

外国人夫婦に対する わが国の離婚裁判権

法学研究科第2学年
久保ゼミナール

海老沢美広

まえがき

- 一、被告の住所地国主義
- 二、折衷主義
- 三、夫の住所地国及び妻の住所地国主義

外国に住むわが国民夫婦が離婚（裁判離婚）をしようとする場合、わざわざ本国に還らねばならぬというのでは第一不便であるし、はるばる海を渡つて離婚判決を貰つてみても、住所地国が認めてくれなければ（アメリカに住む日本人夫婦の場合を考えられよ）何にもならない。このため、本国ばかりでなく住所地国^{註1}もまた離婚の管轄権を有すべきことが、多くの大陸法諸国と共に、わが国でも一般に認められている。法例第16条但書は、わが裁判所が外国人に対して離婚を宣告する場合を予想しているから、わが国が外国人に対しても離婚裁判権を有する事は明らかである。そこで、わが国に住所を有する外国人夫婦の離婚事件につきわが裁判所が裁判権を有する事に異論をみない。問題となるのは、外国人夫婦の一方だけがわが国に住所を有し他方が住所を有しない場合、即ち夫婦が住所を異にする場合である。この場合については、学説が分れ、夫の住所地国に管轄権があるとする説、夫の住所地国及び妻の住所地国何れにも管轄権ありとする説、被告の住所地国に管轄権を認める説、及び後二者の折衷説などがある。この中、最初の夫の住所地国主義は、夫婦平等思想の進展と相まつて今日ではその勢力を失つているから、これを考察外におき、他の三主義について筆者の感想を述べてみようと思う。もとより、論文などと呼ぶべきものではなく、初学者の一個の感想文ないし作文以上に出るものではない。

註

- (1) もとより、こゝで問題とする管轄権は、国内訴訟法上、裁判権に対比して用い

られる、具体的に国の裁判権を行使するのは国内のどの裁判所かの問題ではなく、いかなる国の裁判所が離婚に関する管轄権をもつかの問題であつて、バルタンのいわゆる一般管轄権 (compétence générale) の問題である。従つて、国内管轄と区別する意味では裁判権である。国際管轄と国内管轄が概念上区別されるべきであるに拘らず、用語の上では、裁判管轄権、管轄権、裁判権等の言葉がそれぞれ両方で使われ非常な混乱をみせている実状である。本稿でも、用語を統一しなかつた。言葉の混乱は、事情は外国でも同じであり〔これについては、Riezler Internationales Zivilprozessrecht (1949) SS. 197~201〕裁判権と管轄権或いは国際裁判管轄権とを使い分けようとする試みも加えられている (Nußbaum; Pagenstecher 等) が、成功を収めていない (Riezler, a. a. O. SS. 201~203)。国内管轄の問題が国内民事訴訟法の問題であるのに対して、国際管轄の問題は国際民事訴訟法の課題である。世界共通の内容をもつた国際管轄規則は今日存在しないから、各国が各々裁判権の限界を定めている (Riezler, a. a. O. SS. 204~206)。わが国は、成文の国際民事訴訟法規を持たないから、法の欠缺の場合として、条理によつて法を創造する以外にはない。

- (2) こゝに住所とは、禁治産宣告の場合 (法例 4. II) と異り、わが民法上の住所で (綿引判事「外国人を当事者とする離婚事件について」判例タイムズ30号p. 2) はなく、わが国の離婚裁判権の有無決定の基礎となる住所として、わが国際人事訴訟法 (不文) 上の住所概念の問題である。従つて、わが国際人事訴訟法 (不文) 自体の立場から、合目的に決定せらるべく、当事者の本國法、わが (国内) 人事訴訟法、当事者の現住地国の法律等の概念に従う必要はない。

一、被告の住所地国主義は、被告たる夫婦の一方がわが国に住所を有するときにわが国に裁判権があると^{註1}するものである。

この裁判管轄における被告主義に対し恐らく与える事が出来るであろう根拠として、およそ次の如きものが考えられる。

(1) 訴訟は、国家がその裁判機関によつて、対立当事者間に於ける私権関係に関する紛争を客観的法規に照して判断せしめ以て法の実現又は確定を為す作用である。即ち二当事者の対立が「訴訟」の本質的要請である。ところで、裁判権 (司法権) は統治権の一作用であるから、我国の主権に服しないものについては裁判権は及ばない。従つて、当事者が国の如何なる主権即ち人民主権・領土主権のいずれにも服しない以上、これらのものゝ間の離婚事件については裁判権は存在しない。外国人は領土主権に服しない限り離婚裁判権に服しない。^{註2}ところが、原告は裁判所に対して訴を提起するのであるから、原告と裁判所との繋りは之によつて直接生ずる。そこで、被告に対し領土主権を及ぼして

いる被告の住所地国に訴を提起せしめるものとする、と一応この様に考える事ができる。^{註 3}

けれども、第一に、当事者の双方に対して主権即ち人民主権か又は領土主権が及ばなければ裁判権を行使しえないとの一般原則は、存在していない。例えば、フランスでは、フランス国民は外国に居住する外国人を被告としてフランス裁判所に訴える特権を有している（仏民第14条^{註 4}）し、多くの国で、財産権上の人的訴訟について合意管轄が国際裁判管轄についても亦認められているのであるが、これらの場合をみてもこの事は明らかである。そこで、日本人は、外国にある外国人たる配偶者を被告として日本裁判所に離婚訴訟を提起し得べく、^{註 5}又外国人も、我が主権（領土主権）の及ばぬ外国人を被告として我が裁判所に離婚の訴を提起し得ると解して妨げない。裁判権の限界を主権（人民主権・領土主権）理論で説明する事の好きなわが裁判所も、この結論を認めている。^{註 7}オ二に、イギリスでは離婚裁判権は夫婦の（夫の）住所地国に認められるのであるが、^{註 8}コモン・ローにおける住所（domicil）の概念は、極めて特殊な相貌をもっている^{註 9}ので、このドミサイルの裁判権を人的主権或は領土主権の概念を以て果して説明する事が出来るかどうか甚だ疑わしい。^{註 10}

かくて、主権理論を以て被告主義を説明する事は出来ないばかりでなく、総じて裁判権の限界を対人主権・領土主権の概念で劃そうとする事自体が疑問である。

一体、主権は国際法に従う外無制限であつて、その最高性は国が統治権の範囲の決定についての完全な自主性をもつ事を示す。国権の発現が概念的であるに止まる場合は、外国との権力の衝突を生じないから、国家権力の発現は自由であつてこれを制約する国際法は存しない。例えば、国は外国にある外国人の権利義務の関係を定める事が出来、外国に於ける外国人の行為に対しても法律上の効果を附し得る。^{註 11}これに対応して、一応、裁判権も、治外法権等の例外を除き、^{註 12}すべての人に及び得ると考えてよい。^{註 13}然し、国権の発動が事実的実力的である場合は、これを無制限に認めては他国との権力の衝突を生ずるので、国際法は、国家権力の実力的発動の場所は原則としてその領土に限ると定める。普通^{註 14}に国法の場所的効力範囲がその国の領土に限られ、^{註 15}裁判権の属地性という事^{註 16}がいわれるのはこの意味である。

思うに、本案判決自体は私的権利関係の存否を概念的に確定するに過ぎないので、この限りでは国家の裁判権（主権）には国際法的制約は存せず、元来、国

家は自由にの裁判権の範囲を定める事が出来る。しかし、日本で裁判してみても解決に役立たない様なものは裁判してはじまらないし、^{註 17} 自国に人的物的に何ら関係のない事件について無益な裁判権の行使は避けるのが当然である。人民主権・領土主権のいずれも及ばない者に対してはわが裁判権がないというのは、この様な条理を言い表わしたものに過ぎないものとする。国際民事訴訟法を論ずるに当つて国家主権の原理に関連させることは、国際私法に主権理論を^{註 18}導入したのと同様の誤を侵すものである様に思われる。^{註 19}

(2) 被告主義に立つ者は普通、ローマ法以来の国内管轄決定の基本原則である *Actor sequitur forum rei* の原則、即ちわが民事訴訟法才一条の原則を国際管轄に流用せんことを主張している。^{註 20}

然し乍ら、久保教授の指摘されている様に、これは二つの過を犯す事になる。才一に、裁判権（国際管轄）の問題は、管轄権（国内管轄）の問題とは段階・性質を異にしている。裁判権の問題は一定の国家が問題の事件についてそもそも裁判権をもつか否かの問題であるが、管轄権（国内管轄）の問題は裁判権が肯定された後に於て、その国家中のどの裁判所が当該事件を審判すべきかの問題である。管轄権がないということは国が終局的に裁判を拒んだ事にはならないが、裁判権がないとする事は、その国が裁判権を拒否する事を意味する。後者に於ては、原告はいわば致命的である。従つて、国内管轄に関する規則を無反省に国際管轄に推し及ぼすのは妥当でない。成程、国内民法が国内の裁判所の一に土地管轄ありとしているときは、特別の排斥理由のない限り、全体としての国にも同事件につき裁判権ありしているとみる事が出来よう。^{註 21} 又国内管轄の規定を無視して裁判権の有無を決めることは、管轄裁判所のない場合をいたずらに多くして管轄の規定の存在の意味を没却する事にならうから、両者は全然無縁ではなく、むしろ裁判権の限界についての直接の規定（国際民法規）を欠くわが国としては、土地管轄に関する規定（国内民法規）から逆に推知する外はないという事ができよう。しかし、これが、国際民事訴訟法ないし国際私法上の考慮を一般的に必要でないというのであれば論理の錯倒である。^{註 22} 国内管轄上の原則たる被告主義を国際管轄に及ぼすは余程慎重でなければならず、その当否は極めて疑わしい。才二に、*Actor sequitur forum rei* の原則は主として財産関係就中給付訴訟に最も密接な訴訟原則である様に思われる。嘗て民事訴訟はすべて給付訴訟であつて、それは強制執行まで移行する事を当然前提していた。給付訴訟については、国際管轄についても今日尚被告又は被

告の財産の所在地の管轄とする事が現実にもどうしても必要である。しかるに離婚訴訟は身分関係に関する訴訟であるから、財産関係に関する訴訟原則を類推する必要は必ずしも之をみないのである。(わが人訴法1条参照)

思うに被告主義は、沿革上はより現実的必然的意味をもつていたのであろうが、今日これを管轄の一般原則として考察するとき、伝統的原則であるということ以上にはさしたる意味を持たないと考えられる。被告の保護という事が管轄上の原則であるといわれるが、一に、国内管轄に関する限り、被告主義は原告の訴を認めない事ではないので、原告を犠牲にしてまで被告の保護を図るといふ様な強い性質のものではない。のみならず、二に、民事訴訟に於ては当事者は対等なのであつて被告の保護の要請がしかく強かるべき理由がない。成程、裁判の結果主として不利益を受けるのは被告の側であるから、被告には十分な防禦を盡させる必要があらう。そこで被告の関与なしに訴訟を認める事は穏やかでない(民訴法200条・2号参照)。弁論主義の下では特にそうである。然し、職権主義の下ではこの要請もそれ程強力なものではないし、殊に離婚にあつては、被告の保護を原告の犠牲に於いて図る事は、原告に離婚不能の不利益を課する事を意味する。わが人事訴訟手続法が専ら婚姻を維持する側に職権主義をとる結果、被告の関与なしに離婚訴訟を認めても、それ程被告の不利になるわけではない。尤も、国内管轄に於てではあるが、わが行政事件訴訟特例法は職権主義をとり乍らなお被告主義をとつている(4条)。適法なものとして推定される現状を破壊するには、その者に於て自らその労をとるべきであるとの一種の儀礼的意味しかないのではないかと私は臆測している。

因みに、原告は、請求が認められなくとも、他国に別訴の機会を持つ以上致命的とはいえないが、原告の請求が認容されたときは被告の運命は決定的となるから、国際私法上特に被告の保護が重要であるようにみえる。^{註 26} 然し、請求認容の決判必ずしも外国の承認を受けるとは限らぬから、被告の運命が常に決定的とはいふきれず、かえつて請求が斥けられると別訴の道を失い、原告に致命的な場合がある。この外、被告主義には、離婚については問題の性格上特に次の事情が考えられよう。

(3) 一般に説かれている事ではないが、有責主義離婚法は離婚をば婚姻関係を破壊する様な夫婦の一方の非行に対する制裁ないし刑罰と^{註 27} 懺念する(制裁離婚)のであるが、そこでは被告(有責者)は刑罰を課せられるいわば被告人であり、その防禦が十分に盡されねばならぬから、離婚訴訟は被告に重点がある様にみえるかも知れない。制裁離婚の制度はカトリシズムの婚姻非解消の伝

統と離婚の契約的理解との結合の産物と解されるが、^{註 28}斯様な立場は今日、目的主義離婚法によつて次第に排斥せられつゝある。原告に離婚の道を閉ざし、破壊された婚姻の鉄鎖につないでおく事こそ——多くは無責の原告に対する不当な——^{註 29}刑罰というべく、むしろ残酷な事であるといわねばならぬ。

(4) 離婚は夫婦の身分を解消するものであるから、当事者の一方だけの問題ではない。被告が知らぬ間にその夫又は妻たるの身分を奪われるという事は好ましくない。イーノツク・アーデンの悲劇も生れよう。しかし、さればとて、原告に離婚の道を閉すのは、アニー・リーの困窮を救済しないことになる。実質上既に失われた婚姻関係からアニーを解放する事にこそ、目的主義離婚法の面目があるであろう(わが民法770 I 3参照)。特に被告がイーノツクのような善意の人でない場合は、この結論は一般常識からも首肯せらるべく、こゝに次に述べる様な学説の生ずる理由がある。

註

- (1) 江川教授・国際私法(有斐閣) p.289
- (2) 綿引判事・「外国人を当事者とする離婚事件について」判例タイムズ30号P.1参照。
- (3) 安武判事「国際人事々件に関連する二つの問題」判例タイムズ37号p.6参照。
- (4) フランス民法才14条は、契約による人的訴権のみを規律の対照として規定しているが、判例はその適用を一般の訴権に広く主張した。離婚事件にも擴大されている。 Delaume, *American-French Private International Law*, 1953, P. 56; Riezler, *Internationales Zivilprozessrecht*, 1949, SS. 277, 278; 川上教授・フランス国際私法(有斐閣・外国法典叢書) p. 317 以下。
- (5) 兼子教授・民事訴訟法大系 P.P. 67, 90。大阪控大正四年(ネ)424号・裁判年月日不明判決・新聞 1116号 p.28。大判大正5・10・18 民録22輯 P.1918, 民抄録68巻 P.15257。神戸地大正8年2月28日判決・新聞1539号p.24。Delaume, *American-French Private International Law*. 1953, P. 57,
因みに、ノイナーは、合意管轄を認めるドイツ民事訴訟法才23条が国際管轄にも妥当するということから、一般的に、土地管轄を定める民事訴訟法の規定が同時に国際管轄をも定めているものと推論する事ができるとしている (Neuner, *Internationale Zuständigkeit* S. 30) という (Riezler, a. a. O. S. 219による) が賛し得ない。
- (6) 久保教授・国際私法概論p. 222, 国際私法例説P. 64、江川教授編 法律学演習講座国際私法P. 256、実方教授・国際私法概論(昭和17年) P. 288、綿引判事・前掲論文P. 2。

- (7) 例えば、昭和27年(タ)オ200号(離婚)東京地裁判決(判例タイムズ45号P. 45以下)は、「離婚の訴えについては、……原告に対し日本国の主権(領土主権)が永続的に及ぶ限り、……被告に対しその主権が及ばなくとも、日本国の裁判所は、その裁判権を行使しようと解するのが相当である」という。同旨のものとして、昭和28年(タ)194号(離婚)東京地裁判決、昭和28年(タ)219号(親子関係不存在)東京地裁判決、昭和28年(タ)232号(婚姻無効)東京地裁判決、昭和29年(タ)97号(離婚)東京地裁判決、長崎地裁 昭和31.2.9 判決(離婚)等。
- (8) 英法では、妻の住所は原則として夫のそれに従うので、結局夫の住所に同じことになる。 Dicey, *Conflict of Laws*, 6 ed, (1949) p. 219
- (9) Diceys' rule. 31
- (10) 裁判権を扱ったものではないが、折茂教授「国際私法の統一性」p. 75~76
- (11) わが刑法第2条(比較対照・ドイツ刑法才4条2項, 3項)参照。法例第3条以下もこの様なものとして理解するべきである。川上教授「民法の効力範囲」国民経済雑誌74巻4号。
- (12) 法の適用範囲と裁判権とは無縁ではない。裁判所法第3条1項参照。
- (13) cf. Cheshire, *Private International Law*, 4 ed. p.p. 92~101
- (14) 例えば、我妻教授・民法講義Ⅰ民法総則 p. 23。鳩山博士・日本民法総論 p. 11
- (15) 一般に、国家が法効果としての強制行為を実行し得る場所、即ち国家が法を適用して裁判をなし、判決を執行し得る場所は、原則として自国領土に限られ、他国の領土上に於ては之を為すことを許されない(川上教授・前掲論文)。判決の既判力(執行力・形成力)も自国領土上のみ及び他国の領土上には及ばない。他国がわが国の判決を認めたとしても、その事自体、他国の裁判権の一作用なのである。兼子教授・民事訴訟法(弘文堂) p. 12も「裁判権はわが領土内にある人・物に対して及ぼすことができる」としている。なお、イギリスに於ける leading case である *Sirdar Gurdyol Singh V. Rajah of Fardkote*(1894) A. C. 670 で、枢密院 (Privy Council) は次の様に述べている。すなわち「およそ裁判権は厳密に属地的(territorial)なものである。extra territorium jus dicenti, impune non paretur. 裁判権は、特別の例外を除いて領土内に永久的又は一時的に住んでいるすべての人に対し彼等が領土内にある間及ぶのである。然し彼等がわが領土を離れ、外国に住む様になった時にはわが裁判権は及ばない。云々」と (Cheshire, *op. cit.*, p. 102による)。
- (16) 川上教授・前掲論文参照。
- (17) 兼子教授・民事訴訟法 p. 12。この役に立つ、判決に実効性があるということが、イギリスが裁判権を行使するについての基本的な原則とされている (Principle of effectiveness)。Cheshire, *op. cit.* p. 101 ff.

- (18) 兼子教授・大系 p. 66。
- (19) 折茂教授「国際私法の統一性」オ1章オ4・5節“国際私法と国家主権”参照。
- (20) 溜池助教授「離婚・別居」国際私法講座2巻 p. 578。綿引判事・前掲論文 p. 2 参照。なお、Delaume, op. cit. p. 57; Riezler, a. a. O. s. 219。
- (21) 久保教授「国際離婚事件に関するわが裁判権」一橋論叢36巻1号p. 7以下。
- (22) Riezler, a. a. O. s. 219。
- (23) 兼子教授・大系 p.p. 66~67。Riezler, a. a. O. s. 219。
- (24) 江川教授編・法律学演習講座国際私法〔52〕p. 258。
- (25) それ以外の国で判決してみても実効性がない。イギリスでは、国際管轄上、被告主義は人的訴訟 (action in personam) についてのみとられ (令状送達当時の被告の英国に於ける現在を要する)、物的訴訟 (action in rem) にあつては、それは捨てられている。而して、身分は、物になぞらえられ、物的訴訟に準ずる。Cheshire, op. cit, p.p. 104 ~ 110。
- 昭和29年(タ)オ97号(離婚)東京地裁判決にいう「原告に於て、被告に義務の履行を求め、その履行のないときは、判決によつてその履行を強制するという様な性質の訴であれば、被告に日本国の主権が及ばない限り、その履行の強制が出来ないから、その様な訴に於ては、被告に日本国の主権が及ばない限り日本国の裁判所はその裁判権を行使し得ないと解されるが云々」。
- (26) 裁判管轄を扱つたものではないが、Hancock, Torts in the Conflict of Laws, 1942, P. 55 ff 参照。
- (27) 離婚の刑罰観は、国際私法上にも反映をみせている。かつて、離婚は、当事者の非行(不法行為)に対する制裁なのだから、不法行為地法によるべく、離婚裁判権は不法行為地に存するとする立場(離婚の刑罰的理論 Penal theory)があつた(Dicey, op. cit. p. 217 参照)。又当事者が住所を変更した場合、旧住所地法によつて離婚原因でなかつた行為は、新住所地法によつて離婚原因になる事がないという事を、遡及処罰の禁止の刑法理論で説明している学者がある。(T. Baty, polarized law, three lectures on conflict of law. (1914) p. 63)。
- (28) 平賀氏「人事訴訟」民事訴訟法講座オ5巻 p.p. 1309~1318。
- (29) ヘブライ民族の古法が、一定の夫に刑罰として離婚禁止を強制したという事は、興味深いことである。(旧約聖書申命記オ22章19・29節参照)

二、 被告の住所地国主義と夫の住所地及び妻の住所地国主義との折衷的見解が最近主張される。原則的には被告の住所を規準とし、たゞ遺棄等の例外的な場合に於いてのみ、原告の住所によつて日本裁判所の裁判権を肯定すべしとするものである。^{註1}最近の昭和31年7月7日京都地裁判決も、この説に従い、被

告の住所地国に管轄を認めるのが原則だが、「例外的に原告たる当事者が遺棄される等の特段の事情があるときは、国際私法生活の円滑と安全の保障のために、原告の住所地国にも管轄権を肯認することが条理に合する」と判示した。この説に於いて問題となるのは、例外管轄を認める条件たる遺棄の意義である。これはわが国際人事訴訟法（不文）上の概念の解釈の問題であるというべきであろうから、わが国際人事訴訟法（不文）自体の立場から、その目的に照らして決定せらるべく、わが民法や、準拠法たる夫の本国法の解釈に従うべき必然性は存しない。^{註 2・3} わが民法上、一般に、遺棄とは正当の理由なくして同居・協力扶助の義務に違反する事であると解されている。^{註 4} そこで、同居していても扶養義務に違反すれば遺棄になる。然し、この様な遺棄を裁判権認定の基礎となる意味での遺棄とみる必要が全くない事はいふ迄もない。夫婦が別居していても、それが国内でなされている限りは、国内管轄の問題を生じても（人訴法1・I参照）国際管轄の問題にはなり得ないから同様である。これだけでもわかる様に、裁判権の有無決定の基礎となる遺棄は、離婚原因たる遺棄とは必ずしも軌を一にしないから、請求の原因たる事実が遺棄であるか否かによつてわが国の裁判権の有無を判断するわけにはいかない。

いう迄もなく、裁判権の有無に影響を及ぼす遺棄は、少なくとも原告が内国に独り取り残された場合である。斯様な夫婦の別居が、不当に、ないしは協力扶助を缺きつゝ行われているのが遺棄であろうと解せられる。なお、次の点が問題となろう。

遺棄は、多くの立法では何年かの期間を必要としているが、わが民法ではこの点何ら規定されていない。そこでわが民法では、悪意の遺棄となるべき事実があれば直ちに離婚原因となり得るものと解されている。われわれが今問題としている「遺棄」についてはどの様に解すべきであろうか。明文がないので期間は定め得ないが、かなりの継続を要する（元来は遺棄そのものがある程度の継続的状态を意味している）と解するならば、原告の出訴を制約し例外管轄の例外たる実をより大きく挙げる事が出来よう。然し亦、斯様にいくらかの期間を要すると解するならば、何も遺棄の場合に限る必要もないともいえる。夫の住所（婚姻住所）地に裁判管轄を認めるイギリスで、夫（被告）の住所が英国になくとも、妻（原告）が離婚訴訟の前3年間英国内に常住していた場合には、例外として妻（原告）の居住地たる英国の裁判権が認められている（Law Reform Act, 1949^{註 5}）のが注意をひく。遺棄の場合に限らない。先に遺棄された妻（原告）のために例外管轄を認めたイギリスが、なおかゝる立法を必要とした

という事は、この辺の消息を示すものであろう。英国で、遺棄された妻（原告）のために裁判権が認められる事になつたのは、1937年の **Matrimonial Causes Act, S. 13**によるのであるが、この場合、遺棄には期間は不要とされているようである。英法上、離婚原因となるためには、遺棄が3年以上継続しなければならないのに比べて興味深い。例えば、夫が妻を英国に棄て、ベルギーに新しく住所を得そこで姦通した場合、妻は姦通を理由に直ちにイギリス裁判所に離婚の訴を起すことができる。遺棄を理由とするには3年の経過を要する。それ迄は、裁判権は認められても請求は棄却される^{註6}。

思うに、遺棄の場合に例外管轄を認める意図は、夫婦異住所が不法に行われている場合は、正当に同居しない被告を保護する必要なく、無責者の住所地にも管轄を認めようという考慮、遺棄された原告の保護の要請にあるものと考えられる。遺棄された妻は被告の住所地に赴く経済的余裕等を欠く事も多かろう。

この外、被告が住所を有しない場合や、有つても不明の場合は、例外管轄を認めなければ原告は離婚を請求する道がない。遺棄の場合に限らず、このような原告は保護される必要がある。この点は、夫（被告）が無住所であるという事態の生じないイギリスなど同日に談じ得ないところである。又、イギリス法にはないわが国では離婚原因となつている配偶者の生死不明の如き場合も、原告の住所地の管轄権に含める必要がある。これは、遺棄には放棄する意思が必要かどうかに関連するともみれるが、もしも悪意であることを要しないと解しうるならば、例外管轄はかなり広く認められる事になるであろう。

要するに、遺棄の意義をどの様に解するかにより、例外管轄が広く或いは狭く認められる。この際、例外は狭くというよりも、夫婦の一方（原告）の住所地にも管轄を認めようという傾向が強まっているという事が出来る。

因みに、夫婦の別居が不法になされた場合、無責者（原告）の住所地に管轄を認める方法の徹底した形として、正当の理由なく原告と同居しない被告の住所を住所と認めず、その者の法定住所を原告（無責者）の住所に認めるいき方もある。同居義務違反者の別住所を認めず、夫婦同居所に還元せしむるものである。わが国の判例がこの見解を示した事があるが、わが国には、この様な法定住所の観念はないとみるべきである。又、被告を保護する必要のないものとして、離婚原因発生後に夫婦異住所となつた場合はすべて、前の共通住所（普通原告の住所）に裁判管轄を認める法制もある^{註7} ^{註8・9}。

以上でわかる様に、遺棄等の場合にのみ原告の住所地にも管轄権を認めるとの説は、遺棄という言葉の解釈によつて裁判管轄に広狭が生じ、裁判権の有無の

限界が必ずしも明瞭でない。それに、遺棄の場合だけに限る必要も必ずしもあ
るまいと思われる。^{註10}

註

- (1) 1902年ハーグ「離婚および別居に関する法および管轄権の抵触を規律するための条約」オ五条。池原助教授「離婚に関する国際私法上の二・三の問題」家庭裁判月報4巻12号 p. 6。桑田助教授「涉外婚姻事件に関する判例概観」判例時報70号付録判例評論4号 p. 9。溜池助教授「離婚・別居」国際私法講座オ2巻 p. 579。久保教授（旧説）・国際私法・有信堂・昭和29年・p. 210参照。国際私法例説（有斐閣） p. 65。
- (2) 遺棄の意義は各国私法上区々である。たとえば、イギリスでは、遺棄とは、3年を下らない期間正当な理由なく相手方をその承諾なくして放棄する（for-sake）意思を以て棄てる（abandon）ことであるが、わが民法では3年もの期間は必要とされていない。或いは又、性交の拒絶は、イギリスでは遺棄にならないが、アメリカでは遺棄であるとされている。
- (3) アルゼンチンでは、夫婦の共通住所のないときは、その最後の婚姻住所に管轄を認めるのである〔Cám, civ. 2 Buenos Aires (march 24, 1933) 41 J. A. 420〕が、この婚姻住所地の法律が、夫が妻を遺棄したか否かを決するとされている〔Cám. civ. 2 (Oct. 7, 1935) 52 J. A. 144〕という（Rabel, The Conflit of Laws, a comparative study, vol. 1, 1945, p. 402）。婚姻住所地法即ち訴訟地法によるというのは正しい理解であるが、訴訟地の如何なる法律によるかについては不明である。
- (4) 例えば、中川教授編註親族法・上巻（有斐閣） p. 273以下。我妻・有泉両教授民法Ⅲ・ p. 107。
- (5) Wolff, Private International Law, 2 ed, (1950) p. 374。
- (6) Wolff, op. cit. p. 374。
- (7) 昭和29年(タ)オ91号離婚請求事件東京地裁判決(判例タイムズ41号 p. 69以下)。
- (8) Rabel, op cit, p. 402。
- (9) この外、なお Restatement, 1934, § 113（訂正前）参照。
- (10) 久保教授「国際離婚事件に関するわが裁判権」一橋論叢36巻1号 p. 14。

三、 夫の住所地国及び妻の住所地国のいずれにも管轄権があるとする説は、外国人たる夫又は妻の何れかがわが国に住所を有するときは、それが原告の住所であると被告の住所であるとを問わず、わが国に裁判権があるとするものである。^{註1}この説を推したい。蓋し本説は、「住所地国がその国に住所を有する当

事者の身分関係、従つて離婚訴訟に対して有する強い利害関係を根拠とし、また夫婦の平等及び原告の平等の原則に適合し、かつ訴訟拒絶の結果を最も少なからしめるものであり、わが法律の精神に最もよく合致する^{註2}からである。スイス^{註3}やドイツもこの主義をとる。又アメリカでも、イギリスと違つて妻が夫と別に独立の住所をもつ事ができる結果当然に、離婚裁判権が夫婦いずれの住所地にも認められている。たゞ、かゝる夫婦の一方のみの住所地の離婚判決の他州に於ける効力が大いに問題となつたが、^{註5}1942年の連邦最高裁判所の判決（William v. North Carolina 317 U. S. 287）により、他の州でも承認される事に決した。^{註7}

われわれが住所の管轄を認めるのは、当事者の便宜のためであるが、この主義が最もよくこの目的に適つている。尤も、反面に於て、跛行離婚（跛行婚）を生ずる機会が多くなる憾み^{註8}はある。しかし亦、跛行婚の解消にもこの主義はその妙味を発揮するというのも、思えば皮肉である。例えば、ギリシヤ人男女がわが国で、本国の要求する宗教婚の儀式を履まず、わが国の方式（民事婚）に従つて（法例13I）婚姻をなした（この婚姻は日本では有効だが、ギリシヤではそうではない）後、夫がギリシヤに住みそこで他の女性と新たに婚姻したという様な場合、日本に住む妻は日本裁判所に依らなければ夫の責任を問い、姻から解放される術がない。ギリシヤに行つてみた所で何にならう。

わが国の一連の判決は、離婚は、被告の義務の履行がなければその目的を達成し得ない給付訴訟の如きものと異なり、「裁判上の離婚の実質は……裁判所が……その請求権を有する者の為に、その者の側に於て、一方的に、その相手方との婚姻によつて生じた身分上の絆を切断せしめる事にある^{註10}」として、原告を婚姻から解放する事に離婚訴訟の眼目があるものとみ、被告主義を捨て去つている。被告の地位は重要ではない。離婚訴訟の実質は原告の一人訴訟であつて、被告の存在は、わが人訴法が離婚訴訟を正に「訴訟」の形で構成した事から要求される形式的・名目的なものに過ぎない。被告は単に「原告の主張する……身分関係を具体的に表示する為め」及び「判決による切断の反射的效果を受けるべき地位を有することを示すため」、相手方として表示されるに過ぎない^{註11}というのである。この判例理論——その指向に於て恐らく正当であらう——をつきつめていくと、離婚及び離婚訴訟の本質についての新しいそして困難な問題^{註12}にぶつかる。この問題に深入りする事はも早、私の力の及ぶ処ではない。

- (1) 久保教授「国際離婚事件に関するわが裁判権」一橋論叢36巻1号 p.11以下。
川上教授・国際私法講義要綱 p.117。江川教授編法律学演習講座国際私法 p.256。縮引判事「外国人を当事者とする離婚事件について」判例タイムズ 30号 p.2。
- (2) 久保教授・前掲論文 p. 11。
- (3) Rabel, *The Conflict of Laws, a comparative study*, vol 1, p.405。
- (4) ドイツ民事訴訟法才606条才3項1号。但し、「ドイツ裁判所の為すべき離婚判決が、夫の本国法によつて承認せられ、又は、夫婦の一方のみが無国籍の場合」に限る(606 Ⅲ 1)との制限がある。Baumbach-Lauterbach, *Z. P. O.* 21 Auflage (1952) S. 909 ff.
- (5) Restatement, § 113 (訂正後)、Rabel, *op. cit.* p.p. 403, 404. Goodrich, *Handbook of the Conflict of Laws*, 3 ed (1949) Sec. 131 (p. 406)。
- (6) 夫の住所地(コネチカット州)の離婚判決の承認を、妻の住所地であるニューヨークの裁判所が拒んだのは違憲でないとする連邦最高裁判所の判決 *Haddock v. Haddock* (1906) 201 U.S. 562が、leading Case となつていた。Goodrich, *op. cit.*, p. 407 ff.
- (7) Goodrich, *op. cit.*, p. 410 ff.
- (8) 特にアメリカで、これが大きな問題となつた。前註(6)参照。なお、Rabel, *op. cit.*, p. 406 ff.
- (9) 本文に引用したものゝ外、昭和27年(タ)才200号離婚請求事件東京地裁判決・昭和28年(タ)才232号婚姪無効確認請求事件東京地裁判決等。
- (10) 昭和28年(タ)才194号(離婚)東京地裁判決(判例タイムズ41号 p.67以下)。
- (11) 昭和29年(タ)才97号離婚請求事件東京地裁判決。
- (12) 平賀氏「人事訴訟」民事訴訟法講座才5巻 p. 1289以下は、離婚訴訟が、非訟事件として処理さるべき事を主張したものである。

〔附 記〕

本稿は、もともと卒業論文にあてるために書いた原稿の一部を縮めたものですが、私の無能と不勉強のために、とても論文として人目にさらし得る様なものではない事は言うまでもありません。ただ恥を忍んで発表する事にしたのは、多くの方々の御教示が頂ければ、本当の論文として生れ変わる事もあるかと、ひそかに期待したからでした。