

# 国際私法上の離婚の準拠法の基準時

——変更主義・不変更主義の意味と根拠——

根本 洋一

## 目次

### はじめに

#### 第1章 従来の学説等の状況

##### 第1節 変更主義と不変更主義の定義

##### 第2節 法例旧16条（離婚）の基準時の根拠

##### 第3節 改正法例16条（法適用通則法27条）（離婚）の基準時の根拠

#### 第2章 離婚の準拠法の基準時

##### 第1節 変更主義と不変更主義の意味と根拠

##### 第2節 協議離婚

##### 第3節 裁判離婚

### おわりに

### 判例一覧

### 参考文献

## はじめに

法の適用に関する通則法（以下、「法適用通則法」という）27 条は「第 25 条の規定は、離婚について準用する。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、離婚は、日本法による。」と規定している。同条により準用される同法 25 条は「婚姻の効力は、夫婦の本国法が同一であるときはその法により、その法がない場合において夫婦の常居所地法が同一であるときはその法により、そのいずれの法もないときは夫婦に最も密接な関係がある地の法による。」と規定する<sup>1)</sup>（いずれも平成 19（2007）年 1 月 1 日施行）。

離婚に関しては、平成元年改正前の法例 16 条（法例旧 16 条）は「離婚ハ其原因タル事実ノ発生シタル時ニ於ケル夫ノ本国法ニ依ル但裁判所ハ其原因タル事実カ日本ノ法律ニ依ルモ離婚ノ原因タルトキニ非サレハ離婚ノ宣告ヲ為スコトヲ得ス」と規定していた（明治 31（1898）年 7 月 16 日施行）。すなわち、法例旧 16 条は、その本文において離婚の準拠法を原因事実発生時の夫の本国法を準拠法とし（準拠法の不変更主義）、その但書において法廷地法の累積的適用を規定していたのである。平成元年の改正は、離婚の準拠法に関して、第 1 に夫（の本国法）の優先を夫婦平等に改め、第 2 に、過去の時点における国籍を基準に準拠法を決める建前（不変更主義）を放棄して、現在の国籍等を基準に準拠法を決める建前（変更主義）を採用し、第 3 に、日本法と外国法の相違に関しては公序に関する一般的規定（法適用通則法 42 条）に解決を委ねる

---

1) 正確には、平成元年の改正により、法例 16 条は「第 14 条ノ規定ハ離婚ニ之ヲ準用ス但夫婦ノ一方ガ日本ニ常居所ヲ有スル日本人ナルトキハ離婚ハ日本ノ法律ニ依ル」という文言になり、合わせて、同 14 条は「婚姻ノ効力ハ夫婦ノ本国法ガ同一ナルトキハ其法律ニ依リ其法律ナキ場合ニ於テ夫婦ノ常居所地法ガ同一ナルトキハ其法律ニ依ル其何レノ法律モナキトキハ夫婦ニ最も密接ナル関係アル地ノ法律ニ依ル」という文言になり（平成 2（1990）年 1 月 1 日施行）、この両規定は、平成 18（2006）年に法適用通則法が公布される際に本文に述べた文言に改められた。

こととし、法廷地法の累積的適用を廃止した<sup>2)</sup>。

ところで、不変更主義とは、過去の一定時点における連結点（国籍、常居所、動産所在地など）を基準として準拠法を決める建前をいう。これに対して、変更主義とは、現在の時点における連結点を基準として準拠法を決める建前をいう。すなわち、原因事実発生後、裁判官が法的判断をする時点までに、当事者が国籍などを変更した・動産が国境を越えて移動した、などの場合に、最新の国籍・動産所在地等を基準として準拠法を決める建前をいう。法適用通則法 27 条の規定するところを考えると、まず、裁判離婚の場合に、離婚の可否に関しては事実審の口頭弁論終結時<sup>3)</sup>の国籍・常居所・夫婦の最密接関係地を基準として準拠法を決める<sup>4)</sup>ことに異論はないと思われるが、その実質的根拠は十分には検討されていないように思われる。次に、協議離婚の有効性が問題になる場合、すなわち、協議離婚無効訴訟・同取消訴訟などの場合に、離婚の準拠法はどの時点の夫婦の国籍等を基準として決めるべきかという問題もある。さらに、離婚慰謝料の準拠法や財産分与の準拠法が離婚の準拠法による場合（これも、協議離婚のときと裁判離婚のときに分けることができる）、いつの時点の夫婦の国籍等を基準として準拠法を決めるべきかという問題もある。

平成元年に法例が改正されて以来、離婚の準拠法に関しては夥しい数の研究が発表されているが、上に挙げた問題に関しては十分に検討されているとは言えないように思われる。本稿はこの問題に関して検討するものである。

以下では、まず、改正前法例 16 条の不変更主義と改正法例 16 条（法適用通

2) 南〔1992 (H4)〕91-95 頁。

3) 離婚訴訟の当事者（夫婦）は、事実審の口頭弁論終結時までに、離婚（法適用通則法 27 条）の準拠法の連結点である国籍、常居所、夫婦の最密接関係地の判断に必要な資料を提出することができるし、裁判所もこの時点までに提出された資料を基礎として夫婦の国籍、常居所等を認定するからである。既判力の基準時が事実審の口頭弁論終結時である理由と同じであろう。既判力の基準時については、新堂〔2019 (H31)〕693 頁参照。

4) 南〔1992 (H4)〕95 頁。

則法27条）の変更主義の各々の根拠に関する学説等を見る（第1章）。次に、法適用通則法27条の「離婚」の中核的な事項（離婚の方法、協議離婚の実質的成立要件、何が裁判離婚原因になるか、など）の準拠法決定に際しては、どの時点の連結点を連結基準とすべきか、その実質的理由は何か、を検討する（第2章）。

なお、裁判離婚の準拠法の基準時を検討するたびに「事実審の口頭弁論終結時」と書くのは煩に堪えないので、本稿では、事実審の口頭弁論終結時を単に「裁判時」、「離婚判決時」などという。

## 第1章 従来の学説等の状況

### 第1節 変更主義と不変更主義の定義

離婚の準拠法の基準時に関する従来の学説等の状況を見るための準備作業として、従来の学説に於ける変更主義と不変更主義の定義を見る。離婚の準拠法の基準時に関する従来の学説を見る際には、そこで使われている変更主義・不変更主義という言葉がどのような意味で使われているのかを知っておく必要があるからである。ここでは、離婚の準拠法の基準時を検討するために必要な知識として、折茂〔1972〕における変更主義・不変更主義の定義を見る。折茂〔1972〕は国際私法各論の概論書として広く読まれているため、同書における変更主義・不変更主義の定義もその後の学説判例に対して大きな影響を及ぼしていると思われるからである<sup>5)</sup>。

---

5) 基準時に関する他の学説を見てみる。

久保〔1940（S15）〕(2) 368頁は「問題の法律要件が従来の準拠法所定の總ての要件を完備し従来の準拠法により完全に効力の發生せる場合にはそれが終結せる法律要件なることは最も明かである。かかる法律要件は舊法の下に有效なることに確定し不動のものとなつてゐるからである。例へば問題の物權行為が舊法所定の總ての成立及び效力要件を具備し、又は法律變更までに従来の準拠法所定の總ての取得時効の要件が實現してゐる場合の如くである。かかる法律要件は假令新準拠法に依れば終結せる法律要件ならざる場合

例へば右の行爲は有效なる物權行爲ならざるか、又は時効期間の未経過なる場合にも何等の影響なく有効に法律効果の變動（例へば物權の取得）のあつたものとされるのである。假りに新法の適用を受くるものとすれば渉外私交通の安定は期し得られないこととなるであらう。而してこの場合に於ける變動が舊準據法所定の通りであり變動する効果が舊準據法所定の内容を有つことは云ふまでもないであらう。」といい、同（3）476-477頁は「かく法律効果の得喪自體がその得喪當時の準據法に依りその後の連結素の所在変更（例へば本國又は所在地の変更）によりて何等の影響を受けないのは法律効果の得喪自體が瞬間的に發生するものなる性質に由來する當然の結果であり法律に明文あると（例へば法例10條2項）否と（例へば法例18條2項、19條2項）によつて區別せらるべきではない。かくの如く從來の準據法下に於て生じた法律効果自體（法律効果の變動を結果の側面より見たもの）は法律變更後もそのまま承認せられると云ふ意味に於て所謂既得權（既得權・既得の身分等）の尊重の原則が存するものと見ることは正當であり、また既得權尊重の原則は國際私法上に於ては理論上はこの範圍に於て存するものと云ふべきであらう。國際私法上に於て右の如く既得權の承認せられるのは前述の道理を承認し渉外私交通の動的安全を保護して以て秩序的渉外私交通の要請に應ぜんとするためである。」という。これによれば、久保は、この時期には、準拠法の基準時に関しては、既得權の思想と「渉外私交通の安定」及び「渉外私交通の動的安全〔の〕保護」の双方を重視していたといえる。

久保〔1953（S28）〕83-88頁は「時的送致關係」という項目で基準時を扱い、その中の最初の「單位法律關係が法律要件に屬するものなる場合」という項目で、「この場合には法律關係の結了の當時を標準としその時點に於て連結素の存在した國の法律に送致せらるるものと解すべきである。蓋し法律要件に屬する法律關係はその結了の時に於て確定し結了時の條件に即して法律上の効果が付與せらるべきものであり、この時に於ける連結素の所在國に最も密接なる關係を有するものと解せらるるが故である。〔……〕。尤も特別の理由に基き例外の存することあるは言を俟たない。例えば離婚なる法律關係がその結了當時の本國法に送致せられずして却つて離婚原因たる事實の發生當時の本國法に送致せらるる如くである（法例16條。）」（83-84頁）という。久保は、この時期には、どの時点を基準時とすべきかを「最も密接な關係なる關係」の原理により基礎づけようとしていた。

久保〔1955（S30）〕204頁は「惟うに、一般的抽象論としては、動態即ち法律効果の變動問題については、その變動の生ずべき時點、換言すれば、變動の原因たるべき事實の實現時點における連結國法によるべく、靜態即ち既に變動した法律効果の持續問題については、その存續すべき時點、換言すれば靜態現象の存在時點における連結國法によるべきものというべきである。蓋し、渉外生活上、動態關係または靜態關係はそれぞれ右の時點における連結國法のみ密着關係を有するからであり、また右の時點における連結國法によらしめることによつてのみ渉外生活における動的安全または靜的安全が保持されるからである。」という。久保は、ここでは、「密着關係」と「渉外生活における動的安全または靜的安全」が解決の指針として挙げる。このような思想は折茂〔1959（S34）〕の不變主義・變更主義の理由付けにつながっているといえよう。後出注7参照。

欧〔1977（S52）〕178頁は「連結點の變更に伴う準拠法の変動をいかに解決すべきかについては、それぞれの單位法律關係いかににより、その特性を考慮に入れてなされるべきであり、すべての法律關係に妥当する一般原則を定めることは困難であらう。」という。

折茂〔1972（S47）〕233-234 頁は婚姻の実質的成立要件（当時の法例 13 条 1 項本文）の基準時を検討するに際して、その冒頭で次のようにいう（以下の引用文は、折茂〔1959（S34）〕182-183 における叙述と比較すると、句読点と字句に違いがあるに過ぎない）。

「もともと、一般的にいて、身分関係の準拠法決定に際し、当事者の属人法に変更があった場合新旧いずれの属人法を基準とすべきかについては、つぎのごとくに解すべきであろう。すなわち、まず、当面の問題が、身分関係の形成——たとえば婚姻なり養子縁組なりの成立のごとき——に関するものであるときは、旧属人法——たとえば婚姻なり養子縁組なりの当時における当事者の属人法——が基準とせらるべく（準拠法の不変更主義）、つぎに、当面の問題が、すでにひとたび形成せられた身分関係の内容——たとえば夫婦間なり親子間なりの権利義務のごとき——に関するものであるときは、新属人法——すなわち現在の、訴訟当時における当事者の属人法——が基準とせらるべきものである（準拠法の更主義）、と。けだし、一方において、もしも身分関係の形成の問題にたいして当事者の訴訟当時における属人法を適用すべきものとすれば、たとえばすでに婚姻当時におけるその属人法によって有効に成立した婚姻であっても、のちにいたってその有効性を否認せられる可能性があることとなり、渉外的身分関係の法的安定性はいちじるしく損われざるをえないのにたいし、他方において、すでにひとたび成立した身分関係にもとづいて、たとえば夫たり妻たる当事者が相互にいかなる権利義務をもつかという、身分関係の内容の問題にいたっては、これに当事者の訴訟当時における属人法を適用しても、右のごとき不都合を生ぜしめることがないとおもわれるからである。むしろ、右のべたごとく、身分関係に関する問題の二つの種類に応じて、新旧の属人法をそれぞれ適用し分けることが、身分関係にたいして当事者の属人法を準拠法とすべしとする基本的趣旨に、よく合致するものとみらるべきであろう。」<sup>6), 7)</sup>

この叙述に関しては次の点を指摘し得る。

まず、折茂は、「当面の問題が、身分関係の形成——たとえば婚姻なり養子縁組なりの成立のごとき——に関するものであるときは、旧属人法——たとえば婚姻なり養子縁組なりの当時における当事者の属人法——が基準とせらるべく（準拠法の不変更主義）」といい、その理由について、「もしも身分関係の形成の問題にたいして当事者の訴訟当時における属人法を適用すべきものとすれば、たとえばすでに婚姻当時におけるその属人法によって有効に成立した婚姻であっても、のちにいたってその有効性を否認せられる可能性があることとなり、渉外的身分関係の法的安定性はいちじるしく損われざるをえない」という。これは基準時に関する重要な視点である。

折茂は次に、「当面の問題が、すでにひとたび形成せられた身分関係の内容——たとえば夫婦間なり親子間なりの権利義務のごとき——に関するものであるときは、新属人法——すなわち現在の、訴訟当時における当事者の属人法——が基準とせらるべきものである（準拠法の更主義）」といい、その理由について、「すでにひとたび成立した身分関係にもとづいて、たとえば夫たり妻たる当事者が相互にいかなる権利義務をもつかという、身分関係の内容の問題にいたっては、これに当事者の訴訟当時における属人法を適用しても、右のごとき不都合を生ぜしめることがないとおもわれるからである。」という。この説明は、身分関係の内容に関しては裁判時を基準時としても「不都合を生ぜしめ

- 
- 6) この引用文の冒頭の「身分関係の準拠法決定に際し」という言葉から理解し得るように、折茂は変更主義・不変更主義の用語を身分関係に関してしか使わない。例えば、折茂〔1972（S47）〕は、平成元年改正前法例 15 条（夫婦財産制）（折茂 275-276 頁）、同 16 条（離婚）（折茂 297 頁）、同 17 条（嫡出）（折茂 328 頁）などの説明に際しては「不変更主義」という言葉を使うのに対して、同 3 条 1 項（行為能力）（折茂 24 頁）、同 10 条 2 項（物権変動）（折茂 98-100 頁、102-105 頁）の説明に際しては「不変更主義」の言葉を使わない。
- 7) 折茂〔1959（S34）〕及び折茂〔1972（S47）〕はいずれも変更主義と不変更主義を定義するに際して先行研究を引用していないので、折茂による定義がいかなる研究の影響にあるかは明確ではないが、久保〔1955（S30）〕（前出注 5 参照）の影響はあるように思われる。



ることがない」という、いわば消極的な理由付けであり、身分関係の内容に関して裁判時を基準時とすべきことを積極的に基礎づける理由ではない。

このように、折茂の説明は、不変更主義に関しては明快であるが、変更主義に関しては不明瞭である。

いずれにしても、折茂による変更主義と不変更主義に関する説明は、高度な内容を平易な文体で表現していることも相俟って、その影響力は現在に及んでいるように思われる。

以下では、折茂の説く変更主義と不変更主義の定義を前提として、離婚の準拠法の基準時に関する立法資料と従来 of 学説を見る。

## 第 2 節 法例旧 16 条（離婚）の基準時の根拠

平成元年改正前の法例 16 条本文は「離婚ハ其原因タル事実ノ発生シタル時ニ於ケル夫ノ本国法ニ依ル」と定め、離婚原因事実発生時を準拠法の基準時としていた。本款ではこの根拠について諸説の説くところを見る。

### 第 1 款 立法理由

まず、立法理由を見る。

#### 第 1 目 法例議事速記録

日本で最初の国際私法法典である法例は明治 23（1890）年 10 月 7 日に法律 97 号として公布されたが、法典論争のために施行を延期され（この法例を、通常、「旧法例」という。）、その結果、法例修正議案が法典調査会により審議された<sup>8)</sup>。法典調査会では、離婚に関する規定の案である「第十五條 離婚ハ其原因タル事実ノ発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実カ日本ノ法律ニ依ルモ離婚ノ原因タルトキニ非サレハ離婚ノ宣告ヲ爲ス

---

8) 旧法例の公布から法例（明治 31（1898）法 10）の施行に至るまでの経過については、川上〔1967（S42）〕66-101 頁参照。



コトヲ得ス」<sup>9)</sup>は、第6回委員会（明治30（1898）年12月10日開催）で審議された。立法者が同条の基準時の根拠をどのように考えていたか、また、立法者が同条の基準時は裁判離婚と協議離婚のいずれにも適用のあるものと考えていたか、を知るために、以下では、法例15条案に関する質疑応答（法例議事速記録〔復刻版、1986（S61）〕143-144頁）を全部引用する。

.....

穂積陳重君 離婚ノ問題ノ如キモ舊法例ニハ確カナ規定ハ見エマセヌ是ハ實際上非常ニ六ヶ敷イ問題ガ屢々出ルモノデアリマス甲ノ國ノ者ガ外國デ離婚ヲスルトカ或ハ本國デ離婚シタノヲ外國デ認メル或ハ離婚ノ結果トシテ其一人ガ再婚ヲ致シマスル時ニ再婚ヲスル國デ前ノ離婚ヲ認ムルトカ認メヌトカ種々ノ難問ガ生ズルモノデアリマス併シ諸國ノ規定ハ要スルニ婚姻ト云フモノヲ先ヅ契約ノヤウニ定メタモノトカ或ハ婚姻ヲ身分關係ト見テ定メタモノトカ又或ハ公益上ノ規定、公ノ秩序ニ關スル點ニ重キヲ措テ定メタモノトカ色々諸國ノ國際私法的ノ規定ガ異ナツテ居ルヤウデアリマス本案ニ於キマシテハ離婚ハ本國法ニ依ルト云フコトヲ原則ト致シマシタ是ハモウ婚姻ハ身分問題デアルト云フコトニ依テ本國法ニ依ルト云フ主義ヲ採リマシタ以上ハ其離婚モ身分ノ變更ニ屬スルモノデアリマスカラ本國法ニ依ルノデ別ニ説明ヲ要シマセヌ既ニ本國法ニ依ルト言ヒマスル以上ハ離婚ノ原因タル事實上ノ生ジタル時ニ於ケル本國法デアリマス何故ニ夫ノ本國法ニ依ルト申スカト云フニ前ニ申シマシタ通り既ニ婚姻ヲ終リマシタ後ハ夫ガ乃チ婚姻ノ主位ヲ占ムルト云フ主義ヲ此處デモ同ジヤウニ保チマシタ譯デゴザイマス併シ此離婚ノ裁判ハ身分上ニ重大ナ變更ヲ生ズルモノデアツテ之ガ外國デ出來ルヤ否ヤト云フ問題ガ生ズルソレデ本條但書ニ於キマシテ日本デハ如何ナル場合ニ於テ離婚ノ宣告ヲ爲スト云フ標準ヲ定メマシタモノデアリマス一方ニ於テ離婚ハ

9) 法例議事速記録〔復刻版、1986（S61）〕142頁）。すなわち、成立した法例旧16条の文言は法典調査会で審議された15条の文言のままである。

身分問題デアリマスルガ又一方ニ於キマシテハ公ノ秩序善良ノ風俗ニ關シマスル事柄デアリマスソレ故ニ此原因ト云フモノガ假令其離婚請求者ノ本國法ニ於テ認メマシタ原因デアリマシテモ我國ニ於テハ例ヘバ斯ノ如キ些細ナ原因デハ離婚ヲ訴ヘルコトハ出來ナイモノデアル即チ其離婚ノ原因トスルニ足ルベキ事實ニ付テ我國トソレカラ其者ノ本國法ト見ル所ヲ異ニ致シテ居リマスル場合ハ固ヨリ是ハ公益上ニ關シ、公ノ秩序ニ關スルモノデアリマスカラ日本ノ法律デ認メマシタ離婚ノ原因デナケレバ日本デハ離婚ヲ言渡シテヤラナイ之ニ反シテ日本ノ法律デハ離婚ノ原因ト認メテ居ル離婚請求者ノ本國法デハ離婚ノ原因トハ認メテ居ラナイ斯ウ云フ場合ニ於キマシテハ所謂本國法ヲ既ニ前ニ認メマシタ以上ハ我國ニ於テ離婚ノ請求ヲ致シマシテモ矢張り我國デハ離婚ノ宣告ヲシテヤラナイ是ハ他ノ取引上ノ關係トハ餘程違ヒマシテ或場合ニ於キマシテハ本國ヘ立還ツテ而シテ本國法ノ保護ヲ仰グトモ晩カラスコトデアリマスソレ故ニ本國法デモ認メル我國法デモ認メル即チ共通原因ト云フモノガアツテ始メテ我國デハ離婚ノ宣告ヲ爲シテヤルコトガ出來ル斯ウ云フ事ヲ本條デ定メマシタ積リデアリマス

横田國臣君 此箇條ハ私ハモウ完全ト思ヒマスガ唯此「發生シタル」ト云フ文字ガドウデスカ例ヘバ離婚ヲ許サヌ國ガアルト見ルサウシタ折ニソレカラずつと引續イテ其國ニ居テモ發生シタ時ガ離婚ガ出來ヌカラ宜イト云フヤウニナツテ仕舞ウ發生シタル時サヘモ何セヌケレバ後トハ・・・

梅謙次郎君 其事實ノ發生シタ時ニ其國ノ法律デ離婚ヲ許サヌト云フコトデアッタナラバ其後ニナツテ何處デモ離婚ハ出來ナイト仰ツシヤルノデセウ

横田國臣君 サウデス

梅謙次郎君 其後ニハ出來ナイ

横田國臣君 同ジ男ト續イテ居レバ宜イノデスカ

梅謙次郎君 同ジ男トノ關係デナクテモ違ツタ男トノ關係デモ構ヒマセヌ詰リ斯ウ云フコトデセウ離婚ノ原因トシテ姦通ト云フモノヲ認メル、所ガ或國デハ外國デ姦通シタ其姦通ト云フモノヲ離婚ノ原因トシテ認メヌ斯ウ云フ場合、

其事實丈ケデハ日本ニ來テモヤラナイ、ケレドモ其後引續イテ日本ニ於テヤツテ居レバ其事實ニ依テ離婚ノ言渡ヲ爲スコトヲ得ル

岡野敬次郎君 第十五條即チ本條ノ協議上ノ離婚ト云フモノハ法律行為ノ中ニ這入ルノデアリマスカ離婚ノ要件ニ付テハ何レノ國ノ法律ニ従ウノデアルカ之ニ付テ伺ヒタイ

穂積陳重君 ソレハ本條ノ中ニ離婚ノ事ハ皆這入ツテ居ル積リデアリマス離婚ノ原因ト云フコトハ訴ノ原因ト云フコトニ狭ク使フデアリマセヌノデ或ハ雙方ノ合意ト云フモノヲ本國法デ原因ト認メデアリマスレバソレモ含ム積リデアリマス離婚ニ付テノ方式ト云フモノハ少シ見當リマセヌガ併シ或ハ協議離婚ニハ方式ヲ要スル國モアルカモ知レマセヌ、アレバ是ハ法律行為ノ方式ノ原則ニ依テ行為自體ノ準據法ニ依ルコトモ出來ル其行為地法ニ依ルコトモ出來ル

河村謙三郎君 民法ニハ槌カ離婚ハ戸籍吏ニ届出ナケレバ効ハナイト云フコトガアツタと思ヒマスガ然ラバ戸籍吏ハ正當ノ手續ヲ履マナケレバ登録ヲシナイト云フコトガ出來ル若シ前段ガ協議離婚ニ適用セラルルモノデアルト但書トノ關係ハドウナリマスカ其原因ハ日本ノ法律ノ認メヌ原因デアルト云フ時分ニハ登録簿ニハ舉ゲヌノデスカ或ハ裁判所カラ登録ヲシナケレバナラヌト云フコトニナルノデアリマセウカ

梅謙次郎君 其場合ニ於テハ穂積君ノ御答ヘガアツタ通り本國法ニ依テ矢張りヤル、ケレドモ日本ノ方式ニ依テモ差支ナイ日本方式ハ仰ノ通り戸籍吏ニ届出ル其場合ニハ日本法ニ従テヤルカラ日本法ニ従テ方式ヲ缺イテ居ル或ハ其方式ヲ踏ンダ時ニ即チ本國法ニ依テ居ラナイ離婚デアル或ハ協議ノモノデアレバ意思ガ缺ケテ居ルト云フモノデアツタナラバ無論届出ヲ拒ムコトガ出來ヤウト思ヒマス

.....

法例議事速記録中、法例 15 条案（法例旧 16 条）に関する質疑応答は以上のとおりである。

この速記録から分かる点は次のとおりである。

第 1 に、穂積陳重の最初の発言中の「既ニ本國法ニ依ルト言ヒマスル以上ハ離婚ノ原因タル事實上ノ生ジタル時ニ於ケル本國法デアリマス」という発言は法例旧 16 条の規定の文言を繰り返すにとどまり、離婚原因事実発生時を基準時とする根拠に関する説明を穂積の発言に見出すことはできない。

第 2 に、梅謙次郎の「其後引續イテ日本ニ於テヤツテ居レバ」という発言は、国籍ではなく住所を日本に変更した場合を述べているように読めるが、その点とはともかく、梅は、継続した姦通を例にとりどの時点が基準時になるのかを説明しているに過ぎず、離婚原因事実発生時を基準時とする根拠を説明しているとは言えない。

第 3 に、梅謙次郎の「離婚ノ原因ト云フコトハ訴ノ原因ト云フコトニ狭ク使フデアリマセヌノデ或ハ雙方ノ合意ト云フモノヲ本國法デ原因ト認メデアリマスレバソレモ含ム積リデアリマス」という発言は、夫婦による離婚の合意が離婚の原因になるか否かは本条により夫の本国法による、という点に主眼があり、これに対して、離婚合意時が離婚原因事実発生時である、という点を明確に述べているわけではない。

ともかく、離婚に関する法例 15 条案は、法典調査会の法例整理会（明治 30（1898）年 12 月 17 日）の審議の結果、条文番号が 16 条となった<sup>10)</sup>。

## 第 2 目 法例修正案理由書、法例修正案参考書

### 第 1 項 法例修正案参考書

法例修正案は明治 31（1898）年に帝国議会の審議に付された。帝国議会で審議する際に「法例修正案参考書」が提出された<sup>11)</sup>。法例修正案参考書を起草し

---

10) 法例整理会議事速記録（『法例議事速記録』復刻版、1986（S61）、所収）189 頁。法例整理会については、川上〔1967（S42）〕80-81 頁、95 頁参照。

11) 高桑〔1987（S62）〕157-162 頁によれば、帝国議会で法例修正案を審議する際に提出されたのは「法例修正案参考書」であり、後にこれを市販する際に、「法例修正案参考書」と題する書物として出版した場合と、「法例修正案理由書」と題する書物として出版した場合があり、両者は、「書籍としての体裁多少異なるが、本文においては両者は全く同じである。」（高桑 158 頁）とされる。

たのは山田三良である（ただし、穂積陳重がこれを添削したようである）<sup>12)</sup>。法例修正案参考書〔1898（M31）〕<sup>13)</sup>では法例旧16条に関する立法理由はその53-54頁に全13行で掲載されている。以下では、同書に掲載された同条に関する立法理由の全文を引用する。

「(理由) 婚姻ノ本質ニ付テ各國立法者ノ採ル所區々一定セサルカ故ニ離婚ニ關スル各國ノ規定モ亦區々ニシテ一定セス或ハ離婚ヲ許ササルモノアリ或ハ離婚ヲ認ムル諸國ニ於テモ其ノ原因ヲ異ニスルモノアリ今本國ニ於テ離婚ヲ認メサルニモ拘ハラス我國ニ於テ離婚ヲ宣告スルトキ其婚姻ハ我國ニ於テハ解銷セルニモ拘ハラス其本國ニ於テハ依然トシテ成立スルカ如キ結果ヲ來スカ故ニ離婚ハ其本國法ノ認ムル原因ニ付テノミ之テ宣告スルコトヲ得ルモノトセサルヘカラス然ルニ離婚ノ原因ハ素ト公ノ秩序ニ關スルカ故ニ縱令其本國法ニ於テ認ムル離婚ノ原因タルトモ若シ我國法律ニ於テ同一ニ認メサルトキハ我國裁判

12) 高桑・同159-162頁、特に、同162頁注3参照

13) 私の参照した法例修正案参考書は、『法典修正案理由書 民法 全施行法 法例 国籍法 不動産登記法』〔明治31（1898）年6月4日発行、明治34（1901）年11月20日3版、発行所東京専門学校出版部、売捌所有斐閣、定価金75銭〕という書物に収録されており、同書は、法例修正案参考書、民法中修正案参考書、民法施行法案、国籍法案参考書、不動産登記法案参考書をこの順序で収録している。また、同書の鳩山和夫による序文（明治31（1898）年6月付け）は「我東京専門学校が法典調査会の手になれる民法修正案理由書及商法修正案理由書を出版し」と述べる。要するに、同書は、書物の題名と序文では「理由書」という用語を使いつつ、「参考書」を収録している。

なお、高桑〔1987（S62）〕157頁は「法例修正案理由書には少なくとも二つの版がある。〔……〕他の版は小久江成一編、明治31年6月4日東京専門学校出版部発行の『法典修正案理由書』と題する書物の中にあるものである。このなかには民法中修正案理由書、民法施行法修正案理由書、法例修正案理由書、国籍法案理由書、不動産登記法案理由書を収めており、定価は金七拾五銭である。」という。高桑によるこの記述を合わせて考えると、東京専門学校出版部の出版した『法典修正案理由書』と題する書物には、「法例修正案参考書」を収録した書物と、「法例修正案理由書」を収録した書物があることになる。なお、高桑・同158頁注2参照。

所ハ之ニ對シテ離婚ノ宣告ヲ爲スコトヲ得サルモノトセサルヘカラス故ニ本案ハ最近ノ立法例及ヒ學說ニ倣ヒ本國法兼訴訟地法主義ヲ採リ外國人ノ離婚ノ原因ハ夫ノ本國法ニ依テ之ヲ定メ我國法律ヲ以テ之ヲ制限シ本國法及ヒ我國法律ニ於テ認ムル共通ノ原因アル場合ニ限り離婚ヲ宣告スルコトヲ得ルモノトセリ而シテ外國裁判所ノ宣告シタル離婚ノ効力如何ハ一般外國判決ノ執行ニ關スル規定ト共ニ民事訴訟法ノ規定ニ譲リ本案ニ於テハ之ヲ規定セサルコトトセリ」

このように、法例修正案参考書は離婚の準拠法の基準時に触れていない。

## 第 2 項 法例修正案理由書

法例修正案理由書〔1898（M31）〕では法例旧 16 条に関する立法理由はその 37-38 頁に全 11 行で掲載されている。それは、上に掲載した法例修正案参考書における記載と同じである。

法例（明治 31（1898）法 10）は明治 31（1898）年 7 月 16 日に施行された。以下では、離婚に関する国際私法規定である法例 16 条の定める基準時について、学説がどのように説明しているかを見る。

## 第 2 款 山口弘一

離婚の準拠法の基準時に関する山口弘一の見解は、山口〔1900（M33）〕と山口〔1932（S7）〕に見ることができる。両者の間には 32 年間の期間があるが、同一研究者の見解としてここに一括して掲げる。

### 第 1 目 山口〔1900（M33）〕

山口〔1900（M33）〕479 頁は法例旧 16 条の定める基準時に関して次のようにいう。

「夫ノ本國法トハ婚姻ノ當時ニ於ケル夫ノ本國ニモ非ス又離婚ノ原因タル事實ノ發生後ニ於ケル本國法ニモ非スシテ離婚ノ原因タル事實ノ發生シタル時ニ於ケル夫ノ本國法ナリ離婚ノ原因タル事實發生後ニ於ケル夫ノ本國法ニ依ルヘシトスルトキハ夫ハ離婚ヲナサンカ爲メニ故ラニ國籍ヲ變更スル恐アレハナリ」

この叙述は法例旧 16 条本文における基準時の実質的根拠を述べた最初の文献と思われる。この叙述は、離婚原因事実発生後に夫が離婚を容易にする国に意図的に国籍を変更する可能性を指摘している。

なお、この叙述は「裁判」、「訴訟」などの文字を使っていないが、主として裁判離婚を念頭に置いた叙述のように読める。

## 第 2 目 山口〔1932 (S7)〕

山口〔1932 (S7)〕 61-63 頁は次のようにいう。

### 「第二 離婚の方法

法例第十六條冒頭の「離婚」なる語は離婚の方法をも含む。但し同條但書の「離婚」は裁判上の離婚を云ふ。而して如何なる離婚の方法を許すや否やは、其方法を實行する當時に於ける夫の本國法なり。〔……〕。

〔……〕

協議又は一方的意思表示に因る離婚は、其協議又は一方的意思表示を爲す當時に於ける夫の本國法に依り其離婚が有効なりや否やを定む。

〔……〕

### 第三 裁判上の離婚の原因

#### 甲、外國に於て爲されたる裁判上の離婚

〔……〕。我法例に依れば、離婚の原因たる事實が其發生の當時に於ける夫の本國法に依り離婚の原因として認めらるることを要す。事實發生の當時に於ける夫の本國法を以て準據法と定め、其後に於ける夫の本國法を準據法と爲さざる所以は、一定の事實、例へば犯罪が發生の當時に於ける夫の本國法上離婚の原因たらざるに拘はらず、夫は此事實を離婚の原因と爲す國に国籍を移し、以て離婚を請求する弊害を防ぐと同時に、他の一方に於ては一定の事實が、其發生の當時に於ける夫の本國法上離婚の原因たる場合に、此事實を離婚の原因と爲さざる國に夫は其国籍を移し、以て離婚の請求を免るる弊害を防ぐ爲めなり。而して一定の事實發生の當時に於ける夫の本國法に依り、其事實が離婚の原因なるに於ては、日本法律が之を離婚の原因として認むることを要せず。之は法



例第十六條の前半を、其後半即ち但書と比較するときは容易に理解することを得。

〔……〕。

乙、日本に於て爲す裁判上の離婚

日本裁判所が外國人間又は日本人外國人間の離婚を宣告する爲めには、左の要件を備ふることを要す。

一、離婚の原因たる事實が其發生の時に於ける夫の本國法に依り離婚の原因として認めらるゝこと。

二、離婚の原因たる事實が日本の法律に依るも離婚の原因として認めらるゝこと。」

山口〔1932〕の特徴は協議離婚と裁判離婚を分けてその各々に関して基準時を説明する点にあらう。

次に、山口は、日本で裁判離婚をする場合は法例旧 16 条の本文と但書が適用され、外国離婚判決の承認の場合には法例旧 16 条本文が適用されるという前提に立っている。外国離婚判決の承認に国際私法が適用されるとする点を別とすれば、山口は、山田（三）（後出第 5 款参照）と同様に、離婚原因事実発生後における夫による国籍変更により妻の受ける不利益の両面を述べる。また、妻の受ける不利益の防止の必要性を裁判離婚に関して述べるのも山田（三）と同じである。

なお、山口〔1932（S7）〕は離婚の準拠法の基準時を論ずるに際して先行研究を引用していない。

### 第 3 款 野澤武之助・山口弘一

他方で、この時期に法例の解釈論として理解し難い見解が発表されている。すなわち、野澤・山口〔1900（M33）〕は離婚原因事実発生後に夫婦がともにその国籍を変更した場合と夫のみがその国籍を変更した場合を分けて、次のようにいう。

野澤・山口 440-442 頁は、離婚は夫婦双方の本国法と法廷地法の許す場合にのみなし得る、と述べ、これに続けて、離婚原因事実発生後に夫婦双方が本国法を変更した場合は新本国法を適用すべきであるという。以下がその主張である。

「離婚は家族の利害に重大なる関係を及すのみならず之と同時に当事者の身分能力に一大變更を來すものなれば、其家族を支配する法律に依ると同時に亦双方の本國法に依らざるべからず。然らざれば實際に於て種々混雜なる問題を生すべきなり。即ち妻の本國法か離婚を以て道德上、宗教上許すべからざるものとして之を禁する場合に於ては外國法に依りて離婚せられたる結果として其身分を變更することを承認せざるべきなり。故に余輩は必ず当事者双方の本國法并に訴訟地の法律か之を許す場合に於て初めて離婚することを得へしと主張するものなり。

我法例第十六條は離婚は其原因たる事實の發生したる時に於ける夫の本國法に依ると規定し且つ但書に於て兼て其訴訟地法に依ることを規定せり。然れども夫の本國法のみによりて之を決するの不可なるは既に述べたるか如し<sup>14)</sup>。然るに猶之に加ふるに其事實の發生せる當時の夫の本國法に依るべきことを規定せり。是れ益々吾人の解する能はざる所なり。即ち今離婚の原因たる事實の發生後、夫婦共に其國籍を變更したる場合ありと假定せん。此場合に於て猶舊本國の法律を適用すべき必要を見ざるなり。何となれば先に論じたるか如く其本國法を適用すべしと爲すは離婚なるものは元來其國の立法者か其國に屬する家族の幸福を保護し延きて社會の風紀を維持するの目的より制定せるものにして、且つ離婚は当事者の身分に大なる變更を來すものなるか故に、其家族を支配する法律に依りて之を決すること適當なりとの旨趣より出てたるものな

---

14) これは、野澤・山口〔1900 (M33)〕438-439 頁が「離婚は各當事者の身分を變更せしむべきものなるを以て、縱令、其夫の本國法の離婚を許すときと雖も其妻の本國法か之を許さざる場合に於ては、妻の本國法に於ては離婚を以て宗教上道德上許可すべからざるものとなすを以て其認めて不道德となす外國法律に依りて我國民の身分を變更することを承認せざるべし。此の如き不都合を生すべきを以て其一方の本國法のみによりて之を決すべからざるや明なり。」というのを指すものと思われる。

り。然るに一時其國に屬したるも今は全く其國家と關係なき夫婦間の離婚に付き其國の法律を適用せんとするは<sup>ただ</sup>啻に其國の立法者の意思に適せざるのみならず、當事者に於ても何等の利益なく且つ現在の本國の規定に觸れ其國の秩序を破壊することなしとせず。故に余輩は此等の場合に於ても新本国法の規定によりて其離婚の當否を定めんとするものなり。」

ところが、野澤・山口 444 頁は、次のように、離婚原因事実発生後に夫婦の一方が離婚を避ける目的で国籍を変更した場合は旧本国法を適用すべきであるとする。

「離婚を許可する國に属する夫婦の一方が其國に於て離婚の原因たるべき事實の發生したる后、離婚を避くるの目的を以て之を禁ずる國に歸化したるときは如何。

此場合に於ては其離婚の原因たるべき事實が既に其歸化以前に存在したるものなるときは他の一方は離婚を爲すことを得べしと謂はざるべからず。何となれば凡そ人は自己の不法の行爲に依りて他人の權利の發生を妨ぐることを能はざればなり。故に夫婦の一方は離婚を免れんとして其國籍を變ずるも決して之を避くること能はざるなり。若し之を免る、ものとするときは離婚を欲せざる配偶者は巧に其離婚を禁ずる國に歸化して其不當の目的を達し不法なる一方の意思に依りて他方の權利を侵すの結果を生すべきなり。故に此場合に於ては夫婦双方の現在の本國法に依ると云へる原則に對し一個の例外を設くるものなり。惟ふに我法例第十六條は此點にのみ重きを置きたる結果に外ならざるなり。」

野澤・山口〔1900（M33）〕の見解のうち、法例旧 16 条の解釈として夫婦の本国法と法廷地法の累積的適用を主張する点はその後の学説の従うところではないが、離婚原因事実発生後に夫婦の一方が離婚を困難にする目的で国籍を変更した場合には他方配偶者を保護するために旧本国法を適用すべきであるという理由付けはここに初めて現れたといえよう。また、その結果、ここに至り、山口〔1900（M33）〕が述べた目的（既に発生した事実だけでは離婚できないという意味の離婚の不可能性への妻による予測・期待の保護）とともに、既発

生事実に基づく離婚可能性への妻による予測・期待の保護という目的も、ともに学説上現れたと評し得る。

なお、離婚原因事実発生後の夫婦の一方による国籍変更に関する野澤・山口の説明も「裁判」、「訴訟」などの文字を使っていないが、主として裁判離婚を念頭に置いた叙述のように読める。

#### 第4款 佐々穆

佐々〔1925（T14）〕213-214頁は次のようにいう。

「我法例が前掲の如く夫の本國法に依るべきことを認めたるの理由に曰く

離婚なるものは婚姻の効力を解消するものであって婚姻の効力が夫の本國法に依りて管轄せらるゝ以上は之を解消する離婚も亦同一の準拠法に依らなければならぬ。而して夫の本國法とは現在の本國法にあらずして離婚の原因たる事實の発生したる時に於ける夫の本國法である。若し夫の現在の本國法に依りて離婚を管轄するものとするならば夫は殊更に國籍を變更して離婚を爲すの虞がある。

右の説明は外國に於て離婚を爲す場合であるが日本に於て離婚の宣告を爲す場合には離婚原因たる事實が夫の本國法に依りて現在すると同時に日本の法律に依るも亦存在することを要するのである。蓋し法廷地たる我國の公序良俗に關する所大であるからである。」

佐々は離婚の準拠法の基準時を説明するに際して文献を引用していない。また、上記引用文におけるように、外國で離婚をする場合と日本で裁判離婚をする場合を分けて説明するのは後の山口〔1932（S7）〕の行った方法であり、1925（T14）年当時一般的な方法だったかどうかは分からない。

なお、上記引用文は、離婚原因事実発生後における夫の国籍変更による妻の受ける不利益を防止する必要性は既に立法理由にある、という趣旨に読めるが、離婚の準拠法の基準時を離婚原因事実発生時とすることの根拠を立法者が説明していないことは既に見たとおりである（前出第1款）。

## 第 5 款 山田三良

山田（三）〔1931（S6）〕185 頁は次のようにいう（山田（三）〔1934（S9）〕628-629 頁も同じ）。

「上述の如く離婚の原因は夫の本國法に依るを以て原則とするも、夫の本國法とは如何なる時に於ける本國法なりやは説明を要すべき問題である。この問題に關し婚姻當時の本國法と訴訟當時の本國法と離婚の原因たる事實發生當時の本國法との三主義を思考し得るのであるが、我法例第十六條は最後の主義を採ることは前掲の法文に徴して明かである。蓋し婚姻當時の夫の本國法に依るべきものとするときは、國籍を變更したる後に發生したる離婚の原因に付ても尚婚姻當時の本國法に依つて離婚の許否を定むる點に於て、現在の本國法の公益に反するのみならず、當事者の離婚請求權を不當に變更するの議を免れざるものである。若し又訴訟當時の本國法に依るべきものとするときは、離婚の原因たる事實が既に發生したる後に於て、夫が漫りに其の國籍を變更して離婚の一層困難なる國若くは一層容易なる國の法律を選択することを得るが故に、當事者の一方をして豫期し得べからざる損害を蒙らしむべき弊害を來たすの虞があると言はねはならぬ。是れ即ち離婚の原因たる事實發生當時の夫の本國法に據るを以て當事者双方に對して最も公平に且最も正當なりとする所以である。従つて或行爲が不法なるか適法なるかは其の事實發生當時の行爲地法によるが如く、或事實が離婚の原因となるや否やは事實發生當時の夫の本國法に依つて之を定め且其の事實が訴訟地法に依るも亦離婚の原因たる場合に限り離婚の宣告を爲すことを得べきものとするのである。」<sup>15)</sup>

---

15) 引用部分の最後で山田（三）は「或行爲が不法なるか適法なるかは其の事實發生當時の行爲地法による」という。しかし、不法行爲地に関しては基準時の觀念を容れる余地はない。後出注 29 参照。現に、山田（三）〔1931（S6）〕152-155 頁（＝山田（三）〔1934（S9）〕579-582 頁）は法例旧 11 条における不法行爲の準拠法を論ずるに際して基準時に言及していない。

上記引用文中「若し又訴訟當時の本國法に依るべきものとするときは、離婚の原因たる事実が既に發生したる後に於て、夫が漫りに其の國籍を變更して離婚の一層困難なる國若くは一層容易なる國の法律を選択することを得るが故に、當事者の一方をして豫期し得べからざる損害を蒙らしむべき弊害を來たすの虞があると言はねはならぬ。」は、離婚原因事実発生後の夫による国籍変更の場合に新本國法を適用するときに生ずる妻の受ける不利益の両面（離婚が困難になることによる不利益、離婚が容易になることによる不利益）を指摘するものであり、ここに至り、これまでと異なり、一人の論者が妻の受ける不利益の両面を指摘したと評し得る。

なお、上に引用した山田（三）による説明は「訴訟當時の本國法」という文字を使って検討しているので、主として裁判離婚を念頭に置いた説明である。

## 第6款 江川英文

### 第1目 江川〔1937（S12）〕

江川〔1937（S12）〕333-334頁は次のようにいう。

「まづ、夫婦が異なる國籍を有する場合、何れの本國法によるべきかについては、わが法例は獨逸民法施行法（17條1項）と同様に夫の本國法主義を採つてゐる。つぎに如何なる時期に於ける本國法によるべきかにつき問題となり得るのは、婚姻當時に於ける本國法、離婚原因たる事實の發生當時に於ける本國法及び訴訟當時に於ける本國法である。もしも本國法主義を徹底せしめるならば、訴訟當時に於ける本國法によるべきが當然であるが、わが法例は離婚の原因たる事實の發生當時に於ける本國法主義を採つてゐる。蓋し、離婚の原告たる事實が發生したる後に夫がその國籍を變更して、離婚を容易ならしめ又はこれを困難ならしめ以て妻の豫期せざる結果を齎すことを避けんとする趣旨であらう<sup>16)</sup>。

---

16) 江川〔1937（S12）〕はここに後注を付し、山田（三）628頁と山口〔1932（S7）〕62頁のページ番号を示す。前者は山田（三）〔1934（S9）〕であると思われる。

これを要するに、わが法例は離婚はその原因たる事実の発生したる當時に於ける夫の本國法によるべきものとしてゐる (16 條本文)。」

この引用文は主として裁判離婚を念頭に置いているものといえる。

江川が離婚原因事実発生後における夫による国籍変更により妻の受ける不利益の両面を説くのも山田 (三) [1931 (S6)] 及び山口 [1932 (S7)] と同じである。

## 第 2 目 江川 [1950 (S25)]

離婚の準拠法の基準時に関しては、江川 [1950 (S25)] 282-283 頁における説明と江川 [1970 (S45)] 265-266 頁におけるそれとは、前者で使われている旧漢字と旧仮名遣いを後者では新字体及び新仮名遣いに改めた点を除いて、同じである。以下では、江川 [1970 (S45)] の説明を引用する。

「夫婦が国籍を異にする場合にいずれの本國法によるべきか及びいかなる時期における本國法によるべきかが問題となる。第一の点について、法例はドイツ民法施行法 (17 条 1 項) 等と同じく夫の本國法主義を採っている。婚姻の身分的並びに財産的効力の準拠法に対応するものである。第二の点について問題となりうるのは、(イ) 婚姻当時における本國法、(ロ) 離婚原因たる事実の発生当時における本國法及び (ハ) 訴訟当時における本國法である。ドイツ民法施行法 (17 条 1 項) は (ハ) の主義を原則としているが、法例は、「離婚はその原因たる事実の発生したる時に於ける夫の本國法に依る」(16 條本文) として、(ロ) の主義を採っている。これは、離婚の原因たる事実の発生後の夫の国籍変更により、離婚が困難となりまたは容易となつて、妻の予期しない結果の発生を避ける趣旨に基くものである。」

法例旧 16 条における基準時に関する理由はこの時点で出尽くした感がある。その後の学説に新しい理由付けは見当たらない (わずかに、折茂にやや深い洞察が見られる程度である)。

## 第 7 款 實方正雄

實方 [1952 (S27)] 290 頁は、「連結點として使用せらる〔る〕国籍は、離



婚原因たる事実の発生當時に於ける夫の国籍である。従つて、妻の国籍は考慮せられず、又離婚訴訟提起の時を標準として夫の国籍を決定す可きではない〔……〕。」という。これは裁判離婚に関する説明である。また、實方は、このように、離婚の準拠法の基準時を原因事実発生時とする実質的根拠を述べていない。

### 第8款 久保岩太郎

久保〔1953（S28）〕223頁は「裁判外の離婚」の項目の下で、「協議離婚又は單意離婚（追出離婚）が許容されるか否かは専ら離婚の協議又は一方的意思表示の當時の夫の本國法にのみ依る。」と述べ、同224頁は「裁判離婚」の項目の下で、「この場合には問題の事実がその発生當時の夫の本國法に依り離婚原因たるのみならず日本の法律によつても離婚原因なるときでなければ、わが裁判所は離婚の宣告を爲すことを得ない。かく離婚原因を訴の提起當時の夫の本國法に依らしめずして離婚原因たるべき事実の発生當時の夫の本國法に依らしめたのは妻の保護のためである。」という<sup>17)</sup>。

### 第9款 溜池良夫

溜池〔1955（S30）〕564-565頁は離婚の準拠法の基準時に関して次のようにいう。

「本國法主義を採用するとして、まず問題になるのは、夫婦が国籍を異にする場合いずれの本國法を基準とすべきか、及び婚姻中に国籍の変更があつた場合いずれの時點における本國法を基準とすべきかの點である。〔……〕 つぎに、

---

17) 久保〔1954（S29）〕211-212頁も裁判離婚と裁判離婚に分けて説明し、裁判離婚に関しては「裁判離婚の場合には、問題の事実が、まず、その発生當時の夫の本國法によって離婚原因でなければならない。訴の提起當時でなく、特に事実発生當時を標準としたのは、夫の恣意を防遏し妻の利益を保護するためである。」という。

第二の問題については、婚姻當事における本國法を基準とすべきか〔……〕、離婚原因發生當時の本國法を基準とすべきか、あるいは訴訟提起當時の本國法を基準とすべきか〔……〕が問題になるが、わが法例は離婚原因たる事實の發生當時における本國法を基準とすべきものとしている。本國法主義を徹底せしめるならば最後の主義によるべきであろうが、これによるときは、離婚原因となるべき事實の發生後における夫の國籍の變更により、離婚が困難または容易となり、妻の豫期しない結果の發生することが考えられるから、これを避けるために離婚原因發生當時の夫の本國法を基準としたものである<sup>18)</sup>。」

この説明は第 1 次的には裁判離婚の基準時に関する説明である。

## 第 10 款 折茂豊

離婚の基準時に関して折茂豊がその概論書で公表した見解は、初版における見解と第 2 版における見解で異なる。

### 第 1 目 折茂〔1959（S34）〕

折茂はその国際私法各論（初版）250 頁で次のようにいう。

「〔法例旧 16 条本文にいう夫の〕本國法というのは、離婚の「原因タル事實ノ發生シタル當時ニ於ケル」それである。すなわち、ここでは準拠法の不変更主義が採られているのであり、したがって、さような本國法上ひとたび有効に成立した離婚は、爾後における夫たりし者の國籍の變更によって、その成立をあらためて否定されることはありえないのである。」

この叙述は協議離婚に関しては非の打ちどころのない叙述である。ところがこの引用文の末尾に折茂は後注を付し次のようにいう（251 頁注 1）。

「ドイツ民法施行法 17 条 1 項は、離婚を「訴訟提起の當時における」夫の本國法によらしめる旨を明らかにする。すなわち、変更主義をとるものである。

---

18) 溜池はここに割注を付し、江川〔1937（S12）〕334 頁のページ番号を示す。

かかる変更主義は、離婚原因の発生後における夫の国籍の変更により、離婚がふたたび不可能となることあり、妻に不測の損害をあたえるおそれあるものとして批難される。」(この引用文の末尾で折茂は江川〔1950 (S25)〕283頁等のページ番号を挙げる。)

この後注の叙述は、裁判離婚の場合には離婚原因事実発生後の夫の国籍変更を考慮すれば妻の不利益になる可能性がある、という趣旨であり、それが、本文で述べている協議離婚の基準時の説明といかなる関係にあるのか、直ちには理解し難い面がある。

## 第2目 折茂〔1972 (S47)〕

そこで折茂は国際私法各論(新版)297頁で初版の叙述を次のように変更した。「[法例旧16条本文にいう夫の]本国法というのは、離婚の「原因タル事実ノ発生シタル当時ニ於ケル」それである。すなわち、ここでは準拠法の不変更主義が採られているのであり、したがって、その後に夫の国籍に変更があっても、その新しい本国法の適用せられることはありえないのである。」

第2版におけるこの叙述は、初版における叙述が協議離婚のみに関する叙述だったので、その反省の上に立って書き換えた結果であると思われる。確かに第2版におけるこの叙述は協議離婚と裁判離婚の双方に妥当する叙述である。しかし、第2版におけるこの叙述は、離婚原因事実発生後に夫がその国籍を変更し、その後に訴訟が行われる場合には離婚原因事実発生時の夫の本国法が適用されることを述べるのみであり、法例旧16条の文言を平仮名口語体書き換えたに過ぎないといっても過言ではない。

しかし、折茂が第2版における上記の叙述に付した後注(297-298注1)には注目すべき見解が見られる。すなわち、折茂は次のようにいう。

「法例がこのような形の不変更主義を採ったのは、原因たる事実の発生後における夫の国籍の変更により、離婚が困難または容易となり、妻の予期せざる結果の発生することを避けんとしたものといわれている。山田・628-629頁。離婚の準拠法決定に関し本国法主義の原則をみとめる諸国の間においても、そ

うした本国法の決定時点如何の問題については、解決の態度がかならずしも一致していない。ギリシャ国際私法 16 条が、離婚の準拠法を婚姻後訴訟提起前における夫婦の最後の共通本国法にもとめ、それなきときは婚姻締結当時における夫の本国法を適用すべきものとしているのは、わが法例とは別の形における不変更主義を採ったものとみてよい。しかし、他方において、当面の準拠法を訴訟当時における本国法にもとむべしとする国もすくなくない。フランス、スイス等の判例がこの態度を採るものとみられ、〔……〕チェコスロヴァキア〔……〕、ポーランド〔……〕等の新しい立法もまた同様である。もともと離婚問題は、一面からみれば身分関係の（消極的）形成に関するものであるが、他面からみれば身分関係の内容に関するもの——離婚請求権は夫婦間の身分的権利義務の一種——でもある。したがって、その準拠法の決定については、不変更主義も変更主義もそれぞれに一応の理由をもつものとみてよい。〔……〕。」

この引用文の最後の「もともと離婚問題は、一面からみれば身分関係の（消極的）形成に関するものであるが、他面からみれば身分関係の内容に関するもの——離婚請求権は夫婦間の身分的権利義務の一種——でもある。したがって、その準拠法の決定については、不変更主義も変更主義もそれぞれに一応の理由をもつものとみてよい。」という言葉は、離婚判決が形成判決であることを指摘するものと理解することもできよう。

## 第 11 款 山田鐔一

山田（鐔）〔1982（S57）〕368 頁は次のようにいう。

「夫の本国法というも、いかなる時期における本国法であるかが問題となる。これについては、婚姻当時における本国法〔……〕、離婚原因たる事実の発生当時における本国法〔……〕、および訴訟当時における本国法〔……〕が考えられる。本国法主義を徹底するならば訴訟当時における本国法によるのが当然であるが、法例は離婚の原因たる事実の発生当時における本国法主義を採った。これは、離婚の原因たる事実発生後、夫がその国籍を変更して離婚の困難また

は容易な法律の適用を受け、妻の予期しない結果の発生を避けるべく、離婚請求権を離婚原因発生当時で固定しようとする趣旨に基づく。」

この説明は主として裁判離婚の基準時を念頭に置いた説明である。

なお、山田（鐐）は「本国法主義を徹底するならば訴訟当時における本国法によるのが当然である」という。これとほとんど同じ叙述、ないしは、これに類似する叙述は、江川〔1937（S12）〕及び溜池〔1955（S30）〕にも見られる。

## 第12款 まとめ

平成元年改正前の法例16条が離婚原因事実発生時を基準時とする根拠に言及する主要な学説は以上のとおりである。

まず、離婚原因発生後に夫が国籍を変更する目的には、離婚を容易にする目的と離婚を困難にする目的がある。法例旧16条の不変更主義の根拠を述べる際に、古い学説はこのふたつの目的のうちのひとつしか指摘しなかった。すなわち、離婚を容易にする目的のみを挙げるのは、山口〔1900（M33）〕、佐々〔1925（T14）〕であり、離婚を困難にする目的のみを挙げるのは、野澤・山口〔1900（M33）〕である。これに対して、その後の学説には夫による国籍変更の目的の両面を指摘するものが多い。そして、この説は、夫による国籍変更の目的につき、離婚を容易にする目的を先に挙げる説と離婚を困難にする目的を先に挙げる説に分けることができる。離婚を容易にする目的を先に挙げるのは、山口〔1932（S7）〕、江川〔1937（S12）〕であり、離婚を困難にする目的を先に挙げる説は、山田（三）〔1931（S6）〕、山田（三）〔1934（S9）〕、江川〔1950（S25）〕、江川〔1970（S45）〕、溜池〔1955（S30）〕、山田（鐐）〔1982（S57）〕である。なお、久保〔1953（S28）〕は単に「妻の保護のため」と述べるにとどまる。

次に、多数の学説は裁判離婚の基準時のみを説明し、少数の学説は裁判離婚の基準時と協議離婚のそれとをともに説明し、協議離婚の基準時のみを説明する学説もある（折茂〔1959（S34）〕）。

さらに、折茂〔1972（S47）〕の「もともと離婚問題は、一面からみれば身分

関係の（消極的）形成に関するものである」という言葉は、離婚判決が形成判決であることを指摘するようにも読める。

なお、離婚の準拠法については裁判時を基準時とするのが当然である、という趣旨の叙述が散見される。江川〔1937（S12）〕（訴訟當時に於ける本國法）、溜池〔1955（S30）〕（訴訟提起當時の本國法）、山田（鐐）〔1982（S57）〕（訴訟當時における本國法）である。

### 第 3 節 改正法例 16 条（法適用通則法 27 条）（離婚）の準拠法の基準時の根拠

#### 第 1 款 山田鐐一・村岡二郎

第二次世界大戦後における私法生活の国際化の進展に伴い、昭和 32（1957）年 2 月に法務大臣は法制審議会に「法例その他の渉外的私法関係に関する実体法及び手続法を改正する必要があるとすれば、その要綱を示されたい。」との諮問（諮問 16 号）をした。法制審議会は国際私法部会を設置し、同部会は小委員会を設置し、小委員会で審議をした。昭和 36（1961）年 4 月に小委員会は「法例改正要綱試案（婚姻の部）」<sup>19)</sup>を公表した<sup>20)</sup>。この試案の第 17 は「離婚の準拠法は、夫婦の共通本國法によるものとする」としたが、この第 17 について山田（鐐）・村岡〔1961〕が加えた解説のうち基準時に関する部分は、離婚の基準時に関するその後の学説等に大きな影響を与えた。

山田（鐐）・村岡〔1961（S36）〕は試案第 17 における基準時に関して次のようにいう<sup>21)</sup>。

---

19) 法律時報資料版 14 号 34 頁〔1961（S36）, 日本評論新社〕。法例改正要綱試案（婚姻の部）は、山田（鐐）〔1982（S57）〕 328-330 頁、南〔1992（H4）〕 5-8 頁にも掲載されている。

20) 平成元年の法例改正の経過については、南〔1992（H4）〕 4-38 頁参照。

21) 山田（鐐）・村岡〔1961〕 21 頁の記述と山田（鐐）〔1969〕 228-229 頁の記述は漢字・ひらがなの別や句読点の有無で異なるところがある。引用文中の〔 〕の中は山田（鐐）・村岡〔1961〕の記述を示す。

「第二点は、現行法が「其（離婚の）原因たる事実の発生したる時における夫の本国法」としているのを、たんに「夫婦の共通本国法」と改める点である。とくに、時点が明示されていないから、「現在の」つまり「離婚当時の」夫婦の共通本国法ということとなり、さらにくわしくいえば、「口頭弁論終結当時の」それと解すべきこととなる。現行法が離婚の準拠法を離婚原因たる事実発生当時における夫の本国法によらしめるのは、離婚の原因たる事実の発生後の夫の国籍変更により、離婚が困難となり、または容易となって、妻の予期しない結果の発生を避ける趣旨にもとづくものである。しかし、これまでの裁判例において、離婚の原因たる事実の発生後、夫が国籍を変更し、離婚の準拠法として国籍変更前の夫の本国法を適用した事案は、まったく〔⇒全く〕見当たらない。また、離婚原因たる事実発生当時における夫の本国法が離婚に関する一切の問題〔、〕ことに離婚の附随的効力までも〔、〕支配する立法は、必ずしも妥当とはいえない。

かような点から、現行法は改められることとなったのであるが、これは、また、絶対的離婚原因主義から相対的離婚原因主義へ、有責主義から破綻主義への、離婚法における〔、〕変遷の傾向が、国際離婚法に反映されたものとも解せられよう。すなわち、相対的離婚原因主義ないし破綻主義の離婚法の建前からすれば、現在において、その婚姻が存続しうべき状態にあるかどうか、あるいは、これ以上継続しがたい破綻の状態にあるのかどうかという点の判断に重点がおかれることとなり、したがって、おのずから「現在の」本国法によらざるをえないこととなるといえよう。

なお、現在の本国法とした場合には、当事者の一方が恣意的に国籍を変更し、それにより準拠法を変更することができるという弊害も、立法上、一応は考慮すべきであるが、要綱が夫の本国法を改め夫婦の共通本国法を離婚の準拠法とするものである以上、右の点は、一応無視してよいのではないかと考えられる。」

上に引用した試案第17の解説は変更主義・不変更主義という用語を使って



いない<sup>22)</sup>。それはともかく、上に引用した解説の要点は次の 4 点である。

第 1 は、「これまでの裁判例において、離婚の原因たる事実の発生後、夫が国籍を変更し、離婚の準拠法として国籍変更前の夫の本国法を適用した事案は、まったく〔⇔全く〕見当たらない。」という点である。

第 2 は、「離婚原因たる事実発生当時における夫の本国法が離婚に関する一切の問題〔、〕ことに離婚の附随的効力までも〔、〕支配する立法は、必ずしも妥当とはいえない。」という点である。

第 3 は、「相対的離婚原因主義ないし破綻主義の離婚法の建前からすれば、現在において、その婚姻が存続しうべき状態にあるかどうか、あるいは、これ以上継続しがたい破綻の状態にあるのかどうかという点の判断に重点がおかれることとなり、したがって、おのずから「現在の」本国法によらざるをえないこととなるといえよう。」という点である。

第 4 は、「現在の本国法とした場合には、当事者の一方が恣意的に国籍を変更し、それにより準拠法を変更することができるという弊害も、立法上、一応は考慮すべきであるが、要綱が夫の本国法を改め夫婦の共通本国法を離婚の準拠法とするものである以上、右の点は、一応無視してよいのではないかと考えられる。」という点である。

山田（鎌）・村岡〔1961〕の解説は考え抜いた末の理由付けであり、その結果、今日に至るまで大きな影響を及ぼしている<sup>23)</sup>。

改正法例は平成 2（1990）年 1 月 1 日に施行された。以下では、改正法例 16

---

22) もっとも、婚姻の効力に関する試案第 9 の解説、夫婦財産制に関する試案第 12 の解説では、変更主義、不変更主義という用語を使っている。山田（鎌）・村岡〔1961〕15 頁、16 頁。

23) この後、改正前法例の下で出版された概論書である山田（鎌）〔1982（S57）〕370 頁は試案第 17 に触れ、基準時に関しては、本文に述べた第 1 点と第 2 点を述べる。

条及びそれを引き継ぐ法適用通則法 27 条における基準時に関して学説の説くところを見る（以下で概論書中の見解を引用する場合は、原則として、その概論書の初版の刊行年の順序による）。

## 第 2 款 澤木敬郎

離婚準拠法の基準時に関する澤木の見解は、ひとつは、改正法例施行直後に公表された解説文の中に見ることができ、もう一つは、その概論書の中に見ることができる。

### 第 1 目 澤木・南〔1990 (H2)〕(澤木)

澤木は同書 15-16 頁で次のようにいう。

「改正前法例は、属人法主義をとり、夫の本国法を準拠法とするとともに、離婚原因発生当時という時間的限定を付していた。しかしこの二点については、いずれも立法論的な批判が加えられてきた。

〔……〕

離婚準拠法につき、離婚原因発生当時に時的限定を加える上記第二点は、従来、離婚請求権の既得権の保護の必要性などから説明されてきたのであるが、両性平等の連結点が採用されたこと、実質法上破綻主義が採用されるようになり、現在の属人法の適用が望ましいと考えられるようになったことから、変更主義に改められた。離婚訴訟係属中に連結点の変更があった場合につき、これを訴提起の時点に固定する立法主義もあるが、このような明文規定がない以上、口頭弁論終結時のそれによることになるう。」

### 第 2 目 澤木〔1990 (H2)〕

澤木・120-121 頁は次のようにいう。

「改正前法例は、離婚の準拠法について、離婚原因発生当時という時間的限定を定めていたが、この点は改められた。離婚請求権を既得権的に保護する必要はないという理由による。この場合、訴え提起当時に基準とする立法例もあるが（西ドイツ国際私法 17 条 1 項）、このような規定がない以上、一般原則に

より口頭弁論終結時が基準となる。」

### 第 3 款 鳥居淳子

まず、鳥居〔1990（H2）〕143-144 頁は、平成元年改正前の法例 16 条の採用していた不変更主義に向けられていた批判を次のようにまとめる。

「このように準拠時点が固定されたのは現在の夫の本国法によるとすると、離婚原因となる事実の発生後の夫の国籍変更により、離婚が困難または容易となって妻の予期しない結果の発生が生じるので、これを避けるためであると説明されていた。しかし、すでに過去のものとなった夫の本国法が離婚に関する一切の問題、ことに離婚の付随的効力までも支配することは妥当ではないこと、さらには、相対的離婚原因主義ないし破綻主義離婚法の建前からすれば、現在におけるその婚姻の存続可能性や破綻状態の判断に重点がおかれることとなるから、おのずから「現在の」本国法にならざるをえないことが指摘されていた。なお、立法者の懸念にもかかわらず、判例上、夫が自己に有利な法を適用してもらおうと国籍を変更したと解される事例は現れてはいなかった。」

次に、鳥居 147 頁は、平成元年改正後の法例 16 条の採用する基準時について次のようにいう。

「旧 16 条は、前述のように、準拠時点を固定していたために批判があった。新 16 条は変更主義をとったので、離婚原因たる事実の発生後から離婚の時までに国籍や常居所の変更があった場合には、離婚の時のそれらが基準とされることとなった。裁判離婚の場合の基準時点については、訴え提起時との解釈も可能だが、変更主義に改めた趣旨からして口頭弁論終結時と解するのが妥当であろう。」

### 第 4 款 木棚照一

木棚・松岡・渡辺〔2007（H19）〕218 頁（木棚照一）は次のようにいう（木棚・松岡・渡辺〔1991〕184-185 頁（木棚照一）は、下記引用文中の「改正前法例の」

という文言がなく、それ以外は同じである。)

「準拠法決定の基準時は、改正前法例の旧規定のように固定されていないので、裁判離婚の場合には事実審の口頭弁論終結時と解すべきである。訴訟係属発生後に当事者の一方が国籍や常居所を変更することによって準拠法が変更するので、訴訟の遅延や混乱が生じる危険性がある。多くの諸国の立法は明文で「訴訟提起時」または「訴訟係属発生時」を基準とする旨定めており、わが国でも解釈論としてそのように解することもできそうである。しかし、口頭弁論終結時と解する方が変更主義を採った趣旨からみて妥当であろう。」

## 第5款 南敏文

### 第1目 離婚の準拠法の基準時

南〔1992 (H4)〕94-95 頁は、離婚の「準拠法の基準時」の項目で次のようにいう。

「改正前の法例は、「離婚ハ其原因タル事実ノ発生シタル時ニ於ケル夫ノ本国法ニ依ル」と定め、準拠法の基準時を定めていた。これは、離婚の原因たる事実発生後の夫の国籍変更により、離婚が困難となり、または容易となって、妻の予期しない結果の発生を避ける趣旨に基づくものであったが、これまでの裁判例で、離婚の原因たる事実の発生後に、夫が国籍を変更し、離婚の準拠法として国籍変更前の夫の本国法を適用した事案は見当たらないことや、離婚原因発生時に当てはまる準拠法により、離婚に関する一切の問題を支配する立法は必ずしも妥当とはいえないので、改正法例では、これを改め、変更主義を採用したのである。これは、絶対的離婚原因主義から相対的離婚原因主義へ、有責主義から破綻主義への離婚法における変遷の傾向が国際離婚法に反映されたものとも解せられる。破綻主義によれば、現在において、その離婚が存続すべきかどうかの問題となるのであり、国際離婚法においても「現在の」当事者の属人法によることとなるからである〔……〕。

更に、訴訟係属後の当事者の行動によって準拠法に影響を来すのは好ましく

ないことから、準拠法の基準時を訴訟係属の生じた時点とする立法例が多く（特に社会主義諸国）、裁判離婚の場合には、法律回避行為等を封ずるため、準拠法の基準時を訴え提起当時とすべきであるとの意見があり、この点も検討したが〔……〕、裁判離婚のみに関する規定を設けることの是非などの問題があることなどから、改正に当たっては、採用しなかった。

なお、改正法例の解釈上は、口頭弁論終結時の共通の本国法等を用いることとなる。」

## 第 2 目 経過規定と離婚の準拠法の基準時

南〔1992（H4）〕213 頁は、「経過規定」という項目を立て、その中の最初の「総論」の項目で、平成元年改正法例の附則 2 項（経過措置）に関し、改正法例と改正前法例の適用関係を一般的に説明した後に、「総論」の最後で、「ところで、新法施行中に当事者の国籍の変更等連結点が変更したことにより準拠法が変更することがある。この場合については、いわゆる法律変更の場合として扱われるが、以下に述べる点は、この場合についても、ほぼ当てはまるものといえよう。」といい、「総論」の次の項目である「具体的適用」の項目の中で、離婚に関して次のようにいう（216 頁）。

「離婚の時が基準時点である。具体的には、協議離婚は、届出時点が基準となり、このことは、受否決定が遅れても同様である。裁判離婚の場合は、事実審の最終口頭弁論期日が基準時点となる。」

すなわち、この引用文の中心の対象は離婚に関する改正法例と改正前法例の適用関係であるが、付随的に、改正法例における準拠法の基準時を協議離婚と裁判離婚に分けて述べていることとなる。

## 第 6 款 山田鐐一

山田（鐐）〔2004（H16）〕444 頁は次のようにいう（山田（鐐）〔1992（H4）〕383 頁も同じ。）。

「改正前の法例は、16 条本文において、離婚の準拠法の基準時点を、離婚原

因たる事実の発生した当時と定め、準拠法の決定に関する不変更主義を採用していたが、改正法例は、これを変更主義に改め、特別の定めをしていないので、一般原則により、離婚訴訟については、口頭弁論終結時が準拠法の基準時点とされることになった。」

#### 第 7 款 溜池良夫

溜池〔2005 (H17)〕460 頁は次のようにいう（溜池〔1993 (H5)〕435-436 頁も同じ。）。

「改正前の規定では、準拠法の基準時点を離婚原因の発生当時とする不変更主義が採用されていたが、これは、夫の本国法主義の下で変更主義によると、離婚原因となるべき事実の発生後において、夫が自己の国籍を恣意的に変更して、離婚を困難にしたり、またときには容易にしたりするおそれがあるので、これを防ぎ妻を保護するためであった。しかし、改正後の法例では、夫の本国法主義が両性平等的に改められたので、そのような配慮の必要がなくなり、変更主義がとられることになった。」

#### 第 8 款 櫻田嘉章

櫻田〔2012 (H24)〕293 頁は次のようにいう（櫻田〔1994 (H6)〕252-253 もおおむね同旨である）。

「法例は、伝統的に身分的地位について適用される属人法主義、とくに夫の本国法主義をとってきた。そこで自己に有利な解決を図る夫の恣意による準拠法変更を避けるために、原因事実発生時に国籍を固定する不変更主義を採用し、さらに離婚原因について日本法の留保による累積的適用を定めていたが、準拠法決定に際する両性平等による改正に際して、変更主義を採用し、かつ日本法の累積的適用の廃止を行い、婚姻関係の準拠法をできるだけ統一的に定めるために、婚姻の効力の規定（法適用通則法 25 条）を準用することにした。」

## 第 9 款 道垣内正人

澤木・道垣内〔2018（H30）〕は次のようにいう（澤木・道垣内〔1996（H8）〕も同旨と思われる．）。

「離婚は利害対立がある状況であるため，法律回避のおそれがある〔……〕。すなわち，連結点は固定されておらず変更主義によるため，一方が国籍や常居所を変更することによって同一本国法や同一常居所がなくなり，次順位以下の連結に移行して，裁判の途中で準拠法が変更になることがあり得る。立法論としては，少なくとも裁判離婚においては，訴え提起当時を基準とすることも考えられるが（ドイツ民法施行法 17 条 1 項），このような規定がない以上，一般原則により口頭弁論終結時が基準とならざるを得ない。」

## 第 10 款 横山潤

### 第 1 目 横山〔1997（H9）〕

横山・同 137 頁は次のようにいう。

「改正前の法例一六条の規定は，離婚の準拠法を「其原因タル事実ノ発生シタル時」に固定していた。破綻主義が一般的な今日ではほとんど意味がないため，現行一六条の規定はこのような形で準拠法を固定していない。離婚時、つまり，協議離婚では届出の時点が，裁判離婚では口頭弁論終結時が基準となる。口頭弁論終結時とすることは比較法的には少数派に属する。しかし，この解決は正当と考えられる。諸国の離婚法が破綻主義を一般的に採用していることに鑑みれば，離婚の成立ではなく離婚後における夫婦間扶養など離婚の効力を中心として連結を考えるべきであろう。そうだとすれば，離婚訴訟の過程で準拠法の変更が生じた場合には，後の準拠法が最も適切と考えられるからである。たとえば，離婚の訴えが提起された後に当事者の一方または双方が日本に帰化した場合，準拠法を決定するに際してこのことを考慮するのが適当と思われる。」



## 第2目 横山〔2012（H24）〕

横山・同 262 頁は次のようにいう。

「1898 年の法例 16 条の規定は、離婚の準拠法を「其原因タル事実ノ発生シタル時」に固定していた。しかし、破綻主義が一般的な今日では、離婚準拠法の当事者による操作をそれほど懸念する必要はあるまい。さらに、離婚後の扶養など離婚の効力との関連では、（たとえば、離婚の訴えが提起された後に当事者の一方または双方が日本の国籍を取得した場合など）離婚訴訟の過程で準拠法の変更が生じた場合、後の準拠法がより適切と考えられる。そのため、27 条の規定は準拠法を固定していない。離婚時、つまり協議離婚では届出の時点が、裁判離婚では口頭弁論終結時が基準となる。訴え提起時ではない。」

## 第 11 款 松岡博

松岡〔2008（H20）〕202 頁は次のようにいう（松岡・高杉〔2015（H27）〕202 頁も同じ.）。

「通則法 27 条は、平成元年改正前の不変更主義を改めて、変更主義を採用した。改正前の規定が離婚原因発生時という不変更主義を採用したのは、離婚原因発生後に夫が国籍を恣意的に変更し、妻に不利な法を準拠法にすることを防止するためであった。しかし、改正によってそのような配慮の必要がなくなり、変更主義が採用されたのである。その結果、離婚時点を基準にして連結される法が準拠法となる。裁判離婚では最終口頭弁論終結時がこれに該当する。」

## 第 12 款 青木清

櫻田・道垣内〔2011（H23）〕46 頁（青木清）は次のようにいう。

「不変更主義についても、それがうまく機能した裁判例は見当たらず、また離婚原因発生時の準拠法が離婚に関する一切の問題を支配するのも適当ではないとされ、変更主義に改められた。現在の連結点が基準となるので、裁判離婚の場合には、口頭弁論終結時がその基準時点となる。」

### 第 13 款 奥田安弘

奥田〔2015（H27）〕152 頁は次のようにいう。

「平成元年改正前の法例は、離婚原因発生時を基準時点としていたが、改正後の法例および通則法は、とくに基準時点を定めていないので、離婚時が基準とされる。すなわち、協議離婚の場合は、離婚の意思表示をした時（日本法上の方式による場合は、届出の時）が基準とされ、裁判離婚の場合は、弁論一体の原則により、事実審の口頭弁論終結時が基準とされる。」<sup>24)</sup>

### 第 14 款 まとめ

#### 第 1 目 変更主義を採用した理由

平成元年改正法例 16 条が離婚準拠法について変更主義を採用したことは諸説の一致するところである。そして、改正法例 16 条が離婚準拠法について変更主義を採用したことの根拠として諸説の挙げる理由は山田（鐙）・村岡〔1961〕の挙げた理由を基本的には踏襲しているといつてよいであろう。そこで、山田（鐙）・村岡の挙げた複数の理由（前出第 1 款参照）のどの理由を諸説が述べているかを見る。

第 1 は、法例旧 16 条時代の判例には離婚原因事実発生から裁判時（事実審の口頭弁論終結時）までの間に夫の国籍が変更し、そのために国籍変更前の本国法を適用した事案が見当たらない、という理由である。この理由を挙げる説は次のとおりである。山田（鐙）・村岡〔1961（S36）〕、鳥居〔1990（H2）〕、南〔1992（H4）〕。

第 2 は、離婚の付随的問題に関しては裁判離婚原因事実発生時を準拠法の基準時とすることは望ましくない、という理由である。この理由を挙げる説は次のとおりである。山田（鐙）・村岡〔1961（S36）〕、鳥居〔1990（H2）〕、南〔1992（H4）〕、横山〔2012（H24）〕、澤木・道垣内〔2018（H30）〕（青木）。

---

24) この引用文の末尾で奥田は山田（鐙）〔2004（H16）〕444 頁のページ番号を挙げる。

第3は、諸国の離婚実質法が一般的破綻主義を採用する方向に向かっている、という理由である。この理由を挙げる説は次のとおりである。山田（鏖）・村岡〔1961（S36）〕、澤木・南〔1990（H2）〕（澤木）、鳥居〔1990（H2）〕、南〔1992（H4）〕、横山〔1997（H9）〕、横山〔2012（H24）〕。

第4は、段階的連結ないしは両性平等の連結基準の採用と同時に変更主義を採用した、という理由である。この理由を挙げる説は次のとおりである。山田（鏖）・村岡〔1961（S36）〕、澤木・南〔1990（H2）〕（澤木）（両性平等に立つ改正、という理由を述べる）、溜池〔2005（H17）〕（両性平等に立つ改正、という理由を述べる）。

## 第2目 協議離婚の準拠法の基準時

平成元年改正前法例16条に関する学説の一部が裁判離婚だけでなく協議離婚の基準時に関しても説明していたのに対して、平成元年法例改正後の学説は、そのほとんどが裁判離婚に関してのみ説明しており、協議離婚の基準時に関しては晦渋である。協議離婚を視野に入れば、諸説は次のように分類することができる。

### 第1項 「現在」、「事実審の口頭弁論終結時」が基準時になるとする見解

最初のグループは、「現在」、あるいは、「事実審の口頭弁論終結時」が基準時になるとする見解である。

まず、山田（鏖）・村岡〔1961〕21頁の説明を見よう。

「第二点は、現行法が「其（離婚の）原因たる事実の発生したる時における夫の本国法」としているのを、たんに「夫婦の共通本国法」と改める点である。とくに、時点が明示されていないから、「現在の」つまり「離婚当時の」夫婦の共通本国法ということとなり、さらにくわしくいえば、「口頭弁論終結当時の」それと解すべきこととなる。」

この引用文における「「現在の」つまり「離婚当時の」夫婦の共通本国法ということとなり」の部分は協議離婚と裁判離婚双方の基準時を述べているように読めるが、それに続く「さらにくわしくいえば」以下の部分は裁判離婚の基

準時のみを述べており、協議離婚の基準時を述べていない。

次に、鳥居〔1990（H2）〕は「新 16 条は変更主義をとったので、離婚原因たる事実の発生後から離婚の時までに国籍や常居所の変更があった場合には、離婚の時のそれらが基準とされることとなった。裁判離婚の場合の基準時点については、訴え提起時との解釈も可能だが、変更主義に改めた趣旨からして口頭弁論終結時と解するのが妥当であろう。」という。この引用文中の 2 番目の「離婚の時」とは、その直前の叙述から見れば、「裁判離婚の時」という意味であろう。そうすると、鳥居は協議離婚の基準時を述べていないこととなる。

南〔1992（H4）〕95 頁は「なお、改正法例の解釈上は、口頭弁論終結時の共通の本国法等を用いることとなる。」という。この説明は、読み方によっては、協議離婚無効訴訟・同取消訴訟でも口頭弁論終結時が基準時になるという意味にとれなくもないが、むしろ、本意は裁判離婚の基準時を述べるところにある<sup>25)</sup>。そうすると、南は協議離婚の基準時を述べていないこととなる。

山田（僚）〔2004（H16）〕444 頁は、「改正法例は、これを変更主義に改め、特別の定めをしていないので、一般原則により、離婚訴訟については、口頭弁論終結時が準拠法の基準時点とされることになった。」という。この引用文が裁判離婚の場合の基準時のみを述べており、協議離婚の基準時に言及してないのは明らかである。

次に、櫻田・道垣内〔2011（H23）〕46 頁（青木清）は、「〔……〕変更主義に改められた。現在の連結点が基準となるので、裁判離婚の場合には、口頭弁論終結時がその基準時点となる。」と述べる。この引用文も全体として見ると裁判離婚について述べているように読めるが、しかし、引用文中の「現在の連結点が基準となる」というのは協議離婚にも妥当する命題であるように読める。

---

25) ただし、南〔1992（H4）〕が、法例改正に伴う経過規定（附則 2 項）を説明する部分で、副次的に、改正法例における離婚の準拠法の基準時を説明し、「協議離婚は、届出時点が基準となり」と説明していることは既に述べた。前出第 5 款第 2 目参照。

しかし、青木は協議離婚の準拠法の基準時を明確に述べているわけではない。

この他、溜池〔2005（H17）〕460頁は「改正後の法例では、夫の本国法主義が両性平等的に改められたので、そのような配慮の必要がなくなり、変更主義がとられることになった。」というが、これは協議離婚と裁判離婚いずれについても基準時を明言していないと評し得る。

## 第2項 離婚時が基準時である旨を述べる見解

次に、離婚時が基準時である旨を明言する見解がある。これはふたつのグループに細分することができる。

### 第1 協議離婚の基準時を述べない見解

まず、離婚時が基準時である旨を明言しつつも協議離婚の基準時を明言しない見解がある。

松岡〔2008（H20）〕は「離婚時点を基準にして連結される法が準拠法となる。裁判離婚では最終口頭弁論終結時がこれに該当する。」といい、「離婚時点」が基準時である旨を述べるが、しかし、それに続く文では裁判離婚の基準時しか明言していない。

### 第2 協議離婚の基準時を述べる見解

他方で、離婚時が基準時である旨を明言しつつ、裁判離婚と協議離婚の双方の基準時を明言する説もある。横山〔2012（H24）〕は「27条の規定は準拠法を固定していない。離婚時、つまり協議離婚では届出の時点が、裁判離婚では口頭弁論終結時が基準となる。」と述べ、奥田〔2015（H27）〕152頁は、「離婚時が基準とされる。すなわち、協議離婚の場合は、離婚の意思表示をした時（日本法上の方式による場合は、届出の時）が基準とされ、裁判離婚の場合は、弁論一体の原則により、事実審の口頭弁論終結時が基準とされる。」という。

この両説は、法例改正の後、長らく学説の避けていた協議離婚の基準時如何という問題に明快な解答を与えている。しかし、両説の間に違いもある。すなわち、横山の「準拠法を固定していない」という言葉と「離婚時、つまり協議離婚では届出の時点が、裁判離婚では口頭弁論終結時が基準となる。」という

言葉が整合的であるか、検討の余地がある。

## 第 2 章 離婚の準拠法の基準時

### 第 1 節 変更主義と不変更主義の意味と根拠

#### 第 1 款 時間の経過と連結点の変更

国際私法は法律関係を構成する諸要素（当事者の国籍、常居所、目的物所在地、法律行為地、原因事実発生地など）のひとつ又はふたつ以上を採用して準拠法決定の基準とする。これが連結点である<sup>26)</sup>。

時間の経過という観点から連結点を見ると、連結点は、一方では、人の状態の連結点（国籍、常居所等）と物の状態の連結点（動産所在地、不動産所在地等）、他方では、事実発生の連結点（法律行為地、婚姻挙行地等）に分けることができる。前者のグループに属する連結点は持続的・継続的であるのに対して、後者のグループに属する連結点は瞬間的・完了的である（後者に属する連結点は、事実発生と同時に発生し、事実発生の完了と同時に消滅する。連結点の存在は一瞬である）。後者のグループに属する連結点は特定の時点（事実発生の時点）に存在するのに対して、前者のグループに属する連結点は特定の時点と結び付いていない。

人の状態の連結点（国籍、常居所等）と物の状態の連結点（動産所在地など）は持続的・継続的であるから、このグループに属する連結点については、どの時点におけるそれが準拠法決定の基準であるかを、国際私法規定が明文の規定で、又は、解釈により、明らかにする必要がある<sup>27)</sup>。これが基準時であり、また、変更主義・不変更主義である<sup>28)</sup>（ただし、不動産は物理的所在地を変更しない

---

26) 池原 [1973(S48)] 120 頁。

27) 舩場 [1973(S48)] 316 頁。

28) 舩場 [1973(S48)] 316-317 頁は、「可変的連結点」、「不変的連結点」という用語を、変更主義の連結点・不変更主義の連結点、という意味で使う。

から、不動産所在地に関しては基準時を問題にする必要はない)。これに対して、事実発生の連結点については基準時の問題は生じない<sup>29)</sup>。

29) 従来の学説は法律要件発生地に関しては基準時を論じない。その理由は何であろうか。

久保〔1940 (S15)〕(1) 88 頁は、国際私法の構造につき、「法律関係と國法との間に連繋を生ぜしめるものは人の國籍又は住所、物の所在地、行為地等の如き所謂連結素である。」といい、連結点の例として行為地を挙げるにもかかわらず、それに続けて、「しかるにこの法律関係と國法とを連繋せしむる連結素自體の所在に變更を生ずることがある。例へば人がその國籍を變更し若くはその住所を他國に移し又は動産が他國に運ばれた場合の如くである。」といい、行為地の変更には言及しない。

坪場〔1973 (S48)〕316 頁は「土地・その定着物・家屋の現実の所在地を除き、いずれの連結点も、本質的には可動的である」という。この定義に従うと、法律要件発生地（法律行為地、婚姻挙行地など）は「可動的」であることとなるが、他方で、坪場・同 316-317 頁では変更主義と不変更主義の具体例を説明するに際して法律要件発生地に触れていないので、この点で、法律要件発生地に関しては変更主義・不変更主義の問題は生じないという考え方に立っているようにも読める。

岡本〔1975 (S50)〕も、変更主義、不変更主義を説明する際の例として法律要件発生地を挙げない。海老沢〔1995 (H7)〕、海老沢〔2005 (H17)〕も同様である。

法律要件発生地という連結点に関しては基準時の問題が生じない理由を明快に説くのは欧である。欧〔1977 (S52)〕177 頁は、「時間的な面から考察すれば、抵触規則における連結素は、これを不変な (constant) ものと、可変な (variable) ものに分けることができる。すなわち、法律関係の性質上、必然的にある特定の時間に依拠するものと、逆にその変更を免れられないものがある。したがって、前者についてはそのまま確定するが、後者については更に時間的な限定を加える必要が生ずる。このような観点からすれば、前者に属するものとしては、不動産の所在地、婚姻挙行地、遺言作成地、不法行為地等があり、動産の所在地、船舶の旗国、個人の国籍・住所・居所等は後者に属するものとされる。」という。

ここで、欧のいう「法律関係の性質上、必然的にある特定の時間に依拠するもの」とは、法律要件発生地という連結点は特定の時点と結びついている、という意味であり、法律要件発生地という連結点の特色をよく表現している（なお、欧が不動産所在地を「法律関係の性質上、必然的にある特定の時間に依拠するもの」のグループに入れるのは妥当ではない）。

法律要件発生地という連結点は特定の時点と結び付いているから基準時を論ずる必要はない。それゆえ、山田 (三)〔1931 (S6)〕の「或行為が不法なるか適法なるかは其の事實發生當時の行為地法による」という言葉の中の「事實發生當時の」という言葉は不要である。前出注 15 参照。

法律要件発生地に関して付言すれば、例えば、法適用通則法 17 条本文は「加害行為の結果が発生した地」を連結点とするが、いかなる事実（人の身体傷害、治療費の支出など）が同条本文の「結果」であるかは同条本文の「結果」の定義の問題であり、基準時の問題ではない。なお、松岡編〔2019 (H31)〕126 頁（高杉直）参照。



## 第 2 款 変更主義と不変更主義の意味と根拠

### 第 1 目 不変更主義

裁判官が、渉外的法律関係に関してどの法域の法を適用すべきかを、事実<sup>30)</sup>が発生した時点における連結点（国籍、常居所、動産所在地など）により決めることを不変更主義という。不変更主義では、裁判官がどの法域の法を適用すべきかは、事実の発生した時点の連結点により決まり、それ以前の連結点も、それ以後の連結点も考慮しない（以上は通説である）<sup>31)</sup>。不変更主義においては、事実発生時点は、事実発生時点であるがゆえに・事実発生時点としての資格で、基準時となる。

### 第 2 目 変更主義

---

30) 当該法律関係の法律要件とは限らない。例えば、離縁の準拠法は養子縁組時の養親の本国法である（法適用通則法 31 条 2 項、南〔1992（H4）〕151-152 頁、山田（鐸）〔2004（H16）〕517 頁）。

31) なお、事実発生後に準拠法の内容が変更された場合（法の改廃）、その事実新旧いずれの法を適用すべきかについては日本の裁判所は準拠法所属国の時際法（経過規定で定められるのが普通である）に従わなければならない。この点も、齋藤〔1930（S5）〕561-562 頁、溜池〔2005（H17）〕36-37 頁など、通説である。山田（鐸）〔1982（S57）〕368-369 頁は平成元年改正前法例 16 条につき同旨を述べる。準拠法となる実質法の改正の場合にその新法旧法の適用関係を準拠法所属国法中の時際法により決めるべき理由は、国際私法はどの法域の法を適用すべきかを定める法であり、どの時点の法を適用すべきかを定める法ではない、という点に求めるべきであろう。溜池〔2005（H17）〕37 頁。

齋藤・562 頁は、準拠法所属国における法の改廃の場合に当該国の時際法を適用すべき理由について次のようにいう。「国際私法上、或る外国実質法が管轄を有するときは、その法律は当該外国立法者の定めたる内容を具有する法律を意味するに外ならないのであつて、随つて新舊法律の存在する場合、その適用關係如何は只当該外国立法者のみがよくこれを決定し得ると言はねばならぬ〔……〕。」

ただし、準拠法の改廃の場合につき、欧〔1977（S52）〕179-181 頁は「既得権尊重の原則」を重視すべきであるとし、国際私法が直接に準拠法中の新旧実質法の適用関係を定めるべき場合のあることを主張する。例えば、欧 181 頁は「旧法に基づいて婚姻の締結または養子縁組がなされ、それぞれ夫婦関係または養親子関係が発生した場合には、たとえこれらの法律関係について法の改廃があり、新法によれば、その成立が認められない場合であっても、準拠法所属国の時際法の規定いかんに関わりなく、その影響を受けるべきではなかろう。」という。

それでは、変更主義とは何か。変更主義と呼び得る制度には次の３種類があるように思われる。

第１に、変更主義とは上に述べた不変更主義と逆の考え方であるとすれば、裁判官が裁判時における連結点により準拠法を決めることが変更主義である。例えば、事実が発生した時点には連結点（国籍、常居所、動産所在地など）がＡ国に所在し、事実発生後にその連結点がＢ国に移動した場合に、連結点の所在地の変更後に日本の裁判所でこの事実に基づく権利変動の有無が問題になったとき、裁判所がＢ国法を準拠法として判断すれば、変更主義が採用されたといえる。

このような意味の変更主義は不変更主義に対して全く対極的な考え方である。この意味の変更主義が、事実発生時に当事者が抱いた予測・期待（どの法域の法が準拠法になるかに関する予測・期待、あるいは、権利変動の有無に対する予測・期待）を侵害することはいうまでもない。しかし、ここでは、不変更主義に対する対極的な制度としての変更主義を考えることができることを確認すれば足りる。

### 第３目 裁判時を基準時とする不変更主義

しかし、変更主義と呼び得る制度はそれにとどまらない。すなわち、裁判時を基準時としつつも（この点では変更主義）、実質的には不変更主義と見るべき制度がある。

まず、裁判所は裁判時に存在する事実（ないしは、裁判時までに発生した事実）に基づいて裁判をし、その際、裁判時をもって準拠法の基準時とすることがある<sup>32)</sup>。この場合に基準時とされる裁判時はふたつの意味を持っている。すな

---

32) 山田（鐔）・村岡〔1961〕21頁は「相対的離婚原因主義ないし破綻主義の離婚法の建前からすれば、現在において、その婚姻が存続しうべき状態にあるかどうか、あるいは、これ以上継続しがたい破綻の状態にあるのかどうかという点の判断に重点がおかれることとなり、したがって、おのずから「現在の」本国法によらざるをえないこととなるといえよう。」という。これは裁判時を離婚原因事実発生時の資格で基準時とするように読める。

わち、この場合、裁判時をもって準拠法の基準時とするので変更主義という言葉になじみやすい。しかし、この場合は、裁判の基礎となる事実の発生時点をもって基準時としているので、本質的には、事実発生時を基準時とする不変更主義と理解すべきである。

次に、形成裁判に関して裁判時を基準時とすることがある<sup>33)</sup>。この場合も、一方では、裁判時をもって準拠法の基準時とするので変更主義という言葉になじみやすい。しかし、形成裁判はそれ自体で実質法上の法律要件であるという点に注目すると、この制度は、本質的には、法律要件の発生した時点を基準時とする不変更主義と理解すべきである<sup>34)</sup>。

これらを変更主義と呼ぶか、不変更主義と呼ぶかは言葉の定義の問題であるから重要な問題ではない。重要なのは、これらにおいては、裁判時は、(裁判外の)事実の発生時点であるがゆえに基準時となり、又は、形成裁判という実質法上の法律要件の発生した時点であるがゆえに基準時となるのであり、決して、第 2 目で述べた純粹型の変更主義におけるように、裁判時が裁判時であるというた

---

33) 横山 [1987 (S62)] 3 頁は「一般的に身分関係の変動を規律する準拠法の決定については身分関係の変動に必要な要件が充足された時点が基準とされている。離婚の成立には裁判所の判断(判決)が必要であるとすれば、訴訟係属中に生ずる連結素の変更をこの場合にも考慮するのが論理的であろう。」(横山 [1997 (H9)] 132-133 頁も同旨であるが、こちらでは、引用文中の「裁判所の判断」と「が必要」の間に「(判決)」の文字がない。)という。

34) 形成判決の形成力は判決確定により生ずる。新堂 [2019 (H31)] 679 頁 (ただし、確定した形成判決の形成力には遡及効のあることもあり、遡及効のないこともあり (確定した離婚判決の形成力には遡及効はない)、いずれにするかは実体法 (民法、商法) が決める。新堂 212 頁)。これに対して、準拠法の基準時に関する変更主義では事実審の口頭弁論終結時が基準時となる (前出注 3 参照)。それゆえ、形成裁判に関して裁判時を基準時とするのは法律要件発生時を基準時とするものである、というのは正確な表現ではないが、この点は本稿では無視する。

だそれだけの理由により基準時となっているのではない、という点である<sup>35)</sup>。

#### 第4目 本稿における検討方法と検討対象

本稿では、法適用通則法 27 条の定める離婚の準拠法の基準時を上記の観点から検討する。すなわち、同法 27 条の「離婚」に関してはいかなる時点がいかなる根拠で基準時になるかである。

---

35) 本文で述べたことに類似するのは法の空間的適用範囲の決定の原理である。ある法域の法が、場所的関連性のゆえに（当事者の本国法であるがゆえに、目的物所在地法であるがゆえに、法律要件発生地法であるがゆえに）適用される場合（法適用通則法の大部分の規定）と、法廷地法であるがゆえに適用される場合（法適用通則法 22 条）との区別は周知である。また、法廷地法が適用される場合については、法廷地法であるがゆえに適用される場合（法適用通則法 22 条）と、場所的関連性があるがゆえに（当事者の本国法であるがゆえに、など）適用される場合（法適用通則法 27 条ただし書き）とを区別する必要があることも周知である。澤木敬郎「証券取引法の域外適用」証券研究 50 巻 99 頁〔1976（S51）〕は、国際私法が法廷地法を適用する場合については、法廷地法が「内国法であることを根拠として〔……〕（ratione fori）」適用される場合と、「場所的結合関係（ratione loci）」を根拠として適用される場合を区別すべきであるという。

このような、法の場所的適用範囲の決定の原理の対応物を時間の面に求めるとすれば、それは、実質法が改正された場合に新法旧法の適用範囲を定める経過規定（時際法）の採用する基準である（欧〔1977（S52）〕172 頁は国際私法と時際法の類似点と相違点を指摘する。）。すなわち、例えば、民法附則（平成 30（2018）年法律 72 号）2 条の「この法律の施行の日〔……〕前に開始した相続については、この附則に特別の定めがある場合を除き、なお従前の例による。」という規定は法律要件発生時法の適用を定めるのに対して、民法附則（昭和 22（1947）年法律 222 号）4 条の「新法は、別段の規定のある場合を除いては、新法施行前に生じた事項にもこれを適用する。但し、旧法及び応急措置法によつて生じた効力を妨げない。」という規定は裁判時法の適用を定める。本稿で検討する準拠法の基準時の問題が、このような、新法旧法の適用関係を定める時際法の問題と異なることはいうまでもない。

なお、空間と時間の間には大きな違いがある。すなわち、国際私法では、人の連結点（国籍等）、物の連結点（所在地等）及び事実発生の連結点（婚姻挙行地など）があるのに対して、国際私法上の準拠法の基準時になり得るのは事実発生時（原因事実発生時、離婚時、裁判時など）に限られるし、時際法が新法旧法の適用関係を定める場合の基準も事実発生時に限られる。

なお、国際私法上の離婚に関しては、周知のとおり、いかなる事項が法適用通則法 27 条の「離婚」に含まれるかという問題がある。例えば、離婚慰謝料や財産分与である。本稿では、法適用通則法 27 条の「離婚」に該当する諸事項の中核、すなわち、離婚の許容性、離婚の方法、協議離婚の実質的成立要件、何が裁判離婚原因事実になるのか、という諸事項の準拠法の基準時を検討する。

## 第 2 節 協議離婚<sup>36)</sup>

### 第 1 款 連結点変更と実質法改正

協議離婚は法律行為による離婚であり、裁判外の事実のみで要件が完結する。協議離婚をしようとする夫婦は、実質法を見て、協議離婚の許容性など協議離婚の実質的成立要件が満たされていることを確認して、協議離婚をする。協議離婚の完了時には、夫婦は再度実質法を見て、婚姻が解消したことを確認（ないしは、確信）する。

夫婦が見る実質法は、いうまでもなく、協議離婚時の国籍等を基準として選び出した法域の実質法である。それでは、協議離婚後に夫婦の一方又は双方の国籍等が変更した場合に、裁判所が新連結点を基準として準拠法を決めて協議離婚の効力を判断すると、当事者の期待（特に、婚姻の既解消の確信）を侵害するか。その侵害の質はいかなるものか。

これを考えるために、連結点変更による準拠法変更と実質法の改正を比較する。両者の間には相違点もあるが類似点もある。まず、実質法の改正は法の変更であるのに対して、連結点の変更は事実の変更である。次に、協議離婚後の実質法改正の場合に裁判所が新法を適用すれば、協議離婚時に当事者の抱いた期待を直接に——旧法上有効だった婚姻を無効とするなど——侵害するのに対

---

36) 以下の叙述は外国で行った協議離婚を排除するものではないが、主として、日本で日本法上の方式とする協議離婚を例にとって検討する。諸外国における協議離婚制度に関しては、櫻田・道垣内〔2011（H23）〕54-58 頁（青木清）参照。

して、協議離婚後の連結点変更の場合に裁判所が新連結点により準拠法を決めれば、協議離婚時に当事者の抱いた期待を間接的に——協議離婚の効力の判断基準になるのは新連結点を基準として選ばれた実質法であるから——侵害する（簡単にいえば、実質法の改正は同一の法秩序内における法の変更をもたらすのに対して、連結点の変更は準拠法所属法域の変更をもたらす<sup>37)</sup>）。このように、協議離婚後の実質法の改正と協議離婚後の連結点変更に伴う準拠法変更の間にはいくつかの違いはあるが、両者は、協議離婚後の——当事者の支配範囲外で発生する——事情の変化により法が変更するという点で同じである（例えば、夫婦の一方の国籍変更は他方配偶者の左右できない事項であるし、さらに、本人の意思に基づかない国籍変更があり得る。）。それゆえ、実質法改正の場合の解決方法は連結点変更の場合の解決方法に示唆を与えるであろう。

それでは、事実が発生した後に実質法が改正された場合には裁判所は新法と旧法のいずれを適用すべきか。事実発生後の実質法改正の場合に裁判所が新法を適用して権利変動の有無を判断すれば、事実発生時に当事者が抱いた期待が侵害されるので、実質法改正の場合は、改正前に発生した事実に関しては旧法を適用するのが普通である<sup>38)</sup>。例えば、戦後の民法改正に伴う経過規定である民法附則（昭和 22（1947）法 222 号）4 条は「新法は、別段の規定のある場合を除いては、新法施行前に生じた事項にもこれを適用する。但し、旧法及び応急措置法によつて生じた効力を妨げない。」と規定する。この規定については、「旧法および応急措置法下、有効に確定してしまった事項、および取消の意思

37) 欧 [1977 (S52)] 177 頁参照。この点から、欧・176-177 頁は、「連結点の変更（準拠法の変更）[……は] 単純な国内に限定された新旧法の適用範囲を定める時際法だけの法理をもってしては律することができないものと考えられるので、渉外的な私法関係を規整する国際私法の立場から、その変更に伴う時間的な要素を考慮に入れて解釈すべきであろう。」という。

38) 林修三『法令作成の常識（第 2 版）』192-193 頁 [1975 (S50), 日本評論社] は、「経過規定についての注意事項」として、「既得の権利・地位の尊重」と「不利益措置の効果の継続」などを挙げる。



表示ないし無効の主張がなされて効力の確定してしまった事項が、「生じた効力」として新法の影響を受けないことは、いうまでもない。つぎに、旧法および応急措置法下の取り消しうべき行為について取消の意思表示のなされないままに新法施行に至った場合、同じく無効の行為について無効の主張のなされないままに新法施行に至った場合、この取消の可否、無効主張の可否は、新法により判断すべきである。これらの場合の取り消し得る地位、無効の主張をなしうる地位は、但書にいう「生じた効力」とみるべきではない。」<sup>39)</sup>と解釈されている。従って、民法改正前になされた協議離婚の効力が民法改正後に問題になる場合には、その協議離婚が旧法によれば有効であるときには、裁判所は旧法に従いこれを有効としなければならないであろう。これは、協議離婚時に当事者の抱いた婚姻既解消の確信を保護する趣旨に出るものと思われる。

実質法改正の場合のこのような解決は、連結点変更による準拠法変更の場合の解決にも応用できる。すなわち、協議離婚後に当事者の国籍等が変更した場合に裁判所が新準拠法を適用すれば、協議離婚時に当事者の抱いた期待（婚姻既解消の確信）を侵害することとなり、この期待を保護する必要は——協議離婚が法律行為であることに鑑みれば——極めて大きい。従って、この場合には裁判所は旧準拠法（協議離婚時の連結点により決まる準拠法）を適用すべきこととなろう<sup>40)</sup>。

---

39) 中川善之助・加藤永一編集『新版注釈民法（28）相続（3）（補訂版）』541 頁（山本正憲）[2002（H14）, 有斐閣]

40) 折茂 [1972（S47）] 233 頁が不変更主義一般の根拠として述べた次の言葉がこのことをよく表現している。

「もしも身分関係の形成の問題にたいして当事者の訴訟当時における属人法を適用すべきものとすれば、たとえばすでに婚姻当時におけるその属人法によって有効に成立した婚姻であっても、のちにいたってその有効性を否認せられる可能性があることとなり、渉外的身分関係の法的安定性はいちじるしく損われざるをえない〔……〕。」（折茂 [1959（S34）] 183 頁も同旨）

三井（3）[1969（S44）] 20-21 頁は、実質法の改正と連結点変更による準拠法変更の違いを指摘しつつも、「二つの法が順次適用され、当該の法律関係に於けるそれぞれの法の適用範囲を定めなければならない」と云う点に於て、両者は同一である。〔……〕。状



## 第2款 連結点変更と国際私法改正<sup>41)</sup>

協議離婚の当事者は、協議離婚時における夫婦各自の国籍や常居所を調べて、どの法域の法が準拠法になるかを判断して、協議離婚を実行する。そのため、

---

況の差異から導き得る唯一の一般的な結果は、単純な「法の時間的牴触」の場合には、新法を遡及せしめ、或いは旧法を残存せしめる事が立法者には許されて要るが、「連結点の変更による牴触」の場合にはそのような事は通常はあり得ないと云う点に尽きる。」<sup>42)</sup> といひ、連結点の変更については「既得権尊重」(三井 24 頁)の思想に従ひ、不変更主義を主張しているようである。

- 41) 国際私法改正による準拠法変更の協議離婚に及ぼす影響(簡単にいえば、協議離婚の時際国際私法問題)を検討する際には、①協議離婚、②訴え提起、③判決に至るまでの時間の流れのどこに国際私法改正があるかにより場合分けをする必要がある。その際、改正法例施行と法適用通則法施行の2つを考慮する必要がある。従来の判例を分類すれば次のとおりである。

(1) 協議離婚後に改正法例が施行され、その後に訴えが提起され、その後に法適用通則法が施行され、その後に判決がされた事案は次のとおりである。

【判例 15】東京高等裁判所判決平成 12 (2000) 年 7 月 12 日の第 1 審判決 = 東京地方裁判所判決平成 12 (2000) 年 2 月 23 日。

(2) 協議離婚後に改正法例が施行され、法適用通則法施行後に訴えが提起され、その後に判決がされた事案は次のとおりである。

【判例 21】東京地方裁判所判決平成 23 (2011) 年 8 月 18 日。

(3) 改正法例施行後に協議離婚をし、その後に訴えが提起され、その後に判決があり、その後に法適用通則法が施行された事案は次のとおりである。

【判例 3】水戸家庭裁判所審判平成 3 (1991) 年 3 月 4 日(家事審判法 24 条による調停に代わる審判)。【判例 7】高松高等裁判所判決平成 5 (1993) 年 10 月 18 日。

(4) 改正法例施行後に協議離婚をし、その後に訴えを提起し、その後に法適用通則法が施行され、その後に判決がされた事案は次のとおりである。

【判例 18】東京高等裁判所判決平成 19 (2007) 年 4 月 25 日判決。

以上のグループのうち、(3) のグループでは協議離婚から判決に至るまでに国際私法が改正されていないから時際国際私法問題は生じない。(1) と (2) の各グループでは協議離婚と判決の間に改正法例が施行されたから、協議離婚時の国際私法と判決時の国際私法のいずれを適用するかにより準拠法が変わる。さらに、(1) と (4) の各グループでは訴え提起と判決の間に法適用通則法が施行されたので、理論的には、訴え提起時の国際私法と判決時の国際私法のいずれを適用すべきかという問題も生じよう。協議離婚の時際国際私法問題については、横山 [1992 (H4)], 佐野 [1993 (H5)] 参照。

協議離婚後の訴訟で、裁判所が、協議離婚後の国籍等の変更を考慮して準拠法を決めれば、どの法域の法が準拠法になるかに関する当事者の期待を侵害する（その結果、婚姻解消に対する期待を侵害する）。それでは、このような期待を保護する必要はあるか。

ここでは、協議離婚後の連結点変更による準拠法変更と協議離婚後の国際私法改正による準拠法変更を比較する。両者の間には相違点もあるが類似点もある。すなわち、前者は事実の変更に伴う準拠法変更であるのに対して、後者は法の変更に伴う準拠法変更である。しかし、両者は、協議離婚後の——当事者の支配範囲外で発生する——事情の変化により準拠法が変更するという点で同じである（例えば、夫婦の一方の国籍変更は他方配偶者の左右できない事項であるし、さらに、本人の意思に基づかない国籍変更があり得る。）<sup>42)</sup>。従って、協議離婚後の国際私法改正に伴う問題の解決方法は、協議離婚後の連結点変更に伴う問題の解決に示唆を与えるところがあろう。

さて、婚姻解消の期待と異なり、どの法域の法が準拠法になるかに関する期待は法の保護する対象であろうか。国際私法がいかなる価値・利益・政策の実現に奉仕すべきかに関しては、現在では共通の理解があるといえる。すなわち、実質法上の価値ないし利益とは異なる、国際私法に固有の価値・利益・政策がある<sup>43)</sup>。離婚を例にとると、平成元年改正前法例 16 条本文の「離婚ハ其原因

---

42) 南〔1992 (H4)〕が平成元年改正法例の附則 2 項の定める経過規定を説明する際に、「新法施行中に当事者の国籍の変更等連結点が変わったことにより準拠法が変更することがある。この場合については、いわゆる法律変更の場合として扱われるが、以下に述べる点は、この場合についても、ほぼ当てはまるものといえよう。」と述べるのは、国際私法の改正と連結点の変更の共通性に注目した結果と思われる。しかし、準拠法の基準時は改正法例中の個々の国際私法規定が定めているのに対して、改正前法例と改正法例の適用関係は改正法例附則 2 項が定めているので、経過規定の説明の中で準拠法の基準時を説明するのは望ましくないと思われる。

43) 池原〔1973 (S48)〕122 頁注 8 は「国際私法的な利益考量」に触れている。国際私法上の利益衡量については、山田（鐙）〔2004 (H16)〕42 頁参照。

タル事実ノ発生シタル時ニ於ケル夫ノ本国法ニ依ル」の規定に表現された夫の本国法主義に関しては、一方では、夫の本国法の内容が妻の本国法のそれよりも夫に有利な場合もあるし妻に有利な場合もあるから夫の本国法主義は両性平等には反しない、という擁護論も成立するし、他方では、夫は夫の本国法の内容をよく知っているから夫の本国法を適用すること自体が夫を優遇し妻に不利益を課すこととなり、それゆえ、夫の本国法主義は両性平等に反する、という批判も成立し<sup>44)</sup>、平成元年の法例改正の際には法例旧 16 条は後者の立場から両性平等の規定に改正された<sup>45)</sup>。このように、どの法域の法を準拠法にすべきかは、国際私法に固有の価値・利益・政策に立脚して考える必要がある。従って、国際私法改正の場合の新旧国際私法の適用範囲如何の問題に関しても、どの法域の法が準拠法になるかに関する当事者の期待（これと合わせて、婚姻解消に対する期待）の保護を考える必要がある<sup>46)</sup>。

44) 溜池〔1958 (S33)〕146-153 頁（同〔1985 (S60)〕5-12 頁）はこのふたつの見解を検討している。そして、溜池自身は後者を是とする。同〔1958 (S33)〕153-155 頁（同〔1985 (S60)〕12-14 頁）。

45) 山田（鐸）・村岡〔1961 (S36)〕14 頁は、法例旧 14 条の「婚姻ノ効力ハ夫ノ本国法ニ依ル」という規定につき、「夫婦のいずれが有利であるかは、準拠法の適用の結果はじめて分かることであり、夫の本国法を適用しても、妻の方が有利になる場合もあるのであるから、両性平等は国内の実質法の分野においてのみ妥当し、国際私法の分野にまでは及ばないとする見解にも十分な理由はある。しかし、国際私法の観点からみて、夫の本国法によるということは、夫が自己に固有の法の支配を受けることとなり、また夫はその国籍の変更によりその準拠法を選択し得ることとなって、結局において夫の方に有利になることができる。小委員会はこのような根拠から右の結論〔新憲法の両性平等の理念に照らし、法例の規定は改正されるべきであるという結論〕に到達した。」といい、山田（鐸）・村岡 21 頁は、同じ理由により法例旧 16 条の「夫の本国法」を「夫婦の共通本国法」に改める旨を述べる。

46) 国際私法改正の場合の時際国際私法問題に関する従来の研究を見る。

齋藤〔1930 (S5)〕900-901 頁は「私見に依れば本問に關しても各國において、特別の明文なき限り一般的に法の不遡及の原則を適用せらるべきものと解する。しかし、茲に注意すべきは所謂不遡及の原則の根基となれる既得權保護の觀念についてである。即ち、衝突規則は渉外的法律關係に適用せらるべき内外實質法を指定すべき間接法と解すべきが故に、その時的衝突問題の解決につき、實質法に關する經過規定をそのまま適用し得ざるは勿論、また實質法上の經過問題の理論説明を當然には移入し得ざることも明らかである。蓋し實質法上においては舊法の直接支配を前提として新法の適用關係を議し得

るも、国際私法上においては、只舊衝突規則の支配の下に発生したる法律事実または法律関係を考慮に入れ得る許りであり、随つて實質法上における既得権の意義も国際私法上においては自ら異ならざるを得ないのであつて、通常の意義における既得権は舊衝突規則の指定する準據法を適用することに依つて初めて確定せられると言ふべきである。随つて新舊衝突規則の適用関係における既得権の觀念と準據法に依り定められたる既得権の觀念とは混同すべきではなく、舊衝突規則の指定する準據法に依り、先づ既得権の存否を検して若し既得権の存する場合に初めて舊衝突規則の適用を是認するときは、衝突規則の変更を生じたる訴訟地國において、ある渉外的法律關係の經過問題につき、新舊何れの衝突規則を適用すべきかを先決問題とする本問に關して推理の順序を顛倒するものなるが故に、論理的には国際私法上においては、新衝突規則の實施以前に発生したる法律事實または法律關係にして既得権を構成すべき性質を有するものにつきてのみ舊衝突規則の支配を認むべしと言ひ得るに過ぎないのである。要之、一般論としては舊衝突規則に依り指定せらるゝ準據法上の既得権を豫想し、これを保護せんとする範圍において不遑及の原則の適用を觀るものと解すべきである。」(強調は原文) という。このように、齋藤は、国際私法の改正の場合の時際国際私法問題に關して、結論としては、国際私法改正前に発生したる事實には旧国際私法を適用すべき旨(新国際私法の不遑及)を主張しているが、その理由は實質法上の既得権の保護である。

三井 (3) [1969 (S44)] 16 頁は「当事者は、将来「法廷地」になると思われる国の国際私法が指定する準據法に従つて行動するものであり、例えば外国人と契約する時には、将来「法廷地」になると思われる国 [……] の国際私法によって指定される準據法により当の外国人が行為能力を有するか否かを予め調査するのが普通である。従つて、その後の国際私法の改正により、かかる法的安定と法に対する信頼がおびやかされてはならない。そして、この場合には、準據法が法廷地の国内法であると否とを問わず、常に当事者の既得権は保証されなければならないのである。」といい、實質法上の既得権の保護を理由として旧国際私法の適用を主張する。

欧 [1977 (S52)] 173-175 頁は、「遺言の方式の準據法に關する法律」(昭和 39 (1964) 法 100, 昭和 39 (1964) 8 月 2 日施行) 附則 2 項の「この法律は、この法律の施行前に成立した遺言についても、適用する。ただし、遺言者がこの法律の施行前に死亡した場合には、その遺言については、なお従前の例による。」という規定などを挙げて、「法廷地国際私法の改変 [……] は、新旧法のいずれを適用するかという時際法上の問題であり、一国内におけるその他の實質法の場合と比べなら選ぶところがない。ただかかる時際法を定めるにあたっては、純粹に国内實質法の問題を対象とする時際法の場合と異なり、渉外的な私法交通の安全を確保するという要請を、とくに考慮されてしかるべきであろう。」という。この見解は、「渉外的な私法交通の安全を確保するという要請」を特に考慮すべき旨を述べる点で国際私法上の価値の獨立性を意識したものといえるが、しかし、どの法域の法が準據法になるかに關する当事者の期待の保護の必要性を明確に述べているわけではない。

南 [1992 (H4)] 212-213 頁は平成元年改正法例附則 2 項本文の「この法律の施行前に生じた事項については、なお従前の例による。」という規定を解説するに際して、同規定の立法趣旨、すなわち、同規定が何を保護しようとしているのか、には触れていない。

法適用通則法附則 2 条及び 3 条については、櫻田・道垣内 [2011 (H23)] 375-380 頁(竹下啓介) 参照。

それでは、協議離婚後に国際私法が改正された場合、裁判所は、改正前の国際私法と改正後のそのいずれを適用すべきか、これまでに日本で制定された協議離婚の時際国際私法規定としては平成 1 (1989) 年改正法例の附則 (平成 1 (1989) 法 27) 2 項が重要である<sup>47), 48)</sup>。同項本文は「この法律の施行前に生じた事項についてはなお従前の例による。」と規定する。この規定によれば、法例改正 (平成 2 (1990) 年 1 月 1 日) の前に行われた協議離婚に関しては、

47) 法例 (明治 31 (1898) 法 10) の施行 (明治 31 (1898) 年 7 月 16 日) の際には時際国際私法規定は置かれなかった。

法例施行時の時際国際私法問題を扱った判例として次のものがある。大審院大正 6 (1917) 年 3 月 17 日判決民録 23 輯 378 頁は、1892 [M25] 年に米領ハワイで締結された金銭消費貸借契約に基づいて貸主が起した貸金返還請求訴訟にかかる判決であり、消滅時効が問題になった。判旨は「本件消費貸借ハ明治 25 年 4 月 10 日米領布哇ニ於テ成立シタルモノニシテ同 31 年 7 月 16 日ヨリ施行セラレタル法例發布以前ニ係ルモ同法第 7 條ニ規定ノ如ク法律行爲ノ成立及ヒ效力ニ付テハ當事者ノ意思ニ從ヒ其何レノ國ノ法律ニ依ルヘキカヲ定ムヘク當事者ノ意思カ分明ナラサルトキハ行爲地法ニ依ルヘキコトハ同法施行前ニ在リテモ國際私法上認容セラレタル所ナリ〔……〕時効ハ其性質公益的規定ニ屬シ時効期間ノ長短ハ國際公安ニ影響ヲ及ホスモノナルカ故ニ米國法ノ消滅時効ニシテ我國ノ消滅時効ヨリモ長期ナリトセハ法例第 30 條規定ノ如ク我國ノ時効ヲ適用スヘク米國法ヲ適用スヘキ限ニアラス此事タルヤ亦法例施行ノ前後ニ因リテ異ナルコトナシ」と判示した。

齋藤 [1930 (S5)] 901-904 頁はこの判旨について「その根本精神において衝突規則の時的効力に關しては不遡及の原則を認めたものと解し得るのである。〔……〕本判決において適用せられたる法例第 7 條及び第 30 條は法例以前にあつても既に歐州多數諸國に依りても一般原則と認められゐたるものにして、法例はたゞこれらの原則を明文を以て認定し宣言したるに止まるのである。」といい、旧国際私法の適用・新国際私法の不遡及を判示したものと理解し、判旨に賛成する。

この判例の研究として、澤木敬郎「解説と評釈」我妻栄・宮沢俊義編集『続判例百選』20 頁 [1960 (S35)]、澤木敬郎「解説と評釈」我妻栄編集代表『続判例百選 (第 2 版)』202 頁 [1965 (S40)、有斐閣]、澤木敬郎「解説」池原季雄編『涉外判例百選 (増補版)』28 頁 [1976 (S51)、有斐閣] がある。

48) 法適用通則法の施行の際にも明文の時際国際私法規定が制定された。法適用通則法附則 2 条の「改正後の法の適用に関する通則法〔……〕の規定は、〔……〕、この法律の施行の日〔……〕前に生じた事項にも適用する。」という規定がそれである。この規定については、櫻田・道垣内 [2011 (H 23)] 375-376 頁 (竹下啓介) 参照。



法例改正後は、裁判所は、改正前の法例を適用すべきこととなる<sup>49)</sup>、<sup>50)</sup>、<sup>51)</sup>。ここで、協議離婚後に国際私法が改正された場合に裁判所が改正前の国際私法を適用すべき理由は、協議離婚時に当事者の抱いた、どの法域の法が準拠法になるかに関する期待の保護にあると思われる<sup>52)</sup>。

それでは、協議離婚後の連結点変更の場合はどう考えるべきか。協議離婚時に当事者が抱いていた、どの法域の法が準拠法になるかの期待、及び、婚姻既解消の確信を、その後の国際私法の改正により侵害するのが望ましくないのと同

---

49) 南〔1992 (H4)〕216 頁、横山〔1992 (H4)〕263 頁。

50) 平成元年改正法例施行前に行われた協議離婚の有効性を判断した判例には次のものがある。

【判例 21】東京地方裁判所判決平成 23 (2011) 年 8 月 18 日は、韓国夫婦が 1974 (S49) 年に東京都品川区長に届け出てした協議離婚につき法例附則 2 項本文により法例旧 16 条本文を適用し、夫の本国法である韓国法を準拠法とした。高杉〔2013 (H25)〕79 頁、神前〔2013 (H25)〕113 頁参照。

平成元年改正法例施行前に行われた協議離婚の有効性が法適用通則法施行後に裁判所で審理される場合の平成元年改正法例附則 2 項の適用については、櫻田・道垣内〔2011 (H23)〕376 頁 (竹下啓介)、神前・前掲参照。

なお、【判例 15】東京高等裁判所判決平成 12 (2000) 年 7 月 12 日は台湾夫婦が 1977 (S52) 年に東京都世田谷区長にした離婚届による離婚の効力を判断した判決であり、法例附則 (平成 1 (1989) 法 27) 2 項により平成元年改正前の法例 16 条を適用すべき事案であるにもかかわらず、その第 1 審判決である東京地方裁判所判決平成 12 (2000) 年 2 月 23 日は、新旧国際私法の適用関係を誤って、改正法例 14 条及び 16 条により夫婦の同一本国法である台湾法を準拠法とした。この判例については後出注 55 参照。

51) 平成元年改正法例施行後で法適用通則法施行前に行われた協議離婚の有効性を判断した判例として次のものがある。【判例 18】東京高等裁判所判決平成 19 (2007) 年 4 月 25 日判決は、2004 (H16) 年に日本で行われた中国人妻と日本人夫の協議離婚届による離婚につき、法適用通則法附則 2 条により同法 27 条ただし書きを適用し、日本法を準拠法とした。

52) 横山〔1992 (H4)〕263-264 頁は次のようにいう。

「〔法例附則 2 項は〕準拠法が施行前のある時点において確定的に決定された法律関係については改正前の抵触規定が適用され、いまだ確定的に決定されていないときには新規定によると理解できる (もともと、旧規定の指定する準拠法の下で、その法の定める法律効果がすでに発生しているときにはその法により、いまだ発生していない場合に新抵触規定による、という解決方法も考えられないではない。〔……〕)。法律関係の成立時点、例えば婚姻あるいは協議離婚の成立時点が原則としてそういった時点を構成すると考えられる。」

この引用文は、協議離婚後の国際私法改正の場合の新旧国際私法の適用問題に関して、協議離婚時に当事者の抱く、どの法域の法が準拠法になるかの期待の保護を重視している。

様に、その後の連結点の変更により侵害することもまた望ましくないといえよう。

### 第3款 まとめ

以上に述べたように、協議離婚時に当事者が抱く期待——婚姻既解消の確信（第1款）、及び、どの法域の法が準拠法になるかの期待（第2款）——を保護するために、法適用通則法27条の解釈として、協議離婚の準拠法の基準時は協議離婚時と解すべきである（法律要件の発生時を基準時とする不変更主義）<sup>53), 54), 55)</sup>。

53) 横山〔1987（S62）〕3頁は「一般的に身分関係の変動を規律する準拠法の決定については身分関係の変動に必要な要件が充足された時点が基準とされている。」（横山〔1997（H9）〕132-133頁も同旨）という。

54) 奥田〔2015（H27）〕152頁の「改正後の法例および通則法は、〔……〕離婚時が基準とされる。すなわち、協議離婚の場合は、離婚の意思表示をした時（日本法上の方式による場合は、届出の時）が基準とされ〔……〕る。」という見解に賛成し得る。

なお、横山〔1997（H9）〕137頁は「現行一六条の規定は〔……〕準拠法を固定していない。離婚時、つまり、協議離婚では届出の時点が、〔……〕基準となる。」という。横山〔2012（H24）〕262頁も同旨。しかし、「協議離婚では届出の時点が、〔……〕基準となる。」というのであれば準拠法を固定しているというべきであろう。

55) 平成元年改正法例施行から法適用通則法施行までの期間に行われた協議離婚の効力を判断した判例は3件あり（そのうち2件は法適用通則法施行前に判決がされ、他の1件は法適用通則法施行後に判決がされた。前出注41参照）、いずれも改正法例16条又は法適用通則法27条を適用するが、いずれも基準時を判示していない。法適用通則法施行後に行われた涉外協議離婚の効力を判断する判例は見当たらない。

【判例3】水戸家庭裁判所審判平成3（1991）年3月4日はフランス人妻と英国人夫の間に離婚の合意が成立している事案につき、法例16条及び14条により夫婦の最密接関係地法として日本法を準拠法とし（基準時については判示していない）、家事審判法24条により調停に代わる審判をした。

【判例7】高松高等裁判所判決平成5（1993）年10月18日は、中国人夫婦が平成3（1991）年に高松市長にした離婚届による協議離婚の効力を判断した判決である。この判決は、離婚意思に関して、法例の規定を引用せず、夫婦の同一本国法としての中華人民共和国法を適用して判断した（基準時については判示していない）。

【判例18】東京高等裁判所判決平成19（2007）年4月25日判決は、日本人夫と中国人妻が2004（H16）年に日本法上の方式でした協議離婚の効力を判断した判決である。裁判所は法適用通則法附則2条により同法27条ただし書きを適用し、日本法を準拠法とした（基準時については判示していない）。

なお、【判例15】東京高等裁判所判決平成12（2000）年7月12日は台湾人夫婦が1977（S52）年に東京都世田谷区長にした離婚届による離婚の効力を判断した判決であり、法例附則（平成1（1989）法27）2項により平成元年改正前の法例16条を適用すべ



### 第 3 節 裁判離婚

#### 第 1 款 離婚実質法における破綻主義と変更主義

平成元年改正法例 16 条（法適用通則法 27 条）の採用する変更主義の根拠として学説の最も強調する理由は、諸国の離婚実質法が破綻主義の採用に向かっていることである。その代表的な見解として、「破綻主義が一般的な今日では、離婚準拠法の当事者による操作をそれほど懸念する必要はあるまい。」<sup>56)</sup> という見解を挙げることができる。そこで、本款では、各国の離婚実質法に一般的破綻主義が浸透している傾向が離婚準拠法の基準時に関する変更主義にどのような影響を及ぼし得るかを検討する。

なお、このような検討をするためには各国離婚法の状況を知ることが必要であるが、本稿ではそのような余裕はない。他方で、実質法上の破綻主義立法と国際私法上の変更主義の関係を検討するためには、一方の極として、過去の実実に基づく離婚請求を認める立法（これを本稿では「個別的列举主義」という）を考え、他方の極として、裁判時における婚姻破綻という状況を離婚原因とする立法（これを本稿では「一般的破綻主義」という）を考えれば一応は足りると思われる。個別的列举主義に立ちつつも日本民法 770 条 2 項のような規定を置く法制度、個別的離婚原因と一般的抽象的離婚原因を並列する法制度、有責配偶者による離婚請求を認めない法制度などは、その両極の中間に位置するものと考えることができる。そこで、本款では、個別的列举主義と一般的破綻主義の対立を軸として検討する。

---

き事案である（鳥居〔2001（H13）〕228 頁、竹下〔2004（H16）〕232 頁）。その第 1 審判決である東京地方裁判所判決平成 12（2000）年 2 月 23 日は、新旧国際私法の適用関係を誤って、改正法例 14 条及び 16 条により夫婦の同一本国法である台湾法を準拠法としたが、基準時については判断していない。控訴審判決は離婚の意思の存否及び錯誤による離婚届の有無を判断したが、その事項につきどの法域の法を準拠法としたのかを判示していない。

56) 横山〔2012（H24）〕262 頁。

## 第1目 裁判離婚実現の期待

### 第1項 一般的破綻主義と裁判離婚実現の期待

次の事例を考える。夫婦の同一本国法がX国法（一般的破綻主義）であり、ある時点に夫婦の一方（A）がX国法を調べて、「現在の状況では離婚できる。」という期待を抱いたが、その後、他方配偶者（B）の国籍が変更した結果夫婦の本国法が同一ではなくなり、その後、Aが日本の裁判所に離婚訴訟を起した場合、裁判所が法適用通則法27条に基づいて裁判時の夫婦の同一常居所地法を適用してAの離婚請求を棄却することは（請求棄却の理由としては、個別的列挙主義に立つ準拠法上、離婚原因に該当する事実が存在しないという理由、あるいは、一般的破綻主義に立つ準拠法上、裁判時の事実関係では離婚を認めることができないという理由が考えられる）（以下、これを【事例1】という。）、Aの期待を侵害するか。

この事例では、夫婦の本国法がともにX国法だった期間中にAがX国法を調べて「現在の状況では離婚できる。」と期待していたとしても、この時点にAが抱いた期待とは、第1に、夫婦いずれかが離婚訴訟を起し、第2に、裁判時に存在する事実関係（＝将来の事実関係）がX国法（＝Aが期待を抱いた時点の離婚準拠法）上の離婚原因に該当する、というふたつの条件が満たされなければ実現しない期待である。この意味で、一般的破綻主義立法の下で当事者の抱く裁判離婚実現への期待を準拠法の変更主義はほとんど侵害しない。

### 第2項 個別的列挙主義と裁判離婚実現の期待

ある事実の発生時に夫婦の一方（A）がその時点の夫婦の同一本国法であるY国法（個別的列挙主義）を調べて、「この事実により裁判離婚ができる。」と考え、その後、他方配偶者（B）の国籍が変更した結果夫婦の本国法が同一ではなくなり、その後、Aが日本の裁判所に離婚訴訟を起した場合、裁判所が法適用通則法27条に基づいて裁判時の夫婦の同一常居所地法を適用してAの離婚請求を棄却することは（請求棄却の理由としては、個別的列挙主義に立つ準拠法上、Aの依拠した事実が離婚原因にはならない、という理由が考え

られる）（以下、これを【事例2】という．），Aの期待を侵害する．

しかし、他方で、個別的列挙主義の下で離婚原因事実発生時に夫婦の一方が「これで裁判離婚できる．」と期待しても、実際にその者が離婚訴訟を起こして終局判決に至るという条件が成就しなければ婚姻は解消しないので、いわば条件付き期待である．それゆえ、個別的列挙主義立法下で当事者の抱く裁判離婚実現への期待を変更主義が侵害する程度は大きくない<sup>57)</sup>．

ところで、個別的列挙主義立法の下で事実発生時に当事者の抱く裁判離婚実現への期待を変更主義が侵害する事案は、諸国の離婚実質法が破綻主義の採用に向かえば、減少する．平成元年の法例改正の際は、このような予想の下で変更主義を採用する政策判断が行われた<sup>58)</sup>と見ることができる．しかし、【事例2】において裁判時を基準時とすることを、裁判時は離婚原因事実発生時である<sup>59)</sup>、という理由により基礎づけることはできない<sup>60)</sup>．

---

57) 横山〔1997（H9）〕134頁は、訴え提起当時あるいは離婚時を基準時とする制度に関して次のようにいう．「〔このような制度の下では、〕事実発生当時における準拠法の下においては当該事実が離婚原因に該当していたとしても、新準拠法が離婚原因とは評価していないときは、当該事実を離婚原因として援用することはできないことになる．準拠法の変更のため生ずるこの結果はかならずしも不都合ではない．旧準拠法の下で離婚を請求することができたにもかかわらず、当事者はその権利を行使しなかったと考えることができるからである。」（横山〔1987（S62）〕5頁も同旨．）

これも、裁判離婚可能性への期待を保護する必要性の低いことを述べたものである．

なお、折茂〔1959（S34）〕が法例旧16条が離婚原因発生時を基準時とすることを説明するに際して協議離婚のみに関して説明したのは概論書として異例ではあるが、当事者の抱いた期待（婚姻既解消の確信）を保護する必要性の非常に強い協議離婚を例にとつて説明したものと理解すれば、合理的な説明である．

58) 横山〔1997（H9）〕133頁は諸国の国際私法における離婚準拠法の基準時を検討するに際して「一般論としては、離婚時つまり口頭弁論終結時を基準とすることが合理的のように思われる．諸国の実質法は破綻主義的離婚法に向かう傾向を示している．したがって、当事者の有責性いかんは離婚の成立の局面においてはそれほど影響しないと考えることが許されよう．」という．これは難解であるが、本文における意味に解することができよう．

59) 山田(鏡)・村岡〔1961 (S36)〕21頁は「相対的離婚原因主義ないし破綻主義の離婚法の建前からすれば、現在において、その婚姻が存続しうべき状態にあるかどうか、あるいは、これ以上継続したい破綻の状態にあるのかどうかという点の判断に重点がおかれることとなり、したがって、おのずから「現在の」本国法によらざるをえないこととなるといえよう。」というが、これは、破綻主義の立法の下では裁判時とは実質的には裁判離婚原因事実発生時である、という趣旨であると思われる。

60) 改正前法例16条時代の裁判離婚の判例で、過去の時点に離婚原因事実発生時としたものをいくつか挙げれば次のとおりである。以下の判例における事実が平成元年改正法例施行後に発生したとすれば、裁判離婚原因事実発生時を基準時とする限り、裁判時を基準時とすることが困難な場合もあろう（なお、改正法例施行後の判例の状況については、後出注66参照）。

広島地方裁判所判決昭和30(1955)9月23日（下級裁判所民事裁判例集6巻9号2048頁）は、1929(S4)年に朝鮮で婚姻した韓国人夫婦の離婚訴訟である。夫婦は1944(S19)年以来広島県で同居していたが、1945(S20)年9月以来妻が生死不明である。1952(S27)年4月28日「日本国との平和条約」発効。1954(S29)年に夫が、この事実、配偶者の生死が3年以上明らかでない場合に該当する旨を主張して（夫は韓国法が準拠法になると考えているようである）、離婚の訴えを提起した。裁判所は、「被告の生死が不明になった昭和20年9月より3年を経過した昭和23年9月頃が離婚原因発生時と解される〔……〕原告の本国法は日本の法律であるということになる。」と判示した。この判例の研究として溜池〔1960(S35)〕がある。

大阪地方裁判所判決昭和31(1956)年11月27日（下級裁判所民事裁判例集7巻11号3393頁）は、1941(S16)年に婚姻した韓国人夫婦の離婚訴訟である。夫が1948(S23)年又はその翌年ごろから行方不明になった。1952(S27)年4月28日「日本国との平和条約」発効。1956(S31)年に妻が日本民法770条1項2号及び3号に基づいて離婚の訴えを提起した。裁判所は、夫が行方不明になってから3年が経過した1951(S26)年又はその翌年を離婚原因事実発生時とし、その時点の夫の本国法である韓国法を準拠法とし、韓国法上配偶者の3年を超える期間の生死不明は離婚原因になる旨を判示して、離婚請求を認容した。この判例の研究として山田(鏡)・鳥居〔1960(S35)〕がある。

東京地方裁判所昭和49(1974)年5月30日（判例時報758号31頁）は1966(S41)年に中華民国で婚姻した同国人夫婦の離婚訴訟である。夫婦は婚姻後に来日したが、1971(S46)年に妻が家出をし、その後中華民国に帰国した。1972(S47)年9月11日に夫は無国籍になった。1972(S47)9月29日「日中共同声明」発出。1973(S48)年に夫は1971(S46)以降妻による悪意の遺棄が続いている旨を主張して離婚の訴えを提起した。裁判所は、「離婚原因が国籍離脱の前後に亘っている場合における離婚原因発生当時の夫の本国法は、〔……〕夫が国籍を離脱するまでに所属した国の法律及び無国籍となった後の夫の住所地法〔改正前法例27条2項前段〕の双方であると認めるのが相当である。したがって、本件離婚については、中華民国及び日本の双方の法律を適用すべきである。」と判示し、妻の行為は中華民国民法上の悪意の遺棄にも日本民法上の悪意の遺棄にも該当する旨判示し、離婚請求を認容した。判旨のした累積的適用については、山田(鏡)〔1975(S50)〕149頁は「離婚原因がその事実の継続中における夫の複数の本国法の一に適合するときは、離婚が認められると解すべきである。」と批判する。

## 第 2 目 裁判離婚不可能性の期待

次に、裁判離婚不可能性への期待を検討する。

### 第 1 項 一般的破綻主義と裁判離婚不可能性の期待

次の事例を考える。夫婦の同一本国法が X 国法（一般的破綻主義）であり、ある時点に夫婦の一方（A）が X 国法を調べて、「現在の状況では離婚できない。」という期待を抱いたが、その後、他方配偶者（B）の国籍が変更した結果夫婦の本国法が同一ではなくなり、その後、B が日本の裁判所に離婚訴訟を起こした場合、裁判所が法適用通則法 27 条に基づいて裁判時の夫婦の同一常居所地法を適用して B の離婚請求を認容することは（請求認容の理由としては、個別的列挙主義に立つ準拠法上、離婚原因に該当する事実が存在するという理由、あるいは、一般的破綻主義に立つ準拠法上、裁判時の事実関係に基づき離婚を認めることができるという理由が考えられる）（以下、これを【事例 3】という。）、A の期待を侵害するか。

この場合は、夫婦の同一本国法が X 国法である時期に A が「現在の状況では離婚できない。」と考えたとしても、同時に A は、「今後、状況が変われば X 国法（=A が期待を抱いた時点の離婚準拠法）に基づいて裁判離婚が実現するかもしれない。」と予想することができる。それゆえ、一般的破綻主義立法の下で当事者の抱く裁判離婚不可能性への期待を準拠法の変更主義はほとんど侵害しない。

### 第 2 項 個別的列挙主義と裁判離婚不可能性の期待

次の事例を考える。ある事実の発生時に夫婦の一方（A）がその時点の夫婦の同一本国法（Y 国法 = 個別的列挙主義）を調べて、「この事実では裁判離婚はできない。」と考え、その後、他方配偶者（B）の国籍が変更した結果夫婦の本国法が同一ではなくなり、その後、B が日本の裁判所に離婚訴訟を起こした場合、裁判所が法適用通則法 27 条に基づいて裁判時の夫婦の同一常居所地法を適用して B の離婚請求を認容すること（請求認容の理由としては、個別的列挙主義に立つ準拠法上、A が離婚を基礎づけないと考えた事実は準拠法

上の離婚原因に該当する、という理由が考えられる) (以下、これを【事例4】という.) はAの抱いた期待を侵害する。なぜなら、ある事実が裁判離婚原因事実ではない、という確信は確定的な確信であるからである。

しかし、諸国の離婚実質法が破綻主義に向かっているならば、個別的列挙主義立法下で当事者が事実発生時に裁判離婚不可能性を期待する事案は減少する<sup>61)</sup>。平成元年の法例16条改正の際に変更主義を採用したのはこのような予測の下に政策判断がされた<sup>62)</sup>ものと見ることができる。しかし、【事例4】で裁判時を基準時とすることが、裁判時は離婚原因事実発生時である、という理由で基礎づけることのできないことは明らかである。

### 第3目 まとめ

以上で、離婚実質法における破綻主義の浸透と変更主義の関係を見た。以上の検討の結果を要約すれば次のようになろう。

第1に、変更主義は、一般的破綻主義立法下で抱く当事者の裁判離婚実現への期待(【事例1】参照)も裁判離婚不可能性への期待(【事例3】参照)もほとんど侵害しない<sup>63)</sup>。しかし、これは、変更主義を採用しても支障がないことをいうに過ぎず、変更主義を採用すべきことを基礎づける積極的根拠ではない。

61) 横山〔1997 (H9)〕134-135頁は「事実発生当時の準拠法によれば当該事実は離婚原因を構成しないとされているときには、後に準拠法とされる法が当該事実を離婚原因に該当するものと評価していても、離婚原因として当該事実を援用できないとする処理が考えられないではない。刑法上適法な行為が後に違法行為とされえないのと同様に、もともと婚姻義務違反とされていない行為を遡及的に義務違反の行為とすべきではないと考えられるからである。」といい、「旧準拠法上離婚原因に該当しないとされた事実を新準拠法の下で遡及的に離婚原因とすることを阻止しようとする規定」を諸外国の国際私法立法及び国際私法条約の中からいくつか列挙しつつ、近時はそのような立法例が減少しつつあることを指摘した上で、「そうだとすれば、諸国の実質法が破綻主義に向かっている今日、当該規定が適用される範囲は大幅に縮減したとみるべきであろう。」というのは、この点を指摘するものといえよう。

62) 前出注58参照。

63) 横山〔2012 (H24)〕262頁は「破綻主義が一般的な今日では、離婚準拠法の当事者による操作をそれほど懸念する必要はあるまい。」というのは、この意味であると思われる。



第 2 に、一般的破綻主義立法下では裁判時は裁判離婚原因事実発生時である<sup>64)</sup>、という説明により変更主義を基礎づけることができることは確かである<sup>65)</sup>。この説明が法例旧 16 条の「〔離婚ノ〕原因タル事実ノ発生シタル時」という文言を踏襲していることはいうまでもない。しかし、この説明には大きな問題がある。すなわち、この説明に従えば、準拠法変更の前後の準拠法がいずれも個

---

64) 前出注 59 参照。

65) 改正前法例 16 条時代の判例で婚姻の破綻の有無を判断したものには、裁判時を裁判離婚原因事実発生時としたと見られるものがある。

東京地方裁判所昭和 55 (1980) 年 11 月 21 日 (家庭裁判月報 34 巻 2 号 179 頁) は 1939 (S14) 年に朝鮮で婚姻した韓国人夫婦の離婚訴訟にかかる判決である。夫は 1932 (S7) 年以後裁判時まで、妻は 1939 (S14) 年以後裁判時まで、終戦前後に数年間朝鮮に滞在した期間を除き、内地に居住している。夫婦は婚姻後は内地で同居生活をしていたが、夫は 1969 (S44) 年から訴外 A (女) と男女関係を結び、1971 (S46) 年ごろから A と同居し、妻に生活費を送らず、この状態が裁判時まで継続している (夫と妻は日本国内で別居している)。そこで、1973 (S48) 年に、妻が、これらの事実が韓国民法 840 条 1 号から 3 号まで及び 6 号に該当する旨主張して離婚の訴えを提起した。裁判所は、当時の法例 16 条により、「〔離婚〕の原因たる事実の発生した当時における夫たる被告の本国法、すなわち大韓民国法」を準拠法とし、夫による不貞行為及び悪意の遺棄並びに婚姻の破綻を認定し、それらの事実が韓国民法 840 条 1 号、2 号及び 6 号並びに日本民法 770 条 1 項 1 号、2 号及び 5 号に該当する旨判示して、離婚請求を認容した。判旨は離婚原因事実発生時の夫の本国法を準拠法とする旨を判示しつつも、3 つの離婚原因の各々につき具体的にどの時点が原因事実発生時であるかを判示していないが、これは、夫の国籍が婚姻後裁判時まで変更していないためであろう。いずれにしても、判旨は、少なくとも婚姻の破綻に関しては裁判時をもって原因事実発生時としたものと思われる。この判例の研究として、道垣内〔1982 (S57)〕がある。

なお、韓国民法 840 条は次のように定めている (戸籍実務六法平成 31 年版〔2018 (H30)、日本加除出版〕による。).

「第 840 条 (裁判上の離婚原因) 夫婦の一方は、次の各号の事由がある場合には、家庭法院に離婚を請求することができる。

- 一 配偶者に不貞な行為があったとき
- 二 配偶者が悪意で他の一方を遺棄したとき
- 三 配偶者又はその直系尊属から著しく不当な待遇を受けたとき
- 四 自己の直系尊属が配偶者から著しく不当な待遇を受けたとき
- 五 配偶者の生死が三年以上明らかでなかったとき
- 六 その他婚姻を継続し難い重大な事由があるとき」



別列挙主義に立つ場合（【事例2】、【事例4】）には、準拠法上の裁判離婚原因事実の発生時が基準時になり、改正法例16条（＝法適用通則法27条）の採用した変更主義に反する結果となるからである。それゆえ、一般的破綻主義立法の下では裁判時とは裁判離婚原因事実発生時である、という説明により改正法例16条（＝法適用通則法27条）の変更主義を基礎づけることはできない<sup>66)</sup>。

66) 平成元年改正法例施行後の裁判離婚に関する判例における事案ではどの時点が裁判離婚原因事実発生時と見ることができるかを考える。

まず、離婚準拠法を判断する際に、どの時点が離婚準拠法の基準時であるかを判示する判例は見当たらない。

次に、離婚の準拠法を判断した判例は、すべて、抽象的離婚原因（日本民法770条1項5号の「婚姻を継続し難い重大な事由」あるいはそれに類似する外国法上の離婚原因）の存否を判断した。また、当事者が抽象的離婚原因に合わせて個別的離婚原因を主張する場合は不貞行為と悪意の遺棄を主張しているが、その場合、2件（【判例13】東京地方裁判所判決平成11（1999）年11月4日、【判例14】名古屋地判平成11（1999）年11月24日）を除き、不貞行為又は悪意の遺棄を裁判時まで継続している事実として主張した。そして、この例外としての2件の判例では、裁判所は個別的離婚原因の存否を判断していない。さらに、【判例25】東京高等裁判所判決平成30（2018）年7月12日は裁判時まで夫婦の別居が継続している事案に関してスリランカ法上の悪意の遺棄のみを認定して離婚請求を認容した。それゆえ、改正法例施行後の裁判離婚の判例では、裁判離婚原因事実発生時を基準時とする考え方に立ったとしても裁判時が基準時になると思われる（改正前法例16条時代の判例につき、前出注60、65参照）。

以下で、判例を詳しく見る（以下では、裁判年月日の直後に裁判所の適用した準拠法を示す）。

（1）当事者が抽象的離婚原因（日本民法770条1項5号の「婚姻を継続し難い重大な事由」あるいはそれに類似する外国法上の離婚原因）のみを主張して、裁判所がその存否を判断した事案にかかる判例は次のとおりである。

【判例1】東京地方裁判所判決平成2（1990）年11月28日（日本法。婚姻の破綻を認定して離婚請求を認容した。）、【判例2】東京地方裁判所判決平成2（1990）年12月7日（日本法。婚姻の破綻を認定して離婚請求を認容した。）、【判例4】東京地方裁判所判決平成3（1991）年3月29日（日本法。婚姻の破綻を認定して離婚請求を認容した。）、【判例5】横浜家庭裁判所審判平成3（1991）年5月14日（裁判所はハワイ州法上の離婚原因である「回復する見込みのない程度の破綻」が存在する旨を認定し、家事審判法23条を類推適用して合意に相当する審判をした）、【判例8】神戸地方裁判所判決平成6（1994）年2月22日（日本法。婚姻の破綻を認定して離婚請求を認容した。）、【判例11】最高裁判所第3小法廷判決平成9（1997）年2月25日（韓国法。婚姻の破綻を認定して離婚請求を認容した。）、【判例16】東京地方裁判所判決平成16（2004）年1月30日（日本法。婚姻の破綻を認定して離婚請求を認容した。）、【判例17】東京地方裁判所判決平成17（2005）年2月18日（米国テキサス州法。同州法上の離婚原因である「婚姻が耐

え難くなっている」という状況を認定し、離婚請求を認容した。), 【判例 19】東京家庭裁判所判決平成 19 (2007) 年 9 月 11 日 (日本法。婚姻の破綻は認められない旨を判示して離婚請求を棄却した。), 【判例 22】東京高等裁判所判決平成 26 (2014) 年 6 月 12 日の第 1 審判決である横浜家庭裁判所判決平成 25 (2013) 年 12 月 24 日 (日本法。婚姻の破綻は認められない旨を判示して離婚請求を棄却した。), 【判例 22】東京高等裁判所判決平成 26 (2014) 年 6 月 12 日 (日本法。婚姻の破綻を認定して離婚請求を認容した。), 【判例 24】東京高等裁判所判決平成 30 (2018) 年 6 月 20 日 (日本法。婚姻の破綻を認定して離婚請求を認容した。), 【判例 26】東京高等裁判所判決平成 30 (2018) 年 9 月 19 日 (日本法。婚姻の破綻を認定して離婚請求を認容した。),

(2) 当事者が抽象的離婚原因とともに個別的離婚原因を主張した事案にかかる判例は次のとおりである。2 件の判例 (【判例 13】東京地方裁判所判決平成 11 (1999) 年 11 月 4 日, 【判例 14】名古屋地判平成 11 (1999) 年 11 月 24 日) を除き, 当事者は不貞行為又は悪意の遺棄を裁判時まで継続している事実として主張した。そして, この例外としての 2 件の判例では, 裁判所は個別的離婚原因の存否を判断していない。

【判例 6】横浜地方裁判所判決平成 3 (1991) 年 10 月 31 日 (日本法。妻による裁判時まで継続する悪意の遺棄と夫による裁判時まで継続する悪意の遺棄はいずれも認められない旨を判示し, 婚姻関係の破綻を認定し, 本訴反訴の各離婚請求を認容した。), 【判例 9】東京地方裁判所判決平成 7 (1995) 年 12 月 26 日 (日本法。妻による裁判時まで継続する悪意の遺棄は認められない旨を判示し, 婚姻の破綻を認定し, 本訴反訴の各離婚請求を認容した。), 【判例 12】横浜地方裁判所判決平成 10 (1998) 年 5 月 29 日 (日本法。妻による裁判時まで継続する悪意の遺棄の存否については判断せず, 妻による裁判時まで継続する不貞行為と婚姻関係の破綻を認定して離婚請求を認容した。), 【判例 13】東京地方裁判所判決平成 11 (1999) 年 11 月 4 日 (日本法。妻による遺棄の存否については判断せず, 婚姻が破綻している旨認定し, 離婚請求を認容した。), 【判例 14】名古屋地方裁判所判決平成 11 (1999) 年 11 月 24 日 (日本法。妻による悪意の遺棄の存否については判断せず, 婚姻関係が破綻している旨認定し, 離婚請求を認容した。), 【判例 20】広島高等裁判所判決平成 23 (2011) 年 4 月 7 日判決 (日本法。妻による裁判時まで継続する悪意の遺棄は認められない旨判示し, 婚姻関係の破綻を認め, 離婚請求を認容した。), 【判例 23】横浜家庭裁判所相模原支部判決平成 29 (2017) 年 10 月 30 日 (日本法。妻による悪意の遺棄の存否について判断せず, 婚姻の破綻を認定し, 離婚の本訴反訴の各請求を認容した。), 【判例 25】東京高等裁判所判決平成 30 (2018) 年 7 月 12 日 (スリランカ法。原告は継続する事実としての被告による悪意の遺棄, 被告の過去の不貞行為及び婚姻を継続し難い重大な事由が日本法上の離婚原因になる旨, 並びに, 被告の行為はスリランカ法上の悪意の遺棄に該当する旨を主張した。裁判所はスリランカ法上の悪意の遺棄のみを認定して離婚請求を認容した。),

(3) 裁判離婚についてどの法域の法が準拠法になるかの判断をしていない判例もある。

【判例 10】神戸地方裁判所判決平成 9 (1997) 年 1 月 29 日 (婚姻関係の破綻を認定し, 離婚請求を認容した。),

(4) 平成元年改正法例施行後にされた裁判離婚の判例で, 離婚の当事者が個別的離婚原因 (不貞行為, 悪意の遺棄など) のみを主張した事案にかかるものは見当たらない。

このように、平成元年改政法例の下では、改正前法例におけると異なり、協議離婚時と裁判離婚原因事実発生時を等しく離婚原因事実発生時と呼ぶことができなくなったのであり、このことは、改政法例が裁判離婚原因事実発生時に対する評価を変えた——いわば、価値観の転換が生じた——ことを意味する<sup>67)</sup>。そして、このような変化は、協議離婚時に当事者の抱く婚姻既解消の確信と、個別的列挙主義立法の下で裁判離婚原因事実発生時に当事者が裁判離婚実現に対して抱く期待（【事例 2】参照）では——前者は、既発生事実に基づいて婚姻が解消した、という確信であり、後者は、既発生事実に加えて今後裁判が行われることを条件として婚姻が解消する、という予測である——保護の必要性が大きく異なることを考えれば、自然なことである<sup>68)</sup>。

## 第 2 款 裁判離婚と法改正

以下では、連結点変更による裁判離婚準拠法変更を、まず、実質法改正と比較し（第 1 目）、次に、国際私法改正と比較する（第 2 目）。

### 第 1 目 裁判離婚と実質法改正

離婚実質法が改正された場合には、離婚の訴えを審理する裁判所は新旧いずれの法を適用すべきか、という問題が生ずる。他方で、本稿で検討する問題は、連結点が変更した場合は、離婚の訴えを審理する裁判所は新旧いずれの連結点を基準として準拠法を決めるべきか、という問題である。前者は法の変更であり、後者は事実の変更である。前者においては同一法域内の実質法の内容が変

67) 澤木〔1990（H2）〕120 頁は「改正前法例は、離婚の準拠法について、離婚原因発生当時という時間的限定を定めていたが、この点は改められた。離婚請求権を既得権的に保護する必要はないという理由による。」という。この叙述は難解であるが、平成元年改政法例は裁判離婚原因事実発生時に対する従前の評価を変えた、という意味に理解することができる。

68) しかし、このことは、裁判離婚の当事者が連結点変更前に抱いていた実質法上の期待（離婚可能性への期待・離婚不可能性への期待）を保護する必要があることを意味しない。問題は、どの時点における期待を保護すべきかという点にある。

更するのに対して、後者においては準拠法所属法域が変更する。両者の間にはこのような違いはあるが、しかし、両者ともに、婚姻後あるいは裁判離婚原因事実発生後などに生ずる——当事者の支配範囲外で発生する——事情の変化により法が変更するという点で同じである。従って、離婚実質法の改正の場合の解決方法は連結点変更問題の解決方法に示唆を与えるであろう。

離婚実質法の改正で最も重要なのは第二次世界大戦後の民法改正である。これについて、民法附則（昭和 22（1947）年法 222）11 条 1 項は「新法施行前に生じた事実を原因とする離婚の請求については、なお、従前の例による。」と規定する。この規定については、「本条は、新法施行前に生じた事実を原因とする離婚の請求については新法の遡及を排除したものであり、附則 4 条本文のいう「別段の規定」に該当するものである。すなわち、新法下では請求しえない場合であっても、新法施行前に請求しうるものであれば（たとえば、夫の姦淫罪による処刑など）、新法下でも請求しうるし、また、新法下では請求しうる場合でも、新法施行前には請求しえないものであれば（たとえば、夫の不貞など）、新法下でも請求しえないこととなる。」<sup>69)</sup>と解釈されている。ここでは、裁判離婚原因事実時に当事者の抱く裁判離婚実現への期待の保護が図られているものと思われる。この点で、昭和 22（1947）年の民法改正時は、協議離婚時に抱かれる婚姻既解消の確信（前出第 2 節第 1 款参照）と裁判離婚原因発生時に抱かれる裁判離婚可能性の期待・裁判離婚不可能性の期待とが同程度に保護されていたものと見ることができる。

## 第 2 目 裁判離婚と国際私法改正<sup>70)</sup>

離婚の訴えを審理する裁判所は、国際私法が改正された場合には、新旧いず

69) 中川善之助・加藤永一編〔2002（H14）〕546-547 頁（山本正憲）

70) 国際私法改正による準拠法変更の裁判離婚に及ぼす影響（簡単にいえば、裁判離婚の時国際国際私法問題）を検討する際には、①婚姻、②裁判離婚原因事実発生、③訴え提起、④離婚判決に至るまでの時間の流れのどこに国際私法改正があるかにより場合分けをする必要がある。その際、改正法例施行と法適用通則法施行の 2 つを考慮する必要がある。

従来の判例を分類すれば次のとおりである（以下のすべての判例では当事者は抽象的離婚原因を——そのみを、又は、個別的離婚原因と合わせて——主張したが、以下の分類をするに際しては、当事者が抽象的離婚原因のみを主張した場合において、それを基礎づける事実として継続的事実（夫婦の別居など）を主張したときは、念のため、その事実の開始時を裁判離婚原因事実発生時とした。）。

（1）離婚の訴え提起後に改正法例が施行され、その後に判決があり、その後に法適用通則法が施行された事案は次のとおりである。

【判例 1】東京地方裁判所判決平成 2（1990）年 11 月 28 日，【判例 2】東京地方裁判所判決平成 2（1990）年 12 月 7 日，【判例 4】東京地方裁判所判決平成 3（1991）年 3 月 29 日。

（2）裁判離婚原因事実発生後に改正法例が施行され、その後に離婚の訴えが提起され、判決があり、その後に法適用通則法が施行された事案は次のとおりである。

【判例 6】横浜地方裁判所判決平成 3（1991）年 10 月 31 日（夫婦ともに改正法例施行前から裁判時まで継続する相手方の行為を互いに悪意の遺棄と主張した），【判例 9】東京地方裁判所判決平成 7（1995）年 12 月 26 日（改正法例施行前から裁判時まで継続する事実を悪意の遺棄と主張した），【判例 10】神戸地方裁判所判決平成 9（1997）年 1 月 29 日，【判例 11】最高裁判所第 3 小法廷判決平成 9（1997）年 2 月 25 日，【判例 12】横浜地方裁判所判決平成 10（1998）年 5 月 29 日（改正法例施行前から裁判時まで継続する不貞行為を主張した）。

（3）婚姻後に改正法例が施行され、その後に裁判離婚原因事実が発生し、その後に離婚の訴えが提起され、その後に判決があり、その後に法適用通則法が施行された事案は次のとおりである。

【判例 8】神戸地方裁判所判決平成 6（1994）年 2 月 22 日，【判例 13】東京地方裁判所判決平成 11（1999）年 11 月 4 日（裁判所は妻による遺棄の存否を判断していない），【判例 17】東京地方裁判所判決平成 17（2005）年 2 月 18 日。

（4）婚姻後に改正法例が施行され、その後に法適用通則法が施行され、その後に裁判離婚原因事実が発生し、その後に訴えが提起され、その後に判決があった事案は次のとおりである。

【判例 24】東京高等裁判所判決平成 30（2018）年 6 月 20 日。

（5）改正法例施行後に婚姻し、裁判離婚原因事実が発生し、離婚の訴えを提起し、判決があり、その後に法適用通則法が施行された事案は次のとおりである。

【判例 5】横浜家庭裁判所審判平成 3（1991）年 5 月 14 日，【判例 14】名古屋地方裁判所判決平成 11（1999）年 11 月 24 日，【判例 16】東京地方裁判所判決平成 16（2004）年 1 月 30 日。

（6）改正法例施行後に婚姻し、裁判離婚原因事実が発生し、離婚の訴えを提起し、その後に法適用通則法が施行され、その後に判決があった事案は次のとおりである。

【判例 19】東京家庭裁判所判決平成 19（2007）年 9 月 11 日。

（7）改正法例施行後に婚姻し、その後に法適用通則法が施行され、その後に裁判離婚原因事実が発生し、離婚の訴えを提起し、判決があった事案は次のとおりである。

【判例 20】広島高等裁判所判決平成 23（2011）年 4 月 7 日判決，【判例 22】東京高等



れの国際私法を適用すべきかという問題（時際国際私法問題）を解決しなければならない。他方で、本稿で検討するのは、連結点変更に伴い準拠法が変更した場合には裁判所は新旧いずれの連結点を基準として準拠法を決めるべきかという問題である。前者は法の変更であり、後者は事実の変更である。しかし、両者ともに、婚姻後あるいは裁判離婚原因事実発生後に生ずる——当事者の支配範囲外で発生する——事情の変化が、どの法域の法を適用すべきかを変更するという点で同じである。従って、国際私法の改正の場合の新旧国際私法の適用関係の解決方法は連結点変更に伴う準拠法変更の場合の解決方法に示唆を与えるであろう。

裁判離婚の時際国際私法規定としては平成元年改正法例附則（平成 1（1989）法 27）2 項がある。この規定は「この法律の施行前に生じた事項については、なお従前の例による。」と規定するが、この規定が裁判離婚にどのように適用されるかについて南〔1992（H4）〕216 頁は「離婚の時が基準時点である。具体的には、〔……〕裁判離婚の場合は、事実審の最終口頭弁論期日が基準時点

---

裁判所判決平成 26（2014）年 6 月 12 日，【判例 23】横浜家庭裁判所相模原支部判決平成 29（2017）年 10 月 30 日，【判例 25】東京高等裁判所判決平成 30（2018）年 7 月 12 日，【判例 26】東京高等裁判所判決平成 30（2018）年 9 月 19 日。

以上のグループのうち、(5) のグループでは婚姻から判決まで国際私法の改正がないので、時際国際私法問題は生じない。(3)、(4) 及び (7) の各グループでは裁判離婚原因事実発生時から判決まで国際私法の改正がないので同様である。(2) のグループは、裁判離婚原因発生後に国際私法が改正され、その後に訴えが提起され、判決まで国際私法の改正がない。このグループでは、裁判離婚原因発生時の国際私法と裁判時のそれとのいずれを適用するかにより準拠法が変わる可能性がある。(1) のグループは訴え提起後、判決までに国際私法の改正があった事案であり、訴え提起時の国際私法と裁判時のそれとのいずれを適用するかにより準拠法が変わる。(6) のグループは訴え提起後、判決までに法適用通則法が施行された事案であり、理論的には (1) と同じ問題が生ずる。裁判離婚の時際国際私法問題については、櫻田〔1992（H4）〕、横山〔1992（H4）〕、佐野〔1993（H5）〕参照。

となる。」という<sup>71)</sup>。これから判断すると、法例附則 2 項は、裁判離婚原因事実発生時に当事者の抱く抵触法上の期待（どの法域の法が準拠法になるかに関する期待）がその後の国際私法改正により侵害されることを防止していない。それでは、その理由は何か。

裁判離婚と協議離婚を比較する。協議離婚制度にあっては、実質法上協議離婚により婚姻が解消するから、当事者は協議離婚完了時に婚姻既解消の確信を抱く。このため、裁判所が協議離婚の有効性を判断する際に協議離婚後の国際私法改正を考慮して準拠法を決めれば当事者が協議離婚時に抱いていた抵触法上の期待を侵害する（前出第 2 節第 2 款）。これに対して、裁判離婚の場合は、裁判離婚原因事実（不貞行為などの行為であれ、婚姻の破綻という状態であれ）の発生により婚姻が解消するのではなく、この事実に基づいて離婚判決をしなければ婚姻は解消しない。この結果、裁判離婚原因事実発生時に当事者の抱く実質法上の期待（裁判離婚実現可能性への期待）を保護する必要性に乏しい（前出第 1 款）。このことは、裁判離婚原因事実発生時に当事者の抱く抵触法上の期待（どの法域の法が準拠法になるかに関する期待）に関しても同じである。法例附則 2 項の解釈上、裁判離婚の時際国際私法問題に関して裁判離婚原因事実発生時を（時際国際私法上の）連結点としないのはこの理由に基づくものと思われる。そして、同じ理由により、裁判離婚原因事実発生後の連結点変更に伴う準拠法変更の場合にも、裁判離婚原因事実発生時に当事者の抱いた抵触法上の期待を保護する

---

71) 裁判離婚の時際国際私法問題について判断した判例としては、【判例 6】横浜地方裁判所判決平成 3（1991）年 10 月 31 日がある。この判例は、当事者の主張する継続的事実（悪意の遺棄）の開始（1988（S63）年、1989（H1）年）の後に改正法例が施行され、その後（1990（H2）年）に夫婦が離婚の本訴及び反訴を提起し、当事者間で新旧法例の適用関係について争いがあった事案にかかる判決である。裁判所は、「改正法附則 2 項によれば、新法例と旧法例との適用区分は、法律関係ごとに異なることになるところ、裁判離婚については、事実審の最終口頭弁論期日が基準時点となるので、本件については、新法例〔……〕が適用されることとなる。」と判示した。佐野〔1993（H5）〕213 頁はこの判旨に賛成する。



必要性に乏しい<sup>72)</sup>、<sup>73)</sup>。

さらに重要なのは次の点である。すなわち、法例附則 2 項によれば新旧法例の適用範囲確定の基準は、協議離婚については裁判時ではなく協議離婚時であ

72) 【判例 1】東京地方裁判所判決平成 2 (1990) 年 11 月 28 日は、離婚の訴えの提起後に改正法例が施行され、その後に判決をした事案である。この判例では日本人妻が韓国入夫に対して日本民法 770 条 1 項 5 号に基づいて離婚を求めたが、新旧法例の適用関係について主張せず、裁判所も新旧法例の適用関係を判断せず、改正法例 16 条及び 14 条に基づき夫婦の同一常居所地法である日本法を準拠法とした。この判例について横山〔1992 (H4)〕263-264 頁は次のようにいう。

「〔法例附則 2 項は〕準拠法が施行前のある時点において確定的に決定された法律関係については改正前の抵触規定が適用され、いまだ確定的に決定されていないときには新规定によると理解できる（もっとも、旧規定の指定する準拠法の下で、その法の定める法律効果がすでに発生しているときにはその法により、いまだ発生していない場合に新抵触規定による、という解決方法も考えられないではない。〔……〕）。法律関係の成立時点、例えば婚姻あるいは協議離婚の成立時点が原則としてそういった時点を構成すると考えられる。

この原則に忠実であれば、裁判離婚の場合には口頭弁論終結時ということになろう〔……〕。判旨もこの原則にたっていると推測される。けれども、当事者の準拠法に関する予測を尊重しようとすれば、訴え提起時を基準とすることも考えられないわけではない。本件の場合、訴え提起時を基準とすれば、旧 16 条の規定が適用され、夫の本国法たる韓国法が準拠法となったであろう。しかし、離婚に関する 16 条の規定は、「訴え提起時」を連結の時点としているわけではなく、準拠法に関する当事者の予測をとくに尊重する政策をとっているわけではない。従って、新旧抵触規定の決定の平面において「口頭弁論終結時」を基準としても政策的な矛盾があるとは思われない。その意味で、この時点を基準としてもさしつかえないと考える〔……〕。」

このように、横山は、「離婚に関する 16 条の規定は、「訴え提起時」を連結の時点としているわけではなく、準拠法に関する当事者の予測をとくに尊重する政策をとっているわけではない。」ということ（など）から新旧国際私法の適用関係の基準を導き出している。それはともかく、横山は、裁判離婚に関しては、連結点変更による準拠法変更に関しても国際私法改正による準拠法変更に関しても、訴え提起時に当事者が抱いた準拠法に関する予測の保護を重視していない。

佐野〔1993 (H5)〕213 頁は改正法例附則 2 項の裁判離婚への適用に関して、「附則 2 項に別段の定めがないことや、ドイツ民法施行法とは異なり、改正法例 16 条が離婚の準拠法につき変更主義を採用し、「現在の時点」を連結の基準時としていること〔……〕などを考慮すると、裁判離婚についても、一般原則に従い、口頭弁論終結時を基準とすべきものと思われる。」といい、同 215 頁注 2 は「ドイツ民法施行法 17 条 1 項は、離婚訴訟係属時を基準とする不変更主義を採用している〔……〕。改正法例は、離婚の準拠法につき、準拠法の予測可能性よりも準拠法と現在の状況との関連性を重視する政策をとったものとみることができる。」という。

このように、佐野もまた、裁判離婚に関して、連結点変更問題の解決基準（など）から

る<sup>74)</sup>のに対して、裁判離婚については裁判離婚原因事実発生時ではなく裁判時（事実審の口頭弁論終結時）である。すなわち、法例附則2項は、協議離婚時と裁判離婚原因事実発生時を同列には扱わず、むしろ、協議離婚時と離婚の訴えに対する判決の時（事実審の口頭弁論終結時）を同列に扱っているのである。

### 第3款 段階的連結と変更主義<sup>75)</sup>

段階的連結と変更主義の結合は事実発生時に当事者の抱いた裁判離婚可能

---

新旧国際私法の適用関係の解決基準を引き出している。それはともかく、佐野も、裁判離婚に関しては、連結点変更による準拠法変更に関しても国際私法改正による準拠法変更に関しても、準拠法に関する予測の保護を重視していない。

73) しかし、このことは、裁判離婚の当事者が連結点変更前に抱いていた抵触法上の期待（どの法域の法が準拠法になるかに関する期待）を保護する必要があることを意味しない。問題は、どの時点における期待を保護すべきかという点にある。

74) 前出注49参照。

75) 平成元年改正法例16条又は法適用通則法27条を適用した判例が段階的連結のどの段階により準拠法を決めたのかを見定める。以下では、裁判離婚に関する判例と協議離婚に関する判例を掲げる。

(1) 夫婦の同一本国法を適用した判例は次のとおりである。

(a) 日本法を準拠法とした判例は次のとおりである。

【判例13】東京地方裁判所判決平成11（1999）年11月4日（裁判離婚。国際私法の規定を引用せず日本法を適用した。）。

(b) 外国法を準拠法とした判例は次のとおりである。

【判例5】横浜家庭裁判所審判平成3（1991）年5月14日（家事審判法23条の類推適用による合意に相当する審判。米国ハワイ州法）。【判例7】高松高等裁判所判決平成5（1993）年10月18日（協議離婚。中華人民共和国法）。【判例11】最高裁判所第3小法廷判決平成9（1997）年2月25日（裁判離婚。韓国法）。【判例15】東京高等裁判所判決平成12（2000）年7月12日の第1審判決＝東京地方裁判所判決平成12（2000）年2月23日（協議離婚。中華民国（台湾）法。新旧国際私法の適用関係を誤った判例）。【判例17】東京地方裁判所判決平成17（2005）年2月18日（裁判離婚。米国テキサス州法）。【判例25】東京高等裁判所判決平成30（2018）年7月12日（裁判離婚。スリランカ法）。

(2) 夫婦の同一常居所地法を適用した判例は次のとおりである（すべて日本法である。すなわち、夫婦の同一常居所地法として外国法を準拠法とした判例は見当たらない。）。

(a) 夫婦の一方が日本人である事案にかかる判例は次のとおりである。

【判例1】東京地方裁判所判決平成2（1990）年11月28日（裁判離婚。日本人妻と韓国人夫。日本法）。【判例8】神戸地方裁判所判決平成6（1994）年2月22日（裁判離婚。日本人夫と中国人妻。日本法）。【判例19】東京家庭裁判所判決平成19（2007）年9月11日（裁判離婚。日本人妻とオーストラリア人夫。日本法）。【判例20】広島高等裁判

性・不可能性への期待とどのような関係にあるか。この点に関しては、「〔離婚の準拠法を当事者の〕現在の本国法とした場合には、当事者の一方が恣意的に国籍を変更し、それにより準拠法を変更することができるという弊害も、立法上、一応は考慮すべきであるが、要綱が夫の本国法を改め夫婦の共通本国法を離婚の準拠法とするものである以上、右の点は、一応無視してよいのではないかと考えられる。」<sup>76)</sup> という見解がある。そこで、本款では、段階的連結と変更主義の関係を検討する。

---

所判決平成 23 (2011) 年 4 月 7 日判決 (裁判離婚。日本人夫とフィリピン人妻。日本法)、【判例 23】横浜家庭裁判所相模原支部判決平成 29 (2017) 年 10 月 30 日 (裁判離婚。日本人夫と中華人民共和国人妻。日本法)。

この事案では、改正法例 16 条但書・法適用通則法 27 条ただし書きを適用しても日本法が準拠法になる。

(b) 夫婦双方が外国人である事案にかかる判例は次のとおりである。

【判例 6】横浜地方裁判所判決平成 3 (1991) 年 10 月 31 日 (裁判離婚。米国アリゾナ州法を本国法とする夫と米国メリーランド州法を本国法とする妻。日本法)

(3) 夫婦の最密接関係地法を適用した判例は次のとおりである (すべて日本法である。すなわち、夫婦の最密接関係地法として外国法を準拠法とした判例は見当たらない。)

【判例 3】水戸家庭裁判所審判平成 3 (1991) 年 3 月 4 日 (家事審判法 24 条による調停に代わる審判。フランス人妻と英国人夫。日本法)、【判例 12】横浜地方裁判所判決平成 10 (1998) 年 5 月 29 日 (裁判離婚。米国人夫と中国人妻。日本法)。

(4) 日本人条項 (改正法例 16 条但書、法適用通則法 27 条ただし書き) により日本法を適用した判例は次のとおりである (なお、上記 (2) (a) 参照)。

【判例 2】東京地方裁判所判決平成 2 (1990) 年 12 月 7 日 (裁判離婚。日本人妻とインドネシア人夫。日本法)、【判例 4】東京地方裁判所判決平成 3 (1991) 年 3 月 29 日 (裁判離婚。日本人妻とエジプト人夫。日本法)、【判例 9】東京地方裁判所判決平成 7 (1995) 年 12 月 26 日 (裁判離婚。日本人夫とイタリア人妻。日本法)、【判例 14】名古屋地方裁判所判決平成 11 (1999) 年 11 月 24 日 (裁判離婚。日本人夫と米国人妻。日本法)、【判例 16】東京地方裁判所判決平成 16 (2004) 年 1 月 30 日 (裁判離婚。日本人妻とフランス人夫。日本法)、【判例 18】東京高等裁判所判決平成 19 (2007) 年 4 月 25 日判決 (協議離婚。日本人夫と中国人妻。日本法)、【判例 22】東京高等裁判所判決平成 26 (2014) 年 6 月 12 日 (裁判離婚。日本人夫とフランス人妻。日本法)、【判例 24】東京高等裁判所判決平成 30 (2018) 年 6 月 20 日 (裁判離婚。日本人夫とアイルランド人妻。日本法)、【判例 26】東京高等裁判所判決平成 30 (2018) 年 9 月 19 日 (裁判離婚。日本人妻とアメリカ人夫)。

76) 山田 (録)・村岡 [1961] 21 頁。溜池 [2005 (H17)] 460 頁も同旨と思われる。

## 第1目 段階的連結と変更主義

段階的連結の下では夫婦の一方の国籍変更はその新本国法を常に準拠法とするわけではない。この点はいまさら論ずるまでもないが、一応、確認してみる。以下では、すべての場合を網羅することはできないので、いくつかの例を挙げるにとどめる。

まず、事実発生時の外国人夫婦の本国法が同一ではなく、夫婦の各々の常居所地法が日本法であり（この時点では準拠法は日本法）<sup>77)</sup>、事実発生後に夫婦の一方（A）の国籍が他方配偶者（B）の国籍と同じ国籍に変更した場合は、その後の離婚訴訟では離婚準拠法は夫婦の同一本国法である（法適用通則法27条本文、25条）<sup>78)</sup>。この場合は、Aの国籍の変更——Bの国籍と同じ国籍に変更するという条件付きではあるが——によりAの新本国法が準拠法になる。この場合は国籍変更は直接に準拠法変更をもたらす【事例5】。

次に、事実発生時の外国人夫婦の本国法が同一であり<sup>79)</sup>、夫婦の各々の常居所地法が日本法であり（この時点では準拠法は夫婦の同一本国法）、事実発生後に夫婦の一方（A）の国籍が別の外国の国籍に変更した場合は、その後の離婚訴訟では離婚準拠法は裁判時の夫婦の同一常居所地法である日本法である（法適用通則法27条本文、25条）<sup>80)</sup>。この場合はAの国籍の変更は準拠法の変更をもたらすが、Aの新本国法が準拠法になるわけではないので、その影響は間接的である【事例6】。

次に、事実発生時の外国人夫婦の本国法が同一ではなく、夫婦の各々の常居所地法が日本法であり（この時点では準拠法は日本法）<sup>81)</sup>、事実発生後に夫婦の一方（A）の国籍が日本国籍に変更した場合は、その後の離婚訴訟では離婚

77) 前出注75の(2)(b)のグループの判例の適用した準拠法はこれである。

78) 前出注75の(1)(b)のグループの判例の適用した準拠法はこれである。

79) 前出注75の(1)(b)のグループの判例の適用した準拠法はこれである。

80) 前出注75の(2)(b)のグループの判例の適用した準拠法はこれである。

81) 前出注75の(2)(b)のグループの判例の適用した準拠法はこれである。

準拠法は裁判時の夫婦の同一常居所地法である日本法である（法適用通則法 27 条本文，25 条，または，27 条ただし書き）<sup>82)</sup>。この場合は，A の国籍の変更は準拠法の変更をもたらさない【事例 7】。

以上の検討の結果，次のようにいえる。

まず，段階的連結と変更主義の結合の下では，夫婦の一方の国籍が変更しても準拠法変更の生じないことがある（【事例 7】）。しかし，これを過大評価すべきではない。すなわち，まず，夫婦の一方の国籍の変更の場合にその新本国法が準拠法になることがある（【事例 5】）。次に，夫婦の一方の国籍の変更の場合にその新本国法が当然には準拠法にはならなくても準拠法の変更をもたらすときがあり（【事例 6】）<sup>83)</sup>，このときは，事実発生時に他方配偶者の抱いた期待が侵害される。要するに，夫婦の一方の国籍の変更の準拠法変更に及ぼす影響が直接的であるか間接的であるかは他方配偶者（B）の立場からは重要ではない。いずれにしても，夫婦の一方の本国法主義の下で変更主義を採用する場合と比べて，段階的連結の下で変更主義を採用した場合は，準拠法変更が減少する（【事例 7】があるから）ことは確かである。しかし，それより重要なのは次の点である。すなわち，段階的連結と変更主義の結合の下では——夫婦の一方の本国法主義と変更主義の結合の場合と比べて——準拠法変更が減少す

---

82) 前出注 75 の (2) (a) と (4) の各グループの判例の適用した準拠法はこれである。

83) 横山 [1987 (S62)] 2 頁はこの点を次のように指摘する。「[法例旧 16 条] を改正し、その連結基準を両性平等の要請に沿ったものにすれば、夫がその国籍や常居所を変更した場合にその新しい国籍や常居所がそのまま連結基準とされることはない。しかし、そのように連結基準を両性平等の要請に矛盾しないものにしても、離婚準拠法の決定をどの時点に求めるかという問題までもがただちに解決されるわけではない。段階的連結の方法を採用した場合、それまで連結点の資格を有していた夫婦に共通する要素が失われたときには、他の共通要素が次順位の連結基準となるからである。[……。]。また逆に[……。]生活関係の要素（例えば国籍）の変更が下位の連結基準から上位のそれ（例えば共通国籍）への移行を導く場合も考えられよう。」

なお，この引用文は横山 [1997 (H9)] 132 頁では削られている。

ることは、変更主義の採用を妨げる要因の減少を意味するに過ぎず、変更主義を採用すべきことを積極的に基礎づける理由ではない<sup>84)</sup>。

## 第2目 両性平等と変更主義

山田（鐐）・村岡〔1961〕21頁の「要綱が夫の本国法を改め夫婦の共通本国法を離婚の準拠法とするものである以上」とは、要綱によれば準拠法変更に伴う不利益は妻だけでなく夫も受け得ることとなった、という意味に理解できなくもない。溜池〔2005（H17）〕460頁も離婚準拠法に関して変更主義が採用されたことの理由として両性平等に立つ改正を挙げる。これらが、段階的連結と変更主義の結合の下では夫も妻も等しくその期待を侵害される可能性が生じ、両性平等になった、という理由であるとするれば、それは、変更主義を採用しても両性不平等の問題は生じないことをいうに過ぎず、変更主義を採用すべきことを基礎づける理由ではない。

## 第4款 離婚の付随的問題の準拠法と離婚準拠法

改正法例16条（法適用通則法27条）の変更主義の根拠について、離婚の付随的問題（慰謝料、財産分与など）の準拠法と離婚準拠法を同じくすべきことを前提として論ずる見解がある。すなわち、まず、離婚の付随的問題に関しては裁判離婚原因事実発生時を基準時とするのは望ましくない<sup>85)</sup>、とする見解がある。次に、離婚の付随的問題に関しては裁判離婚時を基準時とするのが望

84) 山田（鐐）・村岡はこのことを認識していると思われる。前出注75を付した引用文参照。横山・前掲も本文に述べたことと同旨であると思われる。

85) 山田（鐐）・村岡〔1961（S36）〕21頁は「離婚原因たる事実発生当時における夫の本国法が離婚に関する一切の問題、ことに離婚の附随的効力までも、支配する立法は、必ずしも妥当とはいえない。」というのは、離婚の付随的問題に関して離婚原因事実発生時を基準時とすることが妥当ではないと述べるに過ぎず、離婚準拠法の変更主義を基礎づける理由として述べているわけではない。鳥居〔1990（H2）〕、南〔1992（H4）〕、櫻田・道垣内〔2011（H23）〕（青木清）も同旨である。



ましい<sup>86)</sup>，とする見解がある．前者の理由が離婚の中核的事項（離婚の方法，裁判離婚原因如何，など）に関する準拠法の変更主義を基礎づける根拠とは言い難いことはその理由の主張者自ら認めているとおりである<sup>87)</sup>．後者の理由もまた，離婚の中核的事項に関する変更主義を基礎づける根拠とは言い難い．

### 第 5 款 離婚判決（形成判決）と変更主義

これまでに述べたように，法適用通則法 27 条（平成元年改正法例 16 条）の採用した変更主義の根拠として従来の学説の挙げる理由は，すべて，変更主義を採用しても支障が生じないことを述べるに過ぎず，離婚準拠法に関して変更主義を基礎づける理由ではない．ここに至り，離婚準拠法の変更主義を基礎づける根拠として残されたものは，離婚判決は形成判決である，という理由である．

かつて，江川〔1937（S12）〕は「もしも本國法主義を徹底せしめるならば，訴訟當時に於ける本國法によるべきが當然である」といい，溜池〔1955（S30）〕は「本國法主義を徹底せしめるならば最後の主義〔訴訟提起當時の本國法〕によるべきであろう」といい，山田（鐔）〔1982（S57）〕は「本國法主義を徹底するならば訴訟當時における本國法によるのが当然である」といった．折茂〔1972（S47）〕は「離婚問題は，一面からみれば身分関係の（消極的）形成に関するものである」といった．横山〔1987（S62）〕は「一般的に身分関係の変動を規律する準拠法の決定については身分関係の変動に必要な要件が充足された時点が基準とされている．離婚の成立に裁判所の判断（判決）が必要であるとすれば，訴訟係属中に生ずる連結素の変更をこの場合にも考慮するのが論理的であろう。」<sup>88)</sup> といった．

---

86) 横山〔2012（H24）〕262 頁は「離婚後の扶養など離婚の効力との関連では，〔……〕離婚訴訟の過程で準拠法の変更が生じた場合，後の準拠法がより適切と考えられる。」という．

87) 前出注 85 参照．

88) 前出注 33 参照．



そこで、本款では、変更主義（裁判離婚の基準時を裁判時とすること）を、裁判時とは離婚判決という法律要件の発生した時点である、という理由により基礎づけることができるかを検討する<sup>89)</sup>。

ここで比較の対象とするのは、裁判外の事実の発生により婚姻が解消する制度の代表例である協議離婚である。

#### 第1目 裁判離婚と当事者の期待

協議離婚に関して協議離婚時を準拠法の基準時とするのは、協議離婚時に当事者の抱く実質法上の期待（婚姻既解消の確信）及び抵触法上の期待（どの法域の法が準拠法になるかに関する期待）を保護する必要性により基礎づけられる（前出第2節第3款参照）。それでは、裁判離婚ではどうか。

まず、協議離婚と裁判離婚では当事者の抱く期待に違いがあるかを見る。

協議離婚は法律行為であるから、夫婦は、協議離婚をするか否か、いつ協議離婚をするか、などを決めてから協議離婚に臨む。この場合の当事者の期待（実質法上の期待、抵触法上の期待）は極めて大きい（前出第2節参照）。

それでは、裁判離婚ではどうか。離婚訴訟では夫婦の一方はその意に反して訴訟当事者になる。また、離婚判決の内容は一方当事者の意に反する。いつ離婚判決が言い渡されるかは当事者だけで決めるわけにはいかない。しかし、両当事者とも訴訟手続に参加して判決内容の形成に向かう（少なくとも、判決内容の形成に参加する機会を与えられる）から、離婚判決の内容は間接的であるとはいえ両当事者の意思に基づいているといえる。この意味で、裁判離婚の場合も、夫婦は、協議離婚の当事者の抱く期待と同じ期待（実質法上の期待、抵触法上の期待）を抱いているといえよう。そして、裁判離婚の場合の夫婦がそのような期待を抱

89) 準拠法の変更主義においては、実際上は、事実審の口頭弁論終結時における国籍等を基準として準拠法を決めざるを得ないのに対して、離婚判決により婚姻が解消するのは判決確定の時点である。前出注34参照。すなわち、準拠法の基準時と法律要件の効力発生時は正確には一致しないが、本稿ではこの点は無視する。

いている時点は離婚判決の確定時である。裁判離婚の当事者の抱くこのような期待を保護する必要は、協議離婚におけると異ならないであろう。

## 第2目 裁判離婚と当事者の期待の保護

では、裁判離婚では、当事者の抱くこのような期待をいかにして保護すべきか。

### 第1項 法律要件としての離婚判決

まず、協議離婚、しかも、日本法上の方式の協議離婚を考える。日本法上は、夫婦が協議離婚届を市町村長に届け出ることにより離婚が成立する（民法764条、739条）。市町村長は、離婚届を受理する際に、国際私法を適用して準拠法を決めて、受理の可否を審査する<sup>90), 91)</sup>。この場合、市町村長は、法適用通則法27条に従い、協議離婚時の当事者の国籍等を基準として準拠法を決める。それでは、協議離婚の場合に市町村長が協議離婚時の当事者の国籍等を基準として準拠法を決めなければならないのと同じく、裁判離婚の場合は裁判所は裁判時の当事者の国籍等を基準として準拠法をきめるべきである、といえるか。

答えは否である。協議離婚の準拠法の基準時の問題（の中心）は、市町村長がどの時点を経済基準時として受理の可否を決めるべきかの問題にあるのではなく、協議離婚後の裁判で裁判所はどの時点を経済基準時として協議離婚の有効性を判断すべきか、という問題にあるからである（前出第2節参照）。

### 第2項 法的判断としての離婚判決

再び協議離婚と裁判離婚を比較する。協議離婚では、協議離婚後に行われる裁判で協議離婚の有効性が審理されるので、協議離婚後に国籍等が変更した場合に、どの時点の国籍等を基準として準拠法を決める必要があるのかという問題が生じる。そこで、当事者の期待を保護するために、協議離婚時の国籍等を

---

90) 民法765条1項の「その他の法令」には、日本の国際私法と、それにより準拠法とされる実質法が含まれよう。婚姻届に関する民法740条につき、澤木・南〔1990（H2）〕62頁（南敏文）、佐藤・道垣内〔2007（H19）〕191-192頁（岡野祐子）参照。

91) 市町村長には形式的審査権しかない。二宮〔2017（H29）〕317頁（高橋朋子）参照。

基準とする必要がある（前出第2節第3款参照）。これに対して、裁判離婚の場合は、離婚判決確定後にその離婚の効力を夫婦が争うことは、原則として、できない<sup>92)</sup>。この結果、裁判離婚においては、離婚判決時に当事者の抱いた期待を事後的に侵害する事態の発生を考えるのは困難である。

しかし、これは事実上の問題に過ぎない。協議離婚の後に婚姻無効訴訟・同取消訴訟で協議離婚を有効とする判決が言い渡されて確定すれば、その後は夫婦は協議離婚の有効性を争うことはできなくなる。同様に、離婚判決が確定した後も夫婦は離婚判決による婚姻解消を争うことはできない。この点で、協議離婚後の離婚無効訴訟等における裁判所の役割と、離婚判決をする裁判所の役割は同じである。すなわち、裁判離婚にあつては、裁判所は、法律要件（＝離婚判決）を創出する役割と、その法律要件創出が適法であることを公権力をもって確認する役割を同時に果たしているものと見ることができる<sup>93)</sup>。この観点に立てば、裁判離婚の場合の裁判所は、法律要件（＝離婚判決）創出が適法で

92) 再審の訴えにより確定判決の取消を求めることはできるが、本稿ではこのような例外的場合に立ち入る余裕はない。

93) 確定した離婚判決における法律要件創出の側面は離婚判決の形成力として現れ、その法律要件創出が適法であることの確認の側面は離婚判決の既判力に現れる、と見ることができるであろうか。形成判決に既判力があるか否かについては議論があるようである。新堂〔2019（H31）〕212-214頁、高橋〔2013（H25）〕75頁は形成判決の既判力を肯定する。新堂213頁には「形成の結果たる法律関係に不可抗争性を与える規律として既判力を觀念することが適当である」という言葉がある。伊藤〔2018（H30）〕589頁は「形成訴訟の当事者は、形成を求める原告の法律上の地位、すなわち形成原因の存在が既判力をもって確定された以上、それが不存在であると主張して、形成の効果を争うことはできない。」という。さらに、中野・松浦・鈴木〔2018（H30）〕501頁（高橋宏志）は、この議論には「形成力概念の定義という側面もある」という。

この議論においては、確定した離婚判決による婚姻解消を夫婦が争えないのは形成力の効果なのか、それとも、既判力の効果なのか、という問題も議論されているようである（高橋〔2013（H25）〕75頁はこれを形成力の効果としているようである。）。しかし、いずれにしても、離婚判決の確定後には夫婦が離婚判決による婚姻解消を争えないことは確かであり、この点で、確定した離婚判決と市町村長にする協議離婚届が——いずれも法律要件であるにもかかわらず——異なることは明らかである。

あるか否かを判断するに際して、法律要件（＝離婚判決）発生時の当事者の国籍等を基準として準拠法を決めるべきことになろう。これにより——裁判離婚の場合は当事者の期待を侵害する事態の発生が考えにくいにもかかわらず——夫婦の期待は保護された、と評価することが可能になる<sup>94)</sup>、<sup>95)</sup>。ここで、裁判所が離婚判決時を準拠法の基準時とするのは、市町村長が協議離婚の成立に関与する者として協議離婚時を基準時とするのとは異なり、協議離婚無効訴訟等で裁判所が既に行われた協議離婚の効力を判断する第三者として協議離婚時を基準時とするのと同じである。それゆえ、裁判離婚に関して裁判時が基準時であるというのは法律要件（＝離婚判決）の発生時を基準時とする不変更主義である<sup>96)</sup>。

結局、法適用通則法 27 条においては、協議離婚についても裁判離婚についても法律要件発生時が準拠法の基準時になり、その意味で、不変更主義である。

---

94) 裁判離婚の当事者が連結点変更前に抱いていた期待の保護について、前出注 68、注 73 参照。

95) 裁判離婚の当事者が国際私法改正前に抱いていた期待の保護はどうか。

平成元年改正法例附則（平成 1（1989）法 27）2 項の解釈として、裁判離婚に関する新旧国際私法規定の適用範囲の決定基準は裁判時（事実審の口頭弁論終結時）である。前出注 71 を付した本文参照。これも、当事者が裁判時（離婚の訴えに対する判決の確定時あるいはそれに近接する時点）に抱く期待の保護という観点から基礎づけることができる。

96) 奥田〔2015（H27）〕152 頁の「離婚時が基準とされる。すなわち、〔……〕裁判離婚の場合は、弁論一体の原則により、事実審の口頭弁論終結時が基準とされる。」という見解に賛成し得る。

なお、横山〔2012（H24）〕は「27 条の規定は準拠法を固定していない。離婚時、つまり〔……〕裁判離婚では口頭弁論終結時が基準となる。」といい、「準拠法を固定していない」という見解に立つ。

## おわりに

法適用通則法 27 条が離婚の準拠法に関して変更主義を採用したことは学説判例上いささかも疑われていない。しかし、変更主義の根拠として諸説の説くところは、変更主義を採用しても問題が生じないこと（消極的理由）をいうに過ぎない。

本稿は、法適用通則法 27 条の下では裁判離婚に関しては裁判時が基準時になる、という解釈を所与のものとして、その実質的根拠を検討した。本稿は、裁判離婚に関して裁判時を準拠法の基準時とすることに異を唱えたわけではないし、協議離婚に関して協議離婚時を準拠法の基準時とすべきことを他の学説に先駆けて主張したわけでもない。その意味で、このような研究の価値が問われるところであろう。しかし、現行国際私法規定のよって立つ根拠をたずねることは国際私法の解釈論の重要な構成部分である。本稿はそのような研究の試みである。

### 【判例一覧】

(1) 以下では、平成元年改正法例施行（平成 2（1990）年 1 月 1 日）以後の判例で、協議離婚の有効性を判断したもの、及び、離婚の訴えに関するものを掲げる（離婚請求と他の請求の併合にかかる判例については、離婚請求に関する判旨のみを掲げる。）。

(2) 訴え提起の年は事件番号によった。

【判例 1】東京地方裁判所判決平成 2（1990）年 11 月 28 日（判例時報 1384 号 71 頁、判例タイムズ 759 号 250 頁）

〔事実〕日本人女と韓国人男が 1979（S54）年に婚姻し、日本国内で婚姻生活をしたが、妻が夫の暴言暴力のために 1989（H1）年に自宅を出てから裁判時まで別居が継続している。妻が婚姻の破綻を主張し日本民法に基づいて 1989（H1）年に離婚の訴えを提起した。

〔判旨〕裁判所は法例 16 条及び 14 条に基づき夫婦の同一常居所地法である日本法を準拠法とし、婚姻の破綻を認定し、離婚請求を認容した。

【判例 2】東京地方裁判所判決平成 2（1990）年 12 月 7 日（判例時報 1424 号 84 頁）

〔事実〕日本人女とインドネシア人男が 1977（S52）年に日本で婚姻の届出をし、日本で同居生活をした。夫は 1987（S62）年にインドネシアに帰国した。1988（S63）年に夫が来日し妻を訪問し、同年末には妻が 3 人の子を連れてインドネシアに行き被告と会った。1989（H1）年に妻は、インドネシアのイスラム教徒に適用される離婚法の定める「夫が妻の扶助料を与えることができないとき」に該当する旨を主張して離婚の訴えを提起した。

〔判旨〕裁判所は、原告が日本に常居所を有する日本人であることを理由に法例 16 条ただし書きにより日本法を準拠法とし（基準時については判示していない）、日本民法 770 条 1 項 5 号の定める事由がある旨認定して、離婚請求を認容した。

【判例 3】水戸家庭裁判所審判平成 3（1991）年 3 月 4 日（家庭裁判月報 45 巻 12 号 57 頁）

〔事実〕フランス人女と英国人男が 1978（S53）年ころスリランカで出会い、1979（S54）年に来日した。来日の約 3 か月後に子が出生し、3 人は日本で同居生活をした。1983（S58）年にふたりはその子とともに世界一周の船旅に出発し、1990（H2）年にグアムで婚姻し、1990（H2）年に日本に帰国した。その後、夫婦間で、離婚と子の養育監護について合意ができたので、1990（H2）年に妻が離婚と親権者指定の審判を申し立てた。

〔判旨〕裁判所は、妻の常居所は日本にない旨、及び、夫の常居所は日本にある旨を認定し、夫婦の最密接関係地法として、法例 16 条及び 14 条により日本法を準拠法とし（基準時については判示していない）、日本法が調停離婚を許容している旨を述べ、英国法に従って親権者を指定し、家事審判法 24 条により調停に代わる審判をした。

【判例 4】東京地方裁判所判決平成 3（1991）年 3 月 29 日（家庭裁判月報 45 卷 3 号 67 頁）

〔事実〕日本人女とエジプト人男が 1984（S59）年に日本で日本法上の方式により婚姻し、その約 3 か月後に日本で同居生活を始めた。1985（S60）年以後、夫婦は別居している。夫は 1986（S61）年にエジプトに帰国し、1988（S63）年に 1 か月間日本に滞在した後に出国した。1989（H1）年に妻は、主位的請求として婚姻無効確認請求、予備的請求として、日本民法 770 条 1 項 5 号（婚姻を継続し難い重大な事由）に基づいて離婚の訴えを提起した。

〔判旨〕裁判所は、主位的請求を棄却し、離婚請求に関しては、妻が日本に常居所を有する日本人であるため、法例 16 条ただし書きにより、日本法を準拠法とし（基準時については判示していない）、日本民法 770 条 1 項 5 号の婚姻を継続し難い重大な事由がある、と認定し、離婚請求を認容した。

【判例 5】横浜家庭裁判所審判平成 3（1991）年 5 月 14 日（家庭裁判月報 43 卷 10 号 48 頁）

〔事実〕アメリカ人男女が 1991（H3）年に東京都港区長に婚姻届をし、婚姻した。その 1 時間後に妻は夫に離婚を申し出た。そこで、同年、夫は、婚姻は回復する見込みのない程度に破綻している旨を主張して、離婚の審判を求めた。

〔判旨〕裁判所は改正法例 16 条及び 14 条により夫婦の同一本国法として米国ハワイ州法を準拠法とし（基準時については判示していない）、本件事案はハワイ州法上の離婚の要件を満たしている旨判示して、家事審判法 23 条を類推適用して離婚の審判をした。

【判例 6】横浜地方裁判所判決平成 3（1991）年 10 月 31 日（家庭裁判月報 44 卷 12 号 105 頁）

〔事実〕日本人男が 1960（S35）年にアメリカに帰化し、日本国籍を喪失し、1973（S48）年に日本人女と日本で婚姻し、一緒に渡米した。1980（S55）年に妻はアメリカに帰化し、日本国籍を喪失した。同年、夫の勤務のために夫婦で来日した。1989（H1）年に妻が夫に無断で家を出た。それ以来、夫婦は日本



国内で別居している。1990（H2）年に夫は、（1）新旧法例の適用関係について、法例附則（平成 1（1989）年法律 27 号）2 項の適用につき、「本件離婚原因は、改正法施行前に生じているので、旧法例が適用され〔る〕」旨、及び、改正前法例 16 条本文により夫の本国法である米国メリーランド州法が準拠法になり、同条但書により日本法も適用される旨主張し、（2）妻による 1989（H1）年の家出から裁判時までの別居が日本民法 770 条 1 項 2 号の悪意の遺棄に該当する旨、及び、同条同項 5 号の婚姻を継続し難い重大な事由がある旨を主張して離婚の訴えを提起した。同年、妻は、（1）新旧法例の適用関係について「事実審の最終口頭弁論期日が基準時点になるから、本件については、新法例が適用され〔る〕」旨、及び、改正法例 16 条、14 条により夫婦の同一常居所地法である日本法が準拠法になる旨主張し、（2）夫が 1988（S63）年以降裁判時まで妻に生活費を渡さないことが日本民法 770 条 1 項 2 号の悪意の遺棄に該当する旨、及び、同条同項 5 号の婚姻を継続し難い重大な事由がある旨を主張し、離婚の反訴を提起した。

〔判旨〕裁判所は法例附則 2 項により本件では新法例が適用される旨判示し、夫の本国法はアリゾナ州法、妻の本国法はメリーランド州法であると判示し、法例 16 条、14 条により夫婦の同一常居所地法である日本法が準拠法になる旨判示した。基準時については判示していない。そして、裁判所は、夫婦いずれの行為も悪意の遺棄には該当しない、と判断し、婚姻関係の破綻を認定し、本訴反訴の各離婚請求を認容した。

【判例 7】高松高等裁判所判決平成 5（1993）年 10 月 18 日（判例タイムズ 834 号 215 頁）

〔事実〕中国人男と中国人女が 1990（H2）年に中国で婚姻し、妻がまず来日し、その約 8 か月後に夫が来日して同居生活を始めた。1991（H3）年に妻が高松市長に離婚届をした。その約 1 週間後に夫は家を出た。1992（H4）年に、夫は、離婚意思がなかった旨を主張して離婚無効確認の訴えを提起した。夫は控訴審で、夫婦の同一本国法として中華人民共和国法が準拠法になる旨を主張した。

〔判旨、第1審判決＝高松地方裁判所判決平成5（1993）年2月26日〕裁判所は、どの法域の法が準拠法になるかについて判断せず、離婚意思と届出意思の双方があったものと認定し、請求を棄却した。

〔判旨、控訴審判決〕裁判所は、離婚意思に関して、法例の規定を引用せず、夫の主張のとおり中華人民共和国法を適用して（基準時に関しては判断していない）、離婚意思はあったものと判示し、第1審判決による請求棄却の判断を是認した。

【判例8】神戸地方裁判所判決平成6（1994）年2月22日（家庭裁判月報47巻4号60頁）

〔事実〕日本人男と中国人女が1986（S61）年に中国で婚姻した。1987（S62）年に妻が来日し、夫と同居生活を始めた。1991（H3）年末に妻は夫の暴力により顔を骨折し、病院に入院し、1992（H4）年初めに退院し、それ以後、夫婦は日本国内で別居している。1992（H4）年に妻は婚姻関係の破綻を主張して離婚の訴えを提起した。

〔判旨〕裁判所は夫婦の常居所地法が同一であるという理由により、法例16条本文及び14条により日本法を準拠法とし（基準時については判断していない）、日本民法770条1項5号の婚姻を継続し難い重大な事由が存在する旨判断し、離婚請求を認容した。

【判例9】東京地方裁判所判決平成7（1995）年12月26日（判例タイムズ922号276頁）

〔事実〕イタリア人女が1975（S50）年に来日し、日本人男と1983（S58）年に日本で婚姻した。当初は各自の仕事等の都合のために別居し、実際に同居したのは1985（S60）年3月からであり、同年7月には、妻の出産の準備（妻の母がイタリアから来日する予定が生じた）のために再び別居した。1986（S61）年以後、妻はイタリアに居住している。1994（H6）年に夫は、妻による1986（S61）年以來裁判時までの行為が日本民法770条1項2号の悪意の遺棄に該当する旨、及び、同条同項5号の婚姻を継続し難い重大な事由の存在を主張して

離婚の訴えを提起した。1995（H7）年に妻は、婚姻生活中的原告の生活態度等を主張して、離婚の反訴を提起した。

〔判旨〕裁判所は、原告が日本に常居所を有する日本人であることを理由に、法例 16 条ただし書きにより日本法を準拠法とし（基準時については判断していない）、被告の行為は悪意の遺棄には該当しない旨を判示し、婚姻を継続し難い重大な事由の存在を認めて、離婚の本訴請求及び離婚の反訴請求いずれも認容した。

【判例 10】神戸地方裁判所判決平成 9（1997）年 1 月 29 日（判例時報 1638 号 122 頁）

〔事実〕日本人女と英国及びカナダの重国籍の男が 1974（S49）年に駐英日本領事館に婚姻届けをし（この婚姻届けを広島市長は 1975（S50）年に受理した）、英国で同居し、1978（S53）年から 1 年弱カナダで同居し、1979（S54）年から日本で同居した。1980（S55）年ごろから夫が不貞行為をした。1989（H1）年以後、夫婦は日本国内で別居している。平成 6（1994）年に妻は日本民法 770 条 1 項 1 号の不貞行為と同条同項 5 号の「婚姻を継続し難い重大な事由」を理由として離婚の訴えを提起した。

〔判旨〕裁判所は、どの法域の法が準拠法になるかを判断せず、夫の不貞行為と婚姻関係の破綻を認め、離婚請求を認容した。

【判例 11】最高裁判所第 3 小法廷判決平成 9（1997）年 2 月 25 日（家庭裁判月報 49 巻 7 号 56 頁）

〔事実〕韓国人男と韓国人女が 1943（S18）年に婚姻し、日本で同居生活をしたが、1970（S45）年ころから日本国内で別居していた。1992（H4）年に夫が韓国民法上の離婚原因のひとつである「婚姻を継続し難い重大な事由」がある旨を主張して妻に対して離婚の訴えを提起した。

〔判旨、第 1 審判決＝横浜地方裁判所判決平成 6（1994）年 10 月 24 日〕裁判所は法例 16 条及び 14 条により韓国法を準拠法とし（基準時については判示していない）、婚姻関係の破綻を認定しつつ、本件は、韓国の判例が例外的に

認める有責配偶者の離婚請求には該当しないとして離婚請求を棄却した。

〔判旨、控訴審判決＝東京高等裁判所判決平成7（1995）年6月15日〕裁判所は、第1審判決のした準拠法に関する判断を是認し、本件事案は韓国の判例が例外的に認める有責配偶者の離婚請求に該当するとして離婚請求を認容した。

〔判旨、上告審判決〕裁判所は原審判決による韓国法の解釈を審査し、これを是認した。

【判例12】横浜地方裁判所判決平成10（1998）年5月29日（判例タイムズ1002号249頁）

〔事実〕アメリカ人男（日本の会社の香港駐在員）と中国人女が1988（S63）年に在日アメリカ大使館で婚姻した後、香港で同居した。妻は1989（H1）年以降裁判時まで不貞行為を続けた。1992（H4）年4月に夫が日本に転勤となり、同年6月から夫婦は日本国内で同居するようになったが、同年7月に妻は中国に帰国し、それ以来別居が続いている。妻は1995（H7）年にアメリカに転居した。1996（H8）年に夫は、離婚の準拠法が日本法である旨を主張した上で、妻による1989（H1）年以降裁判時まで継続する不貞行為、妻による1992（H4）年以降裁判時まで継続する悪意の遺棄、及び、婚姻関係の破綻を主張して離婚の訴えを提起した。

〔判旨〕裁判所は法例16条本文及び14条により夫婦の最密接関係地法として日本法を準拠法とし（基準時については判示していない）、妻による悪意の遺棄の存否については判断せず、妻による1989（H1）年以降裁判時まで継続する不貞行為と婚姻関係の破綻を認定して離婚請求を認容した。

【判例13】東京地方裁判所判決平成11（1999）年11月4日（判例タイムズ1023号267頁）

〔事実〕日本人男と日本人女が1984（S59）年2月に日本で婚姻し、同年8月から米国に居住していたところ、1997（H9）年に夫婦で帰国した。妻はその13日後に米国に戻り、それ以来裁判時まで米国に居住している（その間、2

回 (滞在期間はそれぞれ半月及び 2 か月)、日本に滞在した.)。夫は、「被告が、原告〔……〕を日本においたままアメリカ合衆国へと移住してしまった行為」が悪意の遺棄に該当する旨、及び、婚姻の破綻を主張して、日本民法に基づき、1997 (H9) 年に離婚の訴えを提起した。

〔判旨〕裁判所は、妻による遺棄の存否については判断せず、妻には離婚に異議がないこと、及び、婚姻が破綻していることを認め、国際私法の規定を引用せず、日本民法 770 条 1 項 5 号により離婚請求を認容した。

【判例 14】名古屋地方裁判所判決平成 11 (1999) 年 11 月 24 日 (判例時報 1728 号 58 頁, 判例タイムズ 1068 号 234 頁)

〔事実〕1992 (H4) 年に日本人男とアメリカ人女が日本で婚姻し、日本で同居していたところ、1995 (H7) 年に妻は夫に無断でアメリカに帰国し、それ以来、別居が続いている。1995 (H7) 年に、夫は、「被告は、平成 7 年〔……〕、原告に無断で〔……米国の〕被告の実家に帰ってしまい、原告を悪意で遺棄した」旨、及び、婚姻関係の破綻を主張して (どの法域の法が準拠法になるかの主張はしていない)、離婚の訴えを提起した。

〔判旨〕裁判所は、原告が日本に常居所を有する日本人であることを理由に法例 16 条ただし書きにより日本法を準拠法とし (基準時については判示していない)、妻による悪意の遺棄の存否については判断せず、婚姻関係が破綻している旨認定し、離婚請求を認容した。

【判例 15】東京高等裁判所判決平成 12 (2000) 年 7 月 12 日 (家庭裁判月報 53 巻 5 号 174 頁)

〔事実〕中華民国 (台湾) 人男女が 1947 (S22) 年に婚姻し、1949 (S24) 年以後日本国内で同居し、1977 (S52) 年に東京都世田谷区長に協議離婚届をし、協議離婚の際に夫が妻に土地建物を財産分与したところ、1997 (H9) 年に元夫が元妻に対して協議離婚の無効等を主張して土地所有権移転登記などを求めて訴えを提起した。

〔判旨、第 1 審判決 = 東京地方裁判所判決平成 12 (2000) 年 2 月 23 日〕裁

判所は（新旧国際私法の適用関係を誤って）法例 16 条、14 条により夫婦の同一本国法である台湾法を準拠法とし（基準時については判断していない）、協議離婚を有効と判断し、請求を棄却した。

〔判旨、控訴審判決〕裁判所は離婚の意思の存否及び錯誤による離婚届の有無を判断したが、これらについてどの法域の法を準拠法としたのかは判示していない。

【判例 16】東京地方裁判所判決平成 16（2004）年 1 月 30 日（判例時報 1854 号 51 頁）

〔事実〕日本人女とフランス人男が 1999（H11）年にフランスで婚姻し、2001（H13）年に妻は日本に帰国した。それ以来、夫はフランスに居住し、妻は日本に居住している。2002（H14）年に妻は、婚姻を継続し難い重大な事由を理由として離婚の訴えを提起した。

〔判旨〕裁判所は原告の主張を日本民法 770 条 1 項 5 号に基づくものと判断し、改正法例 16 条ただし書きにより日本法を準拠法とし（基準時については判示していない）、婚姻を継続し難い重大な事由の存在を認定し、離婚請求を認容した。

【判例 17】東京地方裁判所判決平成 17（2005）年 2 月 18 日（判例時報 1925 号 121 頁）

〔事実〕アメリカ人男女が 1981（S56）年にアメリカで婚姻し、1983（S58）年から同国テキサス州で同居し、1997（H9）年に夫婦で来日し、2001（H13）年に夫が別居に踏み切り、2002（H14）年に夫が、夫婦関係がテキサス州法上の離婚原因である「婚姻が耐え難くなっている場合」に該当する旨を主張して、離婚の訴えを提起した。事実審の口頭弁論終結時には夫は中国に居住し、妻はアメリカに居住している。

〔判旨〕裁判所は法例 16 条、14 条によりテキサス州法を準拠法とし（基準時については判断していない）、本件事案がテキサス州法上の離婚原因である「婚姻が耐え難くなっている場合」に該当する旨判断し、離婚請求を認容した。

【判例 18】東京高等裁判所判決平成 19（2007）年 4 月 25 日判決（家庭裁判月報 59 巻 10 号 42 頁）

〔事実〕中国人女と日本人男が 1998（H10）年に日本で日本法上の方式で婚姻し、日本で同居していたが、2004（H16）年 5 月に妻が病氣治療のために中国に帰国し、妻の帰国中に夫が日本で日本法上の方式で協議離婚届をした。2004（H16）年 7 月に妻は日本に戻ったが、その時以来裁判時まで夫婦は日本国内で別居している。2006（H18）年に妻が協議離婚無効確認の訴えを提起した。

〔判旨、第 1 審判決＝東京家庭裁判所判決平成 18（2006）年 10 月 5 日〕裁判所は、協議離婚の実質的成立要件についても方式についてもどの法域の法が準拠法になるかを判示せず、離婚無効確認判決をした。

〔判旨＝控訴審判決〕裁判所は、離婚の実質的成立要件に関して、法適用通則法附則 2 条により同法 27 条を適用し、夫が「日本国籍を有し、日本に常居所を有する」ことを理由として、日本法を準拠法とし（基準時については判示していない）、妻には離婚意思がなかったものと判断し、離婚を無効と判断した。

【判例 19】東京家庭裁判所判決平成 19（2007）年 9 月 11 日（家庭裁判月報 60 巻 1 号 108 頁）

〔事実〕オーストラリア人男が 2000（H12）年に来日し、同年、日本人女と日本で婚姻した。2004（H16）年に夫が家を出て、これ以後、夫婦は日本国内で別居している。夫は 2005（H17）年にオーストラリア裁判所に妻に対して離婚の訴えを提起し、オーストラリア裁判所の離婚判決が 2006（H18）年 3 月に確定し、同月、妻は夫に離婚無効確認の本訴を提起し（同年 5 月に夫は埼玉県鴻巣市長に離婚届をした）、同年に夫は、ふたりの婚姻関係が完全に破綻しており、婚姻を継続し難い重大な事由がある旨を主張して、離婚の予備的反訴を提起した。

〔判旨〕裁判所はオーストラリア離婚判決による離婚の無効を確認するとともに、離婚の反訴につき、法適用通則法 27 条及び 25 条により日本法を（おそ



らく夫婦の同一常居所地法の資格で) 準拠法とし(基準時については判断していない)、婚姻関係は破綻していない旨、及び、仮に破綻しているとしても夫は有責配偶者であるから夫からの離婚請求は認められない旨を判示して、夫の反訴請求を棄却した。

【判例 20】 広島高等裁判所判決平成 23 (2011) 年 4 月 7 日判決 (民集 68 巻 1 号 32 頁)

〔事実〕 フィリピン人女が 2002 (H14) 年に来日し、2003 (H15) 年に日本人男と婚姻し、2009 (H21) 年に妻が自宅を出て、それ以来、夫婦は日本国内で別居を続けている。2010 (H22) 年に夫は、妻による 2009 (H21) 年以降裁判時まで継続する悪意の遺棄と婚姻関係の破綻を主張して離婚の訴えを提起した。

〔判旨、第 1 審判決 = 広島家庭裁判所判決平成 22 (2010) 年 10 月 21 日〕 裁判所は、夫婦の常居所地法は日本法であり同一であるという理由で法適用通則法 27 条及び 25 条により日本法を準拠法とし(基準時については判断していない)、妻の行為は悪意の遺棄には該当しないが、婚姻関係は破綻していると認め、離婚請求を認容した。

〔判旨、控訴審判決〕 裁判所は第 1 審判決中の準拠法に関する判断を是認し、控訴を棄却した。

(この判決の上告審判決である最高裁判所第 3 小法廷平成 26 (2014) 年 1 月 14 日判決 (民集 68 巻 1 号 1 頁) は離婚請求については判断していない。)

【判例 21】 東京地方裁判所判決平成 23 (2011) 年 8 月 18 日 (判例集未登載)

〔事実〕 韓国人男女が 1964 (S39) 年に韓国で婚姻届をし、その約 2 か月後に子が出生し、1974 (S49) 年に東京都品川区長に離婚届をし、1992 (H4) 年に夫が死亡した。夫が所有していた日本国内の土地建物を子が相続し、それを子が 2009 (H21) 年に第三者に売却したので、妻は、2009 (H21) 年に、離婚届は夫が偽造して届け出たものであり妻には離婚意思がなかったなどの理由により離婚は無効である(離婚意思の準拠法がどの法域の法であるかの主張はし

ていない）から妻も相続人である，と主張して，不動産買主である第三者に対して，妻の持分に関して，真正な登記名義の回復を原因とする所有権移転登記手続を求めて訴えを提起した。

〔判旨〕裁判所は，平成元年改正法例附則（平成 1（1989）法 27）2 項本文により改正前法例 16 条本文を適用し，夫の本国法である韓国法を準拠法とし（基準時については判示していない），届出時点における離婚意思の存在を認めて，離婚を有効と判断し，請求を棄却した。

〔判旨，控訴審判決＝東京高等裁判所判決平成 24（2012）年 2 月 1 日〕裁判所は原判決を補正する方法により理由を示し，控訴を棄却した。

【判例 22】東京高等裁判所判決平成 26（2014）年 6 月 12 日（判例時報 2237 号 47 頁）

〔事実〕フランス人女と日本人男が 2005（H17）年に日本で婚姻し，日本で同協生活をし，2012（H24）年に妻が家を出て，夫婦が日本国内で別居を続けた。2013（H25）年に妻は，婚姻を継続し難い重大な事由があり，婚姻関係は破綻していると主張して離婚の訴えを提起した。

〔判旨，第 1 審判決＝横浜家庭裁判所判決平成 25（2013）年 12 月 24 日〕裁判所は，夫が日本に常居所を有する日本人であることを理由に法適用通則法 27 条ただし書きにより日本法を準拠法とし（基準時については判断していない），婚姻関係は破綻していないものと認め，離婚請求を棄却した。

〔判旨，控訴審判決〕裁判所は，準拠法に関しては第 1 審判決と同じ判断を示しつつも，婚姻を継続し難い重大な事由があるものと認め，離婚請求を認容した。

【判例 23】横浜家庭裁判所相模原支部判決平成 29（2017）年 10 月 30 日（判例集未登載）

〔事実〕中華人民共和国人男が 2002（H14）年 7 月に日本に帰化し，同年 9 月に中華人民共和国人女と中華人民共和国法上の方式で婚姻し，2003（H15）年から日本で同居生活をした。2016（H28）年に妻は家を出て，裁判時まで日

本国内で別居している。2016（H28）年に夫は（おそらく裁判時まで継続する事実として）妻による悪意の遺棄を主張し、日本民法に基づいて離婚の訴えを提起し、同年、妻は婚姻を継続し難い重大な事由がある旨を主張して日本民法に基づき離婚の反訴を提起した。

〔判旨〕裁判所は法適用通則法 27 条及び 25 条により夫婦の同一常居所地法として日本法を準拠法とし（基準時については判断していない）、悪意の遺棄の存否については判断せず、民法 770 条 1 項 5 号の「婚姻を継続し難い重大な事由」がある旨を判示し、本訴の離婚請求と反訴の離婚請求いずれも認容した。

（この判決に対しては、控訴審判決（東京高等裁判所判決平成 30（2018）年 3 月 15 日）があるが、控訴人は第 1 審判決主文中の離婚請求を認容した部分については控訴していない。

【判例 24】東京高等裁判所判決平成 30（2018）年 6 月 20 日（判例集未登載）

〔事実〕アイルランド人女と日本人男が 1986（S61）年に婚姻し、2014（H26）年以降裁判時まで日本国内で別居している。2015（H27）年に妻が日本法上の離婚原因である婚姻を継続し難い重大な事由がある旨を主張して離婚の訴えを提起した。

〔判旨、第 1 審判決＝さいたま家庭裁判所判決平成 29（2017）年 11 月 28 日〕裁判所は、法適用通則法 27 条ただし書きにより日本法を準拠法とし（基準時については判断していない）、婚姻を継続し難い重大な事由がある旨を認定し、離婚請求を認容した。

〔判旨、控訴審判決〕裁判所は、離婚の準拠法に関する原審の判断を是認し、離婚請求に関する控訴を棄却した。

【判例 25】東京高等裁判所判決平成 30（2018）年 7 月 12 日（判例集未登載）

〔事実〕スリランカ人女とスリランカ人男が 2000（H12）年に同国で同国法上の方式で婚姻し、日本で同居生活を始め、2014（H26）年から裁判時まで日本国内で別居している。2015（H27）年に、妻は、仮に日本法が準拠法になれば、裁判時まで継続する夫による悪意の遺棄、夫の過去の不貞行為及び婚姻を継続

し難い重大な事由が同法上の離婚原因となる旨、及び、仮にスリランカ法が準拠法になれば、夫による悪意の遺棄が同法上の離婚原因になる旨を主張して離婚の訴えを提起した。

〔判旨、第1審判決＝横浜家庭裁判所判決平成29（2017）年12月22日〕裁判所は法適用通則法27条及び25条により夫婦の同一本国法であるスリランカ法を準拠法とし（基準時については判断していない）、スリランカ法上の離婚原因である「悪意の遺棄」があると判示して離婚請求を認容した。

〔判旨、控訴審判決〕裁判所は法適用通則法27条及び25条により夫婦の同一本国法であるスリランカ法を準拠法とし、スリランカ法上の離婚原因である悪意の遺棄を認定し、離婚請求に関する控訴を棄却した。

【判例26】東京高等裁判所判決平成30（2018）年9月19日（判例集未登載）

〔事実〕日本人女とアメリカ人男が2005（H17）年に婚姻し、2016（H28）年以來裁判時まで別居している。2017（H29）年に妻は婚姻の破綻を主張し、日本民法770条1項5号に基づいて離婚の訴えを提起した。

〔判旨、第1審判決＝静岡家庭裁判所判決平成30（2018）年3月29日〕裁判所は法適用通則法27条ただし書きにより日本法を準拠法とし（基準時については判断していない）、婚姻の破綻を認定し、離婚請求を認容した。

〔判旨、控訴審判決〕裁判所は原判決補正の方法により原判決の準拠法に関する判旨を是認し、離婚請求に関する控訴を棄却した。

## 【参考文献】

坪場準一「連結点」中川善之助監修『現代法学事典第4巻（別冊法学セミナー増刊）』315頁

〔1973（S48）、日本評論社〕

池原季雄『国際私法（総論）』〔1973（S48）、有斐閣〕

伊藤眞『民事訴訟法（第6版）』〔2018（H30）、有斐閣〕

江川英文「国際離婚法」穂積遠重・中川善之助責任編輯『家族制度全集法律篇第2巻離婚』325頁〔1937（S12）、河出書房〕

江川英文『国際私法（初版）』〔有斐閣全書、1950（S25）、有斐閣〕

- 江川英文『国際私法（改訂，増補）』〔有斐閣全書，1970（S45），有斐閣〕
- 海老沢美広「変更主義・不変更主義」国際法学会編『国際関係法辞典（初版）』〔1995（H7），三省堂〕
- 海老沢美広「変更主義・不変更主義」国際法学会編『国際関係法辞典（第2版）』〔2005（H17），三省堂〕
- 欧龍雲「国際私法における時間的要素の考慮」『法学政治学の課題（北海学園大学法学部10周年記念論文集）』167頁〔1977（S52），日本評論社〕
- 欧龍雲「変更主義と不変更主義」澤木敬郎・坪場準一編『国際私法の争点（新版）』65頁〔1996（H8），有斐閣〕
- 岡本善八「変更主義」，「不変更主義」国際法学会編『国際法辞典』〔1975（S50），鹿島出版会〕
- 奥田安弘『国際家族法』〔2015（H27），明石書店〕
- 折茂豊『国際私法（各論）（初版）』〔1959（S34），有斐閣〕
- 折茂豊『国際私法（各論）（新版）』〔1972（S47），有斐閣〕
- 川上太郎『日本国における国際私法の生成発展』〔1967（S42），有斐閣〕
- 神前楨「涉外判例研究，東京地方裁判所判決平成23（2011）年8月18日」ジュリスト1458号111頁〔2013（H25）〕
- 木棚照一・松岡博・渡邊惺之『国際私法概論（新版）』〔1991（H3），有斐閣〕
- 木棚照一・松岡博・渡邊惺之『国際私法概論（第5版）』〔2007（H19），有斐閣〕
- 久保岩太郎「国際私法上に於ける法律変更（1）-（3・完）」国際法外交雑誌39巻2号87頁，5号365頁，6号475頁〔1940（S15）〕
- 久保岩太郎「法例上に於ける準拠法変更」一橋論叢5巻6号611頁〔1940（S15）〕
- 久保岩太郎『国際私法概論（改訂版）』〔1953（S28），巖松堂書店〕
- 久保岩太郎『国際私法』〔1954（S29），有信堂〕
- 久保岩太郎『国際私法構造論』〔1955（S30），有斐閣〕
- 齋藤武生「国際私法上に於ける法の時的衝突問題」法学論叢24巻4号555頁，6号895頁〔1930（S5）〕
- 佐々穆（関西大学教授）『国際民法提要』〔1925（T14）年9月5日発行，発兌元大同書院，大売捌所巖松堂書店，有斐閣書房〕
- 櫻田嘉章「涉外判例研究，東京地方裁判所判決平成2（1990）年11月28日」ジュリスト993号210頁〔1992（H4）〕
- 櫻田嘉章『国際私法（初版）』〔1994（H6），有斐閣〕
- 櫻田嘉章『国際私法（第6版）』〔2012（H24），有斐閣〕
- 櫻田嘉章・道垣内正人編『注釈国際私法第2巻』〔2011（H23），有斐閣〕
- 佐藤やよひ・道垣内正人編『涉外戸籍法リステイトメント』〔2007（H19），日本加除出版〕
- 實方正雄『国際私法概論（再訂版）』〔1952（S27），有斐閣〕

- 佐野寛「最新判例批評, 横浜地方裁判所判決平成 3 (1991) 年 10 月 31 日」判例評論 410 号 (判例時報 1445 号) 212 頁 [1993 (H5)]
- 澤木敬郎『国際私法入門 (初版)』[1972 (S47), 有斐閣]
- 澤木敬郎『国際私法入門 (第 3 版)』[1990 (H2), 有斐閣]
- 澤木敬郎・道垣内正人『国際私法入門 (第 4 版)』[1996 (H8), 有斐閣]
- 澤木敬郎・道垣内正人『国際私法入門 (第 8 版)』[2018 (H30), 有斐閣]
- 澤木敬郎・南敏文編著『新しい国際私法—改正法例と通達—』[1990 (H2), 日本加除出版]
- 新堂幸司『新民事訴訟法 (第 6 版)』[2019 (H31), 弘文堂]
- 高桑昭「法例修正案に関する参考書と理由書—わが国の国際私法学における立法資料の取扱—」国際法外交雑誌 86 巻 2 号 154 頁 [1987 (S62)]
- 高杉直「涉外家事事件判例評釈, 東京地方裁判所判決平成 23 (2011) 年 8 月 18 日」戸籍時報 694 号 74 頁 [2013 (H25)]
- 高橋宏志『重点講義民事訴訟法 (第 2 版補訂版)』[2013 (H25), 有斐閣]
- 竹下啓介「涉外判例研究, 東京高等裁判所判決平成 12 (2000) 年 7 月 12 日」ジュリスト 1268 号 231 頁 [2004 (H16)]
- 溜池良夫「離婚・別居」国際法学会編『国際私法講座第 2 巻』563 頁 [1955 (S30), 有斐閣]
- 溜池良夫「国際私法と両性平等」民商法雑誌 37 巻 2 号 145 頁 [1958 (S33)] (溜池良夫『国際家族法研究』3 頁 [1985 (S60), 有斐閣])
- 溜池良夫「涉外判例研究, 広島地方裁判所判決昭和 30 (1955) 年 9 月 23 日」ジュリスト 205 号 62 頁 [1960 (S35)]
- 溜池良夫『国際家族法研究』[1985 (S60), 有斐閣]
- 溜池良夫『国際私法講義 (初版)』[1993 (H5), 有斐閣]
- 溜池良夫『国際私法講義 (第 3 版)』[2005 (H17), 有斐閣]
- 道垣内正人「涉外判例研究, 東京地方裁判所判決昭和 55 (1980) 年 11 月 21 日」ジュリスト 779 号 128 頁 [1982 (S57)]
- 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 5 (涉外事件関係)』143 頁 [1990 (H2), 日本評論社]
- 鳥居淳子「最新判例批評, 東京高等裁判所判決平成 12 (2000) 年 7 月 12 日」判例評論 509 号 (判例時報 1746 号) 227 頁 [2001 (H13)]
- 中川善之助・加藤永一編集『新版注釈民法 (28) 相続 (3) (補訂版)』[2002 (H14), 有斐閣]
- 中野貞一郎・松浦馨・鈴木正裕編『新民事訴訟法講義 (第 3 版)』[2018 (H30), 有斐閣]
- 二宮周平編集『新注釈民法 (17) 親族 (1)』[2017 (H29), 有斐閣]
- 野澤武之助・山口弘一共著『早稲田叢書 国際私法論』[1900 (M33) 年 11 月 30 日【初版】発行, 1901 (M34) 年 7 月 23 日再版発行, 発行所東京専門学校出版部発売元博文館, 大取次有斐閣, 東京堂, 吉岡書店][実物を参照し得なかったので本稿では復刻版によった]

- ＝野澤武之助・山口弘一共著『早稲田叢書 国際私法論』日本立法資料全集別巻615〔復刻版, 2009 (H21), 信山社〕
- 「法例議事速記録 (法典調査会)」〔実物を参照し得なかったので本稿では復刻版によった〕＝法務大臣官房司法法制調査部監修『日本近代立法資料叢書26〕〔復刻版, 1986 (S61), 商事法務研究会〕所収
- 「法例修正案参考書」＝『法典修正案理由書 民法 全施行法 法例 国籍法 不動産登記法』〔明治31 (1898) 年6月4日【初版】発行, 明治34 (1901) 年11月20日3版【発行】〕, 発行所東京専門学校出版部, 売捌所有斐閣〕所収
- 「法例修正案理由書」(実物を参照し得なかったので本稿では復刻版によった)＝『民法修正案理由書(附 法例修正案 国籍法案 不動産登記法案 各理由書)』〔明治31 (1898) 年6月10日発行, 博文館〕所収＝『日本立法資料全集別巻32〕〔復刻版, 1993 (H5), 信山社〕
- 松岡博『現代国際私法講義』〔2008 (H20), 法律文化社〕
- 松岡博編『国際関係私法入門 (第4版)』〔2019 (H31), 有斐閣〕
- 松岡博・高杉直『国際関係私法講義 (改題補訂版)』〔2015 (H27), 法律文化社〕
- 三井哲夫「法の時間的抵触と空間的抵触—国際私法の基礎理論その1— (1)–(11・完)」民事研究140号3頁〔1968 (S43)〕, 141号18頁, 142号9頁, 144号23頁, 145号31頁, 146号7頁, 147号22頁, 148号22頁, 149号14頁, 152号21頁〔1969 (S44)〕, 156号7頁〔1970 (S45)〕
- 南敏文『改正法例の解説』〔1992 (H4), 法曹会〕
- 山口弘一『国際私法提要』〔1900 (M33) 年9月5日発行, 発行所日本法律学校, 大売捌所有斐閣書房, 清水屋〕〔実物を参照し得なかったので本稿では復刻版によった〕＝山口弘一『国際私法提要』日本立法資料全集別巻614〔復刻版, 2009 (H21), 信山社〕
- 山口弘一「親族法上の事項に適用する法律」東京商科大学研究年報, 法学研究1号1頁〔1932 (S7)〕＝file:///C:/Users/Leonhard/OneDrive/1.研究/210論文★★★★★/山口弘一/山口弘一「親族法上の事項に適用する法律」TNhogaku0000100010.pdf〔2019 (R1) 年10月17日閲覧〕
- 山田三良「国際私法 (5)」現代法学全集36巻3頁〔1931 (S6), 日本評論社 (非売品)〕
- 山田三良『国際私法 (第三分冊)』〔1934 (S9), 有斐閣〕
- 山田鐐一「法例改正要綱試案(婚姻の部)解説」山田鐐一『国際私法の研究』195頁〔1969 (S44), 有斐閣〕
- 山田鐐一『国際私法の研究』〔初版1969 (S44), 復刻版1985 (S60), 有斐閣〕
- 山田鐐一「涉外判例研究, 東京地方裁判所判決昭和49 (1974) 年5月30日」ジュリスト582号147頁〔1975 (S50)〕
- 山田鐐一『国際私法』〔1982 (S57), 筑摩書房〕



横浜法学第 28 巻第 2 号（2019 年 12 月）

山田鐸一『国際私法（初版）』〔1992（H4），有斐閣〕

山田鐸一『国際私法（第 3 版）』〔2004（H16），有斐閣〕

山田鐸一・鳥居淳子「涉外判例研究，大阪地方裁判所判決昭和 31（1956）年 11 月 27 日」ジュリスト 211 号 67 頁〔1960（S35）〕

山田鐸一・村岡二郎「法例改正要綱試案（婚姻の部）解説」法律時報資料版 14 号 10 頁〔1961，日本評論新社〕

横山潤「婚姻・親子に関する近時の国際私法立法の動向とその問題点（11）」戸籍 522 号 1 頁〔1987（S62）〕

横山潤「重要判例解説，東京地方裁判所判決平成 2（1990）年 11 月 28 日」ジュリスト 1002 号 263 頁〔1992（H4）〕

横山潤『国際家族法の研究』〔1997（H9），有斐閣〕

横山潤『国際私法』〔2012（H24），三省堂〕