無効な右婚姻を黙示に追認したものであり、右追認によって右婚姻はその届出の当初に遡って有効となった旨を判示した。

原審の確定した事実関係のもとにおいては、原判決の右判断は、無効な養子縁組につき追認によって届出の当初に遡り有効となるものとした当裁判所の判例（昭和二十四年（オ）第二二九号同二七年一〇月三日第二小法廷判決・民集六卷九号七五三頁）の趣旨に徴し、正当として是認することができる。

おもうに、事実上の夫婦の一方が他方の意思に基づかないで婚姻届を作成提出した場合においても、当時右兩名に夫婦としての実質的生活関係が存在しており、後に右他方の配偶者が右届出の事実を知ってこれを追認したときは、右婚姻は追認によりその届出の当初に遡って有効となると解するのを相当とする。けだし、右追認により婚姻届出の意思の欠缺は補完され、また、追認に右の効力を認めることは当事者の意思にそい、実質的生活関係を重視する身分関係の本質に適合するばかりでなく、第三者は、右生活関係の存在と戸籍の記載に照らし、婚姻の有効を前提として行動するのが通常であるので、追認に右の効力を認めることによって、その利益を害されるおそれが乏しいからである。

論旨は、かかる追認を認めることは実定法の根拠を欠く旨主張する。なるほど、民法は、無効な婚姻の追認について規定を設けてはいないが、これを否定する規定も存しないのであり、また、取消事由のある婚姻につき追認を認める規定（民法七四五条二項、七四七条二項参照）の存在することを合わせ考慮すると、前記のように合理的な理由があるにもかかわらず、ひとり無効の婚姻についてのみ実定法上の直接の根拠を欠くがゆえに追認を否定すべきものと解することはできない。のみならず、論旨のいうように無効行為の追認は民法一一九条の規定によってのみ認められることも解することはできない。すなわち、財産上の法律行為について、当裁判所は、他人の権利をその意思に基づくことなく自己の名において処分する行為は、その処分の効果が生じないという意味においては無効であるが、権利者がこれを追認するときは、民法一一六条本文の規定の類推適用により、右処分行為が当時に遡って有効となるものとしている（昭和三四年（オ）第五〇四号同三七年八月一〇日第二小法廷判決・民集一六卷八号一七〇〇頁）。そして、本件の事案は、事実上の妻が夫の意思に基づかないで夫の固有の権利を行使した点において、右判例の場合との類似性を見出すことができるのであって、本件の追認は、民法一一六条本文の規定の趣旨を類推すべき根拠を全く欠き同法一一九条の規定によって律

すべきであるとすることもできないのである。論旨は、また、原審が黙示の無方式の追認を認めたことを論難するが、無効な自分行為の追認について、一定の要式を必要とせず、また、黙示のものであってもよいことは、前記の最高裁昭和二十七年一〇月三日第二小法廷判決の趣旨とするところであり、今なお、これを変更するの要を認めない。

その他、原判決の所論の違法はなく、論旨は、ひつきよう、原審の専権に属する証拠の取捨、事実の認定を非難するか、または独自の見解に基づき原判決を攻撃するに帰し、採用することができない。

よって、民訴法四〇一条、九五条、八九条に従い、裁判官全員の一致で、主文のとおり判決する。」

(関根小郷 田中二郎 下村三郎 天野武一 坂本吉勝)

【参照条文】 民法七四二条・一一六条・一一九条

【研究】 一 婚姻の届出が、同棲中の男女の一方または双方の知らぬ間に、他方あるいは第三者によって勝手になされた場合でも、婚姻は有効に成立するか。かりにそれが有効でないとしても、それを追認することはできるか。

かつて大審院は、このような問題に対して、婚姻は当事者双方の意思にもとづく有効な届出があることによって初めて成立するものであるから、それが当事者間にない以上は、たとえ本来無効な届出にもとづいて当事者間に戸籍簿上、婚姻関係の存在を認めることができ、かつ当事者間に右届出後、数か月間にわたる同棲の事実があったとしても、それによって婚姻の成立を認めることができないと判示した(大判昭和二・三・一五。新聞二六八八号九頁)。

しかしながら、近時の裁判所はいずれも右大審院判例の態度にしたがわず、あるものは、いわゆる追認理論(中川善「身分法の総則的課題」二二〇頁)にたつて、右のような届出による婚姻は無効ではあるが、後日追認できると解し、無断で届出を出され

た者が届出を知っていながらそのまま夫婦関係を続けたり、あらたに始めたりしたときには、無効な婚姻を追認したものとして、遡及効を認め（札幌高判昭和四〇・一一・一三・高裁民集一八卷七号五一九頁、東京地判昭和三三・一〇・九・下級民集九卷一〇号二〇五八頁、京例批評「熊本法字一〇号一二八頁、中川良延「判例批評」別冊ジュリスト二二号三二頁等がある）、またあるものは、我妻教授と同じ考え方（「我妻榮五三」）にたつて、男女が実質的夫婦関係にあれば、当事者間には婚姻意思があったものとして、だれが婚姻の届出をし、でも、婚姻は有効に成立するとしている（大阪地判昭和二六・八・一一・下級民集二卷八号九〇頁、富山地判昭和四〇・三・三一・下級民集一六卷三例批評「別冊ジュリスト」一六号九八頁、がある）。

本最高裁判決も大審院判例の態度を踏襲せず、当事者の一方の勝手な届出による婚姻は無効ではあるが、追認によって届出の当初までさかのぼって有効になると判示した。周知のとおり最高裁は、代諾権のない者によってなされたた無効な縁組については、すでに追認のなされうることを認めているが（最判昭和二七・一〇・三・民集六卷九号七五三頁）、本件事案のような無効な婚姻について追認がなされうることを明らかにしたのはこれが初めてであり、したがって、この意味で本判決は注目をあつめるものと思われる。

二　ところで、原審の東京高裁は、本件婚姻届出がYによってXに無断でなされた当時、XY間に夫婦としての実質的生活関係が存在していたこと、また、Xがその届出に気がついた後も届出の効力を争わずなお右生活関係を続けたことなどの事情から、Xは右届出を追認したとして遡及効を認めたが（東京高判昭和四四・一二・二三・高裁民集二二卷六号八六一頁）、本判決は、原審の右判断を前記昭和二七年一〇月三日の最高裁判決の趣旨にてらして是認できるとしているの、まず、この点の検討から始めていくことにしたい。

右の最高裁判決は、いわゆるわらの上の養子の代諾縁組にかんするもので、戸籍上の親の代諾によって縁組がなさ

れた事案に対するものである。最高裁は、民法は取り消すことのできる養子縁組について追認によつてその縁組の効力を確定しうることを定めているのであるから、養子縁組が要式行為であるからといって、追認がこれとまったく相容れないもののように解するのは誤りであるとし、代諾縁組における父母の代諾は法定代理にもとづくものであつて、その代理権の欠缺した場合は一種の無権代理と解されるから、民法総則の無権代理の追認にかんする規定と、養子縁組の追認にかんする規定の趣旨を類推して、子が一五歳に達した後は、子はそれを追認することができると判示した。

そこで、右判決の趣旨を本件の場合にあてはめるならば、まず、民法は取り消すことのできる婚姻について追認によつてその効力を確定しうることを定めているのであるから（民法七四五Ⅰ、七四七Ⅱ）、本件のような無効な婚姻についても追認はなされうる、ということにならう。はたしてそのようにいえるであろうか。ここで注意すべきは、取り消しうる婚姻の追認と、無効な婚姻の追認とは、同じ追認とはいっても、その間に大きな差異があるという点である。すなわち、前者の場合は、すくなくとも婚姻は一応成立しているものであるから、その場合の追認ということはいわば婚姻取消権の放棄であつて、すでに存在しているものの欠陥を取り除くものであるにすぎないのに対し、無効な婚姻の場合は、婚姻はまだ存在していないのであるから、その場合の追認ということは、まだ存在していないものをあつたことにしようとするものであり、その性質はまるで違つている（平賀健太「無効な養子縁組の追認」戸籍七八号四頁参照）。したがつて、右最高裁判決や本判決のように、取り消すことのできる縁組や婚姻に追認が認められていることをもつて、ただちに、無効な縁組や婚姻にも追認が許されるところには問題があるように思われる。

つぎに、代諾というものを、本来代理に親しまない身分行為における例外的なものと考え、右最高裁判決のように

これを法定代理と解するならば、代諾権のない者の代諾は一種の無権代理といえないこともなく、その追認ということも考えられないことではないかもしれない。その当否はさておき、だからといって、右の考え方をそのまま本件の場合にもってきてあてはめ、Yによる婚姻の届出も一種の無権代理であるとか、追認できるとかするわけにはいかないであろう。無権代理とか、その追認とかいうものは、もともと代理に親しむ行為についてのみいいうることであって、婚姻のような代理に親しまないものについては、そのようなことはありえないからである（平賀・前掲四頁）。

右のように、本判決が原審の判断を、昭和二七年一〇月三日の最高裁判決にてらし正当として是認できるとした点には問題が多い。

三 ついで本判決は、事実上の夫婦の一方が他方の意思にもとづかないで婚姻届を作成提出した場合でも、当時兩名間に夫婦としての実質的生活関係が存在しており、後に他方が届出の事実を知ってこれを追認したときには、右婚姻は届出の当初に遡って有効になると述べているが、ここにもいくつかの問題が含まれているように思われる。

まず、Xは自分の方から追認をしていないので、本判決は、届出当時X・Y間に前記のような関係があった事実や、Xが届出のなされたことを知った後もなお従前の生活をそのまま続けたという事実などから、Xは届出を追認するにいたった、となしたものと考えられる。しかし、前記の関係がX・Y間に存在したということと、Xに婚姻意思があるということとは、必ずしもただちに結びつくものではないように思われる。どれだけ前記の関係が認められても、婚姻意思がまったくない場合だって実際にはありうる。Xが、義兄等にYとの同居をすすめられたとき、「家政婦代り」ということでYとの同居を承諾した点や、また、Xが婚姻届の出されたことを知ってからYとの婚姻意思はなかったがただ子女への影響を考慮し世間態をとりつくりうために夫婦らしくふるまったにすぎない、と原審で述べている

点は、この意味で注目される。すなわち、追認を認める際の、届出に対応する生活事実とか同棲とかいっても、はたして婚姻意思を確定的にもなったものであるかどうか、総じてこの種のケースでは疑わしい傾向をとまうし、また右の同棲生活はいったいどれくらい継続的にいとなまれば、追認を認めるに足るものであるかが、きわめてあいまいであり、ことに同棲生活が断続しているような場合では、その判定が非常に困難なものとなってしまう(男^{太田武}○二頁(明山和夫)「婚姻の届出」一)。本件ではたまたま同棲生活が継続していたからよかったものの、もしそれが実際におこった場合には、その判定はむずかしいであろう。

ついで、追認に遡及効を認めること、ことに婚姻の届出があつて数年たつてからその届出にふさわしい実体が生じたような場合についても、追認があつたとして届出当時にその効力を遡及させようとするのもおかしいことであるが(人見康子「判例批評」法、学研究三三卷四号六一頁)、このように追認に遡及効を認めると、日常の家事による債務の連帯責任など、婚姻の届出当時までさかのぼって追及されるという不都合が生ずる(久留・前掲二九頁、国府・前掲八頁)。ことに、右の、届出当時にはまだ夫婦としての実体がなく、後日の夫婦生活の開始によつて追認があつたとされる場合に、これは大きな問題となつてくる。また事例は異なるが、もし無効な離婚についても追認ができるとしてそれに遡及効を認めるときは(この点にかんする点でないが、下級審の判決では、すでにそれを認めているものがある)、この遡及効を認めることによつて生ずる不都合は、婚姻における場合よりも、より深刻なものとなる。

右において見てきたように、本判決が無効な婚姻の届出に追認を認めたことには多くの問題があると思われるので、本判決の理由づけとその結論には賛成できない。

付記

当家族法研究会では、家族法にかんする高裁判決の研究発表を行なってきたので、本件についても、高裁判決（東京高判昭和四四・一二・二三・高裁民集二三卷六号八六一頁）の段階でとりあげるべきであったが、本件は上告されたので、今回は例外的に上告審判決が出るのをまって、その研究・発表を行なうことにした。

無効な婚姻について追認を認めた事例

同志社法学 二四卷二号

一一九（二二七）