

婚姻自由の原則に對する制限

安 部 弘

は し が き

婚姻は両性の合意に基いて成立し、社会共同生活を目的とする正当な人と人との結合関係である。今日わが法制の下では一夫一婦制が採られている関係上、婚姻は一男一女の正当な結合関係であつて、両性の自由な意思表示の合致に基いて成立するものであることは既に憲法が婚姻自由の原則と共に認めるところである（憲法第二四條）。従つてこの原則の確立によつて従来の封建的家族主義に立脚した婚姻に関する法律規範は、個人の尊嚴と両性の本質的平等に基いて定められた新憲法の精神に抵触することになつた。そのため改正民法の下では旧來の伝統は排せられて、最早婚姻は個人の自由意思に基いてすることができるようになり、配偶者の選択についてもまた身分、階級、人種、信仰等によつて、なんらの制限もうけないばかりか、その選択の範圍も自由になつて、ただ生物学上その他社会の倫理秩序の維持等の理由から、当然是認せられべき僅かな制限が加えられるのみとなつた。これがいわゆる婚姻障礙といわれるものであつて、この中にはその効果

によつて禁止的のものと阻止的のものがある。ここでは紙面の都合上婚姻障礙の全般にわたつて述べる余裕がないから他の機会にゆづり、民法第七三一條乃至第七三七條に関する範圍に限り、婚姻の自由に対する制限として、次の順序に従つて述べることにする。

一 婚姻不適齡者に対する制限

元來婚姻は当事者が一定の身体的及び精神的成熟の域に達して始めてその目的が達せられるのであるから、各国の立法例は婚姻締結に關しその年齡を制限するのが普通である。旧民法の下においては優良種族の改良維持その他風教上の見地から、外国の統計學者の意見を徴して婚姻適齡を男は満一七年、女は満一五年と定めていたが、實際においては經濟上その他の理由に依り、國民の婚姻年齡は婚姻適齡をはるかにうまわつていた。改正民法は婚姻適齡を更に一年引上げて男は満一八歳、女は満一六歳と定めた（民法第七三一條）、婚姻適齡の一年引上による婚姻障礙はほとんど影響するところなく、結局社会の經濟的事情が個人の婚姻を決定するようである。實際今日の社会の現實は個人の經濟獨立が

各種の障碍によつて妨げられるため、婚姻もまた婚姻適齢より遙かに高齢において行われることは、事実の証明するところである（昭和二十四年一月一四日厚生省発表の戦後の婚姻と離婚の統計的觀察参照）。もとより婚姻不適齢者であつても事実上の婚姻をする能力が絶対に缺如することは断定できないことは、旧民法施行前すでに婚姻不適齢者の婚姻が行われていた事実がこれを証明するところである。婚姻の目的から見て一般的には、婚姻能力の成熟期は男一八歳、女一六歳頃と見るのが最も妥当と解されるから、一応法律は婚姻適齢を男一八歳、女一六歳と定めたものであらう（民法第七三二條）。

上述のように婚姻適齢を旧民法のそれより一年引上げて、実際にはこれより遙かに高齢において婚姻が行われているから、婚姻障碍はほとんどなく、また婚姻不適齢者の婚姻はその届出をしても、民法第七四〇條によつてその届出が受理されないから、法律上婚姻は成立しない筈である。けれどもまれには戸籍管掌者が誤つて届書を受理することによつて、婚姻不適齢者の婚姻が成立することがないとも限らない。こんな場合にはその婚姻は無効ではなく、各当事者、その親族又は檢察官がその取消を裁判所に請求することができるから（民法第七四四條、第七四五條）、その婚姻は一応は有効に成立し当事者は成年に達したものとみなされる（民法第七五三條）。

二 重婚に関する制限

わが国においても重婚に対しては遠く律令時代よりこれを禁止する規定が設けられ、律令は共に夫が妾を蓄えるのはこれを認め

ても、既に妻ある者が重ねて婚姻をなし、また夫ある妻が他に嫁することはいずれも律の禁ずるところであつた。重婚の禁止は独りわが国許りではなく欧州においても古くから行われていたことが窺われ（三浦周行著法制史の研究上巻三二〇頁）、今日一夫一婦制を採る諸外国の法制は、また同様に配偶者ある者が重ねて婚姻をすることを禁じている（墺民六二佛民一四七独民一三〇九）。

わが憲法は「婚姻に關しては、法律は個人の尊嚴と両性の本質的平等に立脚して制定されなければならない」と規定しているから、婚姻に關しては個人の尊嚴と両性の本質的平等が憲法によつて保障される限り、民法においてもまた一夫一婦制がとられることは当然のことであつて、夫婦の共同生活においても、性生活上の信義誠実の原則が守られなければならないことは他言を要しない。従つて改正民法第七三二條もまた婚姻自由の原則に対して「配偶者ある者は、重ねて婚姻をすることができない」と規定し、さらに民法第七四四條には重婚者に対する民事的制裁として、その取消を認めているが、この場合取消の対象となるのは前婚ではなくして後婚である。以上のように重婚は取消権を有する者が單にこれを取消することができるばかりではなく、重婚が善意の場合は前婚の当事者は婚姻を継続し難い重大な事由として、また悪意の場合は配偶者の不貞の行為として、離婚を裁判所に請求することもできるであらう（民第七七〇條第一項第五号）。かように重婚に対してはひとり民事的制裁が行われる許りではなく、悪意の場合には国民の婚姻生活における善良な風俗に違反する行為として、刑事的制裁が加えられ一夫一婦制が刑法によつて保護されているこ

ともまた看過することができない(刑法第一八四條)。もつともこゝに民法上重婚といつてゐるのは法律上有効な婚姻が重ねて行われた場合をいうのであつて、当事者が善意であると否とはこれを問わない。しかしたゞ配偶者ある者が重ねて他の者と事実上の婚姻関係すなわち内縁関係を結ぶ場合をも含めるのではない。けれども刑法上の重婚は犯意があるいわゆる悪意の重婚のみをその犯罪の対象とする結果、刑法学者の中には單に戸籍管掌者が誤つて婚姻届を受理した場合のみならず、配偶者ある者がさらに他の者と事実上の婚姻関係がある場合にも、重婚の罪が成立するとの見解をとる者がある(牧野英一著増訂日本刑法六七四頁)。

もつとも婚姻は戸籍法の定めるところによつて届出られ、それが法令に違反しないことを認めた後でなければ受理されないから、実際には重婚の問題が起る場合は極めて少ない筈であるが、若し起るとすれば次のような場合に過ぎないであらう。

- (イ) 戸籍管掌者が誤つて二重に婚姻届を受理した場合
- (ロ) 離婚後再婚したがそれが無効となつた場合及び離婚原因に瑕疵があつてそれが取消された場合
- (ハ) 失踪宣告後再婚したがそれが取消された場合
- (ニ) 夫の戦死の公報があつたので再婚したがその後夫が生還した場合(戦死その他の死亡公報の場合も同じ)
- (ホ) 内地と外国で重ねて婚姻をした場合

右の場合失踪宣告後に再婚したときは、その取消によつていかなる効果が生ずるかについては、当事者が悪意の場合は前婚は復活し後婚は重婚となり取消され得ることは言を俟たないが(民法

第七四四條)、当事者双方善意の場合には民法第三二條第一項但書の「但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」の規定によつて、後婚はその効力を變じないから、前婚は解消して復活せず後婚が有効に成立すると解するものと、前婚が復活して重婚関係が生じ前婚には離婚原因が発生し後婚には取消原因が生ずるとする見解をとる者がある(民法第七四四條第七三二條第七七〇—五号)。けれども次のような場合も起るし、また民法第三二條第一項但書の規定をこの場合準用することは一考を要する(中川善之助註釈親族法一二二頁 同註解親族法四二頁 家族制家制度全集二二二頁参照)。

ただし婚姻は單一の行為であるから、当事者の一方に悪意がある場合はたとい他の一方が善意であつても、その行為は善意でなされたとはいえないから、この場合の善意とは当事者双方の善意を意味するものと解しなければならない。

次に戦死の公報により一旦婚姻が解消した寡婦が再婚した後先夫が生還した場合については、もちろん再婚の当事者の悪意の場合のことは考慮する余地はない。従つて当事者双方が善意で再婚した後先夫が生還した場合には前婚は復活せず後婚が有効なものとして取扱われるとの見解をとる者がある(民法第三二條第一項但書 中川善之助著註解親族法四二頁)。けれどもかような場合昭和二年三月二〇日司法省民事局民事用第一六四号によれば、實際の取扱例として死亡報告取消通知があつた場合は「前婚ハ存続スルト共ニ後婚モ一応有効ニ成立シタルヲ以テ：：重婚トナルニ付、爾後後婚ニ付婚姻解消又ハ取消ノアリタル場合ハ遺妻ヲ前嫁家ノ戸籍ニ復活スベキモノナルモ、斯ル事由ノ生ゼザル限死亡報告取消通知ニ因リ前夫ノ戸

籍ヲ復活シ前婚家ニ於ケル妻ノ事項欄ニ記載シアル婚姻解消事由ヲ抹消スルニ止メ、他ハ一応其ノ儘ニ為シ置ク外ナキモノトス」と司法省民事局長の回答が發せられている。従つて若し戦死公報が当該市町村長にあつた場合は、失踪宣告の場合とその事情が異なるから、たとい当局の錯誤に基くものであつたとしても、一応は当局の公認死亡通知に信憑を置いて不安定の状態を永續させないことが実情に即するものと考えられる。それ故この場合における遺妻の再婚がさきに戦死公報に基き戦死者として取扱われた前婚配偶者の生還によつて重婚となるか、また重婚となるとすれば善意の後婚に民法第三二條第一項但書の準用を認めるか否かについて問題がある。元来失踪宣告は一定の期間本人の生死が分明でないことを條件として、家庭裁判所によつて下される宣告であるが、戦死の公報は本人の戦死の確認に基いて發せられるものであり、両場合は各々その事情が相異なる。それ故戦死の公報があつたので遺妻が善意で再婚した後前婚配偶者の生還があつた場合と失踪宣告後その配偶者が善意で再婚したが、失踪者の生存することによつてその失踪宣告が取消された場合とは、事件の性質上当然區別して考えることが妥当であらう。もつとも前者の場合も民法第三二條第一項但書の規定を準用すべしとする見解をとる者があるが（中川善之助著「註解親族法四二頁」）、かように解するときは遺妻の善意の婚姻は前婚が解消し後婚が完全有効に成立するものとして取扱われることになる。元来戦死の公報は本人の戦死を確認した事実に基づいて發せられるものであつて、戸籍管掌者はこれによつて戸籍を処理するから、善意の遺妻の前配偶者との婚姻関係は一応は解消する

形式をとるのであるが、若しその戦死者が生還する場合は、さきの戦死公報は当局の錯誤により本人の同一性を誤つたことに基因するものであるから、前述の通り「死亡報告錯誤ニ因リ前婚ハ依然存続スルト共ニ後婚モ一応有効ニ成立シタルヲ以テ：重婚トナル」と解すべきであらう。かように解すれば再婚に因る前婚解消の場合は生じないから、本問題は重婚の場合として処理することが妥当と考えられる。従つて前婚後婚の当事者間に協議によつて前婚を解消させるか後婚を解消させるか、いずれかの方法を講ずる外なく、若しこの協議が不調に終つたときは民法第七四條の規定により重婚の取消を裁判所に請求する外はないと解せられる。上述の場合この見解は最も妥当と考えられる。（中川善之助著「註解親族法一二三頁参照」）

三 再婚禁止期間未經過の者に対する婚姻の制限

婚姻自由の原則に対する制限の一として女は一定の再婚禁止期間を経過した後でなければ再婚はできない（民法第七三條）。もとより民法は絶対的の一夫一婦主義を採っているのではなく、ただ血統の混乱を防止する趣旨から女は前婚解消又は取消の日から六ヶ月を経過しなければ、婚姻をすることができないというのであつて、この虞がなければ必ずしも再婚するのに六ヶ月を経過する必要はない筈である。従つて民法第七三條第二項によれば女が前婚の解消又は取消の前から既に懐胎していた場合には、その制限は不必要であるから、この場合は六ヶ月の再婚禁止期間の経過を必要とせず、出産の日から婚姻の制限は解除される。元来わが国では古代においても女の再婚はこれを絶対に禁じはしな

つたが、一般に離婚後直ちに他に嫁するのは美事とはしなかつたようである。これはもとより、「貞女不更二夫」という東洋倫理的
思想の影響するところも少くなかつたであろうが、血統混乱の虞
を防止する意味からでもあつたように伝えられている（三浦周行
法制史 三二五頁）。けれども一般に寡婦は夫の死亡後、家にあつて遺孤
を養うて一生を終ることを美事とせられたようであるから、東洋

倫理觀念から寡婦の再婚は自制せられていたようである。民法施
行前の明治七年九月二十九日の大政官指令によれば「自今婦タル者
夫死亡セシ日又ハ離婚ヲ受ケシ日ヨリ三百日ヲ過ギザレバ再婚不
相成候事」としたが、例外として「但遺胎ノ徴ナキ旨二人以上ノ
証人アル者ハ此限ニ在ラズ」として再婚を認めた。

もちろんこの前述の再婚禁止期間は改正民法においては旧法と
同じく六ヶ月と定めているが、外国でも仏蘭西は前婚解消後十ヶ
月、同じく仏蘭西法に由来するルイジアナでも同様に十ヶ月
である。これは血統混乱の防止という見地から定められたので
はなく、むしろ寺院法的な婚姻觀の影響とみるべきであろうとい
われる。同様に独民法（第一三三條）は再婚しようとする女子
に対し、前婚の解消又はその無効宣告があつた時から十ヶ月を経
過しなければ、再び婚姻をすることができないと定めているが、
その間に子を分娩したときは、この禁止は解除されることになつ
ている。そして場合によつては再婚禁止期間を設けないことが、
当事者第三者を保護することにもなるから、この禁止期間は免除
する場合もあり得ることになっている。かように再婚禁止期間は
女子のための再婚禁止期間であつて、外国においては寺院法の影響

を受けているところもあるが、血統混乱の防止という医学上の
見地から定められるものが多い。従つて實際に血統混乱の虞がな
いか、または他に適当な方法さえあれば、法律上再婚禁止期間の
定をなす必要はなく、またたといこの再婚禁止期間を定めてもそ
れによつて絶対に血統の混乱を防止し得るとは限られない。それ
故諸外国でも英国のように再婚禁止期間を定めないうで、前配偶者
死亡又は離婚判定後直ちに再婚をなし得る国もあり、今日では再
婚禁止期間を一定することに対しては却つて合法的の婚姻の成立
の障礙となると唱える者もある。

四 近親婚に対する制限

婚姻の自由に対する制限として、次の近親婚の禁止をあげるこ
とができる。ここに近親とは親等の比較的近い親族を意味し、近
親婚とはこの近親間の婚姻を指稱する。その範囲は相對的のもの
であつて別に一定しないから、国によつて決められ必ずしも各国
共通に一定するものではない。けれども近親婚である以上それが
自然の血族間の婚姻であると、法定の血族間の婚姻であると、は
たまた姻族間の婚姻であるとはこれを問わない。しかし一般に法
律による禁止の対象となる婚姻の範囲は多少相異はあるが、大体
各国とも次の直系血族、三親等内の傍系血族、直系姻族及び養親子
関係者間の婚姻のようであつて、欧州においてはローマ法以来の
伝統として今日もなお各国法制のひとしく禁止しているところで
ある（佛民一六一條一六二、一六三、独民一三三〇―一項）。
元來近親婚禁止の制度は、近代に至つて始めて設けられたもの
ではなく、近親婚は早くから多くの民族間に一般に嫌惡され、ロ

羅馬法においても既に血族間及び直系姻族間の婚姻が一般に禁止されていた(船田享二著羅馬法三八頁)。これはいろいろの理由に因るものであらうが、幼稚な社会の民族間においては一種のタブーとして、更に進んでは自然的の倫理観に基き、あるいは必ずしも医学上の見地からその結果を意識してではないが、保族上の見地から、その他いろいろの理由に基いてこれを嫌惡し禁止していた。けれども、近代文明諸国において近親婚を禁止する所以は次の二つの理由による。すなわち一は同一家族内で共同生活を営んでいる者の間に婚姻を認めることは、徒らに家庭生活を墮落させ、それが社会における親族間の婚姻に関する倫理秩序を紊るものであるとの考慮によるものであつて、他は優良な種族の保存を目的とする生物学上の見地に立脚するものである。

現今先進国の法制はその制限の範囲に多少の相違はあるが、ひとしく近親婚はこれを禁止する態度をとつてゐる。しかし近代医学の進歩は近親婚が必ずしも優良な種族の保存に障礙となることを決定的に立証するまでには至つて居ないばかりか、却つてこれに対する否定を下す者さえあつて、未だ幾多の議論の余地を残している。かような理由から学者の中には近親婚禁止に対する法的根拠を第二の理由に求めることは妥当ではなく、社会の倫理秩序を紊るものとして第一の理由にこれを求める見解をとる者さえある。(中川善之助著註釈親族法一二八頁)。

ところで憲法の婚姻に関する立法の基本主義に従つて、民法に定められる近親婚禁止の対象となるものは次に述べる各種のものである。

(一) 直系血族間及び三親等内の傍系血族間の制限

元來血族間の婚姻の禁止については、既にローマ法にも定められたが、同法によれば直系親族間の婚姻は常に禁止され、また養子縁組によつて一旦法定血族關係が生じた以上は、たとい離縁によつて養親子關係が消滅した後もなお禁止されたのみならず、三親等内の血族間の婚姻に対しても、まれには例外があつても一般的には禁止されていたことが窺われる(船田享二著羅馬法三八六参照)。

改正民法は旧民法と同様に近親婚は原則として一般にこれを禁止している。まず血族については民法第七三四條は「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。但し養子と養方の傍系血族との間ではこの限りでない」と規定し、特に直系血族については、それが自然の血族であると、法定の血族であると、はたまたその親等の親疎遠近のいかんを問わず、その婚姻は禁止され、法定血族の關係が生じた場合には、離縁によつて当事者間の養親子關係が消滅した後でも、なおこれまで法定直系血族關係にあつた者の間においては婚姻をすることができない(民法第七三四條民法第七三六條)。

次に問題となるのは自然的血族關係があるに拘わらず、父母の認知がないために直系血族關係が生じない場合における事実上の直系血族關係者間の婚姻である。これらの事実上の直系血族關係者間の婚姻に関してはわが民法には独民法第一三〇條第三項のようになんらこれを規定しないから、その婚姻は無條件に許されるように思われるが、近親婚を禁ずる立法趣旨を考えると到底こ

れは是認されるべきではないとする見解がある（中川善之助著註釈親族法一二九頁参照）。

次に傍系血族については、婚姻が三親等内の自然の血族の間になされる場合には制限を受けるが（民法第七三四條）、養子縁組によつて生じた養子と養方の傍系血族との間ではなんら制限はないから（民法第七三四條但書）、法定血族である傍系血族間の婚姻はそれが三親等内の者であつてもなんら禁止されない（佛民法第一六一條、第一六三條独民法第一三一〇條）。

（二）直系姻族間の婚姻の制限

近親婚に対する制限は直系血族及び傍系血族間の場合のみならず、直系姻族間の場合にも同様に加えられ、民法第七三五條は「直系姻族の間では婚姻をすることができない」と規定し、それはたとい第七二八條の規定によつて姻族関係が終了した後も（離婚によつて姻族関係が終了した場合及び夫婦の一方が死亡したので第七二八條第二項により生存配偶者が姻族関係を終了させる意思表示をすることによつて姻族関係が終了した場合）同様である。従つて配偶者の一方と他方の直系血族との間では、婚姻継続中は第七三五條第一項の規定によつて、当然その婚姻ができないのみならず（民法第七三二條）、たとい配偶者の一方が死亡した後生存配偶者が姻族関係を終了させる意思表示をなし、また婚姻の当事者が離婚をすることによつて姻族関係が終了した後でも、なお嘗て直系姻族関係ができた間にあつては、婚姻はこれを行うことができる（民法第七三五條）。

元來直系姻族間の婚姻の制限は決して優良な種族の保存のために生物学上の見地からなされるものではなく、むしろ社会の倫理秩序の紊乱を虞れて、これに備えたものであつて、民法第七三五條後段において姻族関係終了後も同様に制限しているのは、新憲法の精神に違反するものではなく、公序良俗に反し社会の倫理秩序を紊ることは社会的妥当性を缺き、却つて公共の福祉に反することにもなるうし、独民法第一三一〇條（**第二項**）も同様の理由から、姻族関係終了後もなおこれを制限している。さらに独民法が實際当事者の一方が相手方の父母其他の尊属又は卑属と性生活を継続した事実があるときは、その当事者は婚姻をすることができないと制限を加えているように、近代文明諸国の近親婚殊に直系姻族間の婚姻制限の根拠は、社会の倫理秩序の維持にあるため独民法第一三一〇條第二項は風教上社会の非難を蒙るような不純な姻族との婚姻を禁止している。これと同様に民法第七三五條もまた社会の倫理秩序の維持を目的として設けられていることは否定できない。従つてたとい個人の人格の尊重と自由平等とが保障され、殊に婚姻及び家族生活に関して法律が個人の尊嚴と両性の本質的平等に立脚して制定されたとしても、それは必ず公共の福祉に反しないものでなければならぬ（民法第一條）。

かように考えると婚姻の取消によつて直系姻族関係が消滅した場合、これまで直系姻族関係にあつた者の間における婚姻が問題となるのであるが、これについては独民法のような規定はないけれども、多くの場合取消される婚姻の当事者は生存し、かつ時にその間に生れた嫡出子もあるから、若し取消によつて直系姻族関

係が消滅した後、これまでの直系姻族間の婚姻に対し制限を加えなければ、家族生活における性的感情上の縛から、社会の倫理秩序の維持が実際上望めないのではなからうか。もつとも婚姻の取消後、その婚姻に基いて生じた直系姻族関係にあつた者の間に婚姻をすることを認めないとすれば婚姻の自由の原則に反するようにも考えられるけれども、社会の倫理秩序を維持して公共の福祉に遵うためには、この場合民法第七三五條後段を準用して、その婚姻を禁ずるという見解を支持したい（中川善之助著、註釈親族法一三一頁藥須寺氏反対説）。

（三）養親子関係者間の婚姻の制限

婚姻の自由に対する障碍として挙げられるものに養親子関係者間の婚姻の制限がある。養親子関係者間の婚姻は一旦養子縁組に基いて直系血族関係及び直系姻族関係が発生した以上法の制限を受ける（民法第七三六條）。もつとも養子と養親及びその血族との間には養子縁組の日から血族間におけると同一の親族関係を生ずるから（民法第七二七條）、養子と養親及びその直系尊属との間には法定の直系血族関係が生じ、民法第七三四條により互に婚姻ができないことは既に述べた通りであるが、なお民法第七三六條により離縁により親族関係が終了した後でも、社会の倫理秩序の維持という見地から、法律はこれを制限している（民法第七三六條）。養子の直系尊属は養親及びその直系尊属とは直系血族関係を生じまた養子の配偶者及び養子の直系尊属の配偶者は養親及び直系尊属とは互に直系姻族関係を生ずる。それ故相互に婚姻をすることができないことはいうまでもないが（民法第七三四條第七三五條）

離縁によつてこれら養親子関係が終了した後（民法第七二七條）については、民法第七三六條の規定によつて始めてその婚姻が出来ないことになる（民法第七三六條）。独民法第二三二一條は「他人を養子とした者は養子縁組によつて生じた法律関係が存続する限り、養子又はその卑属と婚姻をすることができない」と規定し、仏蘭西民法第三五四條もまた同様に養親子関係者間の婚姻を制限している。上述の立法例の示すように諸外国では養親子関係者間の婚姻については、養親と養子との間に養子縁組関係が存続存中はこれを制限するけれども、離縁によつてその親族関係の終了後は一般に解放される。けだしこれは婚姻の場合におけるように血族間における生物学的考慮を要しないし、また親族間に性生活関係に基く複雑な感情を醸成することがないから、これを制限する必要を認めないのであらう。

我が民法においては養親子関係者間の親族関係終了後の婚姻の制限に対しては新憲法の婚姻自由の原則に基き、これを撤廃すべきであるという見解があるが、これはまさしく妥当な見解と思われる。殊に論者のいうように養子及びその直系尊属と養親の配偶者及び養親の直系尊属の配偶者との間の直系姻族関係の終了については規定がないから、これらの間の婚姻に関しては問題が残されているが、これに対しても、もとよりその婚姻自由であるという説に賛成したい（中川善之助著、註釈親族法一三四頁参照）。

五 未成年者の婚姻に対する父母の同意

（一）改正規定と父母の同意権

未成年の子が婚姻をするには父母の同意を得なければならない

(民法第七三七條)。もつとも旧民法の下においても、子が婚姻をするには單に未成年者のみならず、たとい成年者であつても男は満三十年、女は満二十五年に達するまでは、父母の同意を得なければならなかつた(旧民七二七條)。これはもとより旧民法がかの寺院法その他ナポレオン法などの影響を受けた仏蘭西民法を繼受したことに基因することは勿論、さらに東洋倫理思想も加味されて、制定されたことにより個人の人格の尊重は無視されもつばら「子は親のため」という封建思想の残滓が採択されたことに基因することはこれを否定することはできない。ところが憲法の改正に伴い民法は当然改正されなければならない運命を荷つて、こゝに改正民法が婚姻に関しては個人の尊嚴と両性の本質的平等とに立脚して制定され、従来婚姻についてはたとい成年の子であつても男は満三十年、女は満二十五年に達するまでは、すべて父母の同意を得なければならなかつた制限が撤廃されて、ただ僅かに未成年の子のみが父母の同意を得ることを必要とするだけにとどまつた。しかしこれは婚姻が両性の合意のみに基いて成立するという憲法の精神と相容れないばかりでなく、憲法第二四條第二項が「婚姻及び家族に關しては法律は個人の尊嚴と両性の本質的平等に立脚して、制定されなければならない」と宣言している關係上、未成年者の婚姻に父母の同意を必要とすることは、却つて未成年者を拘束し婚姻の自由を認めた新憲法の精神にも副わないようにも考えられる。けれども元來未成年の子の婚姻に対し父母が同意を与えるのは決して「親のため」という見地からではなく未成年の子に対し能力を補完して、その思慮分別に遺漏がないよ

うに、もつばら子の監護を全うする立場からなされるのであるから、父母は同意を与えるにも子の意思を尊重して、その人格の尊嚴を傷け、あるいは男女の本質的平等を無視して、子の自由を拘束するようなことがあつてはならない。

従つて旧民法が一定の年齢に達するまでは、たとい成年の子であつても婚姻をするには父母の同意を得ることを要求したのは、明らかに子の意思の自由を拘束して、その人格の尊嚴を侵すいわゆる同意権の濫用の機會をつくることを認めたものであつて、却つて父母の不当な意思の干渉の原因をつくることになることは言を俟たない。

(二) 同意権者

子の婚姻に同意をする同意権者は原則として父母である(民法第七三七條第一項)。しかし若し父母の一方が同意しないときは、他の一方の同意だけで足りる(民法第七三七條第二項前段)。その他父母の一方が知れないとき、死亡したとき、又はその意思を表示することができないときも、同様に他の一方だけの同意で足りる(民法第七三七條第二項後段)。そしてこの同意権者たる父母は必ずしも氏を同じうする者であることを要しないから、離婚の場合のように父母が別れ別れになつていても、なお原則として父母双方の同意を得ることを必要とするのみならず、この同意権は親権(民法第八一九條)や監護権(民法第七六六條)などとは異つた性質を持つ行為に対する同意権と解すべきであるから、父母は親権または監護権の有無(民法第七六六條、第七三四條、第八三七條)いかに拘わらず、これを行使することができると解した

い。ただしこれに対しては反対の見解をとる学者もある（中川善註親族去（上））。しかししてその同意は必ずしも常に父母双方の同意たることを要しないから、父母の一方が同意しないときは法律は他の一方の同意だけで足りるとし、その他父母の一方が知れないときは、死亡したときまたはその意思を表示することができないときは、他の一方の同意だけで足りる。従つて例えば父母の一方のみに認知された非嫡出子は、父母の一方が知れないときとして他の一方の同意だけで足りるし、また父母の一方が心神喪失または行方不明で意思表示ができないときも、同様に他の一方の同意だけで足りる訳である。

子の婚姻に対する父母の同意は要式行為ではないから、その表示に一定の方式がある訳でない（大正四年オ（一〇九二号同五三七四頁婚姻ニ付同意権者ノ同意）年三月二四日民判民録二二輯ハ其ノ表示ニ一定ノ方式ヲ要セズ）それ故子の婚姻に対する父母の同意は通常婚姻届書に同意の旨を附記して行われる（戸籍法第三八條第一項）。

養子縁組によつて養子となつた未成年者は、実父母と養父母とがある訳であるが、未成年の子に対して同意権を行う者は誰であ

るか、また実父母及び養父母の同意を要するかまたは養父母の同意だけで足りるとするかについては疑問がある。

これに対しては実父母及び養父母双方を同意権者とするものと（我妻栄著改正親族相談法解説五四頁）、ただ養父母のみを同意権者とする者との両見解がある。（中川善之助著註親族法一）（四〇頁註解親族法五一頁）前者は養父母、実父母ともに同意権者とするため原則として未成年の子が婚姻をするには、その同意を得ることを要するが（民法第七三七條第一項）、ただ第七三七條第二項の規定により「他の一方の同意だけで足りる」から、いずれか一人の同意があれば婚姻はできるとする見解をとるものであり、後者は第七三七條の規定が親族生活上現実に子の監護をする者をして、子の能力補完に当らせようとする趣旨であるから、未成年の養子の婚姻については養親の同意を必要とし、かつその同意だけで足りると解するのである。けだし親権が養親子関係の成立によつて養親に移り（民法第八一八條第二項）、養父母の養子に対する監護権を重視する養子制度の趣旨から類推して、同様に子の婚姻に対する養親の地位を重視尊重しすることが、子の能力補完の趣旨に副い子の福利を維持するものと解するからであらう。