

臨時法制審議会民法改正要綱（大正十四年） における父母の婚姻同意権

床谷文雄

一 はじめに

婚姻の締結につき、当事者間の意思の合致のみではならず、当事者外
の者の意思がそこに介入することが古来多く認められている。¹ 身分的支
配権を有する権力者の意思が介入することは婚姻史一般に通ずる現象で
あるとされ、その理由としては、婚姻が未知の家族を結合し、友誼的家
族間に新しい連鎖をつくり、家族員の増加をもたらすことから、当事者
のみならず家長、父母その他の近親に利害関係を及ぼすことが少なくない
からであるといわねばならない。² この婚姻に対する同意権が権力者
としての認許的なものから、保護者としての監護的なものへと変遷して
きたことも周知のところである。³ つまり、現在では、当事者の婚姻に対
して第三者が同意するという構造を認める場合は、その同意はもっぱら
婚姻せんとする未成年者を保護するためのものと考えられているのであ
る。わが国の現行民法も一応はその立場を採るものとされるが、しかし
なお不十分であり、解釈論的にも、立法論的にも新たな方向が提示され
ている。⁴ すでに現行法に至るまでも幾度かの変遷が重ねられてきてい
るが、現行法はなお変化の過程にあるわけである。こうしたこれまでの

変遷をたどり、その精神の究明を行なうことは意義あることであり、い
くつかの研究がすでになされている。⁵

本稿は、この変化の過程の一段階としてその複雑な性格が多くの検討
の対象ともなっている、臨時法制審議会の民法改正要綱における父母の
婚姻同意について、検討するものである。大正から昭和への変わり目
ある当時の状況を横断的にながめ、親の同意権についての考え方の一斑
を知るとともに、この民法改正要綱の性格をさぐるための資料としての
具体的な一つの例としてみることにその目的である。以下多くは資料の
引用であり、しかも多くの方によって利用されているものではあるけれ
ども、わたくしなりの視点を持ち込もうとの試みである。⁶

二 臨時法制審議会の概略及び改正要綱に対する

従来の評価

旧民法以来民法改正要綱に至るまでの父母の婚姻同意に関する規定を
みておくと、次の通りである。

旧民法人事編（明治三十三年）

第三八条 子ハ父母ノ許諾ヲ受クルニ非サレハ婚姻ヲ為スコトヲ得ス

父母ノ一方カ死亡シ又ハ其意思ヲ表スル能ハサルトキハ他ノ一方ノ許
諾ヲ以テ足ル

継父又ハ継母アル場合ニ於テ其配偶者タル母又ハ父ノ死亡シ又ハ其意
思ヲ表スル能ハサルトキハ継父又ハ継母ノ許諾ヲ受クヘシ其許諾ニ付
テハ第九章第三節ノ規定ヲ適用ス

第三九条 父母共ニ死亡シ又ハ其意思ヲ表スル能ハサルトキハ其家ノ祖
父母ノ許諾ヲ受ク可シ祖父母ノ一方カ死亡シ又ハ其意思ヲ表スル能ハ
サルトキハ他ノ一方ノ許諾ヲ以テ足ル

第四〇条 父母、祖父母悉ク死亡シ又ハ其意思ヲ表スル能ハサルトキハ
滿二十年ニ至ラサル者ニ限り後見人ノ許諾ヲ受ク可シ

第四一条 父母ノ知レサル子ハ二十年未滿ニ限り後見人ノ許諾ヲ受ク可
シ

第四二条 育児院ニ在リテ父母ノ知レサル子ノ婚姻ハ二十年未滿ニ限り
院長ノ許諾ヲ受ク可シ

旧法原案

第七七八条 未成年者カ婚姻ヲ為スニハ其父母ノ承諾ヲ得ルコトヲ要ス
但養子ハ其養父母ノ承諾ノミヲ以テ足ル

父母ノ一方カ知レサルトキ死亡シタルトキ又ハ其意思ヲ表示スルコト
能ハサルトキハ他ノ一方ノ承諾ノミヲ以テ足ル

父母共ニ知レサルトキ死亡シタルトキ又ハ其意思ヲ表示スルコト能ハ
サルトキハ後見人ノ承諾ヲ得ルコトヲ要ス

第七七九条 前条ノ規定ハ継父母ニハ之ヲ適用セス

旧法（明治三一年）

第七七二条 子カ婚姻ヲ為スニハ其家ニ在ル父母ノ同意ヲ得ルコトヲ要
ス但男カ滿三十年女カ滿二十五年ニ達シタル後ハ此限ニ在ラス

父母ノ一方カ知レサルトキ、死亡シタルトキ、家ヲ去リタルトキ又ハ
其意思ヲ表示スルコト能ハサルトキハ他ノ一方ノ同意ノミヲ以テ足ル
父母共ニ知レサルトキ、家ヲ去リタルトキ又ハ其意思ヲ表示スルコト

能ハサルトキハ未成年者ハ其後見人及ヒ親族会ノ同意ヲ得ルコトヲ要
ス

第七七三条 継父母又ハ嫡母カ子ノ婚姻ニ同意セサルトキハ子ハ親族会
ノ同意ヲ得ルコトヲ要ス

民法親族編中改正ノ要綱（大正十四年）

第一一 婚姻ノ同意

一、子ガ婚姻ヲ為スニハ年齢ノ如何ヲ問ハズ「第四ノ三」ニ準ズルコ
ト

二、子ガ前項ニ違反スル婚姻ヲ為シタル場合ニ付テハ相当ノ制裁ヲ定
ムルコト

三、未成年者ガ第一項ニ違反スル婚姻ヲ為シタルトキハ父母、祖父母
ニ於テ之ヲ取消シ得ベキモノトスルコト

第四ノ三、前二項ノ場合ニ於テハ家ニ在ル父母、父母共ニ在ラザルトキ
ハ家ニ在ル祖父母ノ同意ヲ得ベキモノトスルコト但父母、祖父母ハ正
當ノ理由ナクシテ同意ヲ拒ムコトヲ得ザルモノトスルコト

この後、人事法案を経て、戦後の民法改正による現行の第七三七条
（未成年の子が婚姻をするには、父母の同意を得なければならない。②
父母の一方が同意しないときは、他の一方の同意だけで足りる。父母の
一方が知れないとき、死亡したとき、又はその意思を表示することがで
きないときも、同様である。）に至るわけである。

民法改正要綱は、「内閣総理大臣ノ監督ニ属シ其ノ諮問ニ応シテ法律
制度ヲ調査審理」するため一九一九（大正八）年七月九日原内閣によつ

て設けられた臨時法制審議会が決議（親族編大正十四年、相統編昭和二年）し、一九二七（昭和二）年に公表されたものである。これは政府の諮問第一号「現行民法中我国古来ノ淳風美俗ニ副ハザルモノアリト認ム其改正ノ要領如何」に対する回答であるが、この諮問そのものも、これに先だつ臨時教育会議の第二建議に基づくものである。つまり、臨時教育会議の建議では、「我国固有ノ淳風美俗」の維持とその法的な担保を求めていたのに対して、与えられたのが民法改正要綱であり、そしてその他の法改正であった。

臨時法制審議会が改正要綱を公表するまでの経過を簡単にみておくと、次の通りである。¹⁰

大正八年七月 審議会幹事会 分担決定

八月～十月 幹事会 諮問第一号に関する調査要目作成

十月 第二回総会 諮問第一号主査委員指名¹¹（富井政章・岡野

敬次郎・阪谷芳郎・河村善益・鈴木喜三郎・小橋一太・原嘉道・藤澤幾之輔・仁井田益太郎・小山温）

大正九年六月 小委員会 「審査要綱」親族編の部審議終了、主査委員
会に報告

大正十三年九月 諮問第一号主査委員会 小委員会における「審査要綱」
月～十二月 親族編の部の審議結果の報告案を審議、親族編改正要綱

原案三三項目決定

大正十四年 第一八回～第二一回総会 親族編改正要綱案全項目の質

疑応答

一月十四日 第一八回総会において第四（分家）についての質疑応答

一月十六日 第一九回総会において第十（婚姻ノ同意）についての質
疑応答

一月十九日 第二〇回総会において第十についての残りと第十一（婚
姻ノ成立）についての質疑応答

大正十四年四月 第二二回～第二七回総会 親族編改正要綱第一～第三
月～五月 項目順次審議、多くは原案通り議決

五月六日 第二四回総会 第四～第十についての審議、議決（第九
まで）

五月七日 第二五回総会 第十、第十一についての審議・議決

昭和二年十二月 民法改正要綱公表

改正要綱については、その出発点が極めて保守的な目的の上に設定されたということが一般的に承認されているようであるが、結果としてでき上がった内容については異なった評価が可能である。

多くは、最初の目的は保守的であったにもかかわらず、その審議過程で合理的進歩的な性格のものが加わり、全体として、保守派、進歩派の妥協的な性格のものとなったとしている。¹²ただし、保守的か進歩的かという際に注意すべきことは、文言上は両者の主張が一致していたとしても、それに持たせようとしていた意味、それを作ろうとした目的、果たさせようとしていた機能についての理解、考えに相違があること、さらには、法律そのものをどういう観点からとらえようとしていたか、とくに道徳との関係についての考えの相違といったもの、それらすべてがこ

の考察にはかかわってくるということである。何ををもって進歩的とい
い、何ををもって保守的というのかも問題である。¹³

婚姻同意についての要綱第十一に対して、「もとより、妥協案であ
る」との評価がなされている。¹⁴ もっとも、「要綱は、民法旧規定に比べ
ると、婚姻を父母の同意権から少しではあるが解放したとみるべき面を
含んでおり、このことはわれわれにとつてきわめて興味ふかいところだ
ある」といいながらも、「みる人によってはこれと反対に、男子三十歳
女子二十五歳以上の者には完全な自由結婚を認めていた旧規定の方が要
綱より進歩的だ、という結論に到達することも可能であろう」と、妥協
というよりもむしろ二様の見方が可能であるというような指摘もなされ
ている。

そして旧規定の方が進歩的とする見解としては、「父母の婚姻同意権
をさらに強化し、子の婚姻は年齢のいかんを問わず、家に在る父母、ま
た、父母のないときは家に在る祖父母の同意を要すること、としようと
したのであり、いっそう反動的方向への逆行が企てられたのである。¹⁶」
というものがある。

実質に注目する見方としては、「極めて時代逆行の旧思想的な外見に
も拘らず、その下に個人主義自由主義の思想を多分に摂取した近代的な
実質を具へている」¹⁷とするものがあつた。わたくしとしても、その実質
にこそ着目すべきであると考えるのであるが、さらに、「改正要綱は、
支配層の改正の意図とはやや異つて、反動的な外観を呈しながらも実質
的には明治民法よりも前進したものを含むようになったが、そのもと
は、審議のはじめからつくられていたわけである。」¹⁸（傍点引用者）とす

る磯野教授の指摘にも注目したい。

さて以上のような従来の評価を踏まえてこの要綱第十一を検討するに
当たり、次の点に重点を置きたい。まず、要綱では原則として年齢の如
何を問わず同意を要するわけであるが、同意権者は正当な理由がなけれ
ば同意を拒めないという但書が加えられている。ここではこのいづれが
重視されていたのであろうかということである。次に、要綱は同意のな
い婚姻でも成年者の場合は取消し得ないものとしたが、そのことの持つ
意味。そして、それらの基礎となる現実の社会を論者がどのように把握
していたかということである。¹⁹

三 淳風美俗・家族制度についての論争

審議会ではまず幹事によって調査要目²⁰が作成され、それに対する主査
委員会での議論を参考に、より具体化した審査要綱を幹事が作成し、そ
してそれが、小委員会・主査委員会の議決を経て改正要綱原案三十三項
目となった。²¹ 審議会総会では激しい議論がかわされたが、結局は原案通
り議決されたものが多い。²²

父母の婚姻同意権については、調査要目の第二十三で挙げられ、自由
結婚ができる年齢を定めていること、同意のない婚姻の取消を認めてい
ることが問題とされた。²³ この調査要目第二十三では、「我国風」という
ことばが使われており、「我国古来の淳風美俗」ということに沿つて発
案されているかのようにみえる。しかし、臨時教育会議で考えられてい
た淳風美俗と臨時法制審議会²⁴で前提とされた淳風美俗とが、その内容に

おいて符合するかどうかを検討されなければならない。また、この点についての各委員の理解においても相違がみられるのではないであろうか。まずこの点をみておくこととする。

淳風美俗ということは、常に家族制度の維持と強く関係つけて考えられていたのであるが、その家族制度については二つの考え方が対立していた。つまり、民法と現実の遊離を前にしてこれに如何に対処するかという問題に対して、二つの態度があつたのである。一方には、理想を大家族制度に求めてこれを法の力によって強制して行こうとする立場を採り、それが淳風美俗であるとして審議に臨んだ江木千之の考え方があり。彼によれば、「親ハ郷里ニ居リテ一家ヲ持チ子ハ東京ニ居住シテ別ニ一戸ヲ構ヘテ居ルトシテモ其レヲ矢張り親ノ一家族トシタリトテ別段差支ナン」²⁵なのである。これは、権利を法律上において抽象的に拡大しようとする考え方である。

他方では、現実が発生している小家族に適合するような家族制度を法の基礎とすることによって、家族団体を強固にしようとする考え方があつた。これは、権利を実質的なものとしようとする考え方である。

ところがすでに調査要目自体がその前書で、「家ノ組織ヲ堅実ニ」「健全ナル實質ヲ」といい、「古来ノ家族制度ニ関スル法制並風習ハ必スシモ総テ之ヲ淳風美俗ト称スルヲ得サルハ勿論」だから「古来ノ家族制度ノ弊害ヲ除去スルコト」が重要であるとしていた。このように、「淳風美俗」のイデオロギー的強化と、「教育」の足を引っぱる法令の改正を要求した臨時教育會議の立場と、法律関係者によって行なわれた民法改正作業との間には、すでにその当初からズレが存在していたといえるよ

うである。²⁶

政府の考えとしては、改正の目的は淳風美俗の確立ということにあるが、それは要するに国民の不満を抑え融和を図ることなのであり、そのために家族を規律し直そうというのであつた。したがって、大家族制に執着してはいないように思われる。それは、次に引用する司法次官鈴木喜三郎の第二回總會冒頭での説明に表われている。すなわち、「民法ノ規定中ニ於キマシテ、我國古来ノ淳風美俗ニ添ハナイ所ノモノガアルト思フニ依ツテ、如何ニ之ヲ改正スベキヤト云フコトデゴザイマスル、而シテ我國古来ノ淳風美俗ト申シマスル此言葉モ甚ダ漠然トシタヤウナ文字デアリマスルガ、是ハ過般臨時教育會議ノ諮問事項デ、其教育會議カラシテ内閣ニ答申セラレマシタ時ノ言葉ニ、此淳風美俗ト云フヤウナ言葉モゴザイマシテ、……要スルニ此淳風美俗ト申シマスルノハ、他ノ言葉デ申シマスレバ、所謂父母ニ孝ニ、兄弟ニ友ニ、夫婦相和スルト云フコトノ主義ニ外ナラヌノデゴザイマシテ、古来我國ノ家族制度ニ於キマシテ、……馴致シ来ツタノデゴザイマスル、所デ我國古来ノ家族制度ニ於キマシテモ、其当時適當ト思ヒシモノモ今日ノ時勢ニ適應セザルモノモアリマスル、即チ昔アツタ事柄悉クヲ今ニ於テ復古セシムルト云フ趣意デハナイノデゴザイマスルケレドモ、唯今申上ゲマシタヤウナ趣意ニ添ハナイ現行民法ノ規定モアルヤウニ思ヒマスルカラシテ：……今日家ト云フモノガドウ云フ工合ニ民法上ナツテ居ルカト申シマスルト云フト、御承知ノ通り實質ト云フヨリハ寧口形式デ家ト云フ觀念ガ出来テ居ルヤウニ思ヘルノデアリマス、即チ戸主権行使ノ範圍トシテ論ズベキ家ト云フモノガ、或ハ広ク或ハ狭ク、如何ニモ内容ニ於キマシテ堅

実ヲ欲イテ居ルヤウニ思フノデゴザイマスカラ、其家ノ組織ト云フモノヲ堅実ニスル、サウシテ父子兄弟ノ間ニ一家団欒ノ幸福ヲ得セシムルト云フ建前ニ立法スル方ガ適當デハアルマイカ……」²⁷と。

要約すると次の三点である。(1)淳風美俗は必ずしも復古にあらず、時勢に応じて改むべきものは改め、補うべきものは補う(2)淳風美俗は、父母に孝、兄弟に友、夫婦相和し、一家団欒の家族道徳を骨子とする(3)この家族道徳は、家族制度ことに家を堅実なものにすることによって達せられる。

この鈴木司法次官による諮問第一号についての説明は、調査要目において示されていたことと内容的にはほぼ一致する。したがって、調査要目の立場に対しては政府当局も満足していたと推測される。そして、そのことから、審議の大勢は現実の小家族を規律するという方向で進められたようである。ただし、「淳風美俗」の内容及びその達成手段については様々な考え方が散在しており、小委員会・主査委員会においても意見の完全な一致をみることはなく、この状態はそのまま審議会の総会にも持ち込まれることとなった。総会での、「淳風美俗ト云フヤウナコトハ、明カナコトノヤウデ……人々ニ依ツテ考ガ違フ……唯昔ニ戻セバ宜イト云フ譯デモナイ、……一ツ／＼ノ事柄ニ適用シテハ無論ムズカシイ問題」²⁸との、富井政章の発言に示されている通りである。

「家」を「小さく堅く」という考え方は、分家に関して定める第四に對する松本丞治委員の説明においても示されている。すなわち、彼は、家は現実においては単に戸籍上の紙の上の關係に止まり、家という觀念がかえってその本来の意義を失い、家族制度の鞏固を欠くことになるこ

とを指摘し、独立の生計を立てうるものを一つの単位として構成することにより「家」と実質的な共同生活をできる限り結びつけて、家族制度の解体を防止したいといっている。²⁹そして富井委員もこれを援護する発言をしている。³⁰これは、確実に「家」を再生産して行くことによって社会の基礎とする考えを示しているわけであるが、觀念的な家から現実の共同生活を重視する方向への変更は重要である。³¹

四 婚姻同意についての論争

旧法七七二条に対しては、正に相反する二つの改正論がありえた。³²一つは、子が父母の意に反して結婚しうるものとするのは「我邦古来の淳風美俗に副わざるもの」であり、満三十年又は満二十五年までは孝なるべし、一夜明くれば不孝にて可なりとは何ぞやということから、父母の同意は子の年齢の如何を問わざるものとすべしというものである。これは教育界の考えである。他方は、孝行は道徳問題であって、法律を以て強制すべきでない、若年者は格別、すでに婚姻に熟せる年齢に達した者に対しその婚姻の成否を父母の同意にからしめることは無理、不自然であり、かえって親子間の情誼を害するとして、成年年齢前後までにせよというものである。

改正要綱は第一の説に拠っているかのようにみえる。旧法七七二条が孝行の道に反するとして教育界からの反対が強かったものであるだけに、その期待を担った江木千之は要綱原案の「年齢制限撤廃」に賛意を示した。これに対して、美濃部達吉が自由婚姻の立場から強行な反対意

見を述べ、奇妙なことにも未成年者以外は自由婚姻との見解を採った花井委員及び主査委員ながら原案に反対した穂積委員の側に立った。そしてその間にあって原案を維持しようとするのが松本委員と富井委員であった。

総会でまず松本委員が次のように説明した。すなわち、満三十年以上の男子及び満二十五年以上の女子が父母の同意なく婚姻しうることは我々國風からみて適當でない。したがって、年齢にかかわらず父母、父母なきときはこれに代わるものとして祖父母の同意を要することにすると同時に、不当に同意を拒むことを得ずとする。そして、同意なき婚姻の取消は思慮定まらない未成年者の場合に限り、代わりに相當の制裁を定めることとしたのである。³³

これに対してまず花井委員が反対した。彼は同意なき婚姻に対する制裁に疑問を呈している。つまり、親が子の婚姻に対して反対を述べることによって親子の間に溝ができることを憂い、「婚姻ニ付テ父母ノ意ニ逆ハズ、父母モ亦子供ノ欲スル所ヲ故ナク遮ラズ、平和円満ノ間ニ此大禮ノ挙ゲラレルト云フコトガ淳風美俗」³⁴との考えから、たとえ軽い制裁であれそれには及ばず、役に立たなくてもよいというのである。「未成年以外ノ場合ハ一切自由主義デ宜シイ」³⁵といいながら、「年齢ノ如何ニ拘ハラズ父母ノ同意ヲ要スルコトニスベキコト、勿論異存ハナイ」³⁶というのであり、軽い意味で書いておくだけでよいという考えである。結局花井委員の原案反対・削除論は、「道徳的觀念ニ任ズ、又從來養ハレタ所ノ淳風美俗ノ実情ニ鑑ミテ、法律力ニ訴フルト云フ事柄ヲ欲セス趣旨ニ於テノ削除論」³⁷「強ヒテ之ヲ存スルト云フコトデアツタナラバ、矢張

リ其道徳觀念ヲ法ノ上ニ移スノ程度ニ止メテ置」³⁷きたいという意見であった。

この花井委員の説に対しては、江木千之委員が、それまでの花井委員の「家」についての主張を打壊わしたような御説であるとして批判したが、花井委員は、「此問題ニ付テ、恰モ從來ノ説ト反対ノ態度ニ出タルモノ、如クニ見ラレルノハ、頗ル遺憾デアリ」³⁸「家族制度ハ道徳的ニ生長シ發達スベキモノデアツテ、法律的ニ生長シ發達スベキモノデナイト云フノガ私ノ觀念」³⁹であると反論している。花井委員は實際の状況に通じた弁護士らしく、實際的な例を挙げて説明をするが、彼が考えていたのは、人情厚き、まるくまとまった家であったように思われる。

花井委員の原案削除、現行法のままでよいとする発言に対して、穂積重遠委員が賛成する。穂積委員はこの改正作業のはじめから深くかかわっており、小委員主査委員の一人であったことから、控え目ではあるが自説を述べる自由を得たいとあって、道徳と法律との關係について述べた上で、現行法でよいとする理由を述べた。⁴⁰それは要するに、父母の同意は道徳問題に任すべきであり、法律で定めることは好ましくないという⁴¹こと。そして、理想としては未成年者保護に止めておくべきであるが、それを提案しうる立場にないし、現行法のままでも今はそんなに弊害はないようであるから、花井委員の案に賛成するというのであった。

さらには、同意なき未成年者の婚姻の取消についても反対する小山温委員の意見などが出て議論が紛糾したので、これを納めようとして、富井委員は、この案第十は小委員会並びに主査委員会において初めから意見の分れていた事柄ではない、實際の結果からいえば今日よりも自由に

なるのであると説明したが、⁴²かえって、美濃部委員の強い反論を引き出す結果となつてしまつた。美濃部委員は満場一致であつたと聞いて意外なのに驚いたと述べた後、「制裁ノ輕クナツタ点ニ於テ寛大デア」るが、年齢を問わない点においてははるかに重い、現在の思想、生活の独立とというような思想に反対するものであり、時勢に逆転した事柄であると批判した。そして、如何に軽い制裁にしてもそれは非常に人格を無視するものであり、こういう改正に対しては世の中では驚くであらうとまでい⁴³つた。彼は、男女共に二十五歳位でよいと考えているのであるが、積極的に發議することまではせず、三十歳、二十五歳以上の者は全く同意不要、それ未満の者は同意なしでも婚姻は成立するが父母は相当の制裁を科すことができるという、現行法緩和の考えに賛成した。⁴⁴

松本委員と富井委員は、これらの反対者に対して、原案の同意の性格を説明し、それが如何に緩いものであるかを同意なき婚姻の効力の面を強調して説得しようと努めた。それは、同意なき婚姻の取消を認めるか否かということが、同意を要するとすべきかどうかの論争と当然に関係してくるからである。

取消を論ずるには、ここでさらに前の段階である婚姻の成立についてみておく必要がある。その意味で、原嘉道委員の、「現行ノ民法ニ依リマスルト、父母ノ同意ヲ得ナイモノニハ戸籍吏ハ婚姻届出ヲ受理スルコトガ出来ヌト云フコトニナツテ居リマス、戸主ノ同意ガナイ時ハ戸籍吏ハソレヲ注意シテ、当事者ガ聴カヌトキハ之ヲ受理スルコトニナツテ居ル、今後ハ父母、祖父母ノ同意ヲ得ナイ婚姻ニ付テハ相当ノ制裁ヲ加ヘルト云フコトニナツテ居リマスカラ、自然此父母、祖父母ノ同意ト云フ

モノハ、現行法ニ於テ戸主ノ同意ト云フ位ナモノデ、此同意ガナクテモ届出ヲ受理シテ呉レト言ヘバ、戸籍吏ハ受理シナケレバナラスト云フ制度ニナツタモノト」解釈してよいのかという質問は重要である。⁴⁵判例では、同意権者の同意のない婚姻届でも、戸籍吏が受理した以上婚姻は有効に成立するとされてきたが、⁴⁶かような場合は、戸籍吏が故意に受理するが誤まって受理した例外的なものであつた。ところがこれが常に生ずるようなことになれば、その影響は大きい。

この質問に対して松本委員は、受理についての決定規定を変えらるとも変えないとも決めていなかつたと記憶しているが、そのように変えることが結末の合うことになるかもしれないと答えた。⁴⁷そうであるならば、親の同意権を戸主の同意権と同じように弱いものとすることになり、婚姻は成立しやすくなる。

右の点と関連してもう一つ注意しておかなければならないのは、改正要綱が旧法の届出婚主義から儀式婚を中心として届出婚を併用する主義へと転換しようとしていたことである。これによつて同意のない婚姻がかなり多くなると予想されるからである。そのことが松本委員の次の発言に示されている。すなわち、彼は、「原案ノヤウニ可決サレト仮定致シマスト……届出以外ニ、慣習上認めラレル儀式ヲ挙グルニ依ツテノ婚姻モ成立チ得ル、そうなれば、「同意ナクシテ結婚スル者ガ頗ル多ク出来ルダラウト思フ……婚姻ノ取消ノ如キコトガ頗ル頻繁ニ生ズルト云フコトハ」「非常ナ弊害ガアル」と⁴⁸いって、それだからこそ取消を認めないようにしたいと強く主張している。

右の点については、慣習上認められた儀式とはどういふものなのか、

五 結 語

とくに父母の同意がなくともそうした儀式が可能であるのかという疑問がなくもないが、とにかく松本委員は同意なき婚姻の成立が急増するとの予測の下に論を進めていたわけである。⁴⁹

年齢制限を撤廃することについて、松本委員は「成年者へ全部同意ヲ要サヌト云フ御論ナラバ、大分時代ノ要求ト云フヤウナコトガ分リマシガ」⁵⁰という認識を基礎としていたが、実際上大多數の婚姻は、男子三十歳以下、女子二十五歳以下で行われるであろうし、父母は相当の理由なくして同意を拒みえないことになるのだから、現行法と比べれば非常に軽いことになる⁵¹、原案の維持に努めたのである。

このように同意拒否に正当理由を必要とし、しかも同意なき婚姻の成立を予想してその取消を否定することによって、同意権の規定を違反に対する制裁の軽い、適当な解決をもたらしうるものとする⁵²ことが、松本委員らの考えるところであったようである。

採決ではまず花井委員の全部削除（道徳的訓示規定として入れるのはよいが、そうでなければ現行法に止めておく）案が否決され、次に小山委員の三のみ削除するという（未成年者についても取消を認めない）案も否決された。仁井田益太郎委員は「一のみ削除する」という（年齢制限を残しておく）案を否決されたので、一を「未成年ノ子ガ婚姻ヲ為スニハ」とし、二を削除して、三を「前項ニ違反スル婚姻ヲ為シタルトキハ」とするおもしろい修正案を出したが、これも少数にとどまり、否決されてしまった。結局賛成多数で原案通りということに決められたわけである。

改正要綱は臨時法制審議会設置の趣旨を忠実に生かしたのかという問いにどう答えるか。すでにみたように、臨時教育会議の考えていた淳風美俗と臨時法制審議会で考えられていた淳風美俗との間にはズレがあった。しかもそれは、政府の諮問段階を経て審議会の基礎作業が始まった時からすでに違っていたのである。したがって、審議の途中で進歩的要素が加わったということも、より正確にみれば、臨時教育会議の建議が法律家の舞台である臨時法制審議会に場を移した当初から、その方向で進められることが基本とされていたのである。ただし注意しておかなければならないのは、そのことが、現在の目からみれば、「進歩的」とも評価しうるような結果をもたらしているけれども、当時としては、「家」を堅く実質的なものとして再生させることを目的とし、それによって、人心の融和を図り、社会の基礎固めをしようとしていた政府の意図とも合致したということである。⁵² 小家族制を採ることも、そのことによつて、家族員に対して実際に力を持っている者に相應の権限を付与しようとしていたといえる。政府としては、臨時教育会議に代表される教育界の保守的な、しかし実際的でない意見に従う意図はなかったように思われる。だから、改正要綱は、堅実な家の再生という点からみれば、政府の意図にも適合していただのではないかと思われる。

ただ、法律論的に項目の内容をみることはまた別である。婚姻同意に關していえば、改正要綱は、年齢の如何にかかわらずとした点と同意なき婚姻に対する制裁を予定している点では、同意権を強化しているかの

ようにみえる。しかし他方では、父母・祖父母は正当な理由がなければ同意を拒むことができないのであり、むしろその方に意味があると考えられること、さらに成年者の婚姻は同意がなくても完全に有効になり取消することができないこと、のみならず受理の面や儀式婚の面の検討次第では同意なき婚姻の成立が多くなるであろうと予想されていたことを考え合わせてみれば、改正要綱は妥協であるというにとどまらず、実質的な譲歩はほとんどないように思われる。⁵³ 改正要綱は、年齢制限をとり除くことによってこれを道徳規定化し、それによって教育界を抑えることに役立たせ、かつ、法律的には現実に生じた婚姻を保護することができるとようにしたのである。したがって、法的な問題としてながめるならば、父母の婚姻同意権を弱体化し、婚姻を自由にする方向に進んでいると結論することができよう。⁵⁴

臨時法制審議会の改正要綱は戦後の民法改正を考える上で無視することができないものである。その性格についてはこれまでにも少なからず研究が重ねられてきている。本稿はそれに屋上屋を架するにすぎないかもしれないし、しかも主題を婚姻同意に限っている。改正要綱を全体として考察するためには、それぞれの項目ごとに詳しく論議の模様を検討する必要がある。⁵⁵ また婚姻同意そのものの在り方についてもこれ論ずるには、法史的な研究や比較法的な研究がまだまだ必要であろう。⁵⁶ それを看過してはならないことを自戒のことばとしておく。

註

1 穂積重遠「子の婚姻に対する父母の同意」(二)「法協四二巻二号」(大)

一三) 一頁以下、三号(同年)二八頁以下、粟生武夫・婚姻法の近代化(昭五)三三頁以下など参照。

2 青山道夫「婚姻同意」家族制度全集法律篇I婚姻(昭一二)八四頁。婚姻同意の社会的基礎について、高梨公之「婚姻の自由と父の同意権——その社会的・経済的基礎について」同・日本婚姻法論(昭三三)第四章(一六四頁以下)、鍛冶良堅「小出博士『父母の婚姻同意権』論をめぐって」法律論叢四一卷四・五・六号(昭四三)二五三頁以下参照。

3 福島四郎「父母の婚姻同意権とその濫用」権利の濫用(下)(昭三七)一二頁以下参照。

4 解釈論としては、親権または監護権を有する父母に限ると解すべきであると主張されている、中川善之助編・註釈親族法(上)(昭二五)一三四頁(青山道夫)、小出廉二「父母の婚姻同意権」家族法大系II婚姻(昭三四)七一頁。立法論としては、廃止案も出されている、福島四郎「両性の合意と父母の同意と婚姻の届出」民商三九卷一・二・三号(昭三四)一一五頁、小出・上掲・六九頁、久貴忠彦「父母の婚姻同意——その比較法的・批判的検討——」民商五三卷三号(昭四〇)三二頁以下。なお、法制審議会民法部会身分法小委員会の「仮決定及び留保事項」では、法定代理人の同意を得ることとし、法定代理人がない場合または同意が得られない場合のための救済策として、家庭裁判所の同意に代わる審判を予定している。

5 福島(注3)一二頁以下、高野竹三郎「未成年者の婚姻に対する父母の同意権」婚姻法の研究(下)(昭五二)一一八頁以下など参照。

6 改正要綱について論じるものは多い。婚姻同意に関しては、青山道夫「婚姻法改正への一批判」(昭一七)同・日本家族制度の研究(昭二二)所収一〇五頁以下、我妻栄「家族制度法律論の変遷」(昭二二)同・民法研究VII(昭四四)所収一五七頁以下、川島武宜「臨時法制審議会における家族制度論争の一断面——穂積重遠博士を中心として——」(昭二七)同・イデオロギーとしての家族制度(昭三三)所収二〇二頁以下、磯野誠一「民法改正(法体制再編期)」講座日本近代法発達史(昭三三)二九七頁以下など参照。わたくしの考えの基本は磯野論文に教えられたところが大

きい。

7 人事法案については、唄孝一「利谷信義『人事法案』の起草過程とその概要」私法学の新たな展開(昭五〇) 四七一頁以下参照。

8 臨時教育会議における民法改正の要望については、磯野(注6) 二七〇頁以下参照。

9 これらの点については、利谷信義「本間重紀「天皇制国家機構・法体制の再編——一九一〇〜二〇年代における「断面」——」大系日本国家史5近代II(昭五二) 一五三頁以下参照。

10 詳しくは、堀内節「家事審判制度の研究(昭四五)、同・続家事審判制度の研究(昭五一) 参照。

11 臨時法制審議会の構成員については、唄「利谷(注7) 四七七頁以下参照。

12 我妻(注6) 一五七頁。

13 こうしたことは、後でみるように、一般に「家制度」護持論者といわれている花井卓蔵委員と進歩派と目される穂積重遠委員の発言が、婚姻同意権に関して奇妙な一致をみせることからもうかがわれる。磯野(注6) 二八二頁は、家事審判所設置の決定に関連して、「審議会の結論は、保守、進歩の妥協といわれ、正にその通りの点もあるが、進歩派の立場自身が妥協であったと考えられる。両者の質的なちがいを大きく見るのはあたらないのではなからうか。」と指摘されている。

14 我妻(注6) 一五七頁。

15 川島(注6) 二〇四頁以下。旧規定の方が進歩的とみうる理由を次のように述べられている。「たとえ要綱案においては親の同意権は拘束されているとはいえず、同意拒絶が正当であるかないかは結局訴訟になってみなければ確定しないのであり、また実際においては、父母の同意がなければ子はあえて婚姻をしない場合が多くなるであろうし、かつ同意がないにかかわらず決行された婚姻に対しては制裁が予測されるからである。」

16 青山道夫編・注釈民法(四)(昭四一) 二二六頁「大原長和」。

17 谷口知平「法典調査会議事録より見た婚姻と父母の同意」民商一卷一号(昭一〇) 一七三頁。

18 磯野(注6) 二七六頁。

19 論者がどのような社会的実態を前提として立論していたか、そして法定立することによってそれをどのように変えていこうとしていたかということは、その発言内容からある程度推測される。しかし、果たしてそれが現実と合致していたかどうか、また法が予測した通りの働きをしえたかは、別個検討を要する問題である。これについては本稿では及ばない。

20 調査要目は幹事会が作成したものであるが、実際上その中心的役割を果たしたのは穂積重遠幹事であろうと推測されている、磯野(注6) 二八五頁注(6)。

21 堀内(注10) 一九頁、二九頁注(4) 参照。

22 総会での発言については、臨時法制審議会総会議事速記録による(以下、速記録として引用)。なお総会での修正は次の通りである。

第二(継親子) 「成ル可ク継親子ノ名称ヲ避クルコト」を附帯決議第六(戸主ノ監督義務) 「保護ヲ為ス義務ヲ負フ」→「保護ヲ為ス権利義務ヲ有スル」

第八(離婚及ビ復籍) ノ一 「直系尊属ニ非ザル成年ノ家族」→「成年ノ家族」

要綱にはこの間に原案の項目にない「離縁又ハ離婚等ニ因リテ家ヲ去ル者ノ子ノ家籍」が第九として加わっている。したがって、以後は、原案と要綱の項目番号がずれている。

第九(廃戸主) ノ一 「之ヲ隠居者ト為スコトヲ得ルモノトスル」→「戸主権ノ喪失ヲ宣告スルコトヲ得ルモノトスル」

第二十一(縁組ノ許可) 「十五年未満ノ者ヲ」→「未成年者ヲ」

23 調査要目第二十三 民法ノ規定ニ依レハ満三十年以上ノ男子及満二十五年以上ノ女子ハ家ニ在ル父母ノ同意ヲ得シテ婚姻ヲ為スコトヲ得所謂自由結婚ヲ為スコトヲ得ル年齢ヲ定メタルナリ如キハ我國風ニ視テ果シテ適当ノ制ナリヤ若又或程度ニ於テ自由結婚ヲ認ムルヲ可トスルモ其ノ標準ヲ年齢ノミニ取ラスシテ寧ロ例ヘハ独立ノ生計ヲ立ツルカ如キ其ノ他適当ノ条件ヲ加フルノ要ナキヤ又父母ノ同意ヲ得シテ為シタル婚姻ノ効力ヲ如何ニスヘキヤ此ノ場合ニ於ケル婚姻ノ取消ハ殊ニ父母ノ不同意ニ無理

- アル場合ニ於テ果シテ適當ノ制ナリヤ(民法第七七二条第七八三条)
- 24 主査委員会における穂積重遠委員の説明参照、堀内(注10)五八六頁以下、磯野(注6)二七七頁以下。なお、淳風美俗論争については、磯野誠一「淳風美俗論争」法セミ昭三二年五月号三八頁以下参照。
- 25 磯野(注6)二七七頁、堀内(注10)五八九頁以下参照。江木千之委員は、主査委員会において、教育家の意見を徴するにはと尋ねられた際に、「私ハ教育家ノ方面ハサウ詳シク承知致シテ居ル譯テコサイマセヌカ」と前置きしながらも、文部省の教科書調査委員会がこういふ方面には一番注目しているであろうと答えている(堀内(注10)五八一頁)。彼は総会においても教育界の意見を代弁している。すなわち、「教科書ニ於テ孝ト云フコトヲ説クニハ、孝ハ即チ親ノ意ヲ安ズルニアル」「親ノ命令ヲ守ラナケレバナラヌト云フコトハ、孝ヲ説ク重ナル点デアル」ところが民法によれば、女子は二五歳、男子は三〇歳になれば親の承諾を得ずに結婚することができる。「道徳上許ス可ラザルコトデアル」「法律ハドウシテモ改正シテ貫ハナケレバナラヌガ、法律ニ拘ハラズ、教科書ハ何処迄モ親ノ命令ニ従ハナケレバナラヌト云フコトヲ以テ、教ヘテ行カナケレバナラヌ」と、速記録二八五頁。
- 26 磯野(注6)二七六頁参照。
- 27 速記録三頁以下。
- 28 速記録一七頁。
- 29 速記録四八頁。磯野(注6)二九四頁以下参照。
- 30 「戸籍ノ上デ、何ンデモ斯ンデモ皆家ニ入レルト云フコトニシテ置イテハ家ト云フモノハ無暗ニ広クナツテ、實際ノ共同生活ト云フモノト一致シナイ」「成ル可ク堅実ノモノニシテ少シ小サクシテ其代リニ固クシタイ、之モ矢張り家族制度維持ノ積リ」速記録六四頁。
- 31 家を小さくして家にある父母を重視することは、家族共同生活体の重視という方向への発展を指向するものともなりうるであろう。
- 32 穂積重遠「民法改正要綱解説(一)——序言及び婚姻」家族制度全集法律篇I婚姻(昭二二)三三二頁以下。
- 33 速記録八七頁以下。
- 34 速記録三〇九頁。
- 35 速記録九〇頁。
- 36 速記録九三頁。
- 37 速記録二八九頁以下。
- 38 速記録二八七頁。
- 39 花井卓蔵博士の家族制度論については、磯野(注6)二八八頁以下参照。
- 40 速記録二九一頁以下。
- 41 この点については、川島(注6)二〇六頁以下参照。
- 42 速記録三〇四頁。川島(注6)二〇四頁以下参照。
- 43 速記録三〇七頁。
- 44 一部は花井・穂積両委員の修正説に賛成、一部は小山委員の修正説に賛成であるとし、採決の前に平沼議長が動議の提出を促したにもかかわらず、動議の提出はしなかった。
- 45 速記録九七頁以下。
- 46 大審院大正六年四月七日判決法律新聞一二五〇号二七頁以下参照。
- 47 速記録九八頁。
- 48 速記録三〇一頁。
- 49 儀式婚は内縁の問題との関連が強い。同意なきが故の内縁について當時の状況を示すものとして、中島玉吉「内縁の夫婦に就て」法学論叢一〇巻三号(大一二)七頁以下参照。自立可能な夫婦ないし実際に夫婦として社会の基礎となつている夫婦を正式なものと認めること、それを同意権者が不当に妨げないようにすることが考えられていたようである。
- 50 速記録三一二頁。
- 51 速記録三一二頁以下。
- 52 利谷||本間(注9)二一一頁参照。
- 53 成年者については注意規定にとどまり、未成年者については取消があるとはいへ、時の経過により解決しうる余地がある、と考えることもできるであろう。
- 54 道徳的な規定として法律の中に入れてくることの是非とは別に、現実

婚姻が自由になっているかどうかを考えるべきである。

55 磯野(注6)二七五頁以下参照。

56 久貴(注6)三頁以下、同「フランスにおける父母の婚姻同意権」婚姻

法の研究(上)(昭五一)三一二頁以下、椿寿夫・書評「久貴忠彦『父母

の婚姻同意』」法時三八卷一二号(昭四一)八八頁以下参照。

原稿受理 一九八二年九月十四日