HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	「法律上の婚姻」とは何か（2） ： 日仏法の比較研究
Author(s)	大島, 梨沙
Citation	北大法学論集, 62(3), 224[1]-186[39]
Issue Date	2011-09-30
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/47250
Type	departmental bulletin paper
File Information	HLR62-3_004.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

論　　説

「法律上の婚姻」とは何か（２）

―― 日仏法の比較研究 ――

大　島　梨　沙

目　　次

序論　（以上、62巻１号）
第１部　法律上の婚姻＝正統な結合
　第１章　国家が承認したという正統性
　　第１節　フランス：承認主体としての教会と国家
　　　第１款　カノン法上の婚姻：カトリック教会が承認した結合
　　　　第１項　カトリック教会による管轄
　　　　　１　教会での挙式
　　　　　２　教会裁判所による有効性の判断
　　　　第２項　カノン法による定義
　　　　　１　夫婦一体・解消不能：秘跡
　　　　　２　交接・生殖のための結合
　　　第２款　民事上の婚姻：国家が承認した結合
　　　　第１項　世俗国家による管轄
　　　　　１　役所での挙式
　　　　　２　世俗裁判所による解消可否の判断
　　　　第２項　民法による定義
　　　　　１　男女の組合・解消可能：厳粛な契約
　　　　　２　子の養育のための結合
　　　第１節小括　（以上、本号）
　　第２節　日本：承認主体としての国家と社会？
　第２章　他とは違うという正統性
第２部　法律上の婚姻＝法的な結合
結論

第１部　法律上の婚姻＝正統な結合

日本における「法律上の婚姻」、すなわち「現行法の定める手続的要件であるところの届出を了した婚姻」（定義φ）は、一方で、「正統な結合」という意味（意義α）で用いられることがある。第１部では、この観点から「法律上の婚姻」を分析していくが、はじめに、本稿での「正統な結合」の趣旨を述べておく必要があるだろう。

「正統」という言葉には、「①正しい系統。正統の血統。②伝統・しきたりを正しく伝えていること」[1]という意味がある。つまり、「正統」という言葉は、先代から続く何らかの流れの存在が前提となっており、それを「正しく受け継いでいる」ということを意味する言葉といえる。これを「法律上の婚姻」の文脈で言うならば、先代から続く「血筋」や「家業」、「祭祀」といった何らかの流れを「正しく受け継いでいる」結合、さらに具体的には、「そこから生まれる子どもが正しい後継者とされる結合」を意味することになり、この点を指して「正統な結合」と呼ぶことになる。なお、「結合」という言葉は、「結び合うこと。結び合わせて１つにすること。その結びつき」[2]と一般に説明されるが、本稿では、その中でも、人と人との結びつきを指す（性的関係を含意する）ものとして用いることとする。

以上を踏まえた場合、「法律上の婚姻」が「正統な結合」という意味で用いられる典型例として、非嫡出子相続分合憲判決[3]が挙げられるのは、ある意味で当然のことといえよう。同判決で用いられていた「法律婚主義」という言葉は、「婚姻の成立要件を法律が定める主義」（定義φに基づく理解）ではなく、「正統な結合を法律が定める主義」（意義αに基づく理解）という趣旨であると考えなければならない。つまり、同判決は、「法律上の婚姻」をした配偶者から生まれた嫡出子の相続分と、「法律上の婚姻」をしていない者から生まれた非嫡出子の相続分との差異を、「正統な結合」から生まれたか否かで合理的に区別しているものとして、

[1] 新村出編『広辞苑（第６版）』（岩波書店、2008年）。
[2] 同上。
[3] 本稿（１）・北大法学論集62巻１号（2011年）192頁で言及。

正当化したものと思われる。別の角度から言えば、同判決のいう非嫡出子相続分規定の立法趣旨であるところの「法律婚の尊重」は、「正統な結合の尊重」と読み替えることができるといえよう。

では、「法律上の婚姻」は、なぜ「正統な結合」なのだろうか。２つの答えが考えられる。第１に、（当事者らが合意しただけでなく）**国家が承認した**結合であるから、「法律上の婚姻」は「正統な結合」なのだという答えがありうる。この場合、なぜ国家が承認をすると「正統な結合」になるのか、なぜその必要があるのか、なぜそれを「法律上の婚姻」と呼ぶのかということが検討されなければならない（第１章）。第２に、それ以外の結合（正統でない結合）との**何らかの違い**があるからこそ、「法律上の婚姻」は「正統な結合」なのだという答えがありうる。この場合、「正統」と「非正統」とを分けるものは何か、なぜ「法律上の婚姻」だけに「正統」とされるものが備わっているのかを検討しなければならない（第２章）。それぞれの点について、フランス法を鏡として参照しながら、「法律上の婚姻」はどのような意味で「正統」なのか、考察することにしよう。

第１章　国家が承認したという正統性

「国家が承認した」という観点から見た場合、今日のフランスの「婚姻」（mariage）も、それを承認している主体が「国家」（État）であり、「正統な結合」（union légitime）と位置づけられているといえよう[4]。この点だけを見れば、フランスの「婚姻」と日本の「法律上の婚姻」は、同じ特徴を有しているように思われる。しかしながら、「婚姻」の正統性を「国

[4] 今日のフランスでは、もはや嫡出子（enfant légitime）と自然子（enfant naturel）の区別が存在しないため、婚姻も “union légitime”（正統な結合）ではなくなったと考える余地があるが、この点の考察は本稿第１部第２章において行う。なお、“légitime” という言葉は、法や衡平などに合致する（よって正しい）という趣旨（*Le Petit Robert de la langue française*, Le Robert, 2008）であるため、日本語の「正統」とはニュアンスが異なる。

家」が付与するという前提は、フランスでは決して自明のものではなかった。過去何世紀にも亘って、「婚姻」を承認する主体は「カトリック教会」（Église catholique）であったからである。このカトリック教会による婚姻支配を経験していたか否かは、日仏の「国家が承認した」ということに見出す意味の相違につながっているように思われる。

第1節　フランス：承認主体としての教会と国家

フランスにおいて、国家が婚姻の承認主体となるためには、従来カトリック教会が絶大な影響を与えてきた婚姻を「世俗化」（laïcisation, sécularisation）するという多大な努力が必要であった[5]。この結果として作り出されたのが、国家が主体となって承認する「民事上の婚姻」（mariage civil）である。これに対して、国家以外の宗教権力が承認する婚姻を一般に「宗教上の婚姻」（mariage religieux）と言うが、本稿では、その中でも、歴史的にフランスで絶大な影響力をもった宗教、すなわちカトリックに着目し、カトリック教会が承認した婚姻を「カノン法上の婚姻」（mariage canonique）と呼ぶことにしたい[6]。この「宗教上

[5] こういったフランスにおける婚姻の歴史の概要については、Romuald Szramkiewicz, *Histoire du droit français de la famille*, Dalloz, 1995 ; Jean Imbert, *Histoire du droit privé*, PUF, 1996 ; Anne Lefebvre-Teillard, *Introduction historique au droit des personnes et de la famille*, PUF, 1996 ; Jean Bart, *Histoire du droit privé*, Montchrestien, 1998 ; Marie-Hélène Renaut, *Histoire du droit de la famille*, ellipses, 2002 ; Denis Alland et Stéphane Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003, v. Mariage ; Laurent Pfister, *Introduction historique au droit privé*, PUF, 2004 ; Jean-Philippe Lévy et André Castaldo, *Histoire du droit civil*, 2e éd., Dalloz, 2010参照。

[6] カノン法とは、カトリック教会により形成された法のこと（のみ）を指すのに対し、教会法と言えば、プロテスタント教会によるものを包含することになる。歴史的に、カトリックが主たる宗教であり続けてきたフランスを検討対象とする本稿では、「教会法」ではなく「カノン法」を扱うことにする。カノン法については、Adhémar Esmein, *Le mariage en droit canonique*, tome 1, 2e éd., Recueil Sirey, 1929, tome 2, 1935 ; Jean Gaudemet, *Le droit canonique*, Cerf, 1989 ; Alain Sériaux, *Droit canonique*, PUF, 1996. また、日本人に向けた教会法概説として、

の婚姻」、その代表たる「カノン法上の婚姻」は、「民事上の婚姻」が確立した後も消滅したわけではなく、今日のフランスにおいても「民事上の婚姻」と並立して存在しているものである。

では、国家が承認する「民事上の婚姻」は、カトリック教会が承認する「カノン法上の婚姻」と比べて、どのような点が異なり、どのような特徴を有するのであろうか。この点を理解するために、まず、「カノン法上の婚姻」がどのようなものであるかを確認する（第１款）。そのうえで、その「世俗化」の努力の結果が「民事上の婚姻」にどのように現れているかを検討する（第２款）。

第１款　カノン法上の婚姻：カトリック教会が承認した結合

以下で「カノン法上の婚姻」を概観する前に、カトリックの文化やカノン法に通じていない我々の場合、基本事項を確認しておく必要があろう。そもそも、「カノン法上の婚姻」の承認主体である「カトリック教会」とは一体何か。カトリック教会は、世俗の国家とは異なる目的をもった主体である[7]。すなわち、目に見えないキリストの救いの業を、見える形で続けていくことによって、神と人々とを結びつけ、聖化し、来世において永遠の幸福を得ることができるようにする（人々を救済する）ことを目的とする。この目的のために、キリストによって作られたとされる、カトリック教会とは、ローマ教皇を頂点とした独自の階級・体系を有する聖職者の組織[8]と信者を総称する信仰共同体である[9]。このカトリック

ホセ・ヨンパルト『教会法とは何だろうか』（成文堂、1997年）。なお、カノン法とは異なるプロテスタント教会法の生成については、藤田貴宏「カノン法と教会法―プロテスタント教会法学の生成―」獨協法学73号（2007年）190頁参照。

[7] カトリック教会と世俗国家との違いについて、差し当たり、ホセ・ヨンパルト「教会法と国家法―教会法の国際性を中心にした入門的な考察―」上智法学論集24巻特別号（1980年）191頁。

[8] 当初から体系立っていたわけではない。グレゴリウスの改革（11世紀中葉から12世紀初頭）により、教皇首位権が確立され、権力の中央集権化がなされた。教会組織の詳細については、Jean Gaudemet, *op.cit.*, p.63 et s. 参照。

[9] なお、フランスには、フランス・カトリック教会（Église gallicane）があり、

教会は、聖書の教えに加え、司教が決めた規則・公会議での決定・ローマ教皇の教令等（広義のカノン法[10]）によって、聖職者および信徒に一定の規律を課すことになる。このようにして形成されたカノン法において示されている婚姻を、本稿では「カノン法上の婚姻」とする[11]。

以上を前提としたとしても、カノン法は、単なる１宗教団体内部の規律にすぎず、法学上扱うに足りないのではないかと思われるかもしれない。しかし、歴史的に見れば、カトリック教会の影響力はとても「１宗教団体」との評価に当てはまるものではない。特に、フランスでのカトリックの影響は看過しがたいものがある。その影響力が強まったのは、ローマ帝国が崩壊し、世俗権力が衰退する一方で、フランス地域内部でカトリック信徒が増加するようになった頃からである。その後、12世紀から15世紀にかけて、教会組織が整備され、カノン法学が発達して、カトリック教会が婚姻を独占的に支配した[12]。カノン法が発達させた法技術や法解釈は、婚姻の分野にとどまらず、その後の世俗法にも大きな影響を与えている。「もしキリスト教がなければ、現代の法学と法哲学は、

ローマ教皇庁からの独立性が高い（世俗君主との距離が近い）という特殊な伝統がある。

[10] これに対して、狭義のカノン法とは、カノン法典などの実定法のみを指す（聖書などの神法を含まない）。

[11]「カノン法上の婚姻」は、ローマ法やゲルマン諸部族法の影響を受けるなど、時代によって変化しており、たとえば15世紀の「カノン法上の婚姻」と、今日の「カノン法上の婚姻」は同一とはいえない。本稿では、時代が変化しても変わらない部分を「カノン法上の婚姻」と捉えることに努め、時代によって違いが見られる部分についてはその旨を明示するようにした。なお、本稿の目的は厳密なカノン法研究ではなく、「民事上の婚姻」との対比のために、その要素を把握しようとするものにすぎない。よって、本稿での「カノン法上の婚姻」に関する記述は、ラテン語で書かれたカノン法の原典に基づくものではなく、フランス語で書かれたカノン法の教科書・論文や、カノン法に関する先行邦語業績に基づくものである点もお断りしておきたい。

[12] とはいえ、この時代においても、婚姻の財産的効果については世俗法の管轄であった点には注意を要する。つまり、夫婦財産制や相続制度は、世俗法によって規律されていたのである（Adhémar Esmein, *op.cit.*, tome 1, p33-34, p.38-39, p.65ほか）。

けっして同じ内容のものではなかったであろう」[13]と言えるほど、カノン法は法として成熟したものであった。よって、「カノン法上の婚姻」は、法学論文で扱うに足る対象であるどころか、婚姻を法学的に検討する場合には避けては通れない対象である。

これらを踏まえたうえで、本題に入ろう。「カノン法上の婚姻」の最大の特徴は、婚姻を「秘跡」（sacrement, *sacramentum*）の１つとする点である[14]。秘跡とは、イエス・キリスト自身が定めたものであるとされ、神の恩恵を示すとともに、それを与えるしるしである。見えない恵み、すなわち神の恩恵（「秘」）が与えられるが、その方法は目に見える形（「跡」）で行われるという意味で、「秘跡」と訳されている[15]。婚姻が7つある秘跡（洗礼、聖体、婚姻、叙階、堅信、告解、病者の塗油）の１つであることは、1983年に公布された新カノン法典（以下、これを「現行カノン法典」とする）[16] Canon 1055（1055条という趣旨、以下、Canonで表記する）においても、表明されている。

婚姻を秘跡とすることによって、婚姻事項に対するカトリック教会の管轄権を正当化することが可能になる。つまり、今日においても、フランスでは、婚姻によって秘跡を授けられたいと考えるカップルは、「民事上の婚姻」では足りず、「カノン法上の婚姻」をしなければならない。こういったカトリック教会による婚姻管轄のあり方について、第１項で考察する。続いて、秘跡の１つであるところの婚姻とは、カノン法上、

[13] ホセ・ヨンパルト「宗教と法―キリスト教のパースペクティブから―」法哲学年報2002年17頁。

[14] カノン法学においても、婚姻がもつ「契約」性については古くから指摘されているが、「秘跡」の要素を否定する見解はカトリックでは見られない。これに対し、プロテスタントは、婚姻を「秘跡」と性質決定することを拒絶する。

[15] ヨンパルト・前注（６）34頁。

[16] 1917年に旧教会法典が公布されたが、1983年の新教会法典の発効によって、旧教会法典は廃止されたため、現行カノン法典は1983年のものとなる。この現行カノン法典については、日本カトリック司教協議会教会行政法制委員会訳『カトリック新教会法典』（有斐閣、1992年）を参照した。本稿で同法典の条文を引用する場合は、本書の訳に拠る。

一体どのようなものとして位置づけられているのか。「カノン法上の婚姻」の定義を第２項において確認する。

第１項　カトリック教会による管轄

カトリック教会は、一方で、「カノン法上の婚姻」の成立に関与することによって、「カノン法上の婚姻」を管轄する（１）。他方で、一度成立した「カノン法上の婚姻」の有効性を判断するのが教会裁判所であり、その判断の根拠となるのがカノン法であることも、カトリック教会による管轄という観点からは重要である（２）。

１　教会での挙式

今日の我々は、「カノン法上の婚姻」を成立させるためには、カトリックの教会において司祭の前で挙式を行う必要があるのだろうと考えやすいのではないだろううか。しかしながら、教会での挙式が厳格に求められるようになったのは、カノン法の長い歴史からすれば、比較的新しい時期のことである。「カノン法上の婚姻」を成立させるにあたって、一番本質的な要素は、当事者による婚姻に対する同意（consentement）の交換である[17]ため、挙式の事実は必ずしも必要とはされていなかったのである[18]。

---

[17] 現行カノン法典においても、「（１）婚姻は、法律上能力を有する者の間で適法に表示された当事者の合意（*consensus*）によって成立する」（Canon 1057）と規定されている。ところで、当事者の婚姻に対する同意によって婚姻が成立するとしたのは、カノン法に特殊なことではなく、ローマ法もまたそうであった（Marie-Hélène Renaut, op.cit., p.22-23 ; Laurent Pfister, op.cit., p.11, etc.）。ただし、カノン法では、夫婦となる際の当事者の最初の同意が終局的に婚姻を形成するとした点に特徴がある。従って、婚姻の期間中に、夫婦の一方が婚姻継続に対する意思をもたなくなり、婚姻に対する同意が崩れた場合であっても、婚姻は存続することになる（Philippe Malaurie et Hugues Fulchiron, *La famille*, 2e éd., Defrénois, 2006, p.58）。

[18] Jean-Philippe Lévy et André Castaldo, *op.cit,* p.122-123 ; Adhémar Esmein,

この状況を変化させ、「カノン法上の婚姻」の成立に、教会での挙式という手続的要件を課したのは、トレント公会議（1545年～1563年）においてであった（1563年のタメットシの教令）。すなわち、婚姻前の婚姻公示（予告）、婚約者の一方の住む小教区の主任司祭の前での挙式、２名ないし３名（最低２名）の証人の出席、新郎新婦の署名が必要とされた[19]。これらが伴わない場合、当該婚姻は無効となる。挙式が行われた旨は、教会の教区簿冊に記録されることになった[20]。

教会での挙式は、あくまでも、当事者による同意の交換が行われたことを、司祭や、証人や、列席者らが見届けるためのものであり、「カノン法上の婚姻」の成立にとっての一番重要な要素が、当事者による婚姻に対する同意の交換であるという前提自体は変わっていない[21]。司祭が教会での挙式において、「カノン法上の婚姻」を成立させるわけではないのである。

では、なぜ挙式が求められるようになったのだろうか。このような形式的要件が課されることになったのは、「内密の婚姻」（marriage clandestin）に対抗し、婚姻の公示性を担保して夫婦の婚姻に対する同意の証明を容易にするためであった[22]。「内密の婚姻」とは、両親からの

---

op.cit., tome 1, p.198 et s. etc.. なお、1215年の第4回ラテラノ公会議において、婚姻成立の手続に関する布告が出されたが、これに対する違反は、婚姻を無効にするものではなかった。

[19] 今日でも、この形式的要件は（細部に変化が見られるが）基本的には同じである。現行カノン法典は、Canon 1063～1072に挙式前に行われるべき事柄を、Canon 1108～1123に挙式の方式を定めている。

[20] それ以前は、一般的に、婚姻の登録は行われていなかった。なお、この記録は、1579年のブロワの王令により、年に一度、王立裁判所の書記課に提出することが司祭に義務づけられた（Jean-Philippe Lévy et André Castaldo, *op.cit*, p.35, p.125）。婚姻の形式と登録に、世俗権力が利害を有していたことが、ここからも感じられるといえよう。

[21] この点を指摘するものとして、Thierry Revet, De l'ordre des célébrations civile et religieuse du mariage (articles 199 et 200 du Code pénal), *JCP G*, I. 3309 ; Jean-Philippe Lévy et André Castaldo, *op.cit.*, p.124.

[22] Marie-Hélène Renaut, *op.cit.*, p.26 ; Anne Lefebvre-Teillard, *op.cit*, p.169ほか多数がこのように説明する。

同意も得ず、立会人も婚約の公表もなしにただ当人同士で相互に同意を与えるだけで結ばれた婚姻のことであり、絶対王政へと転換していく16世紀に、このような婚姻に対する否定的な評価が高まっていた。とりわけ、フランス王フランソワ１世は、「内密の婚姻」に対抗するため、前述のトレント公会議において、両親の同意を婚姻成立の要件とすることを強く主張していた。というのも、周囲に黙って行われる「内密の婚姻」は、身分違いの者同士での婚姻を助長するものであって、身分制の維持に利害をもつ世俗絶対君主にとって不都合であったからである。だが、トレント公会議は、王の意向に反し、両親の同意を要件とはしなかった[23]。あくまでも当事者の意思を重視するカトリック教会は、両親の許可のない婚姻に関して、依然としてその有効性を認めたのである。この教会と国王との利害の対立は、やがて「民事上の婚姻」を生み出すに至る。

以上のように、教会での挙式は、婚姻成立の証明手段として、絶対王政への転換という世俗社会の変化を受けて、不可欠になったものにすぎない。カトリック教会にとって重要であり続けてきたのは、婚姻無効の判断権限の方であったといえよう。

２　教会裁判所による有効性の判断

カトリック教会は、単に「カノン法上の婚姻」の成立（の儀式）を取り仕切るだけではない。一度成立した「カノン法上の婚姻」が有効であるか無効であるかを判断するのも、カトリック教会が設けた教会裁判所であり[24]、その判断は、カノン法に基づいて下される。このことは、「民

[23] これに対し、フランソワ１世やその後の王たちは、公会議が出したタメットシの教令をフランスで承認することを拒否し、独自に一連の王令を出した。例えば、1579年のブロワの王令は、教会が出したタメットシの教令によって課された要件に加えて、挙式時に「４人」の証人の出席が必要とし、さらに両親の同意を要件とした。このため、カノン法的には完全であっても王法としては無効な婚姻が出現することになった。ここに、婚姻に対する王権の影響力の増大が表れている。

[24] 教会裁判所は、カトリック教徒の争いを収め、カトリックの教えを遵守さ

事上の婚姻」が確立する以前の段階に着目するならば、何が有効な婚姻なのかを判断する権限、すなわち婚姻とは何かを一般的に定義する権限がカトリック教会に存したことを意味する。カトリック教会が婚姻を支配したと言われる所以はここにある。

カノン法によれば、婚姻が無効となりうるのは、婚姻障害がある場合、および当事者の同意に瑕疵があった場合である[25]。ただ、無効原因がある場合でも、（ローマ法のように）当該婚姻を私的に無効にできるものとはせず、教会裁判所によって無効と宣言されたもののみが無効であるとした。現行カノン法典も、「婚姻は法律の保護を受ける。したがって、疑義の存する場合には、反対の立証がなされるまで婚姻は有効であると推定される」（Canon 1060）と規定する。ただ、無効と判断された場合、その婚姻は、当初から無効なものであったことになる。一度成立した婚姻が無効判断の時点から失効するであるとか、遡及的に失効するというわけではない[26]。

ところで、婚姻障害に該当する婚姻であっても、司祭や教皇が特別に免除を与えた場合は、当該婚姻の有効な成立が可能である（Canon 1078）。免除は実質的要件の不備に関するものであるが、他方で、手続的要件に不備があった婚姻についても、それを「有効化」して、秘跡と認めることも行っている（Canon 1156以下）。以上のような、さまざまな手法を用いて、無効な婚姻をできるだけ減らそうとするのがカトリック教会の立場である[27]。

では、カノン法上、有効な婚姻とはどのようなものなのか。これは、婚姻の定義に関するものとして、項を改めて検討しよう。

せるという役割をもっていた司教がめいめいに解決するのを避け、安定的な判断を行うために、６世紀から12世紀にかけて発達した（Jean Gaudemet, *op.cit.*, p.97）。最高裁判機関は使徒座（教皇庁）であり、司法権と行政権は分離していない。教会の裁判組織については、Alain Sériaux, *op.cit*, p.752 et s. 参照。

[25] Louis Cangardel, *Le consentement des époux au mariage : en droit civil français et en droit canonique modernes*, Recueil Sirey, 1934, p.127 et s..

[26] Alain Sériaux, *op.cit*, p.834.

[27] この点を強調するものとして、栗生武夫『婚姻立法における二主義の抗争』（弘文堂、1928年）。

第２項　カノン法による定義

カトリック教会の婚姻に対する理解は、一貫して一義に定まっているわけではない[28]。とはいえ、一定の要素を「カノン法上の婚姻」の特徴として抜き出すことは可能であるように思われる。すなわち、婚姻を、解消不可能な永続的結合（１）とし、かつ、それを性欲解消および生殖のための結合（２）と位置づけることによって、婚姻夫婦だけでなく独身者を含めた信徒全員の性的秩序を統制しようとするものである点に特徴がある。

１　夫婦一体・解消不能：秘跡

「カノン法上の婚姻」の定義は、次の著名な聖書の言葉に端的に示されている。「人を造りたまいしもの、始めよりこれを男と女とに造り、しかして、『かかるゆえに人は父母を離れ、その妻に合いて、二人のもの一体となるべし』と言いたまいし･･･されば、はや二人にはあらず、一体なり。このゆえに神の合わせたまいし者は人これを離すべからず」[29]（マタイ福音書19:4-6、マルコ福音書10:2-10）。この言葉から、「カノン法上の婚姻」がもつ多くの原則を抽出しうる。まず、**男女二元主義**（「男」と「女」の結合）と、**モノガミー**（二者間の結合）を前提としたうえで、その二人の者（男女）が一体になるというのが「カノン法上の婚姻」の基本的なコンセプトである。したがって、重婚は禁止され、同性同士の婚姻はありえないということになる。また、父母から離れて夫婦が一体になるという点から、いわゆる**夫婦家族主義**[30]と、**解消不能主**

[28] その相違･変遷については、浜口吉隆『結婚の神学と倫理』（南窓社、2010年）が丹念に分析している。

[29] 邦語訳は、山室軍平『山室軍平聖書注解全集18マタイ伝』（教文館、1971年）179頁による。

[30] 婚姻した夫婦が子どもを生むことによって形成するものが「家族」であるとする家族観。このような「家族」については、「核家族」とも「単婚家族」とも「夫婦家族（famille conjugale）」とも呼ばれる。反対概念は、「拡大家族」、「直系家族」等であり、この意味での「家族」を形成するのは家長との血縁など、

義を導くことができる。

前者の**夫婦家族主義**は、「家父長家族的な婚姻」と比較した場合の「カノン法上の婚姻」の特徴である。先に述べたように、「カノン法上の婚姻」では、婚姻の成立に家父（または両親）の同意を必要とせず、当事者の同意を重視する（これに対し、ローマ法やゲルマン諸部族法といった世俗法では、家父の同意を要するのが原則であった[31]）。また、世の中の男性優位主義を改め、妻を尊重しようとするのも「カノン法上の婚姻」の特徴であった。よって、婚姻にあたっては、妻となる者の同意も不可欠となる。同意が欠如している場合は、それは婚姻ではない。同意に瑕疵がある場合には、当該婚姻は無効となる。教会裁判所は、人についての錯誤にあたるとして、身体的次元での人違いの場合（例えば、容姿が似ていたために婚姻しようとした人と違う人をその人だと思った場合）及び民事的次元での人違いの場合（例えば、婚姻をしようとした相手が他人の名前を語っていた場合）、当該婚姻を無効と認めている[32]。現行カノン法典も「（１）人に関する錯誤は婚姻を無効とする。（２）人の性状に関する錯誤は、たとえ、それが契約の原因をなすものであっても、その性状が直接かつ主として望まれない限り、婚姻を無効としない」（Canon 1097）としており、原則として「人の性状」ではなく「人」に関する錯誤でなければならない点が強調されている。加えて、詐欺や強迫による場合も無効である。現行カノン法典は、「婚姻の合意を得るためになされた詐欺によって、夫婦の共同生活に著しい攪乱をもたらす他方当事者の性状について欺されて婚姻した者は、婚姻契約を締結しても無効である」（Canon 1098）、「暴力又は外部からの強度の恐怖のために締結された婚姻は、無効である」（Canon 1103）として、自由意思による同意を重視している。

婚姻以外の要素である。

[31] 人見康子「婚姻同意権」青山道夫ほか編『講座家族３．婚姻の成立』（弘文堂、1973年）80-81頁。

[32] Louis Cangardel, *op.cit.*, p.127 et s..

他方で、「民事上の婚姻」と比較した場合の「カノン法上の婚姻」の大きな特徴となっているのは、**解消不能主義**である[33]。この原則は、今日でも妥当し、現行カノン法典にも、「婚姻の本質的特性は、単一性及び不解消性である」（Canon 1056）、「夫婦間にはその本性上永続的かつ排他的な絆が生じる」（Canon 1134）、と規定されている。ではなぜ、「カノン法上の婚姻」では、婚姻を解消できないのだろうか。前述の聖書の文言によれば、２つの可能性が考えられる。１つ目は、夫婦が一体になったからという理由であり、２つ目は、神が結び合わせたものだからという理由である。

第１の考え方によれば、夫婦が一体になっていない場合には、解消の余地がありうることになる。カトリック教会は、婚姻の本質は当事者による同意であるとしながらも、当事者夫婦の肉体的結合（夫婦の「一体化」）によって婚姻が「完成」（consommation）するとしてきた[34]。したがって、未だに交接（性交）のない夫婦は、婚姻を解消しうると考えられることになる。1215年の第４回ラテラノ公会議は、このような考え方を採用し、婚姻に対する同意の交換が行われた後であっても、夫婦間に肉体的な結合（完成）がない場合には、当該婚姻を無効とした。

カトリック教会が夫婦の肉体的結合を重視した背景には、肉体的結合

[33] ローマ法では、婚姻は、当事者の同意が存在しなくなった場合には、解消されるものであった。ゲルマン諸部族法においても、解消不能の規定はなく、夫の意思による離婚が頻発していた。よって、カトリック教会が解消不能を唱えたとはいえ、それを実際に徹底できたわけではなかった点には注意を要する（Brigitte Basdevant-Gaudemet, *Eglise et Autorités, Etudes d'histoire de droit canonique médiéval*, Pulim, 2006, p.359 et s.）。

[34] このような考え方は、ゲルマン諸部族の力が大きくなった４世紀以降、同意主義をとるローマ法とは異なり、夫婦間の肉体的結合こそが婚姻成立に不可欠であると考えるゲルマン民族の伝統に対処する必要性から生じてきたものである（Laurent Pfister, *op.cit.*, p.31-32）。ゲルマン民族の慣習では、婚礼後、初夜が明けると、新郎から新婦に「モルゲンガーベ（*morgengab*）」が贈られ、これによって新婦は正式な妻となるが、モルゲンガーベがなされない場合、当該婚姻は取り消しとなるとされていた。

がなされた婚姻のみが、キリストと教会との結合イメージの象徴としての秘跡になりうるという発想がある[35]。教会は、信仰に関わるものであり、目に見えない恩恵を人々に与えるために作られた制度であるが、キリストが作ったこの制度ないし組織は可視的でもあるという点で、「秘跡」と類似しており、「原秘跡」と呼ばれることもある。従って、キリストと教会との一体的な関係性が「秘跡」である婚姻夫婦の関係性に投影されることになる。つまり、婚姻も秘跡である以上、一体でなければならないというわけである。

だが、その後、秘跡が実質的に存するのは合意の中であり、合意があるだけで婚姻はすでに解消され得ないと主張したペトルス・ロンバルドゥスの影響により、当事者間の合意が婚姻の不可欠かつ十分な要素と考えられるようになった[36]。つまり、未だ肉体的結合がない場合であっても、婚姻に対する同意の交換がなされた場合には、当該婚姻は有効に成立していることになる。

とはいえ、「カノン法上の婚姻」における夫婦の肉体的結合の重要性が完全に失われたわけではない。現行カノン法典にも、「受洗者間の有効な婚姻がいまだ夫婦行為によって完成されていない場合には認証婚と呼ばれる。また、夫婦が人間にふさわしい方法で夫婦行為を行った場合、すなわち婚姻がその本性上目的としている、子の出生にとって適切、かつ夫婦が一体となるための行為を行った場合には、完成の認証婚と呼ばれる」(Canon 1061 §1)との規定が存在している。完成の認証婚の場合、もはや人間のいかなる権力によっても（ローマ教皇によっても）解消され得ない（Canon 1141)。また、「一体になれない者」、すなわち去勢者や勃起不全などの交接不能者（生殖不能者ではない）は、現行カノン法典上も有効に婚姻しえないと規定されている（Canon 1084)[37]。「一体」

[35] 聖パウロは、教会をキリストの体（*corpus Christi*）であると述べている（コリント人への第１の手紙12:27)。また、エペソ書では、「キリストは自らの体の救主にして教会の首なるごとく、夫は妻の首」であるとしている（5-23)。

[36] 議論の詳細については、赤阪俊一「教会法における結婚」埼玉学園大学紀要（人文学部篇）８号（2008年）46頁以下。

[37]「婚姻前からの、かつ永久的な交接不能は、それが男の側であれ女の側であれ、また絶対的不能であれ相対的不能であれ、婚姻の本性上、その婚姻を無効

という発想がいかに重視されているかが分かる。

これに対し、第２の考え方によれば、婚姻は神が結び合わせたものであるために、人間が解消することはできないということになる。人間が婚姻を解消することはできないのであるから、カノン法においては、「離婚」は存在しえないということになる。ただ、婚姻関係を維持したまま「別居」することが認められるのみである。この場合、同居義務や夫婦としての義務はなくなるが、婚姻関係は続いているため、再婚は不可能である。別居が正式に認められたのも、1215年の第４回ラテラノ公会議以降のことである。別居原因としては、姦通、異端・背教、暴力などが認められており[38]、配偶者の一方が修道者・聖職者になるために別居することも可能である[39]。

とはいえ、解消不能原則にも例外がないわけではない。死亡の場合に婚姻が解消されるのは当然として、それ以外にも、夫婦の一方が他の宗教・宗派に改宗した場合に解消される（現行カノン法典 Canon 1143以下がこの点を規定する）。「カノン法上の婚姻」が「カトリックにとっての神」によって結び合わされたものであることからくる限界である[40]。

ところで、この婚姻の解消不能原則は、確かに、その秘跡という性格から導かれる[41]ものであるが、一方で、信徒一般の性的関係を規律しよ

にする」（Canon 1084 §1）。この裁判が実際にどのように行われてきたかについては、ピエール・ダルモン（著）辻由美（訳）『性的不能者裁判：男の性の知られざる歴史ドラマ』（新評論、1990年）に詳しい。

[38] 姦通による別居については、現行カノン法典 Canon 1152が詳しい規定を置いている。また、Canon 1153は、「（１）夫婦の一方が相手方若しくは子供に対して、その精神又は身体の重大な危険を生じさせた場合、又はその他の仕方で共同生活を著しく耐えがたいものにした場合」に別居を認めている。

[39] Jean-Philippe Lévy et André Castaldo, *op.cit.*, p.144-145.

[40] 同じ理由から、カトリックの受洗者と非受洗者との婚姻は、原則として無効となるが、一定の要件を満たせば免除されうる（Canon 1086）。

[41] 秘跡と非解消性との論理必然的関係を最初に唱え、理論化したのは聖アウグスティヌスである（Adhémer Esmein, *op.cit.*, Tome I, p.69）。この点に言及

うとしたカトリック教会の立場とも密接に関連しているものと思われる。このカトリック的性規範について、最後に見ていくこととしよう。

2　交接・生殖のための結合

そもそも、「カノン法上の婚姻」は、カトリック教会にとって、手放しで奨励できるものではない。カトリック教会は、純潔・貞淑を美徳としており、肉欲・好色は慎むべきものであるためである。例えば、新約聖書の著者の１人である聖パウロは、「人にとって女に触れないことは善いことである。しかし淫行を避けるために、男はめいめい自らの妻を持つがよい、女はめいめい自らの夫を持つがよい」（コリント人への第１の手紙7-1/7-2）、「もし自制できないならば、婚姻せよ。心が燃えるよりは婚姻する方がよいからである」（7-9）[42]と述べ、純潔が不可能である場合にのみ婚姻を勧めている。これを参照しつつ、聖アウグスティヌスは、婚姻を善きものと位置づけるものの、「事柄それ自体を比較するならば、純潔の貞潔のほうが、婚姻の貞潔よりも、より善いことは疑いない」[43]（『結婚の善』）とする。つまり、性欲は抑えるに超したことはなく、交わらないのが善いのであるが、「淫行」に走るくらいであれば、「婚姻」した方がいいというわけである[44]。ではなぜ「婚姻」であればよいということになるのか。伝統的には、情欲の鎮和と、生殖（子の養育）という２つの意味づけが与えられてきた[45]。

するものとして、福地陽子「カトリック教婚姻非解消主義の生成と発展」法と政治７巻４号（1956年）450-451頁。

[42] 岩隈直（訳注）『新約聖書７ コリント人への手紙（上）』（山本書店、1980年）49・51頁の訳を参考にした。

[43] 岡野昌雄（訳）『アウグスティヌス著作集７　マニ教駁論集』（教文館、1979年）270頁。聖アウグスティヌスは、そのうえで、貞潔（*fides*）、生殖（*proles*）、秘跡（*sacramentum*）を婚姻の三大善とした。

[44] よって、聖なる職階に叙せられた者（Canon 1087）、貞潔の公的終生誓願によって修道会に結ばれている者（Canon 1088）は、婚姻しえない。

[45] Adhémar Esmein, *op.cit.*, tome 1, p.91 et s.

第１の「情欲の鎮和」というのは、夫婦間において性欲が解消されるために、淫行が回避されるという婚姻の機能のことを意味する。逆に言えば、夫婦間の交わりによって性欲が解消されなければならないため、「夫婦の義務（*debitum conjugale*）」として、夫婦に、**交接義務**が課されることになる。これは夫婦の本質的な義務とされ、夫婦はともに、相手が求めればこれに応じなければならないと考えられていた。

今日では、「情欲の鎮和」は、婚姻の目的や機能として語られなくなってきている。「夫婦の義務」も、その義務性は薄れ、現行カノン法典では「一定の性的協力」という表現にとどまっている[46]。一方で、夫婦間の扶助協力であるとか、愛といった性以外の人格的側面の重要性が強調されるようになってきた。そもそも、聖アウグスティヌスも、婚姻が「善であるのは、単に子を産むためばかりでなく、異なった性における本性的な共同そのもののため」[47]と述べて、高齢者の婚姻を肯定していた。婚姻のこういった機能は、生殖を婚姻の「第一目的」とすることをやめた現行カノン法典では、「夫婦の善益」として掲げられるに至っている（Canon 1055）。とはいえ、先に見たように、婚姻の成立における夫婦の「一体化」の重要性は低下しておらず、依然として、カノン法にとって、夫婦間の性的関係は無視し得ないものといえよう。

第２の意味づけによれば、神によって課された「生殖」という機能を果たすものとして、婚姻は善きものとなる。聖アウグスティヌスは、女性を子どもを産むためだけに創造されたものと位置づけ、子孫を生み出して地を満たすことが人間の務めであるとする[48]。この考え方は、基本的には今日まで維持されている[49]。この目的に沿わないと考えられる結

[46]「（１）婚姻の合意が存立し得るためには、婚姻契約当事者が婚姻が一定の性的協力によって子を出生するために定められた男女間の永続的結合であることについて、少なくとも不知でないことを要する。」（Canon 1096）

[47] 岡野・前注（43）234頁。

[48]『創世記逐語注解』、『神の国』などにおいて示されている。

[49] 現行カノン法典 Canon 1055も、婚姻の誓約が「子の出産及び教育に向けられている」旨を規定する。ただ、旧カノン法典が婚姻の「第一の目的」として「子どもの出産と育成」を挙げていたことに比べると、その位置づけは変化してい

合が「婚姻」となることを避けるため、カノン法はいくつかの婚姻障害を設けてきた。たとえば、男子14歳、女子12歳までは婚姻しえないとされていたのも、（ローマ法を引き継いだものとはいえ）それ以下の年齢では一般的に精通・初潮を迎えておらず、生殖しえないからと説明することができよう（なお、今日では、男子16歳、女子14歳〔Canon 1083 §1〕に婚姻可能年齢が引き上げられている）。婚姻が男女のものでなければならない（同性同士の結合は婚姻ではない）のも、生殖の観点から説明できる。他方で、カノン法上の近親婚禁止の範囲が複雑で、伝統的に広範なものであった[50]のは、果たして生殖の観点のみから説明できるのか、難しいところがある。近親間交接による遺伝的な問題を避けるだけであれば、これほど広いものにしなくてよいはずだからである。時代による変化も顕著に見られることから、中世に強固になった「系族（lignage）」への対抗、すなわち「領主相互間の政策的婚姻に対する教会側の政治的な対応」[51]の要素も多分に含まれていたと見るのが妥当であろう。

ところで、夫婦には、生殖だけでなく、生まれた子どもの養育義務が課される。子どもを「養う」という仕事は夫婦の最も本質的な要素であった。このように、カトリック教会が両親（父母）に子どもの養育を課し

る（浜口・前注〔28〕230頁以下がこの点を強調する）。

[50] カノン法上では、「自然的血族関係」、「法律的血族関係」、「姻族関係」、そして「精神的血族関係（教父子関係）」が、「近親者間」婚姻禁止の際に考慮に入れられていた。そのうえで、10～12世紀頃には、自然的血族間と姻族間について、ゲルマン式計算で7親等（ローマ式計算にするとほぼ14親等に相当）まで婚姻を禁じていた。これは広範に過ぎたため、1215年、第4回ラテラノ公会議は、父系血族関係と合法的姻族関係による婚姻障害を4親等まで、また非合法の姻族関係による婚姻障害を2親等までに制限した。今日では、直系血族について尊属卑属間、傍系血族について4親等までの血族間（Canon 1091）、直系姻族間（Canon 1092）、養子縁組の場合について、直系親族又は傍系2親等の親族間（Canon 1094）が婚姻障害となっている。ジェラール・ドゥリール（著）三吉野滋樹（訳）「ヨーロッパの婚姻システム－互酬性の「長期」の回路と「短期」の回路」落合恵美子ほか編『歴史人口学と比較家族史』（早稲田大学出版部、2009年）260頁。

[51] 佐藤篤士「親等計算方法の系譜」青山道夫ほか『講座家族　6．家族・親族・同族』（弘文堂、1974年）121頁。

たのは、彼らにとって、子どもの真の父親は神だからである[52]。すべての子どもに対して良き親となるためには、これらの子どもたちを神からの預かり物と考える必要があったのだ。子育てに対する両親の責任は、時代とともにより一層強く自覚されるようになっていった。現行カノン法典にも、「両親及び両親に代わる者は、自己の子女を教育する義務及び権利を有する」（Canon 793）、「両親は、子の身体的・社会的・文化的教育及び道徳的・宗教的教育について最善を尽くして配慮する最も重い義務を有し、第一義的な権利を有する」（Canon 1136）などの規定が存在する。権利よりも義務が先に来ている点が注目されよう。

以上のようなカトリック教会の婚姻理解には、無理があるように思われるところも多い。男女間の性交を悪であるとしながら、一方で、婚姻は性交がなければ完全には成立せず、また、夫婦には生殖（子育て）と相手の性的求めに応じることが期待されている。この婚姻は、純潔を維持できそうにない場合のやむをえないものであるが、まさにその性的交わりによって可能となる生殖は、善きものと位置づけられる。さらには、この婚姻は、神の恵みのしるし（秘跡）であり、夫婦が「一体化」することによって人間の手では解消しえないものとなる。こういった「カノン法上の婚姻」概念は、その時々の社会の状況に応じて、性的関係の乱れから生じる不幸な事態を何とか解決しようとして唱えられたのであろうと考えると、どれも説明がつくように思われる。つまり、性欲を抑えることができるなら、強姦や望まない妊娠といった事態を防ぐことができる点で望ましい。性的な関係を結ぶのであれば、一対の男女の間だけで合意のうえで結ぶべきであり、一度関係を結んだのであれば、他の人とは一切性的関係をもたないようにするべきである。夫婦の間に生まれた子どもは、夫婦で養育すべきである、といった規範を課したかったのであろう。これらを神の観点、そしてキリストや聖書等の言葉から正当化しなければならないために、前記のような説明の仕方になったのだと

[52] Jean-Louis Flandrin, *Familles: parenté, maison, sexualité dans l'ancienne société*, Seuil, 1984, 日本語訳版として、森田伸子・小林亜子訳『フランスの家族　アンシャン・レジーム下の親族・家・性』（勁草書房、1993年）260頁。

思われる。

＊

本款では、カトリック教会が承認する婚姻、すなわち「カノン法上の婚姻」について概観した。その特徴は、婚姻を「秘跡」と性質づけること、すなわち神の恩恵が目に見える形で現れたものとして位置づけることにある。これによって、カトリック教会による婚姻管轄が可能となり、何が婚姻かを決定することができる。

では、カトリック教会にとって、どのようなものが婚姻なのだろうか。それは、一対の男女が合意により、神によって結びあわされて一体になることであり、もはや解消することができないものである。この「婚姻」は、純潔でいることを通すことができない場合の手段であって、性関係が許容される代わりに、生殖と子の養育のためのものでなければならない。よって、カトリック教会が婚姻に付与している「正統性」とは、神が結び合わせた結合としての正統性、性的関係をもってよい結合としての正統性、子どもを産み育てるのにふさわしい結合としての正統性を意味すると考えてよいのではないかと思われる。こういった正統性は、カトリック教会の建前に従えば、カトリック教会が主体となって与えているものではない。当事者の同意を基礎として神が与えた正統性を、カトリック教会が見届けている・確認しているだけだということになる。

第２款　民事上の婚姻：国家が承認した結合

前款で扱ったカトリック教会による「カノン法上の婚姻」に対し、世俗権力[53]によって規律される婚姻を、フランスでは「民事上の婚姻」

[53] その厳密な政治体制は問われない。フランスでは、共和制、帝政などと国家の体制が変化したが、「民事上の婚姻」との位置づけがそれによって変わることはなかった。教会との関係にも左右されず、コンコルダートが締結されていた時期も、政教分離が徹底されるようになった時期も、国家が管轄する婚姻は「民事上の婚姻」である。

（mariage civil）と呼ぶ[54]。したがって、「民事上の婚姻」は、何も近代以後のものに限られるわけではない[55]が、一般的には、「世俗化された婚姻」として、教会から特権を奪ったフランス革命以後[56]、ナポレオン民法典[57]に表れた婚姻の基本枠組みのことを指すと言ってよいだろう。本稿でも、ナポレオン民法典上の婚姻を「民事上の婚姻」の検討の中心としつつ、適宜、革命期法（1792年法）や、度重なる改正を経た今日のフランス民法典を参照することとしたい。

---

[54]「民事上の婚姻」は、フランス以外の国にも存在するが、本稿では、フランスにおける「民事上の婚姻」のみを対象とする。他国の「民事上の婚姻」については、Éric Agostini, État laïque et mariage chrétien en Droit comparé, in *Mariage civil et mariage canonique*, Téqui, 1985, p.149.

[55]「婚姻の世俗化」の傾向は、宗教改革の影響を受けて16世紀頃から見られていた。婚姻の世俗化の経緯については、前注（５）に加え、Laurent Leveneur, *La famille*, 7e éd., Montchrestien, 1995; Jean Carbonnier, *Droit civil*, tome 1, PUF, 2004; François Terré et Dominique Fenouillet, *Les personnes La famille Les incapacités*, 7e éd., Dalloz, 2005 ; Philippe Malaurie et Hugues Fulchiron, *op.cit.*, 等の家族法教科書における法史部分参照。

[56] 旧体制（アンシャン・レジーム）を転換しようとするフランス革命の精神は、旧体制の特権階級であった聖職者にも及び、教会財産を没収したり、司教区を再編したりして、カトリック教会を弱体化させた。革命期の対教会措置については、稲本洋之助『フランスの家族法』（東京大学出版会、1985年）317 ～ 318頁、G. デンツラー編著・相沢好則監訳『教会と国家』（新教出版社、1985年）149頁以下など。

[57] フランス民法典の正式名称は、皇帝ナポレオンの退位、王政復古、第二共和政等の紆余曲折の中でたびたび変更されている（石井三記「序　フランス民法典の運命」石井三記編『コード・シヴィルの200年』〔創文社、2007年〕８頁以下）。本稿では、そのような名称変更とは関係なく、ナポレオンの主導によって1804年に制定された民法典を指して、これを「ナポレオン民法典」と呼ぶことにする。「ナポレオン民法典」の条文については、Jean-Denis Bredin (éd.), *Code civil des français 1804*, Dalloz, 2004を参照し、その訳文については、稲本洋之助編訳『フランス民法典　第一篇』（増補版、東京大学社会科学研究所「家」制度研究会、1972年）、及び法務大臣官房司法法制調査部編『フランス民法典－家族・相続関係－』（法曹会、1978年）を参考にした。

では、「カノン法上の婚姻」と比較した場合、「民事上の婚姻」の特徴はどこにあるのか。「民事上の婚姻」にとって最重要なのは、婚姻を「カトリック教会」ではなく、「国家」が管轄することそれ自体である（第１項）。よって、国家法が婚姻を規定するのであるが、その内容、つまり、「何が婚姻か」という次元においては、「カノン法上の婚姻」の影響が完全に排除されたわけではなく、両者の婚姻概念には共通点も多い（第２項）。

第１項　世俗国家による管轄

国家がまず着手したのは、身分登録簿の世俗化である。1791年憲法第２篇第７条は、「立法権は、出生、婚姻および死亡が認定される方法を、すべての住民に対して差別なしに定める。立法権は、それらの証書を受理し、かつ、保存する公の吏員を指名する」とした。1792年９月20日法がこれを実施し、市町村に身分吏を置いて、民事身分の身分登録簿を扱わせることとした[58]。これにより、個人の信仰にかかわらず、すべてのフランス人を平等に扱うことが可能となった[59]。こういった民事身分の管理手法は、基本的にナポレオン民法典にも引き継がれた[60]が、管轄の面から見て1792年法と大きく異なるのは、その成立と解消に（カトリック教会のように）国家が介入する点である。すなわち、挙式（１）と、解消可否の判断（２）を国家機関が行うのである。

１　役所での挙式

---

[58] Jean-Philippe Lévy et André Castaldo, *op.cit,* p.36 et s..

[59] ジャン－ルイ・アルペラン「コード・シヴィルの200年」石井三記編『コード・シヴィルの200年』前注（57）125頁がこの点を指摘する。

[60] ただし、ナポレオン民法典では、身分登録簿は、小審裁判官によって番号および花押を付される。通常、出生登録簿、婚姻登録簿、死亡登録簿の３つが備えられるが、市町村では、それらを合体した１個の登録簿をおくだけでもよい。それぞれの身分登録簿は、２部つくられ、１部は市町村文書部に、他の１部は大審裁判所書記課に寄託され、そのいずれもが原本とされる。稲本洋之助編訳・前注（57）12頁（稲本洋之助）。

ナポレオン民法典は、婚姻の成立には挙式が必要であるとし、その儀式を、国家が挙行することにした。すなわち、婚姻当事者（の一方）がその住所を有する市町村庁舎を式場として（第74条、第166条等）、国家の役人である身分吏（市町村長）を挙式の主宰者とした（第63条等）。その挙式の方法も、国家が民法典上で細かく定めているのであるが、その内容は教会での挙式を彷彿とさせるものである。

まず、婚姻の挙式の前の日曜日に、挙式が行われる旨の公示が、８日の間隔をおいて２度にわたって、当事者（のそれぞれ）が住所を有する市町村庁舎の門戸に掲げられなければならない（第63条､64条､166条）。公示される内容は、将来の夫婦の氏名、職業および住所、成年か未成年か、当事者の父母の氏名・職業・住所である（第63条）。公示は、当事者に婚姻障害がないことを確認するためのものであり、婚姻障害申立制度（第173 ～ 175条）に連動したものである。この公示の方法は、その後段階的に緩和され、2011年現在では、公示は１回・10日間でよい[61]。

[61] 他方、2003年11月26日の法律によって加えられた手続的要件として、聴聞（audition）がある。身分吏は、婚姻しようとする当事者双方を立ち会わせての聴聞の後でなければ、公示や挙式手続を進めることができない（現63条）。とはいえ、事前に提出された書類から、婚姻の同意の真実性に疑いがない場合には、当該手続を履む必要はない（同条）。反対に、同意の真実性に疑いがある場合は､身分吏は､検事に問題を提起することができる（現175-1条）。検事は、その提起から15日以内に、婚姻手続をそのまま進めるか、証人尋問の結果が出るまでの間、挙式を猶予するかを決定しなければならない（現175-2条）。この猶予期間は､１ヶ月を超過してはならないが､１回まで更新されうる｡最終的に、当該婚姻に異議申立を行うことが決定された場合は、その後は146条および180条の異議申立の手続にのることになる。

この手続が導入された背景には、移民の増加がある。外国籍をもつ者が、フランス国籍や滞在許可証を取得する目的だけでフランス人と婚姻をするという偽装的婚姻への対策が必要になった一方、フランスへの移民を望む親など家族からの圧力によって強制的にフランス人と婚姻させられるという強制的婚姻への対策が求められたのである。強制的婚姻については、Gérard Neyrand, Abdelhafid Hammouche, Sahra Mekboul, *Les marriages forcés: Confrits culturels et réponses socials*, La Découverte, 2008参照。

続いて、挙式が行われる。挙式は、公示期間の満了から１年以内に（第65条）、夫婦（の一方）がその住所を有する市町村庁舎において（第74条、75条）、身分吏の面前で、公開で行われなければならない（第165条）。４人の証人の立会いのもとで行われ[62]、身分吏は、当事者にその身分および婚姻の方式に関する書類（出生証書、公示証書など）および「夫婦のそれぞれの権利および義務」に関する「婚姻」の章第６節を読み上げる（第75条）。身分吏は、それぞれの当事者から順次に、それらの者がたがいに夫および妻となることを欲する旨の申述を受理する。身分吏は、法律の名において、それらの者が婚姻によって結合されることを宣言する。身分吏は、その場でその証書を作成する（第75条）[63]。この一連の挙式の流れは、細部の改正はあるものの、基本的に、今日の民法典でも維持されている。

以上の一連の挙式のあり方が「カノン法の諸規律の稚拙な模倣」[64]に過ぎないことは明らかである。しかし、この婚姻成立の手続的要件を欠いた場合の制裁は、カノン法よりもはるかに厳しい。

第１に、いかなる者も、身分登録簿に登簿された婚姻証書を提出しない場合には、婚姻を証明することができない。つまり、夫婦であるということ、および婚姻の民事的効果を主張することができない（第194条）[65]。（これに対し、カノン法では、あくまでも当事者の合意によって

---

[62] 1897年12月７日の法律によって、女子も証人になることが可能となった（第37条）。第二次世界大戦期には、ヴィシー政権下の1942年９月22日の法律によって、挙式に立ち会う証人が４人から２人に減らされたが、1966年６月９日の法律によって、４人に改められた（第75条１項）。Jean-Louis Halpérin, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, PUF, 2001, p.212 et s.

[63] 婚姻証書には、当事者、その父母、証人に関する事項が記載されるほか、婚姻する旨の申述および身分吏による宣言、夫婦財産契約に関する申述なども記載される（第76条）。

[64] Claire Le Tertre, *La religion et le droit civil du mariage,* Defrénois, 2004, p.45.

[65] 1953年９月26日のデクレおよび1954年５月17日のデクレにより、婚姻挙式の際に、夫婦に「家族手帳」（livret de famille）が交付されることになった。そこには、婚姻証書の抄本のほか、家族構成員（当該夫婦と子）に関する出生証

成立するものが婚姻であるというのが前提であり、16世紀に至って登録簿が使われるようになったにすぎない。）民法典がこのような取扱いにしたことにより、「婚姻の世俗化」がより盤石なものとなっている。つまり、いくら教会での挙式を経ていたとしても[66]、国家による一連の婚姻成立手続を履み、国家が発行した婚姻証書を提示しなければ、民事上、婚姻関係の存在を主張することが不可能な構造となっている[67]。

第２に、公示を欠くときは、身分吏は、挙式を行うことができず（第192条）、また、婚姻障害の申立があった場合、身分吏は、申立が判決によって撤回されるまで挙式を行うことができない（第68条）。これに違反する場合には、政府委員によって、身分吏に対して300フラン以下の罰金および損害賠償が、締結当事者またはそれらの者がその権力のもとで行為した者に対してはその資産に比例した罰金が言い渡される（第192条）。

第３に、挙式の公開原則に違反した場合、絶対的無効事由となる（第191条）。つまり、「内密の婚姻」を制裁しているのであって、絶対王政時代に国王が示した態度と共通しているのが興味深い。世俗国家にとっての婚姻、すなわち「民事上の婚姻」が、婚姻を２人だけのものにはしえないこと、周囲の者にも利害があると考えられていることが、この点からも推測できるのである。

２　世俗裁判所による解消可否の判断

革命以前から、フランスでは、財産関係（夫婦財産関係・相続）については世俗裁判所の管轄であったが、婚姻の成否に関わる問題（無効や

書および死亡証書の抄本が載せられる。

[66]「宗教上の婚姻」に対する「民事上の婚姻」の優位性を確保するため、1810年の刑法典第199条および200条は、「民事上の婚姻」よりも先に「宗教上の婚姻」を挙行した場合の制裁を規定した（Thierry Revet, *op.cit.*）。同旨の規定は、今日でも、刑法典第433－21条以下に存在している。

[67] 破毀院も、宗教上の挙式のみを行った婚姻を、民事上存在しないものとし、夫婦としての民事上の地位を与えることはできないとしている（Cass. 1re civ., 18 octobre 1955, Bull. civ. I, p.283, n° 345）。

別居）は、教会裁判所の領分であった。よって、「婚姻の世俗化」にとって重要なのは、婚姻の成否をめぐる判断に関しても、世俗裁判所の管轄となった点である。

当然のことながら、世俗裁判所の判断は、民法典に基づいて行われる。よって、ナポレオン民法典は、独自に、婚姻の無効と別居について規定を置いている。だが、「カノン法上の婚姻」と比較した場合の最大の特徴は、「離婚」が規定されていることにある[68]。つまり、管轄の観点から言えば、離婚（婚姻の解消）に関して、その要件や手続を法定し、世俗裁判所が認容しなければ離婚しえないとしたことが重要である。

ただ、離婚制度に関しては、ナポレオン民法典が成立した1804年以降、今日までの間に紆余曲折を経ており、その内容は大きな変化を遂げている。離婚法変遷の詳細については、既に多くの先行業績がある[69]ため、ここでは、管轄という観点から、その概要を述べるにとどめたい。

まず、1804年のナポレオン民法典においては、離婚が規定されたものの、離婚は望ましくないという立場が採られており、できるだけ離婚制度が活用されないような工夫がなされていた。当事者双方が婚姻解消の意思をもつ場合の協議離婚であっても、裁判外においてはなしえず、民事裁判所に出頭して離婚宣告を受ける必要がある。さらに、協議離婚を

---

[68] 離婚を可能とする民法では、カノン法と異なり、婚姻の無効がそれほど援用されないとの指摘がある（Louis Cangardel, *op.cit.*, p.211 et s.）。

[69] 稲本洋之助編訳・前注（57）83頁以下（原田純孝）、稲本洋之助・吉田克己・フランス民法典研究会「フランスの新離婚法」法時48巻３号（1976年）96頁、野村豊弘「フランスにおける最近の民法典改正」日仏法学10号（1979年）94頁、久貴忠彦・小幡由子「フランスにおける破綻主義離婚法の誕生（上・下）」判タ410号・412号（1980年）、水野紀子「離婚給付の系譜的考察」法学協会雑誌100巻９号・12号（1983年）、稲本洋之助『フランスの家族法』前注（56）、原田純孝「フランス（離婚の比較法的研究）」比較法研究47号（1985年）89頁、水野貴浩「フランス離婚給付法の再出発（１・２完）2000年６月30日法による軌道修正」民商129巻１号・２号（2003年）、大杉麻美『フランスの離婚制度：破綻主義離婚法の研究』（成文堂、2008年）等。

援用しうる者は限定されていた[70]。一方のみが婚姻解消の意思をもつ夫婦については、法定された離婚事由に合致する場合のみ、離婚が認められる。離婚事由としてナポレオン民法典が規定したのは、姦通（妻の場合は不貞行為それ自体〔第229条〕、夫の場合は夫婦の住む家屋に愛人女性を住まわせたとき〔第230条〕）、不名誉な刑の有罪判決（第232条）、暴力、虐待、または重大な侮辱（第231条）の３つであった。革命期に一旦は承認された性格の不一致による離婚は認められず、有責離婚主義が採られた。これらの場合も、離婚を成立させるためには、夫婦がその管轄区域内に住所を有する民事裁判所において離婚宣告を受けなければいけない（第234条）。さらに、いずれの場合にせよ、離婚するためには、年間４度の離婚意思の申述が必要とされるなど、勧解前置主義に基づく強行的かつ複雑な手続を履む必要があり、これが離婚制度を使いにくいものにしていた。

その後、王政復古時に、1816年５月８日の法律によって、離婚制度は一旦廃止された。1814年の憲章によって、カトリックが再び国教となったことが影響していた。

離婚制度が復活するのは、1884年７月27日の法律によってである。ただし、1884年法が採用した離婚制度は、ナポレオン民法典が用意したものよりも厳格で、協議離婚が存在しなかった。ここでは、離婚は、有責配偶者に対する制裁として位置づけられていた。

こういった厳格な傾向は、やがて転換され、離婚に対する裁判所の介入のあり方は、今日では随分と様相を変えている。その大きな契機となったのは、1975年７月11日の法律であり、「制裁としての離婚」という旧来の性質から「救済としての離婚」へと変容したといわれている[71]。そ

[70] 婚姻締結から２年以内である場合、25歳未満の夫又は21歳未満の妻からの離婚請求である場合（第275条）、婚姻締結から20年以上が経過している場合又は45歳以上の妻に対して離婚請求を行う場合（第277条）には、協議離婚を援用しえない。また、何歳であっても、感情が夫婦の「精神の成熟（maturité d'esprit）」を奪うとされたため、離婚の際には双方の父母の同意を得る必要がある（第278条）。

[71] 本法について、Marcel Brazier, *Le nouveau droit du divorce*, Editions apil, 1976 ; Jean-Claude Groslière, *La réforme du divorce : loi du 11 juillet 1975 et*

こからさらに、2004年５月26日の法律によって、離婚紛争の「平和化」と手続の「簡易化」が行われた。ここに至って、裁判官が果たす役割と当事者が果たす役割が様変わりしたことが確認できる。

今日では、離婚には４つの種類がある。１）まず、夫婦は、相互の同意によって離婚することが可能であり（現民法典第230条以下）、離婚の効果について合意書（convention）を作成して、弁護士を通して離婚を請求する。家事事件裁判官は、この夫婦の離婚の意思が真実のものであるかどうか、夫婦のそれぞれが自由に合意書に同意を与えたか否かについて判断する（第232条１項）。このように、相互の同意による離婚の場合であっても、家事事件裁判官による離婚宣告を受ける必要がある点で、世俗裁判所の婚姻解消への介入は維持されている[72]。ただ、そこで裁判官が果たす役割は、当事者を守ることであって、制裁することではない[73]。２）離婚することについては認諾があるものの、具体的効果について当事者間で定まらない場合は、裁判官がこれを判断する（現行第233条）。３）破綻離婚も認められるようになり（第237条以下）、２年間継続して夫婦が別居している場合には、婚姻関係の終局的な悪化が推定され（第238条）、離婚が認容される。苛酷条項は削除されたため、今日では、裁判官はもはや裁量権限をもたず、２年間の別居の事実が認定されれば、離婚を言い渡さなければならない[74]。４）とはいえ、有責離婚の枠組みも残っており、この場合有責配偶者に損害賠償請求をすることができるという特徴がある。

---

décret d'application du 5 décembre 1975, Sirey, 1976.

[72] 立法過程（第１草案 premier projet）においては、相互の同意による離婚を脱司法化し、市役所において離婚の言渡しを行うことが検討されていた（Anne Leborgne, La diversité des cas d'ouverture, in *La réforme du divorce par la loi du 26 mai 2004: Pacification et simplification?*, PUAM, 2005, p.32）。

[73] Lionel Miniato, La réforme des procedures de diverce par la loi du 26 mai 2004 et le décret du 29 octobre 2004: le changement dans la continuité, *Dr.fam.* 2004, étude 29.

[74] Thierry Garé, Présentation de la réforme, in *La réforme du divorce par la loi du 26 mai 2004, op.cit.*, p.17.

離婚手続は、１）～４）の離婚原因ごとに厳格に異なるわけではない。離婚原因を手続の途中で変更することが可能である。例えば、離婚しようとする夫婦は、その離婚手続中いつでも、離婚の諸効果を定める合意書を裁判官に提出することによって、相互の合意による離婚（１）の言渡しを受けることができる(第247条)。また、夫婦関係の終局的悪化（３）または有責（４）を理由として離婚を請求している場合であっても、その手続中いつでも、婚姻解消の認諾による離婚（２）の言渡しを受けることができる（第247-1条)。当事者の自由の範囲が広がっていることが確認できよう。

他方で、裁判官の権限が拡大された部分もある。離婚の判決が既判力を得る日まで、夫婦それぞれの生活および子の生活を保障するために、「仮の措置」を定める権限が裁判官には付与されてきたが、その項目が５から10に増やされたのである（第255条)。これにより、家事調停人の指定、財産目録見積書の作成等にかかる資格を有する専門家の指定、夫婦財産制の数額確定のための公証人の指定等が可能になった。

国家による離婚管轄は、カトリックの影響を受けた権威的で制裁的なものから、救済のためのものへと移り、今日では、夫婦が平和に関係を終了させることができるよう、より柔軟できめ細かなケアをするものとなっていることがうかがえる。

第２項　民法による定義

カトリック教会が婚姻について多くを語り、カノン法典にもその婚姻概念を示す具体的な規定が多いことと比較すると、ナポレオン民法典における婚姻の定義には曖昧な点がある。婚姻の定義規定もない。とはいえ、ナポレオン民法典の条文や、起草者ポルタリスが著した『民法典序論』、婚姻法の教科書の記述などを見れば、一定の共通理解が浮かび上がってくる。すなわち、「民事上の婚姻」は（「秘跡」ではなく）「契約」であり、解消しうるものであるが、単なる契約とは異なる重要性をもつという理解である（１)。そして、その理由は、婚姻が子どもという存在を産み育てることに求められている（２)。

1　男女の組合・解消可能：厳粛な契約

「カノン法上の婚姻」が秘跡であるとするならば、「民事上の婚姻」の性質は何なのか。この点に関して、憲法制定国民議会が採用した、「法律は婚姻を民事契約（contrat civil）としてのみ考慮する」（1791年憲法第７条）という言葉が広く知られている。だが、婚姻を「契約」とすることによって婚姻に対する管轄を確保しようとする手法は、絶対王政下にも見られたものである[75]。それよりも、1791年憲法に特徴的なのは、「民事契約」という性質の中に、管轄確保の観点だけでなく、「個人の自由」を尊重しようとする趣旨[76]を込めていたことにあった。よって、これを受けた1792年９月20日法は、裁判外での、当事者の合意による離婚を可能としている。

これに対し、ナポレオン民法典は、婚姻の性質を「民事契約」であると明示する条文をもたない。ただ、そのことがうかがえる文言があるのみである[77]。例えば、「婚姻を締結する（contracter mariage）」（第144条、第148条、第151条等）であるとか、「同意がないときは、婚姻はない」（第146条）、同意の瑕疵による無効に関する規定（第180条）などがある。だが、一方で、先に見たように、裁判外での当事者による離婚というのは、1804年当時はもちろん、今日の民法典でも不可能となっており、

[75] 16世紀以降、フランス王が婚姻に介入し始めた際に利用したのが、カノン法が管轄する「秘跡」としての婚姻と、国王が管轄する「契約」としての婚姻とは異なるという理屈であった。これは、1630年にローマ法王に抗議する際にオルレアン公ガストンが提唱した理論に基づくものである。「婚姻は世俗の法における契約である。これをローマ・カトリックは秘跡としたのである。しかし、契約と秘跡は全く異なる２つのものである。一方は民事的効果に結びつくものであり、他方は、教会の恩寵（graces）に結びつくものである」（ヴォルテール）。フランス王と王立裁判所は、この区別を利用し、夫婦となる当事者の合意は契約であるとして、公式には秘跡に手を付けずに婚姻をコントロールしたのである。Claire Le Tertre, *op.cit.*, p.140.

[76] この観点から分析を加えるものとして、金山直樹『法典という近代　装置としての法』（勁草書房、2011年〔初出2004年〕）237頁。

[77] Hervé Lécuyer, Mariage et contrat, in *La contractualisation de la famille*, Economica, 2001, p.60.

1792年法の意味での「契約」理解ではなさそうである。つまり、「契約」ではあるが、個人の自由にならない部分のある「神聖な契約」、「厳粛な契約」だというのが、「民事上の婚姻」の理解であるように思われる[78]。

こういった理解は、ポルタリスの『民法典序論』[79]にも見られる。彼によれば、婚姻とは、「キリスト教の成立前から存在していたもので、すべての実定法に先立ち、そしてわれわれの存在の構造自体から生れ出て来るものであるから、民事行為でもなければ、宗教行為でもなく、一個の自然行為であ」る[80]。だが、彼が「自然」に名を借りて展開する婚姻論[81]は、カトリック的な世界観から大きな影響を受けていることは否定できない[82]。「自然が両者を結合させんがためにのみかくも相異らしめ

---

[78] この点を指して、婚姻は「契約」ではなく、「制度」であると述べられることも多い。この趣旨は、婚姻をする当事者が自由に婚姻の内容を決定することができないという点にあり、当事者の意思の合致を婚姻成立の要素とする点を否定しようとするものではない（Louis Cangardel, *op.cit.*, p.10-11）。

[79] Jean-Étiennne-Marie Portalis, Discours Préliminaire sur le projet de code civil, in *Discours et rapports sur le code civil*, Presses universitaires de Caen, 2010. 邦語訳は、野田良之（訳）『ポルタリス　民法典序論』（日本評論社、1947年）による。

[80] Portalis, *op.cit.*, p.21, 'Nous nous sommes convaincu que le mariage, qui existait avant l'établissement du christianisme, qui a précédé toute loi positive, et qui dérive de la constitution même de notre être, n'est ni un acte civil, ni n acte religieux, mais un acte natrel' 野田訳33頁。

[81]「自然」を援用するのはポルタリス独自なのではなく、18世紀からの流行であった。例えば、カンバセレスの第一草案にも、「自然」という言葉が12回・「自然法」という言葉が２回登場している。しかし、何を「自然」とするかは人によって異なる。第一草案の審議過程では、夫権は自然に反するとの意見が表明されているのに対し、ポルタリスによれば、弱い女性を夫が守るのが自然である。このように、「自然」は、あらゆる意味に解釈されうるという性質をもっており、基準たる概念になりえない（Jean-Philippe Lévy, Les idées de portalis sur le mariage, in *Le discours et le code : portalis, deux siècles après le Code Napoléon*, 2004, Litec, p.113 et s.）。

[82] この点を指して、Brigitte Basdevant-Gaudemet, Un contrat entre l'homme et la femme? Quelque points á travers l'histoire en Occident, in *La contractualisation de la famille*, *op.cit.*, p.34は、ナポレオン民法典の婚姻の性質を、"contrat sacré（神

た両性の接近」[83]であるとか、「子の養育と言うことは、永年に亘って、これに生を与えた当事者達の共同の配慮を要求する」[84]といった表現だけでも、そのことが窺えよう[85]。そして、このような自然における婚姻を、民法典で規律する趣旨について、「夫婦を相互に相互的義務に服せしめるとともに、彼等が生を与えた者達に対する共同の義務に服せしめる」[86]必要性を挙げる。「あらゆる文明国民の法律は、これ等の義務を負っている者に対してこれを承認せしめ得るような形式を規定しなければならぬと考えた」[87]という。つまり、夫婦間に生じる権利義務関係、及び夫婦の間に生まれた子どもの養育に関する夫婦（父母）の共同的な義務を、国家法（民法典）で定める必要があると考えたのである。よって、婚姻とは「自己の種を永続せしめ、相互的扶助によって、生の重荷に堪えるように互に助け合い、そしてその共同の運命を分ち合うために結合う男女の組合（société）」と記述される。民法典上で規定しているとはいえ、それは民法以前に存在する自然の目的（生殖や子どもの養育）に関わるため、単なる契約とは異なる性質をもつことになるというわけである。ポルタリスはこれを「最も神聖」な契約[88]とした。

ナポレオン民法典が定める「民事上の婚姻」は、もはや「カノン法上の婚姻」がもつような神性を帯びてはいないものの、単なる民事契約とも異なるものと位置づけられていた。なぜ、単なる民事契約とは異なる

聖な契約）" とする。Claire Le Tertre, *op.cit.*, p.55も、起草者が自然法を持ち出すことによって、カトリック的な性格を正当化していることを指摘する。

[83] Portalis, *op.cit.*, p.23, 'Le rapprochement de deux sexes que la nature n'a faits si différents que pour les unir', 野田訳35-36頁。

[84] Portalis, *op.cit.*, p.23, 'L'éducation des enfants exige, pendant une longue suite d'années, les soins communs des auteurs de leurs jours' 野田訳36頁。

[85] とはいえ、カノン法的・宗教的性質を完全に引き継いでいるのではなく、本文後述のように、「民事的」に言い換えられている点には留意しなければならない。この点を指摘するものとして、Rémy Cabrillac, La sacralité civile du mariage, in *Le discours et le code, op.cit.*, p.169.

[86] Portalis, *op.cit.*, p.24, 野田訳37頁。

[87] *Ibid*.

[88] Portalis, *op.cit.*, p.33, 野田訳52頁。

特殊性をもつのであろうか。その理由は、カノン法と同様、婚姻が子の養育という特殊な機能をもつ結合であると位置づけられたことに求められよう。これを踏まえたうえで、ナポレオン民法典にこのような要素が見いだせるか、検討していこう。

2　子の養育のための結合

ナポレオン民法典第203条は、「夫婦はともに、婚姻の行為のみによって、子を養い（nourrir）、養育し（entretenir）、教育する（élever）義務を締結する」と規定する（傍点筆者）。この規定は、現行民法典にも残っており、夫婦の義務を定める諸規定のうち、冒頭に位置づけられている義務である。したがって、「民事上の婚姻」においても、カノン法と同様に、婚姻の主たる機能として子どもの養育が念頭に置かれていることが見て取れる。

他方で、ナポレオン民法典では、「生殖」や夫婦の「性的関係」については、カノン法ほどの直接的な規律を行っていない[89]。もちろん、モノガミー原則が採用されており、重婚は禁止されている（第147条）。しかし、カノン法が定めていた、交接不能による婚姻障害は、ナポレオン民法典にはその規定がない。近親婚禁止の範囲は、革命期法よりは若干広げられたが、それでもカノン法のものよりは大幅に縮小されている[90]。また、夫婦の肉体的結合によって婚姻が完成するという発想も見られない。これらは、現行民法典についてもいえることである。つまり、「カノン法上の婚姻」と比較した場合、「民事上の婚姻」は、夫婦の性的関係（交接・生殖）のあり方よりも、子の養育機能の方に重点を置いていると考えられる。

---

[89] とはいえ、ナポレオン民法典の起草者も、生殖を婚姻の第一目的と位置づけている点で、カノン法上の婚姻概念への執着を示していることは、Claire Le Tertre, *op.cit.*, p.45において指摘されている。

[90] ナポレオン民法典の近親婚禁止範囲は、直系尊属卑属間および直系姻族間（第161条）、兄弟姉妹間および兄弟姉妹と同一の親等にある姻族間（第162条）、おじめい・おばおい間（第163条）である（革命期法の禁止範囲は、直系血族間、直系姻族間、兄弟姉妹間のみであった）。

この点は、婚姻最低年齢がカノン法よりも高いことにも現れているように思われる。カノン法では、ローマ法を踏襲して、男子14歳以上、女子12歳以上でなければ婚姻しえないとしていたが、ナポレオン民法典では、これを男子18歳以上、女子15歳以上としたのである（第144条）[91]。今日では、男女とも、18歳以上となっている。これは、社会の進展とともに、婚姻に必要とされる成熟（精神的成熟）、すなわち子を育てる資質を備えるのに、より時間がかかるようになったことを反映したものといえよう。

このような、婚姻における生殖の位置づけは、近年の同性婚（同性の二者による婚姻）承認の是非をめぐる議論[92]における中心的問題となっている。民法典上に、婚姻は男女によらなければならないという規定はないが、婚姻適齢を「男」「女」で定める第144条、婚姻挙式の形式に関して「夫と妻」としての申述を受けることが必要と定める第75条、兄弟２人の間、姉妹２人の間ではなく、兄妹間又は姉弟間について婚姻障害を設けている第162条などは、「民事上の婚姻」が男女間の結合のみを前提としていることの表れと理解されている。これらから、「民事上の婚姻」が一対の男女によるものを想定していることが導かれる。同性婚の可能性を否定する論拠は、婚姻を「家族形成の基盤」（婚姻した夫婦が生殖によって子どもをもち、夫婦とその子どもによる「家族」を形成するという、夫婦家族主義によるもの）と位置づけ、生殖不可能な同性カップルの排除を正当化する[93]。これに対し、同性婚の可能性を肯定する見解

[91] ただし、政府は、重大な理由がある場合、年齢制限の免除を認めることができる（第145条）。年齢要件に違反する婚姻は絶対的無効であり、婚姻制度の社会的、公的性格にかかわるものとして、理論上の不存在とともに、本人、利害関係人、共和国検事のいずれもがその無効を請求しうる（第184条）が、適齢以下の女子の妊娠、適齢到達後６ヶ月の経過、同意を与えた尊属または両親の無効請求訴権の喪失などによる無効訴権の制限が規定されている（第185～186条）。

[92] こういったフランスの状況を人権の観点から網羅的に考察・分析したものとして、齊藤笑美子「性的指向と人権：フランスにおける同性間婚姻論議」一橋法学５巻２号（2006年）555頁。

[93] 例えば、ボルドー大審裁判所第１民事部2004年７月27日判決（「家族を形成

は、生殖能力の欠如は婚姻の有効性に影響を与えないとした破毀院判決の存在や、民法典が高齢者間の婚姻も可能としていること、子をもたない予定のカップルも婚姻可能であること等から、「婚姻」と「家族」はもはや結び付けられていないとするのである。婚姻が生殖とは切り離された２者間の人格的関係となってきていることを重視するわけである。2011年８月現在では、依然として婚姻を「家族形成の基盤」とし、同性婚を不可能とする立場の方がかろうじで優勢のようであるが、今後もそうかどうかは分からない[94]。フランスの民法上の婚姻の定義が、近々転換されることになる可能性もあるが、他国に比べてそれに対する躊躇が大きいのは、フランスにおける「民事上の婚姻」の「家族形成の基盤」という位置づけの重さを表しているように思われる。

*

本款では、国家が承認する婚姻、すなわち「民事上の婚姻」が、従来カトリック教会が行ってきたことを自らの手中に収める（世俗化する）ことに重点を置きつつ形成されたものであり、その婚姻観には「カノン

するという一般に考えられた婚姻の伝統的機能」「フランス法においては婚姻と家族は分かち難く結びついており、家族を形成する男女の結合としての婚姻制度という伝統的考え方」をとっている）、ボルドー控訴院第６民事部2005年４月19日判決（「フランス国内法においては、婚姻は性別の異なる２者の結合を対象とし、彼らに嫡出家族を形成することを認める制度である。夫と妻という性化された概念は、父と母という性化された概念の反映（l'écho）である」「婚姻の特殊性は男女カップルのみが生殖可能であることと、立法者がその現実を考慮して『その形態を定め』ようとしたことに由来するのであって、同性カップルは婚姻に関与しえない」）。なお、同性婚の有効性を否定した破毀院第１民事部2007年３月13日判決（*Dr. fam*. 2007, comm.76, p.30, note Marc Azavant ; Defrénois 2007, p.781, note Jacques Massip, etc.）は、単に婚姻を「男性１人と女性１人の結合である」と述べたにすぎず、「家族形成の基盤」という表現や理由付けを用いてはいない。本判決の詳細については、谷口洋幸・齊藤笑美子・大島梨沙編著『性的マイノリティ判例』（信山社、2011年近刊予定）参照。

[94] 2011年６月13日、国民議会は、同性婚を可能にする議員提出法案を、293対222で否決した（６月14日付 Le Monde. fr）。

法上の婚姻」の影響が残っていることを明らかにした。すなわち、一対の男女間の結合であり、当事者の同意を明示する挙式によって成立する、子を養育するための結合だといった考え方である。とはいえ、「婚姻」をもはや神が結びつけたものとせず、「契約」と位置づけたことによって、「民事上の婚姻」の独自性が生じている。すなわち、神が結びつけたものではないため、解消可能なものとなる。また、（神が結びつけた象徴としての）「一体化」の重要性が落ちるため、「婚姻」における夫婦間の性的結合の位置づけは低くなる。純潔でいることの方が高尚だといった前提も見られない。だが一方で、子どもという存在が関係するため、単なる契約というわけでもない。管轄主体が国家の場合は、教会と異なり、財産や相続といった現実的な利害を扱っており、社会に及ぶ影響が大きいものを見過ごすことは難しい。よって、婚姻には、単なる契約以上の介入をすることになる。

では、国家が「民事上の婚姻」に付与している「正統性」には、どのような意味合いがあるのだろうか。もはや、「カノン法上の婚姻」のように、神が結び合わせた結合としての正統性は存在しえない。神が与える正統性に対抗するためには、国家がより現実的・世俗的な利益を提供するほかはない。つまり、家族財産制や社会保障給付などの「お金」をめぐる法的効果である。こういった現実的な利益を与えられる「民事上の婚姻」には、国家法の下で結びついた結合としての正統性、子どもを育てるのにふさわしい結合としての正統性、家族財産法上の正統性があるということになろうか。ただ、第１の点は、パックスというもう１つの民法上の結合の出現、第２の点は、婚姻外で出生する子どもの増加、第３の点は、嫡出子と自然子の区別の撤廃によって、いずれも揺らいでいると考えられる。この点は、第１部第２章で考察することにする。

第1節総括

表1：フランスにおける婚姻（mariage）

婚姻管轄主体	カトリック教会	国家
婚姻管轄主体の性質	信仰共同体（宗教）	統治機構（世俗）
婚姻成立の本質	同意＋交接	同意
婚姻成立方法	教会での挙式	役所での挙式
婚姻の性質	秘蹟	厳粛な契約
婚姻の機能	交接・生殖・子育て・（共同生活）	（生殖）・子育て・共同生活
婚姻の解消	解消不能	解消可能
婚姻の正統性	神が結び合わせた結合 性交しうる結合 子どもを産み育てるにふさわしい結合	民法の下で結びついた結合 （生殖）・子育てのための結合 家族財産法上の正統性
	↓	↓
この2つを呼び分けるために・・・	**カノン法上の婚姻（mariage canonique）**	**民事上の婚姻（mariage civil）**

最後に、「カノン法上の婚姻」と「民事上の婚姻」の並立状況[95]を確認しておこう。「婚姻」が「世俗化」されたからといって、「カノン法上の婚姻」が消滅したわけではなく、カトリック信者の精神面に与えていた教会の影響力が消失したわけではない[96]。カノン法は今日でも存在し、カトリック信者の信仰生活を導くものとなっている[97]。実際、フランスでは、役所で「民事上の婚姻」の挙式をした後で、カトリック教会で「カノン法上の婚姻」の挙式を行うという夫婦が存在している。両方の「婚姻」を望むカップルは、「国家が承認する正統性」と、「教会が承認する正統性」の双方を欲しているといえよう。すなわち、前者は、市民法の下で結びついた結合としての正統性、子どもを育てるのにふさわしい結合としての正統性、そこから生まれた子の家族財産法上の正統性であり、

[95] フランス以外の、「カノン法上の婚姻」と「民事上の婚姻」の並立状況については、注（54）およびJean Gaudemet, *op.cit.*, p.108参照。

[96] この点を強調するのが、Claire Le Tertre, *op.cit.*, p.34である。

[97] 19世紀以後、近年に至るまでの教会と国家の関係の歴史について、Jean Gaudemet, *op.cit.*, p.110 et s.

後者は、神が結び合わせた結合としての正統性、性的関係をもち子どもを育てるのにふさわしい結合としての正統性、そこから生まれた子の神の子としての正統性である。両者のうち、どちらの正統性の方が重要なのかは、それぞれの夫婦の価値観によるといえる。カトリックの信仰をもたない、または重視しないカップルにとっては、「カノン法上の婚姻」をせずに、「民事上の婚姻」だけで十分だということになろう[98]。この傾向はさらに、「民事上の婚姻」も必要ない、すなわち、国家が承認する正統性などは求めないという非婚のカップルが生じうることも意味する。この点についても、第１部第２章で扱うこととする。

（未完）

［付記］本稿は、北海道大学審査博士（法学）学位論文「フランス法における婚姻概念の系譜的考察」（2010年３月25日学位授与）に加筆・修正したものである。執筆にあたって、特別研究員奨励費（2007年度・2008年度）、松下国際財団研究助成（2009年10月－2010年９月）の支援を得た。また、加筆・修正にあたって、研究活動スタート支援（2010年度・2011年度）の援助を受けている。

[98] 他方で、フランスにおいては、敬虔なカトリック信徒であるカップルが、「民事上の婚姻」をせずに「カノン法上の婚姻」だけを締結することが不可能となっている。このことは、信仰の自由にとって問題ではないかといった指摘も存在する。これらの点について、Myriam Pendu, *Le fait religieux en droit privé*, Defrénois, 2008, p.36-37.