

◆同志社大学国際関係私法研究会◆

婚姻成立に関する本国法の配分的適用と 一方的・双方的要件の基準

野村美明
黄勅明
小野木尚
小池未来
呉徳志

はじめに

第1章 日本の学説

1. 抵触法説
2. 準拠実質法説
3. 若干の検討

第2章 比較法

1. ドイツ法
2. フランス法

第3章 通則法24条1項の解釈

1. 準拠実質法説の採用
2. 具体的な場面

おわりに

前注) 本稿は、共著者らが同志社大学国際取引・国際法務研究センターにおいて実施してきた共同研究「婚姻の成立に関する本国法の配分的適用と一方要件・双方要件の基準」の成果(OSIPP Discussion Paper: DP-2021-J-007 <<http://www.osipp.osaka-u.ac.jp/archives/DP/2021/DP2021J007.pdf>>) およびこれに対する2021年11月12日金曜日に開催された同志社大学国際関係私法研究会における会員の皆様からの意見に基づいて作成したものである。なお、論証の根拠となる出典は当該論証箇所掲げ、外国文献は国際的な慣用に従い、原則として自国(日本)の引用方法に統一することにする。

はじめに

法の適用に関する通則法¹⁾(「通則法」) 24条1項²⁾は婚姻の実質的成立要件を「各当事者につき、その本国法による」として、準拠法の配分的適用を定めているとされる³⁾。国際私法上、婚姻の実質的成立要件⁴⁾は、当事者の一方のみに関わる一方的(一面的)要件と双方に関わる双方的(双面的)要件に区分して説明される。通則法24条1項が配分的適用を定めているのにも関わらず、双方的要件については当事者双方の本国法が適用されるので、結果としては累積適用をしたのと同様になってしまう。

具体的になが一方的要件でなが双方的要件に当たるのかの区別の基準について、学説は概ね①国際私法上あるいは抵触法上の区分であるとする見解⁵⁾(「抵触法説」)と②準拠実質法である各当事者の本国法の解釈問題であるとする見解⁶⁾(「準拠実質法説」)に分かれる。日本の多数説および実務は前者の見解をとるといわれる⁷⁾。なお、以上の2つの説は、いずれも通則法24条1項が各当事者の本国法の配分的適用を定めているとする点では一致してい

-
- 1) 日本の国際私法の基本法源である法の適用に関する通則法(平成18年法律第78号)(以下「通則法」という)は、2006年(平成18年)に法例(明治31年法律第10号)の全部を改正するものとして成立し、2007年(平成19年)1月1日に施行された。
 - 2) 通則法24条1項は法例13条1項を現代語化したものであり、さらに法例13条1項は平成元年(1989年)改正(平成元年6月28日法律第27号)前の法例13条本文を踏襲している。したがって、婚姻の実質的成立要件に関する通則法制定前の学説は、通則法24条1項の解釈にも妥当する。
 - 3) 立法論的批判については、松岡博=高杉直『国際関係私法講義 [改題補訂版]』(法律文化社、2015年)178頁~179頁参照。
 - 4) 婚姻の実質的成立要件には、積極的要件(存在しないと婚姻が成立しないもの)と消極的要件(存在すると成立しないもの、婚姻障害とよばれる)があるが、本稿では区別していない。
 - 5) 本稿注(16)参照。
 - 6) 本稿注(21)参照。
 - 7) 道垣内正人『ポイント国際私法・各論(第2版)』(有斐閣、2014年)70頁、中西康ほか『国際私法第2版』(有斐閣、2018年)294頁、松岡博編『国際関係私法入門 [第4版補訂]』(有斐閣、2021年)180頁、実務については涉外戸籍実務研究会『改訂 設題解説 涉外戸籍実務の処理Ⅱ婚姻編』(日本加除出版、2014年)8頁~15頁参照。

るが、これを当事者双方の本国法の累積的適用を定めていると主張する見解（累積的適用説）がある⁸⁾。

準拠実質法説の有力な論者は、一方的・双方的という区別が個々の実質規定の解釈問題だという点は、「現在、比較法的に見てまず異論がないようにみられる」といい、通則法24条1項と同内容の法例13条1項の解釈としてもこれを主張していた⁹⁾。すなわち、一方的婚姻要件と双方的婚姻要件の判断を、配分的連結によって決定された準拠法の解釈によらせるのである¹⁰⁾。本稿第2章でみるように、ドイツ国際私法およびフランス国際私法は婚姻の実質的成立要件について各当事者の本国法（属人法）の配分的適用を採用しているが、一方的要件と双方的要件の区別の基準が準拠実質法であることに異論がない。

婚姻の実質的成立要件に関する国際私法規則に相違がないのに、わが国では比較法では異論がないとまでいわれる準拠実質法説ではなく、抵触法説が通説とされるのはなぜだろう。

本稿の主な目的は、日本においても抵触法説は通説とはいえないことおよび抵触法説は比較法的にも特異な存在であることを論証することである。また、日本において抵触法説がさほど疑問もなく受け入れられてきたもう一つの理由として、婚姻の実質的成立要件に関して想定されるまたは直面する事例が抵触法レベルでの区別で解決できる程度のものであった（または準拠実質法説でしか対応できないような事例が少なかった）からではないかとも考えられる。この点は今後の実証的な研究に待つほかはないが、本稿では将来の実際的な問題提起につながるような外国の事例を具体的に紹介することにしたい。

第1章では、日本の学説を分析し、一方的婚姻要件と双方的婚姻要件の区別を抵触法のレベルで行う見解の根拠はその沿革が明らかではないことを論

8) 累積適用説については、本稿注（118）およびその本文参照。

9) 本稿注（26）およびその本文参照。

10) 同上。

じる。第2章では、ドイツ国際私法およびフランス国際私法において、準拠実質法説が異論をみないほど採用されているのかどうかを検証する。第3章では以上の検討に立って、日本の通則法24条1項の解釈においても、準拠実質法説を採用すべきことを主張する。

第1章 日本の学説

1. 抵触法説

通則法24条1項は、ドイツやフランスの国際私法と同様に、婚姻の実質的成立要件について各当事者の本国法の配分的連結を採用する。この連結方法の解釈について、学説は一般的に一方的要件と双方的要件に区別して説明しており、この点もドイツやフランスと同様である。

日本でこの区別にはじめて言及したのは、1929年に公表された久保岩太郎の論文¹¹⁾であるとされる。同論文は、一方的要件とは、当事者の一方的性質または事情および関係に関する要件であり、一方当事者の本国法のみによれば足りるのに対して、双方的要件とは、両当事者の相互関係に関する要件であり、一方当事者の本国法によるのみではならず、さらに相手方の本国法の累積的適用が必要であると述べる¹²⁾。

久保1929年論文は、一方的要件について、いずれの当事者の本国法によるべきかという問題を指摘し、女の待婚期間、男の無勢力（性的不能）、当事者のある種の疾病などを例にあげ、それぞれの規定の趣旨目的を考慮しながら、当該要件がいずれの当事者の本国法によるべきかを判断し区分している¹³⁾。これらの記述を根拠に、久保1929年論文は一般的に、婚姻要件の区別を実質法の解釈問題としてではなく、抵触法の平面において準拠法を決定す

11) 久保岩太郎「婚姻成立の準拠法に就て」商学評論8巻2号（1929年）196頁以下。

12) 同上、204～205頁。

13) 同上、205頁。

るために行っていると理解されている（抵触法説）¹⁴⁾。そして、同論文が提唱したとされる抵触法説は、比較的多くの支持を得ていると評され¹⁵⁾、今日では多数説ないし通説とされている¹⁶⁾。

もっとも、久保論文に流れを汲む多数説は、その論拠について、一方的か双方的かという婚姻要件の区別は準拠法の指定に関する国際私法の解釈問題であると簡略に述べるに止まり¹⁷⁾、久保論文以上の実質的な理由付けができていないとはいいい難い¹⁸⁾。

2. 準拠実質法説

抵触法説に対して、ある要件が一方的か双方的かの区別が困難であり¹⁹⁾、相対的なものに過ぎないという指摘が早い段階からなされ²⁰⁾、さらに、要件の一面性・双面性を実質法の解釈問題とする準拠実質法説が有力に唱えられてきた²¹⁾。この立場の正当性をとりわけ詳細に論じたのは、横山説であろう。

14) 山田鎌一『国際私法 [第3版]』(有斐閣、2004年) 405頁、横山潤『国際家族法の研究』(有斐閣、1997年) 57頁、櫻田嘉章=道垣内正人編『注釈国際私法第2巻』(有斐閣、2011年) 54頁 [横溝大]。

15) 横山1997年『前掲書』注(14) 58頁。

16) この立場の学説として、木棚照一=松岡博編『基本法コンメンタール 国際私法』(日本評論社、1994年) 88頁 [青木清]、山田『前掲書』注(14) 405頁、溜池良夫『国際私法講義 [第3版]』(有斐閣、2005年) 422頁、櫻田嘉章『国際私法 [第7版]』(有斐閣、2020年) 271頁。なお、溜池良夫「婚姻の実質的成立要件の準拠法」『国際家族法研究』(有斐閣、1985年) 57頁 [初出1980年] は抵触法説をとるといわれるが、実際は区別の基準が明らかにされていないと思われる。

17) たとえば、山田『前掲書』注(14) 409頁注10は、「一面的婚姻障碍か双面的婚姻障碍かの判別は、準拠法の指定に関する問題であるから、国際私法の次元で行うべき」と述べ、溜池2005年『前掲書』注(16) 424頁は、「この問題は、準拠法の解釈問題でなく、あくまで国際私法の解釈問題と考えられる」としている。

18) 櫻田=道垣内『前掲書』注(14) 13頁 [横溝]。

19) 折茂豊『国際私法 (各論)』(有斐閣、1959年) 181頁注4。

20) 折茂豊『国際私法 (各論) (新版)』(有斐閣、1972年) 232頁注4、溜池2005年『前掲書』注(16) 422頁。

21) 澤木敬郎=道垣内正人『国際私法入門 [第3版]』(有斐閣、1990年) 108頁、佐野寛「涉外婚姻の成立要件の準拠法」判タ747号(1991年) 430頁、横山1997年『前掲書』注(14) 59頁、木棚照一=松岡博=渡辺愷之『国際私法概論 [第5版]』(有斐閣、2007年) 203頁 [木棚]、櫻田=道垣内『前掲書』注(14) 14頁 [横溝]、横山潤『国際私法』(三省堂、2012年) 237~238

横山説は、まず、ドイツの学説の状況を紹介する。すなわち、ドイツの通説では、(a)「特定の状況にある」自国民は婚姻できるか否かのみを規律する実質法上の婚姻要件は一面の婚姻障害、(b) 自国民は「特定の状況にある」相手方と婚姻できるか否かをも規律する婚姻要件は双面的婚姻障害とされる。そして、ある要件を一面的とするか双面的とするかは各国の立法者に委ねられており、よってその判断も、各実質法の目的によって定まることになる²²⁾。

横山説が紹介したドイツの通説を整理して言い換えるとすれば、次のようになるだろう。まず、男性に関する実質的成立要件は男性の本国法に送致し、女性に関する実質的成立要件は女性の本国法に送致する。つぎに、男女それぞれの本国法の実質規定をみる。男性の本国法の規定が前記 (a) について規律する場合は、一方的婚姻障害となり、男性がその本国法の定める要件を満たすだけでよい。男性の本国法の規定が前記 (b) をも規律する場合は、双面的婚姻障害となり、女性も男性の本国法の定める要件を満たさなければならぬ。女性の本国法に関しても同様の整理が可能である。

注目すべきは、一方的要件と双面的要件の区別が個々の実質規定の解釈問題とする上述の立場は、ドイツの学説に始まり、フランスその他の国においても採用され、比較法的にみてもほぼ異論がないと紹介されている点である²³⁾。

つぎに、横山説は、ドイツの少数説として、婚姻要件の一面性・双面性を抵触法の平面で捉えたカーンの見解も紹介している。カーンの見解によれば、例えば、婚姻適齢のような純粋に個人的な婚姻要件は各人の属人法のみによ

頁、木棚照一「逐条解説国際家族法—重要判例と学説の動向—」(日本加除出版、2017年) 71頁。最近では、奥田安弘『国際家族法〔第2版〕』(明石書店、2020年) 136頁は準拠実質法説を支持し、初版の説明を改説した。ほかに、江川英文『国際私法(改訂)』(有斐閣、1957年) 254～255頁も準拠実質法説の立場とみられる(塚場準一ほか・座談会「法例改正をめぐる諸問題と今後の課題」ジュリ943号(1989年) 24頁(池原季雄発言)参照。また、早田芳郎「演習」法学教室35号(1983年) 114頁も準拠実質法説に好意的である。

22) 横山1997年『前掲書』注(14) 50～52頁。

23) 横山1997年『前掲書』注(14) 52頁。

るが、性的不能のような当事者の一方に存する事由は、これを婚姻障害とする法の趣旨が相手方の保護にあるから、相手方の属人法によるとされる²⁴⁾。

横山説は、久保論文がカーンの見解に影響を受けていると指摘したうえで、法例13条1項の解釈としては、ドイツの通説同様に、婚姻要件の一面性・双面性を実質法の解釈問題と解すべきと主張する。その主な理由として、①各当事者の本国法に送致されるべき事項があらかじめ抵触法の平面で確定する抵触法説では、準拠実質法の関心が無視されること、②抵触法の平面で婚姻要件の一面性・双面性の配分を行うことは、各国の定める婚姻要件の目的が一義的に確定していることを前提としているが、そのような保証はないため²⁵⁾、実質法の平面で配分するよりも困難であること、③準拠実質法説が比較法的に広く受け入れられ、日本法で異なる処理をすることは判決の国際的調和に反すること、があげられている²⁶⁾。

3. 若干の検討

対立する抵触法説と準拠実質法説の当否について、詳しくは第3章で論じることにはしたいが、ここではまず2点を指摘しておきたい。

第1に、抵触法説は多数説ないし通説といわれるが、既述した学説の対立状況を眺めると、果たしてそのように断言できるか、疑問符が付くことである。抵触法の平面で一方要件と双方要件を区別することの可否を疑問視する見解や、準拠実質法説とみられる見解は、遅くとも1950年代には示され、それ以降も根強い支持を受けてきたのは無視のできない事実である。

さらに、抵触法説の有力な支持者である溜池教授は、「実質法上の要件は、すべて一度国際私法のレベルに引き戻して、国際私法上の要件に構成して考

24) 横山1997年『前掲書』注(14) 53頁。

25) なお、カーンの見解は本来、1902年「婚姻に関する法律の抵触を規定するためのハーグ条約」1条の解釈として主張し、これをドイツ国際私法の解釈にも広げたものである(本稿注(63)およびその本文参照)。しかし、ドイツ国際私法の解釈としてはもちろん、条約を解釈する立場としても、ドイツでは少数説であったとされる(横山1997年『前掲書』注(14) 54頁参照)。

26) 横山1997年『前掲書』注(14) 59～60頁。

えよう」と主張し、その例として婚姻年齢をあげて、「この制度を……本人の保護を図る目的の制度とする限り、その本国法がたとえこれを双方要件としていても、わが国際私法上は一方要件とすべき」と述べつつも、「本国法がそのような目的以外のなんらかの特別の目的から双方要件としている場合には……特別の双面的婚姻障害の問題として、取り扱うことになる」と述べている²⁷⁾。これは具体的な事案において、準拠法国の実質規定の趣旨目的を個別に考慮して一方要件・双方要件の境界を操作する立場と解されうるから、もはや抵触法説というよりも、準拠実質法説的な処理に近いものと考えられる。

このように、学説における抵触法説と準拠実質法説の分布は思いのほか拮抗し、前者を多数説と呼ぶには、ためらいを覚える。

第2に、抵触法説が多数説とされるにもかかわらず、その理論的根拠が不十分といわざるをえないことである。抵触法説を提唱したとされる久保教授自身、1955年の著述の中で、いわゆる一面的障害と双面的障害について、「両者の間には確然たる限界もなくまたこれを分けるまでの必要はないようである……正確を期すればこの区別をしない方が寧ろ正当であろう」や、「仔細に観ればこの区別を認める理由は乏しい」と述べている²⁸⁾。そして、久保教授は一応この区別に従って各要件を一通り説明した上で、準拠法適用の効果については、「夫たるべき甲男については甲男の本国法により、妻たるべき乙女については乙女の本国法により、その何れもが要件を具備し何等の障碍なきことを要する。その要件の一面的であるか否か双面的であるかによって相違はない」と述べるに至っているため²⁹⁾、抵触法の次元であらかじめ要件の一面性・双面性の区別をすることの意義を否定したように読める。このように、抵触法説の源流とされる学説（以下では「源学説」という）の提唱者自身にも立場の変化がみられるのである。この点に加えて、抵触法説の論者

27) 塚場ほか「前掲座談会」注(21)24頁(溜池良夫発言)。

28) 久保岩太郎「婚姻の成立」国際法学会編『国際私法講座(第2巻)』(有斐閣、1955年)518頁、525頁。

29) 同上、520頁。

は久保1929年論文以上の実質的な理由付けを提示していない点を併せ考えれば、同説の根拠は、沿革的に必ずしも明らかではないといわざるをえないだろう³⁰⁾。

ところで、婚姻の実質的成立要件について各当事者の属人法を配分的に適用するという連結政策は、諸外国の国際私法において、久保1929年論文の公表当時にも今日にも広くみられる。ある要件が一方的か双方的かという判断を準拠実質法に委ねる立場が諸外国において果たして一般的であるとすれば、横山説が指摘した通り、抵触法説には国際的調和に反するという問題が存在することになる。この点について、次章では、ドイツ法とフランス法における学説の状況を検証することとする。

第2章 比較法

1. ドイツ法³¹⁾

(1) ドイツ民法施行法 (EGBGB) の規定と一方的・双方的婚姻障害

EGBGB13条1項は、婚姻の実質的成立要件の原則的な準拠法について、各当事者の本国法 (dem Recht des Staates, dem er angehört) の配分的適用を定めており、日本法と同様に、各当事者の本国法をどのように適用すべきかが問題となる場面がある。

ドイツ国際私法においては、一方的婚姻障害 (einseitige Ehehindernisse) ・双方的婚姻障害 (zweiseitige Ehehindernisse) という用語が用いられる³²⁾。一方的婚姻障害とは、婚姻の当事者が異なる属人法を有し、

30) 櫻田=道垣内『前掲書』注(14)14頁[横溝]。

31) 以下では、*J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Art 13 - 17b EGBGB, Anhang zu Art 13 EGBGB, Verlöbniß und nichteheliche Lebensgemeinschaft (Internationales Eherecht)* (2011)を“Staudinger/執筆者名”の形式で、*Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 12, 8. Aufl.* (2020)を“MüKo/執筆者名”の形式で示す。

32) ここでの婚姻障害とは、婚姻の禁止、婚姻能力要件の欠如および婚姻意思の欠如を指してお

かつ、その一方の属人法のみによって婚姻障害が提示される場合に、その婚姻障害の原因が、関係する当事者自身においてのみ存在すべきものをいい、双方向的婚姻障害とは、同様の場合に、それが双方の当事者相互の関係において生じ、または他方の当事者においてのみ存在すべきものをいう³³⁾。

これら一方的・双方向的婚姻障害の区別については、「婚姻は、これを締結することを望む者の一方と第三者との間に婚姻又は生活パートナー関係が存在する場合には、これを締結することができない」と規定する BGB1306条を用いて次のように説明される。すなわち、同条が定める婚姻障害については、①婚姻中のドイツ人に対し、独身の外国人との婚姻を禁止するもの、あるいは、②婚姻中のドイツ人に対し、婚姻中の外国人との婚姻を禁止するものと解する場合には、一方的婚姻障害であり、③独身のドイツ人に対し、婚姻中の外国人との婚姻を許さないものと解する場合には、双方向的婚姻障害であるとされる³⁴⁾。

ところで、婚姻の実質的成立要件に関する規定は、EGBGB13条1項だけではない。同条2項は、当事者の本国法によれば満たされない婚姻の実質的成立要件がある場合に、その限りにおいて、一定の条件の下でドイツ法が適用されることを規定する。また、同条3項は、同条1項により婚姻適齢が外国法に従う場合に、婚姻締結時に当事者の一方が16歳未満であるときはドイツ法に従い婚姻を無効とし、16歳以上18歳未満であるときは同様にドイツ法に従い婚姻を取り消すことができるとする。したがって、EGBGB13条1項に従い各当事者の本国法を適用した結果としての婚姻の成否は、同条2項または3項によって修正される場合がある。

なお、同性婚の可否については、EGBGB13条ではなく同17b条4項および5項による³⁵⁾。まず、同条4項前段によれば、同性婚については、ローマ

り (Staudinger/ Peter Mankowski, Art. 13 EGBGB, ¶ 154)、婚姻の実質的成立要件に相当する概念として用いられている。

33) MüKo/ Michael Coester, Art. 13 EGBGB, ¶ 50.

34) Staudinger/ Mankowski, Art. 13 EGBGB, ¶ 158.

35) MüKo/ Coeseter, Art. 13 EGBGB, ¶ 52.

Ⅲ規則が適用される場合を除き、同条1項ないし3項が準用される。したがって、同性婚の成否については、登録国法が原則的な準拠法となる（同条1項準用）。加えて、同条5項は、EGBGB13条3項の準用を規定しており、同性婚の場合も、婚姻適齢については上述したドイツ法上の要件を満たす必要があるということになる。

(2) 一方的・双方的婚姻障害の分類についての現在の理解

マンコフスキー（シュタウディングガー・コンメンタール）によれば、ある婚姻障害が一方的婚姻障害とされるか、双方的婚姻障害とされるかは、それを定める個々の規範について、その規範が由来する法秩序“*lex normae*”に基づき判断されるとされ、日本の学説でいう準拠実質法説が支持されている³⁶⁾。ケスター（ミュンヘナー・コンメンタール）も同様に、日本の学説でいう準拠実質法説を支持する³⁷⁾。一方的婚姻障害か双方的婚姻障害かの分類をドイツ国際私法の固有の基準では行わない理由については、この場面において問題となっているのが、ドイツ国際私法の複数の抵触規則相互の事項的適用範囲の境界ではなく、特定の法秩序がその個々の規範を涉外性のある事案にどのように適用しようとしているかだからであると述べられている³⁸⁾。

ある婚姻障害が、それを定める実質法上、一方的婚姻障害と双方的婚姻障害のいずれであるかを判断するにあたっては、当該婚姻障害を定める国による評価が示されていれば決定的となるが、それがなければ当該婚姻障害を定める規範によって追求される利益ないし目的に従って解釈がなされる³⁹⁾。その際、訴権が夫婦の一方のみまたは双方に属するかが手がかりとなりうる⁴⁰⁾とされる。

ケスターは、双方の当事者相互の関係における婚姻障害の原因については、

36) Staudinger/ Mankowski, Art. 13 EGBGB, ¶ 159.

37) MüKo/ Coeseter, Art. 13 EGBGB, ¶ 50.

38) Staudinger/ Mankowski, Art. 13 EGBGB, ¶ 159.

39) *Ibid.*; MüKo/ Coeseter, Art. 13 EGBGB, ¶ 50.

40) MüKo/ Coeseter, Art. 13 EGBGB, ¶ 50.

その性質上、必然的に双方向的であり、それゆえ全ての実質法秩序において双方向的婚姻障害であるとし、例として、性別が同一であること⁴¹⁾、親族関係（姻戚関係も含む。以下同じ。）、相姦関係、養親子関係、宗教の相違をあげ⁴²⁾。マンコフスキーも、親族関係、重婚、養親子関係については、必然的に双方向的な婚姻障害であるとしている⁴³⁾⁴⁴⁾。

ドイツの実質法上、どのような婚姻障害が一方的・双方向的婚姻障害に分類されているかについてみると、たとえば、行為能力、婚姻適齢および意思の欠缺は一方的婚姻障害に属し、重婚および仮装婚の禁止は双方向的婚姻障害に属するとされる⁴⁵⁾。このうち、婚姻適齢は、フランス実質法上も一方的な婚姻障害と解されるが⁴⁶⁾、英国実質法上は双方向的婚姻障害とされている⁴⁷⁾。

ドイツ旧婚姻法8条は、10か月の待婚期間を規定しており、それを一方的婚姻障害と解するか、双方向的婚姻障害と解するかについて議論があったが、一方的婚姻障害とみる見解が通説であったとされる⁴⁸⁾。マンコフスキーもこの見解に従うが、その理由として、第1に、旧婚姻法8条の文言がもつぱら

41) なお、ドイツ国際私法のもとで同性婚の可否を判断する場合には、上述の通り、EGBGB13条ではなく、同17b条による。

42) MüKo/ Coeseter, Art. 13 EGBGB, ¶ 50.

43) 親族関係について、Staudinger/ Mankowski, Art. 13 EGBGB, ¶ 228、重婚について、同 ¶ 233、養親子関係について、同 ¶ 347.

44) フランケンシュタインも必然的に双方向的な婚姻障害を観念し、いくつかの例をあげている。本節 (3) ②参照。

45) MüKo/ Coeseter, Art. 13 EGBGB, ¶ ¶ 50 & 58. Staudinger/ Mankowski, Art. 13 EGBGB, ¶ ¶ 202, 210, 339f. も参照。

46) Staudinger/ Mankowski, Art. 13 EGBGB, ¶ 155.

47) Gerhard Kegel & Klaus Schurig, *Internationales Privatrecht*, 9. Aufl. (2004), 805頁。英国の判例 Pugh v. Pugh [1951] 2 All E. R. 680は、ハンガリーに住所を有する15歳の女性と英国に住所を有する将校の男性との婚姻（オーストリアで有効に成立）が問題となった事例で、裁判所は、婚姻は将校がその住所法上の要件（16歳を婚姻適齢とする）を満たさないため、婚姻は無効であると判断した。

48) Staudinger/ Mankowski, Art. 13 EGBGB, ¶ 357. e.g. Ernst Peters, Befreiung von der Wartezeit des §8 EheG für eine Frau, für die nicht deutsches Recht anzuwenden ist?, *Das Standesamt (StAZ)* 1972, 291頁; *Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: früher herausgegeben von Walter Erman, Bd. 2, 7. Aufl.* (1981), Art. 13 EGBGB a.F., ¶ 8 [Gerhard Marquardt].

女性の個人的な属性に照準を合わせていたこと、第2に、双方的婚姻障害と解したとしても、ほとんど常に免除が与えられるので無意味であるという事情があげられている⁴⁹⁾。通説に対して、双方的婚姻障害とみる見解は、旧婚姻法8条が親子関係の不明確さを回避することを目的としており、この不確実さは妻の負担になると全く同様に夫の負担になるのであり、当事者の一方のみが内国人である場合であっても、この婚姻障害を介入させることが望ましく、内国人男性が、待婚期間を定めない国の国籍を有する外国人女性と婚姻する場合にも適用されるとする⁵⁰⁾。

さらに、ドイツ人女性ではなくドイツ人男性にのみこの要件の充足を求める見解も提示された⁵¹⁾。すなわち、ドイツ人男性がドイツ人または外国人女性と婚姻する場合には、女性の前婚の解消または無効確認から10か月経過しなければならず、さもなければ、EGBGB18条により適用されるドイツ法の嫡出推定により、予期せず婚姻から短期間で出生した子の父とみなされるという危険が存在するであろうが、これに対して、ドイツ人女性が、本国法がたとえば婚姻締結前に懐胎された子について嫡出推定を定めない男性と婚姻する場合には、旧婚姻法8条の適用には何の意味もないという⁵²⁾。したがって、この見解によると、旧婚姻法8条は、ドイツ人男性に対して、ドイツ法が同時に嫡出親子関係の準拠法となることを条件として、前婚の解消または無効確認から10か月経過していない女性との婚姻を禁止するが、ドイツ人女性に対しては、何の禁止も定めないものと理解される⁵³⁾。

49) *Ibid.*, ¶ 358.

50) *J.v. Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einföhrungsgesetz und Nebengesetzen, Einföhrungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Teil 3: erläutert von Franz Gamillscheg*, 10./11. Aufl. (1973), ¶ 388.

51) Dagmar Coester-Waltjen, *Literatur: Staudingers Kommentar zum BGB, Einföhrungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Internationales Eherecht* (Art. 13-17), *StAZ* 1985, 177頁.

52) *Ibid.*

53) *Ibid.*

(3) 一方的・双方向的婚姻障害の分類についての源学説の整理

①ラーペ (1931年)

ラーペは、EGBGB13条に従って各当事者の本国法によって判断する際、本国法が当該当事者に対して婚姻を認めているか、とりわけ他方当事者との婚姻を認めているかが検討されなければならないとした上で、一方の本国法が当事者双方に対して婚姻を禁止していることがありえ、このような禁止は「双方向的な禁止 (Doppelverbot)」であり、当事者の一方に対しても他方に対しても向けられるものであるとする⁵⁴⁾。

その例として、1920年6月1日のスウェーデン婚姻法第2章6条が検討されている。同条は、重要な部分において内的な原因に由来する癲癇を患っている者について、国王の許可がない限り、婚姻を締結することができないことを定めていた。たとえば、スウェーデン人男性が癲癇を患っているドイツ人女性と婚姻しようとする場合、ドイツ法によれば婚姻障害は存在しないが、スウェーデン法によればどうであるかは、上述の規定の解釈次第であり、それが単に一方的な禁止 (癲癇患者に対して婚姻を禁止する) であるのか、双方向的な禁止 (癲癇患者との婚姻も禁止する) であるのかが検討されることになる⁵⁵⁾。

ラーペは、このような規定の解釈においては、文言だけでなく、その目的も考慮されなければならないとする⁵⁶⁾。また、この癲癇患者の婚姻禁止の例から、ある禁止が一方的であるか双方向的であるかについては、その禁止が婚姻の相手方との関係において生じる場合 (すなわち、禁止の原因が一方当事者の他方当事者との特定の関係において、つまり親族関係・姻族関係、養親子関係、相姦関係等において生じる場合) に加えて、そういった関係が存在せず禁止の原因が単に一方当事者の属性もしくは状態においてまたは第三者

54) *J.v. Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und dem Einführungsgesetz*, Bd. VI, Teil 3: erläutert von Leo Raape, 9. Aufl. (1931), Art. 13 EG, 234 - 235頁.

55) *Ibid.*, 235頁.

56) *Ibid.*

との関係において生じる（たとえば、重婚を禁止する国に属する者が婚姻しようとする者に配偶者がいる）場合にも問われることを指摘している⁵⁷⁾。

このように理解するラーベの見解は、日本の学説でいう準拠実質法説に立つといえよう。

②フランケンシュタイン（1934年）

フランケンシュタインは、一方的・双方的婚姻障害という用語を用いて、それらがどのようなものであるかを説明している。まず、当事者相互の関係または第三者との共通の関係に関するもの（たとえば重婚）は、必然的に双方向的な婚姻障害であるとし、当事者の一方のみの法がそれを規定する場合であっても婚姻締結を妨げることになると述べる⁵⁸⁾。そして、必然的に双方向的な婚姻障害以外のすべての婚姻障害は一方的婚姻障害であるが、必然的に一方的であるというわけではなく、一方的婚姻障害を双方向的婚姻障害とすることは各法秩序に許されているとする（相対的に双方向的な婚姻障害）⁵⁹⁾。フランケンシュタインは、必然的に双方向的な婚姻障害の例として、親族関係、養親子関係、婚約者間の前婚、相姦関係、共同の犯罪行為、後見関係、重婚をあげている⁶⁰⁾。

要約すると、フランケンシュタインの見解は、必然的に双方向的な婚姻障害は存在するものの、それ以外の婚姻障害が一方的であるか双方向的であるかについては、それを定める各法秩序（準拠実質法）によるとの見解であるといえる⁶¹⁾。なお、必然的に双方向的な婚姻障害については、準拠実質法によらず

57) *Ibid.*, 235–236頁。ラーベは、一方的婚姻障害と双方向的婚姻障害があることを述べるのみで、必然的に双方向的な婚姻障害と相対的に双方向的な婚姻障害の区別については述べていない。

58) Ernst Frankenstein, *Internationales Privatrecht (Grenzrecht)*, Bd. 3 (1934), 83頁。

59) *Ibid.* フランケンシュタインは、離婚したカトリック教徒（のオーストリア人）が再婚することができないというオーストリア法の婚姻障害を、カトリック教徒（のオーストリア人）が離婚した外国人と婚姻することを妨げるものと解釈することを相対的に双方向的な婚姻障害の例としてあげている。婚姻適齢について、注46、47の本文を参照。

60) *Ibid.*, 94–95頁。現在の学説における必然的に双方向的な婚姻障害について、本節（2）も参照。

61) *Ibid.*, 57頁、76頁に同旨。

に判断されることから、この点に関しては日本の学説でいう抵触法說的に捉えていると理解することもできる。もっとも、必然的に双方向的な婚姻障害はいかなる法秩序においても双方向的な婚姻障害であるものを指しており、準拠実質法によって判断したとしても結論は異ならない。

③カーン (1929年)

カーンは、1902年の婚姻に関する法の抵触を規定するためのハーグ条約(以下、「ハーグ条約」という。) 1条⁶²⁾の解釈として——もっとも、同条の基本理念はドイツ国際私法も共有しており、ここでの論述はドイツ国際私法にも妥当するという⁶³⁾——、準拠法として指定された2つの法がどのように適用されるべきであるのかを論じる。カーンは、同条の適切な解釈について、「夫婦の国又は夫婦の一方の国以外の国における婚姻の挙行が可能となるためには、将来の夫婦は各々自身の本国法によって規定される状態にあることが必要である」というものであるとする⁶⁴⁾。そして、個々の事案においていかなる法律が「各々の」法 (loi “respective”) として適用されるべきであるかについて述べる。

まず、婚姻適齢のような純粋な個人的能力の問題については、明白に、夫婦各々について、その要件を具備しているかがもっぱらその属人法に従って判断される⁶⁵⁾。親の同意の要否も同様である⁶⁶⁾。

しかし、外見上婚姻障害を有する者の法律が常に「各々の法」として適用されるわけではない⁶⁷⁾。まず、インポテンツを婚姻障害とする法律は、インポテンツの男性に対して婚姻を禁止するものではなく、他方の女性当事者を保護するためのものであるため、インポテンツの男性が婚姻することができ

62) ハーグ条約1条「婚姻を締結する権利は、将来の夫婦各々の本国法によって規律される。ただし、その法の規定が明示的に他の法に従う場合はこの限りでない。」

63) Franz Kahn, *Abhandlungen zum internationalen Privatrecht, Bd. II* (1928), 61頁注1.

64) *Ibid.*, 62頁.

65) *Ibid.*, 63頁.

66) *Ibid.*

67) *Ibid.*

るかどうかは、他方の女性当事者の法による⁶⁸⁾。

次に、非キリスト教徒であることを婚姻障害とする法律の真意は、キリスト教徒に対して非キリスト教徒との婚姻を禁止することであるため、キリスト教徒である当事者の属人法が「各々の法」と考えられなければならない⁶⁹⁾。一般に、宗教の相違という婚姻障害も同じように取り扱われる⁷⁰⁾。そのような婚姻の禁止の意義は、それがヨーロッパ諸国で妥当している限りにおいては、キリスト教徒には非キリスト教徒と婚姻を締結する能力がないということにすぎない⁷¹⁾。したがって、キリスト教徒と非キリスト教徒との間の婚姻が許されるかどうかは、キリスト教徒の属人法によることとなる。同様に、教会による聖別を理由とする婚姻禁止（聖職者に対する婚姻禁止）についても、もっぱら聖別された者の属人法によるのであり、聖別されていない者に対して聖別された者との婚姻を禁止する趣旨ではない⁷²⁾。

カーンは、ここまでの説明において、一方的または双方的婚姻障害という言葉を用いていないが、これらの例示をドイツ国際私法の理解に従って分類すると、婚姻適齢および親の同意の要否並びに聖別を理由とする婚姻禁止は、本人にある婚姻障害の原因が問題となるため一方的婚姻障害であり、インポテンツおよび宗教の相違は、相手方にある婚姻障害の原因が問題となるため双方的婚姻障害であるといえるだろう。

ところで、カーンは、教会による聖別を理由とする婚姻禁止について〔ハーグ国際私法会議〕第1委員会報告で述べられた見解に異を唱えている。委員会報告は、オーストリア法を例としてあげ、聖職者は婚姻できないとするオーストリア法の規定が、オーストリア人女性が聖職者と婚姻することができないことを定めるものではなく、オーストリア人聖職者が婚姻することができないことを定めるものであると述べた上で、オーストリア人女性と外国

68) *Ibid.*

69) *Ibid.*, 64頁.

70) *Ibid.*

71) *Ibid.*

72) *Ibid.*, 64-65頁.

人聖職者との婚姻を禁止したい場合には、オーストリアは、オーストリア人女性に対して婚姻を禁止する婚姻障害を定めることによってその目的を達成することができるとした⁷³⁾。これに対し、カーンは、そのような婚姻障害を定める規定は、国際私法的な意義のみを有するものであり、条約の許されない回避となること、そのような規定によって、当事者の一方の本国法が自国籍を持たない他方当事者の個人的な婚姻能力にその支配を及ぼせることが一般に可能となってしまう（たとえばドイツは、ドイツ人に対して21歳未満の外国人との婚姻を禁止することができてしまう）ことを批判として述べている⁷⁴⁾。

以上から、カーンの見解としては、上述した個々の婚姻障害についての解釈は、各国の特定の規定の解釈としてではなく、その種の規定の一般的な解釈として提示されたものであり、それに従って本国法の具体的な適用方法が決定され、各国の特定の規定の趣旨は考慮しないというものであると理解される。

(4) 小括

ドイツの現在の学説においては、一方的婚姻障害であるか双方向的婚姻障害であるかを準拠実質法に従って分類するとの見解が支配的であり、その理由として、特定の法秩序がその個々の規範を涉外性のある事案にどのように適用しようとしているかが問題となっているからであるということが述べられていた⁷⁵⁾。

ドイツの源学説においても、多数派の見解としては、同様に日本の学説で

73) Rapport de la Première Commission sur les dispositions concernant les conflits de loi en matière de mariage (Conditions de validité), in *Actes de la troisième Conférence de La Haye pour le droit international privé* (1900), 169頁。オーストリア一般民法典旧63条が、特定の地位にある聖職者等が有効な婚姻契約（家族関係を基礎づけるもので、両性の間で、永続的な共同体として生活し、子を設け、互いに助け合う意思を法律に従い宣言するもの。同法44条）を締結することができないと定めており、この規定が問題とされていると思われる。

74) Kahn, 『前掲書』注(63), 65頁注8。

75) Staudinger/Mankowski, Art. 13 EGBGB, ¶ 159.

いう準拠実質法説がとられていた。ある婚姻障害がどのようなものであるかはそれを定める実質法自体が決めているということが前提とされており、それに従って本国法を適用するため、この説に立っていると見える。

本節で概観した学説のうち、日本の学説でいう抵触法説を支持していたのは、カーンのみであった。カーンがこのような立場をとる理由として見出される論述のうち、ドイツ国際私法にも敷衍できる考えとして、当事者の一方の本国法が自国籍を持たない他方当事者の個人的な婚姻能力、たとえば婚姻適齢にその支配を及ぼせることが一般に可能となってしまうことが不適切であるという趣旨のことを述べている⁷⁶⁾。

以上の通り、本節では、ドイツ国際私法において、日本の学説でいう抵触法説はカーンによって主張された当時においても少数説であり、現在も日本の学説でいう準拠実質法説が一般的であることがわかった。

2. フランス法

(1) 属人法（本国法）の配分的適用とその例外

フランス民法典202-1条1項第1文は、「婚姻を締結するために必要な資格及び条件は、各当事者につき、その属人法 (loi personnelle) [=本国法] によって規律される」と規定しており、婚姻の実質的成立要件について当事者の属人法の配分的適用を採用している。

一般的には、婚姻の実質的成立要件は、当事者各々に関係するものであり、婚姻適齢、双方の同意、健康状態、父母の同意等の要件については、当事者各々が自身に関するこれらの要件を満たすかどうかを判断するため、各当事者につきその本国法が適用される⁷⁷⁾。しかしながら、双方的婚姻障害と呼ばれる一定の要件は、当事者双方に同時に関係する⁷⁸⁾。たとえば、叔父と姪の間の婚姻を禁止するルールは、当事者の個人的な属性ではなく、当事者間に

76) Kahn, 『前掲書』注 (63), 65頁注8.

77) Pierre Mayer, Vincent Heuzé, Benjamin Remy, *Droit international privé*, 12^e éd., 2019, ¶571, Sandrine Clavel, *Droit international privé*, 5^e éd., 2018, ¶679.

78) Mayer/Heuzé/Remy, 『前掲書』注 (77), ¶571.

既に存在する関係性を考慮する⁷⁹⁾。双方的婚姻障害が関係する場合、婚姻は、2つの本国法のいずれによっても婚姻が否定されないときにのみ有効となる⁸⁰⁾。この結果は、本国法を累積的に適用したのと同じであるが、この場合の累積的適用は、双方的婚姻障害が問題となる場合における配分的適用の特殊な形態であるにすぎないと説明される⁸¹⁾。

一方で、双方的婚姻障害における属人法の適用については、同性婚が問題となるときに、注目すべき例外が設けられている⁸²⁾。同性婚は当事者双方の性別を問題にするから、同性婚を認めない立法は双方的婚姻障害であるといえる。民法典202-1条1項の解釈によれば、当事者の一方の属人法が同性婚を否定すると婚姻は成立しないことになる。しかし、民法典202-1条2項は、「同性の2人は、少なくともその一方について、その属人法又は住所 (domicile) 若しくは居所 (résidence) を有する領域の属する国の法が認める場合には、婚姻を締結することができる」と規定する。これは、婚姻当事者双方の属人法いずれもが同性婚を禁止する場合であっても、そのいずれかの住所地法または居所地法によって同性婚が認められれば婚姻の有効性を保証することを意図している⁸³⁾。

(2) 一方的婚姻障害と双方的婚姻障害への分類

以下では、一方的婚姻障害と双方的婚姻障害の分類について比較的明確に述べている代表的な学説をみる。

① ルスラン

ルスランは、当事者が同一国籍を有しない場合を前提に、ドイツの学説に言及して、婚姻の適性または障害の要件には、一方的なものと同方的なもの

79) *Ibid.*

80) *Ibid.*

81) *Ibid.*

82) *Ibid.*, ¶ 572.

83) *Ibid.* 詳しくは、Clavel, 『前掲書』注 (77), ¶ 683も参照。

の2つのカテゴリがあるという⁸⁴⁾。

ルスランによれば、婚姻障害が一方的か双方的かの分類について、年齢、能力または婚姻の同意という要件が一方的障害であるということは一般に支持されている。しかし、他の要件の分類はより複雑である。ルスランは、準拠本国法の内容の深い分析だけが、問題となる婚姻障害についてこの法が認める正確な射程範囲の決定を可能にする主張する⁸⁵⁾。離婚した夫婦の再婚を対象とする禁止または制限が一般に双方的婚姻障害として取り扱われないのに対して、身体および精神上の疾患を原因とする禁止や司祭の婚姻の禁止については、双方的婚姻障害への分類が支持されており、後者についての立法の精神は夫婦双方に関わる障害を規定しているというものであるとされる⁸⁶⁾。

このように、ルスランは、婚姻障害の一方的か双方的かの分類は、準拠実質法を参照して決定するべきものとしているといえる。

②マイエール

マイエールは、叔父と姪の婚姻を例にとり、双方的婚姻障害が問題となる場合の本国法の適用について説明する。双方的婚姻障害が問題となる場合、婚姻は当事者の本国法のいずれによっても否定されないときにのみ有効となり、この結果は累積的適用であるが、これは配分的適用の特殊な形態であるにすぎないという⁸⁷⁾。すなわち、叔父と姪の婚姻の場合、姪に対して叔父と婚姻することを禁止しているかについては姪の本国法が適用され、叔父に対して姪と婚姻することを禁止しているかについては叔父の本国法が適用される⁸⁸⁾。これは、準拠実質法によって双方的婚姻障害であるかどうかを定める

84) Yvon Loussouarn, Pierre Bourel, Pascal de Vareilles-Sommières, *Droit international privé*, 10^e éd, 2013, ¶ 469. 以下、改訂時に著者が加わった著書については、原著者の名前前で引用することとする。

85) *Ibid.*

86) *Ibid.*

87) Mayer/ Heuzé/ Remy, 『前掲書』注 (77), ¶ 571.

88) *Ibid.*

ものと理解でき、日本の学説でいう準拠実質法説にあたるものといえるだろう。

また、一夫多妻制 (polygamie) の禁止について、マイエールは、次のように述べている。第1に、夫が2度目の結合を締結することができるかについては、前婚の妻を保護するという観点から、夫の本国法よりも前婚の婚姻の効力の準拠法によらしめる方が望ましいとする⁸⁹⁾。第2に、後婚が可能であるかについては、後婚の実質的成立要件の準拠法となる後婚の妻の本国法が一定の場合に考慮されなければならない、それは、当該法が一夫多妻制を禁止しており、それが双方向的障害を定める、つまり、男性に対して複数の妻を持つことを禁止するだけでなく、女性に対して既婚の男性と婚姻することを禁止するものであると解される場合であるとする⁹⁰⁾。マイエールは、この第2の点において、後婚の妻の本国法の内容が双方向的障害を定めるものであるかどうかに着目していることから、準拠実質法によって婚姻障害が一方的か双方向的かを分類することを前提としていると考えられる。

③ オーディ

オーディは、他方当事者に影響を与えたり、また他方当事者に及ぶものと解釈されたりする婚姻障害があるとし、その例として、一定の親等の親族や姻族間の婚姻の禁止、特定の身体的または精神的な病気にかかっている者が婚姻を締結することの禁止、特定の宗教的誓いを立てた者の婚姻の禁止（以前はスペイン法で定められていた）をあげる⁹¹⁾。オーディによれば、これらは、ある法律の定めにより、異なる身分的地位にある他方当事者に影響を与

89) *Ibid.*, ¶ 573. これに対し、破毀院は、夫が2度目の結合を締結することができるかについて夫の本国法を適用する立場をとる。すなわち、フランスにおいてフランス人女性と婚姻しているフランス人男性が、後にアルジェリア国籍を取得し、前婚を解消せずに2度目の結合を締結したことを認めた (Cass. civ., 17 févr. 1982)。同判決において、アルジェリアで挙行された後婚の有効性は公序に抵触しないとされた。その後の別の判決において、破毀院は、フランス人である前婚の妻を害する後婚の効力が公序に反するとした (Cass. Ire civ., 6 juill. 1988)。

90) Mayer/Heuzé/Remy, 『前掲書』注 (77), ¶ 573.

91) Bernard Audit, Louis d'Avout, *Droit international privé*, 10^e éd, 2013, ¶ 772.

える可能性があるため、双方向的な障害である⁹²⁾。

また、オーディは、未解消の前婚の存在に関連する障害（フランスでは、民法典147条）が、一夫多妻制を認める法律との関係において特にこの双方向的婚姻障害の性格を示すとする⁹³⁾。民法典147条が定めるような婚姻障害は、2度目の婚姻を締結することを禁じるだけでなく、既婚者と婚姻すること、特に一夫多妻制上の身分地位が新しい結合を承認するような男性とのフランス人女性の婚姻挙行（または承認）に反対するとされる⁹⁴⁾。

以上の記述から、オーディも、婚姻障害が双方向的かどうかは、婚姻障害を定める準拠実質法によって判断していると考えられる。

④ M. ワット

M. ワットは、多くの婚姻の実質的成立要件は、将来の夫婦の個人的適性に結びつけられているため、それぞれの属人法に従って配分的に評価されることができ一方、婚姻は当然に2人の（または複数の）当事者が関わる関係の創設であるので、属人法の配分的適用からは時折「双方向的婚姻障害」の問題が生じるとする⁹⁵⁾。これは、当事者の一方の属人法が、その関係の有効性を、両当事者が同時に充足することが必要な要件に従わせていることに起因する⁹⁶⁾。

M. ワットは、双方向的婚姻障害の例として夫婦間の一定の親戚関係を理由とする婚姻の禁止や結合体の一夫一婦制という性格をあげ、これらは必然的に夫婦のいずれにも関係するものであるとし、以下のように説明する⁹⁷⁾。すなわち、前者については、おじがその属人法により姪と結婚することができるという事実は、（おじとの婚姻を禁止する）姪の属人法における障害を取

92) *Ibid.*

93) *Ibid.*

94) *Ibid.*

95) Dominique Bureau, Horatia Muir Watt, *Droit international privé*, t. 2, 4e éd, 2017, ¶ 724.

96) *Ibid.*

97) *Ibid.*

り除くものではなく、姪の属人法は姪に対しておじとの婚姻を禁止し続ける、また、後者については、一夫一妻制を採用する属人法をもつ女性が独身であっても、そのことは、一夫多妻制を認める属人法をもつ者で既に婚姻している男性と婚姻する場合にその結合体が一夫多妻制の性格を有することを打ち消すものではない⁹⁸⁾。しかし、これらの例において姪の属人法／一夫一妻制の属人法を優先させれば、他方の配偶者の属人法を無視することになる一方、逆もまた然りであるので、いずれの法の内容を優先させるかという問題が生じるとする⁹⁹⁾。

以上から、M. ワットは、準拠実質法の適用の結果として双方向的婚姻障害の問題が生ずるとしており、準拠実質法レベルの問題と捉えているものと考えられる。

(3) 小括

管見の限りであるが、フランス法においては、一方的婚姻障害と双方向的婚姻障害の区別の基準に関して、「抵触法説」に言及する記述は皆無であり、わずかにルスランが、準拠実質法に基づいて区別すべきと述べるのみである。他の学者は、区別の基準に関して明確に述べていないが、あげている例はすべて準拠実質法に基づいて考察されている。以上の検討からは、一方的・双方向的の区別を準拠実質法の解釈によって行うことは当然の前提とされていると思われ、日本の学説でいう準拠実質法説が受け入れられているといえる。

98) *Ibid.*

99) M. ワットはこの問題を準拠法の適用段階における適応問題として処理する可能性について言及する。*Ibid.*

第3章 通則法24条1項の解釈

1. 準拠実質法説の採用

本稿は、通則法24条1項の解釈において、婚姻の実質的成立要件の一面性・双面性を判断する基準として、準拠実質法説によるべきと主張する。その理由は、つぎのとおりである。

まず、以上みてきたように、ドイツでは、抵触法説はカーンによって提唱された当時においても少数説であり、現在の議論でも準拠実質法説が通説である。また、フランスにおいても、抵触法説に言及する記述は見当たらず、準拠実質法説の立場が広く受け入れられているといえる。そうすると、ドイツ法・フランス法との比較において、日本法は同じく婚姻の実質的成立要件につき当事者の本国法への配分的連結を採用しながら、一方要件・双方要件の判断基準に抵触法説を採るとすれば、判決の国際的調和に反するといえよう。

つぎに、抵触法説は、国際私法のレベルで婚姻の実質的成立要件を一方要件と双方要件に区別するものであるが、通則法24条1項の単位法律関係は「婚姻の実質的成立要件」という一つであるにもかかわらず、あえて2つの要件に区別する¹⁰⁰⁾には、特別の理由が必要であると考えられる¹⁰¹⁾。しかし、第1章で述べたとおり、抵触法説はその理論的根拠がそもそも不十分であり、2つの要件に区別して解すべき理由も特に示していない。

ところで、抵触法説がこのような一見して無理のある解釈を採ったのは、各要件の一面性・双面性を準拠実質法の適用範囲（送致範囲）として捉え、

100) さらにいえば、抵触法説は前者を「男性側の一方要件」と「女性側の一方要件」に分け、その区別に応じて男女のいずれの本国法を適用すべきかを決定しているという立場と理解することもできる。道垣内『前掲書』注(7)75頁参照。

101) 櫻田＝道垣内『前掲書』注(14)14頁〔横溝〕。

この問題を法性決定の作業の一部として位置付けたからとも考えられる¹⁰²⁾。しかし、ドイツでは各要件の一面性・双面性の判断は、国際私法の複数の抵触規範間の適用範囲の境界を決定する法性決定の問題ではないと明確にしており¹⁰³⁾、これは通則法の解釈においても妥当するものと考えられる。つまり、「抽象的な」婚姻の成立とは何かは、まさに通則法24条1項に用いられる単位法律関係の解釈問題であり、法性決定の問題であるが、「具体的な」個々の成立要件は、本来的に各国の実質法上のものであり、当該実質法の趣旨を無視して、これらの成立要件を国際私法側の解釈によりあらかじめ一律に分類するのは無理がある¹⁰⁴⁾。

たとえば、一般に、婚姻意思、婚姻適齢、父母の同意は一方的要件と解され、近親関係、相姦関係、重婚は双方的要件とされる¹⁰⁵⁾。しかし、一定の疾病に関して、たとえば男性の性的不能について、その婚姻障害の目的は女性の保護にあるとして、女性の本国法によるべきとする立場¹⁰⁶⁾と、男性側の障害として男性の本国法によるとする立場¹⁰⁷⁾に分かれる。さらに、男性の性的不能や、優生学的理由による肉体的・精神的欠陥は、双方にとって重大な関係のある問題であるから双方的要件と解する立場もある¹⁰⁸⁾。再婚禁止期間についても、女について課せられている要件であると同時に、男について血統の混淆による被害から保護する要件であるから、双方的要件と解されているが、その目的を重視して男性の本国法によるべきとする立場¹⁰⁹⁾もある。要するに、婚姻要件は解釈次第で一方的要件とも双方的要件ともなり

102) 海老沢美広「涉外婚姻の実質的成立要件—その一方要件双方要件に関する覚書」戸籍時報 533号(2001年)6頁。

103) 第2章1(2)参照。

104) 木棚『前掲書』注(21)71頁。

105) 同上、70頁。

106) 久保1929年「前掲論文」注(11)205頁。

107) 山田『前掲書』注(14)408頁注7。

108) 溜池2005年『前掲書』注(16)431頁。

109) 久保1929年「前掲論文」注(11)205頁。

うるのであり¹¹⁰⁾、当該要件を定めた特定国の実質法の趣旨を考慮しないことには、およそ正しく分類することができない¹¹¹⁾。

最後に、そもそも婚姻とは、複数の者の間の関係であり、通則法24条1項が決定する準拠法の適用対象は、単にある者自身が（相手方が未定の状態で）婚姻できるかというのではなく、その者が特定の相手方と婚姻することができるかという問題である¹¹²⁾。そうであれば、各当事者が相手方と婚姻することができるかをもっぱらその者自身の本国法により判断し、一方要件か双方要件かを問わず、本国法の解釈に従って要件の具備を決定する準拠実質法説の立場¹¹³⁾が、本国法の配分的適用を採用した通則法24条1項の趣旨に最も合致するのではないか。

なお、抵触法説の立場からは、準拠実質法説に対して、後者は法適用上各当事者の本国法がひとまず全面的に適用され、その中で一方的要件か双方的要件かが決定されることになるから、累積的適用に近いものとなり、配分的適用を採用した趣旨が損なわれるという批判がある¹¹⁴⁾。

この批判にいう「配分的適用を採用した趣旨」が具体的に何を指すかは明らかではないが、累積的適用は配分的適用よりも婚姻の成立を困難にするものであるという意識が念頭にあったとも考えられる。しかし、そもそも平成元年改正前法例13条1項が本国法の配分的適用を採用したのは、当時の比較法的な流れに沿うことと、婚姻の成立自体が問題となる段階では夫の本国法を優先させるべきではないからであるとされ¹¹⁵⁾、婚姻の成立を容易にする

110) 海老沢「前掲論文」注(102)5頁。

111) なお、日本の実務上抵触法説がとられているが（本稿注(7)およびその本文参照）、その背景に、準拠外国実質法における具体的要件の趣旨を考察することなく、日本国際私法の解釈として一方的・双方的要件を区別することが許容され、実務にとって都合がよいことが考えられる。この点について、更なる検証が必要であろう。

112) 戸籍実務において、婚姻当事者が本国法上の婚姻要件を充足していることを示す婚姻要件具備証明書を請求するに際して、請求者自身のみならず、婚姻する相手方の情報も記載しなければならないのは、まさにその所以であろう。

113) 江川『前掲書』注(21)254～255頁。

114) 木棚＝松岡『前掲書』注(16)88頁〔青木〕。

115) 道垣内『前掲書』注(7)58～60頁。

という立法目的が明示されていたのではない。また、平成元年法例改正にあたって13条1項が維持された理由は、配分的適用が比較法的に引き続き優勢であること、両性平等の観点から改正する必要がないなどであり¹¹⁶⁾、婚姻の成立を積極的に容易にするという政策的配慮が重要視されたわけではない。よって、上記批判の趣旨が仮に婚姻の保護であるとすれば、この批判は当たらないであろう。

2. 具体的な場面

上述のとおり、本稿は婚姻の実質的成立要件の一面性・双面性を判断する基準として、準拠実質法説によるべきと主張する。この点について、少し例をあげてみることにしよう。独身の日本人女性が、すでに婚姻しているインドネシア人男性（一夫多妻婚が認められるイスラム教徒とする）と婚姻できるか。抵触法説では、重婚を双面的障害と解したうえで、日本民法732条「配偶者のある者は、重ねて婚姻をすることができない。」を適用し本件婚姻には婚姻障害が存在し適法に成立しないと処理する。これに対して、準拠実質法説の立場では、上記日本民法の規定を日本人女性側に適用したときに、同条の趣旨は配偶者のある者が重ねて婚姻する資格を制限するというよりも、一夫一妻制を婚姻の本質として保護し、重婚となる婚姻関係の成立自体を禁止することにあると解されるから¹¹⁷⁾、男性側の準拠法上何ら婚姻障害がないとしても、女性側に準拠法たる日本法上の婚姻障害があるため、その婚姻は成立しないという説明になる。

なお、通則法24条1項の解釈として、婚姻の実質的成立要件を一方要件と

116) 南敏文『改正法例の解説』（法曹会、1992年）53頁。

117) なお、重婚罪について定める刑法184条は、一夫一妻制という日本の婚姻制度による婚姻秩序ないし制度そのものを保護法益とするものであり（大塚仁＝河上和雄＝中山善房＝古田佑紀編『大コンメンタール刑法〔第3版〕第9巻〔第174条～第192条〕』（青林書院、2013年）114頁〔亀山継夫＝河村博〕）、同条後段によれば、配偶者のある者の相手方となって婚姻をした者も重婚罪の主体である。刑法上の規定とはいえ、未婚であっても重婚となる婚姻関係に入る相手方の行為に対しても刑罰化する点からすれば、民法732条も同様に重婚となる婚姻関係の成立自体を禁止する旨と解すべき一証左とみることができよう。

双方要件に区別する抵触法説の立場を批判しつつ、一方要件と双方要件の区別は国際私法上の区別であるとして、実質法に委ねるという準拠実質法説の処理も否定し、結局、24条1項は累積的適用を定めていると解する学説がある¹¹⁸⁾。しかし、上記重婚の例に即していえば、インドネシア人男性に対して日本民法を適用しているわけではなく、あくまでも当該男女間の婚姻を対象に、日本人女性側の婚姻要件の準拠法として日本民法732条を適用した結果、当該婚姻に婚姻障害があるとしているのである。したがって、準拠実質法説を採用した結果、本件婚姻が成立しないという結論になったとしても、それが累積的適用を採用することを意味するものではない¹¹⁹⁾。

次に、再婚禁止期間の例を考えてみよう。日本人男性と、婚姻解消後100日を経過していない中国人女性が婚姻できるか。女性側に適用される中国法には再婚禁止期間の規定はなく、婚姻障害がない。しかし、男性側に適用される日本民法733条「女は、前婚の解消又は取消しの日から起算して百日を経過した後でなければ、再婚をすることができない。」の趣旨は、父性推定の重複を避けることにあるから、父性推定の混乱が生じないなどの例外に該当しない限り、日本法上同婚姻には婚姻障害があるということになる。そのため、本件婚姻は成立しないが、これは抵触法説がいうように、再婚禁止期間を双方的要件と解して、両当事者の本国法を累積的に適用し、日本民法733条を中国人女性に適用した結果ではなく、あくまでも日本民法733条を日本人男性に適用した結果である。

同じく再婚禁止期間に関する例であるが、本稿第2章1(2)で言及したドイツ旧婚姻法の10ヵ月の再婚禁止期間との関係で、ドイツ人男性と、離婚後8か月経過した日本人女性との婚姻が成立するか。再婚禁止期間を双方的要件と解する抵触法説では、両当事者の本国法を累積的に適用するため、本件婚姻はドイツ婚姻法上の婚姻障害があるため成立しない。しかし、ドイツ

118) 道垣内『前掲書』注(7)78~79頁、澤木敬郎=道垣内正人『国際私法入門(第8版)』(有斐閣、2018年)89頁。批判は櫻田=道垣内『前掲書』注(14)14頁注56〔横溝〕参照。

119) 木棚『前掲書』注(21)72頁。

の実質法では、旧婚姻法の再婚禁止期間は一方的要件と解されるから、婚姻当事者それぞれの本国法上、婚姻障害は本来存在しない。したがって、婚姻を成立しないとすゝる抵触法説の適用結果は、準拠実質法の立場を無視し、通則法24条1項が婚姻の成立という身分の問題につき本国法主義を採用した趣旨に反するため、適切とは思われない。

おわりに

本稿では、婚姻の実質的成立要件について各当事者の本国法を配分的適用した場合において、ある要件が一方的要件か双方的かを区別する基準は比較法的に見ても準拠実質法説が通説であり、通則法24条1項の解釈においても準拠実質法説が採用されるべきであると主張した。

第1章では、日本の学説を分析し、一方的婚姻要件と双方的婚姻要件の区別を抵触法のレベルで行うとする抵触法説にはその明確な根拠が示されていないこと、および、抵触法説は準拠実質法説と比較して多数説とはいいがたいことを明らかにした。

第2章では、第1にドイツ国際私法では抵触法説はカーンによって主張された当時においても少数説であり、現在でも準拠実質法説が一般的であることがわかった。第2にフランス国際私法においては、検討した学説で抵触法説について言及したものはなく、婚姻要件の一面性・双面性が一貫して当事者の本国法の分析により決定されていることから、準拠実質法説が受け入れられているといえる。

第3章では、以上の検討をもとに、日本の通則法24条1項の解釈においても準拠実質法説を採用すべきことを、若干の具体例をあげつつ主張した。

なお、本稿第2章1(1)と2(1)で紹介したとおり、同性婚の成否について、ドイツ国際私法は原則的に登録地法により、フランス国際私法は住所地法または居所地法の適用を許容しているので、本国法主義の例外として扱われていることに留意すべきである。