

婚姻の実質的成立要件の準拠法

— 配分的適用の意味 —

根 本 洋 一

〔目 次〕

はじめに

第1章 実質法上の婚姻要件の種類

第2章 配分的適用に関する従来の学説

第1節 ドイツの学説

第2節 日本の学説

第3節 まとめ

第3章 配分的適用の意味

第1節 配分的適用の本質

第2節 配分的適用の構造

おわりに

はじめに

1. 本稿の目的

法例13条1項は「婚姻成立の要件は各当事者に付き其本国法に依りて之を定む」と定める。この連結方法は配分的適用 (gekoppelte oder distributive Anwendung, Anknüpfung)¹⁾ と呼ばれている。

日本の国際私法では、配分的適用は、かつては婚姻だけでなく認知と養子縁組についてもその実質的成立要件に関して採用されていたが(認知については法例旧18条1項、養子縁組については法例旧19条1項)、平成元年の法例改正により現在では婚姻の実質的成立要件だけについて採用されているに過ぎない。その限度では配分的適用に関して検討することの重要性は減少したが、依然として婚姻の実質的成立要件に関しては配分的適用は解釈論上の重要な問題であることを失っていないと思われる。

配分的適用に関してはいくつかの論点がある。例えば、一方要件とは何であり双方要件とは何であるかという問題、具体的にどんな要件

が一方要件でありどんな要件が双方要件かという問題、配分的適用と累積的適用の違い、一方要件と双方要件の区別は実質法上の区別か国際私法上の区別かという問題である。ところが、従来の学説はこれらの問題について一応の検討を加えてはいるが、しかし、配分的適用とはどんな連結方法であるのかは依然として明らかにされていないように思われる。すなわち、池原は平成元年の法例改正の際に「配分的適用というのは、現行法例の解釈としても、問題がいろいろあるわけです。〔……〕婚姻の実質的成立要件については〔改正法例でも〕依然として残っている。そこで、このような配分的適用の解釈上の難点は、〔平成元年の法例改正後も〕現行法例におけると同様に、残ることになるでしょう。」(池原他〔1989〕24頁)と発言したが、この発言から12年を経過した現在でも学説の状況は当時におけるあまり変わっていないように思われる。

本稿では、婚姻の実質的成立要件に関して日本と同様に配分的適用をするドイツと日本の学説を尋ね、配分的適用とはどんな連結方法であるかを明らかにして、これらの論点に対して一応の解決を与えることを目的とする。

1) Kropholler〔2001〕140頁。

2. 検討の方法

婚姻の実質的成立要件の準拠法に関する20世紀初頭から現在に至るまでのドイツと日本の学説を見ると、基本的な考え方がふたつあることがわかる。すなわち、第1は、「AとBが婚姻するためには、当事者の一方がどんな属性を具備する必要があるかはその者の本国法により、AB間のどんな関係が必要かはAとBの本国法による。」という考え方である（本稿ではこれを第1説という。）。第2は、「ある者が婚姻し得るかはその者の本国法による。」という考え方である（本稿ではこれを第2説という。）。第1説は一方当事者の属性の問題をその者の本国法に送致し、両当事者間の関係の問題を両当事者の本国法に送致する考え方であり、第2説はある者が婚姻し得るかという問題をその者の本国法に送致する考え方である。従って、このふたつの説は基本的な発想を異にしており、その点では異質の考え方である。それにもかかわらず、同一の論者においてこのふたつの考え方が混在していることが少なくない。学説の混乱の原因はここにある。

本稿は、まず、従来の学説においてこのふたつの考え方が明確に区別されていなかったことを明らかにする（第2章）。次に、配分的適用に関してはどちらの考え方をとるべきかを検討して、引き続いて、個別的な問題の解決策を提示する（第3章）。そして、そのための基礎的作業として、婚姻の実質的成立要件を、従来の学説が示した視点から、分類する（第1章）。

第1章 実質法上の婚姻要件の種類

実質法は婚姻の要件を定めるに際して、各当事者の性質・属性をもって要件（裏から見れば婚姻障害）とすることがあり、両当事者の間の関係をもって要件（婚姻障害）とすることがある。前者を各当事者の絶対的性質と呼ぶことができ、後者を各当事者の相対的性質と呼ぶことができる。

従来の国際私法学説も、婚姻の実質的成立要件の準拠法を検討する際に、種々の要件を、一

方当事者の属性（性質、状況）と両当事者の間の関係に分類して来た²⁾。その点で、従来の学説を理解するためにはこの分類を理解することが必要であるので、以下では、個々の婚姻要件をこの観点から見てみる³⁾。

まず、年齢は個人の性質である。肉体的障害（伝染病、遺伝病など）⁴⁾・精神的障害も個人の絶対的属性である。女が何か月前に離婚したか・女の夫が何か月前に死亡したかというのもその女の絶対的性質である。

これに対して、親族を示す呼称（叔父、姪、など）は相対的属性を意味する。例えば、「花子は姪である。」という叙述には何の意味もない。「花子は太郎の姪である。しかし、花子は次郎の姪ではない。」というように述べる必要がある。このように、親族を示す呼称は特定の者との間の相対的な地位を示す。

配偶者のあること⁵⁾は個人の絶対的性質である。例えば、A男とB女の婚姻が継続している間にA男とC女が婚姻しようと考えた場合には、A男が妻帯者であるという事実はA男の絶対的性質である⁶⁾。

2) 国際私法の分野ではSavignyは既に婚姻要件を各当事者の属性と両当事者の間の関係とに分類していた。Savigny [1849] 326頁。ただし、Savignyは婚姻の実質的成立要件は家長たる夫の住所地法によるべきものと主張した。同325-326頁。また、後出注13参照。

3) 本稿では各国の実質法の状況を調べることは断念せざるを得ない（たまたま筆者の手元にある資料により調べ得たことを後出注4, 5, 7で述べるにとどめる。）。各国の実質法が定める婚姻障害については、Staudinger/C. v. Bar/Mankowski, Art13 EGBGB Rn 226-428 [1996] 参照。これによれば、ヨーロッパ諸国では、相姦婚の禁止の制度の廃止などに見られるように、婚姻障害を撤廃して婚姻の自由を拡大する方向に法改正を行っているようである。

4) 中華民国民法995条は、一方当事者が婚姻時に性交不能であり治癒することができない場合は他方当事者は裁判所に婚姻取消を請求することができる、と定める。張有忠（翻訳・監修）「中華民国六法全書」（日本評論社、1993）、中野正俊・黄子能「資料・中華民国民法（6）」亜細亞法学29巻2号236頁（1994）。

姦通⁷⁾を原因として離婚された者の地位はどうか。姦通を原因として離婚判決がなされたということは姦通者の絶対的性質であり、姦通の相手方であるということもその者の絶対的性質である。しかし、相姦者どうしであるという地位（姦通した者と、姦通の相手方との間の関係）は個人の相対的屬性である（姦通した者Aは、その姦通の相手方Bとの関係においてのみ相姦者たる地位に立つ。BもAとの関係においてのみ相姦者たる地位に立つ。）。

以上のように、婚姻要件・婚姻障害は一方当事者の絶対的屬性と両当事者の間の関係に分けることができる。そして、従来の学説が配分的適用一特に、一方要件と双方要件の区別—を検討する際にはこの分類を一応の出発点とすることが多いので、従来の学説を理解するためにはこの分類は重要である。

第2章 配分的適用に関する従来の学説

配分的適用に関してはいくつかの論点がある。

まず、配分的適用の意味である。すなわち、法例13条1項の「婚姻成立の要件は各当事者に付き其本国法に依りて之を定む」とは、「AとBが婚姻するためにはAはどんな属性を具備する必要があるかという問題はAの本国法による。」（第1説）と、「Aが婚姻し得るかという問題は

Aの本国法による。」（第2説）のどちらを意味するのかという問題である。

次に、一方要件・双方要件の意味である。これはさらにふたつに分かれる。第1は、一方要件・双方要件とは配分的適用の構造とどんな関係に立っているのかという問題（ないしは、一方要件・双方要件という概念の意味内容）である。第2は個々の要件の分類であり、一方当事者の属性（例えば、年齢）は必然的にその当事者の一方要件かという問題、両当事者の間の関係は概念必然的に双方要件なのかという問題である。

さらに、個々の要件が（男または女の）一方要件か双方要件かは実質法が決めるのか国際私法が決めるのかという問題もある。

また、配分的適用という以上は一方要件と双方要件の取り扱いとは本質的に同じなのかという問題がある。また、配分的適用における双方要件の扱いは累積的適用とどのように違うのか（あるいは、累積的適用そのものなのか）という問題もある。

以下では、従来の学説がこれらの点に関してどのように説明してきたかを見る。

第1節 ドイツの学説

ドイツ民法施行法13条1項（1900年1月1日施行）は当初は「婚姻の締結は、婚約者の一方の

1998) 参照。

6) 配偶者があるという事実を、久保〔1929〕204頁は一方当事者の絶対的性質であると解していたが、久保〔1949〕174頁、同〔1972〕194頁は両当事者の間の関係であると解している。

7) 中華民国では、1998年までは、姦通により離婚判決を経た者または刑の宣告を受けた者は相姦者と婚姻することはできず（民法986条）、これに違反して婚姻した場合には前配偶者は裁判所にその婚姻の取消を請求することができたが（民法993条）、相姦婚を禁止するこれらの規定は1998年に削除された。張有忠・前掲書（前出注4）、中野正俊・黄子能・前掲（前出注4）235-236頁、黄宗楽「台湾における親族法の改正について（4）、（5・完）」戸籍時報492号14頁、493号31頁（1998）。

5) イスラム教では男は妻を4人まで娶ることができるが、最近のイスラム諸国には立法により一夫多妻婚を制限ないし禁止する傾向があるといわれる。チュニジア身分関係法（1957年1月1日施行）18条1項は一夫多妻婚を禁止している。眞田芳憲・松村明編著「イスラーム身分関係法」283頁（日本比較法研究所、2000）。インドネシア婚姻法（1975年10月1日施行）では妻帯の男が別の女と婚姻するためには厳格な要件（現在の妻が子を産めない、現在の妻が夫の婚姻に同意している、男にすべての妻と子を扶養する能力がある、など）の下で裁判所の許可を得ることが必要である。大村芳昭「インドネシア婚姻法と家族法の統一」中央学院大学法学論叢12巻1号50、57頁（1998）。イスラム諸国における一夫多妻婚についてはDavid Pearl/Werner Menski, *Muslim Family Law*, 3d ed., 237-247 (London,

みがドイツ人であるときといえども、婚約者の各々につき in Ansehung eines jeden der Verlobten, その属する国の法律により判断される。ドイツで婚姻を締結する外国人についても同様である。」と定めていたが、1986年に「婚姻締結の要件は、各婚約者につき für jeden Verlobten, その属する国の法に服する。」と改正された(1986年9月1日施行)。しかし、この規定は配分的適用を定めるものであり、その趣旨は改正の前後を通じて変更していないから、以下では改正の前後の学説を区別しないで検討する。

第1款 Habicht⁸⁾

1. Habichtはドイツ民法施行法旧13条1項について、まず、次のようにいう。

「これは次の2点を意味する。第1に、当事者が婚姻締結を意図した場合には、婚約者の各々に bei einem jeden Verlobten, その本国法が婚姻締結の条件として定める要件(婚姻能力、婚姻適齢、両親またはその他の法定代理人の同意)が存在すること、および、婚約者の各々に bei einem jeden, 婚姻締結をその本国法により妨げる—一般的に婚姻を妨げるか、あるいは、まさにこの婚約者との婚姻を妨げるかを問わず一障害(血族関係、姻族関係、姦通など)が存在しないことが必要である。そして第2に次のことを意味する。婚姻が締結された場合には、その有効性、あるいは、要件の欠缺として主張される状況の効力は、婚姻障害があったと主張されているか、あるいは、要件欠缺があったと主張されている当事者 desjenigen Ehegatten [……], dessen Person durch das Hindernis betroffen sein oder in dessen Person der Mangel vorgelegen haben sollの本国法に従って判断されるべきである。」(Habicht

[1907] 101-102頁)

この叙述は、「婚約者Aがどんな属性を具備すべきかはAの本国法による。」という意味(第1説)のようであるが、しかし、深読みをすれば、「婚約者Aはその本国法により婚姻し得ることが必要である。」という意味(第2説)にも読める。

2. Habichtは次のように婚姻要件を2種類に区別すべきであるという。

「両婚約者の間の相互関係または同一の第三者に対する共通の関係から生ずる婚姻障害と、一方婚約者の一方的な属性あるいは状況たる婚姻障害または一方婚約者の第三者に対する一方的な関係たる婚姻障害とを区別することが重要である。前のグループには血族関係、姻族関係、相姦関係が含まれる。」(102頁)

そして、Habichtは、第1のグループの婚姻障害は当事者の一方の本国法のみが定めていても婚姻を妨げるのに対して、第2のグループの婚姻障害は、その障害が一方当事者に存在し wenn sie bei demjenigen Verlobten vorliegen, その者の本国法がその状況を婚姻障害として定めている場合に限り、婚姻を妨げる、といい、これには婚姻適齢、両親その他の法定代理人の同意が含まれるという(103頁)。また、重婚禁止も第2のグループに含まれるが、しかし、重婚を許容する外国法は国際私法上の公序に反する、という(103頁)。Habichtはさらに、「他人を養子となした者は[……]養子またはその卑属と婚姻することができない。」と定めていたドイツ民法旧1311条は、文言上、養親と養子の間の婚姻を禁止しているのではなく、養親に対して養子と婚姻することを禁止しているから、第2のグループに含まれる、という(103頁)。

3. 上に引用した部分から判断すると、Habichtの見解は、一方当事者の属性が婚姻障害になるかはその者の本国法により、両当事者の間の関係が婚姻障害になるかは両当事者の本国法による(第1説)、というものであろう。

なお、養親と養子が婚姻し得るかという問題は両当事者の間の関係が婚姻障害になるかとい

8) Habicht [1907] にMax Greiffが執筆した序文によれば、Habichtが1905年に逝去したためにHabichtの遺稿をGreiffが編集して出版したものが同書である由である。

う問題であるから、ドイツ民法旧1311条は養親に対して養子と婚姻することを禁止しているとするHabichtの見解は内在的矛盾であろう(Frankenstein〔1934〕94頁注137は両当事者の間の関係は概念必然的に双方障害であるという見地からHabichtのこの見解を批判する.)。しかし、条文の文言を根拠に判断するというHabichtの見解には、両当事者の間の関係が誰に対する婚姻禁止事由であるかを実質規定の趣旨により決めようとする考え方の萌芽が見られなくもない⁹⁾。

第2款 Kahn¹⁰⁾

1. Kahnは「婚姻に関する法律の抵触を規律するための条約」(1902年6月12日署名)1条の「婚姻を締結する権利は〔……〕各婚約者の本国法により規律される。」という規定を論じるが、その冒頭で、Kahnが条約1条に関して述べることはドイツ国際私法に関しても妥当する、という(Kahn〔1928〕61頁注1)。

Kahnは、「婚姻年齢の問題のように純粋に個人的な能力問題については明白で単純である。

必要な年齢に各当事者が達しているかは各当事者につきその属人法のみに従って判断すべきである。両親・後見人の同意が婚姻締結に必要であるかが問題になった場合も同様である。公的な婚姻障害 öffentlichen Ehehindernissenが一方当事者のみの個人的属性または関係に基づいている場合も通常は同様である。」といい、その例として80歳を超える者の婚姻や4回以上の婚姻を禁止するロシア法を挙げ、また、女の再婚禁止期間については女の本国法のみが基準になるという(以上は63頁)。

Kahnはこれに続けて「婚姻障害が外見上存在する当事者の法 das Gesetz desjenigen Ehegatten, mit dessen Person, äußerlich betrachtet, das Ehehindernis verknüpft ist」が常に基準になるわけではないといい、この例として、性的不能者の婚姻を禁止するオーストリア法、イタリア法、スペイン法の規定を挙げ、「性的不能という婚姻障害をこのように取り扱うのであればかような法律の意味を正反対に解することになろう。性的不能者に対して婚姻が禁止されるのではなく、性的不能者と婚姻する

9) 以上の引用文が示すように、Habicht〔1907〕は一方向的・双方向的 einseitig, zweiseitig ということばを使っていない。

Habichtの見解と時期をほぼ同じくする見解として、1902年6月12日に署名された3つのハーグ国際私法条約に関してライヒ宰相がライヒ議会に提出した覚書 Denkschrift も重要であろう。この覚書は、「婚姻に関する法律の抵触を規律するための条約」1条の「婚姻を締結する権利は〔……〕各婚約者の本国法により規律される。Le droit de contracter mariage est réglé par la loi nationale de chacun des futurs époux.」という規定に関して次のように述べる。「各当事者は、自分自身に関しても相手方たる婚約者との関係に関しても、自己の本国法の要件を満たす必要がある。婚姻障害が自己のみに関するののか、それとも、相手方たる婚約者との関係にも関するののかという問題、従って、婚姻障害が一方障害か双方障害かという問題もまた自己の本国法に従って判断すべきである。」14 Zeitschrift für Internationales Privat- und Öffentliches Recht 525〔1904〕。

この引用文の中の「婚姻障害が自己のみに関するののか、それとも、相手方たる婚約者との関係に

も関するののかという問題〔……〕もまた自己の本国法に従って判断すべきである。」という説明は難解である。一方当事者の属性という概念、両当事者の間の関係という概念は国際私法が独自に決めることができる(例えば、男の年齢が男の属性であること、相姦関係が両当事者の間の関係であることは、実質法を見るまでもなく明らかである。)から、この説明は、「婚姻障害が一方当事者のみに対する婚姻禁止事由か、それとも、両当事者に対する婚姻禁止事由かは実質法が決める問題である。」という意味であり、従って、ライヒ宰相の覚書は「ある者が婚姻し得るかはその者の本国法による。」という立場(第2説)に立つものであろう。上に引用したライヒ宰相の覚書については横山〔1997〕54-55頁参照。

10) 以下で引用するKahnの見解はKahn〔1928〕の目次によれば1903年から1905年まで Zeitschrift für Internationales Privat- und Öffentliches Recht に公表されたようであるが、後者は参照し得なかった。

なお、Kahnの見解については横山〔1997〕52-55頁が紹介と論評をしている。

ことから相手方が保護されているのである。従って、まさに相手方の法律に従う必要がある。」¹¹⁾といい、その根拠として、イタリア民法が一方当事者の性的不能は相手方当事者が婚姻の無効原因として主張し得ると定めていること、および、ハンガリー法が性的不能を強迫・錯誤と同一に扱っていることを挙げる（以上は63頁）。Kahnはこれに続けてさらに、キリスト教徒と非キリスト教徒との婚姻の禁止について「この種の法律の真の目的は、異教徒に対して婚姻を禁止することにあるのではなく、異教徒と婚姻することをキリスト教徒に対して禁止することにある。ここでは、従って、キリスト教徒たる当事者の属人法が各々の法として考慮されるべきである。宗教の相違という婚姻障害も一般的には同様に扱うべきである。この禁止の意味は、ヨーロッパ諸国に関する限り、キリスト教徒は異教徒と婚姻することができないという点のみにある。」という（64頁）。

2. 上に引用したところからは、Kahnの見解は、ある婚姻障害が誰に対する婚姻障害であるかは実質法が決めるという考え方のようにも読めるし（引用文中の下線部分参照）、また、ある婚姻障害が誰に対する婚姻障害であるかは国際私法が直接に決めるという考え方（後出第3章第1節2参照）のようにも読める¹²⁾。

第3款 Lewald

Lewaldの見解は次の通りである。

「ドイツ民法施行法〔旧〕13条1項の原則によれば、婚姻の締結には、婚約者の各々がその本国法〔……〕により相手方と婚姻し得ることが必要にして十分である。従って、各々の婚約者に

とって婚姻障害があるかという問題はその本国法を基準として判断すべきである。〔……〕。

各婚約者にその本国法が相手方との婚姻を許容しているかの判断は、婚約者の各々について別個になすべきである。婚約者自身に存在する必要のある要件が問題になっている場合にはこれには困難は伴わない。例えば、婚姻年齢、法定代理人ないしは両親の同意である。これに対して、相手方に関する要件 Voraussetzungen〔……〕, welche die Person des anderen Verlobten betreffen が問題になっている場合には困難な問題が発生し得る。」（Lewald〔1931〕79-80頁）

この引用文の「婚約者自身に存在する必要のある要件」という表現は誰の属性が婚姻障害になるかを問題にしているように読める。しかし、Lewaldはドイツ民法旧1312条などの定める相姦婚禁止を取り上げ、婚姻禁止が実質法上誰に向けられているのか—姦通した配偶者に対して向けられているのか、それとも、姦通者に対してだけでなく相姦者に対しても向けられているのか—を問題にしている（81頁）。さらに、上記引用文の下線部分を合わせて考えれば、Lewaldの見解は、「ある者が婚姻し得るか（=どんな事実がその者に対する婚姻禁止事由であるか）はその者の本国法による。」（第2説）という見解である。

第4款 Raape

1. Raapeは1931年にStaudingerの注釈書に一方的婚姻禁止と双方向的婚姻禁止 Einseitige- und doppelseitige Eheverboteという項目を立てて次のように述べた。

「各婚約者につき、その本国法がその者に対して婚姻を許容しているか、および、特に、相手方と婚姻することを許容しているかを、調べなければならない。」（Raape〔1931〕234頁3a）

「一方当事者の本国法は両当事者に対して婚姻を禁止することがある。すなわち、〔一方当事者の本国法は〕一方当事者に対して婚姻を禁止する—一方当事者自身の属性（高齢、病氣、

11) Staudinger - Gamillscheg, Art 13 EGBGB, Rn. 934〔1973〕はKahnの見解を前者と理解しているようである。なお、Kahn〔1928〕65頁注8は、条約の解釈として、ドイツは21歳未満の外国人と婚姻することをドイツ人に対して禁止する立法をなし得ない、という。これをも考慮するとKahnの見解は後者のように読める。これらの点については横山〔1997〕52-55頁参照。

誓願)のゆえであれ、相手方当事者との関係(養親子関係)のゆえであれ—だけでなく、相手方当事者に対してもまた婚姻を禁止することがある。従って、この禁止を別のことばで言えば双方禁止 *Doppelverbot* であり、一方的禁止にとどまるのではなく、一方当事者に対しても相手方当事者に対しても禁止が向けられるのである。この場合には相手方当事者の本国法がこの禁止を定めているか否かを問わず婚姻は禁止される。しかし、一方当事者〔A〕の定める婚姻禁止が一方的であり、〔すなわち、〕一方当事者〔A〕に対してのみ向けられており、相手方当事者に対しても向けられているというわけではない、ということもある。この場合には相手方当事者の本国法もまたこの禁止を定めているか否かが重要である。定めていなければ、〔Aの本国法の〕禁止が向けられている範疇の人々にその一方当事者〔A〕が属するか否かが決定的である。属するときには婚姻は禁止されるが属さなければ婚姻は許容される。」(235頁a)

この叙述は極めて平易であるが、重要なのは、RaapeがAの属性はAの一方障害でありAB間の関係は双方障害である、といった形の定義を一切していない点である。すなわち、Raapeは実質法上の婚姻禁止が誰に対して向けられているかを重視しているのである。

2. Raapeはさらに、健康なスウェーデン人男と癲癇者のドイツ人女(ドイツ法は癲癇者の婚姻を禁止していない。)の婚姻が許容されるか否かは、スウェーデン法上の癲癇者の婚姻禁止を定める規定の解釈—その禁止が一方的禁止か双方向的禁止か *einseitiges, zweiseitiges*、すなわち、癲癇者に対してのみ婚姻を禁止しているのか癲癇者との婚姻をも禁止しているのか—により決まる、といい(235頁a)、引き続いて次のようにいう。

「婚姻禁止が一方的禁止か双方向的禁止かという疑問は、婚姻禁止が相手方当事者との関係で定められている場合、すなわち、婚姻禁止が一方当事者と相手方当事者との間の関係—従って、血族関係、姻族関係、養親子関係、相姦関

係など—に基づいている場合にのみ生ずるのではない。婚姻禁止がこのような事由に基づかないで定められている場合、すなわち、婚姻禁止が一方当事者の属性もしくは状態のみ、または、一方当事者と第三者との間の関係のみに基づいている場合にもまた、婚姻禁止が一方的禁止か双方向的禁止かという疑問は生ずる。」(235-236頁a)¹²⁾

このように、Raapeは、実質規定が誰に対して婚姻を許容・禁止しているかを決め手にしており、その反面として、Raapeは要件の種類(Aの属性、Bの属性、AB間の関係)を全く問題にしていない。

この引用文に引き続いて、Raapeは、4回以上の婚姻を禁止し、また、80歳を超えた者の婚姻を禁止するロシア法、相姦婚を禁止するドイツ法、離婚判決において有責配偶者に対して再婚禁止期間を裁判官が定め得る旨を定めるスイス法、養親と養子の婚姻を禁止するドイツ法などを取り上げ、それらの制度が誰に対して婚姻を禁止する趣旨かを検討している(236-238頁)。

3. Raapeは1961年に発行した概論書では、結合 *Koppelung* という項目を立てて配分的適用について説明している。Raapeはそこでは、「両本国法の結合 *Koppelung* はしかし完全な結合ではなく部分的な結合であるに過ぎない。男の法の中の、男に関する諸規定 *die Vorschriften des Mannesrechts, die den Mann angehen* と、女の法の中の、女に関する諸規定 *die Vorschriften des Frauenrechts, die die Frau angehen* が結合される。」(237頁)、「一個の法秩序の中の、女のみに関する諸規定 *den nur die Frau angehenden Vorschriften* から男のみに関する諸規定 *der nur den Mann betreffenden Vorschriften* を区別することは時折困難になる。」(239頁)といい、多数の具体例(婚姻年齢、錯誤、重婚、近親関係、相姦婚、養親子関

12) この引用文の直後でRaapeは「この点は多くの論者により誤解されている。」といい、Habichtを引用している。

係、病気、高齢者の婚姻禁止、4回以上の婚姻の禁止)を挙げて説明している(237-240頁)。この概論書における配分的適用に関する説明は、実質的には、1931年の注釈書における上に引用した叙述と同じである。

4. Raapeの見解は極めて明瞭である。すなわち、Raapeは、まず、個々の実質規定が誰に対して婚姻を許容・禁止しているかはその実質規定の解釈により決まる、という考え方に立ち、次に、男に対して婚姻を許容・禁止する実質規定を男の本国法から取り出し、女に対して婚姻を許容・禁止する実質規定を女の本国法から取り出し、両者を結合して適用すべきである、とするのである。そして、この見解が「ある者が婚姻し得るかはその者の本国法による。」という考え方(第2説)であることは多言を要しないし、また、その考え方をRaape自身明言しているのである(上の1の冒頭の引用文)。

第5款 Nußbaum

Nußbaumは、「ここにおいてはさらに、婚姻禁止が一方当事者のみに対して向けられているのか(一方的婚姻障害)、それとも、両当事者に対して向けられているのか(双方的婚姻障害)は重要である。例えば、相姦婚禁止が姦通をした配偶者のみに関するのか、それとも、姦通者に関するだけでなく相姦者にも関するのか、である。〔……〕。ドイツ法によれば Nach deutschem Recht 相姦婚禁止は双方障害と見ることができよう。」(Nußbaum [1932] 133頁)という。従って、Nußbaumの見解も、個々の実質規定が誰に対して婚姻を禁止しているのかを重視する見解である。

第6款 Wolff

Wolffの見解は次の通りである。

「各婚約者の本国法が〔自国民たる〕婚約者に対して婚姻締結を許容することが必要である。一方婚約者の本国法は、自国民たる婚約者が相手方婚約者といつ婚姻することができるかを述べるが、相手方婚約者が自国民たる婚約者

といつ婚姻することができるかを述べるわけではない。本国法は、自国民たる婚約者に存在する必要がある要件のみを、通常定める。しかし、婚約者の本国法は、自国民が婚姻することを、相手方婚約者にもまた特定の要件が存在する場合に限り、許容することもできる。これが一方障害と双方障害である。」(Wolff [1933] 117頁, 同 [1954] 188頁)

Wolffはこのように述べて、一方障害の例として婚姻年齢を挙げ、双方障害の例として癲癩、性病、性的不能、相姦婚、養親子関係を挙げる(同 [1933] 117頁, 同 [1954] 188-189頁)。

そして、ある障害が一方障害か双方障害かについては、「この問題は個々の国の実質法規定の解釈の問題である。」という(同 [1933] 117頁, 同 [1954] 189頁)。この点で、Wolffの見解も、個々の実質規定が誰に対して婚姻を禁止しているのかを重視する見解である。

なお、Wolffは上記のように、Aの本国法はAの属性を理由としてAに対して婚姻を禁止することができるしBの属性を理由としてAに対して婚姻を禁止することもできる、と述べる。この見解はFrankenstein, Kegel, C. v. Bar/Mankowskiにも見ることができるが、これは「ある者が婚姻し得るか(=どんな事実がその者に対する婚姻禁止事由であるか)はその者の本国法による。」(第2説)という意味であり、上記引用文の下線部分と同じ意味である。

第7款 Frankenstein

Frankensteinの見解は次の通りである。

1. まず、配分的適用の意味については、「各婚約者はその本国法の定めるすべての要件を備える必要がある。」(Frankenstein [1934] 57頁)、「各婚約者はその本国法の要求のみを満たす必要がある。」(75頁)という。

2. 次に、一方要件と双方要件の意味については次のようにいう。

「属人法はその規定を自由に定めることができる。〔すなわち、〕属人法は、婚姻障害の存する一方婚約者に婚姻障害を限定することができ

る。これはいわゆる一方障害であり、例えば、年齢の欠缺、第三者の同意の欠缺である。しかし、また、一方婚約者の属人法はこの婚姻障害を双方向的にすることもできる。すなわち、相手方婚約者の属人法によれば相手方婚約者にとっては何ら婚姻障害ではない状況が相手方婚約者に存する場合に、一方婚約者の属人法は自国民に対して婚姻を禁止することができる（「相対的に双方向的な」婚姻障害）。最後に、両婚約者の間の関係に関するがゆえに概念必然的に双方向的な婚姻障害がある（血族関係、かつての婚姻関係、共同犯罪）。この種の婚姻障害にあつては、一方当事者の属人法のみが婚姻障害を定めている場合であっても婚姻は許容されない。〔個々の〕婚姻障害が上記のどの種類にあたるかについては、いうまでもなく、婚姻障害を定めている法秩序のみが決定することができる。従つて、〔個々の〕法律要件が婚姻障害であるかは、理論的には、個々の場合ごとにふたつの法秩序に照らして検討する必要がある。しかし、実際上は、わずかな相対的雙方的婚姻障害を除いて、すべての法秩序は性質決定の点では一致するであろう。性質決定が確定すれば、ふたつの法秩序のうちのひとつにより双方障害が存する場合に限り、ふたつの法秩序は累積的に kumulativ 適用されるべきである。」（75-76頁）

3. 配分的適用の総論的部分に関するFrankensteinの見解は以上の通りであり、その特徴は次の点にあるといえよう。第1に、配分的適用の意味について、各当事者はその本國法の要求のすべてを満たす必要があり、相手方当事者の本國法の要求を満たす必要はない、と述べている点である（上の1の引用文）。第2に、ある要件が一方要件であるか双方要件であるかは実質法が決める、としている点である（上の2の引用文。同・57頁も同旨）。第3に、両当事者の間の関係は概念必然的に双方障害である、とする点である（上の2の引用文）。第4に、配分的適用のもとにおいては双方要件については両当事者の本國法が累積的に適用される、とする点である（上の2の引用文の末尾）。

4. 個々の婚姻障害に関するFrankensteinの叙述（83-105頁）は詳細であるが、一貫性を欠いているように見える部分も散見される。例えば、Frankensteinは相姦婚を相対的双方障害の例として挙げる（88, 92-93頁）。しかし、相姦婚の禁止は姦通により離婚された者とその姦通の相手方との婚姻の許容性の問題であり、姦通により離婚された者に対して一般的に再婚を禁止する制度とは異なるから、相姦婚の禁止は両当事者の間の関係が婚姻障害になるかという問題であろう（Frankenstein自身、別の箇所では、簡略に、共同の婚姻破壊 *gemeinsamer Ehebruch* を両当事者の間の関係の例として挙げ、概念必然的な双方障害の例として挙げる。94, 75頁）。

なお、Frankensteinは、概念必然的な双方障害とは両当事者の間の関係または第三者に対する両当事者の共通な関係（が婚姻障害になる場合）である、と定義し（83, 94頁）、近親関係、相姦婚と並んで重婚をこれに含める（94-95頁）。しかし、重婚の禁止にあつては、既に述べたように（第1章参照）、一方当事者の絶対的属性（妻帯者であるという事実）が婚姻障害になるのであり、両当事者の間の関係が婚姻障害になるわけではないし、第三者（第1夫人）に対する両当事者の共通な関係が婚姻障害になるわけでもないであろう。

第8款 Rabel

Rabelは直接にドイツ国際私法を論じているわけではないが、配分的適用に関して詳細に論じているので以下に紹介する。

Rabelは、まず、一方的禁止と双方向的禁止 unilateral and bilateral prohibitionの区別はカノン法とSavignyに由来するといひ¹³⁾、この両者の区別に関する確立した定義はないし、その必要もないという（Rabel〔1958〕286頁）。そして、次のようにいう。

「大雑把に言えば、婚姻法の一部の規定は一方当事者のみに関するものであり、他の規定は両当事者に適用され、あるいは、一般的に婚姻の

締結に適用される。前の場合は一方当事者が能力を欠き、この当事者のみが婚姻を禁止される（一方的）。後の場合は当事者の一方の要件欠缺 disqualification に起因する禁止は両当事者を含む。」（286頁）

「多くの障害は、一方当事者の属性に基づいているものであっても、両当事者を巻き込む。〔……〕各当事者の属人法は禁止が一方当事者のみに及ぶのか両当事者に及ぶのかを決定する。」（291頁）

Rabelは一方的禁止 unilateral prohibitions の例として婚姻年齢、意思表示（錯誤、詐欺、強迫）、両親または後見人の同意、女の再婚禁止期間を挙げ（286-291頁）、双方向的禁止 bilateral prohibitions の例として重婚、近親婚、異人種婚、病気（精神病、梅毒、癲癩、伝染病など）を持つ者の婚姻、異教徒婚、相姦婚、仮装婚を挙げる（291-295頁）。

Rabelの見解も、上記引用文の下線部分が示すように、ある要件に基づいて実質法が誰に対して婚姻を禁止しているかを重視する見解である。

第9款 Kegel¹⁴⁾

1. Kegelは配分的適用の意味と一方障害・双方障害の意味について次のようにいう。

「各婚約者の属人法はその者が婚姻し得るかを確定する。一方当事者の属人法がその者に婚姻を禁止する原因となる状況は、その者に存在する必要がある状況であることもあり、あるいは、他方当事者にのみ存在する必要がある状況

13) 一方的禁止と双方向的禁止の区別が Savigny に由来するという Rabel の説明には注意が必要である。すなわち、Savigny は婚姻要件を各当事者の属性と両当事者間の関係とに分類したが、「A の属性は A のみに対する婚姻禁止事由であり、AB 間の関係は A に対しても B に対しても婚姻禁止事由である。」と述べたわけではない。前出注2参照。

14) 本文で以下に紹介する Kegel の見解は Kegel [1977] 346-347頁、同 [1985] 458-459頁、同 [1987] 508-509頁でも同じであり、また、Kegel/Schurig [2000] 692-693頁 (Kegel 執筆) でも維持されている。

であることもある。前者の場合を一方的婚姻障害といい、後者の場合を双方向的婚姻障害という。」(Kegel [1995] 599頁)

この引用文の最初の下線部分が示すように、Kegelは「ある者が婚姻し得るかはその者の本国法による。」という考え方（第2説）に立っている。また、Kegelは上記のように一方当事者の属人法はその者に対する婚姻禁止事由を定めることができるというが、これは、「ある者が婚姻し得るか（=どんな事実がその者に対する婚姻禁止事由であるか）はその者の本国法による。」という意味であり、最初の下線部分と同じ意味である。

一方要件と双方要件の定義はどうか。上記の定義を見る限り、Kegelは、一方当事者の属性のゆえにその者がその本国法により婚姻を禁止される場合（Kegelのいう一方障害）と、一方当事者の属性のゆえに他方当事者がその本国法により婚姻を禁止される場合（Kegelのいう双方障害）しか想定しておらず、当事者のいずれかの属性（どちらの当事者の属性であるかを問わない。）のゆえに一方当事者がその本国法により婚姻を禁止される場合（日本でいう双方障害）を想定していない¹⁵⁾。

2. Kegelはドイツ法における一方障害の例として行為無能力と婚姻適齢を挙げる（同599-600頁）。また、外国法が精神病者の婚姻を禁止

15) ただし、Soergel/Kegel [1984] Art.13,Rz.34は「婚姻障害が存する婚約者に対してのみ婚姻を禁止する婚姻障害は一方的である〔……〕。相手方婚約者にのみ婚姻障害がある場合でも一方婚約者に対して婚姻を禁止する婚姻障害は双方向的である。」と述べ、この定義はSoergel/Schurig [1996] Art.13,Rz.26でも維持されている。

ここに引用した双方障害の定義は、ある属性がAに存在する場合でもBに存在する場合でもAに対して婚姻を禁止する事由であればその属性は双方障害である、という趣旨であるから、日本における定義と同じである。しかし、上記の引用文では、本文に引用したKegelの定義におけるとは逆に、一方当事者の属性に基づき相手方のみが婚姻を禁止される場合（Aの属性がBの一方要件であるという場合）が想定されていない。

する場合において、その根拠が瑕疵ある意思形成ではなく優生学的理由にあるときには双方障害であるという（同600頁）。さらに、「ドイツ法では重婚の障害は双方的である。〔ドイツ法は〕配偶者のあるドイツ人が独身の外国人と婚姻することを禁止するだけでなく、独身のドイツ人が配偶者のある外国人と婚姻することをも禁止している。」という（同600頁）。重婚禁止が双方障害であるとするKegelのこの叙述と上記のKegelによる双方障害の定義とは一貫性を欠くように思われるが、この点を別とすれば、Kegelが具体例に関してする上記の説明からは、Kegelが個々の実質規定が誰に対して婚姻を禁止しているのかを重視していることがわかる。

第10款 Schwimann¹⁶⁾

1. Schwimannは一方障害と双方障害の意味について次のようにいう。

「婚約者が異なる属人法を持ち、一方婚約者のみの属人法が婚姻障害を定めている場合には、その準拠事項法の判断に際しては特に次の点に考慮を払わなければならない。すなわち、婚姻障害事由がその一方婚約者自身にのみ存在する必要があるのか（いわゆる一方的婚姻障害）、それとも、婚姻障害が両婚約者の間の関係に基づいているのか、ないしは、婚姻障害事由が相手方婚約者にのみ存在する必要があるのか（いわゆる双方的婚姻障害）である。後者の場合には、相手方婚約者の属人法が同様な婚姻障害を定めているか否かを問わない。一方障害は誰が婚姻し得ないかを述べるものであり、双方障害は誰と婚姻し得ないかを述べるものである。両婚約者の間の関係に基づく婚姻障害（例えば、性の同一、血族関係、姻族関係、姦通、養子、仮装婚、宗教の相違）はその性質上（「必然的に」）双方的であり、従って、すべての事

項法秩序において双方的である。他のすべての場合には〔一方障害と双方障害の〕区別は、婚姻障害を定める事項法の解釈問題である。この調査はたいいていの場合困難である。なぜなら、この問題は純粹の国内的事案ではどうでもよい問題であり、国際私法が適用される場合に、そして、婚約者の属人法が異なるときに限り、切実な問題になるからである。障害の目的に従って解釈すべきである。訴権が一方または双方に与えられているかという状況は手がかりになるであろう。」（MünchKomm/Schwimann, Art. 13, Rn.36 [1990]）

Schwimannによる一方要件と双方要件の定義もKegelによる定義と同じである。すなわち、上記引用文の下線部分が示すように、Schwimannは、一方当事者の属性のゆえに他方当事者がその本国法により婚姻を禁止される場合にその属性を双方障害と呼んでいるし、また、当事者のいずれかの属性（どちらの当事者の属性であるかを問わない。）のゆえに一方当事者がその本国法により婚姻を禁止される場合（日本でいう双方要件）を想定していない。

2. Schwimannの見解の特色は、両当事者間の関係はその性質上必然的に双方障害であるが、両当事者間の関係以外の要件が一方障害か双方障害かは実質規定の趣旨により決まる、と述べている点であろう。例えば、Schwimannは「存在する婚姻の絆という婚姻障害（重婚）は通常双方的であり、従って、配偶者のある者が婚姻することを禁止するとどまらず、配偶者のある者と婚姻することをも禁止する。従って、一方婚約者の属人法のみが重婚を双方障害としている場合には、存在する婚姻は（さらなる）婚姻を妨げる。」（Rn.44）という。また、相姦婚の禁止については、「姦通関係が後の婚姻を妨げるか否か〔……〕姦通関係が一方障害か双方障害か（従って、姦通当時婚姻していた者の婚姻のみを禁止するか、または、独身の相姦者の婚姻をも禁止するか）は、同様に、両婚約者の属人法により決められる。」（Rn.57）といい、女の再婚禁止期間については「多くの法

16) 本文で以下に紹介するSchwimannの見解は、後出注17で示した部分を除き、MünchKomm/Coester Art.13 [1998]でも維持されている。

秩序において定められている女の再婚禁止期間は子の嫡出性が不明なることを防止することを目的とする。女の再婚禁止期間は、あらゆる点（期間、一方性・双方性、免除の可能性、違反した場合の効果）で、女の属人法により判断されるが、男の属人法において双方向的であれば男の属人法によっても判断される。」(Rn.59)という。

3. なお、上に引用したように、Schwimannは重婚の禁止について、「存在する婚姻の絆という婚姻障害（重婚）は通常双方向的であり、従って、配偶者のある者が〔独身者と〕婚姻することを禁止するにとどまらず、〔独身者が〕配偶者のある者と婚姻することをとも禁止する。」という。Schwimannのこの叙述と先に引用したSchwimannによる双方障害の定義とは一貫性を欠くように思われる。

また、Schwimannは「〔性的不能、精神病、遺伝病、伝染病などの精神的肉体的欠陥については〕、この種の一方障害は、保護される当事者の本国法による。例えば、精神病を理由とする婚姻禁止は患者自身を保護しようとするものであることがあり、これに対して、男の性的不能を理由とする婚姻禁止は女を保護しようとするものであることがある。しかし、〔これらの〕婚姻禁止を、優生学的目的の追求（例えば、梅毒または精神障害）のゆえに双方向的と解すべき場合は、一方婚約者の本国法がその婚姻禁止を定めていれば婚姻は禁止される。」といい（Rn.61¹⁷⁾）、男の性的不能が女の一方障害と解すべき場合があることを認めるが、先に引用したSchwimannの定義によればこれは「双方障害」と呼ぶべきところであり、この点でも一貫性を欠いている。

17) 引用文の「しかし」以下の部分は、MünchKomm/Coester Art.13, Rn.61 [1998] では、「しかし、〔これらの〕婚姻禁止を双方向的と解すべき場合には一そのように解するのが通常であるが一、一方婚約者の本国法がその婚姻禁止を定めていれば婚姻は禁止される。」と改められている。

第11款 Neuhaus/Kropholler

1. Krophollerの見解は次の通りである。

(1) まず、婚姻の要件と題する項目でKrophollerは次のようにいう。

配分的適用の意味については「男に関する婚姻要件 Die den Mann betreffenden Ehevoraussetzungen は男の法により判断され、女のための婚姻要件 die für die Frauはその法により判断される。それゆえ、男の婚姻年齢はその属人法のみにより、女の婚姻年齢はその属人法による。」(Kropholler [2001] 323頁)という。

次に、一方要件と双方要件の意味については次のようにいう。「本国法は自国民のためのみに婚姻締結要件を定めることができ（一方障害 einseitiges Hindernis）、あるいは、両当事者のために婚姻締結要件を定めることもできる（双方障害 zweiseitiges Hindernis）。ある障害が一方的か双方向的かは、問題になっている実質規定の解釈が決める。」といい、双方障害の例としてドイツ民法1306条の重婚禁止を挙げる。そして、配分的適用と累積的適用との違いについては「双方向的婚姻障害の場合はドイツ民法施行法13条1項の定めている・ふたつの法の配分的適用は結論において累積 Kumulationと実際上同じである。」という（以上は323頁）。

(2) Krophollerは結合的連結 Gekoppelte Anknüpfungと題する項目で「血族関係に基づくすべての婚姻禁止はその性質上（「必然的に」）双方向的である。双方向的婚姻障害の場合は結合 Koppelungは結論において消極的累積 der negativen Kumulationとほとんど同じである。」(141頁。Neuhaus [1976] 158-159頁も同旨。)という。

親族関係をはじめとして両当事者間の関係に基づく婚姻禁止がその性質上必然的に双方向的であるというのはFrankensteinがとっていた見解である。

2. Krophollerの見解も、ある要件（ただし、血族関係を除く）に基づいて実質法が誰に対して婚姻を禁止しているかを重視する見解であ

る。しかし、他方で、Krophollerの「男に関する婚姻要件 Die den Mann betreffenden Ehevoraussetzungen は男の法により判断され〔る.〕」という説明における「男に関する婚姻要件」とは、「男の属性」という意味か、それとも、「男が婚姻するために必要な要件」という意味か、必ずしも明らかではない。

なお、Krophollerは配分的適用における双方要件の取り扱いと累積的適用は、結論においては同じだが法適用の構造は異なる、と考えていると思われる。

第12款 C. v. Bar/Mankowski

1. C. v. Bar/Mankowskiは一方要件について「ある法秩序が一方的婚姻障害を定めている場合には、これはその国の〔……〕国民のみに関している。国民は、その本国の婚姻締結法の個々の要件を自分自身で sie selbst, dh sie persönlich 満たしていれば、婚姻し得る。相手方の本国がその国の国民のためにいかなる要件を定めているかはこの場合全く無関係である。」といい、具体例として婚姻適齢を取り上げて説明して、最後に「婚姻適齢の欠缺はフランスではドイツにおけると同じく一方的婚姻障害である。」という (Staudinger/C. v. Bar/Mankowski, Art.13 EGBGB, Rn.155 [1996])。

この説明における、「国民は、その本国の婚姻締結法の個々の要件を自分自身で満たしていれば」ということばは、「Aの属性がAの本国法上の婚姻要件を満たしていれば」という意味か、それとも、「Aがその本国法により婚姻を許容されれば (=Aの本国法がAに対して婚姻を許容していれば)」という意味か明らかではない。しかし、引用文中の下線部分は、年齢が誰に対する要件・障害であるかは実質法が決める、という趣旨であろう。

2. これに続けて双方要件について次のようにいう。

「国家は、しかし、その国民が婚姻しようとしている外国の婚約者がいかなる要件を満たす必要があるかを定めることもできる。その限り

で、一方当事者の本国は相手方が自国民にとってふさわしいかを決めることができる。相手方が〔自国民にとって〕ふさわしくなければ、これは双方的婚姻障害である。双方的婚姻障害の場合には、国家は、就職していない学生と婚姻することをわが子に対して禁止する母のようにふるまい、一方的婚姻障害の場合には、国家は、わが子が就職しない間は相手方が何をしていてもわが子に対して婚姻を禁止する母のようにふるまう。」(Rn.156)

ここではAの属性のゆえにBがBの本国法により婚姻を禁止される場合にAの属性を双方障害と呼んでいるようであり、これはKegelとSchwimannにおいて見られた見解と同じである。

3. 一方要件と双方要件の区別についてさらに次のようにいう。

「ある婚姻障害を抵触法上一方的婚姻障害と双方的婚姻障害のどちらに性質決定すべきかは、個々の規定ごとに für jede einzelne Norm その規定が所属する法秩序に従って、すなわち、規範所属法に従って nach der lex normae 決まる。〔……〕。個々の規定を公布した国の価値観 Wertungenと、個々の規定をもって追求されている利益 Interessenが決め手になる。」(Rn. 159)

4. 以上に見たC. v. Bar/Mankowskiの見解は、ある者の本国法はその者に対する婚姻障害が何であるか(その者の属性か、相手方の属性か)を定めることができる、という見解である。この見解はWolff, Frankenstein, Kegelにも見ることができるが、これは「ある者が婚姻し得るか (=どんな事実がその者に対する婚姻禁止事由であるか)はその者の本国法による。」(第2説)という意味である。

第2節 日本の学説

日本の学説は以下に示す通りであり、ドイツの学説の状況との違いは必ずしも大きくないといえる。

以下では、配分的適用の意味、一方要件と双

方要件の意味，一方要件と双方要件の区別は実質法上の区別か国際私法上の区別か，配分的適用における双方要件の取り扱いと累積的適用の違い，といった論点について諸説の説くところを見る。

第1款 山田三良

山田（三）は法例旧13条1項本文について次のようにいう。

「婚姻すべき資格要件を具備するや否やは夫となるべき男子に付ては其の属人法に依つて之を定め，妻となるべき女子に付ては其の属人法に依つて之を定むべきものとし，各自の属人法に依つて資格要件を具備する以上は相手方の属人法に依れば資格を備へざる場合に於ても互に有効に婚姻することを得べきものとするのである。」（山田（三）〔1934〕604頁）

この引用文の前半部分は法例旧13条1項本文の文言一「婚姻成立の要件は各当事者に付き其本国法に依りて之を定む」一を男と女に分けて書き換えただけである。

次に，引用文中の下線部分は，「AはAの属人法が要求する属性を具備する必要がある。」という意味か，それとも，「Aの属人法がAに対して婚姻を許容する必要がある。」という意味か，明らかではない。そして，上記下線部分に類似する表現が，これから以下で見えるように一多少の例外はあるが—今日の学説に至るまで（久保，江川，山田（鏝）など）踏襲されていることにも注意すべきであろう。

第2款 久保岩太郎

久保は，婚姻の実質的成立要件に関して1929年に「婚姻成立の準拠法に就て」という論文を発表した。この論文が婚姻の実質的成立要件に関する久保説の出発点であるが，その後久保は概説書や国際私法講座でもこの問題に関して論じており，この間見解が少し変化したようである。

1. まず，1929年当時の久保の見解を見る。

(1) 久保は次のようにいう。

「当事者は夫々其本国法に依り積極的婚姻能力を有し且消極的には何等婚姻障碍又は婚姻禁止なきことを要す。〔……〕。当事者が国籍を異にするときは更に其婚姻の要件を二分して考察することを要す，即ち一は一方的婚姻要件（障碍）にして，他は双方的婚姻要件（障碍）之なり。一方的婚姻要件とは当事者の一方的性質又は事情及び関係に関する要件にして例之婚姻適齢，父母の同意，或る疾病，待婚期間，離婚者の再婚禁止，婚姻関係の存在等の如し。双方的婚姻要件とは両当事者の相互関係に関する要件にして例之近親に基く婚姻禁止，姦通に基く婚姻禁止，宗教の相違に基く婚姻禁止の如し。」（久保〔1929〕204頁）

そして，「一方的要件に付ては一方の当事者の本国法に依り其存否を決すれば足り，他方の本国法を顧慮するを要せず。然れども斯る要件に付き注意すべきは何れの一方の当事者の本国法に依り之を定むべきやの問題なり。婚姻適齢及び父母の同意，婚姻意思の欠缺，錯誤，詐欺，強迫の如きに在りては問題たる当事者自身の本国法に依るべきは其性質上毫も疑なきも，女の待婚期間，男の無勢力，当事者の或種の疾病の如きに於ては同様に論ずることを得ず。待婚期間の如きは血統の混乱防止の目的に出づるものなるが故に妻自身の本国法に依るべきものに非ずして却て其必要を感じずる夫の本国法に依るべきなり，〔……〕男の無勢力に基く婚姻障碍〔……〕の如き相手方たるべき女の保護を目的とするものなるが故に同理に依り相手方たるべき女の本国法に依るべき〔なり。〕」といい（久保〔1929〕204-205頁），伝染の虞ある梅毒その他の病気に基く婚姻制限については，「斯る規定は社会衛生及び相手方の保護の目的に出づるものなるが故に患者の本国法に依るべきものに非ずして，相手方の本国法に依るべきものとする。〔……〕。」という（同205頁）。

さらに，「双方的婚姻要件に付ては其性質上一方の当事者の本国法に依るのみを以て足らず更に相手方の本国法の累積的適用を必要とするを原則とす。」といい（同205頁），双方要件の

例として近親婚と相姦婚を挙げる(206頁)。また、「宗教の相違に基く婚姻障碍は或宗教信仰徒の保護を目的とするものなるが故に其信徒の本国法のみにより相手方の本国法の適用を生ぜず、之双方向的障碍の例外なりとす。」という(206頁。なお、重婚の禁止は上記の引用文では「当事者の一方的性質又は事情及び関係に関する要件」としているが、久保〔1972〕194頁は「当事者の相互関係」に基づく婚姻障害としている。).

(2) 1929年当時の久保説の特色は次のようにまとめることができよう。

まず、一方要件と双方要件の意味については、久保は、上記引用文が示すように、「一方的婚姻要件とは当事者の一方的性質又は事情及び関係に関する要件にして」、「双方向的婚姻要件とは両当事者の相互関係に関する要件にして」という。これは「一方当事者の属性は一方要件である。両当事者間の関係は双方要件である。」という意味であることは明らかである。ところが久保は、上に述べたように、女の再婚禁止期間、男の性的不能、伝染病は一方当事者の属性であるにもかかわらず相手方の一方要件であるとしており、この点は久保による一方要件の定義と矛盾しているように思われる。

次に、久保説の特色は、上記引用文が示すように、一方当事者の属性が婚姻障害とされる場合にはその趣旨が誰を保護するところにあるかを明らかにして、保護される者の本国法を適用する(久保〔1953〕208頁、同〔1955〕518-519頁、同〔1972〕195頁はこの旨を明言する。)という点にある。それでは、久保説は、個々の婚姻要件が誰を保護する趣旨に出ているかを国際私法が直接に決めるべきであるとする説か、それとも、実質法が決めるべきであるとする説か。上の引用文からは必ずしも明らかではないが、伝染病に関して「斯る規定は……」と述べている点から判断すると実質法に委ねているように読める。

2. 次に、久保が1955年に国際私法講座に発表した見解を見る。

(1) 配分的適用の意味については次のようにいう。

「〔法例旧13条1項本文は〕各当事者の本国法即ち甲男についてはその本国法たる甲国法が準拠法となり、乙女についてはその本国法たる乙国法が準拠法となるのであり、そのそれぞれの本国法に依つて婚姻の実質的要件を具備するときは有効な婚姻が成立するとするものである。」(久保〔1955〕517頁)

「有効な婚姻が成立するためには〔……〕夫たるべき甲男については甲男の本国法に依り、妻たるべき乙女については乙女の本国法に依り、その何れもが要件を具備し何等の障碍なきことを要する。その要件の一面的であるか否か双面的であるかによって相違はない。」(同519-520頁)

この引用文の下線部分は法例旧13条1項本文の文言を男と女に分けて書き換えたに過ぎない。また、この引用文の全体については山田(三)説に関して指摘したことが妥当する。

(2) 一方要件と双方要件の意味については次のようにいう。

「〔婚姻の〕実質的要件は、一面的障碍と双面的障碍とに区別されるのが例となつている。尤もこの両者の間には確然たる限界もなくまたこれを分けるまでの必要はないようであるが、一応この区別に従つて説明しよう(尤も、正確を期すればこの区別をしない方が寧ろ正当であろう)。大体からいえば、婚姻法のある規定が一方の当事者のみに関する場合が一面的障碍であり、例えば両当事者中の一方のみが能力を欠いておりその当事者のみが婚姻することを禁止せられる場合の如くである。これに反し規定中には両当事者乃至一般的に婚姻の結合に適用があるものがある。これが双面的障碍であり、この場合には両当事者中の一方の無資格に基づく障碍が両当事者に及ぶものである。」(同518頁)

この引用文の趣旨は、「Aの一方障碍とはAに対してのみ婚姻を禁止する障碍であり、双方障碍とはAに対してもBに対しても婚姻を禁止する障碍である。」という点にあり、従つて、

一方要件と双方要件の定義に関する1929年の見解を変更したものと見える。

また、上の引用文の中の「婚姻法のある規定が」、「規定中には」ということばは、個々の要件が誰に対して婚姻を許容・禁止しているかは実質規定の趣旨により決まる、という意味に読めなくもない。

3. 配分的適用の構造は一方要件であると双方要件であると違いはない、という見解（上記の2(1)に掲げた引用文）には注目すべきであろう。

なお、久保は、当初は、配分的適用における双方要件の取り扱いが累積的適用であると述べたが（上記の1(1)の3番目の段落の最初の引用文。この考え方は久保〔1949〕174頁、同〔1953〕207頁にも見られる。）、後にこの考え方を改めたようである（久保〔1949〕174頁は「双面的障壁については、双方の当事者の本国法が累積的に適用せられる。」と述べていたのに対して、同〔1972〕195頁は「双面的障壁についても、それぞれの本国法がそれぞれに適用せられる。」と述べている。）、

4. 以上をまとめると、久保説の第1の特色は、一方要件・双方要件とはその要件に基づいて誰に対して婚姻が許容・禁止されているかによる区別であるとする点である。第2の特色は、個々の要件により誰に対して婚姻が許容・禁止されているかは実質規定の趣旨により決まる、という考え方の萌芽が見られる点である¹⁸⁾。しかし、大局的に見ると、久保説が配分的適用の構造を明確に示しているとはいえない。

第3款 實方正雄

1. 實方は、配分的適用の意味については「両当事者が〔……〕国籍を異にするときは、各当事者に付き夫々其の本国法の定むる要件を決定する。即ち、男子の本国法と女子の本国法との

整合的適用は片面的であって、前者の規定は男子に付いてのみ、後者の規定は女子に付いてのみ適用される。各当事者に付き両法が累積的に適用されるのでは決してない。」という（實方〔1950〕268頁）。この説明も法例旧13条1項本文の文言を男と女に分けて書き換えたに過ぎない。

2. 次に、一方要件と双方要件の意味については、「婚姻障壁は、それが当事者一方にのみ関するものであるか、或は当事者双方に関するものであるかに従って、一面的婚姻障壁と双面的婚姻障壁とに分つことができる。」という（269頁）。そして、「一面的婚姻障壁〔……〕は本国法がそれに服従する当事者に付いてのみ要求する要件であって、本国法は斯かる要件のみを規定するのが通常である。」といい、一面的婚姻障壁の例として婚姻適齢、両親その他保護者の同意、精神的・肉体的障壁、意思の欠缺・合意の瑕疵、女の再婚禁止期間を挙げる（270-272頁）。また、「双面的婚姻障壁〔……〕は、他方当事者に於ても特定の条件が存在し、または両当事者間に特定の関係の存在せざる場合にのみ自国民の婚姻を許容する要件である。一当事者の本国法が斯かる双面的婚姻障壁の規定を有し・然かも斯かる障壁の存するときは、仮令、他方当事者の本国法が同一の事実を以て婚姻障壁と認めざる場合にありても、国際私法上有効なる婚姻は成立し得ない。」といい、双面的婚姻障壁の例として、相姦婚、近親婚などを挙げる（270-271頁）。

3. 實方説は、「Aの属性はAの本国法による。AB間の関係はAとBの本国法による。」という見解か、それとも、「Aが婚姻し得るかはAの本国法による。」という見解か必ずしも明らかではない。

第4款 江川英文

江川の配分的適用に関する説明は以後の学説に対して大きな影響力を持っているものと思われる。しかし、その説明は簡略であり、そのために、江川の説くところを正確に理解すること

18) この点については横山〔1997〕57-58頁参照。

は非常に困難である。

1. 江川は、「婚姻の実質的成立要件」と題する項目で、まず、一方障害と双方障害の意味について次のようにいう。

「婚姻障碍には、婚姻年齢に達していないこと、親の同意のないこと等のように、相手方と関係なく、当事者一方に関するものと、近親関係、相姦関係の如く、相手方との関係において、婚姻の障碍となるものとがある。前者が一面的婚姻障碍であり、後者が双面的婚姻障碍である。」(江川〔1950〕271頁，同〔1970〕253頁)

この定義も一義的ではない。まず、「相手方と関係なく、当事者一方に関するもの」とは一方当事者の属性という意味のようであり、「相手方との関係において、婚姻の障碍となるもの」とは両当事者の間の関係という意味のようである。しかし、上の定義は、一方障害とは一方当事者に対してのみ婚姻を禁止する事由であり、双方障害とは当事者双方に対して婚姻を禁止する事由である、という意味に理解することも可能である。

2. 引き続き江川は配分的適用の意味について次のようにいう。

「各当事者についてその本国法によるということは、両当事者の本国法の婚姻の実質的成立要件が累積的に適用されることではない。例えば、当事者の一方が婚姻適齢に達しているか否かはその本国法だけで定まり、相手方の本国法がいかなる婚姻年齢を定めているかは無関係である。これは、片面的婚姻障碍についてだけでなく、双面的婚姻障碍についても同様である。双面的婚姻障碍は相手当事者との関係で婚姻の障碍となるものであるが、これについても各当事者について問題になるのであって、両当事者の本国法が累積的に適用されるものではない。要するに、婚姻が有効に成立するためには、夫たるべき男子はその本国法上婚姻の実質的成立要件を具備すること、換言すれば、一面的ならびに双面的婚姻障碍が存在しないと同時に、妻たるべき女子も、同様に、その本国法上婚姻の実質的成立要件を具備すること、換言すれば、

一面的ならびに双面的婚姻障碍が存在しないことが必要である。」(同〔1970〕254-255頁，同〔1950〕272-273頁も同旨。)

この引用文は、配分的適用の構造は一方要件でも双方要件でも違いはないということ、配分的適用における双方要件の取り扱いが累積的適用ではないことの2点を述べている。しかし、この引用文がする説明は簡略に過ぎ、そのために、この2点を上記の引用文から具体的に理解することは不可能に近い。そして、何よりも、上記引用文中の下線部分は、「Aはその本国法の要求する属性を具備する必要がある、Bはその本国法の要求する属性を具備する必要がある。」という意味か、それとも、「Aはその本国法により婚姻を許容される必要がある、Bはその本国法により婚姻を許容される必要がある。」という意味か、明らかではない¹⁹⁾。

要するに、江川説も配分的適用の構造を明確に説明しているとはいえない。

第5款 折茂 豊

折茂はその概論書の初版では一面的婚姻障碍と双面的婚姻障碍を区別する考え方を注で紹介して、「ただ、右のごとき区別を一応みとめるとしても、特定の障害がそのいずれの種類に属するかについては、なおその判定に困難を感じる場合がありうるであろう。」と述べたに過ぎない(折茂〔1959〕181頁注4)。

折茂はその概論書の新版でも配分的適用に関しては本文では説明せず注で説明しているに過ぎない。そのために、配分的適用に関する折茂

19) 江川〔1972〕86頁では、婚姻の実質的成立要件について説明する部分では、配分的適用に関しては、「夫たるべき者はその本国法によってその婚姻をするための婚姻障碍がなく、妻たるべき者も同様にその婚姻をするための婚姻障碍のない場合でなければならない。各当事者についてその本国法によるのであるから、当事者双方の本国法を重ねて適用するものではない。」と述べている。この説明についても本文で指摘したことが当てはまるであろう。

説は従来は余り注目されていなかったように思われる。しかし、新版において折茂の説くところは非常に注目に値するものである。

1. 折茂はその概論書の新版の本文で婚姻の実質的成立要件の例を次のように挙げる。

「たとえば、当事者が一定の年齢に達していること、特定の場合に親その他の親族・後见人等の同意をうること、婚姻の意思に瑕疵のないこと、前婚解消以後一定の期間を経過していること、婚姻生活に支障をきたすごとき心身の欠陥なきこと、別の婚姻関係の現存しないこと、当事者間に一定の近親関係のないこと、姦通関係のないこと、などといった諸要件は、いずれもわが法例13条1項本文にいわゆる『婚姻成立ノ要件』に該当するものとみてよい。」(折茂〔1972〕230頁)

2. 折茂はこの本文の叙述に注を付して一方要件と双方要件について次のようにいう。

「婚姻の実質的成立要件の欠缺は、『婚姻障害 (Ehehindernisse)』とよばれることが多い。さような婚姻障害の中には一面的婚姻障害と双面的婚姻障害との二種類を区別すべし、とする見解がある。すなわち、前者は両当事者のいずれか一方にのみ関する障害として単に当該当事者についてのみ婚姻の成立を妨げるにとどまるものであるのにたいし、後者は両当事者の双方に関する障害としてその双方について婚姻の成立を妨げるものであると。〔……〕。かような区別にしたがえば、本文に例示した成立要件のうち、最初の三つのその欠缺のごときは原則として一面的婚姻障害であり、また、最後の三つのその欠缺のごときは双面的婚姻障害であるとせられえよう。ただ、かような区別は諸国の婚姻法上かならずしも一律的になされているわけではなく、たとえば特定の心身欠陥にもとづく婚姻障害は、或る国においては、単に欠陥者にとつての障害たるのみにとどまらず、相手方たるべき健康者にとつてもまた一優生学的考慮から一障害たるものとせられることがありえよう。〔……〕。この意味において、上述の区別はあくまで相対的なものであることに注意せねばなら

ぬ。」(231-232頁注4)

3. 下線部分が示すように、折茂説の特色は、第1に、一方要件・双方要件とはその要件に基づいて誰に対して婚姻が許容・禁止されているかによる区別であるとする点であり、第2に、個々の要件に基づいて誰に対して婚姻が許容・禁止されているかは実質規定の趣旨により決まる、とする点である。折茂説は第2点を明確に述べている点で久保説を一步進めたものと評し得る。

第6款 溜池良夫

溜池説の特色は、ある婚姻要件が誰を保護するための要件であるのか、ある婚姻要件は誰に対して婚姻を許容・禁止しているのかを決め手にする点にある。

1. まず、一方要件と双方要件の意味に関して溜池の説くところを見る。

(1) 溜池は次のようにいう。

「婚姻の実質的成立要件〔……〕の問題は、また婚姻障害の問題ともいわれ、それが一方の当事者にのみ関係する要件ないし障害として、その当事者についてのみ問題となるものと双方の当事者に関係する要件ないし障害として、双方の当事者について問題となるものとがある。そして、前者を一面的要件ないし一面的婚姻障害 (einseitige Ehehindernis)、後者を双面的要件ないし双面的婚姻障害 (Zweiseitige od. doppelseitige Ehehindernis) と呼び、女の再婚禁止期間のごときが前者の例であり、近親婚の禁止のごときが後者の例とされる。しかし、後にもみるように、ある特定の要件ないし障害が、ある見地においては一面的と解され、別の見地からすれば双面的と解されることがあり、両者の区別は必ずしも絶対的なものではない。」(溜池〔1985〕69頁。同〔1999〕397-398頁も同旨。)

「配分的適用主義のもと、ある要件が一面的か双面的かの決定については、これを国際私法の次元において決定すべきであるとする見解と準拠実質法たる各当事者の本国法の解釈問題と

して解決すべきであるとする見解がある。〔…〕。およそ婚姻年齢の定めは、生理的精神的に未熟尚早な婚姻を防ぎ、本人を保護することを主要な目的とするものとおもわれるから、国際私法上は、その一方当事者のみに関する一面的要件と解すべきである。

〔……〕先に述べたように、ある要件が一面的か双面的かは、国際私法の次元で決定するのではなく、各当事者の本国法の解釈問題として決定すべきであるとする見解〔……〕によれば、婚姻年齢の要件が一方的か双面的かは国際私法の次元で決定するのではなく、それが各当事者の本国法でどのように解されているかによるべきことになる。例えば、夫となるべき者の本国法が、婚姻年齢を男18歳女16歳と定めているとき、これは単に男は18歳、女は16歳に達しなければ婚姻することができないとする趣旨か、それとも、男についていえば、男は18歳に達しなければ婚姻することができないと同時に16歳に達しない女とは婚姻することができないとする趣旨かという本国法の解釈問題ということになる。そして、もし後者ということになれば、婚姻年齢の要件は双面的要件となり、妻となるべき者は、少なくとも16歳に達していなくては婚姻できないことになるとする。そして、もちろん妻となるべき者の本国法についても同様の考察をして最終的に婚姻年齢を決定することになる。

後者の見解が、近時わが国で有力に主張されるが、この問題は、準拠法の解釈問題でなく、あくまで国際私法の解釈問題と考えられるので、前者の見解が妥当とおもわれる。」(同〔1999〕398-400頁)

「実質法上の要件は、すべて一度国際私法のレベルへ引き戻して、国際私法上の要件に構成して考えようというのです。」(池原他〔1989〕24頁〔溜池発言〕)

(2) 溜池説の特色は、第1に、上記引用文の下線部分が示すように、一方要件・双方要件とはその要件に基づいて誰に対して婚姻が許容・禁止されているかによる区別であるとする点であ

り、第2に、上記引用文が示すように、個々の要件により誰に対して婚姻が許容・禁止されているかは実質規定が決めるべき問題ではなく個々の要件ごとに国際私法が決めるべき問題である、とする点である。しかし、この第2点は個々の婚姻要件を検討する際には貫徹されていないように思われる。

2. そこで、個々の婚姻要件に関して溜池の説くところを見る。

(1) 溜池は次のようにいう。

「婚姻意思の欠缺(民法742条1号参照)やその瑕疵、すなわち、詐欺や強迫(同747条)の場合の効果の問題も、意思の欠缺や瑕疵が問題となっている当事者の本国法、換言すれば、その要件により保護される当事者のそれによる。」(同〔1985〕70頁)

「婚姻年齢の定めは、生理的精神的に未熟尚早な婚姻を防ぎ、本人を保護することを主要な目的とするものとおもわれるから、国際私法上は、その一方当事者のみに関する一面的要件と解すべきである。」(同〔1999〕399頁。同〔1985〕71頁も同旨。)

「〔女の〕再婚禁止期間は、出生子の父性の推定についての紛争を防止する目的で定められるものである〔……〕。再婚禁止期間の問題は、当事者双方に関係する問題と解されるので双面的婚姻障害と解し当事者双方の本国法によるべきであろう。」(同〔1985〕74頁)

「再婚禁止期間には〔……〕離婚者につき男女双方に定めるもの、前婚の解消に当り有責とされた配偶者について定めるもの、男女双方について定めるが有責者についてはとくにきびしく定めるものなどがある。このような再婚禁止期間〔……〕の制度の趣旨からして、そのような再婚禁止期間を課せられた当事者の一面的婚姻障害の問題として、もっぱらその当事者の本国法によるべきである。」(同〔1985〕74-75頁)

「近親婚の禁止、すなわち、当事者間で一定の近親関係が存する場合に婚姻を禁止する制度は、当事者双方に関係する制度であるから、これに関する要件は双面的要件である。」(同

[1999] 403頁)

「夫となるべき者の性的不能を婚姻障害とする国があるが、〔……〕この問題は、当事者双方にとって重要な関係を有する問題であるから、双面的婚姻障害の問題として各当事者の本国法によるべきであろう。〔……〕また、優生学的理由による肉体的・精神的欠陥に基づく婚姻の禁止の問題も、同様に、双面的婚姻障害の問題と解すべきであろう。しかし、当事者の一方におけるある種の疾病、たとえば伝染性病のごときが婚姻障害となるか否かは、単なる相手方の保護に関する問題であるから、他方当事者の側における一面的婚姻障害の問題としてその本国法によるべきであろう。また、精神的疾患による婚姻の禁止が、当事者の婚姻意思の保護にあるときには、そのような婚姻障害は、その者についての一面的婚姻障害の問題としてもっぱらその本国法によるべきである。」(同[1985] 79頁)

なお、溜池は重婚と相姦婚については格別の理由を付さず双方要件とする(同[1985] 72頁, 80頁)。

(2) 上の引用文では、溜池は、婚姻意思、婚姻年齢、近親婚、性的不能などに関しては、それが誰に対して婚姻を禁止しているのかは国際私法が直接に決める、という考え方に立っているようである。しかし、再婚禁止期間と精神病に関する溜池の上記の説明(=引用文中の下線部分)は、再婚禁止期間の制度・精神病者の婚姻禁止の制度がどんな目的を持つか(=誰に対して婚姻を禁止する趣旨か)を実質法の趣旨により決めているように読める。また、溜池は「ある特定の要件ないし障害が、ある見地においては一面的と解され、別の見地からすれば双面的と解されることがあり、両者の区別は必ずしも絶対的なものではない。」という(上記1(1)の最初の段落)。これも、ある特定の要件が一方要件か双方要件かは国際私法が直接に決めることはできず、実質規定の趣旨により決まる、という意味に読めなくもない。

結局、溜池説の特色は、一方要件・双方要件

とはその要件に基づいて誰に対して婚姻が許容・禁止されているかによる区別であるとする点にある(この点は久保[1955]、折茂と共通している.)。そして、溜池説の第2の特色は、ある要件により誰に対して婚姻が許容・禁止されているかは個々の要件ごとに国際私法が決めるべき問題であると明確に述べる点にある(婚姻年齢に関する上記1(1)の引用文。この点で溜池説は折茂説と異なる.)。しかし、溜池が個々の要件を検討する際にこの第2点を必ずしも貫徹していないことは上に見た通りである。

3. 溜池は、「双面的要件については、その要件が双方の当事者について問題となることから、配分的適用主義のもとにおいても、結局は当事者双方の本国法によらなければならない、結果的に累積的適用と同じになる。」(同[1999] 398頁)という。これは、配分的適用における双方要件の取り扱いは結論において累積的適用と同じであるが結論に至る過程は累積的適用と異なる、という趣旨である。

第7款 山田録一

山田(録)説は現在の日本の通説を代表する見解であり、配分的適用に関しても例外ではないと思われる。

1. 山田は配分的適用の意味について次のようにいう。

「婚姻が有効に成立するためには、夫たるべき男子はその本国法の要求する成立要件を、妻たるべき女子はその本国法の要求する成立要件をそれぞれ具備すれば足り、両者が両本国法の要求する成立要件をともに具備する必要はない。すなわち各当事者の本国法が配分的に適用される。このことは、婚姻年齢に達していないこと、親の同意のないことなどのように相手方と関係なく一方の当事者にのみ関する一面的婚姻障害についてはもちろん、近親関係、相姦関係などのように相手方との関係において生ずる双面的婚姻障害についても同様に妥当する。」(山田(録)[1982] 338頁, 同[1992] 351頁)

この引用文中の下線部分も、「Aはその本国

法の要求する属性を具備する必要がある、Bはその本国法の要求する属性を具備する必要がある。」という意味か、それとも、「Aはその本国法により婚姻を許容される必要がある、Bはその本国法により婚姻を許容される必要がある。」という意味か、明らかではなく、この点で、山田（三）、久保〔1955〕、江川の各説と同様である。

2. 一方要件と双方要件の意味については次のようにいう。

「婚姻障碍のうち、婚姻年齢に達しないこと、父母、祖父母、後見人等の同意のないこと、精神的ならびに肉体的に障碍のあること、婚姻意思のないことなどは相手方と関係なく当事者の一方にのみ関するものであり（一面的婚姻障碍）、近親関係にあること、相姦関係にあること、人種上・宗教上の理由にもとづき禁止されている男女関係にあること、配偶者のある者が重ねて婚姻すること、再婚禁止期間ないし待婚期間に違反することなどは相手方との関係において婚姻の障碍となるもの（双面的婚姻障碍）であるが、かような一面的婚姻障碍か双面的婚姻障碍かの判別は国際私法の次元で行ない、前者の要件に関する場合には、一方の当事者の本国法により、後者の要件に関する場合には、各当事者の本国法によるものと解すべきである〔……〕。双面的婚姻障碍に関する要件については双方の当事者の本国法を適用することになり累積的適用と変わらないことになるとしても、それは法例13条1項の配分的適用の本旨に反するものではない〔……〕。」（同〔1992〕352頁）

ここに示された一方要件と双方要件の定義も江川説と同様に2義的である。すなわち、山田（鏖）説のいう「相手方と関係なく当事者の一方にのみ関する〔障害〕」とは一方当事者の属性たる婚姻障碍という意味か、一方当事者のみに対して婚姻を禁止する事由という意味か、明らかでない（山田（鏖）〔1982〕341頁注4、同〔1992〕356-357頁注6は「夫となるべき者の性的不能は〔……〕婚姻するについての夫となるべき者の障碍にほかならないから、夫となるべ

き者の側における一面的婚姻障碍と考えてよいであろう。」というが、これもどちらの意味か明らかではない。）。また、山田（鏖）説のいう「相手方との関係において婚姻の障碍となるもの」とは両当事者間の関係たる婚姻障碍という意味か、両当事者に対して婚姻を禁止する事由という意味か、明らかでない（もっとも、同〔1992〕357頁注8は「再婚禁止期間は〔……〕当事者双方に関係する問題であるから双方の婚姻障碍と解すべきである。」といい、双方の婚姻障碍ということばを後者の意味で使っている。）。

3. 山田（鏖）説は、配分的適用の構造は一方要件でも双方要件でも違いはないというが（上記1の引用文）、どの点で同じであるか十分に説明されているとはいいい難い。また、「双面的婚姻障碍に関する要件については双方の当事者の本国法を適用することになり累積的適用と変わらないことになる」というが（上記2の引用文の最後の部分）、配分的適用における双方要件の取り扱いが累積的適用とどのように違うのか（あるいは、累積適用そのものなのか）十分に説明されているとはいいい難い。

第8款 澤木敬郎

配分的適用に関する澤木の説明は極めて簡略である。

1. 澤木は次のようにいう。

「一面的婚姻障碍とは、婚姻当事者の一方のみに関するものであり、双面的婚姻障碍とは相手方との関係で問題となるものである。たとえば、民法731条は『男は、満18歳に、女は、満16歳にならなければ、婚姻をすることができない』と定めている。この規定の適用の関係では、日本人男が外国人女と婚姻する場合には、自分が満18歳に達していれば十分で、相手方が16歳に達していることは要求されない。したがって婚姻年齢の問題は一面的婚姻障碍である。またA国法が姦通を理由として離婚判決をえた者は姦通の相手方と再婚できないと定めていたとする。B国にはそのような法律はない。B国人が

A国人と姦通をし、それを理由として離婚された。この場合、姦通によって離婚されたのはB国人であってA国人ではないが、A国法により、二人は再婚が許されない。ここでは自分だけでなく相手方をもA国法が拘束すると考えられる。このようなものを双面的婚姻障害という。これについては、一方要件・双方要件という言葉も用いられる。何を一方要件とし何を双方要件とするかは、国際私法上の問題とする見解もあるが、準拠実質法の解釈問題であると考えられる。(澤木〔1990〕107-108頁)

2. 澤木によれば、一方要件とは「婚姻当事者の一方のみに関する〔要件〕」であるが、これは、一方当事者が具備すべき属性という意味か、それとも、一方当事者に対してのみ婚姻を許容・禁止する要件という意味か、明らかではない。また、双方要件とは「相手方との関係で問題となる〔要件〕」とされるが、これも、両当事者の間の関係たる要件という意味か、それとも、当事者の双方に対して婚姻を許容・禁止する要件という意味か、明らかではない。

澤木は次に、相姦婚を禁止するA国法は「自分だけでなく相手方をも」拘束する、という。これは、相姦婚を禁止するA国法は姦通者たるB国人だけでなく姦通の相手方たるA国人をも拘束するからA国人は婚姻することができない、という意味であろう。しかし、その説明は簡略に過ぎるために正確に理解することは不可能に近い。

なお、一方要件と双方要件の分類が実質規定の解釈問題か国際私法の解釈問題かという問題については、澤木〔1972〕104頁は「何を一方要件とし何を双方要件とするかは、解釈問題である。」と述べ、澤木〔1984〕104頁は「何を一方要件とし何を双方要件とするかは、準拠実質法の解釈問題である。」と述べていた²⁰⁾。

第9款 櫻田嘉章

配分的適用に関する櫻田の説明は凝縮した説明である。

櫻田は、「婚姻の成立要件には〔……〕当事

者の一方のみに関わる要件（一面的または一方的要件・障碍）と当事者の双方に関わる、すなわち、一方当事者の他方当事者との関係を問題とする要件（双面的または双方的要件・障碍）とがあり、具体的に各要件を両者に振り分けることが必要となるが、必ずしも明確に分類できるものではない。なお、この分類を準拠実質法である当事者の本国法によらしめるという考え方もあるが、ここでは抵触法上の区分であると考えられる。」(櫻田〔1994〕234-235頁、同〔1998〕234-235頁、同〔2000〕240-241頁)、一方要件の例として、当事者の合意、婚姻適齢、第三者の同意を挙げ、双方要件の例として「社会政策的な婚姻禁止（重婚禁止、近親婚の禁止、優生的あるいは肉体的、精神的理由による婚姻禁止、再婚禁止〔期間〕）、宗教上の婚姻障害、相姦婚の禁止」を挙げる（同〔1994〕235頁、同〔1998〕235頁、同〔2000〕241頁）。

櫻田説においても、「当事者の一方のみに関わる要件」とは、一方当事者の属性たる要件という意味か、それとも、一方当事者に対してのみ婚姻を許容・禁止する要件という意味か、明らかではないし、「当事者の双方に関わる〔……〕要件」とは、両当事者間の関係たる要件という意味か、それとも、当事者双方に対して婚姻を許容・禁止する要件という意味か、明らかでない（「すなわち、一方当事者の他方当事者との関係を問題とする要件」と言い換えている点から判断すると前者のようである。）。

第10款 横山 潤

横山の見解はそれまでの日本の学説と異なり非常に詳細であり、また、配分的適用の本質に迫ろうとする態度が見られる。

20) 一方要件と双方要件の分類が実質法の解釈問題か国際私法の解釈問題かという問題を日本で最初に具体的な形で論じたのは早田〔1983〕である。現在の日本では配分的適用が検討される際にはこの問題が必ず論じられるが、これは早田・同に触発されたためであると思われる。

横山は、「婚姻の実質的成立要件について各当事者の本国法を配分的に適用することの意味を明らかにしたい。」(横山〔1997〕50頁)という問題意識の下で以下のように論述している。

1. まず、配分的適用の意味と、一方要件と双方要件の意味について次のようにいう。

「各当事者の本国法の配分的適用の下では、夫となるべき者の本国法と妻となるべき者の本国法とが、それぞれ、夫となるべき者と妻となるべき者にたいして婚姻を許容することが必要である。各国は、自国民にたいして、次の二点双方について規律を与えることができる。

(a) 『特定の状況にある』自国民は婚姻できるか否か。

(b) 自国民は『特定の状況にある』相手方と婚姻できるか否か。

ドイツの学説上、(a)のみを規律する実質法上の婚姻要件が一面的婚姻障碍とされ、(b)をも規律する婚姻要件が双面的婚姻障碍とされる。」(50頁)

そして、ここに引用したドイツの学説は法例13条1項の解釈としても妥当すべきものとされている(57, 59頁)。

2. 個々の要件が一方要件と双方要件のどちらに該当するかが国際私法の解釈問題か実質法の解釈問題かについては、横山は、久保説は前者の考え方であるという理解の上に立ち次のようにいう。

「久保説のように理解すると、当事者の一方の本国法にのみ送致された婚姻障碍については、他方当事者の実質法がそれを『双面的婚姻障碍』としていても、このことは考慮の対象外に置かれる。そのかぎりでは、婚姻障碍の数は限定されることになる。しかしその反面、当事者の各本国法が特定の婚姻障碍について『誰が』だけでなく『誰と』婚姻するかについても関心をもっている場合に、この関心は無視されることになる。

久保説においては、個々の婚姻障碍が当事者のいずれを保護しようとするかという観点から、当事者の一方または双方の本国法に送致が

行われる。たとえば、夫または妻の婚姻適齢は次のように説明されると思われる。すなわち、一定の年齢に達しない者が婚姻関係に入ることを阻止し、判断能力が十分でない者を保護する点にこの制度の趣旨がある。そうだとすれば、夫となるべき者を保護するのはその本国法の任務であり、妻となるべき者を保護すべきはその本国法である、と。しかし、婚姻適齢の制度的趣旨が、すべての法秩序を通じて、この点のみあるという保証はない。婚姻という制度それじたいの保護あるいは不安定な婚姻から生ずる結果から相手方や社会を保護するといった点にこの制度の目的を見いだす法秩序も存在しよう。どの点に力点が置かれるかは各国の実質法の問題である。問題となっている個人の保護という観点からのみ制度的趣旨を捉えて準拠法を決定し、各国の実質法がこの制度に与えている別の目的を無視するのは適当ではない。」(59頁)

3. 配分的適用における双方要件の取り扱いと累積的適用の違いについては次のようにいう。

「〔配分的適用の下では〕各当事者の本国法は自国民の婚姻要件だけを定め、相手方にたいしては婚姻を許容したり禁止したりしない。もし、この点をも規律するとなると、いわゆる累積的適用となる。しかし、双面的婚姻障碍を配分的適用の下で認めると、実際には累積的適用と同じ結果となる。たとえば、子Aとその恋人B双方にたいして『Bさんが就職するまで、あなた方の結婚は許しません』という母の発言は累積的適用である。しかし、子Aだけに『Bさんはまだ就職前の学生でしょ。Bさんのお両親がなんとおっしゃっていても関心はありません。Bさんとの結婚は許しません』という発言は、婚姻阻止という効果において同じである。」(51頁)

「ドイツ人の叔父とフランス人の姪は婚姻できない。この点に関する次の二つの説明は実際には同じである。フランス法がフランス人にたいして『叔父にあたる者との婚姻を禁ずるから』(配分的適用)とする説明とフランス法が当事者双方にたいして『叔父と姪の婚姻を禁ずるから』(累積的適用)とする説明である。」(55頁)

4. 横山の見解は、従来の日本の学説が明確に論じなかった問題について詳細に論じるといえる。横山説の最大の特徴は、実質規定が誰に対して婚姻を許容・禁止しているかを法適用の決め手にすべきであると明言する点にある（上記2）。

しかし、横山による一方要件と双方要件の定義（上記1）は不十分であると思われる。すなわち、横山は、(a)「特定の状況にある自国民は婚姻できるか否か。」という問題と、(b)「自国民は特定の状況にある相手方と婚姻できるか否か。」という問題を立て、一方当事者の本国法が(a)のみに対して解答を与える場合はその状況は一方要件であり、(a)と(b)の双方に対して解答を与える場合はその状況は双方要件であるというが、この定義によれば、女の再婚禁止期間を男の一方要件とする説（久保）や一方当事者の性的不能を相手方の一方要件とする説（久保）は論理的に成立し得ないことになろう（ただし、横山〔1989〕14頁は「(a)または(b)の問題だけを対象とする婚姻障害」を一面的婚姻障害とする。）。

なお、配分的適用の下における双方要件の取り扱いと累積的適用との違いに関する横山の説明（上記3）は的確である。しかし、現在の国際私法は法律問題を中心に据えて考察する方法をとっているのに対して、横山は配分的適用と累積的適用の違いを実質規定から出発して説明しているために多少理解し難い面があることは否定できない。

第11款 道垣内正人

1. 道垣内説には変化が見られる。道垣内は当初は「〔婚姻障害を一方要件と双方要件に〕区別するということは、婚姻の実質的成立要件という単位法律関係を二つに分けて異なる連結政策をとるということを意味する。これは法例13条1項の解釈としては無理があると解される。もっとも、実質法上は一方要件と双方要件とが区別される。たとえば、日本法を本国法とする男について、民法731条がどのように適用され

るか、すなわち16歳以上の女としか婚姻できないのかどうかはもっぱら日本民法の解釈の問題であり、また、A国法を本国法とする者に適用されるA国法上の相姦婚禁止規定がどのような趣旨のものかはもっぱらA国実質法上の問題であるというべきである。」と述べていた（澤木・道垣内〔1996〕99頁、澤木・道垣内〔1998〕99頁）。これは、いうまでもなく、一方要件と双方要件の区別は実質法上の区別であるという見解である。

2. しかし、その後、次のように述べるに至った。

「〔婚姻障害を一方要件と双方要件に〕区別するということは、婚姻の実質的成立要件という単位法律関係を二つに分けて異なる連結政策をとるということを意味する。これは法例13条1項の解釈としては無理があると解される。また、実質法上、一方要件と双方要件とがあるとの見解もあるが、そのような区別はあくまで国際私法上のものであり、準拠法所属国の国際私法規定に従うことはできないので、単位法律関係を婚姻の実質的成立要件という一つのものとする以上、送致範囲は準拠法上の婚姻の実質的成立要件に関するルールすべてであって、結局、配分的適用とはいうものの、13条1項は累積的適用を定めていると解するほかないことになる。」（澤木・道垣内〔2000〕99頁、道垣内〔2000〕67-69頁も同旨）

第12款 その他の見解

上に挙げた見解以外にも最近に至るまで多くの見解が発表されているが、基本的には大同小異といわざるを得ない。

1. 配分的適用の意味

配分的適用の意味に関しては次のような見解が発表されている。すなわち、「婚姻が有効に成立するためには、夫たるべき男性はその本国法の要求する実質的成立要件を具備し、妻たるべき女性もその本国法の要求する成立要件を具備すれば足り〔……〕」（三浦編〔1990〕108頁〔三浦執筆〕）、「婚姻が有効に成立するためには、

夫たるべき者については、夫の本国法の定める要件を、妻たるべき者については、妻の本国法の定める要件をそれぞれ充足しなければならない。」(木棚・松岡・渡辺〔2001〕26頁〔松岡執筆〕、松岡〔1995〕799頁も同旨。),「夫たるべき男子はその本国法の要求する成立要件を、妻たるべき女子はその本国法の要求する成立要件をそれぞれ具備すれば足りる〔……〕。」(青木〔1986〕112頁,同〔1994〕87頁,同〔1995〕118頁),「配分的適用とは、夫の属人法は夫についてのみ要件を定め、同様に妻の属人法は妻についてのみ要件を定めるとするものである。」(岡野〔1996〕159頁)という見解である。

これらの見解も、「婚姻成立に必要なAの属性はAの本国法による。」という意味か、それとも、「Aが婚姻し得るかはAの本国法による。」という意味か明らかではない。

2. 一方要件と双方要件の意味

一方要件と双方要件の意味については次のような見解が発表されている。すなわち、「婚姻障害を概括的に分類すれば、婚姻年齢に達しないこと、同意権者の同意のないこと、精神的肉体的に障害のあること、婚姻意思のないことなどの、当事者一方のみに関する一面的婚姻障害と、近親関係にあること、相姦関係にあること、人種上宗教上の理由で婚姻の禁止されている男女関係にあること、重婚であること、再婚禁止期間にあることなどの、相手方との関係において障害となる双面的婚姻障害とがある。」(三浦編〔1990〕109頁〔三浦執筆〕),「婚姻能力、親の同意、待婚期間、婚姻意思など当事者の一方のみに関わる要件はその当事者の本国法による。近親婚、重婚、相姦婚の禁止など相手方との関係で問題となり、双方の当事者に関わる要件にも各当事者の本国法がそれぞれ適用されることになる〔……〕。」(木棚・松岡・渡辺〔1991〕170頁,同〔1997〕170頁,同〔1998〕172頁,同〔2001〕172頁〔いずれも木棚執筆〕),「婚姻年齢のような当事者のいずれか一方のみに関わる一方的要件〔……〕と、近親婚の禁止のような両当事者に関わる双面的要件〔……〕

がある。」(青木〔1994〕87頁),「婚姻能力、父母・後見人等の同意、婚姻意思などは、相手方と関係なく当事者の一方のみに関するものであるから一方要件とされ、それが問題となる一方当事者の本国法による。他方、近親婚、重婚、相姦婚〔……〕の禁止などは、相手方との関係で問題となることから双面的要件とされ、各当事者の本国法による〔……〕。」(青木〔1994〕88頁),「婚姻の実質的成立要件は、当事者の一方のみにかかわる一面的(一方的)要件〔……〕と、当事者双方にかかわる双面的(双面的)要件〔……〕とに分けられる。」(岡野〔1996〕159頁),「婚姻の実質的成立要件の問題は、それが一方の当事者についてのみ問題となる一方的(一面的)要件の場合には、その当事者の本国法によるが、それが双方の当事者について問題となる双面的(双面的)要件の場合には、当事者双方の本国法による〔……〕。」(出口〔1996〕109頁,同〔2001〕111頁),「ある要件が一方の当事者のみにについての要件であるのか、それとも双方の当事者についてともに要件とされるのが問題となることがある。前者にあたるものは、一方要件(または一面的要件)と呼ばれ、〔……〕、後者にあたるものは、双方要件(または双面的要件)と呼ばれ〔……〕。」(早川(眞)〔1995〕32頁)という見解である。

これらの見解も、「一方当事者の属性たる要件を一方要件という。当事者間の関係たる要件を双方要件という。」という意味か、あるいは、「一方当事者のみにに対する婚姻許容要件を一方要件という。両当事者に対する婚姻許容要件を双方要件という。」という意味か、明らかではない。

3. 一方要件と双方要件の区別は国際私法上の区別か実質法上の区別か

この問題については、木棚は「各国の実質法をみれば、ある国で一方的婚姻障害と解されているものが他の国では双面的婚姻障害と解されていることがある。たとえば、婚姻適齢はわが国をはじめ多くの国では一方的婚姻障害と解されているが、イギリスでは双面的婚姻障害と解

されている。ある婚姻障害が一方的か双方的かは、国際私法独自に決定できる問題ともみることができ、準拠実質法の解釈・適用問題とみて準拠実質法により決定すべきである。したがって、問題となる実質法規定の解釈として、当事者の一方のみに関わる要件とみるべきか、それとも、当事者双方に関わる要件とみるべきかにより区別すべきである。」という（木棚・松岡・渡辺〔2001〕173頁〔木棚執筆〕）。

これとやや異なり、青木は「各国法の定める婚姻要件には様々なものがあり、当然、わが法制の知らない婚姻要件も存在しよう。こうした場合に、それらの要件を分類するには、いずれの立場によってもその実質法上の法目的を検討せざるをえない。その限りでは、国際私法の次元で決定するといっても、それは実質法の法目的や解釈から完全に自由であることはありえない。〔……〕。思うに、一方的要件か双方的要件かの問題は二つの準拠法（各当事者の本国法）の適用範囲の決定の問題であり、これはあくまで国際私法の責任で決すべき事柄であろう。そうであれば、準拠実質法の法目的や解釈などを参考にしつつ、この問題はわが国際私法の立場から決すべきものである。」という（青木〔1994〕88頁）。

このように見ると、一方要件と双方要件の分類を最終的には国際私法の立場からすべきであるとする青木説も、実質規定の趣旨を吟味することが不可欠であることは認めているのである。

4. 配分的適用と累積的適用の違い

これについては、最近の日本の学説では、伝統的な考え方（配分的適用における双方要件の取り扱いが累積的適用と結論において同じであるに過ぎず、結論に至る過程は異なる、という考え方）を維持する説もあるが、配分的適用における双方要件の扱いは累積的適用そのものである、とする見解も多くなっている。

まず、「〔双方要件については〕結果的には両当事者の本国法の累積適用と同じことになる。」（木棚・松岡・渡辺〔1991〕170-171頁、同

〔1997〕170-171頁、同〔1998〕172-173頁、同〔2001〕172-173頁〔いずれも木棚執筆〕）、「双方的要件については〔……〕結果においては累積的適用と変わらないことになる。」（青木〔1994〕87頁。同〔1986〕112頁、同〔1995〕118-119頁も同旨。）、「ある要件が双面的要件だと解されれば〔……〕結果として、配分的適用の下でも実際には累積的適用と変わらないことになる。」（岡野〔1996〕159頁）という見解は従来の日本の多数説を受け継ぐものである。

これに対して、配分的適用における双方要件の扱いは累積的適用であると明言する見解もある。すなわち、林脇は「具体的に問題となる要件（婚姻障碍）をみると、その内容は様々である。婚姻適齢、親の同意のように一方の当事者についてのみ問題となる要件もあれば、近親婚の制限のように両当事者の一定の関係が問題となる要件もある。前者については、各当事者の属人法の配分的適用は可能であるが、後者については、両当事者間に存在する一つの関係を問題にしているのであるから〔……〕二つの法の配分的適用はありえない。現行法の結果の説明としては、両当事者の属人法を累積的に適用した上で、その両者を満足していない限り有効な婚姻は成立しないという方がまだ適切であろう。このような意味で、現行法が各当事者の属人法の配分的適用主義に立っているという説明は必ずしも正確ではない。」（林脇〔1976〕167頁）といい、この叙述に注を付し、「双方の婚姻障碍については始めからその一個の婚姻が問題になっているのであるから、その要件を各当事者に分解して考えることは予想されていない。」という（同171頁注10）。また、「準拠法の配分的な決め方という点に関してですが、本来は両方の法律に従って、つまり、『累積』でなければならないが、ある問題については一方の本国法上の条件を満足しておればよい……、このような逆の方から見るほうが法律の適用の実態に即しているように感じますが、どうでしょうか。」（池原他〔1989〕24-25頁〔畑場準一発言〕）、「双方の当事者についてともに要件と

される〔要件〕は、双方要件（または双面的要件）と呼ばれ、双方の当事者の属人法によって重疊的に規律される。」（早川（眞）〔1995〕32頁）、「双方の当事者について問題となる双面的（双面的）要件の場合には、当事者双方の本国法によること（累積的適用）になる。」（出口〔1996〕109頁，同〔2001〕111頁）という見解もある。

なお、「〔婚姻年齢について〕双方要件にすれば累積的適用をしたのと同じことで、婚姻成立の余地がそれだけ狭められる〔……〕。近親婚の問題になると〔……〕双方要件と解さざるを得ないことになるため、〔……〕結局、この場合には累積的適用と同じことになってしまうのである（わが学説の中には、あくまで配分的適用主義は、双方要件についても累積的適用主義と異なるものだとする者もあるが、効果から考えるべきであろう。）」（石黒〔1990〕375-376頁，また，同〔1994〕147頁注216参照。）という見解があるが、この見解は、配分的適用の下における双方要件の取り扱いが結論において累積的適用と同じであるが結論に至る過程は異なる，という含みを残しているように読める。

第3節 まとめ

以上がドイツと日本の主要な学説である。以上に概観したところから、日独の学説の状況は次のようにいえるであろう。第1に、諸説の間にはどのような対立があるのか（あるいは、対立がないのか）が明らかではない。すなわち、婚姻の実質的成立要件に関しては、ある説に反対を唱えて自説を展開するということがあまり見られない。第2に、学説の間に明確な論争が見られないにもかかわらず、配分的適用の意味ないし構造はいっこうに明らかになっていない。第3に、同一の論者において論旨が一貫しないように思われることが少なくない。

このために従来の学説の状況を整理することは困難であるが、大雑把に整理すれば次のようになる。

1. 配分的適用の意味，一方要件と双方要件

(1) まず、配分的適用の意味については、一方当事者の属性はその者の本国法により、両当事者間の関係は両当事者の本国法による，とする説がある（Habicht. 林協説（前出第2節第12款4参照）もこれに近い。).

しかし、ドイツでは、「ある者が婚姻し得るかはその者の本国法による。」と明言する説が多い（Lewald, Raape, Wolff, Kegel）。日本ではこの点を明言する学説は多くない（横山はこの点を明言する。また、笠原〔2000〕55頁は「配分的適用主義は、本来、各当事者についてその者の本国法によって婚姻能力の有無を判断すべきとする立場です。」といい、同じ考え方に立っている。).

日本の学説に特徴的なことは、第1説（ある者の属性はその本国法による，という考え方）とも第2説（ある者が婚姻し得るかはその者の本国法による，という考え方）とも理解し得る表現が用いられている点である。すなわち、「Aはその本国法の要求する婚姻要件を具備する必要がある。」（山田（三），久保〔1955〕，江川，山田（鎌）など）という叙述を文字通り理解すれば、「Aがどんな属性を具備しなければならないかはAの本国法による。」という意味であり、従って、第1説に立っているものと理解すべきであろう。しかし、例えば、「女が再婚禁止期間を経過していることは男が具備すべき要件であり、従って、女の再婚禁止期間は男の本国法による。」と考えることは可能であり、この点では、先に掲げた叙述は「Aが婚姻し得るか否かはAの本国法による。」という意味（第2説）に理解することも可能なのである。

(2) 各国の個々の実質規定の適用に際しては、日独の学説の多くは、実質規定が誰に対して婚姻を許容しているか・禁止しているか（実質規定の趣旨）を決め手にしている（Lewald, Raape, Nußbaum, Rabel, Kegel, 折茂，横山。また，久保〔1955〕，溜池もこの考え方に近い。).

(3) ドイツでは、Aの本国法はAの属性を理由としてAに対して婚姻を禁止することができるしBの属性を理由としてAに対して婚姻を禁止

することもできる、とする見解が多い (Wolff, Frankenstein, Kegel, C. v. Bar/Mankowski). この点はドイツの学説の特徴である。この見解は「ある者が婚姻し得るか (=どんな事実がその者に対する婚姻禁止事由であるか) はその者の本国法による。」という考え方である。

(4) 個々の要件が一方要件であるか双方要件であるかは実質規定の趣旨により決まると述べる説が多い (Wolff, Frankenstein, Schwimann, Kropholler, C. v. Bar/Mankowski, 折茂, 澤木, 木棚, 横山, 佐野 [1991] 430頁)。しかし、日本では、個々の要件が一方要件であるか双方要件であるかは国際私法の解釈問題であると述べる見解がある (溜池, 山田 (鏝), 櫻田, 青木)。

なお、日本では、ある要件が一方要件であるか双方要件であるかについては明確な基準はない、とする見解 (久保 [1955], 溜池, 櫻田) がある。この見解は、個々の要件が一方要件と双方要件のどちらに当たるかは、「男の年齢は男の一方要件である。女の再婚禁止期間は双方要件である。……。」というように国際私法が個々の要件ごとに決めることはできず、むしろ、個々の実質規定の趣旨により決まる、という考え方を示すものかもしれない。

(5) 日本では多くの学説の与える一方要件・双方要件の定義は2義的であり、この点も日本の学説の特徴であろう。すなわち、「一方要件とは一方当事者のみに関する要件である。」(實方, 江川, 溜池, 山田 (鏝), 澤木, 櫻田) という定義を文字通り理解すれば「一方当事者の属性たる要件を一方要件という。」という意味であるが、しかし、この定義は「一方当事者のみに対する婚姻許容事由・婚姻禁止事由を一方要件という。」という意味に理解することも可能なのである (Kropholler の「男に関する婚姻要件」ということばについても同じことが当てはまる。ただし、Kropholler は「女のための婚姻要件」ということばをも使い、これは女が婚姻するための要件という意味であり、一義的である。).

また、「双方要件とはAとB (当事者双方) に関する要件である。」(實方, 溜池) という定義は「AとBの双方に対する婚姻許容事由・婚姻禁止事由を双方要件という。」という意味にも、「AB間の関係たる要件を双方要件という。」という意味にも理解することが可能なのである。「双方要件とは相手方との関係において問題になる要件である。」(江川, 山田 (鏝), 澤木) という定義も同様に2義的である。

しかし、少数ながら、一方要件・双方要件を明確に定義する学説がある。すなわち、一方障害とは一方当事者のみに対する婚姻禁止事由であり、双方障害とは両当事者に対する婚姻禁止事由であると定義する見解である。折茂がこれであり、久保 [1955], 溜池もこれに近い (ドイツでは Nußbaum, Rabel, Kropholler は一方要件・双方要件をこのように定義する。).

(6) ドイツでは, Raape [1961] は「男 (女) に関する規定」ということばを使うが、これも「男 (女) に関する要件」と同じく2義的である。しかし、「男 (女) に関する要件」ということばにおいては婚姻要件が分類されているのに対して、「男 (女) に関する規定」ということばでは実質規定が分類されており、この点で両者の間には微妙な違いがある。

2. その他

配分的適用の構造は一方要件の場合でも双方要件の場合でも違いはないという見解がある (久保, 江川, 山田 (鏝)).

また、配分的適用における双方要件の取り扱いと累積的適用の違いについては、ドイツでも日本でも多数説は双方要件の扱いは累積的適用と結論において同じであるが結論を導き出す過程においては異なる、という態度をとっている (Neuhaus, Kropholler, 溜池, 山田 (鏝), 木棚, 横山, 青木, 岡野, 笠原 [2000] 56頁)。しかし、配分的適用における双方要件の扱いは累積的適用であるとする見解も古くから存在する (Frankenstein, 久保旧説, 林脇, 道垣内 [2000] 58, 67頁, 出口, 早川 (眞), 笠原 [2000] 19-20頁²¹⁾).

3. まとめ

このように、配分的適用に関しては個別的な論点についてはある程度の議論の蓄積があるにもかかわらず、多数の論点を一貫して通じる基本原理が何であるか—いわば、配分的適用の本質—については、ドイツでも日本でも十分に検討されているとはいえないように思われる。

第3章 配分的適用の意味

第1節 配分的適用の本質

1. 何を配分して送致するのか—当事者の属性と当事者の婚姻の許容性

(1) はじめに

ドイツと日本の学説を概観した結果、配分的適用の意味に関しては基本的な考え方がふたつあることがわかる。第1は、「ABが婚姻するためにAのどんな属性が必要かはAの本国法により、AB間のどんな関係が必要かはAとBの本国法による。」という考え方である（本稿では第1説という。）。第2は、「Aが婚姻し得るか否かはAの本国法による。」という考え方である（本稿では第2説という。）。前者は婚姻要件を国際私法が3種類（Aの属性、Bの属性、AB間の関係）に分けて当事者の本国法に送致する考え方であり、後者は一方当事者が婚姻し得るかという問題をその当事者の本国法に送致する考え方であるから、両者は基本的な発想を互いに異にしている。ところが、同一の論者においてこのふたつの考え方が混在していることが少なくない。そこで、以下では、このふたつの考え

方のそれぞれについて考え方の論理を追って行き、両者の考え方の特徴を明らかにしたい。

(2) 当事者の属性を配分して送致する考え方

まず第1説を見る。第1説は「婚姻が成立するためには当事者のどんな属性が必要か。」という問題をその当事者の本国法に送致する考え方である。この考え方によれば両当事者間の関係たる要件（近親関係など）はどの法に送致されるか。両当事者間の関係は一方当事者の絶対的属性ではなく、特定の相手方との関係で決まる属性（相対的属性）である²²⁾から、第1説ではこの種の要件は両当事者の本国法によることになる。

第1説では、個々の婚姻要件が、Aの属性・Bの属性・ABの間の関係の3者のどれであるかにより、どの法域の実質法が準拠法になるかが直ちに決まる（例えば、男の性的不能の問題を男の本国法に送致し、女の再婚禁止期間の問題を女の本国法に送致し、相姦婚の禁止の問題を両当事者の本国法に送致する、というように。）。従って、第1説では、個々の婚姻要件（に関する問題）がどの法域の実質法に送致されるかを国際私法が直接に決めるのである。従って、第1説では、ある要件をもって実質法が誰に対する婚姻禁止事由としているか（実質法の趣旨）は無視される。例えば、女の本国法が男の性的不能を女に対する婚姻禁止事由としている（かつ、男の本国法はその事実を婚姻障害としていない）場合、第1説ではこの男女の婚姻は許容される。

(3) 当事者の婚姻の許容性を配分して送致する考え方

次に第2説を見る。第2説では、「Aは婚姻し得るか。」、「Aが婚姻するためにはどんな事

21) Knottの見解もここに追加すべきであろう。Knott, Ursula, Die fehlerhafte Ehe im internationalen Privatrecht, 50頁 (Köln, Univ., Diss., 1996) (Berlin, 1997) は、「一方的婚姻禁止にあっては民法施行法13条1項における連結技術は配分的連結 eine distributive Anknüpfungである: 複数の法が有効要件を同時に規律するが、しかし、それぞれの基点は異なる mit unterschiedlichen Bezugspunkten. 双方的婚姻禁止にあっては問いかけてられている [複数の] 法の規律範囲が重なり、その結果として、この場合には累積的連結 eine kumulative Anknüpfungが行われる。」という。

22) 横山 [1997] 55頁は「近親婚の禁止のように当事者の双方の『関係』が必然的に含意されている婚姻障碍 [にあっては、] 当事者の『関係』が婚姻障碍である以上、当事者のどちらの側にも婚姻障碍を構成する状況が存在する [……].」という。

実が存在することが必要か。」という問題がAの本国法に送致される。従って、第2説では、個々の婚姻要件（に関する問題）がどの法域の実質法に送致されるかに関して国際私法は関心を持たない。例えば、Aの本国法は、Aの属性（例えば、Aの年齢）を理由としてAに対してのみ婚姻を禁止することがあり得るし、Bの属性（例えば、Bの性的不能）を理由としてAに対してのみ婚姻を禁止することがあり得るし、Aの属性（例えば、Aに配偶者がいるという事実）ないしはAB間の関係（例えば、相姦関係）を理由としてAに対してもBに対しても婚姻を禁止することがあり得る。ここに挙げたどの場合でもAの本国法はAに対して婚姻を禁止しているから第2説ではAとBは婚姻することができない。このように、第2説では、国際私法は「Aは婚姻し得るか。」という問題をAの本国法に送致し（これが第2説の核心である。）、その反面として、個々の婚姻要件（に関する問題）がどの法域の実質法に送致されるかに関して国際私法は関心を持たない。この点が第1説と第2説の違いである。

なお、第2説では、個々の婚姻障害がAとBのどちらに対して婚姻障害になるかは実質法が決めるから、理論的には、「AB間の関係たる婚姻障害は必然的にAに対してもBに対しても婚姻障害である。」というわけではない²³⁾。

このように、第2説では、国際私法は、ある者が婚姻し得るかという問題をその者の本国法に送致するから、実質法がある要件をもって誰に対する婚姻許容事由としているか（実質法の趣旨）が尊重される。これに対して、第1説では個々の婚姻要件（に関する問題）がどの法域に送致されるべきかを国際私法が直接に決めるから、実質法がある要件をもって誰に対する婚姻許容事由・婚姻禁止事由としているか（実質法の趣旨）は無視される。

(4) 配分的適用の本質

それでは、第1説と第2説のどちらを採るべきであろうか。

国際私法は実質法上の法律問題を特定の法域

の実質法に送致する法であるから、「ABが婚姻するためにはAはどんな属性を具備する必要があるか。」という問題をAの本国法に送致する考え方（第1説）も、「Aが婚姻するためにはどんな事実が存在することが必要か。」という問題をAの本国法に送致する考え方（第2説）も、理論的には成立し得ると思われる。また、法例13条1項の文言（婚姻成立の要件は各当事者に付き其本国法に依りて之を定む）からも第1説も第2説も成立し得ると思われる。そこで、両説の実質的な違いを見る必要がある。

まず、第1説は、「Aは肉体的・精神的に成熟しているか。」という問題をAの本国法を基準として判断する考え方であり、従って、第1説では、個人の肉体的・精神的成熟がその本国法を基準として判断される。これに対して、第2説は、「Aは婚姻し得るか。」という問題をAの本国法を基準として判断する考え方であり、その際、Aの本国法がどんな事由（Aの精神的・肉体的状況、Bの精神的・肉体的状況、AB間の関係）に基づいてAに対して婚姻を禁止するかを問わない考え方である（この点で、第2説では、個人にとってどんな婚姻が望ましくない婚姻であるかがその本国法を基準として判断される。換言すれば、第2説では、各国の実質法はその国民を望ましくない婚姻から保護するという役割を果たす。）。この観点からも第1説・第2説はどちらも成立し得ると思われ

23) Frankenstein, Schwimannは両当事者間の関係たる婚姻障害は概念必然的に双方障害であるという(Neuhaus, Kropholler, 横山〔1989〕15頁(δ)は親族関係たる婚姻障害について同旨を述べる。)。これに対して、Raapeは、両当事者間の関係たる婚姻障害に関してもそれが誰に対して婚姻を禁止する趣旨に出ているかを検討している(相姦婚に関してはLewald, Nußbaumも同様である。また、Neuhaus〔1976〕159頁は姦通関係が以前に婚姻していた当事者に対する一方障害として構成されることがあり得ることを認める。)

なお、西〔1996〕62頁は「相姦婚の禁止は、以前に婚姻していた当事者のみの一方的要件と考えるべきではないか。」という。いずれにしても実質規定の趣旨により決まる問題である。

る。従って、問題は両説のどちらが妥当であるかという点にある。Aの本国法がBの肉体的・精神的状況を根拠としてAに対して婚姻を禁止している（かつ、Bの本国法はその事実を婚姻障害としていない）場合にABの婚姻を許容することは、当事者の保護という本国法適用の趣旨を損なうと思われる²⁴⁾。従って、第2説をとるべきであろう。

2. 両説の交錯

上に述べたように、当事者の属性を配分して送致する考え方と当事者の婚姻の許容性を配分して送致する考え方は全く異質の考え方であり、両説の違いは明瞭である。しかし、少し見方を変えれば第1説を第2説により基礎付けることが可能になる。以下ではこの点を見てみる。

いま、「Aの属性はAに対してのみ婚姻を許容・禁止し、AB間の関係はAに対してもBに対しても婚姻を許容・禁止する（命題1）。ところで、ある者が婚姻し得るかはその者の本国法による（命題2）。従って、Aの属性はAの本国法により、AB間の関係はAとBの本国法による（命題3）。」と考えてみる。この考え方は、どんな事実が誰に対する婚姻許容事由・婚姻禁止事由であるかを国際私法が直接に決める考え方（命題1）から出発し、次いで、「ある者が婚姻し得るかはその者の本国法による。」という考え方（命題2）を媒介として、最終的に「Aの属性はAの本国法により、AB間の関係はAとBの本国法による。」という考え方（命題3 = 第1説）に至る考え方である。このように、「Aの属性はAの本国法による。AB間の関係はAとBの本国法による。」という考え方（第1説 = 命題3）は「ある者が婚姻し得るかはその

者の本国法による。」という考え方（第2説 = 命題2）により基礎付けることができるのであり、興味深い。

さらに、この考え方の変種はいくらでもあり得る。例えば、「男の性的不能は女に対してのみ婚姻を禁止する（①）。ところで、ある者が婚姻し得るかはその者の本国法による（②）。従って、男の性的不能は女の本国法による（③）。」、あるいは、「女の再婚禁止期間は男に対しても女に対しても婚姻を禁止する制度である（④）。ところで、ある者が婚姻し得るかはその者の本国法による（⑤）。従って、女の再婚禁止期間は男の本国法と女の本国法による（⑥）。」というように、すなわち、「男の性的不能は女の本国法による（③）。」「女の再婚禁止期間は男の本国法と女の本国法による（⑥）。」というように個々の事由ごとに国際私法が直接に準拠法を決める考え方は、「ある者が婚姻し得るかはその者の本国法による。」という考え方（②, ⑤ = 第2説）により基礎付けることができるのである²⁵⁾。

従来の日本の学説では、同一の論者において、個々の事由ごとに国際私法が直接に準拠法を決める考え方と「ある者が婚姻し得るかはその者の本国法による。」という考え方が混在することが少なくなかった。この原因は、上に述べたように、個々の事由ごとに国際私法が直接に準拠法を決める考え方が「ある者が婚姻し得るかはその者の本国法による。」という考え方（第

25) この点については横山〔1997〕57 - 58頁参照。

溜池〔1999〕399頁は「およそ婚姻年齢の定めは、生理的精神的に未熟尚早な婚姻を防ぎ、本人を保護することを主要な目的とするものとおもわれるから、国際私法上は、その一方当事者のみに関する一面的要件と解すべきである。」といい、本文で述べた考え方をしている。

なお、Kahnと久保が、個々の婚姻障害が誰に対する婚姻禁止事由であるかは国際私法が直接に決める、という考え方に立っているとは断定し難い。前出第2章第1節第2款（Kahn）、第2章第2節第2款（久保）参照。

24) 横山〔1997〕59頁は、男の年齢は男の本国法による、男の性的不能は女の本国法による、というように個々の事由ごとに国際私法が直接に準拠法を決める考え方を評して「当事者の各本国法が特定の婚姻障碍について『誰が』だけでなく『誰と』婚姻するかについても関心をもっている場合に、この関心は無視されることになる。」というが、これは本文と同旨と思われる。

2説)により基礎付けることができるところにあるのかも知れない。しかし、それはともかく、どんな事実が誰に対する婚姻許容事由・婚姻禁止事由であるかは実質法が決めるべき問題である(前出1(4)参照)から命題1(および、その変種たる①、④)は成り立たないであろう²⁶⁾。

3. 従来の学説

従来の学説は「ある者の属性はその者の本国法により、両当事者間の関係は両当事者の本国法による。」という考え方(第1説)と、「ある者が婚姻し得るかはその者の本国法による。」という考え方(第2説)のどちらに立っていたといえるであろうか。婚姻の実質的成立要件に関しては同一の論者においても説くところが一貫していない面があるために従来の学説を正確に理解することはかなり困難であるが、以下では、諸説が実質的にはどの考え方に立っていたのかを簡単に見る。

まず、Habichtは第1説の代表格であろう。日本では林脇(前出第2章第2節第12款4参照)が第1説に近い考え方である。

これに対して、Raapeは、個々の実質規定の適用関係を検討する際に、実質規定が誰に対して婚姻を禁止しているか(一方禁止か双方禁止か)を決め手にしており、その反面として、個々の要件がどちらの当事者の属性であるかを全く問題にしていない。従って、Raapeは「ある者が婚姻し得るかはその者の本国法による。」という考え方(第2説)を純粋な形で、かつ、詳細に説いたといえる。この他に、Lewald, Nußbaum, Wolff, Kegel, C. v. Bar/Mankowski

26) 日本では、ある要件が一方要件か双方要件かは実質法が決めるのか国際私法が決めるのかが議論されている。この議論は、ある要件(男の年齢、女の再婚禁止期間……)が誰に対する婚姻禁止事由であるかは実質法が決めるのか国際私法が決めるのか、という議論であると思われる(従来の日本の学説における一方要件・双方要件の定義が2義的であることについては前出第2章第3節1(4)参照)。そうすると、本文で述べたところから理解し得るように、この議論に対しては「実質法が決める。」と答えるべきであろう。

も第2説である。

日本では、個々の国の個々の実質規定が誰に対して婚姻を許容・禁止する趣旨に出ているか(実質規定の趣旨)を決め手にする考え方(第2説)の萌芽は既に久保〔1929〕に見られ、折茂はこの考え方を明確に示した。溜池もこの考え方に近いように思われる。

第2節 配分的適用の構造

この節では、まず、配分的適用の具体的内容をやや詳しく見て、次いで、一方要件・双方要件が配分的適用の構造のどこに位置しているかを検討し、最後に、配分的適用と累積的適用の違いを明らかにする。

1. 実質規定の趣旨の解明の必要性

配分的適用とは、「Aは婚姻し得るか。」という問題をAの本国法に送致し、「Bは婚姻し得るか。」という問題をBの本国法に送致する連結方法である(前出第1節1(4)参照)。従って、配分的適用においては、裁判官は、Aに対して婚姻を許容・禁止する実質規定をAの本国法から取り出し、Bに対して婚姻を許容・禁止する実質規定をBの本国法から取り出して、両者を結合して裁判の基準とする²⁷⁾。配分的適用の意味はこれに尽きるといえる。

この過程をやや詳しく見れば次のようになる。すなわち、配分的適用に際しては、両当事者の本国の個々の実質規定を、男に対してのみ婚姻を許容・禁止する規定、女に対してのみ婚姻を許容・禁止する規定、男に対しても女に対しても婚姻を許容・禁止する規定のいずれかに再構成することが必要である。例えば、「配偶者のある者は、重ねて婚姻をすることができない。」と定める日本民法732条の規定は双方要件を定めている規定である、と国際私法が解釈する場合には(そして、日本の国際私法学界の通

27) 配分的適用が結合 Koppelung (Raape), 結合的連結 gekoppelte Anknüpfung (Neuhaus, Kropholler) と呼ばれることがあるのはこれに基づくものと思われる。

説はそのように解釈している.)、国際私法は民法732条を、「配偶者のある者は、重ねて婚姻をすることができない。」という意味と、「何人も、配偶者のある者と婚姻をすることができない。」という意味に再構成しているのである。同様に、「男は、満18歳に〔……〕ならなければ、婚姻をすることはできない。」と定める日本民法731条の規定は男の一方要件を定めている規定である、と国際私法が解釈する場合には(日本の国際私法学界の通説はそのように解釈している.)、国際私法は民法731条を、「男は満18歳にならなければ婚姻をすることはできない。」という意味に解釈し、また、「女が婚姻するためには相手方たる男の年齢は問わない。」という意味に解釈しているのである²⁸⁾。要するに、各国の実質規定は「男女が婚姻するためにはTの事実が存在することが必要である。」と定めているのであるが、国際私法が配分的適用をする際にはこの実質規定の意味が、「男が婚姻するためにはTの事実が存在することが必要である。女が婚姻するためにはその事実は不要である。」という意味か、「女が婚姻するためにはTの事実が存在することが必要である。男が婚姻するためにはその事実は不要である。」という意味か、それとも、「男が婚姻するためにはTの事実が存在することが必要である。女が婚姻するためにもその事実が存在することが必要である。」という意味か、決める必要がある。これは婚姻要件を定める実質規定の趣旨・目的を明らかにする作業であり、その点では実質規定の解釈問題である²⁹⁾。

2. 一方要件と双方要件

従来の学説が配分的適用を論ずる際には一方要件・双方要件ということばを使うのが普通である。それでは、一方要件・双方要件は配分的適用という構造物のどこに位置するのであろうか。また、一方要件・双方要件という概念は有益な概念であろうか。

上に述べたように、まず、男の本国法の中には、男に対してのみ婚姻を禁止する規定(①)、女に対してのみ婚姻を禁止する規定(②)、男に対しても女に対しても婚姻を禁止する規定(③)がある。この中から裁判官は①と③を取り出す。次に、女の本国法の中にも、男に対してのみ婚姻を禁止する規定(④)、女に対してのみ婚姻を禁止する規定(⑤)、男に対しても女に対しても婚姻を禁止する規定(⑥)がある。この中から裁判官は⑤と⑥を取り出す。このようにして取り出した規定(①, ③, ⑤, ⑥)を裁判官はすべて適用する。

ここで、一方要件・双方要件ということばを使うとすれば、①④の規定の法律要件部分が男の一方要件であり、②⑤の規定の法律要件部分が女の一方要件であり、③⑥の規定の法律要件部分が双方要件である(このように一方要件・双方要件の分類は実質規定の分類に対応しているから、この点で一方要件・双方要件の区別は実質法上の区別である.)。

ところで、個々の実質規定が誰に対して婚姻を禁止しているかは個々の実質規定の趣旨により決まるから、同一の要件(例えば、男の性的不能)に関しても、ある国の実質法は男のみに対する婚姻禁止事由とし、別の国の実質法は女のみに対する婚姻禁止事由とし、さらに別の国の実質法は男と女に対する婚姻禁止事由として

29) しばしば指摘されているように、実質規定の趣旨を明らかにすることは実際にはかなり困難である。MünchKomm/Schwimann〔1990〕Art.13. Rz.36, 横山〔1997〕55頁参照。それは、条文の文言は読み易さを重視して起草されているために条文の文法構造は当てにならないからであり、また、実質法上の学説(=民法学説)もこの点を意識的に検討しているとはいえないからである。Staudinger/Raape〔1931〕235頁α参照。例えば、「配偶者のある者は、重ねて婚姻をすることができない。」と定める日本民法732条の趣旨が、文字通り、「配偶者のある者は重ねて婚姻することはできない。」というところにあることは容易に理解し得るが、この条文から「何人も配偶者のある者と婚姻することはできない。」という趣旨を引き出すことは容易ではないであろう。

28) 横山〔1989〕14頁参照。

いることがあり得よう。従って、重要なことは、ある要件（男の年齢一般、男の性的不能一般、など）が一方要件か双方要件かではなく、個々の国の個々の規定が誰に対して婚姻を禁止する趣旨に出ているかである（Raapeが配分的適用を正確に説明していたことは既に述べたが（前出第1節3参照）、Raapeは配分的適用を説明する際に一方的禁止・双方的禁止ということばを主として使っていた。前出第2章第4款参照。）。婚姻の実質的成立要件を検討する際には、しばしば、ある要件が一方要件か双方要件かという問題が立てられるが、このような問題の立て方は時には問題の本質を見失わせることがあるので注意すべきであろう³⁰⁾。

3. 配分的適用と累積的適用

—配分的適用における結合の意味—

最後に、配分的適用と累積的適用の違いを検討する。

(1) 配分的適用においては双方要件の場合は「ある事実が婚姻障害になるか。」という問題に関して両当事者の本国法から実質規定が取り出されるので双方要件の取り扱いは累積的適用に極めて類似する。例えば、インドネシア法は一夫多妻婚を許容しているが³¹⁾、ひとりの妻を持つ日本人男と独身のインドネシア人女の婚姻は日本法が禁止しているがゆえに禁止され、ひとりの妻を持つインドネシア人男と独身の日本人女の婚姻も日本法が禁止しているがゆえに禁止されるから、配分的適用における双方要件の扱いは累積的適用と同じように見えるのである。ところが従来の多数説は、配分的適用にお

ける双方要件の扱いは結果においては累積的適用と同じであるが累積的適用そのものではない、という態度をとっていたし、また、配分的適用のメカニズムは一方要件と双方要件で異ならないとも述べていた。ただし、配分的適用のもとでは双方要件については両当事者の本国法が累積的に適用されるとする少数説もある（これらの説については前出第2章第3節2参照）。

それでは、累積的適用と配分的適用の違いはどこにあるのか。

(2) 累積的適用とは同一の法律問題に複数の法域の実質法を適用することをいうから、累積的適用では同一問題に複数の実質規定（A国の実質規定とB国の実質規定）が重ねて適用される。例えば、ひとりの妻を持つインドネシア人男と独身の日本人女の婚姻の場合に、「ひとりの妻を持つ男と別の女は婚姻し得るか。」という1個の問題を立てて、これに両国の実質規定（「ひとりの妻を持つ男と別の女は婚姻し得る。」と定めるインドネシアの実質規定と、「妻帯の男と別の女は婚姻することができない。」と定める日本の実質規定）を適用すれば、これは累積的適用である。

それでは、配分的適用ではどうか。

(3) 配分的適用では、「この男は婚姻し得るか。」という問題は男の本国法に送致され、「この女は婚姻し得るか。」という問題は女の本国法に送致され、その結果、裁判官は、男に対して婚姻を許容・禁止する実質規定を男の本国法から取り出し、女に対して婚姻を許容・禁止する実

30) なお、「離婚[という問題]」（法例16条）、「相続[という問題]」（法例26条）などの概念が国際私法上の概念であると同様に、「男が婚姻し得るかという問題」、「女が婚姻し得るかという問題」は国際私法上の概念である。そして、本文の1で述べたように、このふたつの法律問題に対応して「男に対してのみ婚姻を禁止する実質規定」、「女に対してのみ婚姻を禁止する実質規定」、「男に対しても女に対しても婚姻を禁止する実質規定」という3つの概念を考えることができるから、この3

つの概念も国際私法上の概念である（この点では男の一方要件・女の一方要件・双方要件は国際私法上の区別である）。従って、この3つの概念の意味を明らかにする作業は国際私法の解釈作業である。しかし、それは、「男の婚姻適齢を定める諸国の実質規定は男に対してのみ婚姻を許容・禁止する実質規定である。」といった形で（＝個々の要件ごとにすべての法域の実質規定を通じる形で）行うべきではないであろう。

31) 前出注5参照。

質規定を女の本國法から取り出し、両者を（結合して）適用する。そして、この点は、一方要件であろうと双方要件であろうと何ら変わらない。例えば、一夫多妻婚を許容するインドネシア法の趣旨が「ひとりの妻を持つ男は別の女と婚姻し得る。女はひとりの妻を持つ男と婚姻し得る。」であると仮定する。また、重婚を禁止している日本法（民法732条）の趣旨は「妻帯の男は別の女と婚姻し得ない。女は妻帯の男と婚姻し得ない。」である（前出1参照）。この場合には、ひとりの妻を持つインドネシア人男と独身の日本人女の婚姻については、まず、「ひとりの妻を持つ男は別の女と婚姻し得るか。」という問題が男の本國法たるインドネシア法に送致され、その結果、裁判官はインドネシア法から「ひとりの妻を持つ男は別の女と婚姻し得る。」という規定を取り出す。次に、「女はひとりの妻を持つ男と婚姻し得るか。」という問題が女の本國法たる日本法に送致され、その結果、裁判官は日本法から「女は妻帯の男と婚姻し得ない。」という規定を取り出す。そして、裁判官はこのふたつの規定を結合して適用する。これに対して、累積的適用では、(2)で述べたように、「ひとりの妻を持つ男と別の女は婚姻し得るか。」という1個の問題に両国の実質規定が重ねて適用されるのである。男女が婚姻し得ないという結論は同じであるがその結論に至る理由付けは異なる³²⁾。

以上に述べたことは両当事者の間の関係が双方要件になる場合でも違いはない。例えば、叔父と姪の婚姻の場合に、叔父の本國法が叔父と

姪の婚姻を許容し、その趣旨が「男は姪と婚姻し得る。女は叔父と婚姻し得る。」であり、姪の本國法が叔父と姪の婚姻を禁止し、その趣旨が「男は姪と婚姻し得ない。女は叔父と婚姻し得ない。」であると仮定する。このときには、男の本國法の「男は姪と婚姻し得る。」という規定と、女の本國法の「女は叔父と婚姻し得ない。」という規定が結合して適用されるから、累積的適用ではない³³⁾。

(4) 配分的適用における双方要件の取り扱いと累積的適用の違いは上に述べた通りである。しかし、上に述べたように、Aの本國法がある事実（一方当事者の属性であれ、両当事者間の関係であれ）をもって両当事者に対する婚姻禁止事由としている（＝双方障害としている）場合には、その事実が存在すれば（＝その属性がAまたはBに存在する、あるいは、その関係がAB間に存在する）、配分的適用の下ではABは婚姻することができない。これはまさに累積的適用と同じである³⁴⁾。従来の学説が、配分的適用の下における双方要件の扱いは結論において累積的適用と同じである、と述べているのはこの意味であろう。

おわりに

配分的適用に関しては多数の論点がある。しかし、それらの論点をめぐって学説の説くところは混迷に陥っているといっても過言ではなであろう。学説の混迷の原因は、配分的適用の本質に関しては、「ある者の属性はその者の本國法による。」という考え方と、「ある者が婚姻

32) Staudinger/C. v. Bar/Mankowski, Art 13 EGBGB, Rn49 [1996] は、「[配分的適用においては累積的適用におけると異なり][複数の]同じ問題に für dieselben Fragen ふたつの法秩序が適用されるわけではない。むしろ、一個の法律効果のための複数の mehrere 要件が複数の verschiedenen 法秩序を基準として判断されなければならない。例えば、男の婚姻適齢はその本國法を基準として判断され、女の婚姻適齢はその本國法を基準として判断される。[複数の]連結対象 Anknüpfungsgegenstände (一方当事者に対する [複数の] 婚姻障害 Ehehindernisse

für einen der Partner) はその限度で互いに分離されている voneinander getrennt.」という。この引用文の趣旨は必ずしも明らかではないが、配分的適用においては累積的適用におけると異なり同一問題に複数の法秩序が適用されるのではない、と述べている点では本文に掲げた説明と同旨であろう。

33) 配分的適用と累積的適用を比較してこれまでに本文で述べたことと横山の与える説明は同旨と思われる。

34) 横山 [1989] 16 - 17頁参照。

し得るかはその者の本国法による。」という考え方があり、ドイツでも日本でも早い時期に後の考え方が通説たる地位を占めるに至った(Raape [1931], 久保 [1955], 折茂 [1972])にもかかわらず、前の考え方が今日に至るまで払拭されていないところにあるように思われる。本稿ではこの点を明らかにしようと試みた。

凡 例

引用文中の強調は引用者が付したものである。

参考文献

- 青木清「重婚」池原季雄・早田芳郎編「涉外判例百選(第2版)」112頁(有斐閣, 1986)
- 青木清「婚姻の成立要件」木棚照一・松岡博編「基本法コンメンタール・国際私法」86頁(日本評論社, 1994)
- 青木清「重婚」池原季雄・早田芳郎編「涉外判例百選(第3版)」118頁(有斐閣, 1995)
- 池原季雄・畑場準一・溜池良夫・早田芳郎・南敏文・横山潤「法例改正をめぐる諸問題と今後の課題(座談会)」ジュリスト943号16頁(1989)
- 石黒一憲「国際私法(新版)」(有斐閣, 1990)
- 石黒一憲「国際私法」(新世社, 1994)
- 江川英文「国際私法」(有斐閣, 初版1950, 改訂版1970)
- 江川英文「国際私法(改訂版)」(弘文堂, 1972)
- 海老沢美広「涉外婚姻の実質的成立要件—その一方要件双方要件に関する覚書」戸籍時報533号2頁(2001)
- 岡野祐子「婚姻の実質的成立要件」澤木敬郎・畑場準一編「国際私法の争点(新版)」159頁(有斐閣, 1996)
- 奥脇直也・横山潤「国際関係法—連携する国際法と国内法—」(放送大学教育振興会, 1994)
- 折茂豊「国際私法(各論)」(有斐閣, 初版1959, 新版1972)
- 笠原俊宏「国際家族法要説(補訂版)」(高文堂出版社, 2000)
- 梶村太市「戸籍事務担当者のための家族法読本(25), 第25話, 国際結婚の成立と効力」戸籍663号1頁(1997)
- 木棚照一・松岡博・渡辺愷之「国際私法概論」(有斐閣, 初版1985, 新版1991, 新版補訂1997, 第3版1998, 第3版補訂版2001)
- 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)
- 久保岩太郎「国際私法」(富士出版, 1949)
- 久保岩太郎「国際私法概論(改訂版)」(巖松堂書店, 1953)
- 久保岩太郎「国際私法例説」(有斐閣, 1954)
- 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(有斐閣, 1955)
- 久保岩太郎「国際私法」(有信堂, 1972)
- 櫻田嘉章「婚姻成立の要件」島津一郎編「判例コンメンタール7(民法V)(増補版)」649頁(三省堂, 1983)
- 櫻田嘉章「国際私法」(有斐閣, 初版1994, 第2版1998, 第3版2000)
- 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」(成文堂, 2000)
- 實方正雄「国際私法概論」(有斐閣, 初版1942, 改訂版1950)
- 佐野寛「涉外婚姻の成立要件の準拠法」判例タイムズ747号(野田愛子・人見康子責任編集「家庭裁判所制度40周年記念, 夫婦・親子215題」)429頁(1991)
- 澤木敬郎「国際私法入門」(有斐閣, 初版1972, 新版1984, 第3版1990)
- 澤木敬郎・道垣内正人「国際私法入門」(有斐閣, 第4版1996, 第4版補訂版1998, 第4版再訂版2000)
- 住田裕子「涉外婚姻の成立の準拠法」岡垣學・野田愛子編「講座・実務家事審判法5(涉外事件関係)」113頁(日本評論社, 1990)
- 溜池良夫「婚姻の実質的成立要件の準拠法」阿部浩二他編「(中川善之助先生追悼)現代家族法大系2(婚姻・離婚)」98頁(有斐閣, 1980)
- 溜池良夫「婚姻の実質的成立要件の準拠法」国際家族法研究57頁(有斐閣, 1985)
- 溜池良夫「国際私法講義」(有斐閣, 初版1993, 第2版1999)
- 出口耕自「基本論点国際私法」(法学書院, 初版1996, 第2版2001)
- 道垣内正人「婚姻—配分的適用における送致範囲—」法学教室225号95頁(1999)
- 道垣内正人「ポイント国際私法(各論)」(有斐閣, 2000)
- 鳥居淳子「一方要件」, 「双方要件」国際法学会編「国際法辞典」28頁, 419頁(鹿島出版会, 1975)
- 西賢「配分的結合的適用の問題」澤木敬郎編「国際私法の争点」70頁(有斐閣, 1980)
- 西賢「配分的結合的適用の問題」澤木敬郎・畑場準一編「国際私法の争点(新版)」61頁(有斐閣, 1996)
- 早川眞一郎「一方要件・双方要件」国際法学会編「国際関係法辞典」32頁(三省堂, 1995)
- 林脇トシ子「婚姻の成立」山田鎌一・澤木敬郎編「国際私法演習」96頁(有斐閣, 1973)
- 林脇トシ子「涉外婚姻の準拠法—とくに実質的成立要件をめぐる批判的考察—」有地亨他編

- 「(高梨公之教授還暦祝賀論文集) 婚姻法の研究(下) 現代婚姻法の課題」158頁(有斐閣, 1976)
- 早田芳郎「演習」法学教室35号114頁(1983)
- 早田芳郎「婚姻の実質的成立要件I」山田鎌一・早田芳郎編「演習国際私法」201頁(有斐閣, 1987)
- 早田芳郎「婚姻の実質的成立要件」山田鎌一・早田芳郎編「演習国際私法(新版)」179頁(有斐閣, 1992)
- 松岡博「連結政策」国際法学会編「国際関係法辞典」799頁(三省堂, 1995)
- 三浦正人編「国際私法(2訂)」(青林書院, 1990)
- 山田三良「国際私法(第3分冊)」(有斐閣, 1934)
- 山田鎌一「婚姻」山田鎌一・澤木敬郎編「国際私法講義」164頁(青林書院新社, 1970)
- 山田鎌一「配分的適用」国際法学会編「国際法辞典」545頁(鹿島出版会, 1975)
- 山田鎌一「国際私法」(筑摩書房, 1982)
- 山田鎌一「国際私法」(有斐閣, 1992)
- 横山潤「婚姻・親子に関する近時の国際私法立法の動向とその問題点(22)」戸籍548号5頁(1989)
- 横山潤「国際家族法の研究」(有斐閣, 1997)
- Frankenstein, Ernst, Internationales Privatrecht (Grenzrecht), Band 3 (Berlin, 1934)
- Habicht, Hermann, Internationales Privatrecht nach dem Einführungsgesetze zum Bürgerlichen Gesetzbuche (Berlin, 1907)
- Kahn, Franz, Abhandlungen zum internationalen Privatrecht II (München, Leipzig, 1928)
- Kegel, Gerhard, Internationales Privatrecht, 4. Aufl. 1977; 5. Aufl. 1985; 6. Aufl. 1987; 7. Aufl. 1995 (München)
- Kegel, Gerhard/Schurig, Klaus, Internationales Privatrecht, 8. Aufl. (München, 2000)
- Kropholler, Jan, Internationales Privatrecht, 4. Aufl. (Tübingen, 2001)
- Lewald, Hans, Das Deutsche Internationale Privatrecht (Leipzig, 1931)
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Art. 13 EGBGB; Münch Komm/Michael Schwimann (1983); MünchKomm/Michael Schwimann (1990); MünchKomm/Michael Coester (1998) (München)
- Neuhaus, Paul Heinrich, Die Grundbegriffe des Internationalen Privatrechts, 2. Aufl. (Tübingen, 1976)
- Nußbaum, Arthur, Deutsches Internationales Privatrecht (Tübingen, 1932)
- Raape, Leo, Internationales Privatrecht, 5. Aufl. (Berlin, 1961)
- Rabel, Ernst, The Conflict of Laws—A Comparative Study, Volume 1, 2d ed. (Ann Arbor, 1958)
- Savigny, Friedrich Carl von, System des heutigen Römischen Rechts, 8. Band (Berlin, 1849)
- Soergel, Bürgerliches Gesetzbuch, Art. 13 EGBGB; Soergel/Gerhard Kegel (1983); Soergel/Klaus Schurig (1996) (Stuttgart)
- Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Art. 13 EGBGB; Staudinger/Leo Raape (1931); Staudinger/Franz Gamillscheg (1973); Staudinger/Christian von Bar (1992); Staudinger/Christian von Bar/Peter Mankowski (1996)
- Wolff, Martin, Internationales Privatrecht, 1. Aufl. (Berlin, 1933)
- Wolff, Martin, Das Internationale Privatrecht Deutschlands, 3. Aufl. (Berlin, 1954)

(横浜国立大学経済学部教授)