

# 婚姻の届出意思の準拠法

——法律行為の構造と国際私法——

根本 洋一

〔目次〕

## 第1章 序章

第1節 本稿の目的

第2節 各国の婚姻の方式

## 第2章 従来判例

第1節 無断届出等に関する判例

第2節 仮装婚姻等に関する判例

第3節 強制的な方式実行に関する判例

第4節 なりすまし婚姻（氏名冒用婚姻）に関する判例

第5節 まとめ

## 第3章 従来学説

第1節 婚姻届出意思を実質的成立要件と性質決定する説

第2節 婚姻届出意思を方式と性質決定する説

第3節 婚姻届出意思は性質決定の対象にはならないとする説

第4節 婚姻届出意思は複数の観点から法的に問題になり得るとする説

第5節 まとめ

## 第4章 婚姻届出意思の性質決定

第 1 節 婚姻届と表示意思

第 2 節 方式と意思表示

第 3 節 不要式行為の方式

第 4 節 方式の定義

第 5 節 婚姻届出意思 (方式実行意思) の性質決定

おわりに

## 第 1 章 序章

### 第 1 節 本稿の目的

婚姻は法律行為であり、従って、意思表示をその構成要素とする。婚姻という法律行為が成立する (夫婦関係が成立する) ためには、諸国の実質法上、婚姻適齢、近親関係などの婚姻要件・婚姻障害が定められるのが普通であり、また、婚姻の意思表示が合致することが必要であり、その意思表示は法の定める方式に従って行われる必要がある。国際私法では、このうちの最後の要件が方式 (法適用通則法 24 条 2 項, 3 項) であり、それ以外の要件は実質的成立要件 (同条 1 項) である。では、婚姻届出意思はどうか。婚姻届出意思は、一方では婚姻届を基礎づける面があるので方式とすることができるし (方式であれば同条 2 項および 3 項を適用すべきこととなる)、他方では内心の意思であるので方式ではなく実質的成立要件であるということもできる (実質的成立要件であれば同条 24 条 1 項を適用すべきこととなる)。これが婚姻届出意思の準拠法問題であり、また、婚姻届出意思の性質決定問題である。

婚姻届出意思の性質決定問題を解決するためには方式と実質の境界を明かにする必要がある。従って、この問題を解決するためには、婚姻 (一般的には、法律行為) の方式と実質はどのような関係に立って婚姻の成立という法律効果を生じさせているのかを検討することが不可欠である。いわば、法律行為の構造——法律行為の構成要素である方式と実質の関係——を明らかにして、婚

婚姻届出意思がその構造物の中のどこに位置しているかを明かにする必要がある。ところが、従来の学説は、婚姻届出意思の性質決定を検討するに際しては、法律行為の構造——方式と実質の関係——を十分に検討しているとはいえない。本稿の目的は、法律行為の方式と実質の関係を検討することを通じて婚姻届出意思の性質決定問題の解決の方向を探ることにある。

以下では、第2章では、婚姻の意思的側面（婚姻の効果意思、届出意思）が問題になった涉外事件判例を見る。第3章では、婚姻届出意思の準拠法に関する従来の学説を見る。第4章では、法律行為成立の過程で意思表示の実質と方式はどのように絡み合っているのかを検討して、法律行為という構造物の中で婚姻届出意思はどこに位置するのかを考え、婚姻届出意思の性質決定問題の解決の方向を考える。

## 第2節 各国の婚姻の方式

ここで、各国の実質法が何をもって婚姻の方式としているかを見る。

各国の婚姻の方式は次のように分けることができる。すなわち、国家機関の関与（民事婚）、宗教上の儀式（宗教婚）および私人間の儀式である<sup>1) 2) 3) 4) 5)</sup>。

---

1) ヨーロッパにおける民事婚の成立過程について、青山・有地〔1989（H1）〕150-151頁（青山道夫・有地亨）は次のようにいう。

「中世の教会は最初国家が承認しなかった「信徒にたいする婚姻立法権」を漸次獲得し、10世紀以降王権の衰退に伴い、教会は婚姻にかんする立法権を全面的に掌握するようになった。元来、教会法はローマ法の婚姻原理を承継し、ローマ法の《合意が婚姻を成す、同衾が婚姻をなすのではない》の原則を踏襲して合意主義に拠っており、このかぎりでは、婚姻の契約性が重視され、挙式は必ずしも婚姻の成立の要件ではなかった。ところが、教会はキリスト教の婚姻思想を貫徹するために、婚姻＝ sacrament（秘蹟）の教義を確立した。この sacrament は婚姻の合意主義を否定するのではなく、むしろ sacrament としての婚姻も合意にもとづいてはじめて成立しうるとされる。それゆえ、 sacrament によって教会法の婚姻成立の合意主義は発展せしめられ、婚姻が成立するためには、男女は教会に出頭して牧師から sacrament を受けることを要するようになり、教

会婚姻法体系はほぼ完全に確立され、宗教婚主義が全西欧社会を支配するようになった。そして、1563年のトレントの宗教会議では、「有効なる婚姻は、当事者がその教区を管轄する僧侶の面前において2人もしくは3人の証人を帯同して婚姻に入らんとする意思を表示したときにのみ成立する」と宣言され、婚姻は従来の諾成行為から要式行為に転換された。このようなカトリック教会の宗教婚主義が否定され、法律婚主義が登場するには宗教改革を経験しなければならなかった。ルターは婚姻＝ sacramentの教義を否定し、婚姻は「一個の外面的世俗なもの」であり、「法律家によって規律さるべくかつ世俗権力に従うべきである」と主張し、また、カルビン、ツウィングリ、ブーセルも国家が婚姻事件を管掌すべきことを説いた。かようなプロテスタントの運動に加えて、プーフェントルフ、トマジウスなどの啓蒙的自然法思想の発展があり、これらは婚姻還俗運動(movement de la sécularisation du mariage)として具体的に展開された。

このようにして、絶対王制の整備とカトリック教会勢力の凋落に伴い、婚姻について秘蹟と契約を分離する民事婚思想が台頭し、法律婚主義は漸次勢力を獲得するようになってくる。1580年に、オランダの西フリースラントにおいて選択民事婚(facultative Zivilehe)が採用され、ここに婚姻還俗化運動の最初の結実をみた。この選択的民事婚とは、身分吏の面前で締結された婚姻を有効とするが、そのほかに宗教婚をも絶対的に否定するものではない。民事婚のみの有効性を宣告するいわゆる必要民事婚(obligatorische Zivilehe)が成立するためには、フランス革命をまたざるをえなかった。フランス革命はアンシャン・レジームを根底から覆し、また、教会の権威をも否定したのであるが、1791年9月3日の革命憲法第2章第7条は、「法律は婚姻を市民的契約としてしか認めない」と宣言する。この必要的民事婚の宣言こそ、完全に宗教婚と訣別した近代的民事婚の誕生と目されるべきものである〔……〕。

青山・有地〔1989(H1)〕153-154頁(青山道夫・有地亨)は、世界各国の婚姻の方式を次のように分類して、各グループに属する国名と立法年などを挙げる。

まず、「第1群は、婚姻に厳格な民事的性格を与える立法である。これらの多くは、婚姻をなすべき者は戸籍取扱吏の面前で挙式し、戸籍取扱吏が婚姻意思を確認して登録するという方式を採用する。」といい、フランス、ドイツなどを挙げ、また、「アジアでは〔……〕1960年の大韓民国新民法が民事婚を採用している。」という。また、「社会主義国家は純粹形態の民事婚方式を採用しており」といい、東欧の国名と並んで「中華人民共和国(1950年婚姻法)」を挙げる。

次に、「第2群は、婚姻の締結方式として宗教婚を採用する立法で、その数は非常に少ない。」という。

次に「第3群は、いわば第1群と第2群の中間の形態であって、当事者にたいして民

事婚と宗教婚の選択を許す立法である。これらの立法に属する国はかなり多く」という。

なお、韓国と中華人民共和国の現行法上の婚姻の方式の成立過程には国家とキリスト教会との関係があったかどうか明らかではないが、上記引用文は両国の婚姻の方式を「民事婚」と呼んでいる。

二宮〔2017（H29）〕67頁（二宮周平）はヨーロッパの民事婚の特色について次のようにいう。

「ヨーロッパ型の民事婚の場合は、「新しい家族を創設する契約は厳粛に結ばなければならない」（ナポレオンの言〔……〕）ことから、行政の係官の面前で、当事者双方が婚姻の意思を誓約することが重視された。日本の届出主義とは異なり、婚姻をする当事者2人が婚姻登録機関に出向き、係官の面前において一定の手續に従い、婚姻の意思を表明する方式をとる。キリスト教教会における挙式の伝統が承継されており、婚姻意思の表明を婚姻成立の基本とする。」

各国の婚姻の方式に関しては、Staudinger/Mankowski〔2011（H23）〕Art 13 EGBGB Rn 659 ffは、(1) 義務的な民事婚（その中に中華人民共和国も含まれている。Rn 661.）、(2) 必要的宗教婚、(3) 国家的方式と宗教的方式のいずれかを当事者が選択できる制度、(4) 無方式の婚姻締結 *Formlose Eheschließung* に分け、各々のグループに属する各国の立法を検討している。各国の婚姻の方式に関する日本語の文献として、横山〔1997（H9）〕65-66頁、山田（録）〔2004（H16）〕409頁、横山〔2012（H24）〕244頁注9、奥田〔2015（H27）〕129-130頁参照。

2) 民事婚の代表例としてドイツ民法を挙げる。ドイツ民法は次のように規定する。

〔1310条（戸籍事務担当者の管轄、瑕疵ある婚姻の治癒）(1) 婚姻は、婚姻しようとする当事者双方が、相互に婚姻する意思がある旨を、戸籍事務担当者の面前で、表示する *die Eheschließenden vor dem Standesbeamten erklären, die Ehe miteinander eingehen zu wollen* ことによつてのみ、締結することができる。婚姻の要件が存する場合は戸籍事務担当者は婚姻への協力を拒否することができない。戸籍事務担当者は次の場合には協力を拒否しなければならない。

1. 婚姻が1314条第2項の規定により取り消すことができる場合
2. 〔省略〕
- (2) 〔省略〕
- (3) 〔省略〕

1311条（みづからする表示）婚姻しようとする当事者は1310条1項による表示を、みづから、かつ、双方同時に、しなければならない *Die Eheschließenden müssen die Erklärungen nach § 1310 Abs. 1 persönlich und bei gleichzeitiger Anwesenheit abgeben.*

この表示には条件または期限を付すことができない。

1312条(婚姻締結行為 Trauung) 戸籍事務担当者は、婚姻締結に際して、婚姻しようとする当事者に、個別に、相互に婚姻する意思があるか否かを質問し、当事者双方がこの質問に対して肯定の返答をした後に、当事者双方が今や法律により適法に婚姻した夫婦であることを宣言する aussprechen ものとする。婚姻する当事者双方が望む場合は、婚姻締結はひとりまたはふたりの証人の立会いの下にすることができる。(Palandt [2019 (R1)] による。)

- 3) 中華人民共和国民法典(2021 (R3) -1-1 施行)は次のように規定する。

「第1049条(婚姻の登記)結婚をしようとする男女双方は、自ら婚姻登記機関に出頭して結婚登記を行わなければならない。この法律の規定に適合する場合は、登記を許可し、結婚証を発給する。結婚証の取得と同時に夫妻関係は確立する。結婚登記を行っていない場合は、登記を補完しなければならない。」(戸籍実務六法令和3(2021)年版[2020 (R2)]による。)

- 4) 中華人民共和国民法(同国親族法は、1930 (S5) -12-26 国民政府制定公布、1931 (S6) 5-5 施行)の規定は次のとおりである。

(1) 制定時の規定は次のとおりである(1931 (S6) -5-5 施行)。

「982条 婚姻は、公開の儀式および2人以上の証人を有することを要する。」

同条の当初の規定については、満鉄調査課[1931 (S6)]5頁参照。

(2) 同条には1985 (S60) 年の改正により第2項が次のとおり追加された(1985 (S60) -6-3 施行)。

「②戸籍法の定めるところにより婚姻の登記を経たときは、すでに婚姻をしたものと推定する。」

同条の1985 (S60) 年改正については、黄(1)[1985 (S60)]22-23頁、黄(3・完)[1986 (S61)]15頁参照。

(3) 同条は2007 (H19) 年の改正により次のように改正された(2007 (H19) -5-23 施行)。

「982条 結婚は書面をもってこれを行ない、2人以上の証人の署名がなければならず、かつ、双方当事者により、戸籍機関に結婚の登記が行われなければならない。」

同条の2007 (H19) 年改正については、笠原・徐(1)[2007 (H19)]32頁参照。

2007 (H19) 年改正前の中華人民共和国民法982条を適用して婚姻が方式上有効である旨を判断した判例には次のものがある。

なお、中華人民共和国民法(1949 (S24) -10-1)の後、同国は婚姻法を何度か改廃している(現在の規定については前出注3参照)。中華人民共和国の領域内で同国成立以前に挙行された婚姻の方式に関して挙行地法を準拠法とする場合は中華人民共和国の時際に従う必要がある(澤木[1966 (S41)]105頁(後出注19参照)、鳥居[1987 (S62)]273頁)。

また、満州国民法982条について、後出注18参照

## (1) 山形家鶴岡支審昭和 41 (1966) -9-29 (家月 19 巻 5 号 115 頁)

日本人女 A は 1939 (S14) -9-27 に日本人男と婚姻してその翌月に夫とともに満州国に渡り開拓移民として生活していたが、1946 (S21) -4-1 に (当時、夫の生死は不明だった) 中国人男 B と同居生活を始めた。その後、A が夫の死亡を知ったので、A と B は 1955 (S30) -12-25 に哈爾濱市で、証人 2 名立会いの上、同郷の住民十数名が集まり、公開の儀式により結婚式を挙行し、同日、中華人民共和国内モンゴル自治区満州市人民法院で婚姻の登録手続をした。1966 (S41) 年に A はその戸籍 (除籍) に「婚姻年月日昭和 21 年 4 月 1 日」とあるのを「昭和 30 年 12 月 25 日」と訂正すること、および、「昭和 21 年 4 月 1 日中国 B と婚姻により国籍喪失」という記載を消除することを許可する審判を申し立てた。判旨は、1946 (S21) -4-1 の同居生活の開始と 1955 (S30) -2-25 の儀式的挙行のいずれにより A と B の婚姻が成立したかの問題につき、(1) 方式については法例旧 13 条 1 項但書により挙行地法を準拠法とすべきであること、(2) 「わが国は中華民國国民政府を中国における正当政府として承認し」ているから中華民國法を準拠法とすべきであることを判示した。そして、判旨は、同国民法 982 条を根拠として、A と B の婚姻は公開の儀式的挙行により成立した、と判示し、A は B との婚姻により日本国籍を喪失することはなかったと判示して、申立を認容した。

## (2) 広島高決昭和 50 (1975) -7-21 (家月 28 巻 12 号 161 頁)

詳細な事実関係は不明であるが、抗告審決定から窺える事実は次のとおりである。日本人女 A と中華民國人男 B (軍人) が 1946 (S21) -3-16 に中華民國で結婚式を挙げた。1947 (S22) -6-21 に子 C が生まれた。A と B は 1948 (S23) -5-5 に岡山市長に婚姻の届出をした。1974 (S49) 年に C が就籍許可審判を申し立てた。原審 (岡山家審昭和 50 (1975) -5-19 (判例集未搭載)) は申立却下。C が抗告した。抗告審は、A と B の婚姻は中華民國民法 982 条により 1946 (S21) -3-16 に公開の儀式により成立したと判断し、C は日本国籍を取得していないと判断し、抗告を棄却した。

## (3) 東京地判昭和 54 (1979) -2-19 (判タ 386 号 115 頁)

日本人女 A は 1943 (S18) 年に単身で中国に渡り、山西省大同で日本人経営にかかる大同炭鉱に勤務していた。A は、終戦後、隣家の中国人憲兵隊長の紹介で中国人男 B (山西省政府統計所長兼太原特殊警憲指揮所長) の秘書になった。B には妻と 3 人の子がいたが B が軍事活動に従事していたため B は妻子と別居しており、A はこのことを知っていた。B は 1946 (S21) 年 3 月 16 日に山西省太原市で B の部下、友人等を招いて宴会を催し、席上、B は A を列席者に正式に紹介し、今後 A と生活する旨を披露した。また、A と B は結婚証書 (A と B が結婚の儀式を挙行した旨を記載し、押印し、これに B の上司たる山西省政府委員代理主席を含む 4 名が証婚人、紹介人 (仲人)、主婚人 (主宰者) として連判した。) を作成した。1947 (S22) -6-21 に A と B の間の子 C が生まれた。A は 1947 (S22) 年 12 月

ごろCとともに日本に帰国した。1949(S24)-4-24にBは共産党軍との戦闘で死亡した。1976(S51)年にCが日本国を被告として日本国籍確認の訴えを提起した。裁判所はAとBの婚姻を有効と判断し(方式については中華人民共和国の時際法について判断せず中華国民民法982条を適用した。), Cの出生時のCの法律上の父はBであるからCは出生によっては日本国籍を取得していないと判断して、請求を棄却した。

(4) 浦和家審昭和61(1986)-1-20(家月38巻4号106頁)

日本人男Aと日本人女Bは1935(S10)年に婚姻し、2人の子が生まれたが、Aは1938(S13)年ごろ単身で中国に渡り、〇〇鉄道株式会社勤務の職務係になった。Aと中華民国人女C(南京市内の飲食店のウェイトレス)は1939(S14)-10-25に南京市内の日本式洋館で、A勤務の駅の駅長(日本人)が仲人となり、駅の助役(日本人)ら同僚、Cの養母らCの親族3名が出席して結婚式を挙げた。1941(S16)-1-29と1944(S19)-11-26にそれぞれ子DとEが生まれた。Aは1946(S21)年に日本に単身で帰国し、1947(S22)-8-9にBと離婚し、同年同月27日に日本人女Fと婚姻した。Aは1974(S49)-4-24に死亡した。DとEは1984(S59)年に就籍許可審判を申し立てた。判旨はAとCの婚姻を有効と認め(方式については中華人民共和国の時際法について判断せず中華国民民法982条を適用した。), DとEの出生時の父はAであると判断し、出生による日本国籍取得を認め、申立を認容した。

この判例については、鳥居〔1987(S62)〕参照。

(5) 東京地判昭和61(1986)-10-20(家月39巻2号174頁, 訟務月報33巻7号1965頁)

中華民国人女A(Bの日本人同業者に雇用されている中国人従業員の妹)と日本人男Bが上海市内のB経営の鞆店(店舗兼住宅)で1931(S6)年秋ごろに結婚式をした。結婚式にはAの兄夫婦、Aの弟と妹、Bの友人2名、Bの日本人同業者とその妻など、少なくとも10名が参列した。店舗入り口の扉には双喜字を書いた赤い紙が貼られ、結婚式が行われていることを示した。Aは婚礼に際して赤色の絹の中国服を着用し、髪には赤い花を付けていた。結婚式ではAの兄とBの友人の合計2名が紹介人兼証人になった。1932(S7)年、1933(S8)年、1935(S10)年および1939(S14)年にそれぞれ子C、D、EおよびFが生まれた。1940(S15)年ごろAとBは離婚別居し、1942(S17)年にBは日本人女Gと婚姻した。1946(S21)年3月ごろCはAの老後の世話をするためにAに引き取られ、BはD、EおよびFを連れて日本に帰国した。Cは1983(S58)年に日本国を被告として日本国籍確認訴訟を起こした。判旨は、AとBの婚姻を有効とし(方式については中華人民共和国の時際法について判断せず中華国民民法982条を適用した。), Cの出生時の父はBであると判断し、Cの出生による日本国籍取得を認めて請求を認容した。

(6) 東京高判昭和63(1988)-9-29(家月41巻4号59頁)

中華民国人女A(南京市内の社交ダンスホールのダンサー)と日本人男B(江商株式会社(株)の社員)が1940(S15)年12月ごろに中華民国上海市大世界所在の料理店「紅棉酒家」で結婚式をした。結婚式はテーブル約20卓のある広間の中央の丸テーブル2卓で行われた。この2卓には双喜字を書いた札のさしてある、赤いリボンのついた花籠が置いてあった。

日本法上の婚姻の方式は届出であり（民法739条1項）、届出は書面で、または、口頭で、する（同条2項）。書面による届出は、使者により、あるいは、郵便または信書便により、することもできる<sup>6) 7) 8)</sup>。しかし、諸国の実質法では、

- 
- 出席者はAの母その他の親族、AとBのそれぞれの知人、合計約20名だった。宴席ではAは赤い中国服を、Bは背広を着用し、AとBは胸に赤い花を付けた。この結婚式ではAの母が主婚人、Bの知人2名が証婚人になり、出席者の面前で結婚証にこの3名とAおよびBの合計5名が押印した。1942（S17）-2-25に子Cが生まれた。その後、Bは日本に帰国して1942（S17）-9-1に日本人女Dと婚姻し、Dを上海市に呼び寄せ、上海市内でAの家庭とDの家庭を交互に往来して二重の婚姻生活をした。1945（S20）-5-24にBは上海市で肺結核で死亡した。Cが1985（S60）年に日本国Eを被告として日本国籍確認訴訟を起こした。第1審判決（東京地判昭和62（1987）-7-29家月41巻4号71頁）は請求認容、Eが控訴した。控訴審はAとBの婚姻を有効と認め（方式については中華人民共和国の時際法について判断せず中華民国民法982条を適用した）、Cの出生時の父はBであると判断してCが出生により日本国籍を取得したと判断し、控訴を棄却した。
- 5) 婚姻の方式を、国家機関の関与、宗教上の儀式、私人間の儀式に分類することは、国際私法上、次の点で有益である。すなわち、或る国が国家機関の関与をもって婚姻の方式とする場合は、外国にいるその国の国民は、その外国に本国の大使・領事等が駐在すれば（そして、本国が外国駐在の大使等に自国民の婚姻に関与する権限を付与していれば）、本国法上の方式を実行することができる。次に、或る国が宗教上の儀式をもって婚姻の方式とする場合は、外国にいるその国の国民は、その外国にその宗教・宗派の教会・寺院があれば、本国法上の方式を実行することができる。次に、或る国が私人間の儀式をもって婚姻の方式とする場合は、外国にいるその国の国民は、親族・友人等を集めて（儀式を挙行し）さえすれば、本国法上の方式を実行することができる。

法適用通則法24条3項（当事者の一方の本国法の適用）については、山田（鐔）〔2004（H16）〕410-412頁、溜池〔2005（H17）〕433-434頁参照。

- 6) 我妻〔1961（S36）〕43頁、二宮編〔2017（H29）〕134頁（高橋朋子）。
- 7) 日本民法739条1項は「婚姻は、戸籍法（昭和22年法律第224号）の定めるところにより届け出ることによって、その効力を生ずる。」と規定し、同法740条は「婚姻の届出は、その婚姻が第731条から第737条まで及び前条第2項の規定その他の法令の規定に違反しないことを認めた後でなければ、受理することができない。」と規定する。そこで、届出と受理の関係が問題になる。まず、我妻〔1961（S36）〕は「届出は、単なる効力発生の要件ではなく、成立要件である。」（41頁）、「届書が提出されたときは、戸籍吏は、まず受附の年月日を記入し、記載された事項を審査し、違法な点があれば受理の決定をなし、ついで、戸籍簿に記載する。届出は、第二段階たる受理によって完了し——何等かの理由で戸籍簿に記載されなくとも——婚姻は成立する」（44頁）という。次に、青山・有地編〔1989（H1）〕（大原長和・二宮孝富）は「婚姻〔……〕の届出は〔……〕婚姻の

国家機関の関与をもって婚姻の方式とする場合は、当事者双方が国家機関(戸籍事務担当者)の面前で口頭で婚姻意思を表示することを求める立法が少なくない<sup>9)</sup>。この結果、日本法の下では、婚姻届がされた場合に当事者本人がこれに全く関与していない、という事態があり得るのに対して、当事者本人が戸籍事務担当者の面前で婚姻意思を表示することを必要とする制度であれば、方式

---

成立要件そのものである。すなわち、届出がなければ婚姻は法律上不成立で存在しないのである。」(250頁)、「婚姻は〔……〕届出の受理によってその効力は生ずるものである。届出が受理された以上は、戸籍簿に記載されない場合でも、婚姻関係は既に存在しているのである。」(253頁)という。このように、当事者による婚姻の届出を市町村長が受理することにより婚姻が成立する。なお、「戸籍事務担当者は、婚姻届出を受け付けたのち、遅滞なく本条に定める審査をしたうえで、受理しなければならない。受付日と受理日が異なった場合、実務からは、受理により受付日にさかのぼって成立し、効力も発生するという見解が示されている〔……〕。」(二宮編〔2017(H29)〕135-136頁(高橋朋子))といわれる。

8) 日本法上の婚姻届に類似する制度として韓国法上の婚姻届を挙げることができる。韓国民法は次のように定める。

「第812条(婚姻の成立) 婚姻は、家族関係の登録等に関する法律に定めるところにより、届出することによつて、その効力を生ずる。

②前項の届出は、当事者双方及び成年者である証人二人の連署した書面で行わなければならない。

第813条(婚姻届出の審査) 婚姻の届出は、その婚姻が第807条乃至第810条及び第812条第2項の規定その他法令に違反しない場合には、これを受理しなければならない。」

韓国の戸籍法(2008(H20)-1-1廃止)27条および「家族関係の登録等に関する法律」(2008(H20)-1-1施行)23条1項はいずれも「届出は、書面でも口頭でも、行うことができる。」と規定するので、婚姻届は書面でも口頭でもすることができるものと解されている(金疇洙・金相瑢〔2007(H19)〕210頁)。書面による婚姻届は使者により、または、郵送により、することもできる(金疇洙・金相瑢・211頁)。なお、韓国法の規定は、戸籍実務六法(日本加除出版)の平成10(1998)年版〔1997(H9)〕および令和3(2021)年版〔2020(R2)〕によつた。

9) 前出注1参照。

の実行に当事者本人が全く関与していないという事態は発生しない<sup>10) 11)</sup>。日本法上の婚姻届出制度の持つこのような特色が婚姻届出意思をめぐる国際私法問題の発生の原因となっている面は否定できない。

10) 水野は次のようにいう。

「婚姻の方式が満たされているが実質的婚姻意思の存在が否定されるという場合とは、たとえば、当事者が出席した挙式が存在するが、それが国籍取得のためなどの動機によってなされた挙式であって実質的婚姻意思がなかったというような場合である。わが国における婚姻の方式が特殊なものであるために、届出意思すらない婚姻届出という事態が生じうるが、これを挙式に相当する婚姻の方式とはとても評価できないであろう。」(水野 [1997 (H9)] 83 頁)

「西欧法の婚姻無効とパラレルに考えると、挙式をした夫婦に婚姻意思がない場合が婚姻無効の問題であり、日本法でそれに対応するのは、届出意思を伴った届出があった夫婦が実質的な婚姻意思を欠いていた場合であって、それが婚姻無効の問題になると考えるべきであろう。ただ日本法では、当事者の届出意思すら欠くのに戸籍上に婚姻の形式がある場合も生じるために（西欧法ではこれは挙式さえない婚姻の形式的存在ということになり、あてはまる場合が存在しない）、それが婚姻無効のうちに含まれてくるにすぎない。」(水野 [1997 (H9)] 86 頁)

11) ヨーロッパ諸国の民事婚（婚姻当事者が戸籍事務担当者の面前で婚姻意思を表示する方式）と日本法上の婚姻の方式を比較すると次のようにいえるであろう。

(1) まず、仮装婚姻はどのような方式でもあり得るであろう。日本の判例に現れた渉外的な仮装婚姻については、後出第2章第2節参照。

(2) 次に、方式を実行する時点で当事者が意思能力喪失の状態にあるという事態、方式を実行する時点で当事者が方式の法的意味を理解していないという事態、強制的に方式を実行させられたという事態も、どのような方式でもあり得るように思われる。ドイツ民法について後出注93参照。日本の判例に現れたこれに類似する事案については、後出第2章第3節参照。

(3) 次に、なりすまし婚姻（氏名冒用婚姻）も、どのような方式でもあり得るであろう。日本の判例に現れた渉外的な氏名冒用婚姻については、後出第2章第4節参照。

(4) 結局、無断届出（或る者が婚姻の方式の実行に全く関与しないにもかかわらずその者の婚姻の方式が実行される、という事態）は使用者による婚姻届を認める制度に特有の現象といえるであろう。日本の判例に現れた渉外的な婚姻の無断届出に関する判例については、後出第2章第1節参照。

なお、上記のうち2番目のタイプ（意思能力喪失、方式の法的意味の無理解、強制的な方式実行）と4番目のタイプ（無断届出）では婚姻届出意思（方式実行意思、後出注62参照。）の存否だけでなく婚姻意思の存否もまた問題になる。後出注93、注96参照。

## 第2章 従来の判例

法律行為としての婚姻に関して意思が問題になる事案としては、(1) 無断届出等の事案、(2) 仮装婚姻（偽装婚姻）等の事案、(3) 強制的に婚姻させられた事案、(4) なりすまし婚姻（他人の氏名を冒用してする婚姻）の事案に分けることができる。以下では、婚姻に関する意思が問題になった涉外事件に関する判例を、この順序で、見る。

### 第1節 無断届出等に関する判例

婚姻届の無断届出とは、当事者本人に無断で、婚姻当事者兩名中の一方が、または、第三者が、婚姻届をすることをいう。この場合に当事者本人の届出意思がないことは明らかである。本節ではこの事案にかかる判例を見る。

なお、婚姻当事者双方の委託に基づいて第三者が婚姻届をしたところ、婚姻届の時点で婚姻当事者の一方が昏睡状態にあったという事案にかかる判例【判例7】最(1)判昭和44(1969)-4-3は無断届出の事案ではないが、婚姻届出時における当事者の意思（婚姻届出意思、婚姻意思）と関係があるので、本節で扱う。

以下では、判例を古いものから挙げる。

#### 第1款 判例の概観

【判例1】大阪家堺支審昭和29(1954)-2-6(家月6巻9号34頁)

(Aがその同棲相手たるBの行方不明後にBに無断でAとBの婚姻の届出し、その後、Aが婚姻届の無効の確認を求めた。)

〔事実〕申立人Aは申立の実情として次のように主張した。日本人女Aは中華民国人男B(貿易商)と同棲し、1935(S10)年までに6人の子(C~H)が生まれた(Gはその後死亡した。)。Bは1937(S12)年ごろ商用と称して帰国し、第二次世界大戦後行方不明になった。AはBの不在中の1946(S21)年

に〇〇市長代理助役に A と B の婚姻の届出と B による 5 人の子の認知の届出をした。1953 (S28) 年に A らは B が京都市内に居住していることを知った。

そこで、1954 (S29) 年に、A は B を相手方として、1946 (S21) 年の婚姻届の無効確認審判を申し立て、C ～ H (G を除く) の 5 人は B を相手方として、同年同月同日の認知届の無効確認審判を申し立てた。

〔判旨〕認容（審判主文は「婚姻届、及び〔……〕認知届はいずれも無効であることを確認する。」である。すなわち、「婚姻」の無効ではなく「婚姻届」の無効を確認した）。

「当裁判所は本件添付の戸籍謄本、取寄せにかかる大阪法務局〇支局長保管の当事者間の婚姻届、及び各認知届原本 A 等各人と相手方の各陳述等を総合して上記婚姻届及び各認知届は B 不知の間に A が勝手に B の署名捺印等を偽造して提出したものであることが認められるので、いずれも無効である〔……〕。」

（コメント）本件判旨はどの法域の法を準拠法にしたのか示していない。また、婚姻意思の欠缺と婚姻届出意思の欠缺のいずれを理由にするのかも判示していない。

## 【判例 2】 横浜家横須賀支審昭和 29 (1954) -8-27 (家月 6 卷 9 号 32 頁)

（A と B の同棲中に A が B に無断で A と B の婚姻の届出をし、その後、A が婚姻無効確認を求めた。）

〔事実〕日本人女 A と中華民国人男 B は神戸市内で同棲していたところ、1950 (S25) 年に子 C が生まれた。C の出生後も A は B と同棲し事実上夫婦関係を継続していたので A は B が正式婚姻を承認しているものと誤信して勝手に B の氏名を代署して押印して A と B の婚姻届書を作成し 1950 (S25) 年に神戸市〇〇区長に提出した。その後、B はこれを知り、上記婚姻届は無効であると主張し、別居し、A と C の生活扶助をしない。そこで、A は B を相手方として 1950 (S25) 年の婚姻届による婚姻の無効の確認を申し立てた。

〔判旨〕 認容。

「A と B との間に昭和二十五年〇月〇〇日神戸市〇〇区長に対する届出によつて為されている婚姻は夫である B が A と婚姻する意思がなく当事者間に合意がなかつたことになるから当事者一方の A の本国法たる日本国民法の実質的成立要件を欠缺し、B の本国法たる中華民国法の効力如何にかかわらず無効であること明かであるのみならず、当事者双方からの真実の届出でなかつたのであるから形式的成立要件の欠缺としても挙行地法としての日本国法が準拠せられて成立しなかつたことになる。

よつて A が B に対する右の事由に基き形式的に成立した外形を備えている本件婚姻の無効であることの確認を求める本申立は理由があるとして認容せられるべく家事審判法第二十三条法例第十三条に則り主文のとおり審判する。」

(コメント) 婚姻当事者の一方による無断届出の事案に関して、判旨は婚姻意思の欠缺について判断していることは明らかである<sup>12)</sup>。

では、判旨の「当事者双方からの真実の届出でなかつた」という記述は何を指すのか。「真実」という言葉は婚姻届出時に B が婚姻意思を有していたか否かに関する言葉と見るのが自然であるが、B の婚姻意思の欠缺が実質的成立要件として判断済みであることを考えると、「真実」という言葉は本件届出が B の意思に基づいてされたか否かに関する言葉であると見ることも不可能ではない。すなわち、「当事者双方からの真実の届出でなかつた」というのは、「当事者双方がともに婚姻届出意思を伴ってした届出ではなかつた」という意味に理

---

12) 本件判旨は「夫である B が A と婚姻する意思がなく当事者間に合意がなかつたことになる」と判示し、「当事者間に合意がなかつたこと」は A (A には婚姻意思があつた) の本国法の定める実質的成立要件の欠缺である旨を判示し、その結果、A と B の婚姻が「B の本国法たる中華民国法の効力如何にかかわらず無効である」と判示する。判旨は、国際私法上、各当事者の婚姻意思の存否ではなく両当事者間の婚姻の合意の存否を婚姻要件・婚姻障害とする点で異例である。この判例については、神前 [1999 (H11)] 138 頁参照。配分的適用における婚姻意思の扱いに関しては、溜池 [1985 (S60)] 70-71 頁、山田 (鏡)[2004 (H16)] 405 頁参照。配分的適用に関しては、根本 [2001 (H13)] 参照。

解することができる。そうすると、判旨は婚姻届出意思を方式と性質決定したものと理解することができなくはない。

【判例 3】 広島地呉支判昭和 32 (1957) -3-18 (下民集 8 卷 3 号 508 頁)

(A がかつての同棲相手 B から預かっていた婚姻届書により B に無断で A と B の婚姻の届出をし、その後、A が婚姻無効確認を求めた。)

〔事実〕日本人女 A は日本に駐留していた英連邦軍の下士官 B (オーストラリア国籍) と 1949 (S24) 年ごろ内縁関係を結び、同棲生活をしていた。B は 1955 (S30) 年 2 月ごろに除隊し、同年 5 月ごろオーストラリアに帰国した。B は帰国に際して、B が再び日本に入国した後に A と婚姻することを約束し、A の不安を除くために婚姻届書に署名して A に交付した。しかし、B は、オーストラリア帰国後、A に全く連絡をしなかったため、焦慮した A は B の署名のある婚姻届書により同年 6 月 22 日に B に無断で呉市長に婚姻届をした。同年 9 月に B は来日し A の住居に来たところ、婚姻届の事実を知り激昂して A を難詰した。1956 (S31) 年 6 月に B は韓国に行ったが、その後、B から A には何の音信もない。1956 (S31) 年に A は B を被告として 1955 (S30) 年の婚姻届による婚姻の無効確認を求めて訴えを提起した。

〔判旨〕認容。

「〔……〕、右認定の諸事実を総合すれば前記婚姻届出の際において A は B と婚姻する意思を有していたが B は A と婚姻する意思を有していなかったことが明かである。

ところで A は右婚姻届出の際、B において A と婚姻する意思を有していなかったためであるから本件婚姻は無効である旨主張するのでこの点について按ずるに、法例第十三条第一項本文は婚姻成立の要件は各当事者に付きその本国法によつてこれを定める旨規定しており、従つて本件婚姻が果して無効であるか否かは右婚姻届出の際において B が A と婚姻する意思を有していなかったことが、B の本国法たるオーストラリア連邦クインズランド州の規定に照し婚姻

成立要件を欠缺する場合に該当するか否かによつて定まるものと言うべきである。そこで右オーストラリア連邦クインズランド州の婚姻法を検討してみると、同州の婚姻法には当事者が婚姻意思を有しない場合における婚姻の効力を直接に規定した明文は存しない。然しながら同州千八百六十四年婚姻法第十二条は「宣誓又は厳粛な証言をなした後に牧師又は地区登録官吏によつて挙式された結婚は凡て合法且つ有効な結婚である」旨、又同法第九条（千九百四十八年修正による）は右の宣誓又は証言について「結婚しようとする両当事者が婚約した妻の住所の存する地区の登録官吏の面前においてこの法律の別表 A 所定の方式の宣言書に署名した場合は、右両当事者間の結婚式は右地区登録官吏により別表 B 所定の言葉の方式を以て挙行され、右両当事者は夫々にその言葉を繰返し且つ署名するものとする」旨を夫々規定し、右別表 A には「私達何某び何某は結婚を望んでいることをここに宣言する云々。——両当事者署名」なる宣言方式が、又右別表 B には、「私何某は何某を私の法律上の妻とすることをここに宣言する。私何某は何某を私の法律上の夫とすることをここに宣言する。——両当事者署名」なる宣言方式が夫々定められ、更に同法第二十三条は詐欺による結婚は合法的でないことを規定しているのであつて、これらの諸規定を総合し、なお近代法における婚姻の実質が一般に契約能力ある男女の自由な合意による民事的契約に基き生涯の結合を目的とする共同生活関係であると解されていることに鑑みれば、右婚姻法は両当事者の婚姻意思の合致を以て有効な婚姻成立の基本的要件として、従つて当事者の双方又は一方が婚姻意思を欠く場合は婚姻は成立しないとしているものと解釈するのが相当と認められる。

果して然らば前述の如く婚姻届出の際において B が A と婚姻する意思を有していなかつたことの認められる本件にあつては、右婚姻は B の本国法たるオーストラリア連邦クインズランド州法の規定に照し婚姻成立要件を欠缺する無効なものであると言わなければならない、[……]。」

(コメント) 本件は A が B に無断で A と B の婚姻の届出をした事案である

が、判旨はBの婚姻届出意思については判断せず、Bの婚姻意思の欠缺を理由として婚姻を無効と判断した<sup>13)</sup>。

【判例4】大阪地判昭和35(1960)-12-9(下民集11巻12号2639頁,家月14巻2号179頁)<sup>14)</sup>

(AとBの内縁関係解消後にBがAに無断でAとBの婚姻の届出をし、その後、Aが婚姻無効確認を求めた。)

〔事実〕日本人女Aと中華民国人男Bは1949(S24)年以来内縁の夫婦関係にあり、両者の間に子Cが生まれた。Bが生業に就かず覚せい剤取締法違反で2回懲役刑に処せられたりしたのでAはBに1956(S31)年10月ごろに別れ話を持ち出し、翌月ごろにはBはこれを承諾した。AとBは別れたが、BはAの知らない間にAの署名を冒用し印章を偽造して婚姻届書を作成して同年12月12日に東京都品川区長にAとBの婚姻の届出をした。この婚姻届がされたころにはAはD男(日本人のようである。)と同棲しており、Dと婚姻するつもりでいた。1957(S32)年にAはBを被告として1956(S31)年の婚姻届による婚姻の無効確認を求めて訴えを提起した。

〔判旨〕認容。

「当事者間に婚姻をする意思があることは婚姻の実質的成立要件であるから、その欠缺の効果は、法例第一三条により、各当事者につきその本国法によつて判断すべきものである(同条には「婚姻成立の要件は各当事者につきその本国法によつて定める」とあり、これには「要件の欠缺」の効果の問題も当然含まれると解すべきである)。本件婚姻については原告に婚姻をする意思がなかつたことはさきに認定したとおりであり、民法第七四二条によれば婚姻当事者間

---

13) 神前〔1999(H11)〕138頁参照。

14) 林脇〔1961(S36)〕参照。

に婚姻をする意思がないときは婚姻は無効であるから、本件婚姻が無効であることは明らかである。」

(コメント) 判旨は婚姻届出意思の欠缺については判断せず、婚姻意思の欠缺を理由として婚姻を無効と判断した<sup>15)</sup>。

【判例 5】千葉地判昭和 37 (1962) -7-12 (判タ 134 号 96 頁)

(A と B が行きずりで知り合い、B が A に無断で A と B の婚姻の届出し、その後、A が婚姻無効確認を求めた。)

〔事実〕日本人女 A と韓国人男 B は、1948 (S23) 年ごろ A が路上で捻挫していたところを通りがかった B が A を病院に連れて行き治療費を立て替え払いし、A が B に治療費を払えなかったことから B は A を脅迫して関係を迫り、その後も B の脅迫のために A はこの関係を継続した。B は A の印章を盗用して 1952 (S27) -3-27 に東京都杉並区長に A と B の婚姻届をした。1962 (S37) 年に A は B を被告として 1952 (S27) 年の婚姻届による婚姻の無効確認を求めて訴えを提起した。

〔判旨〕認容。

「右認定の婚姻が無効のそれであるかどうかについて按ずるに、〔……〕届出の為された当時に於ける A の本国が日本国であることは、前記認定の通りであるから、A については、〔……〕法例第一三条第一項の規定によつて、日本国法がその準拠法となるものであり、而して、日本国法によると、婚姻意思を有しない者の為した婚姻は実質的には、無効なそれであつて、その当事者間に於ては、法律上の婚姻関係を生じ得ないものであるところ、本件 A に於て、B と婚姻を為す意思を有しなかつたことは、前記認定の通りであるから、AB 間に於て成立した右認定の婚姻は、実質上、無効のそれであつて、AB 間には、法律上の婚姻関係は存在して居ないものであると断せざるを得ないものである。」

(コメント) 判旨は婚姻届出意思の欠缺については判断せず、婚姻意思の欠

---

15) 神前 [1999 (H11)] 138 頁参照。

缺を理由として婚姻を無効と判断した<sup>16)</sup>。

【判例6】富山地判昭和40(1965)-3-31(下民集16巻3号566頁,家月18巻4号78頁)<sup>17)</sup>

(日本人男女とその子が満州国で同居生活をしており、終戦後に女が子とともに先に日本に帰国し、男に無断で婚姻届をした。男が婚姻無効確認を求めた。)

〔事実〕日本人男A(満州国東満総省東安市内の病院に勤務する医師)は日本人女B(同市内の広島県開拓団の保健婦)は1945(S20)-5-3に東満医学院院長(Aの恩師)Gの媒酌により結婚式を挙げた。終戦後、Aは中共軍衛生部に強制徴用され、BもAと行動を共にし、中共軍の作戦に従軍し、中国各地を転々とした。AとBの間には1946(S21)年に子Cが、1948(S23)年に子Dが、1950(S25)年に子Eが、1952(S27)年に子Fが生まれた。1953(S28)年2月ごろAは中共の公安局に引致され、山西省太原市の日本人戦犯収容所に収容されたが、Bは4人の子とともに帰国を許可された。1953(S28)年10月にBは4人の子を連れて舞鶴港に上陸して帰国し、香川県香川郡塩江村のAの実父H宅に落ち着いた。BはCの小学校入学の必要上、HにAとBの婚姻の届出を依頼したところ、Hは無筆だったので、Bは塩江村役場吏員等に代書を依頼して1953(S28)-11-14付で塩江村長にAとBの婚姻の届出と4人の子の出生の届出をした。Aは戦犯収容所に収容されて以来1956(S31)年3月になってはじめてBと音信連絡をすることができ、1956(S31)年7月に日本に帰国した。

Aは、帰国後数日にして、引揚医師特例試験の受験の準備のため単身で愛知県内のG宅に寄寓を始めた。Aは1957(S32)年6月に同試験に合格し、同年8月に愛知県内でBおよび4人の子とともに同居を始めた。Aは1958(S33)年3月

---

16) 神前 [1999 (H11)] 138頁参照。

17) 澤木 [1966 (S41)], 本浪 [1976 (S51)] 参照。

ごろから患者として訪れていた日本人女 J と交際を始め、宮城県内の診療所に赴任する際も妻子を同行しなかったため妻子は香川県に帰り、それ以来別居が続いている。1959 (S34) 年 1 月に A は富山県内の診療所に転勤し、その頃から J と同棲している。A と J の間には 1961 (S36) 年と 1963 (S38) 年に子が生まれた。1962 (S37) 年 4 月ごろから A は C、D および E を養育し (その後、C は B 方に戻った。)、B は F と (A 方から B 方に戻った) C を養育している。

1963 (S38) 年に A は B を被告として 1953 (S28) 年の婚姻届による婚姻の無効確認の訴えを提起し、同年、B は A に対して反訴として、離婚、C と F の親権者を B と定め、D と E の親権者を A と定めること、および、財産分与 100 万円と慰謝料 100 万円 (合計 200 万円) の支払を求めて訴えを提起した。

〔判旨〕婚姻無効確認請求棄却、離婚請求認容、親権者指定請求認容、財産分与 50 万円認容、慰謝料 70 万円認容。

(1) 「A は、満州国東滿総省東安市湖北東安土木工程処湖北労務者病院に、医師として勤務していたが、当時湖北の広島県開拓団の保健婦であった B と知り合い、昭和二〇年五月三日 A の恩師で当時東滿医学院院長であった訴外 G の媒酌によつて、結婚式を挙げ、夫婦 (内縁) となつたこと、〔……〕以上の事実を認めることができ、右認定に反する証拠はない。」

(2) 「A、B の婚姻届出がなされた当時、A は、中国に抑留中で、B との音信連絡も途絶えていたときであるから、A に婚姻届出の意思がなかつたことは明らかであり、右婚姻届書〔……〕の A の署名、押印は、何人かの偽造にかかるものといわねばならない。

〔……〕ところで、B は、A と B 間には、夫婦生活の実体があり、かつ、A には、婚姻の意思があつたことは明白であるから、本件婚姻届出は、有効であると主張するので、この点につき考える。

思うに、当事者間に婚姻をする意思の合致がない場合には、たとえ、婚姻届出が受理されても、その婚姻は、無効としなければならない (民法第七四二条第一号)。しかし、婚姻届出自体は、夫婦たるべき者双方が直接これを為す必

要はなく、一方が他方の意を受けて、単独で、あるいは第三者が当事者双方の依頼によつて、いずれも有効に届出をなしうることは、明らかであり、更に一歩を進めて、当事者が事実上婚姻意思（婚姻届出の意思）を有しているにも拘らず、届出を怠っているような場合には、夫婦の一方がその届出をすれば、婚姻は、有効に成立するものと解すべきである。けだし、かような場合には、当事者間に婚姻意思があり、これを届出の方式によつて表示しようとする合意も存在するのであるから、それと合致する届出があり、それが受理された以上（当事者が届出をしないことの明瞭な合意をしている場合を除いて）、婚姻は、有効に成立するというべきである（我妻栄、法律学全集親族法五三頁参照）。

これを本件についてみるに、[……]、A、Bは、正式に挙式して夫婦となり、終戦後中共軍に徴用された後も、夫婦としての生活を許され、この間、共に出生した子供らの養育に当り、抑留中の家族届出にも、二男を彪として出生届をなしていたとうかがわれること、Aが中国に抑留中、一足先に帰国したBからAにBら家族の状況を知らせたところ、Aは、折返し「何よりも気にかかっていた家族と子供との問題がはつきりして安心した」旨の手紙を出していること、Aは、帰国後、在満時代の医師仲間の会員誌に、Bら母子を妻子として、上田姓を冠して、会員らに家族紹介していること、また、Aが引揚医師特例試験に合格した昭和三二年五月ごろBに戸籍謄本および抄本の送付を依頼し、それらを受取っておりながら、A、Bの婚姻や子供の出生届出等、戸籍記載のことで、Bを非難し、これに異議があつたという様子も窺われないこと、Aは、現在内縁関係にある訴外Jに対して、Bとはどうしてでも別れるということはいつているが、Bとの婚姻は無効であるというようなことはいつていないこと、Aは、帰国後医師国家試験に合格するまで、Bと互いに励まし合つて、夫婦として精神的には充実した生活を送つていたのであり、前記Jを知るに至つてから、Bに対する手紙も冷淡となつて、別れ話を持出し、当初は協議離婚という形で、被告を離別しようとしたのであつて、これがBに拒否されたため、Bとの婚姻無効を主張し、本訴提起に至つたこと、以上の事実が認められ、右

認定に反する A 本人の供述の一部は、これを措信しない。

右認定の事実によれば、A と B との間には、結婚当初から、社会通念上夫婦と考えられているような精神的肉体的結合があつたことは明らかであり、偶々結婚式を挙げて間もなく現地で終戦を迎え、内戦で混乱している中国各地を中共軍と共に転々としていた異常事態から、帰国するまで、正式の外交機関に婚姻の届出をすることは望めうべくもなかつたことが窺われ、また、A、B 間に婚姻の届出をしないことの合意が存在していたとの事実は認められず、かえつて、A としても、B との夫婦関係を届出の方式で表示しようとする意思が存在し、本件届出後も暗にこれを承認していたものと認められるので前記届出をもつてなされた A と B との婚姻は、結局、有効に成立したものといわなければならない。』

(コメント) この判例は国際私法上の判断 (どんな事項に関してどの国の法が準拠法になるかの判断) をせず、日本法を基準として (準拠法として) 判断している。

まず、判旨 (1) は A と B が満州国で「結婚式を挙げ、夫婦 (内縁) となった」と判示する。しかし、満州国民法 982 条は「結婚ニハ公開ノ儀式及ヒ二人以上ノ証人アルヘシ」<sup>18)</sup> と規定しているので、婚姻挙行地法上の方式 (法例旧

---

18) 帝国地方行政学会編 [1934 (S9)]。

なお、満洲国 (1932 (S7) -3-1 建国) では、「暫ク従前ノ法令ヲ援用スルノ件」(大同 1 (1932 (S7)) -3-9 教令 3 号, 同日施行) 1 条が「従前施行セル法令ハ建国ノ主旨国情及法令ニ抵触セサル条項ニ限り一律ニ之ヲ援用ス」と規定していたため、民法の領域では当初は中華民国民法を「援用」していた。満州国独自の立法としての満州国民法第 1 編総則, 第 2 編物権, 第 3 編債権は康徳 4 (1937 (S12)) -6-17 勅令 130 号として公布され, 同年 12 月 1 日に施行された。以上については, 帝国地方行政学会編 [1934 (S9)], 国務院法制局編 [1936 (S11)] 参照。これに対して, 満州国独自の立法としての「親族継承法」は康徳 12 (1945 (S20)) 年 7 月に公布されたがその直後の終戦のために施行されずに終わったといわれる。鄭 [1989 (H1)] 302-303 頁。従って, 満州国では親族と相続に関しては中華民国民法典中の諸規定が「援用」されていたといえよう。

中華民国民法 982 条を適用して婚姻の成立を認めた判例については, 前出注 4 参照。

13条1項但書)が履踐されたか否かを判断すべきだった<sup>19)</sup>という指摘がある。

次に、婚姻届出意思について、判旨(2)は、「Aに婚姻届出の意思がなかったことは明らかであり」と判示するにもかかわらず、種々の事実から「Aとしても、Bとの夫婦関係を届出の方式で表示しようとする意思が存在し」と判示するが、その判断の根拠は日本法である。しかし、Aの届出意思の欠缺を婚姻の方式(法例旧13条1項但書)と性質決定すれば婚姻挙行地はどこか(届出時にAは中華人民共和国にいたのに対してBは日本にいた、また、届出を受理したのは日本においてである。)という問題を解決する必要がある、それに応じてどの国の法が準拠法になるかが決まるのに対して、婚姻の実質的成立要件(法例旧13条1項本文)と性質決定すればAの本国法たる日本法によるべきこととなる。それゆえ、婚姻届出意思の性質決定が不可欠である<sup>20)</sup>。

次に、判旨は1953(S28)年の婚姻届による婚姻を方式上有効とした。しかし、届出時にAは中華人民共和国にいたのに対してBは日本にいたし、届出を受理したのは日本においてであるから、どんな根拠に基づいてどの国が婚姻挙行地(法例旧13条1項但書)となるのかを検討する必要がある<sup>21)</sup>。

---

19) 澤木〔1966(S41)〕105頁は次のようにいう。

「法例一三条一項但書は、婚姻の方式は挙行地法によると定めている。そして本件婚姻の挙行地である満州国東安市に行なわれている現行法は中華人民共和国法であるが、一九五〇年四月一三日に制定された同国婚姻法中には経過規定が含まれていない。しかし、革命前の国法によって有効に成立している婚姻の効力を否定することは条理上考えられない。従って婚姻当時その土地に行なわれていた満州国民法上有効な方式によっていけば、本件婚姻は方式上は有効に成立したことになる。そして、満州国民法九八二条は、「結婚ハ公開ノ儀式及ヒ二人以上ノ証人アルヘシ」と定めているので、この方式上の要件さえ備えていれば、本件婚姻は日本法上の実質的成立要件の具備によつて、昭和二〇年の時点において有効に成立したことになり、後はただ戸籍法上の報告的届出の問題を残すにすぎないことになったはずである。

以上にみたごとく満州における本件婚姻の有効性について右の満州国民法の規定を考慮に入れた判断をしていない本件判決は、その意味で不備であると考ええる。」

20) 澤木〔1966(S41)〕106頁参照。

21) 澤木〔1966(S41)〕105-106頁参照。

なお、婚姻に関する意思（婚姻届出意思、婚姻意思など）の相互関係という観点からは判旨の言葉遣いには興味深いものがある。すなわち、判旨は「当事者間に婚姻意思があり、これを届出の方式によつて表示しようとする合意も存在する」、「A としても、B との夫婦関係を届出の方式で表示しようとする意思が存在し」といい、ここには、届出の方式は婚姻意思の表示の手段・方法である、という思想が見える。

**【判例 7】** 最 (1) 判昭和 44 (1969) -4-3 (民集 23 巻 4 号 709 頁)

(日本人女と同棲している韓国人男が第三者に婚姻届を依頼したところ、婚姻届時には男は昏睡状態に陥っていた。男の死亡後に男の親族が婚姻無効確認訴訟を起こした。)

〔事実〕韓国人男 A と日本人女 B は 1946 (S21) 年ごろから同棲し、同棲生活は A の死亡時まで継続した (ただし、同棲生活が一時的に中断したことがある。)。A は 1963 (S38) 年ごろ韓国人夫婦 C (夫) および D (妻) とともに一時的に韓国に帰国した際に D の姪である韓国人女 E と結婚式を挙げたが、その 2、3 日前に、A は C に、A には B と婚姻する意思がないこと、あと 1、2 年働いて B の生活を保障するに足る財産を形成してから韓国に帰国して E と正式に婚姻する旨を述べた。

A は 1964 (S39) 年 9 月に岩手医科大学付属病院に入院し、治療を続けたが、1965 (S40) -4-4 朝ごろから昏睡状態になり、その翌日である 5 日午前 10 時 20 分に死亡した。

なお、1965 (S40) -4-3 午前 9 時ごろ、A の経営する金融業に関する事務を 1955 (S30) 年ごろから取り扱っていた F に A は A と B の婚姻の届出を早急に実施してほしい旨を伝え、F はその旨を B に伝え、B は B の弟 G に婚姻届をすることを委託し、G が A と B の婚姻の届出をし、遅くとも 1965 (S40) -4-5 午前 9 時 10 分ごろまでに盛岡市役所戸籍係の係員により受理された。

A の従弟妹 8 名が B を被告として、盛岡市長に対する届出による A と B の

婚姻の無効の確認を求めて1965（S40）年に訴えを提起した。

第1審判決（盛岡地判昭和41（1966）-4-19民集23巻4号723頁）は、婚姻の成否に関する理由の冒頭で「法例第13条は、婚姻成立の要件は各当事者につき、その本国法によるべき旨を定めており」と判示し、認定した事実を列挙し、次いで、(1)法例旧13条1項但書により、自署、捺印（戸籍法29条）に関しては婚姻挙行地法である日本法を準拠法として判断し、この判断に引き続いて、(2)「AがBと正式に婚姻する意思是、Aの委託に基く本件届書の作成、および作成された本件届書の所轄戸籍係あてへの届出の委託によつて、確定的に表示されたものと認めるべきであり、従つて、その後において届出を委託された者によつて、所轄戸籍係が届出を受理するまでの間において、Aが昏睡状態に陥り、判断力、指南力を失つたとしても、右届出、受理は、民法第九七条第二項の適用、ないしその法意に鑑み、これと同一の精神に従つて、有効と認むべきである。」と判示して、請求を棄却した。

原告8名が控訴した。控訴審判決（仙台高判昭和41（1966）-9-7民集23巻4号734頁）は次のように判示して、第1審判決を取り消して請求を認容した。

「法例第一三条第一項本文に従えば、〔……〕BとAとの間の婚姻の実体的な有効要件のうちAに関する部分は、同人の本国法の定めるところにより決せられるべきである。而して大韓国民法第八一五条第一号によれば、婚姻は、当事者に婚姻の合意のない場合には無効とされているので、婚姻はその成立の時において、当事者に意思能力のあることを必要とすると解すべきである。次に法例第一三条第一項但書によれば、〔……〕、本件婚姻の挙行地であるわが国の民法並に戸籍法の規定によれば、本件婚姻は、当事者が盛岡市長に対して婚姻届を提出し、同市長がこれを受理したときに成立するものであることが明らかである。〔……〕してみれば、本件婚姻が有効に成立するためには、本件婚姻届が盛岡市役所において、市長の代理たる係員によつて受理された際に、Aが意思能力を有していたことが必要であるといわなければならない。（なおこの点につき、婚姻を要式行為とした制度の趣旨に鑑み、民法第九七条第二項の

適用ないし類推適用は許されないものと解するのが相当である。)

〔……〕よつて、まず、本件婚姻成立の際に、Aが婚姻の合意をなす意思能力を有していたか否かの点について判断する。

〔……〕.

してみれば、本件婚姻は、その成立時即ち婚姻届出の時に於いて、その一方の当事者であるAに、意思能力がなかつたことが明らかであるから、婚姻をなす合意があつたということができず、従つて本件婚姻は無効というほかはなく、〔……〕.」

Bが上告した。

〔判旨〕原判決破棄，差戻。

「本件婚姻届がAの意思に基づいて作成され、同人がその作成当時婚姻意思を有して、同人とBとの間に事実上の夫婦共同生活関係が存続していたとすれば、その届書が当該係官に受理されるまでの間に同人が完全に昏睡状態に陥り、意識を失つたとしても、届書受理前に死亡した場合と異なり、届出書受理以前に翻意するなど婚姻の意思を失う特段の事情のないかぎり、右届書の受理によつて、本件婚姻は、有効に成立したものと解すべきである。もしこれに反する見解を採るときは、届書作成当時婚姻意思があり、何等この意思を失つたことがなく、事実上夫婦共同生活関係が存続しているのにもかゝらず、その届書受理の瞬間に当り、たまたま一時的に意識不明に陥つたことがある以上、その後再び意識を回復した場合においても、右届書の受理によつては婚姻は有効に成立しないものと解することとなり、きわめて不合理となるからである。しかるに、原判決は、婚姻届受理当時、Aが完全な昏睡状態に陥り意思能力がなかつたことが明らかであるといい、その一事を前提として同人には婚姻をなす合意があつたとはいえず、本件婚姻は無効であると判示したものであるから、原判決は、所論のように、法律の解釈適用を誤つた違法があるものといわなければならない。したがつて、原判決は、破棄を免れず、本件婚姻届がAの婚姻の意思に基づいて作成されたか、その後届書が受理されるま

でに翻意するなど婚姻の意思を失う特段の事情があつたかどうか等の各点につき、さらに審理の必要あるものと認め、本件を原審に差し戻すのを相当とする。」

(コメント) 第1審判決は、婚姻の成否に関する理由の冒頭で「法例第13条は、婚姻成立の要件は各当事者につき、その本国法によるべき旨を定めており」と判示するが、他方では、Aの婚姻意思に関して日本民法97条2項を根拠として判断する点で混乱があるようである<sup>22)</sup>。控訴審判決は、婚姻意思の成立要件としての意思能力につき法例旧13条1項本文により韓国法を準拠法としたように読める<sup>23)</sup>。上告審判決は国際私法上の判断をしていない<sup>24)</sup>。

---

22) 本件第1審判決(盛岡地判昭和41(1966)-4-19)につき、国友〔2004(H16)〕103頁および国友〔2007(H19)〕105頁は「婚姻意思が届出の受理時にも存在することが必要かとの問題を法例旧13条1項但書〔……〕によらしめ挙行地法たる日本法によらしめているように受け取れる。」といい、佐野〔2018(H30)〕151-152頁は「婚姻の意思が届出書の受理の時点にも存在する必要があるか否かにつき挙行地法である日本法によって判断している。」という。

23) 本件控訴審判決(仙台高判昭和41(1966)-9-7)につき、神前〔1999(H11)〕138頁は「届出時におけるAの意思能力の必要性について韓国法を適用していると思われる(ただし、この原審判決は、この点に関連してわが国民法九七条二項にも言及しており、準拠法についての立場は不明確とみることもできる)。」といい、中野〔2017(H29)〕55頁は「婚姻の実質的成立要件の準拠法である韓国法上、婚姻成立時に当事者の意思能力が要求されるころ、届出時に男性はこれを欠いていたとして婚姻無効を認めた。」ものと理解する。

これに対して、佐野〔2018(H30)〕152頁は「〔仙台高判昭和41(1966)-9-7〕は、婚姻の実質的成立要件の準拠法である韓国法上「婚姻はその成立の時において、当事者に意思能力のあることを必要とする」が、挙行地法である日本法によれば婚姻は婚姻届が受理された時に成立するので、婚姻が有効に成立するには婚姻届が受理された時に当事者が意思能力を有することが必要であるとしており、届出意思の要否については実質的成立要件の問題と解したとみる余地がある」という。

なお、本件控訴審判決(仙台高判昭和41(1966)-9-7)につき、国友〔2004(H16)〕103頁および国友〔2007(H19)〕105頁は「この問題〔婚姻意思の準拠法問題〕の性質決定についての記述が不明確で、いずれの立場を採っているか不明である。」という。

24) 本件上告審判決(最(1)判昭和44(1969)-4-3)につき、神前〔1999(H11)〕138頁は「最

〔判例8〕最(2)判平成8(1996)-3-8(家月48巻10号145頁)<sup>25)</sup>

(韓国人男女が結婚式を挙げた後に男の父が男に無断で婚姻届をした。男が婚姻無効確認を求めた。)

〔事実〕韓国人男Aと韓国人女Bは1946(S21)-1-5に愛知県瀬戸市所在のBの実家で韓国式の結婚式を行い、同国の風習に従い、同日とその翌日をBの実家で過ごし、その後3日間程度を愛知県岡崎市所在のAの実家で過ごした。Aは当時親元を離れて政治運動に熱中しており、Bとの面識もなかったが、結婚式前日に別の口実で呼び出されて双方の親が結婚を決めたことを初めて知らされ、抗議したものの、両親の懇請に負けて不本意ながら挙式には応じた。Aは風習による儀式終了後直ちに政治運動のため山形県に行き、その後は生活の本拠を東京に置くようになり、BはAの実家で生活することになった。AとBはAがAの実家を訪れることはあったが、継続的に同居したことはない。

AとBの間には3人の子が生まれたが、一人は幼いころ死亡し、残りの二人は既に成人している。Bは1968(S43)年にAの両親と別居したが、Aはその後もB宅を訪れたり、生活費や養育費を送金したり、Bとの間の子の結婚式に父親として参列したりした。

---

高裁判決は原審の〔国際私法上の〕判断を明示的に否定しているわけではないが、届出提出時の意思能力の必要性といった問題について方式の準拠法たる日本法を適用していると評価できる。」といい、中野〔2017(H29)〕55頁は、「判旨は準拠法を明示しないが、専ら日本法の解釈として結論を導く点から、方式準拠法である日本法によったものと解される」という。

本件上告審判決(最(1)判昭和44(1969)-4-3)につき、国友〔2004(H16)〕103頁および〔2007(H19)〕105頁は「国際私法にふれず、日本法を適用している。〔……〕、国際私法の先例といえるかどうかは疑問である。」という。

25) 柳〔1997(H9)〕、神谷〔1997(H9)〕、水野〔1997(H9)〕、北野〔1997(H9)〕、神前〔1999(H11)〕参照。

本件の控訴審判決(名古屋高判平成4(1992)-1-29)については、国友〔2004(H16)〕、国友〔2007(H19)〕参照。

Aの父は、AとBの間に一人目の子が生まれたことから、Bと相談の上、1948（S23）-9-2に愛知県岡崎市長にAとBの婚姻の届出（以下、「本件届出」という。）をした。本件届出はAの意思に基づかないものであったが、BはAの父がAの意向を受けて本件届出をしたものと思っていた。この時点において本件届出に基づく婚姻は韓国当局に届け出られなかったので、1989（H1）年までの間、韓国の戸籍にはAとBの婚姻の事実は記載されておらず、Aも本件届出がされたことを知らなかった。

Aは、1981（S56）-1-7、韓国の国籍を有するCとの婚姻を韓国当局に届け出た。AとCの間には二人の子がいる。

Bは1989（H1）-2-23にAに無断で本件届出に基づくAとの婚姻を韓国当局に届け出た。これにより韓国の戸籍にAとBの婚姻の事実が記載されたため、Aは戸籍上重婚状態となった。Aは1989（H1）-3-16に韓国の戸籍謄本を見て本件届出がされたことを初めて知り、1989（H1）-6-16にBを被告として本件届出によるAとBの婚姻の無効確認を求めて訴えを提起した。

第1審判決（名古屋地判平成2（1990）-12-26家月48巻10号157頁）は、AとBの婚姻の実質的成立要件に関しては平成元（1989）年改正前法例13条1項本文により韓国法を準拠法とし、方式に関しては同項但書により挙行地法である日本法を準拠法とし、「方式については、[……]、岡崎市長によって本件婚姻届出が受理されていることにより、日本法による婚姻の方式を具備しているとみることができる。」と判示した。Aに無断で本件婚姻届がされたことについては、「昭和23年当時における韓国法にあっては、事実上の婚姻関係の当事者の一方が全く知らないうちに他方が婚姻の申告をした場合であっても、その婚姻は常に無効とはいえず、双方に実質的婚姻意思を認めることができ、実質的な夫婦生活が継続されているような場合には、右申告によってその婚姻は有効に成立するものと解される。」と判示して、「本件においては、本件婚姻届出の前後において、[……]、AとBとの間に主観的にも客観的にも婚姻関係が成立していたことを認めることができるから、AとBとの間の婚姻

は、本件婚姻届出によって有効に成立したものである」と判示して、A の請求を棄却した。A が控訴した。

控訴審判決 (名古屋高判平成 4 (1992) -1-29 家月 48 巻 10 号 151 頁) は、A の婚姻届出意思の欠缺に関して、「本件婚姻届出の効力については、婚姻の挙行地である日本の婚姻方式に関する法律解釈によって決すべきところ、民法及び戸籍法の定めるところは、婚姻の届出は婚姻当事者双方の届出によって婚姻の合意を表示する意思 (以下、届出意思という。) に基づかなければならず、一方当事者の届出意思を欠く婚姻届出は無効であると解されている。右に判示したところだけからすると、A と B との本件婚姻は、届出意思を欠くためその方式を具備するものではなく、直ちに有効に成立しているとは言い難いということになる。」と判示したが、「B としては、[……]、A の正式の妻であるとの信頼の下に 40 年近くを過ごしてきた」ことなどを理由として、A が婚姻届出意思の不存在を理由として婚姻の無効を主張することは B に対する信義則に違反する、と判示して、A の控訴を棄却した。A が上告した。

〔判旨〕 原判決破棄，第 1 審判決取消し，自判 (請求認容)。

「原審の信義則に関する判断は是認することができない。その理由は次のとおりである。

婚姻の無効確認請求訴訟につき言い渡された判決は第三者に対しても効力を有することがあるから、婚姻の無効確認請求が信義則に照らして許されないかどうかは、婚姻の効力の有無が当該当事者以外の利害関係人の身分上の地位に及ぼす影響等をも考慮して判断しなければならない。これを本件についてみると、原審の適法に確定した事実関係によれば、本件届出に基づく婚姻が無効でないと言われた場合には、A と C の婚姻が重婚に該当するとして取り消される等、利害関係人に重大な影響を及ぼすおそれがあるのであって、そのことをも考慮すると、原審の説示するところのみによっては、A が届出意思の不存在を主張して本件届出に基づく婚姻の無効確認請求をすることが信義則に反するということとはできない。

〔……〕、前記事実関係の下においては本件届出に基づく婚姻は無効であるというべきである〔……〕。]

(コメント) 第1審判決は婚姻届出意思の欠缺の問題を韓国法により判断しているため、婚姻届出意思の欠缺を婚姻の実質的成立要件の問題と解したものとと思われる<sup>26)</sup>。控訴審判決は婚姻届出意思の欠缺を方式の問題と解した<sup>27)</sup>。上告審判決は国際私法上の判断をしていない<sup>28)</sup> 29)。

26) 神谷〔1997 (H9)〕216-217頁、神前〔1999 (H11)〕138頁、国友〔2004 (H16)〕102頁、国友〔2007 (H19)〕104頁、佐野〔2018 (H30)〕152頁は、本件第1審判決が婚姻届出意思を実質的成立要件と性質決定したものと見る。

27) 神谷〔1997 (H9)〕217頁、水野〔1997 (H9)〕83頁、神前〔1999 (H11)〕138頁、国友〔2004 (H16)〕102頁、国友〔2007 (H19)〕104頁、中野〔2017 (H29)〕56頁、佐野〔2018 (H30)〕152頁。

28) 神谷〔1997 (H9)〕217頁は、「この問題〔届出意思の準拠法問題〕につき、本件判決は、とくに言及していないが、原審の解釈を是認し、これを当然の前提としてみるとよいだろう。」という。水野〔1997 (H9)〕83頁は本件の控訴審判決と最高裁判決はいずれも届出意思を方式と性質決定したものと見る。神前〔1999 (H11)〕138頁は「最高裁もその点〔届出意思の欠缺〕について日本法により判断することを前提としており、準拠法選択については原審の立場を前提としているということが出来る。」という。中野〔2017 (H29)〕56頁は本件上告審判決(最(2)判平成8(1996)-3-8)について、「準拠法判断はないが、原審が日本法の解釈を述べた部分を受けた判示であるため、これも方式準拠法である日本法によったものと見てよい。」という。佐野〔2018 (H30)〕152頁は本件上告審判決(最(2)判平成8(1996)-3-8)について、「準拠法の決定について原審の判断を前提とし、日本法を適用している」という。

これに対して、国友〔2007 (H19)〕105頁(【判例8】の控訴審判決たる名古屋高判平成4(1992)-1-29の判批)は「本最判が原審の国際私法判断を是認したものであるとの見解もある〔……〕が、本最判は原審のそれを単に引用しているに過ぎず、国際私法判断をした先例と言ってよいかは疑問である。」という。

29) 横山〔2012 (H24)〕244頁注8は【判例8】最(2)判平成8(1996)-3-8について、「最高裁は婚姻の方式の準拠法として日本法を適用し、届出の意思がないとして婚姻を無効とした。しかし、この事案においては、どの国の方式によるものであれ、法律上の婚姻関係に入る意思が当事者が有していたとはみられず、実質的要件の問題として捉えるべきであったろう。」という。この記述は、《本件事案では当事者は婚姻意思(効果意思)を有していたとはみられないから実質的成立要件の問題として解決すべきであったろう。》という趣旨であろう。なお、北澤〔2018 (H30)〕309頁参照。

なお、控訴審判決が「婚姻当事者双方の届出によって婚姻の合意を表示する意思(以下、届出意思という。)」といい、婚姻届により効果意思を表示する意思——つまり、表示意思——を「届出意思」と呼んでいる点は注目に値する。

【判例9】大阪高判平成28(2016)-11-18(判時2329号45頁)<sup>30) 31)</sup>

(韓国人男と韓国人女が同棲中に婚姻届がされたが、婚姻届の時点に男は病院に入院中だった。男とその離婚した元妻との間の子が婚姻無効確認を求めた。)

〔事実〕韓国人男AとB女は1944(S19)年に婚姻し、5子(F～J、5名とも韓国籍。)を儲けた。AとBは1969(S44)年4月ごろに別居し、1983(S58)年に協議離婚した。Aは1971(S46)年3月から9月までD女と内縁関係にあり、1972(S47)年4月から1980(S55)年11月までE女と内縁関係にあった。Aは韓国人女C(1933(S8)年生まれ。CにはKとLの2子がいる。)と1992(H4)年ごろから内縁関係にあり、CはAと同居して家事全般を担った。1998(H10)-1-19にAとCの婚姻届書が作成され、同日、AとCの婚姻の届出が大阪府西成区長にされた。しかし、そのころ、Aは脳梗塞のためM記念病院に入院していた。Cは婚姻届の経緯について、AとCの婚姻の届出がされた日の昼頃、Kが、AとCの依頼に応じて、AとCの婚姻届書の「夫になる人」、「妻になる人」、「届出人署名押印」、「証人」の欄にすべて記入し、AとCが婚姻届書を西成区役所に持参して提出した旨主張した。Pは2013(H25)年に死亡した。なお、Aの外国人登録原票の「世帯構成員」欄には1997(H9)-2-13付けでCが「同居人」として登録されていたが、2002(H14)-2-21付けでCの続柄は「妻」に訂正された。2014(H26)年にF～Jの5名はCを被告として1998(H10)年の婚姻届によるAとCの婚姻の無効確認を求めて訴えを提起した。

---

30) 中野〔2017(H29)〕、佐野〔2018(H30)〕、北澤〔2018(H30)〕、竹下〔2018(H30)〕参照。

31) この控訴審判決に対してF～Jは上告と上告受理申立をした。最(1)決平成29(2017)-5-17(判例集未搭載)(上告棄却・上告不受理)。

第1審判決（大阪家判平成27（2015）-12-11判時2329号51頁）は次のように判示して請求を棄却した。

「準拠法は韓国法と認められる（法の適用に関する通則法二四条一項）。  
〔……〕。

本件婚姻の有効・無効は本件届出がされた平成一〇年一月一九日当時、Aに婚姻意思があったか否かによって決せられ、〔……〕。そして、〔……〕、AとCは本件届出に先立つ平成四年ころから事実婚関係にあったところ、そのような事実婚関係にある当事者間の婚姻意思について、判例は、要旨「事実婚関係にある当事者の一方が婚姻届出をした場合であっても、相手方に婚姻意思が欠如したと認められる限りでその婚姻は無効といえようが、相手方の婚姻意思が不明な場合には、婚姻の慣行と信義誠実の原則により事実婚関係を形成させた相手方の行為に基づいてその婚姻意思の存在を推定されうるので、これに反する事情、すなわち、婚姻意思を明確に撤回し、又は、当事者の間に事実婚関係を解消することで合意した等の事情が認められない場合には、その婚姻は無効であるとはいえない。」とする（大法院二〇〇〇・四・一一判決等参照）。

イ そこで、本件についてみると、〔……〕、Aは本件婚姻届に自署していないから、その記載からAの婚姻意思を推定することはできない。しかし、CやKは、本件婚姻届の作成・提出の状況について、平成一〇年一月一九日、KはA宅に同人とCを訪ね、KがCやAの求めに応じて婚姻届を作成することになったが、Aは手が震えるから書いてくれとKに代筆を依頼し、また、Cも字が上手いKに代筆してもらうこととして、KはAが腹巻きから出してきた外国人登録証明書を見ながら本件婚姻届の各欄を記入し、証人欄もAの指示に従って同人が出してきた紙を見ながら記入し、その後、CとAと一緒に西成区役所に行って本件婚姻届を提出したと供述しており、この説明はAが平成一〇年一月一〇日から同月二三日までの間、脳梗塞によりM記念病院に入院していたとはいえ、その主訴は頭痛で、脳血流改善剤の投与により症状軽快したというもので重篤ではなく、本件届出当日の外泊も十分可能であったと

みられること、平成一〇年当時の A の日本語の書字が拙かったことに照らしてあながち不自然とはいえず、これによれば A に婚姻意思があったと認められることになる。」

F～J が控訴した。

〔判旨〕控訴棄却。

「三 争点 (1) (本件届出に係る P の届出意思の有無) について

(1) [……]、準拠法については、届出意思は「婚姻の方式」として、通則法二四条二項により、婚姻挙行地法たる日本民法となると解される。

(2) 判断

[……]。本件婚姻届作成時、A は入院中であった [……]。

[……]。

以上を総合すると、少なくとも、本件婚姻届の作成及び西成区役所への本件婚姻届の提出が A の意思によると認めるのは困難であり、他に A が、本件届出当時本件届出をする意思を有していたと認めるに足りる証拠はない。

四 争点 (2) (A による追認の有無) について

(1) この点に関する準拠法は、これを婚姻の方式の問題とすれば通則法二四条二項により日本民法となり、これを婚姻の成立に関する要件とすれば同法一項により双方の共通の本国法たる韓国民法となるところ、いずれの法によっても、無効な婚姻届も、後にこれが追認されることによりその婚姻が有効になるものと解される。

(2) [……]、本件届出前に A が C との事実婚を解消しようとした等の事情は窺われないほか、A は、本件届出後も従前とかわらず C と同居生活を送り、親族や第三者との関係でも C を妻として遇していたことが認められ、少なくとも事実婚としての婚姻の意思があったことは認められる。

そして、[……]、A は、遅くとも平成一四年には外国人登録原票の変更登録から本件届出がされたこと及び C を「妻」たる事業専従者として税務申告していることをそれぞれ認識していたと推認できる。これらの事実、A と C

との婚姻関係が単なる事実婚ではなく法律婚となっていることを示す事実であるというべきところ、Aはこれを認識しながら、遅くとも平成二四年三月にFらによって入院先から連れ出されるまでの間、異議を述べた形跡がないのであって、このようなAの態度からすれば、Aが本件届出のときに本件届出に係る届出意思を欠缺していたとしても、Aは、遅くとも平成一四年ころには、本件届出を追認したと認められる。

〔……〕。

(6) なお、上記のとおり届出意思の追認が認められる事実関係に照らせば、婚姻意思の追認があったと認められる。」

(コメント) 第1審判決は本人に無断で婚姻届がされた場合にどんな事実関係があればその届出により婚姻が成立するか(婚姻届出意思の要否など)に関して実質的成立要件の準拠法たる韓民法により判断したといえよう<sup>32)</sup>。控訴審判決は婚姻届出意思が、国際私法上、婚姻の方式である旨判示した<sup>33)</sup>。なお、控訴審判決は婚姻届の追認が、国際私法上、婚姻の実質的成立要件か方式かという問題に関して判断を留保している。

---

32) 佐野〔2018 (H30)〕152頁は「わが国のように婚姻の成立について「婚姻の届出」を要するという法制では、当事者の婚姻意思とは別に届出そのものに関する意思を問題とする余地が生じる。この点について、本件一審判決は、このような届出にかかる意思についても婚姻の成立に必要な婚姻意思の問題ととらえ、通則法二四条一項により、当事者の本国法である韓民法によって判断しており」といい、北澤〔2018 (H30)〕308頁は「原審の大阪家判平成27・12・11〔……〕は、〔……〕届出意思の欠缺を理由とする本件婚姻無効に関し、届出意思は法の適用に関する通則法〔……〕24条1項の「婚姻の成立」に当たり、準拠法を韓民法とした」(「事実の概要」の項)、「いわゆる婚姻の届出意思の準拠法について、本件の原審判決は、届出意思の問題を「婚姻の成立」と性質決定し通則法24条1項に基づき韓民法を準拠法とした」(「解説」の項)という。

33) 中野〔2017 (H29)〕56-57頁、佐野〔2018 (H30)〕152頁、北澤〔2018 (H30)〕308頁、竹下〔2018 (H30)〕152頁。

## 第2款 まとめ

前款で見た判例は次のとおりである。

- (1) 【判例1】大阪家堺支審昭和29(1954)-2-6
- (2) 【判例2】横浜家横須賀支審昭和29(1954)-8-27
- (3) 【判例3】広島地呉支判昭和32(1957)-3-18
- (4) 【判例4】大阪地判昭和35(1960)-12-9
- (5) 【判例5】千葉地判昭和37(1962)-7-12
- (6) 【判例6】富山地判昭和40(1965)-3-31
- (7) 【判例7】最(1)判昭和44(1969)-4-3
  - (ア) 第1審判決：盛岡地判昭和41(1966)-4-19
  - (イ) 控訴審判決：仙台高判昭和41(1966)-9-7
- (8) 【判例8】最(2)判平成8(1996)-3-8
  - (ア) 第1審判決：名古屋地判平成2(1990)-12-26
  - (イ) 控訴審判決：名古屋高判平成4(1992)-1-29
- (9) 【判例9】大阪高判平成28(2016)-11-18
  - (ア) 第1審判決：大阪家判平成27(2015)-12-11

ここで、以上の判例をいくつかの観点から相互に比較する。以下に掲げる比較の観点は国際私法上意味のある観点といえるかどうか問題ではあるが、涉外事件で婚姻意思・婚姻届出意思がどのような形で問題になるのかを知るためには有益であろう。

なお、婚姻当事者に無断で婚姻届がされた時点で両当事者は事実上の夫婦だったかという点は実質法の解釈適用の観点からは重要であるが、国際私法の平面では重要な要因ではないと思われるので、この点には立ち入らない。

### 第1目 事実関係の比較

#### 第1項 誰が無断届出をしたか

以上の9件の判例のうち、【判例9】大阪高判平成28(2016)-11-18では誰

がどのような事情で区役所に婚姻届書を提出したか不明な事案である。

【判例7】最（1）判昭和44（1969）-4-3は夫婦になる当事者双方の委託により第三者が婚姻届をしたところ、婚姻届の時点で当事者の一方が昏睡状態にあったという事案である。

他の7件は無断届出の事案にかかる判例である。そのうち、【判例8】最（2）判平成8（1996）-3-8は婚姻当事者の一方（原告）の同意を得ないでその父が婚姻届をした事案であり、他の6件は婚姻当事者の一方が他方に無断で婚姻届をした事案である。

## 第2項 誰が婚姻の効力を争ったか

婚姻当事者の一方が他方に無断で婚姻の届出をした6件の判例の中には、無断で婚姻届をした者が自ら婚姻無効確認を求める事案が、古い判例には、少なくない。すなわち、【判例1】大阪家堺支審昭和29（1954）-2-26、【判例2】横浜家横須賀支審昭和29（1954）-8-27、【判例3】広島地呉支判昭和32（1957）-3-18である。これに対して、無断で婚姻届をされた者が婚姻無効確認を求める事案は【判例4】大阪地判昭和35（1960）-12-9、【判例5】千葉地判昭和37（1962）-7-12、【判例6】富山地判昭和40（1965）-3-31である。

## 第3項 当事者の国籍と実行された方式

以上の9件の判例の事案では、効力が争われた婚姻の原因は、すべて、日本の市町村長にされた婚姻届である。

婚姻当事者の国籍を見ると、【判例1】、【判例2】および【判例4】では日本人女と中華民国人男の婚姻の届出がされ、【判例5】と【判例7】では日本人女と韓国人男の婚姻の届出がされ、【判例8】と【判例9】では韓国人女と韓国人男の婚姻の届出がされ、【判例3】では日本人女とオーストラリア人男の婚姻の届出がされ、【判例6】では日本人女と日本人男の婚姻の届出がされた。

## 第2目 法的判断の比較

ここでは、無断届出に関する判例(【判例7】を除く8件)に限定して、判例の法的判断をまとめる。

### 第1項 婚姻の成否の判断根拠となる実質法上の要件

#### 第1 各判例の判断根拠

婚姻の成否の判断の根拠を各判例につき見れば次のとおりである。

(1) 【判例1】大阪家塚支審昭和29(1954)-2-6. この判例は婚姻届出意思と婚姻意思のどちらが欠缺しているのかを判示していない。

(2) 【判例2】横浜家横須賀支審昭和29(1954)-8-27. この判例は婚姻届出意思も婚姻意思<sup>34)</sup>もない旨を判示して婚姻無効の判断をした。

(3) 【判例3】広島地呉支判昭和32(1957)-3-18. この判例は婚姻届出意思について論ぜず婚姻意思の欠缺を理由として婚姻無効の判断をした。

(4) 【判例4】大阪地判昭和35(1960)-12-9. この判例も婚姻届出意思について論ぜず婚姻意思の欠缺を理由として婚姻無効の判断をした。

(5) 【判例5】千葉地判昭和37(1962)-7-12. この判例も婚姻届出意思について論ぜず婚姻意思の欠缺を理由として婚姻無効の判断をした。

(6) 【判例6】富山地判昭和40(1965)-3-31. この判例は婚姻届出意思の不存在を認めつつも事実関係に鑑み婚姻届による婚姻成立を認めた。

(7) 【判例8】最(2)判平成8(1996)-3-8.

(ア) この判例の第1審判決(名古屋地判平成2(1990)-12-26)も婚姻届出意思の不存在を認めつつも事実関係に鑑み婚姻届による婚姻成立を認めた。

(イ) 控訴審判決(名古屋高判平成4(1992)-1-29)は婚姻届出意思の欠缺

---

34) ただし、判旨は一方当事者Bの婚姻意思の欠缺をBの本国法により判断したのではなく、「当事者間に合意がなかったこと」をA(Aには婚姻意思があった)の本国法上の実質的成立要件の欠缺であると判示した。前出注12参照。

により婚姻無効の結論に達したが、事実関係に鑑み婚姻無効の主張は信義則に反すると判断した。

(ウ) 上告審判決は、婚姻届出意思の欠缺を理由とする婚姻無効の主張は本件の事実関係では信義則に反しないと判断した。

(8) 【判例 9】 大阪高判平成 28 (2016) -11-18.

(ア) この判例の第 1 審判決 (大阪地判平成 27 (2015) -12-11) も婚姻届出意思と婚姻意思いずれの観点からも事実関係に鑑み婚姻届による婚姻成立を認めた。

(イ) 控訴審判決は婚姻届出意思の欠缺により婚姻無効の結論に達した (ただし、婚姻届の追認の成立を認めた.)。

## 第 2 判例の分類

婚姻の成否の判断根拠をまとめると次のようになる。

1. 婚姻意思と婚姻届出意思の双方の不存在を理由として婚姻無効の結論に達した判例は次のとおりである。

(1) 【判例 2】

2. 婚姻届出意思について判断せず、婚姻意思の不存在を理由として婚姻無効の判断をした判例は次のとおりである。

(1) 【判例 3】

(2) 【判例 4】

(3) 【判例 5】

3. 婚姻届出意思の不存在を理由として婚姻無効の判断をした判例は次のとおりである。

(1) 【判例 8】 の控訴審判決 (ただし、婚姻無効の主張は信義則に反する旨を判示した.)

(2) 【判例 8】 の上告審判決

(3) 【判例 9】 の控訴審判決 (ただし、婚姻届の追認の成立を認めた.)。

4. 婚姻届出意思の不存在を認定しつつも事実関係に鑑み婚姻届による婚姻

成立を認めた判例は次のとおりである。

- (1) 【判例6】
- (2) 【判例8】の第1審判決
- (3) 【判例9】の第1審判決

## 第2項 婚姻届出意思の性質決定

### 第1 各判例の性質決定

上記の判例のうち、婚姻届出意思に関して判断した判例は婚姻届出意思をいかに性質決定したか(婚姻届出意思に関してどの法域の法を準拠法としたか.)。

- (1) 【判例2】は婚姻届出意思を方式と性質決定した。
- (2) 【判例6】は国際私法上の判断をしていない。
- (3) 【判例8】
  - (ア) この判例の第1審判決は婚姻届出意思を実質的成立要件と性質決定した。
  - (イ) 控訴審判決は婚姻届出意思を方式と性質決定した。
  - (ウ) 上告審判決は国際私法上の判断をしていない。
- (4) 【判例9】
  - (ア) この判例の第1審判決は婚姻届出意思を実質的成立要件と性質決定した。
  - (イ) 控訴審判決は婚姻届出意思を方式と性質決定した。

### 第2 判例の分類

婚姻届出意思の性質決定に関する判例の態度は次のとおりである(無断届出以外の事案に関する判例も含めた分類については、後出第5節参照.)。

1. 婚姻届出意思を実質的成立要件と性質決定する判例は次のとおりである。
  - (1) 【判例8】の第1審判決
  - (2) 【判例9】の第1審判決
2. 婚姻届出意思を方式と性質決定する判例は次のとおりである。
  - (1) 【判例8】の控訴審判決
  - (2) 【判例9】の控訴審判決

なお、【判例 2】は婚姻届出意思を方式と性質決定したものと理解することができなくはない。

## 第 2 節 仮装婚姻等に関する判例

仮装婚姻とは、当事者本人には婚姻の意思はなく、何らかの他の目的（一方当事者による在留資格取得、親の国籍の子による取得など）を達成するために婚姻の外観（戸籍の記載など）を作り出す意図で婚姻の方式を実行することをいう。この事案の特色は、婚姻意思がないにもかかわらず当事者には婚姻届をする意思がある、という点にある。本節では、仮装婚姻に限らず、当事者がその意思に基づいて婚姻届をしたが（あるいは、婚姻の方式を実行したが）、当事者には婚姻意思がなかった（あるいは、婚姻意思に瑕疵があった）という事案に関する判例を見る。

なお、【判例 13】大阪地判昭和 51（1976）-10-19 は韓国人夫婦がその意思で日本の戸籍事務管掌者に婚姻届をした事案について「本国に対し婚姻届をする意思」が必要であるにもかかわらず夫婦の一方がこの意思を欠いていた旨を判示したが、当事者双方がその意思で日本の戸籍事務管掌者に婚姻の届出をした事案であるので本節で扱う。

### 第 1 款 判例の概観

【判例 10】東京家審昭和 38（1963）-7-7（判タ 148 号 133 頁）

（アメリカ人男と日本人女が婚姻した。妻が同棲生活を拒否したため夫が婚姻無効確認を求めた。）

〔事実〕アメリカ人男 A と日本人女 B は 1961（S36）年 9 月ごろ知り合い、暫時交際の結果両人の間に婚姻の合意が成立し、婚姻の費用として金員を手交し、1961（S36）-10-31 に東京都港区長に婚姻届をした。しかし、B は夫婦のちぎりはもとより夫婦生活の実態である同棲生活に入ることを正当の理由もなく拒み続けている。そこで、1963（S38）年に A は B を相手方として 1961（S36）

年の婚姻届による婚姻の無効確認を申し立てた。

〔判旨〕認容。

「まことにA主張の如く本件当事者の間には戸籍の届出の為されたほか真の夫婦としての実態は全く具備せず、むしろBには真にAと婚姻生活をしようとするいわゆる婚姻の意思はその届出の当時より無かつたものと認めるに難くない。

しかして、法例一三条一項によれば婚姻は、夫については夫の本国法の要件を、妻については妻の本国法の要件を夫々充足するとき、はじめて、有効に成立し得るものなるところ、以上認定の事実は妻の本国法である日本民法の婚姻事件について観念上先ず判断すべき婚姻の無効事由であること明らかであるから（日本民法七四二条一号参照）、夫の本国法の要件を充足したかいなかを検討するまでもなく、本件婚姻は全体として婚姻無効となすべき筋合なる故を以て、〔……〕主文のとおり審判する。」<sup>35)</sup>

【判例11】名古屋家審昭和40（1965）-4-21（家月17巻9号99頁）

（ドイツ人男女が婚姻したが、夫は子を作らないという信念を有していることを婚姻後に妻に伝えた。妻が婚姻取消を求めた。）

〔事実〕ドイツ人女Aとドイツ人男Bは1963（S38）年11月にドイツのハンブルクで婚姻し、1964（S39）年5月に名古屋市内に住所を定めた。同年夏ごろからBはAとの性関係を拒否したが、そのときはじめてBはAに、子を作らないという信念をBが有していることを伝え、同年12月にはBはAにこの信念を変えることができない旨を伝えた。1965（S40）年にAはBを相手方として1963（S38）-11-8に成立した婚姻の取消を求めて申し立てた。

〔判旨〕認容。

「法例第一三条によれば婚姻の成立要件は各当事者につきその本国法により

---

35) この判例については、神前〔1999（H11）〕138頁参照。

定めるべきものとされ、一方ドイツ連邦共和国民法施行法第一三条によれば婚姻の締結は各当事者の本国法によるとされているので、本件の準拠法はドイツ婚姻法である。〔……〕。

〔……〕。

〔……〕 本件申立は先づ出訴期間についてドイツ婚姻法第三五条第二項、第一項の要件をみたしていると認められる。そして婚姻は男女の結合による共同生活と子供を生み育てることを本質とするものであり自己の信念として、乃至は精神的な理由により一方的に子供を生むこと自体を拒否するのはその動機がたとえ真摯なものであつてもこれに賛成しえない他方配偶者にとつては当該婚姻につきドイツ婚姻法第三二条第一項に云う「配偶者が婚姻締結の際に他方配偶者の人柄について……婚姻の本質を合理的に評価するにおいてはこのものをして婚姻をするにいたらしめなかつたであろうような錯誤を犯した」ものと云うことができる。〕<sup>36)</sup>

【判例 12】 京都家審昭和 50 (1975) -10-17 (家月 28 卷 9 号 87 頁)

(日本人女とアメリカ人男が確定的婚姻意思を有しないまま婚姻届をした。妻が婚姻の無効確認を求めた。)

〔事実〕 日本人女 A と米国人男 B は相互に言語が十分には通ぜず、また、相互に意思疎通が十分ではないまま、1975 (S50) -8-4 に神戸市生田区長に婚姻届 (本件届出) をした。A と B は同年 9 月 7 日に米国法上の方式で婚姻を挙

---

36) ドイツの 1946 年の婚姻法は次のように規定していた。

「婚姻法 32 条 (他の配偶者の人的性質 die persönlichen Eigenschaften) に関する錯誤)

(1) 夫婦の一方は、他方の人的性質に関して婚姻締結時に錯誤に陥っていた場合において、仮に夫婦のその一方が事実関係を知っており、かつ、婚姻の本質を合理的に評価すれば、その人的性質がその一方に婚姻締結をさせなかつたであろうときには、婚姻の取消を求めることができる。

(2) 〔省略〕 (Palandt [1998 (H10)] による。)

この規定は、現在の規定 (ドイツ民法 1314 条 2 項 3 号、後出注 93 参照) と異なり、夫婦間の欺罔行為を要件としない。

行することをも予定していたが、同年 9 月 3 日に B は A に結婚と挙式を取りやめる旨を申し出て、A はこれを了承した。同年、A は B を相手方として本件届出による A と B の婚姻の無効を確認する審判を申し立てた。

〔判旨〕認容。

「法例一三条一項により、婚姻の要件は夫、妻各自の本国法によるべきであるから、まず妻たる A についてみると、[……]、A も B のいう米国方式による婚姻を考えていたこともあり、本件届出時には未だ確定的婚姻意思を有しなかつたものと推認できる。従つて、夫たる B につき、その本国法による要件充足を検討するまでもなく、本件婚姻は全体として無効という外ない。」<sup>37)</sup>

【判例 13】大阪地判昭和 51 (1976) -10-19 (判タ 352 号 311 頁)<sup>38)</sup>

(韓国人男女が日本法上の方式で婚姻届をした。妻が夫婦関係不存在確認を求めた。)

〔事実〕韓国人女 A と韓国人男 B は 1967 (S42) 年に事実上の夫婦生活を始めた。1970 (S45) 年と 1972 (S47) 年にそれぞれ子 C と D が生まれた。A と B は 1968 (S43) 年に A と B の婚姻の届出を、1970 (S45) 年に C の出生届を、1972 (S47) 年に D の出生届を、いずれも大阪市淀川区長にしたが、B は国籍は朝鮮であつて韓国ではないから韓国に対する届出はしないとの意思により、本国である韓国に対しては婚姻届も子の出生届もしていない。B の不貞行為、B の覚醒剤使用、B の A に対する暴言と暴行のため A と B は 1973 (S48) 年以後別居している。1974 (S49) 年に A は B を被告として、夫婦関係不存在確認、B が C と D に対して親権を有しないことの確認、B が C と D を A に引き渡すこと、および、慰謝料 100 万円の支払いを求めて訴えを提起した。

〔判旨〕認容。

---

37) この判例については、神前 [1999 (H11)] 138 頁参照。

38) 相澤 [1978 (S53)] 参照。

「韓国民法八一二条によれば、婚姻は戸籍法の定めるところにより届出することによつて効力を生ずるものとしているから、韓国人たるべき A、B は共に韓国戸籍管掌者に対し届出をしてはじめて両者の婚姻が成立するものといわなければならない。ただ〔……〕 A、B はその居住地の大阪市淀川区長に対し婚姻届を提出しているけれども、それが韓国の戸籍管掌者に対する届出になるものでないことは論を待たないところであるし、本件 B の如く本国に対し婚姻届をする意思のない場合は、韓国民法においても婚姻成立の実質的要件を欠くものとして婚姻の成立を否定されるものと解されるから、我国の法例一三条一項但書によつて、婚姻が成立したとみなされる余地も存しないところである。

よつて A、B 間の婚姻は成立しておらず、A、B は法律上の夫婦でないといふべきであるから、これが確認を求める A の請求は理由がある。

〔……〕以上の事実によると、A、B 間の子 C 及び D はともに A、B の非嫡出子であるといふべきところ、B は韓国の戸籍管掌者に対し出生届をする意思がなくこれが届出をしていないし、他に B において右子らを認知したと認め得べき証拠もないので、右子らは B の戸籍に入つていないものと推認するに難くないところである。然らば右子らの親権者は韓国民法九〇九条三項により生母である A と云わざるを得ない。

よつて、B が A、B 間の子 C 及び D に対し親権を有しないことの確認を求める A の請求は正当である。」

(コメント) 判旨は、まず、「韓国人たるべき A、B は共に韓国戸籍管掌者に対し届出をしてはじめて両者の婚姻が成立する」といい、婚姻の方式に関して当時の法例旧 13 条 1 項但書ではなくその本文を適用し、A と B の本国法たる韓国法を準拠法とする点で特異である<sup>39)</sup>。

---

39) 相澤〔1978 (S53)〕121 頁は「本件においては、婚姻挙行地たる日本において適法に届出がなされている以上、法例一三条一項但書により本件婚姻は有効に成立しているといわざるを得ないのではないかと思われる。」という。

判旨はこれを前提として、韓国戸籍事務管掌者への届出の際に「本国に対し婚姻届をする意思のない場合」は「韓国民法においても婚姻成立の実質的要件を欠くものとして婚姻の成立を否定されるものと解される」という。これは、判旨は婚姻届出意思の要否を実質的成立要件と性質決定するものである<sup>40)</sup>。ただし、判旨が単なる婚姻届出意思ではなく、「本国に対し婚姻届をする意思」を問題とする点は異例である。

この判例が婚姻届出意思を実質的成立要件と性質決定したことは明らかであるが、婚姻の方式（外面的行為）に関して法例旧 13 条 1 項但書を適用せず当事者の本国法を準拠法としたため、本判決の先例としての価値は疑わしい。

【判例 14】大阪地判昭和 59 (1984) -12-24 (家月 37 巻 10 号 104 頁)<sup>41)</sup>

(韓国人女と日本人男が女の在留資格取得目的で婚姻届をした。夫が婚姻無効確認を求めた。)

〔事実〕1983 (S58) 年 6 月初め頃、韓国人女 B は日本人男 A に、日本人の配偶者になることにより長期在留資格を得たいので虚偽の婚姻に協力するよう依頼し、A は当時経済的に困窮していたので偽装結婚の報酬を得るために B の依頼に応じた。A と B は同年 6 月 27 日に大阪府東大阪市長に婚姻の届出をした。B は 1984 (S59) -7-9 に韓国に送還された。同年、A は B を被告として、本件婚姻は A、B 双方の婚意思を欠く無効のものであると主張して、東大阪市長に対する婚姻届による婚姻の無効確認を求めて訴えを提起した。

〔判旨〕認容。

「本件では A が日本国籍を、B が韓国国籍を有するところから、婚姻成立の要件は法例一三条一項により A については我国法に、B については韓国法に

---

40) 櫻田・道垣内〔2011 (H23)〕11 頁(横溝大)、北澤〔2018 (H30)〕308 頁は【判例 13】が婚姻届出意思を実質的成立要件と性質決定したものと理解する。

41) 鈴木〔1986 (S61)〕参照。

準拠することになるところ、[……]、本件婚姻については、A、Bのいずれもが真実婚姻をする意思を有しなかつたというのであり、そうであれば、Aについては我民法七四二条一号により、Bについては韓国民法八一五条一号により、いずれも婚姻は無効というべきである。』<sup>42)</sup>

【判例 15】 東京高判昭和 60 (1985) -2-27 (家月 37 卷 11 号 46 頁, 判時 1147 号 99 頁)

(日本人妻を持つ日本人男と中華民国人女がその間に生まれた子に日本国籍を取得させる目的で中華民国法上の方式で婚姻し、日本で報告的届出をした。男の妻がこの婚姻の無効確認を求めた。)

〔事実〕 日本人男 A と日本人女 B は 1961 (S36) 年に婚姻届をし、そのころから夫婦としての共同生活を営んでいる。A は 1972 (S47) 年ごろから中華民国台北市に滞在し、同市内に所在する会社の代表者としてその経営に携わり、B も同会社の経理事務を担当し、A と B は同市で同居生活を送っていた。A は中華民国人女 C と知り合い、肉体関係を持つに至り、1977 (S52) -6-5 に C は A の子 D を出産した。A は C との関係を浮気と考えており、C による出産の前後を通じ A と C が同居生活をしたことはない。A は D に日本国籍を取得させようと考え、1980 (S55) -5-30 に A と B の離婚届を東京都立川市長にした。1980 (S55) -6-27 に A と C は台北地方法院に出頭し、中華民国法上の婚姻の方式を履践し、1981 (S56) -1-6 に A は東京都立川市長に婚姻の証書を提出して婚姻の届出をし、同年 2 月 9 日に A は同市長に D の出生届をし、D は 1981 (S56) -1-25 生まれの A と C の長男として戸籍に登載された。A は A と B の離婚届などの手続をするに先立ち、C に、これらの手続はすべて D に日本国籍を取得させるために B に無断で行うものであり、D が日本国籍を取得したときは直ちに B と復縁するための手続を執る旨を説明し、C

42) この判例については、神前〔1999 (H11)〕138 頁参照。

はこれを了承した。また、Bは、Dの出生についてはAから聞いていたが、Dに日本国籍を取得させるためにAがした離婚届などの手続は知らなかったし、BにはAと離婚する意思はなかった。しかし、DがAの長男として戸籍に登録されたことによりDに日本国籍を取得させる目的が達せられたとしてAがCに対して形式上の婚姻関係の解消を求めたところAとCの間に紛争を生じ、1982(S57)年10月にCが台北市内のAの居宅を訪れたためにBはAがDに日本国籍を取得させるためにした手続を知るに至った。1983(S58)年にBはAとCを共同被告として、AとCが昭和56(1981)-1-6に東京都立川市長に届け出た両者間の中華民国の方式による昭和55(1980)-6-27の婚姻の無効確認を求めて訴えを提起した。第1審判決(長野地判昭和58(1983)-11-28判例集未搭載)は請求を棄却したようである。Bが控訴した。

〔判旨〕原判決取消し、請求認容。

「昭和五五年六月二七日に行われたAとCとの間の中華民国台湾省の方式による婚姻手続にあたり、右両者の間に同手続を履行すること自体については意思の合致があり、両者間に法律上の夫婦という身分関係を設定する意思があつたことは否定できないけれども、それは、日本国籍のAと中華民国国籍のCとの間の婚外子Dに日本国籍を取得させるための便法として仮託されたものにすぎず、少なくともAには、Cとの間に真に社会観念上夫婦であると認められる関係の設定を欲する効果意思はなかつたことが明らかというべきであるから、右台湾省の方式による手続の履践に基づきAとCとの間に成立した婚姻は、その効力を生じないものといわざるをえない。しかるところ、右婚姻の前提として、昭和五五年五月三〇日になされたBとAとの離婚の届出については、Bに離婚を欲する効果意思はもとより、届出の意思もなかつたのであるから、右届出にその効力を認めることはできず、Bは、Aの配偶者たる地位にあたるものとして、AとCとの間の前記婚姻の無効確認を求めるについての法律上の利益を有するものといえることができる。」

(コメント) 本件ではCは中華民国人であり、AとCの婚姻は中華民国で行

われたにもかかわらず、判旨は国際私法上の判断（どんな事項に関してどの法域の法が準拠法になるかの判断）をしていない。

判旨は「昭和五五年六月二七日に行われた A と C との間の中華民国台湾省の方式による婚姻手続にあたり、右両者の間に同手続を履行すること自体については意思の合致があり、〔……〕、少なくとも A には、C との間に真に社会観念上夫婦であると認められる関係の設定を欲する効果意思はなかつたことが明らかというべきである」という。すなわち、婚姻の方式を実行する意思<sup>43)</sup>があった旨を判示しつつ、婚姻の効果意思の不存在を理由に婚姻の無効を確認した<sup>44) 45)</sup>。

**【判例 16】名古屋地判平成 7 (1995) -2-17 (判時 1562 号 98 頁)<sup>46)</sup>**

(日本人女と韓国人男が統一協会の合同結婚式に参加した後、日本で婚姻届をした。女が婚姻無効確認を求めた。)

〔事実〕日本人女 A は世界基督教統一神霊協会の信者であり、1992 (H4) 年 7 月に同協会四日市教会の協会長から合同結婚式（統一協会の信者の中から同協会の C 教祖が選出した男女を何万組もの単位で集合させ、同時に結婚式をする儀式）に参加するよう指示された。A は同年 8-23 に、韓国ソウル市内で、統一協会により結婚相手として指定された韓国人男 B と初めて対面し、同月 25 日に合同結婚式に参加した。しかし、A は B と結婚する確たる意思を有していなかった。合同結婚式の後も A は統一教会の協議に従い B とは別々の場

---

43) 方式実行意思については、後出注 62 参照。

44) 神前 [1999 (H11)] 138 頁参照。

45) 判旨は A と B の離婚について、「B に離婚を欲する効果意思はもとより、届出の意思もなかつた」というが、離婚の届出意思と離婚意思の問題なので、これに関する検討は省略する。

46) 横田 [1997 (H9)] 参照。

所で寝起きをし、同月 29 日に日本に帰国した。A は韓国語が理解できず、B は日本語が理解できなかったため、A と B は互いにほとんど会話を交わさなかったし、夫婦としての共同生活をする 것도夫婦関係を持つこともなかった。A は、統一協会から、次に渡韓する際に長期滞在ビザを取得するための便法として帰国後直ちに婚姻届をするよう指示されたため、在韓中に B とともに日本の様式による婚姻届書を作成した。なお、韓国の様式による婚姻届書については、同協会から日本での婚姻届の後にその戸籍謄本とともに提出する旨説明されたので、これを完成させないまま日本に持ち帰った。A は、日本に帰国後、統一協会から婚姻届をするよう強い命令があったため、長期滞在ビザ取得の便法とする意思で、在韓中に作成した婚姻届書により同年 11-2 に愛知県犬山市長に婚姻届をした。同年 12-19 に A は統一協会に脱会届を提出した。韓国の様式による婚姻届書は A は B に返送していない。1994 (H6) 年に A は B を被告として犬山市長に対する婚姻届による婚姻の無効確認を求めて訴えを提起した。

〔判旨〕認容。

「A には、本件婚姻届提出の当時、B との婚姻の意思、すなわち夫婦として同居し、相互扶助のもとに生活するという実質的夫婦関係を築く意思がなかったことは明らかである。

ところで、法例一三条一項によれば、婚姻成立の要件は、各当事者につきそれぞれの本国法によって定められるべきところ、婚姻の意思の欠如は、相手方と関係なく、当事者の一方のみの関係で婚姻の障碍となる一面的婚姻障碍であるから、婚姻の意思を欠く当事者、すなわち本件においては A の本国法であるわが国の法律に従って、その婚姻の成立に与える効果を決すべきであり、本件婚姻届提出の当時、A が、B との婚姻の意思を有していなかった以上、日本国民法七四二条一号により、本件婚姻は無効である。よって、B につき、その本国法による要件充足の有無を検討するまでもなく、本件婚姻は全体として無効であるというべきである。」

## 【判例 17】福岡地判平成 8（1996）-3-12（判タ 940 号 250 頁）

（日本人女と韓国男人が統一協会の合同結婚式に参加した後、日本で婚姻届をした。女が婚姻無効確認を求めた。）

〔事実〕日本人女 A は世界基督教統一神霊協会の信者であるが、1992（H4）-8-25 に韓国ソウル市で行われた同協会の合同結婚式（同協会主催の合同結婚式は、同協会の教祖 C が、数年間同協会に貢献した信者のうち見ず知らずの者同士を恣意的に組み合わせるもので、結婚式に参加する本人には相手方を選択する権利はない。）に参加し、同年 11-27 に A は A と韓国男人 B の婚姻の届出を大牟田市長にした。1993（H5）-5-6 に A は同協会を脱会した。1994（H6）年に A は B を被告として大牟田市長に対する婚姻届による婚姻の無効確認を求めて訴えを提起した。

〔判旨〕認容。

「二〔……〕本件婚姻届出にかかる A・B 間の婚姻の効力について検討するに、右は、ひとえに A・B の婚姻意思の有無にかかっているものといえることができる。そして、「婚姻意思がないとき」とは、当事者間に真に社会観念上夫婦と認められる関係の設定を欲する意思がない場合を指すものと解される。

ところで、〔……〕、本件婚姻届は、通常社会観念からする夫婦としての関係を設定する意思に基づいてなされたものとは到底解し得ない。確かに、A は、本件婚姻届出をしたものではあるが、A は、当時家庭や仕事等を投げうって身も心も捧げて信仰に打ち込んでいたものであって、ただ統一協会ないしは C の指示命令に忠実に従っていたにすぎない。

三 なお、法例一三条一項によれば、婚姻成立の要件は、各当事者につきそれぞれの本国法によって定められるべきところ、婚姻の意思の欠缺は、相手方とは関係がなく、当事者の一方のみの関係で婚姻の障碍となるものであるから、婚姻の意思を欠く当事者（本件にあっては A）の本国法であるわが国の法律に従うべきであり、わが国民法七四二条一号によれば、A が婚姻意思を有していなかった以上、B につきその本国法による右障碍の有無を検討するまでも

なく、本件婚姻は全体として無効である。」

【判例 18】水戸家判平成 28 (2016) -12-16 (判タ 1439 号 251 頁)<sup>47)</sup>

(韓国女人と日本人男が女の在留資格取得目的で婚姻届をした。夫が婚姻無効確認を求めた。)

〔事実〕韓国女人 B (1980 (S55) 年出生) は 1999 (H11) 年ごろ日本在住の母と生活するために日本に入国したが、在留期間の更新などの手続をしないまま在留期間経過後も日本に滞在したため 2003 (H15) 年ごろ日本から強制退去させられた。B は 2006 (H18) 年に旅券や乗員手帳を持たずに船で日本に入国した。韓国にいる B の父が 2013 (H25) 年に病気で倒れたが、B は日本の在留資格がなかったため直ちに韓国に帰国することができなかった。そこで、B は交際相手だった C を通じて、または、C とともに、日本人男 A (1962 (S37) 年出生) に在留資格取得目的の偽装結婚を依頼し、A は 2014 (H26) 年ごろこれを引き受けた。2015 (H27) 年に A と B は B に長期在留資格を取得させる目的で A と B の婚姻の届出を〔……〕市長にした。2015 (H27) 年に B は電磁的公正証書原本不実記載・同供用などの罪で執行猶予付きの懲役刑に処せられ、A も同年に電磁的公正証書原本不実記載・同供用の罪で執行猶予付きの懲役刑に処せられ、いずれの判決も確定した。B は判決を受けた後、日本から強制退去させられた。2016 (H28) 年に A は B を被告として 2015 (H27) 年の婚姻届による A と B の婚姻の無効確認を求めて訴えを提起した。

〔判旨〕認容。

「A と B は、当初から偽装結婚をする前提で本件婚姻届を提出したというのであるから、本件婚姻手続にあたり、AB 間にその手続を履行すること自体については意思の合致があり、両者間に法律上の身分関係を設定する意思があったといえるものの、それは、B に日本の在留資格を取得させるための便法とし

---

47) 植松〔2019 (R1)〕参照。

て仮託されたものにすぎず、A には、本件婚姻届が提出された当時、B との間  
に真に社会通念上夫婦であると認められる関係の設定を欲する効果意思すなわ  
ち婚姻意思はなかったことが明らかというべきである。

ところで、法の適用に関する通則法 24 条 1 項によれば、婚姻の実質的成立  
要件の準拠法について、各当事者の本国法によるべきところ、婚姻の意思の欠  
缺は、相手方とは関係がなく、当事者の一方のみの関係で婚姻の障碍となるも  
のであるから、本件において A が B との婚姻の意思を有していなかった以上、  
B につきその本国法による要件充足の有無を検討するまでもなく、A の本国法  
である日本国民法 742 条 1 号により、本件婚姻は全体として無効である。」

(コメント) 判旨は「本件婚姻手続にあたり、AB 間にその手続を履行する  
こと自体については意思の合致があり」といい、当事者双方に婚姻手続履行の  
意思があったものと判断した(ただし、その準拠法については判断していな  
い.)。

## 第 2 款 まとめ

前款で見た判例は次の 9 件である。

- (1) 【判例 10】 東京家審昭和 38 (1963) -7-7
- (2) 【判例 11】 名古屋家審昭和 40 (1965) -4-21
- (3) 【判例 12】 京都家審昭和 50 (1975) -10-17
- (4) 【判例 13】 大阪地判昭和 51 (1976) -10-19
- (5) 【判例 14】 大阪地判昭和 59 (1984) -12-24
- (6) 【判例 15】 東京高判昭和 60 (1985) -2-27
- (7) 【判例 16】 名古屋地判平成 7 (1995) -2-17
- (8) 【判例 17】 福岡地判平成 8 (1996) -3-12
- (9) 【判例 18】 水戸家判平成 28 (2016) -12-16

以上の 9 件の判例は、当事者がその意思に基づいて婚姻届をしたが(ある  
いは、婚姻の方式を実行したが)、当事者には婚姻意思がなかった(あるいは、

婚姻意思に瑕疵があった) という事案に関する判例である<sup>48)</sup>。

48) このほか、同性婚を婚姻意思の問題とした判例がある。

佐賀家審平成 11 (1999) -1-7 (家月 51 巻 6 号 71 頁)

〔事実〕日本人男 A とフィリピン人 B (ロムアルデス・マリアエメリタ) は 1996 (H8) -1-8 にフィリピンで同国法上の方式で婚姻し、同年同月 12 日に [……] 町役場に婚姻の報告的届出をした。その後 A は B と同居していた。A は、1997 (H9) 年 4 月中旬ごろ B の入国査証の更新のために B とともに福岡入国管理局に赴いたところ、同局の職員から、B が偽造旅券を使用して日本に入国したと真正の旅券では B が男性であることを告げられた。真正旅券での B の名は「SIAZON FERNANDO M」であり、B は入管の事情聴取で B が女性ではなく男性であることを認めた。その後、[……] 町役場から A に 1997 (H9) -6-6 付けで A と B の婚姻届が不法である旨の戸籍法 24 条 1 項の通知がなされた。1997 (H9) 年 8 月末ごろ B はフィリピンに強制送還された。1997 (H9) -9-17 に A は A の戸籍の身分事項欄の婚姻事項および名欄の「夫」とあるのを消除することの許可を申し立てた。

〔判旨〕認容。

「婚姻の実質的成立要件は、法例 13 条 1 項により各当事者の本国法によるところ、A の本国法である日本法によれば、男性同士ないし女性同士の同性婚は、男女間における婚姻の共同生活に入る意思、すなわち婚姻意思を欠く無効なものとして解すべきであり、A と婚姻したエメリタの本国法であるフィリピン家族法によれば婚姻の合意を欠き無効となるものと解される。[……]、A の戸籍中、前記婚姻事項は、エメリタの偽造旅券に基づいて作成されたフィリピン国の婚姻証書の提出により記載されたものであること、したがって、前記の報告的婚姻届出により、戸籍に錯誤ないし法律上許されない戸籍記載がされたことが明らかである。

そして、このように、明らかに錯誤ないし法律上許されない戸籍記載がされている場合、それが重大な身分事項に関するものであっても、その真実の身分関係につき当事者間において明白で争いがなく、これを裏付ける客観的な証拠があるときは、ことさらその真実の身分関係について確定裁判を経るまでもなく、直ちに戸籍法 113 条にしたがい戸籍の訂正をすることができるものと解するのが相当である。」

(コメント) 判旨の事実認定によれば、A と B がフィリピン法上の方式で婚姻した時点で A は B が女性だと思っていたようであるが、はっきりしない。家裁月報に掲載された本件の「裁判事項」には、「フィリピン人とフィリピン国の方式により婚姻した日本人男につき婚姻の届出がされた後、フィリピン人が男であることが判明し」という記載がある。そこで、国際私法上の同性婚 (当事者のいずれも自分と相手方が同性であることを認識している場合の同性婚) の扱いとは別に、自分と相手方が同性であるにもかかわらずそのことを知らなかった (異性だと信じた) という錯誤を、国際私法上、どのように扱うべきかという問題があらう。本件に関しては種村 [2000 (H12)] がある。国際私法上の同性婚に関しては、櫻田・道垣内 [2011 (H23)] 9-10 頁 (横溝大) 参照。

以下ではこの9件の判例の特色を見る。

## 第1目 事実関係の比較

### 第1項 婚姻の成否の判断内容と形式

婚姻の成否の判断内容と判断形式を見ると、判決等の理由中で婚姻不成立と判断した判例が【判例13】大阪地判昭和51(1976)-10-19であり、判決等の主文で婚姻を取り消したものは【判例11】名古屋家審昭和40(1965)-4-21であり、残りの7件は判決等の主文で婚姻の無効確認をした。

### 第2項 婚姻当事者と訴訟当事者の関係

婚姻当事者と訴訟当事者の関係を見ると、【判例15】は妻のある男と女の仮装婚姻につき男の妻が仮装婚姻をした兩名を被告として婚姻無効確認を求めた。他の8件は夫婦間の婚姻無効確認訴訟・婚姻取消訴訟である。

### 第3項 実行された方式と当事者の国籍

実行された方式は、【判例11】ではドイツ法上の方式であり、【判例15】では中華民国法上の方式である。他の7件では日本法上の方式が実行された。

婚姻当事者の国籍は、【判例11】ではドイツ人男女、【判例13】では韓国人男女、【判例10】では米国人男と日本人女、【判例12】では日本人女と米国人男、【判例15】では日本人男と中華民国人女、【判例16】と【判例17】では日本人女と韓国人男、【判例14】と【判例18】では日本人男と韓国人女である。

## 第2目 法的判断の比較

### 第1項 法的判断の比較

9件の判例の法的判断は次のとおりである。

(1) 【判例10】は女(日本人)の婚姻意思の欠缺を理由に女の本国法により婚姻無効の判断をした。

- (2) 【判例11】は女（ドイツ人）の婚姻意思（錯誤）に関して女の本国法により判断して婚姻を取り消した。
- (3) 【判例12】は女（日本人）の婚姻意思の欠缺を理由に女の本国法により婚姻無効の判断をした。
- (4) 【判例13】は韓国人男女の婚姻の方式に関して外形的行為のみならず婚姻届出意思に関するも韓国法を準拠法とし、準拠法たる韓国法上「本国に対し婚姻届をする意思」が必要である旨を判示した。
- (5) 【判例14】は男（日本人）と女（韓国人）の双方の婚姻意思の欠缺を理由に各当事者の本国法により婚姻無効の判断をした。
- (6) 【判例15】は、婚姻当事者（日本人男と中華民国人女）の双方が方式実行意思を有していたこと、および、少なくとも男（日本人）には婚姻意思がなかったことを判示して婚姻無効の判断をした。しかし、婚姻届出意思と婚姻意思のいずれについても国際私法上の判断（どの法域の法が準拠法になるかの判断）をしていない。
- (7) 【判例16】は女（日本人）の婚姻意思の欠缺を理由に女の本国法により婚姻無効の判断をした。
- (8) 【判例17】は女（日本人）の婚姻意思の欠缺を理由に女の本国法により婚姻無効の判断をした。
- (9) 【判例18】は、婚姻当事者（日本人男と韓国人女）の双方が方式実行意思を有していたこと、および、男（日本人）が婚姻意思を有していなかったことを判示し、男（日本人）の婚姻意思の欠缺を理由に男の本国法により婚姻無効の判断をした。なお、婚姻届出意思の準拠法については判示していない。

## 第2項 国際私法上の判断の比較

9件の判例における国際私法上の判断を比較すると次のとおりである。

### 第1 婚姻届出意思

1. 【判例13】は婚姻届出意思を実質的成立要件と性質決定した。

2. この他、2件（【判例15】、【判例18】）は婚姻当事者が婚姻届出意思を有した旨を判示するが、2件とも婚姻届出意思の準拠法に関しては判断していない。

## 第2 婚姻意思

1. 【判例13】は婚姻意思に関しては判断していない。
2. 【判例14】は、婚姻意思の欠缺に関して各当事者につきその本国法を準拠法として判断して婚姻無効の結論を導き出した。
3. 他の7件は当事者の一方の婚姻意思の欠缺または瑕疵を理由に婚姻無効の結論を導き出している。

(1) 【判例10】、【判例12】、【判例16】、【判例17】、【判例18】は日本人当事者に関して日本法を準拠法として判断して婚姻無効の結論を導き出した。【判例11】は女（ドイツ人）の婚姻意思（錯誤）に関して女の本国法を準拠法としたものと見られる。

(2) なお、【判例15】は日本人当事者が婚姻意思を有しなかったことを理由に——しかし、どの法域の法が準拠法になるかを示さず——婚姻無効の結論を導き出した。

## 第3節 強制的な方式実行に関する判例

婚姻届出意思・婚姻方式実行意思の国際私法上の取扱いを検討するためには、当事者が強制的に婚姻の方式を実行させられた事案は重要である。

【判例19】 京都地判平成4（1992）-12-9（訟務月報39巻10号1967頁）<sup>49)</sup>

（1947（S22）年に14歳の日本人女が中華民国長春市で結婚式をさせられた。女は1990（H2）年に日本に帰国した後、日本国籍確認を求めた。）

〔事実〕（以下では、判決理由中の「一 事実認定」の中の項目番号に従って

---

49) 奥田〔1995（H7）〕、島野〔1995（H7）〕、近藤〔1995（H7）〕参照。

事実を示す.)

日本人女 A は 1933 (S8) -2-9 に山形県で出生した。

(一) A は 1941 (S16) 年ごろ (当時 8 歳) 家族とともに満州の依蘭県の開拓団に入植した。1945 (S20) 年 8 月の終戦当時, A は A の母 B 等の家族とともに方正県に住んでいた。

(二) 1945 (S20) 年 10 月に B は A を中国人夫婦 (C 男と D 女) に養女として売り渡した。A は齊〇〇と名付けられた。

(三) 1946 (S21) 年 3 月ごろ C と D は A をハルビン市江北の龍家に童養媳<sup>50)</sup> (トンヤンシー。本件判決理由は「将来嫁にするために買い取った養女で成人までは下女として養われる者」であると説明する。) として売り渡した。A は龍家で 1 年間下女として働かされた。

(四) 1947 (S22) 年 6 月, C と D は A を龍家から連れ帰り, 長春市の E の店に住み込み労働させた。1947 (S22) 年 8 月 10 日ごろ, C と D は F の家へ遊びに行くとき偽って A を運家に 5,000 円で売り渡した。

(五) 1947 (S22) -8-24 に, 病気で寝ていた A (当時 14 歳) は服を着せられ, 訳も分からないまま長春市の G 飯店に連れていかれた。そこで結婚式があり, 式後直ちに連れ帰られた。式には親族知人等 50 ~ 60 名が招待され, H と J を証人として B (運家の一員) と A (齊〇〇) の名義の結婚証書が作成されたが, A は署名押印をしていない。

(六) その後, A は運家において牛馬のように働かされ, 粗穀などを食べさせられるなど, 家族とは異なった生活を強いられた。A は B とは 2 年以上も口を利かなかつた。1948 (S23) 年 3 月ごろ, 運家の家族は長春市から天津市近くの祖父母の家に疎開した。

(七) 1950 (S25) 年 5 月ごろ, A は B と床を共にするようになり, それ以来

---

50) 判例集では「童養娘」と表記されている。これは、正しくは「……媳」と表記すべきである、といわれる。奥田〔1995 (H7)〕136 頁、奥田〔2015 (H27)〕138 頁注 17 参照。

他の者も A を B の嫁と認めるようになった。1951 (S26) 年 8 月に子が生まれた。このころ、A は B を夫と認める気持ちになった。

(八) 1954 (S29) 年ごろ A から家族は長春市に戻り、A は自動車製造工場で働き、その後 3 人の子が生まれた。

1990 (H2) -8-7 に A は日本に帰国した。1991 (H3) 年に A は日本国 (K) を被告として日本国籍の確認を求めて訴えを提起した。

〔判旨〕 認容。

「二 結婚式の挙行日について

〔……〕、A と B との結婚式は、昭和二二年八月二四日に執り行われたと認められる。

このように、日本人女性が外国において外国人男性と結婚する場合に、婚姻成立の要件は、K 主張のとおり、旧法例一三条により、実質的要件は当事者の本国法により、形式的要件（その方式）は婚姻挙行地の法律によって判断することになる。

### 三 婚姻の実質的要件（A の婚姻意思）について

婚姻の実質的要件として、当時の A の本国法である旧民法七七八条は、「当事者間ニ婚姻ヲ為ス意思ナキトキ」に限り婚姻が無効であると規定し、婚姻意思の合致が必要であることを定めている。

前認定一（一）ないし（六）の各事実、弁論の全趣旨を併せ考えると、昭和二二年八月二四日当時の A が、B と真に社会通念上夫婦であると認められるような、精神的肉体的結合関係を設定する意思、即ち、婚姻意思を有していたとは到底認められない。

したがって、A と B との結婚は、その実質的要件である婚姻意思を欠くものである。

### 四 婚姻の形式的要件（方式）について

婚姻の方式、即ち、形式的要件につき、婚姻挙行地法である中華民国民法に従って判断する。

同法九八二条は、「結婚は、公開の儀式及び二人以上の証人があることを要する」旨を定める。

公開の儀式とは、儀式が公然と行われ、一般不特定人が見ることのできることをいい、証人は、当事者双方に婚姻意思があるか否かを確認するためであると解されている。

前認定一(五)の結婚式の場所、参列者の人数等からして、これが公開の儀式として執り行われたことを推認することができる。

しかし、前認定一(一)ないし(五)の事実に照らすと、Aに公開の結婚式をする意思があったとは認められず、結婚証書にもAが署名していないことからすると、Aが結婚するための公開の儀式をしたものとは認めがたいというべきである。

とすれば、昭和二二年八月二四日のAとBとの結婚は、実質的要件も形式的要件も欠く無効なものといわざるをえない。

〔以下省略.〕

(コメント)判旨は、まず、Aの婚姻意思について、婚姻の儀式をした時点に「Aが、Bと真に社会通念上夫婦であると認められるような、精神的肉体的結合関係を設定する意思、即ち、婚姻意思を有していたとは到底認められない。したがって、AとBとの結婚は、その実質的要件である婚姻意思を欠くものである。」と判示する。

次に、判旨は、婚姻の儀式をする意思について、「Aに公開の結婚式をする意思があったとは認められず、〔……〕、Aが結婚するための公開の儀式をしたものとは認めがたいというべきである。」と判示する<sup>51)</sup>。

---

51) ただし、「結婚式をする意思」が何を意味するのかは明らかではない。《私は結婚式により私の婚姻意思を表示しよう。》という意味で結婚式をした場合には、「結婚式をする意思」があった、といえる。それゆえ、《私は結婚式により私の婚姻意思を表示しよう。》という意思を有しなければ、たとえ自由意思で結婚式(の外形)をしたとしても「結婚式をする意思」があったとはいえないであろう。また、強制されて結婚式をした場合も「結

そして、判旨は、Aの婚姻意思に関しては法例旧13条1項本文により日本法を準拠法とし、Aの「結婚式をする意思」に関しては同条同項但書により挙行地法たる中華民国法を準拠法とした<sup>52)</sup>。その上で、判旨は、Aがいずれの意思をも有しなかったという理由で本件の儀式による婚姻が無効であると判断した。

#### 第4節 なりすまし婚姻（氏名冒用婚姻）に関する判例

なりすまし婚姻（氏名冒用婚姻）とは、AとBの婚姻の届出がされたが、その際、CがAになりすました、という場合の婚姻である。この場合は、AとBの婚姻が有効かという問題とともに、CとBの婚姻は有効かという問題も生ずる。

##### 第1款 判例の概観

【判例20】 仙台家審裁判年月日不明（昭和31（1956）年（家）1629号）（国際私法関係事件裁判例集541頁）

（日本人女が別の日本人女になりすましてアメリカ人男との婚姻届をした。なりすまされた女が戸籍訂正の許可を求めた。）

〔事実〕日本人女Aは日本人女Cに懇請されてAの戸籍謄本を1日限りの約束でCに貸したところ、1954（S29）年にCはAの氏名を自称してAと米国人男Bの婚姻の届出を東京都〇〇区長に提出し、その後CとBは渡米した。1956（S31）年にAはBを相手方としてAの戸籍中のAの身分事項欄の婚姻

---

婚式をする意思」があったとはいえない。判旨の「前認定一（一）ないし（五）の事実」に照らすと、Aに公開の結婚式をする意思があったとは認められず」という記述がこのふたつのどちらを意味するのかは明らかではない。これについては後出注95参照。

52) 神前〔1999（H11）〕139頁は本件判旨について「婚姻に関する意思のうち、実質的婚姻意思については実質的成立要件の準拠法により、方式に関する意思については方式の準拠法によるものとするものであり」という。

事項を抹消することを許可する審判を申し立てた。

〔判旨〕 認容。

「A が昭和二十九年四月二日東京都に於て国籍アメリカ合衆国、B と婚姻した届出は事実に吻合しない虚偽のものであり他人が A の氏名を偽り戸籍を利用して同二十九年四月二日東京都〇〇区長に恰も真実の如く装い婚姻届を提出したことが明らかに窺知し得るので、A の身分事項欄の婚姻事項の記載は法律上許されないものである。」

(コメント) 判旨は A と B の婚姻が不成立または無効であると判断した。判旨の「届出は事実に吻合しない虚偽のものであり」というのは、A には婚姻意思がなかった、という点に主眼があり、婚姻届出意思には言及していないものと思われる。

【判例 21】 東京地判昭和 29 (1954) -8-24 (判時 34 号 19 頁, 判タ 41 号 71 頁)<sup>53)</sup>

(日本人女が中華民国を経由してインドシナに渡航する目的のためその妹である日本人女になりすまして中華民国人男との婚姻届をした。妹が婚姻無効確認を求めた。)

〔事実〕 日本人女 C とインドシナ人男 D は 1948 (S23) 年に婚姻届をした夫婦である (両者間に子 E が生まれた)。1950 (S25) 年に D がインドシナに帰国する決意をしたが、当時は、インドシナ人と婚姻した日本人が日本から出国することは不可能だった。C と D は、D の友人である中華民国人男 B が同年秋に中華民国に帰国する予定であることを知り、C は B の妻として、また、E は C と B の間の子として、B に同伴してとりあえず中華民国に渡航することを計画した。C はこの目的のために C の妹である日本人 A であると称して華僑総会に A と B の婚姻の届出等の手続と渡航手続をするとともに、1950 (S25) -9-5 に C は A の氏名を称して、おそらく日本の市町村長に、A と B の

---

53) 林脇 [1960 (S35)] 参照。

婚姻の届出をし、戸籍上の手続を済ませた上、同年10月9日にCはEを伴いBとともに日本を出国して中華民国に渡航した。

1953（S28）年にAはBを被告として1950（S25）-9-5のAとBの婚姻の届出による婚姻の無効の確認を求めて訴えを提起した。

〔判旨〕 認容。

「婚姻成立の要件についての準拠法は、法例第十三条によつて、各当事者の本国法とされて居り、且、本件に於ては、Aに無効原因があると主張されて居るのであるから、本件に於て、準拠法となるのは、Aの本国法たる日本国民法である。

〔……〕 戸籍の、AとBとの婚姻の記載は、A不知の間に、他人によつて為された、婚姻の届出に基くもので、Aは、Bを全然知らず、Bと婚姻をする意思のなかつたことは勿論、Bとの婚姻の届出を為したこともないことが、明白であるから、右戸籍の記載に対応する婚姻は全く存在して居ないのであつて、AB間の、昭和二十五年九月五日の届出による婚姻は民法第七百四十二条によつて、無効である。」

（コメント）判旨は「Aは、〔……〕Bと婚姻をする意思のなかつたこと」について婚姻の実質的成立要件の問題として法例旧13条1項本文により日本法を準拠法としたものであろう。判旨は婚姻届出意思に関しては判断していないと思われる。

この判例に関して、林脇〔1960（S35）〕90頁は「本件においてはXの全く知らない間に婚姻の届出が出されたものと認定されている〔……〕。それではこのような届出が受理された場合にそれによつて婚姻は成立するであろうか。婚姻の届出は当事者が婚姻の意思を表示する行為とみられるから、一般の法律行為論からいえば、婚姻はその意思の表示行為を欠くものとして不成立であるといわなければならない。」（引用文中のXは姉Cにより氏名を冒用された妹Aである。）といい、同91頁は「表示意思を欠く婚姻届はその性質上不成立のものである。」という。

【判例22】東京家審昭和48（1973）-12-14（家月27巻3号83頁）

（中華民国人男が日本人男になりすまして日本人女との婚姻の届出をした。婚姻の相手方である日本人女が婚姻の効力を認める形で戸籍訂正の許可を求めた。）

〔事実〕中華民国人男Cは1949（S24）年ごろに日本に密入国をし、1961（S36）年ごろ日本人女Aと事実上の婚姻をし、1963（S38）年に子Dが生まれた。Cは日本人男Bになりすまし（Aの主張によればCはBの戸籍謄本を入手してBになりすました。）、1969（S44）-10-1に妻の氏を称する婚姻の届出とDの認知届を東京都中野区長にした。その後、Cは刑事事件（出入国管理令違反、公正証書原本不実記載、同行使）で有罪判決を受けた後に国外退去した。1973（S48）年にAは、筆頭者Aの戸籍中、(1)妻Aにつき、Aの婚姻事項中、夫の氏名「B」とあるのを「国籍中国C」と訂正すること、(2)Dにつき、Dの認知事項中、「B」とあるのを「国籍中国C」と訂正すること、(3)夫Bにつき、Bの戸籍を全部消除することなどを許可する審判を申し立てた。

〔判旨〕認容。

「3〔……〕まず、Aの戸籍中の婚姻事項の記載について考えてみると、AとCとの婚姻は法例一三条但書により、挙行地の方式たる日本民法七三九条の届出により成立すると解されるところ、〔……〕、AとCとは真実婚姻の意思があり、かつ、婚姻届出の意思を有したものと認められ、然るときはAとCとの婚姻は昭和四四年一〇月一日中野区長宛の婚姻届出により成立したものであつて、上記婚姻届出に際し、Cが〔……〕日本人Bの氏名を冒用したため、Aの戸籍にはBとの婚姻事項が記載され、Bの戸籍にはAとの婚姻届出事項がそれぞれ記載されるに至つたものと解される。かかる場合、AとCとの婚姻は上記届出により成立したものと解し、婚姻届出の表示記載を誤つたものとして取扱うのが相当である（昭和三七年四月二八日民事甲第一二五五号民事局長回答）。

4 つぎに、B名で行われたDに対する認知届も上記婚姻届に準じて、Cが法

例八条二項により行為地法たる日本民法七八一条の方式に基づいてなした認知届出として取扱うことができると解すべきである。

5 以上の次第であるから、筆頭者 A、同 B の各戸籍中 A の婚姻事項および長女 D の認知事項の記載に錯誤があるものと認め、戸籍法一一三条により訂正すべきものと判断される。」

(コメント) 本件もなりすまし婚姻の事案であるが、B の氏名を冒用して婚姻届をした C と A の婚姻を有効と判断した判例である。判旨の「A と C との婚姻は法例一三条但書により、挙行地の方式たる日本民法七三九条の届出により成立すると解されるところ、[……]、A と C とは真実婚姻の意思があり、かつ、婚姻届出の意思を有したものと認められ、然るときは A と C との婚姻は昭和四四年一〇月一日中野区長宛の婚姻届出により成立したものであつて」という記述は、「婚姻の意思」、「婚姻届出の意思」および「中野区長宛の婚姻届出」のいずれをも方式と性質決定したものと読めなくはない<sup>54)</sup>が、むしろ、この記述は「中野区長宛の婚姻届出」が挙行地法たる日本法の要件を満たす旨を述べることに主眼があり、「婚姻の意思」と「婚姻届出の意思」については国際私法上の判断(どの法域の法が準拠法になるかの判断)をしていないものと理解すべきであろう。

## 第 2 款 まとめ

前款で見たのは次の 3 件である。

- (1) 【判例 20】 仙台家審裁判年月日不明 (昭和 31 (1956) 年 (家) 1629 号)
- (2) 【判例 21】 東京地判昭和 29 (1954) -8-24
- (3) 【判例 22】 東京家審昭和 48 (1973) -12-14

---

54) 中野 [2017 (H29)] 58 頁注 12 は本件判旨が「方式準拠法である日本法上、婚姻の意思、婚姻届出の意思があったとして婚姻の成立を認めている。」と理解する。櫻田・道垣内 [2011 (H23)] 11 頁 (横溝大) は本件判旨が婚姻届出意思を方式と性質決定したものと理解する。

この 3 件の特色は次のとおりである。

### 第 1 目 事実関係の比較

3 件とも、実行された方式は日本法上の方式である。

当事者の国籍を見ると、【判例 20】と【判例 21】では日本人女が別の日本人女になりすまして外国人男との婚姻の届出をした（いずれの判例でも、他人の氏名を冒用した女が婚姻届後に婚姻の相手方と出国した。）。【判例 22】では中華民国人男が日本人男になりすまして日本人女との婚姻の届出をした。

訴訟当事者を見ると、【判例 20】と【判例 21】ではなりすまされた者が婚姻無効確認を求めたのに対して、【判例 22】では氏名冒用婚姻の相手方が氏名冒用者との婚姻を認める形で戸籍訂正の許可を求めた。

### 第 2 目 法的判断の比較

各判例の実質法上の根拠と国際私法上の根拠は次のとおりである。

【判例 20】は氏名を冒用された者の婚姻意思の欠缺を理由として婚姻不成立または無効の結論を導き出したものと思われる。なお、判旨は国際私法上の判断（どの法域の法が準拠法になるかの判断）をしていない。

【判例 21】は氏名を冒用された者（日本人）の婚姻意思の欠缺につきその本国法により判断して婚姻無効の結論を導き出した。婚姻届出意思には触れていない。

【判例 22】は、氏名冒用者 C とその婚姻相手方 A の双方につき、婚姻意思と婚姻届出意思がある旨を判示し、また、方式（外部的行為）の点でも要件を満たしている旨を判断して、C と A の婚姻の成立を認めた。なお、婚姻の方式（外部的行為）に関しては挙行地法を準拠法としたが、婚姻意思と婚姻届出意思に関しては国際私法上の判断（どの法域の法が準拠法になるかの判断）をしていないと思われる。

## 第5節 まとめ

以上が、婚姻成立の要件たる意思（婚姻意思、婚姻届出意思など）に関する主要な涉外事件判例であり、各判例の特色はそれぞれの節の最後（第1節第2款、第2節第2款、第3節の（コメント）の項、第4節第2款）に述べたとおりである。

ここで、従来の判例が婚姻届出意思をどのように性質決定しているかをまとめる。

### 第1 婚姻届出意思（方式実行意思）を実質的成立要件と性質決定した判例

婚姻届出意思を実質的成立要件と性質決定した判例は次の3件である。

- (1)【判例13】大阪地判昭和51（1976）-10-19（日本法上の婚姻届がされた事案）
- (2)名古屋地判平成2（1990）-12-26（【判例8】最（2）判平成8（1996）-3-8の第1審判決）（日本法上の婚姻届がされた事案）
- (3)大阪家判平成27（2015）-12-11（【判例9】大阪高判平成28（2016）-11-18の第1審判決）（日本法上の婚姻届がされた事案）

### 第2 婚姻届出意思（方式実行意思）を方式と性質決定した判例

1. 婚姻届出意思を方式と性質決定した判例は次の2件である

- (1)名古屋高判平成4（1992）-1-29（【判例8】最（2）判平成8（1996）-3-8の控訴審判決）（日本法上の婚姻届がされた事案）
- (2)【判例9】大阪高判平成28（2016）-11-18（日本法上の婚姻届がされた事案）

なお、【判例2】横浜家横須賀支審昭和29（1954）-8-27（日本法上の婚姻届がされた事案）は婚姻届出意思を方式と性質決定したものと理解することができなくはない。

2. 【判例19】京都地判平成4（1992）-12-9（中華民国で結婚式が挙行された事案）は「公開の結婚式をする意思」を方式と性質決定した。

### 第 3 章 従来の学説

婚姻届出意思の性質決定に関しては、従来の学説は、(1) 婚姻届出意思を実質的成立要件と性質決定する説、(2) 婚姻届出意思を方式と性質決定する説、(3) 婚姻届出意思は性質決定の対象にはならないとする説、(4) 婚姻届出意思は複数の観点から問題になり得るとする説に分けることができる。以下では諸説の説くところをこの順序で見る。

#### 第 1 節 婚姻届出意思を実質的成立要件と性質決定する説

##### 第 1 款 澤木敬郎

澤木は【判例 6】富山地判昭和 40 (1965) -3-31 の評釈で次のようにいう。

「本件判決では日本民法の適用上の問題として婚姻意思及び届出意思の關係が論じられている。この議論とは別問題であるが、もし日本に居住する外国人が日本の方式に従つて婚姻届をなした場合には、実質的成立要件の準拠法と方式の準拠法が異なることになるので、法律關係性質決定の問題が生ずる。届出が方式の問題である以上、届出意思の問題も方式に属するとも考えられるが、届出を婚姻の成立要件とするわが民法の下では、届出意思の有無はまさに婚姻の実質的成立要件に関するものとして各当事者の本国法によらしめるべきである。」<sup>55)</sup> (澤木 [1966 (S41)] 106 頁)

##### 第 2 款 神前禎

婚姻届出意思の性質決定に関して日本で最初に詳細な検討をしたのは神前 [1999 (H11)] である。神前は次のようにいう。

(1) まず、婚姻の方式の定義から、次のようにいう。

「一般に、婚姻の方式とは、「法律上有効な婚姻を成立せしめるために当事

---

55) この叙述の意味については、後出注 92 参照。

者または第三者——たとえば身分吏——にたいして要求せられる外面的行為」(折茂豊・国際私法(各論)[新版](1972)244頁)「婚姻の外部的形式としての意思表示の表現方法」(溜池良夫・国際私法講義(1993)397頁)などとされる。したがって、婚姻の届出という外形的行為そのものに関する問題が婚姻の方式に含まれることについては争いはない[……。]。しかし本件で問題とされているいわゆる届出意思はそのような外面に現れる行為の一部ではなく、あくまでも婚姻当事者の意思を問題にするものである。したがって、前記の定義からすると方式にはあたらないこととなる。」(神前[1999(H11)]139頁)

(2) 次に、婚姻の方式に関する絶対的挙行地主義(平成元(1989)年改正前法例13条1項但書)の根拠となる公序について次のようにいう。

「婚姻の方式について改正前法例が絶対的挙行地主義を採用した理由としては、しばしば挙行地の公序良俗に関連するという点が挙げられている。挙行地の公序良俗の具体的内容については必ずしも明らかではないが、婚姻成立の公示や婚姻成立の時点を明確にすることと関連すると考えられている[……。]。すると、これらの点に関連する限りで方式の準拠法を問題とすれば良いともいえ、この観点からも、当事者の届出意思といった要件について婚姻の方式の準拠法によって判断していく必要性は高くないということになる。」(神前[1999(H11)]139頁)

(3) 次に、婚姻届出意思と婚姻意思の区別が日本法に由来する旨を次のようにいう。

「日本民法上、当事者の婚姻意思が届出意思と実質的婚姻意思とに分けて論じられているのは、いわゆる仮装婚の有効性[……。]及び一方当事者が無断で婚姻届を提出した場合の追認(最判昭和47・7・25民集26巻6号1263頁[……。])に関する議論のためである。つまりあくまでもわが国民法の解釈として、婚姻に関して必要な当事者の意思として二つの要件を立てた、あるいは二つの要素を抽出したにすぎないとみることができる。したがって、国際私法上このような区別が可能か、またそれが妥当であるかは別の問題であることにな

る。」(神前 [1999 (H11)] 139 頁)

(4) 次に、届出意思と婚姻意思を相互に異なる準拠法に送致することが妥当でない旨を次のように 2 点に分けて指摘する。

「第一に両者の区別には困難が予想される。婚姻の有効な成立のために如何なる意思が必要とされるかは各国法によって微妙に異なりうるものであり、そのどこまでをいわゆる婚姻意思の問題として実質的成立要件の準拠法によらしめ、どこからを届出意思の問題として方式の準拠法によらしめるかという区別は必ずしも容易ではない。これに対し、意思の問題についてはもっぱら実質的成立要件の準拠法により、他方方式の問題は外形的行為の問題に限定すれば、その限りでは両者の区別はより明確かつ容易になる。

第二に、婚姻意思と届出意思とは単一の実質法上相互に密接に関連している。例えば、いわゆる届出意思の点を方式の準拠法によらしめるとすれば、届出意思を欠く婚姻の追認や、そのような婚姻を無効と主張することが可能かといった点についても方式の準拠法によることになろう。しかし、その際に問題となりうるような要件(前掲最判昭和 47 年は、届出意思を欠く婚姻の追認について例えば夫婦としての実質的生活関係が存在していることなどを要件とする)は本来であれば婚姻の実質的成立要件として問題となりうるものではなかろうか。婚姻成立に必要な当事者の意思について、いわゆる届出意思のみが方式の準拠法によることとなると、単一の法によって整合的に規律されるべき一連の問題に複数の準拠法が適用されることになってしまうのである。」(神前 [1999 (H11)] 139-140 頁)

(5) 次に、婚姻届出における外形的行為とそれに対応する意思に関係について次のようにいう。

「届出と届出意思とが密接に関連するのは確かであるが、外形的行為とそれに対応する意思との関連性は実質的成立要件と方式とについて一般にみられるものである。法例はいわばそれを前提としつつあえて実質的成立要件と方式とに分けて準拠法を定めることにしたということができる。そして届出と届出意

思（より一般的には婚姻成立に必要とされる当事者の外形的行為とそれに関する当事者の意思）について、通常の実質的成立要件と方式との場合以上に、特に同一の準拠法によらなければならない理由は見あたらない。よってこの点もいわゆる届出意思の点を方式の問題と考える根拠としては不十分ではなかろうか。」（神前〔1999（H11）〕140頁）<sup>56)</sup>

### 第3款 国友明彦

国友は次のようにいう。

「(1) まず、抵触規則の趣旨から考えるに、法例旧13条1項但書（法適用通則法24条2項）は特に方式のみについて挙行地という外形的な行為を基準とする連結点を定めている。よって、方式かどうかの性質決定についても外形的な行為の問題であるかどうかを基準とすべきであろう。

(2) また、法例旧13条1項本文（法適用通則法24条1項）は各当事者が継続的に密接な関係を有する法によるとの趣旨を有するものと思われる。これに対し、挙行地は、海外での婚姻締結も珍しくない今日、当事者が一時的に滞在するという関係しかもたない地（あるいは郵送による届出の場合にはそのあて先地〔ただし、争いあり〕）のこともある。そのように当事者の一方または双方が継続的な関係をもたない挙行地は（「届出意思」も含む）婚姻意思のように特に本人の国際私法上の利益を重視すべき問題の連結点としては適切ではない。

(3) また、婚姻意思のように両当事者が婚姻前から備えていなければならない要件は上記のような挙行地よりも継続的な性質を有する国籍を連結点としたほうがよいであろう。

---

56) 神前・早川・元永〔2019（R1）〕167頁（神前禎）は「婚姻に必要な意思の要件はもっぱら婚姻の実質的成立要件の準拠法により、意思表示の外部的表現方法すなわち外形的行為の点についてのみ方式の準拠法によるべきであろう。」という。

(4) 次に平成元年改正後の法の趣旨のみにかかわる理由であるが、法適用通則法24条3項の一方の本国法への連結も一方当事者のみを基準とするものであるので、意思の問題までこれによらしめることは解釈論としては適切ではない。

(5) さらに、内的裁判調和の利益（1個の事実関係から生じる互いに関連の深い問題をなるべく1個の準拠法によらしめる利益）の観点からは、比較法的に見て一般的ではない実質的婚姻意思と届出意思という区別を外国法が準拠法となりうる場合にも用いると性質決定および外国法の適用に困難の生じることが多いであろう。」（国友〔2007（H19）〕105頁、国友〔2004（H16）〕103頁は字句の相違を除き同じである。引用文中、改行と括弧つきの数字は引用者による。ただし、引用文中の（5）の改行は原文のまま。）

#### 第4款 北澤安紀

北澤は次のようにいう。

「届出意思については、婚姻の実質的成立要件の問題であると性質決定すべきである。そもそも法律関係の性質決定のレベルで、婚姻の方式とは、法律上有効な婚姻を成立させるために当事者または第三者に対して要求される外面的行為（折茂豊『国際私法（各論）〔新版〕』244頁）、または、届出、儀式といった婚姻の外部的形式としての意思表示の表現方法（溜池良夫『国際私法講義〔第3版〕』421頁）と定義される。方式と性質決定される基準が外形的行為にあるならば、届出意思は外形的行為というよりはむしろ当事者の婚姻意思と密接に関わる問題であり、婚姻の方式には含まれないことになろう。抵触法上、婚姻意思について実質的な婚姻意思の問題と届出意思の問題を観念上区別し、それぞれについて異なる準拠法を適用することも問題である。実質法上婚姻成立に必要な意思の要件が微妙に異なりうることを考慮するならば（神前・前掲139頁）、抵触法上両者を区別することは必ずしも容易ではない。そこで、届出意思の問題については、独立して抵触法上の性質決定の対象とはせずに実質的な婚姻意思と届出意思とを区別せず両者を一括して婚姻意思の問題とみて実質的成立要件の問題と性質

決定し、方式と性質決定される問題は外形的行為に関するものに限るとするならば、性質決定に伴う困難を回避しうるのである。」(北澤〔2018 (H30)〕309頁)

## 第2節 婚姻届出意思を方式と性質決定する説

### 第1款 奥田安弘

奥田は次のようにいう。

「わが国の戸籍法上の創設的婚姻届は、婚姻を成立させるための法律行為であるからこそ、届出意思が問題となる。当事者の本国法が婚姻の方式を儀式などの事実行為によらせている場合は、そもそも意思を問題とする余地がない。わが国の戸籍法上の婚姻届をするにもかかわらず、このような当事者については、常に届出意思が問題にならないとすることは、不合理である。すなわち、届出意思は、届出と密接不可分の関係にあるから、むしろ方式の準拠法によらせるべきである。

つぎに、戦前に家族とともに中国へ渡った日本人子が童養娘(トンヤンシー)として売られ、14歳で結婚式をした事案において、追認の準拠法を判示した京都地判平成4年12月9日がある。〔……〕。まず婚姻の儀式は、あくまで事実行為であるから、効果意思を必要とするわけではなく、法律行為である戸籍法上の婚姻届とは区別すべきである。したがって、本件では、公開の儀式および二人以上の証人という方式要件を満たしていたが、婚姻自体の意思という実質的成立要件を欠いていたと判断すべきであった。」(奥田〔2015 (H27)〕137-139頁)<sup>57)</sup>

---

57) 奥田〔1995 (H7)〕135頁は【判例19】京都地判平成4(1992)-12-9に関して次のようにいう。

「いずれにしても日本人当事者に婚姻意思がない場合、婚姻が無効となるのか否かは、日本法によることに異論がないであろう。

〔……〕。そもそも儀式は、あくまでも事実行為であるから、それを行う意思を必要とするわけではなく、その点で、法律行為としての婚姻届出と区別すべきである。〔……〕。したがって、本件においては、婚姻の方式要件は充足されていたが、実質的成立要件を欠くから、無効であったというべきである。」

## 第2款 神谷遊

神谷は【判例8】最（2）判平成8（1996）-3-8について次のようにいう。

「本件の原審判決は、第一審判決とは異なり、届出意思の存否は、婚姻成立の形式的要件の問題ととらえ、わが国の民法を準拠法として適用している。これは、婚姻の届出を婚姻の合意を表示する手段と評価し、表示意思（届出意思）の存否が届出の効力にかかわるとする考え方に由来する。ちなみに、わが国で「無効な婚姻の追認」が問題とされるケースを念頭に置くと、それは「当事者に実質的な婚姻意思は認められるが、届出時に届出意思が存在しなかった」場合と評価できる。そうすると、わが国の民法解釈の問題としても、婚姻意思のうち、実質的な婚姻意思の存否は婚姻成立の実質的要件の問題であり、届出意思の存否は形式的要件の問題であるとの分類が可能となる。原審判決の事実評価をみると、原審がこうした認識を基礎として準拠法を決定していることは明らかであり、本件の事実関係にもなじむ解釈といえる。」（神谷〔1997（H9）〕217頁）

## 第3款 水野紀子

水野は【判例8】最（2）判平成8（1996）-3-8について次のようにいう。

「神谷遊「本件評釈」（判評四五七号五三頁）は、届出意思を実質的婚姻意思に含めて考えると「第一審判決の理論構成にも無理からぬものがあつたように思える」（五五頁）と一定の理解を示すが、やはり原審や最高裁の判断のほうが妥当であろう。国際私法においては、通常、婚姻の挙式の形態（宗教婚か民事婚か等）が方式とされ、実質的婚姻意思の存在や婚姻障碍などが成立要件とされる。婚姻の方式が満たされているが実質的婚姻意思の存在が否定されるという場合とは、たとえば、当事者が出席した挙式が存在するが、それが国籍取得のためなどの動機によってなされた挙式であつて実質的婚姻意思がなかつたというような場合である。わが国における婚姻の方式が特殊なものであるために、届出意思すらない婚姻届出という事態が生じうるが、これを挙式に相当す

る婚姻の方式とはとても評価できないであろう。当事者が届出意思すらもたない婚姻届出は、婚姻の方式を踏んだものとはいえないと思われる。」(水野〔1997 (H9)〕83頁)

#### 第4款 北野俊光

北野は次のようにいう。

「婚姻の届出が婚姻の外部的形式としての意思表示という意味を持つことを考慮すると、届出意思の存否は婚姻成立の形式的要件の問題としてとらえるのが相当である。一方の届出意思を欠く婚姻届がされた場合、婚姻は形式的要件を欠き無効である。」(北野〔1997 (H9) 167頁])

#### 第5款 中野俊一郎

中野は次のようにいう。

「学説上も、届出意思を方式準拠法の適用範囲に含める見方がある反面、有力な反対説もある。これによると、①国際私法でいう婚姻の方式とは婚姻の外部的形式としての意思表示の表現方法をいうところ、「届出意思はそのような外面に現れる行為の一部ではなく、あくまでも婚姻当事者の意思を問題にするものである」から、方式の定義に該当しない。②改正前法例が絶対的挙行地法主義を採用したのは、婚姻の方式が、婚姻成立の公示や成立時点の明確化といった点で挙行地の公序に関わることに基づくが、届出意思はこれらに関わるものではない。③日本法が届出意思と実質的婚姻意思を区別するのは、民法上、仮装婚の有効性や無断で婚姻届が提出された場合の追認を議論するためであり、国際私法上このような区別が可能かつ妥当かは別問題である。むしろ、両者の区別は容易でなく、それらは単一の実質法上密接に関係しているから、意思の問題は、届出意思も含め、実質的成立要件の準拠法で統一的に判断すべきである、とされる。

確かに、婚姻意思と届出意思は相互に関係しており、両者の区別は微妙かつ

困難な面を有するため、これらを一括して実質的成立要件の準拠法によらせることには十分な理由が認められよう。しかし、届出意思の有無が方式準拠法である日本法の適用上生じる問題であることに照らせば、上記①はこれを方式準拠法によらせる障害にならない。また、届出意思を欠く婚姻届を有効とするか否かは挙行地の公序に関わるから、②も有効な反論となっていない。さらに、届出意思と実質的婚姻意思の区別が、日本法上の届出という方式と不可分に結びついた議論だとすれば（③）、これを実質準拠法である外国法によらせることの当否はむしろ疑問である。婚姻の方式として挙式を要求する国では、婚姻の意思とは別に「挙式の意思」の有無が問われることは考えにくい。また、届出主義をとる国でも、婚姻の意思について仮に形式的意思を要求するのであれば、届出意思を取り出して議論する実益は乏しい。つまり、届出意思は、日本民法が届出を方式要件とし、しかも郵送や一方当事者による届出書の提出も排除せず、かつまた婚姻意思に関して実質的意思を要求するために問題になると考えられるところ、これを外国法によって判断することは、結局、いずれの法の趣旨にもそぐわない結果に逢着しうるのではなからうか。」（中野〔2017（H29）〕56-57頁）

### 第3節 婚姻届出意思は性質決定の対象にはならないとする説

#### 第1款 横溝大

横溝は次のようにいう。

「届出の有無自体は抵触法上方式として性質決定されるべき問題であるが、届出の有効性の要件として主観的要件も含めどのような要件が要求されるかという点は、抵触法上の性質決定の対象となる問題ではなく、むしろ方式について指定された準拠実質法の内容に関する問題であると考えられる。」（櫻田・道垣内〔2011（H23）〕11-12頁（横溝大））

## 第2款 木棚照一

木棚は次のようにいう。

「届出自体は方式の問題とみるべきであり、届出があったというために届出意思を具備していることが必要であるかどうかは、法性決定と次元を異にする準拠実質法の適用の問題であるというべきである。」(木棚〔2017 (H29)〕92頁)

## 第3款 佐野寛

佐野は次のようにいう。

「たしかに、「婚姻の方式」を婚姻の成立に必要な外形的行為の点についてのみ限定し、当事者の意思にかかる要件はもっぱら実質的成立要件の準拠法によるとする解釈は、性質決定の基準が明確であり、法律行為一般の方式の定義とも合致している(国友・前掲評釈105頁、神前ほか・前掲書168頁)。しかし、この見解によれば、本件一審判決のように、わが国でなされた婚姻届について当事者の届出意思が欠ける場合であっても、実質的成立要件の準拠法如何によっては、婚姻の成立が認められることになる。この点については、わが国の民法の立場からではあるが、「当事者が届出意思すらもたない婚姻届出は、婚姻の方式を踏んだものとはいえない」(水野・前掲評釈83頁)とか、「当事者の一方が知らない間になされた届出も『届出としては有効』といわざるをえない結果を招く」(神谷・前掲評釈217頁)といった指摘がなされている。「婚姻の方式」について婚姻挙行地法が準拠法とされる主たる理由が挙行地の公益との密接関係性や挙行地において婚姻として社会的に公認を得る必要性にあるとされること(溜池・前掲書432頁、櫻田・前掲書275頁)を考えると、当事者の意思にかかわる問題であるとはいえ、届出そのものと切り離してこれを処理し、挙行地法によれば要件の欠ける届出によって婚姻の成立を認めることが、挙行地の公益と合致するといえるかは疑問である(この点は、任意的挙行地法主義をとる現行の通則法の下でも変わりがないものと思われる)。届出意思の問題はあくまでも婚姻の届出制度に関連して生じる問題であることを考える

と、「届出の有効性の要件として主観的要件も含めどのような要件が要求されるか」という点は、抵触法上の性質決定の対象となる問題ではなく、むしろ方式について指定された準拠実質法の内容に関する問題」(櫻田 = 道垣内・前掲書〔横溝〕12 頁。木棚・前掲書 92 頁も同旨)と捉えるのが妥当であると思われる。(佐野〔2018 (H30)〕153 頁)

#### 第 4 節 婚姻届出意思は複数の観点から法的に問題となり得るとする説

竹下は次のようにいう。

「届出意思の欠缺という表現は、日本の民法の婚姻要件を踏まえて純然たる事実を叙述したものであり、純然たる事実とは、①届出時点において法律上の婚姻を成立させる意思がないという事実と②婚姻の方式を履行する意思がないという事実が表裏一体の事実として存在すると表現することもできる点を、確認する必要がある。そして、①の事実が関係するある時点における法律上の婚姻を成立させる意思の欠缺が婚姻の無効を基礎付けるかという問題は、単なる外部的形式的な意思表示の方法に関する問題ではなく、内縁ではない法律上の婚姻を成立させるための実質的な婚姻意思に関する問題そのものであるから、「婚姻の成立」の問題として法性決定されることになる。他方、②の事実が関係する婚姻の方式を行う当事者の意思の欠缺が婚姻の無効を基礎付けるかという問題は、当事者の意思の問題ではあるが、婚姻の一方当事者のみによる届出や代理人による届出といった方法の方式を許容することから発生する問題であり、婚姻の方式上の有効性に関する問題と理解することができるから、「婚姻の方式」に法性決定されよう。

このように、国際私法の観点からは、いわゆる届出意思に関する問題は、法律上の婚姻を行う意思の要否という問題と方式(届出)を履行する意思の要否の問題を区別し、前者は「婚姻の成立」に、後者は「婚姻の方式」に、それぞれ法性決定すべきである。そして、届出意思の欠缺と表現される法律上の婚姻に必要な届出をする意思が欠けているという事実は、仮に当事者が純然たる事

実としては1個の意思として有していたとしても、複数の観点から法的に問題となり得るものであり、準拠実質法の内容如何で、双方の法律問題の判断において考慮され得るものであると考える。このように考える場合、どのような婚姻意思がいかなる時点で必要かについては、実質的な婚姻意思に加えて婚姻の方式行為時における法律上の婚姻を行う意思が必要か否か（両者を区別しないで婚姻意思として要求するか）といった問題も含めて、統一的に「婚姻の成立」に法性決定される（神前禎〔判批〕ジュリ1151号138頁参照）。また、婚姻挙行地が日本となる場合に、婚姻の方式としての届出が有効となるためには常に日本法上の届出意思を要求することとなり、日本における届出に関する秩序に合致する結論となる（水野紀子〔判批〕リマークス15号83頁参照）。

この考え方によれば、届出意思の欠缺が事実として主張されている事案においては、「婚姻の成立」の準拠法の送致範囲に含まれる実質的成立要件と「婚姻の方式」の準拠法の送致範囲に含まれる形式的成立要件のそれぞれを充足しているか、婚姻無効確認のために判断する必要がある。」（竹下〔2018（H30）〕152頁）

## 第5節 まとめ

婚姻届出意思の性質決定に関する主要な学説は以上のとおりである。

### 第1款 日本の学説の状況

従来の学説の論拠は次のようにまとめることができるであろう。

まず、婚姻届出意思は実質的成立要件であるとする説は、その理由を、方式とは「外面的行為」、「婚姻の外部的形式としての意思表示の表現方法」であること、婚姻意思と婚姻届出意思の区別が日本民法に由来すること、各国の実質法上、両者の区別容易ではない可能性があること、両者の間には密接な関係があること、などに求めている。なお、この他、婚姻挙行地という連結点は外形的な行為を基準とするから方式か否かの性質決定も外形的行為であるか否かを基準とすべきであること、婚姻挙行地は国籍と異なり継続的な関係ではない

から婚姻意思・婚姻届出意思のような当事者の国際私法上の利益を重視すべき問題の連結点としては適切ではないことなどに理由を求める説もある。

次に、婚姻届出意思は方式であるとする説の論拠の中心は、婚姻届と婚姻届出意思は密接に関係している、という点にある。

## 第2款 日本の学説の評価

婚姻届出意思の性質決定に関する諸説の論拠は、いずれも不十分である。それは、従来の学説は、婚姻成立の諸要件の中の意思表示に関する要件——婚姻意思（婚姻の効果意思）、表示意思、表示行為、方式——が相互にどんな関係を持っているのか、そして、婚姻届出意思は其中でどこに位置しているのか、を検討していないからである。そこで、次に、この点を検討し、婚姻届出意思の性質決定を考える。

## 第4章 婚姻届出意思の性質決定

### 第1節 婚姻届と表示意思

婚姻届出意思の性質決定を検討するためには婚姻届をめぐる実質法の構造を明らかにする必要がある。すなわち、婚姻の成立（夫婦関係の成立）という法律効果を生じさせるために婚姻届と他の要件（効果意思など）はどのように協働しているのか——婚姻成立の過程における婚姻届の位置づけ——を明らかにする必要がある<sup>58)</sup>。

婚姻に関して、意思表示と届出の関係について最も明快な説明をしているの

---

58) 舛場 [1971 (S46)] 64-65 頁は次のようにいう。

「これまで以上に斯学の論理的・思想的・哲学的局面の研究を深めることが望まれる。〔……〕。斯学の論理的・哲学的・思想的局面と実用的局面とはさながら両輪を成し、相互に平衡を保ちうる状態で共に深められ高められてゆくことが望まれる。」

は我妻であると思われる。我妻は次のようにいう。

「届出はいかなる法律的性質のものであろうか。婚姻は、婚姻をする（夫婦となる）当事者の間の合意を本体とする〔……〕。従って、婚姻の合意に含まれる意思表示の相手方は、相互の当事者であって、戸籍吏でないことはいうまでもない。しかし、届出は、合意が成立したという事実を報告するもの、いいかえれば、婚姻の合意が届出を条件として効力を生ずるもの、と解すべきでもない。けだし、そう解釈すれば、合意の時に婚姻意思があれば足り、届出の時にはその意思が不要ということになるであろうが、それでは、合意そのものについて届出という方式を必要とする民法の趣旨に合わないことになる。結局、届出は、婚姻の合意に含まれる意思表示がさような意思表示として効力をもつための方式とみるべきである。いいかえれば、当事者が、届出という方式に従って婚姻意思を表示してこれを合致させることによって、婚姻が成立する、と解すべきである<sup>59)</sup>。従って、民法は、届出によって「その効力を生ずる」というが（七三九条一項）、届出は、単なる効力発生の要件ではなく、成立要件である。」（我妻〔1961（S36）〕41頁、下線は引用者による。）

この引用文中の最初の下線部は届出が意思表示の方式である旨を述べ、2番目の下線部で、届出が意思表示の方式であるとは、「当事者が、届出という方式に従って婚姻意思を表示してこれを合致させる」という意味である旨説明する<sup>60)</sup>。ここで、意思表示の実質（表示行為、効果意思、表示意思）と届出が

59) 我妻はここに注を付し、次のように、届出がない場合は婚姻は不成立である旨を述べる。

「普通の契約では、数箇の意思の合致が契約成立の要件であり、錯誤その他の事由は、成立した契約の効力の問題とされる〔……〕。婚姻では、届出という方式によらない場合には、意思の合致としての効力を生ぜず、すなわち不成立ということになる。」（我妻〔1961（S36）〕46頁注1）

内田〔2004（H16）〕64-69頁も婚姻届は効力要件ではなく成立要件であるとする。

60) 内田〔2004（H16）〕77頁は「婚姻意思についてどのような立場をとろうと、その意思が届出という方式によって表示されることが法律上の婚姻の成立要件である。」（下線は引用者による。）という。これも、届出とは意思表示の方式である、という見解である。

どんな関係に立っているのかを考えよう<sup>61)</sup>。そこで、婚姻意思を表示意思に基づいて表示し、それと同時に婚姻届が行われれば婚姻が成立するかを考える。

【事例1】当事者が婚姻届用紙に必要事項を記入した。当事者は市町村長が婚姻届書を受理することを意図して市町村役場の窓口に呈示した。窓口の職員はこれを市町村名で受理した。市町村長による受理と同時に、当事者の一方が他方に婚姻の申込をし、他方がこれを承諾した。この場合、婚姻は成立するか。

この事例では、届出と意思表示の合致というふたつの事実が同時に発生しただけであり、当事者双方が婚姻届をしないで口頭で相互に婚姻の意思表示を合致させたのと同じである。すなわち、この事例では、届出が意思表示（法律行為）の方式として行われたものと見ることはできない。

ここから次のことがわかる。届出が法律行為の方式として行われたものと評価されるためには両者（届出と意思表示）が単に同時並行的に行われるだけでは不十分であり、両者を結び付ける要因が必要である。その要因とは当事者の意思である。すなわち、届出により意思表示をしようとする意思であり、具体的には、《私はこの届出の実行により私の婚姻意思を表示する。》という意思である。これは表示意思であるが、《私は婚姻意思を表示する。》という単なる表示意思ではなく、どんな方式で意思表示をするかに関する決断（方式実行意思）を含む表示意思である<sup>62)</sup>。このような形の表示意思により、単なる外部的行

---

61) 現在の日本の民法学説には、表示意思の欠缺は効果意思と表示行為の不一致に関する一般原則（錯誤など）で解決すれば足りるから表示意思を独立した要件と認める必要はない、という見解が少なくないようである。我妻〔1965（S40）〕241-242頁、幾代〔1984（S59）〕236-237頁、川島・平井編〔2003（H15）〕38-40頁（平井宜雄）。

62) 婚姻の表示意思に関してはふたつの問題がある。第1は、本文に述べたように、《届出という外面的行為をしようとする意思＝方式実行意思》と、《婚姻意思を届出により表示しようとする意思》というように2種類の意思を分けることができるかという問題である。第2は、「届出意思」とはそのいずれを指すのかという問題（言葉の定義の問題）である。民法学者の説くところを見てみよう。

（1）我妻〔1961（S36）〕50頁は「届出意思（婚姻の届出をするというだけの意思）」

という。すなわち、届出という外面的行為をする意思があることを認め、それを「届出意思」と呼ぶ。

(2) 内田〔2004 (H16)〕はどうか。

(ア) 内田〔2004 (H16)〕77頁は、婚姻意思に関する実質的意思説と形式的意思説(内田・同56-60頁参照)が届出意思とどんな関係に立つかに関して次のようにいう。

「婚姻の届出には届出意思が必要だと言われることがある。そして、実質的意思説は、社会通念上の夫婦になる意思(実質的意思)と届出意思(形式的意思)の双方が必要だと説明される。しかし、[……]、形式的意思説は単に届出の意思だけでよいという説ではない。

そもそも、届出が口頭でなされる場合を考えればわかるとおり、届出は婚姻意思を表示する方式であり、それ自体についての意思(①)を問題とする必要性は、通常はない。法律上の婚姻をするという意思は、それを届出という方式で表示する意思(②)を含んでいるというべきである(さもなければ法律上の婚姻をする意思の存在自体が怪しくなる)。本書の理解する実質的意思とは、法律婚の効果を全面的に享受する意思を届出という方式で表示しようという意思(③)であり、形式的意思とは、法律婚の効果の一部だけを享受する意思を届出という方式で表示しようという意思(④)である、ということになる。」(下線と①、②……は引用者による。)

内田説は、届出という外面的行為をしようとする意思(引用文中の下線部①)と、婚姻意思を届出という方式で表示しようとする意思(引用文中の下線部②~④)を分けているといえる。

内田〔2004 (H16)〕83頁にも「届出という方式によって婚姻意思を表示する意思」という言葉がある。後出注91参照。

(イ) 内田〔2004 (H16)〕79頁は次のようにいう。

「婚姻が無効となる場合として、従来挙げられてきたのは次の3類型である。第1に、婚姻の実質的意思がないが届出意思のある場合(仮装婚姻で届出についてだけ合意した場合)、第2に、婚姻の実質的意思はあるが届出意思のない場合(内縁関係の一方当事者が勝手に届け出た場合)、第3に、婚姻の実質的意思も届出意思もない場合(全くの第三者が勝手に婚姻届を出すとか、人違いによる場合)。なお、「人違い」などありうるのかと不思議に思われるかもしれないが、たとえば、相手が結婚詐欺師で別人の名を騙っていたような場合には、そのようなことが生じうる。

さて、本書の考え方からすると、以上の3類型に出てくる「届出意思」という表現はミスリーディングである[……]。婚姻の法的な効果を享受する意思とは別に、届出という行為だけについて意思を問題とする必要は通常ない。婚姻の法的効果についての意思を全く欠いているのに婚姻届を出すことについてのみ意思を有しているような場合が仮に理論上ありうるとしても、それはいかなる意味でも婚姻意思を欠いているというべきだからである。

為は法律行為の方式となる。すなわち、婚姻届という事実<sup>63)</sup>に法が方式としての意味を付与するのではない。婚姻届が方式としての意味を持つのは当事者の意思(この婚姻届により私の婚姻意思を表示したい、という表示意思)に基づく<sup>63) 64) 65)</sup>。婚姻が届出を法定の方式とする要式行為である以上は、婚姻にあつ

---

上に挙げた3類型についていえば、第1類型は、婚姻の法的効果を部分的にのみ享受する意思がある場合であるし、第2、第3の類型は、婚姻の法的効果を享受する意思を全く欠いている場合である。したがって、少なくとも行為規範のレベルでは、原則としていずれも無効とすべきである。」(下線は引用者による。)

この引用文も、届出という外面的行為をしようとする意思(引用文中の下線部2か所)が存在することは認めているといえよう。

(3) 以上の検討の結果は次のとおりである。すなわち、民法学者は、届出という外面的行為をする意思が成立することを認めるし、また、届出という方式で婚姻意思を表示する意思が成立することも認める。そして、「届出意思」という用語は前者を指すために用いられることがある。

(4) 判例にも、届出により婚姻意思を表示する意思、という表現が見られる。例えば、【判例6】富山地判昭和40(1965)-3-31には「当事者間に婚姻意思があり、これを届出の方式によつて表示しようとする合意も存在する」、「Aとしても、Bとの夫婦関係を届出の方式で表示しようとする意思が存在し」という言葉が見える。

63) もっとも、法律行為が権利変動を生じさせることの究極的な根拠は当事者の意思ではなく法である(我妻[1965(S40)]242頁)。これと同じ問題は表示意思と方式の関係に関しては次のように考えるべきであろう。或る事実<sup>63)</sup>に法律行為の方式としての意味を付与するのは当事者の表示意思(方式実行意思を構成要素とする表示意思)であるから、この表示意思を有効と認める法——表示意思の準拠法——が方式の究極的根拠(或る事実が或る法律行為の方式であることの究極的根拠)である。ところで、表示意思の準拠法が法律行為の実質の準拠法であることはいうまでもない(後出第4章第5節参照)。この結果、方式の準拠法は、その事実が方式であるという(実質の準拠法による)判断結果を受けて、その事実の外面が方式として適法か否かを判断することとなる。

64) 齋藤[1955(S30)]361頁は次のようにいう。

「そもそも法律行為の方式とは法律行為において当事者がその意思を表現すべき方法(Art und Weise)(Walker, aa.O. S.199)であり、ある面では表現の観点から見た行為自体(Rechtsgeschäft selbst unter dem Gesichtspunkt der Wahrnehmbarkeit)(Frankenstein, aa.O. S.530)とも考えられるべき法律行為の成立に関する問題であつて、これを法律行為自体から切り離して論ずべき充分な根拠はない。」

ては、方式（届出）実行意思は表示意思の不可欠の構成要素である<sup>66) 67) 68)</sup>。

- 
- 上記引用文中、最初の出典は Walker [1926 (S1)] であり、ページ番号は正しくは 200 頁である。引用文中の 2 番目の出典は Frankenstein [1926 (S1)] S.530 である。)
- 65) 法律行為の実質と方式は効果意思を外部に表現する行為の実質と形式であり、客観と主観（外部的行為とそれに対応する内心の意思）の関係にあるのではない。後出 73 参照。
- 66) 神前 [1999 (H11)] 139 が届出意思と実質的婚姻意思に関して、「両者の区別には困難が予想される。婚姻の有効な成立のために如何なる意思が必要とされるかは各国法によって微妙に異なりうるものであり、そのどこまでをいわゆる婚姻意思の問題として実質的成立要件の準拠法によらしめ、どこからを届出意思の問題として方式の準拠法によらしめるかという区別は必ずしも容易ではない。」というの、方式実行意思が表示意思の不可欠の構成要素であることを見ているのかもしれない。
- 67) もっとも、儀式に関しては儀式を実行する意思を不要と解する説がある。  
奥田 [1995 (H7)] 135 頁は次のようにいう。  
「そもそも儀式は、あくまでも事実行為であるから、それを行う意思を必要とするわけではなく、その点で、法律行為としての婚姻届出と区別すべきである。」  
また、奥田 [2015 (H27)] 137-139 頁は次のようにいう（前出第 3 章第 2 節第 1 款参照）。  
「わが国の戸籍法上の創設的婚姻届は、婚姻を成立させるための法律行為であるからこそ、届出意思が問題となる。当事者の本国法が婚姻の方式を儀式などの事実行為によらせている場合は、そもそも意思を問題とする余地がない。  
[……]。婚姻の儀式は、あくまで事実行為であるから、効果意思を必要とするわけではなく、法律行為である戸籍法上の婚姻届とは区別すべきである。したがって、本件では、公開の儀式および二人以上の証人という方式要件を満たしていたが、婚姻自体の意思という実質的成立要件を欠いていたと判断すべきであった。」  
この引用文中の「効果意思」の意味は明らかではないが（婚姻の儀式により婚姻する場合でも効果意思 = 婚姻意思は必要であろう）、それはともかく、意思表示が方式により効果意思を表示する行為であり、それゆえ、意識的な行為である以上は、方式（儀式など）の実行が当事者の意思に基づくことが必要であろう。
- 68) これと別の問題として、届出意思は婚姻意思の要素かという問題もある。神谷 [1997 (H9)] 217 頁は婚姻意思に関する実質的意思説と形式的意味説に関して、「実質的意思説による場合でも、届出意思は婚姻意思に包摂され、婚姻意思の不可欠の要素と理解することが、民法の解釈としてはむしろ自然ともいえる。」という。水野 [1997 (H9)] 83 頁は「現在の日本人についての解釈であれば、事実婚によって法律婚が成立するという法的確信はおよそ存在しないから、届出意思を欠いた実質的な婚姻意思の存在は考えられない。」という。しかし、本稿では、婚姻意思は届出意思を含むか、という問題は検討の対象としない。

## 第 2 節 方式と意思表示

このように、婚姻の場合の表示意思とは《婚姻意思を届出により表示する意思》であるから、当事者は婚姻意思を表示する目的で届出をする。では、当事者は、届出をもって婚姻意思の表示行為に代えているのか。すなわち、当事者は、実際には婚姻意思を表示せず、届出をするだけなのか。

この答えは否である。その理由は次のとおりである。効果意思は権利変動を望む意思である<sup>69)</sup>から人間の内心に生起する精神作用であり、それゆえ、他人がこれを認識することはできない。しかして、自己の内心に存在する効果意思を他人が認識できる状況に置くことが意思表示である。この場合に、認識不可能な精神作用を認識可能にするための手段・方法が方式である<sup>70) 71)</sup>。表意者以外

---

69) 効果意思とは、「一定の効果を欲する意思」(我妻 [1965 (S40)] 239 頁)、「表意者の心裡に存し、一定の法律効果を欲する意思」(幾代 [1984 (S59)] 236 頁)、「一定の法律効果の発生に向けられた表意者の意思」(川島・平井編 [2003 (H15)] 39 頁(平井宜雄))である。川島 [1965 (S40)] 221 頁は「意思表示は、表意者が一定の法的効果を意欲する旨の表示であり、そのような表示内容は「効果意思」と呼ばれる。すなわち、意思表示は効果意思の表示である。」という。

70) 意思表示をする場合の当事者による発声や書面の作成などすべてを方式と見る思想は次の見解に見ることができる。

(1) Habicht は次のようにいう。

「法律行為は外的に認識可能なものである必要があるから、すべての法律行為は必然的に方式——方式により法律行為は現れるのであるが——を持つ。

Da ein Rechtsgeschäft etwas äußerlich wahrnehmbares sein muß, hat ein jedes Rechtsgeschäft notwendigerweise eine Form, in der es in die Erscheinung tritt.」(Habicht [1907 (M40)] S.86)

(2) Neubecker は次のようにいう。

「意思表示 [……] の特色は、意思表示により「意思」がいかにか外界に踏み出す必要があること、意思は「方式」を必要とすること、にある。

Das Charakteristische der Willenserklärungen [……] ist, daß in ihnen der “Wille” irgentwie an die Außenwelt treten muß, daß er eine “Form” braucht.」(Neubecker [1912 (T1)] S.77)

(3) Frankenstein は次のようにいう。

「法的行為・法律行為とは出来事のための関係である *Rechtshandlungen und Rechtsgeschäfte sind Beziehungen für Vorgänge, für ein Geschehen*. しかし、出来事は、感覚にとって知覚可能でなければ——すなわち、言葉は耳にとって、文字とジェスチャーは目にとって、握手は触覚にとって知覚可能であるが——、何も意味せず、法律状態に影響しない。この知覚可能化、感覚に受容されることは出来事の外部的側面であり、方式である *Dieses Wahrnehmbarwerden, In-die-Sinne-eingehen ist die äußere Seite, die Form des Geschehens*. それゆえ、方式は出来事 *Vorgang* と異なるものでは決してない。方式は、知覚可能性の視点では、出来事そのものである。 *sie ist der Vorgang selbst unter dem Gesichtspunkt der Wahrnehmbarkeit*.

そこから、《法的に重要なすべての出来事は、すべての法的行為は、すべての法律行為は方式を持つ必要がある；方式のない法律行為を考へることはできない。》ということが導き出される。もちろん、この意味の方式は外部的現象 *die äußere Erscheinung* に限られ、今日の法律用語が方式として理解するものではない。なぜなら、〔法律用語の〕発展の結果、人は、自然な基本的な方式 *natürlichen Grundformen* (各感覚——視覚、聴覚、触覚——ごとの方式) から精緻化を推し進め、常に新しい方式を引き出したのであり、その新しい方式は、法秩序が個々の出来事に大きな意味を与えれば与えるほど取扱いが難しくなっている。人は、今日では、すべての法律行為を次のふたつに分けることができる。すなわち、特別の方式を必要とする法律行為（「方式を必要とする法律行為」、*"formbedürftige Rechtsgeschäft"*）と、あらゆる方式で現れることができる——それゆえ、人はそれを、十分に逆説的ではあるが、無方式と呼ぶ——法律行為〔の2種類〕である *solche, die in jeder Form in Erscheinung treten können, die man deshalb, paradox genug, formlos bezeichnet.*」(Frankenstein [1926 (S1)] SS.519-520.

このFrankensteinの記述のうち「今日の法律用語が方式として理解するものではない」以下の部分は、方式とは要式行為の方式に限るか（不要式行為とは方式を持たない法律行為か）という問題にかかわる。不要式行為の方式に関しては後出第3節で論ずる。

71) ここで、民法学者が表示行為に関して説くところを見る。

我妻 [1965 (S40)] 239-240 頁は次のようにいう。

「社会生活における個人の交渉は、悉く、外形的な行為を介して行なわれる。意思表示が法律効果を生ずるにも、まず他人をして自分の意思表示を推断させるだけの行為が伴わなければならない。この意思表示たる価値（表示価値）のある積極消極のすべての行為を表示行為という。言語・文字などから成立するのが普通だが、それ以外の挙動によることも少なくない。事情によっては、沈黙も一定の表示価値をもつ場合がある。また、言語・文字もそれ自身として意味のないものであっても、当該の具体的な事情に即して、一定の意義を有する場合が多い。」

の者は表意者が実行した方式を認識することを通じて表意者の内心の効果意思を知ることができる。それゆえ、婚姻をする当事者が婚姻届をする場合は同時に当事者間で現実に効果意思（婚姻意思）を表示している、と考える必要がある<sup>72) 73) 74)</sup>。

---

川島〔1965 (S40)〕187-188 頁は次のようにいう。

「表示行為としての意思表示は、他のすべての伝達行為と同じく、ことばや身振り手振りその他諸々のシンボルを道具とする。

シンボルの持つ意味は、本来それぞれの社会集団において、社会的に決定されている。すなわち、それは、表示者とか表示受領者が単に個人としてシンボルに附与するものではない（そうだとしたら、伝達という社会的過程は不可能となる）。法律行為においても同様である。或る種のシンボル（特に、ことば）においては、その意味は表見的に明確であるが、しかし、それも程度の問題である。表見的明確性の程度の高い意思表示は明示の意思表示と呼ばれその程度の低いものは黙示の意思表示と呼ばれる。」（傍点は原文による）

幾代〔1984 (S59)〕236 頁は次のようにいう。

「法律的な意味を持つような、人の行為は、つねに、ある外形的存在を有するものでなければならないから、意思表示が所期の法律効果を生ずるためには、まず、意思表示があるということを他に推断させるだけの行為がなければならない。意思表示であるとみられるような積極・消極のあらゆる外形的挙動（文字、音声、ときとしては沈黙なども）を表示行為という。」

以上の見解は、内心の精神作用である効果意思を表示するためにはなんらかの外面的行為が必要であることを述べる。そのような外面的行為を方式と呼ぶことは許されるであろう（後出第 3 節参照）。

- 72) 我妻〔1961 (S36)〕が「婚姻の合意に含まれる意思表示の相手方は、相互の当事者であって、戸籍吏でないことはいうまでもない。〔……〕。当事者が、届出という方式に従って婚姻意思を表示してこれを合致させることによって、婚姻が成立する、と解すべきである。」（前出第 1 節参照）といい、内田〔2004 (H16)〕が「婚姻意思についてのどのような立場をとろうと、その意思が届出という方式によって表示されることが法律上の婚姻の成立要件である。」（前出注 60 参照）といい、また、青山・有地〔1989 (H1)〕250 頁（大原長和・二宮孝富）が「婚姻の届出は、当事者間の合致した婚姻意思を表示する唯一の方法である。届出のみが婚姻意思を法律上表示する方法であって、届出の欠缺はすなわち表示の欠缺である。」というのは、いずれも、当事者は婚姻届により婚姻意思を現実に表示している、とする見解であろう。

### 第3節 不要式行為の方式

以上に述べたことは不要式行為に関しても妥当するであろうか。

まず、民法学説による不要式行為の定義を見る。

我妻は「その法律行為を組成する要素たる意思表示が、一定の形式、例えば書面の作成を要するものが要式行為であり、そうでないものが不要式行為である。」(我妻〔1965 (S40)〕245頁)という。

幾代は「これは法律行為の要素たる意思表示の形式に着目しての分類である。すなわち、法律行為の要素たる意思表示が書面その他一定の方式にしたがうことを必要とされる場合が要式行為であり、そうでないものが不要式行為で

73) 意思表示(法律行為)の実質と方式はいずれも主観的要素と客観的要素に分けることができるが、いずれの点においても実質と方式は不可分の関係に立つ。

まず、客観的要素について、方式の面の客観的要素は届け出る行為であり、実質の面の客観的要素は婚姻意思を表示する行為である。しかし、本文で述べたとおり、婚姻意思を表示する行為それ自体を認識することはできず、婚姻意思を表示する行為は届け出る行為を通じて認識することができるに過ぎない。

次に、主観的要素について、方式の面の主観的要素は届け出る意思(単に届出をするだけという意思)であり、実質の面の主観的要素は表示意思(婚姻意思を届出により表示しようとする意思)であるから、前者は後者の構成要素である(この点も既に本文で述べた.)。

神前〔1999 (H11)〕140頁には「届出と届出意思(より一般的には婚姻成立に必要とされる当事者の外形的行為とそれに関する当事者の意思)」という言葉が見え、届出と届出意思が客観と主観の関係に立つことを指摘する。

なお、神前〔1999 (H11)〕140頁は「外形的行為とそれに対応する意思との関連性は実質的成立要件と方式とについて一般にみられるものである。」という。しかし、意思表示の実質(効果意思を表示すること)と方式の関係は「外形的行為とそれに対応する意思との関連性」というよりは、実質と方式というほかはないものである。

74) 既に述べたように、婚姻届が婚姻の方式としての意味を持つのは当事者の表示意思(婚姻届により婚姻意思を表示したい、という表示意思)に基づく。しかし、他方で、効果意思が表示されるためには婚姻届がされることが必要である。このように、方式と実質の間には、一方の存在は他方の存在の条件である、という相互依存関係がある(この相互依存関係の究極的な根拠は当事者の表示意思である.)。この意味で方式と実質は分かち難く結合しているといえる。

ある。」(幾代 [1984 (S59)] 190 頁) という。

平井は「意思表示が一定の方式(書面など)にしたがってなされなければ成立しない法律行為を要式行為といい、そうでないものを不要式行為という。」(川島・平井編 [2003 (H15)] 52 頁(平井宜雄)) という。

山本は契約における「方式の自由」を「どのような方式で契約をしてもよいという自由」(山本 [2011 (H23)] 109 頁) とする。

以上の定義によれば、不要式行為とは、或る種類の法律行為をどんな方式ですべきかを法が定めない(その種類の法律行為をどんな方式でするかを法が当事者に委ねる)場合のその法律行為である。それゆえ、不要式行為とは、方式を伴わないで成立する法律行為ではない。従って、不要式行為が口頭の合意で行われる場合、あるいは、書面を作成して行なわれる場合は、口頭の合意、書面の作成いずれも方式であるといえそうである。そこで、この点を見てみよう。

実質法は種々の場面で意思表示を要件とするが、意思表示が実質法上の要件である以上は、意思表示が行われたか否かは事実に基づいて法を基準として判断する必要がある。すなわち、当事者の身体の動静、発声、書面の作成などが「意思表示」といえるか否かは法を基準として判断する必要がある。それゆえ、法が或る種類の法律行為をもって不要式行為とする場合でも、当事者のした行為が意思表示であるか否かは法を基準として判断する必要がある。不要式行為とは、単に、どんな種類の方式が当事者により選ばれたかを問わないというに過ぎない。従って、不要式行為に関しては、身体の動静・口頭の合意・書面の作成などはすべて方式と考えるべきである<sup>75) 76) 77)</sup>。

---

75) 国際私法学においては久保は不要式行為の方式を詳論し、不要式行為の成立にも方式を要する旨を説く。

(1) 久保 [1935 (S10)] は「第二款 方式の本則」の「一 一般論」の項目で次のようにいう。

「学者は法律行為の方式は理論上当該法律行為自体の一般に従う法律に依るを以て本則とすべきである、其は或は方式は法律行為の一要件又は構成部分 (Voraussetzung, Erfordernis od. Bestandteil) なるが故であるとなし (Bar, I, S.340; Walker, S.197;

Neumeyer, S.14; Gebhard, S.99; Raape, S.164), 或は方式は法律行為に於ける意思の表現の方法又ば手段 (Art und Weise od. Mittel) であり (Habicht, S.87; Walker, S.200; Raape, S.174; Lewald, S.64; Gutzwiller, S.1590), 法律行為の表現手段又は外部方面 (Wahrnehmbarwerden od. äussere Seite) である。従って法律行為より区別せらるべきものではなく、実に表現なる観点より見たる法律行為自体なるが故であるとする (Frankenstein, I, SS. 519, 520)。

[……]。

前述の如く理論上方式は法律行為 (意思表示) の表現手段又は外部方面なりと解する限り総ての法律行為は方式を有し方式なき法律行為は想像し得ない。其は表現手段を経ずして法律行為なる事実の存在すること不能なるが故である。然るに現実に於ては方式の意義稍々転化し所謂要式行為に於ける方式即ち法律により限定せられたる表現手段 (表現方法) のみを以て方式なりと解し、表現方法の限定せられざるものは之を無方式なりとして之を方式問題より除外するを常とするに至っている (Frankenstein, I, S.520, Nussbaum, S.89, 参照)。今仮に方式を以て後の意味に解するときは一定の法律行為につき或る国法は方式を要求し他の国法は之を要求せず、又等しく方式を要求する場合に於てもその方式を異にすることがある。こゝに於てこの方式の要否並に如何なる方式を要するかは如何なる国の法律に依りて定むべきかの問題を生ずる。而して方式は右の如く法律行為 (意思表示) の (法定の) 表現方法であり法律行為自体と理論上分離すべからざるものとするものなればこの問題は当該法律行為自体の従うべき法律に依りて之を定むべきものとなる (Frankenstein, I, S.520)。(久保 [1935 (S10)] 266-269 頁)

この引用文中の「而して方式は右の如く」は《これに対して方式を以て前の意味に解するときは》というほどの意味であろう。

久保はこの引用文の末尾に注を付し、次のようにいう。

「所謂不要式の法律行為に於ては或る事実 (行為) が法律行為となる表現力を有する限りその表現方法の如何を問ふことを要しないからかゝる方式は民法上方式の問題より通常看過せらるゝに至ったのであらう。而してかくの如き方式の觀念の転化は一国の民法上の問題としては不都合を生じない、其はその国の通念に従つて右の表現方法の表現力の有無を定むるが故である。然るに国際私法上の問題としては表現方法の如何によりては甲国の通念によれば表現力あり乙国の通念によれば表現力なきものと認められ、従つて或は法律行為が存在することとなり或は存在せざることとなることがあらう (こゝに法律行為の方式の問題と法律行為の解釈の問題との密接なる関係があるやうに思ふ。或は私は方式の問題と解釈の問題との混乱に陥つているかも知れない。故に国際私法上の問題としては独り要式行為の方式のみならず、所謂不要式行為の方式をも方式の問題中に包含せしむること換言すれば法律行為の表現方法の総てを方式問題と解するを理論上正当であると思ふ。かく所謂方式のみならず、無方式をも方式の問題中に包含せしむるときは本文中に (仮定として) 述べたる方式 (所謂方式) の要否は何れの国法に依るべきかの問題は自ら消滅することとなり、方式は当該法律行為自体の準拠法に依るべきこととなるのである。」(久保 [1935 (S10)] 269 頁注 2。傍点は原文による。)

この引用文中の最後の文については、後出注 76 参照。

(2) 久保〔1935(S10)〕は「第二款 方式の本則」の「二 法例の解釈」の項目で、後出第4節第2款第5目で引用する記述(後出注83を付した本文)の末尾に注を付して次のようにいう。

「次に然らば法定の制限なき意思表示の方法(所謂無方式)は法例に所謂方式より除外せらるゝか。この点については唯山口博士の学説を見るのみである、即ち博士は「法例が特別な法律行為の方式(意思表示の方法)即ち婚姻の方式(第一三条)及び遺言の方式(第二六条)を定めて一般の法律行為の方式(意思表示の方法)を定めずと解すること能はざ」ることを理由として之をも包含するものとせられてゐる(山口博士三二五・三二六頁)。惟ふに現時に於ては民法上方式自由の原則が認められ、唯特殊の行為例へば行為者の慎重なる態度又は後日の紛争の予防を必要とする婚姻・隠居・遺言等の親族法相統法上の行為、取引の安全敏活を必要とする手形行為の如きに於て特別の法定の方式を要求するに過ぎない。故に若し我が国際私法上に於ける法律行為の方式とは意思表示の法定の方法のみを意味するものとすれば法例第八条の規定は財産法上の行為については(手形行為を除き)事実上その適用を生ずることは稀となり、唯身分法上の法律行為についてのみ意義を有することとなる、従つて債権行為の方式の準拠法如何を論ずる如きは殆んど無用の論議に近い(全然無用とは云ひ得ない、其は現今に於ても贈与・土地の売買・保証等の行為を要式行為とする立法例もあるから)。故に既に一般論に於て述べたる所と同理により我が法例の解釈論としても(実益如何は兎も角)理論上は転化以前の方式即ち意思表示(法律行為)の表現方法一般の意味に解するを正当と信ずる。」(久保〔1935(S10)〕278-279頁注。傍点は原文による。)

(3) なお、久保は上記の(1)の引用文で「然るに現実には方式の意義稍々転化し所謂要式行為に於ける方式即ち法律により限定せられたる表現手段(表現方法)のみを以て方式なりと解し、表現方法の限定せられざるものは之を無方式なりとして之を方式問題より除外するを常とするに至っている」という記述でFrankensteinとNußbaumを挙げる。久保が参照したと思われる記述は、Frankensteinに関しては前出注70の(3)で示した記述であり、それによれば、Frankensteinは、不要式行為にも方式がある、と考えていると思われる。

久保が参照したと思われるNußbaumの記述は次のとおりである。

「方式概念に該当するのは、書面性、公証人によるかまたはその他の公的な方法による法律行為文書作成または法律行為認証、文書作成の際の証人の立会い、多くの国で租税法上の理由により規定されている印紙の利用(違反に対して無効の効果が結び付けられている限り)、捺印であり、しかしまた口頭性および一貫した行為(いわゆる無方式性)も該当する。[……]。その概念は次のように定義すれば十分である：方式とは法律行為的意思の適法な認識可能化である。」

Unter den Begriff der Form fällt die Schriftlichkeit, die notarielle und die anderweitige öffentliche Beurkundung oder Beglaubigung eines Rechtsgeschäfts, die Zuziehung von Urkundszeugen, die in manchen Ländern aus steuerlichen Gründen vorgeschriebene Verwendung von Stempelpapier, sofern an die Zuwiderhandlung die Folge der Nichtigkeit geknüpft wird, die Beidrückung eines Siegels, aber auch die

Mündlichkeit und die schlüssigen Handlungen (sogen. Formlosigkeit) . [……]. Der Begriff ist hinreichend bestimmt: Form ist die gesetzmäßige Erkennbarmachung der rechtsgeschäftlichen Willens.」(Nußbaum [1932 (S7)] S.89)

この記述中の「適法な認識可能化」の意味が問題であるが、不要式行為を口頭である場合には「適法な認識可能化」が行われた、と考えれば、Nußbaumは、不要式行為にも方式がある、と考えているといえよう。

(4) これに対して、Lewaldは国際私法上の法律行為の方式を要式行為の方式に限定するようである。Lewaldは、ドイツ民法施行法11条の方式に関して、「我々は、《法が、法律行為の意思を表現するために使う手段 das Mittel, dessen sie sich bedienen will, um ihren rechtsgeschäftlichen Willen zu äußernを当事者が任意に選ぶことを許容する代わりに、意思表示の特定の外的な形を規定する eine bestimmte äußere Gestalt der Willenserklärung vorschreibt 場合には常に方式要件と対峙している。》という考慮から出発することが許される。」(Lewald [1931 (S6)] S.64) という。

- 76) 例えば、当事者が口頭の合意で契約を締結した場合において、契約の準拠法はその契約を要式行為とし、行為地法はその契約を不要式行為とするとき、当事者の実行した方式(口頭の合意)が適法な方式であるか否かという問題に限り方式の準拠法(法適用通則法10条の定める準拠法)により判断すれば必要にして十分である。当事者が法律行為をしようとする場合も同様に、当事者が利用しようとする特定の方式が方式の準拠法上適法な方式か否かを判断すれば足りる。これらの場合に方式の準拠法により判断すべき問題は、その契約は要式行為であるか、それとも、不要式行為であるか、という問題ではないであろう。

久保が「かく所謂方式のみならず、無方式をも方式の問題中に包含せしむるときは[……]方式(所謂方式)の要否は何れの国法に依るべきかの問題は自ら消滅することとなり、方式は当該法律行為自体の準拠法に依るべきこととなるのである。」(前出注75(1)参照)というのも同旨と思われる。なお、久保のいう「所謂方式」とは要式行為の方式を指す。

なお、江川[1970 (S45)]は「方式という語は[……]行為の外部的形式を意味する。[……]。なお、ここで問題とするのはいわゆる要式行為についてだけでなく、一定の方式を必要とするか否かの問題をも含むこというまでもない。」という。

日本では、實方[1953 (S28)]166頁が国際私法上の法律行為の方式を「法律行為自体の法定の表示方法、即ち、法律要件としての法律行為を有効ならしむるが為に特に法律によりて限定せられた意思表示の表現方法」と定義する。これは要式行為の方式に限定する趣旨のように読める。しかし、これ以外に、国際私法上の法律行為の方式を要式行為の方式に明確に限定する説は見当たらない。後出第4節第2款に引用した従来の学説を参照。

- 77) 不要式行為の方式に関しては、コモン・ロー・マリッジの問題がある。

まず、コモン・ロー・マリッジとはどんな制度か。不破勝[1961 (S36)]5頁は「Common Law Marriageとは、法律的に婚姻契約をする能力のある人達の間で、特別の形式の挙式をしないで、ただ夫婦の関係に入るというお互いの合意(mutual agreement)だけでもとづいて行なわれた結婚をいう。州(state)はこの合意に関係しないし、合意に対する記録も持たない。したがって、婚姻に対する当事者の資格を

さて、婚姻などの要式行為における表示意思が方式実行意思を不可欠の構成要素とすることは既に見たが、不要式行為における表示意思はどうか。例えば、不要式行為（売買契約など）をする当事者が対面で口頭の合意をした場合、当事者が、意思表示の瞬間には、効果意思を対面で口頭で表示をする意思を有していたことは明らかである。従って、不要式行為にあっても表示意思は方式実行意思（どんな方式で効果意思を表示するかの決断）を不可欠の構成要素とする。この点では要式行為と不要式行為の間に違いはない。

---

前もってしらべる機会もない。すなわち、Common Law Marriage は、免許されない (unlicensed)、記録されない (unrecorded) 結婚といえる。」という。

国際私法学者の見解を見るに、まず、Staudinger/Mankowski [2011 (H23)] Art 13 EGBGB Rn 684 は、「その直後に婚姻締結をすることに向けられた単なる合意と、合意の直後に婚姻共同体を明白に開始することに基づき成立するコモン・ロー婚姻がアメリカ合衆国のいくつかの州で今でも認められている。」といい、「その主要な問題は婚姻締結の証明である。性交渉の証明から要件の存在、特に、婚姻の合意の存在を引き出す傾向が依然として存在するように見える。」という。

次に、日本の国際私法学者の見解は次のとおりである。まず、折茂は、平成元 (1989) 年改正前法例 13 条 1 項本文の「婚姻」は「なんら特別の方式をもふむことなき結合関係」を含むといい (折茂 [1959 (S34)] 179 頁, 折茂 [1972 (S47)] 229-230 頁, 下線は引用者による。), その例としてアメリカ合衆国のコモン・ロー・マリッジを挙げる (折茂 [1959 (S34)] 181 頁注 1, 折茂 [1972 (S47)] 231 頁注 1)。次に、溜池 [1985 (S60)] 177 頁は、「米国の若干の州において認められているといわれているコモン・ロー・マリッジ (common law marriage) は、法定の方式を欠く婚姻でありながら、婚姻としての効果が認められるものであり、一種の事実婚であり、我が国において内縁と呼ばれることもあるが、その効果は、法定の手続による婚姻の場合と同一であるので、それは内縁ではなく、婚姻そのものである。」(下線は引用者による) という。

以上の説明によれば、コモン・ロー・マリッジ制度とは合意により成立する婚姻であるが (それゆえ、法律行為である)、法はそのための方式として特定の方式を定めていない、といえよう。折茂は法例旧 13 条 1 項但書について、「問題となる婚姻が外国においてなされるときは、たとい当事者双方が日本人である場合においても、[……]「領事婚姻」の場合を除いては、右の外国法の定める方式にしたがわねばならぬ。挙行地たる右の外国の法において、婚姻がなんらの方式をも必要とされていないときにおいてもなお然りである。」(折茂 [1972 (S47)] 246 頁, 下線は引用者による, 折茂 [1959 (S34)] 195-196 頁も同旨。) といい、その具体例として、「二人の日本人が、いわゆる common law marriage をみとめるアメリカ合衆国の特定の州において婚姻をしたときも、わが国際私法上、これは方式上有効とみらるべきである。」(折茂 [1959 (S34)] 198 頁注 4, 折茂 [1972 (S47)] 248 頁注 4) という。

## 第4節 方式の定義

### 第1款 方式の要件（メルクマール）

以上に述べたところから、法律行為の方式の不可欠の要素——或る事実が法律行為の方式であるというために具備すべき要件（方式のメルクマール）——は次のとおりとなる。

第1に、方式は法律行為の当事者が効果意思を表示する手段・方法であるから、方式は法律行為の当事者の行為、または、当事者を含む人の集団の共同行為である（例えば、日本法上の婚姻の届出・受理は当事者と戸籍事務担当者の共同行為である。）。当事者の行為でなければ方式にはなり得ない。

第2に、方式は効果意思を表示する手段・方法であるから方式は他人がこれを認識できることが必要である。それゆえ、方式は、外部に現れた、客観的な行為である。客観的の行為でなければ方式にはなり得ない。

第3に、届出等が行われただけでは法はその事実に方式としての意味を付与しない。届出に方式としての意味を付与するのは当事者の《私は婚姻届により婚姻意思を表示したい。》という表示意思である。このような、方式実行意思を構成要素として含む表示意思がなければ当事者の行為は方式にはなり得ない<sup>78)</sup>。

以上が、法律行為の方式の要素である。

以上をまとめれば、法律行為の方式とは、《法律行為の当事者がその効果意思を表示する手段・方法として利用する当事者自身の行為（または、当事者を含む人の集団の共同行為）》と定義することができるであろう。

ここで、従来の学説による「方式」の定義を見る。学説による「方式」の定

---

78) 当事者は自己のどんな行為でも法律行為の方式として利用できるか。意思表示とは自己の効果意思を相手方に伝達することを意味するから、相手方が法律行為の方式として理解することができない行為は法律行為の方式にはなり得ない。シンボルに関する川島の叙述（前出注71参照）を参照。

義は極めて簡潔なものが多いので、そこから得られる情報は必ずしも多くない。さらに、学説による単位法律関係(準拠法指定の単位となる法律関係、法適用通則法34条の「方式」など)の定義が国際私法の解釈上どんな意味を持つのかも慎重に検討する必要がある<sup>79)</sup>。しかし、学説による方式の定義は、各々の学説が国際私法上の方式をどのようなものとして捉えているか——国際私法上の「方式」の本質が何であると考えているのか——を知る手掛かりになる。そこで、この観点から、従来の学説による国際私法上の「方式」の定義を見る。

## 第2款 従来の学説による「方式」の定義

従来の学説が法律行為の方式を説明・定義する場合、法律行為の方式の「意義」という題目の下で論ずるのが普通であるので、以下の引用文の多くは法律行為の方式の「意義」に関する従来の学説である<sup>80)</sup>。

---

79) 或る実質規定が法適用通則法上の「方式」に該当するか否かを判断する場合は、その実質的な根拠が重要であり、学説による「方式」の定義自体には大きな意味はないであろう。例えば、山田(鎌)は次のようにいう。

「方式は、抽象的にいえば、法律行為において当事者がその意思を表現すべき方法ないしは法律行為の外部的形式である。〔……〕、わが法例八条によれば、法律行為の方式は、本則として法律行為の実質の準拠法により、補則として行為地法による。したがって、問題は、法律行為の準拠法のうちからとくに方式のみをとり出して行為地法によらしめるのに、国際私法的利益衡量の問題としてどれほどの効用を期待できるかという点に存するのであり、方式の法律関係性質決定も、その観点から合目的になされるべきであろう。」(山田(鎌)〔2004(H16)〕283頁。山田(鎌)〔1982(S57)〕249頁も同じ。)

ドイツではKegelは方式の性質決定を利益衡量によりすべきであるとする。後出注80の(10)参照。

本稿では婚姻届出意思が「方式」に該当するかという性質決定問題に関しては、利益衡量よりも、むしろ法律行為の構造(実質と方式の協働関係は如何)を検討することが重要であると考えているが、その点は別として、学説の与える単位法律関係の定義の持つ限界は意識する必要がある。

80) ドイツ等の国際私法学では法律行為の方式はどのように定義されているかを見る。

(1) Habicht〔1907(M40)〕は次のようにいう。

「〔ドイツ民法施行法〕第11条にいう法律行為の方式とは、法律行為の当事者がその

---

意思を外部に如何に表現するかの方法、この意思を文書化するために当事者がどんな手段を使うべきか、のみを意味する。

Unter der Form des Rechtsgeschäfts, von der Art. 11 spricht, ist nur die Art und Weise zu verstehen, wie die am Rechtsgeschäfte Beteiligten ihren Willen äußerlich zu betätigen, welcher Mittel zur Dokumentierung dieses Willens sie sich zu bedienen haben.」(Habicht [1907 (M40)] S.87)

(2) Zitelmann [1912 (T1)] は次のようにいう。

「法律行為の方式は行為地法による。この規則において、法律行為の実質的要件に対立する「方式」の下に何を理解すべきか？ この問題に簡単に答えることはできない。定義は最も危険である。私は、この問題が特別に重要になる個々の点を、体系的秩序〔を考へること〕なく、検討するにとどめたい。

Die Form des Rechtsgeschäftes richtet sich nach dem Recht des Errichtungsorts. Was ist in dieser Regel unter 'Form' im Gegensatz zu den materiellen Erfordernissen des Geschäfts zu verstehen? Die Frage ist keineswegs einfach zu beantworten, definitio periculosissima est: ich werde mich darauf beschränken, die einzelnen Punkte, in denen die Frage besonders wichtig ist, ohne systematische Ordnung zu erörtern.」(Zitelmann [1912 (T1)] S.154)

(3) Neubecker [1912 (T1)] は、前出注 70 の(2)の引用文に続けて次のようにいう。

「かような「方式」の下に何を理解すべきかは全く簡単であるとはいえない。「定義は最も危険である。」一般的には、表示の外的な形 die äußere Gestaltung der Erklärung ということが許されるであろう。それゆえ、口頭性、書面性、署名の自筆性、証人の立会い、公的な認証または文書作成である。」(Neubecker [1912 (T1)] S.77)

引用文中の「定義は最も危険である。」に Neubecker は脚注を付し Zitelmann [1912 (T1)] のページ番号を示す。

(4) Walker [1926 (S1)] S.531 は次のようにいう。

「11 条のいう「法律行為の方式」とは法律行為の当事者がその意思を表現する方法である。

Unter der "Form eines Rechtsgeschäfts", von der Artikel 11 spricht, ist die Art und Weise zu verstehen, wie die am Rechtsgeschäfte Beteiligten ihren Willen kundgeben.」(Walker [1926 (S1)] S.200)

(5) Frankenstein [1926 (S1)] S.531 は次のようにいう。

「人は、それにもかかわらず、「方式」の概念決定を決してすることができない——それは、抽象的な方式とか超国家的な方式概念が存在しないからであり、また、方式とは、すべての言語に存在し、それゆえ、すべての法律用語に存在する存在する単語であるが、どの言語においてもその言語がそれに付与する意味しか持たない単語であるからである——ことを概観した。それゆえ、人は、或る実定法秩序の意味における方式が何である

かを調べ、それに従って、ドイツの方式概念、フランスの方式概念、イングランドの方式概念を、いくらかの確実性をもって記述することはできるであろう。しかし、人は、超国家的な枠組みを作り上げることはできないし、模範的な方式概念 *keinen "idealen" Formbegriff* を作り上げることもできない。なぜなら、現実に対応するものが存在しないからである。」

なお、不要式行為の方式に関する *Frankenstein* の見解については、前出注70の(3)参照。

(6) *Raape* [1931 (S6)] S.174 は、法律行為の方式とは何かに関するドイツの民法学者 *Henle* の説を紹介する。*Raape* によれば、*Henle* は「方式とは表示内容を自らに持つ表示方法である。die Art der Erklärung, die ihren Inhalt in sich trägt.」と主張した上で、方式を外的方式 *die äußere Form* と内的方式 *die innere Form* に分ける。しかし、*Raape* は「この区別がドイツ法の観点から妥当である *berechtigt* か、そしてさらに限界法の関係で重要である *in grenzrechtlicher Beziehung bedeutsam* かは詳細な検討を要する。」という。この結果、*Raape* が *Henle* の「方式とは表示内容を自らに持つ表示方法である。」という見解を支持しているか否かは明らかではない。

(7) *Nußbaum* [1932 (S7)] S.89 は「その概念は次のように定義すれば十分である：方式とは法律行為の意思の適法な認識可能化である。Form ist die gesetzmäßige Erkennbarmachung der rechtsgeschäftlichen Willens.」という。

(8) *Wolff* [1954 (S29)] S.128 は「何が方式で何が法律行為の実質部分かを一般的に決めることはできない。Was Form und was materielle Geschäftsteil ist, läßt sich nicht allgemein bestimmen.」という。

なお、上記の引用文は同書の初版から第3版まで同じままである。しかし、*Wolff* [1933 (S8)] S.78 では上記引用文に脚注を付して *Zitelmann* と *Raape* のそれぞれのページ番号を示すのに対して、*Wolff* [1949 (S24)] S.107 と *Wolff* [1954 (S29)] S.128 ではその脚注は削られている。

(9) *Rabel* [1960 (S35)] pp.499-500 は「契約の方式」と題する章で次のようにいう。「実質的要件と対立する意味の形式的要件が契約の表示の外面であり合意を表現する手段であることは明らかである。It is obvious that formal in contrast with substantive requirements are concerned with the exterior of contractual declarations, the means of expressing consent.

[……]. 私見によれば方式の正確な領域は——抵触法の目的のためには——種々の法秩序で方式と見なされるものの公分母 *common denominator* により定義されなければならない：方式とは契約締結——法的表示の内容と対立する意味の法的表示の表現——の外面である。Form is the external side of the making of the contract, the expression as opposed to the content of legal declarations.」(*Rabel* [1947 (S22)] 497-498 も同じである。)

(10) *Kegel/Schurig* [2004 (H16)] S.631 (*Kegel*) は「何が〔ドイツ民法施行法〕11

条の意味における方式に属するかは、11条の奉仕する諸利益と、他の抵触規定——その妥当範囲が11条に対して限界づけられる抵触規定——の奉仕する諸利益が決める。」といい、法律行為の方式を定義しない。

なお、Kegel [1977 (S52)] S.282にも上記引用文と同じ文が見える。

(11) Kropholler [2006 (H18)] S.311は法律行為の方式 Form と内容 Inhalt の境界画定に関して次のようにいう。

「いずれにしても両者の境界画定を両概念を相互に比較検討する方法によりすることはできない。なぜなら、内容 Inhalt の概念を積極的に定義することはできず、消去法的に方式の方からのみ nur subtraktiv von der Form her 定義し得るからである：不動産でないものがすべて、また、そのみが、動産であり [……]、親権でないもののみが後見であるのと同じく、法律行為の内容 Inhalt と方式 Form の関係では方式の概念が論理的に優先する。いわゆる管轄権判断の管轄権 Kompetenzkompetenz を持つ。」

この記述に引き続いて Kropholler [2006 (H18)] S.311-312 は内容と方式の区別に関していくつかの原則を述べる。

(12) Staudinger/Winkler von Mohrenfels [2019 (R1)] Rn 99 は次のようにいう。

「法律行為の方式とは、一般的には、法律行為が有効となるために充足される必要がある外的な要件 ein äußerer Tatbestand として理解すべきである。[……]。外的な要件には法的行為の方法を規律するすべての問題が属することに異論はない Zum äußeren Tatbestand gehören unstreitig alle Fragen, die die Art und Weise der Rechtshandlung regeln. 例えば、口頭、書面、手書き、自筆、公的な認証と文書作成、押印、自ら同時に出頭すること、証人の立会い、公務員の関与、関与の禁止などである。」(下線は原文では太字。)

(13) MüKoBGB/Spellenberg EGBGB Art 11 Rn.158 [2020 (R2)] は「11条の意味における方式の、正確で精密な [区別を可能にする] 一般的な定義は見いだすことができない。Eine präzise und trennscharfe allgemeine Definition der Form im Sinne des Art. 11 ist nicht zu finden.」という。

(14) 以上によれば、ドイツ語圏の学説の特色は次のようにまとめることができるであろう。第1に、ドイツ語圏の学説には、方式とは意思表示の手段・方法である、と述べる見解が少なくない。すなわち、Habicht [1907 (M40)], Walker [1926 (S1)], Rabel [1960 (S35)], および、Staudinger/Winkler von Mohrenfels [2019 (R1)] である。第2に、方式とは意思表示そのものである旨を説く見解も少なくない。Frankenstein [1926 (S1)] (前出注70参照)の「方式は [……] 出来事そのものである。」という言葉がこれであり、また、意思表示と方式を同視する思考は、Habicht [1907 (M40)] (前出注70参照)、Neubecker [1912 (T1)] (前出注70参照)、Nußbaum [1932 (S7)] にも見ることができる。

## 第1目 野澤武之助・山口弘一

野澤・山口は法例の規定には触れず、次のようにいう。

「古来の学者は概ね左の四種の方式を認めたるが如し。曰く第一、能力付与の方式、第二、内部の方式、第三、外部の方式、第四、執行の方式是なり。

[……].

純粹なる行為の方式と認むべきものは即ち第三の外部の方式を指すものにして、法律行為の方式は行為地の法律に依るべしと云える原則は専ら此外部の方式に適用せらるべきものなり。此方式は当事者をして真実なる意思を發表せしめんか為めに設けられ、他は当事者に或証拠を与えんか為め之を必要とせり。」<sup>81)</sup> (野澤・山口〔1900 (M33)〕269-270頁。下線は引用者による。)

## 第2目 山口弘一

山口は日本民法上の「方式」という言葉の用例を検討し、その際、「仏国ノ学者ハ嘗テ方式ヲ四種ニ區別セリ能力付与ノ方式〔……〕、内的方式、外的方式、執行的方式是レナリ (Despagnet, 210; Pillet-Niboyet, 381-410, 412-416)」(山口〔1927 (S2)〕324頁)と述べ、次のようにいう。

「鄙見ニ依レバ法例第八条ニ謂フ方式ハ意思表示ノ方法ト此方法ヲ構成スル事実〔……〕ヲ含ム本条ニ謂フ方式ガ意思表示ノ方式ヲ含ムコトハ我法例及ビ独逸民法施行法ノ模範タルげーぶはると案（第一案第九条）ノ理由書ニ徴シテ明カナルノミナラズ法例ガ特別ナル法律行為ノ方式（意思表示ノ方法）即チ婚姻ノ方式（第一三条）及ビ遺言ノ方式（第二六條）ヲ定メテ一般ノ法律行為ノ方式（意思表示ノ方法）ヲ定メズト解スル能ハザレバナリ若シ夫レ意思表示ノ方法ヲ構成スル事実ニ至リテハ意思表示ノ方法ト同一ノ準拠法ニ依ルベキコトハ当然ニシテ特ニ之ヲ明定スル必要ナシ」(山口〔1927 (S2)〕325頁。下線は引用者による。ただし、「げーぶはると」の傍線は原文による。)

81) この引用文には、先行研究の題名・ページ番号などは示されていない。

## 第3目 山田三良

山田（三）は次のようにいう。

「特に我法例第八条に所謂法律行為の方式の中には婚姻の方式又は遺言の方式と云うが如き意思表示の方式を包含するのみならず」(山田（三）[1931（S6）] 141頁。山田（三）[1934（S9）] 562頁も同じ。下線は引用者による。) という言葉が見える。

## 第4目 江川英文

## 第1項 江川〔1930（S5）〕

江川は次のようにいう。

「我が法例に所謂方式とは如何なるものを指すかを明かにしなければならぬ。仏国の学者は方式なる語に種々な意義を与え、従って方式を（一）内的方式（*formalité intrinsèques ou viscérales*）、（二）能力附与の方式（*formalité habilitantes*）、（三）訴訟方式又は執行方式（*formalité de procedure ou d'exécutions*）、（四）公示方式（*formalité de publicité*）、（五）外的方式（*formalité extrinsèques ou instrumentaires*）等に分つのが例である<sup>82)</sup>。我が法例に所謂方式なるものは是等の何れに該当するものであるか。

（一）内的方式 内的方式は外的方式に対するものであって、法律行為の所謂実体（*fond*）である。

〔……〕。

（五）外的方式 外的方式は内的方式に対するものであって、行為者の意思を外部に表す方式である。例えば一定の契約を締結するに際して交付する契約証書、遺言作成の際に於ける立会の如きものである。これこそ真の意味に於ける方式と称すべきものであって、「場所は行為を支配す」なる原則の適用せら

---

82) (引用者による注) 江川はここに後注を付し、Arminjon, Niboyet, Weiss, Poulet の各著作のページ番号を引用する（江川〔1930（S5）〕749頁注11）。

るべきは実に之に関してである。之我が法例に所謂方式に属すべきこと云うまでもない。」(江川〔1930(S5)〕746-749頁)

## 第2項 江川〔1950(S25)〕

江川は次のようにいう。

### 「第二節 法律行為の方式

#### 一 総説

方式という語は場合によって種々の意味に用いられるが、ここでは行為の外部的形式を意味する。〔……〕。なお、ここで問題とするのはいわゆる要式行為についてだけではなく、一定の方式を必要とするか否かの問題をも含むこというまでもない。」(江川〔1970(S45)〕186頁、江川〔1950(S25)〕193-194頁の記述は、表記の相違を除き、同じである。)

## 第5目 久保岩太郎

久保は次のようにいう。

「次に、我が国際私法上に於ける「法律行為ノ方式」とは何を意味するかの問題に移ろう。国際私法上に於ける法律概念と民法上に於ける法律概念との同一にあらざることは勿論ではあるが、民法上の概念が国際私法上の概念決定につき重要な意義を有することは事実である。故に先づ我が民法上に於ける法律行為の方式の概念如何を見よう。〔……〕。而して意思表示の法定の表示方法即ち法律に依り限定せられたる意思表示の方法が民法上所謂法律行為の方式なりとすることについては我が民法学者に異論の無い所である〔……〕。之が我が国際私法上の方式概念の中心を成すことは疑のない所であるが、之がそのまゝ国際私法上の方式概念となるものではなく、国際私法の性質並にその独自の立場より当然幾分の変更を受くべきは言を俟たない。先づ我が国際私法がその独自の立場より右の意思表示の法定の方法の全部又は一部を国際私法上の法律行為の方式の概念より排除したるものと見るべき規定は何処にもなく、又我が国際私法学者に意思表示の法定の方法を以て我が国際私法上の所謂法律行為

の方式なりとすることについては異論を見ない[……].」<sup>83)</sup>(久保 [1935 (S10)] 277-278 頁)

#### 第6目 實方正雄

實方は次のようにいう。

「第一 法律行為の方式の意義

[……].

(一) 先づ、「方式」が法律行為自体の法定の表示方法、即ち、法律要件としての法律行為を有効ならしむるが為に特に法律によりて限定せられた意思表示の表現方法を意味することは異論のない所であらう。」(實方 [1953 (S28)] 166 頁。下線は引用者による。)

#### 第7目 齋藤武生

(1) 齋藤は、まず、「何をもって法律行為の方式の本則とするか」を検討するに際して、「そもそも法律行為の方式とは法律行為において当事者がその意思を表現すべき方法 (Art und Weise) (Walker, aa.O.S.199) であり、ある面では表現の観点から見た行為自体 (Rechtsgeschäft selbst unter dem Gesichtspunkt der Wahrnehmbarkeit) (Frankenstein, aa.O.S.530) とも考えられるべき法律行為の成立に関する問題であって、これを法律行為自体から切り離して論ずべき十分な根拠はない。」<sup>84)</sup>(齋藤 [1955 (S30)] 361 頁。下線は引用者による。) という。

(2) 次に、齋藤は次のようにいう。

「(1) 法律行為の方式の意義——(法律関係の性質決定問題) 国際私法上、

---

83) 久保はこの引用文の末尾に注を付して「法定の制限なき意思表示の方法」(不要式行為の方式)を国際私法上の方式に含めるべきかを論じ、これを肯定する。前出注 75 参照。

84) 前出注 64 参照。

方式とは何であるか。法律行為の形式的要件たる方式は、一般に意思の表現方法乃至は手段と解されるときも、なお現実には実質と方式との間に截然たるボーダーラインを画することはしばしば困難な場合がある。〔……〕。これは方式なる法律関係の性質決定問題(Qualifikationsfrage)であって〔……〕、訴訟地法に依るとの説が妥当である〔……〕。〔……〕。もっとも訴訟地法説を採るといっても、純粋に訴訟地国実質法上の概念がそのまま妥当するわけではないこと勿論である〔……〕。

では、訴訟地法説を採るとしてわが法例第8条にいう「法律行為ノ方式」とは何であるか。この場合たとえ絶対的なものとしてではなくとも、わが民法上の方式概念が重要な意義を有して登場することも当然である。そこで民法学者の見解を見るに、〔……〕。これらから推してわれわれはわが民法上法律行為の方式を次のように定義することができるであろう。「方式とは法律行為が有効に成立するために法が要求する意思の表示方法である<sup>85)</sup>」と〔……〕。そしてこの民法上の方式概念が、そのままの形ではなく若干の修正を要するとはいえ、同時に国際私法上の方式概念すなわち法例第八条にいう方式概念の中核となるのであって、多くの学者も方式をかように理解することに一致しているのである。」(齋藤〔1955(S30)〕362-363頁。下線は引用者による。)

## 第8目 折茂豊

(1) 折茂は法律行為の方式に関して次のようにいう。

「抽象的にいえば、法例八条に「方式」というのは、法律行為の外面的形式

---

85) (引用者による注) 齋藤はここに後注を付し次のようにいう。

「フランスの従来の通説では、方式なる語は次の如く分けて説明する〔……〕。すなわち、(一) (formes intrinsèques) 内的方式、(二) (f. habilitantes) 能力付与の方式、(三) (f. de procédure) 訴訟方式、(四) (f. de publicité) 公示方式、(五) (f. extrinsèques) 外的方式。ここにいうところの方式は、主として(五)の外的方式についてである。」(齋藤〔1955(S30)〕378頁注11)

としての意思表示の表現方法を指すものということができようか。」<sup>86)</sup> (折茂 [1972 (S47)] 74 頁. 折茂 [1959 (S34)] 55 頁も同じ. 下線は引用者による.)

(2) 折茂は婚姻の方式に関して次のようにいう.

「すでにのべたように、もともと法律行為の「方式」というのは、その形式的成立要件をさすものにほかならず、したがって、婚姻の方式というのも、これを一般的にいえば、法律上有効な婚姻を成立せしめるために、当事者あるいは第三者——たとえば身分吏——にたいして要求せられる外面的行為を意味するものと解すべきであろう。」<sup>87)</sup> (折茂 [1972 (S47)] 244 頁. 折茂 [1959 (S34)] 193 頁は、字句の違いを除き、同じ. 下線は引用者による.)

## 第9目 山田鐮一

山田 (鐮) は次のようにいう.

「第二節 法律行為の方式

{……}.

### 二 方式の意義

86) 折茂はこの定義をするに際して先行研究を示していない。

87) 折茂はこの引用文に注を付し、出典として Rabel [1958 (S33)] の頁番号 (p.224) を示す。折茂が依拠した Rabel の記述は次のとおりである。

「一般的に定義すれば、婚姻の「形式的要件」および「形式」という用語は、当事者あるいは第三者——特に官吏——に対して要求される外的な行為にして、法的に有効な婚姻を形成するために必要なものを意味する。

Generally defined, the terms “formal requirements” and “formalities” of marriage mean the external conduct required of the parties or of third persons, especially public officers, necessary to the formation of a legally valid marriage. (Rabel [1958 (S33)] p.224)

なお、Rabel はこの記述について先行研究を示していない。

付言すれば、折茂 [1959 (S34)] は本文の引用文の出典として Rabel [1945 (S20)] の頁番号 (p.207) を示す。Rabel [1945 (S20)] p.207 における婚姻の方式の定義は Rabel [1958 (S33)] p.224 におけると同じであり、その定義にも先行研究を示さない。

わが法例八条にいう「法律行為ノ方式」とは何であるか。これはひとつの法律関係性質決定の問題にほかならない。ここでいう方式は、抽象的にいえば、法律行為において当事者がその意思を表現すべき方法ないしは法律行為の外部的形式である。」(山田 (録) [2004 (H16)] 282-283 頁. 山田 (録) [1982 (S57)] 249 も同じ. 下線は引用者による.)

## 第 10 目 溜池良夫

(1) 溜池は法律行為の方式に関して次のようにいう。

「第 2 節 法律行為の方式

[……], 法律行為の方式とは, 法律行為の形式的成立要件であり, 法律行為が有効に成立するために必要とされる外部的形式としての意思表示の表現方法をいう。」(溜池 [2005 (H17)] 319 頁. 溜池 [1993 (H5)] 304 頁も同じ. 下線は引用者による.)

(2) 溜池は婚姻の方式に関して次のようにいう。

「I -1 婚姻の実質的成立要件

(2) 準拠法の適用

④実質的成立要件と方式

[……]. 婚姻の方式とは, 例えば, 届出とか儀式といった婚姻の外部的形式としての意思表示の表現方法をいうのである。」(溜池 [2005 (H17)] 421 頁. 溜池 [1993 (H5)] 397 頁も同じ. 下線は引用者による.)

## 第 11 目 櫻田嘉章

櫻田は法律行為の方式に関して次のようにいう。

「II 法律行為の方式 (形式的成立要件)

1 準拠法の決定

(1) 総説

[……].

方式とは、有効な法律行為が成立するために必要な意思表示の外部的表現方法、外部から認識可能な形式的成立要件を指し、〔……〕。(櫻田〔2020 (R2)〕195頁、櫻田〔1994 (H6)〕には「外部から認識可能な」の文言はなく、櫻田〔2020 (R2)〕ではじめて加わった。下線は引用者による。)

## 第12目 横山潤

(1) 横山は法律行為の方式に関して次のようにいう。

「第1節 法律行為の方式

〔……〕。

I 方式の意義

〔……〕。

法律行為の構成要素である意思表示を外部的に表象するものが方式といえる。」(横山〔2012 (H24)〕139頁、下線は引用者による。)

(2) 横山は婚姻の方式に関して次のようにいう。

「II 婚姻の形式的成立要件

〔……〕。

有効な婚姻の成立のために当事者または公的機関に要求される外面的行為を、抵触法上、婚姻の方式と呼ぶことができよう。外面的行為の中には、コモンロー・マリッジなどの無方式の婚姻も含まれる。」(横山〔2012 (H24)〕239頁、傍点は原文による。)

## 第13目 従来の学説の特色

「方式」の定義に関する主要な学説は以上である。では、以上の定義から何を読み取ることができるか。

### 第1項 当事者の行為

まず、方式とは当事者の「行為」であり、当事者の行為でなければ方式にはなり得ない、という点はどうか。従来の学説の中で、「方式」を定義するに際

して「行為」という言葉を使う学説は多くない。上記の 1900 (M33) 年から 100 年以上の期間に現れた学説の中で、折茂 [1959 (S34)] による婚姻の方式の定義にはじめて「外面的行為」という言葉が現れたが、その後はわずかに横山 [2012 (H24)] による婚姻の方式の定義に同じく「外面的行為」という言葉が現れているに過ぎない<sup>88)</sup>。これは、方式が意思表示の方法である以上は方式が意思表示をする当事者の行為であることは自明である、という思考に基づいていると思われる。

### 第 2 項 当事者の客観的行為

次に、方式は当事者の「客観的」行為である必要がある、という点は、従来の学説では、「外的」、「外部の」、「外部的」、「外面的」という言葉により表現されている。すなわち、野澤・山口 [1900 (M33)], 江川 [1930 (S5)], 江川 [1950 (S25)], 折茂 [1959 (S34)], 山田 (鏝) [1982 (S57)], 溜池 [1993 (H5)], 櫻田 [1994 (H6)], 横山 [2012 (H24)] である<sup>89)</sup>。

### 第 3 項 表示意思

次に、届出に方式としての意味を付与するのは当事者の表示意思（方式実行意思を含む表示意思）である、という点はどうか。この点で注意すべきなのは、従来の学説が方式を定義する際に「(意思表示の) 方法」という言葉を使う点である。すなわち、山口 [1927 (S2)], 久保 [1935 (S10)], 實方 [1953 (S28)], 齋藤 [1955 (S30)], 折茂 [1959 (S34)], 山田 (鏝) [1982 (S57)], 溜池 [1993 (H5)], 櫻田 [1994 (H6)] である。日本の国際私法学の最初の世代の研究者

---

88) ドイツの学説にも、方式とは当事者の「行為」であると定義する学説は見当たらない。前出注 80 参照。

89) ドイツの学説にも、方式とは法律行為の「外面」である、と定義する学説は少なくない。前出注 80 参照。

から現代の研究者まで《方式とは意思表示の方法である.》という思考を共有しているといえよう<sup>90)</sup>。

さて、法律行為の方式が意思表示の「方法」であるという場合、それは、当事者が方式（婚姻届など）を意識的に利用して効果意思を表示することを意味するから、「方法」を利用する意思が存在することを意味する。しかし、「方法」という言葉は、表示意思（方式実行意思を含む表示意思）の存在を明示的に示しているわけではない。結局、従来の学説は、事実（婚姻届など）に方式としての意味を付与するのは法ではなく当事者の表示意思であることを《方式とは意思表示の「方法」である.》という定義により黙示的に述べていたとはいえるが、そのことを、そのような定義とは別に、明示的に述べることはなかったといえよう。

## 第5節 婚姻届出意思（方式実行意思）の性質決定

これまでは、法律行為の方式と実質の関係——法律行為の構造——を検討し、併せて、婚姻届出意思がその構造物の中のどこに位置しているかを検討した。以上の検討を受けて、本節では、婚姻届出意思の国際私法上の取扱いを検討する。

### 第1款 婚姻届出意思（方式実行意思）の欠缺

まず、事実としての婚姻届をする意思がない場合はどうか。既に述べたとおり、婚姻における表示意思とは《私は婚姻届により婚姻意思を表示したい。》という意味であるから、方式実行意思は表示意思の不可欠の構成要素である。ところで、表示意思が婚姻の実質的成立要件であることは明らかであるから、表示意思の構成要素である方式実行意思もまた実質的成立要件と性質決定すべ

---

90) ドイツの学説にも、方式とは意思表示の「方法」である、と定義する学説は少なくない。前出注80の(14)参照。

きである。実際のところ、方式実行意思がない場合は表示意思もないといわざるを得ない。例えば、或る者に無断でその者の婚姻の届出が他人によりされた場合は、その当事者がその届出により婚姻意思を表示する意思を欠いていたことは明らかである<sup>91)</sup>。従って、方式実行意思の欠缺は、国際私法上、法律行為の実質的成立要件の問題と性質決定すべきである<sup>92)</sup>。

## 第2款 届出(方式)の法的意味の理解の欠缺

当事者が方式実行意思を伴って方式を実行したが、その方式の法的意味を理解していなかった場合はどうか<sup>93)</sup>。この場合は、効果意思(婚姻意思など)

---

91) 内田[2004(H16)] 83頁は、X男とY女が内縁関係(事実上の夫婦関係)にあったところ、Y女がX男に無断で婚姻届をした事例について、「Xには届出という方式によって婚姻意思を表示する意思がない以上、法律婚は無効である。」(下線は引用者による。)という。

92) 澤木[1966(S41)]は「届出を婚姻の成立要件とするわが民法の下では、届出意思の有無はまさに婚姻の実質的成立要件に関するものとして各当事者の本国法によらしめるべきである。」という。前出第3章第1節第1款参照。この叙述は極めて簡潔であり、その結果、この叙述を理解することは非常に困難であるが、その趣旨は、《届出は意思表示の方法であるから、届出意思の有無は表示意思の有無の問題である。よって、届出意思は婚姻の実質的成立要件である。》という意味に理解することができようか。

93) ドイツ民法1314条1項は、16歳に達した未成年者との婚姻、行為無能力者の婚姻、重婚、近親婚、1311条(前出注2参照)に違反してした婚姻を取り消し得るものとし、同条2項は次の場合には婚姻を取り消し得ると定める(Palandt[2019(R1)]による。)

(1) 1314条2項1号「夫婦の一方が婚姻締結の際に意識不明または精神活動の一時的障害の状態にあった場合 Ein Ehegatte sich bei der Eheschließung im Zustand der Bewusstlosigkeit oder vorübergehender Störung der Geistestätigkeit befand」

(2) 1314条2項2号「夫婦の一方が、婚姻締結の際に、婚姻締結が行われていることを知らなかった場合 Ein Ehegatte bei der Eheschließung nicht gewusst hat, dass es sich um eine Eheschließung handelt」

(3) 1314条2項3号「夫婦の一方が事実状態に関する詐欺により婚姻締結の決意をするに至った場合において、仮に夫婦のその一方が事実関係を知っており、かつ、婚姻の本質を正当に評価すれば、その事実状態がその一方に婚姻締結をさせなかったであろうとき。ただし、詐欺が財産関係に関するか、または、他方配偶者が知らずに第三者により詐欺が行われた場合は、この限りでない。」

(4) 1314条2項4号「一方当事者が、強迫により、違法に、婚姻の決断をさせられた

がなかったことは明らかである<sup>94)</sup>。しかし、表示意思としてはどうか。方式の法的意味を理解しないで方式を実行した場合は、その方式により効果意思を表示する意思（表示意思）を欠くものと考えることができる。従って、この場合も表示意思の欠缺の問題として、国際私法上は、婚姻の実質的成立要件の準拠法によるべきである<sup>95)</sup>。

---

場合 Ein Ehegatte zur Eingehung der Ehe widerrechtlich durch Drohung bestimmt worden ist]

(5) 1314条2項5号「配偶者の双方が婚姻締結の際に1353条1項による義務〔引用者注：婚姻生活共同体形成義務〕を生じさせないことにつき意思が一致していた場合」

これらの取消事由のうち、1314条2項1号については、MüKoBGB/Wellenhofer〔2019(R1)〕BGB § 1314 Rn 10は「どんな事実関係を意識不明の例として考えるべきかは闇の中にある。催眠状態はそれにあたるかもしれないが、しかしその場合は、そもそも考慮すべき婚姻締結表示が存在するのかを疑い得る。」という。

次に、同条同項2号については、MüKoBGB/Wellenhofer〔2019(R1)〕BGB § 1314 Rn 11はその例として「演劇の通し稽古あるいは映画撮影に参加するものと考えていた場合」を挙げ、また、同Rn 12は、外国の教会でその国の方式に従って婚姻したドイツ人がその方式は行為地法上は法的効力のない教会儀式である旨を確信しており、それゆえ、婚姻締結意思を欠いていた場合は本条本項2号に該当する、という。これらの説明によれば、本条本項1号と2号は方式実行意思だけでなく意思表示の実質（表示行為、婚姻意思）にも関係があるといえよう。

次に、3号と4号は婚姻意思に瑕疵がある場合であろう（3号については、【判例11】名古屋家審昭和40（1965）-4-21参照。）。最後に、5号は夫婦間に婚姻の際に婚姻生活共同体形成義務の不発生の合意があった場合であり、婚姻意思の不存在であろう。

94) 内田〔2004（H16）〕79頁は次のようにいう（前出注62参照）。

「婚姻の法的な効果を楽しむ意思とは別に、届出という行為だけについて意思を問題とする必要は通常ない。婚姻の法的効果についての意思を全く欠いているのに婚姻届を出すことについてのみ意思を有しているような場合が仮に理論上ありうるとしても、それはいかなる意味でも婚姻意思を欠いているというべきだからである。」

95) 【判例19】京都地判平成4（1992）-12-9における日本人女は、儀式の持つ法的意味を理解しないで自己の意思に基づいて儀式を挙行したものと見ることもできるし、また、儀式の持つ法的意味を理解したけれども強制的に儀式を挙行させられたものと見ることもできる。前者であれば、本文に述べたように、婚姻意思を表示する意思（表示意思）を欠いた、といえる。後者であれば、強制的に意思表示をさせられたから表示意思の形成に瑕疵があった、ともいえるし、婚姻意思（効果意思）の形成が強制に基づいていた、ともいえる。いずれにしても、国際私法上は、婚姻の実質的成立要件の準拠法によるべきである。

## おわりに

本稿では婚姻届出意思の性質決定を検討した。

婚姻の届出を本人に無断でした場合などは婚姻意思（婚姻の効果意思）がないのが普通であるから、婚姻届出意思の（欠缺の）問題としてではなく婚姻意思の（欠缺の）問題として解決することができる<sup>96)</sup>。この意味で、婚姻届出意思の国際私法上の取扱いを検討する実益は大きくない。

本稿では、婚姻届出意思の性質決定を検討するために、法律行為の実質と方式の関係——両者はどのように役割を分担して権利変動を生じさせているのか——を検討した。その結果、法は事実方式としての意味を付与せず、事実方式の意味を付与するのは当事者の表示意思であることを明らかにした（前出第4章第1節第3節）<sup>97)</sup>。また、法律行為の実質と方式の間には、一方の存在は他方の存在の条件である、という相互依存関係があることを明らかにした<sup>98)</sup>。この意味で法律行為の実質と方式は不可分の関係にある。このことは、法律行為に関する他の国際私法問題の解決にも有益な視点を提供すると思われる。

国際私法の体系は実質法の体系の上に立脚しているから、国際私法上の問題の解決をする際には実質法の構造を明らかにする必要がある<sup>99)</sup>。本稿はこのような試みの一環である。

---

96) 婚姻届出意思の欠缺の場合は、通常は、婚姻意思も存在しないので、婚姻意思の欠缺を理由として婚姻無効の結論を導き出せることは従来も指摘されている。民法学者の見解として前出注62(2)(イ)(第2類型と第3類型に関する説明)参照、国際私法学者の見解として前出注29参照。

97) なお、前出注63参照。

98) 前出注74参照。

99) 親権の準拋法の基準時を考える際にも親権が何を原因として発生するのかを検討する必要がある。この問題については、根本〔2021(R3)〕参照。

【判例索引】

- 裁判年月日不明仙台家審（昭和 31（1956）年（家）1629 号）（国際私法関係事件裁判例集 541 頁）：【判例 20】
- 昭和 29（1954）-2-6 大阪家堺支審（家月 6 卷 9 号 34 頁）：【判例 1】
- 昭和 29（1954）-8-24 東京地判（判時 34 号 19 頁，判タ 41 号 71 頁）：【判例 21】
- 昭和 29（1954）-8-27 横浜家横須賀支審（家月 6 卷 9 号 32 頁）：【判例 2】
- 昭和 32（1957）-3-18 広島地呉支判（下民集 8 卷 3 号 508 頁）：【判例 3】
- 昭和 35（1960）-12-9 大阪地判（下民集 11 卷 12 号 2639 頁，家月 14 卷 2 号 179 頁）：【判例 4】
- 昭和 37（1962）-7-12 千葉地判（判タ 134 号 96 頁）：【判例 5】
- 昭和 38（1963）-7-7 東京家審（判タ 148 号 133 頁）：【判例 10】
- 昭和 40（1965）-3-31 富山地判（下民集 16 卷 3 号 566 頁，家月 18 卷 4 号 78 頁）：【判例 6】
- 昭和 40（1965）-4-21 名古屋家審（家月 17 卷 9 号 99 頁）：【判例 11】
- 昭和 41（1966）-4-19 盛岡地判（民集 23 卷 4 号 723 頁）：【判例 7】最（1）判  
昭和 44（1969）-4-3（民集 23 卷 4 号 709 頁）の第 1 審判決
- 昭和 41（1966）-9-7 仙台高判（民集 23 卷 4 号 734 頁）：【判例 7】最（1）判  
昭和 44（1969）-4-3（民集 23 卷 4 号 709 頁）の控訴審判決
- 昭和 41（1966）-9-29 山形家鶴岡支審（家月 19 卷 5 号 115 頁）：注 4（1）
- 昭和 44（1969）-4-3 最（1）判（民集 23 卷 4 号 709 頁）：【判例 7】
- 昭和 48（1973）-12-14 東京家審（家月 27 卷 3 号 83 頁）：【判例 22】
- 昭和 50（1975）-5-19 岡山家審（判例集未搭載）：注 4（2）広島高決昭和 50（1975）-7-21 の原審
- 昭和 50（1975）-7-21 広島高決（家月 28 卷 12 号 161 頁）：注 4（2）
- 昭和 50（1975）-10-17 京都家審（家月 28 卷 9 号 87 頁）：【判例 12】

- 昭和51(1976)-10-19 大阪地判(判タ352号311頁):【判例13】
- 昭和54(1979)-2-19 東京地判(判タ386号115頁):注4(3)
- 昭和58(1983)-11-28 長野地判(判例集未搭載):【判例15】東京高判昭和60(1985)-2-27(家月37巻11号46頁,判時1147号99頁)の第1審判決
- 昭和59(1984)-12-24 大阪地判(家月37巻10号104頁):【判例14】
- 昭和60(1985)-2-27 東京高判(家月37巻11号46頁,判時1147号99頁):【判例15】
- 昭和61(1986)-1-20 浦和家審(家月38巻4号106頁):注4(4)
- 昭和61(1986)-10-20 東京地判(家月39巻2号174頁,訟務月報33巻7号1965頁):注4(5)
- 昭和62(1987)-7-29 東京地判(家月41巻4号71頁):注4(6)東京高判昭和63(1988)-9-29の第1審判決
- 昭和63(1988)-9-29 東京高判(家月41巻4号59頁):注4(6)
- 平成2(1990)-12-26 名古屋地判(家月48巻10号157頁):【判例8】最(2)判平成8(1996)-3-8(家月48巻10号145頁)の第1審判決
- 平成4(1992)-1-29 名古屋高判(家月48巻10号151頁):【判例8】最(2)判平成8(1996)-3-8(家月48巻10号145頁)の控訴審判決
- 平成4(1992)-12-9 京都地判(訟務月報39巻10号1967頁):【判例19】
- 平成7(1995)-2-17 名古屋地判(判時1562号98頁):【判例16】
- 平成8(1996)-3-8 最(2)判(家月48巻10号145頁):【判例8】
- 平成8(1996)-3-12 福岡地判(判タ940号250頁):【判例17】
- 平成11(1999)-1-7 佐賀家審(家月51巻6号71頁):注48
- 平成27(2015)-12-11 大阪家判(判時2329号51頁):【判例9】大阪高判平成28(2016)-11-18(判時2329号45頁)の第1審判決
- 平成28(2016)-11-18 大阪高判(判時2329号45頁):【判例9】
- 平成28(2016)-12-16 水戸家判(判タ1439号251頁):【判例18】

## 【参考文献】

- 相澤英孝「涉外判例研究：大阪地判昭和 51（1976）-10-19」ジュリスト 677 号 120 頁〔1978（S53）〕
- 青山道夫・有地亨編集『新版注釈民法（21）親族（1）』（1989（H11），有斐閣）
- 烁場準一「1971（S46）年学会回顧，国際私法」法律時報 1971（S46）年 12 月号 64 頁〔1971（S46）〕
- 幾代通『民法総則（第 2 版）』236-237 頁（1984（S59），青林書院）
- 植松真生「判批：水戸家判平成 28（2016）-12-16」戸籍時報 782 号 52 頁〔2019（R1）〕
- 内田貴『民法 IV（補訂版）』（2004（H16），東京大学出版会）
- 江川英文「Locus regit actum の原則の我が国際私法上に於ける適用」神田彦松編輯『山田教授還暦祝賀論文集』727 頁〔1930（S5），有斐閣〕
- 江川英文『国際私法』（1950（S25），有斐閣）
- 江川英文『国際私法（改訂，増補）』（1970（S45），有斐閣）
- 奥田安弘「涉外判例研究：京都地判平成 4（1992）-12-9」ジュリスト 1062 号 133 頁〔1995（H7）〕
- 奥田安弘『国際家族法』（2015（H27），明石書店）
- 折茂豊『国際私法各論』（1959（S34），有斐閣）
- 折茂豊『国際私法各論（新版）』（1972（S47），有斐閣）
- 笠原俊宏・徐瑞静「『中華民國民法親族編及び相続編』の邦訳（1）-（3・完）」戸籍時報 618 号 29 頁，620 号 16 頁，621 号 27 頁〔2007（H19）〕
- 神谷遊「判批：最（2）判平成 8-3-8」判例評論 457 号（判例時報 1588 号）215 頁〔1997（H9）〕
- 川島武宜『民法総則』（1965（S40），有斐閣）
- 川島武宜・平井宜雄編集『新版注釈民法（3）総則（3）』（2003（H15），有斐閣）
- 神前禎「涉外判例研究：最（2）判平成 8-3-8」ジュリスト 1151 号 137 頁〔1999

(H11)]

- 神前禎・早川吉尚・元永和彦『国際私法 (第 4 版)』[2019 (R1), 有斐閣]
- 北澤安紀「判批：大阪高判平成 28 (2016) -11-18」ジュリスト 1518 号 (平成 29 (2017) 年度重要判例解説) 308 頁 [2018 (H30)]
- 木棚照一『逐条解説国際家族法——重要判例と学説の動向——』(2017 (H29), 日本加除出版)
- 北野俊光「判批：最 (2) 判平成 8-3-8」判例タイムズ 945 号 (平成 8 (1996) 年度主要民事判例解説) 166 頁 [1997 (H9)]
- 金疇洙・金相珞『注釈大韓民国親族法』[2007 (H19), 日本加除出版]
- 国友明彦「判批：名古屋高裁平成 4 年 1 月 29 日判決」櫻田嘉章・道垣内正人編『国際私法判例百選』102 頁 [2004 (H16)]
- 国友明彦「判批：名古屋高裁平成 4 年 1 月 29 日判決」櫻田嘉章・道垣内正人編『国際私法判例百選 (新法対応補正版)』104 頁 [2007 (H19)]
- 久保岩太郎『国際私法論』[1935 (S10), 三省堂]
- 黄宗楽「台湾における親族法の改正について (1) - (3・完)」戸籍時報 331 号 19 頁, 332 号 13 頁 [1985 (S60)], 334 号 14 頁 [1986 (S61)]
- 國務院法制局編纂『滿州国法令輯覧第 5 巻』(康德 1 (1934 (S9)) -11-1 印刷, 康德 1 (1934 (S9)) -11-5 発行, 康德 3 (1936 (S11)) -11-30 第 7 版発行, 滿州行政学会発行)
- 近藤宏子「判批：京都地判平成 4 (1992) -12-9」判例タイムズ 882 号 (平成 6 (1994) 年度主要民事判例解説) 130 頁 [1995 (H7)]
- 齋藤武生「法律行為」国際法学会編『国際私法講座第 2 巻』65 頁 [1955 (S30), 有斐閣]
- 櫻田嘉章『国際私法』[1994 (H6), 有斐閣]
- 櫻田嘉章『国際私法 (第 7 版)』[2020 (R2), 有斐閣]
- 櫻田嘉章・道垣内正人編『注釈国際私法第 2 巻』[2011 (H23), 有斐閣]
- 實方正雄『国際私法概論 (再訂版)』[奥付によれば, 1942 (S17) -3-6 初版発行,

- 1953 (S28) -4-10 第5版発行, 有斐閣]
- 佐野寛「判批：大阪高判平成28(2016)-11-18」私法判例リマークス56号(2018(H30)上)150頁〔2018(H30)〕
- 澤木敬郎「涉外判例研究：富山地判昭和40(1965)-3-31」ジュリスト357号104頁〔1966(S41)〕
- 島野穹子「判批：京都地判平成4(1992)-12-9」池原季雄・早田芳郎編『涉外判例百選(第3版)』122頁〔1995(H7)〕
- 鈴木敏英「涉外判例研究：大阪地判昭和59(1984)-12-24」ジュリスト853号124頁〔1986(S61)〕
- 竹下啓介「涉外判例研究：大阪高判平成28(2016)-11-18」ジュリスト1521号150頁〔2018(H30)〕
- 種村好子「判批：佐賀家審平成11(1999)-1-7」判例タイムズ1036号(平成11(1999)年度主要民事判例解説)173頁〔2000(H12)〕
- 溜池良夫『国際家族法研究』〔1985(S60), 有斐閣〕
- 溜池良夫『国際私法講義』〔1993(H5), 有斐閣〕
- 溜池良夫『国際私法講義(第3版)』〔2005(H17), 有斐閣〕
- 鄭鍾休『韓国民法典の比較法的研究』〔1989(H1), 創文社〕
- 帝国地方行政学会編纂『(満日対訳)満州国六法全書』(昭和8(1933)-6-18印刷, 昭和8(1933)-6-20発行, 昭和9(1934)-6-1第9版発行, 帝国地方行政学会)(書名に「満日対訳」とあるが, 内容は中国語と日本語の対訳である.)
- 鳥居淳子「涉外判例研究：浦和家審1986(S61)-1-20」ジュリスト875号271頁〔1987(S62)〕
- 中野俊一郎「判批：大阪高判平成28年11月18日」戸籍時報762号51頁〔2017(H29)〕
- 二宮周平編集『新注民法(17)親族(1)』〔2017(H29), 有斐閣〕
- 根本洋一「婚姻の実質的成立要件の準拠法——配分的適用の意味——」エコ

ノミア 52巻2号21頁〔2001(H13)〕

根本洋一「親子関係の準拠法と抵触法理論——親権変動の構造と国際私法・時  
際法・時際国際私法——」横浜法学 29巻3号91頁〔2021(R3)〕

野澤武之助・山口弘一『早稲田叢書国際私法論』〔1900(M33)-11-30発行,  
1901(M34)-7-23再版発行, 発行所:東京専門学校出版部〕〔復刻版=日  
本立法資料全集別巻615, 2009(H21), 信山社〕

林脇トシ子「涉外判例研究:東京地判昭和29(1954)-8-24」ジュリスト 207  
号89頁〔1960(S35)〕

林脇トシ子「涉外判例研究:大阪地判昭和35(1960)-12-9」ジュリスト 233  
号104頁〔1961(S36)〕

不破勝敏夫『米国のコモン・ロー・マリッジ』〔1961(S36), 有斐閣〕

本浪章一「判批:富山地判昭和40(1965)-3-31」池原季雄編集『涉外判例百  
選(増補版)』98頁〔1976(S51), 有斐閣〕

滿鉄調査課『国民政府制定中華民法対訳, 親族編・相続編』〔1931(S6),  
発行所:南満州鉄道(株), 取次販売所:(社)中日文化協会〕

水野紀子「判批:最(2)判平成8-3-8」私法判例リマークス 15号(1997(H9)  
下) 82頁〔1997(H9)〕

柳勝司「判批:最(2)判平成8-3-8」名城法学 46巻4号107頁〔1997(H9)〕

山口弘一『日本国際私法論(上巻)』〔1910(M43)-9-28初版発行, 1916(T5)  
10-10再版発行, 1921(T10)-10-10第3版発行, 1925(T14)-2-15第4  
版発行, 1927(S2)-3-20改訂増補第5版発行, 巖松堂書店〕

山田三良「国際私法(6・完)」末弘巖太郎編輯代表『現代法学全集第39巻』  
99頁〔1931(S6), 日本評論社〕

山田三良『国際私法(第3分冊)』〔1934(S9), 有斐閣〕

山田鎌一「国際私法」〔1982(S57), 筑摩書房〕

山田鎌一『国際私法(第3版)』〔2004(H16), 有斐閣〕

山本敬三『民法講義I(総則)(第3版)』〔2011(H23), 有斐閣〕

- 横田勝年「判批：名古屋地判平成7（1995）-2-17」判例タイムズ945号（平成8（1996）年度主要民事判例解説）192頁〔1997（H9）〕
- 横山潤『国際家族法の研究』〔1997（H9）、有斐閣〕
- 横山潤『国際私法』〔2012（H24）、三省堂〕
- 我妻栄『親族法』〔1961（S36）、有斐閣〕
- 我妻栄『新訂民法総則』〔1965（S40）、岩波書店〕
- ※外国の実質法については、戸籍実務六法〔日本加除出版〕による。
- FRANKENSTEIN, Ernst: Internationales Privatrecht (Grenzrecht), 1. Bd. [1926 (S1)]
- HABICHT, Hermann: Internationales Privatrecht nach dem Einführungsgesetze zum Bürgerlichen Gesetzbuche [1907 (M40)]
- KEGEL, Gerhard: Internationales Privatrecht, 4. Aufl. [1977 (S52)]
- KEGEL, Gerhard ; SCHURIG, Klaus: Internationales Privatrecht, 9. Aufl. [2004 (H16)]
- KROPHOLER, Jan: Internationales Privatrecht, 6. Aufl. [2006 (H18)]
- LEWALD, Hans: Das Deutsche Internationale Privatrecht [1931 (S6)]
- Münchener Kommentar zum BGB, Band 9, Familienrecht 1 ( § § 1297-1588), 8. Aufl. [2019 (R1)]
- Münchener Kommentar zum BGB, Band 12 (Internationales Privatrecht I), 8. Aufl. [2020 (R2)]
- NEUBECKER: Internationales Privatrecht auf deutsch-rechtlicher Grundlage, in: Jahrbuch für den Internationalen Rechtsverkehr, 1912/1913, S.8 [1912 (T1)]
- NUSSBAUM, Arthur: Deutsches Internationales Privatrecht [1932 (S7)]
- PALANDT: Bürgerliches Gesetzbuch mit Nebengesetzen, 78. Aufl. [2019 (R1)]
- RAAPE, Leo: Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und dem Einführungsgesetz, 6. Bd. Einführungsgesetz, 2. Teil, Art. 7-31 (Internationales Privatrecht), 9. Neubearb. Aufl. [1931 (S6)]

RABEL, Ernst: *The Conflict of Laws: A Comparative Study*, Vol.1 (Introduction, Family Law) [1945 (S20), Ann Arbor, The University of Michigan Press]

RABEL, Ernst: *The Conflict of Laws: A Comparative Study*, Vol.1 (Introduction, Family Law), 2nd Ed. [1958 (S33), Ann Arbor, University of Michigan Law School]

RABEL, Ernst: *The Conflict of Laws: A Comparative Study*, Vol.2 (Foreign Corporations, Torts, Contracts in General) [1947 (S22), Ann Arbor, University of Michigan Law School]

RABEL, Ernst: *The Conflict of Laws: A Comparative Study*, Vol.2 (Foreign Corporations, Torts, Contracts in General), 2nd Ed. [1960 (S35), Ann Arbor, University of Michigan Law School]

Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Art 7–12, 47, 48 EGBGB (Internationales Recht der natürlichen Personen und der Rechtsgeschäfte), Neubearbeitung 2019 [2019 (R1)]

Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Art 13–17b, Anhang zu Art 13 EGBGB, Verlöbnis und nichteheliche Lebensgemeinschaft (Internationales Eherecht), Neubearbeitung 2011 [2011 (H23)]

WALKER, Gustav: *Internationales Privatrecht*, 4. Aufl. [Wien, 1926 (S1)]

WOLFF, Martin: *Das Internationale Privatrecht Deutschlands* (Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaft XV) [1933 (S8)]

WOLFF, Martin: *Das Internationale Privatrecht Deutschlands*, 2. Aufl. (Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaft XV) [1949 (S24) ; Nachdruck 2006 (H18)]

WOLFF, Martin: *Das Internationale Privatrecht Deutschlands*, 3. Aufl. (Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaft) [1954 (S29)]

ZITELMANN, Ernst: *Internationales Privatrecht*, 2. Bd. [1912 (T1)]