

離婚の国際裁判管轄

山 田 恒 久

一 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、昭和三十九年三月二五日大法院判決（民集一八卷三号四八六頁⁽¹⁾）、及び、昭和三十九年四月九日第一小法院判決（家裁月報一六卷八号七八頁⁽²⁾）がある。このうち、大法院判決は、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、この大法院判決は、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。⁽³⁾これに対して、第一小法院判決は、先の大法院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、これら二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二点にあった。しかし、第一点については、国籍を基準とする学説であつても、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、住所と国籍の基準と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、第二点については、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、論理的には第一点に関する考え方と、第二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⁽⁴⁾、(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⁽⁵⁾、(c) 夫の国籍と被告の住所が基準となるとする見解⁽⁶⁾、(d) 夫の国籍と夫婦双方の住所が基準となるとする見解⁽⁷⁾、(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⁽⁸⁾、(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⁽⁹⁾などであった。

最高裁の前記二つの裁判例は、この「f説」に、概ね従つたものと解されている⁽¹⁰⁾。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⁽¹¹⁾。また、昭和三十九年の二つ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、⁽¹²⁾ ほぼ一致して、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。⁽¹³⁾ 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⁽¹⁴⁾、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。⁽¹⁵⁾

さらに、その後、平成八年になって、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（最二判平成八・六・二四民集五〇巻七号一四五頁）⁽¹⁶⁾。この平成八年の最高裁判決は、「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。この平成八年の最高裁判決は、先に掲げた昭和三十九年の二つの最高裁判決では、必ずしも明確でなかった離婚事件の国際裁判管轄について、「国籍」も基準となり得ることを示したものと評する可能性も否定できない。⁽¹⁷⁾⁽¹⁸⁾

本稿は、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。

二 離婚の国際裁判管轄の基準としての住所

(1) 被告の住所地

前掲の昭和三十九年の最高裁判所の二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、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。⁽¹⁹⁾ 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る。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”の四六条には、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

下有効ならば、英国でも承認すると定められている⁽²⁰⁾。また、米国の第三リステートメントの国際関係法四八四条二項には、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、手續に關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⁽²¹⁾。さらに、「離婚及び別居の承認に關する条約」（一九六八年のハーグ国際私法會議で採択、一九七〇年六月一日署名・一九七五年八月二四日発効⁽²²⁾）の二条には、外国離婚判決承認要件の一つである間接管轄に關して、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（二条二項⁽²³⁾）、国籍（二条四項⁽²⁴⁾）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ぬといふ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」⁽²⁵⁾、「被告に対する公平・手續保障」⁽²⁶⁾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⁽²⁷⁾。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、その手續自体に關して、人事訴訟手續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⁽²⁸⁾。この、人事訴訟手續法は、a、検察官が手續に立ち会い、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（人事訴訟手續法五、六条）、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(同一四条)、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(同一八条)という、通常の民事訴訟法とは異なっており、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、手続に關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、手続に關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。

以上のような理由から、被告の住所を離婚の国際裁判管轄の原則的な基準とすることには、疑問が残るといわざるを得ない。

(2) 被告の住所地に対する例外

被告の住所を離婚の国際裁判管轄の原則的な基準とし、「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にも国際裁判管轄を認めるという扱いについては、英法の考え方の影響を受けたものであると、指摘されている⁽²⁰⁾。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。⁽³⁰⁾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」であつても、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ある。⁽³¹⁾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だとしても、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ふ扱いは、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、原則にいても、その例外についても賛成することができない。

三 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、先の昭和三十九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ふ例外的な扱いの要件を再構成する⁽³²⁾。所説では、この例外の取扱の要件となる「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⁽³³⁾。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。⁽³⁴⁾

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。⁽³⁵⁾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点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」⁽³⁶⁾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ふ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。⁽³⁷⁾所説が、先の昭和三十九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」と同格に、離婚の国際裁判管轄の基準とするという見解がある⁽³⁸⁾。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⁽³⁹⁾。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⁽⁴⁰⁾。

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、個別的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る地的紐帯であるとされる⁽⁴¹⁾。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とは異なって、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、個別的法律関係ごとに、「地的紐帯」が予め類型化されているという点にある⁽⁴²⁾。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。⁽⁴³⁾

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。⁽⁴⁴⁾ 確かに、昭和三十九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、昭和三十九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、昭和三十九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二つの基準が、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る。所説は、人事訴訟手続法一条一項が、昭和五十一年の改正によって、夫婦の共通住所地主義が採用されたことを指摘して、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。⁽⁴⁵⁾

ところで、同条一項には、第一順位（夫婦が共通の住所を有するときはその住所地）、第二順位（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）、第三順位（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、第三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。この一項の第三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二項である。したがって、同条二項は、同条一項に定められる第三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、人事訴訟手続法一条二項の類推を否定する見解もある⁽⁴⁶⁾。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⁽⁴⁷⁾。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⁽⁴⁸⁾。にもかかわらず、この人事訴訟手続法一条二項についてだけ、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、

△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。V

という、新たな規範を提唱する学説がある。⁽⁴⁹⁾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。⁽⁵⁰⁾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。⁽⁵¹⁾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。

四 夫婦の国籍

夫婦異国籍の場合については、古くは、夫の本国に管轄を認める考え方、夫婦双方の本国に管轄を認める考え方、被告の本国に管轄を認める考え方などが存在した。このうち、夫の本国に管轄を認める考え方では、離婚を婚姻関係の解消という問題と理解して、離婚（又は婚姻関係一般）の準拠法について夫の本国法主義を定める旧法例

の規定を挙げて、その根拠とされていた。⁽⁵²⁾ 他方、夫婦双方の本国に管轄を認める考え方では、離婚によって双方の身分が変動する点が着目されて、その者の本国法に依る考え方が、管轄についても応用されたもののようである。⁽⁵³⁾ しかし、準拠法を定める(いわゆる立法管轄)規定から、これとは異なる平面的国際裁判管轄(いわゆる司法管轄)の結論を、直接導くことには疑問が残る。⁽⁵⁴⁾

これに対して、被告の本国に管轄を認める考え方は、被告の住所地に管轄を認めるという一般的な民事訴訟法の考え方を類推して、その「被告の住所」を「被告の国籍」に読み替えて、離婚の国際裁判管轄の決定基準とするものである。⁽⁵⁵⁾ しかし、一般的に被告が所在することを前提に組み立てられている被告住所地主義を、その所在とは無関係に決定される国籍に置き換えることには、疑問が残る。

比較的最近の学説としては、内国関連性(牽連性)の衡量の中で、その一要素として考慮する見解がある。⁽⁵⁶⁾ こうした学説の特徴は、我国との関連性を主たる要因として、離婚の国際裁判管轄を決定する点にある。確かに、その意味で国籍は我国との関連性を示す一つの要素になっているようにも思われる。しかし、他に考えられている婚姻住所地を中核とする要素は、現にそこで生活が行われていたというような、実質的な性質を持つ。これに対して、国籍は、多分に形式的な性質を有するものである。こうした、実質的な性質を有する要素と、形式的な性質を有する要素を、同列に扱うことには疑問が残る。あるいは、婚姻住所地が我国にない場合に、国籍を根拠とすることがあり得るというように、一方が他方に優先するという扱いは可能かもしれない。しかし、なぜ、実質的な性質を有する要素が、形式的な性質を持つ要素に優先するのが明らかでない。また、国籍と原告の住所というように、いくつかの要素の組み合わせや集中度が、管轄を発生させるという考え方も可能かもしれない。しかし、国籍と何が、どの程度に集中すると、管轄を発生させる原因として評価されるのが明確ではない。結局、「内国関連性」という

用語によって、比較が可能でないものを比較して、恣意的な結論を導き出すものでしかないように思われる。

平成八年の最高裁判決が、夫婦の国籍を離婚の国際裁判管轄の基準として採用していると評価し得る可能性があるということは、既に指摘した。こうした評価に対して、学説は、必ずしも肯定的ではない。⁵⁷⁾確かに、この平成八年の最高裁判決の判旨は、先の昭和三十九年の二つの最高裁判決と同様に、原則として被告住所地国に国際裁判管轄を認め、他方例外的に、原告の住所地に国際裁判管轄を認めるという方法を採用しているようでもある。しかし、

この事件の事実関係は、被告の住所地は日本になく、また、遺棄・行方不明の場合にも相当しないように見受けられる。したがって、昭和三十九年の最高裁判決の考え方を踏襲して、なお、我国に離婚の国際裁判管轄を認めるためには、「その他これに準じる事情」があると考えられなければならない。とはいえ、「その他これに準じる事情」はあくまでも、遺棄・行方不明に準ずるべき事情であるから、被告の住所地での訴訟でなくても被告の保護に欠けることにはならないという事情と言い換えられるべきものでなければならない筈である。ところで、この平成八年の最高裁判決で認定されている特別な事情とは、被告の住所地国で既に離婚が成立しているが、我国ではその承認が許されないために生じる、跛行婚の解消の必要性である。したがって、この事情は、「その他これに準じる事情」⁵⁸⁾（被告の住所地での訴訟でなくても被告の保護に欠けることとはならないという事情）ではない。むしろ、被告の保護に欠けることがあっても、なお、我国に離婚の国際裁判管轄を認めなければならない理由として、この事情は提示されていると考えざるを得ない。実際に、この平成八年の最高裁判決は、上告人が上告理由で引用した昭和三十九年の裁判例を、「所論引用の判例（最高裁昭和三十七年（オ）第四四九号同三十九年三月二五日大法院判決・民集一八卷三号四八六頁、最高裁昭和三十六年（オ）第九五七号同三十九年四月九日第一小法院判決・裁判集民事七三号五一頁）は、事案を異にし本件に適切ではない。」と判示して、上告人の主張を排斥している。この「事案を異にしている」

事実として、最も注目するべき点は、先の昭和三十九年の最高裁の裁判例では、当事者のいずれもが外国人であったのに対して、平成八年の最高裁判決の事例では、当事者の一方が日本人であったことである。⁽⁵⁹⁾この平成八年の最高裁判決の判旨では、単に、国籍があるだけでは離婚の国際裁判管轄を認める根拠としては十分ではなく、さらに、原告が被告の住所地位に離婚請求訴訟を提起することについて法律上又は事実上の障害があり、そのために、離婚を求める原告の権利の保護に欠ける虞が存する場合であることを条件とされていると考える方が自然である。⁽⁶⁰⁾こうした、条件の加重は、被告を他国に遺して本国へ帰国した原告が、安易に我国で離婚の訴を提起することは許さないというような、濫訴の防止を考慮するものであろう。しかし、こうした濫訴の防止の必要性は、訴の利益の問題として考慮すべき事項である。こうした、異なった問題領域に属する事情を、管轄の際に問うことは、問題を混乱させ正当な判断を損なう虞があり首肯できない。

五 再 構 成

(1) 実体権の行使の場所としての管轄

訴訟は、実体権の実現のために奉仕する機構とその手続である。実現される実体権の特性を捨象して、訴訟は意味を持たない。もとより実体権は共通の性質を持つこともあるから、訴訟上も共通の扱いをなされることがある。しかし、実現されようとする特定の実体権が、際だって、他の実体権と異なる特性を有するときには、当然に異なる扱いがなされるべきである。訴訟法上の概念である管轄もまた、実体権の行使の場所的な態様によって決定され

る。換言すれば、実体権の行使の場所的な態様を、訴訟法上に投影させたものが、管轄の問題である。

国際裁判管轄について、当事者の公平、裁判の適正・迅速といった理念を考慮して決定されるという考え方が⁽⁶¹⁾ある。とはいえ、その考慮の出発点では、民事訴訟法の土地管轄規定を参照・類推するという方法が採用されていた。したがって、民事訴訟法が旧来有していた、実体権を実現するための地に訴訟を提起する（管轄を認める）という図式が、結果的には維持されていた。しかし、このような当事者の公平、裁判の適正・迅速という、手統的に純化された要素のみを重視した管轄の決定方法は、その方法を徹底させればさけるほど、本来、訴訟が実体権の実現の過程であり、管轄は実体権の行使の態様にあわせて決定されるという基本的な視点が没却されるという虞がある。とりわけ、被告の防御の機会の保障が重視され、被告となる夫婦の一方の住所地に原則的な管轄が認められるという考え方は、まさに手統的に純化された理念のみを徹底する方法の、一つの終着点であろう。

確かに、被告の手統保障は重要である。しかし、訴訟の結果生じるきわめて強力な遮断効である既判力は、原告・被告いずれの当事者をも拘束する。この既判力の拘束力は、手統保障によって正当性（正統性）が担保される。したがって、手統保障がなされるべきなのは、被告のみならず原告についても同様である。当事者がともに対等に手統に関与して、訴訟行為をすることができるようには、手統的にいずれかの当事者に偏った保障をすることなどありよう筈がない。したがって、被告の住所地に管轄が一般に認められている理由を、被告のみの防御の機会の保障を確保するためであるという、手統的な観点に基づく説明は成り立たないように思われる。

通信手段が未発達の時代にあっては、当然に、相手方に直接対面しなければ、義務の履行の請求や、相手方に対する自己の物権の主張という、通常の実体権の実現は不可能であった。また、通信手段が発達した現代においても、なお、依然として、相手方に直接対面して実体権を行使することが、正式なものであろう。したがって、被告

の所在する場所―形式的には被告の住所―でなされるのが、通常の実体権の行使の態様である。この実体権の行使の態様が、訴訟法上に反映されて、被告の住所地管轄が認められていると考えられる。すなわち、被告の住所地に管轄を認める根拠は、手続的な理念の実現の要請に基づくものではなく、実体権の行使の態様に基づくものと考えられる。これに対して、行使される実体権が、必ずしも被告に対してのものだけではない場合には、管轄は、被告の住所との直接の結びつきを失う。

(2) 人事訴訟手続法に固有の管轄原因

実際に、離婚訴訟で下される判決は、既判力が第三者にも拡張される。訴訟は、実体の要請に奉仕するものであるから、この既判力の拡張も、実体の要請によってなされていると理解することができる。すなわち、婚姻関係にある夫婦の属する社会集団が、その離婚に対して実体上の一定の利害を有しているために、離婚訴訟の当事者のみならず、その社会集団の構成員に対しても、効果を発生させる必要があるということである。しかし、本来なら、社会集団の構成員に対して、その手続の保障なしに既判力の拘束力が及ぶのは許されない。とはいえ、この社会集団の構成員全員を、手続に関与させることは、現実的には不可能である。このために、採用された装置が、本来は判断者である裁判所が、同時に社会集団の利益の代表者として、当事者と同格に手続に関与するという職権探知主義であると考えられる。いわば、裁判所が社会集団の構成員の代表者として、あたかも当事者のように関与して、擬制的にはあるが、その社会集団の構成員に対する手続保障がなされている状態を作出しているのである。このような機構は、単に、手続的な整合性のために採用されているだけではない。離婚が夫婦のみならず、社会集団をも相手方とするという実体上の性質を有していることから構築されていると考えるべきであろう。そうして、実体

権の行使の態様が管轄を決定するとすれば、離婚の要求がその夫婦の属する社会集団に対してもなされるという実体上の要請に応じて、その夫婦の属する社会集団での訴の提起が必然的なものとなる。

ところで、明治三十一年の制定当時の人事訴訟手続法の一条には、離婚の訴の管轄に関しては、夫の普通裁判籍所在地の地方裁判所に専属する旨が定められていた。さらに、この普通裁判籍は、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より、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よる旨が定められていた。⁽⁶²⁾立法者は、夫の普通裁判籍を原則的な裁判籍として専属管轄として定めたこと、職権探知主義を採用したこと、検察官の立ち会いを規定したことを、「人事訴訟の公益性」から説明している。⁽⁶³⁾

その後、昭和二二年になって、同条は、夫の普通裁判籍を管轄原因とする規定から、婚姻の際に選択された夫又は妻の氏を基準とするものに改正された。⁽⁶⁴⁾これは、従前の民法では、婚姻によって夫の氏を称することになっていたのに対して、新制度の下では、夫婦のいずれかの氏を称することが可能となり、妻の氏を称する夫婦も発生する可能性が生じたため、人事訴訟手続法にもこれを反映させるべく改正されたものである。したがって、離婚の管轄は原則としてその氏を称する者の普通裁判籍のある地に認められるという図式は、改正前と改正後で変わっていない。婚姻時に夫婦の氏として選択されたのが、婚姻前の夫の氏ならば夫の普通裁判籍所在地が、妻の氏ならば妻の普通裁判籍所在地が、当該婚姻関係の中核となる地と扱われて、そこに管轄が認められる。⁽⁶⁵⁾結局、当事者ではなく、婚姻関係そのものの所在が管轄を決定していたと理解できる。

さらにその後、昭和五十一年に改正された現行の人事訴訟手続法一条は、氏が必ずしも婚姻生活の本拠を表象するとは限らないことから、より直截的に夫婦の共通住所、または、最後の共通住所を管轄原因としたものである。⁽⁶⁷⁾実際には、第一順位（夫婦が共通の住所を有するときはその住所地）、第二順位（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)、第三順位(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)までの、段階を追った管轄原因が定められた。立法者は、この改正を、当事者の訴訟遂行の便宜、証拠収集の容易さを根拠として説明している⁽⁸⁸⁾。しかし、形式的な基準ではあるが、称氏者の普通裁判籍所在地を婚姻生活の本拠として認め、そこに管轄が認められることになった、昭和二二年の改正の時点で、既に、当事者の証拠収集や裁判所の審理遂行の合理化に適用という点が改正の目的とされていた⁽⁸⁹⁾。したがって、この当事者の訴訟遂行の便宜、証拠収集の容易さという点は、必ずしも昭和五一年の改正に固有のものではない。むしろ、この昭和五一年の改正は、称氏という形式ではなく、夫婦の共通住所地という実質に焦点を当て、端的に、婚姻生活の本拠地の所在地での訴訟を、原則とすることを定めたものと考えるべきであろう。したがって、現行の人事訴訟手続法一条は、婚姻生活の本拠地として、夫婦の属する社会集団の所在地の類型を定めていると理解することができるように思われる。

以上のように、人事訴訟手続法は、被告の防御の機会の保障を含めた当事者の手続保障を、職権探知という方法で代替させた上で、実体権の行使の場所としての婚姻生活の本拠地、すなわち、夫婦の属する社会集団の所在する地を、訴を提起する場所と一致させて、そこに管轄を認めたものと評価できる。

(3) 国際裁判規定としての人事訴訟手続法一条

そもそも、ある私人に対して裁判を下す権限の範囲の問題領域と、ある事項に関して裁判を下す権限の範囲の問題領域とは、区別して考えることができる。当事者の公平、裁判の適正・迅速という手続的に純化した要素をもっ

て、国際裁判管轄の決定基準として挙げる考え方は、この前者、すなわち人的な範囲の問題領域に関するものであろう。これに対して、離婚という婚姻関係の解消は、ある特定の国家の一部の社会集団と密接な関係を持ち、そこでの実体関係の変更こそが必要とされている。こうした当該社会集団が自国内に存在する場合には、その国家は、社会集団に密接に関連する実体関係の変更について裁判する責務を負う。⁽⁷⁾その意味で、離婚の国際裁判管轄の問題は、人的な範囲の問題ではなく、裁判の審判事項に関わる問題であるように思われる。

また、ある事件がA国、B国、C国のいずれで審理されるべきかを問うという、国際裁判管轄の配分の問題と、他国はともかく、我国は、ある特定の事件を管轄するべきか否かという自国の裁判管轄の問題とを区別して考えることができる。⁽⁸⁾そうして、このように、国際的な管轄の配分を問題とせずに、単に、当該離婚訴訟を我国で裁判するべき事項か否かというのみを考慮するときには、離婚が求められるべき社会集団が、我国に所在すれば、我国が裁判するべき離婚事件と考えてよい。換言すれば、婚姻関係の変更が求められるべき地、すなわち、当該婚姻関係の本拠地（夫婦の属する社会集団の所在地）が、我国にあれば、我国の裁判所はその法律関係を審理し裁判する責務を負うことである。およそ、一国の法制度において、婚姻関係の本拠地（夫婦の属する社会集団の所在地）が、理由なしに異なる筈はないから、その判断基準は国内的、国際的のいずれについても一致する筈である。したがって、人事訴訟手続法に定められている当該夫婦の属する社会集団の所在地の判断基準である、その夫婦の共同生活地、又は、それに準じる地は、国際的な管轄原因と、国内的な管轄原因が一致して同時に決定されると考えられる。したがって、人事訴訟手続法一条に定められている地が我国にあれば、我国ではその夫婦の属する社会集団が我国にあるとして、離婚の訴を提起し得ると考えてよい。その意味で、人事訴訟手続法一条は、国際裁判管轄の規定としても機能すると思われる。

但し、ここでの関心は、あくまでも我国に管轄が認められるべきか否かのみを問うものであって、他国の管轄の有無を問題にするものではない。したがって、人事訴訟手続法一条の規定のうち、唯一の例外として、「専属管轄」という文言については、他国の管轄権を否定する虞があることから、国際裁判管轄としての意味を認めることはできない。

また、人事訴訟手続法一条一項のいわゆる第三順位（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）に関しては、過剰管轄の虞が指摘されている⁽⁷²⁾。しかし、濫訴の防止は、訴の利益の問題である。したがって、管轄自体を肯定した上で、訴の利益を審理して、濫訴にあたるならば却下すればよいように思われる。この処理をしても、訴の利益は職権調査事項なので被告に応訴の負担を強いる可能性は低いように思われる。

なお、夫婦の国籍については、その者の属する社会集団を決定する要素としての意味を持つことがあり得る。少なくとも、自国の国民が、離婚による救済を求めているときに、その者の本国が、その救済を最終的に保障しなければ、その本国の国家としての存続の意味が疑われる。これに対して、国籍を離婚の国際裁判管轄の原因として否定する考え方もある⁽⁷³⁾。確かに、国家が市民のために存在するのであって、市民が国家のために存在するのではないから、国家の国是・国威を根拠として国際裁判管轄を決定する考え方は、克服されてしかるべきであろう⁽⁷⁴⁾。しかし、自国の国民の権利を最終的に保障するのは国家としての義務であるという考え方は、国是・国威を根拠とする考え方と対局に位置している。最終的に救済するという例外的な場面ではあるが、形式的にその夫婦と国家をつなぐ国籍という要素を、完全に否定することはできないように思われる。とはいえ、実際には、人事訴訟手続法の規

定を、国際裁判管轄に直接適用するならば、その一条二項によって、国籍の如何を問わず救済される可能性がある。したがって、離婚の国際裁判管轄の基準として、国籍も独立の要素となり得るとは考えられるが、国籍自体が根拠となつて管轄が認められる場合は、きわめて例外的な場合に限定されるであらう。

(1) 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を遣して帰国して、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の上告に依つて、最高裁(大法院)は、「思うに、離婚の国際裁判管轄権の有無を決定するにあつても、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ければ、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關係に十分な保護を与えないこととなり(法例一六条但書参照)、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。

(2) 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の上告に依つて、最高裁は、直前の大法院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、本件事実關係は、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。

(3) 田村「離婚の国際裁判管轄」涉外判例百選「第二版」一九〇頁「一九八六年」。

(4) 久保「国際離婚事件に関するわが裁判管轄」一橋論叢三六卷八頁、一〇頁「一九五六年」、海老沢「国際離婚法三題」久保岩太郎先生還暦記念論文集三二〇頁「一九六二年」(国籍については、必ずしも明確ではないが、同三〇八頁に、離婚を全く受け付けない国との關係で、肯定的な記述がある)。

- (5) 実方・国際私法概論二八八頁、二八九頁「一九五〇年」は、ハーグ離婚条約五条を、「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、「海牙離婚條約第五条と共に、日本に住所を有する外國人に付いてのみ離婚管轄権があるものと解する」としている。
- (6) 江川(旧説)・国際私法(旧版)二八七頁、二八八頁「一九五〇年」。ただし、夫婦が外國人であるときは、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。
- (7) 川上・国際私法講義要綱一一七頁「一九五二年」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關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」とする。江川(新説)・国際私法〈改訂〉二七二頁、二七四頁「一九七〇年」(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)。
- (8) 溜池「離婚・別居」国際私法講座第二巻五七八頁、五七九頁「一九五五年」。ただし、「國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、例外的に國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らう。」として、原・被告の住所について同格の扱いではない。なお、國籍については、後に改説されている(後掲・注(55))。
- (9) 池原「離婚に関する國際私法上の二、三の問題」家裁月報四卷二二六頁「一九五二年」。
- (10) 例えば、田村「離婚の國際裁判管轄」涉外判例百選「第三版」二二一頁「一九九五年」、溜池・國際私法講義四五〇頁「一九九六年」。
- (11) 道垣内「涉外判例研究」ジュリスト八七七号一二七頁「一九八六年」、木棚・松岡・渡辺・國際私法概論(渡辺)二六五頁「一九九一年」など。また、石黒「涉外訴訟における訴え提起」講座民事訴訟(二)三六頁「一九八四年」では、基本的に昭和三十九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。
- (12) 東京家審・昭和三九・八・一一(家裁月報一七卷二二六頁)は、「当事者の一方である相手方が日本國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・昭和五一・二・六

(家裁月報二九卷一号一〇六頁)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。

(13) 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「法律のひろば三九卷」号一三頁「一九八六年」。

(14) 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(一)、(二・完) 熊本法学四三
号一頁、四四号一頁「一九八五年」。

(15) 多喜「国際私法三題」反致、公序そして離婚事件の国際裁判管轄権「法学五一卷三号三九頁、貝瀬「離婚事件の国際裁判管轄小考」法政論集一四〇号一頁「一九九二年」、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」阪大法學四六卷六号九八一頁「一九九六年」。但し、西島説では、その九九四頁において「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、同一〇〇四頁の、「注・三〇」中においては、前掲の貝瀬論文を引用して、「人訴法一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。

(16) 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、二人の間の子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位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、結論においては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。

(17) 昭和三十九年の二つの最高裁判決に対しては、いずれも外国国籍を有する原・被告間での離婚訴訟であり、日本国籍を有する当事者については、先例がないという指摘がなされていた。例えば、山田(簾) 国際私法三三八頁「一九九五年」溜池・前掲書・注(10)四五〇頁

(18) 渡辺「判例評釈」法学教室一九五号一〇六頁「一九九六年」は、平成八年最高裁判決が、三十九年判決の射程外として本国管轄によるという立場に立つ控訴審判決の結論を維持しながらも、その理由については異なった理由付けを判示したことは、最高裁がこの考え方を排したものと解すべきであるとして、国籍を基準とすることを排斥している裁判例であるとした。但し、その後に著された、同「判例評論」四六四号四一頁(判例時報一六〇九号二〇三頁)「一九九七年」では、平成八年最高裁判決が、「当事者の国籍の観点から三十九年ルールの妥当範囲を画したのではない」という表現に改められて、海老沢「判例評釈」私法判例リマックス一九九七(下)一七七頁「一九九七年」が、平成八年最高裁判決の評釈において、「本判決が、今後下級審が国籍管轄を認めると本判決に違反するという意味で先例の意味をもちうるかというに、そうい

うことはないであろう。」という指摘に賛成する。

- (19) たとえば、国内管轄の規定ではあるが、公示催告手続及び仲裁手続ニ関スル法律の七七九条一項では、「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發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發行人カ發行人ノ當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（發行人）の住所地というように、定められている。また、同条二項も、「証書ヲ發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專屬ス」として、被告の住所地以外の專屬管轄を認めている。さらに、破産法一〇六条には、「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專屬ス」と定められており、被相続人の住所地に專屬する。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專屬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。

- (20) Family Law Act 1986, s.46. なお、この「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、よく用いられるようである (s.46(5))。

- (21) Restatement of the law, 3rd., The Foreign Relations Law of the United States, §484(2). [1986]

- (22) 締約国は二〇〇〇年一月で、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。

- (23) 訴—申立に先立っての一年間の継続、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。

- (24) 訴—申立の時にその判決国に存在したか、又は、一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—申立に先立つ二年間のうちに含まれている場合。

- (25) 池原「国際私法における裁判管轄と国籍（二・完）」国際法外交雑誌年九一頁「一九四七年」。

- (26) 田村・前掲・注(10)二二—頁。

- (27) たとえば、新堂・民事訴訟法四〇六頁「一九九〇年」、吉村・民事訴訟講義（中野〓松浦〓鈴木編）「第三版」四八二頁「一九九六年」、井上「既判力の客観的範囲」講座民事訴訟（六）三三〇頁「一九八四年」。

- (28) もとより、人事訴訟法一条の規定を、国際裁判管轄についての規定と考えて、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。

- (29) 渡辺「涉外離婚をめぐる若干の問題について(上)」判例評論三六七号五頁(判例時報一三二五号一六七頁)「一九八九年」、西島・前掲・注(15)九八五頁。なお、池原・前掲・注(9)七頁。
- (30) 渡辺・前掲・注(29)五(一六七)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 actors)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。
- (31) 松岡「国際私法講義要綱」一二四頁「一九八二年」は、「離婚原因の有無と実質的に区別しえないような事情の有無にかかわらずしめることには問題があらう。」とする。また、石黒・前掲・注(11)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。
- (32) 石黒・前掲・注(11)三六頁。
- (33) 石黒・前掲・注(11)四〇頁。
- (34) 石黒・前掲・注(11)四一頁では、「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うように思われる。
- (35) 石黒・前掲・注(11)五〇頁は、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の保障をある程度軽減する根拠となり得る」と主張する。
- (36) 石黒・前掲・注(11)四二頁。
- (37) 石黒・前掲・注(11)四三頁は、「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らう。」とする。
- (38) 矢澤・前掲・注(14)一頁。
- (39) 矢澤・前掲・注(14)「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―(二・完)」熊本法学、四四号一五頁。
- (40) 矢澤・前掲・注(39)一九頁では、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

発生地のなかで、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。

(41) 矢澤・前掲・注(39)一四頁。

(42) 矢澤・前掲・注(39)一三頁は、「具体的の場合に応じ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ある」と論じている。

(43) 多喜・前掲・注(15)四四頁は、「矢澤助教教授は石黒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(15)一二頁も、「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。

(44) 矢澤・前掲・注(39)二一頁は、「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、離婚訴訟を提起しうると考えられよう。」と論じている。

(45) 多喜・前掲・注(15)五〇頁、貝瀬・前掲・注(15)二二頁。さらに、昭和三九年の最高裁の判決以前から、例えば、久保Ⅱ海老沢「涉外判例研究」ジュリスト一六八頁「一九五八年」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」ジュリスト二一三頁八〇頁「一九六〇年」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。

(46) 貝瀬・前掲・注(15)二三頁には、「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、人訴法一条一項・二項を類推して、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、同二四頁、二五頁では、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一条二項の類推は適切でないといわれている。もともと、人事訴訟手続法一条二項は、同条一項に定められている第三順位の「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、同条一項の第三順位に類推されないということは、二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。

(47) 貝瀬・前掲・注(15)二四頁では、「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たいであろう。」と説明されている。

(48) 貝瀬・前掲・注(15)二二頁。

(49) 道垣内・前掲・注(13)二四頁、同「涉外判例研究」ジュリスト八七七号一二八頁「一九八七年」。

(50) 道垣内・前掲・注(13)一九頁。

(51) 渡辺・前掲・注(18)「判例評論」四六四号四一頁(判例時報一六〇九号二〇三頁)。

(52) 江川(旧説)・前掲・注(6)二八七頁では、「法例の立場からみて、婚姻なる身分關係が緊密に結びつけられているのは夫の本國であると考えられるからである(法例一四條法例一五條、法例一六條)」とされ、久保「国際私法」一八七頁「一九四九年」では、「夫婦が國籍を異にするときは夫の本國の機關が之を有するものとしていることは明らかである(法例一六條本文参照)」とされている。

(53) 実方・前掲・注(5)二八八頁は、「離婚は婚姻當事者の身分に重大な結果を來すものであるから、その管轄權は當事者の本國官廳に所屬する。夫婦が國籍を異にする時は、夫の本國も妻の本國も管轄權を有するものと解してよい。」とする。

(54) 石黒「国際民事紛争処理の深層」七一頁「一九九二年」。国際裁判管轄の決定(司法管轄)と準拠法の決定(立法管轄)に関するいわゆる並行理論は、その当否について慎重に考察するべきではあるが、本稿の焦点からはずれるため、ここでは詳述しない。

(55) 溜池・前掲・注(8)五七八頁は、「民事訴訟法第一條を類推して、被告の本國の管轄權を認めるべきであろう。」とする。ただし、その後、同・前掲・注(10)(国際私法講義)四四九頁では、離婚及び別居の承認に関するハーグ条約を参考にし、「夫婦の双方が判決国の国民であるとき(2条3号)、原告が判決国に常居所を有するかまたは原告が訴提起に先立つ

て2年間に少なくともその一部が含まれている1年間継続して判決国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国に現在しかつその日に夫婦が離婚禁止国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。将来のわが国の本条約の批准を考えれば、このような見解に従うのが妥当であろう。」と、改説されている。

(56) 貝瀬・前掲・注(15)二六頁、西島・前掲・注(15)九九六頁。石黒・前掲・注(11)四二頁では、「原告の日本社会への定着性を考える上で無視し得ないのは、日本で生まれ育って生活していた者(ごく自然に考えれば日本人)が国際結婚をして外国で婚姻生活を営み、それが破綻したのちいわば古巣としてのEnglandたる日本に戻って来てそこに居住する場合の扱いである。自国民保護などということではなく、専ら右に見た定着性を判断する際に、これはやはり考慮すべき点であろう。この意味では、一方では原告が日本国籍を有することを挙げながらも、他方でその者が永続的にあるいは永住の意思をもって日本に居住する者であることを理由として我國の管轄を肯定した比較的古い時期の判例のあることも注目される。

ただし、この場合にも当該の者の国籍それ自体が問題なのではなく、かかる者が婚姻生活地であった外国との生活上のつながりをどの程度失っているか(つまり現状において外国に戻り訴訟をせよと原告に言うことがどれほど酷か)が問題となる」とされており、必ずしも国籍そのものが問題となっているわけではないが、内国牽連性の判断において、やはり考慮されることにはなりそうである。

(57) 渡辺・前掲・注(18)「判例評論」四六四(判例時報一六〇九)号四一(二〇三)頁。また、海老沢・前掲・注(18)一七七頁は、「本判決は内外人夫婦の事件としては初めての最判であるが、二審と同じ結論をとりながら二審のように原告の国籍を基準にしなかった。」と、本判決を評釈する。また、道垣内「涉外判例研究」ジュリスト一一二〇号一三三頁は、少なくとも当事者の一方が日本人であるときには、昭和三十九年の最高裁判決の射程外にあり、これと異なった枠組みで判断するという見方もありうるが、従来通りの枠組みを前提に、緊急的に管轄を認めるという判断を示したという見方のほうが、適当であると、本件判決を評釈する。しかし、そう考えるためには、「事案を異にする」という判旨の文言が不適切であることも指摘する。

(58) 多喜「平成八年度重要判例解説」ジュリスト臨増一一一三三二八頁「一九九七年」。

(59) 山下「時の判例」ジュリスト一一〇三三〇頁「一九九六年」では、明確ではないが、本件を、「夫婦の双方が自己の

本国で離婚訴訟を提起したという事案」と評価し、さらに「夫婦の一方の本国では婚姻が終了しているが、他方の本国では、婚姻が依然継続しているという特異な状況が生じている」と説明して、「本国」という事情を考慮している。また、同・「判例解説」最高裁判所判例解説・民事編（平成八年度）四六八頁は、「三十九年判決は、専ら当事者の住所を基準とし、被告の住所地国の管轄を原則としつつ、遺棄、所在不明等の特段の事情のある場合に限って例外的に原告の住所地国に管轄を認めるとの見解を採っている。本件についても、三十九年判決の見解を前提として、同判決に、いう『その他これに準ずる場合』に当たるとして、原告の住所地国である日本の管轄を認めるという理論構成を採る余地もあると思われる。しかし、右見解に対しては、当事者の一方が日本人である場合に国籍を基準あるいは考慮要素とすべきではないか、原告の住所地国の管轄を認める例外的場合が限定され、原告の権利の保護に欠ける場合があるのではないかなどの問題点が指摘できる。本判決は、右のような点を考慮して、三十九年判決を本件とは事案を異にするとして、同判決の基準を採用しなかったものと思われる。」と解説する。

(60) 山下・前掲・注(59)〈判例解民〉四六九頁は、いわゆる逃げ帰り離婚を安易に認めることがないように、「専ら国籍を基準として日本の管轄を肯定することには疑問が残る。」とする

(61) いわゆる管轄配分説、池原「国際的裁判管轄権」新・実務民事訴訟講座Ⅶ三頁「一九八五年」。また、マレーシア航空事件判決（最二小判・昭五六・一〇・一六民集三五卷七号一二二四頁も、同様の表現をとる。

(62) 明治三一年立法当時の旧人事訴訟法一条は、

「婚姻ノ無効若クハ取消、離婚又ハ夫婦ノ同居ヲ目的トスル訴ハ夫カ普通裁判籍ヲ有スル地又ハ其死亡ノ時ニ之ヲ有シタル地ノ地方裁判所ノ管轄ニ專屬ス但縁組事件ニ附帯シテ婚姻ノ取消又ハ離婚ノ請求ヲ為ス場合ハ此限ニ在ラス
前項ノ普通裁判籍ハ日本ニ住所ナキトキ又ハ日本ノ住所ノ知レサルトキハ居所ニ依リ居所ナキトキ又ハ居所ノ知レサルトキハ最後ノ住所ニ依リテ定マル

最後ノ住所ナキトキ又ハ其住所ノ知レサルトキハ司法省令ヲ以テ指定シタル地ヲ住所トス」となっていた。このうち、夫が死亡したときについては、離婚訴訟及び同居を目的とする訴では意味がないので、本文では触れていない。

(63) 法典調査会・人事訴訟手続法議事速記録三頁・日本近代立法資料双書二三「一九八六年―復刻―」。なお、大森「人事訴訟手続法」現代法学全集三〇巻一二四頁「一九二〇年」は、婚姻の無効確認訴訟に関する記述ではあるが、「公益上婚姻の

成否を當事者の訴訟上の陳述の如何にかからしめることは断じて是認されない」として、職権探知主義を説明する。

(64) 二二年の改正条文は、

「婚姻ノ無効若クハ取消、離婚又ハ其取消ノ訴ハ、夫婦カ夫ノ氏ヲ称スルトキハ夫、妻ノ氏ヲ称スルトキハ妻カ、普通裁判籍ヲ有スル地又ハ其死亡ノ時ニ之ヲ有シタル地ノ地方裁判所ノ管轄ニ專屬ス但縁組事件ニ附帶シテ婚姻ノ取消、離婚又ハ其取消ノ請求ヲ為ス場合ハ此限ニ在ラス

前項ノ普通裁判籍ハ日本ニ住所ナキトキ又ハ日本ノ住所ノ知レサルトキハ居所ニ依リ住所ナキトキ又ハ居所ノ知レサルトキハ最後ノ住所ニ依リテ定マル

最後ノ住所ナキトキ又ハ其住所ノ知レサルトキハ最高裁判所ノ指定シタル地ヲ住所地トス」（傍点筆者・改正箇所）となっていた。

(65) 昭和二年法律第二二二号。

(66) この点に関して、加藤「人事訴訟手続の実務」三〇一頁「一九七一年」は、「称氏者として表現しようとする法意は、結局その夫婦の婚姻生活が夫または妻のいずれに重点（核）があるかによって、その夫婦の婚姻生活の重点（核）のあるところと見るべき夫または妻の普通裁判籍のある地または死亡当時あった地の地方裁判所の専属管轄と定める趣旨と解すべきである。」と説明する。

(67) 岡垣「吉村編・注解人事訴訟手続法二九頁（浦野）「一九八七年」。

(68) 岡垣「人事訴訟手続法の一部改正」人事訴訟の研究五〇一頁「一九八〇年」は、法務省の作成した「民法等の一部を改正する法律案逐条説明」を引用して説明する。また、岡垣「吉村・前掲・注（67）三三頁」。

(69) 岡垣「吉村・前掲・注（67）二八頁」。

(70) 市民社会の安定や、利益を保護するという役割を果たす、国民のために奉仕する存在としての国家としての義務であり、国威・国是を問題にしているのではない。

(71) 自国が裁判すべきか否かの基準を応用すれば、他国の管轄についての判断も可能のようにも考えられるが、それを、配分則に変形できるか否かはなお検討を要する。

(72) 貝瀬・前掲・注（15）二三頁。

(74) 矢澤・前掲・注(39)三三頁。
(73) 矢澤・前掲・注(39)三三頁。