

# 失踪宣告の取消と婚姻

貝 田 守

- I はじめに
- II 沿革的考察
  - (イ) ローマ法
  - (ロ) カノン法
  - (ハ) ドイツ法(1) —ドイツ普通法  
及びドイツ諸国法
  - (ニ) ドイツ法(2) —現行ドイツ法
  - (ホ) フランス法
  - (ヘ) スイス法その他
  - (ト) わが国の法制—民法制定前
- III 問題点考察
- VI おわりに

## I はじめに

わが民法の失踪宣告制度は、その宣告をうけたる者が死亡したものとみなすことによつて、その者に関連していた法律関係を終結せしめんとする制度である。すなわち失踪宣告がなされた者の有していた財産関係はもとより、身分関係に至るまで失踪者が死亡したものとして処理されることになる。そこでは婚姻関係も、死亡という婚姻解消原因にあたるので、解消せられるものと考えなくてはならない<sup>1)</sup>。立法例によつては失踪のみでは婚姻は解消しないとの態度をとつているところもある<sup>2)</sup>。また失踪宣告(あるいは死亡推定判決)後の離婚を定め、これによつてはじめて婚姻解消とすところもある<sup>3)</sup>。これらについては「沿革的考察」の所でのべることとする。

- 
- 1) ローマ法の古典時代には、失踪によつて直ちに婚姻解消とされていた。(後述II(イ)参照)
  - 2) カノン法。(後述II, (ロ)参照) フランス民法(後述II (ホ)参照) イギリス法(後述II (ハ)参照) も原則は不解消である。
  - 3) スイス民法102条, イギリス婚姻事件法(S. 16) (後述II (ト)参照)

失踪宣告はわが国においては擬制的効力をもち、単なる反証だけではこれをくつがえすことが出来ないことになっているので、失踪者の生存が立証されたとき、または異時に死亡した事が明らかになったときは、宣告の取消を裁判所にしてもらわないと、その者の法律関係が完全に復活しない。逆にいえば失踪者の法律関係は、失踪宣告のなされた場合に一応終結したものとされたにもかかわらず、宣告の取消が確定することによって失踪者が生存している場合には復活し、失踪宣告で擬制された死亡時期以外の時期に死亡した事が証明されたことによる宣告の取消の場合は、このような法律関係の復活はなく、死亡届その他の手続きがなされ、事実としての死亡本来の効果が確定的に発生する。また、ある時期の生存の証明のみが得られたことによる宣告の取消の場合には、その時点を基準として新たな失踪宣告がなされることがあり得、これに基づいて法律関係は再清算されるわけである。この原則を貫くとき、財産関係も極めて複雑になり、また善意で法律行為をした者に不測の損害を与えることになるというので、民法は善意者の保護という観点から二つの制限をなした。これが民法32条1項但書及び同条2項である。この制限より考えると、一般的に宣告の取消によって、一応全般的に法律関係は復活するものだと考えざるを得ないわけである。すなわち、これを身分関係にあてはめるとすれば、婚姻関係も失踪宣告によって一応解消せられたものが、宣告の取消によって原則的には復活するものだと解さなければならないわけである。

しかるに、わが国においては以前より婚姻関係について失踪宣告の取消の与える効果に関して論争のある所である。その中心問題は失踪者の残存配偶者に関して再婚がなされた場合、これが善意になされたときに宣告の取消によって前婚と新婚との関係はどうなるかについてであるが、民法32条1項但書に「失踪ノ宣告後其取消前ニ善意ヲ以テ為シタル行為ハ其効力ヲ變セス」とあることと関連して争われている。旧通説<sup>4)</sup>は、前婚復活し、

---

4) 穂積重遠、改訂民法総論207頁その他に通説として示されている。しかし、今日では反対の立場をもって有力説と目されている様である（宮崎孝治郎、「失踪宣告」民法演習Ⅰ、51頁）ので、このようにいうこととする。

新婚姻との間に重婚状態を生じ、前婚については離婚原因（民770条1項5号）となり、新婚姻については取消原因（同744条及び732条）となるとされる<sup>5)</sup>。それに対し、有力説は民法32条1項但書の優先を認め、失踪宣告の取消が善意の行為の効力に影響のない結果、これと両立しない旧関係、例えば残存配偶者と失踪者との間の旧婚姻は復活しないものと解すべきであるとされる<sup>6)</sup>。

この問題は、近時わが国において實際上頻発した。すなわちその主たるものは第二次世界大戦による英霊の生還の場合における残存配偶者の再婚問題であって、これに関しては実際の取扱いについて指示した司法省民事局長回答、あるいは通達は、死亡としたことが失踪宣告若しくは認定死亡によることによって、その取消による効果も、再婚を有効としたもの（昭和21年3月20日民事局長回答民甲164号、昭和25年2月21日回答民甲520号）と、重婚となるとするもの（昭和21年3月26日通達民甲164号、昭和24年4月23日回答民甲901号）とに分れているのは、民法31条1項但書の適用あるものか、認定死亡によるものかによって区別されているものである<sup>7)</sup>が、前述のごとき学説の分れる所に起因する不統一であると考えられる<sup>8)</sup>。しかも戦時は終わったとはいえ、交通機関の発達、海外渡航の増大等により、失踪者の増加は考えらるべきところであり、また突然の帰還も大いに考えられる今日、この問題は終わったとはいえない。いや、それ以上に重要性を帯びつつあるといっても過言ではないであろう。そこで沿革的に失踪宣告（または死亡宣告）の取消と婚姻の関係を概観して、学説について考察を加え、現行法の解釈としてあるべきものを探りたいとするのが小稿の目的である。

- 
- 5) 中川善之助編、註釈親族法（上）123頁（谷口知平）。谷口知平編、注釈民法（1）296頁（谷口知平）。同旨、柚木馨、判例民法総論、上巻268頁。
  - 6) 大谷美隆、失踪法論614、615頁。穂積、前掲同所。我妻栄、新訂民法総則111頁。小池隆一、「失踪宣告と婚姻の効力」法学研究25巻11号759頁等。
  - 7) 青木義人、戸籍法（コンメンタール）271～2頁、及び324、331頁。
  - 8) この点不都合との批判がある。池田浩一、「失踪宣告と認定死亡」法学教室Ⅵ 103頁。

## Ⅱ 沿革的考察

### (イ) ローマ法

ローマ時代においては外征がたびたび行なわれ航海通商が盛んとなって失踪の事例も多く存在したにもかかわらず、ローマ法自体には、失踪者に関する特別の制度はもたなかった。これは法の不備と評するよりはローマ法特有の最も広い証拠自由主義 *Freie Beweiswürdigung* によって、強度のプロバビリティーがある所に証明せられた事実とみなすということによって、失踪者の死亡を考え、処理せられていた様である<sup>9)</sup>。失踪宣告制度を認めないローマ法にも捕虜に関する規定を有していた。そこでは(1)父が捕虜となって三年を経過した場合は、子は父の同意なくして婚姻をなしうるとし、これは後に一般の失踪者にも準用される所であった。(2)捕虜となった夫の配偶者の再婚は直ちに許されるのではなく、夫の死亡が証明されるか、または夫が脱帰するまで待たなければいけない、もし夫の生死が不明である場合には、捕虜となったときより5年を経過した後、はじめて再婚をなしうるとしている。この5年は最後の音信があったときより計算するのではなく、常に捕虜となった時より計算するので再婚禁止期間であった<sup>10)</sup>。また、ローマ法において捕虜というのは、公売に附されて奴隷となり人格大消滅 *capitis deminutio maxima*<sup>11)</sup> をもたらすという原則をとっており、それによると奴隷になるときに直ちに死亡と同じく婚姻関係も解消する。ゆえに直ちに新たな婚姻も可能であると考えられる。しかも捕虜が妻であるときには直ちに婚姻は解消するとして、この原則によっている。

また、Constantinus 皇帝の法制においては出征中の軍人について特別に規定をなし、4年間音信途絶した場合には、その妻は夫の上長官にあらか

9) 穂積重遠、「失踪宣告後ノ再婚」法学協会雑誌27巻9号1483～4頁。

10) Iustinianus 帝法。なお古典時代には捕虜またはそれ以外の原因による失踪により、婚姻は当然に解消するとされていた。(船田享二、ローマ法入門 73～4頁。)

11) 人格大消滅とは、人の有する自由の身分の消滅で、奴隷になることであり、これは法上の死亡である。(船田、前掲 75頁以下。)

じめ届け出て、再婚をなすことができるとしている。これに対し、Justinianus 皇帝は、出征中の軍人がその妻を顧みない時は、10年の経過後妻が夫に対して其の婚姻継続の意思の言明をうながす催告状を発し、またはこれを公告し、もし夫がこれに対して婚姻関係を解除すべきことを回答するか、または何等の回答がなかった場合に、はじめて再婚をなしうると定めた。だからもし夫が婚姻継続の意思表示をした場合には妻はどうすることもできなかった。しかし、すぐこれは改正され夫が死亡した旨の上高官の証明を得なければ再婚を許されず、いつまでも夫の帰還を待たなければならぬものと定めた。そして通常の捕虜の生死が不明である場合は、5年の経過後再婚を許すとの規定が、後には一般の失踪者にも準用せられるに至ったのであるが、その5年は生死不明となった時から計算されるわけで、失踪期間とみられるべく、このことは一種の死亡推定制度があったものとの見方も出来るわけである<sup>12)</sup>。

#### (ロ) カノン法

中世において失踪問題はローマ法時代より重要なものとなった。というのは十字軍の遠征等の戦争の増加、海賊の跳梁がはなはだしく失踪者を増加せしめたからである。中世イタリアにおいて婚姻に関する法として、1188年に発せられた Clemens III 世教皇の Decretal (教令) がある。すなわち「夫が敵国に捕虜となりたる時、または外国人となりたる時より7年以上その夫の帰国を期待したる婦女はその夫の生死に付き証明すること能わざるときは、いかに多くの歳月を経過するも他の男子と婚姻することを得ず。但し夫の死亡に付き確報を得たときは此の限りにあらず。」この教令により、ローマ法の5年という期間を待つことによって再婚出来た制度が廃止されてしまったのであるが、これは「神の合せ給ふもの、人これを分つべからず」というカトリックの婚姻観に従って「婚姻は離別して絶つことを得ず」(Perpetuus in dissolubilis que nexus) すなわち死が二人を分つまでは夫婦であるという原則を貫いたものである<sup>13)</sup>。この

12) 大谷, 前掲 18~26頁。穂積, 前掲法協 1484~6頁。

13) 大谷, 前掲 48~9頁, 294頁。

原則は19世紀末までつづけられたのであるが、例外的取扱によって緩和されるようになった。すなわち、民事裁判所で死亡宣告がなされるとき、教会の宗教裁判所でこれを確認的に裁判して、この判決を得て残存配偶者ははじめて再婚が出来る様になるとしたのであった。新教の教会法も原則として死亡宣告だけで直ちに婚姻の解消をみとめようとはしなかったが、宗教改革は婚姻の神聖性を否認し、世俗的性質を認め、この事件は世俗的裁判所の管轄に属せしめた。そしてカノン法は、残存配偶者が再婚後に、失踪者が生還した場合について、新婚は一応有効に成立したのだが、婚姻は神の法によりなされたものなるゆえに旧婚は当然復活し、新婚はたとえ過失なき婚姻であっても、もはや有効にすべくもなく、無効となるとする。失踪者が現在死亡していても再婚を許す判決の当時生きていたならば、その判決は無効とし、もし新婚の配偶者が悪意の場合には重婚罪となるという。新教の教会法は、新婚が失踪者生存のときでも有効であるとしたとの説よりも、旧婚復活新婚無効としたとの説の方が妥当のようである。そして、注目すべき定めは、新婚に基づいて子がある場合、当事者のいずれか一方が善意である場合には嫡出子となり、双方善意である必要はないとし、新婚が無効となることによって受けるべき新婚当事者の損害を軽減するために、善意なる当事者について有効なる婚姻としての民法上の効力を生ずるとしている。

#### (ハ) ドイツ法 (1) —ドイツ普通法およびドイツ諸国法

ローマ法継受の時代において、すでにドイツには失踪に関する慣習法が、ローマ法と別個に存在した様であるといわれるが、判然としたことは不明である。ただ、ここでは失踪に関する（今日の失踪宣告あるいは死亡宣告のごとき）死亡の擬制または推定の制度がいまだ発達するに至っていないといわれている。そして失踪者の生死については個々の場合について状況証拠に基づいて自由心証によって決定せられていた様子である。この場合、その失踪者の死亡が推定せられるならば、失踪者の万一の生還にそなえて担保を供せしめてその者の財産は相続人に移転するというのであるが、残存配偶者は当然再婚しようとするわけにはいかない。ただドイツ

古法ないし中世法には、消息の絶えた不在者は沈黙によって権利を喪失する沈黙失権 *Verschweigung* という思想から出て、遺産に対する相続人の信託的所有を認めることによって切り抜けたが、この信託的所有は死亡が確実とみなされうるに至ると、自己の確定的な権利に転化するのであった<sup>14)</sup>。そして失踪に関する制度の不備をこの沈黙失権の制度によって補う一方法としたのではあるまいか。

中世末期に至って失踪問題が頻々と起ったのであるが、ドイツ普通法はカノン法の影響の下にあり、カトリック的婚姻観に従い、婚姻の解消は事実上の死亡によってのみ起るものとして、再婚は、その配偶者の死亡が確実に証明せられた場合のみ許されるものとされた。後、宗教改革は、婚姻の *Sakrament*<sup>15)</sup> たる性質を失わしめられたとはいえ、なお新教はカノン法の原則を維持していた。その後ドイツ普通法はカノン法より次第に分離し、先づ配偶者の失踪ということをもって悪意の遺棄であるとみとめられる様な場合に、これを理由とする離婚の訴を認めることとなった。そして次に、死亡の宣告が婚姻についても効力を及ぼす様になった。1875年2月6日の帝国身分法 (*Reichspersonstandesgesetz*) 34条に「何人もその前婚が無効でありまたは無効として宣告せられて解消する前に、新婚を締結することを得ない」と規定していることが根拠とされる。すなわち、前婚が無効の場合と並べて、無効として宣告せられた場合を含んでいることによって、死亡宣告による解消をいみするのだというものである<sup>16)</sup>。しかし、これについては異論もあり、死亡宣告だけで婚姻は解消するのではなく、これを理由として遺棄による離婚を請求し、その判決を得てはじめて婚姻が解消するのであったとする<sup>17)</sup>。

次にドイツ諸国の法をみるに、プロシア *Preussen* では、1763年10月23日、失踪法が制定され、失踪後10年の経過により死亡宣告をなし得るとし、それによって残存配偶者は直ちに再婚をする権利を取得するとの定め

14) H. Mitteis, *Deutsches Privatrecht*, 3. Aufl, 1959. S. 32

15) キリスト教の秘蹟にしてカトリックでは7つあり、新教では2つである。

16) 大谷, 前掲 299頁。

17) 穂積, 前掲法協 1490頁。大谷, 前掲同所。

があった<sup>18)</sup>。そしてその後プロシア普通国法(1794年2月5日)においても失踪に関して規定し、その第2編第1章665条及び666条に「配偶者が判決及び法律に因り死亡したるものと宣告せられたるときは、其の財産についての相続が、あたかも判決の発表の日において事実上死亡した場合のごとく開始する。他の配偶者にはここにおいて、再婚の自由を与えられる。その新婚は失踪者が帰来したる場合といえども存続する」とあった。そしてまた、667条に「ただし他の婚姻が為されざるときは失踪者の帰来したる場合において以前の婚姻が継続せるものとみなす」と規定してあることより、この法では死亡宣告の発表があった日を以て失踪者の婚姻は、これによって解消するものと解せられる<sup>19)</sup>。

バイエルン Bayern においては1873年12月19日の法律及び1879年2月23日の法律において失踪法を定め、それによると死亡宣告の判決は死亡証書と認められ、従って死亡宣告をもって婚姻は解消し、残存配偶者は再婚可能となるが、もし失踪者が生還したならば、死亡宣告が事実と反していることになり、旧婚が再び法律上存続することになるというのであった。しかし、残存配偶者が新婚の当時失踪者の生存について善意である場合には、その無効な新婚は誤想婚姻(想定婚) Putativehe とみなされ、その間の子もまた嫡出子たる身分を取得するが、悪意であった場合には私生子となるというものである<sup>20)</sup>。

ザクセン Sachsen では1863年1月2日の民法で失踪について規定をもち、それによると、死亡宣告によって直ちに婚姻は解消せず、残存配偶者が失踪者の死亡について善意であることを宣誓した上で、死亡宣告に基づいて婚姻裁判所に婚姻終了の申立をなす一つの権利を与えるにすぎなかった。そして婚姻裁判所の判決は死亡宣告の効力を婚姻についても及ぼす効力をもち、しかも死亡宣告の判決の効力が生じた日まで遡及するものであった。しかし、もし失踪者が生存していた場合には、新婚を無効とせずに、

---

18) 末川博, 「失踪と婚姻」家族制度全集法律篇I. 婚姻 217~8頁。

19) 参照, 大谷, 前掲 301~2頁。

20) 大谷, 前掲 303頁。



再婚した残存配偶者が失踪者の生存を知った後6ヶ月以内において、新婚の取消をすれば新婚が解消せしめられることとなっていた。(同法38条ないし44条, 1709条及び1710条) ゆえに婚姻裁判所の判決は、死亡宣告の効力の拡張だけではなく、離婚判決たる一面をも、もっていたもので、その場合前婚は解消され、新婚は有効という原則があったとみられるわけである。しかし、新婚が前述の手續によつて取消された場合、旧婚が復活すると解されなければ不当であると解されている。しかし、新婚が有効なるためには双方当事者が善意であることが要求され、一方が悪意の場合にはその新婚は無効であるが、善意の他方当事者を害さない様にその無効が確定するまでは有効なる婚姻として効力をもつと定められていた。そして新婚における子は当事者の一方でも善意ならば嫡出子となり、子が嫡出子か私生子かにかかわらず父がその生活の責任を負い、6才以下ならば母が養育すべきことが定められていた。(同法1749条)<sup>21)</sup>

ウエルテンベルク **Württemberg** ではドイツ普通法の原則が適用されたが、フランスに接するバーデン **Baden** の失踪法理はフランス民法に近い主義であつた。しかし、残存配偶者の再婚については、失踪宣告があればこれを理由として(悪意の遺棄として認められるか否かにかかわらず)離婚判決を求めることができ、この判決をもつて前婚は確定的に解消せられ、その効力が生じて2カ月内に身分帳簿に登記をなし、それからはいつでも再婚可能となつた。失踪者がもし帰来しても前婚は当然には復活しない。身分帳簿に登記をする前に再婚すると重婚として取消されるべきであるという。(Code Civilを準用する。139条,147条,201条,202条)この他、ハノーバー **Hannover** においては死亡宣告によつて残存配偶者は再婚をすることができ、再婚によつて旧婚が解消するが、失踪者生還の場合、新婚の両当事者が悪意のとき、失踪者がその新婚を取消しようと定めた(1848年5月23日の法律)。例外として新婚の配偶者がカトリック信者であるときにはカノン法によつてその効力を判断することとしていた。そして、新婚の

---

21) 大谷、前掲 304～6頁。

効力及びその子については想定婚の原則が適用せられたのである<sup>22)</sup>。その他の地方においても種々の法律規定をもっていたが、大同小異であるのでここでは省略する<sup>23)</sup>。

## (二) ドイツ法(2) — 現行ドイツ法

現行ドイツ法は失踪に関して1951年1月15日の失踪法 *Verschollensgesetz vom 15. Januar 1951 (BGBl. I 63)* があり、これは在来失踪に関して定めていたドイツ民法 *Bürgerliches Gesetzbuch vom 18. August 1896.* の13条より20条までの規定を改正しこれにとって代った「失踪、死亡宣告及び死亡時期の確定に関する法律」 *Gesetz über die Verschollenheit, die Todeserklärung und die Feststellung der Todeszeit vom 4. Juli 1939 (RGBl. I 1186)*<sup>24)</sup> を再び改正した規定である。第2次大戦における失踪に関して1939年の法律は多くの不備を示したので、そのための特別規定を1951年1月15日「失踪法の規定の改正に関する法律」 *Gesetz zur Änderung von Vorschriften des Verschollensrechts (BGBl. I 59)* として公布し、この1条に基づいて現失踪法がおかれたのである。BGBより旧失踪法(1939年の法律)への改正は、要件の厳格な規定、猶予期間の短縮、特殊な航空失踪の採用その他について変更新設がなされ、旧失踪法より新失踪法への改正は、ドイツ国所属民、無国籍者及び外国人に対する無制限の死亡宣告の可能性の拡張、土地管轄、公示催告に関する規定の変更、死亡時期の確定の可能性やその訂正等の改正を含むものであった<sup>25)</sup>。同じBGBの中で失踪に関する身分法上の規定として存在したBGB第4節死亡宣告における再婚 *Wiederverheiratung im Falle der Todeserklärung* の1348条から1352条の規定は、他の規定<sup>26)</sup>と共に1938年7月6日の婚姻法 *Gesetz zur Vereinheitlichung*

22) 大谷、前掲 306～309頁。

23) 詳しくは大谷、前掲 309～310頁参照。

24) 旧失踪法といわれる。

25) Soergel-Siebert, B. G. B. (Kommentar) 1959. B. 1, S. 130; Warneyer-Bohnenberg, Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich, 1951. S. 10

26) 1303～1347条及び1564～1587条。

des Rechts der Eheschliessung und der Ehescheidung im Lande Österreich und im übrigen Reichsgebiet vom 6. Juli 1938<sup>27)</sup> の84条で廃止され、その婚姻法独自の中に同じような規定をもったのであった。

(F, 死亡宣告における再婚, 43条~45条) その後第2次大戦が終り連合軍管理下にあつて管理委員会法16号の新婚法 Ehegesetz (Gesetz Nr. 16 des Kontrollrats) vom 20. Februar 1946 (K R A B 1. S. 77, 294) がその改正法として1946年3月1日よりドイツの4つの占領地域とベルリンにおいて施行されることになった。そして死亡宣告における再婚に関する38条から40条の規定は、1951年の失踪法の規定の改正に関する法律 (VerschÄndG B G B 1. I 59) 3条の規定によって完全にされた<sup>28)</sup>のである。

#### F, 死亡宣告における再婚

38条(1) 一方配偶者が死亡宣告された後他方配偶者が新しい婚姻をしたときには、死亡宣告をうけた配偶者がなお生きていても、そのために新婚は無効とならない、ただし、双方の配偶者が婚姻締結のとき、死亡宣告をうけた者が生存していることを知っていたときはこの限りではない。

(2) 新婚の締結によって前婚は解消せられる。死亡宣告が取消されても、それ(前婚)は解消せられたままである。

39条(1) 死亡宣告をうけた配偶者がなお生存するときは、前婚の配偶者は新婚の取消を請求することができる。ただし婚姻のときに、死亡宣告された配偶者が死亡宣告のとき生存していたことを知っていた場合にはこの限りではない。

(2) 前婚の配偶者が第1項に認められた権利を行使し、新婚の解消をしたならば、前婚の配偶者の生存中は此の者とのみ新しい婚姻ができる。取消の効果はその他の点において37条によって決定する。

40条 婚姻が38条2項の規定によって解消したとき、この婚姻の子の身体

---

27) いわゆるナチス婚姻法。

28) W. Erman, Handkommentar zum B. G. B., 3. Aufl. 2. B. S. 1780

に対する監護の権利及び配偶者が他の配偶者に対して負うこの子の扶養に一定の出捐しゆつえんをなすべき義務は、過失の宣告なき離婚がなされた場合と同一に決せられるものとする。

この規定より解釈される事は、失踪者の婚姻関係は死亡宣告にもかかわらずなお継続していること及び解消されないが解消の推定だけが存在し、そこで生存配偶者が新婚を締結することができ、そこにおいてはじめて前婚が確定的に解消せられることである。これは失踪配偶者が帰来して死亡宣告が取消されても直ちに前婚が復活するのではない(同法38条2項)から、残存配偶者が新婚締結の際、失踪配偶者の生存について善意であるときには、新婚の取消請求権を与え(同法39条1項)<sup>29)</sup>、残存配偶者の選択によってもし新婚を取消した場合には、誤って死亡宣告をうけた配偶者の存命中は彼とだけ婚姻をなしうると定めた(同法39条2項)ものである。このことは相対的婚姻禁止であるが、ドイツ民法旧規定(1348条以下)ではこの取消によって前婚が当然復活することを予定していたのに比較して、果して進歩を意味するのか疑わしい。かえって婚姻禁止の免除を認めるべきであるとの批判がなされている<sup>30)</sup>のは当然であろう。悪意の残存配偶者については再婚が有効ではなく(前婚は確定的に解消せず)(同法38条1項但書)、また再婚していてもみずからの取消権は与えられず(同法39条1項但書)この新婚は重婚として無効となる(同法5条, 20条)。

#### (ホ) フランス法

フランス法は、古くはドイツの影響もなく、またローマ法の影響を受けることもわずかであった。フランスの失踪に関する法の最も古いものは *Coutumes* (フランスの古慣習法) で、そこでは不在者が一定期間音信不通である場合には、直ちにこれを死亡したものとみなすという原則があった。しかし各国各州によって不在の期間は異なり、或いは7年或いは3年とき

29) ドイツ民法旧1350条1項には取消権行使期間について、生存を知って6カ月内と定めてあったが、それをうけた新婚姻法39条には期間の制限はなく、これは命令で1年以内と定められた。(婚姻法実施に関する命令18条) § 18 der VO zur Ausf. d. Ehegesetzes vom 12. 7. 1948. (VOBl. BrZ S. 210)

30) Enneccerus-Kipp-Wolff, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts 15. Aufl. I. Band 1. halbband SS. 510, 511.

れたが、大体7年が原則であった。1188年の *Decretal* に婚姻と失踪に関係している条文がある。「妻はその夫の不在の故をもって直ちに他の男と婚姻しうるものと速断してはいけない。ただし正確な証拠によってその夫が直ちに死亡したることが判明したときにはこの限りではない。」との規定である。16世紀までは失踪者の帰来についての規定はなかった。その後ローマ法の影響をうけて、失踪者の帰来にそなえて担保を供してその相続した財産の返還を保証するごとく定められた。このことに関連して失踪者を死亡とみなすことの意味がなくなってきた、単に期間経過によって相続財産を取得する段階をつける意味しかもたなくなった。そして現行フランス民法 *Code Civil* (1804) は、原則として失踪宣告あるいは死亡宣告による死亡の擬制あるいは推定ということをなさないで、失踪者については不在 *l'absence* の制度をとっている。すなわちフランス民法の不在というのは時期を三期に区分して、第1期は不在推定期 (*la présomption d'absence*) とし、行方不明のときまたは最後の音信のときから5年または11年継続し、ここでは生還の希望大なるにつき財産管理の保護処分をなすに止める (フ民112条ないし114条)。第2期は不在宣告の判決 (*jugement de déclaration d'absence*) によって不在者の財産を仮りに相続人に分配しその占有を認許する。これは5年または11年以後より始まる (フ民115条ないし128条)。第3期は決定的占有認許判決 (*envoi en possession définitive*) が第2期の30年継続後に下され、ほぼ死亡が確実であるから相続人をして真の所有者であるかのごとくに行為せしめる (フ民129条ないし134条)。そして婚姻に関しては2か条だけ規定があるが、そのうち140条は残された財産についての規定であって139条だけが婚姻に直接関係する。

139条 その相手方が新婚を締結した不在配偶者だけがみずから、またはその生存の証拠をもたらしうる代理人によって、この婚姻に異議をとえない<sup>31)</sup> 権限をもつ。

31) 原文は *attaquer* で、大谷、前掲403頁、末川、前掲218頁には「取消す」とされているが、神戸大学外国法研究会、仏蘭西民法人事篇1巻 117頁 (谷口知平) は「攻撃スル」と訳されている。

元来フランス民法では婚姻の解消のみとめられるのは、配偶者の一方の死亡と適法に宣告せられた離婚だけである（フ民227条）ので、不在者制度の中にこの様な死亡の擬制はもちろん推定をも含まないのであるから、失踪者が婚姻していた場合いかに失踪期間が長くともその婚姻は永久に解消しないわけである。そしてまた不在を悪意の遺棄として離婚する方法もない（フ民229条ないし232条参照）。もし残存配偶者が再婚を締結した場合には重婚となり絶対無効（フ民147条、184条）であるはずである。しかし、ここに不在者に関して特例を設け、一般の重婚は配偶者、利害関係人または検事より無効の訴が出される（フ民184条）のに対し、残存配偶者の再婚が通常の重婚のごとく破廉恥的性格がないというので不在配偶者のみのみならずまたは代理人によってこの再婚に異議を申し立てるという風に緩和したわけである。この結果一夫一婦制の堅持とカノン法的ともいふべき失踪が婚姻を破らないという原則に関して問題が生じた。再婚について不在配偶者が異議を申し立てなかったとき、不在者が帰来した後もこの重婚状態を認めなければならないのかどうかという問題がこれである。フランス通説では139条は不在配偶者（l'époux absent）に関する規定であるので、帰来した場合はもはや不在者ではないから184条の規定にしたがつて訴が出されうるものとしている<sup>32)</sup>。そうすると特殊な場合を除いて139条の直接適用される場合はなくなり、結局残存配偶者の再婚を許すことについて、フランス民法のとる原則に対して辻褃を合したことになるというにすぎなくなると考えられる。

なおフランス民法には危難に際して行方不明になった者に関して一定の要件のもとに死亡宣告（déclaration judiciaire du décès）の制度がおかれ、これに基づいて死亡推定を得て死亡証書（l'acte de décès）をうる<sup>33)</sup>。そうすることによって残存配偶者が適法な再婚をなしうることは当然である<sup>34)</sup>。すなわち1945年10月30日の命令（ordonnance du 30 octobre 1945）が在来のフランス民法87条から92条までを改正し、それま

32) 神戸大学外国法研究会，前掲117頁。大谷，前掲 405～6頁。

33) Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, 1948, T. 1. Nos 649～655.

34) Planiol, *op. cit.* N° 650

での規定を整理したが、これによると単に死亡確実の場合について認められたこの制度が、行方不明(船舶沈没より戦争に至るまで種々の場合を含む)にまで拡張せられ、死亡の証拠を簡易化するという方向によって不在宣告を著しく減少せしめることになり、不在者制度の不備を救うこととなっている<sup>35)</sup>。この場合死亡宣告があった後再婚すれば再婚は有効であり、先の配偶者が帰来したときは再婚は無効となるが、誤想婚 (mariage putatif) として特にその子は嫡出子となるべきものと解せられている<sup>36)</sup>。

#### (へ) スイス法その他

スイスは多くの州 (Kanton) に別れ、各州が各々独立した国家として法律をもっていたので、失踪に関しても種々の規定があった。その多くはフランス民法的なものとドイツ普通法ないしドイツ民法的なものであったが、その他の特別な独自の法をもっている州もあった。しかしこれらは1907年12月10日に公布されたスイス民法 Schweizerischen Zivilgesetzbuch によって統一され、これは1912年1月1日より施行されている。スイス民法は死亡の確率が非常に高いもので確実と認めるべき事情のもとに行方不明となった者と、高度の死亡の危険において行方不明となった者及び単に失踪して行方不明になった者とを区別して、前二者については認定死亡 (Todesfeststellung) の制度をとり (スイス民法34条)、後者に関しては失踪宣告 (Verschollenerklärung) の制度をとっている。認定死亡についてのスイス民法34条の規定は、「屍体を見た者のない場合でも、死亡を確実と信じさせる状態のもとにある人が行方不明となったときは、その死亡は証明されたものとみなす。」というのであって、効果は強力であり、完全なる死亡と同一の効果を生じ婚姻は解消し相続も開始するものである。失踪宣告の方はこれに反し、完全なる死亡と同じ効果を生ずるのではなく、ただ死亡によって生ずる権利の主張についてのみ死亡が証明せられた場合と同一の効果を生ずるというのである (ス民38条1項)。身分法上の効果

35) Planiol, op. cit. N° 651. なお厳密に言えばフランス民法87条は死亡推定宣言であり、89条の裁判上の死亡宣告と区別されているが、効果的には大差はない。詳しくは拙稿「死亡について」法学新報70巻10号 803～4頁参照。

36) art. 10, al. 3, (loi du 25 juin 1919)

は（相続権は別として）特別の規定がない限り何等特別の効果を生じない。したがって失踪宣告によって婚姻は当然には解消しないのである。ここでスイス民法は注目される規定をおいた。すなわち、

102条 配偶者が失踪者と宣告せられたるときは他の配偶者は前婚が裁判上解消せられたる場合においてのみ再婚をすることができる。

配偶者は失踪の宣告と同時に婚姻の解消を求めまたは特別の手続でこれを求めることができる。

この手続については離婚の場合に関する規定を適用する<sup>37)</sup>。

したがって残存配偶者は再婚しようと思えば102条によって前婚の解消判決を得て有効な再婚がなし得、前婚を大切にしようと思えばこの手続きをとらなければ前婚はいつまでも存続するのである。この手続きによる前婚解消判決がなされた後では残存配偶者が再婚しなくとも失踪者が帰来した場合前婚は復活しない。この様にして残存配偶者の再婚を前婚の解消と直接結びつけることをしなかったので、残存配偶者の失踪者生存についての善意悪意の問題との複雑な関係を切りはなしてしまった。

イギリスにおいては失踪に関する独自の法律をもたず主として判例の集積によって原則が打ちたてられていた。そして長期の行方不明者の処置としてのリーディング・ケースは7年の不在の間何等音信がない場合に、失踪者は7年期間の最後の日に死亡したものと推定していた<sup>38)</sup>。この原則は他の判例に支えられ今日の立法に影響を与えるところとなった。そして別の判例により単に7年間の行方不明だけではなく死亡の確実性を要するという原則が加えられた<sup>39)</sup>。しかし婚姻に関しては配偶者の失踪によって婚姻は解消せられず、残存配偶者の新しい婚姻はいつでも重婚として無効とされうるのであり、したがってそれはみずからの危険においてのみ締結されうるといふカノン法の立場が貫かれていた<sup>40)</sup>。1950年、婚姻事件法 (Matrimonial Causes Act) がこの問題について新たな規定を加

37) 大谷、前掲 780～1頁による。

38) Doe versus Nepean (Court of King's Bench)大谷、前掲 484～5頁による。

39) Bowden v. Henderson (1854. 7. 17. Court of Chancery)

40) H. Mitteis, op. cit. S. 32.



えて立法的に解決をはかったのである。すなわち従来の判例法の流れを汲んで配偶者が7年間継続して不在であつて生存していると信ずべき理由のないときは、死亡推定の判決を得て後離婚することができることとした。そしてこの場合離婚判決が確定し上訴期間経過後残存配偶者は当然有効な再婚ができるわけであるが、失踪配偶者の帰来の場合についても、中間判決の後、国王代訴人 (King's Proctor) が配偶者の生存を証明すれば、この判決を取り消すことができると定めてある (M. C. Act. s. 16)<sup>41)</sup>。

アメリカでは、配偶者が一定期間 (3年または7年) 不在であつて音信のない場合に、他の配偶者が離婚を求めうるとしている法がある。Connecticut, Vermont, New Hampshire の3州法である<sup>42)</sup>。

#### (ト) わが国の法制—民法制定前

わが国においては、古くは原則として居住移転の自由は認められていなかった。人は土地に密着し、国民の大半であつた農民が土地をはなれることは生活出来ないこと (死) を意味していた。そして法制においても原則として、これは犯罪となり、そのために失踪に関する規定があつても、処罰するための公法的規定がほとんどであつた。その中で婚姻に関する規定を探し出していくと、最も古くは失踪について何等の法制はなく、これが不完全ながらなされたのは大宝令が最初である。この大宝令には失踪に関して逃亡除帳のことがあるが(令義解二戸)これは主として失踪した逃亡者の土地の帰属と租税の関係についての定めであつた。婚姻については、戸令に許婚者 (婚約成立者) と既婚者とを区別して、前者については、理由なく3ヶ月以内に結婚に入らずまたは逃亡して1ヶ月間帰らず、または外藩に没落して (これは掠奪や暴風にあつて外藩に流された場合のみ) 1年帰らないとき、または徒罪以上の罪を犯した場合には、離婚<sup>43)</sup>を請求しうるとし、後者については、外藩に没落した場合とそれ以外の逃亡とに分つて外藩没落者は、子があれば5年、子がなければ3年、逃亡者は子があれば3年、

41) 田中和夫、英米法講義43頁。伊藤正己編、英米法概論 63頁。

42) 宮崎孝治郎、新婚姻法 160頁による。

43) 大宝令では許婚にも法律的効力があつたから「女家欲し離者聽し之」とされている。今日の婚約解消に当る。(大谷、前掲 116頁。)

子がなければ2年帰来しないときには再婚が許される。ここで注意すべきは、戸令には「聽改嫁」とされているので、これらの期間経過によって直ちに前婚解消とするのではなく、再婚を請求してこれを聴許したときにはじめて前婚が解消せられるものと考えられる<sup>44)</sup>。これらは夫の失踪についての規定であつて、妻の失踪には何等の定めもない<sup>45)</sup>。

その後、武家政治時代に入つて徳川時代の中期に至るまで、失踪に関する法令文献は勿論、一般法制についても見るべきものはほとんどない。徳川時代には武士階級の逃亡を「出奔」といい、庶民階級の逃亡を「脱落」<sup>46)</sup>といい、多数で逃亡することを「逃散」といつた。出奔は武士としては最も不忠な行為であり、重大犯罪であつたし、農商民にとつても当時の生産関係から土地への密着は必須事であつたので、脱落は許すべからざる行為と考えられていた。従つて脱落人の婚姻関係には冷い扱いがなされたとみられる規定がある。御定書に「寛保四年極追加一、夫家出いたし行衛不明知候ものの妻外江縁付度旨願出に於ては家出いたし候月より十ヶ月過候はば可縁付旨可申渡」とある。すなわち、夫が行方不明になつて、10ヶ月経過すれば妻は再婚の許可を得て再婚出来たのである。これでは、10ヶ月経過という事で直ちに前婚を解消せしめるというのではなく、妻の方から再婚の儀を願ひ出て、許可があつたときに前婚が解消するのだとみられる<sup>47)</sup>。従つてその手続きを経ないで妻が不義をすれば姦通として処断されたのであつた<sup>48)</sup>。この御定書は大宝令からの沿革によつて定められたものではない。ことにこの規定については御定書以前の慣習法を記載している律令要略（寛保元年）には、関係するものが見当らず御定書成立の過程からみても、全く新たに定められた規定である。従つて大宝令とのつながりは

44) 末川、前掲 208頁。大谷、前掲 117頁。

45) 大谷博士は女子の失踪が極めて稀な事であつたためであろう（前掲同所）といわれ、末川博士は男子だけが一般に納税義務者として人格を認められていたというような事情によることでもであると察しておられる。（前掲同所）

46) 「その事を缺きて散々に落ち行く」といういみで「かけおち」とよむ。今日の意味と異なる。記事条例（十七）によると足輕以下の逃亡も脱落であつた。（大谷、前掲 119頁。）

47) 妻にはみずから離縁する権利は絶対になかつたので、この様な手続を定めたともみられる。

48) 大谷、前掲 139頁。

うすく、この10ヶ月という期間も、失踪者帰来の見込を根拠にするものではなく、失踪者は帰らざるものとして、ただ残存した妻に子が懐胎されている場合を考えて、10ヶ月としたに過ぎない（再婚禁止期間）と考えられる<sup>49)</sup>。

妻が脱落した場合には、夫から三行半（みくだりはん）の離縁状をもって離縁して片附けることが出来たのであるが、武士階級においては妻が出奔したとき何時にても夫は再縁組願を提出することが出来た。この場合、再縁組内慮伺に対し本願書差出の指図が与えられた時に前婚解消の効果が発生した。これに対して、庶民の妻が脱落した場合には、脱落届をなし、脱落帳に記載せられて<sup>50)</sup> から、三十日限六切（30日毎6回計180日）の日限尋<sup>51)</sup> をなし、永尋<sup>52)</sup> となつてから親族から願ひ出て久離帳外（親族関係を絶ち、人別帳から除いてもらうこと）をなし、そしてそこから10ヶ月を経過する迄は夫が離縁をすることができなかつた。（勘要記巻之二）

脱落人は帰来した時、他の関係はさておき婚姻関係に関しては、10ヶ月以上経過して妻が適法に再婚している場合には、もはやその再婚を取消すことは出来なかつた。また、久離帳外の者ならば、家族たる地位をも回復することが出来なかつたのである<sup>53)</sup>。

明治になって、失踪に関して頭初は各地方の慣習に委ねられていた。民事慣例類集の記載によると伊賀国阿拝郡、筑前国早良郡、豊前国企救郡等は何時迄たつても再婚を許さない慣習があつたが、多くは一定期間後（例えば上総国野陀郡は5年、下総国印旛郡は3年3ヶ月、磐城国白河郡は12ヶ月）再婚しようとしていた。ここで注意すべきは、再婚して初めて前婚が解消するのであつて、再婚しなければ（妻に離婚権はなく）ながく前婚は解

---

49) 大谷、前掲 138頁。なお12か月とした例もある（聞訟秘鑑）。詳しくは大谷、前掲 139頁参照。

50) 名主、家主、五人組、親族は届出の義務を負っていた。

51) 脱落人搜索で、一切ごとに奉行または代官に報告し、発見まで5回期間が更新されていく。

52) 日限尋によって未発見の時第2段階としての搜索手続。なおこれらの手続については大谷、前掲 123頁以下参照。

53) 大谷、前掲 145頁。

消しなかったということである<sup>54)</sup>。

明治6年5月15日の太政官布告第112号は、初めて妻に離婚請求権を与えたものとして、わが婚姻史上劃期的なものであるが、それと関連して夫の失踪を離婚原因としてあげたのである。すなわち、同布告は、

夫婦ノ際已ムヲ得サルノ事故アリテ其婦離縁ヲ請フト雖モ夫之ヲ肯ンセス之レカ為メ数年ノ久ヲ経テ終ニ嫁期ヲ失ヒ人民自由ノ権理ヲ妨害スルモノ不レ少候自今右様ノ事件於レ有レ之ハ婦ノ父兄弟或ハ親戚ノ内附添直チニ裁判所へ訴出不レ苦候事

とし、この「己ムヲ得サルノ事故」につき明治7年2月2日太政官指令により、夫の懲役1年以上の処刑の場合と並べて、

一、家ヲ出テ二年ヲ待チテ行衛知レサルトキハ其妻ヨリ己ノ父兄弟或ハ親戚ノ内附添ヲ以テ離婚ヲ訴フルコトヲ得ヘシ

としている。この2年の原則について同年2月20日の太政官回答は、遺妻が生活に困る様な場合には10ヶ月の経過をもって離婚しうるも、再婚するにはやはり2年の経過を要するといっている。妻の失踪について明治6年7月17日太政官回答は「(妻)脱籍後二十四ヶ月ヲ踰テ願出ル節ハ離縁聞届苦シカラス」としていたのにかかわらず、明治8年10月、太政官は「夫ノ存意ヲ以テ離婚届出候ヘハ期限ヲ問ハス直チニ聞届不レ苦候事」と回答し矛盾を示したので、太政官は同9年妻逃亡のときは即座に離婚してよいが失踪の場合には2年待つべきことを示した。しかし、逃亡が単なる失踪と区別することが無理であるので、明治19年5月9日太政官指令によって次の如く定めた。

行方知レサル者離縁ノ義ハ失踪逃亡ノ別ナク総テ二十四ヶ月ヲ過キ、養実又ハ夫妻両親戚協議ノ上願出ル時ハ地方官ニ於テ聞届ケ協議整ハサル者ハ裁判処分ニ任スヘキ儀ト心得ヘシ。但止ムヲ得サル事情アリテ速ニ離縁ヲ要スル者ハ、十ヶ月ヲ過キ両家親戚協議願出ルニ於テハ聞届不レ苦候事。

当時の法制では、一定の期間経過後、相続離婚の請求権等の効果が生ず

54) 大谷, 前掲 167頁。

るのであるから（死亡を推定または擬制してその結果おこるのではない）、失踪者が生還したからといって、直ちに、これらの事実が還元されることはない。ただ、その妻が2年を経過するも尚離婚しなかった場合には帰来者は夫たる地位を回復しえた<sup>55)</sup>。

旧民法では人事編第15章に失踪という規定をもっていたが、これは失踪者の財産管理や相続等の財産関係についてのものであった。そして、失踪宣言をもつも、これは、フランス法の不在宣告の如く、相続人に仮占有を許し遺言状を開披しうる等のことに限られていた。ただ同人事編81条には失踪の宣言を以って離婚請求権発生原因の一としている。すなわち、失踪宣言を以って直ちに離婚となるのではなく、離婚原因たるに止まるとしたのであった。

### Ⅲ 問題点考察

わが民法には失踪宣告の規定は総則編第1章「人」第4節「失踪」として、その25条ないし32条の8ヶ条をおいているが、その25条ないし29条の5ヶ条は不在者の財産管理に関する規定であり、いわゆる失踪に関する規定は30条、31条及び32条の3ヶ条のみである。<sup>56)</sup> 57)

わが民法においては、従来の住所または居所を去った者は不在者であり、その生死不明が一定期間（普通失踪については7年間、危難失踪については1年間）継続するときに、失踪の宣告を利害関係人が請求し（30条）、失踪宣告によって、宣告をうけた者は普通失踪については7年の期間満了の時に、危難失踪については危難の去った時に、死亡したものと「看做される」（31条）。沿革的考察のところでみたごとく、諸外国の法制では死亡の推定に関する制度は多く存在するのである<sup>58)</sup>が、このように死亡の擬制を採って単なる反証（失踪者がある時点まで生きていたとか、なお生存

---

55) 大谷、前掲 171頁。

56) あと、生死不明について770条1項3号が関係する。

57) 現行失踪規定は昭和37年の改正（法40）をうけたものであるが、これに関して失踪一般について詳しくは拙稿、前掲法新70巻9号704頁以下参照。

58) 前述の他、イタリアの推定死亡宣告も同様である（イ民法58条以下）。

しているとか)をもって覆えすことはできないで、宣告の取消を得なければ、失踪者の生存(あるいは異時死亡)を主張できないのである。「推定」される事項はその事実が不明である事が前提される。だから不明でなくなった場合には推定は成り立たなくなるわけである。これに対して「擬制」(みなす)というのは、法律上ある状態を作り出すものである。みなされる事項が実際とは異っていてもよく<sup>59)</sup>、ましてや不明であることを要しないのである。だから反証というものは、この場合意味がないことになる。しかしわが民法の解釈上死亡擬制時点までの生存推定が存すると解せられる<sup>60)</sup>が、この生存推定は反証によって破られる。(このことは失踪宣告をされた者が異時に死亡をした場合、効果がある。)このような強い効力をもつ規定をおいたわが民法は異色であり、人の生死に関しては確定的に取り扱うべしとする要請に即するものとして妥当な態度であるとは考えられるが、もし失踪宣告が事実と反する場合のことを考えるときには、これは弾力的に考えられなければならない。失踪宣告は絶対的效果をもち、すべての法律関係において死亡とみなされ、処理されるのであるが、この制度の趣旨が生死不明者の法律関係に決着をつけて不安定な状態を脱却しようとするものであるということと考えあわせると、必要以上にこの「死亡したものとみなす」効果を強調し、あるいは拡大して解釈する態度は望ましくないと考えなければならない。

失踪宣告が事実と反する場合(失踪者の生還または異時死亡)について民法32条は規定をおくが、これは終局的には不当利得の問題として金銭的に解決せらるべき財産的法律関係を中心にして考えられていることは明らかで、一步退いて全法律関係に適用されるものであるとしても、復元解決が本質的には不可能といってよい身分関係についてまで同列に取り扱おうとする解釈には疑問をすてることはできない。スイス民法が死亡宣告の効果も財産関係だけに限定して、婚姻関係については残存配偶者みずからの

59) 異っていても同じ様に扱いたいから「みなす」場合がある。民法86条3項、無記名債権ハ之ヲ動産ト看做ス

60) 詳しくは拙稿、前掲 721頁。cf. Soergel-Siebert, op. cit. SS, 147~148.

離婚をもって解消することとしたのは、上述のごとき理由からであろうと思われる。そしてまた、失踪宣告の請求者は単に「利害関係人」とされ、それが狭く解されようとしていても<sup>61)</sup>、思わざる所からの請求によって失踪宣告が下されれば、残存配偶者は突然みずからの意思と関係なく婚姻解消を来たし、みずからは失踪配偶者の帰来を信じて待っているにもかかわらず、もはや夫婦ではなくなっているというおかしな結果を招来するわけである。このようなことが易々と許されるような解釈を行なわなければならないのだろうか。

このように考えて来ると、多くの学説<sup>62)</sup>の指摘のごとく民法総則は財産法総則であって身分法には適用されるものではないという原則を採って、婚姻に関する失踪の効果は、夫婦は配偶者である前に人である、そこで人の失踪に関する規定によって死亡したものとみなされた配偶者は、身分法によって婚姻解消という効果につながると考えるのが妥当である。

ここで失踪者が帰来して失踪宣告の取消があった場合、失踪者が婚姻関係にあったとして、この婚姻はどうなるかという問題を考えなければならぬ。この婚姻は失踪宣告が失踪者を死亡したものとみなすことによって解消せしめられたわけである。その失踪宣告が取消されるということは人が生きている（あるいは異時に死亡するまで生存していた）という事実によって擬制をやめるということである。したがって、すべての関係は生存という範囲で復活しなければならないわけである。民法は人としての関係をみて32条1項をおいたのであるが、同但書及び同条2項は、財産関係の主体としての人を考えておいた規定である。だから婚姻関係にはこの32条は直接適用はなく、後述のごとく善意悪意の区別なく前婚は宣告の取消によって復活するのが原則である<sup>63)</sup>。そして、注意しなければならないこと

61) 拙稿、前掲 717～9頁参照。

62) 例えば中川善之助、民法大要（下）5頁以下。柚木、前掲 162～3頁。

63) このことはたとえ残存配偶者がみずから姻族関係終了届および復氏届をした後でも、善意ならば姻族関係終了の効力を變じないから婚姻は回復しないと解すべきではなく、再婚せぬかぎり婚姻は回復するとなすのが妥当であろうとされる説もある。谷口編、前掲 293頁。なお本文と大体同旨小池、前掲 757頁。

は、残存配偶者がその後再婚しても、同じであると解さなければならないことである。なぜならば、再婚は失踪宣告の存在によって前婚が解消されていることが前提とされている。その前提が宣告の取消によって覆えされたのであるが、再婚それ自体はその前提である死亡擬制による前婚解消の時点において締結せられたものであり、有効であると解さなければならない<sup>64)</sup>。そして、そのことは前婚の解消に条件づけられていても、前婚解消はドイツ新婚姻法38条2項及びフランス民法139条の解釈上の結果のごとく、再婚の締結に条件づけられているものではなく<sup>65)</sup>、失踪宣告それ自体の効果であるので、宣告の取消によって完全に復活せしめられたとみることができる。するとこの場合には、有効な再婚と復活存続する前婚とは競合し、重婚状態が生ずるのである<sup>66)</sup>。

有力説の多くの論者は再婚当事者双方の善意の場合と悪意の場合（失踪者の生存について知らないか知っているかによって区別）とに分ち、（32条1項但書により）効力を二分する。すなわち前の場合にはその再婚の効力は変わらないので、これと両立しない前婚は復活せず解消したままである<sup>67)</sup>とし、後の場合には前婚は復活して再婚は重婚となって取り消されうるとするもの<sup>68)</sup>と、悪意再婚は当然失効して、前婚が復活する<sup>69)</sup>との2

64) 論理的には、新婚の双方当事者が失踪者の生存について悪意の場合は、この基礎を欠き失効すると解すべきであろう（末川、前掲 234～5頁）かと思われるが、後述のごとく善意悪意によって失踪宣告の効果が左右される事は理論上妥当でなく、また民法上婚姻の無効原因は限定的に定められ、かかる場合はあげられていない(742条)し、救済は他に求めて解決されうるので採らない。

65) 再婚によって前婚関係は絶対的に解消するとされるのは、末川、前掲 232頁。小池、前掲 759頁。

66) 重婚となっても善意をもって再婚したるものは取消しえぬとされるのは、仁井田益太郎、民法総論第1冊160頁。

67) 穂積、前掲法協27巻11号1825頁。松坂佐一、民法提要総則88～9頁。舟橋諒一、民法総則42頁。吉田久、改訂日本民法論総則編95頁。石田文次郎、現行民法総論104～5頁。石本雅男、民法学講義第1巻136頁。吾妻光俊、民法総則42頁。我妻、前掲111頁。末川、前掲233頁。宮崎、前掲演習I、51頁。大谷、前掲 614～5頁。

68) 穂積重遠、親族法284頁。吉田、前掲同所。宮崎、前掲 52頁 及び新婚姻法113～4頁。小池、前掲 760頁。大谷、前掲 613頁。

69) 末川、前掲 235頁。同旨松坂、前掲 89頁。



説に分れている。善意を要件とする場合にも婚姻は契約であるということ  
を根拠として、昭和13年2月7日の大審院判例（民集17巻1号59頁以下）  
に従い善意は当事者双方に要するとする説<sup>70)</sup>が多数であるが、当事者一  
方のみにて行為は絶対的に有効とされる説もある<sup>71)</sup>。失踪と婚姻に関し  
て当事者の善意悪意を有効要件としている法制がある（例えば前述ザクセ  
ン民法、ドイツ新婚姻法38条1項）が、次のごとき理由から私は善意悪意  
の区別を不要と考えるのである。失踪者の生死不明というのは裁判所及び  
宣告請求者において生死が不明であることをもって足りる<sup>72)</sup>のであるから、  
最初から悪意の者も存在する可能性はあるが、宣告後それまで善意で  
あった者が悪意に変ずる場合もあり、この区別は規定ではなされずにおい  
て、しかも再婚締結の際悪意であるかどうかによって、裁判所のなす失踪宣  
告というものの効力が、事後にこのような当事者の容態によって変更され  
るということは、宣告の性質より妥当でないこと明らかであるからである。  
しかも論者は善意者の保護をとえ、旧通説のごとき重婚説をみとめえな  
いというのである<sup>73)</sup>が、重婚説においては再婚は民法743条、744条で取  
消されるべき状態にあるが、ここで新婚当事者及び帰来た失踪者（前婚  
配偶者）との三者の協議によって、前婚あるいは再婚につきいずれかを存続  
しいずれかを協議離婚するように話し合い、そのことによって当事者の最  
も望まれる再婚をなし、あるいは前婚を維持しようとするのであるから、人  
の意思を最も重要とする身分関係の問題解決として最も望ましい形の解決  
方法ではないかと考えられる。配偶者の生死不明による離婚請求(770条1

70) 末川，前掲 234頁。宮崎，演習Ⅰ，52～3頁。仁井田，前掲同所。穂積，改訂206～7頁。吉田，前掲，94頁。松坂，前掲 88～9頁。吾妻，前掲同所。石田，前掲 105頁。鳩山秀夫，増訂改版日本民法総論128頁。我妻，前掲同所（婚姻についてはやや問題とされる）。

71) 柚木馨，「失踪宣告後其の取消の契約の効力」（前掲判例の批評）民法法雑誌7巻6号176～8頁。同，判例民法総論上巻267頁は「契約においては当事者双方の善意を要すると解せざるをえない」とされるが，立法論としては一方の善意で足りるものとされている（同268頁）。疑問とされるのは近藤英吉，民法要義53頁。なおドイツ新婚姻法38条1項但書は一方悪意でも有効としている。

72) 鳩山，前掲 122頁。

73) 我妻，前掲同所。舟橋，前掲同所。宮崎，前掲演習Ⅰ，51頁。

項3号)が可能であるのにそれもなまじに失踪者の帰来を待ち、7年経ってみずからの意思では請求しなかった失踪宣告(他の利害関係人より請求されたもの)で前婚との関係を法律上断たれた残存配偶者が、やむなく再婚した場合などは、なお強い前婚への愛着が考えられ、この話し合いの意味が最も生きてくるのであろう。そしてこの話し合いが不調の場合は検察官より重婚を事由として再婚取消の請求(民法743条、744条、732条)が出されるが、それに不服の者は重婚の存在によって婚姻を継続し難い重大な事由あるものとして(民法770条1項5号)前婚の裁判上の離婚を請求すること<sup>74)</sup>によって解決しうるものである<sup>75)</sup>。また子供のことを考えるとドイツ新婚姻法40条のごとき規定をにおいて取消された婚姻についての子の保護を考える方法が参考とされる<sup>76)</sup>が、わが民法748条が婚姻の取消の効力の不遡及を定めており、これによって嫡出子たる地位をその子が保有しうるので、ここから救済が考えられるのである。善意者の保護は財産関係に関しては重要なことであるが、婚姻においては何をにおいても当事者の真意のある所に落着かせることが最も重要事である。このように解することももっとも当事者を保護する精神をもち、単に善意者であることの保護よりも大切な真意のある所に落着かせようとする意図に富んでいるといわなければならない<sup>77)</sup>。

そして、認定死亡の場合と失踪宣告の場合と、その取消がなされるときにはいずれも同じ状態の回復が望まれるのであるから、これを別異に取り扱った民事局の態度(前述Ⅰ参照)は問題である。認定死亡の効力は結局死亡推定の効力しかないが、實際上短期の失踪宣告がなかった時代にその代りをつとめたという事実より、本質論としては問題はあるが取消の場合には同じ取り扱いの方が妥当である。財産関係については戸籍法に認定死

74) 重婚に関して、失踪者の生存について悪意のときは不貞(770条1項1号)によって前婚も取消しうるとされるのは宮崎、前掲新婚姻法 114頁。

75) 同旨堀内節、「失踪宣告取消の婚姻に及ぼす効果」中大七十周年記念論文集 547頁以下。中川編、前掲 123頁。

76) ザクセン民法(1863年)1749条にも同じような規定がある。(Ⅱ、(ハ)参照)

77) 反対。我妻、前掲同所。

亡の取消についての規定を欠くため、善意者保護の規定を与えようとして民法32条の類推適用を認めようとする<sup>78)</sup> のには賛成するが、少くとも婚姻関係他純粹の身分関係については善意悪意を問わず前婚と再婚とは重婚となると解し、認定死亡の取消も失踪宣告の取消と全く同じように考えて差しつかえないと考えられる。

次に、失踪宣告が失踪者の帰来によって取消された場合にすでに残存配偶者の再婚が解消せられているときはどうかという、もちろん前婚は宣告の取消によって復活していると考えなければならぬわけなので問題はないと思う。これについて善意悪意を区別する説では、再婚が善意の場合には前婚は復活しないとされるので、両婚とも解消して白紙になっているという結論<sup>79)</sup> が得られるはずであるが、前婚は(ドイツの相対的婚姻禁止の理論でもって)復活しなければならないとされる<sup>80)</sup> のは妥当でないと思われる。卑見のごとく考えるならばこの場合も望ましい結論へ自然に導かれているといえよう。

第三の婚姻を残存配偶者がした場合、失踪者が帰来して失踪宣告の取消があったときは、再婚の場合と同様となる。しかしいわゆる有力説は当事者の善意悪意の問題をからませて、非常に複雑なこととなって疑問を生ずる結果を招来しているのである<sup>81)</sup>。

次に、失踪者自身の再婚が失踪宣告の取消の結果どうなるか問題とされるが、失踪者は帰来して宣告の取消を得てこれが確定すれば完全なる生存人であるから、通常の人と区別する何ものもない。卑見によれば前婚が完全に復活するのでそれに復帰しうることとなるわけである。

#### Ⅳ お わ り に

結局、失踪宣告の取消と婚姻との関係については、わが民法は諸外国のごとききめの細かい規定を欠き問題が複雑化されて来たのであるが、解釈

78) 池田, 前掲 103頁。宮崎, 前掲演習Ⅰ, 57頁。我妻, 前掲 113～4頁。

79) 小池, 前掲 759頁。末川, 前掲 232頁。

80) 大谷, 前掲616頁。

81) 小池, 前掲759～760頁。

上においてこれを解決すべき問題であり、以上のごとき立場で考えていくのが最も妥当であろう。ただし立法論的には充分考慮を払う必要があり、認定死亡制度と失踪宣告制度が、一方は手続法上の規定として、他方は実体的規定として同じような問題を取り扱うという従来の態度に検討を加える必要がある<sup>82)</sup>。スイス民法のごとくに失踪宣告後の離婚を立法論的に主張する説<sup>83)</sup>もあるが、前婚について解消を望むならば、わが民法においても770条1項3号で、3年以上の生死不明の場合には裁判上の離婚が請求できるのであるからその要はないと考えられ、しかも失踪宣告にこのような効力を与えることは失踪宣告の意味を変えるものであり、直ちには賛成しかねる。そしてまた、ドイツ失踪法およびドイツ新婚姻法のごとき規定を要するとの考え方についても、ドイツ新婚姻法には前述(Ⅱ(ニ))のごとき批判<sup>84)</sup>もあるので、そのまま導入することはどうであろうかと考えられる。外国の法制を導入するには部分的になされることは危険であり、全般的な考慮が払われることが必要であることはいうまでもない。このような立法的解決がなされるまでもなく(将来抜本的になされるのは望ましいことではあるが)、かえって規定の不備は認めつつも現行法の正しい解釈で解決されていくのではあるまいか。

---

82) 拙稿、前掲論文参照。

83) 中川善之助編、法律学演習講座民法(上)61頁。

84) Enneccerus-Kipp-Wolff, op. cit. S. 511.