

身分行為論管見

— 佐藤教授の驥尾に付して —

伊 藤 昌 司

はじめに

本稿の標題は、佐藤義彦「身分行為論管見」(太田武男還曆論集『現代家族法の課題と展望』一九八二年(有斐閣)所収(以下で単に「佐藤論文」と書くのは、これを指す)の響みに倣うものである。佐藤論文は、中川善之助を通じてわが国の民法解釈学に導入された「身分行為」なる概念の再検討を求めた力作であり、この概念の有用性をいわゆる「形成的身分行為(身分への行為)」に限ってのみ認め、そのように限定した「身分行為」概念の内包・外延および成立要件を精密に論じ、進んで、かかる身分行為の成立要件についても通説とは異なる構成を提示していた。本稿は、その教示に従いつつ、そこまでは論及されていない細部の、しかし決して些末ではない問題点を取り上げ、上記論考による提言を再点検してみようとするものである。佐藤論文の標題の謙遜とは違って、真正正銘の「管見」であるが、海溝の底

に吊るす一個の水中カメラから解明できる地球の謎もあるほどのだから、もともと微調整の技術学である民法解釈学にとつては、この「管見」も決して無用ではないと考える。

一 最高裁一九六九（昭和四四）年四月三日判決¹

本節の標題に掲げる判決は、初学者向けの出版物等においては、親しみ易いように、しばしば「一時間夫婦事件」といった類の名を付けて紹介されている基本判例である。筆者（伊藤）は、この判決に（本節では「本件最判」と呼び、次節では「一九六九年判決と呼ぶ）このような名を冠するのは、とりもなおさず、当該文献の著者や編集者の婚姻要件論の安易さを暴露するものであると考えており、もし名付けるのなら「臨終前昏睡時届出事件」と改めるべきであろうと思つている。この事件（本節では「本件」と呼ぶ）の事実関係は、大まかにはよく知られているが、筆者（伊藤）は、本件最判の解釈論上の意味を正しく理解するには、事件の大筋よりも細部、つまり、往々にして見落とされている諸点を確認する必要があると思つるので、先ずは大筋を一瞥した後、筆者（伊藤）が重要と思う細かな事実を摘示しよう。

1 本件の婚姻届が戸籍法に即して適法に受理されたのは、一九六五（昭和四〇）年五月五日の午前九時一〇分前後であったこと、この時点では、本件婚姻届書において「夫となる人」の欄に氏名が記載されていたAは、すでに意識を喪つてはいたが、未だ死亡してはいなかったこと、Aの死亡は、届出受理の約一時間後（午前一〇時二〇分）であったこと、以上が一〜二審の判決理由中で認定されている大筋の確定的な「事実」である。

次に細部を見れば、筆者（伊藤）は以下の諸点が重要であると考え（括弧内の頁数は、公式判例集に記載された箇所を示す）。

① 本件届書上の記載は、署名も含めて、A自身がしたものでなかったし、押印したのもAではなく、「妻となる人」の欄に氏名が記載されていたY（被告、被控訴人、上告人）がAの印を用いたものであった（七三二頁）。Yによる押印が、意識清らかなAの面前でなされたとか、Aの指示に基づくものであったとは認定されていないことに注目されたい（なお後述）。

② 本件届書は、「妻となる人」欄の氏名も含めて、全てを第三者（以下ではBと略記する）が記入して作成したものであった（七三二頁）。BはYの弟である（七二七頁）。

③ 本件の婚姻届出は、㉗Aが四月三日の午前九時頃に別の第三者（以下ではCと略記する）を呼び出して、早急な届出を依頼し、①この依頼を受けたCが、そのことをYに伝え、㉘YからBに届出の委託がなされたと主張されているが（七三一頁）、この㉗㉘の主張は、一審判決により「事実」として認められてはいるものの、事件はなお控訴上告（そして破棄差戻し）されていて、この一審判決の認定・判断が確定しているわけではないし、後述するように、二審判決は、この主張の当否には立ち入っていない。なお、Cは、Aが経営していた諸事業中の金融業部門の幹部職にあった者である（七三〇頁）。

最後の点③は、さらに細かく点検し、次の諸点を確認する必要がある。

③ a 本件の裁判において、一審判決は、③の主張内容をそのまま「事実」であると認定したけれども、控訴審は、この認定の当否を問題にすることなしに、本件届出が受理された時点でAはすでに意識を喪失していたとの認定に立って、「(A・Y間の婚姻の) 無効の確認を求める控訴人らの本訴請求は、その余の判断をまつまでもなく理由がある」

として、一審判決を取り消したのである。

③ b それゆえにこそ、最高裁は、本件において、二審判決を破棄し、「本件婚姻届がAの婚姻の意思によって作成されたか、その後届出が受理されるまでに翻意するなど婚姻の意思を失う特段の事情があったかどうか等の各点につき、さらに審理の必要あるものと認め、本件を原審に差し戻すのを相当とする」と判断したのである。最高裁は、本件届書が「Aの意思によって作成されたか」どうかも含めた「各点につき」二審が事実審としての審理・判断をするよう指示したのであって、破棄・自判し、一審の判断を正当としたわけではない。Yによる上記③の主張が「事実」かどうかは、本件最判の段階では未確定なのである。²⁾

それでは、一審限りの判断に過ぎなかったにせよ、一審は、婚姻の成立要件論で問題になる婚姻意思と婚姻届の二つの要素を、どのような論理構成の中に位置づけて上記③の主張を「事実」として認定したのかを見てみよう。

一審判決は、Aの国籍が大韓民国であったので、法例一三条により「婚姻の成立要件は各当事者につき、その本国法によるべき」と解し、当時の韓国民法八一二条と八一五条を参照し、「日本民法上でも、韓国民法上でも、婚姻の当事者が、婚姻の届出をしない場合は、婚姻は成立しないこと、仮に届出があったとしても、右届出が当事者の意思に基づかないものであれば、婚姻は成立せず、従って無効であること、……が明らかである」と解釈している(七二九頁)。つまり、婚姻の成立には、婚姻の「届出」が必要であるだけでなく、当事者、つまりは婚姻届に夫婦となる者と表示されている両者に、「婚姻の意思」が存在する必要がある、このような「婚姻の意思」のない届出がなされても、婚姻は不成立、従って無効(＝不成立・無効)であることが明言されているのである。この要件論と効果論が、わが国の家族

法学の通説の立場に即したものであることは、いうまでもない。

ところが他方、一審判決は（判決「理由」欄の冒頭で）、婚姻届によって戸籍に夫婦と記載されている者の一方が死亡した後は、この婚姻は過去の法律関係であるから、過去の法律関係の無効確認は「訴の対象としての適格を欠くものとして、その確認は許されない」と解し（「死者であるAとYとの間に、婚姻関係が存在する筈はなく、従ってこれを不存在確認訴訟の対象とする余地のないことは、自明の理」とも言う）、原告らの本訴請求を合理的に善解すれば、原告らは、本件婚姻を無効とする形成判決を求めているものといわなければならないから、このように理解したうえ、その可否を検討することにすると論じている（七二七〜七二八頁）。筆者（伊藤）は、婚姻届が受理されていても、婚姻意思が伴っていなかったならば婚姻は不成立・無効であるとする上記の解釈と、このような届出によって対世的に公示されている婚姻が無効（＝不成立・無効）であるという判決を求める訴は形成訴訟であると考えることが、つまり、裁判によって無効が確定的に形成されるまでは婚姻は成立しているものと考えることが、どのように論理的に整合するのか、正直のところ理解できない。その点は後に再論することにして（二節）、ここでわざわざ一審判決の形成訴訟説に言及する所以は、一審判決による採証のしかたには、実体法上の「不成立・無効」解釈よりも、訴訟法上の「形成訴訟」解釈のほうが大きく影響しているように感じるからである。これは、本件の一審判決に特有というよりも、後に見る他の裁判例にも共通していると感ずる採証のあり方であり、筆者（伊藤）が大いに疑問を感じる点なのであるが、これは後に論じる（二節）。

2 「佐藤論文」の分析するところによれば、親族関係の発生・消滅を目的とする法律行為として嚴格に限定されるべき「身分行為」⁽³⁾の成立要件についての学説、とくにその要素である身分行為意思と戸籍届との関係についての学説の

立場は、佐藤「私見」の他に次の三つがある。すなわち、第一説は、戸籍法上の届出を意思表示の方式とみるもので、これが我妻榮他の支持する多数説である。第二説は、届出書作成時の合意によって身分行為が成立し、「届出書の受理は効力発生時期を明瞭ならしめる」(兼子一)とか「届出によってその効力が発生する」(加藤一郎)と考える立場である。第三説は、届出は無方式の意思表示(の合致)によって成立した身分行為を公示するものに過ぎず、身分行為自体は届出前の合意のみで成立し効力も生じていると解するもの(粟生武夫)である。佐藤論文は、これらのいずれにも与せず、身分行為は、「無方式の意思表示およびそれとは別個の法律事実たる届出という二つの法律事実から成り立っている法律行為であるとする立場を採りたい」とする。⁴

これらの立場から、本節の標題に掲げた臨終直前の昏睡時届出といったような事例はどのように取り扱われることになるであろうか。佐藤論文の分析するところを見よう。

すなわち、佐藤論文によれば、第一説の立場からすると、届出作成時に婚姻意思が存在しても、「届出書の作成行為は、意思表示それ自体ではなく、効果意思ないし表示意思の形成過程と類似した面を有することになる」ので、届出時に婚姻の効果意思が存在していなければならぬことになる。⁵ ということは、届出時に当事者が意思能力を有していなければならぬことを意味する。我妻榮の著書が「婚姻意思の成立には、意思能力を必要とする」(『親族法』一七頁)とか「届出の当時に意思能力を欠くときは、縁組は無効である」(同・二六四頁)と記述しているのは、この論理の貫徹である。⁶ したがって、第一説の立場からは、当事者が死亡前に作成して郵送し死亡後に到達した届出の効力に関する戸籍法四七条の規定は、国情に妥協した例外的措置と位置づけられているのは、「当然のこと」である。⁷ 本件のような臨終前昏睡時届出の場合には、佐藤論文の分析の結果は次のようになる。

「身分行為為意思は届出によつて表示されると解する以上、その届出時に意思無能力であれば、意思表示さらには身分行為は効力を生じない、としなければならぬはずである。

身分行為為意思の存在を推定するといつても、意思無能力であることが明白である以上、その推定は容易に破られてしまう。推定を擬制と言い換えても、意思無能力であるという事実に変りはないから、結局、意思能力は不要であるというのと大差がなくなり、なぜ身分行為をする際に意思無能力であつてよいのかという説明をせまられることになる。また、意識不明になることによつて翻意の可能性がなくなり、従来⁸⁾の意思が確定したという説も、届出以前には、法的には、未だ身分行為為意思は表示されていないのであるから、元来、翻意の有無・可能不可能を論ずる余地は、ないはずである。つまり、届出によつて身分行為為意思が表示されるという前提をとる限りは、養子縁組について我妻教授が述べられるごとく、『届出の当時に意思能力を欠くときは、縁組は無効である』⁸⁾ということにならざるを得ないのである。

これに対し、第二説の立場では、「届書の作成をもつて意思表示とみる」ので、「届書を作成した後に当事者が意思能力を喪失しても、身分行為の効力に影響を与えることはない、ということにならう」⁹⁾が、「届書の作成と届出を第三者に委託したという事実があつたとしても、その委託をもつて身分行為為意思の表示とみることができず、委託に基づいて作成された届書が届出られても、身分行為は有効に成立することはない、ということになると思われる」というのが佐藤論文の指摘である。この指摘を、筆者（伊藤）が本節標題の事件に引き直してみるならば、次のように考えることができるか。

すなわち、AがCに婚姻の届出を依頼したというYの主張が真実であつたと仮定してみよう。もしそであつたとし

ても、この依頼によつてYとの婚姻が成立するのと言へば、そのはずはない。なぜなら、AとCは届書上の婚姻当事者ではないから、AからCへの意思表示の申身が何であつたにせよ、この依頼により婚姻が成立することはあり得ない。それでは、CがそのようなAの依頼をYに伝えた時にA・Y間の婚姻が成立したと考えることができるのであろうか。これも少々落ち着きが悪いのであるが、この時点でA・Y間の意思の合致があつたとしても考えない限り、その後には、この第二説の立場から言う婚姻の合意を引き出すことは難しいのである。すなわち、この伝言を受けたYは、弟Bに委託して届書を用意させ、そこに記載された氏名その他を読んでからAの欄にも押印し、それが市役所に届けられて受理されたというのが全経過であるが、A・Y間の婚姻の合意が、このプロセスの何処に挟まると見ることができるのであろうか。あるいは、Cを経てYに伝達されたAの意思が、このY・B合作（A・Yではなく！）による届出書作成の際に、先にCからAに伝達されていたYの意思と合致し、この時点でA・Y間の婚姻意思が（したがつて法律行為が）成立したと解するのであろうか。なる程、そうかもしれない。同じことは第三説についても言うことができそうである。佐藤論文には詳述されていないけれども、この事件のY側の主張の中にも一番による認定事実中にも、本件届書上の婚姻当事者間（A・Y間）に、たとい無方式であろうとも、何かしら婚姻の合意（第三説からすれば、そのみで婚姻は成立するもの）らしき意思表示の交換がなされたと解し得る瞬間があつた旨の記述は全く見出せないのであるが、第二説について考えてみた上記の苦しい説明で、この難点をクリアすることになるか（民集七三二頁～五頁参照）。

それでは、第四説、すなわち、身分行為は「無方式の意思表示およびそれとは別個の法律事実たる届出という二つの法律事実から成り立っている法律行為である」と解する佐藤論文の立場ではどうか、である。この点につき、同論文は、「すでに合意がなされており、届出意思が、届書の作成ないし提出の委託という形においてあれ、表示された以上、届出時に本人が意思無能力であつたとしても、身分行為の成否・有効無効には何の影響も与えない、ということになる」

と記述し、¹⁰⁾ 本件最高裁判決他を挙げて、「この結論の妥当であることは、判例や多くの学説の是認するところである」と結んでいる。しかし、この記述には、筆者（伊藤）は素直には同意できない。すでに婚姻の合意がなされていた場合であれば、この記述のように、この合意に対応する届出が後になされても、つまり、二つの要件が順次に充たされることによつても婚姻は成立し、同時充足の必要はなくなり、第一説の弱点が克服され得ることになるのは理解することができる。だがこれは、あくまでも婚姻の合意があつた場合の話である。本件事案では、そもそも何時何処で婚姻の合意が交わされたのか、それを確認することが難しいことは上述のとおりである。もつとも、佐藤論文によれば、「婚姻の合意」とは、「身分行為の相手方に対する意思表示」つまり「夫となるべき者の意思表示は妻となるべき者に対してなされ、妻となるべき者は夫となるべき者に対して婚姻の意思を表示することによつて」なされるものなのであるが、『無方式の』合意といつても、その合意内容は、『将来』婚姻するといふものではなく、『今現在』婚姻するといふ内容のものであることを要するから、この合意は、事実上は、挙式・同棲といつた生活事実によつて表示されることが多いと思われる」と説明されている。¹¹⁾ だとすれば、本件事案でも、筆者（伊藤）がくだる A・Y 間の明示的な合意の交換が一番判決の認定事実中に見出し得なかつたとしても、二〇年間を越える同棲生活自体が婚姻の合意の存在を証拠立てていると考えて、あとは届出の要件が揃えばよいだけであつたこととするのであろうか。そうであるとすれば、筆者（伊藤）は、この解釈には到底同意できない。中川善之助流に、身分行為では「体素」（＝事実関係）が先行する場合が多いので「心素」つまり意思の合致をさまで厳密に論じる必要がないという立場を著者（佐藤）が採るとは思えないので、このくだりは不可解である。同棲の事実があれば、仮に Y の主張が全て真実であるとして、A が C に婚姻の届出を依頼し、C がそれを Y に伝え、Y が B に記入させて印を押したという届出書作成の経過の全部（あるいは最終段階（押印？））をとりだして、その時に無方式の婚姻の合意が成立したと解すればよいということになるのであろうか。言い換えれば、同棲

という事実があれば、当事者の意思は同時にではなく順次に届書上に表示されれば足りると考えるのであろうか。

佐藤論文は、他方、婚姻の意思とは、「婚姻の効果として法定されている法律効果の発生に向けられた効果意思の合致(合意)」であるとも説く¹²⁾。そうだとすれば、そのような効果意思をAが表示したかどうかが定かでない本件事案から、いや、定かでないというより、本件一審判決の認定によれば、二〇年間と同棲生活にも関わらず、その間のAは、Yとの婚姻を勧める友人に対して否定の意思を明示したり(七三〇頁)、死亡の前々年には韓国で他女との結婚式を挙行していたり、「もう一、二年働き、Yの今後の生活を保証するに足りる物をYに与えた後、再び韓国に引揚げて……(この韓国女性と)正式に結婚する旨を述べていた」(七三〇頁)のであるから、佐藤論文の主張を付度すれば、こういう事案からまでも婚姻の意思を引き出せるとは考えていないのかもしれない。「配偶者にはしないが、今後の生活を保証するに足りる財産を与えたい」という効果意思と「婚姻届をして相続権を与え、自分の血族とは姻族関係を生じさせたい」という効果意思を法的に同一視することはできないであろうからである。だとすれば、佐藤論文が本件最判を引用する趣旨は、これが差戻し判決であることを前提としつつ、判決文中の仮定、つまり「本件婚姻届がAの意思に基づいて作成され、同人がその作成当時婚姻意思を有していて、同人とYとの間に事実上の夫婦共同生活関係が存続していたとすれば」という三つの仮定の全てに肯定の答えを出せる事案ならば、婚姻の意思と婚姻届出の二要件の順次の充足による婚姻の成立を認めるべきであるということなのかもしれない。そういう解釈であるならば、筆者(伊藤)も決然ながら同意することができる¹³⁾。穿ち過ぎかもしれないが、この判決文の読み方次第では、最高裁は、本件事案において婚姻の成立が事実審で認められることがよもやないようにと考えて、上記の仮定的条件を設定したものかもしれないと思う。そう思えるほど、これを厳格に受け取れば、三つのそれぞれが相当に高い障壁であり得る内容のものである。しかし、その後の裁判例により、本件最判(次節では、標題での表記には昭和年号を入れることを別として、「一九六九年

最判」と呼ぶ)は、まるで逆の方向に独り歩きさせられているというのが現状である。

二 最高裁一九六九(昭和四四)年四月三日判決の独り歩き

前節で取り上げた事件において、最高裁は、①「本件婚姻届がAの意思に基づいて作成され」、②「同人がその作成当時婚姻意思を有している」、③「同人とYとの間に事実上の夫婦共同生活関係が存続していたとすれば、」との三つの仮定を乗り越えることが出来る場合には、「その届書が当該係官に受理されるまでの間に同人が完全に昏睡状態に陥り、意識を失っても、届書受理前に死亡した場合と異なり、届出書受理以前に翻意するなど婚姻の意思を失う特段の事情のないかぎり、右届書の受理によって、本件婚姻は、有効に成立したものと解すべきである」との定式を示し、当該事案に対する結論としては、原判決が届書受理より前にAが昏睡状態に陥っていたことを理由に婚姻の成立を否定したことは「法律の解釈適用を誤った違法がある」と判断し、前節1で確認したような審理をさらに尽くすよう命じて、事件を原審に差し戻す判決をした。上記の定式が示す三つの仮定は、前節末尾に述べたように、厳格に考えるならば、それぞれが相当に高く、容易には越え難い障壁になり得るものである。しかし、その後、これらを障壁とも思わずに、軽く乗り越える下級審判決が現れるし、養子縁組事件での最高裁判決の際にも、一九六九年判決が設けた障壁は、ほとんど物の数ともされなかった。

1 周知のように、最高裁は、一九七〇(昭和四五)年四月二一日の一判決でも、上記の一九六九年最判の説示を繰り返すことになるが(後述)、さらにその後、富山地裁高岡支部一九七二(昭和四七)年三月二四日判決(以下では「高

岡支部判決」と呼ぶ)が、一九六九年最判の判旨を引用しつつ臨終前昏睡時の婚姻届による婚姻の成立を認めた。¹⁴⁾

高岡支部判決の事件は、婚姻届書において「妻となる人」の欄に氏名が記載されていたAの実弟の子(甥)Xが、この届出の受理により夫として戸籍記載されているYを被告として提起した「婚姻無効確認請求事件」である。重要な事実関係を拾えば、Aが脳卒中で倒れたのは一九六九(昭和四四)年二月(二八三頁四段目)請求原因中の記述)、意識不明に陥ったのは同年一月二九日(二八四頁二段目)理由中の記述)、死亡したのは同年二月一日で(同頁三段目)同)、本件の婚姻届出がなされたのは二月二日の午前一〇時頃であった(同)。高岡支部判決は、「本件婚姻届は、Aが意識を喪失する以前である昭和四四年秋頃正式に婚姻する意思によりYに対してこれを依頼し、同人が右依頼に基づき作成提出したもの」と認定しているが、この認定には以下のような問題がある。

すなわち、上記の引用文中にあるAからYへの「依頼」は、Yの尋問から得られた証言に基づく認定であり(二八五頁一〜二段目)、その傍証とされた二つの証言の主はYと先妻との間の子BCである(二八五頁二段目)。「よく二人で入籍しなければならぬ」と話し合っていた」というのがCの証言、「昭和四四年八月頃」、AがBに、「この際入籍しようかと考えている」と言ったというのがBの証言)。高岡支部判決は、これらYBCの証言による「認定事実」に「YとAの関係等を総合」することによって上記引用文のような「依頼」があったと認定した。そして、このようなYへの「依頼」があったとされた本件婚姻届が上記の日付に出されたが、その届書に「当日のその場で」所定の諸事項(Aの氏名を含む)を記入したのはYであり、証人として署名したのは上記BとBの姑Dであった(二八四頁三段目)。

高岡支部判決のいう「YとAの関係」であるが、この二人は、一九四七(昭和二二)年に、Yが四六歳、Aが四二歳で結婚式を挙げ、「Aが死亡する迄二二年間余を夫婦として生活を営んできた」と認定されている(二八四頁四段目)。

請求原因によれば、二人の関係は、芸妓から置屋業の経営に転じたAと馴染客であったY（食料営団職員）が上記の年に拳式したがすぐに離別したとされており、離別から少し後に、借家から出されて住む場所を失ったYとBCをAが受け入れ、Aの住居で再び同棲するようになった経過が書かれているが、判決の理由中にも、「結婚式、披露宴を挙げ、ほどなく同市御旅屋町（通称桐木町）の従来からのA方において同棲することになった」と記述されている。判決の「理由」中の記載によれば、Yは一九七二（昭和三七）年に退職し（Y六〇歳・A五八歳）、以後はAと共に食堂（お好み焼屋）を経営してきたのであるが、財産管理の面ではAがYに信を置かず他人に通帳等を預託していた事実（原告告間に争いが無い）も存する。つまり、この一節は、A・Y間と同棲の当初からずつと経済的には対等もしくはA優位であり、財産は別々に所有し管理するかたちの非婚同棲関係を想像させるところがある。したがって、Aの血族であつてもし本件婚姻が不成立であるならば唯一人の相続人であるXが「右婚姻届は、YがYと先妻の間に生まれた二女Bと同女の姑Dと相謀り作成した虚構のもの」と言いたくなる状況、つまり、Aの長年の同棲相手ではあつても婚姻届は留保して財産関係では互いに距離を保つて来たYが、芸妓稼業や置屋営業によつて（判決の言葉を借りれば「娘時代から不幸な境遇の下で苦勞して」）蓄積してきたAの財産の大半を驚つかみにし、いざ後にはYの先妻の子BCがそれを承継することになるのは納得できないと考へたとしても、あながち不思議ではない。たつた一人のオイと実子のないオバの關係が実親子に近い例は珍しくないからである。筆者（伊藤）が問題にしたいのは、このような状況を含む關係（＝財産を別々に管理する非婚同棲關係）のなかで臨終前昏睡時の婚姻届がなされた事案において、裁判官が届出上の婚姻当事者間の婚姻意思をどのように認定しているか、である。

2 高岡支部判決は、Aの婚姻意思について判断する前に、本件の婚姻届書は当事者自らが署名捺印して作成したも

のではなく、前記のように、Yにより「Aの意識不明の状態において作成され、かつ、届出がされた」ことを認定しているが(二八四頁三段目)、「当事者が自ら署名、捺印しなかったことのみを以て、直ちにその婚姻の効力が妨げられることがない」と解している(同頁四段目)。

次に、「五 婚姻意思の有無等」との標題の下で、前記のようなA・Yの挙式、「ほどなく……A方において同棲」、Yの退職後のA・Y共同での食堂開業を記述し、「YとAとの夫婦仲は普通であり、高岡市役所備付の住民票原本には、未届、つまり内縁の夫婦として記載されており、健康保険、配給その他近隣の交際関係においても夫婦としての取扱いを受けていた」ことを挙げ、「右認定の事実によれば、YとAは事実上の夫婦共同生活関係にあり、かつ、婚姻意思があったものというべきである」と結んでいる(二八四頁四段目～二八五頁一段目)。上記のような同棲の事実と住民票の記載、各種書類や近隣関係から、何故に「婚姻意思」が結論されるのか、筆者(伊藤)には理解し難い。仮に、YがAの血族との姻族関係の発生を嫌い、AもYの血族との姻族関係が生ずるのを嫌って、意図的に婚姻届を出さずに居た場合を考えよう。このような場合でも、同棲関係や住民票原本の記載や各種書類や近隣関係は、全くこの記述どおりになつたろう。これらの事情から引き出せるのは、せいぜい内縁意思であつて、婚姻意思ではあり得ないと考える。

次に判決は、原被告間で争いのない事実であるAの預金通帳が他人に預けられていたことについて触れて、「右事實は、AとYとの間に純粹な夫婦愛が存在していなかった証左と受け取ることができないでもないが、Aが娘時代から不幸な境遇の下で苦勞して財産を形成してきたものであること、双方が初老に近い年齢で結婚したものであることを考えると、仮令夫であつても心を許しきれない面のあつたことはむしろ自然といふべきであり、これを以つて直ちに両者間に婚姻の意思がなく、また夫婦関係もなかつたとは認め難く、他に認定を覆すに足る証拠はない」としている(二八五頁一段目)。「心を許しきれない面があつたことはむしろ自然」と思われる男女関係から、その女性当事者が自己の死後

に財産の大半を男性当事者に相続させることになる関係（＝婚姻）を形成する意思を引き出すことが、果たして可能なのであるうか。

次に判決は、前記のように、Yの尋問から得られた証言から七月（死亡の五ヶ月前）時点での婚姻届出「依頼」を引き出し、Yの先妻の子であるBCの証言からAが「入籍」の話をしていたという傍証を引き出して、本件の婚姻届がAの依頼に基づいて「作成提出」されたと認定している（二八五頁二段目）。それでは何故に「依頼」を五ヶ月間放置し、Aが危篤状態になってはじめて届出をしたのかという点については、「YがAの氏を称することをためらっていたからである」とも解し得られ」と述べるし（同）、何故にAの親族には婚姻届の話をせず、Aの親族を証人に加えることもしなかったのかという点については、「YとAの親族との仲は必ずしも良好でなく、届出につき一刻も争う状態に於いて、…：届出自体に反対されることを慮つてのことである」とも解し得られる」と述べている（同）。

かくして、このような推測を積み重ねた末の婚姻意思の認定を前提に、高岡支部判決は、「以上要するに、YとAとの間には事実上の夫婦共同生活関係があり、かつ、婚姻意思を有していたものであり、その当事者の一人であるAの意識喪失以前になした依頼により婚姻届をしたものであるから、届出が受理された当時Aが意識を失っていたとしても、その受理前にAが翻意したなど特段の事情が認められない本件に於いては、右届出の受理により婚姻は有効に成立したものである」といふべきであり、これを無効とすべき事実は他に認められない」と結論づけている（二八五頁三段目）。この結論が、前節で見た一九六九年最判を先例として、これを踏襲する態度において出されていることも、その明示的な引用から明らかである（二八四頁三段目）。

3 筆者（伊藤）の疑問は、先にも述べたように、高岡支部判決の採証のしかたであり、それは同時に、前節で見た

一九六九年判決の一審判決への疑問でもある。

以上に見た二つの事件のいずれにおいても、婚姻届書にはA自身による署名もなく捺印の事実もなかった。そのこと自体が届出を無効にするものではないと解することには、一般論としても疑問を感じるけれども、実務効率を優先させてきた長年の慣行として、いまはこれを問わないことにする。しかし、本人が署名せず印も押さなかった届出であっても、それが実質的に本人の意思に即しているかぎり有効という議論は、一般論としてならばともかく、臨終前昏睡時届出の場合にも同じように通用するののかという疑問は残る。本人は冥界に居るので、後に本人の確認を得ることはできず、当該届出に対応する事実関係が後に築かれる可能性も皆無である。しかし、いまはこれにも深入りしない。疑問にした点は、戸籍届がなされ、その届出が受理され、その結果として婚姻・離婚・縁組・離縁に伴う戸籍の編製や記入が行われたとして、それらの届出が当事者の意思に即したものであるという訴えが提起された場合、原告と被告のいずれが、婚姻等の身分行為意思の存否を証明しなければならないか、である。

上記の疑問は、実務家たちには愚かしいものに映るであろう。高岡支部判決の「理由」の冒頭にも述べられているように、裁判に提出される戸籍謄本は、「公務員が職務上作成したものと認められるから真正な公文書であると推定される」べきであって、民事訴訟法二二八条二項にそう明記されているのであるから、戸籍届や記載の効力を争う原告の側が身分行為意思の欠如を証明しなければならぬのは当然のことと理解されているのではないかと思う。しかし、この条文により、直近の謄本によって記載内容が証明され得る戸籍原本が「真正な公文書であると推定される」ことには問題はないとしても、これは、戸籍吏の届出受理や戸籍記載が適法に行われたとの推定を許すだけであって、この適法な手続による戸籍記載が「有効である」との推定まで許すものとは思えないし、そのような推定が成り立つはずはないのである。なぜなら、戸籍届出の受理も記載も、当該届出が事件本人の真意に基づくものであるかどうかの実質審査を経

て行われるものではないし（形式審査主義）、本人の出頭も、本人による記入も、本人による署名捺印さえも要求されない。同じ形式審査主義に立つ不動産登記と比較しても、手続は全く簡便で費用も取るに足りないのも、誰もが簡単に、虚偽仮装の届出をすることができるとし、その結果として、虚偽仮装の戸籍記載が、一点の疑問もない適法な手続によって行われ得るからである。

本人確認の点では、法務省が、二〇〇三（平成一五）年三月一八日付民事局長通達（民一第七四八号）によって、届出書を持参した者が誰であるかを運転免許証等によって確認し（第二、第三）、届出書の特参者が事件本人（届出人）でないとか、そのうちの一人のみであるとか、本人性を不完全にしか確認できなかったとかの場合には、届出人に対して届出がなされたことを通知して、その結果を届出書の欄外や確認台帳に記載する（第五、第七）という行政指導が行われた。そして、当該届出が郵送によってされたときも同じようにして確認する（第五一（1））。しかし、この通達後の戸籍行政のしくみでも、「届出人」の死後に届く確認通知が本人に読まれて確認されることは決してあり得ない。戸籍法四七条は、「届出人の生存中に郵送した届書は、その死亡後であっても、市町村長は、これを受理しなければならない」と規定しているし、受理の手続をした後には「遅滞なく戸籍の記載をしなければならぬ」（戸籍法施行規則二四条）。しかし、だからといって、郵送届の場合には「届出人」の意思を問題にする必要がないということはないはずである。むしろ、何人が届書を封入し投函したかがチェック不可能な郵送届であればこそ一層、これが「届出人」の意思によるものかどうかが上記の通達のような形式的確認方法によるよりもずっと厳格に点検されなければならないのではないかとさえ思う。¹⁶

本筋に戻れば、上に述べたように、戸籍記載は誰もが簡単に虚偽仮装の届出によって適法な手続で実現させ得るもの

であるし、また、戸籍記載自体が婚姻その他の法的身分関係ではないのは、改めて強調するまでもない民法学の基本常識なのであるから、戸籍記載のみを基にして婚姻その他の法律関係が存在すると推定すべきではあるまい。その戸籍記載が、「届出人」本人の筆跡による届書を基になされたとか、前記のような新顔の行政指導（本人死亡後は不可能であるはずの）にしたがった手続で本人の意思確認が真に遺漏なくなされていると言えるのであれば、「真正な公文書」であるとの推定のみでなく「有効な公文書」でもあるとの推定が働いてもよいし、したがって、それを無効と主張する側が、届書に署名した当時の本人は書写の能力は残っていたが状況や利害得失を判断する能力を失った病状にあったなどの事実を証明して争う他はないであろう。しかし、「届出人」本人が書いたものでない届書に基づく戸籍記載、それも、臨終前昏睡時に作成され、届出られ、受理された結果の戸籍記載は、その記載とおりの法的身分関係の存在を推定させるものではあり得ず、そのような身分関係が存在することに利益を有する者の側こそが、その成立要件である「婚姻の意思」の存在を証明する責任を負うのが当然ではないかと考える。それを逆にすれば、無効を主張する者の側は、届書上の「届出人」には「婚姻の意思」がなかったこと（消極的事実）を証明しなければならぬ立場に置かれるので、被告側は、そのような原告の挙げる証拠が不完全であるとか、別の意味を持ちうるとかを弁じて裁判官の心証を弱めさせれば勝訴できることになる。高岡支部判決の事案でも、一九六九年判決の一番が認定した事実関係においても、仮に、Y側こそがAに「婚姻の意思」があったことを積極的に立証すべき立場に置かれていたならば、すでに見たような諸証言は、これもすでに見たような諸事実を援用した反論によって、容易に真偽不明に持ち込まれ得たに違いないので、結論が正反対になり得たのである。一九六九年判決の一番は、自らが「不成立・無効」と断じたはずの婚姻であっても、前節1の末尾で言及した「形成訴訟」説を採用することによって、この無効が裁判で形成されるまでは有効として扱った。そうなれば、無効を主張する原告の側に証明責任を負わせることにならうが、その証明の内容たるや、Aには「婚姻の

意思」がなかったという消極的事実なのである。このような探証のしかたを前にしては、Xが勝訴する可能性はほとんど無く、怪しげな伝言や指示のリレーの証言しかなくとも、とにかく届出のレースに勝つてさえいれば裁判も勝ちということになる。

前節で見た佐藤論文の婚姻要件論によれば、「婚姻の意思」と婚姻届とが別個独立の婚姻成立要件と解されている。この立場からすれば、すでに婚姻届が受理されて戸籍に記載された場合の婚姻無効確認の訴において、「婚姻の意思」の存否の証明責任は原告と被告のいずれに存することになるのであるのか。通説である前記の第一説の立場からすれば、届出自体が婚姻意思の意思表示の方式なのであるから、婚姻の意思が欠如した届出があつても婚姻は「不成立・無効」であり、この無効は当然無効である。とりわけ、届書の作成や届出に「届出人」本人の意思を推定させる要素が何もないのに受理された婚姻届による戸籍記載が有効か無効かという争いにおいては、有効と主張する側にこそ証明責任があると解釈する余地が残るのではないかと思う。この点、佐藤論文の立場（第四説）では、届出書の作成も届出の手続にも「届出人」本人の意思が働く必要はないことになるから、ともかくも届出がなされて戸籍記載があれば、この要件の成否を争うことには意味がなく、もう一つの要件である「婚姻の意思」、それも無方式の意思表示の存否のみが争点になることになりそうである。そうなれば、届書作成の経過とか届出に至る経過とは無関係に、このような意思表示が存在しなかったことを立証しない限りは戸籍記載の訂正はできないことになり、「婚姻の意思」がなかったという消極的事実を証明する責任が全面的に原告に負担させられることになるのではないかと危惧される。もしそうであるとすれば、筆者（伊藤）は、佐藤論文の提言を支持することはできない。しかし、そうではないかもしれない。佐藤論文の要件論からすれば、第三説の立場でもそうであるが、婚姻意思の合致という要件が充足されていなければ、いかに届出があつても、その届出だけで婚姻が成立することはないのであるから、届出や戸籍記載から婚姻意思を推定することは

できず、届出どおりに婚姻が成立していること、つまりは婚姻意思の合致があったことを、婚姻関係の存在を主張する側が証明しなければならぬことになるのかもしれない。それならば筆者（伊藤）は、第一説よりも論理的な第四説支持に回りたい。

蛇足を加えるならば、一九六九年判決の事案では、被告のYは、二〇年以上にわたってAと同棲しながらも妻としては扱われずにAの日常生活の必要や性の欲求に応じさせられていた報われない女性であり、原告はといえば、日本社会の感覚でいえば遠縁になる海外居住の従兄弟姉妹たちであった。Aの財産が相続によってYに移ることになっても、それはそれでよいと言えないことはない。しかし、Aの入院後に、Aの事業関係の取り巻きの一人が「かねて……AとYとの婚姻届出に使用するために交付を受けて、所持していた婚姻届用紙……申述書」を封筒に入れて保管していた（七三一頁）事実から勘ぐれば、Yではない誰かが「ひよつとすればCか」、Aの死後に風俗営業や金融業の経営権を握る筋書きを立てて、Yはただ誰かの指図にしたがった役を演じただけなのかもしれない。用意の良さという点では、高岡支部判決の事案でも、Yが届書を入手したのはAの死亡の五ヶ月前であった（二八五頁一〜二段）。

三 おわりに

一九六九年判決は、その一年後には、同じく臨終前昏睡時婚姻届の事件を扱った最判昭和四五年四月二一日（判時五九六号四三頁）において引用され、さらには、同年一月二四日（民集二四卷二二号一〇三一頁）の養子縁組無効確認請求事件にも影響を与えている。

この二つの最高裁判決のうち、前者は、一九六九年判決の判示を踏まえた後続判例であると評価することができるが、

後者は、一九六九年判決を引用してもいけないので、この判決と上記の後続判決を先例とする同系列の判例と理解するべきではないように思う。

先ず、前者から言えば、この事件の婚姻届の「夫となる人」欄に氏名が書かれたAと「妻となる人」欄の主であるYとは「将来婚姻する約束で性的交渉を続けてきた」関係にあったが、Aが入院中にAの実兄Bに対して婚姻届を出す意思を表示し、Bが代筆してYと共に婚姻届を作成したという事案であった。原告XはAのBの実母で、この婚姻届はYがAの死亡後に年金や退職手当金を受け取る策謀に過ぎない旨を主張して婚姻無効確認を請求したのであるが、一審も二審も請求を棄却し、最高裁もまた、一九六九年判決を先例として引用しつつ、上記のようなA・Y間の関係の下でも、「(Aが) かりに届出の受理された当時意識を失っていたとしても、その受理時に翻意したなどの特段の事情のないかぎり、右届書の受理により婚姻は有効に成立する」と述べて、原審の判断は相当であると判示した。

この判決は、一九六九年判決とは違って、原判決を支持して事件を確定させたものであるし、Aの身近な血族であるBがAの希望に即して届書を作成、それもYと共に作成したという事案におけるものであったので、一九六九年判決が示した仮定、すなわち、本節冒頭で番号を振った仮定的条件のうちの、最初の二つは明確にクリアしている。ただ、三つ目の「事実上の夫婦共同生活関係が存続していた」という条件は、この事案のA・Y間には妥当しないのであるが、この最高裁判決が三つ目の条件を重視しなかったのは正しい。なぜならば、届書作成時にA・Y間での意思表示の合致が存したことが紛れもなく証明されるならば、「事実上の夫婦共同生活関係」から合意を推認したり補強したりする必要はないし、婚姻意思について「法的意思説」の立場を採れば、この合意には立派な婚姻意思の裏付があるからである。残る難点は、佐藤論文が指摘するように、届出自体を婚姻の意思表示の方式と解する通説の立場からすれば、届出時には意思能力を喪失していた婚姻届による婚姻成立を認めるのは論理矛盾だということだけである。この矛盾には目を瞑る

しかないというのが一九六九年判決の判旨の後半部分ではなからうか。筆者（伊藤）は、採証原則についての危惧を優先させて、少々苦しくとも、このように理解したい。

次に、同じ一九七〇年に出された養子縁組届事件について言えば、この事案では、一審判決は養子縁組を無効と判断していた。原告Xは届書の上で「養親になる人」欄に氏名が書かれたA女の実弟で、被告のY₁、Y₂は「養子になる人」欄に氏名が記入された夫婦（以下では「Y₁ら」と表記する）である。AとY₁らは同居していたわけでもなく、事実上の養親子関係が築かれていたわけでもなかった。一審判決を取り消してXの請求を棄却した二審判決の認定によれば、Y₁らは、人を介してのAからの縁組の申し入れを一九六七年一月中旬に承諾していたということで、種々の事情で縁組届出が遅れているうちに翌一九六八年三月一八日未明にAが脳溢血で倒れ、「介抱していたBに対しY₁らの入籍のことを口走るなどしたので、同日午後四時少し前頃……かねてAの依頼を受けていたCが……Aの印鑑を預かって館山市役所に至り戸籍係に依頼して本件養子縁組届を作成して届出をなしそれが受理された」というストーリーである。BはY₁ら夫婦のうちの妻（Y₁）の祖父で、CはBの子Dの妻（Y₁の母）である。Bは、五〇年前にAを「身請け」し、以来ずっとAと同棲してきたと認定されているが（一九四一頁）、Aとの当初の関係は重婚的内縁ないし妾関係であったようである。しかし、同棲開始の同年中にBの妻が死亡した事実は請求原因に書かれていて、結局、事実上も単婚の内縁関係が五〇年間続いていた。にもかかわらずAがBの妻として入籍されなかったのは、Bが養子であったために養親の反対を無視できなかったからであった（同）。Cの夫（Y₁の母）は、Aの子ではなくBの亡妻の子である。二審判決は、「養子縁組の届出は他人にその届出人の氏名を代書させ若くは押印を代行させることによつてすることも許される（戸籍法施行規則第六二条）」とされており、AがY₁らと養子縁組をする意思を有し且つその届出をCに依託していたものであることは前記認定のとおり」と述べつつ、届出時点でのAの意思能力があつたともなかつたとも確言することなく、「Aが

意識消失の状態に在ったとしても届出の受理前に死亡した場合と異なりその届出の受理前にAが……翻意するなど特段の事情が認められない本件においては前記認定の養子縁組届の受理によってAとYらの養子縁組は有効に成立したものと解するのを相当とする」と判示し（一九四二―一九四三頁）、最高裁もまた、このような二審判決は正当であると判示した。前記の高岡支部判決は、一九六九年判決と後続の婚姻届事件判決と共に、この養子縁組事件判決を先例に掲げるが（二八六頁三段―四段目）、前二者でなく後者のほうにより多く依拠したのかもしれない。後者の事案におけるA死亡の前年一二月になされたという合意は、縁組の予約ではなく、養子縁組自体であると言えるのであるうか。縁組の意思表示の合致があつたと言えるのなら、佐藤説による身分行為成立要件の一つは充たされていたことになるが、筆者（伊藤）にはそのように言えるとは思えない。

縁組の意思について言えば、脳溢血発作で瀕死のAが「介抱していたBに対しYらの入籍のことを口走るなどした」という証言の真实性はともかくとして、その前年一二月に養子縁組の合意があつたとしても、この養子縁組はAの老後の安心のために望まれていたのであるから、もはや老後生活が望めない時点でも中川善之助流の縁組意思（実質意思）が存在したとの推定はなり立たない。あり得るとすれば、死後に財産を相続する資格を与える効果意思（佐藤論文のいう『法的意思』）であろうが、Aは、Yらとの養子縁組の話がまとまる前には、自らの血族から養子を得ようとして、いったんは実弟Xの子と縁組し、この養子と離縁した後にも、また別のメイとも養子の話をまとめて同居までしている。そういう経過からすれば、Aが、自らの財産を、内縁の夫の血族のほうに承継させたいと望んでいたとも思えない。もつとも、この財産はBからの贈与によるものであつたのかもしれないが、そういう事情は不明である。¹⁷

（一）民集二三卷四号七〇九頁。

(2) したがって、本件最判につき、「原審は、届出のときに意思がないとして無効と判断していたが、最高裁判所が、これを覆して、この届出は有効としたものである」と記述する(野田愛子『現代家族法(夫婦・親子)』日本評論社(一九九六年)五二―五三頁)のは誤りであるし、「婚姻届作成時には婚姻意思があったが、届出時には昏睡状態にあり意思能力を欠き、届出が死亡の一時間前の事例」として本件を紹介する記述(松川正毅『民法親族・相続』有斐閣アルマ(二〇〇四年)二七頁)、「内縁の夫Aは……死亡の前々日……店の支配人CにYとの婚姻手続を依頼し……」とする記述(泉久雄『親族法』有斐閣(一九九七年)七四頁)、この判決の「事実の概要」として、一審判決の認定した「事実」を要約する記述(平田厚『家族法Law School』日本加除出版(二〇〇四年)二五頁)にも疑問符を付けたい。

本判決に対する最高裁判所調査官解説は「事案的には、本件婚姻の届書が果してAの意思に基づいて作成され、Aがその当時婚姻意思を有していたか否かには、かなり微妙な点があり、一審が認定した事実関係からも、右の点が明確になっていえるか問題がないではない」と書いているし(小倉顕・最判解昭和四四年度【二五】二六五頁)、星野英一評釈も「なお、本件については、A側の利害関係人が届出書作成に関与していないので、Aの婚姻意思の存在についても問題がありうる(すべての判例研究が指摘する)」と書き添えている(法協八八巻四号五〇一頁)のを見落とすべきではない。

(3) 佐藤論文による「身分行為」の限定に筆者(伊藤)がとりわけ共感するのは、認知(任意認知)を身分行為に含めることを否定する点である。佐藤論文の立場は、於保不二雄『親子(法律学大系法理学理論編・日本評論社一九五〇年)』に列なるが、筆者(伊藤)は、わが民法の認知制度がフランス法から採用されたものであるが故にこそ、認知は親子関係を成立させる意思表示ではなく、親子関係の存在を推定させる一証拠でしかないと考え、解釈論としての佐藤論文の立場に賛成する。わが国では、於保の上掲書も含めて、フランス法の認知の意味を誤解した文献が少なくないが、フランスでは、民法典に「父の搜索」を原則禁止とする条文が掲げられていた当時でも、嫡出でない子の親子関係が、母子関係であれ父子関係であれ、認知によってのみ形成されるとは理解されていなかった。また、わが民法の現行七八一条一項の文言から見ても、非嫡出子の親子関係が「認知によって成立する(あるいは「その効力を生ずる」)とは定められず(ここには、七六四条、七九九条、八一二条のような七三九条を準用する規定さえ存しない)、単に、「認知は、戸籍法の定めるところによってする」とあるに過ぎないのである。

(4) 佐藤論文が自認するように、この立場は、第三説を支持する学説と同系列に属していて、於保不二雄、四宮和夫、木樽英夫、福地俊雄、金山正信の名と論考が挙示されている(二五頁註17)。

(5) したがって、佐藤論文は、このような多数説が「他方において」届書に当事者が自署・捺印をすれば、それを戸籍吏に提出することは当

事者自身でする必要はない。郵送してもよく、また他人に委託して提出させてもよい（委託された者は「使者」である）というの、素直には通りにくいことを指摘し、「使者」という言葉を『完成した意思表示を伝達する者』と解すれば矛盾することになるから、これは「他人の決定した意思を相手方に表示してその意思表示を完成させる者」という意味に理解せざるを得ない」と論じている（一六―一七頁）。

(6) 二三頁註6、三三頁（本稿で抜き書き引用した箇所）、三七頁註12。

(7) 一七頁。

(8) 三三頁。

(9) 一八頁。

(10) 三四頁。

(11) 二二頁。

(12) 二八頁。

(13) 「婚姻の意思」の中身については、中川善之助流の実質意思説（実体的意思説）、すなわち「社会通念にしたがって婚姻とみられる関係、つまり特定の相手とテーブルとベッドを共にする関係に入ろうとする意思」と理解するならば、すでに諸家が指摘しているように、臨終時届出の場合にも「婚姻の意思」があったと解することはできない。もはや上記のような生活を営む将来がないことを覚知したからこそ届出意思を固めたというのが、臨終婚が問題になる正常な状況であろうからである。佐藤論文は、婚姻の法定効果を生じさせることを意図して届出をする意思が存在する場合には「婚姻の意思」があるものと解する立場（法的意思説」と名付けられている）を支持するのであるが、筆者（伊藤）もこれに賛同する。

(14) 判タ二八六号二八三頁。

(15) 一九三九（昭和一四）年一〇月九日民事甲一一〇〇号は、「民法第七七五条第二項、第八一〇条、第八四七条及第八六四条（現行の七三九条二項、七六四条、七九九条、八二二条）ノ規定ニ依ル届出ハ従来口頭届出ノ場合ヲ除キ届出人ノ自署シタル書面ニ依ルニ非サレハ之ヲ為スコト能ハサル先例ニ有之候処爾今戸籍法第六八条（現行戸籍法施行規則第六二条）ノ規定ニ従ヒ其氏名ヲ代署シタル書面ヲ以テ届出アリタルトキモ之ヲ受理シ差支ナキコトニ省議決定」と回付した。最判昭和三二年七月一九日民集一〇卷七号九〇八頁は、養子縁組届事件について戸籍法施行規則六二条を根拠に、代書の事由が記載されていない代書による届出も「受理された以上縁組は有効に成立する」と判示した。

(16) したがって、臨終前昏睡時届出が「委託」と称してなされた諸事件を届書が郵送された場合との比較において容認の口吻を示す議論は容

認し難い。なお、現行の戸籍法四七条の規定は、「非常時」と称された時期の、一九四〇(昭和一五)年三月二日法律四号「委託又ハ郵便ニ依ル戸籍届出ニ関スル法律」が、生前における本人の委託があれば死後の届出でも受理できること(「届出人カ戦時又ハ事变ニ際シ戦闘其他ノ公務ニ従事シ自ラ戸籍ノ届出ヲ為スコト困難ナリニ因リ其ノ委託ヲ為シタルコトニ付キ裁判所ノ確認アリタルトキニ限り」、生存中に郵送した届書は死後でも受理できることを定めたのを、敗戦時の蹠跟の中の立法において、限定条件には触れずに今日に生き残らせたものである。生前郵送の届書が死後に配達されるような例は、戦時ならともかく、平時には稀であろうから、裁判にも登場せずに見逃されてきた法条であろうが、法律が定める以上受理せざるを得ないとしても、規則が命ずる戸籍記載なら留保できるのではないかと思うし、戸籍記載を望む者は戸籍記載を命ずる判決を得なければならないとの解釈くらいはできそうである。立法論としては、削除が望ましい。

なお、我妻榮、有泉亭、遠藤浩『民法3 親族法・相続法』勁草書房(二〇〇三)は、戸籍法四七条について、「本人が生存中に有効に作成し郵送した届出は、本人の死亡後に到着した場合でも効力を生じ、死亡の時に届出があったものとみなされる(戸四七条)。同様に届出受理の当時、本人が意思能力を失っていても届出は有効である(最判昭和四四・四・三民集三三巻四号七〇九頁)」と書いている(五八―五九頁)。小教科書ながら、隙のない記述である。しかし、簡潔性を追求する余りに、「本人が生存中に有効に作成し」と書かれた箇所の重要性や、この箇所が「同様に……」以下の記述にも及んでいることは、注意して読み落とされる危険を含んでいる。軽率な読者や教師は、所引の判例が「有効に作成」された事案に関するものであると誤解するかもしれない。高橋朋子・床谷文雄・棚村政行『民法7 親族・相続』有斐閣アルマ(二〇〇四年)三九頁(高橋)の記述でも、冒頭に「婚姻意思是、婚姻届書の作成時には存在しなければならぬことはもちろんであるが」と書いてはいても、次の次のパラグラフ(一〇行の間を置いて)で、郵送後死亡の場合には戸籍法四七条によって受理されることを述べた後に、「では、郵送ではなく、届出を他人に委託したところ、……死亡した場合はどうであろうか」と書き、一九四九年判決と後続の婚姻事件判決を引用する。上記と同様の誤解を招き易い書き方である。

(17) 内田貴『民法IV 親族・相続』東京大学出版(二〇〇二年)は、臨終婚を認めるのは制限的であるべきとの文脈の下に一九六九年判決を紹介した後、「ところが、その後現れた最判昭和四五年一月二四日(民集二四―一二―一九三二)は、養子縁組の事案で、……養子縁組を有効とした。……この判決の先例としての評価は慎重になされる必要がある。……判決を余り一般化すべきではないと思われる」と書いている(六七―六八)頁。

近時は、この養子縁組事件判決について記述しない教科書が多いが、なおやはり、吉田邦彦『家族法(親族法・相続法)講義録』信山社(二〇〇七年)は、この判決を一九六九年判決と後続の婚姻届出事件と共に取り上げおり、どちらかと言えば賛成論のように読める書き方を

している。また、岡部喜代子・三谷忠之『実務家族法講義』民事法研究会（二〇〇六年）一七四頁、柳沢秀吉・緒方直人『親族法・相続法』嵯峨野書院（二〇〇六年）一三三頁（小野義美）は、いずれも無造作に（ということは肯定的であると思わせるが）この判決を引用している。