

《国際家族法研究会報告 (第12回)》

イスラム教徒との婚姻

佐々木 彩

一 はじめに

イスラム法が自国の法に反映されている国の国籍を有するイスラム教徒と日本人とが婚姻する場合、様々な問題が想定され得る。例えば、我が国際私法上の婚姻の実質的成立要件について規定している「法の適用に関する通則法（以下、通則法とする）」第二四条第一項の適用によって当事者双方の本国法が指定された場合、通則法第四一条本文が定める反致の原則の適用がなければ、イスラム圏諸国の多くが認めている一夫多妻婚に関する問題が生じ得る（一夫多妻婚を禁止するイスラム圏の国として、チュニジアとトルコが挙げられる。一九五六年のチュニジア身分関係法は、クルアーンの再解釈により、一夫多妻婚の禁止はシャリーアに反するものではないとしており、また、トルコ民法典は、スイス民法を継受したことにより、原則として一夫多妻婚を禁止している（真田芳憲『松村明『イスラム身分関係法』（中央大学出版部、二〇〇〇年）二七三頁）。また、離婚の準拠法について定めている通則法第二七条の適用により、夫婦の同一常居所地法、（同一常居所地法がなければ）最密接関連地法として、イスラム圏の国の法が準

拠法として指定され、当該外国法を適用した結果、夫からの専制離婚を可能とするタラーク離婚が認められた場合、当該外国法の適用の有無を巡って国際私法上の公序の問題が生じ得る。その他にも、イスラム法と実定法とが密接に結びついている国の法が準拠法として指定された場合には、様々な問題が考えられる。本報告は、イスラム教徒と日本人との婚姻を巡る問題を考えるにあたり、イスラム教徒であるエジプト人と日本人との間で婚姻の締結がなされた後、エジプト法がイスラム教徒に異教徒間の婚姻を認めていないという理由で婚姻の無効確認が問題となった、左記判決を素材とし、婚姻の実質的成立要件の解釈、及び公序則の発動基準の視点から検討を試みるものである。

二 東京地裁平成三年三月二十九日判決（家月四五巻三号六七頁、判時一四二四号八四頁）

【事実】 仏教徒の日本人妻X（原告）とイスラム教徒のエジプト人夫Y（被告）は、昭和五九年五月、日本において婚姻の届出をし、同年八月下旬頃から同居生活を始めた。Yは、同年一月下旬頃から会社で働くようになったが、勤務態度が悪く、昭和六〇年三月下旬には解雇された。同年四月下旬以降、Yは定職に就こうとせず、さらに、同年六月の夜半、夫婦間の口論がきっかけでXに激しく暴力を加えたため、夫婦は別居するに至った。Yは、昭和六一年八月、エジプトに帰国したが、昭和六三年五月に来日し、Xに復縁を迫った。

しかし、Xがこれを拒絶したため、同年六月、Yは日本から出国した。Xは、Yを相手取り、主位的に、エジプト法が異教徒間の婚姻を禁止し、これに反する婚姻を無効としているところ、異教徒間の婚姻の禁止は双面的婚姻障害であると解されるので、XとYとの婚姻が無効であることの確認を求め、予備的に、XとYとの離婚を求める訴えを提起した。

【判旨】 主位的請求である婚姻無効の確認については、「婚姻の実質的成立要件の準拠法は、……、各当事者の本国法となるが、イスラム教徒である被告に適用されるエジプトの法令によると……、イスラム教徒である被告と仏教徒である原告との婚姻は、異教徒間の婚姻として禁止され、右婚姻は無効とされているものと解される。しかしながら、単に異教徒間の婚姻であるというだけの理由で、日本人である原告とエジプト人である被告の婚姻を無効とすることは、信教の自由、法の下での平等などを定め、保障する我が国の法体系のもとにおいては、公序良俗に反するものと解さざるを得ない」として、平成元年改正前法例第三〇条（通則法第四二条と同旨）が定める公序により、イスラム教徒に適用されるエジプト法の適用を排除するのが相当であるとし、その他、本件婚姻が無効となるべき事情は認められないので、原告の主意的請求には理由がないとした。なお、予備的請求である離婚を求める訴えについては、「……原告の予備的請求は理由がある。」と判示されている。

三 検討

（1）婚姻の実質的成立要件の解釈

（イ）従来の解釈の整理

我が国際私法上、婚姻の実質的成立要件については、通則法第二四条第一項が、「婚姻の成立は、各当事者につき、その本国法による。」と定めている。同条同項において配分的連結が採られた理由のひとつとして、以下のことが掲げられる。すなわち、婚姻の締結においては、当事者双方は対等な地位にあるべきであり、当事者双方の本国法は平等に考慮される必要があるから、その場合、累積的連結によると、配分的連結に比して婚姻が成立しにくくなるため、累積的連結よりも配分的連結の方が妥当である、というのがそれである（溜池良夫『国際私法講義（第三版）』（有斐閣、二〇〇五年）四一九頁）。同条第二項及び第三項が、婚姻の形式的成立要件（以下、婚姻の方式ともいう）について定めていることから、第二四条第一項は、実質的成立要件について規定しており、婚姻の方式を含まないと解されている。同条同項を文意通り解釈すれば、妻となるべき者及び夫となるべき者が、それぞれ自国の法の要件を満たせば婚姻の実質的成立要件は整うこととなる。ここでいう婚姻の実質的成立要件とは、有効な婚姻が成立するために必要とされる積極的、若しくは消極的要件を意味しており、その積極的要件の不存在、あるいは消極的要件の存在が「婚姻障碍」であるとされている（山田

録一『国際私法(第三版)』(有斐閣、二〇〇四年)四〇五頁)。

通説上、前出の婚姻障碍には、一面的婚姻障碍(以下、一方的要件ともいう)のもとが双面的婚姻障碍(以下、双方的要件の場合)、当事者自身の本国法の要件を満たせばよいのに対し、双方的要件の場合は、当事者相互がそれぞれの要件を満たす必要があると、一般に解されている。なお、双面的婚姻障碍に関する要件については、当事者双方の本国法の要件を満たさなければならないこととなり、結果として累積的連結を認めた場合と同じことになるが、そのような結果を招いても、同条同項における配分的連結の本旨に反するものではないといわれている(山田・前掲書四〇五頁)。

なすが一方的要件で、なすが双方的要件に含まれるかについて、一方的要件には、婚姻能力、父母・後見人等の同意、婚姻意思等が該当するとされ、双方的要件には、近親婚・重婚の禁止等が該当するとされている(『基本法コンメンタール』(以下、基本コンメとする)(日本評論社、一九九四年)八八頁(青木清))。人種・宗教に基づく理由により禁止されている男女関係にあることも双方的要件と解されているため(山田・前掲書四〇五頁)、そのように解すれば、本件における異教徒間の婚姻の禁止も、双方的要件として判断されることになる。また、一方的要件と双方的要件との判別について、国際私法レベルで行うのか、準拠実質法レベルで行うのかにつ

いても見解が分かれている。前者によれば、準拠実質法を用する前の段階で、各要件を一方的要件か双方的要件かに分類して決定されるのに対し(溜池・前掲書四二二頁)、後者によれば、準拠実質法を適用する際に、その解釈によって、一方的要件か双方的要件かが決定されることになる(木柵照一・松岡博・渡辺惺之『国際私法概論(第五版)』(有斐閣、二〇〇七年)二〇三頁、笠原俊宏『国際家族法新論(補訂版)』(文真堂、二〇一〇年)一六九頁、基本コンメ八八頁(青木))。

国際私法レベルで解決するとしても、準拠実質法の法目的や解釈を考慮しないわけにはいかないと指摘されているように(基本コンメ八八頁(青木))、一方的要件か双方的要件かを判別するに当たり、準拠実質法上の解釈の必要性を否定することはできない(なお、一方的要件と双方的要件との区別を国際私法上のものと解した上で、通則法第二四条第一項は、すべて累積的連結について定めているとする見解もある。すなわち、同条同項が婚姻の実質的成立要件というひとつの単位法律関係について、それぞれの本国法を適用すると定めている以上、その要件を一方的・双方的と区分するのは、同条同項の条文の解釈からいって無理があり、結局、通則法第二四条第一項は、累積的連結を定めていると解すべき(道垣内正人『ポイント国際私法各論』(有斐閣、二〇〇〇年)六九頁)とされている)。

(ロ) 若干の検討

前述の婚姻の実質的成立要件について配分的連結が採られ

た趣旨を考慮すれば、本件における異教徒間の婚姻の禁止について、双方的要件とすることが妥当かどうかは疑問であるし、そもそも、一方的要件と双方的要件との内容を明確に区別することは難しい。蓋し、婚姻適齢のように、一方的要件であっても、それは相手方についても考慮すべき要件と見ることもできるため（笠原・前掲書一六九頁）、一方的要件と双方的要件との区別自体が、明確なものとはいえないからである。例えば、「未婚の日本人は、インドネシア人とたとえその婚姻がインドネシア人にとっては第二の婚姻になるものであっても（重婚を禁止する規定がインドネシアにない限り）婚姻できるという解釈を容れる余地がある」（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」戸時五三三号五頁）とする見解や、「重婚の有無について、それを問題としない国の国民と婚姻しようとする者の本國法上の一夫一婦制を相手方にも押しつけるべきではな」として、双面的婚姻障碍という構成は「婚姻の成立について慎重な立場からの過度な干渉であり、配分的連結という準拠法に関する各当事者の相互の独立性を侵す発想であり、又、準拠実質法の概念を不当に抵触法にまで拡大していると評すべき」と主張する見解も見られる（笠原・前掲書一七〇頁）。それらの見解に立てば、例えば、一夫多妻婚を認める国に属する者と日本人とが我が国で婚姻する場合、通則法第二四条第一項の文言通り、各自それぞれの本國法の要件を、それぞれが満た

していれば婚姻は成立することとなる。その場合、日本人の本國法として日本法が準拠法として指定され、実質的成立要件のひとつとして、我が国の民法第七三二条の要件が満たされなければならない。同条は、「配偶者のある者は、重ねて婚姻をすることができない。」と規定しており、国際私法の通説的解釈によれば、それは、「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されている（根本洋一「婚姻の実質的成立要件の準拠法」エコノミア五二卷二号五二頁以下）。ここで、同条を条文の文言通り適用すれば、配偶者を有していない日本人であれば、一夫多妻婚を認める国の者であっても、婚姻することができると解すことができよう。また、同条について前述の通説的解釈に寄ったとしても、配分的適用によってそれぞれの本國法を適用し、その結果、我が国の法秩序に反するとして公序則の発動により一夫多妻を認める国の法を排除すれば、重婚の禁止を双方的婚姻障碍として扱う場合と結論は同じであっても、一方的要件として準拠法を適用することができる。

かくして、本判決における婚姻の実質的成立要件を解釈するならば、Xの本國法が異教徒間の婚姻の禁止を定めていることは、前述の一夫多妻婚の例と同様、Xのみにかわる一方的要件として扱い、その結果、婚姻が無効になると解釈すべきと考える。本判決の内容からは明らかでないが、Xの訴え通りに異教徒間の婚姻の禁止を双面的婚姻障碍として扱

い、Yの本国法であるエジプト法の要件をXにも適用させ婚姻を無効へ導くことは、妥当といえない。

(2) 国際私法上の公序則発動基準についての検討

異教徒間の婚姻の禁止は、我が国際私法上の公序に反するものとして、その適用を排除し、婚姻の成立を認めるべきといわれており(溜池良夫『国際家族法研究』(以下、研究とする)(有斐閣、一九八五年) 八〇頁)、公序の問題として考えるのが我が国の多数説である(出口耕自・ジュリ一〇五七号一二〇頁以下、山田・前掲書四〇五頁)。本判決においても、そのような見解に立ち、公序条項の適用によってエジプト法の適用を排除し、婚姻の成立について認めていると思われる。その点について、公序によって外国法の適用を排除して婚姻の成立を認めても、その婚姻は本国において承認されないのだから意味がないとして、婚姻の成立を認めることについて消極的な見解もあることが指摘されているが、それについては、少なくとも我が国で問題となった場合には有効なものとして扱われる以上、全く無意味とはいえないといわれているように(溜池・研究八〇頁)、法廷地が我が国であり、我が国で問題となつて以上、本国で問題となつた場合のことまでは、ここで考慮すべき問題ではない。

本判決は、異教徒間の禁止を公序に反すると判示した最初のものであるとされ、前掲の多数説に倣つた判断を下しているが、本判決の理論構成については否定的な見解が見られ

る。すなわち、本判決が「信教の自由、法の下の平等などを定め、保障する我が国の法体系のもとにおいては、公序良俗に反する」とした判断について、準拠外国法が内国憲法の制約を直接受けると解しているように見えることが指摘されている(出口・前掲一二二頁)。準拠外国法が内国憲法の制約を受けるかどうかの問題は、ドイツのスペイン人事件(Raufer v. Portugal)を契機に議論を呼んだ問題であるが、我が国において、内国の憲法に反する準拠外国法は、直ちに無効とされて、その適用が国際私法上の公序則の発動により排除されるのではなく、その準拠外国法の規定の適用の結果が我が国の「私法的社会生活の秩序」を害する場合に、準拠外国法の適用は排除されるとするのが通説的見解である(溜池・前掲書二一六頁以下)。その見解に立てば、本判決が下した判断は、前出の指摘にあるように、エジプト法の規定を適用した結果が我が国の公序に反するのではなく、異教徒間の婚姻を認めないエジプト法の内容が我が国の憲法に反するという理由で直ちに公序則を発動したように見て取れる。

以上のことから、本判決は、エジプト人Yの本国法を適用した結果、準拠実質法であるエジプト法が異教徒間の婚姻を禁止しているため、それを認めることは我が国の法秩序に反するとして、国際私法上の公序則の発動によりエジプト法の適用を排除し、XYの婚姻の成立を認めるべきであったと考える。

四 おわりに

本件のような異教徒間の婚姻の禁止を巡る問題が生じた場合、我が国における日本人と外国人との婚姻であれば、婚姻の方式（形式的成立要件）は通則法第二四条第三項但書によって我が国の方式によることとなる。我が国の方式とは、戸籍法の定める所に従い、市区町村長に婚姻を届け出ることである（民法第七三九条第一項、戸籍法第七四条）。形式的成立要件については、婚姻届書に記載事項がすべて書かれているかを確認すればよい。そのため、その審査は比較的容易に行われるが、婚姻の実質的成立要件の審査に当たっては、本件のような問題が生じ得る。本件では、公序則の発動によつてXYの婚姻の無効の主張は退けられたが、そもそも、我が国で婚姻を締結したのは、当初は婚姻を有効なものとするためであることが想定でき、ここに跛行婚が生じているという見方ができる。従つて、本件においては当然に、婚姻の無効の主張は認められるべきではなかったといえる。跛行婚の発生は、一夫多妻婚を認める国に属する者と日本人とが婚姻する場合も考えられる。すなわち、我が国において婚姻の成立が難しいと考えた場合、一夫多妻婚を認める国で婚姻し、その国の抵触規定が定める婚姻の形式的・実質的成立要件を満たせば、有効な婚姻を成立させることができることとなる。そのような、自国では認められなくても相手国では認められる、という跛行婚の発生を避けるための手段のひとつとしては、各国の国際

私法の規定を統一するしかないといわれているが（山田・前掲書四一七頁）、少なくとも、前掲の一夫多妻婚の問題に限れば、通則法第二四条第一条が定める配分的連結を文言通り適用し、準拠実質法である民法の解釈も文言通り行えば、それぞれの本国法の要件が認められれば婚姻が成立することとなるため、一夫多妻に関する跛行婚の問題は解決できる。

なお、婚姻当時はイスラム教徒であったものの、その後、他の宗教に改宗するケースも考えられるが、そのような場合は、婚姻成立後の問題であるため、婚姻無効事由が争われることはない。また、一夫多妻のケースで、日本人女性が、自身のイスラム教徒の男性と婚姻した後、その男性の本国法が一夫多妻を認めていることにより、本国で第二、第三の妻を娶る場合も考えられる（クルアーンでは四人の妻まで娶ることが許されていると解釈されている）。そのような場合、一夫多妻婚を認める国の者であっても、婚姻当初は一夫一婦なのであるから、婚姻は有効に成立していたことになる。従つて、婚姻後、重婚を理由に、我が国で婚姻の取消を主張することは、無論認められず、婚姻解消（離婚）の問題として対処するしかないであろう。その場合、日本に居住していれば、通則法第二七条但書が規定する日本人条項の適用により、日本法が準拠法として指定され、民法第七七〇条第五号の要件に該当すると認められれば、離婚が成立することになる。

（東洋大学法学部非常勤講師）