

## 令和2年第1問 (配点：50点)

X女とY男の夫婦は日本に居住していた。ところが、その後その離婚が問題となった。以上の事実を基に、以下の設問に答えなさい。

### 〔設問1〕

XとYは共に甲国人であり、現在もなお、共に日本に常居所を有している。XとYは離婚することに合意した。財産分与についても合意が成立している。甲国には協議離婚制度はなく、裁判離婚主義が採られているので、XとYは、裁判所での手続によらなければならないと考え、また日本で生活しているので日本の裁判所での手続により、その手続の中でも離婚訴訟ではなく調停手続により離婚を成立させることを希望して調停を申し立てた。XとYについて調停離婚を認めることができるかどうか、調停離婚が認められないとした場合には、日本の裁判所においていかなる手続によることができるかについて論じなさい。

なお、甲国民法には、下記のように、当事者間に離婚とその諸効果について合意が成立している場合に、原則的に当事者の合意を尊重する裁判手続がある。

### 【甲国民法】

- ① 夫婦は、離婚及びその諸効果について合意した場合には、離婚の諸効果を定める合意書について裁判官の承認を得るべく、共同で離婚を請求することができる。
- ② 裁判官は、夫婦の合意が真意に基づくものであり、自由になされ、かつ思慮あるものであるとの心証を得た場合には、その合意書を認可し、離婚を言い渡す。
- ③ 裁判官は、その合意書が子又は夫婦の一方の利益を保持するには不十分であると認定する場合には、認可を拒否し、離婚を言い渡さないことができる。

### 〔設問2〕

XとYは共に乙国人であり、共に日本に常居所・住所を有していたが、Yは日本で出会った乙国人A女と不貞行為に及び、それがXに知られて、婚姻関係が破綻し、XとYは事実上別居し、YはAと同居するに至った。YとAはその後、共に乙国に帰国してしまい、現在は乙国に住所を有している(Xは乙国内でのYの住所を知っている。)。他方、Xは現在も日本に住所を有している。

Xは、もはやYと離婚するほかないと考え、日本の裁判所に夫婦関係調整の調停を申し立てたが、Yはこれに応じなかった。そこで、Xは日本の裁判所にY

を被告として、離婚、財産分与、慰謝料を求めて訴訟を提起した。このうち、財産分与については、夫婦の財産の分配と清算についてのみ請求されている。また、慰謝料については、離婚せざるを得なくなったことについての精神的苦痛と Y の不貞行為についての精神的苦痛への賠償の両方を含むものとして請求されている。

〔小問1〕

本件訴訟における上記各請求について、日本の裁判所の国際裁判管轄権が認められるかどうかについて論じなさい(調停事件の国際裁判管轄権について論じる必要はない。)

〔小問2〕

仮に上記各請求について日本の裁判所の国際裁判管轄権が認められるものとした場合、上記各請求について判断するに当たり適用すべき準拠法の決定について論じなさい。

## 【出題趣旨】

本問は、離婚(及びその附帯処分や関連請求)が問題となる事案を素材として、国際私法と国際民事手続法に関する基本的理解と応用力を問うものである。離婚は事件数も多く実務上の重要性も高いため、今回出題した。

〔設問1〕は離婚の方法について問うものである。

まず、法律関係の性質決定が問題となる。本設問の問題は、離婚の実質(法の適用に関する通則法(以下「通則法」という。)第27条)の問題であると性質決定する説が多数説である。この説によった場合には、離婚準拠法たる甲国法の手続を日本の調停手続によって代行することができるかどうかという問題(実体と手続の適応問題)が生じる。代行を認める立場(多数の家裁実務)も、代行を認めない立場もあり得るが、いずれの立場を採るにせよ、甲国法の内容と日本の調停手続の性質を踏まえて論じることが求められる。調停手続による代行を認めない場合には、(現在の学説によれば)審判によることができる。審判によるとした場合にも、調停に代わる審判(家事事件手続法(以下「家事法」という。)第284条)か、合意に相当する審判(家事法第277条)かという問題があり、これについても論じることが望ましい。

その他の説として、日本で調停離婚によることが可能かは手続の問題と性質決定して法廷地法によらしめる説もある。もっとも、この説も、実体の準拠法を全く適用しないわけではなく、離婚が法律行為によって可能か、裁判所による形成が必要かは、実体かつ実質の問題であって離婚準拠法により、そこで裁判所の手続によるとされていることを前提としている。この説による場合には、調停離婚も裁判所による離婚形成に当たることとなる。

さらに、方式(通則法第34条)の問題とする説もある。この説は、多数説とは根本的に異なる立場であるので、この説を採る場合には、多数説についても記述した上で、これを採る理由を述べるべきである。

〔設問2〕は離婚請求とそれに伴う財産分与請求、慰謝料請求の国際裁判管轄権と準拠法の決定について問うものである。

〔小問1〕は国際裁判管轄権についての問題である。

まず、離婚請求についてであるが、これは「人事に関する訴え」(人事訴訟法(以下「人訴法」という。)第2条第1号、第3条の2柱書)に当たるので、その国際裁判管轄権は人訴法第3条の2による。人訴法第3条の2各号の定める管轄原因のうち本件に当てはまるのは第6号(最後の共通住所)である。同規定の要件への丁寧な当てはめが求められる。

次に財産分与請求についてであるが、これについてはまず人訴法第3条の4第2項の存在を指摘すべきである。これはもともと審判事項であるが、人事訴訟に

において申し立てられていれば、人訴法第32条第1項により、訴訟に附帯して裁判される(附帯処分)。人訴法第3条の4はそのような附帯処分について国際裁判管轄権を定めている。家事法第3条の12各号の定める管轄原因のうち本件に該当するのは第3号である(その趣旨は人訴法第3条の2第6号と同じ。)。最後に慰謝料請求についてであるが、これについてはまず人訴法第3条の3の存在を指摘すべきである。これは人事訴訟に係る請求ではないが、その関連請求であり、離婚請求と併合することによって人訴法による国際裁判管轄権が認められる。同規定の要件への丁寧な当てはめが求められる。

〔小問2〕は準拠法の決定についての問題である。

離婚請求については通則法第27条による。同条本文において準用する第25条を適用し、同一本国法たる乙国法による。

財産分与として請求されているのは清算的要素のみとした。これについては離婚と性質決定する27条説と夫婦財産制と性質決定する26条説がある。いずれの説による場合もその理由を述べるべきであるが、27条説による場合には、その理由の中で26条によるべき問題との区別(夫婦財産制の準拠法と離婚準拠法の役割分担)についても論じることが望ましい。

慰謝料請求については一括して離婚と性質決定する説、一括して不法行為と性質決定する説、離婚自体による慰謝料と個別的な不法行為による慰謝料を区別する説がある。このうち不法行為と性質決定する場合には、本問では夫婦という特別の関係によって結ばれた者の間の不法行為なので、通則法第20条がこの場合に適用されるかどうかについても検討すべきである。

## 【採点実感】

### 1 出題の趣旨、ねらい等

公表済みの「出題の趣旨」のとおりである。

### 2 採点方針

採点の方針は、基本的に、例年と同様である。すなわち、関連する分野ごとに基本的な知識を備えているか否か、さらに、基本的論述力を発揮できているか否かといった点が問われている。設問ごとに重点を異にするが、①狭義の国際私法(抵触法)及び国際民事手続法の基本的な構造を正確に理解しているか、②個々の法規範(条理により導かれるものを含む。)の趣旨を理解しているか(常に趣旨について論述することが必要だというわけではないが、それがその設問における当該法規範の解釈に影響し得る場合にはその論述が必要である。)、③複数の法規範を視野に入れながら、相互の関連を理解しているか、④これらの点の理解に基づき、設問の事実関係等から適切に論点を導くことができるか、⑤個々の論点について、条文の正確な理解を示し、それぞれの要件を解釈し、根拠を提示しつつ、段階を追って準拠法の決定過程を正確に説明し、関連する法規範を適切に適用することができているか、これらが採点の基準とされた。

①ないし③の理解が曖昧又は欠けていると認められる答案は、「不良」ないし「一応の水準」にとどまった。それらが明瞭に表現されている答案は、「良好」又は「優秀」なものとして判定された。④及び⑤に関して明瞭な論述が展開されているものが、「優秀」と評価された。

学説が分かれている論点については、結論それ自体によって得点に差を設けることはせず、自説の論拠を十分に示しつつ、これを論理的に展開することができているか否かを基本として採点した。

### 3 採点実感等

#### (1) 〔第1問〕について

##### ア 〔設問1〕について

(ア) 〔設問1〕では、理論的にはまず性質決定が問題となろう。ここで問題とされるのは「離婚の方法」といわれる問題であり、それが離婚の実質(法の適用に関する通則法(以下「通則法」という。)第27条)か方式(通則法第34条)か手続きが問題となろう。しかし、性質決定についての結論とその理由の両方が書けていた優秀な答案は残念ながら少なく、通則法第27条によるとの結論のみが書かれているものが多かった(同条によることの理由としては、例えば、離婚の方法が離婚制度の基本に関わる

というものが考えられる。)。手続として法廷地法によらしめる答案も少数ながらあったが、その理由ないしこの説における離婚準拠法と法廷地法の役割分担については書けていないものが多かった。通則法第 34 条によるとの答案もあったが、その理由は書かれておらず、単に「方法」=「方式」と考えているのではないかと思われた。

- (イ) 通則法第 27 条による場合には、本問に掲げた甲国法の裁判手続を日本の調停手続で代行できるかどうかの問題となる(実体と手続の適応問題)。ここでは日本の調停手続についての基本的な理解の足りない答案が多かったのは残念なことであった。例えば、調停が裁判官の関与なく行われるという誤った認識(家事事件手続法(以下「家事法」という。)第 247 条、同法第 248 条ほか参照)を示すものがあった。なお、調停も一種の裁判であるとする立場においては、調停委員会が、当事者間に成立した合意が相当でないとする場合には、調停を成立させないことができると定める家事法第 272 条第 1 項本文や、調停調書の記載が確定判決等と同一の効力を有することを定める家事法第 268 条第 1 項を根拠として挙げることが考えられる。

それに対して、調停では裁判所の関与がなお弱く、前述の甲国法の裁判手続を代行できないとする立場を採った場合には、審判による代行について検討することとなる。審判による代行を認める場合には、合意に相当する審判(家事法第 277 条)と調停に代わる審判(家事法 284 条)のいずれによるかについて検討することが望ましい。しかし、この点についても論じている答案は少数であった。もっとも、単に「審判による」とする答案でもその前提や理由が書けていれば「良好」な点数を獲得できるようにしている。

調停によることはできないとする答案のうちで審判に触れずに人事訴訟によるとするものが相当数あったのは驚きであった。人事訴訟によるべきだとする説は古くは有力な説であったが、現在では、特に本問のように離婚準拠法が当事者間の合意を尊重する立場である場合には支持されていない。審判が裁判の一種である(家事法第 73 条参照)との基本的な理解があれば、当然に審判について言及することになるはずであり、それができないようでは「一応の水準」との評価も得られない。なお、そのような答案のうち、訴訟によるとの趣旨で日本民法第 770 条によるとしているものがあり、それ自体は理解できるが、離婚準拠法は甲国法だとしながら離婚原因等の実体の問題についても同条によるとする論理矛盾に陥っているものもあった。

(ウ) 調停の国際裁判管轄権について論じている答案が相当数あったが、本設問では XY とともに日本に住所を有している事案であり、かつ、設問中で国際裁判管轄権についての検討を求めているわけではないので、これについて触れることは不要である。

また、公序について論じている答案も相当数あったが、本問では甲国法の裁判離婚を日本のいずれの手続によって代行するかが問題であり、異常な結果の発生は問題にはならないので、これについて触れることは不要である。

イ [設問2 小問1] について

(ア) 国際裁判管轄権は手続の問題なので法廷地法によるとの記述が相当数あった。そのことに誤りはないが、答案としては、明文の規定があるのであれば、まずは、条文の要件の解釈や当てはめを丁寧に行って結論を述べることが求められる。法廷地法によることは当然のことであって、それ自体が条文の解釈適用に影響するものではなく、紙幅も限られていることからすると、必ずしもこれに触れる必要はない(この点は、第2問についても同様である。)

(イ) 平成30年の人事訴訟法(以下「人訴法」という。)等の改正を知らず、改正前の判例の枠組みで書いていた答案も散見された。そのような解答では「一応の水準」との評価も得られない。重要な法改正で試験時に施行されているものは学習しておかなければならない。

(ウ) 本問の離婚請求は人訴法第3条の2第6号に該当するケースであり、この管轄原因のみで日本の裁判所は国際裁判管轄権を有することとなるため、同条第1号ないし第5号に定める管轄原因については、配点していないが、それらに該当しないことについての記述があれば加点事由とすることとした(ただし、複数の管轄原因に該当しないことについて記述したとしても、大幅な加点がされるものではない。)。なお、同条第6号に該当することが確認できれば、同条第7号に触れることは不要である。

本問の離婚請求については、人訴法第3条の2第6号への当てはめが問題となるが、当てはめをするに際しては、設問中のどの事実関係が、条文上のどの要件に該当するのかを丁寧に記述することが必要である(同号の要件のうち、「日本国内に住所がある身分関係の当事者の一方からの訴え」について当てはめをしていない答案が少なくなかった。)。なお、このように条文の要件への単純な当てはめによって結論が得られる場合には、必ずその趣旨について記述しなければならないというわけではない。もっとも、その趣旨までの的確に記述しているものには加点した。

離婚請求については「優秀」と評価される答案が多かった。

(エ) 財産分与請求については人訴法第3条の4第2項によるが、これを適用できているものは少数であった。財産分与が元々審判事項であるとの基本的な理解に乏しく、同項の存在意義が十分には理解されていないこともその原因の一つではないかとも推測される。離婚訴訟においては、未成年の子がいる場合には親権者の指定が問題となるほか、実務上、養育費等の子の監護に関する処分や財産分与に関する処分などの審判事項についても申し立てられることは非常に多いので、同条についても勉強してほしい。

(オ) 慰謝料請求については人訴法第3条の3による(同法第17条によるものもあったが、同条は国際裁判管轄権に関する規定ではない。)。同条の当てはめについては、括弧書きに該当することの確認をしていないものが多数あった。括弧書きなので触れなくてもよいと考えたのかもしれないが、これは本文の例外を定めるものではなく、本文の要件に人事訴訟の当事者間での請求であるとの要件を追加するものである。離婚訴訟では、例えば不貞行為の相手方などの第三者に対する損害賠償請求が併合されることがよくあるが、そのような請求ではなく、人事訴訟の当事者間での請求であることを確かめなければならない。もっとも、括弧書きの当てはめが抜けていても「良好」な点数の獲得は可能である。

なお、離婚自体の精神的苦痛に基づく慰謝料請求は人訴法によるとしながら、個別不法行為(本問では不貞行為)に基づく慰謝料は民事訴訟法(以下「民訴法」という。)によるとする答案も散見された。狭義の国際私法において両者を区別して性質決定するのと同様に考えたのであろう。しかし、ここでは管轄が問題となっているので、訴訟上の請求を単位として考えるべきである。本問では上記のような区別をせずに慰謝料請求という一本の請求がなされている(実務ではこれが普通である。)。管轄に関しては一つの請求についてそのように区別することはできない。

(カ) 本問の場合、国際裁判管轄権を否定すべき「特別の事情」に該当し得る事実は問題文からはうかがえないので、人訴法第3条の5については必ずしも触れる必要はないが、書かれていればその内容に応じて加点事由の一つとして考慮している。

ウ (設問2 小問2) について

(ア) 離婚準拠法についてはよくできていた。

(イ) 財産分与については扶養の問題と性質決定するものも少数あったが、問題文では清算的要素のみが問題となっていることを明示している。問題文をよく読まれたい。

これについては通則法 26 条説を採るものが多かった。その理由として第三者保護を挙げるものが相当数あった。それが誤りだというわけではないが、本問では離婚する当事者間での離婚給付が問題になっており、第三者の利害には関わらない(なお、婚姻中の財産の帰属については、この問題について同法 27 条説を採る場合でも、その前提問題として同法第 26 条による)。そこで、離婚当事者間の関係に当てはまる理由、例えば、夫婦財産の清算は夫婦財産制が現実の意味を持つ局面であるとか、夫婦財産契約で離婚時の清算についても定めていることがあるといった理由のほうが優れていると思われた。

(ウ) 慰謝料の全部又は一部を不法行為と性質決定した上で通則法第 17 条を適用するに際し、不貞行為が行われた地の法によるとするものが若干あったが、それは行動地であろう。同条本文は結果発生地主義を採っており、同条ただし書にも該当しないので、本問では侵害の対象となった婚姻生活の営まれていた地がこれに当たると考えられる。

#### エ 第 1 問の全体について

人訴法が民訴法の特別法であること(人訴法第 1 条のほか、特に国際裁判管轄権につき同法第 29 条第 1 項参照)、訴訟事項と審判事項の区別、家事調停の性質、合意に相当する審判(家事法第 277 条)と調停に代わる審判(家事法第 284 条)の区別といった人訴法及び家事法の全体構造及び基本的事項についての理解が不十分な者が多いように思われる。これらについては法科大学院教育において十分な時間が掛けられていないことが多いので学習に困難が伴うこともあろうが、ひとり国際私法・国際民事手続法の理解に必要なのみならず、実務家として人事・家事事件を扱うための基本でもあるので、ぜひ勉強してほしい。



## 【答案例】

### 第1 設問1

1 まず、XとYはいかなる方法により離婚することができるか。

(1) この点、離婚の方法の問題は「離婚」の問題として、法の適用に関する通則法（以下、  
5 「通則法」という。）27条により準拠法を指定する。

同条本文は、抵触法上の両性平等を図り、かつ、夫婦間で一つの離婚準拠法を指定するべく、夫婦の共通連結点を媒介とする段階的連結を採用する通則法25条を準用する。

(2) 本件では、XとYはともに甲国人であり、「夫婦の本国法が同一であるとき」にあたる。したがって、XとYの離婚の方法の問題の準拠法は甲国法である。

(3) そして、甲国法は裁判離婚主義を採用しているため、XとYは裁判離婚の方法により離婚  
10 することができる。

2 次に、甲国法上要求される離婚裁判を、日本の調停手続で代行することができるか。

(1) この点、手続の代行の可否は、当該手続とそれを代行しようとする日本の手続の趣旨・目的の共通性や手続の類似性等を考慮して、準拠外国法における当該手続の役割を日本の手  
15 続で果たすことができるかという観点から判断すべきである。

(2) 裁判離婚主義における離婚裁判は、裁判官の裁判によって離婚を成立させ身分関係に変動  
をもたらしめるものである。これに対して、調停離婚はあくまでも当事者の合意を基礎とする  
ものであり、裁判所の関与が弱い。そのため、調停手続では離婚裁判と同様の役割を果た  
すことができない。

したがって、甲国法上要求される離婚裁判を、日本の調停手続で代行することはでき  
20 ず、XとYに調停離婚を認めることはできない。

3 では、日本の裁判所のいかなる手続によって離婚することができるか。

本件では、甲国民法上の離婚裁判は、夫婦の合意が存在することを要件に、それを裁判官  
が承認するという形式がとられている（甲国民法①、②）。そのため、甲国民法上の離婚裁判  
25 は当事者の意思を尊重する度合いが高い。そして、日本における合意に相当する審判（家事事  
件手続法（以下、「家事法」という。）277条）は、当事者の意思を尊重しながらも裁判所によ  
る裁判によって離婚を成立させることができる。そのため、合意に相当する審判であれば、  
甲国における離婚裁判と同様の役割を果たすことができる。

したがって、合意に代わる審判手続による代行が認められ、XとYはこの手続により離婚  
30 することができる。

### 第2 設問2

#### 1 小問1

(1) 離婚請求について

ア 「離婚の訴え」は「人事訴訟」にあたる（人事訴訟法（以下、「人訴法」という。）2  
35 条1号）ため、国際裁判管轄に関する民事訴訟法の規定は適用されず（人訴法29条1  
項）、人訴法により国際裁判管轄の有無を判断する。

イ 本件では、Xは日本に住所を有しており、「日本国内に住所がある身分関係の当事者の  
一方からの訴え」にあたる（人訴法3条の2第6号）。また、XとYは別居するまでは  
40 日本国内に共同で居住しており、「当該身分関係の当事者が最後の共通の住所を日本国  
内に有していたとき」にもあたる。

また、訴えを却下すべき特別の事情は存在しない（人訴法3条の5）。

したがって、人訴法3条の2第6号により日本の裁判所に国際裁判管轄が認められる。

(2) 財産分与請求について

財産分与は本来審判事項であるが（家事法別表第2第4項）、離婚請求の付帯処分につ  
45 いての裁判（人訴法32条1項）として国際裁判管轄が認められないか。

まず、本件は「離婚の訴えについて管轄を有する場合」（人訴法3条の4第2項）にあたる。

そして、本件は「日本国内に住所がある…妻…からの」請求であり、「夫…及び妻…が最後の共通の住所を日本国内に有していたとき」にあたる（家事法3条の12第3号）。そのため、「家事事件手続法第3条の12各号のいずれかに該当するとき」（人訴法3条の4第2項）の要件を満たす。

また、訴えを却下すべき特段の事情は存しない（人訴法3条の5）。

したがって、付帯処分についての裁判として、財産分与請求についても日本の裁判所は国際裁判管轄を有する。

(3) 慰謝料請求について

本件では、離婚請求と離婚を理由とする慰謝料請求が同時になされている。そのため、「一の訴えで人事訴訟に係る請求と当該請求の原因である事実によって生じた損害の賠償に関する請求…とをする場合」（人訴法3条の3）にあたる。加えて、上記慰謝料請求は離婚当事者の一方であるXから他方当事者Yに対する請求であり、「当該人事訴訟における当事者の一方から他の一方に対するもの」（同条括弧書）である。

そして、上記の通り離婚請求について日本の裁判所に国際裁判管轄が認められるため、「日本の裁判所が当該人事訴訟に係る請求について管轄権を有するとき」にあたる。

また、訴えを却下すべき特段の事情は存しない（人訴法3条の5）。

したがって、慰謝料請求についても関連請求として国際裁判管轄が認められる。

2 小問2

(1) 離婚請求について

離婚の可否は「離婚」の問題として通則法27条による。そして、XとYの本国法は乙国法で同一である。したがって、乙国法が準拠法になる。

(2) 財産分与請求について

この点、夫婦財産制の清算は夫婦財産制が現実に意味を持つ局面であることから、離婚時の財産分与の問題は「夫婦財産制」の問題として通則法26条・25条によるべきと解する。

そして、本件ではXとYの本国法は乙国法で同一である。したがって、乙国法が準拠法になる。

(3) 慰謝料請求について

ア 離婚せざるを得なくなったことについての精神的苦痛への賠償の請求の問題は、「離婚」の問題として、通則法27条による。

そして、上記の通り離婚準拠法は乙国法であることから、準拠法は乙国法となる。

イ 不貞行為についての精神的苦痛への賠償の請求の問題については、Yの不貞行為がそれ自体が個別の不法行為を構成することから、「離婚」の問題ではなく「不法行為」の問題として通則法17条による。

そして、本件では「結果が発生した地」はXYの婚姻生活が営まれていた日本である。また、日本での結果発生が予見できなかったとは言えない（同条ただし書）。

さらに、本件では不法行為の時点でXYの常居所は共に日本にあり、日本以上に明らかにより密接な関係を有する地は存在しない（通則法20条）。

したがって、日本法が準拠法となる。

以上