



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	「法律上の婚姻」とは何か（3）：日仏法の比較研究
Author(s)	大島, 梨沙
Citation	北大法学論集, 62(6), 410[149]-369[190]
Issue Date	2012-03-30
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/48748
Type	departmental bulletin paper
File Information	HLR62-6_012.pdf



「法律上の婚姻」とは何か（3）

—— 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

(以上、62巻3号)

第2節 日本：承認主体としての国家と社会？

第1款 婚姻の管轄

第1項 国家による管轄

1 役所への届出

2 裁判所による有効性判断と解消への介入

第2項 国家による管轄の不完全性：社会による管轄

1 婚姻の儀式

2 婚姻の成立・解消への国家介入の弱さ

第2款 婚姻の定義

第1項 明治民法による定義

1 一方が他方の家に入ること

2 家の後継者確保のための結合？

第2項 現行民法による定義：法による定義の不完全性

1 一方が他方の家族になること？

2 子の養育のための結合？

第2節小括 日本における「国家が承認した結合」の意義

第1章総括 (以上、本号)

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2節 日本：承認主体としての国家と社会？

前節のようなフランスの状況を参照することにより、日本においてもまた、国家が婚姻の正統性の承認主体であるというのは普遍的なことではないということが喚起される。日本においても、国家が婚姻の承認主体となるためには、従来、村などの共同体や親族らが承認主体となっていた婚姻を、国家が中央集権的に把握するための努力が必要であった。この結果として作り出されたのが、国家に届け出られた「法律上の婚姻」である。従来の承認主体に替わって国家が承認主体になろうとした点だけを見れば、日仏は共通している。だが他方で、日本の「法律上の婚姻」の構造には、フランスの「民事上の婚姻」にはない独自の特徴がある。それは、言うまでもなく、カトリック教会という一大権力による婚姻管轄の歴史が、日本には存在しなかったという点に由来する。

確かに、日本でも明治期に、国家が婚姻を民法によって規律するようになった。この点だけを見れば、日本にも「民事上の婚姻」が存在するように思われる。しかしながら、日本では、（西欧や日本の慣習を参照しつつ）新たに婚姻法を作り出した（婚姻を法化した）のであって、フランスのように、既に存在した「カノン法上の婚姻」を世俗化したのではない。むしろ、当時の日本の「国家」は、それ自体が（当時の政府は否定していたものの）宗教的な存在でもあったことを忘れてはならない。明治時代に「天皇教」とでも呼びうる「宗教」をつくり出し、国民への「布教」を主導したのは、国家であった¹。したがって、戦前の日本には、そもそも「世俗化された婚姻」という意味での「民事上の婚姻」は生じ

¹ この点を指摘するものとして、差し当たり、村上重良「天皇制と国家神道」戸頃重基編『天皇制と日本宗教』（伝統と現代社、1973年）177頁。また、『明治以降宗教制度百年史』（文化庁、1970年）は、明治政府の宗教政策の詳細を伝える。

えないことになる²。では、戦後はどうか。「国家神道」が廃止され、天皇が「人間宣言」をし、信教の自由と政教分離が憲法上の原則となったのであるから、戦後の日本国は「世俗化された」とも考えられる。しかしながら、天皇は、依然として「国家」の「象徴」である（日本国憲法第1条）。天皇が宗教的権威であることを肯定したうえで、国家と分離したわけではない。反対に、その宗教的権威性を形式上否定したうえで、国家の「象徴」に据えている。だが現実には、天皇は、今日でも、（私的行為としてではあるが）宮中での祭祀を欠かさず行っており、国の側も、天皇の公務の日程調整にあたって、祭祀の日程と重ならないようにしているという³。つまり、「国家」の象徴たる天皇が「宗教」的存在でもあることは暗黙の了解となっている。この点だけを見ても、日本の今日の国家が宗教的権威から完全に分離された世俗権力といえるかには、多分に疑問が残るのである。少なくとも、フランス国家元首とローマ教皇の2者に象徴されるように、「国家」と「宗教（教会）」の分離が可視的であるフランスと比べた場合、「国家」と「宗教」との分離が曖昧といえるのは確かであろう。このことは、婚姻の「正統性」を与える主体（国家）がもつ性質として、踏まえておくべき前提である。

では、日本において、「国家」が承認する「婚姻」にはどのような特徴が見られるだろうか。明らかなのは、日本では、フランスのような、「カノン法上の婚姻」との並立状態は生じず、「国家が承認した婚姻」のみが「法で定められたもの」として存在するということである。この点だけを見れば、「正統な婚姻」としては、「国家が承認した結合」たる「法

² 市原靖久「『自然法—実定法』ダイコトミーの成立と『法の世俗化』—ヨーロッパ中世盛期における宗教と法—」法哲学年報2002年25-26頁もこの点を指摘する。すなわち、「『法の世俗化』の直接の前提となるのは、聖俗両権の分離である。」「・・・ヨーロッパでは、教会の世俗支配や、国家の教会支配または皇帝／国王の神聖化という傾向が継起的に現れはしたが、決して両権は融合・合体することなく、基本的には『二元主義』を維持し、その枠組の中で対立と協調を繰り返すことになる。聖俗両権の分離は、以上のような歴史状況において可能となった特殊ヨーロッパ的現象であり、この特殊ヨーロッパ的現象を前提にして、『法の世俗化』が可能になったことを確認しておかなければならない」。

³ 山本雅人『天皇陛下の全仕事』（講談社、2009年）106頁以下、344頁。

律上の婚姻」が独占しているように思われる。

しかしながら、日本における国家による婚姻支配は、フランスとは別の意味において、完全ではない。依然として、親族や社会（職場、地域など）が果たす役割が大きいからである。この点を、前節で見たフランスの状況と対比させるため、婚姻の管轄（第1款）、および婚姻の定義（第2款）の観点から考察してみよう。

第1款 婚姻の管轄

日本では、明治時代以前、庶民層においては、婚姻は特に「管轄」されていなかった。強いて言うならば、当事者が属する親族集団や地域社会が管轄していたということになろう。村での婚姻における若者組や娘組の役割の大きさは、よく指摘されるところである⁴。他方、武士層の場合は、婚姻（厳密には婚約）をする際に、幕府の許可を得ることが必要であった⁵。この意味では、支配層の婚姻は、幕府という中央集権的な世俗権力に管轄されていたといえる。こういった婚姻管轄が、身分にかかわらず、すべての人々に及ぶようになったのは、明治時代以降である。

明治政府は、維新後、国民の統一的な把握のため、早い段階から身分登録制度の整備に努めた⁶。江戸時代においては、婚姻を含む身分変動事項は、幕府の命令のもとに、寺院に置かれた「人別帳」等に記録されていた⁷が、明治政府はこれを国家が統一的に管理することを目指したの

⁴ 柳田國男『婚姻の話』（岩波書店、1948年）184頁等、熊谷開作『婚姻法成立史序説』（酒井書店、1970年）86頁以下を、差しあたり挙げておく。

⁵ 熊谷・前注（4）77頁、高嶋めぐみ『わが国における婚姻の実態の変遷』（高文堂、1997年）128頁。

⁶ 身分登録の前提として、国民の「名前」のあり方を統一・一定させる必要がある。このため、明治政府は、戸籍編成と並行して「名前」のあり方に大きく介入し、封建的な含意のある呼称等を廃止して、全国民に一苗字一名主義を徹底させ、また原則として変更できないものとした。その詳細については、高梨公之『日本婚姻法史論』（有斐閣、1976年）257頁以下。

⁷ これは、江戸幕府がキリスト教の信仰を禁止したことに伴い、各人を寺に登録させることによって信仰を調査・統制する趣旨のものであった。

である。明治2年から戸籍編成の検討が開始され、最終的に、明治4年4月4日（1871年5月）に、いわゆる「壬申戸籍」、すなわち太政官第170布告「府藩県一般戸籍法」が公布されるに至った（翌明治5年2月〔1872年3月〕施行）⁸。ここでは、武士や町民といった身分の別なく、住所に基づいて戸籍を編成することにより、完全に人民すべてを把握することが意図されていた。そして、警察、軍備（徴兵）、財政（徴税）、刑事行政目的で活用された⁹。

ただ、周知の通り、その編成方法は家単位であって、（教区簿冊の編成方法に由来する）フランスの身分登録簿（état civil）のような、個人単位での登録とはまったく異なるものである。婚姻の事実は、家単位で国民を把握しようとする明治政府にとって、家の構成員に変動をもたらすものとして、考慮する必要があったにすぎない。家の内部での身分変動事項（出生・婚姻・養子縁組・死亡等）は、家の代表者たる戸主が届け出る義務を負うものとされた。国家による婚姻管轄の、1つのあり方といえる。

しかしながら、戸主による届出という手法は十分に機能しなかったため、著名な明治8年太政官第209号達により、届出があった場合にのみ夫婦として扱うということが行われるようになった¹⁰。届出をしないことに対するサンクションを与えることにより、婚姻の届出を促進し、国家による国民の把握を盤石のものにしようとしたと考えられる¹¹。

⁸ 坂本慶一『民法編纂と明治維新』（悠々社、2004年）。

⁹ 谷口知平『戸籍法 法律学全集25』（有斐閣、1957年）8頁、10頁。

¹⁰ とはいえ、裁判においてこれが貫徹されたわけではないことは、沼正也『財産法の原理と家族法の原理（新版）』（三和書房、1980年）215頁等により明らかになっている。

¹¹ よって、当事者にとって不利な法的効果は、届出をしていない場合にも適用しなければ、届出をかえって控えさせてしまうことになる。「事実婚主義」を採用したとして著名な明治10年司法省令第46号達は、「妻」による「夫」または「夫」の祖父母らに対する殺人などの罪を、「凡人」とすることによって軽くしてしまうことに対する疑義をきっかけに出されたものであった（村上・後注〔13〕4頁）。

このようにして戸籍が整備される一方で、民法典の起草が目指され、その中で、「婚姻」を国家法が規定することが検討されるようになる。ただ、これもフランスと異なり、西欧諸国との不平等条約改正、および「富国強兵」のための国内の近代化(近代的法治国家の実現)が目的であった¹²。このため、単に、従来の日本の各地の慣習を明文化して法典にすればいいというものではなく、「西欧風」「近代風」なものにしなければならなかった。これにより、起草過程において、日本の慣習と西欧近代法との相克という、フランスが経験しなかった問題が生じる。その相克はとりわけ、「婚姻」をめぐる顕著であった¹³。日本には、「カノン法上の婚姻」の考え方が（知識人等の例外を除いて）まったく根付いていなかったからである。このため、「西欧風」「近代風」なものを取り入れた（明治）民法に基づく、国家による婚姻管轄（第1項）は、完全なものではあらず、「社会」にも一定の役割が残ることになった（第2項）。この構造自体は、戦後の改正を経た今日においても残存している。

第1項 国家による管轄

国家による婚姻管轄は、まず、国家へ届け出たものでなければ（国家法上）婚姻として扱わないという手法によって行われた（1）。ただ、届け出られたものがすべて有効な婚姻とされたわけではなく、（フランスのように、）裁判所によって無効とする余地が残された（2）。

1 役所への届出

フランスと比較した場合、日本の国家による婚姻管轄の手法として特徴的であるのは、国家が挙式には関与せず、ただ届出のみによって把握する点である。民法起草過程では、当初、フランスを参考にしつつ、役

¹² 星野通『明治民法編纂史研究』（ダイヤモンド社、1943年）86頁。

¹³ 婚姻法の起草過程については、熊谷・前注（4）35頁以下、石井良助『日本婚姻法史』（創文社、1977年）、村上一博『日本近代婚姻法史論』（法律文化社、2003年）参照。

所での挙式¹⁴が検討されたが、日本の習俗に合わない・手続きが煩雑すぎるとして、紆余曲折を経た結果、届出に落ち着いたのである¹⁵。教会での挙式から役所での挙式へという発想で導入できたフランスとは異なり、教会での挙式という慣習をもたなかった日本において、役所での挙式が導入しえなかったのは、無理もないことである。家で婚礼を行うことが習慣であった日本人にとって、国家の機関に出向いて挙式をすることには、拒否感が強かったであろう。他方、国家の側から見た場合、日本中の役場に式場を設け、国民のすべての婚礼をそこで執り行うことは、予算面、人手の面で、実現可能性の低いものであっただろう。

そこで、挙式の代わりに日本が導入したのが、届出方式である。立法者意思によれば、この届出は、当事者が必ず役所に出向いて行うものであった。明治民法は、婚姻の届出には当事者双方の出頭又は書面への署名が必要としている（775条1項）¹⁶。立法者はその趣旨を、代理人によって届出がなされることを防ぐことによって「当事者双方ヲシテ真ニ婚姻ヲ為スノ意思アルヲ表示セシムル」¹⁷ためであると説明し、「婚姻の届出と云うものは、本人自身に出頭して届出るか、然らずんば、書面に自身の名前を書いて出さなければならぬ」、「其の本人の欲せざるものを無理に合わせると云うことの弊のないようにした積りでございます」と発言している（梅謙次郎、衆議院委員会での審議、冒頭の説明、明治31年5

¹⁴ いわゆる「第一草案」が採用した婚姻の形式的要件は、婚姻の公告、必要書類の提出、婚姻の挙式（当時の用語では「公式」）の3つであった（熊野敏三ほか『民法草案人事編理由書 上巻』49頁）。

¹⁵ 西村信雄「わが民法の届出婚主義に対する批判（二）」立命館法学45号（1962年）745頁。

¹⁶ 壬申戸籍において、戸主が婚姻の届出義務者であったことと異なる。この明治民法制定に伴い、戸籍制度も明治31年（1898年）の戸籍法によって刷新され、もっぱら民法上の身分、身分行為を表示し公証するためのものとして位置づけられた（谷口・前注〔9〕10頁）。よって、戸籍事務は（行政的監督ではなく）司法的監督に服するものとなった。また、戸籍簿と併用するものとして日本でも身分登記簿が採用され、出生、嫡出子否認、私生子認知、養子縁組、婚姻、離婚、後見、隠居、失踪、死亡、家督相続などの身分事項が、個人単位で登記されることとなった。

¹⁷ 『民法中修正案参考書 第四篇第五篇』第三章21頁。

月27日)。要するに、立法者は、当事者の真の婚姻意思の確保に配慮して形式的要件を定めたことがうかがえる。戸主や親ではなく、両当事者の意思を婚姻の要素と据えている点で、当事者の婚姻に対する同意を婚姻成立の要素とするフランスと類似している。

しかしながら、挙式の代わりの届出方式でさえ、簡単には国民一般に根付かなかった。ここに、日本における国家による婚姻管轄の弱さが表れている。届出を根付かせるためには、届出の必要性を国民に周知徹底する一方で、届出の方式をできるだけ容易にしなければならなかった。立法者が否定していた代理人による届出や郵送による届出も可能となっていた。このようにしてようやく国家による婚姻管轄が国民に浸透するようになった一方で、立法者が注意を向けていた当事者意思の確保はおろそかになったといえよう。

戦後、新憲法にもとづく民法の改正は、婚姻の形式的成立要件を再考できるまたとない機会であった。実際、司法省民事局が作成した幹事案の中で、婚姻の成立について4つの案が用意されたが、その中に、挙式自体を国家が執り行うという案は含まれていなかった¹⁸。最終的には、婚姻成立時期を形式的におさえる必要があること、届出が国民に浸透してきたこと、（家制度に由来する）届出しえない理由がなくなったことなどを理由に、旧法どおり、届出による成立が維持されることになった。

ここで改めて、今日の日本における婚姻の成立の手続を確認しておこう。届出の方法には口頭によるものも用意されているが、主流であるのは届書による方法である。届書には、「夫婦が称する氏」（戸籍法74条）、届出事件、届出年月日、届出人の出生の年月日、住所及び戸籍の表示を記載し、届出人がこれに署名し、印をおさなければならない（戸籍法29条）。また、証人も、届書に出生の年月日、住所及び本籍を記載して署名し、押印する必要がある（戸籍法33条）。このように、当事者の自署・捺印が戸籍法の定めるところであるが、戸籍法施行規則62条1項は、届出人が印を有しないときは署名だけで足り、署名することができないと

¹⁸ 西村信雄「わが民法の届出婚主義に対する批判（一）」立命館法学37号（1961年）30頁。

きは、氏名を代書させ、印を押すだけで足りると規定する。さらに、署名ができず印も持たない場合は、氏名を代書させ、拇印するだけで足りるとされている（同項）。なお、これらの場合、届書にその事由を記載しなければならない（同条2項）。当事者が未成年者である場合は、届書に父母の同意を証明する書面を添付することが必要であるが、通常、父母が届書にその旨を付記、署名、押印をすることで足りるとされている（戸籍法38条1項）。つまり、複数人が関与するという体裁ではあるものの、実質的には、複数の筆跡や印を用いるなどして、1人で届書を作成することも可能なものとなっている。

婚姻届書の届出を行う場所は、「届出事件の本人の本籍地又は届出人の所在地」（戸籍法25条1項）である¹⁹。婚姻の届書は、2箇所以上の市役所又は町村役場で戸籍の記載をすべき場合には、それらの数と同数の届書を提出しなければならず、本籍地外で届出をするときは、さらに1通の届書を提出しなければならない（36条2項3項）。だが、届書の謄本を作り、これを届書に代えることが市町村長に認められている（36条3項）。したがって、現実には、届書の提出は1通でよいことになっているようである（婚姻届書「記入の注意」欄参照）。

この他、市町村長は、届出の受理に際し、戸籍の記載又は調査のため必要があるときは、戸籍謄本又は抄本その他の書類の提出を求めることができる（戸籍法施行規則63条）。このため、多くの場合、届書を持参した人の本人確認書類（運転免許証やパスポートなど）や戸籍謄本の提出が求められるようである。また、届書に添付する書類に外国語によって作成されたものがある場合は、それについて翻訳者を明らかにした訳文を添付しなければならないことになっている（戸籍法施行

¹⁹ 管轄違いの場所に届け出られた婚姻届の効力について、旧法時代の判例であるが、大判昭和11年12月4日民集15巻2138頁は、『「・・・戸籍吏カ其ノ地ニ於テ右届出ヲ受理シタル以上」民法第775条（現739条）第1項ニヨリ届出アリタルモノト解ス可ク之ニヨリ婚姻ハ有効ニ成立スルモノトス（戸籍吏ナラサル者ノ受理シタル場合並戸籍吏カ其ノ管轄区域外ニ於テ受理シタル場合ハ固ヨリ爾ラス）」と判示する。

規則63条の2)。だが、これらは、両当事者の婚姻意思を確認する手段としては心許ない。

届書の提出は、必ずしも当事者双方が市役所又は町村役場に出向く必要はなく²⁰、郵送による届出も認められている。届出人が生存中に発送した届書であれば、当該届出人が死亡した後であっても、受理され（戸籍法47条1項）、この届出は届出人の死亡時になされたものとみなされる（同条2項）。よって、当事者の与り知らないところで届書が提出されてしまう可能性がある。

婚姻の届出は、当該婚姻が婚姻障害（婚姻の実体的要件）に違反しておらず、手続上の必要事項も記載され、要件が具備されていることが確認された場合、市町村長に受理され（民法740条）、この受理によって初めて効力が発生する²¹。

今日では、届出をしなければ国家法上婚姻と扱われないということは常識となっている。むしろ、届出（いわゆる「入籍」）をしなければそもそも婚姻ではありえないという認識まで生まれつつある。役所で挙式をしなければ婚姻は成立しないというフランスの常識と、この点では近接したように見える。かつての状況と比べれば、国家による婚姻管轄が強固なものになったのは確かであるといえそうである。しかし、当事者に婚姻意思がなくても婚姻を成立させてしまえる日本の仕組みは、本当に婚姻を「管轄」しているといえるのだろうか。

²⁰ 富山地判昭和40年3月31日は、「婚姻届自体は、夫婦たるべき双方が直接これを為す必要はなく、一方が他方の意を受けて、単独で、あるいは第三者が当事者双方の依頼によって、いずれも有効に届出をなしうる」とする。

²¹ 松江家審昭和34年1月16日家月11巻4号127頁。いわく、「届出の受理は単に届出受領の事実過ぎない届出の受附（到達）とは区別すべきであって、婚姻の届出が形式において法定の要件を具備したものとして、いわゆる戸籍吏によりその受領が認容されてはじめて届出の受理があるといえるのである。換言すれば届出がなされてもこの認容の処分がない限り婚姻はその効力を生じないものといわねばならない。そして受理の処分をしたときは、法律により、届書その他の書類及び戸籍に届出受附の年月日を記載せしめ、以て婚姻の効力を生じた時期を明確にしているのである」。

2 裁判所による有効性判断と解消への介入

届け出られた婚姻の当事者に真の婚姻意思がなかった場合には、事後的に裁判所がそれを無効とすることができるのであるから、国家による婚姻管轄はなされているといえるかもしれない。

フランス民法典が婚姻の絶対的無効と相対的無効を用意しているのに対し、日本民法は、**婚姻の無効と取消**という手段を規定している。当初の区別によれば、日本における無効とは、法律行為の初めから効力がないものであるのに対し、取消とは、一旦成立して効力を生じた後に初めから成立していなかったようにすることである²²。そのうえで、婚姻無効原因は、当事者の婚姻意思の欠缺（「人違其他ノ事由ニ因リ当事者間ニ婚姻ヲ為ス意思ナキトキ」（明治民法778条1号）、「当事者カ婚姻ノ届出ヲ為ササルトキ」（同条2号））に限られ、婚姻取消原因は、婚姻障害違反と、詐欺・強迫（婚姻意思の瑕疵）に限られる。とりわけ、婚姻取消に関する規定は、取消の請求権者や期間などを細かく定めている（後述）。これらは、戦後改正民法にも基本的に受け継がれている。

加えて、明治民法は、ナポレオン民法典などの西欧民法にならい、従来、夫の自由であった婚姻解消（離婚）に対して、国家が介入する仕組みを導入している。これも、国家による婚姻管轄といえるだろう。

協議離婚については、夫婦双方が離婚に合意したうえで、その旨を届け出なければ、離婚は成立しない。他方、夫婦の一方が離別に同意しない場合は、裁判所が介入する（民法770条1項）。後者について確認しておこう。

離婚を求める当事者は、まず原則として²³家庭裁判所に離婚調停²⁴を

²² 『民法中修正案参考書 第四篇第五篇』第三章23-24頁。

²³ 民法770条1項3号（生死不明）および4号（強度の精神病）にあたる事件は、調停を行うことができないため、この限りでない。

²⁴ 調停は、家事審判官（裁判官、家事審判法2条）1名と家事調停委員（一般市民、家事審判法22条の2第2項）2名以上とから成る調停委員会が行う（家事審判法3条2項、22条）。

申し立てる必要がある（家事審判法17条、18条1項）。調停申立をせず
に直接離婚訴訟を提起しても、職権で家庭裁判所の調停へ回される（家
事審判法18条2項）。裁判所に離婚を求めた夫婦のうち9割は、この調
停の段階で離婚の合意が成立している。つまり、家裁による柔軟な解決
が試みられており、夫婦が平和に関係終了するようにケアするという面
で、近年のフランスの動向と似ているようにも見える。

調停で解決しなかった場合、家庭裁判所が相当と認めたならば、その
職権で離婚の審判がなされる（家事審判法24条）。審判に対し、2週間
以内に異議申立てがあれば、審判は効力を失い（同法25条）、離婚訴訟
へと進み、人事訴訟法によって判決がされることになる（人事訴訟法2
条1号）。

離婚訴訟になると、離婚事由に該当する場合でなければ離婚が認めら
れない。民法の定める離婚事由とは、配偶者に不貞な行為があったとき、
配偶者から悪意で遺棄されたとき、配偶者の生死が3年以上明らかでな
いとき、配偶者が強度の精神病にかかり、回復の見込みがないとき、そ
の他婚姻を継続し難い重大な事由があるときの5つである。だが、この
ような事由がある場合であっても、一切の事情を考慮して裁判所が婚姻
の継続を相当と認めるときは、離婚請求は棄却されうる（民法770条2
項）。裁判離婚の場合も、子の監護者や、その他監護について必要な事
項を、当事者の協議で定めることになっているが、その協議が調わなけ
れば、家庭裁判所がこれらを定めることになっている（民法766条1項、
771条）。

裁判上の離婚および審判による離婚は、判決または審判の確定、ある
いは離婚調停の成立によって効力を生ずるとされている（家事審判法21
条、25条3項）。だが、報告的なものとして、離婚の裁判が確定したと
きは、訴を提起した者は、裁判が確定した日から10日以内に、裁判の謄
本を添付して、その旨を届け出なければならないと規定されている（戸
籍法77条1項）。届書記載事項は、協議離婚の場合とほぼ同じであるが、
「調停による離婚、審判による離婚、和解による離婚、請求の認諾によ
る離婚、又は判決による離婚の別」を記載する点が異なる（戸籍法施行
規則57条2項）。

以上を見ると、裁判所を通す場合の離婚手続に限れば、日仏は近似し

てきているように思われる。ただ、協議離婚の手続はもちろん、実質的な離婚判断(とりわけ破綻離婚)に関して、相違が残っているといえよう。

第2項 国家による管轄の不完全性：社会による管轄

前項での検討だけを見れば、日仏では手法に違いがあるものの、基本的な方向性は同じであり、大枠としては同じ国家管轄の仕組みを有しているように思われる。しかしながら、国家による婚姻管轄は、フランスと比較した場合、(それが良いか悪いかという評価は別として)徹底しておらず、これが日本の特色となっている。まず、挙式について、国家が介入せず、民法も挙式に関する規定をまったく置いていないことが挙げられる(1)。加えて、婚姻の有効・無効や解消に介入するとは言っても、その程度は、フランスと比較すると緩やかなものである(2)。

1 婚姻の儀式

前項で確認した通り、日本の民法は、婚姻の成立に挙式を要求せず、届出をもって足りるとしている。では、日本では婚姻時に何の儀式も行われないのかというと、一般的にはそうではない。単に、「フランスのような」儀式が行われてこなかった(よって役所での挙式は日本にはそぐわないと考えられた)だけであって、日本でも、儀式は行われてきたのである。

「カノン法上の婚姻」における挙式と、日本における伝統的な婚姻の儀式との一番の違いは、教会といった宗教施設で行われるのではなく、一方当事者の自宅で行われるものであったことであろう。儀式を主宰するのは、その家の長であった。また、儀式の形式は、各地や各家の慣習に基づくものであった²⁵。

これはかつての日本の話であって、現代の日本には妥当しないとの批

²⁵ 日本の伝統的な婚姻の儀式については、柳田國男『婚姻の話』(岩波書店、1948年)、高群逸枝『日本婚姻史』(至文堂、1963年)、瀬川清子『婚姻覚書』(講談社、2006年)などを参照。

判があるかもしれない。現代の日本の一般的な婚姻の儀式は、当事者の家ではなく、「結婚式場」で行われ、その儀式が「神前式」か「キリスト教式」か「仏前式」かによって、それぞれ、神主、司祭・牧師、僧侶という宗教者が主宰しているからである²⁶。しかし、今日においても、日本の婚姻の儀式は、フランスと比較した場合、宗教的な性格が弱く、家族的な性格が強いといえる。

たとえば、いわゆる「キリスト教式」結婚式が行われたとしても、多くの場合、それは「カノン法上の婚姻」とはいえない。日本における「キリスト教式」結婚式の多くが、洗礼を受けていない者が当事者であり、教会風の建物で、神父（牧師）風の者によって行われるにすぎないものであるからである²⁷。また、「神前式」や「仏前式」についても、「宗教上の婚姻」といえるのか疑問が残る。神道や仏教には、もともと婚姻に関する独自の教えがなく、その結婚式には、「キリスト教式」の影響、あるいは婚礼ビジネスの影響が見られるからである²⁸。それでも宗教風の形式をとるようになった点で、婚姻に何らかの「神性」が求められていることは確かに認められるが、それは、「カノン法上の婚姻」に見られるような具体的かつ強固な教義や信仰に基づくものとは評価しがたい。

これと関連して、「結婚式場」の性格も、宗教施設であるというよりは、自宅の代替施設にすぎない場合が多いといえそうである。今日の日本の「結婚式場」の多くは、当事者が自由に選んだ結果としてのホテル内の

²⁶ 現代の日本における婚姻の儀式については、石井研士『結婚式 幸せを創る儀式』（日本放送出版協会、2005年）、斎藤美奈子『冠婚葬祭のひみつ』（岩波書店、2006年）を参照。なお、本稿の検討の対象は、いわゆる「披露宴」ではなく、「結婚式」の方である。

²⁷ もちろん、日本にも、洗礼を受けたカトリック信徒同士が教会において締結する「カノン法上の婚姻」は存在するが、その割合は限られている（石井・前注〔25〕）。

²⁸ 「神前式」の結婚式は、1900年（明治33年）、後の大正天皇の婚礼時に初めて举行されたと言われている（小倉慈司・山口輝臣『天皇の歴史09 天皇と宗教』（講談社、2011年）259-260頁〔山口〕）。その後、庶民に広まった要因として、結納品業界やホテル業界のビジネスの動向があったようである（斎藤・前注〔25〕6頁以下）。

施設や「チャペル」（教会風の建物）であり、そこには招待された友人・同僚・親族らしか出席できないというのが一般的である。結婚式場の入口での表示や、花嫁の移動などでたまたま第三者が結婚式の事実を知ることにはあるが、それは意識的になされたものではない。「閉じられた」、「私的」なものとなっている²⁹（これに対し、フランスの挙式が公開を原則とするパブリックなものであることは、前号で述べた通りである）。

では、民法上何の規定もないにもかかわらず、日本社会において行われている婚姻の儀式には、一体どのような意味があるのだろうか。そこにはやはり、当事者をよく知る人々・関わり合いになる人々への「周知」とその人々からの「承認」という意味があるだろう。フランスと比較した場合に、その承認主体や周知の範囲という点で違いがあるとしても、儀式が、婚姻の正統性を担保するもの、周りから承認されるためのもの、として機能している点は同じといえよう。（フランスからすれば）表面的であるとしても宗教性を帯びた儀式が近年好まれるようになっているのは、家族・地域社会による承認から得られる正統性が弱くなってきた代わりに、神性をもった正統性を得たいと考えられるようになった証とも考えられる。一方で、宗教性をもたない「人前式」の結婚式も行われるようになってきたが、これを選ぶのは、神性をもった正統性よりも、「自分たちらしい」関係性の周知と、親しい人たちからのその承認を重視するためであろう。

いずれにせよ、婚姻を「正統な結合」として位置づけたいのであれば、儀式は重要な要素であるといえる。にもかかわらず、日本の国家はこの点に一切介入しないこととした。儀式のあり方は社会に任せられているといえる。ここから、挙式をしたにもかかわらず「婚姻」ではない結合であるとか、挙式をしていないにもかかわらず「婚姻」である結合が生じることになり、「婚姻の正統性」という観点から見た場合に混乱が生じることになる。

²⁹ かつての「自宅結婚式」の場合は、一方当事者の家から他方当事者の家に向けて花嫁行列を組むものであったため、第三者に対する周知という機能も果たしていたが、「結婚式場」に集合して行われるようになった今日の結婚式では、この機能が失われたといえる。

2 婚姻の成立・解消への国家介入の弱さ

挙式への国家の不介入以外にも、国家による婚姻管轄に関してフランスと比較した場合、日本には3つの特徴が見られる。

第1に、婚姻障害のある婚姻の届出が誤って受理された場合でも婚姻は有効に成立するということが挙げられる。婚姻の要件を欠く届出であっても、誤りに気付かないなどの事情で受理された場合は、当該婚姻は有効に成立する³⁰。この場合、各当事者、その親族又は検察官が、当該婚姻の取消しを家庭裁判所に請求することができる（民法744条1項）という構造になっている³¹。とはいえ、検察官は、当事者の一方が死亡した後は、取消しの請求をすることができない（民法744条1項但書）。また、判決前に当事者が離婚した場合も、「既ニ不法婚姻ハ解消セラレ最早善良ノ風俗ヲ害スルモノ無」ことを理由に、検察官の取消権は消滅

³⁰ 大判大正6年4月7日刑録23輯282頁。いわく、「民法第七百七十二條ニ違反スル婚姻届ト雖モ苟モ戸籍吏ニ於テ之ヲ受理シタル以上ハ其故意ニ出テタルト過失ニ出テタルトヲ問ハス同第七百七十五條ニ依リ婚姻ハ其効力ヲ生シ同第七百八十三條ニ依リ其取消アル迄ハ有効ニ成立スル」。現実には、婚姻障害が存在するのに婚姻届が受理され、取消請求がなされる事案というものは起こりにくいように思われるかもしれないが、決して多くはないものの一定数の裁判例・審判例が存在する。中でも最も多いのは、重婚を理由とする取消請求であり、前婚の離婚の効力が後から無効とされた場合などに後婚の取消が請求される事案である。

³¹ 無効ではなく取消になっている点で、既にそのサンクションはそれほど強くない。これに対し、フランスでは、婚姻障害のある婚姻は絶対的無効原因とされ（民法典第184条以下）、婚姻時に遡及して婚姻の効果は否定される（ただし、婚姻障害があることを当事者が知らなかった場合には、当該婚姻は将来に向かってのみ効力を失う〔民法典第201条、202条〕）。再婚禁止期間に反する婚姻については、前婚の解消もしくは取消の日から6ヶ月を経過した場合、又は、当該女性が再婚後に懐胎した場合は、その取消しを請求することができない（民法746条）。婚姻最低年齢を定める民法731条に反する婚姻は、不適齢者が適齢に達したときは、相手方当事者、親族、検察官から、その取消しを請求することができなくなる（民法745条1項）が、不適齢者自身は、適齢に達した後3ヶ月間は、その婚姻の取消しを請求することができる（同条2項）。ただし、適齢に達した後に追認したときは、取消請求権を失う（同項但書）。

するとした判例がある（大判明治33年11月17日民録6輯10巻82頁）。他方、当事者の親族の取消請求権は、当事者の一方が死亡し、また当該婚姻が長期間にわたるものであったとしても否定されないとの事例がある（東京高判平成3年4月16日判時1392号85頁）。戸籍管掌者の権限も、検察官の権限も、それほど強いものではない一方で、親族の権限の強さが際立つ。

フランスではそもそも、婚姻障害のある婚姻が誤って成立することのないよう、挙式前に婚姻公告をすることを義務づけており、婚姻障害がある場合には、検察官らが「異議申立」（opposition）をすることが可能である（フランス民法典第172条以下）。要件に違反した婚姻を成立させた場合の身分吏に対する刑事制裁も用意されており、たとえば、重婚の場合には当事者と同様、身分吏にも重婚罪の規定が適用される（フランス刑法典第433-20条）という徹底ぶりである。それだけ、婚姻障害のある婚姻の成立を認めないという強い意志が感じられ、逆に言えば、この姿勢が婚姻の「正統性」を担保しているといえる。

これと比べれば、日本の場合は、婚姻障害のある婚姻への民事上のサンクションとしては、将来に向かって効力が否定される「取消」のみであり、刑事上のサンクションとしては、当事者への重婚罪（刑法184条）の適用がありうる³²にすぎないのであるから、実質的要件を欠く婚姻にしてはサンクションが緩いという特徴がある。総じて、日本法は、婚姻障害のある婚姻成立の予防、つまり婚姻の「正統性」の担保に対してフランスより鈍感であるといえよう。あるいは、婚姻障害の存在は、日本の文脈では、婚姻の「正統性」をそれほど脅かすものではないのかもしれない。

第2の特徴は、婚姻無効原因が存在しても、すなわち当事者に真の婚

³² 例えば、配偶者との協議離婚届を偽造して提出し、戸籍簿原本にその旨の不実の記載をなさしめた上、他の者との婚姻届を提出、その旨戸籍簿原本に記載させたときは、重婚罪が成立するとの判断がなされている（名古屋高判昭和36年11月8日高刑集14巻8号563頁）。だが、重婚罪が実際に科される例は極めて少ないようである。

婚姻意思がなかったとしても、当事者・利害関係者が無効を主張しなければ、当該婚姻は有効なものとして存在し続けることができるということにある。当事者の真の婚姻意思の審査は、届出受理時に行うことはできない。届出を受理する際の戸籍管掌者の審査は、実際に当事者に婚姻の意思や資格があるかを調査する具体的審査ではなく、届書や戸籍の記載事項についての形式的審査にとどまるとされているからである³³。当事者の婚姻意思に疑義があるとしても、フランスのように、聴聞を行うといったことは不可能であるということになる。また、（取消請求権とは異なり）検察官に無効請求権があるとは民法に規定されていないため、事後的に国が介入することも難しい。当事者以外で無効請求の可能性があるのは、親族などの利害関係者ということになる。

以上の仕組みは、何が婚姻かを判断する権限を、当事者・親族に委ねているものといえる。当事者の自由に任せていると言えば聞こえがよいかもしれないが、何らかの特定の利害のために婚姻させられた当事者を救うことができないし、偽装婚姻を摘発できないという問題がある。これらは、フランスの目から見れば、婚姻の「正統性」を脅かすものに映るであろう。

第3点は、協議離婚の場合、裁判所を通さなくても離婚届だけで離婚が可能だということである。

周知の通り、日本では、裁判所を通さずに協議離婚が可能であり、こ

³³ 東京地決明治44年7月12日法律新聞745号22頁は、「戸籍吏が・・・婚姻の届出ありたる際其受理すべきものなるや否やを決するが為め職責上調査すべき事項は其届出が形式上戸籍法及民法其他の法令に違反せざるや否やの点に止まり更に進んで其実質の真偽を審査すべき義務なきもの」とする。また、福岡高決昭和36年10月4日家月14巻3号114頁も、「戸籍吏は婚姻届が提出せられた場合その婚姻の事実の有無、或は既に戸籍に登載された記載事項が客観的に真実なりや否や等の実質的審査権を有しないのであるから」、婚姻届が提出された際に戸籍吏が当事者の前婚の効力につき訴訟中であることを知っていたとしても、戸籍から前婚が無効であるとして消除されている以上、戸籍吏はその消除が適法になされたものなりや否や等を調査する権利もなければ義務もないとしている。

れは婚姻管轄という観点からフランスと比較した場合の大きな特徴となっている。離婚の届出は、当事者双方と成人の2名以上の証人が署名した書面で、又はこれらの者から口頭で、しなげなければならない（民法763条・764条）³⁴、これが受理されなければ離婚の法的効果が得られないという点では、国家のコントロールは及んでいる。とりわけ、子どもがいる夫婦の離婚の場合、親権者がどちらか一方に決められていることを確認した後でなければ、離婚届が受理されない（民法765条1項）というのは重要である³⁵。子の監護者や、その他監護について必要な事項について、当事者の協議が調わなければ、家庭裁判所がこれらを定めるとなっている（民法766条1項）。また、錯誤・強迫により協議離婚をした者は、その取消を求めて訴えることができる（764条）。以上によれば、協議離婚の場合であっても一定のコントロールが及んでいると見ることもできる。

しかしながら、この日本法のシステムでは、両当事者が離婚に真に同意していたのか、離婚の条件が一方当事者や子どもに著しく不利なものではないか、財産関係の清算が適切に行われたかといったことを国家が（事前に）確認することはできない。良くも悪くも当事者任せとなっている。もちろん、これらの点について当事者が不満を抱いた場合は、事後的に裁判所に救済を求めることは可能である。そういった事例において、判例は、当事者の意思に基づかない離婚届が受理されたことによる協議離婚は、その無効を確認する審判又は判決の確定を待つまでもなく、当然無効であるとした（最判昭和53年3月9日家月31巻3号79頁）。これは、国家による婚姻管轄にとって面倒な問題を引き起こす。離婚の届出が受理されて戸籍上は離婚が成立しているように見えるにもかかわらず、当事者の離婚意思がなかった場合には当然無効となるからである。離婚が成立したと信じた当事者が新たに婚姻をした場合には、重婚の問題が生じることになる。技術的側面だけを見ても、国家による婚姻管轄

³⁴ この要件を欠く場合、すなわち他人代書・当事者関知型の事例において、最高裁は、記載に不備があったとしても、受理された以上、離婚は有効であるとしている（最判昭和44年1月31日家月21巻7号67頁）。

³⁵ ただ、それに反して受理されたときであっても、離婚の効力は妨げられない（民法765条2項）。

は不十分なものとなっていることが分かる。

以上の3点に代表されるような、婚姻の成立・解消への国家介入の弱さに鑑みれば、日本においては、国家や国家法が守るべき「正統な婚姻」というものが、フランスほどには定まっていけないのではないかという仮説が導かれる。そこで、日本法における「婚姻」の定義について、第2款で検討する。

第2款 婚姻の定義

日本における「婚姻」の定義としては、様々なものがありうるだろうが、ここでの関心は「国家」がどのようなものを「婚姻」と認めているかにある。よって、参照すべきは、国家が婚姻について定めた法、すなわち民法ということになろう。日本の場合、明治期に制定された明治民法と、戦後に改正された現行民法とでは、そこに表れている婚姻概念が大きく異なるということを看過しえない。そこで、両民法に示されている婚姻の定義をフランスと比較しながら検討することによって、今日の日本法上の「婚姻」の特徴を探求することにした。

第1項 明治民法による定義

明治民法においては、婚姻の定義は、比較的明瞭なものであった。すなわち、明治民法における「婚姻」とは、夫婦の一方（原則として妻〔明治民法788条1項〕）が、他方の家に入ることを意味するものである。このことは、明治民法が、婚姻の効果の第1番目に、一方配偶者が他方配偶者の「家ニ入ル」ことを挙げていること（788条）、明治民法739条、741条等に見られる「婚姻又ハ養子縁組ニ因リテ他家ニ入リタル者」という文言から、明らかである。立法者もまた、一方配偶者が他方配偶者の「家ニ入ル」ことを、「家族制度ヲ維持スルニ必要ナル事項」³⁶と位置づけ、「婚姻ノ効力中最モ重要視スヘキモノナルヲ以テ之ヲ本節ノ首条

³⁶ 『民法中修正案参考書 第四篇第五篇』第三章第二節1頁。

ニ置キシナリ」³⁷（傍点引用者）と述べている。この点だけを見れば、フランスの「婚姻」とは全く異なるものであるように思われる。

しかしながら、他方で、明治民法の立法者、梅謙次郎は、ナポレオン民法典における「婚姻」とほぼ同じ「婚姻」観を述べていることもある。例えば、梅は、婚姻を「一ノ法律行為」³⁸とし、「婚姻ハ素ト当事者ノ契約ニ成ル」³⁹（傍点引用者）と述べている⁴⁰。ただ、それは通常の契約と同じではなく、「身分上ノ行為」⁴¹、「身分上重大ナル事項」⁴²であるから、単なる契約とは異なる特別の規定に服するとする。しかも、「夫婦ハ愛情ヲ以テ成ル」⁴³のものであり、婚姻は「神聖ナル行為」⁴⁴で、「当事者及ヒ其間ニ挙ケタル子ノ為メニ身分上又ハ財産上ノ関係ヲ生セシムルモノ」⁴⁵であるとまで述べている。これらはいずれも、ボルタリスが述べた婚姻観を彷彿とさせる。

つまり、明治民法の「婚姻」には、フランス民法典には見られない日本独自の点がある一方で、ナポレオン民法典の影響が及んでいる部分もある。この点に注意を払いながら、「明治民法上の婚姻」の意義（１）と機能（２）を考察する。

³⁷ 同上2頁。

³⁸ 『民法中修正案参考書 第四篇第五篇』第三章19頁。

³⁹ 梅謙次郎『民法要義 卷之四 親族編』（私立法政大学・中外出版社・有斐閣書房、1899年〔初版発行〕）198頁。

⁴⁰ 婚姻を契約として捉える立場は、既に明治初期の日本において、当時の日本で一般的であった両親主導による婚姻に対抗するためのものとして、ヨーロッパ大陸やアメリカに学んだ「啓蒙思想家」によって唱えられていた。すなわち、人は神より授けられた平等の権利義務を有する独立不羈のものであるという思想を基礎とし、このような人間個々の結びつきは、契約によるものでなければならず、したがって男女の結びつきも、平等の権利を有する男女の契約によるものでなければならないとの主張がされていた。玉城肇「婚姻思想の展開 日本」青山道夫ほか編『講座家族 3. 婚姻の成立』（弘文堂、1973年）156頁。

⁴¹ 梅・前注（39）104頁。

⁴² 同上118頁。

⁴³ 『民法中修正案参考書 第四篇第五篇』第三章第四節9頁。

⁴⁴ 梅・前注（39）133頁。

⁴⁵ 同上139頁。

1 一方が他方の家に入ること

一方が他方の「家ニ入ル」ということの意味を、明治民法の規定から抽出してみよう。

第1に、「家ニ入ル」者の氏が変わることが挙げられる。なぜならば、同じ家に属するすべての者はその家の「氏」を称することとされたからである（746条）。第2に、「家ニ入ル」者にとって、戸主が変わる（732条1項、736条但書）⁴⁶、または自らが戸主になる（736条）⁴⁷。戸主とは、それぞれの家に1人だけ存在する、いわば家の長であり、家の構成員たる家族員に対して戸主権をもつ⁴⁸。婚姻とは、家と家の間の人の移動であるから、戸主について変動が生じるのは当然のことになる。第3に、明文規定があるわけではないが、祖先祭祀の対象が変更されることが念頭に置かれているものと思われる。戸主は、系譜、祭具、墳墓の所有権を持つ唯一の者である（987条）ことから、祭祀主宰者の役割を担うことがその前提に置かれているためである。第4に、その入った先の家に在る配偶者の直系尊属（舅姑ら）との間に、扶養義務が発生する。一方配偶者と他方配偶者の直系尊属であってその家に在る者との間には、扶養義務が発生するとの規定があるためである（954条2項）。その扶養義務は、直系尊属に対する扶養義務、直系卑属に対する扶養義務、配偶者に対する扶養義務に次いで、第四次に位置づけられている（957条）。

⁴⁶ ①家族員が他家の家族員と婚姻する場合、②当事者が入夫婚姻の際、妻を戸主とする意思を表示した場合、③戸主が婚姻によって「他家ニ入ル」場合（754条2項により隠居したものみなされ、家督相続が開始する〔964条1号〕）がこれにあたる。

⁴⁷ 夫が（妻を戸主とする旨を表示せずに）戸主である妻の家に入る場合がこれにあたる。

⁴⁸ 戸主は、家族員に対して、居所指定権（749条1項）、養子縁組に対する同意権（750条1項）をもつ。また、家族員が自己の名において得た財産以外の帰属不分明財産については、戸主の財産と推定される（748条）。他方で、戸主は、家族員に対して、扶養義務を負う（747条）。前戸主の全財産を戸主一人が相続した結果、家族員には資産がないのが常であるから、戸主に家族員を扶養する義務が生じるというわけである（梅・前注〔39〕44頁）。

このように見てみると、「家ニ入ル」者にとって、実家との縁が完全に切れて、不可逆的に婚家の一員になるように思われるが、実家との縁は完全に切れるわけではない。また、婚姻を解消（離婚）して実家に戻ることも可能となっている。こういった家に関する効果が生じる点は、明治民法の独自の点である（a）。しかしながら、家と家の関係だけではなく、当然のことながら、当事者である夫と妻の間にも一定の法的関係が発生する。この夫婦関係については、ナポレオン民法典と類似する部分が多い（b）。それぞれの点を確認しよう。

a) 家と家の結合

明治民法によれば、婚姻により、配偶者との間に「親族関係」が発生する（725条2号）⁴⁹。配偶者の3親等内の血族との間にも「親族関係」（姻族関係）が発生する（725条3号）。明治民法が特徴的であるのは、この「親族関係」が発生する範囲が広いことである。たとえば、姻族関係は、配偶者が死亡した後であっても、生存配偶者がその家にいる間は継続する（729条2項）⁵⁰。配偶者の子どもとの間にも「親族関係」が発生する。すなわち、すでに子どもをもつ者と婚姻した場合、自己の子どもではなくとも、配偶者の子どもとの間に継親子関係が発生する。これは、親子関係と同一の親族関係である（728条）。他方、婚姻後に、夫が他の女性との間に子どもをもうけて認知した場合、妻にとって自己の子どもではなくとも、その子どもとの間に嫡母庶子関係が発生し、これも親子関係と同一の親族関係とされる（728条）。

では、「親族」にはどのような法的効果が付与されるのか。明治民法に特徴的なものとして、第1に、家帰属ルールに関する法的効果が発生

⁴⁹ この「親族」という言葉の使い方は日本独特である。立法者は、日本の慣習では、「親族」とは必ずしも血統のみを指すものではないとして、血族及び姻族を通して「親族」という文字を使用することにしたと説明している（『民法中修正案参考書 第四篇第五篇』第一章3頁）。

⁵⁰ ただし、生存配偶者が、本家相続、分家、廃絶家再興をした場合には、生存配偶者はもはやその家にいるとはみなされず、姻族関係が終了する（731条）。これに対し、旧民法「第一草案」では、死別の場合は姻族関係は終了しないと定められていた。

することが挙げられる。原則として、戸主の親族で、かつその家に在る者は、当該戸主の権力に服する家族員となる（732条）。だが、戸主と親族関係があれば、他の家に在る場合であっても、戸主の同意を得て（他家の家族員であった場合はその他家の戸主の同意を得て）その家の家族員になることができる（737条）。つまり、戸主の同意があれば、親族間で、所属家を変更しうるということである。配偶者の親族を、婚家の家族員とすることも可能である。ただ、この場合は、戸主の同意に加えて、その配偶者の同意を得ることが必要となる（738条1項）。戸主の同意があれば、親族の家を再興することもできる（743条）。

第2に、親族の一定の行為について、取消請求権が与えられる。例えば、親族が婚姻や養子縁組をした際、その婚姻・養子縁組に違反がある場合には、その取消を裁判所に請求しうる（780条1項、854条）。親族関係にある者の父又は母が親権を濫用したり著しく不行跡である場合、その親権喪失の宣告を裁判所に請求しうる（896条）等々である。

第3に、親族会の会員となって、法令で定められた事項につき、親族会として同意を与えるなどの諸行為をすることができる（945条1項等）。

以上のような諸効果をもつ「親族」関係が、「婚姻」によって、夫婦間および他方配偶者の血族との間に生じるのであるから、明治民法の「婚姻」概念は、一方当事者（原則として妻）が実家との縁を完全に切断して婚家に接合されるというよりは、実家と婚家の間に、相互に一定の法的効果が発生することを想定しているといえる。その意味では、家と家の間をつなげるものが「婚姻」であると考えられているといえよう。

このように「婚姻」を位置づけるならば、当事家の戸主（または家族員）が婚姻の成立に利害をもつのもまた当然である⁵¹。このため、婚姻にあたっては、戸主および家に在る父母に婚姻同意権が付与されている。たとえば、家族員が婚姻する場合には、その家族員の年齢にかかわらず、

⁵¹ 「婚姻・・・二因リテハ或ハ家族カ他家ニ入り或ハ新ニ其家ニ家族ヲ入ルヘキモノナルカ故ニ家ノ監督ヲ掌ル戸主ニ於テ之ヲ許否スヘキハ固ヨリ当然ナル所ナリ」（梅・前注〔39〕50頁）。

戸主の同意を得ることが必要となる（750条1項）⁵²。戸主の同意を得ずに婚姻した場合、その婚姻の日から1年以内に、戸主から離籍（家族員がその配偶者を自家に入れた場合）され、又は復籍を拒まれる（家族員が他家に入った場合）可能性がある（750条2項）⁵³。戸主から離籍又は復籍拒否されるというのは、すなわち、家督相続権や遺産相続権、および戸主に対する扶養請求権を失うことを意味する。当事者だけで婚姻がうまくいけば問題ないかもしれないが、家産保持者である戸主の協力が得られなければ、婚姻生活が経済的に困難になる可能性があるということになる。

他方で、戸主ではなく「家ニ在ル父母」にも婚姻同意権がある。戸主であるか家族員であるかに関わりなく、男子30歳・女子25歳までは、婚姻について「其家ニ在ル父母」の同意を得ることが必要とされているのである（772条1項）⁵⁴。なお、「其家ニ在ル父母」の同意であるから、それは実の父母とは限らない。例えば、父母が離婚して子が母の家に入り、その後、母が再婚したために子が継父の家に入った場合には、その子が

⁵² ただし、戸主の同意が得られない場合であっても、776条により、「戸籍吏が注意を為したるに拘はらず当事者が其届出を為さんと欲するときは」届出が受理されるため、婚姻は成立しうる。この点は、旧民法と大きく異なる点である。旧民法は、戸主を婚姻届出の主体とし、家族員（婚姻当事者）の同意・不同意は、法律上問題としないものと規定していた。したがって戸主の同意がなければ家族員は婚姻をなすことはできず、かえって戸主が指定した相手との婚姻を強制されうる構造であった。明治民法は、法典論争延期派の主張に反して、これを「家族ヲ束縛スルコト甚シク各人ノ發達ヲカムヘキ今日ノ時勢ニ伴ハサル」ものとして廃したのである。

⁵³ 離籍された場合、又は他家に入った後復籍を拒まれた者が離婚によって其家を去った場合、その家族員は新たに家を創立する（742条）。

⁵⁴ 父母の同意なくなされた婚姻は、同意権者によって、裁判所に取消を請求することができる（783条前段）。詐欺又は強迫によって同意を与えた同意権者も婚姻取消請求権をもつ（同条後段）。ただし、①同意権者が婚姻の事実を知った後、又は詐欺を発見もしくは強迫を免れた後6ヶ月を経過したとき、②同意権者が追認したとき、③婚姻届出の日から2年⁵⁵が経過したときは、取消権は消滅する（784条）。

同意を得る必要があるのは、継父と母である⁵⁵。

梅謙次郎によれば、家にある父母の婚姻同意権が愛情の推定（子の未成熟）に基づいているのに対し、戸主の婚姻同意権は家政的（扶養などの経済的）観点に基づいて設定されている。父母の婚姻同意権の方が婚姻の成否に対する効果が強いが、男子30歳・女子25歳までの婚姻にとどまっている。これに対し、戸主の同意権は、婚姻の成否にはかわらない（離籍による制裁をしうるのみ）が、何歳の家族員にも及ぶ。

b) 夫婦の一体性？

以上に対し、夫婦関係に関しては、ナポレオン民法典と明治民法の共通点は多いように見える。

第1に、明治民法によれば、「婚姻」によって戸主権とは別個に、夫権が発生する。これは、一方が他方の家に入ることからだけでは説明しえないものであり、夫婦の間では、家での地位にかかわらず、妻が夫に服するという関係になっている。たとえば、妻は夫と同居する義務を負う（789条1項）一方、夫は妻を同居させる義務を負う（789条2項）。夫が他家に入ったり、一家を創立した場合、妻は夫に従ってその家に入る（745条）。立法者梅謙次郎は、「夫婦ハ殆ト一体ヲ成ス者ナルカ故ニ」夫婦は同居義務を負い、家を同じくする義務を負うと説明する⁵⁶。

「夫婦の一体性」は、先に検討した通り、カノン法が強調する婚姻観であるが、カノン法では、夫婦が一体になるということから、必然的に、非解消性（および夫婦双方の父母との断絶）が帰結されていた。ところが、明治民法では、家から家へ移る場合には夫婦が一体となって移動しなければならないという帰結が導かれており、非解消性（や父母との断

⁵⁵ とはいえ、継父母・嫡母に関しては、773条が特別規定を置いており、「継父母又ハ嫡母カ子ノ婚姻ニ同意セサルトキハ子ハ親族会ノ同意ヲ得テ婚姻ヲ為スコトヲ得」。立法者によれば、本条の趣旨は、「血族ノ関係ナキ嫡母又ハ継父母ニアリテハ往々其不当ナルヲ知リナカラ子ノ婚姻ニ承諾ヲ与エサル」ことがありうることに置かれている（『民法中修正案参考書 第四篇第五篇』第三章19頁）。

⁵⁶ 梅・前注（39）42頁。

絶)は含意されていない。例えば、夫婦がそろって誰かの養子になったにもかかわらず、妻が養子縁組解消により養家を去ることになったときは、夫は自己と養親との養子縁組についても離縁して妻とともに養家を去るか、妻と離婚して1人で養家に残るかを選択しなければならない(876条)。夫婦で家を同じくする義務はこれほどまでに徹底されている。この義務は夫婦の一体性を重視しているように見えるが、同じ家に帰属できない事情があるときは離婚するという選択肢を肯定している点で、夫婦の絆よりも家への帰属を重視していることに注意が必要である。

第2に、婚姻障害にもナポレオン民法典との共通点が多い。家を重視するのであれば、必ずしも一夫一婦制である必要はないなど、婚姻障害にそれほど厳格でなくてよいとも考えられる。しかし、明治民法は、ナポレオン民法典と同様、重婚禁止規定をおき(766条)、不貞の相手方との再婚を禁止する。これは、家の観点だけからは説明が難しい。フランスのような一夫一婦制を採る欧米の価値観に合わせて、「文明国」らしい形式が必要だったからといえよう。また、男子17歳・女子15歳以上でなければ婚姻しえないものとする(765条)が、ナポレオン民法典では、男子18歳・女子15歳であり(ナポレオン民法典144条)、ほぼ同じと言ってよからう。明治民法立法者によれば、婚姻適齢を定めたのは、早婚の弊害を取り除くためであり、男子17歳・女子15歳という年齢は、医師の見解によるものであるという⁵⁷。従来の日本の慣習には、このような確定的な年齢制限は存在しなかったのであるから、この点は「西欧」の影響といえよう。さらに、近親婚としては、直系血族間・3親等内の傍系血族間(769条本文)⁵⁸・直系姻族間(770条)の婚姻を禁止する。なお、同性間の婚姻禁止に関して、明治民法上に明文規定はないが、梅謙次郎は、「婚姻トハ男女間ノ関係ヲ定ムルモノナルカ故ニ男子間又ハ女子間

⁵⁷ 『民法中修正案参考書 第四篇第五篇』第三章3頁。

⁵⁸ 第11回帝国議会で提出された「民法中修正案」では、「①直系ノ血族間ニ於テハ婚姻ヲ為スコトヲ得ス②傍系ノ三親等内亦同シ但養子ト養親ノ親族トノ間ハ此限ニ在ラス」だった。ちなみに、「第一草案」では、大叔伯父母(祖父母の兄弟姉妹)と小甥姪との間(つまり四親等)の婚姻禁止があったが、「民法中修正案」では三親等までの禁止となっている。また、養子と養方の傍系血族との間は婚姻可能という点は、「第一草案」では不明確だった。

ニ於テ婚姻ナルモノアルヘカラサルハ言ハスシテ明カナリ故ニ我民法ニ於テハ之カ規定ヲ設ケス」⁵⁹と述べている。いずれも、ナポレオン民法典と大差ないものとなっている。

これに対し、明治民法独自の婚姻障害としては、法定推定家督相続人に関する婚姻障害がある。すなわち、未来の戸主たる法定推定家督相続人は、本家相続の必要がある場合を除き、婚姻によって他家に入ることができない（744条1項）ことから、婚姻しようとする男女が双方とも各家の法定推定家督相続人である場合、原則として両者は婚姻しえないとされていたわけである。当事者の婚姻意思の尊重が不徹底で、婚姻の自由もなかったといえよう。

以上のように、明治民法においては、「婚姻」とは、一方が他方の家に入ることであり、その意味するところは、親族関係の発生を媒介にした家と家の結合、および夫婦間については、妻の夫との一体化（夫への服従）であった。一夫一婦制のようなフランスなどの西欧の影響を受けている面もあるが、家を前提とする明治民法独自の婚姻観が基礎となっている。では、このような意味での「婚姻」は、何のために存在するものと位置づけられていたのであろうか。

2 家の後継者確保のための結合？

明治民法は、家の後継者の確保、すなわち家の継承を重視する姿勢を見せている。例えば、戸主でない家族員には、廃絶した本家、分家、親族の家を再興する可能性を認め、家の廃絶をできるだけ防ごうとする（743条）一方で、法定の推定家督相続人が他家に入ったり、一家を創立したりすることを禁止することによって、その家を絶やすことがないように配慮している（744条）。「家ヲ重スルノ風俗ヨリシテ」法定家督相続人はこれを廃したり、辞することができないのである⁶⁰。

このように明治民法が重視する家の継承にとって、家に子どもが生ま

⁵⁹ 梅・前注（39）118頁。

⁶⁰ 『民法中修正案参考書 第四篇第五篇』第二章7頁。

れることは非常に重要なことである。しかしながら、それは必ずしも、「婚姻」から生まれる必然性はない。家に（何らかの手段により）後継者たる子どもが帰属することが最も重要なのである。「婚姻」は、子の家帰属ルール（a）や、家督相続人決定ルール（b）において、一定の役割を果たすにすぎない。

a) 子の家帰属ルールにおける「婚姻」の位置づけ

原則として、子どもは「父ノ家ニ入ル」（733条1項）、すなわち父の家の家族員となり、その家の戸主に服する。よって、第1に、生まれた子どもの父が誰かが確定されなければならない。

① 父確定ルールにおいて、母が婚姻していたか否かは、（フランスおよび現行民法と同様）1つの大きな基準である。すなわち、明治民法においても、妻が婚姻中に懐胎し生まれた子の父は、その夫であると推定された（820条）⁶¹のに対し、母が婚姻外で懐胎し出生した子は、明治民法の言葉で言えば「私生子」となる。しかしながら、その子を認知した男性がいれば、当該男性がその子の父となり、当該子は「庶子」と呼ばれる（827条2項）。よって、父を確定する場面で、母の「婚姻」は、絶対的な基準ではないものの、第一に参照される基準としての役割を果たしている。

② 上記ルールにより子の父が定まれば、出生子はその父の家に入る

⁶¹ 妻が婚姻中に懐胎したものの、生まれる前に離婚や離縁によって夫のみがその家を離れた場合、出生子は、離婚・離縁後の父の家ではなく、母の家（父の婚姻当時の家）に入ることとされた（734条1項）。これは、跡継ぎを得るために夫を迎えた（入夫婚姻をした）家や、養子を迎えた家に配慮したものであり、「家ノ系統タルヘキ子カ出テテ他家ニ入ルコト」を防ごうとしたものであるという（梅・前注〔39〕17～18頁）。つまり、父母に養育されることよりも、家の存続を重視していることが分かる。こういった配慮は、734条2項但書にも表れている。子どもが生まれる前に、夫婦（の一方）が養親と結んでいた養子縁組が解消され、かつ、夫婦が離婚して母だけが養家に復籍した場合、または母が夫と死別して実家に復籍した場合には、子は母の懐胎時の父の家、すなわち父母の養家に帰属するのである。したがって、子は、父だけでなく母とも別の家に帰属する可能性があるということになる。

ことになる⁶²のだが、その際、婚姻夫婦から生まれた子どもについては、戸主の同意を得る必要がないのに対し、「庶子」の場合は、戸主の同意を得なければならない（735条1項）。家族員が婚姻をして配偶者を迎え入れ、子どもをもうけることは「人倫ノ常」であるから、「戸主タル者之ヲ自家ノ家族ト為スコトヲ拒ムノ権ナシ」と立法者はその趣旨を説明する⁶³。これに対し、婚姻していない家族員が子を生むというのは、「倫理ニ悖レルモノ」であるという⁶⁴。よって、戸主には、その子を「自家ノ家族トシテ扶養、教育スルノ義務」がない⁶⁵。にもかかわらず、その子を家に入れようとするのであれば、戸主の同意が必要だということになる。戸主の同意が得られなかった場合、当該「庶子」は、母の家に入る（735条2項）（この場合も、母が家族員であるなら、母家の戸主の同意が得られなければ、その家に入ることができない（735条1項））。なお、以上の帰結について不満を有する家族員たる父又は母は、その家から出ることによって、子どもを自己の家に帰属させる可能性がなくはないが、父又は母がその家から出ることについて、戸主の同意を得なければならない（737条1項、741条、743条等）点に困難がある。

婚外子の場合、父から認知されたうえで、父の家の戸主から同意を得た場合に限って父の家に帰属するという点では、「婚姻」が「尊重」されているように見える。しかしながら、父と戸主が同意をすれば、婚姻外から生まれた子であっても、その家の子にすることができるというのは、フランス法には見られない、明治民法の特徴といえよう。「婚姻」は、

⁶² 母のみから認知され、父の知れざる子（明治民法にいう「私生子」）は、その母が家族員である場合、母の家の戸主の同意が得られれば、母の家に入る（735条2項、735条1項）。私生子が（戸主の同意が得られず）母の家に入ることができないときは、新たに家を創立することになる（735条3項）。父だけでなく母からも認知されなかった子（父母共に知れざる子）は、新たに家を創立する（733条3項）。「国家ノ秩序ノ上ニ於テ無籍者ヲ認ムルハ最モ不可ナルカ故」の措置であるという（梅・前注〔39〕16頁）。

⁶³ 『民法中修正案参考書 第四篇第五篇』第二章3頁。

⁶⁴ 同上。

⁶⁵ 同上。

子どもの家帰属にとっての1つの重要な基準ではあるものの、それが決定的基準となっているわけではない。嫡出子については、出生時の父母の家帰属状況が嫡出子の家帰属に影響を与えている。また、婚外子については、父母の認知の有無、および戸主の同意の有無が家帰属にとって決定的となっている。いずれも、家の存続を重視するがゆえの法制であるといえよう。嫡出子の家帰属ルールについては、その子を得るために他家から男性（子にとっての父）を迎えた家に配慮したものであり、婚外子の家帰属ルールについては、婚外子を家に入れることを父母や戸主の意向に委せることによって、その家の存続を図ることを可能にしているからである。

b) 家の後継者決定ルールにおける「婚姻」の位置

家の後継者候補（推定家督相続人）は、先の戸主の死亡・隠居・入夫婚姻の解消等々により開始される家督相続によって、新戸主（家の後継者）となる。その家督相続人の決定にあたって、「婚姻」はどのような役割を果たしていたのであろうか。

家督相続しうるのは、法定のルールによれば、被相続人（前戸主）と家と同じくしていた直系卑属である⁶⁶。それらの者の中で、明治民法が定める家督相続人順位は、①親等が（被相続人と）最も近い者、②親等が同じ者の中で男子と女子がいる場合は男子、③親等が同じ男子又は女子の間で嫡出子と庶子・私生子がいる場合は嫡出子、④親等が同じ嫡出子、庶子及び私生子の間では嫡出子及び庶子は女子であっても私生子より優先する、⑤前四号二掲ケタル事項ニ付キ相同シキ者ノ間ニ在リテハ年長者ヲ先ニス（明治民法970条1項）となっている⁶⁷。同順位の嫡出子・

⁶⁶ 法定家督相続人である直系卑属は、遺留分として被相続人の財産の半分に権利をもつ（1130条1項）。

⁶⁷ このルールによって定まる法定推定家督相続人について、被相続人が裁判所に廃除を請求することが可能である（975条）。廃除しうるのは、推定家督相続人が、①被相続人に対して虐待をなし又は重大な侮辱を加えた場合、②疾病その他身体又は精神の状況により家政を執るに堪えない場合、③家名に汚辱を及ぼすような罪に因って刑に処せられた場合、④浪費者として準禁治産の宣告を受け改悛の望みがない場合、である（975条1項）。その他の正当な事由があ

庶子と私生子がいる場合は、女子であっても、嫡出子・庶子が（男子の）私生子に優先する点に、婚姻の優遇と私生子の劣位性が見られると言えるかもしれない。しかし、嫡出子の女子と庶子の男子がいる場合には、庶子の男子が優先するのであるから、この場合、婚姻結合から生まれたか否かということよりも、父（及びその戸主）から自己の子どもとして承認されている男子であるか否かが重視されていることになる。とはいえ、男子の中では嫡出の長子が優先されるという限りで、婚姻結合は優位に置かれているといえよう⁶⁸。

ところで、法定の推定家督相続人がおらず、被相続人による指定⁶⁹もなかった場合、被相続人の、①その家にいる配偶者、②兄弟、③姉妹、④他の家にいる配偶者、⑤兄弟姉妹の直系尊属、の順で、家族員の中から家督相続人が選定される（982条）⁷⁰。つまり、戸主とその配偶者にまったく子どもがいなかった場合（で指定もなかった場合）には、戸主の配偶者が家督相続人になるものと定められているということである。「婚姻」は家を同じくするものであるから、子どもがいなかった場合、家を継ぐにふさわしいのは戸主の配偶者と位置づけられるのも不思議なことではない。近年になるまで配偶者に相続権がなかったフランスと比較した場合、日本の「婚姻」の特徴がここに現れているといえる。

るときも、被相続人は、親族会の同意を得て、その廃除を請求することができる（975条2項）。廃除は、遺言によってなすことも可能である（976条、その場合、遺言執行者は、当該遺言が効力を生じた後、遅滞なく裁判所に廃除の請求をしなければならない。廃除は被相続人の死亡時に遡って効力を生じる）。これに対し、廃除の原因が消滅した場合、相続開始前であれば、被相続人又は推定家督相続人は、廃除の取消を裁判所に請求することができる（977条）。

⁶⁸ 早川紀代『近代天皇制と国民国家 両性関係を軸として』（青木書店、2005年）。

⁶⁹ 法定推定家督相続人がいない場合は、被相続人が、戸籍吏に届け出ることによって（980条）、もしくは遺言によって（981条）、自由に家督相続人を指定し（979条1項）、又はその指定を取消す（同条2項）ことができた。これらの規定は、死亡又は隠居による家督相続の場合にのみ適用される（979条3項）。

⁷⁰ 選定する権利をもつのは、その家にいる被相続人の父、父がいらない／意思表示できないときは母、父母がともにいない／意思表示できないときは親族会である。

以上は、家督相続（戸主の承継）に関してであったが、戸主以外の者（家族員）が死亡した場合は、家督相続ではなく、遺産相続が開始する（992条）。相続の対象となるのは、相続開始時に被相続人（家族員）の財産に属していた（一身専属のものを除いた）一切の権利義務であり（1001条）、一般に、家督相続よりもその価値・額は少ない。法定遺産相続人は、被相続人の直系卑属であり、①親等が異なる者の間においては親等が近い者が優先し、②親等が同じ者は同順位において遺産相続人となる（994条）。卑属として遺産相続する次元では、男女による差がない点で、家督相続とは異なる。遺産相続人が数人いる場合は、相続財産はその共有となり（1002条）、その相続分に応じて被相続人の権利義務を承継する（1003条）。同順位の相続人間では、原則として、その法定相続分は均分となる（1004条）が、庶子・私生子の相続分は、嫡出子の相続分の2分の1となる（1004条但書）。

つまり、戸主の承継に関しては、「婚姻」から生まれた子か否かという区別よりも、父・戸主によって承認された子か否か、それが男子か否かが重要であるのに対し、家族員の財産の承継に関しては、「婚姻」から生まれたか否かが重要な基準となっている。

結局、明治民法上の婚姻は、必ずしも後継者確保のためのもの、生殖のためのものとはいえない。後継者はいざとなれば外部からも調達可能であったからである。生殖以外の、配偶者でなければ果たせない役割、すなわち家の一員としての「妻」「嫁」「婿」役割の方が、より本質的であったといえよう。

第2項 現行民法による定義：法による定義の不完全性

明治民法やフランス民法典と比較した場合、現行民法のみから婚姻の定義を抽出するのは非常に困難である。婚姻とはどのようなもので（1）、何のためにあるのか（2）、いずれも判然としない。手がかりとして、明治民法と現行民法の相違点、およびフランスとの相違点に焦点を当てながら、現行民法における婚姻の特徴にアプローチしてみることとしよう。

1 一方が他方の家族になること？

戦後民法は、もはや、婚姻の効果の中に、一方が他方の「家ニ入ル」との規定を置いていない。新憲法に基づき、家を廃止したのであるから当然と言える。家族員の婚姻の場合の、戸主の婚姻同意権もない。父母の婚姻同意権については、明治民法が男子30歳・女子25歳まで「其家ニ在ル父母」の同意が必要であるとしていたのに対し、戦後民法は、同意権者を単なる「父母」としたうえで、その同意は、未成年者（20歳未満）の場合にのみ必要で、父母の一方の同意でもよいとした（737条1項2項）。他方、離婚の場合の父母の同意権も、削除された。つまり、夫婦の協議で離別する際、当事者が未成年や25歳以下であっても、父母の同意を必要としない。

このように、戦後民法では、婚姻に対する親族らの介入を否定し、父母の介入についても最小限のものにしていることが分かる。婚姻は、もはや家と家の結合ではなく、夫婦となる当事者（夫と妻）によって形成されるものであるという点が強調されている。戸籍の編成方法が改められ⁷¹、婚姻によって新しい戸籍が作られるというのも、この点を表すものといえよう。

加えて、婚姻の当事者たる夫と妻が平等であるという点も、戦後民法が強調する点である。たとえば、752条は、「夫婦は同居し、互いに協力し扶助しなければならない」と規定し、妻の夫への服従ではなく、夫婦相互の同居・協力・扶助義務を定めている。婚姻費用については、夫が負担するのではなく、夫婦が分担するものになった（760条）。民法761条は、「夫婦の一方が日常の家事に関して第三者と法律行為をしたときは、他の一方は、これによって生じた債務について、連帯してその責に任ずる」と夫婦中立的に規定する。「夫婦のいずれに属するか明らかでない財産は、その共有に属するものと推定する」（762条2項）と規定するのも、夫または女戸主に帰属すると推定していた明治民法と異なる点である。また、家督相続のシステムが廃止され、妻も常に相続人となる

⁷¹ 戦後の戸籍法改正の詳細については、岡田弘・伊井秀雄・岩佐節郎『新旧対照 改正戸籍法の解説』（日本経済新聞社、1948年）。

ことができるようになったのも、大きな変化である(民法890条)。また、配偶者との婚姻中に懐胎し生まれた子の相続分は、配偶者が婚姻外でもうけた子の相続分の2倍となる(民法900条4号)。庶子制度は廃止され、夫が婚姻外でもうけて認知した子を擬制的に妻の子とすることもなくなった。死別ではなく離別の場合も、民法768条1項は、「協議上の離婚をした者の一方は、相手方に対して財産の分与を請求することができる」と定めている(この規定は、裁判上の離婚の場合にも準用される(民法771条))。いずれも、夫婦を平等に扱うものといえよう。明治民法の婚姻観からは決別しているように思われる。

しかしながら、他方で、明治民法の影響を残している部分がある。現行民法は、婚姻の効果として、夫婦の一方の氏⁷²が他方の氏と同一になる(民法750条)ことを定めており、この効果は、婚姻の効力の冒頭に掲げられている。ちなみに、明治民法では、氏が変わることは、家に入ることによる具体的効果の1つであったというのは既に述べた通りである。このことを踏まえるならば、一方の氏⁷³が他方の氏と同一になるというのは、「明治民法上の婚姻」と同じであるように思われるということになる⁷²。

夫婦間の氏の選択は、戸籍の編成に影響をもたらす。婚姻の届出により、夫婦について新戸籍が編製され(戸籍法16条1項)、夫婦の氏として選択された氏を婚姻前からもつ者が新戸籍の筆頭者となる(戸籍法14条1項)。夫婦の氏として選択された氏を婚姻前からもつ者が、既に戸籍筆頭者である場合(再婚者である場合や、分籍をしていた者である場合がこれに該当する)、夫の氏を称する妻は夫の戸籍に入り、妻の氏を称する夫は妻の戸籍に入る(戸籍法16条1項但書、2項)ことになる。いずれも、「一方が他方の家に入る」という明治民法の婚姻の効果を彷彿とさせるものである⁷³。

⁷² 同様の指摘は既に多くなされている。

⁷³ 家と家の結合という婚姻観の名残は、他にも見られる。たとえば、婚姻をすると、明治民法と同様、配偶者の「親族」になる(民法725条2号)。民法上、同居している親族間には「互いに扶け合」う義務が課される(民法730条)。「親

この裏返しの帰結として、離婚する場合は、婚姻によって氏を改めた側の当事者は、婚姻前の氏に復する（民法767条1項、771条）。これは、「婚姻の効力」の節で第2番目に掲げられた効力である。離婚により、戸籍も別戸籍となる（戸籍法19条1項）。だが、離婚の日から3ヶ月以内に戸籍法の定めるところにより届け出ることによって、離婚の際に称していた氏を称することも可能である（民法767条2項、771条、戸籍法95条）。この場合も、戸籍は別戸籍である（戸籍法19条3項）。他方、一方配偶者が死亡しても、他方配偶者の氏は影響を受けない。ただし、生存配偶者が婚姻の際に氏を改めた者である場合、婚姻前の氏に復することが選択でき（民法751条1項）、その場合は死亡配偶者と別戸籍となる（戸籍法19条2項）。なお、離婚の場合でも死別の場合でも、祭祀承継をする者が復氏をする配偶者に定められていた場合には、改めて祭祀承継者を取り決めなければならない（民法769条、751条2項）。氏と戸籍と祭祀承継の関連が、ここに現れている。

氏と戸籍のあり方は、今日に至っても日本婚姻法の一大争点となって

族」から発生する効果は、これだけではない。例えば、刑事法上、親族には一定の配慮がなされる。具体的には、犯人蔵匿罪・証拠隠滅罪について、犯人又は逃走した者の親族がこれらの者の利益のために犯したときは、その刑を免除することができる（刑法105条）、親族がその保護責任をもつ者を遺棄した場合、責任が加重されたり（刑法218条）、脅迫罪において、親族の生命、身体、自由、名誉又は財産に対し害を加える旨を告知して人を脅迫した者が考慮されたりする（刑法222条2項）といった規定がある。その他にも、法的根拠があるわけではないが、生体間臓器移植のガイドラインに、臓器提供ができる者として患者の「親族」が挙げられたり、民間会社の各種「家族割引」サービスにおいて「親族」概念が参照されたりするなど、民法上の「親族」概念から派生する効果は大きい。

ただ、姻族関係は、離婚によって終了する（民法728条1項）ことになったのは、明治民法と異なる点である。死別の場合は、生存配偶者が姻族関係を終了させる意思を表示し、その旨を届け出た場合、姻族関係が終了する（同条2項、戸籍法96条）。姻族関係が終了すれば、上記の扶助義務・扶養義務や、その他「親族」から派生する法的効果は消滅する。しかし、姻族関係が終了した後であっても、直系姻族であった者同士は婚姻をすることができないという婚姻障害は残る（民法735条後段）。

いる。夫婦別姓の導入をめぐる賛成派と反対派の激しい衝突が起こっているのは、「一方が他方の家に入る」あるいはもう少し現代風に言うならば「一方が他方の家族の一員になる」というのが、日本の従来の「婚姻」概念の本質であるからなのであろう。

以上を考え合わせるならば、「現行民法上の婚姻」とは、当事者の自由な意思によって、一方が他方の家族になることであり、その結果として、夫と妻が平等な地位にたつ夫婦になるものだということになる⁷⁴。では、このような「現行民法上の婚姻」は、何のためのものとして位置づけられたのであろうか。

2 子の養育のための結合？

現行民法では、明治民法の基礎であった家制度が廃止されており、家督相続の制度も存在しない。他方で、フランスのように、子の養育という機能が全面に出ているわけでもない。日本の現行民法は、夫婦は協力して子どもを養育する義務を有するといった、フランスのような規定を有していない。もちろん、嫡出推定規定や親権に関する規定、子の扶養義務などに関する規定はあるが、カノン法やフランス民法のように婚姻の目的を明示する規定をもつ場合と比較すると、それが婚姻の目的であるとは断定し難い。

結局、婚姻が何のための結合かは現行日本民法の規定だけでは分からない。そこで、いわゆる「仮装的婚姻」の事例⁷⁵などにおいて、問題

⁷⁴ なお、このような「現行民法上の婚姻」は、法に書かれた見かけにすぎないのであって、実際には、戦後・高度成長期の性別役割分業による夫婦の不平等が温存されてきたことは、多くの論者が指摘するところである（たとえば、上野千鶴子『近代家族の成立と終焉』〔岩波書店、1994年〕75-76頁）。しかしながら、婚姻実態に関する社会学的研究ではなく、「法律上の婚姻」に関する法学的研究である本稿の関心は、まさにこの「見かけ」にある。とはいえ、この見かけと実態との乖離によって生じてくる問題を無視することはできない。この点は、第2部で検討する。

⁷⁵ 子に嫡出性を付与するためや、強制徴用を免れるためだけに婚姻の届出を

となった婚姻目的が妥当なものなのかが争われることになる。裁判例の多くは、婚姻無効の判断にあたって、「社会観念上夫婦であると認められる関係」を欲していたか否かを基準としている（傍点筆者）⁷⁶。つまり、民法ではなく「社会」を判断基準として参照している⁷⁷。このような「社会」を基準とする裁判所の解釈方法は、婚姻無効の事例にとどまらず、婚姻に関する多くの事例で見られる。「婚姻」を定義するにあたっての「社会」の役割の大きさを示しているといえるが、「社会」に名を借りた裁判所（「国家」）による実定法上の根拠のない恣意的解釈になっていないか、常に注意を向ける必要があろう。

＊

本款では、日本における「婚姻」の定義が、民法をたどるだけでも、大きく変化したことを確認した。

従来の「明治民法上の婚姻」は、家制度を前提としたうえで、一方が他方の家に入ることにより、家と家が結合するものと位置づけられていた。また、婚姻当事者たる夫婦関係については、一夫一婦制など、西欧の影響が見られたが、それもすべては家制度の下に置かれていたことにより、フランスとは異なる婚姻概念を生じさせている。この「明治民法上の婚姻」は、家の後継者を確保するための第一次的なものとして機能したが、後継者確保のための絶対的な手段であるわけではなく、むしろ家の一員（「嫁」「婿」など）としての役割を果たすことの方が婚姻の本質的な機能であった。

為したような場合、当該婚姻の有効性、すなわち、当事者の婚姻意思の有無が問題となる。

⁷⁶ 例えば、「少くとも被控訴人勝には、同金との間に真に社会観念上夫婦であると認められる関係の設定を欲する効果意思はなかつた」（東京高判昭和60年2月27日家月37卷11号46頁）、「婚姻の成立には、婚姻の意思があること、すなわち、社会観念上夫婦関係と評価できるような精神的・肉体的つながりと同居生活が必要である上に、右意思は即時かつ無条件に夫婦関係を成立させるものでなければならない」（福岡地判決平成8年3月12日判タ940号250頁）などの裁判例がある。

⁷⁷ その結果、具体的には、当事者間での共同生活（同居・同棲）の事実の有無が重視されている。

「明治民法上の婚姻」は、家制度を廃止した戦後改正により、そのままでは維持しえないものとなった。現行民法では、「婚姻」は、家と家が結合するものではなく、当事者によるものとなった。妻と夫の関係は対等とされている。ただ、それは一方が他方の氏を名乗ることによって成立するものであって、「明治民法上の婚姻」の名残を残している。家が消滅したことにより、「婚姻」の機能は、夫婦が子を生むことによって家族を形成するという、フランス流に近づいたようにも思われる一方で、そのための規定がフランスのように存在していない。よって、何が「婚姻」かをめぐって、裁判所は「社会」にその判断基準を求めている。

第2節総括

表2：日本における婚姻

法の世界		事実の世界
婚姻管轄主体	国家	社会
婚姻管轄主体の性質	統治機構（世俗＋宗教性？）	家族・同僚・友人など
婚姻成立の本質	婚姻意思？	当事者の婚姻意思？
婚姻成立方法	役所での届出受理	結納・結婚式・披露宴など
婚姻の性質	契約？身分変動？	？
婚姻の機能	？	共同生活・生殖・子育てなど
婚姻の解消	解消可能	解消可能？
婚姻の正統性	戸籍（国家）に登録された結合 相続法上の正統性	家族・社会に承認された結合 共同生活・生殖・子育てしうる結合

この2つを呼び分けるために・・・

↓

法律上の婚姻

↓

婚姻（結婚）

この表は、婚姻の管轄主体という観点から、本節で検討した内容をまとめたものである。フランスについて同じ観点からまとめた表1⁷⁸と比較しながら、その特徴を挙げてみよう。最大の特徴は、「婚姻」について、

⁷⁸ 本稿（2）・北大法学論集62巻3号607頁。

事実の世界にも一定の役割があるという点にある。国家法が、婚姻のすべてに介入しているわけではない。日本には、カトリックという国家に対抗する宗教権力がなかったため、国家は、カノン法という（婚姻に関する）成文の教義の体系に対抗して、緻密に理論を作り上げ、成文化する必要がなかった。介入しなければカトリック教会に管轄を奪われてしまうフランスと比べ、国家による介入を徹底する必要がなかったといえよう。よって、事実の世界での婚姻慣行・婚姻観が、法解釈に影響を及ぼす一方で、民法のあり方が事実の世界の婚姻観に影響を及ぼすという構造になっているため、両者を切り分けることは難しい。結果、国家が管轄の対象にしている範囲の境界線や婚姻概念の内実が分かりにくいものとなっている。

第1章総括 国家が承認した正統な結合とは

本章では、「国家が承認した」から「正統な結合」であるところの「法律上の婚姻」という考え方について、フランスと比較しながら検討を行った。その結果、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、という諸点について、答えが見えてきたように思われる。

まず、第一の点であるが、トートロジーのようにはあるが、国家が国家法において「婚姻」を「正統な結合」として位置づけているからこそ、国家が承認をすると「正統な結合」だということになる。ただ、そこでの「正統性」がもつ意味について、フランスでは、国家法が管轄対象とする範囲に限られる。たとえば、フランスの場合、神が結び合わせた結合としての「正統性」を承認しうるのは、教会のみであって、国家ではない。反対に、家族財産法上の「正統性」を承認しうるのは、国家のみであって、教会ではない。これに対し、日本では、教会のような国家に対抗しうる権力が存在しないため、フランスのような区別が意識されにくい。とりわけ、明治民法の体制では、国家自体が国家神道という宗教性を帯びていた。戦後に世俗化されたとはいえ、その世俗化の成果はフランスほど可視的ではない。どこまでが日本の国家法の管轄対象なのか、曖昧である。簡略化して言うならば、婚姻をめぐる「お金」の問題も、

「道徳」や「正しさ」の問題も、国家が扱っている。このため、国家が承認する「正統性」の意味合いに、当事者によっては一種の神性（道徳的・倫理的正しさ）を見いだするものとなっている。他方で、あくまでも民法上のものと割り切ってその「正統性」を理解する当事者もいるだろう。

第2の点、なぜ国家が「正統な結合」を承認する必要があるのかについては、フランスと日本で当初の理由は異なっていた。すなわち、フランスでは、封建勢力の1つである聖職者の介入を封じるためには、従来教会が行っていたことを市民の側で行う、すなわち市民の側で婚姻を管轄する必要があった。これに対し、日本の場合は、西欧諸国に対抗できるような強い近代国家を確立するために、家による全国民の統治を目指す中で、婚姻を管轄する必要が生じたにすぎない。もしくは、不平等条約改正を実現するために、西欧的な婚姻観を採り入れた民法を提示する必要があったにすぎない。よって、日仏では国家による婚姻管轄の手法や介入の度合いに大きな違いが見られる。換言すれば、国家による「承認」の手法や意味合いは、両国で異なっていると考えられる。フランスでは、民法典が示す婚姻観に当てはまる結合だけを承認しようとするのに対し、日本では、それほどこの点に関心が向けられていない。

最後の点、なぜ国家が承認をした婚姻を「法律上の婚姻」と呼ぶのかといえば、日本においては、「婚姻」に関する法律を定めたのは国家のみであり、そこに表明された婚姻観は従来の日本の婚姻観と異なるものだったからであるといえよう。一般感覚からいう「婚姻」とは区別されるものとして「法律上の婚姻」という言葉が使われるようになったのであろう。これに対し、フランスにおいては、「婚姻」はわざわざ言うまでもなく法律上のものであり、カトリック教会が承認する婚姻でさえ、カノン法上のものである。よって、「法律上の」というよりも、「カノン法上の」ものか、「民事（法）上の」ものかを区別することが重要となり、フランスでは国家が承認した婚姻を「民事上の婚姻」と呼んでいることになる。

本章では、「婚姻」とその承認主体に着目しながら、その「正統性」がもつ意味について検討し、一定の成果が得られた。しかしながら、「婚

姻」がもつ「正統性」を分析するには、「婚姻以外の結合」と比較する作業が不可欠である。

（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。