

日米國際婚姻及び離婚の先例點描

久保岩太郎

目次

第一節 日米國際婚姻の先例點描

第一款 婚姻の成立

第一項 日本における婚姻の成立

第一目 婚姻成立の實質的要件

第二目 婚姻成立の形式的要件

第二項 米國における婚姻の成立

第一目 婚姻成立の實質的要件

第二目 婚姻成立の形式的要件

第二款 婚姻の效力

第一項 婚姻締結の效力

第二項 婚姻關係の效力

第二節 日米國際離婚の先例點描

第一款 離婚の成立

第一項 日本における離婚の成立

第一目 協議離婚

第二目 裁判離婚

甲 裁判權

(1) 判決離婚

(2) 調停離婚及び審判離婚

乙 準據法

(1) 判決離婚

(2) 調停離婚及び審判離婚

第二項 米國における離婚の成立

日米國際婚姻及び離婚の先例點描

第一目 協議離婚

第二目 裁判離婚

第二目 裁判離婚

(1) 判決離婚

第二款 離婚の效力

(2) 調停離婚及び審判離婚

第一項 日本における離婚の效力

第二項 米國における離婚の效力

第一目 協議離婚

内外多數諸國の法律の雄大な比較法的研究が國際私法の研究上きわめて望ましいことはいうをまたない。しかし他面において特定の二ヶ國間の詳細な先例の研究もまた意義なしとしない。ここには、わずかに入手しえた資料にもとづいて、日米兩國間の國際婚姻及び離婚に關する日本側からの先例の點描を試みよう。

第一節 日米國際婚姻の先例點描

第一款 婚姻の成立

わが法例第一三條は、左の如く規定している。

婚姻成立ノ要件ハ夫ノ本國法ニ依リテ之ヲ定ム但其方式ハ婚姻舉行地ノ法律ニ依ル。

前項ノ規定ハ民法第七百四十一條ノ適用ヲ妨ゲズ。

そこで、先ず、これを婚姻（締結）の成立とその效力とに大別し、次に、前者を日本における婚姻、米國における

おいては全國に共通の法律はなく、各州はそれぞれその法律を有している。そこで、當事者たる米國人の本國法を適用するについては、いかなる州の法律を適用すべきかが問題となる。この點に關し、法例第二七條第三項は、「地方ニ依り法律ヲ異ニスル國ノ人民ニ付テハ其者ノ屬スル地方ノ法律ニ依ル」と定めているから、當該米國人が米國內において所屬するものとされている州（法域）の法律を本國法として適用すべきこととなる。

そこで、日本人と米國人又は米國人相互間の婚姻の届出があつた場合には、市町村長は民法第七四〇條（舊七七六條）の規定に則り、その米國人につき、婚姻の能力の有無・同意の要否その他實質上の要件が具備しているかどうかを、その米國の所屬州の法律を調査し、これに照して、右の諸要件に缺けるところがないことを確認した上でなければ右の届出を受理することができないこととなる道理である。されば右の婚姻の届出の際には、市町村長は當事者をして右の諸要件に欠缺のないことを證明させることになつてゐる（大阪區裁判所監督判事の照會に對する、大正八・六・二六民事第八四）。そしてこの場合においては、アメリカ領事の認證した宣誓陳述書をもつて一應の證明として取扱つてゐるようである

（平賀健太氏「涉外戶籍法」戶籍實務讀本六一九・六二〇頁參照）。

なお、ひとり日本人と米國人との婚姻についてのみならず、米國人相互間の婚姻についても宣誓陳述書を添附してわが市町村長に届出ているようである（昭和二七・五・八民事甲第六〇）（昭和二七・五・八民事甲第六〇八號民事局長通達）。

右は専ら、わが國の國際私法法規（衝突規則）の立場から考察したのであるが、法例第二九條があるので米國の國際私法（衝突規則）も考慮に入れなければならない。

いま、米國に行われている國際私法を見るに、わが國におけるとは異なり、婚姻の要件を實質的要件と形式的要件

(方式)とに區別することなく、兩者を合一し同一の法律に依らしめ、しかも、後に掲げるような例外はあるが、大體において「婚姻はその舉行地の法律の要件を具備しているときはいたるところ有効である」としていろいろである(Restatement § 191)。そこで、本稿の目的からは、これを二つに分けて考察しなければならない。米國の國際私法上舉行地法によるべき實質的要件としては、婚姻當事者の婚姻の合意を始めとし、許可の要否・婚姻適齡・両親の同意・婚姻前の身體的検査・近親婚の禁止・離婚者の再婚の禁止・姦夫姦婦婚の禁止・多妻婚の禁止・異人種婚の禁止等が含まれ、形式的要件としては、儀式の要否・要する場合における方法・儀式を執行する権限を有する人例えば行政官又は僧侶・權限の有無に對する當事者の善惡意・要しない場合の同棲等を含んでいようである。

右の實質的要件の中で、大ざっぱにいつて、離婚者の上訴期間中の再婚の禁止・州内に住所を有する者の他州における再婚禁止については、住所州法に依るとの例外が認められ、また一夫多妻婚の禁止・極端な近親婚に基く亂倫婚の禁止・異人種婚の禁止等については、それが住所州の至上關心事であり、嚴格な公序に關するものとして當事者の住所州法に依らなければならないとする例外が認められている(§ 198)。

米國(正確にいえば米國の州)の國際私法が右の如くである結果、米國人が日本で日本人又は他の米國人と婚姻する場合には、米國人については、法例第二九條が「當事者ノ本國法ニ依ルベキ場合ニ於テ其國ノ法律ニ從ヒ日本ノ法律ニ依ルベキトキハ日本ノ法律ニ依ル」と規定しているため、その婚姻の實質的成立要件については原則として舉行地法たる日本の法律に依るべきこととなる。尤も、實質的成立要件中の一夫多妻婚の禁止・住所州の嚴格な公序違反となる亂倫婚の禁止・住所州の異人種婚の禁止等の如きは、たとい舉行地法に右の如き禁止がなく婚姻を許して

も、これを住所州の至上關心事として住所州法の適用を要求しているから、法例第二九條の適用（反致）から除外され、日本の法律に依ることとはならない道理である。

いま、現實の取扱例を見るに、米國人の婚姻においては、婚姻届にわが國に駐在する米國領事の面前で宣誓した當該米國人の所屬州の法律の婚姻成立の要件に違反しない旨のいわゆる宣誓陳述書が添附されているときは、これをもつて一應米國の所屬州法に適合していることの證明があつたものとして、その婚姻届を受理する例となつてゐることは既に述べた如くである。しかしながら、更にすすんで當該米國人の所屬州において、いかなる國際私法が行われているか、詳言すれば、婚姻の實質的要件を舉行地法に依らせてゐるか、またその中のいかなる要件については所屬州たる住所地法に依らなければならないものとしてゐるかについては、何等の證明を要求しておらず、少しの考慮も拂つていないことも既に述べたところから、推知できるであらう。

そこで、右の現實の取扱例が果して是認しうるか否かが問題となる。實際上多く問題となる米國軍人については（一般の米國人についても大體同様であらう）、婚姻適齡についてわが民法の十八年に達しないようなことは恐らくないであらう。また近親關係についても事實上殆んど問題となることはないであらう。親の同意についてはたとえそれが缺けていても一たび受理されたときは婚姻は有効に成立し取消問題は生じない（日民七四
四條參照）。従つて所屬州の國際私法の反致を認めて日本民法に依るものと解しても、反致を考慮外において米國人の所屬州の法律に依るものと解しても、これらの點については、實際上相違は殆んど生じないといつても差しつかえないであらう。なお、米國人の所屬州たる住所州の法律に依ることを要するものとしてゐる一夫多妻婚・亂倫婚・異人種婚等の禁止等については、元來反致

は認められないのであるから、初めから所屬州の法律に依らなければならぬものである。故に、先例は當該米國人の所屬州の國際私法を看過しているところに、理論上の誤謬があるとはいへ、實際上においては殆んど同一の結果に歸し、強く非難するには當らないであろう。

前述の如く、當該米國人の所屬州の法律に違反しない旨の宣誓陳述書の添附があれば、一應右の法律に適合する證明がされたものとして婚姻届を受理することにして、往々後日に至って所屬州の法律に適合してないことが判明することがある。そこで、婚姻の無効又は取消の問題が生ずることがある。例えば、日本に住所を有する日本人妻の申立による同人と離婚後未だ一ケ年を経過しない日本に居住する米國ウイスクンシン州人夫との再婚につき、ウイスクンシン州法の適用を理由とする京都家庭裁判所・昭和二九年(家)イ第三一九號婚姻無効確認調停事件、日本に住所を有する日本人妻の申立による同人と未だ前婚に對する最終離婚判決前である日本に居住する米國カリフォルニア州人夫との婚姻につき、加州法の重婚を理由とする神戸家庭裁判所・昭和二九年(家)イ第二五三號及び同年(家)イ第二九三號婚姻取消請求調停事件の如くである。

第二目 婚姻成立の形式的要件(方式)

法例は、前掲のごとく、原則として、「其〔婚姻の〕方式ハ婚姻舉行地ノ法律ニ依ル」(二三條)と定め、ただ同一の外國にある日本人相互間の婚姻についてのみ例外を認め、「前項ノ規定ハ民法七百四十一條ノ適用ヲ妨ケズ」と規定しており(二三條)、同條では「外國に在る日本人間で婚姻しようとするときは、その國に駐在する日本の大使・公使又は領事にその届出をすることができ」(條前段)となつてゐる。

わが國際私法上、婚姻の方式とは婚姻の合意を表現し有效な婚姻とするために必要な形式又は右の形式であるといふことができるであらう。わが國では事實婚も宗教婚も認められず、ただ民事婚だけが認められているに過ぎないから、わが國では民事婚の方式たる届出による方式による外はない。

何がこの届出による方式を構成するかは、民法戶籍法及び戶籍法施行規則の定めるところであり、當事者双方及び成年の證人二人以上から口頭又は署名した書面であること、届出地・届出義務者・届書の記載事項及び届書の様式等がこれを構成するものと思われる(民七三九條、戶籍二五條一四八、戶規則五六條參照)。その中、實際上最も考慮を要するものは届書の記載事項とその様式であらう(平賀氏前掲六一一)。

わが國において、日本人と米國人又は米國人相互間で婚姻しようとするときは、わが國の方式によって婚姻の届出をすべきであり、この届出があつたときは、市町村長は、さきに述べた婚姻の實質的要件とともに、右のわが國の婚姻の方式にも適合しているか否かを審査し、その違反のないことを認めた場合に、始めてこれを受理することとなるのであり(民七四〇條)、その受理によって婚姻が成立し、效力を生ずるのである。

わが戶籍法第二五條(舊戶籍法第四三條及舊第四四條第二項)によれば、「届出は、届出事件の本人の本籍地又は届出人の所在地でこれをしなければならぬ」となっている(正に削除された)。従つて、米國人相互間の婚姻の届出は米國人たる當事者の「寄留地又は」所在地でなすべく、また一方が日本人であるときはその本籍地でもなしえたわけである。しかるに、第二次大戦後の被占領下にあつた特殊事情に基き、米國人關係の婚姻について一時特別の取扱がなされたことは周知のとおりである

註

一九四六年（昭和二十一年）五月二三日の日本における合衆國人の婚姻に關する覺書で、日本における合衆國人（婚姻の當事者の双方又は一方が米國市民である場合を含む）が日本民法によつて婚姻する場合には、横濱市中區長に對し婚姻の届出をすべきものとされたが、徹底しなかつたので、昭和二三年七月七日附民事局長通達（民事甲第二二二一號）で周知方法が講ぜられた。その後、昭和二五年二月九日の覺書で、取扱官廳が、東京都中央區日本橋支所・横濱市中區役所・神戸市生田區役所・名古屋市東區役所・札幌市役所の五ヶ所に擴張され（昭和二五・二・二八民事甲第五六四號通達。なお、昭和二五・九・一民事甲第二三五三號通達で福岡市役所が追加された）、更に平和條約發効後は原則通り、届出人の所在地の市町村長に届出ることができることとなつた（昭和二七・四・二五民事甲第五五八號通達、昭和二七・五・八民事甲第六〇八號通達）。最後の二つの通達は参考となるところがあるから、掲げておこう。

昭和二七・四・二五民事甲第五五八號通達（各法務局長地方法務局長宛）

日本に居住するアメリカ合衆國人の婚姻について

日本に在住するアメリカ合衆國人が日本の方式によつて婚姻する場合（婚姻の當事者の一方又は双方がアメリカ合衆國人である場合）の婚姻については、従來、市町村長は直ちにこれを受理することなく、當事者に對し、豫め、東京・横濱・神戸・名古屋・札幌及び福岡に駐在するアメリカ合衆國總領事又は領事の指示を受けさせ特別市區役所（前記六つの市區役所）に届け出させる取扱がとられて來た（昭和二三年民事甲第二二二一號、同年民事甲第三四三三號、昭和二五年民事甲第五六四號及び同年民事甲第二三五三號各民事局長通達参照）。しかしながら、右の取扱は、連合國最高司令官の指示に基く特別の措置であつて、平和條約の發効の日以後においては右の取扱によらず、専ら戸籍法第二五條の規定する一般原則によることとなる。もつとも、アメリカ合衆國人の婚姻に關しては、その者の所屬する州の法律によつてそれぞれその要件を異にす

日米國際婚姻及び離婚の先例點描

る場合があるので、前記の婚姻届には、日本に駐在するアメリカ合衆國總領事又は領事の發行に係る婚姻要件具備に關する證明書を添附させ、婚姻要件について十分に審査した上、これを受理するのが相當であるから、右の趣旨を御了知の上、貴管下各支局及び市區町村に對して周知徹底方取り計らわれない。

昭和二七・五・八民事甲第六〇八號通達（各法務局長地方法務局長宛）

日本に在住するアメリカ合衆國人の婚姻について

平和條約發效後における標記事務の取扱方については、さきに客月二五日附民事甲第五五八號をもって本官より通達済であるが、今般右事項について當府涉外課長より米國總領事に對し、別紙のとおり通知がなされたから參考までにこれを送付する。

別紙

日本に所在する米國人の婚姻について

日本に所在する米國人が日本法の定める方式により婚姻する場合（婚姻當事者の一方又は双方が米國人である場合）の婚姻届出については、平和條約の最初の效力發生の日から、從來認められていた特別の取扱を廢し、他の外國人の場合と同様の取扱をすることとした。即ち、同日以後は、次のような取扱となるのでこの點御諒承相成りたい。

(一) 届出は、從來特定の市區役所（東京都中央區役所、横濱市中區役所、神戸市生田區役所、名古屋市東區役所、札幌市役所及び福岡市役所）に限り受理する扱であったが、これを改め、婚姻當事者の所在地の市區役所又は町村役場であれば、いずれの市區役所又は町村役場でも受理することとする。

(二) 届書は日本文により當事者が作成して市區役所又は町村役場に提出する。英文届書は必要としない。婚姻の當事者が米國人である場合で、自ら届書を作成することができない場合に領事館において代書されることはさしつかえない。届書に兩

當事者が自署（日本人については署名押印）すべきことは當然であるが、總領事又は領事の面前ですることは届書作成の要件ではない。

(三) 米國人たる當事者については、他の外國人の場合と同様にその者がその本國法たる所屬州の法律により婚姻の實質的要件を具備することの證明書を届書に添附しなければならないこととなる。この證明書は、從來日本國駐在の貴國總領事又は領事が作成していた證明書と同様のものでさしつかえない。ただこの證明書を從來のように領事館から直接市區役所に送付されることなく、當事者に交付の上、當事者から市區役所又は町村役場に届書と共に提出させるようにされたい。

(四) 届書の受理證明書は、當事者の請求により日本文で發給する。

(五) 届書の通數は、從來の通りである。

右によって明かな如く、法規上は、平和條約發效後は當事者が自ら日本文で作成した届書（又は領事館で代書して貰った届書）に、當該米國人の本國法たる所屬州の法律により婚姻の實質的要件を具備することの證明書——宣誓陳述書に領事が認證したもの——を領事館から貰い受け、これに添附し、婚姻當事者の所在地の市區役所又は町村役場であれば、日本國中いずれの市區役所又は町村役場に届出てもよいこととなった。それでは、現實に、いずれの市區町村長にも届出ているかというに、右の英文證明書を理解する職員をうることに困難である等の理由からか、多くは、當事者の所在地を操作して、從來通り限定された市區役所に届出ているようであり、現に東京では所在地（住所）を中央區蛸殼町二丁目一〇番地として、中央區日本橋支所に届出ているようである。

米國にいる日本人又は米國人と日本にいる日本人とが婚姻する場合において、日本にいる日本人の本籍地又は所在地の市區町村長に對し、わが國の方式による婚姻の届出をしたときは、日本なる舉行地の方式による婚姻となるかが

問題となる。惟うに、わが法律は一定の形式による婚姻の届出自體が即ち姻婚の方式であると見ているものと解されるから、右の婚姻の舉行地は届出地たる日本であるといわねばならないのであり（昭和二六・三・六民事甲第。四二二號民事局長回答參）。従つて右の婚姻は方式上適法であり、これを受理しなければならない。米國にある日本人ではなく、歸還した米國軍人（ミシガン州人）から日本にいる日本人女との日本の法律の定めた形式による婚姻届を女の本籍地又は所在地の市區町村長に出した場合にも同様に方式上適法なものとして受理すべきである（昭甲第二七・三・一三兵）。かつて、米國にある日本人男が日本にある日本人女との間の婚姻について多く行われたいわゆる寫眞結婚はこの種の方式によるものであり、わが國際私法上は適法なものである（大正六・五・三〇第一號司法大臣訓令は、この趣旨を前提とするものと思われる。なお、これらの點については、山口博士「親族法及國際私法法の研究」一〇七頁乃至一〇九頁參照）。

後に第二項において述べる如く、外國にある日本人がいわゆる外交婚もしくは領事婚によることができるのは、同一外國にある日本人相互間の婚姻の場合にかぎられる。ところが、往々、日本人と米國人（又は第三國人）との間の婚姻につき、米國に駐在するわが大使公使又は領事に對しわが國の方式に従つた届出をし、大使公使又は領事が過つてこれを受理し、外務大臣を経由して日本人の本籍地の市區町村長に送付してることがある。例えば、大正一五年二月三日民事第二八一號回答におけるように、米國にある日本人男とイリノイ州人女との日本の方式による婚姻届を桑港駐在の領事が受理し、外務大臣を経由して日本人男の本籍地の市區町村長に送付され、また昭和一年二月三日民事甲第四〇號回答におけるように、布哇にいる日本人男と米國人女との普通の婚姻届（日本の方式による婚姻届）を同地駐在の領事が受理し外務大臣を経由し日本人男の本籍地の市區町村長に送付されてきたことがある。右の婚姻はわが國際私法上は米國における有效な外交婚（領事婚）となりえないことは勿論であるが、本籍地の市區町村長に送付さ

れてきた時に、便宜上中間の経過を無視して直接市町村長に届出られたものと看做し、日本における日本の方式による婚姻として取扱っている（上掲の二）。従つて市町村長が右の婚姻届を受理した時に婚姻があつたこととなり、この時に婚姻の効力が発生することとなるのである。

外國に在住する者がその國に駐在する自國の公館においてするいわゆる外交婚又は領事婚が、わが國においても認められるかの問題がある。わが國における一般的な先例としては、當事者双方が獨逸人である婚姻の場合（昭和二七・九・二七四號）及び双方が葡萄牙人である婚姻の場合（昭和二六・五・一〇氏）では、いずれも日本における有效な外交婚と認めている。學説上もかかる取扱を是認するものが多數説（實方教授國際私法概論二七五頁、江川教授國際私法二七六頁、川上教授國際私法講義要綱一）であるが、立法論としてはともかく、解釋論としては否定すべきであらう（山口博士前掲研究九八頁一〇六頁、久保・國）。蓋し、わが法例第一三條第二項は日本人のために認められた例外規定であり、外國人のために擴張すべきものではなく、またこれを認める國際慣行があるとも認めがたいからである。それでは具體的に、日本にいる米國人について外交婚が認められるか。米國法上米國の大使公使及び領事には自國の公館で婚姻儀式をなす權限が與えられていないから、外交婚をとり行う筈はない。従つて米國人についての外交婚を認めるか否かの問題を生ずる餘地はない。この點から見ても外交婚を認める國際慣行があることを理由として、わが國では外交婚を認めているとする前掲の説は根據が弱いものといわねばならない。

第二項 米國における婚姻の成立

第一目 婚姻成立の實質的要件

日米國際婚姻及び離婚の先例點描

米國にある日本人と米國人との婚姻又は日本人相互間の婚姻について、その成立の實質的要件は、既に第一項において述べたごとく、日本人についてはその本國法たる日本民法に依り、米國人についてはその本國法たる米國內の所屬州の法律に依るべきである(法例一三條一項本文)。

米國にいる日本人がたとい米國又は第三國の國籍を有する二重國籍者であっても、外國の國籍は一切これを考慮せず、これを單一國籍の日本人と同様に取扱ひ、婚姻成立の實質的要件については専ら日本民法に依らしめるべきことについては既に述べた(法例二七條一項)。されば、米國の國籍に基き米國の法律に依つて有効に婚姻している場合であっても、日本民法の要件を具備していかないかぎり、わが國の立場からは、婚姻成立の準據法に適合するものとして取扱うことはできない。

また婚姻當事者が米國の國籍とともに日本以外の第三國の國籍を併せ有する二重國籍者であり、米國の法律に従い有効に婚姻した者であるときは、米國の國籍が後に取得した國籍であるか又は同時に取得し米國に住所又は居所がある場合であればよいが、しからざる場合にはその婚姻がその第三國の婚姻成立の要件に適合していかないかぎり、わが國の立場からは適法な婚姻をなしているものと認めることはできない(法例一三條一項、二七條一項本文)。これらは、一見不合理のようであるが、わが法例の解釋論としてはかくならざるをえないのである。

第二目 婚姻成立の形式的要件(方式)

わが國際私法上、婚姻の方式とは大體において、婚姻の合意を表現し有效な婚姻とするために必要な形式又は右の形式とする行爲を意味することは既に述べた。そして方式の準據法が日本法である場合に、いかなるものがこの方式

を構成するかは前款第二目において述べた。ここでは米國の法律が婚姻の舉行地の法律として方式の準據法となる場合が主たる問題である。米國の法律上は、婚姻の方式とは一定の儀式を要するか否か（従つて無方式の方式も方式に含まれる）、儀式の方法例えば民事婚の方法・宗教婚の方法、なお無式婚の方法（例えば同棲）、儀式を要する場合には、儀式を執行する人、例えば公吏・治安判事・牧師・僧侶、その資格の存否に對する當事者の善惡意、儀式を執行する場所例えば行政廳・教會、その他本人その他の者の署名立會等の問題がこれに屬するようである（*Residence*）。

法例は婚姻の方式は原則として舉行地法に依るものとして、前述べの如くであるから（（法例一三條）、米國において、日本人と米國人との間又は日本人相互間で婚姻するには、米國內の舉行地たる州の方式に依らなければならない。米國では大體において民事婚と宗教婚とが行われ、なおコモンロー婚姻（*Common Law Marriage*）も行われている州があるから、舉行地州が認めているいずれかの方式に適合している婚姻をすれば、わが國際私法上は方式上適法な婚姻をしたものと認められる。法律婚についてはいうを要しないであろう。宗教婚について、昭和六年一月二十五日民事第一一二六四號回答が布哇ホノルルの神道神社での邦人間の婚姻舉式を舉行地の宗教婚の方式に依つたものと認め、また昭和二九年九月二日民事第一八四一號回答がオレゴン州バンクーバーのエム・イ教會での邦人間の結婚式を同様舉行地の方式に従つた婚姻とし、方式上適法な婚姻がなされたものと認めている。このことは古く愛媛縣雄郡村長の稟旨に對する大正八年六月四日民事第一三八八號回答以來明かにされているところである。なお、昭和五年三月二十七日民事甲第七二六號回答及び同年四月一三日民事甲第九九一號回答は、日本在住の日本人女が米國カンサス州人男と夫の本國州の法律が認めている代理による方式によつて婚姻を舉行した場合に（*Residence*）（§124 參照）、これを舉行地の方式による適法な

婚姻としてゐる。

舉行地の方式に適合する婚姻をしたときはその時に有効に婚姻が成立する。しかるに若し、舉行地州の方式に適合していないときは、その違反に即應して舉行地州の法律が定めるところに従つて或は無効となり或は取消しうべきもの等となる。方式に瑕疵がありそのために婚姻が無効となり成立しないときは即ち止む。無効とまではならず救済が認められる場合にはその救済等の問題もまた方式の問題に屬し、同じく舉行地の法律に依ることとなる。以上が本來固有の意味における婚姻の方式の問題である。

婚姻當事者の一方又は双方が日本人である場合においては、その者に關する身分の記載の問題があり、ここに外國でなした婚姻の善後處置の問題が生ずる。蓋し日本人の身分事項は公簿たる戸籍簿に記載して公示しなければならぬ。そこで外國でなした日本人の婚姻についての報告的届出の問題が生ずるからである。

この點につき、わが戸籍法は、「外國に在る日本人が、その國の方式に従つて、届出事件に關する證書を作らせたときは、一箇月以内にその國に駐在する日本の大使・公使又は領事にその證書の謄本を提出しなければならぬ」(四一條)と規定している。これは前述の如く戸籍簿に身分事項を記載することができるようにさせるために認められた措置である。この精神から見れば、右の「證書」とは婚姻の方式が證書を作ることである場合の證書に關するのであり、その場合にのみその「證書の謄本」の提出を要求しているものと嚴格に解すべきではなく、廣く外國の方式に従つて證書を作らせた場合は勿論、證書を作らせた場合でも、苟しくも外國の方式に従つて婚姻をした場合には、その婚姻を締結した事實を證明する證據書類を提出すべきことを要求しているものと解すべきである(久保・國際私法概論二

國際私法講義(五三三頁)。
平賀氏前掲六〇九頁。

大使公使又は領事は當事者から右の證書の謄本(即ち證據書類)の提出があつたときはこれを受
理し、遲滯なく、外務大臣を経由して本人の本籍地の市町村長に送付し、市町村長をして戸籍の記載を可能ならしめ
なければならぬ(戸籍法)。

法例は、既に述べたごとく、更に「前項の規定ハ民法第七百四十一條ノ適用ヲ妨グズ」(法例一三)と定めており、民法
第七四一條では「外國にある日本人間で婚姻をしようとするときはその國に駐在する日本の大使・公使又は領事にそ
の届出をすることが出来る」となっている(法四〇條)。従つて、米國にある日本人相互間で婚姻するには、前述のごと
く米國の舉行地州の方式によつて婚姻することが出来るほか、更に恰かも日本にある日本人相互間で婚姻する場合と
同様にわが國の方式に従つて米國駐在のわが公館に婚姻の届出をすることもできる(九條)。この場合には大使・公使
又は領事は日本における市町村長と同様の職務を行うものであり、市町村町と同様に、その婚姻が民法第七三一條乃
至第七三七條及び第七三九條二項の規定その他の法令に違反しないことを認めた後でなければその届書を受理するこ
とができない(七四條)。大使・公使又は領事が右の婚姻届を受理したときは、恰かも普通の場合に日本において市町村
長が婚姻届を受理した場合と同様に、その受理の時に婚姻が成立し、兩當事者は夫婦となる。この點においては舉行
地の方式に従つてなした婚姻の證書(婚姻の證明書類)を受理した場合は異なる。

大使・公使又は領事が婚姻届を受理したときは、遲滯なく、外務大臣を経由してその婚姻届を本人の本籍地の市町
村長に送付し、市町村長をして戸籍の記載を可能ならしめなければならぬ(戸籍法)。

右の如くであるから、米國內の同一州にある日本人男女間の婚姻は勿論、異なる州例えば布哇にある日本人男と加

州にある日本人女とは、米國に駐在する日本の公館に日本の方式に従った婚姻の届出をすることができ、わが公館では米國にある日本人と米國人又は第三國人との婚姻はこれを受理することはできない(民法第七四一條が特に「日本人」として規定してことに留意)。しかるに、過つて受理して外務大臣を経由して日本人たる當事者の本籍地の市町村長に送付して來ることがある。かかる場合にはその婚姻は適法な外交婚又は領事婚となるための要件法例三條二項、民法七四一條、戸籍四〇條參照を具備していないから、理論上は、市町村長は外務大臣及び在外公館を経由して届出人に返戻すべき道理であるが、例えば在米の日本人男とイリノイ州人女とのわが國の方式による婚姻届を桑港駐在の領事が受理し外務大臣を経由して本籍地市町村長に送付して來た場合に関する大正一五年二月三日民事第二八一號回答及び布哇在住の日本人男と米國人女とのわが國の方式による婚姻届をホノルル駐在の領事が受理し日本人の本籍地市町村長に送付して來た場合に關する昭和十一年二月三日民事甲第四〇號回答がなしているように、中間の經過に眼を閉じ、届出人から市町村長に直接に届出があつたものと見ることは便宜な措置であり、右の例に做つた取扱がなされている。この取扱をした場合にはわが戸籍法による婚姻となるのである、右の婚姻届が市町村長によつて受理された時に婚姻が成立し兩當事者が夫婦となるのである、在外公館で受理した時に婚姻の效力を生ずるのではない。

第二款 婚姻の效力

第一項 婚姻締結の效力

「婚姻」という言葉は或いは「婚姻締結」の意味に用いられ、或いは婚姻締結の効果として發生する「婚姻關係

(夫婦關係)の意味に用いられる。従つて婚姻の效力も或いは婚姻締結の效力の意味に用いられ、或いは婚姻關係の效力の意味に用いられることがある。前款に述べた婚姻が前者即ち婚姻締結を意味していたことはいふまでもない。ここには簡單に前者を述べ、後者に及ぶことにしよう。

婚姻がその實質的要件及び形式的要件(方式)につき、それぞれその準據法に適合するときは、これによつて當事者たる男女間に夫婦關係(婚姻關係)が発生することは何人も疑わなところである。それでは、法例の解釋上、それはいかなる國の法律に依つて生ずるか。或いは法例第一三條第一項本文に従い婚姻の實質的要件の準據法たる甲男の本國法と乙女の本國法の結合的適用によるべきものであるが、婚姻關係は相互關係であるから双方の法律の累積的適用によつて生ずるといふものがある。これは法例が身分行爲の準據法については成立の準據法と效力の準據法とを區別して取扱つてゐる精神(法例一八條一項と二項、一九條一項と二項参照)とは調和しないこととなる。或いは法例の規定に漏れてゐるものとして、法例第二二條によつて婚姻當事者双方の本國法の累積的な適用によつて生ずるといふものがある。理論的にはこの見解が正當であると信ずる(久保・國際私法一九〇頁一九二頁、國際私法精選論二六一―二六三頁参照)。従つて日米人間の婚姻の場合においては、理論上、日本民法と米國人の所屬州の法律との累積的適用によつて生ずるものといわねばならない。しかし、婚姻締結の效力としてその締結の時に兩當事者間に婚姻關係(夫婦關係)を發生せしめることは、日米兩國法とも同様であり、またこのことは恐らく世界共通の事實であろうから、現實には準據法を云々する實益はないであらう。

日米人又は米國人相互が日本で婚姻する場合には、市町村長が婚姻届を受理した時に婚姻關係(夫婦關係)が発生し、日米人又は日本人相互が米國の舉行地州の婚姻の方式を履踐したときはその時に婚姻關係が発生し、また日本人

相互が在米日本公館で婚姻するときは婚姻届の受理された時に婚姻關係が発生する。そこで、いずれの場合にも、日本人については、婚姻の事實を公簿たる戸籍簿に登載してその身分關係を公證するわけである。この戸籍については、氏（姓）の問題と關連して現實に大きな問題があることは後述の如くである。

第二項 婚姻關係の效力

婚姻關係の效力につき、法例はこれを二つに分け、先ず、その身分的效力については、第一四條において、「婚姻ノ效力ハ夫ノ本國法ニ依ル」と定め、次に、財産的效力については、第一五條において、「夫婦財産制ハ婚姻ノ當時ニ於ケル夫ノ本國法ニ依ル」と規定している。右の婚姻の效力（身分的效力）が何を意味し、また夫婦財産制が何を意味するかの正確且つ詳細な研究は別稿に譲る（久保・國際私法構造論三）。（六五乃至三六九頁参照）

右の如くであるから、一應、次の如くなるものといわねばならない。即ち、先ず、婚姻の身分的效力は夫の本國法に依るから、夫が日本人であるときは日本の民法に依り、米國人なるときはその米國人の所屬州の法律に依るべきこととなる。そしてもし、その夫たる日本人が後に米國の國籍を取得したときは、爾後その夫が所屬することとなった米國の州の法律に依り、米國人が後に日本の國籍を取得したときは爾後日本の民法に依り、また米國人の所屬州が變更したときは後の所屬州の法律に依るべきこととなる。

また夫婦財産制については、婚姻の當時、夫が日本人なるときは日本の民法に依り、米國人なるときはその米國人の所屬州の法律に依る。その夫の國籍又は所屬州の變更があつても準據法には影響なく、依然として婚姻當時の夫の本國法に依るわけである。

ところが、米國の國際私法上においては、婚姻の身分的效力はこれを行使せんとする所の法律に依るものとされて
いるようであるから(Restatement § 233)、現在の居住地法に依ることとなるようである。従つて米國人が日本に居住する
場合には日本の法律に依るべきこととなるようである。わが法例第二九條は、「當事者ノ本國法ニ依ルベキ場合ニ於
テ其國ノ法律ニ從ヒ日本ノ法律ニ依ルベキトキハ日本ノ法律ニ依ル」と定めているから、米國人が夫なる夫婦が日本
に居住する場合には右の規定に従ひ反致が認められ、わが國においても夫の米國の所屬州の法律に依らずして、日本
民法が適用せられることとなるのである。米國に居住する夫が日本人なる夫婦の場合には、たとい米國の國際私法が
夫婦の身分的關係は行使地法に依るとしていても、わが國際私法上は米國の國際私法上の立場に拘泥しないから、米
國の行使地たる州の法律に依るのではなく、日本民法に依つて律しななければならないのである。

また、夫婦財産關係は米國では、不動産についてはその所在地法に依り(Restatement § 237、233 參照)、夫婦が婚姻當時既に有して
いた動産については婚姻當時の夫の住所地法に依り、婚姻中取得した動産についてはその取得當時の兩當事者の住所
地法に依り、住所地法が異なるときは取得者の住所地法に依るものとしてゐるようである(Restatement § 236)。そこで、米
國人たる夫が日本において有する不動産(ここに動産・不動産の性質決定の問題があるが、暫くこの問題には觸れな
いことにする、以下亦同じ。)は法例第二九條によつて、夫の米國の所屬州の法律に依らないで、却つて日本の法律に
依ることとなり、日本人たる夫が米國において有する不動産は、獨逸民法施行法第二八條の如き規定をもたない日本
國際私法上においては、米國の所在地州の法律に依らないで、依然として日本の法律に依らなければならないものと
いわねばならない(尤も、日本にある土地を米國人が持ち得るかは、外國人土地法第一條との關係で一應問題となる

が、これを禁止した法令は見當らない。米國にある土地を日本人が持ち得るかはその所在地州の法律に依る。

右は、極めて大ざっぱな抽象論を試みたに止まる。いま私の具體的關心事は、右の問題の一角たる氏(姓)並にこれと關連する戸籍の問題である。(姓の問題が婚姻の身分的效力の問題に屬するか、人格權の一種に屬するかについては問題があるが久保・國際私法構造論二七九―三八三頁、「國際私法上における婚姻の身分的效力」法學新報五七卷二、號五六―五九頁、江川教授「外國人と婚姻した日本人の戸籍」法政時報七卷六號四―〇頁比較參照)、暫く通説に従つて婚姻の身分的效力に屬するものとして、論を進める。

從來、日本人女が米國人男と婚姻した場合には、米國の國籍を取得しなかつたから、日本の國籍を失わなかつたし(舊國籍法)、また舊戸籍法上では婚姻によつて新戸籍を編製するという原則もなかつた。そこで日本人家族たる女が米國ベンシルバニア州人男と婚姻した場合に關する昭和四年二月二八日民事第三七八號民事局長回答の示す如く、その身分事項欄に婚姻の事實の記載するに止めておくものとされていた。

新國籍法の下においては、一般的に婚姻は妻の國籍に影響を與えないものとしてゐる。従つて日本人女が米國人男と婚姻しても日本の國籍を失わないことは舊國籍法下におけると同様であるが、新戸籍法は例外の場合を除き婚姻によつて夫婦につき新戸籍を編製するという新原則を採用した(戸籍法)。しかるに、昭和二六年一月二八日民事甲第二四二四號民事局長回答は、米國の國籍を取得し日本の國籍を離脱した男(即ち米國人男)と日本人女が婚姻した場合の戸籍の取扱に關する下關市長の照會に對して、「外國人男と婚姻した日本人女は婚姻によつて日本國籍を喪失しないので、同女に關する戸籍の取扱としては、外國法(又は慣習等)による呼稱を顧慮することなく、引續き同女は民法の規定による氏を保有するものとして處理するのが相當である、即ち同女を従前の戸籍から除かず、單にその身分

事項欄に婚姻の記載をするに止めるのが相當である」としており、これがその後の先例になっている(昭和二七・一・二六民。事甲第三四號回答参照)。
この點が問題なのである。

舊民法においては、妻は婚姻によって夫の家に入って夫の氏を稱し、入夫及び婿養子は妻の家に入って妻の氏を稱したが(舊民七、八八條)、新民法においては、夫婦は婚姻の際に定めるところに従い夫又は妻の氏を稱することとなつた(民七五、〇條)。夫婦同氏の原則を採る點に變りはない。この場合に戸籍に關しては、舊戸籍法において夫婦の一方の戸籍の移動があるに止まり、新戸籍の編製ということはなかつた。しかるに、新戸籍法においては、夫婦が夫の氏を稱する場合に夫が戸籍筆頭者であるときは妻は夫の戸籍に入り、妻の氏を稱する場合に妻が戸籍筆頭者であるときは夫は妻の戸籍に入り新戸籍の編製しないという例外を除いては、婚姻の届出があつたときは、夫婦について新戸籍を編製するという大原則を樹てた(戸一、六條)。

前述の如く、氏(姓)の問題が婚姻の身分的效力に屬するものとすれば、法例第一四條により、米國人男と婚姻した日本人女たる妻の姓は米國人たる夫の所屬州の法律に依るべきこととなる。夫の所屬州法(成文法又は慣習法)では妻は夫の姓を稱することになっているものと假定すれば(恐らくはこれが現實であらう)、妻は夫の姓を稱しなければならぬ道理である。しかるに、前掲の先例は外國法(又は慣習等)による呼稱を顧慮することなく、引續き民法の規定による氏を保有するものとして處理せよと命じている。これは、舊戸籍法の如く婚姻による新戸籍の編製を認めていないときにおいては、或いは己むをえなかつた措置といえるかも知れないが、婚姻によって新戸籍を編製するという大原則を採用した新戸籍法の下においては到底いふところではないと思う。或いは戸籍は市町村の區域内

に本籍を定める一つの夫婦及びこれと氏を同じくする子ごとにこれを編製するのであり(戸六)、米國人男と日本人女とが婚姻した場合の如く、婚姻當事者の一方のみが日本人なる婚姻について戸籍法第一六條を適用して新戸籍を編製すべきではないとするものがある(平賀氏前掲五四・五九五頁、岩佐氏「新戸籍編製入籍及び除籍の取」)。惟うに、戸籍法は夫婦の双方が日

本人である普通の場合を念頭において規定し、その一方のみが日本人である場合に思い及ばず、この點に法の欠缺があるものといふべきであり、反對の主義を採っているものとは解せられない。されば、婚姻があれば新戸籍を編製しまた戸籍筆頭者でない者に子ができれば、新戸籍を編製するとする新戸籍法の大原則に従い、婚姻當事者の一方(例えば妻)のみが日本人である場合にも、その者(妻)につき新戸籍を編製すべきものと信ずる(久保「國際私法と戸籍」身分法

○私法例説三八・三九頁、國際私法講座五三〇・五三二頁、江川教授前掲二四頁參照)。そしてこの場合には夫の氏(姓)をもって新戸籍を編製し、夫を戸籍筆頭者とすべき

ところ、夫は米國人で戸籍はないから、妻を戸籍筆頭者とすべきである。或いは氏はわが戸籍法上の特殊の制度であり、個人の呼稱としての外國人の姓若しくはファミリーネーム等と同視することはできないとする學說もあるが(平賀氏前掲五九)、これは國際私法上の概念の特殊性から考えて適當とは思われない。なお、稀な場合であるが、日本人男と米國人女とが婚姻した場合にも、原則として、婚姻の際に協議で夫婦の稱すべき氏と定め、婚姻届に記載して出した氏によって夫たる日本人のみにつき新戸籍を編製すべきことは前掲の妻の場合と同様である。

私見の如き取扱は前述の如く理論上正當であるのみならず、實際上においても、國際私法上、夫の本國法たる米國の夫の所屬州法により夫の氏(姓)を稱することになった日本人妻がわが戸籍法上においてもそのまま夫の氏を稱することができることになり、眞の權利狀態(氏・姓)とこれを公證する戸籍法上の取扱とを一致せしめることができ、

極めて自然且つ合理的結果を實現する。このことは、結婚しながら夫の氏を稱しえない妻が（―その夫婦たるの感情又は實際生活の不便等から―）その氏を夫の氏に變更するために、分籍の上、更に家庭裁判所に氏變更の許可の審判を求めるような餘計な手續（戸籍項）を不要にする。また妻の渡米に際し、旅券面に日本字名は戸籍簿通りにしておきながら、ローマ字名の所で殊更夫の姓を附加することができるといふような姑息な變通の道を設けるなどの餘計の配慮も無用とするであらう。

第二節 日米國際離婚の先例點描

第一款 離婚の成立

わが法例第一六條は、次の如く規定している。

離婚ハ其原因タル事實ノ發生シタル時ニ於ケル夫ノ本國法ニ依ル但裁判所ハ其原因タル事實カ日本ノ法律ニ依ルモ離婚ノ原因タルトキニ非ザレバ離婚ノ宣告ヲ爲スコトヲ得ズ。

以下、この離婚問題は、これを日本における離婚と米國における離婚とに分つて考察しよう。

第一項 日本における離婚の成立

前掲の規定における離婚は生前における婚姻關係の解消の總體を意味する。従つて、私法行爲による婚姻關係の解消（例えば當事者の合意による協議離婚及び當事者一方の意思表示による單意離婚）及び裁判による離婚（例えば判

決離婚・審判離婚及び調停離婚）並びに議會の法律その他による離婚等を包含する。右の中、現實の日米間の問題としては、協議離婚及び裁判離婚が問題となるだけである。

第一目 協議離婚

法例第一六條により、離婚の要件は離婚原因發生當時の夫の本國法に依るのであり、協議離婚においては離婚の要件中その中核をなす離婚原因とは離婚の合意自體といつてよい。そしてこの合意は通常一定の方式に従つて表示せられることを要するから、この合意の表示された時の夫の本國法が離婚の準據法となるのである。

先ず、夫が日本人で妻が米國人である場合 この場合には、離婚の準據法は日本の法律であり、わが民法は協議離婚を認めているから、わが民法（第七六三條以下）によつて協議離婚をすることが出来る。この場合に妻の米國所屬州の法律が協議離婚を認めていないことは離婚の妨げとはならない。ただ米國の法律がかかる離婚を認めないときは跛行離婚となるだけである。先例はこの道理を前提として、外國に居住する夫は日本人で、妻が外國人である夫婦につき、外國から直接に夫の本籍地市町村長に協議離婚届を送付して來たときはこれを受理すべく、その受理によつて離婚の效力が發生するものとしている（昭和二六・九・一三民。刑甲第一七九三號回答）。

右の場合に協議離婚の方式の問題も一應問題となるわけであるが、右の場合はその方式は離婚の效力の準據法であり、且つ離婚の行爲地法である日本の法律に依つてゐるわけである（民法七六四條七三九條七六條、五條、戸籍二五條七六條等）。

次に、夫が米國人で妻が日本人である場合 この場合には離婚の準據法は夫の米國所屬州法である。ところが、當事者の本國法が準據法となる場合であるから、法例第二九條に定めてゐる反致の問題が生ずる。大ざっぱに見て、

米國では離婚を當事者の双方又は一方の住所地法としての法廷地法に依らしめてゐるものとすれば (Eastman, *loc. cit.*)、米國人たる夫及び日本人たる妻が共に、又は何れか一方が、夫の米國所屬州法上にいう住所をわが國に有するものと認められる場合には、米國からの反致があり、法例第二九條によってその反致が認められて日本の法律が準據法となるものといわねばならない。尤も、この點については、米國では實質法上では協議離婚の制度はないが、衝突法上では獨り裁判離婚のみでなく、協議離婚をも含めて（衝突法上の法律概念の獨自性）當事者双方又は一方の住所たる日本に送致していることが肯定されなければならない。なおまた、米國人に協議離婚を認めることが所屬州の衝突法上の公序違反となると認められる場合には法例第二九條の反致は認められず、従つて協議離婚をすることはできないこととなるとされている（池原助教「離婚に関する國際私法上の二三の點」）。右の協議離婚をなしうる場合において、協議離婚の方式は行爲地法としての日本の法律に依るべきことは言を俟たない（法例八）。

先例は、右とは異なり、次の通りである。

昭和二六・六・二四民事甲第一二三〇號通達

二 外國人男（殊に米國人男）と日本人女間の離婚については、法例第一六條により離婚の原因たる事實の發生した時における夫の本國法によるべきものであるから、右の夫たる外國人男の本國法により協議離婚を日本の法律によってできる旨の證明書（かかる證明書を發行する権限ある者の署名あるもの）を提出させた上、これを受理すべきである。しかし目下のところ、米國においては協議離婚の制度はないものと考えられるので、米國人男との協議離婚の届出は受理しないのが相當である。

昭和二九・四・一二民事甲第七三八號回答、並びに同日民事甲第七三八號神戸地方法務局長宛指示

回答 標記の件につき、本月〔四月〕二十五日付條三第三〇三號で照會があったが、本件協議離婚の記載は、高田村長の取扱の過誤に起因するものと考えられるので、別紙の通り神戸地方法務局長に指示したから、御了知ありたい。

別紙〔指示〕 アメリカ人たる夫と協議離婚をした旨記載のある日本人妻の戸籍について

貴局龍野支局管内赤穂郡高田村：高倉利一同籍（利一の長女）高倉和子は、國籍アメリカ合衆國チェスター・アーサー・メリックと婚姻中であつたが、昭和二八年一月二〇日同人等の協議離婚の届出が同村長によつて受理され、戸籍にその旨記載あることが、今回外務省條約局からの照會文書に添附しある同人の戸籍謄本によつて判明した。離婚については、昭和二六年六月二十四日民事甲第一二三〇號本官通達後段の趣旨によつて取扱うべきものであるところ、同村長が當時、夫婦の協議離婚が可能であることにつき、當事者にいかなる證明書を提出させてこれを受理したかは明かでないが、アメリカ合衆國においては現に協議離婚の制度がないものと考えられるので、同村長が前記通達の趣旨を誤解して夫婦がともに日本人である場合と同様な取扱をしたのであれば、すみやかに戸籍訂正の手續により當該離婚の記載を消抹させる必要がある。右至急調査の上處置し、その結果を報告されたい。……

右の先例においては、國際私法上の離婚概念が必ずしも實質法上の離婚概念と同一ではないこと及び反致の問題についての考慮が看過されているようである。

第二目 裁判離婚

甲 裁判權 従來、普通裁判所による判決離婚のみが行われていたが、昭和二三年から家庭裁判所による調停離婚及び審判離婚が多く行われるようになった。

(1) 判決離婚 學說としては、夫婦のいづれかが、日本人であるときは日本裁判所に裁判權があるとするのが多

數説である（桑田助教「涉外婚姻事件に關する判例概観」判例時報第七〇號付録判例評論第四號七頁、久保「國際離婚事件に關する裁判權」一橋論叢三六卷一號八頁、實方教授國際私法概論二八八頁、江川編法律學演習國際私法三五八頁）。尤も、或いは夫が日本人なる場合にのみ日本に裁判權が認められるとし（江川教授國際私法三）、或いは被告が日本人なる場合にのみ日本に裁判權があるとするもの（高池助教國際私法）もある。

夫婦のいずれもが、外國人である場合においても、その共通の住所が日本にある場合には日本に裁判權があるとす
る點については異論がない。しかし、夫婦の一方のみが日本に住所を有する場合については、被告（夫たると妻たる
とを問わない）の住所が日本にあるときはわが國に裁判權があるとすもの（江川教授國際私法二八九頁、安武判事論文「國際人事々」、
原則的には被告の住所が日本にあるときはわが國に裁判權があるとす、ただ遺棄等の例外的な場合には被告の住所が
日本になくても、原告の住所が日本にあればわが國に裁判權があるとすもの（桑田助教前掲八・九頁、な
は妻の住所のいずれかが日本にあるときは、それが原告の住所であるか被告の住所であるかを問わず、わが國に裁判
權があるとすもの（久保・前掲一頁、川上教授國際私法講義要綱一七頁、江川教授前掲二五六頁、三〇二頁）等がある。
判例としては、入手しえた東京地方裁判所の次の如きものがある。しかし右の中、裁判權について明言している
のは稀れである。

- (a) (1) 東京地裁昭和二七年(夕)第二二八號離婚請求事件(二八・四・三判決) 東京に住所を有する日本人たる妻が東京に居住
している米國イリノイ州人夫に對する離婚請求事件において、「被告が原告と婚姻後永住の意思をもつて東京都内に定住し、今日
も會社員として勤務している」ことを理由として被告の住所は日本にあるものと認めて日本に裁判權があることを判示している。
この判決は原告の日本國籍を問題とせず、被告の日本における住所を根據としてわが國の裁判權を肯定し、管轄は人訴第一條

第一項により東京地方裁判所にあり、しかもわが國の裁判權は米國法においても認められる旨を附言している。

(2) 東京地裁昭和二八年(夕)第四二號離婚請求事件(二八・五・二九判決) 東京に住所を有する日本人妻から、東京に居住する米國加州人夫に對する離婚請求事件において、被告は現在永住の意思を以て東京に居住せることを理由として無言の中にわが國に裁判權があるものとし、管轄は人訴第一條第一項により東京地方裁判所に屬するものとしている。なお、この裁判權は米國法においても認められることを附言していることは前掲の判例と同様である。

(b) (1) 東京地裁昭和二八年(夕)第一二五號離婚請求事件(二八・五・二九判決) 東京に住所を有する日本人妻から、米國加州に住所を有し同州に屬する米國人夫に對する離婚請求事件において、夫たる米國人に遺棄された妻として獨立に日本に住所を持ち得、現に持つているから、わが國に裁判權があるものとしている(なお、無言の中に、被告の最後の住所は東京にあるから、東京地方裁判所の管轄に屬するものとしている(人訴一條二項))。

(2) 東京地裁昭和二九年(夕)第三三八號離婚請求事件(三〇・四・一判決) 福島縣に本籍及び住所を有する日本人妻から、米國布哇に住所を有し同州に屬する米國人夫に對するこの離婚請求事件は、被告が故國觀光の際原告と東京において婚姻し、原告を殘して歸哇し、その後原告を遺棄した事件である。裁判權につき直接明言するところはないが、前掲(1)の事件と同様、妻に獨立の住所が認められ、それが福島縣にあるから、わが國に裁判權があり、被告は日本に最後の住所も居所もないから、東京地方裁判所に管轄權があるものとしているようである(人訴一條三項)。

(c) (1) 東京地裁昭和二九年(夕)第三五號離婚請求事件(二九・四・一〇判決) 米國で婚姻した米國加州に屬する米國夫婦の中、夫先ず渡來し東京に永住の意思を以て居住し、後妻が子女を帶同して渡日し同棲したところ、後に夫が日本人女と同棲し妻を顧みないようになったことを理由として、妻から離婚を請求したこの事件においては、裁判權に言及していないが、恐らく住所を根據としてわが國の裁判權を肯定し東京地方裁判所が受理し判決したのであろう。

(2) 東京地裁昭和三〇年(夕)第二三號離婚請求事件(三〇・四・一五判決) 東京に米國陸軍軍曹として營外に居住し、除隊後は日本に永住の意思を有する米國テキサス州人夫から、無斷家出し五ヶ年間も消息不明であり現に姦通罪でマサチューセツ州で服役中の妻に對する惡意の遺棄及び不貞行爲を理由とするこの離婚請求事件において、裁判權に言及するところはないが、原告のわが國における住所を理由としてわが國の裁判權を認め、東京地方裁判所に管轄權があるものとしてゐるようである。

右に掲げた(a)(b)及び(c)のすべてを通じて感ずることは、米國において認められる日本の裁判權が、日本に認められる要件(従つて永住の意思)としての住所を想定した上で、これをわが國の裁判權の有無の決定の一要件としてゐるようである。しかし、これは餘計の配慮であり、わが國としては、特別の規定がないかぎり、わが國自身の立場からわが國の裁判權の有無を決定すべきであり、わが裁判權が米國において認められるか否かを問題とする必要はないと思ふ。わが國の裁判所の離婚判決の承認問題が米國で問題となつた場合に、たとい、前掲の配慮が離婚當事者のために好都合であり、また國際協調の立場から望ましいとしても。

(2) 調停離婚及び審判離婚 昭和二三年より、家庭裁判所による調停離婚及び審判離婚が認められるに至つた。しかも、調停前置主義が採用されたから(家審一七條、九條参照)、離婚事件については、先ず調停に附せられることとなつた。この「調停において當事者間に合意が成立し、これを調査に記載したときは、調停が成立したものとし、その記載は確定判決と同一の效力を有する」ものとされている(家審三)。更に、「家庭裁判所は、調停委員會の調停が成立しない場合において相當と認めるときは、調停委員の意見を聽き、當事者双方のために衡平に考慮し、一切の事情を觀て、職權で、當事者双方の申立の趣旨に反しない限度で、事件の解決のために離婚の審判をすることが出来る。この審判にお

いては、金錢の支拂その他財産上の給付を命ずることが出来る」のである。(家審二四)。尤も、右の離婚の審判に對しては二週間に、最高裁判所の定めるところにより、家庭裁判所に對し異議の申立をすることが出来る。右の期間内に異議の申立があつたときは右の審判はその效力を失うが、申立がないときは、確定判決と同一の效力を有することとなる。(家審二五)。

右の調停離婚及び審判離婚が裁判離婚か協議離婚かについては争があり、調停離婚はもとより審判離婚も結局當事者の意思によつてその成立乃至效力が左右されるのであるから協議離婚の一種であるとするもの、調停離婚は協議離婚の一種で審判離婚は裁判離婚の一種であるとするもの、審判離婚はもとより調停離婚でも全然當事者の自由に放任されているのではなく裁判所の判断が加つていのであるから裁判離婚の一種であるとするもの等がある。私は調停の方法を通し裁判所（調停委員會）の判断を俟つて行われる簡易裁判であると解するから、最後の裁判離婚の一種とする説に屬する。(註)

そこで、この調停離婚及び審判離婚についての裁判権が問題となる。理論上は判決離婚の場合と同様であるべきものかと思う。しかし現實においては、私の憶測によれば、判決離婚の場合よりは裁判権が廣く認められる傾向にあるように思われる。

註 いずれの説を採っているか判断に苦しむものが、多いので、ここには區別をしないで、關係箇所をかかげることにする。中川善之助教授全訂民法大要下卷六三・六四頁、七一頁、末川博博士新版民法（下ノ一）九八頁、一〇七一―一一頁、我妻教授改訂民法大意下卷四八六頁、四九二・四九三頁、市川四郎判事家事審判法概説一四四・一四五頁。

乙 準據法

(1) 判決離婚

法例第一六條本文により、判決離婚の準據法は原則として離婚原因たる事實の發生當時の夫の本國法であるから、夫が米國人である場合には、夫が原告であるか被告であるかにかかわらず、その米國內の所屬州の法律が準據法となる。そして若し、その夫の所屬州の法律（通常判例による國際私法）が離婚問題を住所地（夫婦共同の、又は夫婦何れかの住所地）としての法廷地の法律に送致しているときは、夫の所屬州の法律（國際私法）にいう住所が日本にある場合には、法例第二九條の適用の結果として日本の民法が準據法となる道理である。東京地方裁判所の諸判決はこの立場を採っている。

(a) (1) 東京地裁昭和二七年(夕)第二二八號離婚請求事件(二八・四・三判決) 「法例第一六條により本件(ハ)日本に住所を有する日本人妻から日本に住所を有する米國伊利ノイ州人夫に對する——」離婚の請求については同州法を適用すべきところ、同州においては離婚につき住所地法を適用すべきものとしていたので、法例第二九條により本件離婚の請求はわが民法を以て律すべきである。……と判示している。更にこれに加えて、本件における認定事實は夫所屬の伊利ノイ州法による離婚原因に該る旨を附言している。

(2) 東京地裁昭和二八年(夕)第四二號離婚請求事件(二八・五・二九判決) 「被告は米國加州の市民であるから、法例第一六條により本件(ハ)東京に住所を有する日本人妻から、東京に住所を有する米國加州市民夫に對する離婚請求事件——」については同州法を適用すべきところ、北米合衆國の國際私法は離婚につき住所地法を適用すべきものとしていたので、法例第二九條により本件は民法を以て律すべきである。……と判示している。なお、本件においても被告の行爲は加州法の離婚原因の一たる極端な残忍行爲にも該當するであろうと附言している。

(b) (1) 東京地裁昭和二八年(夕)第一二五號離婚請求事件(二八・五・二判決) 「法例第一六條によれば離婚はその原因發生當時

の夫の本國法に據るべきものとされているが、米國法によれば、離婚については一般に住所地法、換言すれば裁判權を有する裁判所の屬する國の法律を適用すべきものとされているので、本件「——東京に住所を有する日本人妻から、惡意を以て遺棄された米國加州に住所を有する加州人夫に對する離婚請求事件——」においては結局日本民法を適用すべきである」と判示している。

(2) 東京地裁昭和二九年(タ)第三八號離婚請求事件(三〇・四・一判決) 「離婚の準據法は法例一六條の規定によつて、離婚の原因たる事實の發生當時の夫の本國法によるべきところ、夫たる被告の本國法たるアメリカ合衆國の法律によれば、右のような事情によつて妻たる原告が夫と離れて別個に日本國內に住所を有している場合には、妻の住所地法たる日本國の法律(その適用の結果から見ると、現にその離婚事件を管轄する法廷地の法律と一致するに過ぎない)によるべきものなることが明かであるから、法例第二九條の規定に基き、その準據法は日本國の民法と解すべきである」と判示している。

(c) (1) 東京地裁昭和二九年(タ)第三五號離婚請求事件(二九・四・一〇判決) 「離婚の準據法は、法例第一六條によつて、その原因事實の發生した當時における夫の本國法と定められて居るのであるから、アメリカ合衆國の國際私法によると、婚姻當事者の住所地法がその準據法とされており、且つ前記認定の事實によつて、本件「——日本に住所を有する米國加州人夫婦中、妻から不貞及び遺棄を理由とする離婚請求事件——」當事者の住所が日本にあることは明かであるから、本件離婚の準據法は、法例第二九條によつて、住所地法たる日本國法である」と判示している。

(2) 東京地裁昭和三〇年(タ)第二三號離婚請求事件(三〇・四・一五判決) 「離婚の準據法は法例第一六條の規定によれば、その原因の發生當時における夫の本國法によるべきところ、夫たる原告の本國法であるアメリカ合衆國の法律によると離婚については夫の住所地法によるべきであることが明であるので、法例第二九條の規定に基き、本件「——東京に住所を有する米國テキサス州人夫から、米國マサチューセッツ州に服役中の妻に對し惡意の遺棄及び不貞を理由として離婚請求した事件——」の離婚については結局夫たる原告の住所地であることに認定したとおりである日本國の法律によるべきことになる」と判示している。

以上を通覽するに、すべて、米國からの反致を認めてわが國の法律が準據法となるものとしてゐる點において一致してゐる。しかも、(a)(1)の場合がイリノイ州から日本に反致してゐるとしてゐるのを除いては、悉くアメリカ合衆國から日本に反致してゐるとなすことにおいても一致してゐる。アメリカ合衆國に共通の衝突法があるとなれば、後者の表現が正當であるが、必ずしも共通の衝突法があるとはまではいふことができず、州々において多少の特異性が認められるとすれば、前者の表現が正當であらう。

(2) 調停離婚及び審判離婚

(イ) 調停離婚 東京家庭裁判所で成立した次の調停離婚が最初に問題となつた。

東京に住所を有する日本人妻からの、同じく東京に住所を有する米國人夫に對する離婚等調停事件（昭和五年（家イ）第二九二五號）につき、昭和二六年五月一八日家事審判官・調停委員が調停を試みたところ、左記條項の調停が成立した。即ち調停條項、一、當事者双方は本日限り離婚すること。二、當事者間の長女早苗（昭和二二年三月四日生）の親權者を相手方、次女美惠（昭和二四年一〇月一四日生）の親權者を申立人と定め、各親權者において監護養育すること。三、相手方は申立人に對し慰籍料として金拾萬圓を次の通り支拂うこと（詳細省畧）。四、當事者双方は右條項以外將來なら身上財産上の請求をしないこと。五、調停費用は各自辯のこと。

そこで、右の調停調書を添附した離婚届がなされた際に、これを受理すべきか否かにつき、疑義を懷く東京法務局長からの照會があり、これに對して法務府民事局長は、「照會にかかる離婚については、法例第一六條の規定により、離婚の原因たる事實の發生した時における夫の本國法によるべきところ、米國には調停離婚の制度がないものと考えられるので、所問の調停調書に基づく離婚届は受理しないのが相當である」との回答をしてゐる（昭和二六・八・三民事、甲第二五九六號回答）。

右の見解に對しては、米國には家事調停という制度はないが、「米國の國際私法は住所地主義であるから、當事者の住所が日本にあるならば日本の裁判所で扱うことができる」のであり(鮫島龍男氏論文「外國人事件特に離婚と米國の國際私法」、また家庭裁判月報四卷一〇號(昭和二十七年一〇月號)一〇一頁)、また

「家庭裁判所の家事調停は當事者の合意について裁判官がそれは正しい合意であると判断を加えた上で成立するものであるから、裁判所のシャジメントによる調停であつて野放しに當事者の合意だけに任した協議離婚とはその趣を異にする」、そしてその裁判官のシャジメントの根據には少くとも家事審判法第一條が考慮されているとの批判がなされて

いる(鮫島氏前掲一二〇頁。なお、市川判事(家事審判法概説一四四・一四五頁參照)。本説の要旨は米國の國際私法の反致があるときは日本で調停離婚ができ、また

その調停離婚は協議離婚ではなく、一種の裁判離婚であるとするようである。また夫が米國人であり、夫婦の何れかが日本に住所を有する限り、日本において日本法(家事審判法)による調停離婚もわが國際私法(法例一六條、二九條)上許されるものと解してよいのであり、しかもこの調停離婚は國家機關の介入によつて手續が慎重なものときれているから、本國の公序による排斥の懼は「協議離婚の場合よりは」更に少いであろうとの見解が發表された(池原助教「に關する國際私法上の二・三の問題—家庭裁判」、月報四卷一二號(昭和二十七年二月號)一〇頁)。

そこで、翌二八年の通達では、「夫が米國その他調停による離婚の制度のない國の國民である夫婦につき日本の裁判所において離婚の調停が成立しても、この調停は一般には法例第一六條の規定に反するものと考えられるので、右調停に基く離婚の届出は受理しない取扱であるが(昭和二六・七・二二付戸甲第一四二號東京法務局長照會)、夫の本國の法律(國際私法)に従えば、結局日本の法律によることとなる場合(法例第二九條に規定する場合)には、届出を受理すべきことはいうまでもない。裁判所は、離婚の調停を成立させるについては、法例第二九條に該當する場合であるかどうか、夫の本國の法律をも調

査する職責を有するのであるから、今後は、特に法例第二九條に該當しないことが明白である場合を除く外、同條により離婚の調停が可能な事案であると認め、調停に基く離婚届を受理して差しつかえない取扱とする」(昭和二八・四・一八
民事申第五七七號各
法務局宛通達)としてゐる。

惟うに、右の通達の前半において、夫の本國の法律(國際私法)によつてわが國の法律に反致される場合における調停は有効であり、これに基く離婚届を受理すべき旨を追加したことは正當である。しかしながら、後半において、「特に法例第二九條に該當しないことが明白である場合を除く外、同條(第二九條)により離婚の調停が可能な事案であると認め、調停に基く離婚届を受理して差しつかえない」としている點は大きな問題である。若しこれが、「夫の本國法(夫の本國の國際私法)」が日本の法律によつて離婚することができると認めておれば、法例第二九條によつて日本の法律で離婚ができるのであり、家庭裁判所が離婚の調停を成立させ確定判決と同じ効果をもたせるには右の點を調査すべき職責があるから、裁判所が離婚の調停を成立させた限りは、「家庭裁判所が夫の本國の國際私法を詳に調査しわが國に反致してきていることを確めた上、その反致を認めてわが國の法律(實質法)を適用しているものと解すべきであるから、」特に反致に該當しないことが明白である場合を除き、調停離婚の届出は受理して差支えない」としたものであるとすれば(竹内米三郎氏「婚姻と離婚」戸籍實務讀本、二二二點において贊同しえない。その一つは離婚の調停は獨り離婚の準據法が日本法である場合にかぎらず、調停を認めない外國法である場合にもなしうるものと信ずるからであり、その二つは家庭裁判所が現實に夫の本國の國際私法規定を調査しわが國に反致してきていることを確めた上でその反致を認めて日本法に依つて調停しているか否かの點に大きな疑義がある、否な寧ろ家庭裁判所は夫の本

ルニア州人夫に對するもの)——を問わず、すべて調停している。しかもいずれも、準據法を舉示していない。そこで、これらは、一應米國からの反致があり、それを認めて(九條二)不言のうちに日本法を準據法として調停離婚を成立せしめているとも解せられないこともない。しかしこの解釋が果して眞實に一致するか否かは大きな疑問である。

夫婦の一方殊に夫たる米國人が日本に居住していない場合において、日本人たる妻からの離婚調停の申立を受理し調停しているものがある。例えば、日本人たる妻から、ホノルルに居住する米國ハワイ準州人夫に對する離婚調停の申立を受理し相手方の代理人の出頭によつて調停離婚を成立せしめたものがある(東京家裁昭和三〇年(家イ)第三五九四號夫婦間(保國整事件(昭和三〇・一・二六調停成立))。この事件においては、或いは當事者の一方たる申立人妻の住所が日本にあることに基き、或いは申立が日本で受理され日本が法廷地になったことに基き、日本の法律に反致して來ているとも解せられないこともないが、前の一團の場合よりも一段と日本法によるものとする根據が薄弱のように思われる。

福岡家庭裁判所小倉支部の調停離婚においては、珍らしく、準據法を舉示している。即ち、例えば、日本に住所を有する日本人妻から、日本に居住する米國ミネソタ州人夫に對する離婚調停の申立について、「調停委員會は、評議の上、申立書並びに當事者双方の陳述に基いて、日本國法例と夫の本國法である米國ミネソタ州の離婚に關する法律並びに日本國民法と家事審判法を適用して、左の通り調停を成立せしめた。調停條項 一、申立人と相手方とは離婚する。二、當事者間に出生せる〇〇〇〇(一九五五年七月一四日生)の親權者を父である相手方と定める。三、調停費用は各自辯とする。右調書は前同所〔福岡家庭裁判所小倉支部〕において關係人に讀み聞せたところ之を承諾した。昭和三〇年一月九日福岡家庭裁判所家事審判官氏名」としてあり(昭和三〇年(家イ)第一四七三號離婚調停事件)、また日本に居住する米國ハワイ準

州人夫から日本に居住する同準州人妻に對する離婚調停の申立についても、ミネソタ州をハワイ準州に代えた外は、全く同様な準據法を舉示している(調停事件(昭和三〇年(憲一・一四七四號離婚)調停事件(昭和三〇・一・一一)調停成立)。しかるに、日本に住所を有する日本人妻から、インディアナ州に住所を有する米國インディアナ州人夫に對する離婚調停の申立については、申立人及び相手方代理人出頭し、「調停委員會は、日本法例と米國インディアナ州の離婚に關する法律並びに日本國家事審判法を考慮の上、左の通り調停を成立せしめた。調停條項(以下省畧)」としている。

兩者を比較して見るに、事實の點で、前者は當事者双方が日本に居住しており、後者は相手方たる米國人夫が米國の所屬州に住所を有し、日本に居住していない點に相違があり、法律上において、前者は準據法中に日本國民法をも掲げているが、後者はこれを掲げていない點が異っている。この日本國民法を或いは掲げ、或いは掲げてないことが果して意識的になされたのか否かは問わないで、右の事實だけについて見よう。

前者の場合においては、假りに、先ず、米國(正確には米國の夫の所屬州の慣習國際私法(判例國際私法)といふべきであろう)から、住所地法としての法廷地法たる日本法に反致してきているのを認めた(法例二)もとすれば、舉示されるべき法律は、日本國法例(第一六條)米國の夫の所屬州の國際私法及び日本國家事審判法(第二八條)となるべきであり、夫の本國法であるミネソタ(又はハワイ)州の離婚に關する法律は勿論、日本國民法も掲げるべきではない。それは、反致が認められる場合には本國の實質法(従つて離婚に關する法律)は適用せられないからであり、また日本法が準據法となる場合においても調停は直接民法によつてするものではないからである。次に、米國から反致がないか、または反致があつても認めないものとすれば、舉示されるべき法律は、日本國法例(第六條)夫の本國法であるミネ

ソタ（又はハワイ）州の離婚に關する法律及び日本國家事審判法（第一八條第
三條等）となるべきであり、日本國民法は掲げるべきではない。それはたとい、外國法が準據法となる場合においても調停においては民法が直接干渉する（法例第一六
條但書を照）べきものではないからである。

後者の場合において、假りに、夫の住所が日本にないから米國から日本に反致してきていないものとしてか、または法廷地法としての日本に反致してきているがこれを不問に附しているかであるとするれば、その擧示する法律を「日本國法例と米國インディアナ州の離婚に關する法律並びに日本國家事審判法」だけに限り、日本國民法を擧げなかつたことは正當といわねばならない。それは、調停は、間接には民法の根本原則（例えば、民法第一條及び第一條ノ二、殊に後者）に遡ることはあるとしても、直接には家事審判法（例えば、第一條第一八條第二一條、なお家事審判規則）によってするものであるからである。調停に當っては、家事審判法が實體規定と手續規定とから成る自足的な法律であり、わが民法の助力を俟つものではないことに留意しなければならぬ。

反致に對する家庭裁判所の立場は、次の審判離婚を觀察することによって、斷定の鍵が與えられるように思う。

(b) 審判離婚 審判離婚は餘り多くないようであり、しかも、仔細に見れば、この中には、眞の意味の審判離婚と調停離婚の變形した審判離婚とがある。先ず、前者を述べ、後者に及ぼう。

(a) 眞の意味の審判離婚

仙臺家裁昭和三〇年（家イ第三五四號離婚等調停申立事件（昭和三〇・九・一二審判） 本件は、日本に住所を有する日本人妻から、日本に居住する米國ウイスコンシン州人夫に對する調停申立事件であり、その審判の主文と理由の要旨を示せば、次の通り

である。

主文

- 一 申立人と相手方とは本日離婚する。
- 二 當事者間に出生した長女○○○（昭和二十九年二月三十一日生）の親權者を相手方とすること。
- 三 申立人は相手方に長女○○○を昭和三十一年九月一日引渡すこと。
- 四 相手方は申立人が昭和三十一年八月九月分の妻の家族手當として一ヶ月八一弗九〇仙を米軍キャンプ苦竹財務課よりその所得とすることに異議なきこと。
- 五 相手方は歸米の日に肩書居住家屋内に同人が保管する別紙目録の日本製動産を同人宅において申立人に引渡すこと。

理由（要旨）

調停期日（昭和三十一年八月二日）において、上（の申立の趣旨及び實情——（省略）——）に對し、相手方は、申立人は強情にして情愛がなく、妻としての態度に缺けるところがあり、しかも相手方の歸米に際し米國に同道すべき歸國書類に署名を拒絶したと抗辯し、かつ生活費を與えず長女は伴れ歸ると争う。調停の結果として、兩人は離婚すること、長女○○○の親權者を相手方とすること、長女を相手方に引渡すこと、若干の動産を與えること、八一弗九〇仙の家族手當（月八一弗九〇仙）は申立人の所得とすることには一致したが、申立人の生活費支拂の點で諒解が成立せず、調停は不成立となる。尤も裁判所において審判により決定されるについては、兩當事者ともに苦情なき旨附言した。

依つて當裁判所は、職權を以て、審案するに、不一致の點はただ生活費の支拂の點のみである。今當事者間において合致したところを見るに、相手方の常習泥醉にして暴力沙汰あり、申立人が歸米手續に署名を拒否するに至った如きは、日本民法第七七〇條第一項第五號の婚姻を繼續し難き重大な事由に該當するものと認められ、また相手方の所屬州法たるウイスクンシン州法の

離婚原因にも該當するものと認められる。別に一部動産等も貰っていることであるから、不一致の生活費の支拂の點はこれを除いても、この際離婚し當事者の關係を清算することが、双方の將來のため妥當と推認できる。

よつて法例第一六條ウイスクンシン州法中離婚に關する法規日本民法第七七〇條及び日本家事審判法第二四條を適用して、主文の通り審判する。

昭和三〇年九月二日 仙臺家庭裁判所家事審判官 氏名

(附記) 右の審判に對しては、昭和三〇年九月二三日附第一六六五號を以て、異議の申立があつた。

仙臺家裁昭和三〇年(家)イ第一號離婚調停申立事件(昭和三一・一・四審判) 本件は、日本に居住する米國ロードアイランド州人妻から日本に居住する米國ロードアイランド州人夫に對する調停申立事件であり、その審判の主文及び理由の要旨は、次の通りである。

主文

一 申立人と相手方は本日離婚する。

二 相手方は申立人に對し、歸國旅費として、昭和三十一年一月三〇日限り金一八萬圓(米貨五〇〇弗) および慰藉料として同三年二月末日より同三二年一月末迄(一二回) 毎月末限り一萬八〇〇圓(米貨五〇弗) を各支拂え。

三 申立人のその餘の請求は棄却する。

理由(要旨)

兩人は一九四九年二月八日米國紐育で婚姻、相手方は一九五五年五月一五日軍人として來日し、申立人も一九五五年二月九日來日し同棲した。その後申立人は相手方が現在情婦と不貞行爲を繼續中であることを理由として、離婚、歸米旅費及び慰藉料の支拂の請求の申立をした。相手方は右の事實を認め離婚に同意したが、餘裕のないことを理由として慰藉料の支拂を拒否した。

日米國際婚姻及び離婚の先例點描

夫の本國法たるロードアイランド州法では不貞行爲を離婚原因としており、日本民法第七七〇條第一項第一號も亦不貞行爲を離婚原因としている。……

依つて、米國ロードアイランド州法中離婚に關する法律及び日本國民法第七七〇條第一項第一號法例第一六條同家事審判法第二四條に則り、正文の通り審判する。

昭和三十一年一月四日 仙臺家庭裁判所家事審判官 氏名

(附記) 右の審判に對しても、昭和三十一年一月二〇日附を以て、異議の申立があつた。

右兩事件とも、夫が米國軍人であつたことによるのであるかどうかは明かでないが、ともに、反致の問題を不問に附している。もし、そうだとすれば、擧げられるべき法律は、日本國法例第一六條夫の本國法たる米國の所屬州(ウイスクンシン州又はロードアイラント州)の離婚に關する法律及び日本國家事審判法第二四條となるべきであり、日本國民法第七七〇條は掲げるべきではない。それは、審判の場合でも、たとい、外國法が準據法となる場合においても、調停のときと同様に、直接には家事審判法自體(第一條第二四條)だけに則るのであり、民法が直接干渉する(法例第一〇條)べきものでないからである。民法第七七〇條を掲げたのは恐らく、審判離婚を判決離婚と混同したのであろう。

(b) 調停離婚の變形した審判離婚

東京家裁昭和二十九年(家)イ第一三〇號離婚調停事件(昭和二九・一・二八審判) 本件は、日本に居住する米國ニュージャーシー州人夫から、日本に居住する同州人妻に對し、度重なる無斷外泊、同床拒否更に離婚の申出を理由として、離婚の調停を申立たものである。裁判所はこれに對し、

「右當事者間の離婚等調停事件について、當裁判所は申立書及び當事者双方の陳述に基いて、日本國法例と夫の本國法である

米國ニュージャーシー州の離婚に關する法律並びに日本國家事審判法を適用して、次の通り審判する。

主文

一 申立人と相手方は本日離婚する。

二 申立人は毎月金七五弗宛、相手方が再婚に至るまで、相手方に支拂うものとする。

昭和二年一月二八日 東京家庭裁判所家事審判官 氏名

東京家裁昭和二年(家)イ第一二五六號離婚等調停事件(昭和二九・五・四審判) 本件は、日本に居住する米國カリフォルニア州人妻から、日本に居住する米國カリフォルニア州人夫に對し、その酒亂虐待に加え賭博して家計を窮せしめることを理由として、離婚の調停を申立てたものである。これに對し、裁判所は、

右當事者間の離婚等調停事件について、當裁判所は申立書及び當事者双方の陳述に基いて、日本國法例と夫の本國法である米合衆國カリフォルニア州の離婚に關する法律並びに日本國家事審判法を適用して、次の通り審判する。

主文

申立人と相手方は本日離婚する。

昭和二年五月四日 東京家庭裁判所家事審判官 氏名

東京家裁昭和三年(家)イ第一〇一二號夫婦關係調整事件(昭和三〇・五・一一審判) 本件は、日本に居住する米國ペンシルバニア州人夫から、米國ニュージャーシー州に居住する米國ペンシルバニア州人妻に對する離婚調停の申立事件である。そして、事件の實情は、相手方は一時日本に來たが、申立人と不和のため一九五四年五月二〇日歸米した。申立人も一度歸米し相手方に會い辯護士に別居並びに財産分與の契約書を作らせた。この婚姻は繼續不能の事態にあるので、相手方も調停の申立を認め離婚の調停に應ずるため在日米國辯護士を代理人に選任し、日本の裁判に服する旨を申立てているものである。これに對し、裁判所は、

日米國際婚姻及び離婚の先例點描

右當事者の夫婦關係調整事件について、當裁判所は調停委員の意見を求めた上、申立書及び當事者双方の陳述に基いて、日本國法例と夫の本國法である米合衆國ペンシルバニア州の離婚に關する法律並びに日本國家事審判法を適用して、次の通り審判する。

主文

- 一 申立人と相手方を離婚する。
- 二 申立人と相手方との間に出生した未成年者〇〇〇〇の親權者を相手方と定め、相手方において監護養育する、但し申立人は正當な理由ある場合、右子を訪問することが出来る。

三 申立人は相手方と子に對し、毎月五〇〇〇弗を本審判確定以後引續き一九七二年五月迄、相手方の住所に送付して支拂うものとする。

この金額の支拂については、申立人が現在の外國勤務にある間とし、申立人が海外より米本國に歸國した場合は、毎月米貨四〇〇〇弗に減額して支拂うものとする。

昭和三〇年五月一日 東京家庭裁判所家事審判官 氏名

以上、三件を通覽するに、最後のものは、明かに調停が成立する筈のものであり、本來ならば、調停離婚とすべきものであるが、この段階を暗黙の中にことさら否定に解し、これを飛び越えて、判決離婚に近似して米國人に判りやすい審判離婚にしたものであることが讀みとられる。前の二件においても、さほどではないが、同じ消息が窺われるように思われる。右のような、審判の方法によることは、便宜でしかも賢明な一方法であると思う。右三件につき異議の申立のなかつたことはいうまでもない。

三件とも適用すべき法律を、日本國法例夫の本國法である米國の所屬州の離婚に關する法律及び日本國家事審判法に限っていることも、既に述べた如く、正當といわねばならない。(尤もこれは、反致を考慮した上、反致がないことに確定したと假定した場合に關する。)

なお、最後の事件の如く、近時「離婚調停申立事件」を、當事者の微妙な心理を考慮して、「夫婦關係調整申立事件」とするようになってゐることも、適切な處理であると思う。

右に擧げた審判においては、適用すべき法律としては、いずれも皆、日本國法例(第一六條)・夫の本國法たる何某州の離婚に關する法律及び日本國家事審判法(第二四條)を擧げているが、一つとして夫の本國法たる何某州の離婚に關する牴觸法(國際私法)を擧げていない。若し假りに米國の夫の所屬州の反致を認めるものとすれば、日本國法例(第一六條・第二九條)・夫の所屬州の離婚に關する牴觸法(即ち判例法たる牴觸法)及び日本國家事審判法を掲げることになる道理である。しかるに、これを掲げていないのは、問題としていない一つの有力な證據である。加うるに、夫の本國法たる米國法の證明の資料として提出されるものは、夫の所屬州の離婚原因に關する法規(實質法)だけであり、未だかつて夫の所屬州の離婚に關する牴觸法の立證資料を提出しているものを見たことがない。また家庭裁判所が自ら夫の所屬州の牴觸法を調査したと思われる形跡も見當らない。この事實から推して、審判離婚においては勿論、通常適用すべき法律を掲げていない調停離婚においても、等しく家庭裁判所においては反致を問題にしていないものと言つても、恐らくは過を犯すものではないであらう。

そこで、地方裁判所が反致問題に敏感であり、屢々これを援用しているのに對し、家庭裁判所が反致問題を不問に

附しているように思われるのは、まことに不思議な對蹠を成している。その理由がどこにあるかは、はっきり掴みえないが、假りに、米國の判例法からなる不文の國際私法（正確には所屬州の判例國際私法）まで調査すること（從つて亦立證させること）は、簡易敏速に事件を處理しようとする家庭裁判所にとっては到底できないことであるといふにあるとすれば、無理もないと思われるが、正當とはいえない。家庭裁判所においても、法例第二九條がある以上、反致問題は一應考慮すべきであると思ふ。

第二項 米國における離婚の成立

第一目 協議離婚

既に、屢々述べた如く、法例第一六條本文は、「離婚ハ其原因タル事實ノ發生シタル時ニ於ケル夫ノ本國法ニ依ル」と規定しており、この「離婚」中に「協議離婚」を含むことは明かである。この協議離婚は一つの法律行為であるから、その方式が問題となる。この協議離婚の方式については特別の規定がないから、法律行為一般の方式の準據法を定めた法例第八條により、協議離婚の方式は本則としては行為の效力の準據法たる離婚原因發生當時即ち協議當時の夫の本國法に依り（法例八、條一項）、補則としては行為地法に依りうることとなるわけである（法例八條、二項本文）。そこで、

先ず、米國にある日本人夫婦は、居住國たる米國には協議離婚の制度は認められてはいないとはいへ、離婚の實質的成立要件については、夫の本國法（從つてこの場合には夫婦の本國法）たる日本民法に從つて協議離婚をなしうることは明かである。そこで、協議離婚の方式が一應問題となる。米國には協議離婚の制度がないから、米國の方式に依つて協議離婚することはできないが、方式の本則としての協議離婚の效力の準據法である夫の本國法たる日本法の

定める方式に依ることができる(六條八條一項)。そして、戸籍法第四〇條は「外國に在る日本人は、この法律の規定に従つて、その國に駐在する日本の大使公使又は領事に届出をすることができる」と定めているから、米國に駐在する右の日本公館に届出することによって、米國において適法に協議離婚することができる。この點については異論はない。
(久保・國私法例說七三頁、青木義人氏戸籍法一九三・一九四頁、平賀健太氏「涉外戸籍法」戸籍實務讀本所收)。
(六〇七頁、竹内米三郎氏「婚姻と離婚」戸籍實務讀本所收三〇四頁、大正二二・一・六民事第四八七號回答)

次に、日米人たる夫婦間の協議離婚ができるかを見よう。その中、夫が米國人であり妻が日本人であるときは、協議離婚の實質的成立要件は夫の本國法に依るのであり(法例一六條本文)、米國では協議離婚の制度がないから、協議離婚をすることができないことはいうを俟ない。これと異なり、夫が日本人であり妻が米國人であるときは、協議離婚の實質的成立要件は日本法に依ることとなるから、この點については離婚ができるものといわなければならない。そこで方式が問題となる。米國には協議離婚の制度がないから、行爲地法としての米國法の方式に依ることはできないが、離婚の效力の準據法としての日本人たる夫の本國法としての日本の方式に依りうる道理であり、前掲の如く、戸籍法第四〇條が「外國に在る日本人はこの法律の規定に従つて、その國に駐在する日本の大使公使又は領事に届出をすることができるとなっているから、米國に駐在するわが公館に協議離婚の届出をすることができると思う(久保・前掲一・九四頁)。しかるに、この點に關して、大使公使及び領事は外國人に對しては管轄権を有しないから、届出人が日本國民だけの場合のみに、協議離婚の届出を受理しうるに止まり、妻が外國人である場合には届出を受理することはできないとするものがある(平賀氏前掲六〇七頁、昭和二六・九・二民事第一七九三號回答)。兩説の分れるところは、戸籍法第四〇條によって、大使公使及び領事にその駐在國における届出の受理について市町村長と同一の権限を認めているか否かの解釋の如何にある。苟く

も、日本人の身分に影響がある届出については、特別の規定、例えば婚姻（法例一三條二項、民法七四一條）及び縁組（民法八〇一條）の如く當事者双方が日本人である場合にかぎっているような規定がないかぎり、権限を認めたものと解することが立法の精神に合するものと信ずる（同說青木氏前、編一九五頁）。尤も後説を採る者も大使公使または領事が事實上離婚の届出を受け付け、届書を當事者たる日本國民の本籍地に送付し、本籍地市町村長が届書を受理したときは、中間の経過に眼を閉じ、恰も日本人たる夫から直接その本籍地市町村長に離婚の届出をなした場合と同視し、日本における協議離婚の届出として、その受理の時に離婚が成立したものと解している（平賀氏前掲、六〇七頁）。

第二目 裁判離婚

本稿においては、裁判離婚とはいわゆる裁判離婚たる判決離婚と審判離婚及び調停離婚とを含んでいる。ところが、米國には審判離婚及び調停離婚の制度がないから、米國における裁判離婚としてはただ判決離婚のみが問題となる。

米國（正確には米國の各州）がいかなる場合に離婚問題つき、裁判権を持ち、いかなる地のいかなる裁判所が問題の離婚事件につき管轄権を持ち、そしていかなる法域の法律の定める離婚原因によって離婚判決をなすべきかは、専ら米國（州）の決定するところである。

右に述べたところに従って、管轄権を有する米國の裁判所においてなされた離婚判決は、いったい、いかなる要件を具備する場合に、わが國でこれを認めるべきかの問題だけが、わが國で問題となる。

この點に關し、次の二點が問題となる。

先ず、わが民事訴訟法第二〇〇條は次の如く規定している。即ち、

外國裁判所ノ確定判決ハ左ノ條件ヲ具備スル場合ニ限り其ノ效力ヲ有ス。

一 法令又ハ條約ニ於テ外國裁判所ノ裁判權ヲ否認セザルコト。

二 敗訴ノ被告ガ日本人ナル場合ニ於テ公示送達ニ依ラズシテ訴訟ノ開始ニ必要ナル呼出若ハ命令ノ送達ヲ受ケタルコト又ハ之ヲ受ケザルモ應訴シタルコト。

三 外國裁判所ノ判決ガ日本ニ於ケル公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反セザルコト。

四 相互ノ保證アルコト。

本條は直接には執行を豫想する財産權に關する外國判決に關するものであり、身分關係に關する外國判決を對象とするものではないとされている(江川教授「外國判決の承認」法學協會雜誌五〇。卷一—號七〇頁。なお瀧池助教授講座五八三頁)。されば、離婚判決の如き身分關係に關する外國判

決の承認については直接の規定はないものといわねばならない。直接の規定はないとはいえ、右に掲げられた諸要件中、内國における外國判決の執行に關する「相互の保證」を除いて、他の要件はすべて身分關係に關する外國判決の承認についても妥當するものであり、従つて身分關係に關する外國判決にも準用があるものと一般に解されている(江川教授前掲七五頁、久保・概論二二七・二二八頁、例説七五頁、瀧池助教授前掲五八三頁)。されば、米國においてなされた離婚判決が、わが國において承認されるためには、民事訴訟法第二〇〇條第一號ないし第三號の要件に適合していなければならぬ。この要件を具備しない場合には承認されないこととなる。

次に、法例第一六條本文は、「離婚ハ其原因タル事實ノ發生シタル時ニ於ケル夫ノ本國法ニ依ル」と規定している。そこで、外國の離婚判決はその準據した法律の如何にかかわらず承認されるか、または法例の定める離婚原因發生當

時の夫の本國法に準據している場合にのみ承認されるかが問題となる。この點に關し、わが國の國際私法學者の通説は、右の規定を無視すべきではなく、右の規定との關連において解決すべきであり、従つて外國の離婚判決が離婚原因發生當時の夫の本國法の定める離婚原因に基いてなされた場合にのみ、その離婚判決は承認されるものとしてゐる。(江川教授前掲七五・七六頁、實方教授概論二九四・二九五頁(久保)。)されば、米國の離婚判決が、わが國で承認されるためには、更に、離婚原因發生當時の夫の本國法の離婚原因に基いてなされたものでなければならぬこととなる。

右の二點に關して、司法解釋としての判例は見當らないが、行政解釋としての回答はある。以下少しくその跡を辿ることとしよう。

民事局長回答は、古くは米國の裁判所の離婚判決は、わが國ではこれを承認すべきではないとしていた。即ち、明治四三年に高知區裁判所監督判事から、次の問合があつた(明治四三・八・一五二。ロ一日記第五四號)。

日本人ナル夫妻米國布哇ニ出稼中妻ヨリ布哇裁判所ニ夫ガ重大ナル侮辱ヲ加ヘタリトノ理由ヲ以テ離婚ノ訴訟ヲ提起シ、日本ノ法律ト布哇ノ法律トニ違反スルコトヲ認め、離婚ノ判決アリテ確定セリ。然ルニ同國ニテハ別ニ之レガ届出ヲ要スル規定ナキ趣ニテ妻ヨリ此届出ヲ爲サズ(日本領事又ハ公使ニモ届出ヲ爲サズ)。然ルニ此頃ニ至リ夫ハ歸國シ相當ノ女ヲ迎ヘテ妻ト爲サントスルモ、所轄村戸籍吏ハ戸籍簿ニ前キノ妻某ノ現在セルヲ理由トシ其婚姻届ヲ受理セズト云フ。

右ノ場合ニ於テ、本籍戸籍吏ニ對シ布哇裁判所ノ離婚判決ノ謄本ヲ添附シ離婚届ヲ爲スコトヲ得ザルヤ。若シ外國裁判所ノ判決ナルトキハ戸籍法第一一條ノ明文上夫ヨリ之レガ届出ヲ爲スコトヲ得ズトセバ、夫ハ他ニ此場合ニ處スル方法アリヤ。

右に對し、民刑局長回答(明治四三・一〇・二)は、次の如く答えている。

外國裁判所ノ判決ニ基キ離婚ノ届出ヲ爲スコトヲ得ズ。此届出ヲ爲スニハ、内地ノ裁判所ニ於テ離婚ノ判決ヲ受ケ、其判決膺本ヲ添へテ届出ヲ爲スカ、又ハ協議ニ因ル離婚届ヲ爲ス外ナキ儀ト思考致候。

しかるに、右の見解は、大正八年に至つて改められた。即ち、大正八年に廣島縣安佐部山本村長から、次の何があつた(大正八・六・一)。
(六發第四五六號)

外國ニ出稼中ノ夫婦ガ外國裁判所ニ於テ離婚ノ判決ヲ受ケタルモ、外國裁判所ノ判決ニ基キテ離婚ノ届出ヲ爲スコトヲ得ザルニ因リ〔前掲問合及び回答参照〕、戸籍ハ其儘ト爲シ置キ、同地ニ於テ其一方ガ他ノ者ト婚姻ヲ爲シ〔普通婚姻〕、其國ノ方式ニ從ヒ婚姻證書ヲ作ラシメ、其證書ノ謄本ノ送付アリタル場合ニハ、重婚ナルモ之ヲ受理シ、新配偶者ガ夫ナルトキハ妻ヲ除籍シ新夫ノ戸籍ニ入籍セシメ、又新配偶者ガ妻ナルトキハ夫ノ戸籍ニ入籍セシムベキモノナルヤ。尙前記民刑局長ノ御回答ハ其後省議ノ御變更無之哉。

右に對し、法務局長回答(大正八・八・三號)は、次の如く答えている。

外國裁判所ノ爲シタル裁判ニ基ク離婚ノ届出ハ之ヲ受理シ、妻ヲ復籍セシメタル上、婚姻證書ニ基キ更ニ妻ヲ新夫ノ家ニ入籍セシムベキモノトス。

そして、右の回答の見解は、大正一一年の外務省通商局長照會(大正一一・七・四通)に對する回答において再確認され、またその内容が更に明確となり、これが爾後の先例となつてゐる。即ち右の回答(大正一一・七・七)は次の如く述べてゐる。

外國裁判所ノ爲シタル離婚ノ判決ニ基キ身分登記ヲ爲スコトヲ得ズトノ省議ハ別紙〔前掲〕大正八年八月二十八日民事第三七七三號民事局長回答ニ依リ變更相成候、但シ其ノ裁判ガ民法第八一三條〔現七七〇條〕ニ掲ゲタル場合ト異ル原因ニ基キタルモノナルトキハ其ノ裁判ヲ明示シテ更ニ御問合相成度候。

追テ外國裁判所ノ離婚判決ニ基ク離婚ノ届出ヲ在外公館ニ爲ス場合ニ於テハ裁判確定ノ日ヲ明確ニスルコトヲ得ベキ證明書ヲ
届書ニ添附セシムル様御取計相成度此段申添候。

以上によつて、米國在住の邦人夫婦がその居住する州の裁判所において受けた離婚判決は、(1)その離婚原因が本國法たるわが民法第八一三條(現七七〇條)に該當し、且つ(2)その判決が確定したものであるときは、わが國において承認せられるのであり、従つて米國の離婚判決がわが民法第八一三條(現七七〇條)の離婚原因に基くこと並びにその判決の確定した日を證明する證書を添附して離婚の届出(報告的届出)を爲すことができ、その受理によつて戸籍簿に離婚の記載を得ることが明かとなつた。この先例はその後繰返し遵守されている。即ち、昭和二五年在シアトル日本政府在外事務所より、ワシントン州居住の日本人夫婦につきその妻よりの訴により先ず中間判決を得、その後六ヶ月を経て一九四二年四月一三日ワシントン州大審院から得た離婚の最終判決の寫を添附して被告たる夫から離婚の届出があつた場合の處置につき、外務大臣に照會があつたのに基いてなされた外務省管理局長照會(昭和二五・九・一)に對する民事局長回答(昭和中五・一〇・一)が、「本件ワシントン州大審院の離婚最終判決に對する中間判決の理由となつてゐる離婚原因たる事實が、舊民法第八一三條に掲げる離婚原因に該當することを、右中間判決の謄本等によつて明かにさせ、且つ、右最終判決確定の日を明らかにすべき證明書を提出させた上、幸田弘介届出の本件離婚届を、戸籍法第四一條の規定に基く證書謄本の提出として取り扱い、これを受理すべきものと思考する」となし、また昭和二八年米國カリフォルニア州高級裁判所の確定判決(裁判請求者は妻)の謄本を添附した離婚届(届出人は夫)を、在サンフランシスコ總領事より送付を受けた福岡縣三潯郡江上村長照會(昭和二八・一・二)に對する民事局長回答(昭

二九・一・二六氏（民事第一五〇號）が、「所問の離婚届は、そのまま受理することはできないから、外務省を經由して在サンフランシスコ總領事に返戻し、當該届書に添附のカリフォルニア州最高裁判所の離婚判決に對する中間判決の理由が舊民法第八一三條に掲げる離婚原因に該當していることを右の中間判決の謄本等により明かにさせ、且つ、その最終判決確定の日を明らかにする證明書を提出させた上、これを受理するのが相當である」としているのが、それである。

右の昭和二五年一〇月一二日の回答が、「離婚判決の寫」を戶籍法第四一第に規定する外國における身分行爲を證明する證書と同視しているのは正當であるというべきであろう（同説、青木氏、前掲一九六頁）。しかしながら、右の二つの回答はいずれも、わが戶籍法が裁判離婚の届出は訴を提起した者からその旨を届け出なければならぬ（戶籍法七七條）としていられるにもかかわらず、被告から届出ているところに問題がある。この點に關し、昭和二九年に、妻から（夫妻共日本人）米國裁判所に提起した離婚の裁判が確定し、歸國した夫のみからその本籍地市町村長に判決の謄本を添えて届け出た場合における届出の受否に關する福岡地方法務局長電報照會（昭和二九・五）に對する民事局長回答（昭和二九・六・二民）は、「夫からの離婚届は受理できない。所問の場合には、監督の局長の許可を得た上、市町村長が職權で戶籍の記載をするのが相當である」として、右の點を明かにしている（戶籍法四四條）。この點については、後に改めて考察する。

なお、ここに、在米邦人間の米國裁判所の離婚判決で前掲要件に適合しないため、承認しえないが、協議離婚の要件を具備する届出を有效な協議離婚として取扱った事例がある。即ち、法例第一六條によつて準據法となるわが舊民法第八一三條（現七七〇條）の要件に適合しない離婚原因——四年以上にわたる原告よりの別居——に基く米國ハワイ準州第一巡回裁判所の離婚判決を添附した在外邦人間の離婚届書を、在ホノルル日本政府在外事務所より送付を受

けた外務省が、前掲の昭和二五年一〇月一二日民事甲第二七一號法務府民事局長回答もあることとて、之を届出人に返戻すべきか、若し左様とすれば更めて日本法による協議離婚届を出さすべきか、又は右の離婚は日本法上も有効なものとしてそのまま右の離婚届を本籍地村長へ送付して差支ないかに疑義を懐いた條約局長から、法務府に照會したのに對し(昭和二七・二一、八條三節三三號)、民事局長回答(昭和二七・三・五、民事甲第二三九號)は、「照會にかかるハワイ縣第一巡回裁判所の離婚判決は、日本法上離婚の効果を生ずるものではないが(舊民法八一三條にかがけられた離婚原因に該當しない、四年以上の別居を理由とする故)、本件の離婚届書は當事者双方から届出たものであつて、證人の連署を缺く外は、協議離婚届の要件を具備しているものと認められるので、ホノルル在外事務所長の受理の日に協議離婚が成立したものととして、處理するのが相當と思考される」となしているのが、それであり、適宜の處置といふべきである(民七六五、條參照)。

以上は、在米邦人間の裁判離婚について述べたが、外國人と日本人との間の裁判離婚についても同様であり、民事訴訟法第二〇〇條の要件を具備し、且つ離婚原因發生當時の夫の本國法の離婚原因に該當する事由に基いてなされた米國裁判所の確定判決は、夫婦のいずれが日本人又は米國人であるか、原被告のいずれが日本人であるかにかかわらず、わが國において認められるものといわねばならない。そして、外國人が原告である場合には恐らく自ら(わが在外公館又は被告たる日本人の本籍地市町村長に)届出をすることはないのであるから、通常被告たる日本人から届出ざるをえないこととなり、前掲の戸籍法(七七條一項六三、條四四條二四條)との關係が問題となる。この點に關し、米國在住の米國人夫と日本に在住の日本人妻との間において、夫から米國裁判所(インディアナ州)に離婚の訴を提起し、離婚の判決が確定した場合の届出義務者に關する仙臺法務局長照會(昭和二八・二二號、戶口記第二二二號)に對し、訴の提起者である夫は戸籍届出の義務を

有せず〔外國にある外國人であるから〕、他面〔妻は被告であり届出義務者でないから〕妻より届出があつた場合でも市町村長はこれを受理すべきではなく、これに基く監督法務局の長の許可を得て、職權をもつて戸籍の記載をなすべきものとしてゐる。

戸籍法の嚴格な解釋としては右の如くであると思うが、身分事項の報告的届出（例、右の裁判離婚の届出）において、原告が外國人である場合の如く初めから届出義務者がないことが生ずるのは理解しがたいことである。恐らくこれは戸籍法が涉外事件につき配慮が不充分であつたことに基くのであろう。報告的届出は身分に變動を受けた本人（又は本人が不能のときは保護者たる法定代理人等）が自らなすのが根本の立場で、裁判による場合には便宜上、これを訴訟の提起者のみに轉嫁しただけのことであるように思われるから、その轉嫁されるべき者が届出義務者たりえない者であるときは、本人（又はその不能ときは法定代理人等）に届出義務が残るものとの解して、被告たる日本人から裁判による離婚の届出ができればしないだろうか。

最近、右の外國離婚判決の承認に關する通説と異なる極めて注目すべき事例が報告されている。即ち、昭和三〇年京都地方法務局戸籍課長から、法務省に對し次の如き照會があつた（京都地方法務局戸籍課長照會昭和三〇・九・二八日記戸第^二七三八號）。即ち、

米國在住の米國人夫と日本在住の日本人妻との間において、夫から米國裁判所（ネヴァダ州）に離婚の訴を提起し、離婚の判決が確定しましたが、戸籍の届出義務者がないため、妻の本籍地たる京都市上京區長から別紙關係書類を添附して、當職の許可を得て職權を以て戸籍の記載をすべく指示を求めて來ましたところ、添附離婚判決謄本によれば、離婚原因が不明であるため、事件本人たる妻にこれを明確にすることのできる證明書を提出させた上處理すべきであると考えますが、いささか疑義がありま

すので、何分御指示を賜りたくお伺いします。

別紙 事實の認定、法律上の結論及び判決

當事者は陪審による公判を受ける権利をあらかじめ放棄し、當裁判所の面前において陪審なしの審理を受くべく、一九五五年八月五日日本訴訟を正式に提起した。

被告に對しては、法律の規定及び一九五五年七月十五日附の當裁判所の命令に従い、正式に公示送達及び郵便送達をなしておいたが、被告は法律の期間内に原告の訴狀に對して申立、答辯若しくは抗辯をなさなかつた。これに關して必要な宣誓供述書はここに添附してあり、且つ、被告の懈怠はこれを法律に従い正式に記入してある。

當裁判所は原告の提出にかかる證言を聴取し、且つ、證據を取調べた上で、右に述べた事項につき十分考慮したので、次のとおり事實を認定し、且つ、法律上の結論をする。

事實の認定及び法律上の結論

一 原告はアメリカ合衆國及びネヴァダ州の市民であつて、ネヴァダ州ワシニエ縣に善意で居住している。

同人はネヴァダ州を不定期間にわたり自己の住所地とすべく善意の意思をもつて、本訴訟を提起した時から逆算して六週間以上にわたり、ネヴァダ州ワシニエ縣に事實上居住したものであつて、現在も同地に居住しており、従つて同地に住所をもつものである。

二 ここに添附してある原告の訴狀中の、第二項、第三項、第四項及び第五項の各主張はすべて事實であり、且つこのことは證據をもつて充分に立證されたところである。

三 當裁判所は本訴訟につき當事者双方に對して人的管轄權をもち、且つ、本訴訟につき訴訟物及び訴訟の原因に對する物的管轄權をもつものである。

また、原告はここに添附してあるその訴狀中で申立てた趣旨の訴訟上の救済を受ける資格をもつものである。

判決

右の結果によって、次のとおり判決する。

原告及び被告間にこれまで存在し、且つ、現に存在する婚姻關係は、これを解消する。原告及び被告は當該婚姻關係から發生する一切の義務を免除され、未婚者としての地位を回復する。原告は被告を離婚する旨の判決書を與えられる。該判決の形式及び效力は終局的且つ絶對的である。ネヴァダ州の法律の規定により、原告が再婚するにつき中間期間又は條件若しくは制限は、これを一切ないものとする。

當事者各自は本訴訟に關して負擔した各自の費用を支拂わねばならない。

ネヴァタ州リノ市

一九五五年八月五日

地方裁判所裁判官

ゴードン・W・ライス

右の照會に對し、民事局第二課長回答(昭和三〇・一〇・二七)は、次の如くである。即ち、

照會のあった件は離婚原因を證する書面を提出せしめる必要なく、そのまま受理してさしつかえない。

なお、オレゴン州在住の米國人夫から日本在住の日本人妻に對する離婚に基くオレゴン州裁判所の離婚判決に關する、昭和三十一年九月五日付日記第二三〇五號京都地方事務局長照會に對する、同年九月二一日付民事甲第二一八四號民事局長回答も同趣旨である。

右の兩回答は、ともに離婚原因を證する書面の提出を必要としなないものとし、従つて離婚原因の如何を問わず、米

國裁判所の離婚判決はこれを承認すべきものである。詳言すれば、法例第一六條本文（及び第二七條第三項）に従つて定まる離婚原因たる事實の發生當時の夫の本國法たる米國の所屬州の法律の定める離婚原因によつてなされた離婚判決であるか否かを問はず、——従つて例えば離婚原因發生當時の夫の本國法が獨逸法であるにかかわらず、法廷地州たる米國の甲州の法律又はその他の州の法律若くは佛蘭法によつてなした離婚判決であっても——、苟しくも民事訴訟法第二〇〇條の要件を具備するかぎり、これを承認しようとするものと思われる。この點で先例を變更しようとするものであり、理論上並びに實際上極めて重大な意義を有するものである。

わが法例第三條以下の規定は、わが裁判所に對し涉外關係に關する裁判規範を示したものであり、決して外國裁判所に對しても裁判規範を與えたものではない。されば、わが法例はわが裁判所が涉外關係を裁判する準則となるだけである。そして「裁判は事件を解決する」ものであり、裁判が外國裁判所の裁判である場合にはその解決した結果をそれ自體として承認するか否かの問題が外國裁判の承認問題のように思われる。解決した結果の準則にまで遡つて——従つて外國の裁判がわが法例の定める準則と同一の準則に基いてなされているか否かまで審査して——外國裁判の認否を決定するのは、外國裁判の承認問題の域を超えているように思われ、また外國裁判所にもわが國の法例の適用を要求しているように思われる嫌がある。

このように見て來るときは、身分關係に關する判決、従つて離婚判決についても、ただ民事訴訟法第二〇〇條（第一號乃至第三號）の要件さえ具備しておれば、外國の離婚判決がいかなる國の法律上の離婚原因によつたかを問はず、それが法廷地において適法なものであるかぎり、これを認めようとする前掲の二つの回答の見解（同說・川上教授要綱二九頁、尤も七〇頁とは矛盾）

るが、寧ろ正當ではなからうかと思われ^(註)る。

註 右の二つの回答においては、民事訴訟法第二〇〇條第二號の要件が缺けている場合でも、被告たる日本人から離婚届出がある場合には、外國離婚判決を承認するところまで、進んでいるのかと思われる節がないでもない。その取り扱は便宜には適しているようであるが、どう説明すればよいであろうか。被告だけからの届出であるので、協議離婚の届出に轉換することもむづかしいのであるが。

第二款 離婚の效力

離婚の主たる效力は既存の婚姻關係の解消自體である。この點についてはいずれの國法においても恐らく同様であろうから、通常これを論ずる實益はない。ただこの效力が何時から發生し確定するかの問題が、特に爾後の再婚との關係において、重婚となるか否かの點で重大な意義をもつことがある。

しかるに、離婚の附隨的效力については、相當の相違があり、研究し實益は主としてこの點にある。

第一項 日本における離婚の效力

第一目 協議離婚

法例第一六條本文冒頭の「離婚」中に、離婚の效力を含むことは疑がない。されば、日米人間の協議離婚の效力は専ら、離婚原因たる事實の發生した時における夫の本國法に依る。同條但書は離婚原因のみに關するから、離婚の效力には適用の餘地はない。そこで、

先ず、夫が日本人である場合 この場合に、離婚の主効力たる婚姻の解消が日本の民法によるのみならず、次の附隨的効力もまた日本の民法に依る。そしてこれ等の効力は離婚届の受理によって、その時に確定的に生ずるのが通例である。

(1) 氏(姓)の問題を假りに、婚姻の効力の問題とすれば、婚姻によって氏を改めた夫又は妻は離婚によって婚姻前の氏に復するものといわねばならない(七七條)。従つて米國人たる妻がその姓を婚姻によって日本人たる夫の氏に改めていたときは(〇條)、離婚によつて婚姻前の姓に復する。しかし、外國人たる妻については戸籍はないから、右の米國人たる妻の離婚の場合には戸籍簿への記載の問題は生じない。妻が離婚前既に日本に歸化しているときは、その夫婦について新戸籍が編製されているか又は夫の從來の戸籍に入っている筈である(戸籍一六條)。しかし、その場合には日本人夫婦の離婚となり日米人間の離婚とはならない。かかる日本人間の離婚においても妻は日本の國籍を失わないから、離婚した妻について新戸籍を編製しなければならない(戸籍一九條)。この場合の氏は妻が自由に定めうるものと解すべきであらう。

(2) 親權及び監護權の歸屬 父母が協議離婚するには、その協議でその一方を親權者と定め、これを記載して届出なければならぬから(民八一九條一項)、これによつて親權者が決定する。子の監護者も離婚に際しまたはその後の協議で決定する。協議することができないとき、又は子の利益のため必要があると認めるときは家庭裁判所が監護者を定め又は變更するから(民七六條審九條一項甲類、これによつて監護者は決定する。)

(3) 財産分與 財産分與(民七六條)の性質は極めて多様であり、明確に捉えることは困難であるが、離婚の附隨的効力であ

ることには變りはないから、夫の本國法たる日本法に依るべきことは明である(民法七六八條、家審九條乙類五號參照)。

次に、夫が米國人である場合 この場合には、離婚の效力も亦米國人たる夫の所屬州の法律に依ることとなる。夫の米國における所屬州の牴觸法が離婚問題、従つて離婚の效力を日本の法律に反致してきていると解せられるときは、(池原助教「家庭裁判月報」四卷二號一〇頁參照)、離婚の效力も亦日本の法律に依ることとなり、前述の日本人が夫である場合と同様の結果となる。尤も、民事局長回答によれば、日本人女が米國人男と婚姻しても、新戸籍を編製することなく、單に妻の身分事項欄に米國人男との婚姻事實を記載するに止めているから、その婚姻が離婚によつて解消した場合には、離婚の事實を記載するに止まる。また婚姻による氏の變更の記載を認めていないから、離婚による復氏の記載の問題も起らない。しかし、この取扱の不當であることは既に婚姻の部で述べたとおりである。私見の如く、婚姻による新戸籍の編製を認め、従つて、また氏(姓)の變更を認めた場合には(戸籍六條)、離婚の場合は復氏の問題を生ずる(戸籍七六七條)ことはいうまでもない。

第二目 裁判離婚

(1) 判決離婚 既に述べた如く、ここに掲げる判決離婚はいずれも、反致を認めた場合のものであり、日本法が準據法となっている。その多くは、主文として、「原告と被告とを離婚する。」「訴訟費用は被告の負擔とする。」となっているが、その他の事項を定めているものもある(人訴一五、係參照)。例えば、東京在住の日本人妻から、東京在住の米國イリノイ州人夫に對する離婚判決(昭和二十七年(之)第二二八號離婚請求事件)の主文では、次の如くなっている。即ち、

一 原告と被告とを離婚する。

日米國際婚姻及び離婚の先例點描

二 原告告間の長男某の親權者を原告とする。

三 被告は長男某（昭和二三年八月二〇日生）の養育費として、同人が幼稚園に入園したならば、在園中毎月末米貨三〇弗、小學校に入學したならば、その在校中毎月末米貨四〇弗、中學校に入學したならばその在校中毎月末四五弗、高等學校に入學したならばその在校中毎月末米貨五〇弗、大學に入學したならばその在校中毎月末六〇弗に、それぞれ相當する日本圓を被告に支拂うべし。

四 訴訟費用は被告の負擔とする。

また、東京在住の米國カリフォルニア州人妻から、東京在住の米國カリフォルニア州人夫に對する離婚判決（昭和二九年^{第三五號離婚請求事件}）においては、次の如くである。

一 原告と被告とを離婚する。

二 原告告間の未成年の長女某（昭和二〇年某月某日生）及び長男某（昭和二五年某月某日生）の親權者を原告とする。

三 訴訟費用は被告の負擔とする。

右の離婚の効力は上訴期間の經過の時に確定し（民訴三六六條、四〇九條ノ三）、しかも第三者に對してもその效力を生ずる（八條）。なお、判決主文中に財産分與につき掲げるところがなかつた場合においては、反對の定めをなしていないかぎり、離婚後二ヶ年間は財産分與の請求することができる（民七七一條、七六八條）。右の日本人たる妻から、離婚の訴をした場合には原告たる妻から、判決の確定した日を記載して離婚の報告的届出をしなければならぬ（戸籍七六條）。米國人たる夫から日本人たる妻に對して離婚の訴を起した場合にも、原告たる米國人から離婚の報告的届出を爲すべきものとされている（戸籍七七條、二五條）。先例に従えば、被告たる日本人妻から離婚の届出をした場合には、市町村長は地方法務局の長の許可を得て職權

をもつて離婚の記載をなすべきものとなる。この點に關連しては、既に一言した。

法例第二九條の適用（反致）がないものと解される場合には、離婚の原因たる事實の發生した時の夫の本國法たる米國の所屬州の法律に依るべきこととなるから、判決の内容は右の法律によって認められているものでなければならぬこととなる。判決の效力の及ぶ範圍及びその確定時期は法廷地法たる日本の法律に依るべきである。されば、例えば、たとい夫の米國所屬州の法律では離婚の效力は判決の日から一ヶ年を経過して生ずるものとなつていても、わが國では上訴期間（民訴三六六條）（四〇九條ノ三）の経過によつて直に確定する。日米人間の離婚の場合の報告的届出については、前述の反致の認められる場合と同様である。

(2) 調停離婚及び審判離婚 前款第二項においてなした考證によれば、わが家庭裁判所は、地方裁判所と異なり、反致を不問に附し、離婚問題を離婚の原因たる事實の發生した當時の夫の本國法に依らせている。従つて調停離婚及び審判離婚においては、日本人が夫であり外國人（米國人）が妻である極めて少數の場合を除いては、離婚の原因はもとより、離婚の效力も、常に夫の本國法たる米國の所屬州の法律に依らなければならない。

(イ) 調停離婚 以下に、横濱及び東京の家庭裁判所の二例宛について、その調停條項を擧げることによつて、他も大體これに類似している。

横濱に居住する日本人妻から東京に居住する米國ワシントン州人夫に對する横濱家庭裁判所昭和二九年(家イ第二五九號離婚調停事件)の調停條項は、次の通りである。即ち、

一 當事者等は本日限り離婚する。

日米國際婚姻及び離婚の先例點描

二 當事者間の子某の親權者を母たる申立人と定め、同人において養育監護する。
三 申立人は相手方が前記子に逢いたいときは、何時でも逢わせることとし、また前記子が成長の上、同人の意思次第で相手方は何時でも引き取り養育する。

四 本件調停費用は各自自辨とする。

横濱に居住する米國ワシントン州人夫から横濱に居住する日本人妻に對する横濱家庭裁判所昭和三〇年(家)イ第六〇號離婚調停事件の調停條項は、次の通りである。即ち、

- 一 當事者双方は離婚する。
- 二 申立人は相手方に對し、本日金貳拾萬圓を贈與するものとし、内金拾萬圓は支拂を了した。殘金拾萬圓については、昭和三〇年八月末日限り横濱家庭裁判所において支拂う。
- 三 當事者双方は本件離婚に關し、前項以外の財産上の請求を一切放棄する。
- 四 本件調停費用は各自自辨とする。

東京に居住する日本人妻から東京に居住する米國インディアナ州人夫に對する東京家庭裁判所昭和三〇年(家)イ第一六九號夫婦關係調整事件において、調停條項は次の通りである。即ち、

一 申立人と相手方とは本日離婚する。

この調停は日本國家事審判法第二十一條により確定判決と同一の效力を有するものである。

東京に居住する米國ハワイ州人夫から東京に居住する日本人妻に對する東京家庭裁判所昭和三〇年(家)イ第三二二號夫婦關係調整事件において、調停條項は次の通りである。即ち、

一 申立人と相手方は本日離婚する。

二 當事者の長女恵子の親権者を相手方と定め、相手方において監護教育する。

三 申立人は相手方に對し、右恵子の養育費として昭和三〇年一〇月一五日以降、同人が成年に達するまで一ヶ月米貨三五弗に相當する圓價を毎月一五日限り相手方宅に送金して支拂う。

この調停は日本國家事審判法第二一條により確定判決と同一の效力を有するものである。

右の四件はいずれも夫が米國人であり、反致が不問に附せられているから、調停條項の内容は夫の米國所屬州法が認めているものでなければならぬ道理である。そして、この調停離婚は離婚の合意を調停調書に記載した時に成立し、調書の記載は即時に確定判決と同一の效力を有することとなるわけである（（家審二））。故に、東京家庭裁判所が殊更調停が確定判決と同一の效力を有する旨を附加しているのは、一見無用の駄足であるといえるようである。しかし、現實においては、わが國の調停離婚の制度は極めて珍らしく、外國には未だ周知されるに至ってはいない。そこで、ユトレヒト裁判所の檢事から、横濱家庭裁判所^{（稱審家裁昭和二九年）}のなした調停離婚に關し^{（參）イ第三三五號}、その效力等について同裁判所書記宛照會があつたような事例が生ずる。前掲の記載はあらかじめこれらの場合のために備えた有用無害の行きとどいた配慮であると思う。日米人間の調停離婚の效力、ひいて離婚の調停調書の謄本を添附した日米人間の離婚届は、これを受理すべきか否かについて、かつて議論のあつたことについては既に述べた。

(四) 審判離婚 審判離婚については、既に前款第一項において、理由とともに主文をも掲げたから、それに譲り、ここには再び掲げないことにする。審判離婚はその形式が判決離婚に酷似しているから、外國においても、調停離婚

のように疑を挿まれることは、恐らくないであろう。

この審判離婚についても、反致を不問に附し、離婚の原因たる事實の發生した當時の夫の本國法に依るものとして
 いるから、ここに掲げることを省略した審判離婚においては、いずれも離婚原因はもとより、離婚の效力も、夫の本
 國法たるその米國の所屬州の法律が認めているものでなければならぬことになることは、調停離婚の場合と同様で
 ある。この審判離婚は異議申立期間の經過と同時に確定判決と同一の效力を有することとなる^(家審二)。報告的意義を
 有する離婚の届出問題が生じ、かつその届出に基く日本人たる離婚當事者の戸籍處理の問題は、判決離婚に準じて取
 り計えよ^(戸籍一九條七七條六三條)。
^(五條戸規則五六條二項參照)。

第二項 米國における離婚の效力

米國における離婚については、既に前款第二項に概ね論じたから、ここに一二の點を補足するに止める。

先ず、協議離婚を見よう。米國に駐在するわが公館に届けでた日本人間の協議離婚は、わが大使公使又は領事がこ
 れを受理した時に成立し離婚の效力を生ずる^(民七六四條七六五條七)。そして、右の届出を受理した大使公使又は領事は右
 の届書を遅滞なく外務大臣を経由して本人の本籍地の市町村長に送付しなければならぬ^(戸四)。そこで市町村長は右
 の届書に基き、戸籍の記載をなすべきことは、日本で日本人間の協議離婚の届出を受理した場合と同様である。

わが公館が日米人夫婦の協議離婚の届出を受理することができるか否かについては、議論が分かれているが、民法
 第七四一條の婚姻及び第八〇一條の縁組の如く、特に「日本人間」のものに限定してない身分行為においては、一方
 の當事者が日本人である場合、従つて協議離婚の場合にも、これを受理することができるものと解するのが正當のよ

うに思われる。この解釋を採れば、日米人夫婦の協議離婚届の受理によって、その當事者間に離婚の效力を生ずる。その後の善後處置については、日本人間の協議離婚の場合と同様である(戸籍四)。

次に、裁判離婚を見よう。わが國際私法學者の通説及び先例に従えば、米國裁判所の離婚判決は民事訴訟法第二〇條(第一號乃至第三號)の要件をそなえている上に、更に離婚原因たる事實の發生した時における夫の本國法の要件を具備している場合(法例一六條本文)でなければ、これを承認することはできないものとしている。しかし、右の見解に對しては疑義を懷くに至り、最近の回答とともに、外國判決(従つて外國離婚判決)の承認については、民事訴訟法第二〇條(第一號乃至第三號)の要件だけで足り。法例第一六條本文の要件を附加するのは餘計なことであり、理論的にも正當ではないのではないかという考えを懷くに至った。この見解を採れば、外國裁判所の離婚判決はその法廷地において適法なものであるときは、民事訴訟法第二〇條の要件を具備するかぎりこれを承認し、かかる裁判離婚は、原告たる日本人が届出た場合は勿論、被告たる日本人が届出た場合にも、駐米のわが公館は、それが邦人間の離婚届であると日米人間の離婚届であるかにかかわらず、これを受理し、外務大臣を経由して、日本人たる當事者の本籍地の市町村長に送付して戸籍上の記載を可能ならしめるべきであるまいかと思う(戸籍四一條條四條參照)。ただ外國離婚判決において財産上の給付を命じているときは、日米間には「相互の保證」をなしている條約ないし慣例は見當らないから(民事二〇〇條)、任意の履行があればとも角、そうでない場合に強制執行することはできないものと思われる。

— 一九五七・一・四 —