

オーストラリア離婚裁判のわが国での承認

北 坂 尚 洋 *

I はじめに

オーストラリア法では、オーストラリア裁判所が離婚事件の管轄権を有する場面が広範に定められており（もっとも、オーストラリア裁判所が明らかに不適切な法廷地である場合には、その管轄権の行使は差し控えられる）、また、オーストラリア裁判所は、夫婦が12ヶ月間以上連続して別居していれば、有責性を問うことなく、原則として離婚を認める。このような離婚制度を有するオーストラリアは、離婚を望んでいる有責配偶者にとっては都合のよい地、つまり、法廷地漁りを引き起こす地となりうる。さらに、オーストラリア法では、離婚の申立ては郵便によって行うことができ、しかも、夫婦間に離婚について争いがない場合には、夫婦やその弁護士が裁判所に出廷することなく、当事者不在のまま離婚が認められるとする手続がある。このような手続は、離婚についての合意が存在し、簡単な手続による離婚を望む夫婦にとっては非常に便利な手続となる。

本稿は、オーストラリアの離婚制度を紹介し、このようなオーストラリア離婚裁判が、わが国ではどのように取り扱われるのかについて検討するもの

* 福岡大学法学部准教授

である。オーストラリア離婚裁判の承認の検討を通じて、特に、有責性を問わない要件で認められた外国離婚や簡易な離婚手続で認められた外国離婚をわが国ではどのように取り扱うべきかについての示唆を得てみたいと考えている。

II オーストラリア家族法における離婚制度

1 離婚に関する法源

オーストラリアの法律の中で離婚について定めた連邦法は、「家族法」^{*1}である。この法律では、離婚原因が定められているだけでなく、離婚事件の管轄権や外国離婚の承認等についても定められている。後述するように、離婚事件については複数の裁判所が管轄権を有するが（2を参照）、特に、連邦治安判事裁判所（Federal Magistrates Court of Australia）での離婚手続は、連邦治安判事法^{*2}で定められている。そして、その細則は、ルール（例えば、「連邦治安判事裁判所ルール」^{*3}や「連邦裁判所ルール」^{*4}）、および、レギュレーション（例えば、「連邦治安判事レギュレーション」^{*5}）で定められている^{*6}。

2 離婚事件を審理する裁判所

オーストラリアでは、連邦と州・地域の複数の裁判所が離婚事件の第一審管轄権（original jurisdiction）を有する。すなわち、現在、オーストラリア家族法によれば、連邦の裁判所としては、連邦家庭裁判所（Family Court of Australia）、連邦治安判事裁判所（Federal Magistrates Court of Australia）、州や地域の裁判所としては、西オーストラリア州家庭裁判所（Family Court of Western Australia）、北部準州最高裁判所（Supreme Court of the Northern Territory）、州や地域の簡易事件を取り扱う一定の裁

判所（courts of summary jurisdiction）に管轄権が与えられている（家族法 39 条、41 条を参照）*7。

連邦の裁判所（連邦家庭裁判所と連邦治安判事裁判所）は、西オーストラリア州では、離婚事件の第一審管轄権を行使することができず、西オーストラリア州では州の裁判所のみが離婚事件の第一審管轄権を行使している（家族法 40 条、41 条、Proclamation dated 23 Nov. 1983（*Gazette* 1983, No S289, p.1 of 24 Nov. 1983）を参照）*8。他方で、西オーストラリア州以外の州や地域では、連邦の裁判所は離婚事件の第一審管轄権を行使することができ、第一審管轄権が与えられた州や地域の裁判所が存在する場合には、連邦の裁判所と州や地域の裁判所が管轄権を行使できる（家族法 40 条、Proclamation dated 23 Nov. 1983（*Gazette* 1983, No S289, p.1 of 24 Nov. 1983）を参照）。

しかし、連邦家庭裁判所の Practice Direction 2003/6, 13 November 2003 *9 によって、すべての離婚の申立ては、連邦治安判事裁判所で行われなければならないとされており *10、連邦治安判事裁判所に離婚事件の申立てが行われることになる *11。

本稿では、西オーストラリア州以外の州や地域で第一審管轄権を行使している連邦治安判事裁判所で開始される離婚手続について説明をする（もっとも、どの裁判所での離婚裁判も、家族法に従って行われなければならないとされているため（家族法 42 条 1 項）、各裁判所の離婚裁判に大きな差異はないと思われる）。

3 オーストラリア裁判所が離婚事件の管轄権を有する場合

オーストラリアでは、離婚は裁判所での裁判を通して命じられるものであり、わが国の協議離婚のような制度、すなわち、夫婦間の離婚の合意を基礎に行政機関が関与して成立する離婚を定めた規定は存在しない *12。

オーストラリア裁判所が離婚事件について管轄権を有するのは、離婚の申

立時に、夫婦の一方が、(a) オーストラリア人である場合、(b) オーストラリアにドミサイルを有する場合、または、(c) 現にオーストラリアに通常居住しており、かつ、申立日の直前1年間そうである場合である（家族法39条3項）。

もっとも、連邦最高裁は、ドイツ人妻がモナコの裁判所に離婚等の訴えを既に提起し、その訴訟が係属しているにもかかわらず、オーストラリア人夫がオーストラリアにドミサイルを有することを理由に、オーストラリア裁判所に離婚等の訴えを提起した *Henry v Henry* ^{*13} において、オーストラリア裁判所の管轄権が39条3項によって認められるとしても、オーストラリア裁判所が明らかに不適切な法廷地（clearly inappropriate forum）である場合には、その管轄権は行使されないというルールを採用して、管轄権を行使しなかった。したがって、この意味で、オーストラリア裁判所による管轄権の行使は制限されている。

下級審の裁判例としても、明らかに不適切な法廷地のルールを採用し、オーストラリア裁判所の管轄権の行使を控えた *In the Marriage of Ferrier-Watson and McElrath* ^{*14} が存在する。これは、フィジー人妻が、フィジーの裁判所に対して、法定別居等を求める訴えを提起しているにもかかわらず（離婚の訴えはまだ提起されていなかった）、アメリカ人夫が、オーストラリアにドミサイルを有することを理由に、オーストラリア裁判所に離婚を申し立てた事件であった。この事件のオーストラリア家庭裁判所の合議体判決では、3人の裁判官全員が、夫がオーストラリアにドミサイルを有することを認めたが、オーストラリア裁判所が明らかに不適切な法廷地であるかどうかについては判断が分かれ、2人の裁判官が、オーストラリア裁判所は明らかに不適切な法廷地であると判断し、アメリカ人夫の訴えは却下された。

これに対して、明らかに不適切な法廷地であるかを検討し、オーストラリア裁判所は明らかに不適切な法廷地ではないとした下級審の裁判例も存在す

る。日本で日本人妻と婚姻生活を営むオーストラリア人夫がオーストラリア裁判所に離婚を申し立てた GGOR v GS ^{*15} は、その1つである。この事件では、オーストラリア裁判所は、夫がオーストラリア人であるから、オーストラリア裁判所に管轄権があるとした上で、日本ではまだ離婚訴訟が提起されていないこと、日本で既に下されている扶養に関する決定への影響は、離婚がオーストラリアで命じられても、日本で命じられても同じであること、夫は今後仕事でオーストラリアに戻ると述べていること、オーストラリアでの離婚が比較的簡易で低廉であると考え、夫はオーストラリアで離婚を求めただけで、明らかに不適切な法廷地であると妻が主張するとは思っていなかったこと等から、オーストラリア裁判所は明らかに不適切な法廷地であるということとはできないとして、その管轄権を行使して、夫からの離婚請求を認容した（なお、この事件は、後述する東京家裁判決で問題となったオーストラリア離婚裁判と事実関係が同じであり、同一の事件であると思われる）。

4 離婚の申立て

離婚の裁判は、夫婦の一方によって、または、夫婦共同で、裁判所へ離婚の申立てが行われることによって開始される（家族法 44 条 1A 項）^{*16}。申立人は、所定の離婚申立書（APPLICATION FOR DIVORCE）を完成させ、それを婚姻証明書等とともに裁判所に提出しなければならない（連邦治安判事裁判所ルール 25.01 を参照）。離婚申立書の提出においては、原本とそのコピー 2 枚を裁判所に提出しなければならないとされており^{*17}、また、裁判所への提出は、裁判所での手渡し、または、裁判所への郵送で行うことができるとされている^{*18}。

なお、婚姻から 2 年以内の夫婦が離婚の申立てを行う場合には、特別な事情がある場合（例えば、他方が失踪している場合、他方が精神的疾患のために、カウンセリングを受けることができない場合、他方が和解に全く応じないま

たは無関心である場合)^{*19}を除いて、夫婦は、カウンセラー等とともに和解を考慮したことの証明書を添付しなければならない(家族法 44 条 1B 項)。これは、婚姻期間が長くない夫婦に、夫婦関係について注意深く検討する機会を与えるために要求されているものである^{*20}。

これらの文書が提出されると、裁判所は、提出番号 (File Number) と審理の場所・日時を定め、印章が押された離婚申立書のコピー 2 枚と離婚についての説明が書かれた MARRIAGE, FAMILIES & SEPERATION というパンフレット 2 枚を申立人に返す^{*21}。

5 離婚申立書の送達

(1) 送達されるべき書類

わが国とは異なって、離婚申立書の相手方への送達は、裁判所によって職権で行われるものではない。夫婦が共同で申立てを行っている場合には、夫婦それぞれが申立書のコピーとパンフレットを 1 セットずつ保管し、離婚申立書等を送達する必要はないが、夫婦の一方が申立てを行っている場合には、申立人は、離婚申立書のコピーとパンフレットの 1 セットを自らで保管し、もう 1 セットを送達受領書 (ACKNOWLEDGMENT OF SERVICE (DIVORCE)) 等とともに相手方に送達しなければならない^{*22}。

(2) 国内での送達

① 送達の方法

離婚申立書の送達は、手渡し (by hand) または郵便 (by post) によって行われる (連邦治安判事裁判所ルール 25.02)。

② 手渡しによる送達

手渡しによる送達は申立人本人が行ってはならず、申立人以外の者がこれを行わなければならない (連邦治安判事裁判所ルール 6.07 (3))。18 歳以上であれば、例えば、友人、家族や送達を専門にする者 (process server) が

送達を行う者となることができるとされている^{*23}。

送達を受けた者が、離婚申立書等の文書を受け取る場合には、送達を行う者は、相手方に送達受領書へ署名するよう依頼し、署名をもらう^{*24}。他方、相手方がそれらの受取りを拒否する場合には、送達を行う者は、送達を受ける者の面前にそれを置き、かつ、その内容を送達を受ける者に告げることによって送達をすることができる（連邦治安判事裁判所ルール 6.07 (2)）。

送達が行われた後、送達を行った者は、手渡しによる送達に関する宣誓供述書（AFFIDAVIT OF SERVICE BY HAND (DIVORCE)）に署名をし、その宣誓供述書を完成させなければならない。さらに、送達受領書に相手方が署名をした場合には、申立人は、署名を証明する宣誓供述書（AFFIDAVIT PROVING SIGNATURE (DIVORCE)）を完成させなければならない。そして、申立人は、審理期日までに、手渡しによる送達に関する宣誓供述書、送達受領書、署名を証明する宣誓供述書を裁判所に提出しなければならない^{*25}。

③ 郵便による送達

郵便によって相手方に送達を行い、相手方が送達受領書を返信した場合、申立人は、郵便による送達に関する宣誓供述書（AFFIDAVIT OF SERVICE BY POST (DIVORCE)）を完成させなければならない。そして、申立人は、審理期日までに、郵便による送達に関する宣誓供述書、送達受領書を裁判所に提出しなければならない^{*26}。

④ 送達免除、代替送達

上述の送達ができない場合、裁判所は、送達の免除または代替送達を命じることができる（連邦治安判事裁判所ルール 6.14）。

(3) 国外への送達

離婚申立書のオーストラリア国外への送達は、連邦治安判事裁判所ルールではなく、連邦裁判所ルールに依る（連邦治安判事裁判所ルール SCHEDULE 3）。オーストラリア国外にいる者に対する送達は、裁判所が許

可を与えた場合、裁判所が追認した場合や送達を受ける者が裁判に応訴し異議を唱えない場合に有効とされる（連邦裁判所ルール Order 8.3 (1)）。

裁判所がオーストラリア国外への送達を許可・追認するためには、適用される国家間の約定（convention）が存在する場合には、送達は、国家間の約定に従っていなければならない、それ以外の場合には、送達は、その外国の法に従っていなければならない（連邦裁判所ルール Order 8.3 (2) (5)）。

オーストラリアは、「民事訴訟手続に関する条約」^{*27}や「民事又は商事に関する裁判上及び裁判外の文書の外国における送達及び告知に関する条約」^{*28}といった多国間条約の締約国でない^{*29}。

しかし、わが国の文献によれば、日本とオーストラリアとの間には送達に関する二国間取決めが存在すると言われており、その根拠とされている文書では、東京地裁に係属した土地所有権移転登記手続請求事件において、東京地裁から、最高裁、在オーストラリア日本大使館、オーストラリア外務省、オーストラリア裁判所を経由して、オーストラリアにいた被告へ訴状等の送達が行われ、外交ルートを通じた送達が行われた^{*30}。このような二国間取決めがあるとすると、オーストラリア法では、オーストラリア裁判所から日本にいる相手方への送達は、この二国間取決めによって、外交ルートを通じて行われなければならないということになる（連邦裁判所ルール Order 8.3 (2) (3)）。

他方、オーストラリア司法省の資料では、日本とオーストラリアの間には、送達に関して適用される国家間の約定はないと言われている^{*31}。このように理解する場合には、オーストラリア法では、外国の法に従った送達が行われなければならない。わが国では、外国から要請された送達については、「外国裁判所ノ嘱託ニ因ル共助法」が定めており、この法律では、外交ルートを通じた送達が行われなければならないとされている（1条ノ2）。この規定によれば、日本とオーストラリアの間に送達に関して適用される国家間の約定

はないとすると、オーストラリアから日本への送達は、外交ルートを通じて行われなければならない（連邦裁判所ルール Order 8.3 (2)(3)）^{*32}。

結局、二国間取決めがあると解したとしても、そう解しなかったとしても、オーストラリアから日本への送達では、外交ルートを通じた送達はオーストラリア法で有効とされることになる^{*33}。

国家間の約定または外交ルートによる送達を試みましたが、送達できなかった旨の公式の証書や宣言が外国の政府や裁判所からオーストラリアの裁判所に対して送られた場合には、送達を求める者の申立てに基づいて、それに代わる手段での送達を命じることができる（連邦裁判所ルール Order 8.7(2)(3)）。

(4) 離婚申立書の送達期日

申立人は、相手方がオーストラリア国内にいるときには、審理期日の28日前までに、相手方がオーストラリア国外にいるときには、審理期日の42日前までにそれらの文書を送達しなければならないとされている^{*34}。

6 答弁書

夫婦の一方によって離婚の申立てが行われ、相手方がその離婚に反対する場合や管轄権について争う場合には、相手方は答弁書（RESPONSE TO DIVORCE）を裁判所に提出しなければならない（連邦治安判事裁判所ルール 25.08 (1)）。その期間は、申立書の送達をオーストラリア国内で受けた場合には、送達を受けた日から28日以内、それ以外の場合には、送達を受けた日から42日以内である（連邦治安判事裁判所ルール 25.10）。相手方は、裁判所に答弁書を提出した後は、実行できる限り早く、答弁書のコピーを申立人に送達しなければならない（連邦治安判事裁判所ルール 25.08 (2)）。

7 審理

(1) 審理の場所

ほとんどの場合、離婚の審理は、離婚の申立てが行われた裁判所で行われると言われている^{*35}。夫婦それぞれは、電話やテレビ会議といった電子的手段でこの審理に出廷するよう申し立てることも可能である（連邦治安判事裁判所ルール 25.11）。したがって、例えば、遠方に住む相手方は、この申立てを行うことによって、実際に審理が行われる裁判所まで来なくても、電子的手段で審理に出廷することができる。

また、夫婦それぞれは、他の裁判所で審理をするよう申し立てることが可能である（連邦治安判事裁判所ルール 8.01）。夫婦は、この申立てを行うことによって、より都合のよい裁判所で審理が行われるようにするために、審理が行われる裁判所を変更することができる。

(2) 当事者不在のままの審理

離婚に争いがない場合、一定の要件を満たせば、審理は夫婦やその弁護士が不在のままで行われ、当事者不在のまま離婚が命じられる。すなわち、夫婦一方によって離婚が申し立てられている場合には、離婚に争いがなく、18歳未満の子がおらず、申立人が当事者不在のまま離婚を決定するよう裁判所に求め、相手方が当事者不在のまま離婚を決定しないよう裁判所に求めなかったときには、裁判所は当事者不在のまま離婚を決定することができる（家族法 98A 条 1 項、連邦治安判事裁判所ルール 25.13）。他方、夫婦共同の申立ての場合には、夫婦が当事者不在のまま離婚を決定するよう裁判所に求めたときには、18歳未満の子の監護、福祉および発達のための適切な取りきめがなされていないと裁判所が認めるときを除いて、裁判所は当事者不在のまま離婚を決定することができる（家族法 98A 条 2 項、連邦治安判事裁判所ルール 25.14）。

(3) 準拠法

オーストラリア家族法によって裁判所に与えられた管轄権は家族法に従って行使されなければならない、また、コモンローの国際私法ルールによれば、外国の法が適用される場合には、外国法が適用されなければならないとオーストラリア家族法では規定されている（42条）。コモンローの国際私法ルールでは、離婚について、オーストラリア裁判所は法廷地法であるオーストラリア法を適用するとされており^{*36}、夫婦の国籍やドミサイル等にかかわらず、オーストラリア家族法が常に離婚の準拠法となる^{*37}。

(4) 離婚原因

オーストラリア家族法が定める離婚原因とは、婚姻が回復できない程度に破綻していることであり（家族法48条1項）、これは、同居が再開される合理的な可能性があるとして裁判所が認める場合を除いて、夫婦が申立日直前まで少なくとも12ヶ月間以上連続して別居していたことのみによって証明される（家族法48条2、3項）。ここでは、夫婦一方の有責性は問題とされない^{*38}。夫婦の一方の申立てによる場合も夫婦共同の申立てによる場合も、この要件を満たさなければ、離婚は認められない^{*39}。

(5) 18歳未満の子がいる夫婦の離婚

夫婦に18歳未満の子がいる場合で、その子に関する夫婦間の取決めが適切であることについて裁判所が疑問を持つ場合、裁判所は、離婚裁判を延期することができる（家族法55A条2項）。また、次に述べるように、18歳未満の子に関する裁判所の宣言がなければ、離婚の決定の効力は生じないとされている（家族法55A条1項）。

8 離婚の確定

以上の要件を満たすと、オーストラリア裁判所は、「離婚の決定」（"divorce order"）を下して、離婚を命じる。しかし、その決定はすぐに効力が生じる

わけではない。離婚の決定から1ヶ月が経過したとき、または、18歳未満の子に関する取決め等についての裁判所の宣言（家族法 55A 条）がなされたときのいずれか遅い方の時点までに、離婚の決定が取り消されたり、夫婦のどちらかが死亡したり、上訴されない限り、上述のいずれか遅い方の時点で効力を生じるのが原則である（家族法 55 条 1 項）。

離婚の決定の効力が生じると、夫婦はそれぞれ再び婚姻できることになるが（家族法 59 条）、離婚の決定の効力が生じるまでの間、2人は夫婦として取り扱われることになる。離婚の決定の効力が生じるまでの間に、一方が死亡した場合、離婚の決定は効力が生じないと規定されている（家族法 55 条 4 項）。したがって、この場合、他方は死亡者の「配偶者」として取り扱われることになる^{*40}。また、効力が生じるまでの間に、和解したということを経由し、2人が離婚の決定を取り消す旨の申立てを行えば、裁判所は離婚の決定を取り消すことができる（家族法 57 条）。詐欺、偽証、証拠の隠蔽等の正義の瑕疵があると認められる場合も、離婚の決定が効力を生じるまでの間であれば、夫婦の申立てまたは司法長官の介入によって（on the intervention of the Attorney-General）、裁判所は離婚の決定を取り消すことができる（家族法 58 条）。上訴も、効力が生じるまでの間に行われなければならない（家族法 93 条）^{*41}。

9 小括

オーストラリアにおける離婚制度をわが国の離婚制度と比較してみて、その特徴となることは、その管轄権、準拠法、離婚原因、審理方法についてであろう。オーストラリア家族法はオーストラリア裁判所が管轄権を有する場合を広範に定め（もっとも、明らかに不適切な法廷地のルールによって、管轄権の行使が控えられる場合もある）、しかも、オーストラリア裁判所は、12ヶ月間の別居があれば原則として離婚を認めるオーストラリア法を常に

準拠法とする。このようなオーストラリアの離婚制度は、離婚を望んでいる有責配偶者にとっては都合のよい地であり、オーストラリアは法廷地漁りを引き起こしやすい地であると言えよう。また、離婚の申立ては、裁判所で手渡しによって行うことができるほか、郵便によっても行うことができる。しかも、離婚に争いがない場合、一定の要件を満たせば、審理は、夫婦やその弁護士が不在のままで行われ、当事者不在のまま離婚が命じられる。このような制度によって、特に、夫婦間で離婚の合意がある場合には、離婚が簡易な手続で認められることになり、離婚を望んでいる夫婦にとっては便利な制度となる。

Ⅲ オーストラリア離婚裁判のわが国での承認要件の検討

1 外国離婚裁判の承認に関する規定

では、以上のようにして下されたオーストラリア離婚裁判は、どのような要件を満たせば、わが国で効力を有することになるのであろうか。

外国判決の承認に関する規定である民事訴訟法 118 条では、外国裁判所の確定判決（柱書）は、管轄権の要件（1号）、送達・応訴の要件（2号）、公序良俗の要件（3号）、相互保証の要件（4号）を満たす場合に限り、日本で承認されると規定されているが、オーストラリア裁判所によって下された離婚判決の日本での承認が問題となった次の事件も、民事訴訟法 118 条によって、わが国でのその効力を判断している。

2 東京家裁平成 19 年 9 月 11 日判決（家月 60 巻 1 号 108 頁）^{*42}

この事件は、日本に住んでいたオーストラリア人夫 Y（有責配偶者）が、日本に住んでいた日本人妻 X との離婚をオーストラリア裁判所に求め、そして、X がオーストラリア裁判所でその管轄権等について争ったにもかかわらず

らず、離婚が認められたため、その裁判が日本では承認されないことの確認を X が日本の裁判所に求めたものであった（なお、Y は、本件離婚判決が日本で承認されると主張したほか、予備的反訴として離婚を求めた）。これについて、東京家裁は次のように判示し、オーストラリア裁判所での本件離婚判決は、民事訴訟法 118 条の管轄権の要件（1 号）と公序良俗の要件（3 号）を具備しないことを理由に、日本では効力を有しないと結論した。

一 「外国離婚判決が有効かどうかは、外国判決の承認の問題であるから、民事訴訟法 118 条の要件を充足する場合に限り、我が国においてその効力が認められる」。

二 外国裁判所の確定判決が我が国において効力を有する要件としての民事訴訟法 118 条 1 号は、「我が国の国際民事訴訟法の原則から見て、当該外国裁判所の属する国がその事件につき国際裁判管轄（間接的一般管轄）を有すると積極的に認められることをいうものと解されるが、どのような場合に判決国が国際裁判管轄を有するかについては、これを直接に規定した法令がなく、また、よるべき条約や明確な国際法上の原則もいまだ確立されていないことからすれば、当事者間の公平、裁判の適正・迅速を期するという理念により、条理に従って決するのが相当である」（最判平成 10・4・28 民集 52 卷 3 号 853 頁）。

三 そして、本件外国離婚判決が 1 号の管轄権の要件を具備するかどうかについては、離婚事件の国際裁判管轄権について判示した昭和 39 年の最高裁判決（最大判昭 39・3・25 民集 18 卷 3 号 486 頁、最判昭 39・4・9 裁判集民事 73 号 51 頁）の法原則、つまり、原則として当該離婚事件の被告住所地国に管轄権が認められるが、例外的に、原告が遺棄された場合、被告が行方不明である場合その他これに準ずる場合には、原告の住所地にも管轄権が認められるとするルールに従って判断すべきである。

四 「これを本件についてみると、…X…の住所地は我が国にあり、Y 自身

も我が国においてXと婚姻し、共同生活を営んでいたものであり、しかも、Yは、我が国において仕事に就いており、XとYとは婚姻後オーストラリアに居住したことは一度もないのである。」こうした事実からすれば、当事者間の公平、裁判の適正・迅速の理念や昭和39年の最高裁判決の法原則に照らせば、オーストラリア裁判所に本件離婚訴訟についての管轄権があるとは認められない。

五 「なお、オーストラリアの家族法では、当事者の一方がオーストラリア国籍を有する場合には、同国裁判所の国際裁判管轄権を認めるとされており、本件離婚判決においては、この規定に従い管轄権を肯定したものと解されるが、当事者の一方が自国民でさえあれば当然のこととして管轄権を肯定するというのは、離婚事件との関連では、過剰な管轄というべきである」。

六 また、民事訴訟法118条3号の公序良俗の要件については、「もちろん我が国で離婚請求が認められないからといって、本件離婚判決が直ちに民事訴訟法118条3号にいう公序良俗違反となるというわけではないが、XとYが我が国で結婚し、婚姻生活も我が国において送ってきたものであって、それゆえX及びYの離婚は、我が国における離婚事案であるといえなくもなく、さらに有責配偶者からの離婚請求が信義則に反する場合、離婚請求を認めることはできないという法理は、我が国の身分法秩序として確立されており、その意味で重要なものであるというべきであって、十分尊重されなければならず、「こうした事情を勘案考慮すれば、本件離婚判決の内容は我が国の公序良俗に反するものというべきである。」したがって、本件離婚判決は民事訴訟法118条3号の要件を満たさない。

3 民事訴訟法118条該当性：「外国裁判所の確定判決」

(1) 「外国裁判所」および「確定」

民事訴訟法118条によって承認される外国裁判は、「外国裁判所の確定判

決」でなければならない。オーストラリア離婚裁判は、Ⅱ 2 で述べたオーストラリア裁判所が下すものであるから、「外国裁判所」という要件は満たされる。さらに、ここでいう「確定」とは、判決国法上、通常の不届申立手段が尽きていることを指すと解されている^{*43}から、この見解によれば、オーストラリア離婚裁判の承認でこの要件を満たすかどうかは、Ⅱ 8 で述べたオーストラリア法上通常の不届申立手段が尽きているかどうかによることになる。

(2) 「判決」

① オーストラリア離婚裁判の種類

承認適格性に関して残された問題は、オーストラリア離婚裁判が、民事訴訟法 118 条の意味での「判決」に該当するかどうかである。Ⅱ 7 で述べたように、オーストラリアでは、(a) 離婚について当事者が争った上で、離婚が命じられる場合のほか、(b) 離婚に争いがないうちに離婚が命じられる場合があり、さらに、(b) の場合には、夫婦やその弁護士が不在のまま、離婚が命じられる場合がある。以下では、(a) (b) それぞれについて、民事訴訟法 118 条の承認適格性を検討してみる。

② 離婚判決 ((a) の場合) と民事訴訟法 118 条

これまで、民事訴訟法 118 条の対象となる「判決」に、離婚判決のような形成判決が含まれるかどうかの問題とされてきた。すなわち、形成判決も含まれるとする見解(戸籍実務はこの立場である^{*44})と、含まれないとする見解が主張されている。しかし、現在では、いずれの見解も、外国離婚判決の承認について、準拠法を問題とすることなく、民事訴訟法 118 条に沿って(適用、準用または類推によって)、承認を判断するものであって、その実質的な違いは、相互保証の要件(4号)が必要とされるかという点にある^{*45}。したがって、相互保証の要件(4号)が必要とされるかという点での違いはあるが(これについては、後述を参照)、オーストラリア離婚判決((a) の場合)

は、民事訴訟法 118 条に沿って、わが国での承認の可否が判断されることになる。

③ 非訟事件裁判（(b) の場合）と民事訴訟法 118 条

(b) のように、離婚に争いがなく離婚が命じられた場合（特に、夫婦が共同で離婚を申し立てた場合）には、このような離婚裁判は、むしろ、国家が後見的な作用を営む性質の非訟事件裁判と言えるように思われる^{*46}。民事訴訟法 118 条の文言では、その対象は「判決」であるので、非訟事件裁判の性質を持つオーストラリア離婚裁判が、「判決」に含まれるかどうかということが問題となる。

非訟事件裁判の承認については、(ア) 民事訴訟法 118 条の適用を指向する見解、(イ) 非訟事件裁判であっても、争訟性のあるものについては民事訴訟法 118 条が適用され、そして、争訟性がないものについては、民事訴訟法 118 条のうちの管轄権の要件（1 号）と公序良俗の要件（3 号）を具備すればわが国で承認されるとする見解、(ウ) (イ) のような区分をせず、民事訴訟法 118 条のうちの管轄権の要件（1 号）と公序良俗の要件（3 号）を具備すれば、非訟事件裁判はわが国で承認されるとする見解が主張されている^{*47}。

ただ、いずれの見解によっても、(b) のようなオーストラリア離婚裁判の承認においては、準拠法は問題とされず、民事訴訟法 118 条の個別の要件を検討することによって、承認の可否を判断することになる。

(a) と (b) を分ける考えも主張されているが、離婚裁判という点では共通する (a) の場合と (b) の場合を統一的に理解するためにも、民事訴訟法 118 条の「判決」の概念を広く理解し、それぞれの裁判の性質に応じて、民事訴訟法 118 条各号の承認要件の要否を検討し、承認の可否を判断する方法もありうるものとする^{*48}。

4 民事訴訟法 118 条 1 号

民事訴訟法118条1号によれば、外国判決が日本で承認されるためには、「法令又は条約により外国裁判所の裁判権が認められること」という管轄権の要件を満たさなければならない。

この要件を満たすかどうかを判断するに当たっては、まずはじめに、どこの国の法を基準に管轄権があると判断するのか、すなわち、判決国法の立場から判断するのか、それとも、承認国法の立場から判断するのかということが問題となる。これについて、現在では、学説や最高裁判決（最判平成10・4・28民集52巻3号853頁）は、承認国法の立場から判断する。この立場によれば、Ⅱ3で述べたオーストラリア法は、管轄権の要件を検討する上では無関係となる。東京家裁判決も、平成10年の最高裁判決を引用しながら、この見解に立っている（判旨二）。

しかし、この要件を承認国法であるわが国の法によって判断するとしても、わが国には離婚事件の国際裁判管轄権について定めた規定は存在しないから（間接管轄権だけでなく、直接管轄権についてもそうである）、具体的にそれがどのような要件となるかが問題となる。これについて、学説では、（ア）間接管轄権の基準を直接管轄権の基準と同じであるとする見解と、（イ）間接管轄権の基準を直接管轄権の基準と別と考え、間接管轄権の基準を直接管轄権の基準よりも緩やかな基準とする見解が主張されている。間接管轄権の基準について、平成10年の最高裁判決は、明文の規定がないから、当事者間の公平、裁判の適正・迅速の理念から条理に従って判断するとし、「具体的には、基本的に我が国の民訴法の定める土地管轄に関する規定に準拠しつつ、個々の事案における具体的事情に即して、当該外国判決を我が国が承認するのが適当か否かという観点から、条理に照らして」判断すべきと判示し、間接管轄権について、（ア）とならない余地も残した立場に立っている。これに対して、東京家裁判決は、離婚事件の直接管轄権に関して判示した昭

和 39 年の最高裁判決によるとしており（判旨三）、（ア）の立場に立つものであると理解することもできよう^{*49}。

思うに、（ア）の立場に立つと、外国離婚裁判の承認を必要以上に制限する結果となる場合があり、妥当ではない。つまり、（ア）の立場に立ち、その基準を昭和 39 年の最高裁判決の基準とすると、日本に住む夫婦の一方であるオーストラリア人がオーストラリア裁判所に離婚の申立てを行った場合には、日本民法によって離婚が認められるような状況であっても、両当事者はオーストラリアに住所を有さないから、管轄権の要件を満たさないことだけを理由に、その外国裁判の承認は一律に拒否されることになる。間接管轄権に関する基準を平成 8 年の最高裁判決（最判平成 8・6・24 民集 50 巻 7 号 1451 頁）の基準によって判断するとしても、この基準も夫婦の一方が有する国籍を管轄原因とすることを認めるものではないだろうから、本件のような場合、一律に承認が否定されることになるだろう^{*50}。身分関係については特に不均衡な身分関係の発生を防止すべきあり、間接管轄権の基準を直接管轄権の基準よりも緩やかな基準とし、外国離婚裁判の承認を妨げる要件を最低限にすべきと考える。民事訴訟法 118 条 1 号の解釈としては、管轄権の要件をできるだけ広く解し、具体的な処理を公序良俗の要件（3 号）に委ねるべきではないだろうか^{*51}。

5 民事訴訟法 118 条 2 号

民事訴訟法 118 条 2 号は、「敗訴の被告が訴訟の開始に必要な呼出し若しくは命令の送達（公示送達その他これに類する送達を除く。）を受けたこと又はこれを受けなかったが応訴したこと」を承認要件としている。このうちの送達の要件について、平成 10 年の最高裁判決は、「我が国の民事訴訟手続に関する法令の規定に従ったものであることを要しないが、被告が現実に訴訟手続の開始を了知することができ、かつ、その防御権の行使に支障のない

ものでなければならない。のみならず、訴訟手続の明確と安定を図る見地からすれば、裁判上の文書の送達につき、判決国と我が国との間に司法共助に関する条約が締結されていて、訴訟手続の開始に必要な文書の送達はその条約の定める方法によるべきものとされている場合には、条約に定められた方法を遵守しない送達は、同号所定の要件を満たす送達に当たるものではない」と判示している。

日本とオーストラリアの間に送達に関する二国間取決めが存在するかについては、文献上見解が異なっているように思われるが、外交ルートを通じた送達が行われた場合、それは、二国間取決めにおいても、また、日本法上もオーストラリア法上も有効であるから（Ⅱ 5（3）を参照）、その適式性については問題が生じない。この場合には、その送達の了知可能性や防御可能性の問題が残ることになる^{*52}。

他方で、オーストラリア法が国内送達において認めている手渡しによる送達や郵便による送達が、日本にいる相手方に対して日本で行われた場合、その送達は、二国間取決めにおいても、また、日本法上もオーストラリア法上も有効ではない（Ⅱ 5（2）（3）を参照）から、適式な送達とはならないであろう^{*53}。

6 民事訴訟法 118 条 3 号

民事訴訟法 118 条 3 号は、外国判決の内容や訴訟手続が日本の公序良俗に反しないことを承認要件としている。オーストラリア離婚裁判に手続的な瑕疵がある場合にも、この要件に基づいて承認を拒否することになるが、有責性を問わない緩やかな要件で離婚が認められるオーストラリア離婚裁判との関係では、東京家裁判決でも問題となったように、その判決内容が日本の公序良俗に反するかどうか特に問題となるだろう。それは、判決内容がわが国の法秩序から見て耐え難いものであるかどうかという点とその判決の内国

牽連性という点から判断される^{*54}。

東京家裁判決の事案の場合には、夫婦間に未成熟の子がおり、日本人妻の離婚後の生活にも不安が残ること、また、日本で婚姻生活を営んでいた夫婦であるから日本との関連性も強いことから、判決内容が日本の公序良俗に反するとして承認を拒否すべきと考える。しかし、日本民法でも離婚が十分に認められるような状況（例えば、夫婦間に未成熟の子がおらず、既に夫婦は長期間別居していて、離婚によって妻が苛酷な状況に陥らない状況で離婚を認めていた場合）であれば、その判決内容はわが国の公序良俗に反するものではない。この場合、その判決を日本で承認しても特に問題はないのであって、4で述べたように、管轄権の要件を緩やかに解して、その判決を日本で承認すべきであると考えられる。

7 民事訴訟法 118 条 4 号

(1) 外国離婚裁判の承認と相互保証の要件

外国離婚判決の承認に関して、4号の相互保証の要件の要否については争いがある。すなわち、(ア) 相互保証の要件は強制執行を念頭に置く規定であるが、離婚判決については強制執行は不要であることや不均衡な身分関係の発生を防止すること等を理由に、相互保証の要件を不要とする見解^{*55}と、(イ) 4号だけを除くのは不自然であり、また、不均衡な関係の発生を防止する必要があるのは財産関係も同様である等を理由に、民事訴訟法 118 条を全面適用する見解^{*56}が主張されている。戸籍実務は後者の立場である^{*57}。もっとも、最高裁昭和 58 年 6 月 7 日判決（民集 37 卷 5 号 611 頁）では、相互保証の要件は、同種類のわが国の判決が外国でわが国と重要な点で異なる条件で承認されることと緩やかに解釈されており、この最高裁の立場によれば、両方の見解の差は見かけほどは大きくないと言えるだろう。

身分関係事件では不均衡な身分関係の発生をできるだけ防止すべきであっ

て、国家間に相互保証がないということだけで、外国離婚が承認されず、不均衡な身分関係が発生するのは決して望ましいことではない。そもそも民事訴訟法 118 条 4 号は強制執行を念頭においた規定であると言われていることからすると^{*58}、強制執行を必要としない外国離婚裁判の承認についてはこの要件は不要とするべきであり、民事訴訟法 118 条をそのように解しても無理はないと考える。この立場からは、オーストラリア裁判所が下した離婚裁判の承認に当たっても、相互保証の要件は不要と解することになる。

(2) 外国離婚の承認に関するオーストラリアの規定

かりに、相互保証の要件を必要と解しても、オーストラリアの外国離婚の取り扱いを見ると、日本とオーストラリアとの関係ではこの要件は満たされるところと思われる。

外国で成立した離婚のオーストラリアでの承認について定めた規定は、オーストラリア家族法の 104 条である。その 3 項では、外国の法に従って効力を有している離婚は、a 号から f 号のいずれかに該当する場合には、4 項の承認拒否事由に該当しない限り、オーストラリアで承認されると規定されている。

まず、ここでは、離婚が、「外国の法に従って」効力を有していなければならない。しかし、この要件は、離婚が外国法に従って正しく行われたものであったかをオーストラリアが再審査することを要求するものではなく、外国裁判所が事物管轄権を有していたかどうかということや、外国法によって、婚姻を解消する効果が与えられるものであるかということだけの審査を要求するものであると解釈されている^{*59}。なお、ここでいう「外国の法に従って効力を有している」場合とは、離婚が、離婚の申立時において、その外国で有効なものとして承認されていた場合も、その離婚はこの要件を満たすことになる（104 条 8 項）。つまり、離婚の申立時に、別の外国（F-2）で行われた離婚が、外国（F-1）で有効な離婚として承認されていた場合も、外国（F-1）

の法で効力を有しているとされる。

また、104条3項に基づいて、外国離婚がオーストラリアで承認されるための要件とされている3項a号からf号のいずれかの場合とは、次のいずれかの場合である。すなわち、(a) 離婚の申立時に、相手方がその外国に通常居住していた場合、(b) 離婚の申立時に、申立人がその外国に通常居住しており、かつ、(i) 申立人のその通常居住が、離婚の申立時直前に1年以上継続している、または、(ii) 夫婦の最後の同居場所がその外国であった場合、(c) 離婚の申立時に、申立人または相手方がその外国にドミサイルを有していた場合、(d) 離婚の申立時に、相手方がその外国の国民であった場合、(e) 離婚の申立時に、申立人がその外国の国民であり、かつ、(i) 離婚の申立時に、申立人がその国に通常居住していたか、または、(ii) 離婚の申立時直前の2年間のうち、少なくとも部分的に継続して1年間、申立人がその国に通常居住していた場合、(f) 離婚の申立時に、申立人がその外国の国民であり、その外国に居住しており、かつ、夫婦の最後の同居場所が、離婚の申立時に、婚姻の解消または無効について規定していない外国であった場合である。これは、1970年にハーグ国際私法会議で成立し、オーストラリアも批准している「離婚および法定別居の承認に関する条約」^{*60}の2条とほぼ同じ内容である。

さらに、104条3項に基づいて外国離婚が承認されるためには、104条4項の承認拒否事由に該当してはならない。4項で規定されている承認拒否事由は、(a) コモンロー上の国際私法によれば、夫婦は自然的正義が否定されるということを理由にその有効性の承認が拒否される場合、または、(b) 承認が明らかに公序に反する場合である。

以上の要件を満たす限り、オーストラリア家族法104条3項によって、外国での離婚はオーストラリアで承認される。さらに、もし104条3項の承認要件を満たさないとしても、104条5項により、コモンローのルールによれ

ばその離婚がオーストラリアで承認されるのであれば、その離婚はオーストラリアで承認される^{*61}。

つまり、オーストラリアでは、104条3項に基づく承認とそれを補充する104条5項に基づくコモンローによる承認が規定されている。いずれの規定も、外国離婚の方法を問わない、つまり、裁判、立法、その他の方法で下されたかどうかを問わないものであって（104条10項）、すべての外国離婚に適用される（日本の協議離婚も対象となる^{*62}）。わが国でのオーストラリア離婚の取扱いと比べると、このようなオーストラリアの取扱いは、制限的と言えるものではなく、相互保証の要件を満たすものと言えよう。

IV おわりに

「離婚の自由」という考えが進展すると、有責性を問わない緩やかな要件のもとで、簡易な手続によって離婚が認められることが増えてくると思われる。例えば、スウェーデンでは、夫婦の一方が離婚の申立てを行い、その後6ヶ月間の考慮期間を経過する場合（2年以上別居している場合には考慮期間を置く必要はなく、ただちに離婚の権利を取得する）には、改めて申立てが行われると離婚が認められるほか、16歳未満の子がいない夫婦は、離婚に合意し、そして、考慮期間を置くことを望まない場合には、ただちに離婚が認められる^{*63}。このような外国離婚の日本での取扱いについて、管轄権の要件を緩やかに取り扱って、公序良俗の要件にウェイトを置くことによって承認を判断すべきと考えることは既に述べたとおりである。

「離婚の自由」という考え方に基づくと、さらにここで問題となることは、管轄権の要件の基準として夫婦による合意や応訴も含めてもよいのかということである。これは、間接管轄権についてだけでなく、直接管轄権についても問題となるものであって、今後の研究課題にしてみたい。

注)

- *1 Family Law Act 1975. この最新の条文は、ComLawのホームページ (<http://www.comlaw.gov.au/comlaw/comlaw.nsf/sh/homepage>) から入手可能である。なお、このホームページから、本稿で述べるすべての法律、ルール、レギュレーションの最新の条文を入手することができる。
- *2 Federal Magistrates Act 1999.
- *3 Federal Magistrates Court Rules 2001.
- *4 Federal Court Rules.
- *5 Federal Magistrates Regulations 2000.
- *6 ルールは、各裁判所の判事が定めるものである（例えば、家族法123条、連邦治安判事法81条を参照）のに対して、レギュレーションは、オーストラリア司法長官が定めるものである（例えば、家族法125条、連邦治安判事法120条を参照）。
- *7 なお、北部準州の裁判所に離婚事件等の婚姻事件を審理する管轄権が与えられる場面は限定されている。それは、申立てがなされた時点において、夫婦の一方がその地域（準州）に通常居住している場合だけである（家族法39条8項）。また、離婚裁判を行うことができる州や地域の簡易事件を取り扱う裁判所は、指定された裁判所に限られており（家族法44A条、家族法レギュレーション10A条）、しかも、離婚について争いがある場合には、その裁判所で審理することができず、移送しなければならない（家族法46条2A項）。
- *8 なお、西オーストラリア州家庭裁判所で離婚事件の第一審が行われた場合であっても、その控訴審は連邦家庭裁判所であり（家族法40条、Proclamation dated 23 Nov. 1983 (Gazette 1983, No S289, p. 1 of 24 Nov. 1983)）、連邦家庭裁判所の合議体（Full Court）で審理される（家族法94条、94AAA条を参照）。連邦最高裁判所（High Court of Australia）への上告については、注（11）を参照。
- *9 このPractice Directionは、オーストラリア家庭裁判所のホームページ (<http://www.familycourt.gov.au>) から入手可能である。なお、このPractice Directionの「すべての離婚の申立て」に、州や地域の裁判所に行われる離婚の申立てが含まれるかどうかは、その文言からは明らかではない。
- *10 CCH, AUSTRALIAN MASTER FAMILY LAW GUIDE 26-30 (2nd ed. 2008) ; G. MONAHAN & L. YOUNG, FAMILY LAW IN AUSTRALIA 131 (6th ed. 2006) ; R. DALBY, ESSENTIAL FAMILY LAW 6 (3rd ed. 2005) ; T. ALTOBELLI, FAMILY LAW IN AUSTRALIA 79 (2003) .
- *11 なお、その控訴審は連邦家庭裁判所であり、連邦家庭裁判所の合議体（Full Court）で審理される（家族法94条、94AAA条を参照）。連邦最高裁判所（High Court of Australia）へさらに上告する道もあるが、連邦最高裁判所への上告は、連邦最高裁判所の特別許可（special leave of High Court）がある場合だけ認められるものである（家族法95条）。MONAHAN & YOUNG, *supra* note 10 at 37-38.
- *12 小川富之「オーストラリアにおける離婚法の改革」小野幸二教授還暦記念論集刊行委員会企画『21世紀の民法』728頁（法学書院・1996年）。

- *13 (1996) 185 CLR 571. この事件については、北坂尚洋「オーストラリア法における国際離婚事件の管轄権」福岡52巻4号418-427頁（2008年）、Nyggh, *Voth in the Family Court Re-visited: High Court Pronounces forum conveniens and lis alibi pendens*, 10 AJFL 1 (1996)、Keyes, *Jurisdiction in International Family Litigation: A Critical Analysis*, 27 (1) UNSW L. J. 51-55 (2004) 等を参照。
- *14 (2000) 155 FLR 311. この事件については、北坂・前掲注 (13) 425-427頁を参照。
- *15 (2006) 197 FLR 21. この事件についても、北坂・前掲注 (13) 427-428頁を参照。
- *16 オーストラリア統計局 (Australian Bureau of Statistics) の統計によると、2007年においては、申し立てられた離婚 (申し立てのタイプが明らかにされていないものを除く) のうち、夫からの申立ては約27%、妻からの申立ては約39%、夫婦共同の申立ては約34%であった。夫婦共同の申立ては、1988年には約11%を占めるにとどまっていたが、年々増加する傾向にある。 <http://www.abs.gov.au/ausstats/abs@.nsf/mf/3307.0.55.001>
- *17 Family Court of Australia & Federal Magistrates Court of Australia, *Application for Divorce Kit*, A. この文書は、Family Law Courtsのホームページ (<http://www.familylawcourts.gov.au>) で入手することができる。なお、離婚申立書等の離婚に関する文書もこのホームページで入手することができる。
- *18 Application for Divorce Kit, *supra* note 17 at A. なお、現在、文書をポータルを通して裁判所に提出するために、Commonwealth Courts Portal (<https://www.comcourts.gov.au>) というポータルが作成されており、このポータルを通して文書を提出することに向けた試験が進められている。Federal Magistrates Court of Australia, *Notice to Practitioners and Litigants, Filing of Documents by Electronic Communication pursuant to Rules 2.07A and 2.07B Federal Magistrates Court Rules 2001*. この文書は、<http://fmc.gov.au/practice/docs/efiling2.pdf>より入手可能である。
- *19 CCH, *supra* note 10 at 65; E. MILLS & M. BAGARIC, FAMILY LAW 89-90 (2nd ed. 2005) .
- *20 CCH, *supra* note 10 at 65; MILLS & BAGARIC, *supra* note 19 at 89-90.
- *21 Application for Divorce Kit, *supra* note 17 at A.
- *22 Family Court of Australia & Federal Magistrates Court of Australia, *Divorce Service Kit*, C and E (この文書も、前掲注 (17) で述べたFamily Law Courtsのホームページで入手することができる) ; CCH, *supra* note 10 at 72.
- *23 CCH, *supra* note 10 at 72.
- *24 Divorce Service Kit, *supra* note 22 at E.
- *25 Divorce Service Kit, *supra* note 22 at C-D.
- *26 Divorce Service Kit, *supra* note 22 at E-F.
- *27 Convention of 1 March 1954 on Civil Procedure, concluded on 1 March 1954, entered into force on 12 April 1957. この条約の原文は、ハーグ国際私法会議のホームページ (http://www.hcch.net/index_en.php) からも入手可能である。
- *28 Convention of 15 November 1965 on the Service Abroad of Judicial and Extrajudicial

Documents in Civil or Commercial Matters, concluded on 15 November 1965, entered into force on 10 February 1969. この条約の原文も、注（27）で述べたハーグ国際私法会議のホームページからも入手可能である。

- *29 現在の条約締約国の状況については、注（27）で述べたハーグ国際私法会議のホームページで知ることができる。
- *30 最高裁判所事務総局民事局監修『国際司法共助ハンドブック』280-283頁（法曹会・1999年）。
- *31 オーストラリア司法省のホームページには、オーストラリアと各国との国際司法共助の状況が説明されており、オーストラリアと日本との国際司法共助の状況についても説明されている。http://www.ag.gov.au/www/agd/agd.nsf/Page/Internationalcivilprocedure_ServiceofDocumentsAbroad_Japan
- *32 前掲注（31）で述べたホームページを参照。
- *33 後述する東京家裁判決のオーストラリア裁判所に提起された離婚事件でも、オーストラリア裁判所から、在日オーストラリア大使館、外務省、最高裁、地裁を経由して、日本にいた妻へ送達が行われ、外交ルートを通じた送達が行われた。なお、これまでに、二国間取決めによらない領事送達が行われたこともあるようである。最高裁判所事務総局民事局・前掲注（30）349頁の表を参照。
- *34 Application for Divorce Kit, *supra* note 17 at A; Divorce Service Kit, *supra* note 22 at A; CCH, *supra* note 10 at 72.
- *35 Application for Divorce Kit, *supra* note 17 at B.
- *36 1975年に家族法が制定されたことによって廃止された婚姻事件法（Matrimonial Causes Act 1959, 1965, 1966）が施行されていた当時の判例であるが、例えば、Cherry v Cherry（1971）1 SASR 148を参照。
- *37 R. CHISHOLM, AUSTRALIAN FAMILY LAW VOL. 1 1217（service 217 2008）；P. E. NYGH & M. DAVIES, CONFLICT OF LAWS IN AUSTRALIA 479（7th, 2002）；R. G. MORTENSEN, PRIVATE INTERNATIONAL LAW IN AUSTRALIA 333（2006）；M. TILBURY & G. DAVIS & B. OPESKIN, CONFLICT OF LAWS IN AUSTRALIA 659（2002）；M. DAVIS & S. RICKETSON & G. LINDELL, CONFLICT OF LAWS COMMENTARY AND MATERIALS 754（1997）；E. I. SYKES & M. C. PRYLES, AUSTRALIAN PRIVATE INTERNATIONAL LAW 460（3rd, 1991）。
- *38 CCH, *supra* note 10 at 61.
- *39 MONAHAN & YOUNG, *supra* note 10 at 132. なお、離婚が命じられるために必要とされる12ヶ月間以上の別居に関しては、さらなる規定がオーストラリア家族法49条、50条や52条に置かれている。オーストラリア家族法における離婚原因については、リサ・ヤング（小川富之訳／監修）「オーストラリア家族法（2）」戸時630号51-56頁（2008年）、武田政明「オーストラリア家族法における破綻主義の徹底」明治大学短期大学紀要30号77-117頁（1981年）、北坂・前掲注（13）430-432頁、CCH, *supra* note 10 at 61-65、MONAHAN & YOUNG, *supra* note 10 at 154-171、MILLS & BAGARIC, *supra* note 19 at 78-98、DALBY, *supra* note 10 at 6-12、CHISHOLM, *supra* note 37 at 1243-1277、

ALTOBELLI, *supra* note 10 at 116-146等を参照。小川・前掲注(12)732頁の注(2)で挙げられている文献も参照。

- *40 DALBY, *supra* note 10 at 10.
- *41 上訴で離婚の決定が下された場合、その決定から1ヶ月が経過したとき、または、上訴がなされなければ効力を生じた日のいずれか遅い時点に、離婚の効力が生じることになる(家族法55条3項)。
- *42 本件の評釈としては、織田有基子「判批」ジュリ1362号144頁(2008年)、佐野寛「判批」リマークス38号(2009〈上〉)138頁(2009年)がある。また、村重慶一・戸時631号82頁(2008年)も参照。
- *43 例えば、秋山幹男=伊藤眞=加藤新太郎ほか『コンメンタル民事訴訟法Ⅱ〔第2版〕』512頁(日本評論社・2006年)、本間靖規=中野俊一郎=酒井一『国際民事手続法』179頁(有斐閣・2005年)を参照。
- *44 昭和51年1月14日法務省民二第280号民事局長通達。
- *45 外国離婚判決の承認に関する議論については、例えば、山田鎌一『国際私法〔第3版〕』469頁(有斐閣・2004年)、徳岡卓樹「身分関係事件に関する外国裁判の承認」澤木敬郎=青山善充編『国際民事訴訟法の理論』403頁(有斐閣・1987年)を参照。
- 理論的には、①民事訴訟法118条は離婚判決のような形成判決も対象とし、相互保証の要件(4号)も必要とする見解、②民事訴訟法118条は離婚判決のような形成判決も対象とするが、相互保証の要件(4号)を必要としない見解、③民事訴訟法118条は離婚判決のような形成判決を対象とせず、相互保証の要件(4号)も必要ではないとする見解が考えられると思われる。
- *46 このような離婚裁判の性質について、小川・前掲注(12)729頁では、「行政手続による離婚の方向へ向かう第一段階」と言われている。もし、このような離婚をわが国の協議離婚と同じであると考えたとすると、通説によれば、そのような離婚は、法の適用に関する通則法が指定する準拠法により有効とされる場合に、わが国で有効な離婚とされることになるかとされている。山田・前掲注(45)475頁。
- *47 外国非訟事件裁判の承認については、例えば、海老沢美広「外国離婚判決(子の監護裁判を含む)の効力」野田愛子=若林昌子=梶村太市ほか編『家事関係裁判例と実務245題』85-86頁(2002年)、河野俊行「非訟裁判の承認」櫻田嘉章=道垣内正人編『国際私法判例百選〔新法対応補正版〕』203頁(有斐閣・2007年)を参照。
- *48 これについては、北坂尚洋「外国で成立した身分関係のわが国での効力」国際私法年報6号187頁(2004年)を参照。なお、秋山=伊藤=加藤ほか・前掲注(43)511-512頁は、民事裁判として備えるべき普遍的属性、すなわち、私人間の権利義務が判断対象とされていること、判断機関の中立性や法が判断基準とされていること等を備えている場合には、非訟事件裁判も民事訴訟法118条に含まれるとする。なお、韓国で行われた離婚審判の承認について、横浜地裁平成11年3月30日判決(判時1696号120頁)は、民事訴訟法118条を適用して日本での承認を判断している。

ただ、戸籍実務は、外国養子縁組の承認に関しては、たとえその養子縁組が裁判所

によって決定されたものであったとしても、民事訴訟法118条に沿って承認の可否を判断するのではなく、法の適用に関する通則法が指定する準拠法上の要件を満たす場合に、外国養子縁組の効力を認めるとしている。佐藤やよひ＝道垣内正人編『渉外戸籍法リステイトメント』141頁（日本加除出版・2007年）。

- *49 もっとも、昭和39年の最高裁判決によるのであれば、XもYも日本に住所を有さないとして、管轄権の要件を満たさないとすることができたにもかかわらず、東京家裁判決の判旨四の部分では、XYの婚姻生活地、Yは日本で就職していること、XとYとは婚姻後オーストラリアに居住したことは一度もないことも取り上げており、昭和39年の最高裁判決にそのまま従うものではないとも言うことができる。佐野・前掲注（42）141頁。
- *50 織田・前掲注（42）146頁。
- *51 例えば、離婚事件の間接管轄権について定めたスイス国際私法65条では次のように規定されており、このように解釈していくべきではないかと考える。これについては、北坂・前掲注（48）188-190頁を参照。

第65条 外国裁判

- 1 離婚または法定別居に関する外国裁判は、夫婦の一方の住所地国、常居所地国もしくは本国で下されたか、または、これらの国のいずれかで承認される場合には、スイスで承認される。
 - 2 前項の規定にかかわらず、夫婦のいずれもが国籍を有さない国、または、原告である配偶者のみが国籍を有する国で下された裁判は、次のいずれかの場合に限り、スイスで承認される。
 - a 訴え提起時点において、少なくとも夫婦の一方が裁判国に住所または常居所を有しており、かつ、被告である配偶者がスイスに住所を有していなかった場合。
 - b その外国裁判所の管轄権に無条件で服した場合。
 - c その裁判がスイスで承認されることについて、被告である配偶者が同意している場合。
- *52 東京地裁平成2年3月26日判決（金判857号39頁）は、翻訳文の添付が必要であるとしている。なお、適式性や了知可能性・防御可能性についての学説さまざまである。これについては、例えば、本間＝中野＝酒井・前掲注（43）186-189頁、長田真里「直接郵便送達」櫻田＝道垣内・前掲注（47）194-195頁を参照。
- *53 オーストラリアにいる相手方に対して、オーストラリア法で認められている手渡しによる送達や郵便による送達がオーストラリアで行われた場合、適式性を判決国法によって判断する立場に立つと、このような送達は適式な送達となるだろう。
- *54 本間＝中野＝酒井・前掲注（43）190-191頁。
- *55 例えば、松岡博『家族法の理論』205-207頁（大阪大学出版会・2002年）、木柵照一＝松岡博＝渡辺惺之『国際私法概論〔第5版〕』355頁（有斐閣・2007年）〔渡辺執筆〕。

- *56 山田・前掲注(45) 472頁。
- *57 昭和51年1月14日法務省民二第280号民事局長通達。
- *58 江川英文「外国離婚判決の承認」立教1号45頁(1960年)。
- *59 *Norman v Norman*, (1969) 16 FLR 232; NYGH & DAVIES, *supra* note 37 at 482-483; MORTENSEN, *supra* note 37 at 346. しかし、外国裁判所の裁判が事実や法律に関する誤謬を理由に無効であるということが証明される場合には、その国の法に従って効力を有しているということとはできないと言われている。NYGH & DAVIES, *supra* note 37 at 482-483.
- *60 Convention of 1 June 1970 on the Recognition of Divorces and Legal Separations, concluded on 1 June 1970, entered into force on 24 August 1975. この条約の原文も、注(27)で述べたハーグ国際私法会議のホームページから入手可能である。
- *61 コモンローのルールによる承認については、NYGH & DAVIES, *supra* note 37 at 484-488; MORTENSEN, *supra* note 37 at 335-343; TILBURY & DAVIS & OPESKIN, *supra* note 37 at 664-676; DAVIS & RICKETSON & LINDELL, *supra* note 37 at 757-774; SYKES & PRYLES, *supra* note 37 at 462-471を参照。
- *62 <http://www.consular.australia.or.jp/divorce.html>
- *63 スウェーデン法については、木村三男監修『全訂 渉外戸籍のための各国法律と要件(中)』323-328頁(日本加除出版・2007年)、Johansson, *Eherecht in Schweden*, in *Süß/Ring, Eherecht in Europa*, 2006, S. 1102-1105、Bergmann/Ferid/Henrich, *Internationales Ehe- und Kindschaftrecht Schweden*, 2005, S. 59を参照。

[付記] 本稿は、平成20年度科研費基盤研究(A)「多様化し複雑化する国際家族紛争に対応する国際家事手続法制の整備に関する調査研究」(研究代表：渡辺愷之)による研究成果の一部である。