

# 婚姻法の再定位： フランス民法典の変遷から（1）

松 本 薫 子\*

## 目 次

はじめに

第一章 日本の家族法の現状および分析

第一節 法律婚主義とは何か

- 1 本来の法律婚主義
- 2 夫婦親子の一体的把握と法律婚の優遇
- 3 法律婚を安定化させる装置

第二節 法律婚尊重のゆらぎ

第三節 法律婚のあり方への問題提起

- 1 夫婦同氏制度の見直し——選択的夫婦別氏制度
- 2 異性婚の見直し
- 3 離婚後の親子関係のあり方の見直し

第四節 なお続く法律婚の優遇と固定的女性観

- 1 法律婚の優遇
- 2 氏と家族の一体性
- 3 固定的女性観・父権主義

第五節 背景の分析

第二章 フランス民法典成立以前

第一節 アンシャン・レジーム期

- 1 婚姻の自由
- 2 妻の法的地位
- 3 夫婦財産制
- 4 離 婚
- 5 婚姻と親子
- 6 親権・父権

---

\* まつもと・かおるこ 立命館大学大学院法学研究科博士課程後期課程

7	相	続	
8	小	括	
	第二節	革	命
		期	
1	婚姻	の自由	
2	妻	の法的地位	
3	夫婦	財産制	
4	離	婚	
5	婚姻	と親子	
6	親権	・父権	
7	相	続	
8	小	括	(以上, 本号)
	第三章	法典編纂期	
	第四章	修正期	
	第五章	変革期	
	第六章	現代的改革期	
	第七章	婚姻法の再定位	
	おわりに		

## はじめに

近年, 家族は, 形態においても, ライフスタイルにおいても多様化している。

形態の多様化では, 伝統的な夫婦と子からなる世帯の減少が挙げられる。1970年の国勢調査<sup>1)</sup>と2015年の国勢調査<sup>2)</sup>を比較すると, 夫婦と子からなる世帯は1970年には一般世帯中46.1%と半数近くを占めていたが,

---

1) 総務省統計局 昭和45年(1970年)国勢調査第24表「世帯の家族類型, 親族人員(11区分)別普通世帯数, 普通世帯人員および親族人員(18歳未満・65歳以上の親族のいる普通世帯数, 普通世帯人員および親族人員特掲)―全国, 都道府県。https://www.e-stat.go.jp/stat-search/files?page=1&toukei=00200521&tstat=000001037125 公開(更新)日2014年6月10日, 閲覧日2018年12月6日。

2) 総務省統計局 平成27年(2015年)国勢調査世帯構造等基本集計結果I世帯の状況表I-1, 表I-2, 図V-3-1。www.stat.go.jp/data/kokusei/2015/kekka/kihon3/pdf/gaiyou.pdf 閲覧日2018年12月6日。

2015年には26.9%にまで減少し、45年間で19.2%も減少している。その他の世帯（3世代同居含む）も25.8%（1970年）から9.4%（2015年）へと激減している。一方、単独世帯は10.8%（1970年）から、34.6%（2015年）と約3倍に増加し、夫婦のみの世帯も11.0%（1970年）から、20.1%（2015年）に倍増、ひとり親と子からなる世帯は6.4%（1970年）から、8.9%（2015年）と増加している。

次に、生涯未婚率の上昇が挙げられる。1970年と2015年とを比較すると、生涯未婚率は、男性は1.7%（1970年）から23.4%（2015年）へ、女性は3.3%（1970年）から14.1%（2015年）へと上昇し、ともに独身者が増加している<sup>3)</sup>。

さらに、離婚の増加が挙げられる。1970年の婚姻件数は102万9405組、離婚件数は9万5937組だったのに対し、2015年には、婚姻件数63万5156組、離婚件数22万6215組となっている<sup>4)</sup>。2016年の離婚件数21万6798組のうち未成年の子がいる離婚件数は12万5946組（全体の58.1%）と多く、親が離婚した未成年の子の数は21万8454人を数える<sup>5)</sup>。2011年に離婚した者が5年以内に再婚した割合は、男性26.6%、女性22.1%であり<sup>6)</sup>、離婚再婚は日常化していることが窺われる。

ライフスタイルの多様化では、従来の婚姻という枠組みにとらわれない関係として、同性カップルで生活をする場合、夫婦別姓を望んだり、高齢

---

3) 生涯未婚率とは、50歳時点で一度も結婚したことのない人の割合。45歳～49歳の未婚率と50歳～54歳の未婚率の平均（内閣府 少子化対策 第1部少子化対策の現状 第1章少子化をめぐる現状 3婚姻・出産の状況 第1-1-10図 50歳時の未婚割合の推移と将来推計 国立社会保障・人口問題研究所「人口統計資料集」<https://www8.cao.go.jp/shoushi/shoushika/data/mikonritsu.html> 閲覧日2018年12月6日）。

4) 厚生労働省 平成29年（2017年）人口動態統計の年間推計【統計表】第1表人口動態総覧の年次推移、平成29年12月22日。<https://www.mhlw.go.jp/toukei/saikin/hw/jinkou/suikai17/dl/2017suikai.pdf> 閲覧日2018年12月6日。

5) 厚生労働省 我が国の人口動態平成30年。<https://www.mhlw.go.jp/english/database/db-hw/dl/81-1a2en.pdf> 閲覧日2018年12月6日。

6) 厚生労働省・前掲注（5）。

者で再婚が難しかったりするときに事実婚を選択する場合、別居結婚のように「後半生の結婚をソフトに変えていって、自分たちの身の丈に合ったライフスタイルにした」<sup>7)</sup>「卒婚」<sup>8)</sup>という形態を選択する場合、友人同士ルームシェア<sup>9)</sup>をして暮らす場合、そもそも誰かと同居することはせずに一人暮らしを続ける場合などがある。

また、婚姻関係にある父母と子、という枠組みにとらわれない関係として、ステップファミリー(連れ子再婚)のように、子にとっては親の異なるきょうだいと暮らす場合がある。今までは離婚後に別居する親と子が会うという発想は無かったが、現在では別居親と子が面会交流をしながら暮らす場合がある。

こうした家族の形態及びライフスタイルの多様化に対し、現状の婚姻法は、対応できているだろうか。今なお、父権主義及び固定的な女性観の下で家族を一体的に捉え、嫡出家族のみを維持尊重する考え方は根強い。従来の婚姻制度から脱却し、家族の中の個人を尊重し、婚姻の枠にとらわれることなく親子の関係を保障するような法制度への転換が求められている。これを本稿では、「婚姻法の再定位」と定義する。

これをどのように検討していくべきであろうか。そこで参考になるのが、近代民法の原点であり、また、わが国の婚姻法の母法の一つであるフランスの家族法である。

フランス民法典は、その成立時点では、わが国と同様、婚姻と嫡出子を一体として家族とし、家父長主義を基本として法律婚主義を採っていた。

---

7) 杉山由美子『卒婚のススメ』(静山社文庫, 2014年, 『卒婚のススメ』(オレンジページ, 2004年初出)) 21頁。

8) 杉山由美子は前掲注(7)で、「結婚でもなく、離婚でもない、夫婦のかたち」(7頁)、「それまでの緊密な家族から、ひとりひとりがちがうことを理解し、ちがうことに興味をもち、ちがうことを考えていることを認め合う。いつもいっしょではない。はなれて暮らしてもいい。ちがう場所を旅してもいい。でも家族だから、支え合っている。そういう持続可能なかたち」(8頁)を卒婚として紹介している。

9) 伊藤洋志, pha『フルサトをつくる 帰れば食うに困らない場所を持つ暮らし方』(ちくま文庫, 2018年(東京書籍, 2014年初出)) 248-250頁。

しかし、幾度もの法改正を経て、法律婚主義を改革することができている。たとえば、妻の法的地位に関しては、行為無能力から夫と対等平等な地位へ、夫婦財産制に関しては、夫の優位を保障する共同財産制から夫婦の形式的平等へ、という改正がなされた。また、親権に関しては、離婚後も父母による親権の共同行使へ、親子関係の成立に関しては、婚外子と婚内子を可能な限り平等にするような制度改革がなされ、婚姻と親子関係が分離した。離婚に関しては、別居と合意を中心とした離婚へ、さらに、有責性を問わない裁判官不関与の離婚形態も許容されるようになった。相続に関しては、婚外子差別から婚内子婚外子の平等へ、婚姻に関しては、パクスが導入され、同性婚も認められた。

本稿では、フランス民法典の婚姻法が、現在に至るまで何を契機としてどのような変遷を辿ってきたのか、法の変容にあっても変わらずに保持されてきたものは何か、を分析することで、日本の婚姻法の再定位をするにあたり、何を核とすべきなのか、そして、何が必要なのか、を検討していく。そのためには、夫婦関係の変遷のみ辿っても、フランス民法典の婚姻法の変容の全体像は明らかにならない。そこで、婚姻の自由、妻の法的地位、夫婦財産制、離婚、婚姻と親子、親権・父権、相続の7つの分野を横断的、通時的に取り上げる。

以下、本稿では次の順序で検討する。

まず、日本の家族法の現状分析を行い、問題点を明らかにした（第一章）上で、フランス民法典の家族法の変遷について考察する。1804年のフランス民法典の内容、意義を明らかにするために、アンシャン・レジーム期<sup>10)</sup>の法制度を整理し（第二章）、その後、フランス民法典の変遷を以下

---

10) フランス民法典成立以前の時代区分について、滝沢正教授は、封建制度が解体を始める14世紀頃から絶対主義が確立する16世紀までを絶対主義確立への過渡期と位置づけ、14世紀から18世紀までを近世絶対王政期とし、大革命が勃発した1789年からナポレオン帝政が終わる1814年までを中間法の時代としている。中間法の時代は、大革命が徐々に尖鋭化、急進化していく高揚期（1789年～1794年）と、ジャコバン派の独裁を頂点としてテルミドールの反動でこれが崩壊し、大革命が鎮静化していく終息期（1794年～1814年）とに二分してい

の四期の時期区分で辿っていく。1804年の民法典制定から1880年代半ばまでを第一期（法典編纂期・第三章）、1884年から1960年代半ばまでを第二期（修正期・第四章）とする。時期区分を1884年に設定したのは、離婚の復活（1884年）を皮切りに、親権失格手続の創設（1889年）、認知された単純自然子への相続権の付与（1896年）のように、女性および子を「個人」として認める視点の現れが見られるようになったからである。1965年から1980年代後半までを第三期（変革期・第五章）とする<sup>11)</sup>。夫婦財産制度の全面的改正（1965年）、離婚法（1975年）、自然子の親子関係定立に関する制限の緩和（1972年、1982年）、嫡出否認権を妻に認める（1972年）などの改正がなされ、法典の大改革と評価しうるからである。1987年から現代までを第四期（現代的改革期・第六章）とする。婚姻のみが有していた特権といえる共同親権を離婚後も可能にし（1987年）、かつ、婚外子の相続分差別撤

---

ゝる（滝沢正『フランス法〔第5版〕』（三省堂、2018年）33、53頁）。野田良之教授は、16世紀末期から王権が次第に確立し、絶頂に達する体制を《absolutism》とし、《absolutism》が確立した時期をアブソリュティズムの形成時代、アブソリュティズムが確立しそれがフランス革命によって崩壊するまでの時代をアンシャン・レジウム《Ancien Régime》の時代とした。1789年に始まる大革命の始期から1804年のフランス民法典成立までの約15年間を中間法の時代とし、サニャックの区分に従い、1789年から1795年を第一期（継続的進歩の時期）、1795年から1804年を第二期（相対的反動の時期）としている（野田良之『フランス法概論上巻』（有斐閣、1971年）266、301、524-525頁）。本稿では、政治的体制ではなく、法の内容を辿るため、1804年フランス民法典成立以前の時期区分は、近世絶対王政期（14世紀～18世紀）、革命前期（1789年～1795年）、革命後期（1795年～1804年）、とし、アンシャン・レジウム期は、革命前の旧体制の時期として主に14世紀～18世紀の時期とする。

11) Jean-Louis Halpérin は、その著書の第1部（1804年～）で扱う時期を、経済社会の変化の中でほとんど変化していない民法典という大きな法的安定性によって特徴づけられた時期とし、第2部（1880年代～）で第三共和政（1940年まで）及びヴィシー時代（1944年まで）を、第3部で1945年以降の50年間を扱っている（Jean-Louis Halpérin, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, 2<sup>e</sup> éd., PUF, 2012, pp. 3-4.）。稲本洋之助教授は、フランス民法典成立以降を、法典期（1804年～）、修正期（1884年～）、改革期（1964年～）と区分している（稲本洋之助『フランスの家族法』（東京大学出版会、1985年）357頁）。原田純孝教授も同様に、第1期「法典期」（1804年～）、第2期「修正期」（1884年～）、第3期「現代的改革期」（1965年～）と区分している（原田純孝「相続・遺贈および夫婦財産制」『フランス民法典の200年』（有斐閣、2006年）244頁）。

廃（2001年）、嫡出親子関係・自然親子関係という文言の撤廃（2005年）による婚姻の脱特権化、パクス（1999年）、同性婚の導入（2013年）など多様化の進展が見られるからである。

以上を踏まえて、日本の婚姻法を再定位する（第七章）。

## 第一章 日本の家族法の現状および分析

### 第一節 法律婚主義とは何か

#### 1 本来の法律婚主義

法律婚主義とは、「法律の要求する方式によって婚姻が成立するものと為す主義」<sup>12)</sup>をいう。わが国では、1898年に公布された明治民法から法律婚主義を採用している。

1946年に成立した日本国憲法24条1項は、「婚姻は、両性の合意のみに基づいて成立し、夫婦が同等の権利を有することを基本として、相互の協力により維持されなければならない。」と規定し、婚姻の当事者に自由独立の人格を認め、婚姻の団体性を否定し、婚姻が両性の合意のみに基づいて成立するとした。同法24条2項は、「配偶者の選択、財産権、相続、住居の選定、離婚並びに婚姻及び家族に関するその他の事項に関しては、法律は、個人の尊厳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、婚姻・離婚・家族に関する事項は、個人の尊厳と両性の本質的平等に基づいて制定されるべきことが明示された。

これらに基づき、1947年に改正された現行家族法は、民法典第4編にその中核をなす家族関係として、夫婦関係を規律する「婚姻」（第2章）と「親子」（第3章）の2つを置いている。すなわち、法典上は、憲法24条1項に基づき、家族を団体とは構成せず、家族を夫と妻、親と子、という個人と個人の権利義務関係と構成し、両者の協力で維持されるものとしている<sup>13)</sup>。

---

12) 我妻栄『親族法』（有斐閣、1961年）37頁。

13) 二宮周平「家族法の観点から」法の科学32号（2002年）103頁参照。

## 2 夫婦親子の一体的把握と法律婚の優遇

しかし、民法は、夫婦同氏制度(民法750条)および親子同氏制度(民法790条)を置き、戸籍法は、戸籍編成の方法として、一組の夫婦と氏を同じくする子を単位としたことから、夫婦、親子が同じ氏を称し、同じ戸籍に記載されることにより、夫婦と親子は一体として捉えられ、家族の団体性が維持された<sup>14)</sup>。

民法は、嫡出推定(民法772条)を規定するが、そこでは、夫婦は当然の如く生殖可能な異性カップルが前提とされ、婚姻関係にある女性が懐胎すると、嫡出が推定され、正当な子として認められる。そして、婚姻中の父母共同親権(民法818条3項)の規定により、父母すなわち夫婦は共に子に対して親権を有し、同居協力扶助義務(民法752条)、婚姻費用分担義務(民法760条)を果たしながら、婚姻関係の中で子を育てる。すなわち、婚姻法が子を含めた夫婦親子一体の共同生活を固く保障している。

また、民法上の夫婦親子を一体とする婚姻家族の仕組みを前提として、税法では後述の配偶者控除・配偶者特別控除の制度を置き、婚姻家庭のみを所得税・住民税の場面で優遇した。また、本来ひとり親家庭を保護するはずの寡婦控除も、婚姻関係にあった寡婦のみに適用され、婚姻外の関係にあったひとり親家庭には適用がない。社会保障法も、いわゆる第3号被保険者制度および遺族年金制度を置き、夫に扶養される妻は保険料を自ら納付しなくても第3号被保険者である期間は保険料納付済み期間として計算された年金が支給され、夫の死後には遺族年金が支払われる。

以上のような税法・社会保障法上の制度は、妻の生活を保障する役割を担い、民法・戸籍法の法律婚主義を強固にしてきた。民法・戸籍法と税法・社会保障法は法律婚の相互補完的な作用を果たしている。

さらに、民法は、離婚の場面では、財産分与(民法768条)、夫が死亡す

---

14) 犬伏由子「家族法における婚姻の位置——婚姻家族をめぐる議論の行方」、ジェンダー法学会編『講座ジェンダーと法 第2巻 固定された性役割からの解放』(日本加除出版、2012年)89頁参照。



る場面では、配偶者相続権（民法890条）の規定を置き、婚姻中の財産の清算と婚姻解消後における妻の生活保障をしており、法律婚優遇の装置として機能している。

### 3 法律婚を安定化させる装置

夫が婚姻外関係をもち、子をもうけるなど、妻の法的地位を脅かすような、法律婚が危機に瀕する場面で、民法および判例は次のように対処しており、法律婚を安定化させる装置となっている。

第一に、2013年12月改正前の民法900条4号ただし書きは、婚外子の相続分を嫡出子の2分の1と規定し、相続分を差別することで婚姻外の関係を抑圧した。婚外子に対しては、後述の住民票及び戸籍の続柄差別があり、公的登録簿の視覚的な差別は、婚姻関係を脅かす存在であった婚外子に対しては、視覚的排除をすることで制裁を課す一方、婚姻を正当な親子関係を規律するものとして位置づけ、嫡出子を産んだ妻の立場を強固にし、子との関係で法律婚の安定を図った。

第二に、最判昭和27（1952）年2月19日民集6巻2号110頁は、不貞行為を行った夫による離婚請求を認めず、無責の妻の地位を守った。

第三に、最判昭和54（1979）年3月30日民集33巻2号303頁は、不貞行為の相手方の不法行為責任を肯定した。

第四に、社会保障に関して、重婚的内縁配偶者の場合、わずかでも法律上の妻子との連絡や生活費の支給などがあれば、法律婚が事実上の離婚状態にあるとは認めず、内縁配偶者の遺族年金などの受給権を否定した（東京地決平成7（1995）年10月19日判タ915号90頁など）。

以上のように、民法も判例も、法律婚を脅かす存在に対しては、上記のような不利益を課すことで徹底的に排除し、法律婚の維持安定を図ってきたといえる。

本来の法律婚主義は、家族を構成する個々人の権利義務関係を規定しているが、民法・戸籍法・税法・社会保障法上の仕組みおよび判例は、相互

に補充し合って婚姻内においては妻の地位を強固にし、婚姻外においては不貞の相手及び子を差別し、「婚姻の特権的地位」<sup>15)</sup>を形づくってきたのである。これが「法律婚の優遇」として浸透していた。

## 第二節 法律婚尊重のゆらぎ

しかし、現在、法律婚を安定化させる装置に変化がみられる。

第一に、有責配偶者の離婚請求に関して判例変更がなされた。最大判昭和62(1987)年9月2日民集41巻6号1423頁は、別居期間が両当事者の年齢及び同居期間との対比において長期であること、夫婦間に未成熟子がいないこと、離婚が相手方にとって精神的経済的に苛酷ではないこと、の3点をみたます場合には、有責配偶者からの離婚請求を認めた。

第二に、最判平成8(1996)年3月26日民集50巻4号993頁は、不貞行為の相手方の不法行為責任を限定した。婚姻関係が不貞関係をもった当時すでに破綻していた場合には、原則として婚姻共同生活の平和の維持という権利または法的保護に値する利益があるとはいえない、とした。

第三に、婚外子差別について、①住民票の世帯主との続柄記載区別の問題、②父が婚外子を認知すると、児童扶養手当が支給停止になるという問題、③戸籍の父母との続柄記載区別の問題、④日本人父と外国人母との間に生まれた子の日本国籍取得に関する問題、⑤婚外子の相続分を嫡出子の1/2とする民法の規定の問題が出され、いずれも改正がなされた。

①については、1988年に訴訟が提起され、控訴審係属中の1994年12月15日、住民基本台帳事務処理要領の一部改正が行われ(旧自治省による自治振第233号の通達)、東京高判平成7(1995)年3月22日判時1529号29頁は、婚外子の住民票表示を「子」と記載した行為について、プライバシーを侵害するもの、不合理な差別をするもので違法とし、1995年3月には住民票の

---

15) 二宮・前掲注(13)103頁参照。

表示につき「子」に統一された。

②については、1994年に訴訟が提起され、最高裁係属中の1998年6月24日、児童扶養手当法施行令及び母子及び寡婦福祉法施行令の一部を改正する政令により、施行令1条の2第3号の括弧書（父から認知された児童を除く。）は廃止され、父から認知された児童も支給対象児童に含まれた。最判平成14（2002）年1月31日判時1776号49頁は、本件括弧書を法の委任の範囲を逸脱した違法な規定として無効だとした<sup>16)</sup>。

③については、1999年に訴訟が提起され、東京地判平成16（2004）年3月2日訟月51巻3号549頁は、嫡出子を「長、二、三男（女）」と記載するのに対し、婚外子を「女」と記載する行為は、戸籍制度と目的との関連で必要性の限度を超えており、プライバシー権を侵害するもの、とし、戸籍法施行規則の一部改正（2004年11月1日法務省令第76号）により、戸籍の表示は「長、二、三男（女）」に統一され、新たに届を出す場合には、婚外子の表示の差別は撤廃された<sup>17)</sup>。

④最大判平成20（2008）年6月4日民集62巻6号1367頁は、日本人父と外国人母の間に生まれた婚外子について、生後認知を受けた場合、日本国籍の取得は、父母の婚姻があったときに限るという過剰な要件を課した点が憲法14条に反する、とし、2008年12月12日国籍法は改正され<sup>18)</sup>、未成年者について生後認知のみによる日本国籍取得も可能になった。

⑤最大決平成25（2013）年9月4日民集67巻6号1320頁は、「家族という共同体の中における個人の尊重がより明確に認識されてきたことは明ら

---

16) 児童扶養手当法施行令1条の2第3号括弧書については、各地で同様の訴えが提起された。京都地判平成10（1998）年8月7日判タ1037号122頁は、委任の範囲を超え違法、とした一方で、控訴審の大阪高判平成12（2000）年5月16日訟月47巻4号917頁は、明らかに裁量の逸脱・濫用と見ることはできない、として合憲と判断したが、上告審の最判平成14（2002）年2月22日判時1783号50頁は、法の委任の範囲を逸脱した違法な規定として無効、とした。

17) すでに戸籍に記載されている婚外子の父母との続柄欄の記載については、平成16（2004）年11月1日付け法務省民一第3008号民事局長通達により、申出により当該記載を「長、二、三男（女）」と更正することとされた。

18) 同年以前に日本国籍取得の届出をした婚外子も日本国籍を取得し得る、とされた。

かであるといえる。そして、法律婚という制度自体はわが国に定着しているとしても、上記のような認識の変化に伴い、上記制度の下で父母が婚姻関係になかったという、子にとっては自ら選択ないし修正する余地のない事柄を理由としてその子に不利益を及ぼすことは許されず、子を個人として尊重し、その権利を保障すべきであるという考えが確立されてきているものといえることができる」とした。2013年12月5日、民法900条4号ただし書き前段を削除する法律が成立し(同年12月11日施行)、婚外子の相続分差別規定は撤廃された。

①②③④⑤により、子の住民票・戸籍の続柄記載、児童扶養手当、国籍、相続に関し、婚姻関係と婚姻外関係の区別は撤廃された。以上のように、これまで絶対的だった法律婚尊重は、ゆらぎを迎えている。しかし、婚姻関係になかった女性に対する寡婦控除の不適用、出生届の「嫡出子」「嫡出でない子」の区別記載は残っており、婚姻関係と婚姻外の関係での差別は、完全になくなってはいない。

### 第三節 法律婚のあり方への問題提起

さまざまな立場の人たちから、法律婚のあり方について、見直しの必要性が主張されている。

#### 1 夫婦同氏制度の見直し——選択的夫婦別氏制度

1985年に制定、1986年に施行された男女雇用機会均等法を経て、自ら名刺を持ち、仕事をする女性が増加した。それに伴い、結婚離婚で氏(姓)が変わることによって、それまで積み上げてきた実績や信用が損なわれてしまうことを危惧し、旧姓使用を続けたいと考え、夫婦別氏を選択できるように希望する人が増えた。

また、自らの氏名に愛着を持つ人も増えた。在日韓国朝鮮人の氏名の呼称についてではあるが、最判昭和63(1988)年2月16日民集42巻2号27頁は、氏名を「個人の人格の象徴であって、人格権の一内容を構成するもの」とした。

このような社会の変化を受け、1996年2月に法制審議会は、選択的夫婦別氏制度を含む、民法の一部を改正する法律案要綱を答申した。しかし、内閣は法案を国会に提出しなかった。そこで、婚姻後通称の氏を使用する女性2人と、離婚後再度同じ相手と婚姻し通称の氏を使用する女性、および、離婚後再度同じ相手と婚姻後の氏の選択をせずに婚姻届を出したが不受理となったカップルが国家賠償訴訟を提起した。しかし、最大判平成27（2015）年12月16日民集69巻8号2586頁は、「婚姻の際に『氏の変更を強制されない自由』が憲法上の権利として保障される人格権の一内容であるとは言えない。」として、民法750条は憲法13条に違反しないと、また、14条1項、24条にも違反しないと判断した。

他方、国連女性差別撤廃委員会は、2003年7月、2009年8月、2016年3月と3回にわたり日本政府に対して選択的夫婦別姓制度の導入を勧告している。

こうした状況で、選択的夫婦別氏については、認めても構わないと考える人が増えている。2017年12月の内閣府の世論調査<sup>19)</sup>では、選択的夫婦別姓（氏）制度に賛成が過去最高の42.5%となった。反対は過去最低の29.3%で、その内訳をみると、70歳以上は52.3%、60代は33.0%が反対しているが、18歳～59歳では反対はいずれも10%台にとどまっている。なお、通称使用にとどめるべきという立場は24.4%だった。

また、相次いで、訴訟が提起されている。第一に、2018年1月9日には、民間企業社長ら4人が、東京地裁に、婚姻時に夫婦が旧姓を選ぶことのできない戸籍法14条1項の憲法14条1項違反を主張して国家賠償訴訟を提起した<sup>20)</sup>。

第二に、2018年3月14日には、東京と広島の実婚夫婦4組が東京家

---

19) 内閣府大臣官房広報室 家族の法制に関する世論調査平成29年（2017年）12月調査 調査結果の概要2. 選択的夫婦別氏制度の導入に対する考え方 図16。 <https://survey.gov-online.go.jp/h29/h29-kazoku/zh/z16.html> 閲覧日2018年12月6日。

20) 青野慶久@サイボウズ <https://twitter.com/aono> 閲覧日2019年3月19日。東京地判平成31（2019）年3月25日は、戸籍法の規定を合憲とした。

裁、東京家裁立川支部、広島家裁に夫婦別姓での婚姻届受理審判の申立てをした<sup>21)</sup>。

第三に、第二の当事者たちは、2018年5月10日、夫婦同氏を定めた民法750条の憲法14条1項違反を主張して東京地裁、東京地裁立川支部、広島地裁に立法不作為を理由に国家賠償訴訟(第二の家事審判、第三の国賠を総称し、第2次選択的夫婦別姓訴訟)を提起した<sup>22)</sup>。

第四に、2018年6月19日には、ニューヨーク州法に基づき婚姻した別姓の日本人夫婦が、国に対して婚姻関係にあることの確認訴訟、及び、婚姻関係が戸籍に記載されず公証することができない事態について放置してきたことは立法不作為にあたるとして、国家賠償訴訟を提起した<sup>23)</sup>。

第五に、2018年8月10日、互いに再婚・連れ子の弁護士夫婦のもとで、離婚後父の氏を名乗っていた子が、将来、母の氏を名乗りたいと考えたところ、母は再婚時に夫の氏を夫婦の氏として選択したため、子は母の氏を名乗ることができなくなったことに対し、東京地裁に国家賠償訴訟を提起した<sup>24)</sup>。

法改正がなされるまでは、上記のような夫婦同氏に関する訴訟は際限な

---

21) 別姓訴訟 2018 応援団「Stories 夫婦別姓をめぐる物語」<https://besseiouendan.org/> 閲覧日2019年3月19日。

22) 別姓訴訟 2018 応援団・前掲注(21)；2015年に合憲判断がなされた第1次選択的夫婦別姓訴訟との違いは、原告側の主張で ①夫婦同氏とすることの合理性ではなく、夫婦同氏に例外を許さないことの合理性を争う点、②夫婦の氏を選択を「夫婦としてのあり方を含む個人としての生き方に関する自己決定」と捉え、夫婦同氏強制は信条(憲法14条1項後段)による差別として争う点、③夫婦同氏制度は公序といえるほどのものではない、すなわち、個人の婚姻の自由を制限するほどの強力な国家的、社会的利益は夫婦同氏制度に存在しない、と主張する点である(二宮周平「夫婦別姓訴訟の新しい展開」『ジェンダー法研究5号』(信山社、2018年)253-255頁)。

23) 映画作家想田和弘の観察する日々マガジン9「第70回：夫婦別姓訴訟——しどろもどろになった国側の担当者の姿に思うこと(想田和弘)2018年11月14日」<https://maga9.jp/181114-3/> 閲覧日2019年3月19日。

24) 弁護士ドットコムニュース「再婚・連れ子の弁護士夫妻が『夫婦同姓は初婚しか想定していない』別姓求め提訴 2018年8月10日」[https://www.bengo4.com/internet/n\\_8367/](https://www.bengo4.com/internet/n_8367/) 閲覧日2019年3月19日。

く提起されることになる。

## 2 異性婚の見直し

全国の同性愛者ら455人が、2015年7月、「同性婚が認められていないのは人権侵害だ」として、日本弁護士連合会に「人権救済の申立て」を行った<sup>25)</sup>。

あい前後して、地方自治体が、同性カップルを対象にパートナーシップ証明制度を導入した。東京都渋谷区（2015年3月）に始まり、世田谷区（同年9月）、三重県伊賀市（2016年4月）、兵庫県宝塚市（同年6月）、沖縄県那覇市（同年7月）、札幌市（2017年6月）、福岡市（2018年4月）、大阪市（同年7月）、東京都中野区（同年8月）、群馬県大泉市（2019年1月）、千葉市（同年1月）<sup>26)</sup>、熊本市（同年4月）へと広がっている。

他方、学術の分野では、2016年11月には、日本家族〈社会と法〉学会は、シンポジウム「家族法改正——その課題と立法提案」で「異性又は同性の二人の者は、婚姻をすることができる」という、婚姻の性中立化の改正案を提案した<sup>27)</sup>。

また、2017年9月には、日本学術会議法学委員会「社会と教育におけるLGBTIの権利保障分科会」は、「提言——性的マイノリティの権利保障をめざして——婚姻・教育・労働を中心に——」<sup>28)</sup>を公表し、婚姻の性中立化を実現する民法改正を提言の一つとして明記した。

しかしながら、立法府には法改正の動きはない。そこで、同性婚がで

---

25) 弁護士ドットコムニュース「『同性婚が認められていないのは人権侵害』同性愛者455人が日弁連に『救済』申立て 2015年7月7日」[https://www.bengo4.com/other/1146/1307/n\\_3350/](https://www.bengo4.com/other/1146/1307/n_3350/) 閲覧日2019年3月19日。

26) 千葉市の場合、LGBTに限定せず、事実婚も対象としている。

27) 南方暁「婚姻法グループの改正提案～婚姻の成立」家族〈社会と法〉33号（2017年）98-99頁。

28) 日本学術会議法学委員会「社会と教育におけるLGBTIの権利保障分科会」「提言——性的マイノリティの権利保障をめざして——婚姻・教育・労働を中心に——」2017年9月14日。[www.scj.go.jp/ja/info/kohyo/pdf/kohyo-23-t251-4.pdf](http://www.scj.go.jp/ja/info/kohyo/pdf/kohyo-23-t251-4.pdf) 閲覧日2019年3月19日。

きないのは、憲法で定められた婚姻の自由を侵害し、法の下での平等に違反するとして、8都道府県の20代から50代の同性カップル13組が2019年2月14日、国を相手に1人あたり100万円の損害賠償を求めて、札幌、東京、名古屋、大阪の4地裁に一齐提訴した。同性婚の是非を正面から問う国内の訴訟は初めてである。立法府に対する異議が訴訟の形で現れてきている。

### 3 離婚後の親子関係のあり方の見直し

かつては、離婚後、父母の一方の単独親権(民法819条1項2項3項)となり、単独親権者が独占的に子を監護教育しており、離婚後に子と別居親が交流することは想定されていなかったが、2011年6月の民法766条の改正により、面会交流及び養育費の分担が明記された。離婚後に親子が交流したり、養育費を分担したりするのは当然という意識も徐々に浸透し、家庭裁判所も、原則として、子の福祉を害する特段の事情がない限り、面会交流を認める傾向にある。他方、欧米では離婚後も共同親権とする制度を導入し<sup>29)</sup>、韓国・台湾も共同親権を可能としている。わが国でも、「親責任」として、離婚後の共同親権を認めるべきとの学説<sup>30)</sup>も登場している。また、単独親権の規定の違憲性を争う訴訟も提起された<sup>31)</sup>。離婚後の親子関係を子の視点から見直すことが求められている<sup>32)</sup>。

---

29) フランスでは1987年離婚後共同親権が可能になり、1993年に離婚後共同親権が原則となった。ドイツでは1997年離婚後共同親権が法制化された。

30) 二宮周平『家族法〔第5版〕』(新世社, 2019年)117-118, 230頁。

31) 東京高判平成30(2018)年9月27日(未公表)は合憲とし、最高裁も2019年2月26日、上告を棄却した。

32) 2018年7月、共同親権を求める親らの意見を踏まえ、上川法相(当時)は単独親権制度の見直しに言及した。選択制とする方向性も示唆しており、今後法制審議会で議論される可能性もある(読売新聞2019年3月19日夕刊「父親 求める共同親権」)。



#### 第四節 なお続く法律婚の優遇と固定的女性観

しかし、政策及び判例は旧来の立場を崩していない。

##### 1 法律婚の優遇

第一に、2018年7月6日に成立した相続法の改正では、配偶者居住権（民法1028条-1036条）、配偶者短期居住権（民法1037条-1041条）、婚姻期間が20年以上の夫婦間で行った居住用不動産の遺贈・贈与が特別受益の対象外となる規定（民法903条4項）が新設された。

第二に、専業主婦世帯優遇措置として批判のあった所得税の配偶者控除・配偶者特別控除制度を維持した。2018年1月以降、配偶者控除について、従来、配偶者の年収が103万円以下の場合に世帯主はその給与額に関係なく一律38万円（所得税）ないし33万円（住民税）の配偶者控除が受けられたところ、世帯主の所得が900万円（年収1120万円）以下であって、配偶者の年収が103万円超150万円以下であれば、世帯主は配偶者特別控除として満額38万円ないし33万円の控除が受けられることとなった<sup>33)</sup>。

他方、未婚のひとり親への支援策については、伝統的な家族観を重視する自民党は「未婚の出産を助長しかねない」と反発し、寡婦控除<sup>34)</sup>の改正

---

33) 国税庁「税の情報・手続・用紙 税について調べる タックスアンサー（よくある税の質問）」所得税配偶者控除 No. 1191 <https://www.nta.go.jp/taxes/shiraberu/taxanswer/shotoku/1191.htm> 配偶者特別控除 No. 1195 <https://www.nta.go.jp/taxes/shiraberu/taxanswer/shotoku/1195.htm> 閲覧日2019年3月19日。

34) 1951年戦争で夫を失った妻を支える目的で創設された。一般の寡婦 ① 夫と死別し、若しくは夫と離婚をした後婚姻をしていない人、または夫の生死が明らかでない一定の人で、扶養家族がいる人または生計を一にする子がいる人、② 夫と死別した後婚姻をしていない人又は夫の生死が明らかでない一定の人で、合計所得金額が500万円以下の人のいずれかに当てはまる人) の場合、所得税控除額は27万円（住民税26万円）、特別の寡婦（一般の寡婦である人が以下の①②③すべてを満たす場合 ① 夫と死別し、又は夫と離婚をした後婚姻をしていない人や夫の生死が明らかでない一定の人、② 扶養家族である子がいる人、③ 合計所得金額が500万円以下の人）の場合、所得税控除額は35万円（住民税30万円）である（国税庁、前掲注（33）寡婦控除 No. 1170 <https://www.nta.go.jp/taxes/shiraberu/taxanswer/shotoku/1170.htm> 閲覧日2019年3月19日）。

を見送った。しかし、寡婦控除による税優遇の格差を埋める目的で、年収365万円以下の未婚のひとり親に給付金1万7500円(寡婦控除を所得税に適用した場合に見合う減税額に相当)が給付されることとなった。また、児童扶養手当を受けている未婚のひとり親は、年収204万円まで住民税が非課税となる。

相続、税という日常生活に密接する領域において、なお、法律婚優遇が続いている。

## 2 氏と家族の一体性

前掲最大判平成27(2015)年12月16日は、「夫婦が同一の氏を称することは、……家族という一つの集団を構成する一員であることを、対外的に公示し、識別する機能を有している。……嫡出子であることを示すために子が両親双方と同氏である仕組みを確保することにも一定の意義があると考えられる。また、家族を構成する個人が、同一の氏を称することにより家族という一つの集団を構成する一員であることを実感することに意義を見出す考え方も理解できるところである。さらに、夫婦同氏制の下においては、子の立場として、いずれの親とも等しく氏を同じくすることによる利益を享受しやすいといえる。」とした。氏による家族の一体性の対外的な公示、家族を構成する個人が家族の一員であるという実感をもつことの重要性、嫡出家族の優先を強調し、夫婦親子の一体的把握を維持している。

## 3 固定的女性観・父権主義

第一に、再婚禁止規定(民法733条1項)について、最大判平成27(2015)年12月16日民集69巻8号2427頁は、同条1項のうち「100日を超過する部分は、父性の推定の重複を回避するために必要な期間ということとはできない」として、憲法14条1項、24条2項違反を認めたが、100日については合憲とした。

しかし、経験則上、前婚解消後すぐに再婚した場合に生まれた子は、後夫の子である可能性は高く、DNA 鑑定など父子の血縁関係の調査方法が進歩している現代においては、禁止期間を設ける意義は乏しいにもかかわらず、一部違憲にとどめたことは、子の身分の法的安定性を、出生と同時に父の名が出生届に記載され、即時に出生届を提出できること、と解するものであり、子の身分の法的安定性を手続面でしか理解していない。

2016年6月に改正された民法733条2項1号は、「女が前婚の解消又は取消しのとときに懐胎していなかった場合」には、733条1項を適用しない、と規定している。それを受けて、戸籍実務では、離婚時には妊娠していないという医師の証明書を再婚の時に戸籍係に提出することで、離婚から100日以内でも再婚を認める方法がとられているが、これでは妊娠の有無すなわち性関係の有無という女性のプライバシーが公の場に晒されることになってしまう。判例においても実務においても、父性推定の重複を避けるため、離婚前の女性に避妊を義務づけ、女性の性的自由を侵害する結果になっている。そこには、女性を「母として子を産み育てる性」と捉える考え方がある。

第二に、無戸籍児問題に端を発した嫡出推定、嫡出否認制度における固定的な考え方である。DVなどを理由として前夫との離婚が成立する前に前夫のもとを去り、新たなパートナーとの間で子が生まれた場合、前夫が父性推定を受ける（民法772条2項）結果、前夫が嫡出否認権（民法774条）を行使せずに1年を過ぎると、前夫と子の親子関係が確定してしまう（民法777条）。これを回避しようと、子の出生届を出さず、子が無戸籍児になる問題が多発した。無戸籍者は、2017年11月10日現在で719名存在する（2017年8月10日時点の調査で学齢児童は201名）<sup>35)</sup>。

しかし、大阪高判平成30（2018）年8月30日は、夫と妻に関して、「夫

---

35) 内閣府男女共同参画局 法務省説明資料 [www.gender.go.jp/kaigi/senmon/boryoku/siryu/pdf/bo90-5.pdf](http://www.gender.go.jp/kaigi/senmon/boryoku/siryu/pdf/bo90-5.pdf) 閲覧日2019年3月19日；文部科学省「無戸籍の学齢児童生徒の就学状況に関する調査の結果」[www.mext.go.jp/b\\_menu/houdou/29/12/1399640.htm](http://www.mext.go.jp/b_menu/houdou/29/12/1399640.htm) 閲覧日2019年3月19日。

は、妻が他の男と性交渉を持ち、懐胎することを事実上阻止し得ないのに対し、妻は懐胎の時期を選択することによってこれを管理することができる。」とし、また、子に関して、子が「より良い扶養環境を得ることや生物学上の父の相続人の地位を取得すること自体は、……養子縁組という方法によっても達成は可能である。さらに、子は、出生後間もない時期においては嫡出否認権を行使できる判断能力を有しない。また、成長した後に嫡出否認権を行使できるとした場合にはそれまでに築かれた法律関係が覆されることになりかねず、早期に父子関係を確定して子の身分関係の安定を図る嫡出推定の制度趣旨からは問題が生じることになる。」として、嫡出否認権を夫にのみ認めるという区別に一応の合理性がある、とした。

本判決は、離婚成立までは生物学上の父が生じる機会を管理せよ、と女性に強要し、生物学上の父と子の嫡出親子関係の確定については、婚姻関係にある夫の意思の介在なしには認めないという立場を固持するものであり、子の無戸籍という人権侵害よりも、前夫の意思を尊重する父権主義が窺われるとともに、妻から子の父子関係について意見を述べる機会を剥奪し、妻は夫の意思に従うべきという家父長制的な女性観も窺われる<sup>36)</sup>。

## 第五節 背景の分析

上記の状況が続いているのは、以下のような事情があるからである。

1986年の男女雇用機会均等法施行以来、確かに、女性の社会進出は進み、共働き家族は増加した。1980年には専業主婦世帯は1,114万世帯、共働き世帯は614万世帯と圧倒的に専業主婦世帯が多かったが、1992年年に逆転し、2017年では専業主婦世帯641万世帯に対し共働き世帯1,188万世帯であり、共働き世帯が主流となっている<sup>37)</sup>。

---

36) 無戸籍児問題への対応として、法務省は、有識者らでつくる研究会を発足させ、2018年10月18日、初会合を開いた。嫡出推定の一部規定を見直す方針で、法改正が必要と判断されれば、法務大臣が法制審議会に諮問することになっている。

37) 厚生労働省「専業主婦世帯と共働き世帯の推移」<https://www.mhlw.go.jp/file/05-Shingikai-11201000..Soumuka/0000118655.pdf> 閲覧日2019年3月19日。 ↗

しかしながら、2017年の正規・非正規の職員・従業員は、男性2,310万人（正規）、647万人（非正規）に対し、女性1,114万人（正規）、1,389万人（非正規）であり、女性の非正規労働者は依然として多い。2017年の正規職員・従業員の年間収入は、男性では700～999万円が14.1%、500～699万円が22.7%であるのに対し、女性で700～999万円なのはわずかに3.8%にとどまり、500～699万円も11.1%である。女性の正規職員・従業員で多いのは200～299万円が28.1%を占める。一方、女性の非正規職員・従業員の年間収入で最も多いのは100万円未満であり、44.3%、次いで100～199万円38.8%である<sup>38)</sup>。女性の正規労働者は増えてはいるものの、その年間収入は男性と比べ低い。

収入を一定の金額に抑えるために就業時間・日数の調整（就業調整）をしている者<sup>39)</sup>についてみると、男性94万9,400人（男性の「非正規の職員・従業員」に占める割合14.2%）に対し女性463万6,300人（女性の「非正規の職員・従業員」に占める割合31.7%）と就業調整を行っているのは圧倒的に女性が多い。しかも、非正規の職員・従業員に占める就業調整をしている者<sup>40)</sup>の割合が高い年齢階級をみると、男性は25～59歳ではどの年齢階級でも10%に満たないのに対し、女性は、30～59歳ではどの年齢階級でも30%を超え、配偶者控除、配偶者特別控除、第3号被保険者制度の適用を受ける、正社員の夫の収入を主にしている年齢層で高い割合となっている。

また、保育所等待機児童数の状況を見ると、2018年4月1日現在で待機児童は19,895人を数える<sup>41)</sup>。2017年の調査で、出産・育児を理由に過去5

---

ㄨ 独立行政法人労働政策研究・研修機構「表 専業主婦世帯と共働き世帯」<https://www.jil.go.jp/kokunai/statistics/timeseries/html/g0212.html> 閲覧日2019年3月19日。

38) 総務省統計局「労働力調査（詳細集計）平成29年（2017年）平均（速報）図4平成30年2月16日」<https://www.stat.go.jp/data/roudou/sokuhou/nen/dt/pdf/index1.pdf> 閲覧日2019年3月19日。

39) 総務省統計局「平成29年就業構造基本調査結果の概要 平成30年7月31日表I-9」<https://www.stat.go.jp/data/shugyou/2017/pdf/kgaiyou.pdf> 閲覧日2019年3月19日。

40) 総務省統計局・前掲注（39）「表I-10」。

41) 厚生労働省「保育所等関連状況とりまとめ（平成30年4月1日）2. 保育所等待機児童数」

年間に離職した者<sup>42)</sup>は男性13,400人に対し、女性1,011,400人、介護・看護のために前職を離職した者<sup>43)</sup>は男性24,000人に対し、女性75,100人と、出産・育児、介護・看護を理由に離職するのは圧倒的に女性が多い。

以上のように、女性の社会進出はある程度進んだものの、性別役割分業が根深く浸透している日本社会においては、仕事と家庭の両立が難しく、婚姻後、出産・育児、介護・看護を理由に正社員の立場を手放してしまう。その結果、保育所や介護施設等のインフラ整備が遅れる。そのため、仕事と家庭の両立の困難さから女性が離職ないし非正規雇用を選択する。このような悪循環では、女性は、経済的に自立ができず、婚姻関係の中で経済的に男性に依存せざるを得ない。こうした現状から、なお法律婚優遇が続いているのではないだろうか。しかし、出産・育児・介護・看護などのケア労働を産む性である女性に押しつけ、父権主義を温存する役割を果たしている法律婚優遇を見直さなければ、真の男女平等を実現することはできない。

わが国の婚姻法を再定位する必要がある。

## 第二章 フランス民法典成立以前

1804年フランス民法典の規定を見る前に、近世絶対王政期及び革命期の婚姻法を概観し、分析する。

### 第一節 アンシャン・レジーム期

#### 1 婚姻の自由

アンシャン・レジーム期、婚姻の自由は、王権によって制限されることとなった。

---

の状況」<https://www.mhlw.go.jp/content/11907000/000350592.pdf> 閲覧日2019年3月19日。

42) 総務省統計局・前掲注(39)「表1-4」。

43) 総務省統計局・前掲注(39)「表1-7」。

カノン法<sup>44)</sup>と王令で規制のしかたが異なっていたのは、①未成年者の婚姻についての両親の同意の必要性、②儀式の際の主任司祭の役割、③婚姻登録、④婚姻の訴訟管轄権についての4点であり、王令は、この4点につき独自の規制を行った。

まず、①未成年者の婚姻についての両親の同意の必要性について、カノン法では、婚姻を秘蹟と位置付けたため、両配偶者自身が秘蹟の執行者とされ、配偶者双方の合意だけで成立し、両親の同意がなくても有効だった<sup>45)</sup>。婚姻の方式についても、通常、婚約の後、婚約者が教会で現実の約束をなし、司祭の婚姻の祝福を受けるだけであり、何らの方式も公示も必要とされなかった<sup>46)</sup>。婚姻年齢は、ローマ法に従い、男性14歳、女性12歳であり<sup>47)</sup>、身分の相違についても、萬人は神の前に平等との建前から、無効事由<sup>48)</sup>とはしていなかった。

これに対し、1556年2月の秘密婚 (mariage clandestin)<sup>49)</sup>に関するエディット<sup>50)</sup>は、男子は30歳まで、女子は25歳まで、婚姻に両親の同意を必要

---

44) 本稿では、フランス・カトリック教会のもとで聖職者および信徒に課される規律を総称してカノン法と呼ぶこととする。

45) François Lebrun, *La vie conjugale sous l'Ancien Régime*, 4<sup>e</sup> éd., Armand Colin, 1998, p. 10. フランソワ・ルブラン（著）藤田苑子（訳）『アンシャン・レジーム期の結婚生活』（慶応義塾大学出版会，2001年）10-11頁。

46) 野田・前掲注（10）255頁。

47) 15世紀から16世紀においては男女とも成人は25歳と定められるようになった（滝澤聡子「15世紀から17世紀におけるフランス貴族の結婚戦略：誘拐婚」関西学院大学人文論究55巻1号（2005年）300頁）。

48) 婚姻無効事由について、詳細は、F. Lebrun, op. cit (45), pp. 10-12. ; F. ルブラン・前掲注（45）11-13頁。

49) 秘密婚とは、両親の同意を欠く婚姻をいう。大島梨沙准教授は、トレント公会議（1543年～1563年）で、フランソワ1世が、25歳未満の男女に両親の同意を婚姻の成立要件とするよう主張した理由を、秘密婚が「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」と分析している。フランソワ1世の提案は、公会議で拒絶された（大島梨沙『「法律上の婚姻」とは何か（2）：日仏法の比較研究』北大法学論集62巻3号（2011年）635頁）。

50) ordonnance（王令）は、アンシャン・レジームにおいて、法律（loi）の効力をもち、時代により、décret, édit など種々の名称をもつ。王令には大別して、国王の署名と国

とすると定め、両親の意思に反して婚姻した子については、相続権を剥奪する、廃除(exhérédation)を認めた<sup>51)</sup>。制裁を課してまで両親の同意を要求したのは、「世俗社会の側は、身分の劣る者との結婚を社会秩序全体に対する脅威として恐れ<sup>52)</sup>」たからである。その後の法令は、この年齢を過ぎても、子どもは両親に意見を求める義務(敬意を込めた催告 sommations respectueuses<sup>53)</sup>)があることを定めた<sup>54)</sup>。

しかし、両親の同意を欠く、身分違いの者同士による秘密婚は、しばしば行われた。そこで、1579年プロワのオルドナンス(ordonnance)は、秘密婚を挙式することを司祭に禁じた<sup>55)</sup>。両親の同意がないのに相手方を騙して婚姻した者は、誘拐罪として死刑に至りうる重刑を課せられ、プロワのオルドナンスは、両親の同意を欠く婚姻にはこの誘拐罪を推定した。そして、1639年11月26日の「婚姻の手續に関する」国王宣言(déclaration)では、秘密婚を犯した子に相続権を剥奪するなどの制裁を課

↘務大臣の副署によって効力を有する ordonnance sans adresse ni sceau「名宛も国璽も伴わない王令」(王室、アカデミー、陸海軍、植民地などの組織に関するもの)と、パルルマン(最高法院)の登録を経なければ効力を生じない ordonnance en forme de lettre patente「公開状の形式をもつ王令」(司法及び財政に関するもの)があったが、「公開状の形式をもつ王令」は、18世紀初頭に、多くの事項にわたる広範な規定を含む ordonnance au sens restreint(狭義の王令)、単一の問題、特定のカテゴリーの人々、または王国の一部のみに関する édit(勅令)、狭義の王令と勅令の特定の事項に関してこれを説明し、改正しまたは制限するための規定である déclaration(国王宣言)の3つの形式が確定してきた(Dictionnaire de français Larousse, <https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/> 閲覧日2019年3月26日; 野田・前掲注(10) 288-290頁参照; 山口俊夫(編)『フランス法辞典』(東京大学出版会, 2002年)参照。

51) 野田・前掲注(10) 508頁; Anne Lefebvre-Teillard, *Introduction histoire au droit des personnes et de la famille*, PUF, 1996, p. 170.

52) F. Lebrun, op. cit (45), p. 13.; F. ルブラン・前掲注(45) 15頁。

53) Romuald Szramkiewicz, *Histoire du droit français de la famille*, Dalloz, 1995, p. 48.

54) ただし、敬意を込めた催告(婚姻事前催告)がおこなわれたのちには両親の意向を無視することもできることが定められた(F. Lebrun, op. cit (45), p. 19.; F. ルブラン・前掲注(45) 22頁)。

55) 谷口知平『現代外国法典叢書14卷仏蘭西民法 I 人事法』(有斐閣, 1956年) 127頁; A. L.-Teillard, op. cit (51), p. 170.



した<sup>56)</sup>。

②儀式の際の主任司祭の役割について、カノン法では、主任司祭は、単に挙式で合意に立ち会う役割に過ぎなかった。これに対し、1639年の国王宣言は、主任司祭に、両当事者を結婚させる役割を担わせることを明示し、秘蹟の執行者として、主任司祭に積極的な役割を付与した<sup>57)</sup>。

③婚姻登録については、それ以前は一般的に行われていなかったところ、トレント公会議で、挙式が行われた旨が教会の人名簿に記録されることになった。1579年プロワのオールドナンスは、司祭に、年1回、この記録を王立裁判所の書記課に提出するよう義務付けた<sup>58)</sup>。これは、1697年3月の王令で再確認された。主任司祭の立会いを欠くなど、カノン法では秘蹟として有効な婚姻も、パルルマン<sup>59)</sup>の判例では、それが有効に締結されなかったものと宣言されることが多くなり、学者は、法的合意としての婚姻と秘蹟としての婚姻を別つ理論を樹立するに至った。これが、後の婚姻の世俗化へと繋がっていくことになる<sup>60)</sup>。

④婚姻の訴訟管轄権について、トレント公会議では、教会が婚姻訴訟の専属管轄権を有することが再確認されたのに対し、パルルマンは、婚姻障

---

56) 谷口・前掲注 (55) 127頁。

57) F. Lebrun, op. cit (45), pp. 19-20. ; F. ルブラン・前掲注 (45) 23頁。

58) A. L.-Teillard, op. cit (51), p. 170. ; Jean-Philippe Lévy et André Castaldo, *Histoire du droit civil*, 2<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2010, p. 35. ; 大島・前掲注 (49) 635-636頁。

59) パルルマン法院 (parlement) は、特別裁判所系統の最終審 (租税法院, 会計院など) と合わせて、上訴を認めない最高法院 (cours souveraines) と呼ばれる。国王から委任された裁判機構の頂点をなすだけでなく、司法以外の権能・権限もあり、法令登録とそれに関連する法院の権限、及び、管区内の行政・一般警察事項に関する規則制定権を有する。立法権は国王にあるが、国王立法は法院に送付され、審査されて、問題がなければ書記官により転記・登録され、下級裁判所に通知されるが、問題があれば登録されず、法院は不都合な点などを国王政府へ建言しうる。法院が登録をいつまでもしない場合は、国王は自ら法院に乗り込み、強制的に登録させることができた。国王は裁判自体を移管することも、法院の判決・決定を破棄することもなした (石井三記『18世紀フランスの法と正義』(名古屋大学出版会, 1999年) 2-4頁参照)。

60) 野田・前掲注 (10) 507-508頁。

害について教会が与える特別免除のいくつかに関し、その正当性を審査したり、性的不能による婚姻無効の訴訟を裁いたりするのは、教会ではなく、自らの管轄に属すると主張した<sup>61)</sup>。理論的には、身体上の分離(別居)は教会の専属管轄であり、財産上の分離は世俗権力の専属管轄とされるが、現実には、ほとんどの場合、財産の分離が身体の上の分離及び住居の分離に付随して起こるか、あるいは、身体の上の分離の申請の原因になった罪の賠償を求めて、当事者の一方が訴えられるかするため、通例、世俗の判事の審理にのみ付された<sup>62)</sup>。

このように、カノン法と王令は、婚姻に関する規制に違いがあったが、ルイ14世(在位1643年～1715年)の時代以降、司教区会議の決定事項に表明されるフランス教会の見解は、世俗の立法に同調していく傾向を示し、王国の法が教会の方に優越することを暗に認めて、司教の大半が、主任司祭による婚姻の祝福を義務化したり(秘蹟の執行者であるとまではしていないが)、司祭たちに、父母あるいは後見人の同意があることを確認したうえでなくては未成年者の婚姻を祝福してはならないと命じたりした<sup>63)</sup>。これ以降、王令とカノン法の違いは縮小していった。

しかし、異教徒について、大きな社会問題が拡がることとなった。プロテスタントについては、1598年のナントの王令によって、プロテスタントの信仰が認められ、婚姻についてもプロテスタントの牧師の前で挙式すれば婚姻は有効に成立し、プロテスタントの婚姻に関する訴訟はパルルマンの管轄に属していたが、ルイ14世は国内統一のため、宗教上国民が二分している状況を好まず、1685年10月フォンテヌブローの王令でナントの王令を廃止した。その結果、プロテスタントの信仰は禁止され、改宗が強制された。婚姻はカトリック教会で挙式しない限り適法とは認められなくなった<sup>64)</sup>。

---

61) F. Lebrun, op. cit (45), p. 20. ; F. ルブラン・前掲注(45) 23頁。

62) Ibid., p. 20. ; F. ルブラン・前掲注(45) 23-24頁。

63) Ibid., pp. 20-21. ; F. ルブラン・前掲注(45) 24頁。

64) 野田・前掲注(10) 459, 461-462頁。

出生・婚姻・死亡などの身分変動は、それらを管轄するカトリックの聖堂区の主任司祭が管理する人名簿に登録することになる。したがって、異教徒<sup>65)</sup>であるプロテスタントにとっては、婚姻登録がなされず、産まれてくる子は私生児となり、親の財産は子に相続されることなく国王や領主に帰属するという不当な結果をもたらした<sup>66)</sup>。

この問題に関して、ポルタリス<sup>67)</sup>は、1770年、友人パゼリ (Pasery) と共著『フランスに於けるプロテスタント教徒の婚姻の有効性に関する意見書』を発表し、婚姻の法的効力と宗教上の sacrament は次元を異にする別個の問題であることを説き、プロテスタントの婚姻が有効であると論証した<sup>68)</sup>。これによって、1787年11月のエディは、プロテスタント教徒の婚姻を法律上有効と認め、非カトリック教徒の身分証書は世俗の役人が扱うこととした<sup>69)</sup>。婚姻の世俗化の傾向は、革命期に受け継がれていくこととなる。

## 2 妻の法的地位

カノン法は、夫婦の義務 (devoir conjugal) を置き、夫婦双方に、貞操

---

65) ユダヤ人に対する権利保障は、18世紀後半まで待たねばならなかった。1791年9月3日および14日の憲法は、黙示的にユダヤ人をフランス国民と同一の地位におき、同一の権利を保障した。同年9月28日—10月16日のデクレは、明文をもって（ユダヤ人は「普通法上、すべてのフランス国民と同一に扱われる」）ユダヤ人にすべての公民権を与えて明白に他の市民と同一視した (Jean Imbert, *Histoire du droit privé*, 8e éd. PUF, 1996, pp. 71-72. ジャン・アンペール (著) 三井哲夫、菅野一彦 (共訳) 『フランス法制史』(文庫クセジュ, 1974年) 100頁参照, 東京大学社会科学研究所『1791年憲法の資料的研究』(1972年) 1, 210頁)。

66) 滝沢・前掲注 (10) 66頁。

67) Jean-Étienne-Marie Portalis は、1804年フランス民法典の起草者の一人。立法院への報告を担当し、提案理由書である『民法典序論 (Discours préliminaire)』を起草した (滝沢・前掲注 (10) 77頁参照)。

68) 意見書は、ショワズル公 (Duc de Choiseul) がヴェルソワ (Versoix) という新しい村に市民的寛容を樹立しようとして、24歳のポルタリスに依頼したものである (ポルタリス (著) 野田良之 (訳) 『民法典序論』(日本評論社, 1947年) 155-156頁)。

69) 滝沢・前掲注 (10) 66頁, ポルタリス・前掲注 (68) 156頁, J.-P. Lévy, A. Castaldo, *op. cit* (58), p. 125.

(*fidélité*), 同居義務 (*obligation de cohabiter*), 扶養義務 (*obligation alimentaire*) が課され, それに加えて, 妻には尊重従順義務 (*devoir de respect et d'obéissance*) が課された。貞操義務は, 理論的には夫婦ともに等しい重さであり, 男性の姦通も女性のそれと同様深刻な婚姻法違反とされた。しかし, 特に, 姦通の抑止が慣行となっていた南部において, 世俗裁判での平等は程遠いものだった。同居義務は妻に夫の家に住む義務となって現れた。扶養義務は相互に課せられてはいるものの, 日常的に財産を管理するのが夫なので, 原則的に夫が負う。妻の夫に対する尊重従順義務は, 夫権 (*autorité maritale*) を強固にし, 夫の矯正権 (*droit de correction*)<sup>70)</sup> の行使を許した。ただ, その見返りとして, 夫は妻を守らなければならない, 夫婦の愛情 (*affectu maritali*) をもって妻を扱わなければならないとされた<sup>71)</sup>。

フランス南部の成文法地方においては, ローマ法の伝統があり, 妻は原則として行為能力を有し, 夫の許可なく有効に法律行為をすることができた。

ローマ原始社会においては, 女性は, 独身時代は家父の後見に服し, 婚姻後は実家と完全に断絶して夫の家に入り夫または夫の父の権威に服した (*mariage cum manu*<sup>72)</sup>)。しかし, こうした婚姻は次第になくなり, 妻が婚姻後も実家との関係を維持し, 自らの父が生きている限りその家父権 (*patria potestas*) に服する婚姻 (*mariage sine manu*<sup>73)</sup>) のみが残った。妻の父が生きていればその権力は存続したが, 絶対的な性質は次第に無くなった。父が亡くなれば女性は独立し (*sui iuris*), 婚姻の時点ですでに独立していれば, 独立の状態にとどまり, 完全な行為能力を有し, 婚姻中自分自

70) A. L.-Teillard, *op. cit.* (51), p. 142. 夫は体罰の権利を自由に使うことができたが, この特権は大幅に弱体化し, 16世紀以降, 殴打は女性のための正当な別居の理由であると認められた (R. Szramkiewicz, *op. cit.* (53), p. 51.)。

71) A. L.-Teillard, *op. cit.* (51), p. 141.

72) *manu* は *main* (手), 権力の象徴。権力と伴にある婚姻 (Ibid., p. 107.)。

73) 権力のない婚姻 (Ibid., p. 107.)。

身の財産も有した<sup>74)</sup>。フランスの成文法地方では、こうしたローマ法の伝統から、パリ王廷の管轄下の地方（Forez, Lyonnais, Beaujolais, Mâconnais）を除き、妻は、行為能力を有した<sup>75)</sup>。しかし、まったく妻が夫と対立独立していたというわけではない。慣習上、夫には懲戒の権利があり、夫は、重大な障害を与えない程度に妻を折檻する（castier）ことが許された<sup>76)</sup>。

フランス北部の慣習法地方においても、中世、妻は無能力ではなく、自己の財産に関しては自由な決定権を有していた。そして、カトリックの男女の人格平等の考えが支配的であったため、女性の無能力は認められなかった。しかし、絶対王政期になると、夫権の強化という傾向が現れる。元来夫権は共通財産制の無秩序を招来させないために夫に管理権を認めるという単なる夫婦財産制度上の消極的なものにすぎなかったが、アンシャン・レジーム末期になると、女性は、未成年者の無能力制度と同一の思想系列でとらえられ、夫権が女性という男性に劣る性別の劣等性保護の観念に変わった<sup>77)</sup>。夫権は夫婦財産制の諸規制とは独立したものとして、婚姻の効果自体から発生した制度となり、夫婦が財産を分離したときでも、別居したときでも存続した。こうした夫権観念は、嫁資外財産に対する自由な処分権を認めた成文法地方にも拡大された<sup>78)</sup>。夫は夫婦共同体の主人であり主君である（*maitre et seigneur de la communauté*）という観念が生まれた<sup>79)</sup>。

---

74) *sui iuris* の状態にあっても、妻には夫との同居義務、生殖と関係する忠実義務があり、姦通は、かつては死刑、その後は国外追放という厳しい処罰を受けた（*Ibid.*, p. 108.）。

75) ヴェレイヤン（*Velleien*）の元老院令の *intercession* の無能力、すなわち、妻が夫のために自己の財産に負担（担保に供する等）を負うことは禁じられた。この点について、谷口知平教授は、ローマ法に存在した一部の領域での妻の無能力は、夫から妻を保護するためのものであり、従来言われてきたような、性の弱さを根拠とする保護ではなかった、としている（谷口・前掲注（55）196頁）。

76) 谷口・前掲注（55）196頁。

77) 野田・前掲注（10）510頁。

78) 有地亨『家族制度研究序説』（法律文化社、1966年）255頁。

79) 野田・前掲注（10）510頁；有地・前掲注（78）255-256頁。

慣習法地方では、婚姻後、妻は夫の夫権 (puissance maritale) の下で無能力者として何をするにも夫の許可を必要とした。たとえば、① 夫の許可のない妻の法律行為については、夫のみが取消権を有し、妻には取消権もない。② 妻が寡婦となっても、妻の追認によって有効とならない。夫の相続人は常に無効を主張できる。③ 夫が未成年のときでも、許可権を有する。④ ただし、夫が不在又は禁治産者である時は、妻は全能力を回復し、許可なしに行為することができる。①②③は旧法の終わりまで続いた。17世紀以降、女性保護の新たな観念の導入により、妻が夫の許可を得ることができない場合、補充的な裁判所の許可を得ることが認められるようになった<sup>80)</sup>。

### 3 夫婦財産制

フランス南部成文法地方では嫁資制<sup>81)</sup> (régime dotal), 北部慣習法地方では共通財産制 (régime communautaire) が行われていた。

南部の嫁資制においては、中世の終わりから、特に、トゥールーズとエクス・パルルマンの管轄区域で、ローマの規定の復活が進んだ。持参金を持たせる義務は、判例によって定着し、主として父に、補足的に母に課され、父方の祖父や兄弟の責任でもあった。持参金 (dotalité) は、婚姻中の生活費をまかなう財産とともに夫に預けられた。嫁資 (dot) は、婚姻中増やすことはできるが減らすことはできない。嫁資と嫁資外財産 (paraphernaux) は明確に区別され、妻は自分で嫁資外財産を管理することができたが、夫に預けることが多かった。既婚女性が自分の財産を管理するこ

80) 谷口・前掲注 (55) 196-197頁。

81) ローマ法では、妻は従来の身分を変えずに、自主権者として持っていた財産を保有した。それとは別に、妻またはその家長、親族、債務者などが嫁資 (dot) として財産を夫のために提供する風習があった。これは、妻が奴隷と同様に夫の支配に服するものではないことを明らかにする意味を有していた。婚姻解消時に嫁資は返却されなかったが、ユスティニアヌス帝時代には返還請求できることとなった。なお、妻からの嫁資に対応して、夫が妻になす婚姻のための贈与も行われることになり、婚姻解消時に妻および出生子を保護する役割を有した (船田享二『ローマ法入門〔新版〕』(有斐閣, 1972年) 187頁; 有地亨「夫婦財産制に関する一考察」法政研究32巻 (2-6 下巻) 580頁)。

とは稀であり、夫の許可なく処分することはさらに稀であった。持参金は、婚姻契約で反対の条項がある場合を除き、夫婦の一方の死亡など夫婦の解散時に夫又はその相続人によって返されなければならないが、問題は、夫の死に際しても、持参金が払い戻されないことであった。判例は、夫の財産につき妻に抵当権を与えたが、それは婚姻の日にのみ順位をつけなければならなかった<sup>82)</sup>。

北部慣習法地方では、共通財産制がとられ、財産は、夫・妻それぞれの固有財産、夫婦の共通財産に区分される<sup>83)</sup>。妻は、その特有財産について夫の許可なしに処分することができず<sup>84)</sup>、共通財産（communauté entre époux）は夫の管理権に服し、夫は自由に処分することができた<sup>85)</sup>。また、夫婦間では、相互の贈与を除いて、贈与は禁止された<sup>86)</sup>。

アンシャン・レジーム期には、夫婦財産契約が始まっていた。異なる地方の男女の婚姻が頻繁となり、相互の慣習法を調和することが困難な場合が多かったため、婚姻前にその財産制について合意をなしておくことが便利だったからである。もっとも、合意がない場合は、共通制が適用された<sup>87)</sup>。

しかし、共通財産制は以下の3点において進化を遂げる。

第一は、共通財産の構成に関する進化である。家族財産を保持するという家系の重要性、及び、個人主義の台頭の下で、固有財産のカテゴリーは拡大する。中世の終わりから、特に、慣習法の編纂<sup>88)</sup>以降、傍系家族の遺

---

82) A. L.-Teillard, op. cit (51), pp. 180-181.

83) 稲本洋之助『フランスの家族法』（東京大学出版会、1985年）163-164、335頁；J. Imbert, op. cit (65), p. 29.；J. アンペール、前掲注（65）44頁。

84) 稲本・前掲注（83）323頁。

85) R. Szramkiewicz, op. cit (53), p. 52.

86) J. Imbert, op. cit (65), p. 28.；J. アンペール・前掲注（65）43頁。

87) 野田・前掲注（10）509頁。

88) 慣習法は記録により保存され、裁判所の役人などが非公式に編纂したものも存在したが、これは公の効力を持つものではなく、慣習法の確認には不便が多かったため、王の中には自ら編纂する者があった。1453年4月のシャルル7世の王令により、バイイ及びセネシャルの管轄区内の慣習法を実務家及び諸身分の代表者の協力を得て編纂すべきことが命ぜられ、ほぼ16世紀半ばには王国内の大部分の慣習法が編纂された（野田・前掲注（10））

産に由来する不動産はそれぞれの配偶者の下にとどまり、ただ生前贈与あるいは死亡を原因として獲得された不動産だけが共通財産であり続けた(「贈与ほど良い後得財産はない」という有名な格言がある)。第二は、妻の固有財産を夫が管理する権限に関する制限である。夫は、なすべきことをせず貧困を招いた場合に、妻に補償をする必要があり、夫の財産に妻が抵当権を設定することが17世紀の判例によって一般化した。第三は、夫が共通財産を使って負債を負ったときに、妻が自分の資産を払わなくても済むように、妻に共通財産の放棄を認めた点である。この放棄は、貴族であろうと平民であろうと認められ、パリでは1580年に平民の妻に認められた。女性を保護したいという願望の現れであった<sup>89)</sup>。

南部および北部で、妻に抵当権が与えられた点、それに加えて北部では、夫婦財産契約による妻の財産確保の事前策、夫が負債を負った際の共通財産の放棄という措置が採られた点を検討すると、これらは妻の権利保障の一助となっているように見える。ただ、注意しなければならないのは、これらは妻が実家から譲り受けた財産の保障であって、妻の母系財産の確保であったという点である。

#### 4 離 婚

ローマカトリック教会は、トレント公会議で婚姻を7つの秘蹟(sacrament)のうちの一つと位置付け、神がふたりを結びつけたものとされた。その結果、婚姻は人の意思では解消不可能なものとなった。カトリックの婚姻は、一方の死亡もしくは入信によってしか解消されない<sup>90)</sup>。

また、カトリック教会は、夫婦の肉体的な一体性を重視する<sup>91)</sup>。教会を「キリストの体」(コリント人への第1の手紙12-27)、「キリストは自らの体の

---

↘278-279頁)。

89) A. L-Teillard, op. cit (51), p. 179.

90) Ibid., p. 142.

91) 大島・前掲注(49) 631-630頁; Laurent Pfister, *Introduction historique au droit privé*, PUF, 2004, pp. 31-32.



救主にして教会の首なるごとく、夫は妻の首」(エペソ書5-23)という表現が見られるように、キリストと教会を一体のものと考え、その関係性が秘蹟とされた夫婦関係に投影されて、夫と妻も一体となる、という発想があった。この発想からは、一体となった以上、もはや解消は考えられないということになる<sup>92)</sup>。

もっとも、現実の夫婦生活では婚姻破綻は生じうる。そこで、カノン法は教会の裁判官が関与する、別居制度、婚姻無効宣告、未完成婚の方法などを用意することで、婚姻破綻から夫婦を救済した<sup>93)</sup>。カノン法上の別居 (*séparation de corps*) の原因は、姦通 (*adultère*) と、精神的な密通 (*formation spirituelle*) すなわち、異端 (*hérésie*) あるいは背教 (*apostasie*) であったが、世俗裁判所 (*cours séculières*) の判例はそれに、生命の危機を生じさせる重大な虐待 (*séVICES graves*) も追加した<sup>94)</sup>。別居には、裁判の必要な、別居 (*séparation de corps*) と、住居の分離 (*séparation d'habitation*) を承認する、事実上の別居 (*séparation de fait*) の2種類があり、ともに教会の裁判官によって宣告され、夫婦財産を清算し、配偶者の和解で終結できるが、夫婦関係は存続し、貞操義務を免れさせないので、再婚はできない<sup>95)</sup>。事実上の別居は、夫婦の不和が深刻な段階に達した際の妥協の解決策としてなされた<sup>96)</sup>。

## 5 婚姻と親子

フランスでは、ローマ法の、婚姻の指し示す者が父である (*pater is est quem nuptiae demonstrant.*) という法格言を適用していた<sup>97)</sup>。ローマ法では、

---

92) 大島・前掲注 (49) 631-630頁。

93) A. L.-Teillard, op. cit (51), pp. 142-143.; 落合福司「別居制度と離婚——その歴史的関連性——」帯広大谷短期大学紀要19号 (1982年) 83, 86頁。

94) Ibid., p. 143.

95) Ibid., pp. 143-144.; J. Imbert, op. cit (65), p. 49.; J. アンペール・前掲注 (65) 70頁.; L. Pfister, op. cit (91), p. 47.; Jean Bart, *Histoire du droit privé de la chute de l'Empire romain au XIXe siècle*, 2e éd. Montchrestien, 2009, p. 254.

96) Ibid., p. 144.

97) 船田享二『ローマ法第四卷』(岩波書店, 1944年初版第1刷, 1971年改版第1刷) 158, ↗

婚姻後182日目以降および婚姻解消後300日以内に生まれた子を、婚姻中に生まれた子として認めていた<sup>98)</sup>。フランスにおいても、婚姻後180日目、婚姻解消後300日目の規則を適用していた<sup>99)</sup>が、期間に関する規定は絶対的ではなかった<sup>100)</sup>。14世紀、法学者たちは子を守る目的で、婚姻解消後11ヶ月の子にも嫡出性を認めることがあり、夫が嫡出の否認ができるのは、長期の不在と性的不能のみであり<sup>101)</sup>、姦通は問題にならなかった。すなわち、婚姻が指し示す者が父なのであり、ここに婚姻の意義が存在した。

1667年のオルドナンスは、小教区の登録簿を身分登録簿へ段階的に進化させた<sup>102)</sup>。身分登録簿に婚姻の日、子の出生の日、夫の死亡の日が記載されることによって、婚姻から180日以降、婚姻解消後300日以内の規定が適用しやすくなり、父性の証明が容易になったと考えられる。これはすなわち、婚姻の意義を強固にすることを意味した。

18世紀には父性推定はより一層認められる傾向にあったが、寛容に過ぎる判例は、18世紀後半には激しい抵抗に遭った。婚姻後180日未満で生まれた子に関しては、上記の推定規定では対応できないからである。大法官ダゲッソー (Henri-François d'Aguesseau)<sup>103)</sup>は、婚姻中に生まれるだけで嫡出子として認められるには充分である、というのは、明らかに法格言の濫用だと批判した<sup>104)</sup>。しかし、洗礼による出生証書や子としての養育という身分占有の考え方で父子関係の成立は可能であり、身分占有の考え方

↘161頁、この考え方は、12世紀末以降、フグッキオ (Huguccio) によるグラティアヌス法令集 (somme sur le décret de Gratien) にも記されている (Ibid., p. 265)。

98) 船田・前掲注 (97) 158, 161-162頁; *Répertoire général alphabétique du droit français*, t. 30, L. Larose, 1902, p. 175.

99) R. Szramkiewicz, op. cit (53), p. 54.

100) *Répertoire*, op. cit (98), p. 175.

101) A. L.-Teillard, op. cit (51), p. 265.

102) Ibid., p. 302.

103) 1668年-1751年。パリバルマン検事 (1691年)、検事長 (1700年) を経て1717年-1750年大法官を務めた。贈与 (1731年)、遺言 (1735年) 等に関する王令の起草による法統一へ尽力した (世界大百科事典第2版 (平凡社, 1971年); 滝沢・前掲注 (10) 43頁参照)。

104) A. L.-Teillard, op. cit (51), p. 302.

は、革命期の単純自然子や民法典にも受け継がれていった<sup>105)</sup>。

他方、婚姻関係にない親から産まれた婚外子＝自然子（enfant naturel）<sup>106)</sup>は、社会の秩序に脅威をもたらすとして「のけ者（paria）として扱われ」<sup>107)</sup>「私生児（bâtard）」<sup>108)</sup>と呼ばれ劣悪な扱いを受けた。原則として、自然子は、いかなる法的関係も発生せず、両親を相続することもできなかった。そして、自然子は、親権に服することもなく、婚姻に際してその父母の同意を要求されることもなかった。もっとも、父母は子を扶養する義務を負ったから、自然子の側から扶養料請求を目的とした父の搜索は認められた<sup>109)</sup>。

## 6 親権・父権

フランス南部成文法地方では、ローマ法の影響で、強力な家父権（*patria potestas*）が存在した<sup>110)</sup>。父権は父のみに帰属し、母<sup>111)</sup>には帰属しな

---

105) 身分占有（*possession d'état*）とは、家族法において、一定の身分の外観であって、特に、嫡出親子関係または自然親子関係の証明に役立つものをいう。以下のラテン語で示される3つの要素による。家名（*Nomen* その者が、自己の占有する身分と一致する氏を称していること）、取扱い（*Tractatus* その者が、近親者（家族）によって、当該身分を有する者と考えられていること）、世評（*Fama* その者が、公衆の目から外観上の身分を有していると見られていること）（中村紘一・新倉修・今関源成監訳『フランス法律用語辞典〔第3版〕』（三省堂、2012年））。

106) 婚外子の名称については、複数の和訳があるが、本稿では、吉田克己教授の用いている名称に倣い、父母の一方または双方が他の者と婚姻関係にある場合の子を「不貞子 *enfant adultérin*」、父母が近親婚禁止の対象となる場合の子を「近親子 *enfant incésteux*」、父母がそのような関係にない子を「単純自然子 *enfant naturel simple*」と呼ぶこととする（吉田克己「婚内子・婚外子の法的地位の平等化——フランス法の展開に学ぶ」『現代家族法講座第1巻』（日本評論社より刊行予定）。吉田教授の御原稿を御厚意により拝読させていただき、引用を許可していただいた。感謝申し上げます）。本稿では、3つを総称する表現を「婚外子」とする。

107) J.-L. Halpérin, *op. cit.* (11), p. 15.

108) 吉田・前掲注（106）。

109) 田中通裕「注釈・フランス家族法（10）」法と政治64巻2号（2013年）102（485）頁。

110) A. L.-Teillard, *op. cit.* (51), pp. 268-269.

111) 母は、再婚しないことを約して、子の後見人になりうるにすぎなかった（田中通裕『親権法の歴史と課題』（信山社、1993年）24頁）。

い。家父権には永続性があるので、家長が生存する限り、原則として<sup>112)</sup>子および孫にも及んだ。

他方、北部慣習法地方は、ローマ法の父権ほどの強力な父権は存在しなかったが、それとは異質の親権 (mainbournie) が存在した。親権 (mainbournie) は家父権 (patria potestas) とは異なり、父のみではなく母にも帰属した。家族の指導の単一性を維持するため、母の役割は潜在的だが、父の死亡あるいは疾病・不在のときに母の親権は顕在化した。親権は永続性を有せず、子の成年<sup>113)</sup>到達あるいは父との別居により消滅し、孫にまで及ぶことはなかった。

家父権 (patria potestas) ・親権 (mainbournie) の内容として、①子の財産管理権、②懲戒権、③子の婚姻・入信・徒弟奉公に出ることについての承諾権がある。

①子の財産管理権については、南部成文法地方では、中世から絶対王政期にかけて、ローマ法の原則のより厳格な維持が図られ、子が相続・贈与・遺贈によって得た財産を除き、子の獲得物はすべて父に帰属し、父は子の獲得物の使用収益権を有した。父は息子の財産を享受したが、息子に貯金 (pécule)<sup>114)</sup>を与えた<sup>115)</sup>。

他方、北部慣習法地方では、絶対王政期、子は自らの財産を獲得する能力を拡大し、父は子の取得した財産の管理をなすのみだった<sup>116)</sup>。

②懲戒権については、絶対王政期、その内容として、一般的に平手打ちと鞭によって行われる体罰が認められており、体罰は日常的に行われた。

---

112) 都市部では父権は永続性を有しなかった。例えば、Avignon では祖父はその孫に権力を行使しえなかった (田中・前掲注 (111) 23-24頁)。

113) 成年は慣習により異なる。男子より女子が早い。また、貴族より平民が早い。例えば、パリでは平民については男子14歳、女子12歳、貴族については男子21歳、女子15歳 (田中・前掲注 (111) 19頁)。

114) pécule とは、親権者・後見人の配慮により、未成年者・被後見人の利益のためにその労働報酬により構成される貯金 (山口・前掲注 (50))。

115) R. Szramkiewicz, op. cit (53), pp. 57-58.

116) 田中・前掲注 (111) 20頁。

また、父は、裁判所の許可なく、公の監獄に息子を監禁する権利を有していた<sup>117)</sup>。判例は、父の単独の親権行使により25歳以下の未成年者を感化院 (maison de correction) に収容することを認めた。一方、母は、裁判所の許可なくしては、子を収監せしめることはできなかった<sup>118)</sup>。

しかし、この拘禁・投獄権は規制されるようになる。対象となる子に関しては、子が30歳になるまで、次いで25歳になるまでに制限された<sup>119)</sup>。子の投獄に関しては、再婚した父、あるいは、未亡人母は再婚した場合もそうでない場合も、裁判官の決定が必要となり、申し立てられた動機の正当性が裁判官によって判断されるようになった<sup>120)</sup>。また、娘は簡単に修道院に閉じ込められた<sup>121)</sup>。

懲戒権には、重度の傷害を引き起こした成年あるいは未成年の子どもたちに対して、国王の封印状 (lettre de cachet)<sup>122)</sup>を求める手続きも存在したが、これに対しても、裁判所の介入が強化された。封印状の交付申請が、再婚した父あるいは未亡人たる母である場合には、裁判官の決定が要求され、動機の正当性が裁判官によって評価されるようになった<sup>123)</sup>。それ以外の場合、ほぼ自動的に交付はなされ、子を収容させることができた。

③子の婚姻・入信・修道会への入会の自由については、絶対王政期になると、立法・判例は、父の許可を厳格に要求するようになった。ただ、父権は、公的利益の前には劣位に置かれ、国家のための子の兵役志願は親の

---

117) R. Szramkiewicz, op. cit (53), p. 58.

118) 有地・前掲注 (78) 257頁。

119) R. Szramkiewicz, op. cit (53), p. 58.

120) 田中・前掲注 (111) 20頁。懲戒権の制限は民法典に受け継がれた。再婚した父、再婚しない母に関する規定が民法典380条、381条に見られる (田中・前掲注 (111) 25頁)。  
Ibid., p. 58.

121) Ibid., p. 58.

122) 封印令状ともいう。国王の名により裁判の審理抜きで投獄することのできる書状 (石井・前掲注 (59) 4頁)。封印状の交付は、容易に認められた (田中・前掲注 (111) 25頁)。

123) 田中・前掲注 (111) 20頁。

意思に反しても可能であった<sup>124)</sup>。

父権解放(émancipation)については、中世では、南部成文法地方では原則として父の生存する限り家父権が継続したが、裁判官の前での父の明白な意思表示による解放(いわゆる明示の解放émancipation expresse)が可能であり、この他にも、父の同意を得た、聖職・世俗の要職への就職、婚姻・別居から生じる解放(いわゆる黙示の解放émancipation tacite)があった。他方、北部慣習法地方では、明示の解放も黙示の解放も一般的に認められていた。絶対王政期になると、父権解放は一層進んだ。特に、慣習法地方では、16世紀以降、子の成年到達が父権を消滅させると考えられるようになった。そして、父が父権を濫用したり、子の扶養を拒否したりした場合には、裁判所が父権解放を強制し得るようになった<sup>125)</sup>。

前節で述べたように、婚姻の指し示す者が父なので、父は、血縁関係ではなく、婚姻によって子の監督権を有した。絶対王政期の家族法秩序は、親権・父権を中心とした家父長制の家族法秩序であり、婚姻はこれを下支えする役割を果たした。

## 7 相 続

フランス南部成文法地方では、被相続人が遺言処分によって相続人を指定する場合には(遺言による相続人指定 institution testamentaire<sup>126)</sup>)、法定相続人も法定相続分も一切存在しなかった<sup>127)</sup>。被相続人は、長男子を相続人として指定することが常例であり、一部の地方では長男子の相続人指定が法定の義務であった<sup>128)</sup>。無遺言の場合の相続順位は、①直系卑属、②直系尊属ならびに特権傍系血族(兄弟姉妹またはその子)、③普通傍系血族であり、傍系血族については、父方と母方の区別はなく、相続財産は一体

124) 田中・前掲注(111)18、20頁。

125) 田中・前掲注(111)19-20頁。

126) 稲本洋之助『近代相続法の研究』(岩波書店、1968年)64頁。

127) 稲本・前掲注(126)49頁参照。

128) 稲本・前掲注(126)61頁。

として相続人に帰属するものとされた<sup>129)</sup>。

他方、北部慣習法地方では、財産の性質により相続制度が異なった。①「貴族財産」（封地および貴族所有地）については、長子相続権を優先する、②「一般個人所有地」については、同一家系相続制に服する（被相続人に相続人たる直系卑属がいない場合、《paterna paternis, materna maternis》の法諺に従い、その財産が父方より伝来したのならば父方の血族に、母方から伝来したのならば母方の血族に相続される）、③「動産および婚姻中の後得財産」については相続人間の平等分配を認める（相続順位は、第一に直系卑属、第二に直系尊属、第三に傍系血族）、という相続制度が維持されていた<sup>130)</sup>。

また、南部成文法地方においても、北部慣習法地方においても、以上の相続制度に加えて、貴族・富裕な市民に関し、長子権（droit d'aînesse）<sup>131)</sup>、および、補充指定（substitution）<sup>132)</sup>という封建的の制度が存在した<sup>133)</sup>。これらの封建的の制度は、家産を分割せずに数代にわたり保有することを可能にした。

アンシャン・レジーム期においては、相続に関してフランス全土に統一的に適用される王令は、非常に限定的であった<sup>134)</sup>。大別して南部成文法

---

129) 山口・前掲注（50）47頁。

130) 山口・前掲注（50）47頁。

131) 長子権は、封建時代に軍事的義務を負っていた家士が、兵力を維持するに足る封地を維持するために長男が有していた特別の相続権であり、これは兵力維持の必要がなくなった後も存続した（野田・前掲注（10）492頁）。

132) 補充指定は、家産の分割防止のために創出された制度で、16世紀から発達した。所有者は、受贈者あるいは受遺者（たとえば、自分の長男）に対し、譲渡された財産を全体として保有したうえで、その者が死ぬ場合は特定の人（たとえば、受贈者の長男）に譲渡する約款を附すというもので、受贈者あるいは受遺者は、その財産を勝手に処分したり、担保に入れたりすることができない（野田・前掲注（10）492-493頁）。

133) 野田・前掲注（10）492-493、626頁。

134) 統一的な王令としては、ルイ15世の治世下、ダゲッソーによって発せられた1731年の贈与（donation）に関する王令、遺言（testament）に関する王令、1747年の信託的補充指定（substitution fideicommissaire）に関する王令にとどまる（滝沢・前掲注（10）43-44頁）。

地方では、広汎な遺言の自由、北部慣習法地方では、動産および後得財産につき均分相続制の原則が支配し、その両制度の上に重ねて封地に関する封建的制度が存在し<sup>135)</sup>、土地に関しては、細分化を防止し、長男子への相続が一般的であった。そして、いずれの地域においても、配偶者、および、自然子には相続権がなかった。

## 8 小 括

アンシャン・レジーム期の婚姻は、統治機構という観点から見れば、国王を頂点とする封建的機構を、家父長的家族によって末端で支える<sup>136)</sup>ための、国王の統治の道具であった。

中世のキリスト教社会においては、神と教会が一体視され、その関係と同様に婚姻においても夫婦が一体となるという発想があったが、中世のキリスト教が、夫婦を神と教会の関係になぞらえることによって、信者の宗教心に訴えかけ、宗教による精神的支配を可能にしたように<sup>137)</sup>、アンシャン・レジーム期には、王による階層的な支配秩序<sup>138)</sup>を、家長に代表される家族になぞらえ、国家統治を容易にした。中世キリスト教的夫婦観においても、アンシャン・レジーム期の家父長的家族観においても、そこ

---

135) 野田・前掲注(10) 626頁。

136) 有地亨教授は、「絶対主義王政は貴族の親族集団の解体の後に、それに代るものとして、親権、夫権を強化し、家父長制家族法秩序を定立することによって、意識的に家父長制的《家》を構成しようとした」とし、「家長が最高の権威者として支配する《家》を封建的秩序の中に組み入れて、政治機構の末端に配置しようとして」、[「国王はそれをもって封建的・階層的支配機構の頂点に位置する自己の権力の補強とした……フランス革命前夜の家族法秩序はまさにかかる封建的・階層的支配秩序を家族関係に反映させたものにはかならない。」と指摘している(有地・前掲注(78) 259頁)。

137) 稲本洋之助教授は、アンシャン・レジーム期から大革命へと移行する時期について、「人々の精神的世界の支配者」であり、「物質世界の支配者」でもあった教会の宗教思想、及び、公的身分管理とそれに伴う規制からの解放であり、そのためには教会制度そのものが、教会を支えていた封建制下の国家権力とともに廃棄される必要があった、と指摘している(稲本・前掲注(83) 315-317頁参照)。

138) 有地・前掲注(78) 259頁。



には、構成員としての妻・子は意識されず<sup>139)</sup>、夫婦や家族の意思はもっぱら夫・父の意思でしかなかった。

また、アンシャン・レジーム期の婚姻は、財産という観点から見れば、父系母系の財産を婚姻関係の中で生まれた長男子に円滑に継承させるための、相続のための装置であった。婚姻に、制裁を課してでも両親の同意を課したのは、身分違いの婚姻を防ぎ、財産を円滑・安全に承継するためであったし、離婚を禁止し、別居後の再婚を封じたのは、財産関係を複雑にするのを防ぐためであった。婚姻で生まれた子を自分の子として確保し、家父長制の下、妻を無能力者として扱い、親子関係を強大な父権によって支配した夫＝父は、妻と子の財産を一手に引き受け管理し、経済的にも自らの権限を強大なものとした。懲戒権及び子の婚姻・入信・徒弟奉公に出ることの承諾権を通じて、子を父に従属させ、行動の自由を奪った。さらに、長男子に集中させる相続制度によって、自らが管理した財産を、家系を軸とした子孫へ円滑・安全に承継した。そのため、婚姻外の関係を結び、婚外子をもうけることは、避けられなければならなかったし、万一、婚外子が生まれても、その存在は、もみ殻同様、余計な存在でしかなく、徹底的な排除がなされた。祖先から子孫への承継に困難が生じたときには、父系の財産は父系の、母系の財産は母系の、祖先に返す相続制度によって、それぞれの系統の財産が、一度のアクシデントで別の系統に流れないように、周到に制度設計がなされていた。こうした相続のための装置としての婚姻においては、その財産の移転、また、婚外子を家系内に取り込み、財産の移転先にするかどうかは、もっぱら夫・父の意思にかかっており、ここにも妻・子の意思はなく、妻・子は従うだけの存在であった。

財産については、当時のフランスの大部分であった農業においては、一部の富裕農民を除いて、農地所有者のほとんどが狭小な分割された土地し

---

139) 有地亨教授は、妻の無能力制度について、「世帯の統一を確保するための監督という範囲をこえて、女性蔑視を含む性的劣性保護の制度であった。」と指摘している（有地・前掲注（78）256頁）。

か有しておらず、粉ひきや職人、宿屋の主人など副業を兼ねなければ生活ができなかった<sup>140)</sup>。これが後の農村工業の発展の基礎となるのだが、アンシャン・レジーム期にあつては、生活が惨めで、栄養も不良で、どんな物質的満足にもこと欠く農民<sup>141)</sup>は、生きるのに精いっぱい余裕がなかった。手工業、零細工業、同業組合については、集中化された工場は例外で、零細企業にとどまり、組合では親方職が固定化し、世襲の傾向が強まり、職人は親方になるのが難しかった<sup>142)</sup>。一方、植民地貿易などで商業は発展し、工業に先行していたが、貿易によって蓄積された資本が工業に影響を及ぼすのは、19世紀になってからである<sup>143)</sup>。工業は、王権が経営主であった、マニファクチュール(工業制手工業)が中心で、金銀織の絹製造、毛織物工業、木綿工業といった新しい製造工業が発展し始めるのは1730年以降であった<sup>144)</sup>。

こうした経済環境では、一部の富裕農民、親方、商人の財産は土地、工具、船などであり、相続による財産の細分化は、避けられなければならなかったといえる。周到に準備された相続制度を実際に利用していたのは、もっぱら貴族や大土地所有者であり、狭小農地を耕作する農民にとって、相続は、土地を長男子に継承するという意味を有していたにすぎなかった。

婚姻が、相続のための装置であったのには、このような経済状況が背景にあった。

## 第二節 革命期

本稿では、注10)で述べたように、1789年～1795年を革命前期、1795年～1804年を革命後期とする。

---

140) アンリ・セー著、宮崎洋訳『フランスの社会構造——18世紀における』(法政大学出版局、1971年)14、24頁。

141) H.セー・前掲注(140)49頁。

142) H.セー・前掲注(140)121-122頁。

143) H.セー・前掲注(140)146頁。

144) H.セー・前掲注(140)151頁。

## 1 婚姻の自由

革命の成果として、1789年人および市民の権利宣言（以下、人権宣言という）がなされ、と1791年憲法が公布された。

人権宣言は、人の自由、平等（1条）を定め、婚姻の自由については、1791年憲法が、「法律は婚姻を民事契約としてのみ看做す。立法権は、すべての住民にとって差別なく、出生、婚姻および死亡が証明される方法を確立する。立法権は、それらの証書を受理し、保存する官吏を任命する。」（7条）<sup>145)</sup>とし、婚姻から宗教色を排し<sup>146)</sup>、親の拘束から自由にする方向で改革がなされた。

まず、1791年憲法に基づいて、1792年9月20日—25日の法律は、婚姻を純粋な民事契約として構成した。革命期の婚姻は、身分吏の面前で純粋に世俗的なものとして行われた<sup>147)</sup>。カノン法では、いとこの孫相互間までの婚姻を禁じていたところ、革命期は、いとこの間に加え、おじと姪、おばと甥の間の婚姻も認めた。また、1792年9月20日のデクレは、成年を21歳とし、婚姻についての両親の同意は、21歳以降は不要とされた<sup>148)</sup>。そして、挙式は、公示の後、4人の証人の前で行われ、夫婦となる者の意思を明言し、身分吏（*officier de l'état civil*）がそれを証書に書きとめた<sup>149)</sup>。そして、1793年1月22日の法律は、民事婚とは別に行われることのある宗

---

145) 人権宣言、1791年憲法の訳文については、辻村みよ子、糠塚康江『フランス憲法入門』（三省堂、2012年）、辻村みよ子『ジェンダーと人権』（日本評論社、2008年）の訳文を参考にした。

146) 4世紀のアルルの司教会議以降、俳優は教会から破門され、すべての秘蹟を奪われていたが、1790年7月、テアトルフランセの俳優であった Talma は社交界の女性との自らの婚姻を主任司祭に訴えかけ、これを契機として、すべての市民のために、婚姻が宗教から切り離される必要性が広く認識された（A. L.-Teillard, *op. cit.*, p. 191.; Daniel Bermond, *l'express*, 01/06/1995 [https://www.lexpress.fr/culture/livre/histoire-du-mariage-occident\\_798873.html](https://www.lexpress.fr/culture/livre/histoire-du-mariage-occident_798873.html) 閲覧日2019年3月14日）。

147) 滝沢・前掲注（10）67頁。

148) J. Imbert, *op. cit.* (65), p. 72.; J. アンペール, 前掲注（65）100-101頁；田中・前掲注（111）27頁。

149) R. Szramkiewicz, *op. cit.* (53), p. 78.

教上の儀式が婚姻の有効性に一切の影響を及ぼさないことを確認した<sup>150)</sup>。革命期は、後の民法典と異なり、宗教婚が民事婚の前に行われることに反対しなかった<sup>151)</sup>。

次に、アンシャン・レジーム期に社会問題となっていた、異教徒夫婦が婚姻登録してもらえないという点に対して、1792年9月20日—25日の法律は、1787年11月のエディによる改革を徹底し、すべての身分変動に関する事務を市町村吏員、いわゆる身分吏の管轄に移した。そして、これに違反した者に対しては、1792年12月19日の法律が罰則で対処することとなった。こうして身分証書の世俗化(sécularisation)が実現した<sup>152)</sup>。

アンシャン・レジーム下のキリスト教社会では、各人は、創世の自然の秩序のなかで与えられた固有の地位に基づいて、社会全体の一部であると思なされておられ、全体論的社会であったが、革命期には、人権の主体が体现する自立した個人を理想とする肯定的な意味での個人主義社会へと移行し、親族関係の中心は、アンシャン・レジーム下の直系大家族ではなくなり、配偶者の自由な選択に基づいた夫婦小家族を中心とした新しい基準で再編されるようになった<sup>153)</sup>。

革命期、婚姻は、宗教から自由になり、婚姻の成立に関しては、家族からの拘束も緩和された。

## 2 妻の法的地位

革命前期、公法の領域では男女平等は実現されなかったが、家族法の分野では、女性および妻の法的地位は改善の方向に向かった<sup>154)</sup>。

---

150) 滝沢・前掲注(10)67頁。

151) R. Szramkiewicz, op. cit (53), p. 78.

152) Ibid., p. 72.; 滝沢・前掲注(10)66頁。

153) Irène Théry, *Mariage et filiation pour tous: Une métamorphose inachevée*, Seuil, 2016, pp. 58-59.; イレーヌ・テリー(著)石田久仁子・井上たか子(訳)『フランスの同性婚と親子関係——ジェンダー平等と結婚・家族の変容』(明石書店, 2019年)87-88頁。

154) 有地・前掲注(78)309頁。

1791年4月8日のデクレは、相続法上の男女の差別を廃止した。1794年1月6日（共和暦2年雪月17日）のデクレも男女平等の原則を維持した。また、女性の激しい要求により、1792年9月20日のデクレで離婚制度が創設された。1792年9月20日—25日のデクレは、成年に達した女性に私権を完全に行使する能力ならびに身分行為について証人となりうる権利を認め<sup>155)</sup>。そして、1793年のカンパセレスの民法典第一草案<sup>156)</sup>には、夫権の廃止<sup>157)</sup>、母親の親権行使が父親のそれと同一であること<sup>158)</sup>が規定された。母親の親権に関して、共和暦2年の第二草案でも、同一の原則を維持した。

しかし、革命後期になると、女性・妻の地位は大幅に後退した。1795年5月23日（共和暦2年草月4日）のデクレは、女性の政治集会への参加を禁止し、同日の他のデクレは、女性たちが住宅内に蟄居することを命じ、5人以上集まって会合する女性の逮捕を命じた。そして、民法典第三草案および1798年4月4日（共和暦6年芽月15日）の法律は、女子は親族会の構成員や後見人となることができな<sup>159)</sup>とした。

父の専制や夫の不誠実の犠牲になっていた、娘・妻は、革命期の離婚制

---

155) 有地・前掲注(78)303, 309頁。

156) カンパセレスの第一草案は、カンパセレスの指揮の下、法律委員会によって起草され、離婚、家の財産、夫権廃止、未成年養子、父が認知した自然子に対する嫡出子と同じ相続権、夫婦2人による財産の共通の管理を含む719条が規定された。しかし、その複雑さと、「王室にいる男性のにおいが感じられた」ことを理由に、検討が中断され、政治的状況の犠牲となった。1794年のカンパセレスの第二草案は、第一草案に近いがわずか297条でより個人主義的で非常に簡明であったが、テルミドル派の反発が増大していた時期であり、ほとんど議論されなかった。1796年のカンパセレスの第三草案は、夫による夫婦の共通財産の管理、減らされた自然子の相続分のように、平等主義から後退した内容で、1104条であったが、1797年、自然子及び離婚問題に対する反動によって2つの条文だけが可決され、草案の失敗を認めた（J.-L. Halpérin, op. cit (11), pp. 8-10.)。

157) 谷口・前掲注(55)196頁；J. Imbert, op. cit (65), p. 72.; J. アンペール・前掲注(65)101頁。

158) 有地・前掲注(78)309頁。

159) 有地・前掲注(78)311-312頁；滝沢・前掲注(10)76頁。

度創設によって婚姻から自由になることが可能になった。しかし、革命後期には、女性は肉体的精神的な弱さのために、自身を保護する夫に服従する義務を負うというローマ法的観念が復活<sup>160)</sup>、妻は無能力者として家庭の中に押し込められることとなった。

### 3 夫婦財産制

革命前期、夫婦財産制に関しては、1793年民法典の第一草案において、①嫁資制の廃止＝共通財産制への統一、②夫の優位の廃止＝夫婦共同管理の原則が規定された。②に関して、1793年のダントンおよびデムーランの草案<sup>161)</sup>には、「双方配偶者の財産をしばしば破壊し、内部的分裂、悲哀、不幸等を導く軽率な契約を防ぐために、夫と妻は共通財産を共同で管理し、各配偶者は他方配偶者の同意なくしては特有財産に関して契約を締結しえない。」と記された。しかし、女性が獲得した固有財産を自分で使用収益処分できないため、多くの女性たちによって、反動的と評価され、条文化には至らなかった<sup>162)</sup>。

革命後期には、女性は生まれながらにして無能力であるという法的伝統を消し去ることはできず、国民公会(Convention)は、「女性に保証を与えることと均衡を図るため必然的に夫の優位を伴う。」とし、女性に固有財産の処分権を認めない伝統的な夫婦財産制を温存し<sup>163)</sup>、これは1965年まで続いた。

### 4 離 婚

離婚については、教会法に基づく婚姻不解消の原則が否定され、1791年憲法および1792年9月20日—25日の第1デクレの婚姻を民事契約という考

---

160) 有地・前掲注(78)312頁。

161) J. Imbert, op. cit (65), pp. 75-76.; J. アンペール・前掲注(65)106頁。

162) 有地・前掲注(78)309頁。

163) J. Imbert, op. cit (65), p. 76.; J. アンペール・前掲注(65)106頁。

え方に基づいて、契約の破棄を類推し、広汎な離婚の自由を認めた<sup>164)</sup>。1792年9月20日—25日の第2デクレは、フランス法史上初めて離婚を承認した。離婚は3種類規定された。①法定事由離婚（心神喪失、狂乱、躁暴、体刑または名誉刑の有罪判決、相手方に対する犯罪・虐待・重大な侮辱・風俗紊乱、2年以上の遺棄、5年以上の生死不明、亡命を理由とする<sup>165)</sup>）、②性格不一致による当事者一方の請求に基づく離婚（親族会による準裁判手続<sup>166)</sup>）、③合意による離婚<sup>167)</sup>である<sup>168)</sup>。家族裁判所ないし親族会の関与が常に想定されており、また、性格不一致による離婚と合意離婚においては、熟慮期間を置いてその間に和解を試みるなど、慎重な対応がなされた<sup>169)</sup>。もっとも、性格の不一致を理由とする離婚は、実質上審理無くして離婚宣告がなされた<sup>170)</sup>。そして、1792年のデクレは、別居を廃止し、離婚後の再婚を認め、男女平等の建前から、夫も妻も1年の待婚期間（ただし、夫の場合、法定原因に基づく離婚の場合を除く）を設けた。加えて、離婚配偶者が再び婚姻することも認め、姦通の相手方との再婚も禁じられない。子の帰属は、離婚の方式により異なる。法定事由離婚の場合には、子の帰属は親族会の決定に服せしめられるが、性格不一致による離婚または合意による離婚の場合には、女の子は母、7歳以上の男の子は父の監護に委ねられる<sup>171)</sup>。

---

164) 滝沢・前掲注(10) 67頁。

165) 稲本・前掲注(83) 324-325頁。家族裁判所の仲裁人が即座に和解の試みをしない場合、あるいは、判決によって離婚原因が証明される場合に、身分吏は離婚を宣告する義務を負う（有地・前掲注(78) 304頁）。

166) 離婚宣告に先立ち、6人の親族または友人から成る親族会により3回の和解勧告がなされる。第1回の和解が調わないときは1ヵ月、ついで3ヶ月、さらに6ヶ月において親族会によって和解が勧告され、さらに6ヶ月の期間内に離婚が宣告される。配偶者が離婚宣告を受けるには最低1年の期間を要する（有地・前掲注(78) 304頁）。

167) 親族会が招集され、不一致の証明がなされれば、最低1ヶ月最高6ヶ月後に身分吏によって離婚が宣告される（有地・前掲注(78) 304頁）。

168) 稲本・前掲注(83) 34-35頁。

169) 滝沢・前掲注(10) 67頁。

170) 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）5頁。

171) 有地・前掲注(78) 304頁。

その後、国民公会は離婚した配偶者の待婚期間を廃止ないしは短縮した。1793年12月28日(共和暦2年雪月8日)のデクレで、夫は直ちに再婚でき、妻は10ヵ月の待婚期間を経過すれば再婚できるとした。さらに、1794年4月23日—27日(共和暦2年花月4日—9日)のデクレは、離婚手続の迅速化を図るため、5年間の不在に基づく離婚原因に関して、公署証書または公知証書による6ヵ月以上の生死不明・遺棄の証明をもって離婚請求の即時認容を認めた<sup>172)</sup>。

革命後期、特にパリにおいて離婚数が著しく増加し、婚姻数を超過し、合法的な婚姻の基礎を脅かすことになった。そのため、国民公会は、1795年8月2日(共和暦3年熱月15日)のデクレによって、1794年4月23日—27日のデクレを廃止した<sup>173)</sup>。

民法典草案では、離婚禁止という形で示されていくことになる<sup>174)</sup>。

## 5 婚姻と親子

アンシャン・レジーム期において、非嫡出子は正式の父母もなく法定相続権もなく、私生児(batard)として差別的扱いを受けていたが、革命期にようやく待遇改善がなされる。1793年11月2日(共和暦2年霧月12日)のデクレは、単純自然子(enfant naturel simple)に限定してのものであるが、身分占有(possessio d'état)<sup>175)</sup>の立証により法律上の親子関係を認め、嫡出子(enfant légitime)と同等の相続権を付与した<sup>176)</sup>。姦通によって産ま

---

172) 稲本・前掲注(83)35頁;有地・前掲注(78)305頁。

173) 稲本・前掲注(83)35頁。

174) 滝沢・前掲注(10)76頁。

175) 身分占有として「公の証書、または父の私の証書、または、親族としての名義で中断なくその生計または教育に関して与えられた配慮」があった場合に、それで親子関係を証明すれば、父の認知に代えることができた(有地・前掲注(78)308頁)。

176) 1793年法は、親が1789年7月14日以後1793年11月2日までに死亡した非嫡出子には、遡及して1789年7月14日以後に開始した相続に対して権利が与えられた。それ以降に親が死亡した非嫡出子は、来るべき民法典の規定にその措置を委ねるとされ、結果的にそれ以前に親を失った非嫡出子より劣位に置かれた(有地・前掲注(78)308頁)。



れた不貞子（enfant adultérin）、禁止婚から産まれた近親子（enfant incestueux）は除外された<sup>177)</sup>が、人道的見地から、嫡出子や単純自然子の相続分の3分の1の相続分相当額を扶養料として受け取ることが認められた<sup>178)</sup>。このことは、国民公会が内縁を間接的に容認していた<sup>179)</sup>、と評価することもできる。1794年1月6日（共和暦2年雪月17日）の法律は、遡及的に過去の不平等を是正しようとして、1789年7月14日以降の分について上記の規定の適用を認めた<sup>180)</sup>。このように、父が認知した子については相続の平等が保障されたが、その一方、1793年11月2日のデクレは、婚外子による父の搜索を禁止した。アンシャン・レジーム下で自由になされた父の搜索が、扶養料請求のために濫用されたことへの反動である<sup>181)</sup>。

しかし、革命後期になると、革命前期の平等な婚外子の取扱いが問題視されるようになる。

1795年9月25日（共和暦4年葡萄月3日）のデクレは、1793年11月3日（共和暦2年霧月12日）法の遡及効を廃止し、その法律公布の日から効力を生ずるものとした。これは、共和暦2年から4年までの間に婚外子が取得した権利を無効とすることになってしまうため、多くの論争が生じた<sup>182)</sup>。

---

177) カンパセレスは、不貞子、近親子にも法的保護を与えようとしたが、立法委員会は、習俗の遵守、婚姻の誠実、社会的慣例がこれを許さないとして拒否した（有地・前掲注（78）308頁）。

178) 滝沢・前掲注（10）67-68頁；吉田・前掲注（106）。

179) J. Imbert, op. cit (65), p. 73.; J. アンペール・前掲注（65）102頁。

180) 野田・前掲注（10）628, 670頁。

181) 父の搜索禁止は民法典に継承された（ただし、誘拐の場合は除外。）（谷口・前掲注（55）327頁）。

182) 有地・前掲注（78）310頁；1796年6月14日（共和暦4年草月24日）、カンパセレスによる民法典第三草案が五百人会に提出された。結局、可決はされなかったが、この草案では、非嫡出子に対して嫡出子と同一の地位を与えない条文や、自白されない父子関係の搜索の禁止、婚姻前に認知された非嫡出子は嫡出子と同一の相続分を取得するが、婚姻後に認知された場合には嫡出子の相続分の半分に減じられる条文が掲載されていた。有地教授は、この草案に、この時期の家族観念の変化が端的に示されており、嫡出子と非嫡出子の絶対的平等は嫡出家族の保護という要請によって消滅している、と指摘している（有地・前掲注（78）310-311頁）。

その結果、1796年8月2日(共和暦4年熱月15日)の法律は、1789年から1793年までに開始した相続により非嫡出子が得た権利は、嫡出子であったならば得られたはずの相続分の3分の1にあたる扶養料を除いてすべて返還することを命じた。この趣旨は1804年民法典にも引き継がれた<sup>183)</sup>。

## 6 親権・父権

父権について、革命期の思想は、個人の解放を標榜していたから、革命前期は、父権の専制的性質による束縛から子を解放する政策を試みた。家族を支配する原理は自由平等であり、家族は国家に対し独立性を有し、国家は法律によって家族の独立性を保障するものとされた<sup>184)</sup>。

父権とりわけ懲戒権を緩和、制約する規定としては以下のものがある。共和制になったため、1790年3月26日のデクレは封印状を廃止し、それまで封印状を得て子を強制所に収監していた懲戒権の制度が崩壊した<sup>185)</sup>。代議士モワデルは、従来の封印状に代えて、大統領のナンシーの検事総長あての書簡を提案したが、ミラボーは、その実質は封印状であり、国王の封印状と同様、父権の恣意的な行使によって家族の不幸が生じるとして反対し、専断によってではなく、裁判によって犯罪を防ぐことを主張した。国民議会は、1790年8月16—24日のデクレによって、ミラボーの要求した家族裁判所を設置した<sup>186)</sup>。

家族裁判所(tribunal de famille)とは、8名あるいは6名の、最近親の親族、親族のいないときは友人・隣人で構成される家庭内裁判所である。家族構成員間で生じる紛争を調停的な手続で迅速かつ低廉に解決する。父の有する懲戒権は、家族裁判所で、動機が正当と評価された場合にのみ子の投獄が命じられたのであり、家族裁判所の介入によって、懲戒権の濫用

---

183) 滝沢・前掲注(10)76頁。

184) 田中・前掲注(111)26頁。

185) 稲本・前掲注(83)381頁。

186) 有地・前掲注(78)302頁参照。

が回避された。対象は20歳未満の子で、投獄期間は最大限1年に抑えられた。ただ、地方裁判所長は、家族裁判所の判断を否定したり、期間を短縮したりした<sup>187)</sup>。1790年8月16—24日デクレは、懲戒権の内容であった、親の命令に服しない子の相続廃除権も廃止した<sup>188)</sup>。

1792年8月28日デクレによって立法議会（Assemblée législative）は、父権が未成年子にしか及ばないことを規定し、北部慣習法上の原則がフランス全土に一般化された。成年に関しては、1792年9月20日デクレが21歳に統一し、婚姻につき父母（不一致の場合は父）の同意が必要とされる年齢を未成年者に限定した。それまでは、父の同意なしに婚姻した場合、不服従を理由として相続廃除がなされていたが、共和暦2年実月9日（1794年8月26日）のデクレによって国民公会（Convention）は、父から相続廃除の権利を剥奪した<sup>189)</sup>。

子に対して、新たに親が負うこととされた義務として、以下のものがある。

家族における権威（autorité）は、父母両方に帰属し、父母は子を養育・育成する義務を負った。父母の権威の行使・義務の負担は、父母の自然的職務（fonctions naturelles）と理解され、その権威の行使は子の利益・子の保護のためにしかなされないとされた<sup>190)</sup>。

子の教育に関しては、立憲議会（Assemblée constituante）、立法議会の時代には、公教育を親の職務の補完ととらえる思想が強かったのに対し、国民公会（Convention）の時代には、国家優位の思想が中心となった。共和暦2年霜月29日法は、正当な理由なしに子を共和国が設立する学校に入れない親に罰金を科すこととした<sup>191)</sup>。

革命後期になると、父の権威を復活させ、嫡出家族に特権を与え再構成

---

187) 稲本・前掲注（83）381頁；田中・前掲注（111）26-27頁。

188) 滝沢・前掲注（10）67頁。

189) 田中・前掲注（111）27頁。

190) 田中・前掲注（111）27頁。

191) 田中・前掲注（111）28頁。

されることが企図される<sup>192)</sup>。総裁政府 (Directoire)、統領政府 (Consulat) は、子への不信を有しており、父権の再建、子の父への服従の回復を望んだ<sup>193)</sup>。1800年3月25日(共和暦8年芽月4日)法は、父に遺言の自由と子女の中の特定の者を優遇する機能を付与した<sup>194)</sup>。

共和暦4年風月9日のデクレで家族裁判所は廃止されたが、その背景には18世紀末に進んだ家族の分散によって、一部地域を除き、親族が近隣に居住し相互扶助によって連帯することがなくなったことがあったとも言われる<sup>195)</sup>が、父の恣意的な懲戒権の抑制方法はなくなり、家庭内における父権の絶対性、排他性、永続性が強められ、子の地位が低下することとなった。

## 7 相 続

アンシャン・レジーム期において、前述のように、相続における相続人の平等は確立しておらず<sup>196)</sup>、革命期の平等の理念と大きな乖離があった。そして、配偶者の相続権は、夫婦財産制によって婚姻中の財産関係の清算方法が確立している限り、きわめて例外的な現象であった<sup>197)</sup>。

そこで、革命前期には、相続は均分相続をできる限り厳格にして相続人間の平等を確保し、その為に遺言の自由を大幅に制限する方向で改革がなされる<sup>198)</sup>。

まず、1790年3月15日—18日のデクレは、封建的相続制の廃止を宣言し

---

192) 有地・前掲注(78)313頁。

193) 田中・前掲注(111)29頁。

194) 有地・前掲注(78)313頁。

195) 田中・前掲注(111)28頁。

196) そもそも、相続財産の価値抽象的性格が確立していないので、相続法は抽象的相続分の決定と具体的相続分の形成の2つの領域に明確に区分されず、その結果、相続人の価値的平等を前提とする分割の自由は確立していなかった(稲本・前掲注(126)143頁)。

197) 稲本・前掲注(126)9頁。

198) この背景として、所有権が社会的制度であり、社会全体のためには個人の所有権はある程度の制限を受けてもやむを得ないというルソー的思想が優勢であったと野田教授は分析する(野田・前掲注(10)666-667頁)。

た。続いて、1790年11月21日に立憲議会に提出された13条の法案は、配偶者の相続権も問題とした。しかし、成立した1791年4月8日—15日のデクレは、無遺言相続における平等の原則を宣言し、直系卑属の代襲相続を無限に許し、相続人間の不平等は廃止したものの、配偶者や単純自然子の相続権について何ら規定をしない不完全な立法であった<sup>199)</sup>。遺言の自由ならびに補充指定の制度について、不平等が生じることを理由に廃止論も出されたが、この点についてはそのままにされた<sup>200)</sup>。

国民公会の時代になると、1792年10月25日—11月15日のデクレは、補充指定の廃止を明言し、1793年3月7日—11日のデクレは、直系卑属間の相続の平等を確保するために、直系親族のためにする贈与、および、遺言の権利を廃止した。

特に、相続法改革の取組みの中で重大な影響を与えたのは、前述した1793年11月2日の婚外子の相続に関する法律と、1794年1月6日（革命暦2年雪月17日）の法律である。この2つの法律は、自然的順位により相続の帰属を定めること、及び、封建時代のように財産を特定の者に集中させないこと、すなわち、革命の理想である財産の細分化を実現すること、という2つの基本思想に貫かれていた<sup>201)</sup>。1794年1月6日の法律は、被相続人が贈与または遺贈によって法定相続人間の平等を破ることを禁じ、贈与または遺贈の相手方を法定相続人以外の者に限定した。また、自由分も、直系相続人がある場合には相続財産の10分の1、傍系相続人のみの場合には相続財産の6分の1とし、自由処分を禁止し、子の間の平等を第一の目的とした<sup>202)</sup>。1794年法は、父系・母系の財産制を廃止し、卑属が存在せず、尊属のみの場合、父系と母系に半分ずつ帰属させ、財産の分割の理念を実現した。そして、1789年7月14日以降の分に適用するという遡及

---

199) 稲本・前掲注(126)192, 198頁。

200) 野田・前掲注(10)626-627頁。

201) 野田・前掲注(10)627頁。

202) 滝沢・前掲注(10)68頁。

効も有した<sup>203)</sup>。

しかし、革命後期には、革命前期の相続人間の平等重視の考え方から被相続人の自由意思を重視する考え方に変化した<sup>204)</sup>。1800年3月25日(共和暦8年芽月4日)の法律は、贈与や遺贈により相続人間の平等を覆すことを認め、特定の相続人の利益になる処分を可能にした。また、革命前期には、相続人が直系相続人のみの場合、被相続人の自由分は相続財産の10分の1だったのに対し、子が3人までの場合は相続財産の4分の1、4人の場合は5分の1、6人の場合は6分の1と増やし、その相続人のうち、ある者に特に利益になる処分も認めた。1804年民法典では、この傾向がさらに推し進められることとなる<sup>205)</sup>。

## 8 小 括

「人間は、生まれながらにして、自由であり、権利において平等である。」(1789年「人および市民の権利宣言」以下、人権宣言という。1条)という文言は、「1789年の革命の成し遂げた事業を集約したもの」<sup>206)</sup>であったが、革命期の法律を婚姻にかかわる分野で概観すると、「自由」「平等」が家族の構成員たる妻や婚外子を含めた子にも及ぼされたのは、革命前期のみであった。革命前期には、婚姻が民事婚とされた結果、離婚が可能になり、妻は婚姻に縛られず離婚によって夫から自由になることが可能となった。財産の夫婦共同管理や、夫権廃止、及び、妻も夫と同様に親権をもつ草案には、妻の地位向上が現れていた。家族裁判所の設置により、父権の恣意的行使は弱められ、封建制を解体するために、革命前期の相続法は、貴

---

203) 野田・前掲注(10)627-628頁。

204) 革命後期の傾向について、野田教授は「持てる者の財産の確保という思想が優勢となり、その意味での所有権絶対の思想が強力となり、それは相続制度にも反映してくる」と分析している(野田・前掲注(10)667頁)。

205) 滝沢・前掲注(10)68、76-77頁；野田・前掲注(10)667頁。

206) ジョルジュ・ルフェーブル(著)高橋幸八郎、柴田三千雄、遅塚忠躬(訳)『1789年——フランス革命序論』(岩波書店、1975年)242頁。

族、大土地所有者の個人財産を細分化し、長子に財産が集中することを廃し、均分相続によって相続人間の平等をめざした。相続法改革は、婚外子についても嫡出子との平等な扱いを目指し、単純自然子の相続権、不貞子及び近親子の扶養料確保は、子を平等に近づける政策であった。

人権宣言の「人」は l'homme = 男性であり、「市民」は citoyen = 男性市民を指しているが、その実質は、富裕層として力をつけているブルジョワジーであった。彼らが目指したのは、聖職身分、貴族身分を排するという意味での「平等」であり、民衆を含めた国民全体の「平等」ではなかった。そして、「自由」は、主に、自らが資本主義を展開していくためのものであった。このような社会では、婚姻は、アンシャン・レジーム期と同様、夫権及び父権によって家族構成員を統括し、獲得した財産を父が婚姻関係の中でもうけた子孫に継承していくための装置であった。革命後期になって、妻は無能力者にされ、離婚請求も即時認容はなくなり、家族裁判所の廃止とともに父権はその力を復活し、子の平等は遡及的に失われた。

革命後期には、ブルジョワ優位の政策となったが、コンドルセが、1787年以來、「両性間の差異は、結局のところ教育の所産にすぎない。」と書いていたり<sup>207)</sup>、オランプ・ド・グージュが、「女性および女性市民の権利宣言」(Declaration des Droits de la femme et de la citoyenne)を出し、女性の権利を主張したりと、革命期には、確かに、フェミニズムの萌芽はあったのであり、法文上、自由平等の理念は掲げられ、それまで夫権、父権の行使対象でしかなかった妻と子が、平等な権利の主体となった。この点に、革命期の婚姻法の意義はある。しかし、当時は、それを実効化するだけの社会的状況がまだ整っていなかった。

それでも、抽象的であり、かつ、男性本位であっても、民事婚としての婚姻の自由は、民法典の基礎理念・原理として掲げられ、定着していくのである。

---

207) J. Imbert, op. cit (65), pp. 75-76.; J. アンベール・前掲注 (65) 106頁。