

離婚準拠法の決定といわゆる日本人条項について

佐藤文彦

- 一 問題の所在
- 二 離婚準拠法の決定といわゆる日本人条項
- 三 結語

一 問題の所在

1 法例一六条ただし書において採用され、法の適用に関する通則法二七条ただし書において維持された、日本に常居所を有する日本人につき、離婚準拠法を日本法と定める、いわゆる日本人条項は、いかに評価され、解釈されるべきか。

後に確認するように、平成元年の改正で、離婚準拠法は、法例一四条の準用により、夫婦の同一本国法、夫婦の同一常居所地法、夫婦に最も密接な関係がある地の法の、三段階の段階的連結により決定されることとなったが、あわせて、夫婦の一方が日本に常居所を有する日本人であるときは、日本法によることが定められた。とりわけ後者の、日本に常居所を有する日本人が関与する場合、準拠法が日本法となることを定める、いわゆる日本人条項に対しては、学説による批判も少なくなかったものの、法の適用に関する通則法が制定された際に、こつした規定は内容的に、変更されることなく維持されている。

従来の議論は、後述するところからも明らかのように、一般的な、日本人条項の立法論的な当否に重点があつたように思われるし、離婚準拠法のいかんよりも、直接的な明文規定がなく、裁判例に注目すべきものが多いために、離婚の国際裁判管轄に問題関心が向けられてきた。¹⁾このこと自体は、当然のことであろう。とはいえ、平成元年に法例が改正されてから、相当数の国際離婚に関する裁判例が存在するのであるから、これらの裁判例に即して、日本人条項の当否を具体的に検証し、そこに部分的に不都合が認められる場合には、それに対する具体的かつ解釈論的な手当を行う可能性も、検討されてよいのではなからうか。

2 このような問題意識から、本稿では、まず、法例一六条ただし書及び法の適用に関する通則法二七条ただし

書の立法趣旨を確認し、これに対する学説における評価を概観することで、一般的な、いわゆる日本人条項の意義を確認する。次に、平成二年以降にくだされた、離婚準拠法に関する事例、とりわけ日本人条項の適用が問題となるような事例を中心に、具体的な裁判例を確認する。そのうえで、両者を照らし合わせて、日本人条項の意義と問題点を検証し、そこから導かれる一つの解釈を提示することとしたい。

ここに示された解釈が、今後の議論の契機となれば、幸いである。

一 離婚準拠法の決定といわゆる日本人条項

一 いわゆる日本人条項の趣旨と学説による評価

(一) 法例一六条ただし書及び法の適用に関する通則法二七条ただし書の趣旨

(1) 平成元年に改正された法例一六条本文は、離婚準拠法の決定につき、法例一四条を準用し、夫婦の同一本国法、夫婦の同一常居所地法、夫婦に最も密接な関係がある地の法の、三段階の段階的連結を採用する。このような規律が採用されたのは、「両性の平等を考慮して、夫婦双方に関連する法律によることとする方向で検討した結果、婚姻の効力の準拠法の定め方……と一致したためである」と説明されている²⁾。

とはいえ、平成元年の法例改正の際には、このような原則的規律に対して、特則ないし補則をなす、ただし書も加えられている。すなわち、日本に常居所を有する日本人が離婚する場合、離婚準拠法を日本法とする、いわゆる日本人条項が導入されたのである。その趣旨は、次のように説明されている。すなわち、「同条において婚姻の効力の準拠法につき定める第十四条の規定を準用するのみでは、我が国が協議離婚制度を有することから、形式的審査権を前提として処理する戸籍吏に密接関連法の認定という困難な判断を強いることになり、実務的に機能し難い

ため、この点を考慮してのことである」⁽³⁾と。

かかる日本人条項に対して、様々な批判が向けられるであろうことは、平成元年の法例改正の過程においても、自覚されていたところである。すなわち、「このただし書については、当事者の一方が日本人である場合に関する特別の規定を設けるのは国際私法の理念からみて望ましくない、また、夫婦の一方が日本に常居所を有する日本人の場合において他方が甲国に常居所を有する甲国人のときは日本法を優先させる根拠に乏しい等の批判」⁽⁴⁾である。要するに、内外法の平等及び最も密接な関係の原則に基づく準拠法決定という理念的な観点からする批判が予想されるところである。

これに対しては、「このただし書が適用される場合は、密接関連法によることとしても、日本法がこれに該当することが多いといえることができる。すなわち、協議離婚の場合を考えると、一般的には、他方当事者が合意の上で日本法に基づき離婚しようとの意思を有している場合であるし、裁判離婚の場合についても、裁判管轄は被告の住所地を原則的な基準とすることからただし書の適用される場合とは、日本に住所及び常居所を有する日本人を相手に日本の裁判所に訴えを提起する場合であって、いずれにしても、ただし書の要件を満たす大抵の場合は、日本法が密接関連法として認定されるものと考えられるからである。また、ただし書によるのが相当でないと思われる事案については、日本の裁判所に管轄権が生じないものと考えられよう（それ故に、ただし書がある故をもって、逃げ帰り離婚につき安易に管轄権を認めるようなことがあってはならないものと思われる）」⁽⁵⁾と、実質的には、先に挙げたような批判があたらないという指摘が、立法段階からなされていたところである。

(2) このような日本人条項は、二〇〇六年に制定された、法の適用に関する通則法においても、文言が口語化されただけで、内容的な変更が加えられることなく、維持されている。法制審議会の議論では、この日本人条項を削除すべきとの意見も述べられたものの、これを維持すべきであるとの意見が「大多数」であったと指摘されている。

そして、この日本人条項を維持すべき理由として、「平成元年改正時の立法理由である戸籍実務への配慮の点」に加え、次の三点が理由として挙げられている。すなわち、「離婚意思の確認の問題は協議離婚の届出一般の問題であり、仮に離婚意思の確認が不十分なことに起因して離婚の効力が争われる事案があったとしても、それは、法例第一六条ただし書を削除することによって対応すべき問題ではない」、「法例第一六条ただし書の要件を満たす夫婦の離婚が日本で問題となる場合には、最密接関係地法を個別に検討してみても、それが日本法となることがほとんどであると考えられる」、「日本に常居所を有する日本人については、日本法に基づく離婚の自由、ひいては再婚の自由を保障すべきである」⁶⁾、と。

さらに、比較法的に、日本と同様に協議離婚制度を有する韓国法、そして協議離婚制度を有しないドイツ法が、同様の規定を設けていることも指摘されている。⁷⁾

(二) 日本人条項に対する諸見解

(1) 学説上、かかる日本人条項を、積極的に支持しないまでも、肯定的に評価する見解がある。

たとえば、次のような指摘が参照されよう。すなわち、「但書の規定は、立法の動機がわが国の戸籍制度を前提として説明されることがあるため、特殊日本的な印象を与える。けれども、規定それじたい、換言すれば、日本に常居所を有する日本人に日本法に従った離婚そして再婚可能性を確保することは、国際私法上の理念からみて理想的とは言いがたいとしても、比較法的にみて異常ではない」⁸⁾、と。また、「夫婦の一方が日本に常居所を有する日本人である場合にかぎり日本法の適用を認めることは一概に不当とまではいえ」⁹⁾ないのであり、「近時の離婚を容易にする政策 (favor divortii) を実現するための立法として、比較法的にみても、妥当性を欠くものではないといえよ」¹⁰⁾ という評価もある。

さらに、「夫婦の最密接関係地法が準拠法とされる場合に、形式的審査権しか持たない戸籍事務管掌者が最密接

関係地法を認定するのは極めて困難であることからすれば、一律に日本法を準拠法とすることに一定の根拠があるということが出来る¹¹⁾という指摘もある。これに加えて、「このような夫婦の離婚が日本で問題となっているのであるから、仮に最密接関係地法を個別に検討してみてもそれが日本法となることがほとんどであると考えられるので、實際上、最密接関係地法は日本法であるとみなしても大過はない¹²⁾」、という指摘もある。

可能性の指摘にとどまるが、さらに積極的に、「離婚を容易にしようとする最近の実質法の傾向を抵触法に一定程度反映させたものとみて、これを正当化することもできないわけではない¹³⁾」、と評価することも考えられよう。さらに、「外国で婚姻生活を営んでいた日本人が単独でわが国に帰国した後に、わが国で離婚を求めるいわゆる『逃げ帰り離婚』については、その可否を日本法で判断して当該日本人を保護すべきであるという立場から、二七条但書を擁護する見解もある¹⁴⁾」とも指摘されている。

もっとも、この日本人条項を肯定的にみる見解においても、この規定が場合によっては不都合をもたらすことも自覚されているが、その場合は、国際裁判管轄の規制を通じた対処が提案されている。たとえば、「外国に同一常居所を有していた異国籍夫婦のうち日本人配偶者が相手を遺棄して単身日本に帰国したような場合、はたしてその夫婦の離婚に関する最密接関係地法が日本法といえるかどうかは疑わしい。もっとも、このような場合には離婚の国際裁判管轄が否定される可能性が高いが、仮にそれが認められた場合には、この但書の趣旨に反する結果となることがないように、日本に常居所があることの確認は慎重に行う必要がある¹⁵⁾」、と述べられることがある。

(2) しかしながら、日本人条項に対する学説の批判には、根強いものがある。

たとえば、平成元年の法例改正の直後から、「日本に常居所を有する日本人が一方当事者の場合にだけこのような特別扱いをすることは、内外人を平等に扱うという国際私法の基本理念から観て、問題がある¹⁶⁾」、という指摘があった¹⁷⁾。また、「日本人条項は、戸籍制度の運営に配慮した規定である¹⁸⁾」が、「戸籍という一国的事情を優先した

日本人条項は、国際的私法交通の円滑と安全を阻害する危険性の非常に高いものであるといわなければならない¹⁸⁾とも指摘されている。

また、夫婦の一方が日本に常居所を有する日本人であるときは、最も密接な関係のある地の法が日本法となる可能性が高いことは認めつつも、典型的に「外国人である他方の当事者とその本国に常居所を有しているような場合には、必ずしも日本法が密接関連法となるとは限らない¹⁹⁾」と指摘されている。「外国人夫婦等の場合には戸籍事務において最密接関係地法の認定が必要となる場合もあるものであり戸籍事務管掌者の負担は理由にならない²⁰⁾」ことも指摘されている。

裁判離婚との関係では、「離婚の国際裁判管轄が被告住所地を原則的基準とするからということで一気に論を進めておられる点については、周知の大法廷判決を始めとして、被告の住所地の所在のみでカタのついたケースはそう多くないことを想起すべきだし、管轄は管轄で独自の論理があるのだから、日本人条項の適用回避の必要があれば管轄を否定すべよとする……のは筋違いであろう²¹⁾」、との指摘がある。

協議離婚との関係では、さらに問題が残ることが指摘されているところである²²⁾。たとえば、日本人が日本に常居所を、外国人が外国に常居所を有するような場合、外国人たる当事者の「真実の離婚意思が十分に確認されないまま協議離婚届が受理されるようなことが生じるならば²³⁾」、当該当事者に「不測の不利益を蒙る可能性があるだろう」と考えられるのであり、「このただし書のもとでの協議離婚の受理にあたっては、慎重な扱いがなされなくてはならない²⁴⁾」という指摘がある。また、「このような日本人条項は」、「外国で承認されない離婚を認めることになるおそれがあり、望ましくない²⁴⁾」とか、常居所の認定が形式的なものとされたままで「協議離婚が安易に認められた場合、海外との間の跛行婚の危険性について、十分検討がなされたのか²⁵⁾」と、跛行婚が生じる可能性も指摘されている。さらに、「日本で協議離婚届が提出された場合、通則法二七条但書によれば夫婦の一方の事情のみを認定すれ

ば準拠法を決定できるのであり、結果的に他方配偶者の意思に反する離婚届が受理されてしまう危険性が高くなる
との指摘がある²⁶⁾。

もっとも、「不都合なのは、日本法の中に協議離婚に関する法規が含まれ、この制度を国内的事案と同じように
国際的平面においても運用する点にあると思われる。日本法の認める協議離婚は当事者の離婚意思を確認する手続
を欠いており、さらに、離婚後の子の親権・監護権などについて司法審査を伴わない。そのため、協議離婚が相手
方の生活する外国において承認されない危険が多分にあるからである。この点において、同じく内国人条項を有す
る他の国の離婚とは事情が異なるといえる。とはいえ、この危険は、一六条本文の規定に従って日本法が適用され
る場合にも生ずる危険であつて、かならずしも但書に固有のことではない²⁷⁾」という指摘もある。とはいえ、「どの
ようにしても虚偽の協議離婚届が受理される危険性を皆無とすることはできない」としても、法例の改正により
「このような危険性がむしろ増大したというのでは、それこそ立法論上問題がある²⁸⁾」とも指摘されている。

二 裁判例

(一) 総説

それならば、裁判例において、離婚準拠法は、どのように判断されているであろうか。

以下では、まず、日本人条項の適用が問題とならない、外国人夫婦の離婚及び日本人夫婦の離婚について検討す
る裁判例をごく簡単に概観したうえで、日本人条項の適用が問題となる、日本人と外国人との夫婦の離婚に関する
裁判例を、さしあたり時系列に沿って挙げていくこととしたい。その際、日本人と外国人との夫婦の離婚につい
ては、前述の議論を踏まえて、国際裁判管轄と、準拠法の決定根拠に注目していくこととする。

(二) 外国人夫婦の離婚

(1) そもそも、国際裁判管轄が否定されたために、準拠法への言及もなされていない裁判例がある。いずれもアメリカ合衆国国籍を有し、我が国に居住しない原告・被告間の離婚に伴う財産分与及び慰謝料請求につき、国際裁判管轄を否定した、東京地裁平成五年三月二十九日判決²⁹⁾である。

(2) 離婚準拠法が日本法とされた裁判例としては、次のものが挙げられよう。すなわち、フランス人妻とイギリス人夫との離婚調停事件において、離婚につき、法例一六条、一四条により、最も密接な関係がある地の法として日本法が適用された、水戸家裁平成三年三月四日審判³⁰⁾、日本在住のアメリカ人夫婦につき、法例一六条により、夫の本国法がアリゾナ州法、妻の本国法がメリーランド州法であるとして、夫婦の共通常居所地法たる日本法が準拠法とされた、横浜地裁平成三年一〇月三十一日判決³¹⁾、アメリカ人男性と中国人女性との離婚につき、法例一六条及び法例一四条により、最も密接な関係がある地の法として、日本法が準拠法とされた横浜地裁平成一〇年五月二十九日判決³²⁾である。

(3) これに対し、離婚準拠法が外国法とされた裁判例としては、次のものが挙げられよう。すなわち、日本在住のアメリカ人夫婦の離婚につき、法例一六条及び一四条により、法定住所のあるハワイ州法を準拠法とした、横浜家裁平成三年五月一四日審判³³⁾、日本在住の中国人夫婦の協議離婚につき、適用法条に触れないまま、離婚準拠法を中華人民共和国法としつつ、届出の有効性については、法例八条二項により、行為地法たる日本法を適用した事例³⁴⁾、韓国人夫婦間の、有責配偶者からの離婚につき、法例一六条及び一四条により、大韓民国法を準拠法とした、最高裁第三小法廷平成九年二月二五日判決³⁵⁾、中華民国人夫婦間の、協議離婚の有効性(及び財産分与)が争われた事案において、離婚準拠法を法例一六条、一四条により、中華民国法としている、東京地裁平成二二年二月三日判決³⁶⁾、いずれも日本に居住する、アメリカ人夫婦間の離婚につき、法例一六条、一四条により、アメリカ・テキサス州法

によるとした、東京地裁平成一七年二月一八日判決⁴⁷⁾である。

(4) なお、一方当事者の死亡による事実婚の解消に伴う財産分与が争われているが、それが「離婚に伴う財産分与に準ずる問題であって、その準拠法は」知及び抗告人の「共通本国法である大韓民国法となる(法例一四条、一六条)」と判示している、大阪高裁平成一五年四月二二日決定⁴⁸⁾も存在する。

(三) 日本人夫婦の離婚

日本に在住する日本人が、アメリカに在住する日本人に対して離婚を求めた裁判で、国際裁判管轄が問題となり、あわせて、準拠法に言及がなされている、東京地裁平成一一年一月四日判決⁴⁹⁾がある。本件では、法例一六条及び一四条に言及⁴⁰⁾して、日本法によるとしている。

(四) 日本人と外国人との夫婦の離婚

(1) 日本で婚姻し、日本に居住する、韓国入夫と日本人妻との離婚につき、法例一六条、一四条により、共通居所地法としての日本法を適用した、東京地裁平成二年一月二八日判決⁴¹⁾がある。

ともに日本に居住している夫婦間の離婚であるためか、本件判決は、国際裁判管轄に触れていない。

また、準拠法について、本件判決は、「離婚の準拠法については、法例一六条、一四条によれば、原告(国籍・日本)と被告(国籍・韓国)の共通居所地法である日本法を適用することとなる」としている。

(2) 日本で婚姻し、日本で婚姻生活を営んでいたが、やがて別居し、インドネシアに帰国したインドネシア人夫に対し、日本在住の日本人妻が離婚を申し立てた事案において、法例一六条ただし書により、日本法を適用した、

東京地裁平成二年一月二七日判決⁴²⁾がある。

本件判決もまた、国際裁判管轄に触れていない。

準拠法について、本件判決は、「本件離婚については、原告が日本に常居所を有する日本人であるから、法例一

六条ただし書により、日本の法律が準拠法として適用される」と判示する。

(3) 日本で婚姻し、日本で婚姻生活を営んでいたが、やがて別居し、エジプトに帰国したエジプト人夫に対し、日本に居住する日本人妻が申し立てた離婚につき、法例一六条ただし書により日本法を適用した、東京地裁平成三年三月二十九日判決^⑬がある。

本件判決もまた、国際裁判管轄に触れていない。

準拠法については、本件判決は「法例一六条ただし書により、日本の法律が準拠法として適用される」としている。

(4) 中国において婚姻し、日本に住所（及び常居所）を有する日本人男性と中国人女性の夫婦につき、妻から夫に対して申し立てられた離婚につき、法例一六条により、夫婦の共通常居所地法として日本法を適用した、神戸地裁平成六年二月二二日判決^⑭がある。

国際裁判管轄につき、本件判決は、「原告の本件訴に対し、被告が異議なく応訴していることは、本件記録から明らかである」から、「本件については、その全てにつき、被告の右応訴に基づいて、当裁判所に裁判管轄権の存在を肯認するのが相当である」と、応訴を根拠として国際裁判管轄を認めている。

準拠法について、本件判旨は、「原告と被告は、互に国籍が異なっても、それぞれ本邦に常居所を有するといふべきであるから、本件離婚請求の許否、その方法及び成立要件に関しては、法例一六条本文、一四条に則り、同らの常居所地法であるわが国民法が準拠法になる」としている。

(5) 日本において婚姻し、日本で婚姻生活を営んでいたが、その後、カナダで生活するようになった、カナダ人夫と日本人妻との夫婦につき、日本人妻が子を連れて帰国し、その後日本の戸籍窓口に協議離婚届を提出し、これが受理されていたところ、この協議離婚の無効確認の訴えを、カナダに居住するカナダ人夫が提起したところ、日

本人妻が離婚の予備的反訴を提起した事案において、日本の国際裁判管轄を否定して予備的反訴を却下した原審の判断⁴⁵を取り消し、差し戻した名古屋高裁平成七年五月三〇日判決⁴⁶がある。

国際裁判管轄につき、本件判決は、最高裁判所昭和三九年三月二五日大法院判決に依拠しつつ、「本件反訴提起の当時から、行方不明とまではいえないまでも、少なくとも常住居所が明らかでないものといべきであるのに加え、現に控訴人（原審反訴原告）を相手方として日本の裁判所に離婚無効確認の訴えを提起し、これが原裁判所に係属中であることが明らかであるから、本件反訴については、訴訟当事者間の公平という基本理念に照らし前記涉外離婚訴訟事件の国際裁判管轄権についてのいわゆる被告主義の一般原則の例外である特別の事情が存するものとして、日本に国際裁判管轄権を認めるのが相当である」としている。

なお、本件判決は、準拠法について言及していない。

（6）日本で婚姻し、日本で婚姻生活を営んでいた日本人夫とイタリア人妻の夫婦につき、その後妻がイタリアに帰国していたところ、日本人夫がイタリア人妻に対して離婚を求めている事案において、離婚については、法例一六条ただし書により、日本法によるとした、東京地裁平成七年二月二六日判決⁴⁷がある。

国際裁判管轄について、判旨は、最高裁判所昭和三九年三月二五日大法院判決を引用しつつ、「日本で婚姻した夫婦の離婚事件であり、原告が日本在住の日本人であり、被告がイタリア在住のイタリア人であり応訴していることからみて、右の例外事情に該当する場合として、日本に裁判管轄権があると判断するのが相当である」と判示している。

また、準拠法については、「離婚、離婚に伴う慰謝料及び財産分与については、原告が日本に常住所を有する日本人であるから日本法によることとなる（法例一六条ただし書）」と判示する。

（7）調停離婚した中国人女性から、元夫である日本人男性に対する離婚慰謝料請求につき、法例に言及すること

なく、民法七〇九条を適用している、仙台高裁秋田支部平成八年一月二九日判決⁴⁸がある。

本件判決は、国際裁判管轄にも、準拠法の決定過程についても判示していない。

(8) ドイツで婚姻し、ドイツで婚姻生活を営んでいた日本人夫とドイツ人妻との夫婦につき、日本人夫が子連れて日本に帰国したところ、ドイツで妻が離婚の訴えを提起してから、夫が日本の裁判所に離婚の訴えを提起した事案において、日本の国際裁判管轄を肯定した、最高裁第二小法廷平成八年六月二四日判決⁴⁹がある。

国際裁判管轄について、本件判決は、周知のように、被告の住所を重要な要素としながらも、「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、心証を余儀なくされることによる被告の不利益に配慮すべきことはもちろんであるが、他方、原告が被告の住所地国に離婚請求訴訟を提起することにつき法律上又は事実上の障害があるかどうか及びその程度をも考慮し、離婚を求める原告の権利の保護に欠けることのないよう留意しなければならない」と一般論を述べ、「ドイツ連邦共和国においては、……判決の確定により離婚の効力が生じ、被上告人と上告人との婚姻は既に終了したとされている……が、我が国においては、右判決は民法二〇〇条二号の要件を欠くためその効力を認めることができず、婚姻はいまだ終了していないといわざるを得ない。このような状況の下では、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」とする。

準拠法について、本件の判断が、第一審における訴え却下の判断を取り消し、差し戻しを命じた控訴審判決を支持するものであるため、本件判決そのものにおいて、準拠法に言及はない。

(9) 日本の教会で結婚式を挙げ、イギリスで婚姻生活を営んでいたところ、イギリス駐在日本領事館に婚姻届を提出して受け付けられ、これが日本に送付されたが、その後、日本で生活していた日本人女性とカナダ・イギリスの二重国籍の男性につき、婚姻の有効性とともに、離婚及び慰謝料請求が問題となった事案において、準拠法を示すことなく離婚等を認めている、神戸地裁平成九年一月二十九日判決⁵⁰⁾がある。

本件判決は、国際裁判管轄にも、離婚の準拠法についても、言及していない。

(10) 日本で婚姻し、日本で婚姻生活を営んでいた、日本人夫とアメリカ人妻との夫婦につき、アメリカ人妻が子を連れて夫に無断でアメリカに帰国し、アメリカで離婚判決が出された後で、夫が日本の裁判所に離婚の訴えを提起したという事案において、法例一六条(ただし書)により、離婚は日本法によるとした、名古屋地裁平成一年一月二十四日判決⁵¹⁾がある。

国際裁判管轄について、一般論として、最高裁判所昭和三十九年三月二十五日大法院判決と、最高裁判決を引用して、「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り、」被告の住所を基準とすることは、訴訟手続上の正義の要請に合致し条理にかなうから、被告が我が国に住所を有する場合には我が国が国際裁判管轄を有すると解するのが相当である」としつつも、さらに人事訴訟手続法一条一項を参照しつつ、「被告が我が国に住所を有しない場合であっても、原告の住所が我が国にあり、原被告の婚姻共同生活地が我が国にあつた場合には、原告が被告を婚姻共同生活地から強制的に退去させたなどの当事者間の公平を害する特段の事情のない限り、我が国が国際裁判管轄を有すると解するのが相当である」とし、ただ「原告が被告を婚姻共同生活地から強制的に退去させた場合は、被告にとって、不利益の大きい婚姻共同生活地で裁判を受けることがやむを得

ないとはいえず、当事者間の公平に合致せず、条理にかなうとはいえないから、原告の住所が我が国にあり、原告の婚姻共同生活地が我が国にあったとしても、我が国は国際裁判管轄を有しないと解するのが相当である」と述べ、¹²「以上を本件についてみると、……被告は我が国に住所を有しないものの、原告の住所及び原被告の婚姻共同生活地が我が国にあったことが認められる」。そこで、原告が被告を婚姻共同生活地から強制的に退去させたなどの当事者間の公平を害する特段の事情があるか否かについて検討する」に、「原告が被告を婚姻共同生活地から強制的に退去させたなどの当事者間の公平を害する特段の事情は認められない」ので、「原告の住所地があり、原告の婚姻共同生活地があった我が国は本件離婚の訴えの国際裁判管轄を有すると解するのが相当である」、とす

る。
準拠法について、本件判決は「本件離婚の準拠法は、原告が日本に常居所を有する日本人であるから、法例一六条により、日本国民法である」と説示している。

(11) フランスで婚姻し、フランスで婚姻生活を営んでいた、フランス人と日本人妻につき、日本人妻が日本に子を連れて帰国した後、日本人妻がフランス人夫に対して離婚を求めた事案において、法例一六条本文及び法例一四条に言及しつつも、最終的に法例一六条ただし書により準拠法を日本法としている、¹³ 東京地裁平成一六年一月三〇日判決がある。

国際裁判管轄について、本件判旨は、最高裁判所に依拠し、最高裁判所昭和三九年三月二五日大法院判決は「いずれも日本国籍を有しない外国人間の離婚訴訟の国際裁判管轄に関する判断であり、本件とは事案を異にし、適切ではない」とする。そのうえで、本件では、「原告が日本人であること以外の事情は、いずれも応訴の際の被告の保護という観点から考えると、本件訴訟について我が国の国際裁判管轄を肯定することについて、消極事情として考慮せざるを得ない事情というべきである」ものの、「原告としては、こうした被告の暴行等により、このま

ま被告と婚姻生活を継続した場合には、原告「や子」の身体ひいては生命に危害が及ぶものと考え、やむを得ず、「子」を連れて日本に帰国し、両親の保護を求めたものと認められ、原告の行動は、その経緯に照らすと合理性があり、原告が日本へ帰国することを余儀なくしたのは、専ら被告のこうした言動にあるといふべきである」ところ、「配偶者から暴力行為を受けた他方配偶者は、……人格権に基づき、その接近等を排除する権利を有するものといふべきであり……、訴訟提起、遂行等のために、相手方配偶者と接近することを余儀なくすることが相当でないことはいふまでもない」し、その一方で「原告がフランスにおいて離婚を請求しようとする場合」、フランス法によれば本件離婚につき「裁判官が勧解の試みを行う必要がある、その際には、当事者の出頭が義務付けられ、その結果、原告は、フランスに入国し、滞在しなければならなくなる」が、「原告にフランスに入国し、滞在することを求めることは、原告を被告からの従前同様の暴力等を加えられる危険にさらす可能性を高めるものといふべきであつて、原告の人格権の保護の要請にそぐわない」し、「原告が被告の住所地国であるフランスに離婚請求訴訟を提起することに於いては、原告の生命、身体が危険にさらされるという事実上の障害があり、被告が原告の首を絞め、絞首のあとを残したこともあるという事実を考えると、その程度は、原告の生命に関わるもので、障害の程度は著しい」。「以上の事実を照らせば、……本件については、我が国に国際裁判管轄を認めるのが相当である」。

さらに、「被告は、……子供の国外連れ出しを禁ずる行政処分が発令されたこと、……パリ大審裁判所により、一郎をフランス国外へ連れ出すことを禁止する旨の命令が下されたこと、……パリ大審裁判所により、子の住所を被告の住所と定める命令が下されたこと、……予審判事により、原告に対する勾引勾留状（逮捕状）を発せられたことは、原告が一郎を連れて日本に帰国した行為を違法と評価するもので、本件は被告が原告を遺棄した場合に該当せず、日本に本件訴えの国際裁判管轄を認めることは、これらのフランスにおける手続を潜脱することになる旨の主張をする」が、これらはいずれも採用されなかった。

準拠法に関して、本件判決は、「離婚請求については、法例一六条本文により、法例一四条の規定を準用することになるので、まず、夫婦である原、被告の共通本国法が存するかについて検討するに、原告は日本国籍を、被告はフランス国籍を有するから、原、被告にとって共通本国法は存しないことになる。次に、共通常居所地法の存否について検討するに、原告が東京都八王子市において住民票を取得しているのに対し、被告はフランス、パリ市に住民登録しているものと認められるから、原、被告にとって共通常居所地法は存しないことになる。そうすると、夫婦の一方である原告が日本に常居所を有する日本人であるから、法例一六条ただし書きにより、本件離婚請求の準拠法は、日本民法であることになる」と述べている。

(12) いずれも日本に居住する、オーストラリア人男性と日本人女性との間の、(予備的な)離婚につき、離婚は日本法によるとした、東京地裁平成一九年九月一日判決⁵³⁾がある。

国際裁判管轄について、本件判決は、「原告と被告とはともに我が国に居住しているから、本件については、本訴反訴ともに我が国の裁判所に国際裁判管轄権が認められる」と述べる。

また、準拠法については、「離婚無効確認及び離婚とともに、法の適用に関する通則法二七条、二五条により、日本法が準拠法となる」と判示する。

(五) 小括

ここで概観した裁判例のうち、原告及び被告がいずれも日本に居住しているという類型は、東京地裁判決、神戸地裁判決、神戸地裁判決、東京地裁判決である。また、仙台高裁秋田支部判決は、必ずしも明らかではないが、判示されているところから推して、この類型に該当するものである。

これに対立するのは、原告と被告が国籍を異にし、かつ、原告と被告とのいずれかが外国に居住しているという類型である。このような類型では、段階的連結によれば、問題となった夫婦に、同一本国法も、同一常居所地法も

ないため、夫婦の最密接関係地法によるべきであるが、日本人条項により、夫婦の最密接関係地法に優先して日本法が準拠法となる。

この類型には、様々な形が考えられるが、前述の裁判例に実際に現れているのは、原告が日本人であり、被告が外国人であるという類型である。しかも、裁判例のうえで、日本が婚姻生活地であり、被告（たる外国人）が外国へ移住しているという 東京地裁判決、 東京地裁判決、 東京地裁判決、 名古屋地裁判決と、（最後の）婚姻生活地が外国であり、原告（たる日本人）が日本へ帰国しているという 名古屋高裁判決、 最高裁判決、 東京地裁判決に大別される。

以下、後者の類型を中心に、検討を加える。

三 検討

（一）段階的連結により決定される準拠法と日本法の異同

（一）まず、原告及び被告がいずれも日本に居住している類型においては、法例一六条本文及びこれにより準用される一四条（ないし法の適用に関する通則法二七条本文及びこれにより準用される二五条）の第二段階における連結である、夫婦の同一常居所地法が日本法となる。このような場合には、段階的連結により決定される準拠法と日本法とが、一致することになる。

次に、原告が日本人であり、被告が外国人となっており、かつ、被告（たる外国人）が外国へ移住している類型（夫婦の同一本国法も、同一常居所地法も存在しない事案）に該当する裁判例において、夫婦の最密接関係地法は、日本法になるであろうか。もとより、夫婦の最密接関係地法をいかに認定すべきかという問題はある。ここでは、一般的な認定方法のいかんをおくとしても、東京地裁判決の事案では、婚姻締結地であり、婚姻生活地であり、

そして最後の同一常居所のあった日本が、夫婦に最も密接な関係がある地であると判断できよう。また、東京地裁判決の事案でも、婚姻締結地であり、婚姻生活地であり、最後の同一常居所のあった日本が、夫婦に最も密接な関係がある地であると判断できよう。さらに、東京地裁判決の事案も、婚姻締結地であり、婚姻生活地であり、最後の同一常居所のあった日本が、夫婦の最密接関係地であると理解できよう。名古屋地裁判決も同様で、婚姻締結地であり、婚姻生活地であり、最後の同一常居所地でもある日本が、最密接関係地である。この類型においては、法例一六条本文によっても、日本人条項によっても、日本法が準拠法となり、両者は一致する。

(2) それならば、原告が日本人であり、被告が外国人であるという類型。しかも、外国の(最後の)婚姻生活地から、原告(たる日本人)が日本へ帰国しているという類型に該当する、名古屋高裁判決、最高裁判決、東京地裁判決では、夫婦の最密接関係地法は、日本法なのであるうか。

まず、東京地裁判決の事案は、フランスにおいて婚姻し、フランスで婚姻生活を営んでいたが、婚姻関係が破綻し、日本人たる妻が子を連れて日本に帰国しているというものである。本件事案のような事実経過、とりわけ最後の婚姻共同生活地としての同一常居所がフランスであることに鑑みれば、夫婦に最も密接な関係がある地は、フランスであると判断すべきであろう。

次に、名古屋高裁判決であるが、同判決は、準拠法に言及していない。とはいえ、平成二年に日本に帰国しているところから、この日本人妻につき、日本に常居所を認定できるとすれば、法例一六条ただし書により、日本法が準拠法となるのであったと思われる。しかし、夫婦に同一本国法も、同一常居所地法も存在しないと思われる本件事案において、夫婦に最も密接な関係がある地の法は、カナダ法ではないかと思われる。ただし、第一審の判示によれば、国際裁判管轄を判断するための認定ではあるものの、「反訴原告と反诉被告が名実ともに夫婦とし

ての生活を継続していた昭和五六年五月から平成二年四月までの約九年間のうち、日本を生活の本拠としていたのは約三年間に過ぎず、昭和五九年五月以降約六年間はカナダを生活の本拠とし、夫婦としての最後の生活地及び普通の住所地はいずれもカナダであること、前記の反訴原告の本件反訴における請求原因に記載したとおり、反訴原告が離婚原因として主張する事情はそのほとんどがカナダにおける結婚生活時に生じていたのであって、右離婚原因事実の存否を判断するためには反訴原告と反訴被告のカナダにおける結婚生活の状況を審理の対象とすることが不可欠であり、そのためには証拠収集の便宜及び証人の出頭確保等の観点からカナダの裁判所において審理を行うことが相当である」とされるような事情が存在するからである。

最後に、最高裁判決もまた、準拠法に言及していない。とはいえ、本件事案は、旧東ドイツにおいて婚姻を締結して婚姻生活を送り、西ドイツへの移住後、婚姻関係の破綻が顕在化し、日本人たる夫が子を連れて日本に帰国しているものである。本件事案のような事実経過、とりわけ、最後の婚姻共同生活地としての同一常居所がドイツであることに鑑みれば、夫婦に最も密接な関係がある地は、ドイツであると判断すべきであろう。ドイツ人たる妻が、日本との接触をまったくいっていないほどにもたないという点に鑑みても、日本法を夫婦の最密接関係地法であると判断することはできないであろう。

(3) このように、公表された裁判例の事案に照らして考えると、次のように結論づけることができるのではなからうか。

まず、原告が日本人であり、被告が外国人であるという類型、しかも、婚姻生活地たる日本から、被告（たる外国人）が外国に帰国しているという類型に該当する裁判例では、夫婦に最も密接な関係がある地の法は日本法となるため、日本人条項により準拠法が日本法となるとしても、両者は一致する。したがって、理念的な問題はともかく、確かに実践的に問題は生じない。

しかしながら、原告が日本人であり、被告が外国人であるという類型、しかも、(最後の) 婚姻生活地たる外国から、原告(たる日本人)が日本へ帰国しているという、いわゆる逃げ帰り離婚に該当する類型においては、法例一六条本文により、一四条を準用して準拠法を決定し、夫婦に最も密接な関係がある地の法に依拠しようとするならば、それはいずれも日本法ではない。この限りにおいて、日本人条項により日本法が準拠法となるという事態は、連結点の構成原理たる、最も密接な関係の原則に照らし、相当ではないと評価せざるを得ない。

(二) 国際裁判管轄及び常居所認定による規制の可能性

(一) このように、準拠法が日本人条項により日本法となるという結論が相当ではないと評価されるような事態は、現に裁判例において存在するものである。それならば、かかる相当ではない結論を回避するために、すでに提案されている方法は、機能しているであろうか。

既に提案されているのは、国際裁判管轄による規制と、常居所の慎重な確認による規制である。以下、それぞれについて検討する。

(2) 既に言及したように、「ただし書によるのが相当でないと思われる事案については、日本の裁判所に管轄権が生じない」と、あるいは「離婚の国際裁判管轄が否定される可能性が高い」と言えるであろうか。

そもそも、このような言明の前提には、最高裁判所昭和三十九年三月二五日大法廷判決に基づき、被告住所地主義の原則がある。このような一般的な原則に照らして考える限り、いわゆる逃げ帰り離婚に該当するような類型では、日本の裁判所に管轄権が認められない、あるいはその可能性が高いと、一般的に結論づけることができるのかもしれない。

しかしながら、最高裁判所昭和三十九年三月二五日大法廷判決に依拠するかどうかはともかくとして、名古屋高裁判決、最高裁判決、東京地裁判決のいずれも、被告住所地主義の原則に配慮しつつ、被告の住所が日本には

存在しないにもかかわらず、現に日本に国際裁判管轄が認められている。これらの事案において、日本に国際裁判管轄が認められるべきではなかったと評価するならば別であるが、可能性が高いと低いとかがかわらず、現に日本に国際裁判管轄が認められる以上、日本人条項により準拠法が決定されることが相当ではないとされる事態を、国際裁判管轄の判断によって、回避することはできていないと評価せざるを得ない。そもそも、名古屋高裁判決、最高裁判決、東京地裁判決のいずれにおいても、国際裁判管轄を判断するにあたり、日本人条項によって、不当にも準拠法が日本法となってしまう（であろう）という点は、少なくとも判決理由中で明確に述べられているところでは、考慮されていないのである。

さらに遡って言えば、離婚の国際裁判管轄のいかんは、一般に、準拠法のいかん（及び日本人条項の存在）から切り離されて判断されるものである。そうであるからといって、離婚の国際裁判管轄の判断にあたり、準拠法を考慮する見解が妥当ではない、というわけではない。やはり、日本人条項によって生じる不都合性を、国際裁判管轄の規制により処理すること自体に、無理があるのである。

結局、日本人条項により準拠法が日本法となることが相当とは言えないような状況を回避するための方法として、国際裁判管轄による規制は、実効的なものではないのである。

(3) それでは、常居所の認定についてはどうであろうか。「仮にそれが認められた場合には、この但書の趣旨に反する結果となることがないように、日本に常居所があることの確認は慎重に行われられているであろうか。

ここで、常居所の確認を慎重に行うというこの意味は、必ずしもはっきりしない。とはいえ、東京地裁判決では、日本人たる原告の常居所は、先に引用した判旨からも明らかのように、住民票によって認定されている。このような常居所の認定は、平成元年一〇月二日法務省民二第三九〇号通達第八一に対応して、もっぱら住民票によっているものである。改めて指摘されるまでもなく、かかる第三九〇号通達で採用されている常居所の認定基

準ないし認定方法は、戸籍窓口には、いわゆる形式的審査権しかないことに起因するものである。実質的審査権をも有する裁判所が、かかる常居所の認定基準を採用することからして疑問であるし、まして、常居所の確認が慎重に行われたとは、評価できないであろう。⁵⁶⁾

もっとも、そもそも常居所の確認が慎重に行われれば、それで足りるのかどうかという点についても、既に指摘されているように、当事者の一方のみの事情で準拠法が決定されてしまうという点をはじめとして、なお疑問の余地があり、日本人条項がもたらす不都合を回避するための規制として、やはり機能していないのではなからうか。

(四) 保護の必要性

(1) ここまでの検討を踏まえて言えば、日本人条項は、最も密接な関係の原則に照らし、準拠法が日本法となることが相当ではないと思われる事案においても、日本法を準拠法とすることがあること、その場合に、国際裁判管轄や、常居所の認定といった、既に提案されている規制では、その不当性を回避できない場合のあることが明らかとなった。

それならば、別個の観点から、日本人条項を根拠づけることはできるであろうか。

(2) そうした日本人条項の、新たな根拠とも呼ぶべきものが、「日本に常居所を有する日本人については、日本法に基づく離婚の自由、ひいては再婚の自由を保障すべきである」という指摘である。

とはいえ、そのような指摘の根拠からして、不明確である。日本法に基づく離婚（及び）の自由を保障すべき理由も、それを日本に常居所を有する日本人に限定する理由も、示されていない。さらに言えば、この言明をいわば双方化すれば、外国に常居所を有する外国人については、当該外国法に基づく離婚及び再婚の自由を保障すべきであるということになるが、これが一般的に適切であるとは、到底思われない。⁵⁸⁾

また、離婚の容易化という実質法の傾向の、抵触法上の現われ、あるいは離婚の保護という政策的な根拠につい

ても、外国でそのような政策が現に採用されていること、そのような政策を日本で採用すべきかどうかは、まったく別の問題であるし、そもそも、日本人条項は「離婚保護という当事者利益の保護の立場ではなく、……戸籍実務上の便宜のための制限と見られる立場である」と評価されているところでもある。

(3) さらに、逃げ帰り離婚について、離婚の可否を日本法で判断して当該日本人を保護すべきであるという立場に対しても、これと同様に、そのような政策的な根拠ないし価値判断の妥当性が、説得的に示されていない、という批判が向けられてしかるべきであろう。

もとより、個別具体的な事案で、外国から逃げ帰った日本人配偶者に、日本法により離婚を認めるべき場合のあることまで、否定するものではない。⁶⁰⁾とはいえ、それは日本人条項で一般的に対処すべき問題ではないであろう。むしろ、個々の事案に即した、公序による具体的な調整に馴染むものであると考えるべきではなからうか。

(五) 協議離婚で発生する不都合

(1) 前述したように、日本人条項の当否は、協議離婚との関係で、論じられる点がある。すなわち、いわゆる逃げ帰り離婚に該当するような類型において、日本で協議離婚届が提出されたとき、夫婦の一方の事情のみを認定すれば準拠法を決定でき、他方配偶者の意思に反する離婚届が受理されてしまつ危険性が高くなるという結果となり、当該外国人当事者に不測の不利益が生じる可能性があり、その結果、日本の協議離婚が外国で承認されず、跛行婚を発生させる危険性がある、と。

この点については、いかに考えるべきであろうか。

(2) この点に関連して、「離婚意思の確認の問題は協議離婚の届出一般の問題であり、仮に離婚意思の確認が不十分なことに起因して離婚の効力が争われる事案があったとしても、それは、法例第一六条ただし書を削除することによって対応すべき問題ではない」という指摘がある。このような指摘は、離婚の、いわゆる届出意思を、離婚

の方式と考える裁判例⁽⁶¹⁾に沿うものである。

とはいえ、このような届出意思を方式と理解すること自体に、疑問が向けられているところである。⁽⁶²⁾この点を措くとしても、協議離婚の受理に際して、夫婦の最密接関係地が日本であることを要求するならばともかく、⁽⁶³⁾外国に常居所を有する外国人に無断で、婚姻生活地である外国から日本に帰国した日本人が、協議離婚の届出を提出した場合において、当該外国人が日本で婚姻無効確認の訴えを提起するとき、名古屋高裁判決のように、反訴で離婚の訴えを提起されたとき、日本に国際裁判管轄が認められるとすれば、日本人条項により、夫婦の最密接関係地が外国であるにもかかわらず、(不当にも)日本法が離婚準拠法となるといふ帰結が生じてしまう。このような帰結は、まさしく日本人条項がもたらすものである。それにもかかわらず、「それは、法例第一六条ただし書を削除することによって対応すべき問題ではない」とは、評価できないのではなからうか。むしろ、「現実に常居所地の認定を厳格に行わない形で、日本人からの一方的な協議離婚が多くなされるなど、弊害もでている」⁽⁶⁴⁾という指摘が妥当なところであり、件数の多寡はともかく、問題が残るところであるといふべきであろう。

(3) もとより、協議離婚が外国において承認されず、跛行婚が生ずる危険は、日本人条項によるかどうかにかかわらず、準拠法が日本法となる場合に存在するものであることも、既に指摘されている通りである。

本稿では、日本の協議離婚の、外国における承認⁽⁶⁵⁾について検討する余裕はないが、これは確かに正当な指摘であろうと思われる。このため、しかるべき対策が検討されなければならないし、現に、いくつかの対策が述べられているところである。たとえば、「当面の問題として、離婚届出制度のもつ欠陥に日本人より一層大きな被害を受ける外国人配偶者のために……、国際的な協議離婚の届出に際しては、離婚当事者の真意を確認することを可能とする何らかの措置がとられるべきであろう」⁽⁶⁶⁾との提言がなされ、あるいは、実務上の運用として、協議離婚の届出に対し、「家裁に行くよう指導する、等の配慮」をするなり、日本法が準拠法となるとしても、解釈上の配慮をする

ことが提案されている。⁽⁶⁷⁾ さらに、立法論的には、協議離婚を、夫婦双方が日本に常居所を有する日本人である場合に限定する等の提案もなされている。⁽⁶⁸⁾

これらの提案の当否には、ここでは立ち入らないが、遺憾ながら、いずれの提言も、実務において受け入れられるところとはなっていない。

(六) 私見

(1) 前述のように、逃げ帰り離婚の類型においては、法例一六条本文により、一四条を準用して準拠法を決定し、夫婦に最も密接な関係がある地の法に依拠しようとするならば、それはいずれも日本法ではないため、日本人条項により日本法が準拠法となるという事態は、連結点の構成原理たる、最も密接な関係の原則に照らし、相当ではないと評価せざるを得ない。また、このような事態は、国際裁判管轄や、常居所の確認といった、かねてから提案されてきている規制では、対処できないことが示された。さらに、改めて日本人条項を基礎づける試みも、いまだしかるべき根拠が示されているとも思われない。のみならず、協議離婚のもたらす跛行婚の危険性に対応する方法も、いまだはつきりしない。

それならば、いかなる解決が試みられるべきか。

(2) そもそも日本人条項が、「戸籍吏に準拠法の選定につき極めて困難な判断を強いることになり、戸籍実務上、著しい支障を生ずるので、実務処理の便宜を考慮して、窮余の方策として案出されたもの」⁽⁶⁹⁾ であるとすれば、戸籍実務の処理の際に限定して、日本人条項を適用することが考えられる。端的に言えば、日本人条項の適用を、協議離婚に限定し、裁判離婚には適用しない、という解釈が考えられよう。⁽⁷⁰⁾ しかし、このような処理は、「協議離婚至上主義」⁽⁷¹⁾ とも呼ばれる状況を温存するものとして、妥当ではなからう。

また、日本人条項「の要件を満たす夫婦の離婚が日本で問題となる場合には、最密接関係地法を個別に検討して

みても、それが日本法となることがほとんどであると考えられる」かどうかについて言えば、前述の裁判例に照らすだけでは「ほとんどである」という評価の当否は判断できない。それでも、前述の裁判例から、少なくとも、外国人と日本人との夫婦が、日本で婚姻生活を営んでおり、これが日本で破綻して、外国人配偶者が日本を離れてから離婚が問題となる事例が、類型的に存在するし、この類型においては、夫婦の最密接関係地法は、確かに日本法になる。その限りにおいて、夫婦の最密接関係地法を類型的に具体化する規定として、日本人条項を理解することには、それなりの理由があり、日本人条項の適用を協議離婚に限定するべきではなからう。

夫婦の最密接関係地法を類型的に具体化する規定として、日本人条項を理解できるとしても、日本人条項が内外法の平等という国際私法の理念に抵触するという点で、日本人条項の立法論上の相当性が疑われることまで、否定するものではない。とはいえ、「夫婦に最も密接な関係がある地」という表現は、抽象的なものであり、法的安定性の観点からは、適否が疑われることも指摘されなければならないであろう。すなわち、法的安定性の観点から、夫婦の最密接関係地法を具体化ないし類型化するのが日本人条項であり、あくまでもその限りにおいて、一応の妥当性が認められると理解することは、可能であろう。

(3) とはいえ、夫婦の最密接関係地法を類型的に具体化する規定として日本人条項を理解するとしても、あらゆる事案において、そのような具体化が常に正当化できるものではないことは、前述の裁判例からも、明らかである。また、いったん明文化がなされた以上、形式的に、夫婦の一方が日本に常居所を有する日本人であるときは、例外なく日本人条項により準拠法が日本法とされるといふ解釈は、法的安定性の観点からは推奨されるかもしれないが、具体的妥当性の観点からは疑問である。

むしろ、類型的に、日本人条項による日本法の適用が相当であるとは考えられない、逃げ帰り離婚には、日本人条項が適用されないと、たとえていえば日本人条項をみなし規定ではなく、推定規定と、解すべきである。前述の

ように、国際裁判管轄による規制が機能しない以上、逃げ帰り離婚に日本人条項を適用しない旨の文言こそないものの、日本人条項の趣旨を、夫婦の最密関係地法の具体化ないし類型化として理解しつつ、その具体化ないし類型化でとらえきれない逃げ帰り離婚が存在するという状況に鑑みるとき、かかる解釈は、許容され得るものと考えられる。このように解することで、協議離婚において、当事者の離婚意思を確認する手続を欠くことから生じる跛行婚も、ごく限られた範囲ではあるものの、回避することができるのではなからうか。

三 結 語

一 本稿においては、法例一六条ただし書において採用され、法の適用に関する通則法二七条ただし書に引き継がれた、離婚準拠法の決定における日本人条項について、立法趣旨及び学説、離婚準拠法に関する裁判例を踏まえ、検討を加えた。

みられたように、日本人条項によって、現に不都合が生じているし、その不都合を回避するために、国際裁判管轄による規制や、常居所認定による規制では、対処ができていないことが確認された。また、日本人条項を根拠づけようとすると、保護の必要性にしても、いまだ十分に根拠づけることができていないとは思われない。戸籍実務上の協議離婚の意思確認の不備に伴って生じる跛行婚の危険をも、あわせて考慮すべきであろう。そこで、日本人条項は、少なくとも逃げ帰り離婚には、適用されないものと解すべきであることが示された。

二 本稿では、そもそも離婚準拠法が婚姻の効力準拠法を準用することの根拠ないし当否にも、立ち入る余裕はなかった。また、戸籍実務を制度的に改めることを視野に入れた検討も加えられていない。本稿で示されたのは、現行規定を前提としつつ、公にされている裁判例に手がかりを求めた、離婚準拠法の決定に関する日本人条項を解

釈するうえで、可能性の一つにすぎない²²⁾。また、かかる解釈は、現行制度のはらむ問題を温存させる危険をもつこともまた、認めなければならないところである。

とはいえ、本稿が、立法論にとどまらない、日本人条項をめぐる解釈論が展開される契機となれば、望外のこととされなければならない。

註

- (1) 最近の文献として、早川眞一郎「涉外離婚の国際裁判管轄と準拠法」(野田愛子・梶村太市(総編集)/小田八重子・水野紀子(編集)『新家族法実務体系 第一巻』(平成二〇年、新日本法規出版) 五三八頁を参照。
- (2) 南敏文「改正法例の一部改正について」民事月報四四卷八号六頁、三一頁。
- (3) 南・同上。
- (4) 南・前掲三三頁。
- (5) 南・同上。
- (6) 小出邦夫(編)『逐条解説 法の適用に関する通則法』(二〇〇九年、商事法務) 三三二頁以下。
- (7) 小出・前掲書三二六頁。
- (8) 横山潤『国際家族法の研究』(一九九七年、有斐閣) 二二六頁。
- (9) 山田録一『国際私法(第三版)』(二〇〇四年、有斐閣) 四四五頁。
- (10) 山田・前掲書四四四～五頁。
- (11) 神前禎・早川吉尚・元永和彦『国際私法 第二版』(二〇〇六年、有斐閣) 一七九頁。
- (12) 澤木敬郎・道垣内正人『国際私法入門「第六版」』(二〇〇六年、有斐閣) 二二三四頁。また、神前・早川・元永・前掲書一七九頁は、日本法が「夫婦の最密接関係地法とされる蓋然性は決して低くないであろう」と評価する。
- (13) 松岡博・木棚照一・渡辺惺之『国際私法概論「第五版」』(二〇〇七年、有斐閣) 二一九頁。

- (14) 前嶺・早川・元永・前掲書一七九頁、一八〇頁
- (15) 澤木・道垣・前掲書一二四頁。
- (16) 鳥居淳子「涉外離婚事件の準拠法」〔岡垣學・野田愛子(編)『講座・実務家事審判法 五』(一九九〇年、日本評論社)一四六頁。なお、鳥居淳子「国際離婚におけるいわゆる日本人条項」(沢木敬郎・坪場準一(編)『国際私法の争点(新版)』(一九九六年、有斐閣)一六七頁以下をも参照。
- (17) 溜池良夫『国際私法講義「第三版」』(二〇〇五年、有斐閣)四六一頁も、「国際私法規定の本来の在り方からすると、このような日本人条項(内国人条項)の存在は望ましくない」と評価する。
- (18) 出口耕自『基本論点国際私法「第二版」』(二〇〇一年、法学書院)一一九頁。
- (19) 鳥居・前掲「涉外離婚事件の準拠法」一四六頁。なお、鳥居・争点一六八頁以下をも参照。
- (20) 神前・早川・元永・前掲書一七九頁、一八〇頁。
- (21) 石黒一憲「法例改正の意義と問題点」『法律時報六一巻一三三三頁、三九頁(註一八)』。
- (22) 包括的には、齋藤彰「国際的協議離婚についての覚書」〔関西法学四五巻一・三号四五五頁以下、とりわけ四九〇頁以下を参照。
- (23) 鳥居・前掲「涉外離婚事件の準拠法」一四六頁。なお、鳥居・争点一六八頁以下、神前・早川・元永・前掲書一七九頁、一八〇頁をも参照。
- (24) 松岡・木棚・渡辺・前掲書二一九頁
- (25) 石黒・前掲三三頁。さらに、石黒一憲「国際私法「新版」」(有斐閣、一九九〇年)二六九頁をも参照。
- (26) 神前・早川・元永・前掲書一八〇頁
- (27) 横山・前掲書一三六頁。
- (28) 出口・前掲書一一九頁。
- (29) 判夕八一―号二七頁、家月四五巻一〇号六五頁。評釈として、小澤一郎・判夕臨増八五二号(平成五年度主要民事判例解説)二七〇頁を参照。

- (30) 家月四五卷一〇二五七頁。評釈として、植松真生・ジュリ一〇八五号一〇〇頁、奥田安弘・涉外判例百選〔第三版〕二四頁、小山昇・涉外判例百選〔第三版〕二二八頁、南敏文・国際私法判例百選〔新法対応補正版〕一〇〇頁等を参照。
- (31) 判時一四一八号一三三頁、家月四四卷二二二号一〇五頁。評釈として、佐野寛・涉外判例百選〔第三版〕一四頁、松岡博・涉外判例百選〔第三版〕一三四頁、鳥居淳子・平成四年度重判二八四頁、早田芳郎・私法判例リマークス七号一六〇頁、島田充子・前田昌宏・判夕臨増八二二号（平成四年度主要民事判例解説）一六〇頁を参照。
- (32) 判夕一〇〇二二四九頁。その評釈として、織田有基子・ジュリ一一九〇号一四二頁、北坂尚洋・国際私法判例百選〔新法対応補正版〕一六頁を参照。
- (33) 家月四三卷一〇四八頁。評釈として、佐藤やよひ・ジュリ一〇六四号二二四頁、渡辺惺之・民商法雑誌一〇七卷二二二七九頁、鳥居淳子・涉外判例百選〔第三版〕一三〇頁、中西康・国際私法判例百選〔新法対応補正版〕一一二頁を参照。
- (34) 平成五年一〇月一八日高松高裁判決（判夕八三四号二二五頁）。評釈として、笠原俊宏・涉外判例百選〔第三版〕一一二頁、小山昇・国際私法判例百選〔新法対応補正版〕一一〇頁、鈴木航兒・判夕臨増八八二二号（平成六年度主要民事判例解説）一八八頁を参照。
- (35) 平成九年二月二五日最高裁第三小法廷判決（家月四九卷七号五六頁）。評釈として、中西康・国際私法判例百選〔新法対応補正版〕二〇六頁、吉田欣子・判夕臨増九七八号（平成九年度主要民事判例解説）一三〇頁を参照。控訴審の判断は、平成七年六月一五日東京高裁判決（家月四九卷七号六二頁）、第一審の判断は、平成六年一〇月二四日横浜地裁判決（家月四九卷七号六五頁）である。
- (36) 家月五三卷五号一八〇頁、及びその控訴審たる、平成二二年七月二二日東京高裁判決（家月五三卷五号一七四頁、判時一七二九号四五頁、判夕一〇九九号二五〇頁）では、平成元年の法例改正前の規定にも言及がなされている。控訴審の評釈として、熊谷久世・冲縄法政研究三号八七頁、鳥居淳子・判時一七四六号二二七頁（判例評論五〇九号四九頁）、大村芳昭・戸籍時報五四五号二頁、竹下啓介・ジュリ二二六八号三三一頁、南敏文・判夕臨増一〇九六号（平成一三年度主要民事判例解説）二二六頁を参照。
- (37) 判時一九二五号二二一頁。評釈として、林貴美・私法判例リマークス三四号一三四頁、實川和子・判夕臨増一二四五号

- (平成一八年度主要民事判例解説) 一三八頁を参照。
- (38) 家月五六巻五号二二四頁。評釈として、村重慶一・戸籍時報五七八号二六頁、釜谷真史・ジュリー二九六号一七二頁、
〔金沢淑・民商法雑誌一三二巻四〕五号六五七頁、阿保賢祐・判夕臨増一一八四号(平成一六年度主要民事判例解説)二二三
一頁を参照。
- (39) 判タ一〇二三号二六七頁。評釈として、本吉弘行・判夕臨増一〇六五号(平成二二年度主要民事判例解説)三二〇頁を
参照。
- (40) ただし、判旨のうえで、法例を「法令」と誤記している(判タ一〇三三号二七〇頁)。
- (41) 判時一三八四号七一頁、判タ七五九号二五〇頁。評釈として、谷口牧子・北海学園大学法学研究三〇巻三三五二五頁、
櫻田嘉章・ジュリ九九三三二一〇頁、横山潤・平成三年度重判二六三頁、中西康・涉外判例百選〔第三版〕四頁、神前禎・
涉外判例百選〔第三版〕三六頁、多喜寛・国際私法判例百選〔新法対応補正版〕一三六頁、横田勝年・判夕臨増七九〇号
(平成三年度主要民事判例解説)一五二頁を参照。
- (42) 判時一四二四号八四頁。評釈として、河野俊行・私法判例リマークス七号一六五頁、村重慶一・戸籍時報四三二一五〇
頁、岡本善八・涉外判例百選〔第三版〕一六頁、伊藤弘子・国際私法判例百選〔新法対応補正版〕一八頁、信濃孝一・判
夕臨増八二二号(平成四年度主要民事判例解説)一六四頁を参照。
- (43) 家月四五巻三三六七頁、判時一四二四号八五頁。評釈として、出口耕自・ジュリー一〇五七号一一九頁、村重慶一・戸籍
時報四三二二四四頁、信濃孝一・判夕臨増八二二号(平成四年度主要民事判例解説)一六四頁を参照。
- (44) 判タ八五二二八二頁。評釈として、国友明彦・ジュリー一〇九三三三六頁、笠原俊宏・国際私法判例百選〔新法対応
補正版〕一一四頁、北野俊光・判夕臨増八八二号(平成六年度主要民事判例解説)二九二頁、小野寺規夫・判夕臨増九一
三号(平成七年度主要民事判例解説一九六頁)を参照。
- (45) 名古屋地裁平成六年一二月一四日判決(判タ八九二二四三頁)。
- (46) 判タ八九二二四八頁。評釈として、中西康・ジュリー一四二二二一六頁、田村精一・平成七年度重判二六四頁、多喜
寛・私法判例リマークス一四号一五五頁、小田敬美・判夕臨増九四五号(平成八年度主要民事判例解説)三二八頁を参照。

(47) 判タ九二二号二七六頁。

(48) 判時一五五六号八一頁、家月四八巻五号六六頁。評釈として、宇田川幸則・ジュリ一五九号一六七頁、五十嵐清・平成八年度重判二七五頁、南敏文・判タ臨増九四五号（平成八年度主要民事判例解説）一七六頁を参照。なお、平成五年一月一日秋田地方裁判所大曲支部判決（判時一五三三号一六頁、家月四八巻五号六九頁）、その評釈として、小野寺規夫・判タ臨増九一三三号（平成七年度主要民事判例解説）一九六頁を参照。

(49) 民集五〇巻七号一四五頁、判時一五七八号五六頁、判タ九二〇号一四二頁、家月四八巻一五号五三頁。評釈として、横溝大・法学協会雑誌一一五巻五号六八九頁、山田恒久・法学研究七一巻六号九五頁、山下郁夫・法曹時報五〇巻九号二三七七頁、渡辺惺之・法学教室一九五号一〇六頁、山下郁夫・ジュリ一〇三号一二九頁、海老沢美広・私法判例リマーカー一五号一七四頁、渡辺惺之・判時一六〇九号一九九頁（判例評論四六四号三七頁）、道垣内正人・ジュリ一二二〇号一三二頁、北村賢哲・別冊ジュリ一四五号二二二頁、多喜寛・平成八年度重判二八七頁、山下郁夫・最高裁判所判例解説民事篇平成八年度四五八頁、櫻田嘉章・国際私法判例百選「新法対応補正版」一八四頁、小野寺規夫・判タ臨増九四五号（平成八年度主要民事判例解説）三二四頁を参照。

(50) 判例時報一六三八号二二三頁。評釈として、村重慶一・戸籍時報四九八号五二頁、澤田省三・戸籍六七九号四七頁、織田有基子・ジュリ一六一号二〇七頁、奥田安弘・国際私法判例百選「新法対応補正版」一〇六頁、種村好子・判タ臨増一〇〇五号（平成一〇年度主要民事判例解説）一四〇頁を参照。

(51) 判時一七二八号五八頁、判タ一〇六八号三四頁。評釈として、高杉直・ジュリ一二二八号二九〇頁、原啓一郎・判タ臨増一〇九六号（平成一三年度主要民事判例解説）二三〇頁を参照。なお、海老沢美広・判タ臨増一〇〇〇号（家事関係裁判例と実務二四五題）八四頁をも参照。

(52) 判時一八五四号五一頁。評釈として、山田恒久・ジュリ一二九〇号一四四頁、江泉芳信・平成一六年度重判二九八頁、近藤ルミ子・判タ臨増一一八四号（平成一六年度主要民事判例解説）二二六頁を参照。

(53) 家月六〇巻一〇八頁、判時一九九五号一一四頁、判タ一二五五号二九九頁。評釈として、織田有基子・ジュリ一三六二号一四四頁、村重慶一・戸籍時報六三二号八二頁、渡辺惺之・戸籍時報六四二号二六頁、北澤安紀・平成二〇年度重

- 判三四八頁、南敏文・別冊判タ二五号（平成二〇年度主要民事判例解説）一二二頁を参照。
- (54) この点につき、齋藤・前掲四九九頁以下を参照。離婚の国際裁判管轄に関する最近の論稿として、北坂尚洋「離婚の国際裁判管轄権の決定における管轄原因としての国籍」福岡大学法学論叢五〇巻三号一頁を挙げられるが、そこでも準拠法のいかん（及び日本人条項の存在）は、考慮されていないように見受けられる。
- (55) たとえば、佐藤やよひ・ジュリ九七六号一一九頁以下、出口耕自・ジュリ一〇五七号一一九頁以下。
- (56) もっとも、このような裁判実務の態度を、安易に批判することもできないであろう。常居所に関しては、別稿が予定されている。
- (57) 神前・早川・元永・前掲書一八〇頁。
- (58) たとえば、最高裁判決の事案において、被告であるドイツ人女性に、ドイツ法による離婚及び再婚の自由が認められるべきであるという判断が、適切であるとは思われない。
- (59) 笠原俊宏「涉外離婚の連結規則について」東洋法学四九巻一号五七頁以下、七八頁。
- (60) たとえば、東京地裁判決の事案を、挙げることもできるかもしれない。
- (61) 最高裁第二小法廷平成八年三月八日判決（家月四八巻一〇号一四五頁、判時一五七一号七一頁、判タ九二二号一四七頁）。評釈として、国友明彦「国際私法判例百選〔新法対応補正版〕」一〇四頁、北野俊光「判タ臨増九四五号一六六頁、神前禎・ジュリ一五一一号一三七頁、神谷遊・判評四五七号五三頁、水野紀子・リマークス一五号八二頁、柳勝司・名城法学四六巻四号一〇七頁を参照。
- (62) 神前・同上二三八頁以下、国友・同上二〇四一五頁。
- (63) 逃げ帰り離婚の類型に関しては、協議離婚の受理に、このような要件を課すことを提案する、佐藤やよひ・道垣内正人（編）『涉外戸籍法リステイトメント』（平成一九年、日本加除出版）二二五一六頁、二二二三頁をも参照。
- (64) 櫻田嘉章『国際私法（第五版）』（二〇〇六年、有斐閣）二六八頁。
- (65) この点については、たとえば、渡辺惺之「外国の離婚・日本の離婚の国際的効力」（岡垣學・野田愛子（編）『講座・実務家事審判法 五』（一九九〇年、日本評論社）一八九頁、とりわけ一九九頁以下を参照。

(66) 鳥居・争点一六九頁。

(67) 石黒・前掲書二六九～二七〇頁。

(68) 齋藤・前掲五〇八～九頁。

(69) 山田鎌一・早田芳郎「法例改正について」法学教室一一二号四二頁、四五頁。

(70) なお、適用法条に着目して言えば、東京地裁判決、神戸地裁判決は、法例一六条ただし書によることのできる場面であるが、この規定に触れることなく、法例一六条、一四条により、「共通常居所地法である日本法を適用」している。もつとも、これらは、日本人条項によらないものの、準拠法が日本法とされているので、裁判離婚につき日本人条項の適用を排除する先例と理解することはできない。

(71) 齋藤・前掲四九六頁。

(72) その他の可能性として、たとえば、通則法二七条ただし書を、離婚の方式に関する規定であると解する見解（笠原俊宏『国際家族法新論』（平成二十二年、文眞堂）一九〇頁）を指摘することができよう。