

フランスの非典型婚

——婚姻無効の法的構成としての「意思」の役割——

はじめに

第一章 臨終婚 *marriage in extremis*

第二章 目的婚 *marriage pour but déterminé*

一 目的婚の存在可能性と意義

二 判例の展開

三 法律行為論と「仮装婚」理論

四 学説

第三章 嫡出子とするための婚姻

一 判例

二 判例の評価と学説

第四章 性交渉なき婚姻

一 性交渉の拒否 *refus de consommation*

二 不能 *impuissance*

むすびにかえて

丸 山 茂

はじめに

わたくしは、さきに「婚姻意思と届出」のテーマでわがくにの婚姻意思論に関する判例と学説を概観する機会を与えられ、婚姻意思を婚姻無効の法的構成としてみた場合に統一的な構成として一元的に把握することはきわめて困難であることを指摘し、婚姻効果発生のメルクマールとしての役割を婚姻意思だけに認めることに対する疑問を述べたことがあった。⁽¹⁾ 本稿は、フランスの非典型婚を素材として比較法的な分析に基づいて、このような問題意識をさらに検証しようとするものである。

従来、わがくにの婚姻意思論においては、届出制度との関連で生ずる内縁の救済をいかに行うかが論じられ、婚姻無効の要件論において合意や婚姻的事実を根拠に婚姻の成立を認めることが可能であるかということが論じられてきたようにおもわれる。これに対して最近では、子を嫡出子とする目的のために婚姻や死ぬ間際になって相続権や遺族年金受給権を付与する目的でなされる婚姻の事例が判例に相次いであらわれ、また、多様な夫婦関係が現実存在するようになり、いわゆる社会通念にいう夫婦関係をともなわない婚姻の効力が争われるようになってきている。その結果、婚姻意思の内容をどう構成するかということが問題となるとともに、その役割自体が問いなおされてきているのである。⁽²⁾

このような婚姻は、通常の夫婦共同生活関係を含む婚姻を典型婚とすれば、一定の要素を欠くという意味で非典型婚といえることができるであろう。⁽³⁾ 学説は、この非典型婚を婚姻意思の内容としていかに構成するかに関心し、周知のように実質意思説、形式意思説、法定的効果説に分かれていると一般に理解されているようである。なかでも最近では、法定的効果説に対する支持がしだいに強まっているようにみえる。⁽⁴⁾ これらの学説は、実体関係をすべて捨象してしま

う形式意思説を除いて、多様な婚姻関係の実体を統一的・一元的な「意思」にとりこもうとするもので、民法規範の構成に忠実な態度ではあるが、その方法自体すでに逆説的な性格をおびているようにみえる。

非典型婚についてわがくにでは、これまでとくに「仮装婚」がとりあげられることがあったが、従来の議論では錯誤の側面から論じたり、あるいは、限界的事例を扱いながら婚姻意思の本質を浮きぼりにして、統一的な身分行為論の意義を明確にしようとの発想に基づいていたようにおもわれる⁽⁵⁾。しかしながら、いわゆる仮装婚において当事者には婚姻に向けられた内心の効果意思に一致する表示があるのだから、錯誤を論じるだけでは充分でなく、また、現在では非典型婚それ自体の意義と構造を直視して、どのように法律効果を理論上付与するかを考えることが重要であるとおもわれる。このような見地から、本稿では法律行為論からみた非典型婚の特質に検討を加えるとともに、非典型婚の中から特徴的なくつかの類型をとりあげ、具体的に個々の非典型婚がどのように処理されているかを考察したいと考えている。

フランスの非典型婚をとりあげることに格別の理由はないけれども、われわれはフランスにも非典型婚の存在可能性があり、その法的処理を検討することによりわがくにの婚姻意思論に対し一定の寄与をなすことができると考えている。フランスの婚姻方式は身分吏の前で当事者が意思表示を行う強制的民事婚主義であるために、身分吏によって婚姻意思が確認されることからいわゆる仮装婚の生じる余地はないとも思われる。しかし、いかに身分吏の権限が形式的権限以上のものであっても、婚姻は当事者の合意にもとづくとの原理のもとでは、身分吏が当事者の内心を完全には把握しえない以上、婚姻制度からみれば、異質なあるいは不完全な目的をもちながら当事者が挙式を行うことは可能である。このようにいわゆる「仮装婚」の存在可能性は、わがくにの届出制度の簡易性によって与えられているのではなく、近代的民事婚の一方で制度でありながら、他方で当事者の意思に基礎をおくという構成そのものうち

に与えられているのである。ここに、わがくにフランスを比較するための基礎が存在している。このような認識にもとづいて、本稿では、フランスの非典型婚として臨終婚、目的婚⁽⁶⁾、嫡出子とするための婚姻、性交渉なき婚姻とありあげ、具体的にどのような法律構成によりながら処理されているかを考察し、わがくに婚姻意思論の方向を探ることにしたい。

(1) 丸山茂「婚姻意思と届出」『現代民法の基本問題』第一法規出版・一九八三年）八九頁。

(2) 星野英一「身分行為の要件に関する二、三の問題」『民法論集第四卷』有斐閣）三八二頁。

(3) 「非典型」の用語を論理的に援用されたのは福地俊雄「身分行為の理論―届出成立要件説批判の概要―」『現代家族法大系1』有斐閣・一九八一年）八九頁以下、である。

(4) 最近のものでは佐藤義彦「身分行為論管見」『現代家族法の課題と展望―太田武男先生還暦記念』有斐閣・一九八二年）一頁、宮崎幹朗「婚姻の届出と意思―婚姻意思をめぐる判例を中をに―」九大法学四四号（一九八二年）一頁。

(5) 山島正男「身分行為における意思と届出(1)―仮装身分行為の効力について―」北大法学一六卷二―三号（一九六五年）八九頁。

(6) 本稿では仮装婚の用語に代えて目的婚の用語を用いる。その理由については後述八二頁参照。

第一章 臨終婚 *marriage in extremis*

臨終婚は、婚姻の後に配偶者が死亡するすべての場合をさしているのではなく、死の床にありながら婚姻の合意を行う場合に限定して理解されている。⁽¹⁾つまり、臨終婚では配偶者の一方が死に至ることが客観的に明らかかな状態で婚姻の儀式を行う場合をいい、結婚した後でたまたま事故によって死亡したような事例は含まれていない。

そこに、臨終婚の意思（合意）をめぐる特殊な問題が生じてくる。というのは、フランスでは周知のように、婚姻の形式に関して強制的民事婚主義をとっており、婚姻当事者は身分吏の立会のもとに挙式を行い、婚姻意思を表示することになっているからである。したがって、まず第一に、もし当事者が市町村役場において婚姻の意思を表示しな

くてはならないとすれば、死の床にある婚姻当事者は婚姻の形式を履踐することができないことになって、形式の点ですでに婚姻は不可能ということになる。この点について、フランス民法典原始規定はなんら言及していないのであるが、実務上の慣行では身分吏が死の床へ出向くことが広く行われていたことから、一八五二年一〇月一五日司法大臣の通達によってこの慣行が追認され、さらに一九一九年八月九日の法律が民法典第七五条を改正し、「重大な障害」のある場合には、挙式のために身分吏が当事者の一方の住所または居所へ赴くことができるとされ、⁽²⁾それによって臨終婚は形式上の点では、何ら問題ないことが確認されたのである。

第二の問題は、死に直面している者の婚姻への同意が真に婚姻意思と評価できるかという問題である。フランスでも臨終婚は多くの場合、死に臨んで過去の非法律的婚姻関係・コンキュービナージュを正当化するために行われるのであるが、このように生まれると同時に消滅し死を予定する婚姻が果して法律上の婚姻といえるか、言いかえれば、婚姻は生存のための結合であるとする考えからは、臨終婚では、婚姻における権利・義務の履行が期待できないので、当然に婚姻としての内容が備わっているかどうかということが問題となる。さらに、死に瀕している者が婚姻同意のための正当な意識を持つことができるかという心理学上の前提問題がまず検討されねばならない。

心理学上の問題については、死に瀕したものがその意思を変えて結婚しようとする⁽³⁾こと自体が知的作用の衰退を象徴するものであるとの考えもあるが、知的作用は器官の最も完全なる流出物としてあるのではなく、身体的作用に基づく魂の機能として存在するとの考えが一般的に承認されている。無意識の作用を認める限り、危篤状態にあって感覚が衰退しているなどの魂と外見との分裂は知的作用の阻害とならないのである。⁽³⁾心理学的にこのような理解がなされるならば、問題はそれを法律上どう取り扱うかになることになろう。

歴史的にみればフランス古法のもとでは、一六三九年一月二六日オルドナンス第六条が死のまぎわになって夫が

結婚しようとする女性との間に生まれてきた子は相続について直系としてであれ、傍系としてであれ、一切の権利を取得しないことを定め、臨終婚に対して否定的な態度をとっていたとされている。しかしながら、一七六二年版の『法律用語、オールドナンス、慣習および実務をふくむ法と実務の辞典』⁽⁴⁾と題されたフェリエールの辞書によると、一六三九年のオールドナンスより以前は、死に直面するときに契約と儀式の行われる子をもうけたコンキューバンとの間の婚姻は、正当かつ有効であると考えられていた。その子は嫡出子の資格を取得し、父を相続することができるとされている。一六三九年のオールドナンスが何故臨終婚に関し、少くとも民事上の効果を否定したかは問題である。オールドナンスが民事上の効果を否定するのは二つの要件を充たす婚姻についてであり、そのひとつは、コンキュービナージュが婚姻に先行することで、ふたつは当事者の一方が死に瀕していることである。それゆえ、一六七五年七月八日の判決では、不品行な性的交渉のなかったもの同志の臨終婚が有効とされているし、反対に、不品行な交渉をしたものでも死に直面せず健康な状態で婚姻がなされるならば、むしろ不品行の関係が治癒されると考えられ、その婚姻はサクラメントにおいてばかりでなく、民事上も有効とされているのである。このことからすれば、臨終婚の非合法化の根拠は、コンキュービナージュの不品行とされる性的交渉関係への消極的評価と死亡によるその回復不能性におかれていて、子の嫡出化や相続権の付与を一六三九年のオールドナンスは重視しなかったものと思われる。

コンキューバンが臨終婚をなすことへのこのような非難について、民法典編纂過程では、立法府においてブーティユが次のように述べている。彼は「⁽⁵⁾臨終婚の名において禁ぜられた誓いへの非難については、正義よりも高慢な偏見が支配してきた。むしろ、この点に関する立法者の沈黙は完全に支援されるべきである」と述べて、オールドナンスへの反対意思を示したのである。民法典制定後の判例では、「今日の立法は、より高い見地に立って、(古法とは)反対に、社会がかかる態様の分配を正当視すること、また生存配偶者ならびに子どもたちに対して正統化の名譽を与える

ことに利益を持つと考える、立法の議論においてそのことは公式に宣明されている。もし婚姻が今日、同等の条件の下で契約されうるものであるとすれば、配偶者がその家において有効に婚姻できるということは不可欠の要請である⁽⁶⁾と述べる判例が存在し、最も端的に臨終婚の根拠を示している。この判例によって臨終婚の正当化の理由は、第一に生存配偶者や子どもの正統化を社会が要請していること、第二に婚姻の機会は、死に瀕している者も健康なものも平等であらねばならないとする、平等観にあることが明らかにされている。このような婚姻観の変化が、身分吏の出向という手続上の問題を抵抗なく解決し、判例上形成された慣行に従って、先にあげた一九一九年法が臨終婚を法制上容認することを明らかにしたのである。

そこで、検討すべき問題の次元は、死に瀕した者が民法一四六条にいう真に婚姻の意思を持っていたかどうかの証明の問題へ移行し、婚姻の意思が存在するか否かの判断をだれに委ね、何を素材として行うかということが問われることになるのである。

婚姻意思の判断を身分吏に証明させるとすれば、身分吏が婚姻意思を認めたからこそ挙式を行ったのであるから、常に意思の存在が認められることになって妥当でなく、また他方、当事者である配偶者に行わせることも、利害関係人であるために適正を欠くことになる。結局、この証明は、裁判官に委ねられた事実問題ということになり、裁判官はさまざまな手段を駆使して判断しなくてはならない。レイモンは、婚姻意思の存否に関して相反する結論を出した二つの判例をあげて、この問題を分析しているが、われわれも彼にならってこの二つの判例を検討することにしよう。

一八五二年一月一四日ポルドー控訴院判決は、婚姻意思を肯定する下級審であるポルドー民事裁判所の判決全文を引用する。本件は、数年間イタリアに滞在するフランス人のアレクサンドル・ドジュールが一八四九年一月二十九日に、死の直前になってローザ・バレローニと挙式をしたというもので、婚姻意思の存在を肯定して、判決は次のよ

うに述べている。

「アレクサンドル・ドジュールの意思欠缺を理由にその婚姻を攻撃することはできない。理性に加えられた圧迫の結果によって、その作用と自由とを全く失ったということはできない。なかならず訴訟上のすべての書証、医者達による証明、死の病にあるアレクサンドル・ドジュールを助けた聖職者達、その病の性質、これらは、彼が最後の瞬間においてまで彼のすべての知的機能の完全な作用を保持していたことを意味し、ならびに、彼が実際、死に直面しながら少くともその妻と子どもに対して、身分を保証しようとしたことを承知していたことの証左である。」⁽⁸⁾

この判決は、婚姻意思をどのように判断するかについて、裁判官が訴訟上の証拠、医者、死に立会った聖職者、病の性質などを総合的に判断して決定するものであることを示している。と同時に、婚姻意思は、妻や子どもに身分を与えるという婚姻効果を認識しているかは重要でなく、婚姻そのものへ向けられた主観的同意の存在を証明することが重要であることが明らかにされている。

一八七二年三月二〇日パリ控訴院判決は、婚姻意思について詳細な分析を加え、婚姻意思の欠缺を理由に婚姻を無効とするものである。アシル・ユンベールは、イルマ・ランベールと関係をもち、娘をもうけていたが、常々ランベールと結婚をする意思のまったくないことをもらしていた。脳の病でユンベールは療養所に入っていたが、一八六八年一月一日に病状が突然悪化し、行動と感覚の機能が急速に犯され、三日後の一七日に死亡するに至った。死亡の前日の一六日には司祭がランベールとの関係をきちんとするようサクラメントをなせと説き、翌一七日にユンベールのとりまきが婚姻の準備を整え、死に向かいつつあるユンベールに《Oui》か《Non》かを尋ねる方法によって挙式を行った。その一時間半後にユンベールは死亡するに至ったという事案である。

判旨は、このような事案こそ、立法者が民法第一四六条において定立した「合意なき婚姻は存在しない」との原則

を適用すべき例であり、問題は婚姻を認識して自由意思に基づいて同意をなしたかどうかの検証にあると述べ、次の理由で婚姻意思を否定したのである。

第一に、ポティエのいうように「有効な婚姻に必要な合意は、完全なる合意、自由でかつ自発的な合意である」が、本件ではウンベールの主体性や自発性はまったく欠けている。第二に、病に犯されたウンベールが理性を正常に維持していたか疑問である。三人の医師が一六日午後二時に集まり、ウンベールを診察したが、その時点で三人の医師はウンベールの生命が絶望的であることを確認しているし、挙式が行われた一七日午前九時半に、ウンベールが理性をもちえたかについて、一人の医師は挙式の際部屋を出ていたので証言できないと語り、いま一人の医師はウンベールは質問を必ずしも理解していないと証言し、さらに他の一人の医師と司祭は、挙式に立会いはしたがこの点に関してははっきり断言することはできないと述べている。つまり、ここで明らかにされていることは、三人の医師と司祭のすべてが判断を留保し、意識が正常であったことを誰一人として積極的に肯定はしていないことである。さらに第三に、ウンベールはイルマに対して約六万フランの贈与による生活保障を行っていること、また常々、イルマとの結婚をする意思はまったくなくないことをもらしていた。このような事情を判断することによって、判旨は婚姻意思を否定したのである。

これら結論の異なる二つの判例をみることによって、われわれは少くとも次のことを理解することができる。婚姻意思が真に自由かつ理性の支配下に表示されたかどうかの判断は、まったく裁判官の自由な裁量に委ねられていて、裁判官は死者の従前の意思、医師や司祭の証言、生活保障がなされているかなどを総合的に判断することができる。⁽¹⁰⁾しかしながら、判断の方向は、婚姻という観念的存在へ向けられた正しい認識があるかに向けられており、純粹に意思主義的、心理的なものへの判断であって、事実の中に意思を発見していくという方法ではないことに注意しなくて

はならない。

臨終婚に関する以上の考察によってフランスにおいて臨終婚は、コンキェビナージュへの非難から子の嫡出化・配偶者の正統化の肯定という思想的背景の転換を基礎として、手続上の合法的手段を獲得し、特殊な婚姻類型 (Catégorie special) としてその存在が容認されてきたことが示されたとおもう。ここでは、通常の婚姻に伴う共同生活は予定されていないので、婚姻意思も同性の予定を内包せず、婚姻という純粋な観念を受け入れるかどうかが問題とされているのであり、それは、挙式において身分吏が《Oui》か《Non》かを問う形式によって一層強調される結果となっているように思われる。それゆえ、婚姻効果へ向けられた意思是、内心にとどまりあえて婚姻意思として考察する必要もないということになるのであろう。この点については次項で改めて考察することにした。

(1) Guy Raymond, *Le consentement de époux au mariage*, L.D.G.J., 1965, p. 105. この文献は、婚姻意思を総合的に検討するフランスにおける重要な文献の一つであるとおもわれる。

(2) 「重大な障害」には、病気や事故だけでは該当しない。治療できる障害の場合は単に挙式を遅らせればいいのであって、挙式の遅延が深刻な損害を与えるときにのみ「重大な障害」ということができる。その例としては、出産予定日の迫った妊婦などがあげられる。臨終の場合は当然に「重大な障害」となるが、危篤状態におちいった場所が住所ないし居所以外の所であるとき、現に存在する場所で身分吏が管轄を超えて、挙式を行うことができるかは問題である。立法者はこれを認める意図であった、とされている。(一九一九年九月二二日通達、*Bill*, *Législ. Dalloz*, 1919, p. 688, 1^{er} col.) *Planiol et Ripert par Rouast, Traité Pratique de Droit Civil Français*, t. 2, 1952, n° 198.

(3) Guy Raymond, *op. cit.*, p. 107.

(4) Claude-Joseph de Ferrière, *Dictionnaire de Droit et Pratique*, 5^e ed., 1762.

(5) Fenet, *Recueil Complet des Travaux Préparatoires du Code Civil*, 1827, reimprimé 1968, t. IX, p. 203.

(6) *Tribunal civil de Marseille*, 26 mars 1870, adoptant le motif par C.A. d'Aix, 18 août 1870, D., 1872, 2. 249. 本件は、一八六九年七月二〇日に死を前にしてビクトル・グラヌー氏がコルパン婦人と挙げた婚姻に対して、氏の息子である原告エミール・グラヌーが民法一九一条の規定する挙式の公開性の要件に違反するとして、婚姻無効の訴を行ったものである。争点は、もっぱら手続上の要件を充たすか否かにある。

たが、判決は臨終婚を有効としている。

(7) Guy Raymond, *op. cit.*, pp.109-111.

(8) C.A. Bordeaux, 14 janv. 1852, D. 1853.12.178.

(9) C.A. Paris, 20 mars 1872, D. 1972.2.109.

(10) 裁判官がまったくの自由裁量で判断できるかは問題のあるところである。破毀院一九六八年一月二二日判決は、事故にあった息子が婚姻した翌日に死亡したのに対し、息子の両親が婚姻無効を訴えたというものである。両親は上告の理由として、第一に婚姻意思は婚姻の時に判断されなくてはならないのに対し、原審は、挙式前の息子の態度をもとに判断したこと、また第二に、合意は実質的に表明されねばならないのであるが、息子は涙と視線という単なる身振りで答えたにすぎないことを主張した。破毀院は、第一点について、原審は挙式前の合意を判断したものではなく、挙式の際の態度を解釈するために、その判断の素材として、婚姻への希望を顧慮したにすぎないとし、第二点については、意思の存否をあらゆる態度を素材として決定するのは裁判官の裁量に属するとし、婚姻意思を肯定する原審を支持した。このように破毀院は、裁判官の自由裁量を認めるけれども、あくまでも判断の対象は、挙式時の意思ということであって、完全に裁判官は自由というわけではない。Cass, 22 janv. 1968, D. 1968.309.

第二章 目的婚 *marriage pour but déterminé*

一 目的婚の存在可能性と意義

先に取りあげた臨終婚の問題は、もっぱら臨終婚の成立を認めるか否かに焦点があてられていたために、手続面では身分吏の出向が可能であるか、実体面では、死に向かいつつあるものが婚姻に対して《Oui》を正常な意識の下に表明できるか、その証明を何如に行うかが論じられたのであった。そのため、身分吏の前でなされた《Oui》の内容については観念的、抽象的に想定される婚姻を表明していることが前提とされていて、この場面で《Oui》の中身をこゝとさら問うことは行われていなかった。しかしながら、婚姻当事者が身分吏の質問に対して、民法七五条に定める形式に沿って「互に夫とし妻とすることを欲する申述」として *Oui* と答えたとしても、その内容においては婚姻制度

とは異なつた事柄を想定していることがある。このように、フランスにおいても婚姻制度の冒用ともいふべき現象が存在しうるのであり、それを生み出す法律上の根拠はつぎのような点にあると思われる。フランスの身分吏の役割は、通説的見解によれば、単に婚姻の宣言を行うのではなく、⁽¹⁾当事者の意思を確認するとともに、法の名において当事者を結びつけるという意味で、婚姻儀礼の構成要素であるとされている。⁽¹⁾しかし、このように身分吏が形式的権限以上の役割を果たすとしても、なお身分吏は当事者の内心を完全には知りえない以上、当事者の内心の意思が婚姻制度へ向けられているかどうかを判断しえない事態が発生し、婚姻以外の目的のもとに挙式の行われる場合が生じてくる。さらに、そもそもフランス民法の中に婚姻のいかなる定義も与えられていないために、いわゆる婚姻意思と当事者の具体的意思を比較すること自体、困難なのであるが、しかし、そうであっても法律が婚姻上の地位としての配偶者資格に結びつけられた権利・義務を定めているので、当事者が婚姻を規律する諸規則を部分的あるいは全体的に排除する事態が生じる可能性がある。すなわち、目的の限定された、あるいは他の目的に向けられた婚姻を認識することは可能であり、そのような婚姻が生じる余地が存在するのである。⁽²⁾

このような目的の限定された、あるいは婚姻制度以外の目的に向けられた婚姻は、フランス法において、歴史的にはさまざまな呼称が与えられてきた⁽³⁾のであるが、*仮装婚 (marriage simulé)* の用語が最も一般的に使用された。しかしながら現在、学説において、事態を適切に表現する用語として必ずしも妥当でない、との批判が大勢を占めていることから、本稿では、フランスにおいて一定の時期に支持を得たにすぎない仮装婚の用語を相対化するために、*目的婚 (marriage pour but déterminé)* の用語をもって一般的呼称としたい。この目的婚に対して、判例がどう対応してきたのか、学説はどう考えてきたのかを以下において考察し、婚姻意思をめぐって何が議論され、どのような役割が与えられてきたのかを検討することとしたい。⁽⁴⁾

- (1) Ripert et Boulanger, *Traité de Droit Civil*, 1956, t. I, n°1247. 民事婚において身分吏の果たす役割は、教会婚における司祭の役割より大きいとされている。司祭は、婚姻のサクラメントを授けるのではなく、単なる証人であるにすぎない。
- (2) 婚姻制度の冒用の可能性は、近代的民事婚そのものの法的構造の中に与えられている。婚姻は制度であるけれども、合意を成立要件とすることから、内心の合意を完全には法は統制できない。
- (3) 《*marriage simulé*》, 《*marriage fictif*》, 《*marriage apparent*》などがしばしば使われている。
- (4) この問題については Claude-Isabelle Foulon-Piganiol, *Le mariage "simulé"*, R.T.D.C., 1960, p. 15 et suiv. がわがくにという形式意思説に近い立場から、詳細な判例学説の分析を加えている。本論は、ピガニョルの論文に示唆をうけながら、独自にフランスの判例にあたり、学説に検討を加えたものである。

二 判例の展開

婚姻が一方で制度であり、他方で近代的民事婚が当事者の合意に基礎を置く以上、目的婚のような制度趣旨からは異質な婚姻が生まれてくることは必然だといえる。つまり、目的婚の可能性は近代的民事婚における「制度」であることと「当事者の自由自治」というパラドキシカルな法律構成そのものの中に与えられているのである。そのため、フランスにおいても目的婚が判例に登場したのはきわめて早く、民法典制定後間もない一八〇八年の破毀院判決が最初だといわれ、⁽¹⁾一八一三年エクス控訴院判決の中には《*marriage simulé*》の用語がすでにあらわれている。⁽²⁾目的婚における目的や事実関係は様々でありうるが、フランスの判例は本質を様々に捉え、様々な法律構成を援用して結論を導き出そうとしてきた。したがって、目的婚において婚姻意思の探求がなされるとしても、その内容をどう規定するか、目的婚がその概念規定からどう逸脱するか、しないか、というような判断の構造を必ずしも援用してはいない。確かに、婚姻意思の内容を社会学的婚姻概念との相関において決定し、それを判断基準とする方法は、一つの流れを形成してはいるが、他方では、法規に対するフロード⁽³⁾ (*fraude a la loi* 脱法行為) が存在するか否かを基準とする方法

も主要な地位を占めている。このように判例は統一性をもたないのであるが、一九四〇年代後半に至って、ようやく「*仮装婚 marriage simule*」の法律構成の下に、一定期間の安定をみるのである。しかし、これも嫡出化のための婚姻を有効とする破毀院判決が出るに及んで、動揺をみせている。嫡出化のための婚姻については、われわれには特別の問題関心があるので別項で論じるとして、これらの点について若干の分析を加えることにしたい。

(一) (1) 一八一三年三月四日エクス控訴院判決⁽⁴⁾

事件は、アルディツォニ未亡人が一七六五年に息子のジャンを相続人とする遺言をなし、同時に、二人の未婚の娘には、婚姻することを所有権移転の条件とする五千フランの嫁資設定を行った。娘の一人、ブリジットは嫁資に対する権利を取得するために、一七九八年一〇月二九日にリュック・アミランティという名の乞食と正式な手続を踏んで挙式を行った。二人の間には同居も性交渉もなく、一八〇〇年にリュックは死亡するが、ブリジットは、アミランティ未亡人と自ら名乗り、ジャンの相続人である二人の息子に対して権利を主張したのであるが、息子達は婚姻がフロードならびに虚偽表示であることを理由に、嫁資の引渡を拒んだ、というものである。

判旨は、第一審が婚姻を有効とし息子達に五千フランの支払いを命じたのに対して、婚姻は有効であるけれども、嫁資の引渡は不要であるとした。このように婚姻の効力と嫁資の効力を区別する理由は「契約とその効力は区別されるべき」であり、利益の取得という「条件に関しては、有効性を拒否することができる」のは法の一般原則であるというのである。そこで、第三者を害する意図があったか否かは、婚姻が誠実なもので虚偽がなかったかどうかにかかわらず、リュック・アミランティは極貧で人にパンを乞う境遇で、しかも病気であったことなどを認めて、この婚姻が不誠実なものであることは疑うことができない、としたのである。

判旨は、嫁資をうる目的のために婚姻という手段がとられたが、婚姻自体の効力は、このフロードに影響されない

けれども、フロードの目的は効力を生じないとした。ここでは、目的婚における手段の不適法性によって第三者が害されるかどうか問題の中心となっており、婚姻自体の効力は疑われていないのである。

この判例と同じく、目的婚の効力自体を否定することに対して慎重な態度をとるものに、民法九〇九条の規定の適用を回避するための婚姻があげられる。民法九〇九条は、患者が病中に医者に対して行う生前贈与・遺贈の効力を否定しているが、この規定の適用を回避するために両者が婚姻を行って夫婦財産契約によって贈与する（二〇九四条）方法がとられる。この婚姻では、婚姻後まもなく患者である贈与者が死亡するので、婚姻生活の実体を備えないまま解消されることになり、その点からも有効性が問題とされるのである。

(2) 一八一七年五月二四日パリ控訴院判決⁽⁵⁾

事件は、長い間にわたり主治医であったジル・ド・アンは、その患者であるソワクール婦人と一八一五年四月二二日に結婚をなし、その前日に夫婦財産契約によって婦人の財産の包括贈与をうけたというものである。これに対して、ソワクール婦人の相続人であるリゲル夫妻が婚姻と包括贈与のとき、ジル・ド・アンはソワクール婦人の主治医であり、またその当時、ソワクール婦人の回復の余地のないことは他のすべての医師も認めており、事実二カ月後には婦人は死亡している。このような状態で行われた婚姻は、医師と患者の間の贈与を禁止する民法九〇九条の適用を免れるための手段にすぎない、と夫妻は主張した。ジル・ド・アンは婚姻当時、自分はソワクール婦人の主治医ではなかったため民法九〇九条の適用はありえないし、また、同条は配偶者に対しては適用されない、と反論した。第一審の一八一六年四月九日パリ裁判所判決は「理性や法規は固有の《夫婦財産契約》と《身分状態を規制する契約》とを別々に考えることに反対してはいない」とし、身分関係の変動をもたらす契約と夫婦財産契約とは別個の判断の対象となるとした。そして、夫婦財産契約において、民法一三八八条は契約当事者である配偶者は禁止規定をいかなる侵害

もしてはならないとしているので、禁止規定に対する侵害があるかどうか問題である。ところで、民法九〇九条は、患者の医師への贈与を禁止しているので、この禁止規定といえるが、例外的に四親等内の血族への包括贈与は認められている。このような親族関係が形成され、医師の立場だけでなく⁽⁶⁾ことが自然に行われた場合は、禁止規定に対する侵害があるとはいえないけれども、禁止を逸脱するために意図的に行われる場合には、禁止規定の適用をうけ、贈与は無効となるとした。判旨は、このような法律構成を展開した上で、本件ではジル・ド・アンはあくまで医師としての立場にあったとし、リゲル夫妻の主張を全面的に認めて、贈与は無効であるとした。パリ控訴院は、婚姻は九〇九条による禁止を治癒するものでないとしながらも、事実関係の立証をさらに進めるべきであるとしたが、これらの判決の立場は、婚姻自体の効力を維持することを前提に、目的に関する部分のみ無効とするのである。この判決の論理は、破毀院判決によっても追認されている。一八二〇年一月一二日破毀院判決は、医師と患者が婚姻をしたうえで、患者が夫婦財産契約による贈与をなした場合、その贈与は夫婦の愛情にもとづく自由な意思で行われたことが推定されるが、「このような愛情から引出されるかわりに、あるいは合意の自由な結束であるかわりに、贈与が医師の患者に対する支配や、患者の生命の最後の瞬間に、患者から贈与を受ける目的でなされた権利濫用行為に基づく場合」は無効である、とした。判決では、贈与の効力がフロードになって影響をうけるかの視点から問題が取扱われ、フロードが婚姻にどのような影響をもつかは不問に付されているのである。

(3) 一八五六年四月一〇日リヨン控訴院判決⁽⁸⁾

事件は、一七九五年四月二三日に二三歳のジャン・マリーと当時六八歳であったサペリー未亡人アントワネットの、兵役を免れるための婚姻が行われた。アントワネットは一八〇三年一月一二日に死亡するのであるが、それより以前の一八〇一年二月一〇日にジャン・マリーはシャルロtteと宗教上の婚姻をなし、二人の子をもうけていた。ジャ

ン・マリーとシャルロットの二人は、一八〇六年二月一六日に民事上の婚姻をなしその後、三人目の子(ジューベール夫人)が生まれた。両親の死亡後二〇年を経て、三人の子どもに傍系相続の機会が生じたときに、ジューベール夫人が先の二人の子は姦通子であるから相続権がないと主張したのに対し、他の二人の子が第一番目の婚姻は形式も不備で誠実なものでもなかったので無効である、それゆえ、第二番目の婚姻によって自分達は嫡出子となっているので相続権がある、と争ったものである。第一審は、第一番目の婚姻を有効とし、二人の子どもの嫡出性を否認したのであるが、リヨン控訴院は、第一番目の婚姻を無効として、嫡出性を承認し相続権を認めた。判旨は、婚姻を無効とする理由をもっぱら、公開性の要件の欠缺 *candestinité* にもとめ、兵役を免れる目的であったことや、婚姻共同生活の不存在による虚偽表示 *simulation* は公開性の要件欠缺の補強資料として援用されていて、*simulation* それ自体が無効の理由とはなっていない。このように、婚姻意思の欠缺をもっぱら *candestinité* の要素とのみ考える立場は一九五四年一月二〇日ムラン裁判所判決にもみられる。⁽⁹⁾ これらの判例にあっては、*simulation* は独自の作用を有していないのであって、ここでは、まだ婚姻意思の観点からの問題設定は未成熟であるといえることができる。

(二) 目的婚を「合意なき婚姻は存在しない」との一四六条の規定を根拠に、婚姻意思を中心とする問題設定の方法をとる判例は、比較的遅れて登場する。

(1) 一九二三年七月二一日グルノーブル裁判所判決⁽¹⁰⁾は、收容所に入れられるのを防ぐためにトルコでなされたフランス人とアメリカ人との婚姻について、一方で、性交渉のないことを認めて、この婚姻の合意は虚偽の結合のための形式的約束にすぎず、真の婚姻へ向けられた意思はないとするが、他方では、この婚姻の意思表示には「強迫による瑕疵」があるとも述べて、その論旨は一貫していない。結局、この判例は、婚姻意思の存否を判断の決め手としてはいないが、意思の瑕疵と欠缺とを総合的に判断して婚姻を無効としたものであると理解されている。⁽¹¹⁾

(2) グルノーブル裁判所判決と同様な事件で、フランス人とドイツ人との東ドイツにおける婚姻が問題となったのは、一九五二年六月一六日リヨン控訴院判決である。⁽¹²⁾ 判旨は、フランスにおいて公告のなかったことを指摘する一方、「婚姻は、婚姻当事者の家庭を創設するために相互に配偶者となる意思を確定できない場合には無効とされる」として、婚姻意思の内容を家庭を作るかどうかの實質面にもとめている。このように、この判例は婚姻意思を認定する場合に、婚姻制度の基本的要素を社会学的機能によって確定し、それに向けられた意思をもって婚姻意思と考えようとする点に新しい傾向をみることができるとはならず、この傾向は、判例上定着することはなく、その後の判例では婚姻意思をとりあげるけれども、むしろ仮装婚《*marriage simulé*》の概念が主流となるのである。

(3) 一九四八年一月七日セーヌ裁判所判決⁽¹³⁾

民法一四六条を根拠に法律行為における意思の側面から、*simulation*⁽¹⁴⁾ の法概念を援用して、目的婚の紛争類型に對処しようとするはじめての判例であり、その後の判例のリーディング・ケースとなったものである。

一九四五年五月連合軍に解放されたレネ・ロワゾーは、強制収容されていたチェコスロバキアから、捕虜仲間とともに西へ向かう途中、東ドイツから逃亡しようとするドイツ人の娘ドレ・レズロット・バルチと合流した。アメリカ軍占領区域の東方の限界であるザクセンのオエルシュニッツで、ドレはドイツ国籍を理由に通行を拒否され、自由な通行をするにはドレが婚姻によってフランス国籍を取得しているかが問題であるということになり、そこで、ドレの懇願にレネ・ロワゾーが屈伏し、ドレの逃走を続けさせるという唯一の目的のもとに、二人はオエルシュニッツにおいて、フランス法の定める公告の手続もせず、仮装の婚姻をした。その後、二人はフランスに着いたが、再会することもなく、まして共同生活を営むこともなかった。一九四七年になって、レネがこの婚姻は、一四六条に定める婚姻への合意もなく、公開性の要件も充たしていないことを理由に婚姻無効を訴えた、というものである。

判旨は、次のように述べている。

「一四六条の意味におけるいわゆる婚姻へのまつたき合意は、つぎの場合には欠缺するものと考えられる。ある男性とある女性が束の間においてさえ、配偶者となるいかなる意思もなく、ただ、とりむすぶ意思のない婚約的結合とはまったく別個の特定の結果を彼らがめざして婚姻の外観を整える場合、このような事例においては、真の婚姻 (veritable marriage) の存在ではなく、婚姻の単なる仮装 (simple simulation d'un mariage)、すなわち、いかなる法律上の実体にも一致しない純然たる表見、民法典一四六条および一八四条の規定からすれば、虚偽にすぎない表見が存在する。確かに、婚姻事件に関して、仮装行為の概念に対してはきわめて慎重に接近することしかできないけれども、原因たる事件から確実に仮装行為が導かれ、そして、仮装行為が正確に事実関係と一致しているようなまれな例においては、仮装行為を認める理由が存在することは確かである。」

このように述べたうえで、判旨は、本件の事実関係のもとで、当事者は一瞬たりとも配偶者となるべきいかなる意思もなかったのであるから、仮装行為による婚姻であるとみなし、本件婚姻は無効である、とした。ここで判旨は、事実関係が仮装行為の構成を可能とするときには、仮装婚の構成をとることを明らかにするとともに、そのサンクシヨンは、婚姻の無効をもたらすことを明言したのである。

(4) 一九五八年一〇月一六日パリ控訴院判決⁽¹⁵⁾もセーヌ判決の法律構成と同一の立場をとって「民法典一四六条の意味における合意の欠缺に関して、仮装行為および単純表見を構成する場合には、婚姻無効を認めるのは当然である」と述べる。事案は、ポーランドの政治亡命者の女性がポーランド国籍のままでは故国へもどることはできないので、婚姻によってイタリア国籍を取得すればポーランドへ入国するためのビザを取得することができることから、イタリア人の男性と婚姻をなした。婚姻の当時、二人は周囲の人達に国籍を取得してポーランドへ入国するための婚姻であ

ることを公言しており、また婚姻後も二人は、同じ建物ではあるが階も部屋も別べつにして暮らしており、ポーランド人の女性は継続的に愛人の訪問を受けていた一方で、男性の方はその後まもなく、イタリアへ行ってしまっていた、というものである。

このように、目的婚において判例の法律構成は、法規に対するフロード（脱法行為）、公開性の要件の欠缺を中心とする構成から、偽装行為の構成へと展開し、そのサンクションも目的部分だけの無効から、婚姻自体の無効が定着してゆくのである。

(1) この判例は、目的婚の判例のノートに頻繁に引用され、レイモンは、一八〇八年八月三〇日破毀院判決 (S. 1808, 2.482) をあげているが、わたくしの調べた限りでは、Sirey の当該個所に同判例を見出すことはできなかった。また、Bulletin des arrêts de la Cour de Cassation の一八〇八年の個所にも同判例は記載されていない。

(2) 一八一三年エクス判決のノートは、虚偽表示は婚姻無効の原因として法文には出ていないし、また、虚偽表示による婚姻が無効であるか否かを論じた学説もみあたらない、と指摘している。このことは、近代的民事婚の合意的構成が法律行為としての偽装婚の問題を登場させたことを示しているとともに、この問題に対して「偽装」からのアプローチがひとつの手がかりにすぎないことを示しているように思われる。

Aix, 4 mars 1813, S. chron. 2.267.

(3) La fraude à la loi (法規に関するフロード——脱法行為) とは、公序に関する法規に形式的には違反しないが、実質的にその適用を排除し、法の精神を無視する行為をいう。La cause illicite (不法原因) とは異なる。前者は、契約当事者が契約を締結する際に、いかなる構成をとる、いかなる要素をとり入れるかに関する動機についていわれ、後者は、契約当事者の契約するに至る動機についていわれる。どのような契約を構成するかは当事者の自由にまかされているからその効果も原則として有効であるが、適用を免れようとする法規自体が脱法行為をも含めて無効とする趣旨のときは、契約は無効となる。Jean Carbonier, Droit Civil, t. 4, p. 121. したがって、婚姻の制度的性格を重視すると、当事者には婚姻効果の取捨選択権はないので、目的部分についてのみ無効とするのである。

(4) Aix, 4 mars 1813, S. chr. 2.267.

(5) Paris, 24 fev. 1817, S. chr. 2.241.

(6) 判旨では、配偶関係に入ることと四親等内の親族になることとの間の概念上の混乱がみられるように思われる。患者と医師との婚姻による

贈与の有効性について学説は分かれてゐる。Huc, *Commentaire Théorique et Pratique du Code Civil*, t. 6, n°104; Baudry-Lacantinerie et Colin, *Des donation entre vif ed des testament*, t. 1, n°510 など。民法九〇九条は、患者の医師に対する贈与を禁止しており、但書の例外許容規定に夫婦は含まれていない、との文言解釈によつて贈与を無効とする。Aubry et Rau, *Cours de droit civil française*, 6^e éd., §649, p. 449; Planiol et Ripert, t.V, n°241, p. 333, note 2 をはじめ、多数説は判例と同様な立場をとる。一八九九年五月二五日ダクス裁判所判決 (Tri Dax, 25 mai 1899, D. 1899-2-357) は、もし医者である夫に対して夫婦財産契約に関して制約を課するとすれば、法の下の平等に反するであらうし、また一〇九四条にこのような制限を設ける意図を立法者に見出すことはできないとして、贈与を有効とする。この判決のノートでも、医師である夫の受領能力を否定すれば、民法二二二条に定める婚姻上の協力義務を尽くせないことになるうし、また一〇九四条は夫婦間贈与にかなる制限も加えていない、さらに、四親等内の親族に対して例外規定を設けるのであれば、それよりも一体性の強い夫婦に對してはなお一層、例外を認める理由が存在するとし、法の禁止を免れる意図だけで婚姻が行われたことが例外的に立証される場合のみ贈与を無効とすべきである、としてゐる。

- (7) Cass., 11 junv. 1820, S. chr. 1-164.
- (8) Lyon, 10 avril 1856, D. 1857-2-54.
- (9) Trib. Meun, 20 janvier 1954, G.P. 1954-1-272. ドイツ人がフランス国籍を取得するために、獄中のフランス人と婚姻をしたという事例である。
- (10) Trib. Grenoble, 11 juillet 1923, G.P.T. 1925-1930, V marriage, n°37.
- (11) Foulon-Piganiol, op. cit., p. 226.
- (12) Lyon, 16 juin 1952, G.P. 1951-1955, t.V° marriage, n° 22.
- (13) Trib. Seine, 7 janv. 1948, J C P 1948-2, n°4430. コロドモ clandestinité が認められているが、従来とは反対に、偽装行為を補強するものにすぎなくなつてゐる。
- (14) フランスの偽装行為 (simulation) は、民法典一三二一条に秘匿行為の効力の問題として規定されている。日本民法九四条は、通謀虚偽表示行為の効力を当事者間では無効とする一方で、善意の第三者に対して表示行為の無効を主張しえないと規定し、秘匿行為 (contre-lettre) については言及していない。秘匿行為とは、虚偽の外形行為の全部もしくは一部を変更しまたは否定する秘匿された行為のことをいい、フランス民法一三二一条は、「秘匿行為は、契約当事者間においてでなければ効果を有しない。秘匿行為は、第三者に対しては効力を有しない」と規定する。目的婚において、婚姻効果の一部 (同居義務、協力義務) を排除する合意は、婚姻という外形に対し秘匿行為となるが、判例はこの秘匿行為を無効とするのである。但し、この場合は外形も無効となる点に身分行為の特徴がある。しかし、後述するように、嫡出子とする

ための婚姻には、婚姻後直ちに離婚するという合意がともなうが、この秘匿行為の効力を判例は無効としており、外形は効力を失わないとしている。なお、フランスの虚偽表示に関する簡潔にして要を得た解説として、稲本洋之助『注釈民法(3)総則(3)』(有斐閣一九七三年)一五二頁参照。

(15) Paris, 16 octobre 1958, J.C.P. 1958. II. 10897.

三 法律行為論と「仮装婚」理論

判例によって採用された仮装婚の構成は、教会法の伝統に一致していたために、フランスでは一層受け入れ易いものであったが、ブルダンが仮装行為による法律構成は目的婚を無効とするために選択可能な様々な法律構成の一にすぎず、仮装婚と考えることによりかえって仮装行為の概念があいまいとなると述べるように、学説からはむしろ批判が多い。とくに、マゾーヤピガニョルは判例の立場を強く批判している。この点について考察することにしよう。

(一) 仮装婚 (marriage simulé) の法的構造は、法律行為における simulation (仮装行為) と一致するかということがまず第一に問題となる。

ブーランジュによれば「仮装行為とは、ある契約の結果として虚偽の表示を創出することを意味する⁽²⁾」のであり、また、プラニオル・リペールでは「秘匿される他の契約によってその効果が修正されるか、または否定される表見的契約をなしたときには仮装行為となる⁽³⁾」とされている。この定義によれば、仮装行為においては、虚偽の表示と秘匿された真実の意図の二つの要素が存在し、しかもこのいずれもが契約によって現出されなくてはならないのである。このような要件が存在するときには、虚偽の表示の実現は意欲されていないのであるから、当事者にとってはその外形行為が効果を生じることが予定されていないといえることができる。

さて、このような仮装行為の構造といわゆる仮装婚の構造と比較した場合には、つぎのようなことをいうことができ

きよう。

仮装行為では、表示は当事者の契約によって創出されることになっているが、仮装婚において当事者は、表見 \parallel 婚姻制度を自由に選択することはできない。当事者の自由は、夫と妻になるかならないか、つまり一定の法的地位に入るか入らないかの自由でしかなく、その内容を修正することはできないのである。いいかえるならば、婚姻は法定の制度であるから婚姻契約には、仮装すべき表見についての選択の自由がないということである。

また、虚偽の表見が存在するかということも問題となる。虚偽であることの判断は、当事者の秘匿行為との相関においてなされるのであるから、秘匿行為があつてはじめて虚偽が存在する。ところが、仮装婚の多くの場合、身分占も共同生活もないので、当事者はすでに第三者に対し、婚姻効果を限定する内心の意図を明らかにしている。このように、秘匿行為が存在しない以上、虚偽の表示とはいえない⁽⁴⁾。

さらに、先に述べたように仮装行為では、表示が効果を取得しないことが当事者によって意図されるのであるが、仮装婚ではむしろ、婚姻による一定の法律効果の発生が期待されている。国籍取得⁽⁵⁾、嫡出性の付与などをみればわかるように、婚姻効果の取得が現実的に意図されているといえよう。通常婚 *marriage non «simule»* との違いは、婚姻効果の全部を意欲するか、あるいは、一部を意欲するかという点だけに存するのである。

(二) 婚姻の制度であるという側面を虚偽表示との関連でさらに考えてみると、つぎのようにもいえよう。婚姻において、婚姻当事者は、婚姻という虚偽の表示を一旦創出すると、当事者の意思だけでは制度を否定することはできない。婚姻を否定しようとするのであれば、裁判所において無効の訴訟をするか、離婚の手續をとる以外にない。また、婚姻のさい、当事者は決して、婚姻という虚偽の表示の覆滅を意欲しているのではない。むしろ反対に、婚姻上の一定の効果が永続性をもつことを期待している。ただ、後になって目的が達成されると無効訴訟をすることがあらかじ

め予定されているにすぎないのである。したがって、この場合の婚姻そのものについて《simulé》ということではできず、ただ単に夫と妻になろうと装う当事者意思における誠実さの欠如、つまり同意の仮装があるだけである⁽⁶⁾。問題は、一四六条の合意の内容をどう分析するかにあるのである。

(三) フランスにおいて、虚偽表示の効果は直接に表示の無効を導くものではないので、仮装婚においても離婚なし無効訴訟をしない限り、当事者の同意だけでは、婚姻という外観を消滅させうるものではないことになろう。つまり、虚偽表示自体は、婚姻の無効をもたらすものではないのであるから、仮装婚《*marriage simulé*》を無効とする原因は他にあると考えなくてはならない。そこで、無効を導くのは、一四六条の意味における合意の欠缺にあるということになり、虚偽表示の法的構成は、その効果において無効を導きえないばかりでなく、法律構成としても迂遠なものということになろう。

このように判例は、目的婚の無効を導くために虚偽表示の法形式を援用しながら、実質的に合意の欠缺を問題としているといえるのであるが、意思それ自体の仮装をとりあげる場合に、法技術的にあるいは実際的にも若干の問題が生じる。

ひとつは、証明の問題である。仮装の合意であることが書面によって明らかにされている場合は問題はないけれども、実際上はこのようなことはきわめてまれである。しかも、無効取消の主張は挙式の後に事後的に行われるのであるから、無効訴訟の濫用の危険が存在する⁽⁷⁾。

いまひとつは、前述したことのくり返しになるが、一九四八年セーヌ判決に述べられているように、判例が当事者の合意について、配偶者となるいかなる意思もなく「婚姻的結合とはまったく別の見地から」契約を締結すると性格づける点である。ところが、これは挙式のとぎにおける当事者の現実の意思とはきわめてかけ離れたものである。目

的婚の当事者は、判例のいような婚的結合とはまったく別の目的をもっているわけではなく、むしろ彼らは一定の効果を取得するために、婚姻結合そのものをもとめているのである。このような現実を理解するならば、いわゆる仮装婚は、ピガニョルの指摘するように、契約によって婚姻効果の限定された真実の婚姻 (*le mariage à effets conventionnellement limités*) の問題ということになるであろう。⁽⁸⁾

以上述べてきたことから、目的婚においては①当事者の契約によって虚偽表示の形式が創出されたものでないこと(婚姻の制度的性質)、②秘匿行為にすでに公然性があり、その結果虚偽の表示は存在しないこと、③当事者による婚姻効果(外形行為の効果)の発生が意欲されていること、さらに④虚偽表示自体では無効のサンクションを生まないことが明らかにされ、目的婚に対して虚偽表示 \parallel 仮装婚の構成によってアプローチすることは、事態の本質に合致しないことが示されたように思われる。そして、この問題を同意自体の仮装、いかえれば「婚姻効果が合意により制限された真実の婚姻」としてとらえるべきであるという認識に至った。この立場は、当事者の婚姻生活の実体がどうであろうとも、ともかく婚姻という法的地位に向けられる観念化された意思の存在についての真実性を問題とするのであるが、この問題について学説がどのように考えているかを次にみることにしたい。

(1) 教会儀式における婚姻当事者の一方の言葉がいつわりであった例について、婚姻無効とするイノセント三世の教皇令をめぐり、教会法学者の間に解釈上の争いがあった。このような婚姻を無効とするならば、婚姻儀礼の形式主義に反することになるのではないかという点が最大の争点である。パルムのベルナルは、婚姻は無効であるが、婚姻が *in facie ecclesiae* (宗教的外観のもとに) 公けに挙式がなされたときは、無効は排除されるとした。オステイエンシスは、問題は極めて微妙であり、具体的事情により結論は異なるので、いずれとも判断しがたいけれども、原則的に婚姻の有効が推定され、当事者の言葉がたわむれであることが認められる例外的事情があるときにのみ無効となるとする。婚姻を無効とする立場は、婚姻の性質を純粹に意思的なものと捉える歴史的傾向を示していると考えられる。しかし、教会学者 (*Recretaliste*) は、イノセント三世の教皇令を良心へ向けられた命令としてのみ考えたようである。トレントの宗教会議以降の学説は、中世の学説を精緻化することはなく、みせかけの同意の理論 *la théorie du consentement feint* は、学説上の紛争の種であったといわれる。ただし、イノセン

ト三世の教皇令で扱われているのは、一方当事者のいつわりの同意であるから、当事者双方が合意を仮装する目的婚の例とは全面的に一致するものではないことに注意しておかなければならぬ。Foulon-Piganiol, op. cit., pp. 229 - 231; Mazeaud, J.C.P. 1948. II・4430. note.

(2) Jean Boulanger, Répertoire de Droit Civil, t. 5, 1955, Dalloz, V^e simulation, n^o 1.

(3) Planiol et Ripert, par Esmein, t. IV, 1952, n^o 333.

(4) Foulon-Piganiol, op. cit., p. 232.

(5) ビガニョルは、国籍取得や嫡出性の付与が婚姻効果であるかどうかについてを、①婚姻によってのみ得られる効果と②他の方法でも得られる効果を基準として分けているが、基本的にはむしろ、あらかじめある効果が選択されているという両者の共通性に着目する。Foulon-Piganiol, op. cit., p. 236.

(6) Gaston Legarde, R.T.D.C. 1948, p. 462.

(7) Mazeaud, op. cit., J.C.P. 1948. II・4430.

(8) Foulon-Piganiol, op. cit., p. 235.

四 学 説

判例にあらわれた目的婚の事例において、その目的は①嫡出化のため、②兵役を免れるため、③国籍取得のため、④患者の医師に対する贈与のため、⑤嫁資を得るため、など様々である。これらの目的については、婚姻によってのみ得られる効果①と他の方法でも取得できる効果②とに区別できるし、また別の観点からみれば、法規の逸脱のため②④と法的地位に与えられる特定の利益を取得するため①③⑤などに区別することができる。しかし、一見、統一的に理解することの困難にみえるこれらの事実も法律行為の観点からみたととき、共通する面を含んでいる。つまり、当事者があらかじめ選択する特定の効果を取得するために、婚姻制度に付与される様々な効果を免れようとする意思をもって婚姻をなす点に、共通の性質をみいだすことができるのである。このことはとりもなおさず、婚姻制度を個人的目的達成のための法技術的手段として利用することであり、この行動に含まれる制度全体を総体として受け入れる

意思なき不完全な合意と、目的以外の効果を排除することによって婚姻法規を侵害することの二つの要素をどのように評価するかをめぐり、フランスでも様々な学説が存在している。

(一) 婚姻意思欠缺の理論

コルニユは、目的婚を規定する要因は二つあるという。⁽¹⁾ ひとつは、婚姻当事者が婚姻の本質的目的とはまったく別の理由にもとづき契約を締結することであり、いまひとつは、かかる婚姻の本質的目的とは別の原因 *cause* が当該婚姻の唯一の原因となっている点にある。コルニユの規定では、婚姻の本質目的がまず前提として存在し、その本質との対比において、当該婚姻における原因の非本質性が明らかにされ、さらに非本質的原因の排他的規定性が証明されねばならないことになる。この証明について、コルニユは、極端な年齢差や乞食との挙式などの挙式以前や挙式時の特段の事情以外に、性交渉、同居や身分占有の不存在など、挙式後の事情をも対象とする帰納的判断によって、真に配偶者となる意思があったか否かが確定され、それによって婚姻の有効性を判断すべきだと述べる。このように、婚姻意思を婚姻の本質に結びつけて、婚姻の有効性についての判断基準とする立場では、まずすべてのことに先立って婚姻の本質が明らかにされねばならない。コルニユはこの点についてなんら立入った分析を加えていないが、レイモンはコルニユの立場を支持して、つぎのように論じている。⁽²⁾

婚姻の厳格性を維持するには、法技術的手段として行われる目的婚の無効主張を認めて、誤った表見を否定する可能性を与えるべきである。しかし、他方では、無効主張を認めると当事者のきまぐれや浮動的な意思によって制度が左右されることになるという危険が存在する。したがって問題は、婚姻の厳格性を維持するという要請から、必然的に生じてくる弊害を除去するために、いかなる方法で無効主張を限定するかであり、その方法としては婚姻意思の存否を判断基準とすることが妥当である。ところで、婚姻の本質が何であるかについて民法典は、正面からはまったく

規定していない。それゆえ、婚姻の本質を知ることができず、むしろ離婚に関する規定によってである。

フランス民法では、一方で二二二条が「配偶者は相互に貞節 (fidélité)、扶助 (secours)、協力 (assistance) の義務を負う」として、夫婦間の権利義務を規定し、他方で二二九条は姦通を、二三一条は重大なる暴行虐待を離婚原因としている。また二三一条「配偶者は相互に、一方の他方に対する重大なる暴行、虐待、侮辱を理由として離婚の訴を提起することをうる」の「重大な侮辱」(injures grave) は拡大解釈されて、夫が家族の主であり、家族と婚姻の一体性を立法者は予定しているとの考えから、家族の遺棄も離婚原因となるとされている。⁽³⁾ これらの要因から演繹される要素によって婚姻の本質を導くならば、フランス法では婚姻は家族の基礎として存在し、生計をともにし、肉体的・精神的の両面を含む共同生活の状態を法は制度として承認するものといえることができる。レイモンは、このように述べて、婚姻意思とは共同生活の意思 *une volonté de vie commune* であるし、婚姻の本質的目的を構成するのは、このような要素であり、婚姻生活の意思 *affectio matrimonialis* をもつことがこの制度の本質を実現しようとするのである。目的婚の無効取消はかかる要素を配偶者が意図しているかにより判断すべきであるとする。

しかし、このように婚姻の社会的目的と本質とを確定して婚姻の有効性を判断することに対しては強い批判が存在する。まず第一に、何を婚姻の本質的效果とするかは極めて微妙で難しい問題である。第二に、共同生活の意思を婚姻意思とすることはすでにフランス法が臨終婚を認め、共同生活の予定されない婚姻を有効とすることと調和がとれないという点である。すなわち、実質的な婚姻意思の欠缺を判断基準とする立場は、基準としてのあいまいさを批判されるとともに、実定法との矛盾を内包している点に問題があるとされている。

(二) 意思の瑕疵の理論

ラギヤルド⁽⁴⁾は、身分吏はまさしく挙式をとり行うのであり単なる証人ではなく、彼の前で行われる挙式は仮装され

ることはありえない。このようなニュアンスを与える「仮装婚」の表現は不正確であり、仮装されているのは婚姻当事者の合意であると指摘する。さらに、彼はもし当事者の合意が仮装され、真剣なものでないとすれば、それは当事者に自由がなかったということである。それゆえ一定の政治情勢のもとで、国境を越える目的で国籍を得るために行う婚姻は、その意思に瑕疵のあるものと考えられると主張し、仮装行為を選択する過程に自由が存在しえたかどうかに着目して合意の瑕疵に無効原因をもとめるのである。

合意の瑕疵の理論は、婚姻当事者が精神的強制を受けていたことが情況によって立証されると民法一八〇条「婚姻当事者の双方もしくは一方の自由な合意なくして契約された婚姻は、配偶当事者によって、あるいは、自由な合意なき者によって攻撃されることができ」という規定によって目的婚を無効とするものである。したがって、反対に、精神的強制がなく合意が自由に行われたことが立証されると、婚姻は有効に存続することになる。ところが、目的婚の場合は、当事者には婚姻を目的達成のための技術的手段とする自由な意思のあることが多く、実際上この理論は有効性を持つことが少い。また、「強制された」といえるかの判断はきわめて主観的なものであり、さらに、身分行為の特殊な性格からしても「強制された」と認めることは相当に困難である、などの批判が可能である。

③ Causa の欠缺の理論

ブルダン⁽⁵⁾は、目的婚の解決のために判例が仮装理論を援用するのは仮装概念をあいまいにして危険であると批判し、問題は、目的婚を無効とするためにどのような法律構成を採用するかにあると主張する。民法典一四六条は、合意なき婚姻は無効であるとしているが、その内容に関してはいかなる定義も下していない。そうであれば、裁判所は、合意の性質や価値に関して自由に評価を下すことができるのであるから、仮装の合意を法律行為(acte)へ向けられたものでなく、単に結果(resulte)へ向けられたものにすぎないと考え、合意の欠缺の事例であることもできる。そ

してその場合に援用する論理構成として、目的婚については、原因理論 (La théorie de la cause) によって無効の結果を導くべきであるとするのである。⁽⁶⁾「当事者の一方が何ら対価を期待していないのに債務に拘束されるとする場合、より正確に言えば、表見上約束されたもの以外の対価を期待して、表見上の債務に拘束されるとする場合、原因なきあるいは虚偽の原因により、原因の虚偽のあるいは隠された約束があるということは、法文の精神や文言をゆがめることにはならないであろう」⁽⁷⁾。ブルダンはこのように述べて、フランス民法二三一条「原因なき、あるいは虚偽の原因に基づき、あるいは不法の原因に基づく債務関係はなんら効果を有しない」を目的婚に適用することによって、その無効を導こうとするのである。すなわち、婚姻を双務契約と考えると、目的婚において当事者は、もはや他の人とは婚姻することができないという拘束を受けるが、当事者の一方は国籍を取得し、国境を越えるという利益を得ているが、他の一方は、拘束はうけるけれども対価として何も利益を受けていない。したがって、ここでは債務に相互性がないことになって、この契約は無効になると考えるのである。

原因論は、合意それ自体の内容を探求する立場と異なつて、対価が存在するか否かが判断の対象となるので、客観的な判断が可能であり、内面的動機に立入る必要のないことや、効果について、債務に関して対価をうけていない当事者が善意者であるときにのみ無効を主張できるという融通性をもつという利点があるとされている。⁽⁸⁾

にもかかわらず、この立場は、婚姻と契約とを同一視して、婚姻の側面だけをみているとの批判がある。つまり、婚姻上の義務は、対価を受領したことから生まれるのではなく、婚姻義務が互に相互的な性格を持つとしても制度そのものに内在的に発生するものである。すなわち「婚姻は *domant dominant* 与えられたものは返さねばならない」⁽⁹⁾の定式の中に要約されるような法律行為ではないし、また、そのようなものであってはならないのである。対価性の存否の判断のみによって結論を導くことは、婚姻の制度的性格に反しており妥当でない、というのである。

四 法規に対するフロード(脱法行為)の理論

《*Fraus omnia corrumpit*》(いかなる詐術も利用できない)の法格言の適用によって目的婚の問題を解決する立場はすでにみたように、初期の判例にしばしばみることができた。この理論は、①法律上ないし契約上の強行規定の存在、②強行規定の適用を免れようとする意図、③この目的のための有効な法的手段の行使の三つの要素が存在するときに、当事者によって追求された結果は効力を持たないというものである。¹⁰⁾判例では、嫁資を取得するために乞食と婚姻した例、民法九〇九条の適用を免れるために医師と患者が婚姻をなした例、兵役を免れるために四〇歳以上もの年上の女性と結婚した例について、法規に対するフロードの理論が適用されたのであった。

しかし、この理論についても目的婚全般に及びうる有効な理論であるか、あるいは手段として使われた婚姻自体を有効とし目的の有効性を否定することに問題はないかとの指摘がある。子の嫡出化のための婚姻や、国籍取得のための婚姻には、強行規定を免れる意図をみい出すことはできない。もともと、嫡出化や国籍取得は、婚姻に対してあらかじめ付与された効果であって、この場合には「有効な手段の正当な使用による不適法な結果の実現を意図しているのではない。有効な手段の不正な使用によって適法な結果の実現を目ざしているのである」¹¹⁾。すなわち、結果の実現についてならフロードはなく婚姻制度の不適法な使用があるにすぎないのである。この問題をさらに、サンクションの側面からみると、次のようにもいえよう。子の嫡出化の場合を例にとつていえば、法規に対するフロードの理論を適用すると婚姻は有効性を保持し存続するが、子の嫡出化という法律効果を取得することはできない結果になる。このような結果は、婚姻を維持しながら婚姻の本質的效果である子の嫡出化を否定するのであるから、婚姻の制度趣旨にまったく反し、婚姻を形骸化することになる。

五 婚姻の公序性理論

ピガニョル⁽¹²⁾は、この問題についてつぎのように述べる。婚姻に関して公序を顧慮する明文はないが、民法第六条の「特定の契約にもとづいて公序良俗を規定する法規を侵害することはできない」とする包括規定は、個別的事定法の不在の場合に裁判官に対して、実定法規から独立して立法者の精神をもって判断を加えることを認めたものである。そして、家族法規は強行法規であるから、当事者の自由な契約によって法規の認める権利義務を侵害することはできない。とくに婚姻は、厳格性・制度的性質が強く、当事者に対して一括して効果を付与する。つまり、当事者の動機が何であろうとも、婚姻効果のすべてが発生するのであり、意思主義は契約の領域にのみ妥当し、厳格な様式性の下に身分吏の面前で行われる行為には適用することはできない。また、このように婚姻は私的自治の介入できない領域であるので、条件や留保をつけることは公序に反する。したがって、婚姻において、効果を取捨選択する契約上の限定条項はすべて無効である。しかし、この無効は婚姻自体には及ばないと考えるべきである。婚姻の無効を認めることはかえって、目的達成後、当事者を自由にする結果となり、結局、実質的には不適法な合意に手を貸すことになるからである。このように、ピガニョルは婚姻の厳格性・制度的性質を重視して、一旦挙式が身分吏の前で行われた以上、婚姻は常に有効となるとする。

しかしながら、ピガニョルは他方でこのことが法規に対するフロードにもとづくサンクションを停止するものではないと主張する。制限条項が婚姻の公序性に反し無効とされ、婚姻は有効となる原則と例外的に法規に対するフロードによって禁止規定の潜脱が無効とされることは矛盾しない。つまり、婚姻当事者が婚姻によって国籍を取得しようとすることや、合意により同居しないことなどは法規へのフロード（脱法行為）とはならないが、民法九〇九条の適用を回避するための患者と医師の婚姻は、法規へのフロードであるから、婚姻は有効であるが、贈与行為は無効となる、というのである。さらに、このように考えることは、婚姻の有効性の判断において、当事者の内心の立証を不

要とするので証明の困難さがなくなり、第三者を害することもないという利点があるとされる。

ピガニョルの形式説ともいうべきこの立場に対しては、婚姻当事者が婚姻以外の目的を表明したにすぎないときに、婚姻制度の中へ当事者を強制することは、かえって婚姻の厳格性を傷つけることになるうし、また、このような過度の形式主義は、民法一四六条に示されたフランス法の意味主義に反してすべての心理的過程の探求を放棄することになる、との批判が存在する。⁽¹³⁾⁽¹⁴⁾

六 小 括

学説は、様々な目的婚の類型に対して、法律行為論における種々の概念を援用しつつ、妥当な論理構成を導こうとしている。学説には、当事者の意思を重視することこそ婚姻の厳格性を維持することであるとす立場と、婚姻の要式性・制度的性格を重視することこそ婚姻の厳格性を維持することであるとす立場に大きく分かれ、前者は意思を中心を考える契約的構成に傾き、後者は公序性を強調する傾向にある。とくに、前者では、婚姻上の権利義務は契約上の権利義務としての性格をもつとされているが、後者では、制度そのものから導かれる夫と妻の相互性によって基礎づけられるものと理解されている。果して、実質的な利益衡量の問題としていずれの立場が妥当であるかは微妙な問題であり、にわかに判断しがたい。レイモンが、形式説が虚偽の婚姻を有効とする弊害を説き、原則的に無効主張を認めなければならないとしたことについてはすでに述べたが、ピガニョルは、これに対して、次のような反論を加えている。ひとつは、婚姻を無効とし、子の嫡出性を否定することは社会的にも重大な弊害となる。いまひとつは、婚姻を無効とすることは当事者の計画・目的を挫折させることになるという意見は現実的でないという点である。つまり、判例の大部分の事例では婚姻の無効を認めることの方が当事者に都合のよい結果をもたらすことになるというのである。ビザを取得し国境を越え、兵役をのがれたあとは婚姻は存在意義を失ってしまう。このように選択された

目的がただちに実現され、継続的性質をもたない場合には、婚姻を無効とすることの方が当事者を外形上の婚姻的拘束から解放し、当事者にとって目的を目的にとどめるといふ有利な結果を認めてしまうことになる、といふのである。⁽¹⁵⁾ 学説をサンクションの側面からみるならば、仮装行為論や合意の欠缺ならびに瑕疵の理論では、婚姻効果について全体として有効か無効であるかの択一的発想をとるが、法規に対するフロードの理論を適用する公序理論では、婚姻自体の有効性とは別に個人的目的の効力が脱法行為となるかの観点から、個別に判断されているので、結論にニュアンスをもたせることができるという利点がある。しかしながら、このような論理構成によって導かれる結論とは別に、子の嫡出化のための婚姻については判例、無効的構成をとる学説ともに婚姻を有効とする点では一致しているのである。嫡出子とするための婚姻を有効とするために判例・学説がいかなる努力をはらっているかを次章で検討し、さらにこの問題を考えていくことにしたい。

(1) Gérard Cornu, Centenaire, D. 1959, chronique, note (3), p. 215.

(2) Guy Raymond, Le consentement des époux au mariage, L.G.D.J. 1956, p. 117.

(3) フランス民法典原婚規定二三三条は、「法の規定する方法をもって法の規定する条件の下に、その立証に従い表示された配偶者相互の執拗なる合意は、共同生活が堪え難く、彼らに関しては、離婚の厳然たる原因のあることを充分立証するものである」とし、合意による離婚を認めていたが、一八八四年の改正によって、姦通(二二九条)、重大なる暴行虐待、重大なる侮辱(二三一条)、身体的・名譽的刑の宣言(二三二条)に限定された。さらに、一九七五年の離婚法改正で離婚原因は次のように改められた。「次の場合に、離婚は宣言されることができるとあるいは、相互の同意——あるいは共同生活の破綻——あるいはフォート(有責事由)」(現行フ民法二二九条) 合意による離婚を認めることの改正が婚姻観の変化とどのように関係するかは興味深い問題である。この点については、さしあたり、Daniel Dumusc, Le divorce par consentement mutuel dans la législation européenne, Librairie Droz, Genève, 1980. が参考となる。七五年離婚法改正についての文献は数多くあるが、立法関与者の解説として J. Carbonnier, La question du divorce, D. 1975, chron., p. 115. また P. Raymond, Les diverse Visages du divorce 1976, D. 1976, Chron., p. 141 が参照されるべきである。なお、一九六〇年代以降のフランス家族法改正の経過とその意義については、稲本洋之助「第五共和制下における家族法改正概要」(『家族—政策と法—4』一九八一年(東大出版)二五三頁に詳細な分析がある。

- (4) Gaston, Lagarde, R.T.D.C. 1948-462.
- (5) Jean Denis, Bredin, Remarque sur la conception jurisprudentielle de l'acte simulé, R.T.D.C. 1956, pp. 276-7.
- (6) 原因なき債務を無効とするのは「意思主義の原則により要請されている。意思が債務を負担する充分な理由を内包していない場合には、契約を維持するべきではない」と主張する。Ripert et Boulange, op. cit., t. II, n°298.
- (7) Bredin, op. cit., R.T.D.C. 1956, n°28.
- (8) Ripert et Boulanger, op. cit., t. II, n°300 は「原因なき債務における無効の性質は絶対無効 nullité absolu であるが、原因の欠缺は、原因の存在についての錯誤を顧慮するので、かかる錯誤無効は錯誤に陥ったものだけが主張できるという意味で相対的無効 nullité relative である」と主張する。
- (9) Foulon-Piganiol, op. cit., p. 242.
- (10) J. Carbonie, Manuel de Droit Civil, t. I, 96 et 99.
- (11) Foulon-Piganiol, op. cit., p. 246.
- (12) Foulon-Piganiol, ibid., p. 248 et suiv.
- (13) Guy Raymond, op. cit., p. 116 は「この形式主義はおそらく意思主義への反動であらうとしている。ピガニールと同じく、形式説をとるものと」 Rousseau, note sous T. Civ. Bayonne, S. 1936-2-124 がある。但し「この判例は子の嫡出化に関するものである。
- (14) スイスの判例は「目的婚に対して仮装理論を排し、権利濫用論（スイス民法第二条）を援用する。婚姻の本質的效果を排除することによって当事者は婚姻制度を濫用するものである」と解するのである。Charles Ofinger, Chronique de droit Suisse, R.T.D.C. 1949, p. 311. 権利濫用論に対しては「制度論の立場から婚姻は濫用できる権利ではない」との批判がある。Raymond, op. cit., p. 117.
- (15) Foulon-Piganiol, op. cit., p. 243.

第三章 嫡出子とするための婚姻

子の嫡出化を目的とする婚姻の問題は、婚姻当事者が婚姻を行う際に、あらかじめ離婚の合意をとりかかわっている点に特徴があり、婚姻後、当事者の一方が離婚に応じないために、相手方から婚姻解消の手段として民法一四六条の合意の欠缺を根拠に婚姻無効の訴がなされるといえるものである。他の目的婚と同じく、この場合も第一に、婚姻は公

序に属する制度であることから当事者は個人的目的のために合意によって制度を修正できるか、第二に、婚姻は厳格な儀式をもってとり行われるのであるから、当事者の動機を問わず、合意の形式的性格のゆえに一括して婚姻効果を受け入れなくてはならないのではないか、ということが議論される。しかし、嫡出化のための婚姻には、第三の論点として、離婚することへの合意はあるものの、当事者には婚姻それ自体へ向けられた積極的な意思が存在する、という重要な特徴が認められる。これらの点に関して、判例とそれをめぐる学説の議論をみていくことにしたい。

一 判 例

一九三六年四月九日バイヨンヌ裁判所判決は、子の嫡出化を目的とする婚姻の効力が争われたはじめての判例である。

事案は、一九三五年一月の深夜、ビアリッツでエティエンヌ・モンド氏はミシェル・パクエ婦人と知り合いになり、その年の四月までに四回ないし五回ランデヴーを重ねた。四月になって二人の間は終りを告げるが、数日後に、パクエ婦人は自分の妊娠を知るにいたる。モンド氏は、子に嫡出子としての法的地位を与えたとともに、パクエ婦人とその家族の名誉を保持する方法として、婚姻を仮装することが最もふさわしい手段だと考え、パクエ婦人にその旨を告げ、婦人もそのことを了承した。そして、子の誕生後に離婚することを合意したうえで、一九三五年七月にビアリッツで挙式を行った。挙式は夜の九時にすべての扉を閉じたまま、秘密裡にとり行われ、また、当時、モンド氏はサンジャンドリッツに住み、パクエ婦人はバイヨンヌに住んでおり、挙式後もそのまま別居は続けられた。このような事実関係のもとで、モンド氏が民法一四六条にもとづいて婚姻意思の欠缺を理由に婚姻無効を訴えたものである。判旨は「わが法においては今日まで婚姻は公序に属する制度たる性格を保持するものである。婚姻当事者はそれを

自己の利益や事情の要請にもとづいて修正をなすことはできない。立法者は、婚姻の挙式を厳格かつ儀礼的形式において規定した。したがって、婚姻当事者がサクラメントとして、かつ本件のように、運命的に《O.E.》と宣言するならば、身分吏に向かつてかかる形式の下で行われる彼らの合意は、彼らの望むと望まないにかかわらず、一括して効果を発生させるのである。その効果の総体を彼らは免れることはできないし、また、彼らの従う動機が何であろうともそのことは変わらない」と述べ、本件で、挙式のととき当事者には、本来的婚姻効果を発生させようとの思いと、この婚姻が一定期間のち離婚によって解消されることになっているという思いをもっていたことに加えて、モンド氏の意思にいかなる瑕疵もなく自由であったことを認めて、婚姻は有効である、としたのである。

この判例は、他の目的婚に関して判例が脱法行為や仮装行為の理論によって目的の無効ないし婚姻自体の無効を認めていた当時であって、婚姻の有効性を導く点で結論において異質なものであった。同時に、論理構成においても婚姻の儀式性・制度的性格を重視し、むしろ、合意内容の探求を排除し、婚姻に仮装はありえないとする点できわめて特色あるものといえよう。バイヨンヌ裁判所の結論は、破毀院によって追認されている。

一九六三年一月二〇日破毀院判決は、⁽²⁾一九六二年四月九日バスティア控訴院判決の上告審判決であり、⁽³⁾判旨は次のように述べている。

事案は、アジャクシヨ（コルシカの省都）において、アピエトがリアンヌ・フェイベルマンと彼らの間に生まれた子どもを嫡出子とする目的で、家庭をつくる意思なく、婚姻後ただちに離婚を行うとの合意のもとで挙式を行ったところ、相手方が離婚に応じないので、アピエトが自分達の婚姻には家庭を創設する真の意思がなかったとして無効の主張をしたものである。

判旨は「婚姻当事者が婚姻的結合とはまったく別の効果を実現するだけのために挙式に望むのであれば、その婚姻

は合意の欠缺によって無効となるであろう。反対に、婚姻当事者が婚姻の法的効果を限定しうると信じ、とりわけ、彼らの子に対し嫡出子としての地位を与える目的で合意がなされる場合には婚姻は有効である」と述べ、バスティア裁判所判決の「子に対し嫡出子としての生誕を適法な家族の中に保障するという意欲と配慮は、婚姻制度の主要な根拠の一つである」、さらに、婚姻は「婚姻当事者がその利益や要請される事情によって修正されることのできない公の秩序に属する制度である」とする判決文を引用し、婚姻の有効性を認めたのである。

(1) Trib. Civ., Bayonne, 9 avril 1936, S. 1936-2-124, note par. H. Rousseau. ルノーは、匿名組合の設立とのアナロジーで、この判決の形式主義を肯定している。

(2) Cass., 20 novembre 1963, D. 1964-465.

(3) 第一審は Ajaccio, 12 juill. 1962. 下級審の二判決はいずれも未公表である。

二 判例の評価と学説

破毀院判決の採用する法律構成の性格をどのようなものと理解するかについて、とくに従来の《仮装婚》理論との論理的整合性の有無をめぐり、学説の評価は分かれる。ここで、いくつかの学説をみることになるが、その前にもう一度、《仮装婚》理論を確認しておくのが便宜である。すでに述べたように、仮装婚理論が判例上もっとも明確な定式のもとに示されたのは一九四八年セーナ裁判所判決であった。同判決によれば、いわゆる目的婚は①民法一四六条にいう合意の欠缺の場合にあたり、②「婚姻的結合とはまったく別個の特定の結果 un résultat particuliers entièrement étranger à une union matrimoniale」を目的とする婚姻は仮装された婚姻 *mariage simulé* であるから、合意を欠いて無効であるとするのである。そこで「婚姻的結合とはまったく別個の特定の結果」が何であるかが問題となるのであるが、セーナ判決では国籍取得のための婚姻は、婚姻的統合とはまったく別個の目的をもつとされたのである。⁽¹⁾ 破毀

院は、嫡出子とする目的をもつ婚姻について「婚姻的結合とはまったく別個の特定の結果」を目的とするものではないとした。判旨は、子の嫡出化の目的は「婚姻制度の主要な根拠のひとつ」であるから、この場合は「婚姻の法律上の効果を制限する」ものにすぎないとした。加えて、婚姻効果の一を意欲する場合には、婚姻に向けられた意思は存在し、婚姻の効果について選択することはできないとの原理（婚姻の制度的性質）が作用して、婚姻は全体として有効となるとするのである。

この判決に対して、デボワは、従来の仮装婚理論を具体化して「婚姻的結合とはまったく別の結果」とはならない場合の例を示すとともに、いったん婚姻を意欲すると婚姻当事者は婚姻効果を選択することができないことを明らかにしたもの⁽²⁾と理解する。彼によれば、嫡出化のための婚姻に関する判決は従来の仮装婚理論の内容を詳細に展開したものである⁽²⁾ということになるのである。

目的婚は合意の欠缺の理論によって解決すべきだと主張するレイモンは、まず破毀院判決が婚姻意思において心理的要素を探求することに対し、好意的な態度をとった点を評価する。原審が婚姻の厳格性を強調して形式主義に立つこととの違いを強調したうえで、彼は、破毀院は「内心の意思と表示された意思の不一致は、単に配偶当事者の一人の心理的狀態によってばかりでなく、身分吏の面前における同意の交換が婚姻制度以外の結果を実現するためだけの目的を持つ場合にありうることを認めるものである」と述べる⁽³⁾。そして彼は、「婚姻制度以外の結果」とは、いわゆる錯誤（*erreur*）と冗談婚（*jocandi causa*）の場合にしかありえないとして、判例にあらわれた事例はすべて婚姻効果の一を目的としてしていると理解する⁽⁴⁾。それでは、共同生活が予定されていないにもかかわらず判例がなぜ子の嫡出化のための婚姻を有効とし、その他の場合を無効とするのかという疑問が生じるが、これに対して、レイモンは次のように説くのである。

婚姻効果には二次的効果 *effet accessoire* と本質的効果 *effet essential* とがある。二次的効果とは、婚姻に固有のもではなく他の方法でも取得することができ、その効果も任意的 (*facultatifs*) であるか、慣行的 (*coutumiers*) なものである。二次的効果を目的としているか否かは、当事者の態度を婚姻の前後にわたり総合的に判断して決定し、この場合には婚姻意思は不存在と考えるべきである。これに対し、本質的効果とは、フランス法で認められる婚姻の本質を目的とすることである。婚姻の本質は、レイモンによれば立法過程におけるポルタリスの「種族を永続させるために、生命の重さを支えるべく相互扶助によって扶けあうために、そして運命的共同体をわかちあうために結びあう男と女の社会である」との言葉の中に示されているのであり、すなわち、家庭を創設すること、あるいは、肉体的・精神的共同生活を行うことにある。したがって、共同生活を営む意思のない婚姻は無効となる。また、この意思は挙式の時、抽象的に判断され、婚姻後たとえ性的交渉がなかったとしても、それは単に離婚原因となるにすぎない。そこで子の嫡出化は、果して本質的効果であるか二次的効果であるかということが問題となるが、レイモンは、「子の出生は婚姻の有効性にとって本質的なものでない」とする。しかしながら、配偶者の意思をさぐる場合、「子を嫡出子とするために厳粛に結ばれることを受け入れること以上に、婚姻意思の存在について、適切な証拠がありえようか」と述べ、婚姻に先行する性関係の存在は婚姻的愛情の証拠となるとする。

レイモンの考えは、挙式の際に共同生活へ向けられる実質的意思が存在することを要求するものであるが、彼が嫡出化のための婚姻が本質的効果である共同生活を目的とすることの証拠であるといおうとも、離婚の合意のある以上、当該婚姻意思は、共同生活を旨とするものとはいえないであろう。彼は、離婚合意に示される婚姻的愛情の欠如は単に動機の問題にすぎないとしているが、一方で共同生活の意思が愛情によって支えられることを要求しながら、彼がこの場合の愛情は動機にすぎないとするのはいかにも矛盾だといわざるをえない⁽⁷⁾。実質意思説では、どのように論

理を精密化しようとも、非典型婚を有効とすることは困難なのである。

ピガニョルは、破毀院判決は《仮装婚》理論と《限定効果婚》の二つの構成を示すようにみえるのであるが、この二つの法律構成はどのような関係にあると理解すべきであるか、と問題設定したうえで、結論的に、両者は同一のものであるとし、婚姻の公序性を重視する立場から、判決の法的構成は承認できるものではないと主張するのである。

破毀院判決の特徴は、次の点に認められる。第一に、従来の《仮装婚》判例では、直截的に配偶者の合意が一四六条の真の婚姻意思にあたるかの判断構造をとっていたのに対し、破毀院判決では、当事者によって追求される目的の性格をとりあげ、当事者によって選ばれた目的達成のメカニズムの面をとくに明らかにしている。第二に、サンクシヨンの根拠について、婚姻意思の欠缺を根拠とするのではなく、婚姻の制度的性格を根拠として婚姻の効力を判断した点である。しかし、このような論理構成から、従来の判例でとりあげられた目的婚の場合を無効とし、嫡出化のための婚姻を有効とすることが必然的に導かれるかということについては問題が残る。判例は、「婚約的結合とはまったく別の結果」であるか否かを基準として区別するのであるが、このような区別は果して可能なのであろうか。結婚する以上、当事者は常に婚約的結合の結果を旨ざしているのではないのか。

この区別を具体化する方法としては、いくつかの論理構成が示されている。一は、多様な婚姻効果の中の比重の軽重に着目して主たる効果、従たる効果を区分する方法である。二は、目的となる効果が、婚姻以外の方法でも取得できるか否かによって判断する方法である。三は、婚姻効果が一時的に要請されているか、あるいは永続的に要請されているかによる方法である。四は、純粋に個人的目的のためであるか、一般的利益に関するかという方法である。

しかし、ピガニョルによれば、これらの区分はいずれもあいまいであり、判例の示す結論の違いを説得するものではない。たとえば、一の方法は、婚約的結合の結果か否かの問題を主たる結果か従たる結果かという問題にすりかえ

たにすぎない。さらに、婚姻の本質として「家庭 foyer の創設」、「家族の形成」、「生活共同」などの観念が示されるけれども、これらは法律上の概念として不明瞭であるばかりでなく、いかに婚姻が制度であるとしても、このように婚姻形態を固定してしまうことは婚姻における個人の自由を侵害する危険がある。また、二についても、当該事情のもとでは他の方法では効果を取得できなかったからこそ婚姻の方法がとられたのではないか。なによりも、提示されたこれらの区別によっては、嫡出化のための婚姻を有効とし、他の場合を無効とする根拠を示すことはできないという欠陥がある。このように批判したうえで、ピガニョルはフロードの有無こそが効果の違いをもたらす唯一の根拠だとするのである。⁽⁸⁾

以上のように、子を嫡出子とするための婚姻は、その他の目的婚の例を無効とするのとは異なり、婚姻自体を有効とする結論については、判例・学説とも一致している。無効とする見解をフランスにおいて見出すことは、少くともわれわれの知る限りでは不可能である。そうであるがゆえに、目的婚に対する法的構成にとって、子の嫡出化のための婚姻への対応は試金石となるのである。統一的なひとつの法律構成によって、サンクシヨンの違いを説明することができるか、その構成に何の欠陥もないか、を考えると、ピガニョルの、形式主義にフロードを加味する立場は最も説得的で魅力的におもわれる。しかし、この立場においても、子の嫡出化が何故にフロードを構成しないかを問う場合に、子の嫡出化が婚姻の法律効果として規定されているからだとするのは、彼の立場からすれば何ら問題に対する解答とはならない。⁽⁹⁾ われわれは、ここでは、子の嫡出化こそ婚姻制度の基本的な目的だとする意識が共通の認識として疑われていないことを確認すべきであろう。

(1) 前述八八頁。

(2) Henri Desbois, R.T.D.C. 1964, p. 287.

- (3) Guy Raymond, D. 1964.465, note.
- (4) 錯誤をいわゆる冗談婚では、当事者が何故結婚するのかという目的の問題は生じない。
- (5) Fenet, t. IX, p. 140.
- (6) Guy Raymond, op. cit., D. 192.
- (7) Claude-Isabelle Foulon-Piganiol, *Marriage simulé ou mariage à effets limités*, D. 1965, *chronique*, p. 14. もレイモンがいったん離婚合意に
関して動機の検証を排除しておきながら、家庭を創設する意思として、*affectio matrimonialis* の認定を行うのは矛盾がある、と批判している。
- (8) Foulon-Piganiol, *ibid.*, D. 1965, *Chronique*, 1, pp. 9-14.
- (9) ピガニョルは、形式説の根拠のひとつに、何が婚姻の効果であり、何がそうでないかを区別することはできないことをあげている。Foulon-
Piganiol, *ibid.*, D. 1965.1.13.

第四章 性交渉なき婚姻

性交渉の不存在が婚姻の無効原因となるかという問題は、肉体的結合と種の存続が婚姻制度の基礎であるとする観念や、とりわけ婚姻無効を婚姻意思の欠缺にもとめて、社会学的婚姻概念を基礎に考察する立場にとって、その理論の有効性を図るための限界的事例といえることができる。

性交渉の不存在には、二つの型を考えることができる。ひとつは、肉体的に不能な場合 (*impuissance*) であり、いまひとつは肉体的な障害はないが性交渉を拒否する場合 (*refus de consommation*) である。

一 性交渉の拒否 *refus de consommation*

婚姻の際に、当事者の一方がそもそも性交渉を行う意思がないまま挙式を行ったというときには、婚姻効果の一部を排除するものとして、目的婚と同様な法的構造をもつと考えることもできる。ただ、この場合には積極的にある

目的を實現する意思で他の効果を排除するのではなく、むしろ消極的に義務を排除する意思だけが存在する点が異なっている。したがって、もし、目的婚の場合と同様に考えたとすれば、ここでも婚姻の効力が問題とされるはずである。しかしながら、性交渉拒否の意思は一方的なものである点に違いがあり、フランスにおいては、この場合に婚姻を有効としたうえで離婚原因となると考えるのが一般的である。この点について若干の検討を加えることにしよう。

フランスの判例にあらわれた例では、性交渉の拒否を理由として当事者は、離婚を争うことが多く、婚姻無効を争うものはほとんどないといつてよい。離婚が争われた例では、性交渉の拒否は「重大なる侮辱」にあたる⁽¹⁾とされている。性交渉の拒否が婚姻の無効原因となるとして争われた例は、一八六一年五月一七日セーヌ裁判所判決⁽²⁾にみることのできるくらいである。事案は、グロレ・ヴィルヴィユ侯爵夫人は性交渉をしないという固い決意のもとに婚姻を締結したが、その後、侯爵によって「肉体的結合なき婚姻は存在理由も現実の存在もない。そのような婚姻は、それを基本とする家族を消滅してしまうことになる。婚姻は永續すべきものである」として、無効の訴がなされたというものである。判旨は、婚姻当事者が婚姻によって承認した諸々の義務を除外することについて故意に言及しない以上、考慮する必要はないとして、無効の主張をしりぞけた。つまり、侯爵の主張である肉体的結合と種の保存の機能を欠く婚姻は無効であるとの見解に対して、判旨は、性交渉の拒否による義務の排除は、明示的に示されるか、その拒否が不可抗力でなければならぬとしたのである。このことは、同じく、離婚が争われた一九五六年五月二八日リヨン控訴院判決⁽³⁾でも言及されている。すなわち、同判決によれば「貞節義務の必然的な対価である正常な性関係の確立は、婚姻から導かれる債務を構成し、その債務は各配偶者が相互の合意によってもしくは、不可抗力と同視できるような例外的事情によってのみ免除される」として、存在する義務の不履行は重大なる侮辱にあたり、離婚原因となるとするのである。教会法では、婚姻上の権利そのものとその行使とが区別され、権利そのものの排除は婚姻を無効とした

が、その不行使は、無効原因とならないと考えられていた。⁽⁴⁾ おそらくこのような思想を前提として、判例は、可能であるにもかかわらず性交渉を拒否するのは不行使にすぎないので無効とならないと考えたものと思われる。したがって、合意によって権利自体が排除される場合のみ、無効の可能性があるとしたものと考えることができるとする。

- (1) Cass., 12 nov. 1900, D. 1901-21; Cass., 6 avr. 1908, D. 1908-1-240; C.A. Lyon, 28 mai 1956, D. 1956-646.
- (2) T.C. Seine, 17 mai 1861, S. 1864-1-45.
- (3) C.A. Lyon, 28 mai 1956, D. 1956-646.
- (4) Dictionnaire de Droit canonique, col. 757, cité par Raymon, Le consentement des époux au mariage, L.G.D.J. 1956, p. 125.

二 不能 *impuissance*

配偶者の性的不能が婚姻の無効をもたらすかという議論は、フランスではきわめて古い時代からなされており、近時、不能者の婚姻を有効とする見解が台頭するまでは、すでに語り尽くされた議論だといってもよいくらいであった。教会法の領域では早くも六世紀にグレゴリ一世が、性的不能者の婚姻は無効であるとの決定を下していた。⁽¹⁾ その理由は、性的不能者の婚姻は、肉欲の軽減、相互の貞節、生殖という婚姻の目的を実現できないがゆえに、婚姻のサクラメントたる性格を害すると思われる点にある。⁽²⁾ 古法においても教会法と同様の立場がとられ、不能の証明は婚姻の無効原因となるとの原則が確立していた。ただし、無効をもたらす不能は永続的不能 *impuissance perpétuelle* であり、一過性の不能 *impuissance passagères* は無効原因となることはなかった。古法下では、このような論理上の明快性はあったのであるが、むしろ困難は永続的不能の立証方法にあったように思われる。⁽³⁾

フランス民法典は、この問題について直接的には何ら言及するところはなく、明文なき無効が認められるかの観点から、不能者の婚姻の取扱いについて様々な議論がなされてきた。

民法典の編纂過程でも、不能を主題にした議論はないが、離婚と父性および親子関係の項においてこの点について言及がなされている。革命暦一〇年ぶどう月一六日（一八〇二年一〇月八日）のコンセイユデタの議事録において、ポルタリスは「恥ずべき原因であり、かつ証明することの困難な性的不能は、婚姻に関しては常に無効が原則である」⁽⁴⁾として、性的不能の証明の困難を述べる一方でそれを無効原因になるとしている。革命暦一〇年霧月一四日のコンセイユデタの親子関係に関する議事では、トロンシェが「性的不能という原因に関し、草案の精神は消極的である。なぜなら、それを証明することは困難であるとともに不名誉なことだからである。かかる理由は、婚姻の無効の場合と同じように容認することはできない」⁽⁵⁾として、いかなる場合にも性的不能を法文に盛り込むことについて消極的な態度を示した。それに対して、ポルタリスも次のように答えている。「性的不能に関して、それは例外となることはない。なぜなら、婚姻に関する法規において、無効訴訟の目的とされていけないからである。また、このような法律の絶対的沈黙には根拠が存在する。すなわち、性的不能を確実に認定する手段はないからである」⁽⁶⁾立法者は、論理的には性的不能が婚姻の無効原因であることを認めながら、証明の困難という法技術的な見地から、性的不能を規定しなかったことが示されている。したがって、立法者は、不能が立証されるならば無効とすることができるとしたものとして理解することができ、事実、民法典制定直後の、一八〇八年一月二七日トレーヴ控訴院判決⁽⁷⁾は、性的不能を原因とする婚姻無効を認めているのである。

トレーヴ判決の事案は、男性が婚姻後九ヵ月経って、その妻の肉体的欠陥のために性交渉ができず、婚姻の自然のおよび法的目的に反するとして婚姻無効の訴をしたところ、妻は夫のいう欠陥は認めるが、その欠陥は婚姻前にはなかった、たとえあったとしても夫の沈黙と六ヵ月以上の共同生活によって治癒されていると主張したものである。このような、性的不能者との婚姻は錯誤を構成するが、婚姻に関する錯誤主張は六ヵ月の共同生活によって治癒されると

する民法典一八一条の規定を援用する妻の主張に対して、判旨は次のように述べる。「肉体的原因および性交渉の不存在は、婚姻の自然的・法的目的に反し、婚姻を当然に無効とすべき障害事由である」としたうえで「障害が婚姻前にすでに存在したかどうか、あるいは婚姻後に生じたものか、そして治療することができるかどうか」を調べたうえで障害の有無を決すべきであるとし、医師の報告に基づいて一八〇八年七月一日に無効の判決を下したのである。ここでは、性的不能は婚姻の概念規定そのものから導かれる障害事由であり、錯誤は問題とされず、したがって民法一八一条による錯誤の治癒の主張もとりあげられなかった点が注目される。つまり、性的不能は当事者の意思に反映するか否かに関係なく、制度内容それ自体から無効を導くことが明らかにされているのである。

このような論理は、性的不能が女性の器官の不完全性の面から主張された、一九〇一年五月一四日ドウェ控訴院判決にもみることができ、裁判手続上、医師の認定したところでは、この「女性」は「確かに女性固有の特徴である骨盤の型態ならびに陰核を所有してはいるが、G夫人は、膣も卵巣も子宮もないがゆえに、女性を構成する器官を欠いている」ことが証明されている。第一審である一九〇〇年一月二二日リール裁判所の婚姻無効の結論を肯定して、判旨は、「彼女は女性ではなく、不完全な人間にすぎない。そのために法律は、この婚姻契約の際、器官の欠缺を知らなかったために、その結果を承認したとはみなすことのできない男性に対して、婚姻結合を課することをえない。道徳や慣習からみても、非常識な関係あるいは夫婦間の性質に反するものとしてしか存在しないときには、立法者はかかる結合を求め、その維持を規定することは決してできない」としたのである。⁽⁸⁾判旨では、男性の相手方「女性」の器官の欠缺に対する不知と、器官の欠缺による婚姻関係そのものを構成しえないことの二つの理由があげられているのであるが、とりたてて一八一条の錯誤の治癒を論じていないことから判断するならば、この判例も制度それ自体の内容から婚姻を無効としたものと理解することができると思われる。これとは反対に、この控訴院判決を破毀差戻

した破毀院では、婚姻は男性と女性の二人の人間の契約であるので、各当事者の性が認識され相互に異なっていることが必要であるとしても、性を特徴づける一定の器官の欠缺や不完全性は、婚姻の有効性に影響を及ぼさない。また、「錯誤は配偶者の一方についての人違いにあるのではなく、単に肉体的性状に関して存在するにすぎない」とされた。⁽⁹⁾破毀院は外見上、性の違いが看取できればよいとするとともに、この問題は性状の錯誤にすぎないので、婚姻は有効であるとの判断を示したのである。この判例によって、性的不能を意思にかかわる問題として扱う方向が開かれ、一九五八年一月一三日ならびに二〇日のグルノーブル裁判所判決では、性的不能は広い意味での人に関する錯誤⁽¹⁰⁾ (erreur sur la personne) にあたるとされ、合意の瑕疵 (vice) を根拠として婚姻を無効としている。また、一九六三年六月一六日グルノーブル控訴院判決は、⁽¹¹⁾ 性的不能の場合であっても「例外的に、それが配偶当事者の明確な意思であるとするれば、婚姻効果の最小限の付与は可能である」として、性的不能であることを当事者が納得して行った婚姻は有効であるとしている。ここにおいて、性的不能はその存在自体が婚姻の効力を左右するものではなく、当事者の意思を媒介として効力が決定されることが明らかになったのである。その意味で、性交渉や生殖は婚姻における不可欠の要素ではなく、当事者の意思による処分の許される事項となったということができよう。

学説は、はじめは不能が婚姻制度の目的に反することを前提として、もっぱら証明方法をめぐって論じており、性的不能が生まれつきである *impissance naturelle* か、事故による *impissance accidentelle* かを区別し、後者を外見上、不能が明瞭であるので無効であるとする見解が支配的であった。⁽¹²⁾ しかしながら、近時は、判例の動向を反映して、婚姻制度は肉体的結合と生殖とを一つの重要な要素としてはいるが、当事者の処分を許さない事項ではなく、性的不能者の婚姻も合意によって成立しうるとし、性的不能は単に錯誤の対象となるにすぎず、効力は錯誤の有無によって決定されるところの傾向が一層明確になってきている。⁽¹³⁾

以上考察したように、性的不能に関して、婚姻制度の趣旨に反するとする側面を強調する考えから、錯誤を中心に当事者の意思を探求する方向へと、フランスの判例・学説はその視点を移行してきたといえることができる。ここに、婚姻観の変化を背景として、婚姻形態の選択の自由がしだいに強調されていく過程を看取することができるように思われる。

- (1) Trèves, 27 janv. 1808, S. chr., note p. 336.
 (2) Pratique de Ferrière, op. cit., t. I, p. 10.
 (3) 古法のもとで、不能の証明方法は様々に変化してきた。当初は、性的能力の証明は、夫の専権に属し、夫みずから正常であると宣言すれば証明は完成すると考えられた。この方法は、夫が妻に対して支配権をもつとする思想に支えられていた。次に登場したのは、*cohabitation triennale* (三年間の同居) といわれる方法である。これは、夫婦に三年間同居義務を課し、三年間を経てもなお告訴が取下げられないときに、不能の証明がなされたとするものである。さらに、夫が床入り (*consummation*) を行ったかどうかを調べる方法が用いられたが、床入り自体は男性の能力を明らかにするものではないことや、また、私生活に関することなので、その証明は不確実であるとされ、のちには女性が処女であるかどうかを専門家によって調べる方法が長い間行われた。この方法もキャノニストから有害であると批判され、古法末期には、*congrès* といわれる方法が行われた。妻から性的不能を夫が訴えられると、裁判所の命令に基づき、外科医と産婆の前で夫が妻の主張の誤りを証明するよう求められた。S. chr., 1808-note, p. 336; Pratique de Ferrière, t. I, p. 362.
- (4) Fenet, op. cit., t. IX, p. 291.
 (5) Fenet, *ibid.*, t. X, p. 8.
 (6) Fenet, *ibid.*, t. X, p. 8.
 (7) Trèves, 27 janv. 1808, S. chr. 337.
 (8) V. Cass., 6 avr. 1903, D. 1904.1.395-396.
 (9) Cass., 6 avr. 1903, D. 1904.1.400.
 (10) Grenoble, 13 mars et 20 novembre 1958, D. 1959.495.
 (11) Grenoble, 19 juin 1963, J.C.P. 1963.13334.
 (12) Toullier, Le droit civil français, t. 1, n°524-526.

むすびにかえて

フランス民法において婚姻の合意は相対的無効原因の一つにすぎず、しかも、婚姻意思に関して明文で無効原因とされているのは意思に瑕疵ある強迫や錯誤の場合であり、これまで考察の対象としてきた自由な意思のもとに行われる非典型婚についてはドイツ法やスイス法と異なり一切規定されていないのである。⁽¹⁾この点ではわがくと近似するが、フランスでは、「意思」それ自体を無効原因としていないために、なによりもまず「明文なき無効はありえない」との法原則による障害をいかなる法的構成にもとづいて解決するかが課題となったのであり、「意思」の内容を確定して婚姻の効力を決定することは必ずしも必然的な方法ではなかった。

臨終婚については、それを無効とする一七世紀フランスの伝統がコンキュービナージュに対する否定的評価にもとづいていたのに対して、民法典制定以降は、身分吏の出向という手続慣行の定着と子の嫡出化ならびに配偶者の正統化とそれによる相続権付与を肯定する思想的転換を背景として有効と考えられるようになり、現在では民法上の特殊な婚姻類型として明文上承認されているのである。また、子を嫡出子とする目的婚についても、判例・学説における法律構成は様々であるが、結論においては有効とすることに争いなく一致している。このような点からすれば、フランスでは婚姻制度の最も基本的な機能が子の嫡出化にあることについては疑う余地のない共通の認識となっており、⁽²⁾「いい」と思われる。したがって、この場合には当事者の意思を、子の嫡出化を目的としているかについて問うことがあるが、とりたてて定型的婚姻概念から構成される意思との比較において効力を問う必要はないのである。⁽²⁾

目的婚についてフランスの判例は、脱法行為の理論によって婚姻を有効とする一方で、嫁資の取得や患者の医師に

対する贈与を無効としていたが、しだいにこの問題を民法一四六条「合意なき婚姻は存在しない」によって婚姻意思の問題として捉えることが定着していった。ここで判例の採用した法律構成は仮装行為 *simulation* であり、仮装といえるかの判断においてのみ実質関係は顧慮されたのである。判例が法律行為論上の概念である仮装行為論を展開したために、学説では法律行為論の観点から非典型婚一般の問題として判例理論が分析批判され、意思の欠缺の理論、意思の瑕疵の理論、*Causa* の欠缺の理論、脱法行為論、婚姻の公序性理論などが主張されたのであった。学説の前三者は、意思の真実性をとりあげなんらかの形で婚姻概念に立入ったうえで婚姻を無効とするが、常に法的ないし社会学的定型性が問われているわけではなく、婚姻の対価性という構造に着目する立場も存在する。後二者は、婚姻の儀式性・制度性を重視して婚姻自体を有効としたうえで、目的の法的価値を個別的に判断し妥当な結論を導こうとするのである。このように、目的婚の法的処理をめぐる学説・判例は様々な立場をとっているけれども、わがくにと異なり、法律行為論の面から婚姻意思に対して構造的な分析が加えられているところが異っている。

性的不能については、肉体的結合と生殖を婚姻制度の基本的目的と考えてその存在自体が婚姻の効力を左右するの考えもあったが、後には錯誤の対象となると考えられるようになり、また、婚姻において性的交渉を行うか否かは当事者の意思に委ねられるものとされて婚姻形態の選択の自由がこの領域では拡大したということが出来る。

このようにみると、婚姻が制度でありしかも合意を要素とするというパラドキシカルな構成をとっている以上、婚姻の定型性を探求するだけでは不充分であり、性的不能がかつては無効原因とされながら現在では当事者の選択を許す事柄になったように、もう一方で何が当事者の自治に任せられているかを時代の婚姻観ならびに法秩序全体との比較において改めて個別的、具体的に判断することが必要ではないかと思われる。このような分析の結果、婚姻制度の基本とされるもの、たとえば子の嫡出化、相続権の付与などは意思に反映される婚姻の定型性を問うことなく有効

とすべきであるし、当事者の自由に委ねられと認められるものについては合意の内容とならないかぎり無効とすべきではないかと思う。

以上の見解は、あくまでフランス法の分析にもとづく仮説にすぎないのであるが、ともかくも婚姻意思論においてこれまで「意思」の概念に盛り込まれてきたさまざまな内容を再検討して、「意思」という法的構成をその有効性の範囲をも含めてもう一度批判的に検討することには充分意義があるということは示されたと思われる。

(1) *Planiol et Ripert, op. cit., t. II, n°97-100, Raymond, op. cit., p. 118.*

(2) このように考えることについては、最近の婚姻の契約化現象や非嫡出子の保護の強化によって嫡出子とすることの意義が後退したと考える立場からは疑問をもたれるかもしれない。確かに、一九六〇年代の末からフランスでは非嫡出子の数が増加し、一九七四年には八・四％に達しているといわれる(アンドレ・ミッシェル『家族と婚姻の社会学』有地亭訳・法律文化社、一九七八年、二一七頁)。

このような背景のもとに、一九七二年親子法改正では非嫡出子の法的地位の平等化が実現されていることも事実である。しかしながら、存在する非嫡出子の保護をはかることと嫡出子とすることへの法意識は同一次元のものではないし、また、最近のフランス家族法研究においては婚姻や家族の制度的性格について疑いをもつというよりはむしろ、問題はこのような制度の中にかかにして人間の幸福を実現できるかが問われているとみられる。Roger Nelson, *Marriage et famille en question, t. 1, 2, C.N.R.S. 1978-9, Jacqueline Pousson-Petit, Le demariage en droit compare, Introduction, Larcier, 1981.*

(一九八三・五・二七)