

《資 料》

離婚の国際裁判管轄に関する一考察（上）

山 田 恒 久

はじめに

- 1 問題の所在
- 2 通説及び、最高裁の採用する考え方の原型となった学説の検討
- 3 婚姻住所地（以上本号）
- 4 最近の立法例と被告住所地主義
- 5 再構成
- 6 結語

はじめに

2003年10月13日に、南山学園研修センターで開催された、第109回国際私法学会大会において、筆者は個別報告の機会を与えていただき、「離婚の国際裁判管轄に関する一考察」という表題で、報告をさせて頂いた。本稿は、その発表用の原稿に若干の脚注を付したものである。この報告は、既に発表された同主題に関連する3つの拙稿⁽¹⁾を基礎としてなされたものである。したがって、報告原稿の再録という本稿には、これら3つの拙稿を統合したものという意味しかないことを、予めお断りしておきたい。

1 問題の所在

涉外離婚訴訟の国際裁判管轄について判示する最高裁判所の裁判例としては、昭和39年3月25日大法院判決（民集18巻3号486頁）⁽²⁾、及び、昭和39年4

月9日第一小法廷判決(家裁月報16巻8号78頁)⁽³⁾がある。このうち、大法廷判決は、まず第一に被告住所地国の管轄を原則とすること、他方、原告が遺棄された場合、被告が行方不明である場合、その他これに準ずる場合には、例外的に原告の住所地国にも管轄を認めるという見解を示したものである。しかし、この大法廷判決は、夫を朝鮮に遺して帰国した元日本人の提起した離婚の訴について、原告の住所地である日本の国際裁判管轄を認めた点で、例外的事例の類型を示した先例にすぎないという指摘もあった⁽⁴⁾。これに対して、第一小法廷判決は、先の大法廷判決が示す原則に従い、被告の住所地が我国にないことを理由に、離婚の国際裁判管轄を認めなかった。したがって、この両判決があいまって、ようやく、離婚の国際裁判管轄の基準は、原則的には、被告の住所地であり、原告が遺棄された場合、被告が行方不明である場合、その他これに準ずる場合には、例外的に原告の住所地であるという取扱が示されたものと評価し得る。

ところで、これら2つの最高裁判決が下されるまでの学説の対立点は、夫婦の国籍と住所のいずれを基準に管轄を認めるかという点と、夫婦それぞれの国籍・住所が異なる場合には、如何様に扱うかという点の2点にあった。しかし、第一点については、国籍を基準とする学説であっても、住所に管轄を認めない見解は見あたらない。他方、住所を基準とする学説の中には、国籍を基準とすることに疑問を持つ見解が存在した。したがって、この点に関する学説は、住所と国籍の基準をともに認める見解と、住所のみを基準とする見解に分別できる。また、第2点については、夫婦いずれのものでもよいという見解、夫のそれによるという見解、被告のそれによるという見解が存在した。したがって、論理的には第1点に関する考え方と、第2点に関する考え方との組み合わせにより、数種類の考え方があり得た。しかし、実際に主張されていたのは、この論理の組み合わせのうち、(a). 夫婦の双方の国籍・住所のいずれもが基準となるとする見解⁽⁵⁾、(b). 夫婦の双方の国籍と被告の住所が基準となるとする見解⁽⁶⁾、(c). 夫の国籍と被告の住所が基準となるとする見解⁽⁷⁾、(d). 夫の国籍と夫婦双方の住所が基準となるとする見解⁽⁸⁾、(e). 被告の国籍と夫婦双方の住所が基準となるとする見解⁽⁹⁾、(f). 夫婦の国籍を基準とすることに疑問を

呈して、被告が原告を遺棄したなどの例外的な場合をのぞいて、原則的には専ら被告の住所地を基準とする見解⁽¹⁰⁾などが存在した。

最高裁の前記2つの裁判例は、この最後の見解に、概ね従ったものと解されている⁽¹¹⁾。その後の学説の興味は、とりわけ、原告の住所地に管轄が認められるための、特別な事情の明確化にあった。すなわち、訴訟上の当事者間の公平の観点から被告の住所地に管轄を原則的に認める一方で、原告の住所地に管轄を認めても手続上被告に不公平とならない場合の明確化にあった⁽¹²⁾。また、これら昭和39年の最高裁判所の裁判例以降の下級審の裁判例は、数件をのぞいて⁽¹³⁾、ほぼ一致して、これらの最高裁の裁判例に従っているかのようにも見える。しかし、実際には、下級審の裁判例は、例外的に原告の住所地に管轄が認められるための、特別な事情が争われることが多く、被告の住所地を原則とするという判断よりも、むしろ例外的な類型に関する判断が多くなり、この例外的な扱いに重点が移動してしまった。このため、例外が拡大して例外と原則の転倒が生じているかのような状況を指摘する実証的な研究も現れた⁽¹⁴⁾。また、住所概念を再構成して、被告の現在の住所「一般的住所」と、婚姻生活地としての住所「特殊的住所」を、同列において、管轄権の原因となし得るとする学説⁽¹⁵⁾、さらに、人事訴訟手続法の管轄規定の類推を考える学説などが主張されるに至った⁽¹⁶⁾。

さらに、その後、平成8年になって、ドイツにおいて婚姻し、同国内に居住していたドイツ人(妻)と日本人(夫)の夫婦について、夫が、その長女とともに帰国した後、我国で起こした離婚訴訟の国際裁判管轄に関して、新たな判断が最高裁判所によって下された(最2判平成8・6・24民集50巻7号1451頁)⁽¹⁷⁾。この平成8年の最高裁判決は、「所論は、日本国籍を有する被上告人からドイツ連邦共和国の国籍を有する上告人に対する本件離婚請求につき我が国の国際裁判管轄を肯定した原審の判断の違法をいうものである」として、上告理由を明確にした上で、「被告が日本に住所を有しないときでも、原告の住所その他の要素から離婚請求と日本との関連性が認められ、日本の国際裁判管轄を肯定すべき場合があることを否定でき」ないとして、我国に離婚の国際裁判管轄を認めたものである。

本報告は、こうした状況を前提に、離婚の国際裁判管轄に関して、若干の考察を試みるものである。

2 通説及び、最高裁の採用する考え方の原型となった学説の検討

「住所しかも原則として被告のそれを標準にし、後述の如き例外的な場合は原告のそれをも考慮して、問題を処理すれば足るのではないかとも考えられるのである。」という通説の原型となった学説⁽¹⁸⁾は、先に述べたとおり、1950年頃の、英国の制度を参考にしたものであるという点が、指摘されている。

(1) 1950年頃の英国法⁽¹⁹⁾

当時の英国の管轄に関する考え方は、訴訟の類型を人的訴訟 (action in personam) と、物的訴訟 (action in rem) に二分して、それぞれについて、異なる考慮によって管轄を決定するというものであった⁽²⁰⁾。このうち、人的訴訟は、訴訟物に関する、当事者相互間の権利義務関係を決定するものであった。そしてこの権利義務関係には、契約や、不法行為などから生じる債権関係のみならず、動産や土地の返還請求などのいわゆる物権関係も含まれていた。そうして、この人的管轄が発生するためには、訴状の送達、英国内に所在する被告に対してなされることが条件とされていた⁽²¹⁾。その意味で、この人的訴訟には、被告の保護という手続的な考慮の萌芽をみることができる。

これに対して、物的訴訟は、新たな法律関係を創出させたり、既に存在する法律関係を消滅させる内容を有する判断を得ることを目的とする訴訟であった⁽²²⁾。したがって、この物的訴訟では、当事者以外の第三者にも、判断の効果を及ぼせる必要があった。

離婚の訴訟は、この物的訴訟の類型とされていたようである⁽²³⁾。そして、この離婚訴訟では、いわゆる婚姻住所 (matrimonial domicile) に管轄が認められていた⁽²⁴⁾。もともと、物的訴訟では、争われる権利義務の目的物の所在地に、管轄が認められる。したがって、婚姻事件ではその目的物の所在地はすなわち婚姻住所地と考えられていたようである⁽²⁵⁾。そうして、これは、きわめて実体

的な考慮から決定されるものであり、手続的な、いわゆる被告の防御権の保障という考慮から、管轄が決定されていたものではない。実際に、管轄決定のための住所と準拠法決定のための住所は、統一的に理解されていて、当事者の婚姻生活の本拠地に管轄が認められるべきであるという、基本的な考え方が、英国には存在していたようである⁽²⁶⁾。さらに、この婚姻住所は、夫の住所地に一致するとされていて、妻の住所は夫のそれに従うと考えられていた⁽²⁷⁾。

とはいえ、こうした、夫の住所地に管轄を認めるという原則は、以下の2つの例外により、修正された。その1つは、Matrimonial Causes Act 1937⁽²⁸⁾の13条である。同条によって、夫が何らかの理由により国外退去の処分を受けた場合、又は、遺棄された場合で、その退去または遺棄の直前まで夫が英国に住所を有していたときには、夫の住所が英国に残存していると考えられて、妻から提起する離婚訴訟についても、英国に管轄が認められた。この規定は、さらに、matrimonial Causes Act 1950⁽²⁹⁾の18条1項a号で再確認された⁽³⁰⁾。

また、他の1つは、Law Reform (Miscellaneous Provisions) Act 1949⁽³¹⁾の1条である。同条には、夫が英国、チャネル諸島又はマン島に住所を有していない場合で、妻が離婚訴訟の提起の直前の3年間、英国内に「通常の居所」⁽³²⁾ (ordinary residence) を有していたときには、英国にその離婚訴訟の管轄があると定められた。この規定は、さらに、Matrimonial Causes Act 1950⁽³³⁾の18条1項b号で再確認された⁽³⁴⁾。

ここでは、夫の住所が英国外に変更された場合に、その新たな住所を無視して、英国に管轄を認め、英国法が準拠法とされる⁽³⁵⁾。これは、被告の住所に代えて、原告の住所を管轄の原因とするというのではなく、なお、婚姻生活の本拠が英国に残存しているという考え方に基づくように思われる。また、「通常の居所」に管轄を認めるのも、真の生活の本拠が、住所ではなく、「通常の居所」にこそあると考えたためのように思われる⁽³⁶⁾。

以上総合すると、当時の英国における離婚の管轄は、婚姻住所 (matrimonial domicile) にこれを認めるのが原則であった。しかし、2つの例外が制定法により定められており、夫が国外退去の処分を受け、又は、妻が英国内に遺棄されたとき、あるいは、離婚訴訟の直前の3年間、英国内に「通常の居所」

(ordinary residence) を有していたときには、例外的に英国に管轄が認められるというものであった。そうして、これらの例外は、いずれの場合にも、当該婚姻の中心が英国内にあるという考慮に基づくものであったように思われる。したがって、このような英国の管轄の考え方は、原則、例外を問わず、いわゆる対物管轄の枠内で、婚姻の中心地を物的所在地と評価して、そこに管轄を認めるという考え方であったと考えられる。

(2) 1950年頃の仏法

当時の、フランスの離婚制度は、通常とは異なって、その手続が民法典中に規定されていた。この理由として、「民法典が制定された1804年の時点では、未だ民事訴訟法が成立しておらず、しかし、当時の立法者は、早急に完全な形の離婚制度を確立したいという意向をもっていたため、手続規定を含めて民法典を立法した。その後の、1886年になって離婚制度が改正された時に、それまでの手続規定が改正されず残存したため、実体法である民法典に手続規定が自然に混入した。」という点と、「フランスにおいては、離婚制度は、実体と手続が密接に関連していて両者を切断できない制度であると認識されており、離婚の手続を実体的な規定とあわせて立法する方が、当時の認識からは自然であった。」という点が挙げられている⁽³⁷⁾。

しかし、実際には、裁判離婚を定める当時の民法典には、土地管轄を直接定める規定は、存在していなかった⁽³⁸⁾。このため、当時の離婚訴訟の土地管轄は、1976年改正前（但し、離婚の管轄については、1981年5月12日のデクレによる⁽³⁹⁾）の旧民事訴訟法59条1項に基づいて、被告の住所地（*domicile*）の裁判所に、これを認めていた。とはいえ、当時の民法234条⁽⁴⁰⁾の2項では、原告に故障があるときには、裁判長が、原告の住所へ赴いて離婚の訴を受理する旨が定められていた⁽⁴¹⁾。したがって、民法の立法者が、被告の住所地の管轄を絶対のものとしていたとは考えにくい。

もともと、フランスでは、1804年の立法当初から、民法108条により、原則的には、妻は夫と同一の住所（婚姻住所—*domicile conjugal*）を有すると考えられていた⁽⁴²⁾。このため、被告の住所と原告の住所を特に区別して考慮する必要

がなかったのである。要するに、当時の手続においても、家族の住所地に管轄が認められていたと理解するべきもののように思われる⁽⁴³⁾。そうして、被告の住所が知れないときには、被告の最後の住所（実際には夫婦の最後の共通住所）に、管轄が認められていた。このため、長期間遺棄された妻は、彼女自身の現実の居所（*residence*）で離婚の訴を提起することが、解釈上一般的に認められていた⁽⁴⁴⁾。したがって、当時のフランスの離婚の訴の管轄に関する考え方は、原則は共通の住所地（実際には夫の住所地）、例外的に、妻が長期間遺棄された場合には、妻の住所地に認められるというものであったといえる⁽⁴⁵⁾。

ところで、このような国内の離婚に関する考え方は、破産院において、1948年のいわゆる *Patiño* 判決⁽⁴⁶⁾、及び、1959年のいわゆる *Pelassa* 判決⁽⁴⁷⁾によって、外国人間の離婚訴訟の管轄についても、内国の管轄規定が適用されることが判示され、内国土地管轄規定の国際裁判管轄への応用（いわゆる2重的機能）が裁判例では一般的となった⁽⁴⁸⁾。したがって、当時のフランスにおける離婚の国際裁判管轄の取り扱い、実際上は、当時の英国の取り扱いと、それほど大きく隔っていなかったように思われる。

(3) 離婚の国際裁判管轄の基準としての住所

前掲の昭和39年の最高裁判所の2つの裁判例によって示された、離婚の国際裁判管轄の基準について、被告の住所地を原則とするという考え方は、判旨では、「離婚の国際的裁判管轄権の有無を決定するにあたっては、被告の住所がわが国にあることを原則とすべきことは、訴訟手続上の正義の要求にも合致し、また、いわゆる跛行婚の発生を避けることにもなり、相当に理由のあることではある。」と説明されている。

このうち、被告の住所地の管轄を原則とするという根拠として挙げられる、「訴訟手続上の正義の要求」とは、おそらく、原告は被告の法廷地に従う（*Actor sequitur forum rei*）という原則を指すものであろう。しかし、訴訟の種類によっては、その原則がそもそも意味を持たない領域もあり得る⁽⁴⁹⁾。すなわち、当該訴訟の特質を考慮することなく、一般原則であることを理由として、被告の住所地が原則的な管轄の基準であるということには、疑問がある。

また、跛行婚の発生を避けることができるという根拠は、我国が他国からみて過剰とされるような管轄を根拠として離婚判決をした後に、他国がこの離婚判決を「過剰管轄」であることを理由として、承認しない場合を危惧するものであろう。しかし、たとえば、外国離婚の承認要件を定める、英国の“Family Law Act 1986”の46条には、訴訟の開始時に、夫婦が常居所、住所を有していたか、又は、国籍を有していた国での離婚は、その国の法の下で有効ならば、英国でも承認すると定められている⁽⁵⁰⁾。また、米国の第3リステートメントの国際関係法484条2項には、離婚の時に夫婦の一方が常居所もしくは住所を有していた場合、又は、夫婦の一方が出廷し、相手方にその離婚の手續の通知がなされ、手續に参与する機会を与えられていた場合で、離婚を命じた国の法律によって有効な離婚の宣言を、合衆国の裁判所は、(必ずというわけではないが)承認することができる、説明されている⁽⁵¹⁾。さらに、「離婚及び別居の承認に関する条約」(1968年のハーグ国際私法会議で採択、1970年6月1日署名・1975年8月24日発効)⁽⁵²⁾の2条には、外国離婚判決承認要件の一つである間接管轄に関して、被告(被申立人 respondent)の常居所に加えて、原告(申立人 petitioner)の常居所(2条2項)⁽⁵³⁾、国籍(2条4項)⁽⁵⁴⁾が一定の条件の下で、基準となるとされている。したがって、外国が承認するためには、必ず被告の住所地に管轄を認めなければならないとは言い切れ無いように思われる。

学説では、「受動的立場に在る被告の利益に注目する」⁽⁵⁵⁾、「被告に対する公平・手續保障」⁽⁵⁶⁾などの点が、離婚の国際裁判管轄の原則的な基準を、被告の住所地に求める根拠として挙げられている。確かに、被告の防御の機会の保障は、考慮するべきものであるようにも思われる。

一般に、訴訟における手續保障は、その手續の結果として下される判決の、既判力の根拠の一つとして位置づけられている⁽⁵⁷⁾。換言すれば、手續保障は、それ自体が終局的な目的ではなく、手續の保障を手厚くすることによって、既判力の正当性(正統性)が担保されるということである。ところで、たとえ渉外的な要素を含む離婚訴訟であっても、我国においては、その手續自体に関して、人事訴訟手続法が直接に適用されることを否定する学説は見あたらない

い⁽⁵⁸⁾。この、人事訴訟手続法は、a. 検察官が手続に立ち会い、当事者とならない場合でも、婚姻を維持するために事実主張をし、証拠を提出することができる(人事訴訟手続法5、6条)、b. 裁判所もまた婚姻を維持するため職権で証拠調べをし、当事者の主張しない事実を斟酌することができる(同14条)、c. 離婚の判決は既判力が拡張されて第三者にもその効力が及ぶ(同18条)という、通常の民事訴訟法とは異なって、いわゆる片面的職権探知主義(婚姻を維持するためにのみ機能する)を採用し、手続に関与しない第三者に対する既判力の拡張をするという特殊な手続となっている。したがって、人事訴訟手続法は、手続保障を職権探知によって肩代わりさせ、手続に関与しない者に対する効力の正当性(正統性)を担保するという構造を持っていると考えるられる。極言すれば、離婚を請求され、これを争う被告の手続保障の要請は、片面的職権探知によって、後退することもあり得るということである。少なくとも、人事訴訟手続法の手続による限りにおいては、被告の手続保障は、必須の条件ではないように思われる。

また、通説の原型となった学説は、被告の住所地を原則とする理由に関して、当時の、諸外国の法制度を参照して立論されたように見受けられる。

しかし、とりわけ、当時の英国法は、離婚に関する原則的な管轄を婚姻住所(matrimonial domicile)に認めるものである。したがって、「被告の住所」を管轄の原因にするという所説の原則とは一致しない。したがって、この原則部分は英国法の考え方を参照したものではあり得ない。

英国以外の法制度で、所説が参照した法制度には、米、仏、独がある。このうち、被告の住所地が管轄の原因とされるかのように見える当時の法制度は、仏法のみであった。そうした意味で、あるいは仏法の制度が、所説の「被告の住所を原則的な管轄の原因とする」という考え方の背景にあるかとも、考えられる。しかし、当時の仏法の制度は、仏民法典の14条、15条を原則として、この考え方を、離婚訴訟にもあてはめていたようである。したがって、少なくとも一方の当事者がフランス人でなければ、フランスの管轄は認められず、外国人間の訴訟にあっては、フランスでの裁判は認められていなかった。但し、例外的に、本来ならば無管轄の状態であるこうした外国人間の訴訟について、公

序、緊急性などの理由により、フランスに住所を有する外国人を被告とする訴訟が、認められることがあった⁽⁵⁹⁾。このように、フランスにおいては、国籍を基準に管轄が決定されるのが原則であり、被告の住所は、フランスで離婚を求める外国人に対して、例外的に救済措置として国際裁判管轄を認めるための管轄原因とされていたようである。したがって、被告の住所は、例外的な管轄原因であり、所説のように、被告の住所を原則とする考え方を演繹することには無理がある⁽⁶⁰⁾。さらに、既にみたとおり、離婚訴訟の管轄そのものの取扱いは、当時の英国のそれとそれほど大きな隔りがあるとは思われない。したがって、フランスの制度を参照したものとも考えられない。

結局、所説の論理は、国際裁判管轄の決定については、これを「国際民事訴訟法」に固有の領域の問題として、「国際私法」の領域の問題から分別するべきであるとする点で、独創的であるというべきであろう。それは、当時の諸学説・法制度が、離婚訴訟の国際裁判管轄に関して、実体法を規律する「国際私法」から出発してこれを決定していたという認識を前提とする。所説は、これに対して、国際裁判管轄については、これを「国際民事訴訟」に固有の問題であるとして、手続法的に純化させることを企図するものである。そうして、この手続的な価値として、「被告の応訴の負担の軽減」を挙げ、これを最も実現しうる地に、国際裁判管轄を認めるべきであるとした。その結果、被告の住所地こそが、この手続的な価値を実現するために最もふさわしい場所であるとして、この被告の住所地に原則的な管轄を認めるという考え方を採用したものであると推測される。その意味で、所説の特徴は、国際裁判管轄の問題を、手続法的に純化された問題として扱うという点にあると思われる。

確かに、所説の指摘するように、実体と手続の両者は截然と区別されるべき問題の領域である。しかし、訴訟手続は、もともと、実体権の実現に奉仕するという意味で、目的的に設営されるべきものである。そもそも、手続の合理性は、その手続の結果の到達点との関係でしか判断できない。そうして、その得られる結果とは、実体権の実現でしかあり得ないはずである。したがって、実現されるべき実体権の性質を無視して制度が構築されることは許されない。この、実体権を実現する過程で、最初に登場するのが、管轄の問題である。その

意味で、管轄は、実体と訴訟を繋ぐ架橋となるべきものである。こうして、管轄の決定には、実体権の実現のために最も適切な場所という、実体と手続の相互に意味を持つ考慮がなされなければならないと考えられる。それは、争われる実体権の性質に応じて考慮されるべきものであり、いつでも、被告の住所地が最適であるとは限らない⁽⁶¹⁾。

離婚訴訟では、当事者のみならず第三者をも拘束する結果が、実体上要求されている。これは、ある特定の社会での形成的な効果が必要とされているともいえる。通説の原型となった所説が主張された時期における英国の法制度が、離婚訴訟を物的訴訟として、原則的な管轄を、「被告の住所地」ではなく、「婚姻住所地」に認めていたのは、そこが実体権の行使の場所であるべきだとしたからにはかならない。また、当時の仏法の制度が、当事者の国籍を国際裁判管轄の原因としたのも、国籍所属国にこそ本来の実体権の行使の場所があると、考えていたからにはかならないように思われる。さらに、当時の仏法の制度では、仏国籍を持たない外国人の離婚訴訟については、先に述べたような国内手続が適用されていた。そして、この場合には、外形上、被告の住所地に管轄があるとされていた。しかし、実際には夫婦が同一の住所を有するために、被告の住所地とは、すなわち、夫についても妻についても、夫の住所地であるいわゆる婚姻住所地にはかならなかった⁽⁶²⁾。このような理解を前提にするならば、当時の仏法の制度も、被告の保護という手続的な観点から、離婚の国際裁判管轄を決定していたものとは言い難い。むしろ、当時の英国と同様に、婚姻住所地を実体権の行使の場所として、そこに管轄を認めたものと理解できるように思われる。その意味で、所説が参考にしたかと思われる、当時の英・仏の制度は、かえって、実体権の行使の場所としての婚姻住所地に、離婚の国際裁判管轄を認めるべきであるとの考え方の、一つの例証になるといえよう。したがって、離婚の国際裁判管轄の問題を、手続法的に純化されたものとして扱うという点に、その特徴を持つ所説には賛成することができない。

(4) 被告の住所地に対する例外

通説の原型となった所説は、「正義、公平の見地から必要な若干の場合は、わ

が国の例外的な管轄権を認める余地はないかとの疑問である。例えば、夫婦の一方が他方を遺棄し、又は法律によって国外に追放されたとき、或いは、国外に在って消息不明が相当期間に亘るようなときの如く（前述イギリス法参照）、正義、公平の見地から我が国の裁判を拒否することが妥当でないような場合は、一定の条件の下に、国籍に拘わらず、日本の例外的管轄権を認むべきではなかろうか。」とする⁽⁶³⁾。

この、例外的扱いの参考になった法制度は、この所説にいわゆる、「前述イギリス法参照」という表現からも推測できるように、英国の Matrimonial Causes Act 1937（及び、これを再確認した、Matrimonial Causes Act 1950 18条1項 a号）であろう⁽⁶⁴⁾。しかし、既に指摘したとおり、Matrimonial Causes Act 1937は、離婚のためにのみ、英国からいなくなった夫の「住所」がなお英国に残存すると理解するものであった。この考え方は、あくまでも婚姻住所（実は、夫の住所）を、離婚の管轄原因とするものにほかならない。このように理解するならば、Matrimonial Causes Act 1937で示された例外は、離婚訴訟の管轄原因を、「現在」の婚姻住所ではなく、「かつて」の婚姻住所としたという意味で、管轄原因の基準時点を時間的に変更するものでしかないように思われる。その点では、同じく妻を救済する意図に基づく制度として、後に新たに立法された Law Reform (Miscellaneous Provisions) Act 1949（及び、Matrimonial Causes Act 1950の18条1項 b号）のように、夫の住所（現在・過去）ではなく、妻の固有の所在—通常の居所（ordinary residence）—を管轄原因とする考え方とは、根本的に異なっているように思われる。

一般に、英国法は、住所地を属人的な処理の連結点とする。したがって、Matrimonial Causes Act 1937は、離婚の管轄は属人的な処理をするという基本的な枠組みを維持したまま、この属人的な処理において、原則として現在の基準が用いられるが、例外的に過去の基準が用いられることがあるという、その例外を定めたものと評価できる。これに比して、当時の我国では、離婚の準拠法については夫の本国法主義が採用されていた。したがって、この英国法を参考にして制度を再構成するならば、「かつての夫の本国にも管轄を認める」というようなものになる筈である。その意味で、連結点の時間的な範囲の拡大を

越えて、その本質がもともと異なる妻の住所地を、突如として基準とすることになる例外処理を主張する所説は、少なくとも、Matrimonial Causes Act 1937を参考とすることによっては、演繹できないように思われる。

あるいは、所説は、妻の固有の所在である通常の居所 (ordinary residence) に例外的な管轄を認めるという、Law Reform (Miscellaneous Provisions) Act 1949 (及び、Matrimonial Causes Act 1950の18条1項b号)を参考にしたものとも、考えられる。しかし、この規定は、夫婦がかつて英国に住所を有していたか否かを問うものではない⁽⁶⁵⁾。したがって、所説のように、妻が遺棄されたような場合に限定した例外としての扱いではない。また、その基準は、いわゆる常居所 (habitual residence)⁽⁶⁶⁾ではなく、あくまでも、通常の居所 (ordinary residence) である。そうして、この通常の居所 (ordinary residence) は、妻が夫と異なる住所を有することができないことを厳格に解するために、本来ならば離婚の管轄のためにだけ与えられるべき妻に固有の住所 (domicile) の代替として、扱われたものであったようである⁽⁶⁷⁾。その意味で、この通常の居所は、離婚訴訟の原則的な管轄原因として考えられていた婚姻住所の、概念的な拡張でしかない。したがって、この Law Reform (Miscellaneous Provisions) Act 1949で規定されていた例外も、属人法的な処理が維持される点では、Matrimonial Causes Act 1937で規定された例外と共通であり、これを参考にして、所説を演繹することは、できないように思われる。

ところで、この英国 Matrimonial Cause Act, 1937法では、原則として、婚姻住所—matrimonial domicile (実際には夫の住所)—を離婚の管轄原因としながら、夫が出奔・国外追放などの理由で、英国内に住所を有しなくなったときの救済として、英国に残留する妻に、離婚訴訟の提起を許すというものであった。こうした、婚姻関係の場所的関連概念 (婚姻住所) と、その修正 (遺棄された妻の住所) という論理的な関係を切断して、被告の住所地という原則に、修正部分だけを接合するという、方法自体にも疑問が残る。しかし、根本的な問題は、単に原則と例外の接合に論理的な関連性がないというだけのものではない⁽⁶⁸⁾。問題はむしろ、実体的な意味で一体性を持つ、婚姻関係の場所的関連概念とその修正という関係を切断して、専ら手続的な視点のみから採用された

被告の住所地という原則に、実体法的な意味を有する筈の修正部分を接合するという、手続と実体の混淆にあると思われる。

手続的な考慮に基づく原則に対して整合的な意味を持ち得るのは、同様に、手続的な配慮に基づく例外的扱いでなければならないように思われる。すなわち、被告の手続保障を優先させて、原則をたてた以上、被告の手続保障に代わる手続上の装置を用意して初めて例外的扱いとして成り立つ筈である。これに比して、「原告が遺棄された場合や、被告が行方不明である場合、その他これに準ずる場合」には、例外的扱いをするというのは、手続的に保障されなくても仕方がない被告であるという判断の根拠を提示しようとするものである筈である。しかし、どんなに実体的に「悪い被告」であっても、手続的に失権する原因なしに、手続的な防御の機会の保障を否定されることは論理的にはあり得ない。このため、「悪い被告」であることをより強調することによって、例外的扱いを、あたかも正当であるかのように印象づける他はない。こうして、管轄を認めるための手続上の「遺棄」は、いわば、離婚原因としての「悪意の遺棄」という、実体的な要件に接近することになる。実際に、下級審の裁判例の中には、遺棄の認定を徹底して行おうとするものもこうした消息を示すものと考えられる⁽⁶⁹⁾。とはいえ、離婚を求められている婚姻関係の継続に対する被告の態度が不誠実であるために、その婚姻関係の解消が実体的に望ましいものとしても、それがために被告の防御権が手続的に失権するということとはあり得ない。このように被告が実体的に不誠実であることを、より強く認定することで手続的な失権を根拠づけようとする下級審の方法には、首肯できない。

したがって、こうした「原告が遺棄された場合や、被告が行方不明である場合、その他これに準ずる場合」には例外的に離婚の国際裁判管轄を認めるという扱いは、被告の防御の機会の保障という手続的な要請に基づく原則の要件に対する例外としては、機能しないように思われる。

以上総合して、離婚の国際裁判管轄の基準は、原則的には、被告の住所地であり、原告が遺棄された場合、被告が行方不明である場合、その他これに準ずる場合には、例外的に原告の住所地であるという考え方には、原則についても、その例外についても賛成することができない。

3 婚姻住所地

(1) 「遺棄」の要件にかえて、婚姻生活地を基準とする考え方

下級審の裁判例の分析をすることによって、「内国牽連性」を中心とした、新たな管轄基準を定立することを企図する学説がある。この学説は、先の昭和39年の最高裁判所の裁判例の考え方を、原則的に採用しながら、特に、被告の住所地が我国にない場合に、なお、我国に離婚の国際裁判管轄を認めるという例外的な扱いの要件を再構成する⁽⁷⁰⁾。所説では、この例外的な扱いの要件となる「遺棄」という有責主義的な用語を疑問視して排斥するとともに、当該生活関係自体の内国牽連性を重視する。そうして、「婚姻生活地の内国牽連性」を、基準として採用することにより、婚姻生活地が我国であるか、又は、かつて我国であった場合には、我国に居住する原告の住所地に離婚の国際裁判管轄が認められるとする⁽⁷¹⁾。所説は、さらに、婚姻生活地が我国にはなかった場合にも、内国牽連性を広く解して、婚姻生活地以外の内国牽連性を意味する事情、たとえば、「日本に住所を有する原告の日本社会への定着の強さ」などを考慮して、国際裁判管轄の基準とする⁽⁷²⁾。

所説の特徴は、原則である被告の防御の機会の保障を後退させる要因として、「当該生活関係の内国牽連性」を位置づける点にあると思われる⁽⁷³⁾。しかし、「内国牽連性」は、当該事案の事実関係が、我国に密接に関連しているということを考慮するものである。これは、事案の事実関係に着目するという点でも、「遺棄」という要件に代えて提示されている点でも、きわめて実体的な要素を含むものと思われる。したがって、「被告の防御の保障」という事案の内容とは無関係な要請、すなわち、きわめて手続的な要請を後退させる条件となるとは考えにくい。確かに、たとえば、「原告に、婚姻生活地へ戻って離婚してこいというには忍びないという事情」⁽⁷⁴⁾が、救済するべき原告の状況として理解することはできる。しかし、その原告の状況は、被告の防御の機会を保障するという手続的な要請とは異なる平面での利益状況でしかない。この手続的な要請

を後退させるには、これと同一の平面における利害の比較でなければ、比較として成り立たないように思われる。実際に、内国牽連性を理由として我国に国際裁判管轄を認めるという例外的扱いをする場合には、本来ならば、被告の手続保障の要請は後退している筈であるにも拘わらず、依然として被告の防御の保障が留意される必要があると、所説では説かれている⁽⁷⁵⁾。所説が、先の昭和39年の最高裁判所の裁判例の原則と例外という枠組みを前提に立論されているために、結局、昭和39年の最高裁判所の裁判例の考え方について指摘した、原則的取扱のための手続的要件と、例外的取扱のための実体的要件の接合は、論理的に成り立たないという問題点と、同様の問題点を含んでしまっているように思われる。

(2) 「一般的住所」と「特殊的住所」に住所概念を分別する考え方

被告の住所地を「一般的住所」と呼称して、離婚の国際裁判管轄の基準として維持するとともに、婚姻関係の起承転結に関わる地を「特殊的住所」と呼称して、これをも「一般的住所」と同様に、離婚の国際裁判管轄の基準とするという見解がある⁽⁷⁶⁾。所説は、明治期から現代に至るまでの、管轄規定に関する二重機能論や、立法管轄と司法管轄に関する平行原則の展開について、主要な学説を詳細に検討した上で、民事訴訟法の国内土地管轄規定から独立した(二重機能論の否定)、国際民事訴訟法に固有の(平行原則の否定)、住所概念の再構成を提唱する。所説によって措定された「特殊的住所」とは、一応は、婚姻関係(の起承転結)の地と考えられる。しかし、婚姻関係は継続的に発生する事実の連鎖であり、内縁、婚姻(儀式と届出)、婚姻生活、別居・離婚原因の発生、事実上の破綻、別居などが、異なる地(国)で起きることがあり得る⁽⁷⁷⁾。このような場合には、当事者双方の身分に重大な結果を招来せしめることであるが故に、可及的に当事者に共通な要素を重視して管轄を決定することによって、両当事者の利益のバランスをとることができるとする。そうして、当事者双方に共通な要素とその要素に附随する期間を考慮して、我国に優越的地的紐帯が存在するならば、「特殊的住所」を認定してもよいと主張する⁽⁷⁸⁾。

ところで、所説では、「一般的住所」は、複数の涉外法律関係の地的紐帯を一

般・抽象化することによって得られ、「特殊的住所」は、個別の法律関係が有する特性に応じて、それぞれに特有に得られ地的紐帯であるとされる⁽⁷⁹⁾。所説の特徴は、その意味で、「遺棄」の要件にかえて、婚姻生活を基準とする考え方は異なって、個別の事件・事案ごとに「内国牽連性」の度合いを考慮するのではなく、個別の法律関係ごとに、「地的紐帯」が予め類型化されているという点にある⁽⁸⁰⁾。このために、所説の論者は、当事者が訴の提起時には既に、当該訴訟の管轄が何処に認められるかを知ることができるとして、事案ごとに比較衡量により「内国牽連性」を判断して、管轄を決定する考え方との相違を強調する。しかし、離婚の国際裁判管轄の決定にあたって、「特殊的住所」が管轄の原因となるとときには、婚姻の起承転結のあった地の優先関係を、事案に即して個別の事案ごとに決定しなければならない筈である。そうであるならば、実際の運用においては、「内国牽連性」を問う方法との間に大きな差異がないように思われる⁽⁸¹⁾。

また、所説は、「一般的住所」と「特殊的住所」は、同格に、国際裁判管轄決定の基準となるとして、そのいずれに従って訴訟を提起するかは、原告の選択によるとする⁽⁸²⁾。確かに、昭和39年の最高裁判所の裁判例は、原則（被告の住所地）と例外（遺棄その他これに準じる事由）という扱いであった。これに対して、所説では、「一般的住所」である被告の住所地と、「特殊的住所」である婚姻生活地が、同格に扱われている点で論理構成が異なっている。したがって、昭和39年の最高裁判所の裁判例が内包する、原則と例外の接合に関する難点は、所説には妥当しないようにも思われる。しかし、当該法律関係に特化して抽出される結果（特殊的住所）は、一般的・抽象的に演繹される結果（一般的住所）に比較して、個別・具体的である点で優先することもあり得てよい筈である。さらに、昭和39年の最高裁で示された、この原則と例外という扱いは、手続と実体という、平面を異にする考慮に基づくものを接合する点で、問題があるのと同様に、この平面を異にする考慮に基づく2つの基準が、同格・並列的に扱われることにも問題があるように思われ疑問が残る。

(3) 人事訴訟手続法を類推する学説

我国には、離婚事件の国際裁判管轄に関する法規が欠如しているという認識を前提に、この法の欠缺を補うために、人事訴訟手続法を類推するという考え方があり。所説は、人事訴訟手続法1条1項が、昭和51年の改正によって、夫婦の共通住所地主義を採用していることを指摘して、これを類推して、離婚の国際裁判管轄について、「被告の住所地主義」にかえて、「夫婦の共通住所地主義」を原則とすることを主張する⁽⁸³⁾。

ところで、同条1項には、第1順位（夫婦が共通の住所を有するときはその住所地）、第2順位（夫婦が最後の共通の住所を有した地の地方裁判所の管轄区域内に夫又は妻が住所を有するときはその住所地）、第3順位（その管轄区域内に夫婦が住所を有しないとき及び夫婦が共通の住所を有したことがないときには夫又は妻が普通裁判籍を有する地、又は、その死亡の時に住所を有した地）の管轄原因が定められている。このうち、第3順位の管轄原因については、結局「普通裁判籍」という概念を利用することになる。この1項の第3順位の管轄に固有の「普通裁判籍」について、「日本に住所がないとき又は日本の住所が知れないときには居所に依り居所がないとき又は居所が知れないときには最後の住所に依って決定される」と、補充的に定められているのが同条2項である。したがって、同条2項は、同条1項に定められる第3順位の管轄原因についてだけ意味を持つ。

人事訴訟手続法の類推を主張する論者の中には、この、人事訴訟手続法1条2項の類推を否定する見解もある⁽⁸⁴⁾。この見解は、その類推を否定する理由を、我国との内国関連性及び被告の手続保障の観点から考えて合理的でないと説明する⁽⁸⁵⁾。しかし、所説は、涉外離婚訴訟が、財産関係事件に比較して、被告の保護の要請が後退することを前提に立論されている⁽⁸⁶⁾。にもかかわらず、この人事訴訟手続法1条2項についてだけ、突然に被告の手続保障が考慮されるという論理には疑問が残る。

また、下級審の裁判例を精密に分析し、人事訴訟手続法の規定や、「離婚及び別居の承認に関するハーグ条約」をも参照しながら、

く次のいずれかの場合であれば特段の事情のない限り、国際裁判管轄は肯定される。

- 1 被告の住所地国であること。
- 2 原告の住所地国であり、かつ、
 - (a) 夫婦の最後の共通住所地国であること。
 - (b) 被告が応訴しているか、または管轄の合意のあること。
 - (c) 被告の所在が不明であること。 >

という、新たな規範を提唱する学説がある⁽⁸⁷⁾。この規範は、「人事訴訟手続法の規定を基本として、条約その他のルールも参考として」定立されたものである⁽⁸⁸⁾。しかし、この2-(a)「夫婦の最後の共通住所地国であり原告の住所地国」に離婚の国際裁判管轄を認めることになるルールの原型となった人事訴訟手続法は、被告の防御の機会の保障を問題としていない。これに対して、この規範の1「被告の住所地」に離婚の国際裁判管轄を認めるというルールは、専ら被告の防御の機会を保障するという要請に基づくものであろう。この互いに矛盾する背景を有する規範を、同格に取扱うことには疑問が残る。あるいは、この学説を、被告住所地主義の原則を維持しながら例外的管轄事由を客観的に構成しようとする修正的な方向として位置づける評価もある⁽⁸⁹⁾。しかし、既に指摘したとおり、原則（被告の手続保障の要請）と、例外（婚姻住所地という手続とは異なる、実体的な要請）との接合は、論理的に不可能であるように思われるので、所説に対するこのような理解についても、依然として疑問が残る。

注

- (1) 「日本に居住する日本人の、ドイツに居住するドイツ人に対する離婚訴訟につき日本の国際裁判管轄が肯定された事例」法学研究71巻6号95頁 [1998年]、「離婚の国際裁判管轄」獨協法学54号45頁 [2001年]、「被告の住所地と離婚の国際裁判管轄」EU法・ヨーロッパ法の諸問題（石川明教授古稀記念論文集）403頁 [2002年]。
- (2) 朝鮮人であるYと婚姻して朝鮮に居住していた元日本国民のXが、Yを遺して帰国して、我国で離婚の訴を提起した。一審・原審はともに管轄の不存在を理由

に訴を却下した。Xの上告に応じて、最高裁（大法廷）は、「思うに、離婚の国際的裁判管轄権の有無を決定するにあたつても、被告の住所がわが国にあることを原則とすべきことは、訴訟手続上の正義の要求にも合致し、また、いわゆる跛行婚の発生を避けることにもなり、相当に理由のあることではある。しかし、他面、原告が遺棄された場合、被告が行方不明である場合その他これに準ずる場合においても、いたずらにこの原則に膠着し、被告の住所がわが国になれば、原告の住所がわが国に存していても、なお、わが国に離婚の国際的裁判管轄権が認められないとすることは、わが国に住所を有する外国人で、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関係に十分な保護を与えないこととなり（法例16条但書参照）、国際私法生活における正義公平の理念にもとる結果を招来することとなる。」として、我国の管轄を認めて事件を第一審に差戻した。

- (3) ニューヨークで米国人Yと婚姻した米国人Xが、軍属として単身来日し、我国の裁判所に離婚を求めて訴を提起した。一審・原審ともに、被告の住所が我国にないことを理由として、訴を却下した。Xの上告に応じて、最高裁は、直前の大法廷判決で示された判旨を引用して、被告がかつて日本に住所を有したことがなく、また、本件事実関係は、原告の住所を理由に国際裁判管轄を認める条件と言うべき、「原告の遺棄」、「被告の行方不明」、「その他これに準ずる場合」に該当しないとして上告を棄却した。
- (4) 田村「離婚の国際裁判管轄」涉外判例百選〔第2版〕190頁〔1986年〕。
- (5) 久保「国際離婚事件に関するわが裁判管轄」一橋論叢36巻8頁、10頁〔1956年〕、海老沢「国際離婚法3題」久保岩太郎先生還暦記念論文集320頁〔1962年〕（国籍については、必ずしも明確ではないが、同308頁に、離婚を全く受け付けない国との関係で、肯定的な記述がある）。
- (6) 実方・国際私法概論288頁、289頁〔1950年〕は、ハーグ離婚条約5条を、「若し夫婦が住所を異にするときは、被告の住所地の裁判所に管轄ありとした。」と引用した上で、「海牙離婚条約第5条と共に、日本に住所を有する外国人に付いてのみ離婚管轄権あるものと解する」としている。
- (7) 江川（旧説）・国際私法（旧版）287頁、288頁〔1950年〕。ただし、夫婦が外国人であるときは、夫の本国がその住所地の管轄権を排斥していないときのみ認められるとする。
- (8) 川上・国際私法講義要綱117頁〔1952年〕は、「婚姻事件は婚姻の効力を支配する夫の本国の裁判所がこれを管轄するのが妥当であ」とし、さらに、「夫または妻の住所地国もまた婚姻生活には至大の関係をもっているのであるから、これに

- 管轄権を認めるべきである」とする。江川（新説）・国際私法＜改訂＞272頁、274頁〔1970年〕（ただし、正確には、被告住所を原則としながら、英国婚姻法を参照して、遺棄などの場合に例外的に原告の住所に管轄を認めるとする）。
- (9) 溜池「離婚・別居」国際私法講座第2巻578頁、579頁〔1955年〕。ただし、「国籍の場合と同じく原則として被告の住所地國の管轄権を認め、例外的に国際私法生活の圓滑と安全の保障のために特に必要なる場合、原告のそれをも認めるとするのが適當であろう。」として、原・被告の住所について同格の扱いではない。ただし、国籍については、離婚及び別居の承認に関するハーグ条約を参考にして、「夫婦の双方が判決國の國民であるとき（2条3号）、原告が判決國に常居所を有するかまたは原告が訴提起に先立つ2年間に少なくともその一部が含まれている1年間継続して判決國に常居所を有したとき（同条4号）、及び原告が訴提起の日に判決國に現在しかつその日に夫婦が離婚禁止國に最後の常居所を有したとき（同条5号）に限って、原告の本国に管轄権を認めている。将来のわが國の本條約の批准を考えれば、このような見解に従うのが妥當であろう。」と、後に改説されている（後掲・注(11) 449頁）。
- (10) 池原「離婚に関する国際私法上の2、3の問題」家裁月報4巻12号6頁〔1952年〕。
- (11) 例えば、田村「離婚の国際裁判管轄」涉外判例百選〔第3版〕211頁〔1995年〕、溜池・国際私法講義450頁〔1996年〕。
- (12) 道垣内「涉外判例研究」ジュリスト877号127頁〔1986年〕、木村＝松岡＝渡辺・国際私法概論（渡辺）265頁〔1991年〕など。また、石黒「涉外訴訟における訴え提起」講座民事訴訟(2)36頁〔1984年〕では、基本的に昭和39年の最高裁判決の枠組みを前提としながらも、「遺棄」の要件にかえて、夫婦の共同生活地など「当該事案との密接関連性」という「ファクター」を重視する事を主張されている。
- (13) 東京家審・昭和39・8・11（家裁月報17巻2号67頁）は、「当事者の一方である相手方が日本国籍を有する本件離婚については、日本の裁判所が裁判管轄権を有する」と判示している。また、那覇家（コザ支部）審・昭和51・2・6（家裁月報29巻1号106頁）は、「申立人が日本国籍を有する本件離婚については日本の裁判所に国際的裁判管轄権を有すると解」するとしており、国籍を原則的な基準とする。但し、いずれも審判の事例である。
- (14) 道垣内「離婚事件の国際裁判管轄権—その新たなルール化をめざして」法律のひろば39巻1号13頁〔1986年〕。
- (15) 矢澤「涉外離婚訴訟における国際裁判管轄について—『住所』概念の再構成の

ために(1)、(2・完) 熊本法学43号1頁、44号1頁 [1985年]。

- (16) 多喜「国際私法3題一反致、公序そして離婚事件の国際裁判管轄権」法学51巻3号39頁、貝瀬「離婚事件の国際裁判管轄小考」法政論集140号1頁 [1992年]、西島「身分関係事件の国際裁判管轄権総論—管轄権の判断手法に関する一つの仮説—」阪大法学46巻6号981頁 [1996年]。但し、西島説では、その994頁において「修正逆推知」プラス「特段の事情」という論理の枠組みを採用するとされている。この点で、あるいは、所説は、人事訴訟法を「類推」するのではなく「適用」するものかとも思われる。しかし、同1004頁の、「注・30」中においては、前掲の貝瀬論文を引用して、「人訴法1条以下の類推を考える点で」貝瀬説と類似していると表現されているため、所説を人事訴訟手続法の類推説として位置づけた。
- (17) ドイツ人X女とドイツで婚姻し、その後ドイツに居住していた日本人Y男が、2人の子Aを伴って帰国し、X女を相手として、離婚を求める訴を我国において提起した。他方、X女は、ドイツにおいてY男に対する離婚訴訟を提起しており、その判決は本件係属中に確定した。第一審裁判所は、「婚姻共同生活が営まれた国に夫婦の一方が現に住所を有する場合には、右国が専属的に国際裁判管轄を有すると解するのが相当である」として、ドイツの国際裁判管轄を認め、Y男の訴を却下した。これを不服として控訴したY男に於いて、原審は、「夫婦の一方が国籍を有する国の裁判所は、少なくとも、国籍を有する夫婦の一方が現に国籍国に居住し、裁判を求めているときは、離婚訴訟について国際的裁判管轄権を有すると解するのが正当である」として、夫婦の一方が日本国籍を有し、日本に居住する場合には、日本の国際裁判管轄を肯定するべきであることを理由に、一審判決を取消して、事件を一審に差戻す旨の判決を下した。この、原判決を不服として、「イ．離婚訴訟の国際裁判管轄については、被告住所地主義が原則であり、原告の日本国籍と日本居住は、この原則に対する例外の事由とはなり得ない。ロ．原告の日本国籍と日本居住のみから、離婚判決の国際裁判管轄を認めることは、我が国の判例法に違反する。」という上告理由を掲げて、X女が上告したのが本件である。
- これに対して、最高裁は、「離婚請求訴訟においても、被告の住所は国際裁判管轄の有無を決定するに当たって考慮すべき重要な要素であり、被告が我が国に住所を有する場合に我が国の管轄が認められることは、当然というべきである。しかし、被告が我が国に住所を有しない場合であっても、原告の住所その他の要素から離婚請求と我が国との関連性が認められ、我が国の管轄を肯定すべき場合のあることは、否定し得ないところであり、どのような場合に我が国の管轄を肯定す

べきかについては国際裁判管轄に関する法律の定めがなく、国際的慣習法の成熟も十分とは言い難いため、当事者間の公平や裁判の適正・迅速の理念により条理に従って決定するのが相当である。そして、管轄の有無の判断に当たっては、応訴を余儀なくされることによる被告の不利益に配慮すべきことはもちろんであるが、他方、原告が被告の住所地国に離婚請求訴訟を提起することにつき法律上又は事実上の障害があるかどうか及びその程度をも考慮し、離婚を求める原告の権利の保護に欠けることのないよう留意しなければならない。」と判示した上で、ドイツでの離婚判決が確定しているために、「仮に被上告人がドイツ連邦共和国に離婚請求訴訟を提起しても、既に婚姻が終了していることを理由として訴えが不適法とされる可能性が高く、被上告人にとっては、我が国に離婚請求訴訟を提起する以外に方法はないと考えられるのであり、右の事情を考慮すると、本件離婚請求訴訟につき我が国の国際裁判管轄を肯定することは条理にかなうというべきである。この点に関する原審の判断は、結論において是認することができる。」と判示して、X女の上告を棄却した。

- (18) 池原、前掲・注(10) 6頁。
- (19) ここでは、特に明示しない場合には、Scotlandを除いた、EnglandとWalesの法域を指す用語として用いる。
- (20) Martin Wolff, *Private International Law*. 2nd. ed(Oxford University Press, 1945), p.64.
- (21) *Ibid.*, p.65.但し、最高裁規則により、英国内に所在しない者に対する送達によっても、管轄が発生することがあり得るといふ、例外もあったが、本稿の焦点からはずれるため詳述しない。例えば、J.H.C.Morris, *Dacey's Conflict of Laws*, 7th. ed(Stevens & Sons Limited, 1958), pp.183-185.
- (22) Wolff, *ibid.*, p.64-65.
- (23) Wolff, *ibid.*, p.74.
- (24) Wolff, *ibid.*, p.75.
- (25) Rabel, *The Conflict of Laws:A Comparative Study*, vol. I, ed. (Chicago Callaghan & Company, 1945), p.401 は、“A community in which the spouses have centered their lives may feel competent to adjudicate the continuation of their marriage.”と説明して、生活の中心について、対物的な考え方(“res” theory)が、その背景にあることを強調する。
- (26) Wolff, *ibid.*, p.75. は、“Under English law there is complete harmony between the conflict rule and jurisdiction, the *forum domicilii* corresponding

to the *lex domicilii*.”と、説明する。

- (27) Ibid., p.121, p.335. 尚、管轄原因の婚姻住所については、Ibid., p.65.
- (28) 1 Edw. 8 & 1 GEO. 6, c.57
- (29) 14 GEO. VI, c.25.
- (30) 尚、この規定は後に、Matrimonial Causes Act 1965の40条1項a号に引き継がれた。
- (31) 12, 13 and 14 GEO. 6, c.100.
- (32) J. A. C. Thomas, Private International Law (The Anchor Press, 1955), p.58.
は、「抽象的な定義は不要であり、たとえ、数ヶ月の旅行や、仕事のために外国で1年間滞在していたとしても、彼女が、実際に3年間居住していたと言えるほどである」としている。また、Morris, *ibid.*, p.300.
- (33) 14 GEO. VI, c.25
- (34) 尚、その後、この規定は、Matrimonial Causes Act 1965の40条1項b号により引き継がれた。
- (35) Wolff, *ibid.*, p.374は、“The change of domicile on the part of the husband is, so to speak, ignored in favour of the deserted wife.”と表現している。
- (36) Wolff, *ibid.*, p.75は、“It is a sound principle to give jurisdiction to the country where the spouses have their real home, the centre of their life;but that centre is not always their domicile and is more likely to be the place of their ordinal residence.”と、説明している。
- (37) Gabriel Marty et Pierre Raynaud ,*Droit Civil*, Tome I,éd. (Paris, Sirey, 1961), p.795, は、離婚制度が、実体と手続が密接に関連しているという認識を、「特に重要である」と強調する。
- (38) Bernard Audit, *Droit International Privé*. éd.(Paris, Economica., 1991), pp. 291-292. は、1975年までは、離婚の管轄を直接定める規定が存在しなかったと指摘する。
- (39) Décret n.81-500 du 12 mai 1981, art. 5
- (40) 引用は煩雑ではあるが、あえて示せば、当時の234条の規定は以下の通りである。
§ 234. (L. 18 avril 1886.) L'époux qui veut former une demande en divorce présente, en personne, sa requête au président du tribunal ou au juge qui en fait fonction.
En cas d'empêchement dûment constaté, le magistrat se transporte, assisté

de son greffier, au domicile de l'époux demandeur.

En cas d'interdiction légale résultant d'une condamnation, la requête à fin de divorce ne peut être présentée par le tuteur que sur la réquisition ou avec l'autorisation de l'interdit.

- (41) 裁判長が、直接、原告のもとに赴いて、和諧を試みるためのものであったようである。Gabriel Marty et Pierre Raynaud, *op. cit.*, Tome I, p.806
- (42) 但し、1893年の改正により定められた、108条2項では、別居後の妻の住所を夫の住所とは別に扱うと規定する。とはいえ、ここにいわゆる「別居」は、民法306条以下に定められる法律上の別居であり、事実上の別居ではない。当時の離婚と法律上の別居との相似性（例えば306条は、離婚の訴を提起することができる場合には、別居の訴を提起することもできるとする）を、前提にするならば、別居によって、離婚を待つまでもなく、婚姻関係が法律上破綻しており、妻が夫と異なる住所を持つのは当然といえる。したがって、「法律上」破綻していない夫婦については、やはり、同一の住所を有するといえると考えられる。
- (43) Marcel Planiol et Georges Ripert, *Droit Civil Français*, éd.(Paris Librairie Générale de Droit et de jurisprudence, 1952), Tome II, p.432.
- (44) *op. cit.* 433.
- (45) なお、外国人間の離婚訴訟にまでこうした国内の規定、とりわけ、住所に関する民法102条以下を適用することができるか否かについては、争いがあった。Henri Batiffol, *Traité Élémentaire de Droit International Privé*. 2me. éd.(Paris, L.G.D.J., 1955), p 459. 尚、破毀院民事部の1948年6月21日判決（いわゆるPatiño判決—Civ. 21 juin 1948, Patiño, *Rev, Crit. dr. int. privé*, 1949. 557, note Francescakis, *Juris - classeur périodique*, 1948 II. 4422. note Niboyet）により、その適用が肯定された。
- (46) Civ. 21 juin 1948, Patiño, *op. cit.*
- (47) Civ. I 19 oct 1959, deux arrêts, Pelassa, Ranft, *Rev, Crit. dr. int. privé*, 1960.215, note Y.L., *Recueil Dalloz-Sirey*, 1960. 37, note G. Holleaux.
- (48) Henri Batiffol et Paul Lagarde, *Droit International Privé*, p.455. Yvon Lossouarn et Pierre Bourel, *Droit International Privé*, 6e éd. (Dalloz, 1999), p 537.
- (49) たとえば、国内管轄の規定ではあるが、公示催告手続ニ関スル法律の779条1項では、「公示催告手続ハ証書ニ表示シタル履行地ノ裁判所之ヲ管轄ス若シ証書ニ其履行地ヲ表示セサルトキハ発行人カ普通裁判籍ヲ有スル地ノ裁判所之ヲ管轄シ其

裁判所ナルトキハ発行人カ発行ノ当時普通裁判籍ヲ有セシ地ノ裁判所之ヲ管轄ス」と定められ、履行地、債務者(発行人)の住所地に管轄が発生すると定められている。また、同条2項も、「証書ヲ発行スル原因タル請求ヲ登記簿ニ記入シタルトキハ其物ノ所在地ノ裁判所ノ管轄ニ専属ス」として、被告の住所地以外の専属管轄を認めている。さらに、破産法106条には、「相続財産ニ関スル破産事件ハ相続開始地ヲ管轄スル地方裁判所ノ管轄ニ専属ス」と定められており、被相続人の住所地に専属する。このような規定に対して、たとえ、訴訟法の一般原則が、被告住所地主義であると説明しても、被告の住所地以外の地が専属管轄と定められている訴訟類型に対しては無意味であろう。

- (50) Family Law Act 1986, s46. なお、ここにいう“domicile”は、英国法に固有の意味でも、離婚がなされた国の法の意味でも、よいとされているようである(s. 46(5))。
- (51) Restatement of the law, 3rd., The foreign Relations law of the United States, § 484(2). (1986)
- (52) 締約国は2000年1月で、オーストラリア、香港、キプロス、チェコ、デンマーク、エジプト、フィンランド、イタリア、ルクセンブルク、オランダ、ポーランド、ポルトガル、スロバキア、スウェーデン、スイス、英国となっている。
- (53) 訴一申立に先立っての1年間の継続、又は、夫婦の最後の共通常居所が、その判決国にあった場合。
- (54) 訴一申立の時にその判決国に存在したか、又は、1年間継続的に常居所を有しており、少なくともその一部が訴一申立に先立つ2年間のうちに含まれている場合。
- (55) 池原「国際私法における裁判管轄と国籍(2・完)」国際法外交雑誌年91頁[1947年]。
- (56) 田村・前掲・注(11)211頁
- (57) たとえば、新堂・民事訴訟法406頁[1990年]、吉村・民事訴訟講義(中野=松浦=鈴木編)[第3版]482頁[1996年]、井上「既判力の客観的範囲」講座民事訴訟(6)320頁[1984年]。
- (58) もとより、人事訴訟法1条の規定を、国際裁判管轄についての規定と考えると、これを直接適用するという考え方はしばらく措く。ここでの問題は、手続の進行、判決の効力という、手続自体に関する規定の意味である。
- (59) op. cit., p.771.
- (60) 池原・前掲・注(10)3頁では、正確に当時の仏法の制度が紹介されており、仏

法の制度が、所説の論拠となったとは、もとより考えにくい。但し、必ずしも明瞭ではないが、同3頁においては、フランスの外国人間の離婚訴訟で、住所が基準となりうることを評価して、「特別管轄における一般原則たる“actor sequitur forum rei”なる原則が、一般管轄の決定にも類推適用されると同様なことになろう。」と論じられている。しかし、時間的には、その後の記述ではあるが、フランスにおいて、この原則を離婚訴訟へ適用することに懐疑的な記述として、Hubert Bauer, *Compétence Judiciaire Internationale Des Tribunaux Civils Français, et Allmands*, éd. (Paris Dalloz, 1965), pp.53-54.

- (61) 拙稿・前掲・注(1)獨協法学54号60頁。
- (62) 当時の外国人の「住所」に関しては、必ずしも成文の規定があったわけではない。とはいえ、1927年の国籍法 (Loi du 10 août 1927) 制定に伴い削除される前の民法13条には、帰化しないでフランスに住所を有することを許可された外国人は、すべての私権を享有する旨の規定があった。また、判例・学説は一時混乱したが、当時は法廷地法たる仏法によるべきであるとの考え方が、通説・判例となっていたようである。Henri Batiffol, *Traité Élémentaire de Droit International Privé*, op. cit., p.214.
- (63) 池原・前掲・注(10)7頁。
- (64) 渡辺惺之「涉外離婚をめぐる若干の問題について(上)」判例時報社『判例評論』367号(1989年9月)5頁(判例時報1315号167頁)、西島・前掲・注(16)985頁。
- (65) Morris, *Ibid.*, p.300.
- (66) 当時、国際条約などにおいては、大陸法系の「住所」(例えばフランス語の“domicile”)を、英国では“habitual residence”と翻訳していたようである。Wolff, *ibid.*, p.111, note 2.
- (67) Thomas, *ibid.*, p.58 はこれを、“For the female petitioner, in short, three years’ ordinary residence in England is as good a ground of English jurisdiction as an English domicile; indeed, one might almost describe it as a statutory domicile.”と表現する。
- (68) 渡辺・前掲・注(64)5(167)頁は、「例外ルールは、被告住所地主義原則を貫徹することが原告の権利保護を困難ならしめる場合、原告の住所地管轄 (forum actoris) 認めて救済することが必要かつ正当とされる事情の例示と解されるべきであろう。」として、この接合の合理的な解釈を試みる。
- (69) 松岡「国際私法講義要綱」124頁[1982年]は、「離婚原因の有無と実質的に区分

- しえないような事情の有無にかかわらしめることには問題がある。」とする。また、石黒・前掲・注(12)は、「遺棄」を、あくまでも離婚原因的に構成する下級審の態度に、疑問を呈する。
- (70) 石黒・前掲・注(12)36頁。
- (71) 石黒・前掲・注(12)40頁。
- (72) 石黒・前掲・注(12)41頁では、「離婚はしばしば原告の新たな生活の出発点として求められるものであり、この点で、解消されようとする婚姻関係の重点 (center of gravity) をなす社会のみに着目するのでは必ずしも十分ではないからである。」と説明されている。しかし、ここまで、内国関連性を広く解すると、婚姻生活地という概念自体が、これらの内国関連性に包含されて、単なる一要素にすぎないものとなってしまいうように思われる。
- (73) 石黒・前掲・注(12)50頁は、財産関係事件の国際裁判管轄に関する記述ではあるが、「一定限度の内国関連性が被告側の実質的な防御の機会をある程度軽減する根拠となり得る」と主張する。
- (74) 石黒・前掲・注(12)42頁。
- (75) 石黒・前掲・注(12)43頁は、「被告の住所がはっきりしている場合には、我国の国際裁判管轄を認める場合にも、訴訟上外国の被告の実質的な防御の機会を保障すべく裁判所として十分留意すべきであろう。」とする。
- (76) 矢澤・前掲・注(15)熊本法学43号1頁。
- (77) 矢澤・前掲・注(15)44号15頁。
- (78) 矢澤・前掲・注(15)44号19頁では、さらに、こうした優越的な地紐帯が存在しない場合には、「婚姻関係を構成する事実の発生地のみならず、特に、子供がいるケースでは、その子供と共に生活する配偶者の居住地と結びつく要素があれば、それを優越的な表象とすることも可能であろう。」として、何らかの基準によって、優位な関連性を与える事実関係と、劣位のそれとがあることを示唆されるが、その根拠、分類は必ずしも明確ではない。
- (79) 矢澤・前掲・注(15)44号14頁。
- (80) 矢澤・前掲・注(15)44号13頁は、「具体的な場合に依りて諸般の事情を考慮して『住所』概念を決定する方法」を採用する石黒説について、これを、「様々に対立する利益を衡量し、事件の個別・具体的な諸情況に鑑みて、国際裁判管轄を決定するファクターを析出する方法」であると評価した上で、この方法によって、「住所」概念が極めて不明瞭になったことを指摘する。その上で、「この情況から、国際裁判管轄の決定において、安定性と明確性を確保しつつも、可及的に個別的・

具体的な諸情況に適合しうる決定基準を確立する必要が生じてくるのは、当然であるといえよう。」と論じている。

- (81) 多喜・前掲・注(16)44頁は、「矢澤助教授は石黒助教授と同様に離婚事件の国際裁判管轄権の決定の際に婚姻生活地というファクターを重視されるのである。」と指摘する。また、貝瀬・前掲・注(16)12頁も、「特殊な用語を除けば、婚姻生活地の重視という理論構成は先行する石黒説と共通する」と指摘する。
- (82) 矢澤・前掲・注(15)44号21頁は、「被告の現在の住所（一般的住所）と婚姻生活地としての住所（特殊的住所）は、同列に置かれるべきであり、原告は、いずれの地をも裁判管轄の決定基準として選択し、離婚訴訟を提起しようと考えられよう。」と論じている。
- (83) 多喜・前掲・注(16)50頁、貝瀬・前掲・注(16)22頁。さらに、昭和39年の最高裁の判決以前から、例えば、久保＝海老沢「涉外判例研究」ジュリスト161号68頁〔1958年〕では、「人事訴訟法が民事訴訟法の適用を排斥していることに注目するべきである」として、被告住所地主義に疑問が示されていた。また、塚場「涉外判例研究」ジュリスト213号80頁〔1960年〕では、離婚事件で争われる問題のうち、特に婚姻関係の解消という意味での「狭義の離婚」については、裁判所の機能が監督的・後見的非訟性を帯びると指摘して、この職責を最も有効に果たしうる婚姻共同体の所在地に管轄を認めるべきであると主張されていた。
- (84) 貝瀬・前掲・注(16)23頁には、「わが国で訴えを提起する原告が、最後の婚姻生活地が存在する外国と完全に切断され、わが国に定着する（生活の本拠を形成する）ような場合には、人訴法1条1項・2項を類推して、わが国裁判所の管轄を肯定できよう。」と説明されている。しかし、同24頁、25頁では、国際裁判管轄の決定においては、移送制度を欠いており、過剰管轄を調整する事ができないため、住所に代えて居所を基準とする人事訴訟手続法1条2項の類推は適切でないとされている。もともと、人事訴訟手続法1条2項は、同条1項に定められている第3順位の「普通裁判籍」を、補充する規定であるように思われる。したがって、同条1項の第3順位に類推されないということは、2項そのものが全体として類推されない趣旨と考えられる。
- (85) 貝瀬・前掲・注(16)24頁では、「わが国とのネクサスおよび被告へのデュープロセスの保障からして合理的とはいいがたいであろう。」と説明されている。
- (86) 貝瀬・前掲・注(16)22頁。
- (87) 道垣内・前掲・注(14)24頁、同「涉外判例研究」ジュリスト877号128頁〔1987年〕。

- (88) 道垣内・前掲・注(14)19頁。
- (89) 渡辺「判例評論」464号41頁(判例時報1609号203頁)[1997年]。