

各国の離婚法
国連報告書

労働省婦人少年局

は し が き

本資料は国連婦人の地位委員会第17回会議に提出された“婚姻解消、婚姻取消および裁判別居”と題する資料 E/CN. 6/415 と同追加報告1(註)を訳出したものである。

序文中の説明にあるとおり、離婚法の問題は婦人の地位委員会が私法上の婦人の地位に関する研究の一環としてとりあげたものであり、この報告書は、委員会の要請にもとづき国連事務総長が各国政府に質問書を送り寄せられた回答にもとづいて作成したものである。日本からの回答は労働省婦人少年局が作成にあたった。ここに報告書の全文を訳出して大方のご参考に供する次第である。

1965年1月

労働省婦人少年局

(註) この追加報告書は原文では独立の報告書となつているが、ここでは便宜上各節またはその中の小見出しごとに切り離して、それぞれ本報告書の該当部分のあとに“追加”として付け加えた。

各国の離婚法

—— 婚姻解消、婚姻取消、裁判別居 ——

目 次

序	1
第1章 離婚による婚姻解消	2
A部 総論	2
B部 離婚訴訟	3
第1節 離婚許可の権限	3
第2節 離婚訴訟の提起と抗弁の権利	5
第3節 離婚訴訟の要件	9
第4節 離婚原因	14
第5節 離婚訴訟に対する抗弁	20
第6節 離婚訴訟中の臨時救済	24
第7節 離婚訴訟費用	29
第8節 離婚判決の登録と記録	31
C部 離婚の効果	34
第1節 婚姻による子に及ぼす離婚の効果	34
(a) 性	34
(b) 国籍	35
(c) 後見と監護	35
(d) 子の扶養	37
第2節 当事者の個人権、民事上の能力、財産権に及ぼす離婚の効果	38
(a) 性	38
(b) 国籍	40
(c) 民事上の能力	41
(d) 扶養	42
(e) 財産権	45
(1) 別有財産	45
(2) 共有財産	45

(3) 嫁資と花嫁代	47
(4) 寡婦産、寡夫産、マール	48
第2章 婚姻取消	52
A部 総論	52
B部 婚姻取消訴訟	53
第1節 取消許可の権限	53
第2節 取消訴訟提起と抗弁の権利	54
第3節 取消訴訟の要件	54
第4節 取消請求原因	56
第5節 取消訴訟に対する抗弁	60
第6節 取消訴訟中の臨時救済	62
第7節 取消訴訟費用	63
第8節 取消判決の登録と記録	64
C部 婚姻取消の効果	65
第1節 婚姻による子に及ぼす取消の効果	65
(a) 嫡出性	65
(b) 姓	66
(c) 国籍	67
(d) 後見と監護	68
(e) 扶養	69
第2節 当事者の個人権、民事上の能力、財産権に及ぼす取消の効果	71
(a) 姓	71
(b) 国籍	72
(c) 民事上の能力	73
(d) 扶養	74
(e) 財産権	75
(1) 別有財産	75
(2) 共有財産	75
(3) 嫁資と花嫁代	76
(4) 寡婦産、寡夫産、マール	76

第3章 裁判別居	77
A部 総論	77
B部 裁判別居訴訟	78
第1節 裁判別居許可の権限	78
第2節 裁判別居訴訟提起と抗弁の権利	79
第3節 裁判別居訴訟の要件	79
第4節 裁判別居請求原因	81
第5節 裁判別居訴訟に対する抗弁	84
第6節 裁判別居訴訟中の臨時救済	84
第7節 裁判別居訴訟費用	85
第8節 別居命令の登録と記録	86
C部 裁判別居の効果	87
第1節 婚姻による子に及ぼす裁判別居の効果	87
(a) 後見と監護	87
(b) 扶養	87
第2節 当事者の個人権、民事上の能力、財産権に及ぼす裁判別居の効果	88
(a) 住所	88
(b) 民事上の能力	88
(c) 扶養	90
(d) 財産権	91
(1) 別有財産	91
(2) 共有財産	91
(3) 嫁資と花嫁代	92
(4) 寡婦産、寡夫産、マール	92
第4章 離婚後または取消後の再婚	93
A部 総論	93
B部 離婚または取消後の再婚の効果	94
第1節 子の後見、監護、扶養	94
第2節 配偶者の扶養	96

0部 離婚または取消後の再婚に関する制限と禁止	96
第1節 制限と禁止	98
第2節 免除と特例	100
第3節 制限と禁止に対する違反の効果	100
(a) 後婚の効力	100
(b) 子の嫡出性	101
(c) 民事上刑事上の責任	102

序

1. 婦人の地位委員会は第15回会議において決議14(XV)により、婚姻解消、婚姻取消および裁判別居の法的条件と効果に関する研究に着手することを決定した。委員会は事務総長に対し、この問題に関する質問書を国連または専門諸機関加盟諸国に送り、寄せられた回答にもとづいて報告書を作成し、できれば第17回委員会に提出するよう、要請した。
2. よつて事務総長は質問書を作成し、国連または専門諸機関加盟諸国の政府にこれを送付した。本報告書は諸国政府から寄せられた回答のみにもとづくものである。報告書は4章からなっている。第1章は離婚について、第2章は婚姻取消について、第3章は裁判別居について、それぞれに必要な手続上および実質上の要件とその効果を取り扱っており、第4章は離婚または婚姻取消後の再婚についてのべている。
3. 1962年11月1日までに次の諸国から回答があつた。——アルゼンチン、ベルギー、ビルマ、カンボジア、カナダ(アルバータ、ブリティッシュ・コロンビア、ニューファウンドランドの各州について)、セイロン、チリ、中国、ドイツ連邦共和国、フランス、ギリシャ、ホンジュラス、ハンガリー、イラク、イタリア、日本、ルクセンブルグ、オランダ(オランダ本国、オランダ領アンチル列島およびスリナムについて)、ナイジェリア、ノールウェー、パキスタン、ポーランド、ルーマニア、サンマリノ、シエラレオネ、南アフリカ、ソ連、イギリス(英本国、ウェールズ、スコットランドおよびマン島について)。ダホメイ政府は、現在作成中の同国民法が採択になるまでは質問書に答え得ない旨の回答を寄せた。
またイギリス政府から次の諸地域のために回答があつた。——アデン、アンチーガ島、バハマ群島、バーバドス島、バーミユダ諸島、英領ギアナ、英領ホンジュラス、ソロモン群島英保護領、ブルネイ、フオクラント群島、中央アフリカ連邦、フィジー、ジブラルタル、ギルバート・エリス諸島、グレナダ、ホンコン、ケニヤ、モーリシアス、ニュー・ヘブリディズ群島(英仏共同統治地)、北ボルネオ、セイシエルズ群島、シンガポール、セント・ヘレナ、セント・ヴィンセント、タークス・カイコス諸島、およびサンチバル。
4. なお、1962年11月1日以後うけとつた回答は追加報告としてまとめることになるが、それには次の諸国が含まれる。——オーストリア、白ロシア、カナダ(サスカチエワン州について)、デンマーク、フィンランド、インド、イラン、メキシコ、スペイン、スウェーデン、スイス、タイ、イギリス(ジャージーについて)、アメリカ合衆国、ユーゴスラヴィア。またイギリス政府はセントルシアとセラワクについて回答を寄せた。

第1章 離婚による婚姻解消

A部 総論

5. 離婚は婚姻結合を終了させる。若干の法制では、夫婦は一定裁判所で審問をうけたのち、協議離婚をすることができるが、この場合は普通双方の合意について届出をしなければならない。また他の法制のもとでは、夫は公的權威の介入をまたずに一方的に離婚することができる。しかし大多数の法制では、配偶者は夫であると妻であるとを問わず、その権限をもつ裁判所に訴訟を提起し、離婚原因を立証しなければならない。離婚原因は一般に法律に定められているが、裁判所の裁量に委ねられているところもある。離婚が判決によつてのみ許可される国々では、法律は一般に手続き上および実質上の要件を課しており、離婚の成立にはこの要件が満たされねばならない。たとえば、国の法律や判例、あるいは宗教法が、離婚訴訟は夫の住所地の裁判所に提起しなければならないと規定している場合、また、離婚訴訟を起すには後見人の共同訴訟もしくは承認が必要となつている場合、などがあり、ときにこうした要件が訴訟提起に関する妻の権利と能力を阻害する。訴訟中に夫または妻が立証すべき離婚原因や抗弁について規定していない法制もあるが、これが規定されている場合は一般に夫と妻に同一の規定が適用される。しかし若干の法律、宗教法もしくは慣習法は離婚原因と抗弁に関して夫と妻の間に差別を設けている。
6. 婚姻によつて婦人が一定の個人権 (Personal rights) や財産権 (たとえば住所選択の権利、子に自己の国籍をうつがせる権利、財産処分または管理の権利、等) を失うことがある。また婚姻中子に対する母の權威が父の權威より弱い場合、あるいは母は全く權威をもたない場合もある。こうした無能力が、離婚によつて婚姻が終了したのちまでも継続する例もある。たとえばある制度では、離婚した両親の国籍が異なる場合、その両親の子は父の国籍をとり、成年に達した後も離婚した母の国籍をとる自由をもたない。またある制度では、子の後見人となる権利は常に離婚した父に与えられる。
7. 離婚は、夫婦と子の姓、国籍、扶養に影響し、また夫婦の財産権にも影響する。すべてこれらの問題について、夫と妻を差別的に取扱う例がみられる。
8. ある国々では、夫にも妻にも離婚は許されない。これらの国々では、被害者側の配偶者は婚姻取消または裁判別居という形で——ただしその原因があれば——救済を求めることができる。アルゼンチン、チリ、イタリア、北ボルネオ (キリスト教徒婚姻法による婚姻について)、パ

キスタン (ヒンズー法を行なう住民について)、およびサンマリノがその例である。

(追加)

追加報告に含まれる国のうちアイルランド、スウェーデン、スペインの三国では、夫にも妻にも離婚は許されない。

B部 離婚訴訟

第1節 離婚許可の権限

9. 本報告書に含まれる大多数の国と地域では、民事裁判所または民事裁判所の裁判官が離婚許可の権限をもつ。次の諸国がこれに該当する。——アデン (キリスト教徒の婚姻について)、アンティガ島、バハマ群島、バーバドス島、ベルギー、バーミユダ、英領ギアナ、英領ホンジュラス、ソロモン群島英保護領、ビルマ、カンボジア、カナダ (アルバータ州、ブリティッシュ・コロンビア州)、セイロン (一般法による住民)、中国、フオクランド群島、中央アフリカ連邦 (ニアサランドでは登録官またはキリスト教の公認牧師によつて公認の礼拝所でおこなわれた婚姻と、慣習法によるアフリカ人相互間の婚姻について。北ローデシアでは原住民慣習法によるアフリカ人相互間の婚姻について。南ローデシアでは1950年の原住民婚姻法によるアフリカ人相互間の婚姻について)、西ドイツ、フィジー、フランス、ジブラルタ、ギルバート・エリス諸島 (配偶者双方がギルバート・エリス諸島人のとき)、ギリシャ、グレナダ、ホンジュラス、ホンコン (キリスト教結婚またはこれに準ずる民事婚に適用される離婚法令により)、ハンガリー、日本、ケニヤ (回教徒の婚姻を除く)、ルクセンブルグ、モリシアス、オランダ、ニューヘブリディーズ群島 (英国民について)、ナイジェリア、ノールウエー、パキスタン (1869年の離婚法による離婚について。同法は当事者の一方がキリスト教徒である場合および1872年の特別婚姻法による婚姻について適用される)、ポーランド、ルーマニア、セント・ヘレナ、セント・グインサント、セイシエルズ群島、シエラ・レオネ、シンガポール (回教徒の婚姻を除く)、南アフリカ、イギリス (英本国、ウエイルズ、スコットランド、マン島)、ソ連。回教法では夫は公的機關の干渉を受けずに妻を離婚することができる。しかし夫も妻も一定の事情のもとでは裁判上の離婚を請求することができる。(第11

10. ある国々と地域では、裁判所や裁判官以外の機関が離婚許可の権限をもつ。たとえばカナダのニューファンドランド州では、離婚の許可をうけるにはカナダ議会の設定による以外に道はない。セイロンでは、カンディアン・シンハリーズ人はシンハリーズ慣習法にしたがい地区戸籍吏に離婚の申立をしなければならない。ギルバート・エリス諸島では、離婚は一般に裁判所が許可するか、裁判所がない離島では行政官吏がギルバート・エリス諸島人に離婚の許可を与える権限をもつ。当事者が諸島人でないときは婚姻事件の裁判権は司法弁務官が行使する。ノールウエーでは裁判所が離婚許可の権限をもつか、特定の場合には州長官にその権限が与えられる。

(追加)

追加報告に含まれる大多数の国と地域では民事裁判所もしくは裁判官が離婚許可の権限をもつ。オーストリア、白ロシア、カナダ(サスカチエワン州)、デンマーク、フィンランド、インド(ヒンズー教徒、仏教徒、シーク教徒、ジャイナ教徒、バラモン、ブラルタナ、およびアルヤ・サマージの信者に適用される1955年のヒンズー婚姻法により。インド在住のキリスト教徒に適用する1869年のインド離婚法により。回教徒またはユダヤ教徒以外のインド人のキリスト教改宗者に適用する1866年の原住民改宗者婚姻解消法により。バルシー教徒に適用する1936年のバルシー婚姻離婚法により。1954年の特別婚姻法によつて結婚式または届出を行なつたすべてのインド居住者に適用する同法により)、メキシコ、サラワク(民事婚と教会婚に適用する婚姻事件法により)、スウェーデン、スイス、タイ、イギリス(ジャージー)、アメリカ合衆国およびユーゴスラヴィアの諸国がこれに該当する。

オーストリアでは、離婚訴訟のほか、婚姻取消“(Aufhebung)^(註)の訴訟がある。回答によれば取消の効果は¹離婚の効果に関する規則にしたがう。²取消訴訟は離婚訴訟と同じ裁判所に提起される。

(註) オーストリアには遡及効をもつ取消(第2章でのべる)と遡及効をもたない取消

Aufhebung がある。前者は取消原因を異にする。

若干の国と地域では、裁判所以外の機関にも離婚許可の権限がある。たとえばデンマークでは裁判離婚のほかは¹行政許可²による離婚が行なわれうる。行政許可とは³形式上⁴は国王の許可であるが、行政当局が与えるものである。

サラワクでは、婚姻事件法令によつて結婚式をした婚姻のほかは、民事裁判所以外の機関でも離婚を許可する権限がある。たとえば海ダク族の慣習法では、村長と村長の法律顧問が離

婚許可の権限をもつが、海ダク族の慣習法では、ブングル(頭)が離婚を許可する。またケンヤカヤンの慣習法によつて行なわれた婚姻については、クトウア、カンボン(村長)またはブングルが離婚を許可する権限をもつ。サラワクのマライ人の回教法ではマライの裁判所が離婚を許可する。

第2節 離婚訴訟の提起と抗弁の権利

11. この報告書の中で離婚制度のある国のうち8カ国を除く他のすべての国と地域において、婦人は離婚訴訟の提起と抗弁の権利を男子と同等にもつ。その8カ国とは次の諸国である。アデン(回教徒の婚姻について)、ブルネイ(同地域の回教法による)、セイロン(回教法を行なう住民について)、ケニヤ(回教徒の婚姻について)、パキスタン(回教徒男子と回教法により回教徒が婚姻しうる者——すなわち回教徒、キリスト教徒、ユダヤ教徒——との間の婚姻について)、シンガポール(回教徒の婚姻について)、ザルチバル(回教徒の婚姻について)およびイラク(身分法の規定により)。これらの国と地域では、回教徒の男子は理由を示さず一方向的に妻を離婚する権利がある。回教法ではこの種の離婚は夫がタラクすなわち妻を拒否する言葉を口にただけで成立する。回教法はタラクによる離婚に対して妻に何らの法的救済も与えていない。これらの大部分の国や地域では夫は公的機関や宗教的機関の干渉も承認も与えることなくタラクを申し渡すことができる。しかしブルネイでは宗教裁判官の承認がなくては夫は一方向的な離婚の権利を合法的に行使することができない。

12. 以上のどの国でも、夫婦はタラク以外の方法による離婚をえらぶ自由が認められている。たとえばアデンでは、夫も妻もアデンの宗教裁判官に申立をすることができ、また当事者の一方は最高裁判所に離婚訴訟を提起することができる。ブルネイでは夫と妻は宗教裁判官その他法律の定める特定の宗教吏に申立をすることができる。セイロンでは、夫の側に回教法に違反する行為または過失があれば、妻は夫の承諾なしに離婚を請求することができる。また妻は自分の代償金を支払うことを承諾するならば離婚をすることができる。これはKhul 離婚とよばれ、配偶者間に敵意があるとき、あるいは婚姻関係の継続によつて婚姻の目的が達せられない見込みがないと信じる理由があるときに、このような離婚が許可される。協議離婚はセイロンではMubarak 離婚とよばれ、この場合は代償金は支払われない。パキスタンでは、回教徒の

夫と回教徒が婚姻しうる婦人（前記第11項参照）との間の婚姻の解消は、相互の同意によつて成立しうる。特定の事情のもとでは妻は回教徒婚姻解消法（1939年）によつて離婚する権利がある。この法律によれば、回教法によつて婚姻した婦人は次のような原因によつて離婚を請求しうる。すなわち、(1)夫が妻の扶養を怠つたとき、もしくは扶養しえないとき、(2)夫が回教徒家族法（1961年）の規定に違反して妻の数をふやしたとき、(3)夫が7年以上の拘禁を宣せられたとき、(4)夫が婚姻時に性的不能であつたとき、(5)父または他の後見人によつて16才になる前に婚姻させられた妻が18才になる前にその婚姻を拒否したとき（但し婚姻完成前であることを条件とする）、となつてゐる。パキスタンの民事裁判所は³回教徒婦人から、婚姻拒否に関する申立ておよび特定の事実にあつて妻が離婚の権限代行（Talaq/Tafweez）の権利を行使するについての申立て⁴を受理し決定を下すことができる。ケニアの回教徒婚姻の場合にも協議離婚や裁判離婚が行なわれうる。裁判離婚では妻は次のような離婚原因を申立てることができる。すなわち、婚姻適令期に達しており、かつ精神の健全な夫が、4カ月以上または不特定期間妻との間に性的交渉をもたないことを神かけて誓つたとき、あるいは夫が妻または妻の身体の一部が自分にとつて母または自分と結婚できない何人かの背中（または自分が見てはいけぬ他の箇所）のようなものである、と宣言したとき（Zihar）もしくは夫が虚偽の姦通の責を負わせたとき（laan）である。

13. シンガポールの回教徒は、当事者双方が同意するならば、回教裁判官によつて離婚登録が受理されうる。同意がえられないときは、宗教裁判所に持ちこまれる。回教徒の夫は離婚原因を申立てずに離婚登録請求の訴えをおこす権利をもつが、妻は次の場合にかぎり離婚の申立をすることができる。すなわち、扶養義務の懈怠あるいは虐待の理由による妻からの離婚請求に夫が同意し許可を与えたとき（cheerai taalik）、夫が妻を手放すための代償金を受けとることに同意したとき（khulo）または婚姻契約解除の原因（不能、疾病等）があるとき、である。ザンジバルの回教徒の場合も同様で、回教徒の妻には一般に離婚をする絶対的権利がなく、妻がこの権利をうるのは特定の場合にかぎられる。たとえば、この権利について婚姻契約の中に定めてあるとき、夫から選択権を得ているとき、離婚請求について夫の代行者に選任されたとき、妻が意のままにしうる何らかの出来事を理由に夫が離婚を宣言するとき、等である。他の回教国と同様ザンジバルにおいても、扶養義務の懈怠、遺棄、虐待等の理由によつて妻は離婚を許されうる。また妻はkhula離婚をすることができる。khula離婚とは、妻が婚姻から解放されるかわりに、夫に代償を与える、あるいは与えることに同意するというものである。（この代償は夫が寡婦産の残余分支払の義務をのがれるという形をとるのが一般であ

る。（第95項参照）イラクでは⁵離婚は、夫またはその代理人によつて、もしくは妻が代行者となるか離婚の権限を与えられているときはその妻によつて、あるいは宗教裁判官によつて行なわれ、回教法の定める方式によつてのみ成立する。⁶夫がタラクを時を遅えて3度宣すれば妻は決定的に離婚される。イダ（註）の期間が過ぎた後は、夫は離婚した妻と結婚することは許されない。イラクではこれを完全最終離婚とよんでいる。ある事情のもとでは夫は離婚した妻と新しい契約によつて結婚することができ、これは不完全最終離婚とよばれている。非最終離婚の場合は、夫はイダの期間中妻を⁷頼りにする⁸ことができ、これには契約を必要としない。当事者の一方は回教裁判所に離婚裁判を請求することができる。法定離婚原因は身分法に規定されている。

(註) イダとは定められた待機期間であり、この期間中、未亡人または離婚した婦人は再婚することができない。

(追加)

インドとイラクの回教徒を除く他のすべての国と地域において、妻は離婚訴訟の提起と抗弁について夫と同じ権利をもつ。インドとイラクの回教徒の法律では、夫は一方的にタラクを宣言する権利をもつ。インドでは、回教徒の夫は、離婚の宣言を口頭か書面ではつきりと述べるだけでよく、公的機関に申立てをする必要はない。インドでは、夫婦間の契約によつて妻にその許可が与えられてあるときは、回教徒の妻は裁判所に申立をしなくても夫を離婚することができる。また妻は回教徒婚姻解消法（1939年）の規定によつて裁判離婚を請求することができる。同法によれば妻から離婚を請求するさいの離婚原因は、遺棄、扶養義務の懈怠、不能、虐待、その他回教法によつて婚姻解消のために有効と定められたすべての原因、となつてゐる。イランでは、一時婚と永久婚という二通りの婚姻がある。一時婚（一定期間の婚姻）は契約で定めた期限の終了によつて、もしくは夫からの契約解除によつて、解消する。永久婚の場合は離婚によつて解消する。その両方とも婚姻の解消はタラクとよばれる。夫は随意に妻を放棄することができ、このような離婚は夫または代理人によつて宣言される。民法第1143条によれば、離婚には取消しうる離婚と取消しえない離婚がある。妻についてイラン政府の回答は次のようにのべている。⁹妻もまたある場合には、本人か代理人もしくは弁護士を通して裁判所の決定を得ることによつて離婚をすることができる。しかしどんな場合にも、婚姻法（イラン暦1310年認可）により婚姻と離婚を司る法務官の宣言をうけなければならない。¹⁰イラン民法は、妻からの離婚請求原因、夫からの離婚請求原因、夫婦双方からの離婚請求原因をそれぞれ定めている。

慣習法上の婚姻における離婚

14. 中央アフリカ連邦南ローデシアの原住民婚姻法（1950年）の規定によれば、原住民の慣習法によるアフリカ人相互間の婚姻は、1918年2月1日以前におこなわれたもの、原住民婚姻法にしたがつて挙式をしたもの、同法第79章の規定にしたがつて登録されたもの、外国で行なわれそこで承認されたもののほかは、有効とみなされない。同法第3節第3項によれば、同法によつて有効とみなされない婚姻については、その婚姻による子の身分、後見、監護および相続権に関する限り、原住民慣習法が認められる。上記第3項に関連して回答は次のように述べている。

「原住民婚姻法の規定は一見裁判によらない慣習法上の離婚を認めないかの如くであるが、同法第3節第3項の趣旨は、離婚が当事者本人以外のものの権利に関係するかぎりにおいて離婚の合法性をみとめるというものである。さらに慣習法はアフリカの伝統的権威の司法律であり、原地弁務官裁判所においてはこれに多少の変更を加えて適用される。したがつてこれは生きた制度であり、家族法の分野においてはアフリカ地方住民の大部分が生活を律するよりどころとする制度である。裁判所はこれが「自然の正義と道徳に、あるいは新たに制定される成文法の規定に「反しないかぎり、慣習法をみとめている。」

慣習法上の婚姻形式においては、おおむね婚姻は家族間の契約であり、その主な特徴は家族間における婚姻対価のやりとりである。この婚姻対価が、婚姻上の子に対する父の権利を確立する。また婚姻の解消は家族間の同意と婚姻対価の全部または一部の返還によつて成立する。部族の裁判所は婚姻解消の権限をもたない。裁判所の権限は、返還すべき婚姻対価の量や返還の方法についての紛争の解決に当るだけである。出産年令の婦人が夫の死後離婚の許可をうるには、妻の継承を拒否するか（マシヨナ族の場合）、逆縁のおきて（Levirate）にしたがうことを拒否（マタベレ族の場合）しなければならない。離婚の正式手続というものはない。また正式の離婚原因や抗弁というものもない。男子は家族の長となり、自己の責任において離婚の折衝をすることができるが、婦人は絶対に家長になりえない。離婚は婚姻生活の継続が不可能であるという根拠によつておこなわれる。しかしどのような責によるかが婚姻解消の条件に影響する。たとえば、妻が家事を怠つたとき、妻が魔法を使うという非難をうけたとき、妻の不貞の甚だしいとき、等の場合には、夫が離婚を求めることは正当とみなされる。一方女子は、虐待その他によつて堪えがたい立場になつたとき、離婚の請求が正当視される。責任の問題が解決したのちはじめて婚姻対価の返還についての決定がなされる。

15. ホンコンに居住し中国の慣習上の婚姻（一夫多妻婚をみとめる）をした中国人は、離婚法に

もとづく裁判離婚を請求する権利がない。離婚法は「キリスト教結婚またはこれに準ずる民事婚」だけに適用される。しかし裁判所が他の問題の決定のために中国慣習法による離婚に承認を与えることが必要となつたときは、このような離婚も承認される。北ボルネオでは、非キリスト教徒の婚姻すなわち当事者の慣習法にしたがつておこなわれた婚姻においては、両当事者はその慣習法にしたがつて離婚をすることができる。

第3節 離婚訴訟の要件

16. 本報告書中離婚を許可する多くの国と地域では、妻は離婚訴訟の要件に関し夫と同じ法的権利をもち、同じ法的制限をうける。すなわち妻は次のことに關して夫と同じ取扱いをうける。——訴訟開始の通告に関する権利、居所および住所に関する要件、国籍上の地位に関する要件、夫婦以外のものの訴訟への同意および訴訟参加に関する要件、終局判決に対する上訴に関する権利。そして、これに該当するのは次の諸国である。——アデン（回教徒の婚姻について）、バハマ群島、ベルギー、英領ホンジュラス、ソロモン群島英保護領、ブルネイ（回教法を行なう住民）、ビルマ、カンボジア、セイロン、中国、フオクラント群島、ギルバート・エリス諸島（両当事者がギルバート・エリス諸島人であるとき）、ホンジュラス、ハンガリー、日本、オランダ、ノールウエイ、パキスタン（回教徒の婚姻について）、ポーランド、ルーマニア、セント・ヘレナ、ソ連、ザンジバル（回教法を行なう住民）。

（追加）

次の諸国と地域では訴訟要件について妻は夫と同一の取扱いをうける。すなわち、白ロシア、カナダ（サスカチエワン州）、デンマーク、フィンランド、インド（ヒンズー教徒、仏教徒、シーク教徒、ジャイナ教徒、バラモン、ブラルタナ、フルヤ・サマージの信者に適用される1955年のヒンズー婚姻法により。インド在住のキリスト教徒に適用される1869年のインド離婚法により。1936年のパルシー婚姻離婚法により）、メキシコ、サラワク（婚姻事件法令により。マライ人の回教法により。海ダヤク、陸ダヤクおよびケンヤカヤンの慣習法により）、スウェーデン、タイ、イギリス（ジャージー）およびユーゴスラヴィアの諸国である。

住所と居所に関する要件

17. 法的概念としての住所の定義は個々の法制によつて異なる。しかし一般的にいつてその主要な要素は居所と、その居所を永続させようとする意志との結合である。この概念が婚姻事件の訴訟において重要であるのは、多くの法制において、住所が離婚を許可する機関の管轄権を決定するからである。
18. 多数の国と地域では、婦人は婚姻によつて自動的に自己の住所を失ひ、夫の住所を取得する。このうち若干の国では、妻は婚姻継続期間を通じてこの住所を保有し、その結果、離婚訴訟は夫の住所地の裁判所に提起しなければならない。このような制度をもつ国は、中国、フィジー、フランス、ジブラルタル、ギリシャ、日本、ルクセンブルグ、モーリシアス、パキスタン（1869年の離婚法により。この法律は、当事者の一方がキリスト教徒であるとき、および1879年の特別婚姻法による婚姻に適用される）、およびセント・ヴィンセントである。中国では妻は夫の住所をとるが、入夫（婚姻により妻の家に入り、妻の姓を名乗り、妻の父の家に永住する男子）は妻の住所をとる。フランスでは、裁判別居中の妻には上記の規則は適用しない。この場合は夫の住所が妻の法律上の住所とはならないからである。ギリシャでは例外的な場合にだけ妻は独立の住所をとることができる。したがつて「原則的には「妻は夫の住所地の裁判所に訴えなければならない。日本では、夫が婚姻にさいし妻の氏を称したときは、離婚訴訟は妻の住所地の裁判所の管轄に属する。
19. このほか婚姻のさい妻が夫の住所をとることとなつている国や地域中、離婚訴訟は夫の住所地の裁判所に提起しなければならないという規則に一定の例外を設けているところがある。イギリスのスコットランドでは、離婚訴訟の管轄裁判所は普通夫の住所によつて定まるが、妻がスコットランドに居所をもち、訴訟開始直前の3年間スコットランドに「常住」しており、夫が連合王国内に住所をもたないときは、裁判所は離婚を許可する権限をもつ。シエラレオネでは、離婚訴訟の裁判権は普通夫の住所によつて決定するが、妻が5年以上遺棄されているときは、妻は居住地の裁判所に離婚の訴えをすることができる。英領ギアナでは、婚姻直前の妻の住所が英領ギアナにあつたときは、妻は悪意の遺棄による離婚を請求しうる。カナダのアルバータ州とブリティッシュ・コロンビア州では連邦成文法の規定により、2年以上遺棄され夫と別に暮している妻に対して裁判所は離婚を許可する権限をもつが、但し遺棄の直前における夫の住所が訴訟の行なわれる州内にあつた場合にかぎられる。このほか上記の規則に例外を設けている国には次の国々がある。——アンティグア島、バーミューダ諸島、ホンコン（離婚令により。但し連合王国内に住所をもつイギリス国民相互間の婚姻を除く）、ナイジェリア、セイシ

エルズ群島、シンガポール（非回教徒の婚姻について）、および南アフリカ。これらの国と地域では、夫が妻を遺棄したとき、または夫が国外に追放されたときは、妻は離婚の訴えをすることができる。ホンコンでは死亡推定宣誓の請求とともに婚姻解消の申立があつたときは、離婚法によれば妻の住所がホンコンにあるか否かの決定が必要となるが、この場合は「妻が最後に夫が生存中であることを知つたとき、あるいは生存中と信ずる理由のあつたときの直後に夫は死亡したものとして取扱われる。」

20. セイロンの回教徒の場合は、妻の居住する地域の宗教裁判官が離婚許可の権限をもつ。

（追加）

カナダ（サスカチエワン州）、スイスおよび合衆国のいくつかの州では、妻は婚姻と同時に夫の住所をとる。しかしこれらの国では、妻はある事情のもとでは、夫の住所地の裁判所以外の裁判所に離婚訴訟を提起することができる。サスカチエワン州では、妻の住所は夫の住所に従うから、離婚訴訟の提起された州内に夫の住所があるときに、裁判所は申立を受理する。しかしある事情のもとでは、たとえば夫がその州内に居住していないときでも、妻は訴訟を起すことができる。サスカチエワンに適用される連邦法の離婚裁判管轄法の規定によれば、妻が夫に遺棄され2年以上夫と別に暮しているときは、遺棄の直前に夫が訴訟の起された州内に居住していたならば、妻は離婚訴訟を提起することができる。スイス民法の規定によれば、妻は一定の事情のもとでは独立の住所をもつことができ、その場合はその住所地にある裁判所に離婚の申立をすることができる。スイスの妻が独立の住所をもちうるのは、本人の健康、世評もしくは経済的福祉が「同居によつて重大な危険をこうむる」とき、もしくは離婚または裁判別居の訴訟係属中の場合である。アメリカ合衆国のすべての州は、妻が「離婚のために「別の住所をつくることを認める。カリフォルニア、コロラド、アイダホ、ネブラスカ、ニューヨーク、北ダコタ、オハイオ、南ダコタおよびワイオミングの9州では、この権利は絶対であるが、大多数の州では、妻が独立の住所をもつ権利には制限がある。一般に妻が離婚のために別の住所をもつ権利は、「夫の承認による別居もしくは夫の遺棄や不行跡の結果として「などの理由の存在を条件とする。ハワイでは、妻が「事実上「夫の住所をとるのでなければ、独身のときの住所を保有することができる。ジョージアでは、任意の別居の場合、妻の住所は「独身であるかの如くに「定められる。

2国では裁判管轄に関する居所の要件について夫と妻の間に差別を設けている。すなわちオーストリアでは、離婚または取消Aufhebungの訴えは、一般に夫と妻が「日常の「共同の居所をもっている場所または最近までもつていた場所を管轄する地方裁判所で開始され

る。しかし訴訟提起のときに、その裁判所の管轄内に夫も妻も¹ 日常の「居所をもたないとき、もしくは夫婦がオーストリアに² 日常の「共同の居所をもつたことがないときは、訴訟は夫の³ 日常の「居所のある場所を管轄する地方裁判所に提起しなければならない。夫がオーストリアの領域内に⁴ 日常の「居所をもたないときは、妻の⁵ 日常の「居所のある場所の裁判所が離婚を許可する権限をもつ。その他の場合はウィーンの裁判所が管轄権をもつ。インドの特別婚姻法（1954年）について回答は次のようにのべている。

「この法律はインドに居住するすべての者に適用されるが、何人もこの法律規定によつて結婚式をおこなう義務はないという意味でこれは任意的な法律である。ただしこの法律によつて結婚式をおこない届出をした場合は、当事者の婚姻関係および婚姻の法律上の効果はこの法律に服することとなる。したがつて同法第31節により、同法第2節(1)の定める地方裁判所が、この法律によつて結婚式を行ない届出をした夫または妻の申立により、離婚の許可を与える権限をもつ。」

この法律によれば⁶ 同法の効力の及ぶ地域内に妻が居住するときは、妻は申立当時居住する地域において（たとえ夫がそこに居住していなくても）⁷ 離婚訴訟を起すことができる。

離婚訴訟における国籍上の地位に関する要件

21. ある国々では、国籍を異にする夫婦の離婚訴訟においては、夫の国の法律が支配する。イラクではイラク人以外のものについては、離婚当時の夫の国の法律が法定離婚原因を定める。また日本では⁸ 離婚はその原因たる事実の発生したときにおける夫の本国法による。⁹ 西ドイツでは離婚訴訟には夫の州の法律が適用されるが、妻からの離婚請求については、判決時に妻がドイツ市民であれば、ドイツの法律が適用される。

（追加）

オーストリアでは、両当事者ともオーストリア国籍をもたないときは、裁判所の権限は制限される。当事者の一方がオーストリア領域内に¹⁰ 日常の「居所をもつならば、オーストリアの裁判所が裁判管轄権をとることができるが、ただしオーストリアの裁判所の下す判決が夫の国の法律によつて認められるとき、あるいは両当事者とも国籍をもたないときにかぎる。両当事者ともオーストリア国籍をもたないとき、婚姻当時オーストリア国民であつた妻から訴えがあれば、オーストリアの裁判所は離婚または取消を許可する権限をもつ。

当事者以外の者の同意に関する要件

22. 多くの国では、未成年者、精神異常者等は離婚訴訟を含めて訴訟提起の能力をもたない。この制限は多くの場合性別に関係なく適用される。しかし若干の国や地域では、婦人は親、後見人または親の代りとなる者の同意ないしは補佐なくしては訴訟を起すことができない。たとえば中央アフリカ連邦の北ローデシアでは、原住民の慣習法によるアフリカ人相互間の婚姻においては、一般に妻の後見人が訴訟に参加しなければならない。夫の場合は後見人がなければ、後見人の参加は必要とされない。しかし当事者双方が離婚に同意した場合は、もし妻に後見人がいなければ、後見人の同意はなくともよい。南ローデシアでは、1950年の原住民婚姻法による婚姻について離婚の訴を起すときは、男子は本人名によつて原地弁務官裁判所または長官裁判所に提訴するが、妻は後見人の補佐を必要とする。また、妻の後見人は下級裁判所の離婚判決に対して上訴することができる。

当事者以外の者の離婚訴訟への参加に関する要件

23. 姦通の原因にもとづく離婚訴訟においては、ある国々や地域では、姦通の相手方が訴訟に参加することが要求される。たとえば、バーバドス島、バーミユダ諸島、フィジー（婚姻事件法令による婚姻について）、ホンコン（法令による婚姻について）およびシエラレオネでは、夫から離婚の請求または反訴の提起があつたときは、姦通の相手方とみられた者は、裁判所の免除がないかぎり、共同被告とならなければならない。これらの国々とアンティグア島では、妻が申立人である場合は、夫の姦通相手方に被告または訴訟参加人となることを命じるのは裁判所の裁量による。フィジーの原住民離婚法（第9章）の規定によれば、夫が妻の姦通を理由に離婚を請求するときは、妻の姦通の相手方とみられた者は訴訟に参加しなければならないが、夫がその者に対して損害賠償を請求していないとき、および裁判所がその者を参加せしめない旨の命令を下したときは、この限りでない。ホンコンの離婚規則（規則6(1)）によれば、妻が相手方に損害賠償を請求したときは、夫の姦通相手とみられた婦人は訴訟に参加しなければならない。

（追加）

カナダ（サスカチエワン州）では、夫の申立による訴訟においては、妻の姦通の相手方は、裁判所が免じないかぎり、共同被告とならなければならない。妻の申立による訴訟においては、裁判所はその裁量によつて夫の姦通相手方を被告とすることを命令することができる。

第4節 離婚原因

24. 本報告書中裁判離婚の制度をもつすべての法制において、離婚請求当事者は離婚の法的根拠を立証しなければならない。ここにみる大多数の法域における離婚の法的根拠は、法の規定する離婚請求原因を形成する事実の証明（原告による）である。離婚原因を法定しない制度においても、原告たる当事者は離婚判決の妥当性を示すに足る事実を立証しなければならない。若干の国々の法制は、当事者双方の合意による離婚をみとめる。これらの制度においては、合意という理由が離婚原因となる。

25. 一般的にみて、国と地域をおよそ3つのグループに分類することができる。

グループ1. 特定の離婚原因を法定しない国と地域

グループ2. 特定の離婚原因を法定する国と地域

a. 夫と妻に同一の離婚原因を認める国と地域

b. 離婚原因が夫と妻に同一でない国と地域

グループ3. 当事者双方の合意によつて離婚が行なわれうる国と地域

本節では、各国の法律が規定する離婚原因の詳しい説明は行なわない。

グループ1 = 特定の離婚原因を法定しない国と地域

26. ハンガリー、ポーランド、ルーマニア、およびソ連の法律は、離婚原因を特定していない。ソ連では、裁判所がすべての状況を検討したのち、家族関係の回復は不可能であるという結論に達したとき、婚姻の解消が行なわれる。離婚申立の事由を検討するにさいして、裁判所は夫と妻に差別をつけることはない。ポーランドの法律も同様である。すなわち家族法によれば、離婚の根拠は「重大な事由によつて生じた婚姻生活の完全かつ永続的破綻」である。回答は次のように述べている。

「婚姻生活破綻の絶対的有責者たる当事者より離婚の請求があつたときは、他方配偶者の同意をもつて離婚が許可されうる。例外的には他方配偶者の同意がなくとも許可されうるが、この場合はこの離婚が社会の利益に合致し、且つ夫婦が長期間別居しているときに限る。司法当局の考え方としては、婚姻生活破綻の絶対的有責者たる配偶者が、その婚姻による未成年の子供たちの福祉を妨げることなく新しい家庭を作つたとき、これに合法性を与えることは社会的利益とみなされ、しばしば離婚請求に許可を与える事由となる。」

「法律によればすべての離婚事件において、未成年の子の保護の問題が常に考慮にいれる。子供の福祉に影響が及ぶときは離婚は許可とならない。」

中央アフリカ連邦の南ローデシアでは、1950年の原住民婚姻法による婚姻について、原地弁務官は一般に離婚を許可すべき行為については慣習法にしたがい、たとえば妻の継続的不行跡、不妊および妻の家族が代りを提供しないこと、妻に対する虐待などを離婚の事由としている。裁判所はそれぞれの事情の中での「正義と公平」を基準として決定を下し、事実上当事者が別居しており和解ののぞみがないときは、婚姻を解消させる。

（追加）

白ロシアの法律は離婚原因を指定していない。「婚姻解消事件に関する法例」とよぶ命令の定めるところによると、裁判所は「離婚の申立が慎重に考慮された確実な理由にもとづいて行なわれたものであることを確認し、且つその婚姻の継続は共産主義道徳律をおかすこととなり、婚姻生活と子女の養育のために正常な条件をつくりえないことを確認したときのみ」離婚を許可することができる。当事者の行為の理由の妥当性を検討するにさいして、夫と妻の間に差別をつけられることはない。

グループ2 = 特定の離婚原因を法定する国と地域

(a) 夫と妻に同一の離婚原因を認める国と地域

27. グループ2の(a)に属する国は、セイロン（一般法による者について）、中国、フオクランド諸島、西ドイツ、フランス、ギルバート・エリス諸島（当事者双方ともギルバート・エリス諸島人の場合）、ギリシヤ、日本、モーリシアス、オランダ、ノールウエイ、南アフリカの諸国である。離婚原因は国や地域によつて異なるが、多くの国に共通のものも少くない。たとえば、以上の国のうち1国を除くすべての国では、姦通は離婚原因となつている。また多くの国では、悪意の遺棄も離婚原因となつている。その他、配偶者の重婚、強度の精神病、重罪による拘禁等がある。日本の法律は具体的な離婚原因を挙げ、さらに、その他婚姻を継続しがたい「重大な事由」があるときは離婚を請求できると規定しており、また一方裁判所は、法定離婚原因のいずれかまたは全部があるときでも、一切の事情を考慮して婚姻の継続を相当とみとめるときは、離婚の請求を棄却することができるとしている。

28. (2)のグループに含まれる他の国と地域では、夫と妻について離婚原因は同一であるが、妻はそのほかに、夫が強姦、男色、猥姦を犯したことを申立てることができる。この差別は男女の身体の相違にもとづくものであるから、これらの国々は(a)のグループに含めてある。このような規定のあるのは次の国々と地域である。——アンティグア島、バハマ群島、バーバドス島、バーミューダ諸島、英領ギアナ、英領ホンジュラス、ソロモン群島英保護領、カナダ（アルバータ州）、ジブラルタル、ホンコン（法令による離婚）、ケニヤ（婚姻事件法令による婚姻につ

いて)、ナイジェリア、ストン・ヘレナ、ストン・ヴィンセント、セイシエル群島、シエラレオネ、イギリス(英本国、スコットランド、ウェールズ、マン島)。また、アデン(キリスト教徒の婚姻について)、中央アフリカ連邦(ニアサランド離婚法による離婚について)、グレナダ、ニューヘブリデズ群島(英国民について)、タータス、カイコス諸島(ここでは英本国の法律が準用される)の諸国においても同様と思われる。

(追加)

次の国と地域がこのグループに含まれる。——オーストリア、カナダ(サスカチエワン州)、デンマーク、フィンランド、インド(1866年の原住民改宗者婚姻解消法により、1865年のパルシー婚姻離婚法により、1954年の特別婚姻法により)、メキシコ、サラワク(シーダヤク、ランドダヤク、ケンヤカヤンの慣習法により)、スウェーデン、スイス、イギリス(ジャージー)およびユーゴスラヴィア。

しかし、カナダ(サスカチエワン州)、インド(1954年の特別婚姻法により)とイギリス(ジャージー)では、妻には両性の肉体的相異にもとづく離婚原因が与えられている。たとえばインドでは、妻は夫が強姦や猥褻を犯したことを申立てうる。メキシコでは夫が直接間接に妻の売春を奨励したときは、妻は離婚をすることができる。またメキシコの法律は、夫に特別の離婚原因をみとめている。すなわち、妻が婚前に懐胎し、法律上非嫡出の宣告をうけた子を生んだことを理由に、夫は離婚の申立をすることができる。

スイスでは、法律上の離婚原因は“絶対的特定原因と相対的特定原因”の二種に区別されている。姦通、虐待、悪意の棄置、破廉恥罪は絶対的特定原因に含まれ、相対的特定原因は破廉恥行為と精神病である。これら二種の原因のほか、民法は“不特定離婚原因”を定めている。たとえば“夫婦の結合が深刻に損なわれた結果同居が堪えがたいものとなつた”ときは、当事者のいずれからでも離婚を請求することができる。婚姻生活の失敗が主として当事者の一方の責任であるときは、訴訟は他方の配偶者によつてのみ提起されうる。

オーストリアでは、夫と妻に同一の離婚原因と取消(Aufhebung)原因がみとめられている。離婚原因は、姦通、子供をもつことを拒否すること、“その他婚姻における義務違反”たとえば、破廉恥行為もしくは不道徳行為、精神攪乱に起因する行為、精神異常、伝染病もしくは種悪感をもよおす病気、3年間の遺棄、等である。取消原因は、結婚式の性質についての思い違い、詐欺的な虚偽の陳述、強迫、等である。

デンマーク、フィンランド、スウェーデンでは、当事者が裁判別居の命令ののちに同居をしたことがなければ、離婚を請求することができる。デンマークではこのような場合は、“行政許

可”による離婚を請求することができる。

(D) 夫と妻に認められた離婚原因が異なる国と地域

29. このグループには離婚原因に男女差のある国が含まれるが、どの国でも一定の原因は配偶者双方に適用される。次の国と地域がこのグループにはいる。——ベルギー、ビルマ、カンボジア、カナダ(ブリティッシュ・コロンビア州)、セイロン(シンハリーズの慣習法を行なう住民について)、中央アフリカ連邦(北ローデシアのアフリカ人相互間の婚姻について)、ホンジュラス、ケニヤ(ヒンズー教徒の婚姻について)、ルクセンブルグ、シンガポール(非回教徒の婚姻について)。たとえばビルマ政府の回答は、離婚原因を次のようにのべている。

“不貞、すなわち姦通(夫の姦通それ自体は妻に離婚請求の権利を与えない)、復婚——但し次の場合を除く。結婚生活8年または10年の後になお妻が子を生まないとき、妻が産ばかりつづけて8人または10人生み思子を生まないとき、妻の生んだ子がいずれも幼折するとき、妻が癲、てんかん、結核、まひ、精神病、盲目、不具、その他強度の病氣にかかつたとき、および妻が慣習上の行動規範を守らず夫に対して愛情をもたないとき。虐待——これは精神的虐待と肉体的虐待と精神的肉体的虐待を含む。遺棄——妻の場合は1年、夫の場合は3年。詐欺——詐欺によつて婚姻したときは、欺かれたものは婚姻解消を請求しうる。以上の原因のほか、夫は妻が主人または敵のようであるという理由によつて離婚することができる。

30. ケニヤでは、1960年のヒンズー婚姻離婚令によつて、次のような離婚原因が夫と妻にみとめられる。姦通、遺棄、虐待、不治の精神異常およびヒンズー教以外の宗教への改宗。また、配偶者が宗門に入り“世を捨てた”とき、および裁判別居の宣告によつて夫婦が2年間同居していないときも、これらは離婚原因になる。また同法の規定によれば、同法施行前に行なわれたヒンズー教徒の婚姻については、妻は夫が婚姻時にすでに結婚していたこと、あるいは同法施行前に重婚したこと、を理由として離婚を請求しうる。このいずれの場合も、もう1人の妻が離婚請求時に生存中であることを条件とする。中央アフリカ連邦北ローデシアの原住民慣習法によるアフリカ人相互間の婚姻においては、夫から離婚を申立てうる理由の主なもの、子供の幼折、姦通、妻の不従順または不遜、もしくは夫の親族に対する軽視、などである。妻の申立てうる事由は、おく病、遺棄、虐待、妻をかえりみないこと、子供のようなふるまい、などである。このグループの他の国々も同様であるが、一定の事由、すなわち、不妊、性的不能、婚姻関係において禁じられた性行為等は、配偶者双方にみとめられる。ベルギー、ルクセン

ルグ、ホンジュラスでは、妻の姦通は離婚原因となるが、夫の姦通は、姦通の相手方を夫婦の家庭にいたときに離婚原因になる。しかしベルギーでは、甚だしい侮辱を伴う姦通は、配偶者双方の離婚原因になる。この3国では、一定の離婚原因が夫婦共通となつている。

31. すでにのべたように(第2節第11~13項参照)、アデン、ブルネイ、セイロン、ケニア、パキスタン、シンガポール、イラク、ザンジバルの8カ国の回教徒においては、夫は理由を申立てずに離婚をすることができるが、妻は特定の事情のもとに、特定の事由によつて、離婚をすることができる。

(追加)

次の諸国では離婚原因について夫と妻の間に差別がある。(但しこのどの国でも一定の離婚原因は夫と妻に共通である。)すなわち、インド(1955年のヒンズー婚姻法により、1869年のインド離婚法により)、サラワク(マラヤ人の回教法により)、タイおよびアメリカ合衆国のいくつかの州である。

インドの1869年のインド離婚法では、キリスト教徒の夫が妻を離婚しようる原因は姦通だけであるが、キリスト教徒の妻は次の離婚原因を申立てうる。すなわち、夫がキリスト教を捨て他の婦人と婚姻を結んだこと、および夫が、近親者との姦通、姦通による重婚、姦通による他の婦人との婚姻、虐待をとともう姦通、強姦、猥姦、正当な理由なく2年以上遺棄した上に犯した姦通——となつている。タイでは、夫も妻も甚だしい不行跡、遺棄、精神異常および不能を理由としうる。しかし姦通は夫だけが申立てうる。タイ政府はその回答の中で、"これは長い伝統による夫の家長としての支配権にもとづくものである。しかしこれは、夫と妻の離婚原因の唯一の相異点である。"とのべている。

アメリカ合衆国ではどの州でも、姦通は配偶者双方の離婚原因となる。このほか各州における離婚原因には、精神的肉体的虐待(43州)、遺棄(47州)、アルコール中毒(41州)、不能(33州)、扶養義務懈怠(2州)、精神異常(29州)、重婚(10州)、別居または不在(24州)、重罪の判決言渡または拘禁(44州)、薬品常習(12州)、詐欺、強制もしくは強迫(8州)、破産犯罪(9州)、近親婚(4州)、さきの制限的離婚判決(4州)がある。妻だけに認められる原因としては、扶養義務懈怠(28州)、夫がならず者であるということ(2州)、がある。夫だけに認められる原因としては、婚姻後における妻の不貞行為(1州)、妻が10年間州外に出ていて家にいなかったこと(1州)、妻が婚姻後に売春をしたこと(1州)となつている。

既にのべたように、インドとイランの回教徒にあつては、夫は事由を示すことなくタラク

を宣言することができ、妻は一定の事情のもとに特別な理由によつて離婚をすることができる。

グループ3—当事者双方の合意によつて離婚が行なわれうる国と地域

32. すでにのべたように(第24項参照)、合意という事由が配偶者双方に認められる国と地域では、いずれもこのほかに離婚原因を定めている。たとえば日本では、特定の原因または重大な事由がある場合に裁判上の離婚が許されるが、また当事者双方の合意によつても離婚することができる。この協議離婚は戸籍法に定められた手続をとることによつて効力を生じる。離婚をしようとする者は、本籍地の役場にその旨を届け出なければならない。その届書にはとくに親権を行なう当事者の氏名および親権に服する子の氏名を記載しなければならない。ベルギーとルクセンブルグでは、離婚を相当とする理由があるときは、協議離婚をすることができる。ベルギーでは当事者の合意を表明し、法の定める届出をしなければならない。そして他の要件がそなわれれば、これは絶対的離婚原因となる。ルクセンブルグにも同様な制度があるが、ここでは両親その他生存中の尊属が離婚に同意するという要件が加わつている。ビルマでは、合意の表明について相互間に正式のとりきめがあれば、合意によつて婚姻を解消することができる。カンボジアでも協議離婚が許されるが、これは夫の不行跡によるものとみなされる。セイロンのシンヘリーズの慣習法では、当事者の合意は離婚原因となる。中国では、夫婦は法律の規定にしたがい、公的機関の干渉を受けずに協議離婚をすることができる。

33. 当事者双方の合意による離婚が可能な国や地域のその他の例はすでにのべた。(第12、13項参照)

(追加)

次の国と地域では当事者双方の合意によつて離婚をすることができ、このような合意は離婚原因の一つとなつている。すなわち、インド(1954年の特別離婚法により)、メキシコ、サラワク(マラヤ人の回教法により)、タイの諸国である。

メキシコの民法では、当事者双方が離婚に合意すれば、民事登録官もしくは司法当局のもとに出頭して手続をとることができる。当事者双方とも成年に達しており、婚姻による子がないとき、そして財産制は共同制をとつておりその共有財産が清算済みであれば、離婚の"必要書類"をもつて民事登録官に申請することができる。登録官は書類を認証し、当事者に申請を確認させたのち、離婚を成立させる。以上の条件のいずれかが満たされないときは、当事者は裁判所に合意書を提出しなければならない。これにはとくに子の監護と扶養を行なう者と、夫婦財産の管理方法について明記しなければならない。婚姻が成立するためには、この合意書に對

する裁判書の承認が必要である。タイでは協議離婚の成立には裁判所の審判を必要としないが、民法にしたがつて婚姻の届出をした者については、夫と妻双方からの届出が必ず必要である。(民法の規定によつて1935年以後の婚姻は届出が義務的となつている。) インドの特別婚姻法による協議離婚は、同法第28節の規定にしたがつて、十分な審査をうけねばならない。

第5節 離婚訴訟に対する抗弁

34. 離婚訴訟において有効な抗弁がなされたときは、離婚判決は下されない。たとえば夫婦の一方から姦通の申立があつたときに、他方は黙認もしくは宥恕があつたことを申立てることができる。つまり、姦通の事実がみとめられたとしても、原告がその行為に加担あるいは容認したことになり、したがつて訴は不法となり、離婚訴訟はさまたげられる。

35. この報告書の調査対象となつた国と地域は大別して次の2つのグループに分けられる。

グループ1 離婚訴訟に対する特別の抗弁が法定されていない国と地域

グループ2 離婚訴訟に対する特別の抗弁が法定されている国と地域

(a) 夫と妻の用いうる抗弁が同一である国と地域

(b) 夫と妻の用いうる抗弁が異なる国と地域

36. すでにのべたように(第11節参照)、回教徒の夫がタラクの宣言によつて妻を離婚するときは、妻に抗弁の余地はない。しかし回教法の適用による裁判上の離婚においては、ある国々では、妻も夫も、訴訟原因たる事実の証明をくつがえすために反証を提出することができる。たとえばアデンでは、タラクによる離婚以外の離婚事件においては、配偶者双方とも一定の法定離婚原因を申立てることができ、また双方とも、離婚原因の申立を反ばくする何らかの重要な証拠があればこれを陳述することができる。この場合の夫と妻の取扱は平等である。

37. ブルネイにおける回教徒の裁判離婚について回答ののべるところによれば、¹⁾ 申立の事実が立証され裁判所がこれをみとめたのちは、当事者のいずれからも抗弁はできない。

グループ1 = 離婚訴訟に対する特別の抗弁が法定されていない国と地域

38. ハンガリー、ポーランド、ルーマニア、ソ連においては、離婚原因も(第26項参照)、抗弁も、とくに法律には定められていない。この点に関してポーランド政府の回答は次のようにのべている。

²⁾ 離婚訴訟の被告は、他の民事訴訟の場合と同様に抗弁することができる。原則的には、原告は離婚原因の存在を立証しなければならないが、これに対して被告は反証を挙げることができる。このほかに裁判所は当事者が挙げなかつた証拠を考慮に入れることができ、必要とあれば…… 調査を命じることもできる。離婚訴訟において被告が原告の主張を十分根拠あるものとみとめたときは、裁判所はこの承認の理由を明らかにしなければならない。何らかの強制によつておこなわれた承認は訴訟手続上意味をもたない。

³⁾ このほか…… 裁判所が婚姻継続の可能性があると確信をえたときは、裁判所は訴訟手続を停止することができる。停止となつた訴訟手続は、停止後3カ月以内に当事者の一方から請求があれば、これを続行することができる。被告はあらゆる防禦方法を用いることができる。…… 審理にさいして被告は自己の要求と申立を陳述し、これを支持する証拠を提出することができる。弁論期日の通告があつたにもかかわらず被告が出頭しないときは、訴訟は休止とならず、裁判所は欠席裁判によつて離婚の判決を言い渡すことができる。しかし離婚訴訟においては、他の民事訴訟に適用される原則、すなわち、欠席判決においては、告訴状の申立事実は準備書面にある証拠によつて否定されないかぎり事実とみなされる、という原則は適用されない。被告が欠席した場合においても、裁判所が真に離婚原因があることを確認した後でなければ、離婚判決は下されない。

39. このほか次の国々と地域がこのグループにはいる。——カンボジア、西ドイツ、中央アフリカ連邦(北ローデシアの原住民慣習法によるアフリカ人相互間の婚姻について)、フランス、ギルバート、エリス諸島(当事者双方がギルバート・エリス諸島人のとき)、シンガポール(回教徒の婚姻について)。たとえば西ドイツでは、被告は原告の主張を否定する等の⁴⁾ 通常の“防禦方法を用いることができ、また反訴を提起することができる。中央アフリカ連邦 北ローデシアの原住民慣習法によるアフリカ人相互間の婚姻においては、原告の申立てる行為について反証をあげ、またはその行為の妥当性を弁護することが抗弁になる。あるいは⁵⁾ 結婚生活が長いことや、子供の故、改善の約束などを理由に、婚姻は継続しうる。または継続すべきである”と主張することも抗弁になる。南ローデシアでは、1950年の原住民婚姻法による婚姻について、抗弁は原告の主張する事実の否定という形で提出される。原地弁務官裁判所では法定の抗弁というものはない。このグループに含まれるどの国や地域においても男女間の差別はない。

(追加)

白ロシア、フィンランド、メキシコ、サラワク(婚姻事件法令により。ランドダヤクとシ

一ダヤクの慣習法により)、スイス、イギリス(ジャージー)およびユーゴスラヴィアでは、離婚訴訟に対する抗弁は法定されていない。たとえばユーゴスラヴィアでは、訴訟当事者の抗弁権に関する一般規定が離婚訴訟にも適用される。

このグループにはいるすべての国において、有効な抗弁について夫と妻の間に差別はない。

グループ2—離婚請求に対する抗弁が法定されている国と地域

(a) 夫と妻に同一の抗弁をみとめる国と地域

40. 大多数の国と地域では、離婚訴訟において主張しうる抗弁に関して男女間に差をもうけていない。次の諸国と地域がこれに該当する。——アンティガ島、バハマ群島、バーバドス島、ベルギー、バーミユダ諸島、英領ギアナ、ソロモン群島、英保護領、ビルマ、カナダ(アルバータ州、ブリティッシュ・コロンビア州)、セイロン(一般法を行なう住民について)、中国、フオ克蘭諸島、フィジー、ジブラルタル、ギリシャ、ホンジュラス、ホンコン(法令による離婚について)、ケニヤ(婚姻事件法による婚姻およびヒンズー教徒の婚姻について)、ルクセンブルグ、モーリシアス、オランダ、ナイジェリア、パキスタン、セント・ヴァンセント、セイシエルズ、シエラ・レオネ、シンガポール(非回教徒の婚姻について)、南アフリカ、イギリス(英本国、ウェールズ、スコットランド、マン島)。これらの国々や地域でみとめている抗弁には、姦通行為の黙認、宥恕、過誤、正当な理由のない(提訴の)遅延、和解、原告側の姦通、虐待、悪意の遺棄、などがある。バーバドス島、バーミユダ諸島、ホンコン、セント・ヴァンセントなどでは、ある種の抗弁はこれが証明されれば離婚請求の絶対的却却事由となるが、他の抗弁については、裁判所は離婚の許否について裁量権をもつ。たとえばセント・ヴァンセントでは、離婚請求に対する絶対的抗弁は、申立事実の否定、裁判権の欠缺、黙許、宥恕および過誤であり、裁量的抗弁は、正当な理由のない遅延、原告自身の姦通、原告による虐待、姦通または虐待以前における原告による遺棄、姦通、遺棄または精神異常の原因となつた原告の不行跡または遺棄等である。

(追加)

このグループに含まれるのは、オーストリア(離婚と取消Aufhebungについて)、カナダ(サスカチエワン州)、デンマーク、インド(1955年のヒンズー婚姻法、1954年の特別婚姻法、インド離婚法、パルシー婚姻離婚法により)、スウェーデン、アメリカ合衆国の諸国である。アメリカ合衆国の回答は、同一の抗弁が通常「夫と妻にみとめられる」と述べている。主な抗弁としては、過誤、宥恕、黙許、反対告訴と出訴期限法である。

インドでは各宗派等の法律に離婚訴訟に対するそれぞれ特定の防禦の規定がある。たとえば1954年の特別婚姻法では、裁判所は合意にもとづいて請求された離婚に許可を与える

に先立つて、この合意が強制や詐欺や不当な圧力によつてえられたものでないことを確認しなければならない。また他の法律では、提訴が不必要にまた不当におくれているかどうか、過誤、宥恕、黙許がなかつたかどうか、離婚に許可を与えてはならない理由が他にないかどうかを確認しなければならない。

(b) 夫と妻に認められた抗弁が異なる国と地域

41. このグループには、セント・ヘレナ、イラク、ケニヤおよびザンジバルの諸国が含まれる(あとの3国についてはタラクによらない回教徒の離婚に関して)。回教法を行なういくつかの国々では、離婚訴訟の抗弁について夫と妻の間に差別はないが(第36項、37項参照)、他の回教国では夫と妻にみとめられた抗弁が異なる。たとえばイラクでは、夫が「合法的な理由なく2年以上不在であり、夫の所在が妻に分つており、また夫が5年以上の拘禁を宣告されたとき、または夫が不能であるとき、妻はこれらの事実を陳述しうる。しかし、ケニヤとザンジバルの回教徒の離婚においては、夫は妻の申立てた離婚原因に対して反証をあげることができるが、妻には夫からの離婚に対する抗弁権はない。この2地域では、夫は常にタラクの権利を行使することができ、これによつて離婚訴訟に勝つことができる。夫は理由を示すことなくいつでも妻を離婚しうるのであるから、離婚訴訟における妻からの抗弁という問題はおこらない。」セント・ヘレナでは、離婚原因は配偶者双方に同一で、姦通、遺棄、虐待および精神異常となつており、そのほかに妻は夫が強姦または反自然的性犯罪を犯したことを申立てることができる。(28項参照)。しかし、各当事者の主張しうる抗弁には相違がある。夫は、提訴の不当な遅延、虐待、遺棄、または不行跡の事実を主張しうるが、妻は姦通の宥恕、虐待、夫の姦通または遺棄を立証して抗弁することができる。

(追加)

インドでは回教徒の妻が回教徒婚姻解消法(1939年)によつて裁判離婚を請求するときは、夫は婚姻の合法性と存在を否認することができる。もしくは同法による「離婚原因を構成する事実の不存在」を主張することができる。インドの回教法では、夫がタラクによつて妻を離婚するときは、妻に防禦の手段はない。

このグループに含まれるその他の国はインド(1866年の原住民改宗者婚姻解消法により)とタイである。原住民改宗者婚姻解消法によれば、妻は夫が1人ないしは数人の妻と同居していることを陳述して抗弁することができる。タイでは姦通は夫だけが申立てうるが、妻は夫がその姦通に同意あるいは黙認したことを陳述して抗弁することができる。

第6節 離婚訴訟中の臨時救済

42. 裁判所または裁判官は、配偶者の別居、扶養、子の扶養、監護に関して暫定的命令を下すことができる。この命令は離婚訴訟の最終処理が行なわれるまで効力をもつ。この報告書に含まれる多数の国と地域では、このような臨時救済に関して、妻は夫と同じ法的権利をもち、また同じ法的制限を受ける。次の国々と地域がその例である。——アデン（回教徒の婚姻について）、ベルギー、ソロモン群島英保護領、ビルマ、カンボジア、カナダ（アルバータ州）、セイロン（一般法にしたがう住民について）、中国、西ドイツ、フランス、ギルバート・エリス諸島（配偶者双方ともギルバート・エリス諸島人のとき）、ハンガリー、日本、ノールウエー、ポーランド、ルーマニア、およびソ連。このうちハンガリー、ルーマニア、ソ連では、各配偶者は婚姻中に別々の居所をもつ権利がある。したがって婚姻訴訟係属中に、その権利をうべく裁判所の許可を求める必要はない。
43. その他の国々や地域の法律や判例は、離婚訴訟中の臨時救済に関して男女間に差別をもうけている。

（追加）

次の国と地域では離婚訴訟中の臨時救済に関して夫と妻は同一の法的権利をもち、同一の法的制限を受ける。——白ロシア、フィンランド、サラワク（婚姻事件法令により）、スウェーデン、タイ、およびユーゴスラヴィア。白ロシアでは、婚姻継続中に妻は独立の住所をもつ権利が与えられている。したがって裁判所にこの権利を請求する必要はない。

サラワクのシ・ダヤクとランドダヤクの慣習法による離婚訴訟では“訴訟は極めて簡単で、離婚の申立てがあると直ちに成立する”から、臨時救済は必要としない。

別 居

44. 調査したすべての国々において、夫と妻は離婚訴訟中、居所分離の請求について同一の権利をもつ。このうち若干の国では、妻は婚姻によつて夫の住所をとり、（第17項、18項参照）夫婦の同一住所は婚姻が終了するまで持続する。次の諸国がこれに該当する。——バーバドス島、カナダ（ブリティッシュ・コロンビア州）、ジブラルタル、ホンコン（離婚法による離婚について）、セント・グインサント、シエラレオネ、シンガポール（非回教徒の婚姻について）、南アフリカ、イギリス（英本国、ウェールズ、スコットランド、マン島）。またアデン（キリスト教徒の婚姻について）、中央アフリカ共和国（ニアサランドの離婚法による婚姻について）、グレナダ、ニューヘブリデイズ（英国民について）、タークス・カイコス諸島（ここでは英国

の法律が準用される）においても同様の規則が行なわれているものと思われる。

（追加）

カナダのサスカチエワン州では、夫の住所が常に妻の住所である。これは離婚の判決が確定するまで変らない。夫または妻が別の居所をもつことには何の制限もない。

子 の 監 護

45. 子の監護についての暫定措置を決定するにさいして、ある国々では、裁判所または裁判官は、子の監護権者の決定に関する法規にしたがって命令を下すのではなく、子の最大の利益を守るためにすべての事情を検討して決定する。その例はアンティガ、中央アフリカ連邦（北ローデシアでは原住民慣習法を行なうアフリカ人相互間の婚姻について、南ローデシアでは1950年の原住民婚姻法による婚姻について）、ホンコン（離婚法による離婚について）、パキスタン（当事者の一方がキリスト教徒のときに適用される1869年の離婚法により）、セント・グインサント、シエラレオネおよび南アフリカの諸国である。シエラレオネと北ローデシアでは、子が幼少のときは父より母が優先する。
46. 他の国々すなわち、セイロン（シンハリーズの慣習法を行なう住民について）、ルクセンブルグ、モーリシアス、シンガポールおよびイギリスのスコットランドでは、原則として父は母に優先する。シンガポールでは未成年者の後見人は父であるが、裁判所または裁判官（回教徒の場合は宗教裁判所またはその裁判官）は、子の監護に関して適当と思う命令を下すことができる。スコットランドではコモン・ローによつて一応は父に監護権が与えられることとなつてゐるが、実際には裁判所は子供の幸福を最も重要視する。
47. ブルネイ、セイロン、イラク、パキスタン、ザンジバルの回教法では、子が幼少の間は監護権は母に与えられる。たとえばセイロンでは、“分別のつく年令”まで、すなわちその子が飲食その他の“生理的機能”を独りで行なうことができるようになるまで、後見の権利は母に与えられる。

（追加）

いくつかの国では子の臨時監護権者の問題は裁判所の裁量事項である。オーストリア、カナダ（サスカチエワン州）、イギリス（ジャーシー）、およびアメリカ合衆国がその例である。これらの国では裁判所は、子の利益を最高に考慮に入れた上で、すべての状況を検討したのち、決定を下す。

他の国と地域では子が幼いときは母が優先する。デンマーク、インド（回教法に服する人々について）およびメキシコがその例である。デンマークでは、子の臨時監護権者の決定にはす

すべての事情が考慮に入れられるが、2才以下の子は“特別の事情ある場合のほかは”母親から離されることはない。同様メキシコでも7才以下の子は母の保護下におかれねばならない。インドの回教法では、母親は7才以下の男児と婚姻適令期以前の女兒について監護の権利をもつ。

子の扶養

48. 多くの国では、父は子に対する唯一のまたは主要な扶養義務者と考えられている。このような法律規定をもつ国は、バハマス、英領ホンジュラス、カナダ（ブリテイッシュ・コロンビア州）、中央アフリカ連邦（北ローデシアの原住民慣習法によるアフリカ人相互間の婚姻について）、ギリシヤ、イラク、ケニヤ（婚姻事件法令による婚姻とヒンズー教徒の婚姻について）、オランダ、ナイジェリア、パキスタン（当事者の一方がキリスト教徒のときに適用される1869年の離婚法による離婚について）、セント・ヘレナ、セント・ヴァンサント、シンガポール（非回教徒の婚姻について）、南アフリカ、ザンジバル（回教徒の婚姻について）の諸国である。このうちいくつかの国々では、妻からの離婚請求が夫の精神異常を理由とするときには、妻に対して子の扶養を命令することができる。このような規則は英領ホンジュラス、ケニヤ（婚姻事件法令による婚姻とヒンズー教徒の婚姻について）、ナイジェリア、セント・ヴァンサント、シンガポール（非回教徒の婚姻について）の諸国にある。セント・ヴァンサントでは、父に分別がなくかつ母が子を扶養しようとするときは、父が子の扶養者たるコモン・ロー上の義務をもつ。ザンジバルとイラクでは、子供が幼いために母の監護下におかれても、回教徒たる父はそのために扶養の義務をまぬがれることはない。一方セイロンの回教徒の法律では、母は子に対する後見権はもつが、扶養の権利はない。

49. パキスタンの回教法による離婚について回答は次のようにのべている。“この期間において回教徒の妻は子に対する監護権はみとめられるが、扶養をおこなう権利はないと考えられる……しかし裁判所は、その請求があれば、実情を考慮した上で、この権利を妻に与えることができる。

（追加）

多くの国と地域では父が主として子の扶養義務を負う。このような法律のあるのはオーストラリア、インド（回教法に服する人々について）、イラン、サラワク（マライ人の回教法により）およびアメリカ合衆国である。合衆国では、当事者のいずれも子の臨時監護権が与えられても、子の扶養は夫に責任がある。インドの回教法では父は息子が婚姻適令期に達するまで、娘は結婚するまで扶養する義務がある。子が幼少の間母に監護権が与えられても、このことによつて父はこの義務をまぬがれない。しかし父は、自分の財産収入によつて自活しよう子を扶養する

義務はない。白ロシアでは両親とも子の扶養義務をもつ。

配偶者の扶養

50. 臨時扶養すなわち訴訟中手当の権利に関して、次の諸国は妻に有利な規定をもうけている。

— バハマ群島、バーミューダ諸島、英領ギアナ、英領ホンジュラス、カナダ（ブリテイッシュ・コロンビア州）、フオ克蘭群島、中央アフリカ連邦（北ローデシアの原住民慣習法によるアフリカ人相互間の婚姻について、および南ローデシアの1950年の原住民婚姻法による婚姻について）、フィジー、ギリシヤ、ホンコン（法令による婚姻について）、イラク、ケニヤ（婚姻事件法令による婚姻とヒンズー教徒の婚姻について）、ルクセンブルグ、オランダ、ナイジェリア、パキスタン（当事者の一方がキリスト教徒のときに適用される1869年の離婚法による婚姻について）、イラク、セイシエルズ、シンガポール（非回教徒について）、南アフリカおよびイギリス（英本国、ウェールズ、スコットランド、マン島）。次の諸国では妻が夫の精神異常を申立てたときは、妻に対して夫の扶養を命ずることができる。すなわち、英領ホンジュラス、ホンコン（離婚法令による離婚について）、ケニヤ（婚姻事件法令による婚姻とヒンズー教徒の婚姻について）、ナイジェリア、セント・ヴァンサント、セイシエルズの諸国である。中央アフリカ連邦の南ローデシア原住民婚姻法（1950年）による婚姻について回答は次のようにのべている。“アフリカ婦人の解放がすすむとともに、扶養の請求が諸所に起つている。しかし扶養の請求はコモン・ローによるものであり、慣習法によつては行なわれない。”イラクでは、妻が有責当事者であるとき、またセント・ヴァンサントでは妻が姦通を犯したことが明らかになったとき、妻は訴訟中手当を与えられない。スコットランドでは、財産法（1920年）の規定によつて、夫が窮乏状態にあるとき、および妻が自活に要する以上の資力をもつときは、妻は夫に生活費を与えることを要求される。

51. パキスタンの回教法による離婚訴訟においては、子の監護に関する規則（上記49項参照）と同様の規則が適用される。ケニヤの回教徒の婚姻について回答は次のようにのべている。

“……妻が夫に従順で貞節であるかぎり、夫は妻を扶養する義務がある（ただし成人の妻に関してのみ。夫婦関係には若すぎる妻には適用しない）。しかし、妻が正当な理由なく夫を拒否するとき、その他不従順な行為があるときは、夫は妻を扶養する義務はない。ただし、夫が妻に即時支払うべき家産の支払いをしないために妻が夫を拒否する場合はこの限りでない。正当な理由なく夫が妻の扶養を拒否したときは、妻は扶養請求の訴を起すことができる。しかし、扶養請求訴訟中に夫はいつ何時でもタラク（離婚）を言渡すことによつて相手方の一切の試みを無に帰すことができる。この場合扶養の命令が実際に下されたとしても、有効なタラク

が言渡されると同時に、その命令は効力を失う。”

“ 扶養に対する妻の権利は、妻が自分の財産によつて自活しうる場合にも存在する。離婚された妻はイダ（禁婚期間）の期間中扶養をうける権利がある。”

（追加）

臨時扶養請求の権利に関して妻が夫より有利になつてゐる国は、オーストリア、カナダ、（サスカチエワン州）、インド（1954年の特別婚姻法、1869年のインド離婚法、1963年のバルシー婚姻離婚法、回教法）、イギリス（ジャージー）、アメリカ合衆国の諸国である。インドの1955年のヒンズー婚姻法では、夫と妻は臨時扶養の権利に関して平等である。イギリス（ジャージー）では、夫の精神異常を理由に妻が離婚を申立てたときは、妻は夫の扶養を命ぜられることがある。アメリカ合衆国では、妻の臨時扶養請求の権利は、通常“夫の権利に優先する。妻は離婚請求の当事者であつても相手方であつても、臨時扶養を請求することができる。

カナダ（サスカチエワン州）では、妻の姦通が立証されたときは、これが夫の宥恕をうけたものでない限り、妻に扶助料を与えられることはない。Queen's Bench Act（1960年）の規定によれば、夫とは別に充分な収入源をもつ妻には、訴訟中扶助料の命令は与えられない。インドの回教法では、夫が妻を離婚するためには裁判を必要としないが、しかし夫が裁判離婚を請求したときは、臨時扶助料の請求に応じなければならない。回教法では、夫は妻が貞節で、“夫の正当な命令にしたがう”かぎり妻を扶養しなければならないからである。妻が夫を拒むとかその他夫に従わないときは、この拒否や不服従が妻に対する寡婦産の不払または夫の虐待に起因するのでないかぎり、夫はこのような義務から解かれる。

第7節 離婚訴訟費用

52. 一般に訴訟費用とは訴訟当事者の一方が訴訟の事由により相手方から償還を求めうる費用を意味する。それには裁判所または裁判所職員の手数料および諸経費を含むが、ある国々では弁護士の報酬も訴訟費用に含まれる。とくに離婚訴訟においては、訴訟費用は敗訴当事者もしくは有責当事者の負担となることが多い。しかし訴訟費用が夫の負担となる（夫が有責でないときも）国も若干ある。他の国々では、訴訟費用の問題は裁判所の裁量によつて決定する。

53. 次の諸国と地域では、夫と妻は有責か否かにかかわらず、離婚訴訟費用償還請求について同一の法的権利をもち同一の制限を課せられる。——アデン（回教徒の婚姻について）、バーバドス、バーミユダ、カナダ（アルバート州）、中央アフリカ連邦（北ローデシアの慣習法による原住民の婚姻について）、フランス、ジブラルタル、ギリシャ、ホンジュラス、ハンガリー、日本、ケニヤ（回教徒の婚姻について）、ルクセンブルグ、モーリシアス、オランダ、ノールウエー、ポーランド、セント・ヘレナ、南アフリカ、ソ連。またセント・ヴァインセントも同様と思われる。中央アフリカ連邦の南ローデシアの原地弁務官裁判所における離婚訴訟は原住民離婚法（1950年）によつて行なわれるが、回答によれば“裁判所の手数料は当事者双方が支払うが、通常のいわゆる費用は支払いの対象とならない。”

54. 裁判所や裁判官が訴訟費用の決定について裁量権をもつ国もある。アンティガ、バハマス、ホンコン（離婚法令による離婚）、パキスタン（回教徒の離婚訴訟について）、およびシンガポールがその例である。バハマスでは、裁判所は通常勝訴当事者に訴訟費用を与える。ホンコンの離婚法令による離婚では、妻は自分の申立人であつても相手方であつても、自分の訴訟費用の担保を申請することができる。夫に担保の命令が下されたときは、妻は敗訴したときでも一般に費用の償還をうける。しかし裁判所は妻に対して費用の償還を一切みとめないことを決定する自由裁量権をもつ。妻が訴訟費用の担保の命令をうることなく、妻の離婚請求が棄却されたとき、裁判所はその裁量によつて夫に費用を負担せしめる命令を下すことができるが、普通このようなことは行なわれない。

55. 次の国々と地域では、訴訟費用は原則として夫の負担となる。——英領ギアナ、カナダ（ブリテイッシュ・コロンビア州）、ケニヤ、セイシエルズ、シエラレオネ、およびイギリスのスコットランド。英領ホンジュラスも同様と思われる。ブリテイッシュ・コロンビア州では、妻が有責当事者であつても、訴訟費用は一般に妻に償還される。同様スコットランドでも、妻が別個に責力をもつ場合のほかは、夫が訴訟費用を負担する。シエラレオネでは訴訟費用は裁判

官の裁量事項であるが、実際には、共同被告があるとき以外は、夫に支払を命令することが多い。

56. ベルギー、イラク、ルーマニアでは有責当事者又は敗訴当事者が費用の支払を命じられる。

(追加)

次の国と地域では、離婚訴訟費用に関して、夫と妻は有責か否かに関係なく、同じ法的権利をもち同じ制限を受ける。——デンマーク（行政許可による離婚の場合は費用の償還はなく、したがって当事者がそれぞれ自己の費用を負担する）、フィンランド、イラン、メキシコ、サラワク（婚姻事件法令により）、スウェーデン、スイス、タイ、イギリス（ジャージー）およびユーゴスラヴィア。デンマークとスウェーデンでは原則として、各当事者がそれぞれ自己の費用の支払を命ぜられる。メキシコでは、各当事者は、⁵ 本人の故に行なわれた処置によって生じた経費は直ちにこれを支払わねばならない。費用の償還が命令されれば、支払を命じられた当事者は、他方が要したすべての費用を弁償しなければならない。その費用には弁護士料も含まれる。

インドのヒンズー婚姻法（1955年）では、裁判所は訴訟当事者の一方に対して、訴訟費用を他方に支払うことを命ずる裁量権をもつ。

サラワクに関する回答によれば、ランドダクとシーダクの慣習法では⁶ 有責側に対して罰金が科せられ、これは被害者側の当事者に支払われる。⁷

少数の国と地域では夫が主として費用を負担させられる。たとえばカナダ（サスカチエワン州）では、コモン・ローにしたがつて、訴訟費用は妻が夫の代理として購入しうる生活必需品の一種とみなされ、妻は有責当事者であるか否かに関係なく、訴訟費用を請求する権利をもつ。これに関連して回答は次のようにのべている。

⁸ 1857年の婚姻事件法第51節による裁判所の裁量行使に関する一般原則では、妻はたとえ申立または抗弁に成功しなかつたとしても、訴訟費用の償還を受ける権利がある。但し事務弁護士が妻の訴や抗弁が正当であると信すべき根拠をもたないとき、また妻が自己の別有財産あるいは十分な資金をもっているとき、もしくは例外的な事情の場合はこの限りでない。サスカチエワン州の離婚法規では、妻の査定費用を裁判の前に裁判所に預納するか担保することとなつている。⁹

同様インド（1955年の特別婚姻法とパルシー婚姻離婚法）とアメリカ合衆国の多くの州では夫が訴訟費用を負担する。アメリカ合衆国ではこの法則は多くの州に共通であるが、いくつかの州では有責当事者に費用を償還することを禁じている。

第8節 離婚判決の登録または記録

57. 離婚の登録または記録は、すべての人々と公の機関に対して婚姻の解消を知らせる。独立の住所、旅券の交付、訴訟提起と抗弁の能力、財産所有権等に関して妻の権利を制限する法制のもとでは、通常婚姻の解消によつてこれらの無能力が除かれるが、これらの国では、離婚した婦人は、離婚の登録または記録によつて、未婚婦人と同じ個人権および財産権を行使する権利を保證される。

58. いくつかの国では、人口統計が一般に出生と婚姻に関する情報を含み、離婚も人口統計台帳に記録される。多くの国では離婚訴訟をはじめすべての訴訟の判決は、裁判所の文書綴に保管される。この報告書の中ではフィジーだけを例外としてどの国にも離婚の登録または記録に関する規定がある。

59. 離婚の成立には登録が絶対必要となつている国もある。たとえばオランダでは、離婚判決は公報に発表され、人口統計台帳に転記されねばならない。結婚式が行なわれた市の台帳に転記ずみとなつたときにはじめて婚姻は解消する。民法（276条）の規定によれば、離婚判決に対して上訴しうる最終期日後6か月以内にこの転記が行なわれないうときは、判決は効力を失い、離婚訴訟の再提起はできない。

60. 多数の国や地域では、離婚判決が下された後、判決記録が登録所に回付される。セイシエルズにおける手続はその典型的な例であつて、セイシエルズの裁判所が離婚判決を下したのち8日以内に、裁判所の登録官が判決文写に証明を付してこれを戸籍長官に送付する。戸籍長官はその保管する登録台帳に判決を逐語的に記入した後、離婚した当事者の結婚証明書の余白に離婚の記入をする。これと同様な手続をとる例としては次の国と地域がある。——ベルギー、カンボジア、カナダ（アルバータ州）、中央アフリカ連邦（北ローデシアの慣習法によるアフリカ人相互間の婚姻について）、西ドイツ、フランス、ホンジュラス、ハンガリー、日本、ルクセンブルグ、モーリシアス、ノールウェー、ポーランド、ルーマニア、イギリス（英本国、ウエールズ、スコットランド、マン島）、およびソ連。ノールウェーでは、離婚訴訟における決定は国民戸籍吏に通報されるとともに、夫が公的年金または私企業の年金組織に加入しているときは、その組織に対しても通報される。ベルギーの協議離婚（第30項参照）の場合は、両当事者本人が人口統計官のもとに出頭し、人口統計官が離婚を¹⁰ 宣する。¹¹ 日本の協議離婚においては、離婚は戸籍吏に届出ることによつて¹² 効力を生じ¹³、この届出は、当事者双方および2人以上の証人から、口頭または署名した書面で行なわれる。ソ連では、裁判離婚は登録のあつた時から有効となる。しかし、ルーマニアでは（家族法第39条により）、当事者に関し

ては離婚判決の確定は日から有効となり、登録や公表は第三者に対して離婚を周知させるだけである。

61. 回教徒だけに適用される法律は、多くの場合回教徒の離婚に関して特別の登録を規定している。たとえばザンジバルの(回教徒)婚姻離婚登録法(91章)改正規則は、回教法の規定にしたがつて法律上の効力を生じる回教徒の婚姻および離婚の登録について規定している。ここでは登録証明書が一応離婚の証拠になるが、しかし登録のない口頭だけの離婚もまた有効である。アデンでは、裁判離婚は裁判記録の中に記録されるが、カディ(宗教裁判官)の宣告する離婚についても、カディ法令はカディがその記録を保存することを要求している。ブルネイではタラクによるすべての離婚は、宣言後7日以内に登録しなければならない。登録官は離婚の詳細を記録しなければならない。イラクの身分法第39条(1)は次のように規定している。『離婚しようと思う当事者は回教裁判所に離婚を請求して判決を求めなければならない。裁判所への申立が不可能なときは、夫はイダ(禁婚期間)の期間中に、離婚したことを裁判所に届出なければならない。』ケニアでの回教徒の離婚は、回教徒婚姻離婚登録官に届出なければならない。パキスタンのベンガル回教徒婚姻離婚登録法(1876年)は、離婚は当事者の申出によつて、回教徒戸籍吏がこれを登録しうることを規定している。シンガポールの回教徒においてはすべての離婚は登録を必要とする。回教法(1957)の規定によれば、離婚当事者双方は離婚後7日以内に裁判官のもとに出頭して離婚の届出をしなければならない(第212条)。離婚訴訟の裁判権は回教裁判所にある(13項参照)。

62. この報告書に含まれるその他の国と地域では、離婚について特別の登録を定めた規定はないが、次の国々では裁判所の判決記録が離婚の一応の証拠として保存される。——アンティガ、バハマス、バーミユダ、英領ギアナ、英領ホンジュラス、ソロモン群島英保護領、カナダ(ブリテイッシュ・コロンビア州)、フオ克蘭群島、中央アフリカ連邦(南ローデシアの1950年原住民婚姻法による離婚について)、ジブラルタル、ギルバート、エリス諸島(当事者双方がギルバート・エリス諸島人のとき)、ホンコン(法令による婚姻について)、および南アフリカ。英領ギアナでは、インド人労働法による移住民の婚姻解消については、移民局長官が離婚の登録をする権限をもつ。

(追加)

インドでは、1936年のパシー婚姻離婚法によるほか、離婚判決の登録や記録に関する規定はない。

いくつかの国と地域では、離婚判決が確定したのち、裁判所から登録官に、判決の写しを送付する。国によつて多少の相違はあるが、次の諸国がこのような方法をとっている。——オーストリア(離婚と取消について)、白ロシア、カナダ(サスカチエワン州)、デンマーク、フィンランド、インド(1939年のパシー婚姻離婚法によつて)、メキシコ、スウェーデ

ン、スイス、イギリス(ジャージー)、およびユーゴスラヴィア。白ロシアでは、離婚の登録を各当事者の旅券に書き入れる。フィンランドでは、裁判所が登録官に送る記録には、子の監護権者についての決定をはじめ、とりきめ事項を記載しなければならない。スイスでは、離婚判決は民事登録吏に、またある場合は離婚した妻の名において戸籍吏に送達しなければならない。そして終局判決の抜粋が州の官報に掲載される。

メキシコとタイの政府からの回答は、裁判離婚の登録に関する規定について詳細にのべている。メキシコでは、離婚が裁判官によつて許可されたときは、裁判官はその婚姻に立会った民事登録官に判決文の写しを送付する。登録官はこれにもとづいて記録を作成し、判決文の抜粋をそのためにとくに設けた「告知板」に公表する。タイでは裁判上の離婚は戸籍法B.E.2478(1935年)にしたがつて登録することができる。離婚は終局判決によつて成立するが、登録が行なわれなければこれを善意の第三者に対抗することができない。これら2国では協議離婚が許されるが、協議離婚の登録は裁判離婚の登録手続とは異なる。すでにのべたようにメキシコでは、当事者双方が成年に達しており、子がなく、合意によつて夫婦の共有財産の清算を終えたときは、両者の合意にもとづいて民事登録官が離婚を「宣する」。登録官は離婚証明書を作成し、婚姻証明書に書き入れをしなければならない。タイでは、民・商法の規定にしたがつて婚姻登録をした場合は、夫と妻が届出をするだけで離婚が成立する。

イランでの登録について回答は次のようにのべている。『イラン暦1316年の婚姻法第1条により、離婚は法務当局の保管する登録簿に記録されなければならないが、これには次の要件が満たされなければならない。』

- (1) 離婚に必要な書類の作成
- (2) 必要な証人の立会(必要な証人とは次の者を含む——離婚の許可を与えた法務官またはその代理人またはその証人。ある場合には型通りの離婚宣言の文句をのべる者。当事者の付添人と信頼のおける証人。)
- (3) 離婚法第1条、民法第1138条と1134条に規定された手続
離婚宣言の文句は民法第1134条と1135条による。
- (4) 離婚の審判は法規にしたがつて作成しなければならない。

アメリカ合衆国のすべての州では、離婚判決は裁判官が署名し、判決の行なわれた裁判所の書記がこれを保管する。この記録には判決年月日、離婚原因、勝訴者氏名を記載する。これらの記録は離婚の「証拠」となる。『約4分の1の州では法律によつて、裁判所から州の人口統計局または指定された中央の場所へ離婚判決のすべての情報を提出し、公の使用に供することを要求されている。』

0 部 離婚の効果

第1節 婚姻による子に及ぼす離婚の効果

(a) 姓

63. 離婚によつて自動的に子の姓が変わることはないが、離婚訴訟中あるいはその後、子の姓の変更についての決定がなされることがある。大多数の国や地域では、婚姻中に懐胎または出生した子は父の姓を称し、離婚の後も引き続き父の姓を称する。次の諸国がその例である。——ベルギー（嫡出子の場合）、西ドイツ、ギリシヤ、イラク、ノルウェー、セント・ヴィンセント（婚姻上の子の場合）、および南アフリカ。ノルウェーでは婚姻上の子は父の姓を称し、離婚訴訟によつて子の監護権を与えられた母が婚姻前の姓に復するときは当然子は母の姓を称する許可をうることができる。

64. イギリスの英本国、ウェールズ、およびマン島では、監護権者か子の姓を「決定することとなるであろう。」日本では、婚姻のさいに夫婦の一方が他方の氏を称することとなるが、回答は次のようにのべている。

「離婚後に出生した嫡出子は父母の婚姻中の氏を称する。しかし子は家庭裁判所の許可を得て氏をかえ、父または母の氏を称することができる。子が15才以下のときは親権を行なう方の親が子に代つて以上の行為をすることができる。しかしこのようにして氏を改めた未成年の子は、成年に達した後に従前の氏に復することができる。」

(追加)

大多数の国では、婚姻中に生れた子は婚姻中父の姓を名乗り、離婚後も引きつづき父の姓を名乗る。イラン、サラワク（ランドダヤクとシーダヤクの慣習法により）、スイス（嫡出子について）、タイ（嫡出子について）およびアメリカ合衆国がその例である。イランでは、子は両親の離婚後は「一般に」父の姓を保有する。アメリカ合衆国では、離婚それ自体は子の姓に影響を及ぼさず、母が子の姓を変えたいと思うときは裁判所の許可を得なければならない。

白ロシアでは、両親が共通の姓を名乗るときは、子は出生のときに両親の姓をうけつづ。両親が共通の姓をもたないときは、子は両親間のとりきめによつて、父母いずれの姓を称してもよく、また両方の姓をいつしよに用いてもよい。両親が離婚したときは、出生登録のときの姓をひきつづき名乗る。

デンマークでは、子の姓の問題は「離婚のときに子の監護権を得た方の親が決定する。」

(b) 国籍

65. 多くの国では婚姻による子は父の国籍にしたがう。次の諸国がその例である。——西ドイツ、ギリシヤ、イラク、ノルウェー。

66. オランダでは、離婚した両親の未成年の子は、父が帰化するときは父を通してオランダ国籍を取得する。しかし母が帰化するときは、未成年の子の国籍には影響がない。離婚した婦人がオランダ国籍をもつときでも、子の父が生存する間は、未成年の子に自分の国籍を得させることができない。

(追加)

イラン、スイス（嫡出子について）およびタイでは、子の国籍は父の国籍にしたがう。タイの国籍法の規定によれば、タイ国籍をもつ者を父として生れた者は、出生によつてタイ国籍を取得する。スイスでは、スイス国籍取得・喪失に関する連邦法第20条によつて、母が婚姻によつてスイス国籍を失いその後離婚ののちにスイス国籍に復したときは、スイスに在居する未成年の子は、法定代理人の同意をもつて、ともにスイス国籍を得ることができる。

デンマークでは離婚それ自体は当事者ないしは子の国籍に影響を及ぼさない。しかし、18才以下の未婚の子の国籍はその子に対して親権を行なう親の国籍にしたがうこととなつてゐるため、未成年・後見法によつて親権に関する決定が下されると、その親がデンマーク国籍をもつか他国籍をもつかによつて子に影響が及ぶ。親権を与えられた親のみか、子に代つてデンマーク国籍の取得（帰化による）またデンマーク国籍の放棄を請求しうる。

(c) 後見と監護

67. 大多数の国と地域では、父と母は有責無責に関係なく、子の監護に関して平等の権利をもつ。しかしある国々では、無責当事者または訴訟に勝つた当事者が監護権を与えられる。その例は、ベルギー、ビルマ、ギリシヤ、ホンコン（法令による離婚について）、およびモーリシアスにみられる。しかしこれらの国における上記の規則はそれぞれ多少の相異がある。たとえばホンコン（法令による離婚）とベルギーでは、裁判所はただ単に有責当事者の処罰という観点からでなく、常に子の福祉を考慮にいれなければならない。ビルマでは、裁判離婚のときに子が分別のある選択を表明しうるだけに成熟した年齢に達しているときには、本人の希望が考慮にいれられる。ビルマでは夫婦相互の合意にもとづく離婚の場合は別の規則が適用される。すなわち、妻は娘と幼少の息子に対して監護の権利をもち、夫は年上の男の子に対して監護権を与えられるか、当事者間において別のとりきめをすることも許される。同様の規則がギリシヤでも、当事者双方の不行跡にもとづく離婚の場合に行われ、10才以下の娘は母に、10才以下の息子は父に託される。しかし裁判所は、子の監護をいずれかの親または第三者に許可する裁量権

をもつ。

68. 前述のように(第47項参照)、回教法では幼少の子の監護は母がおこなう。ブルネイ、セイロン、イラク、ケニヤ、パキスタンおよびザンジバルがその例である。セイロンでは子が分別のつく年令に達すれば、後見権は父に与えられるが、子はいずれの親のもとにくらすかを選択する自由をもつ。

69. カンボジアでは、5才までの幼児は母にひきとられ、5才以上になると、男の子の監護権は父に、女の子の監護権は母に与えられる。但し何らかの理由によつて別のとりきめの望ましいことが明らかであるときはこの限りでない。子は16才以後においては、希望によつて何れの親とでも一諸にくらす選択の自由があるが、何らかの理由によつて別のとりきめが望ましいことが明らかであるときはこの限りでない。

70. 中国では、子の後見の権利は父にある。但し夫婦の同意によつて他のとりきめをしたとき、または裁判所が子の利益のために他の者を承認したときはこの限りでない。

(追加)

多くの国では父と母は有責無責の問題に関係なく子の監護について平等の権利をもつ。しかしサラワクのマライ人の回教法では、母は姦通を犯したことが立証されないかぎり監護権を与えられる。ランドタヤクとシーダヤクの慣習法では、離婚のち監護権者に関する決定が必要となつたときは、無責当事者が優先する。タイの裁判離婚では、裁判所が第三者に監護権を与えるべきであると決定しないかぎり、訴訟に勝つた当事者に監護権が与えられる。合衆国のいくつかの州の法律は、無責当事者が優先することを規定している。これらの州では有責無責の問題は男女の差別なく考えられねばならない。

オーストリアとアメリカ合衆国の多くの州では、監護権の問題は裁判所の裁量事項と考えられている。オーストリアの法律によれば、裁判所は「子の利益、当事者の人柄、特徴、離婚原因」等を考慮にいた上監護権の問題を決定する。

イランでは、法律上親権は父と父側の祖父に与えられ、離婚の後も変らない。監護権は、民法第1169条によつて、子供が幼い間は一般に母に与えられる。同様にタイの協議離婚でも、とりきめがないときは親権は父に属するが、当事者は両親のいずれが監護権をもつかを定めることができる。インドの回教法では、子供が幼いときは監護権は母に属する。

カナダ(サスカチエワン州)、デンマーク、メキシコ、サラワク(ケンヤカヤンの慣習法により)では、監護権者に関する決定が行われるときは、父より母が優先する。サスカチエワン州では、児童法によつて、子が14才に達するまでは母に監護権が与えられる。しかし1857年の婚姻事件法は、裁判所は「妥当」と考える処置をとることができると規定している。

デンマークでは、離婚にさいして裁判所はどの親が監護権をとるかを決定する。両親の間に合意があれば、それが明らかに子の利益に反しないかぎり、その希望にそうように決定が下される。子の利益ということがすべての場合に最も重要視される。未成年・後見法は、婚姻関係の崩壊の責任が主として両親の一方にあるときは、そして両親とも同程度に子供の養育に適しているときは、監護権は他方の親に与えられると定めている。しかし同法は、2才以下の子供は「特別な場合のほかは」母親からはなしてはならないと規定している。メキシコでは、5才以下の子の監護権は母に与えられる。但し母が売春または売春のあつせんを行なうとき、常習的飲酒にふけると、伝染病をもつとき、本人の行為が子の健康と道徳に重大な危険をもたらすおそれがあるときは、この限りでない。メキシコではまた監護の問題が、子の年令とは別に、有責無責の観点から決められることがある。たとえば、姦通、不品行、遺棄の理由によつて離婚が申渡されたときは、子供は無責と考えられた方の親のもとにこされる。両当事者とも有責とみられたときは、子の監護権は「適当な尊属または後見人」に与えられる。サラワクのケンヤカヤンにおいては、子が自分で親を選びうる年令になるまでは、子は母親のもとにくらす。

(d) 子の扶養

71. 調査した国や地域のうち、婚姻による子の扶養について母が絶対的もしくは主要な義務者となる国は皆無である。子の扶養義務は父または配偶者双方にある。たとえば、ブルネイ、イラク、パキスタン、ザンジバルの回教法では、父が扶養の義務を負う。ブルネイでは、父が子を扶養しえないときは、子が婚姻適令期に達するまで、父の責任は他の家族員に転嫁される。ザンジバルでも男の子については同様の規則が適用されるが、娘は結婚するまで父の責任のもとにおかれる。

72. 父が主要な扶養義務者となる国は、バハマス、英領ホンジュラス、中央アフリカ連邦(北ローデシアの原住民慣習法によるアフリカ人相互間の婚姻と、南ローデシアの1950年原住民婚姻法による婚姻について)、ケニヤ(婚姻事件法令による婚姻およびヒンズー教徒の婚姻について)、ナイジェリア、セイシエルズ、およびシエラレオネの諸国である。南ローデシアの慣習法では、妻または妻の家族が幼少の子を扶養し、これに対して慣習上父が支払いをするが、原住民婚姻法による婚姻においては、母または母の家族は父から扶養料を請求することができる。その額は離婚訴訟のさいに「通常協議によつて『定められ、一般に』一時金」または家畜によつて支払われる。英領ホンジュラス、セイシエルズ、ケニヤ(婚姻事件法令による婚姻とヒンズー教徒の婚姻について)では、妻から夫の精神異常を申立てたときは、子の扶養を妻に命令することができる。またセイシエルズとケニヤでは、裁判の結果妻の姦通、遺棄または虐

待が認められ、かつ妻に財産があるときは、裁判所は裁量によつて子の扶養を妻に命令することができる。

73. 子の扶養の義務が両親にある国の例としてベルギーと南アフリカがある。この両国では夫婦の経済状態が常に考慮にいられる。

(追加)

子の扶養義務は父または両親が負う。白ロシアでは、婚姻による子の扶養義務は両親が負う。扶養料の支払が命令されるときは、子供1人では命令をうける当事者の実質賃金の4分の1、2人では3分の1、3人以上のときは2分の1が扶養料にあてられる。

いくつかの国では原則として父が子の扶養義務を負う。インド(回教法により)、イラン、サラワク(マラヤ人の回教法により)、アメリカ合衆国がその例である。合衆国の全州では、子の扶養に関する父の義務は離婚によつて終了も移転もしない。これは離婚の原因が誰にあるかということとは無関係である。

カナダ(サスカチエワン州)では、子の扶養に関する命令は父母の何れに対しても下すことができる。もし母が有資当事者であり、別有財産をもっており、父が窮乏しているときは、扶養命令は母に対して下される。またもし妻の離婚の事由によつて離婚の決定がなされ、妻が独立の財産をもっていることが明らかになつたときは、裁判所は妻の財産またはその一部について、子の利益のために措置する権限がある。サラワクのケンヤカヤンでは、有資の問題が決定の要因になり、もし父が有資の判定をうければ子の扶養義務を負うこととなる。

第2節 当事者の個人権 (personal rights)、民事上の能力および財産権に及ぼす離婚の効果

(a) 姓

74. 大多数の国と地域では、婚姻にさいして妻は夫の姓をとる。これらの国や地域では、一般に妻は離婚後ひきつづき夫の姓を名乗つてもよく、またもとの姓に復してもよいこととなつている。イギリスの法慣習はコモンローをおこなう多くの国や地域の典型的な例である。英本国とウェールズに関して回答は次のようにのべている。

「英国では婦人は一般に婚姻にさいして父の姓から夫の姓に改めるが、これはいわば新しい通称名をうることである。婚姻の結果としての改姓は事実上の問題であつて法律上の

問題ではない。一旦夫の姓を名乗つた婦人は、離婚判決による婚姻の解消または婚姻取消が行なわれたのちも、本人が婚姻前の姓に復することあるいは別の通称名を名乗ることを希望しないかぎり、始はそのままよい。この婦人が再婚の後もしはじめて夫の姓を名乗ることに法律上何の支障もない。これはコモンローであつて成文法の規定はない。」

75. 中国では妻は夫の姓の前に自分の姓をつける。入夫は妻の姓の前に自分の姓をつける。この規定から推して、妻と入夫は離婚の後には相手の姓を名乗る必要はないものと思われる。同様日本でも、婚姻によつて姓を改めた夫または妻は、離婚によつて婚姻前の姓に復する。

76. 若干の国々、たとえば西ドイツとハンガリーでは、妻が離婚後夫の姓を使うことを禁じる場合がある。西ドイツでは、妻が希望すれば離婚後も夫の姓を名乗ることができるが、離婚の原因が妻だけに、あるいは主として妻にあつたときは、夫は妻が自分の姓を名乗ることを禁じることができる。また離婚の後に、妻がもとの夫に対して甚だしい「背徳」を犯していることが判明したとき、あるいは妻が世間に評判の悪い暮らし方や淫な生活を営むときは、後見裁判所は前夫の申立によつて、その婦人が夫の姓を名乗ることを禁じることができる。ハンガリーの法律にも同様の規定がある。すなわち、妻は世間の評判が悪くないことと裁判所の承認を条件として、離婚後も夫の姓を使うことができる。

77. 他の国々と地域では、妻は自動的にもとの姓に戻る。アデン(回教徒について)、ベルギー、フランス、ギリシャ、イラク、ルクセンブルグ、モーリシアスおよびセイシエルズがその例である。ベルギーでは、婦人は婚姻後も未婚当時の姓を失わないし、また婚姻によつて夫の姓をとることもないが、婚姻中に夫の姓を使うことは許される。イラクでも同様で、妻が婚姻中夫の姓を用いるには夫の許可を要する。

78. ある国々では妻は夫の姓を用いない。したがつて離婚後夫の姓を名乗るか否かの問題はおこらない。ザンジバルの回教徒がその例である。フィジーについて回答は、「フィジーでは多くの場合妻は実際には婚姻にさいして夫の名前をとることはない」とのべている。一方、ビルマには姓というものはなく、婦人は婚姻後も従前の名を名乗る。

(追加)

デンマークとスウェーデンでは、離婚後妻は婚姻にさいして得た夫の姓をひきつづき名乗ることもでき、またもとの姓に戻ることもできる。

ある国々では妻は、特別の場合には、婚姻中の姓をひきつづき名乗ることを許されない。オーストリアとフィンランドがその例で、これらの国々では、夫は離婚した妻が自分の姓を使うことを禁じることができる。オーストリアでは、離婚後も妻が夫の姓を名乗るのが「原則」であるが、妻は婚姻前の姓に復したい旨を申告することができる。しかし、妻が離婚訴

訟において全面的あるいは主として離婚原因に責任があることが証拠立てられたときは、夫は妻が自分の姓を使う権利がない旨を申告することができる。また、離婚後妻が夫の「重大な不利益」となるような行為をしたとき、あるいは被虐待な淫な生活を営むときは、裁判所は夫からの請求によつて、妻が夫の姓を用いることを禁じることができる。この権利は夫の死後はその近親者にうけつがれる。同様フィンランドでも、妻が離婚原因に対してほとんど全面的に責任があるとみなされたときは、夫からの請求によつて（この請求を拒げるとくに「重大な理由」がなければ）妻は夫の姓を用いる権利を失うが、このような場合のほかは、妻は夫の姓をひきつづき名乗るか、もとの姓にもどるかを決定する権利をもつ。もとの姓にもどるときは、その旨を戸籍当局に届出なければならない。ユーゴスラヴィアでも、離婚訴訟での有責の問題が、婚姻によつて得た姓を使用する配偶者の権利に影響する。他方の配偶者の非行のために婚姻が解消されたときは、離婚した当事者は婚姻時に取得した姓をひきつづき使用することができる。

白ロシアとアメリカ合衆国を含む諸国では、離婚した配偶者は婚姻時に取得した姓を保有する。これらの国々では、当事者がもとの姓に戻ることを希望するときは、公の機関に申請しなければならない。アメリカ合衆国の「ほとんどすべての」州では、妻が婚姻前の姓に戻るためにはとくに申請を要すると定めている。しかしある州では、姓の変更は妻が離婚の許可をえたときのみ承認されると規定している。ある州では子供のあるなしに拘らず姓の変更を許可するが、他の州では、母に監護権が与えられた子があるときは、姓の変更を禁じている。

メキシコ、サラワク（婚姻事件法令により）、スイスでは、妻は離婚の後自動的に婚姻前の姓にもどる。

ある制度のもとでは、夫も妻も婚姻によつて姓を改めない。サラワク（陸ダヤク、海ダヤク、ケンヤカヤンの慣習法により）とインドの法律がその例である。インド政府はその回答の中で「インド人とくに知識階級では、婦人は自分の姓のあとに夫の姓をつける慣習がある。しかし婦人が婚姻時に姓を改めるという法律はない。」

カナダのサスカチエワン州では、離婚の終局判決のち、妻は婚姻前の名をひきつづき使つてもよく、もとの名にもどつてもよく、あるいは、詐欺的な目的のためでなければどんな名を名乗つてもよい。

(b) 国籍

79. 一般に、離婚それ自体は国籍に影響を及ぼさない。しかしアデンの回教徒においては、離

婚した妻は、自国籍がもとの夫の国籍と異るときは、夫の国籍を保有することはできない。」と回答はのべている。

80. いくつかの国の法律は、婚姻によつて夫の国籍を取得した婦人が離婚の後もとの国籍に復しうるときには、夫の国籍を離脱することを許可する。ベルギーにはこのような規則がある。また、ギリシヤ、中国、イラクの国籍法は、外国人との婚姻によつて自国籍を離脱した女子国民は、離婚によつてもとの国籍を回復できると規定している。

(追加)

一般に離婚それ自体は国籍に影響しない。婦人が婚姻にさいして夫の国籍を得る国の大部分では、離婚ののちもその国籍を失わない。スイスとタイがその例である。この2国では婚姻によつてその国の国籍を失つた者は、当局に申請することによつてもとの国籍に戻るることができる。スイスでは、国籍再取得の権利は右のコーテーションマークの形に合わせる。特典」とされている。しかしサラワクでは婚姻事件法令によつて、婚姻にさいして国籍を変更したものは、離婚の後自動的にもとの国籍にもどる。

(c) 民事上の能力

81. 民事上の能力、すなわち、訴訟提起と抗弁の能力、契約能力、後見人となる能力、財産の所有・管理・処分等の能力等は、成年に達することによつて取得される。調査した国の大多数では、法律上の成年に達した婦人は上記のすべての行為をすることができる。しかしすでにのべたとおり（第22項参照）、中央アフリカ連邦北ローデシアの原住民婚姻法によるアフリカ人相互間の婚姻および南ローデシアの原住民婚姻法（1950年）による婚姻においては、妻は自分の名によつて離婚訴訟を起すことができない。またある国々では、婦人は子の後見人となる権利の行使に制限を受ける。シンガポール（第46項参照）とホンゴン（中国慣習法による婚姻以外の婚姻について）がその例である。ホンゴンでは、父の生存中は母は子の後見人となることができない。子の福祉を第一義的に考えることを条件として「父は年少の嫡出子に対する支配権と監護権をもつ。ただ女の子の場合は、その子が成年に達する前に結婚すれば、父のこの権利はなくなる。この権利はまた、父が自己の行為・行動によつてこれを失わない限り、母に対する権利でもある。ルクセンブルグでは、原則として婦人は後見人となることも、親族会議の一員に加わることもできない。しかし母または祖母は、自分の子または孫に対して後見の権利を行使することができる。モーリシアスでは、婦人だけが未成年の子または孫の法定後見人となることができる。」

82. 多くの法制においては、一定の法律行為をすることのできる法律上の最低年齢に達していな

い者であつても、婚姻をしたものには完全な民事上の能力が与えられる。一般的には、この者が離婚しても、そしてたとえ離婚判決のときに成年に達していなくても、これらの行為能力は失われない。数カ国では、離婚した婦人が完全な民事上の能力を行使するためには、法定の成人年齢に達していなければならない。たとえばスント・ヴィンセントでは、21才以下の離婚した婦人は「法律上の無能力者であり、両親または後見人の支配下に居る。」西ドイツ、ギリシャおよびシエラレオネにおいても、完全な民事上の能力をもつためには成年に達していることが必要のようである。

(追加)

大多数の国と地域では、提訴と抗弁の権利、契約の権利、後見人となる権利、財産の所有・管理・処分に関し、離婚した婦人は成年の独身男子と同じ法的地位をもつ。

タイでは、離婚した婦人が以上の諸権利をもつ法定成人年齢に達していないときでも、完全な民事上の能力をもつ。未成年者は婚姻によつて能力者となるからである。但しこの婚姻が本人が15才以上、夫が17才以上の年齢で行なわれたときにかぎる。アメリカ合衆国のいくつかの州でも、未成年者は婚姻によつて完全な民事上の能力が与えられるが、離婚の後には婚姻前の地位にもどる。オーストリアでは、離婚した婦人が完全な民事上の能力を行使するためには、法定の成年に達していなければならない。後見権に関して回答は次のように述べている。「離婚した婦人は一般の婦人と同じように、一定の場合に共同後見人となることができる。未成年者保護のための裁判所は、婦人が結婚したときは後見人としての責任を免れる。」

(d) 扶 養

83. 次の国々と地域では、たとえ妻が有責当事者であつても、裁判所は夫に対し離婚後の妻の扶養を命令することができる——アンティガ、バハマス、バーバドス、英領ギアナ、英領ホンジュラス、フオ克兰ト群島、中央アフリカ連邦（北ローデシア原住民慣習法によるアフリカ人相互間の婚姻について）、ナイジェリア、パキスタン（当事者の一方がキリスト教徒であるときに適用される1869年の離婚法により）、スント・ヘレナ、シエラレオネ、バーバドスとナイジェリアでは、妻が夫の精神異常を申立てたときは、妻は扶養をうける権利がない。裁判所は、扶養の命令を下したのちも、その命令を変更する権限をもつ。たとえばアンティガでは、扶養命令ののちに夫の経済状態に変化が生じたときは、裁判所は妻への支払いを免じたり、金額を変えたり増やしたりすることができる。

84. 回教法では、妻はイダの期間中扶養をうける権利がある。イダとは離婚（または夫の死亡）

によつて婚姻を解消した婦人が独居を守り再婚を慎まねばならない期間のことである。このような節欲期間をもうけてあるのは、懐胎のときを明瞭にし、父性の混乱をさけるためである。普通イダの期間は3カ月である。しかしもし婦人が妊娠中であれば、出産と同時にイダは終了する。扶養に関するこの規則は、ブルネイ、ケニヤ、パキスタン、ザンチバルの諸国で行なわれている。ブルネイでは離婚判決以後の3カ月をクロという。

85. 妻に永久扶助料が与えられる国々の中には、離婚訴訟において妻が無責当事者であつたときにもこれが与えられることを規定している国がある。カンボジアとモーリシアスがその例である。

86. 他の国や地域では、裁判所は配偶者の一方から他方への離婚扶助料支払の命令を下すに先立って、有責の問題と経済状態について検討する。次の諸国——バーミユダ、カナダ（ブリティッシュ・コロンビア州）、西ドイツ、フィジー、ギリシャ、ホンコン（法令による離婚について）、ケニヤ（婚姻事件法令による婚姻とヒンズー教徒の婚姻について）、セイシエルズ——がその例である。たとえばケニヤ、ホンコン、セイシエルズでは、裁判所は当事者双方の経済状態と行状を考慮したのち、妻の扶養命令を下すことができる。しかし、離婚の命令が妻の姦通・虐待・遺棄にもとづき、かつ妻が何らかの財産を所有するときは、裁判所はその裁量によつて、無責当事者にその財産の一部を分与するよう命じることができる。

87. 西ドイツでは、絶対的あるいは主たる有責者たる夫は、離婚した妻が何らかの職業によつて得る収入または財産からの収入が十分でないときは、その妻に扶助料を支払わねばならない。絶対的あるいは主たる有責者と判定された妻は、離婚した夫が自活しえないときだけ扶助料を支払わねばならない。

(追加)

カナダ（サスカチエワン州）、インド（回教徒を除く）、サラワク（マラヤ人の回教法により）およびアメリカ合衆国のいくつかの州では、離婚後夫は、たとえ妻が有責当事者であつても、妻の扶養を命令される。インドのヒンズー婚姻法では夫にも妻にも扶養命令を下すことができる。カナダのサスカチエワン州に適用する婚姻事件法（1857年、1866年）には、夫に離婚扶助料を与えるという規定はない。以上の法律はいずれも有責当事者たる妻に扶養料を与えることを禁じていない。回教法以外のすべてのインドの法制は、「一定の事情のもとで『永久扶助料の支払を夫に命令する裁量を裁判所に与えている。妻の不行跡は、扶助料を与えるが否かの決定に関連する要因とはなるが、』決定的なきめて『ではない。』アメリカ合衆国のコロンビア特別区を含む5州の法律は、妻に離婚扶助料を与えることをはっきりと認めているが、夫については同様な規定はない。しかしこのうちいくつかの州では、

妻が夫の精神異常を申立てたときは、夫に扶助料を与えることを命令することができる。

インドの回教徒の離婚の場合には、永久扶助料の問題はおこらない。回教法では夫が妻を扶養する義務は婚姻中とイダの期間（離婚した妻が独居を守り婚姻してはならない期間）だけとなつてゐるからである。この期間は妻が離婚の通知を受けるまで延長される。回教法はどんな場合にも、妻が夫を扶養する義務はみとめない。

いくつかの国では、離婚訴訟で有責の判定を受けた当事者は、扶養の権利を奪われる。国によつて多少の相異はあるが、この法則はオーストリア、デンマーク、メキシコ（裁判離婚について）、スイス、タイの諸国で適用される。これに関してオーストリアの回答は次のように述べている。

「有責当事者が全面的にあるいは主として夫であるときは、夫は妻に対し、これまでの夫婦の暮らし向きに見合った扶養料を与えねばならない。但しこれは、妻の財産収入および妻がこの事情のもとで従事しうと思われる収入活動からの収入が充分でないときにかぎる。有責当事者が全面的にあるいは主として妻であるときは、夫が自活できないときだけ、妻は夫に対し相当な扶養料を与えねばならない。この義務を課せられた配偶者が、扶養料の支払とその他の義務のために、自分自身の生活を程々にまかない得なくなつたときは、当事者双方の必要とその財産や職業を考慮した上で、衡平な額だけの支払いにとどめられる。」

「当事者の双方が離婚原因に同程度に有責であるときは、扶養料は衡平の原則にしたがつて決定される。」

デンマークでは、離婚に主として責任のある当事者は「特別の場合のほかは」扶養の権利を失う。メキシコの裁判離婚では、無責の妻は、再婚せず「品行方正に」暮している間は、離婚扶助料を受ける権利がある。無責の夫は、労働不能で生活の資をもたないときにかぎり、扶助料を受けることができる。メキシコ民法第288条はさらに、「無責当事者の利益が離婚のために毀損されたときは、有責当事者は不法行為を行つたものと同様にその責を負わなければならない。合意によつて離婚した当事者は、とくにとりきめのある場合のほかは、扶助料を受ける権利はない」と定めている。スイスの法律では、無責当事者の現在または将来の経済事情が離婚によつて不利な影響をこうむつたときは、有責当事者から「衡平な補償」を受ける権利がある。スイス民法第152条はさらに、「無責当事者が婚姻の解消によつて経済的に窮すると思われるときは、たとえ他方の当事者が離婚に有責ではなくとも、裁判官はこの者に対しその資産に相当な扶助料を支払わせることができる」と規定している。同様タイでも、当事者の一方のみが有責であり、他方はその財産や婚姻中に従事していた「職業からの収入が不十分なために困窮するものと裁判所が判断したときは、裁判所は有責当事者に対して扶養料の支

払を命じることができる。

インドのヒンズー婚姻法（1955年）とアメリカ合衆国の11州の法律では、裁判所はその裁量によつて当事者の一方に扶助料を与えることができる。ヒンズー婚姻法では、裁判所は、婚姻中における両当事者の行いと双方の経済事情を考慮にいれる。アメリカ合衆国のアラスカ、カリフォルニア、イリノイ、ルイジアナ、ノースカロライナ、ノースダコタ、オハイオ、オクラホマ、オレゴン、ユタ、ウエストヴァージニアの各州では、離婚扶助料は当事者の何れに対しても与えることができる。コロラドとヴァージニアの2州の法律には「何れの当事者にも適用できるような幅の広い」規定があるが、事実上は離婚扶助料は妻にだけ与えられる。テキサス州には離婚扶助料に関する規定はない。

白ロシアでは、一方の当事者が身体障害者のときは、もし他方が充分な資力をもつていれば、離婚の事由に関係なく、扶養料を受ける権利がある。妻は乳児を養育している間は、夫から扶養料を受ける権利をもつ。

(e) 財産権

88. 離婚は当事者相互の財産関係に影響する。一般に、財産が夫婦の共有に属するときは、この財産は離婚後分割される。婚姻のための贈与、すなわち妻の持参財産や夫の支払つた花嫁代等は、普通返還される。また、寡婦産・寡夫産等、婚姻時に生じ死亡時に譲渡される権利は、消滅する。

(i) 別有財産

89. 調査したすべての国と地域において、夫と妻は別有財産の所有、分配、管理に関して同一の権利をもち、また同一の制限を受ける。別有財産は婚姻前の取得財産であることもあり、また婚姻中に取得した財産である場合もあるが、夫婦は離婚にさいしてこの種の財産を保有する。ただし離婚後の扶養に関する配偶者の権利については、第84～87項にのべたとおりである。

(2) 共有財産

90. ヨーロッパ系民法に発した法律をもつ国々では、一般に共有財産制が行なわれている。すなわち、動産、不動産を含めて一定財産が婚姻中夫婦の共有となるのである。ポーランドがその典型的な例であるが、ポーランド政府の回答は次のように述べている。

「夫婦間の法定財産関係は取得財産（すなわち婚姻中に夫婦のいずれかによつて取得された財産）の共有である。共有財産は、婚姻前に取得したもの、または婚姻中に相続、遺贈、贈

与によつて取得したもの、手廻り品および職業遂行に必要なものは含まない。共有財産から除外された財産は、それが属する夫または妻の絶対的な別有財産を構成する。”

離婚判決が下されると、取得財産の共有関係が解体される。……共有財産中の夫婦のとり分は原則として平等である。しかし、有資当事者がその財産の取得に何らの貢献もしていないか、あるいは僅かの部分の取得に貢献しているにすぎないときは、その当事者は、相手方の請求により裁判所が下した命令にもとづき、共有財産中の取り分の一部または全部を失う。当事者双方ともが有資であるときは、裁判所は当事者の一方からの請求により、各配偶者がその財産の取得に貢献した程度に応じて、共有財産中の取り分を決定することができる。裁判所が共有財産の取得に対する各配偶者の貢献の程度を評価するに当つては、子供の教育や家事のためになされた個人的労働も考慮にいれられる。共有財産に含まれない財産は、それが属する夫または妻の別有財産としてのとされ、夫たると妻たるとを問わず、離婚によつてこの財産に対する権利が損なわれることはない。”

91. 同様な手続をとる国は、ベルギー、コロンビア、フランス、ハンガリー、ルクセンブルグ、オランダ、ルーマニア、ソ連の諸国である。ベルギーでは、離婚にさいして妻に若干有利な点がある。たとえば、妻は共有財産中の取り分の限度を超えて債務支払の義務がなく、したがつて妻は共有財産に関して債務者となりえない。フランスも同様である。オランダ民法(第181条)の規定によれば、共有財産は、夫婦のいずれがその財産を取得したかに関係なく2等分される。しかし、各配偶者の家族に属する財産は、当該配偶者が返還を要求することができる(第182条)。ルーマニアでは、たとえ夫婦の間にどのような約束があつても、夫婦が婚姻中に取得したすべての財産は、共有財産の一部となる。離婚にさいして共有財産は、夫婦相互間の契約にしたがつて分割される。夫婦間に契約がないときは、裁判所が分割に関する決定を下す。カンボジアでは、共有財産の分配について、正妻とその他の妻に、異つた規則が適用される。正妻は、労働によると財産からの収入によるとに拘りなく、婚姻中の取得財産について、その2分の1の配分をうける権利がある。但し妻が姦通を犯したときは、自分の別有財産のみを取返す権利をもつ。別有財産は遺贈による財産と手廻り品を含む。またこの妻は、婚姻にさいし夫または夫の両親からおくられた贈物の一切を返還しなければならない。正妻以外の妻は、離婚原因が何であつても、共有財産は全く与えられず、自分の別有財産をとり返しうるだけである。

(追加)

この追加報告中共有財産制をとる国のうち若干例では、離婚後共有財産が解消するときは、妻は有利になる。たとえば、スイス民法第154条は“すべての利益は、婚姻のさい夫婦が

えらんだ財産制にしたがつて当事者間に分配され、すべての損失は、これが妻によつて生じたことを夫が立証しうるときのはかは、すべて夫の負担となる。”と規定している。

タイでは共有財産制が一般的であるが、共有財産の分配は、夫婦が婚姻前に所有した別有財産によつて多少の影響をうける。婚姻前に取得した財産(*sin derm*とよばれる)は各当事者に返還されるが、返還が不可能のときには、婚姻中に取得した財産(*sin somros*とよばれる)をもつて代える。*Sin somros*すなわち共有財産は夫と妻の間に平等に分割される。但し当事者の一方だけが*Sin derm*すなわち別有財産をもつときは、*Sin derm*をもつ当事者は*Sin somros*の3分の2をとる権利があり、*Sin derm*をもたない当事者は*Sin somros*の3分の1をとる権利がある。

メキシコ民法は、共有財産の分配にさいして、婚姻中の両当事者の行状を考慮にいれる。第286条には“離婚の原因をつくつた当事者は、他方の当事者からもしくはその当事者のために第三者から与えられもしくは約束されたすべてのものを失う。無資当事者は、受けとつたすべてのものを保有し、且つ約束されたものを請求することができる”とある。民法はまた、共有財産の分配にさいしては子の扶養に対する当事者の義務が考慮にいれられる、と定めている。離婚した当事者は、息子は成年に達するまでの、娘は品行方正に暮しているかぎり成年に達していても結婚するまでの、扶養料と教育費に、それぞれの財産の額に応じて寄与しなければならない。

アメリカ合衆国の共有財産制をとる8州では、共有財産は離婚によつて解体する。州の法律は“通常”、共有財産は当事者間に平等に分配されると定めている。ただし、姦通または極度の虐待という原因によつて離婚が行なわれたときは、裁判所は“正当かつ衡平と考える方法で”この財産を分配する裁量権をもつ。共有財産制をとるとこれらの州のうち若干例では、裁判所は共有財産の分配について離婚原因とは無関係に決定を下す権限をもつ。

(3) 嫁資と花嫁代

92. 嫁資(*dowry*)とは一般に妻から(また妻に代つて)夫への贈物を意味する。一般に嫁資は離婚ののち妻に戻される。たとえばセイロンの一般法とシンハリズ慣習法では、嫁資は婚姻が解消したときに返還される。ただし一般法では、嫁資についての契約を結ぶことによつて——これがセイロンで認められるものであれば——別の定めをすることができる。同様ギリシヤにおいても、嫁資目録は正式の契約書として作成しなければならないことになつており、これは離婚のさい妻に戻される。ギリシヤでは、婚姻中でも妻は一定の条件のもとでは、嫁資の返還を要求しうる(嫁資の分離)。ベルギーでは、嫁資は特別の夫婦財産を構成し(嫁資産

制)、この場合も妻は離婚のさい嫁資を回復する。しかし英領ギアナでは、嫁資は夫への「絶対的贈与」であるから、離婚のときも夫は嫁資を手放すことはないものと考えられる。

93. ある国々や地域では、婚姻にさいして花嫁代のやりとりが行なわれる。花嫁代とは、花嫁のために花嫁の家族に支払われる対価である。中央アフリカ連邦の南ローデシア原住民婚姻法(1950年)による婚姻について原住民弁務官裁判所が離婚訴訟に適用する法律はアフリカの慣習法であるが、この慣習法では離婚にさいして花嫁代は妻の家族に返還される。同様にローデシアでも、妻の後見人または妻の家族が「嫁資」を受取る。ナイジェリアについて回答は次のようにのべている。

「嫁資と花嫁代の問題は、属々の場合の原住民の慣習法によるものであつて、たとえば東ナイジェリアのイボス族の間では、花嫁代は婚姻解消にさいし夫に返されなければならない。エフィクスは、夫婦の間に子がないときだけ、夫から与えた贈物の返還を要求する。西ナイジェリアのヨルバ族は、妻が有責当事者のときは、夫からの贈物の一部を離婚された妻から返させる。しかし妻を誘惑したものがあるときは、夫はその者に対して、贈物の一部返還を請求する。夫が有責当事者であるときは、夫は無責当事者である妻に対して何らの請求権ももたない。北部地方では、妻が正当な理由なく夫を去つたとき、また妻が婚姻解消の原因をつくつたときは、夫は贈物の全部を妻に返還させる権利がある。」

(追加)

タイでは、婚姻の保証として夫から妻に贈物をするが(Khongman)、これは妻の別有財産とみなされ、したがって離婚のとき、妻はこの財産を保有する。サラワク(マライ人の回教法により)では、妻が離婚訴訟における有責当事者であつたときは、贈物は夫に返される。その他の場合には夫は贈物に対する権利を失う。

(4) 寡婦産、課夫産、マール

94. 英国のコモンローでは、妻は夫の死亡によつて、夫の遺産上に(普通その3分の1の)生涯権を得る。夫も同様妻の死亡によつて、婚姻中に妻が所有した土地全部の、普通その3分の1に対して、一生間の権利をうる。英国のコモンローにもとづく法律をもつ多くの国では、寡婦産権、課夫産権は廃止され、生存配偶者保護のための他の方法がとりいれられている。しかし、バーミユダとカナダ(アルバータ州)では寡婦産、課夫産権はまだ存続しているが、離婚による婚姻の解消によつて一般にこれらの権利は消滅する。同様西ドイツでも、配偶者の一方が離婚の後に死亡したときは、他方は死亡した配偶者の遺産上に寡婦産権や課夫産権をもたない。イギリスのスコットランドでは、夫が無責当事者であるときは、妻の財産上に課夫産権をもつ。

これは妻の不動産収入の3分の1に対する生涯権である。また無責の妻は寡婦権(Jus relictæ)を与えられる。これは夫の動産の3分の1(その婚姻による子もしくは前婚による子がないときは2分の1)と三分の一権(tierce)である。三分の一権とは夫の不動産収入の3分の1に対する生涯権である。

95. 回教法によるマールまたは寡婦産は、妻が婚姻の対価として夫から受ける一定金額または他の財産である。マールの総額は「即時払い」と「後払い」の二つの部分に分けられる。「即時払い」分は請求あり次第支払われるものであり、「後払い」分は死亡または離婚による婚姻解消のときに支払われる。国によつて多少の相異はあるが、ブルネイ、セイロン、イラン、ケニヤ、ザンジバル等にこの制度がある。セイロンでは、妻は婚姻完成のときにマールの権利をうる。婚姻完成以前に夫婦が別れたときは、妻はマールの2分の1をうる権利がある。これに関連してイラクの回答は次のようにのべている。

「離婚した婦人の嫁資は妻だけのものであり、夫はこれには何の権利ももたない。また夫は花嫁に支払つた代価に対しても権利をもたない。婚姻契約の中に後払いの贈与のとりきめがあるときは、夫は離婚のさいにこれを与えなければならない。ただし、妻の過失の事由によつて裁判所が離婚を認めたときはこの限りでない。あるいはまた、夫婦間に不和が絶えず、和解の見込がなく、しかも夫が離婚を承認しないために裁判所が離婚を命じたときも同様である。この場合、裁判官が離婚を命じ、妻に離婚原因があることが確定すれば、結婚贈与の後払い分は無効となり、もし妻が全部の贈与をすでに受取つているときは、その半分以上を夫に返さなければならない。」

(追加)

イギリス(ジャージー)では、離婚の後は当事者のいずれにも、他方の死後において寡婦産・課夫産の権利はない。アメリカ合衆国では、離婚判決は「通常」寡婦産・課夫産に対する当事者それぞれの権利を失わせる。しかしいくつかの州では、寡婦産に対する妻の権利は失われないと定めている。1州では、離婚判決ののち一定期間内に妻から請求がなければ、この権利は放棄されたものとみなされる。いくつかの州では、離婚が妻の不行跡にもとづくときは、夫は課夫産を失わない。カナダのサスカチエワン州に関して回答は次のようにのべている。

「共有財産制、花嫁代、妻の寡婦産権および夫の課夫産権は、サスカチエワンの財産法にはない。しかし妻は家産法(1953年)によつて寡婦産に似た法律上の権利をもっている。この法律によれば、家産所有者にサスカチエワンに現在居住しているかあるいは婚姻後居住したことのある妻があるときは、家産上の権利を所有者の妻以外の者に移転するた

めの売買契約、賃貸契約その他の契約、および妻以外の者を債権者として家産に設定するすべての抵当は、所有者と妻とによつて署名されなければならない。離婚のときは、妻は家産法によるすべての権利を失う。『

イランでは、婚姻が結ばれると同時に、妻はマールの権利を得、⁸これを任意に使うことができる。』

(5) 慣習法上の婚姻における離婚の効果

96. 中央アフリカ連邦ではすでに述べたように（第14項参照）、南ローデシアの原住民慣習法によつて婚姻したアフリカ夫婦の裁判によらない婚姻解消は、一定の目的のために承認される。このような離婚では、婚姻対価が支払われているときは、子は父に⁹属する『こととなる。しかし幼児は、離別のときに母のもとにのこり、母の家族に扶養される。子供たちが母の家族のもとにながしかの期間ひきとられたときは、父がその子を取戻すには、その子が扶養をうけた弁償として何らかの対価（牛のことが多い）を、もとの妻の家族に与えねばならない。子供はすべて嫡出子であり、性の問題はその子がどの家族集団に属するかを決定することによつて定まる。離婚扶助料に類するものは支払われない。婦人には必ず扶養責任者がついているからである。このことは、婦人が常に未成年者とみなされていることの当然の結果である。離婚した男子が未成年とみなされるか否かは、家長であるか否かにかかる。回答は次のようにになっている。

⁸しかし未成年であるということは、ローマ・オランダ法における未成年とは同意義でない。原住民裁判所の決定がアフリカの離婚婦人の権利に関し、慣習からの例外を設けた例もある。すなわち、

(1) 父権のもとにある間に婚姻した原住民婦人は、婚姻によつて父権の支配を脱し、離婚のときは本人が希望しなければ、必ずしも家長の支配のもとに戻る必要はない。

(2) 父または後見人から解放されているという証拠を示すことのできる婦人は、後見人の補佐なしに訴訟を起すことができる。

(3) 婦人には契約能力がないという推定は覆されうる。

最近の傾向では、アフリカの離婚婦人は解放を希望する者が多くなっている。また、ごく若い婦人でなければ、家族がこの希望をいれる例も多くなっている。しかし婚姻可能な年令の婦人であれば、再婚のさいは、最初の夫の場合と同様2度目の夫からも、婦人の家族にロボラすなわち対価を支払わねばならないから、離婚した婦人と家族の結び付きは依然として強い。アフリカの婦人は慣習法によつて自己の動産を所有することを許され、離婚のさいはその所有権を

保持する権利がある。父系財産（patri-estate）と母系財産（matri-estate）とがあつて、離婚のとき妻は夫または夫の集団の父系財産（すなわち家族集団共有財産）の配分をうける権利をもたないが、自分自対の働きその他の方法によつてえた財産や、自分の炊事道具や衣類は持ち去つてもよい。家族共有財産は婦人には絶対に与えられない。その上離婚のときは、婚姻時に夫の集団から妻の集団におくられた花嫁代を返還しなければならない。この交渉にあたるのは、離婚した婦人の家族であつて、婦人自身ではない。

第2章 婚姻取消

A部 総論

97. 離婚は有効な婚姻の存在を前提とするが、婚姻取消は、婚姻に法律上の瑕疵があるという前提にもとづく。一般に、離婚訴訟の提起は配偶者本人または配偶者の法定代理人に限られるが、取消の場合は、一定の事情のもとでは、公務員等の第三者も訴訟当事者となることができる。

すべての法制は婚姻無効の原因を定めている。多くの法制においては、その原因は婚姻の挙式のときに存在しなければならない。すなわち、年令不足、精神薄弱と精神異常、自由意志による同意の欠除、性的不能、または定められた要件の無視、等の事由によつて、婚姻は最初から無効とみなされる。このうちのあるものは極めて重大な瑕疵と考えられ、そのような婚姻ははじめから存在しなかつたものとみなされるのみならず、若干の法制のもとでは、婚姻取消の正式手続を必要としない。一方その他の瑕疵は、救済の余地のあるものとされる。たとえば、未成年者の婚姻は当初においては無効とみなされることがあるが、訴訟手続開始のときにその配偶者が必要な年令に達しており、婚姻に同意しこれを認めたときは、取消訴訟を起すことができない。

婚姻取消の効果は、離婚とちがつて、多くの場合、配偶者を婚姻前と同じ法的地位にもどす。したがつて、婚姻にもとづく民事上の地位の変化、すなわち、未成年者の解放、外国籍人による夫の国籍の自動的取得等は、婚姻取消と同時に失効する。

ある国々の法律では、取消以前にその婚姻によつて出生した子は嫡出子である。しかし他の法制では、そのような子は婚姻外の子とみなされるか、あるいは両親の一方との関係においてのみ嫡出とされる。多くの法制は、婚姻取消の効果を決するにあつて、配偶者の一方又は双方の善意を考慮に入れる。取消原因のあることを知らずに婚姻した当事者に、扶養をうける権利や子の監護権が与えられる例もある。この場合は取消判決が下されると、取消原因のあることを知っていた当事者は、婚姻によつて得たすべての利益を奪われる。

婚姻取消を認めない国としては、アデン(回教徒について)、ビルマ、中央アフリカ連邦(南ローデシアの原住民婚姻法によるアフリカ人相互間の婚姻について)、および北ボルネオ(キリスト教徒婚姻令による婚姻について)の諸国がある。

(追加)

サラワクの陸 ダヤクの慣習法では、婚姻取消は認められない。

B部 婚姻取消訴訟

第1節 婚姻取消許可の権限

98. この報告書に含まれる国のうち婚姻取消をみとめるすべての国と地域では、裁判所または裁判官だけが離婚取消の権限をもつ。この点離婚の場合と大差ないが、離婚においては、裁判所以外の権威によつて離婚が許可されることもある(第9・10項参照)。しかし、はじめから無効とみなされる婚姻については、また、ある国々では、婚姻取消のために正式の裁判手続を要しない。たとえばザンジバルからの回答は「はじめから無効なものを取消するために裁判所の命令は必要でない」とのべている。サンマリノでは、婚姻形式によつて、民事裁判所または宗教裁判所が取消を許可する権限をもつ。結婚式は内務大臣の前で民事登録官の補佐によりとりおこなうことができるが、このような婚姻については民事裁判所が取消を許可する権限をもつ。一方また、カトリック牧師の前でとり行なわれる婚姻は民事上も有効であるが、この婚姻は全面的に教会法にしたがい、取消手続はすべて教会の権限によつて行なわれる。しかし、教会の下した決定は民事上も有効となる。イタリアも同様であつて、「協約婚」(註)すなわちカトリック牧師の前でとり行なわれる婚姻は、民事上も有効となる。

(註) 1929年イタリアと教皇庁の間に結ばれた協約により、このような婚姻はイタリアの民法上有効である。このような婚姻の無効原因は教会法に定められており、裁判権は教会裁判所だけにある。

(追加)

この追加報告中取消をみとめる国のうちでは、サラワクのケンヤカヤンの慣習法を除くすべての国と地域において、裁判所だけが取消許可の権限をもっている。サラワクのケンヤカヤンにおいては、ブンダール(頭)またはクトウア・カンボン(村長)が離婚許可の権限とともに取消許可の権限をもつ。

スペインの法律は、教会婚と民事婚という二通りの婚姻をみとめる。夫婦になろうとする者の一人がカトリック信者であるときは、婚姻はカノン法(教会法)にしたがつて行なわれねばならない。民事婚は当事者双方ともカトリック信者でないことが証明されたときのみ認められる。教会婚は、その効果および規則一般について「カトリック教会の規則にしたがつて」が、このような婚姻は「すべて民事上の効果」を生じる。民事婚の取消の訴は「普通の」民事裁判所が受理する。教会婚の取消の訴を受理する権限は、教会裁判所だけにある。そのほか、

換邪聖省は、パウロの特権の使用と適用に関する事件を審理する権限がある。民事婚（カノン法の用語では「道法婚」）は、「パウロの特権」とよばれるカノン法の制度によつて解消することができる。すなわち、当事者双方が洗礼を受けていないとき、もしその一人がカトリックに改宗し、他方が改宗せずかつ改宗を欲せず、また改宗した相手方と平和に暮らすことを「欲しないときは、その婚姻が完成しているか否かに関係なく、改宗した当事者は洗礼を受けた別の者と教会婚をすることができ、同時に「前婚は解消される。また、換邪聖省は特別免除の賦与について法王に進言することができ、婚姻の解消となりうる事実を審査する権限をもつ。この機関は、次の場合に、未完成の教会婚の解消を勧告することができる。すなわち、当事者の一方または双方が「厳かな信仰告白」をしたとき、もしくは当事者の一方または双方が「正当な理由」によつて教皇管区の与える特別免除を請求したとき、である。未完成婚に与えられる特別免除の効果は取消の効果とはば同様である。

第2節 取消訴訟提起と抗弁の権利

99. この報告書の調査対象中、モーリシアスを除く他のすべての国と地域において、婚姻取消訴訟提起と抗弁の権利について、婦人は男子と同じ権利を与えられている。モーリシアスからの回答は、「妻は、1949年法律第50号妻の地位法の規定にしたがう場合のほかは、訴訟提起と抗弁については、夫または判事の承認を得なければならない。」とのべている。

（追加）

調査したすべての国と地域において、取消訴訟提起と抗弁について、夫と妻は同一の権利をもつ。

第3節 取消訴訟の要件

100. 訴訟要件の定義についてはすでにのべた通りである（第16項参照）。次の諸国と地域では、婚姻取消訴訟の要件について、妻は夫と同一の権利をもち同一の制限を受ける。アルゼンチン、パハマス、バーバドス、ベルギー、ビルマ、英領ギアナ、英領ホンジュラス、ソロモン

群島英保護領、ブルネイ、カナダ（アルバータ州）、セイロン（一般法により）、チリ、フオクランド群島、西ドイツ、フランス、ジブラルタル、ギルバート・エリス諸島（1955年の原住民婚姻法による原住民の婚姻について）、ホンジュラス、ハンガリー、イタリア、日本、オランダ、ノールウェー、ポーランド、ルーマニア、セント・ヘレナ、サンマリノ、セイシエールズ、ソ連、ザンジバル（回教徒について）。

（追加）

次の諸国では、取消訴訟の要件について、夫と妻は同一の権利をもち同一の制限を受ける。白ロシア、デンマーク、フィンランド、インド（1955年のヒンズー婚姻法により、1869年のインド離婚法により、1936年のバルシー婚姻離婚法により、1954年の特別婚姻法により）、アイルランド、メキシコ、セント・ルシア、サラワク（婚姻事件法令により、マラヤ人の回教法により、ケンヤカヤンの慣習法により）、スウェーデン、スイス、タイ、イギリス（ジャージー）、アメリカ合衆国およびユーゴスラヴィア。

婚姻取消における住所と居所に関する要件

101. 離婚の場合と同様、住所は婚姻取消訴訟を提起すべき裁判所を決定する。離婚訴訟における住所に関する要件（第17～19項参照）は、次の諸国と地域では、婚姻取消にも適用される。すなわち、中国、フィジー、ギリシャ、日本、ケニヤ（婚姻事件法令による婚姻とヒンズー教徒の婚姻について）、ルクセンブルグ、ナイジェリア、パキスタン（当事者の一方がキリスト教徒のときおよび特別婚姻法（1879年）による婚姻に適用される離婚法（1869年）により）、シエラレオネの諸国である。南アフリカでは、裁判管轄は大体夫の住所によつて決定するようであるが、回答は「この問題は幾分未解決の問題である。」とのべている。しかし、カナダ（ブリティッシュ・コロンビア州）とシンガポール（非回教徒の婚姻について）では、取消訴訟には離婚訴訟とは別の規則が適用される。すでにのべたように（第19項参照）、離婚訴訟の場合は、例外はあるが原則としては、妻は夫の住所地の裁判所に提訴しなければならない。カナダのブリティッシュ・コロンビア州では、取消訴訟の提起は、いずれの当事者の住所地の裁判所でもよく、また相手方の居所の裁判所でも、あるいは結婚式をおこなった場所の裁判所でもよい。シンガポール（非回教徒の婚姻について）では、結婚式をシンガポールで行なった婚姻については、どの裁判所でも取消命令を下すことができる。しかし、妻が一定期間シンガポールの居住者となつているときは、この規則の例外となる。

（追加）

カナダ（サスカチュワン州）の回答は次のようにのべている。「取消訴訟においては、離

婚姻取消法による離婚の場合のように、妻は特別の場合には夫が州内にいなくても提訴できるといふ例外規定はないので、夫が外国に住所をもつような場合、妻が取消を請求するには、夫の住所地の裁判所に出頭しなければならない。スペインでも、住所または「準住所」が、教会婚の取消裁判管轄権に關係する。カノン法では、配偶者のいずれが提訴するかにある程度關係して管轄裁判所が決まる。夫は自分の住所地——これは妻の法律上の住所でもあるが——で提訴してもよく、また自分の住所がなければ準住所で、もしくは、妻が自分の「準住所」をもちかつカトリック信者であれば、妻の準住所で提訴することもできる。一方妻は、夫がカトリック信者でないときも夫の住所または「準住所」で——これは妻の住所または「準住所」でもあるわけであるから——提訴することができ、また、妻が自分の住所又は「準住所」をもち夫がカトリック信者でないときは、その住所または「準住所」で提訴しうる。

オーストリアでは離婚訴訟における居所の要件が、取消訴訟にも適用する。

配偶者以外のものの同意に関する要件

102. 離婚の場合と同様（前記第2項参照）中央アフリカ連邦の北ローデシア原住民慣習法によるアフリカ人の婚姻の取消訴訟には、妻の後見人が訴訟に参加しなければならない。南ローデシアでも、原住民婚姻法（1950年）による婚姻については、同様の規則が適用されるものと思われる。南ローデシアの慣習法には婚姻取消というものはないが（第97項参照）、原住民婚姻法による婚姻の場合は、取消訴訟は可能である。しかし実際にはほとんど行なわれることはない。

第4節 婚姻取消請求原因

103. この報告書中のいくつかの国々や地域では、婚姻取消原因申立ての権利に関して、夫と妻の間に差別がある。たとえば、男子に対して復婚を認める国々では、妻は夫が一定の法的要件に違反して他の婚姻をしたという事由によつて、取消を請求することができる。パキスタンでは、回教法によつて婚姻した婦人は、夫が回教徒家族法布告（1961年）の規則に違反して新たに妻をつくつたという理由によつて、婚姻取消の申立をすることができる。カンボジアでは、男子は第一婚姻を1回と、第二婚姻を何回かすることができるが、最初の第一夫人は、夫が重

ねて第一婚姻をしたという申立をすることができる。ある国々では、夫は、妻が挙式当時、申立人以外のものによつて妊娠中であつたという事由によつて、取消を請求することができる。同様な規則のある国は、アンティガ、バーミューダ、バーバドス、英領ギアナ、セイロン（一般法により）、フオ克兰ド諸島、ナイジェリア、シンガポール（非回教徒の婚姻について）、セント・ヴィンセント、セント・ヘレナ、シエラレオネおよび南アフリカである。ザンジバルでは、回教徒の夫はタラクによつていつでも離婚の権利を行使することができるのであるから、婚姻取消に法的原因が必要となるのは妻だけである。

104. ある国々の法律では、一定の取消原因によつて婚姻は無効となるが、他の原因は婚姻を無効としうると規定している。はじめから無効である婚姻は一般に法律上の効力がなく、法的に無効とみなされるが、無効としうる婚姻は、一定の事情のもとにおいてのみ取消されうる。取消原因は国によつてまちまちであるが、多くの国や地域に共通なものも少なくない。バーミューダの法律は、無効な婚姻と無効としうる婚姻を区別しており、多くの国や地域の型を代表する例であるが、バーミューダでは次の場合に婚姻は法律上無効となる。

- (1) 婚姻担当官（婚姻担当官たる免状保持者）の立合で結婚式をしなかつたとき、もしくは登録長官の面前で婚姻をしなかつたとき
 - (2) 婚姻当事者の血縁關係または姻戚關係が婚姻禁止の親等内であるとき
 - (3) 婚姻時に当事者の一方が（バーミューダ）精神異常者法（1929年）の定義による狂人であつたとき、もしくは、裁判所の命令によつて受託者の保護下におかれた精神異常者であつたとき
 - (4) 婚姻的に当事者の一方が16才以下であつたとき
 - (5) 偽名による婚姻の挙式または契約に、両当事者がこれを知りながら同意したとき
 - (6) 婚姻当事者双方が（但し臨終の婚姻でないとき）事前の届出をしていないこと、もしくは必要な証明書や許可証をうけていないことを知りながら、婚姻の挙式または契約に同意したとき
 - (7) 重婚をしたとき
 - (8) 申立人が詐欺または強迫によつて婚姻をしたとき、もしくは婚姻の同意がなかつたとき
- 婚姻は次の原因によつて無効とすることができる。
- (1) 当事者の一方の性的不能のために、婚姻時においても婚姻後においても、婚姻の完成が不可能であるとき
 - (2) 相手方の故意による拒絶によつて婚姻が完成しないとき
 - (3) 当事者の一方が婚姻時に、（バーミューダ）精神異常者法（1929年）の定義による精

神異常者であつたとき、もしくは、しばしば狂気またはてんかんの発作を起すとき

(4) 婚姻時に相手方が伝染性の性病に罹つていたとき

(5) 相手方(妻)が婚姻時に申立人以外の者によつて妊娠していたとき

法的に無効な婚姻には取消訴訟の必要はない。正式の訴訟が提起されたときは、取消判決は「単なる宣言」のようなものである。

105. 取消原因にはこのほか次のようなものがある。他方配偶者の殺害または殺害未遂の有罪判決(サンマリノ)。Ziharすなわち、夫が法によつて婚姻を禁じられている婦人(姉妹や母)に妻を見立てたとき(ブルネイの回教徒)。Lian すなわち、夫が回教寺院の祭壇に上つて、そこで妻が姦通を犯したこと、そして自分は妻が懐胎している子の父ではないことを誓つたとき(ブルネイの回教徒)。夫の破産、すなわち夫が妻に対して「生活の最低必需品」を与えないとき(セイロンの回教徒)。婦人の再婚禁止期間中に婚姻が行なわれたとき(中国)。裁判所が姦通者とその相手方と認めたものが婚姻したとき(中国)。姓を取得する目的で婚姻が行なわれたとき(西ドイツ)。キリスト教徒と他宗教の者が婚姻したとき(ギリシャ)。回教徒と非回教徒が婚姻したとき、但しその者が婚姻時または婚姻前に回教に帰依していないとき(ケニアの回教徒)。

106. すでにのべたように(第97項参照)、ある国々では、第三者すなわち当事者以外の個人または公の機関が、一定の事情のもとでは、離婚取消訴訟を起すことができる。たとえばチリの民事婚姻法は、婚姻取消は、当事者本人、当事者の尊属、公共省、または現に利害関係ある何人からでも請求することができる。と規定している。第三者からの取消請求原因は当事者本人からの請求原因より一般に範圍が限られている。すなわち、チリの民事婚姻法は、第三者は強迫や人違いの事由によつて取消を請求することができない、これらの事由は強迫や人違いによつて被害を蒙つた本人のみが申立てることができる、と規定している。性的不能は、パームユダとシンガポールでは、当事者のみが取消請求原因とする。同様ベルギーでも、第三者の取消請求の権利には制約がある。たとえば、後見人または家族会議が未成年者から婚姻に同意を求められ同意を与えなかつたとき、後見人または家族会議はこの未成年者の婚姻を無効にすることができるが、それは訴訟手続開始のときに当事者がまだ未成年であつた場合にかぎる。

(追加)

一般に、婚姻取消原因申立の権利に関して、夫と妻の間に差別は設けられていない。しかしセイロンの回教法諸派の中には、取消原因が夫と妻に同一でない派もある。ある派では、配偶者が相互に同等でなければ婚姻の調和は保たれないと考えられていることから、たとえば父か祖父が社会的にも道徳的にも娘にふさわしいと見立てた男子に未成年の娘を嫁がせた後

に、その夫が卑賤の生れで酔漢か道徳的墮落者であることが判明したときは、未成年者本人と後見人は、不相応という理由によつて取消をうる権利をもつ。

取消原因は国と地域によつて異なるが、多くの原因が大多数の国や地域に共通となつている。タイの法律は代表的とみられるが、ここでは無効婚姻としうる婚姻を次のように区別している。すなわち、婚姻は次の場合に無効とみなされる。

- (1) 男子が17才に達しないとき、もしくは女子が15才に達しないとき
- (2) 当事者が直系尊属もしくは直系卑属の血族関係にあるとき、あるいは全血もしくは半血の兄弟姉妹であるとき
- (3) 当事者の一方がすでに他人の配偶者であるとき
- (4) 当事者の一方が精神異常者であるとき
- (5) 当事者双方が相互に夫婦たることに同意しないとき

また婚姻は次の場合に無効としうる

- (1) 人違いまたは強迫のために婚姻の同意を欠いたとき
- (2) 行為能力をもたない男子または女子が、両親または後見人の同意もしくは裁判所の許可なく婚姻したとき

以上のほかに次のような取消原因がある。——後見または養子縁組によつて生じる法律関係の終了以前に、後見人と被後見人または養親と養子の間に行なわれた婚姻(白ロシア)。不能(インド離婚法)。婚姻不完成(アイルランド)。当事者の1人との婚姻を欲するものによつて他方が殺されたとき(メキシコ)。当事者の一方が婚姻時に「高次宗教の信者」でなかつたこと(高次宗教とはユダヤ教、キリスト教、回教をさす)(サラワク、マライ人の回教法により)。宗教の絶対的相違(すなわち、洗礼を受けた者とうけなかつた者もしくは邪教または分離派からの改宗者との婚姻(スペイン))。

若干の国々の法律は、第三者からの提訴をみとめている。たとえばオーストリアでは、次の場合に検察官が取消を請求することができる。(1)当事者が婚姻の要件に違反したとき。(2)重婚をしたとき。(3)姓または国籍を得る目的で婚姻が行なわれたとき。(3)の場合には検察官だけが取消を請求することができる。婚姻が解消した後は検察官だけが取消を請求することができる。重婚の場合は、前婚の夫または妻から後婚の当事者双方を相手方として訴を起すことができる。同様メキシコでは、当事者の1人との婚姻を欲する者が他方の当事者を殺害したことによつて取消訴訟が起されるときは、被害者の子供または公共省が提訴する。またタイでは、未成年者が両親または後見人の同意をうけずに婚姻したときは、両親か後見人だけが取消を請求しうる。

第5節 婚姻取消訴訟に対する抗弁

107. 調査された大多数の国と地域では、婚姻取消訴訟における抗弁の権利について、夫と妻の法的地位は同一である。しかしザンジバルでは、回教徒の夫はいつでも一方的にタラクの権利を行使しうるのであるから、取消訴訟における妻からの抗弁という問題はおこらない。

ブルネイ（回教徒について）、日本、イギリス（スノットランド）では、取消原因が立証されたときは、抗弁の如何にかかわらず原告の勝訴となる。

108. 多くの国や地域に共通な抗弁がいくつかある。以下に要約するビルマの法律は、多くの国や地域の型を代表するものとみられるが、婚姻が法的に無効である場合（第104項参照）の抗弁に関する規定は次のようになっている。

(1) 婚姻司祭としての有効な免許をもたない牧師によつて結婚式が行なわれたときは、当事者がそのことを知りながらこのような挙式に同意したのではないことを明らかにすることが抗弁になる。

(2) 血族結婚の場合の抗弁はない。

(3) 精神異常の場合には、相手方が婚姻の本質を理解しうる精神状態にあつたか否かがきめてとなる。

(4) 年齢不足の場合の抗弁はない。

(5) 氏名の誤りの場合は、この誤りが詐欺的手段ではなかつたことを明らかにすることが抗弁になる。

(6) 事前の届出や証明や免許がない婚姻の取消には抗弁はできない。

(7) 重婚の場合は、これに相違する事実の証明がないかぎり、裁判所は前婚を有効と推定する。

(8) 詐欺、強迫による婚姻または同意を欠いた婚姻の取消においては、実際は申立人が婚姻に同意したばかりでなく、相手方との婚姻に心から同意したことを明らかにすることが抗弁になる。

無効とする婚姻（103項参照）に関してパーミニダからの回答は次のようにのべている。

(1) 不能者本人が取消の請求をしたときは、本人（夫または妻）が婚姻時にその欠陥を知らなかつたことを証明しなければならない。

申立人が誠意を欠くとき、または相手方が婚姻前にその欠陥を知っていたときは、これは取消の障害となる。

しかし、一旦婚姻が認められた後は（たとえば養子縁組等により）、裁判所はその婚姻

の有効性を問わない。また、不能の事由によつて取消を請求しないという申し合せが当事者間にあれば、これは取消の絶対的障害となる。

(2) 婚姻の完成を故意に拒否することを事由とする取消請求においては、正当な理由がなくては決定は行なわれない。原告が誠意を欠くときも、これは取消の障害となる。

(3)(4)(5) 精神異常、性病または婚姻時の妊娠を事由とする取消請求においては、裁判所が決定を下すには次のことを確認しなければならない。

(a) 申立人が婚姻時にその事実を知らなかつたこと

(b) 婚姻後1年以内に訴訟が提起されたこと

(c) 申立人が取消原因のあることを発見して以来、申立人の同意をもつて夫婦関係が行なわれていないこと

109. 特定の事情のもとでは、婚姻時に存在した一定の取消原因は、法律上無効となり、したがつて婚姻取消の根拠は消滅する。たとえばハンガリーの法律は、次の場合に婚姻は取消しえないことを規定している。

(1) 重婚の場合、最初の婚姻が解消するか無効の宣告をうければ、第2の婚姻が有効となる。

(2) 血族結婚の場合、地方議会執行委員会が婚姻後に特別免除を与えたとき。

(3) 無能力者（年齢不足等）が、無能力者でなくなつたときに婚姻を承認したとき。

(4) 婚姻に同意を求められた当事者の後見人が、婚姻後その同意を与えたとき。

(5) 婚姻担当官が職務上の権限行為をしなかつたとき、または当事者本人が出頭しなかつたときは、挙式後6ヶ月を経過すれば取消を請求することができない。

(6) 婚姻無効の原因が当事者の無能力であるときは、無能力者でなくなつた後6ヶ月以内に取消を請求しなければならない。

ハンガリーその他の国々では、婚姻の障害が法の効力によつて除かれるときは、これは技術的には抗弁とはみなされない。しかし同様な法律のある他の国々、たとえばモーリシアスでは、これは抗弁とみなされる。

（追加）

取消訴訟の抗弁については、一般に、夫と妻との間に差別はない。オーストリアの例をあげると、回答は次のようにのべている。

(1) 法律上の要件違反の場合は、当事者が夫婦として婚姻後5年間（当事者の一方がすでに死亡しているときは、死亡まで少くとも3年間）同居していたことを主張しうる。

(2) 民法上の無能力と精神異常の場合は、無能力または精神異常でなくなつたときに、その当事者から婚姻継続を望む旨の届出をしたことを主張しうる。

- (3) 姓や国籍を得る目的で婚姻をした場合は、当事者が夫婦として婚姻後5年間(当事者の一方がすでに死亡しているときは死亡時まで少くとも3年間)同居していたことを主張しうる。
- (4) 近親婚と姦通の場合は、当事者がその後特別免除を与えられたことを主張しうる。

第6節 婚姻取消訴訟中の臨時救済

110. 次の国々と地域では、取消訴訟中の臨時救済に関する規定は、離婚訴訟の場合と同一である(42-51頁参照)。——バーバドス、英領ギアナ、英領ホンジュラス、ソロモン群島英保護領、カナダ(ブリティッシュ・コロンビア州、アルバータ州)、セイロン(回答に含まれる地域全部)、中国、中央アフリカ連邦(北ローデシア原住民慣習法によるアフリカ人相互間の婚姻と南ローデシア原住民婚姻法による婚姻について)、西ドイツ、フィジー、フランス、ギルバート・エリス諸島(原住民婚姻法による原住民の婚姻の取消について)、ギリシャ、ホンジュラス、ホンコン、ハンガリー、日本、ナイジェリア、ノールウエー、パキスタン(報告に含まれる法制全部)、ポーランド、ルーマニア、セント・ヴァインセント、南アフリカ、イギリス(英本国、ウェールズ、スコットランド、マン島)、ソ連。
111. 他方、取消訴訟のときの規則が離婚訴訟の場合と異なる例もある。たとえばオランダでは、臨時救済は離婚訴訟ではみとめられるが、取消訴訟には許されない。バハマス、バーミユダ、フオクラント諸島では、妻は離婚訴訟中の離婚扶助料を請求する権利を認められるが(50頁参照)、取消訴訟では、妻はこの権利について夫と同等である。セイシエルズでは、離婚訴訟で妻が夫の精神異常を申立てたときは、夫は離婚扶助料を請求しうるが、取消訴訟では夫はこの権利をもたない。モーリシアスでは、離婚訴訟中に夫は子の臨時監護権を与えられるが、取消訴訟ではこの点について夫は妻に優先することはない。シンガポール(非国教徒の婚姻について)では妻は婚姻によつて夫の住所をとるが(19頁、101頁参照)、無効婚姻の場合には、妻の住所は「必ずしも」夫の住所と同一であることを要しない。
112. チリとサンマリノでは、離婚は許されないが、取消訴訟では妻は臨時救済について夫と同じ権利をもち同じ制限をうける。同じく離婚をみとめないアルゼンチンでは、取消訴訟中の臨時救済については、夫婦は権利を異にする。すなわち、別居について、妻が夫婦の家を去ろうとするときは、裁判所の許可を求め、且つ「相当な」家に住まねばならない。訴訟係属中は5才

以下の子の監護権は母に与えられるが、年上の子の監護権は裁判所が決定する。家族扶養の義務は主として夫が負うが、経済的に困難であれば、母に子の扶養を命令することができる。

(追加)

次の国と地域では、取消訴訟中の臨時救済の権利に関する法律は、離婚の場合と同一である。——オーストリア、白ロシア、サラワク(婚姻事件法令により)、スウェーデン、タイ、アメリカ合衆国、ユーゴスラヴィア。

少数の国では、取消訴訟中の臨時救済に関する規定は、離婚の場合と相異なる。たとえばサラワクのマライ人の回教法では、離婚訴訟中には臨時救済の請求ができるが、取消訴訟中の臨時救済に関する規定はない。デンマークでは、未成年・後見法の規定は取消訴訟には適用しない。(同法の規定によれば、離婚訴訟中に子の臨時監護に関する決定が行なわれるときは、母が優先する。)イギリス(ジャージー)では、取消訴訟中の臨時監護については両当事者の権利は平等である。ただし、訴訟中扶養に関しては、離婚訴訟の場合と同様に、妻の方が優先する。

離婚をみとめないアイルランドでは、取消訴訟中臨時救済の請求が行なわれるときは、夫と妻の権利は平等である。やはり離婚を許可しない国の一つであるスロルシアでは、取消訴訟中臨時救済の請求は当事者の何れにも認められない。スペインでは、一旦取消が請求されたならば、当事者は別居しなければならない。妻が未成年者のときは、後見権をもつ親または裁判所の選任した後見人の保護に委ねられなければならない。子の臨時監護については、裁判所は、両親の何れが監護権をもち何れが親権を行なうかを、その裁量によつて決定する。スペインでは、原則として父が子の主たる扶養義務者である。回答は「最近の立法傾向は夫と妻の地位を」かなり平等に「する方向に向っている。」とのべている。スペインの法律では、訴訟中扶養の請求に関して、妻は原則として有利な取扱をうける。

第7節 取消訴訟費用

113. 調査した国々のうち離婚をみとめるすべての国と地域において、離婚訴訟費用に適用されるのと同じ原則が取消訴訟費用にも適用される。離婚を認めないチリとサンマリノ(8頁参照)では、夫と妻は取消訴訟費用について同一の権利をもち同一の制限をうける。

(追加)

一般に、離婚が認められる国と地域では、訴訟費用について、離婚の場合と同じ原則が取消訴訟にも適用する。

離婚を認めない国のうち、セントルシアでは、取消訴訟費用に関する規定はない。アイルランドでは、取消のときは、夫と妻は有責当事者であるか否かに関係なく、費用償還に関し同一の権利をもち同一の制限を受ける。スペインの法律は、費用に関して平等の取扱いを規定している。しかし判例では訴訟費用は一般に「妻に、」例外的には「夫に償還される。また、場合によつては、有責当事者または取消原因のあることを知っていた当事者に対して、費用の償還命令が下されることがある。当事者双方とも取消原因のあることを知っていた場合は、」そのときの事情に「応じて費用を償還させるが、こういう場合は、各当事者それぞれに自分の費用を負担させるのが」通則である。しかし夫が共有財産や妻の財産の管理をひきつづき行なうときは、妻は訴訟費用を夫が負担するよう要求することができる。

第8節 取消判決の登録または記録

114. この報告書中、離婚を認める国々のうち2国を除く他のすべての国では、離婚の登録、記録または公表に関する原則と同じ原則が、婚姻取消にも適用される。ケニヤの回教徒においては、離婚の登録はおこなわれるが(61頁参照)、婚姻取消の登録については規定がない。オランダでは、離婚の登録は離婚の効果を確定する(59頁参照)。しかし婚姻取消の登録については、登録の規定はあるが、もし登録をしなかつたとしても、取消の効果には影響はないものと思われる。離婚を認めないアルゼンチンとチリでは、婚姻取消は戸籍簿に記録される。チリ、イタリア、サンマリノでは、婚姻許可証に書きこまれる。

(追加)

離婚をみとめる国と地域の中ではメキシコを除くすべての国で、離婚判決に関してすでにのべたと同一の、もしくは類似の手続が取消判決の登録または記録にもとられる。メキシコでは、取消判決の写しが婚姻に立合つた民事登録官に送られ、登録官はこれにもとづいて、婚姻登録の余白に、判決文の本文と判決月日と判決を下した裁判所名を含む詳細な記入をしなければならない。この手続は離婚判決の登録手続とは多少相異なる。

離婚を認めない国のうちアイルランドとセントルシアでは、取消命令は裁判所記録の一部

となる。スペインでは、民事婚の取消は、「婚姻の登録とならべて登録される」教会婚については、取消の記録は民事登録と教区登録簿の両方にいれられる。民事裁判所は、取消判決もしくは、未完成婚の解消やパウロ特権の申請の場合は特別免除)を民事登録簿に記入する責任を負う。教会の登録について、民事裁判所の裁判官は、その婚姻を登録した出生婚姻登録簿に、これが登録されることをたしかめねばならない。

0部 婚姻取消の効果

第1節 婚姻による子に及ぼす取消の効果

(a) 嫡出性

115. 多くの法制のもとでは、適法の婚姻中に出生した子または懐胎された子は嫡出子とみなされる。したがって離婚訴訟においては子の嫡出性の問題は必ずしも生じない。離婚訴訟において夫が妻の姦通を申立てたとしても、子が婚姻外の子とみなされるには、一般に別の証拠(時には別題の訴訟)が要求される。しかし、婚姻取消は無効な婚姻を前提としているから、ある国々では、このような婚姻による子は、法律上婚姻外の子とみなされる。たとえばホンコンでは(中国慣習法による婚姻を除く)、無効な婚姻による子は「非嫡出子」である。
116. アルゼンチン、ベルギー、イタリア、オランダの法律と判例では、効力のない婚姻による子の地位の決定には、配偶者の一方または双方の婚姻時における善意が考慮にいれられる。これらの国々では、配偶者の一方または双方が善意であつたときは、婚姻は不適法婚姻 Putative marriage とみなされる。アルゼンチンの婚姻法は「無効の宣告をうけた婚姻が両当事者の悪意によつて行なわれたものであれば、これは民法上効力を有しない」と規定している。したがって子は、婚姻が無効となつた原因に相応する部類の非嫡出子とみなされる。ベルギーでは、その婚姻が不適法婚姻とみなされないかぎり、取消された婚姻による子は、承認されない私生子という部類にいれられる。イタリアとオランダでは、配偶者の一方または双方が善

意であれば、その婚姻によつて生れた子は嫡出子としての地位をうる。イギリスの法律もこれに近い。1959年の嫡出法(この法律はスコットランドには適用しない)の規定によれば、無効な婚姻による子は、子の出生の原因となつた性行為のときに(もしくはその後結婚式をしたときは結婚式のときに)、配偶者の一方または双方がその婚姻は当然有効と信じていたときは、その子は両親の嫡出子とみなされる。

117. 南アフリカでは、婚姻が不法婚姻とみられるときは、子は善意の親または両親との関係において嫡出とみなされる。南アフリカでは不法婚姻の場合のほかは、取消された婚姻による子は、遡及的に非嫡出となる。無効とする婚姻による子は、取消判決が下されるまでは両親の嫡出子であり、判決が下された後は婚姻外の子となる。南アフリカの法律では、子は母との関係においては常に嫡出子であると規定されている。したがつて、取消後においては、無効婚姻または無効とする婚姻による子は、父との関係において、父が取消原因があることを知らずに婚姻した場合のほかは、非嫡出となる。

118. カンボジアでは、無効の宣告をうけた婚姻による子は、取消原因の如何にかかわらず嫡出子である。ギリシャ、ノルウェー、サンマリノにおいても同様である。

(追加)

ある国々では取消された婚姻による子は法律上非嫡出子であるが、他の国では、このような子は一定の場合にだけ婚姻外の子と考えられる。たとえばアイルランドでは、婚姻が取消されたときは子は非嫡出子となる。同様オーストリアでも、姓や国籍をうる目的で婚姻が行なわれたときは、この婚姻による子は非嫡出子である。アメリカ合衆国の大多数の州では、婚姻取消判決は子の嫡出性に影響を及ぼすことなくこのような子は嫡出子とみなされると制定法に規定している。しかし少数の州では、禁止された婚姻(すなわち血族結婚と姪婚)による子は非嫡出である、とはつきり規定している。一方また白ロシアとスペインでは、取消された婚姻による子は婚姻外子とみなされる。白ロシアではこのような子の権利は、正規の登録による子の権利と同等である。

(b) 姓

119. 多くの国や地域では、嫡出子とみなされる子は父の姓を名乗る。たとえばノルウェーとギリシャでは、無効の宣告をうけた婚姻による子は、嫡出子とみなされ(118項参照)、父の姓を名乗る(63項参照)。西ドイツでは、取消された婚姻による子は父の姓を名のる。オランダでは、配偶者双方ともが結婚式のときに、取消原因があることを知っていたのであれば、子は婚姻外の子とみなされ、母の姓を名のる。

(追加)

デンマーク、タイ、アメリカ合衆国では、子の姓に關し離婚後に適用されるのと同じ規則が取消後にも適用される。アメリカ合衆国では、取消された婚姻による子は、一般に父の姓をひきつづき名のる。子の姓の変更が子の最善の利益に合致すると考えられるときは、裁判所は両親の一方からの申請によつて、改姓を命令することができる。

スペインでは、子は父の姓を最初の姓として、母の姓を二番目の姓としてひきつづき使用する。

(d) 国籍

120. 子の国籍の問題は、ある場合は嫡出性についての決定と関係がある。イギリスでは、連合王国とその領土内で出生した子は、父か誰であつても連合王国市民である。但し、出生時に父が外交上の特典を享有するとき、あるいは領土を占領している敵国人であるときはこの限りでない。その他の場所で生れた子であつても、市民を父とする嫡出子であり、一定の他の条件を具備すれば連合王国市民となる。両親の婚姻が最初から無効であり、その子が連合王国の領域外で出生したときは、1959年の嫡出法第29節の適用による場合のほかは、市民権をうることができない。この法律の保護が適用されないときはその子は市民となることができないことになつてゐるが、内務大臣はその裁量によつて、その子を連合王国市民として登録することができる。ホンコンでもこれに近い制度がある(中国慣習婚の場合以外は)。ホンコンでは無効な婚姻による子は非嫡出とみなされ、英国籍法(1948年)によれば嫡出子のみが連合王国市民権を取得しうることとなつてゐるので、したがつてこのような子は、連合王国市民たる生得の権利がない。しかし特殊な事情があるときは婚姻外の子も連合王国市民として登録せらる。南アフリカでは、婚姻外の子は母の国籍を得る(117項参照)。ギリシャでは、取消された婚姻による子は嫡出子とみなされ(118項参照)、子の国籍は婚姻取消によつて影響されることなく、その子は父の国籍を失わない(65項参照)。

(追加)

タイでは取消後の子の国籍に関する規則は離婚後と同じである。デンマークでは、子の国籍に対する離婚の効果は取消に準用される。しかし、デンマーク人と外国籍人との間にデンマークの法律による正式の婚姻が行なわれなかつたときは、子は婚姻外の子とみなされ、このような子は母の国籍にしたがふ。

(d) 後見と監護

121. 調査した大多数の国と地域では、取消された婚姻による子が嫡出子とみなされるときは、離婚訴訟に適用される後見と監護に関する規則(67~70項参照)が取消訴訟にも適用される。たとえばノールウェーでは、このような子は嫡出子とみなされ(118項参照)、監護者を定めるについては子の福祉の問題が主としてきめてになる。原則としては、取消原因に対する両親の責任または善意か否かの問題は決定的な要素ではない。これは離婚訴訟のときと同じである。同様にホンコンでも(中国慣習婚の場合以外は)、無効とする婚姻による子は嫡出子であり、離婚訴訟における子の監護に関する規則(67項参照)がこの場合の嫡出子に適用される。

122. 他方ベルギーでは、婚姻が不法婚姻とみなされる場合のほかは、子は承認されない私生子とみなされ(116項参照)、監護権者は親族会議が決定する。この規則には2つの例外がある。妻の重婚の事由によつて婚姻が取消されたときは、子は母と最初の夫との嫡出子となり、監護はその最初の夫が行なう。また、出生証明書に、父が子を認知したことと、その妻が子の母であることを認めたことが記されれば、その子は承認された子となる。この場合、監護は母と父が行なう。もし父母が合意を得なければ、裁判所が監護についての命令を下す。

123. ホンジュラスの民法には、婚姻取消後の子の監護について次の規定がある。

「第149条 当事者の双方が婚姻取消原因のあることを知らなかつた婚姻に取消の終局判決が下されるときは、5才以上の息子は父の保護下に、娘は母の保護下にのこされる。

当事者の一方のみが善意であつたときは、子は男女ともその当事者の保護監督に服する。

両当事者とも悪意であつたときは、子のために後見人が選任される。

幼児は男女とも5才になるまでは、母の保護下におかれる。但し特別の事由により判決がこれと異なる命令を下したときはこの限りでない。

「第150条 前条第1項及び第2項の規定は、両親が子の保護のため他のとりきめに同意したときは、適用しない。

124. ホンコンでは(中国慣習婚を除く)、非嫡出子の監護権は母に与えられるもののようである。

(追加)

インド(回教法により)では、子の後見権に関し離婚後に適用される規則が、取消後にも

適用される。アメリカ合衆国では裁判所は子の最善の利益にしたがつて監護権者を決定する権限をもつ。少数の州では、詐欺、強迫の事由による取消の場合は、監護権は無責当事者に与えられると制定法に規定されている。

離婚を認めない国のうち、アイルランドでは、裁判所は子の監護について、子の福祉の観点から命令を下す権限がある。回答によると、両親の権利は平等と考えられている。スペインでは、裁判所(教会裁判所または民事裁判所)の取消命令に監護に関する条項が含まれないときは、民法は次のように定めている。(1)7才以下の子は母に与えられる。(2)子が7才以上であり、かつ両親の一方または双方が善意であるときは、両親は相当と思うとりきめをすることができるが、これは決定施行の責任をもつ裁判所の権限を侵すものではない。(3)両親がとりきめをしないときは、善意の当事者はすべての子に対する監護権を与えられる。両当事者とも善意であつたときは、男児は父の監護下に、女児は母の監護下におかれる。(4)両当事者とも悪意であつたときは、子の後見人が選任されるが、しかし子は7才になるまでは母の保護下にのこされる。上記の規則が機械的に適用されるべきでない裁判所が決定し、かつ子の監護に関する両親間のとりきめが承認されないときは、裁判所はこの問題の決定に裁量権をもつ。

(e) 扶 養

125. 子の扶養義務やこの義務の範囲は、その子が嫡出子または承認された子とみなされるか否かにかかる。たとえばイタリーでは、無効の宣告をうけた婚姻の配偶者双方が悪意であつたときは、子は承認された私生子として扱われ、扶養、教育、監護をうける権利をもつ。回答は次のようにのべている。しかしイタリーの法律は、私生子が承認される場合を詳細に規定し、その他の場合には承認を禁じている。したがつて、無効の宣告をうけた婚姻によつて出生した子が、法の定める承認の条件のいずれにも該当しなければ、この子は承認のない私生子という身分にとどまり、したがつて扶養をうける権利のみをもつ。

126. ホンコンでは(中国慣習婚の場合を除いて)、非嫡出子の父は子を扶養する義務をもたない。ただし、父がその子を事実上養子としたとき、もしくは養子縁組の命令をうけたとき、もしくは児童監護法第2節(1)によつてその子の扶養料の支払を命令されたときはこの限りでない。この児童監護法は「非嫡出子」にも適用するものとされている。一方また、シンガポールからの回答は(非回教徒の婚姻について)次のようにのべている。「夫は、嫡出、非嫡出を問わず、すべての子を扶養する義務がある。」

127. ホンコンでは(中国慣習婚をのぞき)子が「非嫡出子」とみなされるときは、母が扶養の義務を負う。

(追加)

白ロシアとアメリカ合衆国では、離婚後における子の扶養に関する規則が取消の場合にも適用する。

スペインの法律では、嫡出子に対する親権は一般に「父に与えられる。(親権とは権利であるとともに義務と考えられている。)子の扶養の義務は『道徳的義務』と考えられており、したがって、婚姻の有効無効に関係なく、また一方の当事者の有責無責に関係なく、両親とも子の扶養の義務をもつものと解釈されている。しかし回答は、どんな罪でも制裁が必要であるから、裁判所は有責当事者に対し、可能な範囲で扶養の義務を課さなければならない。』とのべている。しかし当事者双方が悪意であつたときは、両者とも親権から生じるいかなる利益も得ることができない。しかし子は、両親が法律上の親として負う義務を履行することを要求する権利がある。』

第2節 当事者の個人権、民事上の能力および財産権に及ぼす婚姻取消の効果

(a) 姓

128. 次の国々と地域では、婚姻取消後妻は婚姻前の姓に復する。——アルゼンチン、ベルギー、西ドイツ、イタリア、日本、ルクセンブルグ、モーリシアス、ポーランド、サンマリノ、セイシェルズ、シンガポール(非回教徒の婚姻について)、南アフリカ、ソ連。チリでは、妻の姓に対する婚姻の効果についても、婚姻取消の効果についても、規定がない。慣習としては、結婚した婦人は自分の姓に“de”という前置詞を加えて、その前に夫の姓をつける。婚姻無効の宣告が下されたときは、この加えた部分を除く。パナマからの回答は、『婚姻が法的に無効となつたときは(103項参照)、妻は婚姻中の姓の使用を継続する権利がない。』とのべている。

129. 他のいくつかの国々や地域では、妻は婚姻中の姓をひきつづき使用してもよく、またもとの姓に復してもよいこととなつている。カナダ(アルバータ州、ブリティッシュ・コロンビア州)、ホンコン(中国慣習婚を除く)、セント・ヴァンセント、イギリス(英本国、ウェールズ、スコットランド、マン島)の諸国がこれに該当する。これらの国々では、慣習上事実上、妻は婚姻によつて夫の姓を名乗るが、これは法律上の問題ではない。

130. ハンガリーでは、離婚の場合と同様、一定の事情のもとでは(76項参照)、妻は取消後夫の姓を名乗ることを禁じられる。ノールウエーにも同様の規則があつて、妻は夫から請求があれば、婚姻前の姓に戻らねばならない。夫が取消訴訟の申立人として、一定の取消原因すなわち、重婚または『性病の危険』の事実を立証したときは、夫はこの権利を行使しうる。妻は国民登録官に届出をすれば、いつでも婚姻前の姓にもどることができる。

131. フィジーとザンジバルにおける婚姻取消後の姓の問題については、離婚の場合と同じである(78項参照)。

(追加)

カナダ(サスカチエワン州)とフィンランドでは、離婚後と同じ規則が取消後にも適用される。

オーストリア、デンマーク、アイルランド、サラワク(婚姻事件法により)、スイス、アメリカ合衆国とユーゴスラヴィアでは、取消の後妻は婚姻前の姓に復する。しかしデンマークの裁判所は『特別の理由のあるときは、妻が婚姻によつて得た姓を保有することを許可する。』

(b) 国 籍

132. 不適法婚姻 putative marriage とみなされる婚姻においては、善意で婚姻した方の当事者は、取消判決があるまでは有効な婚姻のもつ民事上の効果を享受する権利がある。取消判決は離婚判決と同様、善意によつて婚姻した、当事者の一方または双方に対して遡及効を及ぼさない。たとえばベルギーでは、善意によつて婚姻した婦人は、婚姻取消ののちも、婚姻にさいして取得した国籍をはじめ、婚姻によつて得た利益を失わない。イタリアも同様である。オランダでは原則として、妻は婚姻しなかつたものとみなされ、したがつて夫の国籍を取得しなかつたものとみなされる。しかし判例法によれば、婦人が婚姻時に善意であつたときは、離婚後における国籍喪失ないしは保有に関する規則が婚姻取消にも適用される。すなわち、外国婦人がオランダ人と善意によつて婚姻し、オランダ国籍を得たときは、その婦人は、婚姻取消後1年以内にオランダ国籍離脱の意志を通告することによつて、その国籍を失なう。反対に、外国人との婚姻により、もしくは婚姻の結果として、オランダ国民たる身分を失なつた婦人は、婚姻取消後、もとの国籍回復の意志を通告すれば、再びオランダ国籍を取得することができる。

133. サンマリノでは、婚姻取消のときに妻が他の国籍をもっているか取得する場合のほかは、夫の国籍を保有する。

134. これに関連してイギリス（英本領、ウェイルズ、マン島について）の回答は次のようにのべている。

「第一に、1948年の法律第12節の(5)の暫定規定によつて、連合王国および諸領土の市民たる婦人の権利は、同法律により連合王国および諸領土の市民権を得た英国臣民との1949年以前の婚姻による英国籍の取得にもとづいて得られる。このような場合に婚姻が最初から無効であるときは、その婦人は婚姻によつて英国籍を取得せず、また第12節(5)により連合王国および諸領土の市民権を得なかつたこととなる。第2に、婦人が1948年の法律第6節(2)によつて、婚姻により連合王国および諸領土の市民権を得たのち、その婚姻が無効であることが判明したときは、イギリス政府はその婦人の市民権に変化を生じないものとみなす。但しその市民権が「詐欺、偽りの申告、または重大な事実の隠蔽」によつて得られたものであるとの事由により、同法第20節にしたがつて市民権剥奪の正式手続がとられたときはこの限りでない。なお、剥奪命令を下すには、国务大臣はその婦人が市民権を保有することは「公益に資さない」ことを確認しなければならない。（実際にはこの理由で市民権を剥奪された婦人はない。）」

135. 西ドイツでは、取消された婚姻が1953年4月1日以前に行なわれたものであれば、取消判決が確定したときに、妻は婚姻によつて取得したドイツ国籍を失う。1953年4月1日当

日またはその以後に婚姻が行なわれ、婚姻時に婦人が然るべき宣言をしたことによつてドイツ国籍を取得したものであるときは、判決が確定したときに婦人はドイツ国籍を失う。しかし、妻が婚姻との関係で帰化したときは、ドイツ国籍を失わない。

（追加）

離婚の場合と同様、婚姻によつて国籍を変えた婦人は、一般に取消後もその国籍を保有する。たとえば、スペイン人と婚姻した外国婦人は夫の国籍を得、外国人と婚姻したスペイン婦人は、夫の国籍をとればスペイン国籍を失うが、取消ののちこの外国婦人は、婚姻時に得たスペイン国籍を保有する。ただし、婚姻時に善意であつた場合にかぎる。一方また、婚姻の結果として国籍を失つたスペイン婦人は、婚姻が「解消」されたとき、もしくは法律上の永久別居をしてスペイン領土内に帰つてきたときは、スペイン国籍に復しうる。

(c) 民事上の能力

136. 婚姻取消訴訟が当事者の民事上の能力に及ぼす効果は、次の諸国では離婚訴訟の場合と同様である（81～82項参照）。——中央アフリカ連邦（南ローデシア原住民婚姻法（1950年）による婚姻と原住民慣習法によるアフリカ人相互間の婚姻について）、モーリシアス、セントグインサント。後見人となる能力に関して、ホンゴン（中国慣習婚を除く）では、取消しうる婚姻のときは、子は嫡出子であり、後見に関する規則は81項にのべた通りであるが、無効な婚姻による子は「非嫡出」であり、したがつて両親とも後見人となる能力をもたないと思なされる。

137. アルゼンチンでは、取消の後、もとの妻は独身男子と同一の民事上の能力をもつ。しかしチリでは、取消後の妻が完全な民事上の能力をもつためには成人でなければならない。

（追加）

婚姻の結果として生じた婦人の民事上の能力への制限は、取消によつて除かれる。たとえばスペインでは、取消のときに婦人が成年に達していれば、提訴と抗弁の権利、契約の権利、財産の所有、管理、処分の権利に関して「夫の権威によつて妻に課せられた制限」は消滅する。しかしスペインの婦人は、後見人となる権利に関して「女子なるがための制限」に服する。さらに回答によれば、「婦人はその代償として、民法第224条により、正当な事由を示すことを要求されることなく後見人となることを拒否しうるという特典をもっている。」この後見権に関する規定は妻と未婚婦人とに等しく適用するものと思われる。つまりこれは婚姻の結果ではないので、取消によつても影響がないわけである。

(B) 扶 養

138. ある国々では、悪意によつて婚姻した当事者は、婚姻の民事上の効果を奪われ、さらに、善意であつた当事者の扶養を命令されることもある。たとえばベルギーでは、悪意によつて婚姻した当事者は、善意の当事者を扶養する義務を負わされる。この責任は婚姻関係の義務にもとづくものではなく、他人に損害を与えたものは賠償しなければならないという民法上の義務に関する一般の規定にもとづくものである。アルゼンチンの婚姻法では、悪意の配偶者は善意の配偶者から扶養を請求することはできないと規定している。

139. ある国々、たとえば南アフリカやソ連では、婚姻取消判決は配偶者の扶養請求権を消滅させるが、他の国々では、離婚訴訟に適用される扶養請求を認める規則が、取消訴訟の場合にも適用される。ホンコン（中国慣習婚を除く）、モーリシアス、ザンジバルの法律がその例である。シンガポール（非回教徒の婚姻）では、取消判決ののちに、夫から妻に扶養料の支払を命令することができる。

（追加）

次の諸国では、配偶者の扶養に関し、離婚に適用される原則が、取消訴訟にも適用される。
——オーストリア（当事者の一方が善意のとき）、白ロシア、インド（1955年のヒンズー婚姻法、1954年の特別婚姻法、1869年のインド人離婚法、1936年のバルソー婚姻法により）、ユーゴスラヴィア。オーストリアでは、離婚における扶養に関する規則が取消訴訟に準用されるが、ただし、当事者の一方が婚姻時に、取消原因があることを知らなかつた場合にかぎる。この場合には、取消原因のあることを知つていた当事者は、「有責の宣告をうけた者と同様に取扱われる。」デンマーク、アイルランド、メキシコ（無効婚姻の場合）、スペイン（夫が有責もしくは悪意の当事者であつたときを除く）では、取消判決は配偶者の扶養請求権を消滅させる。メキシコでは、善意による婚姻であつても、これが無効の宣告をうけたときは、配偶者間の婚姻の完全な民事上の効果は取消判決の言渡と同時に消滅する。取消の効果は溯及的に婚姻を無効にするので、したがつて当事者は離婚扶養料請求の権利をもたない。同様スペインでも、婚姻が一旦取消されたのちは、扶養の義務をはじめ婚姻によつて発生するすべての義務は消滅する。しかし、もし夫が有責もしくは悪意の当事者とみなされたときは、「夫は妻に一定額の金を分与しなければならない。」当事者双方が悪意と考えられたときは、両者とも扶養の義務をもたない。

(C) 財 産 権

(1) 別有財産

140. 取消判決後の別有財産に関する法律規定は、離婚の場合と同じである。（89項参照）

（追加）

同上

(2) 共有財産

141. 共有財産制をとる若干の国々では（90、91項参照）、婚姻取消後の共有財産の分配の仕方は離婚後と同じである。カンボジアとポーランドがこれに該当する。ポーランドでは、婚姻中における当事者の不行跡が離婚後の共有財産の分配に影響するのと同様に、婚姻時における当事者の悪意は、取消後の共有財産の分配に影響する。（90項参照）

142. アルゼンチンでは離婚は許されないが、婚姻取消後においては共有財産の分配が行なわれる。夫婦の両親からの相続財産以外の婚姻中の取得財産が夫婦の共有財産となる。これは獲得財産（bienes gananciales）とよばれ、婚姻取消後はその半分ずつが各配偶者のものとなる。しかしアルゼンチンの婚姻法では、両当事者が悪意によつて婚姻したときは、事実婚の解消に適用される手続によつて財産が処理され、婚姻契約は何らの効果をも生じないと定められている。ホンジュラスの民法第151条の規定によれば、配偶者の一方が悪意によつて婚姻したときは、その者は取得財産に関するとりきめにもとづくすべての権利を失う。同条はさらに、「当事者双方が悪意によつて婚姻したときは、一切が無効となる」と規定している。

143. 若干の国々では、婚姻が無効とみなされるときは、本来婚姻中夫婦の共有となるべき財産は共有財産とみなされない。ルーマニアでは、取消判決の溯及効によつて、共有財産が生じなかつたものとみなされるときは、婚姻中に取得した財産は、夫婦の共同所有となる。ソ連では婚姻が取消されたときは、夫婦は「配偶者としての個人権ないしは財産権」を得たものとみなされない。したがつて取消のさいの財産は、それを取得した者もしくは贈与された者に帰属すると考えられる。

（追加）

スイスとタイでは、取消後の共有財産の分配は離婚後の分配と同様である。

デンマークの婚姻・離婚法では、婚姻が取消されたときは、各当事者は、婚姻時に当人が合同財産に寄与した財産、またはその後の取得財産すなわち贈与、遺贈、もしくは自己の別有財産から合同財産に移転した財産等を、予め合同財産から取除くことができる。合同財産の額が足りなくなつたときは、各当事者の取分を「比例的に削減」する。各当事者は別有財

産に属する財産はすべて返還を要求することができる。

メキシコでは婚姻が取消され、両当事者とも善意とみなされたときは、共有財産は婚姻契約に定めた額にしたがつて両者間に分割される。しかし当事者の一方だけが善意のときは、この財産は全部その当事者に与えられる。両方の当事者が悪意のときは、共有財産は子供たちに分配される。スペインにも同様の規則がある。通常共有財産は当事者間に平等に分配されるが、一方が悪意のときは、その者は共有財産に対するすべての権利を失う。両当事者とも悪意のときは、各当事者の悪意は他方の悪意によつて相殺される。

(3) 嫁資および花嫁代

144. 英領ギアナでは嫁資は夫への「絶対的贈与」であるから、婚姻が取消されたのちも夫は嫁資を保有する。これは離婚にも適用する原則である(92項参照)。中国ではこの点についての法律規定はないが、裁判所の見解では、妻は婚姻取消のときに嫁資をとり戻すことができる。ナイジェリアでは、花嫁代に対する婚姻取消の効果は原則として離婚の場合と同様である(92項参照)。

(追加)

タイの花嫁代に関する法則は取消の場合にも適用される。

(4) 寡婦産、課夫産、マール

145. カナダのアルバータ州では、妻は「家産特権」の形で寡婦産権をもつが、この権利は婚姻取消の後には消滅する。同様にドイツでも、寡婦産権、課夫産権は取消の後消滅する。これは離婚の場合と同じ原則である(94項参照)。
146. ブルネイ(回教徒について)とザンジバル(回教徒について)では、マールに関し離婚後に適用する規則が、同じく婚姻取消後にも適用する(95項参照)。

(追加)

アメリカ合衆国では、妻の寡婦産権、夫の課夫産権は、婚姻の有効性によつて決定する。婚姻が取消されるときは、当事者は「一般に」すべての寡婦産権、課夫産権を失う。同様にナダ(サスカチエワン州)でも、妻の「家産特権」は取消の後消滅する。

第3章 裁判別居

A 部 総 論

147. 裁判別居は、離婚や取消とちがい、婚姻関係終了の効果をもつものではない。裁判別居判決のおもな結果は同居義務の中断である。多くの場合、判決はまた夫婦が共有する財産の分割を規定する。婚姻が継続しているのであるから、大部分の法制において、夫婦の個人権や民法上の能力には概して何らの変化も起らない。たとえば、夫婦の一方の氏名もしくは国籍に対する婚姻の効果は継続する。同様に、婚姻により後見が解かれた未成年者は、成人としての地位を保有する。また、婦人は婚姻により夫の住所を得ると規定する法制においては、裁判別居中も通常婦人は夫の住所を保有する。貞操の義務などの若干の婚姻上の義務は、裁判別居ののちも継続する。夫が妻と子を扶養する義務をもつ法制では、この義務もまた別居判決後も変わらない。しかし、有責の妻には扶養を停止しうる制度も若干ある。

148. 多くの法制では、法の定める原因が立証される場合にのみ裁判別居が許可される。一方、若干の法制は、夫婦相互の同意にもとずき別居命令を下すことを認めている。

149. 調査を行なつた若干の国々では、裁判別居の制度を設けていない。それらの国々は、アーデン(回教徒)、ブルネイ(回教徒)、ビルマ、カンボディア、セイロン(一般法を行なう者を除く)、中国、中央アフリカ連邦(南ローデシアの慣習法による婚姻と1950年の原住民婚姻法による婚姻について)、ギリシア、ハンガリー、日本、ケニヤ(回教徒)、北ボルネオ(キリスト教徒婚姻令による婚姻について)、ポーランド、ルーマニアおよびソ連である。ソ連では、夫婦のいずれも自分の居所を選ぶ自由をもっており、したがつて夫婦は裁判所その他の許可を求めることなしに別居する権利をもつ(42項参照)。回答は「別居は夫婦の権利義務の範囲および共有財産制に影響を与えない」とのべている。ギルバート・エリス島植民地からの回答は、

「現行の法律では、裁判別居を認める権限は原住民裁判所に与えられていないが、英国高等弁務官裁判所は、英国法の地方適用条項によつて、裁判権をもつものと考えられよう。この見方がとられるならば、裁判別居に関する英国法は適用されよう。」とのべている。

150. このうちいくつかの国々では、事実上の別居がある程度裁判別居と同じような効果をもつ。たとえば、ハンガリーでは、夫婦の一方の申立てによる裁判別居の制度はないが裁判所は共有財産の分割(財産分割)を許可することができる。同様に、この点に関し、中央アフリカ連邦からの回答は(南ローデシアの1950年原住民婚姻法によるアフリカ人相互間の婚姻に関し)

種族法は、事実上の別居期間中に姦通から生まれた子の後見等の問題を解決する。”とのべている。

(追加)

追加報告に含まれる国と地域中、裁判別居の法律規定のないのは、オーストリア、白ロシア、メキシコ、サラワク(陸ダヤク族と海ダヤク族の慣習法、マレイ人の回教法、ケニヤ・カヤン族の慣習法)、タイ、アメリカ合衆国諸州の半数以下、ユーゴスラビアの諸国である。白ロシアでは、夫婦のいずれも自由に自分の住居を選ぶことができ、別住居は夫婦の権利・義務もしくは共有財産制に影響しない。タイでは、夫婦のいずれからも裁判別居を正式に申請することができないが、民法の規定によれば、夫婦の一方の健康もしくは幸福が同様によつておびやかされるときは、その者は、危険性のある間「別居する許可を裁判所に申請することができ、裁判所は状況に応じた扶養料を命令することができる。

B 部 裁判別居訴訟

第1節 裁判別居許可の権限

151. 調査対象中、裁判別居の制度がある国々のうち、バーミューダ、セント・ヴィンセントおよびセイシエル群島を除くすべての国々では、夫も妻も同じ裁判所で同じ法的手続のもとに救済を求めることができる。バーミューダでは、夫婦双方ともバーミューダ最高裁判所において裁判別居の請求をすることができるが、次のような場合は、妻は裁判所に即決裁判を請求することができる。この場合の申立事由は、(1)遺棄、(2)常習的虐待、(3)妻、婚姻による子、もしくは妻の保護下にあつて夫が扶養義務をもつその他の子に対する扶養義務の故意による懈怠、(4)妻に対する暴行のため夫に下された有罪判決、である。このような申立てが立証されたときは、即決裁判所は、夫との同居義務を免ずる命令を下すことができる。このような命令はそれが有効である間は、虐待の原因にもとづく英国の裁判別居「判決と全面的に同じ効果をもつ。セイシエル群島でも、妻は同じ手続をとることができ、別居命令は裁判別居判決の効果をもつが、事実上裁判別居に全く等しいわけではない。”セント・ヴィンセントでも同ような手続が行なわれているようである。

152. 民事婚と宗教婚とがあるサン・マリノでは(98項参照)、カトリックの聖職者によつて結

婚式が司宰された場合でも、裁判別居の判決は、普通の「民事裁判所によつて下される。

(追加)

デンマークを除くすべての国と地域では、裁判所または裁判官だけが裁判別居を許可する権限をもつ。デンマークでは、裁判所と同様に行政官庁も裁判別居を命ずる権限をもつ。行政官庁は、夫婦が相互に同意すれば裁判別居を認める権限をもつ。

スペインでは、取消の場合と同様、民事裁判所と教会裁判所が裁判別居事件を審理する権限をもつ。

第2節 裁判別居訴訟提起と抗弁の権利

153. 本報告書中裁判別居の制度があるすべての国々において、婦人は裁判別居訴訟の提起と抗弁に関し男子と平等の権利をもつ。

(追加)

追加報告に含まれる裁判別居の制度のあるすべての国と地域では、婦人は裁判別居訴訟提起と抗弁の権利を男子と同等にもつている。たとえば、セント・ルシアでは、妻は婚姻事件訴訟を起すについて裁判所の許可を”もはや必要としない。”

第3節 裁判別居訴訟の要件

154. 訴訟要件とはすでに定義したとおりである(60項参照)。次の国々では、裁判別居訴訟の要件に関し妻は夫と平等の法的権利を有し、平等の法的制限を受ける。アルゼンチン、バルバドス、ベルギー、バーミューダ、英領ギアナ、英領ホンデウラス、ソロモン群島、英保護領カナダ(アルバータ州、ブリティッシュ・コロンビア州)、セイロン(一般法を行なう人々)、チリ、フオー克蘭ランド島、フランス、ジブラルタル、ホンデウラス、イタリア、オランダ、ノルウエー、パキスタン、(当事者の一方がキリスト教徒であるときに適用される1869年の離婚会による)、セント・ヘレナ、サン・マリノ、シンガポール(非回教徒)、イギリス(スコットランドに関し)、ザンジバル(回教徒)。

(追加)

裁判別居訴訟の要件に關し夫と妻が同じ法的権利を有し、同じ法的制限を受ける国と地域は、カナダ(サスカチエワン州)、デンマーク、フィンランド、インド(ヒンズー教徒、仏教徒、シーク教徒、ジャイナ教徒、バラモン教徒、プラルサラ教徒、アリヤ・サマジ教徒に適用される1955年ヒンズー婚姻法、インド在住のキリスト教徒に適用される1869年インド離婚法、1936年バルソー教徒婚姻・離婚令、回教法、法令により婚姻し登録したインド全住民に適用する1954年特別婚姻法)、アイルランド、サラワク(婚姻事件法令)、セント・ルシア、スウェーデン、スイス、イギリス(ジャージー島)である。

住所と居所に関する要件

155. 離婚の場合と同様裁判別居においても、管轄裁判所は住所によつて決まる。離婚訴訟における住所に関する要件(17~19項参照)は、次の諸国では裁判別居訴訟にも適用される。

—— イジー、ケニヤ(婚姻事件法令による婚姻とヒンズー教徒の婚姻について)、ルクセンブルグ、モーリシアス、ナイジェリア、シエラ・レオネ。

156. セント・ヴィンセントと南アフリカでは、離婚訴訟と裁判別居訴訟には異なる規則が適用される。前述のとおり(18、19項参照)、これらの2国では、例外はあるが、原則として、妻は夫の住所地の裁判所に離婚の訴えをしなければならない。セント・ヴィンセントでは、妻は訴訟手続開始の時に夫が国内に居住するならば裁判別居の訴訟を起すことができる。南アフリカでは、訴訟提起の当日、夫または夫と妻が住所を定めている地域の裁判所に訴訟を提起することができる。さらに、(1)夫が妻を遺棄して共和国を去り、遺棄の直前まで国内に住所を定めていた場合、(2)夫が共和国から追放され、追放の直前まで国内に住所を定めていた場合、(3)夫がその当日国内に住所を定めていた場合、(4)夫がその当日国内に居住する場合、このような場合には、妻は訴訟提起の直前1年間自分が主として居住していた地域の裁判所で訴訟を起すことができる。

(追加)

スペインでは、取消訴訟に適用される住所に関する規則は、裁判別居訴訟にも適用される。アメリカ合衆国の別居訴訟の許される諸州のうちいくつかの州では、訴訟を起す目的で別住所を定める妻の権利は、「正当な理由」を条件とする。他方、夫は、妻が夫婦のものと住所に引きつづき住んでいる場合でも、その住所以外に自由に住所を定め、そこで裁判別居訴訟を起すことができる。

配偶者以外の者の同意に関する要件

157. 中央アフリカ連邦では(北ローデシアの慣習法によるアフリカ人相互間の婚姻に關し)、妻の後見人は裁判別居訴訟において妻の共同訴訟人とならなければならない。これは離婚訴訟(22項参照)および取消訴訟(102項参照)の場合と同じである。

第4節 裁判別居請求原因

158. 大部分の国々における裁判別居請求原因は、離婚原因と同じかもしくは類似している。通常申立人は同居の継続を堪えがたいものとする行為を申立てなければならない。このような原因には、姦通、虐待、遺棄および同居権回復の判決不服従がある。

159. 調査した国々の大多数では、裁判別居の訴訟原因は夫と妻に同一である。次の諸国がこれに該当する。—— アルゼンチン、バルバドス、バーミユダ、英領ギアナ、英領ホンデユラス、ソロモン群島英保護領、カナダ(アルバータ州、ブリティッシュ・コロンビア州)、フォークランド群島、フィジー、フランス、ジブラルタル、ホンデユラス、ホンコン(中国の慣習法を除く)、ケニヤ(婚姻事件法令による婚姻とヒンズー教徒の婚姻について)、モーリシアス、オランダ、ナイジェリア、ノルウェー、パキスタン(当事者の一方がキリスト教徒である場合に適用する1869年離婚法による)、セント・ヘレナ、セント・ヴィンセント、セイシエル群島、シエラ・レオネ、南アフリカ、イギリス(英本国、ウェールズ、スコットランド、マン島に關し)。これらの諸国のあるもの、すなわち、ソロモン群島英保護領、フィジー、ジブラルタル、ナイジェリア、セント・ヘレナ、セント・ヴィンセント、イギリス(英本国、ウェールズ、マン島に關し)では、夫の強姦、姦姦および猥姦という理由が妻からの請求原因に加えられている。この差別は両性の身体的相違にもとづくものであるから、これらの諸国はこのグループに入れてある(28項参照)。

160. ホンデユラス、オランダ、サン・マリノでは、当事者双方の合意を理由に裁判別居が許される。ホンデユラスでは、夫婦は成年に達していれば、相互の合意によつて裁判別居の許可を得ることができる。オランダでは、夫婦は裁判別居のための理由を明確にする必要がない。しかし、民法第291条により、訴訟開始前の2年間婚姻をしていなければならない。サン・マリノでは、合意にもとづいて別居をするには、各当事者本人が「普通の」裁判官の前で宣言しなければならない。離婚の場合と同様(24項参照)、合意という理由で別居が許される国々では

この理由は裁判別居請求原因の一つとなつている。

161. 次の諸国では、夫と妻では異なる裁判別居請求原因が設けられている。—— ベルギー、セイロン（一般法を行なう人々）、チリ、中央アフリカ連邦（北ローデシアの慣習法によるアフリカ人相互間の婚姻に関し）、イラク、イタリア、ルクセンブルグ、サン・マリノ、シンガポール（非回教徒の婚姻）、ザンジバル。ベルギーとルクセンブルグでは、妻の姦通は裁判別居の理由となるが、夫の姦通は、夫が姦通相手方に生活費を貢いでいる場合に裁判別居の理由となる。しかしベルギーでは、夫も妻もはなはだしい侮辱を伴う姦通を申し立てることができる。これは離婚の場合と似ている（30項参照）。同様、イタリアでは、妻の姦通は別居の理由となるが、夫に関しては、姦通が妻にひどい侮辱となるものでなければならないと規定している。セイロン（一般法を行なう人々）とチリでは、妻を不道德な生活に誘い込もうとする夫の試みは、裁判別居の理由となる。

162. イラクでは、なかんずく「不和と悪意の行為」、病気と扶養義務懈怠による被害、を理由に、裁判別居が認められる。夫婦の一方が「不和と悪意の行為」を申し立てると、カディー（宗教裁判官）は別居の判決を下す前に、夫婦の和解が可能かどうか判定すべく調停人を指名する。カディーがこの申立理由は覆しえないことを認め、調停の試みが失敗に終し、しかも夫がタラク（妻を放棄する言葉）を宣告することを拒否したときに、カディーははじめて裁判別居を許可する。イラクの法律によつて「不和と悪意の行為」を理由に認められた別居は、「不完全最終離婚」とみなされる（13項参照）。ザンジバル（回教徒）では、夫はタラクによつていつでも妻を離婚できる権利が与えられているので、裁判別居の訴訟が起されることはほとんどないが、「身体の健康と安全をおびやかすような暴力行為もしくはこのような暴力におびやかされているという理由のある不安」のある場合には、裁判所は夫婦に別居を命ずることができ、妻は夫のもとを去ることが正当とみなされる。この場合のほか、夫が回教徒の課す夫婦の義務をはなはだしく無視した場合には、妻は同居権の回復訴訟に負を負うことなしに、夫との同居を拒否することができる。

（追加）

調査を行なつた大多数の国と地域では、夫と妻に同じ原因がみとめられる。次の諸国がこれに該当する。—— カナダ（サスカチエワン州）、デンマーク、フィンランド、インド（1955年ヒンズー婚姻法、1869年インド離婚法、1936年パルシー教徒婚姻・離婚法、1954年特別婚姻法により）、アイルランド、サラワク（婚姻事件法令）、スベイン（民事婚と教会婚）、セント・ルシア、スウェーデン、スイス、イギリス（ジャージ島）。このうちいくつかの国では、男女の肉体的相違にもとづく原因が夫婦の一方にみとめられ

第5節 裁判別居訴訟に対する抗弁

163. 調査を行なつた諸国のうち1国、すなわちセント・ヘレナを除くすべての国では、裁判別居訴訟に対する抗弁の権利に関し、妻は夫と同等の法的地位にある。セント・ヘレナでは、裁判別居訴訟の抗弁は離婚訴訟の抗弁と同じである。夫は提訴の不当な遅延、虐待、軽視もしくは不品行の事実を主張して抗弁することができ、妻は姦通の宥恕、夫の虐待、姦通あるいは遺棄の事実を主張して抗弁することができる（41項参照）。
164. 大多数の国では、裁判別居訴訟における抗弁は離婚訴訟の抗弁と同じか、もしくは類似しており、申立人側の姦通、虐待、故意の軽視、姦通の黙許、宥恕、共謀などを含む。
- （追加）

インド（回教徒）の1例を除く他のすべての国と地域では、夫と妻は裁判別居訴訟に対する抗弁の権利に関し同等の立場にある。インドの回教法は夫と妻に異なる別居請求原因を規定しており、したがつて抗弁も異なる。たとえば、回教徒の妻が夫の性的不能を申し立てるときは、夫は、それが先天性ではないこと、婚姻式のときに明らかでなかつたこと、婚姻が完成していることを主張することができる。

第6節 裁判別居訴訟中の臨時救済

165. 次の諸国では、裁判別居訴訟中の臨時救済を求める権利に関する法律は、離婚訴訟の場合と同じである（42～51項参照）。—— バルバドス、英領ホンデュラス、ソロモン群島英保護領、カナダ（ブリティッシュ・コロンビア州）、フォークランド島、中央アフリカ連邦（北ローデシアの慣習法によるアフリカ人相互間の婚姻に関し）、フィジー、フランス、ホンコン（中国慣習婚を除く）、オランダ（合意にもとづく裁判別居を除く）、ノールウェー、パキスタン（当事者の一方がキリスト教徒であるときに適用される1869年の離婚法による）、セント・ヴィンセント、シエラ・レオネ、シンガポール（非回教徒の婚姻）、南アフリカ、イギリス（英本国、ウェールズ、マン島に関し）。
166. 離婚のできない国、すなわちアルゼンチン、チリ、サン・マリノでは、裁判別居訴訟中の臨時救済を求める配偶者の権利は、取消訴訟の場合と同じである（122項参照）。同じく離婚のできないイタリアでは、裁判別居訴訟中、臨時救済の請求に関し夫婦は同じ取扱いを受ける。

る。たとえば、アイルランドでは、妻のみが姦姦もしくは姦姦未遂を申し立てることができる。同様に、スペインでは、妻は夫が妻の元春を画策したことを理由に別居を請求することができる。スペインの教会法では、一時別居と永久別居が認められる。永久別居は、夫婦の一方が姦姦を行ない、その原因が他方になく、また他方の同意や宥恕もなく、しかも原告側が姦姦を行なつていないときに許される。また、次のような原因があるときは、別居は暫定措置とみなされる。(1) 一方の非カトリック教派への改宗。(2) 子供の非カトリック的教育 (3) 犯罪的または破廉恥な生活 (4) 虐待 (5) その他類似の原因。原因が姦姦の場合は、裁判所の命令で別居したとしても、あるいは無責配偶者が自発的に別居したとしても、無責の夫または妻は、姦姦した配偶者を再び家にうけいれる義務はない。教会法による他の別居原因の場合は、夫または妻が有効な原因の存在と遅滞の危険を確信するときは、¹ 教区牧師² の許可をうけるか、もしくは自己の権限で別居することができる。この場合、別居原因がなくなれば再び同居に復さなければならない。しかし、教区牧師が一定期間もしくは無期限の別居を命じたときは、牧師が同居を命令するか規定の期間が過ぎるまでは、無責側は同居に復する義務はない。

デンマーク、フィンランド、スウェーデンでは、裁判別居は夫婦の合意にもとづかねばならない。デンマークでは、上記のとおり、夫婦が別居に同意し、扶養料と子の監護について妥当なとりきめが成立したときは、行政官庁が別居を許可することができる。別居の請求には、離婚の請求原因がすべて通用する。フィンランドでは、夫婦が婚姻生活をこれ以上継続しえな³い⁴と考えるときは、裁判別居を申請することができる。しかし、夫婦間(ただし、いずれも外国に住所をもつものでないこと)の和解を試みた証拠が提出されなければ、申請は受理されない。

インドの回教法では、夫と妻にそれぞれ異なる別居原因がみつめられている。

(追加)

裁判別居訴訟中、臨時救済の請求について、妻が夫と同等の権利をもち、同等の制限に従うのは、カナダ(サスカチエワン州)、フィンランド、インド(回教徒を除く)、アイルランド、サラワク(婚姻事件法令)、スウェーデンである。

臨時救済の請求に関し夫と妻に差別を設けるデンマーク、インド(回教法を行なう者)、イギリス(ジャージー島)、アメリカ合衆国では、離婚訴訟中に適用される規則が裁判別居訴訟中にも適用される。離婚の制度のないスペインでは、取消訴訟中に適用される規則が裁判別居訴訟中に適用される。取消訴訟中に臨時救済を請求することのできないセント・ルシアでは、裁判別居訴訟中にはこの請求をすることができるが、子の臨時監護権は、裁判所が異なる命令をしないかぎり、子の⁵より大きい利益⁶のために、原告か被告かにかかわらず父親に委ねられる。訴訟中の臨時扶養料は、原告か被告かにかかわらず、妻だけに与えられるものと思われる。

第7節 裁判別居訴訟費用

167. 調査を行なつた諸国のうち離婚のできる国のすべてにおいて、離婚訴訟費用の場合と同じ原則(52~56項参照)が裁判別居訴訟にも適用される。チリとサン・マリノでは、取消訴訟についてのべた規則(113項参照)が裁判別居訴訟にも適用される。離婚のできないアルゼンチンでは、敗訴当事者が費用を負担する。

(追加)

離婚訴訟費用または取消訴訟費用と同じ原則が裁判別居訴訟にも適用される。

第8節 裁判別居命令の登録または記録

168. 前述のとおり(57~67項、113項参照)、フィジーを除く調査を行なったすべての国において、離婚もしくは取消後何らかの形式の登録もしくは記録が行なわれる。若干の国では、離婚と取消には同じ登録手続きが伴うが、裁判別居の場合には手続きが異なる。たとえば、モーリシアスでは、離婚と取消の場合は判決の写しが登録所に送付され、婚姻証明書にこの離婚や取消が記入されるが、裁判別居の場合には、裁判記録が裁判別居の一応の証拠となる。

(追加)

若干の国々では、裁判別居命令の登録または記録は、離婚や取消の場合とは異なる手続きがとられる。たとえば、カナダ(サスカチエワン州)では、離婚や取消の判決は裁判所の登録官から人口統計長官に伝達されるが、裁判別居命令は裁判記録の一部であり、命令の一応の証拠となる。同様のことがイギリス(ジャージー島)でも行なわれ、裁判別居命令は王立裁判所婚姻事件部の「事件記録」中に記録される。

ロ部 裁判別居の効果

第1節 婚姻による子に及ぼす裁判別居の効果

イ) 後見と監護

169. 次の諸国では、離婚訴訟に適用される子の監護と後見に関する原則と同じ原則(67~70項参照)が裁判別居訴訟にも適用される。—— ホンコン(中国慣習婚を除く)、モーリシアス、ノールウェー(121項参照)、ザンゾバル。

170. 離婚のできないアルゼンチン、イタリア、サン・マリノの立法と判例は、裁判別居訴訟後の子の監護についてとくに定めている。アルゼンチンでは、「勝訴者」に監護権が与えられるが、裁判所はこれと異なる命令を下すこともできる。イタリアでは、裁判所は子の福祉のために、「道徳的指導をより十分に与える」配偶者に子を監護させる。しかし、他方の配偶者にも臨検権が与えられるのが普通であり、さらにこの者は、たとえ有責当事者と判定された場合でも、子の「養育」を監督する法的権利を常に保有する。サン・マリノでは、裁判所は一般に7才以下の子の監護権を母親に与えるのが普通であるが、訴訟中もしくはその後これと異なる決定を下すこともできる。裁判所は監護権に関する決定を下すにあたって、婚姻中の当事者双方の行為を考慮に入れる。

(追加)

子の後見と監護について、離婚訴訟の場合と同じ原則が適用される国と地域は、デンマーク、インド(回教徒)、アメリカ合衆国である。

離婚制度のないセント・ルシアでは、裁判別居後の子の後見は、裁判所が異なる命令を下さないかぎり、勝訴当事者に委ねられる。同じく離婚制度のないスペインでは、子は無責当事者に与えられる。夫婦双方が有責とみなされたときは、裁判所が後見人を指名する。しかし、裁判所が異なる命令を下さないかぎり、7才以下の子の監護は母が行なう。無責当事者が死亡したときは、有責当事者は別居理由が子の徳育上悪影響を及ぼすというようなものでないかぎり親権を回復する。しかし、子に悪影響が及ぶというような場合は、子の後見人が選任される。ただし、裁判所の命令が子について一切の定めをしている場合は、その命令が優先する。判決がこの点について何も定めていないときは、命令を執行する裁判官が裁量によつて監護権者を定めることができる。

ロ) 扶 養

171. 次の諸国では、離婚訴訟に適用される子の扶養に関する原則と同じ原則(71~73項参照)

が裁判別居訴訟にも適用される。——英領ホンデユラス、中央アフリカ連邦（北ローデシアの原住民慣習法による婚姻に関し）、ナイジェリア、シエラ・レオネ、ザンジバル（回教徒）。

172. 離婚のできないアルゼンチンでは、敗訴者となった妻が経済的に可能な場合は、子の扶養料の一部を負担せねばならない。

（追加）

インド（回教徒）とアメリカ合衆国では、離婚訴訟後に適用される規則が裁判別居にも適用される。

スペインでは、取消後に適用される子の扶養に関する規則が裁判別居に準用される。セント・ルシアでは、監護の問題とは無関係に、夫婦双方が、資力に応じ、子の扶養に寄与する義務があるようである。

第2節 当事者の個人権、民事上の能力および財産権に及ぼす裁判別居の効果

(a) 住 所

173. 婦人が婚姻により自動的にもとの住所を失い、夫の住所をとる国々（17～19項、44項参照）の大部分において、妻は裁判別居の後も夫の住所を保有する。次の諸国がその例である。

——バルバドス、カナダ（ブリティッシュ・コロンビア州）、フィジー、ジブラルタル、ホンコン（中国慣習婚を除く）、モーリシアス、セント・グインセント、シエラ・レオネ、シンガポール（回教法婚姻を除く）、南アフリカ。南アフリカからの回答は、しかし、夫が妻を遺棄して国を去り、その現在の所在が分らない場合は、裁判所はubi uxor ibi domus（妻のある所に住所あり）の語を適用し、夫は最後に家庭をもっていた所にひきつづき住所を有するとみなす。

（追加）

セント・ルシアの民法は、「別居を訴えられた妻は夫の住所を去ることができる」と規定している。別居は、妻を“受け入れる”義務から夫を解放し、夫との“同居”から妻を解放するものであるから、裁判別居命令は妻に夫の住所以外に住所を選ぶ権利を与える。

(b) 民事上の能力

174. 民事上の能力についての定義はすでにのべたとおりである（81項参照）。既述のように

（22, 81, 136, 157項参照）、中央アフリカ連邦（北ローデシアの原住民慣習法によるアフリカ人相互間の婚姻）では、婦人は離婚、取消、裁判別居訴訟提起の権利に関し、能力が制限されている。すなわちアフリカの婦人は、婚姻関係の訴訟を起すには後見人の補佐を必要とする（この制限はいかなる訴訟手続にも適用される）。裁判別居成立後の子の後見権に関しては、後見人に“他の者が選任される場合の方が多い。”これは離婚の場合と同じ原則である（81項参照）。

175. 南アフリカでは、裁判別居後の妻の民事上の能力の問題は、夫婦が婚姻した際の夫婦財産制によつてきまる。夫婦が共有財産制によつて婚姻すれば、妻は“通常”夫の援助なしに訴訟を起すことも抗弁することもできず、また、契約をすること、後見人となること、財産を管理または処分すること等の行為をすることができない。

176. モーリシアスでは、妻が夫と裁判上の別居をしている場合にも、“妻の地位に関係のある訴訟”においては、この訴訟に関連した法定の文書は夫にも送付されねばならない。

177. 英法にもとづく法制をもついくつかの国では、裁判別居訴訟後、妻は、一定の目的のために、未婚婦人とみなされる。フィジーの法制はその代表的な例とみられるが、婚姻事件法令第22節は次のように規定している。

(i) 裁判別居のいかなる場合にも

(a) 妻は、判決の日以後、別居の継続する限りにおいて、妻の取得する財産および妻に帰属するすべての財産に関し独身婦人とみなされ、全面的に独身婦人としてこれらのいかなる財産をも処分することができる……。

(b) 妻は、別居中は、契約・不法行為・権利侵害・訴訟提起および訴訟の相手方となることに関して、独身婦人と同様にみなされ、夫は妻の契約、不法行為もしくは不作為、および妻が原告もしくは被告として負担するいかなる費用に対しても責任を問われない。

ただし、

(i) いかなる裁判別居においても、扶助料の支払の命令が下され、夫が滞りなくそれを支払わないときは、夫は妻に生活必需品を供与する義務を負う。

(ii) 妻が夫との同居に復したとき、その復帰の時点において妻が権利を有する財産は、別居中に夫との間に文書によるとり決めがなされたことを条件として、妻の別有財産となる。

(iii) 本節中のいかなる規定も、別居中、妻が自身および夫に与えられた共同の権利の行使に参加することを妨げるものではない。

同様な法律が、アンティガ、カナダ（アルバータ州、ブリティッシュ・コロンビア州に関し）

バキスタン(当事者の一方がキリスト教徒であるときに適用される1869年の離婚法による婚姻)でも施行されている。英領ホンデュラスとシエラ・レオネでは、夫に対して扶養命令が下され、夫がこの命令を守らない場合、妻は夫の代理人として生活必需品を購入することができる。

(追加)

セント・ルシアの民法は、裁判別居は妻に“夫や裁判所の許可の必要なしに行為をする完全な民事上の能力”を与えると定めている。

カナダ(サスカチュワン州)とインド(インド在住のキリスト教徒に適用される1869年インド離婚法)では、裁判別居判決確定後の婦人は一定の法律行為に関して未婚婦人とみなされる。たとえば、両国の立法は、妻は、契約・不法行為・権利侵害および民事訴訟当事者となることに関して、また妻が獲得する、もしくは妻の“ものとなる”いかなる種類の財産に関して、独身女性と同じにみなされると規定している。婚姻の結果として、“民事上の無能力”が生じるアメリカ合衆国の若干の州では、この無能力が別居命令後にも継続する例もある。しかし、回答は、今日合衆国では“制限離婚に完全離婚と同じ効果をもたせ、制限離婚によつて婦人が独身の成年男女と同じ個人権および法的能力を回復することを法律に定める”傾向にあるとのべている。たとえば、ハワイ州の現行法は、裁判別居後の妻は“訴訟当事者となる権利、財産を譲渡する権利、契約する権利、その他一切の行為をする権利”に関して未婚婦人とみなされると規定している。

アイルランドでは、一般的には、妻は成年の独身男子と同等の民事上の能力をもつといえるが、“自分の子の後見人となる妻の権利は独身男子のそれより強い”。

スペインでは、婦人は後見人となる権利に制限があるほか、不在人を代理し弁護する能力や貴族の称号の相続に関しても制限を受けるが、これらの制限は裁判別居中の婦人にも適用されるものと思われる。

(c) 扶 養

178. 次の諸国では、裁判別居後の配偶者の扶養に関する規則は、離婚後に適用されるものと同じである(83~87項参照)。— アンティガ、バハマ、英領ギアナ、英領ホンデュラス、ブーランド島、フィジー・ホンコン(中国慣習婚を除く)、ケニヤ(婚姻事件法令による婚姻とヒンズー教徒の婚姻)、ナイジェリア、セント・ヘレナ、セイシェル群島、ザンバジル(回教徒)。

179. 離婚のできないアルゼンチンでは、夫が有責であれば妻に扶養料を支払わねばならないが、

妻は夫が身体障害者であり、かつ困窮状態にある場合のほかは、夫の扶養を要求されない。同じく離婚の認められないイタリアでは、無責の妻は裁判別居訴訟後、扶養の権利を保有する。

(追加)

裁判別居後の夫婦の扶養に関する規則が離婚後と同じである国と地域は、デンマーク、イス、アメリカ合衆国である。

スペインでは、裁判別居が成立すれば、無責当事者は有責当事者に扶養を要求する権利がある。セント・ルシアでは、当事者の一方が十分な生計の資をもたないときは、他方にその者の扶養を命令することができる。扶養料の額は両者の経済状態に応じ裁判所が定める。さらに、扶養料が妻に認められ、夫が履行しないときは、夫は妻に生活必需品を給与しなければならない。

(d) 財 産 権

(1) 別 有 財 産

180. 裁判別居命令後の別有財産に関する法律規定は、離婚の場合と同じである(89項参照)。

(追加)

同 上。

(2) 共 有 財 産

181. 共有財産制度が広く行なわれている諸国(90~91項、142項参照)では、共有財産は夫婦が裁判別居をした後に分割される。原則として、離婚に適用されると同じ規則が裁判別居にも適用される。ベルギー、フランス、ルクセンブルグ、オランダでは、裁判別居の際、共有財産は分割される。ベルギーとフランスでは、離婚の場合同様、妻は共有財産中の自分の持ち分を越える負債に対する責任がなく、したがって、妻は共有財産の債務者となりえない。オランダでは、裁判別居訴訟における共有財産分割に関する原則は、前述の離婚に関する原則に従う(91項)。協議別居の場合、共有財産は夫婦のとりきめる正式の契約に従い分割される。

182. アルゼンチンでは、裁判別居後のbienes gananciales(共有財産)の分割に関する規則は、取消後の分割に関する規則と同じである(142項参照)。

(追加)

アメリカ合衆国の共有財産制をとる8つの州のうち、アリゾナ、ルイジアナの2州のみが裁判別居を認めている。ルイジアナ州では、別居命令後、“財産の分配”と“取得財産の共有解消”を行なう。アリゾナ州では、裁判所が“衡平かつ正当な”共有財産分配を行なうことができる。スペインでは、別居命令によつて夫婦共有財産の分離を生じ、財産は当事者間

に等分され、各当事者は共有財産中の自己の取分について支配権と管理権をもつ。セント・ルシアでは、夫婦の財産が共有財産制に従うときは、妻は訴訟開始日から、共有財産中の妻の持分に差押え命令を得ることができる。夫は共有財産の“法定管理人”とみなされており、したがって、要求されれば財産やその価値を提示しなければならない。訴訟開始後に共有財産に関し夫の行なう一切の取引は、それが妻の権利を詐欺的に侵害するものであるかぎり、無効とみなされる。裁判別居は必然的に共有財産制を解消する。妻は婚姻に際し持参した財産の返還を要求する権利が与えられる。しかし、裁判の結果、妻の姦通が認められたときは、この財産は没収を宣告されることがある。さらに、裁判別居によつて妻は“婚姻契約により妻に与えられたすべての利益”を請求することを許される。共有の解消にあたり、夫は財産目録の提出を要求される。それにもとづき、妻は分割権喪失を宣告されていないかぎり、財産分割を要求することができる。夫と妻は和解により別居命令を無効にすることができるが、“財産に関しては別有”をつづける。

(3) 嫁資および花嫁代

183. 英領ギアナでは、夫は嫁資を保有する。これは離婚(92項参照)と取消(144項参照)の場合と同じ規則である。中央アフリカ連邦(北ローデシアの原住民慣習法によるアフリカ人相互間の婚姻に関し)では、妻の後見人もしくは家族が“嫁資”を受けとり、別居中は夫婦のいずれも“嫁資”を請求することができない。

(4) 寡婦産、かん夫産、マール

184. カナダ(アルバータ州)では、離婚や取消後は寡婦産権は消滅するが、裁判別居後は婚姻関係が継続しているから妻の寡婦産権は有効である。
185. ザンバジル(回教徒)では、裁判別居後未払いのマールに対する妻の請求権は未済の権利として存続するが、即座に強制執行はできない。

(追加)

アメリカ合衆国では、制定法で裁判所が財産の“最終分割”を行なう権限があると規定している州では、裁判別居命令は寡婦産権およびかん夫産権を消滅させる。このような制定法がないところでは、別居命令は、婚姻がまだ有効なのであるから、寡婦産権もしくはかん夫産権の障害とはならない。

第4章 離婚または取消後の再婚

A 部 総 論

186. 離婚または取消後の再婚は、前配偶者の扶養および前婚の子の監護に関する再婚前の措置を変更することができる。若干の法制では、離婚または取消後に再婚する配偶者は前配偶者による扶養の権利を失い、また、前婚の子の監護権も失うことがある。これらの制度のあるものでは自動的にこのような結果になるが、離婚命令や取消命令がそう定めることを条件にするところもある。また他の制度では、裁判所もしくは親族会議が後婚の財政面・道德面の実情を検討したのち、監護や扶養に関する決定を下す。
187. ある国々の法制は、離婚または取消後の再婚に制限を加えている。若干の法制では、婦人は一定期間が満了するまで再婚することができない。ただし、この期間中に婦人が出産すれば、この制限は一般に短縮される。他の法制は、姦通者と姦通共犯の宣告を受けた者との婚姻を禁じている。これらの制限の無視は、その後の婚姻の有効性やその婚姻による子の嫡出性に影響する。また、当事者や後婚の結婚式司率者に刑事上・民事上の責任を生じる場合もある。
188. 前配偶者どうしの再婚の問題は、この研究の範囲でない。

B部 離婚または取消後の再婚の効果

第1節 子の後見・監護および扶養

189. 前述のとおり(47, 68項参照)、回教法では、母親は子が非常に幼い間だけ監護権を与えられるが、再婚の場合はこの権利はなくなる。国によつて違いはあるが、同様な規則のある国は、アデン、ブルネイ、イラク、パキスタン、ザンジバルである。アデンの回教属人法では、離婚または取消後の妻が“よそ者”すなわち“子に対し禁婚親等内にはいない者”と婚姻したときは、子の監護権を失う。このような場合は、再婚した婦人の母もしくは祖母が子の監護権を与えられる。母も祖母もいないときは、父が監護権を与えられる。母親は“よそ者と完全に別れた”場合には、監護権を回復する。しかし、回教属人法は、1937年の後見人・被後見人法の支配を受ける。この法令は、裁判所は未成年者の福祉を考慮して未成年者の後見人となる者を選任または宣告する自由をもつことを規定している。さらに、未成年者が自主的に選択しうるだけに成長していれば、裁判所はこの選択を考慮することができる。ブルネイでは、8才以下の子について父親が監護を主張すれば母親は譲らなければならない。イラクとザンジバルでは、子の扶養に関して、夫は前婚の子の扶養を続けることを義務づけられる。イラクでは前婚の夫が子の監護を拒否し、子の生活費が他に得られない場合にのみ、前婚の夫は子を扶養する義務をもつものと思われる。

190. ホンデュラスでは、再婚の場合妻は前婚の子の監護権を失う。一方、ギリシアでは、再婚のときに母親が子の監護権をもつていれば、裁判所が親族会議の助言により別の決定を下さないかぎり、母親は監護権を保有する。

191. 若干の国々では、再婚により夫は前婚の子の扶養義務を免れる。ホンデュラスでは、前夫は前婚の子の扶養料を妻に支払う義務はなくなる。中央アフリカ連邦(北ローデシアの原住民慣習法によるアフリカ人相互間の婚姻に関し)では、妻の再婚によつて前夫は扶養の義務を免れると思われる。一方、セント・ヴィンセントでは、前婚の子に対する父親の義務は16才まで、もしくは裁判所の命令があればそれ以後まで続く。ただし、21才を越えることはない。

192. 他の国々では、離婚または取消命令後、裁判所は子の監護と扶養に関する従前の決定を変更する権限を留保する。裁判所は、変更の決定を下すに当つて、配偶者の再婚によつて起るいかなる変化をも考慮に入れねばならない。再婚後の監護と扶養の問題は、裁判所の裁量事項である。この規則が行なわれるのは次の諸国である。バルバドス、バーミューダ、英領ギアナ、ジブラルタル、ホンコン(中国慣習婚を除く)、ケニヤ(婚姻事件法令による婚姻とヒンズー教徒の婚姻に関し)、ルクセンブルグ、ルーマニア、シンガポール(婦人憲章の規定にもとづく

婚姻と回教徒婚姻)、イギリス(英本国、ウエールズ、スコットランド、マン島)。サン・マリノでは、監護または扶養に関し前配偶者間にとりきめがない場合は、配偶者の一方もしくは双方が再婚すれば、裁判所はこの点に関しとりきめをつくる権限をもつ。

(追加)

追加報告に含まれる多くの国では、当事者のいずれかの再婚後、裁判所もしくは裁判官はこの新しい婚姻ともなう変化を検討する権限をもつ。前婚の子の監護、後見および扶養に関する決定は、裁判所もしくは裁判官が変更の理由ありと判定すれば、変更することができる。このような規定をもつ国は、インド(1955年ヒンズー婚姻令、1954年特別婚姻令、1936年バルソー婚姻・離婚法により)、スウェーデン、スイス、タイ、イギリス(ジャージー島)、アメリカ合衆国である。これらの多くの国では、再婚が自動的に後見、監護および扶養に変更をもたらすことはないが、申請により裁判所は従前の決定を検討することができる。スウェーデンでは、後婚の相手方は再婚者の監護下にあつた子の扶養料の一部を負担する義務をもつ。タイでは、“利害関係人”が当事者の境遇もしくは資力に変化のあつたことを立証しうるときは、裁判所は前婚の子の扶養料を破棄、減・増額もしくは再決定をすることができる。同様に、アメリカ合衆国では、再婚は子の監護・扶養に関する従前の命令の変更を裁判所に要求する理由となりうる。

白ロシアでは、離婚もしくは取消後の再婚は、子の扶養・教育に対する両親の義務を免れしめない。

回教法では、子が幼いときは母に監護権が与えられるが、もしその者が再婚すればその権利を失なう。この原則はインドの回教徒にも共通である。一方、夫は再婚しても年上の子の監護権を失なわない。回教徒の父親の子に対する扶養義務は絶対的なので、父親の再婚はこの義務に影響を及ぼさないのである。

第2節 配偶者の扶養

193. 若干の国では、離婚または取消後の再婚の場合には、再婚した配偶者に対する前配偶者の扶養義務は消滅する。中国、ドイツ、フランス、ギリシア、サン・マリノがその例である。ソ連では、身体障害者の再婚は前配偶者から扶養料を受ける権利を消滅させる。夫がおもなもしくは全面的な扶養義務者である国々のあるものでは（83～87項参照）、この義務は前妻の再婚の際になくなる。これは中央アフリカ連邦（北ローデシアの原住民慣習法によるアフリカ人相互間の婚姻に関し）とホンデュラスにおける規則である。カナダ（ブリティッシュ・コロンビア州に関し）では、扶養料を請求する妻の権利は妻の再婚の際に“消滅するのが普通”である。カンボディアでは、離婚した妻が再婚するか、妾になるか、不道徳な生活をはじめたときは、その者の扶養料請求権はなくなる。
194. 若干の国々では、裁判所は離婚または取消後になされた扶養命令を変更する権限をもつ。ベルギーとルクセンブルクがその例である。
195. 他の諸国では、離婚または取消後の扶養命令は、その命令自体の定めによるのでないかぎり、変更することはできない。ホンコンでは、裁判所が扶養命令に“独身中にかぎる”という条件をつけない以上、再婚それ自体はこの命令を変更したり取消したりする理由にならない。この点に関し、シンガポール（非回教徒婚姻に関し）の回答は、次のように述べている。““独身中にかぎる”という条件がつけられることは極めてまれにしかないが、離婚や取消後の妻の扶養権に関して、妻の再婚には極めて慎重な考慮が払われる。”
196. 前述のとおり（84項参照）、回教法によれば、妻はイダの期間中のみ扶養の権利が与えられる。これはアーデン、イラク、ザンジバルにおける規則である。ザンジバルでは、妻がイダの期間中に再婚すれば、夫は妻を扶養する義務がない。

（追加）

調査した多くの国では、命令によつて扶養料を与えられた当事者は、再婚すれば扶養権を失なう。このような国は、オーストリア、白ロシア、デンマーク、インド（1936年バルシー婚姻・離婚法による）、メキシコ（裁判離婚の場合）、アメリカ合衆国の若干州である。ユーゴスラビアも同様と思われる。白ロシアでは、貧困状態にある、もしくは身体に障害のある当事者の受ける扶養権は、本人の再婚もしくは扶養を与える当事者の死によつて自動的に消滅する。

オーストリアでは、扶養義務ある配偶者が再婚するとき、前配偶者に対する扶養を継続するか否かを決定するにあつて、新しい婚姻にともなう必要と経済状態が考慮に入れられる。

事情が認められ、かつ前配偶者が生計に十分な資力をもつときは、扶養の義務は完全になくなる。デンマークでは、前配偶者の扶養義務は、扶養義務のある側が再婚しても影響されない。

インドの回教法では、妻はイダ（禁婚期間）の期間中だけ扶養される権利がある。

調査した国の若干では、再婚の場合に扶養に関する従前の命令を変更する権限が裁判所にある。これらの国や地域では、裁判所は、扶養に関する従前の命令の変更や廃棄を命令するに先だつて、新しい婚姻をもたらす変化や経済上その他の事情を考慮に入れる。スウェーデン、タイ、イギリス（ジャージー島）、アメリカ合衆国の大部分の州がその例である。アメリカ合衆国では、夫の請求によつて裁判所は妻への扶養料支払命令を変更もしくは停止することができる。裁判所が夫に対する扶養料給与を許可する権限をもつ諸州では、夫が扶養料をうけている場合の再婚の効果に関してとくに制定法に規定がない。タイ政府の回答は、“再婚の事実もしくはそれに帰因する事情は前配偶者に対する扶養の放棄もしくは減額の理由としては認められない”と指摘している。しかし、判例上の“一般原則”によつて、裁判所は従前の扶養命令を変更することができる。

カナダ（サスカチエワン州）では、扶養に関する従前の命令が *dun sola et casta vixerit*（独身で貞節にくらすかぎり）条項を含んでいるときでも、妻は再婚後も前夫から扶養を請求する権利をもつと考えられている。これに関連して回答は、“命令が *et casta*（貞節）条項を含まない場合は、妻が自分の財産増殖等を目的として他の男と関係したのでないかぎり、妻が不貞であつたという夫の主張によつて裁判所が命令を変更することはできない”とのべている。インド政府の回答は、インド在住のキリスト教徒に適用される1869年インド離婚法による離婚に関し、“前配偶者の扶養に関する従前の命令もしくは取決めを再婚にあたり廃棄できるかどうか”と指摘している。

○部 離婚または取消後の再婚に関する制限と禁止

第1節 制限と禁止

197. 本報告書中の国々の大部分では、婦人は離婚または取消後一定期間再婚することを禁じられている。この期間は3か月から10か月までまちまちである。この禁婚期間は、離婚または取消後に出生する子の父性を判別するために設けられたものである。もし婦人が禁婚期間中に産出すれば、制限は短縮される。回教法では、この期間はイダとよばれている（B4項参照）。イラク、パキスタン、ザンジバルで行なわれる回教法によれば、婚姻が完成していなければ妻はこの制限を無視してもさしつかえない。他の法制によれば、夫の性的不能の事由によつて離婚または取消が許可されたときあるいは婚姻完成を故意に拒否した事由によるときは、上記の制限が妻に課せられることはない。この制限は、次の国々で次のように定められている。——ベルギー（300日）、ブルネイ（回教徒に対し3か月）、カンボディア（10か月）、チリ（270日）、中国（6か月）、フランス（300日）、ギリシア（10か月）、ホンデユラス（270日）（註）、イラク（イダの期間中）、イタリア（300日）、日本（6か月）、ケニヤ（回教徒に対し約3か月のイダ期間中）、ルクセンブルグ（10か月）、オランダ（300日）、ノルウェー（10か月）、パキスタン（回教徒に対しイダの期間中）、サンマリノ（300日）、シンガポール（回教徒に対しイダの期間中）、ザンジバル（回教徒に対しイダの期間中）。

（註）ホンデユラスでは、最近離婚した婦人もしくは離婚訴訟に係争中で夫と別居している婦人が妊娠を自覚しているときは、そのことを夫に通告しなければならない。夫はこの通告がなくとも、妻を監視する健全な判断力をもつ女性同伴者と、さらに出産に立会う出産係人“を妻のもとにやることができる。また、夫は妻を“自分の信頼できる尊敬すべき家族“の家に置く権利が与えられ、妻は裁判所が他の指示を下さなければ、この家に移ることを要求される。上記の条件が満たされていない場合は、“妻もしくは子からの異議申立てによつてその事実が疑いの余地なく証明されないかぎり、夫は出生の事実を認める義務がないものとする。”出生の事実が十分に証明された場合にも、夫は子を“認知せず、非嫡出訴訟を起す権利をもつ。

198. 若干の国々では、姦通の事由によつて離婚が宣告されたときは、離婚した当事者は姦通の相手方と婚姻することを禁じられる。このような法律規定のある国は、ベルギー（3年間）、中国、ホンデユラス、ルクセンブルグ、オランダの諸国である。ホンデユラスでは、この制限は婦人にも適用される。

199. 若干の国々の法制は、離婚した者は、前配偶者の一定の親族と婚姻してはならないと規定してい

る。たとえば、バーミユダでは、男が離婚した妻の生存期間中にその妻の姉妹もしくは半血姉妹と婚姻することは法律に違反する。さらに、男が自分の兄弟もしくは半血兄弟の生存期間中にその兄弟もしくは半血兄弟の離婚した妻と婚姻することは法律に違反する。同様の法律が、アンティガ、バルバドス、英領ホンデユラス、ジブラルタル、ホンコン（中国慣習婚を除く）、シンガポール（非回教徒婚姻）にある。ジブラルタルとホンコンでは、このような制限が婦人にも適用される。たとえば、ジブラルタルでは、婦人は離婚した夫の姉妹の息子、離婚した夫の父の兄弟、兄弟の離婚した娘の夫と婚姻してはならない。しかし、イギリスでは、英本国、ウェールズとスコットランドに適用する1960年婚姻（禁止緩和）令により、前配偶者の親族との婚姻に関するある種の制限が撤廃された。この法令以前、男は前配偶者の姉妹、伯母、姪と婚姻することを禁じられ、また、自分の兄弟、伯父、甥のものと妻と婚姻することが禁じられていた。

（追加）

妻が離婚または取消後一定期間再婚することを禁じられている国と地域は、オーストリア（10か月）、デンマーク（10か月）、フィンランド（10か月）、メキシコ（300日）、スペイン（301日）、スイス（300日）、タイ（310日）である。アメリカ合衆国のルイジアナ州では、妻は前婚解消後10か月経過するまで再婚を禁じられている。

インド（回教徒について）では、妻はイダの期間中再婚することができない。しかし、婚姻が完成していなければ、離婚または取消後ただちに婚姻することができる。

離婚後の再婚について、アメリカ合衆国では、“約31州”が被告側の再婚を制限し、そのうち22州が原告側の再婚も制限している。また、そのうち4州は姦通相手方との婚姻を禁じている。その他の州では、3か月から3年間の待婚期間を定めている。これらの制限は、“一般に”性別の理由によつて除かれることはない。取消後の再婚については、いずれの側にも制限がないのが普通である。しかし、1州では、両当事者とも取消命令の日以後6か月経過するまで婚姻を禁じられている。

オーストリアとサラワク（マレイ人の回教法、ケニヤ・カヤンの慣習法、海ダヤク族と陸ダヤク族の慣習法により）では、姦通者と相手方の婚姻が禁じられている。サラワクの回教徒の場合は、この制限は妻にのみ適用されるようである。フィンランドでは、姦通の原因によつて離婚が宣告されたときは、“特に理由があれば”有責当事者に離婚判決日付後1年間再婚することを禁じることができる。スイスの民族は、離婚判決宣告のさいに、有責当事者に対して1年から3年までの禁婚期間を定める権限を裁判官に与えている。同様に、メキシコでは、有責当事者は、離婚判決の日以後2年の期間が経過するまで再婚することができない。協議離婚

の当事者は、双方とも1年間再婚することができない。フィンランド、メキシコ、スイスでは、これらの制限は男女ともに適用される。

第2節 免除と特例

200. 離婚または取消後に制限や禁止を設けている国の若干は、再婚しようとする当事者に一定の特例または免除を与えることを認めている。再婚しようとする者が再婚に先立ち免除または特例を受けるためには、政府の高官に申請しなければならない。たとえば、サン・マリノでは、妊娠している婦人に300日の待婚期間の終了前に婚姻することを許可する制限を摂政官が有する。同様に、フランスでは、共和国大統領は重大な理由により、前配偶者の親族との婚姻を許可することができる。

(追加)

フィンランド大統領は、婦人が前婚解消後10カ月の期間満了以前に再婚することを許可することができる。同様に、スペインでは、記録・公証事務総局の推せんによつて、法務省が禁婚期間に関する免除を許可することができる。

第3節 制限および禁止に対する違反の効果

(a) 後婚の効力

201. ある国々では、上記の禁止(199項参照)に違反して再婚が行なわれたときは、この婚姻は無効とみなされる。たとえば、ホンコン(中国慣習婚を除く)では、1949年の婚姻法の規定に違反して前配偶者の親族との婚姻が結ばれ、前配偶者の生存中に葬式が行なわれたときは、その婚姻は無効となる。前配偶者の親族との再婚はまた、バルバドス、バーミユダ、シンガポールでは無効である。
202. 回教法により婚姻した婦人がイダの期間中に再婚したときは、この婚姻は、ブルネイとシンガポールでは無効とみなされる。ケニヤでは、「このような婚姻は無効としうる婚姻となっており、婚姻開始のときには無効とみなされるが、3カ月の期間終了後有効となる。同様に、パキスタンとザンジバルの回教法では、この婚姻は「不適法」とみなされる。ザンジバルからの回答は、「この障害は、イダの期間満了により消滅する」とのべている。
203. 一方、前婚取消後300日間再婚を禁じているサン・マリノでは(197項参照)、婦人がこの期間中に再婚したときは、その再婚は有効となる。同様に、ルクセンブルグとオランダでは、禁婚期間中の婚姻および有責当事者と姦通共犯者との間の婚姻(198項参照)は有効である。婦人と

姦通相手方との婚姻を禁じるホンデユラスでは、このような婚姻は、善意の当事者にとつては有効である。ノルウェーでは、婦人が禁婚期間中に婚姻した場合、その婚姻は有効とみなされる。しかし、前配偶者の親族との間の婚姻に関する制限に違反した婚姻は、無効となる。

(追加)

姦通者と姦通相手方との間の後婚は、オーストリアでは無効とみなされる。しかし、その後免除が与えられれば、この婚姻は葬式の日から有効とされる。調査した多くの国では、禁止を置して行なわれた婚姻は有効とみなされる。この原則が適用するのは、オーストリア(禁婚期間中の婚姻について)、デンマーク、フィンランド(待婚期間中の婚姻について)、メキシコ(禁婚期間中の婚姻、離婚宣告の日から2年経たないうちに有責当事者の行なう婚姻、協議離婚当事者の1年経過以前に行なう婚姻)、スペイン(待婚期間中の婚姻)、スイス(待婚期間中の婚姻)である。

インドの回教法では、イダの期間中の婚姻は不適法ではあるが、インド政府の回答によれば、「不適法性」は除くことができ、婚姻は不法ではない。アメリカ合衆国では、州法が特定期間再婚を禁じている場合、そのような婚姻は通常無効とはみなされず、一般に無効としうるものとみなされる。多くの州の再婚を禁ずる州法は、治外法権的効力をもたない。したがって、他州で行なう再婚は有効とされる。しかし、若干の州は、このような婚姻は当事者が善意であったときにのみ有効であるとみなす。

(b) 子の嫡出性

204. ホジゴン(中国慣習婚を除く)では、禁婚親等内の者との婚姻は無効であり(201項参照)、子は「非嫡出」とみなされる。バーミユダ、ジブラルタル、シンガポール(非回教徒婚姻)においても同様である。一方、バルバドスでは、前配偶者の親族との婚姻は無効とみなされるが子は嫡出とみなされる。
205. ホンデユラス、ルクセンブルグ、オランダでは、離婚した配偶者が姦通相手方と婚姻したときは(203項参照)、後婚の子は嫡出である。ノルウェーとサン・マリノでは、禁婚期間中の婚姻によつて生まれた子は、第2の婚姻の嫡出子である。さらに、ノルウェー(註)では、前配偶者の親族との婚姻に関する制限に違反した婚姻による子も、その婚姻の嫡出子となる。中国では、婚姻継続中に懐胎した子は嫡出と推定される。中国の法律では、嫡出性は子の出生前181日めから302日めまでの間で決定される。法定の禁婚期間を無視して再婚した婦人が、後婚後181日以降、前婚終了後302日め以降に出生したときは、その子は「疑いの余地なく」後婚の嫡出子とみなされる。一方、もし後婚後181日め以降、前婚終了後302日め以前に出生したときは、子の嫡出性は疑わしくなる。このような場合、嫡出性は民事訴訟

法第585条の規定による父性検査の申立てにもとづき裁判所が決定する。

(註) ノルウェーでは配偶者のいずれも、そのうちの1人が他方の直系尊属もしくは卑属にあたる親族と婚姻したことのありという者どうしは婚姻してはならないという制限を受ける。

206. ケニヤとザンジバルの回教法では、イダの期間中の再婚は無効としうる婚姻とみなされ(202項参照)、子は嫡出である。イラクでは、一定の事情のもとにイダの期間中に行なわれた婚姻(207項参照)は「不合法」であり、無効とみなされるが、この婚姻によつて生まれた子は父親との関係では嫡出と考えられる。

(追加)

調査したどの国でも、再婚に関する禁止や制限を冒した後婚による子は、嫡出子とみなされる。この原則が適用されるのは、オーストリア、デンマーク、フィンランド、スペイン、タイである。アメリカ合衆国では、子の嫡出性は再婚の禁止を冒したことによつては影響されないのが「通則」である。フィンランドでは、禁婚期間中に再婚した婦人に生まれた子は裁判所が異なる決定を下さないかぎり、後婚の子とみなされる。他方、タイでは、このような子は前夫の子と推定される。

(c) 民事上・刑事上の責任

207. 前述の制限や禁止を冒した再婚は、民事上の責任を問われることがある。イラクでは、婦人がイダの期間中に再婚するか、もしくは男が離婚した妻の親族にあたる婦人(たとえば離婚した妻の姉妹または伯母)とその前妻の禁婚期間中に婚姻すれば、その婚姻は「不合法」で無効とみなされる。後婚の結婚式の際に、再婚者が前述の制限事項に関する相手側の「不注意」を利用した場合には、その婚姻は無効とみなされ、その夫婦は「別れなければならない。」さらに、相手方の「不注意」を利用した者は、「その婚姻が相手側にもたらす、またはもたらすであろう一切の実質的・道義的損害」に対して責任をとらねばならない。しかし、もし双方が婚姻の障害を知っていた場合は、民事上の責任は何ら生じない。ナリでは、禁婚期間中に再婚した婦人は、子の父性が疑わしいために第3者に及ぼした損害と費用に対し、夫と共同責任をもつ。

208. 若干の国々では、婚姻障害の存在を知らず故意に婚姻をした配偶者には、刑法上の制裁が加えられる。たとえば、バーミユダでは、婚姻しようとする者は、結婚式を司率する者に一定の報告をすることを要求される。夫婦となる者が故意に偽りの報告をした場合、この行為は詐欺行為となり、その者は拘禁刑に処せられる。ノルウェーでも同様で、前配偶者の親族との婚姻に関する制限に違反した婚姻は拘禁刑をもつて罰せられるが、禁婚期間中の婚姻は「罰金

刑をもつて罰することができる。」同様に、サン・マリノでは、禁婚期間中に婚姻した婦人は3か月以下の拘禁または罰金を科せられる。

209. 他の国々、すなわちベルギー、バーミユダ、ルクセンブルグでは、上記の制限や禁止に違反して結婚式を司率した者に刑罰が加えられる。バーミユダの法律は、婚姻執行吏もしくは登録官は、婚姻の障害を知っていたときにかぎり、刑罰に処せられると規定している。

(追加)

スペインでは、婦人が禁婚期間中に再婚すれば、その婚姻は「絶対別有財産制」をとるものとみなされる。すなわち、各配偶者は、自己の財産の所有権と管理権を保有し、それから生ずる全収入を受けとるが、「婚姻から生ずる費用」の支払いを応分に分担する義務がある。

また、他の国や地域では、夫婦が結婚式の司率者に対して虚偽の報告をしたときは、罰金または拘禁刑を科せられる。このような規則のある国は、オーストリア、デンマーク、タイである。サラワクの回教徒の妻は、当人と「不品行を行なつた」と夫が疑つた相手と婚姻すれば、罰金を払わねばならない。陸ダヤク族と海ダヤク族では、前婚解消後6か月以内に姦通相手方「容疑者」と婚姻したものは、夫、妻の別なく罰金を科せられる。

慣習法による婚姻における離婚後の再婚

210. 中央アフリカ連邦では、南ローデシアの原住民民法および慣習によるアフリカ人相互間の婚姻に関し、再婚者である妻は再婚のさい新しい夫の家族に引渡される。婦人が夫と別れるときは、まだ自分に依存する幼い子をひきとることができる。前夫は後にその子の返還を要求する権利をもつが、それは子が世話になつた諸礼として妻の家族に支払いをした場合にかぎる。離別後、花嫁代の返済以前に生まれた子は、前夫の「ものである」。しかし、私生子としての子の父が婦人の再婚相手方であり、子は婚姻の接衝がすでに始まつてから懐胎されたものであれば、新しい夫は子をひきとることを許され、以後その子はその夫の嫡出子とみなされる。

各 国 の 離 婚 法

国 連 報 告 書

発行者 労働省婦人少年局

印刷者 東京都文京区小石川2の7の13

異 商 会

TEL (812) 0701番