

国際的協議離婚についての覚書

——比較国際私法的視点から見た改正法例一六条と

日本の協議離婚制度の国際的拡張についての若干の疑問——

齋

藤

彰

序 説

第一章 各国の国際離婚法制について

第一節 序 論

第二節 日本の協議離婚制度の比較法的特殊性について

第三節 各国の国際離婚法制——比較国際私法の視点から

第二章 比較法的視点からの概括的考察

第一節 序 論

第二節 裁判管轄と法選択の関連性について

第三節 法選択における一方主義と双方主義の相対化

第四節 外国離婚判決の承認・執行について

第五節 外国離婚承認のための判決の必要性について

第三章 法例と協議離婚

第一節 現状の批判的検討

第二節 法例改正と協議離婚

第三節 協議離婚と管轄判断の無関係性

第四節 婚姻に対する国家の関与と跛行婚

第五節 小 括

結論にかえて

序 説

一 本稿は、国際的な要素を伴った離婚の問題について、日本の現在の法制度的対応の問題点を、特に比較法的に見て特殊な制度であると指摘されている協議離婚をも視野に入れた上で、批判的に考察することを目的とする。平成元年の法例改正において、男女平等を確保するためにその切り札ともいべきものとして導入された三段階の段階的連結（共通本国法、通常居所地法、最密接関係地法）^①は、それ自体抽象的に眺めれば、男女に中立で均衡のとれた美しいものと評することができる。ことに、それ以前に法例が婚姻の効力・夫婦財産制・離婚のそれぞれの準拠法決定のための連結点として「夫の本国」^②を用いていたことを考えればその感は一層深いといわざるを得ない。しかし、具体的に、日本民法及び戸籍実務をバックグラウンドとしてそれが実際に果たしている、あるいは果たしうる機能について冷徹に眺めるとき、評価は自ずと異なってくるように思われる。本稿は、こうした問題について、特に比較法的な視点を重視しつつ、具体的な考察を進めて行く。

こうした目的で取り扱われる以上、本稿が参照する比較法的な資料は、本稿の問題意識により切り取られたものであり、必ずしも当該外国の状況の全体像を客観的な視点から正確に伝える目的には適さないのである。こういふことはいふまでもない。また、わが国における議論についても、こうした問題意識を先鋭化することにより批判を加えていくが、そのことが批判の対象となった議論の価値を全面否定することに決してつながるわけではない。問題意識の先走りによる論証の不十分さについては、諸先輩のご叱正を賜ることにより、将来の発展を期したい。

第一章 各国の国際離婚法制について

第一節 序 論

一 この問題については、最近においても立法を含めた各国の対応の変化は激しい。総ての情報を網羅的に収集するには時間的・資源的に大きな制約があるといわざるを得ない。ここでは、この問題について、とくに比較国際私法の立場から、幅広い資料と総合的な視点から構造的な分析を行って点で興味深い文献である François Boulanger, *Droit civil de la famille, tome II (Economica, 1994)* を全体にわたる主たる参考資料として大いに活用させていただいていることを明記しておく。⁽⁴⁾ もちろん、情報の正確性については、筆者が、他の信頼すべき資料により確認を行っている。したがって、いうまでもないことであるが、本稿中の筆者の主張についてはもとより、事実に関する記述における過ちもすべて筆者の責任である。

第二節 日本の協議離婚制度の比較法的特殊性について

一 わが国における離婚について、全体の九〇パーセントを超えるものが、協議離婚という形式で行われている。⁽⁵⁾ 協議離婚とは、当事者の合意による離婚届のみを形式として戸籍窓口でなされるものであり、形式的な要件さえ満たされていれば、窓口はそれを受理する。⁽⁶⁾ しかも、その効力は離婚届が窓口で受領されたことで効力を生じることとなる。⁽⁷⁾ 日本に戸籍がない者が協議離婚をしても、それが戸籍に反映されないという点でそのメリットとしては不十分である⁽⁸⁾と考えられる。一方の配偶者が日本に戸籍を有する場合、つまり一方が日本人である国際結婚のカップルが離婚する

場合に、協議離婚がどの程度の割合でなされているのかについてデータはない。しかし、状況から考えて、かなりの割合のものが協議離婚によって離婚していると考えるのが自然であろう。⁽⁹⁾

ところで、協議離婚は比較法的にはどのように位置づけられるべき制度なのであるか？ 相互の合意にのみ基づく私的行為としての協議離婚は、もともとは極東の文化に特有のものとなされ、日本、タイに典型的に見られるとされる。⁽¹⁰⁾ 中華人民共和国⁽¹¹⁾と大韓民国⁽¹²⁾では、現在ではこうした状況に若干の修正が加えられている。中華人民共和国では官吏による当事者の離婚とそれに伴う取極めについての意思の確認が行われ、それがない場合には人民法院に事件は移送される。大韓民国では、一九七七年二月二二日の法律により、家庭法院が、当事者の意思を確認し強迫などの場合には合意を無効とすることができる。⁽¹³⁾

二 しかし、有責主義から破綻主義へとヨーロッパ離婚法の流れを大きく描くことが可能であり、それに最近では一部の国について「合意による離婚」⁽¹⁴⁾という類型が加わりつつあることが認められるにしても、日本における協議離婚は、そこにおける公的な機関の関与の弱さという点から、あるいは特に離婚の合意及びその内容についての国家によるコントロールの甘さという点から、なお比較法的に際だつた世界に類をみない安易な離婚制度であると解することは可能であるように思われる。⁽¹⁵⁾

つまり、日本の離婚制度を論じるときに、まず念頭におくべきは日本社会の現実において極めて大きな比重をしめる協議離婚の問題であり、それを捨象して、裁判離婚やあるいはそれから多少外延を広げるかたちで調停による離婚を加えたところで、量的把握からはわれわれは十分の程度のものについてしか論じていないことになるわけである。⁽¹⁶⁾ また、質的な面からみても、協議離婚が日本社会において定着している離婚観を形成する上で非常に大きな役割

を果たしていると考えるのは筆者だけではないであろう。

第三節 各国の国際離婚法制——比較国際私法の視点から

一 国際離婚をめぐる全体的な問題を比較国際私法的な視野から総合的に分析することは筆者の能力を超えている。ここでは、いくつかの国を取り上げ、特にそれぞれの法の機能的・構造的な把握に努める。そうした個別的検討から、可能な限りで一般的考察を導き出すことにしたい。もちろん、この部分での考察は、あくまで裁判離婚を基本とする西欧型の離婚制度を前提とした国際離婚の法制度的把握である。日本の離婚制度との理論的な接合は、第三章で行うことにしたい。

取り上げるべき国としては、離婚の準拠法の選択について民法典三一〇条によって一方主義的な方法論を採用したことにより注目を集め議論的となつているフランス、日本の法例改正に際して特に離婚の準拠法選択においても採用された「段階的連結」の方法の母法国ともいふべきドイツ、そして長く*Domicile*という基準を用いた管轄と準拠法の一元的な処理を行つてきたと理解されているイングランドを中心とした*Common Law*諸国を取り上げることにする。筆者の一つの仮説をあらかじめ明白にしておくならば、国際離婚制度の扱いにおいて、準拠法選択に関し双方主義と一方主義の立場の対立が鮮明であり現在においてもそこに一方主義的な制度の優位がまだにある程度維持されているとすれば、⁽¹⁸⁾それはむしろ離婚制度の持つ特殊な性格に由来するものであり、⁽¹⁷⁾国際私法全体を貫く方法論にそれを直接反映させるような明確な傾向は読みとれないのではないかということである。あえて誤解を恐れずにいえば、理念的な対立より、制度的な構成が担う機能的役割とその現実的な妥当性を重んじる方法的多元論の視点からの柔軟な分

析が、この問題を理解する鍵になるように思われるのである。⁽¹⁹⁾

第一部 フランス法

一 法選択について

フランス国際私法における離婚の準拠法をめぐる法選択の方法についての研究として、溜池良夫「フランス国際私法における離婚の準拠法——判例の変遷——」同『国際家族法研究』所収（一九八五）一二三頁以下が、フランスにおける双方主義の一つの頂点をなし現在のわが法例一六条にも間接的に影響を及ぼしていることのできる Riviere 判決とそれに続く二判決にいたるまでの約七〇年にわたる判例の変遷を丹念に「フォロー」している。Riviere 判決そしてそれに続く Levandowski, Tarwid 両判決の時点の法状況としては、夫婦に共通本国がある場合はその法により、それがなく共通住所がある場合にはその法によることになり、そしてその何れもない場合には、法廷地法すなわちフランス法によることが破棄院により明らかにされたことになる。⁽²⁰⁾

ここでは、それ以後の、ある意味でショックキングであるともいえる民法三二〇条における一方主義の要素を強くもった離婚の準拠法選択について概観をすることとした。⁽²¹⁾

一九七五年の七月二一日に改正された民法三二〇条は次のように定める。

フランス民法三二〇条⁽²²⁾

離婚と別居は次の場合フランス法によって規律される。

——夫婦の双方がフランス国籍の場合

国際的協議離婚についての覚書

——夫婦が、各々、フランスの領域に住所を有する場合

——いかなる外国法も自らの〔立法〕管轄を認めないが、フランスの裁判所が離婚または別居の管轄を有する場合

この条文は、Batiffol et Lagarde によって、次のように厳しく批判されている。

「この条文は、何より、意図的な一方主義の性格により不意をつくものである。立法者は、かつて民法三条によつてもたらされたものとは異なり、双方化の不可能な規定を設けることによつて、フランス法の適用範囲を決定することにのみ専念している。属人法は、しかしながら、優れて双方的規定の分野であり、ついには、どのようにして婚姻や特に婚姻の効力における双方的規定と、連結の違ふ離婚における一方的規定とが共存できるのか不明である。」⁽²³⁾

それでは、伝統的な双方的抵触規定と民法典三一〇条のコンビネーションによるフランス国際私法適用の具体的な過程はどのようになるのであろうか？ 以下において、Mayer による分析を見ることにする。裁判官は最初に、夫婦の共通本国か共通の住所 (domicile) としてのフランスを探さなければならぬ。そのどちらかがあれば、三一〇条にしたがいフランスの法律を適用することになる。⁽²⁴⁾ もし、夫婦の双方がフランス人でなく共通の住所をフランスに有しない場合には、何れかの外国法がその離婚について適用を欲しているか否かを探求しなければならぬ。⁽²⁵⁾ つまりその外国の抵触規範が自国の法を準拠法として指定するか否かを検討するわけである。しかし、こうした作業は困難が伴う。まず、総ての適用を欲する可能性のある国の法律を先験的に決定しなければならないことになる。それらとし

ては、夫婦の一方の本国法、最後の共通本国法、最後の共通住所地法、婚姻挙行地法などが考えられる⁽²⁶⁾。続いて、それぞれの国の抵觸法が探求されるが、それらは制定法や判例法から明確に引き出されるものであることが必要であるとされる⁽²⁷⁾。最後に、それについての証拠が裁判官に示されその解釈の問題が解決されなければならない。(この点に関しては、外国法の証明をめぐる判例に変遷があり現在の状況は単純には説明できないと思われる⁽²⁸⁾。なお、外国の抵觸法が反致を認めて自国法を適用する場合について *Battifol et Lagarde* は当該外国法の適用を肯定するが *Mayer* は、反対する⁽³⁰⁾。)

その結果、一つの外国法のみが適用を欲する場合はそれを適用すればよいが、複数の国の法が適用を欲する場合はどうであろうか？ そのことについて民法典三一〇条は沈黙している。この場合、一方的抵觸規定を双方化しても対応はできない。何故なら、連結が二つ以上存在しており、しかも、三一〇条を双方化した共通本国も共通住所地も存在しないかも知れないからである。この場合、過去の判例法に回帰して、法廷地法としてフランス法を適用するしかないであろうと *Mayer* は指摘する⁽³¹⁾。

こうした一方的抵觸規定を採用した目的について、離婚についての新しいフランス法の恩恵をフランス人だけでなくフランスで生活する外国人にも享受させることにあつたと説明される⁽³²⁾。この規定の起草過程においては、*Lagarde* や *Francesakis* 達の双方主義の立場からの反論も強く、双方の規定の可能性も示唆されたようである⁽³³⁾。しかし、フランス人同士の夫婦の離婚の場合だけでなくフランスに滞在するすべての外国人夫婦の離婚の場合に、仮に彼らにフランス以外の共通本国があつたとしてもフランス法を適用すべきとする法目的を実現するための手段として、*Foster* は、強力にこの一方主義を擁護している。

「一方主義は恥じるべき方法ではない。それは、民法典の方法でもあり、外国の学説においても支持を回復し

てきている。中傷者たちが一方主義に負わせる困難の発生どころか、一方主義はおそらく抵触法において学問的に受け入れられる構成として唯一成り立つものであり、その考えが復興すれば、きっと将来の立法の原則となるに違いないであろう。⁽³⁴⁾

そして、とくに一方主義の欠点とされる欠缺の可能性については、*Reine* 判決がそれを補完する二判決を必要としたようにそれは双方主義にも見られるものであり、三一〇条の適用に関しては、欠缺の場合にはフランス法を適用することにより解決可能であるとする。⁽³⁵⁾ また、適用を欲する複数の外国法が現れる場合にも、そのひとつがフランス法である場合にはそれを適用すればよいとする。⁽³⁶⁾ この三一〇条において、*Reine* 判決における「外国人の共通本国法」という普遍的な連結政策は完全に捨て去られたわけである。一方主義の採用には、裁判官の外国法適用の負担を軽減するという考慮もあるが、そうであれば三項に見られる多くの外国の抵触法を探求することを求める姿勢と必ずしも一貫しない。*Mayer* がこうした連結政策をさして「国際主義的一方主義」と評する所以がここにある。⁽³⁷⁾ 他理由として、フランスに現在移住している人々が非常に安定してフランスに溶け込んでいるということがあげられる。しかも、三一〇条は夫婦の一方がフランス人でフランスに共通住所がない場合においても、従来の判例が法廷地法としてフランス法を適用していたにも関わらず、関係諸国の抵触規定を尊重することになる。また各国の抵触法が自国法主義に傾けば、フランス法適用の機会はそれだけ減少することにならざるを得ない。⁽³⁸⁾

二 フランスにおける離婚事件の管轄⁽³⁹⁾

破棄院は *Scheffel* 判決において、*Paino* 判決に従って、⁽⁴⁰⁾ 外国人同士の離婚について「原告である夫が、フランスに民法典が定義する住所 (*domicile*) を有し、しかもそれがフランスの管轄規則において必須の補充である民法一〇八

条の文言における妻の法的な住所 (domicile) でもあるならば」裁判をする権限を有すると判決した。夫の住所 (domicile) の裁判所は、国際的な秩序においても、事実上同様に離婚を審理できる管轄を有するとされた。これは、「単にフランス法により規律されるべき手続法たる管轄の問題」であるとされたのと同じことを意味する。⁽⁴¹⁾つまり、国際裁判管轄の規則は、フランス国内法から借用されることになったわけである。当然ながらこれは「国内規定が国際的な関係について適合することを確かめる」ことを破棄院に禁じるものではなくない。⁽⁴²⁾しかし、被告の住所 (domicile) に管轄を認める旧民法五九条と妻は当然に夫のところに住所 (domicile) を有するとみなす民法一〇八条は、極めて不満足なものであった。それは、原告である夫が、家庭崩壊の原因を作っておきながら、自ら問題を「国際的」にする事により、自分の法廷で訴訟することができることになり、「原告は被告の裁判籍に従う Actor sequitur forum rei」の法諺に反し、他方の配偶者を害することになる。この行き過ぎを防ぐため、被告たる配偶者が他方の配偶者とは独立に評価された住所 (domicile) をフランスに有するか、最後の共通の住所 (domicile) をフランスに有するときに国際裁判管轄を認めようという提案が、Francesakis によつてなされたが、当時の判例の受け入れるところとはならなかった。

民事訴訟法一〇七〇条の改正により、国内の管轄規定に段階が設けられた。まず最初に家族の共通の住所、それがない場合は未成年の子と共に暮らしている配偶者の住所、それもない場合は被告である配偶者の住所、である。この条項は「フランス司法の善良なる運営の配慮」に本質的に着想を得たものではあるが、かなりの数の学者により、この規定を国際的な場面に移す場合にはこれを段階的なものでなく選択的な管轄項目へと変更すべきであるとの提案がなされている。⁽⁴³⁾この提案によれば、子供の世話を見ている配偶者はフランス以外に住んでいるときでも、フランスの

裁判所に、フランスに住んでいるもう一方の配偶者を訴えることが可能になる。しかし、この国際的場面についての適応策は破棄院により拒絶された。一九八一年の判決において、破棄院は、別居して子供と母国で暮らしているスウェーデン人が、イギリス国籍で夫婦の最後の共通住所であるフランスに住んでいる他方の配偶者をフランスの裁判所に訴えた事例において、フランスの管轄権を否定した⁽⁴⁴⁾。この判決に対しては、反論がなされている。すなわち、とくに扶養に関しては、被告の住所 (domicile) においてなされた判決にしか実効性が十分に保証されないのではないかとという点である。被告の住所 (domicile) の管轄を否定することは、*exequatur* の手続きによらなければならないことを意味する。さらに、*actor sequitur* の規則しか知らないような外国の裁判所がその離婚を扱うことを拒絶する場合を想定すれば、原告には「裁判拒否 *demi de justice*」を援用する以外に残された道はないことになる。このような外国人間の訴訟についての無管轄原則が捨てられて以来忘れられていた微妙な管轄項目の復活を考えるぐらいなら、選択的な管轄とすることにより国際的場面への適応を行う方が良かったのではないかと *Ancel=Lequette* は指摘する⁽⁴⁵⁾。

しかし一方で、子供と暮らす配偶者の住所地の裁判所の管轄は、家族の重心というものを考慮するとき、強い説得力を有するといえよう。この議論は、フランスが一九八四年二月に、一九六一年の未成年者の保護に関するハーグ条約一五条の留保⁽⁴⁶⁾を撤回したことにより特に力づけられた。今後、この問題は管轄権と法選択、そして子供が締約国に常居所を有する場合には同条約二三条が予定する制度のもとで考えられることになろう。従って、国際的場面においては、離婚についての裁判官が、子の監護の問題をも審理する管轄権を有するのは、その裁判官が子の常居所又は国籍国の裁判官でもある場合に限定されることになる。こうした視点からは、新民訴法一〇七〇条の段階的な管轄規定が、今のところ、国際的場面でもハーグ条約との関係で整合的であると評することができよう。

第二部 ドイツ⁽⁴⁷⁾

一 法選択について

ドイツ民法施行法の離婚についての法選択規則は、わが法例一六条ほど単純なルールではない。ドイツ民法施行法の第一七条とそれにより準用される一四条は次のように規定する。

ドイツ民法施行法十七條 離婚

- (1) 離婚は、離婚訴訟の係属の開始の当時において婚姻の一般的効力について基準となる法に服する。婚姻が同法に従えば離婚されることができないときは、離婚を求めている配偶者がその時点においてドイツ人であるか、又は、婚姻締結の際にドイツ人であったとき、離婚はドイツ法に服する。
- (2) 婚姻は内国においては裁判所を通じてのみ離婚されることができる。

(以下略)

ドイツ民法施行法十四條 婚姻の一般的効力

- (1) 婚姻の一般的効力は、次の各号に掲げる法に服する。
 - 一 夫婦の双方が属する国の法、または、夫婦の一方がなお属するときは、夫婦の双方が婚姻中最後に属した国の法、さもなければ、
 - 二 夫婦の双方がその常居所を有する国の法、又は、一方がなおその常居所を有するときは、夫婦の双方が婚姻中最後にその常居所を有した国の法、補助的に

国際的協議離婚についての覚書

三 夫婦がともに別の方法で最も密接に結びつけられている国の法

(2) 夫婦の一方が複数の国に属するときは、他方もそれらの国の一つに属する場合、夫婦は、第五条第一項に關わらず、同国の法を選択することができる。

(3) 第一項第一号の要件が存在せず、かつ、次の各号に掲げるとき、夫婦はその一方が属する国の法を選択することができる。

一 夫婦の何れもが、夫婦の双方がその常居所を有する国に属しないとき、または

二 夫婦が同一国にその常居所を有しないとき

夫婦が共通国籍を取得するとき、法選択は終了する。

(4) 法選択は公正証書に作成されなければならない。それが内国において行われなるときは、それが選択された法または法選択地の婚姻契約の方式要件に適合するとき、そのことをもって足りる。

この一七条においては、わが法例一六条に比較して当事者の本国法がより重視されていることが分かる。すなわち、夫婦の現在の共通本国法だけではなく、夫婦のかつての共通本国法も考慮されており、一四条二項によれば夫婦の一方が重国籍の場合でそれが他方の国籍の一つと一致する場合には、その国の法を選択することができるとされている。日本において、国際離婚の場合に段階的連結の第一番目に来るのが「共通本国法」であるとされながらも、それは、双方の当事者について法例二八条の規定によりそれぞれ一国に絞り込んだ上でそれが一致する場合にのみ認められるとする制限的な解釈⁽⁴⁸⁾とはかなり異なった立場であると評することができる。ただし、わが国で判例に関して議論のあ

るアメリカ合衆国が共通本国となる夫婦の場合には、夫婦が共に密接な関係を有する一つの州が確定できなくとも、結局は夫又は妻の Domicile のある州法による「隠れた反致」を認めることによりドイツ法を適用して解決することになるようであり、結論的にはわが国の判例における扱いと大きく異なることはないようである。⁽⁴⁹⁾

しかも、ドイツは外国人労働者を受け入れについて長い歴史を有しており、その中には家族で定住しているものも多い。⁽⁵¹⁾ 西独地区において一九九一年九月三〇日現在の外国人総数は約五八八万人であり、東独地区では約一二万人であるとされる。⁽⁵²⁾ 共通本国法が連結点として担う社会的な役割の極めて大きいと考えられるこうしたドイツにおける状況と現在の日本社会との大きな差を無視して、「ケーゲルの梯子」を形式的に、しかも簡略化して採用するという立法姿勢を、われわれはいつたいどう理解すれば正確なのであろうか？

二 ドイツにおける離婚の国際裁判管轄

ドイツにおいても、離婚の法選択問題は、国際裁判管轄の問題との関連をも視野に入れて議論されることが多い。ドイツ民事訴訟法六〇六 a 条一項一文は、次のように定める。

第六〇六 a 条 国際裁判管轄⁽⁵³⁾

- (1) 婚姻事件については、ドイツの家庭裁判所は、以下の場合に管轄を有する。
 - 一 夫婦の一方がドイツ国籍を有するとき、又は婚姻成立の時にドイツ国籍を有していたとき。
 - 二 婚姻の両当事者がその通常の常居所を内国に有するとき。
 - 三 夫婦の一方が常居所を内国に有する無国籍者であるとき。

四 夫婦の一方がその常居所を内国に有する場合。ただし、なされるべき裁判が明白に夫婦の一方の属する国の法により承認されなるときを除く。この管轄は専属管轄ではない。

- (2) 第一項一文四号及び裁判が夫婦の本国法により承認される場合の第一号ないし第三号は、外国判決の承認を否定するものではない。

これらの要件は口頭弁論終結時を基準として判断されている。(また、ここにいうドイツ人とはドイツ国籍を有するものだけでなく基本法一一六条一項の意味におけるドイツ人も含む)⁽⁵⁴⁾ 夫婦の双方が外国人の場合でその一方のみがドイツに常居所を有するに過ぎない場合には、判決の承認予測が管轄の判断に入ってくる。これは、基本的に当事者の本国に本来の管轄があるとする考えを反映していると見ることもできよう。⁽⁵⁵⁾

本国法と常居所地法のどちらが、国際的な夫婦により密接に関係しているかの判断は、本来は一律に決められるものではないといわざるを得ない。つまり、離婚の準拠法選択に関してルール化を行おうとすれば、類型毎の蓋然性に従って密接関係法を指定するという方法による他ないと思われる。そうした視点から見たとき、法例一六条が、日本社会ではむしろ例外的な場合に属する共通本国法を有する国際結婚のカップルが離婚する場合に備えて、第一順位の連結点を設定したことは、まだドイツなどのヨーロッパ諸国に比較して外国人労働者の数もそれほど多くなく夫婦で定住するといった状況が十分に進展していない日本⁽⁵⁷⁾において、従来から属人法決定の基準として重要な地位をしめてきた本国法主義に対してのリップサービスとしての意味合い以外の具体的意義を何か持ち得るのであるか? 日本において本国法主義を重要な原則であると考えるのであれば、少なくともドイツ民法施行法一四条一項一文、二項と

同じ程度の本国法適用に對しての実質的な配慮をするべきであつたのではなからうか？⁽⁵⁸⁾

さらに、民法施行法一七条二項は本稿の立場から極めて注目に値する規定である。これは、ドイツにおいては、離婚はすべて裁判官の面前でしかなされ得ないという規定である。ドイツ民法典一五六条一文は、離婚が裁判によることを定めるが、これは手続き規定でもあるため「手続きは法廷地法による」の原則に従ひ、涉外的離婚の場合にも適用されることになる⁽⁵⁹⁾とされる。つまり、ドイツでは裁判所で行われぬ離婚は、ドイツ法においてはあくまで無効とされるわけである。⁽⁶⁰⁾ここにおいて、わが国における協議離婚の扱ひとは鋭く対立するキリスト教的離婚観が前面に表れていると評することもあながち的外れではないであろう。離婚の自由化に向けたヨーロッパの動きを評価するに際しても、それはあくまで厳格なキリスト教的婚姻観の大枠の内部における動揺と捕らえるべきであつて、わが国が、今日でも、極東の一國としての特殊性に立つたヨーロッパとは根本的に異なる婚姻観及び離婚観を基礎とした社会的・法的基盤の上に明確にのつているという現実をわれわれは常に忘れてはならないように思われる。

第三部 連合王国及びコモンウェルス諸国⁽⁶²⁾

一 コモンローにおける対応

百年前まで、状況は非常にシンプルであつた。離婚にとつて重要なことからは、Domicileの確定に尽きており、それも夫のDomicileが問題の中心であつた。⁽⁶³⁾何故なら、女性は結婚することによつて、夫と同じDomicileを持つものとみなされたからである。⁽⁶⁴⁾その結果、共通のDomicileの法が、離婚の許容についての管轄権の有無を判断し、その法律が裁判所によつて適用された。

この立場は、一八九五年に確立された。これを明確にしたのは、Privy CouncilのWilson判決であるとされる。⁽⁶⁵⁾

の判決において、特に重視されていたのは跛行婚を防止するとともに離婚判決の国際的な承認を確保することであったようである。

Domicile の最優先が、夫婦の Domicile は同一であるとの原則と結びつくとき、不正義が生じる場面が明確になる。カナダからの Privy Council への上告⁽⁶⁵⁾ある Attorney-General for Alberta v. Cook の事件においては、すでに別居の判決により妻は夫とは別れて Alberta に住んでいるにもかかわらず、夫の Domicile は Ontario にあるとして Alberta の裁判所には裁判管轄がないため離婚訴訟をそこで提起することはできないとするものであった。

スコットランドでは一九世紀から遺棄による離婚の訴えが妻から提起された場合には、訴訟時ではなく夫が妻を遺棄した時にスコットランドに Domicile を有すれば管轄を認めるという試みがなされており、それは以後、不貞のケースなどにも拡大されていった。⁽⁶⁸⁾

二 制定法による限定的な介入

妻からの離婚の訴えが封じられる可能性について、一九世紀からニュージールランドで立法的対応がなされてきた。

妻は遺棄された場合、ニュージールランドの Domicile を維持し続けることができるとする立法が一八九八年に作られた。⁽⁶⁹⁾一九三〇年には、妻は三年間ニュージールランドに住んでいれば離婚のための Domicile を有するとみなされるとされた。⁽⁷⁰⁾同じく一九三〇年にカナダでは、二年間夫と別居している遺棄された妻に対して、遺棄の直前の夫の Domicile のあるプロビンスの裁判所に離婚訴訟を提起することが立法で認められた。⁽⁷¹⁾そして、一九三七年にイングランドで、同様の立法がなされた。さらに、一九四九年には、手続き開始直前の三年間、妻がその管轄区域の通常の住民であり、夫がブリテン島のどこにも Domicile を有していなければ、離婚裁判所に対する妻の申立 (Petition) が認められ

るようになった。⁽⁷²⁾ オーストラリアでも同様の立法が一九五九年になされた。⁽⁷³⁾

これらの立法の共通性は、Domicileを基礎とする裁判管轄の基本的なルールを維持した上で、そのルールが妻に對してもたらず過酷さを同じような方法を用いることよつてかなりの程度緩和したことにあつた。しかし、最近二〇年程の間により根本的な変革が起こつており、いくつかの国では、妻の婚姻住所という概念そのものが放棄されるにいたつてゐる。離婚訴訟において、Domicileの果たす役割が縮減または時には廃止されて、今日では英米法系全体を貫く単一の單純な規則は消滅したと評せよう。

三 新たな立法のアプローチ

コモンウェルズの中でも、新しいアプローチは区々であり、それぞれ別個に考察することを要する。ただ、共通して見られる傾向としては、それらが、離婚の國際的承認の保証についてよりも、具体的な事件が適切な裁判所にアクセスできる可能性の確保についての配慮に、より大きく影響されてゐることであるとNonitzは指摘する。⁽⁷⁴⁾ また、各國の實質法における離婚の緩和、すなわち合意による離婚を認める方向が強くなるにつれ、裁判所への自由なアクセスの確保が強調されてくるのは自然な流れであらう。

ニュージーランドでは、古い解決と新しい解決が混在してゐる。一九八〇年のFamily Proceeding Actにおいては、離婚の申立 (application) は両当事者によつても、一方の配偶者のみによつてもできる。⁽⁷⁵⁾ ニュージーランドの實質法における唯一の離婚原因は、二年間の別居である。管轄は、しかし、申立 (application) という形式によつてゐる。共同の申立の場合には明らかに合意が黙示されてゐるので、双方が合意してゐる以上、ニュージーランドとの管轄上の結びつきは要求されない。この場合、合意管轄であるともいえるが、夫婦の共同の申立である以上、それがニュー

ジールランドとの結びつきの弱い事案についてなされる心配はまずないと思われる。一方配偶者による申立の場合、少なくともどちらかの配偶者がニュージーランドに Domicile を有することが必要とされる。⁽⁷⁶⁾

他のコモンウェールズ諸国における離婚の裁判管轄のルールを改革するためのアプローチは、ニュージーランドとはかなり異なる。それは、主として管轄原因の拡大という方法をとる。連合王国においては、Law Commission の一九七二年の報告書が主導的役割を果たし、Domicile and Marimonial Proceeding Act 1973 の改正がなされた。妻の婚姻住所としての Domicile への全面的な依拠は廃止され、手続き開始日におけるいずれかの配偶者の Domicile か、あるいは手続き開始日に先立つ一年間そこに常居所を有していることが管轄の基礎とされることとなった。⁽⁷⁷⁾

こうした改正の理由としては、国際的な離婚についての問題処理が増加したことがまずあげられる。⁽⁷⁸⁾ Law Commission もこの点に関して、外国人労働者や移民の急増を指摘している。⁽⁷⁹⁾ さらに、Domicile があまりに精緻で技術的な概念になり過ぎたことも指摘されている。つまり、Domicile のみを基準にすれば法廷地に管轄を認められるのがふさわしいような結びつきを有している人々にさえ管轄を否定せざるをえない場合が多く、十分な対応ができないということである。この改正により、自制的な管轄とその範囲での自国法の適用によって実現してきた国際的秩序やコミティの重視よりも、当事者の利益の重視に広い意味で重点が移ってきたと North は指摘する。⁽⁸⁰⁾ この点は、Law Commission の報告書における以下の著述にも明かである。

「当事者の利益を考えると、素人の言葉で言えば、彼がそこに所属している (belongs) ときにわれわれの裁判所に訴えることができることを期待するであろう。『所属 Belonging』は、二つの側面を有している。すなわち、多くの人々が、ほとんど永久的に外国に住んでいるにも関わらず、国民であるとか Domicile を有している

とかいった理由で彼ら自身をここに所属していると考えることである。反対に、イングランドの Domicile や連合王国の国籍は得ていないにもかかわらず、彼らの居住のゆえにここに所属する多くの人々がいる。法改正の事は、したがって、一時的な滞在者や『法廷地漁りをする人達』にわれわれの裁判所へのアクセスを許すことなく、国家の利益と、純粹に『ここに所属する』人々に適合するような管轄の基礎を定義することである。そして、補助的ではあるが重要な仕事は、管轄の基礎は、われわれの判決が外国で承認されるようなものであることを保証することである。⁽⁸¹⁾

一九七三年法は常居所の概念を連結点として導入した。連合王国では、常居所は表向きは Domicile のルールの補助として用いていると一般に受け取られている。それは、無期限に住むことを決めたわけではないが一定期間そこで生活した人々に裁判所へのアクセスを許すものである。しかし、実際上は、証明が容易なため常居所が主たるルールとなっており、逆に、Domicile についての法律を残しておくことの意義が問われることになっている。しかしそれは、外国に住んではいるがイングランドと強い絆を持ち続けている少数ではあるが重要な範疇の人々に酷なものになるであろうと思われる。⁽⁸²⁾たとえば、外交官などの公務やビジネスのために長く海外で過ごした人に、婚姻に関する訴えを彼らが「所属している」と考える国の裁判所に訴えられないのは望ましくないとと思われる。⁽⁸³⁾ここにおいて、Domicile は国籍に非常に近い役割を果たしていることが指摘できる。しかし、国籍自体に基づく管轄はイングランドでは否定されている。⁽⁸⁴⁾連合王国の国籍を連結点として導入することへの最も強力な反対論は、イングランド国籍とかスコットランド国籍とかいったものが実際上観念できないことにあると言えよう。いくつかの法域をもちそれぞれが異なった離婚法を有する国家において、連合王国国籍という基準では国民をどれかの法域に効果的に配分することはできず、

国際私法に関しては連結概念として機能し得ないであろう。⁽⁸⁵⁾これは、連合王国のようないわゆる不統一法国の特殊性を考へるときに、国籍が連結点として使いにくいことを示す非常に説得力のある説明である。⁽⁸⁶⁾

したがって、オーストラリアのように、連邦国家ではあるが統一的な連邦ベースの離婚法を有する場合には事情が異なってくると思われる。ここでは、一九七五年の家族法により離婚の裁判管轄原因として、どちらかの配偶者のオーストラリア国籍が、Domicileや一年間の通常の居住と並んで規定されるという注目すべき現象が生じている。⁽⁸⁷⁾

しかし、カナダの⁽⁸⁸⁾一九八五年離婚法は、その訴訟が起こされたプロビンスにおけるどちらかの配偶者の一年間の常居所を管轄の基礎としている。⁽⁸⁹⁾この離婚法の特徴は、非居住者である配偶者に、Domicileや国籍という観点からはカナダへの「所属」を認め得たとしても、カナダの裁判所へのアクセスをいっさい認めないことである。従って、カナダでは、やや異例といえるが、Domicileの長所は評価されることなく居住のルールが一方的に勝利したことになる。

第二章 比較法的視点からの概括的考察⁽⁹⁰⁾

第一節 序 論

離婚に関する法選択と管轄の問題は、国際私法の中心に位置する非常に先鋭的な問題であるとBowlangerは評する。⁽⁹¹⁾国際的な人の流動化に伴い、日本においても、ヨーロッパの状況とそのまま対置することは不可能であるにしても、こうした問題が今後ますます重要になってくることは疑いない。さらに、Bowlangerの指摘するように、国際離婚の法的規律の問題は一面においては個人的な利益を超えた主権の表現の問題であるともいえ、将来の国家構成員についての政策的な判断とも深く関わる点で各国の移民政策とも深く関連し、国家の根幹にまでかかわる重要問題と言えよ

う。⁽⁹²⁾

この問題についての一九世紀における各国の法的対応は、双方主義の立場からは、その枠組の中でうまく説明できない実に厄介な現象であったと思われる。当時、各国は、裁判管轄権と、当該国家の法律の適用範囲を単に確定するだけの一方的抵触規定の設定との間に並行状態を作り出す傾向が支配的であったとされる。⁽⁹³⁾ 諸国の裁判所において本法を一般的に適用するような双方的規定を作ろうとする動きは、一九〇二年のハーグ条約⁽⁹⁴⁾によって試みられたが、むしろ短期的なしかも失敗に帰した試みであったと評価されている。⁽⁹⁵⁾ オランダでは、一九七〇年に至るまで最高裁判所 (Hoge Raad) は、当事者の住所のあるオランダの法しか適用せず、オランダ人同士の外国での離婚についてはオランダ法と同じ離婚原因に基づく場合にしかそれを承認しなかった。⁽⁹⁶⁾ ドイツにおいても、同様の傾向の支配が長く続いた。イングラントでも、スコットランドで離婚し再婚した臣民が、離婚を承認されず、再婚により重婚の罪に問われて七年間の懲役に服したという極端な事例も存在する。⁽⁹⁷⁾

つまり、この分野において、外国の離婚に関する法律を、その本来の適用範囲を超えて適用することを拒否するということは、歴史的に見れば決して偶然でも非常に例外的な現象でもなかったと評せざるを得ない。⁽⁹⁸⁾

フランスでは、外国人同士の訴訟について判断する権利はフランスの裁判所にはないと考えられていた時代において、判例は、フランス民法一四条及び一五条の管轄原則を拡大して一方の当事者がフランス国民である場合にも並行主義に基づく裁判管轄を認めてきた。⁽⁹⁹⁾ 有名な *Merrill* 判決において一方の配偶者がフランス人である場合に、フランス人であることを援用できるようになった。⁽¹⁰⁰⁾

Riviere 判決⁽¹⁰¹⁾によって、純粹に中立的で超国家的価値に基づく連結が採用されたのはそれからずっと後のことであ

る。国籍に基礎づけられるような統一的な法がない場合に、この判決は「婚姻生活体の住所 (domicile de ménage)」という家族に共通の基準を打ち立てた。この規則は、家族の効力全体を規律するものであり、ヨーロッパにおける多くの立法や条約、一九八六年のドイツの民法施行法の改正における「ケーゲルの梯子」などに、この Rivière 判決の影響を見ることができるとされる。⁽¹⁰⁵⁾

二 このような状況下において、一九七五年のフランス民法三一〇条の改正のタイミングについて当然疑問の余地がある。離婚が比較法的に一般化するなか、このような「国際主義的一方主義」⁽¹⁰⁴⁾の導入は本当に必要であったのだろうか？ この複雑なテクニクの採用に関して、当時の法務大臣であった Jean Foyer はいくつかの目的を指摘する。すなわち、国際的な場面においてフランスの離婚制度の理念を正当なものとして認めることにより、フランスに住んでいる外国人同士の婚姻生活体において、当時のスペイン法における離婚の禁止や、それとは反対に単意離婚を認めるイスラムの離婚法を公序を用いずに排除できるという利点があった。それは、フランス法の残余部分における過剰な適用の危険を、反致の回避と、当時の破棄院の外国法の職権適用拒否の状況下において、三一〇条三項の要求する「普遍的消極的証拠」⁽¹⁰⁵⁾の希有により正当化できる。

その後、Rebouth-Schule 判決により、⁽¹⁰⁶⁾外国法は単なる事実とみなすことはできなくなつた。それでは、この民法三一〇条は「度の過ぎた秩序を乱す変化への偏向」⁽¹⁰⁶⁾として消極的に評価すべきものと断定できるであろうか？ この点について Boulanger は異なった見解をとる。世界的な傾向からすれば、一方主義の占める地位は現在でも決して軽視できないということである。イングランド及びコモンウェルズ諸国、そしてアメリカ合衆国は今日でも明らかに一方主義に傾いた国際離婚法制を有している。さらに、イスラム圏の多くの法システムでは、一方当事者が自国

民であるときはその国の法を適用するという「虚偽の」双方主義が採用されている。同様の意味において、日本人条項を含む法例一六条も虚偽の双方主義と評される余地がある。さらに *Revere* 判決を採用していたと見られる立法の中でも、ベルギーの一九六〇年の法律のように、国際離婚の許容性についてベルギー法の一方的な適用を定める法律も現れている。世界的な視野で見れば、離婚の法選択に関して双方主義と一方主義は今日でも対立的関係に留まっております、優勢は決して双方主義に傾いているとは断定できない。⁽¹⁰⁸⁾

第二節 裁判管轄と法選択の関連性について

一 離婚事件の直接管轄を考えるについては、二つの側面からの検討が少なくとも必要となる。一つは、自国が、仮に自国民についてしかも居住を要求するような狭い直接管轄を定めていたとしたならば、外国でなされた離婚を承認する余地はほとんどなくなってしまうことである。逆に、一時的滞在や一方当事者の国籍だけでよいといったあまりにも軽い基準で直接管轄を認めると、外国でその国の離婚判決が承認・執行の拒否の可能性が非常に高まるといえる。それは、同時に、移住離婚や法廷地漁りを促す原因ともなる。また、この問題に関して、立法管轄と裁判管轄の結びつきは非常に強いことが指摘できよう。⁽¹⁰⁹⁾ 離婚に非常に寛大な立法は、自国との不十分な関連しかない広い管轄原因に依拠するときは、その法律による離婚が他国で認められないため十分な効力を發揮できない。例えば、離婚に寛大なベルギーの一九六〇年の法律もこうした点を考慮して一方当事者の国籍により基礎づけられる管轄の合意を排除している。⁽¹¹⁰⁾ こうした問題において支配権を握っているのは、裁判管轄における一方主義的な論理であり、法選択における双方主義的な論理はかなり背後に後退しているかのようと思われる。自国と十分な関連を持つ狭い管轄を

守ることが、外国での承認執行の拒否をまぬがれるための有効な方策となるといえよう。反対に、外国の判決に関しては、それが排他的で強行的な管轄に基づくことが、そうした論理において承認のために必要とされることになろう。そうでなければ、フランスに所在する外国人間の離婚を彼らの国籍が共通する場合でさえも、すべて強行的にフランス法で扱おうとするフランス民法三一〇条の意図は、当事者が彼らの本国の裁判管轄に服してその国の法の適用を受けることによって、容易に潜脱されてしまうことになる。

フランスにおける *Münzer* 判決における双方主義的な立場からの *exequatur* の要件は、外国裁判所の管轄権、手続きの適法性、フランス抵触法により準拠法とされる法の適用、国際的公序への適合、法律詐欺がないことの五つであるとされる。⁽ⁱⁱ⁾しかし、一九七五年の民法典の改正以後、破棄院は *Smith* 判決において、より自由な立場を採用するようになった。すなわち、フランス法がフランスの裁判所に排他的な管轄を定めている場合以外は、当該訴訟が裁判の行われた国と紛れもなく結びついており、その管轄の選択が詐欺的でないことを要するとした。⁽ⁱⁱⁱ⁾しかし、皮肉にも跛行婚を避け再婚を容易にするという観点からは、連合王国やより古典的な承認要件を採用する国々のような方法がかえって賢明であることがわかる。この点におけるフランスのいくらかの慰めは、外国判決の承認・執行について柔軟な対応を示す一九七〇年のハーグ条約の存在であろう。^(iv)

三 *Riviere* 判決の方法と呼ばれる双方主義的方法は、かなりの成功をおさめたが、それは比較法的にはむしろ最近のことであったといえる。^(v)第二次世界大戦直後、*Riviere* 判決とそしてそれに続く *Levandowski-Tarward* 両判決が、超国家的な価値に基づく中立で段階的な連結点を明確に採用した。国籍に基礎をおく統一的な法がない場合には、この判決は家族に共通の基準という考えにより、婚姻生活体の住所 (*domicile*) という連結点を採用した。こうした傾

向に属する立法としては、東ヨーロッパを中心に、一九六三年のチェコ法、一九六五年のポーランド法、一九七九年のハンガリーのデクレ、そして一九六六年のポルトガル法をあげることができる。その後、一九八一年のスペイン法、一九八一年のオランダ法、一九八二年のギリシャ法とトルコ法、一九七八年のオーストリア法、一九八六年のドイツ民法施行法、そしてヨーロッパ以外では一九八九年の日本の法例改正など多くをあげることができる。

こうした流れとは反対に一方主義を採用する国々としては、アメリカ合衆国を含めた英米法系の国々がほとんどこれに属するほか、大陸法系に属する国でも、スイス、ベルギー、そして民法三一〇条を改正して以来のフランスがこれに名を連ねる。

現在の状況においても、少なくとも離婚の準拠法選択に関しては、一方主義と双方主義の優劣はつけがたいといわざるを得ない。

第三節 法選択における一方主義と双方主義の相対化

一 しかし、一方主義・双方主義という色分けも、現実における法適用に関してそれ程までに明らかな差をもたらしているわけではない。一方主義においても、フランスのそれと英米法におけるそれとの間には大きな差がある。フランス民法三一〇条は、かなりの範囲で外国法を準拠法とする余地を残している。また、双方主義の中にあっても、イスラム系の諸国に見られるように、実質的には自国法の適用を大幅に優先する立場もある。

特にフランス民法三一〇条三項は、「他のどの外国法もその管轄を認めないとき」にのみフランス法の適用を行うに過ぎない。もちろん、三項は配偶者の双方共がフランス人の場合には適用されない。また、夫婦の双方がフランス

に住所 (domicile) を有してはならない。しかし、それ以外の場合には、フランスの裁判官は外国法適用のための努力をすることを義務づけられているといえる。三一〇条の問題として、外国法を適用する義務を裁判官が負うか否かという問題は非常に重要である。三一〇条は *Bisbal* 判決に先立つので、判例の変更がなされるまで裁判官は外国法の適用を義務づけられてはいないと考えられていた。しかし、一九八七年五月二五日の破棄院の *Bisbal* 判決は、一方の配偶者がフランスに住んでいるスペイン夫婦の離婚にフランス民法を適用した原判決を *censure* した。つまり、外国法の適用を否定するには、Foyer のいう「普遍的消極的証拠 *la preuve universelle négative*」が必要となるということである。

二 双方主義の概観をとりながら、自国法を優先する立場としてイスラム法系の国々があげられる。エジプト民法一三条二項は離婚の効果が発生するときにおける夫の本国法によると定めている。しかし、同じく民法一四条によれば、一方の配偶者の国籍がエジプトであることは、エジプト法による離婚を復活させる⁽¹⁵⁾。アルジェリアでも、婚姻の際のアルジェリア国籍が外国法の適用の障害になる。法例一六条の日本人条項もそうであるが、協議離婚の場合は一方当事者が日本人で日本に住民票があれば協議離婚届けは受理されることになる⁽¹⁶⁾。これは非常に日本法の適用に傾いた処理であると指摘できよう。

三 もう一つの自国法主義の表出は、公序を用いることによってなされる。一つは、離婚禁止国あるいは極めて制限的にしか離婚を認めない国の法の適用を認めないとする⁽¹⁷⁾ことである。しかし、最近の立法はさらに積極的なものもあり、一九七九年のハンガリー国際私法四一条 a は、「外国法が婚姻の解消を排除するとき、または、婚姻の解消についての要件が、外国法によれば欠けていても、ハンガリー法によれば与えられるときもまた、婚姻は解消される⁽¹⁸⁾」と

してハンガリー法による介入を明文化している。また、準拠外国法によれば婚姻の絶対的解消原因がある場合でも、「婚姻生活が完全かつ回復不可能なまでに破綻しているか否かが調査される」ことになっている。⁽¹⁰⁾ブルガリアの家族法典一三四条一項は、夫婦の一方がブルガリア市民であるときはブルガリア法を適用し、三項は、国籍の異なる外国人の夫婦について共通本国法がない場合には、どちらかの本国法のうち離婚を許容するものを適用し、離婚の効果については子又は無責配偶者により有利なものを適用するとしている。⁽¹¹⁾同様の傾向はスイス法とドイツ法にも明かであり、一九八七年のスイス国際私法六一條二項は、準拠外国法たる共通本国法によれば、離婚が認められないか非常に厳格な要件が課せられている場合で、夫婦の一方がスイス市民か二年以上居住しているときは、スイス法がそれに代つて適用される。ドイツでは、一九八六年の改正の前までは、ドイツ人は常にドイツ法により離婚することが認められていた。⁽¹²⁾改正後の一七條一項は、離婚が許容されている範囲において外国法の適用を一般的に認めている。しかし、この条文は極めて縮小的に解釈することが可能である。Doppelの例によれば、ドイツ人男性がスイス人女性と結婚してジャカルタに住んでいたが、別居に至った。夫はドイツにおいて、ドイツ法による離婚を請求した。この場合、インドネシア法によれば、離婚できないことを証明しなければならぬことになる。しかし、「離婚できない」ということを拡大解釈して、外国法が離婚について有責主義のみに基礎をおくかあるいは期間や証拠に関して過大な要求をする場合にはドイツ法を適用できると解することが示唆されている。⁽¹³⁾また、一九七〇年のイタリアの「婚姻解消の場合の規律」一二条の五は、イタリア人女性が離婚を認めない本国法を持つ男性と結婚した場合に、イタリア法の適用を規定している。

四 こうした比較法的な状況を評して Boulanger は次のように述べる。

「比較法的に生じている接近は、国際的離婚問題の『世界化 mondialisation』ということをも理由として過大評価してはならない。各国における解決に最もよく見られる傾向は、いずれにせよ、離婚の厳格性を相対化させることであり、それはフランスにおいては一九七五年法が通過してからの注釈者たちが明らかにしていることである。」⁽¹²⁾

第四節 外国離婚判決の承認・執行について

一 第二次世界大戦後も、いくつかの立法は外国離婚判決に対して厳しい態度をとっている。ポーランドでは、一九六四年の民事訴訟法一一四六条において、承認に関して相互の保証の他にいくつもの要件を課している。すなわち、ポーランド裁判所の排他的管轄が尊重されていることに加えて、ポーランド法を適用する理由がなかったことあるいは外国法が際だってポーランドと異なっていないため判決がポーランド共和国の法秩序の基本原理に反しないことが必要とされる。⁽¹³⁾ こうした結果、外国離婚判決の承認が拒否されることは、極めて多いといわれる。⁽¹⁴⁾ こうした公序要件を課している国が多いなか、イングランド法は、実質的な審査に全く依存しない方法をとっている。しかし、イングランド裁判所の管轄に与えられた重要性が間接管轄の問題にも直接反映されており、夫婦が離婚判決を得た国に婚姻解消の当時 Domicile を有していなければ承認はなされない。これが、一九〇六年の *Armitage v. The Attorney General*⁽¹⁵⁾ において確立された立場であるとされる。⁽¹⁷⁾ しかし、その後 Domicile の概念は緩やかな概念へと置き換えられることで進展する。一九五三年の *Travers* 判決において、⁽¹⁸⁾ 控訴院は、オーストラリアに共通の Domicile はなかったが、妻が三年間 *Nouvelle Galles du Sud* に居住していたことにより離婚判決の効力を承認した。この立場は、貴族院の一九

六七年の *Indyka* 判決において確認されることになる。チェコスロバキア人同士夫婦がチェコで離婚判決を得たが、夫はすでにイングランドに選択住所を有していた。しかし、このことは被告がチェコと「現実的かつ実質的な結びつき」を有しておれば、外国離婚判決の承認の妨げとはならないとされた。この現実的かつ実質的な結びつきは、夫婦の共通本国と少なくとも一方の配偶者の居住から導かれていた。しかし、一九七〇年のハーグ条約は、準拠法の審査は放棄したものの、*Indyka* 判決よりも厳しい基準を採用している。*Indyka* 判決の法理は、一九七一年の *Recognition Act* において取り上げられ、強化された。手続きがなされた国における管轄は、双方又は一方の配偶者の常居所であること、あるいは一方配偶者の本国であることを要する。六条によれば、離婚の宣言に先立つ一年間のイングランドでの常居は、承認を妨げる。不思議なことに、住所地法主義に立つとされるイングランドの方が、条約より当事者の判決国における国籍を重視していることになる。

ハーグ条約の締約国間では、独自のシステムが形成されてきている。スウェーデンでは、九七三年の条文により、条約より緩やかに、国籍、住所、その他その事件が当該外国で審理されるための「有効な結びつき」を一方配偶者が有していることが考慮されている。カナダの一九八五年法では、「現実的かつ実質的な」結びつきを充たす間接管轄が明示されることがより厳格に要求される。すなわち、少なくとも一方の配偶者が一年以上常居所を離婚請求国に有することが必要とされる。スイスもハーグ条約の締約国であるが、スイス国際私法六五条によれば、夫婦の一方の住所地、常居所または本国で下されたかまたはそれらの地で承認されるべき判決は、スイスでも承認されると規定しているが、六五条二項により、両当事者ともに国籍を有しない国の判決、または原告のみが国籍を有する国の判決は、少なくとも夫婦の一方の住所又は常居所と一致するか、被告たる配偶者が、当該外国裁判所の管轄に無条件に服する

かまたはスイスにおける判決の承認に無条件で服することが必要とされる。⁽¹²⁹⁾

オランダは一九八一年三月一五日の法律ができるまでは、離婚の承認に非常に厳しい国であった。オランダ国民同士の外国での離婚については、オランダ法による準拠法要件と実質的な解決の要件を満たす必要があった。⁽¹³⁰⁾ 一方のみがオランダ国民の離婚の場合は、外国にいる当事者の住所が問題とされ、原告がオランダに住所を有することは承認の障害になるとされていた。⁽¹³¹⁾ 一九八一年の新法は、統一的でかなり簡明なシステムを採用している。すなわち、適正な手続きが守られており、裁判所又は離婚についての権限を有する他の官庁による判決であれば承認されるとした。⁽¹³²⁾ これらには、当然、一定の要件を満たす行政庁による離婚も含まれることになるとは指摘されている。⁽¹³³⁾ しかも、こうした要件は、被告が手続き中又は判決後に、明示又は黙示に離婚に合意したか判決に従うことを明らかにした場合に、問題とされないこととなった。⁽¹³⁴⁾ ベルギーも、以前の承認に厳格な態度から緩やかな方向へと態度を変化させてきている。⁽¹³⁵⁾

ドイツもオランダと同様にかつては離婚の承認に対して厳しい国であった。相互の保証を要求し、国内管轄を間接管轄にそのまま反映させるといふ立場をとっていた。ラントの裁判所は、夫婦の双方ともが判決国の国民でも住民でもない場合には、承認を拒否していた。現在でも、相互の保証に関してはその証明が難しいにもかかわらず残っている(民事訴訟法三二八条)が、かなり緩和されている。すなわち、一方がドイツに常居所を有しておれば(民事訴訟法六〇六条a)、ドイツの離婚判決の承認が「明白」でなくても良いとされている。判決がどの国の法を準拠法としてなされたかはまったく問題にされなくなった。また、当事者の本国で承認されるのであれば、夫婦の双方ともがその判決国を本国とせず、常居所も有していなくてもそれは承認の妨げとはならない。

フランスは、条文化がなされていないので、判例の安定性及びその評価は難しい。フランスで外国離婚判決の執行を行うためには、一九六四年の *Munier* 判決における五つの要件が必要とされていた。すなわち、外国裁判所に管轄が認められること、手続きの適法性、フランス抵触法に基づく準拠法の適用、国際的公序に反しないこと及び詐欺がないことの五つである。⁽¹³⁶⁾ 準拠法要件は捨てられたわけではないが次第に緩和され、外国の抵触法の適用によりもたらされた結果と、フランス抵触法の適用によりもたらされた結果の比較でよいとされるようになった。⁽¹³⁷⁾ つまり、執行 *exequatur* 裁判官の役割は、フランスの抵触法により正式に指定されるべき法律が適用されたか否かを確かめることではなく、その法が侵害されていないことを確かめることであるとされる。⁽¹³⁸⁾ 外国裁判所の管轄についても、フランス民事訴訟法一〇七〇条がそのまま国際的な場面に移されるという公式は、判例からは厳密には導き出せない。⁽¹³⁹⁾ *Smith* 判決及び *Zouaoui* 判決において、破棄院は、判決国との「特徴的な結びつき *lien caractéristique*」という表現を採用した。もちろん、これらはフランスに専属管轄が存在しない場合に関してである。破棄院は、民法一五条を、外国の競合する全ての管轄を排除する規定であるとしている。⁽¹⁴⁰⁾

第五節 外国離婚承認のための判決の必要性について

一 ヨーロッパ諸国が、離婚に公式の司法的な性格を要求するか否かは必ずしも一義的に決めることはできない。移民受け入れ国においては、国家の統合はきわめて弱いので、国家の中立性と裁判へのアクセスの平等性を保障するために、裁判離婚を推進しているのかも知れない。⁽¹⁴¹⁾ 一定の宗教団体などに国家法が認める方法以外の離婚を認めることは、国家の同一性を危うくする危険さえあろう。⁽¹⁴²⁾ また、国家によっては、宗教的な中立性に非常に神経を使う場合も

ある。

勿論、離婚を属人法の問題として、私的な離婚を尊重するという議論も十分に成り立つ。当該外国に駐在する大使や領事など立ち会いにより、私的な離婚をすることを認めるという方法も考えられよう。改正法例下においても、外国で日本法に基づく協議離婚は、一六条の準拠法要件を満たす限り、可能であると解されているようである。⁽¹⁶⁾つまり、夫婦の双方が日本人である場合には問題はなく、また一方が日本人である場合でも、日本人配偶者の常居所が日本である場合、共通常居所地法が最密接関係法が協議離婚制度を設けている場合には、協議離婚ができると解されているようである。こうした場合には、日本で協議離婚の報告の届出がなされなければならない。南敏文氏は、この点につき次のように解説している。

「したがって、日本人とが異国人夫婦の外国においてした協議離婚に関する報告的届出については、夫婦が協議離婚をすることができない地に共通常居所を有することが明かであるときは、これを受理することができないことになるが、極めてまれな事例である。⁽¹⁴⁾」

「極めてまれな事例である」の主語が何を指すのかについて若干の曖昧さは残るが、共通常居所地法が協議離婚を認めないような場合であると解するならば、比較法的に見てそれが極めてまれであるとするのは、すでに見てきたように、現状認識としてはかなり問題があるように思われる。こうした場合においても、日本は管轄判断を度外視して、一六条の準拠法判断のみで、報告的との名目は成り立つが結局は日本流の協議離婚制度を「輸出」⁽¹⁶⁾して行こうとする構えをとっているかのように思われる。

二 フランスの判例は、こうした私的な離婚に対して、全体的に消極的である。破棄院は、*Moulin* 判決において明確

に、「フランスにおいては判決によらない離婚は存在し得ない⁽¹⁶⁾」と述べている。

ベルギーでは一九七九年のベルギー—モロッコ間の協定草案（未発効）において、モロッコの領事による離婚の権限を承認していたにもかかわらず、ブラッセル裁判所は、ベルギーにおける離婚を、憲法九二条の意味における、離婚を宣言する「権限を有する国家機関」の必要性の要件を援用することにより、すべての効力を否定した⁽¹⁷⁾。スイスでは、ベルンの在外大使の前で同国人と離婚したモロッコ人がロンドンにおいてスイス人と再婚したことを転記することをジュラ県の身分関係を扱う部局は拒否した⁽¹⁸⁾。これに対して、上訴がなされ、連邦裁判所は、外国大使の面前での離婚は、スイスの裁判所においては援用できない旨を明確にした⁽¹⁹⁾。ドイツでも、一九八六年の改正民法施行法一七条二項により「婚姻は判決によってしか解消されない」と規定されていることから、この点は明確であると思われる。

三 イングランドにおいて、こうした問題はこれまでも活発な議論の対象となってきた⁽²⁰⁾。元々は、夫婦の Domicile のある外国法に従ってグレートブリテンでなされた私的又は宗教的な離婚は承認するという、他のヨーロッパ諸国に比して非常に自由な傾向が見られた⁽²¹⁾。同様の傾向は、一九五三年のカナダの最高裁の判決にも見ることができ⁽²²⁾。しかし、この傾向は一九七三年の Domicile and Matrimonial Proceeding Act の成立により大きく後退する。すなわち、一六条一項は、イングランドにおけるすべての手続きにおいて裁判所の関与のない離婚には効力を与えないことを規定した。これは、主として *talak* や *ehet* を念頭においてものである。それまでの判例も、*Radwan* 判決⁽²³⁾により、覆された。一九八二年の有名な *Fatima* 事件においては、連合王国の入国審査官が、パキスタン人のパートナーである Ghulam Fatima の入国を「婚姻の合理的な見通しがない」として拒否したことに始まる。フィアンセもパキスタン人であり、彼はソリシターの面前で、パキスタンに残っている妻に対して *talak*（タラク離婚）を行った。一九八六年

の貴族院判決の争点は、その *status* の位置づけにあった。それは、パキスタンにおいて完全に有効なものであり純粋に国内的なものと考え余地もあつたが、貴族院は、*status* は、イングランド法において有効な手続きを構成し得ないとした。⁽⁶⁴⁾ この判決は、一部の移住者に対して屈辱的であると批判された。また、ヨーロッパ人権条約一二条が引き合いに出された。⁽⁶⁵⁾ 何れにしても、この事件は、法システム間における和解の困難と、宗教的共同体に基礎をおくルールのそのコンテクストの通用しない環境での適用の困難さを如実に示している。⁽⁶⁶⁾

第三章 法例と協議離婚

第一節 現状の批判的検討

一 以上の考察を踏まえて、日本における国際離婚の現状を冷静に分析することを試みることにする。

比較法的な概観から何よりも強調されるべき点は、国際離婚の取り扱いについて世界的にみて双方主義を基調とした法の調和に向かつているとは、現段階では決して断定できないということである。むしろ、各国の特殊性を配慮しつつ、そうした法観念の違いに対してどのように利害を調整していくのかに、主たる関心が向けられるように思われる。当事者の利益または便宜に応えるための動きも随所に現れてきてはいるが、それも国際離婚全体を支配する世界的な動きになってきているとは、現段階ではいいがたいのではないだろうか？

こうした認識に立つとき、国際離婚の問題を、属人法に関する全体的な視野から本国法主義対住所地法主義として図式化することには当然大きな危惧を感じる。こうした論調がむしろこれまでの日本における議論の支配的な傾向であつたように思われる。⁽⁶⁷⁾ しかし、少なくとも離婚についてはそれぞれの国家・民族・宗教などの影響は今日でも非常

に大きく、しばしばそれらは協調不可能な対立を引き起こす。そうした場面において、裁判による離婚が世界的優勢を占める現状では、最終的な利害の調整手段として、制度の受け持ち範囲としての管轄の問題が全面に押し出されざるを得ない。そして国家が自国民の婚姻を何らかの方法で法的にコントロールするという方法が一般的である限り、この問題から本国管轄、本国法主義あるいは国家主権的な発想を完全に切り離すことは現時点においては不可能であるように思われる。

二 次に、わが国の国際離婚についての対応に関して若干の批判を試みよう。まず、法例一六条の立法政策に関してである。一六条は周知のように一四条を準用することで、改正ドイツ民法施行法の「ケーゲルの梯子」に影響を受けた美しい段階的連結を採用している。しかし、現実にこの条文が適用されるべき場面を具体的に考えてみると、あまりにも素朴な疑問が生じることを禁じえない。法例が適用される場面とは、学説判例の細かな点での一致は存在しないものの、一応、国際的な生活関係あるいはそこから生じた法的な問題が、主として裁判などにおいて法律についてある程度の専門知識を持った者が関与して、法律に従った処理又は解決が企図される場面であるといえよう。それでは、夫婦の離婚問題が国際的な生活関係として、わが国で登場する場合にはいかなる場合であろうか？ いわゆる国際結婚の夫婦の離婚が問題となる場合がまず考えられる。国際結婚とは、『広辞苑』の第一の定義によれば「国籍を異にする男女が結婚すること」とされている。これが、通常の理解であろう。つまり、日常用語でいう国際結婚の男女に、法例一六条が第一順位の連結点として定めている共通の本国はそもそもあるはずがないということになってしまふ。もちろん、これには反論が可能である。法例一六条の適用の対象となる婚姻（離婚が争われている婚姻）は、必ずしも国籍の異なる男女間の婚姻に限定されるわけではない。例えば、フランス人同士が日本で離婚問題をおこし

日本の法的な機関において離婚しようと考えたことはなくはならないかも知れない。⁽⁸⁵⁾ 実際にそうした例が判例で取り上げられている。⁽⁸⁶⁾ しかし、そうした場合は非常に希であろうと思われる。「希」というのは、実際に裁判になったケースを念頭においているのではない。裁判以前の問題として、現在の日本の社会状況において、外国人同士の夫婦が何組くらい生活しており、そのうちの何パーセントが日本の法制度を利用して離婚しようと考えているであろうかということである。つまり、一六条の第一順位の連結点である共通本国法が現実に機能する場面は、その最優先された順位にも関わらずほとんどないのではないかという疑問である。

三 もつとも、これに対しては、わが国の特殊な歴史的事情に起源を発する人口約七〇万人とされている「定住外国人」問題を忘れることはできないとの指摘が当然であろう。確かに、彼らの中には共通本国を持つ夫婦は多いと言えよう。⁽⁸⁷⁾ しかし、彼らの属人法についてのこれまでの議論は、むしろ機械的に本国法を適用することへの疑問にあったといえ、改正一六条がこうした場合に一律に共通本国法を自動的に適用する方向を強化する可能性を持つとするならば、それはむしろ疑問を呈せられるべき問題であると思われる。少なくとも、彼らに共通本国法を一律に適用すればよいとする立場が、コンセンサスを得ていたとはとても考えられないからである。⁽⁸⁸⁾ また、日本法には「世界で最も自由な協議離婚制度」⁽⁸⁹⁾ が存在している。東アジアの国に共通本国を有する者同士が協議離婚できるのは法例改正前からの戸籍実務で明かであるので、韓国人同士、台湾系中国人同士又は本土系中国人同士の夫婦の場合は、通達により要求されている「夫婦の本国法により協議離婚を日本の方式にする事ができる旨の証明書」を提出することなく協議離婚でき、これは改正法例下でも変わることはない⁽⁹⁰⁾とされている。彼らが協議離婚を行う限りでは法選択規則たる一六条は、少なくとも実質的な意義は持たない。

四 最近の外国人の日本への流入の急増を考えれば、将来においてこの共通本国法という連結点の重要性は高まるかも知れないが、現時点では少なくとも母法国たるドイツと日本における人の国際化のレベルは比較し得べくもなく、したがってこの連結点が第一順位に來ることの意義は、残念ながら不明確である。本国法主義を基本に据えるにしても、法例の段階的連結はドイツのそれよりも本国法主義の視点からは大幅に後退しており、むしろ第一順位の連結点たる共通本国法は離れ小島のようにぼつりと孤立しているような印象を拭えないのは筆者だけであろうか？

第二節 法例改正と協議離婚

一 また、日本の離婚制度を論じるときに決して忘れてはならないのが、協議離婚制度の問題である。西原道雄教授は、この点について次のように指摘する。

「わが国の論ずる際に、世界でも最も自由な協議離婚制度の存在を忘れてはならない。日本法では、離婚はまず、そして原則として協議によつてなされなければならない。現実にも、離婚の約九〇パーセントは、この形をとっている。どんな有責配偶者でも、相手方の同意さえ得られれば、即日にも離婚できるのである。」⁽¹⁶⁾

東アジアの範囲ではなく世界的な視野から見た場合の日本の協議離婚制度の比較法的な特異性を、われわれは、いかに強調してもしすぎることはないように思われる。

二 この点についての Boulianger の次の指摘はわれわれを自覚めさせるものともいえよう。

「離婚における現代法の目立った性格の一つは、極東の純粹に合意に基づく離婚やロシアやスカンジナビアの行政的離婚のような『私的離婚 divorce privé』の役割の拡張である。これらの改革のすべてに共通する性格

は、固有のあるいは地理的な制限の欠如であり、意思の宣言とその表現との間の緊密な関連である。これらの特徴は、裁判管轄と離婚原因を区別するヨーロッパ法のシステムにおいて容認することの困難なものである。ヨーロッパ法システムにおいては、それらの法的領域外で生じた離婚についてのみ、承認したり効果を与えたりする余地がある。しかしその場合においてさえ、法的システムの違いが、承認を難しくするのである。⁽¹⁰⁾

三 しかし、結論を先取りすれば、日本の戸籍実務は、法例一六条の文言を利用して、日本の協議離婚制度の適用を最大限にまで拡張しようとしているかのようにさえ思われるのである。

これは、特に法例一六条の第二順位以下の連結点が採用される場合に顕在化する。⁽¹¹⁾ すなわち、日本において正式に離婚問題を解決してもらいたいと思う国際結婚の夫婦は、日本に共通常居所を有していることはきわめて多いであろうことは容易に想像がつく。⁽¹²⁾ また、外国人の常居所の認定についても、通達により、出入国管理及び難民認定法に定められた在留資格により、または、その他の特別な在留資格により、一義的に例えば五年以上の在留があれば常居所が認定されることになっており、認定方法も外国人登録証明書及び旅券によることまで決められている。⁽¹³⁾ そして、これはある意味で極めて奇異なことではあるが、法例上、共通本国はないが、上記通達の認定規準に従って共通常居所が日本にあることが認定された外国人夫婦に関して、法務省民事局内法務研究会による『法例の一部を改正する法律の施行に伴う戸籍事務の取り扱いについて（基本通達）の解説』において、次の著述が見られる。

「協議離婚をする外国人夫婦について、通達が定める外国人の常居所の認定要件を満たし、日本に常居所が認められる場合には、当該外国人の本国法の規定内容にかかわらず、共通常居所地として日本法が準拠法となる。したがって、この場合外国人夫婦は、その所在地の市区町村長に協議離婚届の届出をすることにより、日本法上

有効な協議離婚をすることができることになる（改正法例第二二条、民法第七六四条、戸籍法第二五条第二項）⁽¹²⁵⁾。」

四 これは、少し考えれば、かなり問題のある扱いであるといえよう。裁判離婚に比較して、裁判管轄の判断の必要もなく、共通本国法としての外国法による協議離婚をなす場合に必要とされる「夫婦の本国法により協議離婚を日本の方式に従ってすることができ旨の証明書の提出」⁽¹²⁴⁾も必要とされず、ただ法例に従って適用されるであろう準拠法である日本法が協議離婚を認めているという理由のみで、外国人夫婦に日本法による協議離婚を認めているわけである⁽¹²⁵⁾。この実務が跛行婚を生み出す危険性は極めて高い。なお、当事者の一方が日本人である場合でその者が日本に常居所を有すれば、これは共通本国法によるまでもなく一六条但書で協議離婚が可能となる。日本人の常居所の認定には、住民票の写しがあればよいとされている⁽¹²⁶⁾。これらの常居所の認定において指摘できることは、法例が用いる「常居所」という用語が本来持つべき本来有すべき法選択上の目的とはかけ離れた視点から、戸籍窓口の実務を滞りなく進めるための明確かつ一義的な基準に置き換えられているということであり、それが内容的な妥当性を有するか否かについては、非常に重要な問題であるにも関わらず、慎重に検討された余地はないように思われる。本来なら、裁判官が離婚事件を審理する過程で幾重にも慎重な考慮がくり返され、そうした判例の集積を待つて徐々に確定して行くべき重要な概念であるにも関わらず、協議離婚制度のスムーズな運営という目先の配慮が法例の大目的を飲み込んでしまっているかのようにも思われるのである。

五 さらに問題に思えるのは、第三段階の連結点である「最密接関係法」の戸籍実務における認定である。ここでは、一六条が但書で定める日本人条項の存在により、実務上は一方当事者である日本人が日本に住民票さえ有すれば、た

とえ「夫婦が共に外国に在り共通常居所がない場合」⁽¹⁷⁾にも、そのことにより日本における常居所の存在が認められ日本法による協議離婚ができることになる。この但書は「もっぱら協議離婚における戸籍窓口での審査の容易化あるいは平易化を目指して設けられた規定であり、配偶者が日本人である場合の協議離婚については、ほとんど対応できるのではないかと考えられる」⁽¹⁸⁾とまで、実務サイドに言わしめている。さらに、「日本人配偶者が国外に転出し、我が国に常居所が認定できない場合であつて、外国人配偶者について、我が国に常居所があるものと認定できる場合であれば、すなわち、在留資格及び在留期間を記した外国人登録書並に旅券の写しの添附により、通達が定める外国人の常居所の認定要件上、外国人配偶者が日本に常居所を有しているものと認められる場合は、協議離婚届けを受理して差し支えないこととされた」とし、この場合は日本法が「(1)配偶者の一方が日本人であること、(2)外国人配偶者の常居所が日本に在ること、(3)当事者双方が日本法による協議離婚に合意しており、かつ、それが離婚当事者の一方の本国法である日本法であること等」により当該夫婦の密接関連法となると説明する。⁽¹⁹⁾そして、実際に一六条の「最密接関係地法」が日本法であると認定され窓口で協議離婚届けが受け取られた例として、「韓国人夫とフィリピン人妻の協議離婚」⁽²⁰⁾、「連合王国人夫とアメリカ人妻の協議離婚」⁽²¹⁾などの驚くべき例が紹介されている。これらは、すべて日本の離婚届の方式に従つて離婚をしているのであり、かなり不安定な日本とのつながりだけをもとにして、世界に類のない安易な離婚制度である「日本の協議離婚制度」の適用を認めたのである。これらの事例において、窓口は日本の戸籍簿自体に関わる必要はない。何故なら、外国人同士の夫婦に日本の戸籍があるはずがないのは自明だからである。法例改正と渉外戸籍の対応を「戸籍主義」と断じて批判する意見に接したことがあるが、ここではそれも超えて「協議離婚至上主義」が採られていると批判せざるを得ないのではないだろうか。

六 このように、日本において協議離婚届けが提出されるべき状況が考えられるほとんど総ての場合に、法例一六条の双方主義の精神を巧みに換骨奪胎することにより、戸籍窓口の実務は日本法を準拠法として処理することが可能となっている。協議離婚届けが提出される場合に、それが戸籍と密接不可分の関係にある以上、少なくとも一方の当事者が日本人である場合がほとんどを占めることは容易に予測できるところである。しかし、比較法的に見て例外的とされる離婚の方法である我が国の協議離婚制度の適用範囲をここまで拡大して良いかという実質的な議論に加えて、そうした制度の運営の（拡大方向での）容易化のために改正法例の趣旨が損なわれるような解釈がなされて良いか否かは非常に疑問があるといわざるを得ない。既述の如く、協議離婚制度の拡張は、比較法的視点から跛行婚を招く危険が大きい。さらに、その適用範囲においても、裁判管轄の歯止めが効かない。これは、英米法系の諸国が、管轄判断を準拠法判断と一元化してきたことにより実現してきた自国離婚制度の抑制的な適用姿勢とは正反対のものといえよう。こうした英米法的処理は一方主義であるがゆえに国際性に欠けるとの安易な批判がなされがちであるが、それは、各国の離婚制度間の分岐の深さを考慮に入れた一つの知恵のある対応であったことは否定できないように思われる。わが国は、双方主義による普遍的な立場を準拠法選択において採用している。このことは、法選択規則自体が自国との直接的なつながりから解放されることを意味する。つまり、これに管轄のルールが事件とわが国との関連性について基礎付けを与えないとき、その普編主義的双方的抵触規定はまさに無限定の空間に放り出されることを意味する。それが、協議離婚制度の適用という問題を通して発生してしまつたといえよう。理論的に、まだ詰められるべき問題を多く残しているにも関わらず、実務は一人歩きを始めているようである。

七 また、離婚問題が訴訟となる場面においても、通常は、当事者の少なくとも一方が日本人であるか日本に常居所

を有する場合であると考えることができよう。そうであれば、先述したと合せて考えれば、改正された法例一條により準拠法として日本法が選択される確率は極めて高いと言わざるを得ない。これは、果たして妥当なのであるか？ 第三順位の連結点である「最も密接な関係を有する地の法」も、日本で事件が取りざたされる以上、日本と最も密接に関係する場合が多いであろうし、裁判官としても日本法適用の便宜から日本法を最密接関係地法として準拠法とする方向へ流れやすいことは容易に想像がつくであろう。

八 しかも、日本の協議離婚制度は決して誇るべき制度ではないと評せざるを得ない。一九九二年度の厚生省の人口動態統計によれば、日本における離婚総数は約一七万千件であるが、そのうち九〇・八％は全く国家机关の関与のない協議離婚で、八・三％が調停離婚、〇・九％が裁判離婚となつてゐる。しかし、日本における離婚の大部分を占める協議離婚制度の実態にはかなり問題があることが指摘されている。そのことは、一九五二年以来法務省の通達により形成され発展してきた離婚届の「不受理申出制度」に典型的に見ることができ、離婚届にいったんは署名・押印したが、意思を翻したことによる「翻意による不受理申出」と相手方が勝手に離婚届を出すことを防ぐ「予防的な不受理申出」の二種類が認められている。利谷信義教授によれば、一九八五年においては二六四〇八件も用いられてゐるといふ⁽⁸²⁾。また、協議離婚の利用者のアンケートによれば、協議離婚制度の現状を肯定するものは一九％に止まり、現状を否定する意見が六〇％に達している。その理由としては、第一が男女の力関係の不平等であり、第二が離婚後の母子の生活保障の弱さにあるとする⁽⁸³⁾。こうした点は、データのにも裏付けられているように思われる⁽⁸⁴⁾。そして、現行協議離婚制度の問題点を包括的に指摘すれば依田精一教授の次の著述に行き着かざるを得ないであろう。

「現行協議離婚制度は、個人の離婚の自由を最大限に保障した制度である。しかし、なんらの制約無しに当事

者の力關係に自由を委ねるならば、弱者に過酷な結果を生じる。それを緩和しようとするならば、強者を押さえ弱者を支える制度を周辺から補強しなければならない。しかし、現行協議離婚制度では、そのような工夫は全くなされていない。そのことは、婚姻制度から離婚制度まで政策に一貫して弱者保護の視点を欠いていることから必然的に生じた結果なのである。

そこで、眞の離婚の自由を確立するためには、まず離婚当事者の平等性を確保し、離婚後の生活保障をまず当事者間でできる限度まで解決する制度を必要とする。国家からの干渉、介入を排除して解決することが、離婚の自由の原則だからである。しかし、それは、現在の男女不平等、社会福祉の貧困などの社会体制の欠陥を前提とする限り限界がある。したがって、このような現存体制の改革を憲法原理にしたがって実現して行くことにしか根本的な解決はないだろう。⁽⁸⁸⁾」

少なくとも、日本の現行協議離婚制度は、制度自体の優越性を理由として、適用範囲を拡張することが重要な意義や強い説得力を有するようなものであるとはとてもいえないのではないであろうか？

第三節 協議離婚と管轄判断の無関係性

一 裁判管轄があれば、後は法廷地法を適用して離婚問題を解決するという図式が特に英米法系の国々で今日でも底流をなす考えであると解することは許されよう。それでは、この点について、我が国ではどのように考えるべきであろうか？

離婚の準拠法の決定において、少なくとも、形式的には双方向的抵触規定を採用しているわが国では、事案の個性に

応じた準拠法の決定がなされるのであるから、管轄権の決定に際してかなり緩やかであつてもそれ自体がすぐに不正義に結びつくことはないと言ふべきであらう。従つて、こうした状況においては、むしろ手続法的な側面からの当事者間の衡平といった視点のみが際立つて強調されてくるように思われる。この問題に関し一応の管轄原則を定立したとされる最高裁昭和三九年三月二五日大法院判決は、原告である妻は元日本人であり、旧法下の朝鮮人である夫から離婚の承諾を受けて自ら日本に帰国し、一五年を経て訴えを提起したといふかなり特殊な事例に関するものである。しかし、この判例は、被告の住所地管轄を原則としつつ、原告が「遺棄」された場合や被告が「行方不明」の場合などには、「わが国に住所を有する外国人」に対して管轄を認めないと、わが国の法律によつても離婚の請求権を有すべき者の身分關係に十分な保護を与えないことになり、国際私法的な生活における正義衡平の理念にもとる結果を招くことになる。この判決の直後、最高裁は、合衆国軍属として単身日本に来て永住の意思を有する夫からの、日本に來たことがない妻に対する離婚請求について、遺棄、行方不明その他これに準ずる場合には該当しないと⁽¹⁸⁷⁾している。これらの最高裁判決では、国籍に基づく離婚訴訟の裁判管轄が認められるか否かに関しては何も判断されていないといふべきであるが、本国管轄を基準とする立場に対しては、国際民事訴訟法の視点から疑問が呈せられて⁽¹⁸⁸⁾おり、この被告の住所地を原則する判決においてルール化が完了しており、本国管轄は不要とする見解が現在⁽¹⁸⁹⁾はむしろ支配的であるように思われる。

二 こうした国際裁判管轄の一般のルールに引き寄せるかたちで離婚訴訟の国際裁判管轄が考えられるのは、双方向的抵触規定による法選択規則の理念的な *anational* 化に伴い、国際裁判管轄の問題がそれとは別個独立の枠組みをもつてしか捕らえられなくなったことの一つの帰結であらうと思われる。そして、そのこととの理論的整合性において、

国際裁判管轄の理論的基礎付けにおいてもわが国の通説におけるように可能な限り普遍主義的な理論的構成を前面に押し出して行くのが一貫するのように見える。⁽¹⁹⁾

しかし、現実の運用において内外国法平等の理想とかなりかけ離れた歪められた離婚における準拠法選択に、普遍主義的構成の裁判管轄ルールを結びつけることにどれほどの意義があるのかについては再考の余地があるように思われる。⁽²⁰⁾ ことに、わが実質法における離婚法制の比較法的視点からの特殊性を考慮に入れば、直接管轄は自制的であることが国際的な配慮という点からはむしろ望ましいかも知れない。また、婚姻というものがほとんどの全ての国家において、その枠組みの内部で国籍という基準を基礎として把握されている現状において、しかもそれが当該国家にとっての社会秩序及び倫理観の視点から今日でも非常な関心事となっている現状を考慮すれば、⁽²¹⁾ それを国籍と全く切り離して考えることほどの程度の正当性があるのかについても疑問は多い。

三 国際離婚の必要性が問題となる場面を想定すると、夫婦の国籍が異なれば、それぞれの当事者はその本国で通常は離婚を認めてもらう必要性が強いであろう。なぜなら、その者の婚姻関係は通常は本国法における身分的地位を起点として考えられるからである。⁽²²⁾ しかし、本国に帰国する意思がなく、現在の住所(常居所)において永久的に生活関係を営もうとする者にとっては、むしろ住所地で正式の離婚が認められればそれで十分な場合も少なくないかも知れない。婚姻が、「跛行婚」になることは一般論又は理念論としては防止すべきであるとしても、具体的な場面でそれを持ち出せばすべてが解決するわけではない。何故なら、婚姻が現在のところ各国家によって各国民の身分法上の地位として個別的に捕捉されておりそれを超えるものではない以上、国籍を異にする夫婦の離婚において跛行婚がある程度生ずることは不可避であるといわざるを得ないからである。⁽²³⁾ したがって、婚姻を私法的制度であるとする点で

世界の大勢は一致するものの、私法的関係においてもその性格に應じて国家による関与の強さはそれぞれに異なるというべきであり、婚姻はその中では国家との関連性の非常に強い制度であると現状では考えらるべきである。⁽⁹⁸⁾つまり、ほとんど総ての国において婚姻は、何らかの形で何らかの程度において、国家の管理下におかれているといわざるを得ない。現在のところ、法に適合したものととして国家により公的に承認された男女の継続的な結合関係のみが、婚姻という法概念で捕えられているわけである。⁽⁹⁹⁾

四 したがって、双方向的抵触規定により法廷地法以外の準拠法を選択して離婚を認めたとしても、その離婚が当事者の本国において当然に承認されるという前提が欠けている場面では、非常に不安定な状態に必然的におかれることになる。ことに、離婚については、各国の制度間の差は大きく、世界的レベルにおいて承認要件を明確化・平準化することは難しいといわざるを得ない。⁽¹⁰⁰⁾承認制度との関連で、国際離婚を論ぜざるを得ない理由がここに存在すると思われる。また、裏面から見れば、当該当事者の本国において離婚が法的に正式なものとされる限り、外国において離婚が認められなくても、それは離婚を望んで自国でそれが認められた当事者にとっては、意外に影響が少ないこともあり得るのではないであろうか？ 現状では、婚姻は、当事者たちの意思により故意に跛行的にしておくことも可能であり、法的にもそれを防ぐことについて強い政策が特に採られているとは考えがたい。⁽¹⁰¹⁾

つまり、自国の離婚に関する法を正当とする限りにおいては、いわゆる国際結婚の夫婦の一方たる自国民が離婚を求めているような場合には離婚訴訟の管轄は広く認めても、現状の婚姻制度のあり方を起点とすれば大きな矛盾は存在しないように思われる。日本の場合には、協議離婚という極めて安易な形式の離婚の存在のため、このあたりの事情が明確にならない嫌いはあるが、離婚法が正当なものである以上、当事者が自国民だからといってその者にとって

都合の良い判決が常に与えられるはずもない。しかも、職権探知が働く場面であるから応訴がないからといって不当な敗訴となる可能性も、理論上は他の民事事件との比較においてははるかに低いということまではいえよう。離婚訴訟は、日本でも人事訴訟というカテゴリーで捕えられるが、英米法においても離婚訴訟の開始は、petitionと呼ばれる衡平法上の訴えにより、一般の訴訟におけるclaimとは明確に区別されている。直接管轄や間接管轄を考へるに当たつても、必ずしも一般の民事事件とパラレルに考へる必要はないのではないかという指摘²⁰⁾は、十分傾聴に値しう。

第四節 婚姻に対する国家の関与と跛行婚

一 婚姻が当事者の本国による何らかの公的なコントロールの下におかれていることは疑いないが、実際に当事者が生活の基盤を本国とは別の国においている場合には、むしろその婚姻がその国でどのように扱われるかが当事者にとつて最大の問題であろうと思われる。婚姻は、継続的・日常的な法的関係であり、それはとくに平常の生活を送つてゐる国において特に重要な役割を果たすことは疑いが無い。したがつて、本国の他に常居所が連結点として重視されるべき理由がここにあるといえよう。

二 離婚の承認の問題も、特に、独自に論ぜられることが多いのは、離婚を承認すべきか否かはあくまでそれぞれの国の自主的な判断に委ねられているためであろう。つまり、金銭判決は、どの国で下されようとその一国でさえも効力を持つてば、それで抽象的には十全の力を備えているといひ得る。それが他国で承認されることが必要とされるのはむしろ例外的であり、被告の財産不足などの現実的・具体的な事情により判決国内でそれが十分に功を奏さないと

いう場合にのみに関することである。しかし、婚姻制度が各国家独自の何らかの法的な管理の下におかれている現状において、ある国が離婚を認めても他の国ではそれを認めないとする事で守られるべきその国独自の法政策あるいは法倫理があり得る。したがって、本来、そうした法政策や法倫理がむしろ対立しやすい離婚という場面においては、国際私法にいう「跛行婚」はむしろ必然的に生ぜざるを得ない環境にあるといえよう。そうした状況が、離婚の分野において、特に外国離婚承認の問題についての各国の関心を先鋭にしたと言えるし、お互いの婚姻に対する関与の範囲について、過敏なまでに管轄においては自制的になり、かつ他国の離婚判決について厳格な要件を課するということを押し進めてきたように思われる。ここに、純粹に私法的なものとしてきれいにサビニー流の双方向的抵触規定に本来うまくなじめなかった基本的な理由があるのではないかと思われる。

こうした実際的な考慮による特に西欧各国の国際的離婚法制における知恵の蓄積が、わが国では理念的な割り切りを前面に押し出すことにより十分に承継されていないのではないかという点が特に危惧される。以下、こうした問題について更に考察を進めて行きたい。

第五節 小 括

一 以上、やや冷ややかに改正法例一六条とそれに乗った形で運営されつつある協議離婚制度の渉外的場面での適用を見てきた。

筆者の意図は、ここで、法廷地法たる日本法が離婚の準拠法となる場合が、法例改正の結果増加するであろうこと自体についての当否を、直接取り上げようとするところにあるのではない。離婚の準拠法として法廷地法をより重視し

ていく考え方自体にそれなりの正当性があることは歴史的にも比較法的にも証明済みであるとさえ言えよう。⁽²⁰⁾しかし、本稿がここで問題にするのは、それが法例改正において真に意図された結果であるのか否かという点にある。これに関して、起草過程からそうした議論を窺うことはできず、したがって「否」であると判断せざるを得ないであろう。⁽²¹⁾しかし、意図したのと異なった結果が実際にもたらされているとすれば、それは立法としては稚拙であったのか、あるいは最初からそうした実務運用の抜け道を巧みに計略しながらも、理論的な一応の正当性を西欧法の傾向と一致する外観によつて目を暗ませることにより、こうした厳しい現実問題に批判の焦点が合わされることを回避するのに成功したと評するべきなのであろうか？ われわれはこれを見過ごしてはならないし、冷徹な分析を更に加えていくことは、時すでに遅きに失した観はあるが、今後の課題でもある。

二　そして、さらに問題であると思われるのは、協議離婚制度のこのような暴走もまた意図された結果であったのかということである。もし、「そうではない」という点で学説のコンセンサスが得られるのであれば、それを正常な軌道に戻すべき理論構築を試みる必要がある。

まず、非常に基本的な問題から議論を始めることにする。例えば、池原季雄教授は「外国人は日本において協議上の離婚ないし調停による離婚をなし得るか」と自ら疑問を呈し、それに対して「法例一六条では離婚は原則として離婚原因発生当時の夫の本国法〔旧法例一六条〕によることになっている。従つて協議上の離婚についていえば、この際夫が日本国籍を持つ限り（無国籍の時は住所が、無住所の時は居所が日本にある限り）、日本法に従つて協議離婚し得ることは明かである。」と解答する。⁽²²⁾しかし、これ以外に答えは絶対にはあり得ないのであろうか？

むしろ、協議離婚は双方向的な抵触規定にのせずに、純粹に国内的な離婚にのみ適用されるべき制度との位置づけを

与えることは理論的に絶対に不可能なのか——というのが筆者の根本的な疑問である。⁽²⁴⁾

日本では協議離婚制度が広く認められている。この協議離婚も当然に視野に入れてこの問題は考えられなければならない。また、国際裁判管轄との関連性も当然考慮すべき余地があるように思われる。特に離婚の問題について、裁判管轄の問題が準拠法選択の問題との関連においても考慮されるべきことは、多くの外国法の示すところでもある。⁽²⁵⁾

結論にかえて

一 われわれは、日本法を論じるにあつたて、日本の特殊性を決して忘れてはならないように思われる。もちろん、これまでのすべての日本の学説がそうであつたと非難するつもりはない。しかし、国際私法という、ある意味で日常生活における生の価値観から若干距離を置いていると考えられる法律を、特に理論的な側面から論ずるとき、どこかに日本は西欧諸国と等質の社会であるとの前提が、暗黙のうちに潜入していたのではないかという感覚を筆者個人としては拭いられない気がする。

二 日本において協議離婚が社会的に非常に重要な役割を果たしていることは疑いようのない事実である。しかし、この問題に対して、日本の国際私法の学説が本格的に論じることが以外に少なかったように思われる。ただ、それに反して、行政は、戸籍窓口の実務処理という観点から常にこの問題に最大限の注意を払ってきたといえよう。

法例改正に際して、協議離婚が渉外的な場面で大きくそのテリトリーを拡張しつつあること、そのこと自体についての当否を論ずることもまた、ここでは筆者の目的とするものではない。何度も繰り返すように、それが本当に法例改正において意図された結果であつたのか否かという点に疑問を向けただけである。もしそれが目的であつたとす

れば、現状は、少なくとも立法として成功したと評することが可能であろう。フランス民法三一〇条は、フランス法の優越の姿勢上に成り立つ、ある意味で「鼻持ちならない」規定である。しかし、彼らはそのことについて議論を尽くしそれを承知の上で三一〇条を立法化したと一応評価できる。もし、日本の学説が協議離婚について十分に検討を尽くさなかった結果、意に反した結果を招来しているとしたら、それは、学説の大きな責任である。こうした問題性を察知して、議論を通じて実務を抑制する機能を期待できるのは、日本において学説以外に考えられないからである。

三 改正法例一六条における重要な連結概念である「常居所」と「最密接関係地」の定義に関して、実務に先に手をつけられてしまったことも、将来大きな痛手となるであろう。裁判所は、そして学説は、そのような定義を受け入れないであろうし、実務側にそうしたことを行う権限はないと冷笑することも可能である。⁽²⁶⁾しかし、現実に、日本の社会において、国際結婚のカップルは協議離婚制度を利用して離婚していくのである。その際に、彼らが協議離婚をできるか否かを決定するのは、決して学説・判例が本来こうあるべきものとして定義した「常居所」概念でも「最密接関係地」概念でもなく、通達によって示された、また実務家が書いた解説のそれが、非常に大きな支配力を有する。

われわれは、学問的に正しいとされる概念の定義と、実際の涉外協議離婚実務を支配する概念の定義とをこれからダブル・スタンダードとして持ち続けていかなければないのであるか？ それらは何れもまさに法例一六条という同じ法律の条文上の概念から派生した解釈なのである。

四 協議離婚は、涉外的な離婚にあまり用いられることはないからそれほど心配することはないのではないかという意見もあろう。しかし、全体的な統計はつかめないものの、非常に憂慮すべき事実が最近の新聞を賑わせていることは確かである。まず、国際結婚の急増である。厚生省の統計によれば、一九六五年には約四一六〇件であった国際結

婚（配偶者の一方が日本人）は、一九九二年には約二五八六〇件に増加しているとされる。⁽²⁷⁾ 五倍以上の増加である。また、日本に入管法上の配偶者資格で入国した人数も、九〇年には韓国・中国・タイ・フィリピンを合わせて二四九七名であったのが、九三年には四四五一人に急増している。⁽²⁸⁾ もとより、国際結婚の増加そのものについて目くじらを立てる必要はないが、その影で悪質な業者が暗躍していることは最早周知の事実といっても過言でないであろう。

そして、本稿の視点からは、最も恐れるべきことであるが、日本の安易な協議離婚を利用することにより、国際結婚の外国人配偶者が非常に不利な立場にたたされていることについての報道が、かなり目につくようになってきている点である。たとえば、日本人男性と韓国女性との夫婦が結婚後間もなく不和になり、夫が離婚届を勝手に届け、女性が配偶者ビザを取り消されたケースが大阪市生野区にある「韓国人救済センター」に持ち込まれたというニュース⁽²⁹⁾ や、日本語を読めないパキスタン人の男性が「署名したのが離婚届とは知らず、離婚の意思はなかった」として、前橋地裁に離婚無効確認訴訟を提起し勝訴した事件⁽³⁰⁾などが目に止まった。さらに、こうした事件の日常性を裏付けるような次のような記載を九四年一月一九日の朝日新聞の記事に見つけることができる。

「日本人と結婚して一児をもうけた、タイに一時帰国してから日本に戻ると、夫が勝手に離婚届を出して、フィリピンの女性と結婚してしまっていた」⁽³¹⁾（タイ人女性）。最近、こうした相談が目立っている。」⁽³²⁾

少なくとも、日本の協議離婚制度の安易さは、現在のところ外国人配偶者を劣悪な地位に押しやる手段としてかなり悪い方向で利用されているのではないかとの危惧をぬぐい去ることはとてもできないように思われる。

五 これまでに考察してきたすべてを踏まえて、筆者は非常に簡明な立法論側面をも含めた提言をしたい。

まず理論的には、日本の協議離婚制度の適用を「日本に共通通常居所を有する双方共が日本人の夫婦」にのみ限定す

るということである。つまり、協議離婚制度の空間的適用範囲を一方主義的に限定してしまうことである。これは、協議離婚制度の比較法的に特異な日本の離婚観に基づくものであること、そして特に外国人配偶者の人権保障、および協議離婚制度が純粹に国内的場面でも必ずしも満足のいくものとはされていないことから、十分に理由のある対処であると考ええる。副次的な効果として、協議離婚が外国で承認されないことに基づく跛行婚発生防止が期待できるし、窓口実務も非常に明確になろう。

しかし、そうなれば国際結婚の夫婦は、特に双方が離婚に合意しているような場合、日本でどのような手続きをとれば良いのかが不明になる。そこで、「涉外離婚手続法」とでも呼ぶべき法律を創設することにより、涉外離婚を何らかの形で「裁判」手続きにすべて載せて処理することを考えるべきであろう。外国での、日本における離婚の承認等に関してもこれによりかなりの問題が解決されよう。特に、わが国では「適応問題」の一種として議論されてきた「調停」「審判」による離婚を外国法が要求する「裁判」による離婚に替えられるかといった大問題に関しても、議論の必要性が大幅に減少するといえよう。ただし、これは、法例一六条自体をさらに改正せよということを直ちに提言する意味ではない。基本的には、あくまで法例一六条の実質的な解釈権限は涉外離婚の任に当たる「裁判所」に一元的に帰属すべきであるということの提言に過ぎない。

以上に論じてきたことは、浅学な筆者による覚書（メモ）であり、論説としての資格を備えるものではないかも知れない。しかし、筆者自身の今後の研究の進展のため、ここにあって公表し、諸先輩の忌憚のないご批判を賜ることができるようにここに心よりお願い申し上げる次第である。

〔附記〕 本研究は平成七年度科学研究補助金・総合研究(A)「二十一世紀に向けた国際私法・国際民事訴訟法の立法化に関する研究」(研究代表者 道垣内正人)の成果発表の一部である。

- (1) 例えば、澤木敬郎「新しい国際私法の概説」二頁以下・澤木敬郎・南敏文編「新しい国際私法——改正法例と基本通達——」、「座談会・法例改正をめぐる諸問題と今後の課題」一七頁以下・ジュリスト九四三号(一九八九)等参照。
- (2) 改正法例一四条(婚姻の効力)参照。一四条は、一五条二項(夫婦財産制)、一六条(離婚)で準用されている。
- (3) 法例一四条の旧規定は「婚姻ノ効力ハ夫ノ本国法ニ依ル」と定めていた。
- (4) その他に、Lennart Pålsson, *Marriage and Divorce*, Chap. 16, Vol. III, IECL (1978), Hélène Gaudement-Tallon, *La désunion du couple en droit international privé*, Recueil des cours 1991-Iを離婚に関する比較国際私法の基本文献として参照した。
- (5) 上野雅和「協議離婚の改善策について」岡山大学法学会雑誌四二巻一三〇頁以下(一九九三)、利谷信義・石井美智子「日本の離婚」六三頁以下・利谷・江守・稲本編「離婚の法社会学——欧米と日本」(一九八八)等参照。
- (6) 民法七六五条一項。
- (7) 民法七六五条二項。
- (8) しかし、現実にごうした外国人同士の協議離婚が行われている例があるようである。新谷雄彦「離婚の際に最も密接な関係がある地が日本であると認定する場合について」戸籍五七五号四六頁以下(一九九一)参照。
- (9) 第三章で述べるように、国際結婚のカップルにとっても日本の協議離婚制度は極めて使い易くなっており、その点からかなりの人々が利用することは十分に考えられる。
- (10) François Boulanger, *Droit civil de la famille*, tome II, at p. 388 (1994).
- (11) 中華人民共和国婚姻法(一九九一年施行)第二四条「夫婦が双方共に自由意思により離婚を望む場合は、離婚を認める。両当事者は婚姻登記機関に離婚を申請しなければならない。婚姻登記機関は、調査のうえ両当事者が隔日に自由意思に基づいていること、かつ、子及び財産の問題についてすでに適切な処置をしていることを確かめたときに、直ちに離婚証を発給する。」(陳宇澄「中国家族法の研究——非婚生子を契機として——」二〇八頁(一九九四)参照。)

(12) 大韓国民民法典八三四条は「夫婦は、協議により離婚することができる」と定め、更に八三六条一項は「協議上の離婚は、家庭法院の確認を受け、戸籍法の定めるところにより申告することによって、その効力を生ずる」と定める。(青木清「韓国家族法の改正——新旧対照条文付——」二八頁(一九九〇)参照。)

(13) Boulanger, *supra* note (10), at p. 388.

(14) Boulanger, *supra* note (10), at p. 462-479.

(15) 楠陽子「家族法の諸問題(上)」三頁以下(一九九三)は、わが民法の離婚制度について次のように述べる。

「わが現行民法の離婚規定は世界でも比類なく自由主義的傾向に属するものであることは周知のところであるが、これに反して西欧諸国のそれは一般にかなり制限的色彩を有するものの如く思われる。」また、西欧婚姻法の研究に当たって、カトリック教婚姻非解消主義に対する基本的理解が不可欠とされることも的を得ていると思われる。

これは、Boulanger など比較法的には圧倒的な世界的通説であると思われる (Boulanger, *supra* note (10), at p. 468) が、わが民法の改正に関する議論において更に離婚を容易にする方向での提案(法務省民事局参事官室「婚姻制度等に関する民法改正要綱試案」家月四六巻七号一四二頁)が有力になされていることに見られるように、必ずしもこのことが十分に認識されていないような印象を筆者は持っている。

なお正にこの点に関して一九九三年の私法学会のシンポジウム「婚姻法の改正」で興味ある質疑応答がなされている。

(私法五六号六〇—六三頁(一九九四)参照)。

(16) 西原道雄「報告(2)離婚原因—その1」八五頁以下・日本家族(社会と法)学会編「家族(社会と法)一九九二」は、民法七七〇条の改正を論ずるに当たり次のように述べるが、正当というべきである。

「まず裁判離婚ですが、皆さんご承知のように、結婚して一回も離婚しないまま一生を終わる人は非常に多いわけで、離婚するのはごく一部です。しかもそのわずかの離婚する人の中で民法七七〇条を使って、つまり裁判離婚で判決によつて離婚するのは過去数十年にわたって、だいたい離婚総数の一〇程度でした。

つまり離婚のわずか一〇の部分について、そんなに一生懸命になる必要があるのだろうか。もし一生懸命になる必要があるとしたら、わずかではあるがそれ自身重要なのか、あるいはそこでの扱い方にも関連してくる、影響してくるからではないかと思うのですが、とりあえず「離婚訴訟における離婚原因を論じているのだ」ということを強く意識して

おきたいと思えます。」

「要するに、裁判上の離婚原因の位置づけを考えますと、協議離婚という制度がある、あるいは調停によっても離婚できる、大部分の離婚は少なくとも最終的には夫婦の合意でなされるという制度のもとにおいて、離婚の合意がない場合になおかつ強制力をもって別れさせる必要があるのはどういう場合か、それが現在奉呈されているものでいいのかどうかを考えていかなければならないと思うのです。」

- (17) 双方主義と一方主義についての解説をした日本語の文献として、さしあたり横山潤「国際私法の機能」・山田録一「早田芳郎編『演習国際私法〔新版〕』六頁以下(一九九二)参照。なお、西賢「フランス民法三〇〇条について」神戸法学雑誌二九卷二号(一九七九)は、一方主義に批判的な立場からではあるが、フランス国際私法における一方主義の傾向を正確に把握しており、注目に値する。なお、フランスの教科書では、現在でも Yvon Loussouarn et Pierre Bouriel, *droit international privé* 3e ed. pp. 137-144 (1988) が一方主義にかなり好意的な姿勢を示している。

- (18) アメリカ合衆国を含む英米法系の諸国は、今日でもほぼ完全な一方主義を採用しており、フランス法の傾向などを合わせれば、離婚の準拠法選択においては一方主義がいまだに若干優位に立っていると見るのが現実的であると筆者は考える。

- (19) そうした意味では、筆者はこの国際離婚の問題を極めて各論的に捕らえており、ここでの議論を一般化する意図はほとんど有していない。したがって、その総論へのインパクトは意外に小さいのではないかと考えている。

- (20) 溜池良夫「フランスにおける離婚の準拠法——判例の変遷——」一四八頁以下「国際家族法研究」所収(一九八五)参照。Henri Batifol et Paul Lagarde, *Droit international privé tome II*, pp. 77-78 (1983).

- (21) 日本語の文献として、西・前掲注(17)、笠原俊宏「フランス国際私法における離婚の準拠法——一九七五年法三〇〇条について——」法学新報八六卷七・八・九号参照。

- (22) 本稿において、日本語訳は基本的に笠原俊宏編『国際私法立法総覧』(一九八九)に主として依拠するが、必要な範囲で筆者が修正を加えた場合もある。フランス民法については、法務大臣官房司法法制調査部編『フランス民法典——家族・相続関係——』(一九八八)も合わせて参照した。

- (23) Batifol et Lagarde, *supra* note (20), at p. 79.

- (24) Pirre Mayer, *Droit international privé* 3e ed., p. 349.

- (25) フランス民法3110条。
- (26) Mayer, *supra* note (24), at p. 349.
- (27) Mayer, *supra* note (24), at p. 349.
- (28) 早川真一郎「フランスにおける外国法の適用(一)」法政論集一五九号・一六〇号(一九九五) 参照。
- (29) Batifolet et Lagarde, *supra* note (20), at No. 443-1.
- (30) Mayer, *Droit international privé* *supra* 5e ed., p. 378.
- (31) Mayer, *supra* note (24), at p. 350.
- (32) Loussonarun et Bourrel, *supra* note (17), at p. 245.
- (33) Foyer, *Tournant et retour aux sources en droit international privé*, J. C. P. 1976. I. 2726, No. 23.
- (34) Foyer, *supra* note (33), at No. 23.
- (35) Foyer, *supra* note (33), at No. 24.
- (36) Foyer, *supra* note (33), at No. 25.
- (37) Mayer, *supra* note (24), at p. 377.
- (38) Mayer, *supra* note (24), at p. 351.
- (39) フランスの国際民事訴訟法全般について、矢澤昇治『フランス国際民事訴訟法の研究』(一九九五) 参照。特に、Patiño 判決以降の判例の流れについて、同書八二頁以下参照。特に「外国人無管轄原則」との関連について、山本敬三「フランス国際私法における離婚裁判管轄権」政経論叢一一卷三十一号一九五頁以下参照。
- (40) Patiño, *Civ. 15 mai 1963*, J. D. I 1963. 1016 note Malaurie.
- (41) Holleaux, D. 1963. 11.
- (42) Francescakis, *note Rev. crit.* 1963. 397.
- (43) Gaudemet-Tallon *note*, *Rev. crit.* 1981. 335; Sinay-Cytermann, *L'ordre public en matière de compétence judiciaire internationale*, p. 282 *ets.* (1980).
- (44) Bendern (de) (dame), *Civ. 13 janu. 1981*, *Rev. crit.* 1981. 331 *note* Gaudemet-Tallon.

- (45) 同 *M. Gaudent=Tallon, note, Rev. crit. 1981, 333 ets.*
- (46) 一五条前段は次のように定める。
- 「各締約国は、未成年者の身体又は財産に対する保護手段をとるために未成年者の両親間の婚姻関係を無効、解消又は緩和する要求について判断する管轄権について留保できる。」
- (47) ドイツの国際家族法に関する新しい日本語の文献としてライター・ヘンリッヒ (佐藤文彦訳) 『国際家族法』(一九九二)を、主として参照した。
- (48) この点につき南敏文「法例改正に関する基本通達の解説」七九一八〇頁・前掲注(一)書参照。但し、この見解に対して強力な反対論が存在する。
- (49) デイター・ヘンリッヒ (佐藤文彦訳) 『国際家族法』一二九—一三〇頁(一九九二)。なお、離婚に関するドイツにおける反致については、同書二二—二九頁参照。最密接関係法または当事者の選択により準拠法が指定される場合は、反致の適用はないとされるようである。
- (50) 例えば、アメリカ合衆国民同士の離婚の準拠法として、共通常居所地法として日本法を適用した事例がある。(横浜地裁平成三年一〇月三一日判決、判例時報一四一八号一—三頁)
- (51) ドイツでは、外国人労働者の「移民化」の傾向(家族と共にドイツに居住し、出身国への帰国の意思はもはや考えない)は、非常に顕著になってきており、外国人住民の構成が「出稼ぎ型」から「移民型」に移行しているという認識はもはや疑い得ないものになっているとの指摘がある。(広渡清吾「ドイツの外国人問題と国籍」四二頁・百瀬宏・小倉充夫編『現代国家と移民労働者』所収(一九九二)参照。)一九八八年現在、外国人の単身世帯は一〇・六%であるとされている(広渡・前掲四四頁参照)。
- 歴史的な視点も含めたドイツの外国人労働者受け入れの法制度における総合的な考察としては、野川忍『外国人労働者法—ドイツの成果と日本の展望』(一九九三)参照。
- ドイツの成果と日本の展望—(一九九三)参照。
- (52) 野川忍『外国人労働者法—ドイツの成果と日本の展望』一一六—一七頁(一九九三)参照。
- (53) 条文の翻訳に当たっては、ライター・ヘンリッヒ(佐藤・前掲注(49)他、法務大臣官房司法法制調査部編『ドイツ民事訴訟法典—一九九一年一月一〇日現在—』(一九九三)を参照にした。

- (54) ヘーンリッヒ (佐藤訳)・前掲注(49) 一三六頁。
- (55) ヘーンリッヒ (佐藤訳)・前掲注(49) 一三六頁参照。
- (56) もちろん、この場合、同一国籍の定住外国人同士の夫婦の離婚について忘れてはならないであろう。しかし、韓国・朝鮮や中国の場合、協議離婚が可能とされており、その結果、日本においても戸籍窓口の扱いとしては、「韓国人同士、台湾系中国人同士又は本土系中国人同士の夫婦の場合」は、通達の定める「夫婦の本国法により協議離婚を日本の方式に従ってすることができ旨の証明書の提出(昭二六・六・一四 民事甲第一二三〇号通達参照)」を要せず、わが国においても協議離婚が受理されることになっている。(南敏文「法例改正に関する基本通達の解説」九〇頁澤木敬郎・南敏文編著「新しい国際私法——改正法例と基本通達」所収(一九九〇)。
- (57) 東京都社会福祉協議会の一九九三年八月の「日本で暮らし働く外国人の成果月番の整備に向けて——在住外国人の福祉・生活課題に関する実態調査報告書」は、関東地区を中心とした調査票による調査(有効回答数九三三票)から、日本の在住外国人の結婚と配偶者の状況について次のような結果を得ている。
- 結婚している人は「留学・就学」は一三・〇%だが、「在留資格なし・不明」は、三七・五%となっている。そのうち、配偶者が日本人の人は、それぞれ二・三%、一四・一%であり、配偶者が日本人以外でありしかも日本で家族生活を営んでいないものは、「留学・就学」では二七・九%、「在留資格なし・不明」の者については、七一・七%に登っている。(駒井洋(編)「外国人労働者問題資料集成・下・自治体・大学編」五一頁(一九九四)。
- (58) 連結点として国籍をより重視すべきであったとする見解として例えば「座談会」(塚場教授の発言)・ジュリ九四三号一九二〇頁参照(一九八九)。
- (59) ヘーンリッヒ (佐藤訳)・前掲注(49) 一五六頁。
- (60) ヘーンリッヒ (佐藤訳)・前掲注(49) 一三七頁。
- (61) 塙・前掲注(15)書参照。特に第一部1「カソリック教婚姻解消主義の生成と展開」三頁以下。
- (62) この部分についての資料と解説は、Peter North, *Private International Law problems in Common Law Jurisdictions* (1993) に、大幅に依拠していることを明記しておく。
- (63) Domicile の概念については、特に山田録一「英米国際私法における住所」『国際私法研究』(一九六九) 及び、西賢「英国国際的協議離婚についての覚書

住所法改正の動向』『属人法の展開』所収(一九八八)参照。

- (64) North, *Private International Law in Common Law Jurisdictions* (1993), p. 57.
- (65) Wilson v. Wilson (1872) L. R. 2P. & D. 435.
- (66) [1926] A. C. 444.
- (67) North, *supra* note (64), at pp. 58-59.
- (68) North, *supra* note (64), at pp. 58-59.
- (69) Divorce Act 1898, s. 3.
- (70) Diiorce and Matrimonial Causes Amendment Act 1930, s. 3.
- (71) Divorce Jurisdiction Act 1930, s. 2.
- (72) Law Reform (Miscellaneous Provisions) Act 1949, ss. 1(1), 2(1).
- (73) Matrimonial Causes Act 1959, s. 24.
- (74) North, *supra* note (64), at p. 60.
- (75) Family Proceeding Act 1980, s. 37(1).
- (76) *Ibid.*, s. 37 (2).
- (77) North, *supra* note (64), at p. 61.
- (78) North, *supra* note (64), at p. 61.
- (79) North, *supra* note (64), at p. 61.
- (80) North, *supra* note (64), at p. 61.
- (81) Law Com. No. 48 (1972), para 7.
- (82) North, *supra* note (64), at p. 62.
- (83) Cheshire and North, *Private International Law*, 12th ed. (1992), at p. 634.
- (84) North, *supra* note (64), at p. 62.
- (85) North, *supra* note (64), at p. 63.

(86) 英国における国籍について、国際私法に於ける裁判管轄の問題としては特に身分に関する訴訟においては「国家と個人の紐帯」であり政治的・公法的なものと考え私法関係には及ばないとする *Otesine* の見解を強調して、「全然問題にならない」と、池原教授は断定する。(池原季雄「国際私法に於ける裁判管轄権と当事者の国籍(一)」国際法外交雑誌四八巻四号七五頁以下(一九四九)しかし、国家への帰属意識は時代とともに変化するものであり、今日の国際化した社会において英国(正確には連合王国)への私的レベルでの帰属意識を語ることも可能であるとの印象を筆者は有する。同様のことはアメリカ合衆国はもちろんヨーロッパ連合においてさえ芽生えてきているように思われる。

(87) *Family Law Act 1975, s. 39(3)*.

(88) カナダの離婚法の動向に関しては、特に西賢「カナダ国際私法におけるこの監護」一二三頁以下『属人法の展開』所収(一九八八)参照。

(89) *North, supra note (64), at p. 64.*

(90) この部分では、比較国際私法的視点から、国際離婚についての各国の法制度をできる限り総体として把握した上で、検討を試みることにしたい。前述した国々についてすでに述べたことがくり返されることが多く、論述がくだい上に荒いのはひとえに筆者の責任である。主要参考文献として、*Boulanger, supra note (10)*に多くを負っている。

(91) *Boulanger, supra note (10), at p. 486.*

(92) *Boulanger, supra note (10), at p. 486.*

(93) *Boulanger, supra note (10), at p. 486.*

(94) *くわゆるハーフ婚姻条約。原文は「Makalov, A. Recueil / Queller t. II no. 233 (1929) 参照。*

(95) *Boulanger, supra note (10), at p. 486.*

(96) *Boulanger, supra note (10), at p. 487.*

(97) *R. v. Lolley (1982) 2 CI Fin 567n.*

(98) *Boulanger, supra note (10), at p. 487.*

(99) *Boulanger, supra note (10), at p. 487.*

国際的協議離婚についての覚書

- (100) 特に有名な判決として Ferrari 事件 (Cass. Civ. 6 Juillet 1922. Rev. Dr. Int. 1922-444) があげられる。溜池・前掲注(20) 一三八—一三九頁。
- (101) Cass. le. 17 Avril 1953 Rev. crit. 1953-412, note H. Baurfol.
- (102) この訳語は溜池・前掲注(20) 一四三頁に採った。
- (103) Boulanger, supra note (10), at p. 487.
- (104) Mayer, supra note (30), at p. 377.
- (105) 早川・前掲注(28) 二七頁。
- (106) Bertrand Ancel, Yves Lequette, *Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé* 2^eed (1992), at p. 224.
- (107) 笠原・前掲注(22) 三五四頁(一九八九)。
- (108) Boulanger, supra note (10), at p. 488.
- (109) Boulanger, supra note (10), at p. 489.
- (110) Boulanger, supra note (10), at p. 489.
- (111) Ancel=Lequette, supra note (106), at p. 327.
- (112) Boulanger, supra note (10), at p. 539.
- (113) ただしフランスはこの条約に批准していない。
- (114) Boulanger, supra note (10), at p. 491.
- (115) Boulanger, supra note (10), at p. 508.
- (116) 南・前掲注(26) 八四頁以下。
- (117) 例えは Boulanger, supra note (10), at p. 509.
- (118) 笠原・前掲注(22) 三二七頁。
- (119) ハンガリー国際私法四一条 b。
- (120) 笠原・前掲注(22) 三四三頁。

- (121) ヘーンリッヒ (佐藤訳)・前掲注(49)一三〇頁。ドイツ改正民法施行法一七条一項・三項参照。
 - (122) von Bar. t. 2, (1991), no. 253, Lüderitz, IPr Praxis 1987, p.75.
 - (123) Boulanger, *supra* note (10), at p. 510.
 - (124) Rev. crit. (1970), at p. 353.
 - (125) Boulanger, *supra* note (10), at p. 513.
 - (126) [1906] p. 135.
 - (127) Boulanger, *supra* note (10), at p. 514.
 - (128) [1953] p. 246, [1953] 2 All ER 794.
 - (129) Boulanger, *supra* note (10), at p. 516.
 - (130) 奥田安弘「一九八七年のスイス連邦国際私法(二)」戸籍時報三七五号一五頁(一九八九)参照。
 - (131) Boulanger, *supra* note (10), at p. 516.
 - (132) 笠原・前掲注(22)七八頁参照。
 - (133) Boulanger, *supra* note (10), at p. 517.
 - (134) Boulanger, *supra* note (10), at p. 517.
 - (135) Boulanger, *supra* note (10), at p. 518.
 - (136) Ancel=Lequette, *supra* note (106), at p. 327.
 - (137) Boulanger, *supra* note (10), at p. 519.
 - (138) Malaurie, L'équivalence en droit international privé, D. 1962, Chr. 215.
 - (139) Boulanger, *supra* note (10), at p. 520.
- 中西康「外国判決の承認執行における revision au fond の禁止について(二)」法学論叢二三五卷二号一〇頁以下(一九九四)参照。
- (140) Boulanger, *supra* note (10), at p. 522.

- (141) Boulanger, *supra* note (10), at p. 522.
- (142) Moatti, *Cass. le. 15 Juin 1982 Rev. crit.* 1893-300.
- (143) 南・前掲注(56)九八頁。
- (144) 南・前掲注(56)九八—九九頁。
- (145) Boulanger は、モロッコ法における、外国への合意に基づく離婚を領事の立ち会いにより認める離婚の方法の輸出]で *marriage*。(Boulanger, *supra* note (10), at p. 523.)
- (146) 15 juin 1982.
- (147) Boulanger, *supra* note (10), at p. 547.
- (148) Boulanger, *supra* note (10), at p. 542 note 149.
- (149) Boulanger, *supra* note (10), at p. 542, note 149.
- (150) Boulanger, *supra* note (10), at p. 525.
- (151) *Har-Shefi v Har-Shefi* [1953] p. 220, [1953] All E R 373.
- (152) *Schweber v Ungar Boulanger*, 525.
- (153) *Radwan v Radwan* [1973] Fam 35, [1972] 3 All E R 1026.
- (154) *Fatima v Home Secretary* [1986] 1 AC 527.
- (155) Boulanger, *supra* note (10), at p. 526.
- (156) Boulanger, *supra* note (10), at p. 526.
- (157) そうした議論を展開するものは多いが、例えば池原・前掲注(86)論文、折茂豊『属人法論』(特に第四章)(一九八二)をその代表的なものとして挙げるのが許されよう。最近のものとして国友・後掲注(101)がある。
- (158) 実際に、こうした事例に対する対応は実務でもかなり詳細に検討されている。(南敏文他「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(基本通達)の解説」一四〇—一四七頁参照・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』(一九八九))
- (159) 実際に外国人同士の離婚が問題となった判決は過去に時々見られる。例えば、最判昭三九・三・二五民集一八卷四八六頁

(159) (韓国入同士の離婚)、最判昭三九・四・九家月一六卷八号七八頁(アメリカ合衆国民同士の離婚)等。

(160) しかし、最近では日本人との結婚率が増加の一途をたどっているとの指摘もなされている。(福岡安則「在日韓国・朝鮮人」六六―七二頁(中公新書・一九九三)。

(161) 最近のものとして、国友明彦「日本の国際私法における本國法主義」一五六―一五七頁・石部雅亮「松本博之」児玉寛編『法の国際化への道』(一九九四)所収。

(162) わが国においていわゆる実効的国籍論の立場は以前より有力である。(塚場準一・ジュリスト一九五号六一頁、同・ジュリスト二九九号一七頁)。

(163) 西原道雄「有責配偶者からの離婚請求の許否」私法判例リマックス一九九〇、一二九頁。

(164) 南・前掲注(48)八九頁以下。

(165) 野川忍「外国人労働者法」(一九九三)参照。

(166) しかも、起草過程では研究者は住所地主義を実務サイドは基準の明確な本國法主義を擁護していたとされているので、その後の戸籍実務が常居所を最大限に協議離婚拡大に用いている結果と比較すれば、さらに理論状況は理解しがたいものがある。

(167) 特に、共通本國法の認定においてそれぞれの当事者の本國を一国に絞った上でそれを認定するとしている。

(168) 西原・前掲注(163)一二九頁。

(169) Boullanger, *supra* note (10), at p.522.

(170) もっとも、溜池教授は西ドイツの五段階を支持するようである。ことに「密接関連法によるというのは、問いに対する問いをもって答えるようなもの」とする指摘には説得力がある。池原教授は、これにある程度の理解を示すものの、結論的には南氏と同様の見解を支持する。結局、密接関連法を持ち出すことのできる場面を増やすことにより、硬直性を緩和することができる点を強調する。(前掲注(1)「座談会」二二六頁以下参照)。

しかし、ここで問題は、法例において第二順位の共通常居所までは硬直的に運用されるのであって、硬直性の緩和というだけでは、その前の段階にも連結点を挿入するドイツ法の五段階の連結に対する反論としては不十分であると思われる。

(171) 殊に、共通常居所の認定が通達が定めたわが国独自の基準による場合には、改正法例の精神と実務の乖離は一層大きくな

るものと思われる。また、一六条における日本人条項の存在も大きい。(南・前掲注(48)二〇〇—二一四。)

(172) 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』三三三—三四一(一九八九)。

(173) 前掲一四五頁。

(174) 昭和二六年六月一日付民甲第一二二〇号当職通達参照。

(175) しかし、わが国の協議離婚の特殊性と制度としての多くの欠点を考慮に入れるとき、むしろわが国の協議離婚が外国で承認されない可能性について特に厳密な検討を要するように思われる。

(176) 法務省・一三八頁。しかも、提出が要求される住民票の写しは、通達によれば、発行後一年以内のものでよく、更に「住民票が抹消されている場合でも、出国後一年以内であれば、わが国に常居所があるものとして取り扱」い、「出国後一年以上五年以内であれば」原則として同様の扱いを受けることができる。(法務省民事局内法務研究会編・前掲注(17)三二七—三三二頁参照。奥田安弘「連結点としての常居所」三三頁以下『演習国際私法・新版』(一九九二)つまり、こうした範囲で、夫婦の一方が日本人である夫婦は、日本で協議離婚ができることになるのである。

(177) 法務省民事局内法務研究会編・前掲注(158)一三九頁。

(178) 法務省民事局内法務研究会編・前掲注(158)一三八頁。

なお特に「日本人条項」批判の視点から、鳥居淳子「内外人の婚姻と離婚」『講座・家族法第2巻 夫婦』(一九九二)は、協議離婚における「意思の確認」について言及し鋭い批判を加えている。(三二七—三三〇頁参照。)

(179) 法務省民事局内法務研究会編・前掲注(158)一三八—一三九頁。

(180) 新谷雄彦「離婚の際に最も密接な関係がある地が日本であると認定する場合について」戸籍五七五号四六頁(一九九二)。

(181) 新谷・前掲五一—五二頁。

(182) 利谷信義「報告(1)協議離婚」『家族(法と社会)』一九九二、七四頁。

(183) 利谷・前掲七七頁。

(184) 井上輝子・江原由美子編『女性のデータブック・第二版』一九九二によれば、七八年現在協議離婚で妻が引き取った子の養育費は、五四・八%が妻が全額負担としており、調停離婚の場合と顕著な差が見られる。

(185) 依田精一「協議離婚」『講座家族法・第2巻 夫婦』一五四頁(一九九二)。

依田教授は、比較法敵視点から日本の協議離婚に対して検討を加える。上野雅和教授は、自由な意思の担保という点から協議離婚の問題点を指摘し提案する。(協議離婚の問題点)ジュリスト一〇五九号五七頁以下。同「協議離婚の改善策について」岡山大学法学会雑誌四二巻二号(一九九三)参照。

(186) 石黒一憲『国際私法・上』三三〇頁以下(一九八六)は、この判決を事案との関連においてかなり制限的に解すべきであると主張する。

(187) 最高裁昭和三九年四月九日第一小法廷判決・家裁月報二六巻八号七八頁。

(188) 木棚照一「松岡博」渡辺愷之『国際私法概論(新版)』二六五頁(一九九一)。

(189) 池原・前掲注(86)参照。

しかし、溜池教授は離婚の管轄権につき本国の管轄を原則とする立場にたつ。(溜池良夫『国際私法講義(補訂)』四四八頁(一九九五)。

「離婚の管轄権の決定基準に関しては、学説、判例上種々の立場が示されているが、基本的には当事者の国籍と住所(常居所)が基準として認められている。すなわち、まず、従来の通説・判例は、離婚の管轄権は原則として夫婦の本国にあり、ただ、本国の管轄権のみを認めることにすると当事者は本国以外で離婚訴訟を提起し得ないことになり不便であるから、場合により住所地国の管轄権を認めるべきであるとする。

本国の管轄権を認める根拠としては、一国はその国民に対して持つ対人主権に基づき国民の身分関係の保護のために管轄権を持つべきであること、あるいは、わが国の国際私法が身分関係につき本国法主義を採用し、身分関係が本国と密接な関係を持つとして以上、その管轄も当然本国に認められるべきであること、人事訴訟手続法一条が、わが国に住所も居所もない日本人に対するわが国の管轄を規定しているが、これはわが国に居住していない日本人に対するわが国裁判所の本国としての管轄権を認めるものと解されることなどがあげられる。」

国家が国民の Marital Status (婚姻上の地位) について重大な関心を有しており、それを第一次的に法的にコントロールする権限を認められていることは、現状においては否定できないものと思われる。すなわち、国際結婚の際に提出が要求される書類は、外国人の場合は本国法の審査のため「当該記載された国の官憲が発行した国籍を証する書面(旅券等を含む。以下「国籍証明書」という)等」であり、婚姻要件具備証明書等もその当事者の本国が原則として発行するわけである。

(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』九〇頁以下参照。)離婚が再婚への道を開くものであるとすれば、それは本國で正式のものとなれない限り、婚姻要件具備証明書を発行してもらえないなど、実務上の手続きの段階で非常に大きな障害にぶつかると可能性が高い。婚姻の成立について両当事者の本國法主義を採用することは、外國での離婚の承認がむしろ不安定と評して良い状況下では、離婚の場合に本國の管轄を認めることと直結はしないしろ、大きな関連性があることを否定するのは現実離れしているものと思われる。

(190) 例えば、道垣内正人「離婚事件の國際裁判管轄権」法律のひろば三九卷一―一三頁以下参照。

(191) 池原・前掲注(189)、道垣内・前掲注(190)等参照。ただし、溜池教授のように本國管轄を認める立場も有力である。

(192) 海老澤美広「國際離婚法三題」三一―九頁、久保環曆記念「國際私法の基本問題」(一九六二)所収。

海老澤教授は、Actor sequitur forum rei (訴は被告の住所に)の原則について次のように指摘する。かなり長くなるが、今日でも非常に示唆に富むと思われるのであえて引用する。

「しかしながら、これを人事訴訟までもカバーする大原則として認めようということになると、いくらかの躊躇を感じないわけにはいかない。第一、訴訟は、ふるくは財産的給付訴訟一つであったのであり、離婚訴訟のごときは近代において認められた全く新しい訴訟類型なのであるから、Actor sequitur……の法則がいかにも古く伝統を持つものだといえこれに盲従する理由のないことはいうまでもない。そうして、実に多くの國々が離婚訴訟では被告主義をはなれていることはすでにみたとおりだし、むしろ逆に原告の住所だけに管轄を認める法則さえできている(スイス・トルコ)。わが国内管轄の規定にしてからが、人事訴訟は被告主義の例外をなしているのである(人訴一糸)。もちろん、被告主義を『片面訟を断ぜず』ということの、ひとつのささえとしてそれ相当の正しさを持っていることは否定するわけにはいかないが、われわれは離婚訴訟の持つ特殊性にも目をむける必要がある。ちよつと考えてみても、給付の訴の背後に強制執行を予想するから、被告(又は被告の財産)の存在しない國で裁判してみても、ものの役にたたないことが多い。被告の防禦をうばうことになって不当なだけでなく、さして原告のためになることでもなさそうである。こういうものにくらべると、離婚訴訟の場合には、原告の利益にしても被告の防禦にしても、ずいぶん事情が違っている(久保教授と私の涉外判例研究・ジュリスト一六一―一六八頁参照)。英米法が、離婚を被告主義の支配する对人訴訟ではなく、物物訴訟に近づけていること、スイス法が、被告のことをまるで眼中にいないことなどには多くの学ぶべき点がある。

あるであろう。いな、そればかりではない。この主義によるときは当事者(原告)にとつてひどく不便であり、實際問題として非常に気の毒な結果になることがすくなくない。遺棄や行方不明のときぐらひは、せめて、この主義に譲歩しなければ、という説があらわれてくるゆえんである。(そうした気の毒な事案がいかに多いか、したがってまた、この説がいかに多くの人を救済しうるかは、判例集をみるものと一緒に感ずるところであろう。)

「いっそ、夫婦の一方だけしか住んでいない国であっても、彼が社会の一員として、その社会にとけこんでしまつてゐるかぎり、彼の一身上の悩みを解決してやる資格を与えられてしかるべきではあるまいか。ただ、こうして、裁判管轄を広く認めようとすると、どうしても跛行婚の生まれる率が高くなる。そこで、これを防ぐためにも、管轄の基準になる住所の認定は慎重でありたい。いうまでもなく、そこにいう住所の概念は民法や民事訴訟法の概念にしたがう必要はすこしもないのだから、こうした国際民訴的考慮をふんだんに加えて独自の解決をはかることができる。この点、わが判例法が極めて正しい理解を示している(昭三二・二二・二〇東京地裁判決下級民集七卷二二号三七二頁、昭三二・八・八神戸地裁判決下級民集八卷八号一四七五頁。のほ、喜ばしいことである。)

海老澤教授の指摘は、離婚訴訟の特殊性を見据えた上で、比較法から学びとつた各国の知恵の蓄積を生かそうという意図があらわれており、国際離婚訴訟の管轄が向かうべき正しい方向性を示していたように筆者には思われる。多喜寛「国際私法三題」法学五一卷三号四一七頁以下(一九八七)も同旨であると思われる。

(193) フランス民法三二〇条は、フランスのこの問題についての関心の強さが居住者の離婚についてまで干渉するという事態を導いたと解するべきであり、決して普遍主義に向かうものではない。また、イングランドの *Fatima* 事件にも、離婚に対する国家の関与の強さが表出している。

(194) 例えば、外国で婚姻する場合に必要な証明書等は当事者の本国で発行されるのが通常である。

(195) 高桑昭「外国離婚の承認と離婚の準拠法」立教法学三七号一〇一頁(一九九二)も同旨である。

(196) わが国が婚姻制度に対して、国家の関与が比較的弱い国であるが、それはむしろ比較法的には少数に属することをもっと自覚すべきであろう。少なくとも、キリスト教的な婚姻観が支配している西欧諸国とはかなり異質の婚姻観及び離婚観を有しており、それは法制度にも反映されているというべきである。

(197) Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique* 3e ed. p. 504(1992)によれば、婚姻とは「法に基づく (*legitime*) 男女の

結合で、共同の生活を行い、家庭を築くことを目的とするもの」とされている。

(198) ハーグ国際私法会議の一連の法選択規則統一条約においても結局「公序」の例外を外すことはできなかった。

(199) 例えば、フランス民法三二〇条の共通常居所をフランスに有する共通本国のある夫婦に対して、フランスの離婚法制に従わせるという姿勢にも、全く跛行婚防止の視点は欠落しているといつてよいように思われる。

(200) 海老澤・前掲注(192)三一九頁、多喜・前掲注(192)四一七頁以下等。

(201) 早田教授は、この点を正面から指摘する発言をした。「座談会」(早田教授の発言)・前掲注(1)二七頁。これに対し、池原教授は「国際私法の本来の趣旨に沿って、適切な準拠法の選択に努力せよ」というのが筋ではないか」とする。

(202) 離婚の準拠法選択についてだけ見ても、起草方針は非常に大きく揺れ動いていたことが分かる。一九六一年の法例改正要綱試案の段階では、離婚の準拠法は共通本国法一本が条文案であり、それが無い場合には、夫婦の最後の共通本国法、夫婦の何れか一方の住所と重なる本国法、夫婦の共通住所地法が、解決方法として同列に並べられていた。(山田録一・村岡二郎「法例改正要綱試案(婚姻の部)解説」『国際私法の研究』二二八—二二九頁、二〇八—二〇九頁(一九六九)参照。)しかも、この段階では、離婚の国際裁判管轄及び外国離婚判決の承認の問題も、それぞれ独立の項として取り上げられていた。現在、学説は連結点として常居所を強調し、反対に戸籍実務サイドはその明確性故に本国法主義を擁護してきたと説明されることが多いが、こうした経緯からは若干疑問を感じる。

(203) 池原季雄「離婚に関する国際私法上の二、三の問題」家裁月報四卷二二七頁(一九五二)。

(204) 例えば、イングランドの不正契約条項法のように国内的に空間的適用範囲を限定することも可能であろう。そして何より、こうした考えは戸籍実務が日本人の氏の婚姻による変動において「夫婦同氏の原則」について強行に採用している立場でもある。

(205) 英米法系はもとより、ヨーロッパ法にもその傾向は強く見られる。ハーグ国際私法会議のこの問題のアプローチにもそうした傾向がはっきりと見られる。

(206) 例えば、煠場準一「国際親族法の改正と涉外離婚事件の処理について」ケース研究二二三号九頁以下、奥田安弘「連結点としての常居所」三二頁以下『演習国際私法・新版』(一九九二)参照。なお、「常居所」の法例への導入についての根本的疑問の提起として、煠場準一「法例の改正規定と常居所基準説の論拠について」国際法外交雑誌九の巻二二頁以下(一九

九二) 参照。

(207) 九四／〇八／一一 朝日新聞東京朝刊・地方版KN二面 参照。

(208) 九四／〇五／二九 朝日朝刊 二七頁 SK二面「中国人花嫁は六日目に消えた 影に旅券偽造団の黒幕が(第2報)」参照。

(209) 九四／〇三／一八 朝日新聞大阪朝刊 地方版 OS二面「韓国人救援センター、一八日に生野区に発足」参照。

(210) 九四／〇八／〇四 朝日新聞東京夕刊 一四頁 SK二面「日本語読めず署名した届、離婚は無効」参照。

(211) 九四／一一／一九 朝日新聞東京朝刊 地方版 神奈川二面「売春強制や暴力に悩む外国人女性 横浜の「サーラー」が分析」参照。