

国際私法への招待

今まで国際的な事件を業務で扱ったことはありますか？

今回は国際私法についての特集です。立教大学法学部教授で国際委員会副委員長の早川吉尚会員に「国際私法への招待」として、国際私法の基本部分全般について、日弁連家事法制委員会委員大谷美紀子会員に「国際離婚に伴う法的諸問題」、外国人の権利に関する委員会委員川本祐一会員に「国際結婚・離婚について 四谷法律相談センターの外国人相談でよく出る質問 Q & A」をまとめていただきました。

国際化が進む現在、弁護士として国際私法についての知識を備えておく必要性は高いといえます。もっとも、国際私法について学びたいけれども敷居が高いと感じている会員も多いのではないかと思います。

ます。そこで、今回の特集は、まず、今まで国際私法に触れたことのない会員にも興味を持っていただけるようなものとししました。もちろん、既に扱っている会員が読んでも新たな発見があるような記事にもなっています。できるだけ多くの会員に国際私法について興味をもってもらい、この記事が会員皆様の業務に役立つものとなれば幸いです。

(町田 弘香, 難波 知子)

CONTENTS

- 国際私法への招待
- 国際離婚に伴う法的諸問題
- 国際結婚・離婚について 四谷法律相談センターの外国人相談でよく出る質問 Q & A

国際私法への招待

立教大学教授・国際委員会副委員長 早川 吉尚



1 はじめに

日本国内に在住する当事者間の紛争を裁判所で解決しようとする場合には、日本国内におけるいずれの地の裁判所において当該紛争が解決されるべきであるかという問題は発生するが、いずれの国において当該紛争が解決されるべきであるかといった問題は、通常、発生しない。また、日本国内のいずれの地の裁判所で解決されようと、そこで行われる手続が日本の民事訴訟法の規律に従って行われることには変

わりはなく、かかる手続が日本語により進められる点にも違いはない。また、解決において依拠される実体基準も、通常、日本の法律や判例である。

しかし、一方の当事者が日本以外の国に在住する場合には、手続面では、そもそも、当該紛争がいずれの国の裁判所で解決されるべきであるかが問題となる（「国際裁判管轄」）。当事者にしてみれば、相手方の在住する国の裁判所で解決されるということになった場合、事情のよく分からない遠い外国にまで行かなければならないという不利益の他、言語の点、

さらには、自国の民事訴訟法とは内容を異にする民事訴訟制度の下で手続を行わなければならないという点で、多大な不利益を被らなければならない。したがって、かかる問題はどちらの当事者にとっても深刻なものとなる。また、仮に当該紛争が日本において日本の民事訴訟法の下で解決されることになったとしても、相手方や証拠が外国に在住しているという特殊性が、手続における様々な局面において障害となることがある（「国際送達」, 「国際証拠調べ」）。さらに、裁判所による確定判決という形で紛争がいったんは解決したとしても、敗訴当事者が当該判決に従わないため、強制執行をせざるをえないという場合もある。しかし、強制執行の対象となりうる財産が自国に存在しない場合には、当該判決に基づく強制執行につき財産の所在する外国に助力を求めることが必要となる。あるいは、自国に財産が存在する場合に、外国から当該外国の判決の強制執行に助力を求められるという事態が生じることになる（「外国判決の承認執行」）。

他方、実体面では、国の数だけ異なる法体系が存在するという現在の世界において、国際的な事案にどの国の法を適用すべきかという問題が生ずる。この点、いかなる場合にも法廷地の実体法しか適用しないということでは、当該法廷地との関係が薄いような事案において当該法律関係との関係が乏しい国の法が適用されてしまうという問題が発生する上に、どの国が法廷地となるかによって結論が異なるということになってしまい、上述の国際裁判管轄を巡る争いを激化させてしまう。そこで、わが国を含めた各国は、実体法については、法廷地の法以外の法の適用の余地、すなわち、国際的事案において外国法が適用される余地を広く認めている（「準拠法の選択・適用」）。

かかる問題の規律につき取り扱う法領域が「国際私法」と呼ばれる法分野である。より正確には、前者の手続的問題を扱う「国際民事手続法」なる法分野と、後者の実体的問題を扱う「(狭義の)国際私法」なる法分野から構成され、両者を合わせて「(広義の)国際私法」と呼ばれることが多い。かかる法分野は、一般の弁護士の日常業務においては必ずしも親しみがないものであったかもしれないが、グローバル化の進展により、今後、好むと好まざると関与せざるを得ない事態は増加していくものと思われる。かかる状況に鑑みて新たな立法も相次いでおり、そうした観点から、かかる法分野につき、その概要を説明するのが本稿の目的である。

なお、「国際私法」なるその名称から、あたかも各主権国家の上位に位置して上記問題を規律する統一的な法規範が存在し、それを対象として取り扱う法分野であるとの誤解をする向きも少なくはないため、まずは冒頭においてこの点につき確認したい。確かに、そのような世界統一的な国際法規範が存在するとすれば理想的であり、その場合、各国どこに裁判所に行っても、事案が同じである限り、手続面・実体面において同様の処理が行われ、同様の結論が導かれることになろう。しかし、残念ながら、現在の世界秩序においては、一部の条約等の例外を除き、手続面・実体面双方において、そのような世界統一的な国際法規範は存在していない。したがって各国は、自国の裁判所に国際的な事案が係属した場合において上記の問題を取り扱うための国内法規範を独自に用意し対応しているというのが現実であり、日本においても、手続面・実体面双方において一定の範囲で国内法が整備されている。したがって、本稿で以下に説明されるのは、あくまで日本の国内法としての「国際民事手続法」, 「(狭義の)国際私法」である。

2 国際民事手続法

国際的な事案に関する手続面の規律につき扱う「国際民事手続法」については、もちろん、そのような名称の法典がわが国に存在するわけではない。すなわち、この分野における様々な問題に対応するための様々な法律の総称にすぎないのであり、以下、手続の流れに沿ってより具体的にみてみよう。

(1) 国際裁判管轄・裁判権免除

国際的な要素を含む事案につきわが国で提訴がなされた場合には、まず、当該事案についてわが国が裁判管轄権を行使してよいのかという「国際裁判管轄」という問題が解決されなければならない。この点、わが国の国内法の中にこれに関する明文の規定が存在せず、判例により形成されたルールに依拠せざるを得ない状態が長らく続いていた。しかし、2011年、民事訴訟法の一部を改正する形で、財産法関係事件に関しては纏まった規定が置かれ、現在においてはかかる規定に依拠すれば一定の解が与えられるようになっている。

すなわち、自然人に対する訴えについては、その住所が日本国内にあるとき（民訴法3条の2 1項）、法人その他の社団又は財団に対する訴えについては、その主たる事務所又は営業所が日本国内にあるときに国際裁判管轄がある（3項）（「被告住所地管轄」）。また、そのような場合でなくても、契約上の債務の履行の請求や不履行による損害賠償の請求などを目的とする訴えについては、契約において定められた当該債務の履行地が日本国内にあるとき、又は契約において選択された地の法によれば当該債務の履行地が日本国内にあるときに管轄があるとされ（3条の3 1号）（「契約債務履行地管轄」）、請求の目的が

日本国内にあるときか（当該訴えが金銭の支払いを請求するものである場合には）差し押さえることができる被告の財産が日本国内にあるとき（その財産の価額が著しく低いときを除く）に管轄が認められるとされている（3条の3 3号）（「財産所在地管轄」）。他方、事務所又は営業所を有する者に対する訴えでその事務所又は営業所における業務に関するものについては、当該事務所又は営業所が日本国内にあるときに管轄が認められるほか（3条の3 4号）、日本において事業を行う者に対する訴えについては、当該訴えがその者の日本における業務に関するものであるときに管轄が認められる（3条の3 5号）（「業務関連管轄」）。

また、不法行為に関する訴えについては、不法行為があった地が日本国内にあるとき（外国で行われた加害行為の結果が日本国内で発生した場合において、日本国内におけるその結果の発生が通常予想することができないものであったときを除く）に、管轄が認められる（3条の3 8号）（「不法行為地管轄」）。また、一方当事者が消費者・労働者である取引の場合については、消費者から事業者に対する訴えは、訴えの提起の時又は消費者契約の時における消費者の住所が日本国内にあるとき、労働者からの事業主に対する訴えは労働提供地が日本国内にあるときに管轄が認められるとしている（3条の4 1項・2項）。またこの他、「専属管轄」（3条の5）、「併合管轄」（3条の6）、「合意管轄」・「応訴管轄」（3条の7、3条の8）についても定めがある上に、事案の性質、応訴による被告の負担の程度、証拠の所在地その他の事情を考慮して、日本の裁判所が審理及び裁判をすることが当事者間の衡平を害し、又は適正かつ迅速な審理の実現を妨げることとなる「特別の事情」がある場合に、訴えを却下する余地を認める規定も置

かれている(3条の9)。

なお、国際的な事案においては、被告が外国国家であるといった場合があり、その際、そもそもわが国の裁判権が被告に及ぶのかという問題も追加的に発生する(「裁判権免除」)。これに関しては、近時、わが国は「国家及び国家財産の裁判権免除に関する国際連合条約」に署名し、国会の承認を得た上で、受諾書の寄託を行っている。そして、国内法としても「外国等に対する我が国の民事裁判権に関する法律」を制定し、2009年からこれを施行している。

(2) 国際送達・国際証拠調べ

また、相手方や外国に在住する場合には、国境を越えて「国際送達」を行う必要が生じるが、その場合には、国内に所在する被告に対してなされているような方法、すなわち、郵便業務従事者等を使ってわが国の裁判所が直接に訴訟上の書類を交付するといった方法を行うことはできない。これは、「送達」という行為が裁判所という国家機関が行う物理的な行為であり、これを相手国に無断で行うことは、ある国家(およびその手足となる者)が他国領土内において物理的な行為を行うことは当該他国の同意がない限り決して許されないという執行管轄権に関する国際法上の原則に違反してしまうからである。この原則に反しないためには、①相手国領土内における物理的な行為を相手国自身に行ってもらるか、②相手国領土内で自国がかかる物理的な行為を行うことを相手国に承諾してもらうしかないのであり、そのような観点から、民訴法108条は、①「その国の管轄官庁」に嘱託するという方法と、②その国で活動することが一般に認められている「その国に駐在する日本の大使、公使若しくは領事」に嘱託するという方法(ただし、これらの者が送達に関する活動も行い

うることを当該国に認めてもらうことが前提として必要である)という2つについて、明文をもって定めている。もっとも、当該外国に対して訴訟が係属する度に、①その管轄官庁に送達の嘱託を打診する、あるいは、②その国に駐在する大使・公使・領事が送達に関する活動を行うことを認めてもらうというのでは、送達の実施に多大な時間がかかってしまう。そこで、そうした時間を節約するべく、わが国は円滑な国際送達のための国際的な司法共助体制を様々な形で構築しており、多国間のものとしては、ハーグ国際私法会議なる国際機関により作成された「民事訴訟手続に関する条約(民訴条約)」および「民事又は商事に関する裁判上及び裁判外の文書の外国における送達及び告知に関する条約(送達条約)」、二国間のものとしては、「日本国とアメリカ合衆国との間の領事条約(日米領事条約)」や「日本とグレートブリテン及び北部アイルランド連合王国との間の領事条約」といった二国間条約、さらに、その他の国々との間において二国間取決めを様々に結んでいる。

また、同様の問題は外国に証拠が所在する「国際証拠調べ」においても生ずる。これについて民訴法184条は、①「その国の管轄官庁」に証拠調べを嘱託するという方法と、②その国で活動することが一般に認められている「その国に駐在する日本の大使、公使若しくは領事」に証拠調べを嘱託するという方法(ただし、これらの者が証拠調べに関する活動も行いうることを当該国に認めてもらうことが前提として必要である)という2つについて、明文をもって定めている。その上で、手続の円滑化のための多国間条約として、わが国も締約国になっている前掲の「民訴条約」に関連規定が置かれている他、前掲の「日米領事条約」など、二国間での条約や取決めを結んでいる。

(3) 外国判決の承認執行

わが国の裁判所により下された確定判決はわが国において既判力を有し、それが給付判決であれば債務名義として執行力を有する。そして、そのような効力が与えられる究極的な根拠は、そうした判決が当事者に必要な手続保障が与えられた上で下された公権的判断であるという点にある。とすれば、外国で下されたものであったとしても、わが国の裁判所に比肩するだけの信頼されうる機関による判断で、かつ、わが国で最低限必要とされるだけの手続保障が当事者に確保された上でなされたものであれば、わが国においても同様に既判力や執行力を認める余地があることになる。他方、必要性という観点からは、外国で遂行し確定判決まで取得した訴訟のわが国での蒸し返しを防止するという点で、外国判決にわが国での既判力を認める必要が存在する。さらに、外国で確定判決は取得したが、強制執行すべき資産が当該外国には存在せず、もっぱらわが国に存在するような場合に対処するため、外国判決にわが国での執行力を認める必要も存在している。

そこでわが国においては、諸外国と同様に、「外国裁判所の確定判決」であっても以下の要件を具備する限り自動的に承認して既判力を与え（民訴法118条）、さらに、承認された外国判決の中でも執行判決請求訴訟を経て執行判決を得たものに関しては執行力をも与える（民事執行法24条・22条6号）、外国判決承認執行制度が備えられている。

外国判決の承認の要件としては、第1に、前述のこの制度の実質的根拠の1つ、すなわち、それがわが国の裁判所に比肩するだけの信頼されうる機関による判断であるか否かを審査するための要件がある。まず、「裁判所」による「確定」「判決」である必要がある（民訴法118条柱書）。また、そのように静態的に同質

性が認められたとしても、さらに、動態的、すなわち、国際裁判管轄権の行使という点でわが国と同質か否かも審査されねばならない。これについては、「法令又は条約により」「裁判権が認められること」という形で、わが国から見て当該機関の国際裁判管轄権行使が許容されることが要求されている（同条1号）。第2に、この制度の実質的根拠のもう1つ、すなわち、わが国で最低限必要とされるだけの手続保障が確保されていたか否かを審査するための要件がある。すなわち、応訴した場合は別段、敗訴の被告に送達がなされたことが要求されている（2号）。次に、送達以外の点でも最低限必要な手続保障が確保されていたことが、「訴訟手続が日本における公の秩序又は善良の風俗に反しないこと」という形で要求されている（3号後半）。

他方、手続法上の要件以外の要件具備も必要とされている。その1つは「判決の内容」「が日本における公の秩序又は善良の風俗に反しないこと」という要件である（3号前半）。後述するが、わが国が法廷地となる場合には、わが国の裁判所が準拠実体法たる外国法を適用して判決を下す際に、当該準拠外国法がわが国の実体法秩序の中核（公序）と著しく乖離していないかという公序審査を受ける（法の適用に関する通則法42条）。これと全く同様の審査を、外国が法廷地となり、外国の裁判所が何らかの法を実体法として適用した場合にも及ぼそうとするものであり、実体法的要件と言える。もう1つは、当該外国がわが国の判決を同様に承認する制度を有していることを要求する「相互の保証」要件である（4号）。他の要件をすべて具備していても、当該外国がわが国の判決を承認しないのであれば、わが国も対抗して当該外国の判決は承認しないという態度を示すことで、世界各国がわが国の判決を承認することを促そうとする政策的な規定である。

(4) 外国法の取扱い

以上、国際民事手続法上の主要な問題につき関連法規とともに概説してみたが、この他、後述するような（狭義の）国際私法が外国法を準拠実体法として指定している場合の「外国法の取扱い」という問題もある。当該外国法の適用につき当事者が十分に主張していないような場合にまで（日本法と同様に）裁判所は当該外国法を適用しなければならないのか、当該外国法の内容につき当事者が十分な立証をしない場合であっても裁判所は職権でその内容を調査しなければならないのか、外国法の調査が行われたにもかかわらずその内容が最後まで明らかにならなかった場合にどのような処置がとられるべきか、不明というレベルにまで至らなくとも当該外国法の明文規定からは必ずしも一義的な規範を導くことができず当該外国法を解釈する必要が生じた場合にどのように対処するべきか、「法令」の解釈の誤りによる上告についての民訴法318条1項、312条2項6号、325条2項、326条との関係でかかる「法令」に外国法が含まれるかといった問題などである。

ではかかる問題を発生させてしまう「準拠法の選択・適用」は、いかなる場合に行われ、いかなる規律の下になされているのであろうか。以下、（狭義の）国際私法についても概説してみよう。

3 （狭義の）国際私法

「（狭義の）国際私法」においては、「法の適用に関する通則法」という名称の法律（その中でも特に4条以下）が、この分野の中心となる法規として存在しており、そのほか特別法として、ハーグ国際私法会議作成の国際条約を批准したことにより制定さ

法の適用に関する通則法

（平成18・6・21 法78）

施行 平成19・1・1

第1章 総則（第1条）

第2章 法律に関する通則（第2条・第3条）

第3章 準拠法に関する通則

第1節 人（第4条～第6条）

第2節 法律行為（第7条～第12条）

第3節 物権等（第13条）

第4節 債権（第14条～第23条）

第5節 親族（第24条～第35条）

第6節 相続（第36条・第37条）

第7節 補則（第38条～第43条）

れた「扶養義務の準拠法に関する法律」、*「遺言の方式の準拠法に関する法律」*が存在している。そして、それらの法規において国際事案における実体法の適用のために採用されている手法が、国の数だけ異なる法体系が存在するという現在の世界の状況を前提に、当該問題にどの国の法が適用するかを決定し、当該国の法を適用するという「準拠法の選択・適用」という手法である。

なお、かかる「準拠法の選択・適用」という手法は、各国の法が世界的に統一されているのであれば、本来は不必要なものであるともいえる。しかし、現実的には、各国の法律には様々な歴史的経緯があり、特に家族法の分野では宗教的・倫理的バックグラウンドを有することも多いので、完全な形での世界法型統一法を作り出すのは極めて困難である。例えば、日本の手形法・小切手法が準拠している「為替手形及約束手形ニ関シ統一法ヲ制定スル条約」、*「小切手ニ関シ統一法ヲ制定スル条約」*は比較的成功的な例ではあるが、英米が批准していないので、統一法と

しては不完全である。他方、国内的法律関係と国際的法律関係で適用される法律を分け、後者についてのみ統一するという手法もあり得る。その場合には、国際事件に適用されるべき法律を統一できる一方で、各国は国内法の違いをそのままにしておけるというメリットがあり、例えば、日本の国際海上物品運送法が準拠している「1924年8月25日の船荷証券に関するある規則の統一のための国際条約（ヘグ・ルール）」、「国際航空運送についてのある規則の統一に関する条約（モントリオール条約）」、「国際物品売買契約に関する国連条約（ウィーン売買条約）」などがある。しかし、このような手法にも限界があり、特に各国法の立場が大きく異なる家族法の分野においては見るべき成果が上がっていないのが現状である。

では、(狭義の)国際私法は実際にはどのような形で問題を解決しているのだろうか。以下、いくつかの実例を挙げてみよう。

(1) 人の行為能力

(通則法4条1項)

若年者は取引において自らの利益を守ることが困難であることにかんがみて、それに完全な行為能力を与えず、その行為の効力を後から失わせることができるものとされていることが多い。例えば、日本法では、成年年齢を満20歳とし(民法4条)、それに満たない者(未成年者)の行為は、法定代理人の同意を得ていない限り原則として取り消しうるものとされている(同法5条)。

しかし、いかなる者の行為能力が制限されるか(成年年齢の問題)や、行為能力が制限された者の行為の効力(無効なのか取り消しうるにすぎないのか)は、立法例によって異なる。例えば、ドイツにおいては、18歳が成年年齢であり(ドイツ民法2条)、7歳に達

しない者は行為能力を有さず(同法104条)、7歳に達した未成年者も単に法律上の利益を得るのみではない意思表示には法定代理人の同意が必要で(同法107条)、同意なくしてなされた契約の効力は法定代理人の同意に依存することになる(同法108条)。日本法の内容とは異なるのである。

したがって、ある者の法律行為が当人に行為能力がなかったという理由で取り消されうるかどうかを決定するには、まずその基準となるべき法律を決める必要があることになる。例えば、満19歳のドイツ人が日本において契約を結んだ場合、当該ドイツ人の行為能力について、行為地法たる日本法が適用されればこの契約は取り消しうるものとなるし、行為者の本国法であるドイツ法が適用されれば行為者は完全な行為能力を有しているからこの契約をその理由で取り消すことはできない。

この問題を解決するのが、通則法4条1項である。そこでは「人の行為能力は、その本国法によって定める」と定められており、行為能力の問題は行為者の本国法によって解決されることになる。したがって、上の例では、19歳のドイツ人は本国法によれば成年であって完全な行為能力を有するから、その行為が行為能力の欠如という理由で取り消されることはないことになる。

(2) 法律行為(契約)の成立と効力

(通則法7条以下)

国際私法上契約と考えるべきものの中には、立法例によっては拘束力が認められないものもある。例えば、英米法においては、約束が拘束力を持つためには約因(履行の対価)が必要で、これを欠く約束には原則として拘束力が認められない。贈与のような片務的な約束は、原則として拘束力がないのである。

一方、日本法においては、贈与も契約の一種であり、拘束力が認められている。したがって、日本人がイングランドで自己所有の車をイングランド人に贈与する約束をした場合、この約束に日本法が適用されるかイングランド法が適用されるかは非常に重要である。それによって、当該約束に拘束力が生じたり生じなかったりするからである。

この問題は、通則法では7条以下の規定の下で解決される。つまり、まず「法律行為の成立及び効力は、当事者が当該法律行為の当時に選択した地の法による」こととなる(7条)。これを、準拠法選択上の当事者自治という。ここにいう「選択」は、典型的には「本契約にはイングランド法が適用される」というような準拠法選択条項によって表される。

しかし、当事者意思が明確ではない場合もある。その場合、通則法では「最も密接な関係がある地の法による」ものとされており、どのような法がここにいう「最も密接な関係がある地の法」にあたるのか、推定規定も置かれている(8条)。

このように、契約に関しては当事者が合意で準拠法を定めることができるのだが、当事者の力関係によっては、一方当事者が自己に有利な準拠法を選んでこれを他方当事者に押しつける可能性がある。これは、実質法のレベルでも、一方当事者が自己に有利な内容の契約条項を他方に押しつけるという形で発生しうるのだが、その弊害を取り除くために設けられている強行規定を回避することができるという点において、準拠法レベルの当事者自治の弊害はより深刻である。そこで、以前から準拠法選択上の当事者自治に制約を加えようという試みがなされてきたが、通則法においては、消費者契約、労働契約について特例を置き、当事者自治の原則に一定の変更を加えている(11条・12条)。

(3) 物権その他登記すべき権利

(通則法13条)

物権をめぐる問題には、物権の効力の問題の他、物権の得喪の問題も含まれる。即時取得の成立要件もこの物権の得喪の問題に含まれるが、その要件は国によって異なる。例えば、日本法によれば、盗品についても即時取得が成立しうる(民法192条。ただし、盗難の時から2年間は被害者の回復請求に服する。同法193条)が、ドイツ法によると盗品については即時取得が成立しない(ドイツ民法935条)。したがって、被害者の所有権に基づく動産引渡請求に対して占有者が即時取得を主張する場合には、その準拠法を定める必要がある。

例えば、ドイツにおいて登録されている自動車が盗取され、中古車として日本に輸出されて日本国内で転々譲渡された後、現占有者に対して盗難の被害者が引渡しを求めた場合、ドイツ法が適用されれば盗品について即時取得の余地はないから引渡請求は容認されるべきであるのに対し、日本法が適用されるなら即時取得が成立しているかつ盗難時から2年を超える期間が経過していれば引渡請求は容認されないことになる。このように、いかなる法律が適用されるかが、事案の解決に大きく影響するのである。

この問題の準拠法は、通則法13条2項に基づいて決定される。通則法13条2項は「同項に規定する権利、すなわち、「動産又は不動産に関する物権及びその他の登記をすべき権利」の得喪は、その原因となる事実が完成した当時におけるその目的物の所在地法による」としているから、日本国内における占有移転によって占有取得者が所有権を取得したかどうかは日本法によって判断することになり、日本国内で転々譲渡される間に善意取得が成立していれば、盗難の被害者の返還請求は認められないことになる。

(4) 法定債権の成立と効力

(通則法 14 条以下)

法定債権とは、当事者の意思に基づかず法の規定によって生じる債権である。不法行為に基づく損害賠償請求権、事務管理に基づく費用償還請求権、不当利得返還請求権がこれに該当する。これらの債権は、当事者間の正義・衡平の実現のために認められているものであるが、何が当事者間の正義・衡平であるかは価値観に依存するので、法定債権の成立や効力は立法例によって異なることになる。

例えば、日本法においては、自動車の運転者は、対価なく自動車に同乗させた者に対しても、自己の過失によって事故を起こしてその結果その同乗者が受傷した場合、その賠償の責めに任ずるが、立法例によっては、運転者と一定の関係にある者が無償で自動車に同乗している場合には、運転者が事故を起こして同乗者が受傷しても、その事故が運転者の故意または重過失に基づくものでないときには、運転者はその賠償をする責任を負わない（このような内容の法律を、「好意同乗者法」という）。例えば、米国インディアナ州にはこの趣旨の法律がある。

そこで、日本人の旅行者がインディアナ州内でヒッチハイクしていたが、無償で乗せてもらった車の運転者が故意または重過失なく事故を起こした結果そのヒッチハイカーが受傷した場合には、日本法が適用されれば運転者に対して身体損害の賠償を請求することができるし、インディアナ州法が適用されればそれができないことになる。どちらの法律が適用されるかで結果が大きく異なるので、いかなる法律が適用されるかをまず決定する必要があるわけである。

この問題は、通則法 17 条の下で解決される。通則法 17 条は、不法行為によって生じる債権の成立と

効力は「加害行為の結果が発生した地の法による」としているので、この事案において事故がインディアナ州内で起こったのであれば、インディアナ州法が適用されてヒッチハイカーの運転者に対する賠償請求は認められないことになる。

(5) 相続

(通則法 36 条)

相続をめぐる問題には様々なものがあるが、誰が相続人となるか、またその相続分はどれぐらいかという問題もこの中に入る。この問題の解決は、立法例によって様々である。

例えば、死亡した被相続人に配偶者が 1 人おり、その配偶者との間に嫡出子が 2 人いた場合、日本法によれば配偶者の相続分は 2 分の 1、子の相続分はそれぞれ 4 分の 1 となる（民法 900 条）が、大韓民国法によると配偶者の相続分は 7 分の 3、子の相続分はそれぞれ 7 分の 2 となる。

このように、どの法律を適用するかによって、相続人の相続分は変わってくる。そのため、例えば被相続人は韓国国籍のみを有し、相続人は皆日本国籍を有するような場合、いずれの法律が適用されるかは重要な問題である。

この問題を解決するのが通則法 36 条である。通則法 36 条では「相続は、被相続人の本国法による」と定められており、韓国国籍のみを有する者の本国法は大韓民国法であるから、配偶者と子の相続分は大韓民国法によって定められることになる。

なお、相続をめぐる問題の中でも、遺言の有効性に関しては、実質的有効性に関しては通則法 37 条が別に規定を置いており、形式的有効性に関しては上述の「遺言の方式の準拠法に関する法律」が規定を置いている。

4 おわりに

以上のように（広義の）国際私法について概説してきたが、グローバル化の進展にともない、弁護士にとってかかる知識を十分に備えておくことの重要性は、近年、大きく拡大しているといえる。しかし、司法試験科目の選択科目から一時期外れていたこともあって（それ以前においては法律選択科目の一つであった。また、現在は「国際関係法（私法系）」という名称で新司法試験における選択科目の一つである）、弁護士であったとしても全ての者が十分に知識を有しているというわけではないであろう。

その意味で印象的であったのが、かつて筆者が一方当事者の代理人から相談を受けたある裁判であった。当該裁判では、在日外国人の方の遺言の有効性が重要な問題になっており、外国籍であったものの日本に長らく在住していたその方は、慣れ親しんだ日本法の遺言に関する規定に従って当該遺言を作成してしまっていた。しかし、上述の通則法37条は「遺言の成立及び効力は、その成立の当時における遺言者の本国法による」と定めている。その

ため、当該代理人も、相手方も、裁判官ですら、遺言者の本国法、すなわち、当該外国法に準拠して作成されなければならないであろうことを前提に手続を進めていた（実際にも、当該遺言は、当該外国法が要求する方式に関する要件は充足していなかった）。だが、上述のように、遺言の方式については特別法、すなわち、「遺言の方式の準拠法に関する法律」が存在しており（その意味で通則法37条は実質面での有効性の準拠法に関する規定である）、しかもその規律に従えば、当該事案では日本法に従った遺言であっても方式的には有効であった（そして、かかる特別法の存在とその規律の下での結論について、関係者は誰も気がついていなかった）。結局、筆者との相談後、かかる特別法の存在がクローズアップされ、裁判の推移は大きく変わる事となった。

社会・経済のグローバル化は、今後、ますます急速に進展していくと思われる。本稿を契機として、この分野に関する知見を深め、十分な知識をもった実務法曹が少しでも増加してくれるとしたら、これに優るよろこびはない。

column —コラム—

送達に必要な期間、相手国によっては年単位？！

数年前、フィリピン在のフィリピン人女性を相手に離婚訴訟を提起したところ、訴状送達に1年、判決の送達に1年かかった。その為、第1回期日は訴え提起より1年ちょっと後に指定され、判決の確定にも1年余かかったので、判決言い渡し後1年余、離婚の届け出ができなかった。その折りの、家庭裁判所書記官との雑談において、相手国によって、送達に必要な期間が異なる、ブラジルだと3年位（5年だったかもしれない）かかると言われて驚いたのを覚えている。ちなみに、昨年アメリカの会社を相手に訴訟を提起した際には、訴状は数ヶ月で送達された。（町）

国際離婚に伴う法的諸問題

日弁連 家事法制委員会委員 大谷 美紀子 (42期)



1 はじめに

グローバル化による人の国境を越えた移動の増加に伴い、日本における国際結婚・離婚も増え、2010年度の国際離婚件数は2万件弱、日本における離婚件数全体に占める国際離婚の割合は約7.5%である。弁護士が日常の業務の中で国際離婚についての相談を受けることはまったく珍しいことではなくなった。また、海外に居住する日本人または外国人から日本の弁護士への離婚に関する相談のニーズも増えている。

国際離婚と一言と言っても、その類型は様々である。最も多い類型はもちろん日本に居住する日本人と外国人の夫婦の離婚であるが、外国人同士の夫婦の離婚もある。配偶者の一方が日本、他方が外国にと国境を越えて別居する夫婦の離婚もあれば、外国に居住する日本人同士、あるいは、日本人と外国人の夫婦の離婚についての相談もある。相談の内容も、日本での離婚の可否と関連する諸問題についての相談が多いが、相談内容が外国での離婚手続に及ぶ場合もある。日本での離婚についての相談の場合は、日本に国際裁判管轄があるか、どの国の法律が準拠法として適用されるかが専ら問題となり、外国での離婚手続に関する相談においても、外国裁判所の離婚判決の日本における効力との関係で、外国裁判所の国際裁判管轄の有無を検討する必要がある、国際裁判管轄は国際離婚において常に問題となる論点である。

2 国際裁判管轄

(1) 国際裁判管轄とは、涉外的な要素を含む民事事件について、どの国の裁判所が当該事件に関する判断を行う権限を有するかという問題である。

日本の裁判所が涉外事件について管轄権を有するかという直接管轄の問題と、外国の裁判所が涉外事件について管轄権を有するかという、後述の外国裁判所の判決の承認要件（民訴法118条1号）としての間接管轄の問題がある。

(2) 国際裁判管轄については、民事訴訟法及び民事保全法の一部を改正する法律（平成23年4月成立）によって、これまで判例法理で形成されてきた決定基準の法制化が図られた。同改正法では、被告の住所地による管轄を原則として規定しているほか、合意管轄、応訴管轄、特別の事情による却下等が規定されているが、人訴事件には適用されない（改正法付則5条）。そのため、涉外離婚の国際裁判管轄については、将来法制化が図られるまでは、従来どおり、判例により積み重ねられた従前の決定基準による。

具体的には、2つの最高裁判決が先例とされている。1つは、最高裁大法廷昭和39年3月25日判決（民集18・3・486）である。同判決は、被告の住所地国の管轄が原則であるが、原告が遺棄された場合、被告が行方不明である場合その他これに準ずる場合は、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、例外的に日本に管轄が認められると述べ、日本に居住する外国人から日本に居住しない行方不明の外国人に対する離婚請求について、日本の管轄を認めた。もう1つは、最高裁第二小法廷平成8年6月24日判決（民集50・7・1451）である。同判決も被告の住所地国の管轄を原則としながら、例外的に被告が日本に住所を有しなくても日本に管轄を肯定すべき場合の基準は、当事者間の公平や裁判の適正・迅速の理念により条理によるとした。具体的には、応訴

を余儀なくされることによる被告の不利益について配慮すべきであるが、他方で、原告の被告の住所地国に離婚請求訴訟を提起することについての法律上・事実上の障害の有無及び程度を考慮し、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した。同判決は、この基準にしたがい、被告の住所地国であるドイツの裁判所の離婚判決が確定しており、原告がドイツで離婚訴訟を提起しても不適法とされる可能性が高いが、同判決は外国判決の承認要件を欠き日本では効力を承認されないため、原告は日本での婚姻関係終了のためには日本で離婚訴訟を提起する以外に方法がないという事情を考慮し、条理により日本の国際裁判管轄を肯定した。

この2つの最高裁判決によれば、被告が日本に住所を有する場合には、原告が日本に住所を有するか否かにかかわらず日本の国際裁判管轄が肯定される。問題は、被告が日本に住所を有しない場合に日本に国際裁判管轄が認められるかである。昭和39年判決が示した例外事由以外に、平成8年判決の基準の下で管轄の有無を検討した公刊された下級審裁判例では、事件と日本との関連性（原告・被告の国籍、住所、婚姻共同生活地）、被告の応訴の負担、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いての法律上または事実上の障害の有無と程度（離婚を求める原告の権利の保護）、別居の経緯等が具体的な考慮要素とされている。特に、東京地裁平成16年1月30日判決（判時1854・51）が、フランスで婚姻生活を送っていた日本人妻が子と共に日本に帰国後、フランスに居住するフランス人夫に対する離婚・子の親権者指定等を求めた事案について、原告がフランスで被告から度重なる暴行、傷害を受けた

ことが証拠から容易に認定でき、原告がフランスで離婚の裁判を行わなければならないとすれば原告が被告から暴力を受ける恐れがあり、原告の生命、身体が危険にさらされるという著しい事実上の障害があるとして、平成8年判決の基準により日本の管轄を肯定したことが注目される。他方、水戸地裁平成22年9月30日判決（判例集未登載）は、イギリスで婚姻生活を送っていたが子を連れて日本に帰国した日本人妻からイギリスに居住するイギリス人夫に対する離婚請求・子の親権者指定について、原告は被告からの暴力やイギリスにおける逮捕の恐れ等を主張したのに対し、原告の帰国の経緯や訴追の危険等を検討し、最高裁昭和39年判決、平成8年判決のいずれの基準によっても、管轄は認められないとした。

(3) 渉外離婚の国際裁判管轄の基準として、合意管轄は認められないと一般に考えられており、そうだとすれば応訴管轄も否定すべきと考えられるが、下級審裁判例の中には、国際裁判管轄を肯定するにあたり、被告の応訴の事実言及するものもある。ただし、被告の応訴のみを理由として国際裁判管轄を認めた裁判例は見当たらない。他方、実務では、被告が応訴し、国際裁判管轄について争わない場合は、国際裁判管轄の点は問題とせずに本案の判断がなされる事例が見られる。

(4) 財産分与、慰謝料、子の親権者指定、養育費等、離婚の附帯請求の国際裁判管轄について、法律関係の性質毎に個別に国際裁判管轄の有無が検討されなければならないが、離婚の国際裁判管轄を有する裁判所が、これらの附帯請求についても管轄を有するとの考え方が一般的である。ただし、子

の親権者指定については、離婚請求の国際裁判管轄とは別に子の住所地に国際裁判管轄を認めるべきであるとの見解及び裁判例もある（名古屋地裁平成11年11月24日判決（判時1728・58）等）。

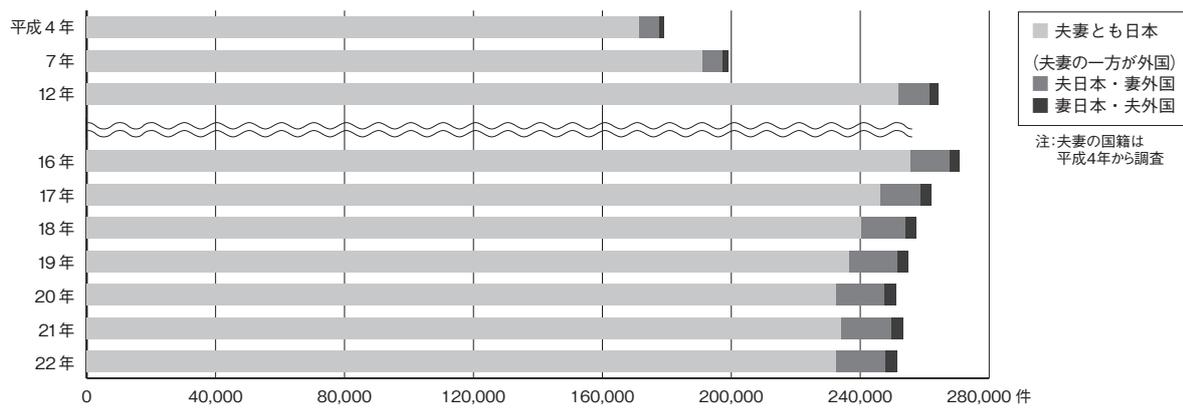
- (5) 国際裁判管轄決定の基準時は訴え提起時であり、日本に住所を有する外国人に対する離婚訴訟を提起した後に、当該外国人が本国に帰国した場合でも、一度生じた日本の国際裁判管轄への影響はない。
- (6) 外国の裁判所に先に離婚事件が係属していても、国際的な二重起訴に民訴法142条は適用されず、同一当事者間の離婚訴訟が日本の裁判所に提起されても、日本に国際裁判管轄があれば、外国の裁判所に先行する同一訴訟が係属しているというだけの理由で却下されることはない。この問題について、東京家裁平成17年3月31日判決（TKC法律情報データベース28131220）は、日本に居住する中国国籍の夫から日本に居住する中国国籍の妻に対する離婚及び附帯請求について、日本の国際裁判管轄を認めたとうえで、妻が中国において提起した先行する離婚訴訟に夫が応訴し、離婚判決がなされ、上訴審が係属中であることについて、判決の矛盾抵触の防止、当事者の公平、裁判の適正、迅速、更には訴訟経済の観点から、民訴法142条の趣旨を類推して訴えを却下したが、同判決は控訴審で取り消された。
- (7) 最後に実務的な観点からの留意点として、国際離婚の事件において、国際裁判管轄の有無は常に問題となるが、事案によっては、日本に国際裁判管轄が認められる場合でも、外国における執行の実効性等の考慮から、外国の裁判所で離婚手続を行

うことが相談者にとって利益となる場合もある。また、日本の国際裁判管轄の有無がはっきりしない事案でも、被告が応訴して和解離婚が成立することもある。このように、国際離婚の事件では、国際裁判管轄の有無の判断が困難だったり、国際裁判管轄の有無だけで判断すべきでない場合もあり、事案に応じて手続の方針をたてる必要がある。

3 準拠法

- (1) 涉外事件に関連する複数の法域の法律のうち、事件に適用される法律を準拠法と言う。準拠法の決定は、事件の法律関係の性質（離婚の成立・効力、親子関係の成立、親子間の法律関係等）毎に、法廷地国の抵触規定（日本の場合、法の適用に関する通則法）により選択される。
- (2) 離婚の準拠法は通則法27条（25条準用）に規定され、夫婦の本国法が同一であれば同一本国法、同一本国法がないが常居所地法が同一であれば同一常居所地法、いずれもない場合は、夫婦に最も密接な関連のある地の法である。ただし、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が準拠法となる（27条但書）。夫婦に最も密接な関連のある地は婚姻生活地や婚姻財産の所在地等の要素から判断する。親権者指定の準拠法は、親子間の法律関係として通則法32条により規律される。父又は母の本国法と子の本国法が同一の場合は子の本国法、その他の場合は子の常居所地法である。養育費の準拠法は、扶養義務の準拠法に関する法律2条により、扶養権利者の常居所地法、同法によれば扶養義務者から扶養を受け

【資料1】 夫妻の国籍別にみた離婚件数の年次推移〈総数〉



*資料1～3は、厚生労働省HP「人口動態統計年報 主要統計表／離婚／第2表 夫妻の国籍別にみた離婚件数の年次推移」をもとに編集部で作成

ることができないときは当事者の共通本国籍、同法によれば扶養義務者から扶養を受けることができないときは日本法による。

(3) 以上の準拠法の決定において、そもそも当事者の本国籍を決定する必要がある場合がある。その1つは、当事者が重国籍者の場合であり、複数の国籍国のうちに常居所地国があれば常居所地国法、なければ当事者に最も密接な関係がある国が本国籍とされる。ただし、重国籍の1つが日本であれば、常に日本法が本国籍となる(通則法38条)。その他、地域により法を異にする国の国籍者の場合も本国籍法の決定が必要である。その典型例は、家族法が州によって異なるアメリカである。アメリカ国籍者の場合は、出生、居住、勤務、家族の居住等の要素により判断される、当事者に最も密接な関係がある州法が本国籍となる(通則法38条3項)。

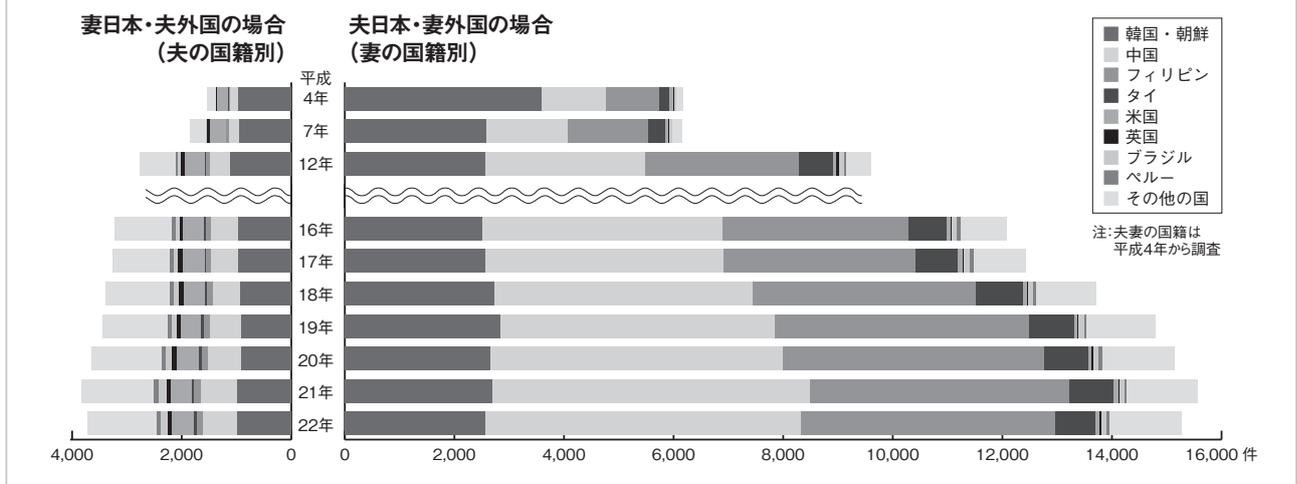
常居所地の認定については、何ヶ月以上の居住といった基準はないため、事案毎に判断せざるを得ない。実際の裁判では、居住の意思をもって一定期間の居住の実態があれば概ね常居所があると判断されており、常居所の有無が争われることはあまりない。なお、戸籍事務の取扱いに関する法務省民事局通達「法例の一部を改正する法律の施行に伴う戸籍事務の取扱いについて」(法務省民二第3900号、改正平成2年5月1日民二第1835号、平成4年1月6日民二第155号)は、戸籍事務の

取扱いに関する常居所の認定基準であり、裁判における準拠法決定のための常居所の認定にそのまま適用されるものではない。

(4) 外国法が準拠法となる場合、その具体的な規定の適用が日本の公の秩序又は善良の風俗に反するときは適用が排除され(通則法42条)、日本法が適用される。公序により適用が排除された具体例としては、離婚を認めない外国法規定、離婚に伴う財産分与を認めない外国法規定、協議離婚の場合に慰謝料請求を認めない外国法規定、強制認知を許さない外国法規定、離婚に際し母は子の親権者となりえないとする外国法規定、異教徒間の婚姻を禁止し、かかる婚姻を無効とする外国法規定がある。ただし、外国法の規定そのものではなく、事案の日本との関わり等に照らし、当該事案への適用が公序に反するとされた場合に初めてその適用が排除されることに注意が必要である。なお、準拠法として適用されるべき本国籍によれば日本法が準拠法として指定されるときは日本法を準拠法とするという反致(通則法41条)の規定は、離婚及び親子関係には適用されない。

(5) 外国法が準拠法となる場合、その調査は、本来、裁判所の職責である。しかし、実際には、外国法の適用を主張する当事者において調査・提出するよう求められることが少なくない。具体的な調査方法・手段としては、一部の外国家族法規定につ

【資料2】 夫妻の国籍別にみた離婚件数の年次推移(夫妻の一方が外国)



いては日本語訳も入手可能である（日本加除出版『全訂 渉外戸籍のための各国法律と要件』等）。在日大使館への問い合わせによって、必要な法規定について迅速に的確な回答を得ることはあまり期待できない。むしろ、最近では、英語圏の国の法令は公的（政府や国会図書館等）・準公的（大学の図書館等）なウェブサイトですら簡単に検索・入手できる場合が多い。やはり、最も確実なのは、現地の弁護士への問い合わせである。

4 日本で成立した離婚の 外国における効力

(1) 日本に国際裁判管轄が認められ、日本法が準拠法となる場合、日本においては協議離婚による離婚が可能であるが、協議離婚により日本で成立した離婚が、裁判離婚しか認めない外国においても承認されるかは別問題である。アメリカの場合、在日米国大使館ウェブサイトによれば、日本での協議離婚が米国でも合法であるかは各州の法律によるので注意が必要とされている。厳密には各州の弁護士に確認する必要があるが、現地の弁護士も確実な答えがわからないこともある。イギリスでは、日本でなされた日本人とイギリス人の協議離婚のイギリスによる効力が争われ、肯定した裁判例がある。実際には、日本での協議離婚がアメリカや

イギリスで承認されず問題になった事例はほとんど耳にしないが、懸念がある以上、離婚につき当事者双方に争いがない場合でも、最低でも調停離婚にして確定判決と同一の効力を有する旨の付記を得ておくことが望ましい。しかし、裁判離婚しか認めない外国の中でも、調停離婚では足りないという国もあるので注意が必要である。裁判離婚しか認めない外国において効力が承認されるためには審判離婚しておく必要があると説明する文献が見られるが、調停離婚でも問題ないことが確認できていれば、わざわざ審判離婚にする必要はない。

日本に国際裁判管轄が認められ、裁判離婚しか認めない外国法が準拠法となる場合、そもそも協議離婚の届出は受け付けられず、必ず裁判所が関与しての離婚手続が必要となる。その場合に、判決離婚まで必要か、調停離婚で足りるか、審判離婚によるのが適切かについては、外国における扱いに応じて検討し選択する。

(2) ところで、渉外離婚事件における調停前置主義の位置付けであるが、準拠法が日本法の場合、調停前置主義が適用される。準拠法が外国法の場合、調停前置主義を法廷地である日本の手続法の一つと見る余地はあるが、調停を申立てるべきか否かは、外国での承認のために調停離婚で足りるかの判断にかかる。また、相手方が日本に居住していない場合は、準拠法が日本法か外国法かにかかわ

らず、相手方の調停への出席が確保されなければ、調停手続を行うことはできないとされる。

- (3) 日本で離婚が成立した後の外国での手続については、事前に、大使館や現地の弁護士に問い合わせ確認しておくことと安心である。フィリピンの場合、日本人配偶者からの提訴による離婚判決であれば、フィリピンにおける手続を経て婚姻が解消できると説明されている。

5 送達

- (1) 離婚訴訟の被告が外国人で日本国内に居住している場合、送達手続は通常の国内送達であるが、実務上、裁判所によっては、原告の負担において訴状の翻訳を求められることがある。離婚調停の段階から相手方に代理人弁護士が就いており、引き続き訴訟事件を受任する場合は、代理人弁護士に送達されるため、翻訳は不要とされる。
- (2) 被告が外国に居住している場合は、外国送達の手続が必要である。被告が居住する国の送達に関する条約締結や日本との間の二国間条約・取決の有無により外国送達の方法が異なる。複数の送達方法が利用可能な場合、領事送達は速いが被告が受領拒絶すると送達ができない、中央当局送達・指定当局送達は時間がかかるが、被告が受領拒絶しても送達可能といった違いを念頭に置いて送達方法を選択する。外国送達にかかる期間は、国や送達方法により異なるが、通常の国内事件よりも相当に時間がかかることを依頼者に説明しておく必要がある。訴状の送達を受けて、被告が弁護士

を代理人に選任すれば、送達場所は日本国内になり、以後は通常の国内送達となるが、代理人が選任されないと、裁判書類の送達はすべて外国送達によることとなる。審判の申立書は、法文上は送達による必要はないが、近時は、実務上、外国送達の手続によることが多い。

- (3) 被告が行方不明の場合には、公示送達によることができる（民訴法110条1項3号）が、公示送達による判決は外国で承認されない可能性があるため注意を要する。どの程度の調査をすれば公示送達が認められるかの判断は担当裁判官や事案にもよるが、一般には、出入国記録の照会、外国における知っている住所宛に郵便を出す、親族に照会する等の方法による。
- (4) 外国送達には時間がかかるので、訴訟を提起したことを早く被告や相手方に知らせることにより、被告・相手方が話し合いに応じたり、代理人を選任することを期待する場合や、公示送達の方法以外に送達できないが、後の執行のことを考えて公示送達による判決を回避したい場合には、裁判所からの外国送達と並行して、代理人からも被告・相手方に対し、訴訟の提起・審判の申立を写し等と合わせて通知することが有用である。

6 外国判決の日本での効力

- (1) 外国での離婚判決の日本における効力、外国で有責の配偶者から離婚裁判を起こされ、現地の破綻主義の法律によって離婚が認められたので日本で争いたい、外国の離婚判決で共同親権と定めら

れたが日本での扱い、外国裁判所の財産分与や養育費に関する判決で日本にある財産に執行できるか、外国の裁判所から離婚裁判の訴状と思われる文書が送られてきたが応訴しないと離婚されてしまうのかといった相談は、すべて外国判決の日本における承認・執行に関わる問題である。

(2) 外国判決の承認・執行の要件は、民訴法118条に規定されている。同条は「確定判決」についての規定であることから、非訟事件裁判（監護権、面会交流、養育費等に関する裁判）への適用の有無が問題となり、かつての裁判例では、1号及び3号の要件が充足されれば足りるとするものが多いが、近時は、金銭の支払い、監護者指定の裁判について各号要件の充足を必要とする裁判例が散見される。

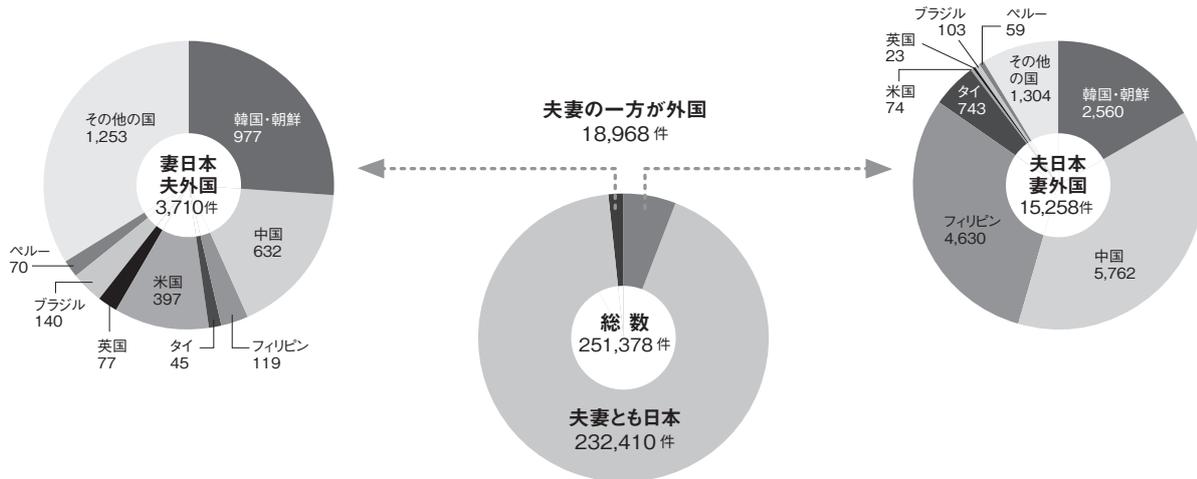
1号の管轄要件は、いわゆる間接管轄の問題である。直接管轄についての日本の国際裁判管轄基準により、当該外国の裁判所に国際裁判管轄が認められる必要がある。この要件の否定例として、フランスの面会交流の裁判に関する京都家裁平成6年3月31日審判（判時1545・81）、肯定例として韓国の離婚審判に関する横浜地裁平成11年3月30日判決（判時1696・120）がある。

2号の敗訴の被告に対する送達の内容に関してよく問題となるのは、私人による交付送達や郵便による送達、翻訳が添付されていない送達である。当該外国と日本との間に送達に関する条約が締結されている場合は、条約上の送達方法によらなければならないが、このような送達は適法とは言えない。ただし、適法な送達がなくても被告が応訴（管轄を争うことも含む）すれば送達の要件は満たしたことになる。この要件の否定例として、日本語翻訳文が添付されていなかったことを理由に、ニュ

ーヨーク州裁判所の子の引渡命令の執行判決請求を棄却した東京地裁八王子支部平成9年12月8日判決（判タ976・235）がある。

3号の公序要件は、通則法の公序則と異なり、外国判決の内容だけでなく成立に至る手続の適正の点で日本の公序に反する場合も含む。この要件に関する裁判例としては、いずれも大韓民国籍の日本に永住する当事者についての大韓民国裁判所の婚姻関係存在確認審判が、偽造された証拠によって詐取された点で公序に反するとされた横浜地裁平成1年3月24日判決（判タ703・268）、父への子の引渡を命じたテキサス州裁判所の判決を、子が日本に居住後4年以上もたてて執行することは公序に反するとして承認・執行を認めなかった東京高裁平成5年11月15日判決（高民46・3・98）、日本人両親間の子の養育費に関するミネソタ州裁判所の判決の給与からの天引による支払命令の部分は日本の執行制度になじまないとした東京高裁平成10年2月26日判決（判時1647・107）、米国裁判所の親権者指定の判決中、面接交渉や子のオレゴン州からの移動禁止の部分が日本の公序良俗に反するとはいえないとした名古屋地裁平成11年11月24日判決（判時1728・58）、離婚後扶養料の支払いを命じたカリフォルニア州裁判所の判決の執行について、判決後当事者の常居所が日本に変わったこと等の事情変更により、日本法の内容と大きく異なる同判決を日本で執行することは公序に反するとして承認を認めなかった東京高裁平成13年2月8日（判タ1059・232）、当事者のいずれも居住していないオーストラリアの裁判所における有責の配偶者（オーストラリア人）から日本人配偶者に対する離婚請求を認容した判決が公序要件を満たさないと離婚無効確認を

【資料3】平成22年 夫妻の国籍別にみた離婚件数



認めた（1号の管轄要件も欠如）東京家裁平成19年9月11日判決（家月60・1・108）等がある。

最後の4号の相互の保証の要件は、当該外国において日本の裁判所の同種判決が、民訴法118条各号の要件と同様の条件の下に効力を有するとされていれば足り、この要件が問題となることはほとんどない。日本と国交を有しない中華民国の裁判所の判決について一応問題となりうるが、中華民国法における外国判決の承認要件は民訴法118条と類似しており、近時、同国において日本裁判所の判決を承認した例が報告されているため、中華民国の判決についても同号の要件を満たすことになる。

- (3) 外国の裁判所に提起された離婚訴訟への対応について相談された場合、何も対応せずに敗訴した場合に外国判決が日本における承認要件を満たすことになるか否か、離婚についての相談者の意向、離婚に伴う子の親権者指定や養育費、財産分与等についての争いの有無、応訴する場合にかかる外国弁護士費用等の観点から相談者が判断できるよう、説明・助言すべきである。

7 国際離婚事件の実務上の留意点

国際離婚事件といっても、日本に居住する日本人と外国人の夫婦の離婚は、日本に国際裁判管轄が

あり、離婚も子の親権者の指定も準拠法が日本法となる場合がほとんどであるため、法的な側面では国内の一般の離婚事件と変わらない。他方、当事者が国境を越えて日本と外国とに分かれて居住している事案では、国際裁判管轄、準拠法、送達手続、外国判決の承認・執行等、涉外事件に特有の国際私法・国際民事訴訟法に関する専門的な知識が必要となる。

また、日本国内での国際離婚事件の場合、法的には日本法が適用され、国内事案と変わらないが、当事者に外国人を含む事件では、法文化・家族観・コミュニケーションの取り方の違いや、外国人当事者が置かれた弱い立場や不安感・差別を受けているとの感覚について、外国人当事者の代理人となる弁護士はもちろん、相手方当事者（日本人）の代理人となる弁護士も理解・感受性を持って接することが、より円満な事件の解決のために重要であることが多い。特に、外国人と日本人の国際離婚や国際的な子の監護・引渡紛争においては、外国人当事者は日本の司法制度・裁判手続に対し強い不信感や不安感を抱いていることも少なくなく、いたずらに裁判で紛争が過熱することを避け、当事者同士が協議する方が、合意点を見出し、早期の紛争解決に至ることもある。もちろん当事者の同意が条件ではあり、適切な場合に限られるが、当事者同士が直接協議することや、双方弁護士が同席して協議を行うこと、ADRの活用等も、積極的に検討すべきである。

国際結婚・離婚について 四谷法律相談センターの外国人相談でよく出る質問Q&A

外国人の権利に関する委員会委員 川本 祐一 (61期)



1 はじめに

本稿の執筆に当たって、平成22年10月から平成23年3月までの6か月間、四谷法律相談センター（「LC四谷」）で東弁会員が担当した外国人相談の相談カードを検討した。相談総数は約100件で、そのうち結婚・離婚に関する相談は25件であった。すなわち、外国人相談のうち4件に1件は結婚・離婚に関する相談であったということになる。

また、結婚や離婚に伴う在留資格や相続関係の変化など、他の問題への影響についての相談も多かった。前記25件は、いずれも結婚・離婚自体に直接的に関連する内容を含む相談であり、在留資格や相続など、結婚・離婚の周辺問題のみについての相談は数に含めていない。そのため、広い意味での結婚・離婚に関連する相談は、さらに高い割合を占めることになる。

また、相談者の内訳としては、日本国籍が約半数、残りが外国籍であった。外国籍者の相談は、双方が外国籍であった1件を除いて、配偶者は日本人であった。男女比はほぼ半々であった。

相談内容としては、日本での離婚制度一般についてのものも多く、それらについては、日本人同士の離婚の場合と同様の制度説明などが行われていた。本稿では、LC四谷で実際に相談のあったケースのうち、外国人の結婚・離婚にまつわる典型的な相談事例について、質問内容と、質問に対する考え方や回答を紹介する。

2 相談事例Q&A

ケース1 外国に住む恋人と結婚したいが、手続きがわからない。

結婚の実質的成立要件（婚姻意思、婚姻適齢、重婚の扱い等）の準拠法は、婚姻する夫婦それぞれの本国法の配分的適用とされている。つまり、日本人の配偶者については日本の法律、外国籍の配偶者であれば当該者の国の法律で、婚姻の可否が決まることになる。

日本で結婚する外国籍者が、その国の婚姻要件を満たしていることを示すため、日本で婚姻届を提出する際には、本国や領事館の発行する「婚姻要件具備証明書」を提出する必要がある。

形式的成立要件については、挙行地法である日本法を選択できるため、日本人の場合と同様に、役所に届け出ることが可能なので、通常問題とならない。

ケース2 外国人の配偶者が失踪してしまい、離婚したいが居場所がわからない。

外国人配偶者の所在が不明の場合、まず第一に、配偶者が現在日本にいるのかを確認する必要がある。これは、地方入国管理局を相手に、当該者の出入国記録について弁護士会照会をかけることによって把握が可能である。当該者がまだ日本にいるようであれば、国際裁判管轄は当然日本にあることになり、公示送達による提訴が可能である。

当該者が出国していた場合も、悪意の遺棄に当たるような場合には国際裁判管轄は認められ得るため、結論としては、多くの場合で日本での離婚訴訟が可能である。

ケース3 外国で結婚したが、日本の戸籍には登録されていなかった。再度日本で結婚してしまったのだが、これは重婚になるか。

外国で有効に婚姻が成立した場合、日本で改めて婚姻届を提出しなくとも、その婚姻は成立している。

日本における届出は、事後的な報告的届出に過ぎない。そのため、仮に日本で婚姻届が提出されていなくても、再度結婚したら重婚状態となる。

また、重婚だった場合の後婚の効果も、国によって異なる。日本では後婚も取り消されない限り有効であるが、国によっては当然に無効であるため、在留資格や相続等との関係でも留意が必要である。

ケース4 外国で離婚訴訟を提起されたらしく、外国語で書面が届いた。どうすればいいか。

外国で離婚訴訟を提起され、判決がなされた場合に、日本でその効果が認められるかは、外国判決の承認の問題として、民訴法118条の解釈の問題となる。

118条各号の要件が満たされていない限り、外国判決が承認されないため、外国判決で認められた離婚の成立や離婚の条件について、日本で問題となることはない。特に、送達要件(2号)については、外国の裁判所からの送達書面に訳文が付されていることが条件とされている。

本件のように、訳文のない外国語の訴訟書面のみが届いた場合、判決は承認されないため、応訴の義務はない。しかし、実際に応訴してしまった場合には要件は満たされる(同号但書)ため、注意が必要である。

ケース5 配偶者に子どものパスポートを隠されてしまったが、子どもと出国したい。どうすればいいか。

このような質問は実際に多い。特に、日本がハーグ条約に批准していない(本稿執筆時点において)関係で、多くの相談者が、配偶者による海外への子の連れ去りを警戒している。

日本においては、一方の親のみによって子のパスポ

ートを作成することができるが、多くの国では両親による申請が必要であり、片親がパスポートを保持し、また再発行にも協力しないような場合、事実上、海外に子を連れて行くことは不可能に近い。

このような質問に対し、パスポートの処置自体について効果的な助言をすることは困難であり、発行手続きについては多くの場合、発行者である当該国領事館などへの照会を勧めざるを得ないが、相談を受けた弁護士としては、離婚に伴う親権者の指定などを通じた、より本質的な問題解決についての助言や支援を検討すべきである。

3 最後に

これらの質問例でわかるように、外国人相談における結婚・離婚相談は、準拠法・国際裁判管轄が問題となるものが多いほか、外国で行われる身分関係手続の有効性などに関するものも多い。これは、結婚や離婚が、当事者が報告しない限り、それぞれの登録が行われた挙行地にしか記録されず、重婚などの無効や取り消しうる身分関係が容易に生じることにも起因していると思われる。例には含めなかったが、当事者の二重国籍や、偽名の使用などを理由として、身分関係が更に錯綜してしまうこともある。

実際の相談では、冒頭で述べたとおり、問題が結婚・離婚のみにとどまらず、在留資格などの他問題と複合している相談も多い。特に、身分関係の変化が在留資格に影響を与えるような場合、入管との関係、すなわち出頭や届出の時期や、身分問題の解決との先後関係などに留意しながら問題を解決していく必要がある。