

人事訴訟事件等についての国際裁判管轄 に関する外国法制等の調査研究報告書

平成24年1月

株式会社 商事法務

人事訴訟事件等についての国際裁判管轄 に関する外国法制等の調査研究報告書

目 次

第1部 比較法に関する調査

1. ドイツ……………西谷 祐子…1
2. オーストリア・スイス……………小池 泰…110
3. フランス……………北澤 安紀…139
4. イギリス……………織田 有基子…176
5. アメリカ合衆国……………村上 正子…208
6. 中華人民共和国……………黄 軻霆…256
7. 大韓民国……………金 汶淑…272

第2部 個別事項に関する調査

1. 失踪宣告……………北澤 安紀…315
2. 婚姻の成立及び効力……………西谷 祐子…323
3. 離婚及びその効果……………北澤 安紀…348
4. 血縁による親子関係……………小池 泰…355
5. 養子縁組及び離縁……………村上 正子…368
6. 親子間の法律関係, 未成年及び成年後見……………織田 有基子…388
7. 氏……………小池 泰…406
8. 扶養義務……………西谷 祐子…410
9. 相続……………西谷 祐子…430

第1部 比較法に関する調査

1. ドイツ

(執筆担当：九州大学 西谷 祐子)

[目次]

I. 法源.....	2
A. 条約.....	2
B. EU 法.....	7
C. 条約及びEU 規則の実施法.....	10
D. 国内法源.....	11
II. 国際裁判管轄全般.....	11
III. 個別事項に関する国際裁判管轄.....	20
A. 総説.....	20
B. 婚姻事件.....	22
C. 親子事件.....	41
D. 血縁上の親子関係事件.....	52
E. 養子縁組事件.....	55
F. 年金分割事件.....	59
G. 登録パートナーシップ事件.....	62
H. 世話事件及び保護収容事件, 成年補佐事件.....	67
I. その他の家事事件及び非訟事件.....	70
IV. 外国裁判の承認執行制度.....	78
A. 婚姻事件に関する承認確認決定.....	78
B. 婚姻事件以外の家事事件に関する自動承認制度.....	83
C. 外国裁判の承認要件.....	83
D. 外国裁判の執行.....	87
V. 外国法に関する情報.....	88
A. 婚姻・離婚.....	88
B. 親子関係.....	92
C. 後見, 補佐, 世話.....	96
D. 登録パートナーシップ.....	98
VI. 手続の種類.....	99
A. 婚姻事件.....	99
B. 親子関係事件.....	100
(参考資料1)「家事事件及び非訟事件の手続に関する法律」(翻訳).....	102
(参考資料2)「外国法に基づく養子縁組の効果に関する法律」(翻訳).....	107

I. 法源

A. 条約

(1) 婚姻事件

婚姻事件に関する多国間条約として、1967年9月8日の婚姻事件に関する裁判の承認執行に関するルクセンブルク条約¹、そして1970年6月1日離婚及び法定別居の承認に関するハーグ条約²が存在するが、ドイツはいずれも批准していない。

二国間条約として国際裁判管轄を規律するものは存在しないが、婚姻事件の裁判の承認については、ドイツは、スイス³及びチュニジア⁴と二国間条約を締結している。他方、ベルギー、ギリシア、イタリア、オーストリア、スペイン、そして連合王国との間にも二国間条約が存在したが、これらの条約は、婚姻・親子事件の裁判管轄及び判決承認に関するEU規則⁵（以下、「ブリュッセル IIbis 規則」という）が同第64条に基づいて適用される以前の古い事件に妥当するだけであり、ブリュッセル IIbis 規則が適用される事件については、もっぱら同規則によることとなる⁶。

婚姻事件、特に離婚事件について、ドイツがブリュッセル IIbis 規則又は「家事事件及び非訟事件の手續に関する法律」（FamFG：後掲訳参照）⁷第98条に基づいて国際裁判管轄をもつ場合には、FamFG 第98条第2項に基づいて附帯処分にも管轄が拡張される。ただし、個々の附帯処分である夫婦財産制の解消や扶養料支払請求等が別の条約又はEU法上の管轄ルールに服している場合には、FamFG 第98条第2項は妥当せず、各附帯処分について別途管轄が認められなければならない⁸。

(2) 登録パートナーシップ

登録パートナーシップ事件の国際裁判管轄又は外国裁判の承認執行に関する多国間条約は存在しない。ブリュッセル IIbis 規則は、登録パートナーシップ又は同性婚を適用対象外としている。それゆえ、身分関係を包括的に承認するためのドイツ・EU諸国の二国間条約だけが登録パートナーシップ事件にも適用されうる⁹。

¹ Convention sur la reconnaissance des décisions relatives au lien conjugal, signée à Luxembourg le 8.9.1967 (convention n° 11 de la Commission internationale de l'état civil).

² Hague Convention of 1 June 1970 on the Recognition of Divorces and Legal Separations (entry into force: 24.8.1975).

³ Abkommen zwischen dem Deutschen Reich und der Schweizerischen Eidgenossenschaft über die gegenseitige Anerkennung und Vollstreckung von gerichtlichen Entscheidungen und Schiedssprüchen vom 2.11.1929, RGBl. 1930 II S. 1066, RGBl. II S. 1270.

⁴ Deutsch-tunesischer Vertrag vom 19.7.1966, BGBl. 1969 II S. 890, BGBl. 1970 II S. 125.

⁵ Council Regulation (EC) No 2201/2003 of 27 November 2003 concerning jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in matrimonial matters and the matters of parental responsibility, repealing Regulation (EC) No 1347/2000, *O.J.* 2003, L 338/1.

⁶ MünchKomm-ZPO/Rauscher, Bd. 4, 3. Aufl. (München 2010), § 97 FamFG, Rn. 22.

⁷ Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FamFG) vom 17.12.2008 (BGBl. I S. 2586, 2587).

⁸ MünchKomm-ZPO/Rauscher, op.cit., § 97 FamFG, Rn. 22.

⁹ MünchKomm-ZPO/Rauscher, op.cit., § 97 FamFG, Rn. 23 *et seq.*

(3) その他の家事事件及び相続事件

(a) 多国間条約

(i) 監護事件

子の監護事件については、1961年10月5日未成年者の保護に関するハーグ条約¹⁰及び1996年10月19日子の保護に関するハーグ条約¹¹が存在し、ドイツはいずれも批准している。両条約とも、子の監護に関する保護措置の国際裁判管轄、準拠法、そして外国裁判の承認執行を定めている。1996年条約は、1961年条約において問題となっていた本国管轄（同4条）を廃止したこと、新たに中央当局同士の行政協力体制を導入していること等に特徴がある。1961年条約と1996年条約双方の締約国との関係では、後者が優先して適用される。また、いずれの条約も子が締約国の一つに常居所を有する場合に適用されるが、EU構成国との関係では、ブリュッセル IIbis 規則がこれらの条約に優先して適用される（ブリュッセル IIbis 規則60条a号及び61条）。

他方、欧州評議会によって採択された条約として、1980年5月20日子の監護に関する裁判の承認執行及び子の監護の回復に関するルクセンブルク条約もある（ドイツについては1991年2月1日発効）¹²。この条約は、子の監護に関する締約国の裁判の承認執行だけを規律対象としており、間接管轄について定めているに過ぎない。EU構成国との関係では、ブリュッセル IIbis 規則がルクセンブルク条約に優先して適用される。

後見事件の国際裁判管轄については、1902年6月12日後見に関するハーグ条約¹³がある。もともと、本条約は、1961年未成年者の保護に関するハーグ条約の締約国との関係では劣後するため、現実には、ドイツとベルギー及びルーマニアとの関係において適用されるに過ぎなかった¹⁴。1996年子の保護条約の発効後は、同条約が1902年条約に取って代わる。それゆえ、2011年1月1日に1996年条約が発効したドイツとルーマニアについては、現在では1996年条約が妥当している¹⁵。

一つの締約国から他の締約国に不法に連れ去られ又は留置されている子の返還については、1980年子の奪取の民事面に関するハーグ条約¹⁶が規律している。子奪取条約は、EU構成国間との関係においても適用され、ブリュッセル IIbis 規則11条（手続に関する特則）及び42条（他の構成国による子の返還命令は執行宣言を経ることなく執行力を付与される）によって補充されるに過ぎない¹⁷。

¹⁰ Hague Convention of 5 October 1961 concerning the Powers of Authorities and the Law Applicable in respect of the Protection of Infants (entry into force: 4.2.1969).

¹¹ Hague Convention of 19 October 1996 on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition, Enforcement and Co-operation in Respect of Parental Responsibility and Measures for the Protection of Children (entry into force: 1.1.2002).

¹² European Convention of 20 May 1980 on Recognition and Enforcement of Decisions concerning Custody of Children and on Restoration of Custody of Children. このルクセンブルク条約は、1972年にバーゼルで開催された第7回ヨーロッパ司法大臣会議によって発案されたものである。締約国は、欧州評議会を構成する47カ国のうち、37カ国を数える（2012年1月20日現在。<http://conventions.coe.int/>参照）。

¹³ Convention de la Haye du 12 juin 1902 pour régler la tutelle des mineurs.

¹⁴ MünchKomm-ZPO/Rauscher, op.cit., § 97 FamFG, Rn. 27.

¹⁵ Staudinger/von Hein, Neubearbeitung 2008, Vorbem zu Art. 24 EGBGB, Rn. 3; Heinz Peter Mansel/Karsten Thorn/Rolf Wagner, Europäisches Kollisionsrecht 2010: Verstärkte Zusammenarbeit als Motor der Vereinheitlichung?, in: IPRax 2011, S. 12. ベルギーは1996年条約を未批准である（2011年1月20日現在：<http://www.hcch.net/>参照）。

¹⁶ Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction (entry into force: 1.12.1983).

¹⁷ この点については、拙稿「国際的な子の奪取に関するハーグ条約とドイツにおける運用」民事月報 65 巻 11号（2010年）69頁以下参照。

(ii) 成年後見事件

2000年成年者の保護に関するハーグ条約¹⁸は、成年者の身上監護及び財産管理のための保護措置に関する国際裁判管轄、準拠法、そして外国裁判の承認執行について定めている。本条約も、締約国間の関係においてだけ適用される。

(iii) 扶養事件

扶養事件については、ドイツは、1958年4月15日子に対する扶養義務に関する裁判の承認執行に関するハーグ条約¹⁹及び1973年10月2日扶養義務に関する裁判の承認執行に関するハーグ条約²⁰を批准している。1958年条約は、ドイツとベルギー、リヒテンシュタイン、オーストリア、スリナム共和国、そしてハンガリーとの間で、1973年条約は、ドイツとアルバニア、トルコ、ウクライナ等の締約国との間で適用されてきた。

EUにおいては、扶養事件について、1968年9月27日民事及び商事における裁判管轄及び判決の承認執行に関するブリュッセル条約²¹及びそれをEU規則化した2000年12月20日ブリュッセルI規則²²、そして争いのない債権については2004年欧州債務名義規則²³が適用されてきた。ブリュッセルI規則は、同第2条第1項（被告の住所地管轄）及び第5条第1項（扶養権利者の住所地又は常居所地、また身分関係事件の附帯処分としての扶養請求の管轄を認める）において国際裁判管轄を規定し、構成国が下した扶養事件の裁判は、同第32条以下の規定に基づいて承認執行されてきた。ブリュッセル条約及びブリュッセルI規則は、構成国同士の関係でも両ハーグ条約の適用を排除するものではなく、優遇原則に従い、両ハーグ条約の適用も認めてきた（ブリュッセルI規則第67条）²⁴。

それに対して、2008年12月18日EU扶養義務規則²⁵の制定後は（2011年6月18日施行〔第76条参照〕）、扶養事件に関する国際裁判管轄、外国裁判の承認執行、そして準拠法²⁶が一括して同規則によって規律されており、ブリュッセルI規則は適用されない。換言すれば、ブリュッセルI規則の内容は、扶養事件に関するかぎり、EU扶養義務規則によって改正されたものと扱われる（EU扶養義務規則第68条第1項）²⁷。また、2004年欧州債務名義規則も、EU扶養義務規則によって適用除外

¹⁸ Hague Convention of 13 January 2000 on the International Protection of Adults (entry into force: 1.1.2009).

¹⁹ Hague Convention of 15 April 1958 concerning the Recognition and Enforcement of Decisions relating to Maintenance Obligations towards Children (entry into force: 1.1.1962).

²⁰ Hague Convention of 2 October 1973 on the Recognition and Enforcement of Decisions Relating to Maintenance Obligations (entry into force: 1.8.1976).

²¹ Brussels Convention of 27 September 1968 on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters, *O.J.* 1972, L 299/32.

²² Council Regulation (EC) No 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters, *O.J.* 2001, L 12/1.

²³ Regulation (EC) No 805/2004 of the European Parliament and of the Council of 21 April 2004 creating a European Enforcement Order for uncontested claims, *O.J.* 2004, L 143/15.

²⁴ MünchKomm-ZPO/Rauscher, op.cit., § 97 FamFG, Rn. 30.

²⁵ Council Regulation (EC) No 4/2009 of 18 December 2008 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and cooperation in matters relating to maintenance obligations, *O.J.* 2009, L 7/1.

²⁶ 扶養義務規則15条は、2007年11月23日の扶養義務に関するハーグ議定書（Hague Protocol of 23 November 2007 on the law applicable to maintenance obligations）を援用しており、それによって扶養義務の準拠法が決定されるとしている。

²⁷ デンマークは、民事司法協力に関するEUの立法権限を留保しているため、国際私法及び国際民事訴訟法に

されるのが原則である。ただし、2007年ハーグ議定書²⁸に拘束されない構成国が下した扶養料支払命令については、その限りではない（EU扶養義務規則第68条第2項）。

他方、EU扶養義務規則第69条第1項は、規則制定時にすでに構成国が加盟していた多国間条約又は二国間条約は、同規則によってもその適用を妨げられないとしつつ、第69条第2項において、EU構成国間の関係では、EU扶養義務規則が優先することを定めている。したがって、EU扶養義務規則は、扶養義務に関する他のEU構成国の裁判の承認・執行に関するかぎり、両ハーグ条約に優先して適用されるのが原則である²⁹。ただし、1973年扶養義務に関する裁判の承認執行に関するハーグ条約第21条³⁰は、裁判外の合意であっても、それが行われた本源国において執行力をもつかぎり、他の締約国において承認執行の対象となるとしている。そして、EU扶養義務規則は、扶養義務に関する裁判のほか、裁判上の和解又は公正証書を承認執行の対象とするに過ぎないため、公正証書に記されていない裁判外の合意で、本源国において執行力をもつものについては、EU構成国間においても、EU扶養義務規則ではなく、1973年ハーグ条約によって承認執行されうる³¹。なお、言うまでもなく、EU構成国以外の第三国であって両ハーグ条約の締約国である国々との関係では、従前と同じく、両ハーグ条約が適用される。

2007年11月23日の国際的な扶養料の回収に関するハーグ条約³²は、現在でも未発効であるため、EU扶養義務規則第69条の適用対象とはならない。他方、2007年ハーグ条約第51条第4項³³は、制定の先後を問わず、EUが制定する扶養義務に関する規範は、ハーグ条約に優先することを定めている（ただし、EU構成国と第三国との関係については、EU規則が2007年ハーグ条約の適用を妨げない限りでのみ、優先的に適用される）³⁴。

関するEU規則には拘束されないのが原則である。しかし、ブリュッセルI規則については、2005年10月19日にEC及びデンマーク間の条約によって、同規則をデンマークにも適用することが取り決められている（Agreement between the European Community and the Kingdom of Denmark on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters, signed at Brussels on 19 October 2005, O.J. L 299/62）。さらに、同条約によって、デンマークは、扶養義務に関してブリュッセルI規則を「改正」したEU扶養義務規則にもオプト・インできることとなり、2009年1月14日の通知によってオプト・インしている。ただし、扶養義務の準拠法に関する第3章、そして中央当局同士の協力に関する第7章は対象外としているため、これらの事項に関するかぎり、デンマークとの関係では、EU扶養義務規則は適用されない。Rauscher/Andrae, *Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht — Kommentar*, München 2010, Art. 1 EG-UntVO, Rn. 50.

²⁸ Hague Protocol of 23 November 2007 on the Law Applicable to Maintenance Obligations.

²⁹ Rauscher/Andrae, *op.cit.*, Art. 69 EG-UntVO, Rn. 5.

³⁰ 1973年ハーグ条約21条は、「合意は、それが行われた国において執行することができるものである場合には、裁判と同一の条件（合意について適用することができるものに限る。）のもとで承認され、かつ、執行を認許される。」と定めている。

³¹ Rauscher/Andrae, *op.cit.*, Art. 69 EG-UntVO, Rn. 6.

³² Convention of 23 November 2007 on the International Recovery of Child Support and Other Forms of Family Maintenance（未発効）。

³³ 2007年ハーグ条約51条4項は、次のように定めている。「この条約は、この条約の当事者たる地域経済統合組織の協定であって、この条約の締結の後に採択され、この条約により規律される事項に関するものの適用に、その協定がその国と他の締約国との関係においてこの条約の規定の適用に影響を及ぼさない限り、影響を及ぼさない。地域経済統合組織の構成国間の決定の承認又は執行に関しては、この条約は、その地域経済統合組織の規則に、その規則の採択がこの条約の締結の前後のいずれであるかを問わず、影響を及ぼさない。」

³⁴ Rauscher/Andrae, *op.cit.*, Art. 69 EG-UntVO, Rn. 9 *et seq.*

EU 構成国とそれ以外の EFTA 構成国（スイス、ノルウェー、アイスランド）、そしてデンマークとの関係においては、扶養義務に関する国際裁判管轄及び外国裁判の承認執行について、2007 年 10 月 30 日民事及び商事における裁判管轄及び判決の承認執行に関するルガノ条約³⁵（1988 年条約³⁶を改正したもの。2010 年 1 月 1 日に EU、デンマーク、ノルウェー、2011 年 1 月 1 日にスイス、2011 年 5 月 1 日にアイスランドについて発効）が適用される。2007 年ルガノ条約第 67 条第 1 項（1988 年ルガノ条約第 57 条）は、ブリュッセル I 規則と同様に優遇原則に従い、両ハーグ条約の適用を排除していない³⁷。

他方、ルガノ条約と EU 扶養義務規則（ブリュッセル I 規則）との関係においては、2007 年ルガノ条約及び 1988 年ルガノ条約のいずれも影響を受けない。すなわち、2007 年ルガノ条約第 64 条第 2 項によれば、国際裁判管轄については、被告がスイス、ノルウェー、アイスランドのいずれかに住所をもつ場合にはルガノ条約が適用される。また、外国裁判の承認執行については、スイス、ノルウェー、アイスランドのいずれかが判決国又は承認国である場合にはルガノ条約が適用される。1988 年ルガノ条約についても、EU 扶養義務規則第 69 条を根拠として、同規則の適用に優先する³⁸。

なお、1956 年 6 月 20 日国外での扶養料の回収に関するニューヨーク条約³⁹は、57 の締約国との関係で、扶養料の回収を援助するための司法共助について定めるに過ぎず、外国裁判の承認執行については規律していない⁴⁰。

(iv) 養子縁組事件

1993 年 5 月 29 日国際養子縁組に関するハーグ条約⁴¹は、締約国において同条約に基づいて行われた養子縁組の承認を規定している。外国で行われた非断絶型養子縁組は、1993 年ハーグ条約第 27 条⁴²及びドイツ養子縁組効果法⁴³第 3 条に基づいて、断絶型養子縁組に転換されうる⁴⁴。

³⁵ Lugano Convention of 30.10.2007 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters, O.J. L. 339, 21.12.2007, p. 3.

³⁶ Lugano Convention of 16 September 1988 on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters, O.J. L 319, 25.11.1988, p. 9.

³⁷ MünchKomm-ZPO/Rauscher, op.cit., § 97 FamFG, Rn. 33.

³⁸ Rauscher/Andrae, op.cit., Art. 69 EG-UntVO, Rn. 16 *et seq.*

³⁹ Convention on the Recovery Abroad of Maintenance, New York, 20 June 1956.

⁴⁰ MünchKomm-ZPO/Rauscher, op.cit., § 97 FamFG, Rn. 30.

⁴¹ Hague Convention of 29 May 1993 on Protection of Children and Co-operation in Respect of Intercountry Adoption (entry into force: 1.5.1995).

⁴² 1993 年ハーグ養子縁組条約 27 条 1 項は、次のように規定している。「出身国で認められた養子縁組が既存の法律上の親子関係を断絶する効果を持たない場合には、その養子縁組は、次の各号に該当するときに、この条約に従ってその養子縁組を承認する受入国において、そのような効果を有する養子縁組に変換することができる。

a 受入国の法が認めるとき。

b そのような効果を有する養子縁組のために、第 4 条 c 及び d に掲げる同意が与えられていたとき又は同意が与えられるとき。」

⁴³ Gesetz über Wirkungen der Annahme als Kind nach ausländischem Recht (Adoptionswirkungsgesetz - AdWirkG) vom 5.11.2001, BGBl. I S. 2950, 2953.

⁴⁴ MünchKomm-ZPO/Rauscher, op.cit., § 97 FamFG, Rn. 34.

(b) 二国間条約

(i) 外国裁判の承認執行

ドイツは、家事事件全般、親族関係に関する財産関係事件、身分関係事件の裁判、争訟性の判決などに関して（各条約ごとに規律対象は異なる）、次の国々と二国間条約を締結している。すなわち、ベルギー、ギリシア、イスラエル、イタリア、ノルウェー、オランダ、オーストリア、スイス、スペイン、チュニジア、そして連合王国である。扶養義務については、2007年ルガノ条約第65条（1988年ルガノ条約第55条）に従い、ドイツがスイス及びノルウェーと締結している二国間条約の適用が排除される。また、2008年EU扶養義務規則は、二国間条約及び他国間条約のいずれにも優先するため、ドイツがベルギー、イタリア、ギリシア、オランダ、スペイン、そして連合王国と締結している二国間条約の適用が除外されることに注意が必要である⁴⁵。

(ii) 後見事件

後見事件に関する国際裁判管轄及びその実行について、ドイツは、オーストリア、ポーランド、スペイン、そしてロシアとの間に二国間条約を締結している⁴⁶。

(iii) 相続事件

相続事件における領事の業務について、ドイツは、ロシア、スペイン、トルコ、米国、そして連合王国との間に二国間領事条約を締結している⁴⁷。

B. EU 法

(1) 2000年ブリュッセルI規則

これまでは、扶養義務についてブリュッセルI規則が適用されてきたが、2008年扶養義務規則の施行に伴い、ブリュッセルI規則は適用されなくなっている。原則として、争いのない債権に関する2004欧州債務名義規則についても、同様に扱われる（上述参照）。

(2) 2003年ブリュッセルIIbis規則

(a) 婚姻事件

第一に、ブリュッセルIIbis規則第3条以下は、婚姻事件、すなわち離婚、法定別居、そしてあらゆる形態で婚姻を無効とする事件（特に婚姻取消し）の国際裁判管轄について規定している。ブリュッセルIIbis規則の場所的及び人的適用範囲については、同第6条が不正確であるため、誤解を招くおそれがある。正確には、①同規則6条の規定によって同規則第3～第5条が排他的に適用されるべき場合（(a)被告である配偶者がEU構成国の一つに常居所をもっている場合、あるいはEU構成国の一つ

⁴⁵ MünchKomm-ZPO/Rauscher, op.cit., § 97 FamFG, Rn. 35 *et seq.*

⁴⁶ MünchKomm-ZPO/Rauscher, op.cit., § 97 FamFG, Rn. 37.

⁴⁷ MünchKomm-ZPO/Rauscher, op.cit., § 97 FamFG, Rn. 38.

の国籍〔連合王国及びアイルランドについては住所〕をもっている場合を指す)⁴⁸、そして②同規則第 3～第 5 条の規定によって他のいずれかの構成国に国際裁判管轄が認められる場合には（同規則第 7 条第 1 項参照）、同規則によって国際裁判管轄が決定される。①及び②のいずれにも当てはまらない場合に初めて、ドイツ FamFG 第 98 条が適用される⁴⁹。ブリュッセル IIbis 規則は、できるかぎり離婚を容易にするため、婚姻事件についてかなり広い管轄原因を認めており（特に原告管轄の問題性）⁵⁰、第三国との関係では、過剰管轄が発生するおそれがある。なお、ここでいう EU 構成国には、デンマークは含まれない。

婚姻事件について下された外国裁判の承認については、ブリュッセル IIbis 規則第 21 条以下が、その執行については、同規則第 28 条以下が適用される。ブリュッセル IIbis 規則は、ブリュッセル I 規則と同様の執行宣言制度をとっている。それゆえ、承認執行の対象となる裁判が構成国の一つ（ただしデンマークを除く）において下されたかぎり、その根拠となった管轄原因の如何を問うことなく（国内法源や条約等に基づいて管轄が行使された場合を含む）、ブリュッセル IIbis 規則に基づいて承認執行がなされる⁵¹。

(b) 親責任事件

第二に、ブリュッセル IIbis 規則 8 条以下は、親責任に関する事件の国際裁判管轄について規定している。事項的適用範囲は、同規則 2 条に定めるとおりであり、FamFG 第 99 条及び第 151 条が定める親子事件とは必ずしも一致しない。EU 法に固有の概念としての親責任には、公法上の子のための保護措置も含まれ、その点において 1996 年ハーグ子の保護条約と軌を一にする。もっとも、対象となるのは FamFG 第 151 条第 1～第 6 号の手続だけであり、同第 8 号の手続は対象とならない⁵²。場所的・人的適用範囲については、子が構成国の一つに（ブリュッセル IIbis 規則にいう意味での）常居所をもつかぎり、専らブリュッセル IIbis 規則が適用され、FamFG 第 99 条は適用されない。他方、血縁による親子関係事件（FamFG 第 100 条）及び養子縁組事件（FamFG 第 101 条）については、ブリュッセル IIbis 規則は適用されないため、専ら FamFG によって国際裁判管轄が決定される⁵³。

1961 年ハーグ未成年者保護条約及び 1996 年ハーグ子の保護条約との関係は、各々ブリュッセル IIbis 規則第 60 条 a 号及び第 61 条によって決定される。1996 年条約は、欧州連合及びその構成国との関係で発効しており、それに伴って、子の常居所を基準として次のような適用関係が導かれる。

⁴⁸ Article 6 Exclusive nature of jurisdiction under Articles 3, 4 and 5:

“A spouse who:

(a) is habitually resident in the territory of a Member State; or

(b) is a national of a Member State, or, in the case of the United Kingdom and Ireland, has his or her ‘domicile’ in the territory of one of the latter Member States,

may be sued in another Member State only in accordance with Articles 3, 4 and 5.”

⁴⁹ MünchKomm-ZPO/Rauscher, op.cit., § 97 FamFG, Rn. 44.

⁵⁰ Heimo Schack, *Internationales Zivilverfahrensrecht*, 5. Aufl., München 2010, Rn. 424.

⁵¹ MünchKomm-ZPO/Rauscher, op.cit., § 97 FamFG, Rn. 50.

⁵² MünchKomm-ZPO/Rauscher, op.cit., § 97 FamFG, Rn. 46. 精神病の未成年者の自由を剥奪する保護収容措置は、監護権に関する保護措置とはいえないからである

⁵³ MünchKomm-ZPO/Rauscher, op.cit., § 97 FamFG, Rn. 46.

すなわち、①子が EU 構成国のいずれか（ただしデンマークを除く）に常居所をもつ場合には、専らブリュッセル IIbis 規則第 8 条以下の規定によって国際裁判管轄が決定される。②1996 年条約の締約国であるが、EU 構成国ではない国に子が常居所をもつ場合には、専ら 1996 年条約によって国際裁判管轄が決定される。③EU 構成国でも 1996 年条約の締約国でもない国に子が常居所をもつ場合には、専ら FamFG 第 99 条が適用される。この 1996 年条約に関する適用関係は、同様に 1961 年未成年者保護条約との関係でも妥当する⁵⁴。

子が EU 構成国の一つ（ただしデンマークを除く）から他の構成国へと奪取された場合には、1980 年ハーグ子奪取条約の適用は排除されず、子の返還自体は同条約を根拠として行われる。ただし、ブリュッセル IIbis 規則第 11 条には、ハーグ子奪取条約を補充するための規定が置かれている。

親責任事件について下された外国裁判の承認執行は、婚姻事件の場合と同じく、各々ブリュッセル IIbis 規則第 21 条以下及び第 28 条以下による。承認執行の対象となる裁判が構成国の一つ（ただしデンマークを除く）において下されたかぎり、その根拠となった管轄原因の如何を問うことなく、ブリュッセル IIbis 規則に基づいて承認執行がなされる⁵⁵。1961 年未成年者保護条約及び 1996 年子の保護条約も、承認執行についてブリュッセル IIbis 規則に劣後する。それゆえ、他の構成国が下した裁判の承認執行については、子の常居所如何にかかわらず、常にブリュッセル IIbis 規則が優先して適用される⁵⁶。なお、子の面会交流及び子の返還に関する外国裁判の承認執行については、ブリュッセル IIbis 規則第 40 条以下に特則が置かれており、執行宣言が不要とされている。

(3) 2008 年扶養義務規則

2008 年に制定された EU 扶養義務規則は、国際裁判管轄、準拠法、そして外国裁判の承認執行について定めている。EU 扶養義務規則の施行後（2011 年 6 月 18 日）は、同規則が常に国際裁判管轄及び構成国の一つが下した裁判の承認執行について適用される。したがって、国際裁判管轄について FamFG 第 105 条及び第 232 条が適用されることはなく、また構成国の一つが下した裁判の承認執行について FamFG 第 108～第 110 条が適用されることもない⁵⁷。

EU 扶養義務規則においては、構成国の一つが下した裁判の承認執行について、当該構成国が 2007 年ハーグ議定書が定める準拠法ルールに従っているか否かによって区別をしている。当該構成国が 2007 年ハーグ議定書に拘束されている場合には、その裁判の執行には執行宣言が必要とされないのに対して（欧州債務主義規則型 [EU 扶養義務規則第 17 条]）、当該構成国が 2007 年ハーグ議定書に拘束されていない場合には、その裁判の執行に執行宣言が必要とされる（ブリュッセル I 規則型 [EU 扶養義務規則第 26 条]）⁵⁸。

⁵⁴ MünchKomm-ZPO/Rauscher, op.cit., § 97 FamFG, Rn. 48.

⁵⁵ MünchKomm-ZPO/Rauscher, op.cit., § 97 FamFG, Rn. 50.

⁵⁶ MünchKomm-ZPO/Rauscher, op.cit., § 97 FamFG, Rn. 52.

⁵⁷ MünchKomm-ZPO/Rauscher, op.cit., § 97 FamFG, Rn. 59.

⁵⁸ MünchKomm-ZPO/Rauscher, op.cit., § 97 FamFG, Rn. 60.

(4) その他

現在、EU においては、相続に関する規則⁵⁹、夫婦財産制に関する規則⁶⁰、そして登録パートナーシップ財産制に関する規則⁶¹が制定される予定であり、各々委員会提案が出されている（以下、各々「相続規則提案」、「夫婦財産制規則提案」、「登録パートナーシップ財産制規則提案」という）。いずれも国際裁判管轄、準拠法、外国裁判の承認執行について規定する予定である。その内容は、必要に応じて以下でも紹介するが、詳細は各項目別の調査研究にゆずることとする。

C. 条約及び EU 規則の実施法

(1) AVAG

民事及び商事に関する外国判決の承認執行は、2001年2月19日「民事及び商事に関する外国判決の承認執行に関する条約の実施並びに欧州共同体の規則及び条約の実施に関する法律」(AVAG)⁶²によって規律される。AVAGに基づく外国判決の承認執行手続の適用対象となる条約として、1968年ブリュッセル条約、1988年及び2007年ルガノ条約のほか、1977年ドイツ・ノルウェー条約、1977年ドイツ・イスラエル条約、1983年ドイツ・スペイン条約が挙げられる (AVAG 第1条)。また、AVAGによって実施される EU 規則及び EU が締結した条約として、2000年ブリュッセル I 規則、2005年 EU・デンマーク条約、2007年ルガノ条約が挙げられる (AVAG 第1条)。本法は、以上の法源に基づいて下された外国判決を債務名義とする執行について、ドイツ国内における職分管轄及び土地管轄、申立て、手続、執行決定、執行文の付与、上訴及び執行異議、そして承認要件に関する確認手続などを定めている。

(2) IntFamRVG

子の監護に関する条約及び EU 規則の実施は、2005年1月26日「国際家族法の領域における特定の法規範の実施に関する法律」(IntFamRVG)⁶³による。本法の適用対象となるのは、2003年ブリュッセル IIbis 規則、1996年ハーグ子の保護条約、1980年ハーグ子奪取条約、そして1980年子の監護に関するルクセンブルク条約である (IntFamRVG 第1条)。本法は、以上の法源に関して、①中央当局の指定（司法省の一部局である連邦司法局 (Bundesamt für Justiz)）及びその任務、②少年局の

⁵⁹ Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on jurisdiction, applicable law recognition and enforcement of decisions and authentic instruments in matters of succession and the creation of a European Certificate of Succession, 14.10.2009, COM (2009) 154 final.

⁶⁰ Proposal for a Council Regulation on jurisdiction, applicable law and the recognition and enforcement of decisions in matters of matrimonial property regimes, 16.3.2011, COM(2011) 126 final.

⁶¹ Proposal for a Council Regulation on jurisdiction, applicable law and the recognition and enforcement of decisions regarding the property consequences of registered partnerships, 16.3.2011, COM(2011) 127 final.

⁶² Gesetz zur Ausführung zwischenstaatlicher Verträge und zur Durchführung von Verordnungen und Abkommen der Europäischen Gemeinschaft auf dem Gebiet der Anerkennung und Vollstreckung in Zivil- und Handelssachen (Anerkennungs- und Vollstreckungsausführungsgesetz - AVAG) vom 19.2.2001 (BGBl. I S. 288), in der Fassung vom 3.12.2009 (BGBl. I S. 3830), zuletzt geändert durch Artikel 6 des Gesetzes vom 23.5.2011 (BGBl. I S. 898 (2094)).

⁶³ Gesetz zur Aus- und Durchführung bestimmter Rechtsinstrumente auf dem Gebiet des internationalen Familienrechts (Internationales Familienrechtsverfahrensgesetz [IntFamRVG]) vom 26.1.2005 (BGBl. I S. 162), zuletzt geändert durch Artikel 7 des Gesetzes vom 23.5.2011 (BGBl. I S. 898).

関与, ③外国裁判の承認執行の手続 (国内土地管轄, 管轄の集中, 外国への管轄の移転), 職分管轄, 強制執行の許可, 異議申立て, 承認要件に関する確認手続, 子奪取条約に基づく子の返還手続及びその執行, ④国境を越えた子の保護収容措置などを定めている。

D. 国内法源

ドイツにおいては, 2008 年の FamFG 制定に伴い, 民事訴訟法 (ZPO)⁶⁴ 及び非訟事件手続法 (FGG) に置かれていた人事・家事に関する訴訟及び非訟事件の国際裁判管轄及び外国裁判の承認執行に関する規定が, 若干の変更のうえ, FamFG 第 98 条以下 (後掲訳参照) に整理し直されている。また, 外国でなされた養子縁組裁判の承認の効果については, 養子縁組効果法 (後掲訳参照) に特則がある。以下では, ドイツ国内法上の国際裁判管轄ルール及び外国裁判の承認執行制度について詳しく論ずることとし, 必要に応じて EU 法及び条約上のルールにも言及する。

II. 国際裁判管轄全般

(1) ドイツ国内法上の職分管轄及び土地管轄

ドイツ国内における職分管轄については, 次のように定められている。すなわち, 婚姻及び親子事件全般については, 家庭裁判所 (区裁判所の家事部) が職分管轄をもつ (ドイツ裁判所構成法⁶⁵ 第 23b 条)。また, 世話関係事件, 収容措置事件, 世話裁判所に関する事件については, 世話裁判所が職分管轄をもつ (同第 23c 条)。相続及び遺産分割事件については, 非訟事件として相続裁判所が職分管轄をもつ (同第 23 条)。

ドイツ国内における土地管轄については, FamFG 第 122 条 [婚姻事件], 第 152 条 [親子事件], 第 170 条 [血縁に基づく親子関係事件], 第 187 条 [養子縁組事件], 第 201 条 [婚姻住居及び家財事件], 第 211 条 [暴力からの保護に関する事件], 第 218 条 [年金分割事件], 第 232 条 [扶養事件], 第 262 条 [夫婦財産関係事件], 第 267 条 [その他の家事事件], 第 272 条 [世話関係事件], 第 313 条 [収容措置事件], 第 341 条 [世話裁判所に関する事件], 第 343 及び第 344 条 [相続及び遺産分割事件], 第 454 条 [相続債権者の公示催告事件] に各々規定が置かれている。

(2) 国際裁判管轄

(a) 住所/常居所

ドイツ国内法上の国際裁判管轄ルールについては, 家事事件については, 住所ではなく常居所が管轄原因とされている。ZPO の管轄ルールを準用する場合には, 「住所」が「常居所」に読み替えられるのが通常である。ドイツ国内法上の管轄原因としての常居所は, 国際民事手続法上の概念と

⁶⁴ Zivilprozessordnung (ZPO) vom 12.9.1950, in der Fassung der Bekanntmachung vom 5.12.2005 (BGBl. I S. 3202 (2006 I S. 431) (2007 I S. 1781), zuletzt geändert durch Artikel 3 des Gesetzes vom 22.12.2011 (BGBl. I S. 3044).

⁶⁵ Gerichtsverfassungsgesetz (GVG) vom 12.9.1950, in der Fassung der Bekanntmachung vom 9.5.1975 (BGBl. I S. 1077), zuletzt geändert durch Artikel 4 des Gesetzes vom 6.12.2011 (BGBl. I S. 2582).

して法廷地法であるドイツ法のそれに従う。ただし、条約上及び EU 法上の常居所概念も考慮される。常居所の決定基準は、人の生活の中心であること（*Lebensmittelpunkt*）である。実務上は、基本的に 6 ヶ月以上の居住の事実があれば、常居所が認められているが、学説の中には、生活の中心がドイツに移された後に初めて常居所が発生するとすべきであり、機械的に 6 ヶ月という基準によるべきではないとする立場もある（詳細は、個別事項に関する解説〔婚姻事件〕参照）。

それに対して、相続・遺産分割事件については、「住所」が管轄原因とされている。住所概念は、BGB⁶⁶第 7 条以下によるとされている（詳細は、個別事項に関する解説〔相続・遺産分割事件〕参照）。また、性転換事件の国際裁判管轄については、第一義的には申立人の住所が、申立人の住所がドイツ国内にない場合にはその常居所が管轄原因とされている（詳細は、個別事項に関する解説〔性転換事件〕参照）。

(b) 専属管轄の有無

家事事件に関するドイツ国内法上の国際裁判管轄については、専属管轄はなく、ドイツ裁判所と外国裁判所の国際裁判管轄が競合することが前提とされている。この点は、婚姻事件の国際裁判管轄に関する 1986 年 ZPO 第 606a 条第 1 項（ほぼそのまま FamFG 第 98 条第 1 項に引き継がれている）において言及されていたが、現在では家事事件に共通する原則として、FamFG 第 106 条において独立に規定されている⁶⁷。その結果、ドイツが国際裁判管轄をもつことは、外国裁判所が裁判権を行使する妨げとはならず、外国裁判所が下した外国判決又は外国非訟裁判をドイツで承認することの障碍にもならない（この点は国際訴訟競合においても意味をもつ）。また、外国裁判所のほうがより適切な法廷地（*forum conveniens*）であることを理由として、ドイツ裁判所の管轄を否定することはできない。これは、当該外国法上は、外国裁判所が専属管轄をもつ場合も同様である⁶⁸。

立法者は、1986 年に ZPO 第 606a 条を制定する際にも、ドイツのみならず、他国の国際裁判管轄を肯定することが当事者その他の関係者の利益にかなうものと考えていた。それは、家事事件については、不動産の所在地のように利益を実現すべき決まった場所はなく、複数当事者が関与することに鑑みて、広く競合管轄を認めるのが相当であると解されたことにある。複数の管轄原因相互間にも序列はなく、同じレベルの競合管轄として扱われる⁶⁹。

他方、FamFG 第 98 条から第 105 条に定める管轄原因は、限定列举であり、それ以外の管轄原因は認められない。従前の ZPO 第 640a 条第 2 項第 2 文については、国際裁判管轄に関する明文規定のほか、ZPO 第 12 条以下の準用によっても国際裁判管轄が導かれるとする見解があった。しかし、FamFG 制定後は、家事事件に関する国際裁判管轄が一括して FamFG において規定されており、ZPO の一般原則を援用する余地はないと解される⁷⁰。

⁶⁶ Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) vom 18.8.1896, in der Fassung der Bekanntmachung vom 2.1.2002 (BGBl. I S. 42, 2909; 2003 I S. 738), zuletzt geändert durch Artikel 1 des Gesetzes vom 27.7.2011 (BGBl. I S. 1600).

⁶⁷ BT-Drucks. 16/6308, S. 220.

⁶⁸ MünchKomm-ZPO/Rauscher, op.cit., § 106 FamFG, Rn. 3 *et seq.*

⁶⁹ BT-Drucks. 10/504, 89.

⁷⁰ MünchKomm-ZPO/Rauscher, op.cit., § 106 FamFG, Rn. 8.

(c) 附帯処分

離婚事件の附帯処分については、離婚についてドイツ裁判所が管轄をもつかぎり、附帯処分にも管轄が及ぶ（FamFG 第 98 条第 2 項：詳細は、後述箇所参照）。特に離婚事件の国際裁判管轄が一方当事者の国籍に基づいている場合には、端的に附帯事件全般にも管轄を及ぼすと過剰管轄を招き、ドイツにおいて外国で承認されえない判決が下されることになるとして批判されている⁷¹。

もともと、FamFG 第 98 条第 2 項による離婚事件の管轄の附帯処分への拡張は、EU 法又は条約上の規範の優先適用によってある程度緩和されている。EU 扶養義務規則第 3 条 c 号及び d 号（2007 年ルガノ条約第 5 条第 2 号 b・c 及びブリュッセル I 規則第 5 条第 2 号後段〔第 3 条 c 号だけ〕も同旨）によれば、身分関係事件又は親責任事件について管轄をもつ裁判所は、附帯して扶養料支払請求についても判断しうるが、前者の管轄が一方当事者の国籍だけに基づく場合にはその限りではない。たとえば、ドイツ人妻がデンマーク人夫とコペンハーゲンで生活していたが、後にベルリンのシェーネベルク裁判所に離婚を申し立てた場合には（FamFG 第 98 条第 1 項第 1 号及び第 122 条第 6 号）、離婚事件の国際裁判管轄は一方当事者の国籍だけを根拠としているため、ブリュッセル I 規則第 5 条第 2 号後段に従い、附帯してドイツ人妻による扶養請求の管轄を認めることはできない。妻は、ブリュッセル I 規則第 2 条及び第 5 条第 2 号前段に従い、デンマークでのみ扶養請求をすることができる⁷²。

親責任事件については、ブリュッセル IIbis 規則第 12 条及び 1996 年子の保護条約第 10 条は、当事者の合意を基礎として、離婚や別居等に附帯した管轄を認めている。子が EU 構成国又は 1996 年子の保護条約の締約国に常居所をもつ場合には、これらの規定が優先して適用され、FamFG 第 98 条第 2 項による附帯処分の管轄は認められない。

そのほか 2011 年夫婦財産制規則提案第 4 条及び 2011 年登録パートナーシップ財産制規則提案第 4 条は、当事者の合意を基礎として、構成国の一つがブリュッセル IIbis 規則に基づいて離婚、別居、婚姻無効について管轄をもつ場合、あるいは国内法上の管轄ルールに基づいて登録パートナーシップの解消又は無効について管轄をもつ場合には、当事者の合意を基礎として、夫婦財産制又は登録パートナーシップ財産制の解消についても附帯して判断しうるとしている。他方、夫婦財産制規則提案第 3 条及び登録パートナーシップ財産制規則提案第 3 条は、配偶者又はパートナーの一方が死亡した場合の相続事件について国際裁判管轄をもつ裁判所は、夫婦財産制又は登録パートナーシップ財産制の解消についても附帯して判断しうることを定めている。

(d) 主観的・客観的併合

家事事件及び相続・遺産分割事件に関するドイツ国内法上の国際裁判管轄については、主観的併合又は客観的併合は認められないものと解される。

⁷¹ Schack, op.cit., Rn. 431.

⁷² Schack, op.cit., Rn. 431.

従前は、扶養事件についてブリュッセルI規則又はルガノ条約が適用され、その第6条第1号によって被告の住所地の管轄が基礎付けられるかぎり、主観的併合が認められていた。またブリュッセルI規則又はルガノ条約が適用されない場合には、FamFG第105条を介して土地管轄に関するFamFG第232条第3項第2号が適用され、子が父母双方に対して扶養請求をする場合には、一方の親について管轄が認められることで他方の親についても主観的併合が認められていた。しかし、現在では、2008年EU扶養義務規則が施行されており、これらの規範が適用される余地はないため、主観的併合は認められないものと解される。

(e) 合意管轄／応訴管轄

家事事件及び相続・遺産分割事件に関するドイツ国内法上の国際裁判管轄については、合意管轄は、デログション（法定管轄原因を排除する合意）とプロログション（法定管轄原因以外の管轄を定める合意）のいずれについても認められない。また、応訴管轄も排除されている。

ブリュッセルIIbis規則第12条及び1996年子の保護条約第10条は、当事者の合意を基礎として、離婚及び別居、婚姻無効に附帯した親責任事件の管轄を認めているほか、ブリュッセルIIbis規則第9条第2項は、面会交流権をもつ親による応訴に基づく管轄を認めている。

家事事件の一つではあるが、金銭給付を目的とする扶養事件については、扶養義務規則第4条は合意管轄を認めている。すなわち、当事者は、扶養義務に関する現在又は将来の争いについて、書面をもって、①一方当事者の常居所地又は②一方当事者の本国の管轄を合意すること、さらに③現在又は過去の夫婦間の扶養義務については、当事者の婚姻事件について管轄をもつ裁判所の管轄、あるいは④夫婦が少なくとも一年間、最後の共通常居所を有していた地の管轄を合意することができる（別異の合意がないかぎり専属的合意とされる）（第4条第1・第2項）。ただし、18歳未満の未成年者に対する扶養義務については、管轄の合意は排除される（第4条第3項）。また、扶養義務規則第5条は、応訴管轄を認めている。従前のブリュッセルI規則及びルガノ条約においては、扶養関係事件は通常の民商事事件の一つとして扱われており、特則も設けられていないことから、扶養関係事件について、選択されうる法廷地を限定することなく合意管轄及び応訴管轄が認められると解される（ブリュッセルI規則及び2007年ルガノ条約第23条及び第24条参照）。

他方、夫婦財産制規則提案第4条及び登録パートナーシップ財産制規則提案第4条は、当事者の合意を基礎として、離婚及び別居、あるいは登録パートナーシップの解消等に附帯した夫婦財産制又は登録パートナーシップ財産制に関する管轄を認めている。また、夫婦財産制規則提案第5条第2項は、当事者が夫婦財産制を規律する準拠法所属国（同提案第16条及び第18条参照）の裁判所の管轄を合意することを認めている。

(f) 緊急管轄

条約又はEU規則、あるいはドイツ国内法上の管轄ルールに従い、ドイツ裁判所に国際裁判管轄が認められない場合であっても、代わりに手続を行いうる適切な外国裁判所が存在しない場合に

は、緊急管轄が認められると解されている。具体的には、婚姻事件、血縁上の親子関係事件、養子縁組事件について緊急管轄の可能性が認められている（個別項目に関する解説参照）。親子事件及び世話事件については、FamFG 第 99 条第 1 項第 2 号第 2 文及び第 104 条第 1 項第 2 号第 2 文においてドイツにおける保護の必要性が管轄原因とされているため、それ以外に緊急管轄を認めるべき必要はないと解される。

EU 法上は、扶養義務規則第 7 条、夫婦財産制規則提案第 7 条、そして登録パートナーシップ財産制規則提案第 7 条が明文で緊急管轄を規定している。

(3) 職権調査主義

(a) 総説

ドイツ訴訟法上、国際裁判管轄は、国内土地管轄その他の訴訟要件とは異なる独立の訴訟要件である。ドイツ裁判所の国際裁判管轄の有無は、裁判手続のいかなる段階においても、職権で調査される。国内土地管轄が欠缺する場合には移送が可能であるが（ZPO 第 281 条参照）、ドイツ裁判所が本来、国際裁判管轄をもつにもかかわらず、訴えを却下した場合には、申立人がドイツ国際私法に基づく裁判を受ける権利を奪うことになる。それゆえ、誤って国際裁判管轄を否定することは、上告理由になると解されている（ZPO 第 545 条第 2 項は国際裁判管轄には妥当しないと解されている）。同じ理由から、本来ドイツで訴訟追行する義務を負っていない相手方が不当にドイツ裁判権に服させられた場合には、第一審及び第二審が肯定した国際裁判管轄を上告審において争いうる⁷³。

それに対して、ドイツ国内法上の職分管轄及び土地管轄については、管轄違いを理由とする控訴及び上告の可能性が排除されているため（ZPO 第 513 条第 2 項⁷⁴及び第 545 条第 2 項⁷⁵）、第一審の裁判所だけが職権で審査しうることになる。

(b) 基準時点

国際裁判管轄は、訴訟要件の一つであるため、管轄原因事実は、手続開始時点において存在しなければならないのが原則である。そして、手続開始時点において管轄原因事实在存在したかぎり、事後的に国籍又は常居所の変更等によってそれが失われても、ドイツ裁判所の国際裁判管轄は肯定され、「管轄の継続」（*perpetuatio fori*）が認められるのが原則である（FamFG 第 113 条第 1 項第 2 文及び ZPO 第 261 条第 3 項第 2 号参照）。その根拠として、裁判所が一旦手続を開始した以上は、管轄の喪失によってそれを無駄にすべきではないこと、また相手方が手続の進行中に国外に住居を移すことで管轄が失われ、申立人が相手方を追いかけて外国で訴訟追行しなければならないとすると、申立

⁷³ Schack, op.cit., Rn. 444; Staudinger/Spellenberg, Berlin 2005, § 606a ZPO, Rn. 37 et seq.

⁷⁴ § 513 ZPO [Berufungsgründe]: “(2) Die Berufung kann nicht darauf gestützt werden, dass das Gericht des ersten Rechtszuges seine Zuständigkeit zu Unrecht angenommen hat.”

⁷⁵ § 545 ZPO [Revisionsgründe]: “(2) Die Revision kann nicht darauf gestützt werden, dass das Gericht des ersten Rechtszuges seine Zuständigkeit zu Unrecht angenommen oder vermeint hat.”

人にとって負担になることが挙げられる⁷⁶。他方、手続開始時点において管轄原因事実が存在しなくても、事後的に口頭弁論終結時までに要件が具備された場合には、国際裁判管轄が肯定される。

婚姻事件、血縁上の親子関係事件、年金分割事件、登録パートナーシップ事件などについては、一般に手続開始時点において管轄原因事実が存在したかぎり、それが事後的に失われても管轄の継続が認められる。ただし、婚姻事件に関する FamFG 第 98 条第 1 項第 4 号のドイツ判決の承認可能性の判断基準時については争いがあり、多数説によれば承認可能性は、提訴時ではなく、口頭弁論終結時に認められなければならないと解されている（後述参照）。

それに対して、親子事件、養子縁組事件、そして世話事件については、多数説によれば、手続開始時点に管轄原因事実が存したが、事後的に失われた場合に管轄が継続するか否かは、事案ごとに柔軟に決定するとされている。これらの事件においては、特に本人の保護を図る必要がある。そこで、子の福祉又は成年者保護の必要性に配慮し、申し立てられた保護措置の内容、手続の進行段階、管轄原因事実が失われた理由、ドイツ裁判の外国での承認可能性等を勘案して、事案に応じてドイツ裁判所が手続を継続するのが相当であるか否かを判断するという（後述 III-B-3 参照）。

(c) 職権による調査の対象

国際裁判管轄に関する職権調査主義とは、いずれの当事者が当該事実を主張したかにかかわらずなく、裁判官が独立に国際裁判管轄の有無を審査することを意味する。相手方の異議をとどめない応訴によって管轄が発生する事件については、当事者が一致して主張した事実拘束され、それ以上の証拠を求めることができないが、家事事件はそれに当たらない。それゆえ、裁判官は、いずれの当事者の主張であるかを問わず、職権で国際裁判管轄の有無を調査する⁷⁷。

ドイツ国内法上の職分管轄及び土地管轄については、管轄違いを理由とする控訴及び上告の可能性が排除されており、第一審の裁判所だけが職権で審査しうる。ただし、家庭裁判所等の裁判所が職分管轄をもつか否かは、当該事件の性質決定に関わるが、この点に関しては控訴審及び上告審においても職権で審査される⁷⁸。そして、その性質決定に基づいて上級審が下級審と異なって国際裁判管轄を否定すれば、訴えは却下される。それに対して、上級審が下級審と異なって国際裁判管轄を肯定した場合には、改めて土地管轄についても審査すると解されている⁷⁹。

「二重に関係する事実」(doppelrelevante Tatsachen)とは、管轄原因事実と請求原因事実が符合する場合を指す。家事事件に関する実体法上の請求原因について判断するに当たって、国籍又は常居所等の管轄原因事実が意味をもつことはほとんど考えられないが、抵触法上の準拠法決定につい

⁷⁶ Schack, op.cit., Rn. 451. 婚姻事件における本国管轄について、配偶者の帰化が上告審の段階でようやく認められた場合について、その事実を考慮し、ドイツの国際裁判管轄が肯定されたとした判例がある (BGH, 17.12.1969, BGHZ 53, 128)。この判例法理は、訴訟経済にかなうと解される。そうでなければ、一旦訴えが却下された後、申立人が直ちに再度提訴しなければならないからである。Schack, op.cit., Rn. 447.

⁷⁷ Staudinger/Spellenberg, op.cit., § 606a ZPO, Rn. 39.

⁷⁸ 国際裁判管轄について控訴審及び上告審でも争いうることは、ドイツ判例法理として確立している。BGH 14.6.1965, BGHZ 44, 46; BGH 28.11.2002, BGHZ 153, 82.

⁷⁹ Staudinger/Spellenberg, op.cit., Vorbem zu §§ 606a, 328 ZPO, Rn. 42 et seq.

ては意味をもつ。多数説は、訴訟経済の観点から、管轄原因事実及びその他の訴えの適法性に関する原因事実は証明を必要とせず、申立人による合理的な主張で足りると解している。その理由は、証拠収集を請求原因事実の審査の段階に延期することは特に相手方の負担にならないこと、管轄原因事実について審査するとなると、当該事実の証明がないかぎり訴えが不適法であるとして却下され、申立人がその後に必要な証拠方法を入手した場合には、その段階で改めて提訴せざるを得なくなり、訴訟経済に反することにある。また、訴訟判決ではなく本案判決だけが既判力による遮断効果をもつため、管轄原因事実に関する申立人の証明を要求せず、本案手続を開始することが相手方の利益にもかなうという理由も挙げられる⁸⁰。

ここにいう職権調査主義は、職権探知主義とは異なる。職権調査主義の下では、裁判官は、手続法上定められた範囲を超えて事実に関する証拠を収集することはできない（ただし、外国法の内容は職権で調査する）。裁判官は、当事者が提供する証拠を採用しなければならない。弁論主義との相違は、特に訴えを却下するに当たって、相手方による管轄違いの主張を要件としない点にある。つまり、裁判所は、国際裁判管轄について疑義がある場合には、客観的な証明責任を負う当事者（後述(e)参照）に必要な事実を証明するよう命ずる。たとえば当事者が単にドイツ国内に常居所をもつことを主張するだけでは足りず、相手方の自白によっても管轄は基礎付けられない。証拠が提出されない場合には、訴えは不適法であり、却下される⁸¹。

(d) 土地管轄と国際裁判管轄の審査の順序

国際裁判管轄と土地管轄のいずれを先に審査するかについては、従来から学説上争いがある。すなわち、①土地管轄を国際裁判管轄よりも先に審査する説⁸²、②国際裁判管轄を土地管轄よりも先に審査する説、そして、③いずれを先に審査してもよいとする説⁸³がある。

伝統的な多数説は、①説によっており、土地管轄は、国際裁判管轄の有無を判断する前に審査すべきであるとしてきた。それに対して、②説の根拠として、論理的に国際裁判管轄が土地管轄に先立つこと、国際裁判管轄の問題のほうが重要であること、国際裁判管轄が否定されれば訴え却下によって手続が終了するため、まず土地管轄の欠缺を理由として移送するよりは、最初に受訴した裁判所が国際裁判管轄の有無を判断すべきことなどが挙げられる。

近時は、③説が有力となっている。③説に立脚する学説の一つは、審査の先後の問題ではなく、土地管轄をもたないドイツ裁判所が国際裁判管轄の有無を判断してよいか否かの問題であるとする。仮に当事者が、土地管轄又は職分管轄をもつ裁判所が国際裁判管轄について判断するよう求める権利をもつのであれば、否定に解すべきであるが、ZPOは、受訴裁判所を同等とみなしており、土地管轄及び職分管轄の欠缺を重大な問題とは見ていない（ZPO第513条第2項及び第545条第2項参照）。つまり、これらの管轄ルールの遵守に対する当事者の利益は否定されている。それゆえ、土地管轄

⁸⁰ Schack, op.cit., Rn. 446; Staudinger/Spellenberg, op.cit., § 606a ZPO, Rn. 40.

⁸¹ Staudinger/Spellenberg, op.cit., § 606a ZPO, Rn. 41.

⁸² Zöller/Geimer, ZPO-Kommentar, 28. Aufl., Köln 2010, § 98 FamFG, Rn. 14.

⁸³ Staudinger/Spellenberg, op.cit., § 606a ZPO, Rn. 43; Staudinger/von Hein, op.cit., Art. 24 EGBGB, Rn. 104.

及び国際裁判管轄の双方が欠ける場合、受訴裁判所は、自ら国際裁判管轄がないと判断して訴えを却下できるほか、土地管轄をもつ裁判所に移送してもよいという⁸⁴。また、これらの訴訟要件は同等であること（ただし、ドイツ裁判権の範囲に関する訴訟要件を除く）、そして実務上の処理の簡便さ及び訴訟経済を理由として、国際裁判管轄と土地管轄のいずれを先に審査してもよいとする学説もある⁸⁵。

(e) 証明責任

職権調査主義の下では、「主観的証明責任」は存在しないが、「客観的証明責任」は存在する。ドイツの国際裁判管轄がない場合には、一般原則に従い訴えが却下されるため、申立人が客観的証明責任を負うという。申立人は、少なくとも管轄原因の要件事実の一つが存すること（ドイツ国籍又はドイツにおける常居所）を証明しなければならない⁸⁶。当事者の一方がドイツ国籍をもっているかもしれないこと、あるいはドイツ国内に常居所をもっているかもしれないという事実だけでは足りない。疑わしき場合にドイツの国際裁判管轄を肯定するという推定は働かないからである。

ただし、FamFG 第 98 条第 1 項第 4 号の要件だけは例外であり、文言上、夫婦双方の本国においてドイツ判決が明らかに承認されない場合にのみ、国際裁判管轄が否定される。そこで、夫婦の本国におけるドイツ判決の承認可能性を推定することで、証明責任が転換されていると解されている（後述参照）⁸⁷。

(f) 国際裁判管轄の欠缺の治癒

ドイツ裁判所が国際裁判管轄をもたないにもかかわらず、判決が下され、それが確定した場合には、もはや取り消されえない。判決の無効確認請求や再審請求（FamFG 第 118 条及び ZPO 第 578 条以下）も認められないと解されている⁸⁸。

(4) 国際訴訟競合

ドイツ国内法上、家事事件についても国際訴訟競合の規律に関する明文規定は置かれていない。しかし、従来と同様に、訴訟事件と非訟事件のうち争訟性のある事件については、FamFG 第 113 条を介して ZPO 第 261 条第 3 項第 1 号（国内事件に関する二重起訴の禁止に関する規定）を準用すべきであると解されている。それによれば、同一当事者間で同一の争いについて、外国裁判所においてドイツ裁判所よりも先に事件が係属しており、しかもその外国裁判所が下すであろう裁判がドイツで承認されることが予測される場合には、ドイツにおける裁判手続が中止される（承認予測説）⁸⁹。

⁸⁴ Staudinger/Spellenberg, op.cit., § 606a ZPO, Rn. 43. ただし、控訴審は、ZPO 第 513 条第 2 項に従い、国際裁判管轄についてだけ判断できる。

⁸⁵ Schack, op.cit., Rn. 449.

⁸⁶ Staudinger/Spellenberg, op.cit., § 606a ZPO, Rn. 44.

⁸⁷ Staudinger/Spellenberg, op.cit., § 606a ZPO, Rn. 46.

⁸⁸ Staudinger/Spellenberg, op.cit., § 606a ZPO, Rn. 309; Zöller/Geimer, op.cit., § 98 FamFG, Rn. 14.

⁸⁹ MünchKomm-ZPO/Rauscher, op.cit., § 106 FamFG, Rn. 6.

それに対して、FamFGにおける争訟性のない非訟事件、特に後見事件や世話事件のように当事者を保護するための裁判手続については、ZPO第261条第3項を準用して承認予測の有無を基準とするのではなく、事案ごとに判断し、場合によっては事後的な裁判の変更として対処すべきであると解されている。すなわち、承認の段階では、原則として、先に係属した事件が優先する（FamFG第109条第1項第3号）。しかし、外国裁判所において事件が先に係属していたが、ドイツ裁判所よりも後に裁判が下されたとき、すでに矛盾するドイツ裁判が存在していても、外国裁判が新事実に基づいてドイツ裁判を変更したものと解されるかぎりは、ドイツにおいて承認されうるとい⁹⁰。

EU法上、ブリュッセルIIbis規則が適用される婚姻事件について、複数の構成国間で訴訟競合が発生した場合には、一括してブリュッセルIIbis規則第19条によって規律される。すなわち、異なる構成国の裁判所に同一夫婦間の離婚、別居、あるいは婚姻無効に関する訴訟が係属した場合には、後から係属した裁判所は職権で、先に係属した裁判所の管轄が肯定されるまで手続を中止する（ブリュッセルIIbis規則第19条第1項）。先に裁判手続が係属した裁判所の管轄が肯定された場合には、後から係属した裁判所は、当該裁判所のために管轄を否定する。その場合には、後から係属した裁判所に提訴した当事者は、先に係属した裁判所に同一事件の提訴をすることができる（同第2項）。ブリュッセルIIbis規則第19条は、構成国間の訴訟競合に関するかぎり、管轄原因がブリュッセルIIbis規則に基づくか、国内法上の管轄ルールに基づくかを問わない。たとえば、ドイツ人夫とベルギー人妻が米国で居住しており、夫がドイツにおいて離婚訴訟を提起し、妻がベルギーにおいて離婚訴訟を提起したとき、各々の国際裁判管轄は国内法上の管轄ルールによるが、訴訟競合の規律はブリュッセルIIbis規則19条による⁹¹。これは、ブリュッセルIIbis規則が他の構成国による裁判の承認について、間接管轄を要件としていないことと平仄を合わせたものである。他方、ドイツとEU以外の第三国との訴訟競合は、上記の国内法上の基本原則に従って規律される。

EU扶養義務規則第12条は、同一当事者間の同一の争いについて、後から係属した構成国の裁判所は、先に係属した裁判所の管轄が肯定されるまで職権で裁判手続を中止すること、同第13条は関連する争いについて、後から係属した構成国の裁判所は任意に裁判手続を中止又は無管轄を宣言しうることを定めている。また、相続規則提案⁹²第13条及び第14条も同様に規定している。夫婦財産制規則提案第12・第13条及び登録パートナーシップ財産制規則提案第12・第13条も同旨であるが、各提案の第12条における同一当事者間の同一の争いについて、先に裁判手続が係属した裁判所が6ヶ月以内に管轄の有無を判断すべきことを規定している点で違いがある。

⁹⁰ MünchKomm-ZPO/Rauscher, op.cit., § 106 FamFG, Rn. 7.

⁹¹ MünchKomm-ZPO/Rauscher, op.cit., § 98 FamFG, Rn. 11.

⁹² Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and authentic instruments in matters of succession and the creation of a European Certificate of Succession, 14.10.2009, COM(2009)154 final.

(5) 保全処分

ドイツ国内法上、家事事件に関しては、ドイツ裁判所が本案について国際裁判管轄をもつかぎり、保全処分についても国際裁判管轄が認められる（FamFG 第 50 条第 1 項）。

EU 法上、ブリュッセル IIbis 規則第 20 条第 1 項によれば、他の構成国が本案について管轄をもつ場合であっても、緊急の場合には、同規則の規定にかかわらず、当事者又は目的物が所在する構成国の裁判所は、自国法に基づいて保護措置を含む保全処分を命ずることができる。ただし、これらの措置は、ブリュッセル IIbis 規則に基づいて本案の管轄をもつ構成国の裁判所が適切な措置をとった場合には効力を失う。それに対して、扶養義務規則第 14 条、相続規則提案第 15 条、夫婦財産制規則提案第 14 条、登録パートナーシップ財産制規則提案第 14 条は、何ら限定を付すことなく、他の構成国が本案の管轄をもつ場合にも、各構成国の裁判所は保全処分を命じうると規定している。

III. 個別事項に関する国際裁判管轄

A. 総説

ドイツ法上の各々の家事事件に関する国際裁判管轄については、B.以下の項目で紹介するが、ここでは、わが国の家事事件手続法及び人事訴訟法に掲げられた各事件類型がドイツ国内法上のどの管轄原因に相当するかを示しておく。

1. 家事事件手続法

- (1) 成年後見に関する審判事件（家事事件手続法第 117 条～第 127 条）：成年者保護に関する事件として、FamFG 第 104 条による。
- (2) 保佐に関する審判事件（同第 128 条～第 135 条）：(1)に同じ。
- (3) 補助に関する審判事件（同第 136 条～第 144 条）：(1)に同じ。
- (4) 不在者の財産の管理に関する処分の審判事件（同第 145 条～第 147 条）：不在者の財産管理は、BGB 第 1911 条によって不在補佐（Abwesenheitspflegschaft）によることが定められている。それゆえ、おそらく FamFG 第 104 条によるものと解される。
- (5) 失踪の宣告に関する審判事件
 - (a) 失踪の宣告の審判事件（同第 148 条）：VerschG 第 12 条による。
 - (b) 失踪の宣告の取消しの審判事件（同第 149 条）：VerschG 第 12 条による。
- (6) 婚姻等に関する審判事件（同第 150 条～第 158 条）：FamFG 第 98 条（ドイツ法上の婚姻事件）、FamFG 第 105 条及び第 262 条第 2 項（夫婦財産制）、FamFG 第 99 条（親子事件）。
- (7) 親子に関する審判事件
 - (a) 嫡出否認の訴えの特別代理人の選任の審判事件（同第 159 条）：おそらく未成年者の後見人又は補佐人の選任の問題として、FamFG 第 99 条によるものと解される。

- (b) 子の氏の変更についての許可の審判事件（同第 160 条）：おそらく FamFG 第 99 条によるものと解される。
- (c) 養子縁組をするについての許可の審判事件（同第 161 条）：FamFG 第 101 条による。
- (d) 死後離縁をするについての許可の審判事件（同第 162 条）：FamFG 第 101 条による。
- (e) 離縁等の場合における祭具等の所有権の承継者の指定の審判事件（同第 163 条）：おそらく FamFG 第 101 条によるものと解される。
- (f) 特別養子縁組に関する審判事件（同第 164 条～第 166 条）：FamFG 第 101 条による。
- (8) 親権に関する審判事件（同第 167 条～第 175 条）：FamFG 第 99 条による。
- (9) 未成年後見に関する審判事件（同第 176 条～第 181 条）：FamFG 第 99 条による。
- (10) 扶養に関する審判事件（同第 182 条～第 187 条）：EU 扶養義務規則による。
- (11) 推定相続人の廃除に関する審判事件（同第 188 条・第 189 条）：FamFG 第 105 条及び第 343 条による。
- (12) 相続の場合における祭具等の所有権の承継者の指定の審判事件（同第 190 条）：(11)に同じ。
- (13) 遺産の分割に関する審判事件（同第 191 条～第 200 条）：FamFG 第 105 条及び第 343 条並びに第 344 条によると解される。
- (14) 相続の承認及び放棄に関する審判事件（同第 201 条）：FamFG 第 105 条及び第 343 条並びに第 344 条第 7 項によると解される。
- (15) 財産分離に関する審判事件（同第 202 条）：FamFG 第 105 条及び第 343 条によると解される。
- (16) 相続人の不存在に関する審判事件（同第 203 条～第 208 条）：(13)に同じ。
- (17) 遺言に関する審判事件（同第 209 条～第 215 条）：(13)に同じ。
- (18) 遺留分に関する審判事件（同第 216 条）：(13)に同じ。
- (19) 任意後見契約法に規定する審判事件（同第 217 条～第 225 条）：任意後見契約の制度は、世話に関する事前の代理権付与（BGB 第 1901c 条：Vorsorgevollmacht）に類似しており、おそらく FamFG 第 104 条によるものと解される。
- (20) 戸籍法に規定する審判事件（同第 226 条～第 231 条）：FamFG 第 105 条及び PStG 第 50 条第 2 項による。
- (21) 性同一性障害者の性別の取扱いの特例に関する法律に規定する審判事件（同第 232 条）：FamFG 第 105 条及び TSG 第 2 条第 2 項による。
- (22) 厚生年金保険法等に規定する審判事件（同第 233 条）：FamFG 第 102 条による。
- (23) 児童福祉法に規定する審判事件（同第 234 条～第 239 条）：FamFG 第 99 条による。
- (24) 生活保護法等に規定する審判事件（同第 240 条）：(23)に同じ。
- (25) 精神保健及び精神障害者福祉に関する法律に規定する審判事件（同第 241 条）：(23)に同じ。
- (26) 破産法に規定する審判事件（同第 242 条）：各々夫婦財産事件、親子事件、相続事件の管轄によるものと解される。

(27) 中小企業における経営の承継の円滑化に関する法律に規定する審判事件（同第 243 条）：FamFG 第 105 条及び第 343 条並びに第 344 条によるものと解される。

2. 人事訴訟法

(1) 婚姻の無効及び取消しの訴え，離婚の訴え，協議上の離婚の無効及び取消しの訴え並びに婚姻関係の存否の確認の訴え：FamFG 第 98 条による。

(2) 嫡出否認の訴え，認知の訴え，認知の無効及び取消しの訴え，民法第 773 条規定により父を定めることを目的とする訴え並びに実親子関係の存否の確認の訴え：FamFG 第 100 条による。

(3) 養子縁組の無効及び取消しの訴え，離縁の訴え，協議上の離縁の無効及び取消しの訴え並びに養親子関係の存否の確認の訴え：FamFG 第 101 条による。

B. 婚姻事件

1. 適用範囲

(1) ブリュッセル IIbis 規則との関係

ドイツ国内法上，婚姻事件については FamFG 第 98 条が国際裁判管轄を規定している。しかし，その適用範囲は，ブリュッセル IIbis 規則によって大きく制限されている。特に FamFG 第 98 条が適用対象とする婚姻事件は，ブリュッセル IIbis 規則第 1 条第 1 項 a 号が定める事項的適用範囲とほぼ一致する。それゆえ，FamFG 第 98 条が適用されるのは，ブリュッセル IIbis 規則第 7 条第 1 項によって国内法上の管轄ルールが援用されうる場合，すなわち，同規則第 3～第 5 条の規定によつていずれの構成国（ただしデンマークを除く）にも国際裁判管轄が認められない場合に限定される⁹³。

具体的には，以下のいずれかの場合には，専らブリュッセル IIbis 規則によって婚姻事件の国際裁判管轄が決定される。すなわち，①夫婦双方が構成国の一つに常居所をもつ場合（ブリュッセル IIbis 規則第 3 条第 1 項 a 号第 1 款），②夫婦双方が構成国の一つに最後の常居所をもっており，しかも配偶者の一方がまだその国に居住している場合（第 2 款），③被告配偶者が構成国の一つに常居所をもつ場合（第 3 款），④夫婦双方による共同申立ての場合に，その一方が構成国の一つに常居所をもつ場合（第 4 款），⑤原告配偶者が構成国の一つに常居所をもっており，しかもそこに申立て直前の 1 年以上前から居住している場合（第 5 款），⑥原告配偶者が国籍（連合王国及びアイルランドについては住所）をもつ構成国に常居所をもっており，しかもそこに申立て直前の 6 ヶ月以上前から居住している場合（第 6 款），⑦夫婦双方がいずれかの構成国の国籍（連合王国及びアイルランドについては住所）をもつ場合（第 3 条第 1 項 b 号），⑧法定別居の離婚への転換については，当該構成国の国内法上管轄が認められる場合（第 5 条）である⁹⁴。ブリュッセル IIbis 規則は，事案がドイツ以外の EU 構成国と

⁹³ MünchKomm-ZPO/Rauscher, op.cit., § 98 FamFG, Rn. 8.

⁹⁴ MünchKomm-ZPO/Rauscher, op.cit., § 98 FamFG, Rn. 8. なお，離婚を申し立てる者がその国の国籍をもつ場合には，12 ヶ月間ではなく 6 ヶ月間常居所をもつだけで足りるとする規定（ブリュッセル IIbis 規則第 3 条第 1 項 a 号第 5 及び第 6 款）は，EU 市民の国籍による差別に該当し，EU 法に違反しているという指摘がある。Schack,

結び付きをもつことを前提としていないため、ドイツに居住する非 EU 国民同士の離婚事件にも適用される⁹⁵。

上記の①～⑧のいずれにも該当しない場合にのみ、FamFG 第 98 条第 1 項によって国際裁判管轄が決定される（ブリュッセル IIbis 規則第 7 条第 1 項）。具体的には、一方配偶者だけがドイツ人であるとき、夫婦双方が EU 以外の第三国に常居所をもつ場合、あるいは申立人配偶者が構成国の一つに常居所をもつが、必要な期間（1 年又は 6 ヶ月）が経過していないときがそれに当たる⁹⁶。ただし、ブリュッセル IIbis 規則は常に優先的に適用されるため、一方配偶者がドイツ人であっても、国際裁判管轄は否定されうる。たとえば、ドイツ人夫が第三国の国籍をもつ妻とともにフランスに常居所をもつ場合には、ブリュッセル IIbis 規則上、①又は③によってフランスに国際裁判管轄が認められるため、国内法上の管轄ルールの援用は認められず、ドイツ裁判所の本国管轄（FamFG 第 98 条第 1 項第 1 号）は否定される⁹⁷。また、複数の構成国間の訴訟競合についても、ブリュッセル IIbis 規則が優先的に適用され、管轄原因が同規則に基づく場合も国内法上の管轄ルールに基づく場合も含めて、一律に同規則第 19 条によって規律される（詳細は、上述 II 参照）。

(2) 婚姻事件の概念

(a) 総説

FamFG 第 98 条第 1 項が適用対象とする婚姻事件は、原則として FamFG 第 121 条の定義による。それによれば、婚姻事件とは、①離婚に関する手続（FamFG 第 121 条第 1 号）、②婚姻取消しに関する手続（同第 2 号）、そして③当事者間の婚姻の存在又は不存在を確認する手続（同第 3 号）を指す⁹⁸。

もっとも、ドイツ国際私法によれば、婚姻の有効性（EGBGB⁹⁹第 13 条第 1 項）¹⁰⁰及び離婚（EGBGB 第 17 条：原則として同第 14 条を準用）¹⁰¹について外国法が準拠法となることもある（なお、2012 年 6

op.cit., Rn. 424.

⁹⁵ MünchKomm-ZPO/Rauscher, op.cit., § 98 FamFG, Rn. 9.

⁹⁶ ブリュッセル IIbis 規則は、FamFG 第 98 条第 1 項第 1 号と異なって、常居所を基本的な管轄原因とし、本国管轄を限定しているといえる。Zöller/Geimer, § 98 FamFG, Rn. 4.

⁹⁷ MünchKomm-ZPO/Rauscher, op.cit., § 98 FamFG, Rn. 10.

⁹⁸ MünchKomm-ZPO/Rauscher, op.cit., § 98 FamFG, Rn. 12.

⁹⁹ Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche (EGBGB) vom 18.8.1896, in der Fassung der Bekanntmachung vom 21.9.1994 (BGBl. I S. 2494; 1997 I S. 1061), zuletzt geändert durch Artikel 2 des Gesetzes vom 27.7.2011 (BGBl. I S. 1600, 1942).

¹⁰⁰ EGBGB 第 13 条によれば、婚姻の実質的成立要件は、原則として各当事者の本国法による（EGBGB 第 13 条第 1 項）。ただし、各当事者の本国法によったのでは、婚姻が有効に成立しない場合には、以下の要件が満たされるかぎり、ドイツ法が適用される（同条第 2 項）。すなわち、①婚約者の一方がドイツに常居所をもっている又はドイツ国籍であること（第 1 号）、②両婚約者が婚姻要件を具備するのに必要な手立てをとったこと（第 2 号）、そして、③婚姻成立を拒否することが婚姻の自由と相容れないことである。特に婚約者の一方の従前の婚姻は、それがドイツにおいて下された又は承認された裁判によって解消された場合、あるいは婚約者の配偶者が死亡宣告を受けた場合には、婚姻の成立は妨げられない（第 3 号）。

¹⁰¹ EGBGB 第 17 条第 1 項第 1 文によれば、離婚は、原則として、離婚申立て当時の婚姻の身分的効力の準拠法（同第 14 条によれば、原則として夫婦の現在又は過去の同一本国法、それがない場合には、夫婦の現在又は過去の同一常居所地法、それもない場合には、夫婦の最密接関係地法による）による。ただし、その法によっても離婚が認められない場合には、離婚を申し立てた配偶者がその当時又は婚姻当時にドイツ人であった場合には、離婚にはドイツ法が適用される（同第 17 条第 1 項第 2 文）。

月 21 日には、離婚準拠法に関する EU 規則〔ローマ III 規則〕¹⁰²が施行されるため、離婚準拠法はローマ III 規則によって決定され、EGBGB 第 17 条の適用は排除される)¹⁰³。それゆえ、FamFG 第 98 条第 1 項の対象には、外国法上の制度も含まれる。ドイツ裁判所は、裁判拒否を避けるため、外国法上の特殊な法律制度にも対応して適切な手続を用意しなければならない。そこで、外国法上の制度又は法的救済は、ドイツ国際私法及びドイツ手続法の観点に照らして性質決定され、FamFG 第 121 条にいう婚姻事件に「機能的にみて相当する」(funktional equivalent) かぎり、婚姻事件として扱われる¹⁰⁴。外国法上の制度又は法的救済が機能的にみて婚姻事件に相当する場合には、土地管轄は FamFG 第 122 条によって決定され、婚姻事件の手続に関する規定 (FamFG 第 121 条以下) が適用される¹⁰⁵。

(b) FamFG における婚姻事件

(i) 離婚事件

FamFG 第 121 条第 1 号に定める離婚事件の重要なメルクマールは、婚姻生活共同体において生じた瑕疵に対応するために、現時点から (*ex nunc*) 婚姻関係を解消することにある。それゆえ、外国法上の法的な婚姻関係を解消する制度のみならず、法的な婚姻関係の解消を伴わない形式上の法定別居も対象となる (イタリアなど。FamFG 第 107 条第 1 項も、法的な婚姻関係を維持したまま婚姻を解消する法的形態を前提とする)。また、夫婦の合意に基づく別居を裁判所が確認する手続も離婚事件に含まれる。さらに、EGBGB 第 17 条第 2 項によれば、ドイツ国内における離婚は必ず裁判手続によるため (裁判離婚の専権性: *Scheidungsmonopol*)、外国離婚準拠法が協議離婚制度によっている場合に (日本、韓国、中国、イラン、エジプトなど。ポルトガルも協議離婚制度をもつ)、ドイツ裁判所が外国法上の法律行為による離婚を裁判手続において行う場合も離婚事件に当たる。外国離婚準拠法が宗教婚を身分登録簿に登録することで民事上の効力を与えており、その民事上の効力を取り消すだけの裁判手続を行う場合も (イタリアなど)、離婚事件に該当する。外国離婚準拠法が離婚を宗教法によらしめ、離婚手続自体も当該夫婦が帰属する宗教共同体の裁判所にゆだねている場合にも (シリア、イスラエルなど)、ドイツ裁判所は離婚手続を代行できると解されている¹⁰⁶。

¹⁰² Council Regulation (EU) No 1259/2010 of 20 December 2010 implementing enhanced cooperation in the area of the law applicable to divorce and legal separation, O.J. 2010, L 343/10. ローマ III 規則は、初めての試みとして、デンマークを除く全構成国 La Belgique, la Bulgaire, l'Allemagne, l'Espagne, la France, l'Italie, la Lettonie, le Luxembourg, la Hongrie, Malte, l'Autriche, le Portugal, la Roumanie et la Slovénie

¹⁰³ ローマ III 規則第 5 条によれば、離婚は、原則として当事者が選択した法による。選択される法は、①合意当時の夫婦の同一常居所地法、②夫婦の過去の同一常居所地法であって、合意時に一方配偶者がまだそこに居住しているとき、③合意当時の一方配偶者の本国法、そして④法廷地法である。夫婦が離婚準拠法を選択しなかった場合には、ローマ III 規則第 8 条により、①離婚申立て当時の夫婦の同一常居所地法、それがなければ、②夫婦の過去の同一常居所地法であって、離婚申立て直前の一年以内に同一常居所が解消されたばかりであり、一方配偶者がまだそこに居住しているとき、それがなければ、③離婚申立て当時の夫婦の同一本国法、それもなければ、④法廷地法による。なお、ローマ III 規則第 9 条によれば、法定別居の離婚への転換は、第 5 条に基づく夫婦の別意の合意がないかぎり、法定別居に適用された法による (同第 1 項)。ただし、法定別居に適用された法によれば離婚への転換が認められない場合には、第 5 条に基づく夫婦の別意の合意がないかぎり、第 8 条に定める法による (同第 2 項)。

¹⁰⁴ MünchKomm-ZPO/Rauscher, op.cit., § 98 FamFG, Rn. 13.

¹⁰⁵ MünchKomm-ZPO/Rauscher, op.cit., § 98 FamFG, Rn. 14.

¹⁰⁶ MünchKomm-ZPO/Rauscher, op.cit., § 98 FamFG, Rn. 15, 30.

(ii) 婚姻取消し

FamFG 第 121 条第 2 号にいう婚姻事件は、婚姻挙行時の瑕疵に対応するために、婚姻関係を解消するすべての手続を指す。そこには、遡及効をもたない婚姻の取消手続 (BGB 第 1313 条以下参照) だけではなく、遡及的に婚姻の効力を失わせる婚姻の無効宣言手続 (ドイツ法上は、1998 年 7 月 1 日の婚姻挙行法改正によって廃止) も含まれる。また、婚姻の実質的成立要件の準拠法 (EGBGB 第 13 条第 1 項) が、婚姻挙行時の瑕疵の効果として、宗教婚の民事上の効力を喪失させる手続を予定している場合には、それも婚姻事件に含まれる。婚姻の実質的成立要件の準拠法が、婚姻挙行時の瑕疵に対応するために離婚によっている場合には (スウェーデンなど)、ドイツ裁判所の手続としては、機能的にみて離婚事件ではなく、FamFG 第 121 条第 2 号にいう婚姻事件に当たると解される¹⁰⁷。

(iii) 確認手続

FamFG 第 121 条第 3 号に定める確認訴訟は、機能的にみて、婚姻に基づく身分関係の形成ではなく、当事者間の婚姻の存在又は不存在の確認を目的とするあらゆる訴訟を包括する。特に EGBGB 第 13 条第 1 項による婚姻の身分的効力の準拠法が、婚姻挙行時の瑕疵によって、婚姻の取消しではなく、端的に婚姻を無効としている場合 (イスラーム法上の妻の重婚など) がそれに該当する¹⁰⁸。

外国で下された離婚裁判の有効又は無効の確認を求める場合には、FamFG 第 98 条及び第 121 条第 3 号に基づく確認訴訟ではなく、FamFG 第 107 条に基づく州法務局 (州によっては州上級裁判所に移管) による外国離婚裁判の承認又は不承認に関する行政手続によるのが原則である (承認及び承認拒否の専権性 : *Anerkennungs- und Verwerfungsmonopol*)。特に裁判所は、扶養料支払請求等の他の手続に附帯して外国離婚裁判を承認することもできず、まずは州法務局による承認手続を経なければならない。ただし、州法務局による承認の専権性が妥当しない場合には (特に夫婦双方の本国が下した離婚裁判 : FamFG 第 107 条第 1 項第 2 文)、裁判所に直接、婚姻の存否確認訴訟を提起することができ、その先決問題としての外国離婚裁判の承認の可否も附带的に判断されうる¹⁰⁹。

それに対して、EGBGB 第 17 条が指定する外国準拠法に基づいて、配偶者の死亡宣告による婚姻解消の確認を求める訴訟手続 (スイスなど) は、ドイツ失踪法 (*Verschollenheitsgesetz*) 第 9 条によって死亡が推定され、善意の配偶者は BGB 第 1319 条第 2 項によって保護される場合であっても、FamFG 第 121 条第 3 号に定める確認訴訟には該当しない。このような訴訟手続は、確認訴訟ではなく形成訴訟にあたり、固有の類型の婚姻事件として分類される¹¹⁰。

なお、婚姻生活の実現 (*Eheherstellung* : BGB 第 1353 条第 2 項 [婚姻生活を実現するための義務の履行又は婚姻関係を妨害する行為の差止めを指す]。後述 V-A 参照) に関する積極的又は消極的確認訴訟は、

¹⁰⁷ MünchKomm-ZPO/Rauscher, op.cit., § 98 FamFG, Rn. 16.

¹⁰⁸ MünchKomm-ZPO/Rauscher, op.cit., § 98 FamFG, Rn. 17.

¹⁰⁹ MünchKomm-ZPO/Rauscher, op.cit., § 98 FamFG, Rn. 18.

¹¹⁰ MünchKomm-ZPO/Rauscher, op.cit., § 98 FamFG, Rn. 19.

FamFG においては争訟性のある家事事件として、FamFG 第 121 条にいう婚姻事件ではなく（ZPO 第 606 条とは異なる）、第 266 条第 1 項第 2 号に定めるそれ以外の家事事件に分類されている¹¹¹。

(3) 外国法とドイツにおける手続

(a) 外国準拠法上の実体法

離婚準拠法が外国法となる場合にも（EGBGB 第 17 条第 1 項、ローマ III 規則参照）、ドイツ国内においては裁判離婚の専権性（EGBGB 第 17 条第 2 項）が妥当する。それゆえ、FamFG 第 121 条以下に定める婚姻事件の手続は、できるかぎり離婚準拠法上の制度に合わせるものとされている。判決の主文も、ドイツ実体法が知らない形成判決や離婚原因を含めて、離婚準拠法上の制度に合わせて記載される¹¹²。外国準拠法が依然として有責主義によっており、配偶者の有責性を宣言することを予定している場合にも、ドイツ実体法又は手続法上の基本原則とは矛盾しない¹¹³。

外国離婚準拠法が離婚を宗教法によらしめ、離婚手続自体も当該夫婦が帰属する宗教共同体の裁判所にゆだねている場合にも、ドイツ裁判所は離婚手続を行いうる。かつての裁判例では、ドイツ裁判所は、宗教裁判所による手続を代行できないという立場もみられたが¹¹⁴、現在では一般に否定されている¹¹⁵。特にドイツに居住する外国人夫婦に対してドイツ国内での裁判離婚の専権性を妥当させる一方で、ドイツ裁判所が外国の宗教裁判所による離婚手続を代行できないとすると、裁判拒否に当たるからである。その場合には、ドイツ裁判所が下した離婚判決が当事者の本国において承認されないおそれもあるが、それは FamFG 第 98 条第 1 項第 4 号に定める場合を除けば、ドイツの国際裁判管轄を否定する理由にはならないと解されている¹¹⁶。

外国離婚準拠法が協議離婚制度によっており（上述参照）、法律行為による離婚を予定している場合にも、ドイツ裁判所は離婚手続を行う。その場合にも、ドイツ裁判所は、「法律行為による離婚を認める」旨の判決ではなく、端的に形成判決としての離婚判決を下す¹¹⁷。

外国離婚準拠法が法定別居制度を予定しており、法的な婚姻を解消しないで婚姻生活共同体だけを解消する場合には、ドイツ裁判所も FamFG 第 121 条以下の手続に従い、法定別居を命ずる。その際には、外国法上、裁判所が形成判決として法定別居を命ずるか、あるいは確認判決として法定別居を宣言するかを問わない。また、外国準拠法上、法定別居が（破綻主義）離婚の前提であるか、あるいは婚姻生活共同体を解消する唯一の手段であるかも問わない¹¹⁸。

¹¹¹ MünchKomm-ZPO/Rauscher, op.cit., § 98 FamFG, Rn. 20.

¹¹² MünchKomm-ZPO/Rauscher, op.cit., § 98 FamFG, Rn. 29.

¹¹³ MünchKomm-ZPO/Rauscher, op.cit., § 98 FamFG, Rn. 34.

¹¹⁴ ユダヤ教のラビ裁判所による離婚手続について、KG FamRZ 1994, 839 参照。

¹¹⁵ Zöller/Geimer, op.cit., § 98 FamFG, Rn. 19.

¹¹⁶ Dieter Henrich, IPRax 1995, 88 ; idem, IPRax 2004, 1958 ; Erik Jayme, Identité culturelle et intégration : le droit international privé postmoderne, in: Recueil des cours 251 (1995), pp. 232 *et seq.*; idem, *Religiöses Recht vor staatlichen Gerichten* (Heidelberg 1999), pp. 13 *et seq.*

¹¹⁷ MünchKomm-ZPO/Rauscher, op.cit., § 98 FamFG, Rn. 31 *et seq.*

¹¹⁸ MünchKomm-ZPO/Rauscher, op.cit., § 98 FamFG, Rn. 33.

結局、現在では、外国離婚準拠法上の制度がドイツ法上の制度と本質的に相容れないことを理由にドイツの国際裁判管轄が否定されることはごく稀であり、ドイツ手続法上の規定を準用することで対応している¹¹⁹。

(b) 外国準拠法上の手続法

各国の家族制度は、実体法と手続法が密接に絡み合っている。ドイツ裁判所が手続を行うかぎり、その手続は法廷地法によるのが原則であるが、実体を規律する準拠法が外国法である場合には、できるかぎりその外国法上の制度と平仄を合わせなければならない。そうすることで、準拠法が適切に適用され、ドイツ判決が外国において承認される機会も拡大する¹²⁰。

外国離婚準拠法が夫婦関係調整の試み（調停）を予定している場合には、ドイツ裁判所もそれに従い、次回期日までに必要な時間を置くこととされている。調停人として第三者を関与させることもある¹²¹。裁判例においても、アフガニスタン法上の裁判外の調停の要件を充足するため、調停人として親類の関与を命じた例がある¹²²。また、ドイツ裁判所が宗教法上の離婚手続を行う際には、必要な範囲で離婚手続の適応が認められる。たとえばイスラーム法系の離婚法が準拠法となる場合であって、タラーク離婚を行う際に、夫によるタラーク宣言のほか証人二名の在席が要件とされている場合には、ドイツ裁判所においても証人二名を召喚できるとされている¹²³。

それに対して、外国離婚準拠法上予定されている公的機関（特に検察官〔*defensor vinculi*〕）の関与は、基本的に認められない。ただし、学説上は、例外的にドイツ判決の外国での承認を確保するのに必要な範囲で認める説¹²⁴、あるいは BGB 第 1316 条第 1 項第 1 号に基づいて婚姻取消し等を申し立てうる行政機関の参加によって代替する説¹²⁵などがある。

外国離婚準拠法上の証拠方法の制限は、少なくともドイツ判決の外国での承認を確保し、跛行婚を避けるのに必要な範囲で認められるという¹²⁶。他方、外国離婚準拠法上自白が認められない場合には、ドイツにおける裁判手続においても認められない¹²⁷。

¹¹⁹ Zöller/Geimer, op.cit., § 98 FamFG, Rn. 20. MünchKomm-ZPO/Rauscher, op.cit., § 98 FamFG, Rn. 35 は、そもそも外国法上の手続がドイツ法上のそれと相容れないことを理由に、国際裁判管轄を否定することはできないとする。

¹²⁰ MünchKomm-ZPO/Rauscher, op.cit., § 98 FamFG, Rn. 38; Zöller/Geimer, op.cit., § 98 FamFG, Rn. 21.

¹²¹ MünchKomm-ZPO/Rauscher, op.cit., § 98 FamFG, Rn. 39.

¹²² Hamburg FamRZ 2000, 1007. 同様に、クロアチア法上の調停について、Frankfurt a.M. FamRZ 2000, 293 参照。チュニジア法上の罪滅ぼし（*Sühneversuch*）を試みた例もある。Zöller/Geimer, op.cit., § 98 FamFG, Rn. 22 参照。

¹²³ BGH, 6.10.2004, BGHZ 160, 332, FamRZ 2004, 1952, IPRax 2005, 346.

¹²⁴ MünchKomm-ZPO/Rauscher, op.cit., § 98 FamFG, Rn. 40.

¹²⁵ Zöller/Geimer, op.cit., § 98 FamFG, Rn. 21.

¹²⁶ MünchKomm-ZPO/Rauscher, op.cit., § 98 FamFG, Rn. 41; Zöller/Geimer, op.cit., § 98 FamFG, Rn. 23.

¹²⁷ Zöller/Geimer, op.cit., § 98 FamFG, Rn. 23.

2. 婚姻事件における国際裁判管轄の決定

(1) 一方配偶者がドイツ人であること

(a) 対象となる者

FamFG 第 98 条第 1 項第 1 号によれば、一方配偶者がドイツ人である場合又は婚姻挙行時にドイツ人であった場合に、ドイツ裁判所の管轄が肯定される。この規定にいう「ドイツ人」とは、ドイツ国籍法、ドイツ基本法第 116 条¹²⁸、そして FamRÄndG 第 9 条第 2 項第 5 号第 1 文にいうドイツ人を指し、ドイツ国籍をもつ者だけではなく、難民、ドイツ民族に属する追放者、そして最近の外国への移住者を指す。ナチス時代に政治的・人種的・宗教的理由でドイツ国籍を剥奪され、後に申立てによってドイツ国籍を再取得した者も（ドイツ基本法第 116 条第 2 項）、ドイツ人に含まれる。一方配偶者がドイツ国籍の取得を申請しており、ドイツ裁判所の管轄がその国籍取得の有無によって左右される場合には、国籍取得が認められるまで婚姻事件の手続が中止される¹²⁹。ドイツ人配偶者が重国籍者であっても、ドイツ国籍の実効性を問題とすることなく、常に管轄が認められる¹³⁰。

ドイツ国内法、国際法、あるいは EU 法を根拠として、ドイツ国籍法又は基本法にいうドイツ人との平等取扱いが保障されている者は、同じく FamFG 第 98 条第 1 項第 1 号に基づく国際裁判管轄を援用することができる¹³¹。特に EU 法上は、EU 市民の平等取扱いが定められている。そこで、ブリュッセル IIbis 規則第 7 条第 2 項は、被告が EU 構成国内（デンマークを除く）に常居所をもたず、当該構成国の国民でもない（連合王国及びアイルランドについては当該構成国内に住所をもたない）場合、EU 構成国の国民であって他の構成国に常居所をもつ原告は、その常居所地国の国民と同様にその国の国内法上の管轄ルールを援用できると定めている。それゆえ、ドイツに常居所をもつ他の構成国（フランス、イタリア、スペインなど）の国民は、FamFG 第 98 条第 1 項第 1 号に基づくドイツ裁判所の管轄を援用することができる¹³²。

(b) 基準時点

(aa) 一方配偶者が現在ドイツ人であること

FamFG 第 98 条第 1 項第 1 号前段は、一方配偶者の現在のドイツ国籍を基準としている。この管轄原因の判断の基準時点は、口頭弁論終結時である。したがって、提訴時は両配偶者とも外国籍であっても、口頭弁論終結時までには少なくとも一方配偶者がドイツに帰化した場合には、国際裁判

¹²⁸ Artikel 116 GG: [Begriff »Deutscher« – Wiedereinbürgerung]

“(1) Deutscher im Sinne dieses Grundgesetzes ist vorbehaltlich anderweitiger gesetzlicher Regelung, wer die deutsche Staatsangehörigkeit besitzt oder als Flüchtling oder Vertriebener deutscher Volkszugehörigkeit oder als dessen Ehegatte oder Abkömmling in dem Gebiete des Deutschen Reiches nach dem Stande vom 31. Dezember 1937 Aufnahme gefunden hat.

(2) Frühere deutsche Staatsangehörige, denen zwischen dem 30. Januar 1933 und dem 8. Mai 1945 die Staatsangehörigkeit aus politischen, rassistischen oder religiösen Gründen entzogen worden ist, und ihre Abkömmlinge sind auf Antrag wieder einzubürgern. Sie gelten als nicht ausgebürgert, sofern sie nach dem 8. Mai 1945 ihren Wohnsitz in Deutschland genommen haben und nicht einen entgegengesetzten Willen zum Ausdruck gebracht haben.”

¹²⁹ MünchKomm-ZPO/Rauscher, op.cit., § 98 FamFG, Rn. 42; Staudinger/Spellenberg, op.cit., § 606a ZPO, Rn. 54 et seq.; Zöller/Geimer, op.cit., § 98 FamFG, Rn. 80.

¹³⁰ MünchKomm-ZPO/Rauscher, op.cit., § 98 FamFG, Rn. 43; Zöller/Geimer, op.cit., § 98 FamFG, Rn. 79, 81.

¹³¹ MünchKomm-ZPO/Rauscher, op.cit., § 98 FamFG, Rn. 44.

¹³² MünchKomm-ZPO/Rauscher, op.cit., § 98 FamFG, Rn. 48.

管轄が肯定される。他方、一方配偶者が提訴時又は口頭弁論終結時までの一時期においてドイツ人であり、後にドイツ国籍を喪失した場合にも、管轄は継続する¹³³。

(bb) 一方配偶者が婚姻挙行時にドイツ人であったこと

FamFG 第 98 条第 1 項第 1 号後段によれば、ドイツ裁判所は、一方配偶者が婚姻挙行時にドイツ人であった場合にも国際裁判管轄をもつ。これは、婚姻挙行時にドイツ人であった配偶者は、事後的に（しかも訴訟係属前に）ドイツ国籍を離脱しても、ドイツ裁判所において婚姻事件の手続を進行しうることを意味する¹³⁴。

この規定は、かつて国際裁判管轄と準拠法の「並行原則」がとられていた時代に、婚姻挙行時にドイツ人であった者の婚姻の有効性（婚姻の実質的成立要件について、当時の EGBGB 第 13 条は、現行第 13 条第 1 項と同じく各当事者の本国法によっていた）に関するドイツ裁判所の管轄を基礎付けるために ZPO 第 606b 条第 2 号に置かれたものである。しかし、現在では、並行原則は放棄されており、EGBGB 第 13 条を根拠として管轄を基礎付けることはできない。また、法政策的にみても、この規定は申立人のみならず相手方が婚姻挙行時にドイツ人であった場合にも妥当するため、過剰管轄によって相手方の保護を奪うおそれがある。しかし、学説上は、この規定を擁護する立場が一般的である。その理由として、①婚姻挙行時にドイツ人であった配偶者には、ドイツ裁判所に婚姻事件の判断を求める可能性を認めるべきであること¹³⁵、②一時的な移住を含めて様々な移住の形態があり、離婚に関する基本原則も各国で異なるため、婚姻挙行時のドイツ国籍を管轄原因とする合理性があること¹³⁶、などが挙げられている。

なお、難民についてこの規定を直接適用すると、婚姻挙行時にドイツに常居所をもっていた難民は、その後他国に移り住んでいても、同じくドイツ裁判所の管轄を援用できることになる。しかし、この場合に難民はドイツと密接な関係をもたないため、目的論的な限定解釈によって、難民がドイツ人と同じ法的地位を享受するためには、提訴時にもドイツに常居所をもっていることを要件とすべきであると解されている¹³⁷。

(2) 夫婦双方がドイツに常居所をもつこと

(a) 常居所概念

FamFG 第 98 条第 1 項第 2 号によれば、夫婦双方がドイツに常居所をもつ場合にも、ドイツ裁判所の国際裁判管轄が認められる。この常居所概念は、国際民事手続法上の概念として法廷地法で

¹³³ MünchKomm-ZPO/Rauscher, op.cit., § 98 FamFG, Rn. 53 *et seq.*

¹³⁴ MünchKomm-ZPO/Rauscher, op.cit., § 98 FamFG, Rn. 55 *et seq.*

¹³⁵ Zöller/Geimer, op.cit., § 98 FamFG, Rn. 87.

¹³⁶ MünchKomm-ZPO/Rauscher, op.cit., § 98 FamFG, Rn. 56. Rauscher は、最終的に採択されなかった 2006 年ローマ III/ブリュッセル IIter のための欧州委員会提案 (Proposal for a Council Regulation amending Regulation (EC) No 2201/2003 as regards jurisdiction and introducing rules concerning applicable law in matrimonial matters, 17.7.2006, COM(2006) 399 final) の第 3a 条が、夫婦が将来の離婚訴訟のために予め管轄合意をなしうると定めていたことを援用し、夫婦の予見可能性という観点から FamFG 第 98 条第 1 項第 1 号後段を根拠付けている。

¹³⁷ MünchKomm-ZPO/Rauscher, op.cit., § 98 FamFG, Rn. 49.

あるドイツ法の概念によって決定される。その際には、FamFG 第 122 条及び ZPO 旧第 606 条が参考になるが、他方で、条約上及び EU 法上の常居所概念にも配慮する必要があるとされる。

常居所の決定基準は、それが人の生活の中心であること (Lebensmittelpunkt) である。これは、人の家族関係上及び職業上の結び付きの中心を指す。基準となるのは客観的な居住状況であり、生活の中心を移す等の主観的な意思は基準とはされない¹³⁸。成年者については、常居所の変更は通常、予定された長期の居住地の変更を意味するが、「法廷地漁り」を目的としてドイツに常居所が移される場合の扱いは別途問題となる。具体的な判断に当たっては、未成年者の常居所の決定基準とされてきた要素も考慮される。実務上は、基本的に 6 ヶ月以上の居住の事実があれば、常居所が認められるとされている¹³⁹。もっとも、学説の中には、ドイツにおける長期の滞在が予定されていないければ、生活の中心がドイツに移された後に初めて常居所が発生するとすべきであり、機械的に 6 ヶ月という基準時を設定すべきではないとする立場もある¹⁴⁰。

成年者が合法的な滞在資格に基づいてドイツに居住している場合には、生活の中心が明らかにドイツにあり、国際裁判管轄を基礎付けるためだけにドイツに滞在しているのでないかぎり、常居所が認定される。難民については、ドイツ人と同一の法的地位を享受し、FamFG 第 98 条第 1 項第 1 号によってドイツの国際裁判管轄が認められるため、常居所について論ずる実益がない。難民条約上の難民の地位をもたない難民申請者については、個別事案ごとにドイツ滞在の安定性及び継続性を勘案して常居所を認定する。その者が短期滞在資格しかもたない場合にも、生活の中心がドイツに移されており、外人法上の滞在資格の延長が認められる可能性があるかぎり、ドイツに常居所が認められうる。また、ドイツが人道的理由から強制送還を中止しているだけの場合にも、管轄原因としての常居所を認定する余地がある¹⁴¹。

労働を目的として長期的に滞在する労働移民 (Gastarbeiter) については、ドイツに永住する予定ではなく、家族が本国にとどまっている場合であっても、ドイツでの就業が一時的なものでないかぎり、常居所が認められる。それに対して、一時的にだけドイツで就労する季節労働者 (Saisonarbeiter)、また国境を越えてドイツに通勤している労働者 (Grenzpendler) については、常居所は認められない¹⁴²。

(b) 管轄原因としての夫婦双方の常居所

FamFG 第 98 条第 1 項第 2 号の管轄原因については、夫婦双方がドイツ国内に常居所をもっていることが要件となる。ただし、夫婦の同居、特に婚姻住居における同居は必要ない¹⁴³。

¹³⁸ Burkhard Hess, *Europäisches Zivilprozessrecht*, Heidelberg et al. 2010, p. 398.

¹³⁹ Zöller/Geimer, *op.cit.*, § 98 FamFG, Rn. 91.

¹⁴⁰ MünchKomm-ZPO/Rauscher, *op.cit.*, § 98 FamFG, Rn. 59.

¹⁴¹ MünchKomm-ZPO/Rauscher, *op.cit.*, § 98 FamFG, Rn. 60; Zöller/Geimer, *op.cit.*, § 98 FamFG, Rn. 92.

¹⁴² MünchKomm-ZPO/Rauscher, *op.cit.*, § 98 FamFG, Rn. 61.

¹⁴³ MünchKomm-ZPO/Rauscher, *op.cit.*, § 98 FamFG, Rn. 62.

(c) 基準時点

FamFG 第 98 条第 1 項第 2 号の管轄を基礎付けるためには、夫婦双方は、遅くとも口頭弁論終結時にはドイツに常居所をもっていなければならない。ドイツにおける常居所を基礎付ける事実関係は、それが証明を必要としないかぎり、法律審において主張することもできる¹⁴⁴。

他方で、夫婦双方が訴訟係属時にドイツに常居所を取得した場合には、その後一方又は双方がドイツの常居所を失ったとしても、管轄は継続すると解するのが多数説である¹⁴⁵。ただし、少数説として、FamFG 第 98 条第 1 項第 4 号と平仄を合わせ、この場合にドイツ国際裁判管轄を認めるには、夫婦双方又は一方の本国においてドイツが下す判決が承認されうることを要件とし、承認可能性がない場合には、ドイツの管轄を否定すべきであるとする見解もある¹⁴⁶。

(d) ブリュッセル IIbis 規則による適用除外

現在では、FamFG 第 98 条第 1 項第 2 項は、ブリュッセル IIbis 規則によって完全に適用除外されている。夫婦双方がドイツに常居所をもつ場合には、すでにブリュッセル IIbis 規則第 3 条第 1 項 a 号第 1 款によってドイツ裁判所の管轄が認められ、同規則 7 条 1 項に定める国内管轄ルールが援用される場合に当たらないからである。訴訟係属後に夫婦双方又は一方の常居所が変更されても、結論は変わらない¹⁴⁷。

(3) 無国籍者である配偶者がドイツに常居所をもつこと

(a) 総説

FamFG 第 98 条第 1 項第 3 号によれば、一方配偶者が無国籍者でドイツに常居所をもつ場合には、当然に国際裁判管轄が認められる。この原則は、ドイツ国際私法上、無国籍者については本国法に代えて常居所地法によっていること (EGBGB 第 5 条第 2 項) と平仄が合うほか、難民条約上の義務にも沿うものである¹⁴⁸ (常居所概念については、上述(2)参照)。

(b) 国籍が不明である者

ドイツに常居所をもつ一方配偶者が外国籍をもっているか否かが不明である場合には、無国籍者であると推定される。FamFG 第 98 条第 1 項第 3 号及び第 4 号は、一方配偶者だけがドイツに常居所をもつ場合にも、夫婦双方の本国との間で跛行婚が生ずるおそれがないかぎり、ドイツ裁判所の管轄を肯定する趣旨であると解される。そして、無国籍者には本国がないため、本国におけるドイツ判決の承認可能性は問題とならない。そこで、同第 3 号によって、無国籍者及び国籍が不明である者については、端的にドイツにおける常居所を管轄原因とすることに合理性があるという¹⁴⁹。

¹⁴⁴ MünchKomm-ZPO/Rauscher, op.cit., § 98 FamFG, Rn. 65.

¹⁴⁵ MünchKomm-ZPO/Rauscher, op.cit., § 98 FamFG, Rn. 65.

¹⁴⁶ Staudinger/Spellenberg, 2004, § 606a ZPO Rn. 30, 300 *et seq.* 参照。

¹⁴⁷ MünchKomm-ZPO/Rauscher, op.cit., § 98 FamFG, Rn. 67.

¹⁴⁸ MünchKomm-ZPO/Rauscher, op.cit., § 98 FamFG, Rn. 68.

¹⁴⁹ MünchKomm-ZPO/Rauscher, op.cit., § 98 FamFG, Rn. 69.

(c) 基準時点

常居所の基準時は、口頭弁論終結時であるが、提訴時又は口頭弁論終結前に一旦ドイツに常居所が取得されていた場合にも、FamFG 第 98 条第 1 項第 3 号によって管轄が肯定される。反対に、過去にドイツに常居所をもっていた無国籍者が訴訟係属前に外国に常居所を移した場合には、同号の要件は満たされない¹⁵⁰。

(d) ブリュッセル IIbis 規則との関係

ブリュッセル IIbis 規則第 3 条は、無国籍者に関する特別の管轄原因を定めていないため、FamFG 第 98 条第 1 項第 3 号が一定範囲で適用されうる。すなわち、夫婦の同一常居所がない場合（ブリュッセル IIbis 規則第 3 条第 1 項第 1 款）、あるいは無国籍者である申立人がドイツに常居所をもつが、必要な一年の居住期間を経ていない場合（同第 5 款）には、FamFG 第 98 条第 1 項第 3 号によって国際裁判管轄が認められる。

(4) 一方配偶者がドイツに常居所をもつこと及びドイツ判決の本国での承認可能性

(a) 総説

FamFG 第 98 条第 1 項第 4 号は、基本的に、一方配偶者がドイツ国内に常居所をもっていれば、婚姻事件に関する国際裁判管轄を認めうることを出発点とする。ドイツ判決の夫婦一方の本国における承認可能性を要件としているのは、明らかに跛行的な離婚判決を避けるために過ぎない¹⁵¹。それゆえ、ドイツ判決の外国における承認可能性が推定され、証明責任が転換されている¹⁵²。

(b) FamFG 第 98 条第 1 項第 4 号の適用要件

FamFG 第 98 条第 1 項第 4 号に基づく国際裁判管轄が認められるためには、①夫婦いずれも現在又は婚姻挙行時にドイツ人ではないこと（同第 1 号の本国管轄が認められないこと）、②ドイツに常居所をもつ申立人配偶者が外国籍であり、1 年以上ドイツに居住していないこと（同第 3 号の無国籍者ではなく、ブリュッセル IIbis 規則第 3 条第 1 項 a 号第 5 款にも当たらないこと）、③相手方配偶者は外国に常居所をもつこと（同第 2 号の管轄原因又はブリュッセル IIbis 規則第 3 項第 1 項 a 号第 1～3 款に当たらないこと）、そして④他の構成国がブリュッセル IIbis 規則第 3～5 条によって管轄をもたないこと

¹⁵⁰ MünchKomm-ZPO/Rauscher, op.cit., § 98 FamFG, Rn. 71. Rauscher によれば、無国籍者が婚姻挙行時にドイツに常居所をもっていた場合であっても、無国籍者とドイツ人の平等取扱いを根拠として第 1 号に基づく国際裁判管轄を基礎付けることはできない。ドイツ人との平等取扱いは、その者が訴訟係属時においてもドイツに常居所をもっていることが要件となるからであるという。

¹⁵¹ MünchKomm-ZPO/Rauscher, op.cit., § 98 FamFG, Rn. 73; Staudinger/Spellenberg, § 606a ZPO, Rn. 130.

¹⁵² 連邦議会においては、一方配偶者の本国での承認可能性の要件を完全に外すことも案として出されていた。しかし、最終的には、外国人夫婦が離婚を求めてドイツ裁判所に押し寄せることが懸念されたため、同要件を残すこととされたという。Schack, op.cit., Rn. 428.

(同規則第7条第1項)を要件とする¹⁵³。ドイツにおける常居所は、訴訟係属時又は口頭弁論終結時まで存しなくてはならない¹⁵⁴ (常居所概念については、上述(2)参照)。

(c) ドイツ判決の夫婦いずれか一方の本国における承認可能性

(aa) 総説

FamFG 第98条第1項第4号によれば、一方配偶者がドイツに常居所をもっている場合、ドイツ判決が夫婦いずれの本国においても承認されえないことが明らかである場合には、国際裁判管轄が否定される。換言すれば、ドイツ判決が夫婦の一方の本国において承認される可能性があるかぎり、国際裁判管轄は肯定される¹⁵⁵。

夫婦の一方が重国籍者である場合には、①その実効国籍のある本国、すなわち当事者が常居所その他の要素によって密接な関係をもつ本国における承認可能性だけを基準とする多数説 (EGBGB 第5条第1項第1文参照) と¹⁵⁶、②重国籍のいずれか一つの本国において承認可能性が肯定されれば足りるとする少数説¹⁵⁷がある。②は、仮に当事者が実効国籍をもつ本国がドイツ判決を承認しない場合であっても、他の本国がそれを承認していれば補うることを理由とする。しかし、FamFG 第98条第1項第4号は、当事者が国籍をもつ何れかの国での承認可能性をもって足りるとするのはなく、当事者の法的地位について重要な意味をもつ国との間で跛行婚を避けることを目的としている。それゆえ、①のように、当事者が実効国籍をもつ本国 (ドイツ国際私法においても、EGBGB 第5条第1項第1文によって、その国の法が本国法となる) における承認可能性を基準とすべきであろう¹⁵⁸。

(bb) 承認要件

(i) 承認適格性

承認可能性の審査は、婚姻事件における具体的な判決内容を対象とし (判決理由が承認されるか否かは考慮されない)、ドイツ判決がその内容どおりに承認されるか否かを基準とする。たとえば、当該国において、ドイツ離婚判決に法定別居の効力しか付与されない場合には、承認に当たらない¹⁵⁹。反対に、ドイツ離婚判決のうち離婚だけが承認され、離婚の効果に関する部分は承認を拒否されても、承認要件は充足される。また、ドイツ判決が当該国において効力をもつために、身分登録簿に創設的届出が行われなければならない場合にも、承認は肯定される。当該国において形式的な承認

¹⁵³ MünchKomm-ZPO/Rauscher, op.cit., § 98 FamFG, Rn. 74, 93.

¹⁵⁴ MünchKomm-ZPO/Rauscher, op.cit., § 98 FamFG, Rn. 75.

¹⁵⁵ MünchKomm-ZPO/Rauscher, op.cit., § 98 FamFG, Rn. 77 *et seq.*

¹⁵⁶ MünchKomm-ZPO/Rauscher, op.cit., § 98 FamFG, Rn. 79. その理由として、跛行婚を避けるという本規定の目的に照らせば、一方配偶者が実効国籍をもつ本国における承認可能性を審査することが重要であり、かつそれで足りること、重国籍者のすべての本国における承認可能性を審査するのは煩雑であることが挙げられている。

¹⁵⁷ Zöller/Geimer, § 98 FamFG, Rn. 108.

¹⁵⁸ Staudinger/Spellenberg, op.cit., § 606a ZPO, Rn. 150 *et seq.*

¹⁵⁹ Staudinger/Spellenberg, op.cit., § 606a ZPO, Rn. 164 *et seq.*

手続（FamFG 第 107 条参照）又は裁判所による承認手続（従前のイタリアにおける有効宣言判決など）が予定されていても、本案について独立の新しい判決が下されるのでないかぎり、承認は肯定される¹⁶⁰。

当該国において実質的再審査（révision au fond）が行われる場合には、学説の立場が分かれている。一方では、①実質的再審査が行われることをもって端的にドイツ判決の承認が否定されるとする立場があるが¹⁶¹、他方では、②承認要件の審査のために実質的再審査が行われるに過ぎない場合と、純粹に新しい判決が下される場合とを区別し、前者については承認が肯定されるとする立場¹⁶²もある。FamFG 第 98 条第 1 項第 4 号が跛行婚の回避を目的としていることに鑑みれば、実質的に承認可能性が確保されれば足りるといえ、②のように広く解釈すべきであろう。

(ii) 承認要件の排除

一方配偶者の本国において、当該婚姻が存在しない場合（婚姻が無効である場合など）には、承認可能性を問題としなくてよい。ドイツとの間で跛行婚が発生するおそれがないからである。また、一方配偶者の本国において、当該婚姻が離婚又は取消しによって解消されている場合（当該国においてドイツでは承認されない離婚判決が下されている場合、宗教裁判所又は法律行為によって離婚が成立している場合など）も同様である¹⁶³。

それに対して、離婚準拠法であるドイツ法又は外国法がドイツ離婚を承認していても、FamFG 第 98 条第 1 項第 4 号の要件は不要とはならない。このような解釈は、同規定の文言に反するうえ、離婚準拠法の内容は、管轄の有無には影響しないからである¹⁶⁴。

ドイツの本案手続において離婚請求が棄却されるべき場合に、夫婦の本国におけるドイツ判決の承認可能性の要件を排除できるか否かについては、①肯定説¹⁶⁵と②否定説¹⁶⁶がある。①肯定説の根拠として、請求棄却の判決が下されれば、跛行婚が発生するおそれがないこと、請求棄却判決の外国における承認可能性を審査する実益がないこと（FamFG 第 98 条第 1 項第 4 号の目的論的な限定解釈）が挙げられる。かつては、①が有力であったが、近時は、②の否定説が一般的となっている。②の根拠として、国際裁判管轄の有無を決定する時点では、まだ本案について判断されていないこと、そして国際裁判管轄の前提となるドイツ判決の承認可能性は、本案に関する証拠収集を行う前に判断すべきことが挙げられている。国際裁判管轄が訴訟要件の一つである以上は、本案手続に入る前にその有無を判断すべきであり、事後的に本案について請求が棄却される段階で初めて管轄を肯定

¹⁶⁰ MünchKomm-ZPO/Rauscher, op.cit., § 98 FamFG, Rn. 80; Staudinger/Spellenberg, op.cit., § 606a ZPO, Rn. 155.

¹⁶¹ Cfr. Zöller/Geimer, op.cit., § 98 FamFG, Rn. 105.

¹⁶² Staudinger/Spellenberg, op.cit., § 606a ZPO, Rn. 158; MünchKomm-ZPO/Rauscher, op.cit., § 98 FamFG, Rn. 81 は、反公序性の審査については、いずれにしても実質的再審査を行わなければならないことを指摘している。

¹⁶³ Baumbach/Lauterbach, op.cit., § 98 FamFG, Rn. 10; MünchKomm-ZPO/Rauscher, op.cit., § 98 FamFG, Rn. 86; Schack, op.cit., Rn. 429.

¹⁶⁴ Schack, op.cit., Rn. 429. 反対説として、Zöller/Geimer, op.cit., § 98 FamFG, Rn. 118.

¹⁶⁵ Zöller/Geimer, § 98 FamFG, Rn. 106.

¹⁶⁶ MünchKomm-ZPO/Rauscher, op.cit., § 98 FamFG, Rn. 82; Staudinger/Spellenberg, op.cit., § 606a ZPO, Rn. 171.

すること、あるいは請求が認容される段階で初めて承認可能性がないことを理由に管轄を否定するのは本末転倒であろう¹⁶⁷。

(iii) 承認の法的根拠

当該外国におけるドイツ判決の承認は、国内法、EU 法、あるいは条約のいずれが根拠であってもよい。他の EU 構成国（デンマークを除く）においては、ドイツがブリュッセル IIbis 規則第 3～第 5 条ではなく、FamFG 第 98 条を管轄原因として判決を下した場合も含めて、ブリュッセル IIbis 規則に基づいて承認される。基本的には、同規則第 21 条以下の規定によれば、ドイツ判決の承認可能性は肯定される。ただし、たとえば当該国においてすでに同一当事者間で同一訴訟物について判決が下されていること、あるいは承認要件を満たす第三国の判決が下されていること（ブリュッセル IIbis 規則第 22 条 c・d 号）などを理由として、承認可能性が否定されることもありうる。

(iv) 承認の基準時点

通常の管轄原因事実については、提訴時に管轄原因事実が存在したが、口頭弁論終結時には消滅していた場合にも管轄は継続する。しかし、外国におけるドイツ判決の承認可能性だけは、多数説によれば、事実審の口頭弁論終結時に肯定されねばならないと解されてきた¹⁶⁸。たとえば、提訴時には承認可能性が肯定されていたが、事後的に当事者がドイツ国籍やドイツの常居所を喪失した、当該外国において同一事件に関する判決が確定した、あるいは当該外国の承認法が改正された等の事情によって、承認可能性が失われることもある。この場合には、跛行婚を避けるという制度趣旨に鑑みて、国際裁判管轄を否定すべきであるという¹⁶⁹。

もっとも、現在では、反対説も有力になっている。それによれば、たしかに FamFG 第 98 条第 1 項第 4 号は跛行婚の回避を目的としているが、この管轄原因は承認可能性をごく限られた範囲で問題とするだけであり、他の管轄原因事実と別異に扱う必要はない。そして、管轄の継続を認めることで、ドイツ裁判所が本案手続を開始した後に訴えを却下するという訴訟不経済を避けることができ、申立人の期待も保護するという¹⁷⁰。

(v) 承認可能性の審査

ドイツ判決の外国における承認可能性の審査対象として、①対象国、②外国法上の承認法制、そして③当該事件における外国法上の承認要件の具備という三つが区別される。

①については、特に一方配偶者が重国籍者であると推定されるが、具体的にどの国の国籍をもつか不明である場合に問題となる。一方配偶者が国籍をもつ可能性のある国のすべてがドイツ判決

¹⁶⁷ Staudinger/Spellenberg, op.cit., § 606a ZPO, Rn. 172 *et seq.*

¹⁶⁸ Schack, op.cit., Rn. 451; Staudinger/Spellenberg, op.cit., § 606a ZPO, Rn. 300 *et seq.*; Zöller/Geimer, § 98 FamFG, Rn. 112.

¹⁶⁹ Staudinger/Spellenberg, op.cit., § 606a ZPO, Rn. 300 *et seq.*

¹⁷⁰ MünchKomm/Rauscher, op.cit., § 98 FamFG, Rn. 92.

の承認可能性を認めるのであればよいが、一部の国は明らかに否定している場合には、跛行婚を避けるという制度趣旨に照らして、国際裁判管轄を否定すべきであると解されている¹⁷¹。

②の外国法上の承認法制に関しては、通常の外国法の調査と同じく、職権探知主義が妥当する¹⁷²。国際裁判管轄は、職分管轄及び土地管轄とは異なって、控訴審及び上告審においても審査される（上述 II-(3)参照）。それゆえ、ドイツ判決の外国における承認可能性に関しても、上告が認められると解されている¹⁷³。

③の具体的事案におけるドイツ判決の外国における承認可能性については、職権調査主義が妥当する。当該外国法上承認要件の前提となる事実（当事者がドイツに常居所又は住所をもつことなど）については、いずれの当事者が当該事実を主張したかにかかわらず、裁判官が独立に承認可能性を審査する。ただし、通常の国際裁判管轄の場合には、申立人が客観的証明責任を負うのに対して、FamFG 第 98 条第 1 項第 4 項の場合には、ドイツ判決の承認可能性の推定によって証明責任が転換され、相手方が客観的証明責任を負う（上述 II-(3)参照）¹⁷⁴。

ドイツ裁判官は、②及び③について審査するに当たって、(a)客観的な調査手段を尽くす必要がある（承認可能性について疑義がある場合には、専門家の鑑定意見を求める）とする見解¹⁷⁵と、(b)当該外国が常にドイツ判決の承認を拒否することが明らかである場合（当該国が離婚を禁止しており、ドイツ離婚判決が常に公序に反するとして承認を拒否する場合など）に当たらないかぎり、承認可能性を肯定してよい（専門家の鑑定意見を求める必要はない）とする見解¹⁷⁶がある。(b)説は、FamFG 第 98 条第 1 項第 4 号がドイツ判決の承認可能性を推定していることに鑑みて、裁判官が利用できる資料を用いれば足りるとする。しかし、(a)説からは、図書館等が整備されていない裁判所においては調査をしなくてもよいことになり、法治国家における裁判を受ける権利の保障という観点からは問題があると指摘されている。現在の学説においては、外国法上の承認法制に関しては、外国法の調査の場合と同じく職権探知主義が妥当し、職権証拠調べが行われること、また裁判所は当事者に対して外国法に関する情報提供、特に専門家の鑑定意見を求めることができ、当事者が提出した証拠は必ず審査すること（ZPO 第 293 条参照）を出発点とする(a)説の方が、より広い支持を得ているようである¹⁷⁷。

¹⁷¹ Staudinger/Spellenberg, op.cit., § 606a ZPO, Rn. 47 *et seq.*

¹⁷² Staudinger/Spellenberg, op.cit., § 606a ZPO, Rn. 179.

¹⁷³ Staudinger/Spellenberg, op.cit., § 606a ZPO, Rn. 180 *et seq.* 外国法の適用違背に基づく上告可能性は、一般に否定されてきたが、その場合にも、控訴審が外国法を全く考慮しなかった場合、あるいは外国法が事後的に変更された場合には上告理由になるとされていた。つまり、連邦通常裁判所〔BGH〕は、控訴審が外国法を調査する義務を果たしたか否かを審査することとされていた。それに対して、ZPO 第 545 条第 1 項改正後は、端的に権利侵害を理由として上告できることになったため、外国法の適用違背に基づく権利侵害を理由として上告を認める見解が有力になっているという（FamFG 第 72 条第 3 項及び ZPO 第 560 条も参照）。Clemens Trautmann, *Europäisches Kollisionsrecht und ausländisches Recht im nationalen Zivilverfahren*, Tübingen 2011, S. 29 *et seq.*

¹⁷⁴ Staudinger/Spellenberg, op.cit., § 606a ZPO, Rn. 46, 183 *et seq.*

¹⁷⁵ MünchKomm/Rauscher, op.cit., § 98 FamFG, Rn. 84 *et seq.*

¹⁷⁶ Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, 69. Aufl. (München 2011), § 98 FamFG, Rn. 9; Zöller/Geimer, § 98 FamFG, Rn. 104.

¹⁷⁷ Staudinger/Spellenberg, op.cit., § 606a ZPO, Rn. 194 *et seq.*

(5) 国際裁判管轄ルールに関する一般原則

(a) 限定列举及び専属管轄の否定

FamFG 第 98 条第 1 項第 1～第 4 号に掲げる管轄原因は、限定列举であり、それ以外の管轄原因は認められない。たとえば、過去の常居所、住所、あるいは婚姻挙行地は管轄原因とはならない。ドイツ法が婚姻の実質的成立要件の準拠法又は離婚準拠法となることは、管轄を基礎付けない。また、合意管轄も認められない¹⁷⁸。

他方、婚姻事件に関する国際裁判管轄は、FamFG 第 98 条第 1 項に定めるいずれの場合も専属管轄ではなく、外国裁判所の管轄と競合しうることが前提とされている (FamFG 第 106 条)¹⁷⁹。

(b) 緊急管轄

ブリュッセル IIbis 規則第 3 条以下の規定及び FamFG 第 98 条第 1 項の規定によってドイツ裁判所の管轄が認められない場合であっても、代わりに手続を行いうる外国裁判所が存在しない場合には、緊急管轄が認められる。すなわち、適切な外国法廷地が存在せず、当該事案がドイツ裁判所による判断を受けるのに十分なほどドイツとの牽連性をもつ場合には、法治国家の原則に照らして、申立人による離婚請求権の実現を助けるために緊急管轄を認めなければならないとされる¹⁸⁰。

具体的には、たとえば、①一方配偶者がドイツに常居所をもつが、夫婦双方の本国においてドイツ判決の承認可能性が認められないため、本来であればドイツの管轄が否定されるどころ (FamFG 第 98 条第 1 項第 4 号)、夫婦いずれの本国も離婚について国際裁判管轄を認めない場合、②夫婦の一方又は双方がドイツに滞在しているが、外人法上の問題によってドイツに常居所を取得できない場合 (人道的理由だけから本国に強制送還されていない場合など)、③夫婦双方が無国籍者で決まった常居所をもっていないため、離婚の国際裁判管轄を認める国がなく、ドイツに居所だけもっている場合などがそれに当たる。また、④ドイツ法上、外国離婚判決が承認されないが (FamFG 第 107 条及び第 109 条参照)、十分な内国牽連性があり、改めて離婚判決を下す必要がある場合もそれに当たる¹⁸¹。

3. 婚姻事件における附帯処分の国際裁判管轄

(1) 総説

(a) 管轄の拡張

ドイツ裁判所が離婚事件について国際裁判管轄をもつ場合には、FamFG 第 98 条第 2 項によって附帯処分にも管轄が拡張される。FamFG 第 98 条第 2 項は、あくまで婚姻事件に付随する管轄を

¹⁷⁸ MünchKomm/Rauscher, op.cit., § 98 FamFG, Rn. 94.

¹⁷⁹ この点は、従前の ZPO 第 606a 条第 1 項第 2 文においても定められていたとおりである。

¹⁸⁰ MünchKomm/Rauscher, op.cit., § 98 FamFG, Rn. 95.

¹⁸¹ MünchKomm/Rauscher, op.cit., § 98 FamFG, Rn. 95. ④の例は、わが国の最判平成 8 年 6 月 24 日民集 50 卷 7 号 1451 頁の事案 (ドイツで下された離婚判決が日本における承認要件を欠いていたため、日本の国際裁判管轄が肯定された事案) に相当する。

基礎付けるに過ぎず、離婚の効果に関する事項が独立の手続で争われる場合の管轄は、各事項の管轄ルール（FamFG 第 99 条，第 102 条，第 105 条）による¹⁸²。

(b) 附帯処分の内容

FamFG 第 98 条第 2 項にいう離婚事件の附帯処分とは、FamFG 第 137 条が定めるところにより、①年金分割事件（FamFG 第 137 条第 2 項第 1 号）、②扶養事件（夫婦の子に対する扶養及び配偶者に対する扶養）（同第 2 号）、③婚姻住居及び家財事件（同第 3 項）、④夫婦財産事件（同第 4 号）、そして⑤未成年者の親権に関する事件（親権の移転又は取り上げ、面会交流権、夫婦の子の引渡し）（FamFG 第 137 条第 3 項）を指す。附帯処分に関する管轄の基準時は、離婚事件に関する訴訟が係属した時点である¹⁸³。

附帯処分に関する手続が分離された場合にも、FamFG 第 98 条第 2 項に基づく管轄が失われるわけではなく、附帯処分は離婚事件に付随する（FamFG 第 137 条第 5 項参照）。また、附帯処分に関する判断の前に離婚判決が下され、確定した場合にも、FamFG 第 98 条第 2 項の管轄は存続する¹⁸⁴。

(c) FamFG 第 99 条，第 102 条，第 105 条との関係

FamFG 第 98 条第 2 項は、付帯処分に関するかぎり、FamFG 第 99 条，第 102 条及び第 105 条に定める管轄ルールの適用を除外する。そして、離婚事件の管轄裁判所の管轄を附帯処分にも拡張することで、同時に土地管轄も決定している¹⁸⁵。

(d) ブリュッセル IIbis 規則第 3 条との関係

FamFG 第 98 条第 2 項は、ブリュッセル IIbis 規則第 3～第 5 条によってドイツ裁判所が離婚事件の管轄をもつ場合にも適用される。ブリュッセル IIbis 規則は、第 12 条第 1 項¹⁸⁶において当事者の合意及び子の福祉にかなうことを要件として、婚姻事件の国際裁判管轄を親責任事件に拡張する以外は、附帯処分に関する管轄を定めていない。これは、ブリュッセル IIbis 規則が附帯処分の管轄の決定を国内法、条約又は他の EU 規則にゆだねる趣旨であり、FamFG 第 98 条第 2 項の適用は、同規則によって排除されないことを意味する。ただし、各々の附帯処分に関する EU 法及び条約法上の管轄ルールは、国内法上の管轄ルールに優先するため、注意が必要である¹⁸⁷。

¹⁸² MünchKomm/Rauscher, op.cit., § 98 FamFG, Rn. 97, 110 *et seq.*

¹⁸³ MünchKomm/Rauscher, op.cit., § 98 FamFG, Rn. 98.

¹⁸⁴ MünchKomm/Rauscher, op.cit., § 98 FamFG, Rn. 99.

¹⁸⁵ MünchKomm/Rauscher, op.cit., § 98 FamFG, Rn. 100.

¹⁸⁶ Article 12 Brussels IIbis Regulation [Prorogation of jurisdiction]

“1. The courts of a Member State exercising jurisdiction by virtue of Article 3 on an application for divorce, legal separation or marriage annulment shall have jurisdiction in any matter relating to parental responsibility connected with that application where: (a) at least one of the spouses has parental responsibility in relation to the child; and (b) the jurisdiction of the courts has been accepted expressly or otherwise in an unequivocal manner by the spouses and by the holders of parental responsibility, at the time the court is seised, and is in the superior interests of the child.” ブリュッセル IIbis 規則第 12 条第 1 項に基づく管轄は排他的ではなく、同条第 3 項は未成年者が実質的な関連をもち、当事者全員が受け入れた国の付随的な管轄も認めるほか、同規則第 8 条によって端的に子の常居所地の管轄も認められる。

¹⁸⁷ MünchKomm/Rauscher, op.cit., § 98 FamFG, Rn. 101; Zöller/Geimer, § 98 FamFG, Rn. 25.

(2) 条約及びEU規則との関係

(a) 総説

附帯処分の対象となる事項についてEU法又は条約上、国際裁判管轄を定めるルールが存在する場合には、それらのルールが国内法上の管轄ルールの援用を認める範囲でのみ、FamFG第98条第2項が適用される（FamFG第97条第1項参照）¹⁸⁸。

(b) 親子事件

親子事件（親責任事件）については、ブリュッセルIIbis規則の事項的・場所的・人的適用範囲内の事件に関するかぎり、同規則第8条以下がFamFG第98条第2項に優先して適用される。子がEU構成国内（デンマークを除く）に常居所をもつ場合には、ブリュッセルIIbis規則第12条によって婚姻事件に附帯した管轄が認められ、FamFG第98条第2項は適用されない。子がドイツに常居所をもつ場合には、端的にブリュッセルIIbis規則第8条に基づいて親子事件の国際裁判管轄が肯定されるが、土地管轄については、FamFG第137条第3項及び第152条に基づいて婚姻事件に附帯した管轄が認められる。

親子事件については、ブリュッセルIIbis規則第8条以下が適用されない場合にも、1996年ハーグ子の保護条約第5条以下（又は1961年ハーグ未成年者保護条約第1条以下）の規定が優先的に適用され、FamFG第98条第2項はそれ以外の場合にのみ適用される。それゆえ、子が1996年条約（又は1961年条約）の締約国に常居所をもつかぎり、FamFG第98条第2項は適用されない。1961年条約第15条は、締約国が婚姻事件に関する附帯処分として、子に対する親権・監護権の判断にも管轄を拡張することを認めていたが¹⁸⁹、ドイツは他の締約国と同じくその権限を援用しなかったため、1961年条約の下では、第1条、第4条、第9条の管轄ルールが妥当していた。それに対して、1996年条約第10条は、当事者の合意及び子の福祉にかなうことを要件として、婚姻事件に附帯した管轄を認めているため、ドイツ裁判所は、婚姻事件について管轄をもつ場合には、同規定に基づいて親権・監護権についても判断しうる¹⁹⁰。

¹⁸⁸ MünchKomm/Rauscher, op.cit., § 98 FamFG, Rn. 102.

¹⁸⁹ 1961年未成年者保護条約第15条は次のように規定している。

「[1] 各締約国は、未成年者の父母の間の婚姻関係の無効、解消又は緩和の申立について決定することを求められたその国の官憲が、その未成年者の身上又は財産上の保護措置をとる権限を、留保することができる。

[2] 他の締約国は、右の措置を承認する義務を負わない。」

¹⁹⁰ 1996年子の保護条約第10条は次のように規定している。

「[1] 第5条から第9条の適用を妨げることなく、他の締約国に常居所のある子の両親の離婚若しくは別居又は婚姻の無効の申立の決定について管轄権を行使する締約国の機関は、その国の法律の規定により認められている場合には、以下の場合に、子の身上又は財産保護のための措置を執ることができる。

a 手続の開始時において両親の一方又は双方がその国に常居所を有し、両親の一方が子に対する関係で親責任を有し；かつ、

b 当該機関の保護措置を執る管轄権を両親及び子に対する関係で親責任を有する他の者が受け入れ、それが子の最善の利益に適用する場合

[2] 第1項による子の保護措置の管轄権は、離婚、別居又は婚姻無効の申立の許否についての判断が確定し、又は他の理由により手続が終了した場合には直ちに消滅する。」

(c) 扶養事件

扶養事件については、EU 扶養義務規則第 3 条 c 号（従前のブリュッセル I 規則第 5 条第 2 号後段）によれば、身分関係事件について国際裁判管轄をもつ裁判所は、一方当事者の国籍だけが管轄の基礎となった場合を除いて、附帯処分としての扶養事件の管轄をもつ¹⁹¹。つまり、一方配偶者がドイツ人であることだけが管轄原因とされた（FamFG 第 98 条第 1 項第 1 号）のでないかぎり、ドイツ裁判所は、婚姻事件に附帯して扶養事件の管轄をもつ¹⁹²。扶養義務規則は、場所的な適用範囲を限定しておらず¹⁹³、すべての事案に適用され、扶養義務について国内法上の国際裁判管轄ルールが適用される余地はない¹⁹⁴。

なお、扶養義務規則の管轄ルールは、すべて同時に土地管轄も決定するため¹⁹⁵、FamFG に基づく土地管轄のルール（FamFG 第 137 条第 2 項第 1 号及び第 232 条第 1 項第 1 号参照）も適用されない。ドイツ国内法上、土地管轄については、申立人は必ず婚姻事件の附帯処分として扶養料支払請求をしなければならないが（FamFG 第 232 条第 2 項）、扶養義務規則第 3 条 c 号は競合管轄に過ぎないため、申立人は、婚姻事件の附帯処分による管轄を利用することも、扶養事件を切り離して同規則第 3 条 a・b 号に基づく管轄を独立に利用することもできる。

他方、1988 年ルガノ条約及び 2007 年ルガノ条約の適用は、扶養義務規則によって妨げられない（上述 I-A 参照）。それゆえ、被告（婚姻事件ではなく、扶養事件の被告〔扶養義務者〕）がノルウェー、アイスランド、スイスのいずれかに住所をもつ場合には、ルガノ条約の適用が優先する¹⁹⁶。

ルガノ条約が適用される場合、①扶養義務者が婚姻事件の手続が行われている締約国に住所をもつときには、2007 年ルガノ条約第 2 条第 1 項¹⁹⁷に基づいて扶養事件の管轄が認められる。この場合には、ルガノ条約は土地管轄までは規定しない。そのため、土地管轄については、FamFG 第 137 条第 2 項第 1 号及び第 232 条第 1 項第 1 号に従い、婚姻事件に附帯した管轄が認められる。それに対して、②扶養義務者が婚姻事件が行われている締約国以外の締約国に住所をもつ場合であって、婚姻事件に関する管轄が一方当事者の国籍だけに基づくのでなければ、2007 年ルガノ条約第 5 条第 2 号 b¹⁹⁸に基づいて扶養事件に関する付随的な管轄が認められる。しかも、この規定は同時に土地管轄も規定しているため、FamFG は適用されない¹⁹⁹。ただし、②の場合にも、扶養権利者は、婚姻事件の附帯処分として扶養料支払請求をする義務を負わないため、扶養事件を切り離し、相手方の住

¹⁹¹ Article 3 Brussels IIbis Regulation [General provisions], lit. c: “the court which, according to its own law, has jurisdiction to entertain proceedings concerning the status of a person if the matter relating to maintenance is ancillary to those proceedings, unless that jurisdiction is based solely on the nationality of one of the parties”.

¹⁹² Rauscher/Andrae, op.cit., Art. 3 EG-UntVO, Rn. 48.

¹⁹³ ブリュッセル I 規則が被告が構成国内に住所をもつことを要件とするのと異なる。

¹⁹⁴ Rauscher/Andrae, op.cit., Vorbem Artt. 3 ff. EG-UntVO, Rn. 1 *et seq.*

¹⁹⁵ Rauscher/Andrae, op.cit., Art. 3 EG-UntVO, Rn. 7. 従来のブリュッセル I 規則においては、第 5 条第 2 号の規定だけが国際裁判管轄と土地管轄を同時に決定していたが、EU 扶養義務規則においては、すべての国際裁判管轄のルールが同時に土地管轄を決定している。

¹⁹⁶ Rauscher/Andrae, op.cit., Art. 69 EG-UntVO, Rn. 16.

¹⁹⁷ 1998 年ルガノ条約第 2 条第 1 項に同じ。

¹⁹⁸ 1988 年ルガノ条約第 5 条第 2 号後段に同じ。

¹⁹⁹ Staudinger/Spellenberg, op.cit., § 606a ZPO, Rn. 221 *et seq.*

所地（2007年ルガノ条約第2条第1項）又は申立人の住所地（2007年ルガノ条約第5条第2号a）において独立に扶養料支払請求をすることもできる²⁰⁰。

(d) 年金分割事件

年金分割事件は、ブリュッセルI規則が適用除外している夫婦財産事件（ブリュッセルI規則第1条第2項）に該当するため、EU規則の適用はないと解されている。したがって、FamFG第98条第2項がそのまま適用される²⁰¹。ただし、年金分割事件が将来のEU夫婦財産制規則の適用対象となるか否かは明らかではなく（2011年EU夫婦財産制規則提案第1条第1項は、税法及び行政法上の制度を適用除外するだけである）、ドイツの学者はこの点をEU規則において明記するよう提案している²⁰²。

(e) 婚姻住居及び家財事件

婚姻住居及び家財事件について直接規定するEU法上のルールはない。ドイツ国際私法上は、婚姻住居及び家財事件の性質決定について、①扶養義務として性質決定する見解と、②離婚の身分的効力として性質決定する見解（EGBGB第17条）があったが、現在ではEGBGB第17a条に特則があり、ドイツに所在する婚姻住居及び家財については、ドイツ法が準拠法となる²⁰³。国際裁判管轄については、筆者が調査しえたかぎり、婚姻住居及び家財事件を扶養義務規則及びルガノ条約の事項的適用範囲外と解する見解が有力であることから、基本的には、FamFG第98条第2項に基づいて婚姻事件に附帯した管轄が認められると解されよう²⁰⁴。

C. 親子事件

1. 総説

FamFG第99条第1項によれば、ドイツ裁判所は、第151条第7号に定める手続（精神病患者の保護収容に関する州法に基づく、未成年者の自由を剥奪する保護収容命令に関する手続）のほか、子が①ドイツ人であるとき（同第1文第1号）、あるいは②ドイツ国内に常居所を有するとき（同第2号）には管轄をもつ。また、ドイツ裁判所は、子がドイツ裁判所による保護措置を必要とする場合にも、管轄をもつ（同第2文）。

FamFG第99条第2～第4項は、ドイツ裁判所及び外国裁判所の双方が後見及び補佐（Pflegschaft）について管轄をもつ場合の特則である。それによれば、①ドイツ裁判所と外国裁判所の競合管轄が認められ、後見事件がすでに当該外国において係属している場合には、それが被後見人の利益にか

²⁰⁰ Staudinger/Spellenberg, op.cit., § 606a ZPO, Rn. 228 *et seq.* 結局、扶養権利者と扶養義務者の双方がドイツに住所をもつ場合にのみ、義務的な附帯処分の管轄が妥当する（FamFG第232条第1項第1号）。

²⁰¹ MünchKomm/Rauscher, op.cit., § 98 FamFG, Rn. 106.

²⁰² Dieter Martiny, Die Kommissionsvorschläge für das Ehegüterrecht sowie für das Güterrecht eingetragener Partnerschaften, IPRax 2011.

²⁰³ Staudinger/Spellenberg, op.cit., § 606a ZPO, Rn. 231 *et seq.*

²⁰⁴ Staudinger/Spellenberg, op.cit., § 606a ZPO, Rn. 237 参照。

なうかぎり、ドイツ裁判所は後見開始命令を下さない（同第2項）。また、②同じく競合管轄が認められ、ドイツ国内ではすでに後見が行われているときには、ドイツ裁判所は、それが被後見人の利益にかない、後見人が同意し、当該外国が後見の引継ぎをする意思を表示した場合には、当該外国の裁判所に後見をゆだねることができる（同第3項）。③これらの規定は、補佐及び自由を奪う收容措置にも準用される（同第4項）。以上の規定は、実効的な子の保護を図るために、内外裁判所の手続を調整することを目的としている²⁰⁵。

2. 親子事件の適用範囲

(1) FamFGの事項的・人的適用範囲

FamFG第99条第1項は、未成年者の身上監護又は財産管理、あるいはその代理に関する事件の国際裁判管轄について定めている。その者が未成年者であるか否かは、多数説によれば、法廷地法であるドイツ法ではなく、EGBGB第7条に従い、各人の本国法によって決定される²⁰⁶。ただし、常に法廷地法であるドイツ法に従って18歳を基準とする少数説もある²⁰⁷。また、胎児の保護もFamFG第99条第1項の適用対象となる²⁰⁸。

この規定にいう親子事件とは、具体的には、FamFG第151条第1から第6号及び第8号に定める事項を指す。すなわち、①親権・監護権（親権・監護権の存否確認を含む）（第1号）、②面接交流（第2号）、③子の引渡し（第3号）、④後見（第4号）、⑤補佐又はそれ以外の未成年者又は胎児の代理人の指定（第5号）、⑥子の自由を奪う收容措置（第6号）、そして⑦少年裁判所法に基づく措置（第8号）である。それに対して、精神病者の保護收容に関する州法に基づく未成年者の自由を剥奪する保護收容命令（FamFG第151条第7号）は、公法上の收容措置であるため、明示的に適用除外されている（成年者についても同旨〔第104条第3項〕）。この場合には、ドイツ裁判所の国際裁判管轄は、FamFG第105条に従い、土地管轄ルールを準用することで導かれる。

なお、成年者の世話人及び補佐人の選任及び事務の遂行、そしてEGBGB第24条第3項に基づく外国法上の成年者の後見（ドイツ実質法上は存在しない制度）の実行に関する国際裁判管轄は、FamFG第104条によって決定される²⁰⁹。

(2) EU規則及び条約との適用関係

FamFG第99条第1項が規定する親子事件については、以下のEU規則及び条約が優先的に適用される。すなわち、①ブリュッセルIIbis規則、②1980年ハーグ子奪取条約、③1961年ハーグ未成年者保護条約、④1996年ハーグ子の保護条約、⑤1902年ハーグ後見条約、⑥オーストリア、ポー

²⁰⁵ MünchKomm/Rauscher, op.cit., § 99 FamFG, Rn. 1 *et seq.*

²⁰⁶ MünchKomm/Rauscher, op.cit., § 99 FamFG, Rn. 3; Zöller/Geimer, op.cit., § 99 FamFG, Rn. 1.

²⁰⁷ Zöller/Geimer, op.cit., § 99 FamFG, Rn. 1.

²⁰⁸ Zöller/Geimer, op.cit., § 99 FamFG, Rn. 4.

²⁰⁹ MünchKomm/Rauscher, op.cit., § 99 FamFG, Rn. 4 *et seq.*

ランド、スペイン、ロシアとの二国間条約である。ここでは、特に重要度の高い①～④と FamFG 第 99 条第 1 項の適用関係のみ紹介する。

(a) 1980 年子奪取条約

1980 年子奪取条約は、ブリュッセル *Ilbis* 規則によっても適用除外されず、同規則第 11 条によって補充されるに過ぎない。もとより子の返還手続を行う奪取先の国は、子の監護権に関する国際裁判管轄をもたず、あくまで子の返還について決定できるに過ぎない。

(b) ブリュッセル *Ilbis* 規則

ブリュッセル *Ilbis* 規則第 8 条以下は、親責任に関する国際裁判管轄を定めている。ブリュッセル *Ilbis* 規則の事項的適用範囲となる親責任は、EU 法上の拡大解釈によれば、1996 年子の保護条約第 1 条 a 号に定める保護措置の概念に相当し、同条約第 3 及び第 4 条において詳細に定義されている²¹⁰。そこで、ブリュッセル *Ilbis* 規則は、上述の FamFG 第 151 条第 1 号から第 6 号に掲げる事項については、FamFG 第 99 条第 1 項に優先して適用されるが、FamFG 第 151 条第 8 号に関する事項（少年裁判法上の措置）については、ブリュッセル *Ilbis* 規則の適用対象外となるため、FamFG 第 99 条第 1 項が適用される²¹¹。また、胎児の保護についても、ブリュッセル *Ilbis* 規則は適用されないため（同規則第 2 条第 7 号から第 11 号参照）、FamFG 第 99 条第 1 項による²¹²。

ブリュッセル *Ilbis* 規則の場所的適用範囲については、EU 構成国（デンマークを除く）のいずれかに常居所をもつ子が対象となる。ブリュッセル *Ilbis* 規則においては、人的適用範囲を定義していないが、1996 年子の保護条約第 2 条と同様に、18 歳未満の者を指すと解される²¹³。この点は、FamFG 第 99 条第 1 項の対象となる子の定義がその本国法にゆだねられているのと異なる。そこで、18 歳以上の者が本国法はまだ未成年である場合には（EGBGB 第 7 条：18 歳又は 19 歳の日本人など）、EU 構成国に常居所をもっている、その親権・監護権等に関する親子事件の国際裁判管轄は、FamFG 第 99 条第 1 項によって決定される²¹⁴。

²¹⁰ 1996 年条約第 3 条及び第 4 条は、次のように定めている。

第 3 条「第 1 条の措置は、特に以下の事項に関するものとする。

a 親責任の帰属、行使、終了又は制限及び委任、b 子の身上保護に関連する権利特に子の居所指定権を含む子の監督保護権及び子の常居所地以外の地に限定された期間子を連れていく権利を含む面接交渉権、c 後見、補佐及びこれらに類似の制度、d 子の身上監護、財産管理、代理又は補佐の任にあたる者若しくは機関の任命及び権限、e 受け入れ家族若しくは施設への付託又はカフアール（筆者注；イスラム教国法上の付託制度）若しくは類似の制度による監督保護、f 子の監督保護の任にあたる者に対する公的な監督、g 子の財産の管理、保全又は処分」。

第 4 条「本条約は以下の事項には適用されない。

a 親子関係の成立又は係争、b 養子縁組に関する決定、養子縁組の準備段階の措置又は養子縁組の無効若しくは取消、c 子の氏名、d 親権解放 (emancipation)、e 扶養義務、f 信託又は相続、g 社会保障、h 教育又は保健に関する一般的な公的措置、i 子の刑事法上の行為の結果として執られる措置、j 庇護権及び入国に関する決定」。

²¹¹ MünchKomm/Rauscher, op.cit., § 99 FamFG, Rn. 13.

²¹² Zöller/Geimer, op.cit., § 99 FamFG, Rn. 2.

²¹³ MünchKomm/Rauscher, op.cit., § 99 FamFG, Rn. 14; Zöller/Geimer, op.cit., § 99 FamFG, Rn. 1.

²¹⁴ Zöller/Geimer, op.cit., § 99 FamFG, Rn. 1.

ブリュッセル IIbis 規則が適用される場合には、その第 8 条以下の規定によって親責任事件の国際裁判管轄が決定され、FamFG 第 99 条第 1 項の適用は除外される。ブリュッセル IIbis 規則第 8 条によっていずれの構成国も管轄をもたず（ブリュッセル IIbis 規則第 14 条）、また 1961 年条約又は 1996 年条約によっても締約国が管轄をもたない場合にのみ、FamFG 第 99 条第 1 項が適用される²¹⁵。なお、ブリュッセル IIbis 規則は、国際裁判管轄しか決定しないため、ドイツ国内の土地管轄は常に FamFG 第 152 条によって決定される²¹⁶。

(c) 1961 年ハーグ未成年者保護条約及び 1996 年ハーグ子の保護条約

ブリュッセル IIbis 規則は、原則として、1961 年未成年者保護条約よりも優先して適用される。もっとも、次の場合には、ドイツ裁判所の国際裁判管轄は 1961 年条約に従って決定される。すなわち、①子が EU 構成国以外の 1961 年条約締約国に常居所をもつ場合、あるいは②子が EU 構成国に常居所をもつが、EU 構成国以外の 1961 年条約締約国の国籍をもつ場合（EU 域内の関係にとどまらないため：ブリュッセル IIbis 規則第 60 条 a 号参照）である。それに対して、1996 年子の保護条約の適用は、子の常居所が EU 構成国内にあるかぎり、端的にブリュッセル IIbis 規則によって除外される²¹⁷。なお、1996 年条約は、2011 年 1 月 1 日にドイツについて発効しており、1996 年条約と 1961 年条約双方の締約国である国との関係では、前者が後者に代わって適用される。

ブリュッセル IIbis 規則及び両ハーグ条約が適用されない場合には、FamFG 第 99 条第 1 項によってドイツ裁判所の管轄が決定される²¹⁸。

3. 親子事件の国際裁判管轄の決定

FamFG 第 99 条第 1 項は、3 つの管轄原因を定めている。すなわち、①子がドイツ人であること（同第 1 文第 1 号）、②子がドイツ国内に常居所をもつこと（同第 2 号）、あるいは③子がドイツ裁判所による保護措置を必要とすること（同第 2 文）である。従前の EGBGB 第 23 条は、本国が保護措置を取らない場合にのみ他の管轄原因を認めており²¹⁹、管轄原因相互間に順位があったが、現在ではこの要件は削除されており、①から③の管轄原因は同等の選択的な管轄原因となっている²²⁰。成年者の保護に関する FamFG 第 104 条第 1 項も、ほぼ同第 99 条第 1 項と一致した規定を採用している。FamFG 第 99 条が適用され、ドイツの国際裁判管轄が肯定される場合には、その土地管轄は FamFG 第 152 条によって決定される²²¹。

²¹⁵ MünchKomm/Rauscher, op.cit., § 99 FamFG, Rn. 15.

²¹⁶ Zöller/Geimer, op.cit., § 99 FamFG, Rn. 2.

²¹⁷ MünchKomm/Rauscher, op.cit., § 99 FamFG, Rn. 16 *et seq.*

²¹⁸ Zöller/Geimer, op.cit., § 99 FamFG, Rn. 5.

²¹⁹ 法例 24 条 2 項、法の適用に関する通則法第 35 条第 2 項参照。

²²⁰ Staudinger/von Hein, op.cit., Art. 24 EGBGB, Rn. 102.

²²¹ Staudinger/von Hein, op.cit., Art. 24 EGBGB, Rn. 104. フォン・ハインは、訴訟経済に従って国際裁判管轄と国内土地管轄のいずれを先に審査するかを決定するとし、特に順序は決められていないという。

(1) 子がドイツ人であること

FamFG 第 99 条第 1 項第 1 文第 1 号によれば、ドイツ裁判所は、子がドイツ人である場合に国際裁判管轄をもつ。「ドイツ人」の概念には、FamFG 第 98 条第 1 項第 1 号の場合と同じく、ドイツ国籍をもつ者のみならず、ドイツ基本法第 116 条に定義するドイツ人、難民条約上の難民、そして難民適格者が含まれる。

無国籍の子については、①EGBGB 第 5 条第 2 項を介して本国管轄の対象となるという説²²²と、②本国管轄は妥当しないが、保護の必要性に基づく管轄（FamFG 第 99 条第 1 項第 2 号第 2 文）が認められるという説²²³がある。重国籍の子については、その一つがドイツ国籍であるかぎり、FamFG 第 99 条第 1 項第 1 文第 1 号に基づく管轄が認められる。国籍の実効性は問題とされず、いわば EGBGB 第 5 条第 1 項第 2 文に定める内国国籍優先の原則がここでも妥当する²²⁴。

胎児について（特にドイツ法上は、BGB 第 1774 条第 2 文及び第 1912 条、FamFG 第 151 条第 5 号において胎児の後見及び補佐が規定されている）、子がドイツ人となることが予想される場合には、ドイツ裁判所の管轄が肯定される。子を基準として仮定的な国籍を基準とするほうが、保護の必要性に基づく管轄を肯定するよりも相当であるという²²⁵。

(2) 子がドイツに常居所をもつこと

FamFG 第 99 条第 1 項第 1 文第 2 号によれば、子がドイツに常居所をもつ場合にも国際裁判管轄が認められる。現行法上は、本国管轄の優先が定められておらず、同 1 号と同 2 号の管轄は並列関係にある。従前は、外国人に対して国際裁判管轄を肯定するのが困難であり、手続の遅滞を招いていたが（本国が自国民に対して後見又は補佐の手続を行う利益をもつか否か不明であることが多かったため）、その問題は解消されている²²⁶。

「常居所」の概念については、法律上も条約・EU 規則上もまだ明確な定義規定がない。一般には、子の常居所は、子が現実に一定期間継続して滞在しており、その生活の中心を置くところであると解されている。ドイツ立法者は、意識的に常居所を管轄原因としており、単なる居所では足りないことを示している²²⁷。常居所とは、通常は、子が現実に（親とともに）居住し、通園・通学している場所を指すが、社会的統合が進んでいないために、子の常居所が否定されることもありうる。子の常居所は、BGB 第 11 条に定める「住所」とは異なって、親権者（監護権者）の住所と連動する

²²² MünchKomm/Rauscher, op.cit., § 99 FamFG, Rn. 47. ただし、無国籍の子がドイツに常居所をもつかぎり、ブリュッセル IIbis 規則第 8 条以下によって管轄が認められるため、子が（確定できる）常居所をもたず、ドイツ国内に単なる居所をもつ場合のみ（EGBGB 第 5 条第 2 項後段）、FamFG 第 99 条第 1 項第 1 文第 1 号に基づいて管轄が認められるという。

²²³ Staudinger/von Hein, op.cit., Art. 24 EGBGB, Rn. 111.

²²⁴ MünchKomm/Rauscher, op.cit., § 99 FamFG, Rn. 48; Staudinger/von Hein, op.cit., Art. 24 EGBGB, Rn. 110.

²²⁵ Staudinger/von Hein, op.cit., Art. 24 EGBGB, Rn. 112.

²²⁶ Staudinger/von Hein, op.cit., Art. 24 EGBGB, Rn. 114.

²²⁷ Staudinger/von Hein, op.cit., Art. 24 EGBGB, Rn. 116. もっとも、子がドイツ国内に単なる居所しかもっていないなくても保護の必要がある場合には、裁判所が迅速に必要な保護措置をとることができるように、FamFG 第 99 条第 1 項第 2 文によって管轄が認められる。

わけではなく、その意思にかかるわけでもない。また、常居所が複数存在することはないと解されている。それゆえ、子の常居所は、純粹に事実としての判断基準として、親権者（監護権者）の同意なしに又はその意思に反して、別の場所に移されることもありうる²²⁸。

問題は、他方の親の監護権を侵害する形で違法に子の所在地が移された場合である。従来、子の奪取先の国において社会的な関係が存在し（片方の親、祖父母、親戚など）、通園・通学がなされている場合には、基本的に6ヶ月の滞在で新たな常居所が取得されるものと解されてきた²²⁹。FamFG第99条第1項第1文第2号には、1996年子の保護条約第7条²³⁰に相当する規定（ブリュッセルIIbis規則第10条参照）がないため、国外へと子が連れ去られ、監護権を侵害された親が子の返還を求めるに当たって、ドイツ裁判所が国際裁判管轄をもち続けることは自明ではない。しかし、1996年子の保護条約第7条の趣旨に照らして、FamFG第99条第1項第1文第2号を合目的的に解釈することはできる。すなわち、このような場合に子が外国において社会的に統合されるのに必要な期間は、6ヶ月ではなく12ヶ月に延長することができる。また、子が連れ去られた国の当局に適時に子の返還申立てがなされた場合には、当該国における社会的な統合が妨げられ、子が常居所を取得しないと解される。そして、すでにドイツで親子事件が係属している場合には、FamFG第99条第1項第2文による保護の必要性に基づく管轄は失われないと解釈できるという²³¹。

それに対して、子の所在地が当事者全員の合意によって国外又はドイツへと移された場合には、その移動自体が違法であっても、直ちに常居所が取得されるという。それゆえ、子がドイツに移ってきたときには、社会的統合に必要とされる期間の経過を待つことなく、直ちにFamFG第99条第1項第1文第2号に基づく管轄が認められる。反対に、子がドイツから外国へと移された場合には、——子の福祉を実現するために従前の裁判所の管轄が継続するのでないかぎり——FamFG第99条第1項第1文第2号に基づく管轄は失われる。一旦当事者が子の転居に同意した以上は、移転後にその同意を一方的に撤回できないのがその理由であるという²³²。

近時、子の常居所については、ブリュッセルIIbis規則に関する欧州司法裁判所の重要判例が出されており、EU法上の常居所概念の外延が少しずつ固まりつつある。おそらく欧州司法裁判所の判例法理は、ドイツ国内法上の管轄ルールの常居所概念にも影響を及ぼすものと思われる（特に欧州司法裁判所2009年4月2日判決参照²³³）。

²²⁸ MünchKomm/Rauscher, op.cit., § 99 FamFG, Rn. 50.

²²⁹ MünchKomm/Rauscher, op.cit., § 99 FamFG, Rn. 51.一国内での頻繁な常居所の移転は、当該国の常居所を認定する妨げとはならないが、社会的な統合が進んでいないことの証左にはなるという。

²³⁰ 上掲注参照。

²³¹ MünchKomm/Rauscher, op.cit., § 99 FamFG, Rn. 52.

²³² MünchKomm/Rauscher, op.cit., § 99 FamFG, Rn. 53.

²³³ European Court of Justice, 2 April 2009, Case C-523/07, para. 44: “.....the concept of ‘habitual residence’ under Article 8(1) of the Regulation must be interpreted as meaning that it corresponds to the place which reflects some degree of integration by the child in a social and family environment. To that end, in particular the duration, regularity, conditions and reasons for the stay on the territory of a Member State and the family’s move to that State, the child’s nationality, the place and conditions of attendance at school, linguistic knowledge and the family and social relationships of the child in that State must be taken into consideration. It is for the national court to establish the habitual residence of the child, taking account of all the circumstances specific to each individual case.”

なお、胎児のための保護措置に関しては、生まれる前に胎児の常居所を特定できないため、FamFG 第 99 条第 1 項第 1 文第 2 号ではなく同第 2 文に従い、どの場所で保護の必要性が生じているかを基準とすると解されている。具体的には、母が申立てをした時点でドイツ国内に常居所をもっていれば、同第 3 号の要件が満たされるという²³⁴

(3) 内国における保護の必要性

FamFG 第 99 条第 1 項第 2 号第 2 文によれば、子がドイツ裁判所による保護を必要とする場合にも国際裁判管轄が認められる。この管轄原因は、外国裁判所による本国管轄又は常居所地管轄と競合するが、FamFG 第 99 条第 1 項第 1 号及び第 2 号第 1 文の要件が満たされない場合に援用されるため、保護の必要性を認定するには慎重かつ謙抑的でなければならないとされる²³⁵。

子の保護の必要性に基づく管轄は、子の身上監護及び財産管理のいずれについても認められる。通常は、ドイツが子の居所地である又は財産所在地である場合等がそれに当たる。特に子が難民又は難民申請者であって父母がドイツに所在していない場合には、単なる居所に基づいて国際裁判管轄を認めるべきであると解される²³⁶。

(4) 国際裁判管轄の一般原則

(a) 専属管轄の否定

親子事件についても、ドイツ裁判所の管轄は専属的ではなく、外国裁判所の管轄と競合する(FamFG 第 106 条)。外国裁判の承認は、当該事件についてドイツ裁判所が管轄をもっていたことを理由として拒否されえない。なお、矛盾するドイツ裁判と外国裁判が並存する場合の処理は、FamFG 第 109 条第 3 項によるが、親子事件の裁判には既判力がなく事後的な変更も可能であるため、ドイツ裁判とは矛盾する内容の外国裁判(異なる監護権者の指定など)が事後的に承認されることもある²³⁷。

(b) 管轄の継続

親子事件に関しては、一旦ドイツの国際裁判管轄が発生した後、管轄原因が消滅した場合に、管轄が継続するか否か争われている。多数説は、特に親子事件に関しては事案ごとの利益衡量によって判断すること、つまり申し立てられた保護措置、手続の進行段階、外国における承認可能性、そして管轄原因が消滅した理由などを勘案したうえで、まだドイツにおける保護の必要性があれば、管轄を肯定するとしている。親子事件においては、子の福祉を実現するのが至上命題であることに鑑みれば、事案ごとにドイツ裁判所と外国裁判所のいずれが子のためにより適切な判断をなしうるかを考慮し、柔軟に対応するのが相当であろう²³⁸。

²³⁴ Staudinger/von Hein, op.cit., Art. 24 EGBGB, Rn. 117.

²³⁵ MünchKomm/Rauscher, op.cit., § 99 FamFG, Rn. 54.

²³⁶ MünchKomm/Rauscher, op.cit., § 99 FamFG, Rn. 55.

²³⁷ MünchKomm/Rauscher, op.cit., § 99 FamFG, Rn. 57.

²³⁸ MünchKomm/Rauscher, op.cit., § 99 FamFG, Rn. 58; Staudinger/von Hein, op.cit., Art. 24 EGBGB, Rn. 106; Zöller/Geimer, op.cit., § 99 FamFG, Rn. 20.

なお、ブリュッセル IIbis 規則第 8 条によれば、子が合法的に国外に常居所を移した場合にも、原則として、従前の裁判所が継続して国際裁判管轄をもつ²³⁹。それに対して、1996 年子の保護条約第 5 条第 2 項によれば、合法的な国外への常居所の移転の場合には、新たな常居所地の裁判所が国際裁判管轄をもつとされている（子が奪取された場合にはその限りでない）²⁴⁰。

4. 後見・補佐に関する外国裁判所との競合管轄の調整

(1) EU 法及び条約の優位

未成年者の後見・補佐に関する国際裁判管轄については、ブリュッセル IIbis 規則、1961 年ハーグ未成年者保護条約、そして 1996 年ハーグ子の保護条約が FamFG 第 99 条第 2 から第 4 号に優先して適用される。いずれも EU 構成国又は締約国間の管轄及び判決の相互承認のほか、助言、管轄の移転〔移送〕(Verweisung; transfer)、そして外国における裁判手続の係属の尊重によって、監護権（後見・補佐に限定されない）に関する並行手続を回避し、子の福祉を実現するのに最も適した裁判所を決定するための制度を整えている。

(a) ブリュッセル IIbis 規則

ブリュッセル IIbis 規則第 15 条によれば、EU 構成国の国際裁判管轄をもつ裁判所は、子が特別の結び付きをもつ他の構成国の裁判所に管轄を移転〔移送〕すること (Verweisung; transfer) ができる。後者の裁判所が子の福祉についてよりよく審査できると判断し、管轄を受け入れる場合には、管轄が移転され、最初に裁判手続が係属していた裁判所は管轄を否定する。管轄移転の申立ては、当事者が行いうるほか、最初に裁判手続が係属していた裁判所及び移転先の裁判所のいずれも行う

²³⁹ ただし、ブリュッセル IIbis 規則第 9 条第 1 項によれば、面会交流については、子が合法的に国外に常居所を移した後 3 ヶ月間は、従前の常居所地の裁判所が下した面会交流に関する裁判が効力をもつ〔同第 2 項：ただし、面会交流権をもつ者が新常居所地の裁判所の国際裁判管轄を受け入れた場合には、その限りでない〕。

²⁴⁰ 1996 年条約第 5 条第 2 項によれば、「第 7 条の規定に従うことを条件として、子の常居所が他の締約国に変更した場合には新たな常居所地国の機関が管轄権を有する。」とされている。この条約第 7 条は、子が奪取された場合について、次のように定めている。「[1] 子の違法な連れ去り又は留置の場合においては、他の国に子の常居所が確立され、かつ、以下の要件が満たされるまで、当該連れ去り又は留置の直前に子が常居所を有した締約国の機関が管轄権を保持する。

a 監護権を有する人、施設又は他の機関が、当該連れ去り又は留置を宥恕した場合；又は、

b 監護権を有する人、施設又は他の機関が、子の所在を知り、又は知り得た時から少なくとも 1 年間、子が他の国に居住し、その期間内に子の返還請求がなされることなく、子が新しい環境に馴染んだ場合

[2] 子の連れ去り又は留置は、以下の場合に違法とされる。

a 連れ去り又は留置の直前に子が常居所を有した国の法律により、共同又は単独で子の監護権を有する人、施設又は他の団体の当該監護権を侵害し；かつ、

b 連れ去り又は留置の時に、当該監護権が共同若しくは単独で現実に行使されているか又は、連れ去り若しくは留置がなければ行使されていたであろう場合

a の監護権は、特に、法律上当然に、司法的若しくは行政的判断により、又はその国の法律により法的効力を有する合意によって生じ得る。

[3] 第 1 項の機関が管轄権を保持する限り、子が連れ去られ、又は留置されている国の機関は、子の身上又は財産の保護に必要な第 11 条による緊急措置に限り、執ることができる。」

ことができる（ブリュッセル IIbis 規則第 15 条第 2 項）。この管轄の移転は、競合管轄の存在を前提とするものではなく、むしろ積極的に管轄を基礎付ける機能をもつ²⁴¹。

(b) 1961 年未成年者保護条約

1961 年条約第 10 条及び第 11 条は、締約国の官憲同士の非公式の助言及び情報交換だけを定めている。それによれば、締約国の官憲は、すでに保護措置が存在している他の締約国の官憲と意見交換をした後で、初めて必要な保護措置をとることができる（第 10 条）²⁴²。他方、一旦保護措置を取った締約国の官憲は、その旨を遅滞なく未成年者の本国及び常居所地国の官憲に通知しなければならない（第 11 条）²⁴³。それゆえ、ドイツ裁判所は、本国管轄又は常居所地管轄をもつ場合に、他の締約国の官憲との意見交換を経てから保護措置を取るか否かを決定することができる²⁴⁴。

(c) 1996 年子の保護条約

1996 年条約第 8 及び第 9 条は、ブリュッセル IIbis 規則第 15 条と類似の手法によって、同条約第 5 又は第 6 条上の国際裁判管轄をもつ裁判所が相互の協力を通じて、事案と関連性をもつ他の裁判所に管轄を移転することを認めている。すなわち、当該締約国の裁判所が本来は国際裁判管轄をもつ場合であっても、他の締約国の裁判所が当該具体的事案において子の福祉についてよりよく判断できると考える場合には、管轄の移転を要請することができる（1996 年条約第 8 条第 1 項）²⁴⁵。もっとも、拘束力をもつ管轄の移転は存在せず、あくまで他の締約国の裁判所が管轄を受け入れることが要件となる²⁴⁶。

²⁴¹ MünchKomm/Rauscher, op.cit., § 99 FamFG, Rn. 62. それ以外の場合には、同規則第 19 条が訴訟競合について規定しているように、競合管轄をもつ複数の裁判所の間では、最初に裁判手続が係属した裁判所が優先する。

²⁴² 1961 年条約第 10 条「未成年者に適用される制度の継続性を確保するため、各締約国の官憲は、できる限り、現に効力を有する決定をした他の締約国の官憲と意見の交換を行なった後でなければ、その未成年者についての措置をとらないものとする。」

²⁴³ 1961 年条約第 11 条「[1] この条約の規定によつて措置をとつたいかなる官憲も、その未成年者の属する国の官憲及び場合によりその常居所の国の官憲に対し、遅滞なくそれを通告しなければならない。」

[2] 各締約国は、前項に規定する通告を直接に行ない又は受領することのできる官憲を指定しなければならない。各締約国は、その指定をオランダ外務省に通告しなければならない。」

²⁴⁴ MünchKomm/Rauscher, op.cit., § 99 FamFG, Rn. 63.

²⁴⁵ 1996 年条約第 8 条「[1] 第 5 条又は第 6 条により管轄権を有する締約国の機関は、特定の事件について他の締約国の機関の方が子の最善の利益をよりよく評価できると考える時は、例外的に、当該他の機関に直接又はその国の中央当局の助力の下に、必要と考える保護措置を執るための管轄権を行使することを要請し、又は、事件の審理を中止し、当事者に他の国の機関に要請を行うことを促すことができる。」

[2] 前項の規定により要請を受けることのできる締約国機関は以下のとおりとする。

- a 子の国籍所在国
- b 子の財産所在国
- c 子の両親の離婚、別居又は婚姻の無効の申立に係属する機関の所属国
- d 子が実質的関連性を有する国

[3] 関係諸機関は、意見の交換を行うことができる。

[4] 第 1 項により要請を受けた機関は、子の最善の利益に適うと考えるときは、第 5 条又は第 6 条により管轄権を有する機関に代わり、管轄権を行使することができる。」

²⁴⁶ MünchKomm/Rauscher, op.cit., § 99 FamFG, Rn. 64.

反対に、本来は国際裁判管轄をもたない裁判所であっても、自らが子の福祉について判断するのにより適していると考えられる場合には、子の常居所地の裁判所に対して（特に中央当局を介して）管轄を移転してもらえよう要請できるほか、当事者に対して、その旨の申立てをするよう求めることができる（同条約第9条第1項）²⁴⁷。この場合にも、一方的な管轄の引継ぎはできず、あくまで他の締約国の裁判所が管轄の移転に同意することが要件となる（同第3項）²⁴⁸。

(2) ドイツの後見開始命令の差し控え

(a) 適用範囲

FamFG 第99条第2項は、未成年者に関する後見開始命令について、同第3項は、未成年者の後見事務の遂行の受け継ぎについて規定している。これらの規定は、同第4項の規定に従い、未成年者及び胎児に関する補佐開始命令及び補佐事務の遂行（FamFG 第151条第5号）、そして家族法上の自由を剥奪する未成年者の収容措置（FamFG 第151条第6号：BGB 第1631b条、第1800条、第1915条参照）にも準用される²⁴⁹。

FamFG 第99条第2項及び第3項の規定は、成年者の世話及び収容措置にも準用される（FamFG 第104条第2項）。反対に、これらの規定は、遺産管理手続における不在当事者のための補佐には準用されない（FamFG 第364条）。また、FamFG 第151条第1号、第4号、第7号、そして第8号が定める措置には準用されない²⁵⁰。

(b) 競合管轄

FamFG 第99条第1項が定める本国管轄及び常居所地管轄によれば、外国国家が同様の要件又はより厳格な要件の下に国際裁判管轄を認める場合にも、ドイツ裁判所との間で競合管轄が発生しうる。外国において後見事件に関する裁判手続が係属していること自体は、ドイツ裁判所が管轄権を行使することの妨げにはならない。そこで、FamFG 第99条第2項は、被後見人の利益のために、ドイツ裁判所が管轄権の行使を差し控えることで柔軟に対応できるようにしている²⁵¹。

FamFG 第99条第2項の第一の要件は、他国の裁判所が後見開始命令を行う国際裁判管轄をもつことである。その国際裁判管轄の有無を決定する基準は、FamFG 第99条第1項及び当該外国の管轄ルールの双方である。FamFG 第99条第1項を基準とすることで、外国裁判所が下す後見開始

²⁴⁷ 1996年条約第9条「[1] 前条第2項の締約国の機関が、特定の事件について子の最善の利益をよりよく評価できると考える時は、子の常居所地の存する締約国の管轄機関に、直接又はその国の中央当局の助力の下に必要と考える保護措置を執るための管轄権を行使する許可を求め、又は、当事者に、子の常居所地の存する締約国の機関に要請を行うよう、促すことができる。」

[2] 関係諸機関は、意見の交換を行うことができる。

[3] 要請を行った機関は、子の常居所地の存する締約国の機関がその要請を受け入れた場合に限り、当該機関に代わって管轄権を行使することができる。」

²⁴⁸ MünchKomm/Rauscher, op.cit., § 99 FamFG, Rn. 65.

²⁴⁹ MünchKomm/Rauscher, op.cit., § 99 FamFG, Rn. 66.

²⁵⁰ MünchKomm/Rauscher, op.cit., § 99 FamFG, Rn. 67.

²⁵¹ MünchKomm/Rauscher, op.cit., § 99 FamFG, Rn. 68.

命令のドイツにおける承認可能性を確保することができる (FamFG 第 109 条第 1 項第 1 号)。他方、外国裁判所は、当該国法上の管轄ルールによっても管轄をもつ必要がある (そうでなければ、競合管轄は見せかけに過ぎない)。各国法上は、被後見人の常居所を管轄原因とする立法例が多いため、当該外国に常居所地管轄が、ドイツに本国管轄が認められる場合に競合が生ずる例が多いと解される²⁵²。

FamFG 第 99 条第 2 項の第二の要件は、外国においてすでに後見開始命令又はそれに相当する保護措置の開始が命じられていることである。後見人が選任されていることまでは必要ない。もつとも、被後見人の利益にならない不適切な外国での手続によって保護の抜け穴が生じないように、場合によっては外国裁判所と直接話し合うことが推奨されている²⁵³。

(c) 後見開始命令等の差し控え

FamFG 第 99 条第 2 項に定める場合には、BGB 第 1773 条及び第 1774 条の規定にかかわらず、ドイツにおける後見開始命令を差し控えることができる。その決定は、裁判所の義務に沿った裁量にゆだねられ、判断基準は唯一、被後見人の利益の実現である。外国において被後見人に対して、ドイツ法のレベルに相当する十分な保護が保証されている場合には、ドイツにおける後見開始命令を差し控えることができる。利益考量に際しては、ドイツと外国で並行して後見事務が行われた場合に矛盾する判断が生じうることも考慮要素に入れるべきであるという²⁵⁴。

原則として、外国での後見がドイツにおいて承認されることが、ドイツでの後見開始命令を差し控えるための要件となる²⁵⁵。反対に、外国での後見によつたのでは被後見人の利益が十分に保護されない場合には、国際裁判管轄をもつドイツ裁判所は、内国における後見開始を命令する。内国裁判と矛盾する外国裁判の承認は妨げられるため (FamFG 第 109 条第 1 項第 3 号)、この場合には外国後見はドイツにおいて承認されない²⁵⁶。なお、ドイツにおいて後見がすでに開始されている場合には、FamFG 第 99 条第 2 項ではなく、同第 3 項の問題となる²⁵⁷。

(3) 外国への後見の引継ぎ又は外国からの後見の引き受け

(a) 外国への後見の引継ぎの要件

後見を監督している裁判所は、ドイツですでに開始されている後見の事務を、後見開始命令について国際裁判管轄をもつ国に引き継いでもらうことができる。ここでも当該国の国際裁判管轄は、ドイツ法上の管轄ルール及び外国法上の管轄ルールの双方によって認められなければならない²⁵⁸。

²⁵² MünchKomm/Rauscher, op.cit., § 99 FamFG, Rn. 69.

²⁵³ MünchKomm/Rauscher, op.cit., § 99 FamFG, Rn. 70.

²⁵⁴ MünchKomm/Rauscher, op.cit., § 99 FamFG, Rn. 71.

²⁵⁵ MünchKomm/Rauscher, op.cit., § 99 FamFG, Rn. 72.

²⁵⁶ MünchKomm/Rauscher, op.cit., § 99 FamFG, Rn. 73.

²⁵⁷ MünchKomm/Rauscher, op.cit., § 99 FamFG, Rn. 74.

²⁵⁸ MünchKomm/Rauscher, op.cit., § 99 FamFG, Rn. 75.

後見の外国への引継ぎは、それが被後見人の利益にかなう場合にのみ認められる。裁判所は、被後見人の利益について、義務に沿った裁量によって判断する。また、外国のほうも引継ぎを承諾しなければならない。これは、必然的に当該国当局との公式又は非公式な話し合いを前提とする²⁵⁹。

後見の引継ぎは、原則として後見人の同意（複数の後見人がいる場合にはその全員の同意）も要件とする。ただし、その同意が得られない場合には、当該家庭裁判所の控訴審に当たる州裁判所の決定によって代えることができる（FamFG 第 99 条第 3 項第 2 文）。州裁判所の決定を取り消すことはできない（同第 3 文）²⁶⁰。

(b) 後見の引継ぎの効果

外国裁判所に後見を引き継ぐと、ドイツにおける後見は終了する。その後に改めてドイツにおける後見開始の必要性が生じた場合には、再引き受けの可能性を別にすれば、新たに後見開始命令を下す必要がある²⁶¹。

(c) 外国で行われている後見の引き受け

FamFG 第 99 条第 3 項は、一方的な外国への後見の引継ぎしか明文で定めていないが、解釈論上、双方向的に適用されることが認められている。つまり、外国で行われている後見は、同様の要件の下にドイツ裁判所に引き継がれる。ドイツ裁判所は、FamFG 第 99 条第 1 項に従い国際裁判管轄をもち、しかも後見を引き継ぐことが被後見人の利益にかなう場合にのみ、後見の引継ぎを承諾する。もともと、外国裁判所が後見を継続する予定がない場合には、これらの要件が満たされなくても、ドイツ裁判所が後見を引き継ぐことがありうる²⁶²。

D. 血縁上の親子関係事件

1. 規律対象

(1) 総説

FamFG 第 100 条は、血縁上の親子関係事件に関する国際裁判管轄を定めている。同条によれば、血縁上の親子関係事件については、子、母、父、あるいは母の妊娠時に同衾していたと宣誓した男性がドイツ人であるとき又はドイツに常居所をもつとき、国際裁判管轄が認められる。土地管轄は、FamFG 第 170 条による。ドイツの本国管轄が認められ、当事者のいずれもドイツ国内に常居所をもたない場合には、ベルリンのシェーネベルク裁判所が管轄をもつ（FamFG 第 170 条第 3 項）²⁶³。

従前は、BGB 旧第 1600e 条第 1 項に基づく父子関係の確定が ZPO 第 640 条以下に基づいていたのに対して、相手方死亡後の BGB 旧第 1600e 条第 2 項に基づく手続は、非訟事件とされていた。

²⁵⁹ MünchKomm/Rauscher, op.cit., § 99 FamFG, Rn. 76.

²⁶⁰ MünchKomm/Rauscher, op.cit., § 99 FamFG, Rn. 77.

²⁶¹ MünchKomm/Rauscher, op.cit., § 99 FamFG, Rn. 78.

²⁶² MünchKomm/Rauscher, op.cit., § 99 FamFG, Rn. 79.

²⁶³ Zöller/Geimer, op.cit., § 100 FamFG, Rn. 12 *et seq.*

それに対して、FamFG 制定後は、血縁上の親子関係事件は一括して申立手続（Antragsverfahren）とされており（FamFG 第 171 条）、もはや家事事件（同第 112 条）には分類されていない。なお、1997 年親子法によって嫡出子及び非嫡出子の区別が撤廃されて以来、ZPO 第 640a 条第 2 項においては、国際裁判管轄も統一的に規定されていた²⁶⁴。

(2) 適用範囲

(a) 事項的適用範囲

FamFG 第 100 条が対象とする血縁上の親子関係事件は、FamFG 第 169 条に定める事項に相当する。具体的には、①親子関係の存否確認、特に父子関係の認知の有効又は無効確認に関する手続、②DNA 検査に対する同意に代わる手続及び試験的採取の承諾を命ずる手続、③親子関係鑑定書の閲覧又はその謄本の作成に関する手続、そして④父子関係の否認に関する手続を指す。

(b) 条約上又は EU 法上の規範

血縁上の親子関係に関する国際裁判管轄を定める EU 規則、多国間又は二国間条約は存在しない。ブリュッセル IIbis 規則、1961 年未成年者保護条約、1996 年子の保護条約は、いずれも親権・監護権について定めるに過ぎず、親子関係の存否に関する争いは対象外としている²⁶⁵。

(3) 国際裁判管轄の決定

(a) 管轄原因の主体

血縁上の親子関係事件については、FamFG 第 99 条のように子だけを中心に管轄を決定するのではなく、それ以外の関係当事者も管轄原因を基礎付ける主体となる。FamFG 第 100 条によれば、子、母、父、そして母の妊娠時に同衾していたと宣誓した男性がドイツ人であるとき又はドイツに常居所をもつときには、国際裁判管轄が基礎付けられる。

FamFG 第 100 条にいう父母とは、準拋法上（EGBGB 第 19 条によって決定される）²⁶⁶、父又は母としての法的地位をもつ者をいう。本条に基づく裁判手続が親子関係の否定を目的としていることは、これらの管轄原因を妨げない。反対に、血縁上の親子関係に関する申立てが父子関係又は母子関係の確定を目的としている場合には、これらの者が本条にいう父又は母に当たる。子を分娩していない女性が母子関係の積極的確認又は分娩に基づく母子関係の否定を申し立てる場合にも（BGB

²⁶⁴ MünchKomm/Rauscher, op.cit., § 100 FamFG, Rn. 1 *et seq.*; Zöller/Geimer, op.cit., § 100 FamFG, Rn. 1.

²⁶⁵ MünchKomm/Rauscher, op.cit., § 100 FamFG, Rn. 6; Zöller/Geimer, op.cit., § 100 FamFG, Rn. 2. ただし、親子関係の存否に関する手続を行うための子の代理人として、補助補佐人又は後見人が選任される場合には、ブリュッセル IIbis 規則及び両ハーグ条約が適用される。

²⁶⁶ EGBGB 第 19 条第 1 項によれば、血縁に基づく親子関係は、原則として子の常居所地法、父又は母の本国法の選択的連結による。母が婚姻している場合には、子の出生当時の婚姻の身分的効力の準拋法（EGBGB 第 14 条第 1 項）によることもできる（子の出生前に婚姻が死亡によって解消されている場合には、婚姻解消時のそれを基準とする）。他方、同条第 2 項によれば、父母が婚姻していない場合には、母の妊娠に基づく父の責任は、母の常居所地法による。

第 1591 条は、そのような争いを予定していない)、その者が母に当たる。BGB 第 1600 条第 1 項第 2 号に基づく父子関係否認事件においては、母の妊娠時に同衾していたと宣誓した男性、すなわち生物学上の父も、管轄原因を基礎付ける主体となる²⁶⁷。

(b) ドイツ国籍

FamFG 第 100 条にいうドイツ人は、同第 98 条第 1 項第 1 号及び同第 99 条第 1 項第 1 号にいうドイツ人と同じ概念によっており、ドイツ国籍をもつ者のみならず、難民や難民申請者等も含む。その者が重国籍者であり、その一つがドイツ国籍である場合には、国籍の実効性を問題とすることなく端的に管轄原因となる(詳細は、上述 II-A 参照)²⁶⁸。

(c) ドイツにおける常居所

管轄原因としての常居所の概念は、FamFG 第 98 条第 1 項第 2 号及び同第 99 条第 1 項第 2 号と同じである。常居所を管轄原因とすることで、母だけがドイツに常居所をもつ場合(子の出生後にドイツに移住してきた場合も含む)にも、外国にいる父を相手方として、ドイツで父子関係の存否を争いうることになり、父の法的地位を侵害するおそれがある。しかし、これは 1997 年親子法が父子関係に関しても母を独立の当事者と見ていることの帰結であり、現行法上は致し方ないとされる²⁶⁹。

(c) 限定列举及び専属管轄の否定

FamFG 第 100 条の管轄原因は、限定列举であり、それ以外の管轄原因は認められない²⁷⁰。

外国人当事者の本国や準拠法所属国におけるドイツ決定の承認可能性は問題とされない。解釈論上、不便宜法廷地 (*forum non conveniens*) の法理を認める学説もあるが、支持は得ていない²⁷¹。FamFG 第 100 条は、子の保護の必要性に基づく管轄 (FamFG 第 99 条第 1 項第 2 号第 2 文参照) を認めていないが、無国籍の子又はドイツに居所をもつ子については、保護の必要性が存する場合もありうるため、緊急管轄の可能性は肯定されている²⁷²。

血縁上の親子関係事件について合意管轄が否定されること、また手続開始時に管轄原因事実が失われた場合にも管轄の継続が認められることは、他の家事事件と同様である。特に血縁上の親子関係は、親権・監護権等に関する親子事件のように動的ではなく、静的に過去の時点における実体法上の要件を審査すれば足りるため、子の福祉に配慮して管轄の継続を制限する必要はない。管轄原因が専属的ではなく競合管轄が認められることも、他の家事事件と共通する (FamFG 第 106 条)²⁷³。

²⁶⁷ MünchKomm/Rauscher, op.cit., § 100 FamFG, Rn. 8 *et seq.*

²⁶⁸ MünchKomm/Rauscher, op.cit., § 100 FamFG, Rn. 13 *et seq.*; Zöller/Geimer, op.cit., § 100 FamFG, Rn. 3 *et seq.*

²⁶⁹ MünchKomm/Rauscher, op.cit., § 100 FamFG, Rn. 15 *et seq.* Rauscher は、この場合にも FamFG 第 98 条第 1 項第 4 号の場合と同様に、ドイツ裁判の外国における承認可能性を要件とすべきことを提唱している。

²⁷⁰ MünchKomm/Rauscher, op.cit., § 100 FamFG, Rn. 18. 従前は、ZPO 第 640a 条第 2 項の管轄原因に加えて、土地管轄に関する規定も準用できるとする見解もあったが、現行法上は否定されている。

²⁷¹ Zöller/Geimer, op.cit., § 100 FamFG, Rn. 8 *et seq.*

²⁷² MünchKomm/Rauscher, op.cit., § 100 FamFG, Rn. 19; Zöller/Geimer, op.cit., § 100 FamFG, Rn. 1.

²⁷³ MünchKomm/Rauscher, op.cit., § 100 FamFG, Rn. 21 *et seq.*

E. 養子縁組事件

1. 総説

FamFG 第 101 条は、ドイツ裁判所の養子縁組事件（FamFG 第 186 条以下参照）に関する国際裁判管轄を定めている²⁷⁴。この規定によれば、養親、夫婦共同養子縁組の養親の一人、あるいは子がドイツ人であるとき又はドイツに常居所をもつ場合に、国際裁判管轄が認められる。

外国法に基づく養子縁組については、外国法に基づく養子縁組の効果に関する法律（AdWirkG）第 5 条第 1 項に従い土地管轄が集中されており、原則として、各州上級裁判所の管区ごとに一つの家庭裁判所が管轄をもつことと定められている（後掲・条文訳参照）²⁷⁵。

なお、養子縁組事件については、従前は後見裁判所が職分管轄をもっていたが、FamFG の制定に伴い、家庭裁判所（区裁判所の家事部）に移管されている。

2. 適用範囲

(1) 事項的適用範囲

FamFG 第 101 条は、未成年者との養子縁組だけではなく、成年者との養子縁組も対象とする²⁷⁶。同条にいう養子縁組事件には、FamFG 第 186 条第 1～第 3 号に定める事項が含まれる。すなわち、①子との養子縁組に関する手続（FamFG 第 186 条第 1 号）、②子との養子縁組への同意に代わる決定に関する手続（同第 2 号）、そして、③離縁に関する手続（同第 3 号）である。体系上は、FamFG 第 101 条は、養子縁組親族の婚姻障碍の除去（同第 4 号）をも対象とするが、この点は後述する。

①～③には、養子縁組について家庭裁判所がとるあらゆる措置が含まれる。具体的には、ドイツ実質法上、①に該当するのは、家庭裁判所による未成年者の養子縁組決定（BGB 第 1752 条）及び成年者の養子縁組決定（BGB 第 1767 条第 2 項、第 1768 条）である。また、②に該当するのは、後見人又は補佐人が理由なく養子縁組への同意を拒否したときの同意に代わる家庭裁判所の決定（BGB 第 1746 条第 3 項）、一方の親の同意に代わる家庭裁判所の決定（BGB 第 1748 条）、配偶者の同意に代わる家庭裁判所の決定（BGB 第 1749 条第 1 項）、成年者の養子縁組への準用及び登録パートナーの同意に代わる家庭裁判所の決定（BGB 第 1767 条第 2 項）である。そのほか、養子縁組に関する個人情報
の非開示命令（BGB 第 1758 条第 2 項第 2 文）、子の氏名に関する決定（BGB 第 1757 条第 2・第 4 項〔未成年養子〕、第 1767 条第 2 項〔成年養子への準用〕、第 1765 条〔離縁後の子の氏〕）、そして後見事務の遂行（BGB 第 1751 条第 1 項第 2 文）も養子縁組事件に含まれる。③にいう離縁に関する手続（BGB 第 1760 条、第 1763 条、第 1771 条、第 1772 条第 2 項）も養子縁組事件の対象となる²⁷⁷。

それに対して、一方親による養子縁組への同意が効力を失った場合の監護権の移転（BGB 第 1751 条第 3 項、第 1764 条第 4 項）は、FamFG 第 101 条ではなく、第 99 条の問題となる。また、養子縁組

²⁷⁴ この規定は、従前の非訟事件手続法第 43b 条第 1 項第 1 文に相当する。

²⁷⁵ MünchKomm/Rauscher, op.cit., § 101 FamFG, Rn. 1 *et seq.*

²⁷⁶ Zöller/Geimer, op.cit., § 101, Rn. 1.

²⁷⁷ MünchKomm/Rauscher, op.cit., § 101 FamFG, Rn. 4.

を契機とする又はその準備のための監護権に関する決定（子の養子縁組への同意のための後見人又は補佐人の選任など）に関する国際裁判管轄も、FamFG 第 99 条、あるいはそれに優先するブリュッセル IIbis 規則又は 1961 年未成年者保護条約ないし 1996 年子の保護条約による²⁷⁸。

(2) 外国準拠法に基づく養子縁組

外国法が養子縁組の準拠法となる場合（EGBGB 第 22 条）²⁷⁹には、国際裁判管轄は、機能的に FamFG 第 186 条に定める家庭裁判所の措置に相当するあらゆる措置を対象とする。そこには、ドイツ実体法が知らない措置、たとえば養子縁組障碍の排除や特定の養子縁組要件の確定なども含まれる。従前の実務においては、養子縁組に関するかぎり、当該外国法上の制度があまりにドイツの制度と異なり家庭裁判所が対応できないことを理由に、管轄が否定された例はない。むしろドイツ裁判所が国際裁判管轄をもち、EGBGB 第 22 条によって外国法が準拠法として指定される場合には、可能なかぎり、外国準拠実体法上の要請に適応すべきであると解されている²⁸⁰。

養子縁組事件について国際裁判管轄が肯定される場合に、外国準拠法が契約型の養子縁組を予定しているときにもドイツ裁判所が決定によって養子縁組を行ってよいかどうかは問題となる。多数説によれば、これは養子縁組の方法及び要件の問題であるため、EGBGB 第 22 条が指定する準拠法に従う（国際私法の問題であり、国際民事手続法の問題ではない）。そして、養子縁組の準拠法が、契約型養子縁組を行うために裁判所の関与（許可など）を予定している場合には、ドイツ裁判所はその措置を取ることができる。それに対して、養子縁組の準拠法が裁判所の関与を全く予定していない場合には、ドイツ裁判所は裁判権を行使することはできない。ただし、裁判所の関与なしに行われる養子縁組が具体的事案において公序に反する（EGBGB 第 6 条）場合には、ドイツ裁判所は、欠缺補充のために BGB 第 1752 条第 1 項を適用して縁組決定を下すと解されている²⁸¹。

養子縁組の準拠法が養子縁組を知らない場合にも、ドイツ裁判所の管轄は認められる。そして、当事者のドイツ国籍又はドイツにおける常居所に基づいて十分な内国牽連性があり、その準拠法の適用が公序に反する場合には、ドイツ裁判所は、欠缺補充のためにドイツ法を適用して縁組決定をする。子又は養親の本国がその養子縁組を承認しないことは、管轄権を行使する妨げにはならない²⁸²。

²⁷⁸ MünchKomm/Rauscher, op.cit., § 101 FamFG, Rn. 5.

²⁷⁹ EGBGB 第 22 条第 1 項によれば、養子縁組は、原則として養親の縁組当時の本国法による。一方配偶者又は夫婦双方による養子縁組は、第 14 条第 1 項が定める婚姻の身分的効力の準拠法による。同第 2 項によれば、養子縁組の効果としての養親子関係及び実親子関係は、第 1 項に定める準拠法による。同第 3 項によれば、養親死亡後の相続関係については、相続人が終意処分においてその旨を定め、相続の準拠法がドイツ法である場合には、配偶者又は親族と養子との関係は、第 1 項及び第 2 項に定める法いかんにかかわらず、ドイツ法によって決定される（ただし、養子が縁組当時に満 18 歳に達していた場合にはその限りではない）。

²⁸⁰ MünchKomm/Rauscher, op.cit., § 101 FamFG, Rn. 6.

²⁸¹ MünchKomm/Rauscher, op.cit., § 101 FamFG, Rn. 7 *et seq.*

²⁸² MünchKomm/Rauscher, op.cit., § 101 FamFG, Rn. 9.

(3) FamFG 第 186 条第 4 号に基づく措置

FamFG 第 186 条第 4 号は、BGB 第 1308 条第 1 項に定める縁組親族の婚姻障碍の除去に関する手続を定めている。体系上は、FamFG 第 101 条による国際裁判管轄は、縁組親族の婚姻障碍の除去も対象とするが、立法政策としては疑問であり、立法の不備であると指摘されている。すなわち、婚姻障碍の除去は、養子法と関係するが、実際には婚姻の実質的成立要件の問題であり、各当事者の本国法によって判断される (EGBGB 第 13 条第 1 項)。従来の多数説は、縁組親族の婚姻障碍の除去も各当事者の本国が判断することとしていたが、近時は、婚約者双方がドイツ国内に常居所をもつ場合には、保護のための管轄又は常居所地管轄を根拠として (FGG 旧第 43 条第 1 項及び旧第 35 条第 1 項第 2 号類推適用)、管轄を肯定する見解も有力になっていた²⁸³。

一つの見解によれば、ドイツ法が一方当事者の婚姻の実質的成立要件の準拠法であり、BGB 第 1308 条第 1 項に基づいて婚姻障碍を除去すべき場合には、FamFG 第 101 条に基づいてドイツ裁判所が管轄をもつという。他方、外国法に基づく縁組親族の婚姻障碍を除去する場合には、FamFG 第 99 条第 1 項第 2・3 号及び第 101 条第 2 号の包括的な類推適用によって、一方婚約者がドイツに常居所をもつ又は例外的に保護の必要性がある場合 (内国での婚姻挙行の予定、本国の無管轄など) には、ドイツ裁判所が管轄をもつという²⁸⁴。

(4) EU 法及び条約

ブリュッセル IIbis 規則は、親権・監護権について規律するだけである。唯一、養子縁組の前提となる監護権に関する事件 (補佐人又は後見人の選任) に適用されるに過ぎない。1961 年未成年者保護条約及び 1996 年子の保護条約は、養子縁組には適用されず、ただその前提となる監護権に関する事件 (補佐人又は後見人の選任) に適用されるに過ぎない。

1965 年 11 月 15 日ハーグ養子縁組条約は、養子縁組に関する直接管轄は定めておらず、外国で下された養子縁組決定の承認について定めるに過ぎない。外国裁判所の間接管轄については、同条約第 3 条に規定がある²⁸⁵。他方、1993 年 5 月 29 日「国際養子縁組に関する子の保護及び協力に関するハーグ条約」は、国境を越えた養子縁組に関する行政協力を中心とする条約である。1993 年条約第 2 条第 1 項は、本条約の場所的適用範囲について、「ある締約国 (出身国) に常居所を有する子が、出身国において他の締約国 (受入国) に常居所を有する夫婦又は単身者と縁組をした後に、又

²⁸³ MünchKomm/Rauscher, op.cit., § 101 FamFG, Rn. 10.

²⁸⁴ MünchKomm/Rauscher, op.cit., § 101 FamFG, Rn. 10. ラウシャーによれば、BGB 第 1308 条第 2 項に基づく婚姻障碍の除去は縁組親族との関係でのみ問題となるため、養親の一方がドイツに常居所をもつことを根拠として管轄を認めると、おかしな結論になるという。

²⁸⁵ 1965 年ハーグ養子縁組条約第 3 条

「[1] 養子縁組の成立を認める裁判 (その他の処分) につき管轄権を有する機関は左の通りとする。

一 単独で養親となる者が常居所を有する国の機関、または、夫婦で養親になろうとする場合には、その夫婦がいずれも常居所を有する国の機関

二 単独で養親となる者が国籍を有する国の機関、または、夫婦で養親になろうとする場合には、その夫婦が共通の国籍を有する国の機関

[2] 常居所および国籍に関する諸要件は、本条に定める機関に申立がなされた時においても、また、その機関が養子縁組の成立を認める裁判 (その他の処分) をするに際しても、充たされていなければならない。」

は受入国若しくは出身国においてこのような縁組をするために、受入国に移動を終え、現に移動し、又は移動しようとする場合に適用する」と定めている。それによれば、養子縁組自体が養子の出身国と養親による受入国のいずれにおいて行われるかは規定しておらず、国際裁判管轄及び準拠法の決定について各締約国の判断にゆだねている。

そのほか、1964年4月24日ヨーロッパ評議会養子縁組条約は、実質法を対象とする。養子縁組の国際裁判管轄について規律している二国間条約は存在しない²⁸⁶。

3. 国際裁判管轄の決定

(1) 基準となる主体

FamFG 第 101 条は、同第 99 条及び第 100 条と同じ管轄原因によっている。基準となる主体は、単独養親、養親となる夫婦の一方、そして子のいずれかであり、選択的に適用される。ドイツの国際裁判管轄は、これらの者のいずれかがドイツ国籍又はドイツに常居所をもつだけで要件が充足される。連れ子養子の場合、FamFG 第 101 条の文言上は、実親がドイツ国籍又はドイツに常居所をもつていても要件は充足されない（実親の配偶者又は登録パートナーだけが養親に当たるため）。しかし、利害関係は夫婦共同養子縁組の場合と共通するため、第 101 条を類推適用し、実親のドイツ国籍又はドイツの常居所を管轄原因とすることが提唱されている²⁸⁷。

(2) 管轄原因

管轄原因としての「ドイツ人」（FamFG 第 101 条第 1 号）及び「ドイツにおける常居所」（同第 2 号）は、各々第 99 条及び第 100 条の概念と一致する。

(3) 限定列举及び専属管轄の否定

FamFG 第 101 条に定める管轄原因は、限定列举であり、それ以外の管轄原因を援用することはできない。FamFG 第 99 条第 1 項第 3 号のような保護の必要性に基づく管轄は認められない。いずれの当事者もドイツ国籍又はドイツに常居所をもっていないとき、ドイツが養子縁組を行う必要性があるケースはほとんど想定されないうえ、縁組決定を下しても外国で承認されず、跛行的法律関係が発生するからである。ドイツ法が養子縁組の準拠法となることも、管轄原因とはならない²⁸⁸。

ドイツ裁判所の管轄は専属的ではなく、外国裁判所の管轄と競合する（FamFG 第 106 条）。外国裁判所が管轄をもつことは、それが外国法上は専属管轄であっても、ドイツ裁判所が裁判権を行使する妨げにはならない²⁸⁹。

²⁸⁶ MünchKomm/Rauscher, op.cit., § 101 FamFG, Rn. 11 *et seq.*

²⁸⁷ MünchKomm/Rauscher, op.cit., § 101 FamFG, Rn. 14. FamFG 第 101 条は、登録パートナーには言及していないが、おそらくそれはドイツ実質法上、登録パートナーが共同養子縁組をなし得ないことにあると解される。もっとも、ドイツ実質法上も、登録パートナーが連れ子養子をすることは可能である（登録パートナーシップ法第 9 条第 7 項）。

²⁸⁸ MünchKomm/Rauscher, op.cit., § 101 FamFG, Rn. 18 *et seq.*

²⁸⁹ MünchKomm/Rauscher, op.cit., § 101 FamFG, Rn. 21. ただし、ドイツの学説上は、解釈論上フォーラム・ノン・

(4) 管轄の継続

養子縁組事件については、基本的に親子事件と同様に、管轄の継続に慎重さが要求される。FamFG 第 101 条は、養子だけではなく、養親も管轄原因の主体としているため、子の福祉の実現だけを制度趣旨とするわけではないが、子の常居所がドイツから他国に移転した場合には、ドイツが縁組決定を行っても子の常居所地国が承認しない可能性がある。それゆえ、多数説は、管轄の継続を認めるか否かは、事案ごとに諸要素を勘案して決定するとしている²⁹⁰。

F. 年金分割事件

1. 総説

FamFG 第 102 条は、離婚事件の附帯処分ではなく、独立に年金分割請求がなされた場合の国際裁判管轄について定めている。従前は、年金分割事件が離婚の必要的附帯処分とされていたため、独立の管轄原因を定める規定が存在せず、欠缺補充について見解が分かれていた。連邦通常裁判所は、①婚姻事件の附帯処分に関する規定を類推適用するとしていた（ZPO 旧第 606a 条第 1 項第 1 号：一方配偶者の国籍も管轄原因とされていた）²⁹¹。それに対して、学説上は、②附帯処分としての請求ではないこと理由に、非訟事件に関する規定（FGG 旧第 45 条）を類推適用する説、あるいは、③年金分割事件が一方では夫婦財産事件に、他方では扶養事件に類似する二重の性質をもつことを理由に、ZPO 第 12 条、第 13 条、第 23 条、そして第 23a 条による説があった²⁹²。

FamFG 第 102 条によれば、ドイツ裁判所は、(a)請求者又は相手方がドイツに常居所をもつとき（第 1 号）、(b)内国における年金期待権について判断するとき（第 2 号）、あるいは(c)ドイツ裁判所が離婚判決を下したとき（第 3 号）に管轄をもつ。立法者は、FamFG 第 102 条を制定するに当たって、婚姻事件に関する管轄ルールの準用を否定した。特に一方配偶者の国籍だけを管轄原因とするのは、過剰管轄につながるとして否定し²⁹³、基本的には③説の立場に従っている。ただし、外国における年金期待権の分割は離婚とは独立に判断されることが多いが、外国裁判所が年金分割請求を認めるか否かは分からないため、FamFG 第 102 条第 3 号は、ドイツ裁判所が離婚判決を下した場合には、事後的に年金分割事件についても管轄をもつと定めている。それによって、「管轄の継続」原則によってはドイツ裁判所の管轄が認められないケースも（EGBGB 第 17 条第 3 項第 2 号に定める離婚判決後の年金分割請求など²⁹⁴）、FamFG 第 102 条第 3 号によって救済される²⁹⁵。

コンヴィーニエンスの法理を採用し、外国におけるドイツ養子縁組決定の承認可能性が否定される場合には、管轄権を行使すべきではないという見解もある。Rauscher は、特に第三世界の国籍をもつ子がドイツに常居所をもっていない場合には、ドイツ裁判所は管轄権を行使すべきではないとし、フォーラム・ノン・コンヴィーニエンスの法理ではなく、権利保護の必要性に鑑みて管轄権の有無を判断すべきことを根拠としている。

²⁹⁰ MünchKomm/Rauscher, op.cit., § 101 FamFG, Rn. 22.

²⁹¹ BGHZ 75, 241; BGH FamRZ 1993, 176.

²⁹² MünchKomm/Rauscher, op.cit., § 102 FamFG, Rn. 1.

²⁹³ Zöller/Geimer, op.cit., § 102 FamFG, Rn. 1.

²⁹⁴ EGBGB 第 17 条第 3 項第 1 文によれば、年金分割請求の準拠法は、原則として離婚裁判係属時の婚姻の身分的効力の準拠法による。年金分割請求は、それによってドイツ法が指定され、しかも夫婦双方の離婚裁判係属時の本国法の一つが年金分割請求制度をもっている場合にのみ遂行される。同第 2 文によれば、それ以外の場

2. 国際裁判管轄ルール

(1) 適用範囲

(a) 事項的適用範囲

FamFG 第 102 条の事項的適用範囲は、同第 217 条に定める「年金分割に関する手続を対象とする事件」である。夫婦間のみならず、登録パートナー間の年金分割請求にも適用される²⁹⁶。

附帯処分として年金分割が請求される場合には、FamFG 第 98 条第 2 項に従ってドイツ裁判所の管轄が認められる。この管轄原因は、年金分割事件を附帯処分として手続が開始され、後に手続が分離された場合にも、管轄の継続を認める。それゆえ、FamFG 第 102 条は、独立の年金分割事件、特に①外国で離婚がなされた後に年金分割請求がなされる場合、②事後的に EGBGB 第 17 条第 3 項に基づいて年金分割請求がなされる場合、③年金分割法第 19 条～第 26 条に基づく年金分割請求、④従前の離婚事件において留保されていた債務法上の年金分割請求、そして⑤年金分割法第 48 条以下の移行規定に基づく手続について適用される²⁹⁷。

(b) EU 法及び条約

EU 法上、年金分割請求について直接定めている規範はまだない。ブリュッセル IIbis 規則は、夫婦財産制に関する事項を適用対象外としている（第 1 条第 1 項 a 号）。しかし、将来の夫婦財産制に関する EU 規則及び登録パートナーシップ財産制に関する EU 規則においては、年金分割請求をその適用対象として明記すべきであると指摘されている。現行法上は、ブリュッセル IIbis 規則によって離婚事件の国際裁判管轄が認められる場合には、FamFG 第 98 条第 2 項に基づいて附帯処分としての年金分割請求にも管轄が拡張される（上述 III-A-3 参照）。

(2) 管轄原因

(a) 常居所

FamFG 第 102 条第 1 号によれば、申立人又は相手方がドイツに常居所をもつ場合には、国際裁判管轄が認められる（常居所概念については、上述 III-A 参照）。この国際裁判管轄は、外国において発生した年金期待権であって、附帯処分としての年金分割請求権に算入すべきであった部分にも及ぶ。つまり、本号の国際裁判管轄の範囲は、EGBGB 第 17 条第 3 項第 1 文の規定（職権による年金分割）又は第 2 文の規定（申立てによる年金分割）と平仄を合わせている²⁹⁸。

合には、年金分割は、一方配偶者の申立てにより、他方配偶者が婚姻期間中に内国において年金期待権を取得したとき（第 2 文第 1 号）、あるいは婚姻の身分的効力が婚姻期間中の一部において、年金分割を認める外国法に服しているときであって（同第 2 号）、その実行が双方の経済関係に鑑みてドイツ以外の地で過ごした期間を算入することが衡平の原則に反しないとき、ドイツ法に基づいて認められる。

²⁹⁵ MünchKomm/Rauscher, op.cit., § 102 FamFG, Rn. 1 *et seq.*

²⁹⁶ Zöller/Geimer, op.cit., § 102 FamFG, Rn. 3.

²⁹⁷ MünchKomm/Rauscher, op.cit., § 102 FamFG, Rn. 4.

²⁹⁸ MünchKomm/Rauscher, op.cit., § 102 FamFG, Rn. 7.

(b) ドイツにおける年金期待権

FamFG 第 102 条第 2 号によれば、ドイツ裁判所は、内国における年金期待権 (Inländische Anrechte) について判断すべき場合に管轄をもつ。これは、EGBGB 第 17 条第 3 項第 2 文第 1 号にいう「内国における年金期待権」(Inländische Versorgungsanwartschaft) (申立てによる年金分割請求) に相当する²⁹⁹。

問題は、FamFG 第 102 条第 2 号に基づく管轄が、①専ら内国における年金期待権を争う場合にだけ妥当するのか、あるいは、②内国における年金期待権に加えて、外国における年金期待権も分割請求の対象となっている場合にも妥当するのかという点である。これは、EGBGB 第 17 条第 3 項第 2 文第 1 号の申立てによる年金分割請求が、内国における年金期待権だけを対象とするのか、あるいは外国における年金期待権も包括するのかという議論とも共通する。もっとも、管轄が問題となるのは、EGBGB 第 17 条第 3 項第 2 文の場合に限られない。むしろ、ドイツには FamFG 第 102 条第 2 号に基づく管轄しか存しないが、EGBGB 第 17 条第 3 項第 1 文に基づいて、職権で包括的な年金分割が行われるべき場合もある。この場合に、管轄の欠缺が生じないようにするためには、FamFG 第 102 条第 2 号に基づく管轄を内国における年金期待権に限定すべきではない。むしろ、一旦ドイツの管轄が肯定されれば、その判断の対象となる事項は、専ら EGBGB 第 17 条第 3 項によって決定されるという³⁰⁰。

(c) ドイツ裁判所による離婚

FamFG 第 102 条第 3 号によれば、ドイツ裁判所が離婚判決を下した場合には、独立の年金分割請求についても国際裁判管轄をもつ。規定の目的に照らせば、特に対象となるのは、外国における年金期待権が離婚の附帯処分としての年金分割において参入されていなかったため、事後的に (通常は債務法上の) 年金分割請求がなされる場合である。もっとも、それに限定されず、ドイツ裁判所が離婚判決を下した場合には、第 3 号に定める管轄原因が、事後的に EGBGB 第 17 条第 3 項に基づいて年金分割が行われるあらゆる場合に妥当する。なお、年金分割請求が離婚事件の附帯処分として係属しており、事後的に分離されたに過ぎない場合には、FamFG 第 98 条第 2 項の規定に従う³⁰¹。

(d) 限定列举及び専属管轄の否定

FamFG 第 102 条は、附帯処分ではない独立の年金分割請求事件について、管轄原因を限定列举しており、それ以外の管轄原因は認められない。この規定は、従前の判例と異なって、一方配偶者のドイツ国籍だけに基づく管轄 (FamFG 第 98 条第 1 項第 1 号参照) を否定することを主な目的としていた。それゆえ、ドイツ法上年金分割請求権が認められること、あるいは EGBGB 第 17 条第 3 項第 2 文第 2 号 (婚姻期間中の一時期、婚姻の身分的効力の準拠法がドイツ法であったこと) によって申立てに

²⁹⁹ MünchKomm/Rauscher, op.cit., § 102 FamFG, Rn. 9.

³⁰⁰ MünchKomm/Rauscher, op.cit., § 102 FamFG, Rn. 10.

³⁰¹ MünchKomm/Rauscher, op.cit., § 102 FamFG, Rn. 11.

基づく年金分割請求権が認められることをもって、直ちに国際裁判管轄が肯定されるわけではない。さらに、ZPO 上の一般的な管轄ルールの援用、特に合意管轄も排除されている³⁰²。

FamFG 第 102 条の管轄は専属的ではなく、外国裁判所の管轄と競合する (FamFG 第 106 条参照)。

(e) 管轄の継続

訴訟係属後に管轄原因事実が失われた場合に、管轄が継続するか否かは、その性質上、FamFG 第 102 条第 1 号についてしか問題とならない。訴訟係属時にドイツに常居所を有していた一方配偶者が、その後口頭弁論終結前に外国に常居所を移した場合には、ZPO 第 261 条第 3 項第 2 号に基づいてドイツ裁判所の管轄は係属する。年金分割請求は、財産法的性格が強いため、FamFG 第 99 条や第 101 条のような権利保護の要請は働かないと解されている³⁰³。

G. 登録パートナーシップ事件

1. 総説

FamFG 第 103 条は、登録パートナーシップ事件の国際裁判管轄について規定している。この規定は、従前の ZPO 第 661 条を引き継ぎ、発展させたものである。FamFG 第 103 条第 1 項によれば、登録パートナーシップの解消又は存否確認については、ドイツ裁判所は、①一方当事者が現在又は登録パートナーシップ締結時にドイツ人であるとき (第 1 号)、②一方当事者がドイツに常居所をもつとき (第 2 号)、あるいは③登録パートナーシップがドイツで締結されたとき (第 3 号) に管轄をもつ。同条第 2 項によれば、同第 1 項に基づく管轄は、附帯処分にも及ぶ。同条第 3 項によれば、第 99 条、第 101 条、第 102 条、第 105 条は、登録パートナーシップにも準用される。

2. 登録パートナーシップの解消及び存否確認に関する国際裁判管轄ルール

(1) 適用範囲

(a) 事項的適用範囲

FamFG 第 103 条第 1 項は、同規定が登録パートナーシップの解消 (FamFG 第 269 条第 1 項第 1 号) 及び登録パートナーシップの存否確認 (同第 2 号) に適用されることを明文で定めている。それ以外の登録パートナーシップに関する事項については、FamFG 第 103 条第 2 項及び第 3 項によって国際裁判管轄が決定される。登録パートナーシップの「解消」という概念には、異性間の婚姻における「離婚」及び「婚姻取消し」の双方に相当する法律関係が含まれる (各々登録パートナーシップ法第 15 条第 1 項・第 2 項第 1 文、そして同第 15 条第 2 項第 2 文に規定がある)³⁰⁴。

問題は、FamFG 第 103 条第 1 項の規定が、外国法上の法制度にも拡張して適用されるか否かという点である。外国法秩序における対応する法制度は、多種多様である。具体的には、①同性カッ

³⁰² MünchKomm/Rauscher, op.cit., § 102 FamFG, Rn. 12.

³⁰³ MünchKomm/Rauscher, op.cit., § 102 FamFG, Rn. 13.

³⁰⁴ MünchKomm/Rauscher, op.cit., § 103 FamFG, Rn. 5.

プルの婚姻を認める国々（同性婚型：ベルギー、オランダ、スペインなど）、②同性カップルのためにドイツ法上の登録パートナーシップと類似した法制度を設けている国々（登録パートナーシップ型：米国の複数の州）、他方で、③同性カップルと異性カップルの双方を対象とした制度を設けている国々（パックス型：フランス、またオランダ及びベルギー）、さらには④異性間の事実婚カップルを制度化している国々（非婚共同体型：たとえばスロヴェニア）もある。FamFG 第 103 条は、一方的にドイツ法上の登録パートナーシップ制度を対象としているが（この点は、EGBGB 第 17b 条が登録パートナーシップ制度を対象とした抵触規則を置いているのと同じである）、同規定を外国法上の制度に適用することは否定されていない。実際にも、FamFG 第 103 条第 1 項がドイツ法上の登録パートナーシップにしか適用されないとすると、適用対象を同項第 3 号が定めるドイツを登録地とする登録パートナーシップに限定することになってしまう³⁰⁵。そこで、個々の法制度を性質決定し、それが機能的にみて FamFG 第 103 条にいう「登録パートナーシップ」に相当するか否かを判断する必要がある。

②のモデルが機能的に「登録パートナーシップ」に相当することには争いが無い。①の同性婚についても、通常は、異性間の婚姻とは異なるものとして、ドイツ法上の「登録パートナーシップ」に相当するものと解されている（いずれもブリュッセル IIbis 規則の適用はない〔後述参照〕）。

③のパックス型については、同性カップル同士のパックス（民事連帯契約）に関するかぎり、FamFG 第 103 条第 1 項が直接適用される。他方、異性カップル同士のパックスについては、憲法第 6 条第 1 項の「婚姻及び家族の保護」に関する競合禁止の原則に基づいて、登録パートナーシップは同性カップルであることを要件とするため、FamFG 第 103 条第 1 項は直接適用されえない。しかし、現実には利害関係が共通しており、登録地の管轄及び居住地の管轄を認める必要があると解されることから、FamFG 第 103 条第 1 項が類推適用されるという。

それに対して、④の非婚共同体型については、身分関係を構成せず、事実上の同居に基づいて親族法類似の法的効果を導くに過ぎない場合には、FamFG 第 103 条第 1 項は適用されない。ただし、婚姻挙行の方式を履践していなくても、当該外国法が身分関係として構成している場合には（コモンロー婚、南米諸国の事実婚〔matrimonio de hecho〕など）、FamFG 第 98 条にいう婚姻の問題となる³⁰⁶。

(b) EU 法及び条約

FamFG 第 103 条第 1 項に優先して適用される条約上又は EU 法上の規範は存在しない。ブリュッセル IIbis 規則は、登録パートナーシップには適用されない。また、同規則にいう「婚姻」とは、EU 法に固有の概念であり、それを同性カップルにも拡張する構成国の国内法制は基準とならないため、同性婚もブリュッセル IIbis 規則の適用対象外であると解されている³⁰⁷。

³⁰⁵ MünchKomm/Rauscher, op.cit., § 103 FamFG, Rn. 6.

³⁰⁶ MünchKomm/Rauscher, op.cit., § 103 FamFG, Rn. 7.

³⁰⁷ MünchKomm/Rauscher, op.cit., § 103 FamFG, Rn. 8 *et seq.*; Zöller/Geimer, op.cit., § 103 FamFG, Rn. 1.

(2) 管轄原因

(a) 一方パートナーのドイツ国籍

FamFG 第 103 条第 1 項第 1 号によれば、パートナーの一方が口頭弁論終結時又はパートナーシップ登録時においてドイツ人であった場合に、国際裁判管轄が認められる。本条にいう「ドイツ人」の概念は、FamFG 第 98 条第 1 項第 1 号等の概念と一致する³⁰⁸。

(b) 一方パートナーのドイツにおける常居所

FamFG 第 103 条第 1 項第 2 号によれば、ドイツ裁判所は、一方パートナーが現在ドイツに常居所を有している場合にも管轄をもつ。「常居所」概念は、FamFG 第 98 条第 1 項等の概念と一致する。

ただし、FamFG 第 98 条第 1 項第 4 号とは異なって、FamFG 第 103 条第 1 項第 2 号は、当事者の本国における承認可能性を要件としていない。この点については、過剰管轄であるとの批判もあるという。しかし、現実には、FamFG 第 103 条第 1 項第 2 号による管轄が問題となるのは、ドイツに居住する外国人パートナーが（ドイツ人であれば第 1 号による）、外国法に基づいて登録されたパートナーシップ（ドイツで締結されていれば第 3 号による）——機能的にドイツ法上の登録パートナーシップに相当するもの——に関する身分関係訴訟を提起する場合に限定され、実務上の意義は大きくはない。また、ドイツとしては、当事者の本国法上の制度にかかわらず登録パートナーシップ制度による保護を与えている以上は（EGBGB 第 17b 条第 1 項によれば、登録パートナーシップは原則として登録地法による）、当事者に外国法上の類似の法制度に基づく保護も与えるのが一貫している。そして、同性カップルによる登録パートナーシップの制度をもっている国は、まだ限られており、外国での承認可能性は担保されていないため、当事者の本国での承認可能性を度外視することは当事者の不利にはならない。さらに、登録パートナーシップが婚姻とは異なる制度である以上、前者を解消する際の管轄要件を離婚の場合よりも緩和しても不当ではないと解されている³⁰⁹。

(c) ドイツにおける登録パートナーシップの創設的登録

FamFG 第 103 条第 1 項第 3 号によれば、登録パートナーシップがドイツ当局において締結されたかぎり、ドイツ裁判所は登録パートナーシップ事件に関する管轄をもつ。国際的にまだ確立していない身分制度を創設した国は、その身分関係の確認及び解消について法的保護を与えるのが相当であるといえる。このような登録を基準とする管轄は、EGBGB 第 17b 条とも平仄が合うものであり、婚姻事件の国際裁判管轄とは同列に論じ得ない（もとより婚姻事件について婚姻挙行地の国際裁判管轄を認めれば、明らかに過剰管轄となる）³¹⁰。

FamFG 第 103 条第 1 項第 3 号は、ドイツにおいてドイツ法に従い、登録パートナーシップが創設されたことを前提とする。これは、EGBGB 第 17b 条第 1 項第 1 号によれば、登録パートナーシッ

³⁰⁸ MünchKomm/Rauscher, op.cit., § 103 FamFG, Rn. 10 *et seq.*

³⁰⁹ MünchKomm/Rauscher, op.cit., § 103 FamFG, Rn. 12.

³¹⁰ Zöller/Geimer, op.cit., § 103 FamFG, Rn. 17.

プの実質的及び形式的成立要件のいずれについても登録地法が準拠法とされ、実質と方式の並行が予定されていることによる³¹¹。

(3) 国際裁判管轄に関する基本原則

(a) 限定列举及び専属管轄の否定

登録パートナーシップ事件について、FamFG 第 103 条第 1 項に掲げる管轄原因は限定列举であり、それ以外の管轄原因は認められない³¹²。登録パートナーシップ事件に関する国際裁判管轄は、専属管轄ではなく、外国裁判所の管轄と競合しうる (FamFG 第 106 条)。それゆえ、ドイツ裁判所が管轄をもつことは、登録パートナーシップに関する外国裁判を承認する障碍とはならない。

(b) 管轄の継続

管轄の継続は、婚姻事件と同様に認められる。

3. それ以外の登録パートナーシップ事件に関する国際裁判管轄ルール

(1) 適用範囲

(a) 事項的適用範囲

FamFG 第 103 条第 2 項及び第 3 項が対象とするその他の登録パートナーシップ事件とは、FamFG 第 269 条第 1 項第 3 号～第 12 号及び同条第 2 項・第 3 項に定める事項である。具体的には、①親権、面接交流権、子の引渡請求 (FamFG 第 269 条第 1 項第 3 号)、②養子縁組及び養子縁組への同意に代わる家庭裁判所の決定 (第 4 号)、③登録パートナーシップに基づく住居 (第 5 号)、④家財 (第 6 号)、⑤年金分割請求 (第 7 号)、⑥登録パートナーとの共通の未成年子に対する法律上の扶養義務 (第 8 号)、⑦登録パートナーシップに基づく法律上の扶養義務 (第 9 号)、⑧登録パートナーシップ財産制に基づく請求 (第三者が関与する場合を含む) (第 10 号)、⑨登録パートナーシップに基づく財産処分に関する家庭裁判所の決定 (第 11 号)、⑩登録パートナーシップ財産契約に基づく財産処分に関する家庭裁判所の決定 (第 12 号)、⑪登録パートナーシップの予約 (FamFG 第 269 条第 2 項第 1 号)、⑫登録パートナーシップに基づく請求 (同第 2 号)、⑬登録パートナーシップに関する別居又は解消に関する当事者同士の請求、あるいは登録パートナーと一方親の請求 (同第 3 号)、そして、⑭日常家事債務 (FamFG 第 269 条第 3 項) である。

(b) EU 法及び条約

ブリュッセル IIbis 規則第 8 条以下は、登録パートナーシップに基づく親責任にも適用される。ただし、同規則第 12 条は、婚姻関係の存在を前提とし、当事者の合意及び子の福祉にかなうことを

³¹¹ MünchKomm/Rauscher, op.cit., § 103 FamFG, Rn. 13 *et seq.*

³¹² MünchKomm/Rauscher, op.cit., § 103 FamFG, Rn. 16. FamFG 第 98 条の類推適用、土地管轄に関する FamFG 第 270 条第 1 項及び第 121 条、一般原則としての ZPO を援用することで、別の管轄原因を認めることはできない。

要件として、離婚、法定別居又は婚姻無効に附帯して親責任事件の管轄を認める規定であるため、登録パートナーシップには適用されないと解されている³¹³。他方、登録パートナーシップに基づく扶養義務には、EU 扶養義務規則が適用される。登録パートナーシップの財産関係については、上述のとおり、いずれ EU 規則が制定される予定である。

条約としては、登録パートナーシップに基づく監護権について、1961 年ハーグ未成年者保護条約及び 1996 年ハーグ子の保護条約が適用される。ただし、1996 年条約第 10 条は、婚姻関係の存在を前提とし、当事者の合意及び子の福祉にかなうことを要件として、離婚、法定別居又は婚姻無効に附帯して親責任事件の管轄を認める規定であるため、登録パートナーシップには適用されないと解されている³¹⁴。

(2) 管轄原因

(a) 附帯処分

登録パートナーシップの解消又は存否確認 (FamFG 第 269 条第 1 項第 1 号・第 2 号) の国際裁判管轄は、その附帯処分にも及ぶ (FamFG 第 103 条第 2 項)。この原則は、婚姻事件に関する FamFG 第 98 条第 2 項と一致する。

(b) 独立した登録パートナーシップ事件

FamFG 第 103 条第 3 項は、FamFG 第 97 条以下の一般原則が登録パートナーシップにも妥当することを確認しているに過ぎない。つまり、FamFG 第 269 条第 1 項第 3 号から第 12 号に定める登録パートナーシップ事件は、当然に各々の家事事件の国際裁判管轄の問題として処理される。その意味では、FamFG 第 103 条第 3 項が第 99 条、第 101 条、第 102 条、第 105 条が「準用される」と規定しているのは、当事者が婚姻関係にあるか登録パートナーシップ関係にあるかを区別しない身分関係に関するかぎり、ミスリーディングであるという³¹⁵。

FamFG 第 103 条第 3 項が援用しているのは、次の事項である (番号は上記 3(1)(a)参照)。①親権、面接交流権、子の引渡請求 (FamFG 第 269 条第 1 項第 3 号) の管轄については、FamFG 第 99 条による。②養子縁組及び養子縁組への同意に代わる家庭裁判所の決定 (第 4 号) の管轄については、第 101 条による。⑤年金分割請求 (第 7 号) の管轄については、第 102 条による。その他、家事事件に対応する制度があるが、国際裁判管轄に関する明文規定がない登録パートナーシップ事件については³¹⁶、FamFG 第 105 条に基づき土地管轄に関する規定を準用することで、国際裁判管轄が決定され

³¹³ MünchKomm/Rauscher, op.cit., § 103 FamFG, Rn. 20.

³¹⁴ MünchKomm/Rauscher, op.cit., § 103 FamFG, Rn. 23 *et seq.*

³¹⁵ MünchKomm/Rauscher, op.cit., § 103 FamFG, Rn. 25.

³¹⁶ 具体的には、③登録パートナーシップに基づく住居 (第 5 号)、④家財 (第 6 号)、⑥未成年子に対する扶養義務 (第 8 号)、⑦登録パートナーに対する扶養義務 (第 9 号)、⑧登録パートナーシップ財産制に基づく請求 (第三者が関与する場合を含む) (第 10 号)、⑨法定財産制に基づく財産処分に関する家庭裁判所の決定 (第 11 号)、⑩登録パートナーシップ財産契約に基づく財産処分に関する家庭裁判所の決定 (第 12 号) を指す。

る³¹⁷。その他、FamFG 第 269 条第 2 項及び第 3 項に定める登録パートナーシップ事件については³¹⁸、「その他の家事事件」（FamFG 第 266 条第 1 項第 1 号～第 3 号及び第 2 項）と同様に、FamFG 第 105 条によって土地管轄の規定を準用することで国際裁判管轄が決定される³¹⁹。

H. 世話事件及び保護收容事件、成年補佐事件

1. 総説

FamFG 第 104 条によれば、世話事件及び保護收容事件、そして成年補佐事件については、①本人又は成年者である被補佐人がドイツ人であるとき（FamFG 第 104 条第 1 項第 1 号）、②ドイツ国内に常居所を有するとき（同第 2 号第 1 文）、あるいは③本人又は成年者である被補佐人がドイツ裁判所による保護措置を必要とするとき（同第 2 号第 2 文）には、国際裁判管轄が認められる。未成年者の後見命令に関する FamFG 第 99 条第 2 項及び第 3 項の規定は準用される（FamFG 第 104 条第 2 項）。ただし、FamFG 第 104 条第 1 項・第 2 項の規定は、第 312 条第 3 号に基づく保護收容事件³²⁰には適用されない（FamFG 第 104 条第 3 項）³²¹。

2. 適用範囲

(a) 事項的適用範囲

(aa) 世話事件及び保護收容事件

FamFG 第 104 条は、同第 271 条に定める世話事件及び同第 312 条に定める保護收容事件を適用対象としている³²²。FamFG 第 271 条によれば、世話事件とは、①世話人の選任及び世話関係の解消（第 1 号）、②同意権の留保決定に関する手続（第 2 号）、③その他の成年者の法律上の世話（BGB 第 1896 条から第 1908i 条まで）に関する手続であって、保護收容事件以外のもの（第 3 号）を指す。

他方、FamFG 第 312 条によれば、保護收容事件とは、①被世話人（BGB 第 1906 条第 1～第 3 号）、あるいは第三者に自由を奪う保護收容を行う権限を付与した者（BGB 第 1906 条第 5 項）の自由を奪う保護收容の許可（FamFG 第 312 条第 1 号）、②BGB 第 1906 条第 4 項に基づく自由を奪う措置の許可（FamFG 第 312 条第 2 号）、③精神病者の保護收容に関する州法に基づく成年者の自由を奪う保護收容（FamFG 第 312 条第 3 号）を指す。ただし、FamFG 第 104 条第 3 項では、明文で③FamFG 第 312 条第 3 号に関する措置を適用対象から外しているため、結局は①及び②だけが対象となる。

³¹⁷ MünchKomm/Rauscher, op.cit., § 103 FamFG, Rn. 26.

³¹⁸ 具体的には、①登録パートナーシップの予約（FamFG 第 269 条第 2 項第 1 号）、②登録パートナーシップに基づく請求（同第 2 号）、③登録パートナーシップ上の別居又は解消に関する当事者間の請求、あるいは登録パートナーと一方親の請求（同第 3 号）、そして、④日常家事債務（FamFG 第 269 条第 3 項）を指す。

³¹⁹ MünchKomm/Rauscher, op.cit., § 103 FamFG, Rn. 27.

³²⁰ 後掲訳及び注参照。

³²¹ FamFG 第 104 条第 1 項は、従前の FGG 第 35b 条第 1 項・第 2 項及び第 69e 条第 1 項第 1 文を受けたものである。FamFG 第 104 条第 3 項は、従前の FGG 第 70 条第 4 項における例外規定を引き継いでいる。FamFG 第 104 条第 2 項は、従前の FGG 第 70 条第 4 項及び第 47 条（すでに外国裁判所によって保護措置が取られている場合）を引き継いだ規定である。MünchKomm/Rauscher, op.cit., § 104 FamFG, Rn. 1 *et seq.*

³²² MünchKomm/Rauscher, op.cit., § 103 FamFG, Rn. 3.

(bb) 成年補佐事件

成年補佐事件とは、FamFG 第 340 条第 1 号にいう世話裁判所の事務として世話裁判所が行うもの、すなわち未成年者及び胎児の補佐、そして相続補佐を除く補佐事件を指す³²³。

それに対して、FamFG 第 340 条第 2 号にいう世話裁判所による事務に関しては、国際裁判管轄を定める明文規定がない。しかし、世話人ではない代理人の選任の場合と利害関係は共通するため、FamFG 第 104 条第 1 項を準用することが提唱されている。もっとも、FamFG 第 105 条に従って土地管轄に関する規定（FamFG 第 341 条及び第 272 条）を準用しても、国際裁判管轄のルールとしては実質的に違わない。今後、立法が予定されている世話裁判所の事務についても、同様に扱うことが提唱されている³²⁴。

(b) EU 法及び条約

以上の事項的適用範囲に入る EU 法上の規範は存在しない。条約としては唯一、2000 年 1 月 13 日ハーグ成年者保護条約（2009 年 1 月 1 日にドイツについて発効）の適用が問題となる。成年者保護条約は、成年者のための世話、補佐、その他の代理関係の設定及び実行、民事上の保護収容措置等に広く適用される。ただし、相続法上の法律行為に関する許可要件（たとえば BGB 第 1908i 条第 1 項第 1 文及び第 1822 条第 1 号・第 2 号）は、FamFG 第 104 条の適用対象となるが、成年者保護条約との関係では、世話関係（すなわち保護措置）ではなく、世話人の事務（相続法上の事務）に該当するため、同条約第 4 条第 1 項 d 号によって適用除外されている。

2000 年成年者保護条約は、1961 年未成年者保護条約及び 1996 年子の保護条約と同様に、本人の国籍とは関係なく、本人が締約国の一つに常居所を有するかぎり、国内法上の管轄ルールに優先して適用される。ただし、例外的に常居所が不明である場合には、本人が締約国の一つに単なる居所をもつだけで同条約が適用される³²⁵。それ以外の場合には、FamFG 第 104 条によって国際裁判管轄が決定される。成年者保護条約における国際裁判管轄ルールの詳細については、個別項目の解説にゆずる。

3. 国際裁判管轄ルール

(1) FamFG 第 104 条第 1 項に基づく国際裁判管轄

(a) 総説

成年者保護条約が適用されず、FamFG 第 104 条によって国際裁判管轄を決定すべき場合には、ドイツ裁判所は、①本人がドイツ人であるとき（FamFG 第 104 条第 1 項第 1 号）、②本人がドイツに常居所をもつとき（同第 2 号第 1 文）、あるいは③本人がドイツ裁判所による保護措置を必要とすると

³²³ MünchKomm/Rauscher, op.cit., § 104 FamFG, Rn. 4.

³²⁴ MünchKomm/Rauscher, op.cit., § 104 FamFG, Rn. 5.

³²⁵ MünchKomm/Rauscher, op.cit., § 104 FamFG, Rn. 6 *et seq.*

き（同第2号第2文）に管轄をもつ。これらの管轄原因の解釈については、基本的に親子事件について述べたことが妥当する（上述箇所参照）。

ただし、成年者の常居所の決定に当たっては、成年者保護条約第5条と同様に、本人の自然な意思（*natürliche Willensrichtung*）が基準とされる。仮に成年者の判断能力が衰えていても、常居所を決定するメルクマールとなる社会環境への統合を判断するには、本人の意思を重視すべきであるからである。保護を必要とする成年者が本人の意思に反して他国に連れて行かれた場合には、子奪取の場合と同じく、従前の常居所が存続すると解される。ドイツ人の中には、冬の間だけイタリアやスペイン等の地中海沿岸で過ごす老年者（*Mittelmeer-Überwinterer*）も多く、そのような者については、複数の常居所、あるいは季節ごとに入れ替わる常居所の概念を認めるべきか否かを論ずる必要があるという³²⁶。

(b) 管轄に関する一般原則

一旦ドイツ裁判所の国際裁判管轄が認められたが、訴訟係属後に管轄原因事実が失われた場合（常居所が外国に移された場合など）に管轄が継続するか否かは、一義的には決められない。むしろ、親子事件の場合と同じく、具体的事案ごとに、成年者のための保護措置を取るのにどの国の裁判所が適しているかを判断したうえで、管轄の継続を認めるか否かを判断するとされている³²⁷。

FamFG 第104条第1項に定める3つの管轄原因、そして同条第2項・第3項に定める管轄原因は、いずれも同列である。ただし、同第2項によれば、ドイツ裁判所が管轄をもっており、本人の保護の必要性が存する場合であっても、外国裁判所による保護措置に鑑みて、内国での保護措置を差し控えることがある。なお、ドイツ裁判所には専属管轄はなく、外国裁判所の管轄と競合しうる（FamFG 第106条）。

(2) FamFG 第104条第2項に基づく国際裁判管轄

FamFG 第104条第1項に基づいてドイツ裁判所に管轄が認められる場合に、外国裁判所も同時に管轄をもっている場合の調整、そして世話事務の外国への引き継ぎ又は外国からの引き受けは、親子事件に関する FamFG 第99条第2項及び第3項の規定に則って行われる。

ただし、成年者については、親子事件と異なる事情もありうる。特に成年者について外国で後見が開始されていても、ドイツでは、本人の権利（特に人格権）への介入度が低く適切な措置として、世話が開始されることもありうる。FamFG 第104条第2項によって第99条第2項を準用する際には、ドイツで世話を開始することのメリットと、それによって外国で開始された後見の承認が拒否されること（FamFG 第109条第1項第3号参照）、またドイツの保護措置が外国において承認されないであろうことのデメリットを勘案して判断される³²⁸。

³²⁶ MünchKomm/Rauscher, op.cit., § 104 FamFG, Rn. 11, 18.

³²⁷ MünchKomm/Rauscher, op.cit., § 104 FamFG, Rn. 18.

³²⁸ MünchKomm/Rauscher, op.cit., § 104 FamFG, Rn. 22 *et seq.*

I. その他の家事事件及び非訟事件

1. 総説

FamFG 第 98 条～第 104 条において明文規定がない事項の国際裁判管轄は、FamFG 第 105 条に従い、土地管轄に関する規定を準用することで決定される。FamFG 第 105 条の規定は、該当する土地管轄ルール「二重機能性」(Doppelfunktionsgrundsatz)を示すものである³²⁹。

特に従来は、非訟事件としての相続及び遺産分割事件について、いわゆる「並行原則」(準拠法と国際裁判管轄の並行を指す)が妥当しており、ドイツ法が相続準拠法となる場合にのみ国際裁判管轄が認められていたが³³⁰、FamFG 第 105 条によって、新たに相続及び遺産分割事件についても土地管轄に関する規定が準用されるに至っている³³¹。

2. FamFG 第 98～第 104 条以外の家事事件の国際裁判管轄ルール

(1) 婚姻住居及び家財事件

婚姻住居及び家財事件の国際裁判管轄を定める EU 法又は条約法上の規範は存在しない。これらの事件は、EU 法に固有の解釈としては夫婦財産制に分類され、ブリュッセル I 規則第 1 条第 2 項 a 号及び 2007 年ルガノ条約第 1 条第 2 項 a 号によって適用除外されている³³²。

FamFG 第 200 条に定める手続 (BGB 第 1361a 条 [別居後の家財の分割], 第 1361b 条 [別居後の婚姻住居], 第 1568a 条 [離婚後の婚姻住居の扱い], 第 1568b 条 [離婚後の家財の分割]) の国際裁判管轄については、FamFG 第 201 条を準用する。それによれば、ドイツ裁判所は、①ドイツにおいて婚姻事件 (離婚の場合には、FamFG 第 98 条第 2 項に基づく管轄が認められる) が係属している場合 (FamFG 第 201 条第 1 号準用)、②夫婦共通の住居がドイツにある場合 (同第 2 号準用)、あるいは③夫婦の一方がドイツに常居所をもっている場合 (同第 3 号及び第 4 号準用) に管轄をもつ³³³。

(2) 暴力からの保護に関する事件

夫婦間又は登録パートナーシップ間の暴力事件は、婚姻住居及び家財事件に近い事項であるため、同様にブリュッセル I 規則及びルガノ条約の適用は除外される。それに対して、婚姻関係又は登録パートナーシップ関係にない者の間の暴力については、ブリュッセル I 規則第 5 条第 3 号 (2007 年ルガノ条約第 5 条第 3 号) に定める不法行為の一つであるため、同規則又はルガノ条約によって国際裁判管轄が決定される。その場合には、被告の住所地 (ブリュッセル I 規則第 2 条/ルガノ条約第 2 条) 又は不法行為地 (ブリュッセル I 規則第 5 条第 3 号/ルガノ条約第 5 条第 3 号) が管轄原因となる。ただし、

³²⁹ Zöller/Geimer, op.cit., § 105 FamFG, Rn. 1.

³³⁰ ただし、外国法が準拠法となる場合にも、内国に所在する財産については相続証書が発行されてきた (BGB 第 2369 条)。

³³¹ MünchKomm/Rauscher, op.cit., § 105 FamFG, Rn. 1 *et seq.*

³³² MünchKomm/Rauscher, op.cit., § 105 FamFG, Rn. 5.

³³³ MünchKomm/Rauscher, op.cit., § 105 FamFG, Rn. 6.

GewSchG（ドイツ暴力からの保護に関する法律）³³⁴第2条に定める住居の専権的利用に関する措置については、ブリュッセルI規則第22条第1号/2007年ルガノ条約第22条第1号に定める不動産に関する物権的権利をめぐる争いとして、不動産所在地の専属管轄が認められる³³⁵。

被告がEU構成国又はルガノ条約の締約国以外の国に住所をもつ場合には、FamFG第211条の準用によって国際裁判管轄が導かれる。それによれば、①当該行為がドイツにおいて行われたとき（FamFG第211条第1号準用）、②当事者の共通住居がドイツにあるとき（同第2号準用）、あるいは③相手方がドイツに常居所をもつとき（同第3号準用）に国際裁判管轄が認められる。①の行為地は、ブリュッセルI規則第5条第3号及びZPO第32条の不法行為地と同じ概念として理解され、行動地と結果発生地双方が含まれる。それゆえ、加害者が外国から通信手段を用いてドイツにいる被害者をストーキングした場合にも（GewSchG第1条第2項第2号b）、またドイツにおいて暴力を振るう旨の脅しだけでも（GewSchG第1条第2項第1文第1号）、ドイツ裁判所の管轄が肯定される³³⁶。

(3) 扶養事件

扶養事件の国際裁判管轄については、EU法上、扶養義務規則によって管轄が決定される。EU扶養義務規則は、場所的適用範囲を被告が構成国に住所をもつ場合に限定しておらず、一般的な適用を予定している。そして、EU構成国又はルガノ条約締約国のいずれも管轄をもたない場合には、補充的管轄として夫婦の共通本国の管轄を認めており（第6条：Auffangzuständigkeit）、国内法上の管轄ルールの適用を排除している。それゆえ、扶養義務規則又はルガノ条約の事項的適用範囲に入る扶養事件については、FamFG第105条及び第231条第1項は適用されない（上述I-A参照）。しかも、扶養義務規則は、家族間の扶養全般を対象とするため、FamFG第269条第1項第9号に定める登録パートナーシップに基づく扶養義務もその事項的適用範囲に含まれる³³⁷。

扶養義務規則によれば、第一に、扶養義務者又は扶養権利者がドイツに常居所をもつ場合に、ドイツ裁判所の管轄が認められる（扶養義務規則第3条a・b号）。この規定は、同時に土地管轄も定めている。また、身分関係事件又は親責任事件について国際裁判管轄をもつ裁判所は、附帯処分としての扶養請求についても管轄をもつ（同条c・d号）。当事者には、一定範囲で管轄合意が認められ（同4条）、応訴管轄も認められる（同第5条）。扶養義務規則第3条～第5条の規定によっても、EU構成国又はルガノ条約締約国のいずれも管轄をもたない場合には、補充的に夫婦の共通本国の管轄が認められる（同第6条）。

³³⁴ Gesetz zum zivilrechtlichen Schutz vor Gewalttaten und Nachstellungen (Gewaltschutzgesetz - GewSchG) vom 11.12.2001, BGBl. I S. 3513.

³³⁵ MünchKomm/Rauscher, op.cit., § 105 FamFG, Rn. 7 *et seq.*

³³⁶ MünchKomm/Rauscher, op.cit., § 105 FamFG, Rn. 9.

³³⁷ MünchKomm/Rauscher, op.cit., § 105 FamFG, Rn. 11.

(4) 夫婦財産制・登録パートナーシップ財産制

夫婦財産制及び登録パートナーシップ財産制については、今後 EU 規則が制定され、そこで国際裁判管轄についても規律される予定である（詳細は、個別項目の解説にゆずる）。これらの EU 規則が制定・施行されるまでは、離婚事件等の附帯処分ではなく、独立の裁判手続としての夫婦財産事件については、FamFG 第 105 条に基づいて第 262 条第 2 項を準用することで国際裁判管轄が導かれる。FamFG 第 262 条第 2 項は、ZPO の規定を準用しているため、具体的には、①請求の相手方の常居所地（ZPO 第 12・第 13 条準用）、あるいは②十分な内国牽連性がある場合には財産所在地（ZPO 第 23 条準用）がドイツにある場合に、国際裁判管轄が肯定される³³⁸。

なお、夫婦財産登記簿への登記、特に EGBGB 第 16 条に基づく外国法上の契約又は法定夫婦財産制の登記については、夫婦の一方がドイツに常居所をもつかぎり、ドイツ裁判所の管轄が認められる（FamFG 第 105 条による第 377 条第 3 項の準用）。夫婦いずれもドイツに常居所をもたないが、一方配偶者がドイツにおいて事業を行う場合、第三者に対抗するためにはドイツでの登記が必要となる（EGBGB 第 16 条第 1 項）。その場合の国際裁判管轄は、EGHGB³³⁹第 4 条第 1 項から導かれ³⁴⁰、主たる事業所所在地を所轄する夫婦財産登記簿に登記するだけで、土地管轄が発生する³⁴¹。

登録パートナーシップ財産事件（FamFG 第 269 条第 1 項第 10 号）の国際裁判管轄については、FamFG 第 105 条に基づいて土地管轄のルールが準用される。そして、FamFG 第 270 条第 1 項第 2 文によれば、FamFG 第 111 条第 9 号の夫婦財産事件に準じて扱われるため、上述の夫婦財産事件の管轄ルールが登録パートナーシップにも妥当することになる。

(5) 保護收容措置

FamFG 第 99 条第 1 項及び第 104 条第 3 項が対象としていない、州法に基づく精神病者の保護收容措置については、未成年者の場合にはブリュッセル IIbis 規則及び 1996 年ハーグ子の保護条約の適用が、成年者の場合には 2000 年ハーグ成年者保護条約の適用がありうる。ドイツ法上は、公法上の保護措置であっても、それが EU 法上又は条約上の概念としては私法上の保護措置に当たるかぎり、これらの規範が適用される³⁴²。

本人が EU 構成国又はハーグ条約締約国に常居所をもたない場合には、FamFG 第 105 条及び第 152 条（未成年者）又は第 313 条第 3 項（成年者）に従って国際裁判管轄が決定される。それによれば、未成年者については、本人がドイツに常居所をもつとき又はドイツにおいて保護する必要がある

³³⁸ MünchKomm/Rauscher, op.cit., § 105 FamFG, Rn. 15 *et seq.*

³³⁹ Einführungsgesetz zum Handelsgesetzbuch (HGBEG) vom 10.05.1897, zuletzt geändert durch das Gesetz vom 22.12.2011 (BGBl. I S. 3044).

³⁴⁰ EGHGB 第 4 条第 1 項は、「Die nach dem bürgerlichen Recht mit einer Eintragung in das Güterrechtsregister verbundenen Wirkungen treten, sofern ein Ehegatte Kaufmann ist und seine Handelsniederlassung sich nicht in dem Bezirk eines für den gewöhnlichen Aufenthalt auch nur eines der Ehegatten zuständigen Registergerichts befindet, in Ansehung der auf den Betrieb des Handelsgewerbes sich beziehenden Rechtsverhältnisse nur ein, wenn die Eintragung auch in das Güterrechtsregister des für den Ort der Handelsniederlassung zuständigen Gerichts erfolgt ist. Bei mehreren Niederlassungen genügt die Eintragung in das Register des Ortes der Hauptniederlassung.」と規定している。

³⁴¹ MünchKomm/Rauscher, op.cit., § 105 FamFG, Rn. 43.

³⁴² 肯定説として、MünchKomm/Rauscher, op.cit., § 105 FamFG, Rn. 17 *et seq.*

るときに (FamFG 第 152 条準用), 成年者については, ドイツにおいて保護收容措置をとる必要があるときに (FamFG 第 313 条第 3 項準用), 国際裁判管轄が認められる³⁴³。

3. 相続及び遺産分割事件の国際裁判管轄ルール

(1) EU 法及び条約

EU においては, 2009 年に相続規則提案が出されており, EU 規則として相続規則を制定するための準備作業が進んでいる。条約においては, 領事条約の一部に相続の国際裁判管轄に関する規定がある (上述参照)。

(2) 土地管轄ルールの準用

(a) 並行原則の解消

従来, 非訟事件としての相続及び遺産分割事件の国際裁判管轄は, 判例法理によって「並行原則」に従っていた。そして, EGBGB 第 25 条第 1 項によってドイツ法が準拠法となる場合にだけ, ドイツ裁判所の管轄が認められるとされていた。しかし, FamFG の立法者は, 並行原則を放棄し, 土地管轄に関する FamFG 第 343 条及び第 344 条の規定を準用することで国際裁判管轄ルールを導くこととした (FamFG 第 105 条)³⁴⁴。その根拠として, 土地管轄と国際裁判管轄の平仄を図ることができること, 並行原則が必ずしも国際判決調和に資するとはいえないこと, そして相続・遺産分割事件についてだけ並行原則を認めるのは体系的な調和を欠くこと等が挙げられる³⁴⁵。

(b) 管轄原因

(aa) 相続

FamFG 第 105 条によって同第 343 条を準用することにより, ドイツ相続裁判所は, 次の場合に国際裁判管轄をもつ。

①被相続人が最後の「住所」をドイツに有していたときには, 国際裁判管轄が認められる (FamFG 第 343 条第 1 項)。相続事件については, 法文上の「住所」概念が常居所と読み替えられず, 端的に住所が管轄原因とされるため, 注意が必要である。住所概念は, 相続準拠法とはかかわりなく, BGB 第 7 条以下の規定に従って決定される³⁴⁶。

②ドイツ相続裁判所は, 被相続人がドイツ人であったときにも管轄をもつ (FamFG 第 343 条第 2 項)。この原則は, 被相続人が重国籍者であっても, ドイツ国籍の実効性を問うことなく常に認められる。被相続人が外国に住所をもっていた場合には, ベルリン・シェーネベルク相続裁判所が土地管轄をもつ³⁴⁷。

³⁴³ MünchKomm/Rauscher, op.cit., § 105 FamFG, Rn. 19.

³⁴⁴ Zöller/Geimer, op.cit., § 105 FamFG, Rn. 4.

³⁴⁵ MünchKomm/Rauscher, op.cit., § 105 FamFG, Rn. 34 *et seq.*; Zöller/Geimer, op.cit., § 105 FamFG, Rn. 4.

³⁴⁶ MünchKomm/Rauscher, op.cit., § 105 FamFG, Rn. 25.

³⁴⁷ MünchKomm/Rauscher, op.cit., § 105 FamFG, Rn. 26.

さらに、③ドイツ相続裁判所は、相続財産が内国に所在している場合にも管轄をもつ（FamFG 第 343 条第 3 項）³⁴⁸。

以上の管轄原因は、原則としていずれも包括的である。それゆえ、ドイツに最後の住所をもっていた被相続人についても、EGBGB 第 25 条第 1 項及び第 4 条第 1 項（反致及び転致）ないし第 25 条第 2 項（ドイツに所在する不動産に関するドイツ法の選択）によって準拠法となる法に基づいて、対象を限定しない包括的な相続証書が付与される³⁴⁹。

(bb) 遺言事件

遺言に関わる特殊な問題については、FamFG 第 105 条及び第 344 条に従い、以下の管轄原因が導かれる。

公的機関による特別な遺言書の保管（Verwahrung）については、以下の裁判所が管轄をもつ。公正証書遺言については、公証人が本拠をもつ地を管区とする裁判所が（FamFG 第 344 条第 1 項第 1 号）、遺言が市区町村長の面前で作成された場合には、その市区町村長を管区とする裁判所が（同第 2 号）管轄をもつ。BGB 第 2247 条に基づく自筆証書遺言については、あらゆる裁判所が管轄をもつ。ただし、被相続人はいつでも、第 1 項に従い管轄をもつ裁判所における保管を求めることができる（同第 3 号）。他方、FamFG 第 349 条第 2 項に基づく公的機関による共同遺言の再保管は、先に死亡した者の相続財産について管轄をもつ裁判所が行う。ただし、生存配偶者又は生存登録パートナーが別の区裁判所での保管を求めた場合には、その限りでない（FamFG 第 344 条第 2 項）。相続契約書の保管についても、FamFG 第 344 条第 1 項及び第 2 項が準用される（同第 3 項）。

相続財産の保全（Sicherheit）については、その保全の必要性が存する管区の裁判所が管轄をもつ（FamFG 第 344 条第 4 項）。夫婦財産制について共有制がとられており、夫婦総括財産の一部が相続財産に帰属している場合の夫婦総括財産の分割については、原則として遺産分割を行う裁判所が管轄をもつ（FamFG 第 344 条第 5 項）。FamFG 第 343 に定める以外の裁判所が終意処分証書を保管している場合には、その裁判所が終意処分を開始するための管轄をもつ（FamFG 第 344 条第 6 項）。

相続放棄（BGB 第 1945 条第 1 項）又は相続放棄の取消し（BGB 第 1955 条）の意思表示については、相続放棄を行う者又はその取消しを行う者が住所をもつ管区の相続裁判所も管轄をもつ。この意思表示の記録は、その裁判所から管轄をもつ相続裁判所に転送される（FamFG 第 344 条第 7 項）。

(3) 対象を限定した相続証書

(a) 個別準拠法と相続分割主義

総括準拠法としての相続準拠法は、EGBGB 第 25 条によって決定されるが、それ以外にも、EGBGB 第 3a 条第 2 項によって優先的に適用される個別準拠法の存在に留意しなければならない。相続証書手続において、個別準拠法に服している相続財産があることが明らかになった場合には（特

³⁴⁸ MünchKomm/Rauscher, op.cit., § 105 FamFG, Rn. 27.

³⁴⁹ MünchKomm/Rauscher, op.cit., § 105 FamFG, Rn. 28.

にフランス又はコモンロー諸国に所在する不動産), EGBGB 第 25 条が定める相続準拠法だけによって相続証書を付与することはできない。この場合には, 外国の個別準拠法が適用されることを理由に, 対象を限定して相続証書を付与する必要はない(並行原則が放棄されたため)。むしろ, ドイツ国際私法が指定する相続準拠法が分割されている場合であるため, 複数の相続証書——場合によっては一枚の証書にまとめることもできる——を付与することで, 相異なる相続準拠法に服する相続財産を証明する³⁵⁰。

同じ原則は, 部分反致又は部分転致によって複数の相続準拠法が指定され, 各々異なる相続財産に適用される場合にも当てはまる(EGBGB 第 25 条及び第 4 条第 1 項)。また, EGBGB 第 25 条第 2 項によって, 被相続人が内国に所在する不動産についてだけドイツ法を選択しており, その他の相続財産は外国法である相続準拠法に服している場合も同様である³⁵¹。

(b) FamFG 第 343 条第 3 項の限定解釈

FamFG の立法者は, FamFG 第 105 条によって準用される同第 343 条第 3 項(相続財産が内国に所在していることによる管轄)も包括的であると考えていたようである。しかし, FamFG 第 343 条第 3 項が内国に所在する相続財産についてだけ管轄を認める以上, 管轄が及ぶ対象は限定され, 外国に所在する相続財産は対象にならないと解される³⁵²。

(c) BGB 第 2369 条第 1 項による相続証書の制限

ドイツ裁判所が包括的管轄をもつとすると, 特に外国に所在する相続財産が外国法を準拠法としている場合に不当な結果となりうる。ドイツ裁判所が手間と時間をかけて外国法に基づく相続証書を作成しても, 外国において承認されない可能性があるからである。そこで, BGB 第 2369 条第 1 項は, 相続財産の一部が外国に所在する場合には, 内国に所在する相続財産だけを対象として相続証書を申し立てることを認めている。BGB 第 2369 条は, 相続準拠法が外国法となることを要件としていないため, ドイツ人被相続人も同様に対象を限定した相続証書を申し立てることができる³⁵³。

(4) 内在的な管轄の制限

相続・遺産分割事件において準拠法が外国法である場合には, ドイツ相続裁判所がどの範囲で外国法が予定する遺産管理手続を行うか問題となる。特に実務上問題となるのは, 英米法系の遺産管理(administration)やオーストリア法上の「相続確定決定」(Einantwortung)³⁵⁴である。多くの裁判例は, 並行原則の下で外国法が準拠法となることを理由にドイツ裁判所の管轄を否定していたが,

³⁵⁰ MünchKomm/Rauscher, op.cit., § 105 FamFG, Rn. 29.

³⁵¹ MünchKomm/Rauscher, op.cit., § 105 FamFG, Rn. 30.

³⁵² Rauscher は, ZPO 第 23 条に基づく財産所在地管轄が判例によって制限され, 内国牽連性が要件とされていることも根拠に挙げている。MünchKomm/Rauscher, op.cit., § 105 FamFG, Rn. 31.

³⁵³ MünchKomm/Rauscher, op.cit., § 105 FamFG, Rn. 32.

³⁵⁴ 被相続人の相続財産がどの相続人にどの割合で帰属するかを確定し, 引き渡すための裁判所の決定。たとえば不動産登記簿に相続の事実を記載するためには, 「相続確定決定」(Einantwortung)が必要とされる。

この法理は、並行原則を放棄した FamFG においては援用できない。この点は、ドイツ裁判所にとって「本質的に相容れない事務」(wesensfremd) であるか否かで判断される。その際には、ドイツ裁判所は、できる限り外国相続法上の制度に沿う形で意思表示の受諾やそれ以外の手続(相続の承認又は放棄、限定承認など)、責任制限を伴う財産目録の作成等を行うとされている³⁵⁵。

しかし、英米法上の遺産管理について、ドイツ相続裁判所は、遺産管理人の選任、そして遺産管理裁判所(probate court)の裁判手続に則った監督及び援助を代行できないため、ドイツ所在の相続財産についてもそれを行うことはできない。また、ドイツ相続裁判所は、相続財産の取得に関する形成決定(konstitutive Entscheidungen)、特にオーストリア法上の「相続確定決定」を行うことや、裁量に基づく遺産分割を行うこともできない。したがって、外国相続準拠法上の形成決定は、当事者が本国で取得すべきであり、それができない場合には、ドイツ相続裁判所は内国に所在する相続財産についてのみ相続承認によって代行する。たとえば、オーストリア人で最後の住所をドイツにもつ被相続人がドイツ及びオーストリアに相続財産を遺して死亡し、その法定相続人が相続証書を申し立てた場合には、ドイツ相続裁判所は、オーストリア裁判所がすでに相続確定決定を下している場合にのみ、全相続財産を対象とする相続証書を発行し、それ以外の場合には、BGB 第 2369 条に基づいて、内国所在の相続財産だけを対象とする相続証書を発行するという³⁵⁶。

FamFG による管轄ルールの改正は、外国で発効された相続人証書、あるいは外国で選任された遺産管理人、遺言執行者、あるいは人格代表者(personal representative)の承認には影響しない。FamFG 第 105 条によって承認のための間接管轄の範囲は拡大するが、この場合は実質法上の効果の承認の可否、そして外国法上の遺産管理人をドイツ法上の遺産管理手続に組み込むことの可否の問題となるからである。たとえば、外国法に基づく相続証書は承認されない。実質法上の構成要件的效果(公示の効果)は、FamFG 第 109 条による外国裁判の承認の対象にならないからである。また、外国の遺産管理裁判所(probate court)によって選任された人格代表者は、ドイツにおいては、その選任が相続人の処分権を制限する趣旨であり、英米法上の遺産管理手続の遂行に限られない場合にのみ、機能的に遺言執行者として行動できるに過ぎない³⁵⁷。

4. その他の身分事項に関する国際裁判管轄

(1) 公示催告事件

公示催告(FamFG 第 433 条以下にその手続が規定されている)が問題となる事件は多様であり、FamFG 第 442 条～第 484 条に個別事項に関する規定があるほか、BGB 等にも根拠規定がある。家事事件との関係では、特に①相続証書の失効(BGB 第 2361 条)、②遺言執行者証書の失効(BGB 第 2368 条第 3 項)、③相続権者の届出(BGB 第 1965 条)が問題となりうる。

³⁵⁵ MünchKomm/Rauscher, op.cit., § 105 FamFG, Rn. 35.

³⁵⁶ MünchKomm/Rauscher, op.cit., § 105 FamFG, Rn. 39 *et seq.*

³⁵⁷ MünchKomm/Rauscher, op.cit., § 105 FamFG, Rn. 41.

①の相続証書の失効については、当該相続証書を交付した相続裁判所が専属管轄をもつ（BGB 第 2361 条）。相続証書の交付に関する国際裁判管轄及び土地管轄は、FamFG 第 343 条による（上述参照）³⁵⁸。②の遺言執行者証書の失効についても、同様に FamFG 第 343 条による³⁵⁹。③の相続権者の届出に関する国際裁判管轄は、FamFG 第 105 条及び第 454 条第 2 項による。それによれば、相続裁判所としての事務を行う区裁判所が管轄をもつ。その事務が区裁判所ではなく、行政機関に移管されている場合には、その相続行政機関が本拠をもつ管区の区裁判所が管轄をもつ（FamFG 第 454 条第 2 項第 1・第 2 文）³⁶⁰。

(2) 身分登録事件

身分登録事件（Personenstandssachen）の国際裁判管轄については、特則がなく、FamFG の規定が準用される（PStG³⁶¹第 51 条第 1 項）。それに従い、FamFG 第 105 条も身分登録事件に準用されることから、土地管轄に関する PStG の規定を準用することで国際裁判管轄が導かれる。PStG 第 50 条第 2 項に定める土地管轄の規定に従えば、身分登録事件を裁判所に申し立てた身分登録局（Standesamt）、職権による身分登録行為を行う身分登録局、あるいはその身分登録簿の訂正が求められている身分登録局の本拠がある管区の裁判所が管轄をもつ。したがって、従前の判例と同様に、一般にドイツにおける身分登録が問題となるかぎり、ドイツの国際裁判管轄が認められる³⁶²。

(3) 性転換事件

ドイツ法上、性転換については、名の変更及び性別確認に関する法（TSG）³⁶³が存在する。TSG 第 4 条第 1 項によれば、性転換者の性別確認及び名の変更のための裁判手続は、特段の定めがないかぎり、FamFG の規定に従う。国際裁判管轄について TSG に規定はないため、FamFG 第 105 条に従い、TSG 第 2 条の土地管轄に関する規定が準用されると解される。

TSG 第 2 条第 2 項によれば、申立人が住所をもつ管区の区裁判所が土地管轄をもち、申立人がドイツ国内に住所をもたない場合には、その常居所のある管区の区裁判所が土地管轄をもつ。基準時点は、申立てがなされた時点である（第 1 文）。申立人がドイツ人であり、ドイツ国内にドイツも常居所をもたない場合には、ベルリンのシェーネベルク区裁判所が土地管轄をもつ。ただし、シェーネベルク区裁判所は、重大な事由によって必要となる場合には、他の裁判所に移送することができる。移送の決定は、後者の裁判所を拘束する（第 2 文）。

³⁵⁸ Prütting/Helms/Fröhler, FamFG-Kommentar, Köln 2009, § 353 FamFG, Rn. 4.

³⁵⁹ Prütting/Helms/Fröhler, op.cit., § 355 FamFG, Rn. 6 und 7.

³⁶⁰ Keidel/Engelhardt, FamFG-Kommentar, 6. Aufl., München 2009, § 105 FamFG, Rn. 2.

³⁶¹ Personenstandsgesetz vom 19.2.2007, BGBl. I S. 122.

³⁶² Keidel/Engelhardt, op.cit., § 105 FamFG, Rn. 6. なお、婚姻証書については、婚姻証書の発行に関する欧州評議会条約がある。Art. 1 CIEC-Übereinkommen über die Ausstellung von Ehefähigkeitszeugnissen 参照。

³⁶³ Gesetz über die Änderung der Vornamen und die Feststellung der Geschlechtszugehörigkeit in besonderen Fällen (Transsexualengesetz) [TSG] vom 10.9.1980, BGBl. I S. 1654.

この TSG 第 2 条第 2 項第 1 文の規定を国際裁判管轄に準用すると、第一義的には申立人の住所が、住所がドイツ国内にない場合に常居所がドイツ国内にあるには常居所が、管轄原因となると解される。また、同第 2 文は、申立人がドイツ人であり、ドイツに住所も常居所もない場合の土地管轄を定めているため、申立て人がドイツ人である場合には本国管轄を認める趣旨であると解される。

(4) 失踪宣告

ドイツ法上は、死亡宣告の制度がとられている。外国法上の不在宣告及び失踪宣告等の制度を含めて、ドイツ裁判所の管轄が問題となる。かつては、非訟事件について一般に並行原則が妥当していたが、1986 年 EGBGB 改正以後は廃止され、特別法に各々死亡宣告の国際裁判管轄及び準拠法が規定されるに至っている。

VerschG³⁶⁴第 12 条によれば、死亡宣告及び死亡時点の確認に関する裁判については、失踪者又は死亡者が最後に生存していた時点でドイツ人であったこと、あるいはドイツ国内に常居所をもっていたことが管轄原因となる (VerschG 第 12 条第 1 項第 1・第 2 号)。また、ドイツ裁判所による死亡宣告又は死亡時点の確認に関して「正当な利益」(berechtigtes Interesse) が存する場合にも、国際裁判管轄が認められる。本国管轄が認められれば、EGBGB 第 9 条が死亡宣告、死亡確認、そして死亡時期の確認、生存及び死亡の推定に関する準拠法を失踪者の本国法としているため、そのかぎりでは、管轄と準拠法が一致する³⁶⁵。

IV. 外国裁判の承認執行制度

A. 婚姻事件に関する承認確認決定

1. 総説

ドイツ国内法上、外国裁判は、承認要件を満たすかぎり (FamFG 第 109 条)、特別の手續を要することなく自動承認されるのが原則である (FamFG 第 108 条)。もっとも、そうすると外国裁判が承認要件を具備しているか否かは、ドイツ国内において司法機関や行政機関が各々独自に判断するため、場合によってはその判断が食い違い、国内での判決調和 (Entscheidungseinklang) が達成されないこともある。特に重要な身分関係である婚姻事件 (離婚、別居、婚姻取消しほか) については、国内での判決不調和は望ましくない。そこで、立法者は、1941 年に行政機関による形式的な承認確認手續を導入しており、1962 年には FamRÄndG 第 7 条第 1 項、2008 年には FamFG 第 107 条に引き継がれ、現在に至っている。この承認確認手續は、安価かつ迅速で、専門性が高いメリットがあるとされる³⁶⁶。なお、州によっては州上級裁判所に移管されている (FamFG 第 107 条第 3 項参照)。州法務局が申立てを棄却した場合には、FamFG 第 63 条及び第 107 条第 5 項に従い、1 ヶ月以内に州上級裁判

³⁶⁴ Verschollenheitsgesetz vom 1.1.1964, zuletzt geändert durch das Gesetz vom 27.6.2000, BGBl. I S. 897.

³⁶⁵ Staudinger/Weick, Berlin 2007, Art. 9 EGBGB, Rn. 41.

³⁶⁶ MünchKomm/Rauscher, op.cit., § 107 FamFG, Rn. 1 et seq.

所に異議申立てをすることができる。立法者は、それによって州法務局の決定が既判力をもち、法的安定性に資することを企図している。また、州上級裁判所の決定については、FamFG 第 70 条以下の規定に従い、法律審への上告 (FamFG 第 70 条以下) も認められる³⁶⁷。FamFG 第 107 条は、本来、司法機関が行うべき職務を行政機関にゆだねるもので、違憲であり (GG³⁶⁸第 92 条)、欧州人権条約³⁶⁹ 第 6 条第 1 項及び EU 人権憲章³⁷⁰第 47 条第 2 項にも違反するという見解もある³⁷¹。

2. 適用範囲

(1) 事項的適用範囲

承認確認手続の事項的適用範囲は、異性間の婚姻事件に限られる。婚姻していた配偶者の一方が外国で離婚し、ドイツにおいて登録パートナーシップを締結することを望んでいる場合にも、外国離婚判決の承認確認手続が行われうる。それに対して、登録パートナーシップを解消する外国裁判は、承認確認手続の対象にならないと解されている³⁷²。しかし、そうなると登録パートナーシップを解消する外国裁判の承認の可否が個別の事件に附帯して判断されるため、国内での判決調和が達成されず、跛行婚が生じることになり、立法論的には批判がある³⁷³。

(2) 場所的適用範囲

承認確認手続の場所的適用範囲については、EU 構成国 (デンマークを除く) が下した婚姻事件の裁判の承認に関するかぎり、ブリュッセル IIbis 規則が優先して適用される。しかも、ブリュッセル IIbis 規則は、承認について間接管轄を要件としておらず、構成国が同規則の管轄ルール又は国内法上の管轄ルールのいずれを適用した場合にも同規則に基づいて承認される構造をとっている。ブリュッセル IIbis 規則は、自動承認制度をとっており、州法務局の承認確認手続なしに他の事件に附帯して承認要件が審査される。当事者は、外国裁判の承認要件の存否確認を求めることもできる (ブリュッセル IIbis 規則第 21 条第 3 項) (土地管轄は集中されている [IntFamRVG 第 12 条])³⁷⁴。

³⁶⁷ MünchKomm/Rauscher, op.cit., § 107 FamFG, Rn. 5 *et seq.*; Zöller/Geimer, op.cit., § 107 FamFG, Rn. 2. 従前は、州上級裁判所への 1 ヶ月の控訴期限が設けられておらず、法律審への上告は認められていなかった。

³⁶⁸ Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23.5.1949.

³⁶⁹ Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4.11.1950.

³⁷⁰ Charta der Grundrechte der Europäischen Union, ABl.EU 2010, Nr. C 83/389.

³⁷¹ Zöller/Geimer, op.cit., § 107 FamFG, Rn. 3.

³⁷² 従前の FamRÄndG 第 7 条第 1 項については、それを登録パートナーシップを解消する外国裁判に類推適用するか否か争われていたが、2008 年に FamFG 立法者が FamFG 第 107 条では婚姻事件しか対象とせず、登録パートナーシップを明記しなかった以上は、後者が排除されると解釈されている。

³⁷³ MünchKomm/Rauscher, op.cit., § 107 FamFG, Rn. 3 *et seq.*

³⁷⁴ 婚姻事件の外国裁判の承認に適用される多国間条約はない。ドイツと他の EU 構成国との二国間条約については、ブリュッセル IIbis 規則に劣後し適用されない。ドイツとスイス及びチェルニジヤの二国間条約は適用されるが、優遇原則に従い、FamFG 第 107 条も補充的に適用されうる。

3. 承認確認手続

州法務局は、承認確認手続を専制的に行い（*Monopolisierung*）、FamFG 第 109 条に定める承認要件が具備されているか否かを決定する。州法務局の専制性のため、裁判所や行政機関（身分登録局又は税務局など）は、婚姻事件に関する外国裁判の承認について州法務局の判断を先取りする形で（*vorgreiflich*）判断してはならない。それゆえ、裁判所は、外国裁判の承認要件の存否確認、あるいはその婚姻関係自体の存否確認をすることはできず、州法務局が判断をするまでは、外国裁判の有効又は無効のいずれも前提とはできない。婚姻事件の外国裁判の承認の可否が、親子事件や扶養事件等の先決問題として争われる場合にも（外国において裁判離婚した元妻が元夫に対して扶養料支払いを請求する場合など）、裁判所は、附帯して婚姻事件に関する外国裁判の承認の可否を判断することはできない。さらに、州法務局の決定が下される前に、外国裁判と同じ訴訟物についてドイツで訴えが提起された場合、外国裁判が承認されれば消極的訴訟要件となるが、その点を裁判所が判断することもできない。これらの場合には、裁判所は職権で裁判手続を中止し、当事者に FamFG 第 107 条第 1 項の承認確認手続を行う機会を与え、州法務局の判断を待たなければならない。これは、州法務局の承認確認手続が手続の障碍となることを意味する³⁷⁵。

それに対して、裁判所の判断が州法務局の判断の先取りには当たらない場合、たとえば外国で離婚判決の対象となった婚姻がドイツ法からみると無効であった場合などには、州法務局の判断を仰ぐために手続を中止する必要はない。また、ドイツ裁判所は、外国裁判所との訴訟競合のケースにおいて、将来の外国裁判の承認可能性を自ら判断することができる³⁷⁶。保全処分を命ずることも妨げられない³⁷⁷。

4. 承認の対象

(1) 外国裁判

FamFG 第 107 条は、婚姻の無効又は取消し、離婚、別居、そして婚姻関係存否確認に関する裁判を承認対象としている。FamFG 第 107 条は、外国法上の諸種の制度に対応するために第 98 条の婚姻事件よりも詳細なリストを掲げているが、FamFG 第 98 条も準拠外国法上の（ドイツ法が知らない）制度に合わせて手続を行うことを前提としているため、両者の射程は基本的に一致する³⁷⁸。

FamFG 第 107 条の適用対象となるのは、第一に、外国の司法機関、行政機関その他の国家機関、あるいは国家元首が行った婚姻事件に関する裁判又は決定である。外国公的機関による裁判又は決定は、機能的にみて外国裁判に該当し、当該国において形式的既判力を備えており、FamFG 第 109 条の要件を具備する場合には承認される。宗教裁判所が行った判断は、当該国において直ちに民事上の効力をもつ場合には、端的にドイツ州法務局承認の対象となるが、民事上の効力をもつために国家機関による承認手続が必要とされる場合には、後者の承認決定がドイツ州法務局による承認の

³⁷⁵ Zöller/Geimer, op.cit., § 107 FamFG, Rn. 6 *et seq.*

³⁷⁶ Zöller/Geimer, op.cit., § 107 FamFG, Rn. 35.

³⁷⁷ MünchKomm/Rauscher, op.cit., § 107 FamFG, Rn. 12 *et seq.*, 17 *et seq.*

³⁷⁸ MünchKomm/Rauscher, op.cit., § 107 FamFG, Rn. 22.

対象となる。当該外国において、婚姻事件の裁判が効力をもつために身分登録簿への創設的登録が要件となっている場合には、登録がなされて初めて州法務局の承認確認決定が下されるが、承認の対象はあくまで外国裁判であり、その創設的登録ではない³⁷⁹。

外国における請求棄却裁判は、FamFG 第 107 条の適用対象とはならない。ただし、請求棄却裁判が婚姻関係の存否確認に既判力を与える場合には、承認の対象となる。それに対して、①婚姻生活共同体の回復を命ずる裁判、②一方配偶者に法律行為による離婚に応ずるよう命じる裁判（ユダヤ法上のゲット離婚との関係で、夫が妻にゲット[離婚証書]を手渡すよう命ずる裁判が下される場合など³⁸⁰）、そして③先決問題としてのみ婚姻の存在を確認する裁判などは、FamFG 第 107 条による承認の対象とならない³⁸¹。

(2) 法律行為による離婚

外国において行われた法律行為による離婚、たとえば外国で行われた協議離婚、タラク離婚（イスラーム法）、ゲット離婚（ユダヤ法）等もドイツにおいて承認されうる。ただし、FamFG 第 107 条による州法務局の専権性が妥当するのは、外国での離婚において公的機関が関与した場合に限られる。多数説及び判例によれば、何らかの形で外国の公的機関が関わっていれば足り、創設的ではなく、確認的な関与（記録や登録など）でも足りると解されている。他方、公的機関が全く関与しない純粋な法律行為による離婚の承認には、州法務局の承認確認手続は必要とされない³⁸²。

州法務局は、承認確認手続において承認要件の具備を審査するが、承認要件は、ドイツ国際私法の体系上、わが国と同じく、外国において公的機関が公権的判断を下した場合と、私人の法律行為によって法律関係が創設された場合で区別される³⁸³。前者の外国裁判については、FamFG 第 109 条に従い、その既判力等の訴訟法上の効力が承認される。それに対して、外国で法律行為によって身分関係が創設された場合には、ドイツ国際私法が指定する準拠法に照らして、実体法上の効力が承認される。それゆえ、外国で行われた法律行為による離婚は、EGBGB 第 17 条が定める離婚準拠法（2012 年 6 月 12 以降は、ローマ III 規則による）の要件を満たす場合には、ドイツで承認される³⁸⁴。そして、その法律行為による離婚に公的機関の関与があったかぎり、その承認は、州法務局の専権的な承認確認手続にゆだねられる³⁸⁵。

³⁷⁹ MünchKomm/Rauscher, op.cit., § 107 FamFG, Rn. 20.

³⁸⁰ 特に夫の信教の自由との関係で、Heinz-Peter Mansel, Die kulturelle Identität im Internationalen Privatrecht, *BerDGesVR* 43 (2008), S.137 *et seq.* 参照。

³⁸¹ MünchKomm/Rauscher, op.cit., § 107 FamFG, Rn. 23.

³⁸² Schack, op.cit., Rn. 988 *et seq.*; Zöller/Geimer, op.cit., § 107 FamFG, Rn. 23 *et seq.* それに対して、Rauscher は、公的機関の確認的な関与はあまり意味をもたないため、純粋な法律行為による離婚を含めて、すべて州法務局の承認確認手続によらしめるとしている。MünchKomm/Rauscher, op.cit., § 107 FamFG, Rn. 27.

³⁸³ この二つの承認ルートの区別については、拙稿「イタリアにおける外国判決承認制度と国際私法」*国際法外交雑誌* 101 巻 1 号 (2002 年) 52 頁以下及び同「国際私法における公序と人権」*国際法外交雑誌* 108 巻 2 号 (2009 年) 57 頁以下参照。

³⁸⁴ 特にタラク離婚については、妻が事前に知らされていなかった場合、あるいは子の監護権も財産分与も受け取ることができず、一方的に追い出されるような場合には、その承認は EGBGB 第 6 条の公序則に反する。

³⁸⁵ ドイツ国内では、裁判離婚の専権性が妥当する (EGBGB 第 17 条第 2 項)。そのため、日本人同士がドイツに

(3) 離婚の効果

離婚や別居等の効果に関する事項（親権・監護権，財産分与，扶養料支払請求，年金分割請求など）は，州法務局による専権的な承認確認手続には服さない。これらの事項は，FamFG 第 108 条に従い，自動承認される。ただし，離婚の効果に関する事項は，外国での離婚が承認された後に初めて承認されうるため，州法務局による専権的な承認確認手続が先行する³⁸⁶。

親権者又は監護権者の指定が離婚の効果としてなされた場合には，1996 年子の保護条約（又は 1961 年未成年者保護条約）が適用されるときにも，その承認には州法務局による離婚の承認確認手続が先行しなければならない。反対に，親権者又は監護権者の指定が離婚と連動せずに行われえた場合には（事実上の別居による親権者指定など），州法務局による承認確認手続を経ることなく，端的に 1996 年条約によって承認される。婚姻事件と親子事件のいずれにもブリュッセル IIbis 規則が適用される場合（すなわち EU 構成国の裁判である場合）には，端的に自動承認制度が妥当する。EU 構成国が離婚の効果として扶養料の支払いを命ずる場合も同様である（しかも扶養料支払命令は，扶養義務規則によって執行宣言決定〔*exequatur*〕なしに執行されうる）。ただし，EU 構成国以外のルガノ条約締結国が離婚の効果として扶養料支払命令を下した場合には，離婚について州法務局による承認確認手続が先行する³⁸⁷。

(4) 夫婦双方の本国による婚姻事件の裁判

FamFG 第 107 条第 1 項第 2 文によれば，例外的に，夫婦双方の本国が下した婚姻事件の裁判の承認については，州法務局による承認確認手続を経る必要がない。それゆえ，自動承認制度に従い，承認要件は他の事件に附帯して判断されうる。これは，夫婦双方の本国が下した裁判は，信頼性が高いことを理由とする。ただし，当事者は，外国裁判の承認の可否に疑義がある場合には，任意で州法務局に申立てをすれば承認確認決定を得ることができ，裁判所に外国裁判の承認要件の存否確認を申し立てなくても済む³⁸⁸。

(5) そのほか

FamFG 第 107 条第 10 項は，1941 年 11 月 1 日の時点で，外国裁判に基づいて登録簿に婚姻の無効，取消し，離婚，法定別居等が記載されていれば，州法務局による承認確認決定と同じ効力をもつと定めている。その反対解釈として，FamFG 第 107 条及び FamRÄndG 第 7 条第 1 項制定前の時点で下された外国裁判についても，FamFG 第 107 条が遡及して適用されると解されている³⁸⁹。

外公館に届け出て協議離婚を行った場合にも，日本法上は有効な離婚であるが（民法第 741 条類推適用），ドイツにおいては効力を認められない。また，在外公館であっても，ドイツ国内で届出がなされれば，外国離婚の承認の問題にはならない。

³⁸⁶ MünchKomm/Rauscher, op.cit., § 107 FamFG, Rn. 28 *et seq.*; Zöller/Geimer, op.cit., § 107 FamFG, Rn. 14 *et seq.*

³⁸⁷ 扶養義務に関する裁判の承認執行について 1973 年ハーグ条約が適用される場合には，婚姻事件に関する州法務局の承認確認手続が先行しなくてよいという。MünchKomm/Rauscher, op.cit., § 107 FamFG, Rn. 30 *et seq.*

³⁸⁸ MünchKomm/Rauscher, op.cit., § 107 FamFG, Rn. 32 *et seq.*

³⁸⁹ MünchKomm/Rauscher, op.cit., § 107 FamFG, Rn. 37.

5. 承認の効果

州法務局が外国裁判の承認を確認する又はそれを否定する決定は、対世効をもつ³⁹⁰。

B. 婚姻事件以外の家事事件に関する自動承認制度

ドイツ国内法上、婚姻事件以外の家事事件に関する外国裁判の承認は、特別の手續を必要とせず、自動承認制度によっている。それゆえ、ドイツの司法機関及び行政機関は、他の事件に附帯して外国裁判の承認の可否を判断することができる（FamFG 第 108 条第 1 項）。

当事者は、婚姻事件以外の家事事件に関する非財産事件の外国裁判の承認の可否について³⁹¹、承認の利益をもつかぎり、家庭裁判所に承認要件の存否確認を申し立てることができる（FamFG 第 108 条第 2 項第 1 文：第 107 条第 9 項準用）。ただし、養子縁組の承認要件の存否確認については、養子が縁組当時 18 歳未満であった場合、AdWirkG（外国法に基づく養子縁組の効果に関する法律）第 2 条、第 4 条及び第 5 条が適用される。また、一定の要件が満たされれば、裁判所は、外国法上の養子縁組の効果をドイツ法上のそれに転換することができる（AdWirkG 第 3 条）。承認要件の存否確認手續の土地管轄は、申立ての相手方又は対象者の常居所地、それが無い場合には、承認の利益がある地又は保護措置の必要性がある地に専属的に認められる（FamFG 第 108 条第 3 項）。

EU 法及び条約上の規範は、FamFG 第 108 条に優先して適用される。そこで、EU 構成国が下した親権・監護権及び面会交流権に関する裁判については、ブリュッセル IIbis 規則が専ら適用され、優遇原則に基づいて FamFG 第 108 条が適用される余地はない。同様に、EU 構成国が下した扶養義務の裁判には、専ら扶養義務規則が適用される。

EU 構成国以外の 1961 年ハーグ未成年者保護条約又は 1996 年ハーグ子の保護条約の締約国が下した親子事件に関する裁判の承認は、専ら該当する条約による。同様に、各締約国との関係では、成年者保護に関する裁判の承認は 2000 年ハーグ成年者保護条約に、扶養義務の裁判の承認は 1973 年ハーグ扶養義務裁判の承認執行条約に、養子縁組決定の承認は 1993 年ハーグ養子縁組条約による。これらの条約には、FamFG 第 108 条の適用を除外する明文規定がないため、同条がより容易に承認を認める場合には、優遇原則に従い、後者が適用されうる³⁹²。

C. 外国裁判の承認要件

1. 外国裁判所の裁判

FamFG 第 108 条第 1 項及び第 109 条による承認の対象となるのは、外国裁判所の裁判である。判決国において裁判所ではなく、行政機関や国家元首、公証人協会等が下した判断であっても、機能的にみて、当事者に対する手続的保障に基づく公権的な判断に該当するかぎりには、ドイツにおい

³⁹⁰ Zöller/Geimer, op.cit., § 107 FamFG, Rn. 18.

³⁹¹ FamFG 第 108 条第 2 項第 1 文が非財産事件に限定しているのを批判するものとして、Zöller/Geimer, op.cit., § 108 FamFG, Rn. 3.

³⁹² MünchKomm/Rauscher, op.cit., § 108 FamFG, Rn. 5 et seq. 二国間条約については、Rn. 6a を参照。

て外国裁判として承認される。宗教裁判所による判断も、当該国において民事上の効力をもつかぎり、外国裁判として承認される³⁹³。それに対して、法律行為によって創設される身分関係の成立及び効力は、ドイツ国際私法が指定する準拠法によって判断される。たとえば、認知及び認知への同意は、EGBGB 第 19 条及び第 23 条が指定する準拠法により、契約型養子縁組及びその同意は、EGBGB 第 22 条及び第 23 条が指定する準拠法によって判断される³⁹⁴。

外国裁判としての承認の対象になるのは、本案判決又は決定だけであり、具体的には、訴訟物に関する終局的裁判、そして人の身分関係を形成する裁判を指す。相続証書が訴訟法上の効力をもたず、権利関係を擬制する実体法上の効力（公信の原則）しかもたないかぎり³⁹⁵、承認の対象とならない³⁹⁶。それに対して、訴訟判決、訴訟の開始に関する決定、裁判所による事実行為（たとえば相続法上の宣言の受容）、身分登録簿等への登録は承認の対象にならない。また、第三国の裁判の承認を決定する外国裁判も、ドイツにおいて承認されえない（二重の有効宣言〔Doppel-Exequatur〕の禁止）。

承認の対象となるのは、判決国において効力をもつ裁判である。ZPO 第 328 条の解釈としては、法的安定性を確保するため、外国判決の確定性、すなわち通常の不服申し立ての方法では覆らない状態になっていることが要件とされる³⁹⁷。ただし、非訟裁判に関するかぎり、形式的及び実質的既判力は要件とされない。

外国保全処分も、承認の対象となる。保全処分が略式手続によっていたり、本案判決が下されるまでの限定された効力をもたない場合にも、承認自体の妨げとはならない³⁹⁸。

2. 承認要件

(1) 総説

FamFG 第 109 条は、外国裁判が承認されることを出発点とし、例外的に承認を拒否すべき事由を列挙する形をとっている。この規定は、ZPO 第 328 条第 1 項第 1～第 4 号及び旧 FGG 第 16a 条を引き継いでいる。また、FamFG 第 109 条第 5 項においては、一般に認められてきた実質的再審査の禁止原則が明記されるに至っている。

(2) 承認拒否事由

FamFG 第 109 条第 1 項によれば、外国裁判の承認は、以下の場合に拒否される。すなわち、(a) 外国裁判所がドイツ法によれば管轄をもっていなかったとき（第 1 号）、(b) 一方当事者が本案について争っておらず、適式又は適時の送達の欠如を援用していること（第 2 号）、(c) 外国裁判がドイツの先行裁判又はドイツで承認される第三国の先行裁判と矛盾すること（第 3 号）、(d) 外国裁判の承認が

³⁹³ MünchKomm/Rauscher, op.cit., § 108 FamFG, Rn. 8 *et seq.*

³⁹⁴ MünchKomm/Rauscher, op.cit., § 108 FamFG, Rn. 11.

³⁹⁵ ドイツ法について、Rainer Frank/Tobias Helms, Erbrecht, 5. Aufl., München 2010, S. 212 *et seq.*

³⁹⁶ Zöller/Geimer, op.cit., § 108 FamFG, Rn. 10.

³⁹⁷ 家事事件の外国裁判の承認要件に関する規定が ZPO 第 328 条から FamFG 第 109 条に移行した後は、外国裁判の確定性を要件としなくてよいとする説もある。MünchKomm/Rauscher, op.cit., § 108 FamFG, Rn. 14.

³⁹⁸ MünchKomm/Rauscher, op.cit., § 108 FamFG, Rn. 15.

公序に反すること（第4号）である。また、(e)一定の家事事件については、相互の保証がない場合にも承認が拒否される（FamFG第109条第4項）。FamFG第109条に定める承認要件は、FamFG第108条によって外国裁判が自動承認される場合のみならず、第107条によって婚姻事件に関する外国裁判が州法務局の承認確認手続によって承認される場合にも妥当する。

(a) 間接管轄

FamFG第109条第1項第1号が定める間接管轄の要件は、原則として、ドイツ法上の管轄ルールに従って判断される（いわゆる「鏡像理論」）³⁹⁹。ただし、①婚姻事件に関する外国裁判は、一方配偶者がその判決国において常居所を有していた場合には、FamFG第98条第1項第4号の規定にかかわらず承認される（FamFG第109条第2項第1文）。また、②婚姻事件に関する外国裁判が夫婦双方の本国において承認される場合には、第98条の規定にかかわらず承認される（同第2文）。同様に、③登録パートナーシップ事件に関する外国裁判は、パートナーシップの登録国が当該裁判を承認する場合には、第103条の規定にかかわらず承認される（同第109条第3項）。これらの規定は、婚姻事件又は登録パートナーシップ事件の裁判に関する承認要件を緩和するものであり、特に②と③は、離婚事件又は登録パートナーシップ事件の準拠法所属国（EGBGB第17条第1項第1文及び第14条第1項第1号；EGBGB第17b条第1項第1文）との判決調和の達成を優先するものである⁴⁰⁰。

なお、外国裁判所が当該国において妥当している準則によって国際裁判管轄をもっていたか否かは、審査されない。また、外国において裁判を申立てた者は、承認段階において外国裁判所の無管轄を主張できない⁴⁰¹。

(b) 適式又は適時の送達

FamFG第109条第1項第2号は、当事者の防禦権を保障するための規定であり、一方当事者が本案について争っておらず、適式又は適時の送達がなかったことを援用する場合には、外国裁判の承認を否定する。ZPO第328条第1項第2号が被告の防禦権を保障しているのに対して、FamFG第109条第1項第2号は、被告又は相手方に限定せず、いずれの当事者も対象とする。FamFG第109条は、ブリュッセルIIbis規則第23条b号とは異なって、親子事件において子の意見が聴取されなかったことを承認拒否事由としていないが、FamFG第109条第1項第4号の公序に反する可能性はある⁴⁰²。

³⁹⁹ 少数説として、EU法又は条約上の承認ルールが妥当しない（EU構成国又は条約締約国以外の）第三国が下した裁判について、FamFG第109条に基づいて承認の可否を判断すべき場合であっても、FamFG第98条以下の管轄ルールだけではなく、EU法又は条約上の管轄ルールを援用できるとする見解もある。たとえば、米国内に常居所をもつ夫婦について、米国の当該州の裁判所が離婚決定を下した場合、間接管轄は、ブリュッセルIIbis規則第3条第1項a号に従って肯定されるという。MünchKomm/Rauscher, op.cit., § 109 FamFG, Rn. 12 (Fn. 20).

⁴⁰⁰ MünchKomm/Rauscher, op.cit., § 109 FamFG, Rn. 4 *et seq.*; Zöller/Geimer, op.cit., § 109 FamFG, Rn. 7 *et seq.*

⁴⁰¹ Bassange/Roth/Althammer, op.cit., § 109 FamFG, Rn. 2.

⁴⁰² MünchKomm/Rauscher, op.cit., § 109 FamFG, Rn. 23 *et seq.*

FamFG 第 109 条第 1 項第 2 号の承認拒否事由は、当事者による主張があつて初めて審査され、職権では審査されない。適式の送達がなくとも、当事者が防禦するのに足りるだけ適時に送達がなされていた場合には、承認されうる。送達の適式性は、判決国法によって判断されるのに対して、送達の適時性は、ドイツ法上の応訴期間を勘案したうえで、客観的に判決国裁判所で防禦するのに十分な時間的余裕があつたか否かを基準とする⁴⁰³。

(c) 先行裁判との矛盾

FamFG 第 109 条第 1 項第 3 号によれば、外国裁判は、ドイツですでに下されている先行裁判又はドイツでの承認要件を具備した第三国の先行裁判と矛盾する場合には、承認されない。双方が同一事件である必要はなく、重要な点で一致していれば、要件が満たされる⁴⁰⁴。

(d) 公序

FamFG 第 109 条第 1 項第 4 号は、外国裁判がドイツの実体的公序又は手続的公序に反する場合には、承認が拒否されるとしている。これは、基本的に EGBGB 第 6 条に定める公序則と一致する。基準時点は、外国裁判の承認の可否について判断する時点である。外国裁判の反公序性の判断においては、基本権侵害の有無（特に裁判を受ける権利、家族生活の保障、子の福祉など）も審査される。

(e) 相互の保証

家事事件の外国裁判の承認については、相互の保証が要件とされないのが原則である。ただし、FamFG 第 109 条第 4 項によれば、争訟性の家事事件（第 1 号）（FamFG 第 121 条に規定する事項）⁴⁰⁵及び登録パートナーシップ事件（第 1 号に該当する争訟性の事件のほか、第 2～第 5 号）については、相互の保証が要求される。後者に該当するのは、争訟性のある事件として（FamFG 第 109 条第 4 項第 1 号）、①扶養事件、②登録パートナーシップ財産制事件、③その他の登録パートナーシップ事件が挙げられる。また、それ以外にも、④登録パートナーシップ上の扶助及び協力義務（FamFG 第 109 条第 4 項第 2 号）、⑤住居及び家財（同第 3 号）、⑥法定の後得財産共有制の清算において、支払猶予又は対象財産の引渡しを命ずる家庭裁判所の決定（第 4 号）、⑤選択財産制としての共有制において、特定の法律行為に対する他方パートナーの同意等に代わる家庭裁判所の決定（第 5 号）も対象となる。婚姻事件については相互の保証を要件とせず、登録パートナーシップ事件についてだけそれを要件としているのは、同性カップルを法的に保護する国がまだ少なく、その形態も各国ごとに大きく異なることにあるという⁴⁰⁶。

⁴⁰³ MünchKomm/Rauscher, op.cit., § 109 FamFG, Rn. 26 *et seq.* 相手方が判決国において上訴しなかったことは、承認拒否の妨げにはならない。

⁴⁰⁴ Bassange/Roth/Althammer, op.cit., § 109 FamFG, Rn. 4.

⁴⁰⁵ FamFG 第 121 条に規定する事項であつて、FamFG 施行前には ZPO において規定されていた事項を指す。

⁴⁰⁶ MünchKomm/Rauscher, op.cit., § 109 FamFG, Rn. 6, 55 *et seq.*

D. 外国裁判の執行

1. 総説

外国裁判の承認とは異なり、執行はドイツの公権力行使を前提とするため、FamFGに基づく執行においても執行宣言決定（*exequatur*）が要求される（FamFG 第 110 条第 2 項）。ルガノ条約、1996 年ハーグ子の保護条約（又は 1961 年ハーグ未成年者保護条約）、2000 年ハーグ成年者保護条約等に基づく外国裁判の執行も同様である。もっとも、近時の EU 規則は、EU 域内における判決の自由移動を確立するため、執行宣言制度を廃止する傾向にある。ブリュッセル IIbis 規則は、婚姻事件及び通常の親子事件について執行宣言決定を要件としているが、子の返還事件及び面会交流事件について執行宣言制度を廃止しているほか、扶養義務規則も執行宣言制度を廃止している。現在進行中のブリュッセル I 規則の改正作業においても、執行宣言制度を廃止する方向で検討されている。

2. 執行宣言手続

(1) 原則

FamFG 第 110 条第 1 項に基づく外国裁判の執行に関しては、ドイツ裁判所が執行宣言をすることが要件となる。この執行宣言は、FamFG 第 110 条第 2 項のような形式的な決定ではなく、執行手続における中間決定（*Zwischenentscheidung*）として下される⁴⁰⁷。

裁判所は、執行宣言をするに当たって、外国裁判が FamFG 第 109 条に定める承認要件を具備しているか否かを審査する。従来と同じく、実質的再審査は行われぬ。婚姻事件については、承認について必ず州法務局による承認確認手続が先行し、それを経てから執行宣言を得ることができる。他方、FamFG 第 108 条第 2 及び第 3 項に従い、外国裁判の承認の可否について確認判決が下されている場合には、執行可能性を判断する裁判所もそれに拘束される。FamFG 第 108 条第 2 及び第 3 項の確認手続が係属している場合には、執行宣言を求められた裁判所は手続を中止することができる。

外国裁判は、外国において確定しており、しかも執行力をもっていなければならない。外国裁判後、執行までの間に事情が変更した場合には、ドイツ国内手続法上と同様に処理される。特に外国裁判の執行が子の福祉と相容れない状態になったときには、ドイツ裁判所は、外国裁判の執行を拒否するか、特定の執行手段を拒否するか、あるいは対象となっている外国裁判を変更することができる⁴⁰⁸。

(2) ZPO に基づく執行

外国裁判が FamFG 第 95 条第 1 項に定める義務のいずれかを内容とする場合には、その執行は、執行宣言決定を要件とする。強制執行には、ZPO の規定が準用される。その義務とは、具体的には、

⁴⁰⁷ MünchKomm/Rauscher, op.cit., § 110 FamFG, Rn. 8.

⁴⁰⁸ MünchKomm/Rauscher, op.cit., § 110 FamFG, Rn. 10 *et seq.*

①金銭の支払い (FamFG 第 95 条第 1 項第 1 号), ②動産又は不動産の引渡し (同第 2 号), ③代替執行が可能又は不可能である行為 (同第 3 号), ④受忍義務及び不作為 (同第 4 号), そして⑤意思表示 (同第 5 号) を指す。これらの事項に関する外国裁判は, FamFG 第 109 条の要件のほか, 判決国法上, 形式的な既判力を備えていなければならない。婚姻事件については, FamFG 第 107 条による州法務局による承認確認手続が先行し, その後に執行宣言決定が下される扱いとなる⁴⁰⁹。

V. 外国法に関する情報

A. 婚姻・離婚

1. 婚姻の成立

ドイツ法上は, 義務的な民事婚制度が採用されており, 両当事者の合意と身分登録局への届出によって婚姻が成立する⁴¹⁰。婚姻年齢に達していない者の婚姻 (BGB 第 1303 条: 16 歳の者と 18 歳以上の成年者であること) 及び婚姻障碍のある婚姻 (BGB 第 1306~第 1308 条: 重婚; 近親婚; 縁組親族との婚姻禁止 [ただし, 家庭裁判所の許可を得て婚姻しうる]) は, 取り消されうる (aufheben)。婚姻における意思表示の瑕疵 (錯誤, 詐欺, 強迫など) も婚姻の取消原因となる (BGB 第 1314 条第 2 項)。婚姻の取消しは, 家庭裁判所の裁判によって婚姻関係を現時点から解消する (BGB 第 1313 条第 1 項)⁴¹¹。

婚姻取消手続は, 家庭裁判所によって行われる (FamFG 第 111 条第 1 項, 121 条第 2 号)。手続は, 申立てによって開始され, 申立権者は実体法上の規定によって決定される (BGB 第 1316 条)。一方配偶者が申立人となる場合には, 他方配偶者が相手方となる。それに対して, 行政機関が申立てをする場合, あるいは重婚について第三者が申立てをする場合には, 夫婦双方が相手方となる。婚姻は, 婚姻取消裁判が確定することで解消される (BGB 第 1313 条第 2 文)。婚姻取消原因は, 法律上限定列挙されている (BGB 第 1313 条第 3 文)。

婚姻が取り消されると, 現時点から婚姻関係が解消され, 当事者は再婚することが可能になる。遡及効は認められないのが原則である。ただし, 婚姻挙行時に重大な婚姻取消事由が存することを知っていた配偶者は, BGB 第 1913 条による生存配偶者の相続権を失う (BGB 第 1318 条第 5 項)。婚姻取消しに伴い, 原則として年金分割及び婚姻住居・家財の分配が行われ, また一定の場合には, 婚姻取消後も当事者間で扶養請求が認められる。夫婦間の未成年者の親権については, 離婚の場合

⁴⁰⁹ MünchKomm/Rauscher, op.cit., § 110 FamFG, Rn. 13 *et seq.*

⁴¹⁰ 従来は, 教会での挙式を行うには, 事前に有効な民事婚が成立していることが要件であったが (Verbot der kirchlichen Voraustrauung), 2009 年 1 月 1 日以降はこの原則が廃止されている。それによって, 理論的には, 民事婚と教会法上の婚姻が並立し, 宗教上だけ有効で民事上の効力をもたない婚姻がなされうることとなった。もっとも, プロテスタント教会は, 従前と同じく事前の民事婚を教会での挙式の要件としており, カトリック教会は, 例外的に司教の許可を得た場合にのみ, 事前の民事婚なしに教会で挙式しうる扱いとなっている。Dieter Schwab, Familienrecht, 19. Aufl., München 2011, S. 30.

⁴¹¹ Schwab, op.cit., S. 39 *et seq.*

と同じく共同親権が存続するのが原則であり、父母の別居後、申立てがあつて初めて単独親権への転換が行われうる（後述 B 参照）。

2. 婚姻の効力

婚姻をすることで、夫婦は、婚姻共同体を共に形成する義務を負う。具体的には、同居、共同生活に関する配慮（家事、子の監護、自由時間の過ごし方など）、家財道具及び婚姻住居の共同占有、夫婦相互の援助（配偶者の自殺の予防など）、夫婦相互の配慮（信教及び職業選択の尊重、信書の秘密の尊重、自宅での隠しマイクによる録音の禁止など）、そして夫婦の同権が包括される。これらの義務の違反があつても、履行請求できず（BGB 第 1353 条第 2 項：婚姻生活の実現を命ずる裁判は執行力をもたない〔FamFG 第 120 条第 3 項〕）、一定の場合に損害賠償請求が認められるに過ぎない⁴¹²。氏については、夫婦は婚姻後も従前の氏を維持できるほか、一方配偶者の氏を共通の氏とすること、あるいは一方配偶者の氏を共通の氏としたうえで、他方配偶者が自分の氏をその前又は後に付加すること（ダブルネーム：子には引き継がれない）が認められている（BGB 第 1355 条）⁴¹³。

夫婦は、相互に扶養する義務を負う。扶養は、労働（特に家事労働、子の監護、勤労による収入）及び財産によって行われる。日常家事債務は、①それが性質上、生活に必要な行為であること、②家族の必要に応えるものであること、そして③その手段が適切であること（家族の経済状態及び生活習慣に則していること）という三要件をメルクマールとする（BGB 第 1357 条）。日常家事債務については、夫婦は連帯債務を負うが、判例法上、財産を取得しても共有にはならない⁴¹⁴。

3. 夫婦財産制

法定の夫婦財産制は、いわゆる剰余共同制（Zugewinnngemeinschaft）である。ただし、家族関係の多様性に鑑みて、当事者には、夫婦財産契約を締結することで、別産制（Gütertrennung）又は共同制（Gütergemeinschaft）を選択することが認められている（後二者を合わせて選択的夫婦財産制と呼んでいる）⁴¹⁵。

別産制（BGB 第 1414 条）は、夫婦が婚姻中に取得する財産は各人に帰属し、各人が管理するので、婚姻に基づく処分又は債務負担の制限等はない。婚姻関係を解消する際にも、財産分与は行われませんが、年金分割請求だけは、明示的な合意によって排除されていないかぎり行われる。ただし、上記の婚姻関係の効力として生ずる婚姻共同体を形成する義務、扶養義務、日常家事債務の連帯責任という効力は、別産制においても発生するほか、婚姻中の支出（Zuwendungen）については婚姻解消時に分割請求が認められる⁴¹⁶。

⁴¹² Schwab, op.cit., S. 52 et seq.

⁴¹³ Schwab, op.cit., S. 89 et seq.

⁴¹⁴ Schwab, op.cit., S. 75 et seq.

⁴¹⁵ Schwab, op.cit., S. 95.

⁴¹⁶ 詳細は、Schwab, op.cit., S. 96 et seq.

反対に、共同制（BGB 第 1415～第 1518 条）においては、夫婦が婚姻前に有していた財産も婚姻中に取得する財産もすべて両者の合有となる。特段の合意のないかぎり、夫婦は財産全体について同一の権利をもち、義務を負う。一方配偶者は、財産全体又は個々の財産に対する持分を処分することはできない。ただし、法律行為によって譲渡できない特別財産（Sondergut）、あるいは夫婦財産契約又は第三者の終意処分において定められた留保財産（Vorbehaltsgut）については別扱いとなる。夫婦の共通財産は共同管理され、各配偶者の債務については共通財産及びその者の個人財産が引き当てとなるほか、原則として他方配偶者の個人財産も引き当てとなる⁴¹⁷。

法定の夫婦財産制である剰余共同制は、夫婦が婚姻中に取得する財産には両者の貢献があったと見るものである。しかし、フランス法系の法定財産制である後得財産共有制（Errungenschaftsgemeinschaft）とは異なり、剰余共同制においては、従前の各人の財産及び剰余共同制が開始した後に各人が取得した財産は、各人の単独所有とされる。財産管理は、各人が行うが、他方配偶者の保護のため、一定の債務及び処分の制限が定められている（一方配偶者が自己の財産全体を処分する場合又はそのような債務を負う又は履行する行為、家財道具を処分する行為等は、他方配偶者の同意を要件とする）。婚姻中に取得した財産に対する夫婦相互の関与は、剰余共同制の解消時に顕在化する。一方配偶者の死亡による剰余共同制の解消の場合であって、他方配偶者が相続人又は受贈者であるときには、相続分の増加（BGB 第 1371 条）によって両者の財産が調整される。それに対して、(i)離婚、(ii)婚姻取消し、(iii)夫婦財産契約による剰余共同制の終了、(iv)一方配偶者が死亡したが他方配偶者が相続人でも受贈者でもない場合、あるいは(v)剰余共同制の早期の解消の場合には、取得財産が少ない配偶者が他方配偶者に対して債務法上の財産分割請求（BGB 第 1363 条第 2 項第 2 文、第 1378 条）をすることで、調整される⁴¹⁸。

夫婦は、夫婦財産契約によって、特に以下の合意をすることができる。すなわち、①選択的夫婦財産制としての別産制又は共同制を選択すること、②婚姻後に法定夫婦財産制又は選択された夫婦財産制を変更すること、③単に法定夫婦財産制を排除すること又は事後的に取り消すこと（代わりに別産制による）、④法定財産制における分割請求権だけを排除すること（代わりに別産制による）、⑤夫婦財産制に関する個別の規定を変更又は補充すること、⑥他方配偶者に自己の財産の管理をゆだねることである⁴¹⁹。

4. 離婚

(1) 離婚要件

離婚については、裁判離婚主義がとられており（BGB 第 1564 条）、1977 年の離婚法改正以来、積極的破綻主義によっている。離婚のみならず、離婚の効果についても、配偶者の有責性は問題と

⁴¹⁷ Schwab, op.cit., S. 101 *et seq.*

⁴¹⁸ Schwab, op.cit., S. 103 *et seq.*, 122 *et seq.*

⁴¹⁹ Schwab, op.cit., S. 104 *et seq.*

されない。離婚原因は、「婚姻関係が破綻していること」、すなわち夫婦の婚姻生活がもはや存在せず、その回復も期待できないことだけである（BGB 第 1565 条第 1 項）。

家庭裁判所が婚姻関係の破綻の認定に当たって、夫婦のプライバシーに立ち入るのを避けるため、反証を許さない形で破綻を推定する規定が置かれている。それによれば、①夫婦が 1 年以上別居しており、両者が離婚を申し立てる又は相手方が離婚に同意する場合（BGB 第 1566 条第 1 項）、あるいは②夫婦が 3 年以上別居している場合（同第 2 項）には、反証を許さない形で破綻が推定される。夫婦が別居を開始してから 1 年経過していない場合には、申立人にとって婚姻の継続が耐え難い場合（重大な暴力行為、重大な扶養義務の不履行など）にのみ離婚が認められる（BGB 第 1565 条第 2 項）⁴²⁰。

それに対して、婚姻関係が破綻している場合にも、相手方は婚姻関係の継続に強い関心をもつことがある（離婚によって相手方配偶者の精神病が悪化すると予想される場合、夫の事業のために献身的に尽くしてきた妻が離婚によって不利益を被る場合など）。また、子の利益に鑑みれば、むしろ破綻していても婚姻関係を継続するのが望ましいこともありうる（特に離婚によって子の家庭環境、教育環境、精神状態、あるいは経済状態が大きく悪化し、子の福祉が損なわれる場合がそれに当たる）。このような場合に対応するため、BGB は過酷条項（BGB 第 1568 条）を設けており、婚姻関係が破綻していても、例外的に離婚申立てを棄却することを認めている⁴²¹。

(2) 離婚の効果

(a) 扶養義務

離婚後は、各配偶者は自己の費用で生活するのが原則であるが、例外的にそれができない配偶者は、BGB 第 1570～第 1576 条のいずれかの規定に該当する場合には、他方配偶者に対して扶養請求をすることができる（BGB 第 1569 条）。この場合には、申立人配偶者は、BGB 第 1570～第 1576 条のいずれかの要件事実の存在を主張・立証しなければならない⁴²²。

(b) 年金分割請求

年金分割請求は、1976 年から存在するが、当初の制度においては実態に合わない高額の支払いが命じられることがあり、憲法問題となった。2009 年改正によって⁴²³、重要な規定は BGB から特別法である「年金分割に関する法律」（Gesetz über den Versorgungsausgleich [VersAusglG]）に移行している。それに伴い、年金分割の算定基準も変更されており、各配偶者が婚姻期間中に得た年金期待権を合算し、それを清算するのではなく、各配偶者が相互に相手方配偶者が婚姻期間中に得た年金の基礎となる価値の半分を取得すること、すなわち両者が年金期待権を取得したのであれば、相互

⁴²⁰ Schwab, op.cit., S. 154 *et seq.*

⁴²¹ Schwab, op.cit., S. 159 *et seq.*

⁴²² Schwab, op.cit., S. 173 *et seq.*

⁴²³ Gesetz zur Strukturreform des Versorgungsausgleichs vom 3.4.2009, BGBl. I S. 700.

に権利をもち、義務を負うと構成することで算定されることとなっている。また、一定の場合には、債務法上の年金分割請求権も認められるに至っている⁴²⁴。

(c) 婚姻住居及び家財道具

婚姻住居については、子の福祉及び配偶者双方の生活関係に鑑みて婚姻住居をより必要とする配偶者は、離婚に際して、他方配偶者に住居を明け渡すよう求めることができる (BGB 第 1568a 条第 1 項)。ただし、他方配偶者が婚姻住居が立っている土地の所有権又は用益権をもつ場合には、不当に過酷な状況を避けるのに必要な範囲でのみ明渡請求が認められる (同第 2 項)。婚姻住居の明渡しを受ける配偶者は、賃貸人に通知した時点又は婚姻住居の明渡しを命ずる終局裁判が確定した時点から、両者が当事者であった賃貸借契約を単独で引き継ぐのが原則である (同第 3 項)。婚姻住居について賃貸借関係が存しない場合には、明渡請求権をもつ配偶者は、その地域で一般的な条件の下で賃貸借契約を締結するよう求めることができる (同第 5 項)。ただし、第 3 及び第 5 項の請求権は、いずれも離婚事件の終局裁判が確定してから 1 年経過した段階で消滅する。

家財道具については、子の福祉及び配偶者双方の生活関係に鑑みて共有の家財道具をより必要とする配偶者は、他方配偶者にその引渡しを求めることができる (BGB 第 1568b 条第 1 項)。婚姻期間中に共同生活のために購入された家財道具は、共有であると推定される (同第 2 項)。ただし、家財道具を引き渡す配偶者は、相手方から適切な補償を求めることができる (同第 3 項)。

B. 親子関係

1. 血縁上の親子関係の成立

(1) 総説

ドイツにおいては、1997 年親子法改正以来、嫡出子と非嫡出子の区別が撤廃され、統一的な親子法となっている。ただし、父母が婚姻しているか否かの区別は、全く意味を失ったわけではなく、一定範囲で親子関係の成否の基準とされる。

(2) 母子関係

子の母は、子を分娩した者であると定義されており (BGB 第 1591 条)、母子関係については事実主義がとられている。BGB 第 1591 条は、1997 年親子法改正によって導入されたもので、生殖補助医療の発展に伴い法的な母子関係を定義する必要性が生じてきたことによる。この規定によって、母となるのは分娩した者だけであり、卵子提供者ではないことが示されている⁴²⁵。

⁴²⁴ Schwab, *op.cit.*, S. 219 *et seq.*

⁴²⁵ Schwab, *op.cit.*, S. 252 *et seq.*

(3) 父子関係の成立

それに対して、子の父は、①子の出生当時に子の母と婚姻していた者（BGB 第 1592 条第 1 号）、②認知をした者（同第 2 号）、あるいは③BGB 第 1600d 条又は FamFG 第 182 条第 1 項（裁判所による父子関係の確定）によって父とされた者である。父母が婚姻関係にない場合には、認知主義がとられており、父による認知があつて初めて父子関係が成立する（認知については、BGB 第 1594 条以下）。もともと、①及び②に基づく父子関係は、裁判手続を経て父子関係が否認されれば覆る（BGB 第 1599 条第 1 項及び第 1600 条以下）。

(4) 父子関係の否認

父子関係の否認を申し立てることができるのは、(i)法律上の父（子の母との婚姻又は認知によって父であると推定されている者）、(ii)母、(iii)子、(iv)事実上の父、そして(v)認知に基づく父子関係を否認する権限をもつ行政当局である（BGB 第 1600 条第 1 項）。これらの否認権者は限定列举であり、それ以外の者は対象にならない。(i)～(iii)による否認には、特段の要件が付加されていないのに対して、(iv)事実上の父による否認は、その者が受胎時に母と同衾していたと宣誓すること、そして子と法律上の父との間に「社会的な家族関係」（法律上の父が基準時において子に対する事実上の責任を負っている又は負っていたこと）が存しないことも要件としている（BGB 第 1600 条第 1 項第 2 号及び第 2 項）。(v)による父子関係の否認は、偽装認知に対応するために 2008 年に導入されたものである⁴²⁶。

父子関係を早期に確定させ、身分関係の安定を図るため、父子関係の否認には、原則として、父子関係を疑わしめる事情を知った時点から 2 年間の出訴期限が設けられている（BGB 第 1600b 条第 1 項：(v)については 1 年）。ただし、子については、未成年の間に法定代理人が適切に否認権を行使しないこともありうるため、成人後、父子関係を疑わしめる事情を知った時点から 2 年以内に自ら否認権を行使しうるとされている（同第 3 項）。また、父子関係の維持を期待できない事情が生じた場合には（母の夫が母を殺害しようとしたと事後的に知った場合など）、子の否認権は復活し、その時点から 2 年間の出訴期限にかかる（同第 4 項）⁴²⁷。

父子関係の否認の申立てが認容されれば、遡及効をもって（婚姻子の場合には出生時に、非婚子の場合には認知時に遡って）父子関係が否認される。父子関係を否認する決定が確定すれば、対世効をもつ（FamFG 第 184 条第 2 項）。

(5) 父子関係の確定

法律上の原因によればまだ父子関係が成立していない場合には、家庭裁判所の決定によって父子関係を確定することができる（BGB 第 1600d 条第 1 項）。申立権者は、法律上明記されていないが、制度趣旨に照らせば、子、母、そして父本人である。子が生物学上、当事者の男性から生まれたと解される場合には、申立てが認容される。父子関係の確定を容易にするため、子の母と同衾してい

⁴²⁶ Schwab, *op.cit.*, S. 253 *et seq.*

⁴²⁷ Schwab, *op.cit.*, S. 264.

た男性が父であると推定される。ただし、反証を挙げれば、その推定を覆すことができる（BGB 第 1600d 条第 2 項）⁴²⁸。父子関係の確定を認容する決定が確定すれば、対世効をもつ。

2. 親権

(1) 親権の内容

親権（*elterliche Sorge*）は、身上監護と財産管理からなる（BGB 第 1626 条第 1 項）。

身上監護は、子の世話をし、子を教育し、子を監督し、子の居所を決定する義務と権利を包括する（BGB 第 1631 条第 1 項）。親は、身上監護のために法定代理権、子の居所指定権、子の引渡請求権、面会交流決定権などの法的権限をもつ（BGB 第 1633 条）。子の氏の決定も身上監護に属する。父母が婚姻しており、共通の氏をもっていれば、子は自動的にその氏を取得するが（BGB 第 1616 条）、それ以外の場合に共同親権をもつ親が別の氏を称している場合には、父母の合意によって氏を決定し、父母の合意がなければ、家庭裁判所が父母の一方に氏の決定権を付与する（BGB 第 1617 条）。

財産管理の目的は、第一義的には、子の利益のために財産を維持し、増加させ、処分することにある。親権者は、財産管理のための法定代理権をもつが、子に不利益を及ぼす管理処分、リスクのある管理処分、あるいは特に重要な管理処分を行うには、家庭裁判所の許可を得なければならない（BGB 第 1643 条）。

(2) 親権の帰属

ドイツ民法上、子の出生時点で父母が婚姻していれば、法律に基づいて自動的に共同親権となる（BGB 第 1626a 条第 1 項の反対解釈：婚姻に基づく共同親権）。また、父母が子の出生時に婚姻していなくても、両者が「親権宣言」（*Sorgeerklärung*）をすれば、共同親権者となる（BGB 第 1626a 条第 1 項第 1 号：意思表示に基づく共同親権）。親権宣言は、親の自己決定権の尊重を基礎とするため、父母の意思表示だけで成立し、家庭裁判所による審査（親権宣言が子の福祉にかなうか否か）や子の同意は要件とされていない。また、父母の同居も要件ではない⁴²⁹。

共同親権をもつ父母の別居又は離婚後も、一方親が家庭裁判所に単独親権への変更又は親権の一部移転を申し立てないかぎり、法律上の効果として共同親権が存続する（BGB 第 1671 条第 1 項）。単独親権への変更又は親権の一部移転は、他方の親権者が同意したとき（同条第 2 項第 1 号）、あるいは家庭裁判所がそれが子の福祉に最もかなうと判断したとき（同条第 2 項第 2 号）、認容される。

父母が子の出生時点で未婚であり、「親権宣言」もしていない場合には、母の単独親権となる（BGB 第 1626a 条第 2 項）（母子関係に基づく単独親権）。そして、父母が事後的に婚姻すれば、婚姻の時点から法律に基づいて共同親権に切り替わる（同条第 1 項第 2 号）。それ以外の場合には、父は、母の同意がなければ子を認知できず（BGB 第 1595 条第 1 項）、親権宣言をして共同親権を取得することもできないと定められていた（BGB 第 1626a 条第 1 項第 1 号）。また、父は、母との別居後も、母の同

⁴²⁸ Schwab, *op.cit.*, S. 268 *et seq.*

⁴²⁹ Gernhuber/Coester-Waltjen, *Familienrecht*, 5. Aufl., München 2006, S. 704.

意に基づいて家庭裁判所に親権の全部又は一部移転の申立てをし、それが子の福祉にかなうと判断されて初めて、共同又は単独親権を取得することとされていた（BGB 第 1672 条第 1 項）。この母の「拒否権（Vetorecht）」は、現在では違憲であるとされており⁴³⁰、法改正が待たれている。

(3) 親権の行使

単独親権者である親は、子の身上監護及び財産管理に関する事項について単独で決定する。他方の親は、たとえ子との面接権をもっていたとしても、親権に関する事項には干渉できない。それに対して、父母が共同親権を行使する場合には、両者が同等の権利を有し義務を負い、自己の（ただし共通の）責任において、相互の合意に基づいて子の福祉のために親権を行使する（BGB 第 1627 条第 1 文）。父母が合意に達しないときには、特定の事項に関する決定権を付与するよう家庭裁判所に求めることができる（BGB 第 1628 条）。ただし、共同親権者は、緊急の場合には各々単独で代理権を行使できる（BGB 第 1629 条第 1 項第 4 文）。

父母の別居又は離婚後に共同親権を行使する際には、父母は「重要事項」については合意する必要があるが、それ以外の「日常生活に関する事項」については、子と同居している親が単独で決定する権限をもつ（BGB 1687 条第 1 項・第 2 項：「共同親権の分割」）。

(4) 親権の停止及び取り上げ

親が行為無能力であれば、親権は停止する（BGB 第 1673 条第 1 項）。親が制限行為能力者であるときも親権は停止し（BGB 第 1673 条第 2 項第 1 文）、親は子の法定代理人とともに身上監護権をもつが、代理権はもたない（同第 2 文）。共同親権者の一方が、事実上の障碍によって親権を行使できない又は親権が停止している場合に、他方の親が親権を行使できるときには、その親が単独で行使する（BGB 第 1678 条第 1 項）。

親権が本来の機能を果たしておらず、子の福祉が危険にさらされている場合には、家庭裁判所は、親権を全面的又は部分的に取り上げ、子を保護することができる（BGB 第 1666 条～第 1667 条）。親権が全面的に取り上げられ、他方親が代わりに親権を行使し得ない場合には、後見人が選任される。また、親権が部分的に取り上げられた場合には、補佐人が選任される⁴³¹。

⁴³⁰ ドイツ連邦憲法裁判所の 2003 年 1 月 29 日決定（BVerfG vom 29.1.2003, FamRZ 2003, 285）は、BGB 第 1626a 条第 1 項第 1 号及び第 1672 条第 1 項を合憲としたが、欧州人権裁判所は、2009 年 12 月 3 日判決（European Court of Justice, Judgment of 3.12.2009, *Zaunegger v. Germany* (Application No. 22028/04)）においてドイツには欧州人権条約違反があったとした。それを受けて、ドイツ連邦憲法裁判所も 2010 年 7 月 21 日（BVerfG vom 21.7.2010, FamRZ 2010, 1403）に判例変更をし、BGB 第 1626a 条第 1 項第 1 号及び第 1672 条第 1 項はドイツ基本法第 6 条第 2 項に定める親の権利を侵害するものであり、違憲であるとした。

⁴³¹ 以上の点については、西谷祐子「ドイツにおける児童虐待への対応と親権制度」民商法雑誌 141 巻 6 号 545 頁以下、142 巻 1 号 1 頁以下（2010 年）参照。

3. 養子縁組

養子縁組は、公正証書によって家庭裁判所に申し立てることで行われる(BGB第1752条第2項)。養親は、原則として25歳以上でなければならず、連れ子養子の場合にのみ21歳以上で足りる。共同養子縁組の場合には、一方が少なくとも25歳以上、他方が少なくとも21歳以上でなければならない(BGB第1743条)。

養子縁組には、以下の類型がある。①婚姻している夫婦は、原則として共同で養子縁組を行う(BGB第1741条第2項)。②一方配偶者は、他方配偶者の子(前婚の子など)を養子にとることができる(連れ子養子)。③2004年改正以来、登録パートナーも相手方パートナーの子を養子にとることができる。④婚姻していない養親は、単独でしか縁組できない(BGB第1741条2項)。⑤養親子関係が存在しているかぎり、子は養親の生存中、他の者の養子となることはできない⁴³²。

養子縁組を行うには、子(14歳以上の子は、法定代理人の同意に基づいて自ら同意をする)、実親(非婚父も含めて)、子の配偶者、そして養親の配偶者の同意を得る必要がある(BGB第1746条以下)。ドイツ法は、決定型の養子縁組制度によっており、養子縁組が必ず家庭裁判所の決定によって行われる(BGB第1752条)。家庭裁判所は、養子となる子の福祉(FamFG第1741条第1項第1文)、そして養親又は養子の子らの利益など(BGB第1745条)に鑑みて、養子縁組の可否を決定する⁴³³。

養子縁組の申立てを認容する決定が下されれば、養子は養親の子としての地位を取得し(BGB第1754条第2項)、養親は親権を取得し(同第3項)、その他の親子関係としての効力が発生する。養子及びその子孫は、養親及びその親族と完全な親族関係をもつほか、養子は養親の氏を取得する。他方、養子及びその子孫と、養子の実親その他の親族との親族関係は解消される⁴³⁴。なお、養子縁組に必要な申立て又は同意が適式になされていなかった場合(BGB第1760～第1762条)、あるいは子の福祉に関する重大な事由によって養子縁組の解消が必要になる場合(BGB第1763条)には、離縁が認められる。

C. 後見、補佐、世話

1. 後見

1990年に世話法が制定されて以来、後見(Vormundschaft)は本人が未成年者である場合に限定されている。成年者の保護は、世話制度による。後見は、親による親権行使が不可能である場合(父母の死亡又は親権の取り上げなど)に開始し、後見人は、親権全体に関する権限を代わりに行使する。後見人は、通常、家庭裁判所の職権で選任される(BGB第1774条第1文、FamFG第151条第4号)。ただし、後見人を必要とする非婚子が出生した場合(BGB第1791c第1項)、あるいは実親の養子縁組への同意によって親権が停止した場合には(BGB第1751条第1項)、自動的に少年局が後見人となる。

⁴³² Schwab, *op.cit.*, S. 370 *et seq.*

⁴³³ Schwab, *op.cit.*, S. 371 *et seq.*

⁴³⁴ Schwab, *op.cit.*, S. 376 *et seq.*

後見は、未成年者が成人に達したとき、親の親権が回復したとき、あるいは本人が死亡したときには終了する⁴³⁵。

2. 補佐

補佐人は、後見人とは異なって、親権の一部に関する権限を行使する。補佐に関しては、基本的に後見に関する規定が準用される（BGB 第 1915 条第 1 項）。補佐は、未成年者のほか、特定の場合には成年者、胎児、そして包括財産のためにも開始される。ただし、未成年者又は胎児のための補佐は親子事件として（FamFG 第 151 条）、家庭裁判所の職分管轄に属するが、成年者の補佐については、世話事件として（FamFG 第 340 条第 1 号）、世話裁判所の職分管轄に属する。補佐には、補充補佐と代替補佐があり、親権又は後見の機能を補充するための前者の補佐が用いられるのが一般的である（父母の親権の一部としての居所指定権や代理権が取り上げられ、補佐人が選任される場合など）⁴³⁶。

3. 世話

世話制度は、精神病、あるいは身体的・精神的・情緒的な障碍のために自己の事務を完全には行い得ない成年者を保護するための制度である。このような成年者は、申立てに基づいて又は裁判所の職権で世話人を付される（BGB 第 1896 条第 1 項第 1 文）。世話事件は、世話裁判所の職分管轄に属する（FamFG 第 271 条）。

本人の行為能力は、世話人の選任によって制限されない。行為能力の有無は、常に BGB 第 104 条第 2 号によってのみ決定される。本人の法律行為に関する行動の自由を制限する必要があるときには、世話人の同意をその意思表示の要件とすることができる（BGB 第 1903 条）。ただし、世話人の権限と本人の行為能力との関係は複雑で、実務上も問題が生じたため、2005 年改正によって、本人が事理弁識能力をもつかぎり、その自由意思に反しては世話人を選任できないことが規定されている（BGB 第 1896 条第 1a 項）⁴³⁷。

世話人が行う事務は、法律行為その他の法的行為及び訴訟行為、そしてそれらの事務を準備し実行するのに必要な事実行為を含む。世話人の事務は、通常、一定範囲の事項に限定され、本人の事務全般を包括することは稀である。世話人は、その定められた事務の範囲で本人を代理する法定代理権をもつほか（BGB 第 1902 条）、本人の状態に応じて、居所指定権、面会交流の決定権、医療行為への同意権又は拒否権、収容措置への同意権などが付与されることもある（BGB 第 1901a 条、第 1901b 条、第 1904 条以下）。ただし、世話人の法定代理権は、様々な制限に服しており、後見に関する制限がほぼそのまま妥当するほか（利益相反行為の禁止〔BGB 第 1908i 条第 1 項第 1 文、第 1795 条第 1 項第 2 号〕など）、世話制度に固有の制限（危険な医療行為への同意には世話裁判所の許可が要件とされる〔BGB 第 1904 条第 1 項〕など）も設けられている⁴³⁸。

⁴³⁵ Schwab, op.cit., S. 413 *et seq.*

⁴³⁶ Schwab, op.cit., S. 424 *et seq.*

⁴³⁷ Schwab, op.cit., S. 412 *et seq.*, 426 *et seq.*

⁴³⁸ Schwab, op.cit., S. 430 *et seq.*

D. 登録パートナーシップ

2001年に導入された登録パートナーシップ制度は、同性カップルの共同体に法的形態を与えるものである。登録パートナーシップは、様々な点において意識的に婚姻制度とは区別されており、BGBではなく、特別法である登録パートナーシップ法（LPartG）において規律されている⁴³⁹。ただし、実際には婚姻法に関する規定を準用している部分も多い。

登録パートナーシップは、同性である二人の者が権限をもつ当局（通常は身分登録局であるが、州によって異なりうる）において登録パートナーシップ関係に入ることを宣言することで成立する（LPartG第1条第1～第2項）。未成年者、すでに登録パートナーシップ関係にある者又は婚姻している者、直系親族又は兄弟姉妹は、登録パートナーシップを行うことができない（同第3項）。これらに違反して成立した登録パートナーシップは、婚姻のように取消しうるのではなく、端的に無効となる。登録パートナーシップの意思表示に瑕疵があった場合には、裁判所の判決によって取り消される（LPartG第15条第2項第2文）⁴⁴⁰。

登録パートナーは、共通の氏を称することができる（LPartG第3条第1項）。また、登録パートナーは、相互に扶助及び援助して共同生活を築く義務を負い、相互に責任を負う（LPartG第2条）。婚姻とは異なり、明確な同居義務及び貞操義務は定められていない。それに対して、扶養義務（LPartG第5条）、日常家事債務、債務者である登録パートナーへの財産帰属の推定（LPartG第8条）のほか、相続分及び遺留分の承認（LPartG第10条）、家族・姻族関係の創設（LPartG第11条）という点では、婚姻と同様の効果が認められている。登録パートナーシップの財産制については、夫婦財産制に関する規律が準用され、法定財産制は剰余共同制であること（LPartG第6条）、登録パートナーシップ財産契約によって別産制又は共同制を選択できることが定められている（LPartG第7条）⁴⁴¹。

子との関係では、婚姻制度と明確に区別され、登録パートナー双方が共同で養子縁組をすることは認められていない。もっとも、一方の登録パートナーが単独で親権をもつ子については、その同意によって他方のパートナーは、日常生活に関する事項について共同で、緊急時には親権に関する事項について単独で決定することができる（LPartG第9条第1～第4項）。子が登録パートナー双方と一緒に暮らす場合には、単独親権又は共同親権をもつ登録パートナーは、パートナー共通の氏を子に付与することができる（LPartG第9条第5項）。一方の登録パートナーが単独で養子縁組をする場合には、他方のパートナーの同意が要件とされる（LPartG第9条第6項）。さらに、一方パートナーの子を他方パートナーが養子とすることも認められ（同第7項：連れ子養子）、その場合にはパートナー双方の共同親権となる⁴⁴²。

登録パートナーシップは、離婚と同様に解消されうるが、立法者は特別に「取消し」（Aufhebung）という文言を用いている（LPartG第15条第2項第1文）。登録パートナーシップの取消原因は、離婚

⁴³⁹ Gesetz zur Beendigung der Diskriminierung gleichgeschlechtlicher Gemeinschaften: Lebenspartnerschaften vom 16.2.2001, BGBl. I S. 266.

⁴⁴⁰ Schwab, *op.cit.*, S. 456 *et seq.*

⁴⁴¹ Schwab, *op.cit.*, S. 458 *et seq.*

⁴⁴² Schwab, *op.cit.*, S. 463 *et seq.*

とは独立に規定されている。それによれば、①パートナー双方が1年以上別居しており、取消しに合意していること（同第1号a）、②パートナー双方が1年以上別居しており、生活共同体の回復が望めないこと（同第1号b）、③パートナー双方が3年以上別居していること（同第2号）、そして④登録パートナーシップ関係の継続が耐え難い苦痛となること（同第3号）が取消原因とされる。ただし、パートナー双方が3年以上別居していても、登録パートナーシップの取消しが相手方にとって過酷な状態をもたらす場合には、例外的に取消しが否定されうる（LPartG 第15条第3項：過酷条項）。

登録パートナーシップ取消しの効果としては、婚姻住居及び家財道具について離婚に関する規定が準用されるほか（LPartG 第17条）、登録パートナーシップ財産制についても、夫婦財産制において剰余共同制を解消する場合と同じく分割請求が認められ（LPartG 第6条第2文）、年金分割請求も認められる（LPartG 第20条）。また、離婚の場合と同様に、登録パートナーシップ解消後の扶養請求も認められる（LPartG 第16条）。

VI. 手続の種類

A. 婚姻事件

2008年にFamFGが制定されて以来、婚姻事件（特に離婚事件）はZPOではなく、FamFGに規定されている。婚姻事件については、家庭裁判所が職分管轄をもつ。手続は、訴えではなく「申立て」（Antrag）によって開始され、当事者も申立人（Antragsteller）及び相手方（Antragsgegner）と呼ばれる。FamFGによれば、申立てに際してZPOに基づく訴状に関する規定が準用されるほか（FamFG 第124条、ZPO 第253条）、特に以下の点を記載する必要がある。すなわち、①夫婦の未成年の子の氏名、生年月日、常居所、②夫婦が当事者となっている他の家事事件が係属しているか否か、③夫婦が親権、子との面会交流、婚姻住居及び家財道具に関する権利関係について合意しているか否かという点である（FamFG 第133条第1項）⁴⁴³。

婚姻事件については、弁論主義ではなく、職権探知主義が妥当する。そして、家庭裁判所は、裁判を下す基礎となる事実を認定するために必要な調査を行うのが原則である（FamFG 第127条第1項）。ただし、離婚手続に関しては重要な制限があり、当事者が自ら主張しない事実は、婚姻関係を維持するのに役立つか又は申立人が反対しないかぎりでのみ考慮されうる（FamFG 第127条第2～第3項）。婚姻事件全般については、弁護士強制が妥当する（FamFG 第114条第1項）。ただし、相手方は、必ずしも弁護士による代理を必要としない。必要があれば、家庭裁判所は職権で、相手方に弁護士を付すことができる（FamFG 第138条）。いずれにしても、離婚に対する同意又は同意の撤回、離婚申立ての取り下げは、弁護士による代理を必要としない（FamFG 第114条第4項第3号）⁴⁴⁴。

離婚手続においては、離婚事件及びその効果に関する事件が併合されうる。年金分割請求については、通常、当事者の申立てなしに職権で、離婚との併合手続が行われる（FamFG 第137条第2項）。

⁴⁴³ Schwab, *op.cit.*, S. 152 *et seq.*

⁴⁴⁴ Schwab, *op.cit.*, S. 153.

その他の離婚の効果に関する事件（元配偶者に対する扶養請求，子に対する扶養請求，夫婦財産制に基づく請求〔財産分割請求ほか〕，婚姻住居及び家財道具に関する請求）については，夫婦の一方が第一審の口頭弁論開始の2週間以上前に，離婚事件において合わせて申立てをした場合にのみ，併合手続が行われる（FamFG 第 137 条第 2 項）。それに対して，子に関する事件，特に親権及び子に対する面会交流に関する事件については，夫婦の一方が第一審の口頭弁論終結前に申立てをすれば，併合手続が行われうる（FamFG 第 137 条第 3 項）⁴⁴⁵。ただし，家庭裁判所は当事者の申立てには拘束されず，子の福祉に鑑みて適切ではないと判断すれば，併合手続を拒否できる。併合手続が行われ，申立てが認容される場合には，一つの決定によって統一的に判断が下される（FamFG 第 142 条第 1 項）⁴⁴⁶。

B. 親子関係事件

親権及び子との面会交流等に関する親子事件については，家庭裁判所が職分管轄をもつ（FamFG 第 111 条第 2 号，第 151 条）。特に子の居所指定，面会交流，引渡し，あるいは子の福祉の危険に関する事件については，手続が優先的かつ迅速に進められる（FamFG 第 155 条）。他方で，子の福祉に反しないかぎり，手続のいかなる段階においても和解が試みられる（FamFG 第 156 条）。手続には，職権探知主義が妥当する（FamFG 第 26 条）。子の利益を実現するのに必要な場合には（法定代理人との利害の対立，親権の取り上げが問題となる場合など），手続補佐人が選任される（FamFG 第 158 条）。14 歳以上の子については原則として，14 歳未満の子については適切な場合に意見聴取がなされる（FamFG 第 159 条）。親も直接尋問されるほか，養育人及び少年局も関与する（FamFG 第 160 条以下）。

血縁上の親子関係事件については，家庭裁判所が職分管轄をもつ（FamFG 第 111 条第 3 号，第 169 条第 4 号）。FamFG 制定以来，手続は，訴えではなく申立てによって開始され（FamFG 第 171 条第 1 項），被告は存在しない。子，法律上の父，そして母は必ず当事者となる（FamFG 第 172 条第 1 項）。未成年子の利益を実現するために必要があれば，手続補佐人が選任される（FamFG 第 174 条）。手続には，職権探知主義が妥当する（FamFG 第 26 条）。ただし，当事者が主張していない事実は，父子関係を維持するのに役立つか又は申立て人が同意するかぎりでのみ判断の基礎とされる（FamFG 第 177 条第 1 項）。当事者の一人が終局裁判の確定前に死亡した場合にも，他の当事者の一人が 1 ヶ月以内に申立てをすれば，手続は継続する（FamFG 第 181 条）⁴⁴⁷。

養子縁組についても，家庭裁判所が職分管轄をもつ（FamFG 第 111 条第 4 号，第 186 条以下）。縁組手続においては，養親及び養子となる子（FamFG 第 192 条），さらに養親又は養子の子ら（FamFG 第 193 条）のほか，養子となる子が未成年である場合には，少年局も（FamFG 第 194 条第 1 項）意見

⁴⁴⁵ 親権及び子との面会交流については，1976 年離婚法改正後（Erstes Gesetz zur Reform des Ehe- und Familienrechts [1. EheRG] vom 14.6.1976, BGBl. I, S. 1421）は，必ず離婚事件において附带的に決定されていたが（必要的併合手続 [Zwangsverbund]），1997 年親子法改正後は，父又は母の申立てが要件とされている（FamFG 第 137 条第 3 項）。

⁴⁴⁶ Schwab, op.cit., S. 153 *et seq.*

⁴⁴⁷ 当事者の死亡後の父子関係の否認は，相続権との関係で意味をもつ。Schwab, op.cit., S. 265.

聴取される。家庭裁判所は、縁組の申立てについて決定をもって判断する。養子縁組が認容される場合には、縁組決定は、養親に通知した時点から効力をもつ（FamFG 第 197 条第 1・第 2 項）。

第1編第9章 涉外関係手續

第1節 国際法上の条約と欧州連合の制定法

第97条 優先性及び適用可能性

- (1) 国際法上の条約における準則は、それが国内法上直接適用しうる規範となっているかぎり、本法の規定に優先する。欧州連合の制定法上の準則の適用は妨げられない。
- (2) 前項にいう条約及び制定法を国内法化及び実施するために定められた準則の適用は妨げられない。

第2節 国際裁判管轄

第98条 婚姻事件；離婚事件と附帯処分事件の併合

- (1) ドイツ裁判所は、以下の場合に婚姻事件について管轄をもつ。
 1. 一方配偶者がドイツ人であるとき又は婚姻時にドイツ人であったとき。
 2. 夫婦双方がドイツ国内に常居所を有しているとき。
 3. 一方配偶者が無国籍者でドイツ国内に常居所を有しているとき。
 4. 一方配偶者がドイツ国内に常居所を有しているとき。ただし、ドイツで下す予定の裁判が夫婦いずれの本国法によっても明らかに承認されえない場合には、その限りではない。
- (2) 前項に基づくドイツ裁判所の管轄は、離婚事件及び附帯処分事件が併合されているときには、離婚の附帯処分にも及ぶ。

第99条 親子事件

- (1) ドイツ裁判所は、第151条第7号に定める手續を除いて⁴⁴⁹、子が、
 1. ドイツ人であるとき、あるいは
 2. ドイツ国内に常居所を有するときには、管轄をもつ。また、ドイツ裁判所は、子がドイツ裁判所による保護措置を必要とする場合にも、管轄をもつ。
- (2) ドイツ裁判所及び外国裁判所が後見開始命令のための管轄をもっており、後見がすでに当該外国において開始されている場合には、それが被後見人の利益にかなうかぎり、ドイツ国内では後見開始命令を差し控えることができる。
- (3) ドイツ裁判所及び外国裁判所が後見開始命令のための管轄をもっており、ドイツ国内ではすでに後見が行われている場合には、後見を監督している裁判所は、それが被後見人の利益にかなうかぎり、後

⁴⁴⁸ Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FamFG) vom 17.12.2008 (BGBl. I S. 2586, 2587).

⁴⁴⁹ 第151条第7号は、精神病者の保護収容に関する州法に基づく、未成年者の自由を剥奪する保護収容命令に関する手續を指す。

見人が同意し、当該国が後見の引継ぎを承諾したときには、後見開始命令に関して国際裁判管轄をもつ国に後見をゆだねることができる。単独後見人、あるいは共同で後見が行われている際の複数後見人の一人が同意を拒否した場合には、後見事件が係属している裁判所に代わって、審級が上位の裁判所が決定を下す。その決定を取り消すことはできない。

(4) 第2項及び第3項の規定は、第151条第5号及び第6号の手續に準用する⁴⁵⁰。

第100条 血縁上の親子関係事件

ドイツ裁判所は、子、母、父、あるいは母の妊娠時に同衾していたと宣誓した男性が、

1. ドイツ人であるとき、あるいは
 2. ドイツ国内に常居所を有するときには、
- 管轄をもつ。

第101条 養子縁組事件

ドイツ裁判所は、養親、夫婦共同養子縁組の養親の一人、あるいは子が、

1. ドイツ人であるとき、あるいは
 2. ドイツ国内に常居所を有するときには、
- 管轄をもつ。

第102条 年金分割事件

ドイツ裁判所は、

1. 申立人又は相手方がドイツ国内に常居所を有するとき、
 2. ドイツ国内における年金期待権について決定すべきとき、あるいは
 3. ドイツのいずれかの裁判所が申立人と相手方の離婚判決を下したときには、
- 管轄をもつ。

第103条 登録パートナーシップ事件

(1) ドイツ裁判所は、登録パートナーシップ法に基づく登録パートナーシップの解消、あるいは登録パートナーシップの存在又は不存在の確認を対象とする登録パートナーシップ事件について、

1. 登録パートナーの一人がドイツ人であるとき又は登録パートナーシップ締結時にドイツ人であったとき、
 2. 登録パートナーの一人がドイツ国内に常居所を有しているとき、あるいは
 3. 登録パートナーシップがドイツ国内の当局において締結されたときには、
- 管轄をもつ。

⁴⁵⁰ 第151条第5号は、補佐又はそれ以外の未成年者又は胎児の代理人の選任に関する手續を、同第6号は、未成年者の自由を剥奪する保護収容（BGB第1631b条、第1800条、第1915条）に関する手續を指す。

(2) 前項に基づくドイツ裁判所の管轄は、登録パートナーシップの解消事件と附帯処分事件が併合されているときには、附帯処分にも及ぶ。

(3) 第99条、第101条、第102条、第105条の規定は準用される。

第104条 世話事件及び保護収容事件、成年補佐事件

(1) ドイツ裁判所は、本人又は成年者である被補佐人が、

1. ドイツ人であるとき、あるいは

2. ドイツ国内に常居所を有するときには、

管轄をもつ。また、ドイツ裁判所は、本人又は成年者である被補佐人がドイツ裁判所による保護措置を必要とする場合にも、管轄をもつ。

(2) 第99条第2項及び第3項の規定は準用される。

(3) 第1項及び第2項の規定は、第312条第3号に基づく保護収容事件⁴⁵¹には適用されない。

第105条 その他の手続

本法に基づくその他の手続については、ドイツ裁判所は、ドイツのいずれかの裁判所が土地管轄をもつ場合に管轄をもつ。

第106条 専属管轄の否定

本節に定める管轄は、専属的ではない。

第3節 外国裁判の承認及び執行

第107条 婚姻事件に関する外国裁判の承認

(1) 婚姻を無効とする、取消す、婚姻関係が成立した後に又はそれを維持したままで解消する、あるいは当事者の婚姻の存在又は不存在を確認する外国の決定は、州法務局が、承認要件が具備されていることを確認した場合にのみ承認される。ただし、夫婦双方が裁判時に国籍を有していた国の司法機関又は行政機関が判断した場合には、その承認は、州法務局による確認を必要としない。

(2) 管轄をもつのは、夫婦の一方が常居所をもつ州の法務局である。夫婦のいずれもドイツ国内に常居所をもたない場合には、新たな婚姻が挙行される又は登録パートナーシップが締結される予定である州の法務局が管轄をもつ。その場合に、州法務局は、婚姻の挙行又は登録パートナーシップの登録が申請されたことの証明を求めることができる。その他の管轄原因が存しない場合には、ベルリン州の法務局が管轄をもつ。

⁴⁵¹ 第312条第3号は、精神病者の保護収容に関する州法に基づく、成年者の自由を剥奪する保護収容に関する手続を指す。

- (3) 州政府は、行政規則によって、本条が州法務局に与えている権限を一又は複数の州上級裁判所長に移管することができる。州政府は、行政規則によって、第1文に基づく権限を州法務局に移管することができる。
- (4) 決定は、申立てに基づいて下される。申立てをすることができるのは、承認に関する法的利益を疎明した者である。
- (5) 州法務局が申立てを棄却した場合には、申立人は、州上級裁判所に対して決定を求めることができる。
- (6) 州法務局が、承認要件が具備されていることを確認した場合には、申立てをしていない他方配偶者は、州上級裁判所に対して決定を求めることができる。州法務局の決定は、申立人に対する通知によって有効となる。ただし、州法務局は、その決定の中で、州法務局が定める一定期間の経過後に初めて有効となることを定めることができる。
- (7) 管轄をもつのは、州法務局が所在する管区を所轄する州上級裁判所の民事部である。裁判所の決定の申立ては、効力発生を停止しない。その手続については、第4及び第5節の規定並びに第14条第1・第2項及び第48条第2項が準用される。
- (8) 前項までの規定は、外国裁判の承認要件の不存在確認が申し立てられた場合にも準用される。
- (9) 承認要件の存在又は不存在確認は、裁判所及び行政機関を拘束する。
- (10) 1941年11月1日の時点で、外国裁判に基づいてドイツ家族登録簿(婚姻登録簿)に婚姻の無効、取消し、離婚、別居、婚姻の存在又は不存在が付記されていた場合には、その記載は、本条に基づく承認と同じ効力をもつ。

第108条 その他の外国裁判の承認

- (1) 外国裁判は、婚姻事件に関する裁判を除き、特別の手続を要することなく承認される。
- (2) 法的利益をもつ当事者は、財産法関係以外の外国裁判の承認又は不承認に関する決定を申し立てることができる。その場合には、第107条第9項の規定が準用される。ただし、養子縁組の承認又は不承認については、養子が縁組当時に満18歳未満であった場合には、養子縁組の効果に関する法第2条、第4条及び第5条が適用される。
- (3) 第2項第1文に基づく申立てに対する決定については、申立ての当時、その管区内に、
1. 相手方又は決定の対象者が常居所を有しているところの裁判所、
 2. 第1号の管轄がない場合には、確認の利益が存する又は保護措置の必要性が存するところの裁判所が土地管轄をもつ。この管轄は、専属的である。

第109条 承認拒否事由

- (1) 外国裁判の承認は、以下の場合には拒否される。すなわち、
1. 外国裁判所がドイツ法によれば管轄をもっていなかったとき、

2. 当事者の一方が本案について応訴せず、裁判手続開始のための書面が適式に又は自己の権利を行使しうる程度に適時に通知されなかったことを援用しているとき、

3. 外国裁判がドイツにおいて下された裁判、ドイツにおいて承認される先行外国裁判、あるいはその外国裁判の基礎となった裁判手続がドイツにおいて先に係属した裁判手続と相容れないとき、あるいは

4. 外国裁判の承認が、ドイツ法上の重要な基本原則と明らかに相容れない結果となるとき、特にその承認が基本権と相容れないとき、

である。

(2) 婚姻事件に関する外国裁判は、夫婦の一方がその裁判国において常居所を有していた場合には、第 98 条第 1 項第 4 号の規定にかかわらず承認される。婚姻事件に関する外国裁判が夫婦双方が国籍をもつ国において承認される場合には、第 98 条の規定にかかわらず承認される。

(3) 登録パートナーシップ事件に関する外国裁判は、登録国が当該裁判を承認する場合には、第 103 条の規定にかかわらず承認される。

(4) 以下の事項に関する外国裁判は、相互の保証がない場合には承認されない。

1. 争訟性の家事事件。
2. 登録パートナーシップ上の扶助及び協力義務。
3. 登録パートナーの共同住居及び家財に関する法律関係の規律。
4. 登録パートナーシップ法第 6 条第 2 文並びに民法第 1382 条及び第 1383 条に基づく決定⁴⁵²。
5. 登録パートナーシップ法第 7 条第 2 文並びに民法第 1426 条、第 1430 条及び第 1452 条に基づく決定⁴⁵³。

(5) 外国裁判の適法性に関する審査は行われない。

第 110 条 外国裁判の執行可能性

- (1) 外国裁判は、承認されえないかぎり、執行されない。
- (2) 外国裁判が第 95 条第 1 項に定める義務を内容とする場合には、執行可能性は決定によって命じられる。その決定には、理由を付さなければならない。
- (3) 第 2 項に定める決定を下す管轄をもつのは、債務者が普通裁判籍をもつ区裁判所のほか、民事訴訟法第 23 条の規定に従い、債務者に対する提訴が可能な区裁判所である。この決定は、外国裁判所の裁判が当該裁判所に妥当する法によって既判力を取得した後に下される。

⁴⁵² 登録パートナーシップの法定財産制である後得財産共有制の清算に当たって、支払猶予又は対象財産の引渡しを命ずる家庭裁判所の決定を指す。

⁴⁵³ 登録パートナーシップにおいて選択財産制である共有制がとられているとき、特定の法律行為に対する他方パートナーの同意、共有財産を単独管理するパートナーの財産処分に対する同意、あるいは共有財産が共同管理されている場合の特定の法律行為等に対する他方パートナーの同意に代わる家庭裁判所の決定を指す。

(参考資料 2) 外国法に基づく養子縁組の効果に関する法律⁴⁵⁴

第 1 条 適用範囲

本法の規定は、外国における裁判又は外国の事項規定（Sachvorschriften）に基づく養子縁組に適用される。本法の規定は、養子が縁組当時に満 18 歳に達していた場合には適用されない。

第 2 条 承認及び効力の確認

- (1) 家庭裁判所は、申立てにより、第 1 条に定める養子縁組が承認される又は有効であるか否か、そして子の実親との親子関係が縁組によって断絶しているか否かを確認する。
- (2) 養子縁組が承認される又は有効である場合には、家庭裁判所は、さらに、
 1. 第 1 項に定める実親との親子関係が断絶している場合には、養親子関係がドイツの事項規定に基づく養親子関係と同等であること、
 2. そうでなければ、養親子関係が養親の親権及び扶養義務との関係で、ドイツの事項規定に基づく養親子関係と同等であること、を確認する。ただし、第 1 文に定める確認は、同時に第 3 条に基づく転換請求がなされている場合には差し控えることができる。
- (3) ドイツ家庭裁判所が外国の事項規定に基づいて養子縁組を命ずる場合には、職権で、第 1 項及び第 2 項に定める事項を確認する。養子縁組の承認可能性又は有効性に関する確認決定はなされない。

第 3 条 転換請求

- (1) 家庭裁判所は、第 2 条第 2 項第 1 文第 2 号に定める場合について、以下の要件が満たされれば、申立てにより、子がドイツの事項規定に基づいて縁組をされた子と同じ法的地位を取得することを命ずることができる。すなわち、
 1. それが子の福祉にかなうこと、
 2. 実親子関係の断絶の効果を伴う縁組に対して、必要な同意がなされていること、
 3. 養親又は養子の配偶者ないし子の優先的利益に反しないこと、である。

第 1 文第 2 号にいう同意の必要性及びその実現には、養子縁組への同意に適用される規定及び民法施行法 6 条⁴⁵⁵が準用される。また、子の同意については、合わせて民法第 1746 条第 1 項第 1～第 3 文及び同条第 2・第 3 項も適用される。養子が縁組決定当時に満 18 歳に達していた場合には、第 1 文第 1 号に定める要件は除外される。

⁴⁵⁴ Gesetz über Wirkungen der Annahme als Kind nach ausländischem Recht (Adoptionswirkungsgesetz - AdWirkG) vom 5.11.2001 (BGBl. I S. 2950, 2953).

⁴⁵⁵ 公序に関する規定を指す。

(2) 第1項の規定は、縁組の効果がドイツの事項規定が定める効果とは異なる場合には、第2条第2項第1文第1号に定める場合にも準用される。

第4条 申立て及び決定の効力が及ぶ範囲

(1) 申立権者となるのは、

1. 第2条第1項の確認については、

a) 養親、夫婦共同養子縁組の場合には各々の養親、

b) 養子、

c) 実親、あるいは

d) 身分登録法第27条第1項に基づいて出生登録簿における子の出生登録を管理する権限をもつ身分登録局、あるいは身分登録法第36条に基づいて子の出生登録を行う権限をもつ身分登録局、である。

2. 第3条第1項又は第2項に定める請求については、養親及びその配偶者は、共同でしか申立てをすることができない。

第1文第1号d号及びe号に基づく申立権は、疑義がある場合にのみ援用することができる。第1文第2号に基づく申立てには、民法第1752条第2項及び第1753条が適用される。

(2) 第2条に基づく確認及び第3条に基づく請求は、すべての者に対して有利にも不利にも働く⁴⁵⁶。ただし、第2条に基づく確認は、実親に対しては効力をもたない。もっとも、第2条に基づく決定においては、実親が手続を開始した場合、あるいは第1項第1文第1号aからcに定める申立権者の申立てにより、手続に参加した場合には、実親に対してもその効力が及ぶことを命ずる。実親の手続への参加及び第3文に基づく効力の拡張命令は、別の手続において申し立てることもできる。

第5条 管轄及び手続

(1) 第2条及び第3条に基づく申立てについては、その管区内に州上級裁判所が所在するところの家庭裁判所が、その州上級裁判所の管区について管轄をもつ。ベルリン控訴裁判所の管区については、シェーネベルク区裁判所が管轄をもつ。国際裁判管轄及び土地管轄については、家事事件及び非訟事件の手続に関する法律第101条及び第187条第1・第2及び第4項の規定が準用される。

(2) 州政府は、条例によって、第1項第1文に定める管轄について、州上級裁判所の管区内にある別の家庭裁判所に、また一州に複数の州上級裁判所が存する場合には、州上級裁判所の全部又はそのうちの複数の管区について一つの家庭裁判所に管轄を与えることができる。州政府は、その決定権限を州法務局にゆだねることができる。

(3) 家庭裁判所は、非訟裁判手続によって決定をする。家事事件及び非訟事件の手続に関する法律第167条及び第168条第1項第1文及び第2ないし第4項は準用される。実親は、本法第2条に基

⁴⁵⁶ 対世効をもつという趣旨である。

づく手続には、第4条第2項第3及び第4文に基づいてのみ関与する。第2条に基づく手続には、外国養子縁組の連邦中央当局として連邦司法局が、第3条に基づく手続には、少年局及び州少年局の中央養子縁組部が参加する。

(4) 養子縁組の承認可能性又は有効性の確認、あるいはそれに基づく子の実親との親子関係の断絶の確認、また第2条第2項第1文に基づく確認、そして第3条第1又は第2項あるいは第4条第2項第3文に基づく請求には、家事事件及び非訟事件の手続に関する法律第197条第2及び第3項が準用される。そのほか決定に対しては、同法に基づいて異議申立てをすることができる。決定は、確定することで効力をもつ。ただし、第4条第2項第2文の規定は影響を受けない。

2. オーストリア・スイス

(執筆担当：九州大学 小池 泰)

[A：総論]

01：オーストリア¹

1.国際裁判管轄全般

国際裁判管轄の規律については、ブリュッセル規則ⅡaのようなEUレベルのもの、多国間・二国間条約など、国際法上の規律があればそれが優先する（JN 27a 条2項）。

国内法上の法源としては、裁判管轄法（JN）がある。JNは、一般的規定（27a条）と事件ごとの特別規定を置く。家族法・相続法上の事件に関する特別規定としては、同76条2項（婚姻解消事件）、106・107条（相続事件）、108条3項（実親子関係事件）、110条（親権・後見等事件）、113b条（養子事件）、114条4項（婚姻関係事件）がある。

(1) 管轄原因

i 住所・常居所・国籍

国際裁判管轄に関する国内法の規律では、一般の民事事件の場合、土地管轄があればそれがそのまま国際裁判管轄権となっている（JN 27a 条1項）。土地管轄のうち、普通裁判籍は、被告の住所または常居所による（同66条1項第1文、同2項第1文）。住所とは、その地に継続的に留まる意図を有することが明らかな場所または諸事情からそのことが認められる場所である（同66条1項第2文）。常居所とは、経済的・社会的な生活拠点である。これは、期間²、安定性その他その者と滞在地の間に継続的な結びつきがあることを示す個人的または職業的な事情を考慮して、判断される（同2項第3文）。また、居所は、もっぱら事実的事情によって判断される。家族法・相続法上の事件に関する特別規定は、ほとんどの場合、常居所と国籍を管轄原因としている。

¹ 以下の文献を参照した。Fasching, Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen, Bd.1 2.Aufl. (2000) / Bd.5 2.Aufl. 1 Teilband (2008)・2. Teilband (2010) (Fasching, Bd. (Autor) で引用) ; Fuchs, Internationale Zuständigkeit in Außerstreitverfahren (2004) ; Nademleinsky/Neumayr, Internationales Familienrecht (2007) ; Rechberger (Hrsg.) ,Kommentar zur ZPO 3.Aufl (2006) (Rechberger (Autor) で引用) , Rechberger/Simotta, Zivilprozessrecht 8.Aufl. (2010) ; Neumayr/Nunner-Krautgasser, Exekutionsrecht 3.Aufl. (2011) また、法令等の略語は以下の通り。Haager Übereinkommen über die Zuständigkeit der Behörden und das anzuwendende Recht auf dem Gebiet des Schutzes von Minderjährigen vom 5.10.1961 (MSA : 未成年者の保護に関する官憲の管轄権及び準拠法に関する条約。翻訳については、民事月報 22 巻 9 号 101 頁を参照) ,Haager Übereinkommen über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung, Vollstreckung und Zusammenarbeit auf dem Gebiet der elterliche Verantwortung und Maßnahmen zum Schutz von Kindern, vom 19.10.1996 (KSÜ : 親責任及び子の保護措置に関する管轄権、準拠法、承認、執行及び協力に関する条約。翻訳については、民事月報 52 巻 6 号 95 頁を参照) ,Haager Übereinkommen über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführung, vom 25.10.1980 (HKÜ : 国際的な子の奪取の民事面に関する条約) ,Europäisches Übereinkommen vom 20.5.1980 über die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen über das Sorgerecht für Kinder und die Wiederherstellung des Sorgerechtsverhältnisses (ESÜ) , Luganer Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und die Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (ルガノ条約) , VO(EG) 2003/2201 des Rates v 27.11.2003 über die Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Ehesachen und in Verfahren betreffend die elterliche Verantwortung und zur Aufhebung der VO(EG)2000/1347 (ブリュッセル規則Ⅱa) , VO(EG) 2009/4 des Rates v 18.12.2008 über die Zuständigkeit, das anwendbare Rechts, die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen und die Zusammenarbeit in Unterhaltssachen (EU 扶養規則) , Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (ABGB : 民法) Exekutionsordnung (EO : 執行法)。

² 期間としては、約6か月が目安となるようである (Rechberger/Simotta, ZPR, Rz.234)。

ii 管轄の専属性の有無、合意管轄・応訴管轄の可否

国際裁判管轄に関する国内法の規律は、合意管轄・応訴管轄を認めている（JN104 条 1 項（合意管轄）・3 項（応訴管轄））³。もっとも、これらの規定は他の規定によって特に管轄が定められているときは適用されない（同 5 項）。そして、家族法・相続法上の事件に関する上記の特別規定はこれに該当する。よって、国内法上、家族法・相続法上の事件については、これらの特別規定上の管轄原因が存在しない場合において当事者の合意によって国際裁判管轄権を基礎づけることはできないことになる⁴。

国際法上の規律では、たとえば、ブリュッセル規則 II a は離婚事件に関して合意管轄を認めていない（同 6 条）⁵。また、扶養事件に関しては、EU 扶養規則は一定の制限の下で合意管轄を認めている（同 4 条。応訴管轄は 5 条）。

iii 主観的併合、附帯処分

①主観的併合 国内法の規律では、被告となる通常共同訴訟人に外国人が含まれている場合であっても、被告のうち一人がオーストリアに普通裁判籍（住所または常居所）を有していれば、オーストリアの国際裁判管轄が認められる（JN 93 条 1 項・27a 条）⁶。

②附帯処分 離婚の該当箇所（2.(c)）を参照。

iv 緊急管轄

国際法及び国内法の規律ではオーストリアの国際裁判管轄権を基礎づけることができないときでも、原告が、オーストリア国籍を有するか、オーストリアに住所・常居所を有しており、かつ、外国での権利追求が可能でないまたは期待できないときは、オーストリア最高裁判所（OGH）が、事物管轄ある裁判所に土地管轄権を認めることができる（JN 28 条 1 項 2 号）。外国での権利追求が可能でない、または期待できないときは、たとえば、外国の判決がオーストリアで承認・執行できない場合、判断が緊急を要するのに外国でそれを得ることができない場合、少なくとも一方の当事者にとって外国での訴訟遂行には政治的訴迫の危険が伴う場合、などである⁷。もっとも、国際法上他の国に国際裁判管轄権が認められている場合や、国内法が国際裁判管轄について明示的に規律している場合など、国際法・国内法に基づいてオーストリアに国際裁判管轄権がないとされているときは、本規定は適用されない（同 28 条 3 項）。

³ 非訟手続については、合意管轄は認められない（Rechberger/Simotta,Rz.99）。なお、JN 104 条 4 項は特定の規定を列挙してそれについて管轄合意は認められないとしているが、列挙条文は家族法・相続法上の事件に関するものではない。しかし、JN 104 条 5 項を追加した際、そこでの「特別な制定法上の指示」として想定されていたのは、婚姻関係事件の国際裁判管轄に関する 76 条 2 項と 114a 条 4 項であり、これらについての管轄合意は原則として無効となりうる、という考えだったようである（898 Dder Beilagen X X.GP RO Erluterungen S.38・39）。

⁴ Fasching,Bd.1（Simotta）JN § 104 Rz.116；Rechberger/Simotta,Rz.99；Rechberger（Mayr）§ 104 JN Rz.13。もっとも、この場合の管轄欠缺の瑕疵も、判決に既判力が生じれば治癒される（Rechberger/Simotta,Rz.107）。

⁵ Rechberger/Simotta,Rz.156。

⁶ Fasching,Bd.1（Simotta）JN § 93 Rz.30；Rechberger（Mayr）JN 93 Rz.4。なお、前者は、本文のような理解を支持する補強的論拠として、民事及び商事事件における裁判管轄及び裁判の執行に関する 2000 年 12 月 22 日の理事会規則（EC）44/2201（ブリュッセル I 規則）6 条 1 号（通常共同訴訟の裁判籍）において、被告のうち少なくとも一人が加盟国に住所を有していれば、第三国に住所を有する者をも被告に加えることができる、という理解が支配的であることを挙げている。

⁷ Rechberger/Simotta,Rz.89（Fn.33）。

(2) 管轄原因に関する職権調査の有無

国際裁判管轄権は訴訟要件であり、職権で調査されることになる⁸。

(3) 国際訴訟競合

国際法上の規律⁹がない場合には、国内法にもこの点に関する規律がないため、外国での訴訟の係属は訴訟を妨げないことになる。しかし、近時の判例では、外国の手続についても、それについての判決が国内で承認される可能性があれば、訴訟係属に関する規律を適用することができる、という見解が採られているようである¹⁰。

(4) 保全処分の国際裁判管轄

国際法上の規律¹¹が（妥当し）ない場合は、国内法によることになる。保全処分についての国際裁判管轄を規律する明文の規定はないが、国内法上の保全処分の管轄（EO 387 条）があるときは、国際裁判管轄権も認められる、とされている¹²。近時の判例によれば、外国で承認されないことや執行できないことは、国内で保全処分を下すことの妨げにならない。これは、処分対象が国内にある場合には処分の必要性もそれにとどまり、また、国外にいる相手方が任意に保全処分に従う可能性があることによる。

2.個別事項に関する国際裁判管轄¹³

(a) 失踪宣告¹⁴

死亡宣告（Todeserklärung）の国際裁判管轄は、次の場合に認められる（死亡宣告法 12 条）。①生存していた最後の時点で、失踪者がオーストリア国籍を有していたとき、②失踪者がその財産を国内に有しているとき、③失踪者の死亡事実が、国内で判断されるべき権利または法律関係にとって重大であるとき、④死亡宣告の申立てが失踪者の配偶者によってなされ場合については、当該配偶者がオーストリア国籍を有する、または、その常居所を国内に有しかつ失踪者との婚姻が成立した時点でオーストリア国籍を有していたとき。

* 死亡宣告法（Todeserklärungsgesetz）

12 条 失踪者の死亡宣告についての国際裁判管轄権は、以下の場合に認められる。

1. 存在する情報によれば生存していたとされる最後の時点で、失踪者がオーストリア国籍を有していたとき、または、
2. 失踪者がその財産を国内に有しているとき、または、
3. 失踪者の死亡事実が、国内で判断されるべき権利もしくは法律関係にとって重大であるとき、または
4. 死亡宣告の申立てが失踪者の配偶者によってなされ、かつ、当該配偶者がオーストリア国籍を有するもしくはその

⁸ Fasching, Bd.1 (Matscher) JN § 27a Rz.11 ; Rechberger/Simotta, Rz.110. なお、ブリュッセル規則 II a 17 条、EU 扶養規則 10 条も、同様に職権で調査するものとしている。

⁹ たとえば、ブリュッセル規則 II a 19 条、EU 扶養規則 12 条などがある。

¹⁰ Rechberger/Simotta, Rz.719.

¹¹ たとえば、ブリュッセル規則 II a 20 条・EU 扶養規則 14 条がある。

¹² Fasching, Bd.1 (Matscher) EGJN Vor IX Rz.70 ; Neumayr/Nunner-Krautgasser, S.302-3.

¹³ オーストリア裁判管轄法（JN）において特別の管轄規定が設けられている家族法・相続法の事件類型は、以下のとおりである。①訴訟手続によるものとして、夫婦関係及び登録パートナーの無効・解消等及び存否確認事件（76 条）、夫婦関係および登録パートナーシップ事件（100 条・49 条 2 項 2b 号）、相続事件（77 条。相続権及び遺贈等の死因処分にに基づく請求権に基づく訴え、遺産分割の訴え）。②非訟手続によるものとして、夫婦関係及び登録パートナーシップ事件（114a 条）、実親子関係事件（108 条）、準正事件（113 条）、養子事件（113a 条）、親権（Obsorge）・後見（Sachwalterschaft・Kuratel）事件（109 条）、扶養および親子関係事件（114 条）、相続事件（105 条）。

¹⁴ 失踪宣告事件は、人の権利能力に関わるものであり、ルガノ条約等の多国間条約の対象からは除外されている。もっとも、外国における失踪宣告の承認については、二国間条約がいくつか存在する。

常居所を国内に有しかつ失踪者との婚姻が成立した時点でオーストリア国籍を有していたとき。

(b) 婚姻・登録パートナーシップの成立・(身分的・財産的) 効力

(1) 婚姻の成立

婚姻の取消し (Aufhebung)・無効は、ブリュッセル規則 II a 1 条 1 項 a 号「婚姻の無効」に該当し、それを争う事件の国際裁判管轄権の有無は、まず、同規則 3 条に従って判断される ((c)を参照)。これに対して、婚姻の存否の確認の訴えについて、ブリュッセル規則 II a は適用されない¹⁵。

国内法の規律では、次の場合に国際裁判管轄権が認められる (JN 76 条 2 項)。①当事者の一方がオーストリア国籍を有するとき、②被告が、または、当事者双方を相手方とする無効の訴え¹⁶では少なくとも夫婦の一方が、その常居所をオーストリアに有するとき、③原告が、その常居所をオーストリアに有し、かつ、当事者の双方がその最後の共通の常居所をオーストリアに有していたまたは原告が無国籍もしくは婚姻成立時にオーストリア国籍を有していたとき。

(2) 婚姻の効果、夫婦財産制 (扶養は(g)を参照)

ブリュッセル規則 II a は、婚姻の効果に関する事件には適用されない。もともと、同規則で離婚事件の管轄が認められる場合には、国内法規律 (JN 76a 条) により、これと合わせて婚姻の効果についての管轄権も生じる¹⁷。

国内法の規律は、訴訟事件と非訟事件に分かれている。まず、訴訟事件については以下の通りである。夫婦関係から生じた財産法上の紛争および純粋に財産法上とはいえない紛争で、訴訟手続によるべきものについての国際裁判管轄権は、JN 76 条 2 項の類推によるとされている ((1)を参照)¹⁸。

非訟事件については、当事者の一方がオーストリア国籍またはオーストリアに常居所を有するときに、国際裁判管轄権が認められる (JN 114a 条 4 項第 1 文)¹⁹。よって、夫婦双方とも外国にいるが一方がオーストリア国籍を有する場合、夫婦双方がオーストリア国籍を有しないが一方がオーストリアに常居所を有する場合のいずれも、オーストリアに国際裁判管轄権が認められる²⁰。

¹⁵ Fasching, Bd.5/2.Hb (Simotta) EuEheKindVO Art 1 Rz.9-16 ; Fuchs, 126.

¹⁶ なお、国籍や氏の取得を目的とする婚姻について検察官が婚姻無効の訴えを提起する場合については (婚姻法 28 条 1 項)、本条の適用はなく、一般的規律 (JN 27a 条) に従い被告の普通裁判籍 (住所・常居所) による (Rechberger (Mayr) § 76 Rz.1. 当該裁判所が配偶者の一方に関して普通裁判籍を有しないときでも、共同訴訟の規律 (JN 93 条 1 項) に従い、管轄が認められる (A.a.O))。

¹⁷ Nademleinsky/Neumayr, Rz.04.01・05.08.

¹⁸ Nademleinsky/Neumayr, Rz.04.03 (及び S.60Fn3) ; Fasching, Bd.1 (Simotta) JN § 76a, Rz.42. ; Rechberger (Mayr) § 76a Rz.2. オーストリア法上、婚姻関係から生じた争いで訴訟事件とされているものには、夫婦間扶養を求める訴え、夫婦財産契約上の訴え、日常家事代理権から生じた紛争、夫婦財産の清算など夫婦財産制に基づく請求、婚姻住宅の利用を求める訴え、不貞の不作為を求める訴え、婚姻の際に生じた氏の使用継続の許可などがある。

¹⁹ Nademleinsky/Neumayr, Rz.04.04 (及び S.61Fn9) ; Fuchs, Rz.395. オーストリア法上、夫婦関係から生じた争いで非訟事件とされるものとしては、一方の配偶者の営業への協力に対する補償、婚姻共同生活の日常使用財産の分割、住居使用の適法性の確認などがある。

²⁰ 申立人がオーストリアに常居所を有するというだけで、相手方にオーストリアでの裁判手続を強いることになる点に対しては、学説の批判もある (Fasching, Bd.1 (Simotta) JN § 114a, Rz.67ff)。しかし、判例はこの批判を受け入れていないようである (Nademleinsky・Neumayr, S.62 注 11)。

(3) 登録パートナーシップ（成立・効果・解消についての事件の管轄）

オーストリアでは、同性の婚姻は認められていない。同性の者には、登録パートナーシップが用意されている（2010年改正）。

ブリュッセル規則 II a における婚姻の概念は、登録パートナーシップを含まないため²¹、これらに関する事件の国際裁判管轄は、国内法によって定まる。すなわち、①一方がオーストリア国籍を有するとき、②被告が、または、パートナー双方を相手方とする無効の訴えでは少なくともその一方が、その常居所をオーストリアに有するとき、③原告が、その常居所をオーストリアに有し、かつ、パートナー双方がその最後の共通の常居所をオーストリアに有していたまたは原告が無国籍もしくはパートナーシップ成立時にオーストリア国籍を有していたとき（JN 76 条 2 項 1～3 号）。さらに、オーストリアで登録されたパートナーシップの解消、無効宣言、存否確認については、オーストリアに国際裁判管轄権が認められる（同 3 項（訴訟手続の場合）・同 114a 条 4 項第 3 文（非訟手続の場合））²²。

(c) 離婚事件²³及びその効果に関する事件（扶養義務は(g)参照）

i ブリュッセル規則 II a²⁴

まず問題となるのは、ブリュッセル規則 II a の適用である²⁵。

①原則 同規則は、常居所（同 3 条 1 項 a 号）と国籍（同 b 号）を管轄原因として、7 つの場合を列挙している。これらは限定列挙である。また、専属管轄であり、合意管轄・応訴管轄は、いずれも認められない²⁶。これによると、以下の場合には、オーストリアの裁判所に国際裁判管轄権が認められる。

②共通の常居所 オーストリアに夫婦双方が常居所を有する場合、夫婦双方が最後の常居所をオーストリアに有していて、一方が現在でも常居所を有している場合

③相手方の常居所 申立ての相手方がオーストリアに常居所を有する場合、配偶者の一方がオーストリアに常居所を有していて、共同の申立てをする場合、申立て前の少なくとも 1 年以上オーストリアに滞在する（aufenthalten）申立人がオーストリアに常居所を有する場合、申立て前の少なくとも 6 か月以上オーストリアに滞在する（aufhalten）申立人が、

²¹ Fasching, Bd. 5 Hb. 2 (Simotta) Art 1 EuEheKindVO, Rz. 27.

²² 登録パートナーシップの導入に際して JN 76 条 3 項が新設された。これは以下の理由による。オーストリアにおける登録パートナーシップの成立には、オーストリアとの密接関連性は要求されていないため、オーストリアで登録されたパートナーシップであっても、JN 76 条 2 項の要件を欠くためにオーストリアにおいて解消できない場合が生じうる。さらに、当該パートナーシップが、本国または滞在国がオーストリアで成立したパートナーシップを承認しないためにこれらの国でも解消できない場合には、新たなパートナーシップや婚姻関係を成立させることができなくなる。この問題への対応策としては、オーストリアにこの点に関する管轄を認める方法と、緊急管轄による方法があるが、立法者は前者を採用したのである（485 der Beilagen X XIV. GP RO Erläuterungen, S. 20）。

²³ オーストリア法の離婚は、すべて裁判離婚である。これには、訴訟手続によるもの（判決離婚。婚姻法 46 条）と、非訟手続によるもの（合意に基づく離婚。婚姻法 55a 条）がある。後者は、婚姻生活共同体の解消から少なくとも半年が経過しており、かつ、破綻していることおよび離婚することについて当事者間に合意があるときに、共同の申立てによってなす。なお、その際、離婚の効果について、事前に合意書面を作成して裁判所に提出するか、または裁判所での書面による合意をすることが必要である。そして、以下のものが必要的合意事項とされている。①当事者間の未成年子があるときは、（とりわけ離婚後も共同親権とするなら）いずれを主たる生活地とするのか（両親間を交互に行き来するのでもよい）、面会交流権（ABGB 148 条）の行使（もっとも、この点は後に決めるのでもよい）、子への扶養義務（140 条）、②夫婦間の問題としては、財産的請求（98 条、81 条以下）、扶養（婚姻法 69a 条以下）。

²⁴ 婚姻解消を伴わない別居を求める申立てを離婚の申立てに変更する場合は、前者について判断を下した裁判所が管轄権を有する（同 5 条）。

²⁵ なお、離婚に関連する事件のうち、親権については、ブリュッセル規則 II a の適用対象とされている（4 条）。これに加えて、婚姻関係から生じた夫婦間の権利・義務をめぐる争いについて、附帯処分の管轄 *Verbandszuständigkeit* が認められる（JN 76 条 2 項の類推適用による。Nademleinsky/Neumayr, Rz. 05.08・04.01）。

²⁶ Rechberger/Simotta, Rz. 156 ; Fasching, Bd. 5/2. Hb (Simotta) EuEheKindVO Art 3 Rz. 8.

オーストリアの国籍を有している場合、である。

◎共通の国籍 夫婦双方が、オーストリア国籍を有していて、一方または双方が国外に滞在している場合、オーストリアが国際裁判管轄権を有する。重国籍者については、管轄の有無が問題となる国の国籍を有すれば足りる。難民及び無国籍者については、原則として管轄権は認められない。国籍が異なるときは、常居所によって管轄が決まるため、待機期間という要件が加重される。

②反訴および反対の申立て（同規則 4 条） 反訴（反対の申立て）については、本訴（本来の申立て）が係属する裁判所が専属的に管轄権を有する。これは、異なる国の裁判所で同一ないし類似の事件が同時に係属することを回避するためである。反訴と本訴とは同種のものでなければならない。同種か否かの判断基準は、両者が同規則 1 条 1・2 項の同一の号に該当するか、による。反訴および反対の申立てが許される期間については、国内法の規律（JN 96 条、ZPO 233 条 2 項）に従う。なお、オーストリアの裁判所に離婚の訴えが係属しているときに、夫婦双方であらためて合意離婚の申立て（*die Einvernehmliche Scheidung*）をする場合（ZPO 460 条 10 号）も、当該裁判所の管轄権が認められる²⁷。これに対して、一方の提起した離婚の訴えの手続中になされた親権に関する判断を求める申立ての管轄については、同規則 12 条が妥当する。

③補足 裁判所は、職権で、本指令に基づく国際裁判管轄権の有無を検討しなければならない（同規則 17 条）。国際裁判管轄権の有無を判断する基準時は、訴え提起時である（同 16 条参照）。管轄原因に該当する事実が事後的に脱落しても、以上の点に影響しない。ある管轄原因に基づいて裁判所が選択されれば、他の管轄原因を理由とした別の裁判所の管轄権は排除される。

ii 国内法による場合

①国内法に従った判断に対する制約 ブリュッセル規則 II a 3～5 条によってはいずれの加盟国の管轄権も認められない場合には、国内法（JN）にしたがって管轄権を判断することになる（同規則 7 条）。もっとも、国内法によればオーストリアの裁判所が管轄権を有する場合であっても、それが認められない場合がある。これは、同規則 3～5 条の管轄規律に専属性が認められていることによる（同規則 6 条）。すなわち、オーストリア以外の加盟国 A の主権領域内に常居所を有する、または、A の国籍を有する（連合王国・アイルランドの場合はその主権領域内にドミサイルを有する）配偶者を相手方とする場合において、オーストリアの裁判所で手続をすることができるのは、同規則 3～5 条により、オーストリアに管轄権が認められるときに限定されるのである²⁸。

②国内法による管轄規律²⁹ オーストリアの国内法上、オーストリアの裁判所に国際裁判管轄権が認められるのは、次の場合である。訴訟事件については、①夫婦の一方がオーストリア国籍を有する場合、②被告配偶者がオーストリアに常居所を有する場合、③原告

²⁷ Rechberger/Simotta, Rz. 155.

²⁸ 以上の規律は、第三国で在住する第三国の国籍を有する者については、妥当しない。また、（婚姻法 55a 条が合意による離婚の場合に予定しているような）共同の申立ての場合にも、相手方を欠くため、妥当しない（一方の配偶者の本国法が適用される。配偶者が異なる加盟国の国籍を有するときは、いずれの本国法にもよることができる）。

²⁹ なお、原告・申立人がオーストリア以外の加盟国の国籍を有するときでも、オーストリアに常居所を有している場合には、オーストリアの国内法に基づく国際裁判管轄権によることが認められる（同規則 7 条 2 項）。これは、EU 加盟国の国民間で平等とあつたことを確保するためである。

配偶者が常居所をオーストリアに有し、かつ、夫婦双方が最後の共通の常居所を国内に有していた場合または原告が無国籍であるか婚姻成立時にオーストリア国籍を有していた場合（JN 76 条 2 項）。なお、当事者の合意に基づく裁判離婚は非訟手続でなされるが、当事者の一方がオーストリア国籍またはオーストリアに常居所を有するとき、オーストリアの裁判所に国際裁判管轄権が認められる（JN 114a 条 4 項第 1 文）³⁰。

訴訟・非訟のいずれ手続であれ、合意管轄・応訴管轄は認められないとされている³¹。

(d) 実親子関係（嫡出推定・否認、認知、親子関係存否確認）

実親子関係事件の国際裁判管轄権に関する国際法規律はなく³²、国内法（JN）に従って判断される。

① 準正以外の実親子関係事件³³ ①子、この者との父子関係が問題となっている男性、子の母のいずれかが、オーストリア国籍を有している場合、②子、または、この者との父子関係が問題となっている男性が、オーストリアに常居所を有している場合、オーストリアに国際裁判管轄権が認められる（JN 108 条 3 項）。母がオーストリアに常居所を有しているというだけでは、オーストリアの国際裁判管轄権は認められない³⁴。

② 準正 準正に裁判所が関与すべき場合³⁵の国際裁判管轄は、制定法に明確な規律がない。この場合、準正されるべき子についてすでに保護手続（Pflegschaftsverfahren）が係属しているときは、親権・未成年後見の場合と同様に JN 110 条（f）を参照）で対応し、それ以外は準正されるべき子の父の普通裁判籍（JN 27a 条）による、とする見解がある³⁶。

(e) 養子縁組及び離縁³⁷

養子事件についての国際裁判管轄は、国内法の規律（JN 113b 条）による³⁸。これによれば、養子の許可、その撤回および養子の解消についての国際裁判管轄権は、以下のいずれかに該当する場合に生じる。①養親となる者（夫婦が養親となる場合はその一方）または養子となる者が、オーストリア国籍を有するとき（同 1 項 1 号）、②養親となる者および養子となる者のうちの一人のみが無国籍者で、かつ、その者が常居所（それがなければたんなる居所（Aufenthalt）をオーストリアに有するとき（同 1 項 2 号）、③養親となる者（夫婦が養親となる場合はその一方）および養子となる者がオーストリアに常居所を有するとき（同 2 項 1 号）、④養親となる者および養子となる者のうちの一人のみがオーストリアに

³⁰ ただし、ブリュッセル規則 II a の妥当する（同 3 条 1 項 a 号ダッシュ 4 に該当する）場合は、同規則による。

³¹ Nademleinsky/Neumayr, Rz.05.43。

³² 親子関係の確認と取消しは、ブリュッセル規則 II a、MSA、KSÜ の適用対象から除外されている。

³³ オーストリア法には母子関係の認知はないが、たとえば、婚姻していない女性がオーストリアとフランス国籍を有している場合（フランスには母の認知がある）などは、本文にしたがって判断される。

³⁴ 非訟事件手続法の改正に伴い JN 108 条で実親子関係事件の国際裁判管轄権を規定するにあたっては、十分な連結点を確保する目的で本文の①②が定められたが、国内の母の常居所では広すぎるとされた（225.der Beilagen XX II.GP.S.10）。

³⁵ 準正に裁判所が関与する必要がある場合に限り、準正についての国際裁判管轄が問題となる（Fuchs, Rz.280）。オーストリアの準正には、父子関係の確認後に婚姻がなされる場合（ABGB 161 条）と、親または子が連邦大統領の判断を求める申立てをして、裁判所（Pflegschaftsgericht）がこれを許可することで認められる場合がある（同 162 条・AußStrG 92 条）。

³⁶ Rechberger (Mayr) JN § 113, Rz.3 ; Nademleinsky/Neumayr, Rz.06.02.

³⁷ オーストリア法上、養子制度については、成立における許可およびその取消し（遡及効あり）、そして解消（遡及効なし）の場面で、裁判所の関与が不可欠とされている。

³⁸ ブリュッセル規則 II a は養子縁組に適用されず（同 1 条 3 項 b 号）、また、KSÜ も適用されない（同 4 条 b 号）。養子縁組についての期間の管轄権、準拠法及び裁判その他の処分に関する条約（1965 年）は養子縁組の国際裁判管轄について規律しているが、オーストリアは 2008 年 10 月 23 日に解消している。また、その後継となる国際養子縁組に関する子の保護及び協力に関する条約（HAÜ）は、関係機関の協力および相互承認のみを内容としており、管轄規律を欠く。

常居所を有し、かつ、養子となる者の保護手続についてオーストリアが国際裁判管轄権を有するか、養親となる者または養子となる者の本国のいずれも当該養子事件の管轄を有さないとき（同2項2号）。

(f) 親権・監護権、面会交流、子の奪取、未成年後見、成年後見（後見開始の審判等）

(1) 親権・監護権、面会交流、子の奪取、未成年後見

i ブリュッセル規則 II a の規律³⁹

本規則により加盟国のいずれかの裁判所に管轄権が認められるときは、これによる。管轄原因は、申立時における子の常居所である（同規則8条1項）⁴⁰。子の国籍は問わない。申立て後に子の常居所が他の加盟国に移転して場合でも、原則として管轄に変更はない。

以上については、面会交流権、子の奪取、管轄についての合意、という三つの場面で特則がある（同8条2項。子の奪取の場合（同10条）については触れない）。

①まず、子が加盟国間で転居をした場合で、元の加盟国ですでに面会交流権についての判断があるときは、当該判断の変更について、元の加盟国の管轄が認められることがある（同9条）。これは、転居する前にあらかじめ転居先の状況に応じた面会交流の合意を両親がするようにするためである⁴¹。

②さらに、離婚手続が加盟国の裁判所に係属している場合で、以下の要件をみたすときは、当該加盟国の裁判所が親権の判断についても管轄権を有する（同12条）。すなわち、夫婦の少なくとも一方が当該子の親権を有していること、夫婦双方または親権を有する配偶者が当該裁判所に管轄権があることを承認していること、当該裁判所に管轄を認めることが子の福祉に適うこと、である（同12条1項）。また、離婚手続の係属を問わず、子どもが密接な関係性を有する⁴²加盟国の裁判所には、手続当事者全員の合意があれば、親権事件についての管轄権が認められる（同12条3項）。もっとも、当該裁判所に管轄権を認めることが子の福祉に適うことが必要である。

ii 国内法による管轄権 ブリュッセル規則 II a の規律（同8～13条）ではいずれの加盟国にも管轄が認められないときに限り、加盟国の国内法に基づく管轄権が認められる（同14条）。国内法規律によれば、①未成年者がオーストリア国籍を有するとき（未成年者が（継続的に）外国に滞在していても構わない）、②未成年者がオーストリアに常居所を有する、または、緊急の措置が問題となる場合はたんに国内に滞在しているとき、③未成年者がオーストリアに財産を有していてそれに関する措置が問題となっているとき（未成年者がオーストリア国籍を有していなくても構わない）、オーストリアが国際裁判管轄権を有する（JN 110条1項1～3号）。

(2) 成年後見事件

³⁹ EU加盟国ではないが、未成年者の保護に関する官憲の管轄権及び準拠法に関する条約（オーストリアでは1975年から発効）・親責任及び子の保護措置に関する管轄権、準拠法、承認及び協力に関する条約（オーストリアでは2011年4月11日から発効）に加盟する国との関係では、当該条約の管轄規律によることになるが、ここでは触れない。

⁴⁰ 子の常居所が判明しないとき、または子が難民であるときは、子の現在する地が管轄原因となる（同13条）。

⁴¹ Nademleinsky/Neumayr, Rz.08.34.

⁴² 条文は、子が国籍を有している場合と親権者の一方が常居所を有している場合を例示する。

国際法上の規律はないため⁴³、国内法の規律（JN 110 条）による（(1) ii ①～③の未成年者を事件本人（要保護者）に置き換えた内容になる）。

(g) 扶養事件⁴⁴

i EU 扶養規則

扶養事件の国際裁判管轄については、まず、EU 扶養規則が問題となる。これによって管轄が定まらないときは⁴⁵、国内法による。

①原則 扶養のみを請求する場合は、被告または扶養権利者がその常居所を有する地を管轄する裁判所が、管轄権を有する（同規則 3 条 a・b 号）。扶養権利者は、相手方および自己の常居所のいずれかを選択して訴えを提起することができる。

身分事件または親権事件に附帯して扶養を請求することもできる（同 3 条 c・d 号）。この場合は、当該身分事件・親権事件について管轄権を有する加盟国の裁判所に管轄権が認められる。もっとも、当該加盟国法上、そうした附帯請求が許されていること、および、身分・親権事件についての国際裁判管轄権が当事者の一方の国籍のみに基づくもの⁴⁶ではないこと、の二つが必要である。前者について、オーストリア法上、婚姻事件・実親子関係事件に附帯して扶養請求をすることは認められているが、養子事件・親権事件に附帯して扶養請求をすることは認められていない⁴⁷。

②合意管轄・応訴管轄 いずれの加盟国（内のいずれ）の裁判所の管轄とするかについて、当事者は合意することができる⁴⁸。合意による管轄は、当事者が異なる合意をしていないかぎり、専属的である（同規則 4 条 1 項第 3 文）。合意は書面によってする必要がある（同 2 項）。なお、合意の内容には一定の制限がある。まず、夫婦間の扶養事件の場合は、当該夫婦間または元夫婦間の婚姻事件について管轄権を有する裁判所、または、夫婦が少なくとも 1 年間最後の共通の常居所を有していた加盟国の裁判所でなければならない（同 4 条 1 項 c 号）。次に、夫婦間以外の扶養事件の場合は、当事者の一方がその常居所を有する加盟国の裁判所、または、当事者の一方がその国籍を有する加盟国の裁判所でなければならない（同 4 条 1 項 a・b 号）。なお、未成年者の不利益となる管轄合意を防ぐため、18 歳未満の子に対する扶養事件については、本条の適用を認めていない⁴⁹。

さらに、管轄権のない裁判所であっても、被告が手続に応じたときは、管轄権が認めら

⁴³ オーストリアは、Übereinkommen über den internationalen Schutz von Erwachsenen vom 13.1.2000（成年者の国際的保護に関する条約）を批准していない。また、成年後見事件を対象とする二国間協定もないようである（Fuchs,Rz.237）。

⁴⁴ オーストリアでは、夫婦間扶養と離婚後扶養（さらに、登録パートナー間扶養とその解消後の扶養）は訴訟手続、世代 Generationen 間扶養は非訟手続であつかわれるが、いずれの事件も本規則の適用対象となる（Fasching,Bd.5/Tb.2（Fucik）EuUVO Art.3 Rz.1）。また、オーストリア法上、家族関係に基づく扶養義務は、夫婦・登録パートナー間と直系血族間でしか問題とならない。これに対して、本規則は内縁間扶養や親族扶養も含む。そこで、対応するものがない場合は、前提となる状況の類似性から、非訟事件手続としてあつかうのが妥当である。

⁴⁵ 以下の規律のほか、受血的管轄（同規則 6 条）、緊急管轄（同 7 条）の規律がある。

⁴⁶ JN 76 条 2 項 1 号に基づく場合などがこれに該当する。

⁴⁷ JN 76a 条は婚姻・登録パートナー事件で夫婦・登録パートナー間の扶養事件をあつかうことを、また、108 条 1 項は実親子関係事件で子に対する扶養事件をあつかうことを、それぞれ認めている。なお、学説には、親権事件に附帯して扶養事件をあつかえるようにすべきとするものもある（Rechberger/Simotta,Rz.184/1・184/12）。

⁴⁸ 国際裁判管轄についての合意のみがある場合は、土地管轄は合意によって管轄の認められた国の法律に従って定まる。オーストリアの国際裁判管轄が合意されているにもかかわらず、オーストリアでの扶養事件の土地管轄が認められない場合は、オーストリア最高裁判所（OGH）が指定（Ordination JN 28 条 1 項 3 号）する（Rechberger/Simotta,Rz.184/15・184/21）。

⁴⁹ 同 4 条 3 項。手続開始時点で 18 歳になっていたときでも、追完は認められない（Rechberger/Simotta,Rz.184/25）。なお、扶養権利者が年齢によって行為能力が制限されている場合と同様に、精神障害によって行為能力が制限されている場合について、管轄合意の禁止を及ぼすべきとの主張がある（AaO,Rz.184/24）。

れる（応訴管轄（同規則5条1項）。ただし、手続に応じたのが管轄の欠缺を主張するためであったときは除く（同2項）。

ii 国内法

国内法の規律は以下の通りである。①婚姻中及び離婚後の夫婦間扶養⁵⁰については、次の場合にオーストリアの国際裁判管轄権が認められる。すなわち、夫婦の一方がオーストリア国籍を有する場合、被告が国内に常居所を有する場合、原告が国内に常居所を有しかつ夫婦の最後の共通の常居所が国内にあるまたは原告が無国籍者もしくは婚姻成立時にオーストリア国籍を有していた場合、である⁵¹。②未成年子扶養については、JN 110条1項1～3号に従い⁵²、次の各場合にオーストリアの管轄権が認められる。①未成年者がオーストリア国籍を有するとき、②未成年者がオーストリアに常居所を有する、または、緊急の措置が問題となる場合はたんに滞在しているとき、③未成年者がオーストリアに財産を有してそれに関する措置が問題となっているとき⁵³、である⁵⁴。③成年子と親といった直系血族間の扶養事件についても、対応する規律はないが、土地管轄の規律（JN 27a条）に従うとされている⁵⁵。

(h) 相続事件

国際法上の国際裁判管轄規律が妥当しないときは⁵⁶、国内法に従って判断される（JN 106条）。これは、被相続人の財産を不動産と動産に分けて規律している。すなわち、被相続人の財産については、以下の場合にオーストリアの裁判所が国際裁判管轄権を有する⁵⁷。すなわち、①国内にある不動産（同106条1項1号）、②オーストリア国内にある動産（ただし、被相続人が最後にオーストリア国籍を有していた場合、オーストリアに最後の常居所を有していた場合に限る。同2号a・b・c）、③外国にある動産（ただし、被相続人が最後にオーストリア国籍を有しており、かつ、オーストリアに最後の常居所を有していた場合に限る（同3号a・b）⁵⁸。

なお、死亡調査（Todesaufnahme）⁵⁹、引渡手続（Ausfolgungsverfahren）⁶⁰、これらと関連する保全処分については、常にオーストリアの国際裁判管轄権が認められるとされてい

⁵⁰ この扶養事件は訴訟手続による（JN49条2項2号。Rechberger（Mayr）§49Rz.4）

⁵¹ この点について、JNは明文の規律を置いていないが、同76a条・76条2項の類推適用によるとされている（Fasching, Bd.1（Simotta）JN§76aRz.42；Rechberger（Mayr）§76aRz.2；Nademeinsky/Neumayr, Rz.10.28）。

⁵² Rechberger（Mayr）§114Rz.4；Nademeinsky/Neumayr, Rz.10.29。

⁵³ 国内に財産を有する扶養義務者に対する請求をこの場合を含めるか、という問題について、判例は消極に解している（Nademeinsky/Neumayr, Rz.10.30）。

⁵⁴ この規律では、外国にいる外国籍の未成年者の扶養事件について、オーストリアに国際裁判管轄は認められない（Nademeinsky/Neumayr, Rz.10.29）。

⁵⁵ Nademeinsky/Neumayr, Rz.10.33；Rechberger（Mayr）§114Rz.4。

⁵⁶ いくつかの二国間協定があり（旧ユーゴスラビア諸国やロシアなど）、不動産に関してはその所在国、動産については被相続人の本国に国際裁判管轄を認めているようである（Fuchs, Rz.32ff）。

⁵⁷ ②・③の動産については、相続法（法定相続、遺留分、遺言）上の権利を外国で実現することができない場合にも、オーストリアの裁判所に国際裁判管轄権が認められる（JN 106条1項2号c・3号b）。

⁵⁸ 非訟事件手続法の改正に伴いJN 106条に相続事件の国際裁判管轄を規定するにあたっては、外国にある動産について管轄を認めるのを制限しようとする意図があった（225. der Beilagen XX II. GP S.9）。立法時の説明によれば、外国にある動産・債権の処理は現実には難しく、管轄を認めても利害関係人の利益保護には十分といえないことから、JN 106条3項に要件a)・b)を設けたとのことである。また、外国にある動産についての手続は、当事者の申立てがなければ開始されない（AußStrG 143条2項。オーストリア法上、相続事件の手続は職権で開始される（同1項））。

⁵⁹ 被相続人に関する事実の把握、相続権を有する血族の有無、遺言の存否、積極財産と消極財産の存否などを調査する（AußStrG 145条）。

⁶⁰ 引渡手続とは、国内にある動産が遺産処理手続の対象から外れるとき（JN 106条1項2号に該当しない場合）に、それについて承継権限ある者の申立てに基づいて、当該動産をこの者に引き渡すことを内容とする（AußStrG 150条）。

る（JN 107 条）。もっとも、この規律は、オーストリアの裁判所がいかなる場合でも本条の管轄に基づいて手続をしなければならない、という趣旨ではない。むしろ、立法趣旨は、国内に存在する動産をオーストリアの暫定的な管轄権に服させる、という点にある⁶¹。

(i) 氏⁶²

氏・名の変更については、氏名変更法（Namensänderungsgesetz）がある。しかし、この法律は外国人に適用されない（無国籍者、難民には適用される）。外国人の氏・名の変更については、その本国法によるとされている⁶³。

3.外国裁判の承認執行制度

外国の裁判は、一定の要件（EO 387 条）をみたしていれば、特別の手続を経ることなく承認される（前提問題として判断することもできる）。もっとも、それを執行するには、執行宣言が必要である（EO 79 条）。

以上の一般的規律に加えて、婚姻の成立に関する裁判と離婚に関する裁判（AußStrG 97・100 条）⁶⁴、親権・面会交流権に関する裁判（同 112～116 条）については、特別規定がある。また、養子の成立・解消の裁判について、判例は、非訟事件手続法（AußStrG）112 条以下の類推によっている⁶⁵。さらに、外国における父子関係の確認判決の承認も、養子に関する判決の承認についての近時の判例に従うなら、非訟事件手続法 112 条以下の類推適用を考慮してなされることになる⁶⁶。

*オーストリア裁判管轄法 Jurisdiktionsnorm (JN)

[国際裁判管轄権]

27a 条

1 項 民事事件について、ある裁判所に土地管轄権が認められる要件があるときは、国際裁判管轄権も存在する。それ以外の要件をみたま必要はない（原文は句として前と一文をなす）。

2 項 国際法上、全部または一部について明示的に異なる定めがあるときは、前項を適用しない。

[最高裁判所による管轄の指定]

28 条

1 項 民事事件について、国内の裁判所の土地管轄に関する本法その他の法規定の要件が存在しないまたは探知できないときは、次の各号に該当する場合には、最高裁判所が、事物管轄を有する裁判所の中から、問題となる法律事件について土地管轄を有するものとすべき裁判所を指定する。

1.オーストリアが国際法上の条約に基づいて管轄権の行使を義務づけられている場合、

⁶¹ 225. der Beilagen X X II. GP S.9.

⁶² Fasching, Bd.1 (Matscher) EGJN Vor IX Rz.65.

⁶³ なお、身分登録簿（出生、婚姻、登録パートナーシップ、死亡を記録するもの）は外国人も記載されるため、外国人もその記載の誤りを訂正できる（身分登録法 15 条 7 項）。

⁶⁴ Nademleinsky/Neumayr, Rz.07.73.

⁶⁵ Nademleinsky/Neumayr, Rz.07.47. なお、HAÜ によって養子が成立する場合は、自動的に承認される（HAÜ 23 条）。

⁶⁶ Nademleinsky/Neumayr, Rz.06.33・06.34.

2.原告がオーストリア国籍を有する、または、原告が住所、常居所、所在地のいずれかを国内に有する場合で、かつ、当該事案において外国での権利追求が可能でないまたは期待できない場合、

3.国際裁判管轄の合意はあるが、土地管轄を有する裁判所の合意がなされていない場合。

2項 管轄権を有する裁判所の指定は、第1項に従い、第1項第2号または第3号の定めるもの以外の要件を満たすか否かを考慮する必要はない。

3項 第1項第2号並びに第3号及び第2項は、国際法または特別の法規定によれば国際裁判管轄権が存在しないときは、適用できない。

4項 略

[婚姻関係または登録パートナー関係から生じる争い]

76条

1項 離婚、婚姻の取消し、婚姻の無効宣言、婚姻の存否の確認に関する争い、および、登録パートナーの解消、無効宣言、存否の確認に関する当事者間の紛争については、その管轄区域に当事者が共通の常居所を有するまたは最後に有していた裁判所が、専属的に管轄を有する。訴え提起の時点で当事者のいずれもこの管轄区域に常居所を有しないとき、または、共通の常居所がオーストリアにないときは、その管轄区域に被告の常居所のある裁判所、または、オーストリアに被告の常居所がない場合にはその管轄区域に原告の常居所のある裁判所が、専属的に管轄権を有する。それ以外の場合はウィーン市の地区裁判所が管轄権を有する。

2項 第1項の挙げる紛争についての国際裁判管轄権は、次の場合に認められる。

1.当事者の一方がオーストリア国籍を有するとき、または、

2.被告が、または、夫婦双方もしくは登録パートナー双方に対する無効の訴えの場合は少なくとも被告の一方が、オーストリアに常居所を有するとき、または、

3.原告が、その常居所をオーストリアに有し、かつ、夫婦もしくは登録パートナー双方の双方がその最後の共通の常居所をオーストリアに有していたまたは原告が無国籍もしくは婚姻成立時にオーストリア国籍を有していたとき。

76a条 第76条第1項に掲げる争いが係属している、または、同時に係属される裁判所は、夫婦または登録パートナーの相互関係から生じるその他の争いについて、法定の扶養義務（第49条第2項第2号、第2b号、第2d号及び第3項）を含めて、専属的に管轄権を有する。

[共同訴訟の裁判籍]

93条

1項 異なる裁判所に普通裁判籍を有する多数の者に対しては、当該争訟に関して特別裁判籍が基礎づけられていない限り、これらの者を共同訴訟人として、共同訴訟人のうちの一人、または主たる義務者と従たる義務者の場合は主たる義務者のうちの一人が普通裁判籍を有する国内の裁判所に訴えを提起することができる。ただし、当該裁判所が当事者の合意によって管轄権を有しないとされている場合はこの限りでない。

2項 略

[裁判所の管轄に関する合意]

104条

1項 当事者は、明示の合意によって、次の各号に挙げるものに服する。

1.国際裁判管轄権；

2.第一審としてとくに挙げた一つまたは複数の裁判所。

当該合意は、文書によって証明されなければならない；その他の要件が満たされる必要はない。

2項 略

3項 国際裁判管轄または事物管轄もしくは土地管轄を欠くために管轄権のない裁判所であっても、被告が、これらの管轄の欠缺の抗弁をせずに、事件について主張をした（ZPO74 条）または口頭弁論に応じたときは、被告が弁護士または公証人を代理人としている限り、または、事前に裁判官からこのような抗弁の可能性およびその効果について教示されておりかつ当該教示が調書に記載されている限り、管轄権を有する。

4項 略

5項 第1項ないし第4項は、国際法または特別の法規定がこれと異なる定めを明示的にしているときは、そのすべてまたは一部について、適用されない。

[遺産処理 (Verlassenschaftsabhandlung)]

105 条 略

106 条

1項 遺産の処理及びこれに代替する手続（非訟事件手続法 153 条以下）については、以下のものについて、国際裁判管轄権を有する。

1.国内にある不動産。

2.国内にある動産で、

a)被相続人が最後にオーストリア国籍を有していたとき、または、

b)被相続人がオーストリアに最後に常居所を有していたとき、または、

c)相続法、遺留分法、又は遺言から導かれる権利を外国で実現することができないとき

3.外国にある動産で、被相続人が最後にオーストリア国籍を有しており、かつ、

a)最後の常居所がオーストリアにあったとき、または、

b)相続法、遺留分法、又は遺言から導かれる権利を外国で実現することができないとき。

2項 前項の国際裁判管轄権は、これに代替するものについても及ぶ。

107 条 相続調査 (Todesfallaufnahme)、引渡し手続 (Ausfolgungsverfahren) 及びこれらと関連する保全処分については、常に国際裁判管轄権を有する。

[実親子関係 Abstammung]

108 条 1項 非訟事件手続法第二章第1節の実親子関係手続とそれと結びつくすべての法定の請求権に関しては、未成年者に対する保護の実施を担当する裁判所が管轄権をもつ。それ以外は、子がその管轄区域に常居所をもつ裁判所；国内にこれに該当する裁判所がない場合は、母がその管轄区域に常居所をもつ裁判所、それ以外は子との実親子関係の存在または不存在の確認がなされるべき男性がその管轄区域に常居所をもつ裁判所；国内にこれに該当する裁判所がない場合はウィーン市の地区裁判所。

2項 実親子関係事件手続がある裁判所によっておこなわれているときは、当該子に関する別の実親子関係手続についても、子の裁判所が管轄を有する。

3項 第1項の定める事件に関する国際裁判管轄権は、子、確認されたもしくはされるべき父、母のいずれかが、オーストリア国民の場合、または、子、確認されたもしくはされるべき父のいずれかが、オーストリアに常居所を有する場合に、認められる。

[親権 (Obsorge)、後見 (Sachwalterschaft)、特別代理人 (Kuratel)]

109 条

1 項 親と未成年子との間の権利、第三者による親権、後見及び特別代理人に関する規定にしたがい保護裁判所 (Pflegericht) がなすべき事務の処理については、当該未成年者その他の被保護者 (Pflegebefohlene) がその常居所を有する地域を管轄とする裁判所、常居所をもたない場合はその滞在する地域を管轄とする裁判所が、管轄権を有する；法人その他の当事者能力については、所在地を基準とする。

2 項 国内に滞在していないときは、法定代理人がその常居所を有する地域を管轄とする裁判所が、管轄権を有する。

109a 条 親権及び面会交流を求める権利に関する外国判決の承認及び執行については、国際法またはヨーロッパ共同体の法的行為に別の定めがない限り、第 109 条に掲げる地区裁判所が管轄権を有する。

110 条

1 項 109 条に掲げる事件については、次の場合に国内裁判権が認められる。すなわち、未成年者またはその他の被保護者が、

1. オーストリア国籍をもつ場合、または、
2. オーストリアに常居所をもつもしくは緊急の措置が必要となるときは少なくともオーストリアに居所をもつ場合、または、
3. その所有する財産で、措置の対象となるものが、オーストリアにある場合。

2 項 オーストリア国籍を有する未成年者または被保護者が外国に常居所または財産を有しているとき、または、外国籍の未成年者その他被保護者が問題となるときは、裁判所は、外国でなされたまたはなされることが期待できる措置がこれらの者の権利及び利益を十分に保護するものである場合に限り、手続の開始または継続をしないことができる。未成年者がオーストリア国籍を有する場合は、判断の前に、この者が所在する地を管轄区域とする行政官庁の意見を聴かなければならない。

[嫡出でない子の準正]

113 条 嫡出でない子の準正について裁判所が協働しなければならない場合において、準正されるべき者のために保護手続がすでに係属しているときは当該裁判所が管轄権を有し、それ以外のときは、準正されるべき嫡出でない子の父が訴訟事件において普通裁判籍を持つ地区裁判所が管轄権を有する。

[養子]

113a 条

1 項 養子の許可については、養子となる者の保護の実施を担当する裁判所が管轄権を有し、そのような裁判所がないときは、養子となる者の常居所がその管轄区域にある地区裁判所が管轄権を有する。これらの裁判所が国内にないときは、養親となる者の常居所、夫婦が養親となるときはその一方の常居所がその管轄区域内にある地区裁判所が管轄権を有し、これらも存在しない場合には、ウィーン市の地区裁判所が管轄権を有する。

2 項 前項の規定は、許可の取消し及び養子関係の解消の場合に準用する。

113b 条

1 項 養子の許可についての国際裁判管轄権は、以下の場合に認められる。

1. 養親となる者、夫婦が養親となるときはその一方、または、養子となる者がオーストリア国籍を有する場合、または、
2. 前号に掲げる者のうちの一人のみが無国籍だが、その者が常居所、それがなければ滞在地を国内に有する場合。

2 項 第 1 項の場合のほかは、次の場合に限り、国際裁判管轄権が認められる。

1. 養親となる者、夫婦が養親となるときはその一方、及び養子となる者が、国内に常居所を有する場合、または、

2.前号に掲げる者のうちの一人のみが国内に常居所を有し、かつ、養子となる者に対する保護についての裁判管轄権が存在する、もしくは、前号に掲げる者の属する国家のいずれもが養子についての裁判管轄権を有さない場合。

3項 第1項及び第2項の規定は、許可の取消し及び養子関係の解消の場合に準用する。

[扶養およびその他の親子関係から生じる請求権]

114条

1項 未成年子に対する保護開始が申立てられた裁判所は、法定の扶養義務及びその他の親子関係から生じる請求権の判断についても管轄権を有する。

2項 その他の直系血族間の法定の扶養請求権については、その管轄区域に扶養権利者が訴訟事件の普通裁判籍を有する裁判所が管轄権を有する。扶養権利者が国内に訴訟事件の普通裁判籍を有しないときは、その管轄区域に請求の相手方が訴訟事件の普通裁判籍を有する裁判所が管轄権を有する。

3項 親子関係から生じるそのほかの請求権に関する判断については、その管轄区域に子が訴訟事件の普通裁判籍を有する裁判所が、管轄権を有する。子が国内に訴訟事件の普通裁判籍を有しないときは、その管轄区域に請求の相手方が訴訟事件の普通裁判籍を有する裁判所が管轄権を有する。

[婚姻及び登録パートナーシップ事件]

114a条 1項 婚姻事件及び登録パートナーシップ事件の管轄権については、第76条第1項及び第104条を準用する。婚姻または登録パートナーシップの存否（Bestand）に関する外国判決の承認については、申立てをなす当事者の常居所がその管轄内にある裁判所が、専属的に管轄権を有する。申立てをなす当事者の常居所がオーストリア国内にないときは、相手方の当事者の常居所がその管轄内にある裁判所が管轄権を有し、それ以外の場合はウィーン市の地区裁判所が管轄権を有する。

2項 配偶者または登録パートナーシップの一方からの共同の住居の移転の求め、転居の拒絶、別居についてその適法性の確認を求める申立て、稼得活動への協働に対する適切な補償または日常使用財産及び蓄えの分割の申立て、婚姻または登録パートナーシップの存否（Bestand）に関する外国判決の承認の申立てがある裁判所に係属し、かつ、第一審における当該手続が終了していないときは、当該裁判所は、さらになされた同種の申立てについても管轄権を有する。ただし、他の裁判所の管轄とする合意の許容性は、排除されない。

3項 第2項は、第76条第1項に掲げる争いの係属し、かつ、第一審における口頭弁論（Streitverhandlung）が終結していない裁判所について、準用する。

4項 婚姻事件及び登録パートナーシップ事件については、当事者の一方がオーストリア国籍またはオーストリアに常居所を有するときは、オーストリアの裁判所が国際裁判管轄権を有する。婚姻または登録パートナーシップの存否（Bestand）に関する外国判決の承認については、これに関する土地管轄が存在するときにも、オーストリアの国際裁判管轄権が認められる。登録パートナーシップの解消事件については、オーストリアで登録されたパートナーシップについては、オーストリアの国際裁判管轄権が認められる。

*非訟事件手続法（AußStrG）

97条

1項 婚姻解消を伴わない別居、離婚または婚姻の無効宣言、及び、婚姻の存否の確認についての外国判決は、当該判決が既判力を有し、かつ、承認拒絶事由がないときは、オーストリアで承認される。この承認は、特別の手続を要することな

く、前提問題として独立に判断することができる。

2項 前項の判決の承認は、次に掲げる各場合には、拒絶することができる。

1. オーストリア法秩序の基本的価値判断（*ordre public*（訳注 - 括弧書きは原文））に反することが明らかな場合；
2. 夫婦の一方に対する法的審問が保障されていない場合、ただし、この者が判決に同意していることが明白である場合を除く；
3. 当該判決が、同じ婚姻についての別居、離婚、無効宣言、または存否の確認を内容とするオーストリアの判決または既に存在するオーストリアの承認要件をみたす判決と矛盾する場合；
4. 当該判決を下した機関に、オーストリア法上の国際裁判管轄権が認められない場合。

100条 第97条ないし第99条の規定は、国際法または欧州共同体の法的行為が別段の定めをするときは、適用しない。

[執行宣言]

112条

1項 親権及び面会交流権に関する外国の裁判所の裁判は、それがオーストリアについて執行可能であると裁判所で宣言されるときに限り、執行される。この場合において、裁判上の和解及び執行可能な公的証書は裁判所の裁判と等しいものとする。

2項 外国の裁判は、それが裁判のなされた国の法によれば執行可能であり、かつ、執行宣言の拒絶事由がないときは、執行可能であると宣言されなければならない。

[拒絶事由]

113条

1項 執行宣言は、次の場合には、拒絶しなければならない。

1. それの子の福祉またはオーストリア法秩序の基本的価値判断（*ordre public*（訳注 - 括弧書きは原文））に明らかに反するとき；
2. 裁判のなされた国において相手方の法的審問が保障されていなかった場合、ただしこの者が裁判に明確に承諾しているときは除く；
3. その裁判が、オーストリアでその後下された親権または面会交流権の裁判、または、外国でその後下されてオーストリアでの執行宣言の要件を満たす親権または面会交流権の裁判と矛盾するとき；
4. オーストリア法を適用するとした場合において、判断を下した機関が、裁判をする国際裁判管轄権を有していなかったことになるとき。

2項 執行宣言は、子の親権を有する者の申立てがある場合において、この者が裁判を下した国の手続に関与する可能性を有していなかったときは、拒絶しなければならない。

143条 1項 死亡が公けに通知され、その他疑い得ない方法で通知されたときは、遺産手続は、職権で開始されなければならない。

2項 外国にある動産についての遺産処理（JN 106条）は、相続人の地位を証した当事者の申立てがある場合に限り、開始することができる。申立人に相続人の地位がないことが明らかとなり、かつ、当該手続を他の申立人に基づいて継続すべきものでないときは、当該手続は決定をもって中止しなければならない。

*強制執行法（Exekutionsordnung）

79条

1 項 外国で作成された文書及び証書で、第 2 条に掲げる執行名義 (Exekutionstitel) に該当しないもの (外国の債務名義) に基づく執行の承認は、それらがオーストリアについて執行可能であると宣言されることを要する。

2 項 文書及び証書は、それらが作成された国の規定によれば執行可能でありかつ国家間協定 *Staatsverträge* または *Verordnung* で相互性が保証されているときは、執行可能を宣言されなければならない。

80 条 外国の裁判所その他の官庁の判断、これらにおいてなされた和解、外国の公文書に基づく執行宣言の申立ては、以下の各場合に限り、許される。

1. 管轄について国内で妥当する規定によれば、当該法律事件が外国で係属する可能性がある場合；

2. 外国の裁判所または官庁で手続が開始される召喚または処分が、当該執行のなされるべき者に、当該外国の領域でまたは司法共助によって他の国の領域でまたは国内で、訴状の送達に関して妥当する規程に従い、送達されたとき；

3. 判決が、それに関して存在する外国裁判所その他の官庁の証明書によれば、当該国に妥当する法上、執行可能性を阻止する法的手段にもはや服さないとき。

[管轄]

387 条

1 項 保全処分の許可、その実行のために必要な命令の許可、これらの処分の機会に生じるその他の申立て及び手続については、本法に別の定めがない限り、最初の申立て時において、処分をなすにあたり考慮を要する本案の手続または執行手続が係属している裁判所が、管轄権を有する。

2 項 法的紛争が開始する前、または、それについての既判力ある判断が下されたがその執行が開始する前に、そのような処分が申し立てられたときは、許可の命令、申立て及び手続については、最初の申立ての時点で申立ての相手方が当該争訟事件の普通裁判籍を有する地区裁判所が、管轄権を有する。本法の妥当する領域において普通裁判籍が認められないときは、その管轄区域に、処分をなすにあたり考慮を要する物の所在する、または、第三債務者の住所、所在地または滞在地のある地区裁判所、または、その管轄区域において保全処分の執行のための行為がなされるべき地区裁判所が、管轄権を有する。

3 項 第 2 項に該当する場合であっても、第 382 条 1 項 8 号、382b 条、不正競争、著作権法、消費者保護法 28 条ないし 30 条に基づく保全処分については、本案の手続について管轄権を有すべき裁判所が管轄権を有する。

4 項 第 2 項に該当する場合であっても、第 382g 条の保全処分については、申立て債権者 *die gefährdete Partei* が訴訟事件の普通裁判籍を有する地区裁判所が、管轄権を有する。

1. 国際裁判管轄全般

(1) 管轄原因

i 住所、常居所、国籍

スイス国際私法（IPRG）は、その総則において、被告の住所を国際裁判管轄の管轄原因とし（同 2 条）、さらに、個別の事件に応じて、多くの特則を用意している。そして、家族法・相続法上の事件における国際裁判管轄の管轄原因は、一般的に、自然人の住所、常居所、国籍である。

スイス国際私法上、自然人は、継続してとどまる意思を持って滞在する国に住所を有し（IPRG 20 条 1 項 a 号）、また、相当の期間（あらかじめ一定期間と定められていてもよい）居住する国に常居所を有する（同 b 号）、とされている。住所を複数有することは認められない（同 2 項第 1 文）。住所をどこにも有していないときは、常居所をもって住所とする（同第 2 文）。住所・居所については、スイス民法典の規定は適用されない（同第 3 文）。

自然人の国籍は、当該国籍が問題となっている国の法に従って定まる（同 22 条）。スイス国籍に加えて他の国の国籍を有する者の場合、本籍地の裁判管轄の発生に関しては、スイスの国籍のみが基準となる（同 23 条 1 項）。また、スイスにおける外国判決の承認の要件として国籍が問題となるときは、その者の持つ国籍のうちの一つを考慮すればよい（同 3 項）。無国籍者・難民については、住所をもって国籍とする（同 24 条 3 項）。

なお、スイスにおける国際法上の規律としては、民事事件一般についてのルガノ条約がある（2007 年に改正された内容が、2011 年からスイスで妥当している）。もともと、本条約は、身分、婚姻、親子、相続などに関する事件を対象から除外しており、家族法・相続法上の事件で本条約が問題となるのは扶養事件に限られる。

ii 管轄の専属性の有無など

①合意管轄 スイス国際私法上、財産法上の請求に関して、国際裁判管轄の合意が一般的に認められている（IPRG 5 条 1 項）⁶⁸。「財産法上の請求に関して」とは、金銭または金銭的価値に向けられている、という意味である。よって、家族法上の請求であっても、扶養請求などはこれに該当する。さらに、

②応訴管轄 財産法上の紛争の場合、何も留保せずに応訴したときは、訴えが提起されたスイスの裁判所に管轄が認められる（IPRG 6 条）⁶⁹。

iii 主観的併合・附帯処分

⁶⁷ 以下の文献を参照した。Honsell/Vogt/Schnyder/Berti, Basler Kommentar Internationales Privatrecht 2. Aufl. (2007) ; Siehr, Das Internationale Privatrecht der Schweiz (2002) ; Girsberger/Heini/Keller/Kostkewitz/Siehr/Vischer/Volken, Zürcher Kommentar zum IPRG (2004) ; Walter, Internationales Zivilprozessrecht der Schweiz 4. Aufl. (2007) ; Schnyder/Liatowitsch, Internationales Privat- und Zivilverfahrensrecht 3. Aufl. (2011) ; Hauser/Geiser/Aebi-Müller, Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuch (2010)。スイス国際私法（IPRG）の翻訳としては、奥田安弘訳「スイス連邦国際私法（1987 年）」同『国際私法・国籍法・家族法資料集』（2006 年、中央大学出版局）、三浦正人訳「1987 年スイス連邦国際私法仮訳」名状 39 卷 1 号 65 頁（1989 年）、井之上宜信「スイスの国際私法典（1989 年）について 1・2 完」新報 96 卷 1・2 号・同 5 号（1989～1990 年）がある。また、登録パートナーシップ導入に関連する改正法については、北坂尚洋「登録パートナーシップに関するスイス国際私法の新規定」法学論集（福岡大学）49 卷 3・4 号（2005 年）を参照。ルガノ条約（1988 年）の翻訳としては、奥田安弘「EC・EFTA の裁判管轄および判決の執行に関するルガノ条約」『国際取引法の理論』（有斐閣、1992 年）308 頁以下がある。

⁶⁸ ルガノ条約が妥当する場合も、合意管轄が認められる（同 23 条）。

⁶⁹ ルガノ条約が妥当する場合も、応訴管轄が認められる（同 24 条）。

主観的併合については、スイス国際私法に明文の規律がある（IPRG 8a 条）。これによると、本法によればスイスで訴えを提起されうる複数の共同訴訟人に対する訴えについては、被告当事者の一人について管轄権を有するスイスの裁判所が、すべての被告当事者について管轄権を有する（同 1 項）。

iv 緊急管轄の可否 スイス国際私法上、スイスが管轄権を有しない場合であっても、外国での手続が可能でないまたは期待できないときは、事案と十分な関連を有する地のスイスの裁判所・官庁に管轄権が認められる（IPRG 3 条）⁷⁰。可能でないこと・期待できないことは、原告が主張・証明する必要がある、また、その認定に関しては、裁判所に相当の裁量が認められる⁷¹。

(2) 国際訴訟競合

国際訴訟競合については、スイス国際私法上、次のように規律されている（IPRG 9 条）。同一の当事者間の同一の目的に関する訴訟が外国で係属している場合において、当該外国の裁判所が相当な期間内にスイスで承認されうる判決を下すことが期待できるときは、スイスの裁判所は手続を中止する（同 1 項）⁷²。

(3) 保全処分の国際裁判管轄

保全処分の国際裁判管轄権は、①本案について管轄権を有するスイスの裁判所・官庁、さらに、②当該保全処分が執行されるべき地のスイスの裁判所・官庁に認められる（IPRG 10 条）。なお、個別の事件について特則がある（62 条（離婚事件）、89 条（相続事件）等）。

2. 個別事項に関する国際裁判管轄

(a) 失踪宣告事件

失踪宣告については、不在者の最後に知られた住所地のスイスの裁判所・官庁が国際裁判管轄権を有する（IPRG 41 条 1 項）。さらに、保護に値する利益があるときも⁷³、スイスの裁判所・官庁が管轄権を有する（同 2 項）。

外国でなされた失踪宣告または死亡宣告は、失踪者の最後に知られた住所地国または失踪者の本国でなされたときには、スイスでも承認される（同 42 条）。

⁷⁰ たとえば、スイス人の両親が離婚後にそれぞれ日本・アメリカに転居した場合における子の親権をめぐる事件で、緊急管轄が認められている（BaslerK (Berti), § 3 Rz.11）。

⁷¹ Schnyder/Liatowitsch, Rz.969.

⁷² 同 2 項によれば、スイスにおける訴訟の係属の時点とは、訴えの提起に必要な手続行為の時点を基準とし、和解手続の開始もこれに該当するとされている（同 2 項）。また、スイスの裁判所は、スイスで承認しうる外国の判決が提出されたときは、直ちに訴えを却下するものとされている（同 3 項）。

⁷³ たとえば、婚姻を死亡解消させて再婚する場合が挙げられる（Schnyder/Liatowitsch, RZ.981）。

(b) 婚姻・登録パートナーシップの成立、及び、身分的・財産的効力

(1) 婚姻の成立に関する事件（婚姻の無効・取消し・不存在）⁷⁴

離婚及び別居に関する IPRG 59 条以下の規律は、婚姻の無効・取消しも対象とするとされているので、(c)を参照。

(2) 婚姻の効力に関する事件（扶養事件については、(g)を参照。）

i 国際裁判管轄

婚姻関係上の権利・義務をめぐる事件については、まず、①夫婦の一方の住所地、住所がないときはその常居所地のスイスの裁判所が管轄権を有する（IPRG 46 条）。一般原則によれば相手方の住所または常居所となるが（同 2 条）、裁判で問題となる法的保護は通常は原告の生活拠点で必要とされるものであることなどから、特別の規律が設けられている⁷⁵。

さらに、②夫婦双方がスイスに住所・常居所のいずれも有していないときでも、夫婦の一方がスイス国籍を有していれば、スイスの裁判所の管轄権が補充的に認められる（同 47 条）。ただし、夫婦の一方が有する外国の住所または常居所で訴えを提起するのが可能でないまたは期待できない場合に限られる。

なお、③夫婦財産制については特別の規律がある。夫婦財産制について争いが生じるのは、通常、離婚と遺産分割の場合であることから、夫婦財産制に関する管轄は、離婚事件・遺産分割事件の管轄に付随して生じるものとされている（同 51 条 a 号・b 号）⁷⁶。

④婚姻の効力のうち、財産法上の請求に関するものについては、一般規律（IPRG 5 条・6 条）にしたがい、合意管轄・応訴管轄の可否が問題となりうる⁷⁷（たとえば、夫婦財産制の下での債権はこれにあたる）。もっとも、このような管轄権に基づくスイスの裁判は、外国で承認されない可能性がある。

ii 外国判決の承認・執行

扶養以外の婚姻関係の効果に関する外国判決・処分は、夫婦の一方の住所地国または常居所地国でなされたものであるときは、スイスで承認される（IPRG 50 条）。

なお、夫婦財産制に関する外国の判決・決定については特則があり（同 58 条 1 項 a～d 号）、以下の場合にスイスで承認される。すなわち、①判決・決定が被告配偶者の住所のある国で下された、または、承認されるものであるとき、②被告配偶者がスイスに住所を有しない場合においては、判決・決定が原告配偶者の住所のある国で下されたか、承認されるものであるとき、③判決・決定が本法によって準拠法として選択された国で下された、

⁷⁴ 婚姻の成立そのものについては、①婚姻をしようとする者の少なくとも一方が、スイスに住所を有するまたはスイス国籍を有するときは、スイスの官庁が管轄を有する（IPRG 43 条 1 項）。さらに、婚姻をしようとする者がスイスの住所もスイスの国籍も有さない場合であっても、当該婚姻が当事者双方の住所地国または本国で承認されるときは、婚姻成立の管轄を有するスイスの官庁がスイスでの婚姻の成立を認めることができる（同 2 項）。

⁷⁵ BaslerK (Courvoiser) Art.46.Rz.16.

⁷⁶ なお、婚姻解消に伴う夫婦財産の清算は、離婚事件に付随してあつかわれる場合と相続事件に付随してあつかわれる場合とで、一体的処理ができるか否かの違いが生じる。というのも、相続事件については、外国に所在する不動産が管轄外とされる可能性があるからである（IPRG 86 条 2 項）。もっとも、離婚事件に付随して外国所在不動産を夫婦財産の清算対象としたとしても、これに関するスイスの裁判が外国で承認されない可能性はある。

⁷⁷ しかし、合意管轄を認めることに対しては、①夫婦財産の清算が離婚事件・相続事件と関連するものであり、これらの事件では合意管轄が認められないこと、②スイス法上は離婚とそれに伴う効果は一体的に解決するという原則があり、この原則は離婚裁判所が離婚の効果についても一定の監督をする点で妥当といえることなどから、疑問とされている（BaslerK (Courvoiser) Art.51.Rz.21~27）。

または承認されるとき、④不動産についての判決・決定の場合においては、当該不動産の所在地国で下された、または承認されるとき。さらに、夫婦財産制についての判決・処分が、離婚・死亡による婚姻解消の事件などに附帯して下されたものであるとき、その承認は、婚姻の一般的効力（同 50 条）・離婚（同 65 条）・相続（同 96 条）の規定による（同 58 条 2 項）。これは、一体的にあつかつて矛盾が生じないようにするためである。

(3) 登録パートナーシップ・婚姻類似の生活共同体に関する事件⁷⁸

登録パートナーシップについては、婚姻に関する規律（IPRG 第 3 章 43～65 条）が準用される（同 65a 条）⁷⁹。これに加えて、外国の判決・処分の承認について、以下の規律が追加されている。すなわち、パートナーシップが登録された国でなされた判決・処分であって、かつ、スイス国際私法第 3 章により管轄が認められる国において訴え・申立てをすることが可能でなかったまたは期待できなかったときは、スイスで承認される（同 65d 条）。これは、スイス法の管轄規律にしたがうと登録パートナーシップが認められていない国に管轄が認められる場合に生じる不都合を回避するためである。

非婚カップルでは、その効力をめぐる事件の管轄が問題となる。この点については、IPRG 46 条以下の婚姻に関する規定を類推適用できるとする見解がある⁸⁰。

(c) 離婚⁸¹及びそれに伴う効果（年金分割請求権を含む）に関する事件

i 国際裁判管轄

離婚及び別居の訴えについてスイスに国際裁判管轄権が認められるのは、まず、①被告の住所地がスイスにあるとき、である（IPRG 59 条 a 号）。さらに、②原告が 1 年以上スイスに滞在しているとき⁸²、または、原告がスイス国民である場合は原告の住所がスイスにあるときは、国際裁判管轄権が認められる（同 b 号）。①は国際的に承認された一般的な管轄原因であり、②はスイスとの一定の関連性を管轄原因とするものである。

以上に加えて、本国管轄が補充的に認められている。すなわち、③夫婦双方がスイスに住所を有しないが、一方がスイス国民であって、一方の住所地での訴えの提起が可能でないまたは期待できない場合⁸³には、本籍地の裁判所に管轄権が認められる（同 60 条）。

なお、離婚事件は財産法上の事件ではないので、合意管轄（IPRG 5 条）・応訴管轄（同 6 条）は認められない。

⁷⁸ スイスは、同性婚は認めておらず、同性カップルは登録パートナーシップを利用することになる。なお、異性の者は登録パートナー制度を利用できない。また、婚姻類似の生活共同体は、法典上、独自の制度として認められていないが、実務では婚姻に関する規定などによって規律されているようである（Hausheer/Geiser/Aebi-Müller,Rz.03.20f）。

⁷⁹ 登録パートナーシップについては、IPRG の第 3a 章が新たに設けられ、解消の際の登録についての管轄の規定（同 65b 条）、準拠法に関する補充規定（同 65c 条）、外国の判決・処分の承認の規定（65d 条）が置かれている。

⁸⁰ BaslerK(Courvoiser)Vor Art.43-65d.Rz.41. 婚姻ほどの結びつきが認められず、IPRG 46 条の類推適用はない、とする見解もある（Siehr,S.32）。

⁸¹ IPRG 第 4 節の表題にはないが、婚姻の無効（宣言）・取消し、婚姻関係の確認の訴えも対象に含まれる。なお、裁判による別居に関する管轄・準拠法・外国判決の承認・執行については、離婚裁判所と同様とされている（同 59 条以下）。また、裁判による別居に伴う効果も、結合される（IPRG 63 条 2 項・64 条 2 項）。

⁸² この要件について対立があり、常居所を要するとの立場と、たんなる滞在でよいとする立場がある。

⁸³ 戦争・自然災害で裁判所が活動していない場合や、宗教的理由からの差別のおそれがある場合などが、その例である。なお、緊急管轄（IPRG 3 条）における「可能でないまたは期待できない」という要件よりは、厳格なものである（BaslerK（Bopp）Art.61.Rz.11）。

ii 外国判決の承認・執行

離婚・別居に関する外国判決の承認については、一般的要件（IPRG 25 条以下）に加えて、特別の規律がある。すなわち、夫婦の一方の住所地国、常居所地国、本国のいずれかで下されたものであるとき、または、これらの国で承認されたときは、スイスでも承認される（同 65 条 1 項）。ただし、夫婦のいずれもが国籍を有しない国、または原告配偶者のみが国籍を有する国で下された判決は、次の①～③に該当する場合に限り、スイスで承認される（同 2 項 a～c 号）。①訴え提起時において少なくとも一方の配偶者が当該国に住所または常居所を有しており、かつ、被告配偶者がスイスに住所を有していなかったとき、②被告配偶者が外国裁判所の管轄に無条件に服したとき、③被告配偶者がスイスでの承認に同意したとき。

なお、以上の規律は、婚姻解消に関する外国判決に妥当するものである。もっとも、扶養や年金分割など離婚と密接に関連する付随効果が離婚判決とともになされている場合には、IPRG 65 条によって承認できるとされている⁸⁴（夫婦財産の清算に関する外国判決の承認の場合は、この点が明文で示されている（同 58 条 2 項））。

iii 保全処分

離婚・別居事件がスイスの裁判所に係属している場合において、本案の管轄権がないことが明白といえないまたは既判力で確定していないときは、保全処分についても当該裁判所が国際裁判管轄権を有する⁸⁵（IPRG 62 条 1 項）。もっとも、夫婦間・親子間の扶養⁸⁶および親権に関する保全処分は、この規定の適用対象とならない（同 3 項）。

(2) 離婚に伴う効果

離婚に伴う効果については、離婚事件について管轄ある裁判所に国際裁判管轄権が認められる（IPRG 63 条 1 項）。これは離婚判決の一体性というスイス国内法の原則に対応するものであり、離婚事件がスイスの裁判所に実際に係属していることが必要となる。

ここでいう効果には、夫婦間の法律関係に関するものとして、氏の変更、夫婦財産法上の効果、離婚後の夫婦間扶養、年金分割、婚姻住宅の清算などが、親子関係に関するものとして、親権、面会交流権、未成年子扶養などがある⁸⁷。

なお、離婚判決でなすべき判断がなされていない場合において⁸⁸、その補充を求める訴

⁸⁴ BaslerK (Bopp) Art.65.Rz.7.

⁸⁵ すでに外国で離婚手続が係属している場合でも、スイスでの手続は停止されるにすぎず、スイスの国際裁判管轄権は存在するので、保全処分は可能である。もっとも、外国で保全処分がなされていないとき、または、外国での保全処分がスイスで承認・執行されないときに限るとされている（BaslerK (Bopp) Art.62.Rz.9）。

⁸⁶ 扶養事件についてはルガノ条約が妥当し（LugÜ 5 条 2 項）、保全処分についても同条約の適用対象となる（同 31 条）。もっとも、身分関係を本案とする手続で扶養事件が扱われる場合には、当事者の一方の国籍のみに基づいて管轄が認められているのでない限り、スイス国際私法の管轄規律によることになる（同 5 条 2 項 c）。

⁸⁷ ただし、扶養についてはルガノ条約、親権・面会交流権については KSÜ の管轄規律が優先する。もっとも、ルガノ条約上、夫婦間扶養事件と離婚事件との一体的処理を（LugÜ 5 条 2 項 b）、また、KSÜ も面会交流を含む親権事件と離婚事件との一体的処理を（KSÜ 10 条）、それぞれ認めている（そして、ルガノ条約は未成年子扶養事件と親権事件との結合を認めている（LugÜ 5 条 2 項 c））。

⁸⁸ 離婚裁判における欠缺やその変更として問題となる事項は、離婚後扶養、年金分割、未成年子扶養、親権などである。もっとも、これらの事項について国際法上の管轄規律が妥当する場合は、それが優先する。扶養についてはルガノ条約、未成年者保護（親権など）については KSÜ がある（この点は IPRG 64 条 1 項第 2 文が明示する）。

えについては、当該判決をスイスの裁判所が下していたとき、または、離婚事件の国際裁判管轄の規律（IPRG 59・60条）によりスイスの裁判所に管轄が認められるときは、スイスに国際裁判管轄がある⁸⁹（同64条1項。裁判の変更についても同様である）。

(d) 血縁による親子関係（嫡出推定・否認、認知、親子関係存否確認）

i 国際裁判管轄

親子の身分に関する訴え⁹⁰についての国際裁判管轄権は、スイス国際私法で判断される。

①管轄原因は、まず、子の常居所、または、母もしくは父の住所⁹¹である（IPRG 66条）。これらがスイスにあるときは、スイスの裁判所が国際裁判管轄権を有する。母と父の住所のいずれかがスイスにあれば足りる。したがって、父子関係についての争いであっても、母がスイスに住所を有することのみに基づいて、スイスに国際裁判管轄権が認められる⁹²。

②さらに、父母のいずれもがスイスに住所を有さず、また、子の常居所もスイスにない場合でも、スイスの裁判所に国際裁判管轄権が認められる可能性がある。すなわち、母または父がスイス国籍を有しており、かつ、父母それぞれが有する外国の住所および子の常居所のいずれにおいても訴えを提起することが可能でないまたは期待できない⁹³場合には、父または母の本籍地の裁判所が管轄権を有する（同67条）。このように、本国管轄は、66条の要件を満たさないことを前提として認められるに過ぎず、補充的なものと位置づけられている。

なお、合意管轄は認められない⁹⁴。

ii 外国判決の承認・執行

親子の身分それ自体について外国でなされた裁判は、次の場合にスイスで承認される。すなわち、①子の常居所のある国または子の本国でなされた裁判、または、②母または父の住所地国または本国でなされた裁判、である（IPRG 70条）。なお、認知の取消しに関する外国の判決は、子の常居所地国の法、子の本国法、または父もしくは母の住所地国の法もしくは父母それぞれの本国法上有効なものであるときは、スイスでも承認される（同73条2項）⁹⁵。

⁸⁹ 外国判決の補充・変更をする場合は、当該判決がスイスで承認されることが前提となる（BaslerK（Bopp）Art.64.Rz.3）。

⁹⁰ 本条にいう「訴え」とは、外国法の制度でスイス民法（ZGB）252条以下（母子関係、婚姻・認知による父子関係、養親関係）に対応するものを広く含む。よって、スイス国際私法68条以下に従い適用されることになる準拠法において身分関係の訴えとされるもの、たとえば、嫡出子であることの確認、準正の訴え、身分占有の確認、非嫡出父子関係の確認、母子関係の不存在の確認、嫡出でないことの確認、なども含まれることになる。

なお、認知の取消しおよび養子の取消しも、66・67条によるとされている（71条3項・75条2項）。

⁹¹ 親がすでに死亡してその相続が問題となるような場合において、被相続人とその子の親子関係について他の相続人が争うときも、IPRG 66条に掲げる親の（死亡時の）住所が管轄原因となる（BaslerK（Schwander）Art.66.Rz.19）。

⁹² BaslerK（Schwander）Art.66.Rz.17. もちろん、このような管轄権に基づいてスイスの裁判所が下した判決が外国で承認されるかは、別問題である。

⁹³ 可能でないまたは期待できない場合の例としては、身分の訴えがない場合や婚外子について認められていない場合、（婚外子や姦生子など）外国では身分について著しい別扱いがあってスイスの公序に反するような場合、外国の手続では親子関係に関して科学的的手法による証明ができない場合などが挙げられている（BaslerK（Schwander）Art.67.Rz.8）。

⁹⁴ ZüricherK（Siehr）Art.66.Rz.30. 他に、緊急管轄（IPRG 3条）の例として、スイスで許容された生殖補助医療技術を利用して誕生した子についての親子身分をめぐる争いが、外国では可能でないまたは期待できず、かつ、IPRG 66・67条の要件を満たさない場合が挙げられている（BaslerK（Schwander）Art.66.Rz.24）。

⁹⁵ この規律は、外国でなされた準正の承認について準用される（同74条）。

(e) 養親子関係事件（縁組および離縁）⁹⁶

養子縁組については、①養親となる者または養親となる夫婦⁹⁷の住所地のスイスの裁判所が国際裁判管轄権を有する（75条1項）。養親に着眼するのは、とりわけ未成年子が養子となる場合には養親となる者の生活環境を慎重に明らかにして判断する必要があることによる⁹⁸。さらに、②養親となる者または養親となる夫婦がスイスに住所を有さず、かつ、いずれかがスイス国籍を有するときは、その本籍地のスイスの裁判所に管轄が認められる（76条）。ただし、その住所において養子縁組をすることが可能でないまたは期待できないときに限る。

養子縁組の取消および離縁については、実親子関係に関する規定（同66条・67条）による（同75条2項）。

外国でなされた養子縁組は、養親となる者または養親となる夫婦の住所または本籍地のある国で下されたものであるとき、スイスで承認される（同78条1項）。なお、外国でなされた養子縁組が、スイスの養子制度と本質的に異なる効果をもつときは⁹⁹、当該成立国で認められる効果の範囲に限り、スイスで承認される（同78条2項）。

(f) 親権・監護権、面会交流権（、子の奪取）、未成年後見、成年後見

(1) 親権・監護権、面会交流権、未成年後見

i 国際裁判管轄

子の身上監護及び財産管理の保護のための措置についての国際裁判管轄権は、「親権及び子の保護のための措置の分野における管轄、準拠法、承認、執行、協働に関する条約」（以下、KSÜ）によって判断される（IPRG 85条1項）¹⁰⁰。これによると、子の常居所¹⁰¹（同5条1項）が管轄原因となる。常居所が不明の場合は、子が現在する国が管轄を有する（同6条2項・1項）。

なお、スイス国際私法上、緊急管轄の一般規律（IPRG 3条）に加えて、特別の緊急管轄が定められている（同85条3項）。これによれば、子およびその財産の保護のために必要なときは、スイスの裁判所に管轄権が認められる。

また、扶養を含む¹⁰²親子関係の効果に関して、子と親（の一方）が当事者となって¹⁰³争

⁹⁶ なお、スイスでは、養子縁組についての機関の管轄権、準拠法及び裁判その他の処分承認に関する条約は、2003年10月23日をもって失効している。これに代わり、国際養子縁組に関する子の保護及び協力に関する条約が、2003年1月1日から効力を生じている。

⁹⁷ 夫婦の一方のみがスイスに住所を有するときについては、本条の適用を認める立場と、本条の適用外として緊急管轄（IPRG 3条）の余地を認める立場がある（BaslerK (Urwyler/Hauser) Art.75.Rz.4）。もっとも、管轄の所在の問題とは別に、住所を異にして生活共同体を形成していない者が養親となるのが子の福祉にかなうか、という問題は残る。

⁹⁸ BaslerK (Urwyler/Hauser) Art.75.Rz.1.

⁹⁹ 外国法における養子の効果とスイス法におけるそれが完全に一致している必要はない。たとえば、スイス法は完全養子を採用しており、外国の養子が養子と実親の間に血族関係（婚姻障害については別である）及び双方向の相続権を残す場合には、スイス法とは本質的に異なる効果をもつとされる。

¹⁰⁰ 同条約1条1項は、子の身上監護および財産管理の保護のための措置についての管轄権や保護措置の承認・執行を条約の対象に挙げている（同a・d号）。ここにいう措置には、親権の帰属・行使・全部および一部の喪失、居所指定権・面会交流権、未成年後見、施設への収容などが該当する（同3条a～g号。なお、同4条は除外事項を列挙しており、たとえば子の氏・名などは除外されている）。

¹⁰¹ 常居所の概念は、スイス国際私法20条1項b号ではなく、本条約に即して解釈される。すなわち、事実として当該子自身の生活の中心となっている場所である。

¹⁰² もっとも、扶養事件についてはルガノ条約の規律が優先する。

¹⁰³ BaslerK (Schwander) Art.79.Rz.6.

う事件については、スイス国際私法上、子の常居所、または、被告たる親の住所（それが
ない場合は常居所）があれば、スイスの裁判所に国際裁判管轄権が認められる（IPRG 79
条1項。ただし、氏・名（同33、37～40条）、未成年者の保護（同85条）、相続（同86～
89条）については¹⁰⁴、特別の規定が妥当する）。さらに、子・被告たる親のいずれもスイ
スに住所・常居所を有さず、かつ、いずれかがスイス国民であるときは、本籍地の裁判所
に管轄が認められる（同80条）。

ii 外国判決の承認

KSÜ 加盟国の判決については同条約による（同条約23条以下）。加盟国でない場合は、
子が常居所を有する国で下されたまたは承認された措置は、スイスでも承認される（IPRG
85条4項）。その他の親子関係の効果については、子が常居所を有するか、被告である親
が住所・常居所を有する国で下された判決は、スイスでも承認される（IPRG 84条1項）¹⁰⁵。

(2) 成年後見事件（後見開始の審判等）

成年後見事件の国際裁判管轄および外国判決の承認・執行については、成年の国際的保
護に関するハーグ条約¹⁰⁶が妥当する（IPRG 85条2項）。これによれば、原則として、事件
本人の常居所が管轄原因となる（同条約5条1項）。常居所が不明の場合は、事件本人が現
在する国が国際裁判管轄権を有する（同条約6条2項・1項）。

さらに、スイス国際私法上、事件本人およびその財産の保護のために不可欠であるとき
も、スイスの国際裁判管轄権が認められる（IPRG 85条3項）。

成年後見事件に関する外国裁判の承認については、前記条約（22条以下）による。前記
条約に加盟していない国で下された裁判は、それが事件本人の常居所のある国で下された
または承認されたものであるときは、スイスでも承認される（IPRG 85条4項）。

(g) 扶養事件

扶養義務についての国際裁判管轄権は、まず、ルガノ条約によって判断される（LugÜ 2・
5条）。これに対して、相手方がスイス・ルガノ条約締約国のいずれにも住所を有さないと
きは、スイスの国際私法による。

(1) 婚姻夫婦間の扶養、離婚後扶養

i 国際裁判管轄¹⁰⁷

国際裁判管轄に関するルガノ条約の一般原則によれば、被告の住所が管轄原因となる
（LugÜ 2条1項）。これに加えて、扶養権利者（原告）の住所または常居所も管轄原因と
されている（同5条2号a）¹⁰⁸。なお、離婚後扶養の場合は、それが離婚事件と合わせて

¹⁰⁴ 条文にはないが、離婚事件に付帯して親子関係事件が取り上げられる場合の62条1項、63条1項、64条1項も特別
の規定となる（BaslerK (Schwander) Art.79.Rz.2）。

¹⁰⁵ ただし、子の氏・名（IPRG 39条。外国でなされた氏・名の変更）、未成年者の保護（同85条。親権など）、相続（同
96条）についての特別規定がある場合は、それによる。

¹⁰⁶ Haager Übereinkommen über den internationalen Schutz von Erwachsenen vom 13.1.2000（翻訳については民事月報55巻11
号29頁を参照）。スイスでは、2009年7月1日より妥当している（SR 0.211.232.1）。これは、成年後見（同3条c号）、事
件本人の行為能力および保護体制の設定に関する判断（同a号）、施設への入所（同e号）などを対象としている。

¹⁰⁷ 扶養義務者が外国の離婚判決で確認された扶養債務の減額を求めるときは、LugÜ 5条2号ではなく同2条1項による。

¹⁰⁸ なお、同条約では、住所については、裁判所が自国の法に従って判断できるとしている（LugÜ 59条）。また、常居所
については、扶養に関するハーグ条約の常居所と同じ意義（生活の中心となっているところ）に理解すべきものとされて

判断される場合は、離婚事件についてスイスの国内法（IPRG 63 条 1 項・59 条）により管轄を有する裁判所に訴えることもできる¹⁰⁹（同 5 条 2 号）。

スイス国際私法によれば、まず、①夫婦の一方の住所、住所がない場合は常居所が管轄原因となる（IPRG 46 条）。さらに、②夫婦の双方がスイスに住所も常居所も有さない場合でも、夫婦の一方がスイス国籍を有するときは、本籍地の裁判所が管轄権を有する（同 47 条）。ただし、夫婦の一方が外国に住所または常居所を有するときは、そこに訴えまたは申立てをなすことが可能でないまたは期待できないことが必要である。たとえば、戦争や自然災害のために外国の裁判所が活動をしていない場合（可能でない）、宗教上またはイデオロギー上の理由からの差別が危惧される場合（期待できない）が、これに該当する。なお、離婚後扶養は、離婚の付随的効果として離婚事件と合わせてあつかうことができる（IPRG 63 条 1 項）。

ii 外国判決の承認

ルガノ条約締約国において下された扶養に関する判決は、そのまま承認される（LugÜ 33 条 1 項）。ルガノ条約の締約国でない国において下された判決の場合は、夫婦の一方の住所または常居所のある国で下されたものであるときに、スイスで承認される（IPRG 50 条）。もちろん、承認に関する他の一般的要件も具備することが必要である¹¹⁰。

(2) 親子間扶養（未成年子扶養）

i 国際裁判管轄

(1)と同様、ルガノ条約によれば、被告（親）の住所、扶養権利者（子）の住所・常居所が管轄原因となり、これらがスイスにあれば、スイスの裁判所が国際裁判管轄権を有することになる（LugÜ 2 条・5 条 2 号 a）。さらに、身分関係の争いに附帯して扶養事件があつかわれる場合は、前者について管轄権を有する裁判所が扶養事件の管轄権も有する（同 5 条 2 号 c。ただし、前者の管轄権が当事者の一方の国籍のみに基づく場合（IPRG 67 条）はこの限りでない）。

スイス国際私法によれば、子の常居所・住所がスイスにあるとき、それらがないときは被告となる親の常居所がスイスにあるとき、スイスの裁判所が国際裁判管轄権を有する（IPRG 79 条）。以上の管轄原因を欠く場合でも、当事者の一方がスイス国籍を有するときは、スイスの裁判所が国際裁判管轄権を有する（同 80 条）。

ii 外国判決の承認・執行

ルガノ条約締約国において下された扶養に関する判決は、そのまま承認される（LugÜ 33 条 1 項）。ルガノ条約の締約国でない国において下された判決の場合、子が常居所を有する国で下されたもの、または、被告である親が住所・常居所を有する国で下されたものであ

いる（Schnyder/Liatowitsch,Rz.989）。

¹⁰⁹ よって、IPRG 59 条の法廷地で離婚がなされたときは、当該裁判所が、他の締約国に住所を有する元配偶者に対する離婚後扶養事件についても、管轄権を有する。ただし、この管轄権が当事者の国籍のみから導かれた場合はこの限りでない（LugÜ 5 条 2 号ただし書）。

¹¹⁰ なお、ルガノ条約を締約していない国の判決についても、扶養義務に関する裁判及び執行に関する条約（1973 年）が妥当するときは、それによる。

るときは、スイスで承認される（IPRG 84 条 1 項。もちろん、承認に関する他の一般的要件も具備することが必要である）。

(3) その他の扶養

ルガノ条約は親族扶養も含めて広く妥当するものである。ルガノ条約が妥当しない場合にはスイス国際私法によることになるが、IPRG は夫婦間扶養・親子間扶養以外の親族扶養についての規律を欠いている。そこで、ルガノ条約と同様に考えるようである¹¹¹。

(h) 相続事件¹¹²

i 国際裁判管轄

相続事件について、二国間協定はあるが¹¹³、ルガノ条約は原則として適用されない¹¹⁴。

国際法の規律が妥当しない場合には、スイスの国際私法によって国際裁判管轄権が定まる。スイス国際私法の規律（IPRG 86～89 条）の基本原則は、住所¹¹⁵を管轄原因とすること、遺産を統一的に取り扱うこと、である¹¹⁶。以下、規律の内容について述べる。

まず、①被相続人の最後の住所地がスイスにあれば、原則として、スイスの裁判所が遺産すべてについて管轄権を有する（同 86 条 1 項）¹¹⁷。ただし、外国にある不動産の場合、当該所在国がこれについて専属管轄権を有するとしているときは、それによる（同 2 項）。

次に、②外国に最後の住所を有していたスイス国民は、遺産のすべてまたはスイスにある自己の財産について¹¹⁸、本籍地のスイスの裁判所の管轄とすることができる（同 87 条 2 項。ただし、外国にある不動産については、この限りでない（同 87 条 2 項ただし書・86 条 2 項））。これには、そうする旨の遺言・相続契約が必要となる¹¹⁹。また、外国に最後の住所を有していたスイス国民¹²⁰の遺産について、外国の官庁が対応をしないときは¹²¹、本

¹¹¹ ZüricherK (Siehr) § 79 Rz.11.

¹¹² ある裁判手続において前提問題として相続人の地位が問題となる場合、当該裁判所は、相続事件についての国際管轄権がなくても、この点について判断をすることができる。ただし、準拠法が前提問題について特別の手続に留保しているときはこの限りでない（Siehr,S.157）。

¹¹³ たとえば、遺産の管轄権は、イタリアとの協定では本国法、アメリカとの協定では住所のある国・遺産の所在地となっている。

¹¹⁴ 同 1 条 2 項 1 号。もっとも、相続法上の前提問題に答える必要のある民事・商事事件については、妥当する。なお、スイスは、被相続人の財産の国際的管理に関する条約および死亡による財産の相続の準拠法に関する条約は、批准していない。しかし、遺言の方式に関する法律の抵触に関する条約は、スイス国際私法 93 条 1 項で参照を指示されている。

¹¹⁵ なお、住所を有しない者については、住所の代わりに常居所による（IPRG 20 条 2 項第 2 文）。

¹¹⁶ BaslerK (Schnyder/Liatowitsch) ,Art.86.Rz.2.

¹¹⁷ 相続事件は財産法的性格も併せ持つ点で、合意管轄（同 5 条）・応訴管轄（同 6 条）の可能性が問題となる。遺産に関する個別の紛争について合意管轄を認めるのでは、遺産の統一的処理は阻害されてしまうので、合意管轄を無制約に肯定することはできないとされている（ZüricherK(Heini)Art.86.Rz.9）。そして、この点については、利害関係人全員の合意がある場合や相続法上の争いが他の遺産に利害関係を有する者に影響を持たない場合に限り許されるとし、他方、被相続人の意思のみあるいは相続契約のような被相続人と他の者の合意によって、管轄の指定を認めることには疑問を示すものがある（BaslerK (Schnyder/Liatowitsch) ,Art.86.Rz.20・21）。

¹¹⁸ したがって外国の財産のみを対象とすることはできない。

¹¹⁹ このような被相続人の遺言・相続契約がない場合において、外国の官庁が当該遺産に対応しないときは、スイスの裁判所・官庁が補充的に管轄権を有する（IPRG 87 条 1 項）。この補充的管轄権が認められないときでも、スイスの官庁は、スイスにある遺産について保全処分をすることができる（89 条）。なお、スイス国民がスイスに住所を有さないが、外国に住所を有するか否かも判明しないときには、この補充的管轄権の規定が類推適用される（Schnyder/Liatowitsch,Rz.1044）。

¹²⁰ スイスにも外国にも最後の住所を有していなかったスイス国民については、本文①②のいずれも妥当しない。しかし、相続事件以外の国際裁判管轄の規律で本国管轄を認める規定は、本文②のように外国の住所を有することは要求せず、たんに本国管轄を認めるものが多い（たとえば、IPRG 47 条、同 60 条など）。そこで、スイスに最後の住所を有していなかったスイス国民にも 87 条 1 項の適用を認める解釈論がある（BaslerK (Schnyder/Liatowitsch) Art.87 Rz.8）。

¹²¹ この要件については、外国住所地の官庁の不对応で足りるか、それとも外国の官庁すべての不对応を要するかが議論されている。なお、外国の裁判所が、ある財産を手続の対象としていない場合も、ここでの不对応に該当する。

籍地のスイスの裁判所の管轄権が認められる（同 87 条 1 項）。

なお、③外国に最後の住所を有していた外国人の遺産¹²²については、スイスの国際裁判管轄権は認められない。ただし、外国の官庁が、法的・事実的な理由から、スイスにある遺産について対応しないときは、スイスの裁判所・官庁が補充的に管轄権を有する（同 88 条 1 項）¹²³。この補充的管轄権が認められないときでも、スイスの官庁は、スイスにある遺産について保全処分をすることができる（同 89 条。同 10 条の特則であり、要件が緩和されている）。

ii 外国の判決・処分の承認

相続事件に関する外国の判決・処分は、①被相続人の最後の住所のあった国、または被相続人が選択した法の国で下されたものであるとき、②①に該当する国で承認されるとき、③不動産に関するものである場合は、当該不動産の所在地国で下されたものであるとき、または当該国で承認されるとき、スイスでも承認される（IPRG 96 条 1 項）¹²⁴。①②③の間には優劣関係はないが、不動産については、不動産の所在地国が当該不動産について専属管轄としているときは、当該国の判決・処分のみが承認される（同 2 項）。

さらに、被相続人の財産の所在地国においてなされた保全処分は、スイスでも承認される（同 3 項）。

(i) 氏¹²⁵

氏の変更については、申立人の住所地のスイスの官庁が管轄を有する（IPRG 38 条 1 項）。また、スイスに住所を有さないスイス国民は、その者の本籍のある州（Kanton）の官庁に、氏および名の変更を求めることができる（同 2 項）。もっとも、外国人がスイスで氏名の変更をするときは、スイス法に基づく変更が本国でも承認されない可能性がある。

3.外国裁判の承認・執行制度

(1) 外国の判決・非訟裁判の承認・執行の要件

外国判決の承認・決定の承認の一般的要件は、以下の通りである（IPRG 25 条 a～c 号）。①判決・決定が下された国の裁判所または官庁が管轄権を有していたこと、かつ、②判決・決定に対して通常の異議申立てができなくなっていること、または、判決・決定が終局的であること、かつ、③第 27 条の拒絶事由が存在しないこと。

通常、外国判決の承認には特別の手續を要しない。裁判所・官庁は、外国判決の国内における効力が問題となる場合、たとえば事件の前提として問題となっている場合、承認について判断することができる（同 29 条 3 項）。

(2) 外国保全処分の承認・執行の可能性

この点に関して、判例の立場は統一されておらず、学説上も見解の対立がある¹²⁶。なお、

¹²² ここでいう遺産には、スイスに所在する不動産も含まれる。

¹²³ スイス国内の複数の場所に遺産があるときは、最初に対応した裁判所・官庁が管轄権を有する（IPRG 88 条 2 項）。

¹²⁴ さらに、外国判決の承認に関する一般的要件も具備する必要がある。

¹²⁵ スイス国際私法は、氏を人格権に属するものと把握する。そして、IPRG 37 条は身分関係の変動に伴って生じる氏の変更に関する準拠法の決定を規律し、同 38 条は意思に基づく氏名の変更に関する管轄と準拠法決定を規律する。

相続事件については、例外的に外国の保全処分をスイスで承認する旨の規定が置かれている（同 96 条 3 項）。

これに対して、ルガノ条約が妥当する場合には、一定の要件の下で、外国の保全処分も承認される。これは、ルガノ条約 32 条における外国判決の承認の対象たる「判決」に保全処分も含まれるとされていることによる¹²⁷。たとえば、扶養費についての仮の支払命令がこれに該当する。

***スイス国際私法**（奥田訳以後、条文に変更のあったもの）

8a 条（2011 年 1 月 1 日より）

第 1 項 訴えが、本法にしたがいスイスで訴えを提起されうる複数の共同訴訟人に対するものであるときは、被告の一人について管轄権を有するスイスの裁判所がすべての被告についての管轄権を有する。

第 2 項 本法にしたがいスイスで訴えを提起されうる複数の請求が一人の被告に対するものであり、かつ相互に実質的な関連を有するときは、これらの請求の一つについて管轄権を有するスイスの裁判所のいずれもが管轄権を有する。

10 条（2011 年 1 月 1 日より） 保全処分の命令について管轄権を有するのは、

a. 本案について管轄権を有するスイスの裁判所または官庁、または、

b. 当該命令を執行すべき地のスイスの裁判所または官庁、

である。

¹²⁶ Walter, S.388・522. 否定説は、IPRG 25 条 1 項 b 号の終局性（endgültig）要件を欠くことを理由とするようである。

¹²⁷ Walter, S.429・523.

3. フランス

(執筆担当：慶應義塾大学 北澤 安紀)

1. 総説

フランスの人事・家事事件にかかる国際裁判管轄及び外国裁判の承認執行に関する法制度には、EU の条約や規則に由来するもの（国際的法源）と国内法に由来するもの（国内的法源）とがある。そこで、以下では、まず、フランスにおいて適用されている EU 法について概観した上で¹、それらと補完関係にある、国内法の状況について説明する。

欧州連合 (EU) は、欧州経済共同体 (ECC) をその前進とする。欧州経済共同体 (ECC) は、1957 年 3 月 25 日に、フランスを含む 6 カ国²によって調印された「欧州経済共同体の創設を定めるローマ条約」によって創設され、この条約は、加盟国における判決の相互承認と執行にかかる手続の簡素化を目標の 1 つに掲げていた（同条約 220 条を参照）。それを受けて、1968 年 9 月 27 日、「民事及び商事事件に関する裁判管轄及び判決の執行に関する条約（以下、「ブリュッセル条約」という）³」が署名、批准された後、1973 年 2 月 1 日に発効した。ブリュッセル条約は、欧州共同体構成国間における裁判管轄規則及び外国判決の承認に関する手続の統一及び簡素化を目指して締結されたものである。一方、1960 年 5 月 3 日にイギリスが中心となって設立された、欧州自由貿易連合 (EFTA) には、欧州経済共同体の枠外の欧州諸国が加盟していたが、1973 年には、デンマーク、連合王国が、1986 年には、ポルトガルが、欧州共同体 (EC) への加盟に伴い、欧州自由貿易連合 (EFTA) を脱退し⁴、欧州共同体 (EC) 加盟国はさらに増えた。ブリュッセル条約は、共同体に加盟したと同時に適用されるわけではなく、それが適用されるためには、個別の決定が必要となる。欧州共同体 (EC) は、デンマーク、アイルランド及び連合王国の共同体加盟に伴い、1978 年 10 月 9 日にルク

¹ EU における国際裁判管轄規則の生成、発展については、例えば、小梁吉章「家族関係事件の国際的訴訟競合とブラッセル 2 bis」 広島法科大学院論集 5 号（2009 年）37 頁以下を参照。

² ベルギー、フランス、ドイツ、イタリア、ルクセンブルク、オランダ。

³ Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968, concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale. ブリュッセル条約については、中西康「民事及び商事事件における裁判管轄及び裁判の執行に関するブリュッセル条約（一）（二・完）」民商法雑誌 122 巻 3 号 426 頁、同 122 巻 4=5 号 712 頁を参照。

⁴ 1995 年には、オーストリア、スウェーデン、フィンランドが、欧州共同体 (EC) への加盟に伴い、欧州自由貿易連合 (EFTA) を脱退した。

センブルクで3カ国の加入条約（1978年加入条約）⁵に署名し、それらの国々との間でも、ブラッセル条約が適用されることとなった。また、ギリシャの共同体加盟に伴い、1982年には、ギリシャの加入条約（1982年加入条約）⁶がルクセンブルクで署名され、ギリシャとの間でも、ブラッセル条約が適用されることとなった。さらに、スペインとポルトガルの共同体加盟に伴い、これら2カ国の加入条約（1989年加入条約）⁷が1989年5月26日にサン・セバスチャンで署名され、これら2カ国との間でも、ブラッセル条約が適用されることとなった。その後、欧州共同体（EC）は、1988年9月16日、当時欧州自由貿易連合（EFTA）に加盟していた6カ国との間で、ブリュッセル条約を模し、欧州自由貿易連合（EFTA）構成国を取り込む形で、「民事及び商事事件に関する裁判管轄及び判決の執行に関するルガノ条約（以下、「ルガノ条約」という）⁸」を締結した。1996年11月29日、オーストリア、フィンランド及びスウェーデンの欧州連合（EU）加盟に伴い、これら3カ国の加入条約（1996年加入条約）⁹が署名され、これらの国々との間でも、ブリュッセル条約が適用されることとなった。

1992年7月29日に欧州連合条約（以下、「マーストリヒト条約」という）が締結されたことから、欧州共同体（EC）は、欧州連合（EU）となった。欧州連合（EU）においては、1999年5月のアムステルダム条約の発効後、EU域内における民事司法協力に関する立法権限が欧州共同体に付与されたことから、EC規則による域内での国際私法および国際民事手続法の統一については、かなりの進展がみられる（ただし、デンマークを除く）¹⁰。2000年12月22日には、「民事及び商事事件における裁判管轄及び判決の承認及び執行に関する2000年12月22日の理事会規則（EC）44/2001（以下、「ブリュッセルI規則」という）¹¹」が成立し、2002年3月1日に発効した（ただ

⁵ JOCE 1978 L 304, p. 1.

⁶ JOCE 1982 L 388, p. 1.

⁷ JOCE 1989 L 285, p. 1.

⁸ Convention de Lugano du 16 septembre 1988, concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale. ルガノ条約については、関西国際民事訴訟法研究会「民事及び商事に関する裁判管轄並びに判決の執行に関するルガノ条約公式報告書〔全訳〕」国際商事法務29巻4号484頁を参照。なお、ルガノ条約については、2007年10月30日に改正条約が採択されているが、現時点では未発効である。

⁹ JOCE 1997 C 15, p. 1.

¹⁰ それらの動きについて、詳しくは、中西康「アムステルダム条約後のEUにおける国際私法—欧州統合と国際私法についての予備的考察—」国際法外交雑誌100巻4号535頁以下(2001)、西谷祐子「ハーグ国際私法会議のこれから」東北法学会会報23号1頁以下(2005)等を参照。

¹¹ Règlement (CE) No. 44/2001 du 22 décembre 2000, concernant la compétence judiciaire, la

し、デンマークは加入していない)。同規則は、前述のブリュッセル条約の趣旨を受け継ぎながら、それを一部改正、規則化したものであり、財産関係事件に関する裁判管轄及び外国判決の承認執行について定めたものである。続く、2004年4月21日には、欧州債務名義に関する欧州理事会規則 805/2004¹²が成立し、2003年1月21日に発効した。このように財産関係事件の裁判管轄及び外国判決の承認執行については、欧州内での規則の整備が進められており、フランスで財産関係事件の裁判管轄及び外国判決の承認執行が問題となる場合には、それらの規則を適用し、事案を処理している。

その一方で、欧州連合（EU）においては、人事・家事事件にかかる民事訴訟手続についても規則の整備が進められている。その進展は、財産関係事件に関する国際裁判管轄及び外国判決の承認執行に関する規則の整備に比べれば、緩やかなものであった。すでに、1980年5月20日には、「子の監護に関する裁判の承認執行及び子の監護の回復に関するルクセンブルク条約（以下、「ルクセンブルク条約」という）¹³」が締結され、国境を越えて生じる子の監護及び子の奪取に関する裁判の承認執行についての規定が設けられている。

欧州連合（EU）では、1992年のマーストリヒト条約の規定が、民事における司法共助のための制度の確立を加盟国に求めていたことから（同条約、K.3条参照）、1998年5月28日、人事・家事事件に関する裁判管轄及び外国判決の承認執行に関する欧州理事会協定¹⁴が成立し、欧州理事会は、加盟国に対して、国内法に従いこの協定を受け入れるよう勧告した。この協定は、離婚、別居、婚姻無効の訴えに関する民事手続及びこれらの手続の当事者間の子に対する親責任に関する民事手続の裁判管轄及び他

reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, JOCE L 12, p. 1. ブリュッセル I 規則については、中西康「民事及び商事事件における裁判管轄及び裁判の執行に関する 2000 年 12 月 22 日の理事会規則（EC）44/2001（ブリュッセル I 規則）〔上〕〔下〕」国際商事法務 30 卷 3 号 311 頁、同 30 卷 4 号 465 頁、関西国際民事訴訟法研究会「民事及び商事事件に関する裁判管轄及び裁判の承認及び執行に関する理事会規則（EC）についての提案（ブラッセル規則についての提案）」国際商事法務 31 卷 2 号 251 頁を参照。

¹² Règlement n° 805/2004 du Parlement européen et du Conseil, du 21 avril 2004, portant création d'un titre exécutoire européen pour les créances incontestées. 同規則は、債務者が異議を述べない債権については、加盟国裁判所の債務名義の効果をも他の加盟国においても承認、執行することを認めている。

¹³ European Convention on Recognition and Enforcement of Decisions concerning Custody of Children and on Restoration of Custody of Children, Luxembourg, 20.5.1980.

¹⁴ Acte du Conseil du 28 mai 1998 établissant, sur la base de l'article K. 3 du traité sur l'Union européenne, la convention concernant la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale. JO n°C221 du 16 juillet 1998, p. 1.

の加盟国の裁判所が行った判決等の承認執行について定めたものである。そして、2000年5月29日、この協定を一部修正した「婚姻及び婚姻当事者間の子に対する親責任に関する事件の裁判管轄及び判決の承認執行に関する理事会規則1347/2000（以下、「ブリュッセルⅡ規則」という）¹⁵」が制定され、2001年3月1日に施行された。

ブリュッセルⅡ規則については、離婚後に親が子に面会する権利についても規則に加えるべきであるとのフランス政府の提案や、同規則が離婚等についての有責配偶者の責任を扱っていないという批判があったことから、同規則は改正され、2003年11月27日、「理事会規則1347/2000を廃止する、婚姻及び親責任に関する事件の裁判管轄及び判決の承認執行に関する2003年11月27日の理事会規則2201/2003（以下、「ブリュッセルⅡbis規則」という）¹⁶」が制定され、2005年3月1日に施行された。ブリュッセルⅡbis規則は、離婚、法定別居及び婚姻無効のほか、親責任（親権又は監護権）の帰属、行使、委託、制限又は終了をめぐる争いについて（同規則1条1項2項参照）、EU域内での国際裁判管轄及び裁判の承認執行について定めたものである。また、2008年12月18日には、「扶養義務に関する事件の裁判管轄、準拠法及び判決の承認執行及び協力に関する理事会規則4/2009（以下、「扶養義務規則」という）¹⁷」が成立している。このように、欧州連合（EU）は、人事・家事事件の国際裁判管轄及び外国判決の承認執行についても、規則の整備を着実に進めており、今後は、EU相続規則案¹⁸、EU夫婦財産制規則提案¹⁹及びEU登録パートナーシップ財産制規則提案²⁰、等が採択される予定である。

¹⁵ Règlement no. 1347/2000 du Conseil du 29 mai 2000 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale des enfants communs. JO n°L160 du 30 juin 2000, p. 19.

¹⁶ Règlement (CE) n°2201/2003 du Conseil du 27 novembre 2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale abrogeant le règlement (CE) n°1347/2000. JO n°L 338 du 23 décembre 2003, p. 1.

¹⁷ Council Regulation (EC) No 4/2009 of 18 December 2008 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and cooperation in matters relating to maintenance obligations, O.J. 2009, L 7/1.

¹⁸ Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and authentic instruments in matters of succession and the creation of a European Certificate of Succession, 14.10.2009, COM(2009)154 final.

¹⁹ Proposal for a Council Regulation on jurisdiction, applicable law and the recognition and enforcement of decisions in matters of matrimonial property regimes, 16.3.2011, COM(2011) 126 final.

²⁰ Proposal for a Council Regulation on jurisdiction, applicable law and the recognition and enforcement of decisions regarding the property consequences of registered partnerships,

フランスの人事・家事事件にかかる国際裁判管轄及び外国裁判の承認執行に関する法制度についての国際的法源といえ、以上のような EU 法上の条約や規則があるほか、ハーグ国際私法会議関係の諸条約が法源とされる場合もある。

例えば、フランスが批准している人事・家事事件に関するハーグ国際私法会議関係の諸条約としては、1954 年の「民事訴訟手続に関する条約」、1961 年の「未成年者の保護に関する機関の管轄並びに準拠法に関する条約」、1980 年の「国際的な子の奪取の民事面に関する条約」、1993 年の「国際養子縁組に関する子の保護及び協力に関する条約」、1996 年の「親責任及び子の保護措置に関する管轄権、準拠法、承認、執行及び協力に関する条約」、2000 年の「成年者の国際的保護に関する条約」、1956 年の「子に対する扶養義務の準拠法に関する条約」、1958 年の「子に対する扶養義務に関する決定の承認及び執行に関する条約」、1973 年の「扶養義務に関する決定の承認及び執行に関する条約」、「扶養義務の準拠法に関する条約」、2007 年の「子の養育費その他の親族の扶養料の国際的な回収に関する条約」（ただし、同条約については、批准ではなく署名）、同年の「扶養義務の準拠法に関する議定書」等がある²¹。

このほか、国際裁判管轄及び外国判決の承認執行に関する事項で、フランスが他国と締結した二国間条約も複数存在し、それらが法源とされる場合もある²²。

このような国際的法源が規律していない事項については、フランスの国内法上の、人事・家事事件にかかる国際裁判管轄及び外国裁判の承認執行に関するルールを適用し、問題を処理している。例えば、前述のブリュッセル II bis 規則は、離婚、法定別居及び婚姻無効のほか、親責任（親権又は監護権）の帰属、行使、委託、制限又は終了をめぐる争いについて（同規則 1 条 1 項 2 項参照）、EU 域内での国際裁判管轄及び裁判の承認執行について定めたものであるが、親子関係の創設及び異議、養子縁組、子の氏名、親権又は後見からの解放（*émancipation*）、扶養義務、信託と相続、子による犯罪等については、ブリュッセル II bis 規則の適用範囲外である（同規則 1 条 3 項参照）。そのため、これらの事項が問題となる場合には、フランスの国内法上の規律に従わなければならない。

Brussels, 16.3.2011, COM(2011) 127 final.

²¹ フランスのハーグ条約批准状況については、ハーグ国際私法会議ホームページ (<http://www.hcch.net/>) を参照。

²² それらの条約については、例えば、Mayer et Heuzé, *Droit international privé*, 10^è éd, 2010, p. 342 et suiv. を参照。

フランスでは、国際裁判管轄に関する個別の立法は存在せず、原則として、国内の土地管轄の規定を国際的平面に拡張し、適用してきた。そのため、フランス民法典やフランス新民事訴訟法典 (Nouveau Code de procédure civile: 以下、NCPC という) や司法組織法典 (Code de l'organisation judiciaire) 中には、国際裁判管轄及び外国判決の承認執行の際に適用される規定が幾つか存在するが、それらについては、以下でもう少し詳しく述べる。

2. 国際裁判管轄全般

(1) 管轄原因；管轄の専属性の有無；附帯処分；主観的併合，応訴管轄，合意管轄，緊急管轄の可否ほか

フランスでは、国際裁判管轄に関する個別の立法は存在しない。そのため、フランスの判例及び通説的見解は、国内の土地管轄を決定する際に用いられる基準を国際的平面に拡張、転用することで、国際裁判管轄の有無を決定してきた²³。この一般原則に加え、フランス民法典 14 条及び 15 条に基づく、本国管轄が認められている。そこで、以下では、①管轄の共通原則 (国内土地管轄規定の拡張及び転用)、②フランス国籍に基づく管轄 (フランス民法典 14 条及び 15 条) ③規定は存在しないが、国内法から直接導き出される管轄 (緊急管轄を含む) について説明する。

①管轄の共通原則 (国内土地管轄規定の拡張及び転用)

・原則

フランスの判例は、国内の土地管轄を決定する際に用いられる基準を国際的平面に拡張 (extention)、転用することで、国際裁判管轄の有無を決定してきた²⁴。もともと、この「拡張」という表現については、国内の土地管轄規定を何らの変更なしに厳格に国際裁判管轄の基準として用いることを意味しかねないため、フランスの学者の中には、「拡張」という用語ではなく、あえて、国内土地管轄規定の国際的平面への「置換 (transposition)」という用語を用いるものが多い²⁵。フランス裁判所の国際裁判管轄の決定基準としての、国内土地管轄規定の転用は、1948 年 6 月 21 日の Patinö 事件にお

²³ この点について指摘するものとして、池原季雄「国際的裁判管轄」『新・実務民事訴訟法講座 7 (国際民事訴訟法・会社訴訟)』(1982 年) 10 頁以下がある。

²⁴ Mayer et Heuzé, op. cit., p. 206.

²⁵ 例えば、Simon-Depitre, Rev. crit. DIP, 1965, p. 710, Bourel, Rev. crit. DIP, 1971, p. 288.

ける破毀院民事部判決²⁶中にも見出されるが、「管轄に関するフランスの国内規則の国際的秩序への拡張」という原則を破毀院が明確に打ち出したのは、1959年10月19日のPelassa事件における民事部判決²⁷においてであるといわれる²⁸。その後、この原則は、1962年10月30日のScheffel事件における破毀院民事部判決²⁹においても繰り返された。判例によれば、国内の土地管轄規則は国際裁判管轄規則と一致し、「被告の住所地の裁判所が管轄を有する」との国内の土地管轄規則は、「フランスの裁判秩序は、被告がフランスに住所を有するときに、管轄を有する」との国際裁判管轄規則に対応する³⁰。同様に、不動産に関しては、不動産所在地の裁判所が管轄を有するとの国内土地管轄規則は、不動産がフランスに所在する場合には、フランスの裁判所が管轄を有するという国際裁判管轄規則であると理解することになる。また、国際裁判管轄を決定する基準としての、例えば、「住所」概念は、内国の立法者が「住所」概念に与えた意味においてそれを理解しなければならず、民法典102条以下の規定に従い、住所概念を決定すべきであると解されている³¹。それらの民法典の規定によれば、全てのフランス人の住所(domicile)は、その民事上の権利の行使に関しては、その者がその本拠(principal établissement)を有する地にあるとされ(民法典102条1項)、住所の変更は、他の地にその本拠を定める意図を伴って現実に居住することによって行われる(民法典103条)。夫及び妻は、生活の共同(communauté de la vie)に関する規則を侵害することにはならず、別個の住所を有することができる(民法典108条1項)。また、解放されない未成年者は、その父母の下に住所を有し(民法典108条の2、1項)、父母が別個の住所を有する場合には、親のうちその者が居所を共にする者のもとに住所を有する(民法典108条の2、2項)。また、相続に関して、相続が開始する地(lieu)は、住所(domicile)によって決定される(民法典110条)。

このような、フランス裁判所の国際裁判管轄の決定基準として、判例により採用されてきた、国際裁判管轄を土地管轄であると位置づけ、国際裁判管轄規則は、国内の

²⁶ Cass. civ. 21 juin 1948: Rev. crit. DIP, 1949, p. 557, note Francescakis.

²⁷ Cass. civ. 19 oct. 1959: Rev. crit. DIP, 1960, p. 215, note Y. L., D. 1960.37, note Holleaux.

²⁸ Mayer et Heuzé, op. cit., p. 206.

²⁹ Cass. civ. 30 oct. 1962: Rev. crit. DIP, 1963, p. 387, note Francescakis, Ancel et Lequette, Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé, 5e éd, 2006, n° 37. 同判決については、矢澤昇治『フランス国際民事訴訟法の研究』(創文社・1995年)85頁以下を参照。

³⁰ Mayer et Heuzé, op. cit., p. 206.

³¹ 前述のPatinō事件における破毀院民事部判決(Cass. civ. 21 juin 1948: Rev. crit. DIP, 1949, p. 557, note Francescakis.)における住所の決定を参照。判例のこのような立場に言及するものとして、Mayer et Heuzé, op. cit., p. 206.

土地管轄規則と一致するという、いわゆる二重機能説の立場に対しては、学説は、特にその国際裁判管轄の性質の理解をめぐり、様々な疑問を提示してきた³²。その結果、今日では、判例及び通説的見解は、国際裁判管轄の決定については、原則として、国内の土地管轄規定を国際的な平面に拡張するが、国内土地管轄の基準が国際的な訴訟の特殊性に適合しない場合には、例外的に、その原則は排除されると考えている³³。

・原則の適用

以下では、まず、国際裁判管轄の決定基準として用いられている、国内の土地管轄の規定について説明する。

まず、全ての裁判所に共通する管轄の基本原則として、NCPC42条の土地管轄の規定を挙げることができる。同条は、「訴えは被告の裁判籍にしたがう (*actor sequitur forum rei*)」との準則に立脚するものであり、「土地の管轄をもつ裁判所は、反対の規定のない限り、被告の居住地 (*lieu où demeure le défendeur*) の裁判所である。被告が複数の場合には、原告は、その選択により、被告の1人の居住地の裁判所に訴えを提起することができる。〔略〕」と規定している。続く NCPC43条は、「被告の居住地とは、次のものを指す。自然人については、その者の住所地、又は、それがなければ、その者の居住地。法人については、その設立地。」と定める。この2箇条から導き出さうる国際裁判管轄の基本原則は、まず、「自然人である被告がフランスに住所を有する場合には、その者の国籍が何であれ、その自然人に関する全ての訴訟について、フランスの裁判所は管轄を有する」ということである。また、「法人については、その設立地がフランスである場合に、フランスの裁判所に管轄がある」ということである。フランスにおける単なる居所 (*résidence*) は、被告がフランスにも外国にも住所を持たない場合以外は、フランス裁判所の管轄の根拠とはなりえない³⁴。これらの NCPC42条及び43条の一般原則の適用範囲は、実際には、EU内部で国際裁判管轄に関する統一規則が制定されるにつれ、徐々に狭まってきている³⁵。例えば、今日、民事又は商事事件に関するフランス裁判所の国際裁判管轄は、ブリュッセルI規則から直接導きだされており、NCPC42条及び43条の一般原則を根拠とするものではない。

³² それらの議論について、詳しくは、矢澤・前掲注(29)89頁以下を参照。

³³ Mayer et Heuzé, *op. cit.*, p. 210, Loussouarn, Bourel et De Vareilles-Sommières, *Droit international privé*, 9^e éd, 2007, p. 620 et suiv. 矢澤・前掲注(29)92頁を参照。

³⁴ Mayer et Heuzé, *op. cit.*, p. 207.

³⁵ Loussouarn, Bourel et De Vareilles-Sommières, *op. cit.*, p. 622.

これらの NCPC42 条及び 43 条の一般原則の特則が NCPC には幾つか設けられており、その規定も、国際的平面に拡張され、国際裁判管轄の決定基準とされている。それらの特則の例としては、対物不動産訴訟 (actions réelles immobilières)³⁶ について、不動産所在地の裁判所のみが管轄を有するとする NCPC44 条³⁷、相続に関する訴訟において、相続人間の請求、死者の債権者により提起された請求、死因処分の履行に関する請求については、相続開始地 (=被相続人の最後の住所地) の裁判所に管轄があるとする NCPC45 条³⁸、原告に、被告の居住地の裁判所のほか、一定の種類の訴訟について、訴えを提起する裁判所を選択すること許す (例えば、契約に関する訴訟については、物の引渡し効力発生地又は役務給付の履行地の裁判所、不法行為に関する訴訟については、加害行為地又は損害発生地の裁判所。) NCPC46 条³⁹ の規定等が挙げられる。NCPC44 条に従えば、不動産がフランスに所在するかぎり、不動産の所有者が外国人又は外国法人であっても、フランスの裁判所が管轄を有する。

・例外

これらの国内土地管轄規定が、原則として、国際的な平面に拡張されるとしても、土地管轄の基準が国際的な訴訟の特殊性に適合しない場合には、例外的に、その原則は排除される。そのような例外的場合で調整が必要なものとして、学説上、挙げられているのが、(1) 不動産相続に関する訴訟のケース⁴⁰、(2) 差押及び保全措置 (saisies et mesures conservatoires) のケースである⁴¹。

³⁶ 対物不動産訴訟 (actions réelles immobilières) とは、訴訟上主張される権利が物権であって、しかもその権利の対象が不動産である場合を指す。

³⁷ NCPC44 条「対物不動産訴訟においては、不動産所在地の裁判所のみが管轄をもつ。」

³⁸ 条文内容については、後述の「3.個別事項に関する国際裁判管轄 (h)相続」の項を参照。

³⁹ NCPC46 条「原告は、被告の居住地の裁判所のほか、その選択により、次に掲げる裁判所にも訴えを提起することができる。

—契約に関する訴訟においては、物の引渡し効力発生地又は役務給付の履行地の裁判所。

—不法行為に関する訴訟においては、加害行為地又は損害発生地の裁判所。

—混合訴訟においては、不動産所在地の裁判所。

—扶養料又は婚姻の負担についての分担に関する訴訟においては、債権者の居住地の裁判所。」

⁴⁰ Mayer et Heuzé, op. cit., p. 210 et suiv, Loussouarn, Bourel et Vareilles-Sommières, op. cit., p. 623 et suiv.

⁴¹ Mayer et Heuzé, op. cit., p. 211, Loussouarn, Bourel et De Vareilles-Sommières, op. cit., p.

(1) の不動産相続に関する訴訟については、相続開始地 (=被相続人の最後の住所地) の裁判所に管轄があるとする NCPC45 条の規定をそのまま適用するのではなく、たとえ相続が外国で開始されたとしても、不動産がフランスに所在する場合には、フランス裁判所の管轄が認められるとする⁴²。

(2) の差押及び保全措置のケースについても議論がある。執行民事手続に関する 1992 年 7 月 31 日のデクレ 211 条は、保全措置を許可するための管轄を有する裁判所は、債務者の居住地の執行裁判所であると定めているが、この規定を国際的平面で適用する場合にも、調整が必要であるとされる。この規定によれば、債務者の住所地がフランスにあれば、たとえ措置が外国で行われようとも、フランスの裁判所に管轄が認められる⁴³。保全措置が行われなければならない財産が外国にあるという状況は、フランス裁判所の管轄を認めることの障害とはならない。しかしながら、債務者の住所地が外国にある場合には、211 条の規定の適用に際し調整が必要となる。211 条の規定の適用から導かれるフランス裁判所の無管轄 (incompétence) は、保護措置がフランスで行われなければならない、フランスの裁判所がそれを命じる、あるいは許可するのに最善の場所である場合には、不適切である。そこで、1992 年のデクレ以前から、破産院は、そのような場合にも、措置を行う地であるフランスの裁判所に国際裁判管轄があることを認めてきた⁴⁴。

・派生的管轄 (compétences dérivées)

このほかに、NCPC には、派生的管轄 (compétences dérivées) と呼ばれる一連の規定が存在し、それらについても、国際裁判管轄の場面への拡張が行われている。

(1) 被告が複数の場合

NCPC42 条 2 項は、「被告が複数の場合には、原告は、その選択により、被告の 1 人の居住地の裁判所に訴えを提起することができる。」と規定しており、この規定によれば、被告が複数の場合、被告の 1 人がフランスに住所を有するときには、他の被告が外国に住所を有していても、原告は、フランスの裁判所に訴えを提起することができる⁴⁵。

625 et suiv.

⁴² Loussouarn, Bourel et De Vareilles-Sommières, op. cit., p. 623.

⁴³ Loussouarn, Bourel et De Vareilles-Sommières, op. cit., p. 626.

⁴⁴ Cass. civ. 6 déc. 1989: Rev. crit. DIP, 1990, p. 545, note Couchez.

⁴⁵ Mayer et Heuzé, op. cit., p. 207 et suiv, Audit et D'Avout, Droit international privé, 6e éd.,

(2) 付帯請求 (demande incidente) の場合

すでに係属中の訴訟について管轄を有するフランスの裁判所は、その訴訟に対してなされる付帯請求 (demande incidente) についても管轄がある⁴⁶。付帯請求には、それをなす当事者により、反訴請求 (demande reconventionnelle)、付加的請求 (demande additionnelle)、参加請求 (demande en intervention) の3種のものがあり、反訴請求とは、本訴の被告がその相手方の申立ての単なる排斥以上の利益を得ようとする請求であり (NCPC64 条)、付加的請求とは、本訴の原告がその従前の申立てを変更、拡張、縮減するためになす請求であり (NCPC65 条)、参加請求とは、第三者を訴訟の当事者とすることを目的とする請求であり、それには、請求が第三者からなされる場合 (任意的参加 (intervention volontaire)) と、第三者が当事者の一方によって訴訟に関与させられる場合 (強制的参加 (intervention forcée)) とがある (NCPC66 条)。

(3) その他の場合

(1)、(2) の場合以外にも、別個の事件・請求ではあるが、併合して審理、判決することが適切な場合がある。その場合については、事件・請求の「関連性 (connexité)」の問題として処理される⁴⁷。

⇒ 事件・請求の「関連性」の問題については、「(3)国際訴訟競合」の項を参照。

②フランス国籍に基づく管轄 (フランス民法典 14 条及び 15 条)

フランス民法典 14 条及び 15 条は、訴訟当事者の少なくとも一方がフランス国籍を有する場合にフランスの裁判所の管轄を基礎付けるものであるといわれる。これらの規定は、フランス法上の国際裁判管轄の決定基準として、極めて特徴的なものである。民法典 14 条及び 15 条は、以下のような規定である⁴⁸。

第14条 [外国人との約定債務の裁判管轄]

フランスに居住しない外国人であっても、その者がフランスにおいてフランス人と締結した債務の履行については、フランスの裁判所に呼び出すことができる。外国人

2010, p. 330 et suiv, Gutmann, Droit international privé, 6è éd., 2009, p. 261.

⁴⁶ Mayer et Heuzé, op. cit., p. 208.

⁴⁷ Mayer et Heuzé, op. cit., p. 208, Audit et D'Avout, op. cit., p. 333 et suiv.

⁴⁸ 法務大臣官房司法法制調査部「法務資料第 433 号 フランス民法典—家族・相続関係—」(1978 年) 参照。

が外国においてフランス人に対して締結した債務について〔も〕、フランスの裁判所に引致することができる。

第15条〔同前 フランス人を被告とする場合〕

外国人であっても、フランス人が外国において締結した債務については、そのフランス人をフランスの裁判所に引致することができる。

これらの規定は、判例上、フランス人の利益になるよう裁判所に管轄を付与したものと解釈されてきたが、それについては、過剰管轄であるとして、批判も多い。しかしながらヨーロッパの多くの国々に、この種の規定が存在する（この点については、ブリュッセル条約3条、ブリュッセルI規則のAnnexe Iの締約国における過剰管轄の規定のリスト等を参照）。また、フランス法上の国際裁判管轄や外国判決の承認執行制度に関する個々の論点について、フランスの判例・学説が、国内の土地管轄規定と並んでこの本国管轄の規定が存在することを前提に議論を行っていることに着目する必要がある。

フランス民法典14条及び15条は、原告がフランス人（14条）であるか、又は被告がフランス人（15条）であることを根拠に、フランス裁判所の管轄を認める。当事者の住所は管轄原因として考慮されず、自然人であれ法人であれ、原告又は被告がフランス国籍を有することのみをもってフランス裁判所の管轄を認めるため、フランス国籍に基づく管轄の優位を認める規定であるといわれる⁴⁹。フランス破毀院は、Compagnie La Métropole 事件における1966年3月21日の第1民事部判決⁵⁰において、「フランス裁判所の国際裁判管轄は、民法典14条に従い、係争中の事実から生じた権利ではなく、当事者の国籍を根拠とする。」と判示し、当事者（ここでは承継人）の国籍を管轄原因として用いることを認めた。

・適用範囲（人、訴訟）

民法典14条及び15条の適用に関しては、訴訟開始時にフランス人であることが必要とされる⁵¹。訴訟開始後の国籍の変更によって、フランス裁判所の管轄が変更され

⁴⁹ Loussouarn, Bourel et De Vareilles-Sommières, op. cit., p. 636.

⁵⁰ Cass. 1er civ. 21 mars 1966: D. 1966. 429, note Malaurie; Ancel et Lequette, Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé, 5e éd, 2006, n° 43.

⁵¹ Mayer et Heuzé, op. cit., p. 214.

ることではない⁵²。14条及び15条は、自然人であれ法人であれ、訴訟当事者の一方がフランス国籍を有する場合に、適用される⁵³。

前述の *Compagnie La Métropole* 事件における 1966年3月21日の破毀院判決が承継人の国籍を管轄原因として考慮した結果、民法典14条のもとでは、売主、被相続人、債権譲渡の譲渡人、債権者ではなく、その承継人である買主、相続人、譲受人、間接訴権 (*action oblique*) (債権者代位権) を行使する債権者の国籍を援用しようと判例・学説上は解されている⁵⁴。それに対し、代理人がフランス国籍であることは管轄原因として考慮されない。本人ではなく代理人の名で行為しているからである⁵⁵。また、承継人のフランス国籍を根拠とするフランス裁判所の管轄は、債権譲渡の譲渡人と譲受人間の詐欺的な共謀に由来するものであってはならないとする判例がある⁵⁶。

民法典14条及び15条の規定の適用範囲についていえば、両条は、規定の文言上、「締結した債務 (*les obligation contractées*)」に適用されるとしているが、フランスの判例は、両条が、財産的であると非財産的であるとを問わず、全ての訴訟に適用されると解している。このような原則は、*Weiss* 事件における 1970年5月27日の破毀院第1民事部判決⁵⁷において認められたものである。この判決で、破毀院は、「民法典14条は、全ての事項を含む一般的な射程を有する。」と判示した。また、同判決は、14条が例外的に適用されない場合として、「対物不動産訴訟、外国に所在する不動産を対象とする分割の訴え及びフランス外で行われる強制執行に関する訴え」のケースを挙げている。

民法典14条及び15条の規定が非訟事件⁵⁸の管轄権についても適用されるのか否かについては、判例・学説上争いがあり、適用肯定説⁵⁹と適用否定説⁶⁰とが対立している。否定説の論拠の1つは、非訟事件には被告が存在しないため、15条の適用は排除されるというものである。非訟事件には確かに被告は存在しないが、「フランスは自国の裁判所を自国民に自由に使わせる」という考え方自体は、訴訟事件のみならず、非訟

⁵² Mayer et Heuzé, *op. cit.*, p. 214.

⁵³ Mayer et Heuzé, *op. cit.*, p. 214.

⁵⁴ Mayer et Heuzé, *op. cit.*, p. 214, Monéger, *op. cit.*, p. 192.

⁵⁵ Monéger, *op. cit.*, p. 192.

⁵⁶ Cass. 1er civ. 24 nov. 1987: *Rev. crit. DIP*, 1998, p. 364, note Droz.

⁵⁷ Cass. 1er civ. 27 mai 1970: Ancel et Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 5e éd., 2006, n° 49.

⁵⁸ フランスにおける非訟事件 (*recours gracieux*) については、後掲「5. 手続の種類」を参照されたい。

⁵⁹ Ponsard, *Rev. crit. DIP*, 1970, p. 307 et suiv.

⁶⁰ Souleau, *JCP* 1969.II.15 845.

事件にも妥当するため、非訟事件への適用を肯定する見解が多い⁶¹。判例は、民法典 14 条及び 15 条は、非訟事件にも適用されるとの立場に立っている⁶²。

・民法典 14 条及び 15 条の管轄は専属的なものか

民法典 14 条及び 15 条の規定を根拠とする管轄が専属管轄であるのか否か、という点は、両条の管轄の性質をめぐる長い間、判例・学説上で争われてきた点である。フランスの判例は、かつては、民法典 14 条及び 15 条のフランス国籍を根拠とする管轄については専属的な性質のものと理解していた。同時に、それは、「外国人間の訴訟事件におけるフランス裁判所の無管轄（*incompétence*）の原則」を生み出し、この原則の生成から崩壊に至るプロセスは、フランスの国際裁判管轄に関する議論の特殊性を物語っている⁶³。しかし、2006 年の破毀院判決によって、そのような民法典 14 条及び 15 条の専属的性質は否定され、今日、判例及び学説は、14 条及び 15 条の管轄は、その任意的性質及び補充的性質という 2 つの性質によって特徴付けられると解している⁶⁴。

かつてのフランス判例は、訴訟当事者の一方がフランス国籍を有する場合には、フランスの裁判所が専属的な管轄（*compétence exclusive*）を有すると解していた。そのことは、直接管轄の基準と間接管轄の基準を同一のものと捉えるならば、外国判決の承認執行の場面では、同様の事案について、住所地管轄に基づいて判決を下した全ての外国の裁判所が間接管轄を持たないと看做すことであり、そのことは、外国で下された判決のフランスにおける全ての承認及び執行の妨げとなる。この点は、フランス判例が学説から最も批判された点であった。また、民法典 14 条及び 15 条の規定の文言上は、専属管轄であることは要求されていない⁶⁵。これらの批判は、専属管轄を認めることが外国判決の承認・執行の妨げとなるのではないか、という一般的な不信感

⁶¹ Audit et D'Avout, *op. cit.*, p. 322 et suiv, Mayer et Heuzé, *op. cit.*, p. 216.

⁶² Cass. 1er civ. 9 déc. 2003: *Dr. de la Famille*, 2004, p. 163, note Bourdelois.

⁶³ フランス民法典 14 条及び 15 条は、訴訟当事者の一方がフランス人である場合のフランス裁判所の管轄について定めているが、訴訟当事者が双方とも外国人である場合については特に述べていない。そのため、外国人間の訴訟事件について、フランスの裁判所が管轄を有するのか否かが問題とされた。この外国人間の訴訟事件におけるフランス裁判所の無管轄原則の生成・発展について、詳しくは、矢澤・前掲注 (29) 13 頁以下を参照。

⁶⁴ Monéger, *op. cit.*, p. 193.

⁶⁵ 条文上は、「～しうる」という意味の *pourra* が用いられ、「～すべきである」という意味の *devra* は用いられていない。この点につき、Monéger, *op. cit.*, p. 193. を参照。

を表したものである⁶⁶。なお、1968年のブリュッセル条約3条、2000年のブリュッセルI規則3条2項、2000年のブリュッセルII規則はいずれも、フランス民法典14条及び15条の規定を過剰管轄であるとして、その適用を排除している。学説の厳しい批判を受けて、破毀院は、外国判決の承認の場面でスイスの裁判所の間接管轄の有無が問題となった *Prieur* 事件に関する、2006年5月23日の第1民事部判決⁶⁷において、民法典15条は専属的なものではなくフランス裁判所の任意的管轄 (*compétence facultative*) を認めるものにすぎないと判示した。

・ 任意的管轄 (*compétence facultative*)

民法典14条及び15条によって利益を受ける当事者は、その利益を放棄しうる(=任意的管轄)。判例は、これらの規定が公序に関するものではないことを認めている。しかしながら、それを放棄しうるのは当事者のみである。例えば、フランス人たる原告は、民法典14条の管轄を放棄しうるし、被告がフランス人である場合、民法典15条の管轄を放棄しうる。放棄の方式として、明示又は黙示の放棄があり得る。明示の放棄は、契約条項、裁判管轄指定条項 (*clause attributive de juridiction*)、仲裁条項 (*clause compromissoire*) の形式でなされうる。黙示の放棄は、外国で訴訟が行われたことによって確認しうるかもしれないが、しかしながら、これはあくまでも推定にすぎないとされる。この点について、判例は、フランス人は、彼らの利益を守るために外国の裁判官の面前に現れるにすぎず、裁判管轄の特権を放棄する意思が彼らにあるわけではないとしている⁶⁸。

・ 補充的管轄 (*compétence subsidiaire*)

民法典14条及び15条がフランス裁判所の専属的管轄を認めるものではないとなると、NCPCの土地管轄の規定に基づく国際裁判管轄と民法典14条及び15条に基づく国際裁判管轄の関係をどのように解するかが問題となる。この点については、判例・学説上、かりにNCPCの土地管轄の一般規則に従い、フランスの裁判所に管轄があるとされる場合には、その管轄規則がまず適用され、民法典14条及び15条を適用する必要はないと解されている。このようなNCPCの土地管轄の規定と民法典14条及び

⁶⁶ そのような批判として、例えば、Droz, *Pour une réforme des articles 14 et 15 du Code civil français*, *Rev. crit. DIP*, 1975, p. 1 et suiv.

⁶⁷ Cass. 1er civ. 23 mai 2006: D. 2006. 1880, Ancel et Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 5e éd, 2006, n° 87.

⁶⁸ Cass. 1er civ. 18 mai 1994: D. 1995. 20, note Courbe.

15条の規定の適用関係について、Cognacs and Brandies from France 事件における1985年11月19日の破毀院第1民事部判決⁶⁹は、民法典14条及び15条の規定の補充的性格を明らかにした。この破毀院判決は、民法典14条とNCPC48条のいずれが適用されるべきかが問題となった事案において、「被告のフランス国籍を理由にフランス裁判所に管轄を付与する、これらの条文のうちの第一のものは、土地管轄に関するいかなる一般的基準もフランスに存在しない場合に適用される理由があるにすぎない。」と判示し、そのような場合には、NCPC48条が優先的に適用されるとした。

③国内法から直接導き出される管轄（緊极管轄を含む）

NCPCの土地管轄の規定や民法典14条及び15条等の国内法の規定とは別に、いくつかの場合にフランス裁判所の管轄が認められることがある。そのような場合として、（1）公役務（service public）の活動（fonctionnement）が問題となる場合、（2）人やその財産の保護が緊急で問題となる場合、（3）裁判拒否（déni de justice）の場合等が挙げられる。

（1）公役務（service public）の活動（fonctionnement）が問題となる場合

公役務（service public）⁷⁰の活動（fonctionnement）、例えば、フランスの民事的身分（état civil）を認証する役務や特許証等が問題となっている全ての訴訟は、フランスの裁判所の専属的管轄に属する⁷¹。フランス裁判所は、例えそれが外国人に関するものであっても、フランスにおける身分証書（acte de l'état civil）⁷²の変更又は訂正に関する訴訟について、管轄を有する⁷³。また、フランス国籍が問題となる全ての訴訟についても同様である⁷⁴。

⁶⁹ Cass. 1er civ. 19 nov. 1985: Ancel et Lequette, Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé, 5e éd., 2006, n° 71.

⁷⁰ 公役務（service public）とは、一般利益の必要を満たすための活動、及びその活動の管理運営の任を負う行政組織を指す。

⁷¹ Audit et D'Avout, op. cit., p. 318, Monéger, op. cit., p. 187.

⁷² 身分証書については、民法典34条以下に規定がある。身分証書とは、人の民事的身分について確実な証拠を示す公式証書とされ、基本的な身分証書として、出生証書（acte de naissance）、認知証書（acte de reconnaissance）、婚姻証書（acte de mariage）、死亡証書（acte de décès）等がある。

⁷³ Audit et D'Avout, op. cit., p. 318.

⁷⁴ Monéger, op. cit., p. 187.

(2) 人やその財産の保護が緊急で問題となる場合

人及びその財産の保護が問題となる場合、緊急の要請で、あるいは裁判拒否を避けるために、フランスの裁判所が管轄を持つことがある⁷⁵。

(3) 裁判拒否 (déni de justice) の場合

NCPC 中には、緊急管轄について一般的に定めた規定は存在しない。しかし、フランスの裁判所が原則として管轄を持たない場合でも、フランスの外部で当該紛争についての判決機関を見出すことができないために、フランス裁判所の国際裁判管轄が補充的に認められることがある。これは裁判拒否 (déni de justice) を回避するための管轄の場合と呼ばれる⁷⁶。

④主観的併合

⇒ 「(1)管轄原因の①土地管轄の派生的管轄 (3)」及び、「(3)国際訴訟競合」の項を参照。

⑤合意管轄

当事者が、NCPC の土地管轄の規定の適用を除外するために、裁判管轄指定条項 (clause attributive de juridiction) を定めることがある。この点について、NCPC48 条は、「直接的又は間接的に土地管轄に関する定めと抵触するすべての条項は、記載なきものとみなす。ただし、その条項が商人の資格で契約した者の間で合意されており、かつ、それをもって対抗される当事者の契約書において非常に明白に特記されているときは、この限りでない。」と規定している。同条は、国内の公序に関する規定であると解されており、この規定に従えば、管轄の合意は、商人間で明白な仕方で約定されていれば有効となる。問題は、この規定が国際的な公序に関する規定としても通用するのか否か、さらに、そのような条項を設けることができるのは、NCPC48 条で挙げ

⁷⁵ Monéger, *op. cit.*, p. 187. 例えば、未成年の子に対するその監護者としての親の安全保護義務 (民法典 371-2 条) のケースなどが挙げられる。特に、かつてフランスの判例が「外国人間の訴訟事件におけるフランス裁判所の無管轄の原則」に依拠していた時代には、このフランス裁判所の管轄は意味を持っていた。今日では、NCPC の土地管轄の規定によっても、民法典 14 条及び 15 条によってもフランスの裁判所が管轄を有しない場合に、この管轄がなお認められる余地がある。この点につき、Audit et D'Avout, *op. cit.*, p. 318 et suiv.

⁷⁶ Mayer, *op. cit.*, p. 212, Audit et D'Avout, *op. cit.*, p. 319 et suiv, Loussouarn, Bourel et De Vareilles-Sommières, *op. cit.*, p. 627, Monéger, *op. cit.*, p. 187.

られているような商人のみであるのか否かである⁷⁷。この点につき、1985年12月17日の *Cie de signaux et d'entreprises électriques* 事件における破毀院第1民事部判決⁷⁸は、裁判管轄指定条項 (*clause attributive de juridiction*) は原則として適法であるとし、さらに、それが認められる場合の要件として、①国際的な紛争が問題となっており、②当該条項がフランス裁判所の強行的な土地管轄 (*competence territoriale impérative*) の実現を妨げないことを挙げている。強行的な土地管轄のケースとはどのようなケースであるかを定めることは難しいとされているが、人的地位 (*statut personnel*)、対物不動産訴訟 (*actions réelles immobilières*)、公役務 (*service public*) に関する全ての問題がこれに該当すると解されている⁷⁹。

契約当事者に弱者を含む労働契約や消費者契約、*lois de police* については、強行的な土地管轄のケースに該当するの否か議論がある⁸⁰。

また、裁判管轄指定条項のほかに、当事者が商事契約に関して、未必の紛争を仲裁に服させる旨の仲裁条項 (*clause compromissoire*) を設けることもある。

⑥緊急管轄

⇒ 「③国内法から直接導き出される管轄（緊急管轄を含む）」の項を参照。

⑦管轄原因に関する職権調査の有無

ブリュッセル *Ibis* 規則 17 条は、管轄原因を職権調査事項であるとしている。また、民法典 14 条の管轄原因については、職権調査事項であるとする破毀院判例⁸¹がある。

(2) 国際訴訟競合

国際訴訟競合については、フランスでも議論がある。フランスでは、国際訴訟競合 (*litispendance*) は、手続の抵触 (*conflits de procédure*) の問題⁸²の1つとしてとり上げ

⁷⁷ Monéger, *op. cit.*, p. 188.

⁷⁸ Cass. 1er civ. 17 déc. 1985: *Ancel et Lequette, Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 5e éd, 2006, n° 72.

⁷⁹ Monéger, *op. cit.*, p. 188.

⁸⁰ Sinay-Citermann, *La protection de la partie faible en droit international privé*, MéL. Lagarde, Dalloz, 2005, p. 737.

⁸¹ Cass. 1er civ. 16 avr. 1985: *Rev. crit. DIP*, 1987, p. 584, note Khairallah.

⁸² 国際訴訟競合 (*litispendance*) のほか、手続の抵触に関する問題として、NCPC101 条に関わる関連性 (*connexité*) の抗弁の問題がある。NCPC101 条は、「異なった二つの裁判所に提起された事件の間に、それらを併せて審理し判決することが良き司法の利益になるというような関係が存する場合には、それらの裁判所の一方の事件を手ば

られている。NCPC100 条は、同一の紛争がともに管轄を有する 2 つの裁判所に係属している状態について規定しており、これらの裁判所が同一審級の場合には、2 番目に事件を受理した裁判所は、当事者の一方の要求に基づき、他の裁判所のために裁判権を放棄し、職務解除（dessaisissement）しなければならないし、また、当事者の要求がなくても、職権でそのようにすることができるとしている⁸³。異なる審級の 2 つの裁判所間に事件係属が生じた場合、事件係属の抗弁は、下級審裁判所においてしか提出することができない（NCPC102 条参照）。

フランス破毀院は、Société Minière de Fragne 事件に関する 1974 年 11 月 26 日の第 1 民事部判決⁸⁴において、「事件係属の抗弁（l'exception de litispendance）は、同様に管轄のある外国裁判所の面前で訴訟手続が開始されたことを理由に、フランスの普通法の名において、フランスの裁判所の面前で受理されうる。しかし、その抗弁は、外国において下されるべき判決がフランスにおいて承認される可能性がない場合には、受け入れられない。」と判示した。したがって、破毀院は、国際訴訟競合の問題の解決にあたり、外国判決がフランスにおいて承認されるか否か（承認可能性）を検討した上で、フランスにおける後訴を規律する立場に立つ（承認予測説）。

国際訴訟競合については、国際的法源であるブリュッセル I 規則第 9 節、ブリュッセル II bis 規則にも規定がある⁸⁵。例えば、ブリュッセル II bis 規則においては、離婚等の事件や親責任に関する事件のいずれについても、国際裁判管轄が複数認められる余地がある。そのため、国際訴訟競合に関する規定が設けられている（19 条）。離婚、法定別居及び婚姻無効等の事件が、加盟国の裁判所（第 1 裁判所）に係属したのちに、同一の当事者の離婚等の訴えが他の加盟国の裁判所（第 2 裁判所）に提起された場合、第 1 裁判所がその国際裁判管轄について判断するまで、第 2 裁判所は、判断を停止することとされる（同条 1 項）。これは親責任の事件についても同様である（同条 2 項）。

なして、その審理を他方の裁判所へそのまま移送するよう要求することができる。」と定める。

⁸³ NCPC100 条「同一の紛争がともに管轄を有する同一審級の 2 つの裁判所に属している場合には、2 番目に事件を受理した裁判所は、当事者の一方が要求したときには、他の裁判所のために事件を手ばなさなければならない。当事者の要求がなくても、2 番目の受訴裁判所は職権でそのようにすることができる。」

⁸⁴ Cass. 1er civ. 26 nov. 1985: Ancel et Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 5e éd, 2006, n° 54.

⁸⁵ フランスにおいて、ブリュッセル II 規則及びブリュッセル II bis 規則の下で、国際訴訟競合が問題になった事案が幾つか存在するが、それらについては、小梁・前掲注 (1) 45 頁以下を参照。

先に訴訟が係属した裁判所が優先される。第2裁判所の判断の停止中に、第1裁判所に国際裁判管轄があるとの判断が当該裁判所で下された場合には、第2裁判所は、訴えを却下することになる（同条3項）。訴えを却下された当事者は、第1裁判所に反訴を提起することができる（同条3項後段）。これらの原則に対する例外として、親責任に関する事件については、同規則15条が、適切な法廷地による解決を図っている。すなわち、規則15条は、子の利益を考慮し、訴えが提起された裁判所以外に適切な裁判所があるならば、審理を停止し、当事者に適切な裁判所への提訴を勧告するとしている。

ここで、国際訴訟競合（*litispendance*）の問題と関連性（*connexité*）の問題とを、文献上、手続の抵触という同一の項目の中で扱うフランス法の特徴について付言しておく。手続の抵触に関する規定の中でも、NCPC100条は国際訴訟競合に関するものであり、NCPC101条は関連性の抗弁について定めるものである。*litispendance*は、同一事件がともに管轄を有する2つの裁判所に継続している場合であり、*connexité*は、共通の問題にかかわる2つの事件が異なる裁判所に提起されている場合に、別個の事件、請求ではあるが、併合して審理、判決することが適切な場合をいう。NCPC101条は、関連性の抗弁（*exception de connexité*）について定めており、異なった2つの裁判所に提起された事件（請求）が共通の問題を基礎としているために、放置すると矛盾した判決がなされるおそれがあることなど、それらを併せて審理し判決することが良き司法の利益になるような関係が存する場合には、それらの裁判所の一方が裁判権を放棄して、その審理を他方の裁判所へ移送するように要求することができるとする⁸⁶。

(3) 保全処分 of 国際裁判管轄ほか

⇒ フランスの国内法については、「2. 国際裁判管轄全般、(1)管轄原因、①管轄の共通原則（国内土地管轄規定の拡張及び転用）」の項目を参照。

⇒ 保全処分 of 国際裁判管轄に関する国際的な法源として、ブリュッセル IIbis 規則20条がある。

⁸⁶ 例えば、不動産の売主が買主の住所地の裁判所で売買代金の支払を請求したが、買主は不動産所在地の裁判所で売買契約の解除を請求しているような場合に、関連性の抗弁が認められる。

3. 個別事項に関する国際裁判管轄

(a) 失踪宣告

失踪宣告に類似するフランス法上の制度として、不在 (absence) がある。フランス実質法上、不在とは、死亡の確証はないが、生死不明である状態をいう。不在については、民法典 112 条以下に、不在の推定 (présomption d'absence) や不在宣告 (déclaration d'absence) についての規定が設けられている。日本民法の失踪宣告は、不在者の生死不明が一定期間続けば、失踪宣告をして死亡者と看做す制度であるが、フランス法上の不在は、生死不明者を死亡者と看做すことなく、その生存を前提とする制度を民法典中に設けている。したがって、フランス法の不在と日本法の失踪宣告は、厳密には、概念が異なるといえる。フランス法上、不在は、失踪 (disparition) とも区別される。失踪とは、死亡の確証はないが、その生命を危険にさせる状況 (例えば、航空機墜落事故、船舶沈没事故等) を直接に知ることができ、本人の死亡の可能性が高い状態を指す。裁判所は、検事又は本人の権利承継人の請求に基づき、必要に応じて調査をさせた後、失踪者 (disparu) について、死亡宣告 (déclaration judiciaire du décès) をすることができる (民法典 88 条～90 条参照)

フランス法上の不在の推定 (présomption d'absence) とは、利害関係人又は検察官の請求に基づき、後見裁判官 (juge des tutelles) が、不在者につき不在状態を確認し、その財産管理のため利害関係人らが適当な措置をとることを許す制度である (民法典 112 条以下参照)。また、不在の推定の確認判決後 10 年、又はこの確認がなくとも本人の生死不明の状態が 20 年以上継続している場合、利害関係人又は検察官の請求に基づき、大審裁判所は、不在宣告 (déclaration d'absence) 判決をなしうる (民法典 122 条)。この判決により、相続開始、婚姻及び夫婦財産制の解消等、死亡 (décès) と類似の効果が発生するが、本人の帰来又はその生存の確認のあったときは不在宣告判決の取消による新たな効果が生じることになる (民法典 128 条以下参照)。

1968 年のブリュッセル条約 (1 条 1 号) や 2000 年のブリュッセル I 規則 (1 条 2 項 a 号) がその適用範囲から不在の問題を除外しているため、フランス法上、国内の土地管轄規定又は民法典 14 条及び 15 条の管轄規定等に従い、不在の推定や不在宣告に関するフランス裁判所の国際裁判管轄を決定することになる。

まず、不在の推定の国際裁判管轄については、国内土地管轄規定である NCPC1062 条を国際裁判管轄に転用し、フランスに不在者の居住地 (*demeure*)⁸⁷ 又は最後の居所地 (*résidence*) がある場合に、フランス裁判所 (小審裁判所) の管轄が認められ、それが存在しない場合で、フランスに申立人の居住地がある場合には、フランス裁判所の管轄が認められる⁸⁸。また、民法典 14 条及び 15 条に従い、当事者の一方がフランス人の場合には、フランス裁判所の管轄が認められる⁸⁹。非訟事件であることは、民法典 14 条及び 15 条の規定を適用する障害にはならないとされる。

つぎに、不在宣告の国際裁判管轄については、国内の土地管轄の規定である NCPC1066 条を国際裁判管轄へ転用し、フランスに不在者の居住地又は最後の居所地がある場合にフランス裁判所 (大審裁判所) の管轄が認められ、それが存在しない場合で、フランスに申立人の居住地がある場合には、フランス裁判所の管轄が認められる⁹⁰。また、民法典 14 条及び 15 条に従い、当事者の一方がフランス人の場合には、フランス裁判所の管轄が認められる⁹¹。

(b) 婚姻 (異性・同性婚姻の成立及び身分的・財産的効力), 登録パートナーシップ (異性・同性登録パートナーシップの成立及び身分的・財産的効力) (扶養義務は(g) 参照)。

婚姻事件の国際裁判管轄について、ブリュッセル II 規則が成立する以前は、NCPC1070 条の家族関係事件に関する土地管轄の規定を国際裁判管轄に転用して、フランス裁判所の管轄を決定し、同条の管轄原因が存在しない場合で、夫婦の一方がフランス人であるときは、民法典 14 条及び 15 条の本国管轄の規定を根拠に、フランス裁判所の管轄を認めていた。現在では、婚姻事件は、ブリュッセル II *bis* 規則の適用範囲に入るため、まず、規則 3 条 1 項の管轄原因を基本として、フランス裁判所の管轄が認められる (⇒ブリュッセル II *bis* 規則の管轄規定については、「(c)離婚及びその効果」の項を参照)。ブリュッセル II *bis* 規則に基づく管轄原因が存在しない場合には、フランスの国内法に基づく管轄が認められ、NCPC1070 条の土地管轄の規定を国際裁判管轄に転用するか、同条の管轄原因が存在しなければ、民法典 14 条及び 15 条の規

⁸⁷ 居住地 (*demeure*) とは、住所 (*domicile*) と居所 (*résidence*) の包括概念である。

⁸⁸ Goré, V° Absence, Répertoire du droit international; 2e éd., 1998, n° 9.

⁸⁹ Goré, op. cit. (88), n° 10.

⁹⁰ Goré, op. cit. (88), n° 9.

⁹¹ Goré, op. cit. (88), n° 10.

定に従い、フランス裁判所の管轄を決定する。登録パートナーシップについては、ブリュッセル II bis 規則の適用範囲には含まれない。

(c) 離婚及びその効果（年金分割請求権を含む。扶養義務については(g)参照）

フランスで離婚する場合には、必ず裁判離婚をしなければならない⁹²。この原則はフランス人又は外国人に関する離婚に適用される。判例もこの立場に立つ⁹³。

フランス裁判所の管轄はフランス法に従い決定される。この点、離婚、法定別居及び婚姻無効事件の EU 域内での国際裁判管轄及び裁判の承認執行については、2003 年のブリュッセル II bis 規則に定めがある。これらの事件については、①夫婦双方が常居所を有する地（同規則 3 条 1 項 a 号 1 款）、②夫婦双方が最後に常居所を有した地で、夫婦の一方がなおそこに居住している地（同条 1 項 a 号 2 款）、③被告配偶者が常居所を有する地（同条 1 項 a 号 3 款）、④夫婦が共同申立てを行う場合には、夫婦の一方が常居所を有する地（同条 1 項 a 号 4 款）、⑤原告配偶者の常居所地、ただし申立人が申立てを行う直前の 1 年間以上その地に居住していた場合（同条 1 項 a 号 5 款）、⑥原告配偶者の常居所地、ただし申立人が申立てを行う直前の 6 ヶ月以上その地に居住しており、かつ当該加盟国の国民である（または、連合王国及びアイルランドについては当該国のドミサイル（*domicile*）を有している）場合（同条 1 項 a 号 6 款）、が管轄原因として挙げられている。また、⑦夫婦双方がいずれかの加盟国の国籍（連合王国及びアイルランドについてはドミサイル）をもつ場合、裁判管轄が認められる（同規則 3 条 1 項 b 号参照）。なお、規則 3 条にいう「ドミサイル」の意味は、連合王国及びアイルランド法に従う（同規則 3 条 2 項参照）。このように、ブリュッセル II bis 規則は、原告に非常に広範な管轄原因の選択肢を用意している。このほか、規則 3 条に従い管轄を有する裁判所は、反訴の管轄も有する（同規則 4 条）。また、規則 3 条により法定別居の管轄を有する裁判所は、これを離婚に変更する管轄も有する（同規則 5 条）。

さらに、規則 7 条は、残余の管轄（*compétences résiduelles/ residual jurisdiction*）と呼ばれる、加盟国の国内法に基づいて管轄が決められる場合についても規定している。規則 7 条 1 項によれば、いかなる加盟国の裁判所も 3 条、4 条、5 条に基づく管轄を有しない場合、各加盟国において、管轄は、当該加盟国の法律に従って決定される。フ

⁹² Courbe, V° Divorce et Séparation de Corps, Répertoire du droit international; 2004, n° 15.

⁹³ Cass. 1er civ. 15 juin 1982: D. 1983. IR 151, obs. Audit, Rev. crit. DIP, 1983, p. 300, note Bischoff.

ランスでは、ブリュッセル IIbis 規則による管轄原因が存在しない場合には、NCPC1070 条の家族関係事件に関する土地管轄の規定を国際裁判管轄に転用して、フランス裁判所の管轄を決定し、同条の管轄原因が存在しない場合で、夫婦の一方がフランス人であるときは、民法典 14 条及び 15 条の本国管轄の規定を根拠に、フランス裁判所の管轄を認める。なお、規則 6 条が、加盟国に常居所を有する者や加盟国の国民（連合王国とアイルランドについては当該国の領域内にドミサイルを有する者）は、他の加盟国においては、ブリュッセル IIbis 規則の 3 条、4 条、5 条に規定される管轄原因に従ってのみ訴えられるとしている。そのため、7 条の残余の管轄の対象となるのは、非加盟国の国民で、加盟国に常居所を有しない者が相手方となる場合である。

ブリュッセル IIbis 規則のもとでの、離婚、法定別居、婚姻無効事件に関する外国判決の承認執行についていえば、EU のいずれかの加盟国の裁判所の判決は、他の加盟国において、いかなる手続も経ることなく承認される（同規則 21 条 1 項）。ただし、離婚等の事件については、その判決を承認することが自国の公序に明らかに反する場合、その訴えの送達が敗訴した当事者に適正な時期にかつ防御の機会を与えるような方法でなされなかった場合、自国における同一当事者間の裁判の判決に反する場合、及び、自国又は第三国で同一当事者間の争いについて先行する判決が存在し、それに反する場合には、承認されない（同規則 22 条）。ブリュッセル II 規則の成立以前は、離婚及び別居に関する外国判決の承認については、執行宣言手続は不要とされていたが、例外的に、離婚及び別居に伴う、財産に対する実質的な執行行為、扶養料支払請求に関する判決については、執行宣言手続は必要であるとされた⁹⁴。

(d) 血縁による親子関係（嫡出推定・否認，認知，親子関係存否確認）

ブリュッセル II bis 規則は、親子関係の創設及び異議については、適用範囲外であるとする（同規則 1 条 3 項参照）。

NCPC1149 条以下に親子関係（filiation）に関する規定があるが、管轄原因について定めているものではない。おそらく、NCPC1070 条の家族関係事件に関する土地管轄の規定を親子関係事件に関する国際裁判管轄に転用して、フランス裁判所の管轄を決定し、同条の管轄原因が存在しない場合で、当事者の一方がフランス人であるときには、民法典 14 条及び 15 条を根拠に、フランス裁判所の管轄を肯定しているものと思われる。

⁹⁴ Courbe, V° Divorce et Séparation de Corps, Répertoire du droit international; 2e éd., 1998, n° 214.

(e) 養子縁組及び離縁

ブリュッセル II bis 規則は、養子縁組に関する決定、それを準備する措置、養子縁組の無効及び取消は、同規則の適用範囲外であるとしている（同規則 1 条 3 項）。フランスは、1993 年のハーグ養子縁組条約の批准国であるが、同条約には、国際裁判管轄に関する規定は存在しない。

フランス実質法上は、完全養子縁組 (adoption plénière) 及び単純養子縁組 (adoption simple) の 2 種類の養子縁組制度が設けられており、いずれの養子縁組についても、裁判所の養子決定が必要とされる。完全養子縁組の場合、養子縁組の成立によって、養子は養親家族に完全に組み込まれ、養親の家族において嫡出子と同一の権利及び義務を有する（民法典 356 条、358 条）。実親子関係は、養子の身分証書から完全に抹消され、その子と実方家族との関係は断絶する。それに対し、単純養子縁組の場合には、養子縁組の成立により、養子は養親家族との間で新たな親子関係を創設するが、養子と実方家族との関係は断絶せず、例えば、養子は実方との関係で相続権を保持したまま、養親家族との間でも相続権を得ることができる（民法典 360 条以下）。

フランスで養子縁組を行う場合には、国内事案であると涉外事案であるとを問わず、裁判所による関与が必要である⁹⁵。

1985 年 11 月 19 日の Cognacs and Brandies from France 事件における破毀院第 1 民事部判決以来、国内の土地管轄規定に対し、民法典 14 条及び 15 条の規定は補充的な性格を持つものと解されているため（⇒2. (1) ②を参照）、養子縁組事件の国際裁判管轄についても、まず国内土地管轄規定に従い、その管轄原因が存在しない場合には、民法典 14 条及び 15 条の規定に従い、フランス裁判所の管轄を決定する。

養子縁組事件の国際裁判管轄については、NCPC1166 条の国内土地管轄の規定を国際裁判管轄に転用して、申立人（養親）又は養子の居住地がフランスにある場合には、フランス裁判所の管轄を肯定する⁹⁶。もし、それらの管轄原因が存在しない場合には、NCPC1166 条が申立人に裁判所の選択を許しているため、その規定を国際裁判管轄の場面にどのように転用するかが問題となる。申立人に裁判所の選択を許す規定については、外国に居住する全ての外国人が彼らの選択に従いフランスの裁判所に申立ができるという趣旨ではなく、フランス人がフランス人を養子にする場合で、両者が外国に常居所を有している場合に適用される規定である、と解釈するのが通説である⁹⁷。

⁹⁵ Foyer, V° Adoption, Répertoire du droit international; 2e éd., 2003, n° 75.

⁹⁶ Audit et D'Avout, op. cit., p. 657.

⁹⁷ これらの学説については、Foyer, op. cit.(95), n° 85.を参照。

これらの非常に開かれたルールがあることで、実際には、民法典 14 条及び 15 条を根拠とするフランス裁判所の管轄は殆ど意味がないものとなっている。

外国養子縁組の承認については、後述する外国判決承認の一般ルールに従う⁹⁸。外国養子決定の効力については、外国で成立した養子縁組がフランスで完全養子縁組として承認されるか、単純養子縁組として承認されるかが問題となる。この点については、2001 年 2 月 6 日法の成立により、現在では、従前とは異なる処理が行われるようになってきている⁹⁹。外国養子縁組をフランスで承認した場合、その効力については、外国法の規定の内容が多様であることから、その外国法上の効果をフランスで実現することは必ずしも容易でなく、フランス人養子の希望に添わない結果をもたらすこともあった。そこで、2001 年 2 月 6 日法により、民法典 370-5 条が設けられ、同条は、外国で成立した養子縁組について、実親との関係が完全に断絶したものについては、フランスにおいて、完全養子縁組としての効力が生じ、そうでない場合は、単純養子縁組としての効力が生じるとしている¹⁰⁰。

(f) 親権・監護権，面会交流，子の奪取，未成年後見，成年後見（後見開始の審判等）

ブリュッセル *Ii*bis 規則は、離婚等に関する事件のほか、親責任（親権又は監護権）の帰属、行使、委託、制限又は終了をめぐる争いについて（同規則 1 条 1 項参照）、EU 域内での国際裁判管轄及び裁判の承認執行について定めている。親責任の中身については、同規則 1 条 2 項で、監護権と面会交流権、後見・保佐、子自身とその財産を管理・代理・補佐する者又は機関の選任、保護家庭又は保護機関へ置くこと、子の財産管理のための保全処分等が列挙されている。

子に対する親責任（親権又は監護権）については、原則として、申立てが行われた時点の子の常居住地国の裁判所に国際裁判管轄が認められる（同規則 8 条 1 項）。また、ブリュッセル *Ii*bis 規則には、管轄の拡張に関する規定が存在し、一定の場合に、離婚、法定別居、婚姻無効に関する事件について、規則 3 条のもとで管轄を有する裁判所が、親責任に関する事件についても管轄を持つことを認めている（同規則 12 条参照）。一定の場合として挙げられているのが、①夫婦の少なくとも一方が親責任を行使し、かつ②12 条による管轄が、申立時に、明示で又は他の全ての明確な方法で夫婦

⁹⁸ Foyer, op. cit.(95), n° 268-294.

⁹⁹ Foyer, op. cit.(95), n° 306.

¹⁰⁰ Foyer, op. cit.(95), n° 308.

及び親責任を持つ者によって認められており、それが子の最上の利益になる場合である（同規則 12 条 1 項 a・b 号参照）。

ブリュッセル IIbis 規則のもとでの、親責任に関する外国判決の承認執行についていえば、EU のいずれかの加盟国の裁判所の判決は、他の加盟国において、いかなる手続も経ることなく承認される（同規則 21 条 1 項）。親責任に関する事件では、外国判決の承認が明らかに子の最上の利益に反する場合、緊急の場合を除き、訴訟手続に関する規則に反して、子の意見を聞かずに判決が下された場合、訴えの送達が敗訴した当事者に適正な時期にかつ防御の機会を与えるような方法で送達されていなかった場合、判決が親責任を果たすのに障害となると主張する者の意見を聞かずに判決が下された場合、子を他の加盟国の保護家庭又は保護機関に置くこととする場合で、当該国の政府機関と事前に協議することなく判決が下された場合、自国での同一当事者間の裁判の判決に反する場合及び自国又は第三国での同一当事者間の争いについて先行する判決があり、それに反する場合には、判決は承認されない（同規則 23 条）。なお、外国判決の承認にあたり、実質的再審査は禁止されている（同規則 26 条）。

また、特に、子の面会交流に関する裁判については、他の構成国において、執行宣言手続（*exequatur*）を経ることなしに、直ちに執行手続がとられる（同規則 41 条・42 条参照）。

子の奪取については、フランスは、1980 年ハーグ子奪取条約の批准国である。また、前述したように、EU では、1980 年 5 月 20 日に、「子の監護に関する裁判の承認執行及び子の監護の回復に関するルクセンブルク条約」が締結され、国境を越えて生じる子の監護及び子の奪取に関する裁判の承認執行についての規定が設けられている。これら 2 つの条約とブリュッセル IIbis 規則との適用関係については、ブリュッセル IIbis 規則の 60 条に定めがある。それによれば、ブリュッセル IIbis 規則は、ハーグ子奪取条約やルクセンブルク条約に優先して適用される（同規則 60 条 d・e 号参照）。もっとも、ブリュッセル IIbis 規則は、子の返還手続については、子の奪取に関するハーグ条約をそのまま適用することとしており、必要な範囲で、ブリュッセル IIbis 規則により、ハーグ条約のルールに部分的な補充又は修正を加えている。すなわち、同規則 11 条 2 項から 6 項は、子の奪取先の構成国における子の返還手続について、ハーグ子奪取条約のルールを補充するものとなっているし、また、同規則 11 条 7 項・8 項、42 条は、EU 域内において、子の奪取先の構成国ではなく、子の常居所地国である構成国が、子の返還の可否について最終的な決定権限をもつことを明らかにしている。

子の奪取に関する裁判の承認執行についていえば、他の構成国において、執行宣言手続 (exequatur) を経ることなしに、直ちに執行手続がとられることに留意する必要がある (同規則 41 条・42 条参照)。

未成年後見、成年後見については、フランスは、1961 年ハーグ未成年者保護条約、1996 年ハーグ子の保護条約、2000 年ハーグ成年者保護条約の締約国である。1961 年ハーグ未成年者保護条約 1 条は、未成年者の常居所地国の司法及び行政官憲が、条約 3 条から 5 条の規定の留保のもとで、その未成年者の身上又は財産上の保護を目的とする措置をとるための管轄権を有するとしている。また、1996 年ハーグ子の保護条約 5 条は、原則として、子が常居所を有する締約国の司法又は行政機関が子の身上又は財産の保護措置を執る管轄権を有すると規定し、2000 年ハーグ成年者保護条約 5 条の規定も、原則として、成年者が常居所を有する締約国の司法機関又は行政機関がその成年者の身上又は財産の保護に向けられた措置をとる管轄権を有するとしている。

(g) 扶養義務

扶養義務については、ブリュッセル II bis 規則の適用範囲外である (同規則 1 条 3 項参照)。前述した通り、EU では、2008 年 12 月 18 日に、「扶養義務に関する事件の裁判管轄、準拠法及び判決の承認執行及び協力に関する理事会規則 4/2009」が成立している。また、フランスは、1958 年の「子に対する扶養義務に関する決定の承認及び執行に関するハーグ条約」、1973 年の「扶養義務に関する決定の承認及び執行に関するハーグ条約」を批准し、2007 年の「子の養育費その他の親族の扶養料の国際的な回収に関するハーグ条約」に署名している。

2008 年の EU 扶養義務規則は、原則として、全ての構成国に妥当する。同規則は、親族関係、親子関係、婚姻関係又は姻族関係から生じる扶養義務に適用される (同規則 1 条 1 項)。管轄については、規則 3 条に定めがある。同条は、まず、被告の常居所地の裁判所の管轄 (a 号)、または、扶養権利者の常居所地の裁判所の管轄 (b 号) を認める。さらに、人の身分又は親責任に関する訴えに付随してなされた扶養手続については、その法廷地法に従い当該訴えについて管轄を有する裁判所が管轄を有するとする (ただし、当事者の一方のみの国籍に基づいて管轄をもつ場合を除く) (c・d 号)。

合意管轄については、同規則 4 条に定めがある。規則 4 条よれば、当事者の一方の常居所地国である構成国の裁判所 (a 号)、当事者の一方が国籍を有する国である構成国の裁判所 (b 号)、夫婦間の又は元夫婦間の扶養義務に関しては、婚姻関係事件につ

いて裁判管轄を有する裁判所、又はそれらの夫婦の少なくとも1年間は最後の共通常居所地国であった構成国の裁判所（c号）の中から、管轄について合意することができる。ただし、18歳未満の子に対する扶養義務訴訟については、管轄の合意は認められない（3項）。応訴管轄については、5条に規定されている。

扶養義務規則6条は、補助管轄について定めており、構成国の裁判所が規則3条、4条及び5条によって管轄を有しない場合、並びに構成国でないルガノ条約の締約国の裁判所が同条約の規定によって管轄を有しない場合には、両当事者が共通の国籍を有する構成国の裁判所が管轄を有する。また、緊急管轄については、7条に規定が設けられている。このほか、訴えの制限に関する規定として、8条がある。同条は、扶養権利者が常居所を有する構成国又は2007年のハーグ扶養条約の締約国で決定が下された場合、扶養義務者による扶養請求の変更又は新たな決定を得るための訴えは、扶養権利者が当該決定の下された国に常居所を有するかぎり、他の構成国において、提起することができない（1項）。ただし、合意管轄や応訴管轄については、このかぎりではない（2項）。

扶養義務規則12条には、国際訴訟競合に関する規定が設けられており、先に訴えが係属した裁判所が管轄を有する。また、規則14条の規定によれば、たとえ、同規則に従い、他の構成国の裁判所が本案の決定をする裁判管轄を有するとしても、仮処分及び保全処分は、構成国の裁判所に申し立てることができる。

扶養事件に関する決定の承認及び執行については、2007年のハーグ扶養議定書に拘束される構成国の決定か、それに拘束されない構成国の決定であるか否かに従い、処理が異なる。まず、ハーグ扶養議定書に拘束される構成国の決定については、扶養義務規則17条以下に定めがあり、特別な手続なしに、他の構成国で承認され、執行も執行許可を必要としない。ハーグ扶養議定書に拘束されない構成国の決定については、規則23条以下の規定に従い、承認拒否事由の検討及び執行許可手続が必要となる。規則24条は、承認拒否事由について定めており、決定の承認及び執行は、承認が求められた構成国の公序に明らかに反する場合、その訴えの送達が敗訴した当事者に適正な時期にかつ防御の機会を与えるような方法でなされなかった場合、承認が求められた構成国における同一当事者間に下された決定に反する場合、及び、構成国又は第三国で同一当事者間の争いについて先行する判決が存在し、それに反する場合には、承認されない。

(h) 相続

相続については、ブリュッセル II bis 規則の適用範囲外である(同規則1条3項参照)。

相続に関する訴訟においては、フランス国内の土地管轄に関する NCPC45 条¹⁰¹の規定を国際裁判管轄の決定の場面に転用している。同条によれば、相続人間の請求、死者の債権者により提起された請求、死因処分の履行に関する請求については、相続開始地(=被告の住所地)の裁判所に管轄がある。国際相続の事案において、フランスの裁判所は、例え、相続がフランスにおいて開始しても、外国に所在する不動産については管轄を有しない。それに対して、外国で相続が開始しても、フランスに所在する不動産については、フランスの裁判所に管轄がある¹⁰²。この点との関連で、フランスは相続の準拠法について、動産相続については被相続人の最後の住所地法により、不動産相続については不動産所在地法によるとしているため、相続に関しては、裁判管轄と準拠法の一致が図られているとの指摘もある¹⁰³。実際、フランスの判例は、伝統的に、相続準拠法と相続の裁判管轄の一致を確立してきており、両者を一致させることには、相続財産の清算と分配を行う上で利点があるとされている¹⁰⁴。

(i) 氏

氏については、欧州連合域内での「相互承認原則」が妥当する。EU において国際私法の立法が進展するにつれて、従来の準拠法決定のアプローチではなく、構成国相互間での裁判及び法律関係の承認が重視されるようになってきている。この相互承認という考え方は、初めは、物の自由移動に関して、欧州司法裁判所の 1979 年の Cassis de Dijon 事件における先決裁定¹⁰⁵によって認められたものである。この先決裁定は、一構成国において適法に生産され、取引されている限り、当該商品が他の構成

¹⁰¹ NCPC45 条「相続に関する訴訟においては、次のものは、遺産分割手続終了まで、相続開始地にある裁判所に提起するものとする。

—相続人間の請求。

—死者の債権者により提起された請求。

—死因処分の履行に関する請求。」。

¹⁰² Mayer et Heuzé, op. cit., p. 210 et suiv, Loussouarn, Bourel et Vareilles-Sommières, op. cit., p. 623 et suiv, Monéger, Droit international privé, 5e éd., 2009, p. 186.

¹⁰³ Monéger, op. cit., p. 186.

¹⁰⁴ Audit et D'Avout, Droit international privé, 6e éd., 2010, p. 309, Loussouarn, Bourel et Vareilles-Sommières, op. cit., p. 623.

¹⁰⁵ Case 120/78, Rewe-Zentral AG v. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein [1979] ECR 649. Cassis de Dijon 事件については、中西康「カシス・ド・ディジョン事件 無差別的措置と『数量制限と同等の効果を有する措置』」中村民雄=須網隆夫『EU 法基本判例集〔第2版〕』(日本評論社・2010年)175頁以下を参照。

国においても輸入を認められるべきであると判断した。この立場は、構成国は他の構成国が商品に対して行う規制を、原則として、相互に承認しなければならないという意味に理解され、「相互承認 (mutual recognition)」原則と呼ばれる。相互承認原則は、最近では、判決の相互承認という形でそれが強調されているのをはじめ、会社の法人格や身分行為等の承認の場面にもその原則が拡大されてきている。欧州司法裁判所 (ECJ) は、まず、1999 年の Centros 事件¹⁰⁶、2002 年の Überseering 事件¹⁰⁷、2003 年の Inspire Art 事件¹⁰⁸、2005 年の SEVIC Systems AG 事件¹⁰⁹において、EU の他の構成国で設立された会社の法人格につき、EC 条約 43 条・48 条から導かれる「法人の開業の自由」の観点からこれを承認し、さらに、氏に関しては、2003 年の Garcia Avello 事件¹¹⁰において、EC 条約 12 条から導かれる「EU 市民権としての国籍差別からの自由」の観点から、他の構成国での氏名を承認する裁定を下した。この裁定を前提とすれば、EU では、最初に氏を決定した構成国以外の構成国には管轄が認められない可能性がある。さらに、欧州司法裁判所は、2008 年 10 月 14 日の Grunkin et Paul 事件¹¹¹において、両親が居住するデンマークで生まれたドイツ国籍の子の氏に関して、ドイツの機

¹⁰⁶ Case C-212/97, Centros Ltd. v. Erhvervs- og Selskabsstyrelsen [1999] ECR I-1459.

¹⁰⁷ Case C-208/00, Überseering BV v. Nordic Construction Company Baumanagement GmbH(NCC), [2002] ECR I-9919.

¹⁰⁸ Case C-167/01, Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam v. Inspire Art Ltd, [2003] ECR I-155.

¹⁰⁹ Case C-4411/03, SEVIC Systems AG.

¹¹⁰ Case C-148/02, Carlos Garcia Avello v. Belgian State, [2003] ECR I-11613. 本件の事実関係は、以下の通りである。スペイン人男性 Garcia Avello は、ベルギー人女性 Weber と 1986 年にベルギーで婚姻し、同地で 1988 と 1992 年に 2 人の子が生まれた。子はいずれもベルギーとスペインの重国籍者である。ベルギー法上、嫡出子の姓は父の姓となるため、子はベルギーの出生証書に Garcia Avello という姓で登録されているが、スペイン法上は一般に結合姓が用いられており、子は、父と母それぞれの結合姓の最初の部分を、原則として父、母の順で結合した姓を称するため、ブリュッセルのスペイン大使館領事部には Garcia Weber という姓で登録されている。1995 年両親はこの姓を Garcia Avello から Garcia Weber に変更するようベルギー当局に申し立てたが、結局申立は棄却された。この決定の取消を求められたコンセイユ・デタは、ベルギー当局の措置が EC 条約 17 条・18 条に違反するか否かという先決問題を欧州司法裁判所に付託した。欧州司法裁判所は、本件の子らは 2 つの構成国の国籍を有しているため EC 条約 17 条から導かれる EU 市民の地位を享受できること、さらに、その姓を規律する準則に関して、EC 条約 12 条の国籍に基づく差別を受けない権利を利用できるとした上で、「ある構成国の行政当局がその国に居住しその国の国籍と他の構成国の国籍を有する未成年の子らの姓の変更の申立を拒絶することは、申立がこの子らが他の構成国の法と伝統に従い有する姓を称するためのものであるときには、EC 条約 12 条・17 条に違反する。」との先決裁定を下した。

¹¹¹ JDI 2009, p. 203, note D'Avout, Rev. crit. DIP, 2009, p. 80, note Lagarde.

関は、デンマーク法に従い、出生当時、子に付与されたダブルネームを承認すべきであると判示した。なお、子の氏名については、ブリュッセルⅡ bis 規則の適用範囲外である（同規則1条3項参照）。

このほか、1950年に設立された *Commission internationale de l'état civile* (CIEC)には、フランスを含む15のヨーロッパ諸国が加盟しており、この委員会は、人の民事的身分 (*état civile*) に関する数々の国際条約を制定してきた。氏名の変更に関する1985年9月4日のイスタンブール条約¹¹²（日本は非加入）は、氏に関する締約国の決定の承認を目的としており、各締約国は、他の締約国に属する者の氏名の変更をすることができないとしている。

4. 外国裁判の承認執行制度

- (1) 外国判決及び外国非訟裁判の承認執行要件（特に間接管轄、執行宣言手続 (*exequatur*) の有無など）

・総説

フランスにおける外国判決の承認執行については、これを直接定めた規定は存在せず、民法典2123条及びNCPC 509条が、外国判決の執行についてのみ規定している。NCPC 509条¹¹³は、外国判決執行の一般的要件として、「外国の裁判所によってなされた判決及び外国の官吏によって承認された証書は、法律によって定められている方法でかつ法律によって定められている場合に、共和国の領土で執行することができる。」と定めている。

・執行宣言手続 (*exequatur*)

外国判決は、執行宣言手続 (*exequatur*) と呼ばれる、それらの判決をチェックする手続の後ではじめてフランスで執行力を持つにすぎない。この外国判決の承認執行の場合の執行宣言手続の管轄は、大審裁判所 (*tribunal de grande instance*) の専属的管轄

¹¹² 1959年11月13日のデクレ59-1303号により、フランスで効力を有している。同条約は、ドイツ、オーストリア、フランス、イタリア、オランダ、トルコで発効している。

¹¹³ 法務大臣官房司法法制調査部「法務資料第434号注釈フランス新民事訴訟法典」を参照。

に属する¹¹⁴。かりにその場合の外国判決がフランスの大審裁判所より上級審の外国裁判所が下したものであるとしても同様である。

もつとも、この執行宣言手続は、あらゆる場合に要求されるわけではなく、それが不要とされる場合もある。その場合、外国判決は、執行宣言なしに、フランスで承認され、その効力を生じうる。どのようなケースがそれに該当するかというと、外国判決の承認が、外国での既判事項 (*chose jugée*) の考慮や、判決によって外国で創設された状況 (*situation*) の考慮である場合である。フランスの判例は、古くから、人の身分に関する判決が執行宣言なしに自動的に効力を生ずることを認めてきた。破毀院は、Bulkley 事件に関する 1860 年 2 月 28 日の民事部判決¹¹⁵において、外国において下された離婚について、離婚に関する外国判決の執行宣言の請求なしに、離婚当事者に対し、フランスにおいて再婚することを認め、さらに、de Wrède 事件に関する 1900 年 5 月 9 日の民事部判決¹¹⁶においても、婚姻を無効とした外国判決について、執行宣言手続なしに、婚姻無効の確認がフランスの裁判所によってなされうることを認めた。

・外国判決の承認執行の要件

執行宣言手続において外国判決を承認するための要件として、フランス破毀院は、Munzer 事件に関する 1964 年 1 月 7 日の第 1 民事部判決¹¹⁷において、「執行宣言を認めるために、フランスの裁判所は、5つの要件が充足されていることを確認しなければならない、すなわち、判決を下した外国裁判所の管轄、当該裁判所の面前で行われた手続の適法性、フランスの抵触規定に従い管轄ある法の適用、国際的公序との一致、全ての法律詐欺の不存在である。」と判示し、5つの要件を挙げている。一方、外国判決の承認執行の要件として、学説上、一般的に挙げられているのは、①外国裁判所に管轄があること (間接管轄)、②フランスの抵触規則に従い指定される準拠法が当該外国判決において適用されていること (準拠法要件)、③当該外国判決が国際的な公序に反しないこと、④当該外国判決に法律詐欺 (*fraude à la loi*) がないことである。以下、学説の挙げる 4つの要件に従い、外国判決の承認執行の要件について、もう少し詳しく説明する。

¹¹⁴ Monéger, *op. cit.*, p. 213.

¹¹⁵ Cass. civ. 28 févr. 1860: Ancel et Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 5e éd, 2006, n° 4.

¹¹⁶ Cass. civ. 9 mai 1900: Ancel et Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 5e éd, 2006, n° 10.

¹¹⁷ Cass. 1er civ. 7 jan. 1964: Ancel et Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 5e éd, 2006, n° 41.

①間接管轄

①の間接管轄の要件に関する第1準則として、国際裁判管轄の直接管轄に関するフランスの規定がフランスの裁判所に専属管轄を付与している場合には、執行宣言は拒絶されるというものがある¹¹⁸。さらに、第2準則として、国際裁判管轄に関するフランスの規定がフランスの裁判所に専属管轄を付与していない場合には、執行宣言は容易に認められるというものがある。破毀院は、Simitch 事件に関する 1985 年 2 月 6 日の第1民事部判決¹¹⁹において、まず、「フランスの国際的間接管轄規則は、自律的で、独自の管轄規則であるにとどまる。すなわち、外国裁判所の国際管轄に固有の、また、外国判決を監督するために、特に観念されたフランスの規則である。」と判示した。学説上、この判決は、間接管轄を決定する基準と直接管轄を決定する基準が完全に分離されることを破毀院が認めた判決であると評されている。その上で、破毀院は、間接管轄がいかなる場合に認められるかという基準について、「係争が、訴えを提起された裁判所の存在する国と特徴的な関連を有しており、かつ、裁判所の選択が詐欺的なものでない場合には、外国裁判所は、管轄を有するものと認められるべきである。」と判示した。この定式は、柔軟なものであり、管轄の抵触の分野において「特徴的な関連 (lien caractérisé)」、すなわち、密接関連性が考慮される場合があることを示しているものであるといわれている。実際に、このような基準に照らして、どのような場合に外国裁判所の間接管轄が肯定又は否定されるかについては議論がある¹²⁰。破毀院は当初、1994 年 6 月 15 日の第1民事部判決¹²¹において、夫婦が当該外国の共通国籍を有することのみをもって特徴的な関連があるとし、その外国裁判所の管轄を肯定していたが、その後に出された 2004 年 2 月 17 日の破毀院第1民事部判決¹²²によって判例を変更し、夫婦の双方がフランスに住所を有する場合には、夫婦が共通のアルジェリア国籍を有することは訴訟をアルジェリアに特徴的に関連付けるのには十分ではないと判示した。

¹¹⁸ Cass. 1er civ. 5 mai 1962: D. 1962. 718, note Holleaux.

¹¹⁹ Cass. 1er civ. 6 févr. 1985: D. 1985. 469, note Massip; Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé, 5e éd, 2006, n° 70. 同判決について、詳しくは、矢澤・前掲注 (29) 165 頁以下を参照。

¹²⁰ Courbe, op. cit. (92), n° 196-198.

¹²¹ Cass. 1er civ. 15 juin 1994: D. 1994, somm. 352, obs. Audit.

¹²² Cass. 1er civ. 17 févr. 2004, Courbe, op. cit. (92), n°198.

②準拠法要件

執行宣言手続を行う裁判所で次にチェックされなければならないのが、フランスの抵触規則に従い指定される準拠法が適用されていること（準拠法要件）である。破毀院は、前述した *Munzer* 事件に関する判決において、外国判決の承認執行に際しては、準拠法要件が必要であると判示した。この要件はかなり厳しいものであり、実務上、外国判決の効力は、フランスの抵触規定と外国の抵触規定の同一性に依存してしまうことになる。そこで、破毀院は、その厳格性を緩和し、「いわゆる等価性の理論 (*théorie dite de l'équivalence*)」を適用し、フランスの抵触規定によって指定された法が、その執行宣言が請求されている外国判決と同一の結果を導く場合、たとえフランスと外国の抵触規定間の同一性が存在しない場合であっても、執行宣言が認められるものとした。この解決は、フランス法秩序における解決の予見可能性を犠牲にすることなしに、外国判決の承認を容易にしようとして、実務上歓迎されている。実際には、外国判決の結果とフランスの抵触規定が指定する法が導く結果の等価性が存在しないことを理由に執行宣言が認められないことは非常に稀である。なお、国際条約の多くは、外国判決の効力に関してこの準拠法要件を排除している。

③実体的公序及び手続的公序

③の外国判決が国際的な公序に反しないことという要件が必要とされる点については、判例・学説上争いがない。国際的公序には、実体的公序と手続的公序の双方が含まれると解されている。

④法律詐欺 (*fraude à la loi*) の不存在

フランス破毀院は、準拠法選択の場面でも、法律回避行為は法の詐欺 (*fraus legis*) であるとして無効と判断してきており¹²³、外国判決の承認の場面でも法律詐欺がないことが必要とされる。

5. 手続の種類

フランスでは、日本におけるような人事・家事事件について個別の立法を設けるとい形式をとっていない。わが国の人事・家事事件と同種の事件については、通常の

¹²³ ボッフルモン事件における 1878 年 3 月 18 日の破毀院判決 (Civ. 18 mars 1878: *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 5e éd, 2006, n° 6.) を参照。

民事事件と同様に扱われ、NCPC にそれに関する規定が設けられている。家族法や人の身分に関する事件については、大審裁判所 (tribunal de grande instance) が権限を有する。大審裁判所は、民事に関する第一審の普通法裁判所として、法律によって特別の定めのないすべての事件を扱う¹²⁴。大審裁判所には、公開法廷 (audience publique) と非公開で行われる法廷である評議部 (chambre de conseil) 等がある。非訟事件 (recours gracieux) については、大体、評議部で審理される。訴訟事件 (recours contentieux) であっても、とくに公開をはばかれる事件 (例えば、離婚事件) については、評議部で扱うことができる。ただし、その場合の判決の言い渡しは、公開法廷で行う。大審裁判所には、家族事件裁判官 (juge aux affaires familiales) という専門の単独制判事が置かれており (司法組織法典 L. 312-1 条、民法典 247 条、NCPC1074 条)、その権限は、一方では、離婚・別居及びその諸結果に関して、他方では、扶養義務・家庭の家計分担・子の養育義務の決定や、親権行使、非嫡出子の氏の変更、名の変更等に関して管轄権をもつ。離婚事件については、1994 年以降、従来の婚姻事件裁判官 (juge aux affaires matrimoniales) に代わり、その権限が拡大された。家族法や人の身分に関する事件の上級法院としては、控訴院があり、その上級審として、破毀院がある。

・訴訟事件 (recours contentieux) と非訟事件 (recours gracieux)

非訟事件として処理される事項は、非訟事項 (matière gracieuse) とよばれる。非訟事項とは、紛争が存在しないにもかかわらず、事件の性質又は申請者 (requérant) の資格により、裁判官の監督に委ねられることを法律が要求しているため、裁判官が受理する事案をさす (NCPC25 条参照)。NCPC25 条は、「紛争の欠如」と「裁判官の監督が法律上要求されていること」の 2 点を基準に、何が非訟事件であるかを定義している。「相手方当事者の不存在」や「裁判官が申請によって事件を処理すること」は、非訟事件であるか否かを判断するための、副次的な事情にすぎないとされる。何ををもって非訟事項とするのかについては、従来から学説上争いがある¹²⁵。非訟事項の典型例としては、養子縁組 (NCPC1167 条)、協議離婚 (divorce sur demande conjointe)¹²⁶ (NCPC1088 条)、夫婦財産制の変更の認可 (民法典 1397 条) 等が挙げられている。

¹²⁴ 滝沢正『フランス法 [第 4 版]』(三省堂・2010 年) 185 頁。

¹²⁵ Couchez, Langlade et Lebeau, Procédure civile, 1998, p. 288 et suiv; Guinchard, Chainais et Ferrand, Procédure civile: Droit interne et droit de l'Union européenne, 30e éd., 2010, p. 1354 et suiv.

¹²⁶ フランス法上の「協議離婚 (divorce sur demande conjointe)」とは、配偶者双方の申請に基づき、離婚の諸結果について定めた合意案を裁判官に提出し、裁判官が夫婦の

意思が真実であることの確認、及び、離婚合意案が子又は夫婦の一方の利益保護に十分であることの確認をしたうえで、離婚を言い渡すものであり（民法典 230 条～232 条）、日本民法の協議離婚とは異なる。

4. イギリス

(執筆担当：日本大学 織田 有基子)

《内容》

1 国際裁判管轄全般

- I イングランド裁判所の管轄を規律するルールについて
- II ブラッセル I 規則における管轄
 - (1) 適用範囲
 - (2) ドミサイル
 - 1) 自然人
 - 2) 会社および団体
 - (3) ドミサイルに基づく管轄
 - (4) 専属管轄
 - (5) 保全処分の管轄
- III 住居、常居所等
 - (1) 住居、通常住居
 - (2) 常居所

2 個別事項に関する国際裁判管轄

親権・監護権、面会交流、子の奪取、未成年後見、成年後見（後見開始の審判等）、養子縁組、遺産管理

I EU 規則

- (1) 改訂ブラッセル II 規則
 - 1) 管轄の拡張
 - 2) 子の所在に基づく管轄
- (2) 8 条原則の補完
 - 1) フォーラム・ノン・コンヴェニエンス
 - 2) 面会交流事案における継続的管轄
- (3) 8 条原則の例外
 - 1) 訴訟係属の抗弁
 - 2) 国内管轄

II 伝統的ルール

- (1) 本来的管轄
- (2) 後見人選任
- (3) Children Act 1989 および「8 条命令」
 - 1) 離婚ベース
 - 2) 常居所および居所ベース
 - 3) 緊急管轄
- (4) 手続停止の権限

- (5) 特別後見命令
- (6) イングランドからの子の連れ去り
- III 外国命令のイングランドにおける効力
 - (1) ヨーロッパの命令
 - (2) 加盟国以外の外国命令：後見命令
 - (3) 加盟国以外の外国命令：監護命令
- IV 国際的子奪取
 - (1) 国際条約総説
 - (2) ルクセンブルグ条約
 - (3) ハーグ条約
 - (4) 改訂ブラッセルII規則
- V 成年後見（後見開始の審判等）
 - (1) **Mental Capacity Act (2005)** とハーグ条約
 - (2) 管轄に関する規定
 - (3) 承認・執行に関する規定
- VI 養子縁組
 - (1) イングランドにおける養子縁組立法とその概要
 - (2) イングランド法による養子縁組
 - (3) 養子縁組条約における養子縁組
 - (4) 外国養子縁組の承認
 - 1) ブリテン諸島における養子縁組
 - 2) 海外養子縁組(**Overseas Adoptions**)
 - 3) 養子縁組条約による養子縁組の承認
 - 4) その他の養子縁組の承認
 - 5) 公序要件
 - 6) 外国養子縁組に関する宣言
- VII 遺産管理
 - (1) 序
 - (2) イングランドの遺産管理権限付与
 - 1) 分割遺言(**separate wills**)
 - 2) 遺産管理権限が付与される者
 - (3) イングランド外でなされた許諾（権限付与）などの承認
 - 1) スコットランドおよび北アイルランドにおける許諾
 - 2) コモンウェルス諸国における許諾
 - 3) 外国において選任された人格代表者

※ McLean & Beavers, Morris The Conflict of Laws (7th ed) (2009, Sweet & Maxwell)を参照した。

※離婚に関しては、岡野祐子「イングランドにおける国際離婚裁判に関する手続的諸問題」法と政治（関西学院大学）61巻3号に詳しい。

※この領域におけるイングランドおよびEUの法改正の動きは活発、かつ極めて流動的であるので、十分な注意が必要である。

1 国際裁判管轄全般

I イングランド裁判所の管轄を規律するルールについて

イングランド裁判所の管轄は、以下の4つの異なるルール群によって規律されている。すなわち、① ブラッセルI規則（Council Regulation 44/2001=the Judgments Regulation）/ Civil Jurisdiction Order 2001(SI2001/3929)、② ルガーノ条約 / Civil Jurisdiction and Judgments Act 1991、③ ブラッセル規則の国内管轄配分を決めるバージョンのもの、および④ 伝統的ルールの4つである。

Civil Jurisdiction Order 2001は、ブラッセルI規則を英国法に適合させるための規定である。ブラッセルI規則は、デンマークにおいて特別合意により受け入れられ、2007年7月1日に発効したので、現在、全EU諸国において適用されている。また、ブラッセルI規則には、1968年ブラッセル条約において最初に制定されたルールの最新版が含まれている。原署名国の大陸法の伝統が反映された1968年条約は、古典的大陸法の伝統を有しない英国、アイルランド、デンマークの条約加入を促進するため、1973年に調整された。

1988年9月16日には、ブラッセル条約を下敷きにはしているものの、その現行条文とは異なる新条約が、ルガーノにおいてEC加盟国およびEFTA加盟国により署名された。時には「平行条約」とも呼ばれるルガーノ条約の目的は、ブラッセル条約の原則が、より広い領域で適用されるようにすることであった。しかしブラッセル条約とは異なり、ルガーノ条約は欧州裁判所の権威的解釈に従うものではない。その後、EFTAの署名国の多くはEU加盟国となったため、今やルガーノ条約は、EU加盟国とアイスランド、ノルウェイ、スイスとの間で適用されるに過ぎない。ルガーノ条約は、Civil Jurisdiction and Judgments Act 1991によって、英国内における効力が与えられた。ルガーノ新条約が2007年10月30日に合意されたが、批准はまだ行われていない。

ヨーロッパ規則には複数のバリエーションがあり、ブラッセル規則にも英国内の異なる法域間のような国内管轄の分配を定めるバージョンがある。原則として、英国内の異なる法域にドミサイルを有する者は、イングランド裁判所においては、他の締約国にドミサイルを有する者と同様な地位にあると言える。

以上の管轄ルール群は全て、ヨーロッパのイニシャチブに由来するものである。英国がEUに加盟した時、ヨーロッパ条約に基づく原則を、英国裁判所に申し立てられる全事案につき広く適用するかどうか決めるべきであった。しかし、当時は反対の主張、すなわち、「非ヨーロッパ」事案として抽象的に表現されるような事案においては、現行のイングラ

ンド裁判所実務を変更すべきでないという主張が強かったのである。したがって、英国裁判所の管轄を規律する4つ目のルール群は、裁判官が発展させてきた、そして現在は **Civil Procedure Rules** にまとめられている「伝統的ルール」ということになる。多くのコモンウェルス諸国裁判所のルールは、この伝統的ルールを踏まえた原則に基づいている。イングランド裁判所が伝統的ルールを適用し得る根拠はブラッセル I 規則 4 条であり、ブラッセル I 規則の規定が用いられない事案には国内法の適用が認められる (**Article 4(1) If the defendant is not domiciled in a Member State, the jurisdiction of the courts of each Member State shall, subject to Articles 22 and 23, be determined by the law of that Member State.**)。

一時期、ハーグ国際私法会議が管轄および判決の承認執行に関する世界規模の条約を作ろうとしたが、10 年の作業の後、その企画は頓挫した。その失敗は教訓的である。なぜなら、コモンロー諸国において採用されているアプローチと大陸法諸国において採用されているアプローチとの間、および米国の管轄規則と他のほとんど全ての国々の管轄規則との間には、依然として緊張関係が存在していることを、ハーグ会議の作業が明らかにしたからである。

II ブラッセル I 規則における管轄

(1) 適用範囲

ブラッセル I 規則(以下、本規則) 1 条は、裁判所が **courts** であるか **tribunals** であるかにかかわらず、本規則は民商事事件に適用されるが、特に、歳入、関税、行政事件には適用されないことを定める。また、① 自然人の身分または法的能力、婚姻関係から生じる財産権、遺言、相続、② 破産、債務超過会社の解散および類似の手続、③ 社会保障、④ 和解、に関する問題にも適用されない。

扶養は、①の「婚姻関係から生じる財産権」に含まれず、したがって、本規則の適用範囲内である。Van den Boogard v. Laumen 事件([1997] E.C.R. I -1147, [1997] Q.B. 759)において、イングランドの離婚裁判所は、一括支払い、一定財産の移転、およびオランダで求められていた執行を命じた。ヨーロッパ裁判所は、妻の生活費を提供するためになされた命令と、財産分与を実現するための命令とを区別し、前者は扶養の問題であり、後者は、「婚姻関係から生じる財産権」に関するものであるとした。この区別は、離婚後になされるイングランド裁判所の命令において、特に大金が絡む場合に、明確に行うことは難しい。

(2) ドミサイル

ドミサイルの概念は、本規則のスキームにおいて非常に重要な位置を占めるものであるが、その定義は会社およびその他の「法人」にのみ与えられている。

1) 自然人

事件が係属している裁判所が存する加盟国に当事者がドミサイルを有しているかどうかを決定するため、裁判所は国内法を適用すべきであると本規則 59 条は規定する。したがって、当事者がイングランドにドミサイルを有しているか否かをイングランド裁判所が判断しなければならない場合、ドミサイルに関し適切な定義を提供するのはイングランド法である。

このような場面で、ドミサイルに関する伝統的理解を用いるべきでないことは認識されている。その意味におけるドミサイルは、とりわけ、永久的本拠や出生に基づくドミサイルを強調する結果として人為的なものとなり、確定することが難しい場合がしばしば生じる。ドミサイルは個人と国家との長期間の結び付きを示すものである。しかし、たとえば、個人が契約違反によって訴えられる以前にそのような結び付きを主張する理由はない。実際、より進んで適用されるような、そして常居所と異なるものとして、大陸法諸国におけるドミサイルの理解により近づくような、ドミサイルの定義が要求されたのである。

The Civil Jurisdiction and Judgments Act 1982 の 41 条は、ブラッセル条約の文脈ににおける新しい定義を提供しており、それと同じルールが、The Civil Jurisdiction and Judgments Order 2001 に用いられている(Sch1, para.9)。

そのルールは、個人が英国に居住し、かつ、その居住の性質および状況から、その個人が英国と実質的関連性を有していることが示されている場合にのみ、当該個人は英国にドミサイルを有すると規定する。「居住」や「実質的関連性」についての定義はないが、イングランド裁判所は、「安定的なまたは通常の居住地」と述べており、これはあらゆる状況に関し時間をかけて評価することを含み得るものである。この必要性を最小限にするため、英国に居住しており、直近の 3 ヶ月間以上英国に居住している個人の事案においては、反証がない限り、実質的関連性の要件は満たされているものと推定されるとそのルールは規定する。このルールは、たいていのドミサイルの争点を解決し得る非常に便利なものであるが、推定の打破や 3 ヶ月内のドミサイルの獲得の証明が求められる場合には、やはり「実質的関連性」のテストが必要となる。

ある者のドミサイルが単に英国に存することではなく、英国内の特定の法域、たとえばイングランドにあることを示すことはほとんど常に必要である。個人が英国内の特定の法域に居住しており、かつその居住の性質及び状況が、その個人が英国内の特定の法域と実質的関連性を有することを示している場合にのみ、その個人はその法域にドミサイルを有している。3 ヶ月間の居住に基づく推定は、この場面においても適用される。

3 ヶ月ルールが役に立たない事案もあるだろう。仮に、D がドイツの会社に指名されて、会社の製品のマーケティングおよび販売ネットワークを立ち上げるために英国へ来たとする。彼は英国に合計 6 ヶ月間、そのうち 5 分の 2 ずつイングランドおよびスコットランドに、残りの 5 分の 1 は北アイルランドに滞在した。彼はいずれの地にも継続して 3 ヶ月過ごしたことはなく、いずれの地にも実質的関連性を有しているとは認められないだろう。この種の事案を扱うため、個人が英国にドミサイルを有しているが、いずれの地にも実質

的関連性を有していない場合には、その者が居住している英国内の法域にドミサイルを有しているものとして扱うよう、ルールは規定している。

本規則の下では、個人がドミサイルを有する「場所」を決定する必要性が生じることがある。その者が、**(a)**その場所が存する英国内の法域にドミサイルを有し、かつ、**(b)**その場所に居住している場合にのみ、その者は、英国内の特定の場所にドミサイルを有することになる。

当事者が事件が係属する裁判所が存する国にドミサイルを有していない場合、その者が、他の加盟国にドミサイルを有しているか否か決定するために、裁判所は他の加盟国の法を適用しなければならないと、本規則は規定する。このことは、常にイングランド法が適用される伝統的なドミサイルルールの下でのアプローチと対比される。他にも相違点がある。すなわち、本規則の下では、個人は複数のドミサイルを持つことが可能である。たとえば、ある個人がフランスにドミサイルを有する場合に、フランス法は関心を払い、その者がベルギーにドミサイルを有する場合、ベルギー法はその者を受け入れる。そのような場合、いずれの国においても訴訟を開始することが可能である。

本規則は、加盟国以外の国にドミサイルを有するか否かの判断については述べていない。ある個人が加盟国以外の国に居住しており、かつその居住の性質および状況が、その国と実質的関連性を有していることを示している場合にのみ、その者はその国にドミサイルを有していると、**The Civil Jurisdiction and Judgments Order 2001** は規定する。この場合、3ヶ月の居住に基づく推定は存在しない。

2) 会社および団体

会社、その他の法人、または自然人ないし法人の団体の事案においては、異なるアプローチが採られている。ここには、パートナーシップやメンバー限定のクラブも含まれるであろう。本規則の目的に照らし、そのような団体は、その法律上の本拠地、中心的運営地、または主たる事業地を有する地にドミサイルを有すると規定されている**(60(1))**。実際的ではないように見えるが、これは、団体が異なる3ヶ国にドミサイルを有し得ることを意味している。

「法律上の本拠地」という概念は、コモンロー諸国では知られていないため、本規則は、英国およびアイルランドのために、「法律上の本拠地」とは、登録された事業所所在地、またはそのような事業所がどこにもない場合には設立地、そのような設立地がどこにもない場合には、設立地法に基づく地を意味するという特別規則を置いている。

さらに複雑なのは、本規則 **22(2)**が、会社や団体の設立、解散または行為に関する専属管轄を、その団体の「本拠地」の裁判所に認めていることである。その本拠地を決定するために、裁判所は国際私法ルールを適用しなければならない。関連するイングランドのルールは、**The Civil Jurisdiction and Judgments Order 2001** に規定されている。**22(2)**の目的に照らし、**(a)** 会社、法人、または団体が英国内の法域の法に基づき設立されたか、**(b)** その中心的運営および統御が英国内で行われている場合にのみ、その会社、法人、または団体は英国に本拠地を有している。また、本規則が適用される他国に会社、法人、または団体が本拠地を有するのは、**(a)** それがその国の法に基づき設立されたか、**(b)** その中心

的運営及び統御がその国において行われている場合のみである。しかし、それが英国内の法域の法に基づき設立されたか、**22(2)**の目的に照らして、他国裁判所がそこに本拠地があると考えない場合には、それはその国に本拠地を有しているとは解されないだろう。

(3) ドミサイルに基づく管轄

本規則**2(1)**に規定されている第一の管轄原因は、加盟国にドミサイルを有する者は、その国籍にかかわらず、その国の裁判所において訴えられるというものである。このことは、被告と選択された裁判所との間の結び付きを要求する、基本的な「一般管轄」ルールと一致する。被告の英国のドミサイルは、本規則において、イングランド裁判所の主たる管轄原因である。手続開始時に、被告は加盟国にドミサイルを有していなければならない。イングランドにおいて、手続開始時とは、訴状が被告に送達された時ではなく、請求フォームが発行された時を意味する。

被告とされた者が他の加盟国にドミサイルを有する場合、本規則**5**条から**24**条に規定されたルールに従い、その者はイングランドで訴えられる可能性を有する。これらのルールには、被告がその法域に服従する事案、「特別」管轄の事案、**23**条の管轄合意が存在する事案が含まれる。イングランドに一時的に所在する被告への訴状送達に関する伝統的なイングランドのルールに従うことは、**3**条によって明白に排除されている。

被告が他の締約国にドミサイルを有していない場合に適用可能な管轄ルールは、その法廷地の国内法の管轄ルールであり、イングランドにおいては伝統的ルールである。これらのルールは、当事者のドミサイルに関わりなく、特定の加盟国の裁判所に専属管轄を与える本規則**22**条に常に従う。

(4) 専属管轄

本規則は、特定国の裁判所に「専属管轄」を認める場合がある。専属管轄という語は、本規則固有の意味を有しており、ある事案が特定の問題に関するものである場合、EU内の一国のみが事案を審理できるとすることに締約国が同意したことを示している。もし、ある加盟国の裁判所が、他国の裁判所が専属管轄を有する問題に関する請求を引き受けたことに気づいた場合、その裁判所はその請求について管轄を有していない旨を宣言しなければならない(**25**条)。専属管轄が認められる事案類型は**22**条に列挙されており、それは、不動産、会社、公的登録機関、知的財産、判決の執行の**5**つである。

ここで、本規則の下で生じる他の二つの状況を認識し、専属管轄と区別することが必要である。その一つは、当事者が裁判所選択の合意に到達した場合、その合意に従うならば、裁判所はその事案につき専属管轄を有するのと同様に扱われることになる。しかし、この種の事案には異なるルールが適用される。二つ目は、一定の請求（保険業者によるもの、または消費者や労働者に対するもの）は被告がドミサイルを有する国でのみ訴えることができる本規則が規定していることである。被告は複数の国にドミサイルを有することができるのであるから、これは厳密には専属管轄ではない。

特定の請求が本規則の管轄規則に該当するか否かを検討する際、専属管轄に関する**22**条から始めることが賢明である。本条は、被告のドミサイルがどこにあるかに関わらず適

用される。このことは、もし被告が、たとえばニュージーランドなどの非加盟国にドミサイルを有していても、同条が関係することを意味している。裁判所が 22 条に従い専属管轄を有する事案は、関連する手続の「対象」への言及によって明らかにされている。言及されているのは、その訴訟を提起する請求者の目的ではなく、争われる本案の性質である。

(5) 保全処分の管轄

加盟国裁判所に対してなされる申立ては、その国の法に基づき利用可能な保全処分に関するものでも良い。それは、たとえ本案については本規則によれば他の加盟国裁判所が管轄を有する場合であっても認められる (31 条)。31 条が想定している典型的な保全処分は、フランス法の *saisie conservatoire* であり、たとえ、被告の財産や銀行口座がフランス国外に所在していても、フランス裁判所は、被告の財産を差し押さえ、それを封印し、あるいは被告の銀行口座を凍結できる強力な権限を有している。この場合、フランス裁判所の命令が有効であるためには、財産や銀行口座の所在地国で執行されることが必要となろう。他の全ての原加盟国の裁判所は同様の権限を有している。そのような保全処分の有効性は、しばしば驚愕という要素にかかっているため、被告に告知することなく行われることがよくある。しかし、本規則の下では、他の加盟国において、*saisie conservatoire* を行うことは認められない。なぜなら、被告の出廷がないのに判決が言い渡された場合や、訴訟開始状が被告の防護準備に十分な時間をとって適法に送達されなかった場合には、その判決は承認されるべきではないからである (34(2))。

31 条は、このような場面につき、たとえば、財産所在地国の裁判所における保全処分の申立てを可能にすることによって対処するものである。請求者のためには驚愕の効果を達成することが重要であるが、それと同等に、被告および第三者のためには、そのような手段が迅速に全ての関係者に告知され、かつ迅速な反撃手段をとる機会が与えられることが重要なのである。

イングランドの実務において最も重要な「保護措置」は、マレーバ・インジャンクションと呼ばれるものである。これは、本案につき説得力ある証拠を示すことができる請求者に対し、被告が財産所在地である当該法域の外への財産処分や移動を行わないように差し止めることを認めるものである。その目的は、判決執行を妨げるために財産を散逸させることを防止することにある。この差し止命令を認める権限は、現在は **Supreme Court Act 1981** の 37(3)、および **Civil Jurisdiction and Judgment Act 1982** の 25 条に規定されている。これらの規定においては、当該法域内に所在する財産についてのみ言及されているが、現在、マレーバ・インジャンクションは海外にある財産についても明らかに認められている。

Ⅲ 住居、常居所等

(1) 住居、通常住居 (residence / ordinary residence)

個人と国家との最も基礎的な結び付きは、単純な物理的所在(physical presence)である。これは、事実上明確ではあるが、関連性が非常に限定的なものであるため、抵触法においてはほとんどまたは全く重要性を持たない。むしろ、住居(residence)の方が多く登場する。住居は基本的に事実問題である。住居は物理的所在よりは若干意味を有する場面もあるが、それ以上のことを意味するものではない。ある国を旅行者として通過する者がそこに住居を有していないことは明らかである。しかし、ある者がある国に住居を有するならば、住居という関連性は短期間不在にしている間も残るだろう。住居概念はそれが用いられる場面に大きく依存するため、これ以上特定することは難しい。

これに対し、通常住居(ordinary residence)は、「偶然的一時的な不在は別として、ある程度継続して一定の場所に居住していることを示唆する」ものであると解されている(Levene v. IRC [1928] A.C. 217)。それは、短期滞在か長期滞在かにかかわらず、人が、当面の日常生活の常態の一部として、任意にかつ決まった目的のために選んだ特定の場所や国におけるその者の住居を指す。

通常住居は、適切な事実に基づきその日のうちに変更されることもあり得るが、人は、同時に複数の国に通常住居を持つことはできないとする理由はない。アイルランドに家を有し、仕事の都合で毎月1週間イングランドのホテルに滞在する者は、所得税の関係では、イングランドに通常住居があると解釈されている(IRC v. Lysaght [1928] A.C. 234)。しかし、彼がアイルランドにも通常住居を有しているのは明らかである。

「どこに住むかを自分自身で決めることのできない」幼い子は、親の家(matrimonial home)に通常住居を有するものとされ、これは両親の同意がなければ変更できないと解されている。別居している両親の合意により子がその片方の親と同居している場合、その子は同居している親の家に住居を有するものとされ、その子の通常住居は、他方の親が子をそこから連れ去ったという理由だけでは変更されない。

(2) 常居所 (habitual residence)

国際私法会議の長年のお気に入りの表現である常居所は、数多くのハーグ条約、そしてこれらに効力を認める数多くのイングランドの制定法に登場している。しかし、常居所は、他の制定法においてもますます多く利用されてきている。常居所の定義がハーグ条約に置かれたことはない。これは、常居所という語を、異なる法体系の間に生じるような頑迷さと矛盾を生み出す技巧的ルールから切り離しておきたいという意図的な政策判断によるものである。この語は、専門用語としてではなく、それが包含する二つの語の通常かつ自然な意味に従って理解されるべきであるとされる(Re J. (A Minor) (Abduction) [1990] 2 A.C. 562)。常居所を専門用語として扱わないと強調しているにもかかわらず、裁判所は、常居所の成立時期に関するルールを確立させる傾向にある。法律委員会(Law Commission)は、特に、意思の位置付けや常居所となるために要求される居住期間の長さが不明確であるこ

とを引き合いに出して、法律概念としての常居所に関し「伝えられている未発達な状態」について述べている。

裁判所はこれまで何度か異なる見解を示したことがあるものの、常居所と通常住居の二つの概念の間に現実の区別はない、あるいは、少なくともそれらは「意味の核心」を共有していると考えているようである。したがって、この場面に用いられるテストもまた、人が、当面の日常生活の常態の一部として、任意にかつ決まった目的のために選んだ特定の国におけるその者の住居に関するものとなり、証明責任はその変更があったと主張する当事者が負うこととなろう。しかし、貴族院が、常居所は「制定法の文脈と目的に従い、制定法ごとに異なる意味を有する可能性がある」と解釈していることには注意すべきである (Mark v. Mark [2005] UKHL 42, [2006] 1 A.C. 98)。

常居所を獲得するためには、人の居住は合法的なものでなければならないと長年考えられてきた。しかし、貴族院は、Mark 判決において、少なくとも税目的の場合は、たとえ居住が不法なものであってとしても常居所の獲得が可能であることを認めた。人はその居住が継続的(habitual)なものになったことを示す期間、当該国で生活しなければならないが、その期間は決まっていない。それはその状況によらざるを得ないからである。場合によっては、常居所は一日で失われることもあり得る。常居所は一時的不在の間も継続するが、多くの場合、人は常居所を持たずにいることができるし、また、同時に複数の常居所を持つこともできる。常居所に関するテストを、あたかも条文の文言であるかのように扱わないことが重要である。常居所が「任意に選ばれた」ものであるかどうかは通常は争点にはならないが、Breuning v. Breuning ([2002] EWHC 236(Fam), [2002] 1 F.L.R. 888) において、自ら選択したのではないが、治療のためイングランドに滞在した者についてのイングランドにおける継続的所在は常居所とは認められないことが判示された。

「一定の意思」は当該国に長期間住居を構える際に認識されるものである。しかし、意思ないし目的という証拠は個別事案では重要かもしれないが（たとえば、実際の居住期間が短い場合に継続性を証明する）、本質的なものではないという見解の方が適切であるように思われる。新しい国における長期間の居住が立証されるならば、たとえその者が、（駐留軍基地におけるように）外国居住者グループの中でもっぱら生活しているとしても、常居所はそこになるだろう。

子の常居所について

幼い子は大人に要求される一定の意思や目的を有さないが、それでも常居所を有するとして扱われることは明らかである。多くの場合、親が別居している子の常居所は、子の監護権を有するいずれかの親の常居所と同じになる。裁判所は定期的に、一方の親の一方的行為によって子の常居所を変更することはできず、子の常居所の変更が全く無関係に示されるような状況が生じない限り、それは変更されないままであると判示してきた。両親が共通の常居所を有する場合、裁判所は「子の常居所の問題は、当事者の共通の意思によって常に解決されるものではない。それは最終的に、四圍の状況に鑑み、子がイングランドおよびウェールズに常居所を有していると、適切かつ現実的に言えるかどうかにかかっているのである」と述べている (A. (A child) [2006] EWHC 3338 (Fam))。

2 個別事項に関する国際裁判管轄

親権・監護権、面会交流、子の奪取、未成年後見、成年後見（後見開始の審判等）、養子縁組、遺産管理

I EU 規則

(1) 改訂ブラッセルII規則

改訂ブラッセルII規則（2005年3月1日発効、以下、本規則）は、親責任の帰属、実施、委任、制限、終了に関する統一的な管轄規則、およびEU領域内の判決についてのほぼ自動的な判決承認を定めている（ただし、デンマークは除く）。

本規則は、親子関係の成立およびこれを巡る争い、養子縁組、子の名前、未成年子に対する能力付与(emancipation)、扶養、信託、相続、子による犯罪に関する問題には適用されず、子の財産に関しては、子の保護手段についてのみ適用される。（同 1(3)（子の保護に関係しない子の財産に関する問題は、ブラッセルI規則(Council Regulation 44/2001)によって規律される。）

なお、本規則には子の年齢についての定めはなく、この問題は各国法に委ねられている。

本規則 8 条は、親責任に関する原則的管轄規則を定めている。同条は、以下の通り、事件係属時の子の常居所地国（ただし、締約国）に管轄を認めている。

Article 8 General jurisdiction

1 The courts of a Member State shall have jurisdiction in matters of parental responsibility over a child who is habitually resident in that Member State at the time the court is seised.

2 Paragraph 1 shall be subject to the provisions of Articles 9, 10 and 12.

(2) 8 条原則の補完

1) 管轄の拡張(prorogation)

本規則 12 条によれば、同 3 条に基づき婚姻関係事件の管轄を行使する締約国裁判所もまた、親責任に関する管轄を有する。それは、少なくとも夫婦のいずれか一方が親責任を有し、かつ、（裁判所に係属した時点において）その管轄が明示的に、またはその夫婦及び親責任保有者によって明白に認められ、かつその管轄が子の最上の利益に適う場合である。

締約国裁判所はまた、子が当該締約国と実質的関連を（特に、親責任を有する者がその国に常居所を有しているか、子がその国の国民であるという理由で）有しており、かつ、その管轄が、明示的に、または手続の全当事者によって明白に認められ、かつ子の最上の利益に適う場合にも、親責任に関する管轄を有する。

2) 子の所在に基づく管轄

本規則では常居所について定義されていないため、本規則の趣旨に従い、事実的要因に基づいて決定されることになる。

子の常居所に基づく管轄は、特に、子が非常に幼い場合、子が難民である場合、子が国際的に移動している場合にはその判断が難しい。本規則は、そのような場合について、子の常居所が立証されず、かつ 12 条に基づく管轄が認められないならば、子が所在 (presence) している締約国の裁判所が管轄を有すると規定することによって対処している (同 13 条)。

(3) 8 条原則の例外

1) フォーラム・ノン・コンヴェニエンス

伝統的コモンローの意味におけるフォーラム・ノンコンヴェニエンスは、ブラッセル I 規則ではほとんど認められておらず、本規則においても婚姻関係事件では全く認められていない。

しかし、親責任の問題については、フォーラム・ノンコンヴェニエンスの原則が認められ、裁判所は、この原則に基づき、親責任事件の管轄を全面的にまたは部分的に停止することが可能とされている。

この点に関する本規則 15 条によれば、当該子が他の締約国と特別な関係を有している場合、裁判所は、親責任事件の手続を停止(stay)することができ、または他の締約国裁判所に対し当該事件の管轄を引き受けるよう要請することができる。この場合、他の締約国の裁判所は、その事件についてより良く審理することができる場所であり、その管轄の行使は子の最上の利益に適うものと考えられる。

子がその締約国と特別な関係を有していると解されるべき場合は、次の通りである。

- (a) 元の締約国裁判所に事件が係属した後に、他の締約国が子の常居所地となった場合
 - (b) その締約国が子の以前の常居所地である場合
 - (c) その締約国が子の国籍国である場合
 - (d) その締約国が、親責任を有する者の常居所地である場合
 - (e) その締約国が子の財産の所在地国であり、かつ、その事案が、その財産の運営、維持、処分に関する子の保護手段に関するものである場合
- である (同 15(3))。

その事案を審理するのにより良い法廷地があるかどうかを判断するために、裁判所間で直接に、または中央当局を通じて協力し合うことができる (同 15(6))。

2) 面会交流事案における継続的管轄

本規則 9 条は、ある締約国裁判所が親責任関係事件において面会交流権に関する判決を下し、かつ、子が他の締約国に合法的に移動することによって新しい常居所を獲得した場合、以前の常居所地国の裁判所が 3 ヶ月間管轄を行使し続けることを認めている。これは、面会交流権に関する判決を修正するためである。子の新常居所地国の裁判所は、この期間には管轄を有しない。面会交流権を有する者は、通常は、この期間も元の締約国に依然として常居所を有しているであろうから、自らの面会交流権がもはや行使できなくなる場合には、同じ元の裁判所に変更を申し立てることができる。しかし、その者が管轄権を争うことなく裁判手続に参加することによって新しい常居所地国裁判所の管轄を認めた場合には、

もはや9条は適用されない。この規定が面会交流権にのみ関係しているという点は重要である。すなわち、新締約国裁判所が他の問題について判断することは妨げられないのである。

しかし、9条の規定は、子がある締約国から他の締約国へ移るや否や新しい常居所を取得することを前提としているように見える点で問題がある。なぜなら、イングランド法における常居所概念は、新しい常居所が獲得されたと裁判所が判断するまでに一定期間が経過することが要求されるからである。一定期間が経過するまで、元の締約国裁判所は9条により管轄を行使することはできないだろう。なぜなら、子はどこにも常居所を有していないからである。おそらく、この期間は、子の新しい常居所地になるであろう国の裁判所が、子の所在という管轄原因(13条)に基づき管轄を行使することになるだろう。だが、このことは、9条の趣旨、すなわち、面会交流権に関する元の命令を短期間内に変更させるという趣旨を、すっかり無意味なものとしている。

(4) 管轄に関するその他の事項

1) 訴訟係属の抗弁

本規則 19 条は、別々の締約国裁判所において別個の二つの手続が開始された場合につき、*Lis Pendens* のルールを規定している。異なる締約国における親責任に関する手続が、同じ子ども、そして同じ訴訟原因に関連している場合、先訴裁判所の管轄が証明されるまで、後訴裁判所はその手続を停止しなければならない。先訴裁判所が 15 条のフォーラム・ノンコンヴェニエンスに基づき手続を停止しない限り、後訴裁判所は管轄行使を差し控えることになる。

2) 国内管轄

本規則 14 条によれば、いずれの締約国裁判所も 8 条から 12 条に基づく管轄を有しない場合、管轄については各締約国がその国内法によって判断することとなる。そして、それらの判断については、本規則 21 条以下に従い、他の締約国において承認執行されることになる。

本規則は、英国内の異なる法域間にも適用されると解釈すべきである。確かに、管轄に関する他のヨーロッパ規則は単一の法域としての締約国に管轄を分配しており、締約国内の法域間における管轄権の分配をも規律することは求めていないとされる。しかし、14 条は「いずれの締約国裁判所も管轄を有しない場合」に適用される。このことは、本規則に基づきスコットランド裁判所が管轄を有する場合、イングランド裁判所は 1986 年家族法に基づく管轄を行使できないことを示唆している。締約国が不統一法域である場合について規定する本規則 66 条は、常居所や国籍、ドミサイルを、締約国全体におけるものではなく、その国の法によって指定される当該法域におけるものを指し、また締約国の当局は、関連する当該法域の当局を指すものと規定している。66 条は「所在」には触れていないため、13 条における所在に基づく管轄を有する締約国裁判所という文言は国内法によって解釈されなければならない。少なくともその程度まで、国内法は異なる法域の裁判所への管轄の分配に関係しているのである。

改訂ブラッセルⅡ規則が英国内の管轄問題を判断すると解すべきか否かという問題は、異なる結論に至った2件のスコットランド事案(S v. D [2007] S.L.T. (Sh. Ct.) 37 / MB v. CB (Sh. Ct.))に基づいて議論されてきているが、未解決のままである。この議論の結末は、いつか欧州裁判所の判断によって決まることになるだろう。

II 伝統的ルール

EU 締約国裁判所が改訂ブラッセルⅡ規則8条から13条に従い管轄を有していない場合には、同14条により伝統的ルールが適用されることとなる。

(1) 本来的管轄

管轄はイングランド抵触法の一分野である。イングランド抵触法では、忠誠が、イングランド裁判所の管轄規則における至上のものと解されている。なぜなら、子に関する本来的管轄は、後見人(パレンス・パトリイ)としての主権者に由来するものだからである。主権者は、自分に対して忠誠を誓う全ての者に保護を与える。そして、主権者に対し忠誠を誓う(かつ彼の保護を必要とする)人々には、英国国民のみならず、イングランドに所在するすべての人々が含まれる。

したがって、イングランド裁判所は、英国国民である子に対しては、たとえイングランドに所在していなくても管轄を有する。この管轄は、1854年のHope v. Hope 事件において強く主張された。しかし、今日、この理由に基づき管轄が行使されるには、当該子が厳格な意味での英国国民であり、かつ英国の海外領など他の種類の英国籍を持っていないことが求められると考えられている。

また、子がイングランドに所在するか、または常居所を有しているならば、たとえ、その子が外国にドミサイルを有し、イングランドには何らの財産も有さず、かつその子のドミサイルの裁判所が既に後見人を指名した場合であっても、高等法院は当該子に関する管轄を有する。この管轄原因は、貴族院のRe S (A Minor)(Custody Habitual Residence)([1998] A.C. 750)判決によって再確認されている。子S(アイルランド国籍)がモロッコ人父とアイルランド人母の間に生まれたが、両親は結婚しなかった。イングランドの病院で母が死亡した翌日、Sは母方の祖母と叔母によってアイルランドに引き取られ、さらにその翌日、Sの父はSをイングランド裁判所の被後見人とした。母親が死亡当時イングランドに常居所を有していたことが事実問題として立証されたため、Sも、母親の死亡当時、イングランドに常居所を有しているとされた。そこで、貴族院は、母親が死亡したにもかかわらず、常居所をずっとイングランドに有していたSにつき、イングランド裁判所はSの常居所に基づく管轄を有していると判示した。貴族院は、無国籍の子がイングランドに所在していることに基づき、イングランド裁判所は当該子に対する管轄を有するとした以前の控訴審判決(Re P.(G.E.) (A Infant) [1965] Ch.568)を是認し、たとえ命令(判決)時まで子にイングランドから連れ去られ、その国籍国(アイルランド)に居住していたとしても、イングランド裁判所は管轄を行使できると述べている。

ドミサイルを代替的管轄原因とすることについては、先のRe P.(G.E.)判決によって否定されている。イングランド裁判所は、親子関係事件の子に対する管轄について、忠誠の

当然の帰結として保護に基づく管轄を基礎としているのに対し、ドミサイルは人為的概念であるため、忠誠と結びつき得るものが何もないと述べられている。

(2) 後見人選任

イングランド裁判所は、さまざまな場面において、**Children Act 1989** に基づく子の後見人選任の管轄を有している。たとえば、親責任を有する親がいない場合や、親または後見人に一方的に有利な居住命令が出され、その命令が効力を有している間にその親または後見人が死亡した場合である（同 5 (1)(a)(b)）。このような場合の管轄は、高等法院、離婚カウンティ裁判所ないし治安判事裁判所によって行使される。ただし、治安判事裁判所は子の財産に関する問題を扱うことはできない（同 92(4)）。同法に基づく管轄は、本来の管轄と同様、子が英国国民であるか、（イングランドに所在しまたは常居所を有するために）君主に忠誠を負っていることが要件であると解される。

後見人選任事案につき、以前は、イングランド裁判所とスコットランド裁判所の間で管轄が衝突する厄介な問題が多く存在した。スコットランド裁判所は事件をドミサイルに基づく管轄に拠らしめていたのに対し、イングランド裁判所は、主として、所在ないし常居所に基づかせていた。監護事案における管轄抵触に関しては、スコットランド裁判所とイングランド裁判所は、**Family Law 1986** によって満足のいく解決を得ていたが、それらの規定は後見については触れておらず、管轄が衝突する潜在的危険性は残されたままだった。しかし、**Children (Scotland) Act 1995** によるスコットランド法の改革によって、その危険性は大幅に減少した。同法は、子の財産に影響を与える問題につき、スコットランド裁判所の管轄を常居所に基づかせている（**Children (Scotland) Act 1995, s.14**）。

(3) Children Act 1989 および「8条命令」

Children Act 1989 は、子の世話(care)に関する命令に用いられていた以前の文言を変更し、4つの「8条」命令を採用した。それはすなわち、居住命令(residence orders、以前は custody orders)、面会交流命令(contact orders、以前は access orders)、禁止命令(prohibited steps orders)、個別問題に関する命令(specific issue orders)である。8条命令を認める管轄ルールは、**Family Law Act 1986** 第1部に置かれている。これは、イングランドおよびスコットランドの法律委員会(Law Commission)の報告書(Report on Custody of Children Jurisdiction and Enforcement within the United Kingdom)に示された勧告を実現したものである。次の4つの場合に、イングランド裁判所はこれらの命令を下す管轄を有している。

- (a) 離婚、婚姻無効、または法的別居のための手続が係属中である場合（「離婚ベース」）
- (b) 子がイングランドに常居所を有している場合（「常居所ベース」）
- (c) 子がイングランドに所在しており、裁判所の速やかな関与が子の保護のために要求される場合（「緊急ベース」）
- (d) 子がイングランドに所在しており、かつ英国の他のいずれの法域にも常居所を有していない場合（「所在地ベース」）

英国内における管轄の牴触を避けるために、常居所や所在地に基づく管轄権に対して、離婚ベースの管轄が優先されている。緊急管轄は常に利用可能であるが、英国内の他の法域に常居所を有していない場合の管轄がそれに代わって用いられることになろう。優先順位を決する日は申立て日である。そのため、たとえば、命令を申し立てる子の常居所地国裁判所は、たとえ離婚手続が後から英国内の他の法域の裁判所において始められるとしても、その申立てを審理する管轄を有している。これらの原則に基づき英国内の他の法域の裁判所において下される命令は、イングランド裁判所によって下された先行命令に優先する(Family Law Act 1986, 6(1)(2))。

1) 離婚ベース

Family Law Act 1986 は離婚ベースを優先する。イングランド裁判所に子に関する命令を申し立てた日に、スコットランドまたは北アイルランド裁判所に離婚、婚姻無効、または法的別居の手続が係属している場合には、イングランド裁判所は子に関する命令を下す管轄を有しない。しかし、スコットランドや北アイルランドの裁判所が、子に関する命令を下す管轄を放棄する旨の命令を出した場合は別である。イングランド裁判所は、たとえ子が海外にいる場合であっても管轄を行使することができる。これは、婚姻関係手続においては、裁判所が主たる訴えにつき管轄を有する場合はいつでも付随命令を出す管轄を有するという一般原則に基づくものである。したがって、たとえ子が英国国民ではなく、かつイングランドに常居所や居所を有していなくても、婚姻関係問題につき管轄を有しているならば、イングランド裁判所は子に関する命令を下すことができるのである。

イングランド裁判所は婚姻関係手続において Children Act 1989 の8条に基づく命令を下す管轄権を有している（改訂ブラッセルII規則は適用されない）が、当該子に関する問題はイングランド以外で判断される方がより適切であると考えられる場合、イングランド裁判所は、管轄放棄の効力を有する命令を出すことができる (Family Law Act 1986, 2A(4))。しかし、この管轄放棄条項の英国内における効力は必ずしも明らかではない。改訂ブラッセルII規則 14条に基づく国内管轄は、同規則が適用されて初めて可能となるからである。この放棄条項は、おそらく同規則 8条から 13条に基づく管轄がないことを意味するものであろう。管轄放棄条項の英国内における意義は、英国内の他の法域の裁判所が常居所ベースに基づく管轄を行使することを認めることにある。英国内の他の法域の裁判所が、同規則 66(a) (地域的不統一法域における常居所地) とともに読まれるべき Children Act 1989 の8条(常居所に基づく管轄権)による管轄を有すると主張することも可能かもしれない。常居所の裁判所を優先する改訂ブラッセルII規則と、婚姻関係手続の裁判所を優先する Family Law Act 1986 とは果たしてどのように両立するのかは、困難な問題点である。

2) 常居所および居所ベース

イングランド裁判所は、子がイングランドに常居所を有している場合、またはイングランドに所在し、かつ英国の他の法域に常居所を有していない場合には、婚姻関係手続以外にも、Children Act 1989に基づき、居住、面会交流、禁止、個別問題に関する各命令を出す管轄を有している。しかし、親の婚姻関係手続がスコットランドまたは北アイルラン

ドの裁判所に係属しており、かつその裁判所が監護に関する管轄を放棄しない場合には、この管轄は認められない。

これらの事案における管轄は「常居所」ベースないし「居所」ベースに基づいている。もし、英国内で「離婚」ベースが優先されるならば、離婚、婚姻無効、または法的別居の手続がスコットランドまたは北アイルランドにおいて係属している場合、スコットランドまたは北アイルランドの裁判所が、監護に関する管轄を放棄する旨の命令を下さない限り、イングランド裁判所の管轄権は失われる。

Family Law Act 1986 には常居所に関する定義規定はないが、(それ以外の) 個別規定が同 41 条に置かれており、次のような場面について規定している。すなわち、子がイングランドから連れ出され、またはイングランド外に留め置かれ、あるいは子自身がイングランド外に出かけ、または出かけたままであるが、その住所変更前には、子が英国内に常居所を有しており、そして、その住所変更が、英国の常居所地法に基づく子の住所決定権を有するすべての人々の同意なくして生じているか、または英国裁判所の命令に違反して生じている場合につき、同条は、子は、以前に常居所を有していた英国のいずれかの法域に 1 年間継続して常居所を有していたものとして扱う。たとえば、常居所であるロンドンに母と共に居住している子が、父親によって母の同意なくしてベルファストへ連れ出され、北アイルランドが常居所となった場合、常居所ベースに基づくイングランド裁判所の管轄は、子の連れ去りから 1 年間継続する。英国のいずれかの法域に常居所を有している子は、事実上、英国の他の法域に常居所を有している場合にのみ 41 条が適用されると考えられており、連れ去られた子が、他の法域に常居所をまだ獲得していない場合には、同条の適用はない。

3) 緊急管轄

当事者である子がイングランドに所在しており、迅速な管轄行使が子の保護のために必要であると高等法院が考える場合には、裁判所は子に関する本来的管轄権をも行使でき、子の世話、教育、面会交流に関する命令を出すことができる (**Family Law Act 1986, 1(1)(d)**) 。

(4) 手続停止の権限

イングランド裁判所は、事件が他国裁判所で審理されることがより適切である場合には、手続を停止できる広い権限を有している (**Family Law Act 1986, 5(2)**)。裁判所は、婚姻関係手続事案(*De Dampierre v. De Dampierre*, [1998] A.C. 92)と同様の原則を適用する。たとえば、*M v B (Child: Jurisdiction)*[1994] 2 F.L.R. 819 は、次のような事案である。合衆国市民である両親およびテキサス州で生まれた子が、父親が勤務するアメリカ空軍の任務を果たすためにイングランドへやってきた。その後、両親は別居し、父親と子はアメリカへ戻った。共同親権に基づき子が母親とイングランドにいた時、母親はイングランドで手続を開始したが、手続は一向に進まなかった。父親は合衆国裁判所で手続を開始した。イングランド裁判所は、仮にイングランドに事件が係属しても、父親は不便さと費用の問題

に直面するだろうと考え、イングランドの手続は停止された。この事案はアメリカ人家族に関するものであり、アメリカで審理されることが最も適切である。

このような事案においては子の福祉は重要であるが、最も重要なものではないと考えられているようである(Re S. (Residence Order: Forum Conveniens) [1995] 1 F.L.R. 314)

(5) 特別後見命令

Adoption and Children Act 2002 の 115 条 (未施行) は、里親の許にいる年長の子や同伴者のいない難民児童など、実親とは生活できないものの養子縁組が適切ではない子に法的保護を与える命令に関する新しい規定を Children Act 1989 に入れようとしている。この命令は、特別後見人(Special Guardian)が子の養育に関する日常的判断を行うことを認めるものであり、実親の親責任を制限することになるが、養子縁組に同意を与える (与えない) 実親の権利を奪うものではない。

イングランド裁判所は、当事者である子がイングランドおよびウェールズに常居所を有している場合、またはイングランドおよびウェールズに所在しており、英国のいずれの法域にも常居所を有していない場合で、かつ婚姻関係手続がスコットランドないし北アイルランドの裁判所に係属していない場合に、特別後見命令を下す管轄を有している。これらの命令は 8 条命令に関して行われるため、Family Law Act 1986 の改正条文は、改訂ブラッセル II 規則の下でこの命令を下す管轄については触れていないが、改訂ブラッセル II 規則における親責任の定義は、特別後見命令を十分に含み得る広いものであるように思われる。

(6) イングランドからの子の連れ去り

Children Act 1989 における居命令が子に関して有効である場合には、子に対し親責任を有する全ての者の同意書ないし裁判所の許可がない限り、何人といえども当該子を英国から連れ出すことはできない。しかし、このことは、居命令により居住地の決定が委ねられている者による 1 ヶ月より短い期間の子の移動を禁ずるものではない。居命令を下す裁判所は、その法域から子を連れ出すことについても、そして、通常、または休日に子の家族の他のメンバーと知り合わせるなど特定目的のため、許可を出すことができる。しかし、移動先の外国がイングランドに残る親の権利を尊重しないような法制度を有する国である場合、裁判所は許可を出す前に非常に慎重な注意を払うことになる。イスラムの教義に従う国々が関係する事案において、イングランド裁判所は、外国裁判所の命令により外国へ戻された子の (イングランドへの) 返還について公証された合意を要求し、そのようなセーフガードがない場合には、シャーリア裁判官の面前での宣誓を要求する場合もある(Re K (A Minor)(Removed from the Jurisdiction:Practice) [1999] 2 F.L.R. 1084)。

16 歳未満の子についてイングランドからの連れ去りを制限する命令は、その命令を出した法域以外の英国の他の法域においても有効である。その命令が特定の他の法域 (たとえばイングランド) への子の連れ去りを禁じている場合、それはイングランドにおいて、イングランドから当該命令が認めている移動先以外へのさらなる子の連れ去りを禁じる効力を有している(Family Law Act 1986, 36 条)。

子が裁判所の被後見人とされた場合、裁判所命令の必要性に関わりなく適用される、子の連れ去りに対する自動的制約があると解されている(Payne v. Payne [2001] EWCA Civ. 166; [2002] Fam. 473)。このルールを、Family Law Act 1986 が採用するスキームに対応させるため、同 38 条は、被後見人の親の離婚、婚姻無効、または法的別居の手続がスコットランドまたは北アイルランドで係属している場合、または子がこれらのいずれかの国に常居所を有している場合、(いずれの裁判所の同意を得ずとも) スコットランドまたは北アイルランドへ、場合によっては、その国の離婚裁判所ないしその他の管轄を有する裁判所の同意を得た上で他の場所へ、子を移動させることができると規定している。

III 外国命令のイングランドにおける効力

(1) EU 加盟国の命令

改訂ブラッセルII規則は、EU 加盟国(ただし、デンマークを除く)の裁判所で下されたいずれの判決も、特別の手続を要求することなく、他の加盟国において承認されなければならない、と規定している(同 21(1))。利害関係人は、他の加盟国裁判所によって下された親責任に関する判決の承認および執行を、いずれの加盟国においても申し立てることができる(同 21(3))。23 条は、裁判所が他の加盟国において下された判決の承認を拒絶しなければならない理由を列挙している。それはすなわち、その判決が、(a)子の最上の利益の見地から、承認を求められる加盟国の公序に明らかに反する場合、(b)緊急事案を除き、承認を求められる加盟国の手続の基本原則に反して、子が聴聞を受ける機会を得ないまま他国で判決が出された場合、(c)当事者が判決を明白に受け入れたと判断される場合を除き、手続開始の書面またはこれと同種の書面が、防御の準備に十分な時間および方法で送達されなかった当事者の出廷がないまま判決が下された場合、(d)親責任を有する者が聴聞を受ける機会を与えられなかった場合、(e)当該判決が、承認を求められる加盟国において後に出された親責任に関する判決と矛盾する場合、(f)当該判決が、承認を求められる加盟国の承認要件を満たすとしても、子の常居所地である他の加盟国または非加盟国において後に出された親責任に関する判決と矛盾する場合、(g)同 56 条(他の加盟国に子が所在する場合)に規定される手続が遵守されていない場合である。判決を下した加盟国裁判所の管轄は審査されてはならない(24 条)、如何なる事情があろうとも、判決について実質審査が行われてはならない(26 条)。

英国において他の加盟国の判決が執行されるためには、その判決は判決国において執行可能なものであり、かつ英国の関係法域において執行登録がなされていなければならない(28 条)。執行拒否の理由は承認拒否の場合と同じである(31(2))。拒否理由は同じだが、しかし、その適用は異なっている。元のブラッセルII規則においては、承認と執行の二つの場面で事実を変更することが可能であったため、承認場面において公序に明らかに反する事柄につき執行場面においてもそのように言えるかどうか、裁判所が判断した。

改訂ブラッセルII規則は、二つの事案類型においてこの手続を免除している。すなわち、奪取に引き続いての子の返還と、面会交流権の承認および執行である。同規則の主たる関心の一つは、非監護親と子が異なる加盟国に居住している場合にも、子は非監護親に面会

交流することによって継続的に利益を得ていることを保証することにある。したがって、面会交流権を有する者は、判決国裁判所により認可証が作成されたならば、直接に面会交流できるだろう（41条）。面会交流権は、特に、一定期間子をその常居所以外の地へ連れてゆく権利を含むとされている（2(10)）。面会交流に関するプラクティスガイドは、面会交流権が国内法の問題であり、したがって、非監護親、または祖父母など他の家族も保有できることを明らかにしている（24頁）。

(2) 加盟国以外の外国命令：後見命令

子の後見人を選任する管轄をいずれの外国裁判所が有するかについて判断されたことは未だない。おそらく、イングランド裁判所は、当該未成年者の所在国、国籍所属国、または常居所地国の裁判所に管轄を譲るだろう。なぜなら、これらはイングランド裁判所が行使する管轄の3つのベースだからである。外国後見人の地位について異議が申し立てられない限り、その後見人は、イングランドにおいてイングランド後見人のあらゆる権限を行使できる。しかし、外国後見人が選任されても、イングランド裁判所が後見人を選任する管轄を有しているならば、イングランド裁判所は後見人を選任できる。イングランド後見人が選任された場合、とりわけ、子が裁判所の被後見人になった場合、外国後見人は非常に慎重に行動する必要がある。今日、外国後見人とイングランド後見人の間の監護に関する争いにおいて、子の福祉が最初にかつ最優先に考慮されるべきことは明らかである（Children Act 1989, 1条参照）。

外国後見人が裁判所にある被後見人の資金から自分への支払を求める場合、たとえ外国後見人がその外国法に基づき支払を受ける権利を有していても、裁判所は必ずしも支払を命じる必要はない。しかし、その権利が被後見人のために利用されることについて立証を求めることはできる。

(3) 加盟国以外の外国命令：監護命令

外国裁判所によって監護命令が下された場合でも、イングランド裁判所は、未成年者の福祉に鑑み、当該未成年者に適切と考えられる監護命令をイングランドにおいて下すことができる。この原則にあてはまる例は、枢密院で下された **McKee v. McKee** 判決([1951] A.C. 352)であり、事案は以下の通りである。合衆国に居住するアメリカ人の両親が法定別居し、他方の同意書がない限りアメリカから子を連れ出さないことについて、互いに同意した。1945年、カリフォルニアの離婚手続において、母親にはその少年の監護権が、父親には面会交流権が、それぞれ認められた。その時点では、カリフォルニア裁判所が出された以前の監護命令に従い、その少年は父親と生活していた。1946年、父親は監護命令に関する最後の上诉で負けたことを聞き、彼は、同意に違反し、母親の同意を得るどころか母親に知らせることすらせずに、少年をオンタリオへ連れ去った。そこで母親はオンタリオで人身保護手続を開始した。1947年、11日間の聴聞を経て、オンタリオの裁判官は少年の監護権を父親に与えた。この判断は、オンタリオの控訴審では認容され、カナダの最高裁では破棄され、枢密院によって再び認容された。McKee事件の手続全体は長い年月を費やし、それ自体関心の的だったが、結局のところ、ルールを明確にするものでは

なかった。外国の監護命令が出ていても、オンタリオ裁判所はその問題を子の福祉の見地から再審査できるということが判断されたにとどまった。しかし、裁判所が最上と考えた場合には、本案に関する完全な再審査という方法で、またはより手っ取り早い方法で、裁判所が子を迅速に返還することについては未解決のまま残された。

外国監護命令を拒否するにあたり、イングランド裁判所は二つの点について考慮する必要がある。その一つは、監護命令は本質的に最終的なものではなく、その命令を下した裁判所による再審査にいつでも従うということである。二つ目は、**Children Act 1989**によれば、子の福祉は最初にかつ最優先に考慮すべき点だということである。

このことは、イングランド内の事案のみならず、外国裁判所が下した先行の監護命令に関する事案にも適用されると解されている。しかし、このアプローチは不利である。なぜなら、これは子の生活に不確実さと不安定さを生じさせ、かつ外国裁判所により監護権を否定された親がイングランドでより望ましい判決を求めるための訴訟を促進しかねないからである。そこで、異なるアプローチとして、**Family Law Act 1986**は、英国の他の法域で下された監護命令は英国の各法域において承認すること、およびその登録と執行のための体制を規定した（25条）。**Child Abduction and Custody Act 1985**は、一定の事案において、外国の監護権および面会交流に関する判決の承認を規定する二つの国際条約（監護権の執行に関するEC条約（ルクセンブルグ条約）、およびハーグ子奪取条約）にイングランド法上の効力を認め、かつ改訂ブラッセルII規則は、加盟国における子の奪取に関する補充的規則を定めている。

これらの規定ではカバーされない事案において、どの程度外国監護命令がイングランドで重視されるかは、その事案の事情次第とならざるを得ない。

IV 国際的子奪取関連

(1) 国際条約総説

Child Abduction and Custody Act 1985は、1980年に締結された二つの国際条約に英国における法としての効力を与えている。一つは、ECが作成したルクセンブルグ条約であり、もう一つはハーグ国際私法会議によって起草されたハーグ国際子奪取条約であり、これは奪取された子を常居所地国へ返還することを主たる目的とするものである。各条約は、現在の監護権を保護し、それらの権利に違反した国際的な子の奪取をなくすことを目指している。その結果、奪取された子がイングランドで見つかり、いずれかの条約の適用が申し立てられた場合、本案を審理し、何が子の福祉に最も適うかを判断するイングランド裁判所の権限は、影響を受けない。改訂ブラッセルII規則はこれら両条約に優先し、EU内ではルクセンブルグ条約の規則に実質上取って代わり、ハーグ条約についてはこれを補うものとなっている。

(2) ルクセンブルグ条約

ルクセンブルグ条約（European Convention on Recognition and Enforcement of Decisions Concerning Custody of Children and on the Restoration of Custody of Children 子

の監護に関する判決の承認執行および子の監護の原状回復に関するヨーロッパ条約)は EC の援助の下で準備され、1980年5月20日に署名された。Child Abduction and Custody Act 1985 は、判決の承認執行は扱うが、ハーグ条約が優先される奪取は扱わないこのルクセンブルグ条約の規定に対し、一定の取捨選択の上で効力を与えている。もし、イングランド裁判所に両条約に基づき申立てが行われたならば、ハーグ条約に基づく申立ての方が優先される(Child Abduction and Custody Act 1985, 16(4)(c))。次々と生じるヨーロッパ規則の採用および EU の拡大は、今やルクセンブルグ条約が非常に限定的な効力しか有し得ないことを意味している。

(3) ハーグ条約

ハーグ国際私法会議の援助の下で作成されたハーグ子奪取条約(Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction、以下、本条約)は、1980年10月25日に署名された。Child Abduction and Custody Act 1985 の第1部は、このハーグ条約を施行する方法である。本条約は、法によって、または司法・行政機関による監護判断と同様の法的効力を有する合意によって他の締約国において生じる監護権に関係する。また本条約は、監護権に違反した子の不法な連れ去りまたは留置の事案を扱い、子の常居所地国への半ば自動的返還を土台として機能する。本条約が機能的に作用するか否かは、各締約国の中央当局の体制如何にかかっている。

(4) 改訂ブラスセルⅡ規則

改訂ブラスセルⅡ規則は、EU 内での親による子奪取をさらに防止するため、次のように規定する。すなわち、本条約は引き続き適用されるが、EU 加盟国間の子奪取事案においては、本条約に優先する一定の規定により補完される(60(e))。

同規則は、子が不法に連れ去られまたは留置される直前に加盟国に常居所を有していた場合、子が他の加盟国に常居所を得るまでは、加盟国裁判所が子に対する管轄権を持ち続けることを規定している(10条)。新しい常居所の獲得は、子に対して監護権を有する全ての者が連れ去りを黙認していたか、子が1年間新しい国に居住しそこに馴染んだことを監護権を有する全ての者が知っていた場合のみ、本条約の趣旨に沿ったものとして認められる(10(a)(b))。その上、その期間返還請求が行われず、または返還請求が撤回され、または規則11条(7)に従い終結し、または判決を下した加盟国の判決が子の返還を伴っていないという要件を満たさなければならない。さらに、この継続的管轄権は、判決国裁判所が子の返還を命令しない場合であっても、非監護親の面会交流については判断することを認めているものと解されている。

本条約に基づき、加盟国当局に対し、常居所地である加盟国への子の返還を求める申立てが、個人、施設その他の監護権を有する団体によってなされる場合、同規則11条は、補充規定および権限授与規定をいろいろ置いている。本条約12条および13条(返還拒否事由)を適用する場合、裁判所は、年齢または成熟度の理由により聴聞が不適切でない限り、子が聴聞を受ける機会を与えられていたことを確認しなければならない(11(2))。子の

返還を求める申立てがなされたる裁判所は迅速に行動しなければならない、例外的事情がある場合を除き、申立時から6週間以内に判断を下さなければならない。その期間には上訴期間も含まれる。

返還後の子の保護を確保するために適切な措置がなされることが証明されるならば、裁判所は、申立人が聴聞を受ける機会を与えられなかったり、本条約 13(b)の理由がない限り、子の返還を拒否することができない(11(4))。この革新的規定は、13(b)の抗弁の利用を抑えることによって、子の即時返還の原則を強化しようとするものである。常居所である加盟国において適切な保護手段が実施されていることが証明されるならば、たとえ子が返還されたならば深刻な危険のリスクを負うだろうと奪取先の裁判所が考えたとしても、返還しないという裁量は排除される。裁判所間の礼譲および相互信頼という概念があまりにも広げられ過ぎていないかどうかは疑問である。いくら国家が洗練された保護制度を構築しても、暴力を振るう親がその制度に従うかどうかはわからないからである。

子の奪取先の加盟国裁判所が本条約 13 条に従い返還拒否命令を出した場合、その裁判所は、その命令および全ての関連書類のコピーを、子の常居所である加盟国裁判所または中央当局に直ちに送らなければならない(11(6))。常居所の裁判所または中央当局は、それを当事者に告知し、告知日から3ヶ月以内に子の監護に関するその裁判所に submission を行うよう勧める。もし3ヶ月以内に submission が行われなければ、その事案は終了したものと考えられる(11(7))。この規定は、返還拒否命令が承認されるや否や、奪取先の加盟国が監護権の本案に関する管轄を引き受けることを禁じている。

返還拒否に関する厳格な理由があると考えられたため、奪取先の裁判所が返還拒否命令を出した場合でも、規則に基づき管轄権を有する裁判所、すなわち、奪取直前に子の常居所があった国の裁判所は、規則 42 条に規定される迅速な追跡システムにより、執行可能な返還命令を出すことができる。この場合、執行可能性の宣言は不要であり、かつ承認が反対される可能性もない (42(1))。つまり、奪取前の子の常居所地裁判所が最終決定権を有していると言える。このようないわば「奥の手」命令は、加盟国当局間の相互信頼および相互尊重という同規則の方針からは逸脱しているように思われる。

V 成年後見（後見開始の審判等）

(1) Mental Capacity Act (2005) とハーグ条約

2005年に成立した精神能力法(Mental Capacity Act, c.9)は、その63条において、イングランドおよびウェールズにおいて、成年者の国際的保護に関するハーグ条約(Hague Convention of 13 January 2000 on International Protection of Adults)の国内実施を認める旨を明確にしており、この国内実施に関する規則が、同法附則(Schedule)3に置かれている(ハーグ国際私法会議HPによれば、英国における同条約の国内実施は2009年1月1日)。

(2) 管轄に関する規定

管轄に関しては、上記附則7条から10条に規定がある。

裁判所が管轄を行使できるのは、原則として、次のいずれかの場合である。①対象となる成年者が、イングランド・ウェールズに居住している場合、②その成年者の財産が、イングランド・ウェールズに所在する場合、③緊急の場合には、その成年者がイングランド・ウェールズに所在しているか、その成年者が財産をそこに所有している場合、④その成年者に関し、イングランド・ウェールズに与える影響が一時かつ限定的な保護措置が提案される場合には、成年者がイングランドに所在している場合(7条1項)。なお、保護措置一般に関しては、同附則5条などを参照。

また、イングランド・ウェールズに所在する成年者は、①常居所が確認できない場合、②難民である場合、③常居所地国内の動乱のため強制退去させられた場合には、イングランド・ウェールズに常居所を有する者として扱われる。

さらに、対象となる成年者が、①英国国民で、②スコットランドや北アイルランドより、イングランド・ウェールズにより密接な関係を有し、③7条に該当する場合にも、裁判所は権限を行使し得る(8条2項)。

(3) 承認・執行に関する規定

上記附則19条から25条は、承認・執行に関する規定である。

19条1項によれば、イングランド・ウェールズ以外の国の法に基づきとられた成年保護措置は、その成年者がその国に常居所を有していた場合には、イングランド・ウェールズにおいて承認される。イングランド・ウェールズの管轄基準に照らして認められる場合も同様である(同条2項)。ただし、その保護措置がとられた事案が緊急のものではない場合、成年者が審問の機会を与えられていなかった場合、不作為が自然的正義違反(breach of natural justice)になる場合には承認されない(同条3項)。また、保護措置の承認が明らかに公序に反する場合、保護措置がイングランド・ウェールズの強行規定に相反する場合、なども同様である(同条4項)。

VI 養子縁組

(1) イングランドにおける養子縁組立法とその概要

イングランド法は、Adoption of Children Act 1926年まで、養子縁組に関する法律を有していなかった。また、Adoption Act 1950によって初めて、養子は養親の子としてその相続権を得たのだ。現在、養子縁組に関する事項は、Adoption and Children Act 2002によって規律される。この法律は、地方当局に「世話を求めてもらう」養子縁組の利用を広げようとするものである。また、同法は、養子縁組手続において子の福祉を最大限に考慮するよう求めることによって、養子縁組を、Children Act 1989の延長線上に置こうとしているのである。国際養子縁組に関するハーグ条約(以下、養子縁組条約)は、国際養子縁組法(Adoption(Intercountry Aspects)Act 1999)において既に実施されていたが、それは現在、先の2002年法にとって代わられている(ハーグ国際私法会議HPによれば、UKにおける同条約の国内実施は2003年6月1日)。

イングランドおよびスコットランドにおいて、養子縁組は、裁判所の決定によってのみ有効になし得るものであり、その決定は、主として、それが子の福祉に適うものであることを確認するための司法調査を経た後に下される。イングランドでは、そのような決定は、**High Court**、郡裁判所、ないし治安判事裁判所によってなされる。外国では、養子縁組が、裁判所の許可や、宗教的儀式すらなく、当事者間の契約のみによって有効になされ得る所もある。イングランドおよびスコットランドにおいては、養子となる子は **18 歳未満**で未婚の者でなければならない（シヴィルパートナーシップの当事者であることも認められない）。しかし、多くの国々では成年者の養子縁組も可能である。イングランドの養子決定の効力は、養親に養子に対する親責任を与えることにある。これは、実質的に、法によって両親が嫡出子およびその財産に関して有していた全ての権利と義務を、養親に移転するものである。

(2) イングランド法による養子縁組

Adoption and Children Act 2002（近く改正予定、以下 **2002 年法**）に基づき、養子縁組申立時点において **18 歳未満**の子を養子とする旨の申し立ては、申立人ないし夫婦の一方が、**ブリテン島(the British Islands)**のいずれかにドミサイルを有しているか、申立日以前の少なくとも **1 年間**、ブリテン島のいずれかに常居所を有していた場合に可能である（同法 **49 条 3 項**）。申立てがカップルによってなされる場合、そのいずれもが **21 歳**を過ぎていなければならない。あるいは、夫婦の一方が子の実母ないし実父である場合には、その者が **18 歳**を越えており、かつ他方の者が **21 歳**を越えていなければならない。養子縁組の申立ては、**21 歳**を越えているならば、未婚、あるいはシヴィルパートナーでない者でも行うことができる。既婚、あるいはシヴィルパートナーである一方の者による申立ては、その者がその子の母親または父親のパートナーである場合、またはその者の配偶者またはシヴィルパートナーが見つからない、ないし病気のため申立てをすることが出来ない、または配偶者やシヴィルパートナーが別居している、ないし別居が継続するであろう場合にのみ行うことができる。「カップル」という語の定義は、結婚している夫婦か、永続的な家族関係においてパートナーとして生活しているカップルである。

裁判所は、次の要件のうちいずれか一つが充足される場合に、養子縁組を認めることができる。すなわち、①各親ないし後見人がその養子決定に同意し、または裁判所の決定によって同意が免除される場合、②子が養子縁組機関によって養親の所に置かれた場合、③子がスコットランドまたは北アイルランドでなされた解放決定の対象である場合、である。

子がイングランドにドミサイルを有するか居住している等の管轄に関する要件は存在しない。唯一の制約は、子は未婚で、シヴィルパートナーとなつたこともなく、養子決定日において **19 歳未満**でなければならない、ということである。しかし、**2002 年法 42 条**は、養子決定が行われるためには、申立人の類型に応じて **10 週間から 3 年間**、子が申立人の家 (**home**)で過ごさなければならない、と定めている。養子縁組機関は、養親の家で養親と過ごす子を観察する機会を十分に有していなければならない。したがって、子は、少なくとも申立日においては管轄内（イングランド）に居住していなければならないことに

なる。同様の規定は **Adoption Act 1976** にも存在しており、**Re Y. (minors) (Adoption: Jurisdiction)**事件 ([1985] Fam.136)において、養子縁組機関は養親の家で過ごす子を観察する十分な機会を有していなければならないという要件は命令的なものであり、(申立人は養子縁組の意図を地方当局に通知することが要求されるが)「家」はその地方当局の領域内になければならない、という判断がなされた。この結果、申立人が英国のいずれかの地域にドミサイルは有しているが、常居所は有していないという場合につき、裁判所が養子決定を行う事案数が減少するに違いない。しかし、**Re S.L. (Adoption:Home in Jurisdiction)**事案([2004]EWHC 1283(Fam))において、**Mumby** 裁判官は、**Re Y** 事案とは区別した上で、通知の時点で、(養親の家で養親とともに過ごす子を観察する機会を、養子機関に十分に与えるため)、子は特定の地方当局の領域内にある申立人の家で過ごしていなければならないが、これは、養子決定が出るまでの一定期間、子が養親と過ごす「家」が「一つ」でなければならないことを意味するものではなく、二つのテストはそれぞれ異なる法目的を有している、と判示した。したがって、**Re S.L.**事件において、(養子縁組の要件として養子縁組直前の1年間イングランドに居住していることが要求されているにもかかわらず)申立人がイングランドからスコットランドへ引っ越したという事実は、養子決定を行う裁判所の管轄にとっては重大なことではないのである。

Children and Adoption Act 2006 およびその規則によって補足される**2002**年法は、ブリテン島外の国に常居所を有する子を、養子縁組のために、ないし養子縁組条約が認める養子縁組以外の養子縁組のために、英国内に連れてくる事が出来るか否かに関し、要件を課している。規定された要件に違反した場合には、最長1年の禁固刑に処せられる(**2002**年法**83**条**8**項)。**2002**年法の他の規定に違反した場合、たとえば金銭を授受した場合などもまた刑事罰が科される。あるいは、養親になろうとする者が、子の親でも親戚でも後見人でもない場合に、子を養子縁組機関以外の者に引き渡したり、養子縁組機関以外の者から子を引き取ったりする、いわゆる「非機関事案」の場合も同様である。さらに、養子縁組目的で、子を特定の国(その国が養子縁組条約の締約国である場合も含む)から英国内に連れ込むことも、公序の観点からの制約が国務大臣によって課される。その例は、カンボジア(SI 2008/1808)とグアテマラ(SI 2008/1809)である。

(3) 養子縁組条約における養子縁組

国際養子縁組に関するハーグ条約(1993年)に英国国内法としての効力を認めたものが、**Adoption (Intercountry Aspects) Act 1999**であり、英国は、**2003**年**6**月**2**日に、同条約を批准した。以来、**1999**年法は修正をたびたび受け、また、**2002**年法や、**Intercountry Adoption(Hague Convention) Regulations 2003**、および**Adoptions with a Foreign Element Regulations 2005**によって補充されている。

養親になろうとする者が海外にいる場合

イングランド・ウェールズにドミサイルも常居所も有していない者(カップル)が、ブリテン島以外の国の法に基づき子を養子として迎えようと考えた場合、**High Court**は、子に対する親責任を彼らに与える決定を出すことができる。しかし、その場合、子がその養

親となろうとする者の家で一緒に生活していなければ、その決定を下すことはできない。また、養親になろうとする者がカップルの両方である場合には、手続が行われる10週間の間ずっと家で子と生活しなければならず、その間は管轄内(イングランド・ウェールズ)にいないといけないことになる。 **Re Ge (A Child)(Adoption: Placement Outside Jurisdiction)**([2008] EWCA Civ. 105)において、控訴審裁判所は、この要件の目的は、養親になろうとする者と養子との間につながりができることを確実にすること、および養親の適格性を当局が評価する機会を作ることにあると述べた。この要件については、海外の養親希望者の負担があまりにも大き過ぎるとの批判がある。2002年法86条によれば、規則により、特に、血縁の親戚による養子縁組の場合など、この要件を変更したり適用しないことができることになっているが、その権限は今まで行使されたことがない。仮に、その権限が行使されたならば、アメリカに居住する家族が養親となろうとした事案には有効に機能したであろう (**Re G.(A Child)(Adoption: Placement Outside Jurisdiction)**([2008] EWCA Civ. 105))。養母となろうとする者がイングランドにいる子と10週間過ごしたが、養父となろうとする者は3週間しか過ごさなかったその事案において、裁判所は、この状況においてはそれは法の目的を満たすのに十分であると判示した。

(4) 外国養子縁組の承認

1) ブリテン諸島における養子縁組

スコットランドで下された養子決定がイングランドで承認されることは疑いようもないし、このことにつき、現在では明文規定が置かれている(2002年法105条)。北アイルランド、チャンネル諸島、マン島で下された養子決定がイングランド・スコットランドで承認されることもまた、明文で規定されている(同法106条、108条)。

2) 海外養子縁組(Overseas Adoptions)

2002年法87条は、国務大臣に、ブリテン諸島以外の国の法に基づき有効とされる養子縁組を「海外養子縁組」として特定する権限を与えている。その趣旨は、広い意味で英国と同様の海外の養子法に基づき海外で認められた養子縁組を容認しようとするものであり、命令(SI 1973/19およびその修正命令)によって、それらの海外諸国は特定されている(SI 1973/19 Schedule)。そこには、コモンロー諸国の大部分(ただし、インドおよびバングラディシュは除く)、すべての西欧諸国、ユーゴスラビア、ギリシャ、トルコ、イスラエル、南アフリカ、中国、アメリカが含まれている(日本は含まれていない)。この命令の下では、養親と養子縁組が有効に認められる必要のある国との間に、ドミサイルなど、管轄を生み出す結び付きは何ら要求されない。唯一の制約は、養子縁組が、コモンローないし慣習法ではなく、制定法に基づき有効とされなければならない、ということである。すなわち、養子とされる者は18歳未満、かつ未婚でなければならず、承認は、公序に反して行われてはならない。このことを満たすならば、承認は自動的になされる(2002年法66条、67条)。

3) 養子縁組条約による養子縁組の承認

養子縁組条約 23 条は、養子縁組が行われた国の権限ある当局によって、本条約にしたがってなされたことが証明された養子縁組は、他の締約国において法律上当然に承認される、と規定している。締約国は、そのような養子縁組が、子の利益を考慮に入れてもなお、明らかにその国の公序に反する場合にのみ承認しないことができる。2002 年法 66 条は、養子縁組条約に基づく条約の承認に言及する。同条約は、永続的な親子関係を作り出す養子縁組（実親との関係を断絶する養子縁組）のみをカバーするものである。しかし、場合によっては、子とその実親との法的関係を断ち切らない養子縁組（「単純養子縁組」と呼ぶ法体系もある）に変換され得ることも規定している（同条約 26 条、27 条）。同条約に基づく養子縁組は、イングランドにおいては、たとえば実親の遺産を養子が相続できるといった断絶効を持たない養子縁組よりも、子の身分についての効力がより制限的な養子縁組として承認されるということを、**High Court** が指示できるようにするための手続を、2002 年法 88 条は規定している。

4) その他の養子縁組の承認

上記以外の養子縁組についてのイングランドにおける承認は、コモンローに従う。多くの養子縁組は、「海外養子縁組」として特定されているので、コモンローで規律される残りの範囲はごくわずかである。しかし、それは、たとえば、東欧諸国、トルコ以外の中東諸国、パキスタン、日本、少数の中南米諸国においてなされた養子縁組には用いられることになろう（なお、インドの養子縁組は、コモンローに基づき承認される）。また、「海外養子縁組」として特定される国々においてなされた養子縁組についても、その養子縁組が慣習法やコモンローに基づき有効とされ、あるいは成年者養子に関わる場合には、コモンローが適用される。

では、コモンローにおける承認ルールとはどのようなものなのか？ **Re Valentine's Settlement ([1965] Ch.831)**における控訴審裁判所の多数意見は、デニング卿の言葉を用いれば、次の通りである。コモンローでは、「他国における養子縁組は、養親がその国にドミサイルを有し、養子が通常そこに居住している場合にのみ、我が国の裁判所は、承認することになろう」。しかし、子の通常の居住が承認要件として必要か否かについてははっきりしないとす少数意見もあった。その事案では、南アフリカにドミサイルを有し居住していたと推測される二人の子につき南アフリカで行われた 2 件の養子決定の承認を、控訴審裁判所は拒否している。それは、申立人が南ローデシア（現在のジンバブエ）にドミサイルを有しており、南ローデシアの裁判所は、南アフリカの養子縁組を承認しないことが証明されたからであった。この判決は、南アフリカの養子決定が南ローデシアの裁判所によって承認されるならば、何の問題もなくその養子縁組は承認されたであろうということを示唆している。したがって、おそらく次のように言うことができるだろう。コモンローでは、外国養子縁組は、養親がその外国にドミサイルを有しているか、養親がドミサイルを有している国において養子決定が承認されるならば、イングランドにおいて承認される、と。

5) 公序要件

上記事案において、デニング卿は、承認することが公序に反する場合には、外国養子縁組は承認してはならない、という警告を発している。外国養子縁組を容認するか否か判断する際にこの公序要件に留意することは、通常よりも重要となる。なぜなら、養子縁組の目的および効力につき、イングランド法とはかなり異なる外国法があるからである。それゆえ、養子縁組が子の福祉とは全く異なる目的でなされた場合、少なくともその効力の一部については、イングランドにおいて承認を拒否しなければならないだろう。極端な例であるが、ある外国法が 50 歳の独身男性が 17 歳の未婚女性を養子に迎えることを認める場合でも、イングランド裁判所は、その男性にその女性の監護権を与えることはしないだろうが、男性の死亡時に、その女性が、男性の「子」としてその遺産を相続することは認めるだろう。外国法とイングランド国内法との単なる相違は、公序により承認しないことの原因としては十分ではない。特に、養子の年齢が 18 歳を越えることとか、養子縁組が裁判所の決定によらないことは、承認を妨げるものではない。重婚や協議離婚を承認する準備のある法制度は、外国養子縁組の承認についてそれほど神経質ではない。イングランドにおける「海外養子縁組」の承認は、公序の見地から拒否できるが、ブリテン諸島のいずれかの地域でなされた養子縁組の承認が拒否できないことはもちろんである。

6) 外国養子縁組に関する宣言

外国養子縁組の有効性に関する宣言については、**Family Law Act 1986** に規定が置かれている (57 条。ただし、2002 年法附則 3 の 49 項も参照)。そのような宣言を求めることができるのは、養子縁組(養子縁組条約に養子縁組、2002 年法に規定される海外養子縁組、イングランド・ウェールズ法により承認されかつブリテン島以外の外国法に基づき有効とされる養子縁組)の申立人のみである。申立人が、上記養子縁組のために指名された者の養子である、またはそうではないという宣言は、養子縁組によって与えられる身分に関する 2002 年法 67 条における申立人の地位を決定する。

管轄ルールは、他の家族法問題の宣言に用いられるルールと同様である。したがって、申立人が申立日においてイングランドにドミサイルを有しているか、申立日までの 1 年間ずっとイングランドに常居所を有している場合にのみ、イングランド裁判所は管轄を有することになる。

VII 遺産管理

(1) 序

遺産の扱い方について、イングランドの法制度は、近代的大陸法制度とは大きくかけ離れている。イングランド法における大原則は、裁判所から最初に遺産管理権限を得た者以外に、死者の財産を扱う資格を有する者はいない、というものである。もし、死者が遺言執行者を指名していて、その者が進んで行動するならば、遺言の検認の許諾(**grant**)を得た遺言執行者によって、必要的権限は認められることになる。もし、死者が遺言を残さずに

死亡したならば、たとえば、近親者のうちの一人、債権者など、いずれかの者が、遺産管理状の許諾を得ることによって、必要的権限を認めてもらうことになる。遺言書はあるものの遺言執行者がいない場合には、遺産管理状は、「遺言書に付いている」ものとされる。遺言執行者ないし遺産管理人（一般的に、人格代表者と呼ばれる）は、死者の財産を引き継ぎ、遺産の債務、義務、および費用を清算しなければならない。すなわちこれは、遺産管理の過程なのである。そして、人格代表者は、遺言により、または無遺言の場合、資格を得た者たちに残余分を分配する。「相続」の問題は、この遺産の正味の残余分についての受益的分配に関わるものである。

大陸法諸国においては、死者の財産は、直接に、死者の相続人ないし包括受遺者に渡るのが原則である。したがって、イングランド法における意味での人格代表者は、指名される必要がないし、人格代表者が指名されても、彼らの義務は、通常は、監督的性質を有するものに過ぎず、イングランド法的人格代表者とは全く異なるものである。しかし、たとえ、外国法がそうであるにしても、イングランド内にある財産は、決して、外国の相続人や包括受遺者に、直接わたることはない。イングランドの遺産管理権限が付与されなければならないのである。

なお、英国は、被相続人の財産の国際的管理に関するハーグ条約（1973年）については署名のみで、批准は行っていない。

(2) イングランドの遺産管理権限付与

遺産管理権限付与に関する実務は、**Non-Contentious Probate Rules 1987**（修正含む。以下、1987年規則）によって規律される。これらの法は、裁判所、実際には検認登録当局、に広い裁量を与えている。しかし、遺産管理に関する議論は、大法官部(**Chancery Division**)の手続が対象とされている。

1932年まで、イングランド裁判所は、イングランドに所在する遺産がある場合にのみ遺産管理権限を与えることができたが、この制約は、非常に不便な場合を生じさせ得る。イングランドにドミサイルを有する死者が、財産を大陸法諸国に残していた場合、外国裁判所は、人格代表者がイングランドで遺産管理権限が与えられるまで、その者に遺産管理権限を認めることを拒否することもある。その場合に、もし、死者がイングランドに財産を残していなかったならば、もはやどうしようもない。したがって、**Administration of Justice Act 1932**は、たとえ死者がイングランド内に遺産を残していない場合にも、裁判所は、死者に関する遺産管理権限を付与する管轄を有しなければならないと規定した。しかし、イングランド内に遺産が全くなく、かつ死者が海外にドミサイルを有している場合、裁判所は、遺産管理権限の付与を非常に嫌がる。

1) 分割遺言(**separate wills**)

遺言者は、財産をイングランドと外国に分けて、別個に遺言書を作成することがある。一つの文書が他の文書を裏付けることになるならば、それらはともに、遺言者の最後の遺言となり、人格代表者への遺産管理権限付与を求める遺言執行者は、その二つについて検認を行わなければならない。しかし、もしそれらの遺言が互いに独立したものであるなら

ば、外国遺言についても検認の許諾を与える理由がない限り、実務上、イングランドの遺産に関する遺言についてのみ検認を認めるべきである。

2) 遺産管理権限が付与される者

外国にドミサイルを有する者が死亡した場合、裁判所は、まず、死者のドミサイルの裁判所によって遺産管理人として選ばれた者に、遺産管理権限を付与しようとするだろう(1987年規則 30条(1)(a))。ドミサイルにおける遺産管理が「主たる遺産管理」と呼ばれるのに対して、イングランドにおける遺産管理は「従たる遺産管理」と呼ばれることになる)。もし、たとえば、そのドミサイル国ではまだ遺産管理権限付与の申立てがなされていないなかったり、また、その裁判所が、イングランド法の意味における人格代表者を指名しないなどの理由で、そのような者がいない場合には、遺産管理権限は、ドミサイル法により遺産を管理する資格を有する者に付与される(1987年規則 30条(1)(b))。しかし、そのように権限を付与することは、あくまでも裁量的なものであって、裁判所は、他に適切な者がいればその者に遺産管理権限を与えることもできる。

死者が、遺産管理人などを指名し、あるいは、その者の、イングランド法に従った文言で明記された義務が「文言によれば」遺言執行者の義務を構成するのに十分であるような、イングランド・ウェールズにおいて形式的に有効な遺言を残した場合、検認の許諾はその者に認められるだろう。ドミサイル法が、人格代表者の権限を死者の死亡時から一定期間内に制限している場合、そのような制限はイングランドにおいては無視される(Estate of Goenaga, [1949] p.367)。

外国において指名された人格代表者は、イングランド法により適切に権限が付与される者でなければならない。したがって、裁判所は、未成年者である外国の人格代表者に権限を付与することはしないだろう。そして、未成年者がいる場合、または、遺言に従い、または無遺言の場合に生ずる生涯権がある場合、裁判所は、通常、二人以上の個人、または信託会社に権限を付与しなければならない。したがって、たとえ一個人がドミサイル法によって遺産管理の権限を認められていても、イングランドでは、そのような者には権限が与えられないのである。

Consular Conventions Act 1949によれば、枢密院の命令により、その法が外国の領事にまで拡張され、その国の国民が、イングランド内に所在する財産に関し検認または遺産管理の許諾を得る資格を有しており、イングランドに居住しておらず、かつ、弁護士による裁判所への許諾の申立てがなされていない場合には、裁判所はその外国の領事に権限を認めることができる。

(3) イングランド外でなされた許諾(権限付与)などの承認

1) スコットランドおよび北アイルランドにおける許諾

Administration of Estates Act 1971の1条は、スコットランドまたは北アイルランドにドミサイルを有する者が死亡した場合、スコットランドの「確認」または北アイルランドの許諾は、他に何らの方式も要することなく、最初からイングランドの High Court によ

ってなされたものと同じように扱われる、と規定する。もちろん、スコットランドおよび北アイルランドにおいても、イングランドの許諾はそのまま承認されるという相互の保証が存在している。北アイルランドとスコットランドの間も同様である。

2) コモンウェルス諸国における許諾

Colonial Probates Act 1892によれば、枢密院の命令により同法が適用される国においてなされた人格代表者の許諾は、検認登録とともに印影を付されるから、イングランドの許諾と同様の効力を有することになろう。同法は、コモンウェルスのほとんど全部に適用される。同法は、死者が許諾が行われる国にドミサイルを有することを要求していないが、検認登録機関は再封するか否かについての裁量を有する。特別の事情がない限り、ドミサイルの裁判所によらない許諾は再封されないだろう。ただし、たとえば、英語またはウェルシュ語で書かれた遺言書において指名された遺言執行者や、ドミサイル法によって遺産管理の資格を与えられた者など、イングランドにおいて本来の許諾が与えられる資格を有する者に許諾が与えられた場合は除く。

3) 外国において選任された人格代表者

イングランドにおいて死者を代表したいと考える外国で選任された人格代表者（以下、外国人格代表者）は、イングランドの許諾を得なければならない。死者の財産に干渉するその他の者は、人格代表者と同様の責任を負うが、人格代表者と同様の特権は有しない。しかし、外国に所在する遺産債務者に対して勝訴判決を得た外国人格代表者は、イングランド法上の許諾を取得せずとも、人的能力により、イングランドにおいてその判決を執行し得る。

イングランドの許諾を得ていない外国人格代表者は、外国人格代表者の法的資格において保持した財産や行った行為につき、イングランドでは責任を問われることがない。しかし、外国人格代表者は、責任を引き寄せる行為、たとえば、遺産に関する契約をイングランド内で締結したり、不適切な投資を行ったり、さらにはイングランドにある資産に干渉するなどした場合には、債務者や受託者と同様、自らの不法によってイングランドでも遺言執行者として責任を負うことになろう。

5. アメリカ合衆国

(執筆担当：筑波大学 村上 正子)¹

I 国際裁判管轄全般

1. アメリカ法における管轄

Judicial jurisdiction (Jurisdiction to Adjudicate) は、被告を個人的に拘束し、あるいは被告の財産に対する利益に影響を与える判決を下す裁判所の権限であり、これは連邦憲法の適正条項 (Due Process) によって限定されている。法廷地と被告、請求の原因となっている行為 (取引) もしくは影響を受ける財産との間に十分な関連性がある場合には、管轄権の行使はデュープロセスを侵害しない。

事物管轄権 (Subject matter jurisdiction) は、特定の種類の事件を審判する裁判所の権限である。例えば、州によっては、特定の裁判所だけが婚姻関係事件について事物管轄権を有していると制定法が定めているところもある。Jurisdiction to Adjudicate の決定は、事物管轄権の存在を前提としている。また、裁判所が管轄権を主張する前提として、デュープロセスが訴訟の通知が被告に与えられることを必要としている。この通知は、通常は被告に対する訴状の送達によって与えられる (例えば、被告への呼出状の直接交付、被告本人のために送達を受ける代理人に対する送達、呼出状の公告など)。ただし、通知をしたことが管轄原因となるわけではなく、それは裁判所が有する管轄権を完全なものとするための要件に過ぎない。それゆえ、管轄権の行使及び通知要件の遵守はともに、管轄権の有効な行使のために必要である。

管轄権を欠く裁判所によって下された判決はデュープロセスの意味においては、判決地においては無効であり、それゆえ、憲法の十分な信頼かつ信用条項の下で、他の州においても承認される資格を有さない。無効な判決を承認することは、逆にデュープロセスを侵害することになる。判決州での管轄権の行使がデュープロセス要件に従っている限りで、

¹米国法については、主に以下の文献を参照した。

Albert A. Ehrenzweig=Erik Jayme, Private International Law, vol. 2 Jurisdiction, Judgments, Persons(Family) (1973), David P. Currie=Herma Hill Kay=Larry Kramer=Kermit Roosevelt, Conflict of Laws Cases-Comments-Questions, 7th ed (2006), Gary B. Born=Peter B. Rutledge, International Civil Litigation in United States Courts, 4th ed.(2007), Peter Hay= Patrick J. Borchers=Symeon C. Symeonides, Conflict of Laws, 5th ed. (2010), Peter Hay, Conflict of Laws, 6th ed. (2009), Russell J. Weintraub, Commentary on the Conflict of Laws, 6th ed. (2010).

統一法については、<http://www.nccusl.org/>を参照した。

また、アメリカにおける家庭裁判所制度改革及び家族法をめぐる近時の動向については、棚村政行「アメリカにおける家族法の最新動向」小田八重子=水野紀子編・新家族法実務大系第1巻 親族〔1〕153頁以下(2008)を参照。

その結果下された判決は、十分な信頼及び信用条項の下で承認される。このことは、承認国における管轄ルールがより厳格なものであり、もし承認国に訴えが提起されたのであれば管轄は認められなかったであろう場合でもあてはまる。姉妹州判決の承認の目的のためには、連邦のデュープロセスが管轄権行使の有効性のための唯一の憲法上の基準である。

2. 管轄権の種類²

(1) 対人管轄権 (In Personam Jurisdiction)

対人管轄権は、訴訟当事者の権利及び義務を判断し、当事者を個人的に拘束するための裁判所の権限である。対人管轄権を行使する裁判所の権限は、領域的限界（法廷地州の領域内にいる人に対する裁判所の権限）においてか、もしくは欠席する被告が法廷地州内に有していた関連性の機能としてみられる。

被告が法廷地州と十分な関連性を有している場合には、その州の裁判所が一般的管轄権（あらゆる請求を判断する権限）を行使しうる。これに対して、被告と法廷地州との間の特定の関連性（から生じる請求例えば、法廷地州における不法行為を原因とする請求）に限定して認められるのが、特定管轄権である。

(2) 物に対する管轄権

対物管轄権 (In Rem Jurisdiction) とは、法廷地州内にある被告の財産に関連する請求に関して、その財産が所在することを基礎として行使される管轄権である。裁判所は当該財産に着目し、それに関する権限を行使するものであり、当該財産に対する権利について判断する。裁判所の判決は、当該事件に関連する物に対する全ての利益を拘束する。準対物管轄権 (Quasi-in-Rem Jurisdiction) とは、裁判所の対人管轄権に服さない被告の所有する財産が法廷地州内にある場合、当該財産が請求に関連していない場合でも、その財産が所在することを基礎として行使される管轄権である。裁判所の判決は、当事者が請求している物に対する、当該訴訟の当事者の利益のみを拘束する。

3. 伝統的な管轄原因

(1) ドミサイル (domicile)

人のドミサイルは、その人が最も密接な関連を持つ場所である。人は誕生の時点で法の機能によって「出生によるドミサイル (domicile of origin) を獲得し、嫡出子のドミサイルは、子どもの両親が別居したり離婚して、母親が子どもの監護権を得ない限りは、父親のドミサイルと同じである。両親離婚し母親が監護権を取得した場合は、母親のドミサイルが子のドミサイルとなり、これは非嫡出子の場合や父親の死後に生まれた子どもの場合も同様である³。子どもが未成年の間は、そのドミサイルは子が共に生活している両親のそ

² Pennoyer v. Neff, 95 U.S. 714 (1878).

³ Restatement (Second) Conflict of Laws § 14(2). ただし、このような両親の性別に基

れに従う。両親がともに死亡したか、無能力になったか、あるいは子を遺棄した場合には、子が共に生活をしている身近な親戚のドミサイルが子のドミサイルとなる。子が成人に達したか、あるいはそれ以前に親権から解放されたか、あるいは家を選択する精神的能力を有している子がドミサイルを変更した場合には、新しい「選択によるドミサイル」を得ることができる。

訴えが提起された時点で、当事者がドミサイルを有していることが、一般的管轄権のための十分な基礎となる⁴。これはドミサイルを有する者がその時点で当該州に物理的に存在していなくてもあてはまる⁵。英米法の原則に鑑みれば、人は一度に1つのドミサイルしか持たないのであり、ある者のドミサイルは、彼ないし彼女の当該州に対する最も密接な関連性を示すといえるからである。請求原因にかかわらず、少なくともどこか1つの場所でその者を訴えることができとすることが便利であり、彼ないし彼女をドミサイルのある地の管轄権に服させることはその目的を達成するための衡平な方法であるといえる。これは被告にとって不当な不意打ちとはならない。

ただこれに対しては批判もあり、ドミサイルのかわりに、常居所地 (**habitual residence**) を管轄権の基礎として認めるべきであるとする見解もある⁶が、合衆国においては、判例法が依然としてドミサイルを一般管轄権の十分な基礎とみなしている。制定法が「居所ないし住所 (**residence**)」という文言を用いている場合でも、それはしばしばドミサイルの意味で解釈されることがある。他方で、例外はあるものの、「ドミサイル」という文言は制定法においてはほとんど使われていない。より一般的に用いられるのは、「レジデンス」という文言である。この場合には、その文言の意味が、①本来のドミサイルの意味に加えて実際のレジデンスを含む、②ドミサイルと同義、③ドミサイルの意味を含まない実際のレジデンスのいずれを指すかが問題となり、最終的には当該制定法の目的及び設立過程に照らして判断されることになる。

また、ドミサイルが対人管轄権の一般的な基礎として確立され、管轄権のための憲法上の基礎をなし、州内に存在しないがドミサイルを有している者に対して、応訴を要求しあるいは不在のままその利益を判断することが、通常は公正かつ合理的であるといえるにしても、なお、形式的なドミサイルだけでは対人管轄権のための合理的な基礎とはいえない場合もある。これは例えば、被告が戻る意思を持たずに長期間にわたり当該地に存在せず、しかし、選択による新たなドミサイルを獲得していないということで、依然としてその地に形式的なドミサイルを維持している場合にあてはまる。このような場合には、州の裁判所の管轄権の主張は、フェアプレイと実体的正義 (**fair play and substantial justice**) の下

づいて区別をしている判例法のルールが今でも有効かどうかには疑問の声もある。

⁴ Restatement (Second) Conflict of Laws § 29 (1971), Restatement (Third) Foreign Relations Law § 421 (2) (b) (1987).

⁵ Milliken v. Meyer, 311 U.S. 457, 61 S.Ct. 339, 85 L.Ed. 278 (1940).

⁶ 国際私法に関するハーグ委員会はその条約において、ドミサイルという文言よりも常居所地という文言を用いている。例えば、子の奪取の民事面に関する条約など。

で判断されるという基準⁷によれば、形式的なドミサイルのみを管轄権の基礎とすることは認められないかもしれない⁸。さらに、裁判所がドミサイルを管轄権の基礎としていても、それを合理的なものとする法廷地との特別な関連性があることもある。例えば、*Mounts v. Mounts* 事件では、逃亡した前夫に対する扶養請求事件において、裁判所は夫が逃亡した後も14年間婚姻ドミサイルに居住し続けていたと認定した。この推定ドミサイルは失踪した夫に対する対人管轄権の基礎としては非常に疑問のあるものであるが、夫が婚姻ドミサイルで家族を遺棄したという事実は、彼が遺棄した家族の扶養に関する事件において、夫に対する婚姻ドミサイルの裁判所に管轄権を認めるための十分な関連性を認めるべきである⁹。

なお、被告のドミサイルに基づいて一般的管轄権を行使する場合でも、彼ないし彼女に適切な通知と審問を受ける機会を与える必要がある。

(2) レジデンス (residence)

レジデンスとは、ある人が相当の期間をそこで過ごしている住居を有している場所として定義される¹⁰。最高裁判所は、他州(国)にドミサイルを有する者について、州内にレジデンスを有することが、管轄権の行使を合理的なものとするのに十分かについて、いまだに判断を下してはいないが、これを積極的に解する見解もある¹¹。ドミサイルを有していない者に対する管轄権の拡張については、後述の6を参照。

(3) 国籍・州籍 (nationality or citizenship)

(3-1) 国籍

外国にドミサイルを有しているアメリカ国民に対して、合衆国の裁判所が管轄権を行使することはできるか。合衆国の国籍を有することは、連邦法に関わる事柄において、不在の被告に対して連邦裁判所が対人管轄権を行使するのに十分であるとする見解もある¹²。これに対して最高裁判所は、明文の規定がない場合にも、国籍をもって一般管轄権の十分な基礎とするかどうかの問題については、何ら判断を下してはいないが、ドミサイルと同様に

⁷ *Shaffer v. Heitner*, 433 U.S. 186, 212 (1977).

⁸ *Restatement Second* § 29 (1988 Revisions) は、各人の州との関係が非常に弱いため、管轄権の行使が不合理となる場合には、ドミサイルを管轄の基礎とすることはできないとする。ただこれに対しては、他のいずれの州にも管轄が認められないと信じる理由がある場合には、どこか1つの法廷地には管轄があるということに対する原告の最優先の利益が、被告のドミサイルで訴えを提起することを認めることが合理的であるとする見解もある。

⁹ 181 Neb. 542, 149 N.W. 2d 435 (1967).

¹⁰ *Restatement Second* § 30, comment a (1971).

¹¹ *Restatement Third* § 421 (2) (c) (1987).

¹² *Restatement Second* § 31, *Blackmer v. United States*, 284 U.S. 421, 52 S.Ct. 252, 76 L.Ed. 375 (1932), *Restatement (Third) Foreign Relations Law* § 421 (2) (d) (1987).

考えることが示唆されている¹³。

(3-2) 州籍

憲法第14修正の「彼らが居住するところの州」という文言が、ドミサイルのある州を意味すると解釈されている¹⁴。すなわち、州籍はドミサイルと一致するので、ドミサイルによって既に認められている管轄権と離れて、独立の基礎となることはない。

(4) 管轄内での送達

Pennoyer 対 *Neff* 事件において、最高裁は管轄権に対する地域的アプローチを採用した。すなわち、各州は、「その領域内にいる人及財産に対して排他的な管轄権及び主権を有する」。それゆえ、州内に居住していない者に対してなされた判決は、他州では承認されないし、また憲法第14修正のデュープロセス条項の下では判決州においても無効であるとされていた。他方で、州の領域的主権の概念は、当該州が、その領域内において送達を受けた被告に対しては一般的対人管轄権を得ることを意味していた。

州内における送達のみによって得られた管轄権はまた、一時的な管轄権 (*transient jurisdiction*) として知られている¹⁵。この一時的な管轄権は、被告をして、彼ないしは彼女が一時的に存在していた場所で送達を受けたことをもって応訴を強いることになるとはいえ、依然として自然人との関係では、実現可能な確固としたルールとされている¹⁶。

ただしこの一時的管轄権は、国際裁判管轄の基礎としては批判も多い。数年前に行われていた世界的な管轄ルールを作成しようとするハーグ国際私法会議での試みにおいても、合衆国は、少なくとも外国の被告に対してはこの管轄権の基礎を断念せざるをえないかもしれないとされていた。

4. 応訴管轄

被告が管轄の問題のみを主張して特別応訴 (*special appearance*) をした場合にのみ、管轄の抗弁が維持されうるとする州法もあるが、連邦規則は、このような規定を設けていない。すなわち、管轄に関する抗弁は、それ以外の抗弁と共に提出できる。にもかかわらず、連邦民訴規則は、予備的申立てがされた場合には、管轄の抗弁もそこで主張しなければならないと規定している。もし管轄の抗弁がその時点で主張されなければ、事物管轄に関する

¹³ Restatement Second § 31, comment d.

¹⁴ *In re Slaughter-House Cases*, 83 U.S. (16 Wall.) 36, 21 L.Ed. 394 (1873).

¹⁵ *Grace v. jacArthur*, 170 F. Supp. 442 (E.D.Ark. 1959). アーカンザス州に居住していない被告に対して、同州の上空を飛行中の飛行機の中で送達が行われた。

¹⁶ *Burnham v. Superior Court*, 495 U.S. 604, 110 S.Ct. 2105, 109 L.Ed.2d 631 (1990). ニュージャージー州に居住する被告は、その妻がカリフォルニア州で提起した離婚訴訟に関連して同州で送達を受けたが、彼は仕事で同州に一時的に滞在し、子どもに会っていただけだった。裁判官のうち4名がこの一時的管轄権の合憲性を支持し、他4名の裁判官が、それぞれの事案において、管轄権の行使が現代的な公正の概念に合致していることを確実にするために審査されなければならないとした。

る抗弁以外の管轄権に関する抗弁は排斥される。複数の予備的申立てがなされる場合には、管轄に関する抗弁は最初の申立ての際にしなければならない（連邦民訴規則12条）。被告が対人管轄権のないことを主張した場合には、原告はそれについて、管轄の根拠となる事実を証明するためのディスカバリー命令を得て、被告がその命令に従わない場合には、事実審裁判所は、連邦民訴規則37条(b)(2)(A)に基づき、管轄を基礎づける事実が証明されたとみなすことができる。

以前の制定法は、州の高速道路を利用することによって、当該州に居住していない被告ドライバーは、当該州で彼が起こした事故から生じる請求に関する送達を受け取るための代理人として、州務長官を指名したものとみなされるとしていた¹⁷。しかしその後判例は適切に、この種の管轄権の主張は被告の「黙示の合意」に基づくものではなく、州の警察権限から導かれるものであると指摘した。すなわち、州はその高速道路の利用を規制し、その利用者に特定の条件と効果を与えることができるのであり、「黙示の合意」は擬制であって、州の警察権限によって正当化されるとした¹⁸。

今日では、後述のロングアーム法の規定が、州内で不法行為が行われたことに基づく管轄権の主張を認めていることから、この規定が以前の「黙示の合意」の擬制に取って代わっている。

5. 明示の合意

当事者は常に、ある裁判所の管轄権に服することを合意できるし、そのような合意を、契約上の管轄合意条項によって、訴訟に先立ってすることができる¹⁹。

また、被告は、判決の事前承認の条項にサインすることで、管轄権の利益及び通知を受ける利益を放棄することもできる（ある特定の裁判所もしくは記録にあるどの裁判所における判決を自認する）。最高裁判所は、被告が通知及び審問に対するデュープロセスの権利を放棄できるのは、その放棄が「自発的に、聡明に、かつ意識的に行われ、また法的効果を完全に理解したうえで」なされた場合に限るとした²⁰。

多くの州が、制定法によって判決の事前自認条項を禁止または厳格に制限している²¹。しかしながら、ある州の州法が、このような条項を無効にしているとしても、十分な信頼及び信用条項はそれでも、他の州で、判決の事前自認条項に基づいてなされた金銭判決について、判決州でそれが有効であり、*Overmyer* 事件判決によって確立された憲法上の基準に合致している限りで、その承認執行を義務づけている。

¹⁷ *Hess v. Pawloski*, 274 U.S. 352, 47 S.Ct. 632, 71 L.Ed. 1091 (1927).

¹⁸ *Olberding v. Ioinois Central R. Co.*, 346 U.S. 338, 340, 74 S.Ct. 83, 85, 98 L.Ed. 39(1953).

¹⁹ *Restatement Second* § § 32.43 (1971).

²⁰ *D.H.Overmyer Co., Inc. v. Frick Co.*, 405 U.S. 174, 92 S.Ct. 775, 31 L.Ed. 2d 124 (1972).

²¹ 例えば、統一消費者信用法典 § 1.201(8)(b-e)は、居住者である消費者が管轄及び州外での送達に合意をしても、それはクレジットカード取引においては無効であるとしている。

6. 管轄権の拡張（州内に居住していない被告に対する管轄権を得るための理論）

Pennoyer 事件判決では、管轄権の行使について領域的アプローチが採られていたが、州際間の移動が増え、経済的にも相互の関連性が増してきた社会においては、被告の所在とドミサイルに基づく伝統的な管轄権の基礎（いわゆる一般的管轄権）だけでは不十分となってきた。これ以外の基礎に基づく管轄権を主張するには、制定法による特別な権限が必要となる。合衆国最高裁の判例は、州裁判所の管轄権行使の外延を画し、州の制定法は、州が連邦憲法の制限内で、どこまでの管轄権を行使できるかを決めている。その規定の仕方によって分かれるが、ニューヨーク州のように、管轄権を行使できる事件類型を列挙しているものもあれば²²、カリフォルニア州のように、「デュープロセスの範囲内で」という一般的な規定をするものもある²³。いずれにせよ、州裁判所による管轄権の行使は、州の制定法の要件と連邦憲法上の要件の双方を充たす必要がある。この州の制定法が一般的に「ロングアーム法」として知られるものである。

（1）International Shoe 事件判決の示した基準

最高裁は、International Shoe Co. v. Washington 事件において、特別対人管轄権のための新たな基準を宣言した。すなわち、州が管轄権を行使できるのは、被告と法廷地州との間に「最小限度の接触（minimum contacts）」があり、かつ、そのような管轄権の行使が「伝統的なフェアプレイ及び実質的な正義の概念に反しない」場合である。

1) 最小限度の接触

この基準は次の二段階の分析を必要とする。第一に、裁判所はそもそも当該州と十分な最小限度の接触があるかどうかを判断しなければならない。もしこれがなければ、デュープロセス要件が管轄権の行使を排除する。十分な接触がある場合には、第二段階として、管轄権の行使がフェアかどうかを判断されなければならない。もし管轄権の行使がアンフェアであるならば、合衆国憲法第 14 修正のデュープロセス条項が管轄権の行使を違憲とする。ただし、この要件自体が抽象的であるため、要件が充たされているかどうかを判断するにはいくつかの要素を考慮する必要があり、裁判所は判例を積み重ねることによって以下の要素を考慮すべきとしている。

①明らかな州の利益：例えば、州の制定法が裁判所に対して、特殊な状況において管轄権を行使する権限を与えている場合など、当該州が管轄権を行使することに明らかな利益を有している場合には、法廷地州と最小限の接触を持つ州に居住していない被告に対しても、裁判所は手を伸ばし管轄権を得ることができる²⁴。

²² N.Y.C.P.C.R. 3.2(a). 一般的な事件類型としては、①州内で不法行為による損害を生じさせたこと、②州内で取引行為を行うこと、③州内の不動産に対して権利を有していることが挙げられる。

²³ CA § 410.10.

²⁴ McGee v. International Life Ins. Co., 355 U.S. 220 (1957).

②意図的な利用：被告が、法廷地州内において何らかの活動に従事することによって、法廷地州の法から意図的に恩恵及び保護を得ていることが必要である。従って、原告が行った単独の行為は、この要件を充たさない。この要件は、被告が実際に法定地州の法から恩恵を受けたことを意味するものではなく、被告が、何かあった場合に、恩恵を得ることが出来たことを意味する²⁵。例えば、非居住者である被告が、法廷地州外の自身の行為によって法廷地州における効果を惹き起こした場合には、被告は意図的に法定地州の恩恵と保護を利用したといえる²⁶。

2) 予測可能性 (Foreseeability)

例えば、イリノイ州に居住する者が、非居住者である製造業者が製造し、別の非居住者である製造業者によって製造された製品に組み入れられた部品によって怪我をした。裁判所は、部品製造業者（非居住者）がその部品を、完成品を製造した製造業者（非居住者）に販売し、その部品が法廷地州で発生した怪我の原因となった場合には、部品製造業者は当該法廷地州の管轄権に服すると判示した。裁判所は、製造業者がその製品を商品流通の流れにのせた場合には、当該製造業者が法廷地州から受ける保護の利益がかなり間接的なものであったとしても、その製品が損害の原因となった場合には、法廷地州で当該製造業者に対する管轄権を行使したとしてもそれほど不当ではないと判断した²⁷。

(2) World-Wide Volkswagen 事件判決の示した基準

上記の判断をした Gray 事件判決から 20 年あまりのあと、最高裁は予測可能性についてより限定的な判断を示した。すなわち、被告の行為と法廷地州とのつながりは、被告が法廷地州の裁判所に呼び出されることを合理的に期待できるようなものでなければならない。これが有名な World-Wide Volkswagen 事件判決である²⁸。原告らはニューヨーク州からアリゾナ州へのドライブ中に、オクラホマ州で事故にあい、重傷を負った。原告は車の製造会社、輸入会社、地元の卸売会社、そして小売業者を被告として、製造物責任訴訟を提起した。地元の卸売会社（ニューヨーク州、ニュージャージー州、コネティカット州）及び小売業者（ニューヨーク州のビジネスマン）は共にオクラホマ州の管轄権行使を争った。仮に Gray 事件判決で示された予測可能性の要件が本件に適用された場合、被告らは共に、ニューヨーク州で購入した車がオクラホマ州やそれ以外の州で運転されるということを十分に予測できたという理由で、被告らに対する管轄権の行使は憲法の要請に合致しているといえるであろう。裁判所はしかし、この予測可能性という広い概念を認めなかった。なぜなら、もしこれを認めれば、ある動産の売り主は、それが受け取られた場所ではどこでも、応訴を強いられることになってしまうからである。その代わりに裁判所は、より限定

²⁵ Hanson v. Denckla, 357 U.S. 236 (1958).

²⁶ Kulko v. Superior Court, 436 U.S. 84 (1978).

²⁷ Gray v. American Radiator & Standard Sanitary Corp., 22 Ill. 2d. 432, 176 N.E.2d 761 (1961).

²⁸ World-Wide Volkswagen Corp. v. Woodson, 444 U.S. 286 (1980).

的な合理的期待という基準を採用し、法廷地州が適法に管轄権を行使するためには、被告が法定地州と何らかの連携する状況（**affiliating circumstances**）を持つこと（被告が意図的に、法廷地州との最小限の接触を確立したこと）を要件とした。要するに裁判所は、「損害の予測可能性」ではなく、法廷地州の「裁判所に呼び出されることを期待できたこと」（被告が、自分自身の行為を原因として、法廷地で訴えを提起されるかもしれないということ）を予測できたかどうか）を重視したのである。裁判所は、憲法第14条修正のデュープロセス条項は2つの機能を果たすとしている。1つは、負担の重い不便な訴訟から被告を保護することである。今1つは「州際間の連邦主義（**interstate federalism**）」を促進することである。この機能はある州をして、被告が応訴をするのがほとんど、あるいは全く不便でない場合でも、管轄権を行使することを排除するものである。

World-Wide Volkswagen 事件において、裁判所は（最小限の接触によって、被告を当該管轄権に服させることの）公正さ（**fairness**）を判断するために考慮すべき5つの要素を挙げている。すなわち、①被告に対する負担、②紛争を判断することに対する法廷地州の利益、③便利かつ効果的な救済を得ることに対する原告の利益、④紛争の最も効果的な解決を得ることに対する州際間司法制度の利益、⑤基本的な実体的社会政策を促進することに対する複数の州に共通の利益、である。

この要件はその後、**Asahi Metal** 事件判決においても採用された²⁹。この事件では、台湾の会社が日本の会社をカリフォルニア州で訴え、日本の会社の部品が組み込まれた製品によって怪我をした者に支払った損害賠償金の求償を求めたものである。裁判所は、カリフォルニア州で応訴を強いられる被告の負担は「深刻な（**severe**）」ものであるとして、訴訟をカリフォルニア州ですることに対する原告及びカリフォルニア州の利益は「わずかな（**slight**）」ものであると結論づけた。この事件は涉外事件であったことから、上述の④と⑤の要素は他の国家の手続及び実体的政策の考慮を要した。管轄権の行使が公正であったかどうかを注意深く考慮した結果、被告に対する深刻な負担に、法廷地州と原告のわずかな利益がまさることがあってはならないと判断されたのである。3人の判事が、管轄権の行使が合理的ではないと一たび判断されたら、十分な最小限の接触が存在したかどうかを判断する必要はない、と判断した。さらにこの事件では、4人の裁判官が、商品の流通経路に製品を載せたというあけでは、被告の行為が意図的に法廷地州に向けられたとはいえないと判断している。彼らは、法廷地州における「市場に物を供給するという意図もしくは目的」が存在し、その結果、意図的な利用の要件を充たしているといえるには、被告が市場のためにある製品をデザインしたなどのより積極的な行為をした必要がある。他の4名の裁判官は、被告が、当該製品が法廷地州の市場に出されることを認識していた限りは、被告が当該製品の小売り人から経済的な利益を受け、かつ法廷地州法から「間接的な」利益を得ていたことを理由に、十分であるとしている³⁰。

²⁹ **Asahi metal Industry Co. v. Superior Court**, 480 U.S. 102 (1987).

³⁰ 近時の連邦最高裁判例として、**Goodyear Dunlop Tires v. Brown**, 27 June 2011, 131 S.

7. フォーラム・ノン・コンヴィニエンス (Forum Non Conveniens)

フォーラム・ノン・コンヴィニエンスの法理の下では、裁判所が①非常に不便宜な法廷地であり、②私的及び公的な要素に鑑みて、裁判所は原告を他のより適切かつ利用できる法廷地に送るべきであると認める場合には、裁判所は健全な裁量の行使において、その管轄権の行使を拒絶することができる。リーディングケースである *Gulf Oil Corp. v. Gilbert* 事件判決³¹においては、州及び連邦裁判所が利用している、私的及び公的な要素の伝統的なリストが示されている。すなわち、訴訟当事者の私的な利益に関する要素は、証拠及び証人へのアクセスの容易さを重視する。これに対して公的利益に関する要素は当該事件を当該法廷地で審理するための公的資源の支出と、法廷地と当該訴訟における出来事との間の薄弱な関連性ゆえにこの支出が正当化できないかどうかということを重視する。裁判所がこれらの私的な要素と公的な要素を共に考慮すべきなのか、それとも私的な要素を考慮した結果、不便宜な法廷地を理由に訴えを却下することを必要としないと判断された場合にのみ公的な要素を考慮すべきなのかについては、判例の立場が分かれている。また、原告に本来認められている法廷地選択という戦略上の利益を原告から奪うことが、どのような場合には実体的正義を否定するレベルにまで達するかどうかを判断するのは、裁判所にとっては決して容易ではないとされている。

8. 外国裁判の承認

(1) 判例法上のルール

外国判決には、憲法の十分な信頼と信用条項の下での承認を与えられる資格はない。その効果について判示したのが、合衆国最高裁の *Hilton v. Guyot* 判決である³²。当初、裁判所は、対物的な外国判決（例えば所有権を認める判決）、外国の身分判決（婚姻の確認や離婚）、及び外国人間の外国判決はこの国で承認されうることを明確にした。ヒルトン事件における争点は、アメリカ人に対して金銭の支払を命じる外国判決が承認されるか否かであった。裁判所は、古典的な「礼譲 (comity)」理論により、外国判決は、事件の本案についての判断の一応の証拠となり、判決を無効にするような特別な理由が示されない限りは執行されるべきであるとした。他方で裁判所はまた、アメリカ人に対する対人的な外国判決は、問題となっている外国国家がアメリカ判決を確定的なものとして扱わない限り（相互の保証がないかぎり）、合衆国では確定的なものではないとも判示した。それゆえ、ヒルトン事件は、承認のための要件として、「相互主義 (reciprocity)」を確立した。

しかし、合衆国最高裁が、州籍相違事件における連邦裁判所は、当該裁判所が所在する州の抵触法を適用することを *Klaxon* 事件で判示してからは、ヒルトン事件はもはや州の裁判所も連邦の裁判所も拘束しないと考えられるようになった。その結果、ほとんどの州の

Ct. 2846; 180 L. Ed. 2d 796; 2011 U.S. LEXIS 4801 及び *J. McIntyre Machinery v. Nicastro*, 27 June 2011, 131 S. Ct. 62; 177 L. Ed. 2d 1151; 2010 U.S. LEXIS 5747 がある。

³¹ 330 U.S. 501, 67 S.Ct. 839, 91 L.Ed. 1055 (1947).

³² 159 U.S. 113, 16 S.Ct. 139, 40 L.Ed. 95 (1895).

裁判所は、ヒルトン事件の相互保証の要件に従わなくなり、代わりに、姉妹州判決と同じ要件で外国判決も承認するようになった。

外国判決を規律する統一ルールを提供するために、アメリカ法律協会が2005年に、外国判決の承認及び執行に関する連邦法の草案を提案した。その7条では相互の保証が要件となっており、それが議論になっている。

(2) 統一法

1963年の統一外国金銭判決承認法 (Uniform Foreign Money-Judgments Recognition Act) は、全米の30余の州 (カリフォルニア州及びニューヨーク州を含む) で採用されている。本法は、金銭賠償を命じたり否定する外国判決を、十分な信頼と信用を与えられる姉妹州の判決と同様の方法で承認執行することを規定している。本法はその後2005年に改正され (Uniform Foreign-Country Money Judgments Recognition Act)、現在25余の州 (カリフォルニア州を含む) で採用されている。

(3) 承認の要件

承認の一般的な要件は、外国裁判所が人的かつ事物管轄権を有していること、当該外国判決が他の判決と抵触していないこと、当該外国判決が詐取されていないこと及び承認州の公序に反しないことである。

外国判決は、アメリカ法の基準からみて、管轄を有している裁判所によってなされたものでなければならない。外国の裁判所が当該外国法の下で管轄権を有しているだけでは十分ではない。被告が外国の裁判所の管轄権に自ら服するとした場合 (応訴により、もしくは有効な管轄合意に基づき) を除いて、外国裁判所の管轄はアメリカ法のデュープロセスの基準を満たしていなければならない。それゆえ、外国判決は当該外国では有効でも、合衆国では承認されないということもありうる³³。

被告が外国裁判所の管轄権を争った場合 (つまり、外国裁判所の管轄に服さなかった場合) には、合衆国でその承認が求められた場合に、当該外国裁判所が管轄を認めたという事実は管轄の有無を再び争うことを排除しない。この点が、外国判決の承認と姉妹州判決の承認との相違点である。すなわち、州際間においては、敗訴した被告は判決州で合衆国憲法を根拠に管轄の有無を上訴審で争えたはずである。これに対して、外国裁判所の管轄についての判断に対しては、合衆国憲法を理由として上訴をすることはできない。それゆえ、判決国における判断は、管轄を争う限りは既判事項とはならないのである。

1963年の承認法はさらに、当該判決を下した裁判所が中立的であること、もしくはデュープロセスの要件を満たした手続であることを要件としている。この要件の審査は、

³³ 例えば、原告のフランス国籍もしくはドミサイルに基づいて管轄を認めたフランスの欠席判決は、被告と判決国の関連性が不十分であることを理由に合衆国では承認されないであろう。

承認の対象となっている特定の判決についての手続に限られず、外国の法制度一般に及ぶものであるとされるが、これについては争いがある。

1986年にアメリカ法律協会が採用した外国関係法リステイトメント（第三版）は、外国判決の承認執行に関する判例法上のルールを以下のように要約した。すなわち、§ 481では、金銭の支払を命じるあるいは否定する、人の身分を形成するあるいは確認する、財産に対する権利を決定する外国の裁判所の確定判決は、当事者間では終局的なものであり、合衆国における裁判所で承認されることができるとし、承認が認められた判決は執行が求められている地で適用される手続に従って執行されうると規定する。さらに§ 482は外国判決の承認拒否事由として、①中立な裁判所やデュープロセスに合致する手続を提供していない法制度の下で下された判決、②判決を下した裁判所が、判決国の法及び合衆国のデュープロセスの基準に則ったルールに従って、被告に対して管轄権を有していなかった場合を挙げ、この場合には承認してはならないとする。また、裁量的な承認拒否事由として、①判決をした裁判所が、対物的管轄権を有していなかった場合、②被告が防御するのに十分な余裕をもって手続の通知を受けなかった場合、③判決が詐取された場合、④判決が基礎としている請求原因や判決それ自体が、合衆国ないしは承認が求められている州の公序に反する場合、⑤当該判決が、承認が認められる他の確定判決と抵触している場合、⑥外国裁判所における手続が、当事者間の管轄合意に反している場合が挙げられている³⁴。

2005年に採択された承認法は、その適用対象を金銭判決に限定し、税金や罰金の支払いを命じる判決や家族関係事件における判決を明示で除外している（§ 3（b））。また、外国判決の承認を求めて訴えを提起しなければならないことを明示し（§ 6）、その出訴期間は外国判決の効力が当該外国において発生してから15年としている（§ 9）。承認拒否事由のうち公序要件については、承認州の公序のみを問題としていた1963年承認法と異なり、承認州に加えて合衆国の公序を理由に承認を拒否できるとしている（§ 4（c）（3））。

9. 訴訟競合について

合衆国と外国との訴訟競合を規律する規定は連邦法にも憲法にもないし、州法も同様である。従って、合衆国裁判所がこの問題を扱ういくつかのコモンロー上の工夫を編み出してきた。

第一の工夫は、フォーラムノンコンヴィニエンスの法理によって、外国の法廷地を優先させ、国内の訴えを却下する方法である。第二の工夫は、*lis alibi pendens*の法理である。この法理はフォーラムノンコンヴィニエンスの法理に関連し、外国訴訟が係属していることを考慮して、自己の面前での訴えを中止（stay）するものである。この方法は、州と連邦

³⁴ 1963年の承認法も§ 4において、3つの義務的な承認拒否事由と6つの裁量的な拒否事由を規定している。

の訴訟競合及び連邦同士の訴訟競合の双方を含む国内事件において、最も幅広く展開されているものであり、国際事件にも適用できるとされている。手続の中止は、原告が、より便宜な法廷地での他の訴えで完全な救済を得られることが明らかな場合で、かつ、手続の中止が訴訟の不必要な重複を軽減し被告の応訴の煩を防止する場合に認められる傾向にある。第三の工夫は、**antisuit injunction** である。合衆国裁判所は外国の法廷地で訴えを提起すること、あるいは訴訟を進行することを当事者に対して禁じることができる。合衆国下級審裁判所は長らく、差止め命令を発する権限を主張してきたが、そのような差止め命令を発するための要件は不明確なままである。第四の工夫は、何もしないことであり、二つ以上の訴訟をそれぞれのペースで判決まで進めさせることである。この場合、最初に出た確定判決が通常は第二の法廷地では既判力を有すると主張される。多くの合衆国裁判所ではこの四番目の方法が一般的に好まれるアプローチである³⁵。

10. 保全処分の国際裁判管轄

保全処分の国際裁判管轄については、個別事項（下記Ⅱ）における各項目の記述を参照されたい。

Ⅱ. 個別事項に関する国際裁判管轄

(a) 婚姻（異性・同性婚姻の成立及び身分的・財産的効力）、登録パートナーシップ（異性・同性登録パートナーシップの成立及び身分的・財産的効力）

1. 一般的なルール

合衆国においては、婚姻が執り行われた州の法の下で有効な婚姻は、それ以外のどこでも有効なもののみなされるとするのが伝統的な見解である。このルールはまた、事実婚にも適用されるが、同性婚にまで自動的に拡張されるわけではない。同性婚の場合には、その成立及び身分的効力は、通常は婚姻挙行地の法ではなく、法廷地法によって判断される。

婚姻は民法上の契約と規定する州も少なくないが、伝統的には婚姻は単なる契約以上のものであり、一たび婚姻関係が成立すれば、それは法的手続によるか、あるいは一方配偶者の死亡によってしか解消されることはない。この婚姻関係の永続性が、婚姻関係をして単なる合意に基づく取引行為とを区別するものである。

婚姻関係で特に重要なのは、合意が有効になされた場所、当事者が合意をした時点あるいはその後住所を有していた場所、及びこの永続的な関係の附帯条件（権利）が享受されている場所であるが、多くの場合、婚姻関係（の有効性）を規律する最適な場所は、婚姻挙行地、すなわち合意がなされ、証明された場所である。また、婚姻関係が非常に個人的なものであり、かつ社会構造に深く関わっているものであることから、当事者が婚姻の

³⁵ *Laker Airways v. Sabena*, 731 F.2d 909, 928 (D.C.Cir. 1984).

時点から居住していた州が、合意をめぐる要素と婚姻の附帯条件の双方に適切な利害を有しているとされる。米国の裁判所は伝統的には、婚姻に関する争点の判断については、婚姻挙行地を参照した単一の抵触法を適用してきた。

2. 同性婚

婚姻は伝統的に身分関係の最も重要な部分を占めてきたが、今日では同性間の関係も、登録パートナーシップ、あるいは *civil unions* として、伝統的な婚姻に類似の権利を認める国もある³⁶。米国においては、いくつかの州では同性婚を認めているし、また他州で挙行された同性婚を州内で有効なものとする州もあり、その動向はめまぐるしく変化している。ニューヨーク州では、他州で挙行された同性婚を有効なものとして認めるものの、州内で挙行することは認めていなかった。しかし2011年7月、ニューヨーク州は同性婚を認める法律を制定している³⁷。また、カリフォルニア州では、2008年に州最高裁判所が、申請者の性的志向を理由にマリッジライセンスを拒絶するのは州憲法の平等原則に反するとしたが、この判断は年内に全州の住民投票を介して州の憲法を修正することによって覆された。その後も判例においてはこの憲法修正の当否が争われている。これに対してルイジアナ州を含む南部の大半の州は同性婚を認めていない³⁸。

連邦レベルでは、1996年に、合衆国連邦議会が婚姻保護法 (*Defense of Marriage Act, DOMA*) を可決し、各州に対して、他州で有効になされた同性婚の承認を拒否したり、同性婚から生じる権利や請求を拒絶する権限を与えた³⁹。DOMAの合憲性については今でも議論のあるところであるが、2009年の時点で、大半の州は憲法上の修正ないしは制定法を設け、婚姻の権利を異性の相手との婚姻に制限し、明示ないしは黙示で、他州ないしは他国でなされた同性婚姻の承認を禁止している。

3. 婚姻無効・取消しの訴え

婚姻無効の訴えについては、通常、当事者のドミサイルもしくは婚姻が行われた場所に管轄が認められる。例えば、*Whealton v. Whealton* 事件⁴⁰においては、カリフォルニア州裁判所はメリーランド州で婚姻を挙行し、いずれもドミサイルを有しないが、手続には二人とも出頭していた夫婦間の婚姻無効確認手続の管轄を認めた。裁判所は、離婚の場合とは異なり、婚姻無効のための準拠法は、当事者がドミサイルを変更したことによって変わるものではないとし、彼らがメリーランド州に裁判のために戻らなければならない不便宜

³⁶ カナダ、南アフリカ、ベルギー、スペイン、オランダなど。

³⁷ *Domestic Relations Law* § 10-a.

³⁸ 詳しくは、<http://www.freedomtomarry.org/states.php> を参照。

³⁹ 28 U.S.C.A. § 1738C. 本法の根拠は合衆国憲法の十分な信頼と信用条項であるが、これに基づいて制定された4つの法の中で、本法は唯一の消極的な効力（承認を拒否する）を認めるものである。

⁴⁰ 67 Cal.2d 656, 63 Cal.Rptr. 291, 432 P.2d 979 (Cal. 1967).

を考慮して管轄を認めた。

(b) 離婚及びその効果

1. 離婚事件の州際管轄

離婚の管轄のうち最も一般的に認められている管轄原因は、離婚を求めている当事者のドミサイルである、また、州の制定法における「レジデンス」という文言は、通常は「ドミサイル」を意味すると解釈されている。ただしいくつかの州においては、「レジデンス」は単に物理的な居所を意味し、当事者が当該州に留まることを意図していることが必要なドミサイルまでは要件としていない⁴¹。

ドミサイルが、少なくとも共同体における構成員に係る関連性を示している場合には、それは婚姻が法廷地州によって適切であると思われる理由で解消されるべきであるかどうかを裁判所が審理するのに十分な根拠となる。この理由から、法廷地は常に離婚理由について自州の法を適用する。すなわち、一方あるいは両当事者のドミサイルとして、法廷地は自州の法を適用する十分な利益を有する。それゆえ、管轄と準拠法は密接に結びつき、法廷地裁判所は離婚の理由を判断するのに自州の法以外に準拠することはない。

(1) ドミサイルに基づく管轄

上述のように、アメリカ法においては、離婚事件における抵触法の問題を管轄の問題に吸収し、管轄を持つ州が離婚についての権利を判断する際に自州の法を適用している。20世紀初頭までは、婚姻住所地のある州のみが離婚を認めるための管轄を有するとされていたが、この原則はその後、婚姻住所地以外の地にも管轄を認める方向へと変化していく。そのリーディングケースが *Williams v. North Carolina* [I] 事件である⁴²。最高裁は、婚姻ドミサイル（当事者が夫婦として一緒に生活をした地）ではなかったが、後に原告である一方配偶者のみのドミサイルとなり、離婚の申立が提起された時点で申立人が居住していた州に、被告である配偶者が手続に出頭しなかったためにこの者に対する対人管轄権がない場合であっても (*ex parte divorce*)、離婚を認めるための管轄があると判示した。婚姻挙行地でもなく、夫婦として一緒に生活をした地でもなく、離婚の原因となった事実が全くない地でも、申立人のドミサイルだけで離婚の管轄権としては十分であるとしたのである。しかも相手方配偶者が出頭せず、欠席した配偶者に対する対人管轄権を認める根拠が何もないにもかかわらずである。このように、ドミサイルを根拠として離婚の裁判管轄権を行使することが、*due process* の要請に適合するためには、申立人が、欠席している配偶者に対して離婚裁判手続の合理的な通知をし、審問を受ける機会を与えることが必要である⁴³。

⁴¹ *Wheat v. Wheat*, 229 Ark. 842, 318 S.W.2d 793 (1958).

⁴² 317 US 287 (1942).

⁴³ Weintraub, *Commentary on the Conflict of Laws*, 6th ed.346

離婚裁判の申立人のドミサイルに管轄を認めることの正当性は、夫婦の一方のドミサイルとしての法廷地の関連性は、その居住者の婚姻上の身分を規律することに合理的な利益を与えるのに十分であるという点に認められる。

さらに抵触法リステイメント（第二版）は、離婚の管轄権は、ドミサイル以外でも、例えば当該州内における長期にわたる継続的な存在のような、密接な関連性に基づいても認められるという立場を採用した⁴⁴。また、原告が単に再婚する自由を望んでいるに過ぎない場合には、原告及び原告の新しいドミサイルのある法廷地州の利益は、相手方の、原告の自由への途を遮ろうとする目的のない利益よりも、かつ破綻した婚姻を維持することに対する被告のドミサイルのある州の怪しげな利益よりも優先するという見解もある⁴⁵。

統一婚姻離婚法（Uniform Marriage and Divorce Act）⁴⁶ § 302 (a) (1) は、当事者の一方が、訴えが提起された時点で州内にドミサイルを有していたと裁判所が認める場合には、当該裁判所は、婚姻の解消を命ずる裁判をするものとしている。

(2) ドミサイル以外の管轄原因

離婚の管轄権の基礎として、ドミサイル以外のものは認められるか。連邦最高裁は、ドミサイル以外の原因に基づいて離婚の管轄を認めることが憲法に合致するかどうかについては判断していない。通常認められるのは、夫婦のうち少なくとも一方が相当の期間当該州に実際の居所を有していることである。例えば、抵触法リステイメント（第二版）§ 72 は、申立人がドミサイルを有していなくても当該州と密接な関連性を有していれば、一方的な離婚（*ex parte divorce*）のための管轄権を行使することができるとしている。また、統一婚姻離婚法 § 302(a)(1) は、軍人（*military personnel*）が 90 日間、当該州に継続的に配属されていた場合、ドミサイルではなく、レジデンスに基づいて、その州にその者の離婚を認める権限を与えている。いくつかの州では特定の期間のレジデンスに基づいて離婚の管轄権を認める旨規定している。例えば、*Lauterbach v. Lauterbach* 事件では、裁判所は、ドミサイルは離婚のための管轄権の基礎の唯一のものではないという理由で、このような規定を支持した⁴⁷。また、*Sosna v. Iowa* 事件では、連邦最高裁は、1 年間のレジデンス（当該州によってドミサイルと解釈されている）の要件は、以下の理由で正当化されるとした。その理由とは、州は、その裁判所で離婚を求める当事者が本当に当該州から離れないということを要求することに利益を有し、自州の離婚裁判をして事後的攻撃から

⁴⁴ Restatement, Second, Conflict of Laws § 72 (1971).

⁴⁵ Traynor, *Is this Conflict Really Necessary?*, 37 Texas L. Rev. 657,660-61 (1959).

⁴⁶ 9A U.L.A. § 302(a)(1).

⁴⁷ 392 P.2d 24 (Alaska 1964). アーカンザス州はさらに広げて、離婚の管轄権をドミサイルではなくレジデンスのみに基づいて認めている。他方で、*Alton v. Alton* 事件において連邦裁判所は、コネティカット州にドミサイルを有する夫婦がバージン諸島で離婚の申立をした場合、原告が法廷地にドミサイルを獲得したという証明がなされない限りは、夫婦双方に対する対人管轄の存在は、法廷地法の下で両者を離婚する権限を伴わないと判示した (207 F.2d 667 (3rd Cir. 1953))。

保護することに利益を有している。裁判所は、州法が当事者に、善意のレジデンス (*bona fide residence*) の個別的な証明をさせなかったことでデュープロセスが侵害された、という当事者の主張を退けた。ただし、1年以上の継続を要件とすることは、おそらくは州の正当な利益を確保するのに合理的とされる範囲を越えるものとして、破棄されるであろう。

なお、離婚の管轄原因がなんであれ、被告は適切な通知を受けなければならない。適切な通知とは、州法に従い、かつ憲法のもとで合理的なものでなければならない。合理的な通知を与えなかった場合はデュープロセス違反となり、裁判所の管轄は認められない。

2. 離婚の効果 ～離婚扶養料・離婚後扶養 (*Alimony, spousal support, maintenance*)

夫婦の一方が、離婚の裁判に際して、相手方に対して執行可能な *alimony and support* の判断も望むのであれば、離婚を管轄する裁判所は相手方に対して対人管轄権を有していなければならない。夫婦の一方が婚姻ドミサイルで離婚裁判を提起した場合には、他方が当該州を離れ、その他の州でドミサイルを確立した場合であっても、当該州に不在の配偶者は婚姻ドミサイルと関連性を有しており、これらの問題について裁判をする目的でドミサイルを有しない者に対して管轄権を行使するのに合理性があるといえる⁴⁸。

離婚事件の管轄が比較的緩やかに認められることは上述の通りであるが、裁判所は、人的裁判管轄権を有していない被告に対して一方的に (*ex parte*) 離婚判決を下すことはできても、離婚後の扶養については判断する権限を有さない (離婚判決効果の可分性 (*Divisible Divorce*))。

新たに州内に移動してきた一方当事者のドミサイルのみを基礎として管轄を認めた離婚判決においては、欠席 (不在) 当事者の扶養義務の判断がなされても、それは当該判断を下した州においても無効であるし、それ以外の州でも承認・執行されるものではない。

ある州で当事者一方のみが出頭して離婚判決が下された後に、別の州で扶養を求める訴えが提起できるかについては、扶養を求められた州の法によってそれが許されるかどうかにかかるとされており、離婚判決を下した州は、その別の州で扶養を求める機会を排除してはならない。これに対して、離婚裁判をする裁判所は、ドミサイルや応訴に基づいて対人管轄権に服する当事者の扶養義務については判断することができる。対人管轄権を有する裁判所が下した扶養義務の判断は、十分な信頼と信用に基づき、もしくはコミティーに基づき承認執行される権限を有する。対人管轄権に服する当事者が、扶養の問題を主張しなかった場合には、その後その問題について争うことは許されない (?)。しかしながら、判例によれば、当事者一方出頭で離婚判決を得た当事者が後になって扶養料を求めた場合でも、当該離婚判決が、離婚後扶養及び子の扶養の問題を留保する趣旨であるならば、扶養義務者に対して対人管轄権を有する他の州はこれを認めてもよいとされている⁴⁹。また、

⁴⁸ ただし、法廷地州が管轄権行使の権限を与え、州外の配偶者に合理的な通知と審問の機会を与えるための規定を有するロングアーム法を有している必要がある。

⁴⁹ *Brown v. Brown*, 269 N.W.2d 819 (Iowa 1978).

Estin v. Estin 事件においては、離婚判決がネバダ州で得られる前に、扶養料支払いを命ずる判決がニューヨーク州で認められていた。この場合、離婚判決自体には十分な信頼と信用が与えられるものの、離婚事件の被告である妻に対してネバダ州が対人管轄権を有していなかったことから、ネバダ州はニューヨーク州が妻の有利にその法を適用し、扶養料支払い命令の効力を認めることを排除することはできない。この事件で連邦最高裁は、以下の点を明らかにした。すなわち、①子の事例における結論は、離婚判決を可分化するものである。すなわち、婚姻上の身分に関わる限りでネバダ州の判決に効力を与え、離婚後扶養の争点についてはそれを無効にするものである。②これは、ネバダ州とニューヨーク州双方の利益を、各州の持つ主要な関心事を制限することで調整するものである⁵⁰。

Vanderbilt v. Vanderbilt 事件においては、妻は、ニューヨーク州にドミサイルを得て、夫は、夫婦の婚姻ドミサイルのあったカリフォルニア州を離れ、ネバダ州で当事者一方出頭で離婚判決を得た。その後妻は、ニューヨーク州で離婚後扶養命令を得たという事案である。このような事案にも、先のエスティン判決はあてはまるとされる⁵¹。しかし他方で、夫が他の州で当事者一方出頭で離婚判決を得た時点で妻がドミサイルを有していた州が、離婚後の扶養を認めない場合には、第三の州はこれを認めることはできないとされる⁵²。

3. 外国離婚裁判の承認

原則として、外国の離婚は、合衆国において姉妹州の離婚と同様の基準で承認される。しかし、多くの外国国家が離婚事件の管轄のための要件として、当事者の一方のドミサイルがあることを要求していないことから、問題が生じうる。外国国家はドミサイルの代わりに、レジデンスのみに基づいて管轄を認めることがあり、その場合、アメリカ法とは異なり、当事者の本国の実体法を適用することがある。州際間の事件の場合には、両当事者が裁判所に出廷すれば、管轄の問題（ドミサイルのないこと）は事後的攻撃の目的のために失われることになる（州際間の場合、裁判国に管轄があるかどうかの調査は、州外の離婚が *ex parte* であった場合のみ重要となる）⁵³。これに対して外国離婚裁判の場合には、管轄権がドミサイルに基づいていなければならないというアメリカ法に基づく異議は、外国の法廷地法の下では主張できないことから、そのルールが適用されない。外国離婚裁判の承認に際しては、州際間の十分な信頼と信用の要件は適用されない。当事者が出頭した場合（*inter parte*）には、裁判州裁判所の管轄不存在の抗弁は排斥される。なぜなら、外国裁判の承認の場合、相手方が欠席した場合の外国裁判所の管轄は、合衆国の基準によって、州際間の場合よりも厳密に審査される。通常の民事事件の場合と異なり、婚姻関係を

⁵⁰ 334 U.S. 541 (1948).

⁵¹ 354 U.S. 416 (1957).

⁵² *Loeb v. Loeb*, 4 N.Y.2d 542, 152 N.E. 2d 36 (1958).

⁵³当事者はもとの裁判において管轄の不存在、例えばドミサイルがない等を主張する機会を有していたのであり、この機会を利用しなかった、あるいは主張したが認められなかったのであれば、承認の際に二度目の機会を与える必要はないからである。

解消する離婚裁判において、ドミサイルを管轄の基礎とする州は、同意だけでは管轄の基礎として不十分であると考えている。重要なのは、管轄（ドミサイル）が裁判国で争われたか、あるいは争い得たかどうかであるが、大陸法諸国においては、ドミサイルは離婚管轄の基礎となっていないこともある。そこで、承認の際にこの点を争うことができるのである。

問題となる事件を類型化すると以下のようになる。第一に、外国国籍を有する者が得た離婚裁判の効力が合衆国で問題となった場合には、合衆国が外国の裁判所でなされた離婚を無効にし、「は行婚」を生み出すことに何らかの利益を有しているかどうかのポイントとなる。第二に、外国にドミサイルもしくはレジデンスを有している合衆国市民が関わっている場合である。当事者が当該外国にドミサイルを有していた場合には問題ないが、レジデンスしか有していない場合、例えばアメリカ軍に所属しているような場合には問題である。離婚管轄の伝統的な考え方の基礎にある考慮は、夫婦の利益が保護され、かつドミサイルを有する国の潜在的な懸念がはぐらかされないよう確保することを求めている。外国の離婚裁判に両当事者が出席しており、ドミサイル法が適用された場合には、この目的に合致しているといえる。第三に、アメリカにドミサイルを有する夫婦が離婚を目的として当該外国（例えばメキシコ）に行き、合意による離婚をした場合である。**Rosenstiel v. Rosenstiel** 事件においては、ニューヨーク州控訴裁判所は、メキシコの裁判所の離婚判決（quickie divorce）の承認を求められた。裁判所は、その当時ニューヨーク州の離婚法の厳格な実体的要件はネバダ州における離婚によっても回避できるのであるから、ネバダ州の離婚判決（十分な信頼と信用条項のもとで承認が義務付けられる）とメキシコの離婚判決（同様の自働的な承認を受ける資格はない）の唯一の相違点は、継続的なレジデンスの要件である（ネバダ州は6週間であるのに対してメキシコは事実上ゼロ）、と述べた。裁判所は強力な反対意見にもかかわらず、両当事者が出席してなされた外国の離婚判決は、ドミサイルが判決国では管轄の要件となっていなかった場合であっても、承認されると判示した。この判決は、離婚事件の管轄はドミサイル以外の原因に基づいても認められてよいという提案を支持している。すなわち、ニューヨークでは、離婚事件の管轄は単なる対人管轄権を基礎としても認められる。

(c) 血縁による親子関係（嫡出推定・否認、認知、親子関係存否確認）

子が嫡出かどうかは、通常は子の誕生の時点で問題となっている両親のドミサイルの法によって決せられる。親子関係存否確認の訴えの管轄については、1973年の統一父性法（Uniform Parentage Act）⁵⁴の8条に規定がある。それによれば、当該州において性交渉をもった者は、その行為によってもうけられた（受精した）可能性のある子に関して本法の下で提起された訴えに関して、当該州の裁判所の管轄に服する。ロングアーム法を含め、制定法によって規定されているその他の方法に加えて、対人管轄権は、州外における

⁵⁴ 9B U.L.A. 287 (1987)

召喚状の直接送付（personal service）もしくは受領証明書のある書留郵便によって認められる。また、訴えは、子もしくは父とされる者が居所を有するか、発見された（所在を確認された）国において提起されうる。父が死亡している場合は、その者の遺言の検認のための手続が開始された、あるいは開始されうるであろう国において提起されうる。この裁判所の管轄権は、排他的なものではなく、またこれらの訴えは、離婚、婚姻無効、別居手当もしくは扶養を求める訴えと併合できる。

(d) 養子縁組及び離縁

1. 管轄

養子縁組事件において管轄を有するのは、①全ての当事者（血縁の両親、子及び養親）がドミサイルを有している場所の裁判所、②子のドミサイルを有し、かつ子の監護者に対して対人管轄権をもつ裁判所である⁵⁵。さらに、養親のドミサイルのある裁判所にも管轄権が認められることがある⁵⁶。

養子縁組命令が有効であるためには、親権を失うことになる親（例えば、前の配偶者が再婚し、彼又は彼女の新しい配偶者が子を養子にしたいと願う場合）は、審問を受けるための通知と機会を与えられなければならない⁵⁷。

2. 国際養子縁組に関するハーグ条約

合衆国における国際養子縁組をめぐる状況は、2008年4月にハーグ条約（Hague Convention on Protection of Children and Cooperation in respect of Intercountry Adoption, May 29, 1993, 32 I.L.M. 1134）が効力をもったことにより、大きく変わった。本条約は、国際養子縁組を保護するための重要な基準とセーフガードを確立するものである。ハーグ条約の中央当局は、合衆国では国務省であるが、米国市民権・移民業務局（U.S. Citizenship and Immigration Services (USCIS)）も重要な役割を果たすことになる。ハーグ条約の下では、養子縁組サービスを提供する機関（adoption service providers (ASPs)）は認可を受けたものでなければならない⁵⁸。ハーグ条約の適用範囲は締約国に限られるので、養親の常居所地国も養子となる子の常居所地国もハーグ条約の加盟国でなければならない（ハーグ条約の手続については、後述参照）。

⁵⁵ Restatement Second § 78.

⁵⁶ See *A v. M*, 74 N.J.Super. 104, 180 A.2d 541 (1962). なお、合衆国では一握りの州しか採択していない統一養子縁組法（Uniform Adoption Act (1994), 9 U.L.A. 1 (Supp. 1999)）は、最も広く管轄を認めている。See, Uniform Adoption Act, Section 3-101.

⁵⁷ *Armstrong v. Manzo*, 380 U.S. 545, 85 S.Ct. 1187, 14 L.Ed.2d 62 (1965).

⁵⁸ 認可を受けている機関のリストは国務省のウェブサイトに掲載されている。
<http://www.adoption.state.gov/hague/agency4.php>

3. 外国（州際）養子縁組の承認

管轄権のある裁判所によって下された養子縁組の裁判は通常承認される。同性婚のカップルについても、州によっては、当該州は同性婚それ自体を認めていなくても、（同性婚の解消の後に）監護権に関する裁判を執行する養親の権利を認める州もある⁵⁹。これに対して州外の養子縁組が承認州の公序に反するという理由で承認を拒否する場合も稀にはあるがみられる。例えば、成人の養子縁組が第三者の遺言による信託を利用するためになされたものである場合である⁶⁰。州外の裁判の効果は、承認州のそれと同様であり、養子とされた子は通常、養親のその他全ての子と並んで相続人となる⁶¹。

(e) 親権・監護権、面会交流、子の奪取、未成年後見、成年後見（後見開始の審判等）

1. 子の親権・監護権、面会交流、子の奪取、未成年後見

(1) 法源

子の監護権を決定するため、あるいは他州で下された監護権の裁判を変更するための管轄については、連邦法と、全州で採用されている統一法が規定している。最初に制定された統一法は、1968年に統一州法委員全国会議が提案した統一子監護事件管轄法（Uniform Child Custody Jurisdiction Act, UCCJA）であり、この統一法は後に統一子監護事件管轄及び執行法（Uniform Child Custody Jurisdiction and Enforcement Act, UCCJEA）によって改定され、全州で採択されている。また1980年には、親による誘拐防止法（Parental Kidnapping Prevention Act, PKPA）が議会によって制定され、1986年加盟したハーグ国際的な子の奪取の民事上の側面に関する条約（Hague Convention on the Civil Aspects on International Child Abduction, Oct.25, 1980）及びその国内施行法である国際的な子の奪取救済法（International Child Abduction Remedies Act, ICARA, 42 U.S.C. § 11601 et seq.）があり、これらすべての法が相互に関連することによって、州際間及び国際的な子の監護の問題についての管轄（国際裁判管轄）及び他州（外国）の監護に関する裁判の承認・執行が規律されている。

(2) UCCJA から UCCJEA へ 統一法制定の背景⁶²

1) UCCJA

1968年までは、合衆国の各州は、子の監護事件についての管轄権を、自州における子の存在に基づいて行使していた。さらに各裁判所は、姉妹州の命令を自由に変更していた。このような状況は子の奪取やフォーラムショッピングを助長させていた。というのも、現実には子と共にいれば（子を物理的に占有していれば）、子がその州にそれまで何ら関連を有

⁵⁹ Giancapso v. Congleton, 2009 WL 416301 (Mich.App. 2009).

⁶⁰ Matter of Estate of Griswold, 140 N.J.Super. 35, 354 A.2d 717 (1976).

⁶¹ Restatement Second § 290, comment (b).

⁶² 以下の記述は、Patricia M.Hoff, The Uniform Child-Custody Jurisdiction and Enforcement Act, Juvenile Justice Bulletin, Decemer 2001 によるところが大きい。

していなくても、監護権を決定してくれる法廷地を選択することができたので、それが子を奪取する法律上のインセンティブになっていた。このような状況を解決するために、1968年にUCCJAが制定されたのである。UCCJAの下では、以下の4つの管轄原因が認められていた。すなわち、(i) ホームステイト（子が手続の開始の前少なくとも6カ月居住していたことを条件とする）、(ii) 重大な関連性（子がその州に重大な関連性を有している結果、子についての重要な証拠が当該州にある場合）、(iii) 緊急の場合（即時の保護的な行為を必要とする、遺棄や虐待などがある場合）、(iv) 補充的な場合（上記いずれの管轄原因も認められない場合）である。緊急の場合を除いて、UCCJAは管轄原因として、子の現実の所在を認めていなかったが、同時にホームステイトルールを広く認めたことにより、子を連れ去られた親は、連れ去られた後も子のホームステイトで監護権指定の申立てをすることができることとなった。

このように、UCCJAの制定により、状況はかなり改善されたとはいえ、まだ残された問題はあった。すなわち、(i) この規律では、2つ以上の州の管轄が競合する可能性が排除されないこと、(ii) 手続が同時に係属することを禁止する規律が効果的ではなく、異なる州が管轄権を行使し矛盾する監護命令を出すことを阻止できないこと、(iii) 立法担当者が意図した緊急管轄の限定的解釈に反して、この管轄原因が気軽に利用されたこと、(iv) 管轄の競合の問題が監護命令の変更の事件においても続いたこと、(v) 姉妹州の監護命令を執行し、変更しないよう義務付けた規律にもかかわらず、そのための執行手続を規定しなかったため、当事者は自力で地元の手続を探し、その手続が州によって著しく異なっていたため、執行の遅延を招き、費用が余計にかかり、また結果を予測困難にさせたこと、(vi) UCCJAを採択した各州法の規定が統一されていなかったこと、等である。

2) 親による誘拐防止法 (PKPA)

これらの問題を処理し、州際間の子の監護事件をめぐる実務により統一感をもたせるために、議会は1980年、PKPAを制定した。この法律は州に以下のことを要求している。すなわち、(i) 本法に従ってなされた姉妹州の監護権及び面会交流に関する判断を執行し、かつ変更しないこと。ただし、その命令を下した州がもはや管轄権を有していない、あるいは管轄権の行使を拒絶した場合はこの限りでない、(ii) 監護命令を下した州が本法に基づいて管轄権を有し、かつ子もしくは両親のレジデンスがある限りは、当該州の排他的、継続的管轄権に従うこと、(iii) 本法に則してある事件について他州が管轄権を行使している間は管轄権の行使を控えること、(iv) 監護権や面会交流を主張している者、その親権が終了されていない親、及び現に子を監護している者が合理的な通知及び審問を受ける機会を与えられることである。

本法の基準に従って管轄権を行使した州の裁判所には、その監護及び面会交流に関する命令をして、姉妹州における十分な信頼と信用を与えられるものであり、当該裁判所は一定の要件のもとで、その命令を変更する排他的かつ継続的な管轄権も持つ。

本法の管轄の規定は、UCCJA のそれに類似しているが、以下の点で大きな違いがある。すなわち、(i) ホームステイト優先原則：本法は最初の監護事件においてホームステイトの管轄権を優先させている。これは、最初の監護事件の管轄権を一つの州に制限することで、当該子がホームステイトを有している場合には、重要な関連性をもつ州が当該事件について管轄権を行使することを防ぐことを目的としている。(ii) 排他的、継続的管轄権：本法の下での排他的、継続的管轄権は、最初の命令を下した州の、当該命令を変更するための管轄権を保護するものであり、それは、当該州が州法の下で管轄権を有し、かつ少なくとも親のどちらかもしくは子がそこに居住している限りは、子の新たなホームステイトにも優先するものである⁶³。

3) ハーグ条約及び子の奪取救済法 (ICARA)

ハーグ子の奪取条約及びその施行法である子の奪取救済法 (ICARA) は、国際的な不法な子の連れ去り及び留置の問題と扱っている。ハーグ条約は、(通常はその常居所地国への) 子の返還を迅速に遂行し、国境を越えた面接交流の実現を促進するための行政上かつ司法上のメカニズムを確立している。子の奪取救済法の主要な目的は以下の二つである。すなわち、本法は州と連邦双方の裁判所に、ハーグ条約のもとでの権利を決定するための管轄権を同時に認めている。また、本法は合衆国内にいる子の返還に関する司法的救済を規定する。本法は、合衆国の裁判所に基礎にある監護権請求の本案を判断する権限を与えていない。本法の目的は、現存する監護命令に違反した子の違法な連れ去りや保持に対して救済を与えることにある。

ハーグ条約の下では、締約国から不法に連れ去られ、締約国に留置されている子は迅速な返還に服する。後述する UCCJEA は、ハーグ条約に基づく子の返還命令の執行を特別に規定し、当局者に子の所在を確認し、ハーグ条約事件における子の返還を確保する権限を与えている。

(3) UCCJEA

UCCJEA は、全米の裁判所において解釈が衝突していた UCCJA の規定を明確にし、州際間の抵触を効率的に縮減する実務を法典化し、PKPA の管轄基準に一致させることを目

⁶³ なお、連邦犯罪者引渡法 (Federal Extradition Act, 18 U.S.C. § 3182 (1985)) は、誘拐罪の告発に定めるため、ある州から他州へ犯罪者を引き渡すために用いられる。California v. Superior Court of California, 428 U.S. 400 (1987) は、カリフォルニア州からルイジアナ州への引渡が求められている親が、それ以前に有効であったカリフォルニア州の監護権命令を根拠に引渡を拒もうとした事例である。裁判所は引渡法が、引渡を要求されている州は親を引き渡すことを要求していると判断し、カリフォルニア州の監護命令にいかなる効果を与えるべきかはルイジアナ州裁判所が決めることであると判示した。

的とし、命令の州際間の執行可能性を確保し、避難所を求めて州外へ逃げた家庭内暴力の被害者のための保護を加えている。

1) 適用範囲

UCCJEA は、子の監護権及び面接交流に関する事件の管轄権とその執行について定めているが、本法は、様々な手続に適用される。特に、UCCJEA における裁判所は、離婚、別居、ネグレクト、虐待、扶養、後見、父性確定、親権の終了及び家庭内暴力からの保護のための手続において、監護権及び面接交流の問題が生じた場合には、本法の規定に従わなければならない。これに対して本法は、子の扶養手続や養子縁組事件には適用されない。

本法はまた、外国の裁判所が下した子の監護権の判断についても、本法の管轄基準に本質的に合致した事実の下で下されたことを条件として、各州にその承認・執行を義務付け、各州の裁判所は外国を合衆国の州と同じように扱うべきことを義務づけている (§ 105)。ただし、外国の監護権に関する法が人権の基本原則を侵害している場合には、州の裁判所は本統一法を適用する必要はない。この文言は、ハーグ子の奪取条約 20 条からきているものであるが、当該外国がハーグ条約の締約国でない場合に特に有用であるとされる。

2) UCCJEA の管轄規定

本法の下で、監護権の判断をするため、あるいはそれを変更するための要件は二つある。1つは、裁判所は本法に基づいて管轄権の基礎を有していなければならない(すなわち事物管轄権)こと、今1つは、当事者は審問を受けるための通知及び機会を与えられなければならないということである。当事者の一方もしくは子に対する対人管轄権(当該州における物理的所在か当該州との最小限の関連性に基づく)は要件とはなっていない。さらに、一方当事者もしくは子に対する対人管轄権を有する裁判所は、本法にもとづいて管轄権を行使するための基礎がない限りは、監護権についての裁判をすることはできない。

①最初の管轄権

本法は、最初の管轄権のために4つの管轄原因を認めている。すなわち、(a) ホームステイト、(b) 重要な関連性、(c) より適切なフォーラム、(d) *vacuum jurisdiction* である。本法はまた、(e) 緊急の理由に基づいた仮の救済を発する権限も認めている。

(a) ホームステイト管轄権：本法は、最初の子の監護に関する手続において、ホームステイトの管轄権を優先している。これは、上述の PKPA に沿うものであり、ホームステイトと重要な関連性を基礎とした管轄権を平等に扱っていた UCCJA の立場を否定するものである。子がホームステイトを有していないか、あるいはホームステイトが管轄権の行使を拒否した場合にのみ、他の裁判所は重要な関連性があることを基礎として、管轄権を行使することができる⁶⁴。旧統一法からの改正は、子の監護事件についての管轄権を有する州が

⁶⁴ § 201 (1) は、子の監護権の管轄について、手続の開始時点で子の home state である

複数存在する可能性を著しく減少させることを意図するものであり、それにより、異なる州における裁判所によって発せられる監護命令が抵触する可能性もまた減少することになる。本法の下では、ホームステイトルールが拡張された、すなわち、子がそれまでのホームステイトを去った（連れ去られた）後でも、6カ月以内であれば、LBP（連れ去られた親）は自己の住所地（ホームステイト）で監護権に関する手続を開始することが出来ることになる（これに対して、6カ月を過ぎても手続が開始されない場合には、子が移動した先の州がそのホームステイトとなる）。

(b) 重要な関連性に基づく管轄権：ホームステイトがない（例えば、両親が子を連れて頻繁に州を越えて引っ越しを繰り返している場合）か、あるいはホームステイトが管轄権の行使を拒んだ場合には、子が重要な関連性を有している州に管轄権が認められる⁶⁵。この基準によると、複数の州に管轄権が認められる可能性もあるが、管轄権を行使できるのは、そのうちの1つであり、手続が競合する州の間で調整をするか、調整が見つからない場合は最初に申立てがなされた州の管轄権が優先される⁶⁶。

か、手続の開始前6カ月以内に子の home state であり、かつ子は現在は州内にはいないが両親もしくは両親として行動しているものが引き続き州内に居住している場合にのみ、当該州に子の監護権についての最初の判断をする管轄権を認めている。この規定によれば、例えば、ミネソタ州で生まれ育った2歳の子が、いずれの両親も監護権の指定の申立てをする前には母親によってアイダホ州に連れ去られた場合、残された父親は、子の移動後6カ月以内であれば、ホームステイトに基づく管轄権を有するミネソタ州で、最初の監護権に関する申立てをすることができる。すなわち、子がミネソタにいないことは、当該州の管轄権を奪うものではない。この場合ミネソタ州がホームステイトであり、仮に母親がアイダホ州で手続を始めたとしても、父親は管轄権がないことを理由に申立ての却下を主張できる。

⁶⁵ § 201 (2) は、(1) の下で他の州に管轄がないか、子の home state の裁判所が、§ 207 もしくは 208 (後述) の下でより適切な法廷地があるという理由で管轄権の行使を拒んだ場合で、かつ、子及びその両親、もしくは子と少なくとも両親の一方ないしはそのように行動している者が、単なる物理的な存在以上の密接な関連性を有していて、子のケア、保護、教育 (training) 及び人的関係に関して重要な証拠が得られる場合には、その州に管轄権を認める。

⁶⁶ § 206(a) は、手続の開始の時点で、子の監護権に関する手続が、本法と本質的に合致する管轄権を有する他の州の裁判所で開始されていた場合には、手続が終了したか、あるいは § 207 により他州の裁判所が当該州の裁判所がより適切な法廷地であるという理由で中止された場合を除いて、当該州の裁判所はその管轄権を行使してはならない、と規定する。(b) は、裁判所は、子の監護権に関する手続の審問 (hearing) の前に、裁判所の文書と当事者によって提供されたその他の情報を審査しなければならず、子の監護権に関する手続が本法に従った管轄権を有する他州の裁判所で開始されていたと判断した場合には、裁判所はその手続を中止し、他州の裁判所と連絡を取らなければならない。管轄権を持つ他州の裁判所が、この裁判所をより適切な法廷地であると判断しない場合には、裁判所はその手続を却下しなければならない、と規定する。(c) 子の監護権の裁判を変更するための手続において、裁判所は当該裁判の執行のための手続が他の州で開始されていないかどうかを判断しなければならない。もし開始されている場合には、裁判所は、(1) 他州の裁判所の、

(c) より適切な法廷地に基づく管轄権：本法に基づく 3 番目の管轄原因は、ホームステイトに基づく管轄権を有する州も、重要な関連性に基づく管轄権を有する州も、いずれもが、自州が不便宜な法廷地である、もしくは不当な行為によって得られたという理由で、別のより適切な法廷地を優先し、管轄権の行使を拒否した場合に存在する⁶⁷。例えば、両親が別居して子は父親とニューヨーク州に住み、そこで学校に通い、母親の住むコロラド州で月 1 回の週末を過ごしていたが、父親が祖父母の住むメリーランド州で新たな生活を始めようとしている場合を想定すると、ホームステイトであるニューヨーク州、及び重要な関連性を有するコロラド州のいずれの州よりも、もうすぐ子のホームステイトとなるメリーランド州の方がより適切な法廷地であると判断され、両州が管轄権の行使を拒否することもあり得る。

(d) *Vacuum jurisdiction*：上記 3 つの管轄原因がいずれの州にも認められない場合には、それに代わる州がその空白 (*vacuum*) を埋め、管轄権を行使することが認められる⁶⁸。この規定が適用されるのは、子がホームレスの場合や出稼ぎ労働者や軍関係者の子、子が親戚の間をたらいまわしにされているような場合である。

(e) 仮の緊急的な管轄権：本法の下では、子が遺棄された場合や、子もしくはその兄弟姉妹あるいは子の親が虐待にあっている、あるいはその危険があるという場合には、仮の緊急的な管轄権が認められる⁶⁹。「緊急 (*emergency*)」の定義は、ネグレクトの場合も含まれ

当該手続の執行、中止、棄却ないしは却下いずれかの命令が発せられるまで、変更のための手続を中止する。(2) 当事者が執行のための手続を続行することを禁ずる。もしくは(3) 裁判所が適切と考える条件のもとで変更の手続を続行する。いずれかの措置をとることができる。

⁶⁷ § 201 (a) (3) .

⁶⁸ § 201 (a) (4) .

⁶⁹ § 204 は、仮の緊急管轄について規定する。(a) 裁判所は、子が州内に存在し、かつ遺棄された場合、もしくは子または子の兄弟もしくは両親が虐待等を受けている、あるいは受ける恐れがあるという理由で、子を保護することが緊急に必要な場合には、仮の緊急管轄権を有する。(b) 本法のもとで執行できる子の監護権に関する裁判が以前にだされておらず、かつ子の監護権に関する手続が本法のもとで管轄権を有する種の裁判所で開始されていない場合には、本条のもとで下された子の監護権に関する裁判は、管轄権を有する州の裁判所から命令が得られるまでは、効力を持ち続ける。管轄権を有する州の裁判所で子の監護に関する手続が開始されていない場合には、本条の下で下された裁判が、最終的な判断となり、当該州が子の *home state* になる。(c) 本法の下で執行できる子の監護に関する裁判が以前に下されている場合、もしくは子の監護に関する手続が管轄権を有する州の裁判所で始まっていた場合には、本条の下で発せられた裁判所の命令は、その中で、裁判所が命令を求める当事者が管轄権を有する州から命令を得ることを許すために適切と考える期間を特定しなければならない。州内で発せられた命令は、特定された期間内に他州から命令が得られるまで、あるいは期間が経過するまでは、効力を有する。(d) 本条の下で子の監護に関する裁判をするよう求められた州の裁判所は、本法の下で管轄権を有する州の裁判所で子の監護に関する手続が開始されていたか、あるいは子の監護に関する裁判が下さ

ていた旧統一法に比較すると狭められたが、他方で、子の親や兄弟姉妹が危険にさらされている場合も含めることで拡張されている。この緊急管轄権は、手続が他州で既に開始されている場合にも行使できるし、それに基づいて仮の命令を下すこともできる。緊急性を解決し、当事者及び子の安全を確保し、仮の命令がどのくらいの期間有効とされるべきかを判断するために、迅速な裁判所間のコミュニケーションが義務付けられている。また、本法及び PKPA に則って他州で執行できる仮の緊急命令を下すためには、審問を受けるための通知と機会が与えられなければならない⁷⁰。本規定に基づく仮の緊急命令が下される前に、他の命令が出されておらず、またいずれの州でも手続が開始されていない場合には、当該仮の緊急命令が、それを発した州が子のホームステイトであることを前提として、最終的な判断となる。既に別の命令があるか、手続が既に開始されている場合には、緊急の救済を求めた者が他の裁判所から監護命令を得るための適切な期間を、緊急命令の中で特定しなければならない。

②変更のための管轄権

最初の監護命令を変更することができるのは、いずれの裁判所か。本法はこれについて、PKPA に類似した、排他的かつ継続的な管轄権のルールを採用した。すなわち、本法に従って管轄権を行使して最初の命令を下した裁判所は、その命令を変更するための排他的かつ継続的な管轄権を有する。ただし、(i) 当該裁判所が重要な関連性に基づく管轄権を失った場合、もしくは(ii) 子、子の両親が当該州にもはや居住していない場合には、この限りではない⁷¹。重要な関連性を有しているかどうかを判断できるのは、当該命令を下した州のみであるが、本セクションで規定されている者が全て当該州を去ったかどうかは、他の州でも判断できる。

最初の命令を下した州が排他的、継続的管轄権を有している限りは、それ以外の州は当

れたという情報を得た場合には、即時に当該他の裁判所と連絡を取らなければならない。

§ 201 乃至 203 に従って管轄権を行使している州の裁判所は、本条に類似した規定の下で他州の裁判所において、子の監護に関する手続が開始されていたか、子の監護に関する裁判が下されたという情報を得た場合には、緊急事態を解決し、当事者及び子の安全を保護するために他州の裁判所と即時に連絡をとり、仮の命令の存続する期間を決定しなければならない。

⁷⁰ § 205(a), and PKPA, 28 U.S.C. § 1738A(e).

⁷¹ § 202 によれば、§ 201 や § 203 (後述：子の監護権の変更のための管轄権) に従って子の監護権の裁判をした州の裁判所は、当該州の裁判所が、子、子の両親、及びそのように行動している者のいずれもが当該州と重要な関連性を持たなくなり、かつ子のケア、保護、教育及び人的関係に関する重要な証拠がもはや当該州では得られなくなった、あるいは当該州の裁判所もしくは他の州の裁判所が、子、子の両親及びそのように行動する者が現時点で当該州には居所を有していないと判断するまでは、子の監護権に関する裁判について専属的で継続的な管轄権を有する。そして、子の監護権の裁判をして、本条のもとで専属的継続的管轄権を有しない当該州の裁判所は、§ 201 の下での最初の裁判をする管轄権を有する場合にのみ、その裁判を変更することができる。

該命令を変更することはできない。このことは、子がその州から移動し、新たなホームステイト州を確立した場合にもあてはまる。この新たなホームステイト州が最初の命令を変更できるのは、最初の命令を下した州が排他的継続的管轄権を失ったか、不便宜な法廷地を理由に管轄権の行使を拒絶した場合で、かつ子の新たなホームステイト州が本法の下で管轄権を有している場合に限られる⁷²。旧統一法の下での実務では、子の新旧のホームステイトがどちらも変更する管轄権を主張できたことから、抵触する監護命令がだされ、いずれの命令が優先するかについてしばしば混乱が生じていたが、本法の規定はこのような混乱を回避することを目的としている。

③管轄の拒絶

本法のもとで、本来管轄権を有する裁判所がその行使を拒絶できるのは、その裁判所が不便宜な法廷地であるか、不当な行為を原因とする場合である。

(a) 不便宜な法廷地：本法は、いわゆる、フォーラムノンコンヴィニエンスの法理を適用し、他の州がより適切に子の監護を判断することができると判断し、自州の管轄権の行使を拒絶する（差し控える）ことを認めている。その際に考慮される要素とは、例えば家庭内暴力があるかどうか、もしあるのであれば、いずれの州が当事者及び子を最も適切に保護できるか、子がどのくらいの期間州外に居住しているか、いずれの裁判所が当該事件に最も通じているかなどである⁷³。

⁷² § 203 は、子の監護権の裁判を変更するための管轄について規定する。他の州の裁判所が下した子の監護権に関する裁判を変更できるのは、§ 201(a)(1)により最初の監護権裁判を下す管轄権を有していて、かつ、他州の裁判所が§ 202によってもはや専属的継続的な管轄権を有していないと判断するか、当該州の裁判所がより適切な法廷地であると判断する場合、もしくは当該州の裁判所もしくは他州の裁判所が、子、子の両親及び両親として行動する者が現時点で他州に居所を有していないと判断する場合に限られる。

⁷³ § 207(a)本統一法の下で子の監護権に関する裁判のための管轄権を有する州の裁判所は、状況に応じて不適切な法廷地であり、かつ他州の裁判所がより適切な法廷地であると判断した場合はいつでも、その管轄権の行使を拒むことができる。不適切な法廷地かどうかの問題は、当事者の申立てにより、又は職権により、あるいは他の裁判所の要請によって問題とされうる。(b)不適切な法廷地であるか否かを判断する前には、他州の裁判所が管轄権を行使することが適切かどうかを考慮しなければならず、この目的のために、当事者に情報を提供することを許し、以下を含むあらゆる関連する要素を考慮しなければならない。

(1) ドメスティックヴァイオレンスが起きたかどうか、及び将来それが続く可能性があるか、そしてどの州が最も両親及び子を保護することができるか。(2) 子が当該州以外の州で居所を有していた期間。(3) 当該州の裁判所と管轄権を有すると思われる州の裁判所との間の距離。(4) 当事者の経済状況。(5) いずれの州が管轄を有するべきかについての当事者の合意。(6) 係属する訴訟を解決するのに必要な証拠（子の証言を含む）の性質及び所在。(7) 各州の裁判所の、争点を迅速に判断する能力及び証拠を提示するのに必要な手続。(8) 各州の裁判所が係属する訴訟における事実及び争点にどれほど精通しているか。(c)自州の裁判所が不適切な法廷地であり、他州の裁判所がより適切な法廷地であると判断した場合、裁判所は、子の監護権に関する手続が他の指名された州において迅速に開始されることを条件として、自州の手続を中止(stay)しなければならず、また裁判所が

(b) 不当な行為：本法は、裁判所の管轄権が申立てを提起した当事者の不当な行為によって作出されたものである場合には、その行使を拒絶することを要求している⁷⁴。不当な行為とは例えば、子の不法な連れ去り、留置もしくは隠匿などである。この規定が家庭内暴力のケースでどのように機能するかについては問題であるが、逃走が正当化されるかどうかを慎重に審理する必要がある。

③執行

本法は州の裁判所に対して、本法の管轄に関する規定と本質的に合致してなされたか、もしくは本法の管轄基準に合致する事実に基づいてなされた子の監護に関する判断を承認し執行することを要求している⁷⁵。本法は、姉妹州の監護命令及び面接交渉の命令の執行義務に加えて、州際間の執行のための新たなメカニズムを創設した。

(a) 他州の監護権判断の登録

本法は、他州の監護及び面接交渉命令の登録のための簡易な手続を創設した⁷⁶。当事者は他州の裁判所に登録の要求をし、子の監護権に関する判断のコピーとその他必要とされる情報を添付する。裁判所は外国裁判所として当該命令をファイルし、命令において監護権を与えられた親に通知し、通知を受けた者は20日の間に、当該命令の有効性を争うための審問を要求できる。そのような要求がなければ、当該命令は法の問題として認められ、州内の命令と同様に執行されうる。登録を争えるのは、以下の3つの理由に限られる。すなわち、(i) 監護権の判断をした裁判所に管轄権がないこと、(ii) 登録を争っている者が手続の通知を受ける権利があったにもかかわらず、これを受けなかったこと、(iii) 子の監護権に関する判断が無効か、中止になったか、あるいは変更されたことである。

正当かつ適当であるとする他の条件を課すことができる。(d)裁判所は、子の監護権に関する裁判が離婚その他の手続に併合されていて、離婚その他の手続について管轄が残っている場合には、本法に基づいてその管轄権の行使を拒むことができる。

⁷⁴ § 208. ただし、両親が管轄権の行使に同意した場合や、他に管轄権を有する裁判所がない場合には、管轄権を拒絶しなくてもよい。

⁷⁵ § 303(a)裁判所は、他州の裁判所が、本法と本質的に合致する管轄権を行使したか、裁判が本法の管轄基準にあう事実に基づいてなされ、かつ本法に基づいて変更されていない場合には、子の監護に関する当該裁判を承認しかつ執行しなければならない。(b)裁判所は、他州の裁判所が下した子の監護に関する裁判を執行するために、自州のその他の法の下で可能ないかなる救済をも利用することができる。本編で規定されている救済は累積的なものであり、子の監護に関する裁判を執行するためのその他の救済の利用を妨げるものではない。

⁷⁶ § 305. 登録は、監護命令が将来執行できることを確実にするために活用することもできる。例えば、外国人の親が、子を面接交流のために合衆国に行かせる前に、外国でなされた監護命令が承認執行されるかどうかの事前の判断を求めて、登録の手続を利用することもある。

(b) 仮の面接交流の命令

本法の下では、他州の命令における面接交流のスケジュールもしくは、特定のスケジュールを含まない他州の命令の面接交流の規定を執行するために、裁判所が仮の命令を発することができる⁷⁷。例えば、裁判所は埋め合わせのための面接交流の時間を命令したり、他州の命令における「合理的な面接交流」に特定の意味を与えることができる。ただしこれは、あくまでも面接交流を容易にするための措置であり、他州の命令を変更することための管轄権を与えているわけではない。

(c) 監護権判断の迅速な執行

本法は、子の迅速な返還のための迅速かつ簡易な手続も新設した⁷⁸。この手続の下では、原則として、通知のあと 24 時間以内に執行のための審問が開かれる。審問では相手方は限られた抗弁しか主張できず、事前に登録されている場合には、当該命令が登録後に無効、中止あるいは変更されたことしか主張できない。登録されていない場合には、相手方は先の挙げた 3 つの抗弁を主張できる。相手方の抗弁が認められない限り、裁判所は、申立人をして即時に子の物理的な監護を得る権限を与える命令を発しなければならない。

さらに、子の安全を確保するための手続として、裁判所は法執行官に即時の子の物理的監護を得ることを命ずる令状を発することもできる (pickup orders)⁷⁹。この令状は執行を求める訴えと併合して得られる。この救済方法は国際的な子の奪取を防止する際に非常に役立つものである。ICARA は、ハーグ条約の案件を審理する裁判所が、州及び連邦法の下で子の福祉を保護し、さらなる子の連れ去りや隠匿を阻止するために必要な措置をとることを認めており、この令状の規定は裁判所にこのような必要な措置をとるための権限を与えるものである。

(d) 公的な執行

本法は、子の監護命令を確実に執行するために、検察官やその他適切な役人 (public officials) が民事上の法的措置をとるためのメカニズムを規定している⁸⁰。この法的措置は裁判所のために (裁判所にかわって) とられるものであり、検察官等はいずれの当事者をも代理するものではない。

⁷⁷ § 304(a) 子の監護に関する裁判を変更するための管轄権を有していない州の裁判所は、以下のことを実現する仮の命令を発することができる。(1) 他州の裁判所によって下された面会交流のスケジュールや、(2) 特定の面会交流のスケジュールを定めていない他州の子の監護に関する裁判の面会交流に関する条項。(b) 上記 (2) の下で裁判所が命令を下した場合には、その命令において、申立人が管轄権を有する裁判所から命令を得ることを許すために適切と考える期間を特定しなければならない。この命令は、他の裁判所から別の命令が得られるまで、あるいは上記期間が経過するまでは効力を有する。

⁷⁸ § 308-310.

⁷⁹ § 311.

⁸⁰ § 315-317.

以上要するに、UCCJEA はホームステイトに基づく管轄権を優先し、排他的継続的管轄のルールを条文化したことにより、子の監護に関する手続がいずれの州でなされるべきかが明らかにされ、それにより、姉妹州において手続が競合抵触する数が著しく減少することになる。さらに革新的な執行手続を規定することにより、より迅速かつスムーズ、そしてより予想可能な執行が可能となる。

2. 成年後見

手続の目的が、関係する個人の永続的な後見に影響を与えることであるならば、その判断は通常、当該個人の福祉に最も関連の強い州の裁判所によってなされるべきである。ほとんどのケースにおいては、これは当該個人（被後見人）のドミサイルである。ただし、保護を有する無能力者は、どこにしようとも、世話をしてくれる人を任命してもらうことができ、任命された者は、ドミサイルのある地の裁判所によって任命された者と同様の後見人として任命されうる。この場合でも、ドミサイルのある地の裁判所で任命された後見人が通常は主たる後見人とみなされる。そしてこの後見人の権限はどこでも承認される。

(f) 扶養義務

1. 扶養一般について

扶養事件においては、管轄の基礎は様々である。扶養料を認める管轄は対人管轄権であることから、それは扶養義務者のドミサイル（もしくはレジデンス）か、扶養義務者の継続的かつ意図的な活動（例えば債務者が仕事をしている州）か、債務者の存在か、債務者と最小限の関連があるか、もしくは、統一扶養判決相互承認法（Uniform Reciprocal Enforcement of Support Act, URESA）のいずれかに基づくものでなければならない。これに対して、被告の財産を差し押さえただけでは管轄は認められない。

(1) ドミサイルに基づく管轄

扶養を求める訴えが提起された時点で債務者のドミサイルがあることは、管轄を認める十分な根拠となる。これが一般的な管轄権の基礎として認められているからである。すなわち、ドミサイルとは、被告が請求がどこでなされたとしても、人的請求に応えることを公平に要求できる場所を指す。

(2) 存在に基づく管轄

あらゆる種類の管轄について、International Shoe 事件で示された最小限の関連性を要求する Shaffer v. Heitner 事件との整合性が争われてはいるが、Burnham v. Superior Court, 110 S.Ct. 2105 (1990) では、ただ通過するだけのために滞在した者に送達したということ根拠にした管轄も、婚姻関係事件においては認めらるとされた。

(3) 最小限の関連性に基づく管轄

多くの州が、ロングアーム法を制定し、配偶者や子が、非居住者である被告と憲法上必要とされる関連性を有する法廷地において扶養を求める訴えを提起することを認めている。

1) 扶養に関する事件にけるロングアーム法による管轄

ロングアーム法によれば、当該州にもはやレジデンスやドミサイルを有していない被告に対しても、その州に、扶養を求める当事者が、その訴えが提起された時点でレジデンスないしはドミサイルを有していて、かつ以下のいずれかの要件を充たす場合には、管轄が認められる。その要件とは、(a)当該州が、夫婦が別居する前に婚姻ドミサイルであったか、(b)被告が当該州で原告を遺棄したか、(c)扶養を求める請求権が当該州の法の下で生じたか、(d)扶養を求める請求権が当該州で認められる合意の下で生じたか、である。

2) 親子関係に関連する訴訟におけるロングアーム法に基づく管轄

婚姻関係事件に関するロングアーム制定法は、親子関係に関連する訴訟において、レジデンスやドミサイルを有していない者に対して、子及び片親ないし推定上の親が当該州にレジデンスを有しているという関連性に基づいて、管轄を認めることもある。

3) 最小限の関連性

このような関連性は、最小限の関連性テストに合致していなければならない。例えば、**Kulko v. Superior Court** 事件においては、カリフォルニア州にレジデンスを有さない父親は、彼が、子どもがカリフォルニア州に引っ越すことに同意したというだけで、当該州における前妻の扶養料増額を求める請求に応訴するために、同州の管轄に服することはないと判示された。ここでは、父親が引越しに同意をしたことが、どんな効果を生じさせるにせよ、それは当該州の法の保護を意図的に求めようとしたことにはならない。

カリフォルニア州は管轄を認めることに何ら特別な政府の利益を立証しなかった。なぜなら同州には特定のロングアーム法がなく、管轄は、憲法と相反することのない何らかの根拠の下でしか認められていないからである。統一法の利用可能性は、妻によるいかなる請求も、夫にカリフォルニア州に来ることを要求することによって、応訴及び防御の負担を夫に負担させることを相殺する。統一法の下では、いずれの当事者も州外で訴訟をする必要はない。適用される準拠法はニューヨーク州法であり、そのことが妻の請求の本案に対するカリフォルニア州の利益を減少させる。

2. 統一州際家族扶養法 (UIFSA)

扶養に関して最も重要な法は、統一州際家族扶養法 (Uniform Interstate Family Support Act: UIFSA) である。この統一法は家族間の扶養命令の執行のための普遍的かつ統一的なルールを提供するものであるが、同時に、州裁判所に対して基本的な管轄基準を定め、各

州が子の扶養手続に関する継続的排他的管轄権を行使するための基礎を判断し、複数の裁判所で手続が開始された場合に、いずれの州が支配的な命令を出すかを決定するためのルールを確立し、他州の子の扶養命令を変更したり、その変更を拒絶するためのルールを提供している。この統一法の前身は、1950年に統一州法委員全国会議によって制定された扶養の相互承認に関する統一法（Uniform Reciprocal Enforcement of Support Act: URESA）であり、これはその後2回の改正を経て、1968年に大々的な改正により、その名称も改正統一法（Revised Uniform Reciprocal Enforcement of Support Act: RURESА）と変更された。しかし1988年までには、この改正統一法の実務における適用に関して様々な問題が生じたことにより、さらなる改正の機運が高まった。その結果、改正統一法にかわるものとして、1992年に統一州際家族扶養法が制定されたのである。この新しい統一法は1996年に重要な修正がなされたあと、連邦議会が修正された統一法が全米で採択されることを、州の子の扶養プログラムの助成金を受ける条件として義務付けたことにより、1998年までには全米の全ての州が1996年の統一法を採択した。

この統一法の最も重要なポイントは、1つの州の裁判所が1つの扶養命令を出し、または変更する権限を有するという基本的な管轄ルールを確立したことにある。一たび命令が出されたら、他の州はその命令を執行しなければならない、またそれを変更してはならない。さらに、同一当事者にかかる命令を複数の州の裁判所が出した場合には、それらのうちの 하나가、執行可能な支配的な命令となる。統一法は、命令を出した州以外の州における命令の変更を求める当事者の権限を制限する管轄ルールを明確にする一方で、当事者が、自己が居住していない州で命令を出してもらったり、変更してもらうよう自発的に求められる場合を認めている。この統一法の下では、扶養命令を発するための管轄原因と子の監護権に関する管轄権は別であり、扶養を決定する目的で裁判所の管轄に服する（応訴する）当事者は、子の監護権や面接交流に関して応答する州の管轄権に自動的に服することになる。

その後も2001年及び2008年に修正がされたが、基本的な原則は変わらないまま、実務の経験を踏まえて細かい規定が洗練されてきた。2008年の修正が最も新しいものであるが、これは米国が2007年に署名した、子の扶養及び家族の扶養の国際的な回復に関するハーグ条約の施行法となるべく統一法を修正したものである。2008年の改正は、ハーグ条約の締約国の扶養命令の登録、承認、執行及び変更のためのガイドラインと手続を提供している（Article 7）（ハーグの締約国以外の外国については、§ 105が適用され、州と同様の取扱を受けることになる）。この修正統一法の制定は、アメリカの子の扶養命令の海外での執行を改善し、合衆国に居住する子が、両親がどこに居住していようが、彼らから正当な経済的サポートを受けることを確実にするものである（連邦議会はまた、2010年までに2008年修正版が各州で採択されることを、連邦からの助成金を引き続き受けるための条件とした）。

本統一法における管轄に関する規定は以下の通りである。

UIFSA § 201 及び 202 は、扶養命令を確立する、あるいは血統を定める目的のため、州内に居住していない相手方に対する、いわゆるロングアーム管轄を認めている。すなわち、§ 201(a)によれば、扶養料の支払命令を認める、執行するあるいは変更するための手続あるいは血統を定めるための手続においては、以下の州の裁判所が州内に居所を有しない者に対して対人管轄権を有する。①その者が召喚状を当該州内において直接送付された場合。②合意した場合、管轄について異議を述べずに応訴した場合、対人管轄に対するいかなる異議も放棄する効果をもつ文書を提出した場合には、当該州の管轄権に服する。③当該州において過去に子と一緒に居住していた場合。④当該州において過去に居住しており、かつ子の出生前の費用ないしは子のための扶養料を支払っていた場合。⑤被告の行為ないしは命令の結果として子が当該州に居住している場合。⑥被告が当該州において性的交渉に従事し、子がその行為によって懐胎された可能性がある場合。⑦〔被告が（当該州の推定父登録簿において）子との親子関係を認めている場合〕。⑧その他対人管轄権の行使に関して当該州憲法及び合衆国憲法に合致する基礎がある場合である。⑦がブラケットに入っているのは、すべての州が推定父登録簿を備えているわけではないからである。また、§ 202によれば、§ 201に従って認められた当該州裁判所の対人管轄権は、当該州の裁判所が § 205, § 206 及び § 211 条に従って扶養命令を変更する又は扶養命令を執行するための継続的かつ排他的管轄をもつかぎり、継続するとされている。

本法に従って子の扶養料の支払命令を下した裁判所のある州は、当該州が子の home state か、あるいは当事者のいずれかの居所であるか、当事者全員が他州の裁判所が命令を変更し、継続的かつ専属的な管轄権を有することに、書面によって合意をした場合に限り、当該命令に関しては継続的な専属管轄を有する (§ 205)。ここでいう子の home state とは、子がそこで両親の一方あるいは両親として行動している者と、当該申立の提起直前少なくとも継続した 6 カ月間生活していたか、子が生後 6 カ月に満たない場合は、出生の時から住んでいた場合を指す。

夫婦間の扶養料命令については、それを発した裁判所が、当該命令の継続する間は継続して専属的管轄を有する⁸¹。

§ 204 は、訴訟競合について規定する。(a) 裁判所は、他州において申立もしくはそれに相当するプリーディングがなされた後に、申立がなされた場合には、以下の場合にのみ管轄権を行使できる。(1) 自州の申立てが、他州による管轄権の行使に異議を述べる答弁 (responsive pleading) をするために当該州で認められている期間が経過する前になされ、(2) 相手方当事者が適時に他州における管轄権の行使に異議を述べ、かつ (3) 関連がある場合には、自州が子の home state である場合。(b) 以下の場合には、申立が他州で申立が提起される前にされた場合でも、扶養命令を発するための管轄権を行使してはならない。(1) 他州における申立が、自州による管轄権の行使に異議を述べる答弁をするために自州で認められている期間の経過前に提起され、(2) 相手方当事者が適時に管轄権の行使

⁸¹ Hay, Borchers and Symeonides, Conflict of Laws, fifth ed at 741.

に異議を述べ、(3) 他州が子の home state である場合。

国際的な領域においては、合衆国は相互の保証に基づいた扶養命令の承認・執行を規定する二国間条約を複数の国と締結している。2007年11月23日には、ハーグ扶養料の国際的回収に関する条約が採択されたが、2010年の時点で署名したのは合衆国のみで、いまだ発効するには至っていない。

合衆国においては、外国の扶養命令は、命令を下した国で変更可能であったとしても、コミティーの原則のもとで承認されるという立場が有力である。また、外国裁判が承認された場合、合衆国裁判所は、その変更を求める請求も認めている⁸²。

3. 夫婦間の扶養について

離婚事件については、たとえ夫婦の一方のみが法廷地にドミサイルを有していた場合であっても管轄が認められ、その判決には他州でも十分な信頼と信用が与えられる。離婚事件については比較的緩やかに管轄が認められることに鑑みると、離婚判決は有効に婚姻を解消し、それには十分な信頼と信用が与えられるが、だからといって、それによって婚姻に関わるすべてのその他の法的効果が影響を受けるとしてしまうと、一方配偶者の財産的利益について、その者に対して対人管轄権を欠く裁判所がその利益を消滅させることになってしまい、それは妥当ではない。これが離婚判決効果の可分性 (Divisible Divorce) である。Estin v. Estin 事件判決は、婚姻から生じた経済的利益を妻が一方的手続で奪われることを妨げ、夫がこれらの利益の調整を望むのであれば、夫は妻に対して対人管轄権を有する裁判所で訴えを提起しなければならないとした⁸³。

4. 婚外子扶養請求訴訟(Paternity)

父の決定の手続には、父と推定される者に対する対人管轄権が必要とされる。従って、有効な当事者一方出頭の離婚判決の附帯事項として父であることの決定がなされても、その承認は認められないのが判例である (Schilz v. Superior Court, 144 Ariz. 65, 695 P.2d 1103 (1985))。いくつかのロングアーム制定法は、父と推定される者に対する対人管轄権のために特定の関連性を必要とすることを示した父の決定手続のための規定を有している。また、URESA が、非嫡出子のための扶養料の決定に附帯して父を決定するために用いられることもある。なお、URESA の下では、両当事者が裁判所に出頭していない場合には、父の決定は不適切である場合がある。

5. 外国扶養命令の承認

統一外国金銭判決承認法は、外国扶養命令を明文で対象外としている。しかしながら、扶養事件における国際的協力の必要性自体は認識されており、それは州際間の協力の必要

⁸² Restatement, Second, Conflict of Laws § 109, cmnt. (d) (1971).

⁸³ 334 U.S. 541 (1948).

性が統一州際家族扶養法につながったのと同様である。統一法のポリシーに従い、外国国家と相互の協定を結んでいる州もいくつかある。また、連邦から補助を受けている州に対して、国務省によって相互的国家と宣言されている外国、もしくは当該州自身が相互協定を結んでいる外国で確定された扶養義務を執行することを要求している連邦法もある。

また上述の統一法も、外国の裁判所で、統一法の下での手続と実質的に同等の扶養命令の発布及び執行のための手続を確立している、あるいはその旨規律する法を有しているものについては、統一法の下での執行手続を外国裁判所の命令についても拡張している⁸⁴。

外国の扶養命令が、同性婚や **civil union** の解消に併合されて下された場合には、**DOMA** を採択している州はその承認を拒否することが予想される。

(g) 相続（遺産管理）

1. 遺言の検認

遺言の検認（または無遺言の死者の遺産の管理）の主たる場所は、被相続人の死亡時のドミサイルである。そこが家族及び財産に関する利益の中心地であり、また通常は被相続人の財産と最も関連のある者が所在する場所だからである。ドミサイルの場所での遺言検認は遺産のうち動産について常に重要である。ドミサイルでの動産の遺言検認が優先されるため、副次的遺産管理手続の管轄裁判所は、特段の事情がない限り、ドミサイルでの検認がなされるまでは検認を拒絶することができる⁸⁴とされている。他方で、被相続人の人的遺産が所在する場所ならどこでも、遺言を検認することを認めるもしくは拒否する管轄権があるのは明白である。ドミサイルでの遺言検認を優先させるというポリシーは、統一遺産管理法典（**Uniform Probate Code**）にも反映されており、そこでは副次的管轄をもつ裁判所をして、被相続人のドミサイルの以前の判断に従い、ドミサイルの人格代表者の任命を優先させることを要求している⁸⁵。

2. 遺産の管理

既に述べたように、被相続人の最後のドミサイルでの遺産管理が通常は望ましく、制定法がその旨規定している場合を除いて、被相続人が所有する財産がドミサイルのある州内に所在することは、ドミサイルで遺産管理人を任命するための前提条件ではない。ただ実際は、遺産管理は財産がある場所ならどこでも行うことができる。従って、被相続人のドミサイルで行われるのが主たる遺産管理手続であり、財産所在地であるその他全ての州で行われるのが副次的手続である。ドミサイルの人格代表者による単一の遺産管理が可能であるならば、ドミサイルの人格代表者を任命し、この者がドミサイルでの遺産管理手続のために他州にある財産を回収するために手続を進めるべきである。

⁸⁴ UISFA, § 101(19)(ii)(1996 Act); § 102(21)(B)(iii)(2001 Act).

⁸⁵ U.P.C. § 3-202, 3-307 (2006).

3. 外国裁判所の行った遺言検認の承認

被相続人のドミサイルのある地で有効な遺言として検認を認められた遺言は、被相続人が動産を有しているその他全ての地で有効なものとして承認されるべきである。単一の相続手続及び前訴による排除効のポリシーがこの見解を支持する。これとの関係で、非公式の検認（一方当事者のみ出席した場合など）と適切な通知をした、あるいは双方の当事者が出席した公式の検認とは区別されるべきである。両当事者が出席した、あるいはその機会が与えられていた場合には、遺言をめぐる争いが一度あれば十分であり、たいていの場合は、ドミサイルがこの1回の紛争にとっては最も適切な法廷地である（そうでないと、たまたま財産が所在するというだけでそれを管轄原因として複数の訴訟が提起されることになる）。従って、被相続人のドミサイルで、被相続人の財産の有効な遺言による処分として遺言の検認をするために書類が認められたということがされる場合には、他の州は当然に当該検認を最終的なものとして受け入れることになる。財産所在地の州は、ドミサイルを有する州が宣言することが被相続人の財産の適切な処分かを判断することに利益を有しているが、遺言が有効なものとして宣言された場合には、その問題は解決されているとされる。

ドミサイルを有する地でなされた遺言の検認、及びドミサイルのある州の財産に関するそれに基づく手続には、当該財産がその他の地における訴訟の対象となっている場合には、十分な信頼と信用が与えられなければならない⁸⁶。例えば、被相続人がある州にドミサイルを有していたという事実認定は、管轄権に関する後訴を排除すべきである。ただし、前訴に関与していなかった当事者についてはこの限りではない。同様に、被相続人のドミサイルのある州以外の州における遺言の検認は、その州にある財産の処分に関しては最終的なものとされる。ただし、前訴で争いがなかった、あるいは欠席のまま裁判がなされた場合には、当該裁判はそれ以外の州では遺言の有効性の問題を規律するものではない。これに対して、前訴がなされた州で争った当事者は、同一の問題をさらに争うことから排除される。

III 個別事項に関する各州の規定

1. カリフォルニア州⁸⁷

カリフォルニア州においては、上位裁判所（superior court）が民事事件をはじめ、家族事件、検認事件及び少年事件の全てを審理する。ただし、ほとんどのカウンティの上位裁判所は、Family Court Service Program ないしは類似の制度を有しており、上位裁判所の裁判官の関与のもとで、調停人によって子をめぐる夫婦間の争いを解決することを促進

⁸⁶ Restatement, Second, § 317 (1971).

⁸⁷ カリフォルニア州法については、<http://www.leginfo.ca.gov/calaw.html> を参照した。

している（調停の手続については、カリフォルニア州裁判所規則（California Rules of Court, rule 5.210 and rule 5.215）、及び遺産管理法 Division 5, section 1800-1852 が規律している）。調停が成立すると、これは **stipulation** と呼ばれ、我が国の訴訟上の和解に相当する。カリフォルニア州においては、家族法（Family Code）が婚姻関係事件（婚姻の無効、解消及び法的別居）、子の監護、扶養（夫婦間及び子）、子の監護、親子関係、養子縁組について規律し、遺産管理法（Probate Code）が、成年後見及び未成年後見、相続（死者の財産の管理）についてそれぞれ規定している。以下それぞれの規定を事項ごとにみていくこととする。

（１）婚姻関係事件（婚姻の無効、解消及び法的別居）

婚姻の無効、取消及び法的別居（以下あわせて婚姻関係事件とする）については、家族法 Division 6, section 2000-2452 に規定がある。まず婚姻関係事件のための手続においては、裁判所は以下の点についても審判することができる。すなわち、①婚姻の状態、②未成年の子の監護権、③子の扶養、④当事者間の扶養、⑤当事者の財産権の解決、⑥弁護士費用の支払についてである。さらに、カリフォルニア州民事訴訟法 415. 50 に則って相手方配偶者に呼出状の送達が行われた場合には、裁判所は、①州内にある送達を受けた配偶者の夫婦共有財産である不動産及び準共有財産である不動産に対しても同様の管轄権を有する。また、裁判所は召喚状の中で、未成年の子を同意なく州外に連れ去ったり、財産を勝手に処分・隠匿することを禁ずる仮の命令をすることもできる（家族法 2040 以下）。

婚姻の無効確認を求める申立てが提起された場合には、召喚状と申立てのコピーが通常の民事訴訟における文書の送達と同様の方法で相手方に送達される。

婚姻の解消及び法的別居の管轄については、居住地要件が設けられている。すなわち、婚姻関係の当事者の一人が 6 カ月間本州の居住者であり、かつ申立の提起に先立つ 3 カ月間、申立がされたカウンティの居住者であったことが要件とされている。これに対して、同性婚の場合には、以下の一定の要件を満たせば、当事者のいずれもが手続開始の時点で本州の居住者でなく、またはドミサイルを有していなくても、管轄を認めている。その要件とは、その婚姻がカリフォルニア州で挙行され、離婚を認めてくれる州には居住していない場合である。同性婚の解消については、当該婚姻の届け出があったカウンティの上位裁判所に管轄が認められる。

婚姻の解消及び法的別居の手続において、当事者の書面による合意ないしは口頭による裁判所での訴訟上の合意（**stipulation**）によって排除されない限りで、裁判所は財産分与の判断をすることができる（家族法 2550）。

また、統一離婚承認法を受けた規定が、Division 6, Part 1, Chapter 8, Section 2090-2093 にある。そこでは、他の管轄で得られた離婚は、婚姻の両当事者が離婚のための手続が開始された時点で本州にドミサイルを有していない場合には、無効であり何ら効力を認められないとされている（2091）。なお、他の管轄で離婚を得た者が、手続の開始前 12 カ月内

に本州にドミサイルを有していて、そこから離れた日から 18 カ月以内に本州に居住していたと推定されるか、本州から離れた後帰ってくるまでの間ずっと、本州内に居住場所を維持していたという証拠は、離婚手続が開始された時点でその者が本州にドミサイルを有していたという一応の証拠となる (2092)。

(2) 親子関係 (嫡出推定、親子関係存否確認)

親子関係については、家族法 Division 12, section 7500-7961 に規定がある。このうち、統一父性法 (Uniform Parentage Act) を受けた規定が section 7600 以下にあり、7620 が管轄について規定している。それによれば、本州において性的交渉を持ったか、あるいは法律上の親となる意図をもって本州で生殖補助を受けたことにより懐胎を生じさせた者は、当該性行為もしくは生殖補助によって懐胎した可能性のある子に関する統一父性法の下での訴えについて、本州の裁判所の管轄権に服するものとされる。統一父性法の下での訴えは、以下のいずれかのカウンティで提起される。①子が居住しているか、または発見されたカウンティ。②子が現在進行中あるいは予定されている養子縁組の対象となっている場合には、当該子が譲渡されている、あるいはそれが予定されているカリフォルニア州の認可を受けた養子縁組エージェンシーが事務所を有するカウンティ。③子が現在進行中あるいは予定されている養子縁組の対象となっている場合には、養子縁組の申立てを審理している政府機関の事務所あるいは公的養子縁組エージェンシーの所在地であるカウンティ。④父が死亡している場合には、当該子の父の遺産の検認のための手続が開始されている、もしくは開始されうるカウンティである。

(3) 養子縁組

養子縁組については、家族法 Division 13, section 8500-9340 が規定している。

まず、section 9210(a)は、未成年の養子縁組のための手続について州が管轄権を行使できる場合として、以下の場合を列挙している。①手続の開始直前に、養子となる未成年が当該州に両親のいずれか、後見人、養親となる者もしくはその他両親として行動している者のいずれかと、少なくとも 6 カ月連続して生活している場合。養子となる未成年が生後 6 カ月、未満の場合には、上記のいずれかの者と生後直後から共に生活し、かつ当該州において当該未成年の現状もしくは将来のケアに関する重要な証拠がある場合。②手続開始の直前、養親となる者が当該州に少なくとも連続して 6 カ月生活していて、かつ当該州において当該未成年の現状もしくは将来のケアに関する重要な証拠がある場合。③未成年の養子縁組を扱う機関が当該州に所在し、当該未成年とその両親、あるいは当該未成年と養親となる者が当該州と著しい関連性を有しており、かつ当該州において当該未成年の現状もしくは将来のケアに関する重要な証拠がある場合。④養子となる未成年及び養親となる者が当該州に物理的に存在しており、かつ未成年が遺棄され、又は未成年が虐待やネグレクトを受けている、あるいはその恐れがあるという理由で当該子を保護することが緊

急に必要な場合。⑤上記①から④と実質的に合致する要件の下で他のいずれの州も管轄権を有さないと思われるか、他の州が、当該州が審理する方がより適切であるという理由で管轄権の行使を拒絶し、かつ当該州において当該未成年の現状もしくは将来のケアに関する重要な証拠がある場合、である。さらに section 9211 は、どのカウンティに養子縁組の申立てをすることが出来るかを規定している。すなわち、①申立人が居住するカウンティ、②子が出生した、もしくは申立の時点で子が居住しているカウンティ、③養子縁組を扱っている機関の事務所が所在するカウンティ、④申立を調査している役所もしくは公的養子縁組機関の事務所が所在するカウンティのいずれかである（当該州に居住していない者については①を除く）。

続いて、section 9219(b)は、訴訟競合について規律する。すなわち、当該州の裁判所は、未成年の養子縁組の申立てがされた時点で、当該未成年の監護権もしくは養子縁組に関する手続が本条で定める規定と実質的に合致する管轄権を行使する他の州の裁判所で係属している場合には、当該未成年の養子縁組の手続についての管轄権を行使してはならない。ただし、他州の手続が、当該州がより適切な法廷地である、もしくはその他の理由で中止された場合にはこの限りではない。また同(c)は、当該州の養子縁組の手続の対象となっている未成年の監護権に関する判決もしくは命令が他州の裁判所で既に発せられている場合には、当該州の裁判所は養子縁組の手続に関して管轄権を行使してはならない。ただし、本法に則って他州の裁判所の命令を修正するための要件が満たされているか、他州の裁判所が本条の規定と同趣旨の基準によれば管轄権を有していない場合か、他州の裁判所が管轄権の行使を拒絶した場合のいずれかに該当し、かつ当該州の裁判所が本条の規定に従い管轄権を有している場合には、この限りではない旨規定する。

（４）親権・監護権、面会交流権、子の奪取、未成年後見、成年後見

１）監護権（Custody）

子の監護及び面会交流については、家族法 Division 8, section 3000-3465 が規定しているが、その中でも重要なのは、統一子監護事件管轄及び執行法を受けた規定（section 3400-3465）である。詳細については、前述の説明を参照されたい。

２）子の奪取

子の奪取については、前述の説明を参照。なお、カリフォルニア州においては、検察官及び執行官が子の監護権の執行手続（実現）に関与するための法律上の権限が 30 年以上前から認められている。統一法の「public officials」条項は、カリフォルニア州法をモデルにしたとされる。同州が統一法を採択したことにより、その執行実務に若干の変化はみられるものの、採択前の検察官や執行官の役割を精査することは非常に有用であると思われる。カリフォルニア州の検察官は、子が他州に違法に（監護命令に違反して）連れ去られた場合には、刑事手続を始めるか、それとも民事的に解決するかの判断をするために事件の調

査をする。民事的な解決を目指す場合には、連れ去った親と子の所在を確認し、電話で奪取親に連絡をとり、法律を説明したうえで任意の返還を促す。仮に奪取親が拒絶した場合には、検察官は裁判所から、検察官に子の取り戻しを命ずる命令を得るが、この命令は検察官に仮の監護権を付与するものとされる。検察官は子が所在する管轄の執行機関及び裁判所と連絡をとり、子の取り戻しのための調整（宿泊施設の手配など）をする。法執行機関が非協力的な場合には、検察官は州の費用で弁護士を雇い、当該州法下で必要な法的措置をとることもできる。検察官はまた、カリフォルニア州の法務長官と協力して、ハーグ条約がからむ国際的な子の奪取においても重要な役割を果たしている。子が同州からハーグ条約締約国へ連れ去られた場合には、検察官は子の任意の返還を求めたり、条約の下での裁判所の訴訟手続を子の返還のために追行する。子がハーグ条約締約国から同州に奪取されてきた場合には、検察官が子の所在を探知し、子の返還のための申立てをすることもできる。カリフォルニア州では、1991年から1992年にかけて、検察官が約8000件の民事監護権の実現を援助し、奪取された子のうち3000人を取り戻したとされる。

3) 成年後見についての管轄

カリフォルニア州においては、上位裁判所が後見（成年後見及び未成年後見）についての職分管轄を有する（**Probate Code, section 2200**）。本州の居住者のための後見手続の開始に関して適切なカウンティは、①被後見人とされる者が居住する地、②被後見人とされる者の最善の利益となるその他の地である（**2201**）。また、本州の非居住者の後見のための手続を開始するのに適したカウンティは、以下のいずれかである。すなわち、①被後見人とされる者が一時的に生活をしている地、②その者の最善の利益となるその他の地である（**2202(a)(1),(2)**）。

4) 未成年後見についての管轄

未成年後見については、被後見人とされる者及び後見人とされる者が手続開始の直前連続して6カ月以上居住する地か、裁判所が未成年者が6カ月未満の場合はその誕生から居住していた地が、適切なカウンティとされる（**see, 2204(a)(1)**）。ただし、その要件を満たさなくても、訴えが提起された地で後見手続を行うことが未成年者の最善の利益にかなうと裁判所が判断した場合には、移送せずにそのまま審理をしてよいとする（同（2））。

（5）扶養

夫婦間の扶養及び子の扶養については、家族法 **Division 9, section 3500-5616** が規律しているが、この中でも特に重要なのが、統一州際家族扶養法を受けた規定である（**section 4900-5005**）。州法の規定は統一法とは細かい規定の仕方等に相違はあるものの、管轄及び承認要件について大きな変更はなされていないので、詳細については前述の説明を参照されたい。

(6) 相続

遺産の管理については、遺産管理法が規律している。死者の財産の管理に関する手続は、死者が死亡した場所にかかわらず、死者が死亡の時点でドミサイルを有していた州のカウンティの裁判所が管轄権を有する (section 7051)。死者が死亡の時点で当該州にドミサイルを有していない場合には、以下のいずれかの裁判所が管轄権を有する。①ドミサイルを有しない死者の財産が、その者が死亡したカウンティに所在している場合には、その者が死亡した場所。②ドミサイルを有しない死者の財産が死亡した地に存在しないか、その者が本州以外の州で死亡した場合には、死亡地がどこにかかわらず、その者の財産が所在するカウンティに管轄権を認める。もし財産が複数のカウンティにある場合には、副次的遺産管理手続のための申立てが最初に提起されたところが適切なカウンティであり、その裁判所に遺産の管理についての管轄権が認められる (section 7052)。

また遺産の管理手続においては、ある人が、連続して 5 年間行方不明であり、その不在が入念な捜索にもかかわらず満足に説明できない場合には、その人は死亡したものと推定される。その人の死は、その死亡がそれより前に生じたという十分な証拠がない限りは、5 年が経過した時点で生じたものと推定される (section 12401)。行方不明の人が、最後に目撃された、あるいは便りがあった時点で州内に居住していた場合は、その人の最後に知られた居住地のカウンティの上位裁判所が、遺産管理手続について管轄権を有する (section 12403(a))。行方不明の人が、最後に目撃された、あるいは便りがあった時点で州内に居住していなかった場合には、その人の不動産が所在するカウンティか、その人が州内に不動産を有していない場合には動産があるカウンティの上位裁判所が管轄権を有する (同(b))。

また、利害関係者、もしくは姉妹州又は外国の人的代表者は誰でも、①ドミサイルを有さない被相続人の遺言の検認、②地元の人的代表者の任命のいずれか、もしくは双方のために裁判所に申し立てることによって副次的遺産管理手続を開始することができる (section 12510)。副次的遺産管理手続のための適切なカウンティは、上述の § 7052 に従って判断される。被相続人が姉妹州にドミサイルを有している間に死亡した場合には、被相続人のドミサイルのある地の裁判所によって任命された人的代表者が、その他全ての人に優先する。ただし、被相続人の遺言により違う者が当該州において人的代表者とされている場合を除く (section 12513)。

当該州にドミサイルを有さない被相続人の遺言が外国法に従って検認された場合には、裁判所は本州において当該遺言を検認することを認めなければならない。そして、外国において当該遺言の検認を認めた命令から、以下の全ての要件が満たされていることが認められる場合には、検認に異議を述べたり無効を主張することは許されない。その要件とは、①外国における判断が、死亡の時点で被相続人が当該外国にドミサイルを有していたという事実に基づいてなされていること、②全ての利害関係者が外国の手続において争うための通知と機会を与えられていたこと、③外国における判断が終局的なものであること、の

3つである (section 12523(a))。ただし、上記の要件の充足が証明された場合でも、遺言を認める命令が中立的な裁判所、もしくは法の適正条項の要件に合致する手続を提供しない司法制度の下で下された場合には、裁判所は遺言の承認を拒否することができる(同(b))。本法の下で検認を認められた、ドミサイルを有さない被相続人の遺言は、当該州で検認を認められた当該州にドミサイルを有している間に死亡した者の遺言と同様の効力と効果を有する (section 12524)

2. ニューヨーク州⁸⁸

ニューヨーク州においては、家庭裁判所 (Family Court) が、扶養事件、親子関係存否確認、監護 (人身保護、未成年後見含む)、成年後見事件、養子縁組について、専属的職分管轄権を有する (Family Court Acts, section 115)。また、婚姻関係事件 (婚姻の無効、離婚及び別居) については地方裁判所 (Supreme Court) が職分管轄権を有するが、婚姻関係事件において扶養、財産分与、監護権などが併せて審理されている場合に、これらの事件が地方裁判所から家庭裁判所に移送 (refer) されることもある。また、相続については遺言検認裁判所 (Surrogate's Court) が職分管轄権を有する。

(1) 婚姻関係事件

婚姻関係事件については、家族関係一般について規律する家族関係法 (Domestic Relations Law, DOM) に管轄の規定もある。§ 230 によれば、婚姻の無効を宣言するための訴え、離婚を求める訴え、別居の訴えの管轄がニューヨーク州に認められるのは以下の 5 つのいずれかの場合である。すなわち、ニューヨーク州が、①婚姻挙行地であり、かつ手続開始直前の連続した一年間、当事者のいずれかの居住地であるか、②婚姻住所地であり、かつ手続開始直前の連続した一年間、当事者のいずれかの居住地であるか、③離婚原因発生地であり、かつ手続開始直前の連続した一年間、当事者のいずれかの居住地であるか、④離婚原因発生地であり、かつ両当事者が手続開始の時点で居住者であるか、⑤手続開始直前少なくとも 2 年間連続して、当事者のいずれかの居住地であった場合である。

また、§ 220 は、相手方が失踪したことを理由に婚姻を解消するための特別な手続について規定する。この場合にニューヨーク州に管轄が認められるのは、①申立人がニューヨーク州の居住者であり、かつ特別手続の開始直前の 1 年間居住者であった場合、もしくは、②失踪した配偶者が失踪した時点で、婚姻住所地がニューヨーク州にあった場合である。この場合、裁判所は失踪したことを認める実体的要件と特定の事項が告知されたことが証明されたと認めた場合には (要件等手続については § 221 を参照)、このような婚姻を解消する終局的な命令を下すことができる。

⁸⁸ ニューヨーク州法については、<http://public.leginfo.state.ny.us/menuf.cgi> を参照した。

(2) 扶養事件

ニューヨーク州は統一州際家族扶養法を採択している (FCT-Family Court, Article 5-B) ので、それについての説明は前述を参照されたい。そのほかにも、簡単な管轄についての規定がある。§ 421 は、扶養事件の手続は、当事者の一方が、申立て提起の時点で居住しているか、ドミサイルを有しているカウンティで始められるとし、家庭裁判所は、民事訴訟法 (civil practice law and rules) 5 条に従って手続の審理の場所を変更することもできると規定している。申立ての提起があった場合、裁判所は仮の保護命令を発することもできるが、この仮の命令は相手方当事者が欠席の場合でも出せるし、相手方を逮捕し裁判所の面前に連れてくるよう命じる令状の発令と同時の通知をすることで発することができる (§ 430)。

また、地方裁判所における婚姻関係事件において、裁判所は職権で、または配偶者のいずれかの申立てに基づいて、扶養事件や婚姻財産の分割の申立て、監護権や面会交流を定めるための申立ての判断やそれらの執行ないし変更の申立ての判断を家庭裁判所に付託することができる (§ 464、467)。

(3) 親子関係存否確認

親子関係存否確認 (父性確定) のための手続は、母もしくは子が居住しているか、発見されたカウンティか、父と推定される者が居住しているか発見されたカウンティで始められる。子がニューヨーク州以外の場所で生まれたという事実は、上記いずれかのカウンティで父性確定のための手続を禁じるものではない (§ 521)。父を定めるための手続が始められた時には、裁判所は職権又は本法の下で扶養の申立てを提起する資格のある当事者の申立てにより、母親に子を扶養することを強制する申立ての提起を命じることができる (§ 563)。

(4) 親権・監護権、未成年後見

監護権については、家族関係法 (DOM) に規定があるが、そのうち Article 5-A は、統一子の監護管轄権及び執行法を受けた規定である。詳しくは前述の説明を参照されたい。

(5) 養子縁組事件

養子縁組については、家庭裁判所と検認後見裁判所が競合して管轄権を有する (FCT § 641)。養子縁組の手続は、実親の権利の終了や、養子縁組機関への監護権や後見の付与の手続と併せて行われるようである。私的な養子縁組の場合には、手続は養親が居住するカウンティか、養親が当該州に居住していない場合には、養子となる子どもが居住するカウンティで開始されなければならない (DOM § 115)。

外国の裁判所、行政機関等が下した養子縁組許可は、一定の要件を満たせば、ニューヨーク州の管轄権のある裁判所の下した命令と同様の効果を認める。その要件とは、①養親

のいずれかがニューヨーク州に居住しており、かつ、②外国でなされた養子縁組の有効性が、当該子に関して、合衆国の移民局の所定のビザの認可によって証明されたことである。この要件を満たした外国の養子縁組許可は、ニューヨーク州法の下で最終的なものとされる。外国養子縁組許可の登録を求める申立ては、氏の変更の申立てと併合してできる (DOM § 111-c)。

(6) 相続

相続(遺言の検認、財産管理)に関する手続や訴訟は、検認後見裁判所 (surrogate's court) が職分管轄を有する。管轄権については、検認後見裁判所手続法 (Surrogate's Court Procedure, SCP) の中に規定がある。

裁判所の対人管轄権は、当事者に対する送達、送達を放棄することによって裁判所の管轄権に服する意思表示、成人の適格当事者本人の出頭又は訴訟代理人の出頭もしくはプリーディングによって得られる (§ 203)。いずれのカウンティの検認後見裁判所も、死亡、失踪または強制収容の時点でニューヨーク州にドミサイルを有していた被相続人の財産に関して管轄権を有する。裁判官は、職権または当事者の申立てにより、いかなる手続も、適切なカウンティの検認後見裁判所に移送することができる。他方で、いずれのカウンティの検認後見裁判所も、適切な裁判地として、その死亡の時点でニューヨーク州にドミサイルを有していた被相続人及び 2001 年 9 月 11 日のテロ攻撃の結果として負った傷害がもとで死亡した被相続人の手続について、管轄権を有する (§ 205)。

これに対して、被相続人がニューヨーク州にドミサイルを持たない場合でも、その者が州内に財産を遺したている、又は同州のドミサイルを有する者に対する不法死亡のための訴訟原因を残している場合には、検認後見裁判所がその者の財産に対して管轄権を有する。このような財産に関連した手続のための適切な裁判地は、①ドミサイルを持たない被相続人が財産を遺したカウンティか、②ドミサイルを持たない被相続人に帰属する動産が、その死亡、失踪又は強制収容の時以来管理されていない状態にあるカウンティか、③ドミサイルを有さない者が不法死亡のための訴訟原因を残した相手方のドミサイルのあるカウンティである。適切な裁判所が複数ある場合には、手続が最初に開始された裁判所が管轄権を有し、他のカウンティの検認後見裁判所において係属しているドミサイルを有さない被相続人の財産に関する事項は、当該裁判所に付託されるものとする。裁判官は、職権または当事者の申立てにより、適切なカウンティの検認後見裁判所に手続を移送できる。

3. ルイジアナ州⁸⁹

ルイジアナ州では、子に関する事件(子の監護(面会交流を含む)、養子縁組、扶養、未

⁸⁹ ルイジアナ州法については、<http://www.legis.state.la.us/>を参照した。

成年後見)の管轄(Juvenile Jurisdiction)は、Caddo, Orleans, Jefferson, East Baton Rouge においては、特別少年裁判所(特別家庭裁判所)の専属管轄であり、それ以外は、地方裁判所(District Courts)と区裁判所(Parish Court)とシティーコートが同時に管轄を有する(Children's Code, TITEL III, Chapter 2. Art. 302.)。

(1) 婚姻関係事件

婚姻の無効もしくは離婚を求める訴えは、当事者のいずれかがドミサイルを有している区か、最後の婚姻ドミサイルのある区に管轄権がある(CCP 3941)。

(2) 子に関する事件

子に関する事件については、別段の定めなきときは、①子とその親又は後見人と共にドミサイルを有している区(parish)、②子が居住している区、③不服を申し立てられている行為が行われた、あるいは不服の対象となっている状態が存在している区、④子が発見される区のいずれかで始めることができる(Art. 314)。また、申立てがなされた裁判所は、いつの時点でも、当事者及び証人の便宜のため、及び司法の利益のため、上記のいずれかの別の裁判所に事件を移送することができる(Art. 315. A.)。また、申立てがなされた裁判所は、①子とその親もしくは後見人とともに別の区にドミサイルを有しており、かつ②子がドミサイルを有する裁判所で現在手続が係属しているという情報を得た場合には、決定により、手続を移送しなければならない(Art. 315. B)。

(3) 監護権及び扶養事件

民事訴訟法(Code of Civil Procedure, CCP)にも子の監護権及び扶養の事件の管轄に関する規定がある。未成年の監護権獲得又は扶養義務の確定のための手続は、当事者のいずれかのドミサイルがある区か、最後の婚姻ドミサイルのある区に提起されうる。また、監護権の変更を求める手続は、監護権者がドミサイルを有する区か、監護権の裁判を下した区に提起されうる。監護権者がもはやルイジアナ州にドミサイルを有していない場合には、監護権の変更を求める者がドミサイルを有する区か、監護権の裁判を下した区に提起されうる(CCP Art.74.2)。子の監護権に関する規律は、前述の統一法を受けた規定が Revised Statute 13:1801 以下にある。

扶養命令の修正を求める手続は以下のいずれかの区で提起されうる。①2785条以下の規定によって扶養命令が登録された区に扶養料請求権者がドミサイルを有している場合にはその区、②扶養命令がルイジアナ州の他の裁判所に登録されていない場合には、その命令を下した区、③扶養命令がルイジアナ州の複数の裁判所で登録されている場合には、最後に登録された区、④扶養料請求権者がルイジアナ州にもはやドミサイルを有していない場合には、相手方がドミサイルを有している区か、扶養命令が下された区か、扶養命令が最後に確認された区のうちいずれかの区である(CCP Art.74.2)。

(4) 養子縁組

養子縁組については、まず裁判所が、養子に出される子の親の権利及び義務を終了させ、子を養子に出すことを認めるための手続をとる必要がある。これらの手続において最も重要なのは、子の最善の利益を保護することであり、親の権利の終了が、子を安全かつふさわしい家庭に永続的におくため（すなわち、養子縁組）の最初のステップと考えられている（Art. 1001.）。これらの手続についての管轄権は、上記に述べた子の事件についての管轄権と同様である（Art. 1006.1）。ただし、養親となる者が州内に少なくとも8カ月間ドミサイルを有していないか、子が行政機関の監護にない場合には、親権を放棄する親は少なくとも8カ月州内にドミサイルを有していなければならない（Art. 1109.）。養子縁組、すなわち、子をふさわしい家庭に永続的におくことを促進する手続について、ルイジアナ州では以下の3つのタイプの養子縁組がある。すなわち、エージェンシーによる養子縁組、私的な養子縁組、家族内養子縁組である。いずれについても、子の養子縁組のための手続は、①申立人がドミサイルを有する区の家裁裁判所、②子の監護権者がドミサイルを有する区の家裁裁判所、③養子に出される子が任意に差し出された区の家裁裁判所、④子がケアが必要であると裁判されたか、あるいはその手続が係属している家裁裁判所、⑤養子に出される子に関して親の親権を以前に終了させた家裁裁判所のいずれかで始めることができる（Art. 1180. A）。なお、成人の養子縁組の場合は、養子縁組のいずれかの当事者のドミサイルがある区の家裁裁判所に管轄がある（CCP Art.74.5）。

さらに、外国で生まれた孤児をルイジアナ州にドミサイルを有する者が養子にする（Intercountry adoption of a foreign orphan）場合には、申立人がドミサイルを有する区の家裁裁判所か、子の監護権者がドミサイルを有する区の家裁裁判所のいずれかで、手続を開始することができる（TITLE XII-A. Chapter 1. Art. 1281.6A）。

(5) 遺産管理

遺産管理の手続は、被相続人が死亡の時点でドミサイルを有していた区の家裁裁判所に提起されなければならない。被相続人がルイジアナ州にドミサイルを有していない場合には、その遺産管理の手続は以下のいずれかの区の家裁裁判所で始められる。①被相続人の不動産所在地、又は②被相続人が死亡の時点でルイジアナ州に何ら不動産を有していない場合には、その動産所在地である（Code of Civil Procedure, CCP Art.2811）。

(6) 外国裁判の承認及び執行

外国裁判の承認については、民事訴訟法（CCP）及び Revised Statute(RS) に規定がある。一般的な規定としては、RS 13:4242 が、外国判決はルイジアナ州で下された判決と同一の方法で扱われ、同一の方法で執行されうると規定する。また、CCP 2541 は、この方法以外にも、判決の債務者に対して、適切なルイジアナ州の家裁裁判所にもとの訴えを提起

し、当該外国裁判を承認しルイジアナ州裁判所の判断としてもらうこともできるとする（CCP 2542には外国判決の承認が拒否されうる場合が規定されているが、この規定は名誉毀損に関する判決に限定されたものである）。さらに、RS 13:4244は、債務者が、外国裁判に対して控訴が係属している、又は控訴する予定があること、もしくは執行の中止が認められていることを証明した場合には、裁判所は、控訴審が終結するか、控訴期間が徒過するか、あるいは執行の中止がとける又は無効になるまで、債務者が当該外国裁判を下した国の法に従って担保を立てたことを証明したことを条件に、外国裁判の執行を中止しなければならない、と規定する。

6. 中華人民共和国

(執筆担当：帝塚山大学 黄 軻霆)

中国では法文上、「非訟」という概念はなく、また人事訴訟法もなく、すべての民事裁判は民事訴訟法による。民事訴訟法では、督促手続と公示催告手続を定め、「選挙人資格事件」、「失踪宣告および死亡宣告事件」、「民事行為無能力および制限能力認定事件」と「無主財産認定事件」について「特別手続」によることを定める以外、その他の訴訟はすべて通常の手続きによる。

民事訴訟法以外の法源として、最高裁である最高人民法院が法解釈を統一するために裁判実務に基づき定める「司法解釈」が重要で、また外国判決の承認執行に関しては、二国間司法共助条約に関連規定が設けられることが多く、これらの条約の相手国との間では、民事訴訟法ではなく、条約によって判決の相互承認が判断される。

1 国際裁判管轄全般

中国民事訴訟法¹は第4編「涉外民事訴訟手続の特別規定」において、財産事件に関する国際裁判管轄の管轄原因を定めている(241条～244条)。また、同編の一般規定である235条第2文は、「この編に規定のない場合には、この法律のその他の関係規定を適用する」と定めているため、民事訴訟法22条ないし34条に設けられている国内土地管轄の規定が涉外民事訴訟においても適用される。

(1) 管轄原因(特に「住所」又は「常居所」/その概念); 管轄の専属性の有無; 附帯処分; 主観的併合, 応訴管轄, 合意管轄, 緊急管轄の可否ほか

① 管轄原因

・普通裁判籍としての被告住所地/被告常居所地

民事訴訟法22条1項は、「公民が提起する民事訴訟は、被告の住所地の人民法院が管轄する。被告の住所地と経常的居住地が一致しない場合には、経常的居住地の人民法院が管轄する」と規定している。これは被告住所地を普通裁判籍であると定め、被告の住所地が常居所地と一致しない場合、つまり被告が経常的に住所地を離れて他の地に居住する場合

¹ 1991年4月9日制定、2007年10月28日改正。

に、被告常居所地の裁判所が管轄すると定めるものである。

ここにいう「住所地」、「常居所地」について民事訴訟法自身に特に定義されていないが、中国では法源とされる、民事訴訟法に関する中国最高裁の司法解釈『『民事訴訟法』の適用に係わる若干問題に関する意見』²（以下「民訴法実施意見」という）4条と5条は、それぞれ管轄原因としての住所地と常居所地を定義している。すなわち、4条によれば、自然人の「住所地」とは戸籍所在地であり、法人の「住所地」とは主たる営業地ないし主たる事務所所在地である。また、5条によれば、自然人の「常居所地」とは、自然人が入院する場合を除き、住所地を離れ、訴えの提起まで継続して1年以上居住する地を意味するものである。

もっとも、裁判実務上、外国人夫婦の離婚訴訟について被告住所地管轄を認める際に、当事者双方が中国に居住し、かつ離婚の意思があることなど他の要素も考慮し抑制的な姿勢を採っているようである³。

・身分関係訴訟における原告住所地管轄

民事訴訟法 23 条は、「中華人民共和国の領域内に居住していない者に対して提起された身分関係に関する訴訟」（同条 1 号）と、「行方が不明であり、又は失踪を宣告された者に対して提起された身分関係に関する訴訟」（同 2 号）は、「原告の住所地の人民法院が管轄する。原告の住所地と経常的居住地とが一致しない場合には、原告の経常的居住地の人民法院が管轄する。」（同柱書）と定め、被告住所地原則に対する例外として、原告住所地管轄を定めている。また、身分関係訴訟に限定しないが、同条 3、4 号は、拘禁された者などに対する訴訟についても、原告住所地管轄を認めている。

もっとも、裁判実務上、中国人原告から提起される離婚訴訟について原告住所地管轄を適用する例が多いが、外国人が原告となる離婚訴訟について、基本的に原告住所地管轄を認めないようである⁴。

² 1992年7月14日「最高人民法院關於適用『中華人民共和國民事訴訟法』若干問題的意見」法發（1992）22号。

³ 拙稿（黄勳霆）「中国の涉外家事实務と日本」国際私法年報9号175-178頁参照。

⁴ 拙稿・同上。

- ・ その他の管轄原因

民訴法実施意見 15 条、16 条は、華僑⁵以外の中国人夫婦の涉外離婚について、本国管轄を認めている。

「15 条 一方が国外に居住し、一方が国内に居住する中国人の離婚訴訟について、いずれの当事者が訴訟を提起するかを問わず、国内に居住する当事者の住所地の人民法院が管轄を有する。国外に居住する当事者が居住国裁判所に訴訟を提起し、国内に居住する当事者が国内裁判所に訴訟を提起した場合に、国内裁判所は管轄を有する。

16 条 国外に所在するが定住していない中国人間の離婚について、一方当事者が人民法院に離婚訴訟を提起した場合に、原告又は被告の原住所地の人民法院が管轄する。」

また、後述するように、華僑間の離婚訴訟について、緊急管轄としての本国管轄が認められている。

なお、財産関係事件に関する管轄原因は、民事訴訟法 24～33 条、渉外的財産関係事件に関する管轄原因は、同 241～244 条に定められている。

- ・ 管轄の専属性の有無

民事訴訟法 34 条は、専属管轄に関する規定であり、34 条 1 号は「不動産に係る紛争について提起される訴訟」、同 3 号は「相続財産に係る紛争について提起される訴訟」を、それぞれ「不動産所在地の人民法院」と「被相続人の死亡時の住所地又は主要な遺産の所在地の人民法院」が専属的に管轄すると定めている。

また、民事訴訟法 244 条は、特殊な類型の涉外契約について中国裁判所が専属的に管轄すると定める規定である。

- ・ 附帯処分

中国婚姻法では、未成年の子の撫養、夫婦の財産分割等は離婚自体と一体して処理されるべき問題と捉えている。たとえば、夫婦に離婚の合意があっても、子の撫養と夫婦財産の問題について協議が整っていない場合には、協議離婚は認められず、必ず裁判離婚によらなければならない。従って、裁判離婚において離婚自体の認容に付随して、当然に子の撫養その他の問題も一括して処理される。

これらの処分には、未成年の子と共同生活し直接に撫養する者、直接に撫養しない者が

⁵ ここでいう華僑とは、一般的に、外国に定住する中国国籍の人をいう。

負担する子の撫養費（生活費、教育費と医療費など）、子との面接の方式と時間、夫婦の財産分割と債務負担、財産分与、離婚に対する損害賠償などが含まれる。

- ・ 主観的併合

民事訴訟法 53 条 1 項は、「当事者の一方又は双方が 2 名以上である場合において、その訴訟物が共同であり、または訴訟物が同一の種類であり、人民法院が併合審理することができる」と認め、かつ、当事者の同意を得たときは、共同訴訟とする」と定めている。

このうち、「訴訟物が共同」である前者は、「必要的共同訴訟」とされ、事件の併合が法的に要求される。これには、遺産相続事件が含まれる（民訴法実施意見 54 条）。その管轄は、各共同被告に共通する法廷地のほかに、いずれかの被告の住所地若しくは常居所地にも認められる（民事訴訟法 22 条 3 項）。

これに対し、「訴訟物が同一の種類」である後者は、「通常共同訴訟」とされ、併合されるには、各当事者の承認が必要であるほか、共同被告のいずれについても法廷地に管轄権があることが前提とされる⁶。

- ・ 応訴管轄

民事訴訟法 243 条は、「涉外民事訴訟の被告が人民法院の管轄に対して異議を提起せず、かつ訴えに応じて答弁した場合には、当該人民法院を管轄権を有する裁判所として承認したものとみなす。」と定めて、涉外事件に限って応訴管轄を認めている。国内事件で応訴管轄を認めないのは、①国内に移送管轄という制度があること、②管轄規則及び管轄権に対する異議申立の制度に詳しくないような被告を保護する必要性、の 2 点が理由とされる⁷。

応訴管轄が成立するには、被告が管轄権に異議を申し立てないことと、紛争の実質問題に対し答弁を行ったことの両方を同時に具備することが必要とされる。専ら管轄権を争うために裁判所に出頭した場合はもちろん、被告が管轄権を争う一方、実質的抗弁も行った場合にも、応訴管轄が成立しないとされる⁸。

243 条に基づく応訴管轄が財産関係事件に適用されることはもちろんであるが、同条の法文上、涉外性以外に対象紛争を特に限定していないため、涉外家事事件にも適用できると

⁶ 柴登邦編『民事訴訟法学新編』（法律出版社、1992年）165頁、陳桂明編『民事訴訟法与仲裁法学』（法律出版社、2000年）38頁参照。

⁷ 陳桂明・前掲注（6）23-24頁参照。

⁸ 姚壯編『国際私法理論与実務』（法律出版社、1992年）187頁参照。

解し得る。裁判実務において同規定に基づき涉外離婚事件の管轄権を認めた例があるとされる⁹。

- ・ 合意管轄

中国民事訴訟法は国内事件の合意管轄と涉外事件の合意管轄を区別して定めている。国内事件の合意管轄について定めた民事訴訟法 25 条は、「契約の当事者双方は、書面による契約において被告の住所地、契約履行地、契約締結地、原告の住所地、目的物の所在地の人民法院の管轄を合意して選択することができる。ただし、この法律の審級管轄および専属管轄についての規定に違反してはならない。」と規定し、合意管轄を契約関係事件に限定し、かつ合意できる法廷地の範囲は原被告住所地、契約履行地、契約締結地、請求の目的物所在地に限定している。

これに対して、涉外事件の合意管轄について定めた民事訴訟法 242 条は、「涉外契約又は涉外財産権益に係る紛争の当事者は、書面により、紛争と実際的な関連を有する場所の裁判所が管轄することを合意して選択することができる。中華人民共和国の法院の管轄を選択する場合には、この法律の審級管轄および専属管轄に関する規定に違反してはならない。」と規定し、財産関係事件に限り合意管轄が許容されること、合意される裁判所が紛争と実質的関連を有することを要求している。

ここにいう合意管轄が法定管轄以外に管轄を創設する付加的管轄の合意(*prorogation*)か、それとも法定管轄を排除する専属的管轄の合意(*derogation*)かについて、中国法に明文規定はないが、学説上も実務上もその双方が認められている。

- ・ 緊急管轄

中国民事訴訟法では、一般的に緊急管轄を認める条文はない。しかし、民訴法実施意見 13 条、14 条は、華僑間の離婚訴訟に限り緊急管轄としての本国管轄を認めている。

「13 条 国内で婚姻し国外に定住した華僑について、定住国裁判所が婚姻挙行地に管轄があるとして離婚訴訟を受理しない場合に、当事者が人民法院に離婚訴訟を提起したとき、婚姻挙行地または一方当事者の国内における最後の居住地の人民法院が管轄する。

14 条 国外で婚姻し国外に定住した華僑について、定住国裁判所が国籍所属国に管轄が

⁹ 郭玉軍「中国涉外家族法における手続法上の問題」(黄軻霆訳) 立命館法学 2007 年第 5 号 302 頁参照。

あるとして離婚訴訟を受理しない場合に、当事者が人民法院に離婚訴訟を提起したとき、一方当事者の原住所または国内における最後の居住地の人民法院が管轄する。」

(2) 管轄原因に関する職権調査の有無

訴訟要件について定めた民事訴訟法 108 条は、「人民法院が民事訴訟を受理する範囲および受訴人民法院の管轄に属すること」を要求している (108 条 4 号)。

訴えの提起があったとき、裁判所は訴状に基づき職権で 108 条に定めた各訴訟要件の充足を審査し、7 日以内に事件を受理するか否かの裁定をしなければならない (民事訴訟法 111 条、112 条)。この場合、当該裁判所の管轄に属しない事件について、まず原告に管轄がある裁判所に訴えを提起するよう告知し (111 条 4 号)、原告が訴えの提起を取り下げない場合には、受理しないという裁定を下すことになる (民訴法実施意見 141 条)。

(3) 国際訴訟競合

訴訟競合について、民訴法実施意見 306 条は、特に制限しないという立場を採用している。同条は、中国の裁判所が管轄を有する事件について、一方当事者がすでに外国の裁判所で訴訟を提起したかにかかわらず、他方当事者が中国裁判所で訴訟を提起した場合に、中国裁判所が受理することができる」と規定し、さらに、外国判決の承認・執行の場面において、条約の適用がない限り、承認時に中国判決が既になされた場合に、外国判決を承認しないと規定している。

(4) 保全処分の国際裁判管轄ほか

民訴法実施意見 31 条は、保全処分について、財産所在地の人民法院が管轄すると定めている。中国裁判所が本案について管轄を有しても、財産が中国国内に所在しない場合には、国外に所在する財産に対して保全処分を命じることはない。

2. 個別事項に関する国際裁判管轄

(a) 失踪宣告

民事訴訟法は失踪宣告および死亡宣告に関する特別手続を定め、それぞれ 166 条と 167 条において、失踪宣告と死亡宣告を申し立てる利害関係者が、行方不明者の住所地の人民法院に申し立てることを定めている。

(b) 婚姻（異性・同性婚姻の成立及び身分的・財産的効力）、登録パートナーシップ（異性・同性登録パートナーシップの成立及び身分的・財産的効力）（扶養義務は(g)参照）

中国婚姻法は、婚姻を男女間の結合と限定し、その他の法律においても、婚姻以外の登録パートナーシップ類似の制度、同性婚姻などを一切認めていない。

婚姻の無効、取消に関する訴訟の管轄について、特別の規定は設けられておらず、被告住所地原則と、身分関係訴訟に認める原告住所地管轄の規定に服することになる。なお、婚姻の無効、取消について離婚事件に関する本国管轄の規定を類推適用することが考えられるが、この点に関する中国の学説と裁判例は見当たらない。

(c) 離婚及びその効果（年金分割請求権を含む。扶養義務は(g)参照）

前述したように、離婚訴訟の管轄として、被告住所地原則と、身分関係訴訟に認める原告住所地管轄がある。さらに、華僑以外の中国人夫婦の渉外離婚に関して本国管轄、華僑間の離婚訴訟に限り緊急管轄としての本国管轄が認められる。

もともと、裁判実務上、外国人が原告となる離婚訴訟について、基本的に原告住所地管轄を認めず、さらに、外国人夫婦の離婚訴訟について被告住所地管轄を認める際にも、当事者双方が中国に居住し、かつ離婚の意思があることなど他の要素も考慮し慎重な姿勢を採っているようである。

離婚の効果として、前述したように、婚姻関係の解消以外に、未成年の子がいる場合に、その子と共同生活し直接に撫養する者、直接に撫養しない者が負担する子の撫養費、子との面接の方式と時間、夫婦の財産分割と債務負担、財産分与、離婚に対する損害賠償などが離婚に付随して判断される。年金分割請求権は認められないが、夫婦共同財産で年金保険料を支払った場合には、婚姻存続中に実際に支払った保険料の金額を夫婦共同財産として分割を求めることが可能である（婚姻法に関する司法解釈である『中華人民共和国婚姻法』の適用に係わる若干問題の解釈（三）¹⁰13条）。また、離婚した男女の間に相互の扶養義務は認められない。

(d) 血縁による親子関係（嫡出推定・否認，認知，親子関係存否確認）

中国法は、婚姻関係にある父母から生まれた子を「婚生子」と呼び、婚姻関係にない父

¹⁰ 2011年7月4日「最高人民法院關於適用『中華人民共和國婚姻法』若干問題的解釋(三)」法積(2011)18号。

母から生まれた子を「非婚生子」と呼び、法定相続分を含め両者の間に法的な権利・地位に関する区別は一切ない（婚姻法 25 条、相続法である「継承法」10 条）。

日本法にいう「嫡出推定」、「嫡出否認」と「認知」に相当する法制度はないが、女性が婚姻中（婚姻の成立の日から解消の日までの間）に出産した子は、事実上その夫の子と推定され、これを否認するためには、親子関係存否確認訴訟による。親子関係の存否について、中国法は事実主義による。事実上の血縁関係が認められれば、法律上の親子関係も当然認められる。また、このような親子関係存否確認訴訟の提起時期について、特に制限は設けられていない。

親子関係存否確認訴訟の管轄について、民事訴訟法に特段の規定はなく、被告住所地原則と身分関係訴訟に認める原告住所地管轄による。なお、この場合の当事者は、子とその親（父親）である。

(e) 養子縁組及び離縁

中国法における養子縁組の成立は契約型であり、裁判ではなく、当事者間の合意のうえ、民政機関における登記によって成立する（養子縁組法である「収養法」15 条）。

養子縁組の解除は、合意によって成立することができるが、合意ができない場合に、養子縁組の解除を求める訴訟を提起することができる。この場合の管轄について、民事訴訟法に特段の規定はなく、被告住所地原則と身分関係訴訟に認める原告住所地管轄による。

(f) 親権・監護権、面会交流、子の奪取、未成年後見、成年後見（後見開始の審判等）

中国法に「親権」という概念はなく、婚姻法 36 条は、父母と子との間の権利義務関係は、父母の離婚によって消滅することはないと定めている。また、民法通則 16 条は、未成年者の父母が子の監護人として、子に対する監護権を行使すると定めている。従って、離婚において、未成年の子の親権ないし監護権を父母のいずれかに定めるのではなく、その子と共同生活し直接に撫養する者（婚姻法 36 条）、直接に撫養しない者が負担する子の撫養費（同 37 条）、子との面接の方式と時間を定めることになる（同 38 条）を定めることになる。また、これらの問題は離婚の裁判において一体として判断されるが、離婚後に裁判によって変更することができる。

子との面接交流に関する裁判を履行しない当事者について、人民法院が強制執行をする（婚姻法 48 条）、この場合の強制執行は間接強制しか認められず、直接強制はできない

と規定されている（（婚姻法に関する司法解釈である『中華人民共和国婚姻法』の適用に係わる若干問題の解釈（一）」¹¹32 条）。子の奪取について、特段の規定は設けられていない。

子の撫養者、撫養費、面接交渉などの管轄について、特段の規定はなく、離婚と一括して判断する際には、離婚訴訟の管轄による。また離婚後に変更の裁判を申し立てる場合には、被告住所地原則と身分関係訴訟に認める原告住所地管轄による。この場合の当事者は、子の撫養者の変更と面接交渉については父と母、撫養費については子と親である。

行為無能力者と制限行為能力者の認定について、民事訴訟法は特別手続によることを定め、170 条において、本人の住所地の人民法院が管轄すると定めている。

(g) 扶養義務

中国法は、卑属が尊属に対する扶養を「贍養」、尊属が卑属に対する扶養を「撫養」、その他の親族間の扶養を「扶養」と、用語を区別している（婚姻法 21 条、28 条、29 条）。前述したように、夫婦が離婚した後に、相互に扶養義務は存在しない。

扶養義務に関する訴訟の管轄について、民事訴訟法に特段の規定はなく、被告住所地原則と身分関係訴訟に認める原告住所地管轄による。

(h) 相続

専属管轄の部分で述べたように、民事訴訟法 34 条 3 号は、「相続財産に係る紛争について提起される訴訟」を、「被相続人の死亡時の住所地又は主要な遺産の所在地の人民法院」が専属的に管轄すると定めている。

(i) 氏

中国法では夫婦別姓制を採用しており、婚姻によって「姓」が変更することはない。姓名権に関する紛争は人格権の問題とされる。その管轄について、民事訴訟法に特段の規定はなく、被告住所地原則による。

¹¹ 2001 年 12 月 24 日「最高人民法院關於適用『中華人民共和国婚姻法』若干問題的解釋(一)」法積 (2001) 30 号。

(j) その他

特になし。

3. 外国裁判の承認執行制度

(1) 外国判決及び外国非訟裁判の承認執行要件（特に間接管轄，執行宣言手続（*exequatur*）の有無など）

中国法は、外国判決と外国非訟裁判の承認を区別せず、一律に外国判決の承認執行として処理する。中国で外国判決の執行を求める場合には、必ず中国の人民法院に対し外国判決の承認と執行令の付与を申し立てる必要がある。ただ、その際の根拠条文ないし承認のルートとしては、以下のように3通りある。

まず、判決国と中国との間に2国間民事司法共助条約が締結され、その条約に相互の判決承認要件と手続きが定められている場合には、条約による。つぎに、判決国と中国との間に、相互の判決承認要件と手続きを定める規定を含む2国間民事司法共助条約が締結されていない場合には、民事訴訟法による。さらに、外国離婚判決の承認執行について、特別法としての司法解釈が存在する。これらの3つの承認ルートについて、それぞれ承認要件が異なる。

・まず、2国間民事司法共助条約における承認要件であるが、個々の条約によって差異が存在するものの、基本的に以下の要件が課されている¹²。

① 当該外国判決は確定判決であること。

② 判決を下した外国裁判所が管轄を有すること（間接管轄）。

もつとも、条約によって外国裁判所が管轄権を有するか否かの判断基準が大きく異なる。二国間司法共助条約における間接管轄は、主に3つのアプローチがある。

(ア) 承認国法説によることを要件とするアプローチ。中国とフランス、ポーランド、モンゴル、ルーマニア、キューバ、ブルガリア、トルコ、ハンガリー、モロッコなどとの二国間司法共助条約がその例である¹³。

¹² 拙稿（黄韜靈）「中国国際民事訴訟法と『ハーグ裁判管轄と判決条約準備草案』」阪大法学51巻2号144-147頁、郭玉軍・前掲注（9）306頁以下参照。

¹³ 1987年中国とフランスとの民商事司法共助条約22条、1987年中国とポーランドとの民

(イ) 承認国の専属管轄に抵触しないことを要件とするアプローチ。中国とロシア、ベラルーシ、カザフスタン、ウクライナ、キルギスタン、ウズベキスタン、タジキスタン、ギリシア、ラオスとの二国間司法共助条約がその例である¹⁴。

(ウ) 認められる間接管轄原因をリスト・アップするというアプローチ。中国とイタリア、スペイン、エジプト、キプロスとの二国間司法共助条約がその例である¹⁵。リストの内容もほぼ一致し、被告の住所地と居所地、法人の事務所所在地、合意管轄、応訴管轄、契約締結地、契約の義務履行地、目的物の所在地、不法行為の加害行為地と結果発生地、不動産所在地、身分関係訴訟における当事者の住所地と居所地、扶養義務事件における債権者の住所地と居所地、相続事件における被相続人の死亡時の住所地又は主要な遺産の所在地が列挙されている。

③ 欠席判決の敗訴被告が適法な送達を受けたこと。

ほとんどの条約は、送達の適法性を判決国法によって判断すると定めている¹⁶。なお、これらすべて司法共助条約には、送達に関する取り決めが置かれている。

④ 判決の承認が承認国の公序に反しないこと。

⑤ 一事不再理の原則に抵触しないこと。

条約には一方の締約国での訴訟係属中を理由に、もう一方の国の管轄権行使を禁止するような規定が設けられていない。つまり、二重訴訟を防止する措置が取られていない。そうすると、必然的に双方の国で同一の訴訟原因に基づく訴訟が係属し、抵触する判決が下される可能性が存在し、この場合に相手国の判決の承認が問題となる。まず、承認が求

事刑事司法共助条約 20 条、1990 年中国とモンゴルとの民事刑事司法共助条約 18 条、1992 年中国とルーマニアとの民事刑事司法共助条約 22 条、1993 年中国とキューバとの民事刑事司法共助条約 25 条、1994 年中国とブルガリアとの民事司法共助条約 21 条、1997 年中国とモロッコとの民商事司法共助条約 20 条、など。

¹⁴ 1992 年中国とロシアとの民事刑事司法共助条約 20 条、1993 年中国とベラルーシとの民事刑事司法共助条約 21 条、1993 年中国とカザフスタンとの民事刑事司法共助条約 21 条、1993 年中国とウクライナとの民事刑事司法共助条約 21 条、1997 年中国とキルギスタンとの民事刑事司法共助条約 20 条、1997 年中国とタジキスタンとの民事刑事司法共助条約 20 条、2001 年中国とラオスとの民事刑事司法共助条約 21 条、など。

¹⁵ 1992 年中国とイタリアとの民事司法共助条約 22 条、1993 年中国とスペインとの民商事司法共助条約 21 条、1994 年中国とエジプトとの民商事刑事司法共助条約 22 条、など。

¹⁶ 例えば、中国とフランスとの条約 22 条 4 項、中国とイタリアとの条約 21 条 3 項。

められた時点で、抵触する内国確定判決がある場合若しくは抵触する第三国の判決が既に承認された場合には、判決国の判決が承認されない。つぎに、承認が求められた時点で、承認国の裁判所に同一の訴訟原因に基づく訴訟が係属している場合には、2つのアプローチが取られている。1つは常に内国係属中の訴訟を優先させ、相手国の判決を承認しないアプローチである¹⁷。もう一つは先に係属した内国訴訟を優先させるアプローチである¹⁸。

⑥ 自然人の身分と能力について、承認国の国際私法が指定する準拠法か、それと同様な結果をもたらす法が適用されたこと。

このようないわゆる準拠法要件は、フランス、スペインなどごく一部の国との条約に見られる。

・つぎに、民事訴訟法における外国判決の承認・執行要件は、265条と266条に定められ、確定判決という要件、互惠関係（相互の保証）の要件と公序要件しか要求されていない。もともと、中国の裁判実務上、互惠関係の要件は厳格に解釈され、互惠関係が存在すると認めるためには、外国裁判所が中国の判決を承認した先例があることが必要とされ（事実上の互惠関係）、このような立場に基づいて日本との互惠関係を否定した中国の裁判例がある¹⁹、この中国の裁判例などを理由に、中国との相互の保証を否定した日本の裁判例がある²⁰。

・外国離婚判決の承認について、二国間条約が適用されない場合に、民事訴訟法ではなく、最高人民法院の司法解釈である1991年「中国人が外国法院による離婚判決の承認を申請する手続問題に関する規定」²¹と2000年「人民法院における外国法院離婚判決の承認申請の受理に関する問題に関する規定」²²に基づいて承認される。その特徴は以下の通りである：

¹⁷ 例えば、スペイン、ポーランド、ローマニアとの二国間条約。

¹⁸ 中国とフランスとの条約22条6項、中国とイタリアとの条約21条4項、5項。

¹⁹ 拙稿（黄韜靈）「中国国際民事訴訟法と『ハーグ裁判管轄と判決条約準備草案』」阪大法学51巻2号147-148頁参照。

²⁰ 大阪高判平成15年4月9日ジュリスト1274号215頁。

²¹ 1991年7月5日最高人民法院「關於中国公民申請承認外国法院離婚判決程序問題的規定」法（民）發（1991）21号。

²² 2000年3月1日最高人民法院「關於人民法院受理申請承認外国法院離婚判決案件有關問題的規定」法釋（2000）6号。

① 外国離婚判決の承認は、婚姻を解消する形成力の部分と、それに付随する財産分与、子の親権者指定、養育費の支払などその他の部分とに分けて扱われる。

② 婚姻を解消する形成力の部分について、外国人間の外国離婚判決に関して特に中国裁判所による承認は必要なく、当事者が中国で再婚しようとする場合には、上記外国離婚判決に基づき独身証明を取得すればよい。これに対し、中国人当事者を含む外国離婚判決に関して、中国裁判所による承認が必要である。

③ 承認要件として確定判決であること、間接管轄を有すること、適法な送達があったこと、同一事件につき中国の判決もしくはすでに承認した外国の判決がないこと、公序に反しないことが挙げられる。他の外国判決の承認に適用する民事訴訟法上の要件と異なり、互惠関係の存在が要件とされない。また、準拠法要件も課されていない。

④ 婚姻を解消する形成力の部分に付随する財産分割、扶養義務、子の扶養などに関する部分の承認執行は、上記両司法解釈の適用範囲外と規定されているため、民事訴訟法に規定する通常の判決承認要件が適用され、互惠関係の存在が要件とされる。しかし、前述したように中国では互惠関係の存在が厳格に判断されるため、二国間条約が適用されない場合に民事訴訟法によって外国判決を承認することは事実上不可能に近いともいえる。結局、中国と相互の保証のない国の離婚判決における財産分割等の部分については、外国判決を承認するのではなく、当事者が改めて中国で訴えを提起し、その訴訟において外国判決を重要な証拠として採用する実務が行われているとされる²³。

⑤ 外国裁判所における離婚調停は外国離婚判決と同様に扱われる。中国では従来から、外国裁判所の調停離婚は広義の外国離婚判決の一つとして、離婚判決と同様に承認の対象であると考えられている。上記 2000 年の司法解釈によってこの点が明文化される以前に、すでに日本の調停離婚を承認した例が数件報告されている²⁴。

²³ 拙稿（黄勳霆）「中国の涉外家事実務と日本」国際私法年報 9 号 180 頁参照。

²⁴ 例えば、1991 年 2 月 27 日に大阪地方裁判所において、中国人夫婦間の離婚調停が成立した。当事者は北京市中級裁判所に当該調停離婚の承認を申し立てた。裁判所は当該調停離婚が中国法における外国判決承認要件に抵触しないとして、同年 5 月 28 日に承認を決定した。最高人民法院応用法学研究所編『人民法院案例選（1992～1999 年合訂本、下巻）』（中

(2) 外国保全処分の承認執行の可能性ほか

中国法は、承認執行の対象を、外国裁判所の確定判決に限定しているため（民事訴訟法 265 条）、外国保全処分は承認執行されない。

4. 各国法に関する情報

詳細は本調査報告の他の部分を参照されたいが、日本法との比較という観点からいえば、中国法は、離婚の際に子の親権者ではなく撫養者を定める点、実親子関係の成立について事実主義を採用する点において特徴的である。

5. 手続の種類

冒頭に述べたように、中国法では、非訟事件のための特別手続法や、人事訴訟法はなく、すべて民事訴訟法による。また、民事訴訟法では、督促手続、公示催告手続、「選挙人資格事件」、「失踪宣告および死亡宣告事件」、「民事行為無能力および制限能力認定事件」と「無主財産認定事件」に関する「特別手続」を除き、その他の訴訟はすべて通常の手続きによる。

中国の裁判所が訴訟を受理する際に、その紛争の種類に応じて、「案由」と呼ばれる類別に分類しなければならない。「案由」は事件の検索、統計にも使われるとされる。最高人民法院は、裁判実務によく見られる紛争の種類に基づき、「案由」の分類規定を制定し、また改訂をする。その規定である「民事案件案由規定」²⁵によれば、家族関係紛争に関する「案由」（すなわちよく見られる紛争の種類）は以下のとおりである。

・ 婚姻家庭、相続紛争

一、婚姻家庭紛争

1、婚約財産紛争

2、離婚紛争

3、離婚後の財産紛争

4、離婚後の損害賠償責任紛争

5、婚姻無効紛争

6、婚姻の取消紛争

国法制出版社、2000 年）2030－2032 頁。

²⁵ 法（2011）41 号。2007 年 10 月 29 日制定、2011 年 2 月 18 日改正。

- 7、夫婦財産契約紛争
- 8、同居関係紛争
 - (1) 同居関係に係る財産分割紛争
 - (2) 同居関係に係る子の撫養紛争
- 9、撫養紛争
 - (1) 撫養費紛争
 - (2) 撫養関係の変更紛争
- 10、扶養紛争
 - (1) 扶養費紛争
 - (2) 扶養関係の変更紛争
- 11、贍養紛争
 - (1) 贍養費紛争
 - (2) 贍養関係の変更紛争
- 12、養子縁組関係紛争
 - (1) 養子縁組関係の存否確認紛争
 - (2) 養子縁組関係の解除紛争
- 13、監護権紛争
- 14、面接権紛争
- 15、財産分割紛争
- 二、相続紛争
- 16、法定相続紛争
 - (1) 数次相続紛争
 - (2) 代襲相続紛争
- 17、遺言相続紛争
- 18、被相続人債務弁済紛争
- 19、遺贈紛争
- 20、遺贈扶養契約紛争

なお、下位の案由に該当しない紛争についても、訴訟要件を満たせば裁判所は受理しなければならないが、その場合には上位の案由に分類することになる。たとえば、親子関係不存在の確認訴訟について、「婚姻家庭紛争」という案由に分類することになる。

以上

7. 大韓民国

(執筆担当：甲南大学 金 汝淑)

I. 各国法に関する調査（韓国）

1. 総説

韓国の国際私法¹は、国際裁判管轄に関する原則（第2条）を定めており、さらに失踪宣告（第12条）、限定治産（準禁治産）及び禁治産（第14条）²及び後見（第48条第2項）について韓国の裁判所が管轄を有する場合を規定しており、消費者及び労働者保護のための国際裁判管轄（第27条及び第28条）を規定している。国際裁判管轄に関する原則を定める国際私法第2条は、国際家事訴訟・非訟事件にかかる国際裁判管轄についても一般原則として重要な意味を有するものである。

外国判決の承認執行については、民事訴訟法第217条が外国判決の効力を規定しており、民事執行法第26条及び第27条が外国判決の強制執行及び執行判決を各々規定している。これらの規定が、国際家事訴訟・非訟事件に関する外国判決（裁判）の承認執行についても適用又は類推適用されるのかが問題となる。

なお、ハーグ国際私法会議関係の諸条約（1961年未成年者保護条約、1965・1993年養子縁組条約、1980年子奪取条約、1996年子の保護条約、2000年成年者保護条約、1958・1973・2007年扶養義務条約ほか）について韓国は批准又は加入していない³。近時、1980年子奪取条約に加入するための作業が法務部を中心に推進されており、1993年養子縁組条約についても加入に向けて議論されている。

目下、国際家事事件分野における国際裁判管轄及び外国裁判の承認執行については主に婚姻関係（離婚又は婚姻無効等）事件が対象となっており、その他の具体的な事案におけ

¹ 法律第6465号、2001年4月7日制定、同年7月1日施行。

² 限定治産（準禁治産）及び禁治産の制度を成年後見制度に拡大・改変する内容の民法改正がなされた（法律第10429号、2011年3月7日一部改正、2013年7月1日施行）。今後、国際私法の関連条文について改正の動きがあるものと予想される。

³ なお、ハーグ国際私法会議で作成された条約のうち韓国が加入しているものとしては、「外国公文書の認証を不要とする条約」（1961年）、「民事又は商事に関する裁判上及び裁判外の文書の外国における送達及び告知に関する条約」（1965年）及び「民事及び商事についての外国における証拠の収集に関する条約」（1970年）が挙げられる。

る裁判例や理論的研究は十分ではないものの、学説よりも判例の立場に焦点を合わせる本調査の趣旨に従い、検討を行うことにする。

2. 国際裁判管轄全般

- (1) 管轄原因（特に「住所」又は「常居所」／その概念）；管轄の専属性の有無；附帯処分；主観的併合，応訴管轄，合意管轄，緊急管轄の可否ほか。

①一般管轄

韓国の国際私法は、従前の「涉外私法」⁴が全面改正されたものである。この改正により、「涉外私法」という名称を「国際私法」に変更し、総則に国際裁判管轄に関する原則を規定することになった。涉外私法の下では国際裁判管轄の一般的基準に対してこれを直接規律する成文の規定がなかったので、主に判例によりその基準が形成されてきた。なお、韓国の裁判所には最高裁判所として大法院、下級裁判所として高等法院、地方法院及び家庭法院があり、この意味においては「法院」という用語を本調査では表記することにする。

国際私法第2条（国際裁判管轄） ①法院は、当事者又は紛争となった事案が大韓民国と実質的関連がある場合に国際裁判管轄権を有する。この場合、法院は実質的関連の有無を判断するにあたって国際裁判管轄配分の理念に符合する合理的な原則に従わなければならない。

②法院は、国内法の管轄規定を参酌して国際裁判管轄権の有無を判断するものの、第1項の規定の趣旨に照らして国際裁判管轄の特殊性を十分に考慮しなければならない。

国際私法第1条は、外国的要素がある法律関係に関して国際裁判管轄に関する原則と準拠法を定めることを目的とする。国際私法の制定の際に、従来において国際裁判管轄に関する研究が十分ではなく、ハーグ国際私法会議の次元において国際裁判管轄に関する全世界的な条約が成案中であったため、国内法に完結された規則をおくことは難しいことを理由に、過渡期的措置として総則の第2条において従前の大法院判例⁵が採っていた立場を反映し、国際裁判管轄に関する一般原則のみを規定することになったとされる⁶。

⁴ 法律第966号、1962年1月15日制定、公布日施行、

⁵ 1992年7月28日宣告91タ41897判決、1995年11月21日宣告93タ39607判決等。

⁶ 石光現『国際私法解説〔第2版〕』32頁（芝山、2003）。

i) 実質的関連

国際私法第2条第1項第1文における「実質的関連」とは、法廷地国たる韓国が国際裁判管轄権を行使することを正当化することができるほど当事者又は紛争の対象が韓国と関連性を有すること、すなわち連結点が存在することを意味し、その具体的認定の有無は裁判所が個別事件において総合的な事情を考慮して判断することになるであろう⁷。

通常の民事及び商事事件の場合、被告又は紛争の対象と法定地たる韓国との間で実質的関連が存在することが必要であるところ、家事事件の場合、例外的に原告の国籍又は扶養権利者の住所又は常居所に基づく管轄を肯定する余地もありうるので、原告と韓国との間に存在する実質的関連を根拠に国際裁判管轄を認める必要性を考慮して「被告」の代わりに「当事者」としたとされる⁸。

ii) 国際裁判管轄配分の理念と合理的原則

実質的関連の具体的な例としては、一般管轄又は特別管轄の根拠となる連結点が挙げられる。実質的関連の判断は、そのような連結点を根拠に国際裁判管轄を肯定することは、一定の究極的な基準に照らして正当であるか否かにより行わざるをえず、このような基準として機能するのが国際私法第2条第1項第2文における「国際裁判管轄配分の理念」と「合理的原則」である⁹。

iii) 国際裁判管轄の特殊性

国際私法第2条第2項は、国内法の管轄規定を参酌するが、これに拘泥されず、国際裁判管轄の特殊性を十分に考慮することによって精緻な国際裁判管轄規則を定立することを要求するものである。この際、国内法の管轄規定には、まず民事訴訟法における土地管轄だけでなく、家事訴訟と非訟事件に関する国内法の管轄規定も包含される¹⁰。

ここで注意すべきことは、国際私法第2条第2項が国内法の管轄規定を参酌して国際裁判管轄権の有無を判断することにしたのは、適切な管轄規定がある場合を指すことである。しかし、国内法の管轄規定又は裁判籍がないことを理由に国際裁判管轄が認められないわけではなく、その場合には第2条第1項の原則に戻って、実質的関連の原則によって国際

⁷ 石・前掲注(6) 38頁。

⁸ 石・前掲注(6) 39頁以下。

⁹ 石・前掲注(6) 42頁。

¹⁰ 石・前掲注(6) 44頁。

裁判管轄の有無を判断しなければならない。もちろんこの場合において国際裁判管轄の肯定は非常に慎重でなければならないとされる¹¹。

大法院 2008 年 5 月 29 日宣告 2006 タ 71908、71915 判決では、「国際裁判管轄について国際私法第 2 条が規定しているので、当事者間の公平、裁判の適正、迅速及び経済を期するという基本理念により、国際裁判管轄を決定しなければならないが、具体的には訴訟当事者の公平、便宜そして予測の可能性のような個人的な利益だけでなく、裁判の適正、迅速、効率及び判決の実効性等のような裁判所ないし国家の利益も一緒に考慮すべきであり、このような多様な利益のうちいかなる利益を保護する必要があるのか否かは、個別事件において法廷地と当事者の実質的関連性及び法廷地と紛争となった事案との実質的関連性を客観的な基準として合理的に判断しなければならないだろう。」¹²と判示した¹³。

本件は韓国会社が日本会社にロシアで船積みした冷凍ニシンを中国で引き渡すことにし、その代金は船積み当時の臨時検品時に検品結果により臨時に定めて支給するが、引渡地で最終検品をして最終価格を定めた後、上記の臨時価格との差額を精算することにした売買契約において、その差額の精算に関する紛争は最終検品の有無及びその結果が主に問題となるため、引渡地たる中国の裁判所が紛争となった事案と最も実質的関連がある裁判所であるが、被告が原告を相手に中国裁判所に提起した訴えが却下され、本件のニシンがもはや存在せず、被告が本件ニシンの引き渡しを受け、処分した時点から約 5 年が経過しており、いまさら韓国裁判所の国際裁判管轄権を否定すると、当事者の権利救済を度外視する結果を惹起しうる点、被告が本件の本訴に対して反訴を提起しているので、原・被告間の紛争を終局的に一举に解決する必要性がある点、原告が韓国の会社であり、韓国で契約の締結と関連する書類をファクスで転送する方法で本件契約を締結し、本件における清算金の送金を受けることにした地が韓国である点等を考慮するとき、韓国にも当事者又は紛争となった事案と実質的関連があるということができ、したがって韓国の裁判所に国際裁判管轄権を認めることができるとしたのである。

¹¹ 石・前掲注 (6) 44 頁。

¹² 大法院 2005 年 1 月 27 日宣告 2002 タ 59788 判決参照。

¹³ 大法院 2010 年 7 月 15 日宣告 2010 タ 18355 判決も同旨である。本判決は、2002 年韓国の金海空港近辺で発生した中国航空機墜落事故で死亡した中国人乗務員の遺族が中国航空社を相手に韓国の裁判所に損害賠償請求訴訟を提起した事案において、民事訴訟法上の土地管轄権、訴訟当事者らの個人的利益、裁判所の利益、他の被害遺族らとの衡平性等に照らして、損害賠償訴訟は韓国と実質的関連があるとみるのが十分であるため、韓国裁判所の国際裁判管轄権を認めた。

②専属管轄

民事訴訟法（第 31 条）は専属管轄に属する事件については当事者の合意又は応訴により排除することができないと規定している。後述するように、家事訴訟法は家事訴訟事件及び家事非訟事件の管轄に関する専属管轄を規定しているが、それに基づいて当然に専属的国際裁判管轄が認められるわけではない。

③客観的併合

民事訴訟法（第 25 条第 1 項）は、請求の客観的併合の場合、関連裁判籍を規定する。家事訴訟法（第 14 条第 1 項）も、家事訴訟間及び家事訴訟と家事非訟間において関連事件を併合できると規定している。関連裁判籍に関する基準が国際家事訴訟・非訟事件における国際裁判管轄にも適用ないし類推適用されるかが問題となる。

大法院 2003 年 9 月 26 日宣告 2003 タ 29555 判決は、「国際裁判管轄における関連裁判籍は被告の立場において不当に応訴を強要されないように、請求の牽連性、紛争の 1 回解決の可能性、被告の現実的応訴の可能性等を総合的に考慮して慎重に認められるべきであり、インターネットを通じた不法行為において不法行為の結果発生地としての裁判管轄の認定には被害者の保護、被害の軽重、証拠収集の便宜、加害者の意図と予測可能性等が考慮されなければならない」と判示した。

④応訴管轄

民事訴訟法（第 30 条）は被告が第 1 審法院で管轄違反であることを抗弁せず、本案に対して弁論するか又は弁論準備期日に陳述すれば、その法院は管轄権を有すると規定している。一般的に国際裁判管轄においてもこのような応訴管轄が認められる。

大法院 1988 年 4 月 12 日宣告 85 ム 71 判決は、「涉外離婚事件における離婚判決を下した外国裁判所に裁判管轄権があるとするためには、その離婚請求の相手方が行方不明その他これに準ずる事情があるか又は相手方が応訴してその利益が不当に侵害されるおそれがないとみられる例外的な場合を除き、その国に相手方が住所を有することを要件とする、いわゆる被告住所地主義によることが相当である。」と判示した。本判決は相手方が積極的に応訴した場合であっても応訴管轄を認める代わりに、例外的な事情の枠内で理解している。

⑤管轄の合意

民事訴訟法（第 29 条）は当事者が一定の法律関係による訴えに関して管轄の合意をすることができ、合意の方式に関して書面によることを規定する。国際裁判管轄に関する合意も許される。一般的に、韓国裁判所のほかに外国裁判所を管轄裁判所とする付加的合意の場合とはとくに問題はないが、外国裁判所のみを排他的に管轄裁判所とする専属的合意の場合には韓国の裁判権を排除するので問題となる。

大法院 1997 年 9 月 9 日宣告 96 タ 20093 判決¹⁴は、「韓国裁判所の管轄を排除し、外国の裁判所を管轄裁判所とする専属的な合意が有効となるためには、i) 当該事件が韓国裁判所の専属管轄に属しないこと、ii) 指定された外国裁判所がその外国法上当該事件に対して管轄権を有すること、iii) 当該事件がその外国裁判所に対して合理的な関連性を有しなければならんことが要求され、さらにiv) 専属的管轄合意が顕著に不合理であり不公正である場合にはその管轄合意は公序良俗に反する法律行為に該当する点においても無効である」と判示した。ところが、iii) の要件、すなわち外国裁判所を管轄裁判所とする専属的合意管轄を有効とするために合理的関連性を要求する大法院の立場については批判的な見解が有力である。

なお、国際私法第 27 条及び第 28 条は、消費者契約に関する訴えと労働契約に関する訴えにおいて国際裁判管轄の合意をするためには、i) 書面合意であること、ii) すでに紛争が発生した後の事後的合意であること、iii) 第 27 条及び第 28 条の法定管轄裁判所に追加する付加的合意であることを要件としている。

家事訴訟法（第 13 条第 1 項）は、この法律に特別な規定がある場合を除き、被告の普通裁判籍がある地の家庭法院が管轄すると規定しており、原則的に管轄の合意を認めていない点、そして国際家事事件の特殊性及び公益性等を考慮すれば、国際裁判管轄に関する当事者間の合意は認められないという見解が有力である。

(2) 管轄原因に関する職権調査の有無

国際裁判管轄権は具体的訴訟の進行において訴訟要件の形態で作用し、公益的性格が大きい独立的訴訟要件であるため、国際取引関連訴訟が韓国裁判所に提起された場合、まず

¹⁴ 大法院 2004 年 3 月 25 日宣告 2001 タ 53349 判決も同旨。

韓国裁判所に当該事件の裁判管轄権があるか否かを職権で調査しなければならない。韓国裁判所は、管轄権がないと認められる場合は、その訴えを却下しなければならない¹⁵。

(3) 国際訴訟競合

外国裁判所の判決が韓国で承認される（民事訴訟法第 217 条）可能性が予測される場合には、訴訟係属とみることができる。この場合、外国裁判所に訴訟係属中の同一事件に対して国内裁判所に訴えが提起されたならば、重複訴訟とみて却下されなければならない。

(4) 保全処分の国際裁判管轄

民事執行法の保全処分に関する土地管轄規定を根拠に国際裁判管轄を導き出すので、仮差押えと仮処分の場合にはともに本案管轄を有する国家の裁判所に国際裁判管轄を肯定し、仮差押えの場合には仮差押え目的物所在地に、仮処分の場合には例外的に係争物の所在地の国際裁判管轄を肯定する見解が有力である。

家事訴訟法（第 63 条第 1 項）は、家庭法院は家事訴訟事件又はマ類家事非訟事件を本案事件として仮差押え又は仮処分をすることができ、この場合には民事執行法上の仮差押え・仮処分に関する規定が準用されると規定している。

(5) 国際家事事件手続の概観¹⁶

2010 年外国人との婚姻は婚姻件数の約 10.5%、そのうち韓国人男性と外国人女性との婚姻が 76.8%を占めている¹⁷。2010 年外国人との離婚は離婚件数の 9.6%であり、このうち韓国人男性と外国人女性との離婚が約 70%を占めている¹⁸。

¹⁵ 法院行政処『国際取引裁判実務編覧』（2006）4 頁。

¹⁶ チョン・ヨンスク「国際家事訴訟事件の実態分析及び改善方案：ソウル家庭法院家事 5 単独（国際家事訴訟事件）専担裁判部」実務例を中心として」国際私法研究第 12 号 58 頁以下参照（2006）。

¹⁷ 婚姻件数の推移をみると、外国人との婚姻件数（総婚姻中の比重）は 2006 年（11.7%）、2007 年（10.9%）、2008 年（11%）、2009 年（10.8%）、2010 年（10.5%）である。2010 年において国籍別外国人女性は中国人（36.6%）、ベトナム人（36.6%）、フィリピン人（7.38%）、日本人（4.5%）であり、国籍別外国人男性は中国人（28.8%）、日本人（26.3%）、米国人（19%）、カナダ（5.1%）である（統計庁 2010 年婚姻・離婚統計報道資料 10 頁以下参照）。

¹⁸ 離婚件数の推移をみると、外国人との離婚件数は（総離婚中の比重）は、2006 年（4.9%）、2007 年（7.0%）、2008 年（9.7%）、2009 年（9.4%）、2010 年（9.6%）である（統計庁 2010 年婚姻・離婚統計報道資料 20 頁以下参照）。

国際家事訴訟事件は、離婚又は婚姻無効等の婚姻関係事件が大多数であり（表1参照）、このうち韓国人男性と中国朝鮮族女性との婚姻関係事件が主流をなしている¹⁹。その他、韓国人と日本、フィリピン、ベトナム、ウズベキスタン、パキスタン等外国人間の婚姻関係事件、国内居住の韓国人と外国居住の韓国人との婚姻関係事件も少なくない。

当事者又は関係人が韓国に住所を有しない場合であっても韓国で裁判することができることを前提に（根拠規定として家事訴訟法第13条第2項参照）²⁰、国際家事事件の90%以上を処理しているソウル家庭法院は、国際家事訴訟事件を専担する単独裁判部2個、合議裁判部1個を設け、国際家事訴訟事件を処理している。事件を受け付ける段階において、原告と被告の一方又は双方が外国人であるか、若しくは原・被告いずれもが韓国人であっても一方又は双方の住所地が外国であるため外国へ送達をする必要がある場合には、これを国際家事訴訟事件として分類し、上記の裁判部に事件を配当しているとされる²¹。

<表1：第1審家事訴訟事件>

	2005年度	2006年度	2007年度	2008年度	2009年度
家事訴訟事件 連外国人数	1,840名（原告： 185名、被告： 1,655名）	3,196名（原告： 631名、被告： 2,565名）	4,407名（原告： 1,260名、被告： 3,147名）	5,803名（原告： 2,179名、被告： 3,624名）	6,323名（原告： 2,449名、被告： 3,874名）
離婚又は婚姻無 効事件にかかる 人員	85.5%	85%	87.1%	88.6%	88.6%
国籍別	中国人：1,244 名（67.6%） 米国人：138名 （7.5%）	中国人：2,097 名（77.2%） 米国人：179名 （6.6%）	中国人：2,975名 （77.1%） ベトナム人：359 名（9.3%）	中国人：3,853名 （66.4%） ベトナム人：586 名（10.1%）	中国人：4,761名 （75.3%） ベトナム人：919 名（14.5%）

¹⁹ チョン・前掲注（16）59頁。

²⁰ この規定については、直接的に国際家事事件に関する国際裁判管轄を規定しているとはいいがたいとの見解や本国管轄主義の実定法上の根拠とみる見解もある。

²¹ 原・被告がいずれも韓国人である場合、原告の住所地は外国にあり、被告の住所地は韓国にあるときに、原告に訴訟代理人が選任されているか又は送達領収人が韓国にいるので外国送達の必要性がない場合は、一般家事事件として配当している（チョン・前掲注（16）59頁注（3））。

	日本人：65名 (3.5%)	日本人：60名 (2.2%)	フィリピン人:127名 (3.3%)	フィリピン人:143名 (2.6%)	フィリピン人:167名 (2.6%)
--	-------------------	-------------------	-----------------------	-----------------------	-----------------------

以下では、ソウル家庭法院家事5単独の実務例を中心に検討する。

①出入国管理事務所に出入国事実照会²²

国際家事訴訟事件として分類される事件が受け付けられると、家庭法院は職権で出入国管理事務所向被告の出入国内訳を事実照会して被告が国内にいるか、被告が外国にいるかを把握することになっている。また被告が外国人である場合は、出入国管理事務所に出入国内訳の照会をするときに被告の外国人登録の有無も事実照会し、仮に外国人登録がされていれば、外国人登録簿謄本を家庭法院に送付することを要請している²³。これは被告の国内住所を確認するためのものであり、原告が国内にいる被告の住所を疎明できない場合、職権で外国人登録簿謄本に記載された滞留地に訴状等を送達するためである。

②被告が国内にいる場合²⁴

被告が国内にいてその者に対する送達が可能である場合は、国内事件と同様に送達すれば足りる。法院裁判事務処理規則第9条は、「裁判事務等に関する文書のうち国語を解読できない外国人に交付又は提示する文書として必要と認められるもの及び外国語でされた文書を受け付ける際には、その文書の提出者に翻訳文を付けさせなければならない」と規定している²⁵。

ところが被告に対する送達が不可能である場合、被告が韓国人であるときには、国内家事事件と同様に公示送達のための要件として被告の住民登録抹消と被告の父母又は兄弟姉妹のうち1人に被告に対する所在不明確認書の提出を要求し、若しくはそのような所在不明確認書を提出することができない場合に、親族事実照会をして被告の住所に対する回信

²² チョン・前掲注(16) 61頁。

²³ ただし、原告が被告と同居しながら被告の住所が知れない場合はないはずなので、登録滞留地が原告の住所と同じである場合は、別途に登録滞留地に送達をしていない。ところが、出入国事実照会をするためには、照会対象者の旅券上英文姓名と生年月日を確認する必要があり、婚姻申告時に提出することになっている婚姻証書、婚姻成立要件具備証明書又はこれに代わる宣誓書若しくは公証書等を原告に提出させるよう補正命令をしている(チョン・前掲注(16) 61頁)。

²⁴ チョン・前掲注(16) 62頁。

²⁵ 国際家事訴訟事件の場合、ほとんどの被告は中国朝鮮族であり韓国語を解読することが可能であり、その他の外国人の場合も訴状の受け付け段階ではその外国人の韓国語解読の可否が不明であるので、特別に訴状の翻訳を要求していない(チョン・前掲注(16) 62頁)。

がないときは公示送達をしている。被告が外国人であるときには、原告が被告の住所として疎明した住所地に送達したが送達不可能となるか又は初めから被告の住所が知れないと主張する場合、職権で確認した外国人登録簿に記載された国内滞留地に送達しているところ、これに対する送達も不可能であるときには、原告に利害関係人の被告に対する所在不明確認書を提出させ、公示送達で進行している。

③被告が外国にいる場合²⁶

i) 外国住所の確認

外国送達事件は送達にかかる期間が国内事件に比べてはるかに長いため、送達を数回にわたって実施する場合には裁判が非常に遅延されるので、出入国事実照会の結果、被告が外国にいる場合、被告の外国住所を徹底に確認して1回の外国送達で送達の目的を達成できるようにしている。

まず被告が韓国人である場合、原告が訴状に被告の外国住所を特定していれば原告に被告の国外住所に対する疎明資料（被告から届いた封筒、在外国民登録簿謄本等）を提出させ、訴状に記載された被告の住所が実際において被告の住所であるか否かを確認している。原告が訴状に被告の外国住所を特定できない場合には、「被告に送達可能な国外住所とそれに対する疎明資料を提出せよ」という趣旨の補正命令をすると同時に、職権で外交通商部に在外国民登録簿謄本を家庭法院に送付することを要請している。その後、原告が疎明した被告の住所と在外国民登録簿上に登録された住所が異なる場合、諸状況をみて被告が居住しているとみられる地に送達しており、仮にどの地が被告の住所地であるかにつき確信が立たない場合には二つの住所いずれにも送達している。ところが原告が被告の送達可能な外国の住所を疎明できず在外国民登録もされていない場合は、国内事件と同様に住民登録の抹消と被告の父母又は兄弟姉妹のうち1人の被告に対する所在不明確認書の提出、若しくは被告の父母又は兄弟姉妹のうち2人に対する事実照会の結果、回信がないことを要件として公示送達をしている。

他方、被告が外国人である場合、前述のように、婚姻申告時に提出することになっている婚姻証書、婚姻成立要件具備証明書又はこれに代わる宣誓書若しくは公証書等を提出させ、被告の外国住所を確認している。原告が疎明した住所と上記の書類上の住所が異なる場合は、原告に外国住所に対する疎明資料を提出させており、これを提出できず被告の外国住所を把握するようになった経緯を明らかにすることができない場合には、上記の書類

²⁶ チョン・前掲注(16) 62頁以下参照。

上に記載された外国住所に送達している。ところが原告が初めから被告の住所が知れないとされ、被告の住所を疎明できず上記の書類上の住所さえ確認することができない場合、また上記の書類上の住所が非常に前のものであり、請求原因等の諸事情を考慮してみれば、現在その住所地に居住している可能性が希薄である場合は、外国送達を実施するのではなく、直ちに外国公示送達をしている。

ii) 外国送達の嘱託²⁷

韓国が締結した送達関連条約としては、二国間条約として「大韓民国とオーストラリアとの間における民事司法共助条約」、「大韓民国と中華人民共和国間における民事及び商事司法共助条約」があり、多国間条約として「民事及び商事の裁判上及び裁判外の文書の外国送達に関する条約」（以下、ハーグ送達条約という。）がある。なお、領事送達の根拠となる「領事関係に関するウィーン条約」がある。国内法としては、国際民事司法共助法、その下位規範として国際民事司法共助規則、国際民事司法共助等に関する例規があり、民事訴訟法²⁸がある。

被告が外国人である場合、二国間条約関係にある国家及びハーグ送達条約締約国への送達は中央当局²⁹を通じて送達をしており、条約関係がない国家への送達は管轄裁判所への嘱託送達の方法を取っている。他方、被告が韓国人である場合には領事送達をしている。ただし、米国への送達についてはその対象が韓国人である場合はもちろん、米国人と第3国国民である場合でも領事送達が可能である。外国へ送達する場合には、送達方式により必要とされる所定の翻訳文が添付されなければならない。ハーグ送達条約締約国に対して送達をする場合において、国外送達要請書、文書の要旨、送達証明書は英語、フランス語又は被嘱託国の公用語で作成し、その他の送達書類は韓国語で作成した後、被嘱託国の公用語を使用した翻訳文を添付しなければならない。

iii) 期日の指定³⁰

出入国の事実照会により被告が外国にすることが明らかになり、送達する外国住所が特定されれば、被告が韓国人である場合には直ちに、被告が外国人である場合は、原告に訴状副本を翻訳させた後、具体的な期日を定めることになる。通常、1回目の弁論期日は外国送達嘱託書の作成日から6か月ないし7か月後に定め、その次の弁論期日はそれから3

²⁷ 法院行政処・前掲注（15）23以下参照。

²⁸ 第191条、第194条、第196条。

²⁹ 韓国の中央当局は法院行政処である。

³⁰ チョン・前掲注（16）62頁。

週ないし4週後に、3回目の弁論期日は1回目の期日から2か月後に定める。1回目の期日と3回目の期日との間で間隔を2か月にする理由は、1回目の期日まで送達回信が来ていない場合、公示送達³¹をしながら、3回目の期日に期日変更をしているが、外国公示送達の効力が2か月後に生ずるからである。この場合、3回目の期日までも送達回信が来ていないか又は送達不可能の回信が来ると、そのまま公示送達状態で弁論期日を進行し、もし送達されたという回信が来ると、公示送達の決定を取消し、その期日を進行することになる³²。

④審理³³

ソウル家庭法院の家事5単独で主に処理する国際家事訴訟事件（原告と被告が韓国人である場合を除く。）の類型は、三つに区別できる。第1に、韓国人が韓国に入国していない外国人を相手にする離婚、婚姻無効、婚姻取消事件であり、第2に、韓国人が国内に居住している外国人又は韓国に入国したが家出してその行方が不明である外国人を相手にする離婚、離婚及び慰謝料、離婚及び親権者・養育者指定、婚姻無効、婚姻取消事件であり、第3に外国人（主に中国女性）が韓国人を相手にする離婚又は離婚及び慰謝料請求事件である。第3の類型は韓国人が外国人を相手にする離婚又は離婚及び慰謝料請求事件において、外国人が韓国人を相手に離婚又は離婚及び慰謝料請求を反訴で提起する形態でなされることもある³⁴。

大部分の事件は公示送達で進行されており、送達された事件においても当事者が争うことは稀である。公示送達で進行される事件、争いのない事件においては、婚姻無効及び婚姻取消事件を除き、職権で実施した出入国事実照会の回信結果と当事者が提出した陳述書、家出申告書をもって立証されたものとみなして原告勝訴判決を宣告しており、婚姻無効事件又は婚姻取消事件の場合は、その事由を認められる客観的な立証資料がない限り、離婚に請求趣旨を変更させている。他方、争いのある事件においては、一般家事事件と同様に、

³¹ ハーグ送達条約第15条に基づき送達回信が来ていない場合、公示送達を通じて判決を宣告している。ハーグ送達条約が適用されない国の場合であっても送達をして相当の時間が経過したが、何の回報がないときには民事訴訟法第194条第1項に該当するとみて公示送達をしている（チョン・前掲注（16）66頁）。

³² 被告に送達された場合は、事案によって三つの弁論期日をすべて活用して主張・立証をする場合もあるが、ほとんどは1回目ないし2回目の弁論期日が実際に進行され、残りの期日は取消して宣告している。他方、1回目の弁論期日以前に送達不可能の回信が到着するときには、住所補正の必要性があるとみられる特別な事情がない限り、直ちに外国公示送達をしながら、公示送達の効力が発生する2か月後の日付で期日変更をしている（チョン・前掲注（16）66頁以下）。

³³ チョン・前掲注（16）66頁。

³⁴ チョン・前掲注（16）67頁。

家事調査を受けさせ、その後、調停手続を経て、弁論で審理をした後、判決を宣告している³⁵。

3. 個別事項に関する国際裁判管轄

(1) 離婚

国際家事事件においては主に婚姻関係（離婚及び婚姻無効等）事件が問題となっているため、判例及び実務もこれにかかわるものが多い。

大法院 1975 年 7 月 22 日宣告 74 ム 22 判決では、「外国人間の離婚審判請求事件に対する裁判請求権の行使は、訴訟手続上の公平及び正義観念に照らして相手方たる被請求人の行方不明その他これに準ずる事情があるか又は被告が積極的に応訴してその利益が不当に侵害されるおそれがないとみられ、それらに対する審判の拒否がむしろ外国人に対する法の保護を拒否するものとなり、正義に反すると認められる例外的な場合を除き、相手方たる被請求人の住所が韓国にあることを要件とする。」と判示した。この判決を主導的先例として判例の主流的立場が確立され、従来の主流的判例によれば、本国（国籍）管轄を基準とするものはみられず、住所を基準として被告住所地管轄を原則とするが、制限的原告住所地管轄を認める³⁶。ところが、このような立場が外国人間の離婚のみに適用されるのか、それとも一般的に国際離婚事件の裁判管轄に適用されるのかは明らかではない。

国際私法第 2 条の新設後、大法院 2006 年 5 月 26 日宣告 2005 ム 884 判決では、米国国籍の原告と韓国国籍であったが韓国で婚姻した後に米国国籍を取得した被告と居住期限を定めず韓国で居住したが、被告を相手に離婚、親権者及び養育者指定を請求した事案において、「①原・被告が韓国に常居所を有し、その婚姻が韓国で成立しており、その婚姻生活のほとんどが韓国で形成された点まで考慮すれば、韓国と実質的関連性があるとみることができるので、国際私法第 2 条第 1 項の規定により韓国の裁判所は裁判管轄権がある、②米国ミズーリ州の国際離婚管轄法を検討した後に、国際私法第 2 条第 2 項で規定される国際裁判管轄の特殊性を十分に考慮しても韓国の裁判所は裁判管轄権を行使するに何ら問題は

³⁵ チョン・前掲注（16）70 頁以下。

³⁶ 大法院 1988 年 4 月 12 日宣告 85 ム 71 判決、大法院 1994 年 2 月 21 日ザ 92 ス 26 決定においても本国管轄について明らかにしていない。

ない、③被告が積極的に応訴した点まで考慮すれば、韓国の裁判所に裁判管轄権を認めるにさらに何の問題がない。」と判示した。

本件は被告の住所が韓国にある事案であり、被告住所地管轄の原則により国際離婚の裁判管轄を認めることで従来の主流的判例の態度と一貫している³⁷。国際私法第2条は国際離婚における裁判管轄について直接規定していないため、同条が新設された後にも従前の判例の立場は維持されることになるであろう。

国籍は婚姻等身分関係が当事者の本国と密接な関係があり、国際私法上においても本国法の適用範囲に属する点、国際民事訴訟法上の利益衡量の見地から当事者が本国裁判所の裁判に対して有する信頼を保護することにも合理性がある点において実質的関連性を認める重要な資料となりうる。しかし、最近では国籍のみで国際裁判管轄を認める場合は実務上ほとんどなく、裁判上の事実認定又は証拠収集の容易性、裁判の迅速、訴訟経済等の側面から住所又は常居所へ移る趨勢である³⁸。

下級審の実務においては、当事者と事件との実質的関連性を判断するために、国籍、住所、常居所等と原告の請求原因等を検討するが、当事者と関連しては公平、訴訟遂行の便宜、予測可能性等を、裁判と関連しては証拠調査又は証人審問の容易性等裁判の迅速・能率性と判決の実効性等を考慮している³⁹。

外国人間の離婚訴訟において、原告が遺棄されか、被告の行方不明その他これに準ずる事情がある場合、又は被告が応訴してその利益が不当に侵害されるおそれがないとみられる場合、韓国に居住している外国人を保護することが国際私法生活における正義・公平の理念に附合するとみて原告の住所のみが韓国にあっても韓国に裁判管轄権を認め、それ以外には被告の住所が韓国にあることを要件とする⁴⁰。

当事者双方が韓国人である場合、又は原告が韓国人であり、その常居所又は当事者双方の最後の住所を韓国に有する場合には、韓国裁判所に裁判管轄権を認めている。ただし、相手方が婚姻時から引き続き外国に居住しており、その居住地も明らかである場合には、

³⁷ 韓国の裁判所が国際裁判管轄権を容易に認めることができたにもかかわらず、あえてあいまいで不確実に説示していることについては批判がある（チャン・ジュンヒョク「韓国の国際離婚管轄法判例の現況—国際私法第2条新設後の判例を中心として—」民事訴訟第13巻第1号66頁（2009））。

³⁸ ハン・スクヒ「国際家事事件の国際裁判管轄と外国判決の承認及び執行：離婚を中心として」国際私法研究第12号（2006）22頁。

³⁹ ハン・前掲注（38）24頁。

⁴⁰ ハン・前掲注（38）24頁以下。

その者が積極的に応訴しない限り、韓国裁判所に裁判管轄権を認め難い。実務においては、裁判権の行使が国家の主権行使の一種であり、韓国国民の身分関係は韓国の主権の影響の下にあり、国民の身分を管理する戸籍も韓国で管理していること、単に家族関係登録（戸籍）整理のための訴訟を外国の裁判所に提起させることは手続又は費用面において非現実的であり、国民の権利保護を非常におろそかにする結果にいたること等を理由に、当事者の一方が韓国の国民である場合、融通をきかせ、国際裁判管轄を認めている⁴¹。このようにソウル家庭法院を始め1審法院の裁判実務は、主流的判例とは別途に、従来の少数判例を明確な国際管轄規則として発達させる態度をみせている⁴²。

(2) 失踪宣告

国際私法第12条は、「法院は外国人の生死が不明である場合に、大韓民国にその財産があるか又は大韓民国法によるべき法律関係があるとき、その他の正当な事由があるときには、大韓民国法によって失踪宣告をすることができる。」と規定している。

これは、失踪宣告について外国人の本国に原則的管轄があることを前提とするものの、これを明示的に規定せず、韓国裁判所が例外的に管轄を有する場合のみを規定するものである。性質上非訟事件に対する国際裁判管轄を定めるものである。

(3) 限定治産及び禁治産

国際私法第14条は、「法院は大韓民国に常居所又は居所を有する外国人に対して、大韓民国法によって限定治産又は禁治産の宣告をすることができる。」と規定している。これは限定治産及び禁治産の宣告について外国人の本国に原則的管轄があることを前提とするものの、これを明示していない。ただし、韓国裁判所の例外的管轄の範囲を規定するものであり、性質上非訟事件に対する国際裁判管轄を規定するものである。

⁴¹ ハン・前掲注(38) 25頁以下、チョン・前掲注(16) 68頁。実際、ソウル家庭法院に提起された国際離婚事件のうち相当の部分が国内に居住する韓国の国民(原告)が外国に居住する外国人(被告)を相手にするものであるため、被告の住所地主義を貫徹する場合には、国際裁判管轄が問題となりうる。しかし被告が韓国での婚姻生活に適応できず、原告の意思に反して一方的に自国へ出国したので原告を遺棄した事件である点、婚姻期間が短くそれらの間には子がいない点、主に(家族関係登録)戸籍整理を目的とするものであり、慰謝料請求等のそれ以上の実質的請求が含まれていない点等を勘案して、国際裁判管轄を認めている(ハン・前掲注(38) 26頁)。

⁴² チャン・前掲注(37) 75頁。

(4) 後見

国際私法第 48 条第 1 項は、後見は被後見人の本国法によると規定しており、第 2 項は、大韓民国に常居所又は居所を有する外国人に対する後見は、1) その本国法によれば後見開始の原因があってもその後見事務を行う者がいないか又は後見事務を行う者がいても後見事務を行うことができない場合、2) 大韓民国で限定治産又は禁治産を宣告する場合、3) その他被後見人を保護すべき緊急な必要がある場合に限り、大韓民国法によると規定している。

後見は被後見人の本国法によることを原則とし、国際私法第 48 条第 2 項は韓国で常居所又は居所を有する外国人に対して例外的に韓国の裁判所が韓国法により後見事務を行うことができるようにして、外国人たる被後見人を保護するものである。さらに外国人たる被後見人を韓国で迅速に適切に保護すると同時にその者と取引する内国の第 3 者を保護するためにも例外的管轄が認められるものである。

4. 外国判決の承認執行

外国判決の承認執行については、民事訴訟法第 217 条（外国判決の効力）、民事執行法第 26 条（外国判決の強制執行）及び第 27 条（執行判決）が規定している。

民事訴訟法第 217 条（外国判決の効力） 外国法院の確定判決は、次の各号の要件をすべて備えなければ効力が認められない。

1. 大韓民国の法令又は条約による国際裁判管轄の原則上、その外国法院の国際裁判管轄権が認められること
2. 敗訴した被告が訴状又はこれに準ずる書面及び期日通知書若しくは命令を適法な方式により防御に必要な時間の余裕を置いて送達を受けたか（公示送達又はこれに似た送達による場合を除く。）又は送達を受けなくても訴訟に応じたこと
3. その判決の効力を認めることが大韓民国の善良な風俗又はその他の社会秩序に外れないこと
4. 相互保証があること

民事執行法 第 26 条（外国判決の強制執行） ①外国法院の判決に基づく強制執行は、大韓民国の法院で執行判決をもってその適法であることを宣告しなければ、することができない。

②執行判決を請求する訴えは、債務者の普通裁判籍がある地の地方法院が管轄し、普通裁判籍がないときには民事訴訟法第 11 条の規定により債務者に対する訴えを管轄する法院が管轄する。

民事執行法 第 27 条 (執行判決) ①執行判決は、裁判の是非を調査することなく、しなければならない。

②執行判決を請求する訴えは、次の各号のいずれか一つに該当すれば、却下しなければならない。

1. 外国法院の判決が確定したことを証明していないとき
2. 外国判決が民事訴訟法第 217 条の条件を備えていないとき

(1) 外国判決又は外国非訟裁判の承認執行要件 (特に間接管轄、執行宣言手続 (exequatur) の有無等)

①外国判決の承認

民事訴訟法第 217 条⁴³は、外国判決の効力について定めている。同条の承認要件を満たす外国判決は韓国で司法的確認手続なしに自動的に承認され、当該外国判決が有する効力が韓国で認められる。外国判決に該当するか否かは承認国の法律によることが通説であり、国際家事事件においても家事訴訟であるのか家事非訟であるかについては承認国たる韓国の法律ないし法律観念を基準にすることになる。

身分上の請求に関する外国判決にも民事訴訟法第 217 条が適用されるかについて、判例は民事訴訟法第 217 条が判決の種類を区別しておらず、身分上の請求に関する外国判決承認の規定が別途に存在していないため、このような身分上の請求に関する判決も包含されると解釈する⁴⁴。

i) 国際裁判管轄の要件

民事訴訟法第 217 条第 1 号は、「大韓民国の法令又は条約による国際裁判管轄の原則上、その外国法院の国際裁判管轄権が認められること」を規定している。「大韓民国の法令」と

⁴³ 法律第 6626 号、2002 年 1 月 26 日全面改正、2002 年 7 月 1 日施行。旧民事訴訟法第 203 条は、次のとおりに規定していた。

「旧民事訴訟法第 203 条 (外国判決の効力) 外国法院の確定判決は、次の条件を具備しなければ、その効力がない。

1. 法令又は条約で外国法院の裁判権を否認しないこと
2. 敗訴した被告が大韓民国の国民である場合に、公示送達によらないで訴訟の開始に必要な召喚又は命令の送達を受けたこと又は受けずに応訴したこと
3. 外国法院の判決が大韓民国の善良な風俗その他社会秩序に違反しないこと
4. 相互の保証があること」

⁴⁴ 外国家事非訟裁判の承認要件については、民事訴訟法 (旧第 203 条) の規定のうち外国裁判の承認に関する本質的・不可欠な要件として、第 1 号及び第 3 号を適用する見解がある (金・ウォンテ「外国家事裁判の承認・執行に関する問題の再検討」国際私法研究第 6 号 68 頁 (2001))。

は国際私法第2条及び国内法の管轄規定を指し、「条約」⁴⁵とは大韓民国が加入した条約を指す。間接管轄と直接管轄の基準との関係が問題となるが、両者を同一の原則によって判断する見解が多数説であり、主流的な判例⁴⁶である。

ソウル家庭法院1997年10月24日宣告96デ73619判決は、韓国国籍の夫婦に対する米国テキサス州裁判所の離婚判決について、米国で原告の訴訟提起時に被告は韓国に住所を有し、当時被告が行方不明その他これに準ずる事情があったか又はその訴訟に積極的に応訴したとみる資料もないので、米国判決は旧民事訴訟法第203条第1号の要件が欠けていると判示した。

ii) 送達要件

民事訴訟法第217条第2号は、「敗訴した被告が訴状又はこれに準ずる書面及び期日通知書若しくは命令を適法な方式により防御に必要な時間の余裕を置いて送達を受けたか（公示送達又はこれに似た送達による場合を除く。）又は送達を受けなくても訴訟に応じたこと」を規定している。これは、承認要件として送達の適法性と適時性を要求するものである。

送達の意味について、大法院1992年7月14日宣告92タ2585判決は、領事派遣国の裁判所が外交上の経路を経由せずに韓国の国民又は法人を相手にして自国の領事による直接実施方式で送達をした場合において、旧民事訴訟法第203条第2号でいう送達とは、「補充送達又は郵便送達でない通常の送達方法による送達を意味し、その送達は適法でなければならない。」と判示した。

送達の適法性を判断する基準について、大法院2010年7月22日宣告2008タ31089判決は、「法廷地たる判決国で被告に防御の機会を付与するために規定する送達に関する方式又は手続によらない場合には、ここでいう適法な方式による送達がなされたとはいえない。」と判示した。しかし送達の方法は承認国の主権を侵害してはいけず、特に被告が裁判国に送達を受ける者を置かなかつた結果、司法共助の方式により韓国へ送達をし、その裁判の承認及び執行が韓国で問題となる場合には、送達の適法性は裁判国法と国際条約及び国際民事司法共助法に照らして適法でなければならないとされる⁴⁷。

⁴⁵ 国際裁判管轄に関する規定が包含されている韓国が結んでいる国際条約として、「国際航空運送についてのある規則の統一に関する条約」及び「油による汚染損害についての民事責任に関する条約」が挙げられる。

⁴⁶ 大法院1995年11月21日宣告93タ39607判決等。

⁴⁷ 石・前掲注(6)452頁。

国際民事司法共助法⁴⁸は、民事事件において外国への司法共助嘱託手続と外国からの司法共助嘱託法に対する処理手続を規定する。同法は外交上の経路を経由して管轄裁判所への嘱託方法を定めている⁴⁹。より迅速な処理のため、韓国はハーグ送達条約に2000年1月13日加入した。韓国は郵便による送達（第10条a号）に対して明示的に異議を提起したので、締約国に行う郵便による送達は不適法であるといえよう。

実務上、被告が裁判管轄権の肯定可能性を予想して主的に裁判管轄権を否認しながら、予備的に原告の請求原因事実に対して争う場合がしばしばあり、この場合は被告が応訴したものとみることができない⁵⁰。適法な送達又は応訴事実が外国判決の承認を求める者が主張、立証しなければならない。

iii) 公序要件

民事訴訟法第217条第3号は、「その判決の効力を認めることが大韓民国の善良な風俗又はその他の社会秩序に外れないこと」と規定している。

実体的公序において、外国判決が承認されるためには準拠法要件が必要であるかにつき、大法院1971年10月22日宣告71タ1393判決は、米国ネバダ州離婚判決事件において準拠法要件を充足することができなかつたので効力を認めることができないとしたソウル高等法院⁵¹の判示を仮説的説明にすぎないとして、準拠法を定める国際私法は外国裁判所に対する裁判規範となりえないと判示した⁵²。

大法院1997年9月9日宣告96タ47517判決は、米国ミネソタ州に居住する原告（米国及び韓国の国籍）が被告（韓国国籍）を相手に米国裁判所に被告を相手にして不法行為による精神的苦痛、治療費、収入喪失その他の費用等、米貨合計50,000ドルを超過する合理的損害額の賠償を求める損害賠償請求訴訟を提起し、被告は訴状及び20日以内に答弁書を提出すること及び答弁書を提出しない場合には原告が裁判所に上記の訴状で要求する救済を請求する趣旨であることを明らかにする召喚状の交付送達を受けたにもかかわらず何ら応訴をしていないまま、韓国に帰国したので、原告は米国裁判所に請求金額を米貨500,000ドルで確定した欠席判決を申請し、これによって米国ミネソタ州裁判所で米貨合計500,000

⁴⁸ 法律第4342号、1991年3月8日制定、同年4月8日施行。

⁴⁹ 外国からの嘱託は、外交上の経路を経由することを要件とし、送達場所を管轄する第1審法院が管轄する（第11条）。

⁵⁰ ハン・前掲注（38）40頁。

⁵¹ ソウル高等法院1971年5月12日宣告70ナ1561判決。

⁵² 大法院1987年4月28日宣告83タ1767判決も同旨。

ドルの損害賠償の判決が宣告された事案において、米国判決は米国法上欠席判決によって不確定損害の賠償を求めるにあたって要求される諸手続をろくに経て成立したものであり、防御の機会を自ら放棄した結果となったといえるところ、被告がその後にも一部訴訟書類を受領すること等で本件の米国判決が問題となることを知っていながらも、上訴又はその他の可能な救済手続を全く取らなかった事実等に照らしてみれば、本件の米国判決がその成立手続において韓国の善良な風俗その他の社会秩序に違反するとみることは難しい。」と判示した。上告審において懲罰的損害賠償の存否に関する被告の主張がなかったので、大法院はこれについて明示的に言及していない。したがって外国判決の懲罰的損害賠償に関する公序違反の有無に関する大法院の立場は明らかでない。

手続的公序について、訴訟開始書面以外の書面の送達が適法になされなかった場合、民事訴訟法第217条第2号の問題であるかそれとも第3号の問題であるかにつき、大法院2003年9月26日宣告2003タ29555判決は、「訴状又はこれに準ずる書面及び期日通知書若しくは命令の送達とは、訴状及び訴訟開始に必要な召喚状等をいい、このような書類が適法に送達された以上、その後の召喚等の手続が郵便送達又は公示送達等の手続によって進行されたとしても承認の対象となりうる。」と判示した。

詐欺又は欺罔によって取得した外国判決の承認について、大法院2004年10月28日宣告2002タ74213判決は、「外国判決の内容自体が善良な風俗又はその他の社会秩序に外れる場合だけでなく、その外国判決の成立手続における善良な風俗又はその他の社会秩序に外れる場合にも、承認及び執行を拒否する事由に包含されるといえるものの、実質的再審査禁止の原則に照らして偽造・変造ないしは廃棄された書類を使用したか又は偽証を利用するような詐欺的方法で外国判決を得た事由は、原則的に承認及び執行を拒否する事由とならない。ただし、再審事由に関する民事訴訟法第451条第1項第6号・第7号及び第2項の内容に照らしてみれば、被告が判決国の法廷で上記のような詐欺的事由を主張することができない場合に限り、承認又は執行を求める外国判決を無効化する別途の手続を当該判決国で経ていなかったとしても、直ちに韓国で承認ないし執行を拒否することができる。」と判示した。

既判力の抵触について、大法院1994年5月10日宣告93ム1051、1068判決は、被告(夫)が原告(妻)を相手に韓国の裁判所で離婚審判請求をしたが、棄却・確定された以後、原・被告いずれも米国で居住することになると、被告は原告を相手に再び米国の裁判所で離婚請求をして勝訴判決を得て確定された。韓国に戻った被告は上記の外国の確定判決に基づきソウルの区役所に離婚の申告をした後、再婚して生活している途中、原告が以前の国内

判決の既判力に抵触される上記の外国判決に基づく離婚が無効であると主張して離婚無効確認訴訟を提起した事案において、「同一当事者間の同一事件に関して大韓民国で判決が確定された後に再び外国で判決が宣告されて確定されたならば、その外国判決は大韓民国判決の既判力に抵触されるものとして大韓民国の善良な風俗その他の社会秩序に違反され、民事訴訟法第 217 条第 3 号で定められる外国判決の承認要件が欠けている場合に該当するので、大韓民国では効力がない。」と判示した。

iv) 相互保証

民事訴訟法第 217 条第 4 号は、「相互保証があること」を規定している。

判例及び戸籍実務は、旧民事訴訟法第 203 条が離婚判決を除く身分関連の外国判決にも適用されることを前提に相互保証が必要であるとした。国際家事事件、特に国際離婚事件の場合、相互保証がないという理由のみで外国裁判所の判決を承認しないことは破行婚の発生等身分関係が歪曲される余地があるだけでなく、当事者を始め利害関係人の苦痛が大きいのので、相互保証の要件を緩和するか又は排除しなければならないという意見が有力である。

米国のネバダ州裁判所が宣告した離婚判決の承認と執行を求める事件において、大法院 1971 年 10 月 22 日宣告 71 タ 1393 判決は、「旧民事訴訟法第 203 条第 4 号所定の相互保証があることは、当該外国が条約によって又はその国内法によって大韓民国判決の当否を調査せずに、旧民事訴訟法第 203 条の規定と同じであるか又はこれよりも寛大な条件の下で大韓民国判決の効力を認めている場合を指すので、韓国と米国との間に人事及び商事判決の効力に関して相互保証がない。」と判示した。本件では相互保証の意味を非常に厳格に制限したとはいえ、裁判例をみると、相互保証を理由に外国判決の承認を拒否した事件はごく稀であるといえよう。

離婚及び養育費支給を命ずる米国ニューヨーク州の判決に対して、大法院 1989 年 3 月 14 日宣告 88 ム 184、191 判決は、「ニューヨーク州裁判所が判例で相互主義の原則を排撃し、ただし、外国判決が詐欺で獲得されたものであるか又は公序に反するか若しくは裁判管轄権の欠缺がなければ実質審査をせずに、外国判決の効力をそのまま承認しているならば、そのニューヨーク州裁判所の判決は旧民事訴訟法第 203 条第 2 号・第 4 号の承認要件を具備するものとみななければならない。」と判示し、米国ニューヨーク州裁判所の離婚及び養育費判決を承認し、その結果、韓国での後訴を既判力に抵触されることを理由に棄却した。

相互保証の意味をさらに緩和解釈したのものとして、大法院 2009 年 6 月 25 日宣告 2009 夕 22952 判決⁵³は、「韓国と外国との間に同種の判決の承認要件が顕著に均衡を失わず、外国で定められる要件が韓国で定める要件よりも全体として過重なものではなく、重要な点において実質的にほとんど相違がない程度であるならば、民事訴訟法第 217 条第 4 号において定める相互保証の要件を具備しているとみるのが相当であり、またこのような相互の保証は外国の法令、判例及び慣例等により承認要件を比較して認めれば十分であり、必ずしも当事者国との条約が締結されている必要はなく、当該外国で具体的に韓国の同種判決を承認した事例がなくても、実際に承認するであろうと期待できる状態であるならば十分であるといえよう。」と判示した。

なお、日本と韓国との間に相互保証の存在が肯定されている⁵⁴。

②外国離婚判決による離婚申告

離婚判決は夫婦という身分関係を消滅させる形成判決の効力で離婚が成立し、家族関係登録簿（戸籍簿）の記載はいわゆる報告的申告にすぎない。2008 年 1 月 1 日から「戸籍法」が廃止され、「家族関係の登録等に関する法律」⁵⁵が施行されることにともない、大法院は「戸籍例規」を廃止し、家族関係登録事務処理手続に関する基準を提示するため、「家族関係登録例規」を新たに制定した（2007 年 12 月 10 日制定）。家族関係登録例規第 173 号ないし第 175 号は、外国離婚判決に基づく離婚申告に関する処理指針を定めており、外国離婚判決については執行判決を要求していない⁵⁶。

⁵³ 大法院 2004 年 10 月 27 日宣告 2002 夕 74213 判決も同旨。

⁵⁴ ソウル中央地方法院 2009 年 12 月 4 日宣告 2009 ガハップ 114294 判決。

⁵⁵ 「家族関係の登録等に関する法律」（法律第 8435 号、2007 年 5 月 17 日制定）は、2008 年 1 月 1 日から民法上戸主制度が廃止されることにともない、既存の戸籍に代わり、国民個々人の出生・婚姻・死亡等家族関係の発生と変動事項に関する登録及びその証明に関する事項を規定する。

⁵⁶ 当初は、外国離婚判決の場合にも韓国で外国判決の承認要件を具備しているときには当然にその効力が認められ、執行判決が必要でないという立場から、外国裁判所の判決謄本と確定証明書を添付してその一方が離婚申告をした場合には戸籍法（第 40 条）に準じて処理していた。

ところが、大法院 1971 年 10 月 22 日宣告 71 夕 1393 判決に対して外国離婚判決に執行判決を要するという趣旨であると誤解され、大法院は外国裁判所の離婚判決は旧民事訴訟法第 477 条によって執行判決を得なければ離婚申告をすることができないという内容で例規を制定した。

その後、外国判決に対する執行判決を規定している旧民事訴訟法条文の立法趣旨及び文言に背馳するだけでなく、外国の身分判決は形成判決として承認要件を具備すればそれ自体として法律関係が創設・変更・消滅される形成の効力が発生し、それによる戸籍への申告は報告的申告にすぎない点、韓国国民が外国裁判所で身分判決を得る場合が多いが、再び執行判決を得なければならないことは国民に与える不便が非常に大きい点等を考慮して、大法院は 1981 年 10 月 14 日戸籍例規第 371 号を制定して、外国裁判所の離婚判決に基づき執行判決なしに戸籍に記載することができようになった（ハン・前掲注（38）44 頁）。

外国法院の離婚判決による家族関係登録事務処理指針（第 173 号）

1. 外国法院の離婚判決は、「民事訴訟法」第 217 条が定める条件を具備する限り、韓国でもその効力を有する。
2. 第 1 項の外国判決による離婚申告は、韓国判決による離婚申告と同様に「家族関係の登録等に関する法律」第 78 条、第 58 条による手続に従うものの、その申告にはその判決の正本又は謄本と判決確定証明書、敗訴した被告が訴状又はこれに準ずる書面及び期日通知書若しくは命令を適法な方式により防御に必要な時間の余裕を置いて送達を受けたか（公示送達又はこれに似た送達による場合を除く。）又は送達を受けなくても訴訟に応じた書面（判決の正本又は謄本によって利点が明白でない場合に限る。）及び上記の各書類の翻訳文を添付しなければならない。ただし、外国（例：オーストラリア）法院の正本又は謄本とその確定証明書に代わって離婚証明書を発行した場合には、その証明書を添付することができる。
3. 第 2 項による離婚申告が提出された場合、家族関係登録公務員は離婚申告に添付された判決の正本又は謄本によって該当外国判決が「民事訴訟法」第 217 条が定める各条件を具備しているか否かを審査して、その受理の可否を決定しなければならないところ、その条件の具備の有無が明白でない場合には、必ず関係書類のすべてを添付して監督法院に質問し、その回答を受けて処理しなければならない。

外国法院の離婚判決による離婚申告（第 174 号）

外国法院の離婚判決による離婚申告処理指針に関して「大法院家族関係登録例規」第 173 号で定める事項以外には、次のとおり処理する。

1. 外国法院の離婚判決による離婚申告の場合に下記の事由があるときには、必ず関係書類のすべてを添付して監督法院に質問し、その回答を受けて処理しなければならない。
 - ガ. 外国判決が確定されたか否かが不明である場合
 - ナ. 送達が適法であるか否かが不明である場合
 - タ. 外国法院の判決手続が進行される当時、被告が該当外国に居住しなかった場合
 - ラ. その他外国判決の効力が疑わしい場合
2. 次の場合には第 1 項にかかわらず、監督法院に質問を要しない。
 - ガ. 外国判決上、被告人たる大韓民国の国民が該当外国判決による離婚申告に同意するか又は自ら離婚申告をした場合
 - ナ. 外国法院の離婚判決に対し「民事執行法」第 26 条及び第 27 条による執行判決を受けた場合

国際離婚事件に対して外国法院の裁判管轄権が認められるための要件（第 175 号）

「民事訴訟法」第 217 条第 1 号は、外国裁判所の離婚判決にも適用され、国際離婚事件において離婚判決を下した外国法院に裁判管轄権があるとするためには、その離婚訴訟の被告が行方不明その他これに準ずる事情があるか又は被告が積極的に応訴してその利益が不当に侵害されるおそれがないとみられる例外的な場合を除き、被告の住所がその国にあることを要件とする（大法院 1988 年 4 月 12 日宣告 85 ム 71 判決）。

③外国判決の執行

民事執行法第 26 条は外国判決の強制執行について、民事執行法第 27 条は執行判決について規定している。民事執行法第 27 条第 1 項は、いわゆる実施的再審査禁止の原則を定めている。大法院 2010 年 4 月 29 日宣告 2009 タ 68910 判決は、「民事執行法第 26 条第 1 項が規定する外国法院の判決とは、裁判権を有する外国司法機関がその権限に基づき私法上の法律関係に関して対立的当事者に対する相互間の尋問が保障される手続において終局的にした裁判であり、具体的給付の履行等その強制的実現に適合する内容を有することを意味し、その裁判の名称又は形式等が何であるかは問題とならない。」と判示した。

韓国の有力説及び判例は、法律関係を明確にする実益があるときには履行判決でなくても執行判決を求めることができ、広義の執行には形成判決たる離婚判決に基づく家族関係登録簿の記載が包含される。すなわち身分関連の外国判決に対しても執行判決を要求することにし、裁判所が承認要件の具備可否を審査することにする。前述のように、大法院は外国離婚判決による離婚申告の際に、離婚判決については執行判決を要求しない例外を認めている（家族関係登録例規 173 号ないし第 175 号）。ただし、外国離婚判決等確認判決又は形成判決の場合にも承認要件の充足の有無を争うときには、裁判所の判断を受け、法律関係を明確にするという意味で執行判決を請求することができる⁵⁷。その他、婚姻無効・取消し、離婚無効、嫡出子関係不存在判決等他の身分関係判決は依然として執行判決を得てその判決によって家族関係登録簿に記載することになる⁵⁸。

大法院 1982 年 12 月 28 日宣告 82 ム 25 判決は、外国判決が家庭法院の審判事項を内容とする執行判決請求の訴えの管轄裁判所が家庭法院であるかについて、執行判決を請求する訴えは債務者の普通裁判籍所在地の地方法院が管轄するが、家庭法院はこの意味における地方法院に該当しないと判示した。したがって、このような事件は家事訴訟法第 2 条各号所定の家事事件に属するものでもなく、他の法律又は大法院規則で家庭法院の権限に属することになった事項でもないので、一般民事事件となる。ソウル家庭法院はこのよう訴

⁵⁷ 家族関係登録（戸籍）への離婚申告の際に、離婚判決に対して承認要件の審査がろくになされておらず、漫然に離婚申告がなされる関係で、不意打ちに離婚された当事者は自ら離婚無効確認の訴えを提起して当該離婚判決が韓国では効力がないことを主張して立証しなければならないという不合理が実際に生じている（石・前掲注（6）459 頁参照）。

⁵⁸ 外国裁判所の離婚判決にのみ適用される処理指針は、外国裁判所で旧民事訴訟法第 203 条の要件を備えた婚姻無効又は取消判決を得た場合には、国内で執行判決を得なければその戸籍申告をすることができない（1983 年 3 月 30 日法定第 105 号）。外国裁判所で民事訴訟法旧第 203 条の要件を備えた婚姻無効判決を得たとしても、その判決による戸籍訂正申請をするためには執行判決を得ない外国裁判所の婚姻無効判決に基づく戸籍訂正申請は無効事由に該当され、受理することができない（1992 年 8 月 3 日法定第 1314 号）。

えが提起された場合には、その外国判決の対象たる家事事件の事物管轄により受け付け、受訴法院がこれを家事訴訟法第 13 条第 3 項により管轄地方法院に移送して処理する⁵⁹。

(2) 外国判決の承認の対象として確定判決であるかどうかの問題となる場合

大法院 2010 年 4 月 29 日宣告 2009 タ 68910 判決は、「民事訴訟法第 217 条第 1 号後段における外国裁判所の判決とは、裁判権を有する外国の司法機関がその権限に基づき司法上の法律関係に関して対立的当事者に対する相互間の尋問が保障された手続において終局的にした裁判であり、具体的給付の履行等その強制的実現に適合した内容を有することを意味し、その裁判の名称又は形式等が何であるかは問題とならない」と判示した。

①中間判決の場合

中間判決は終局判決をする前に訴訟の進行中に当事者間で争点となる事項に対して予め整理・判断して終局判決を容易にし、これを準備する判決である⁶⁰。中間判決は終局判決ではないので、外国判決の承認対象とならない⁶¹。

②保全処分の場合

民事執行法第 4 編には仮差押え命令・仮処分命令の制度がある。仮差押え・仮処分のような保全処分を承認するか否かについて学説は対立する。下級審判決⁶²では、旧民事訴訟法第 203 条により承認されうる外国判決の中には仮差押え・仮処分のような保全処分はこれに該当しないと判示したものがある。

③裁判上の和解調書の場合

民事訴訟法第 220 条は、和解調書に確定判決と同一の効力を認めている。ただし、この効力範囲に対しては諸説がある。大法院は、和解の内容が強行法規に反する場合にも、準再審の手続によって救済を受けることは別として、和解は無効ではないとか⁶³又は裁判上の和解は詐欺・錯誤を理由に取消しできない⁶⁴として無制限的既判力を認める。下級審判

⁵⁹ ソウル家庭法院「家事裁判資料集」(1995) 12 頁。

⁶⁰ 大法院 1994 年 12 月 27 日宣告 94 タ 38355 判決。

⁶¹ ソウル高等法院 2001 年 5 月 25 日宣告 2000 ナ 55005 判決。

⁶² ソウル地方法院 2000 年 7 月 20 日宣告 99 ガハップ 49618 判決。

⁶³ 大法院 1982 年 12 月 28 日宣告 81 タカ 1247 判決。

⁶⁴ 大法院 1975 年 5 月 15 日宣告 78 タ 1094 判決。

決の中には日本裁判所の認諾調書⁶⁵、調停調書⁶⁶及び裁判上の和解調書⁶⁷に対して外国裁判所の確定判決に該当するものとみて、承認・執行を認めた判決がある。

5. 韓国の家族法制に関する近時の動向

(1) 家事訴訟法⁶⁸

韓国において家事事件又は家事に関する事件とは、一般的に家事訴訟法その他法令によって家庭法院が処理する訴訟・非訟及び調停事件をいう。家庭法院が事件を処理するにあたって、①原則的調停前置主義を採用しており、②裁判官の補助力として調査官を置くことで専門的な知識を事件処理に活用しており、③身分関係の生成、変更、消滅に関する事件に対しては職権で事実を調査する一方、証拠提出期間の制限、失機した攻撃・防御方法の却下、擬制自白等に関する民事訴訟法規定の適用を排除しており、結果においても請求の認諾を許容しておらず、判決の既判力を第三者にも与える等特別扱いをしている⁶⁹。

家事訴訟法は、人格の尊厳と男女平等を基本として家庭の平和と親族間で互いに助け合う美風良俗を保存して発展させるために家事に関する訴訟と非訟及び調停に対する手続の特例を定めることを目的とする（第1条）。家庭法院の管掌事項に対する審理と裁判は、家庭法院の専属管轄となる（第2条）。家事訴訟事件は民事訴訟法、家事非訟事件は非訟事件手続法、家事調停事件は民事調停法を各々一般手続法として準用している。

家事訴訟法は、第1編総則（第1条ないし第11条）、第2編家事訴訟（第12条ないし第31条）⁷⁰、第3編家事非訟（第34条ないし第48条の3）、第4編家事調停（第49条ないし第61条）、第5編履行の確保（第62条ないし第65条）、第6編罰則（第66条ないし第

⁶⁵ 濟州地方法院 1998年5月28日宣告 97ガハップ 2982判決。

⁶⁶ ソウル南部地方法院 1996年6月20日宣告 95ガハップ 15378判決。

⁶⁷ ソウル民事地方法院 1968年10月17日宣告 68ガ 620判決。

⁶⁸ 家事訴訟法（法律第4300号、1990年12月31日制定、1991年1月1日施行）は、従前の民事訴訟法及び家事審判法のうち矛盾・抵触される規定を整理して、家事事件の裁判手続に適用される新しい基本法として制定された。制定以後、数回の改正がなされ、2010年家事訴訟法改正（法律第10212号、2010年3月31日一部改正、公布日施行）は、法的簡潔性・含蓄性と調和を図る範囲において法文章の表記をハンゲル化し、難しい用語を分かりやすい韓国語へ書き直し、複雑な文章は体系を整理して簡潔に整えるものである。

⁶⁹ ハン・前掲注（38）4頁。

⁷⁰ 2005年家事訴訟法改正の際に第32条及び第33条が削除された。

73条)からなる。家事訴訟は判決で、家事非訟は審判で裁判し、家事訴訟事件（ナ類事件及びタ類事件）と家事非訟事件（マ類事件）は調停の対象となる。

第1編総則

第2条（家庭法院の管掌事項） ①次の各号の事項（以下、「家事事件」という。）に対する審理と裁判は、家庭法院の専属管轄とする。

1. 家事訴訟事件

ガ. ガ類事件 1) 婚姻の無効、2) 離婚の無効、3) 認知の無効、4) 嫡出子関係存否確認、5) 養子縁組の無効、6) 離縁の無効

ナ. ナ類事件 1) 事実上婚姻関係存否確認、2) 婚姻の取消し、3) 離婚の取消し、4) 裁判上の離婚、5) 父の決定、6) 嫡出否認、7) 認知の取消し、8) 認知に対する異議、9) 認知請求、10) 養子縁組の取消し、11) 離縁の取消し、12) 裁判上の離縁、13) 親養子縁組の取消し、14) 親養子の離縁

タ. タ類事件 1) 婚約解除又は事実婚関係不当破棄による損害賠償請求（第3者に対する請求を含む。）及び原状回復の請求、2) 婚姻の無効・取消し、離婚の無効・取消し又は離婚を原因とする損害賠償請求（第3者に対する請求を含む。）及び原状回復の請求、3) 養子縁組の無効・取消し、離縁の無効・取消し又は離縁を原因とする損害賠償請求（第3者に対する請求を含む。）及び原状回復の請求、4) 民法第839条の3による財産分割請求権保全のための詐害行為取消し及び原状回復の請求

2. 家事非訟事件⁷¹

ガ. ラ類事件 1) 民法第9条から第14条までの規定による限定治産・禁治産の宣告とその取消し、2) 民法第22条から第26条までの規定による不在者財産の管理に関する処分、3) 民法第27条から第29条までの規定による失踪の宣告とその取消し、4) 民法第781条第4項による姓と本の創設許可、5) 民法第781条第5項による子の従前の姓と本の継続使用許可、6) 民法第781条第6項による子の姓と本の変更許可、7) 民法第829条第2項ただし書による夫婦財産約定の変更に対する許可、8) 民法第869条ただし書による後見人の養子縁組承諾に対する許可、9) 民法第871条及び第900条（同法第906条により準用される場合を含む。）による後見人の養子縁組同意又は離縁同意に対する許可、10) 民法第872条による後見人が被後見人を養子とする縁組に対する許可、11) 民法第899条第2項による後見人又は実家の他の直系尊属の離縁協議に対する許可、12) 民法第908条の2による親養子縁組の許可、13) 民法第909条第2項ただし書による親権行使方法の決定、14) 民法第915条及び第945条（同法第948条により上記の各条項が準用される場合を含む。）による感化又は校正機関に委託することに対する許可、15) 民法第918条（同法第956条により準用される場合を含む。）による財産管理人の選任又は改任と財産管理に関する処分、16) 民法第921条（後見人と被後見人、数人の後見人間で利害

⁷¹ 2011年民法改正（第10429号、2011年3月7日一部改正、2013年7月1日施行）により、家事非訟事件のうち、民法第9条から第14条までの規定、第869条、第871条、第899条、第936条、第939条、第941条、第947条、第954条、第957条が改正され、民法第963条、第966条、第967条、第969条、第970条、第972条が削除された。

が相反される場合を含む。)による特別代理人の選任、17) 民法第 927 条による親権者の法律行為代理権及び財産管理権の辞退又は回復に対する許可、18) 民法第 936 条及び第 940 条による後見人の選任又は変更、19) 民法第 939 条による後見人の辞退に対する許可、20) 民法第 941 条第 1 項ただし書 (同法第 948 条により準用される場合を含む。)による後見人の財産目録作成のための期間の延長許可、21) 民法第 947 条第 2 項による禁治産者の監禁等に対する許可、22) 民法第 954 条 (同法第 948 条により準用される場合を含む。)による後見事務に関する処分、23) 民法第 955 条 (同法第 948 条により準用される場合を含む。)による後見人に対する報酬の授与、24) 民法第 957 条第 1 項ただし書による後見終了時の管理計算期間の延長許可、25) 民法第 963 条第 1 項本文、第 965 条第 2 項及び第 971 条による親族会員の選任・補充・改任又は解任、26) 民法第 966 条による親族会の招集、27) 民法第 967 条第 3 項による親族会の書面決議の取消し、28) 民法第 969 条による親族会の決議に代わる裁判、29) 民法第 970 条による親族会員の辞退に対する許可、30) 民法第 1019 条第 1 項ただし書による相続の承認又は放棄のための期間の延長許可、31) 民法第 1023 条 (同法第 1044 条により準用される場合を含む。)による相続財産保存のための処分、32) 民法第 1024 条第 2 項、第 1030 条及び第 1041 条による相続の限定承認申告又は放棄申告の受理と限定承認取消申告又は放棄取消申告の受理、33) 民法第 1035 条第 2 項 (同法第 1040 条第 3 項、第 1051 条第 3 項及び第 1056 条第 2 項により準用される場合を含む。)及び第 1113 条第 2 項による鑑定人の選任、34) 民法第 1040 条第 1 項による共同相続財産のための管理人の選任、35) 民法第 1045 条による相続財産の分離、36) 民法第 1047 条による相続財産分離後の相続財産管理に関する処分、37) 民法第 1053 条による管理人の選任及びその公告と財産管理に関する処分、38) 民法第 1057 条による相続人捜索の公告、39) 民法第 1057 条の 2 による相続財産の分与、40) 民法第 1070 条第 2 項による遺言の検認、41) 民法第 1091 条による遺言の証書又は録音の検認、42) 民法第 1092 条による遺言証書の開封、43) 民法第 1096 条による遺言執行者の選任及びその任務に関する処分、44) 民法第 1097 条第 2 項による遺言執行者の承諾又は辞退のための通知の受理、45) 民法第 1104 条第 1 項による遺言執行者に対する報酬の決定、46) 民法第 1105 条による遺言執行者の辞退に対する許可、47) 民法第 1106 条による遺言執行者の解任、48) 民法第 1111 条による負担ある遺言の取消し

ナ. マ類家事非訟事件 1) 民法第 826 条及び第 833 条による夫婦の同居・扶養・協力又は生活費用の負担に関する処分、2) 民法第 829 条第 3 項による財産管理者の変更又は共有財産の分割のための処分、3) 民法第 837 条及び第 837 条の 2 (同法第 843 条により上記の各条項が準用される場合及び婚姻の取消し又は認知を原因とする場合を含む。)による子の養育に関する処分とその変更、面接交渉権の制限又は排除、4) 民法第 839 条の 2 第 2 項 (同法第 843 条により準用される場合及び婚姻の取消しを原因とする場合を含む。)による財産分割に関する処分、5) 民法第 909 条第 4 項及び第 6 項 (婚姻の取消しを原因とする場合を含む。)による親権者の指定と変更、6) 民法第 924 条から第 926 条までの規定による親権・法律行為代理権・財産管理権の喪失宣告及び失権回復の宣告、7) 民法第 972 条による親族会の決議に対する異議、8) 民法第 976 条から第 978 条までの規定による扶養に関する処分、9) 民法第 1008 条の 2 第 2 項及び第 4 項による寄与分の決定、10) 民法第 1013 条第 2 項による相続財産の分割に関する処分

②家庭法院は、他の法律又は大法院規則で家庭法院の権限として定める事項に対しても審理・裁判する。

③第2項の事件に関する手続は、法律又は大法院規則で別に定める場合を除き、ラ類家事非訟事件の手続による。

①家事訴訟事件

家事訴訟は、婚姻、親子、養子等の基本的な身分関係に関する紛争及びそれと関連する財産関係に関する紛争のうち家事訴訟法又は家事訴訟規則若しくは他の法律の規定により家庭法院の権限に属する事件を対立当事者の構造の訴訟手続によって処理する裁判手続である。家事訴訟は、ガ類・ナ類の家事訴訟とタ類の家事訴訟として分類される（家事訴訟法第2条第1項第1号）。これは職権主義によって審理されるか否か及び調停の対象となるか否かによって区分される⁷²。

ガ類事件として、1) 婚姻の無効、2) 離婚の無効、3) 認知の無効、4) 嫡出子関係存否確認、5) 養子縁組の無効、6) 離縁の無効について規定している。ガ類訴訟事件は、職権主義によることになり（家事訴訟法第17条）、当事者の任意処分が許容されず、調停の対象とならない。ガ類家事訴訟を民事訴訟法学界では形成訴訟とみるのが一般的であるのに対し、民法学界では確認訴訟とみるのが通説であり、判例の態度である。

ナ類事件として、1) 事実上婚姻関係存否確認、2) 婚姻の取消し、3) 離婚の取消し、4) 裁判上の離婚、5) 父の決定、6) 嫡出否認、7) 認知の取消し、8) 認知に対する異議、9) 認知請求、10) 養子縁組の取消し、11) 離縁の取消し、12) 裁判上の離縁、13) 親養子縁組の取消し、14) 親養子の離縁について規定している。ナ類家事訴訟事件は職権主義により審理されるが（家事訴訟法第17条）、調停の対象となる。ナ類家事訴訟は事実上婚姻関係存否確認の訴えを除き、形成訴訟である。

タ類事件として、1) 婚約解除又は事実婚関係不当破棄による損害賠償請求（第3者に対する請求を含む。）及び原状回復の請求、2) 婚姻の無効・取消し、離婚の無効・取消し又は離婚を原因とする損害賠償請求（第3者に対する請求を含む。）及び原状回復の請求、3) 養子縁組の無効・取消し、離縁の無効・取消し又は離縁を原因とする損害賠償請求（第3者に対する請求を含む。）及び原状回復の請求、4) 民法第839条の3による財産分割請求権保全のための詐害行為取消し及び原状回復の請求について規定している。タ類家事訴訟事件は純粋な財産上の請求として本質上民事事件であるが、ガ類又はナ類家事訴訟事件に

⁷² ここで列挙されていない場合であっても、極めて制限的に法律関係たる身分関係の存否を即時確定する利益がある場合であるならば、一般訴訟法の法理によりその身分関係存否確認の訴訟を提起することができる（大法院1993年7月16日宣告92ム372判決）。

属する紛争が請求の基礎をなす事件であり、本質上民事事件に属するので、職権主義が適用されず、純粋な民事訴訟手続により処理される。タ類家事訴訟は履行訴訟である。

家事訴訟手続については、家事訴訟法に特別な規定がある場合を除き、民事訴訟法が適用されるが、家事訴訟法においては家事訴訟のうちガ類・ナ類家事訴訟については明文で民事訴訟法の適用がない場合を列挙している（第12条）。

家事訴訟は家庭法院の専属管轄に属する（第2条第1項、第13条第1項、第22条、第26条、第30条）。応訴管轄、合意管轄、緊急管轄について家事訴訟法には特別な規定がないので、民事訴訟法が適用されることになるであろう（第29条、第30条等参照）。特定事件が家庭法院と一般民事地方法院のうちどちらの管轄に属するかが不明であるときには関係法院に共通される高等法院が管轄法院を指定する（第32条）。

被告が自然人であるときの普通裁判籍は、第1次にその住所による（民事訴訟法第3条）。仮に被告が韓国に住所を有しないか、又は住所が知れないときには第2次的に居所、居所も有しないか又は住所が知れないときには第3次的に最後の住所による（同条ただし書）。

第2編家事訴訟

第1章通則

第13条（管轄） ①家事訴訟法は、この法律に特別な規定がある場合を除き、被告の普通裁判籍がある地の家庭法院が管轄する。

②当事者又は関係人の住所、居所又は最後の住所により管轄が定められる場合に、その住所、居所又は最後の住所が国内にないか又はこれが知れないときには、大法院がある地の家庭法院が管轄する。

③家庭法院は、訴訟の全部又は一部に対して管轄権がないことを認定した場合には、決定で管轄法院に移送しなければならない。

④家庭法院は、その管轄に属する家事訴訟事件に関しては、顕著な存在又は遅延を避けるために必要な場合には職権で又は当事者の申請により他の管轄家庭法院に移送することができる。

⑤移送決定と移送申請の棄却決定に対しては即時抗告をすることができる。

第2章婚姻関係訴訟

第22条（管轄） 婚姻の無効又は取消し、離婚の無効又は取消し及び裁判上の離婚の訴えは、次の各号の区分による家庭法院の専属管轄とする。

1. 夫婦が同じ家庭法院の管轄区域内に普通裁判籍があるときにはその家庭法院
2. 夫婦が最後に同じ住所地を有していた家庭法院の管轄区域内に夫婦のうちいずれか一方の普通裁判籍があるときにはその家庭法院
3. 第1号と第2号に該当しない場合として夫婦のうちいずれか一方が他の一方を相手にする場合には、相手方の普通裁判籍がある地の家庭法院、夫婦双方を相手とする場合には夫婦のうちいずれか一方の普通裁判籍がある地の家庭法院
4. 夫婦のうちいずれか一方が死亡した場合には、生存した他の一方の普通裁判籍がある地の家庭法院

5. 夫婦がすべて死亡した場合には、夫婦のうちいずれか一方の最後の住所地の家庭法院

第3章親子関係訴訟

第1節嫡出子関係

第26条 (管轄) ①嫡出否認、認知の無効又は取消し若しくは民法第845条による父を定める訴えは、子の普通裁判籍がある地の家庭法院の専属管轄とし、子が死亡した場合には子の最後の住所地の家庭法院の専属管轄とする。

②認知に対する異議の訴え、認知請求の訴え又は民法第865条による嫡出子関係存否確認の訴えは、相手方（相手方が数名であるときにはそのうちの1名）の普通裁判籍がある地の家庭法院の専属管轄とし、相手方がすべて死亡した場合には、そのうちの1名の最後の住所地の家庭法院の専属管轄とする。

第2節養子縁組・親養子縁組関係

第30条 (管轄) 次の各号の訴えは、養父母のうち1名の普通裁判籍のある地の家庭法院の専属管轄とし、養父母がすべて死亡した場合には、そのうち1名の最後の住所地の家庭法院の専属管轄とする。

1. 養子縁組の無効
2. 養子縁組又は親養子縁組の取消し
3. 離縁
4. 親養子の離縁
5. 離縁の無効又は取消し

②家事非訟事件

家事非訟は法令によって家事非訟事件として規定され、家庭法院の権限に属する事件を家庭法院の後見的立場から合目的な裁量により処理する裁判手続である（家事訴訟法第2条第1項第2号）。家事訴訟法が規定する家事非訟事件のうち、ラ類家事非訟事件は相手方の存在を前提としない非争訟的なものであり、調停の対象とならず、家庭法院が後見的許可又は監督処分が要求されるものであり、マ類家事非訟事件は相手方の存在を前提とする争訟的なものとして、調停の対象となり、家庭法院の合目的な裁量によって判断が要求されるものである。

家事非訟手続に関しては、特別な規定がある場合を除き、非訟事件手続法の規定を準用し（第34条）、家事訴訟法と大法院規則で管轄法院を定めない限り、大法院所在の家庭法院の管轄とする（第35条）。

第3編家事非訟

第1章通則

第35条 (管轄) ①この法律と大法院規則で管轄法院を定めない限り、家事非訟事件は大法院のある地の家庭法院が管轄する。

②家事非訟事件に関しては、第13条第2項から第5項までの規定を準用する。

第2章ラ類家事非訟事件

第44条 (管轄)

ラ類家事非訟事件は、次の各号の家庭法院が管轄する。

1. 次の各目のいずれか一つに該当する事件は、事件本人の住所地の家庭法院

ガ. 禁治産・限定治産に関する事件

ナ. 失踪に関する事件

タ. 姓と本の創設に関する事件

ラ. 子の従前の姓と本の継続使用に関する事件

マ. 子の姓と本の変更に関する事件

2. 不在者の財産管理に関する事件は、不在者の最後の住所地又は不在者の財産がある地の家庭法院

3. 夫婦間の財産約定の変更に関する事件、共同の子に対する親権行使方法の決定事件は第22条第1号から第3号までの家庭法院

4. 養子縁組・親養子縁組又は離縁に関する事件は、養子・親養子の住所地又は養子・親養子となる者の住所地の家庭法院

5. 親権と後見に関する事件（夫婦間の共同の子に対する親権行使方法の決定事件は除く。）は、未成年者たる子又は被後見人の住所地の家庭法院

6. 相続に関する事件は相続開始地の家庭法院

7. 遺言に関する事件は相続開始地の家庭法院。ただし、民法第1070条第2項による遺言の検認事件は相続開始地又は遺言者住所地の家庭法院

8. 第1号から第7号までに該当しない事件は、大法院規則で定める家庭法院

第3章マ類家事非訟事件

第46条 (管轄) マ類家事非訟事件は、相手方の普通裁判籍がある地の家庭法院が管轄する。ただし、親族会の決議に対する異議事件は、被後見人の住所地の家庭法院が管轄する。

③家事調停

家事調停に関しては、家事訴訟法に特別な規定がある場合を除き、民事調停法の規定を準用する。ただし、民事調停法第18及び第23条は準用しない（第49条）。

ナ類及びタ類家事訴訟事件とマ類家事非訟事件に対して家庭法院に訴えを提起するか又は審判を請求しようとする者は、まず調停を申請しなければならない（第50条第1項）。これらの事件については家事調停前置主義が採用され、家事調停手続においては必須的に事実調査をしなければならない（第56条）。調停又は確定された調停に代わる決定は裁判上の和解と同一の効力があるとするが、ただし、当事者が任意に処分できない事項に対してはこの限りでない（第59条第2項）。

第4編家事調停

第51条（管轄） 家事調停事件は、それに相応する家事訴訟事件又は家事非訟事件を管轄する家庭法院又は当事者が合意で定める家庭法院が管轄する。

④関連事件の併合の場合

数個の家事訴訟又は家事訴訟事件と家事非訟事件の請求の原因が同一の事実関係に基づくか又は1個の請求の当否が他の請求の当否の前提となる場合には、これを1個の訴えとして提起することができる（第14条第1項）。ただし、家事訴訟事件と通常の民事事件は、他の種類の訴訟手続によるので、原則的に併合が許容されない⁷³。

これらの事件の管轄法院が異なるときには、家事訴訟事件のうち1個の請求に対する管轄権がある家庭法院に訴えを提起することができる（第14条第2項）。これら事件のうち夕類家事訴訟事件又は家事非訟事件が各々異なる家庭法院に係属された場合には、ガ類又はナ類家事訴訟事件の受訴法院は、職権で又は当事者の申請により、決定で夕類家事訴訟事件又は家事非訟事件を併合することができる（第14条第3項）。この場合、関連事件の併合申請を受けた家庭法院は、その申請が理由ありと認めたときには関連事件を併合する趣旨の決定を、理由なしと認めたときには申請を棄却する趣旨の決定をしなければならない。併合決定に対しては即時抗告をすることができる。しかし併合申請を棄却した決定に対しては不服することができない（家事訴訟規則第15条第1項、第3項）。

(2) 2009年家事訴訟法改正⁷⁴

2009年家事訴訟法改正において養育費履行確保のためにいくつかの制度が新設・補完された。養育費の確保は子の安定した成長のために必要不可欠な要件であるにもかかわらず、その金額は低く、従来の手続は複雑で難しい実情であったため、より容易に養育費の確保を図るものである。主要な改正内容は以下のとおりである。

①養育費負担調書の作成（民法第836条の2第5項）

協議離婚の場合、2007年民法改正⁷⁵で離婚の際に当事者間で子の養育費負担に関する協議を義務化した（民法第837条第2項）、その協議だけでは執行力が認められず、養育費支給義務者が養育費を履行しない場合、確定判決等の執行権原を得て再び強制執行手続を

⁷³ 大法院 2006年1月13日宣告 2004ム1378判決。

⁷⁴ 法律第9650号、2009年5月8日一部改正、公布日から6か月後施行。

⁷⁵ 法律第8720号、2007年12月21日一部改正、公布日施行。

経なければならなかった。したがって 2009 年民法改正⁷⁶では、家庭法院が協議離婚をする当事者が作成した養育費負担協議書を確認した後、養育費負担調書を作成することにし、その効力に関しては審判の執行力に関する家事訴訟法第 41 条⁷⁷を準用することで、強制執行の手続をより簡素化した。

協議離婚の際に、当事者の協議により「養育費負担調書」の作成を義務化し、これに執行力を付与するものである（強制執行可能）。

②財産明示及び財産照会制度（家事訴訟法第 48 条の 2、第 48 条の 3）

財産明示・財産照会制度は財産分割・扶養料及び未成年の子の養育費請求事件の場合、強制執行できる執行権原がなくても、請求人の申請又は職権により、両当事者の財産明示及び財産照会が可能である。

③養育費直接支給命令（家事訴訟法第 63 条の 2）

養育費直接支給命令制度は、父母の養育を必要とする未成年の子の健康な成長のために必要な費用を適正で迅速に確保することができるように家庭法院が給料所得者たる養育費支給義務者の債務者に養育費に該当する金額を直接養育者等に定期的に支給することを命じることができるものであり、煩雑な強制執行手続を経ずに、子に必要な養育費が定期的に支給できるように導入されたものである（未履行の際には支給義務者の債務者に 1,000 万ウォン以下の過料を課す）。養育費直接支給命令は、強制執行と同一の効力（差押え及び転付命令）が認められる。

要件として、①定期的養育費支給債権があること⁷⁸、②正当な理由なしに 2 回以上の債務不履行があること⁷⁹、③執行権原があること⁸⁰、④養育費債権者の申請による法院の支給命令があることが満たされなければならない。

⁷⁶ 法律第 9650 号、2009 年 5 月 8 日一部改正、公布日から 3 か月後施行。

⁷⁷ 家事訴訟法第 41 条は、「金銭の支給、物件の引き渡し、登記、その他に義務の履行を命ずる審判は、執行権原となる。」と規定している。

⁷⁸ 直接支給命令を申請するためには、まず養育費債権者が養育費債務者に対して定期金形態の「養育費債権」が存在しなければならない。民法上「養育費」に対する定義は定められていないが、一般的に未成年の子を保護・教育するために必要な経済的費用として理解されている。

⁷⁹ 連続して 2 回以上であることを要求しておらず、1 回の不履行があった後、養育費債務の履行を継続したが再び 1 回以上の養育費債務不履行があれば申請が可能となる。

⁸⁰ 養育費直接支給命令を申請するためには強制執行の要件と強制執行開始の要件を備えなければならないが、執行権原は執行文とともに強制執行の一般要件に該当する。養育費に関する事件はマ類家事非訟事件に該当するので、実際において執行権原のほとんどはこれに関する審判(家

効果として、養育費債権者が給与所得者たる養育費支給義務者の所得税源泉徴収義務者から直接養育費の支給を受けることができ、これは民事執行法上の第3債務者に対する差押え及び転付命令と同一の効力を有する。日本の場合、期限未到来の養育費債権に対する差押え規定（民事執行法第151条の2第2項）があるが、これは強制執行の開始要件を定めただけで、開始後の手続については定めていないことに照らしてみると、韓国の養育費直接支給命令制度の方がより強化されたものであるといえよう。一度直接支給命令を受けると、養育費支給義務者が退職する等の事情がない限り、養育費債権者は引き続き安定的に養育費の支給を受けることができる。ただし、給与者が実際に支給を受けるのは、所得税・住民税などの税制・公課金を控除した残額のうち差押え禁止範囲⁸¹を超えない限度内で給与控除がなされることになる。

④担保提供及び一時金支給命令（家事訴訟法第63条の3）

養育費直接支給義務者が自営業者等である場合にも将来の養育費債権が安定的に確保できるように養育費事件（家事非訟マ類第3号）を審理しながら、定期金で支給させる審判をする場合、職権又は養育者の申請により養育費支給義務者をもって相当の担保を提供させることができ、すでに審判又は調停等によって養育費を定期金で支給する執行権原上の債務があるにもかかわらずこれを履行しないときには、養育者の申請により担保提供を明示することができる。仮に担保を提供しない場合には、その制裁手段として養育費の全部又は一部を一時金として支給することを命じることができる。

(3) 2011年民法改正

2011年には成年年齢の引き下げ及び成年後見制度の導入⁸²、そして家庭法院による未成年者法定代理人の選任等⁸³に関して2回の民法改正がなされた。改正の主要内容は以下のとおりである。

事訴訟法第41条)又は調停調書(家事訴訟法第59条第2項)、養育費負担調書(民法第836条の2第5項)となるであろう。

⁸¹ 給与債権の1/2。ただし、その金額が150万ウォン以下であるときには、給与債権に対して差押えが不可能であるため(民事執行法施行令第3条、第4条)、直接支給命令制度を活用することができない。

⁸² 法律第10429号、2011年3月7日一部改正、2013年7月1日施行。

⁸³ 法律第10645号、2011年5月19日一部改正、2013年7月1日施行。

1) 成年年齢の引き下げ

2011年民法改正では、青少年の早熟化にともない成年年齢を引き下げる世界的趨勢と19歳の青少年に成年に準ずる地位を認める韓国のその他法令及び社会経済的現実を反映して、成年年齢を満20歳から満19歳に下げた（改正民法第4条）。

2) 成年後見

これは既存の禁治産・限定治産制度を、現在の精神的制約がある者はもちろん、将来に精神的能力が弱くなる状況に備えて後見制度を利用しようとする者が、財産行為だけでなく治療、療養等福利に関する幅広い助力を受けることができる成年後見制へ拡大・改編し、禁治産・限定治産宣告の請求権者に後見監督人と地方自治体の長を追加して後見を充実化するとともに、成年後見等を必要とする老人・障害者等に対する保護を強化し、被成年後見人等と取り引きする相手方を保護するために成年後見等について登記で公示することができる制度である。

①成年後見・限定後見・特定後見制度の導入（改正民法第9条、第12条及び第14条の2新設）

画一的に行為能力を制限する問題点を内包している既存の禁治産・限定治産制度の代わりに、より一層能動的で積極的な社会福祉システムである成年後見・限定後見・特定後見制度を導入し、既存の禁治産・限定治産宣告の請求権者に「後見監督人」と「地方自治体の長」を追加して後見を充実化し、成年後見等を必要とする老人・障害者等に対する保護を強化する。

②制限能力者能力の拡大（改正民法第10条及び第13条）

成年後見を受ける者の法律行為のうち日用品の購入等日常生活に必要な行為や後見開始の審判により特に定めたことは取り消すことができず、限定後見を受ける者の法律行為は家庭法院で限定後見人の同意事項として決定したものでない以上、確定的に有効な法律行為と認められ、特定後見を受ける者の法律行為はいかなる法的制約が伴わないものとする。

③後見を受ける者の福利、治療行為、住居の自由等に関する身上保護規定の導入（改正民法第947条、第947条の2新設）

被後見人の福利に対する後見人の幅広い助力が可能となるようにするが、被後見人の身上に関する決定権は本人が有するという原則、そして後見人の任務遂行において被後見人の意思尊重義務を明示する等被後見人の福利を実質的に保障することができるようにする。

④複数・法人の後見導入及び同意権・代理権の範囲に対する個別的決定（改正民法第 930 条及び第 938 条、第 959 条の 4 及び第 959 条の 11 新設）

後見人の法定順位を廃止し、家庭法院が被後見人の意思等を考慮して後見人とその代理権・同意権の範囲等を個別的に決定できるようにし、複数・法人後見人も選任することができるようにする。

⑤後見監督人制度の導入（改正民法第 940 条の 2 から第 947 条の 7 まで、第 959 条の 5 及び第 959 条の 10 新設）

親族会を廃止する代わりに家庭法院が事案によって後見監督人を個別的に選任できるようにし、後見人の任務懈怠、権限濫用に対する実質的な牽制ができるものとする。

⑥後見契約制度の導入（改正民法第 959 条の 14 から第 959 条の 20 まで新設）

後見を受けようとする者が事務を処理する能力が不足した状況にあるか又は不足することになる状況に備えて財産管理及び身上保護に関する事務の全部又は一部を、自分が望む後見人に委託する内容の契約を締結することができるようにする一方、後見契約は公正証書で締結することにし、その効力発生時期を家庭法院の任意後見監督の選任時とする等、被後見人の権益を保護できる制度的装置を設ける。

⑦第 3 者を保護するため、成年後見を登記で公示（改正民法第 959 条の 15、第 959 条の 19 及び第 959 条の 20 新設）

取引の安全を保護し、被成年後見人と取引する相手方の第 3 者を保護するために後見契約等を登記することで公示するようにする。

3) 家庭法院による未成年者法定代理人の選任

離婚等で単独親権者となった父母の一方が死亡するか又は親権を喪失する等親権を行使することができない場合に、家庭法院の審理を経て、親権者とならなかった父母のうち他方を親権者と指定するか又は後見が開始されることにし、養子縁組が取り消されたか又は離縁した場合若しくは養父母が死亡した場合にも、家庭法院の審理を経て、実父母又はそ

の一方を親権者と指定するか又は後見が開始されることにし、不適格者たる父又は母が当然に親権者となることにより未成年者の福利に悪影響を及ぼすことを防止し、離婚等で単独親権者となった父母の一方が遺言で未成年者の後見人を指定した場合であっても、未成年者の福利のために必要と認めれば、後見を終了して親権者とならなかった父母のうち他方を親権者と指定できることにして、未成年者の福利を増進させようとするものである。

① 単独親権者の死亡、養子縁組の取消し、離縁又は養父母の死亡の場合、家庭法院による未成年者法定代理人の選任（改正民法第 909 条の 2 新設）

i) 離婚等で単独親権者となった父母の一方が死亡した場合、生存する父又は母、未成年者、未成年者の親族がその事実を知った日から 1 か月、死亡した日から 6 か月内に家庭法院に生存する父又は母を親権者として指定することを請求できるようにするものの、親権者指定の請求がある場合であっても未成年者の福利のために適切でないと認めれば、家庭法院が職権で後見人を選任することで請求を棄却することができるようにする。

ii) 生存する父又は母、未成年者、未成年者の親族が親権者指定の請求をしない場合には、家庭法院が職権で又は未成年者、未成年者の親族、利害関係人、検査の請求により、後見人を選任することができるようにするが、この場合、生存する父又は母の意見を聞くことにし、後見人選任の請求がある場合であっても後見人選任が未成年者の福利のために適切でないと認めれば、家庭法院が職権で生存する父又は母を親権者と指定することで後見人選任の請求を棄却することができるようにする。

iii) 未成年者に法定代理人がない期間が生じないようにするため、家庭法院が職権で又は未成年者、未成年者の親族、利害関係人、検査の請求により、未成年者に対する親権者又は後見人が定められるときまで、後見人の任務を代行する者を選任することができるようにする。

iv) 生存する父又は母を親権者と指定することが未成年者の福利のために適切でないことを理由に後見人が選任された場合であっても、後見人選任後、養育環境や養育能力の変更等で、生存する父又は母が親権を行使することが未成年者の福利のために必要な場合には、家庭法院が生存する父又は母、未成年者の請求によって、後見を終了して生存する父又は母を親権者と指定することができるようにする。

v) 一方、養子縁組の取消し又は離縁された場合、又は養父母がすべて死亡した場合にも、実父母又はその一方、未成年者、未成年者の親族が家庭法院に実父母又はその一方を

親権者と指定することを請求できるようにする等、単独親権者が死亡した場合において未成年者の法定代理人を選任する手続と同一の手続を経て未成年者の法定代理人を選任するようにする。

②親権者指定の基準（改正民法第912条第2項新設）

家庭法院が親権者を指定するときには、子の福利を優先的に考慮することにし、このために関連分野の専門家等から諮問を受けられるようにする。

③単独親権者に親権喪失、所在不明等親権を行使することができない重大な事由がある場合、家庭法院による未成年者法定代理人の選任（改正民法第927条の2新設）

離婚等で単独親権者と定められた父又は母が親権を喪失するか又は所在不明になる等親権を行使することができない重大な事由がある場合には、単独親権者が死亡した場合において未成年者の法定代理人を選任する手続を準用して未成年者の法定代理人を選任するようにするが、未成年者の法定代理人が定められた後、単独親権者であった父又は母が親権を回復するか又は所在が発見される等親権を行使することができるようになった場合には、その父又は母、未成年者、未成年者の親族の請求により、親権者を新たに定めることにする。

④単独親権者が遺言で未成年者の後見人を指定した場合、家庭法院による親権者の指定（改正民法第931条第2項新設）

単独親権者が遺言で指定した未成年者の後見人が選任された場合であっても、家庭法院が未成年者の福利のために必要と認めれば、生存する父又は母、未成年者の請求により、後見を終了し、生存する父又は母を親権者と指定することができるようにする。

(4) 2012年民法改正⁸⁴

当事者間の合意により成立する養子縁組制度（契約型・非断絶型）に加え、親養子縁組制度（決定型・断絶型）が2005年民法改正時に新しく導入された⁸⁵。前者においては成年者も未成年者も養子となりうるが、未成年者の養子縁組と離縁は市・邑・面の長に対する申告のみで成立するので、児童虐待の習癖がある者も容易に養子縁組をすることができ、

⁸⁴ 法律第11300号、2012年2月10日一部改正、2013年7月1日施行（ただし、第818条、第828条、第843条及び第925条の改正規定は公布日から施行する）。

⁸⁵ 法律第7427号、2005年3月31日一部改正、公布日施行。

その結果、未成年者の福利に悪影響を与える事例がしばしば発生しているので、これを防止するため未成年者を養子縁組するときには家庭法院の許可を得ることにし、未成年者に対する離縁は裁判のみですることができ、父母の所在が知れない等の場合には、父母の同意がなくても養子縁組ができる等養子縁組制度を改善し、親養子縁組ができる年齢を現行の15歳未満から未成年者に引き上げることで現実に合せて緩和する一方、重婚に対する取消請求権者に直系卑属を追加する等現行制度の運用上の不備点を改善・補完するものである。改正の主要内容は以下のとおりである。

1) 養子縁組制度の改善

①未成年者の養子縁組に対する家庭法院の許可制導入(改正民法第867条新設及び第898条)

養父母が保険金を受領する目的で養子縁組した幼児を殺害したり、養子縁組した児童を性暴行する等の犯罪が引き続き発生する等、不適格者による養子縁組が深刻な社会問題になっている。したがって、未成年者を養子縁組するときには、家庭法院の許可を得ることにし、家庭法院が養子縁組を許可するときには養父母となる者の養育能力、養子縁組の動機等を審査して許可の可否を決定することにする一方、養子が未成年者である場合には裁判のみで離縁することができるように養子縁組手続を改善するものである。

②父母の所在が知れない場合、父母の同意がなくても養子縁組可能(改正民法第870条、第871条及び第908条の2第2項)

現在は父母の同意を得なければ養子となりえないが、父母の所在が知れない場合には同意を得られない問題があり、最近では父母が養子縁組の同意を条件に金銭的代価を要求する事例もあった。父母の所在が知れない等の理由で父母の同意を得られない場合にはその同意がなくても家庭法院が養子縁組を許可することができることにし、父母が3年以上子に対する扶養義務を履行しない場合等には父母が同意を拒否しても家庭法院が養子縁組を許可することができるように制度を改善する。

③親養子縁組ができる年齢の緩和(改正民法第908条の2第1項第2号)

現在、親養子となる者は15歳未満でなければならないが、長い間共同生活を通じて継父母と継子女との間に事実上の親子関係が形成された再婚家庭の場合、年齢の制限によって、親養子縁組をすることができない事例があった。親養子縁組の年齢制限を緩和して親養子となる者が未成年者であれば、親養子縁組ができるようにする。

2) 現行制度の運用上の不備を改善・補完

①重婚の取消請求権者に直系卑属の追加（改正民法第 818 条）

2010 年 7 月 29 日に憲法裁判所⁸⁶によって民法第 818 条が憲法不合法と決定されたので、重婚に対する取消請求権者に直系卑属を追加する。

②民法第 828 条（夫婦間の契約の取消し）の削除：従前の民法 828 条は「夫婦間の契約は、婚姻中いつでも夫婦の一方がこれを取り消すことができる。ただし、第三者の害することはできない。」と規定していた。

(5) 性転換者の性別訂正許可申請事件

大法院 2006 年 6 月 22 日宣告 2004 ス 42 全員合議体決定⁸⁷により性転換者に対する性別訂正が許容されることにともない、大法院は「性転換者の性別訂正許可申請事件等事務処理指針」（家族関係登録例規第 256 号）⁸⁸を制定した。その後、大法院 2011 年 9 月 2 日宣告 2009 ス 117 決定⁸⁹の内容を反映するため、第 6 条の題目「性別訂正の許可基準」を「調

⁸⁶ 憲法裁判所 2010 年 7 月 29 日決定（全員裁判部）2009 憲ガ 8 は、「重婚の取消請求権者を規定した民法第 818 条はその取消請求権者として、直系尊属と 4 親等以内の傍系血族を規定しているものの直系卑属を除外しているところ、直系卑属を除外して直系尊属のみを取消請求権者と規定することは、家父長的・宗法的な思考を土台にしており、直系卑属が相続権等と関連して重婚の取消請求を求める法律上の利害関係が直系尊属と 4 親等以内の傍系血族に劣らず大きいので、その取消請求権者の一人として定められる検事に取消請求を求めても検事に職権発動を促すことにすぎない点等を考慮すれば、合理的な理由なしに直系卑属を差別しており、平等原則に違反する」と判示した。

⁸⁷ 戸籍上女性として登録されていたが、成長期から女性に対する不一致感と男性としての帰属感を示しており、成人になった後には長い間男性として生活していて性転換手術を受けた者が戸籍訂正及び改名申請をした事案において、社会通念上男性として評価される性転換者に該当することが明らかであるので、戸籍訂正及び改名を許可する余地が十分であるとみて、性転換者に対する戸籍訂正を許容する根拠がないとした等の理由でこれを不許可した原審決定を破棄した事例である。

⁸⁸ 2007 年 12 月 10 日制定。

⁸⁹ 家族関係登録簿上、男性として登録されている甲が乙と婚姻をして未成年の子たる丙を設けていたが、酷い性同一性障害のため、数回の精神科治療を受けていて、結局、性転換手術を受けたので、家族関係登録簿上の性別欄訂正を申請した事案において、性転換者が婚姻中にあるか又は未成年の子がある場合には、家族関係登録簿に記載された性別を訂正して配偶者又は未成年の子の法的地位とそれに対する社会的認識に困難をもたらすことまで許容することはできないため、現在、婚姻中にあるか又は未成年の子がある性転換者の性別訂正は許容されないとして、性転換者甲の性別訂正を不許可した原審判断を肯定した事例である。

査事項」へ変更し、これに合わせて同条の字句を一部修正・追加した（家族関係登録例規第 346 号）⁹⁰。

この指針は、性転換者が家族関係登録簿の性別欄に記録された出生当時の性を転換された性へ変更するために「家族関係の登録等に関する法律」第 104 条⁹¹により登録簿訂正許可申請をする場合に必要な事項と法院がその審理のために調査する事項、そして性別訂正許可決定を受けた性転換者の家族関係登録簿記録と関連する事項を定めることを目的とする（第 1 条）。

法院は、性別訂正許可申請事件の審理のために、申請人に対し、①申請人が大韓民国国籍者として満 20 歳以上の行為能力者であるか否か、現在婚姻中であるか否か、申請人に未成年の子があるか否か、②申請人が性転換症によって成長期から持続的に先天的な生物学的性が自己意識の不一致により苦痛を受け、むしろ反対の性に対し帰属感を感じてきたのか否か、③申請人に、相当の期間、精神科的治療又はホルモン療法による治療等を実施したが、申請人が依然として手術的処置を希望し、資格ある医師の判断と責任の下で性転換手術を受けて外部性器を含む身体外観が反対の性変わったのか否か、④性転換手術の結果、申請人が生殖能力を喪失し、以後、従前の性へ再転換する蓋然性がないか、きわめて希薄なであるか否か、⑤申請人に犯罪又は違法行為に利用する意図又は目的で性別訂正許可申請をした等の特別な事情があるか否かについての事由を調査する（第 6 条）。

⁹⁰ 2011 年 12 月 5 日改正。

⁹¹ 家族関係の登録等に関する法律第 104 条は、「登録簿の記録が法律上許可されえないもの又はその記載に錯誤若しくは漏れがあると認められるときには、利害関係人は事件本人の登録基準地を管轄する家庭法院の許可を得て登録簿の訂正を申請することができる。」と規定している。

第2部 個別事項に関する調査

1. 失踪宣告

(執筆担当：慶應義塾大学 北澤 安紀)

失踪宣告の国際裁判管轄については、1968年のブリュッセル条約(1条1号)や2000年のブリュッセルI規則(1条2項a号)がその適用範囲からこの問題を除外しているため、EU構成国では、各国法上の管轄ルールに従い、失踪宣告に関する各国裁判所の国際裁判管轄を決定している。

わが国でも、失踪宣告については、公的機関によりそれが行われるのが通常であるため、その国際的管轄が問題となる。失踪宣告に関してわが国の裁判所の管轄については、法の適用に関する通則法6条に定めがあり、同条は以下のように規定している。

(失踪の宣告)

第6条 ①裁判所は、不在者が生存していたと認められる最後の時点において、不在者が日本に住所を有していたとき又は日本の国籍を有していたときは、日本法により、失踪の宣告をすることができる。

②前項に規定する場合に該当しないときであっても、裁判所は、不在者の財産が日本に在るときはその財産についてのみ、不在者に関する法律関係が日本法によるべきときその他法律関係の性質、当事者の住所又は国籍その他の事情に照らして日本に関係があるときはその法律関係についてのみ、日本法により、失踪の宣告をすることができる。

まずは、通則法制定前の状況について説明する。法例6条は、失踪宣告について、以下のように規定していた。

(失踪宣告)

外国人ノ生死カ分明ナラサル場合ニ於テハ裁判所ハ日本ニ在ル財産及ヒ日本ノ法律ニ依ルヘキ法律関係ニ付テノミ日本ノ法律ニ依リテ失踪ノ宣告ヲ為スコトヲ得

この規定に対し、外国人の失踪宣告につき、わが国の裁判所がそれを行う場合のみを規定しているため、この規定の前提として日本人についてわが国の裁判所が失踪宣告をできるか否か、解釈論上争いがあった¹。伝統的な通説は、この規定が、外国人に対してわが国の裁判所が例外的に失踪宣告を行う場合について定めていると解し、その前提として、日本人に対しては、その本国であるわが国の裁判所に原則的な国際裁判管轄が認められるとしていた²。失踪宣告という制度は、人の死亡を擬制ないし推定するものであり、その者の人格に関する制度であるから、国際私法上、その者の本国と密接に関係することが本国管轄を原則とする理由であった。また、法例修正案参考書も「失踪ノ宣告ハ失踪者ノ本国裁判所カ本國法ニ依リテ之ヲ宣告スルヲ以テ原則トス」とし、同様の立場をとっていた。下級審裁判例の中にもこの立場に立つものがあった³。

なお、通説と同じように、法例 6 条が例外的場合について定めた規定であるとの前提に立ちながら、わが国の裁判所が原則的管轄を持つのは、わが国が不在者の本国ではなく、不在者の最後の常居所地国である場合とする見解もあった⁴。失踪宣告では、不在者本人の利益保護よりも、その利害関係人の利益保護に重点が置かれるべきであり、不在者の生活の本拠があった最後の常居所地国にこそ原則的管轄が認められるべきであるというのがその理由であったが、このような解釈は法例 6 条の文言上無理があるとして批判されていた。

このほかに、法例 6 条こそが本則であり、この規定が定める以外に管轄を認める必要はないとの見解も有力に主張されていた⁵。

¹ これらの議論状況については、中西康「法の適用に関する通則法第 6 条 失踪の宣告」櫻田嘉章＝道垣内正人編『注釈国際私法第 1 巻 法の適用に関する通則法 § 1～23』（有斐閣・2011 年）126～132 頁を参照。

² 久保岩太郎『国際私法論』（三省堂・1935 年）116 頁、江川英文『国際私法（改訂版）〔有斐閣全書〕』141 頁、桑田三郎「権利能力、失踪宣告」国際法学会編『国際私法講座Ⅱ巻』（有斐閣・1955 年）299 頁、溜池良夫「涉外人事非訟事件の諸相」『新・実務民事訴訟法講座 7（国際民事訴訟法・会社訴訟）』（1982 年）198 頁、沼邊愛一「外国人の失踪宣告の裁判管轄と準拠法」判タ 747 号 493 頁、清水節「涉外失踪宣告の裁判管轄権及び準拠法」岡垣學＝野田愛子編『講座・実務家事審判法 5』（日本評論社・1990 年）76 頁等。

³ 大阪家審昭和 38 年 2 月 18 日（家月 15 巻 7 号 128 頁）、岐阜家多治見支審昭和 44 年 4 月 1 日（家月 21 巻 10 号 122 頁）等。

⁴ 山田鏝一『国際私法〔第 3 版〕』（有斐閣・2004 年）193 頁。

⁵ 折茂豊『国際私法〔各論〕〔新版〕〔法律学全集〕』（有斐閣・1972 年）12 頁。

このような議論状況を踏まえ、通則法制定時には、理論的・政策的観点から法例 6 条の見直しが行われ、失踪宣告の国際裁判管轄、準拠法及び効力の及ぶ範囲について網羅的に規定している通則法 6 条が設けられることとなった。通則法 6 条は、①外国人に限らない不在者一般を対象とする失踪宣告についての原則的な国際裁判管轄及び準拠法に関する規律を新たに設け、さらに、②原則的な規律に従えば、日本の裁判所に国際裁判管轄が認められない場合であっても、わが国の裁判所に失踪宣告の管轄を認める一定の必要性があるときは、例外的に日本の裁判所に管轄を認め、そのような例外的管轄原因及び例外的管轄に基づく失踪宣告の準拠法とその効力が及ぶ範囲についても規定している。通則法 6 条が定める管轄原因は、結果的に、法例 6 条が定める管轄原因よりも広いものとなっており、法例 6 条の管轄原因は狭きに過ぎるとの批判に応えるかたちとなった。

通則法制定時の法制審議会での議論においては、当初、「①、不在者が生存していたとされる最後の時点において日本国籍を有していた場合であったときまたは②不在者が生存していたとされる最後の時点において日本に〔常居所／住所〕を有していた場合にはいずれも原則的管轄原因を認めるものとし、このような原則的管轄原因がない場合であっても、③日本に不在者の財産があるとき、または、④不在者の法律関係が日本に関係する場合にはいずれも例外的管轄原因を認める。」という考え方がたたき台とされた⁶。審議会の席上、これら①から④の全てを管轄原因とすべきであるとの見解が多数であった。その根拠としては、以下の点が挙げられる⁷。まず、①の管轄原因については、失踪宣告による戸籍の整理が可能となること、また、不在者の親族等の利害関係人は日本に所在することが多いと想定されることから、日本で失踪宣告をする利益があるといえること、つぎに、②の管轄原因については、不在者の利害関係人が日本に集中していることが多いと予想され、日本で公示催告を行い、不在者の法律関係を処理する定型的な必要性があること、③や④の管轄原因については、①や②の原則的管轄が認められない場合であっても、③や④の場合のように失踪宣告を行う必要性が認められるときには、例外的管轄を認めるべきであること、また、失踪宣告について国際裁判管轄をある程度広く認めたとしても、濫用の危険は少ないこと、さらに、比較法的にも、③や④の管轄原因を含む複数の管轄原因を認める国があること、等の理由である。もっとも、これら①から④の管轄原因を認めることに対しては、日本で

⁶ 小出邦夫編著『逐条解説 法の適用に関する通則法』（商事法務・2009年）67頁。

⁷ 小出・前掲書 67頁参照。

失踪宣告をする実質的な利益が存在する場合と評価できる③及び④の管轄原因を認めれば足り、特に②の「常居所／住所」地管轄については、不在者の最後の「常居所／住所」が日本にあるとしても、日本で失踪宣告を行う利益が存しない場合も想定されることから、これを管轄原因として認めることに否定的な意見もあった。

このほか、④の管轄原因の「不在者の法律関係が日本に関係する場合」については、諸外国でも採用されている「日本に保護に値する利益があるとき」という管轄原因を採用することも検討された⁸。しかし、法例制定当時の議論⁹や「保護に値する利益」の概念が不明確であること等を踏まえ、「不在者に係る法律関係が日本に関係する場合」とするのが適当とされた。

これらの審議を経て、「国際私法の現代化に関する要綱中間試案」第3では、以下の通り、前述した①から④までの管轄原因が全て列挙されている。

第3 失踪宣告の国際裁判管轄及び準拠法（第6条）

裁判所は、以下のいずれかの場合には、日本の法律によって失踪宣告をすることができるものとする。ただし、失踪宣告の効力は、③を管轄原因とする場合には日本に所在する不在者の財産に、④を管轄原因とする場合には日本に関係する不在者に係る法律関係に、それぞれ限定されるものとする。

①不在者が生存していたとされる最後の時点において日本の国籍を有していた場合

②不在者が生存していたとされる最後の時点において日本に「常居所／住所」を有していた場合

③不在者の財産が日本に所在する場合

④不在者に係る法律関係が日本に関係する場合

（注1）②において、「常居所／住所」とあるのは、管轄原因を常居所又は住所のいずれかに定めた趣旨であるが、この点については、なお検討する。

（注2）外国でされた失踪宣告の承認に関する規律については、解釈にゆだねることとする（前注2参照）

この提案は、パブリックコメント手続でも多数の支持を受けたため、「国際私法の現代化に関する要綱」第3においては、④の表現を若干修正したのみで、①から④まで

⁸ 小出・前掲書 68 頁。

⁹ 小出・前掲書 68 頁。

の管轄原因の全てを採用する提案が行われ、これが通則法 6 条に規定されることとなった。

通則法 6 条 1 項は、失踪宣告の国際裁判管轄に関する原則的管轄について、2 項は例外的管轄について規定している。

・原則的管轄（通則法 6 条 1 項）

通則法 6 条 1 項は、失踪宣告の原則的管轄として、本国管轄と住所地国管轄の双方を認めており、不在者が生存していたと認められる最後の時点において、不在者が日本に住所を有していたとき又は日本の国籍を有していたときは、わが国の裁判所が、失踪宣告について国際裁判管轄を有するとしている。前述した通り、失踪宣告の原則的管轄が不在者の本国と住所地又は常居所地国のいずれに認められるべきについては、法例 6 条の規定をめぐり、従来から学説上争いがあった。しかし、法例下の立法論としては、本国管轄及び住所地国管轄は相互に排他的なものではなく、いずれも合理的な管轄であると考えられるという見解も主張され¹⁰、通則法 6 条は、原則的管轄原因として国籍及び住所の双方を採用している。

・例外的管轄（通則法 6 条 2 項）

通則法 6 条 1 項の原則的な規律によれば、失踪宣告に関する国際裁判管轄が日本の裁判所に認められない場合であっても、不在者の財産が日本にあるとき又は不在者に関する法律関係が日本に関係があるときは、日本の裁判所に例外的管轄が認められる。

通則法 6 条 2 項は、法例 6 条の「日本ニ在ル財産」という管轄原因を「財産が日本に在るとき」とし、そのまま維持している。それに対し、法例 6 条に規定されていた「日本ノ法律ニ依ルヘキ法律関係」という管轄原因を「法律関係が日本法によるべきときその他法律関係の性質、当事者の住所又は国籍その他の事情に照らして日本に関係があるとき」に修正している。これは、次のような法例 6 条に対する批判に応えたものである。すなわち、法例下の解釈としては、日本人と外国人の夫婦が外国に同一常居所を有しており、外国人配偶者が不在者となった場合に、日本人配偶者が日本に帰国後、婚姻関係の解消をしようとするような事案において、婚姻関係の準拠法が、夫婦の同一常居所地法又は最密接関係地法である外国法であるときは、法例 6 条の「日本ノ法律ニ依ルヘキ法律関係」が存在しないことになるため、日本の裁判所に失踪宣

¹⁰ 清水・前掲論文 80 頁。

告についての国際裁判管轄が認められないことになり、このような結論は学説から批判されていた¹¹。

通則法 6 条 2 項は、不在者に関する法律関係の準拠法が日本法である場合でなくても、不在者に関する法律関係が日本に關係があるときにも、日本の裁判所に例外的管轄原因を認める。その際の考慮事情として、法律関係の性質、当事者の住所又は国籍その他の事情が挙げられている。ここにいう「法律関係の性質」とは、個別の法律関係における要素（とりわけ、履行地、行為地、目的物の所在地等の、独立した考慮要素として例示されている不在者以外の当事者の住所または国籍を除く場所的要素や、問題となる法律関係が財産的なものか身分的なものかといった要素）から判断される法律関係の特徴や性質をいう趣旨である¹²。実際に、どの程度の關係があれば日本との牽連があるとされるのかについては、一律な基準を定律することは困難であるとされ、個別具体的な事案に応じて判断されることになる¹³。

・失踪宣告の効力の及ぶ範囲

通則法 6 条 1 項の原則的管轄に基づく失踪宣告の場合、その効力の及ぶ範囲は特に限定されていない。これに対し、通則法 6 条 2 項の例外的管轄に基づく失踪宣告の場合、法例 6 条に関する通説の理解と同様、失踪宣告の効力は、不在者の財産が日本に在るときはその財産についてのみ、不在者に関する法律関係が日本に關係があるときはその法律関係についてのみ及ぶ。したがって、日本に所在しない財産及び日本に關係しない法律関係については、失踪宣告の効力は及ばないということになる。もっとも、通則法 6 条 2 項に従い、失踪宣告がなされる以上、その効力は、単に失踪宣告の原因となった特定の財産又は法律関係についてのみ生ずるのではなく、日本に所在する不在者の財産及び日本に關係する不在者に関する法律関係全般に及ぶ¹⁴。

このように例外的管轄に基づく失踪宣告の効力の範囲を限定的に解することに対しては、法制審議会において、次のような反対意見があった。すなわち、法例制定当時にそのように失踪宣告の効力を限定的に解した理由は、失踪宣告は死亡と類似の人格の存否に関する制度であるため、原則として属人法に服すべき問題であるとされ、失

¹¹ 折茂・前掲書 15 頁。

¹² 小出・前掲書 65 頁。

¹³ 小出・前掲書 65 頁。

¹⁴ 小出・前掲書 66 頁、神前禎『解説 法の適用に関する通則法——新しい国際私法』(弘文堂・2006 年) 46 頁、中西・前掲論文 132 頁。

失踪宣告に対する原則的管轄も本国のみに認められることを前提に、そのような本国管轄はできる限り尊重される必要があると考えられたためであると解されるが、今回の改正で、本国のみならず常居所地国にも原則的管轄を認めるのであれば、法例と前提が異なるため、管轄原因によって失踪宣告の効力の及ぶ範囲を別異に考える合理的な理由は認められないとする反対意見があった¹⁵。しかしながら、日本の裁判所が例外的管轄に基づき失踪宣告を行うときには、外国の裁判所が原則的管轄に基づいて失踪宣告を行うことも考えられるため、国際協調の観点からは、例外的管轄に基づく失踪宣告の効力が及ぶ範囲を管轄原因となる財産または法律関係に限定することは合理的であること等を理由として、失踪宣告の効力の及ぶ範囲を限定することとされた¹⁶。

・外国失踪宣告の承認

外国でされた失踪宣告（これに類する死亡宣告や不在宣告を含む）がわが国で承認されるか否かについては、国際裁判管轄と異なり、通則法中に規定は設けられていない。この点については、引続き解釈に委ねられている。失踪宣告は非訟裁判である。したがって、ここでは、外国非訟裁判の承認が問題となる。外国非訟裁判については、訴訟事件に関する外国裁判所の確定した判決のような明文の承認規定（民事訴訟法 118 条）は存在しない。しかし、わが国において承認の対象となる外国裁判に、外国裁判所の非訟事件の裁判が含まれることに異論はみられないとされる¹⁷。外国非訟裁判の承認については、民事訴訟法 118 条は適用されない。ただし、118 条の類推適用が問題となり、同条の要件のうち、間接管轄に関する 1 号要件と公序に関する 3 号要件は、条理上、審査すべきであるとの見解が主張されてきた¹⁸。それ以外にも、わが国の国際私法の定める失踪宣告に関する準拠法がその外国失踪宣告において適用されていることを要件とする見解（＝準拠法要件必要説）がかつては通説であったが、現在ではそのような要件は不要であるとするのが通説である¹⁹。

¹⁵ 別冊 NBL 編集部編『法の適用に関する通則法関係資料と解説』別冊 NBL110 号（商事法務・2006 年）132～133 頁参照。

¹⁶ 小出・前掲書 69～70 頁、北澤安紀「能力、親族、総則」ジュリスト 1292 号（2005 年）55～56 頁等を参照。

¹⁷ 高桑昭「外国裁判の承認」高桑昭＝道垣内正人編『新・裁判実務体系（3）——国際民事訴訟法（財産法関係）』（青林書院・2002 年）307 頁参照。

¹⁸ 鈴木忠一「外国の非訟裁判の承認・取消・変更」法曹時報 26 卷 9 号（1974 年）1499 頁以下、櫻田嘉章『国際私法〔第 5 版〕』（有斐閣・2008 年）147 頁、中西・前掲論文 137 頁等を参照。

¹⁹ これらの議論について詳しくは、中西・前掲論文 137 頁を参照。

民事訴訟法 118 条 1 号の定める間接管轄の要件については、外国失踪宣告が通則法 6 条 1 項に対応する場合、すなわち、不在者が失踪宣告を行った国の国民であるか、その国に最後の住所を有していた場合には、失踪宣告を行った国に間接管轄が認められ、その他の要件を満たすかぎり、当該外国失踪宣告はわが国で承認されることになる。そして、その効力は、当該外国に所在する財産などに限定されることなく、一般的なものとして承認される。これに対し、外国失踪宣告が通則法 6 条 2 項に対応する場合、すなわち、不在者が失踪宣告を行った国の国民ではなく、その国に最後の住所も有していないが、その国に財産が在るか、その国と関係のある法律関係がある場合には、失踪宣告を行った国に間接管轄が認められ、その他の要件を満たせば、外国失踪宣告はわが国で承認されると通説は解している²⁰。ただし、その効力は、当該外国に所在する財産などに限定されたものとして承認される。

²⁰ これらの議論について詳しくは、中西・前掲論文 137 頁を参照。

2. 婚姻の成立及び効力

(執筆担当：九州大学 西谷 祐子)

A. 婚姻の無効及び取消し

1. 総説

婚姻の無効及び取消しの訴えは、人事訴訟法第2条第1号において人事訴訟事件の一つに挙げられている。同号においては、婚姻の無効及び取消しの訴えと並んで、離婚の訴え、協議上の離婚の無効及び取消しの訴え並びに婚姻関係の存否確認の訴えが挙げられており、従前の人事訴訟手続法と同様に、婚姻事件として同列に扱う趣旨であると解される。国際裁判管轄についても、昭和36年4月に法制審議会国際私法部会小委員会によって公表された「法例改正要綱試案(婚姻の部)」は、婚姻の無効及び取消しに関する国際裁判管轄については、離婚に準ずるものとしていた¹。婚姻の無効及び取消しと離婚は、広い意味での婚姻関係解消を目的とする点で共通しており、両者が主位的請求と予備的請求の関係に立つことも少なくないため、婚姻の無効及び取消しについても、原則として離婚の国際裁判管轄の決定基準に従うことに合理性がある²。後述するように、比較法的にみても、婚姻の無効及び取消しを離婚と同様に扱うのが一般的である³。

もっとも、婚姻の無効及び取消しは、婚姻の成立要件に関わる問題であり、一旦有効に成立した婚姻の解消に関する離婚とは利益状況が異なる部分もある。特に婚姻の方式要件の欠缺や戸籍訂正が問題となる場合には、離婚に関する管轄原因に加えて、端的に婚姻挙行地の管轄を認めることも考えられる。また、婚姻無効確認又は婚姻取消しの訴えは、当事者である夫婦間で提起されるだけでなく、利害関係をもつ第三者(相続権者など)が提起することもあり⁴、その場合にも同じ管轄ルールが妥当すべきか否かは、別途検討が必要となろう。

2. 日本法の状況

(1) 総説

婚姻の無効又は取消しに関する国際裁判管轄については、従来の裁判例は、基本的に離婚に関する国際裁判管轄の決定基準によっている⁵。離婚の国際裁判管轄についても明文規定はなく、

¹ 溜池良夫「涉外人事訴訟および家事審判の諸問題」『実務民事訴訟講座6』(日本評論社, 1971年)123頁。

² 本間靖規・中野俊一郎・酒井一『国際民事手続法』(有斐閣, 2005年)80頁, 溜池・前掲論文124頁, 三井哲夫「国際人事・家事事件の裁判管轄」『国際私法の争点〔新版〕』(有斐閣, 1996年)229頁, 山田鎌一「人事訴訟事件の裁判管轄権」『国際私法の争点』(有斐閣, 1980年)147頁。

³ 後述A-3参照。

⁴ たとえば, 名古屋高判平成2年2月27日家月42巻12号31頁参照。

⁵ 東京高判平成18年4月13日判時1934号42頁, 福岡地判平成8年3月12日判タ940号250頁, 大阪地判昭和59年12月24日家月37巻10号104頁ほか。ただし, 名古屋地判平成7年2月17日判時1562号98頁

判例法理が基準とされてきた。先例である最大判昭和 39 年 3 月 25 日（民集 18 卷 3 号 486 頁）は、朝鮮人（韓国人）夫婦の離婚について、原則として被告の住所地に、例外的に「原告が遺棄された場合又は被告が行方不明である場合その他これに準ずる場合」には、原告の住所地に国際裁判管轄が認められるとした。それに加えて、学説においては国籍に基づく本国管轄を認めるべきか否か、認めるとすればどの範囲かについて見解が分かれており、判例の立場も確立していない⁶。最判平成 8 年 6 月 24 日（民集 50 卷 7 号 1451 頁）、日本在住の日本人夫からドイツ在住のドイツ人妻に対して離婚訴訟等を提起した事件であるが、先に下されたドイツ離婚判決が公示送達によって開始されており、わが国において承認されえなかったこと等に鑑みて、わが国の管轄を肯定したものである。本判決の理解は分かれており、緊急管轄を認めたとする説が比較的多いが⁷、マレーシア航空事件⁸以来の条理の枠組みで判断し、昭和 39 年ルールとは異なる管轄原因を認めたとする見解や⁹、実質的には昭和 39 年ルールにいう原告住所地の管轄を認めるべき「その他これに準ずる場合」に該当するという見解¹⁰もある。

(2) 被告の住所地

婚姻の無効又は取消しに関する従来の裁判例においては、原告と被告の双方が日本に住所を有しているケース（最判平成 8 年 3 月 8 日家月 48 卷 10 号 145 頁；京都家審昭和 50 年 10 月 17 日家月 28 卷 9 号 87 頁、神戸地判平成 9 年 1 月 29 日判時 1638 号 122 頁、熊本家判平成 22 年 7 月 6 日 TKC 25464099 など）¹¹、あるいは少なくとも被告が日本に住所を有しているケース（東京高判平成 18 年 4 月 13 日

は、民事訴訟法第 1 条に定める被告の普通裁判籍を根拠として、婚姻無効確認訴訟についても、原則として被告の住所地にのみ管轄を認めるとしている。

⁶ 溜池良夫『国際私法講義〔第 3 版〕』（有斐閣、2006 年）472 頁以下、同・前掲論文 124 頁以下、小野寺規夫「涉外離婚事件の裁判管轄権及び調停離婚の可否」『講座・実務家事審判法 5・涉外関係事件』（日本評論社、1990 年）165 頁以下ほか。また、個別事項に関する調査（離婚）参照。

⁷ 多喜寛・平成 18 年度重判 268 頁以下、道垣内正人・ジュリ 1120 号（1997 年）133 頁、本間ほか・前掲書 79 頁、渡辺惺之・法学教室 195 号（1996 年）106 頁以下ほか。

⁸ 最判昭和 56 年 10 月 16 日民集 37 卷 5 号 1224 頁。

⁹ 櫻田嘉章『国際私法判例百選〔新法対応補訂版〕』（有斐閣、2007 年）185 頁、横溝大・法協 115 卷 5 号 689 頁。

¹⁰ 山田鎌一『国際私法〔第 3 版〕』（有斐閣、2004 年）463 頁。

¹¹ 最判平成 8 年 3 月 8 日家月 48 卷 10 号 145 頁（日本在住の韓国人夫婦の夫が前婚の妻に対して、届出意思の不存在を理由に婚姻無効確認を求めた事件）、熊本家判平成 22 年 7 月 6 日（TKC 25464099：日本人夫からフィリピン妻に対して、妻が婚姻当時に重婚であったことを理由に婚姻無効確認を求めた事件）、神戸地判平成 9 年 1 月 29 日判時 1638 号 122 頁（日本人妻から英国・カナダ二重国籍の夫に対して、主位的に重婚を理由とする後婚の取消し、予備的に離婚を請求した事件）、京都家審昭和 50 年 10 月 17 日家月 28 卷 9 号 87 頁（日本人妻と米国人夫が確定的な米国での挙式を取り止めた事情があり、日本での婚姻届出時に確定的意思を欠いていたことを理由に婚姻無効確認が認められた事件）。おそらく横浜地判昭和 57 年 10 月 19 日家月 36 卷 2 号 101 頁も同様（米国人夫が日本人妻に対してハイチ共和国で離婚訴訟を提起し判決が下されたところ、妻が日本において外国判決の無効確認及び夫の後婚取消訴訟を提起し、請求が認容された事件（後婚はニューヨーク州法に従い無効とされる））。

判時 1934 号 42 頁)¹²が多い。これらの事件においては、問題なく日本の国際裁判管轄が肯定されている。このように被告の住所が日本にある場合にわが国の国際裁判管轄を認めることは、受動的立場にある被告の防禦権の保障に資するもので、管轄ルールとして広く認められており、婚姻の無効及び取消しについてもそれを認めることにほぼ異論はないものと解される。

(3) それ以外の管轄原因

(a) 原告の住所地

それに対して、被告の住所が外国にあるが、原告の住所が日本にあることを理由にわが国の国際裁判管轄を肯定したと解される裁判例として、次のものがある。

大阪地判昭和 59 年 12 月 24 日（家月 37 卷 10 号 104 頁）は、日本在住の日本人原告から韓国人被告に対して、偽装婚姻として婚姻意思を欠いていたことを理由に婚姻無効確認の訴えを提起した事案であり、被告が韓国への送還後、行方不明となっていることを理由に、例外的に原告の住所地である日本の国際裁判管轄を認めるとした¹³。佐賀地判平成 13 年 11 月 27 日（TKC 28071640）は、日本在住の日本人夫が斡旋によって中国在住の中国人妻と中国法上の方式によって婚姻をし、日本の戸籍窓口で報告的届出をしたが、婚姻生活の実体が全くないまま妻が来日を拒否し行方が知れなくなっているため、日本において婚姻無効確認訴訟を提起したものである。ただし、判決は、国際裁判管轄に言及することなく本案について判断し、請求を認容している。

他方、名古屋地判平成 7 年 2 月 17 日（判時 1562 号 98 頁）は、日本在住の日本人原告が統一教会の指示に従い、韓国在住の韓国人被告と韓国で集団挙式し、日本の戸籍窓口で婚姻届を提出していたところ、没交渉のまま数年経過しており、婚姻意思の不存在を理由に婚姻無効確認訴訟を提起した事件である。本判決は、原則として専ら被告の住所地に管轄があるとしたうえで、本件被告は韓国在住の韓国人であるところ、韓国法上は婚姻の申告がなされておらず跛行婚状態にあり、原告は韓国において婚姻無効確認を求める手段がないと解されること、日本に住所をもつ日本人で日本法上婚姻無効確認の請求権をもつ者の身分関係に十分な保護を与え、跛行婚状態を解消すべきことを理由に、日本の国際裁判管轄を肯定した。また、福岡地判平成 8 年 3 月 12 日（判タ 940 号 250 頁）も、ほぼ同様の事実関係のもとで、婚姻意思の不存在を理由に婚姻無効確認訴訟

¹² 東京高判平成 18 年 4 月 13 日判時 1934 号 42 頁（後述参照：本件本訴としての婚姻取消訴訟については、被告が日本人で日本に居住していた）。

¹³ 東京地判平成 3 年 3 月 29 日家月 45 卷 3 号 67 頁は、日本在住の日本人妻からエジプト在住のエジプト人夫に対して、主位的に婚姻無効確認を、予備的に離婚を請求した事件である。本判決は、被告の住所地が外国であるにもかかわらず、国際裁判管轄には触れないまま本案について判断しており、結論的に原告の住所地かつ本国である日本の管轄を認めている。主位的請求については、夫の本国法であるエジプト法によれば異教徒であることを理由に婚姻が無効となるが、その適用はわが国の公序に反するとして請求が棄却されたが、予備的請求である離婚については、平成元年改正後の法例第 16 条但書に従い、日本法によって認容された。

が提起された事件である。本判決は、被告はまだ韓国において婚姻届を提出していないこと、両者が同居した事実は全くないこと、被告は本件訴状の送達後も全く応答していないことが認められることから、原告に被告の住所地である韓国での訴訟追行を求めることは条理にもとるとして、例外的にわが国の国際裁判管轄が認められるとした。

なお、これらの事案は、いずれも原告が日本に居住するだけでなく日本国籍をもつ者であり、条理の内容を具体的に判断し日本の国際裁判管轄を肯定するに当たって、原告の国籍も考慮している例がある（特に前掲・名古屋地判平成7年2月17日ほか）。もっとも、これらの事案も、あくまで原告の住所地管轄を肯定する事情として日本国籍を考慮しているもので、端的に本国管轄を認めるものではない。

(b) 婚姻举行地

東京高判平成2年2月27日（家月42巻12号31頁）は、日本に居住していた韓国人夫婦 AB について、昭和57年に夫 A が死亡した後、妻 B と両者の子 X（同じく韓国国籍）の間で相続権をめぐる争いとなり、昭和60年に B が死亡した後、X が検察官を相手方として（A の遺言執行者が補助参加人）、AB の婚姻無効確認の訴えを提起したという事件である。AB は、日本でも韓国でも婚姻届を出しておらず、A 死亡後の昭和58年、A の相続をめぐる争いが生じたため、B は偽造した日本の婚姻届受理証明書をもって韓国で婚姻有効確認審判を取得し、韓国の戸籍に婚姻を届け出たものである。ただし、X は、後に韓国で AB の婚姻無効確認審判を得ている。本判決は、AB 死亡後であっても、両者の婚姻の有効性は X の相続分に影響し、X の身分関係の安定性にもかかわること、AB の婚姻の事実が日本戸籍に記載されていなくても確認の利益が認められるとし、訴えは適法であるとした。そして、法例13条（平成元年改正前）によれば、婚姻の方式は举行地法である日本法であったところ、本件においては日本法上の方式要件が満たされておらず、AB の婚姻は無効であったとした。

本判決も原審¹⁴も、国際裁判管轄には言及しないまま、本案について判断している。X の住所地は、おそらく日本であると解され、原告及び被告の住所地はいずれも日本であり、また AB のかつての婚姻住所地も日本であった。しかし、本判決は、外国人同士の婚姻であって日本戸籍への記載がなく、しかも AB 死亡後であったが、X の婚姻無効確認の訴えの利益を認めたものである。日本が婚姻举行地であり、偽造された日本の婚姻届受理証明書が存在する本件の事案においては、端的に婚姻举行地としての管轄を認める趣旨を含むと解することもできるであろう。

¹⁴ 名古屋地判平成元年3月24日家月42巻12号37頁。

(c) 反訴

反訴被告が外国に住所をもつが、反訴が本訴と密接な関係をもつことを理由に国際裁判管轄を肯定した例として、東京高判平成18年4月13日（判時1934号42頁）¹⁵がある。本件においては、韓国人夫の死亡後、韓国在住の韓国人である妻子が、日本在住の日本人後妻に対して重婚を理由とする後婚取消請求訴訟を提起したところ、後婚の妻が前婚無効確認請求等の反訴を提起したものであり、反訴について日本の国際裁判管轄が認められるか否かが争いとなった。原審が反訴に関する国際裁判管轄を否定したのに対して、控訴審は、前掲・最判平成8年6月24日が示した条理に基づく判断枠組みを援用したうえで、反訴請求が本訴と密接な関係を有するかぎり、反訴被告が応訴を余儀なくされることによる不利益があるとは認められないこと、本訴と反訴とを併合審理することにより審理の重複や判断の矛盾を避け身分関係に関する紛争の画一的・一回的解決を図ることができる場合には、例外的にわが国の国際裁判管轄を肯定するのが条理にかなうとした。そして、本件反訴で確定されるべき前婚の効力は、本訴に関する原告適格及び重婚該当性を判断するための不可欠な前提問題であって、本件本訴の訴訟要件及び請求と密接な関係を有することを理由に、国際裁判管轄を肯定した。

本件の判断枠組みとの関係では、反訴として提起された離婚訴訟の国際裁判管轄に関する名古屋高判平成7年5月30日（判タ891号248頁）¹⁶も参考になる。本件は、日本人妻X（反訴原告）が日本においてカナダ人夫Y（反訴被告）との協議離婚届を提出したところ、Yが離婚無効確認の訴えを提起したのに対して、Xが予備的反訴として離婚を求めた事件である。原審が反訴について日本の国際裁判管轄を否定したのに対して、控訴審は、Yが本件反訴提起時から常住居所が明らかでない状態にあること、Yは現にXを相手方として日本の裁判所に離婚無効確認の訴えを提起しており、それが原裁判所に係属中であることから、本件反訴については、訴訟当事者間の公平という基本理念に照らして例外的に日本の国際裁判管轄を肯定すべき事情があるとした。

3. 比較法

(1) 離婚及び別居の承認に関するハーグ条約

1970年6月1日の「離婚及び別居の承認に関するハーグ条約」は、外国で下された離婚裁判及び別居裁判等の承認に関するものである（タラーク離婚のような法律行為による離婚も対象となる）。同条約は、離婚及び別居事件の直接管轄について定めるものではないが、間接管轄について明文規定を置いているため、参考になる。同条約第2条によれば、次のいずれかの場合に、判決国の間接管轄が肯定される。

「1. 相手方が、判決国に常居所を有したとき。」

¹⁵ 本件評釈として、中野俊一郎・判時1950号192頁ほか。

¹⁶ 本件評釈として、田村精一・平成7年度重判264頁、中西康・ジュリ1142号（1998年）116頁以下ほか。

- 「2. 申立人が、判決国にその常居所を有し、かつ、次のいずれかの要件をみたしたとき。
- a) その常居所が申立の日に至るまで少なくとも一年間継続していたこと。
 - b) 夫婦が、判決国に最後の共通常居所を有したこと。」
- 「3. 夫婦の双方が、判決国の国民であつたとき。」
- 「4. 申立人が判決国の国民で、かつ、次のいずれかの要件をみたしたとき。
- a) 申立人が、判決国に常居所を有したこと。
 - b) 申立人が、申立の日に先立つ二年間に少なくともその一部が含まれている一年間継続して判決国に常居所を有したとき。」
- 「5. 離婚の申立人が判決国の国民であり、かつ、次の二つの要件がみたされたとき。
- a) 申立人が、申立の日に、判決国に現在したこと。
 - b) 夫婦が、申立の日に、その国の法律が離婚を認めて居ない国に、最後の共通常居所を有したこと。」

(2) ブリュッセル IIbis 規則

ブリュッセル IIbis 規則¹⁷第 3 条以下は、婚姻事件としての離婚、別居、そして婚姻の無効（同規則 1 条 1 項 a 号が定める事項的適用範囲に相当する）を区別することなく、婚姻事件全体に妥当する一般的な管轄規定を置いている。ただし、ブリュッセル IIbis 規則は、婚姻の存否確認に関する訴えを対象としておらず、身分関係を変更する訴えだけを対象としている¹⁸。

ブリュッセル IIbis 規則第 3 条によれば、婚姻事件について、以下の場合に当該構成国の国際裁判管轄が認められる。すなわち、①夫婦双方が構成国の一つに常居所をもつ場合（ブリュッセル IIbis 規則第 3 条第 1 項 a 号第 1 款）、②夫婦双方が構成国の一つに最後の常居所をもっており、しかも配偶者の一方がまだその国に居住している場合（第 2 款）、③被告配偶者が構成国の一つに常居所をもつ場合（第 3 款）、④夫婦双方による共同申立ての場合に、その一方が構成国の一つに常居所をもつ場合（第 4 款）、⑤原告配偶者が構成国の一つに常居所をもっており、しかもそこに申立て直前の 1 年以上前から居住している場合（第 5 款）、⑥原告配偶者が国籍（連合王国及びアイルランドについては住所）をもつ構成国に常居所をもっており、しかもそこに申立て直前の 6 ヶ月以上前から居住している場合（第 6 款）、⑦夫婦双方がいずれかの構成国の国籍（連合王国及びアイルランドについては住所）をもつ場合（第 3 条第 1 項 b 号）、そして、⑧法定別居の離婚への転換については、当該構成国の国内法上管轄が認められる場合（第 5 条）である。ブリュッセル IIbis 規則は、事案がドイツ以外の EU 構成国と結び付きをもつことを前提としていないため、ドイツに居住す

¹⁷ Council Regulation (EC) No 2201/2003 of 27 November 2003 concerning jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in matrimonial matters and the matters of parental responsibility, repealing Regulation (EC) No 1347/2000, O.J. L 338, p. 1.

¹⁸ Burkhard Hess, *Europäisches Zivilprozessrecht*, Heidelberg et al. 2010, p. 391.

る非 EU 国民同士の離婚事件にも適用される。ブリュッセル IIbis 規則は、通常の婚姻事件について 7つの管轄原因を定めており、優先順位はなくすべて並立の管轄原因となっていることから、原告による法廷地漁りを許すものであると批判されている¹⁹。

(3) EU 構成国国内法

ブリュッセル IIbis 規則が適用されない場合には、構成国の国内法上の管轄原因が妥当する²⁰。

ドイツ国内法上は FamFG 第 98 条第 1 項が適用されるが、同条が対象とする婚姻事件とは、原則として FamFG 第 121 条の定義に従い、離婚に関する手続 (FamFG 第 121 条第 1 号)、婚姻取消しに関する手続 (同第 2 号)、そして当事者間の婚姻の存在又は不存在を確認する手続 (同第 3 号) を指す。それゆえ、婚姻の無効及び取消しと離婚のいずれについても、同じ管轄ルールが妥当する。それによれば、①一方配偶者が現在又は婚姻挙行時にドイツ国籍をもつこと (FamFG 第 98 条第 1 項第 1 号)、②夫婦双方がドイツに常居所をもつこと (同第 2 号)、③一方配偶者が無国籍者でドイツ国内に常居所をもつこと (同第 3 号)、あるいは④一方配偶者がドイツ国内に常居所をもつこと (同第 4 号:ただし、ドイツで下す裁判が夫婦いずれの本国法によっても承認されえない場合を除く) が管轄原因となる²¹。

フランス国内法上も、婚姻の無効及び取消しの管轄は離婚と同じ準則に従う。それによれば、第一義的には土地管轄に関する新民事訴訟法第 1070 条によって、婚姻住所地 (又は被告の住所地: 現実にはブリュッセル IIbis 規則によることになる) に管轄が認められ²²、補充的に民法第 14 条及び第 15 条によって、原告又は被告のフランス国籍に基づいて本国管轄が認められる²³。

オーストリア国内法上も、婚姻の無効及び取消しの管轄原因は、離婚と同じく裁判管轄法 (JN) 第 76 条第 2 項に従って決定される。それによれば、①一方配偶者がオーストリア国籍をもっていること (第 1 号)、②被告 (当事者双方を相手方とする無効の訴えでは少なくとも一方配偶者) がオース

¹⁹ Hess, op.cit., p. 396.

²⁰ ブリュッセル IIbis 規則の場所的適用範囲については、ドイツに関する調査報告 7 頁以下及び 22 頁以下ほか参照。

²¹ ドイツに関する調査報告参照。

²² Article 1070 Nouveau code de procédure civile: „Le juge aux affaires familiales territorialement compétent est :

- le juge du lieu où se trouve la résidence de la famille ;

- si les parents vivent séparément, le juge du lieu de résidence du parent avec lequel résident habituellement les enfants mineurs en cas d'exercice en commun de l'autorité parentale, ou du lieu de résidence du parent qui exerce seul cette autorité ;

- dans les autres cas, le juge du lieu où réside celui qui n'a pas pris l'initiative de la procédure.

En cas de demande conjointe, le juge compétent est, selon le choix des parties, celui du lieu où réside l'une ou l'autre.

Toutefois, lorsque le litige porte seulement sur la pension alimentaire, la contribution à l'entretien et l'éducation de l'enfant, la contribution aux charges du mariage ou la prestation compensatoire, le juge compétent peut être celui du lieu où réside l'époux créancier ou le parent qui assume à titre principal la charge des enfants, même majeurs. La compétence territoriale est déterminée par la résidence au jour de la demande ou, en matière de divorce, au jour où la requête initiale est présentée.”

²³ フランスに関する調査報告参照。

トリアに常居所をもっていること(第2号),③原告がオーストリアに常居所をもつ場合であって,しかも当事者双方の最後の共通常居所がオーストリアにあること,原告が無国籍者であること,あるいは婚姻挙行時にオーストリア国籍をもっていたこと(第3号)が管轄原因となる²⁴。

(4) その他

スイスにおいても,婚姻の無効及び取消しに関する国際裁判管轄は,離婚に関するスイス国際私法 59 条以下の規定によるという。具体的には,①被告の住所地(IPRG 第 59 条 a 号),②原告がスイスに一年以上居住している又はスイス国籍である場合には,原告の住所地(同 b 号)が管轄原因となる。また,③夫婦いずれもスイスに住所を有しないが,一方配偶者がスイス国籍であり,しかも一方配偶者の住所地での提訴が不可能である又は期待できない場合には,本国管轄が認められる(IPRG 第 60 条)²⁵。

中国についても,婚姻の無効・取消しに関する特則はなく,被告の住所地の管轄と,身分関係訴訟に関する原告の住所地の管轄の規定が適用されるという。ただし,婚姻の無効・取消しについて,離婚事件に関する本国管轄の規定を類推適用することも考えられるが,この点に関する学説と裁判例は見当たらないようである²⁶。

韓国も,婚姻の無効・取消しについても離婚と同じ管轄原因によっているとされる。具体的には,外国人間の争いについては,原則として被告の住所地管轄が妥当するが,原告が遺棄された又は被告が行方不明であるその他これに準ずる事情がある場合,あるいは被告が応訴してその利益が不当に侵害されるおそれがない場合には,原告の住所地管轄が認められる。それに加えて,当事者双方が韓国国籍である場合,あるいは原告だけが韓国国籍であって,しかも韓国に常居所を有している場合又は当事者双方の最後の住所地が韓国にあった場合にも,国際裁判管轄が認められる。特に本国管轄については,韓国人の戸籍訂正の必要性に配慮して,柔軟に管轄が認められる傾向にあるという²⁷。

それに対して,米国では,婚姻無効の訴えについて通常当事者のドミサイルもしくは婚姻挙行地に管轄が認められるという。当事者のドミサイルについては,離婚の管轄原因と共通するが,婚姻挙行地は,離婚とは異なる婚姻無効に固有の管轄原因であると解されているようである²⁸。

²⁴ オーストリアに関する調査報告参照。

²⁵ スイスに関する調査報告参照。

²⁶ 中国に関する調査報告参照。

²⁷ 韓国に関する調査報告参照。

²⁸ 米国に関する調査報告参照。

4. 考察

(1) 総説

わが国の裁判例及び学説は、婚姻の無効及び取消しについて、離婚の場合と同じく当事者の住所を基準とするのが一般的である。さらに、離婚について本国管轄を認める学説に従えば、婚姻の無効及び取消しについても一定範囲で本国管轄が認められるべきことになるだろう。

法律概念としての住所概念は、各国実質法上異なるが、ここにいう住所とはあくまで国際裁判管轄を決定する基準としての国際民事手続法上の住所であって、当事者の訴訟上の便宜に鑑みて決定される。それゆえ、厳格な取得要件を課す必要はなく、当事者が一定期間居住することで密接な関係をもつ地であれば足りるものと解される²⁹。ブリュッセル IIbis 規則においては、各構成国の国内法上の概念との混同を避け、1980 年子奪取条約等のハーグ条約などとの平仄を図るため、常居所³⁰を管轄原因としており、ドイツやオーストリアの国内立法も常居所を管轄原因としている。もともと、少なくとも婚姻事件に関するかぎり、常居所概念は、実質的にはわが国の国際民事手続法にいう住所概念と大きく相違するものではないと解される³¹。

法の適用に関する通則法〔以下通則法という〕の制定時には、第 5 条（後見開始の審判等）及び第 6 条（失踪宣告）の管轄原因として住所によるか常居所によるかが議論されたが、最終的には国際民事手続法の一般的な概念と平仄を合わせるため、準拠法の決定基準とは異なって、住所が管轄原因とされた経緯がある³²。人事及び家事事件の国際裁判管轄を法制化するに当たって、住所と常居所のいずれを基準とすべきか（仮に住所を基準とする場合には財産関係事件における住所概念と区別されるか）は、今後の議論にゆだねられるが、以下では、原則として両者を一括して「住所」と称したうえで（ただし立法例の紹介箇所では、管轄原因が常居所であるときにはそれに従う）、論点を整理することにする。

²⁹ 溜池・前掲論文 126 頁以下。なお、ブリュッセル I 規則における住所概念は、同規則第 59 条において定義されており、「受訴裁判所が所属する構成国の領域内に当事者が住所を有するかを決定するためには、裁判所はその国内法を適用する。」とされている（第 59 条第 1 項）。また、「当事者が、受訴裁判所が所属する構成国に住所を有しないときに、他の構成国にその当事者が住所を有するかを決定するためには、裁判所は後者の国の法を適用する。」とされている（同条第 2 項）。これは、いわゆる領土法説の立場から、その者が当該領域内に住所を有するか否かは、当該国の国内法が決定するとするものであり、従前の法例第 29 条の解釈論としてとられていた立場と同じである。それゆえ、同一人が複数の共同体構成国に住所をもつ場合、あるいは一つの共同体構成国とそれ以外の第三国に住所をもつ場合（重住所）もありうるほか、無住所となる場合もありうる。Jan Kropholler, *Europäisches Zivilprozeßrecht – Kommentar zu EuGVO und Lugano-Übereinkommen*, 7. Aufl., Heidelberg 2002, Art. 3 Rn. 2.

³⁰ ただし、現実には、各国において常居所概念が異なって定義されており、法律概念となりつつあるのが現状であるように思われる。

³¹ ブリュッセル IIbis 規則における常居所概念については、ドイツに関する調査報告 29 頁以下参照。ヨーロッパ法上も、住所概念と常居所概念は基本的に一致することが認められている。Hess, *op.cit.*, p. 398.

³² 法制審議会国際私法（現代化関係）部会第 27 回（平成 17 年 7 月 5 日）会議議事録参照（[www/moj.go.jp](http://www.moj.go.jp) からダウンロード可）。

(2) 個別の管轄原因

(a) 被告の住所地

わが国の裁判例においても、上述のハーグ離婚条約、ブリュッセル IIbis 規則、そして各国の立法例においても、被告の住所地の国際裁判管轄はほぼ異論なく認められている。これは、受動的立場にある被告の防禦権の保護に資するもので、国際民事手続法の一般的な考え方も整合的である³³。わが国の土地管轄についても、人事訴訟法第4条第1項によって、被告である夫又は妻の住所地の管轄が認められる。

(b) 原告の住所地

それに対して、原告の住所地に国際裁判管轄を認めるか否かは問題となる。原告は、自ら手続を開始する者であるため、端的に原告の住所地を管轄原因とすると、受動的立場にある被告の保護に欠けるおそれ大きい。そこで、わが国の裁判例においても、比較法的にも、端的に原告の住所地を管轄原因とするのではなく、何らかの要件を加重するのが一般的である（ただし、中国の例を除く）。ただし、わが国の土地管轄に関するかぎり、人事訴訟法第4条第1項によって、端的に原告である夫又は妻の住所地の管轄が認められる。

(aa) わが国の裁判例・学説

わが国の離婚の国際裁判管轄に関する昭和39年ルールによれば、例外的に原告の住所地管轄が認められるのは、「原告が遺棄された場合又は被告が行方不明である場合その他これに準ずる場合」である。もともと、国際民事手続法に固有の「遺棄」の概念については、被告が国外に去った場合だけを指すのか、あるいは国外で遺棄された原告が日本に来住した場合も指すのかについては、見解が分かれている。また、「その他これに準ずる場合」とは、具体的には、被告が国外に追放された場合、外国法上は夫婦ではなく離婚できないため、跛行婚を解消する必要がある場合、被告の応訴がある場合などを指すとされるが、裁判例も分かれており、その外延は確定していない³⁴。

上述のように、婚姻の無効及び取消しに関する裁判例においても、昭和39年ルールに従い、例外的に原告の住所地管轄を認める理由として、被告が行方不明であることを挙げているものがある（前掲・大阪地判昭和59年12月24日）。他方で、裁判例によっては様々な事情を勘案したうえで、原告の住所地管轄を肯定しているものもある。たとえば、前掲・名古屋地判平成7年2月17日は、当該婚姻は日本でのみ成立した跛行婚であり、原告は韓国において婚姻無効確認を請求できないこと、原告は日本在住の日本人であり、その日本法上の婚姻無効確認請求権を尊重すべき

³³ 上述 I-2 及び 3 参照。

³⁴ 岡野・前掲 183 頁、溜池・前掲論文 126 頁、三井・前掲論文 229 頁ほか。

こと等の事情を挙げている。また、前掲・福岡地判平成8年3月12日は、当該婚姻が日本においてのみ成立している跛行婚であること、原告が韓国在住の韓国人被告と同居した事実は全くないこと、被告は訴状の送達後も全く応答していない等の事情を挙げている。このような昭和39年ルール of 枠組みは、柔軟性には資する反面、必ずしも当事者の予見可能性や法的安定性を保証するものではなく、学説において批判されている³⁵。

(bb) 比較法

わが国の裁判例と比較すると、条約、EU規則、そして諸外国の立法例は、より客観的かつ明確な基準を採用してきている。

1970年ハーグ離婚条約第2条第2号によれば、原告の常居所地管轄を認めるには、①申立人の常居所が申立の日に至るまで少なくとも一年間継続していたこと（同a号）、あるいは②夫婦がその国に最後の共通常居所を有していたこと（同b号）が要件となる。また、ブリュッセルIIbis規則第3条第1項a号によれば、以下のいずれかの事情があれば、原告の常居所地管轄が認められる。すなわち、①夫婦の最後の共通常居所地であって、原告がまだそこに居住していること（第2款）、②夫婦双方による共同申立てであること（第4款）、③原告がその常居所地に申立ての1年以上前から居住していること（第5款）、④原告が同時にその国の国籍をもつ場合には、そこに申立ての6ヶ月以上前から居住していること（第6款）である。

ハーグ離婚条約第2条第2号b号の管轄原因（②）は、申立人が婚姻住所地に継続して居住している場合にその国の管轄を認めるもので、ブリュッセルIIbis規則第3条第1項a号第2款（①）やオーストリアJN第76条第2項第3号においても認められている。また、フランス新民事訴訟法1070条は、端的に婚姻住所地の管轄を肯定している。婚姻住所地（夫婦最後の共通住所地）は、夫婦双方が婚姻生活を営むことで密接な関係をもつ場所である。もとより夫婦双方がすでに婚姻住所地を離れ、別の地に居住している場合には、過去の住所地に管轄を認める必然性は乏しく、当事者の便宜にも反すると考えられる。しかし、少なくとも一方当事者が継続してそこに居住している場合には、密接関連性があり、管轄原因とすることに合理性が認められよう。被告だけが婚姻住所地を離れ、国外に退去したような場合にも、この客観的な管轄原因によれば、（現在のわが国の判例法理とは異なって）被告による遺棄の有無等の審査を経ることなく、端的に原告の住所地かつ最後の婚姻住所地としての管轄を認めることができる。

他方、ハーグ離婚条約第2条第2号a号の管轄原因（①）は、申立人が常居所地に1年以上継続して居住していることを要件として、常居所地管轄を認めるものである。ブリュッセルIIbis規則第3条第1項a号第5款（③）、スイスIPRG第59条b号も同様の準則を採用している。もっ

³⁵ 西島太一「身分関係事件の国際裁判管轄権総論——管轄権の判断手法に関する一つの仮説——」阪大法学46巻6号（1997年）90頁以下、本間ほか・前掲書77頁参照。

とも、これは、夫婦双方の過去の居住状況、被告の現在の居住地及び国籍等を考慮することなく、端的に原告が法廷地において1年以上居住していることを管轄原因とするものであり、被告にとっては、全く見知らぬ地で応訴を余儀なくされるおそれもある。特にブリュッセル *Ibis* 規則第3条第1項 a 号第5款の管轄原因は、第三国との関係でも妥当するため、たとえば日本在住の日本人夫婦の関係が破綻し、夫が単身でドイツに出張し、1年間ドイツに居住した後にドイツで婚姻無効確認又は離婚の訴えを提起した場合にも、同規定によってドイツの国際裁判管轄が肯定されることになる³⁶。このような管轄原因は、原告に過度に有利となるものであり、ドイツ等の学説によって強く批判されている³⁷。そこで、同規定の適用範囲を制限するため、原告が常居所を取得した時点から1年以上、その国に居住していることを要件とするものと解釈する学説もある³⁸。もっとも、ドイツの実務上は、基本的に6ヶ月以上の居住の事実があれば常居所が認定されており³⁹、実際には要件としての居住期間が若干長くなるに過ぎないであろう。

そのほかブリュッセル *Ibis* 規則第3条第1項 a 号第4款 (2) によれば、夫婦が共同で提訴する場合にも、原告の住所地管轄が認められる。離婚又は婚姻無効確認の訴えが夫婦共同で提起された場合には、少なくとも提訴すること及びその場所について合意があると解されることから、原告住所を管轄原因と認めるものである。

また、ブリュッセル *Ibis* 規則第3条第1項 a 号第6款 (4) は、原告が常居所地の国籍を有しており、しかもそこに申立ての6ヶ月以上前から居住している場合にも管轄を認めている。スイス IPRG 第59条 b 号は、居住期間の要件を課すことなく、端的に原告の住所地が同時にその本国であることを管轄原因とする。また、オーストリア JN 第76条第2項第3号は、原告が婚姻挙行時にオーストリア国籍であり、現在オーストリアに常居所をもっていれば、管轄を認めている。これらの管轄原因は、少しずつ要件が相違するが、基本的には外国に居住していた夫婦の一方が婚姻関係破綻後、(元の) 本国に戻って住所(常居所)を取得すれば、離婚又は婚姻無効確認等の訴えを提起できるとする趣旨であり、いわゆる「逃げ帰り離婚」を可能にするものである。この点は、本国管轄の可否及びその範囲の問題とも関係するため、改めて次節で論ずる。

そのほか各国法上は、原告が無国籍である場合に、原告の常居所地管轄を認める例もある(ドイツ FamFG 第98条第1項第3号、オーストリア JN 第76条第3号)。また、ドイツ FamFG 第98条第1

³⁶ *Yuko Nishitani*, Mancini and the Principle of Nationality in Japanese Private International Law, in: Festschrift Erik Jayme zum 70. Geburtstag, Vol. 1, Berlin 2004, pp. 627 *et seq.*

³⁷ *Erik Jayme*, Die Kulturelle Dimension des Rechts – ihre Bedeutung für das Internationale Privatrecht und die Rechtsvergleichung, in: *RabelsZ* 67 (2003), p. 225; *idem*, Das internationale Privatrecht zwischen Postmoderne und Futurismus, in: *Recht und Rechtswissenschaft – Ringvorlesung der Juristischen Fakultät der Universität Heidelberg*, Heidelberg 2000, pp. 165 *et seq.*; *idem*, Le droit international privé du nouveau millénaire: la protection de la personne humaine face à la globalisation, in: *Recueil des Cours* 282 (2000), pp. 24 *et seq.*

³⁸ Ulrich Spellenberg, Die Zuständigkeiten für Eheklagen nach der EheGVO, in: Festschrift Geimer zum 65. Geburtstag, München 2002, pp. 1268 *et seq.*

³⁹ ドイツに関する調査報告 29 頁。

項第4号は、原告がドイツに常居所をもっており、ドイツにおいて将来下される裁判が夫婦のいずれか一方の本国において承認される場合にも、管轄を認めている。これは、基本的に一方配偶者がドイツに常居所をもっていれば、婚姻事件に関する国際裁判管轄を認めることを出発点とするもので、夫婦いずれか一方の本国における承認可能性を要件としているのは、明らかに跛行的な離婚判決を避けるために過ぎない。それゆえ、ドイツ判決の外国における承認可能性が推定され、証明責任が転換されている⁴⁰。この管轄ルールは、ドイツと夫婦の本国との判決調和の達成に配慮しており、国際私法の基本理念にはかなうが、当事者にとっては、将来のドイツ裁判が夫婦の本国で承認されるか否かを判断するのは容易ではない。また裁判官にとっても、訴訟要件としての国際裁判管轄の有無を判断する段階で、本案に関する将来のドイツ裁判の承認可能性を審査せざるを得ず、手続の遅延をもたらすおそれもある⁴¹。

(c) 夫婦双方又は一方の国籍

婚姻無効及び取消し、そして離婚について本国管轄を認めるか否かは、重要な論点である。わが国の学説においては、本国管轄を否定する少数説もあるが⁴²、一般には本国管轄を肯定するのが多数説であるとされる。ただし、その範囲としては、夫婦いずれの本国にも管轄を認める説、被告の本国にだけ管轄を認める説、そして夫の本国にだけ管轄を認める説（今日では妥当しない立場である）がある⁴³。昭和39年ルール成立後の裁判例においては、一方配偶者が日本国籍であることに言及するものも見られるが、国籍だけを根拠として管轄を認めた例はないようであり、一般に国籍は他の関連要素を補充する形で参照されている⁴⁴。

比較法的にみると、端的に一方配偶者の国籍を管轄原因としている立法例として、ドイツ FamFG 第98条第1項第1号、フランス民法第14条及び第15条、オーストリア JN 第76条第2項第1号がある。しかもドイツ FamFG 第98条第1項第1号は、一方当事者の婚姻挙行時という過去の時点での国籍をも基準としている。これは、婚姻挙行時にドイツ人であった者は、将来にわたって常にその婚姻事件についてドイツ裁判所の判断を求めうることを意味する（なお、オーストリア JN 第76条第2項第3号は、原告の婚姻挙行時のオーストリア国籍を管轄原因とするに当たって、原告がオーストリアに常居所をもつことを要件としている）。

⁴⁰ ドイツに関する調査報告 32 頁以下参照。

⁴¹ 特にドイツの一般的な実務に従い、職権鑑定が利用される場合には、時間がかかることが多い。

⁴² 本国管轄を否定する少数説として、池原季雄「離婚に関する国際私法上の二・三の問題」家月 4 卷 12 号（1952 年）1 頁以下、澤木敬郎「涉外家事事件手続の概要」『講座・実務家事審判法 5・涉外関係事件』（日本評論社、1990 年）12 頁以下。

⁴³ 小野寺・前掲論文 166 頁以下参照。

⁴⁴ 岡野祐子『国際私法判例百選〔新法対応補正版〕』（有斐閣、2007 年）183 頁、道垣内正人「離婚事件の国際的裁判管轄権--その新たなルール化をめざして」法律のひろば 39 卷 11 号（1986 年）3 頁以下参照。東京家審平成 19 年 9 月 11 日家月 60 卷 1 号 108 頁は、オーストリア離婚判決の承認に関する間接管轄（民訴第 118 条第 1 号）について、一方配偶者の国籍だけを管轄原因とするのは過剰管轄であると述べている。

それに対して、一方配偶者の国籍だけでは足りず、夫婦に共通の国籍がある場合にそれを管轄原因とする例として、ハーグ離婚条約第2条第3号、ブリュッセル IIbis 規則第3条第1項 b号がある。

また、一方配偶者の国籍に加えて特定の要件を加重することで、管轄原因として認める例もある。ハーグ離婚条約第2条第4及び第5号によれば、申立人の本国管轄を認めるためには、①申立人が判決国に常居所を有したこと（第2条第4号 a）、②申立人が申立てに先立つ2年間に少なくともその一部が含まれる1年間継続して判決国に常居所を有したこと（同 b）、あるいは、③申立人が申立時点において判決国に現在しており、しかも夫婦が申立時点において、離婚を認めない国に最後の共通常居所を有したこと（第2条第5号 a 及び b）のいずれかの要件が満たされなければならない。同様に、ブリュッセル IIbis 規則第3条第1項 a 号第6款も、原告が自己の本国に常居所をもっており、そこに申立て直前の6ヶ月以上前から居住していることを要件としている。

従来、本国管轄を認める根拠として、一国はその国民に対して対人主権に基づき国民の身分関係の保護のために管轄をもつべきであること、わが国の国際私法が身分関係について本国法主義を採用し、身分関係が本国と密接な関係をもつとしている以上、その管轄権も当然本国に認められるべきことなどが挙げられてきた⁴⁵。もとより移民が急増している欧米諸国においては、当事者が本国との実質的な結び付きを失っていることも少なくなく⁴⁶、EU 規則における準拠法決定の基準としても、本国法主義から常居所地法主義へと移行する傾向が顕著である⁴⁷。しかし、少なくともわが国の現状及び国籍法等に鑑みれば、当事者が日本人であれば、基本的に日本と実効的な結び付きを保持しており、言語等の面でも訴訟追行上便宜であることが多いと推測される。

また、日本が本国として管轄権を行使することで、自国民の身分関係について判断し、戸籍に反映させることが可能になる。わが国の戸籍制度は、日本国民だけを登載し、国民登録としての機能も果たす特殊な身分登録制度であり、日本国民の身分関係を正確かつ網羅的に反映することを旨とする。ところが、外国在住の日本人と外国人の夫婦が外国で婚姻無効確認判決等を得たとしても、日本で判決が承認されなければ、戸籍に反映させられない⁴⁸。また、日本人が居住す

⁴⁵ 溜池・前掲書 472 頁以下。

⁴⁶ 特に欧米諸国においては重国籍者が増えており、必ずしも当事者が密接な関係をもたない共通本国が存在する場合もありうることに注意が必要である。ブリュッセル IIbis 規則第3条第1項 b号の解釈としては、構成国同士の国籍は同等であり、その実効性の有無を問わず、いずれも管轄原因となるとされている。European Court of Justice, 16.7.2009, Case C-168/08, Laszlo Hadadi (Hadady) v Csilla Marta Mesko, married name Hadadi (Hadady), Report 2009 I-06871.

⁴⁷ 特に、離婚準拠法に関する EU 規則〔ローマ III 規則〕(Council Regulation (EU) No 1259/2010 of 20 December 2010 implementing enhanced cooperation in the area of the law applicable to divorce and legal separation, O.J. 2010, L 343/10) 参照。また、一般的な議論として、Heinz-Peter Mansel, Die kulturelle Identität im Internationalen Privatrecht, in: *BerDGesVR* 43 (2008), pp. 137 *et seq.*

⁴⁸ 戸籍実務においては、外国判決に基づく報告的届出がなされた場合には、判決の謄本及び判決確定証明書等に基づいて民事訴訟法 118 条の承認要件が満たされているかどうかを判断して、届出の受否を決定する。ただし、実際には、当該判決が明らかに民事訴訟法 118 条の承認要件を欠いていると認められないかぎり（し

る外国の法律上夫婦の婚姻が成立していない場合には、そもそも当該外国において婚姻無効確認又は取消し、離婚等を請求することができない⁴⁹。このような場合を勘案すると、当事者の日本国籍を根拠としてわが国の国際裁判管轄を認めることで、本国として自国民の身分関係に適切な保護を与え、戸籍上の身分関係の正確さを期すことにも合理性があるともいえよう。

他方で、国際私法における準拠法の決定と、国際民事手続法における国際裁判管轄の決定とは基本的発想が異なっており、後者においては、第一義的に当事者の訴訟上の便宜を図ることが重要である。そして、本国管轄を認めると、夫婦が外国に居住している場合には、被告に過大な応訴の負担がかかるほか、事実上日本人配偶者による「逃げ帰り離婚（又は婚姻無効確認）」を認める結果となりかねない。このような観点からは、日本の裁判所による過剰管轄を避け、原告の利益と被告の防禦権の双方に配慮するために、一方配偶者の国籍だけを管轄原因とするのではなく、それが共通本国であること、あるいはその者が一定期間日本に居住していること等を要件として加重することも考えられるであろう。

このように本国管轄を認めることにはメリットとデメリットがあり、慎重な検討が必要になるものと解される。

(d) 婚姻举行地

婚姻の無効及び取消しは、婚姻の成立要件に関わる問題である。特に婚姻の方式要件の欠缺が問題となる場合には、離婚に関する管轄原因に加えて、端的に婚姻举行地の管轄を認めることも考えられよう⁵⁰。米国においては、婚姻举行地も管轄原因とされている⁵¹。仮に日本で婚姻が举行された後、外国に住所をもつ夫婦がその外国で婚姻無効確認判決等を得たとしても、それが日本で承認されるとは限らないため、婚姻举行地を管轄原因とすれば当事者の便宜が図られることもあろう。もとより婚姻の無効及び取消しについて、一方当事者の日本国籍を基準とする本国管轄を認めるのであれば、戸籍訂正の必要性には対応できる。しかし、外国人同士が日本において日本法上の方式に従って婚姻を举行した場合にも、戸籍窓口によって届出書類は保管され、婚姻届受理証明書が発行される。それゆえ、日本における婚姻举行時の方式等に瑕疵があった場合に

かも 4 号要件はそもそも戸籍窓口では調査されない、届出は受理される扱いとなっている（昭 51・1・14 民ニ 280 通達参照）。南敏文・澤木敬郎編『新しい国際私法』（日本加除出版、1990 年）42 頁以下。

⁴⁹ 離婚についても、日本人夫婦が居住する外国が離婚を認めていない又は要件がきわめて厳格である場合に、日本で裁判離婚を請求できることになる。ただし、世界的に見て、マルタが 2011 年に離婚を導入した後は、離婚を認めない法制は、フィリピン、パチカン市国、そしてカノン法上の婚姻法制を採用している若干の法域（宗教ごとに適用される婚姻法が異なる中近東諸国〔シリアほか〕にその例が見られる）などに限定されている。Dieter Henrich, Internationales Scheidungsrecht — einschließlich Scheidungsfolgen —, 2. Aufl., Bielefeld 2005, para. 94; Staudinger/Mankowski, » Berlin 2011, Art. 17 EGBGB, para. 20 et seq.

⁵⁰ 鳥居淳子・ジュリ 295 号 88 頁、三浦正人編『国際私法』（青林書院、1983 年）249 頁〔松岡執筆〕（未確認）。

⁵¹ 上述 I-3 参照。

は、端的に婚姻挙行地の国際裁判管轄を認めることも考えられるであろう（前掲・東京高判平成2年2月27日参照）。

ところで、婚姻無効確認又は取消しの訴えは、当事者である夫婦間で請求されるだけでなく、相続権者等の利害関係人（前掲・東京高判平成2年2月27日の事案）、あるいは検察官のような公益代表者が提起することもある。わが国の学説の中には、このような第三者が原告となる場合について、婚姻挙行地、婚姻住所地、身分登録地などに管轄を認める説もある⁵²。もっとも、提訴権者が誰であるかは、準拠実質法ごとに相対的に決まるものである。また、同様の問題が生じうる親子関係存否確認等については特に議論はなく、提訴権者によって管轄原因を異にする立法例も見られない。日本における婚姻挙行時の方式の瑕疵等が問題となる場合については、婚姻挙行地を管轄原因とすることの可否と合わせて、特定の提訴権者に固有の管轄原因を認めることの可否も検討しておく必要があるであろう。

(e) その他の管轄原因

(aa) 応訴管轄

離婚の国際裁判管轄については、昭和39年ルールの枠内で原告の住所地管轄を認める事情として、被告の応訴が挙げられることが少なくない⁵³。これは、被告の応訴があれば、被告保護の観点から問題はないことを理由とする。それに対して、多数説は、離婚事件について合意管轄及び応訴管轄のいずれも否定しており、その理由として、人事訴訟事件に関しては当事者の任意処分が制限されること（請求の放棄・認諾に関する民事訴訟法第266条は、人事訴訟事件には準用されない〔民事訴訟法第19条第2項〕）、そして法廷地漁りが助長されうることを挙げている⁵⁴。ブリュッセル IIbis 規則においては、応訴管轄は認められていない。

(bb) 反訴

上述のように、わが国の裁判例においては、本訴としての後婚取消訴訟に対して、反訴として前婚無効確認訴訟が提起された場合、あるいは協議離婚無効確認訴訟に対して、予備的反訴として離婚訴訟が提起された場合について、反訴が本訴と密接な関係をもつことを理由に、反訴の国際裁判管轄が肯定された例がある。なお、ブリュッセル IIbis 規則第4条は、第3条に基づいて管轄をもつ裁判所は、同規則の事項的適用範囲に入る反訴についても管轄が認められるとしている。

⁵² 本間ほか・前掲書 80 頁，三井・前掲論文 229 頁，木棚照一＝松岡博＝渡辺惺之『国際私法概論』（有斐閣）（未確認）。

⁵³ 溜池・前掲書 474 頁以下，小野寺・前掲論文 170 頁以下，三井・前掲論文 229 頁ほか。

⁵⁴ 本間ほか・前掲書 77 頁参照。

B. 婚姻の身分的・財産的効力

1. 総説

婚姻の身分的・財産的効力については、準拠法の決定及び適用に関して学説上の議論が活発である。しかし、国際裁判管轄についてはほとんど議論がなく、裁判例も限られている。もとより離婚の際には夫婦財産制の解消及び財産分与等も問題となるが、これらは一般に離婚の附帯処分として扱われ、独立の国際裁判管轄の問題が生ずることは明確には意識されてこなかったように思われる。

ところで、婚姻の身分的・財産的効力には様々な問題が包括されるが、一般にわが国の国際私法上は、次のように性質決定がなされている。

第一に、婚姻の身分的効力の単位法律関係（通則法第 25 条）には、一般に、①日常家事債務に関する他方配偶者の責任、②夫婦間の同居義務・貞操義務、③夫婦間の契約の取消し等の問題が包括される⁵⁵。①日常家事債務について、従来の多数説は、婚姻の共同生活の円滑な運営のために強行的に認められ、夫婦財産契約によって排除できない制度であり、婚姻関係そのものの効果と見るべきことを理由に、婚姻の身分的効力の準拠法によってきた⁵⁶。もっとも、近時は、日常家事債務の問題は、夫婦の財産関係の問題であることを理由に、夫婦財産制の問題と見る立場も有力になりつつある⁵⁷。

第二に、婚姻の財産的効力、すなわち夫婦財産制の単位法律関係には（通則法第 26 条）、一般に、①法定夫婦財産制、②夫婦財産契約のほか、③個別の財産の帰属及び支配関係、④婚姻生活費の分担、⑤一方配偶者の死亡又は離婚による夫婦財産制の解消が包括される⁵⁸。それに加えて、⑥日常家事債務を夫婦財産制の問題とする有力説のあることは、上述のとおりである。また、④婚姻生活費用の分担については、扶養義務との関係が問題となる。従来の多数説によれば、婚姻生活維持のための出捐については、まず夫婦財産制の問題として婚姻生活費用の分担が定められること、そして一方配偶者が自己の分担を果たせず、他方配偶者がその分を代わりに負担するに至った段階で、初めて扶養義務の問題になると解されていた⁵⁹。それに対して、最近では、婚姻生活費用の分担を一括して扶養義務の問題とみる見解が有力になっている⁶⁰。裁判例においても、

⁵⁵ 溜池・前掲書 446 頁以下。

⁵⁶ 溜池良夫「婚姻の効果」『国際私法講座〔第 2 巻〕』（有斐閣、1955 年）545 頁以下。

⁵⁷ 櫻田嘉章『国際私法〔第 5 版〕』（有斐閣、2007 年）250 頁（未確認）、高鳥トシ子「涉外婚姻の効力の準拠法——夫婦財産制を中心として——」『講座・実務家事審判法 5・涉外関係事件』（日本評論社、1990 年）141 頁以下、山田・前掲書 427 頁（改説）ほか。

⁵⁸ 溜池・前掲書 443 頁以下。

⁵⁹ 溜池・前掲書 454 頁以下、同・前掲論文（婚姻の効果）552 頁。裁判例として、大阪家審昭和 54 年 2 月 1 日家月 32 卷 10 号 67 頁（事案の詳細については、扶養義務の箇所を参照）。

⁶⁰ 早田芳郎「涉外的扶養関係事件の裁判管轄権及び準拠法」『講座・実務家事審判法 5・涉外関係事件』（日本評論社、1990 年）265 頁、高鳥・前掲論文 140 頁、山田・前掲書 541 頁。

扶養義務として性質決定するものがほとんどである⁶¹。後者の見解は、扶養義務に関するハーグ諸条約によれば、扶養義務には、各国の法制上の名称を問わず、人の生活に必要なあらゆる類型の財産給付が含まれること、そして婚姻費用分担の請求は扶養を目的とするのが通常であり、夫婦間の扶助義務と平仄を合わせるべきことなどを理由とする。

第三に、夫婦間の扶養義務は、かつては婚姻の身分的効力の問題として（法例第14条〔当時〕）性質決定されていたが、わが国が「扶養義務の準拠法に関するハーグ条約」を批准し、「扶養義務の準拠法に関する法律」を制定した後は、扶養義務が独立の単位法律関係となっている。したがって、現在では、①夫婦間の協力・扶助義務、そして②離婚後の扶養は、端的に扶養義務の問題に含まれる（ただし、②は扶養義務の準拠法に関する法律第4条第1項に従い、離婚に適用された法による）。また、③婚姻費用分担を扶養義務の問題と性質決定する有力説もあるのは、上述のとおりである。それに対して、離婚時の財産分与については、多数説は、固有の離婚給付として離婚準拠法による（通則法第27条）としている。財産分与は、妻の家事労働や夫の財産形成への貢献など、婚姻中にはその価値が顕在化していなかったものを婚姻解消時に評価し、夫婦の財産を調整する性質をもつからである⁶²。

もとより以上のような国際私法における性質決定の議論は、そのまま国際裁判管轄の決定に当てはまるわけではなく、管轄規則を法制化する際には、抵触規則における単位法律関係と異なる類型化を行うことも可能である。この点は、この点は、どのように類型化して管轄規則を整備するかに関わるため、詳細は今後の議論にゆだねることとし、以下では、特に夫婦財産事件に関する国際裁判管轄について検討することにしたい。なお、婚姻費用分担事件に関する国際裁判管轄については、扶養義務の箇所でも論ずることとする。

2. 日本法の状況

夫婦財産制に係るわが国の裁判例として、以下のものが挙げられる。

京都地判昭和32年10月17日（下民集8巻10号1940頁）は、日本在住のカナダ人妻が、日本在住の英国人夫の訴外銀行に対する借入金債務の担保として自己の保有する株式を提供したところ、債務が返済されず、同銀行が株式を処分したため、妻が夫に求償した事件である。本判決は、

⁶¹ 山田・前掲書541頁。高鳥・前掲論文140頁。古い裁判例である東京家審昭和49年1月29日家月27巻2号95頁、那覇家（コザ支）審昭和53年3月7日家月31巻12号87頁、大阪高決昭和55年8月28日家月32巻10号90頁（前掲・大阪家審昭和54年2月1日の抗告審）、そして東京家審昭和55年9月22日家月35巻6号120頁は、扶養義務の問題と性質決定したうえで、法例第14条（当時）に従い、夫の本国法を適用している。わが国が扶養義務の準拠法に関する条約を批准し、扶養義務の準拠法に関する法律を制定した後は、同法が適用されている。神戸家審平成4年9月22日家月45巻9号61頁、熊本家審平成10年7月28日家月50巻12号48頁など。

⁶² 溜池・前掲書470頁、鳥居淳子「涉外離婚事件の準拠法」『講座・実務家事審判法5・涉外関係事件』（日本評論社、1990年）153頁以下、山田・前掲書451頁ほか。

国際裁判管轄には言及しないまま、本案について判断している。夫婦財産制の準拠法については、婚姻当時の夫の本国法（法例第15条〔当時〕）としての英国法であったが、英国国際私法は、法定夫婦財産制について不動産は所在地法、動産は婚姻当時の夫の住所地法によっており、本件株式については日本法への反致が成立するとした（法例第29条〔当時〕）。そして、民法第762条は夫婦別産制によっており、夫婦の一方が婚姻前から有する財産及び婚姻中自己の名で取得した財産はその特有財産となるため、妻がその特有財産を夫の債務の担保として差入れ、担保権の実行によってその所有権を失ったときは、妻は夫に求償権をもつとし、請求を認容した。

神戸地判昭和34年10月6日（下民集10巻10号2099頁）は、日本在住の英国人夫からオーストラリア人妻（転地療養のため、昭和32年10月子二人を連れてオーストラリアに出帆。住居は日本にある）に対して、所有権に基づいて、被告方にある原告のピアノを返還するよう請求した事件である。本判決は、国際裁判管轄には言及しないまま、本案について判断している。そして、夫婦財産制の準拠法である英国法（夫の本国法：法例第15条〔当時〕）の内容が不明であるため、条理によって本件ピアノが夫の単独所有であると解されるとし、返還請求を認容した。

東京高判昭和61年1月30日（家月39巻6号46頁）は、米国在住の米国人夫（カリフォルニア州出身）が日本人妻に対して、両者の離婚後、日本に所在する土地建物が両者の共有であることの確認等を請求した事件である。本判決も、国際裁判管轄には言及しないまま、本案について判断している。夫婦財産制の準拠法については、法例第15条及び第27条第3項（当時）によれば夫の本国法である米国カリフォルニア州法となるところ、同州の判例法及び抵触法第2リストイメントによれば、不動産の所在地法である日本法への反致が成立するとした（法例第29条〔当時〕）。そして、日本法は夫婦別産制によっているため、本件土地建物は妻の単独所有であったとし、夫による控訴を棄却した。

他方、東京高判平成8年3月12日（判タ950号230頁：原審・東京地判平成7年5月29日TKC28010532）は、離婚後の夫婦財産の調整に関する米国判決の承認の可否が争われた事案である。本件では、米国在住の米国人夫婦が共同名義で、被告のディストリビューターとしての契約上の地位を有していたところ、両者の離婚後、夫は米国ヴァージニア州において本件地位が夫に単独帰属することを決定する判決を得た。それに対して、両者は各々被告を相手方として、本件地位の共同帰属又は単独帰属の確認、契約名義の変更等を求めて日本で提訴した。本判決は、米国ヴァージニア州判決は民事訴訟法200条（当時）の承認要件を満たすとし、被告は契約の相手方からの名義変更承認請求を承認すべき契約上の義務を負うとして妻の請求を棄却し、夫の請求を認容した。

以上の裁判例は、いずれも求償権の行使又は個別財産の帰属が争われた財産事件であり、その前提として法定夫婦財産制の内容が審査されている。これらの裁判例においては、いずれも夫婦双方が日本に住所を有していたか、あるいは少なくとも被告が日本に住所を有していたと解さ

れる（間接管轄に関する前掲・東京高判平成8年3月12日を含む）⁶³。ただし、前掲・京都地判昭和32年10月17日、神戸地判昭和34年10月6日、そして東京高判昭和61年1月30日は、いずれも国際裁判管轄には言及しておらず、どのような根拠で管轄が認められたのかは明らかではない。

なお、大阪家審昭和54年2月1日（家月32巻10号67頁：抗告審・大阪高決昭和55年8月28日家月32巻10号90頁）は、日本在住の妻が米国在住の米国（カリフォルニア州）人夫に対して、婚姻費用分担等を請求した事件である。本審判は、婚姻生活費の分担のあり方は第一義的に夫婦財産制の問題であるとしたうえで、夫婦の一方が無資力で婚姻費用分担能力がなく、他方配偶者に婚姻費用分担を求める場合には扶養請求に当たるとし、申立てを認容した（詳細は扶養義務の箇所参照）。本審判は、外国在住の相手方に対する国際裁判管轄を認めたものであるが、夫婦財産制は、扶養請求の前提問題として判断されているに過ぎない。

3. 比較法

(1) EU 夫婦財産制規則提案及び登録パートナーシップ規則提案

(a) 総説

EU においては、現在、夫婦財産制及び登録パートナーシップ財産制について、それぞれ国際裁判管轄、準拠法、そして外国裁判の承認執行を規律する EU 規則を制定する動きがある。2011年3月16日には、欧州委員会がそれぞれ夫婦財産制規則提案⁶⁴及び登録パートナーシップ財産制規則提案⁶⁵を公表している。これらの規則提案は、いずれも異性間と同性間のカップル双方に適用されることに注意が必要である。

ヨーロッパ諸国においては、同性カップルを法的に保護している構成国が多いが、その形態は様々である。とりわけ①オランダやベルギー、スペインのように男女間の婚姻と全く同じ保護を与える法制、②ドイツの登録パートナーシップのように、婚姻に準ずる効力をもつが、養子縁組等において一定の制約を課す法制、③フランスのパックスのように、一種の契約としてカップルの法的関係を規律する法制などに分類される⁶⁶。①は、同性カップルが異性間の婚姻と同じ保護を受けるもので、夫婦財産制規則提案の適用対象となる。それに対して、②及び③の形態は、

⁶³ なお、当事者の住所地が明確には示されていない事案もある。

⁶⁴ Proposal for a Council Regulation on jurisdiction, applicable law and the recognition and enforcement of decisions in matters of matrimonial property regimes, 16.3.2011, COM(2011) 126 final. (*hereinafter* “Matrimonial Property Regimes Proposal”).

⁶⁵ Proposal for a Council Regulation on jurisdiction, applicable law and the recognition and enforcement of decisions regarding the property consequences of registered partnerships, 16.3.2011, COM(2011) 127 final (*hereinafter* “Property Consequences of Registered Partnerships”).

⁶⁶ 詳細は、中西康「比較国際私法における登録パートナーシップ——抵触法上の各種規律方法の比較分析のための予備的考察」法学論叢 156 巻 3・4 号（2005 年）293 頁以下、林貴美「同性カップルに対する法的保護の現代的動向と国際私法」国際私法年報 6 号（2004 年）138 頁以下、ハインリッヒ・デルナー『国際家族法の現代的課題』「2. 国際私法における同性パートナーシップ」（西谷祐子・申美穂訳）法学 70 巻 2 号（2006 年）159 頁以下、ドイツに関する調査報告 63 頁ほか参照。

登録パートナーシップ財産制提案の適用対象となる。他方で、フランスのパックスは、異性間のカップルも利用できるが、その場合には登録パートナーシップ財産制提案の適用対象となる。

(b) 夫婦財産制

夫婦財産制規則提案は、第3条～第8条において国際裁判管轄を決定するための準則を置いている。そもそも夫婦財産制に関する争いは、死亡、あるいは離婚、別居、婚姻無効による婚姻関係の解消に伴って生ずることが多い。そのため、夫婦財産制規則提案第3条及び第4条は、相続事件又は婚姻事件の管轄をもつ裁判所が附带的に夫婦財産制の解消及び清算についても判断しようとしている。具体的には、夫婦財産制規則提案第3条によれば、(将来制定される予定の) EU相続規則⁶⁷に従い一方配偶者の相続事件について受訴した裁判所は、端的に関連する夫婦財産事件の管轄をもつ。他方、第4条は、当事者の合意を要件として、ブリュッセル *Ibis* 規則に従い離婚、別居、あるいは婚姻無効事件について受訴した裁判所は、関連する夫婦財産事件の管轄をもつとしている。この当事者の合意は、訴訟前にも(ただし書面での合意が要件)訴訟中にも行うことができる。当事者の合意がなければ、第5条以下の規定によって夫婦財産事件の国際裁判管轄が決定される。

夫婦財産制規則提案第5条は、第3条又は第4条が適用されない場合の国際裁判管轄について段階的に決定している。第5条は、相続又は離婚等とは独立に夫婦財産制に関する争いが生ずる場合であり、申立てによって夫婦財産制の変更が求められる場合などが該当する⁶⁸。第5条第1項によれば、第一義的には、①夫婦の共通常居所地の管轄が認められるが(第5条第1項a号)、共通常居所地がなければ、②最後の共通常居所地であって一方配偶者がまだ居住している地(同b号)、それもなければ、③被告の常居所地(同c号)、それもなければ、④夫婦の共通本国(連合王国及びアイルランドについては共通住所)の管轄が認められる。ただし、第5条第2項によれば一定範囲で管轄合意も認められ、当事者は、第16条及び第18条に従い選択した夫婦財産制の準拠法所属国の管轄を合意することができる。この当事者の合意は、訴訟前にも(ただし書面での合意が要件)訴訟中にも行うことができる。

第3条～第5条の規定に従えばいずれの構成国の裁判所も管轄をもたない場合には、第6条に従い、夫婦双方又は一方の財産が所在している構成国の管轄が認められる。ただし、その場合には、受訴裁判所は、その対象財産についてだけ判断することができる。第6条は、特定の構成

⁶⁷ 2009年に、欧州委員会によるEU相続規則提案が公表されている。Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and authentic instruments in matters of succession and the creation of a European Certificate of Succession, 14.10.2009, COM(2009) 154 final.

⁶⁸ Matrimonial Property Regimes Proposal, p. 7.

国に夫婦双方又は一方の財産が所在している場合に、夫婦及び第三者の裁判を受ける権利を保障するものである⁶⁹。

以上の規定に従えばいずれの構成国の裁判所も管轄をもたない場合であって、第三国における裁判手続が不可能である又は適切に行われなるときには、第7条は、緊急管轄として、当該事案と十分に密接な関連性をもつ構成国の裁判所が例外的に管轄権を行使することを認めている。

そのほか第8条によれば、第3条～第7条に従って受訴した裁判所は、この夫婦財産制規則の事項的適用範囲に含まれる反訴について判断するための管轄ももつ。

(c) 登録パートナーシップ財産制

登録パートナーシップ財産制規則提案第3条～第8条は、次のような管轄ルールを置いている。まず登録パートナーシップ財産制は、夫婦財産制と同様に、一方パートナーの死亡、あるいは登録パートナーシップ関係の解消又は無効に際して問題となることが多い。そこで、登録パートナーシップ財産制規則提案第3条第1項及び第4条は、夫婦財産制規則提案第3条及び第4条と同様に、各々相続事件及び登録パートナーシップ事件について管轄をもつ裁判所が、附带的に登録パートナーシップ財産制事件についても判断しうることを規定している（第4条は、同じく当事者の合意を要件とする）。ただし、登録パートナーシップは特殊な制度であり、EU 構成国の中でも制度をもたない国がある。そのため、相続事件の受訴裁判所は、その国の法が登録パートナーシップ制度を承認していない場合には、管轄権行使を拒否することができる（第3条第2項）⁷⁰。

登録パートナーシップ財産制規則提案第3条及び第4条以外の場合で、夫婦財産事件が独立の裁判手続において争われる場合には、第5条第1項に従い、管轄が段階的に決定される。それによれば、第一義的には、①登録パートナーの共通常居住地の管轄が認められるが（第5条第1項a号）、共通常居住地がなければ、②最後の共通常居住地であって一方の登録パートナーがまだ居住している地（同b号）、それもなければ、③被告の常居住地（同c号）、それもなければ、④登録パートナーの登録地（同d号）の管轄が認められる。ただし、a～c号によって管轄をもつ裁判所は、その国の法が登録パートナーシップ制度を承認していない場合には、管轄権行使を拒否することができる（第5条第2項）。④の管轄原因は、登録パートナーシップに固有のものである⁷¹。

第3条～第5条の規定によれば、いずれの構成国の裁判所も管轄をもたない又は管轄権行使を拒否した場合には、第6条の規定に従い、①登録パートナー双方又は一方の財産が所在する地（a号：裁判所は対象財産についてだけ判断できる）、あるいは②登録パートナーの共通本国（連合王国及びアイルランドについては共通住所地）（b号）に管轄が認められる。

⁶⁹ Matrimonial Property Regimes Proposal, p. 7.

⁷⁰ Property Consequences of Registered Partnerships, p. 7.

⁷¹ Property Consequences of Registered Partnerships, pp. 7 *et seq.*

以上の規定によっても、いずれの構成国も管轄をもたない又は管轄権行使を拒否した場合であって、第三国における裁判手続が不可能である又は適切に行われなるときには、第7条は、緊急管轄として、当該事案と十分に密接な関連性をもつ構成国の裁判所が例外的に管轄権を行使することを認めている。

そのほか第8条によれば、第3条～第7条に従って受訴した裁判所は、この登録パートナーシップ財産制規則の事項的適用範囲に含まれる反訴について判断するための管轄ももつ。

(2) ヨーロッパ各国

夫婦財産制及び登録パートナーシップ財産制について EU 規則が制定・施行されるまでは、各構成国の国内法上の管轄ルールが妥当する。

ドイツにおいては、夫婦財産事件が離婚等の附帯処分となる場合には、婚姻事件の管轄に従う。夫婦財産事件が独立の裁判手続において争われる場合の国際裁判管轄は、土地管轄に関する FamFG 第 262 条第 2 項の準用による (FamFG 第 105 条)。FamFG 第 262 条第 2 項は、さらに ZPO の規定を準用しているため、具体的には、①請求の相手方の常居所地 (ZPO 第 12 条及び第 13 条準用)、あるいは②十分な内国牽連性がある場合には財産所在地 (ZPO 第 23 条準用) の管轄が肯定される。夫婦財産登記簿への登記、特に EGBGB 第 16 条に基づく外国法上の契約又は法定夫婦財産制の登記については、夫婦の一方がドイツに常居所をもつかぎり、ドイツ裁判所の管轄が認められる (FamFG 第 105 条による第 377 条第 3 項の準用)⁷²。登録パートナーシップ財産事件 (FamFG 第 269 条第 1 項第 10 号) の国際裁判管轄は、夫婦財産事件に準じて扱われる (FamFG 第 270 条第 1 項第 2 文による FamFG 第 111 条第 9 号の援用)⁷³。

オーストリアにおいては、夫婦関係から生じた財産法上の争いに関する国際裁判管轄は、JN 76 条 2 項の類推適用によるという⁷⁴。したがって、①一方配偶者がオーストリア国籍をもっていること (JN 第 76 条第 2 項第 1 号)、②被告がオーストリアに常居所をもっていること (第 2 号)、③原告がオーストリアに常居所をもつ場合であって、しかも当事者双方の最後の共通常居所がオーストリアにあること、原告が無国籍者であること、あるいは婚姻挙行時にオーストリア国籍をもっていたこと (第 3 号) が管轄原因となる。

スイスにおいては、夫婦財産事件の国際裁判管轄は、第一義的には、①相続事件又は離婚・別居事件の管轄に付随するとされている (IPRG 第 51 条 a 号及び b 号)。②夫婦財産事件が附帯処分

⁷² 夫婦いずれもドイツに常居所をもたないが、一方配偶者がドイツにおいて事業を行う場合、第三者に対抗するためにはドイツでの登記が必要となる (EGBGB 第 16 条第 1 項)。その場合の国際裁判管轄は、EGHGB 第 4 条第 1 項から導かれ、主たる事業所所在地を所轄する夫婦財産登記簿に登記するだけで、土地管轄が発生する。

⁷³ ドイツに関する調査報告 72 頁参照。

⁷⁴ 上述 A-3 及びオーストリアに関する調査報告参照。

ではなく独立の裁判手続において争われる場合には、婚姻の身分的効力（婚姻関係上の権利義務）に関する管轄ルールが準用される（同条c号）。それによれば、(i)夫婦の一方の住所地、それがなければ夫婦の一方の常居所地の管轄が認められ（IPRG 第46条）、(ii)夫婦がスイスに住所も常居所地ももっていないが、夫婦の一方がスイス国民であるときには、夫婦の一方の住所地又は常居所地における訴訟追行が不可能である又は期待できない場合であるかぎり、本国の管轄が認められる（IPRG 第47条）⁷⁵。

4. 考察

(1) 夫婦財産事件に関する管轄原因

上述のように、わが国の裁判例及び学説においては、夫婦財産制に関する議論はあまりなく、国際裁判管轄の決定に関する基準は明らかではない。土地管轄については、夫婦財産契約による財産の管理者の変更等の審判事件について、夫又は妻の住所地が管轄原因となることが定められている（家事審判手続法第150条第2号）に過ぎない。

上述の比較的動向を踏まえれば、重要な管轄原因をいくつか挙げる事ができる。

第一に、夫婦財産事件は、一方配偶者の死亡又は離婚等による婚姻解消時に問題となることが多いため、EU 夫婦財産制規則提案第3条及び第4条、そしてスイス IPRG 第51条a号及びb号が規定しているように、第一義的には、相続事件又は婚姻事件に附帯して管轄を認めるのが相当であると解される。ただし、EU 夫婦財産制規則提案第4条のように、婚姻事件に附帯して夫婦財産事件の管轄を認めるのに当事者の合意を要件とするか否かは、別途検討すべきであろう。

第二に、夫婦財産事件が独立の裁判手続において争われる場合には、別途管轄ルールが必要になる。夫婦間での財産関係をめぐる争いは、離婚のように婚姻の解消を前提とするわけではない。それゆえ、EU 夫婦財産制規則提案第5条のように、第一義的には現在の婚姻住所地、それがなければ過去の婚姻住所地の管轄を認め、それが無い場合に補充的な管轄原因によることに理由がある。これらの管轄原因は、夫婦の生活の中心地を基準とするもので、通常はそこに財産が所在していることも多いと解される⁷⁶。補充的な管轄原因として、被告の住所地のほか、夫婦の共通本国の管轄を認める否かは、離婚、婚姻無効又は取消し等の婚姻事件と合わせて検討することになる。

第三に、夫婦間においては、夫婦財産事件として個々の財産の帰属が争いとなることもある。前掲・神戸地判昭和34年10月6日及び前掲・東京高判昭和61年1月30日などはその例である。このような事案については、個々の財産所在地にも、その対象財産に関するかぎり管轄を認めることも考えられる。EU 夫婦財産制規則提案第6条はその趣旨を定めているほか、ドイツ国内

⁷⁵ スイスに関する調査報告参照。

⁷⁶ Matrimonial Property Regimes Proposal, p. 7.

法上も ZPO 第 23 条の準用によって財産所在地の管轄が認められる（ただし、ZPO 第 23 条の場合には、管轄権の行使は対象財産に限定されない）。

(2) 登録パートナーシップ

わが国の実質法上は、言うまでもなく、同性婚制度も、異性又は同性の婚姻外カップルに法的保護を与えるための登録パートナーシップ制度も存在しない。そこで、仮に外国で成立した同性婚又は登録パートナーシップ等の有効性、身分的・財産的効力、あるいは解消に関する争いについてわが国裁判所に申立てがなされた場合には問題となりうる。学説においては、同性婚又は登録パートナーシップ等の準拠法決定に関する議論はあるが⁷⁷、国際裁判管轄との関係では、そもそも家事事件手続法及び人事訴訟法が予定していない制度について家庭裁判所が職分管轄をもつか否かという点から考察すべきことになる。EU 登録パートナーシップ財産制規則提案第 3 条第 2 項、第 5 条第 2 項が、登録パートナーシップ制度を承認していない構成国の裁判所に管轄権行使を拒否することを認めているのは示唆的である。

なお、同じく日本法が知らない制度として、(法定)別居制度（イタリア、ブラジルなど）がある。学説においては、現在の多数説は、従来の通説とは異なって⁷⁸、別居に関する家庭裁判所の職分管轄を肯定している。その理由として、別居の要件及び手続は本質的に裁判離婚と異なること、効果として法的な婚姻関係は継続するが、婚姻共同体は解消され（夫婦財産制の解消、未成年子の親権者・監護権者の指定ほか）、別居は一種の「効果の弱い離婚」といえること、日本に居住する外国人夫婦（特にブラジル人夫婦）が別居決定を得るために常に本国に戻らねばならないとすると、大きな負担になること等が挙げられている⁷⁹。ただし、実際に別居を命じた裁判例は、まだ見当たらない。

⁷⁷ 前掲注 61 参照。

⁷⁸ 江川英文『国際私法[改訂版]』（有斐閣，1970 年）276 頁，久保岩太郎『国際私法概論[改訂版]』（厳松堂，1953 年）228 頁以下，実方正雄『国際私法概論』（有斐閣，1942 年）296 頁。

⁷⁹ 折茂豊『国際私法各論[新版]』（有斐閣，1972 年）314 頁，木棚照一・松岡博・渡辺惺之『国際私法概論[第三版補訂版]』（有斐閣，2001 年）192 頁，櫻田嘉章『国際私法[第五版]』（有斐閣，2006 年）266 頁以下，溜池・前掲書 478 頁以下など。詳細は，西谷祐子「わが国におけるブラジル人の離婚について」法学 66 卷 3 号（2002 年）302 頁以下参照。

3. 離婚及びその効果

(執筆担当：慶應義塾大学 北澤 安紀)

①2003年ブリュッセル IIbis 規則

離婚、法定別居及び婚姻無効事件の EU 域内での国際裁判管轄及び裁判の承認執行については、2003年のブリュッセル IIbis 規則 3 条以下に定めがある。ブリュッセル IIbis 規則 1 条 1 項・2 項によれば、この規則は、離婚、法定別居及びあらゆる形態で婚姻を無効とする事件のほか、親責任（親権又は監護権）の帰属、行使、委託、制限又は終了をめぐる争いについて適用される。

ブリュッセル IIbis 規則では、離婚、法定別居及び婚姻無効事件の国際裁判管轄について、①夫婦双方が常居所を有する地（同規則 3 条 1 項 a 号 1 款）、②夫婦双方が最後に常居所を有した地で、夫婦の一方がなおそこに居住している地（同条 1 項 a 号 2 款）、③被告配偶者が常居所を有する地（同条 1 項 a 号 3 款）、④夫婦が共同申立てを行う場合には、夫婦の一方が常居所を有する地（同条 1 項 a 号 4 款）、⑤原告配偶者の常居所地、ただし申立人が申立てを行う直前の 1 年間以上その地に居住していた場合（同条 1 項 a 号 5 款）、⑥原告配偶者の常居所地、ただし申立人が申立てを行う直前の 6 ヶ月以上その地に居住しており、かつ当該加盟国の国民である（または、連合王国及びアイルランドについては当該国のドミサイル (domicile) を有している）場合（同条 1 項 a 号 6 款）、が管轄原因として定められている。また、⑦夫婦双方がいずれかの加盟国の国籍（連合王国及びアイルランドについてはドミサイル）をもつ場合にも、裁判管轄が認められる（同規則 3 条 1 項 b 号参照）。規則 3 条にいう「ドミサイル」の意味は、連合王国及びアイルランド法に従う（同規則 3 条 2 項参照）。このほか、規則 3 条の管轄原因に従い管轄のある裁判所は、反訴の管轄も有する（同規則 4 条）。また、規則 3 条に従い法定別居について管轄のある裁判所は、これを離婚に変更する管轄をも有する（同規則 5 条）。ブリュッセル IIbis 規則 6 条は、加盟国に常居所を有する者や加盟国の国民（連合王国とアイルランドについては当該国の領域内にドミサイルを有する者）は、他の加盟国においては、ブリュッセル IIbis 規則の 3 条、4 条、5 条に規定される管轄原因に従ってのみ訴えられるとしている。さらに、規則 7 条は、ブリュッセル IIbis 規則ではなく、加盟国の国内法に基づいて管轄が決める場合（残余の管轄 (residual jurisdiction)）についても規定している。すなわち、

規則 7 条 1 項によれば、いかなる加盟国の裁判所も 3 条、4 条、5 条に基づく管轄を有しない場合には、各加盟国において、管轄は、当該加盟国の法律に従って決定されるとしている。この 7 条と 6 条の規定をあわせて解釈すると、非加盟国の国民で、加盟国に常居所を有しない者が相手方となる場合にはじめて、7 条の「残余の管轄」（＝各加盟国の国内法上の管轄ルール）に従い、裁判管轄を決定すべきことになる。

離婚、法定別居、婚姻無効事件に関する外国判決の承認については、ブリュッセル II bis 規則 21 条以下の、執行については、規則 28 条以下の規定に従う。規則 21 条 1 項によれば、EU のいずれかの加盟国の裁判所の判決は、他の加盟国において、いかなる手続も経ることなく承認される。ただし、離婚等の事件については、その判決を承認することが自国の公序に明らかに反する場合、その訴えの送達が敗訴した当事者に適正な時期にかつ防御の機会を与えるような方法でなされなかった場合、自国における同一当事者間の裁判の判決に反する場合、及び、自国又は第三国で同一当事者間の争いについて先行する判決が存在し、それに反する場合には、承認されない（同規則 22 条）。

ブリュッセル II bis 規則においては、国際訴訟競合に関する規定も設けられている（規則 19 条）。ブリュッセル II bis 規則のもとでは、離婚等の事件について、裁判管轄が複数認められる可能性があるためである。かりに、離婚、法定別居及び婚姻無効等の事件が、加盟国の裁判所（第 1 裁判所）に係属したのちに、同一の当事者の離婚等の訴えが他の加盟国の裁判所（第 2 裁判所）に提起された場合には、第 1 裁判所がその国際裁判管轄について判断するまで、第 2 裁判所は、判断を停止することとされている（規則 19 条 1 項）。そこでは、先に訴訟に係属した裁判所が優先される。また、第 2 裁判所の判断の停止中に、第 1 裁判所に国際裁判管轄があるとの判断が当該裁判所で下された場合には、第 2 裁判所は、訴えを却下することになる（規則 19 条 3 項）。訴えを却下された当事者は、第 1 裁判所に反訴を提起することができる（規則 19 条 3 項後段）。

②1970 年ハーグ離婚及び別居の承認に関する条約

離婚及び別居の承認に関するハーグ条約 2 条は、間接管轄について定めた規定であり、それによれば、離婚又は別居の判決は、①相手方が判決国に常居所を有していたとき、②申立人が判決国に常居所を有し、かつ、申立の日まで少なくとも 1 年間その常居所を有していること、又は、夫婦が判決国に最後の共通常居所を有していたとき、

③夫婦双方が判決国の国民であったとき、④申立人が判決国の国民で、かつ、申立人が判決国に常居所を有していたこと、又は、申立人が、申立の日に先立つ2年間に少なくともその一部が含まれている1年間継続して判決国に常居所を有していたとき、⑤離婚の申立人が判決国の国民であり、かつ、申立人が、申立の日に、判決国に現在したとき、又は、夫婦が、申立の日に、その国の法律が離婚を認めていない国に、最後の共通常居所を有していたとき、締約国で承認される。

また、承認を求められた国の国内法によれば、それと同一の事実に基づいては離婚又は別居が許されない場合があることや、その承認を求められた国の国際私法規定によれば、準拠法となるべき法律でないものが適用されたからといって、離婚又は別居の承認を拒絶することはできない(6条)。

③わが国の判例・学説

・離婚事件の国際裁判管轄

渉外的な離婚事件について、日本の裁判所がどのような場合に国際裁判管轄を有するかについては、よるべき条約や明確な国際法上の原則も、また、これを直接に規定した法令も存在しないため、解釈(条理)に委ねられてきた。

最高裁昭和39年3月25日大法廷判決¹は、戦前に中華民国において朝鮮人と婚姻し、戦後単身帰国した元日本人妻(日本在住)から、日本に来たことのない行方不明の夫に対する離婚訴訟について、「離婚の国際的裁判管轄権の有無を決定するにあたっては、被告の住所がわが国にあることを原則とすべき」であるが、「原告が遺棄された場合、被告が行方不明である場合その他これに準ずる場合においても、いたずらにこの原則に膠着し、被告の住所がわが国になければ、原告の住所がわが国に存していても、なお、わが国に離婚の国際的裁判管轄権が認められないとすることは、わが国に住所を有する外国人で、わが国の法律によっても離婚の請求権を有すべき者の身分関係に十分な保護を与えないこととな」として、わが国の裁判管轄権を肯定した。住所が異なる外国人夫婦の離婚の国際裁判管轄の決定についてこの判決が示した、原則として被告の住所地主義をとり、「原告が遺棄された場合」、「被告が行方不明である場合」、「その他これに準ずる場合」には、例外的に原告の住所地にも管轄を認めるという原則は、昭和39年ルールと呼ばれ、最高裁昭和39年4月9日第1小法廷判決²において

¹ 民集18巻3号486頁。本判決以前の学説については、山田恒久「離婚の国際裁判管轄」獨協法学54号46頁参照。

² 家月16巻8号78頁。

も踏襲された。このケースは、日本在住のアメリカ人夫からの、アメリカ在住のアメリカ人妻に対する離婚訴訟であるが、最高裁は、この事件の事実関係は、「原告が遺棄された場合」、「被告が行方不明である場合」、「その他これに準ずる場合」のいずれにも該当しないとして、わが国の裁判所の管轄権を否定した。これら2つの最高裁判決によって、日本の判例法の原則が一応確立したものとされている³。

これに対し、最高裁平成8年6月24日第2小法廷判決⁴は、日本在住の日本人夫からの、ドイツ在住のドイツ人妻に対する離婚訴訟について、「離婚請求訴訟においても、被告の住所は国際裁判管轄の有無を決定するに当たって考慮すべき重要な要素であり、被告が我が国に住所を有する場合に我が国の管轄が認められることは、当然というべきである」、「しかし、被告が我が国に住所を有しない場合であっても、原告の住所その他の要素から離婚請求と我が国との関連性が認められ、我が国の管轄を肯定すべき場合のあることは、否定し得ないところであり、どのような場合に我が国の管轄を肯定すべきかについては、国際裁判管轄に関する法律の定めがなく、国際的慣習法の成熟も十分とは言い難いため、当事者間の公平や裁判の適正・迅速の理念により条理に従って決定するのが相当である」とし、「管轄の有無の判断に当たっては、応訴を余儀なくされることによる被告の不利益に配慮すべきことはもちろんであるが、他方、原告が被告の住所地国に離婚請求訴訟を提起することにつき法律上又は事実上の障害があるかどうか及びその程度をも考慮し、離婚を求める原告の権利の保護に欠けることのないよう留意しなければならない」とした上で、具体的な事実関係に照らし、ドイツにおいてはドイツ人妻が提起した離婚訴訟において判決が確定しているが、わが国において、当該判決は、民訴法200条2号（現118条2号に相当）の要件を欠くためその効力を認めることができず、かりに原告たる日本人夫がドイツに離婚請求訴訟を提起しても、すでに婚姻が終了していることを理由として訴えが不適法とされる可能性が高く、夫にとっては、わが国に離婚請求訴訟を提起する以外に方法はないとして、わが国の国際裁判管轄を肯定した。なお、この平成8年最高裁判決は、夫婦の一方が日本人である離婚事件の国際裁判管轄に関する初めての最高裁判決であるが、わが国の管轄を認めるにあたり、当事者の国籍には言及していない。平成8年最高裁判決については、それが昭和39年ルール of 枠組みの中で判断されたものであるのか否かが問題となっており、この点については様々見解が主張されている。昭和39年ルール of 「そ

³ 山田鏡一『国際私法〔第3版〕』（有斐閣・2004年）462頁。

⁴ 民集50巻7号1451頁。

その他これに準ずる場合」に該当するとの見解がある⁵一方で、本判決は、わが国に離婚訴訟を提起する以外に婚姻関係を終了させる方法がないことを理由に日本の裁判所の管轄を肯定している点で、いわゆる緊急管轄を認めたものであるとする見解⁶、国際裁判管轄について「当事者間の公平や裁判の適正・迅速の理念により条理に従って決定する」としていることから、マレーシア航空事件判決（最判昭和 56・10・16 民集 35 卷 7 号 1224 頁）の判断枠組みを離婚事件について踏襲したものとする見解⁷、等がある。

離婚事件の国際裁判管轄については、様々な学説が主張されている。特に、管轄の基準として認められるのは住所のみか、それとも、国籍と住所か。また、夫婦の住所、国籍が異なる場合、いずれの住所、国籍を基準とするのか、について見解が対立している。

国籍については、これを管轄の決定基準とする説⁸とそれを否定する説⁹がある。最近では、国籍のみを管轄の基礎とする見解は存在せず、それを管轄の決定基準とする場合にも、補充的にのみ用いるという見解が示されている¹⁰。国籍を管轄の決定基準とする説の中には、特に夫婦が国籍を異にする場合、夫婦いずれの本国にも管轄を認める立場が多数説であるが、被告の本国にのみ管轄を認める立場、夫の本国のみに管轄を認める立場もある。住所を管轄原因とする場合、特に夫婦が住所を異にするときは、夫婦いずれの住所地国にも管轄を認める説、被告住所地国の管轄を原則としつつ、遺棄等の特別の事情がある場合に例外的に原告住所地国の管轄を肯定する説¹¹が有力に主張されてきた。最高裁 39 年判決は、この後者の説に従ったものといえる。

1961 年の法制審議会国際私法小委員会による「法例改正要綱試案（婚姻の部）」7 離婚の裁判管轄権第 15 では、以下のような提案が示されている。

⁵ 山田・前掲書 463 頁。

⁶ 多喜寛・平成 8 年重要判例解説（ジュリスト 1113 号）287 頁、道垣内正人・ジュリスト 1120 号 133 頁、出口耕自『基本論点国際私法〔第 2 版〕』（青林書院・2001 年）243 頁ほか。

⁷ 横溝大「最高裁判所民事判例研究」法協 115 卷 5 号 689 頁。

⁸ 久保岩太郎「国際離婚事件に関するわが裁判権」一橋論叢 36 卷 1 号 10 頁ほか。

⁹ 池原季雄「離婚に関する国際私法上の二、三の問題」家月 4 卷 12 号 6 頁、道垣内正人「離婚事件の国際的裁判管轄権」ひろば 39 卷 11 号 24 頁、矢澤昇治「涉外離婚訴訟における国際裁判管轄について（2・完）」熊本法学 44 号 13 頁等参照。

¹⁰ 渡辺惺之・判例評論 367 号（判例時報 1315 号）9 頁、山田（恒）・前掲注 67 頁、貝瀬幸雄「離婚事件の国際裁判管轄小考」名古屋大学法政論集 140 号 22 頁ほか。

¹¹ 池原・前掲論文 6 頁以下、江川英文『国際私法（改訂版）〔有斐閣全書〕』274 頁ほか。

甲案

1. 被告が日本に住所を有するときは、日本の裁判所に管轄権がある。
2. 次の場合には、被告の住所が日本になくても、原告が日本に住所を有するときは、日本の裁判所に管轄権がある。

イ 原告が遺棄された場合、被告が国外に追放された場合、被告が行方不明である場合その他これに準ずる場合

ロ 被告が応訴した場合

乙案

当事者のいずれか一方が日本人であるとき又は日本に住所を有するときは、日本の裁判所に管轄権があるものとする。

このほか、1970年の「離婚及び別居の承認に関するハーグ条約」2条が定める管轄規則や、改正前の人事訴訟手続法1条を類推又は参考として、婚姻住所地を管轄の決定基準とすることも主張されている。もっとも、人事訴訟手続法は、平成15年の改正によって人事訴訟法となり、裁判管轄については、「婚姻住所地」から「当事者が普通裁判籍を有する地」へと改められている（人事訴訟法4条参照）。

・手続の調整問題

裁判離婚主義をとる国の法が離婚の準拠法である場合に、わが国の調停又は審判手続によることができるか。わが国の多数説は、調停離婚も審判離婚も当事者の意思に基礎を置く離婚制度であることから、離婚準拠法上、裁判離婚しか認められていない場合には、それらの手続によることはできないとする¹²。それに対し、家庭裁判所の実務は、調停前置主義を前提に、涉外離婚について、調停による離婚や審判による離婚を認めている。そこで、こういった実務を考慮してか、調停離婚も審判離婚も当事者の自由に任されているのではなく、常に裁判所の判断が加わる一種の簡易裁判であることを理由に、これらを裁判離婚の一種と解する説¹³が主張されているほか、わが手続法の精神から涉外離婚についても調停前置主義を認め、家事審判法23条に準じた審判を行うべきであるとする説¹⁴もある。近時は、23条審判説を支持するものが増えてきている¹⁵。また、日本の手続にどこまでの代行可能性が認められるかについては、

¹² 折茂豊『国際私法〔各論〕〔新版〕〔法律学全集〕』（有斐閣・1972年）305頁、溜池良夫『国際私法講義〔第3版〕』（有斐閣・2005年）463頁、山田・前掲注449頁。

¹³ 久保岩太郎『国際身分法の研究』（有信堂・1973年）129頁。

¹⁴ 海老沢美広「国際離婚法三題」久保還暦329頁。

¹⁵ 舩場準一・ジュリスト864号（1986年）113頁、澤木敬郎・判タ454号（1982年）

抽象的に論じられるべき問題ではなく、個々の事件毎に離婚準拠法上の裁判離婚の実体をよくみながら、判断すべきであるといわれている¹⁶。

このほか、別居の準拠外国法が裁判上の別居を認めている場合、日本で手続を行うものとするか議論がある。別居の準拠法が協議上の別居を認めている場合に、わが国でこれを請求しうることについて学説は一致している。しかし、裁判上の別居については、わが国に制度がないことや別居の裁判についての手続規定がないことから手続の代行可能性が問題となる。学説は、わが国で別居の裁判ができないとする説¹⁷とわが国の離婚手続を別居手続に適応させて、日本の裁判所に別居の判決を請求できるとする説¹⁸に分かれている。

・外国離婚判決の承認

外国で下された離婚判決がわが国において効力を有するか否かについては、判例・学説・先例の立場は分かれている。かつての通説は、この問題を一般の外国判決の承認と区別し、離婚判決のような形成判決の特質に鑑み、法例の定める離婚の準拠法に従って行われた離婚であればこれを認め（準拠法要件）、旧民事訴訟法 200 条（現 118 条）が 4 号要件を除いて類推適用されるとしていた¹⁹。その後は、外国離婚判決においても国家機関の判断行為が存在するとして、外国判決の承認に関する旧民事訴訟法 200 条（現 118 条）が 4 号を除いて、類推適用ないし準用されるとする見解が多数を占めたが、近時の裁判例、戸籍実務ならびに有力な見解は、条はそのまま外国離婚判決にも適用されるものとしている²⁰。しかし、民事訴訟法 118 条を直接適用する説に対しては、4 号の相互の保証の要件は、財産関係判決について特に執行との関係で形成されたものであり、身分形成関係訴訟には性質上適用の余地がないと批判されている。

3 頁、鳥居淳子・涉外判例百選〔第 2 版〕125 頁。

¹⁶ 鳥居・前掲 125 頁、佐藤やよひ・ジュリスト 1064 号（1995 年）126 頁ほか。この点につき、より詳しくは、青木清「法の適用に関する通則法第 27 条 離婚」櫻田嘉章＝道垣内正人編『注釈国際私法第 2 巻 法の適用に関する通則法 § § 24～43・附則』（有斐閣・2011 年）53～54 頁を参照。

¹⁷ 江川・前掲書 276 頁、久保岩太郎『国際私法概論〔改訂版〕』（巖松堂・1954 年）228～229 頁ほか。

¹⁸ 折茂・前掲書 314 頁、溜池・前掲書 455 頁、山田・前掲書 458 頁、櫻田嘉章『国際私法〔第 5 版〕』（有斐閣・2008 年）275 頁ほか。

¹⁹ 江川英文「外国判決の承認」法協 50 巻 11 号 2054 頁、昭和 25・12・22 民事甲 3231 号民事局長回答。

²⁰ 東京地判昭和 46・12・17（判例時報 665 号 72 頁）、昭和 51・1・14 民 2 第 2800 号民事局長通達、山田・前掲書 473 頁、林脇トシ子・ジュリスト 513 号 113 頁ほか。

4. 血縁による親子関係

(執筆担当：九州大学 小池 泰)

i 学説

実親子関係事件の管轄原因について¹、学説上は、同じ人事訴訟である婚姻・離婚事件の場合と同様に、被告の住所地（①）が原則とされている²。これに加えて、子の保護の観点から子の住所地³（②）を認めるものも多い⁴。

さらに、とりわけ戸籍の訂正のために親子関係の不存在（・存在）の確認判決が必要となる局面があることを理由として⁵、国籍を管轄原因に加えること（③本国管轄）も主張されている⁶。

ii 裁判例

①被告・相手方の住所地国によるものとしては、以下のものがある。

嫡出否認（13、27、35、57、58、60）、親子関係不存在確認（02、05、06、08、11、12、14、15、17、19、20、21、24、25、29、31、50、56、59）、親子関係存在確認（10、28、30、

¹ 文献としては、江川英文「国際私法に於ける裁判管轄権（三・完）」法協 60 卷 3 号 369 頁、海老沢美広「涉外親子関係事件をめぐる一考察」国際法外交雑誌 68 卷 1 号 35 頁、池原季雄・平塚真「涉外訴訟における裁判管轄」および溜池良夫「涉外人事訴訟および家事審判の諸問題」『実務民事訴訟法講座 6』（日本評論社、1971 年）3 頁および 123 頁、松岡博「国際家事事件の国際裁判管轄」同『国際家族法の理論』（大阪大学出版会、2002 年。初出は 1973 年）159 頁、山田鎌一「人事訴訟事件の裁判管轄権」『国際私法の争点』（1980 年）147 頁、石黒一憲「涉外訴訟における訴え提起」『講座民事訴訟②訴訟の提起』（弘文堂、1984 年）石黒一憲『現代国際私法（上）』（東京大学出版会、1986 年）、岡垣学・田中恒朗「親子関係事件の国際的裁判管轄権」『注解人事訴訟手続法』（青林書院、1987 年）300 頁以下、高橋宏志「国際裁判管轄」澤木敬郎・青山善充『国際民事訴訟法の理論』（有斐閣、1987 年）31 頁、村重慶一「涉外親子関係存否確認事件の裁判管轄権とその準拠法」『講座実務家事審判法 5』（日本評論社、1990 年）203（203-206）頁、矢澤昇治「身分関係事件の国際的裁判管轄」『演習国際私法〔新版〕』（有斐閣、1992 年）260 頁、西島太一「身分関係事件の国際裁判管轄権総論 - 管轄権の判断手法に関する一つの仮説 -」阪法 46 卷 6 号 981 頁（1997 年）、西島太一「身分関係事件の国際裁判管轄権総論 - 総論に付随する諸問題 -」阪法 47 卷 2 号 427 頁（1997 年）、道垣内正人「涉外嫡出親子関係の成否の準拠法と国際裁判管轄」判タ 1100 号 197 頁（2002 年）、渡辺惺之「涉外実親子関係の国際裁判管轄と準拠法」野田愛子・梶村太一編『新家族法実務大系 2』（新日本法規、2008 年）639 頁、松本博之『人事訴訟法第 2 版』（弘文堂、2007 年）107 頁、司法研修所編『涉外家事・人事訴訟事件の審理に関する研究』（法曹会、2010 年）、などがある。

² 山田鎌一・ジュリ 343 号 145 頁（判例 17 評釈）。法例改正要綱試案（親子の部）（1972 年）四も、被告の常居所地国に国際裁判管轄権を認めるのを原則とした上で、例外的に原告の常居所地とする場合を認めていた（山田鎌一「法例改正要綱試案（親子の部）解説」民商 72 卷 2 号 3 頁（1975 年）。なお、「当事者はいずれか一方が常居所または国籍を有する国の裁判所」とする立場が別案として掲げられている）。

被告の住所地に管轄を認めることに対しては、親子関係事件において親と子は対等な立場にあるわけではないこと、利益、採証上の便宜は子の住所地国にあるのが通常であることなどから、批判もある（佐藤やよひ・ジュリ 881 号 145 頁（判例 45 評釈））。

³ 未成年者の住所を親権と関連づけて判断すべきか、については、西島・諸問題 432-4 頁を参照。

⁴ 子の住所地国の裁判所に管轄権を認める場合でも、離婚事件についての最大判昭和 39・3・25 民集 18 卷 3 号 486 頁の特段の事情として認める、というように例外的な取り扱いとするもの（鳥居淳子・ジュリ 309 号 91 頁（判例 15 評釈）；島野穹子・ジュリ 407 号 130 頁（判例 21 評釈）；廣江健司・ジュリ 831 号 109 頁（判例 42 評釈）；石黒・43 頁；石黒（上）338 頁など）、子の住所地を被告住所と同等の管轄原因とするもの、がある（桑田三郎・ジュリ 628 号 244-5 頁（判例 39 評釈）；あき場準一・昭和 57 年重判解説 282 頁）。

⁵ 国籍を原則的な管轄原因とするのは、江川・388 頁である（なお、（子の）居住地も管轄原因と認めるが、これは便宜上の必要からにすぎないとしている）。また、海老沢・48 頁は、とりわけ親子関係不存在確認の訴えについて、それが戸籍訂正の手段として利用されていることに鑑み、戸籍の属人主義的取り扱いとの調和をも挙げて、本国管轄を認めるべきとする（在外日本人が日本の裁判所に親子関係不存在確認の訴えを提起できるようにする点に狙いがある）。

これに対して、西島・諸問題 434-5 頁は、ここでの問題は国籍のみを管轄原因とすることにあるのではなく、戸籍の訂正・変更の必要性、財産・利害関係人の所在、日本社会への定着性から日本の管轄が認められるか否かが判断されるべきであって、本国管轄という評価は正確でないとする。

⁶ 国籍を管轄原因とすることについては、すでに、「国籍は基準とすべきではないとする傾向にある」（溜池・142 頁）と指摘されていた。しかし、近時でも、「涉外親子関係事件に関する具体的な決定基準とされるのは、当事者の国籍と住所の二つを上げるのが通例である」（岡垣・317 頁。高橋・74 頁も住所と国籍を並列している）とするものがある一方で、「近時の学説において、この管轄原因を原則的に肯定する立場はほとんど見られない……」（矢澤・262 頁）とするものもある。

32)、認知の許可(51)、認知の訴え(34、36、43、47、48、52、62)、認知無効(01、44(被告の生前の最後の住所))。

②原告・申立人の住所地国によるものとしては、以下のものがある。

親子関係存在確認(53(被告両親とも死亡))、親子関係不存在確認(すべて子が原告である。03、18、22、26、37、38、39、45、(49?)、55)、認知の訴え(04(死後認知)、33(死後認知)、42)、認知無効(15(子が原告)、46(認知者が申立人)、54(子が原告、認知者すでに死亡))。

③その他としては、以下のものがある。

40(親子関係不存在確認、合意管轄?)、41(親子関係不存在確認、当該親子関係の第三者たる原告の住所地国)、61(反訴としての親子関係不存在確認)、63(不明)。

*判例一覧

01：大阪家裁堺支審昭和29・2・6家月6巻9号34頁：認知無効確認・23条審判(管轄に言及なし)

申立人(成年子。日本国籍)→相手方(認知者。中国籍。日本に住所)。

子の母が勝手に認知届を作成・提出した事案。

02：東京地判昭和29・8・26下民集5巻8号1371頁：親子関係の存在確認・認容(管轄に言及なし)

原告(父。北朝鮮国籍)→被告(北朝鮮国籍。未成年子。日本で原告と生活。母は原告の妻(日本国籍)ですでに死亡)

原告・被告の帰化申請にあたり、両者の戸籍が北朝鮮にあつて親子関係の証明ができず、被告の法定代理人として原告が帰化申請手続を行うことができないことから、確認を求めたもの。

03：横浜地裁横須賀支判昭和31・8・17下民集7巻8号2231頁：親子関係不存在確認・認容(管轄に言及なし)

原告(未成年子)→被告(出生時における母の夫。アメリカ国籍。所在不明)

原告は母と被告との婚姻破綻中出生子で(後に離婚成立)、被告との父子関係はないことから、母の子として戸籍に登載するため、親子関係の不存在の確認を求めた事案。被告は米国帰国後音信不通。

04：東京地判昭和32・7・31家月9巻10号35頁：(死後)認知の訴え・認容(管轄に言及なし)

原告→検察官(認知すべき者は米国籍で、すでに死亡)

05：津家審昭和32・8・13家月9巻8号45頁：親子関係不存在確認・23条審判(管轄に言及なし)

申立人(相手方①の母。日本国籍)→相手方①(未成年子。韓国籍。申立人と生活)・相手方②(申立人の元夫。韓国籍。

日本に住所) 相手方①は、申立人と相手方②の事実上の離婚中に出生した子で、真実の父は申立人の現夫。

06：大阪家審昭和34・5・13家月11巻7号81頁：親子関係不存在確認・23条審判(管轄に言及なし)

申立人(成年子と未成年子。韓国籍。住所は日本)→相手方(母の夫。韓国籍。住所は日本)

07：京家審昭和34・12・9家月12巻4号102頁：親子関係不存在確認・23条審判(管轄に言及なし)

申立人（日本国籍。相手方①の真実の母）→相手方①（未成年子）・相手方②（中国籍。相手方①の父の妻）
相手方①は、申立人と相手方②の夫Aとの間にできた子で、相手方②とAの嫡出子として出生届がされた事案。

08：大阪家審昭和35・5・11家月12巻8号157頁：（母子）親子関係不存在確認・23条審判（管轄に言及なし）

申立人（子。朝鮮国籍。住所は日本）→相手方（申立人の父の妻。朝鮮国籍。住所は日本）

09：大阪家裁堺支審昭和35・7・29家月12巻11号140頁：親子関係不存在確認・23条審判（管轄に言及なし）

申立人（子）→相手方（母の夫。帰化して日本国籍を取得）

申立人は、相手方の妻が婚姻前に他男との間に設けた子だったが、婚姻後に相手方の嫡出子として出生届がされた。

10：前橋家審昭和36・1・23家月13巻6号166頁：親子関係存在確認・23条審判（管轄に言及なし）

申立人（相手方の実の母。日本国籍）→相手方（成年子。日本に住所）

相手方は、申立人とその内縁の夫Mとの間に生まれた子だが、（韓国）戸籍上はMとその妻の嫡出子となっている。そして、申立人と相手方は母子として、申立人とMは内縁夫婦として日本で生活している。Mの妻は朝鮮から離れたことはなく、現在は生死不明である。

11：東京家審昭和36・6・9家月13巻11号113頁：親子関係不存在確認・23条審判（管轄に言及なし）

申立人（相手方の戸籍上の父母。中華民国籍。中華民国に住所）→相手方（未成年子。中華民国籍。日本に住所）

12：前橋家審昭和36・11・14家月14巻4号224頁：親子関係存在確認・23条審判（管轄に言及なし）

申立人（相手方の真実の親。米国籍。日本に住所）→相手方（未成年子。日本国籍。住所は申立人と同じ）

相手方は申立人の子だが、申立人の姉夫婦の戸籍に嫡出子として届出がなされた（真実は申立人とかつて内縁関係にあった日本男性との間にできた子で、申立人は米国人と婚姻して米国籍を取得し、相手方とともに米国で暮らすために、親子関係を明確にしておく必要があることから、本件事件に至った）

13：東京家審昭和38・7・4家月16巻4号163頁：嫡出否認・23条審判（管轄に言及なし）

申立人（相手方の父と推定される夫。米国籍。日本に住所）→相手方（未成年子。日本に住所）

14：東京家審昭和38・10・22判タ155号222頁：親子関係不存在確認・23条審判（管轄に言及なし）

申立人（夫婦。韓国籍。住所は日本）→相手方（未成年子。日本に住所。特別代理人あり）

外国人登録原票上、相手方は申立人夫婦の子となっているが、真実は他人の子を養子縁組手続によらず引き取って実子同然に養育してきたというにすぎないとして、親子関係の不存在の確認を求めた事案。

15：秋田地判昭和38・10・31判タ155号220頁：父子関係の認知無効、母子関係の不存在確認（認容）

原告（朝鮮国籍。日本に住所）→被告①（朝鮮国籍・住所不明）・被告②（朝鮮国籍・日本に住所）

原告は、被告①・被告②を父母として出生届がなされているが、両者との父子・母子関係はない事案。

「外国人間の親子関係に関する事件につき日本の裁判所の裁判権が及ぶ範囲は原則としては当該親子関係の当事者の国籍いかんにより決すべきであり、少なくとも当該親子関係の当事者の一方が日本の国籍を有する場合にはこれに対し日本の裁判所の裁判権が及ぶと解すべきであるが、さらに当事者双方がいずれも日本の国籍を有しない場合であっても、当事

者が日本に住所を有する場合すなわち当事者双方が日本に住所を有するときは勿論その一方のみが日本に住所を有するにすぎない場合においても、当該親子関係は我国の公益と密接な関係を有するのであるから、これに対し日本の裁判所の裁判権が及ぶと解すべきである。」

16：神戸地判昭和38・11・1判タ157号186頁：親子関係存在確認・認容

原告ら（未成年子。日本国籍。日本に住所）→被告（米国籍。日本に住所。原告の母の現夫）

原告らは、親権者である母（日本国籍）の前夫との婚姻中出生子と解消後300日以内出生子だが、真実は被告（母の現夫）との間の子であるとして、親子関係存在の確認を求めた事案（なお、被告は請求原因事実をすべて認めている）。

本件の国際裁判管轄に関する成文の法規はないが、「当事者が国籍を異にしているも、当事者双方いずれも日本国内に住所を有するときは、わが国の裁判所にその裁判管轄権を認めるのが条理に合致するものと謂うべきである。（改行）けだし、親子関係存在確認訴訟の特質並びに裁判における事実確定の適正を期する趣旨からして、当事者双方住所の存する国の裁判所にその管轄権を認めるのが合理的であり、且つ被告が外国人たることを理由としてわが国の裁判管轄権を否定すべき国内法上及び国際法上の根拠もないからである。」

17：大阪家審昭和39・9・12家月17巻2号：親子関係不存在確認・23条審判

申立人（韓国籍。日本に住所）→相手方（夫婦。韓国籍。日本に住所）

韓国戸籍上申立人は相手方の嫡出子となっているが、これは不実の届出（藁の上からの養子の事案のようである）に基づくものであり、真実は日本人女性の子であるとして、後者との母子関係を明らかにする前提として申立てをした事案。

「当事者双方が外国籍を有しているも、いずれも日本に住所があり、また永住の意思をもつこと（……）の明らかな本件について、わが国の裁判所が裁判管轄権を有することは明らかである。」

18：大阪地判昭和39・10・9下民集15巻10号1419頁：親子関係不存在確認・認容

原告（未成年子。韓国籍。日本に住所）→被告（韓国戸籍上は原告の母。韓国籍。日本に住所なし。所在も不明）

「わが国に住所を有する韓国人たる原告が、わが国に住所を有しない戸籍上のみの母（……）韓国人たるAを被告として母子関係不存在確認を求めるのについて、わが国の裁判権を肯定するには、国際条理上、被告の住所がわが国にあることを原則とすると解せられる。」しかし、本件では、原告は出生以来大阪市で父（被告の夫）と母（父の事実上の妻）によって育てられており、戸籍上のみの母（父の妻）である被告とは一面識もなく、また、父も来日以来一度も朝鮮に帰省したことはなく、父と被告とは終戦前から音信普通で、被告の所在も不明であること、原告と父母を同じくする妹については原告と同様に父の戸籍に被告を母として登載されていたが母の戸籍に入ることができたこと、などの事情が認められる。そして、本件の訴えのように「被告が所在不明であり、かつわが国に本件の裁判管轄権を認めても弊害があるとは考えられないような事情は、本件についてわが国に裁判管轄権を認めるべき特別の事情にあたりと解するのが、国際私法生活における正義公平の理念に添うものといえる（最高裁昭和37年（オ）第449号昭和39年3月25日判決参照）」とする。

19：大阪地判昭和40・3・30下民集16巻3号549頁：親子関係不存在確認・認容

原告→被告①（中華民国籍。現在は所在不明（それまで日本で生活））・被告②（未成年子。日本に住所）

原告は、被告②は被告①・Aの夫婦の婚姻中出生子となっているが、真実の父は自分（母はA）であるとして、訴えを提起した事案。「本件親子関係の一方の当事者である被告②（子）およびその法定代理人の住所地が大阪市にあるので、被告①の所在が不明であっても、わが国の裁判所の裁判権を肯定するのが相当で解せられる。」

20：東京家審昭和40・4・19家月18巻2号111頁：第三者からの親子関係不存在確認・23条審判

申立人（中華民国籍。日本に住所）→相手方①（申立人の前妻。中華民国籍。日本に住所）・相手方②③（申立人の子。一方は成人しており、もう一方の特別代理人となっている。中華民国籍。日本に住所（申立人と同じ））

相手方②③は戸籍上は申立人と相手方①を父母としているが、真実の母は別人であるとして、本件申立て。「本件は日本に住所がある中華民国人間の嫡出親子関係に関するからわが国に裁判権がある。」

21：大阪家審昭和40・11・10家月18巻5号91頁：親子関係不存在確認・23条審判

申立人（日本国籍。日本に住所）→相手方①（韓国籍。日本に住所）・相手方②（韓国籍。日本に住所なし?）

韓国戸籍上、申立人の事実上の夫と相手方②が夫婦、相手方①がその嫡出子となっているが、相手方①の真実の母は申立人であるとして、相手方①・②には親子（母子）関係が存在しないことの確認を求めた事案。

「……問題となっている親子関係の一方の当事者である子 A（引用者注 - 相手方①）の住所がわが国にあること、および他方の当事者（戸籍上の母） B（引用者注 - 相手方②）が当裁判所で申立人申立の如き裁判をなすことについて合意していること（……）からみて、わが国の裁判所が本件につき管轄権を有することは明らかである。」

22：東京地判昭和41・1・13家月19巻1号44頁：親子関係不存在確認・認容

原告（未成年子。北朝鮮国籍。日本に住所）→被告（北朝鮮国籍。朝鮮帰国後消息不明、最後の住所は日本。公示送達）

原告の親権者（母）は、被告と婚姻し、被告の出奔後・離婚成立の間に原告を出産し、原告の小学校入学手続のためやむをえず被告との間の嫡出子として出生届をしたが、真実の父は被告でないとして、本件訴えを提起した。

昭和39年3月25日最高裁大法廷判決に従うとした上で、本件では、「原告の主張は、被告が妻である原告の母を遺棄して朝鮮民主主義人民共和国に帰還し、その所在が不明である為、原被告間の親子関係不存在確認の訴えを提起するということにあり、……、当裁判所は、右判例の趣旨を準用し、本件につき国際的裁判管轄権を有すると考える。」

23：東京家審昭和41・2・4家月18巻10号83頁：親子関係存在確認・23条審判

申立人（成年子）→相手方（日本国籍。日本に住所）

申立人は、戸籍上韓国人夫婦 A B の子と記載されているが、真実は A と相手方の子であるとして、相手方との母子関係の確認を求めた事案。「本件において、相手方は日本人であり、申立人は韓国人であるが、日本東京都内に住所があり、また永住の意思を有すること（……）が認められるので、わが国の裁判所が本件につき裁判権を有し……」

24：東京家審昭和41・3・29家月18巻11号96頁：親子関係不存在確認・23条審判

申立人（韓国籍。日本に住所）→相手方①（韓国籍。日本に住所）・相手方②（韓国籍）

申立人は、相手方①との婚姻により日本国籍を喪失して韓国籍となった者で、当該婚姻中に相手方②を出産したが、相手方②の真実の父は相手方①ではないとして、本件訴えを提起した。「本件について日本の裁判所が裁判管轄権を有することは、申立人及び相手方らの住所がいずれも日本にあることから肯定される……」

25：東京家審昭和41・4・9家月18巻12号68頁：親子関係不存在確認・23条審判

申立人（日本国籍。日本に住所）→相手方①（米国国籍。米国に住所）・相手方②③（申立人とともに日本在住か?）

相手方②③は、戸籍上、相手方①と A 男（日本国籍）の子となっているが、真実は申立人と A の子であるとして、親子関係不存在の確認を求めた事案。申立人と相手方①は姉妹で、A は相手方①と離婚後、申立人と婚姻している。相手方①は、A と離婚後、米国人と再婚し、現在は米国籍を取得のうえ米国に居住しているが、親族訪問のために帰国してしばら

く滞在することになったため、本申立てがなされた。

「相手方（① - 引用者注）は、日本に住所を有する申立人の本件申立てに応じて調停期日に出頭し、合意をしているのであるから、わが国の裁判所が本件につき裁判権を有し、……」

26：神戸家審昭和43・2・14家月20巻9号113頁：親子関係不存在確認・23条審判

申立人（本籍なし。日本に住所）→相手方（英国籍。香港に住所）

申立人は、戸籍上、申立人の母と相手方の子（婚姻破綻中出生子）となっているが、真実は申立人母とAの間の子であるとして、親子関係不存在の確認を求めた事案。申立人の母と相手方とはすでに離婚している。「申立人は日本国内に住所を有するけれども、相手方は英国人であり、かつ日本国内に住所を有しない。しかし相手方は申立人の本件申立に応じて調停期日に出頭し合意をしているので、本件についてはわが国の裁判所が裁判権を有し、……」

27：東京家審昭和43・5・7家月20巻10号94頁：嫡出否認・23条審判

申立人（未成年子。中華民国籍。日本に住所）→相手方（中華民国籍。日本に住所）

申立人は、戸籍上、母（親権者）と相手方の子（婚姻破綻中出生子）となっているが、真実は母とAの子であるとして父子関係不存在の確認を求めた事案（嫡出否認の申立に変更）。母は日本人だったが、相手方と婚姻後に中華民国籍を取得。

「申立人も相手方も中華民国の国籍を有し外国人登録をしているが、申立人は埼玉県内に、相手方は東京都内に、それぞれ住所を有しているので、わが国の裁判所が本件について裁判権を有し、……」

28：東京家審昭和43・5・11家月20巻12号109頁：親子関係存在確認・23条審判

申立人（子。韓国人。日本に住所）→相手方（母。日本国籍。日本に住所）

申立人は、韓国戸籍上、父AとBの間にできた庶子として登録されているが、Bは架空人であって、申立人は本当はAと相手方の子であるとして、母子関係の存在の確認を求めた事案。

「本件において、相手方は福井県小浜氏に住所を有する日本人であり、申立人は韓国人であるが、日本東京都内に住所を有しているため、わが国の裁判所が本件につき裁判権を有することは明らかであり、……」

29：東京家審昭和43・8・22家月21巻2号190頁：親子関係不存在確認・23条審判

申立人（相手方①の父、相手方②の夫。韓国籍）→相手方①・相手方②（いずれも、韓国籍・日本在住）

相手方①は、韓国戸籍上、申立人とその妻である相手方②との間の嫡出子となっているが、真実は申立人と日本人女性（相手方①の特別代理人）の子であるとして、相手方①と相手方②に母子関係が存在しないことの確認を求めた事案。

「……本件申立人および相手方②の国籍及び相手方①の表見的国籍はいずれも韓国であるからいわゆる涉外事件であるが、当事者らはいずれも長年日本に居住するものであるからわが国の裁判所に裁判権があり、……」

30：前橋家裁高崎支審昭和44・3・10判タ241号270頁：親子関係存在確認・23条審判

申立人（未成年子。韓国籍。日本に住所）→相手方（日本国籍。日本に住所）

申立人は、A男と相手方の内縁関係から生じた子だが、（韓国）戸籍上はAとその妻Bの子となっているので、母子関係の存在確認を求めた事案。申立人は、日本人である相手方からの出生により日本国籍を取得したが、父のなした嫡出子出生届が認知の効力を持ち、これにより韓国籍を取得し、当時の国籍法23条により日本国籍を喪失している。

「韓国籍を有する申立人と日本国籍を有する相手方との間の涉外親子関係確認事件の国際裁判管轄権については当事者の住所を規準として之を決定すべきところ、いずれも日本国内に住所を有するので日本国裁判所がその裁判権（国際管轄

権)を有することとなる……」

31：山口家審昭和44・3・14家月21巻8号128頁：親子関係不存在確認・23条審判

申立人(韓国籍)→相手方①・相手方②(いずれも、韓国籍、日本に住所)

相手方②は、戸籍上、Aとその妻である相手方①の子となっているが、真実は申立人とAの子であるとして、相手方①②間の母子関係不存在の確認を求めた事案。「相手方兩名はいずれも大韓民国に国籍を持つものであるが、永らく日本に住所があるものであるから、わが国の裁判所が裁判管轄権を有することは明らかである。」

32：広島家審昭和45・11・10家月23巻5号88頁：親子関係存在確認・23条審判

申立人(成年子。朝鮮国籍。日本に住所)→相手方(朝鮮国籍。日本に住所)

申立人は、(朝鮮)戸籍上はA B夫婦の嫡出子だが、真実はA男と相手方の子であるとして、母子関係存在の確認を求めた事案。「……当事者は大韓民国に国籍を有するものとして認定できる。しかして申立人は日本で出生し以来日本に居住し、相手方は昭和10年以来日本に居住するものであり、わが国の裁判所が裁判管轄権を有することは明らかである。」

33：東京地判昭和47・3・4判タ279号335頁：(死後)認知の訴え・認容

原告(子、日本国籍)→検察官(父たるべき者はリヒテンシュタイン公国籍で、すでに死亡)

認知を求める相手がリヒテンシュタイン公国籍を有し、すでに死亡していること、この者と原告の母(日本国籍)との間には継続的な情交関係があったこと、原告は日本で出生しそのまま日本で養育され、現在は日本人の養子となっていること、といった事実を挙げ、「右の事実によれば、本件はわが国に国際裁判管轄権を認めるのが相当である。」

34：東京家審昭和47・4・18家月24巻12号80頁：認知の訴え・23条審判

申立人(未成年子。タイ国籍。日本に住所)→相手方(日本国籍。日本に住所)

申立人の母Aはタイ国籍のBと婚姻してタイに渡り、タイ国籍を取得したが、後にBに無断で帰国し、相手方との間に申立人をもうけた。ABの離婚はまだ成立していないが、Bは申立人は自分の子でないと主張している。

「申立人は、日本とタイとの二重国籍を有することとなったAを母として出生し、その夫はタイ国人であるから、一応形式的にはタイ国(籍-引用者注)ということになり、従ってまずその裁判管轄権が問題となるが、本件は、その当否は別として、日本人である相手方に対して認知を求める事件であり、また申立人および相手方の住所地はいずれも日本国の東京都に存するのであるから、わが国の裁判所が国際裁判管轄権を有し……」

35：東京家審昭和48・5・8家月25巻12号64頁：嫡出否認・23条審判

申立人(イタリア国籍。住所はイタリア)→相手方(未成年子。日本に住所)

申立人は相手方の母Aとモスクワで婚姻した後、別居状態となり、申立人はイタリアに、Aは日本に帰国した。現在離婚訴訟がイタリアで係属中であるが、AはB(日本国籍)との間に相手方をもうけたので、これを知った申立人が嫡出否認を求めた事案。「本件は涉外事件であるが、未成年者はAと共に日本において、肩書住所に居住するものであるから日本の裁判所が裁判権を有し、……」

36：名古屋家審昭和49・3・28家月26巻8号94頁：認知の訴え・23条審判

申立人(米国籍。米国に住所)→相手方(日本国籍。日本に住所)

申立人は、その母(親権者)とその夫(米国籍)の婚姻中に出生した子であるが、真実は母と相手方の子であるとして、

認知を求めた事案。母とその夫はすでに離婚し、母と相手方、そして申立人は日本で一緒に生活している。

「……本件は、アメリカ合衆国国籍を有する申立人が日本国籍を有する相手方に対し認知を求める事件であるが、申立人も相手方もともに日本に居住しているので、このような場合には国際私法生活における正義公平の理念からみて日本の裁判所が国際裁判管轄権を有するものと解する。」

37：千葉地判昭和19・12・25判時781号96頁：親子関係不存在確認（認容）

原告（成年子）→検察官（父となっているAは韓国籍ですでに死亡）

原告は、韓国戸籍上、Aの嫡出子となっているが、真実は棄児であったのをAに養育されたにすぎず、韓国籍を離れて日本国籍を取得したいと考え、本件訴えを提起した。「涉外親子関係存否確認請求事件の裁判管轄権は、特別の事情のない限り、被告の住所地の存する国の裁判所が有する。しかし、本件のように、訴訟の対象が死者との間の親子関係の存否であり、検察官が法の規定により被告になる場合には、右の原則は、実質的な訴訟の防御者である死者を被告と解してその適用を考えるべきである。死者には住所がない。そうすると、そのような場合には、死者の最後の住所により右の原則の適用を考えるべきか、それとも特別の事情があるとして訴訟の攻撃者である原告の住所の存する国の裁判所に裁判管轄権を認めるべきかが問題となる。第三の選択肢はないと解する。……Aの最後の住所地が船橋市……であると認めることができ、……原告の住所地が右同所であると認めることができる。そうすると、右の原則の適用をどう考えても、右住所地の存するわが国の裁判所に裁判管轄権があることになる。」

38：那覇家審昭和50・1・17家月28巻2号115頁：親子関係不存在確認・24条審判

申立人（子（母と共に中華民国籍を離脱し、帰化申請中のため無国籍。住所は日本）→相手方（原告の表見上の父母。中華民国籍。住所は台湾）原告は、真実の父（日本国籍）と母（中華民国籍）の同棲中に出生し、母の姉夫婦の嫡出子として出生届がなされた（藁の上からの養子）後に、真実の父母との間に養子縁組をした事案。なお、相手方のうち、一人は本人自ら手続に関与し、もう一人は代理人に関与。

「申立人は上記のとおり現在無国籍であるが、日本・沖縄県に住所があり、また永住の意思を有していることが認められ、他方相手方は中華民国人であるが、当裁判所で申立人申立の如き裁判をなすことについて合意している点からみて、我国の裁判所が本件について管轄権を有することは明らかである。」

39：名古屋地判昭和50・12・24下民集26巻9-12号1053頁：親子関係不存在の確認・認容

原告（未成年子。親権者母は日本国籍。日本に住所）→被告（母の前夫で、原告の父との推定を受ける者。アメリカ国籍。所在不明。公示送達）

国際裁判管轄についてはわが国に明文の規定がなく、また国際上の原則も未確立なので、専ら条理に従って解決する他ないとした上で、「親子関係訴訟事件においては、被告とされたものの住所が日本にあるか、又は、当事者の一方たる子の住所が日本にある場合には、右事件につきわが国の民事裁判権が及ぶと解するのが相当である。（改行）蓋し、前者については被告の便宜、つまりは訴訟における双方の平等公平の見地から、後者については親子関係の事件における子の利益保護の要請から、そしてその双方のいずれの場合においても右の点を肯定的に解することが条理に沿うゆえんであると考えられ、なお、わが民事訴訟法第1条、人事訴訟法第27条の趣旨も右の解釈を間接的ながら支えるものである……」として、本件では原告の住所が日本にあることから国際裁判管轄権を認めている。

40：山口家審昭和51・8・18家月29巻9号119頁：親子関係不存在確認・23条審判

申立人（子。表見上は日本の国籍を有しない）→相手方（韓国籍）

申立人は、母B（日本国籍）と相手方の婚姻中出生子（事案からすれば推定の及ばない子といえる）だが、真実はBとAの子だった。Bは相手方と離婚後にAと婚姻しており、申立人をAとの戸籍に入れるため、本件申立てをした。

「両当事者はいずれも、日本国内において出生しかつ日本国内に住居を有し、さらに相手方は日本に永住する意思を有していること（申立人らの永住の意思については今後日本人の父母の戸籍に入りたいと申立てていることから推定される）、そして申立人らの本申立に対し、相手方は日本の裁判所で本件を審理することに同意していることが認められる」ので、わが国の裁判所に裁判権がある。

41：札幌地裁小樽支決昭和51・12・24下民集27巻9～12号819頁：親子関係不存在の確認・移送

原告（被告①とは異父のきょうだい。日本国籍）→被告①（成年子。米国国籍を取得して米国に住所）・検察官（原告の父Aはすでに死亡） Aの相続を背景に、戸籍上Aの子となっている被告①とAの親子関係不存在の確認を求めたもの。

最大判昭和39・3・25民集18巻3号486頁と同様、親子関係事件についても、「被告が住所を有する国の裁判所に管轄権を認めるのを原則とし、被告の行方不明など特別の事情がある場合には補充的に原告が住所を有する国の裁判所にも管轄権を認めるのが相当である。」検察官が被告である点は、公益の代表として関与している点に鑑み、考慮に入れるのは相当でない。そして、本件では、被告①の住所は米国にあるが、被告①は志望により米国国籍を取得して同時に日本国籍を喪失した事実が認められるので、「このような場合には当事者間の便宜公平や子の福祉の点からみても特別の事情があるとみるのが相当であり、したがって、補充的に原告らが住所を有するわが国の裁判所に管轄権を認めるのが相当である。」

42：大阪地判昭和55・2・25家月33巻5号101頁：認知の訴え・認容

原告（未成年子。日本に住所。親権者母は日本国籍で日本に住所）→被告（カナダ国籍。現在の住所は不明、最後の住所は日本。公示送達で手続には一切関与せず）

日本に住所を有する原告がカナダ国籍を有する被告に対して認知を求める場合、「国際条理上、原則として被告の住所がわが国内にあることを必要とするものと解すべきである。しかし、本件に於ては、被告の住所が不明であることは訴訟上明らか」であり、さらに、原告の母Aはわが国内にある被告の肩書最後の住所地に於て被告と同棲しているうちに原告を懐妊したもので、出生届など「原告の出生をめぐる状況はすべてわが国内に於て展開したものであって、これに関わる重要な承認の殆どすべてがわが国に居住しているものと考えられる。このような事情にある場合に、国際裁判管轄権の前記原則に固執することは、原告の訴訟による父の捜索を著しく困難ならしめ、却って国際私法生活に於ける正義と公平の観念に背反する結果を招来することになるから、本件における右の事情は前記原則の例外を認めるべき特別の事情に当たるものというべきであって、本件訴訟はわが国の裁判管轄権に属するものと解するのが相当である。」

43：神戸地判昭和56・9・29家月34巻9号110頁：認知の訴え・認容（管轄に言及なし）

原告：未成年子（日本に住所。親権者母は日本国籍）→被告（中国籍。日本に住所）

44：東京地判昭和56・10・9判時1041号87頁：認知無効確認・認容

原告（成年子。韓国籍。日本に住所）→検察官（認知者Aは韓国籍ですでに死亡、日本に住所あった）

「本件は、大韓民国の国籍を有し、わが国に住所を有する原告が、大韓民国の国籍を有した亡Aの死亡後に、検察官を被告として、亡Aが生前した原告についての認知の無効を求めるものであるところ、かかる認知無効の訴えについて、わが国の裁判所がいわゆる国際裁判管轄権を有するためには、国際条理上、原則として生存していれば被告となるべき認知者が生前わが国内に住所を有したことを必要とするものと解すべきである。しかして本件において、後記認定の通り認知者亡Aは生前原告の前記肩書住所地に住所を有し、同所において死亡したのであるから、本件訴えはわが国の裁判所の管

轄権に属するものと解するのが相当である。」

45：浦和地判昭和 57・5・14 家月 36 卷 2 号 112 頁：親子関係不存在の確認・認容

原告（未成年子。日本に住所。親権者母は日本国籍で日本に住所）→被告（米国籍、住所不明、最後の住所は米国）

原告の母は米国で被告と婚姻したが、後に単身帰国し、以後は被告と接触を持たず離婚に至った。しかし、原告は離婚から数ヶ月で出生したため被告の嫡出子と推定されている。原告の母と血縁上の父は婚姻し、原告と共に生活している。

国際裁判管轄について、「我国の法律に直接の明文の規定がなく、明確な国際法上の原則も未だ確立されていないので、専ら条理にしたがって解決するほかはない。（改行）そして、本件のような親子関係事件においては、被告の住所が日本にある場合はもとよりのこと、子の住所が日本にある場合にも、子の利益保護の見地から我国の民事裁判権が及ぶものと解するのが相当である。」

46：東京家審昭和 57・6・24 家月 35 卷 9 号 117 頁：認知無効の確認・23 条審判

申立人（認知者。日本国籍。住所は日本）→相手方（未成年子。無国籍。台湾に住所・居住）

申立人が相手方の母（中華民国籍。台湾に住所・居住）と婚姻する際、すでに出生していた相手方を認知したが、新たに相手方と養子縁組をするために、認知無効を求めた事案（親権者は認知無効・縁組に同意）。申立人の認知により相手方は中華民国国籍を失い無国籍となり、就学できない状況にあった。「子の認知・認知無効・取消しなどの親子関係事件については我国には明文の規定は存しないので、条理に基き判断するに、かかる親子関係事件の管轄権は専ら当事者の住所を基準として決すべきであり、当事者の住所地国が異なる場合には相手方（被告）の利益保護の見地から原則として相手方の住所地国に管轄権を認めるべきであるが、例外的に申立人（原告）の住所地国にも管轄権を認める場合があると解する。（改行）本件では、相手方の住所地は台湾であるが、相手方法定代理人が、日本に住所を有する申立人の申立てに応じて我が国で裁判あるいは審判を受けることに合意し、調停期日に出頭していることがみとめられるのであって、かかる場合には申立人の住所地国である我が国にも裁判管轄権を認めるのが相当である。」

47：横浜地判昭和 58・11・30 判時 1117 号 154 頁：認知の訴え・認容（管轄に言及なし）

原告（成年子。無国籍あつかい、住所はインドネシア）→被告（日本国籍）

48：東京地判昭和 59・3・28 判時 1141 号 102 頁：認知の訴え・認容（管轄に言及なし）

原告（未成年子。親権者・母は日本国籍）→被告（台湾籍。日本に居住）

中華民国法上の「養育による認知」が認められる事案であったが、それでも訴えの利益はある、とした。

49：神戸地判昭和 60・5・10 家月 38 卷 4 号 111 頁：親子関係不存在の確認・認容（管轄に言及なし）

原告（未成年子。日本で出生。表見上の国籍は韓国。親権者・母は韓国籍）→検察官（出生時の母の夫Aはすでに死亡）

判決には、原告（母とAの協議離婚から 96 日後に出生した子）とその親権者たる母の住所が明示されていないが、おそらく日本在住であろう。

50：大阪地判昭和 60・9・27 判時 1179 号 94 頁：親子関係不存在の確認・認容

原告（成年子。日本で出生。朝鮮国籍）→被告（外国人登録原票上の父母で、ともに朝鮮国籍。父となっている者はすでに死亡）。外国人登録原票上の親子関係の訂正が目的である。また、原告・被告は日本在住と思われる。

51：東京家審昭和62・5・19家月39巻11号147頁：認知・23条審判

申立人（未成年子。フィリピン国籍）→相手方（日本国籍。日本に住所） なお、申立人の母（親権者。フィリピン国籍）と申立人・相手方は、現在、日本で同居している。「相手方の住所が我国に存するので、我国に国際裁判管轄権がある。」

52：東京家審昭和62・10・8家月40巻10号49頁：認知の訴え・23条審判

申立人（ブラジル国籍の母と相手方との間の婚姻前出生子、日本で出生）→相手方（日本国籍、日本に住所）。
「本件について日本の裁判所が裁判権を有し、しかも当裁判所が管轄権を有することは申立人および相手方がいずれも肩書住所に居住することから明らかであり、……」

53：神戸地判昭和63・4・26判時1301号130頁：親子関係存在確認・棄却（管轄に言及なし）

原告（中国籍。中国残留孤児。日本に住所）→検察官（父・母とされる者（日本国籍）はすでに死亡）

54：大阪地判平成4・2・6判時1430号113頁：認知無効・却下

原告（成年子。母は日本国籍）→検察官（認知者A（韓国国籍）はすでに死亡）。
「日本に住所を有し日本の国籍を有する原告が、日本に住所を有し大韓民国の国籍を有していたAの死亡後、同人がなした原告に対する認知が無効であるとして、検察官を被告としてその無効確認を求めるものであるが、条理上、我が国の裁判所が本件訴えについていわゆる国際的裁判管轄権を有すると解するのが相当である。」

最判平成3・9・13民集45巻7号1151頁の差戻審であり、その一審である大阪地判平成3・9・12民集45巻7号1162頁は次のように述べている「日本に住所を有し日本の国籍を有する原告が、日本に住所を有し大韓民国の国籍を有していたAの死亡後、同人が生前になした原告に対する認知が無効であるとして、検察官を被告として認知無効の確認を求めるものであるが、被認知者（子）である原告の住所がわが国にあるのであるから、国際条理上、わが国の裁判所が本件訴えについていわゆる国際的裁判管轄権を有すると解するのが相当である。」（原審これを引用している）

55：福岡地判平成6・9・6判タ876号254頁：Ⅰ父子関係不存在確認の訴え・認容、Ⅱ父子関係存在確認の訴え・却下

Ⅰ：原告①②（韓国籍。日本に住所）→被告①（韓国籍。日本に最後の住所。公示送達、不出頭）

Ⅱ：原告①②（①と同じ）→検察官（父とされる者Aは韓国籍ですでに死亡）

原告の母Bは、被告①との婚姻が事実上破綻している間に、Aとの間に原告①をもうけた。AはBとの婚姻届と原告①を認知する届出をした（Bは重婚）。その後、Bは原告②を出産。韓国戸籍上、原告①②はAの戸籍にBとの子として記載され、他方、被告①の戸籍には原告①②の記載はない。

Ⅰにつき、「わが国に住所を有する韓国人である原告らとわが国に最後の住所を有していた韓国人である被告①との間の本件渉外的父子関係不存在確認の訴えについては、わが国に裁判管轄権が認められ」る。Ⅱについては管轄に触れず、確認の利益なしとして却下した。

56：名古屋家審平成7・1・27家月47巻11号84頁：親子関係不存在確認・23条審判

申立人（未成年子。母はフィリピン国籍）→相手方（父とされる者。日本国籍）

「申立人、相手方共に日本国内に住所を有し、また、当事者双方は、わが国の裁判所で審理、判断するについて、何ら異議を止めず、本件調停に出席し、上記合意をしているのであるから、日本の裁判所に管轄権があると認められる。」

57：名古屋家審平成7・5・19家月48巻2号153頁：嫡出否認・23条審判

申立人（父。日本国籍）→相手方（コロンビア国籍の母が申立人と離婚後 300 日以内に産んだ未成年子）

「本件は、申立人が日本国籍であり、相手方の母……がコロンビア国籍であるから、涉外事件として、国際裁判管轄権が問題となるが、わが国にはこの点に関する成文法はないので条理によって解釈することとなるところ、申立人、相手方共に日本国内に住所を有し、また、当事者双方は、わが国の裁判所で審理、判断するについて、何ら異議を止めず、本件調停に出席し、上記合意をしているのであるから、日本の裁判所に管轄権があると認められる。」

58：水戸家審平成 10・1・12 家月 50 卷 7 号 100 頁：嫡出否認・23 条審判

申立人（父。日本国籍）→相手方（タイ国籍の母が申立人との婚姻中に産んだ未成年子）

嫡出否認事件の国際裁判管轄権の明文規定ないが、「申立人、相手方及び相手方の母の当事者全員が日本に住所を有しており、また、当事者双方は、我が国の裁判所で審理、判断することについて、何ら異議を留めず、本調停に出席し、前記合意（注：相手方が申立人の嫡出子であることを否認すること）をしているのであるから、本件の国際裁判管轄権は我が国にあると認められる。」

59：神戸地判平成 10・3・30 判タ 1007 号 280 頁：親子関係不存在確認・認容

原告（両親。中国籍）→被告（成年子。中国籍）

国際裁判管轄を定める成文法はないから、「当事者の公平、裁判の適正・迅速を期するという理念に照らし、条理により国際裁判管轄の有無を決定すべきであるところ、原告ら及び被告はいずれも神戸市内に住所を有すること、被告の出生届は日本において提出されていること、当事者双方は当裁判所での審理・判断に何ら異議がなく、本訴事件・反訴事件（養親子関係の確認 - 引用者注）についてそれぞれ応訴していることは本件記録から明らかであるから、当裁判所に管轄権を認めても身分関係訴訟の公益性を害する弊害は少なく、むしろ当事者の公平・便宜に適うと解することができる。」

60：大津家審平成 12・1・17 家月 52 卷 7 号 101 頁：嫡出否認・23 条審判

申立人（父。ブラジル国籍）→相手方（ブラジル国籍の母が申立人との婚姻中に産んだ未成年子）

申立人、相手方、相手方の母は、日本で生活している（後二者は今後も日本で生活する予定である）

「当事者が日本に住所を有し、我が国の裁判所で審理、判断することについて、なんら異議を認めず、本調停に出席し、前記合意（注：相手方が申立人の嫡出子であることを否認する旨の合意）をしているのであるから、本件の国際裁判管轄権は我が国にあると認められる。」

61：東京高判平成 18・4・13 判時 1934 号 42 頁：婚姻取消しの訴えの反訴としての親子関係不存在確認

1950 年に A（韓国籍。2004 年に死亡）と韓国で婚姻したと主張する配偶者 X₁（韓国籍。韓国在住）及び A X₁ の子と主張する X₂（成年子。韓国籍。韓国在住）が、A と Y（日本人）の日本での婚姻（1988 年）は重婚であるとして、Y を相手として取消しを求める訴えを提起した事案。これに対して、Y は、A X₁ の婚姻の無効の確認、および、A X₂ の親子関係の不存在の確認を反訴として求めた。

一番は、本訴を認容し、反訴については国際裁判管轄がないとして訴えを却下したが、本判決は、原判決を取消して、差し戻した。「婚姻無効確認及び親子関係不存在確認の各請求訴訟においても、被告の住所は国際裁判管轄の有無を決定するに当たって考慮すべき重要な要素であり、被告が我が国に住所を有する場合にわが国の管轄が認められることは当然というべきであるが、被告が我が国に住所を有しない場合であっても、我が国と法的関連を有する事件について我が国の国際裁判管轄を肯定すべき場合のあることは否定し得ず、どのような場合に我が国の管轄を肯定すべきかについては、当事者間の公平や裁判の適正・迅速の理念により条理に従って決定するのが相当である（最高裁平成 8 年 6 月 24 日第二小法廷

判決、民集 50 卷 7 号 1451 頁)。そして、婚姻無効確認等の請求訴訟が我が国の裁判所に反訴として提起された場合には、その請求が本訴と密接な関係を有する限り、反诉被告が応訴を余儀なくされることによる不利益があるとは認められないし、反訴と本訴とを併合審理することにより審理の重複や判断の矛盾を避け身分関係に関する紛争の画一的・一回的解決を図ることができるのであるから、特段の事情のない限り、我が国の国際裁判管轄を肯定するのが当事者間の公平や裁判の適正・迅速の理念に適する者と解される。」本件では、本訴が我が国で提起されており、反訴で確定されるべき前婚の効力および親子関係の存否は、本訴原告の原告適格と重婚該当性を判断するために不可欠の前提問題であって、反訴請求は本訴の訴訟要件と請求と密接な関係を有する、とした。

62：大阪高判平成 19・9・13 家月 60 卷 3 号 38 頁：認知の訴え・却下（管轄に言及なし）

原告は、原告の実父 A（中国籍）が被告（帰化により日本国籍取得）の子であることを認知することを求めて訴えを提起（被告は一番係属中に死亡したため、検察官が訴訟を進行）。被告と A の親子関係は出生により成立しているとして、確認の利益を否定し、却下。一番も含めて判決からは明らかでないが、被告の住所は日本にあったと思われる。

63：最判平成 20・3・18 判時 2006 号 77 頁：親子関係不存在確認の訴え・（濫用）（管轄には言及なし）

原告ら（韓国籍）が、韓国の戸籍上その弟とされている被告に対して、父（韓国籍）と被告との間に親子関係が存在しないことの確認を求めた事案。

5. 養子縁組及び離縁

(執筆担当：筑波大学 村上 正子)

本項目においては、養子縁組に関するハーグ条約を概観したあと、わが国の養子縁組及び離縁についての国際裁判管轄をめぐる学説及び審判例の状況をまとめる。

I. 国際養子縁組に関するハーグ条約

養子縁組に関しては、これまでハーグ国際私法会議は二つの条約を成立させている¹。すなわち、1965年の「養子縁組の裁判管轄権、準拠法及び決定の承認に関する条約」（以下、1965年ハーグ養子縁組条約、という）と、1993年の「国際養子縁組に関する子の保護及び協力に関する条約」（以下、1993年ハーグ養子縁組条約、という）である。

1. 1965年ハーグ養子縁組条約

1965年のハーグ養子縁組条約は、第二次大戦後の戦災孤児や戦後多く生まれた混血児など、その本国では適当な養子縁組を見出しにくい児童との国際的養子縁組が増加したことに伴い、それについて生じる可能性のある弊害と危険から、児童をはじめ養親や実親等の関係者の利益を保護しようとする国際的な動きが高まったことを受けて成立したものである。しかしこの条約は、発効に必要な3カ国（オーストリア、スイス、イギリス）が締約国になりようやく発効したにとどまり、広くは普及しなかった（現在のところ締約国は一つもない）。その理由としては、同一国籍を有しない夫婦や、同一常居所地をもたない夫婦が養親である場合には条約が適用されないこと、養子縁組の成立を認める裁判その他の処分につき管轄権を有する国を養親の常居所地国または本国に限っていたこと、管轄権を有する国の法が原則として準拠法としたことが、養子の出身国にとって受け入れ難かったばかりでなく、一般的にも管轄権と準拠法を分離する法制を有する国には馴染みにくかったこと、承認に関する規定が概括的でその効果が明確でないこと等が挙げられている。

2. 新たな条約成立の背景

その後、国際養子縁組のかたち及びそれを取りまく状況は大きく変化していった。すなわち、発展途上国の児童が先進国に送られるという形態の養子縁組の数が急増し、それに伴い、法制度や法政策の相違に基づく子の不安定な地位の発生、養子縁組という名の下で

¹ ハーグ養子条約については、以下の文献を参考にした。鳥居淳子「国際養子縁組に関する子の保護及び協力に関する条約について」国際法外交雑誌93巻6号1頁以下（1995年）、清水響「ハーグ国際私法会議第17会期の概要—国際養子縁組に関する子の保護及び協力に関する条約を中心として」民事月報48巻11号30頁以下（1994年）、床谷文雄＝清水愛砂＝梅澤彩「国際養子縁組をめぐる世界の動向と日本の課題」戸籍時報674号2頁以下（2011年）。

の子どもの売買など、子どもや実親（特に実母）の人権の無視という事態も増加していった。その結果、国際養子縁組において、子どもを始めとする関係者全員の権利を保障するためにも、新たな枠組みでの国際的な協力の必要性が認識されるようになり、またさらに、1989年に国連総会本会議で採択された「児童の権利に関する条約」（以下、児童の権利条約、という）が、その21条において、国際養子縁組が国内養子縁組と同等の保障及び規準を享受すること、金銭上の不当な利得を伴わないことなどを規定していることも、新たな枠組みの作成への動きを後押ししたといえる。

3. 1993年ハーグ養子縁組条約

以上を背景に、1993年5月に開催されたハーグ国際私法会議第17会期で成立したのが、1993年ハーグ養子縁組条約である。この条約は、①国際養子縁組が子の最善の利益に基づき、国際法により認められた子の基本的権利を尊重して行われるための保護措置を定めること、②条約の定める保護措置の遵守を確保することにより、子の奪取、売買、及び取引の防止のための国際協力の制度を定めること、③条約に従った養子縁組の締約国間での承認の保障をすることを目的としている（1条）。このことからわかるように、本条約は、子の保護のための最小限の実質法上の保護措置（養子の送出国（出身国）と受入国の中央当局・認可斡旋機関の密接な協力による国際養子縁組の適正な成立）を定め²、条約に従った養子縁組の締約国間における承認を保障することを目的としており、準拠法や国際裁判管轄権については一切規定していない。したがって、これらの問題については、養子縁組が行われる国の国内法に委ねられていることになる³。本条約は1995年5月1日に発効し、2011年12月15日現在、締約国は85カ国にのぼり、欧米、アジア、大洋州、アフリカの関係国多数を含み、主要7カ国のうち批准していないのは日本のみである。

4. 1995年の養子縁組条約の概要

1995年の養子縁組条約は、18歳未満の養子の国境を越えた移動を伴う国際養子縁組（養親となる者と養子となる者が居住地を異にし、養子縁組に伴い養子が国境を越えて移動する場合⁴）を対象として（2条・3条）、以下のような手続を定めている。

² 中央当局の制度を定め、その職責を規定するという方式は、1980年の「子の国際的奪取の民事面に関する条約」と類似するものであり、司法共助のための国際協力制度の確立を意図するハーグ国際私法会議作成の条約の1つの流れに沿ったものとされている。清水・前掲論文212頁以下、及び219頁（注36）を参照。

³ この条約は準拠法の統一を目的とした条約ではなく、一種の人権条約であるという評価がされているところである。鳥居・前掲論文8頁参照。

⁴ 1965年の養子縁組条約は、当事者が締約国の国籍を有する場合のみを適用対象としていた（1条）が、1995年条約は当事者の国籍を問題とすることなく、子が国境を越えて移動するような養子縁組であれば適用される。したがって、養親と子が国籍を1つにする場合でも、子が他の締約国から養親の常居所地国へ入国し、養親とともに居住しようと

まず、子の保護のための最小限の実質法上の保護措置として、中央当局、認可された養子斡旋機関等の国際的な協力関係のもとで適正な養子縁組を成立させるための規定を定める。すなわち、子どもの送出国（出身国）に設けられる中央当局は、認可された縁組斡旋団体とともに、養子となる子が縁組可能であることの認定、親・子本人の意思の確認、国内での養育の可能性などを適正に考慮して（4条・16条）、国際養子縁組が子の最善の利益に合致すると判断したときは、対応する受入国の中央当局、認可斡旋団体と協力して、受入国側で養親として適格と判断され、その同意を確保した者（5条・15条・17条）とのマッチングとその評価を行い、適合すれば養子縁組手続を進める。これに対して不適合のときは、子どもを他の養親希望者に託置するなどの可能性を探り、すでに子が受入国に移動している場合は、出身国に戻すことは子の利益に合致する限りでの最終手段とする（21条）。

次に締約国間における承認については、以下のような自動承認の原則が規定されている。すなわち、国際養子の出入国を円滑に行うために中央当局が適切な措置をとり（18条・19条）、受入国での養親子の生活の安定化を図るために、出身国で本条約に従って成立した国際養子縁組については、受入国は、原則として自動的にこれを承認するものであり、子の最善の利益を考慮して、明らかに公序に反する場合に限って承認を拒絶することができる（23条・24条）⁵。承認の効力については、①法的親子関係の成立、②養親の子に対する親責任、③養子縁組がされた国において養子縁組が子とその父母との間の既存の法的関係を断絶する効果を有する場合には、その断絶効の承認を明記するほか、養子の出身国と受入国で養子縁組の断絶効に差異がある場合についての調整規定を置き（26条）⁶、受入国において断絶効を有する養子縁組に転換することができるものと規定

する限りは適用されることになる。清水・前掲論文212頁参照。これに対して、養親と子どもが国籍を異にしていても、同一国内に常居所を有する場合には、条約の対象外となる。

⁵ これについては、中央当局・認可斡旋機関による重大な職務違反がない限りはほぼ適用されないであろうとされている。床谷他・前掲論文8頁。

⁶ 26条2項は、「既存の親子関係を断絶する効果をもつ養子縁組の場合には、子は、受入国及びその養子縁組が承認された受入国以外のいずれの締約国においても、当該国で同様の効果を持つ養子縁組に由来する権利と同等の権利を享受する」とし、さらに3項は、「前項の規定は、養子縁組を承認する国で効力を有する子により有利な規定を適用することを妨げない」と規定する。2項の規定は、いわゆる特別養子型の養子縁組に関する限り、養子となった子は、①受入国において同様の効果を持つ養子縁組に由来する権利と同等の権利、②承認国において同様の効果を持つ養子縁組に由来する権利と同等の権利を有すると定めているが、①の効果は正確には承認の効果ではなく、受入国で本条約の適用がある縁組がされた場合、自動的に受入国の特別養子と同等の権利が与えられるということを意味するもので、これは受入国における養子縁組の効果を直接に定めた実体規定であると説明される。他方で、②は、出身国でされた養子縁組が受入国その他の締約国で承認された場合や、受入国でされた養子縁組が出身国その他の締約国で承認された場合について規定するものである。以上について、清水・前掲論文208頁以下を参照。

している（27条）⁷。

5. 国際養子縁組の国際裁判管轄権について

1965年の養子縁組条約では、養子縁組の管轄権は、養親となる者の常居所地国又は国籍国にのみ認められていた（3条）⁸。1995年の養子縁組条約では、国際裁判管轄権について明示の規定は置かれていないが、その適用対象を定める2条1項は、「この条約は、ある締約国（出身国）に常居所を有する子が、出身国において他の締約国（受入国）に常居所を有する夫婦又は単身者と縁組をした後に、又は受入国若しくは出身国においてこのような縁組をするために、受入国に移動を終え、現に移動し、又は移動しようとする場合に適用する」と規定していることから、子の常居所地国（出身国）又は養親の常居所地国（受入国）のいずれかに管轄権を認めることを前提にしているといえる⁹。

6. 養子縁組の承認について

1965年の養子縁組条約では、承認については一般的な規定のみが置かれていた。すなわち、第8条は、本条約によって規律され、本条約に規定する管轄権を有する機関によって認められた養子縁組は、締約国において自動的に承認されると規定することとどまる。これに対して、1995年の養子縁組条約では、上述のとおり、より詳細な規定を置いている。しかしその規定をめぐっては、特別養子型の養子縁組の承認の効果を規定した26条2項にいう「同等の権利」の内容について、何を以て「同等」とするか、さらには「権利」の意味について、解釈の分かれる余地があるとされている¹⁰。

いずれにしても、1995年の養子縁組条約は、1965年のそれとは異なり、管轄権や準拠法については一切規定しておらず、承認国からみて準拠法が異なる場合や縁組国の管轄権が認められないような場合であっても、締約国で本条約に従ってなされた養子縁組

⁷ 27条1項は、「出身国で認められた養子縁組が既存の法律上の親子関係を断絶する効果をもたない場合には、その養子縁組は、次の各号に該当するときに、この条約に従ってその養子縁組を承認する受入国において、そのような効果を有する養子縁組に変換することができる。a 受入国の法が認めるとき。 b そのような効果を有する養子縁組のために、第4条c及びdに掲げる同意が与えられていたとき又は同意が与えられるとき。」と規定する。

⁸ 養子縁組の準拠法については、成立要件については管轄を有する国の法を（4条）、養親、その家族及び配偶者以外の者の同意及び協議に関する事項については子の本国法を（5条）、それぞれ適用するとしていた。

⁹ ただし、実際にこれらの国に管轄が認められるかどうかは、各締約国の国内法による。清水・前掲論文212頁。

¹⁰ 例えば、わが国の国内法上の特別養子縁組に由来する権利とするのか、それともわが国の国際私法による準拠法の適用の結果認められるものとするのかという問題や、権利の範囲に親子関係に関する私法上の権利のみならず公法的な権利まで含まれることになるのかとい問題などである。詳しくは、清水・214頁以下を参照。

であれば締約国は自動承認義務を負うことになる。このような本条約のアプローチが後述のわが国の実務・議論と果たして整合性を持つかについては、さらに慎重な議論が必要であろう。

II. わが国における涉外養子縁組・涉外養子離縁の国際裁判管轄¹¹

1. 涉外養子縁組¹²の国際裁判管轄

(1) 学説の状況

国内養子縁組については、家事事件手続法161条が、養子縁組許可審判につき養子となるべき者の住所地、同164条が特別養子縁組成立審判につき養親となるべき者の住所地の、それぞれ家庭裁判所の管轄に属すると規定しているが、涉外養子縁組について国際裁判管轄を定める直接の規定はない。従って、上記の国内土地管轄規定や、養親となる者、養子となる者、それぞれの我が国との関連性を基礎とし、さらには養子縁組許可決定の特殊性を勘案したうえで、当事者間の公平や事件処理の適正その他の事情をも考慮して、わが国国際民事訴訟法の見地から条理によって裁判管轄有無の基準を考えていくこととなる¹³。その具体的基準については従来、以下の諸説が主張されている。①養子の住所のみの管轄を認める見解、②養親または養子の住所双方の管轄を肯定し、これに限定する見解、③

¹¹ この問題については、以下の文献を参考にした。西沢修「外国人との養子縁組」『家族法大系IV』247頁以下(1960)、溜池良夫「渉外人事訴訟および家事審判の諸問題」『実務民事訴訟講座6』123頁以下(1971)、山田鏝一「養子縁組の準拠法、管轄権及び裁判の承認」『現代家族法大系III』205頁以下(1979)、あき場準一「養子縁組・離縁の準拠法及び国際的管轄」『講座・実務家事審判法5』247頁以下(1990)、早田芳郎「国際私法における特別養子縁組」家月40巻4号1頁以下、石黒一憲「国際的養子縁組・養子縁組の諸問題」『講座・現代家族法III』387頁(1992)、同「国際養子縁組の準拠法と国際裁判管轄」判タ747号464頁以下(1991)、同「国際養子縁組の現代的課題」国際私法の争点181頁以下、司法研修所編・涉外養子縁組に関する研究(1999)、早川吉尚「国際養子縁組の準拠法と国際裁判管轄」判タ1100号202頁以下(2002)、大谷美紀子「涉外養子縁組の国際裁判管轄権と準拠法」『新家族法実務大系第2巻』663頁以下(2008)、不破茂「養子縁組許可・決定の国際裁判管轄」涉外判例百選(第三版)216頁以下、西島太一「養子縁組事件の国際裁判管轄」国際私法判例百選(別ジュリ172号)184頁以下、同・国際私法判例百選(別ジュリ185号)188頁以下、豊澤佳弘「未成年者特別養子縁組・離縁の裁判管轄と準拠法」判タ747号467頁等。

¹² 日本国内に住む子ども(日本人、外国人)を子どもと国籍の異なる国内在住の夫婦に委託し、日本の家庭裁判所で養子縁組を完了するか、外国に住む子どもが、外国の養子縁組幹旋機関の許可を取って日本に移動し、日本の家庭裁判所で養子縁組を完了するものを指す。

¹³ 不破・前掲判批・216頁、豊澤・467頁他。

養親養子の各住所に加えて、本国管轄を認める見解、④各当事者の本国管轄と養親本国における縁組の承認を条件とした当事者の共通住所地管轄を本則としつつ、緊急管轄として、養子住所のみに基づく管轄を認める見解などで、さらに特別養子縁組については、⑤家事審判規則64条の3（現家事事件手続法164条）の趣旨から養親の住所がある場合に管轄を認める見解なども主張されている。

そもそも養子縁組の許可・決定については、「子の福祉」のために適切であるかどうかことが重要であるが、養子とされる者が未成年かどうか、特別養子縁組なのか普通養子縁組なのかで、それぞれ考慮すべき要素も異なってくる。また、当事者の国籍を管轄の基準として認めるべきか否かも問題となる。すなわち、養子とされる者が未成年の場合には、子の福祉のために適切であるかを判断するうえで、当事者の経済状態や生活環境の調査が重要とされるため、実親を含めた子の側の事情を調査し子の利益を保護するうえで、養子とされる者の住所地に管轄を認めると同時に、養親側の事情を調査し、将来的に養親子関係が形成される地である養親の住所地にも管轄を認めるのが合理的とされる。これは、養子縁組における最大の政策目的である子の福祉の観点から、裁判管轄の局面では、ともかく養子縁組の機会を奪うことを回避することに重点を置くべきであるという考え方に基づいている。これによれば、管轄を認めることと縁組の適否を判断することは別問題であるから、管轄はできるだけ広く認めておく（裁判所の関与・介入の機会を保障する）ことに意義があることになり、養親となる者又は養子となる者の住所地国の双方に並列的に管轄を認める。

次に特別養子縁組については、これとは異なる考慮を必要とする見解がある。そもそも特別養子縁組とは、実親子関係の断絶を伴う完全養子制度であり、国内の管轄について養親となる者の住所地の家裁にその管轄が認められているのは、養親となる者の適格性や養親子関係の適合性等につき、いわゆる試験養育を通じて、普通養子縁組事件におけるよりも一層慎重かつ十全な調査を行う必要があるからであるとされる。したがって国際裁判管轄についても、原則的に養親となる者の住所（常居所）を基準とすべきであり、養親となる者の住所が日本にないのに、養子となる者の住所が日本にあるというだけでわが国の家裁に国際裁判管轄を認めるのは適当ではないとする見解が有力に主張されている¹⁴。この見解は、特別養子縁組成立事件における家裁の後見的関与の重要性及びその実効確保の必要性を重視している¹⁵。しかしこれに対しては、国際養子縁組においては、子どもを如何なるプロセスを経て外国に連れ出すことになるのか、換言すれば、子どもの人権を守っていくうえでは国際養子斡旋のプロセスを十分監視することが最も重要であるという観点から、当該の子が生まれ、その後養育されている国（養子とされる子の住所地ないしは常居所地国）の国際裁判管轄を認めるべきであるとする見解も有力である¹⁶。この見解は、後述の国

¹⁴ 早田・18頁以下。

¹⁵ 豊澤・467頁。

¹⁶ 石黒・判タ747号466頁他。

際養子縁組に関する子の保護及び協力に関するハーグ条約に見られる、国際養子縁組が関係諸国の当局間の協力により、児童の人権を尊重しつつ慎重になされるよう、国際的な制度枠組を築くという国際的な流れにも着目し、養子とされる子の住所地にも国際裁判管轄を認めることで、特に日本で産まれた子どもが海外へ養子縁組のために連れ出されるといふ国際養子縁組を適切に行うために、日本の家庭裁判所の関与をできるだけ広く認める必要があることを強調する。また、特別養子縁組の国際裁判管轄を養親の住所地に限定する根拠が、もっぱら試験養育の状況調査を裁判所が適切に行う必要性にあるのだとすれば、養親が外国に居住する場合であっても、養親の住所地国における試験養育の状況調査を適格になしうる限りで、養子の常居所地国としての日本の国際裁判管轄を認めてもよいとする見解もある。この見解も、渉外養子縁組のために海外に送り出される子の利益・福祉のために、養子の住所（常居所）地国の裁判所の国際裁判管轄を肯定し、そのような渉外養子縁組成立の過程にわが国の裁判所が関与・介入する機会を保障しておくことが望ましいという考えにたつものである¹⁷

当事者の国籍を管轄の基準とするのは妥当か。これについては、養親養子のいずれの住所もわが国に存在しない場合に、当事者の国籍に基づいてわが国の裁判管轄を認めることが妥当かという形で問題となる。本国管轄を肯定する論拠として挙げられているのは、主に非訟事件における並行原則であり、わが国が養子縁組の成立について養親の本国法主義を採用していることから（法例〇条）、国際裁判管轄についてもこれと並行して養親の本国に管轄を認めるべきであるとする。さらにより実質的な考慮として、養子縁組の戸籍への反映を重視する見解もある。すなわち、外国でなされた養子縁組については、当該養子縁組決定の承認によってそれを戸籍へ反映することも可能であるが、それは必ずしも十全ではないことから、それよりは、将来的な紛争の防止や当事者の渉外的身分関係の更なる安定を考慮し、より確実で迅速な方法として、当事者がわが国裁判所における審判を望むときにはこれを拒絶すべきではないとする（その方が戸籍に迅速かつ確実に反映させることができる）。特別養子縁組の場合はさらにこの要請が強くなるとされ、また、居住地国において養子縁組の申立て自体が許されない場合に、子の福祉のため必要な縁組の方途を遮絶してしまわないという、緊急管轄的配慮も必要であることから、本国管轄も付随的に認めるべきであるとする¹⁸。

（２）渉外養子縁組許可事件の審判例

渉外養子縁組許可事件の審判例（末尾に要旨を掲載）をみると、公刊された審判例で国際裁判管轄を否定した例は見当たらない¹⁹。また国際裁判管轄があることを前提として、そ

¹⁷ 大谷・669頁。

¹⁸ 不破・217頁、西島・別ジュリ185号189頁も同旨。

¹⁹ 2009年及び2010年の、家庭裁判所における家事渉外事件（養親又は養子のいずれかが外国人である養子縁組。ただし、日本人の子どもを国外に連れ出して外国で養子縁組をするケースを含まず）として集計されている新受件数は、養子をするについての許可

の問題には触れずに養子縁組の許否について審判している例もある（判例59、62、63）²⁰。管轄権を認めた審判例がその理由として挙げているのは、①養親及び養子の双方が日本に住所（居所）を有すること（判例4、6、7、9、10、11、13～22、25～31、34、35、36-1、37-1～42、44～50、52、53、55、56、58、60、64、66）、②養子が日本に住所（居所）を有すること（判例2、3、5、8、24、32、33、37、43、51、65）、③養親が日本に住所（居所）を有すること（判例1、12、61）、④養親と養子の双方、またはいずれか一方が日本に住所（居所）を有することに加えて、いずれかが日本国籍を有すること（判例23、36、57）、のいずれかである。この中で、これらの基準をとることの根拠についてまで述べている例は少なく、述べられていても簡単に、養子となる子の住所地国に管轄権を認める根拠として、「養子縁組の制度は子の福祉の実現にあること」を挙げるにとどまる（判例51、65）。

以上の審判例を概観すると、わが国では、養親・養子の双方又はいずれかの住所が日本にある場合には、わが国の国際裁判管轄を認めるという立場をとっているといえる。また国籍については、これに言及する審判例もあるものの、それは国籍のみを管轄原因と認める趣旨ではなく（したがって、養親も養子もいずれも日本に住所がない場合でも、いずれかの国籍のみを理由として管轄を認めるかどうかは不明）、わが国の管轄権を認める肯定的な付加的要素として認めているにすぎない²¹。

なお、審判例が管轄原因として認める住所の概念については、一定期間日本で日常生活をしていることをもって認める例（判例4、12、30、56）や、明示的に（常）居所が日本にある（日本に居住している）ことを根拠とする例（判例8、11、15、16、20、23、25、26、27、33、38、41、45、51、64、65、66）もある。このことから、わが国の審判例は、「住所」か「常居所」という概念それ自体にこだわらず、居住の要素を基礎とした当事者の生活の本拠に基づく管轄原因として、わが国に裁判管轄を認めるのが適切な場合に、わが国に住所なり常居所がある（あるいは日本に居住している）として、幅広く管轄を認める傾向にあるといえる²²。

がそれぞれ414件／352件、特別養子縁組の成立及びその離縁に関する処分がそれぞれ29件／37件となっている（司法統計年報（家事編）による）。

²⁰ 国際養子縁組に関しては、その国際裁判管轄の基準に関して判断した最高裁判例はない。そもそも国際裁判管轄の根拠について詳細に判示した裁判例もみあたらないが、これは、これまでの審判例の事案のほとんどで当事者全てが養子縁組や離縁の成立を望んでおり、わが国における管轄の有無が本格的に争われた例がほとんどないという事情があると指摘されている。早川・203頁。また、ほとんどは当事者全員がわが国に住所を持つか、少なくとも居所を有していた事例であり、これは、審判事件では本人の出頭が要請され、国内管轄についても養子の住所が基準となっていることが影響を与えているという指摘もある。あき場・261頁以下。

²¹ 大谷・666頁。

²² 不破・217頁。住所や居所の認定は、わが国の国際管轄規則の立場から独自に為される。あき場・263頁。西島・別ジュリ185号189頁は、日本が「保護されるべき利益」の所在地といえるかが決め手になり、その有無については、「子の福祉」の観点を重視

特別養子縁組についての審判例は、すべて養親及び養子がいずれも日本に住所を有することを理由にわが国の国際裁判管轄を認めている（判例48-1、49、52、53、58）。学説で問題とされている、外国に居住する養親から、日本に住所を有する養子について特別養子縁組が申し立てられ、わが国の国際裁判管轄の有無が問題となるような事例は見当たらない。

2. 涉外養子離縁事件の国際裁判管轄²³

養子縁組の離縁事件については、家事事件手続法165条が、養親の住所地を管轄する家庭裁判所の管轄に属すると規定しているが、国際裁判管轄については、養子縁組成立の審判事件についてと同様に、明文の規定がないことから、条理によって決定することになる。この点については、涉外離婚事件の国際裁判管轄に準じて、被告の住所地国に管轄を認めることを原則とし、被告が原告を悪意で遺棄した場合や被告が行方不明の場合など、正義公平の観点からこの原則を貫くことが原告に酷な場合には、例外的に原告の住所地国に管轄を認めるとする見解が有力とされている。これに対しては、特に涉外特別養子離縁事件の特殊性を重視する見解からは、離婚の場合に比べ、関与する裁判所の機能に根本的な相違があることを重視し、独自の基準（観点）も主張されている。すなわち、特別養子離縁事件については、国内管轄において養親の住所が基準とされているのは、養親による虐待、悪意の遺棄等、離縁事由の審理のために必要となる養親による養子の養育状況の調査は、養親の住所地において容易になしうるという理由からであり、このことは、涉外事件にも妥当する。そのうえで、涉外特別養子縁組事件の審理にあたって必要とされる子の福祉の観点からの子の要保護性に関する判断を適切になしうるのは養子の住所地国の裁判所であることも指摘する。この見解によれば、涉外特別養子縁組離縁事件においては、離縁事由の有無の判定に必要な資料の適切な収集という観点から、離縁の実質的な相手方である養親の住所（常居所）地国に原則として国際裁判管轄を認めるとしつつ、例外的に養親による悪意の遺棄、養親の行方不明等の特別の事情がある場合には、養子側の福祉や要保護性の観点から、養子の住所（常居所）地国にも管轄権を認めることになる²⁴。養子から養親に対して申し立てられた離縁事件については、いずれの見解にたっても結論に違いはない。また養親がその住所地国で養子に対して申し立てた離縁事件においても、養親の住所が日本にあるというだけで安易にわが国の管轄を認めることが、養子の保護に欠けるのではないかという懸念もあるが、従来の学説によっても養子の保護には十分な配慮がなさ

したうえで、子の国際的移動のチェック、養子としての身分・安定した在留資格・国籍・市民権の取得等のほか、外国での縁組の必要性和可能性、は行的縁組の発生防止、戸籍への反映、外国の養親に日本で申立て（あるいは試験養育）させることの可能性と妥当性、実質的な調査・審理の可能性（外国のソーシャルワーカー等との連携）、本人出頭主義との関係などを総合勘案して決するしかない、とする。

²³ 大谷・670頁以下参照。

²⁴ 豊澤・467頁以下。

れることに鑑みれば、結局いずれの見解にたっても結論に違いはないといえる²⁵。

涉外養子離縁事件の審判例は、いずれも外国に居住する養親から日本に居住する日本人養子に申し立てられた普通養子離縁事件についてであるが、特に管轄権の根拠に言及することなく離縁の審判をしている²⁶。

なお、審判例はないが、学説においては、外国の裁判所その他の当局の関与によって創設的に成立した養子縁組の離縁事件については、当該養子縁組を成立させた裁判所等が属する国に養子離縁の裁判の専属管轄権を認めるべきであるとする見解がある²⁷。しかし、前述の離縁事由の判断に必要な資料の適切な収集や、子の福祉・要保護性という、涉外離縁事件に関する特殊性に鑑みて、当事者の住所を基準とする管轄権を否定することには疑問をもつ見解もある²⁸。

3. 外国養子縁組裁判の承認

外国における養子縁組が裁判所や公的機関でなされた場合に、その承認の要件をどうするかについては、日本の国際私法の定める準拠法に従ってなされたものであることを要件とするか、民訴法118条の規定をどこまで適用するか等について争いがある²⁹。涉外養子縁組の国際裁判管轄に関する下記審判例のうち、62の事例は、外国でなされた養子縁組の我が国における効果（評価）が問題となった事例である。ここでは、日本在住の日本人夫婦が、中国在住の中国人孤児を中国の方式による普通養子縁組として届出、受理されたあと、日本に帰化した子についてわが国で特別養子縁組の申立てがなされた。裁判所は、法例20条1項により養親の本国法である日本法を適用し、普通養子縁組が成立している当事者間に養子と実親との関係の断絶という日本法上の特別養子縁組と同一の効果を認めるためには、当該養子縁組の成立要件が日本民法の特別養子縁組の成立要件を兼ね備えていると認められることを要するとした。そのうえで、中国司法部公証司民法処における公証が日本民法所定の家庭裁判所の審判に該当するものとはいえず、したがって中国方式で成立した本件養子縁組は、日本国法上はいまだ普通養子縁組の効力しか生じておらず、子とその実親戸の法律関係は断絶していないとして、特別養子縁組の審判を行う利益を認めた。この判断に対しては、中国での公的機関による養子縁組への関与は同国において権限を有する機関によってなされたものであり、かつ断絶型養子縁組であったことから、日本の家庭裁判所による審判の代替可能性は肯定的に検討される余地があるし、中国法を適用

²⁵ 大谷・671頁以下。

²⁶ 水戸家審昭和48年11月8日家月26巻6号56頁、那覇家審昭和56年7月31日家月34巻11号54頁。

²⁷ 山田・205頁以下。

²⁸ 大谷・672頁。

²⁹ 海老沢美広「外国養子決定の承認」民商法雑誌75巻3号357頁以下（1976）、同「国際養子縁組の問題点」ジュリスト1059号148頁以下（1995）、石黒一憲・現代国際私法（上）570頁以下（1986）等参照。

してなされた中国養子縁組の我が国における効力を、法例の定める準拠法＝日本法に従って判断した点を、身分関係の変更における法的安定性の確保の観点から疑問視する見解もある³⁰。

【参考資料】

涉外養子縁組の国際裁判管轄に関する我が国の判例

01: 昭和32年12月12日東京家裁審判（家月10巻1号55頁）

日本在従のアメリカ人を養親とし日本人妻の連れ子（日本人）を養子とする縁組の許可については、申立人たる養親が現に日本国に滞在居住している以上、日本国の裁判所が裁判権を有する。

02: 昭和33年12月25日東京家裁審判（家月11巻4号136頁）

日本在住のアメリカ人夫婦とアメリカ人未成年者間の養子縁組について、アメリカ国際私法上養子決定の管轄権決定の基礎としての養子の住所は法定住所でなく単なる現住所でもよいとして、養子の住所は日本にあるものと認定し、日本法を適用して許可の審判をした事例。

03: 昭和36年2月10日東京家裁審判（家月13巻6号168頁）

日本在住のアメリカ人夫・ドイツ人妻と日本人未成年者との間の養子縁組については、ドイツ裁判所の認可に関する管轄は専属的なものであるが、国際法上他国の非訟事件手続法における管轄規定を排除するとは考えられず、従って子の住所地である日本の裁判所が管轄権を有する。

04: 昭和36年7月18日東京家裁審判（家月13巻11号108頁）

日本在従のアメリカ人夫がカナダ人たる妻の連れ子を養子とする場合、アメリカ国際私法上、日本において相当永続的に生活を営んでいる場合には、養子縁組の管轄決定の基礎としての住所は日本にあるとしたうえで、当事者の法定住所が日本にない場合でも、現実の生活が現在に至るまで相当永続的に日本において営まれているときは、わが国は、右事件の管轄権を有する。

05: 昭和37年5月17日大阪家裁堺支部審判（家月14巻9号116頁）

養子縁組許可については、養子となるべき者が日本に住所を有する日本人であるときは、家庭裁判所は管轄権を有するとして、日本在従のスウェーデン人夫婦と日本人未成年

³⁰ 金汶淑「外国養子決定の承認における手続法的アプローチの試み（一）」法學論叢150巻1号55頁以下、64頁以下（2001）。

者との間の養子縁組について、養子縁組が主として子の福祉の増進を目的とすることから、養子となるべき者が日本に住所を有する日本人である場合には、子の住所地である日本の裁判所が管轄権を有する。

06: 昭和38年4月24日東京家裁審判（家月15巻7号130頁）

養親・養子となるべき外国人が日本国内に住所を有するときは、わが国の裁判所は、養子縁組許可事件について管轄権を有するとして、日本在従のイギリス人夫婦とアメリカ人未成年者との間の養子縁組については、養親及び養子が日本に住所を有するから、日本の裁判所が管轄権を有する。

07: 昭和38年6月13日東京家裁審判（家月15巻10号153頁、判タ148号130頁）

いずれも日本国内に住所を有する日本人未成年者と外国人間の養子縁組事件については、わが国は管轄権を有するとして、日本在住の朝鮮人夫婦と日本人未成年者との間の養子縁組について、養親および養子の住所が日本にあるから、日本の裁判所が管轄権を有する。

08: 昭和39年4月8日東京家裁審判（判タ160号175頁）

日本在従のアメリカ人夫と日本人妻とが、妻の連れ子たる日本人未成年者を養子とすることの許可については、未成年者の常住居所が日本にあるときは、日本の裁判所が国際裁判管轄権を有する。

09: 昭和39年6月8日神戸家裁審判（家月17巻1号129頁）

申立人、未成年者および未成年者の母がいずれもアメリカ合衆国人であるが、いずれも我が国に住所を有する養子縁組事件については、わが国の裁判所も、国際非訟管轄権を有する。

10: 昭和39年10月19日名古屋家裁審判（家月17巻3号64頁）

朝鮮人夫婦と日本人未成年者との養子縁組事件については、右夫婦、未成年者とともに名古屋市に住所を有しているときは、日本国が裁判権を有し、名古屋家庭裁判所に管轄権がある。

11: 昭和40年5月27日東京家裁審判（家月17巻11号132頁）

養子となるべき未成年者が日本に住所を有する日本人で、養親となるべき申立人の一方がブラジル合衆共和国に居住する日本人で、他方がブラジル合衆共和国人であるが、日本に居所を定めて滞在している養子縁組許可事件については、わが国に裁判管轄権がある。

12: 昭和40年6月18日東京家裁審判（家月18巻2号113頁）

日本在住のアメリカ人夫婦がアメリカ人未成年者を養子とする縁組許可申立について、養子は日本に住所を有していなくとも、申立人の夫は軍属として来日しているとはいえ、15年余も日本に居住しているときは、申立人らは日本に住所を有しているというべきであるので、日本の裁判所が裁判権を有する。

13: 昭和40年12月28日東京家裁審判（家月18巻8号80頁）

日本在住の韓国人夫婦と日本人未成年者との間の養子縁組については、養子が日本に住所を有する日本人であり、養親が日本に住所を有しているので、日本の裁判所が裁判権を有する。

14: 昭和41年7月4日長崎家裁佐世保支部審判（家月19巻2号130頁）

いずれも日本に住所を有する米国人間の養子縁組事件について、わが国の裁判所は裁判権を有するとして、日本在住のアメリカ人夫婦とそのもとで現在養育されているアメリカ人未成年者との間の養子縁組について、当事者が共に日本に住所を有しているので日本の裁判所が管轄権を有する。

15: 昭和41年9月2日東京家裁審判（家月19巻4号110頁）

米国人養親と日本人で東京都内に住所を有する日本人未成年者の養子縁組に関する裁判権は、日本の裁判所に属するとして、軍務で滞日中のアメリカ人夫婦と日本人未成年者間の養子縁組事件について、日本国の裁判所が裁判権を有する。

16: 昭和41年10月29日東京家裁審判（家月19巻6号98頁）

出生以来引き続いて日本に居住している米国人の未成年者と日本に居住している米国人夫婦間の養子縁組事件について、わが国裁判所は、裁判権を行使することができるとして、日本在住のアメリカ人夫婦とアメリカ人未成年者との間の養子縁組事件については、申立人らが日本に居住し未成年者が出生以来日本に居住しているので、日本国の裁判所が裁判権を有する。

17: 昭和42年2月20日長崎家裁佐世保支部審判（家月19巻9号92頁）

日本人を養親としドイツ人を養子とする養子縁組について、いずれも日本に住所を有するときは、日本の裁判所が養子縁組許可事件の裁判管轄権を有する。

18: 昭和42年3月7日東京家裁審判（家月19巻10号163頁）

養親が中華民国人、養子が日本人であって、いずれも日本に住所を有しているときは、

日本の裁判所は養子縁組について裁判権を有する。

19: 昭和42年4月4日宮崎家裁審判(家月19巻11号122頁、判時493号52頁)
カナダ人を養親とし、日本人未成年者を養子とする養子縁組については、当事者がいずれも日本に住所があるときは、日本の裁判所が裁判権を有する。

20: 昭和42年5月24日東京家裁審判(家月19巻12号67頁)
養親が日本に住所を有する日本人であり、養子がベトナム人であるが日本に居所を定めて滞在しているときは、その間の養子縁組許可については、日本の裁判所が裁判権を有する。

21: 昭和42年8月22日東京家裁審判(家月20巻3号98頁)
養子が日本に住所を有する日本人であり、養親もアメリカ人であるが日本に住所を有するときは、その間の養子縁組許可については日本の裁判所が裁判権を有する。

22: 昭和42年10月31日東京家裁審判(家月20巻4号54頁)
フランス人を養親として、オーストラリア人を養子とする養子縁組において、当事者がすべて日本に在住しているときは、日本の裁判所が裁判権を有する。

23: 昭和42年12月7日名古屋家裁豊橋支部審判(家月20巻8号104頁)
養子となるべき未成年者およびその親権者がいずれも日本に住所を有する日本人で、養親となるべき者の1人は日本人で、他方は米国人であるが来日して居所を有する養子縁組事件については、日本の裁判所は裁判権を有する。

24: 昭和42年12月19日東京家裁審判(家月20巻7号68頁)
養親となるべき者または養子となるべき者の一方が日本に住所を有するかぎり、涉外養子縁組事件について、日本の裁判所は裁判権を有するとして、日本在住の日本人と、中華民國(台湾)在住の中華民國人との養子縁組は、養親または養子の一方が日本に住所を有する限り、日本の裁判所はその養子縁組について裁判権を有する。

25: 昭和43年8月6日東京家裁審判(家月21巻1号128頁)
養親となるべき申立人、養子となるべき未成年者のいずれもが外国人であって、その本国法上の住所も日本にないが、申立人らが1年近く日本に居住し、未成年者も日本に生まれ日本に居住するものであり、かつ未成年者の親も日本に居住しているときは、これらの間の養子縁組に関する裁判について、日本の裁判所が管轄権を有するとして、アメリカ人とフィンランド人夫婦を養親としアメリカ人未成年者を養子とする縁組の許可について

は、養親、養子がいずれも日本に居住するものであるから、日本の裁判所が裁判管轄権を有する。

26: 昭和43年11月11日東京家裁審判（家月21巻5号66頁）

日本在住の日本人と日本に居所を有する中華民国人未成年者との間の養子縁組については、日本の裁判所が裁判権を有し、かつ当裁判所が管轄権を有する。

27: 昭和44年8月19日東京家裁審判（家月22巻4号76頁）

日本滞在中のアメリカ人と日本人未成年者（日本人たる妻の連れ子）との間の養子縁組については、養子が日本に居所を有する日本人であり、養親も日本に居所を有するから、日本の裁判所が裁判権を有する。

28: 昭和44年9月22日東京家裁審判（家月22巻6号100頁）

日本在住のオランダ人夫婦と日本人未成年者との間の養子縁組については、当事者がいずれも日本に住所を有しているので、日本の裁判所が管轄権を有する。

29: 昭和45年8月17日東京家裁審判（家月23巻4号84頁）

日本在住のアメリカ人・日本人夫婦が日本人未成年者を養子とする縁組の許可については、養子および養母は日本に住所を有する日本人であり、養父は日本に住所を有するので、日本の裁判所は裁判権を有する。

30: 昭和46年2月22日札幌家裁審判（家月23巻7号78頁）

養親および養子ともにアメリカ合衆国に同国法上の法定住所を有するが、1年以上わが国の一定の地で日常生活を過ごしている場合には、わが国の国際裁判管轄権の子に根拠となる住所をわが国に有すると認められる。

31: 昭和46年3月1日熊本家裁審判（家月23巻8号57頁）

日本人が中国人未成年者を養子とする場合、養親および養子が日本に住所を有するときは、わが国の裁判所に裁判籍がある。

32: 昭和47年10月5日札幌家裁審判（家月25巻3号116頁）

日本に居所を有するアメリカ人を養親とし、日本在住のアメリカ人未成年者を養子とする縁組の許可については、養子縁組の制度が子の福祉の実現にあるところから、国籍の如何を問わず、養子となるべき者の住所地である日本の裁判所に裁判権がある。

33: 昭和48年4月3日東京家裁審判（家月25巻10号108頁）

台湾に本籍を有する未成年者がわが国に居所を有し、かつ将来日本に永住する目的でその居所を定めているときは、その者と日本人夫婦との間の養子縁組許可については、養子となる未成年者の居所を管轄する裁判所に管轄権がある。

34: 昭和49年3月18日東京家裁審判(家月27巻3号90頁)

韓国籍を有し日本に住所を有した養親と日本人養子との養子離縁許可について、養親が死亡しており養子の住所が日本にあるときは、日本の裁判所が裁判管轄権を有する。

35: 昭和51年3月5日福岡家裁小倉支部審判(家月29巻1号111頁)

日本人夫婦が日本に住所を有する韓国人未成年者を養子とする場合、当事者がすべて日本に住所を有するときは、日本国がその許可につき裁判権を有する。

36: 昭和52年5月4日盛岡家裁審判(家月29巻11号105頁、戸籍395号44頁)

日本人夫婦と日本在住のベトナム人との間の養子縁組につき、申立人が日本人であり事件本人が日本に住所を有するときは、日本の裁判所が裁判権を有する。

36-1: 昭和53年2月21日神戸家裁審判(家月31巻12号97頁)

日本在住の日本人男が英国人たる妻の連れ子を養子とする縁組の許可申立について、当事者がともに日本に住所を有しているので、日本の裁判所が裁判権を有する。

37: 昭和53年10月6日岡山家裁審判(家月32巻1号169頁)

アメリカ在従の同国人夫婦と日本在住の日本人未成年者との間の養子縁組については、未成年者の住所が日本にあるから、日本の裁判所が裁判権を有する。

37: 昭和57年12月22日大阪家裁審判(家月36巻5号112頁)

日本在住の日本人男が英国人たる妻の連れ子を要しとする縁組の許可申立について、当事者が共に日本に住所を有しているので、日本の裁判所が管轄権を有する。

38: 昭和58年11月30日名古屋家裁審判(家月36巻11号138頁)

日本在住の日本人夫婦と中華人民共和国人未成年者との間の養子縁組については、養親が日本に居住する日本人であり、養子も日本に住所を有しているので、日本の裁判所が裁判権を有する。

39: 昭和59年3月27日東京家裁審判(家月37巻1号153頁、判時1132号135頁)

日本在住の西ドイツ人と日本在住の成年の日本人との間の養子縁組については、当事

者の住所が共に日本にあるから、日本の裁判所が裁判管轄権を有する。

40: 昭和60年8月5日徳島家裁審判（家月38巻1号146頁）

日本在住のアメリカ人と日本在住の日本人未成年者との養子縁組については、当事者の住所がともに日本にあるから、日本の裁判所が裁判管轄権を有する。

41: 昭和60年9月26日大津家裁審判（家月38巻7号84頁）

日本在住の日本人と日本在住のフィリピン人未成年者との養子縁組については、当事者の住所・常居所が共に日本にあるから、日本の裁判所が裁判管轄権を有する。

42: 昭和61年1月28日東京家裁審判（家月38巻5号90頁）

日本在住のスイス人夫婦と日本在住の日本人未成年者との養子縁組については、当事者の住所が共に日本にあるから、日本の裁判所が裁判管轄権を有する。

43: 昭和61年12月17日熊本家裁審判（家月39巻5号59頁）

アメリカ在住のアメリカ人夫婦と日本在住の日本人未成年者との間の養子縁組について、養子となる者が日本に住所を有するので、日本の裁判所が裁判管轄権を有する。

44: 昭和62年3月12日東京家裁審判（家月40巻8号92頁）

日本人男が配偶者の嫡出子であって留学ビザで日本に居住する中華民国（台湾）人を養子とする縁組の許可申立については、当事者の双方が日本国内に住所を有するので、日本に国際的裁判管轄権がある。

45: 昭和62年3月26日東京家裁審判（家月40巻10号34頁）

日本在住のアメリカ人と日本在住の中華人民共和国人未成年者との養子縁組について、当事者はいずれも日本に居住しているから、日本に国際的裁判管轄権がある。

46: 昭和62年5月15日東京家裁審判（家月40巻10号40頁）

日本在住の日本人がマレーシア人たる妻の連れ子を養子とする縁組の許可申立について、当事者の住所はいずれも日本にあるので、日本の裁判所が裁判権を有する。

47: 昭和62年6月1日東京家裁審判（家月40巻10号43頁）

日本在住のフランス人夫婦と日本在住の日本人未成年者との養子縁組について、当事者がいずれも日本に住所を有するので、日本の裁判所が裁判管轄権を有する。

48: 昭和62年12月17日東京家裁審判（家月40巻10号59頁）

日本在住のカナダ人夫婦と日本在住の日本人未成年者との養子縁組について、当事者の住所が共に日本にあるから、日本の裁判所が裁判管轄権を有する。

48-1 昭和63年6月9日京都家裁審判（家月40巻12号39頁）

49: 昭和63年6月28日京都家裁審判（家月40巻12号44頁）

日本在住の英国人夫、日本人妻と日本人未成年者との間の特別養子縁組について、当事者がいずれも日本に住所を有するので、日本の裁判所が裁判管轄権を有する。

50: 平成元年3月23日横浜家裁審判（家月41巻10号139頁）

日本在住の日本人が日本在住の妻の嫡出子たる成年のコロンビア人を養子とする縁組の許可申立については、当事者はいずれも日本に住所を有しているので、日本の裁判所が国際的裁判管轄を有する。

51: 平成元年6月23日千葉家裁市川出張所審判（家月41巻11号102頁）

養子縁組事件に関しては養子となる者の福祉を主眼としてこれを審理・判断すべきことが近代養子法の理想であるとの原則が一般的かつ国際的に承認されていることからすると、原則として、その国際裁判管轄は、養子となる者の常居所地に属すると解されるとしたうえで、カナダ在住のカナダ人夫・日本人妻と日本に常居所を有する日本人未成年者との養子縁組について、未成年者は申立人らと現在同居していはいるものの、申立時には日本の乳児園に住所を有しており、また仮に申立が認められない場合には同乳児園に戻るようになるので、未成年者は日本に常居所を有するものと認められ、日本の裁判所が裁判管轄権を有する。

52: 平成元年10月24日東京家裁審判（家月42巻7号47頁）

日本在住の日本人夫・英国人妻と日本人未成年者との間の特別養子縁組について、当事者がいずれも日本に住所を有するので、日本の裁判所が裁判管轄権を有する。

53: 平成元年10月26日山口家裁徳山支部審判（家月42巻7号52頁）

日本在住のアメリカ人夫・日本人妻と日本人未成年者との間の特別養子縁組について、当事者のいずれもが日本に住所を有するので、日本の裁判所が裁判管轄権を有する。

54: 平成3年1月30日神戸地裁判決（判タ764号240頁）

日本在住の中華民国人養母の中華民国人養子に対する養子縁組無効確認については、被告が応訴している場合、被告住所地主義の例外として日本の裁判所が裁判管轄権を有する。

55: 平成3年12月16日盛岡家裁審判（家月44巻9号89頁）

日本在住のフィリピン人妻とフィリピン人未成年者との間の養子縁組について、当事者がいずれも日本に住所を有するので、日本の裁判所が裁判管轄権を有する。

56: 平成4年6月3日札幌家裁審判（家月44巻12号91頁）

日本在住の日本人夫・韓国人妻と韓国在住の韓国人未成年者との間の養子縁組については、申立人たる養父は日本国に住所を有する日本人であり、未成年者は韓国人で日本に住所（常居所）を有するものではないが、現在日本国の養父母のもとに所在し、その期間も5カ月以上にわたるから、日本国に国際裁判管轄権が認められる。

57: 平成4年9月22日水戸家裁土浦支部審判（家月45巻10号75頁）

日本在住の日本人養母と中華民国在住の成年の中華民国人との間の養子縁組について、養母の本国で住所地でもある日本が国際裁判管轄権を有する。

58: 平成6年1月13日高松家裁審判（家月47巻12号47頁）

日本在住のカナダ人夫婦と日本在住の日本人未成年者との間の特別養子縁組につき、申立人兩名及び事件本人はいずれも日本に住所を有するので、日本の裁判管轄権が認められる。

59: 平成7年3月2日山形家裁審判（家月48巻3号66頁）

日本国籍を有する夫とフィリピン国籍の妻が共同で、妻の非嫡出子たるフィリピン人の未成年者を養子にすることを許可を求めた事案について、わが国の国際裁判管轄権を認めた（特にその根拠について言及なし）。

60: 平成7年5月10日神戸家裁審判（家月47巻12号58頁）

日本在住の日本人夫・中華人民共和国人妻が日本人未成年者を養子とする縁組の許可申立については、当事者がいずれも日本に住所を有しているので、日本の裁判所が裁判管轄権を有する。

61: 平成7年10月11日横浜家裁横須賀支部審判家月48巻12号66頁

日本在住のアメリカ人夫婦と日本人未成年者との養子縁組については、養親となる申立人夫婦がいずれも日本に居住しているので、日本の裁判所が国際的裁判管轄権を有する。

62: 平成8年1月26日東京家裁審判家月48巻7号72頁

日本人夫婦が、中国在住の中国人孤児を中国の方式による普通養子縁組として届出、

受理されたが、のちに日本に帰化した同児を特別養子とする縁組の申立てがなされた事案について、わが国の国際裁判管轄権を認めた（特にその根拠について言及なし）。

63: 平成11年2月15日水戸家裁土浦支部審判（家月51巻7号93頁）

日本在住の日本人・フィリピン人夫婦が妻の非嫡出子たるフィリピン人未成年者を養子とする縁組の許可申立については、日本の裁判所が国際裁判管轄権を有する（特にその根拠については言及なし）。

64: 平成15年3月25日東京家裁審判（判例集未搭載 判例ID28082167）

日本在住の日本人女性とパキスタン人未成年者との間の普通養子縁組について、双方の常居所地である日本の裁判所が国際裁判管轄権を有する。

65: 平成19年7月20日宇都宮家裁審判（家月59巻12号106頁）

イラン人夫と日本人妻（日本在住）がイラン人未成年者（日本在住）との養子縁組の許可を求めた事案において、養子となる者が現実に居住している地で審判を行うのが子の福祉に適うとしたうえで、未成年者の住所地ないし常居所地は日本にあるから、わが国の裁判所が国際裁判管轄権を有する。

66: 平成20年3月28日青森家裁十和田支部審判（家月60巻12号63頁）

米国人夫婦と日本人未成年者との特別養子縁組について、申立人ら及び未成年者がいずれも日本国内に居住しているときは、わが国の裁判所が国際裁判管轄権を有する。

6. 親子間の法律関係, 未成年及び成年後見

(執筆担当: 日本大学 織田 有基子)

I 国際裁判管轄に関する裁判例の概要

II 具体例

(1) 親権・監護権など

(イ) 親権(監護権)者の指定のみが争われた場合

(ロ) 離婚とともに親権(監護権)者の指定が争われた場合

(ハ) 親子関係をめぐるその他の問題

(2) 面会交流

(3) 子の奪取

(イ) 家事審判手続によるもの

(ロ) (子の監護等につき確定した外国判決がある場合には) 外国判決の執行手続によるもの

(ハ) 人身保護手続によるもの

(4) 未成年後見、成年後見(後見開始の審判)

I 国際裁判管轄に関する裁判例の概要

親権・監護、面会交流(面接交渉)、子の奪取(子の引渡)、未成年後見・成年後見に関する判例のうち、国際裁判管轄を検討する上で参考になるとと思われるものを、以下の別表に掲げた(なお、本稿では、この問題に強い影響を及ぼしている離婚訴訟の国際裁判管轄に関する昭和39年3月25日最高裁判所大法廷判決以後のものに限定した)。

これら31の判例を見てみると、国際裁判管轄の有無の判断要因は、「子の住所地」と考えられているようである。すなわち、子の住所が日本に認められるならば日本に管轄ありとされる。しかし、もちろん例外も散見される。例えば、[3]や[18]のように、子の住所が日本になくとも管轄が認められている事案がある。これは、親権者(監護者)指定が離婚問題とともに審理され、かつ親権者(監護者)指定管轄は離婚管轄に附従するとの見解が採られた事案である。また、[22]は、日本に居住していない事件本人についての生活状況調査等を行うにつき支障のないことが日本の管轄を認める理由とされている。他方、[10]は、日本の手続法上、離婚訴訟の際に面接交渉につき付随的に判断しうるとする規定がないことから、[27]および[28]は、日本での滞在期間が短く住所と呼べる状態に至っていないこと、外国裁判所の命令違反が認められることなどから、子が日本に現在していても管轄が認められなかった事案である。

また、被告住所地主義を肯定する判例も比較的多く見られ、さらに、当事者の国籍に言及する判例もある。詳細については、具体例を参照されたい。

別表

(●=日本に住所[居所]あり)

番号	裁判所・判決年月日	管轄	申立人	相手方	子	
1	東京家審昭40・12・20	○	●	—	●	後見
2	東京家審昭41・9・22	○	●	—	●	後見
3	千葉地判昭47・3・31	○	●	×	×	離婚+監護
4	名古屋地判昭47・8・31	○	●	●	●	離婚+親権
5	東京家審昭48・10・3	○	●	—	●	後見
6	東京家審昭49・12・27	○	●	—	●	後見
7	松山家宇和島支審昭51・1・9	○	×	●	●	親権
8	札幌家審昭51・7・26	○	●	—	●	後見
9	静岡家審昭62・5・27	○	×	●	●	親権
10	東京地判昭62・7・24	×	●	●	●	面接交渉(予備)
11	水戸家審平3・3・4	○	●	●	●	離婚+親権
12	東京家審平4・9・18	○	●	●	●	子の引渡
13	神戸家伊丹支審平5・5・10	○	×	●	●	監護
14	東京高判平5・11・15	×	×	●	●	子の引渡(執行)
15	京都家審平6・3・31	○	×	●	●	面接交渉
16	大阪家審平6・12・2	○	×	●	●	監護
17	東京地判平11・11・4	○	●	×	●	離婚+親権
18	名古屋地判平11・11・24	○	●	×	×	離婚+親権
19	大津家審平12・1・17	○	●	●	●	嫡出否認
20	東京地判平16・1・30	○	●	×	●	離婚+親権
21	千葉家松戸支審平17・6・6	×	×	●	×	親権
22	東京高決平17・11・24	○	×	●	×	親権[21]控訴審
23	京都家審平18・3・31	○	●	●	●	面接交渉
24	東京高決平18・7・11	○	●	—	●	成年後見
25	東京家審平20・5・7	×	●	×	×	面接交渉
26	新潟家新発田支審平20・7・18	○	●	×	●	離婚+親権
27	東京家審平20・8・7	×	●	×	●	監護
28	東京高決平20・9・16	×	●	×	●	監護[27]控訴審
29	前橋家審平21・5・13	○	●	●	●	親権
30	横浜家小田原支審平22・1・12	○	●	×	●	親権
31	大阪高決平22・2・18	○	×	●	●	人身保護請求

※「親権」「監護」は、判決文で使用されている語に拠った。

※後見の裁判は相手方が存在しないため、「—」で表示した。

II 具体例

(1) 親権・監護権など

親権・監護権(用語は判決文に従ったもの)をめぐる争いにおいて国際裁判管轄につき言及されたものは多い。

そこで、(イ)親権(監護権)者の指定のみが争われた場合、(ロ)離婚とともに親権(監護権)者の指定が争われた場合、(ハ)親子関係をめぐるその他の問題、に分けて紹介する。

(イ)親権(監護権)者の指定のみが争われた場合

[7]松山家宇和島支審昭和 51 年 1 月 9 日家月 29-3-101(親権者指定申立事案)

申立人(母—日本国籍、住所は日本)

相手方(父—アメリカ国籍、住所はアメリカ・カリフォルニア州)

事件本人(アメリカ国籍、住所は日本)

★隠れた反致

「……渉外的家事事件の裁判管轄権については現在明確な根拠となる国際条約等はなく、各国家がそれぞれの国内法によりその裁判管轄権を定めているものと解せられ、従って国際私法生活全体を通ずる普遍的条理に徴しつつそれぞれの国家制定法の解釈から右裁判管轄権の内容を推知するほかはないところ、……子の親権者指定申立事件は我国民法 819 条、同法附則 14 条の準用、家事審判法 9 条 1 項乙類 7 号、家事審判規則 70 条、60 条 により子の住所地(住所概念は我国法上のそれによる。)の家庭裁判所の管轄とされるから、その国際裁判管轄権もまた我国にあると解するのが相当(右裁判管轄権を認めることを不当とするような国際私法生活上の条理は[本件—筆者注]事実を徴し認められない。)である。

「……米国の監護権に関する抵触法理によれば実体的準拠法指定の問題は裁判管轄権の問題と判然分離して論議されておらず、この利益、福祉に最も密接に関連しており、従って最も有効適切な監護権に関する裁判を下し得る裁判所が(その際最も重視すべき要件は子の住所地裁判所であるかどうかと言うこと。……)その法廷地法に準拠して裁判を行ない、その後は未成年子の置かれた状況の変化に対応し、子の福祉を最高の指標として関係する管轄裁判所がそれぞれの法廷地法により必要な変更、取消の裁判を自由にするという原則が認められているものと解せられ」る。

「……右州際間の抵触法理論は特段の事情のない限り国際間の法律関係にも適用されるのであって……、また米国内法上監護権に関する裁判をなす際最も重視される住所は少なくとも一時的にはそこを家庭(Home)としようとする意図を持ち、かつ身体的に現在すると言う要件を満たせば能力者による選択によって取得でき、また親と同居する未成年子の住所はその同居する親と同じとされ、また Home と言うのは個人が居住し、家族的、社会的、市民的生活の中心とする場所のことでであるとされる……のであるから上記[本件—筆者注]認定事実によれば事件本人……及び申立人の米国抵触法上の概念による住所が表記我国法上の概念による住

所と同一場所であることは疑を容れない。

以上によれば相手方の属するカリフォルニア州のそれを含め米国抵触法理上本件は事件本人の住所が存在している日本の裁判所が法廷地法である日本法に従って適切な裁判をすべきものとされている……」

[9]静岡家審昭和 62 年 5 月 27 日家月 40-5-164(親権者指定申立事案)

申立人(元妻－日本国籍、住所は日本)

相手方(元夫－メキシコ国籍、住所はアメリカ・カリフォルニア州)

事件本人(子－アメリカ国籍、住所は日本)

★申立人と相手方につき離婚判決を下したカリフォルニア州上級裁判所は、事件本人の親権については事件本人が日本国内に居住しているため管轄権を有しないとして何らの決定も出さなかった。

「……本件の如き涉外家事事件である親権者指定申立事件についての国際的裁判管轄権が我国にあるか否かについては、我国の国際民事手続法上の概念により結局条理上これを決するより他ない。……事件本人は国籍こそアメリカであるが、昭和 58 年 5 月以来日本人である母の申立人とともに居住し、今後は日本に帰化し日本人として日本において生育することが予想される。しかして親権者の指定に関する手続は家事審判法及び同規則によって規律され、同規則 70 条及び 60 条によれば、右事件は当該子の住所地の家庭裁判所の管轄に属するところ、右は子の生活関係の密接な地で審判がなされることが結局子の福祉により適合するという配慮に出たものと考えられる。そうであるとすれば本件の如き涉外親子関係事件についても同様に子の福祉を考慮すべく、当該子の生活関係の深い地即ち現在の居住地の国の家庭裁判所が管轄権を有するというべきであるから、本件について当家庭裁判所が管轄権を有することになる。」

[13]神戸家伊丹支審平成 5 年 5 月 10 日家月 46-6-72(監護者の指定申立事案)

申立人(妻－日本国籍、住所は日本)

相手方(夫－日本国籍、住所はアメリカ・イリノイ州)

事件本人 2 名(子－日本国籍、住所は日本)

★イリノイ州裁判所における離婚訴訟係属中に、子らの一時的監護権を申立人から相手方に変更する旨の命令が出されていた事案。

「未成年者らの住所がいずれも我が国にあるから、我が国が国際裁判管轄権を有する。」

[16]大阪家審平成 6 年 12 月 2 日家月 48-2-150(親権者指定申立事案)

申立人(元妻－中華人民共和国国籍、住所は日本)

相手方(元夫－中華人民共和国国籍、所在不明)

未成年者(子－中華人民共和国国籍、住所は日本)

「本件の国際裁判管轄権につき検討するに、親権者又は監護者の指定事件については、子

の生活関係の密接な地での審判がなされることが子の福祉に適合し、かつ、本件では相手方の所在が明らかでないことに照らすと、わが国が裁判管轄権を有し、かつ未成年者の居住地を管轄する当裁判所が国内管轄権を有するというべきである。」

[21]千葉家松戸支審平成 17 年 6 月 6 日家月 58-11-45(親権者指定申立事案)

申立人(元妻－フィリピン国籍、住所はフィリピン)

相手方(元夫－日本国籍、住所は日本)

事件本人(子－フィリピン国籍、住所はフィリピン)

「親権者の指定に関する国際裁判管轄については、我が国法上明文の定めがないことから、解釈に委ねられるところ、親権者の指定については子の福祉を第一義として決定されるべきであるから、子の福祉の観点から適切な判断をなし得る国、すなわち子の住所地又は常居所の国に国際裁判管轄権を認めるのが相当であり、この理は離婚の際の親権者指定の場合にも基本的に妥当するものというべきである。ただ、後者の場合において、子の住所地又は常居所地の国での親権者指定の裁判が速やかに行われる見込みがないなどの特段の事情が認められるときには、離婚の国際裁判管轄地においても親権者指定の国際裁判管轄が認められるものと解するのが相当である。

これを本件について見るに、事件本人は、出生から現在までフィリピン国内に居住し続けており、我が国には住所も常居所も有していないし、また、上記特段の事情を認めるべき事情も窺われないから、我が国には本件の国際裁判管轄はないといわざるを得ない。

[22]東京高決平成 17 年 11 月 24 日家月 58-11-40(親権者指定申立却下審判に対する即時抗告事案)[21]と同事案

★事件本人が、フィリピン国籍の他に、日本国籍も取得していた(国籍法 2 条 1 号)が、同法 12 条に基づく日本国籍留保の意思表示が法定期間内にされなかったため、日本国籍を出生時に遡って喪失したことが、新たに認定された。

「親権者指定の裁判に関する国際裁判管轄については、フィリピン国と我が国の間において定める条約は存在しない上に、我が国法上の明文の規定は存在しないため、条理により定めるほかはない。そうとすれば、離婚事件のみならず、親子関係事件(本件親権者の指定の事件も含まれる。)についても、相手方が行方不明その他の特段の事情のない限り、相手方の住所地国を原則とするのが相当である。もっとも、親子関係事件の中でも本件のように未成年者の親権者を指定する裁判の場合については、子の福祉という観点から、子と密接な関係を有する地である子の住所地国に国際裁判管轄を認める合理性も否定できないことから、この場合は、上記相手方住所地国と併せて子の住所地国にも国際裁判管轄を認めるのが相当である。これを本件についてみるに、上記認定事実によれば、相手方は我が国に住所を有するから、相手方住所地国である我が国に国際裁判管轄が存在するというべきである。

これに対し、原審判は、本件親権者指定裁判に間垂する国際裁判管轄は、子の住所地国又は常居所地の国での親権者指定の裁判が速やかに行われる見込みがないなどの特段の事情がない限り、子である事件本人の住所地国であるフィリピン国にのみ存在すると解してい

るところ、その理由として親権者の指定については子の福祉を第一義として決定すべきである点を論拠としている。しかしながら、親子関係事件であるからといって、国際裁判管轄を決定する一般基準である被告(本件の場合相手方)住所地国の原則を変えるべき合理性は認め難いというべきであるから、同解釈には条理の観点から採用することはできない。また、仮に同解釈に依ったとしても、本件においては、相手方住所地国にも国際裁判管轄を認めるべき特段の事情があるというべきである。何故ならば、本件においては、〔1〕子である事件本人とその出生以来生活を共にしている同人の母である原告人は、自国の裁判所ではなくわざわざ遠隔の外国である我が国の裁判所に対し親権者指定の審判を求めているものであり、それにもかかわらず、事件本人の利益の点を重視してフィリピン国にしか裁判管轄を認めないとする必要があるかどうか疑問であること、〔2〕仮に親権者指定の裁判の審理のために事件本人の状況を調査する必要がある点に着眼したとしても、フィリピン国の裁判所は原告人及び事件本人の調査についての利便は有するものの、我が国に居住する相手方に対する調査が極めて困難なことが明らかであること、〔3〕他方、我が国の裁判所が原告人や事件本人の状況等について調査する必要があるとしても……、事件本人と生活関係を同じくする原告人が自ら我が国の裁判所に本件申立てをしているのであるから、原告人及び事件本人の生活状況等についての調査を、原告人を通じて行うことは格別困難であるとはいえないとみられることなどの事情があり、調査の必要性の観点からも我が国に国際裁判管轄を認めるのが相当であるからである。」

[27]東京家審平成20年8月7日家月61-11-65(子の監護に関する処分審判事案)

申立人(原告人)(元妻—日本国籍、住所は[現在地]は日本)

相手方(相手方)(元夫—アメリカ国籍、住所はアメリカ)

未成年者(アメリカおよび日本国籍、住所[現在地]は日本)

★アメリカ国内で離婚した夫婦間の未成年者に関し、アメリカ裁判所が命令した監護計画に反して、元妻が未成年者とともに日本に滞在。1ヶ月も経過しないうちに、日本の裁判所に監護者変更(共同監護から申立人の単独監護へ)などを求める申立てを行った事案。

「本件のような監護者の変更等について、日米両国に適用される国際裁判管轄を定める条約は存在せず、我が国法上明文の規定もないから、条理によってこれを決するほかない。親子関係事件、特に本件のような監護者の変更等申立事件の場合には、子の福祉の観点から、子の生活関係の密接な地で審判を行うのが相当であり、子の住所地又は常居所地の国に、国際裁判管轄が認められるべきである。

これを本件についてみるに、確かに、未成年者は、米国への帰国予定日を2週間余り過ぎた今もなお、日本国内に留め置かれており、申立人において、早々に住民登録を済ませ、本件申立てをした事実からも、同人がこのまま未成年者を日本国内にとどめて、一方的に米国での離婚命令を反故にして、日本国内で未成年者との生活を始めようとする意思が窺われる。

しかし、未成年者は、出生以来今回の来日まで、一貫して米国内で生活してきたうえ、本件申立てから僅か1か月前に、罰則で担保された裁判所の命令によって、未成年者の居住場所を米国内と定められたばかりである。しかもこの命令は、当事者双方が弁護士を依頼して1

年 4 か月に及ぶ裁判手続の中でまさに未成年者の離婚後の居住場所を争い、ペアレンティング・カウンセリング、ペアレンティング・プラン・エバリュエーションを経て、最終的に米国内を居住場所とする内容の監護計画に双方が合意し、それを裁判所が承認し、命令したものであるから、未成年者の居住場所については、必要な議論が尽くされ、決着がついたものといわなければならない。

申立人は、このような命令が出た直後に、同命令に則って、米国に戻る飛行機や、その後の未成年者の旅券を管理する相手方両親宅への訪問予定まで定めた旅程表を提出し、保証金を預けて未成年者の旅券を受け取り、12 日間の滞在予定で来日したのであるから、日本での滞在は、まさに『一時帰国』あるいは『旅行』と評価すべきである。

また、申立人が共同親権者及び共同監護権者である相手方に無断で、一方的に旅程表に反して、未成年者を前記命令の定める居住場所に連れ帰らずに日本に留め置いて、相手方の共同親権及び共同監護権の行使を妨げているのは、前記命令に明らかに違反する行為といふべきである。

以上の事情からすると、未成年者が米国への帰国予定日を 2 週間余り過ぎてなお日本国内に滞在しているからといって、直ちに未成年者の生活関係の密接な地が日本国ということは適当でないし、未成年者の居所を形式的に捉えて、同人の住所地又は常居所地が日本になったと評価して、我が国に国際裁判管轄を認めるのは相当でない。」

[28]東京高決平成 20 年 9 月 16 日家月 61-11-63(子の監護に関する処分審判に対する抗告事件) [27]と同事案

「当裁判所も、未成年者の監護者を抗告人単独に変更し、未成年者の養育場所を日本国に変更するよう求める抗告人の本件各申立ては、我が国に国際裁判管轄を認めることができず不適法であると判断する。その理由は、後記・・・のとおり付加するほかは、原審判の理由説示のとおりであるから、これを引用する。

・・・抗告人は、アメリカ合衆国内を未成年者の居住場所とする内容の監護計画に合意し、その監護計画は同国の裁判所の命令として承認されたものである。その命令の居住スケジュールの下において、抗告人が、未成年者を連れて一時帰国し、そのまま滞在を続け、未成年者の児童育成手当及び児童手当の受給を開始し、未成年者の国民健康保険証や乳幼児医療証の発行を受け、未成年者を保育園に通園させているとしても、上記命令に反して一方的に作出した状態を理由として、未成年者の住所又は常居所地が日本にあると認めることはできないといふべきである。したがって、本件各申立てについて我が国に国際裁判管轄を認めることはできない。」

[30]横浜家裁小田原支審平成 22 年 1 月 12 日家月 63-1-140(親権者指定申立事案)

申立人(元妻－日本国籍、住所は日本)

相手方(元夫－アメリカ国籍、住所はアメリカ・ネブラスカ州)

未成年子(日本およびアメリカ国籍、住所は日本)

★ネブラスカ州内の地方裁判所において、申立人と相手方の婚姻解消、子に対する両者の共同監護、および子の州外への移動禁止などが決められたが、その後同州最高裁

判所によって、国際裁判管轄権の不存在を理由に、子の監護の問題に関する部分が取り消された。元妻(母)は未成年者を連れて日本に帰国。子の親権者は未定の状態であるため元妻が自己を親権者とする申立を行ったもの。なお、帰国後約1年経過。

「親権者の指定に関する国際裁判管轄は、原則として子の常居所地国に認められるところ、未成年者は日本に住民登録されて住所地において生活しているから、日本の裁判所に国際裁判管轄権が認められる。」

(ロ)離婚とともに親権(監護権)者の指定が争われた場合

[3]千葉地判昭和47年3月31日判時682-50(離婚請求事案)

原告(夫—アメリカ国籍、住所は日本)

被告(妻—アメリカ国籍、住所はアメリカ)

子(アメリカ国籍、住所はアメリカ)

「原被告はいずれもアメリカ合衆国国民であり、その離婚の裁判管轄は、原則としてアメリカ合衆国にあると解せられるが、当事者の住所地を基準として裁判管轄を認めることは、国際生活の円滑と当事者の便益のためにも必要と解され、現在、原告は……、引続き日本に住所(日本法)をもち、被告はアメリカ合衆国に住所があるが、被告は……、原告のもとを去り、アメリカ合衆国に帰国したものであって、斯様な場合は正義公平の見地から、原告の住所地を管轄する当裁判所は、国際的裁判管轄権があるものと解される(最高裁判所昭和39年3月25日判決)。」

「……父母の離婚による子の監護者の決定は、離婚に附随して生ずる問題であって、当裁判所にその裁判管轄を生じ」る。

[4]名古屋地判昭和47年8月31日高民29-2-116(離婚請求事案)

原告(妻—韓国国籍)

被告(夫—韓国国籍)

子2名

★いずれも住所は日本

「……原告と被告とは、現在それぞれ肩書地(日本)に住所を有していることが認められ、これに反する証拠はないので、……、本件離婚訴訟については、日本国の裁判所に裁判権があるというべきである。」

「……(離婚準拠法である大韓民国民法は)……親権者指定に関しては、裁判所に対し離婚の判決においてこれを指定する権限を付与していないため、親権者を指定することはできないので、右言渡しはしない。」

[11]水戸家審平成3年3月4日家月45-12-57(夫婦関係調整調停申立事案)

申立人(妻—フランス国籍)

相手方(夫—イギリス国籍)

子(フランス、およびイギリス国籍)
★いずれも、現在の住所は日本

「……相手方の生活状況に鑑みると相手方には、右の意味[我国の裁判所が本調停事件につき管轄権を有するか否か―筆者注]における住所を我国に有するものということができ、かつ、相手方は本調停に出頭して、主文同旨[離婚、および子の親権者を相手方と定めること―筆者注]の内容について申立人と合意をなしており、相手方の前記の住所地を考慮し、結局我国裁判所が本調停について管轄権を有する。」

[17]東京地判平成 11 年 11 月 4 日判タ 1023-267(離婚請求事案)

原告(夫―日本国籍、住所は日本)

被告(妻―日本国籍、住所はアメリカ・ニュージャージー州)

子(日本およびアメリカ国籍、住所は日本)

「離婚請求訴訟においても、被告の住所は国際裁判管轄の有無を確定するに当たって考慮すべき重要な要素である。しかし、被告が我が国に住所を有しない場合であっても、原告の住所その他の要素から離婚請求と我が国との関連性が認められ、我が国の管轄を肯定すべき場合のあることは、否定し得ないところであり、どのような場合に我が国の管轄を肯定すべきかについては、国際裁判管轄に関する法律の定めがなく、国際的慣習法の成熟も十分とはいえないため、当事者間の公平や裁判の適正・迅速野理念により条理に従って決定するのが相当である(最高裁平成 8 年 6 月 24 日第 2 小法廷判決……)。」

「本件訴訟においては、被告は離婚自体には異議を述べておらず、本件訴訟の実質的争点は、原、被告間の子である〇〇の親権の帰属であるところ、〇〇は平成 9 年 4 月以降現在に至るまで、2 年半余りの間、一貫して日本に居住し、現在は都内の私立中学校に通っていることからすると、その親権の帰属の審理および判断に当たっては、〇〇自身及びその生育環境の職権での調査が不可欠であることに照らしても、我が国の裁判所において審理を行うのがより適切迅速な処理に資することは明らかというべきである。」

「また、本件の原告及び被告はいずれも日本国籍を有する者であり、両名の婚姻は我が国の方式によってなされたものである。そうすると、離婚請求訴訟は人の身分関係の得喪に影響を及ぼすものである以上、日本人である原、被告間の離婚請求訴訟については、我が国との関連性が深いことは明らかであるし、……原、被告夫婦の生活は、アメリカ合衆国で相当長期に及んでいたとはいえ、その経済的基盤は、日本に居住する原告の実母……に全面的に依存していたことが認められるのであって、その意味での、原、被告夫婦のアメリカ合衆国での生活と我が国との実質的関連性も否定できない。」

「……本件訴訟においては、被告の住所が我が国になく、かつ被告の住所地であるアメリカ合衆国ニュージャージー州においても本件訴訟と競合する訴えが提起され、未だ確定に至っていないとはいえ既に判決も下されているところではあるが、被告の応訴の負担の程度、原告及び〇〇の生活状況等を考慮すれば、〇〇の親権者指定を含む本件離婚請求訴訟について、我が国の国際裁判管轄を肯定しても一方的に被告に不利益を課すとまではいえないし、かえって、本件訴訟の実質的争点である〇〇の親権者指定の判断に当たっては、その適正

迅速な処理により資するものであることが明らかである。

そうであるとすれば、……本件訴訟と我が国との関連性をも考慮すると、本件訴訟については、原告が主張する被告による遺棄の事実の存否にかかわらず、我が国の国際裁判管轄を認めるのが条理にかなうというべきである。」

[18]名古屋地判平成 11 年 11 月 24 日判時 1728-58(離婚等請求事案)

原告(夫—日本国籍、住所は日本)

被告(妻—アメリカ国籍、住所はアメリカ・オレゴン州)

子 2 名(日本およびアメリカ国籍、住所はアメリカ・オレゴン州)

★アメリカ・オレゴン州裁判所による確定判決(離婚、子の親権者を被告と指定)あり(米国確定判決)。

「我が国の民事訴訟において、親権者指定の申立ては、離婚の訴えに付随するものであって独立の訴えではなく、当然、訴訟当事者も離婚の訴えと同一であり、判断の基礎となる事実関係も離婚の訴えを共通する部分が多いから、法律関係が不安定な状態が生じる(子の住所地の所在する国のみが親権者指定の裁判の国際裁判管轄を有すると解すると、離婚が確定しているのに、親権者が指定されていない状態が生じうる。)のを防止し、当事者間の公平、訴訟経済や当事者の負担(子の住所地の所在する国のみが親権者指定の裁判の国際裁判管轄を有すると解すると、例えば、離婚の当事者である夫婦が各別の国に居住し、子がさらに別の国に居住している場合、当事者の意思にかかわらず、離婚と親権者指定の二度の訴訟追行を要することとなる。)を考慮すると、離婚の訴えの国際裁判管轄を有する国は親権者指定の裁判の国際裁判管轄も有すると解することは合理的であり、条理にかなうというべきである。

他方、我が国において、親権者指定に関する審判事件は、子の福祉の観点から、子の住所地の家庭裁判所の管轄とされており(家事審判規則 70 条、52 条)、この趣旨からすると、親権者指定の裁判管轄は、離婚の訴えの国際裁判管轄を有する国のみならず、子の住所地の所在する国も有すると解することができる。

このように、離婚の訴えの国際裁判管轄を有する国とともに子の住所地の所在する国にも親権者指定の裁判の国際裁判管轄を認めると、ある国で離婚の訴えとともに親権者指定の申立てが提起され、他の国で親権者指定の裁判が提起されることがありうるが、これは、訴訟経済に反するし、離婚が確定していないのに親権者が指定されるという法律関係が錯綜した状態を生じうる。また、子を配偶者に無断で本国に連れ帰って親権者指定の裁判を提起した場合、常に国際裁判管轄が認められることになって、当事者間の公平を害するようにも思われる。さらに我が国における離婚の訴え及び親権者指定の申立てに対する判決に先んじて他国において親権者指定の裁判が確定し、これが我が国において効力を有するとされることは、我が国において、離婚の訴えの判決主文で親権者の指定をしなければならないとされていること(民法 819 条 2 項、人事訴訟手続法 15 条 5 項、3 項)と整合しないようにも思われる。

しかしながら、離婚の訴えの国際裁判管轄を有する国とともに子の住所地の所在する国にも親権者指定の裁判の国際裁判管轄を認めるとしても、離婚の訴えの国際裁判管轄を有する国に親権者指定の申立ても合わせて(我が国では当然に)提起された場合、当事者の負担を

考慮すると、通常は、相手方もこれに応じるものと考えられるから、訴訟経済に反したり、法律関係が錯綜した状態が生じることはさほど多くないと解される。子と同居している配偶者が、相手方が居住する国にのみ離婚の訴えの国際裁判管轄が認められる場合に、二重の訴訟追行を厭わず、自己の住所地の所在する国に親権者指定の裁判を提起した場合には、訴訟経済に反することとなり、また、応訴を強制される相手方にとっては不利益であるが、このような場合には、子の福祉を訴訟経済や相手方の不利益に優先させるべきである。また、この場合、子の住所地の所在する国の裁判所の親権者指定の判決が先に確定すると、離婚が確定していないのに親権者が指定されるという事態になり、一時法律関係が錯綜した状態になることは否定できない。しかし、右確定判決が離婚の訴えの国際裁判管轄を有する国で効力を有する可能性があり、子の福祉の観点からは、むしろ望ましいというべきである。子を配偶者に無断で本国に連れ帰って親権者指定の裁判を提起した場合、常に国際裁判管轄が認められることにはなるが、離婚の訴えの国際裁判管轄までも認められるわけではなく、離婚の訴えについては相手方の住所地において提起ないし応訴せざるをえないから、当事者間の公平が害されることにもならない。我が国における離婚の訴え及び親権者指定の申立てに対する判決に先んじて他国において親権者指定の裁判が確定し、これが我が国において効力を有する場合には、我が国の離婚の訴えの判決主文においては、親権者指定の判断をしないものと解すれば足りる(民法 819 条 2 項、人事訴訟手続法 15 条 5 項、3 項は、離婚の訴えに付随する親権者指定の申立てが適法な場合に適用されるものであって、不適法な場合にまで適用されると解する必要はない。なお、この場合、判決主文において、親権者指定の申立てを却下すべきものと解する余地もあるが、我が国の民事訴訟において、親権者の指定は職権による判断事項であって、当事者の申立ては裁判所の職権発動を促すものにすぎないから、主文において、却下の判決をすべきものではないと解する)。本件のように、離婚自体については実質的に当事者間に争いがなく、親権者の指定が争いの中心である場合には、とりわけ、子の福祉の観点を重視すべきである。

以上に述べたところからすると、親権者指定の裁判の国際裁判管轄は、離婚の訴えの国際裁判管轄を有する国及び子の住所地の所在する国が有すると解するのが相当である。」

「米国確定判決中の親権者指定に関する部分は、民事訴訟法 118 条各号の要件を満たすから、我が国において、効力を有するものと解するのが相当である。

したがって、本件親権者指定の申立ては、米国確定判決の効力に抵触するから、不適法である(なお、米国確定判決中の親権者指定に関する部分が我が国において効力を有することを前提にした場合、本件親権者指定の申立ては、実質的には、米国確定判決後の事情をも考慮した親権者変更の申立てであると解する余地がないわけではないが、仮にこのように解したとしても、我が国において、地方裁判所は親権者変更の申立ての管轄を有しないから[民法 819 条 6 項]、本件親権者指定の申立ては不適法である。

右のとおりであるから、本件判決主文においては、本件親権者指定の申立てに対する言渡しはしないこととする。」

[20]東京地判平成 16 年 1 月 30 日判時 1854-51(離婚等請求事案)

原告(妻—日本国籍、住所は日本)

被告(夫—フランス国籍、住所はフランス)

子(フランス及び日本国籍、住所は日本)

「我が国の民事訴訟において、親権者指定の申立ては、離婚の訴えに付随するものであって独立の訴えではなく、当然、訴訟当事者も離婚の訴えと同一であり、判断の基礎となる事実関係も離婚の訴えを共通する部分が多いから、法律関係が不安定な状態が生じるのを防止し、当事者間の公平、訴訟経済や当事者の負担を考慮すると、離婚の訴えの国際裁判管轄を有する国は親権者指定の裁判管轄も有すると解するのが相当である。加えて、……〇〇[子]はフランス国籍とともに日本国政も有しており、これらの点も我が国に国際裁判管轄を首肯する要素として考慮し得る。

そうすると、我が国が〇〇[子]の親権者の指定についても国際裁判管轄を有するというべきである。」

[26]新潟家新発田支審平成 20 年 7 月 18 日消費者法ニュース 78-254(離婚請求事案)

原告(妻—日本国籍、住所は日本)

被告(夫—韓国国籍、住所は韓国)

子 2 名(韓国国籍、住所は日本)

「離婚等請求訴訟につき日本の国際裁判管轄を検討するにあたっては、法律の定めがなく、国際的慣習法の成熟も十分とはいえないから、当事者間の公平や裁判の適正迅速の理念により条理に従って決定するのが相当である。そして、その判断に当たっては、応訴を余儀なくされる被告の不利益に配慮すべきことはもちろんであるが、他方、原告が被告の住所地国に離婚請求訴訟を提起することにつき法律上又は事実上の障害があるかどうか及びその程度も考慮し、離婚を求める原告の権利の保護に欠けることがないように留意しなければならない。

……認定事実によれば、〔1〕本件訴訟全体に関しては、原告の収入は月額 12 万円余りであり、被告からは長男及び長女の養育費は別居後は全く受領していないにもかかわらず、長男及び長女を養育しなければならないこと、原告は、本件訴訟に関し日本司法支援センターの民事法律扶助の援助を受けたこと、さらには原告の別居は、主として被告側の態度に起因していること、を考慮すれば、原告が被告の住所地国である韓国に渡航して韓国で裁判手続を提起追行しなければならないとすることは、事実上の障害があるというべきことそのような障害をもたらしたのは、究極的には被告側の態度に起因すること、〔2〕親権者指定を求める部分に関しては、長男及び長女は現在日本国内に居住していること、からすれば、本件訴訟については我が国に国際裁判管轄があると解するのが当事者間の公平や裁判の迅速適正の理念に沿い、条理に合致するというべきである。」

(ハ)親子関係をめぐるその他の問題

[19]大津家審平成 12 年 1 月 17 日家月 52-7-101(嫡出子否認申立事案)

申立人(夫—ブラジル国籍)

相手方(妻の子)

相手方法定代理人親権者母(妻—ブラジル国籍)

★いずれも、住所は日本

「我が国には嫡出子否認申立事件の国際裁判管轄権について明文の規定はないが、当事者が日本に住所を有し、我が国の裁判所で審理、判断することについて、なんら異義を留めず、本調停に出席し、前記合意をしているのであるから、本件の国際裁判管轄権は我が国にあると認められる。」

(2) 面会交流

面会交流(面接交渉)における国際裁判管轄に関する判例としては、次の[10]、[15]、[23]が参考になるものと思われる。

[10]東京地判昭和62年7月24日判タ656-257

原告(妻—中華民国およびアメリカ国籍)

被告(夫—英国(香港))

★未成年子も含め、いずれも住所は日本

★主位的申立は離婚(請求認容)、被告による予備的申立が面接交渉に関する処分

「なお、被告は、……予備的申立として、右長男、長女との面接交渉に関する処分を求めているが、法廷地法たる日本の手続法上、離婚訴訟の際に、裁判所が当事者の一方とその未成年の子との面接交渉についても付随的に判断しようとする規定は何ら存しないものと解され、その手続的根拠を欠くというべきであるので、被告の右申立は不適法であり、却下を免れない。」

[15]東京家審平成6年3月31日判時1545-81(面接交渉申立事案)

申立人(夫—フランス国籍、住所はフランス)

相手方(妻—日本国籍、住所は日本)

事件本人(未成年子—フランスおよび日本国籍、住所は日本)

★既に、パリ控訴院において、面接交渉を含む離婚等に関する判決が確定していた事案。

「本件は、フランス人の父(申立人)から、日本人の母(相手方)に対して、フランス及び日本の二重国籍を持つ当事者間の長女(事件本人)との面接交渉を求める事案であるところ、同事件の国際的裁判管轄権に関しては、我が国には特別の規定も、確立した判例法の原則も存在しないが、子の福祉に着目すると子の住所地国である日本の裁判所に専属的国際裁判管轄権を認めるのが相当である。」

「上記フランス控訴院判決の承認の問題については、離婚等を内容とする訴訟裁判の部分と面接交渉等に関する非訟裁判の部分に区分して判断されるべきものと解する。そこで、検討するに、離婚等の訴訟裁判の部分についてはさておき、面接交渉に関する外国の非訟裁判の承認については、日本民事訴訟法200条の適用はないと解されるが、条理により、その承認の要件としては、外国の裁判が我が国の国際手続法上裁判管轄権を有する国でなされたこ

と、それが公序良俗に反しないことの二つをもって足りると考える。

そして先に判断を示したように、本件面接交渉申立審判事件については、日本国が専属的国際裁判管轄権を有するものと解されるので、上記フランス控訴院判決の面接交渉に関する判決事項を承認することはできず、当裁判所が同事項について独自の立場で判断をすることとなる。

勿論、フランス控訴院の判断は、面接交渉の判決事項についても、可能な限り尊重されるべきものであることは言うまでもない。」

[25]東京家審平成 20 年 5 月 7 日家月 60-12-71(子の監護に関する処分(面接交渉)申立事案)

申立人(国籍一判決文からは不明)

相手方(国籍一判決文からは不明、住所一アメリカ・ペンシルバニア州)

未成年者(国籍一判決文からは不明、住所一アメリカ・ペンシルバニア州)

「子の監護に関する処分事件に関する国際裁判管轄については、我が国とアメリカ合衆国との間においてこれを定める条約は存在しない上、我が国には国際裁判管轄権に関する明文の規定は存在しないことから、条理によって定めるしかない(ちなみに、国内の裁判管轄権については、家事審判規則 52 条により子の住所地の家庭裁判所が有するとされている。)。そうすると、離婚事件のみならず、親子関係事件(本件子の監護に関する処分事件も含まれる。)についても、相手方が行方不明その他特段の事情がない限り、相手方の住所地国に国際裁判管轄があるとすることを原則とし、併せて、親子関係事件の中でも本件のような子の面接交渉を定める事件(我が国で定めた面接交渉に関する調停条項の変更を求める場合も含む。)については、子の福祉という観点から、子と最も密接な関係を有する地である子の住所地国にも国際裁判管轄を認めるのが相当である。これを本件についてみると、…相手方及び未成年者は、いずれもペンシルバニア州に住所を有するから、ペンシルバニア州に国際裁判管轄があるというべきである。」

「そこで、本件について、我が国に国際裁判管轄を認めなければならないような特段の事情が存在するかにつき判断するに、…相手方は未成年者とともに、平成 19 年×月×日、日本からペンシルバニア州に転居し、未成年者は相手方が〇〇大学〇〇学部での研修を終了するまで相手方とともにペンシルバニア州で生活することになること、[東京家裁における一筆者注]前件調停条項を変更するにあたっては相手方及び未成年者の生活状況等の調査が必要であること、申立人は、現に、面接交渉の調書を新たに作成(前件調停条項の変更)するための調停をペンシルバニア州〇〇家庭裁判所に申し立てており、同裁判所に本件についての国際裁判管轄を認めるほうがより子の福祉の観点から適切な判断をなし得るのみならず、当事者の出頭等の便宜にも資すること、また、ペンシルバニア州 UCCJEA[Uniform Child Custody Jurisdiction and Enforcement Act 子の監護事件に関する管轄及び執行に関する統一法一筆者注]によれば、子の監護に関する処分事件に関する『排他的かつ継続的な管轄』は原則として監護に関する処分を最初に下した州が持つとされているが、その州が第 5422 条に従ってもはや排他的かつ継続的な管轄を有しないと判断した場合(〔1〕子と子の親がその州に住んでいないとき、もしくは〔2〕子もしくは子の親がその州と密接な関係を持たず、

子に関する実質的な証拠がもはやその州では得られないとき)はその限りではないとされており(第 5423 条)、その場合にはペンシルバニア州の裁判所が本件のように我が国で定めた 面接交渉に関する調停条項の変更を求める事件についても管轄を持つとされていることにか んがみると、本件においては、我が国に本件子の監護に関する事件の裁判管轄を認めなければならぬような特段の事情は存在しないといわざるを得ない。したがって、我が国には本 件子の監護に関する処分事件の国際裁判管轄はないというべきである。

(3) 子の奪取

奪取された子の引き渡しを求める手続としては、現在のところ、(イ)家事審判手続によるもの、(ロ)(子の監護等につき確定した外国判決がある場合には)外国判決の執行手続、(ハ)人身保護手続、の 3 つが考えられる。

(イ)の手続によったもの

[12]東京家審平成 4 年 9 月 18 日家月 45-12-63 (子の監護に関する処分(子の引渡し)申立事案)

申立人(父—英国籍)

相手方(母—日本国籍)

子(英国および日本国籍)

★いずれも、住所は日本(ただし、申立人は生活の本拠が安定していない)

「…和正[子—筆者注]は、日本国と連合王国の両国籍を有し、母である相手方とともに肩書住所地に住所を有する者であるから、別居しているが婚姻中の夫婦間で、夫が妻に対し子の引渡を求めている本件については、我が国に裁判管轄権があり、当裁判所の管轄に属するものといえることができる。

(ロ)によったもの

[14]東京高判平 5 年 11 月 15 日高民 46-3-98(執行判決等請求控訴事件)

原告(被控訴人)(元夫—アメリカ国籍、住所はアメリカ・テキサス州)

被告(控訴人)(元妻—日本国籍、住所は日本)

子(アメリカ国籍、住所は日本)

★被控訴人を子の単独支配保護者に、控訴人を一時占有保護者に定め、かつ子の被控訴人への引渡し、控訴人に対する養育費の支払いを命じたテキサス州裁判所判決(本件外国判決)の執行が求められたが、同判決は民訴法 200 条 3 号(公序)要件を欠くとして、その執行が否定された事案。

「……非訟事件の裁判についても、これによって請求権が形成されると同時にその給付を命ずるいわゆる形成給付の裁判及びそれに従たる非訟手続の費用確定の裁判については、民事執行法 24 条が類推適用ないし準用され、執行判決を得て強制執行をすることができ、ま

た、民事訴訟法 200 条 1 号及び 3 号の要件を具備するときには、外国裁判は承認されるものと解するのが相当である。」

「本件外国判決は、それに先行して本件外国裁判所によってされた控訴人・被控訴人間の離婚判決(テキサス州の法令に基づいて婚姻し、同州に居住していた控訴人及び被控訴人を離婚する旨の判決)に含まれていたアメリカ合衆国の国籍を有し、かつ、テキサス州に居住していた未成年であるナオミ[子一筆者注]の単独支配保護者等の定めに関する判決等並びにその後本件外国裁判所がしたナオミ及び控訴人の住所変更等の許可決定の修正変更を求めて、被控訴人が控訴人を相手方として提起した訴訟において、本件外国裁判所がテキサス州法に基づき、陪審による事実審理を経て宣告したものであり、また、右提訴の当時、控訴人及びナオミはいずれも同州に居住しており、しかも控訴人は右訴訟に応訴していたものであるから、本件外国判決事件につき、本件外国裁判所に裁判管轄権があったことは明らかである(もとより、わが国の法令又は条約において、右の事柄に関する本件外国裁判所の裁判管轄権を否定しているものは見当たらない。)。このことは、右事件の提訴後、控訴人及びナオミが日本に居住するようになった事実によっては左右されないというべきである。」

(ハ)によったもの

[31]大阪高決平 22 年 2 月 18 日家月 63-1-99(人身保護請求事案)

請求者(父一ニカラグア国籍、住所はアメリカ・ウィスコンシン州)

拘束者(母一日本国籍、住所は日本)

被拘束者(子一ニカラグア、アメリカおよび日本国籍、住所は日本)

★請求者を被拘束者の単独監護権者として認めたウィスコンシン州判決は日本においても承認されるとした上で(間接管轄については被告住所地主義)、子の監護権を有する者から、これを有しない者に対する人身保護請求の当否を判断するについては、被拘束者を請求者の監護の下に置くことが拘束者らの監護の下に置くことに比べて被拘束者の幸福の観点から著しく不当なものと言えるかどうかによって検討すべきであり、本件は、これに当たらないとして、請求を棄却した事案(その後の特別抗告審において、審問手続を経た上で判決によるべきであったと判示された)。

★なお、人身保護法 4 条は、「第 2 条の請求[人身保護請求一筆者注]は、書面又は口頭をもつて、被拘束者、拘束者又は請求者の所在地を管轄する高等裁判所若しくは地方裁判所に、これを行うことができる」と定めている。

(4) 未成年後見、成年後見(後見開始の審判)

法の適用に関する通則法 5 条は、「裁判所は、成年被後見人、被保佐人又は被補助人となるべき者が日本に住所若しくは居所を有するとき又は日本の国籍を有するときは、日本法により、後見開始、保佐開始又は補助開始の審判(以下「後見開始の審判等」と総称する。)をすることができる」と定める。

しかし、同条が適用された公表判例はなく、また、後見(未成年後見、成年後見、後見開始の審判)に関し国際裁判管轄の有無自体が争われた公表判例も見当たらなかった。

ただし、後見の準拠法が問題となった事案(すなわち、日本の国際裁判管轄の存在を前提とした事案)には、次のようなものがある。

[1]東京家審昭和 40 年 12 月 20 日(家月 18-8-83) (未成年者の特別代理人選任事案)

事件本人(未成年者—アメリカ国籍)

申立人(未成年者の父—アメリカ国籍、未成年者の母—アメリカ国籍)

★いずれも、住所は日本

「……………申立人(父)及び事件本人はアメリカ合衆国人であり、申立人(母)は日本人であつて、本件は涉外事件であるので、まずその裁判権ならびに管轄権について考察すると、申立人兩名および事件本人はいずれも東京都内に住所を有していることが認められるので、日本国裁判所が本件について裁判権を有し、かつ、当家庭裁判所が管轄権を有することは明らかである。」

[2]東京家審昭和 41 年 9 月 22 日(家月 19-5-108) (未成年者の特別代理人選任事案)

事件本人(未成年者—アメリカ国籍)

申立人(未成年者の父—アメリカ国籍、未成年者の母—日本国籍)

★いずれも住所は日本(なお、父および事件本人のドミサイルは、ミズーリ州と認定)

「この申立については、事件本人が合衆国市民であつて、その本国法上の住所たるドミサイル(法定住所として、父のドミサイルが本人のドミサイルとなる)は日本にいないけれども、前記のように出生以来東京に居住し、日本人として同所に住所を有する母の手許で教育されて来たものであつて、その居住の場所は日本の法制でいう住所(註、涉外事件の裁判権の有無を判定するのに必要な住所観念については、日本の法制上は、実質法たる準拠法を定める基礎となる場合とは異なり、本国法上のそれによるべきものではなくて、当該法廷地国たる日本の法制上の観念によるべきものと解する)に相当する実質を具えているものといふことができるから、日本の法制上、日本の裁判所はこれが裁判権(または国際的裁判管轄権)を持つことができるものと解すべきであり、その管轄は当裁判所にあるといふことができる。」

[5]東京家審昭和 48 年 10 月 3 日(家月 26-4-95) (未成年後見人選任事案)

事件本人(未成年者—アメリカ国籍)

申立人(未成年者の父—アメリカ国籍、未成年者の母—日本国籍)

★いずれも住所は日本

「本件は涉外事件であるが、申立人兩名および事件本人はいずれも東京都内に住所を有していることが認められるから、日本国裁判所が本件について裁判権を有し、かつ東京家庭裁判所が管轄権を有する。」

[6]東京家審昭和 49 年 12 月 27 日(家月 27-10-71) (未成年後見人選任事案)

事件本人(未成年者—無国籍)

申立人(未成年者の母—日本国籍)
★いずれも住所は日本
★国際裁判管轄に関する言及はなし。
★事件本人の日本国への帰化申請手続をするための後見人選任手続という特殊な事情あり。

[8]札幌家審昭和 51 年 7 月 26 日(家月 29-4-149)(未成年後見人選任事案)

事件本人(未成年者—韓国籍)
申立人(未成年者の祖母—日本国籍か? 未成年者(非嫡出子)の亡父が日本国籍)
★いずれも住所は日本
★事件本人の母は行方不明
★国際裁判管轄に関する言及はなし。

[24]東京高決平成 18 年 7 月 11 日(判時 1958-73)(成年後見・法例 4 条適用事案)

事件本人(韓国籍)
申立人(抗告人)(事件本人の妻—韓国籍)
★いずれも住所は日本
★国際裁判管轄に関する言及はなし。

7. 氏

(執筆担当：九州大学 小池 泰)

氏名変更の国際裁判管轄権については¹、学説上、本国管轄を原則とし、例外的に住所地国の管轄を認める、とするものが多い²。もっとも、この立場に対しては、①戸籍実務と整合しないこと³、②住所地国での裁判が本国で承認されなかった場合にどうなるのかが不明であること、などの問題点が指摘されている⁴。

裁判例のうち、管轄に言及するものには、本国管轄によるもの(10・14)、住所地国の管轄を認めるもの(05・08・09・11・15、本国管轄原則の例外として認めるものは12・16、事案の特殊性から認めるものは17・18)、いずれもある。また、住所地国の管轄を認める場合において、本国での承認可能性を要件とするもの(11)がある。

*判例一覧⁵

01：京都家審昭和33・4・21家月10巻5号64頁：氏の変更・却下（管轄に言及なし）

申立人（日本国籍、日本に住所）は、米国籍の者の養子となり、日常生活では養親の氏Aを用いているが、戸籍上の氏は縁組前のBのままなので、戸籍法107条の氏の変更を申立てた（米国籍は未だ取得できていない。「……実体上変更を生じた氏につき単に戸籍記載を合致訂正する目的のために重ねて戸籍法第107条の手続によりAからBへの創設的変更の許可を求めることは許されない……」

¹ 日本の公的文書に外国人の氏名の記載がある場合において、それを正しい氏名に訂正するような場合は除く。そのような場合として、たとえば、婚姻届出中の夫の氏名・生年月日の記載がその本国の記載と異なるとしてその訂正を求めたのに対して、戸籍法113条の類推適用により、訂正を認めた事案がある（福岡家裁小倉支審平成12・12・12家月53巻6号117頁）。本審判は、「いわゆる戸籍訂正事件の国際裁判管轄権については、日本法において明文の規定はないが、事案の性質上、原則としてその者の本国に国際裁判管轄権があると解するのが相当である。しかし、本件は本国の戸籍の内容を訂正するといったものではなく、外国人が法例の準拠法により日本の方式によって行った婚姻届の記載の訂正を求める者であって、日本の方式による内容の問題であるから、住所地である日本国に管轄権を認めるのが相当である。」とした。

なお、司法研修所編『涉外家事・人事訴訟事件の審理に関する研究』（法曹会、2010年）187頁は、他に、戸籍の身分事項欄に記載された外国人配偶者の氏名の訂正（戸籍訂正）を挙げている。いずれも日本の公的文書の記載を訂正するものであり、日本の国際裁判管轄権を認めることは可能であろう（もっとも、対応する手続が国内法で整備されているかは別問題である）。

なお、石黒一憲『現代国際私法（上）』（東京大学出版会、1986年）359頁は、氏名変更すなわち戸籍や旅券などの公簿の変更と把握することを批判している。

² 澤木敬郎「人の氏名に関する国際私法上の若干の問題」家月32巻5号1（29-31）頁（1980年）（なお、氏名は公法上の問題であるとの性質決定を前提としている）；山田鎌一『国際私法 第3版』（有斐閣、2004年）563頁；司法研修所・前掲書177頁；佐藤文彦・名城法学48巻2号193（198）頁（判例16評釈）など。住所地国での変更裁判が本国で承認されて登録されることを必要とするのは、加藤令造・ジュリ473号145頁（判例08評釈）。これに対して、

なお、第99回戸籍事務連絡協議会議事録（家月22巻3号179頁）は、韓国人の名の変更許可事件の取り扱いについて、「法例第22条韓国戸籍法第113条により、日本の家庭裁判所が許可することができると思われるが、許可した場合戸籍事務管掌者はその届出を受理することができるか。受理できないとしても、外国人登録においては、変更後の名に更正することが認められるか」という問に対して、前段は否定、後段は所定の要件をみたせば肯定できるとしている。そして、前提問題である韓国人の名の変更許可審判を日本の家庭裁判所がなすのかについては、名の変更の性質を韓国戸籍上の表示の問題とすれば日本の裁判所・官庁の管轄は認められず、他方で身分実体的なものとするならこれを認める余地がある、とする。

³ 戸籍実務では、日本人の氏名の変更許可の管轄は日本の裁判所に専属的に属し、外国裁判所による氏名変更の裁判に基づく届出は受理しない、としている（昭和47・11・15民甲4679号回答）。

⁴ 佐藤・前掲論文198-199頁。

⁵ 以下のリストは網羅的でないことをお詫びしておく。なお、平成22年度司法統計・家事傷害事件の事件別新受件数・全家庭裁判所では、戸籍法による氏の変更についての許可が115件、名の変更についての許可が68件ある。

02：東京家審昭和 34・6・1 家月 11 卷 9 号 119 頁：氏の変更・認容（管轄に言及なし）

申立人（米国籍、未成年子）は、日本で出生し、父母の離婚後は親権者である母とともに日本で生活しているの、父の氏から母の氏へと変更することを申し立てた事案（父は米国に帰国）。

「人の名の変更は、本人の本国法によるものと解するのであるが、本件においては、申立人はその本国であるところのアメリカ合衆国ハワイ州に住所を有しないで、日本に住所を有するので同州法においては、この場合、申立人の住所地である日本の法律によるべきものと解する。」

03：東京家審昭和 38・6・1 家月 15 卷 9 号 230 頁：氏の変更・認容（管轄に言及なし）

申立人（米国籍。日本に住所。日本で職を持ち、すでに 8 年程度もつばら日本に在住し、今後も数年は日本に滞留する予定）が、氏を Hood から Hudachek に変更することの許可を申し立てた事案。

04：東京家審昭和 39・2・14 家月 16 卷 7 号 77 頁：氏の変更・認容（管轄に言及なし）

申立人ら（未成年子。日本国籍。日本に住所）は、父（米国籍）と母（日本国籍）の間の非嫡出子として日本で出生し、母の氏を称してきたが、父は申立人ら及びその母と共同生活を続けており、また、父が申立人らを認知したので、父の氏に変更することを申し立てた事案。

05：東京家審昭和 41・6・8 家月 19 卷 1 号 66 頁：氏の変更・認容

申立人（米国籍。日本に住所）は、米国籍の夫婦（氏はテラー）の養子となり、マーフィからテラーへ氏を変更することを申し立てた事案。「……申立人は、アメリカ合衆国人であるが、東京都内に住所を有しているの、日本国裁判所が、本件について裁判権を有し、……」

06：東京家審昭和 41・7・9 家月 19 卷 1 号 68 頁：氏と名の変更・認容（管轄に言及なし）

申立人（未成年子。日本国籍と思われる）は、米国籍夫婦の養子となったので、養親と同じ氏を称し、さらにアメリカ人らしい名にしたいとして、氏・名の変更を申立てた事案。本審判は、申立人の養子縁組に関する準拠法は父の本国法であり、それによれば、養子決定をする裁判所がその決定にあたり氏名の変更を命じることができるとされており、日本では養子縁組によって当然に養親の氏を称することになる点でこのような権限を裁判所は有していないが、戸籍法 107 条の名の変更の権限がこれに類似しており、この権限によって養子決定の際の養子の氏変更を認める前記本国法を適用実現する、としている。

07：東京家審昭和 43・2・5 家月 20 卷 9 号 116 頁：氏の変更・認容（管轄に言及なし）

申立人（日本国籍）は、A（ポルトガル国籍）との間に子①をもうけ、Aは子①を認知した後に申立人と婚姻し、その後子②が誕生したが、以上の結果、申立人と子①は村川の氏、Aと子②はデ・アウトの氏を称することになった。そこで、申立人の氏をAの氏に改めることを申し立てた事案。

08：名古屋家審昭和 44・12・1 家月 22 卷 7 号 48 頁：名の変更・認容

申立人（アメリカ国籍・住所は日本）は、出生から数日して事実上の養子として引き取られ、まもなく洗礼を受け、以後は洗礼名を用いているとして、本当（出生証明書）の名を洗礼名に変更することを申し立てた。

「……申立人が現に日本に住所をもち、かつ、本国の住所地州で氏名の変更を求めうるのに必要な居住期間を日本におい

て充足している場合は、申立人の住所地国である日本に国際的裁判管轄権を認め、……」

09：東京家裁昭和46・7・21家月24巻3号82頁：氏の変更・認容

西ドイツ国籍の男性と婚姻して夫の氏を称することとしたアメリカ国籍の女性が、(婚姻から約8か月後の調停)離婚後に(その際、離婚後に婚姻前の氏を称することの許可を申し立てていなかったため)、婚姻前の氏への変更を申し立てた事案。「申立人は、アメリカ合衆国人であるが、現在東京に居住しているので、日本国の裁判所が本件申立てについて裁判権を有し、かつ、当裁判所が管轄権を有していることは明らかである。」

10：東京家審昭和50・6・25家月28巻5号66頁：名の変更・却下

申立人(韓国籍)による名の変更の申立てについて、「韓国戸籍上その表示を変更するものであって、日本国の家庭裁判所が右の事項につき裁判権を有するものではないと解される……」として却下(なお、呼称の変更について日本の家裁が権限を有するか否かについて、肯定した場合を前提とした検討もしている(この点については、変更に必要な理由はない、とする)。

11：大阪家審昭和52・3・31家月29巻12号88頁：名の変更・認容

来日して約4年で日本に住所を有する申立人(アメリカ国籍)からの名の変更の申立ての事案。「人格権の一種ともいうべき氏名権の行使に関するものについて、申立人の本国にのみ裁判権が存するとすべきではなく、申立人の本国法によっても名の変更が許され、その登録がされ得る場合で、かつ、申立人が日本に住所を有する限り、日本に国際裁判管轄権があるというべき……」

12：京都家審昭和55・3・31家月33巻5号98頁：氏の変更・却下

申立人(朝鮮国籍を取得して日本国籍を離脱した者。日本に住所を有する。)からの氏の変更について、管轄は認めたものの、準拠法(北朝鮮法)では自己の意思で姓を変更できない、として却下した事案。

「氏の変更に関する問題は、氏名権たる一種の人格権に関するものであり、かつ、氏の変更は公の文書に記載され登録されその国の行政的監督に服せしめられるものであるから、原則として、それが記載ないし登録される本国の管轄に属するものと解すべきであるが、本国にのみ管轄権が専属するものとする不都合が生じる場合があるので、当事者の便宜を考慮して例外的に住所地国に管轄権を認めるのが相当である。」

13：大阪家審昭和56・9・21家月34巻9号88頁：名の変更・却下

来日以来10年以上日本に滞在し、現在も日本に住所を有する在日韓国人からの名の変更(外国人登録原簿上の名の表示の変更)の申立てについて、外国人登録原簿上の名の変更は家事審判事項ではないことを理由に却下した事案(申立人の望む名は、外国人登録原簿上、通称の表示としてすでに記載されている)。

14：大阪高決昭和57・5・10家月35巻8号106頁：名の変更・即時抗告棄却

申立人(韓国籍)が本国の公簿上の表示の変更(名の変更)を求めたのを日本の家裁に裁判権はないとして却下した原審を維持した。原審は「氏名は人格権の問題であり、その本国の公簿上の表示変更は、当該本国の裁判所(…)の許可を要すると解すべきで、日本国の家庭裁判所はその事項について裁判権を有しない」と述べている。

15：横浜家審平成3・11・28家月44巻8号49頁：名の変更・認容

日本で出生した韓国国籍を有する申立人が、名の変更を申立てた事案。「申立人が出生以来本邦に居住している事実からすると、本件については我国の裁判所が国際裁判管轄権を有すると解して差支えない。」

16：千葉家市川出審平成8・5・23家月48巻10号170頁：名の変更・許可

申立人（韓国籍、日本で出生以来日本に居住・住所あり）からの名の変更の申立てを認容した。

「人の氏名は、公の文書に記載又は登録されて、その者の属する国の行政的監督に服せしめられるのが通常であるから、氏名の変更は、原則としてそれが記載又は登録されるその者の本国に国際裁判管轄権を認めるのが相当である。（改行）しかしながら、本国にのみ国際裁判管轄権を認めると、本国を離れて住所地に永住している外国人に不便を強いる結果となるので、氏名変更の裁判が本国で承認されることが明らかな場合には、例外的に住所地国にも管轄権を認めるのが相当である。」として、本件では、申立人が日本で出生して以後現在まで日本に居住し、将来も日本に永住することを希望し、韓国へ帰国する意思がない者であることから、例外を認めるのが相当で、申立人の住所も日本にあるので、国際裁判管轄権が認められるとする。

17：横浜家裁川崎支審平成8・7・3家月48巻12号69頁：名の変更・許可

（特別永住者の資格で本邦に在留する朝鮮国籍の）申立人による外国人登録上の名の変更の申立てを認容したもの。

本審判は、外国人登録は当該外国人の国籍の属する国で登録された公簿上の表示を正確に登録するものであって、そうした公簿上の表示と別に定め・変更できる性質のものではない。したがって、外国人登録上の登録名の変更は、当該本国の公簿上の表示の変更を求める実質を有することになり、日本の裁判所の裁判権は及ばない。しかし、申立人にはこのような本国における登録された名はもともと存在せず、日本での社会生活を続けていくうえで、外国人登録上の名が日本人の場合の戸籍と同様の個人識別機能を有している。このような場合に限っては、「外国人登録上の名の変更許可の申立ては、戸籍法の規定に基づく名の変更許可の申立てに準じる性質を有するものとして、我が国の家庭裁判所の管轄に属するものである」として管轄権を認めた。

18：東京高決平成19・5・29家月59巻10号64頁：名の変更・認容

本国で公簿上の名を有しない申立人（朝鮮国籍・特別永住者）が、外国人登録上の名の変更を求めた事案。

「抗告人は、国籍が韓国又は朝鮮民主主義人民共和国のいずれにしても、両国の公簿上その名が登録されていないのであるから、両国の公的機関に対してその変更手続を行い、その証明書の交付を受けることは事実上不可能であるといわざるを得ない。その上、抗告人は、登録原簿、……等から、抗告人は、日本で出生し、49年間にわたり、特別永住者の資格で我が国で生活していること、我が国においては、国民の身分関係を登録公証する戸籍制度が存し、我が国に居住する外国人については登録原簿が戸籍と同様の機能を果たしていることなどから、抗告人の登録原簿に登録された「名」の変更については、戸籍法107条2項に準じて、正当な事由があるときに限り、家庭裁判所の許可を受けて、これを許すことができる」と解するのが相当である。」（なお、原審は、日本国籍を有しない外国人について外国人登録上の名の変更を許可すべきか否かを判断する権限を家庭裁判所に与えた規定は存在せず、本件申立てについて家裁は判断する権限がない、として、却下した）。

8. 扶養義務

(執筆担当：九州大学 西谷 祐子)

1. 総説

扶養料の請求は、扶養権利者が生活維持のために、配偶者又は親族等の扶養義務者に対して行うものである。扶養義務の履行は定期金の形をとることが多く、一回ごとの額は限られていても、支払が滞れば、直ちに扶養権利者が生活に困窮するおそれがある。それゆえ、各国は、できるだけ簡易かつ迅速に扶養料の回収を行うための制度設計を行っている。

わが国においては、平成 15 年改正によって¹民事執行法第 151 条の 2 が新設されており、扶養義務等にかかる定期金債権を請求する場合の特例として、確定期限がまだ到来していないものについても債権執行を開始することができる（民事執行法第 167 条の 15・16 も参照）。英米法系諸国では、行政機関の略式命令によって扶養料の支払いを命ずることが多く、特に米国各州は、執行方法として扶養義務者の給与からの天引き²や運転免許証の取り上げなどの各種手段を整えている。また、ドイツ FamFG 第 249 条以下も、未成年者から非同居親に対する扶養料請求について特別な簡易手続を設けているほか、ZPO 第 850d 条第 3 項は、将来発生する扶養定期金債権に関する執行も認めている。

このような簡易かつ迅速な扶養料の回収は、国際的な扶養料請求においてはより切実な問題となる。そこで、ハーグ諸条約及び EU 規則、そして各国国内法は、国際裁判管轄の決定及び外国判決の承認執行等について、要扶養者の保護に配慮した準則を設けてきた（後述 III-3 参照）。また、扶養料の国際的な回収を安価かつ迅速に行うための行政協力体制を構築したものとして、2007 年 11 月 23 日「子及びその他の親族の扶養料の国際的な回収に関するハーグ条約」がある。

わが国においては、扶養関係事件の国際裁判管轄に関する明文規定はなく、これまで裁判例及び学説上の議論にゆだねられてきた。扶養義務の準拠法については、わが国は 1956 年 10 月 24 日「子に対する扶養義務の準拠法に関するハーグ条約」³及び 1973 年 10 月 2 日「扶養義務の準拠法に関するハーグ条約」⁴を批准しており、後者は「扶養義務の準拠法に関する法律」⁵として国内法化されている。しかし、1958 年 4 月 15 日の「子に対する扶養義務に関する判決の承認及び執行に関するハーグ条約」、1973 年 10 月 2 日「扶養義務に関する裁判の承認及び執行に関するハーグ条約」、2007 年 11 月 23 日「子及びその他の親族の扶養料の国際的な回収に関するハーグ条約」

¹ 平成 15 年法律第 134 号。

² 給与からの天引きを命ずる米国ミネソタ州判決の承認執行が問題となった事件として、東京高判平成 10 年 2 月 26 日判時 1647 号 107 頁がある。

³ 昭和 52 年 8 月 17 日条約第 8 号。

⁴ 昭和 61 年 6 月 12 日号外条約第 3 号。

⁵ 昭和 61 年 6 月 12 日法律第 84 号。

約」, 2007年11月23日「扶養義務の準拠法に関するハーグ議定書」, そして, 1956年6月20日の「外国における扶養料の回収に関するニューヨーク条約」(後掲参照)はいずれも批准していない。また, 1989年7月15日扶養義務に関する米州モンテヴィデオ条約(後掲参照)も, 同条約25条において米州機構以外の国の加入も認めているが, わが国は加入していない。

ところで, 扶養料請求には様々な形態があり, 夫婦間での生活費の請求として, 夫婦間の協力扶助に関する処分の審判事件(家事事件手続法別表第二の1)又は婚姻費用の分担に関する処分の審判事件となるもの(同別表第二の2), 監護親から非監護親に対する子の養育費の請求など, 子の監護に関する処分の審判事件となるもの(同別表第二の3), あるいは親族間での扶養料請求として, 扶養義務の設定の審判事件(同別表第一の84)又は扶養の順位ないし扶養の程度・方法についての決定等の審判事件(同別表第二の9及び10)となるものがある⁶。夫婦間の婚姻費用分担については, 従来の国際私法の多数説は, 婚姻生活維持のための出捐として夫婦財産制の問題と見たうえで, 一方配偶者が自分の分担を果たせず, 相手方にその分を請求するに至った段階で初めて扶養義務の問題になると解していた⁷。しかし, 裁判例においては, 婚姻費用分担を扶養義務の問題と性質決定するのがほとんどであり⁸, 学説でも支持する立場が増えている⁹。また, 上述の民事執行法第151条の2は, 扶養義務等に関する将来の定期金債権の執行について特則を設けるものであるが, その適用対象となる事項として, 同条第1項第1号~第4号は, ①夫婦間の協力・扶助義務(民法第752条), ②婚姻費用分担の義務(民法第760条), ③子の監護に関する義務(民法第766条〔民法第749条, 第771条及び第788条において準用する場合を含む〕), そして④親族間の扶養義務(民法第877条から第880条まで)を挙げており, 参考になる。以下においても, これらの扶養義務に関する類型を包括して扶養関係事件と称し, 広義の用語法に従うこととする。

わが国の家庭裁判所において渉外的な扶養料請求がなされる事例は, まだ限られている。たとえば, 平成22年度において, 乙類審判事件(渉外事件)として婚姻費用の分担が申し立てられた事件は57件, 扶養に関する処分が申し立てられた事件は12件あったに過ぎない¹⁰。このような事情から, 扶養義務の国際裁判管轄に関する議論の蓄積は必ずしも多くはないが, 以下では,

⁶ 早田芳郎「渉外的扶養関係事件の裁判管轄権及び準拠法」『講座・実務家事審判法5・渉外関係事件』(日本評論社, 1990年)265頁参照。

⁷ 溜池良夫『国際私法講義〔第3版〕』(有斐閣, 2006年)454頁以下, 同・溜池良夫「婚姻の効果」『国際私法講座〔第2巻〕』(有斐閣, 1955年)552頁。裁判例として, 大阪家審昭和54年2月1日家月32巻10号67頁。

⁸ 山田鎌一『国際私法〔第3版〕』(有斐閣, 2004年)541頁。高鳥トシ子「渉外婚姻の効力の準拠法——夫婦財産制を中心として——」『講座・実務家事審判法5・渉外関係事件』(日本評論社, 1990年)140頁。古い裁判例である東京家審昭和49年1月29日家月27巻2号95頁, 那覇家(コザ支)審昭和53年3月7日家月31巻12号87頁, 大阪高決昭和55年8月28日家月32巻10号90頁(前掲・大阪家審昭和54年2月1日の抗告審), 東京家審昭和55年9月22日家月35巻6号120頁, 神戸家審平成4年9月22日家月45巻9号61頁, 熊本家審平成10年7月28日家月50巻12号48頁など。

⁹ 詳細は, 上述・婚姻の身分的・財産的効力の箇所参照。

¹⁰ <http://www.courts.go.jp/sihotokei/nenpo/pdf/B22DKAJ10~12.pdf>

従来の裁判例及び学説の状況を整理し、比較法的検討を踏まえたうえで、わが国において扶養義務に関する国際裁判管轄を法制化するに当たって留意すべき点を指摘することにした。

2. 日本法の状況

(1) 当事者双方又は相手方の住所地

婚姻費用分担請求（監護親が他方親に対して自己及び子に対する扶養料を請求したケースを含む¹¹）の多くは、夫婦双方が日本に住所¹²を有していた事案である¹³。同様に、子から親に対する扶養料請求、あるいは監護親から他方親に対する子の養育費の請求についても、当事者双方が¹⁴、あるいは少なくとも相手方が¹⁵日本に住所を有していたケースが多い。これらの扶養関係事件について、正義・公平の観点から、当事者双方の住所地又は扶養義務者である相手方の住所地に国際裁判管轄を認めることには、ほぼ異論がない¹⁶。この管轄原因を認める理由として、受動的な立場にある相手方の保護に資すること、相手方の生活及び収入の現況等を正確に把握できること、迅速な扶養料の回収が可能になることなどが挙げられよう。比較法的にみても、相手方の住所地管轄は、一般に受け入れられている。

(2) 申立人の住所地

問題となるのは、扶養料の支払いを求める扶養権利者だけが日本に住所を有し、扶養義務者である相手方が外国に住所を有している場合である。申立人の住所地管轄について判断している裁判例として、以下のものが挙げられる。

¹¹ 東京家審昭和 55 年 9 月 22 日家月 35 卷 6 号 120 頁（日本在住の台湾人夫婦間の請求）。

¹² なお、住所と常居所のいずれを管轄原因とするかは、別途検討する必要がある。婚姻の成立及び効力に関する調査参照。

¹³ 東京家審昭和 49 年 1 月 29 日家月 27 卷 2 号 95 頁（日本在住の日本人妻からドイツ人夫に対する請求）、那覇家（コザ支）審昭和 53 年 3 月 7 日家月 31 卷 12 号 87 頁（日本在住の米国（ハワイ州）人夫婦間の請求）、前掲・東京家審昭和 55 年 9 月 22 日家月 35 卷 6 号 120 頁、神戸家審平成 4 年 9 月 22 日家月 45 卷 9 号 61 頁（日本在住の中国人夫婦間の請求）、熊本家審平成 10 年 7 月 28 日家月 50 卷 12 号 48 頁（日本在住の中国人妻から日本人夫に対する請求）。

¹⁴ 東京家審平成 4 年 3 月 23 日家月 44 卷 11 号 90 頁（日本在住の台湾人男（成年者）が台湾人父に対して扶養料を請求した事案）、大阪家審平成 4 年 4 月 21 日家月 45 卷 3 号 63 頁（日本在住の韓国人夫婦の離婚後、妻が夫に対して子らの養育費を請求した事案）、東京高決平成 18 年 10 月 30 日判例時報 1965 号 70 頁（日本在住の中国人父母の離婚後、①母が父に対して過去の養育費相当額の支払い、子が父に対して、②中国法によって成年に達した後、高等教育終了までの期間の扶養料の支払いを求めた事案である。①については、同じ請求を内容とする中国判決が民事訴訟法第 118 条に従って承認されることを理由に却下されたが、②については期間及び扶養料の額を縮減したうえで認容した）。

¹⁵ 浦和家審（川越支）判平成 11 年 7 月 8 日家月 51 卷 12 号 37 頁（フィリピン人母が日本在住の日本人父に対して子の養育費を請求した事案。フィリピン人母は、フィリピンで非嫡出子〔日本国籍〕を出産した後、平成 10 年 12 月から日本に居住している）。

¹⁶ 早田・前掲論文 266 頁。

大阪家審昭和 54 年 2 月 1 日（家月 32 卷 10 号 67 頁：抗告審・大阪高決昭和 55 年 8 月 28 日家月 32 卷 10 号 90 頁）は、別居中の日本在住の日本人妻が、米国カリフォルニア州に居住している夫（婚姻当時は日本国籍であったが、現在は米国籍）に対して、婚姻費用分担等を請求したものである。本審判は、申立を受ける相手方を保護するため、原則として相手方の本国又は住所に国際裁判管轄を認めるのが公平の理念にかなうとしたうえで、「本件のような別居中の夫婦で、しかも一方が外国に居住する場合、常に相手方の本国もしくは住所地国の裁判所に申立をしなければならないものとする、事実上申立人にとって請求の途が閉ざされることとなつて著しく不利な結果になる。そこで申立人の利益保護についても考慮する必要があるから、夫婦が最後に婚姻共同生活をしてきた住所地から相手方が去って別居し、申立人がなおもとの婚姻住所地にそのまま引続きとどまっている場合には、そのもとの婚姻住所地国にも裁判管轄権を認めるのが妥当と考えられる」とし、わが国にも例外的に国際裁判管轄を認めるべき場合にあたるとした。本審判は、日本が申立人及び相手方の最後の婚姻住所地であり、しかも申立人が引き続き居住していることを考慮要素としたうえで、申立人の住所地である日本の管轄を肯定するものである。

また、大阪高決平成 18 年 7 月 31 日家月 59 卷 6 号 44 頁は、タイで婚姻生活を送っていた日本人夫婦が別居し、単身で日本に戻った妻が夫に対して婚姻費用分担を請求した事件である。夫は、妻との別居後、タイ人女性と内縁関係にあり、同女との間に二子をもっている。本決定は、理由を明らかにしていないが、本件の事実関係の下では、わが国の国際裁判管轄が認められるとし、夫に対して婚姻費用分担を命じている。これは、申立人の住所地管轄を認めるものであるが、おそらくは、①本件において妻が帰国するに至ったのは、夫が妻に離婚を求め帰国を促したからであること、②夫は妻との婚姻関係を解消しないまま内妻との関係を継続していること、③夫は日本でずっと生活していた日本人であり、日本での訴訟追行に支障がないこと等の事情を考慮しているのではないかと推測される（本決定は、①②に鑑みて、夫が内妻及びその子らに対する扶養義務を理由に婚姻費用の減額を主張することは、信義則に照らし許されないと判断している）。

他方、外国で扶養料支払命令が下され、日本で執行判決（民事執行法第 22 条第 6 号、第 24 条）が求められた事案においても、民事訴訟法第 118 条第 1 号との関係で間接管轄の有無が審査されているため、参考になる。

東京高判平成 9 年 9 月 18 日判時 1630 号 62 頁は、次のような事案である。日本に在住していた日本人母 X は、日本人男性 A と婚姻して米国オハイオ州に居を移し、同地で別の日本人男性 Y の子を出産した。そして、X は同州裁判所において、夫 A に対しては父子関係不存在確認を、子の父 Y に対しては父子関係確定及び養育費の支払いを命ずる判決を得たため、わが国において養育費の給付を命ずる部分について執行判決を求めた。本判決は、日本法上養育費請求事件は子の監護に関する処分事件の一つであり、子の福祉に鑑みて、原則として子の住所地に国際裁判管

轄を認めるべきであること、しかし、両親間の経済的負担の調整を図るという観点からは、紛争当事者間の公平にも十分配慮する必要があるとした。そして、「具体的な事情に基づき条理に照らして判断し、子の住所地ないし常居所地のある国ではなく、相手方（義務者）の住所地ないし常居所地のある国の裁判所に国際裁判管轄権を認めるのを相当とする特別の事情のある場合には」、例外的に扶養義務者の住所地管轄を認めるとした。本件において、Xは自らの都合で日本を離れて米国オハイオ州に赴き、同地で子を出産し、現在も子と共に同州に在住しているのに対して、Yは、従前から引き続き日本に居住している。このように子及びその監護親Xの住所地と非監護親Yの住所地が異なるに至った原因が専らXにかかわる事情にある場合には、条理上、養育費請求事件の国際裁判管轄はYの住所地にだけ認められ、米国オハイオ州は管轄を欠いていたとした。

東京高判平成10年2月26日判時1647号107頁は、米国ミネソタ州在住の日本人母Xが、米国カリフォルニア州在住の日本人父Yに対して、父子関係確定及び養育費の支払いを命ずる判決を得た後、わが国において養育費の給付を命ずる部分について執行判決を求めた事件である。本判決は、間接管轄について、マレーシア航空事件¹⁷以来の条理の枠組みに従っている。そして、親子関係事件については、原則として被告の住所地管轄を認めるべきであるが、本件Yは仕事上の出張で数回にわたりミネソタ州を訪れてXと接触しており、同州裁判所での提訴がYの予測の範囲を超えるとはいえないこと、Xは子の懐胎・出産後もミネソタ州を生活の本拠としており、採証上の便宜が同州内に集中していること、他方で、Xには収入がなく、Yの住所地の裁判所に提訴することは過大な負担となること等の事情を考慮して、XY双方の住所地に管轄が認められ、とし、米国ミネソタ州の管轄を肯定した¹⁸。

以上のようなわが国の裁判例の動向に鑑みれば、基本的には条理を根拠として、離婚に関する昭和39年ルールと同様の判断枠組みに従っているものと理解してよいであろう。すなわち、原則として相手方の住所地に国際裁判管轄を認めるが、事案ごとの具体的な事情を勘案したうえで、当事者間の公平及び手続的正義の観念に照らして申立人の住所地に管轄を認めるべき事情があれば、例外的に申立人の住所地に管轄を認めるものである¹⁹。前掲・東京高判平成9年9月18日は、養育費請求事件について原則と例外を逆転させているが、条理に基づき各事案ごとの具体的な事情に照らして管轄の有無を判断するという基本的な発想は共通しているといえるであろう。

¹⁷ 最判昭和56年10月16日民集37巻5号1224頁。

¹⁸ 原審（東京地判平成8年9月2日判時1608号130頁）は、給与の天引きを命ずる本件外国判決は、わが国の強制執行に親しむようなYのXに対する具体的な給付請求権を包含するものではないとして、執行判決請求を棄却したが、控訴審は強制執行を許可した。

¹⁹ 早田・前掲論文267頁。前掲・東京高判平成9年9月18日〔オハイオ州判決の承認執行〕は、その旨を述べている。

このような判断枠組みは、柔軟性には優れているが、当事者の予見可能性や法的安定性を保証するものではないことは、すでに離婚事件について指摘されているとおりである²⁰。しかも、扶養関係事件においては、子の扶養が問題となる場合は言うまでもなく、夫婦間の扶養や親族間の扶養が問題となる場合にも、扶養権利者の生活を維持し、経済的に保護するための配慮が必要になる。その意味では、扶養関係事件においては、身分関係事件よりも、扶養権利者の提訴の便宜を優先させることが考慮されてよいであろう²¹。

3. 比較法

(1) 扶養義務に関するハーグ条約

(a) 1958 年条約及び 1973 年条約

ハーグ国際私法会議は、これまでに複数の扶養義務関連の条約を採択してきた。扶養義務に関する外国裁判の承認執行については、1958 年 4 月 15 日の「子に対する扶養義務に関する判決の承認及び執行に関するハーグ条約」（以下、「1958 年条約」という）と 1973 年 10 月 2 日「扶養義務に関する裁判の承認及び執行に関するハーグ条約」（以下、「1973 年条約」という）がある。いずれの条約も、外国裁判の承認要件として間接管轄に関する規定を置いている。

1958 年条約第 3 条は、間接管轄について次のように定めている。「この条約に関しては、次の裁判所が扶養料についての裁判をする管轄権を有するものとする。①訴訟が提起されたとき、扶養義務者の常居所の存する国の裁判所、②訴訟が提起されたとき、扶養権利者の常居所の存する国の裁判所、③扶養義務者が、明示的に又は管轄につき留保することなく本案について弁論することにより、その管轄権に服した裁判所。」

同様に、1973 年条約第 7 条は、間接管轄について次のように定めている。「この条約の適用については、裁判の行われた国の当局は、次の場合に管轄権を有するものとする。①訴訟手続が開始された時に、扶養義務者又は扶養権利者が、その国に常居所を有した場合、②訴訟手続が開始された時に、扶養義務者及び扶養権利者が、その国の国籍を有した場合、③被告が、明示的に又は管轄に関して留保することなく本案について弁論することにより、その当局の管轄権に服した場合。」

1958 年条約第 3 条及び 1973 年条約第 7 条においては、①扶養義務者の常居所地、②扶養権利者の常居所地、そして③被告（扶養義務者）の応訴が共通の管轄原因として挙げられている。そ

²⁰ 西島太一「身分関係事件の国際裁判管轄権総論——管轄権の判断手法に関する一つの仮説——」阪大法学 46 巻 6 号（1997 年）90 頁以下、本間靖規・中野俊一郎・酒井一『国際民事手続法』（有斐閣、2005 年）77 頁参照。

²¹ 早田・前掲論文 267 頁。

れに加えて、1973年条約だけは、その第7条第2号において、扶養義務者と扶養権利者の共通本国も管轄原因としている。

(b) 2007年条約

2007年11月23日に採択された「ハーグ扶養料の国際的回収に関する条約」においては、長い議論の結果、直接管轄に関する一般的な準則は置かれなかった。これは、各国の管轄ルールがいくつかの重要な点で異なっており、調整ができなかったことによる。

第一に、扶養料支払決定を下すための国際裁判管轄について、ヨーロッパ諸国は、1968年ブリュッセル条約²²及び2000年ブリュッセルI規則²³、2008年EU扶養義務規則²⁴、そして2007年ルガノ条約²⁵（1988年条約²⁶を改正）において、被告の住所地と並んで原告（扶養権利者）の住所地を管轄原因としている²⁷。米州のモンテビデオ条約も同様である²⁸。それに対して、米国には、管轄ルールについて連邦憲法修正第14条（デュー・プロセス条項）の制約があり、被告が法廷地州と「最小限の関連」（minimum contact）をもつことが要件となる²⁹。そして、原告の住所地管轄は、被告の法廷地との関連性を度外視することになるため、米国には受け入れられなかった。

第二に、一旦扶養料支払命令が下された後、それを変更する又は新たな決定を下すための国際裁判管轄について、前掲のヨーロッパ及び米州の各規範が一般的な管轄ルールに従い、当事者の住所地が変更されれば、変更後のそれを基準としている。それに対して、米国は、原則として最初の扶養料支払決定を下した州の裁判所が継続して管轄をもつとしており³⁰、通常の管轄ルールを適用することはできないとした。

このような各国法制の齟齬の結果、2007年条約においては、直接管轄について条文化は見送られた。そのため、直接管轄の決定は、各締約国において妥当する国内法その他の法規範（EU扶

²² Brussels Convention of 27 September 1968 on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters, *O.J.* 1972, L 299/32.

²³ Council Regulation (EC) No 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters, *O.J.* 2001, L 12/1.

²⁴ Council Regulation (EC) No 4/2009 of 18 December 2008 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and cooperation in matters relating to maintenance obligations, *O.J.* 2009, L 7/1.

²⁵ Lugano Convention of 30.10.2007 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters, *O.J.* L. 339, 21.12.2007, p. 3.

²⁶ Lugano Convention of 16 September 1988 on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters, *O.J.* L 319, 25.11.1988, p. 9.

²⁷ ブリュッセル条約及びブリュッセルI規則並びにルガノ条約第5条第2号前段、EU扶養義務規則第3条b号。

²⁸ Inter-American convention on support obligations, Montevideo, 1989. モンテビデオ条約第8条a号。

²⁹ 1996年米国統一州際家族扶養法（Uniform Interstate Family Support Act: UIFSA）（2001年及び2008年に改訂）第201条（後述参照）。

³⁰ UIFSA第202条（後述参照）。

養義務規則，モンテビデオ条約ほか) にゆだねられている³¹。もともと，2007年条約も，扶養料支払決定の変更については特則を置いており³²，第18条は次のように規定している。

「第18条 手続の制限

1. 扶養権利者が常居所を有する締約国において決定がされた場合には，その決定を変更し又は新たな決定をするための手続は，決定がされた国に扶養権利者が常居所を保持する限りにおいて，扶養義務者により他の締約国において開始されてはならない。

2. 前項の規定は，次の場合には適用しない。

- a) 子に対する扶養義務に関する争いを除き，当該他の締約国の管轄について当事者間に書面による合意がある場合
- b) 扶養権利者が，明示的に，又は管轄について異議を述べるができる最初の機会に異議を述べることなく本案について防御することにより，当該他の締約国の管轄に服する場合
- c) 決定国の権限当局がその決定を変更し又は新たな決定をするための管轄権を行使することができず又は行使することを拒否する場合
- d) 決定国でされた決定が，その決定を変更し又は新たな決定をするための手続が求められる締約国において承認されず又は執行可能であることが宣言されない場合。」

この第18条によれば，扶養権利者の常居所のある締約国において扶養料の支払いが決定され，扶養権利者が同地に常居所を保持している場合には，扶養義務者は，原則として他の締約国において決定の変更（又は新たな決定）を求めることができない。ただし，例外も設けられており，(a)当事者による管轄の合意があること（子に対する扶養義務を除く），(b)扶養権利者が応訴したこと，(c)決定国が変更のための管轄権を行使しないこと，あるいは(d)決定国の決定がその変更をする締約国において承認執行されないことという事情があれば，他の締約国の管轄が認められる。この規定は，各締約国の直接管轄がその締約国の国内法その他の法規範によって決定されることを前提としたうえで，一旦扶養料支払決定が下された後，それが変更される又は新たな決定が下される場合に直接管轄が認められる範囲を制限するものである。

それに加えて，2007年条約は，他の締約国が下した扶養義務に関する裁判の承認執行についても規定しており，第20条第1項は間接管轄について次のように定めている。

³¹ 以上の経緯については，*Alegria Borrás and Jennifer Degeling, Explanatory Report to the Convention of 23 November 2007 on the International Recovery of Child Support and other forms of Family Maintenance*, pp. 13 *et seq.* 参照。

³² 翻訳は，法制審議会国際扶養条約部会第11回会議（平成20年1月15日開催）において配布された会議用資料73を参照した（<http://www.moj.go.jp/content/000012394.pdf> からダウンロード可）。

「第 20 条承認及び執行の原因

1. 締約国（以下「決定国」という。）でされた決定は，次の場合には，他の締約国において承認及び執行されなければならない。

- a) 手続が開始された時に相手方が決定国に常居所を有していた場合
- b) 相手方が，明示的に，又は管轄について異議を述べることができる最初の機会に異議を述べることなく本案について防御することにより，管轄に服した場合
- c) 手続が開始された時に扶養権利者が決定国に常居所を有していた場合
- d) 手続が開始された時に扶養が決定された子が決定国に常居所を有していた場合において，相手方がその国においてその子と共に居住したことがあるとき，又はその国に居所を有し，そこでその子を扶養したことがあるとき。
- e) 子に対する扶養義務に関する争いを除き，当事者間に管轄について書面による合意がある場合
- f) その決定が身分又は親責任に関する事項について管轄権を有する当局によりされた場合（その管轄権が当事者の一方の国籍のみに基づく場合を除く。）³³

第 20 条第 1 項の規定によれば，外国裁判の承認要件としての間接管轄が認められるのは，次の場合である。①相手方の常居所地（a 号），②相手方の応訴（b 号），③扶養権利者の常居所地（c 号），④相手方が子の常居所地で過去に子と共に居住していた又は居所を有し子を扶養していた場合には，子の常居所地（d 号），⑤当事者の管轄の合意（子に対する扶養義務を除く）（e 号），⑥身分関係事件又は親責任事件について管轄をもつ当局が決定したこと（その管轄が当事者の一方の国籍のみに基づく場合を除く）（f 号）である。

なお，2007 年条約第 22 条 f 号においては，上述の第 18 条の規定に違反して下された外国裁判は承認執行されないことが明記されている。

³³ 第 20 条第 2 項から第 6 項は，次のように定めている。

「2. 締約国は，第 62 条の規定に従って，前項 c 号，e 号又は f 号については留保をすることができる。
3. 前項の留保をする締約国は，その法律が類似の事実的な状況においてその当局にそのような決定をすることについての管轄権を付与し又は付与したであろう場合には，決定を承認及び執行しなければならない。
4. 締約国は，決定の承認が第 2 項の留保の結果として不可能である場合において，扶養義務者がその国に常居所を有しているときには，扶養権利者の利益のため，決定を求めるためのあらゆる適切な措置をとらなければならない。本項の規定は，前条第 5 項の規定による承認及び執行の直接の申立て又は第 2 条第 1 項 b 号の扶養の請求については適用しない。
5. 18 歳未満の子のための決定であって第 1 項 c 号，e 号又は f 号の留保のみを理由として承認されないものは，承認及び執行を求められた国において，その子が扶養を受ける資格を認めるものとして取り扱われる。
6. 決定は，決定国において効力を有する場合に限り承認され，かつ，決定国で執行可能である場合に限り執行される。」

(2) EU

EUにおいては、従来1968年ブリュッセル条約及び2000年ブリュッセルI規則によって扶養義務に関する国際裁判管轄が定められていた。その後、2008年12月18日EU扶養義務規則が制定された後は、ブリュッセルI規則の内容はEU扶養義務規則によって改正されたものと扱われている（EU扶養義務規則第68条第1項）。他方、1988・2007年ルガノ条約は、被告がスイス、ノルウェー、アイスランドのいずれかに住所をもつ場合に適用されるほか、これらの締約国のいずれかが判決国又は承認国である場合の判決の承認執行もルガノ条約による³⁴。

扶養義務とは、ヨーロッパ法固有の概念として解釈されており、たとえばフランス法上の「夫婦間の救護義務」（*devoir de secours*）³⁵、「[親による子の]養育義務」（*devoir d'entretien*）、「夫婦間の家事費用負担義務」（*contributions aux charges du ménage*）、さらには離婚後の「補償給付」（*prestation compensatoire*）³⁶もすべて対象となる。契約に基づく扶養料請求権については、すでに家族法上の身分関係に基づいて扶養料請求権が発生しており、それを具体化する形で契約が締結されている場合にのみ、扶養義務の問題となる（契約に基づく生活費の支払いは、契約の問題となる）³⁷。

EU扶養義務規則第3条によれば、一般的な管轄ルールとして、まず①被告の常居所地（a号）及び②扶養権利者の常居所地（b号）に国際裁判管轄が認められる。これらの管轄原因は、同時に土地管轄も定めている。また、③身分関係事件（c号）又は④親責任事件（d号）について国際裁判管轄をもつ裁判所は、その管轄が一方当事者の国籍だけを根拠とするのでないかぎり、附帯処分としての扶養料請求についても管轄をもつ。

さらに、EU扶養義務規則第4条によれば、⑤当事者は、すでに発生した又は将来発生する扶養義務をめぐる争いについて、18歳未満の子に対する扶養義務を除いて（第4条第3項）、一定範囲で管轄を合意することができる。同規則第4条第1項第1文によれば、当事者は、以下の裁判所の管轄を合意することができる。すなわち、(a)当事者の一方が常居所をもつ構成国の裁判所

³⁴ EU扶養義務規則及びその他の規範の適用関係の詳細については、ドイツに関する調査報告4頁以下参照。

³⁵ 「夫婦間の救護義務」（フランス民法第212条）とは、夫婦それぞれの資力・身分に応じて必要の場合になすべき配偶者相互間の金銭的・財産的扶養義務（*obligation alimentaire*）を内容とする。通常の生活においては住居共同、同居、家事費用の共同負担によって行われる。それが行われえない例外的場合すなわち、裁判上の別居、事実上の別居の状態の場合などにおいては、夫婦の合意または判決によって定められた扶養定期金（*pension alimentaire*）の形式でなされる。山口俊夫・編『フランス法辞典』（東京大学出版会、2002年）参照。

³⁶ 「[離婚の効果としての]補償給付」は、離婚が配偶者のそれぞれの生活条件に作り出す不均衡を是正するために、夫婦の年齢及び健康状態、子の育成のための時間、職業上の地位や資産状態などを考慮して支払われるものである（フランス民法第270条）。一括みなし性格（*caractère forfaitaire*）をもち、原則として改定されることがない（フランス民法第273条）。扶養定期金（*pension alimentaire*）とは別個のものとなる。山口・前掲書参照。EuGH 6.3.1980 — 120/79, *De Cavel/De Cavel* は、フランス法上の扶養定期金及び補償給付はいずれもブリュッセル条約上の「扶養義務」に当たると解釈している。

³⁷ *Jan Kropholler, Europäisches Zivilprozeßrecht – Kommentar zu EuGVO und Lugano-Übereinkommen*, 7. Aufl., Heidelberg 2002, Art. 5 Rn. 48; *Heinrich Dörner*, in: *Eschenbruch (Hrsg.), Der Unterhaltsprozess*, 3. Aufl., Düsseldorf 2002, para. 8008.

(a号), (b)当事者の一方が国籍をもつ構成国の裁判所 (b号), (c)夫婦間又は元夫婦間の扶養義務については, (i)その婚姻事件について管轄をもつ構成国の裁判所, あるいは(ii)最後の共通常居所地であって, 両者が1年以上居住していた構成国の裁判所 (c号) である。a号~c号の要件は, 合意をした時点又は提訴時に充足されなければならない (同第4条第1項第1文)。合意によって定められた管轄は, 当事者が別異の合意をしないかぎり, 専属管轄となる (同第2文)。また, 管轄合意は書面で行われなければならない (第4条第2項)。なお, 当事者がEU構成国以外の2007年ルガノ条約締約国の裁判所の専属管轄を合意した場合には, 18歳未満の子に対する扶養義務を除いて (第4条第4項), 同条約が適用される。

これらの規定によれば国際裁判管轄をもたない締約国の裁判所に提訴された場合に, 被告が異議をとどめず本案について争った場合には, 応訴管轄が認められる (第5条)。

以上のEU扶養義務規則第3条~第5条の規定に従い, EU構成国又はルガノ条約締約国のいずれにも管轄が認められない場合には, 補充的に夫婦の共通本国の管轄が認められる (第6条)。

そのほか, その法的紛争が密接な関係をもつ第三国において裁判手続を開始する又は追行することが期待できない又は不可能であると解される場合には, 例外的に, その法的紛争が十分な結び付きをもつ構成国の裁判所が管轄権を行使することができるかとされている。いわゆる緊急管轄を認める規定である (第7条)³⁸。また, 第8条には, 2007年ハーグ条約第18条に準ずる形で, 扶養料支払決定の変更等に関する管轄権行使を制限するための規定が置かれている。

これらのEU扶養義務規則上の管轄ルールは, 各構成国の国内法上の管轄ルールを排除するものである。つまり, EU扶養義務規則は, ブリュッセルI規則 (ブリュッセルI規則は, 被告が構成国に住所をもつ場合にのみ適用される [第3条第1項及び第4条第1項]) 及びブリュッセルIIbis規則³⁹ (第7条: 同規則第3条~第5条の規定に従いいずれの構成国も管轄をもたない場合には, 構成国国内法による) とは異なって, 場所的適用範囲を限定しておらず, その事項的適用範囲に含まれるすべての事案に適用される。したがって, EU扶養義務規則が適用される事案については, 国内法上の国際裁判管轄ルールが適用される余地はない⁴⁰。

なお, EU扶養義務規則においては, 構成国の一つが下した扶養料支払決定の承認執行について, 当該構成国が2007年ハーグ議定書が定める準拠法ルールに従っているか否かによって区別をしている。当該構成国が2007年ハーグ議定書に拘束されている場合には, その裁判の執行には執行宣言が必要とされないのに対して (欧州債務名義規則型 [EU扶養義務規則第17条]), 当該構成

³⁸ ドイツ調査報告 71 頁参照。

³⁹ Council Regulation (EC) No 2201/2003 of 27 November 2003 concerning jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in matrimonial matters and the matters of parental responsibility, repealing Regulation (EC) No 1347/2000, O.J. L 338, p. 1.

⁴⁰ Rauscher/Andrae, Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht — Kommentar, München 2010, Vorbem Artt. 3 ff. EG-UntVO, Rn. 1 *et seq.*

国が2007年ハーグ議定書に拘束されていない場合には、その裁判の執行に執行宣言が必要とされる（ブリュッセルI規則型〔EU扶養義務規則第26条〕⁴¹）。

(3) モンテビデオ条約

1989年7月15日扶養義務に関する米州モンテビデオ条約（1996年3月6日発効⁴²）は、国際裁判管轄に関する規定（第8条）のほか、扶養義務に関する準拠法の決定（第6条）⁴³及びその適用範囲（第7条）⁴⁴、そして扶養料の算定基準（第9及び第10条）⁴⁵を定める規定を置いている。国際裁判管轄に関する第8条は、次のように定めている（筆者訳）。

「扶養料の支払を求める訴えは、扶養権利者の選択によって、以下のいずれかの国の司法機関又は行政機関によって審理されうる。

- (a)扶養権利者の住所又は常居所がある国。
- (b)扶養義務者の住所又は常居所がある国。
- (c)扶養義務者が財産を所有していること、収入を得ていること、経済的利益を得ていることなどによって、個人的な結び付きをもっている国。

本条の規定にかかわらず、他の締約国の司法機関又は行政機関は、被告がその国の管轄について争うことなく応訴した場合には管轄をもつものとする。」

(4) アメリカ合衆国

⁴¹ ドイツ調査報告9頁参照。

⁴² 本条約は、1989年7月9日から15日までモンテビデオにて開催された第4回米州国際私法会議（CIDIP-IV）において採択された。2012年3月1日現在、締約国数は13を数える（<http://www.oas.org/juridico/english/sigs/b-54.html>）。

⁴³ 第6条「扶養義務、そして扶養権利者と扶養義務者としての資格は、以下の法のうち、管轄当局が扶養権利者にとって最も有利であると判断する法によって規律される。

(a)扶養権利者の住所又は常居所地法。

(b)扶養義務者の住所又は常居所地法。」

⁴⁴ 第7条「第6条に定める準拠法は、以下の事項について規律する。

(a)扶養料の額、その支払期限及び条件。

(b)扶養権利者を代理して扶養料を請求することができる者。

(c)扶養料請求権を享受するために必要となる他の要件。」

⁴⁵ 第9条「扶養料の増額を求める訴えは、第8条に定めるいずれの国の機関によっても審理されうる。扶養料の支払停止又は減額を求める訴えは、扶養料の額を確定した国の機関によってのみ審理されうる。」

第10条「扶養料は、扶養権利者の必要性と扶養義務者の資力の双方を勘案して決定する。

判決を執行する又は判決の実効性を確保する責任を負っている司法機関又は行政機関が、請求された額よりも低い額に限って仮処分を命ずる場合又は判決の執行を認める場合にも、扶養権利者の権利は害されない。」

アメリカ合衆国においては、1996年に米国統一州際家族扶養法（Uniform Interstate Family Support Act: UIFSA）が採択され、2001年及び2008年に改正されている⁴⁶。

UIFSA 第201条 a 項⁴⁷は、扶養料支払決定について州内に居住していない相手方に対するロングアーム管轄として、以下の場合に当該州の管轄を認めている。すなわち、①相手方が召喚状を当該州内において直接送付された場合、②相手方が管轄に同意した又は応訴した場合、③相手方が過去に当該州において子と一緒に居住していた場合、④相手方が過去に当該州に居住し、子の出産前の費用又は養育費を支払っていた場合、⑤相手方の行為又は命令の結果として子が当該州に居住している場合、⑥相手方が当該州において性交渉に従事し、子がその行為によって懐胎された可能性がある場合、⑦〔被告が（当該州の推定父登録簿において）子との親子関係を認めている場合〕⁴⁸、⑧その他対人管轄権の行使に関して当該州憲法及び合衆国憲法に合致する根拠がある場合である。

このように UIFSA 第201条 a 項は、州外に居住する相手方について対人管轄権が認められる場合を列挙しており、管轄が認められる範囲はかなり広い。特に①は送達による管轄（tag service jurisdiction）、③④は相手方の過去の居住、⑥は同州での性交渉による子の懐胎を管轄原因とするものである。上述のように、米国においては連邦憲法修正第14条（デュー・プロセス条項）による制約があり、対人管轄権を行使するには、被告が法廷地州と「最小限の関連」（minimum contact）をもつことが要件となるが、現実にはこの基準はきわめて緩やかに解釈されているといえよう。

他方、一旦下された扶養料支払決定を変更するための管轄については、UIFSA 第202条⁴⁹に規定がある。それによれば、第201条に従って認められた当該州裁判所の対人管轄権は、当該州の裁判所が第205条⁵⁰、第206条⁵¹及び第211条⁵²に従って扶養命令を変更する又は扶養命令を執

⁴⁶ 米国に関する調査報告参照。

⁴⁷ **§ 201. Bases for Jurisdiction Over Nonresident.**

“(a) In a proceeding to establish or enforce a support order or to determine parentage of a child, a tribunal of this state may exercise personal jurisdiction over a nonresident individual [or the individual's guardian or conservator] if:

- (1) the individual is personally served with [citation, summons, notice] within this state;
- (2) the individual submits to the jurisdiction of this state by consent in a record, by entering a general appearance, or by filing a responsive document having the effect of waiving any contest to personal jurisdiction;
- (3) the individual resided with the child in this state;
- (4) the individual resided in this state and provided prenatal expenses or support for the child;
- (5) the child resides in this state as a result of the acts or directives of the individual;
- (6) the individual engaged in sexual intercourse in this state and the child may have been conceived by that act of intercourse;
- (7) [the individual asserted parentage of a child in the [putative father registry] maintained in this state by the [appropriate agency]; or
- (8)] there is any other basis consistent with the constitutions of this state and the United States for the exercise of personal jurisdiction.”

⁴⁸ ⑦がブラケットに入っているのは、すべての州が推定父登録簿を備えているわけではないからである。

⁴⁹ **§ 202. Duration of Personal Jurisdiction.**

“Personal jurisdiction acquired by a tribunal of this state in a proceeding under this [act] or other law of this state relating to a support order continues as long as a tribunal of this state has continuing, exclusive jurisdiction to modify its order or continuing jurisdiction to enforce its order as provided by Sections 205, 206, and 211.”

⁵⁰ **§ 205. Continuing, Exclusive Jurisdiction to Modify Child-Support Order.**

行するための継続的かつ排他的管轄をもつかぎり、継続するとしている。つまり、この規定は、一旦扶養料支払決定を下した州の裁判所に継続的な専属管轄を認めるものである。1996年に UIFSA が採択される以前の 1968 年改正統一相互扶養執行法 (Revised Uniform Reciprocal Enforcement of Support Act: RURESAs)⁵³においては、同一事件について複数の州が扶養料支払決定を下し、決定相互の優先劣後がはっきりせず混乱を招くこともあった。その反省を踏まえて、UIFSA は扶養料支払決定の変更について継続的な専属管轄を定めることで、管轄をもつ州を明確にしている⁵⁴。

4. 考察

(1) 一般的な管轄ルール

“(a) A tribunal of this state that has issued a child-support order consistent with the law of this state has and shall exercise continuing, exclusive jurisdiction to modify its child-support order if the order is the controlling order and:

- (1) at the time of the filing of a request for modification this state is the residence of the obligor, the individual obligee, or the child for whose benefit the support order is issued; or
- (2) even if this state is not the residence of the obligor, the individual obligee, or the child for whose benefit the support order is issued, the parties consent in a record or in open court that the tribunal of this state may continue to exercise jurisdiction to modify its order.

(b) A tribunal of this state that has issued a child-support order consistent with the law of this state may not exercise continuing, exclusive jurisdiction to modify the order if:

- (1) all of the parties who are individuals file consent in a record with the tribunal of this state that a tribunal of another state that has jurisdiction over at least one of the parties who is an individual or that is located in the state of residence of the child may modify the order and assume continuing, exclusive jurisdiction; or
- (2) its order is not the controlling order.

(c) If a tribunal of another state has issued a child-support order pursuant to [the Uniform Interstate Family Support Act] or a law substantially similar to that Act which modifies a child-support order of a tribunal of this state, tribunals of this state shall recognize the continuing, exclusive jurisdiction of the tribunal of the other state.

(d) A tribunal of this state that lacks continuing, exclusive jurisdiction to modify a child-support order may serve as an initiating tribunal to request a tribunal of another state to modify a support order issued in that state.

(e) A temporary support order issued ex parte or pending resolution of a jurisdictional conflict does not create continuing, exclusive jurisdiction in the issuing tribunal.”

⁵¹ § 206. Continuing Jurisdiction to Enforce Child-Support Order.

“(a) A tribunal of this state that has issued a child-support order consistent with the law of this state may serve as an initiating tribunal to request a tribunal of another state to enforce:

- (1) the order if the order is the controlling order and has not been modified by a tribunal of another state that assumed jurisdiction pursuant to the [Uniform Interstate Family Support Act]; or
- (2) a money judgment for arrears of support and interest on the order accrued before a determination that an order of a tribunal of another state is the controlling order.

(b) A tribunal of this state having continuing jurisdiction over a support order may act as a responding tribunal to enforce the order.”

⁵² § 211. Continuing, Exclusive Jurisdiction to Modify Spousal-Support Order.

“(a) A tribunal of this state issuing a spousal-support order consistent with the law of this state has continuing, exclusive jurisdiction to modify the spousal-support order throughout the existence of the support obligation.

(b) A tribunal of this state may not modify a spousal-support order issued by a tribunal of another state or a foreign country having continuing, exclusive jurisdiction over that order under the law of that state or foreign country.

(c) A tribunal of this state that has continuing, exclusive jurisdiction over a spousal-support order may serve as:

- (1) an initiating tribunal to request a tribunal of another state to enforce the spousal-support order issued in this state; or
- (2) a responding tribunal to enforce or modify its own spousal-support order.”

⁵³ これは、1950年に採択された統一相互扶養執行法 (Uniform Reciprocal Enforcement of Support Act: URESA, 1952年及び1958年に改正) が大きく改正されたため、名称が変更されたものである。

⁵⁴ Uniform Laws Annotated: Uniform Interstate Family Support Act (2008), UIFSA § 201.

(a) 客観的な管轄原因

(aa) 相手方の住所地

扶養義務とは、夫婦又は親族等の身分関係に基づいて発生する生活保持又は生活扶助の義務であり、当事者間の経済的な公平を図るものである。扶養義務に関する国際裁判管轄の決定基準として、原則として相手方の住所地に管轄を認めることに争いはなく、わが国の裁判例においても比較法的にも広く認められている⁵⁵。通常の家事事件と同様に、相手方の防禦権の保障の要請が働くほか、扶養義務の履行として金銭給付等が対象となることから執行の便宜等の要素を考慮合わせても、相手方の住所地の管轄を認めるのは相当であろう。

わが国の土地管轄については、家事事件手続法第 182 条第 1 項が扶養義務の設定の審判事件について、扶養義務者の住所地の管轄を認めている。同第 150 条第 1 号及び第 2 号は、夫婦間の協力扶助及び婚姻費用の分担に関する処分の審判事件について、夫又は妻の住所地を管轄原因としており、同じく相手方の住所地の管轄も認める趣旨である。なお、子の監護に関する処分の審判事件については、子の住所地に管轄がある（家事事件手続法第 150 条第 4 号）。

(bb) 扶養権利者の住所地

わが国の扶養関係事件の国際裁判管轄に関する裁判例においては、上述のように、条理の枠組みにおいて具体的な事情を考慮し、申立人である扶養権利者の住所地の管轄を認めた例がある。もっとも、どのような場合に申立人の住所地管轄が認められるのかは明確ではなく、当事者の予見可能性や法的安定性に資するものではない。わが国の土地管轄に関しては、夫婦間の協力扶助及び婚姻費用の分担に関する処分の審判事件について夫又は妻の住所地が管轄原因となるため、端的に扶養権利者の住所地の管轄も認められる（家事事件手続法第 150 条第 1 号及び第 2 号）。

比較法的にみると、扶養義務に関する国際裁判管轄について、端的に扶養権利者の住所地管轄を認める例はかなり多い。特にハーグ諸条約（1958 年条約第 3 条第 2 号、1973 年条約第 7 条第 1 号、2007 年条約第 20 条第 1 項 c 号）のほか、ブリュッセル／ルガノ体制（ブリュッセル条約及びブリュッセル I 規則並びにルガノ条約第 5 条第 2 号）及び EU 扶養義務規則（第 3 条 b 号）、モンテビデオ条約（第 8 条 a 号）が挙げられる。

扶養料（特に定期金）の額は大きくはないが、支払われなければ、直ちに扶養権利者の生活維持が困難になるのが通常であるため、扶養権利者が迅速かつ容易に扶養料支払決定を得られるように配慮する必要がある。扶養権利者は金銭的余裕がないうえ、扶養義務者は事後的に外国に赴くことも多いため、常に相手方の住所地での訴訟追行を求めるのは扶養権利者に酷である。また、扶養権利者の住所地の裁判所は、その生活状態や収入等に関する証拠を収集して扶養の必要

⁵⁵ 上述 3 参照。

性を判断し、所得水準及び物価水準等を考慮して扶養料を決定するのに適している。相手方にとっては、扶養権利者の住所地での訴訟追行は負担になることもあろうが、保護を必要としている扶養権利者の利益とのバランスを考慮すれば、端的に扶養権利者の住所地管轄を認めることには合理性があると解される⁵⁶。

なお、上記の立法例においては、文言上、「原告」又は「申立人」の住所地又は常居所地ではなく、「扶養権利者」の住所地又は常居所地が管轄原因とされている。これは、この管轄原因が経済的な弱者の保護を目的とした特別の管轄原因であることから、その対象者を特定する趣旨である。それゆえ、扶養義務者が債務不存在確認や扶養料支払決定の変更等を請求する場合、あるいは公的機関又は第三者が扶養義務者に代わって扶養料に相当する金額を扶養権利者に支払い、事後的に扶養義務者に求償する場合などには⁵⁷、自己の住所地において提訴することはできないと解されている。

(cc) 国籍

わが国の裁判例において、端的に扶養権利者と扶養義務者の一方又は双方の国籍を基準として管轄を決定しているものは見られず、例外的に申立人の住所地管轄を認めるに当たって、考慮要素の一つとして勘案しているに過ぎない。それに対して、立法例の中には、扶養権利者と扶養義務者に共通の本国を管轄原因として認めているものが散見される。たとえば、ハーグ 1973 年条約第 7 条第 2 号において、扶養義務者と扶養権利者の共通本国にも間接管轄を認めている。また、EU 扶養義務規則第 6 条は、同規則第 3 条～第 5 条の規定に従い EU 構成国又はルガノ条約締約国のいずれにも管轄が認められない場合には、補充的に夫婦の共通本国の管轄を認めるとしている。

婚姻や離婚、親子関係のような身分関係事件であれば、身分関係の安定性及び戸籍訂正の必要性などの理由から本国管轄を認めることにも一定の合理性がある。しかし、扶養関係事件は、扶養権利者の生活維持のための金銭給付等を対象とし、迅速に扶養料請求権を実現し、当事者間の経済的公平を図ることが最も重要である。その意味では、当事者がいずれもその共通本国に居住していない場合も含めて本国管轄を認めることが相当であるか否かは、慎重に検討する必要があるだろう。

⁵⁶ なお、ブリュッセル条約の公式報告書によれば、扶養権利者の住所地の管轄を認める理由として、本文に掲げた理由のほか、法廷地が 1956 年 10 月 24 日「子に対する扶養義務の準拠法に関するハーグ条約」及び 1973 年 10 月 2 日「扶養義務の準拠法に関するハーグ条約」を批准している場合には、第一義的には扶養権利者の常居所地法が準拠法となるため、管轄と準拠法の並行が確保され、法の適用が容易になるという点も挙げられている Jenard-Report on 1968 Brussels Convention and the Protocol concerning its interpretation signed on 3 June 1971 (OJ C 59/1, 5.3.1979) (Jenard, BT-Drucks. VI/1973, S. 72 から引用)。

⁵⁷ この趣旨を明らかにした欧州司法裁判所の判例として、European Court of Justice, 14 November 2002 - 271/00 Gemeente Steenbergen/Luc Baten 及び European Court of Justice, 15 January 2004 - 433/01 Freistaat Bayern/Jan Blijdenstein がある。

(dd) 附帯処分

扶養料請求は、親子関係存否確認、強制認知、あるいは婚姻有効確認、離婚などの身分関係事件、あるいは親権者又は監護者の指定・変更などに附帯してなされることがある（上掲・東京高判平成9年9月18日〔米国オハイオ州判決の承認執行〕、上掲・東京高判平成10年2月26日〔米国ミネソタ州判決の承認執行〕など）。このような場合には、身分関係の確定や親権者又は監護者の指定は、扶養料支払請求の不可欠の前提をなすもので、密接に関連している。また、扶養料請求について附帯的な国際裁判管轄を認めれば、当事者間の紛争の画一的かつ一回的解決が可能になるという利点もあろう。

比較法的には、従来からブリュッセル／ルガノ体制において扶養料支払請求を身分関係事件の附帯処分とすることが認められている（ブリュッセル条約及びブリュッセルI規則並びにルガノ条約第5条第2号後段）。また、EU扶養義務規則第3条c号及びd号は、各々身分関係事件及び親責任事件について国際裁判管轄をもつ裁判所は、附帯処分としての扶養料請求についても管轄をもつと規定している。ただし、これらの規定は過剰管轄を避けるため、身分関係事件又は親責任事件の管轄が一方当事者の国籍だけを根拠とする場合には、扶養料請求に関する附帯的な管轄を否定している。同趣旨の規定は、間接管轄の決定基準として、2007年ハーグ条約第20条第1項f号にも置かれている。

(b) 応訴管轄・合意管轄

(aa) 応訴管轄

わが国の裁判例においては、扶養関係事件において応訴管轄を認めたものは見受けられない。それに対して、比較法的には応訴管轄を認めるのが一般的である。上掲のハーグ条約は、すべて間接管轄として応訴管轄を認めているほか（1958年条約第3条第3号、1973年第7条第3号、2007年条約第20条b号）、ブリュッセル／ルガノ体制（ブリュッセルI規則及び2007年ルガノ条約第24条）、EU扶養義務規則第5条、モンテビデオ条約第8条第2文、そして米国UIFSA第201条a項第2号はすべて応訴管轄を認めている。扶養関係事件は、家事事件の一つであるが、金銭給付等を目的とし、当事者に一定範囲で処分権も認められるため、相手方が異議をとどめず本案について争った場合には、応訴管轄を認めることに合理性があるといえよう。

(bb) 合意管轄

従前のハーグ条約、すなわち 1958 年条約第 3 条第 3 号及び 1973 年第 7 条第 3 号は、間接管轄の原因として応訴管轄を認めるだけであったが、2007 年条約第 20 条第 1 項 e 号は、応訴管轄のみならず、合意管轄を認めている。ただし、子に対する扶養義務は除かれる。

ヨーロッパのブリュッセル/ルガノ体制においても、扶養関係事件は通常の民商事事件の一つとして扱われており、特則も設けられていないことから、選択されうる法廷地を限定することなく合意管轄が認められると解される（ブリュッセル I 規則及び 2007 年ルガノ条約第 23 条参照）。

EU 扶養義務規則第 4 条も合意管轄を認めているが、18 歳未満の子に対する扶養義務を明示的に対象外としているほか（第 4 条第 3 項）、選択されうる法廷地を限定している（第 4 条第 1 項 a～c 号）。それによれば、法廷地として選択されうるのは、(a)一方当事者の常居所地、(b)一方当事者の国籍、(c) (元) 夫婦間の扶養義務については、(i)その婚姻事件について管轄をもつ構成国の裁判所又は(ii)最後の共通常居所地で、両者が 1 年以上居住していた構成国の裁判所である。合意によって定められた管轄は、当事者が別異の合意をしないかぎり、専属管轄となる（第 4 条第 1 項第 2 文）。また、管轄合意は書面で行われなければならない（第 4 条第 2 項）。なお、当事者が EU 構成国以外の 2007 年ルガノ条約締約国の裁判所の専属管轄を合意した場合には、18 歳未満の子に対する扶養義務を除いて（第 4 条第 4 項）、同条約が適用される。

おそらく米国 UIFSA 第 201 条 a 項第 2 号も、合意管轄を認める趣旨であると解される。

比較法的に見ると、欧米諸国の実質法上は、特に夫婦間の扶養義務について夫婦財産制と同様に当事者の処分を認める法制が増えている。そして、国際私法上の準拠法の決定についても、2007 年ハーグ議定書第 7 条及び第 8 条は当事者自治を認めており、これらの規定は EU 扶養義務規則第 15 条を介して、同議定書を採用する EU 構成国においても適用される。第 7 条によれば、法廷地法の選択が認められる⁵⁸。また、第 8 条によれば、当事者はどの時点においても、①一方当事者の本国法、②一方当事者の常居所地法、③夫婦財産制の準拠法、あるいは④離婚又は別居の準拠法のいずれかを選択することができる（第 8 条第 1 項 a～d 号）⁵⁹。第 8 条においては、18 歳

⁵⁸ 「第 7 条個別の手続のための準拠法の指定

1. 第 3 条から前条までの規定にかかわらず、扶養権利者及び扶養義務者は、特定の国における個別の手続のためにのみ、その国の法律を扶養義務の準拠法として明示的に指定することができる。
2. そのような手続の開始前にされる指定は、当事者双方により署名された合意であって、書面によるもの又はその中に含まれた情報が後の参照のために利用することができるアクセス可能な媒体に記録されたものによらなければならない。」（翻訳は、法制審議会国際扶養条約部会第 11 回会議（平成 20 年 1 月 15 日開催）会議用資料 74 による）（<http://www.moj.go.jp/content/000012395.pdf>）。

⁵⁹ 「第 8 条 準拠法の指定

1. 第 3 条から第 6 条までの規定にかかわらず、扶養権利者と扶養義務者は、いつでも次の法律のいずれかを扶養義務の準拠法として指定することができる。
a) 指定時においていずれかの当事者が国籍を有するいずれかの国の法律
b) 指定時におけるいずれかの当事者の常居所地国の法律
c) これらの者の財産制について、当事者により準拠法として指定された法律又は実際に適用された法律
d) これらの者の離婚又は法律上の別居について、当事者により準拠法として指定された法律又は実際に適用された法律

未満の子及び要保護成年者に対する扶養義務については準拠法の選択が認められないが（第 8 条第 3 項）、特に夫婦間の扶養義務について、近時の各国実質法上の当事者による処分の可能性を国際私法にも拡張するものである。そして、国際私法上の当事者自治を認めることで、夫婦は現在又は将来の扶養義務に適用される準拠法を確定的に決定し、蓄財や財産処分の計画を立てることができるほか、夫婦財産制又は離婚の準拠法を選択することで将来における財産の分配や清算等の処理を円滑に行うこともできる。このような実質法上の私的自治及び国際私法上の当事者自治の尊重という近時の動向に鑑みれば、2008 年に制定された EU 扶養義務規則第 4 条が当事者間の争いを解決すべき法廷地の選択を認めているのも、同様の発想に立つものであると解されよう。

(c) その他の管轄原因

モンテビデオ条約第 8 条は、扶養権利者の住所地（a 号）及び扶養義務者の住所地（b 号）に加えて、一般的かつ補充的な管轄原因を定めている。それによれば、「扶養義務者が財産を所有していること、収入を得ていること、経済的利益を得ていることなどによって、個人的な結びつきをもっている国」の管轄も認められる（c 号）。この管轄原因は、扶養権利者を保護するために広く援用されうるものであるが、扶養義務者の予見可能性には欠ける結果となる場合もあろう。

他方、米国 UIFSA 第 201 条 a 項第 1 号～第 8 号は、上述のように米国独自の発想に従った管轄ルールを置いており、州外に居住する相手方について広範な管轄原因を認めている。すなわち、①同州内での相手方に対する送達、②相手方の管轄への同意又は応訴、③相手方と子の過去の居住、④相手方の過去の居住と子の養育費等の支払い、⑤相手方の居所指定による子の居住、⑥相手方の同州における性交渉による子の懐胎、⑦〔被告の認知〕、⑧その他対人管轄権の行使に関して当該州憲法及び合衆国憲法に合致する根拠がある場合には、当該州の管轄が認められる。

それに対して、EU 扶養義務規則第 7 条は、このような射程の広い補充的な管轄原因を定める代わりに、緊急管轄を認めている。すなわち、EU 扶養義務規則第 3 条～第 6 条の規定に従えばいずれの EU 構成国又はルガノ条約締約国も管轄をもたない場合であっても、その法的紛争が密接な関係をもつ第三国において裁判手続を開始する又は追行することが期待できない又は不可能

2. そのような合意は、書面により、又はその中に含まれた情報が後の参照のために利用することができるアクセス可能な媒体に記録されなければならない、かつ、当事者双方により署名されなければならない。

3. 第 1 項の規定は、18 歳未満の者及びその人的な能力の障害又は不十分さのためにその利益を守ることができない成年者の扶養義務については適用しない。

4. 第 1 項の規定に従って当事者により指定された法律にかかわらず、扶養権利者がその扶養についての権利を放棄することができるか否かは、指定時における扶養権利者の常居所地法により決定される。

5. 指定時において、当事者がその指定の結果について十分に知らされ、かつ、認識していた場合を除き、当事者により指定された法律の適用が当事者のいずれかにとって明らかに不公正又は不合理な結果をもたらす場合には、その法律は適用しない。」（翻訳は、前掲注資料による）。

である場合には、緊急管轄として、その法的紛争が十分な関連性をもつ構成国の裁判所は、管轄権を行使しうるとされている（第7条）。

(2) 扶養料の変更

扶養関係事件においては、一旦扶養料支払決定が下された後、居住地や職業、生活条件の変更を理由に、扶養権利者又は扶養義務者が扶養料支払決定の変更又は取消し等を求めるケースが少なくない。その場合に、当初の扶養料支払決定に関する国際裁判管轄の決定基準に従うか、あるいは原則として最初に扶養料支払決定を下した裁判所の継続的な国際裁判管轄を肯定するかは、基本的な政策決定の問題となる。上述のとおり、比較法的にはハーグ諸条約、ブリュッセル／ルガノ体制、そしてモンテビデオ条約が扶養料支払決定の変更等についても、通常の管轄ルールによっているのに対して、米国 UIFSA 第 202 条、第 205 条、そして第 211 条は、原則として、当初の扶養料支払決定を下した裁判所の継続的な専属管轄を認める規定を置いている。米国型のルールによれば、管轄をもつ裁判所が一義的に確定する反面で、扶養権利者と扶養義務者の双方がいずれも当初の扶養料支払決定を下した国とは別の国に移り住んでいるような場合にも、もはや実質的な結び付きをもたない国の裁判所が判断せざるを得ず、当事者双方にも訴訟追行の負担がかかることになろう。

この二つの異なる立場を調整するため、上述のように、2007年ハーグ条約第18条は、扶養料支払決定の変更に関する管轄権行使を制限する規定を置いている。それによれば、扶養権利者の常居所地の裁判所が決定を下し、扶養権利者がその決定国に常居所を保持している場合には、決定の変更等は、その決定国の専属管轄に属するのが原則である（第18条第1項）。ただし、合意管轄又は応訴管轄が認められる場合のほか、決定国の権限当局が決定の変更等のための管轄権を行使しない又はできない場合、あるいは当初の決定がその決定の変更等を求められた締約国において承認執行されない場合は、その例外となる（第18条第2項）。この第18条に相当する規定は、EU 扶養義務規則第8条にも置かれており、2007年ハーグ条約との調整が図られている。

なお、わが国の土地管轄については、扶養義務の設定の取消しの審判事件は、その扶養義務の設定の審判をした家庭裁判所の管轄に属するとされ（家事事件手続法182条第2項）、管轄継続の原則が認められている。他方、扶養の順位の設定及びその決定の変更又は取消しの審判事件、そして扶養の程度又は方法についての決定及びその決定の変更又は取消しの審判事件については、相手方の住所地に土地管轄が認められる（家事事件手続法182条第3項）。

9. 相続

(執筆担当：九州大学 西谷 祐子)

1. 総説

国境を越えた人の移動が活発になるに伴い、被相続人が外国に財産を遺して死亡した場合等に関する国際相続の問題も増えることが予想される。平成 22 年の「人口動態統計（確定数）の概況」によれば、日本で死亡した外国人の数は 6,425 名であるのに対して、外国で死亡した日本人の数は 1,615 名である¹。国籍別にみると、日本で死亡した 6,425 名の外国人のうち韓国又は朝鮮人が 4,746 名と突出して多く、ついで中国人が 580 名、ブラジル人が 160 名、米国人が 135 名、フィリピン人が 120 名と続いている²。過去の統計をみると、平成 9 年には、日本で死亡した外国人は 5,514 名、外国で死亡した日本人は 1,346 名³であり、平成 12 年には各々 5,542 名と 1,414 名⁴、平成 17 年には各々 6,047 名と 1,594 名⁵であった。これをみると、少しずつではあるが、国際的な相続が問題となる場面が増えてきていると評価することができる。

もっとも、実際に家庭裁判所に国際相続に関する事件が申し立てられる例はまだ多くはない。甲類審判事件としての渉外事件のうち、圧倒的に多いのは相続放棄の申述受理に関する事件であり（平成 22 年度においては 1,663 件）、その次に相続人が不分明である場合の相続財産管理人の選任等に関する事件（同 49 件）、遺言書の検認に関する事件（同 47 件）、限定承認の申述受理に関する事件（同 23 件）、遺言執行者の選任に関する事件（同 7 件）と続いている。他方、乙類審判事件としては、遺産分割処分に関する事件（同 20 件；ただし調停の申立ては 85 件）と寄与分を定める処分に関する事件（同 3 件；調停の申立ては 4 件）があるが、同様に数は少ない⁶。

2. 日本法の状況

(1) 民事訴訟法上の国際裁判管轄規定

「民事訴訟法及び民事保全法の一部を改正する法律」の施行後（2012 年 4 月 1 日）は、訴訟事件としての国際相続事件については、民事訴訟法第 3 条の 2 以下に従って国際裁判管轄の有無が決定される。対象となる訴訟は、「相続権若しくは遺留分に関する訴え又は遺贈その他死亡によって効力を生ずべき行為に関する訴え」（民事訴訟法第 3 条の 3 第 12 号）、あるいは「相続債権その他相続財産の負担に関する訴えで前号に掲げる訴えに該当しないもの」（同第 13 号）である。これ

¹ http://www.mhlw.go.jp/toukei/saikin/hw/jinkou/kakutei10/dl/12_bepvyo.pdf

² 前注参照。

³ <http://www.e-stat.go.jp/SG1/estat/List.do?lid=000001053334>

⁴ <http://www.e-stat.go.jp/SG1/estat/List.do?lid=000001053744>

⁵ <http://www.e-stat.go.jp/SG1/estat/List.do?lid=000001053432>

⁶ <http://www.courts.go.jp/sihotokei/nenpo/pdf/B22DKAJ10~12.pdf>

らの事件については、被告の住所等が日本にある場合（民事訴訟法第3条の2第1項）のほか、相続開始時の被相続人の住所等が日本国内にある場合（同第3条の3第12号及び第13号）に国際裁判管轄が認められる。

被相続人の住所等を管轄原因としているのは、基本的に土地管轄に関する民事訴訟法第5条第14号及び第15号の規定にならったものである。これは、国際相続事件においても相続開始時の被相続人の住所等に証拠の多くが所在すること、当事者の便宜や相続債権者の予測可能性を考慮すると、相続開始時の被相続人の住所等が日本にあるかぎり、日本の裁判所に国際裁判管轄を認め、その紛争の統一的解決を可能にすべきであることを理由とする⁷。ただし、土地管轄に関する従前の民事訴訟法第5条第15号は、執行の便宜に配慮して、相続財産の全部又は一部が管轄区域内に所在していることを要件としていたが、国際裁判管轄に関しては、日本国内に相続財産が存在しない場合には相続債権等に関する訴えを日本の裁判所に提起できないとすると、紛争の統一的解決を図ることができず、相続債権者の予測も害されることが指摘された⁸。そこで、民事訴訟法第3条の3第13号においては、財産所在の要件は課されないこととなった。そして、結局は土地管轄についても、わが国では裁判機関と執行機関が分離されており、相続財産の所在を土地管轄の要件としても常に執行の便宜が図られるわけではないこと、むしろ同要件を課すことで、被相続人の普通裁判籍の所在地における紛争解決の可能性が狭められることから、最終的に財産所在の要件は、民事訴訟法第5条第15号においても削除されることとなった。

もとより家事事件手続法の適用対象となる国際相続事件の管轄ルールを考察する際には、民事訴訟法の国際裁判管轄規定との平仄にも配慮する必要がある。他方で、相続事件においては、相続財産管理人の選任、限定承認・単純承認や相続放棄、遺言の検認、遺言執行者の選任、遺産分割等の多様な問題が生じうるため、個別の問題領域ごとに国際裁判管轄のあり方を検討しておく必要もあると解される⁹。

(2) 従来の学説

2011年に上述の「民事訴訟法及び民事保全法の一部を改正する法律」が制定されるまでは、わが国には国際相続事件の国際裁判管轄を決定するための明文規定は存在しなかった。また、わが国は、国際相続については、準拠法決定について1961年10月5日「遺言の方式に関する法律の抵触に関するハーグ条約」を批准し、「遺言の方式の準拠法に関する法律」として国内法化して

⁷ 法務省民事局参事官室「国際裁判管轄法制に関する中間試案の補足説明」（2009年）（以下、補足説明として引用）26頁。

⁸ 前掲・補足説明26頁参照。

⁹ 国際相続事件全般に妥当する統一的な管轄ルールを立てることは、実務家による有力な批判がある。野田愛子監修・第一東京弁護士会司法研究委員会編『国際相続法の実務』（1997年）41頁、山田真「法例改正と涉外家事実務入門（三）——涉外遺産分割事件——」ケース研究223号147頁（注4）（いずれも野村美明「外国にある日本人の遺産の処理——外国の銀行預金——」判タ1100号428頁から引用）。

いるに過ぎず、それ以外に締約国となっている条約は存在しない。それゆえ、国際相続事件の国際裁判管轄の決定は、裁判例及び学説上の議論にゆだねられてきた。

わが国の学説においては、通常、相続に関する個別の問題、すなわち遺産分割、遺言書の検認、遺言執行者の選任、相続人不明の場合の相続財産管理等を区別せず、一般に妥当すべき管轄ルールが論じられている。多数説によれば、国際相続事件について、被相続人が最後の住所（又は常居所）¹⁰を日本に有していた場合又は相続財産が日本に所在している場合に、日本の国際裁判管轄が認められる。また、学説の中には、被相続人が日本人であった場合に一般的な本国管轄を認める見解もある。そのほか遺言の検認に関しては、多数説は、被相続人の最後の住所地及び財産所在地に加えて、遺言の所在地の管轄も認めている（詳細は、後述4参照）。

なお、従来の学説においては、非訟事件としての相続事件については、いわゆる「並行の原則」に従う見解もあった。その一つによれば、原則として、相続準拠法が日本法である場合のみ日本の国際裁判管轄が認められるが、被相続人が外国人であるときにも、その本国が日本に所在する財産について財産所在地としての日本の管轄を認めている場合には、例外的に日本の管轄が認められるという¹¹。また、わが国が管轄をもつのは、原則として相続準拠法が日本法である場合であるとしたうえで、わが国の裁判所の職務と相続準拠法たる外国実質相続法との間に調和を見出しうる限りは、わが国の管轄を肯定しうるとする見解¹²もあった。裁判例においても、「並行の原則」に従い、外国人の被相続人については原則として本国に管轄があるとしている例もある¹³。しかし、このような準拠法と管轄の並行を出発点とする考え方は、現在ではわが国の学説において一般に否定されていると解され¹⁴、支持する見解はほとんど見られない¹⁵。また、日本の学説に影響を与えてきたドイツにおいては、国際相続事件についてだけごく最近まで「並行の原則」が維持されていたが、2008年FamFGの制定に際して廃止されている¹⁶。ただし、フランス¹⁷や英米法系諸国¹⁸においては、現在でも準拠法と管轄の一致が図られることが多いものと解される。

¹⁰ 住所と常居所のいずれを管轄原因とするかは、別途検討する必要がある。婚姻の成立及び効力に関する調査参照。

¹¹ 川上太郎「涉外相続非訟事件の国際裁判管轄」民商61巻6号（1970年）966頁、実方正雄『国際私法概論〔再訂版〕』（有斐閣、1952年）400頁（未確認）参照。

¹² 折茂豊「我が国に於ける英国人の相続問題」国際法外交雑誌39巻5号436頁以下、6号506頁以下（1940年）。

¹³ 大阪家審昭和54年3月26日家月34巻2号160頁。

¹⁴ 櫻田嘉章「相続財産の移転」『国際私法の争点〔新版〕』（有斐閣、1996年）201頁。

¹⁵ ただし、山田鎌一『国際私法〔第3版〕』（有斐閣、2004年）591頁（注1）は、「並行の原則」に言及している。

¹⁶ ドイツに関する調査報告70頁参照。

¹⁷ フランスに関する調査報告参照。

¹⁸ イギリス及びアメリカ合衆国に関する調査報告参照。

(3) 裁判例

(a) 推定相続人の排除

わが国の裁判例においては、法定推定相続人の排除に関する事案としては次のものがあるが、いずれも国際裁判管轄については判断していない。

大判昭和 16 年 5 月 31 日（民集 20 卷 756 頁）は、原告が長男に対して（いずれも朝鮮人）、法定推定家督相続人であることの排除を求めた事件であるが、国際裁判管轄には言及しないまま、本案について判断している¹⁹。他方、大阪高決昭和 62 年 3 月 20 日（家月 39 卷 7 号 43 頁）は、日本に在住していた台湾人被相続人が、遺言において複数の相続人を排除する意思表示をしたため、遺言執行者がわが国の裁判所に推定相続人廃除の申立をしたという事件である。本決定は、相続準拠法である台湾法上は、日本民法第 893 条とは異なって、表示失権の場合には被相続人が遺言において意思表示すれば足り、裁判所の関与は必要とされていないため、本件においては、すでに実体法上推定相続人排除の効果が生じているとして、申立てを却下した。

(b) 限定承認・相続放棄ほか

相続人等による相続の限定承認や相続放棄は、単独行為としての法律行為であり、実質は相続準拠法によって（法の適用に関する通則法第 36 条）、方式は相続準拠法又は行為地法のいずれかによって（同第 10 条）規律される。他方で、限定承認や相続放棄等の申述受理に裁判所が関与する場合には、どの国の裁判所がどの範囲で国際裁判管轄をもつか問題となる²⁰。裁判例においては、特に国際裁判管轄に言及していないものもあるが²¹、被相続人の最後の住所が日本にあったことを根拠として国際裁判管轄を認め、限定承認の申述²²又は相続放棄の申述²³を受理しているものがある。

東京家審昭和 52 年 7 月 19 日家月 30 卷 7 号 82 頁においては、韓国籍の被相続人は、最後の住所を韓国に有しており、日本にも韓国にも積極財産はほとんどなく、日本に債務を遺して死亡した。限定承認の申述人 3 名は韓国籍であるが、長く日本に居住している。本件審判は、相続に関する非訟手続の国際裁判管轄は、原則として被相続人の本国に属するとしううえで、本件については、例外的にわが国の管轄が認められるとした。すなわち、「申述人三名はわが国に永く居住して現在に至っており、限定承認が真意によるものか否か等必要な審理を行うには、わが国裁判所が最も適していること、被相続人はわが国に積極財産を有しないがわが国に債務を有し、限定

¹⁹ 朝鮮民事令第 11 条に従い適用されるべき朝鮮の慣習法上、法定推定家督相続人の排除を認める規範はないとして請求を容れなかった。

²⁰ 山田・前掲書 577 頁以下。

²¹ 東京高決昭和 62 年 10 月 29 日家月 40 卷 2 号 190 頁〔ドイツ人被相続人、最後の住所は日本〕。

²² 東京家審平成 11 年 10 月 15 日家月 52 卷 3 号 60 頁〔ニュージーランド人被相続人、日本法への反致〕。

²³ 神戸家審平成 6 年 7 月 27 日家月 47 卷 5 号 60 頁〔インド人被相続人、日本法への反致〕：家事審判規則 99 条を援用。

承認に基づく清算手続はわが国においてこれを処理するのが最も合理的であり、しかも被相続人は韓国にはほとんど財産を有しないと認められること、申述人らはわが国の裁判所に受理の申立をなし、本件についてわが国裁判所の管轄に服する意思を表示していること、限定承認の申述には前記のとおり期間の制限があり、これをしようとする相続人の居住国における申述を認めないとその機会を失わしめるおそれがあること」等の事情があることから、韓国法に基づいて限定承認の申述を受理しようとした。

また、東京高判平成 14 年 3 月 5 日民集 57 卷 6 号 708 頁（上告審：最判平成 15 年 6 月 12 日 57 卷 6 号 640 頁）は、在日韓国人で日本と韓国に財産を遺して死亡した被相続人に関して、相続放棄の申述が行われた事件であり、わが国の国際裁判管轄を認めている。その理由として、被相続人は韓国籍であるが日本に永住していたこと、日本に不動産及び預貯金等の相続財産が所在すること、また同人の相続人らが日本に居住していることから「わが国との生活関連性を有」していたことを挙げている。もっとも、本件相続人らは、日本において相続放棄の申述を行う一方で、韓国に所在する相続財産を隠匿しており、これらの行為は、韓国法上法定単純承認に当たるものであった。そこで、本判決は、相続人らが日本における相続放棄は日本に所在する財産しか対象とせず、韓国に所在する財産には及ばないと主張していたのを容れず、わが国国際私法が相続統一主義によっており、相続準拠法である韓国法上法定単純承認の事由が存する以上は、相続放棄の効力は認められないとした。

(c) 相続財産管理人の選任

相続人が不分明である場合の相続財産管理人の選任については、国際裁判管轄に触れないまま、本案について判断している裁判例が少なくない²⁴。もっとも、これまでに裁判例に現れたケースは、いずれも被相続人の最後の住所地が日本にあったと解される事案であり²⁵、管轄権を行使したこと自体は相当であったと解される。

それに対して、被相続人の最後の住所地が日本にあったことを理由として、わが国の管轄を認めた例もある。神戸家審昭和 56 年 9 月 21 日（家月 34 卷 7 号 89 頁）は、オーストラリア人被相

²⁴ 東京控判明治 41 年 12 月 7 日法律新聞 550 号 9 頁（川上・前掲論文から引用：オランダ人被相続人の妻（元日本人）が、オランダ国横浜領事裁判長から遺産管理人に選任された相手方に対して相続財産との更改による貸付金の返還を請求）、大阪高決昭和 40 年 11 月 30 日家月 18 卷 7 号 45 頁（英国人被相続人、最後の住所は日本又は香港。相続財産管理人の選任後に相続人が判明したため、日本法によって相続財産管理人取消審判を行う）、東京家審昭和 41 年 9 月 26 日家月 19 卷 5 号 112 頁（イラン人被相続人、日本に住所。法例 10 条の趣旨に従い、財産所在地法である日本法によって相続財産管理人を選任）、東京家審昭和 42 年 4 月 17 日家月 19 卷 11 号 127 頁（韓国人被相続人、日本に住所。被相続人による非嫡出子の出生届に認知の効力が認められ〔実質は韓国法、方式は日本法による〕、相続人がいることを理由に申立却下）。なお、大阪地決昭和 40 年 8 月 7 日判タ 185 号 154 頁（韓国人被相続人）は、日本所在の財産については、無主の財産の処理として法例 10 条に従い日本法によるとし、相続財産管理人ではなく特別代理人を選任した事案である。

²⁵ ただし、前掲・大阪高決昭和 40 年 11 月 30 日においては、英国人被相続人の最後の住所が日本と香港のいずれにあったか明らかではない。

続人について相続人が不分明である場合に、被相続人が最後の住所を日本に有していたことを理由にわが国の管轄を肯定し、内縁の妻（日本人）の申立てに従い相続財産管理人を選任している。

他方、次の裁判例は、日本が財産所在地であることを理由に、国際裁判管轄を認めている。水戸家審昭和 36 年 6 月 23 日（家月 13 卷 11 号 110 頁）は、日本に最後の住所をもつ韓国人被相続人の相続人が不分明である場合に、本件相続は韓国法によるが、相続人の有無が不分明である又は明らかであっても日本に来て日本に所在の相続財産の管理をすることが不能又は困難な場合には、財産所在地たる日本の裁判所は当該相続財産に利害関係を有する者の申立によって、相続財産管理人を選任することができるとした²⁶。同様に、新潟家（長岡支）審昭和 42 年 1 月 12 日（家月 19 卷 8 号 113 頁）も、失踪宣告によって相続が開始した本件において、相続財産の所在地である日本の裁判所は、利害関係人の申立てによって相続財産管理人を選任できるとしている²⁷。

さらに、大阪家審昭和 54 年 3 月 26 日（家月 34 卷 2 号 160 頁）は、中国人被相続人について、準拠法と管轄の「並行の原則」に従い中国に管轄が認められるのが原則であるが、相続人が不分明である場合には、相続債権者らの利害関係人の保護のため、日本にある相続財産については日本でその財産の管理等をする必要があるとし、財産所在地であるわが国にも例外的に国際的裁判管轄が認められるとした。

(d) 特別縁故者への相続財産の分与

特別縁故者への相続財産の分与が申立てられた事件として、次のものがある。

仙台家審昭和 47 年 1 月 25 日（家月 25 卷 2 号 112 頁）は、相続人のいない韓国人被相続人（最後の住所は日本）の財産取得に多年協力した内縁の妻（日本人）について、韓国民法第 1058 条を適用して相続財産を国庫に帰属させることは法例 30 条（当時）の公序に反するとし、日本民法第 958 条の 3 を適用して特別縁故者として相続財産の分与を認めた事案である。また、大阪家審昭和 52 年 8 月 12 日家月 30 卷 11 号 67 頁は、相続人のいない朝鮮人被相続人（最後の住所は日本）の内縁の妻に対して、財産所在地法としての日本法に従い、特別縁故者として相続財産の分与を認めたものである。いずれの裁判例においても国際裁判管轄には言及されていないが、被相続人は本国との関係がほとんどなく、被相続人及び内縁の妻の住所地も財産所在地もすべて日本であったことから、わが国の管轄を認めた結論は正当であったといえよう。

他方、名古屋家審平成 6 年 3 月 25 日家月 47 卷 3 号 79 頁は、相続人のいない朝鮮人被相続人と長年日本で暮らしてきた内縁の妻が、特別縁故者として相続財産の分与の申立てをした事案

²⁶ 相続財産管理人の選任は、財産所在地法としての日本法によるとした。

²⁷ 被相続人はオランダ人との婚姻後、日本国籍を喪失（インドネシアのオランダからの独立後は国籍不明）。本審判は、相続財産管理人の職務執行の範囲は一般に属地的なものであって、必ずしも他国にある資産の管理に及ばないものであり、又日本における相続人不存在手続の目的は相続人の搜索と相続債権者のための清算であると解されていることを理由に、相続財産管理人の選任は日本法によるとした。

である。本審判は、国際裁判管轄については条理によるとしたうえで、被相続人の最後の住所地及び相続財産の所在地が日本である本件においては、わが国に国際裁判管轄が認められるとしている。そして、特別縁故者への財産分与は、相続財産の処分の問題であるため、条理に基づいて財産所在地法である日本法が準拠法となるとし、申立てを認容した。

(e) 遺言の検認

遺言の検認が求められた事案として、次のものがある。

神戸家審昭和 33 年 11 月 28 日家月 11 卷 2 号 85 頁は、日本に居住していたインド人被相続人（遺言者）の遺言の検認が申し立てられた事案で、国際裁判管轄に触れることなく、遺言書を検認している。他方、神戸家審昭和 57 年 7 月 15 日家月 35 卷 10 号 94 頁は、フランス国副領事がフランス人遺言者による遺言書の作成者及び保管者として検認を求めた事案であるが、同様に国際裁判管轄には触れていない。もっとも、本審判は、本件遺言書がフランス民法上の公正証書遺言の方式を満たしており、フランス法上も日本法上も家庭裁判所による検認手続を経ることなく効力が発生していたことから本件申立てを却下したもので、そもそも国際裁判管轄に言及する必要がなかったといえよう。

(f) 遺言執行者の選任

わが国の裁判例において、遺言執行者が選任されたケースは比較的多いが、国際裁判管轄に言及しないまま、端的に遺言執行者を選任しているものが多く見られる²⁸。

それに対して、国際裁判管轄について論じているものとして、次のような例がある。神戸家審昭和 35 年 12 月 6 日家月 13 卷 3 号 156 頁は、日本に居住していたインド人の遺言者が指定した遺言執行者が指定の受諾を拒んだため、それに代わる遺言執行者の選任が申し立てられた事案である。本審判は、国際裁判管轄の決定は「事の性質に即して合理的な解決を求める外ない」としたうえで、法例第 6 条（当時）が「外国人の生死不分明の場合日本に在る財産について例外的に日本の裁判所に失踪宣告の管轄権を認めている点を類推すれば本件の如く日本に在る外国人の財産に関する遺言の執行者選任についても我国の裁判所の管轄権を肯認するのが合理的であると思われる」として、わが国の管轄を肯定した。そして、相続準拠法であるインド法に従い、遺言執行者を選任している。ところが、この遺言執行者についてインド法上欠格事由があることが判明

²⁸ 神戸家審昭和 32 年 12 月 23 日家月 10 卷 1 号 56 頁（日本で死亡したドイツ人の遺言執行者の選任。ドイツ法上は必ずしも遺言執行者は必要ないが、日本での登記手続の必要性から選任）、神戸家審昭和 33 年 7 月 31 日家月 10 卷 10 号 67 頁（米国カリフォルニア州人遺言者）。また、大判明治 38 年 10 月 30 日民録 11 輯 1414 頁（英国人遺言者）、大阪控判明治 37 年 6 月 6 日法律新聞 227 号 7 頁、大阪控判昭和 3 年 12 月 28 日新報 182 頁 18 頁（川上・前掲論文 988 頁から引用：スイス人被相続人が遺言において選任した遺言執行者の権限）、横浜地判年月日不明・法律新聞 325 号 8 頁も参照。

したため、改めてその解任と申立人（遺言者の妻。受遺者であり、かつ受遺者である未成年子らの法定後見人）を遺言執行者にするよう申立てがなされた。そして、神戸家審昭和 37 年 12 月 11 日家月 15 卷 4 号 78 頁は、「印度国籍を有する遺言者が日本に最後の住所を有した場合、その最後の住所を管轄する日本の家庭裁判所が遺言執行者選任および解任の裁判管轄権を有すると解するのが相当である」とし、日本の国際裁判管轄を肯定したうえで、相続準拠法であるインド相続法に従い、申立人を遺言執行者に選任した。

この後者の審判と同じく、被相続人の最後の住所地が日本であったことを理由に、わが国の国際裁判管轄を肯定している裁判例として、東京家審昭和 45 年 3 月 31 日家月 22 卷 10 号 101 頁²⁹、東京家審昭和 48 年 4 月 20 日家月 25 卷 10 号 113 頁³⁰、そして東京家審平成 13 年 9 月 17 日家月 54 卷 3 号 91 頁³¹が挙げられる。

なお、外国において選任された遺言執行者の権限が認められるか否かについては、外国非訟裁判の承認の問題となると解される。外国非訟裁判の承認については、多数説によれば、民事訴訟法第 118 条第 1 号及び第 3 号だけが類推適用されるが³²、近時は、民事訴訟法第 118 条を全面的に類推適用する説も有力に唱えられている³³。もっとも、裁判例においては、外国で選任された遺言執行者の権限を必ずしも外国裁判の承認の問題として捉えないまま論じているものもある（大判明治 38 年 10 月 30 日民録 11 輯 1414 頁、大阪高判昭和 56 年 9 月 30 日家月 35 卷 3 号 49 頁など）。

(g) 遺産分割

遺産分割についても、国際裁判管轄の決定に言及しないまま、わが国の管轄を肯定している裁判例が多い³⁴。福岡高決平成 4 年 12 月 25 日家月 46 卷 3 号 50 頁は、在日韓国人であった被相

²⁹ 英国人遺言者、日本に住所。遺言執行者の選任は相続準拠法である英国法によるが、本件では日本法への反致が成立するとした。

³⁰ 英国人遺言者、日本に住所。タイプライター作成による遺言書が方式要件を具備していたとすうえで、遺言執行者の選任は相続準拠法である英国法によるが、本件では日本法への反致が成立するとした。

³¹ インド人遺言者、日本に住所。遺言執行者の選任は相続準拠法であるインド相続法によるが、本件では日本法への反致が成立するとした。

³² 鈴木忠一「外国の非訟裁判の承認・取消・変更」曹時 26 卷 9 号（1974 年）1504 頁以下、中野貞一郎『民事執行法 [第 5 版]』（青林書院、2006 年）186 頁、高桑昭・リマークス 13 号（1996 年）159 頁以下ほか。また、争訟性が強い非訟裁判については、民事訴訟法第 118 条第 1 号及び第 3 号に加えて第 2 号も類推適用とするのは、櫻田嘉章・平成 4 年度重判 297 頁以下及び海老沢美広「非訟事件裁判の承認」『国際私法の争点 [新版]』（有斐閣、1996 年）246 頁以下である。

³³ 河野俊行「子の養育・監護・引き渡し——子の奪取の民事面に関するハーグ条約と国際民事訴訟法・国際私法の統一的解釈論の試み——」国際法学会編『日本と国際法の 100 年 [第 5 卷・個人と家族]』（2001 年、三省堂）193 頁以下、住田裕子「民事訴訟法 200 条と外国裁判所による非訟事件」戸籍 549 号（1989 年）14 頁以下、村上正子「外国非訟裁判の承認執行制度再考——子の監護・扶養に関する裁判を中心に——」民訴雑誌 51 号（2005 年）184 頁以下ほか。

³⁴ 大阪高判昭和 38 年 3 月 25 日下民集 14 卷 3 号 462 頁（ドイツ人被相続人、日本に住所。遺産分割協議が行われ、調停が成立した後、相続人の一人が、本調停はドイツ国民の財産処分に必要な大蔵大臣の許可を得ておらず、強行法規に違反していたとして無効を主張した事案）、東京家審昭和 38 年 11 月 18 日家月 16 卷 4 号 165 頁（米国オクラホマ州人被相続人。その最後の住所及び財産所在地が日本であったため、遺産全体の

続人に関する遺産分割について、本件の事案では日本に国際裁判管轄があるのが当然であると述べるにとどまっている³⁵。

それに対して、国際裁判管轄に言及している例として、次のものがある。大阪家審昭和 51 年 2 月 25 日家月 29 巻 4 号 152 頁は、日本に永住していた韓国人被相続人が死亡した後、裁判上の認知を受けた非嫡出子ら（いずれも日本在住）が他の相続人に対して遺産分割の申立てをしたものである。本審判は、被相続人は「韓国籍を有する外国人であるが、我が国に永住して大阪市に住所を有し、同地で死亡したものであり、本件当事者らもいずれも我が国に住所を有するものであるので、本件遺産分割については、我が国に裁判権がある」とした。そして、韓国民法上の法定相続分を基準に、債務負担による遺産分割を命じている。同様に、神戸家審平成 6 年 3 月 25 日家月 47 巻 8 号 59 頁は、中華民国籍の被相続人の遺産分割に関して、被相続人が相続開始時点において日本に住所を有していたことを理由に、わが国の国際裁判管轄を肯定している。そして、台湾法を準拠法として遺産分割を命じている。

なお、東京家審昭和 41 年 4 月 8 日家月 18 巻 11 号 93 頁は、日本在住の日本人母の死亡後、相続人であるその米国人夫が利益相反行為であることを理由に、同じく相続人である未成年の日本人子との間で遺産分割協議を行うための特別代理人の選任を求めた事案である。本審判は、子が日本国籍であること、そして申立人と子はいずれも日本に住所をもっていることを理由に国際裁判管轄を肯定した。そして、本件は相続問題であると性質決定し、被相続人の本国法である日本法を適用して特別代理人を選任している。

3. 比較法

(1) ハーグ条約

遺産管理については、1973 年ハーグ遺産管理条約が存する。本条約は、締約国が「被相続人の動産を管理する権限を有する者を指定し、その権限内容を示す国際的証明書を制定する」ことによって遺産管理の円滑化を図ることを目的としている。もともと、第 2 条は、被相続人が常居所をもつ国の当局が証明書を発行するものと定めているが、あくまで証明書の発行権限を定めるに過ぎず、相続事件に関する国際裁判管轄を定めるものではない。

(2) EU 相続規則提案

相続準拠法が日本法となることを前提として遺産分割調停が行われた)。

³⁵ 本審判は、遺産分割は相続準拠法である韓国法によるとした。そして、韓国には日本民法 906 条に相当する規定がないが、その趣旨に則り、当事者の希望に応じて遺産の一部の不動産につき共有による分割をした。

EU においては、国際相続事件に関する国際裁判管轄、準拠法、そして外国裁判の承認執行に関する EU 相続規則を制定する予定で作業が進められており、2009 年には委員会提案が公表されている³⁶。

EU 相続規則提案第 4 条は、まず被相続人が死亡時に常居所を有していた構成国の裁判所が一般管轄権 (general jurisdiction) をもつことを定めている。

次に、第 5 条によれば、第 17 条に基づいて被相続人が相続準拠法を選択した場合に、第 4 条によって一般管轄権をもつ裁判所は、その準拠法所属国の裁判所のほうが当該相続事件について裁判手続を行うのにより適していると判断する場合には、当事者による申立てを要件として、手続を中止し、当事者に対して当該構成国の裁判所に申立てをするよう促すことができる (第 1 項)。ただし、第 4 条に基づいて一般管轄権をもつ裁判所は、当事者が当該構成国の裁判所に申立てをする期限を設定しなければならず、期限内に申立てがなされなければ、手続を再開するものとされている (第 2 項)。他方、準拠法所属国の裁判所は、第 2 項に基づいて当事者の申立てを受けてから 8 週間以内に、管轄権を行使することを宣言しなければならない。その宣言がなされれば、最初に申立てを受理した裁判所は自らの管轄を否定することに、そうでなければ、引き続き管轄権を行使することになる (第 3 項)。

さらに、第 6 条は、被相続人が死亡当時、構成国以外の第三国に常居所を有していた場合であっても、相続財産が所在している構成国であって、以下のいずれかの要件を満たすものは管轄をもつとしている。具体的には、(a)被相続人が過去 5 年間の間にその構成国に常居所をもっていたこと、(b)被相続人が死亡時にその国の国籍を有していたこと、(c)相続人又は受遺者の一人がその構成国に常居所をもっていること、あるいは(d)その申立てが当該財産だけを対象としているという要件のいずれかが満たされれば、財産所在地の管轄が肯定される。

第 7 条は、第 4～第 6 条に基づいて管轄をもつ裁判所は、EU 相続規則の事項的適用範囲に含まれる反訴についても管轄をもつと定めている。

さらに、第 8 条は、相続ないし遺贈の承認又は放棄に関する申述、あるいは相続人又は受遺者の責任制限を目的とする申述が裁判所において行われるべき場合には、相続人又は受遺者が常居所を有している構成国の裁判所が管轄をもつとしている。

そのほか第 9 条は、相続財産の所在地である構成国の法が、財産の移転、その登記簿への登記又は移転登記を行うに当たって裁判所の関与を要件としている場合には、当該構成国の裁判所は、それらの措置をとるための管轄をもつと定めている。

³⁶ Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on jurisdiction, applicable law recognition and enforcement of decisions and authentic instruments in matters of succession and the creation of of a European Certificate of Succession, 14.10.2009, COM (2009) 154 final.

(3) ヨーロッパ各国

ドイツについては、従来、非訟事件としての相続及び遺産分割事件の国際裁判管轄は、判例法理によって「並行の原則」に従っており、EGBGB 第 25 条第 1 項によってドイツ法が準拠法となる場合にだけドイツ裁判所の管轄が認められるとされていた。しかし、2008 年 FamFG の制定に伴い、その立場は放棄されている。現在では、FamFG 第 105 条に従い、土地管轄に関する FamFG 第 343 条及び第 344 条の規定を準用することで国際裁判管轄ルールが導られる。FamFG 第 343 条の準用によって、ドイツ相続裁判所は、①被相続人が最後の住所をドイツに有していたとき、②被相続人がドイツ人であったとき、③相続財産が内国に所在している場合に管轄をもつ。

他方、遺言に関わる特殊な問題については、FamFG 第 344 条の準用によって、主として以下の管轄原因が認められる。①公的機関による特別な遺言書の保管 (Verwahrung) は、公正証書遺言については、公証人が本拠をもつ地を管区とする裁判所 (FamFG 第 344 条第 1 項第 1 号)、遺言が市区町村長の面前で作成された場合には、その市区町村長を管区とする裁判所 (同第 2 号) の管轄に属する。BGB 第 2247 条に基づく自筆証書遺言については、あらゆる裁判所が管轄をもつのが原則である (同第 3 号)。相続契約書の保管もそれに準ずる (FamFG 第 344 条第 3 項)。②相続財産の保全 (Sicherung) については、その保全の必要性が存する管区の裁判所が管轄をもつ (同条第 4 項)。③夫婦財産制について共有制がとられており、夫婦総括財産の一部が相続財産に帰属している場合の夫婦総括財産の分割については、原則として遺産分割を行う裁判所が管轄をもつ (同条第 5 項)。④FamFG 第 343 に定める以外の裁判所が終意処分証書を保管している場合には、その裁判所が終意処分を開始するための管轄をもつ (同条第 6 項)。⑤相続放棄又は相続放棄の取消しの意思表示については、相続放棄を行う者又はその取消しを行う者が住所をもつ管区の相続裁判所も管轄をもつ (同条第 7 項)³⁷。

オーストリアの JN 第 106 条によれば、以下の場合に国際裁判管轄が認められる。すなわち、①オーストリア国内に不動産が所在しているとき (同第 1 項第 1 号)、②オーストリア国内に動産が所在しているとき (ただし、被相続人が最後にオーストリア国籍を有していた場合、オーストリアに最後の常居所を有していた場合、あるいは外国での相続権、遺留分減殺請求権等の行使が不可能である場合に限られる: 同第 2 号 a)~c)、③外国に動産が所在しているとき (ただし、被相続人が最後にオーストリア国籍を有しており、しかもオーストリアに最後の常居所を有していたとき又は外国での相続権、遺留分減殺請求権等の行使が不可能であるときに限られる (同第 3 号 a)~b))³⁸。他方、外国所在の不動産については特段の規定がなく、おそらくは管轄を否定する趣旨であろうと解される。

フランスにおいては、相続に関する訴訟について、土地管轄に関する NCPC45 条の規定を援用することで、相続人間の請求、被相続人の債権者による請求、死因処分の履行に関する請求に

³⁷ 相続証書に関する問題その他の詳細については、ドイツに関する調査報告 73 頁以下参照。

³⁸ オーストリアに関する調査報告参照。

ついて、相続開始地、すなわち被告の最後の住所地の裁判所に国際裁判管轄を認めている。フランス裁判所は、たとえ相続がフランスにおいて開始しても、外国に所在する不動産については管轄をもたない。それに対して、外国で相続が開始しても、フランスに所在する不動産については、フランスの裁判所に管轄があるとされている³⁹。

スイスにおいては、①被相続人の最後の住所地がスイスにあれば、相続財産全体についてスイスの国際裁判管轄が認められる（IPRG 第 86 条第 1 項）。ただし、外国の不動産所在地が専属管轄をもつ場合には、その限りでない（同 2 項）。②外国在住であったスイス人被相続人に関して外国当局が必要な手続をとらない場合にも、管轄が認められる（IPRG 第 87 条第 1 項）。また、被相続人がスイス所在の財産又は相続財産全体について、スイスの国際裁判管轄又はスイス法を選択した場合にも管轄が認められる（ただし、外国の不動産所在地が専属管轄をもつ場合を除く〔同条第 2 項〕）。③外国在住であった外国人被相続人について、外国当局が必要な手続をとらない場合には、スイス所在の相続財産について管轄が認められる（IPRG 第 88 条第 1 項）。なお、外国在住であった被相続人がスイスに相続財産を遺して死亡した場合には、所在地の裁判所が保全処分を行うための管轄をもつ（IPRG 第 89 条）⁴⁰。

(4) その他

中国においては、民事訴訟法 34 条第 3 号によれば、「相続財産に係る紛争について提起される訴訟」は、被相続人の死亡時の住所地又は主要な遺産の所在地の人民法院の専属管轄に属する⁴¹。

韓国においては、相続に関する事件は相続開始地の家庭法院が、遺言に関する事件は相続開始地の家庭法院の管轄に属する。ただし、民法第 1070 条第 2 項による遺言の検認事件は、相続開始地又は遺言者住所地の家庭法院の管轄に属するという⁴²。

4. 考察

(1) 一般的な管轄原因

(a) 被相続人の最後の住所地

わが国の多数説によれば、相続財産管理人の選任、遺産分割、遺言の検認、遺言執行者の選任等の問題について、被相続人が最後の住所（又は常居所）を日本に有していた場合に、日本の国際裁判管轄が認められる⁴³。一般に、被相続人の最後の住所が日本にあり、生活の中心を置いて

³⁹ フランスに関する調査報告参照。

⁴⁰ スイスに関する調査報告参照。

⁴¹ 中国に関する調査報告参照。

⁴² 韓国に関する調査報告参照。

⁴³ 村重慶一「涉外遺産分割事件の裁判管轄権とその準拠法」『講座・実務家事審判法 5・涉外関係事件』（日本評論社、1990 年）289 頁、山田・前掲書 576 頁以下、*Takami Hayashi, International Succession in Japan, in: Japanese*

いた場合には、相続財産も日本に所在しており、相続人や相続債権者も日本に所在しているのが通常である。このような場合には、日本において遺産分割その他の手続を行うことで、裁判所が適正な遺産の範囲確定・評価を行い、公告・催告等の手続を行い、共同相続人間の平等を図り、利害関係人に対する分配を含めた遺産分割の安定性を実現することができるかと解されている。この考え方は、上述のように、民事訴訟法第3条の3第12号及び第13号とも整合的である。また、比較法的にも、被相続人の最後の住所地に一般的管轄を認める例は多く、EU 相続規則提案第4条のほか、ドイツ FamFG 第105条及び第343条第1項、スイス IPRG 第86条第1項、フランス、中国、韓国が挙げられる。

もっとも、仮に相続財産の全部又は一部が外国に所在していた場合に、日本の裁判所が相続財産全体を対象として管轄権を行使しうるか否かは、別途問題となる。学説の中には、外国の不動産所在地が遺産管理について専属管轄をもつ場合には、日本の裁判所は外国所在の不動産の遺産分割につき一般管轄権をもたないとする見解がある⁴⁴。これは、日本の裁判所が事実上遺産分割を行い得ず、審判を下しても、それが外国の不動産所在地において承認される可能性がないことを理由とする。また、日本の裁判所が公平・適切な資料をもっており、その裁判が外国の財産所在地において承認されうることを要件として、外国所在の財産を含めて相続財産全体に管轄権が及ぶとする見解もある⁴⁵。

それに対して、多数説は、日本の裁判所の管轄権が及ぶ範囲を限定すべきではないとしている⁴⁶。その理由として、多数説は、わが国の国際私法が相続統一主義によっており（法の適用に関する通則法第36条）、相続関係の画一的かつ統一的な規律を旨としていること、また遺産関係者間の公平に配慮すべきことを指摘する。特に被相続人の積極財産と消極財産が複数の国に分かれて所在している場合に、各所在地ごとに対象を限定して遺産分割を行うとなると、手続が煩雑になるだけではなく、遺産関係者間の公平が図られず、不当な結果となりうる。そこで、遺産分割のような相続事件においても、国際倒産における普及主義と同様に、財産の所在地を問うことなく相続財産全体について管轄権を行使すべきであるという⁴⁷。その場合に、実効性の面で問題は残るが、遺産分割の実体的判断においてその点を考慮するという見解もある⁴⁸。この点については、上記の民事訴訟法第3条の3第12号及び第13号が、国内土地管轄に関する第5条第15号とは異なって、日本における財産の所在を要件としていないことも参考になる。

Yearbook of International Law 52 (2009), p. 439.

⁴⁴ 早田芳郎「相続」山田鎌一・澤木敬郎編『国際私法演習』（有斐閣、1973年）184頁以下。

⁴⁵ あき場準一・ジュリ 315号（1965年）116頁。

⁴⁶ 林貴美「在日ブラジル人の相続をめぐる諸問題」野田愛子・梶村太一編『新家族法実務大系・第4巻〔相続Ⅱ：遺言・遺留分〕』（新日本法規、2008年）528頁以下、村重・前掲論文 289頁、山田・前掲書 577頁、Hayashi, *op.cit.*, pp. 441 *et seq.* ほか。

⁴⁷ 林・前掲論文 529頁、Hayashi, *op.cit.*, pp. 441 *et seq.*

⁴⁸ 山田・前掲書 588頁。

わが国の裁判例においても、一般に、財産所在地如何を問うことなく、相続財産全体を対象として管轄権が行使されている⁴⁹。特に前掲・東京高判平成14年3月5日民集57巻6号708頁は、在日韓国人である被相続人が日本と韓国に財産を遺して死亡した事件である。相続人らは、わが国において相続放棄の申述をしたが、実際には韓国に所在する相続財産を隠匿していた。そして、相続人らが、わが国での相続放棄の効力は韓国所在の財産に及ばないと主張したのに対して、本判決はそれを容れず、わが国国際私法が相続統一主義によっており、相続人らの行為が、相続準拠法である韓国法上法定単純承認事由に該当する以上は、相続放棄の効力は認められないとしている⁵⁰。

比較法的に見ると、EU相続規則提案第4条における一般管轄権は、財産所在地の如何を問わず行使されうると解される。また、ドイツにおいては、被相続人の最後の住所（FamFG第105条及び第343条第1項）又は国籍（FamFG第343条第2項）に基づく管轄権は包括的であるとされ、外国所在の相続財産にも及ぶとされている⁵¹。それに対して、フランス及びオーストリアは、外国所在の不動産については、自国の管轄を否定する趣旨であると解される。また、スイスも、外国の不動産所在地が専属管轄をもつ場合には管轄権が及ばないとしており（IPRG第86条第1・第2項）、不動産所在地の公益に配慮して管轄権を制限している。

(b) 相続財産所在地

わが国の多数説は、相続財産管理人の選任、遺産分割、遺言の検認、遺言執行者の選任等の問題について、被相続人の最後の住所地以外に、相続財産が日本に所在していた場合にも国際裁

⁴⁹ 相続財産管理人の事案として、神戸家審昭和56年9月21日家月34巻7号89頁（オーストラリア人被相続人は香港に預金債権）、フランス副総領事による遺言の検認が申立てられた事案として、神戸家審昭和57年7月15日（フランス人被相続人はスイスに預金債権）。そのほか大判昭和9年6月5日民集13巻968頁（ハワイに所在する相続財産をめぐる争いにおいて、遺言無効確認が請求された事件（消極））、大阪地判昭和62年2月27日判時1263号32頁（米国カリフォルニア州において交通事故に遭った被害者が死亡した加害者の相続人である両親に対して損害賠償を請求した事件。法例11条1項によって本件不法行為の準拠法となる米国カリフォルニア州法は、本件債務の相続性を否定していることを理由に請求棄却）も参照。

⁵⁰ 反対に、韓国においては、平成17年11月10日にソウル家庭法院によって、遺産分割の効力が及ぶ範囲を属地的に限定する判断が下されている。本件においては、日本在住の韓国人被相続人が日本と韓国の双方に財産を遺して死亡しており、相続人の居住地も日本と韓国に分かれていた。韓国に居住する相続人がソウル家庭法院に日本に所在する財産を含めて相続財産全体について遺産分割を行うよう申し立てたところ、家庭法院は日本に所在する財産は対象外となるとした。その理由として、日本に所在する財産に関する必要な証拠は日本にあるため（不動産の価額、抵当権その他の債権を満足させるのに必要な額など）、韓国裁判所が適切かつ迅速に判断することはできないこと、また、相手方は公示送達によって呼出しを受けたために、韓国裁判所が下す裁判は日本で承認され得ないことを挙げているという。金「相続財産分割事件の国際裁判管轄」国際商事法務34巻4号（2006年）544頁以下（未確認）、Hayashi, *op.cit.*, p. 441 参照。

⁵¹ ドイツに関する調査報告75頁参照。

判管轄を認めている⁵²。これは、相続財産の所在地には、登記等の証拠が集中し、利害関係人の便宜が図られることを理由としている⁵³。

もともと、立法論としても、端的にわが国が相続財産所在地であるというだけで国際裁判管轄を認めてよいか、またその場合に外国に所在する財産も含めて相続財産全体に管轄権が及ぶと扱えるかは、別途検討すべきであろう。後者の点については、法の適用に関する通則法第6条は、失踪宣告について、不在者が日本の国籍又は住所をもっていた場合にはわが国の一般管轄を認めるが（第1項）、不在者の財産所在地を根拠とする特別管轄については（第2項前段）、実効性及び外国との調整に配慮して日本に所在する財産を対象を限定しており、参考になる。

比較法的には、ドイツは、端的に財産所在地の管轄を認めている（FamFG 第105条及び第343条第3項）。ただし、FamFGの立法者は、財産所在地管轄も、被相続人の最後の住所又は国籍に基づく管轄と同様に包括的な管轄原因であり、外国所在の相続財産にも及ぶと考えていたようであるが、学説は、ドイツにおける財産の所在自体を管轄原因とする以上は、内国所在の財産を対象が限定されると解釈している⁵⁴。

それに対して、EU相続規則提案第6条は、EU以外の第三国に常居所をもっていた被相続人について、相続財産が所在している構成国の管轄を認めるための要件を加重している。具体的には、(a)被相続人が過去5年の間にその構成国に常居所をもっていたこと、(b)被相続人が死亡当時その国籍をもっていたこと、(c)相続人又は受遺者の一人がその構成国に常居所をもっていること、あるいは(d)その申立てが当該財産だけを対象とすることといういずれかの要件が満たされて初めて、財産所在地の管轄が認められる。

また、オーストリアJN第106条によれば、内国所在の不動産については常に管轄が認められるのに対して、内国所在の動産については、被相続人がオーストリア人であったこと、国内に最後の常居所を有していたこと、あるいは外国での相続権等の行使が不可能であることといういずれかの要件が満たされて初めて管轄が肯定される。スイスも、外国に住所を有していた被相続人についてスイスに財産所在地としての管轄を認めるのに、被相続人がスイス国籍でしかもスイスの裁判管轄又はスイス法を選択していること、あるいは外国当局が必要な措置をとらないことを要件としている（IPRG第86～第88条）。

(c) 本国管轄

⁵² 村重・前掲論文 289頁、山田・前掲書 576頁以下ほか。

⁵³ 江泉芳信「日本人の海外資産の相続をめぐる諸問題」野田愛子・梶村太一編『新家族法実務大系・第4巻 [相続Ⅱ：遺言・遺留分]』（新日本法規，2008年）539頁。

⁵⁴ ドイツに関する調査報告 75頁参照。

被相続人が日本人であった場合の本国管轄の可能性については、立場が分かれている。上述のように⁵⁵、比較的古い学説は、「並行の原則」に従い、原則として相続準拠法が日本法である場合にのみわが国の国際裁判管轄が認められるとしていた⁵⁶。裁判例においても、「並行の原則」に従い、原則的な管轄が本国に認められることを前提とするものがある⁵⁷。近時では、一般にわが国国際私法が被相続人の本国法を準拠法としている趣旨に鑑みて、わが国の本国管轄を認めるとする説もある⁵⁸。

個別の問題ごとに見ると、特に相続財産管理人の選任について、被相続人の本国にはしばしば相続人や縁故者が存在すること、また相続財産が残されている外国では相続財産管理人が選任されない場合がありうることを理由に、本国管轄を認める学説がある⁵⁹。また、非訟事件においては準拠法と管轄権が密接に関係していることを理由に、遺言書の検認について⁶⁰、あるいはそれに加えて遺言執行者の選任についても⁶¹本国管轄を認める学説もある。それに対して、遺産分割については、被相続人の住所地及び財産所在地のみに管轄を認め、本国管轄を否定する学説が多いようである⁶²。

比較法的には、ドイツが端的に本国管轄を認めているが（FamFG 第 105 条及び第 343 条）、それ以外の例はあまり見られないようである。EU 相続規則提案第 6 条やオーストリア JN 第 106 条、スイス IPRG 第 87 条においては、国籍は、財産所在地管轄等を認める際の考慮要素として、間接的に援用されるにとどまっている。

(2) 特別な管轄原因

(a) 遺言の検認

わが国では、遺言の検認の国際裁判管轄については、被相続人の最後の住所地及び相続財産の所在地という管轄原因に加えて、遺言書が物理的に所在する地にも管轄を認めるとするのが現在の多数説である⁶³。これは、遺言の検認が遺言書の存在を確認し、遺言書の偽造・変造を防止し、遺言書を確実に保存するための一種の認証手続又は証拠保全手続であるため、現実に遺言書が所在している地の裁判所が手続を行うのに適していることを理由とする。

⁵⁵ 上述 2 参照。

⁵⁶ 川上・前掲論文 966 頁，実方・前掲書 400 頁（未確認）。

⁵⁷ 前掲・東京家審昭和 52 年 7 月 19 日ほか。

⁵⁸ 加藤令造「外国人預金者の死亡と相続問題」金融法務事情 516 号 6 頁，野村・前掲論文 428 頁。

⁵⁹ 鳥居淳子『涉外判例百選〔第三版〕』（有斐閣，1995 年）172 頁以下。

⁶⁰ 山田・前掲書 591 頁。

⁶¹ 木棚照一『国際相続法の研究』（有斐閣，1995 年）399 及び 402 頁，野村・前掲論文 429 頁。

⁶² 村重・前掲論文 289 頁，山田・前掲書 576 頁以下，Hayashi, op.cit., p. 439.

⁶³ あき場準一「遺言の検認」『国際私法の争点〔新版〕』（有斐閣，1996 年）210 頁，矢澤昇治『国際私法判例百選〔新法対応補訂版〕』（有斐閣，2007 年）155 頁，横山潤『涉外判例百選〔第 3 版〕』（有斐閣，1995 年）176 頁以下，Hayashi, op.cit., p. 439. 織田有基子「遺言の検認・確認——日本の裁判所による遺言執行者の選任・権限——」判タ 1100 号（2002 年）486 頁も参照。

もつとも、遺言書の所在地の管轄を認めるとしても、他の管轄原因を排除する趣旨ではない。多数説は、①遺言書の所在地のほか、被相続人の最後の住所地及び財産所在地の管轄を認める。他方、②遺言書の所在地及び被相続人の最後の住所地に管轄を認める説⁶⁴、あるいは③①に加えて、非訟事件においては準拠法と管轄が密接に関連していることを理由に、被相続人の本国の管轄を認める説⁶⁵もある。比較的古い学説として、④「並行の原則」に従い、原則として相続準拠法が日本法である場合にのみ管轄を認める立場があるのは、上述のとおりである⁶⁶。

(b) 限定承認・相続放棄等の申述

相続人らによる限定承認や相続放棄等について、限定承認や相続放棄等の申述自体は法律行為（単独行為）であるため、その実質は相続準拠法によって（法の適用に関する通則法第36条）、方式は相続準拠法又は行為地法によって（同第10条）規律される。また、外国でなされた限定承認や相続放棄等の効力についても、民事訴訟法第118条によるのではなく、法律行為の実質及び方式の準拠法に照らしてその要件が具備されているか否かを基準とすることになる⁶⁷。

もつとも、限定承認や相続放棄等の申述に裁判所が関与するかぎりは、どの国の裁判所がどの範囲で国際裁判管轄をもつか問題となる⁶⁸。基本的には、他の国際相続事件と平仄を合わせて、被相続人の住所地又は相続財産の所在地に管轄を認めるのが多数説であるが⁶⁹、それ以外にも、相続人の住所地に管轄を認めることも検討されてよいであろう。特に限定承認や相続放棄等には比較的短期の期限が付されるため、相続人の便宜を考慮すれば、申述を行いやすい相続人の住所地の管轄を認めることにも十分な理由がある（上掲・東京家審昭和52年7月19日は、基本的には申述人の住所が日本にあることに着目して、国際裁判管轄を認めたものと解される）。EU 相続規則提案第8条及びドイツ FamFG 第105条・第344条第7項も、相続ないし遺贈の承認又は放棄等に関する申述の受理について、相続人又は受遺者の常居所地／住所地の管轄を認めている。

しかし、他方で、複数の相続人らが各々異なる国に居住している場合に、各々の国の裁判所が限定承認や相続放棄等の申述を受理する管轄をもつとすると、相続人が互いに不知のまま並行して手続が進み、相続財産の清算の統一性が図られないおそれもある。相続人の住所地管轄を認める可能性については、メリットとデメリットを勘案したうえで慎重に検討する必要がある。

⁶⁴ 久保岩太郎「遺言」『国際私法講座〔第2巻〕』（有斐閣、1955年）680頁。

⁶⁵ 木棚・前掲書398頁、山田・前掲書591頁。ただし、木棚・前掲書399頁は、相続準拠法とわが国の検認手続が調和し、わが国の裁判所が準拠法上予定された手続を行うことを要件としている。

⁶⁶ 上述2参照。

⁶⁷ 南敏文「涉外相続放棄と限定承認申述の受理」判タ1100号（2002年）433頁参照。

⁶⁸ 山田・前掲書577頁以下。

⁶⁹ あき場準一「相続限定承認申述事件の準拠法と国際的管轄」ジュリ696号285頁（未確認）、山田・前掲書578頁。