

婚姻届等の国際郵送と方式の準拠法

——法律行為の構造と国際私法——

根本 洋一

〔目次〕

第1章 はじめに

第1節 婚姻の方式の準拠法

第2節 届出受理地と届出人所在地

第3節 隔地的法律行為の行為地

第4節 本稿の検討対象

第2章 戸籍法と国際私法の適用関係

第1節 権利変動の要件としての婚姻届受理

第1款 法的判断機関と国際裁判管轄

第2款 婚姻届受理と離婚判決——法律行為の方式と形成判決——

第3款 戸籍法 25 条の法的性質

第4款 まとめ

第2節 届出地と届出方法

第1款 国内婚姻等の場合の届出地と届出方法

第2款 涉外婚姻等の場合の届出地と届出方法

第3節 まとめ

第3章 戸籍実務

第 1 節 戸籍先例

第 2 節 基本通達

第 4 章 判例

第 5 章 学説

第 6 章 国際私法上の法律行為地の意味

第 1 節 法律行為の構造

第 1 款 法律行為における権利変動原因

第 2 款 意思表示の方式と法律行為の方式

第 3 款 市町村長による届出受理と方式

第 2 節 国際私法上の法律行為地

第 1 款 国際私法上の法律行為地

第 2 款 隔地的法律行為（婚姻等）の行為地

第 3 節 日本の学説の系譜

おわりに

第 1 章 はじめに

第 1 節 婚姻の方式の準拠法

婚姻の方式の準拠法は、平成元（1989）年改正法例の施行（平成 2（1990）-1-1）の前（以下、「法例改正前」といい、その時期の法例を「改正前法例」という。）は、法例（明治 31（1898）-7-16 施行）旧 13 条 1 項但書により、婚姻挙行地法¹⁾だっ

1) 国際私法規定が「婚姻挙行地の法」（法適用通則法 24 条 2 項）、「行為地法」（法適用通則法 34 条 2 項、10 条 2 項）を準拠法とする場合、その連結点たる「婚姻挙行地」、「行為地」が地点を指すのか、法域を指すのかは、従来は明確には述べられていないように思われる。

戸籍法で用いられる「本籍」（6 条、9 条、13 条など）と「本籍地」（25 条 1 項、41 条 2 項など）については、青木・大森〔1982（S57）〕213 頁は次のようにいう。

「住所の言葉は、住所地と用語上区別される。本法〔引用者注：戸籍法を指す〕では、

た。民法（法例と同時に施行）の当初の規定である旧 777 条も昭和 22（1947）年改正民法（昭和 23（1948）-1-1 施行）の 741 条も外国に在る日本人間の領事婚を認める^{2), 3)}が、これは、婚姻当事者双方が日本人である場合に共通本国

場所を表示するのに、本籍地・所在地・出生地・死亡地・分籍地・転籍地などの辞句の終りに地のつくものは、最小行政区画たる市区町村の区域をいい、その表示には市区町村までの記載で足りるとされるが、この字の附されない本籍・住所・所在・出生の場所・死亡の場所などは、最小行政区画内の特定の場所をいい、これを表示するには地番号の記載が必要とされる。」（原文中の傍点は引用に際して省略した。）

国際私法上の連結点たる婚姻挙行地については、山田（鐐）〔2004（H16）〕411 は「外国に在る日本人が、日本人または外国人との婚姻届を本籍地の市区町村長に直接郵送した場合には、従来、戸籍実務上、婚姻挙行地は日本であると解して、これを受理する取扱いがされてきた（昭 24・1・12 民事甲 4139 号各司法事務局長宛民事局長通達、昭 26・3・6 民事甲 412 号民事局長回答）。」といい、同 414 頁注 2 は「日本在住の日本人と韓国人が、直接、韓国の面長に、直接、婚姻届を郵送したような場合には、婚姻挙行地の問題となる余地がある。この場合、婚姻挙行地は両当事者の所在する日本であるとするのか、それとも婚姻届が受理された韓国であるとするのかにより結論が異なる。」という。溜池〔2005（H17）〕433 頁は「従来、外国にある日本人が、日本人または外国人との婚姻届を日本の本籍地の市区町村長へ直接郵送した場合には、婚姻挙行地を日本と解し、法例旧 13 条 1 項但書（現行 13 条 2 項）に従い、その届の受理により婚姻の成立を認めることが実務上認められてきた（昭和 26 年 3 月 6 日民事甲第 412 号民事局長回答）。しかし、このような実務上の処理に対しては、学説上、〔……〕、この場合、日本を婚姻挙行地と解することは妥当でないとする批判があった。」といい、同 434 頁は「船舶上における婚姻は、その船舶が領水上にある場合は、領水所属国が婚姻挙行地であるが、公海上にある場合には、旗国法が婚姻挙行地とされる。」という。これらの記述では、国際私法上の連結点たる「婚姻挙行地」は、地点を指す言葉ではなく法域を指す言葉として使われている。そこで、本稿でも、「婚姻挙行地」、あるいは、「行為地」という言葉だけでなく、単独の「地」という言葉（法文上の用例として、法適用通則法 7 条、8 条、10 条 3 項、4 項、14 条、17 条、18 条、25 条など）も、国際私法上の連結点として使う場合は、地点を指す言葉としてではなく、法域を指す言葉として使う。

- 2) 民法旧 777 条は「外国ニ在ル日本人間ニ於テ婚姻ヲ為サント欲スルトキハ其国ニ駐在スル日本ノ公使又ハ領事ニ其届出ヲ為スコトヲ得此場合ニ於テハ前二条ノ規定ヲ準用ス」と規定し、現在の民法 741 条と異なり「大使」を含んでいない。これは、民法制定時（親族編と相続編は明治 31（1898）-6-21 法律 9 号）に日本は外国に大使を派遣していなかったためであるといわれる。山口〔1910（M43）〕32 頁。

法としての日本法上の方式を許容するものであるが、領事婚の方式に限り許容するに過ぎず⁴⁾、本国法上の方式一般を許容するものではない。この結果、婚姻の方式に関して改正前法例が採用した準拠法決定方法は絶対的挙行地法主義と呼ばれる。平成元 (1989) 年改正法例 (平成 2 (1990)-1-1 施行) 13 条 2 項、3 項は婚姻の方式に関して婚姻挙行地法と当事者の一方の本国法という 3 個の実質法の択一的連結を採用し、法適用通則法 (平成 19 (2007)-1-1 施行) 24 条 2 項、3 項はその規定を引き継いでいる (以下では、平成元 (1989) 年改正法例施行後を「法例改正後」という.)。

第 2 節 届出受理地と届出人所在地

法例改正の前後を通じて、婚姻の方式に関しては、婚姻挙行地法上の方式によることができる (法例旧 13 条 1 項但書、法適用通則法 24 条 2 項) が、その前提となる婚姻挙行地概念について争いがあることは周知のとおりである。すなわち、日本人間の婚姻または日本人と外国人の婚姻で当事者双方が外国にいる場合に日本人当事者の本籍地に婚姻届を郵送して (届書提出の方法について、後出第 4 節参照) 受理された場合⁵⁾、婚姻挙行地は日本であると解すれば

3) 法例旧 13 条 2 項は「前項ノ規定ハ民法第 741 条ノ適用ヲ妨ケス」と規定していた (本項における「民法第 741 条」は、制定当初は、「民法第 777 条」だった。明治 31 (1898)-6-21 官報号外 23 頁.)。この規定について、山口 [1932 (S7)] 32 頁は「之は注意的規定にして法理上必要なる者に非ず。元來法の適用力は之を他の法令に委任せざる限り法自身より生ずる者なり。故に他の法律が「適用を妨げず」と規定するは当然の事を規定したる者なり。」という。

なお、民法 741 条の存在意義は法例改正前と改正後では異なる。後出注 92 参照。

4) 民法 741 条は外国に在る日本人間の領事婚を認めているため、同条を一般化し、同国籍の国民間とする領事婚は日本において方式上有効と解されていた。江川 [1970 (S45)] 257-258 頁、折茂 [1972 (S47)] 247 頁。

5) 本稿では、《外国にいる届出人が事件本人の本籍地で婚姻届をして受理された場合、婚姻挙行地は日本であるか。》という表現をしばしば使う。この表現は、国際私法上の婚姻挙行地の概念の如何が準拠法上の方式の如何により左右されることを認めているわけでは

(以下、本稿では、「《届出受理地＝行為地》説」という.)、日本の市町村長による婚姻届受理は婚姻挙行地法（日本法）上の方式要件を満たすのに対して、婚姻挙行地とは当事者（届出人）のいる地であると解すれば（以下、本稿では「《届出人所在地＝行為地》説」という.）、日本の市町村長による婚姻届受理は婚姻挙行地法（当事者のいる外国の法）上の方式要件を満たさない⁶⁾。法例旧13条（絶対的挙行地法主義）の下では上の事例における婚姻の方式の有効性は婚姻挙行地概念の如何により左右されるから、婚姻挙行地概念は解釈上の重要問題だった。しかし、法例改正後は状況が変化した。すなわち、上の事例では、日本の市町村長による婚姻届受理は当事者の一方の本国法（法適用通則法24条3項本文）上の方式要件を満たすから方式上有効であり、その限度で、同条2項にいう「婚姻挙行地」の概念如何は解釈上の実益を失った⁷⁾。

ない。むしろ、特定の実質法上の方式を前提として婚姻挙行地概念を考えることが必要であろう。

- 6) 日本の市町村長による婚姻届受理が外国法（例えば、韓国法）上の方式要件を満たさないのは市町村長には国際的な代替性がないからである。市町村長に国際的代替性のない理由については、後出注18参照。

なお、《届出受理地＝行為地》説と《届出人所在地＝行為地》説のほか、婚姻届書を日本人事件本人の本籍地市町村長に宛てて郵便に付した地をもって婚姻挙行地であるとする見解もあろう（後出第4章に掲げた【判例2】神戸地判平成9（1997）-1-29はその見解を採る。また、後出第5章第9節参照.）。この他、届出を受理した行政機関の所在地をもって行為地と解すべきであるとする見解もある（後出第5章第10節参照）。しかし、婚姻挙行地概念・行為地概念をめぐる議論の中心は、《届出受理地＝行為地》説と《届出人所在地＝行為地》説の対立にあるので、本稿ではこの両説の対立を軸として検討する（なお、届書を郵送に付した地を婚姻挙行地・行為地とする見解については、後出注162、注165参照。）

- 7) 澤木・南〔1990（H2）〕7頁（澤木敬郎）は平成元（1989）年の改正法例に関して次のようにいう。

「従来認められてきた郵便結婚〔……〕は〔……〕当事者の一方の本国法による方式として説明されることになる。したがって婚姻挙行地という連結概念を拡張する解釈をする必要はなくなる〔……〕。」

この引用文は、婚姻挙行地とは届出人所在地を指すのか、それとも、届出受理地を指すのか、という議論が法例の改正により不要になったことを意味する。

しかし、婚姻挙行地概念の如何が法例改正後に完全に解釈上の実益を失ったわけではない。すなわち、日本にいる韓国人と日本人の婚姻の届出が韓国で受理された場合、婚姻挙行地が韓国であると解すれば、韓国法は婚姻挙行地法（法適用通則法 24 条 2 項）として、あるいは、当事者の一方の本国法（法適用通則法 24 条 3 項本文）として、適用されるから、この婚姻は方式上有効である。これに対して、上の場合には婚姻挙行地は日本であると解すれば、法適用通則法 24 条 3 項ただし書きにより、この婚姻は方式上有効ではない⁸⁾。

-
- 8) 日本に在る韓国人と日本人がその婚姻届書を韓国に郵送した場合と、日本に駐在する韓国の大使・公使・領事が韓国人と日本人の婚姻届を（誤って）受理して韓国に送付したことがある。

「法例の一部を改正する法律の施行に伴う戸籍事務の取扱いについて」（平成元（1989）-10-2 民 2 第 3900 号民事局長通達。以下、「基本通達」という。）第 1 婚姻、2 報告的届出、(3) は次のように定める。

「日本において婚姻を挙行した場合において、当事者の一方が日本人であるときは、他の一方の当事者の本国法による方式によることはできないこととされた（改正法例第 13 条第 3 項ただし書）ので、日本人と外国人が日本において婚姻をした（日本人と外国人が当該外国人の本国の大使館等において婚姻をした場合を含む。）旨の報告的届出は、受理することができない。」

この規定における「日本において婚姻を挙行した場合」の意味について、《届出人所在地＝行為地》説によれば上記の韓国人と日本人の婚姻は、法適用通則法 24 条 3 項ただし書きにより、方式上有効ではないのに対して、《届出受理地＝行為地》説によれば、法適用通則法 24 条 3 項本文により、方式上有効である（なお、法適用通則法 24 条 2 項の「婚姻挙行地」と同条 3 項ただし書きの「日本において婚姻が挙行された場合」の判断基準を異にする説もある。後出第 5 章第 10 節参照。).

上記の韓国人と日本人の婚姻が方式上有効かという問題に関しては、法務省民事局内法務研究会〔1989（H1）〕122-123 頁、住田〔1990（H2）〕126 頁、南〔1992（H4）〕60-61 頁（後出第 6 章第 7 節）、戸籍法務研究会〔2001（H13）〕364 頁、山田（鐸）〔2004（H16）〕414 頁注 2（後出第 6 章第 6 節第 2 款）参照。

なお、韓国民法 814 条は、次のように、外国にある韓国人間の領事婚を認めるに過ぎない。

「第 814 条（外国での婚姻届出）外国にある本国民間の婚姻は、その外国に駐在する大使、公使又は領事に届出をすることができる。

- ② 前項の届出を受理した大使、公使、又は領事は、遅滞なくその届出書類を、本国の在外国民家族関係登録事務所に送付しなければならない。」（戸籍実務六法（令和 3（2021）年版）による。）

さらに、婚姻以外の法律行為に目を転じれば、法例改正後も、日本の市町村長による届出受理に関するこの問題——《届出人所在地＝行為地》説と《届出受理地＝行為地》説の対立——は国際私法解釈上の重要問題である。なぜなら、法適用通則法 34 条は、その 1 項と 2 項で、法律行為の方式に関して、法律行為の成立の準拠法（協議離婚に関しては法適用通則法 27 条、認知に関しては同法 29 条 1 項前段、2 項前段、養子縁組に関しては同法 31 条 1 項前段、協議離婚に関しては同法 31 条 2 項、1 項前段、父母による親権者指定協議に関しては同法 32 条）と行為地法の択一的連結を定めるところ、法律行為の成立の準拠法（同法 34 条 1 項）が外国法である場合には、外国にいる届出人が日本人事件本人の本籍地で協議離婚届等を行うことができるか否かは行為地法（同法 34 条 2 項）が日本法であるか否かにより決まるからである^{9), 10)}。

このように、婚姻挙行地・行為地概念に関する《届出人所在地＝行為地》説と《届出受理地＝行為地》説の対立は極めて重要な問題であるが、従来の学説による検討は不十分である。それは、従来の学説は、第 1 に、婚姻などの法律行為に基づく権利変動（夫婦関係の成立など）の原因が何であるか——方式（婚姻届受理など）は権利変動の原因であるのか——を検討していないし、第 2 に、婚姻当事者による婚姻意思の表示の相手方が誰であるか——市町村長か、婚姻の相手方か——を検討していないからである。本項は、このよう

9) 佐藤・道垣内〔2007 (H19)〕9 頁（道垣内正人）は次のようにいう。

「婚姻以外の法律行為（養子縁組、認知、離婚等）についての外国からの郵送による届出は、行為地を郵送に付した地であると解する限り、法適用通則法 34 条 1 項により方式の準拠法が日本法とされない場合には、その届出によってその法律行為の方式が具備されたものと扱うことはできないことになる（『新版・実務戸籍法』319 頁、342 頁、380 頁、『改正法例の解説』174 頁）。」

10) 法例旧 8 条は、物権行為・婚姻・遺言・手形行為・小切手行為以外の法律行為の方式に関して、法律行為の効力の準拠法と行為地法の択一的連結をしていたので、法例改正前も、方式準拠法が日本法になるか否かが行為地概念により左右されることが少なくなかったといえる。

な問題を検討することを通じて、《届出人所在地＝行為地》説と《届出受理地＝行為地》説の対立の解決の方向を探る。

第 3 節 隔地的法律行為の行為地

婚姻挙行地概念・行為地概念に関してはもうひとつ重要問題がある。それは、隔地的法律行為の場合の行為地である。例えば、外国人間の婚姻に関して、一方当事者が日本に所在し、他方当事者が外国に所在する場合において前者の所在地（戸籍法 25 条 2 項にいう届出人の所在地¹¹⁾）で婚姻届をするとき——このときは、婚姻の方式の準拠法の選択肢のひとつである「当事者の一方の本国法」（法適用通則法 24 条 3 項）は日本法ではあり得ない——、日本は婚姻挙行地であると解釈すれば法適用通則法 24 条 2 項により日本法上の方式によることができる。では、そのときは、日本は婚姻挙行地であると解すべきか。そのように解すべきであるとすれば、その根拠として《届出受理地＝行為地》説を採るべきか。本項ではこの問題をも検討する。

第 4 節 本稿の検討対象

本稿では以上の 2 点——婚姻挙行地・行為地とは届出受理地か届出人所在地かという問題と、隔地的婚姻等の婚姻挙行地・行為地は如何の問題——を検討する。

検討の対象たる届出は法律行為の方式としての届出である。それゆえ、戸籍法中に届出に関する規定の置かれている法律行為（婚姻、協議離婚、認知、養子縁組、協議離縁、父母による親権者指定協議）を扱う。これは、婚姻の方式

11) 戸籍法 25 条 1 項、2 項にいう「届出人の所在地」については、複数の届出人のいる法律行為（認知以外）に関しては、届出人が日本国内で分かれて所在する場合はそのいずれの届出人所在地でも届け出ることができるし（後出第 2 章第 2 節第 1 款第 1 目第 2 項参照）、届出人が日本と外国に分かれて所在する場合も日本国内の届出人所在地で届け出ることができる（後出第 2 章第 2 節第 2 款第 2 目第 2 項第 2 参照）。

に関する国際私法規定（法適用通則法 24 条 2 項、3 項）と親族行為の方式に関する規定（法適用通則法 34 条）が別異に規定されているため、婚姻以外の法律行為（協議離婚等）をも視野に入れて検討した方が問題の所在を理解しやすいと考えるからである。

なお、法律行為の方式としての届出は創設的届出であるが、創設的届出のすべてが法律行為の方式としての届出であるというわけではない¹²⁾から、本稿では創設的届出全般を扱うわけではない。

最後に、届書提出の方法について、市役所・町村役場の戸籍事務担当者に婚姻届書を提出する方法には、婚姻の当事者双方が市役所・町村役場に出頭して婚姻届書を提出する方法、使者（婚姻の一方当事者または第三者）に依頼して戸籍事務担当者に婚姻届書を提出する方法、市町村長宛に婚姻届書を郵送する方法などがあり、外国にいる届出人が日本の市役所・町村役場で婚姻届をする場合も変りはない（後出第 2 章第 2 節第 1 款第 2 目、同章同節第 2 款第 2 目第 3 項参照）。戸籍法と国際私法の適用関係の観点から重要なのは、戸籍法 25 条にいう届出地（事件本人の本籍地、届出人の所在地）が日本国内にあるか否かという点と、婚姻の方式の準拠法が日本法であるか否かという点であり、婚姻届書の提出方法は重要な問題ではない。そこで、本稿では、『外国にいる届出人が日本人事件本人の本籍地で婚姻届をする。』というように表現し、届書の提出方法を示さないこととする。

以下では、戸籍法と国際私法の適用関係（第 2 章）、戸籍実務（第 3 章）、判例（第 4 章）、学説（第 5 章）、国際私法上の法律行為地の意味（第 6 章）の順序で検討する。

12) 戸籍法上の届出には報告的届出と創設的届出がある。創設的届出の例は、婚姻届、協議離婚届など法律行為の方式としての届出のほか、分籍届、転籍届などである。青木・大森〔1982（S57）〕193-194 頁。本稿では、創設的届出のうち、法律行為の方式としての届出のみを扱う。

第2章 戸籍法と国際私法の適用関係

本章では、涉外婚姻の方式に関して戸籍法と国際私法がどのように適用されるのかを見ることを通じて、本稿の課題（婚姻挙行地・行為地概念，隔地的法律行為の行為地如何）が戸籍法と国際私法の適用過程のどこに位置するのかを明らかにする。

第1節 権利変動の要件としての婚姻届受理

第1款 法的判断機関と国際裁判管轄

国内婚姻（日本にいる日本人間で日本でする婚姻）の届出を日本の市町村長にすることができるのは当然である。では、涉外婚姻（日本にいる日本人と外国人が日本でする婚姻，日本にいる外国人間で日本でする婚姻，外国にいる日本人間でその外国でする婚姻など）の届出は，どんな場合に——すなわち，婚姻¹³⁾と日本との間にどんな関係があれば——日本の市町村長にすることができるか。例えば，婚姻当事者の一方が日本人であれば，その当事者が日本にいるか外国にいるかを問わず，その当事者の本籍地で婚姻届をすることができるか。

この点で想起されるのは戸籍法25条である。同条は次のように規定する。

「25条① 届出は，届出事件の本人の本籍地又は届出人の所在地でこれをしてなければならない。

② 外国人に関する届出は，届出人の所在地でこれをしてしなければならない。」

この規定は日本国内に併存する市町村長間の事務分配を定めている¹⁴⁾。そ

13) 婚姻という法律関係の構成要素は，各当事者の国籍，常居所，居所，住所，婚姻挙行地である。ただし，本稿では，婚姻挙行地の概念を検討するので，婚姻挙行地は，婚姻届を受理する地，と当事者の身体の所在する地のふたつに分解する方がよいであろう。

14) 青木・大森〔1982（S57）〕203頁は戸籍法25条の注釈で次のようにいう。

れでは、この規定とは別に、《日本の市町村長の総体は、どんな場合に婚姻届を受理することができるか。》を問う必要があるか。この問題には次の両面がある。すなわち、ひとつは、《戸籍法 25 条の文言によれば市町村長の受理権限が認められる場合であっても、事案と日本との関係が非常に弱い場合は、市町村長の届出受理権限を否定すべきか。》という問題であり、もうひとつは、これとは逆に、《戸籍法 25 条の文言によっては市町村長の届出受理権限が認められない場合であっても、事案と日本との関係が非常に強い場合は、市町村長の受理権限を認めるべきか。》という問題である。しかし、結論をいえば、日本の市町村長の総体の婚姻届受理権限の有無を婚姻と日本との間の場所的な要素により決める必要はない。その理由は次のとおりである。

市町村長は戸籍事務を管掌する国家機関であり、実質法を基準として法的判断（その法的判断は、婚姻適齢などの実質的成立要件が充足されているかという点と、婚姻届受理という方式により婚姻が成立するかという点に分けられ、市町村長はいずれも点についても国際私法により特定された法域の実質法により判断する。）をして婚姻届を受理する。それゆえ、市町村長は、形式的審査権しか有しない¹⁵⁾とはいえ、法を適用する国家機関であり、その点で裁判所

「本条は、届出地に関する原則規定である。いかなる地の市町村長に対して届出をすべきものとするかについては、届出人の便宜を考慮するとともに、戸籍事務等の処理に適合するように定められなければならない。本条は、このような観点から届出地に関する規定が定められているが、しかし、これはその一般原則たるにとどまり、これに対して多くの特例がある。

〔……〕、届出地は、戸籍事務等の便宜と届出人の利便をおもんばかって定められているにすぎない〔……〕。」

- 15) 民法 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。」と規定し、これと同趣旨の規定は、協議離婚（民法 765 条 1 項）、養子縁組（民法 800 条）、協議離縁（民法 813 条 1 項）に準用されている。市町村長による審査については、「市町村長は、届出受理に際し、形式的審査権しか与えられず、実質的審査権を

有しない」(谷口〔1994 (H6)〕302 頁),「受理の審査の際, 戸籍事務担当者には実質的審査権はなく, 形式的審査権を行使するに過ぎない。」(二宮〔2017 (H29)〕136 頁(民法 740 条の注釈)(高橋朋子))といわれる。では, 形式的審査権とは何か。

まず, 谷口・同 117-118 頁は「届出受否審査権——実質的審査と形式的審査」と題する項目で次のようにいう。

「市町村長が届出の受否を決するには, その届出が偽造でなく真実の届出義務者或いは届出人の届出であるか否か, 並びに届出の内容が民法, 戸籍法, その他法令に違反していないかどうか, 実質的形式的要件を具備しているかどうかを審査してなさねばならない。併し, 如何なる範囲まで審査の権限があるかは極めて困難な問題である。従来届出事項の真実性を明らかにするため, 事実や法律関係を証する書面を添附せしめたり(戸 32 条 2 項・38 条・49 条 3 項・64 条・83 条 1 項・86 条・90 条 2 項・100 条 2 項・103 条 1 項), 自ら保管する戸籍簿, 除籍簿を見, 他の市町村長の交付した戸籍謄抄本の提出を求めたり, 形式的に条件具備を審査しうが, 届出人の真の身分行為意思の有無の如きを現地調査などして確める権限はなく, ただ「届出事項の虚偽が明白な場合又は実体法規に抵触し効力の生じないことの明白な場合は受理を拒むことができる」との判例がある。併し, 虚偽でないか疑うに足る充分な事実があっても形式的要件が具備しておれば受理する外なく, 他の届出と対照の結果, 社会通念から判断して, 不実と推測される場合でも受理を拒みえぬ。」

次に, 青山・有地〔1989 (H1)〕283 頁(大原長和)は民法 740 条の注釈で次のようにいう。

「戸籍事務担当者は法令違反の婚姻届を受理してはならないというのが本条の趣旨であるが, 届出に法令違反があるか否かは, 届書や添付書類(戸 32II, 38)や戸籍簿等の外面に現れたものにより, 形式的に審査することが許されているにすぎない。すなわち, 形式的審査権しかない。届書の形式が完備していれば, 戸籍事務担当者は届出を受理しなければならない。」

戸籍事務担当者は, 婚姻の内容にまで深く立ち入って, その届出が当事者各自の真意に出たものか否か, 届書中の署名が当事者本人の自署であるか否か等, すべて当事者を喚問したりあるいは証拠を提出させたりしなければ判断しにくい事項までも審査する権限を有しない。すなわち, 実質的審査権はないのである。何故ならば, 裁判官でない戸籍事務担当者にとってそれは事実上不可能であり, 法律上からも不適當であるからである。」

次に, 青木・大森〔1982 (S57)〕132 頁は次のようにいう。

「この審査は, 法定の要件を具備しているか否か, すなわち当該届出等が法令に違背

と同じである。しかし、市町村長と裁判所の間には大きな違いがある。すなわち、市町村長による婚姻届受理は民法 739 条における法律要件（権利変動の要件）である（この点で、市町村長の婚姻届受理は、売買契約、不法行為、動産・不動産の附合などの一般の法律要件と同じである）のに対して裁判所は法を基準として法的判断をする機関である。市町村長は実質規定における法律要件の構成要素であるのに対して、裁判所は法と対置されるべき存在である（裁判所と法は法適用の主体と客体である）。簡単にいえば、市町村長は実質規定の中にあり、裁判所は実質規定の外にある¹⁶⁾。ここから、両者の国際私法上の取扱いの違いが生ずる。

国際社会には、一方では、複数の法秩序（基本的には国家単位の法秩序）が併存するから、どの国の法を判断基準にすべきかの問題が生ずるし、また、他方では、複数の裁判所組織（基本的には国家単位の裁判所組織）が併存するから、どの国の裁判所が判断することができるかの問題が生ずる。ところで、法と裁判所は相互に対置されるべき存在であり、相互に独立した存在であるから、どの国の法を判断基準にすべきかの問題の解決基準（これを提供するのが国際私法である）と、どの国の裁判所が判断主体になり得るかの問題の解決基準（これを提供するのが国際裁判管轄規定である。）は相互に独立しており、換言す

していないか否かを調査する、いわゆる形式的審査であるにとどまり、当該届出等が届出人等の真意に出るものか否か、あるいは届出事項が事実と一致するか否か等の、実質を審査するものではない。けだし、このような実質的事実の認定は、市町村長がこれに立ち入るのは不相当であり、また事実上不可能なのだからであって、実質的審査は市町村長の権限または責任の外に置かれる。もし事実の真否について問題が生ずるときは、後日裁判によって解決するほかはないのである。」

これら説明によれば、形式的審査権とは届書の形式を審査する権限という意味であると思われるが（「形式的」とは審査の態様ないしは権限の性質を示すものではないと思われる。）、形式的審査権の意味について本稿ではこれ以上立ち入る余裕はない。

- 16) Neuhaus は、裁判所が法の上に立つか下に立つか、という表現をする。後出注 19 の (2) (ア) 参照。

れば、各々の解決基準は互いに異なる。訴えに関して国際私法とは別に国際裁判管轄規定が必要になる理由はここにあり、また、各国の裁判所が外国法を適用する原因もここにある。

では、市町村長はどうか。日本の市町村長による婚姻届出受理は実質規定（民法 739 条）の要件である（それゆえ、市町村長自身が実質規定の要件である）。しかし、市町村長が婚姻届の受理に際して事実に基づいて法を基準として法的判断をしていることもまた否定できない。ところで、判決の中でも形成判決（離婚判決など）は実質規定上の法律要件（権利変動の要件）である。そこで、市町村長の婚姻届受理と裁判所による離婚判決を比較しよう。

第 2 款 婚姻届受理と離婚判決——法律行為の方式と形成判決——

離婚訴訟などの形成訴訟にあつては裁判所の法的判断（形成判決）が実質法（民法 770 条）上の法律要件であり、市町村長の婚姻届受理が実質法（民法 739 条）上の法律要件であるのと同じである。それにもかかわらず、離婚の訴えに関して国際裁判管轄の制度が存するのはなぜか。

離婚訴訟にあつては、民法 770 条における法律要件（形成判決）を創出する国家機関（形成力の源泉）と、その法律要件創出が適法であることを公権力をもって判断する国家機関（既判力の源泉）が同一である¹⁷⁾。すなわち、裁判所による離婚判決の目的のひとつは権利（形成権）の存否を公権的に（＝既判力を伴って）判断するところにあり、ここから、離婚の訴えに関する国際裁判管轄を決める必要が生ずる。これに対して、市町村長による法的判断の目的は自己の行為（婚姻届受理）が法律要件を充足することを目的とし、権利の存否の判断を目的とするわけではない¹⁸⁾。それゆえ、市町村長の国際管轄を考え

17) 形成判決に既判力があるか否かは民事訴訟法学で議論されているようであるが、離婚判決の確定により婚姻が解消したことはなんびとも争うことができないことには異論はないであろう。根本〔2019（R1）〕81 頁注 93 参照。

ることはできない。

以上の検討の結果、次の結論を得ることができる。市町村長による婚姻届受

-
- 18) 国家機関（行政機関と裁判所）の国際代替性の有無の根拠も本文に述べたところにある。

或る国の実質法が国家機関の行為をもって法律要件とする場合は、その国家機関とはその国の国家機関を意味するのは当然である。例えば、日本民法 739 条の「届け出る」とは日本の市町村長に届け出ることを意味し、日本民法 770 条 1 項にいう「離婚の訴えを提起する」とは日本の裁判所に離婚の訴えを提起することを意味する。日本民法中のこれらの規定における国家機関とは、外国の国家機関をも含めた意味の一般的な国家機関（世界各国の市町村長、世界各国の裁判所）という意味ではない。ところが、行政機関（婚姻届を受理する市町村長など）には国際代替性がなく、形成裁判（離婚判決など）をする裁判所には国際代替性があるのはなぜか。

日本の市町村長が婚姻届を受理するに際して、当事者の一方の本国法（法適用通則法 24 条 3 項本文）を見て、仮に、その国の市町村長の行為と同じ行為をしたとしても、それはその国の婚姻の方式には該当しない。それは、或る国の実質規定が国家機関の行為をもって法律要件とする場合は、その国家機関とはその国の国家機関を意味するからである。なお、この点に関して、横山〔2012 (H24)〕241 頁は「留意すべきは、当事者の本国法が婚姻の挙行についてその国の国家機関の関与を要求しているときには、日本の戸籍吏などが本国たる外国の国家機関を代行して、本国法の定める民事婚を挙行することはない、という点である。婚姻に関与する機関は、当該機関を創設し、権限を与える国の法だけに服するからである。」という。確かに、日本の市町村長には外国の市町村長の行為（婚姻の成立に際しての関与）を——その外形を模倣して——する権限はない。しかし、「日本の戸籍吏などが本国たる外国の国家機関を代行して、本国法の定める民事婚を挙行することはない」ことの根拠は、「〔日本の市町村長〕は、当該機関を創設し、権限を与える国の法だけに服する」という点ではなく、日本の市町村長は準拠法たる外国法上の市町村長には該当しないという点に求めるべきであろう。

では、日本の市町村長が外国法上の市町村長の関与（婚姻の成立に際しての関与など）をすることができないのに対して日本の裁判所が離婚準拠法たる外国法を適用して離婚判決をすることができるのはなぜか。これは、本文に述べたとおり、どの国の法を判断基準とすべきかの問題とどの国の裁判所が判断主体になり得るかの問題は相互に独立した問題であり、このことは離婚の訴えに関しても同様であり、この結果、離婚の準拠法（の所属国）と離婚の国際裁判管轄（を有する国）が異なることがあり、この場合には、（国際裁判管轄を有する日本の）裁判所は外国の離婚法を適用して裁判をすることとなるからである。

理は実質法上の法律要件(権利変動の要件)である。従って、日本の市町村長が婚姻届を受理することができるか否かは、婚姻の方式に関して日本法が準拠法になるか否かにより決まる(日本法上の方式により婚姻することを国際私法が認める場合は常に日本の市町村長は婚姻届を受理することができるとともに、日本法上の方式により婚姻することを国際私法が認めない場合は日本の市町村長は婚姻届を受理することができない。)^{19), 20), 21), 22)}。それゆえ、日本の

19) 本文で述べたのは、市町村長による婚姻届受理は一般の事実(売買契約の意思表示、不法行為など)と同じく実質法上の要件であるのに対して、離婚判決は、実質法上の要件であるだけでなく、給付判決・確認判決と同じく判決(=既判力を有する法的判断)である、という思想に立った国際裁判管轄論である。これに対して、『離婚判決は市町村長による婚姻届受理と同じく実質法上の要件である。』という思想に立って国際私法の体系を構築することも不可能ではない。

(1) まず、裁判所の離婚判決は市町村長の婚姻届受理と同じく実質法上の法律要件である、という思想から、本文に述べたルール(日本の市町村長は婚姻の方式の準拠法が日本である場合には必ず、また、その場合に限り、婚姻届を受理することができるというルール)の対応物として、『離婚の訴えに関しては、日本の裁判所は、離婚準拠法が日本法である場合には必ず、また、その場合に限り、国際裁判管轄を有する。』というルールを引き出すことができる。

同様な思想(裁判所の離婚判決は市町村長の婚姻届受理と同じく実質法上の法律要件である、という思考)から、外国の市町村長の婚姻に関する権限のルール(婚姻の方式に関して日本の国際私法により外国法が準拠法である場合は、その国の市町村長がその国の実質法を適用してした婚姻の方式への関与は日本において効力を有する、というルール)の対応物として、『日本の国際私法上の離婚準拠法の所属する国の裁判所がその国の実質法を適用してした離婚判決は日本において効力を有する。』というルールを引き出すことができる。

(2) 実際にこのような見解があることは周知のとおりである。

(ア) まず、国際裁判管轄に関しては、ドイツの並行理論 Gleichlauf (theorie) は、ドイツ法が準拠法であればドイツに国際裁判管轄があるとともに、外国法が準拠法であればドイツには国際裁判管轄がない、とする(遺産事件に関するドイツの国際裁判管轄が、並行理論によれば、相続準拠法がドイツ法であるか否かにより決まることについては、Kegel/Schurig [2004 (H16)] SS. 1018-1019 (Kegel) 参照。Neuhaus [1976 (S51)] S. 428 は、準拠法がドイツ法であるか否かによりドイツの国際裁判管轄の有無を決める

このルールを厳格な並行 *ein strenger Gleichlauf* と呼ぶ.)。なお、並行理論に関しては、ドイツの裁判所が訴えに対してするであろう形成判決が準拠法所属国により承認されることが予測できるなどはその訴えに関してドイツに国際裁判管轄がある、という形で修正が加えられることがある (Neuhaus [1976 (S51)] SS. 428-430 は、このように修正された並行理論を緩和された並行 *der gemäßigter Gleichlauf* と呼ぶ.)。並行理論に関しては、Neuhaus [1976 (S51)] SS. 428-432, Kegel/Schurig [2004 (H16)] SS. 1018-1019 (Kegel), 国際法学会編 [1975 (S50)] 604 頁 (澤木敬郎「並行の原則」), 国際法学会編 [2005 (H17)] 771 頁 (根本洋一「並行の原則」) 参照。

Neuhaus は緩和された並行の論拠として次のようにいう。

「原則として、裁判所が、単に認識し、または、命令する活動の際ではなく、形成し、受領し、登録し、あるいは、その他の関与的な活動をする際には、実質法により vom materiellen Recht 呼び寄せられている “gerufen” sein 必要がある、ということを検討する必要がある。なぜなら、原則として、実体の準拠法 *das materiell maßgebende Recht* は、一方では法律効果を法律上当然に発生させる自由を有し (例えば、行為能力の取得と喪失、意思表示の無効、法律関係の解消)、あるいはそれらを純粹に私的な法律行為に (例えば、私署契約書あるいはその他の契約に) 結び付ける自由を有するからである。他方において、準拠法は個々の法律効果を (例えば、離婚、あるいは、養子縁組を) 完全に排除することもできる。同様に、準拠法が法律効果を裁判官その他の公務職員の関与 *die Mitwirkung des Richters oder einer sonstigen Amtsperson* に結び付ける場合は、準拠法は、外国の裁判官、戸籍事務担当者 *Standesbeamter*、公証人などが当該関与をすることができる *die betreffende Wirkung auslösen kann* か、それとも、国内の裁判官などだけがそうすることができるかを自ら決めることができなければならないであろう。裁判官による (またはその他の公務職員による) 形成行為 *Gestaltungsakt* の国際管轄は、それゆえ、代用 *Substitution* [……] の単なる特別の場合として現れる。」(Neuhaus [1976 (S51)] SS. 430-431. また、櫻田 [2000 (H12)] 441 頁参照。)

この引用文で Neuhaus が「裁判官その他の公務職員の関与」、「外国の裁判官、戸籍事務担当者、公証人」といい、裁判官と戸籍事務担当者を同列に置いていることに注目すべきであろう。

また、Neuhaus は次のようにいう。

「裁判所による純粹に認識的な活動 *die rein erkennende Tätigkeit der Gerichte* (例えば、法により当然に効力を生ずる身上監護の規律の確定) がその都度適用されるべき法秩序による特別な授權から独立しており、その限度で裁判所は実質法の「上に」立つ *das Gericht “über” dem materiellen Recht steht* のに対して、裁判所は形成行為の必要

性と許容性を準拠法の内容から引き出し、それゆえ、基本的には準拠法の「下に」立つ。裁判所の裁判権能はここでは司法制度による裁判への一般的委託に由来するのではなく、準拠法——準拠法が「裁判官を呼び寄せる」のであるが——の特別の定めによる。leitet das Gericht die Notwendigkeit und Zulässigkeit eines Gestaltungsaktes aus dem Inhalt des angewandten Rechtes ab und steht somit grundsätzlich “unter” diesem Recht. Die Entscheidungsbefugnis des Gerichts stammt hier nicht aus dem allgemeinen Auftrag der Justiz zur Rechtsprechung, sondern aus einer speziellen Bestimmung des anwendbaren Rechtes, welche “den Richter ruft”.] (Neuhaus [1962 (S37)] SS. 244-245)

なお、Neuhaus [1962 (S37)] S. 245 Fußn. 591 は、「裁判官を呼び寄せる」という具象的な表現は Bötticher が用いるものである、という。

以上に引用した Neuhaus [1962 (S37)] の記述は Neuhaus [1976 (S51)] S. 430 Fußn. 1165 でも維持されている。

以上に述べた Neuhaus の見解は、形成裁判が実質法上の法律要件であることを根拠に、形成裁判と市町村長の行為を、国際裁判管轄に関して、同じく扱う思想である。

(イ) 次に、形成判決は実質法上の法律要件である、という観点から外国判決承認理論を考える説について。

(a) Neuhaus は次のようにいう。

「外国の形成行為 Gestaltungsakte の承認は、訴訟による形成が再びここで実体法に vom materiellen Recht 依存する（前出 § 57 III 3 [引用者注：この注で上に引用した、並行理論に関する Neuhaus の論述を指す。] 参照）限度で、特別な地位を占める。それによれば、そのような領域では、外国裁判の承認は、準拠法を基準として行われる。その結果、例えば、ドイツ民事訴訟法 328 条の承認規定は、ドイツ国際私法によりドイツ法が準拠法になる場合に限り、基準となる。

準拠法所属国で言い渡された裁判は——殊に、緊急の場合には、公序の留保条項により承認を拒否することができるので（訴訟上の留保条項たる民事訴訟法 328 条 1 項 4 号あるいは国際私法上の留保条項たる民法施行法 30 条により）——困難をほとんどたらさない。争われるのは——例えば、合衆国またはアルゼンチンの国民がメキシコで（あるいは、最近であれば、ドミニカ共和国で裁判離婚をした場合のように——第三国の裁判である。この種の場合につき、既に第二次世界大戦前に Jonas は立法史に基づき民事訴訟法 328 条を排除し、民法施行法 17 条の離婚準拠法のみが適用されるべき旨を述べた。反対説は、いわゆる手続法の独立性に依拠して、国際私法に対する手続法の優越に實際上導くが、手続法の優越は既に上記（§ 57 II 1）により退けたところである。」(Neuhaus [1976 (S51)] SS. 438-439. また、櫻田 [2000 (H12)] 449-450 頁参照)

Neuhaus のこの叙述は、その理由として、並行理論に関する彼自身の叙述を引用しているの、外国判決一般ではなく特に外国形成判決の承認を論じたものであろう。

(b) 日本では、江川は、形成判決が実質法上の要件であるという思考に立ち外国判決承認を論じた。江川は次のようにいう。

「形成判決は直接に法律関係を変動する実体法上の効果を生ずるものであるから、管轄権ある外国裁判所が我が国際私法上適法なる準拠法を適用してなしたるものたる以上は、其の判決に依って形成せられたる法律関係の変動は我が国に於いても承認せらるべきが至当である〔……〕。」(江川〔1932 (S7)〕2090 頁)

(ウ) 市町村長も裁判所も国家機関であり、いずれの行為(婚姻届受理、形成判決)も実質法上の法律要件であるが、形成判決は公権力をもってする(=既判力を有する)法的判断であるのに対して、市町村長の行為は一般の法律要件(契約、不法行為、物の附合など)と同じく裁判所による審査に服する。それゆえ、市町村長の行為と形成判決は、国際管轄の点でも外国国家機関の行為の効力の点でも、両者間にあるこのような違いに底じた取扱いをすべきである。

市町村長の婚姻届受理を、準拠法選択(どの国の法が準拠法になるか)の問題ではなく、国際管轄・外国国家機関行為の承認の問題として捉える思想については、横山〔1997 (H9)〕74-75 頁, 77-79 頁, 83 頁注 51, 横山〔2012 (H24)〕240 頁, 櫻田・道垣内〔2011 (H23)〕第 2 巻 22-24 頁(横溝大)参照。

- 20) 青木・大森〔1982 (S57)〕238 頁は戸籍法 40 条の注釈で次のようにいう。

「本条〔戸籍法 40 条〕は、在外日本人についての身分行為の方式に関し、その準拠法を日本法とするという国際私法上の積極的意味を持つものではなく、当該身分行為の方式に関する準拠法が法例の規定により日本法とされる場合においてのみ、その適用がある手続の規定であるにすぎない。すなわち、創設的届出である身分行為の方式に関する準拠法は、本条とは別箇に、その適用の前提として法例の規定によって決定されなければならないのである。」

この叙述は戸籍法 40 条だけでなく同法 25 条(届出地を定める規定)に関しても妥当するし、さらに、法律行為の方式としての届出(創設的届出。前出注 12 参照)に関する戸籍法中のすべての規定に妥当する。

- 21) 奥田は次のようにいう。

「当事者の双方が外国人であっても、婚姻やその他の身分的法律行為の方式は、挙行地法ないし行為地法によることができるから(通則法 24 条 2 項, 34 条 2 項)、日本において挙行される婚姻、および日本においてなされる身分的法律行為は、日本法の方式による。その日本法の方式は、戸籍法上の届出によるとされているから(民法 739 条、

市町村長の総体の婚姻届受理権限の有無を婚姻と日本との間の場所的な要素により決める必要はない²³⁾。

なお、このような、準拠法が日本法になるか否かにより決まる日本の市町村長の総体の権限を国際管轄と呼ぶかどうかは用語の定義の問題である。しかし、ここで得られた結論によれば、婚姻の方式に関しては国際私法問題（どの国の法が準拠法になるかの問題）のみがあり、市町村長の国際管轄の問題は生じな

764 条, 781 条 1 項, 799 条など), 創設的届出に関する規定 (戸籍法 60 条, 66 条, 74 条, 76 条など) が適用される。」(奥田 [2020 (R2)] 112 頁)

「戸籍法の適用範囲を, 「属地的効力」および「属人的効力」という用語を使って説明するものがある (実務戸籍法 270 頁以下)。すなわち, 外国人の出生届および死亡届の義務ならびに日本法の方式による創設的婚姻届などは, 戸籍法の属地的効力によるものとし, 日本人の出生届および死亡届の義務, 外国の方式による証書の謄本の提出義務, 外国の裁判の報告的届出義務, 外国所在の日本人の日本法の方式による創設的婚姻届 (領事婚や本籍地への直接郵送) などは, 戸籍法の属人的効力によるものとする。しかし, これらは, 外国人の在留管理, 通則法により指定された日本法の適用結果, 日本人の身分関係の公証など, それぞれの趣旨および目的により根拠づけられるべきであり, 属人的効力や属地的効力という曖昧かつ多義的な用語で片づけるべき問題ではない。」(奥田 [2020 (R2)] 113 頁)

戸籍法の適用範囲を「属人的」、「属地的」という言葉により説明する例については, 後出注 55, 注 83 参照。

- 22) それゆえ, 法律行為 (婚姻等) の方式の準拠法が日本法である場合において戸籍法 25 条により届出地が決まらないときは, いずれかの市町村で届出ができるようにする必要があり, そのための方策が必要であろう。後出注 55 参照。
- 23) 市町村長の国際管轄を, 婚姻の方式の準拠法が日本法であるか否かを考えずに, 婚姻と日本との関係の強弱により, 決める思想によれば次の問題が生ずる。(1) まず, この思想によれば, 日本の市町村長の総体に国際管轄がある場合であっても婚姻の方式の準拠法が外国法である, という事態が生ずる。しかし, 日本の市町村長の行為は外国法上の法律要件を充足しない (前出注 18 参照) から, 何のために日本の市町村長の国際管轄を認めるのかという疑問が生ずる。(2) 次に, この思想によれば, 婚姻の方式の準拠法が日本法である場合であっても日本の市町村長の総体に国際管轄がない, という事態が生ずる。しかし, それは, 婚姻当事者から婚姻の機会を奪うものである。後出注 55 参照。

い、というべきであろう。

第3款 戸籍法 25 条の法的性質

最後に、戸籍法 25 条の法的性質について検討する。戸籍法 25 条は日本国内に併存する市町村長のうちのどの地の市町村長が婚姻届を受理することができるかを定める規定であり、その点では事務分配の規定であり、管轄規定である。しかし、戸籍法 25 条の定める事項（或る地の市町村長は婚姻届を受理することができる、という結論、別の地の市町村長は婚姻届を受理することができない、という結論）は実質法上の要件（権利変動の要件）である²⁴⁾。戸籍法 25 条は、婚姻届の場所的要素（事件本人の本籍地、届出人の所在地）により婚姻届受理要件を定めている点で戸籍法の他の規定（届書の記載事項を定める同法 29 条など）と異なるに過ぎない（同様に、戸籍法 40 条も権利変動の要件を定める規定である。）。)

では、裁判所の管轄規定はどうか。国内裁判所の土地管轄規定（民事訴訟法 4 条から 22 条までの規定）は日本国内に併存する地方裁判所・簡易裁判所のうちのどの地の地方裁判所・簡易裁判所が訴えにつき審理することができるかを定める規定であり、戸籍法 25 条と同じく、事務分配の規定であり、管轄規

24) 青木・大森〔1982 (S57)〕203-204 頁は戸籍法 25 条の注釈で次のようにいう。

「届出は、届出地においてのみなされるべきであって、届出地以外での届出は、不適法として受理すべきでない。しかし、もし誤ってこれを受理したときは、届出の効力は否定されない。けだし、届出地は、戸籍事務等の便宜と届出人の利便をおもんばかって定められているにすぎないからである。したがって、創設的届出につき届出地以外の届出によっても、身分関係形成の効力が生ずるし〔……〕、また、誤って受理した市長村長から送付して来た届出書は、本籍地市町村長において受けつけ、これに基づき戸籍の記載をすべきである〔……〕。」という。

しかし、「届出地以外での届出は、〔……〕、もし誤ってこれを受理したときは、届出の効力は否定されない。」ことは、戸籍法 25 条が権利変動の要件を定める規定であることに消長を来さないであろう。

定である。しかし、土地管轄規定も国際裁判管轄規定も権利変動の要件を定めるのではなく、訴訟要件を定める²⁵⁾。この点で、戸籍法25条と裁判所の土地管轄規定・国際裁判管轄規定は本質的に異なる²⁶⁾。

第4款 まとめ

本節で得られた結論は、日本の市町村長は、婚姻の方式の準拠法が日本法である場合には必ず、また、その場合に限り、婚姻届を受理することができる、という点にある。従って、本稿の課題——外国にいる届出人が日本人事件本人の本籍地（戸籍法25条1項）で法律行為の方式としての届出をすることができるか——は、日本の市町村長の総体の国際管轄の問題ではなく、法律行為の方式の準拠法——法律行為の成立の準拠法（法適用通則法34条1項）または行為地法（同条2項）——が日本法であるか否かという問題である。そこで、次に、この問題が戸籍法と国際私法の適用関係の中でどこに位置するのかを見る。

第2節 届出地と届出方法

本節は、法律行為の方式としての届出をするための要件（届出地と届出の方法）を検討する。以下では、まず、国内婚姻等の創設的届出を日本の市町村長にする場合の届出地と届出の方法を検討する（第1款）。次に、涉外婚姻等の創設的届出に関する届出地と届出の方法を検討する（第2款）。

25) 新堂〔2019（H31）〕103頁、105頁。

26) 加藤・岡垣〔1978（S53）〕212-218頁にも青木・大森〔1982（S57）〕203-206頁にも（いずれも戸籍法25条の注釈）、戸籍法25条は市町村の間の「事務分配」の規定であるとか、市町村長の「管轄」を定める規定である、といった言及が見当たらない。これは、同条が権利変動の要件を定める規定であることによるのかもしれない。

第 1 款 国内婚姻等の場合の届出地と届出の方法

本款では、国内法律行為（法律関係の当事者²⁷⁾が全員日本人であり、全員日本に常居所を持ち、全員日本に所在する場合の婚姻、協議離婚などの法律行為）について、どの地の市町村長に届出をすることができるか（届出地）、どんな方法で届出をすることができるか、を検討する。

第 1 目 届出地

戸籍法 25 条は次のように規定する。

「25 条① 届出は、届出事件の本人の本籍地又は届出人の所在地でこれをしてしなければならない。

② 外国人に関する届出は、届出人の所在地でこれをしてしなければならない。」

この規定は、どこの市町村長に届出をすべきかに関して、「届出事件の本人の本籍地」という基準と「届出人の所在地」という基準を用いる。そこで、「届出事件の本人」と「届出人」の意味を明かにする必要がある。

第 1 項 事件本人と届出人

届出事件の本人（以下、「事件本人」という。）とは、「特定の届出事件の内容たる身分事項の主体をいう」²⁸⁾といわれる。また、「届出人」については、「届出人とは、現実に届出をしようとしまたは届出をした者を指称する。」²⁹⁾とい

27) 法律関係の当事者と法律行為をする者（以上は国際私法上の概念である）、事件本人と届出人（以上は戸籍法上の概念である）の相互関係については、後出注 43 参照。

28) 青木・大森〔1982（S57）〕204 頁。

29) 青木・大森〔1982（S57）〕198 頁。なお、本稿では法律行為の方式としての届出（創設的届出）を検討対象とするが（前出注 12 参照）、創設的届出に関しては、「身分関係の変動を伴う届出についてはこれを強制せず、届出人の意思に任されるべきは当然であって、したがって、この届出には、届出義務者や届出期間の定めはなく、届出懈怠に対する制裁もありえない。」（青木・大森〔1982（S57）〕194 頁）といわれる。

われる。届出事件の本人と届出人とは、法律行為ごとに見れば次のとおりである。

- (1) 婚姻にあつては、事件本人は婚姻の各当事者であり³⁰⁾、届出人も婚姻当事者双方である (戸籍法 74 条)³¹⁾。
- (2) 協議離婚にあつては、事件本人は夫と妻であり³²⁾、届出人も夫婦双方である (戸籍法 76 条)³³⁾。
- (3) 任意認知にあつては、事件本人は認知者と被認知者であり³⁴⁾、届出人は認知者である (戸籍法 60 条)³⁵⁾。
- (4) 養子縁組にあつては、事件本人は養親と養子であり³⁶⁾、届出人も養親と養子である (戸籍法 66 条。ただし、戸籍法 67 条、68 条はその例外である。)³⁷⁾。
- (5) 協議離縁にあつては、事件本人は養親と養子であり³⁸⁾、届出人も養親と養子である (戸籍法 70 条)³⁹⁾。
- (6) 父母による親権者指定協議にあつては、事件本人は親権者と子であり⁴⁰⁾、

30) 青木・大森 [1982 (S57)] 204 頁。

31) 青木・大森 [1982 (S57)] 339 頁は戸籍法 74 条につき「届出人は、婚姻当事者である夫婦である。」という。

32) 青木・大森 [1982 (S57)] 204 頁。

33) 青木・大森 [1982 (S57)] 345 頁。

34) 青木・大森 [1982 (S57)] 204 頁。

35) 青木・大森 [1982 (S57)] 298 頁。

36) 青木・大森 [1982 (S57)] 204 頁。

37) 青木・大森 [1982 (S57)] 316-320 頁。

38) 青木・大森 [1982 (S57)] 204 頁。

39) 青木・大森 [1982 (S57)] 324 頁。

40) 青木・大森 [1982 (S57)] 204 頁は、親権・後見・保佐の場合の事件本人は「無能力者および親権者・後见人・後見監督人・保佐人」であるという。

届出人は父と母である（戸籍法 78 条）⁴¹⁾。

以上のように、法律行為の方式としての届出に関しては、事件本人と届出人が一致することが多いが（婚姻、協議離婚、養子縁組、協議離縁）、事件本人であるけれども届出人ではない、という者もいる（認知における被認知者、父母による親権者指定協議における子）。しかし、事件本人ではないけれども届出人である、という者はいない^{42), 43)}。

第2項 届出地

戸籍法 25 条によれば、届出地は次のとおりである。

まず、ひとつの届出において日本人たる事件本人がいる場合は、その本籍地で届け出ることができるし、また、届出人の所在地で届け出ることできる（戸籍法 25 条 1 項）。日本人たる事件本人が複数いる場合はそのいずれの本籍地でも届け出ることができる⁴⁴⁾ し、また、届出人が複数いる場合は、そのいずれ

41) 青木・大森〔1982（S57）〕362 頁。

42) 参考までに述べれば、出生届、死亡届（いずれも報告的届出である）にあつては、事件本人はそれぞれ出生子と死亡者であり（青木・大森〔1982（S57）〕204 頁）、それぞれにつき届出義務者と届出資格者が法定されている（戸籍法 52 条、87 条）から、事件本人でない者が届出人である。

43) 婚姻、協議離婚、認知、養子縁組、協議離縁および父母による親権者指定協議においては、戸籍法上の事件本人と国際私法上の法律関係当事者は一致するし、戸籍法上の届出人と法律行為をする者も一致する。

しかし、方式の準拠法のひとつである法律行為成立準拠法（法適用通則法 34 条 1 項）が事件本人の法律行為時の本国法であるとは限らない。例えば、認知にあつては子の出生時の認知者の本国法が認知の成立の準拠法となるし（同法 29 条 1 項前段）、協議離縁の成立の準拠法は、解消の対象たる養子縁組の時点の養親の本国法である（同法 31 条 2 項、1 項前段）。この結果、事件本人全員が届出時に日本人であっても法律行為の方式の準拠法（同法 34 条 1 項または 2 項により特定される法域の法）が日本法ではない場合が生ずる。この点については後出第 2 款第 2 目第 1 項参照。

44) 青木・大森〔1982（S57）〕205 頁は「一の届出において事件の本人が数人ある場合、た

の所在地⁴⁵⁾でも届け出ることができる⁴⁶⁾。

次に、ひとつの届出において外国人たる事件本人がいる場合は、届出人の所在地で届け出ることができる（戸籍法25条2項）。

従って、日本にいる日本人と外国人が婚姻する場合は、日本人当事者（＝事件本人）の本籍地、日本人当事者（＝届出人）の所在地、外国人当事者（＝届出人）の所在地で婚姻届をすることができる。日本にいる外国人間で婚姻する場合は、各当事者（＝届出人）の所在地で婚姻届をすることができる。

第2目 届出方法

第1項 書面による届出

書面による届出の方法としては、届出人（婚姻当事者など）全員が一緒に市役所・町村役場に持参する方法だけでなく、複数の届出人のうちの一部が他の届出人の依頼に基づき市役所・町村役場に持参する方法、届出人から依頼された第三者が市役所・町村役場に持参する方法が認められる。郵便または信書便による方法も認められる（戸籍法47条参照）⁴⁷⁾。

例えば、婚姻・縁組における両当事者のような場合には、いずれの本籍地も届出地となることはいうまでもない。」という。

45) 青木・大森〔1982（S57）〕205頁は戸籍法25条1項の「所在地」の意義について、「住所地・居所地のみならず一時の滞在地も含み〔……〕、本籍地の内外を問わない〔……〕。」という。

46) 青木・大森〔1982（S57）〕205頁は「婚姻・縁組など一の届出につき数人の届出人がある場合は、そのいずれの所在地でも届出ができる〔……〕。」という。

47) 青木・大森〔1982（S57）〕209頁は次のようにいう。

「書面による届出の場合には、届書の提出は、届出人自らが持参する必要はなく〔……〕、それは、創設的届出についても、ことに37条3項但書の届出についても異ならない〔……〕。郵送してもよく（47条参照）、また、他人に託して提出してもよい。この後者も単に伝達機関にすぎず代理人ではないから、委任状を要しないことはもちろんである〔……〕。」

二宮〔2017（H29）〕134頁（高橋朋子）は次のようにいう。

書面による届出の場合、届出人の署名に関して、代署が許されるかという問題がある⁴⁸⁾。民法は、婚姻、協議離婚、養子縁組および協議離婚に関しては当事者の署名を要件とするのに対して、認知と親権者指定協議に関しては戸籍

「婚姻届の提出は、本人や代理人が窓口に出頭することを要しない〔……〕。他人が使者として本人に代わって提出することも〔……〕、郵送によることも（戸47条）、認められている。」

48) 日本法の規定する方式を法律行為ごとに見ると次のとおりである。

1. 民法

(1) 婚姻、協議離婚、養子縁組、協議離婚

民法739条は次のように規定する。

「739条① 婚姻は、戸籍法（昭和二十二年法律第二百二十四号）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。

② 前項の届出は、当事者双方及び成年の証人二人以上が署名した書面で、又はこれらの者から口頭で、しなければならない。」

民法764条（協議離婚について）、799条（養子縁組について）、812条（協議離婚について）は739条を準用する。

(2) 認知に関しては民法781条は次のように規定し、署名を要件とはしていない。

「781条① 認知は、戸籍法の定めるところにより届け出ることによってする。

② 認知は、遺言によっても、することができる。」

2. 戸籍法

(1) 戸籍法74条は「婚姻をしようとする者は〔……〕その旨を届け出なければならない。」

と規定し、戸籍法76条（協議離婚）、60条（認知）、66条（養子縁組）、70条（協議離婚）、78条（父母による親権者指定協議）も同様の規定である。すなわち、親権者指定協議の方式が届出であることの根拠は戸籍法である。

(2) 戸籍法29条は次のように規定する。

「29条 届書には、次の事項を記載し、届出人が、これに署名しなければならない。〔以下省略〕」

(3) 戸籍法施行規則62条は次のように規定する。

「62条① 届出人、申請人その他の者が、署名し、印をおすべき場合に、印を有しないときは、署名するだけで足りる。署名することができないときは、氏名を代書させ、印をおすだけで足りる。署名することができず、且つ、印を有しないときは、氏名を代書させ、は印するだけで足りる。

② 前項の場合には、書面にその事由を記載しなければならない。」

法29条が署名を要件とするに過ぎない。そこで、これらの法律行為の創設的届出に関して届出人の署名の代署が許されるかが問題となり、肯定する説がある⁴⁹⁾、⁵⁰⁾。

第2項 口頭による婚姻届

口頭で届け出をする場合は、婚姻当事者双方が市役所・町村役場に出頭し、婚姻届書に記載すべき事項を陳述する（戸籍法37条1項）。口頭の届出を使用者によりすることはできないと思われる。

第3項 代理人による届出の可否

第1 書面による届出

創設的届出に関しては、委任代理人により書面で創設的届出をすることはできないと解されている⁵¹⁾。従って、委任代理人により書面で婚姻届・協議離婚届等をすることはできない。

第2 口頭による届出

委任代理人により口頭で創設的届出をすることは、重要な身分行為（婚姻、

49) 青木・大森〔1982（S57）〕214頁は、署名した書面による届出または口頭による届出が民法により要件とされる法律行為（婚姻、協議離婚、養子縁組、協議離婚）だけでなく、創設的届出一般に関して代署を許容する。

50) なお、署名した書面による届出または口頭による届出を民法が要件とする法律行為（婚姻、協議離婚、養子縁組、協議離婚）に関しては代署を許さない、ということの意味は、市町村長は受理を拒否すべきであるということにあり、市町村長が誤って受理すれば民法742条2項ただし書きにより有効となる。我妻〔1961（S36）〕42-43頁参照。

51) 青木・大森〔1982（S57）〕200頁（戸籍法第4章「通則」の全体に関する注釈）は「創設的届出に関しては、身分行為が代理に親しまないとするのが通説であり、書面による届出においては、委任代理は許されていない〔……〕。」という。青木・大森〔1982（S57）〕232頁（戸籍法37条の注釈）は「書面による届出については、いかなる場合も委任代理は許されない〔……〕。」という。

協議離婚、認知、養子縁組、協議離婚）に関しては、認められない⁵²⁾ので、委任代理人により口頭で婚姻届をすることは認められない⁵³⁾。

第4項 その他

以上に述べた方法以外の方法として、「届出人が疾病その他の事故で出頭することができないときは、市町村長において届出人の所在場所に臨み、口頭による届出を受理することも認められる〔……〕。」⁵⁴⁾といわれる。

- 52) 戸籍法 37 条は口頭の届出に関する規定であり、同条 3 項は「届出人が疾病その他の事故によつて出頭することができないときは、代理人によつて届出をすることができる。ただし、第六十条〔認知〕、第六十一条〔胎児認知〕、第六十六条〔養子縁組〕、第六十八条〔代諾縁組〕、第七十条から第七十二条まで〔協議離婚、代諾離婚、当事者の一方の死亡後の離婚〕、第七十四条〔婚姻〕及び第七十六条〔協議離婚〕の届出については、この限りでない。」と規定するので、本条ただし書きに列挙されている創設的届出に関しては、「届出人が疾病その他の事故によつて出頭することができない」か否かを問わず、委任代理人により口頭で届け出をすることができないと解されよう。

青木・大森〔1982 (S57)〕200 頁（戸籍法第 4 章「通則」の全体に関する注釈）は「口頭の届出においては、重要な身分行為たる認知・縁組・協議上の離婚・婚姻および協議上の離婚について、委任代理の認められないのは当然であるが（37 条〔……〕）、その他の民法上の身分行為や戸籍法上の創設的届出については、異論はあるが、右規定および口頭の届出を認めた趣旨にかんがみ、代理人による口頭の届出は許されるものと解する。」という。これによれば、「その他の民法上の身分行為や戸籍法上の創設的届出については」戸籍法 37 条 3 項本文の事由がある場合に限り「代理人による口頭の届出は許される」こととなろう。

- 53) 参考までに、委任代理人による報告的届出の可否を見る。

青木・大森〔1982 (S57)〕200 頁は、「報告的届出に関しては、既成の事実または法律関係と密接な関係のある一定の者のみから届け出させることによって、その届出の真実を可及的に確保しようとするのであるから、届出義務者が代理人によって届出をすることは、原則的に禁ぜられる。書面による届出において代理が全く許されない〔……〕のはこのためである。ただ、口頭の届出においては、比較的弊害が少なく、また届出義務者の便宜を図る必要もあるので、特に、届出人が疾病その他の事故により出張することができない場合に限り、委任代理が許される（37 条〔……〕）」という。青木・大森〔1982 (S57)〕232 頁も、「書面による届出については、いかなる場合も委任代理は許されない〔……〕。」という。

- 54) 青木・大森〔1982 (S57)〕231 頁。

第2款 涉外婚姻等の場合の届出地と届出方法

本款では涉外法律行為（事件本人の中に外国人がいる，届出人が外国にいる，などの法律行為）に関して，届出地と届出の方法を検討する。

第1目 戸籍法25条と40条

第1項 戸籍法25条と40条の関係

先に述べたとおり（前出第1節第2款参照），法律行為の方式の準拠法が日本法である場合は，日本の市町村長の総体は，その法律行為の方式としての届出（創設的届出）を受理する権限を有するとともに，準拠法が外国法である場合は日本のいずれの市町村長もその権限を有しない。では，前者の場合，日本国内のどの地の市町村長が届出受理権限を有するか。これは，戸籍法25条が定める，と解する必要がある。ただし，次の2点に注意する必要がある。

第1は，法律行為の方式の準拠法が日本法である場合であっても，どの地の市町村長に創設的届出をすべきかが戸籍法25条によっては決まらないときがある。しかし，法律行為の方式の準拠法が日本法になる場合には，日本法により権利変動の生ずる機会を確保する必要があるから，法律行為の方式の準拠法が日本法になる場合は，必ず，いずれかの地の市町村長が受理できることとする必要がある⁵⁵⁾。

55) 前出注22，注23参照。

事件本人（法律関係の当事者）の中に日本人がおらず，届出人（法律行為をする者）全員が外国にいる場合（この場合は戸籍法25条によっては届出地は決まらない。）において，事件本人の中に無国籍者がおり，その常居所が日本にある，などの理由により法律行為の成立の準拠法（＝法適用通則法34条1項により方式の準拠法になる。）が日本法になるときがある。

基本通達（前出注8）の「第2 離婚」，「1 創設的届け出」，(1)，エ（夫婦の双方が外国人でその本国法が同一でない場合），(イ)は「夫婦の一方が日本に常居所を有し，かつ，他方が日本との往来があるものと認められる場合その他当事者の提出した資料等から夫婦が外国に共通常居所を有しておらず，かつ，その夫婦に最も密接な関係がある

第2は、法律行為の方式の準拠法が日本法である場合には日本国内の届出地を戸籍法25条（戸籍法25条により届出地が決まらなければ、他のなんらかの方法）により決めるべきことは上記のとおり当然である。しかし、法律行為の方式の準拠法が日本法である場合において届出人が外国にいるときには、届出人の便宜を図るために、戸籍法25条の定める地の市町村長の届出受理権限に加えて、届出人のいる外国に駐在する日本の大使・公使・領事の届出受理権限を認める規定がある。戸籍法40条がそれであり、後述する⁵⁶⁾。

地が日本であることが認められる場合は、イ（イ）の例による。」と定め、イ（夫婦の一方が日本人である場合）（イ）は「[……]、管轄局の長の指示を求めた上で、協議離婚の届出を受理することができる。」と定める。上記のときに日本国内のどの市町村長が受理すべきかをこの定めにより決めることは可能であろう。

ただし、澤木・南〔1990（H2）〕82頁（南敏文）は次のようにいう。

「外国人夫婦どうしが外国から郵送により協議離婚届をすることも考えられないわけではない。例えば、生来の在日韓国人・在日中国人夫婦が一時的滞在地であるアメリカから郵送するような場合がそれである。この場合、国際私法のための理論からすれば、外国人夫婦の共通常居所地法が日本であり、その離婚の準拠法が日本の法律である場合、離婚の方式については、成立の準拠法たる日本法によるから、外国からの郵送による届出により有効に協議離婚ができるのではないかという問題がある。しかしながら、我が国の行政法規たる戸籍法は、日本人が自己の志望によって外国の国籍を取得し、日本国籍を喪失したときにする国籍喪失届（戸籍法103条）等、戸籍法が外国に在る外国人について特別の規定を設け届出義務を課しているような場合を除き、外国に在る外国人に属人的に直接適用されることはなく、いわゆる戸籍法の適用管轄を欠くこととなる。このため、外国に在る外国人は、戸籍法による届出によって身分上の行為をすることはできないことになり、外国に在る外国人からの郵送による届出は受理できないこととなる。そして、この不受理処分をしたときは、戸籍発取簿に発取年月日、事件の内容及び不受理の理由を記載し、届出等を届出人に返戻しなければならない（標準準則34条）。」

日本法上の方式により法律行為をすることを国際私法が認める場合に日本の市町村長が関与を拒否するのは妥当ではないであろう。なお、この引用文が戸籍法の適用範囲を「属人的」という言葉により説明することについては、前出注21参照。

56) 戸籍法25条と40条の関係については、後出注85参照。

第2項 戸籍法25条および40条と国際私法の適用の順序

法律行為の方式としての届出を戸籍法25条（または、40条）によりするための前提は、その法律行為の方式の準拠法が日本法であることである。理論的な思考順序は、まず、法律行為の方式の準拠法がどの国の法であるかを判断し、それが日本法である場合に、次に、戸籍法のどの規定（25条、40条）により届出をなし得るかを検討する、というものであろう。しかし、戸籍実務において提起される問題は、日本国内の或る地が戸籍法25条の定める届出地である場合、または、或る国に駐在する日本の大使・公使・領事に戸籍法40条により届出をすることができる場合において、方式の準拠法は日本法であるか、という問題であろう。それゆえ、戸籍法の適用の観点からは、戸籍法25条または40条の要件を満たした場合において法律行為の方式の準拠法が日本法であるかという問題は重要な問題である。そこで、以下では、まず、戸籍法25条についてこの問題を検討し（第2目）、次に、戸籍法40条についてこの問題を検討する（第3目）。

第2目 戸籍法25条

戸籍法25条の定める届出地は事件本人の本籍地と届出人の所在地である。以下では、まず、事件本人の中に日本人がいる（＝事件本人の本籍地が日本国内にある）場合には法律行為の方式の準拠法が日本法になるかを検討し（第1項）、次に、いずれかの届出人が日本にいる（＝届出人の所在地が日本国内にある）場合には法律行為の方式の準拠法が日本法になるかを検討する（第2項）。

第1項 事件本人の本籍地と方式の準拠法

戸籍法25条の定める届出地のひとつは事件本人の本籍地であるから、事件本人の中に日本人がいる場合には、戸籍法25条によれば、その本籍地で届出をすることができる。しかし、法律行為の方式としての届出を戸籍法25条により事件本人の本籍地とするためには方式の準拠法が日本法であることが必要

である⁵⁷⁾。では、事件本人の中に日本人がいれば方式の準拠法は必ず日本法であるか。婚姻に関しては、事件本人（婚姻当事者）の中に日本人がいれば日本法が必ず婚姻の方式の準拠法になる（法適用通則法 24 条 3 項本文）のに対して、婚姻以外の法律行為（協議離婚、認知、養子縁組、協議離婚、父母による親権者指定協議）に関しては、事件本人の中に日本人がいても法律行為の方式の準拠法は必ずしも日本法ではない⁵⁸⁾、⁵⁹⁾、⁶⁰⁾。その結果、婚姻以外の法律行

57) 佐藤・道垣内〔2007（H19）〕8 頁（道垣内正人）は現行実務を次のように述べる。

「日本人に関する身分的法律行為に関して、方式の準拠法が日本法となる場合には、外国からその日本人の本籍地の市区町村長に対して届書を郵送することによって、創設的届出をすることができる。」

58) 佐藤・道垣内〔2007（H19）〕9 頁（道垣内正人）参照。

59) 南〔1992（H4）〕173-175 頁は次のようにいう。

「(1) 複数の当事者が届出人となる身分行為

③ 外国からの郵便による本籍地の市区町村への届出

a 日本人間 行為地は外国であるが（届書の到達した日本が行為地とならないことは、法例 13 条の解説四 1（1）参照）、行為の成立の準拠法が日本法となり、在外の日本人について戸籍法の適用が属人的に及ぶことから、外国から郵送により届書の提出をすることができ、行為の成立の準拠法による方式として有効である。

b 日本人・外国人間 行為地は外国であるので、行為の成立の準拠法が日本法となる場合にのみ、当該届出を受理することができる。

(2) 認知

① 日本人間

〔……〕。外国からの郵便による本籍地の市区町村への届出も、前同様〔引用者注：直前の文の「行為地法が外国法であるが、行為の成立の準拠法が日本法となり」を指すものと思われる。直前の文は後出注 88 に掲げたとおりである。〕可能である。

② 日本人父が外国人子を認知する場合

〔……〕。外国からの郵便による本籍地の市区町村への届出も、前同様〔ふたつ前の文の「選択的連結により指定された準拠法の一が日本法であり、日本法上の要件と外国人子の本国法の保護要件を満たす限り」を指すものと思われる。ふたつ前の文は後出注 88 に掲げたとおりである〕可能である。

③ 外国人父が日本人子を認知する場合

為については、方式の準拠法が日本であるか否かは行為地が日本であるか否かにより決まることが少なくない。以下では、この点を、法律行為の種類ごとに見る。

第1 婚姻

婚姻の実質的成立要件が、その準拠法（法例旧13条1項本文、法適用通則法24条1項）上、満たされているという前提で方式の準拠法を考える。

法例改正前は婚姻の方式の準拠法は——領事婚（法例旧13条2項、民法741条）の例外を除き——婚姻挙行地法だった（法例旧13条1項但書）から、婚姻当事者（＝事件本人）双方が外国にある場合において、その一方または双方が日本人であるとき、日本法が方式の準拠法になる（日本人の本籍地で婚姻届をすることができる）か否かは行為地が日本であるかにより決まった。それゆえ、《届出人所在地＝行為地》説と《届出受理地＝行為地》説の対立が意味を持った。

法例改正後は、婚姻当事者（＝事件本人）双方が外国にある場合において、その一方または双方が日本人であるとき、日本法が方式準拠法になる（法適用通則法24条3項本文）から、日本人の本籍地で婚姻届をすることができる⁶¹⁾。従って、このときに関しては、《届出人所在地＝行為地》説と《届出受

〔……〕、外国からの郵便による日本人子の本籍地の市区町村への届出は、選択的連結の法律のうちのーが日本法であって〔引用者注：「日本法であれば」という趣旨であろう。〕、戸籍法上、届出事件本人たる日本人子の本籍地の市区町村に郵送による届出をすることができるから（同法25条1項、47条）、方式上有効であり、受理することができる。」

- 60) 外国にいる届出人が日本人事件本人の本籍地でする届出に関する戸籍先例として、後出第3章第1節に掲げた次の先例を参照。【戸籍先例2】大正15（1926）-2-3民事第281号民事局長回答（婚姻）、【戸籍先例3】昭和11（1936）-2-3付民事甲第40号民事局長回答（婚姻）、【戸籍先例4】昭和26（1951）-3-6付民事甲第412号民事局長回答（婚姻）、【戸籍先例5】昭和26（1951）-9-13民事甲第1793号民事局長回答（協議離婚）、【戸籍先例10】昭和35（1960）-8-3付民事甲第2011号民事局長回答（婚姻）。

判例として、後出第4章に掲げた【判例2】神戸地判平成9（1997）-1-29参照。

「在地 = 行為地」説の対立は実益を失った⁶²⁾。

第2 協議離婚

協議離婚の実質的成立要件が、その準拠法（法適用通則法 27 条）上、満たされているという前提で方式の準拠法を考える。

夫婦（＝事件本人）双方が外国にある場合において、双方とも日本人であるときは、協議離婚の成立の準拠法は日本法である（法適用通則法 27 条、25 条）から、日本法が方式の準拠法になる（法適用通則法 34 条 1 項）。それゆえ、当事者いずれの本籍地でも協議離婚届をすることができる。

しかし、日本人と外国人の夫婦の双方が外国にある場合は、離婚の成立の準拠法は、例えば夫婦の同一常居所地法（法適用通則法 27 条、25 条）として、日本法になるときもあるし⁶³⁾、外国法になるときもある。そして、離婚の成立の準拠法が外国法になるときに日本法が方式準拠法になるか否かは行為地（法適用通則法 34 条 2 項）が日本であるか否かにより決まるから、「届出人所在地 = 行為地」説⁶⁴⁾と「届出受理地 = 行為地」説⁶⁵⁾の対立が意味を持つ。

61) 澤木・南〔1990（H2）〕7 頁（澤木敬郎）、南〔1992（H4）〕59-60 頁。

基本通達（前出注 8）の第 1 婚姻、1 創設の届出、(2) 形式的成立要件（方式）は「当事者の双方又は一方が日本人である場合における外国から郵送によりする創設的な婚姻の届出は、当事者の一方の本国法による方式によるものとして受理することができる。」と規定する。

62) 前出注 7 参照。ただし、前出注 8 参照。

63) 青木・大森〔1982（S57）〕239 頁は外国にいる夫婦について、改正前法例を前提として、戸籍法 40 条の注釈で、次のようにいう。

「〔在外の夫婦で〕夫が日本人の場合は、市町村長に協議離婚の届出をすることはできる」
改正前法例下では夫が日本人であれば協議離婚の効力の準拠法は日本法である（法例旧 16 条本文）ので、方式の準拠法のひとつは日本法である（法例旧 8 条 1 項）。

64) 澤木・南〔1990（H2）〕81-82 頁（南敏文）は、「外国に在る日本人が協議離婚届をその本籍地市町村長に直接郵送し、当該協議離婚が有効に成立するためには、日本の法律が離婚の成立の準拠法として指定される場合〔……〕に限られることとなる。」という。南〔1992（H4）〕174 頁（1）③b（前出注 59 参照）もこれと同趣旨である。

第 3 認知

認知の実質的成立要件が、その準拠法（法適用通則法 29 条 1 項、2 項）上、満たされているという前提で方式の準拠法を考える。

認知者と子（＝事件本人）双方が外国にある場合において、その双方が日本人であるときは、認知の成立の準拠法（法適用通則法 29 条 1 項前段、2 項前段）は、認知時の認知者の本国法として日本法になることがあり、子の出生時の認知者の本国法として外国法になることがあるし、また、認知者と子の一方が日本人であり他方が外国人であるときも、認知の成立の準拠法は日本法になることもあるし、外国法になることもある。

認知の成立の準拠法が日本法になるときは日本法上の方式により認知をすることができる（法適用通則法 34 条 1 項、それゆえ、日本人の本籍地で認知届をすることができる．）。しかし、認知の成立の準拠法が外国法になるときは、日本法上の方式により認知をする（日本人の本籍地で認知届をする）ことができるか否かは行為地が日本であるか否かにより決まる。従って、《届出人所在地＝行為地》説⁶⁶⁾と《届出受理地＝行為地》説⁶⁷⁾の対立が意味を持つ。

65) 奥田〔2020 (R2)〕163 頁は次のようにいう。

「〔法例〕改正後は、日本人と外国人の夫婦が外国〔……〕に一時的に滞在しているだけであり、日本人配偶者の常居所が日本に残っている場合は、その本籍地に離婚届を直接郵送することができる。戸籍実務上は、郵便に付した地を離婚の行為地とみて、直接郵送を離婚準拠法の方式によったものとする見解が主張されているが（実務戸籍法 380 頁）、婚姻の方式に関する婚姻挙行地法と同様に（第 1 章 I、3）、むしろ郵便の到達地を行為地とみて、行為地法の方式によったものと解するべきである。

また、在外公館における創設の離婚届については、「外国に在る日本人は、……その国に駐在する日本の大使、公使又は領事に届出をすることができる」とされ（戸籍法 40 条）、当事者の双方が日本人であることが求められるから、日本人と外国人の夫婦による届出は、受理することができない（昭和 26 年 9 月 13 日民事甲第 1793 号回答）。ただし、在外公館が誤ってこれを受理し、日本人配偶者の本籍地に送付した場合は、直接郵送と同様に扱われ、本籍地における受理によって届書の到達日に離婚が成立する。これも、行為地法の方式によるものである。」

第4 養子縁組

養子縁組の実質的成立要件が、その準拠法（法適用通則法 31 条 1 項）上、満たされているという前提で方式の準拠法を考える。

日本人養親と外国人養子（＝事件本人）双方が外国にある場合は、養子縁組の成立の準拠法は日本法である（法適用通則法 31 条 1 項前段）から、日本法上の方式で養子縁組をすることができる（法適用通則法 34 条 1 項）。それゆえ、日本人の本籍地で養子縁組届をすることができる⁶⁸⁾。

しかし、外国人養親と日本人養子の双方が外国にある場合は、養子縁組の成立の準拠法は、日本法への反致が成立しない限り、外国法である。養子縁組の

66) 南〔1992 (H4)〕175 頁 (2) ①は、日本人間の認知につき、「外国からの郵便による本籍地の市区町村への届出も、前同様可能である。」（前出注 59）というが、日本人間の認知であっても認知の成立の準拠法が日本法ではないこともあると思われる。

南〔1992 (H4)〕175 頁 (2) ②と③（前出注 59）は、認知者と子の一方が日本人である場合は認知の成立の準拠法が日本法であるときは郵送により日本人の本籍地で認知届をすることができる旨を説く。

67) 奥田〔2020 (R2)〕269 頁は次のようにいう。

「本籍地への直接郵送については、日本人が外国人子を認知する届出を認知者の本籍地に郵送するだけでなく、外国人が日本人子を認知する届出を子の本籍地に郵送することはできる。さらに、外国人が日本人子を認知する届出が在外公館において誤って受理され、子の本籍地に送付された場合は（戸籍法 42 条）、直接郵送と同様に扱われ、本籍地における受理によって到達の日に認知が成立する。このような届出は、届出の到達地である行為地法の方式によったものと解される。」

68) 南〔1992 (H4)〕174 頁 (1) ③ b（前出注 59）。

溜池〔2005 (H17)〕512 頁は次のようにいう。

「外国で日本人が日本人または外国人を養子とする場合には、その縁組届を日本の本籍地の市区町村長に直接郵送すれば、養子縁組の成立の準拠法による方式に従ったものとして（法例 22 条本文）、その受理により養子縁組が成立する〔……〕。」

櫻田〔2020 (R2)〕314 頁は次のようにいう。

「外国にある日本人間の養子縁組については〔……〕（戸籍法 25 条による届出もありうる）。」

成立の準拠法が外国法になるときに日本法上の方式で養子縁組をすることができるか否かは行為地（法適用通則法34条2項）が日本であるか否かにより決まるから、《届出人所在地＝行為地》説⁶⁹⁾と《届出受理地＝行為地》説⁷⁰⁾の対立が意味を持つ。

第5 協議離縁

協議離縁の実質的成立要件が、その準拠法（法適用通則法31条2項，同条1項前段）上，満たされているという前提で方式の準拠法を考える。

養親子（＝事件本人）の一方または双方が日本人であり，養親子（＝届出人）の双方が外国にいる場合において，日本人の本籍地で協議離縁届をしたとき，協議離縁の方式の準拠法は日本法であるか。

69) 南〔1992 (H4)〕174頁(1)③b(前出注59)によれば，外国人養親と日本人養子がいずれも外国に在る場合において養子縁組の成立の準拠法が外国法であるときは養子の本籍地で届け出ることはいできない。

中川・山畠〔1994 (H6)〕327頁(櫻田嘉章)は民法801条の注釈で次のようにいう。

「在外日本人間の養子縁組については，本条〔民法801条〕による以外にも直接に本籍地の市町村長に郵送などの方法で届け出ることでもできる。養親が日本人である限り養子が外国人であっても養親の本国法による方式として認められる。届出の受理地が法例8条2項の行為地であるという従来戸籍実務上とられていた考え方は(縁組につき，昭26・3・6民事甲412号回答，昭33・2・21民事甲406号局長心得回答)，連結点である行為地概念の解釈について学説の批判を浴びていたが，法例改正に当たって戸籍実務上も放棄された模様で(南敏文・改正法例の解説〔平4〕59，後掲基本通達第一の一(二))，外国人が養親である場合には，法例22条但書によってもこの方法はとれないことになった。」

70) 奥田〔2020 (R2)〕284頁は次のようにいう。

「養子が外国人である場合も，日本人養親の本籍地に届書を直接郵送することができるし，在外公館における創設的養子縁組が誤って受理され，日本人養親の本籍地に送付された場合は(戸籍法42条)，直接郵送と同様に扱われ，本籍地における受理によって到達の日に縁組が成立する。戸籍実務上は，前述(第1章I, 3)の婚姻挙行地と同様に，郵便に付した地を縁組の行為地と見て，直接郵送を養親の本国法の方式とする見解が主張されているが(実務戸籍法341頁)，行為地法の方式と解すべきである。」

協議離婚の方式の準拠法は、解消の対象となる養子縁組の準拠法（養子縁組時の養親の本国法、法適用通則法 31 条 1 項前段）と行為地法（協議離婚地法）である（法適用通則法 34 条）⁷¹⁾。従って、《届出人所在地 = 行為地》説に立てば、上記の事例では、解消の対象である養子縁組の準拠法が日本法であるときに限り日本人の本籍地で協議離婚届をすることができる^{72), 73)}。これに対して、《届出受理地 = 行為地》説に立てば、上記の事例では、解消の対象たる養子縁組の準拠法が日本法であるか否かを問わず、日本人の本籍地で協議離婚届をすることができる。

第 6 父母による親権者指定協議

親権者指定協議の実質的成立要件が、その準拠法（法適用通則法 32 条）上、満たされているという前提で方式の準拠法を考える。

父母子（＝事件本人）の中に日本人がいて父母（＝届出人）が外国にいる場合において、父母が日本人の本籍地で親権者指定協議届をしたとき、親権者指定協議の方式の準拠法は日本法であるか。

親権者指定協議の方式の準拠法は、親権者指定協議の成立の準拠法（＝親子関係の準拠法、法適用通則法 32 条により親子の同一本国法）と行為地法である（法適用通則法 34 条）⁷⁴⁾。従って、この事例では、《届出人所在地 = 行為地》

71) 佐藤・道垣内〔2007 (H19)〕160 頁（佐藤やよひ）160 頁は「わが国において届出により離婚が成立する創設的離婚届が可能な場合は、縁組成立の準拠法が日本法の場合か、準拠法が外国法であっても合意により離婚あるいは死後離婚を認める法制度を有しており、行為地が日本である場合となる。」という。

72) 南〔1992 (H4)〕174 頁 (1) ③ a（前出注 59）は日本人間の身分行為に関して「行為の成立の準拠法が日本法となり」というが、日本人間の協議離婚の成立の準拠法は必ずしも日本法とは限らないと思われる。

73) 南〔1992 (H4)〕174 頁 (1) ③ b（日本人と外国人の間の身分行為）（前出注 59）。

74) 南〔1992 (H4)〕174 頁 (1) 「複数の当事者が届出人となる身分行為」, ③「外国からの郵便による本籍地の市区町村への届出」, a「日本人間」の項目で、「行為の成立の準拠法が日本法となり」という。しかし、親子関係の準拠法については、南・同 161 頁が

説に立てば、親子関係の準拠法が日本法であるときに限り日本人の本籍地で親権者指定協議届をすることができる。これに対して、《届出受理地＝行為地》説に立てば、親権者指定協議の成立の準拠法が日本法であるか否かを問わず、日本人の本籍地で親権者指定協議届をすることができる。

第 7 まとめ

以上に見たように、事件本人の中に日本人がいる場合は、たとえ届出人全員が外国にいても、戸籍法 25 条によれば、日本人の本籍地で法律行為の方式としての届出をすることができる。しかし、戸籍法 25 条により届出をするためには法律行為の方式の準拠法が日本法である必要があるところ、《届出人所在地＝行為地》説に立つか、それとも、《届出受理地＝行為地》説に立つかにより日本法が方式の準拠法になるか否かが左右されることが少なくなく、この点に両説のいずれを採るべきかの議論の重要性がある。

第 2 項 届出人の所在地と方式の準拠法

戸籍法 25 条の定めるもうひとつの届出地は届出人の所在地である。法律行為の方式としての届出を届出人所在地とするためには法律行為の方式の準拠法が日本法である必要がある。以下では、届出人全員が日本にいる場合と、複数の届出人が日本と外国に分かれて所在する場合に分けて検討する。

第 1 届出人全員が日本にいる場合

届出人がひとりである法律行為、すなわち、認知にあっては、届出人が日本

「父母の本国法が共通であるが子の本国法と異なる場合〔……〕は第二段階以下の法律によることとし」というように、父母双方が日本人であっても子が外国人である場合があり、その場合は親子関係の準拠法（親権者指定協議の成立の準拠法）は子の常居所地法である（法適用通則法 32 条）。

佐藤・道垣内〔2007（H19）〕270 頁（佐藤やよひ）は親権の創設的届出に関し「創設的届出は法適用通則法 34 条により親権準拠法が日本法又は行為地が日本の場合にのみ認められる。」という。

にいれば行為地は日本であるから日本法上の方式により法律行為をする（戸籍法 25 条により届出人の所在地で届出をする）ことができる（法適用通則法 34 条 2 項）。

複数の届出人のいる法律行為（認知以外の法律行為）に関しては、届出人全員が日本にいれば行為地は日本であるから日本法上の方式により法律行為をする（戸籍法 25 条により各届出人の所在地で届出をする）ことができる（法適用通則法 34 条 2 項）^{75), 76), 77)}。

第 2 複数の届出人が複数の国に分かれて所在する場合

戸籍法 25 条は届出人の所在地を届出地とする。戸籍法 40 条ならびに民法 741 条および 801 条の適用要件は「外国に在る日本人」である。複数の届出人のいる法律行為にあっては、多くの場合、届出人全員が同一国に所在するが、

75) 南〔1992 (H4)〕172-173 頁は次のようにいう。

「各種身分行為の戸籍役場等への創設的届出については、届出をすべき当事者が日本にいて、戸籍役場に届出をする場合は、行為地が日本であるので、方式に関しては、特に問題となる点はない。」

76) 佐藤・道垣内〔2007 (H19)〕7 頁（道垣内正人）は、現行実務として「身分的法律行為の市区町村長への創設的届出は、その実質的成立要件に関する準拠法上有効なものである限り、その方式については日本法に基づき有効なものとして受理することができる。」といい、その解説で「身分的法律行為についても行為地法によることができ、日本での市区町村長への届出は日本が行為地となるので、この要件は具備されることになる。」という。

77) 島津・阿部〔2008 (H20)〕419 頁〔澤木敬郎（道垣内正人補訂）〕は次のようにいう。

「戸籍法の属地的適用により、日本在住の韓国人夫婦が日本で協議離婚の届出をなしうことは当然である。しかし、単なる一時的滞在の場合などは、認めるべきではないであろう。」

「日本在住の韓国人夫婦が日本で協議離婚届」をする場合は——協議離婚の実質的成立要件が夫婦の同一本国法（法適用通則法 27 条本文、25 条）たる韓国法上満たされているという前提で考えると——、方式の準拠法のひとつである行為地法（法適用通則法 34 条 2 項）が日本法であるから日本法上の方式により協議離婚をすることができると思われる。前出注 75 参照。

しかし、複数の国に分かれて所在することもある⁷⁸⁾。では、複数の届出人の所在地が複数の国に分かれていることは戸籍法上および国際私法上どんな意味を持つか。

1. 戸籍法上の意味

まず、戸籍法 25 条と 40 条について。戸籍法 25 条における「届出人の所在地」に関しては、複数の届出人のいる戸籍事件に関してはどの届出人の所在地でも届け出ることができる（前出第 1 款第 1 目第 2 項参照）。その理由は、戸籍法 25 条の届出地は「戸籍事務等の便宜と届出人の利便をおもんばかって定められている」⁷⁹⁾という点にあらう。従って、複数の届出人の所在地が日本と外国に分れている場合も、日本国内の届出人の所在地で届出をすることができるのは当然であらう。その理由は、法律行為の方式の準拠法が日本法である場合において複数の届出人の所在地が日本と外国に分れているときに戸籍法 25 条により日本国内の届出人所在地で届け出ることができるか否かは同条の解釈の問題である、という点にある。

戸籍法 40 条はどうか。戸籍法 40 条の「外国に在る日本人は、この法律の規定に従って、その国に駐在する日本の大使、公使又は領事に届出をすることができる。」という規定の立法趣旨は「外国にある日本人につきその便宜をおもんばかって特別な届出方法を認め、その国に駐在する日本の大使・公使・領事

78) 戸籍先例として、後出第 3 章第 1 節に掲げた次の先例を参照。【戸籍先例 6】昭和 27 (1952) -3-13 付民事甲第 276 号民事局長電信回答 (婚姻) , 【戸籍先例 7】昭和 30 (1955) -12-7 付民事甲第 2586 号民事局長回答 (婚姻) , 【戸籍先例 8】昭和 31 (1956) -7-3 付民事甲第 1466 号民事局長回答 (養子縁組) , 【戸籍先例 9】昭和 33 (1958) -2-21 付民事甲第 406 号民事局長心得回答 (養子縁組) 。

判例として、後出第 4 章に掲げた【判例 1】富山地判昭和 40 (1965) -3-31 参照。

79) 前出注 24 参照。

80) 後出注 85 参照。

に届け出ることができることとした」⁸⁰⁾ という点にあるから、複数の届出人が複数の国（日本と外国、複数の外国）に分かれて所在する場合は、そのいずれかの届出人の所在する外国に駐在する日本の大使等に届け出ることを認めるべきであろう⁸¹⁾。すなわち、この問題も、法律行為の方式の準拠法が日本法である場合における戸籍法 40 条（＝権利変動の要件を定める規定）の解釈問題である。

しかし、複数の届出人が複数の国に分かれて所在することの意味はこれにとどまらない。すなわち、国際私法上の意味を考える必要がある。

2. 国際私法上の意味

法律行為に関して複数の届出人（＝法律行為をする者）がおり、その複数の届出人の所在地が複数の国に分かれていれば、それは隔地的法律行為であるから——法適用通則法 24 条 3 項または 34 条 1 項により日本法上の方式により得る場合でなければ⁸²⁾——、どの届出人の所在する国をもって婚姻挙行地・

81) 中川・山島〔1994 (H6)〕326 頁（櫻田嘉章）は民法 801 条の注釈で次のようにいう。

「在外日本人間の養子縁組である限り、その当事者が所在地国を異にする場合でも本条〔民法 801 条〕の適用があり、その場合にはいずれの所在地においても届出をすることができる。」

佐藤・道垣内〔2007 (H19)〕125 頁（佐藤やよひ）は次のようにいう。

「問題は養親となる者と養子となる者が異なる国に在る場合に、民法 801 条の適用があるのかということであるが、同条は、在外日本人の届出場所について特に設けられた規定であり、日本人同士を当事者とすればよく、当事者の所在国を同じくすることまでは必要ではないと考えられる。」

戸籍先例として、【戸籍先例 8】昭和 31（1956）-7-3 付民事甲第 1466 号民事局長回答参照。

82) 婚姻当事者の一方が日本人である場合（法適用通則法 24 条 3 項本文）および法律行為の成立の準拠法が日本法である場合（法適用通則法 34 条 1 項）はどの国が行為地であるかを問わず日本法上の方式によることが認められるから、婚姻挙行地（法適用通則法 24 条 2 項）がどこか、または、行為地（法適用通則法 34 条 2 項）がどこかを確定する必要はない。

行為地と解すべきかという問題が生ずる。これは隔地的婚姻等の場合の婚姻挙行地概念・行為地概念の問題である。ここではこれ以上立ち入らない（後出第6章第2節第2款で検討する。）。

第3項 届出方法

これまで、涉外法律行為の方式としての届出を戸籍法25条によりすることができる場合において、どんなときに日本法上の方式によることができるかを検討し、その結果、届出人が外国にいる場合であっても事件本人の中に日本人がいるときには日本法が方式の準拠法になることが少なくないことが明らかになった。また、届出人全員が日本にいる場合は、必ず、行為地法としての日本法上の方式によることができる。

では、涉外法律行為を日本法上の方式によりする場合——特に、届出人が外国にいるとき——にはどんな方法で届出をすることができるか。

届出人が外国にいる場合の届出の方法も一般原則による（前出第1款第2目参照）。付言すれば、届出人が外国にいる場合は基本的には書面による届出の方法しかないであろう。しかも、届出人が外国にいるのであるから届出人が市役所・町村役場に出頭して届書を持参することは考えることができないから、使者に委託する方法か、郵便により送る方法によるほかはない⁸³⁾。使者に託

83) 法務省民事局内法務研究会〔1989（H1）〕114頁は、外国に在る届出人が日本で届出をするための法的根拠について次のようにいう（後出第3章第2節参照）。

「届書の提出を外国からすることができるか否かについては、我が国の戸籍法の管轄（行政管轄）に関する問題であるが、在外の日本人については戸籍法の適用が属人的に及ぶことから、外国から郵送によりすることができることはいうまでもない（戸籍法47条参照）。」

住田〔1990（H2）〕125-126頁、民事法務研究会〔2001（H13）〕363頁にもこれと同旨の記述（いずれも字句の相違がある）が見える。

法律行為をするに際して日本法上の方式によることを国際私法が認める場合（法適用通則法24条2項、3項、34条1項、2項により特定される法が日本法である場合）に戸

する方法による場合、届出人が使者に届出人の署名の代署を委託することもある。こういった問題に関しては国内法律行為に関して述べたこと（前出第1款第2目参照）がそのまま妥当する。

第3目 戸籍法40条

第1項 戸籍法40条の立法趣旨

戸籍法40条は次のように定める。

「40条 外国に在る日本人は、この法律の規定に従つて、その国に駐在する日本の大使、公使又は領事に届出をすることができる。」

法律行為の方式としての届出に関しては、戸籍法40条は、戸籍法の他の規定（25条など）と同じく、日本法が法律行為の方式の準拠法になる場合に限り適用される⁸⁴⁾。

戸籍法25条は法律行為の方式としての届出の受理の事務分配を定める原則規定・一般規定である。しかし、届出人が日本国内にいるとは限らないので、届出人の便宜を図るために、国内の市町村長の届出受理権限に追加する形で、外国にいる日本の大使・公使・領事の受理権限を定めたのが戸籍法40条である⁸⁵⁾、⁸⁶⁾。それゆえ、戸籍法40条により届出をすることができる場合でも、戸

籍法が適用されることは当然である。前出第1節第2款参照。戸籍法の適用範囲を「属人的」という曖昧かつ多義的な言葉により説明すべきではない。前出注21参照。

84) 前出注20参照。

85) 青木・大森〔1982（S57）〕206頁は戸籍法25条の注釈で次のようにいう。

「外国にある日本人は、その国に駐在する大使・公使・領事に届出をすることができる（40条）。これは、一般原則により届出事件の本人の本籍地への届出を否定するものではない。」という。

青木・大森〔1982（S57）〕237-238頁は戸籍法40条の注釈で次のようにいう。

「本条は、外国にある日本人につきその便宜をおもんばかって特別な届出方法を認め、その国に駐在する日本の大使・公使・領事に届け出ることができることとしたのであり、これは、報告的届出についても創設的届出についても同様に適用され、後者につい

籍法 25 条により届出をすることができる⁸⁷⁾。

第 2 項 戸籍法 40 条の適用と方式準拠法

法律行為の方式としての届出を戸籍法 40 条によりするための前提は、その法律行為の方式の準拠法が日本法であることである。すなわち、理論的な順序としては、まず、法律行為の方式の準拠法が日本法であるか否かを検討し、次に、戸籍法 40 条を適用すべきかを検討する、という順序であろう。しかし、戸籍実務では、戸籍法 40 条により届出ができる場合において方式の準拠法は日本法であるか、という問題を提起することも少なくないであろう。それゆえ、以下では、法律行為の方式に関して戸籍法 40 条の要件を満たした場合に日本法上の方式により法律行為をすることができるかを検討する^{88), 89), 90)}。

ては、在外公館の受理によって形成的効力が生ずる。しかし、この便法は、外国にある日本人が一般原則により、直接に事件本人の本籍地市町村長に郵送して届け出ることを否定するものでなく〔……〕、また届書の提出を委託することも同様であって、これは、報告的届出についても創設的届出についても異ならない。」

- 86) 法律行為の方式としての届出が民法 741 条、801 条または戸籍法 40 条に従って日本の大使・公使・領事にされた場合は、日本の大使等による届出受理により法律行為が成立する（戸籍法 42 条により婚姻届書等が本籍地に送付された時点ではない）。

青木・大森〔1982 (S57)〕240 頁は戸籍法 40 条の注釈で次のようにいう。

「創設的届出については、在外公館の受理によってその効力を生じ、本籍地市町村長への送付およびその受附は事後的な手続にすぎない。民法は、婚姻・縁組につき、特にこのことを規定したが（民法 741 条・801 条・739 条 1 項）、その他の創設的届出においても変りはない。」

また、前出注 85 参照。

- 87) 前出注 85 参照。

外国に駐在する日本の大使等に届出をすることができる場合に、事件本人の本籍地で届出をすることができることについては、養子縁組につき、澤木・南〔1990 (H2)〕166 頁（南敏文）参照。

- 88) 南〔1992 (H4)〕173-175 頁は次のようにいう。

「(1) 複数の当事者が届出人となる身分行為

戸籍法 40 条によれば、外国に駐在する日本の大使・公使・領事に届け出るためには、届出人全員が日本人である。以下では、複数の届出人全員が同一の外国に所在する場合を検討する。なお、複数の日本人届出人全員が同一の外国にいる場合においてその国に駐在する日本の大使・公使・領事に届け出をするときは——届出人所在地と届出受理地が同じであるから——、婚姻挙行地・行為地はその外国である⁹¹⁾（すなわち、《届出人所在地＝行為地》説と《届出受理地＝行為地》説の対立は実益を持たない。）

① 我が国の在外公館への届出

a 日本人間 在外公館に届出がされる場合は、行為地法が外国法であるが、行為の成立の準拠法が日本法となる。そこで、協議離婚については、民法 741 条の類推適用により、養子縁組については、民法 801 条の適用により、協議離婚については、民法 801 条の類推適用により、いずれも方式に関し、届出を受理することができる。

(2) 認知

① 日本人間

我が国の在外公館に届出がされる場合は、行為地法が外国法であるが、行為の成立の準拠法が日本法となり、民法 781 条、戸籍法 40 条の規定により受理することができる。

② 日本人父が外国人子を認知する場合

我が国の在外公館に届出がされる場合は、選択的連結により指定された準拠法の一が日本法であり、日本法上の要件と外国人子の本国法の保護要件を満たす限り、前同様〔①を指すものと思われる。〕受理することができる。〔……〕。

89) 佐藤・道垣内〔2007（H19）〕8 頁（道垣内正人）は現行実務を次のように述べる。

「外国に在る日本人は、日本人間の婚姻、養子縁組及び協議離婚について、並びにその者がする認知については、その国に駐在する日本の大使、公使又は領事に届出をすることができる。」

90) 戸籍先例として、後出第 3 章第 1 節に掲げた【戸籍先例 1】大正 12（1923）-1-6 付民事第 4887 号民事局長回答（協議離婚）参照。

91) 或る国が外国に大使・公使・領事を派遣している場合において、その大使・公使・領事が婚姻等の方式に関与した場合、婚姻挙行地は外交官接受国であり、外交官派遣国が挙行地であるというわけではない。大使館等の敷地は外交官接受国の領土であり、外交官派遣国の飛び地ではないし、そもそも、この場合は、外国に派遣された大使・公使・領事が派遣国法上の方式を接受国で実行していると考えるべきだからである。

第1 婚姻

婚姻の実質的成立要件が、その準拠法（法適用通則法24条1項）上、満たされているという前提で方式の準拠法を考える。

婚姻当事者双方（＝届出人）が日本人であり、かつ、双方が同一の外国にいる場合において、その国に駐在する日本の大使・公使・領事に婚姻届をしたときは、婚姻の方式の準拠法は日本法であるか。

法例改正前は、婚姻の方式の準拠法は——法例旧13条2項および民法741条を考えなければ——婚姻举行地法である（法例旧13条1項但書）。婚姻当事者双方（届出人）が日本人であり、かつ、双方が同一の外国にいる場合には、その国に駐在する日本の大使・公使・領事にする婚姻届に関しては婚姻举行地法（＝婚姻の方式の準拠法）はその外国法であるから戸籍法40条は適用されない。それゆえ、法例改正前は、外国にいる日本人間の領事婚を認めるためには民法741条が必要だった⁹²⁾。

92) 領事婚・領事縁組に関して民法741条・801条と戸籍法40条の存在意義はどこにあるか。

(1) 青木・大森〔1982（S57）〕238頁は戸籍法40条の注釈で次のようにいう。

「本条〔戸籍法40条〕は、在外日本人についての身分行為の方式に関し、その準拠法を日本法とするという国際私法上の積極的意味を持つものではなく、当該身分行為の方式に関する準拠法が法例の規定により日本法とされる場合においてのみ、その適用がある手続的规定であるにすぎない。すなわち、創設的届出である身分行為の方式に関する準拠法は、本条とは別箇に、その適用の前提として法例の規定によって決定されなければならないのである。

〔……〕、民法741条は、本条〔戸籍法40条〕と同様な立言をし、しかも、日本人間の婚姻のみを対象としてその適用範囲を狭くしており、そのため本条のある以上は無意味の規定のように思われるが、しかし、両者は、右のように異なる面において異なる趣旨を規定しているのである。」

この引用文により、法例改正前は、法例旧13条1項但書と戸籍法40条によっては日本人間の領事婚を認めることができなかったので、民法741条が必要だったことがわかる。

(2) 青木・大森〔1982（S57）〕239頁は戸籍法40条の注釈で次のようにいう。

「縁組に関しては、在外日本人間における縁組については、法例19条2項・8条1項により養親の本国法たる日本法が方式に関する準拠法となり、民法801条の規定をまつまでもなく、本条による届出が認められる。」

法例改正後はどうか。婚姻当事者双方（届出人）が日本人であり、かつ、双

(3) 中川・山畠〔1994（H6）〕324-325頁（櫻田嘉章）は民法801条の注釈で次のようにいう。

「渉外の婚姻については平成元年の法例改正に至るまで方式について絶対的挙行地法主義すなわち日本人同士の婚姻であっても外国で行われる婚姻についてはその外国法の定める方式によることが原則とされていたので（改正前法例13I但書）、在外日本人間の婚姻については本来挙行地である外国の法律の定める方式によるべきところ、741条が在外日本人間について日本方式の婚姻を可能とするという意味で抵触法上の特則をなしていたのに対して（改正前法例13II）、養子縁組の方式については法例8条により、在外日本人間の養子縁組については養子縁組の効力の準拠法である養親の本国法（改正前法例19II）である日本法によりうるものとされ、戸籍法40条によりこの届出をその国に駐在する大使、公使、領事に対して行うことが可能であったので、本条〔民法801条〕によるまでもなく日本法による届出ができた。

法例改正により婚姻の方式について一方当事者の本国法が許されることになったので、婚姻についても741条の抵触法上の例外としての意義はなくなった。養子縁組について改正法例によると8条に代えて22条によることになり、縁組当時の養親の本国法としての日本法が適用されることになった。」

(4) 上記の各引用文により、法例改正前は、法例旧8条1項と戸籍法40条により——民法801条がなくても——日本人間の領事縁組を認めることができたことがわかる。そして、民法801条の持つ意味は法例改正後の民法741条の持つ意味と同じであることもわかる。

以上をまとめれば、日本人間の領事婚の根拠規定は、法例改正前は民法741条だった（戸籍法40条は適用されなかった）のに対して法例改正後は法適用通則法24条3項であり、併せて、民法741条（または戸籍法40条）が適用される。日本人間の領事縁組の根拠規定は、法例改正の前後を通じて、国際私法（法例旧8条1項、法適用通則法34条1項）であり、併せて民法801条（または戸籍法40条）が適用される。

なお、法例改正後の民法741条と戸籍法40条の適用関係については、上記（1）の引用文中の「民法741条は、本条〔戸籍法40条〕と同様な立言をし、しかも、日本人間の婚姻のみを対象としてその適用範囲を狭くしており、そのため本条のある以上は無意味の規定のように思われるが、しかし、」（青木・大森〔1982（S57）〕238頁）という記述の示すとおり、一般法と特別法の関係とみて、民法741条が適用されるものと解すべきであろう。民法801条と戸籍法40条の適用関係も同じである。なお、佐藤・道垣内〔2007（H19）〕189頁（岡野祐子）は日本人間の領事婚の根拠規定として民法741条と戸籍法40条を挙げ、同125頁（佐藤やよひ）は日本人間の領事縁組の根拠規定として民法801条と戸籍法40条を挙げる。

方が同一の外国にいる場合において、その国に駐在する日本の大使・公使・領事に婚姻届に関しては婚姻挙行地はその外国であるが、法適用通則法 24 条 3 項本文により日本法上の方式により婚姻することができる。それゆえ、民法 741 条または戸籍法 40 条により、その国に駐在する日本の大使・公使・領事に婚姻届をすることができる⁹³⁾。

第 2 協議離婚

協議離婚の実質的成立要件が、その準拠法（法適用通則法 27 条）上、満たされているという前提で方式の準拠法を考える。

外国にいる日本人夫婦（＝届出人）がその国に駐在する日本の大使・公使・領事に離婚届をする場合、協議離婚の方式の準拠法は日本法であるか。

日本人夫婦の離婚の準拠法は夫婦の同一本国法としての日本法である（法適用通則法 27 条本文、25 条）から、日本法上の方式により協議離婚をすること

93) 南〔1992 (H4)〕173 頁 (1) ① a (前出注 88), および, 前出注 89 参照。

基本通達 (前出注 8 参照)「第 1 婚姻」, 「1 創設的届出」, 「(2) 形式的成立要件 (方式)」は次のように規定する。

「婚姻の方式は、これまでの婚姻挙行地法によるほか、当事者の一方の本国法によることができることとされた (改正法例第 13 条第 3 項本文)。したがって、外国に在る日本人が民法第 741 条の規定に基づき日本の大使等にする婚姻の届出〔……〕は、当事者の一方の本国法による方式によるものとして受理することができる。」

94) 南〔1992 (H4)〕173 頁 (1) ① a (前出注 88), および, 前出注 89 参照。

青木・大森〔1982 (S57)〕239 頁は、改正前法例を前提として、戸籍法 40 条の注釈で次のようにいう。

「在外日本人間の協議離婚については、民法に直接の規定はないが、民法 741 条と同様に解し、その国の法律において協議離婚を認めていない場合でも本条〔戸籍法 40 条〕による届出が認められる (大正 12・1・6 回答 4887 号)。」

法例改正前は、在外日本人間の協議離婚の準拠法は、法例旧 16 条により、協議離婚時の夫の本国法としての資格で、常に日本法であるので、法例旧 8 条 1 項により日本法上の方式により協議離婚をすることができた。後出第 3 章第 1 節に掲げた【戸籍先例 1】大正 12 (1923)-1-6 付民事第 4887 号民事局長回答参照。

ができる（法適用通則法 34 条 1 項）。従って、戸籍法 40 条により、その国に駐在する日本の大使・公使・領事に協議離婚届をすることができる⁹⁴⁾。

第 3 認知

認知の実質的成立要件が、その準拠法（法適用通則法 29 条 1 項、2 項）上、満たされているという前提で方式の準拠法を考える⁹⁵⁾。

認知者（＝届出人）が認知時において日本人であり、かつ、外国にいる場合に、その国に駐在する日本の大使・公使・領事に認知届をするとき、認知の方式の準拠法は日本法であるか。

認知に関しては認知の成立の準拠法上の方式により認知することができる（法適用通則法 34 条 1 項）ところ、認知の成立の準拠法については、子の出生時の認知者の本国法、認知時の認知者の本国法および認知時の子の本国法の択一的連結が採用されている（法適用通則法 29 条 1 項、2 項）。従って、認知者が認知時に日本人であっても認知の成立の準拠法は必ずしも日本法ではない。外国にいる日本人認知者は、認知の成立の準拠法が日本法であるときに限り、戸籍法 40 条により、認知者のいる国に駐在する日本の大使・公使・領事に認知届をすることができる⁹⁶⁾。

95) 青木・大森〔1982（S57）〕239 頁は戸籍法 40 条について改正前法例を前提として次のようにいう。「在外日本人による認知については日本法が準拠法となるから（法例 18 条 2 項・8 条 1 項）、当然に本条〔戸籍法 40 条〕による届出ができる。」

96) 在外公館への認知届に関しては次の説がある。

(1) 日本人間の認知

南〔1992（H4）〕175 頁は日本人間の認知に関して次のようにいう（前出注 88）。

「① 日本人間 我が国の在外公館に届出がされる場合は、行為地法が外国法であるが、行為の成立の準拠法が日本法となり、民法 781 条、戸籍法 40 条の規定により受理することができる。」

しかし、日本人間の認知であっても、子の出生時の認知者の本国法が外国法であり、それにより認知をする場合は、認知の方式の準拠法は日本法ではない。なお、南〔1992（H4）〕175 頁の「② 日本人父が外国人子を認知する場合」の項目（前出注 88）では、

第 4 養子縁組

養子縁組の実質的成立要件が、その準拠法（法適用通則法 31 条 1 項）上、満たされているという前提で方式の準拠法を考える⁹⁷⁾。

養親子（＝届出人）のいずれも日本人であり、同一の外国にいる場合において、その国に駐在する日本の大使・公使・領事に養子縁組届をするとき、養子縁組の方式の準拠法は日本法であるか。

養子縁組の成立の準拠法は養子縁組時の養親の本国法（法適用通則法 31 条 1 項前段）であるから、養親子のいずれも日本人であれば日本法上の方式により養子縁組をすることができる（法適用通則法 34 条 1 項）。従って、同一外国に所在する養親子のいずれも日本人であれば、民法 801 条または戸籍法 40 条により、その国に駐在する日本の大使・公使・領事に縁組届をすることができ

外国に駐在する日本の大使等に届出をすることができるか否かに関して認知の実質的成立要件に関する択一的連結を考慮している。

(2) 認知者が日本人である場合

（ア）佐藤・道垣内〔2007（H19）〕79 頁（出口耕自）は現行実務を次のように述べる。
「日本人が認知するときは、認知される者の国籍を問わず、在外公館に対してその届出をすることができる。」

佐藤・道垣内〔2007（H19）〕8 頁（道垣内正人）（前出注 89）も、現行実務として、外国に在る日本人がする認知については在外公館に届け出ることができる旨を述べる。

（イ）奥田〔2020（R2）〕268-269 頁は次のようにいう。

「日本の在外公館への届出については、「外国に在る日本人は、……その国に駐在する日本の大使、公使又は領事に届出をすることができる」とされているから、（戸籍法 40 条）、日本人が外国人子を認知する届出はできるが、外国人が日本人を認知する届出はできない。」

これらの説についても上記（1）で述べたことが妥当と思われる。

97) 青木・大森〔1982（S57）〕239 頁は、改正前法例を前提として、戸籍法 40 条の注釈で次のようにいう。

「縁組に関しては、在外日本人間における縁組については、法例 19 条 2 項・8 条 1 項により養親の本国法たる日本法が方式に関する準拠法となり、民法 801 条の規定をまつまでもなく、本条による届出が認められる。」

る⁹⁸⁾。

第5 協議離縁

協議離縁の実質的成立要件が、その準拠法（法適用通則法 31 条 2 項、同条 1 項前段）上、満たされているという前提で方式の準拠法を考える。

養親子（＝届出人）のいずれも日本人であり、同一の外国にいる場合において、その国に駐在する日本の大使・公使・領事に協議離縁届をするとき、協議離縁の方式の準拠法は日本法であるか。

協議離縁の成立の準拠法は、解消の対象たる養子縁組の準拠法（＝養子縁組時の養親の本国法）である（法適用通則法 31 条 2 項、1 項）。従って、協議離縁の当事者双方が協議離縁時に日本人であっても協議離縁の成立の準拠法は必ずしも日本法ではない。従って、同一の外国に所在する協議離縁の当事者双方が日本人である場合は、協議離縁成立の準拠法が日本法であるときに限り、戸籍法 40 条により、その国に駐在する日本の大使・公使・領事に協議離縁届をすることができる⁹⁹⁾。

98) 南〔1992（H4）〕173 頁（1）①a（前出注 88）、および、前出注 89 参照。

国際私法、民法 801 条および戸籍法 40 条の相互関係については、前出注 92 参照。

99) 在外公館への協議離縁届に関しては次の説がある。

（1）南〔1992（H4）〕173 頁は日本人間の協議離縁の在外公館への届出について次のようにいう（前出注 88）。

「a 日本人間 在外公館に届出がされる場合は、行為地法が外国法であるが、行為の成立の準拠法が日本法となる。そこで、〔……〕協議離縁については、民法 801 条の類推適用により、いずれも方式に関し、届出を受理することができる。」

（2）佐藤・道垣内〔2007（H19）〕159 頁（佐藤やよひ）は現行実務を次のように述べる。

「外国に在る日本人同士が離縁をするときには、その国に駐在する日本の大使、公使又は領事に届出をすることができる。」

ただし、佐藤・道垣内〔2007（H19）〕8 頁（道垣内正人）は、現行実務を述べるに際して、外国に在る日本人がその国に駐在する日本の大使等になし得る創設的届出の中に協議離縁届を含めていない（前出注 89）。

協議離縁時に当事者双方が日本人であっても、協議離縁の方式の準拠法（法適用通則法 34 条 1 項により、解消の対象たる養子縁組の準拠法）が常に日本法であるとは限らないと思われる。

第 6 父母による親権者指定協議

親権者指定協議の実質的成立要件が、その準拠法（法適用通則法 32 条）上、満たされているという前提で方式の準拠法を考える。

父母（＝届出人）の双方が日本人であり、同一の外国にいる場合において、その国に駐在する日本の大使・公使・領事に親権者指定協議届をするとき、親権者指定協議届の方式の準拠法は日本法であるか。

親権者指定協議の方式は親権者指定協議の成立の準拠法（法適用通則法 32 条の定める親子関係の準拠法）にすることができる（法適用通則法 34 条 1 項）。従って、親子関係の準拠法が日本法である場合に限り、外国に在る日本人父母はその国に駐在する日本の大使・公使・領事に親権者指定協議届をすることができる^{100), 101)}。

第 7 まとめ

以上に見たように、届出人全員が日本人であり、その全員が同一の外国にいる場合でも、法律行為の方式の準拠法が常に日本法であるかは法律行為の種類に応じて異なる。婚姻、協議離婚および養子縁組にあつては、その場合（外国

100) 青木・大森〔1982（S57）〕239 頁は、改正前法例を前提として、戸籍法 40 条の注釈で次のようにいう。

「親権に関する創設的届出においても、親権者たる父または母の本国法が準拠法となるから（法例 20 条・8 条 1 項）、本条〔戸籍法 40 条〕による届出ができる。」

この引用文中の「準拠法」とは方式の準拠法という意味であろう。

佐藤・道垣内〔2007（H19）〕268 頁、270 頁（佐藤やよひ）は、現行実務として、「(1) 親権準拠法が日本法の場合に、協議により親権者を定めようとする者、又は、親権・管理権を辞し若しくはこれを回復しようとする者は、戸籍法 78 条又は 80 条に従ってその旨の届出をしなければならない。」(268 頁)といい、その解説で、「(1) の場合、外国に在る日本人は戸籍法 40 条に定める在外公館への届出をすることもできる。」という。

101) 佐藤・道垣内〔2007（H19）〕270 頁（佐藤やよひ）は現行実務の解説で「(1) の場合〔引用者注：親権準拠法が日本法の場合〕、外国に在る日本人は戸籍法 40 条に定める在外公館への届出をすることもできる〔……〕。」という。

にいる届出人全員が日本人である場合）は、方式の準拠法は必ず日本法であるが、認知、協議離婚および父母による親権者指定協議にあっては、その場合でも方式の準拠法は必ずしも日本法であるとは限らない¹⁰²⁾。

第3項 戸籍法40条により届け出る場合の届出方法

外国に在る日本人がその国に駐在する日本の大使・公使・領事に届け出る方法（書面による届出、口頭による届出、使者、郵送など）に関して、すべて一般原則（前出第1款第2目参照）が妥当する。

第4項 外国にいる届出人が日本人と外国人により構成される場合

最後に、外国にいる届出人の中に日本人と外国人がいる場合を検討する。戸籍法40条により、外国に駐在する日本の大使・公使・領事に届け出るためには、届出人全員が日本人である必要があるから、外国にいる届出人が日本人と外国人により構成されるときは、たとえ方式の準拠法が日本法であっても、その国に駐在する日本の大使・公使・領事に届け出ることとはできない¹⁰³⁾。ただし、届出人が日本人と外国人により構成される場合に、外国に駐在する日本の大使・公使・領事が届出を誤って受理して、日本人事件本人の本籍地の市町村長に送付したとき（戸籍法42条参照）は、戸籍法25条による届出の問題となる¹⁰⁴⁾。

102) 外国にいる届出人が日本人と外国人により構成される場合でも、方式の準拠法が日本法であるときは、その国に駐在する日本の大使・公使・領事に届け出ることができるように法改正すべきか否かに関しては、山田（鐸）〔2004（H16）〕412-413頁、溜池〔2005（H17）〕413頁、佐藤・道垣内〔2007（H19）〕10-11頁（道垣内正人）、189-190頁（岡野祐子）参照。

103) 婚姻、協議離婚および養子縁組に関して、青木・大森〔1982（S57）〕238-239頁参照。

104) 婚姻および協議離婚に関して、青木・大森〔1982（S57）〕238-239頁。

戸籍先例については、後出第3章第1節に掲げた【戸籍先例2】大正15（1926）-2-3民事第281号民事局長回答（婚姻）、【戸籍先例3】昭和11（1936）-2-3付民事甲第40号民事局長回答（婚姻）参照。

第 3 節 まとめ

以上により、本稿の課題——外国にいる日本人の婚姻の届出をその本籍地で行うことができるか、という問題——が戸籍法と国際私法の適用関係においてどこに位置するのかが明らかになったと思われる。すなわち、それは、事件本人の中に日本人がおり、届出人全員が同一の外国¹⁰⁵⁾にいる場合において、日本人事件本人の本籍地の市町村長が届出を受理したとき、日本は婚姻挙行地・行為地であるかという問題であり（前出第 2 節第 2 款第 2 目第 1 項参照）、また、これに付随する問題として、事件本人の中に日本人がおり、届出人が日本人と外国人により構成され、かつ、届出人全員が同一の外国¹⁰⁶⁾にいる場合において、その国に駐在する日本の大使等が届出を誤って受理し、届書を日本人事件本人の本籍地に送付し、本籍地の市町村長が届出を受理したとき、日本は婚姻挙行地・行為地であるかという問題である（前出第 2 節第 2 款第 3 目第 4 項参照）。

第 3 章 戸籍実務

以下では、まず、婚姻挙行地概念・行為地概念が問題となる事案に関する戸籍先例を見て、次に、この問題に関する法務省の見解を見る。

第 1 節 戸籍先例

【戸籍先例 1】大正 12（1923）-1-6 付民事第 4887 号民事局長回答、大正 11（1922）-11-22 付通移普通第 281 号外務省通商局長照会¹⁰⁷⁾

（米国に在る日本人間の協議離婚届を同国に駐在する日本の大使・公使・領事

105) 届出人が複数の国に分かれて所在する場合については後出第 6 章第 2 節第 2 款で検討する。

106) 前出注 105 参照。

107) 前出注 94 参照。

は受理し得るか)

〔事実〕 駐米国シカゴの日本領事が外務大臣に「当館執務上ノ必要有之候ニ付在米邦人間ノ離婚届出受理ノ可否ニ付司法省側ノ御意見御確メノ上御回報相煩度」と問い合わせたので、外務省から司法省に照会した。

〔回答〕

「協議ニ因ル離婚届ハ領事ニ於テ受理スヘキ儀ト思考致候」

【戸籍先例 2】 大正 15 (1926)-2-3 民事第 281 号民事局長回答, 大正 15 (1926)-1-14 日記第 336 号土浦区裁判所監督判事問合¹⁰⁸⁾

(米国に在る日本人と米国人の婚姻の届出を同国に駐在する日本の大使・公使・領事が誤って受理し, 日本人当事者の本籍地に送付した場合の婚姻の成否)

〔事実〕 茨城県新治郡土浦町に本籍を持つ日本人男 A (1880 (M13)-5-10 出生) とイリノイ州に本籍を持つアメリカ人女 B (1881 (M14)-8-16 出生) の婚姻の届出 (1925 (T14)-10-16 付け) を米国サン・フランシスコ駐在の日本総領事が受理し (1925 (T14)-10-18 受附), 外務省経由の上, 夫の本籍地に送付した。この場合の取扱いにつき次の疑義が生じたので回答を求めた。

「一 本件届書ハ戸籍法第 61 条〔引用者注：現在の戸籍法 41 条と同趣旨の規定である。ただし、当時の 61 条の 1 項と 2 項の定める期間は「一ヶ月内」である。〕所定ノ米国ノ方式ニ依ル婚姻証書ト認メ之ヲ受理シ差支ナキヤ否

二 前項受理差支ナシトセハ妻ハ右受理ト共ニ国籍法第 5 条ニ依リテ直ニ日本ノ国籍ヲ取得スヘキモノナルヤ

三 〔省略〕

〔回答〕

「第一項 本件届書ハ戸籍法第 61 条ノ婚姻証書ニ非サルモ戸籍法ノ規定ニ依ル婚姻届書トシテ之ヲ受理スヘキモノトス

108) 後出注 166 参照。

第二項 婚姻ハ内地ノ市町村長カ本件ノ届書ヲ受理シタル時ニ於テ其ノ効力ヲ生スヘキヲ以テ妻ハ本件届書ノ受理ニ因リ日本ノ国籍ヲ取得スルモノトス〔第三項に対する回答は省略する〕]

【戸籍先例 3】 昭和 11 (1936)-2-3 付民事甲第 40 号民事局長回答, 昭和 11 (1936)-1-8 付発第 1 号広島県佐伯郡砂谷村長稟伺¹⁰⁹⁾

(米国在住の日本人男と米国人女の婚姻の届出を米国駐在の日本領事が誤って受理し, 男の本籍地に送付した場合の婚姻の成否)

〔事実〕 ハワイ在住の日本人男 A と日本国籍を離脱して米国人になった女 B の婚姻の届出をホノルル駐在の日本領事が受理し, 外務省から A の本籍地の村長に送付された。村長は, 法例旧 13 条 1 項但書の規定に悖るをもって受理すべきものではないと考えて外務省に返戻したが, 外務省から村長に再送された。しかし, 村長は, 「外国ニ在ル邦人間ニ於テ婚姻セントスルトキハ民法第 777 条〔現 741 条〕ニ依ルコトヲ得ルモ本件ハ日本人間ニ関スルモノト謂フ能ハサルヲ以テ素ヨリ同条ニ依ルヘキモノニアラサレハ法例第 13 条第 1 項ニ依リ婚姻挙行地タル布哇ノ方式ニ従ヒ戸籍法第 61 条及第 62 条〔現 41 条, 42 条〕ニ依ルヘキモノト思料スルモ当事者カ右ノ手續ニ出テシテ領事ニ婚姻ノ届出ヲ為シ既ニ領事ニ於テ之ヲ受理セラレタルモノナレハ同法第 60 条〔現 40 条〕ニ依リ婚姻ハ適法ニ成立シタルモノト解シ処理スヘキヤ又ハ領事ノ受理ニ係ラス戸籍法第 101 条¹¹⁰⁾ニ依リ夫ノ本籍地町村長ニ直接届出アリタル場合ト同様ニ看做シ処理スヘキヤ」などの疑義があるという理由で本件問合せをした。

〔回答〕

「本件届書ハ戸籍法ノ規定ニ依リ婚姻届書トシテ取扱フヘク従テ夫ノ本籍地

109) 後出注 166 参照。

110) 戸籍法 101 条 (昭和 23 (1948)-1-1 まで有効な規定) は次のように規定していた。

「婚姻ノ届出ハ夫ノ本籍地又ハ所在地ニ於テ之ヲ為スコトヲ要ス但入夫婚姻又ハ婚養子縁組ノ場合ニ於テハ妻ノ本籍地又ハ所在地ニ於テ届出ヲ為スコトヲ要ス」

市町村長カ之ヲ受理シタル時ニ於テ婚姻ハ其ノ効力ヲ生スルモノトス尤モ法例第 13 条第 1 項但書ノ規定ニ依リ婚姻ノ証書ヲ作ラシメタル場合ニ在リテハ戸籍法第 61 条第 62 条ノ規定ニ依ルヘキコトハ勿論ノ義ト思考致候」

【戸籍先例 4】昭和 26 (1951)-3-6 付民事甲第 412 号民事局長回答, 昭和 26 (1951)-2-7 付戸第 76 号福岡法務局長照会¹¹¹⁾

(中華民国に在る日本人男と中華民国人女がその婚姻届を男の本籍地に直接送付した場合の婚姻の成否)

〔事実〕福岡県山門郡西宮永村に本籍を持つ日本人男 A (1910 (M43)-12-14 出生) と中華民国海拉爾 (ハイラル) 市に本籍を持つ中華民国人女 B (1920 (T9)-7-11 出生) が 1950 (S25)-11-3 付けの婚姻の届出を直接夫の本籍地に送付した。これにつき次のように照会した。

「法例第 13 条によれば外国において行われる外人との婚姻は当該外国の方式によらなければならない、且つその国の権限ある官庁が発行した婚姻能力を証する書面を添附して、戸籍法第 41 条の手続をなすべきものと考えから、従つて本件は受理すべきでないと思うが現在の状態では同法によることも困難であり、又届書を返戻することも不可能かとも思われるが、該届書は如何に処理すべきか。」

〔回答〕

「所問の場合は戸籍法に定める様式によつて届書を作成させ、且つ、貴見の通り妻となる者の本国法により婚姻の成立に必要な要件を具備していることを証明させて受理すべきであるが、実際上前記の様式によらしめ、又は証明をさせることは困難と思料されるので、便宜このまま受理して夫につき婚姻の記載をするのが相当である。なお、所問のように外国に在る日本人が婚姻届書を市町村長に郵送した場合は、法例第 13 条の規定の適用については、婚姻挙行地は日本と解すべきものと思考するから、念のため申し添える。」

111) 後出注 166 照。

【戸籍先例 5】昭和 26（1951）-9-13 民事甲第 1793 号民事局長回答，昭和 26（1951）-8-31 付管邦第 370 号外務省管理局長照会¹¹²⁾

（外国に在る日本人夫と外国人女の協議離婚届を夫の本籍地に直接送付した場合の婚姻の成否）

〔事実〕次のように照会をした。

「夫は日本人，妻は外国人（外国籍単一）にして双方外国に居住する場合，妻の本国法又は居住地法に協議離婚の制度がなくても，右夫婦からわが在外事務所へ協議離婚届をなすことによつてわが国法上離婚は有効に成立するものなりや，今後における在外事務所の取扱方もあるので右に関する貴見御回答願いたい。」

〔回答〕

「外国に居住する日本人夫婦は，居住地の法律が協議離婚を認めていない場合でも，日本の法律の規定によつてその国に設置された在外公館に協議離婚の届出をすることができる。しかしこれと異なり所問の場合のように夫婦が国籍を異にしているときは，右の協議離婚届をすることはできないものと解する。

もつとも，夫が日本人の場合に夫婦の協議離婚届を直接夫の本籍地市町村長に送付したときは，同市町村長の受理によつて離婚の効力を生ずるものと解することができる。」

【戸籍先例 6】昭和 27（1952）-3-13 付民事甲第 276 号民事局長電信回答，昭和 27（1952）-3-8 付札幌法務局長電報照会¹¹³⁾

（日本に在る日本人女と米国に在る米国人男が日本で婚姻の届出をした場合の婚姻の成否）

〔事実〕アメリカ人男 A（ミシガン州生まれの軍人）が本国に帰還後，A が日本人女 B と婚姻するとの公証人の署名ある宣誓書を添付し，日本の方式によ

112) 後出注 166 参照。

113) 後出注 185 参照。

り婚姻届書に（英文の届書共）AとBが署名の上、米国の在札幌領事館経由で（領事は婚姻証明書を発給せず）、札幌市役所に「Bのみから届出あった」。これを受理して差し支えないか至急電報にて回示するよう求めた。

〔回答〕

「婚姻届の処理については、日本に在住するアメリカ合衆国人の婚姻届でないから、昭和25年民事甲第564号本官通達の取扱によるべきものでなく、当事者が婚姻の実質的要件を具備している限り、アメリカ合衆国領事の指示を受けなくて直ちに受理して差しつかえない。」

【戸籍先例7】昭和30（1955）-12-7付民事甲第2586号民事局長回答，昭和30（1955）-11-28付二戸一第1824号長野地方法務局長照会¹¹⁴⁾

（日本に在る日本人女と台湾に在る台湾人男の婚姻届を日本人女の本籍地で届け出た場合の婚姻の成否）

〔事実〕長野地方法務局長が次の照会をした。

「台湾に在住する台湾人男Aと日本に在住する日本人女Bとの婚姻届につき婚姻の届出をしたときは、これを受理して差し支えないでしょうか。」

受理して差し支えないとすれば台湾人に対しては中華民国民法の規定によるべきものと考えますが、中華民国民法第982条の「公開の儀式」については如何なる方法で証明せしめるか、また同法の証人は日本人でも差し支えないでしょうか。」

〔回答〕

「照会の婚姻届は受理して差しつかえない。」

なお、右の婚姻は日本法により戸籍の届出によつて成立する場合であるから、その届出の受理に当つて夫の本国における婚姻の方式について考慮する必要はない。」

【戸籍先例8】昭和31（1956）-7-3付民事甲第1466号民事局長回答，昭和31

114) 後出注185参照。

(1956)-6-6 付移一第 1094 号外務省移住局長照会¹¹⁵⁾

（米国にある日本人養親と日本にある日本人養子の養子縁組届を米国駐在の日本の大使・公使・領事は受理し得るか）

〔事実〕 在ニュー・ヨークの日本総領事館が日本に、米国在住の日本人養親と日本に在住する日本人養子間の縁組届書を送付した。そこで、次のように照会した

「本件のように、養親となるべき者は外国に、養子となるべき者は、日本に在住する場合の養子縁組届出についても、民法第 801 条の規定の適用ありや。

婚姻に関する大正 11 年 12 月 26 日民事甲第 4339 号当時司法省民事局長回答（大正 10 年 4 月 9 日通三送第 85 号当省通商局長照会）は、「外国に在る日本人男が内地に在る日本人女と婚姻をなさんとする場合においても、民法第 777 条（旧法）の規定により日本の公使又は領事に届出をなすことを得」としているが、右は現在においても変更されていないとすれば、本件養子縁組届についても右同様に解し、総領事の受理によつて縁組は有効に成立するものと認め取り扱つて差しつかえないものと思われるところ、右に関する貴見御回示煩わしたい。」
〔回答〕

「昭和 31 年 6 月 6 日移一第 1094 号をもつて照会のあつた件については、貴見のとおりである。」

【戸籍先例 9】 昭和 33（1958）-2-21 付民事甲第 406 号民事局長心得回答，昭和 33（1958）-1-14 付移一第 105 号外務省移住局長照会¹¹⁶⁾

（米国にある米国人養親および日本人養母と日本にある日本人養子の養子縁組届を米国駐在の日本の大使・公使・領事が誤って受理し、日本人事件本人の本籍地に送付した場合の養子縁組の成否）

〔事実〕 在ニュー・ヨーク総領事館が、米国人養父と日本人養母（いずれも米

115) 後出注 185 参照.

116) 後出注 185 参照.

国に居住する) および日本人養子(養子とその代諾者はいずれも日本に居住する)の養子縁組の届出を誤って受理し、外務大臣に送付した(戸籍法 42 条参照)。これにつき、次のように照会した。

「本件養親の一方は外国人であり他方が日本人にして双方共に外国に居住し、日本人養子及びその代諾者が本邦に居住する場合の養子縁組届は、その方式に関する限り、領事の受理によつてその効力を生じないとしても、直接本籍地市町村長に送付され受理するにおいては、民法第 799 条、第 739 条及び戸籍法第 25 条第 1 項の規定による届書として養子縁組は有効に成立するものであるか、右に関する貴見御回答願わしい。」

〔回答〕

「本年 1 月 14 日付移一第 105 号をもつて照会のあつた養子縁組は、戸籍法第 25 条第 1 項により本籍地市町村長が届書を受理したときに、法例第 8 条第 2 項によつて日本法上有効に成立すると考える。」

【戸籍先例 10】昭和 35 (1960)–8–3 付民事甲第 2011 号民事局長回答、昭和 34 (1959)–12–7 付戸甲第 1048 号東京法務局長照会¹¹⁷⁾

(日本人女とフランス人男が駐カンボジアフランス大使館で婚姻し、同大使館が日本人女の本籍地市町村長に婚姻の通知をした場合の婚姻の成否)

〔事実〕日本人女 A とフランス人男 B が 1959 (S34)–9–17 に駐カンボジアフランス大使館で婚姻した旨の通知 (1959 (S34)–9–18 付) が同大使館から A の本籍地である品川区長にあつたので、東京法務局長が次のように照会した。

「当該婚姻は举行地の法律即ちカンボディア王国の法律により適法有効に成立したとは認められず、したがつて、同通知書を婚姻証明書として受理すべきではないと思ひいたしますが、いささか疑義がありますので何分の御指示を賜りたくお伺ひいたします。」

〔回答〕

117) 後出注 166 参照。

「客年12月7日付戸甲第1048号で照会の婚姻通知にかかる婚姻は、照会に添付された資料によれば、挙行地たるカンボディア王国の法律により方式上有効に成立したものと認められないようであるが、当事者の婚姻の意思は確実であると認め得るので、右婚姻通知は、当事者が日本方式による婚姻届をフランス領事に託し品川区長に郵送したものと解し、次の要領によつて処理してさしつかえない。

品川区長をして、当該通知書及びA戸籍に基づき、当事者の身分又は戸籍に関する事項を法定様式による婚姻届書用紙に記載させ、これに該通知書を添え、両者を併せて婚姻届の形式を整えさせた上、通知書の送付を受けた日をもつてその届出を受理させる。」

第2節 基本通達¹¹⁸⁾

法務省民事局内法務研究会〔1989（H1）〕は、法例の改正に際して法務省民事局で全国の法務局および市区町村の職員の戸籍事務の遂行のために作成した解説であり、そのうちのかかなりの部分（本文453頁中、81頁から361頁まで）は基本通達の解説に充てられている。

同書は、基本通達第1婚姻、1創設的届出、(2)形式的成立要件（方式）の「〔……〕当事者の双方又は一方が日本人である場合における外国から郵送によりする創設的な婚姻の届出は、当事者の一方の本国法による方式によるものとして受理することができる。」に関して次のようにいう。

「(3) 外国からの郵送による婚姻届

改正前の法例下では、婚姻の方式は婚姻挙行地の法律によるものとされる（現行法例第13条第1項ただし書）。外国にいる日本人が、日本人又は外国人との間の創設的婚姻届を本籍地の市区町村長あてに直接郵送する場合、戸籍実務の先例上は、これを有効として受理する取扱いとなっている（昭26・3・6民事

118) 前出注8参照。

甲 412 号民事局長回答)。この考え方は、届書を本籍地へ郵送した場合、当該婚姻の挙行地は、郵便により届書が到達した地、すなわち本籍地のある「日本」であると解することに基づく。しかし、婚姻挙行地とは、当事者が婚姻を挙行する地であって、当事者の双方が不在である日本を婚姻挙行地とすることに本質的な問題があり、また、改正前の法例第 9 条では、「法律ヲ異ニスル地ニ在ル者ニ対シテ為シタル意思表示ニ付テハ其通知ヲ發シタル地ヲ行為地ト看做ス」とあり、この規定の趣旨からも、婚姻挙行地は婚姻届書を郵送に付した地、すなわち外国であるとすべきであるとの批判があった。

ところで、改正法例第 13 条第 3 項において、当事者の一方の本国法による方式によって婚姻することも認められることとなったため、在外の日本人が日本人又は外国人との間でする婚姻は、当事者の一方の本国法すなわち日本の法律に基づいてすることもできることとなった。つまり、在外の日本人から日本法（戸籍法）で定める方式すなわち市区町村長へ郵便により直接届書を送付する届出をすることにより婚姻が有効に成立することとなった。このため、婚姻挙行地はいずれであるかを問うまでもなく当然認められることとなったわけである。

なお、届書の提出を外国からすることができるか否かについては、我が国の戸籍法の管轄（行政管轄）に関する問題であるが、在外の日本人については戸籍法の適用が属人的に及ぶことから、外国から郵送によりすることができるかとはいうまでもない（戸籍法第 47 条参照）。

したがって、従来から当事者の双方又は一方が日本人である創設的届出が外国から郵送によってされた場合に、これを受理しているが、改正後は前記のとおり批判にかんがみ、挙行地法による方式とするのではなく、当事者の一方の本国法による方式に基づくものとして受理することができることとした。結局、この取扱いについては、適用条文が変わったものの、結論においては変わりはないのである。

また、これと同様に、外国にいる日本人と外国人との創設的婚姻届が、当該

国に駐在する日本の大使、公使又は領事にされた場合は、これを受理すべきではないが、これが誤って受理され、本籍地市区町村長に送付されたときは、当該市区町村長に送付された時に婚姻の効力が生じるものとして取り扱われているが、これについても当事者の一方の本国法による方式に基づくものとして、同様に取り扱われることとなる（昭11・2・3民事甲40号回答、大15・2・3民事281号回答、昭35・8・3民事甲2011号回答）。」（法務省民事局内法務研究会〔1989（H1）〕113-114頁）¹¹⁹⁾

第4章 判例

外国にいる日本人が日本で婚姻届をした事案にかかる判例は次の2件である。

【判例1】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）¹²⁰⁾

（中国にいる日本人男と日本にいる日本人女の婚姻の届出が日本でされた。）

〔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）と日本人女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）-7-6に子Cが、1948（S23）-10-23に子Dが、1950（S25）-10-30に子Eが、1952（S27）-7-21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

119) この引用文が戸籍法の適用範囲を「属人的」という用語により説明することについては、前出注21、前出注83参照。

120) 澤木〔1966（S41）〕、本浪〔1976（S51）〕参照。また、根本〔2021（R3）〕19頁参照。

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の小学校入学の手続をする必要上、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と音信連絡をとることができ、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。日本人女Jは1958（S33）年3月ごろから患者として訪れていたところ、Aは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ので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）-10-15と1963（S38）-12-5にそれぞれ子KおよびL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。

「Aは、満州国東滿総省東安市湖北東安土木工程処湖北勞務者病院に、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つたBと知り合い、昭和20年5月3日Aの恩師で当時東滿医学院院長であつた訴外Gの媒

酌によつて、結婚式を挙げ、夫婦（内縁）となつた〔……〕。」

「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 742 条第 1 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ことは、明らかであり、更に一步を進めて、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、届出を怠つていような場合には、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 53 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 E 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「何よりも気にかかつ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、〇〇姓を冠して、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 32 年 5 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っていたのであり、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、B 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[る]。

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¹²¹⁾。

121) 本件については、後出注 184 参照。

【判例 2】神戸地判平成 9（1997）-1-29（判時 1638 号 122 頁）¹²²⁾

（外国にいる日本人と外国人の婚姻届をその国に駐在する日本の大使・公使・領事が誤って受理し、日本人の本籍地に送付して受理された。）

〔事実〕日本人女 A は 1972（S47）年 9 月にカナダの J 大学大学院に入学したが、同年秋ころ同大学で B（出生時に連合王国の国籍を取得し、1973（S48）年ごろにカナダ国籍を取得した重国籍者）と知り合い、1974（S49）-9-3、B と神戸市中央区内の聖 K 教会で結婚式を挙げた。

A と B は、2、3 週間カナダのトロントで過ごした後、1974（S49）年 10 月、B が英国の L 大学大学院に入学したことから英国に渡り、英国で生活するようになった。

A と B の英国滞在中の 1974（S49）-10-17 に右両名の婚姻届であるとして婚姻届書（以下「本件婚姻届書」という。）が英国駐在日本領事館に提出されて受け付けられ、これが同領事館より 1975（S50）-10-17 に A の本籍地である広島市長に送付された。広島市長は、右送付にかかる本件婚姻届書による婚姻届は、同市長に対する適法な婚姻届であると判断し、同日付でこれを受理し、その旨 A の戸籍に記載した（以下、右の広島市長受理の婚姻届を「本件婚姻届」という。）。

本件婚姻届書には、B の国籍は英国、氏名欄の氏名は「B」と記載されていた。また、本件婚姻届書には、〈1〉「この婚姻届は、昭和 50 年 10 月 17 日本市に送付されたことにより、昭和 11 年 2 月 3 日民事甲第 40 号民事局長回答により、同日付をもって受理するものである。」と記載された、1975（S50）-10-17 付の広島市長名義の付箋（以下「本件広島市長名義の付箋」という。）及び〈2〉「本婚姻証明書は、1974 年 9 月神戸市の英国教会で発給されており英国法上有効であっても日本法上有効な婚姻と看做されない（法例第 13 条但書違反）。よっ

122) 織田〔1999（H11）〕、種村〔1999（H11）〕、奥田〔2004（H16）〕、奥田〔2007（H19）〕、奥田〔2012（H24）〕参照。

て、本婚姻証明書を婚姻要件具備証明書と看做し貴市役所で受理されたとき日本法上有効に成立する。」と記載された付箋（以下「本件無名義の付箋」という。）が貼付され、本件婚姻届書の記入欄枠外（右付箋貼付部分付近）に、鉛筆書きで「夫の婚姻要件具備証明書を添付せしめること」との記載（以下「本件婚姻届書の鉛筆書き」という。）がなされている。

本件婚姻届書には、B についての「婚姻条件具備証明書」あるいは「婚姻障害不存在証明書」又は B が英国総領事の面前で宣誓のうえ供述した「宣誓供述書」のいずれも添付されていなかった。

1978（S53）-3-31、A と B の間に子 D が生まれた。同年 6 月、A がカナダの M 大学に専任講師として 1 年間の契約で採用されたことから、A と B は D を連れてカナダ（バンクーバー市）に渡り、生活した。

1979（S54）年 4 月、A の右 M 大学との契約が切れたため、A ら家族 3 人は日本で生活することとなり、B は同月より N 大学の専任講師として勤め始め、A は同年 11 月から自宅で英語塾を始めた。

1979（S54）年春ころ、B は N 大学の学生 C（日本人女）と知り合った。

1982（S57）年 4 月、A と B ら家族は神戸市須磨区に転居し、A は P 短期大学の専任講師、B は Q 大学の専任講師としてそれぞれ勤めるようになった。1983（S58）年 8 月、A が神戸市北区青葉台に居宅を購入して転居した。

1984（S59）年 3 月ごろ、B は A に B と C の関係を話して離婚を求めたが、A と B は離婚の合意に至らなかった。

1985（S60）-7-11、A と B の間に子 E が生まれた。

B と C の間には、1984（S59）-5-30 と 1987（S62）-4-7 にそれぞれ子 F と子 G が生まれ、B と C の婚姻届出後の 1995（H7）-3-3 に子 H が生まれた。B は 1984（S59）-9-26 に F の認知届をし、1987（S62）-5-7 に G の認知届をした。

1992（H4）-5-13、B と C は両名の婚姻の届出を C の本籍地の岡山県久米郡柵原町長にした。右婚姻届では、B の国籍はカナダ、氏名は「B」とされていた。

1993（H5）年 6 月、A は Q 大学を経営する学校法人の理事長から B と C の

婚姻届の記載のある戸籍謄本を見せられ、BとCが婚姻届をしていることを初めて知った。

そこで、Aは1993（H5）-6-25に神戸家庭裁判所にBとCの婚姻の取消及びBとの離婚を求めて調停を申立てたが、話し合いがつかず、右調停はいずれも同年12月14日不成立に終わった。1994（H6）年にAは、（1）Bを被告として、（ア）離婚と、（イ）DとEの親権者をAと定めることを求め、また、（2）BとCを被告として（ア）柵原町長にした1992（H4）-5-13付届出によるBとCの婚姻の取消を求め、（イ）BとCに対して慰謝料3,000万円の支払いを求め、（3）Bに対して財産分与2,000万円の支払いを求めて訴えを提起した。同年、BはAに対して、反訴として、広島市長にした1975（S50）-10-17付届出によるAとBの婚姻の無効確認を求めて訴えを提起した。

〔判旨〕離婚請求認容、親権者指定請求認容、婚姻取消請求認容、Bに対する慰謝料請求300万円認容、Cに対する慰謝料請求100万円認容、財産分与請求棄却、婚姻無効確認請求棄却。

「2 本件婚姻の形式的成立要件について

（一）本件婚姻についての形式的成立要件については、「婚姻挙行地」の法律が準拠法となる（旧法例13条1項但書）。

婚姻の方式について婚姻挙行地の法律による（形式的成立要件に関する婚姻挙行地主義）とする趣旨は、婚姻は挙行地において婚姻として社会的に公認される必要があり、その意味で婚姻の方式は挙行地の公益と密接な関係をもつので、挙行地法の定める方式に従うことを要するものとされるところにあるのであり、この趣旨に照らしても、旧法例13条1項但書の「婚姻挙行地」は、婚姻という法律行為をなす地であって、身分登録官吏に対する届出、宗教的儀式、公開の儀式等をする地を意味するものであり、当事者が現在しない地は右「婚姻挙行地」には当たらないと解される。

戸籍の実務において、在外の日本人が、外国人との婚姻届を本籍地の市町村長宛に直接郵送した場合にも、婚姻挙行地は日本であると解して受理する取扱

いがなされていたが（昭和26年3月6日民事甲第412号民事局長回答）、右取扱いは、戸籍吏に対する届出を日本において受理することから婚姻挙行地は日本とするものであるが、当事者が不在で実質的婚姻関係の社会的な公示もない地を婚姻挙行地とするもので妥当ではないし、旧法例9条1項の「法律ヲ異ニスル地ニ在ル者ニ対シテ為シタル意思表示ニ付イテハ其通知ヲ発シタル地ヲ行為地ト看做ス」との規定からも疑問である（右規定からすれば、郵便に付した地が婚姻挙行地となるものと解される。）。

したがって、本件婚姻届書による婚姻届（この婚姻届は、それまでに外国法による適法な婚姻が先行していなかったから、創設的婚姻届である。）は、本件婚姻届書が英国駐在日本領事館に提出してなされたものであるから、右婚姻の挙行地は、ロンドン（英国）であるといわざるをえない。

（二）英国の1973年の婚姻原因法11条a項は、1949年以降1983年改正までの婚姻法の規定によって効力を有しないときは無効とする旨定めているところ、1949年ないし1983年の婚姻法は、婚姻は、〈1〉特別許可書、〈2〉通常許可書、〈3〉バンズ（婚姻予告）の公表、〈4〉a許可書があるか、b許可書がない場合に監督登録官の証明書、のいずれかの方法によりとり行わなければならない旨定め、1973年の婚姻原因法は、婚姻に関する一定の形式的要件を守らなかったときを、婚姻は初めから無効となる事由と定めている。

本件婚姻届書による婚姻の届出については、右英国法の方式は具備されていない。

そうすると、本件婚姻届書による婚姻の届出は、婚姻の形式的成立要件を欠くことになる。

3 ところで、広島市長は、英国駐在日本領事館から送付された本件婚姻届書を、婚姻当事者であるA及びBから同市長に対する適法な婚姻届であると判断してこれを受理し、その旨Aの戸籍に記載したものであることは前記認定のとおりである。

しかし、本件婚姻届書による婚姻は、前記のとおり婚姻挙行地である英国法

に準拠しないもので、旧法例 13 条 1 項但書に違反するものであったから、広島市長としてはこれを受理すべきではなかったと解される(民法 740 条)。また、仮に本件婚姻届による婚姻の婚姻挙行地は婚姻届がなされた地であると解釈して取り扱うとしても、その場合には、本来は婚姻要件具備証明書の提出を要求すべきであったであろう(渉外的要素を含んだ婚姻届については、当該外国人の本国法の定める婚姻の実質的成立要件の内容が市区町村長に必ずしも明白でない場合が多いので、当事者が原則としてその本国法の定める婚姻の要件を具備していることを自ら立証する〔大正 8 年 6 月 26 日民事局長第 841 号回答〕、その立証方法としては、権限を有する本国の官憲が、本国法上その婚姻の成立に必要な要件を具備している旨証明した書面(婚姻要件具備証明書)を婚姻届書に添付する〔昭和 22 年 6 月 25 日民事局長甲第 595 号回答、昭和 24 年 5 月 30 日民事甲第 1264 号回答〕という、戸籍実務上の取扱いがなされている。広島市長は、英国駐在日本領事館から送付された婚姻証明書、B の出生証明書、[……] B の手紙等の資料から、B について婚姻要件は具備されていると判断したものと推認される。).

4 しかし、A と B の本件婚姻届による婚姻は、その広島市長による受理当時においては有効なものでなかったとしても、A と B が昭和 54 年 4 月日本で婚姻生活を始めた時点において、広島市長による本件婚姻届受理の時点に遡って有効なものとなったと解するのが相当である。

なぜなら、日本人の婚姻の相手方である外国人にその本国法による婚姻障害事由がなく、既に婚姻届がなされている日本の地において後に婚姻の実質を有する共同生活が営まれるようになった場合には、少なくともその時点においては右婚姻生活の営まれる日本が「婚姻挙行地」となるものとして、日本の法律における婚姻の形式的成立要件を具備している限り、これを婚姻届出の時点に遡って有効なものとするのが、婚姻の保護に適うものと解されるからである。

本件婚姻届については、B につき「婚姻要件具備証明書」そのものは提出されていないが、広島市長が英国駐在日本領事館から送付された諸資料等によ

り婚姻要件は具備されているものと判断して本件婚姻届を受理し、実際にも B に婚姻障害事由は存在しなかった以上、右「婚姻要件具備証明書」の不提出故に、本件婚姻届による婚姻を無効とするのは相当でないというべきである（無効とすべき実質的理由はない）。

したがって、本件婚姻届による婚姻は、結局本件婚姻届時点に遡って有効なものとなったと認めるのが相当である。」（法務省の回答を示す〔 〕は原文のままである。）

（コメント）この判旨は、第 1 段階では、婚姻届の直接郵送の場合について「郵便に付した地が婚姻挙行地となるものと解される」と判示し、本件婚姻届による婚姻の挙行地が英国である旨を判示し、「本件婚姻届書による婚姻の届出は、婚姻の形式的要件を欠く」と判示した。

しかし、判旨はそれに続けて、第 2 段階として、「A と B の本件婚姻届による婚姻は、〔……〕、A と B が昭和 54 年 4 月日本で婚姻生活を始めた時点において、広島市長による本件婚姻届受理の時点に遡って有効なものとなったと解するのが相当である。なぜなら、〔……〕、既に婚姻届がなされている日本の地において後に婚姻の実質を有する共同生活が営まれるようになった場合には、少なくともその時点においては右婚姻生活の営まれる日本が「婚姻挙行地」となる〔……〕からである。」と判示した¹²³⁾。婚姻届後の事実（婚姻届受理地で婚姻生活を開始すること）に基づき婚姻届受理時に遡及して方式が有効になるという判断が法的安定を欠く解釈である¹²⁴⁾ ことはいうまでもない¹²⁵⁾。

123) このような連結方法は、第 1 段階の連結により権利変動が生じない場合は次順位の基準により準拠法を決める、という思想に基づいており、「補正的連結」の一種といえるであろう。補正的連結については、溜池〔2005（H17）〕86 頁、国友明彦「連結政策」国際法学会編〔2005（H17）〕893 頁参照。

124) 奥田〔2012（H24）〕119 頁は「この解釈〔引用者注：本件判旨のした解釈〕によるならば、改正前に直接郵送によつてなされた婚姻届は、その後、日本で婚姻生活を営んだか否かによって、その効力が左右されることになる。かような法的不安定をもたらし解釈は、

第 5 章 学説

以下では、外国にいる日本人が日本の本籍地に婚姻届を郵送した場合の婚姻
挙行地の如何に関する学説を見る。

第 1 節 山口弘一^{126), 127)}

第 1 款 山口〔1910 (M43)〕

第 1 婚姻挙行地の意義

山口はまず次のようにいう。

「婚姻挙行地トハ婚姻成立地ト云フノ義ニシテ即チ婚姻ヲ為ス合意ヲ公衆
ニ表示スル地ナルカ故ニ合意ニ対シテ之ヲ挙行地ト云ヒタルナリ乍併此語ハ
人ヲシテ婚姻成立後ニ婚姻ノ挙行アル如ク思ハシムル欠点アリ」(山口〔1910
(M43)〕 214 頁)。

第 2 隔地的婚姻の挙行地

山口はこの引用文に続けて後注という形で 4 頁以上にわたり次のようにい
う¹²⁸⁾ (引用文中の (1), (2) ……は引用者による.)。

「(1) 北米合衆国ノ版図ニ住スル日本人カ写真ノ交換ニ因リテ本国ニ住スル

到底支持することができない。」という。ただし、奥田・同は「外国からの直接郵送は、
通則法 24 条 3 項本文によるまでもなく、同条 2 項により方式要件を満たしていると解
される。」という立場に立ち、「本件婚姻は、昭和 50 年 10 月 17 日に届書が X の本籍地
に到達した時点で成立していたことになるであろう。」という。

125) 本件については、後出注 165 参照。

126) 後出第 6 章第 4 節参照。

127) 山口〔1900 (M33)〕 464-467 頁は婚姻の方式を論ずるが、そこでは、外国にいる日本
人がその本籍地で婚姻届をすることができるかという問題は検討していない。

128) 以下で引用する注の最初の行の上部欄外には「写真結婚問題」(山口〔1910 (M43)〕
214 頁)と記載されている。

〔以下、215頁〕日本夫人ト見合ヲ為シ本国ノ戸籍吏ニ書面ヲ以テ婚姻ノ届出ヲ為ス者鮮カラサルコトハ余輩ノ夙ニ聞知セル所ナルカ先年（明治39年乃至40年）米国ノ当局者ハ此婚姻ヲ認メサルニ至レリ其主タル理由トスル所ハ此ノ如キ婚姻ハ同国ノ公安ニ牴触スト云フニ在ルカ如シ

（2）竊ニ米国ノ国際私法ヲ按スルニ所謂くりすちゃん、まれいちノ方式ニ付テハ場所ハ行為ヲ支配スル（Locus regit actum）ノ原則行ハル即チ婚姻ノ方式カ婚姻挙行地ノ法律ニ適合スルトキハ其婚姻ハ有効ナリトス而ルニくりすちゃん、まれいちトハ一夫一妻ノ婚姻ヲ謂ヒ必シモ耶蘇教徒間ノ婚姻ノミヲ意味スル者ニ非ス（くうん氏英訳まいりー氏国際民商法論225頁）日本人ノ婚姻ハ一夫一妻ナルカ故ニ所謂くりすちゃん、まれいちタルコト明ナリ果シテ然ラハ其方カ場所ハ行為ヲ支配スト云ヘル原則ニ依ルヘキコトハ米国ノ国際私法上疑ヲ容レサルナリ

（3）本問題タル婚姻ノ挙行地（ぶれーす、をぶ、せれぶれーしょん）ハ米国ナリヤ将タ日本ナリヤ蓋シ婚姻挙行地トハ当事者カ婚姻ノ意思ヲ公衆ニ表示ス〔以下、216頁〕ル地ノ謂ヒニシテ夫婦同棲ノ地タルヲ要セス今本問ノ婚姻当事者ハ日本ノ戸籍吏ニ対シ意思表示ヲ為シタルカ故ニ日本カ婚姻挙行地タルコト明ナリ而シテ日本ノ法律ニ依レハ婚姻当事者ハ必シモ自身戸籍吏ノ面前ニ出頭スルコトヲ要セス書面ニテモ届出ヲ為スコトヲ得（民法第775条）当事者カ単ニ写真交換ニ依ル会见ヲ為シタルト世間普通ノ会见ヲ為シタルト将タ当事者カ婚姻前ヨリ相識者タリシトハ我法律上ニ於テ区別スル所ナシ果シテ然ラハ本問ノ婚姻ハ我法律所定ノ方式ニ遵由シタル者ト謂フヘシ

（4）抑モ本問ハ日米両法域ニ跨ル法律行為ニシテ実ニ国際私法上ノ隔地の婚姻ナリ是イ於テカ本問ハ隔地の法律行為ノ準拠法ヲ定メタル法例第九条ニ依ルヘキカ如シ同条ニ曰ク

法律ヲ異ニスル地ニ在ル者ニ対シテ為シタル意思表示ニ付テハ其通知ヲ発シタル地ヲ行為地ト看做ス

契約ノ成立及ヒ効力ニ付テハ申込ノ通知ヲ発シタル地ヲ行為地ト看做

ス若シ其申込ヲ受ケタル者カ承諾ヲ發シタル当時申込ノ発信地ヲ〔以下、217 頁〕知ラサリシトキハ申込者ノ住所地ヲ行為地ト看做ス

(5) 抑モ本条第一項ハ隔地の単独行為ノ準拠法ヲ定メ第二項ハ隔地の契約ノ準拠法ヲ定メタル者ナリ或ハ婚姻ハ広義ノ契約ナルカ故ニ本条第二項ニ依リ婚姻申込ノ通知ヲ發シタル地若クハ申込者ノ住所地ヲ以テ婚姻挙行地ト為スヘキカ如ク從テ申込ノ発信地若クハ申込者ノ住所地カ日本ナル場合ニ限り日本法律所定ノ方式ニ遵由スヘキカ如シ（法例第一三条）然レトモ法例第九条第二項ハ債権債務ノ發生ヲ目的トスル合意（狹義ノ契約）ノ準拠法ヲ定メタル者ナルコトハ其契約ニ関シテ民法ノ採レル発信主義ニ拠リタル事実ニ徴シテ明ナリ（法例修正草案参考書三五頁）由是觀之一般ノ隔地の婚姻ニ付テハ法例ニ於テ規定スル所ナク只日本人間ノ隔地の婚姻ニ付テハ民法第七百七十五条ニ之ヲ規定セリ蓋シ日本人ノ婚姻ノ挙行ニ三箇ノ体様アリ第一ハ婚姻当事者ノ双方カ均シク日本ニ在ル場合ニシテ此ハ尋常ノ体様タリ第二ハ婚姻当事者カ均シク外国ニ在ル場合ニシテ第三ハ本問題ノ事実ノ如ク婚姻当事者ノ一方カ日本ニ在リ他ノ一方カ外国ニ在ル場合之ナリ第一及ヒ第〔以下、218 頁〕三ノ場合ハ民法第七百七十五条ニ之ヲ規定シ第二ノ場合ハ民法第七百七十七条及ヒ法例第十三条ニ之ヲ定ム

(6) 由是觀之本問題タル婚姻ハ挙行地タル日本ノ法律カ定メタル方式ニ適合シタル者ナルカ故ニ米国ノ当局者ハ同国ノ國際私法上之ヲ認メサル可ラサルカ如シ米国ニ於テハ自国ニ於ケル婚姻ニ付テ特別ノ方式ヲ定メス凡テノ方法ヲ以テ之ヲ証スルコトヲ得然レトモ婚姻挙行地ノ方式ニ適合セル婚姻ト雖モ米国ノ公安ニ牴觸スルコト之ナキニ非ス而シテ同国ノ公安ニ牴觸スルト否トヲ決スルハ同国ニ於ケル法廷ノ認定權ニ属ス蓋シ公安ナル者ハ一國特殊ノ倫理ノ觀念ニ基ク者ニシテ万国共通ノ者ニ非ス此故ニ我国ニ於テ公安牴觸ノ事実ト為ス者ハ米国ヨリ觀レハ必シモ公安ニ牴觸スル者ニ非サルナリ今本問ノ事実ハ我国ニ於テハ珍シキ者ニ非スト雖モ米国ヨリ見レハ或ハ奇怪千万ナラン故ニ同国ノ当

局者カ公安ニ牴触スルノ故ヲ以テ日本人ノ婚姻ヲ否認スルモ我ニ於テ如何トモスル〔以下、219頁〕コト能ハス是レ国際私法カ国法タル事実ヨリ生スル当然ノ結果ナリ但タ米国ニ於テ本問ノ事実ヲ有効ト認メタル先例アルニ拘ハラス今ニ至リ始メテ之ヲ否認スルニ於テハ之ニ対シ異議ヲ為スコトヲ得ルモノトス」(山口〔1910 (M43)〕214-219頁)

(コメント) 以上の引用文は、涉外婚姻において日本で届出をする場合の婚姻挙行地を論じた日本で最初の研究であると思われる。

山口は、婚姻当事者双方が日本人であり、日本と外国に分かれて所在する場合に日本で婚姻届をすることができるか、という問題(上記引用文の(5)の「第三ノ場合」)について、上記引用文の(3)で、「今本問ノ婚姻当事者ハ日本ノ戸籍吏ニ対シ意思表示ヲ為シタルカ故ニ日本カ婚姻挙行地タルコト明ナリ」と述べて、肯定の回答をする(これは《届出受理地＝行為地》説である.)。これに対して、山口は、婚姻当事者双方が日本人であり、双方とも外国に所在する場合に(「均シク外国ニ在ル」とは、同一の外国に在る場合に限るのか、それとも、相異なる外国に在る場合を含むのかは明らかではないが、前者と解すべきか。)日本で婚姻届をすることができるか否かを検討しない(上記引用文の(5)の「第二ノ場合」)。その理由としては、山口が、同一の外国にいる日本人間で婚姻する場合は領事婚の方式が可能であるから本籍地で婚姻届をする必要がない、と考えた可能性がある。いずれにしても、山口が、日本人間の婚姻で当事者が日本と外国に分かれて所在する場合に限定して日本における婚姻届の可否を論じたことは、その後の学説の発展を見るに際して重要である¹²⁹⁾。

なお、山口のいう「隔地的婚姻」の意味にも注意が必要である。山口は上記引用文で「隔地的婚姻」という言葉を、(4)で1回使い、(5)で2回使っている。そこでは山口は「隔地的婚姻」という言葉を、日本人間の婚姻で当事者が日本

129) 山口〔1910 (M43)〕における山口説は久保〔1929 (S4)〕に影響を与え、その後の学説の発展を見た。

と外国に分かれて所在し、日本で婚姻届をする場合の婚姻という意味で使っているようであり、婚姻当事者が複数の外国に分かれて所在し、日本で婚姻届をする場合を念頭に置いていないように思われる。従来の諸説が「隔地的婚姻」という言葉をどのような意味で使っているかは用語の定義の問題であり、議論の本質にかかわるものではないが、従来の諸説がそれぞれ何に注意を向けているかを知る手掛かりにはなろう。

第 2 款 山口弘一〔1932 (S7)〕

山口は次のようにいう¹³⁰⁾。

「甲、日本に於て為す婚姻の方式

婚姻当事者の一方が日本人にして相手方が外国人たる場合と、双方が外国人たる場合とを問はず、日本に於て挙行する婚姻は、日本の法律が定めたる方式に依ることを要す。之が¹³¹⁾ 法例第十三条第一項但書の定むる所なり。」（山口〔1932 (S7)〕 25 頁）

「a、日本人間の婚姻¹³²⁾

日本人は其留在国の定めたる婚姻の方式に依り婚姻を挙行するも、又は日本民法第 775 条に依り日本の市町村長に婚姻の届出を為すも、又は民法第 777 条に依り其国に駐在する日本の大使行使又は領事に婚姻の届出を為すも其自由なり。

〔……〕。

130) 以下の引用文は山口〔1943 (S18)〕 97-109 に収録されている。両者はほとんど同じであるが、両者間には句読点の使用方法に少し違いがあり、また、次の注以降で指摘した相違点がある。

131) (引用者注) 山口〔1943 (S18)〕 97 頁は、この引用文中の「之が法例」を「之れ法例」に変えている。

132) (引用者注) 山口〔1943 (S18)〕 106 頁では、「a、日本人間の婚姻」の直前の行に「乙、外国に於て為す婚姻の方式」の語が加えられている。

日本人が其所在国を異にする場合には、本国¹³³⁾の市町村長に婚姻の届出を為す方法あるのみ。蓋し我法律は婚姻挙行〔以上、32頁；以下、33頁〕の当時¹³⁴⁾当事者が同一の場所に在ることを要求せず。随て所在国を異にする日本人間の婚姻を想像することを得べし（隔地的婚姻）。但し婚姻成立後当事者に同居義務あるは云ふを待たず。

（註）代理人に依る婚姻の挙行を許す場合は¹³⁵⁾、本人が同一の場所に於て婚姻を挙行する場合に同じ。即ち隔地的婚姻に非ず。然れどもラデオに因る婚姻（Drummond, Divorce p.13）は、隔地的なる場合あり。

b. 当事者の一方が日本人なる場合

（イ）当事者の一方が日本人にして外国に在り、相手方たる外国人が日本に在る場合

（ロ）当事者の一方たる日本人が日本に在り、相手方たる外国人が外国に在る場合

（ハ）当事者の一方たる日本人が甲外国に在り相手方たる外国人が乙外国に在る場合

（ニ）当事者の一方たる日本人も其相手方たる外国人も同一の地に在る場合

（イ）（ロ）（ハ）の場合は一国の婚姻が数国に跨るものにして（隔地的婚姻）、当事者は日本の市町村長に宛て、婚姻届を為すことを得。

（ニ）の場合は婚姻当事者が留在する地の法律が定めたる方式に従ひ、婚姻を挙行することを要す（法例第一三条第一項但書戸籍法第六一条）。一説に依れば（ニ）の場合にも民法第七百七十七条に依ることと得¹³⁶⁾。然れども、同

133) (引用者注) 山口〔1943 (S18)〕107頁では「本国」は「日本」に変えられている。

134) (引用者注) 山口〔1943 (S18)〕107頁では「当時」の語は削られている。

135) (引用者注) 山口〔1943 (S18)〕108頁ではここにホンジュラス、スペイン、コロンビアの諸規定を挙げる。

136) (引用者注) 山口〔1943 (S18)〕108では「得」は「得るものとなす」に変えられている。

条には「日本人間」とあるが故に相手方が外国人なる場合を含まず。

曩に米国政府は日本人の写真結婚の効力を否認せり。写真結婚とは当事者が互に面識なく写真の交換に由り婚姻を為すものにして、之は欧州及び日本に於て嘗て行はれたる画像婚姻の遺風にして、今日と雖も日本の法律上にては〔以下、34 頁〕有効なれども、米国政府は同国の善良の風俗に反する者として之を否認せり。何が善良の風俗なるやは、個々の国に依りて異なるが故に、米国政府が写真結婚を以て反良俗と為すは、其自由にして、日本政府は之に対して異議を述ぶることを得ず。但し米国政府が他の外国人（例へば伊太利人）の写真結婚を認むるときは、此限に在らず。

c. 外国人の婚姻

外国人が其本国又は第三国（日本に非ざる外国）に於て婚姻を為すときは、其地の法律に従ふことを要す（法例第十三条第一項但書）。其地の法律が外国法的方式¹³⁷⁾に依る婚姻を認めたるとき、例へば外国大使公使領事等による婚姻を認めたるときは、我国に於ても其婚姻を認む。

（註）婚姻挙行地は *lex loci celebrationis* 等の訳語にして、婚姻の方式を履行する地なり。而して何が婚姻の方式なるやは、之を履行する地の法律に依りて反撥的に定まる。¹³⁸⁾（山口〔1932 (S7)〕32-34 頁）

（コメント）この引用文、すなわち、山口〔1932 (S7)〕については次の点を指摘し得る。

まず、山口は、婚姻当事者双方が日本人である場合について、同一の外国に在る場合も（上記引用文の a の最初の段落）、相異なる外国に在る場合も（a の最後の段落）、日本で婚姻届をすることができる旨を述べる。この点は山口

137) (引用者注) 山口〔1943 (S18)〕109 頁では「外国法的方式」は「外国方式」に変えられている。

138) (引用者注) 山口〔1943 (S18)〕109 頁ではここに次の文がある。

「米国に於て男女が淨穢の爲め一糸をも纏わず、山中にて結婚を挙ぐる許可を牧師より裁判所に請求したるに許可を得たりと（昭和 14 年 2 月 25 日都新聞）。」

〔1910 (M43)〕の記述と異なる。

次に、山口は、日本人と外国人の婚姻に関して、当事者が日本と外国に分かれて所在する場合（上記引用文のbの（イ）と（ロ））と、相異なる外国に分かれて所在する場合（bの（ハ））に関して、日本で婚姻届をすることができる旨を述べる。特に後者（当事者が相異なる外国に分かれて所在する場合）は山口〔1910 (M43)〕の記述と異なる。

このように、山口〔1932 (S7)〕は、日本人が婚姻する場合は婚姻当事者双方が外国（同一の外国、相異なる外国）にいるときであっても、日本で婚姻届をすることができる旨を説く。この点は山口〔1910 (M43)〕の記述を一般化したものと評することができる。しかし、同様の一般化は久保〔1929 (S4)〕が既に行っていることは次に見るとおりである。

第2節 久保岩太郎¹³⁹⁾

第1款 久保〔1929 (S4)〕

久保は次のようにいう。

「外国に在る日本人間の婚姻は民法に従ひ夫たるべき者の本籍地に於ける戸籍吏に対する届出に依り之を為したるときは（民七七五、戸一〇一）民法上は常に有効なり。外国に在る日本人と内国に在る日本人との間、甲乙二外国に在る日本人間の婚姻亦同様なり。斯る婚姻が国際私法上如何なる〔以下、234頁〕意義を有するや。惟ふに国際私法上所謂隔地的法律行為とは其出発より成立に至る迄に二又は其以上の法域に渉れるものを謂ふ、而て前掲の場合は皆外国に出発し日本に於て成立を見るに至れる行為なるが故に隔地法律行為なり。次に隔地的法律行為の行為地如何に付ては法例第九条の規定あるも同条は債権行為の実質の準拠法決定の為に標準を与へたるに過ぎず、非自治行為たる婚姻に関せず。豈んや其方式に於てをや。於茲行為地如何は理論に依るべく斯る法律行

139) 後出第6章第4節参照。

為に於ては其完成即成立、即此場合に於ては受理に重心存す故に受理地を以て行為地と見るべく従て我国が行為地にして右の婚期は行為地の方式に依りたるものとして国際私法も亦其効力を認めらるべきものとす(山口博士前掲215-9, 岩田喜三郎氏論文法協40巻9号159比較参照)。尚右の如き結論に到達し得る所に婚姻に付き書面に依る届出を認めたることの欠点を曝露するものと云ふべし。」(久保〔1929 (S4)〕233-234頁)¹⁴⁰⁾

(コメント) この引用文は、山口〔1910 (M43)〕の論じた事案(日本と外国に分かれて所在する日本人間の婚姻)に加えて、同一外国に所在する日本人間の婚姻、および、相異なる外国に分かれて所在する日本人間の婚姻のいずれについても、日本で婚姻届をすることができる旨を述べる。また、その根拠は「非自治行為たる婚姻〔……〕に於ては其完成即成立、即此場合に於ては受理に重

140) この後、久保〔1955 (S30)〕までの久保説は次のとおりである。

(1) 久保〔1953 (S28)〕291-292頁は、外国にいる日本人間の婚姻届、外国にいる日本人男と外国人女の婚姻届、外国にいる外国人男と日本にいる日本人女の婚姻届、米国にいる日米二重国籍の男と日本にいる日本人女の婚姻届を日本でした場合の婚姻届の受理の可否を論じ、また、外国に駐在する日本の大使・公使・領事が日本人と外国人の婚姻届を誤って受理して日本人の本籍地に送付した場合の婚姻の成否につき論ずる。

(2) 久保〔1972 (S47)〕199頁は次のようにいう。

「外国にある日本人相互間又は外国人と日本人との間の婚姻、並びに内外国にある日本人相互間又は外国人と日本人との間の婚姻についても、日本の市町村長に届出を為すことができる(民739条、戸25条2項・74条、戸規則36条、大15・1・26及び昭12・4・5回答、昭24・1・12民事局長通達参照)。日本民法の解釈としては、届出そのものが婚姻締結であり、従って届出をなした所が国際私法上の婚姻挙行地となるのであり、右の婚姻は一種の日本における婚姻となるからである。」

この引用文は、久保岩太郎『国際私法』(第21刷、1972 (S47)年4月25日発行、有信堂)から引用した。同書(第21刷)には1954 (S29)年2月付けの「はしがき」と1969 (S44)年1月付けの「第17刷 はしがき」がある。後者は、第17刷では、「遺言の方式の準拠法に関する法律」に関する事項に限って修正を加えた旨を述べる。従って、上の引用文(第21刷からの引用文)は第1刷りの発行当時(1954 (S29)年1月以後の時期)のままであると思われる。

心存す故に受理地を以て行為地と見るべく」という点にある。従って、久保は山口の挙げた事例を一般化して、山口の提唱した《届出受理地＝行為地》説を確立したといえる。

なお、上記引用文における「隔地的法律行為」の意味と山口〔1910（M43）〕における「隔地的婚姻」の意味が異なることに注意が必要である。すなわち、上記引用文で、久保は、「外国に在る日本人と内国に在る日本人との間、甲乙二外国に在る日本人間の婚姻」のいずれについても、日本で婚姻届が行われる場合を等しく「隔地的法律行為」と呼ぶ。

第2款 久保〔1955（S30）〕

久保は次のようにいう。

「外国にある日本人相互間又は日本人と外国人との間の婚姻、日本と外国とにある日本人相互間又は日本人と外国人との間の婚姻についても、わが国の方式に従って婚姻の届出をすることができるかの問題がある。わが法律の解釈としては届出そのものが婚姻締結であり、従って届出をなした所が国際私法上の婚姻の挙行地となるから、これを肯定しなければならない（日民739条、戸籍25条・74条、戸規則36条、大15・1・26及び昭12・4・5回答、昭24・1・12通達参照。山口・親族法及び国際親族法の研究108頁、久保・国際私法199頁）。」（久保〔1955（S30）〕531頁）

第3款 久保〔1959（S34）〕

（1）久保は、まず、隔地的婚姻の意味について次のようにいう。

「婚姻は通常両当事者が同一地にあつて挙行されるから、通常は行為地決定に困難はない。しかし、往々隔地的に婚姻が行われることもある。例えば、外国にある外国人又は日本人と日本にある日本人との婚姻届を日本人たる当事者の本籍地または所在地の市町村長に提出した場合、または外国にある日本人相互間又は日本人と外国人との婚姻届を日本人たる当事者の本籍地の市町村長に

郵送してきた場合のごとくである。」（久保〔1959（S34）〕312 頁）

（2）久保は、次に、法律行為を 2 種類に分けて、隔地的法律行為の行為地について次のようにいう。

「隔地的法律行為については、その方式の補則的準拠法たる行為地法を決定するにあたっては、これを官庁の協力を要する法律行為¹⁴¹⁾と然らざる法律行為とに分けて考察すべきであるように思われる。

甲 官庁の協力を要する隔地的法律行為は協力を待たなければ完結しえないから、協力官庁の所属国が行為地となる。換言すれば完結地が行為地となるものといわねばならない。例えば、婚姻及び縁組等の身分行為はわが国では市町村長の届出の受理によって始めて成立し効力を生ずる。而して市町村長は届出がわが国の方式に適合している場合に始めて受理するのである（例えば、民 739 条 740 条、799 条 800 条）。この場合はわが国の法律が完結地法として行為地法となるごとくである。このことは届出行為たる身分行為殊に婚姻については、行政的先例によって国際私法上の慣習法が成立していると見てもよいように思われる（大正 6・5・30 第 1 号司法大臣訓令、昭和 26・3・6 民事甲第 412 号回答、昭和 27・3・13 民事甲第 276 号回答、なお大正 15・2・3 民事第 281 号回答、昭和 11・2・3 民事甲第 40 号回答）。近時は縁組についても右のような慣習法が成立しかかっていると見てよいかも知れない。

乙 然らざる隔地的法律行為については、各方向行為地説が最も正当なものであると思う。〔以下省略〕」（久保〔1959（S34）〕313 頁、原文中の強調は引用に際して再現していない。）

141)（引用者注）久保はここに後注を入れ、次のようにいう。

「やや漠然とはしているが、或はわが国の市町村長の婚姻届の受理とか、或はある国の婚姻の登録とかによって、婚姻が成立し効力を生ずる場合の官庁の受理又は登録のごとき協力を要するものを意味する。」（久保〔1959（S34）〕314 頁注 3）

第3節 實方正雄

實方は次のようにいう。

「当事者が日本人なる場合には、我民法は当事者の現在を必要とせぬから、日本本国への郵送による婚姻届出も可能である（所謂写真婚）。併し此の場合は、挙行地は理論上滞在国に非ずして日本となる。」（實方〔1953（S28）〕274頁）

第4節 折茂豊¹⁴²⁾

折茂は次のようにいう。

「日本にいる日本人または外国人と、外国にいる日本人または外国人との間の婚姻の日本法上の届出が日本においてなされたとき、わが国際私法上、かような婚姻の「挙行地」は日本であるとみて差支えなく、したがって、かような婚姻もまた方式上有効なものとみらるべきであろう。外国にいる日本人と、やはり外国にいる日本人または外国人との間の婚姻の届出が日本においてなされたときは如何。かような場合にも、なお「挙行地」を日本とみるべきか否かはすこしくうたがわしいが、沢木・ジュリ 357 号 105 頁参照、通説はこれを肯定し、かかる婚姻をも方式上有効なりとしている。久保・講座 II531 頁参照。」（折茂〔1972（S47）〕248 頁注 2。この引用文と折茂〔1959（S34）〕197 頁注 2 の記述を比較すると、後者には「沢木・ジュリ 357 号 105 頁参照」の文字がない。また、両者間には字句の相違がある。）

第5節 澤木敬郎¹⁴³⁾

第1款 澤木〔1966（S41）〕

澤木は【判例 1】富山地判昭和 40（1965）-3-31 に関して次のようにいう。

142) 後出第 6 章第 4 節参照。

143) 後出第 6 章第 4 節参照。

「わが国における従来の戸籍先例は、日本人間の婚姻の場合は勿論、内外人間の婚姻であつて、しかも婚姻当事者がいずれも日本国内に在住していない場合であつても、戸籍法 25 条の規定により、外国から直接婚姻届を本籍地に送付することによって有効に婚姻が成立するものとしてきている（民事局長回答昭和 26 年 3 月 6 日民事甲第 412 号）。この考え方の根底にあるものは、わが民法が婚姻の方式について届出という制度を採用しており、従つて届出のなされた場所が婚姻の挙行地であるという極めて日本法的な理解である。しかし、領事婚とならんで外国の方式に従つて締結された婚姻の届出に関して規定を置いている戸籍法（40 条以下）の趣旨からみて、果たして前記戸籍法 25 条が、右の回答のような意味で日本を婚姻挙行地とすることを認めたものであるかは疑問である。ただそれ以上に問題なのは、本来国際私法規定の適用をまつて初めて適用されうる内国実質法上の概念を先行さを、それによって抵触規定中の概念を決定しているというその論理的な順序の誤りである。

右のような先例は、いわゆる写真結婚にみられるごとく一貫して戸籍実務において採用されてきており、これを支持する学説もある（久保『婚姻の成立』国際私法講座 2 巻 528 頁以下）。しかし婚姻挙行地という概念は抵触規定の構造上連結概念に属し、しかもそれは国籍・住所等国によって内容が異なるような性質のものではないから、一種の性質決定問題として、法廷地国際私法の立場から独自に決定されるべきものである。ところで婚姻とは本来男女の肉体的結合を条件とするものである以上、その所在地国が異なる場合に婚姻の成立を認めるということは、その性質に反するように思われる。また法例 13 条が、婚姻の方式について、それが挙行地の公序と密接な関係を有することを理由〔以下、106 頁〕として、絶対的挙行地法主義を採用し、外交婚のみを例外的に許容していることは外国にある日本人同士についても、その婚姻については領事婚による場合のほかは、常にその所在地国の方式に従うことを要求したものと解するのが自然である。そのように考えると法例 13 条にいう婚姻挙行地とは、両婚姻当事者が現在する場所の意味に解するべきであり、婚姻の実質の準拠法

が代理婚を許す場合のみがその例外として認められるにすぎない考える。

しからば本件のごとき事案においては、どのように処理すべきであろうか。右の立場を貫く限り婚姻挙行地は存在せず、従つて方式の準拠法も決定できないことになる。しかし婚姻の方式の準拠法について、絶対的挙行地法主義を採用することには立法論上多くの批判があり、共通本国法その他の連結点をも累積的に認めるべきだと説かれてきている。従つて本件の場合も、法例 13 条によって日本が挙行地となるというのではなくて、むしろ法例には規定がなく、条理国際私法として共通本国法が婚姻の方式につき適用されるべき事例であると解したい。」(澤木〔1966 (S41)〕 105-106 頁)¹⁴⁴⁾

第 2 款 澤木〔1972 (S47) b〕

澤木は次のようにいう。

「現在の戸籍先例¹⁴⁵⁾によれば、外国に在住する日本人同志が、婚姻届を作成して、これを本籍地の市町村長に直接送付してきた場合には、郵送を受けた市役所または町村役場が、法例 13 条 1 項但書にいう婚姻挙行地と解せられるとして、したがつて戸籍の届出が有効な方式となるものとされている。しかし、この先例にたいしては、国際私法理論上疑問がある。比較法的にみた場合、婚姻の方式については、宗教的あるいは非宗教的公開の儀式を要求するものなど、

144) この後、澤木〔1972 (S47) a〕 106 頁は次のようにいう。

「在外日本人間で婚姻をする場合、直接本籍地に婚姻届を郵送することによって(戸籍法 25 条)、有効に婚姻が成立することを認めるのが一貫した戸籍先例である。そこでは、婚姻届が送付された本籍地が、法例 13 条にいう婚姻挙行地となると解釈されている。しかし、これは連結概念の決定を法廷地法によらせたものとして批判されている。ただし、婚姻挙行地といいうるためには、両当事者がそこに現在する必要はない。この場合には、不在当事者の本国法が代理婚を認めていれば、有効に婚姻が成立しうる。」この引用文は、澤木〔1984 (S59)〕 106 頁でも踏襲されている。

145) (引用者注)澤木はここに後注を入れ、「民事局長回答・昭和 26 年 3 月 6 日民事甲 412 号」(澤木〔1972 (S47) b〕 380 頁注 10)と述べる。

立法主義は別れており、わが国のように単に戸籍の届出のみとしている例はむしろ〔以下、371 頁〕少ないといえるのである。そしてそうであればこそ、法例は、この方式の問題を婚姻挙行地の法律によらしめているのである。そこで法例 13 条 1 項但書にいう婚姻挙行地の概念をいかにして決定すべきかという連絡概念決定問題が生じる。そして国際私法学者の間での通説的見解によれば、連結概念決定問題とは、国際私法規定の解釈問題にほかならないのであるから、国際私法独自の立場で連結点の意義が決定されなければならないと解されている。すなわち、行為地、目的物の所在地、不法行為地、住所地などの連結点が何を意味するのかは、特定国の民法上採用されているそれらの概念によつて決定されるのではなく、国際私法規定の目的にそくして決定されなければならないとされてきているのである。そしてそのような立場から婚姻挙行地の概念を決定するとすれば、少なくとも婚姻当事者の双方ともが現在していないような場所を婚姻挙行地と認めることは妥当ではないであろう。わが戸籍先例の立場は、日本民法が採用している婚姻の形式的成立要件に関する制度を、国際私法の場面にも持ち込んだものとして、妥当なものとはいえないと考えられる。そして、このような戸籍先例ができてきた背景には、戸籍が渉外的な身分関係をも処理すべき任務を与えられているにも拘わらず、直接的には国際私法と切断され、民法の附属法として戸籍法が成立しているという点があるのではないかと思われるのである。」(澤木〔1972 (S47) b〕370-371 頁)

第 3 款 澤木〔1990 (H2)〕

澤木は次のようにいう。

「従来の戸籍先例によれば、在外日本人が直接本籍地に婚姻届を郵送してきた場合、日本が婚姻挙行地であると解釈して、有効に婚姻が成立するものとされていたが、これは婚姻挙行地という連結概念の決定を法廷地法によらせたものとして批判されてきた。しかしこのような不自然な解釈をしなくても、それは 3 項による当事者の一方の本国法による方式として認めることができる。し

たがって、いわゆる郵便婚が、今後も有効とされる点では変更はないが、それは、婚姻挙行地法上の方式としてではなく、当事者一方の本国法による方式として説明されることになる。したがって婚姻挙行地とは、代理婚の認められているような場合を除いては、両当事者がそこに現在している場所と解釈すべきであろう。そしてこのような解釈に立てば、従来戸籍先例によって有効とされてきた日本在住の日本人と韓国人が、直接韓国の面長（日本の戸籍史に相当）に届出をなした婚姻は、法例 13 条 3 項但書によって、有効とは認められないことになる。」（澤木〔1990（H2）〕 111 頁）

第 6 節 山田鐐一

第 1 款 山田（鐐）〔1987（S62）〕

山田（鐐）は、改正前法例下で、次のように述べる。

「当事者が日本人であるときは、たとえ外国にある場合においても、日本法によれば日本の市町村長への郵送による届出も可能であり（民法 739 条、戸籍法 25 条）、この場合には挙行地は外国ではなく届出のなされた地である日本であるとの見解がある（講座Ⅱ（久保）531 頁、山口弘一『親族法及国際親族法の研究』108 頁、昭 24・1・12 民事甲 4139 号各司法事務局長宛民事局長通達、昭 26・3・6 民事甲 412 号民事局長回答）。しかし、この場合においても、挙行地は外国であり、したがってその外国法の定める方式に従うべきである。日本の市町村長への届出は、単に報告的意味しかもたないものと解すべきであろう（渉外判研（沢木）ジュリ 357106 頁、折茂・各論 248 頁は、従来の見解を疑問視するにとどまる）。」（山田（鐐）〔1987（S62）〕 343 頁）

第 2 款 山田（鐐）〔2004（H16）〕

山田（鐐）は改正法例下で次のように述べる。

「外国在留の日本人が、日本人または外国人との婚姻届を本籍地の市区町村長に直接郵送した場合には、従来、戸籍実務上、婚姻挙行地は日本であると解

して、これを受理する取扱いがされてきた(昭24・1・12民事甲4139号各司法事務局長宛民事局長通達, 昭26・3・6民事甲412号民事局長回答)。本条3項によれば、婚姻挙行地を問うまでもなく、その婚姻は当事者の一方の本国法の定める方式によったものとして、右の取扱いを是認することができる(澤木・入門111頁, 木棚=松岡=渡辺・概論172-173頁, 南敏文「法例の一部改正について」民月44巻8号15-16頁。)(山田(鎌)[2004(H16)]411頁, 山田(鎌)[1992(H4)]359頁も同旨)

「婚姻挙行地の概念については、婚姻の届出がなされた地または婚姻の儀式が行なわれた地であるとか(戸籍先例)、両当事者の所在地であるとか(澤木敬郎「渉外的身分関係と戸籍」日本戸籍の特質370頁以下, 同・入門111頁)、婚姻の合意が公式に表明された地であるとか(山田(鎌)=早田編・演習新版(早田)221-222頁)、両当事者が現在し合意を実質〔以下, 414頁〕的に行う場所であるとか(櫻田・244頁)、さまざまな解釈が行なわれている。改正法例13条3項により、当事者の一方の本国法の方式によった婚姻も有効とされるようになった結果、婚姻挙行地を問うまでもなく婚姻の成立の認められる場合が多くなったため、婚姻挙行地の概念を決定する必要性は、改正前の法例における場合よりも小さくなったものといえよう。しかし、日本在住の日本人と韓国人が、直接、韓国の面長に婚姻届を郵送したような場合には、婚姻挙行地の問題となる余地がある。この場合、婚姻挙行地は両当事者の所在する日本であるとするのか、それとも婚姻届が受理された韓国であるとするのかにより結論が異なる。前者の場合には、法例13条3項ただし書により日本法による婚姻の届出がなければ婚姻の成立は認められないが、後者の場合には法例13条2項によっても3項本文によっても韓国法に従い婚姻は有効と認められることになる。前者が自然な解釈であり妥当であると考え(南・解説60頁, 澤木=道垣内・入門101頁, 平成元年基本通達第一の二(三)参照)。この点につき、法例9条1項の規定により、婚姻届を郵便に付した地を婚姻挙行地であるとする見解(前出昭24・1・12回答, 昭26・3・6通達)もあるが、右の規定

はこのような場合を予定したものではなく、支持できない。」(山田 (鑛) [2004 (H16)] 413-414 頁注 2. 山田 (鑛) [1992 (H4)] 361 頁注 1 も同旨)¹⁴⁶⁾

第 7 節 南敏文

南は次のようにいう。

「(1) 国外からの婚姻届の郵送

改正前の法例下においては、在外の日本人が、日本人又は外国人との婚姻届を本籍地の市区町村長あてに直接郵送した場合にも、婚姻挙行地は日本であると解して、受理する取扱いがされていた(昭和 26 年 3 月 6 日民事甲第 412 号民事局長回答)。これに関しては、国際私法学者の間で批判が強かったのでは

146) 引用文中の山田 (鑛)・早田 [1987 (S62)] はこの時期に公表された。

山田 (鑛)・早田 [1987 (S62)] 218-222 頁の「婚姻の方式 II」(早田芳郎)は「外国在留の日本人が外国人との婚姻の届書をその本籍地の市町村長に外国から郵送した場合、この婚姻の届出は適法なものとして受理されるべきか。」という設問に関して教師 T と学生 3 名 (M, N, O) の対話の形式で解説をする。N 君が「確かに、わが民法および戸籍法の観点からみれば、婚姻の挙行地とはその届出地にほかならないものといえますが、しかし、法例 13 条にいう婚姻挙行地の概念のそのような解釈は、国際私法独自の立場でなされるべき連結概念の決定の場面に婚姻の方式についてのわが実質法の制度を持ち込むもので、妥当なものとはいえません。」(山田 (鑛)・早田・同 219 頁(早田))と発言したのに対して、M 君が「戸籍先例は、一般的にいって、婚姻の合意が公式に表明された地を婚姻挙行地と解する立場を採るものとみることはできませんか。そのような立場を採るものとみれば、戸籍先例の態度は、それなりに一貫しているといえます。私は、法例 13 条にいう婚姻挙行地の概念をこのように解して、戸籍先例の態度を支持したいと思うのです。婚姻挙行地の概念をこのように解する場合、婚姻の合意の表明・その確認の形式は、各国の法制上一様ではないので、具体的にいかなる場所を婚姻挙行地とみなすべきかは、婚姻の方式がその挙行地の公序と密接な関係を有する以上、問題の場所の法律に即して決定するのが合目的と考えるからです。」(山田 (鑛)・早田・同 221 頁(早田))と発言したのを受けて、T 教授は「法例 13 条にいう婚姻挙行地の概念について、私は、M 君の見解に賛成です。戸籍先例の立場もそのようなものだとすると、そこにみられる、婚姻挙行地 = 届出地とみなす解釈に対して N 君の述べたような批判は当たらないと考えます。」(山田 (鑛)・早田・同 222 頁(早田))と述べた。なお、以上の点について、早田 [1983 (S58)] 110 頁も同旨である。

るが、改正法例によれば、婚姻挙行地を問うまでもなく、当事者の一方の本国法による方式として、この取扱いが正当化される。もともと、婚姻挙行地とは、単なる結婚式をする地ではなく、婚姻という法律行為をする地であって、身分登録官吏に対する届出、宗教的な儀式、公開の儀式等をする地である。そして、前記通達は、戸籍吏に対する届出を日本において受理することから婚姻挙行地は日本であるとしているわけであるが、当事者の不在の地を挙行地すなわち行為地とすることの本質的な問題があるほか、法例第 9 条第 1 項が「法律ヲ異ニスル地ニ在ル者ニ対シテ為シタル意思表示ニ付テハ其通知ヲ発シタル地ヲ行為地ト看做ス」としており、郵便に付した地が婚姻挙行地であるとする余地もあり（前記通達は、戸籍吏に対する届出は、受理されなければ効力を生じないところ、受理行為については同項の適用の余地はなく、あくまでも挙行地は日本の国内であるとしているのであろう。）、問題視され得たわけである。特に、在外公館で日本人・外国人間の婚姻を誤って受理し、市区町村長に到達したときは、戸籍法上郵便による届出に準じて有効な届出がなされたものと解することができるとしていたが、この場合の婚姻挙行地は、在外公館の所在地であるというほかはある〔以下、60 頁〕まい（我が国の在外公館が日本人・外国人間の婚姻も受理することができるものとすれば、婚姻挙行地は、在外公館の所在地以外に無いはずであることとの平仄を考えれば、明らかであろう。もっとも、このように解したとしても、改正法例下では、右の誤って受理した場合の取扱いは、第 3 項本文により法例上も有効な婚姻であるということができる。）。基本通達第一の一（二）も、「当事者の双方又は一方が日本人である場合における外国から郵送によりする創設的な婚姻の届出は、当事者の一方の本国法による方式によるものとして受理することができる。」としている。

（2）日本人・韓国人間の婚姻

次に、第 3 項ただし書の規定により、当事者の一方の本国法による方式は、当事者の一方が日本人である場合において日本で婚姻するときは認められないが、この関連で、日本人・韓国人間の婚姻届を在日韓国領事館が受理して本国

の面長に送付した場合等について、婚姻が有効に成立するのが問題となる。改正前の法例下においては、このような場合について、前記の在外公館で日本人・外国人間の婚姻を誤って受理した場合の取扱いを適用し、面長が受領した日に婚姻が成立したものとしていたが、改正法例下においては、婚姻挙行地を従来どおり面長の所在する地であるとするのか、又は在日韓国領事館が所在する我が国とするのかで、法例上、有効とするのか、無効とするのかの結論が変わってくることとなる。今回の改正で、外国から郵送によりする創設的な婚姻の届出は、当事者の一方の本国法による方式によるものとして受理するものとしたこと及び前記の第3項のただし書が設けられた立法趣旨からすれば、このような場合は、面長の所在する地が婚姻挙行地であるとは解さず、それゆえに、日本人・韓国人間の婚姻届を在日韓国領事館が受理して本国の面長に送付しても、我が国では、法例上、婚姻が成立したものと解さないのが適当であろう。第三項ただし書は、日本人・外国人間の婚姻届を在日の外国領事館が受理した場合であっても日本の戸籍吏に届け出ない限り婚姻は成立していないものとするはずなのに、婚姻挙行地の解釈によ〔以下、61頁〕りそれが尻抜けになるのは適当ではないからである。基本通達第一の二（三）も、「日本において婚姻を挙行した場合において、当事者の一方が日本人であるときは、他の一方の当事者の本国法による方式によることはできないこととされた（改正法例第13条第3項ただし書）ので、日本人と外国人が日本において婚姻をした（日本人と外国人が当該外国人の本国の大使館等において婚姻をした場合を含む。）旨の報告的届出は、受理することができない。」として、このことを明らかにしている。」（南〔1992（H4）〕59-61頁）

第8節 奥田安弘¹⁴⁷⁾

奥田は次のようにいう。

147) 奥田〔2004（H16）〕、奥田〔2007（H19）〕、奥田〔2012（H24）〕参照。

「外国から日本へ創設的婚姻届を直接郵送した場合、または在外公館が日本人と外国人の創設的婚姻届を誤って受理して、本籍地に送付した場合については、これを本国法の方式によったものとみるべきであるのか、それとも挙行地法の方式によったものとみるべきであるのかという問題が生じる。

〔……〕平成元年改正前の法例は、絶対的挙行地法主義を採用し、その例外としては、（有効な）領事婚しか認めていなかったので、本籍地への直接郵送の場合は、戸籍実務上、わが国が挙行地であると解されていた（昭和26年3月6日民事甲第412号回答第2）。ところが、平成元年の法例改正により、当事者の一方の本国法の方式によることが認められ、外国からの直接郵送は、戸籍実務上、本国法の方式と解されることになった（平成元年基本通達第1の1（2））。これは、当事者の双方が不在の日本を挙行地とすることに対する学説の批判に〔以下、144頁〕応えたものとされている（涉外戸籍の理論と実務113頁以下、実務戸籍法363頁）。

しかし、このような解釈の変更は、裁判実務に混乱を引き起こしてしまった。すなわち、平成元年法例改正前に、カナダおよび英国の二重国籍の男と日本人女の婚姻届が英国駐在の日本領事館において誤って受理された後、日本人女の本籍地に送付されたが、届出人による直接郵送と同様に、届書の到達日をもって受理する扱いがなされた事案において、神戸地判平成9年1月29日は、婚姻の挙行地を日本ではなく英国とし、英国法上の方式要件を欠くので、婚姻を無効としたのである。ただし、本判決は、この男女が後に日本で婚姻生活を開始したことにより、婚姻が有効になったという無理な解釈を展開している。これによれば、法例改正前の膨大な数の婚姻が方式上無効となり、その後日本で婚姻生活をしたか否かという極めて偶然的かつ曖昧な事情によって、効力が左右されることになる。身分関係の存否は、当事者が和解をすることができる事項ではない（それゆえ、調停によった場合も、合意に相当する審判がなされる）。当該事件およびその当事者にとってのみ実質的妥当性を確保すれば足りる、というような問題ではない。

本判決は、さらに従来の戸籍実務について、「当事者が不在で実質的婚姻関係の社会的な公示もない地を婚姻挙行地とするもの」であるから妥当ではなく、また法例9条1項が財産法上の隔地的法律行為について通知の発信地を行為地としていたことから疑問であるとする。しかし、実質的婚姻関係の社会的な公示のなされた地を挙行地とする解釈は、儀式婚には妥当するが、わが国の戸籍法上の届出には当てはまらない。戸籍法上の届出は、日本の国内でなされる場合も、使者や郵便などによってできるから、必ずしも当事者の所在地である必要はないし、広く社会に公示されるわけでもない。昭和51年の戸籍法改正（法律第66号）により、戸籍簿の閲覧などが制限されることになったから、成立後の婚姻が公示されるわけでもない。また法例9条1項は、方式の準拠法としての行為地（法例8条2項本文）ではなく、実質的成立要件の準拠法としての行為地（法例7条2項）を規定したものと解されていた（奥田・国際財産法84〔以下、145頁〕頁）。そもそも婚姻の場合は、行為地ではなく挙行地である。すなわち、婚姻の方式は、儀式などの事実行為を含む挙行地を連結点とするのであるから、法律行為の実質的成立要件の準拠法に関する法例9条1項は、全く無関係である。

学説からは、日本民法の婚姻の方式を国際私法に持ち込んでいるとする批判があったが、そこでは、国際私法独自の挙行地概念が示されているわけではなく、それを示すことが可能であるとも思えない。すなわち、婚姻の挙行地とは、それぞれの実質法が何を方式要件とするのかに応じて異ならざるを得ない（序章II, 4）。たとえば、事実婚が法律婚として認められている場合は、その性質上、当事者が現に婚姻生活を営んでいる地が婚姻挙行地となる。また儀式婚も、通常は当事者が現に所在し、儀式を執り行う地が婚姻挙行地とされるが、手袋婚（Handscheuhe）のように代理人や使者による宣誓が認められる場合は、その宣誓がなされた地が婚姻挙行地と解される（ドイツの判例について、ヘーンリッヒ・国際家族法16頁）。わが国の戸籍法上の創設的婚姻届は、本籍地に直接郵送された場合は、その地に到達した時に届出があったものとされるのであるか

ら（第 7 章 II, 3）、婚姻の挙行地は、わが国にあると解するべきである。

ちなみに、平成元年改正前の先例ではあるが、日本にいる日本人が外国にいる外国人に婚姻届の用紙を郵送し、お互いに署名（押印）した後、日本人当事者が届書を提出した場合は、これを日本法の方式によったものとする昭和 30 年 12 月 7 日民事甲第 2586 号回答がある。このように戸籍法上の届出は、当事者の所在地が相異なる国にある場合も可能であることを考えれば、なおさら当事者の所在地を挙行地とすることには無理がある。」（奥田〔2020（R2）〕143-145 頁）

第 9 節 櫻田嘉章

櫻田は次のようにいう。

「婚姻挙行地の概念は、日本や韓国などで認められる、婚姻届出書を本籍地の市区町村長へ直接郵送することによる届出においては、重要である。これまで戸籍実務において、わが国におけるような書面による婚姻の届出は、届出受理地が挙行地であるとされ、学説により婚姻挙行地の趣旨にもとると批判されてきたが、実務上、郵送に付した地を挙行地とすることも考えられるとされるに至った。両当事者が婚姻成立のために重要な行為を行う場所として、通常は、婚姻という当事者間の法律行為の外部的表現方法としての方式の問題であるから、その行為地である両当事者が現在し合意を実質的に行い、その外部的表示である届出書を作成・発送する場所をもって挙行地とみるべきである（神戸地判平 9・1・29 参照）。したがって日本人当事者による外国からの本籍地への郵送による婚姻届出は、挙行地は外国であるので、当事者の一方の本国法である日本法によって有効とされる（法適用通則法 24 条 3 項、平成〔以下、275 頁〕元・10・2 民二 3900 通達第 1 の 1（2）参照）。」（櫻田〔2020（R2）〕274-275 頁、櫻田〔2006（H18）〕253 頁も同旨。）

第10節 道垣内正人

第1款 婚姻の方式

道垣内は婚姻の方式について次のようにいう。

「(3) 婚姻届の提出・受理

かつて日本が絶対的挙行地法主義を採用していた頃(平成元年法例改正の前)の戸籍先例によれば、在外日本人が直接本籍地の市町村長に婚姻届を送付してきた場合(たとえばギリシャで結婚式をしたものの、それはギリシャ法上の方式を満たすものではなかったといった場合)や、在外の日本領事館が民法741条の適用を誤り、日本人と外国人との婚姻届を受理し、これを日本人の本籍地の市町村長宛に送付したような場合、発信地国法上の婚姻の方式に適合した行為が行われていなくても、婚姻届を受領した日本が婚姻挙行地であると解釈して、方式上有効に婚姻が成立するものとされていた。しかし、学説上は、そのような場合には婚姻挙行地は当事者のいる外国であると解すべきであり、上記の処理は誤りであるとの批判が有力であった〔……〕。

もっとも、平成元年の法例改正とそれを引き継いだ通則法24条3項は、当事者の一方の本国法上の方式によることを認めているので、少なくとも一方が日本人である限り、外国から送付されてきた婚姻届はその本国法としての日本法上の方式を具備するものとして受理することができることになった(戸籍法41条の適用もある)。そのため、それまでの見解の対立は実質的な意味を失い、戸籍実務と〔以下、94頁〕しても、そのような場合には通則法24条2項ではなく、3項に基づいて受理するようになっている(平成元年10月2日民2第3900号通達第1の1(2))。

しかし、婚姻以外の親族関係についての法律行為の方式の準拠法を定める通則法34条2項にいう「行為地」については、24条3項に相当する規定はないため、外国から届出書が送付されてきた場合の行為地がどこかという問題はなお存在する。日本法の戸籍制度は行政法的側面と私法的側面の両面性があり、国家機関への届出という外部形式の具備を婚姻成立要件として要求していると

いう特殊性があるから、外国から日本の戸籍窓口へ届出があった場合には、行為地は日本であると解し、その受理により方式要件が具備されるとの扱いをすべきことは後述のとおりである〔……〕。そのような解釈との整合性から、婚姻挙行地についても、この届出というタイプの方式については届出を受理する行政機関の所在地（婚姻が公にされる地）であると解すべきである。

もっとも、24条3項但書の「日本において婚姻が挙行された場合」という文言の解釈についてまで上記と同様に解する必然性はない。この但書の趣旨は、〔……〕、一方が日本人であって日本で生活をすることになる可能性の高い場合には、戸籍への記載のない婚姻の成立は認めないという法政策に基づくものである以上、その趣旨に沿ってその適用対象を定めるべきであり、少なくとも日本人当事者が日本にいる場合には日本が挙行地であると解すべきである。その結果、たとえば、日本在住の韓国人と日本人が婚姻をするにあたり、戸籍に相当する制度を所掌する韓国の当局へ日本から婚姻届を送付した場合には、24条3項但書の適用があり、日本法上の届出がない限り、日本ではその婚姻を有効と扱うことはできないことになる。」（澤木・道垣内〔2018（H30）〕93-94頁。澤木・道垣内〔2006（H18）〕107-108頁も同旨。）

第2款 親族関係についての法律行為の方式

道垣内は親族関係についての法律行為の方式について次のようにいう。

「(3) 戸籍事務を管掌する市町村長への届出の提出・受理というタイプの方式

たとえば、日本法上の法律行為としての養子縁組の方式は市町村長の戸籍窓口へ養子縁組届を提出し、これが受理されることである。このような制度は二面性を有している。第1は行政的な観点から国民の身分関係を把握しておくという側面であり、第2は私法的な観点から養子縁組の意思の確かさが示されることを要求するという側面である。とはいえ、日本は、外国法上の方式による養子縁組を認め、それについての報告的届出は求めるものの、それがされなく

でも私法上はその養子縁組を有効なものと扱っているので、第1の側面は絶対的なものとは位置づけられていない（戸籍法135条により報告的届出義務違反には過料の制裁はある）。したがって、届出は、国際私法上の方式の準拠法として日本法が適用されるべきときの送致範囲内の問題である。

ところで、前述のように、かつては外国から送付されてきた婚姻届の扱いについて、婚姻挙行地は日本であると解してこれを受理するのが戸籍実務であったところ、平成元年の法例改正とそれを引き継いだ通則法24条3項のもとでは、そのような婚姻の挙行地は外〔以下、127頁〕国であって、日本は行為地でないとして解した上で、本国法として日本法が適用されるときにはこれを受理することができるとする解釈に戸籍実務は切り替えている〔……〕。

しかし、この問題についての考え方は、外国からの離婚届・認知届・養子縁組届・離縁届などの扱いに影響を与えるので、国際私法上きちんと整理しておく必要がある。まず、重要なことは、法律行為の方式については2種類のものを区別するということである。

第1のタイプは、当事者間での法律行為の意思表示の仕方（外部形式）を定める通常のタイプの方式であり、意思表示を書面や公正証書によることを要求するといったものである。実質法上のこのような方式を前提とすれば、当事者が現実に所在する地が34条2項の行為地であり、通則法10条3項・4項の定めるルールにより、異なる法域に所在している当事者から相手方への一方的法律行為の意思表示についての行為地は通知の発信地であるとみなし、同様の状況にある当事者間の契約については申込発信地又は承諾発信地のいずれもが行為地であって、そのいずれかに適合すれば方式上有効とすることでよいと解される。

他方、第2のタイプは、当事者間での意思表示の外部形式を定めているわけではなく、それとは別に、行政機関への届出・受理や、聖職者・立会人の前での儀式といった方式の具備を求めるというタイプの方式である。日本の養子縁組届の制度もこれに該当する。このような場合、意思表示は当事者間でされる

わけではなく、「公」に対してされることになる。しかも、このような方式について重要なことは、どこから通知を発したかではなく、どこでその通知が受信され、公にされるのかである。このように考えると、10条3項・4項のルールはこのタイプの方式は適用対象としておらず、第1のタイプの方式だけを対象としていると解するのが妥当であろう。そ〔以下、128頁〕して、第2のタイプの方式が実質上採用されている親族関係の法律行為についての34条2項の行為地は、意思表示の通知が受信された行政機関等の所在地（法律行為が社会に公になった地でもある）と考えるべきである。たとえば、法律行為としての養子縁組届を養親となる外国人が養子となる日本人子の本籍地の市町村長宛に送付した場合、34条2項により日本法も方式の準拠法となり、民法799条（が準用する739条）に定める方式を具備したものと扱うことができることになる。この結論は、戸籍法上の創設の届出は当事者の出頭を要せず、代理人や使用者によってもすることができるとされていることと整合的である。そして、市町村長はどこから届出が発せられたものかをチェックする必要はなく、いわんや、届出に係る本人がどこに所在しているのかをチェックする必要はないことになるので、戸籍制度の運営を安定化させることになろう（たとえば、外国人を養親とし、日本人を養子とする養子縁組届を使用者が戸籍窓口を持参した場合、当事者らが日本にいることを確認しなければ日本法上の方式によることはできず、したがってその届出を受理してはならないという事態は回避することができる）。なお、このように解する場合、実質的成立要件について問題ないとするれば、外国法上の方式具備と日本法上の方式具備の早い方の時点で法律行為は成立していることになるので、かならずしも日本の戸籍窓口が受理して戸籍に記載した日が私法上の法律行為の成立日ではなく、その点が問題となるときには、準拠法に照らして判断されることになる（これは戸籍の記載一般について妥当することである）。

また同様に、34条が適用される協議離婚、任意認知、協議離縁などについて、外国から戸籍窓口宛に送付されてきた届出は、34条2項の行為地が日本と解

されることになるので、これを受理して差し支えなく、その受理によりこれらの法律行為は方式上有効とさ〔以下、129頁〕れることになる。

ちなみに、婚姻の方式についても、以上のような解釈と整合的に解することが必要であることは前述のとおりである〔……〕。(澤木・道垣内〔2018 (H30)〕126-129頁、澤木・道垣内〔2006 (H18)〕143-146頁も同旨。)

第3節 まとめ

従来の学説の流れは次のようにまとめることができよう。まず、《届出受理地＝行為地》説（山口、久保、實方）が現れ、次に、《届出受理地＝行為地》説に疑問を呈する説（折茂）が現れ、次に、《届出受理地＝行為地》説を批判して《届出人所在地＝行為地》説を主張する説（澤木、山田（鎌））が現れた。しかし、再び戸籍実務（《届出受理地＝行為地》説）を擁護する説（このような揺り戻しの嚆矢は早田であり、奥田、道垣内が続く。）が現れ、他方では、「届出書を作成・発送する場所」をもって婚姻挙行地とみるべきだとする説（櫻田）が現れた（日本の学説の系譜については、後出第6章第3節参照）。

しかし、従来の学説による検討はいずれも不十分である。それは、従来の学説は、婚姻における権利変動（夫婦関係の成立）の原因が何であるのかを検討していないからである。すなわち、婚姻届は権利変動の原因であるかという問題、及び、婚姻当事者はその婚姻意思の表示を市町村長に対してするのかという問題である。

第6章 国際私法上の法律行為地の意味

本章では、国際私法上の婚姻挙行地概念・行為地概念を検討し、また、隔地的婚姻等の場合の婚姻挙行地・行為地を検討する。その前提となるのは、法律行為に基づく権利変動の原因は方式であるのか、それとも、意思表示であるのか、婚姻届により婚姻する際は婚姻意思の表示は誰から誰に対して行なわれる

のか、という点にある¹⁴⁸⁾。

第1節 法律行為の構造

第1款 法律行為における権利変動原因

婚姻は法律行為であり、婚姻により権利変動（夫婦関係の成立）が生ずるためには、第1に、意思表示が合致することが必要であり、第2に、婚姻適齢、近親関係の不存在、婚姻当事者に現に配偶者がいないことなどの積極的要件・消極的要件が必要である。後者は婚姻の実質的成立要件と呼ばれる。これに対して、前者の、意思表示の合致は方式と実質に分解される。前者は婚姻の形式的要件であり、後者は婚姻の実質的成立要件である。意思表示の方式は意思表示の方法（発声、文字の記載、戸籍事務担当者の面前でする婚姻意思の表示、届出の受理、宗教上の儀式など）であり¹⁴⁹⁾、意思表示の実質は、効果意思、表示意思、表示行為である¹⁵⁰⁾。では、意思表示の方式と実質はどんな関係に立つか。

意思表示とは効果意思（権利変動を望む意思）を表示意思により表示することである。表示意思とは、なんらかの事実（当事者の行為または当事者を含む人の集団の共同行為）の実行により効果意思を表示しよう、とする意思であり、例えば、《私は婚姻届により私の婚姻意思を表示しよう。》という意思である。

148) 坪場〔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・哲学的局面的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。」

149) 法律行為（意思表示）の方式は意思表示の「方法」である。根本〔2021（R3）〕89-90頁、108-109頁参照。

150) 効果意思、表示意思、表示行為については、我妻〔1965（S40）〕239-240頁、幾代〔1984（S59）〕236-237頁、川島・平井〔2003（H15）〕38-42頁（平井宜雄）参照。

ここで、方式（婚姻届など）に注目すると、方式の客観的要素は人の客観的行為（婚姻の届出をする行為）であり、また、方式が人の行為である以上はその主観面としての意思（方式実行意思、例えば、届出それ自体を実行しようとする意思）が必要である。この方式実行意思は表示意思の不可欠の構成要素である¹⁵¹⁾。

そして、当事者が《私は婚姻届により私の婚姻意思を表示しよう。》という意思（表示意思）を伴って婚姻届をすれば、効果意思の表示（＝意思表示）が行われたこととなり、所期の権利変動（夫婦関係の成立）が生ずる。では、法律行為の構成要素（効果意思、表示意思、表示行為、方式、方式実行意思）の中で、権利変動の原因は何か。法律行為にあっては、法は、権利変動を望む意思（効果意思）の表示に基づいて権利変動を生じさせる¹⁵²⁾。従って、法律行為における権利変動原因は意思表示（効果意思の表示）である。これに対して、方式は権利変動の要件ではあるが、権利変動の原因ではない¹⁵³⁾。

151) 以上につき、根本〔2021（R3）〕80-94頁参照。

152) 我妻〔1965（S40）〕239頁は効果意思を「一定の効果を欲する意思」と定義する。幾代〔1984（S59）〕236頁は効果意思を「表意者の心裡に存し、一定の法律効果を欲する意思」と定義する。そして、我妻〔1965（S40）〕242頁は「意思表示または法律行為が法律効果を生ずる根拠は、法律であるか、それとも意思であるかが、問題とされる〔……〕。」といい、「法律行為の効果の根拠は法律の規定である（直接には民法91条がこれを規定する）。」という。

153) 不法行為にあっては、客観的事実（加害行為、結果発生）が権利変動の原因である。不法行為にあっては故意を要件とすることもあるが、不法行為の故意とは、加害行為の実行により結果を発生させようとする意思、ないしは、自己の実行しようとしている行為により結果が発生することの認識・予見である（内田〔2011（H23）〕355頁は「故意の定義については、学説上対立もあるが、通説は「結果の発生を認識しながらそれを容認して行為するという心理状態」と定義している。その意味で、客観化された今日の過失概念とは異質な、文字通り主観的要件として理解されているわけである。」という。）から、客観的事実（加害行為、結果発生）の主観面であるに過ぎない。不法行為における故意は権利変動（損害賠償請求権の発生）を望む意思ではない。

これに対して、意思表示にあっては、効果意思は権利変動を望む意思であり、効果意思（の表示）が権利変動の原因である。方式の実行も、方式実行意思——「婚姻の

第2款 意思表示の方式と法律行為の方式

法律行為を構成する意思表示が法律行為をする当事者の間で（＝届出人間で）行われるのは当然である¹⁵⁴⁾。

ところが、法は、婚姻等に関しては届出をもって方式とし（民法739条、764条、781条、799条、812条、戸籍法78条）、婚姻の各当事者が意思表示を

届出をするというだけの意思」。「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」（以上については、根本〔2021（R3）〕82-83頁注62参照）——も、権利変動の原因ではない。

154) 婚姻届をする場合、意思表示が婚姻当事者間で行われることについては、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。従って、民法は、届出によって「その効力を生ずる」といっているが（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）

櫻田の次の見解も、婚姻意思の表示は婚姻当事者と市町村長の間で行われるのではないという趣旨であろう。

「婚姻の届出が方式とされるのは、婚姻という法律行為の外面的表現方法であるからであって、名宛人が国家機関、宗教機関であるからといって、婚姻自体、あるいはその届出行為、その第三者に対する意思表示が公的行為になるものではない。だからこそ私法行為の方式なのである。もちろん届出の受理行為が行政行為となるのは、別の問題であり、行政行為が私法上の法律行為を成立させるわけではなく、それが成立の一要素となっているだけである（届出受理の時点で婚姻は成立する）。」（櫻田〔2020（R2）〕274頁）

発信することも、発信された意思表示が相手方に到達すること（婚姻等に関して民法 97 条が適用されること）も考えていない。その理由は何か。

方式はふたつの種類に分けることができる。例えば、民法 446 条は「保証契約は、書面でなければ、その効力を生じない。」と規定するが、保証契約の契約書を郵便により往復させて各当事者が契約書に署名する方法により保証契約を締結する場合は民法 97 条が適用されるであろう¹⁵⁵⁾。すなわち、保証契約の書面性は《申込の発信と到達および承諾の発信と到達》という思考と相容れる。もうひとつは、婚姻届のように、《申込の発信と到達および承諾の発信と到達》という思考と相容れない方式である（婚姻届にあっては、市町村長が婚姻届を受理すれば意思表示が合致したこととなり、これにより婚姻が成立したこととなるから、改めて各当事者の意思表示を相互に相手方に到達させる必要はない。）。前者、すなわち、《申込の発信と到達および承諾の発信と到達》という思考と相容れる方式は意思表示の方式であり、後者、すなわち、《申込の発信と到達および承諾の発信と到達》という思考と相容れない方式は法律行為の方式である¹⁵⁶⁾。法律行為の方式（婚姻届など）にあっては、各当事者が互

155) 民法 446 条 2 項は平成 16（2004）年法律 147 号により追加され、平成 17（2005）-4-1 に施行された。この規定に関して、中田〔2013（H25）〕483-484 頁は次のようにいう。

「保証契約に書面が要求される趣旨は、保証の無償性、情義性、履行義務が未必的であることによる責任の認識の低さに鑑み、「保証を慎重ならしめるため、保証意思が外部的にも明らかになっている場合に限りその法的拘束力を認めるのが相当」だからである〔……〕。〔……〕保証においては、上記の趣旨に適合する書面であることを求めるべきである。契約書ではなく、差入方式であっても、それだけで直ちに 446 条 2 項の書面性の要件を欠くとはいえないが、保証意思の事後的確認という観点からも、少なくとも差し入れた書面の写しを保証人に交付することが望ましい。」

これによれば、保証契約の締結（それは書面により締結される）に関しては民法 97 条が適用されると思われる。

156) 久保〔1935（S10）〕280-281 頁は次のようにいう。

「我が法例は「法律行為ノ方式」と規定している。法律行為は法律要件であり、意思表示は法律事実である。故に法律行為の方式とは意思表示又は意思表示の結合により

いに相手方に意思表示を発信するわけではないし、意思表示が発信されない以上はそれが到達することもない。従って、法律行為の方式にあっては、法は、法律行為の当事者間で、申込の発信・到達と承諾の発信・到達は、方式実行時点に、同時に行われているものと見なしているといえよう¹⁵⁷⁾、¹⁵⁸⁾。従って、

化成したる法律要件たる法律行為を一体としての方式を意味し、その資格に於ける意思表示の方式を意味するものではない。然し乍ら法律行為が完全なる効力を有する為に参加する総ての意思表示（又は法律行為）に通じ之を一体として共同の方式を定めんとするものではなく、当該法律行為の成立の為に必要なる意思表示の総てに通じ一体としてその方式を定めんとするものである。例へば未成年者の契約の場合に於てはその契約の成立の為に必要なる申込及び承諾なる二つの意思表示につき一体として共同の方式を定めんとするものであるが、右の契約の有効なるが為に必要なる法定代理人の同意なる意思表示（法律行為）をも含めて共同の方式を要求するものではない。而して右の同意なる法律行為〔……〕については別にその方式を考ふべきである。」

そして、久保はこの引用文の末尾に注を付し次のようにいう。

「法例に所謂方式が法律行為の方式なるか、意思表示の方式なるか、の見解の相異は、契約に於ける二つの意思表示の準拠法が異なる場合及び隔地的契約の場合に於て双方の方式に依るべきか否かの相異を生ずることとなる。」

なお、上記の引用文は、久保〔1932 (S7)〕39-41 頁に見える（両者間には字句の相違がある。）。

齋藤〔1955 (S30)〕364 頁も法律行為の方式と意思表示の方式を区別する。

意思表示の方式と法律行為の方式の区別の基準は、実質法が《申込の発信と到達および承諾の発信と到達》という思考に立っているか否かであると思われる。例えば、民法 446 条は「保証契約は、書面でしなければ、その効力を生じない。」と規定するので、その文言上は、法律行為の方式を定めているように見えるが、保証契約の書面性は申込と承諾の発信と到達という思考と相容れるので、意思表示の方式と考えるべきであろう。上に引用した久保説もこの趣旨を説くものと思われる。

- 157) 婚姻当事者による婚姻意思表示（私法上の意思表示）の発信と到達は婚姻当事者間で行われると考えるべきであるから、隔地的法律行為の行為地に関する法例旧 9 条は婚姻当事者と市町村長の関係（これは行政法上の関係である。後出注 164 参照）では適用の余地はない。

山田（鎌）〔2004 (H16)〕414 頁注 2 は「法例 9 条 1 項の規定により、婚姻届を郵便に付した地を婚姻挙行地であるとする見解（前出昭 24・1・12 回答、昭 26・3・6 通達）もあるが、右の規定はこのような場合を予定したものではなく、支持できない。」という。

婚姻届受理の時点に、婚姻の各当事者はその所在地において婚姻意思表示を互いに相手方に向けて発信し、その意思表示が互いに相手方に、その所在地において、到達する（各当事者の意思表示の発信と到達は婚姻届受理時に同時に生ずる.）、と考える必要がある。

第3款 市町村長による届出受理と方式

日本法上は、婚姻は当事者による婚姻届により成立するのではなく、市町村長による婚姻届受理により成立する。しかし、方式が意思表示の方法である以上、方式は法律行為当事者の行為である必要がある。そこで問題になるのは、市町村長による婚姻届受理を婚姻当事者の行為として評価することができるかである。

まず、婚姻当事者が第三者の行為をもって方式とする意思（表示意思）を一方的に有するとしても、その第三者の行為はせいぜい停止条件としての意味しか持たず（ただし、身分行為に条件を付すことのできないことは別問題である.）、法律行為の方式とはいえない。すなわち、第三者の行為が法律行為の方

なお、南〔1992（H4）〕59頁（前出第5章第7節参照）も、外国にいる日本人が日本で婚姻届をする場合の婚姻挙行地の判断に関して法例旧9条1項を考慮する見解に言及する。

- 158) 婚姻届にあっては各当事者の婚姻意思表示を1個の届出により共同してしなければならない（青木・大森〔1982（S57）〕339頁が戸籍法74条の注釈で「届出人は、婚姻当事者たる夫婦である。」というのは、婚姻の各当事者が互いに別個の届出を同時に行うことはできない、という趣旨であろう.）。従って、婚姻届をする各当事者は相手方のする意思表示の内容を知っている。ヨーロッパ諸国の民事婚（根本〔2021（R3）〕3-6頁注1、注2参照）のように戸籍事務担当者の面前で各当事者が婚姻意思を表示する方式にあっても、各当事者が互いに相手方の意思表示を了知していることは明らかである。このように、法律行為の方式にあっては法は法律行為をする者全員がひとつの方式に関与することを要件とするので——当事者間で意思表示の発信と到達が行われるわけではないにもかかわらず——、各当事者は、実際には、互いに相手方の意思表示の内容を了知しているといえよう。

式になるためには、法律行為当事者と第三者の間に意思の連関が必要である。この点で、婚姻届をする当事者とそれを受理する市町村長の間には意思の連関があることは明らかである。従って、市町村長による婚姻届受理は婚姻当事者の行為として評価することができるから、婚姻の方式となることができる¹⁵⁹⁾。

第2節 国際私法上の法律行為地

第1款 国際私法上の法律行為地

国際私法は婚姻挙行地・行為地を連結点とする（法適用通則法24条2項、34条2項）。法律行為は実質（効果意思など）と形式（方式）により構成される。ところで、連結点としての婚姻挙行地・行為地とは、権利変動の原因の発生した地を指すものと解すべきである¹⁶⁰⁾。しかして、法律行為における権利変動原因は効果意思の表示（意思表示）である。方式は権利変動の要件であるが、権利変動の原因ではない（前出第6章第1節第1款参照）。それゆえ、効果意思を表示した地が婚姻挙行地・行為地である。では、効果意思を表示した地とはどの地であるか。

意思表示は、人の内心に生起する精神活動（効果意思＝権利変動を望む意思）を表示することであるから、意思表示をする者以外の者が効果意思の表示それ自体を認識することは不可能であり、方式（＝当事者の客観的行為）を認識す

159) 市町村長は婚姻当事者の使者として婚姻の方式を実行するのか、という問題については、後出注164参照。

160) 国際私法の体系は権利変動の「原因」を基点として構成されている。例えば、連結点については法適用通則法14条であり、時点については法適用通則法13条2項、15条、16条である。

なお、法適用通則法30条1項は「準正の要件である事実が完成した当時」という用語を使うが（改正法例19条1項も「準正ノ要件タル事実ノ完成ノ当時」という用語を使っていた。）、これについて南〔1992（H4）〕132頁は「準拠法の基準時点は、子の出生時ではなく、準正の原因たる事実（父母の婚姻と認知等）の完成時とするのが適当であろう。」と説明する。

ることを通じて効果意思の表示があったことを知るに過ぎない¹⁶¹⁾。このことは意思表示により構成される法律行為でも違いはない。このように、意思表示が当事者の精神活動であり、意思表示をする者以外の者が効果意思の表示を認識することができない以上は、法律行為の行われる地（効果意思を表示する地）とは当事者の身体が存在する地であると解するほかはない。かくして、法律行為地とは、法律行為時（婚姻にあっては、市町村長による婚姻届受理時）において当事者の身体が存在する地であると解すべきである^{162), 163), 164), 165), 166)}。

161) 不要式行為をする場合の発声や文字の筆記も方式である。それゆえ、要式行為にあっても不要式行為にあっても、意思表示をする者以外の者は方式を認識することを通じて効果意思の表示があったことを知る。根本〔2021 (R3) b〕86-94 参照。

162) 澤木〔1966 (S41)〕106 頁は次のようにいう。

「法例 13 条にいう婚姻挙行地とは、両婚姻当事者が現在する場所の意味に解するべきであり〔……〕。」

山田（鐸）〔2004 (H16)〕414 頁注 2 は次のようにいう。

「日本在住の日本人と韓国人が、直接、韓国の面長に婚姻届を郵送したような場合には、婚姻挙行地の問題となる余地がある。この場合、婚姻挙行地は両当事者の所在する日本であるとするのか、それとも婚姻届が受理された韓国であるとするのかにより結論が異なる。前者の場合には、法例 13 条 3 項ただし書により日本法による婚姻の届出がなければ婚姻の成立は認められないが、後者の場合には法例 13 条 2 項によっても 3 項本文によっても韓国法に従い婚姻は有効と認められることになる。前者が自然な解釈であり妥当であると考え〔……〕。」

これに対して、櫻田は次のようにいう（前出第 5 章第 9 節参照）。

「両当事者が婚姻成立のために重要な行為を行う場所として、通常は、婚姻という当事者間の法律行為の外部的表現方法としての方式の問題であるから、その行為地である両当事者が現在し合意を実質的にに行い、その外部的表示である届出書を作成・発送する場所をもって挙行地とみるべきである（神戸地判平 9・1・29 参照）。」

この見解は、「届出書を作成・発送する場所をもって挙行地とみるべきである」とする点で、《方式は権利変動の原因である。》という思想に立っているように思われる。【判例 2】神戸地判平成 9（1997）-1-29 に関する後出注 165 参照。

163) 婚姻挙行地の判断に際して機関所在地を重視する説はドイツにも見られる。例えば、Staudinger/Mankowski〔2011 (H23)〕Art 13 EGBGB は次のようにいう。

「婚姻締結地 Ort der Eheschließung とは、原則として、婚姻締結主宰者の所在する地 derjenige Ort, an dem sich der Trauungsperson befindet である。婚姻儀式にあっては婚姻締結地とは、それゆえ、婚姻締結主宰機関の面前で vor dem agierenden Trauungsorgan 儀式の行われる地である。手袋婚 Handschuehe (代理人による婚姻締結) は、それゆえ、代理人が婚姻締結主宰機関の面前で表示をする地において締結されるものであり、本人の所在地の如何を問わない。」(Rn 478)

「婚姻儀式の代わりに公務職員による登録のみが行われ、この登録が婚姻成立のための形成的意味 konstitutive Bedeutung を有する場合は、婚姻締結地は登録地であり、正確には、登録官の執務地 der Amtssitz der agierenden Registrierungsbeamten である。」(Rn 479)

特に注目すべきは、日本法と韓国法上の婚姻届に関して論ずる点である。

「この関係では、日本人の婚姻締結および韓国人の婚姻締結は特別な注意に値する。なぜなら、この 2 か国の婚姻締結方式法は単なる合意婚と、婚姻締結主宰者の面前でする〔婚姻締結〕、または、それ〔婚姻締結主宰者〕を通じでする婚姻締結との中間形態だからである〔……〕。」(Rn 480)

「この両国の法において有効な婚姻締結を形成する konstitutiv für のは管轄ある市町村長 den zuständigen Gemeindevorsteher により家族登録法に従って行われる婚姻の届出の受理 die Annahme ihrer Anmeldung である。届出は口頭によっても (その場合は婚約者双方の出頭が必要である。)、あるいは、書面によってもすることができ、その際、使者を通じての書面による届出、または、郵便による書面による届出が許容される。」(Rn 481)

そして、Mankowski は、韓国人間で婚姻の合意をドイツで行い、郵便により韓国で婚姻届をした事案に関して婚姻締結は韓国で行われた旨を判示した判例に賛成して (Rn 481)、次のようにいう。

「届出受理、従って権利形成行為 der rechtlich konstitutive Akt は韓国で行われた。それゆえ、婚姻締結地もまた韓国に存する。」(Rn 481)

この説の挙げる最初の事例 (婚姻締結主宰機関の面前で当事者が意思表示をする場合) に関して婚姻締結主宰機関の所在地を婚姻挙行地とする結論は、《婚姻締結主宰機関所在地だから》という理由と、《婚姻意思の表示の時点で当事者の身体が存在する地だから》という理由のいずれによっても引き出すことができるが、この説の挙げる最後の事例 (ドイツにいる韓国人間の婚姻につき韓国で婚姻届をした場合) に関して韓国をもって婚姻挙行地とする結論は《婚姻意思の表示の時点で当事者の身体が存在する地だから》という理由により引き出すことはできない。

- 164) 市町村長による婚姻届受理は婚姻当事者の行為として婚姻の方式となる（前出第1節第3款参照）。では、市町村長は婚姻当事者の使者として方式を実行するのか。もしそうであれば、婚姻挙行地は市町村長の所在地か。

まず、使者による意思表示の場合の行為地はどこか。ドイツ民法施行法11条1項の「法律行為の行われた国 des Staates, in dem es [=Rechtsgeschäftを指す] vorgenommen wird」につき、Soergel-Kegel [1996 (H8)] Art 11 EGBGB Rn. 8は「法律行為地とは一方当事者がその意思表示をする場所であり、表示の到達地ではない。意思表示地は、使者による表示にあつては依頼の場所であり、代理人による表示にあつては、11条3項により、代理人がその表示をする場所である。Ort der Vornahme des Rechtsgeschäfts ist der Ort, an dem eine Partei ihre Willenserklärung abgibt, nicht der Ort des Zugangs der Erklärung. Abgabeort ist bei Erklärung durch Boten der Ort der Erteilung des Auftrags, bei Erklärung durch Stellvertreter nach Art 11 Abs 3 ist der Ort, an dem der Stellvertreter seine Erklärung abgibt.」という。

ただし、Kegel/Schurig [2004 (H16)] S. 809 (Kegel) は「民法施行法11条1項の意味における婚姻地 Ort der Heirat は婚姻が挙行された地 der Ort, an dem getraut wirdであり、それゆえ、使者または代理人がその台詞 Sprüchlein を言う場所であり、依頼者が使者または代理人に指示をした場所 der Ort, an dem sein Auftraggeber ihn angewiesen hat ではない。」という。

では、どう考えるべきか。

民法学説によれば、使者については、「使者〔には、〕完成した意思表示を伝達するもの（手紙を届ける者など）と、他人の決定した意思を相手方に表示してその意思表示を完成させる者（口上を伝える者など）との二種がある。」（我妻 [1965 (S40)] 328頁）といわれ、あるいは、「使者にあつては、本人が効果意思を決定し単にその伝達もしくは伝達の完成を使者をしてなさしめるものである。」（幾代 [1984 (S59)] 299-300頁）といわれる。従って、意思表示の発信と到達を考える場合に使者を考えることができる。ところが、市町村長が婚姻届を受理する場合は婚姻当事者間で婚姻意思表示の発信と到達が現実に行われるわけではない（前出第1節第2款参照）。従って、市町村長による婚姻届受理は婚姻当事者の使者としての行為ではない。

なお、婚姻当事者から依頼されて婚姻届書を市役所・町村役場に提出する者は「使者」あるいは「伝達機関」と呼ばれる（前出注47参照）。しかし、婚姻意思表示の発信と到達は婚姻当事者間で行われる、と考えるべきである（前出第1節第2款参照）。では、これらの者は、何のための「使者」、「伝達機関」であるか。

そこで、婚姻届の法的性質が問題となる（奥田 [2020 (R2)] 585頁参照）。

塩野・高木〔2000 (H12)〕2 条〔69〕は次のようにいう。

「戸籍法に基づく婚姻の届出は、行政手続法にいう「申請」に該当する。〔……〕。戸籍事件に関する市町村長の処分は、通常の処分とはやや性格を異にするものの、「届出」に対する「不受理」が制度上予定されていることは明らかである。戸籍法に基づく届出に対しては、市町村長がその内容を審査して、必ず「受理」又は「不受理」のいずれかの処分をすることとされていると解するのが素直であり、婚姻届の受理は実質的には許可にあたるとみることができる〔……〕。」

宇賀〔2013 (H25)〕46-47 頁は行政手続法 2 条 3 号の「申請」について次のようにいう。

「婚姻届の受理は、〔……〕実体的要件をも充足していると行政庁が判断したときに行われるものである。

したがって、婚姻届の受理は、申請の応諾にあたるとみることができる。もとより、この場合の受理の要件は、裁量の余地のない羁束的なものであるが、このことは、婚姻届の受理が、申請の応諾としての性格を有することを否定するものではない。したがって、婚姻の届出は、その文言にもかかわらず、行政手続法 2 条 3 号の申請に該当することになり〔……〕。」

これらの見解によれば、婚姻届とは行政手続法上の申請である（なお、戸籍法 127 条参照）。従って、婚姻当事者により依頼されて婚姻届書を市役所・町村役場の窓口に提出する「使者」、「伝達機関」は、行政手続法上の申請のための使者・伝達機関であり、婚姻意思表示のための使者・伝達機関ではない（そうすると、Kegel/Schurig〔2004 (H16)〕S. 809 (Kegel)（この注において前出）が使者により婚姻をする場合の婚姻地を検討するのはどんな場合を指すのかが問題になろう。）。

- 165) 外国にいる届出人が日本人事件本人の本籍地とする届出に関する判例は、【判例 2】神戸地判平成 9 (1997)-1-29 のみである。この判例の判旨は、第 1 段階では婚姻届書を郵便に付した地（英国）を婚姻挙行地と解し、第 2 段階では、届出受理地における事後的な婚姻生活開始を条件としつつ婚姻届受理地（日本）を婚姻挙行地と解した。婚姻届書を日本の市町村長に発送する行為は当事者が日本の市町村長に対してする行政法上の行為（前出注 164）の一環である。従って、本件判旨の説く第 1 段階も第 2 段階も《方式は権利変動の原因である。》という思想に立脚しており、一貫している。

- 166) 戸籍先例は如何。

1. 外国にいる届出人が日本人本籍地に直接送付した場合

(1) 婚姻

【戸籍先例 4】昭和 26 (1951)-3-6 付民事甲第 412 号民事局長回答は、日本人男と中華

民国人女が中華民国に所在し、その婚姻の届出を日本人男の本籍地に直接送付した場合につき、「法例第13条の規定の適用については、婚姻挙行地は日本と解すべきもの」と思考する」と述べて、婚姻届を受理し得る旨回答した。

本件は法例改正前の事案である。法例改正前は、日本法上の方式により婚姻するためには、領事婚による場合を除き、日本が婚姻挙行地（法例旧13条1項但書）である必要がある。本件では当事者双方が外国にいるから《届出人所在地＝行為地》説によれば日本は婚姻挙行地ではないが、本件回答は「婚姻挙行地は日本と解すべきもの」と思考する」と述べるので、《届出受理地＝行為地》説に立つものと思われる。

この種の事案に関しては、法例改正後は、婚姻挙行地概念を論ずるまでもなく、当事者の一方の本国法（法適用通則法24条3項）として日本法上の方式によることができる。

(2) 協議離婚

【戸籍先例5】昭和26（1951）-9-13 民事甲第1793号民事局長回答は、日本人夫と外国人妻が外国に居住する場合には協議離婚届を夫の本籍地に送付する方法により協議離婚をすることができる旨を回答した。

この回答は法例改正前の回答である。日本人夫と外国人妻の協議離婚は、法例旧8条1項、16条本文により、日本法上の方式によることができる（前出注63参照）。従って、本件回答は行為地概念に関する先例ではない。

この種の事案に関しては、法例改正後は、協議離婚の準拠法（法適用通則法27条）が日本法である場合は、法適用通則法34条1項により、日本法上の方式によることができる。協議離婚の準拠法が外国法である場合は、《届出人所在地＝行為地》説によれば日本法上の方式によることはできないが、《届出受理地＝行為地》説によれば法適用通則法34条2項により日本法上の方式によることができる。

2. 外国に駐在する日本の大使・公使・領事が届出を誤って受理し、日本人本籍地に送付した場合

婚姻に関する先例がある。

(ア) 【戸籍先例2】大正15（1926）-2-3 民事第281号民事局長回答は、日本人男とアメリカ人女の婚姻の届出を駐米日本領事が誤って受理し、日本人当事者の本籍地に送付した事案につき、受理すべきものと回答した。

この事案は法例改正前の事案である。法例改正前は、日本法上の方式により婚姻するためには、領事婚による場合以外は、日本が婚姻挙行地（法例13条1項但書）である必要がある。この事案では婚姻当事者双方がアメリカにいるにもかかわらず、本件回答は日本法上の方式（戸籍法25条による事件本人の本籍地での受理）によることを

第 2 款 隔地的法律行為 (婚姻等) の行為地

第 1 目 隔地的法律行為 (婚姻等) の行為地の決定の必要性

ここでは、本稿のもうひとつの課題、すなわち、隔地的婚姻等の行為地の問

認めたから、《届出受理地 = 行為地》説によったものと思われる。

この種の事案に関しては、法例改正後は、婚姻挙行地概念を論ずるまでもなく、当事者の一方の本国法 (法適用通則法 24 条 3 項) として日本法上の方式によることができる。

(イ) 【戸籍先例 3】昭和 11 (1936)-2-3 付民事甲第 40 号民事局長回答は、ハワイ在住の日本人男とアメリカ人女の婚姻の届出をホノルル駐在の日本領事が誤って受理し、男の本籍地に送付した事案に関して、婚姻届として受理すべき旨を回答した。

本件は法例改正前の事案である。法例改正前は、日本法上の方式により婚姻するためには、領事婚による場合を除き、日本が婚姻挙行地 (法例旧 13 条 1 項但書) である必要がある。本件では婚姻当事者双方が米国にいるにもかかわらず、本件回答は日本法上の方式 (戸籍法 25 条による事件本人の本籍地での受理) により婚姻することを認めたから、《届出受理地 = 行為地》説に立つものと思われる。

この種の事案に関しては、法例改正後は、婚姻挙行地概念を論ずるまでもなく、当事者の一方の本国法 (法適用通則法 24 条 3 項) として日本法上の方式によることができる。

3. 外国に駐在する別の外国の大使・公使・領事が書類を日本人事件本人の本籍地に送付した場合

婚姻に関する先例がある。

【戸籍先例 10】昭和 35 (1960)-8-3 付民事甲第 2011 号民事局長回答は、日本人女とフランス人男が駐カンボジアフランス大使館で婚姻し、同大使館が日本人女の本籍地に婚姻の通知をした事案に関し、婚姻届として受理することを認めた。

これは法例改正前の事案である。法例改正前は、日本法上の方式で婚姻するには、領事婚による場合以外は、日本が婚姻挙行地 (法例旧 13 条 1 項但書) である必要がある。本件では婚姻当事者双方がカンボジアにいるにもかかわらず、本件回答は日本法上の方式 (戸籍法 25 条による事件本人の本籍地での受理) により婚姻することを認めたから、《届出受理地 = 行為地》説に立つものと思われる。

この種の事案に関しては、法例改正後は、婚姻挙行地概念を論ずるまでもなく、当事者の一方の本国法 (法適用通則法 24 条 3 項) として日本法上の方式によることができる。

題を検討する。すなわち、複数の届出人のいる法律行為（認知以外の法律行為。すなわち、婚姻、協議離婚、養子縁組、協議離縁、父母による親権者指定協議）に関して届出人が複数の国に分かれて所在する場合において日本の市町村長が届出を受理したときの婚姻挙行地・行為地はどの国であるか、という問題（前出第2章第2節第2款第2目第2項第2参照）である。届出人が複数の国に分かれて所在する場合には、日本と外国に分かれて所在する場合と、複数の外国に分かれて所在する場合に分けることができる。ところが、法適用通則法には隔地的財産行為の行為地に関する規定（10条3項、4項）はあるが、隔地的婚姻等の隔地的親族行為に関する規定は存しない¹⁶⁷⁾。

では、どう考えるべきか。国際私法が婚姻挙行地法・行為地法（法適用通則法24条2項・34条2項）を準拠法とする以上は、当事者が複数の国に分かれて所在する場合には、準拠法がないとするわけにはいかないから、なお婚姻挙行地・行為地はどの地であるかを定めるか、または、別の連結点（当事者の国籍など）により準拠法を決めるべきである¹⁶⁸⁾。そこで、法適用通則法10条4項が隔地的財産行為に関して申込と承諾の各発信地を基準とする¹⁶⁹⁾ことに鑑

167) 後出注182参照。

168) 澤木〔1966 (S41)〕106頁は「法例13条にいう婚姻挙行地とは、両婚姻当事者が現在する場所の意味に解するべきであり」といいつつも、婚姻の両当事者が同一国に所在しない場合は共通本国法によるべきであるとする。前出第5章第5節第1款参照。

169) 申込み地と承諾地について。

(1) 実質法上、契約は申込みに対する承諾により成立するにもかかわらず、国際私法は、隔地的法律行為の行為地に関しては、申込みと承諾を等しく扱い、また、それぞれの到達地ではなくそれぞれの発信地を基準とする（法適用通則法10条4項）。これは、契約が申込みの意思表示と承諾の意思表示により構成され、いずれの意思表示も権利変動の原因だから（一方だけでは権利変動は生じないから）である。次の学説はこの点を説く。

(ア) 久保〔1935 (S10)〕283-284頁注は次のようにいう。

「契約なる法律行為を全体として一つの行為として見るときは契約の完成地が行為地となり、申込の意思表示の表意地は問題とならない。然るに契約を意思表示に分解の

上両意思表示に通じて見るときは双方の意思表示の表意地が行為地となり申込の表意地も亦問題となる。我が民法学者が一般に認むる如く(本書 277・278 頁参照)、方式とは意思表示の方式である(法律行為自体の方式なるものなし)との思想を前提とした上にて法例は法律行為の方式を云々してゐる、換言すれば契約を構成する両意思表示は夫れ夫れその行為地(従つて方式)を有つと同時にその両意思表示を通じて統一的行为地(従つて方式)を有つとの見解が民法(実質法)との関連に於て正当であると信ずる。」(久保〔1932 (S7)〕47-48 頁注 37 も同旨)

また、久保〔1935 (S10)〕289 頁は次のようにいう。

「実質法たる民法を見るも、法律行為の成立時又は意思表示の効力発生時を定めたる規定はあるが(民 526 条, 97 条)、成立地(行為地)を定めたる規定は存しない。加之民法上に於ては事は自国内に於ける行為のみに關するを以て行為地如何を云々する必要を少しも感じないから行為地如何は民法の全く予想せざる所であると思ふ。」(久保〔1932 (S7)〕46-47 頁も同旨)

(イ) 齋藤〔1955 (S30)〕369 頁は、隔地的法律行為に関する完成地法説(齋藤の説明によれば、「法律要件としての法律行為はその完成せる地において始めて存在するに至る。従つて法律行為の方式を何らか法律行為のために本質的な地 (mit irgendeinem für das Rechtsgeschäft wesentlichen Ort) に結合せんとすれば、現実の個々の行為が抽象的な法律行為に化成する (vereinigen) 地、すなわち法律行為の完成地に連結すべきである。」とする説。齋藤・同 367 頁) に関して次のようにいう。

「まさに完成地説の犯せる最大の誤謬は民法上の隔地者の意思表示(法律行為)〔……〕と国際私法上の隔地的法律行為とを全く同視する点に存するのであり、前者においては当事者間に存する時間的なずれが考慮の対象であるに反し、後者においては当事者の存在する場所如何の問題が重要なのであつて、両者の意味するところは自ら異なることを看過している。すなわち、民法上の隔地者間の法律行為は対話者のそれに対するものであつて、意思表示が相手方に到達するためには多少の時間を要することが問題の中心となるのであるけれども、国際私法上の隔地的法律行為にあっては当事者がそれぞれ法律を異にする地にあるという点に意味があるのである。むしろ民法としては異法地間の法律行為は予想せざるところであるともいえよう。従つて極端な例をとれば、当事者が国境線をはさんで対話により契約をなす場合は、これを国際私法上の隔地的法律行為といわねばならないわけである(久保・前掲 289 頁、山田・前掲 553 頁参照)。」

(2) 次の問題は、申込み地・承諾地とは、その発信地と到達地のどちらを意味するのかという問題である。

久保〔1935 (S10)〕283 頁は単独行為の行為地について次のようにいう。

「相手方なき単独行為(例、遺言)は勿論、相手方ある単独行為(例、告知)に於て

み、隔地的婚姻等にあっても各当事者の意思表示の発信地を基準とすべきである。ただ、婚姻当事者は婚姻届受理の時点には現実には意思表示をしない（前出第1節第2款参照）から、婚姻届受理時における各当事者の身体 of 所在地をもってそれぞれの意思表示の発信地と考えるべきである。

第2目 申込み地と承諾地（各当事者の意思表示地）

では、婚姻当事者等が複数の法域に分かれて所在する場合は、どのようにして婚姻挙行地・行為地を決めるべきか。なお、以下では、婚姻当事者 A と B がそれぞれ X 国と Y 国に分かれて所在する場合を考える。

隔地的婚姻等の場合の行為地決定のための解決策として考えることのできるのは次のとおりである。

第1説（双方行為地説、累積的適用説）¹⁷⁰⁾ は、婚姻は、当事者双方の所在地法的方式要件を満たした場合（または、そのうちの最も厳格な方式を満たし

も行為地とは表意地にして意思表示の受領（到達）地ではない。其は意思表示の到達は普通は方式に属せず内容に属することは一般に認めらるゝ所なるが故である。」（久保〔1932（S7）〕42頁も同旨）

齊藤〔1955（S30）〕367頁は単独行為の行為地について次のようにいう。

「単独行為の行為地に関しては諸学者の見解は一致している。それが相手方なき行為（たとえば遺言）たると相手方ある行為（たとえば解約告知）たるとを問わず、行為地は常に意思表示の表意地であって受領地ではない。けだし受領は意思の表示には関係がないからである〔……〕。」

上に引用した久保説と齊藤説の根拠は、法律行為による権利変動の原因は効果意思の外物化・客観化である（従って、意思表示の到達は権利変動の要件ではあるが、権利変動の原因ではない）ところにあると思われる。

170) 法適用通則法施行前の学説では、久保〔1932（S7）〕47頁、久保〔1935（S10）〕289-290頁、齊藤〔1955（S30）〕369-370頁、江川〔1970（S45）〕188頁はこの解決策を採る。

久保〔1932（S7）〕43-44頁、久保〔1935（S10）〕285-286頁、齊藤〔1955（S30）〕368頁、溜池〔2005（H17）〕324頁、櫻田〔2020（R2）〕197頁はこれを「双方行為地説」と呼び、国際私立法研究会〔1995（H7）〕287頁、櫻田・道垣内〔2011（H23）〕第1巻234頁（前掲）はこれを「累積的適用説」と呼ぶ。

た場合）、有効である——Aの意思表示とBの意思表示の合致がX国法上の方式要件を満たすとともにY国法上の方式要件を満たした場合、婚姻は方式上有効である（つまり、AとBがX国法上の方式とY国法上の方式を同時に実行した場合、婚姻は方式上有効である）——とする解決策である。しかし、各国の実質法は婚姻の方式に関して国家機関の関与を必要とすることが多いので、複数の実質法上の方式を同時に満たすことは、多くの場合、不可能である¹⁷¹⁾。

第2説（択一説、選択的適用説）¹⁷²⁾は、婚姻は、当事者の所在地法のうちのいずれかひとつの定める方式要件を満たした場合、方式上有効である——Aの意思表示とBの意思表示の合致がX国法上の方式要件を満たした場合（つまり、AとBがX国法上の方式で婚姻した場合）も、あるいは、Y国法上の方式要件を満たした場合（つまり、AとBがY国法上の方式で婚姻した場合）も、方式上有効である——とする解決策である。これは実行可能であるし、また、当事者双方の所在地法いずれも行為地法となる（行為地法の数が増える）ので、当事者の選択肢が広がる¹⁷³⁾。

第3説（各行為地説、配分的適用説）^{174)、175)}は、婚姻は、各当事者の意

171) 双方行為地説（累積的適用説）の評価については、国際私法立法研究会〔1995（H7）〕287頁、溜池〔2005（H17）〕324頁参照。

172) 法適用通則法施行前の学説では、岡本〔1984（S59）〕27-28頁はこの解決策を採用。
溜池〔2005（H17）〕325頁はこれを「択一説」と呼び、国際私法立法研究会〔1995（H7）〕287頁、櫻田・道垣内〔2011（H23）〕第1巻234頁（神前禎）はこれを「選択的適用説」と呼ぶ。

173) 択一説（選択的適用説）の評価については、国際私法立法研究会〔1995（H7）〕287頁、溜池〔2005（H17）〕325頁参照。

174) 法適用通則法施行前の学説では、山田（鐸）〔2004（H16）〕286-287頁はこの解決策を採用。
久保〔1932（S7）〕43頁、久保〔1935（S10）〕284-285頁、齋藤〔1955（S30）〕367-368頁、溜池〔2005（H17）〕325頁、櫻田〔2020（R2）〕197頁はこれを「各行為地説」と呼び、国際私法立法研究会〔1995（H7）〕287頁、櫻田・道垣内〔2011（H23）〕第1巻234頁（神前禎）はこれを「配分的適用説」と呼ぶ。

思表示がその所在地法の定める方式を満たした場合、方式上有効である——Aの意思表示がX国法上の方式要件を満たし、Bの意思表示がY国法上の方式要件を満たした場合、婚姻は方式上有効である（つまり、AがX国法上の方式を、BがY国法上の方式を、同時に実行した場合、婚姻は方式上有効である）——とする解決策である。しかし、婚姻にあつては、各国の実質法は、婚姻当事者双方がひとつの方式（ヨーロッパ諸国の民事婚、日本法上の届出）を実行することを要求する¹⁷⁶⁾のが普通であるから、この説は、多くの場合、実行不可能である¹⁷⁷⁾。

第3 各解決策の根拠

上に挙げた各解決策は、法律行為の権利変動原因に関してどのように考えているのか。

3説の違いは、何について準拠法を決めるべきかという点と、権利変動原因は何かという点にあらう。

まず、双方行為地説（累積的適用説）の論拠は、『方式については、意思表示の方式に関してではなく法律行為の方式に関して準拠法を決める必要がある。そして、法律行為における権利変動原因は法律行為であり、それを構成する意思表示ではない。従って、法律行為の方式は申込み地法と承諾地法の双方の要件を満たす必要がある。』という点にあらう¹⁷⁸⁾。

175) 法適用通則法施行前の学説では、溜池〔2005（H17）〕324-326頁は択一説（選択的適用説）と各方行為地を併用すべきであるとする。

176) 前出注158参照。

177) 各方行為地説（配分的適用説）の評価については、国際私立法研究会〔1995（H7）〕287-288頁、溜池〔2005（H17）〕325頁参照。

178) 法適用通則法施行前の学説では、久保〔1935（S10）〕289-290頁は次のようにいい、双方行為地説を採る。

「契約に於ては之を構成する各意思表示の表意地が集合して一つの契約の行為地となるものと認むべく、従って契約に於ける各意思表示は双方の表意地の方式と共に遵

これと対極的なのが各方向行為地説(配分的適用説)である。同説の論拠は、《方式については、意思表示の方式に関して準拠法を決める必要がある。そして、法律行為における権利変動原因はそれを構成する意思表示である。従って、申込みの方式は申込み地法の要件を満たすことが必要にして十分であり、承諾の方式は承諾地法の要件を満たすことが必要にして十分である。》という点にある¹⁷⁹⁾。

両説の間にあるのが択一説(選択的適用説)である。同説の論拠は、《方

向(累積的遵守)することを要することとなるものと云はざるを得ない。」(久保〔1932 (S7)〕47も同旨)

ただし、久保はその後、説を改めた。後出注179参照。

齋藤は双方行為地説の根拠を次のように説明し、双方行為地説を採用すべき旨を述べる。
「双方行為地説 この説によれば法は「全体としての法律行為(契約)のために(für den Vertrag als ganzen)」一定の方式を規定するのであり、法律行為を組成する個々の意思表示のためにこれを規定するのではない。」(齋藤〔1955 (S30)〕368頁)

「かくてわれわれは〔……〕行為はいずれの地においてもなされたことを認める双方行為地説をもって妥当であるとしなければならない。」(齋藤〔1955 (S30)〕369-370頁)
国際私法立法研究会〔1995 (H7)〕287頁は次のようにいう。

「累積的適用説と選択的適用説は、そこで指定される準拠法が二つか一つかという違いはあるが、いずれの見解も、方式を申込みの方式と承諾の方式に分けることなく、契約の方式という一つの問題と観念し、その方式全体を規律する準拠法を決定しようとするものである。」

179) 久保〔1935 (S10)〕285頁は次のようにいう。

「各方向行為地説〔……〕この見解は一般に否認せらるゝ所である。其はこの見解は方式は個々の行為(意思表示・法律事実)の爲ではなく、一体としての契約の爲に規定せるものなること、少くとも原則として然ることを看過せるものなるが故である。」(久保〔1932 (S7)〕43頁も同旨)

齋藤〔1955 (S30)〕369頁は次のようにいう。

「各方向行為地説を採り得ないことは明らかである。〔……〕、方式は単なる法律事実としての個々の行為のために規定せられるものではなく、原則として法律要件たる法律行為全体のために統一的に定められるものであってみれば、同説が法律行為をその一構成部分たる各意思表示に分解し各々につきその方式をそれぞれの行為地法に依らしめていることは理論的に肯定し得ないのである。」

久保はその後改説し、各方向行為地説を採用に至った。久保〔1959 (S34)〕313-314頁。

式については、意思表示の方式に関してではなく法律行為の方式に関して準拠法を決める必要がある。そして、法律行為における権利変動原因はそれを構成する意思表示である。従って、法律行為の方式は申込み地法の要件を満たすか、または、承諾地法の要件を満たせば、有効である。》という点にあらう¹⁸⁰⁾。

では、以上の3説のどれを採るべきか。婚姻にあつては各国の実質法は意思表示の方式ではなく法律行為の方式を定めている。また、婚姻にあつては権利変動（夫婦関係の成立）の原因は各当事者の意思表示である。従って、択一説（選択的適用説）を採るべきであらう^{181) 182) 183) 184) 185)}。

180) 前出注 178 に引用した国際私法立法研究会〔1995（H7）〕の見解参照。

181) 神前は次のようにいう。

「本条〔34条〕においては、通則法10条3項、4項にあたるような複数の当事者が法を異にする地に所在する場合についての規定は設けられなかったが、両当事者が異なる法域に所在する場合には、当事者のいずれか一方の所在する地の法の定める方式を充足すれば足りると解されよう。」（櫻田・道垣内〔2011（H23）〕第2巻161頁（神前禎））

この引用文中の「設けられなかった」に神前は脚注を付して次のようにいう。

「両当事者が異なる法域に所在する場合」の例として「離婚届の提出時において、夫婦の一方が国内に、他方が外国にいる場合などがそれに当たる。」（同161頁注46）

182) 法適用通則法10条は財産法上の法律行為の方式を定める規定であり、同条4項は隔地的契約に関して択一説（選択的適用説）を採用する。小出〔2014（H26）〕126頁は「通則法33条（法例第23条）の親族的法律行為の方式については通則法第34条に規定を設けていることから、本条〔10条〕の適用対象となる法律行為は、財産的な法律行為に限られる。」といい、小出・同128頁は「従来の学説では、①申込みと承諾により成立する契約の方式について、申込地または承諾地のいずれかの法により有効であれば方式上有効とする説〔……〕があった。本項〔10条4項〕では、このうち①の説を採用したものであり」という。

では、隔地的婚姻および隔地的親族行為（法適用通則法34条にいう「第25条から前条までに規定する親族関係についての法律行為」で隔地的に行われるもの）に関して択一説（選択的適用説）を採るための条文上の根拠を法適用通則法10条4項（の類推適用）に求めることは可能か。

法適用通則法34条に隔地的法律行為に関する規定が設けられなかった理由について、小出は次のようにいう。

「本条〔34条〕に通則法第10条第3項および第4項に相当する規定を設けなかった理由は、以下のとおりである。

すなわち、法例第22条については、これまでの学説上、隔地的法律行為に関する特則規定を設けるべきであるとの議論がほとんどみられず、また、法制審議会においても、隔地的法律行為の特則規定を議論する際には主に債権的法律行為が念頭に置かれており、これらの特則規定を親族関係についての法律行為の方式にそのまま適用することは想定されておらず、実務的な観点からも、親族関係についての法律行為の方式に関して隔地的法律行為の特則を設ける必要があるとの意見は述べられなかった。

このような事情にかんがみ、本条には、通則法第10条第3項および第4項に相当する規定を設けなかったものであり、この点は解釈にゆだねられるこ〔以下、316頁〕とになるが、第10条第3項を親族法律行為の方式に類推適用する解釈は可能であろう。」(小出〔2014(H26)〕315-316頁)

小出はこの引用文の末尾に注を付し、次のようにいう。

「理論的には、親族関係についての法律行為に関しても隔地的法律行為を觀念し得ることから、その場合の処理については解釈により対応する必要がある。そして、本文記載のとおり、本条に隔地的法律行為に関する特則規定を設けなかったのは、親族関係についての隔地的な法律行為の方式について従来から議論が欠如していることに起因するものである。したがって、第10条のような規律によることを不適切と判断したわけではないから、同条第3項の規定を親族関係についての隔地的な法律行為に類推適用する余地はあるし、また、同項の規律とは逆に、通知が到達した地の法律によって方式上の有効性を認める解釈も否定されないであろう。なお、同条第4項の規定は、財産的法律行為である「契約」が適用対象とされており(同条第5項により物権契約が除外されている結果、債権契約にのみ適用される。)、同条第4項の規定を親族関係についての法律行為に類推適用することは、困難であると思われる。」(小出〔2014(H26)〕317頁注6)

多くの国の実質法は婚姻等の親族行為を要式行為としているため、現実には当事者間で意思表示の発信と到達は行われない。この点は、隔地的親族行為に関して法適用通則法10条4項を類推適用する際の検討課題となろう。

183) ドイツでは隔地的婚姻の方式に関してどのような説があるか。

(1) Kegelは隔地的婚姻の方式に関して双方行為地説(累積的適用説)を採用。Soergel-Kegel〔1984(S59)〕Art 13 EGBGB Rn 61は次のようにいう。

「隔地者間の締結(手紙、電話)にあつては、無方式の合意は、表示が行われる場所の双方において許容される場合に限り、行為地法上の方式として足りる。Bei Abschluß inter absentes (Brief, Fernsprecher) genügt formlose Einigung als Ortsform nur, wenn sie in beiden Orten, an denen Erklärungen abgegeben werden, zulässig ist.」

(2) Schurig も隔地的婚姻の方式に関しては双方行為地説（累積的適用説）を採用。Soergel-Schurig [1996 (H8)] Art 13 EGBGB Rn 79 は次のようにいう。

「隔地者間の婚姻にあっては、無方式の合意は、各意思表示の行われる場所の双方により許容される場合に限り、行為地法上の方式として十分である。Bei Eheschließung zwischen Abwesenden genügt formlose Einigung als Ortsform nur, wenn sie an beiden Orten, an denen Erklärungen abgegeben werden, zulässig ist. [ドイツ民法施行法] 11 条 2 項後段の選択肢——それは隔地者間の契約に関して、契約締結者のいずれか一方の所在する国の方式規定が遵守されれば足りとするが——は婚姻締結には適用されない。その規定 [11 条 2 項後段の選択肢] は、契約債務の準拠法に関する EC 条約 (1980-6-19) に由来するものであり、法律交通の利益のために、方式上有効な国際契約の締結の可能性を開くことを目的とする。このような交通の利益は、婚姻に関しては、同程度には存しない。むしろ、軽率な婚姻から保護することが必要であり、また、望まれる。婚姻は、それゆえ、11 条 2 項の意味における「契約」ではない。」

(3) Kropholler [2006 (H18)] S. 338 は「外国の行為地法がいかなる方式も要求せず、儀式機関の関与のない単なる合意で足りる場合」の例としてコモン・ロー・マリッジを挙げ、次のようにいい、隔地的婚姻の方式に関して択一説（選択的適用説）を採用。

「婚姻当事者が合意の際に相異なる国に所在する場合は、取引保護 favor negotii の意味で、いずれかの国が無方式の婚姻を許容するときには、婚姻を有効とすべきである。」(Kropholler [1994 (H6)] SS. 304-305 における記述も同じである。)

(4) Staudinger/Mankowski [2011 (H23)] Art 13 EGBGB も次のように択一説（選択的適用説）を採用（以下の引用文は、原典では、前出注 163 で引用した Mankowski の見解の直後に述べられている。).

「3. 特別の婚姻締結主宰者の関与の要件を欠く場合の婚姻締結地

a) 原則

特別の婚姻締結主宰者の関与が不要な場合、例えば、合意婚あるいは無方式婚の場合は wie bei Konsensehen oder formlosen Ehen, 婚姻締結地は、婚約者が意思表示の時点に存する場所にある。形成効のある確認手続 ein konstitutiv wirkendes Bestätigungsverfahren が行われる場合は、婚姻締結地とはその確認手続が行われる地である。」(Rn 482)

「b) 隔地的婚姻 Distanzeheschließung

婚約者が各自の意思表示の時点に相異なる国に所在する場合（手紙の交換による婚姻締結）は、民法施行法 11 条 2 項〔引用者注：隔地的契約の方式の準拠法に関する規定〕2 文によりふたつの行為地法のいずれかが、または、同法 11 条 2 項 1 文および 13 条 1 項により双方の本国法がともに、この種の婚姻締結を許容する必要がある。基準となる地は行動地 Handlungsort, すなわち、各自の意思表示が行われる abgeben

werden 地であり、各自の意思が到達する zugehen 地ではない。」(Rn 483)

このように、Mankowski は隔地的婚姻にはドイツ民法施行法 11 条 2 項 2 文が適用されるといい、その理由として、隔地的婚姻にあっては取引保護というよりは方式の有効性が問題になっているから、隔地的婚姻において取引利益が欠けることは同法 11 条 2 項 2 文の適用に対する決定的な反論にはならない、という (Rn 484)。

(5) MüKoBGB/Coester [2020 (R2)] EGBGB Art. 13 Rn 133 は次のようにいう。

「単なる合意婚姻 Konsensehe にあっては婚姻挙行地 Eheschließungsort は両婚約者が合意の成立の際に所在する国にある。相異なる国にいる隔地者間で (例えば、手紙の交換、電報の交換、電話) 合意が表示される場合については、一部の学説は所在国双方を基準とするが、11 条 2 項の改正後は、一方の婚約者の所在地法により方式有効性が認められている。しかしながら、11 条 2 項を婚姻に適用することは——婚姻の契約的性質にもかかわらず——疑問である。」

この引用文は、ドイツの学説と判例の状況を述べることに主眼があり、Coester 自身の見解を正面に出しているわけではないように思われる。なお、この引用文に付された脚注によれば、引用文中の「一部の学説」は少数であり (FuBn 467)、多数説および判例は「一方の婚約者の所在地法により方式有効性」を認める (FuBn 468)。

(6) 以上をまとめると、隔地的婚姻の婚姻挙行地に関しては、Kegel と Schurig は双方行為地説 (累積的適用説) であり、Kropholler と Mankowski は択一说 (選択的適用説) である。

184) 判例はどうか。

複数の届出人が複数の国に分かれて所在する場合に関する判例としては、【判例 1】富山地判昭和 40 (1965)-3-31 があるのみである。

この判例は、中国にいる日本人男と日本にいる日本人女の婚姻の届出が日本でされた事案につき、男の婚姻届出意思の有無が主たる争点となったが、判旨は婚姻が有効に成立した旨判示した (なお、判旨は国際私法上の問題に関して判断していない)。

この判例は法例改正前の事案にかかる。法例改正前は、日本法上の方式により婚姻するためには、領事婚による場合を除き、日本が婚姻挙行地 (法例旧 13 条 1 項後段) である必要がある。本件では婚姻当事者は日本と中国に分かれて所在したから日本と中国はいずれも婚姻挙行地であり、択一说 (選択的適用説) によれば日本法上の方式によることができる。なお、《届出受理地 = 行為地》説に立っても日本は婚姻挙行地である。

この種の事案に関しては、法例改正後は、婚姻挙行地概念を論ずるまでもなく、当事者の一方の本国法 (法適用通則法 24 条 3 項) として日本法上の方式によることができる。

185) 戸籍先例はどうか。

複数の届出人が複数の国に分かれて所在する場合に関しては、複数の外国に分かれて所在する事案にかかる先例は見当たらない。日本と外国に分かれて所在する事案にかかる先例は次のとおりである。

1. 戸籍法 25 条による届出

(1) 婚姻

(ア)【戸籍先例 6】昭和 27 (1952)-3-13 付民事甲第 276 号民事局長電信回答は、日本に所在する日本人女と米国に所在する米国人男が日本で婚姻の届出をすることを認めた。

この事案は法例改正前の事案である。法例改正前は、日本法上の方式により婚姻するためには、領事婚による場合を除き、日本が婚姻挙行地（法例旧 13 条 1 項但書）である必要がある。この事案では婚姻当事者が日本と米国に分かれて所在するから日本と米国はいずれも婚姻挙行地であり、択一説（選択的適用説）によれば日本法上の方式によることができる。なお、《届出受理地＝行為地》説に立っても日本は婚姻挙行地である。

この種の事案については、法例改正後は、婚姻挙行地概念を論ずるまでもなく、当事者の一方の本国法（法適用通則法 24 条 3 項）として日本法上の方式によることができる。

(イ)【戸籍先例 7】昭和 30 (1955)-12-7 付民事甲第 2586 号民事局長回答は、日本に在住する日本人女と台湾に在住する台湾人男の婚姻の届出を日本であることを認めた。

この事案は法例改正前の事案である。法例改正前は、日本法上の方式で婚姻するためには、領事婚による場合を除き、日本が婚姻挙行地（法例 13 条 1 項但書）である必要がある。本件では、婚姻当事者が日本と台湾に分かれて所在するから日本と台湾はいずれも婚姻挙行地であり、択一説（選択的適用説）によれば日本法上の方式によることができる。なお、《届出受理地＝行為地》説に立っても日本は婚姻挙行地である。

この種の事案については、法例改正後は、婚姻挙行地概念を論ずるまでもなく、当事者の一方の本国法（法適用通則法 24 条 3 項）として日本法上の方式によることができる。

(2) 養子縁組

【戸籍先例 9】昭和 33 (1958)-2-21 付民事甲第 406 号民事局長心得回答は、米国人養父と日本人養母（いずれも米国に居住する）および日本人養子（日本に居住する）の養子縁組の届出を駐米日本領事が誤って受理し、外務大臣に送付した事案に関し、日本人の本籍地の市町村長が受理すれば法例旧 8 条 2 項により養子縁組が成立する旨回答した。

第 3 節 日本の学説の系譜

最後に、従来の各学説の位置づけを考えたい。

まず、山口〔1910 (M43)〕は、隔地的婚姻という問題意識の下で、日本と外国に分かれて所在する婚姻当事者が日本である婚姻届につき検討し、《婚姻届が日本で受理されるから》という理由で、日本は行為地であると主張した。しかし、この事例に関しては、日本は行為地であるという結論は、《当事者の

この事案は法例改正前の事案である。法例改正前は、日本法上の方式で婚姻するには、養子縁組の効力の準拠法（法例旧 19 条 2 項）が日本法であるか（民法 801 条による場合はこれに含まれる。）、または、日本が行為地である必要がある（法例旧 8 条）。本件事案では養父と養子の間の養子縁組の当事者が日本と米国に分かれて所在するから日本と米国はいずれも行為地であり、択一説（選択的適用説）によれば日本法上の方式によることができる。なお、《届出受理地＝行為地》説に立っても日本は行為地である。

この事案における養父子間の養子縁組については、法例改正後も、日本と米国はいずれも行為地であるから、択一説（選択的適用説）によれば法適用通則法 34 条 2 項により日本法上の方式によることができるし、《届出受理地＝行為地》説に立っても同法同条同項により日本法上の方式によることができる。

2. 戸籍法 40 条による届出

養子縁組に関する先例がある。

【戸籍先例 8】昭和 31 (1956) - 7 - 3 付民事甲第 1466 号民事局長回答は、米国在住の日本人養親と日本に在住する日本人養子の養子縁組届を米国駐在の日本領事が民法 801 条により受理できる旨回答した。

本件事案は法例改正前の事案である。法例改正前は、日本法上の方式（戸籍法 25 条、民法 801 条または戸籍法 40 条による届出）で養子縁組をするには、養子縁組の効力の準拠法（法例旧 19 条 2 項）が日本法であるか、または、日本が行為地である必要がある（法例旧 8 条）。本件では、養親が日本人であるから養子縁組の効力の準拠法は日本法であり、それゆえ、日本法上の方式によることができる。次に、民法 801 条（または戸籍法 40 条）による届出は届出人が外国と日本に分かれて所在する場合にもすることができるかについて、本件回答はこれを肯定した。従って、この回答は、国際私法上の行為地概念に関する先例ではなく、複数の届出人が日本と外国に分かれて所在する場合にも民法 801 条（または戸籍法 40 条）が適用されるとした点に意義がある。

法例改正後に本件事案と同種の事案が生じた場合も、行為地概念を論ずるまでもなく、法適用通則法 34 条 1 項、31 条 1 項により、養親の本国法としての日本法上の方式によることができるから、この回答の持つ意義は変わらない。

一方が日本に所在するから》という理由によっても引き出すことができる。前者の理由は《法律行為における権利変動の原因は方式である。》という思想に立脚するのに対して、後者の理由は《法律行為における権利変動の原因は意思表示（効果意思の表示）である。》という思想に立脚する。

次に、久保〔1929（S4）〕は、婚姻当事者が日本と外国に分かれて所在する場合だけでなく、外国にいる婚姻当事者が日本である婚姻届に関しても、山口〔1910（M43）〕を受けて、《婚姻届が日本で受理されるから》という理由で、日本は行為地であると主張した。久保は、外国にいる婚姻当事者が日本である婚姻届に関して、《婚姻届が日本で受理されるから》という理由で、日本は行為地であると主張したから、ここに、《届出受理地＝行為地》説が確立したといえる¹⁸⁶⁾。

實方〔1953（S28）〕も《届出受理地＝行為地》説を採った。

折茂〔1959（S34）〕は、日本と外国に分かれて所在する婚姻当事者が日本で

186) 久保〔1955（S30）〕531頁は次のようにいう。

「外国にある日本人相互間又は日本人と外国人との間の婚姻、日本と外国とにある日本人相互間又は日本人と外国人との間の婚姻についても、わが国の方式に従って婚姻の届出をすることができるかの問題がある。わが法律の解釈としては届出そのものが婚姻締結であり、従って届出をなした所が国際私法上の婚姻の挙行地となるから、これを肯定しなければならない(日民739条、戸籍25条・74条、戸規則36条、大15・1・26及び昭12・4・5回答、昭24・1・12通達参照、山口・親族法及び国際親族法の研究108頁、久保・国際私法199頁)。」(前出第5章第2節第2款参照)

この引用文はふたつの事例について述べる。第1の事例は、婚姻当事者（その中の少なくとも一方は日本人である。）が外国（おそらく同一の外国であると思われるが、婚姻当事者が相異なる複数の外国にいる場合をも含めている可能性もないではない。）にあり、日本人事件本人の本籍地で婚姻届をする場合である。第2の事例は、婚姻当事者（その中の少なくとも一方は日本人である）が日本と外国に分かれて所在し、日本で（日本人事件本人の本籍地で、または、日本国内の届出人所在地で）婚姻届をする場合である。久保はいずれについても婚姻挙行地は日本であるとするが、その理由は、久保自身が「届出をなした所が国際私法上の婚姻の挙行地となる」と述べるように、届出受理地が婚姻挙行地である、という点にある。

する婚姻届と、外国に所在する婚姻当事者が日本である婚姻届を区別し、前者については日本は行為地である旨を説くが、後者については日本は行為地であるという解釈に疑問を呈する。折茂が前者につき日本は行為地であると述べるのは、《婚姻届が日本で受理されるから》という理由によるのではなく、《当事者の一方が日本に所在するから》という理由によるものと思われる¹⁸⁷⁾。また、

187) 折茂〔1972 (S47)〕248頁注2は次のようにいう。

「日本にいる日本人または外国人と、外国にいる日本人または外国人との間の婚姻の日本法上の届出が日本においてなされたとき、わが国際私法上、かような婚姻の「挙行地」は日本であるとみて差支えなく、したがって、かような婚姻もまた方式上有効なものとみらるべきであろう。外国にいる日本人と、やはり外国にいる日本人または外国人との間の婚姻の届出が日本においてなされたときは如何。かような場合にも、なお「挙行地」を日本とみるべきか否かはすこしくうたがわしいが、沢木・ジュリ 357号105頁参照、通説はこれを肯定し、かかる婚姻をも方式上有効なりとしている。久保・講座 II531頁参照。」(前出第5章第4節参照)

この引用文で折茂はふたつの事例を挙げる。第1の事例は、婚姻当事者(双方とも日本人である場合、一方が日本人であり、他方が外国人である場合、双方が外国人である場合を含むように読める。この点で久保の挙げる2番目の例と少し異なる。)が日本と外国に分かれて所在し、日本で(日本人事件本人の本籍地で、または、日本国内の届出人所在地で)婚姻届をする場合である。第2の事例は、婚姻当事者(その中の少なくとも一方は日本人である)が外国に所在し(同一の外国にいる場合を指すのか、それとも、複数の外国に分かれて所在する場合をも含むのかは明らかではないが、後者の意味に理解することもできる。そうすると、この事例は久保の挙げる第1の事例と同じである。)、日本で(日本人事件本人の本籍地で)婚姻届をする場合である。折茂は第1の事例に関しては「かような婚姻の「挙行地」は日本であるとみて差支えなく」という。しかし、この結論は、《日本で婚姻届が受理されたから》という理由によっても成立するし、また、《当事者の一方が日本にいるから》という理由によっても成立する。それゆえ、これだけでは、折茂が《届出受理地＝行為地》説と《届出人所在地＝行為地》説のいずれに立つのかは明らかではない。

次に、折茂は、第2の事例に関しては、通説を紹介しつつも、「かような場合にも、なお「挙行地」を日本とみるべきか否かはすこしくうたがわしい」という。この記述によれば、折茂が《届出受理地＝行為地》説を排し、《届出人所在地＝行為地》説に立つものと理解することが可能であるし、また、折茂が隔地的婚姻に関して択一説(選

《当事者の一方が日本に所在するから》という理由により日本法上の方式によることを認めるのであれば、それは、隔地的婚姻に関する択一説（選択的適用説）である。

その後、澤木〔1966（S41）〕106頁は「婚姻挙行地とは、両婚姻当事者が現在する場所の意味に解するべきであり」と主張し、山田（鐐）〔2004（H16）〕414頁は「婚姻挙行地は両当事者の所在する〔地〕」であると主張した。

更にその後、婚姻挙行地・行為地の概念については、婚姻届が「到達した〔地〕」（奥田〔2020（R2）〕145頁）とする説、「両当事者が現在し合意を実質的に行い、その外部的表示である届出書を作成・発送する場所」（櫻田〔2020（R2）〕274頁）とする説、および、「意思表示の通知が受信された行政機関等の所在地」（澤木・道垣内〔2018（H30）〕128頁〔道垣内正人〕）とする説が現れた。

以上の学説のうち、山口、久保、實方、奥田、櫻田、道垣内の各説は《法律行為における権利変動の原因は方式である。》という思想に立脚するのに対して、折茂、澤木、山田（鐐）の各説は《法律行為における権利変動の原因は意思表示（効果意思の表示）である。》という思想に立脚する。そして、山口の挙げた事例に関しては、いずれの思想によっても、日本は婚姻挙行地であるという結論を引き出すことができる。この意味で、山口〔1910（M43）〕は隔地的婚姻の婚姻挙行地に関する日本の学説の源流といえる¹⁸⁸⁾。

択的適用説）を採ったものと理解することも可能である。

なお、久保の挙げるふたつの事例の順序を折茂は逆にしていて、久保も折茂も、各自の見解を明確に示す事例を最初に挙げたように思われる。

188) 山口説・久保説・折茂説・澤木説の比較については、山田（鐐）〔1987（S62）〕343頁参照。

久保説・折茂説・澤木説の比較については、佐藤・道垣内〔2007（H19）〕178頁（岡野祐子）、櫻田・道垣内〔2011（H23）〕第2巻19頁注76、注77（横溝大）参照。

おわりに

本稿では、法律行為にあつては、方式は権利変動の原因ではなく、意思表示が権利変動の原因である（前出第 6 章第 1 節第 1 款参照）という立場に立って婚姻挙行地概念・行為地概念を検討し、併せて、隔地的婚姻等の場合の婚姻挙行地・行為地についても検討した。

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、国際私法上の問題を検討する場合は実質法の構造を検討することが不可欠である。本稿はこのような研究の試みである。

【参考文献】

- 青木義人・大森政輔『全訂戸籍法』〔1982 (S57), 日本評論社〕
- 青山道夫・有地亨編集『新版注釈民法 (21) 親族 (1)』〔1989 (H1), 有斐閣〕
- 萩原準一「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)』(1984 (S59), 青林書院)
- 宇賀克也『行政手続法の解説 (第 6 次改訂版)』〔2013 (H25), 学陽書房〕
- 内田貴『民法Ⅱ債権各論 (第 3 版)』〔2011 (H23), 東京大学出版会〕
- 江川英文『国際私法』〔1950 (S25) 初版発行, 1957 (S32) 改訂版発行, 1970 (S45) 年増補版発行, 有斐閣〕
- 岡本善八「国際私法における方式概念——フランス判例法を手掛かりとして—— (1), (2)」同志社法学 35 巻 2 号 1 頁〔1983 (S58)〕, 36 巻 1・2 号 19 頁〔1984 (S59)〕
- 奥田安弘「判批：神戸地判平成 9 (1997)-1-29」櫻田嘉章・道垣内正人編『国際私法判例百選』104 頁〔2004 (H16), 有斐閣〕
- 奥田安弘「判批：神戸地判平成 9 (1997)-1-29」櫻田嘉章・道垣内正人編『国際私法判例百選 (新法対応増補版)』106 頁〔2007 (H19), 有斐閣〕

- 奥田安弘「判批：神戸地判平成9（1997）-1-29」櫻田嘉章・道垣内正人編『国際私法判例百選（第2版）』118頁〔2012（H24）, 有斐閣〕
- 奥田安弘『国際家族法（第2版）』〔2020（R2）, 明石書店〕
- 織田有基子「涉外判例研究：神戸地判平成9（1997）-1-29」ジュリスト1161号207頁〔1999（H11）〕
- 折茂豊『国際私法各論』〔1959（S34）初版, 1972（S47）新版, 有斐閣〕
- 加藤令造・岡垣学『戸籍法逐条解説（新版）』〔1978（S53）, 日本加除出版〕
- 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〕
- 久保岩太郎「婚姻成立の準拠法に就て」商学評論8巻2号196頁〔1929（S4）〕
- 久保岩太郎「涉外法律行為方式論」国際法外交雑誌31巻7号19頁〔1932（S7）〕
- 久保岩太郎『国際私法論』〔1935（S10）, 三省堂〕
- 久保岩太郎「国際私法と戸籍」全国連合戸籍事務協議会『身分法と戸籍』（戸籍制度80年記念論文集）279頁〔1953（S28）, 帝国判例法規出版社〕
- 久保岩太郎『国際私法』〔1972（S47）-4-25第21刷発行；1954（S29）年2月付けの「はしがき」と1969（S44）年1月付けの「第17刷 はしがき」がある；有信堂〕
- 久保岩太郎「婚姻の成立」国際法学会編『国際私法講座第2巻』514頁〔1955（S30）, 有斐閣〕
- 久保岩太郎「隔地的法律行為の方式の準拠法——並びに法例第8条の位置について——」青山法学論集1巻1・2号293頁〔1959（S34）〕
- 小出邦夫『逐条解説：法の適用に関する通則法（増補版）』〔2014（H26）, 商事法務〕
- 国際私法立法研究会「契約, 不法行為等の準拠法に関する法律試案（1）, （2・完）」民商法雑誌112巻2号106頁, 112巻3号133頁〔1995（H7）〕
- 国際法学会編『国際法辞典』〔1975（S50）, 鹿島出版会〕
- 国際法学会編『国際関係法辞典（第2版）』〔2005（H17）, 三省堂〕
- 戸籍法務研究会（（財）民事法務協会・民事法務研究所）『実務戸籍法（新版）』

〔2001 (H13), 民事法務協会〕

齋藤武生「法律行為」国際法学会編『国際私法講座第 2 巻』351 頁〔1955 (S30), 有斐閣〕

櫻田嘉章訳『パウル・ハインリッヒ・ノイハウス：国際私法の基礎理論』〔2000 (H12), 成文堂〕

櫻田嘉章『国際私法』〔2006 (H18) 第 5 版, 2020 (R2) 第 7 版, 有斐閣〕

櫻田嘉章・道垣内正人編『注釈国際私法 (第 1 巻, 第 2 巻)』〔2011 (H23), 有斐閣〕

佐藤やよひ・道垣内正人『涉外戸籍法リステイトメント』〔2007 (H19), 日本加除出版〕

實方正雄『国際私法概論 (再訂版)』〔1953 (S28)-4-10 第 5 版発行, 有斐閣〕〔2013 (H25), オンデマンド版, 有斐閣〕

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)〕

澤木敬郎『国際私法入門』〔1972 (S47)-2-29, 有斐閣〕(澤木〔1972 (S47) a〕

澤木敬郎「涉外の身分関係と戸籍」全国連合戸籍事務協議会編『日本戸籍の特質 (戸籍制度創設 100 周年記念論文集)』363 頁〔1972 (S47)-10-15, 帝国判例法規出版社〕(澤木〔1972 (S47) b〕)

澤木敬郎「国際私法入門 (新版)」〔1984 (S59), 有斐閣〕

澤木敬郎『国際私法入門 (第 3 版)』〔1990 (H2), 有斐閣〕

澤木敬郎・道垣内正人『国際私法』〔2006 (H18) 第 6 版, 2018 (H30) 第 8 版, 有斐閣〕

澤木敬郎・南敏文『新しい国際私法——改正法例と基本通達——』〔1990 (H2), 日本加除出版〕

塩野宏・高木光『条解行政手続法』〔2000 (H12), 弘文堂〕

島津一郎・阿部徹編集『新版注釈民法 (22) 親族 (2)』〔2008 (H20), 有斐閣〕

新堂幸司『新民事訴訟法 (第 6 版)』〔2019 (R1), 弘文堂〕

- 住田裕子「涉外婚姻の成立の準拠法」岡垣学・野田愛子編『講座・実務家事審判法 5』113 頁〔1990 (H2), 日本評論社〕
- 谷口安平『戸籍法 (第 3 版)』〔1994 (H6)-8-30 第 3 版第 3 刷発行, 有斐閣〕
- 種村好子「判批: 神戸地判平成 9 (1997)-1-29」判例タイムズ 1005 号 140 頁 (平成 10 (1998) 年度主要民事判例解説)〔1999 (H11)〕
- 溜池良夫『国際私法 (第 3 版)』〔2005 (H17), 有斐閣〕
- 中川善之助・山畠正男編集『新版注釈民法 (24) 親族 (4)』〔1994 (H6), 有斐閣〕
- 中田裕康『債権総論 (第 3 版)』〔2013 (H25), 岩波書店〕
- 二宮周平編集『新注釈民法 (17) 親族 (1)』〔2017 (H29), 有斐閣〕
- 根本洋一「国際私法上の離婚の準拠法の基準時——変更主義・不変更主義の意味と根拠——」横浜法学 28 巻 2 号 1 頁〔2019 (R1)〕
- 根本洋一「婚姻の届出意思の準拠法——法律行為の構造と国際私法——」横浜法学 30 巻 1 号 1 頁〔2021 (R3)〕
- 早田芳郎「演習 (国際私法 1)」法学教室 36 号 110 頁〔1983 (S58)〕
- 法務省民事局内法務研究会編『改正法例下における涉外戸籍の理論と実務』〔1989 (H1), テイハン〕
- 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〕
- 南敏文『改正法例の解説』〔1992 (H4), 法曹会〕
- 山口弘一『国際私法提要』〔1900 (M33)-9-5 発行, 発行所: 日本法律学校, 大売捌所: 有斐閣書房, 清水屋〕
- 山口弘一『日本国際私法論』〔1910 (M43)-9-28 発行, 発行所: 三書楼, 発兌元: 巖松堂書店〕
- 山口弘一「親族法上の事項に適用する法律」東京商科大学研究年報, 法学研究 1 号 1 頁〔1932 (S7)〕
- 山口弘一『親族法及国際親族法の研究』〔1943 (S18), 巖松堂書店〕
- 山田鐸一『国際私法』〔1982 (S57) 初版第 1 刷発行, 1987 (S62) 初版第 5 刷発行,

筑摩書房]

山田録一『国際私法』〔1992 (H4) 初版, 2004 (H16) 第 3 版, 有斐閣]

山田録一・早田芳郎編『演習国際私法』〔1987 (S62) 第 1 版, 1992 (H4) 新版,
有斐閣]

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]

KEGEL, Gerhard ; SCHURIG, Klaus: Internationales Privatrecht, 9. Aufl. [2004
(H16)]

KROPHOLLER, Jan: Internationales Privatrecht, 2. Aufl. [1994 (H6)]

KROPHOLLER, Jan: Internationales Privatrecht, 6. Aufl. [2006 (H18)]

Müchener Kommentar zum BGB, Band 12 (Internationales Privatrecht I) , 8.
Aufl. [2020 (R2)]

NEUHAUS, Paul Heirich: Die Grundbegriffe des Internationalen Privatrechts,
[1962 (S37)]

NEUHAUS, Paul Heirich: Die Grundbegriffe des Internationalen Privatrechts, 2.
Aufl. [1976 (S51)]

SOERGEL, Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und
Nebengesetzen, Band 8, Einführungsgesetz, 11. Aufl. [1984 (S59)]

SOERGEL, Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und
Nebengesetzen, Band 10, Einführungsgesetz, 12. Aufl. [1996 (H8)]

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