

# 婚姻成立の問題点



井上修一

人類の永続は動物としての種族保存本能による男と女の性的結合によってもたらされるものである。しかし、人間は理性的動物であり、社会的動物であって、社会生活を可能にするために法的生活を要求される。そこで、このような性的結合も社会的な法制度としてとらえられ――過去の風俗、慣習をふまえて――婚姻という法的関係として承認され

ることになったのである。かくして婚姻は事実行為としての性的結合としてではなく、法律上の身分行為としてとらえられ、性秩序の維持という社会的意義を有するものである。かかる婚姻が有効に成立するためには、民法に定める要件を満たさねばならない。本稿では民法に定める婚姻成立要件について、諸外国と比較しながら、その問題点を考えてみたい。

## 一 婚姻成立の實質的要件

婚姻が有効に成立するためには、次のような法が要求する實質的要件のすべてを満たさなければならない。

### (1) 当事者が婚姻の意思を有すること

憲法二四條は「婚姻は両性の合意のみに基いて成立」と定め、民法七四二條一項は「当事者間に婚姻をする意思がないとき」は婚姻は無効であるとして、当事者による婚姻の意思の合致を婚姻の有効成立条件としている。このことは、婚姻の契約性を明言するものであるが、單なる債權上の契約とは異なり、全人格的結合を伴う身分行為であり、法上の身分取得による同居・協力扶助の義務（民法七五二條）、貞操の義務（民法七七〇條一項一號）等を伴う身分契約なのである。婚姻はかかる特殊な契約的性格を有するゆえに、その合意の有無は最も重要なものとなる。このような婚姻の意思とは、具体的には男と女の精神的、肉体的結合關係という夫婦關係を発生せしめる意思があるということである。だから、婚姻の意思は社会通念上の夫婦關係という観点からして、いかなる条件をも附しえないものであり、絶対に同棲しないと、肉体的結合を持たないとか、二年間だけ婚姻する等の意思を有する場合は、婚姻の

意思があつたと判断すべきではない。また、婚姻の意思を有するも、婚姻届は絶対に出さないと意思を有する場合、法律婚主義（民法七三九條）をとるわが国においては、婚姻届があつて、はじめて婚姻の法律効果が発生するのであり、これを拒否することは、婚姻制度の歴史的、社会的、法律的趣旨に反するものであり、婚姻の意思はないといふべきであろう。また、将来結婚をするという合意がある場合は、いわゆる結婚の予約であつて、實際に婚姻をする場合に、改めて婚姻の合意の意思表示が必要であると解すべきである。さらに人達の婚姻の場合、当事者に婚姻の意思の合致は存在しないが、人達を承知で、事實上夫婦として同棲するに至つた場合は、もはや最初の段階において婚姻の意思の合意があつたとみなすべきが事實關係に則した解釈となる。さもなくば、人達を理由として、婚姻の無効を認めることになるからである。このような婚姻の意思の有無や人達に関する点は、諸外国では、儀式婚主義を採用し、挙式の際に、その意思の確認が行なわれるので日本のような問題は生じないのである。

### (2) 婚姻適齡

婚姻によつてもたらされる家族は、国家構成上の基礎であり、健全なる家族なくして、国家の發展はありえないの

である。そこで、婚姻適齢の法定は、早婚がもたらすいろいろな弊害を除去し、人間の生物学的な成長過程における肉体的な成長と、精神的な安定性、さらに生活維持のための経済力等を総合して考えられたものであり、いづれの国においても法定されているが、その年齢は一定していない。わが国における婚姻年齢は男一八歳、女一六歳であるが、旧民法では男一七歳、女一五歳であつた。この変更は社会的、経済的な事情によるものであろう。婚姻適正年齢は何歳が適当かは問題であり、成年年齢は二〇歳である点からすれば、その年齢差は問題である。この点、スウェーデンやソ連が成年年齢と婚姻年齢を男女共一八歳と定めているのは統一性を有するといえる。しかし、他の多くの国では、婚姻年齢は成年年齢より低い。これは経済的条件が備わっており、夫婦生活が可能な限り、当事者の婚姻の自由を広く認めようとする結果であるといえよう。だから、一般的に未成年者の結婚に対しては、親の同意を条件としている。日本の場合の婚姻平均年齢は二〇歳以上であり、一〇代の結婚は非常に僅かなものである点を考えれば、現行制度は妥当性を有するといえよう。さらに、男女の婚姻年齢差は、まさしく肉体的成熟度による結果であり、法的合理性を有し、憲法一四条の性別による差別とはいえないであらう。

次に日本民法では、婚姻最低年齢以下の結婚は絶対に認められないので、事実上婚姻の意思を有し、同棲し、妊娠、出産しても法上の夫婦とはならず、法の保護が与えられないことになる。

これに対して、スウェーデン婚姻法では、婚姻年齢である一八歳以下の者の結婚は、その不適齢者の住む県の許可があれば、婚姻ができるのであつて、その場合の県の許可は、未成年者の親権者の意見と未成年者の居住地の児童委員会の意見を聞いて与えられる。だから、親の同意は必要ではないのである。なお、親の意見に反して県が未成年者の婚姻許可を与えた場合には、親は行政裁判所に異議を申し立てることができることになっている。

また、イタリア民法では男一六歳、女一四歳が結婚適齢であるが、共和国の長またはその授權を受けた官庁は、重大な理由があれば、男一四歳、女一二歳に達した者の婚姻を認めて、その特免を付与することができると定めている。この場合の重大な理由とは、未成年者が妊娠、出産した場合をいい、夫婦親子の関係を明確にしておくことの必要性を認識する結果的産物である。

さらにフランス民法における婚姻年齢は男一八歳、女一五歳であり、これ以下の婚姻に対しては、妊娠その他の重

大な理由があれば、共和国大統領の免除を得て適法な婚姻をすることができるとしている。

このような諸外国の婚姻適齢以下の結婚に対する法的処遇は、婚姻の自由を広く認めること、事実上の夫婦関係を法によって承認することの意義をわれわれに自覚せしめるとともに、日本民法が婚姻適齢以下の結婚は一切認めないことに對する立法政策上の特別保護の問題を指摘するものである。

### (3) 未成年者の婚姻と親の同意

成年年齢以下の婚姻適齢を定める場合は親の同意を要求するのが普通である。これは――未成年者の婚姻継続可能な経済力その他の条件が整っているかという点について――親が親権者として、未成年者に対する監護、監督責任を有することから、親の同意を要件としている。このことは婚姻の自由に對する制約となるが、未成年者の保護という目的を有する法的合理的規制である。日本民法七三七条では未成年者の婚姻には父母の同意を要すると定め、父母の一方が同意しないときは、他の一方の同意のみで足りるとし、さらに父母の一方が知れないとき、死亡したとき、また同意の意思表示をすることができないときも同様であるとしている。旧民法にあっては、男三〇歳、女二五歳に達するま

では、婚姻をするには「其家ニ在ル」父母の同意を必要としていたのである。これは旧民法のとらえる婚姻が家との結びつきのためのものであったことに起因していたといえよう。

そこで、現行民法の親の同意に關して次の二点が問題となる。すなわち、①子の婚姻についての同意権を有する父母とは、子供と生活を共にしている親であるとすべきが子の保護の点から妥当性を有するであろう。だから、離婚して子と離れている親には同意権は認めるべきではない。さらに子が養子の場合、同意権者は養父母か実父母かその両方かの問題があるが、親権者は養親なのであり、同意権は当然養親にあるというべきである。養父母の死亡その他同意権を行使しえない場合にのみ実父母の同意を認めることは許されるであろう。また、②法は父母の一方の同意があればよく、両方の同意を必要としないが、これは父母の一方が失踪していたり、禁治産者である場合の両親の同意を得れないことに對する配慮である。しかし、父母の両方が死亡したり、行方不明で同意権を行使できない場合は民法に規定がなく、何らの同意を得ずに当事者の意思によつてのみ成立することになる。未成年者の婚姻に對して親の同意を要求するのは、子の保護のためであり、かかる立

場を徹底するならば、民法四条を類推適用して後見人の同意を認めることが必要となろう。

#### (4) 重婚の禁止

民法七三二条の重婚の禁止は、婚姻は一夫一婦の結合でなければならぬことを宣言したものである。重婚は次の場合に生ずる。すなわち①戸籍吏の不注意な受理による場合、②離婚し再婚したところ、離婚が無効または取消された場合、③失踪宣告を受けた者の配偶者が再婚した後、失踪宣告が取消された場合などがある。かかる重婚の効果としては、民法七四四条によれば後婚が当然無効となるのではなく、当事者、その親族、または検察官の請求によつて取消を裁判所に要求することができるのである。重婚として取消された場合、取消前の身分関係（例えばその間に生まれた子は非嫡子となるのか）はどうなるかについては、民法七四八条が婚姻の取消の効力は既往に及ばざないとして、重婚状態を法上承認し、取消前の身分関係を肯定しているのは現実的、実質的な妥当性を有するものと評価できる。だから後婚無効説は重婚状態における事実としての身分関係を否定し、一夫一婦制を守ろうとするものであつて不合理性を有するといえよう。

さらに、配偶者の一方の失踪宣告により婚姻を解消し、

再婚した後失踪宣告を受けたかつての配偶者が現われ、失踪宣告を取消された場合、失踪前の婚姻が復活し後婚との重婚が成立する。この場合、後婚の意思を尊重し、失踪者の無責任さ、失踪宣告請求の意思からして、前婚継続の意思はないとみなしうるのであつて、常に後婚が有効であり、前婚は復活することなく、重婚にはならないと解すべきであろう。これは民法三二条一項但書に根拠を見い出せるのである。但し、後婚の当事者が悪意である場合にのみ、後婚が取消され前婚が復活すると解すべきが現実の夫婦関係の実態に則していると解しうるのであろう。

なお重婚は刑法一八四条の重婚罪として二年以下の懲役に処せられる。本罪の成立は戸籍吏と通謀し、または錯誤によつて婚姻届を受理せしめる場合に限ることになる。

#### (5) 女の待婚期間

現行民法七三三条一項は「女は、前婚の解消又は取消の日から六箇月を経過した後でなければ、再婚することができない」、二項は「女が前婚の解消又は取消の前から懐胎していた場合には、その出産の日から、前項の規定を適用しない」と定め、女子にのみ再婚禁止期間を設けている。本条の意義は、同七七二条の嫡出の推定の争を避けるためである。待婚期間を六カ月としたことは格別の意味があるわ

けではない。フランスやイタリアやスイスでは一〇カ月ないし三〇〇日と定めているが、子の父が誰であるかを確定するのであれば、生物学的な懐胎から出産までの期間は一〇カ月とされており、その限りにおいてこの期間を待婚期間とすることは妥当性を有することになる。しかし、離婚の際に女子の妊娠の有無が判明すれば、子の父を推定できるのであり、妊娠の有無が医学的に明白にならない期間を待婚期間とすればよいことになる。また民法七七二条二項によれば、父性の推定は前婚の解消または取消後三〇〇日以内であつて後婚の成立の日から二〇〇日以後となつており、これによれば待婚期間は一〇〇日とすれば十分であることになるのである。

なお、スウェーデンでは一九六八年以後の婚姻法では女子の待婚期間を削除した。その理由は、婚姻法における男女平等の考えによるのであるが、夫婦の貞操義務が守られない限り、その子の父の推定は無意味となること、さらに一般的には婚姻の解消の時点より以前から、後婚の夫との関係が持たれているのが現状であるとして、生まれてくる子は後婚の夫の子の場合が多く、父性の混乱の問題がある場合は一親子法上では婚姻中に生まれた子は婚姻中の夫の子と推定されるが、後婚の夫が自分の子供ではないという嫡

出否認の訴を提起することができるとして父性を確認する方途を構じていることに起因している。このように考えるならば、待婚禁止期間を定めることは、真の子の父を確定する手段とはならないのであり、スウェーデンの待婚期間の廃止は、現実的な正しい見解といえよう。日本においても待婚期間は事実上の内縁関係にある場合が多いことを考えれば、将来わが国に於いても立法論的に解決せねばならない問題といえよう。

#### (6) 近親婚の制限

近親婚の禁止は諸外国も例外なく認めるところであり、その根拠は、遺伝による優生学的な配慮の面と倫理観、道義観を基礎とする面の認識に基づく。これら両面をふくむ民法七三四条は、「直系血族又は三親等内の傍系血族の間では、婚姻をすることができない」と定め、但書では「養子と養方の傍系血族との間では」婚姻を例外的に認めている。また、民法七三五条は直系姻族間の婚姻禁止を定め、さらに同七三六条は養子関係者間の婚姻禁止を規定している。

これらに対して、スウェーデンの一九七三年の改正婚姻法は、優生学的な直系血族及び、全血の兄弟姉妹間の婚姻のみを絶対的禁止婚と定め、これ以外の婚姻はすべて自由であるとして、従来の倫理観に基づく近親婚をすべて有効

としたのである。また、イギリス法では近親婚として禁止される範囲は、日本民法七三四条本文と同様であるが、さらに直系姻族および離婚した配偶者を通しての三親等の姻族である。フランス法では直系血族・直系姻族間は婚姻は禁止されるが、おじとめいや、義兄弟姉妹の婚姻・離婚によつて姻族関係が解消された場合、大統領の許可があれば婚姻が認められることになっている。

ところで、わが国における民法七三六条の養親子関係の婚姻禁止は、養子と養親の縁組解消後の婚姻に関するものであり、法律上複雑な問題を有するので以下で一考してみよう（中川善之助著『親族法』一六五頁以下参照）。養子縁組によつて法定血族関係が発生し、縁組後の直系卑属と養親およびその血族とは、血族関係になり血族間の婚姻禁止規定（民七三四条）の適用を受ける。しかも縁組解消後も婚姻を禁止している（民七二九条）。これに対して、縁組前に生れた養子の子は養親ないしその直系尊属と婚姻することができ。さらに、養親甲と養子乙との養子縁組後に甲が丙と婚姻した場合、乙と丙は養子縁組をせぬ限り、乙丙間の親子関係は発生せず、単なる一親等の直系姻族にすぎない。だから、丙が甲と離婚した場合、丙と乙との婚姻は姻族関係が消滅（民七二八条）しても、直系の姻族間の婚

姻は禁止されているのである（民七三五条）。しかし、甲乙間の養子離縁した場合については、民法七三六条は同七二九条の離縁後でも、養子とその配偶者ないし直系卑属やその配偶者と養親又はその直系尊属との婚姻を禁ずるが、養子やその直系卑属と養親の配偶者ないし、養親の直系尊属の配偶者との婚姻については規定がなく、乙と丙とは婚姻することができるのである。そこで、養子乙が丁と婚姻しており、甲乙離縁の後、甲と丙が離婚し、乙と丁が離婚した場合、甲と丁は民法七三六条により婚姻はできない。これは甲と丁との直系姻族関係は、同七二九条による消滅であり、同七三五条にいう同七二八条の婚姻関係の消滅によるものではない理由による。このような甲丁間の婚姻禁止を血族を尊重する倫理観によるものであるとみなすならば、乙丙間についても同七三六条を類推して、これも禁止すべきが筋が通ることになる。しかしながら、養子の場合でも民法七三四条但書によれば法上の兄弟姉妹の関係になるが、養子と他の兄弟との婚姻は許されており、婚姻倫理観には明かに反することになる。このような観点にたてば乙と丙とが養子縁組していない限り民法七三五条、七三六条によつて乙丙間の婚姻は許されると解すべきが妥当である。この点、前述のスウェーデン婚姻法は進歩的な先見性のある

婚姻観を表明したものといえよう。

## 二 婚姻成立の形式的要件

現在いづれの国にあつても、法律婚主義を採用しており、婚姻は届出によつて有効となるのである。日本では民法七三九条で届出を有効要件としており、戸籍吏は実質的要件を具備しているかどうかを判断し、これを受理した時に婚姻は有効に成立するのである。これに対して諸外国では、実質的要件以外に挙式を重要な要件としている。すなわち、挙式に先立つて一定期間教会ないし市町村役場の入口に婚姻する旨の公示を行ない、一般的社会的承認を得て、婚姻の儀式を行なうのであり、フランスでは市長の司会の下に挙式後ただちに婚姻証書を作成する。イタリアでは戸籍吏の面前で公に挙式することを要すると定めている。

このような儀式婚主義は絶対者たる神の面前でこれを誓うという宗教的儀式である。日本にあつても實際上の結婚式は神前ないし仏前における誓詞という儀式によつて行なわれている。しかし日本のかかる儀式は事実たる慣習として行なわれているに過ぎず、法的な意義は全くないのであり、あくまでも精神的な儀式といえよう。

近代的婚姻観によれば、婚姻の事実と法上の婚姻が一致していることが望ましく、社会的関係においては法律婚主義による届出を徹底することが必要であり、当事者の婚姻意思に基づく届出という積極的作為を要求することが、真に個人の自由を尊重することになる。諸外国が儀式婚主義を採用するのは、伝統的な教会の權威の残存でもあり、さらに離婚の困難さ（裁判離婚制）による婚姻継続に対する心理的強制をも意図するものといえよう。しかし、婚姻という私的関係における儀式は本来国家の強制になじまない性格を有するものであつて、儀式を法律要件とすることは妥当性を持たないといふべきである。ここに日本のように事実たる慣習とみなすことが信教の自由の観点からも正しいものといえよう。しかし儀式婚が有する長所としての入違その他不当な婚姻の阻止という点は評価しうるのであり、わが国にあつては、届出を徹底せしめ、届出の受理に際しては、第三者による届出を認めず婚姻当事者が役所に出現し、その場で意思確認をするという立法処置をとれば、最善のものとなると考える。

（いのうえ しゅういち 文学部助教授）