

外国で成立した身分関係のわが国での効力 ——スイス国際私法における取り扱いについて——

北坂尚洋
きたさかなおひろ

福岡大学法学部講師

はじめに

- 1 わが国での取り扱い
 - 2 スイス国際私法における取り扱い
 - 3 評価
- おわりに

はじめに

人々の国際的な移動が頻繁になるに伴い、婚姻、離婚や養子縁組などによって、親族法上の身分関係が、日本国内ではなく、外国で成立する場合も増えることは十分に想像できることである。

親族法上の身分関係が成立する方法はさまざまであり、まず、司法機関や行政機関が関与して成立するもの、すなわち、①対立当事者間の訴訟事件手続きに基づく裁判により成立するもの（例えば、わが国では、裁判離婚、裁判認知、裁判離縁）、②非訟事件手続きに基づく裁判により成立するもの（例えば、わが国では、特別養子縁組やその離縁、親権者に関する裁判、監護権者に関する裁判）、③当事者の意思に基づき、届出によって成立するが、裁判所も後見的に関与するもの（例えば、わが国では、未成年者普通養子縁組）、④当事者の意思に基づき、届出のみによって成立するもの（例えば、わが国では、婚姻、任意認知、成年者普通養子縁組、協議離婚、協議離縁）、⑤成立において届出などの手続を必要としないが、事後的に報告的届出が必要とされるもの（例えば、わが国では、母子関係の成立や嫡出推定による父子関係の成立）がある。さらに、⑥届出が一切行われなくてもかかわらず、身分関係に一定の保護が与えられる場合もある（例えば、わが国で

は、内縁関係)。これに加えて、外国法の中には、司法機関や行政機関ではなく、宗教機関が身分関係の成立に関与する法制度も存在する(例えば、宗教婚)。外国で成立した身分関係のわが国での取り扱いの問題では、このようなさまざまな方法によって成立した身分関係が、その外国では既に法律上有効に成立し、しかも、その法律関係に基づいて、さらに別の法律関係や事実関係が生じている場合があることから、日本国内での身分関係の成立の場合よりも複雑な問題が生じることになる。すなわち、この場合、外国で身分関係を有効に成立させた当事者の正当な期待を保護するために、国際的な身分関係の安定性、つまり、その身分関係の承認を確保することが重要になる一方で、国内で受け入れることに伴って生じる問題(例えば、国内の公序との抵触や法律回避)について考慮することも重要となる。

本稿は、外国で成立した身分関係のわが国での取り扱い、すなわち、外国で成立した身分関係のわが国での効力について、婚姻や親子関係を中心に検討するものである。まず以下では、わが国での現在の取り扱いを整理し、その問題点を指摘してみる(1)。その上で、外国で成立した身分関係について、わが国とは異なった注目すべき取り扱いを行っているスイス法を取り上げてみる(2)。そして、それを手がかりにして、わが国での取り扱いを、解釈論と立法論の両面から検討してみたい(3)。

1 わが国での取り扱い

(1) わが国での取り扱いの整理

外国で成立した身分関係の効力がわが国で具体的に問題となる場面は、主として、戸籍への記載の場面と裁判の場面である。戸籍への記載の場面では、報告的届出(戸籍法41条)の受理において問題となるのに対して、裁判の場面では、戸籍訂正の裁判や無効確認の裁判のほか、ある本問題に関する裁判において先決問題として問題となること(例えば、相続に関する裁判の先決問題として、外国で成立した婚姻の有効性が問題となること)が考えられる。

報告的届出の受理に関する戸籍先例は多く公表されており、その取り扱いは次のようにまとめることができる。すなわち、身分関係について、訴訟事件手

続に基づく外国裁判が存在する場合(上述の①)と、そのような外国裁判が存在しない場合(上述の②③④⑤⑥)を区別し、前者は「外国裁判承認の問題」として、後者は「身分関係の有効性の問題」として取り扱うのである⁽¹⁾。具体的に言えば、前者の場合には、手続重複の回避や渉外的私法生活の安定性のために、一定の要件を満たした外国裁判については、わが国でもその効力を認めるとする民事訴訟法118条を適用し、その承認要件を満たすかどうかを審査することにより、わが国での効力を判断する。ここでは、法例が指定する準拠法上の要件を満たすことは必要ではない。これに対して、後者の場合には、法例が指定する準拠法上の全ての要件を満たすかどうかを審査することによって、わが国での効力を判断することになる。

わが国の近時の公表判例を見ると、裁判離婚については、民事訴訟法118条を基準にして、わが国での効力が判断されているが⁽²⁾、子の監護権者に関する外国裁判(わが国の立場から見れば、非訟事件手続に基づく裁判と見ることができるものである)については、民事訴訟法118条を基準にして、わが国での効力を判断した判例⁽³⁾と、民事訴訟法118条の中の管轄権の要件(1号)と公序の要件(3号)のみを基準にして、わが国での効力を判断した判例があるほか⁽⁴⁾、面接交渉に関する外国裁判(これも、わが国の立場から見れば、非訟事件手続に基づく裁判と見ることができるものである)については、管轄権の要件(1号)と公序の要件(3号)を基準にして、わが国での効力を判断した判例がある⁽⁵⁾。これらの判例は、民事訴訟法118条の全ての要件を満たすことが必要かどうかという点では異なるが、外国裁判が存在する場合には、「外国裁判承認の問題」として、民事訴訟法118条に沿った取り扱いをするものである。ここでは、法例が指定する準拠法上の要件を満たすことは必要ではない。他方、外国裁判が存在しない場合には、「身分関係の有効性の問題」として、法例の規定を基準にして、わが国での効力が判断されている⁽⁶⁾。

(2) 問題点

つまり、大きく分けると、外国で成立した身分関係は、「外国裁判承認の問題」として、民事訴訟法118条に沿った基準によって取り扱われるものと、「身

分関係の有効性の問題」⁽⁷⁾として、法例の規定を基準にして取り扱われるものに分けられることになる⁽⁷⁾。

このうち、民事訴訟法 118 条に沿った基準によって取り扱う場合について考えてみると、管轄権の要件（1号）を具体的にどのように考えるのかということが問題となるほか、身分関係事件についても相互保証の要件（4号）を必要とするかということについて、問題が残ることになる⁽⁸⁾。

他方で、法例の規定を基準にする取り扱いにも、次のような問題が存在する。第1の問題は、法例の規定が、原則として、国内で成立する身分関係と外国で成立した身分関係の両方に適用されるという点にある。すなわち、法例の規定は、原則として、国内でこれから成立する身分関係（例えば、国内での婚姻や協議離婚）と、外国で成立した身分関係（例えば、外国で行われた婚姻や協議離婚）を区別するものではないので、法例の規定を基準とすることによって、国内で成立する身分関係に対する基準と、外国で成立した身分関係に対する基準が同一の基準になる。しかし、国内で成立する身分関係の取り扱いの場合と、外国で成立した身分関係の取り扱いの場合は状況が異なるものである。というのは、後者の場合には、身分関係が外国では既に成立し、場合によっては、当事者によって身分関係の効力が信じられ、その身分関係を前提に新たな身分関係や事実関係が生じていることもある。このことからすると、当事者の正当な期待を保護するためにも、後者は、前者よりも広く認められるべきものであろう。つまり、法例の規定のように、両方を同一の基準によって判断することでは、外国で成立した身分関係は、国内で成立する身分関係と同じ程度でしか成立が認められないことが原則となり、外国で成立した身分関係の効力を不当に制限する結果となることもあろう。この意味から、外国で成立した身分関係を国内で成立する身分関係と同じ基準によって取り扱う法例の規定を、外国で成立した身分関係の取り扱いに関する基準とすることには問題がある⁽⁸⁾と考える。

第2の問題は、外国で行われた婚姻、離婚や養子縁組について、選択的連結を採用しない法例 13 条、法例 16 条や法例 20 条を基準とすることにより、不均衡な身分関係が必然的に発生することにある⁽⁹⁾。つまり、各国の法選択規則は不統一であるため、選択的連結を採用しない法例の規定を基準とすることで、

身分関係が外国で成立した際に準拠した法と法例が指定する準拠法が異なり、法例が指定する準拠法上の要件を満たさないということだけを理由に、わが国でその効力が認められないという事態が必然的に発生することになるのである。国際的な身分関係の安定性のためには、このような状況に対して、解釈や立法による何らかの解決を図ることが必要であろう。

これに対して、スイスでは、わが国での取り扱いとは異なった注目すべき取り扱いが考えられている。そこで以下では、スイス法での取り扱いを取り上げ、これを検討してみることにする。

2 スイス国際私法における取り扱い

(1) 外国裁判が存在する場合——離婚・別居に関する外国裁判，親子関係の確定・否定に関する外国裁判，認知の取消しに関する外国裁判，養子縁組に関する外国裁判——

(a) 外国裁判承認のための一般的要件

スイスの「国際私法に関する1987年12月18日の連邦法」⁽¹⁰⁾（以下、スイス国際私法という）は、1987年12月18日に成立し、1989年1月1日から施行された法律であるが、その25条には外国裁判承認のための一般規定がある。この規定は、離婚判決などの形成判決にも適用される規定であり⁽¹¹⁾、しかも31条によれば、訴訟事件手続に基づく外国裁判だけでなく、非訟事件手続に基づく外国裁判も、同じ要件でスイスでの承認が判断されることになる。したがって、離婚・別居に関する外国裁判，親子関係の確定・否定に関する外国裁判，認知の取消しに関する外国裁判，養子縁組に関する外国裁判は全て、25条を基準にして、スイスでの承認が判断されることになる。

この25条で規定されている承認要件は次の3つの要件である。すなわち、①外国裁判所が管轄権を有していること（a号—間接管轄権の要件）、②裁判に対して通常の上訴ができないか、または、裁判が終局的であること（b号—終局性の要件）、③27条（公序の要件）に反しないこと（c号—公序の要件）という3つの要件である。ここでは、わが国の民事訴訟法118条4号に規定されている相互保証の要件は規定されておらず、相互保証の要件は不要ということにな

る⁽¹²⁾。

(b) 各身分関係に関する間接管轄権の要件

25条 a号から c号までの要件のうちの間接管轄権の要件について、26条は、間接管轄権に関する特別規定がスイス国際私法中に存在する場合には、それに従うと規定している。スイス国際私法は、各身分関係について間接管轄権の要件を規定しており、25条 a号の間接管轄権の要件については、スイス国際私法の個別の条文によることになる。つまり、離婚・別居に関する外国裁判については65条、親子関係の確定・否定に関する外国裁判については70条、認知の取消しに関する外国裁判については73条2項、養子縁組に関する外国裁判については78条1項によって間接管轄権の要件が判断されることになる。各身分関係に関する間接管轄権の要件を簡単に説明してみよう。

① 離婚・別居に関する外国裁判

65条1項は、夫婦一方の住所地国、夫婦一方の常居所地国、または、夫婦一方の本国のいずれかの国での裁判のほか、それらのいずれかの国で裁判が承認される場合、離婚・別居に関する外国裁判はスイスで承認されると規定するものである。

しかし、65条2項によれば、このうち、夫婦のいずれもが国籍を有さない国や、原告だけが国籍を有する国における裁判の場合（例えば、日本に住所を有するスイス人夫婦が日本で離婚判決を得た場合や、スイス人夫と日本人妻の夫婦で、日本人妻からの離婚請求により、日本で離婚判決が下された場合）には、次の(ア)(イ)(ウ)のいずれかの条件を満たす場合のみ、外国裁判はスイスで承認されることになる。すなわち、(ア) 訴え提起時に、少なくとも夫婦の一方が裁判国に住所または常居所を有しており、かつ、被告がスイスに住所を有していなかった場合（a号）、(イ) 被告が外国裁判所の管轄権に無条件で服した場合（b号）、(ウ) スイスで裁判が承認されることに被告が同意した場合（c号）のいずれかの場合である。

このような間接管轄権に関する65条の規定とは別に、59条と60条では、離婚・別居に関する直接管轄権が規定されている。直接管轄権と間接管轄権の規定を比べてみると、直接管轄権・間接管轄権とも、夫婦一方の住所地（59条の文言では、被告と原告の住所地の裁判所）や夫婦一方の本国（60条の文言では、本

籍地の裁判所)に管轄権を認めるものであるが、65条1項の間接管轄権では、それに加えて夫婦一方の常居所地国にも管轄権を認めている。さらに、間接管轄権においては、夫婦一方の住所地国、夫婦一方の常居所地国、夫婦一方の本国での裁判でなくても、これらの国のいずれかで裁判が承認されればよいとされている。たしかに、65条では、夫婦のいずれもが国籍を有さない国や、原告だけが国籍を有する国における裁判の場合には、一定の制限(上述の(ア)(イ)(ウ))があるが、65条1項は、夫婦一方の常居所地国にも管轄権を認めているほか、夫婦一方の住所地国、夫婦一方の常居所地国、夫婦一方の本国での裁判でなくても、これらの国のいずれかで裁判が承認されればよいとするものである。このことからすると、離婚・別居については、直接管轄権より間接管轄権のほうが広く規定されていると全体的には言えるだろう(いわゆる移住離婚であっても、その外国裁判はスイスで承認される余地がある⁽¹³⁾)。

② 親子関係の確定・否定に関する外国裁判、認知の取消しに関する裁判
親子関係の確認・否定に関する外国裁判の承認における間接管轄権については、70条が規定している。これは認知の取消しに関する外国裁判の承認における間接管轄権にも妥当するものとなるが(73条2項)、70条は、間接管轄権の要件を満たす地として、次の6つの地を規定している。すなわち、(ア)子となる者の常居所地国、(イ)子となる者の本国、(ウ)父となる者の住所地国、(エ)母となる者の住所地国、(オ)父となる者の本国、(カ)母となる者の本国である。

このような間接管轄権に関する70条とは別に、直接管轄権については、66条と67条で規定されている。66条と67条によれば、子となる者の常居所地、及び、父または母となる者一方の住所地のスイスの裁判所が管轄権を有するほか(66条)、父または母となる者一方のスイスにおける本籍地の裁判所にも、管轄権が認められている(67条)。しかし、67条によれば、スイスの本籍地にある裁判所に管轄権が認められるのは、子となる者の常居所地や父または母となる者一方の住所地に訴えを提起することができない場合に限られている。したがって、70条は、無条件で本国の管轄権を認めるものであり、間接管轄権は、直接管轄権よりも広く規定されていることがわかる。

なお、認知の取消しに関する直接管轄権は、親子関係の確定・否定に関する

直接管轄権と同じであるとされていることから(71条3項)、認知の取消しについても、直接管轄権よりも間接管轄権の基準のほうが広く規定されていると言えることになる。

③ 養子縁組に関する外国裁判

外国で行われた養子縁組の間接管轄権について規定した78条1項によると、養親となる者の住所地国と養親となる者の本国に間接管轄権が認められている。

養子縁組の直接管轄権について規定した75条と76条では、養親となる者の住所地に管轄権があるとする一方で(75条)、本籍地の管轄権については、養親となる者の住所地で養子縁組を行うことができない場合のみに認められるものである(76条)。したがって、養子縁組においても、直接管轄権よりも間接管轄権のほうが広く規定されていることがわかる。

しかし、子が関連を有する地にも管轄権を認める親子関係の確定・否定に関する外国裁判の間接管轄権の規定(70条)や認知の取消しに関する外国裁判の間接管轄権の規定(73条2項)と比べると、養子縁組に関する78条1項では、養親となる者が関連を有する国のみに間接管轄権があるとされている。したがって、養親と養子の住所地や本国が異なる場合において、養子となる者の住所地国や本国で養子縁組が行われたとき、その養子縁組はスイスでは一切承認されないことになる。この点で、養親子関係に関する規定と実親子関係に関する規定は異なっており、親子関係の中でも、養子縁組に関する外国裁判の承認については、より慎重な取り扱いが行われていると言えよう。

(c) 終局性の要件

スイス国際私法25条b号によれば、外国裁判がスイスで承認されるためには、その裁判に対して通常の上訴ができないか、または、その裁判は終局的なものでなければならない。この要件を外国裁判が満たすためには、外国裁判は、手続が終結しているものであればよく、親権者の変更に関する裁判のような手続が存在し、変更の余地がある外国裁判であっても、それは、この要件を満たすことになる⁽¹⁴⁾。

(d) 公序の要件

以上の間接管轄権の要件(a号)や終局性の要件(b号)のほか、25条は、

27条の要件に従うことを要求する(c号)。これを受けて、27条は公序の要件を具体的に規定している。

27条1項では、外国裁判の承認がスイスの公序と明らかに矛盾する場合には、その外国裁判はスイスでは承認されないという一般的な公序の要件が規定されているほか、2項では、送達を受けていない場合(a号)、手続的公序に反する場合(b号)、裁判が抵触する場合(c号)で、それが立証される時には、外国裁判はスイスでは承認されないと規定されている。

(2) 外国裁判が存在しない場合——外国で行われた私的離婚、契約型養子縁組、認知・準正、婚姻——

(a) 外国で行われた私的離婚

① Botschaft での解説

以上のようにスイス国際私法では、25条に従って、(ア)間接管轄権の要件(a号)、(イ)終局性の要件(b号)、(ウ)27条の公序の要件(c号)により、外国裁判の承認を考えている。そして、a号の間接管轄権の要件については、26条に従って、各身分関係の間接管轄権の要件を参照することになる。これを離婚・別居に関する外国裁判に当てはめると、離婚・別居に関する外国裁判は、(ア)65条が規定する間接管轄権の要件、(イ)終局性の要件、(ウ)27条の公序の要件を満たす場合に、スイスで承認されることになる。

では、裁判に基づく離婚ではなく、私的離婚、つまり、当事者の意思に基づく離婚が外国で行われた場合、スイスは、このような離婚をどのように取り扱うのであろうか。スイス国内での離婚については、裁判離婚以外は無効であるとされているが⁽¹⁵⁾、スイス以外の国で行われた離婚の中には、わが国の民法が規定するような協議離婚のほか、イスラム教に見られるタラーク離婚(夫が追い出しを宣言することによって成立する離婚)や、ユダヤ教に見られるゲットー離婚(離婚文書の発行と送付による離婚)といった裁判に基づかない私的離婚が存在する。このような私的離婚の取り扱いに関する明文の規定は、スイス国際私法の中にはなく、これをスイスでどのように取り扱うのかということが問題となる。

この点について、政府草案の立法理由を説明したBotschaftでは、離婚に関す

る「外国裁判」は民事裁判所による裁判のほか、行政機関や宗教裁判所による裁判も、裁判国で公的に認められている限りにおいて、スイス国際私法の規定により承認可能であるとしていた。しかし、そこでは手続が行われるか、または、基準となるような〔massgeblich〕公的機関の協力が必要とされ、特に、公的機関の協力が全くないタラーク離婚は、離婚に関する「外国裁判」には含まれないということを明言していた⁽¹⁶⁾。

② 近時の学説

これに対して、近時の学説の中には、公的機関が登録や記載のみに協力した離婚であっても、それは、離婚に関する「外国裁判」に該当するというものもある。例えば、タイ法における協議離婚は、離婚の書面と2人以上の証人の署名を必要とし、登録簿への登録によって成立するものであるが、これは、スイス国際私法の意味においては、離婚に関する「外国裁判」であり、25条の要件を満たす限り、承認可能であるという主張もある⁽¹⁷⁾。

さらに、Siehr教授は、スイス国際私法のコンメンタールにおいて、承認を容易にするという国際私法の立法者意思から、公的機関の協力の有無を問わず、外国で行われた離婚は、スイス国際私法の意味においては、「外国裁判」であると理解されなければならない、タラーク離婚も、離婚に関する「外国裁判」に含まれるという説明をされている⁽¹⁸⁾。

③ 判例

判例でも、離婚に関する「外国裁判」の概念は広く理解されている。St. Gallenのカントン裁判所による1995年9月14日判決⁽¹⁹⁾はその1つであり、この事件では、再婚の際に、前婚が解消しているのかどうかの問題となったものである。ここでは、バングラディッシュ法によるタラーク離婚の取り扱いが問題となった。

バングラディッシュ法によれば、イスラム教徒夫婦の離婚については、タラーク離婚が認められており、その場合、伝統的なタラークに加えて、夫は一定の方式で表明されたタラークを所轄のユニオン評議会〔Union Parishad〕の議長に通告しなければならないとされている。

このようなタラーク離婚が、スイス国際私法の意味において、離婚に関する

「外国裁判」に当たるかについて、カントン裁判所は、次のように判示した。すなわち、たとえ行政機関や宗教裁判所で行われた離婚であっても、離婚に関する「外国裁判」に該当するためには、離婚は、当該国で認められた手続において行われることで十分である。そして、一方的な意思表示による離婚について言えば、公的機関が離婚の成立に協力した場合にのみ、それは、離婚に関する「外国裁判」に該当する離婚として理解されるものであって、公的機関が成立にわずかながらでも協力すること（例えば、純粋な登録や記載）だけが要求されると判示した。

つまり、この判決によれば、離婚に関する「外国裁判」に該当する離婚とされるためには、登録や記載というわずかながらの公的機関の協力だけで十分であるとし、離婚に関する「外国裁判」の概念がより広く理解されていることがわかる（しかし、結論としては、本件のタラークは、ユニオン評議会の議長への通告がなくても有効であって、本件の離婚は公的機関のわずかながらの成立への協力を欠くものであるということを経由し、「外国裁判」にはあたらないとした）。

さらに連邦裁判所による1996年9月3日判決⁽²⁰⁾でも、離婚に関する「外国裁判」の概念は広く理解されている。これは、ガーナでの慣習法による離婚（夫はガーナ人、妻はスイス人）に関するものであった。

ガーナの慣習法による離婚は共同体ごとに異なるものであるが、一般的に言えば、家族の代表者が会し、一定の方式に基づき、合意により婚姻は解消され、その後3ヶ月以内に、離婚する夫婦は、身分登録官に対して、婚姻の解消を登録しなければならない（この登録がなければ離婚は有効ではないとされている：Marriage of Mohammedans Ordinance, 1907 Sec. 9）というものであった。妻であったスイス人女性が、このガーナでの離婚に基づいて登録簿へ記載を求め、それが認められたが、これによって、夫であったガーナ人はスイスでの滞在許可が取り消されたため、ガーナ人の夫が、ガーナでの離婚は無効であるということを経由し、その処分の取消しを求め、先決問題としてガーナでの離婚の効力が問題となったのが本件である。連邦裁判所は、ガーナでの離婚が、スイス国際私法の意味における「外国裁判」にあたるかどうかについて、次のように判示した。

一 本件で承認が求められた離婚は、国家機関が登録のみについて協力する私的離婚である。したがって、まず第一に、ガーナの慣習法に従った離婚に関しては、スイス国際私法 25 条以下及び 65 条によって承認可能となる裁判であるかどうかの問題となる。

二 近時の学説では、公的機関による離婚だけでなく、公的機関の「基準となるような」協力が無い私的離婚も承認されなければならないと主張されているが、そのような主張は支持されなければならないものである。というのは、公的機関の「基準となるような」協力を欠く私的離婚を裁判ではないとして、承認を一般的に排除するような法律の理解は、できる限り承認するという立法者意思に反するものとなるからである。多くの国において、私的離婚は国家によって認められており、しかも一部の国では、それが唯一の離婚の方法である。したがって、裁判が存在しないという理由で一般的に不承認とすることは、実際上正当化されるものでなく、現実にそぐわないものである。他方で、スイスでの理解では全く認められないような離婚は、27 条の公序の要件で十分に対処することができるのである。

三 以上より、私的離婚（本件ではガーナの慣習法に従った離婚）は、スイス国際私法 25 条以下及び 65 条の意味における裁判と同等とされなければならない。しかし、その場合、具体的な承認要件が問題となる。離婚に関する外国裁判の概念が広く解釈されたのに対して、25 条の一般的承認要件—本件では 27 条の公序の要件が問題となる—が遵守されているかどうかを精査しなければならない。

つまり、この判決でも、承認を容易にするという国際私法の立法者意思から、スイス国際私法における「外国裁判」は広い意味で理解された。しかし、実際にその離婚がスイスで承認されるためには、25 条に従って、(ア) 65 条 (25 条 a 号) が規定する間接管轄権の要件、(イ) 終局性の要件、(ウ) 27 条が規定する公序の要件を満たさなければならない。本件では、(ア)(イ)の要件は問題とはされなかったが、(ウ)の要件が問題にされた。すなわち、ガーナ人の夫はガーナでの離婚を知らず、それに協力をしなかったと主張していたことから、もしその主張が正しければ公序に反することになるにもかかわらず、カントンでの手続ではこれを職権で調査しなかったことを理由に、結論としては、事件は差し戻されている。

(b) 外国で行われた契約型養子縁組

スイス国際私法のコンメンタールにおける Siehr 教授の説明では、78 条 1 項

が規定する「外国での養子縁組」は、外国で行われた養子縁組の全てを意味し、決定型養子縁組だけでなく、契約型養子縁組も対象となる⁽²¹⁾。したがって、この説明によれば、外国で行われた契約型養子縁組についても、外国裁判の承認と同様に、(ア) 78条が規定する間接管轄権の要件、(イ) 終局性の要件、(ウ) 公序の要件を審査することにより、スイスでの効力が判断されることになる⁽²²⁾。

(c) 外国で行われた任意認知、準正

① 準拋法の要件

離婚や養子縁組の場合とは対照的に、外国で行われた任意認知については、73条1項に規定が存在する。74条により、これは準正にも準用されるものであるが、この73条1項では準拋法の要件が規定されている。ここで規定されている準拋法は、実質的成立要件と方式の両方について規定するものであり⁽²³⁾、次の6つの準拋法のいずれかにより有効とされる認知は、スイスでも有効な認知として承認されることになる。すなわち、(ア) 子となる者の常居所地国法、(イ) 子となる者の本国法、(ウ) 父となる者の住所地国法、(エ) 母となる者の住所地国法、(オ) 父となる者の本国法、(カ) 母となる者の本国法のいずれかによって有効な認知である（なお、これらの準拋法の適用に当たっては、準拋法所属国の国際私法も含んで適用されなければならない、反致や転致が考慮されることになる⁽²⁴⁾）。

他方で、スイス国内での認知の準拋法については、子となる者の出生時における(ア) 子となる者の常居所地国法、(イ) 子となる者の本国法、(ウ) 父となる者の住所地国法、(エ) 母となる者の住所地国法、(オ) 父となる者の本国法、(カ) 母となる者の本国法のいずれかによればよいとされているが（72条1項）、認知の方式の準拋法はスイス法に限定されている（72条2項）。この点からすると、スイス国際私法は、スイス国内で行われる認知よりも、外国で行われた認知を広く認めるものであると言えよう。

② その他の承認要件

コンメンタールでは、外国で行われた認知については、外国裁判承認の一般規定である25条から27条の規定のうち、間接管轄権の要件（25条a号、26条）を除いて適用されると説明されている⁽²⁵⁾。したがって、結果的には、外国で行われた認知は、準拋法の要件（73条1項）、終局性の要件（25条b号）、公序の

要件 (25条c号や27条) を満たす限り、スイスで承認されるということになる⁽²⁶⁾。

(d) 婚姻

① 準拠法の要件

外国で行われた婚姻について規定している45条は独特な規定である。というのは、45条1項の条文は、単に、「外国で有効に挙行された婚姻は、スイスで承認される。」という規定であって、離婚・別居に関する外国裁判 (65条)、親子関係の確定・否定に関する外国裁判 (70条)、認知の取消しに関する外国裁判 (73条2項)、養子縁組に関する外国裁判 (78条) に関する規定のように間接管轄権の要件を定めるものではなく、また、外国で行われた任意認知 (73条1項) や準正 (74条) に関する規定のように準拠法の要件を定めるものでもないからである。

しかし、コンメンタルの45条の解説では、準拠法の要件が考えられている。すなわち、挙行地法が準拠法となると解釈されているほか、当事者と密接な関連を有する法 (例えば、当事者の本国法や住所地国法) により有効な婚姻も、スイスで有効な婚姻とされてよいと解釈されている⁽²⁷⁾。そして、これらの準拠法は、実質的成立要件と方式の両方について規定するものであり、その適用にあたっては、準拠法所属国の国際私法も含めて適用されなければならないと説明されている⁽²⁸⁾。

他方で、スイス国内での婚姻の準拠法は、婚姻の実質的成立要件についてはスイス法が準拠法となるほか (44条1項)、外国人間の婚姻の実質的成立要件については、当事者一方の本国法によってもよいとされている (44条2項)。しかし、婚姻の方式については、常にスイス法が準拠法になるとされている (44条3項)。この点からすると、外国で行われた婚姻の承認には次の②で述べるような制限はあるが、スイス国際私法は、スイス国内で行われる婚姻よりも、外国で行われた婚姻を広く認めようとするものであると言えよう。

② その他の要件

45条2項は、上述の準拠法のいずれかにより有効な婚姻であっても、当事者の一方がスイス人であるか、または、両当事者がスイスに住所を有する場合、

スイス法上の無効原因を回避する明らかな意図をもって外国で行われた婚姻は、スイスでは承認されないと規定するものである。ここでのスイス法上の無効原因とは、スイス民法⁽²⁹⁾104条以下に規定されている婚姻成立に関する無効原因のことであり⁽³⁰⁾、すなわち、夫婦となる者の一方が婚姻時に既に婚姻していた場合(スイス民法105条1号)、夫婦となる者の一方が婚姻時に判断能力を欠いた場合(スイス民法105条2号)、親族関係または姻族関係のために婚姻が禁止されている場合(スイス民法105条3号)などのことである。

さらに、45条2項に該当しないものであっても、その承認が明らかにスイスの公序に反する場合には、承認に関する一般規定である25条c号(27条の公序の要件)により、その婚姻の承認は拒否されることになる⁽³¹⁾。

(3) 小括：スイス国際私法の特徴の整理

スイス国際私法についてこれまで述べてきたことを整理すると、それは次のとおりである。

- (a) 国内で成立する身分関係と外国で成立した身分関係を区別し、管轄権の要件や準拠法の要件において、外国で成立した身分関係をより広く認めること

スイス国際私法は、国内で成立する身分関係に関する規定と外国で成立した身分関係に関する規定を区別して規定している。例えば、婚姻については、43条と44条がスイスで行われる婚姻の管轄権と準拠法に関する規定であるのに対して、45条が外国で行われた婚姻に関する規定である。同様に、離婚・別居、親子関係の確定・否定の訴え、認知、養子縁組についても、スイスで行われる場合の管轄権や準拠法に関する規定(59条から61条、66条から69条、71条・72条、75条から77条)と外国で行われた場合の規定(65条、70条、73条、78条)が別に規定されている。しかも、これらの規定における管轄権の要件や準拠法の要件を比べると、外国で成立した身分関係をより広く認めるものであると言える。

- (b) 外国で成立した身分関係の「承認」：外国裁判承認としての「承認」と準拠法上の要件を基準にした「承認」

外国で成立した身分関係の取り扱いについては、外国裁判が存在する場合だけでなく、届出によって成立した場合も含めて、「承認」という文言が用いられている。すなわち、離婚・別居に関する外国裁判（65条）、親子関係の確定・否定に関する外国裁判（70条）、認知の取消しに関する外国裁判（73条2項）、養子縁組に関する外国裁判（78条）のほか、外国で行われた婚姻（45条）、外国で行われた認知（73条1項）や外国での準正（74条）といった裁判に基づかない身分関係についても、「承認」という文言が用いられている。

しかし、スイス国際私法では、全ての身分関係について、わが国の民事訴訟法118条のような外国裁判の承認を考えているのではなく、準拠法上の要件を基準とする「承認」も考えられている。すなわち、外国で行われた認知・準正について、73条1項は準拠法の要件を規定し、また、外国で行われた婚姻について、45条1項は解釈として準拠法の要件を問題としている。つまり、スイス国際私法は、外国で成立した身分関係の取り扱いの問題の全てについて「承認」という文言を用いているが、「承認」の中には、外国裁判承認の問題としての「承認」のほか、準拠法上の要件を基準とする「承認」も考えられている。

(c) 離婚に関する「外国裁判」の概念

スイスの近時の学説や判例では、離婚に関する「外国裁判」の概念が広く理解されている。すなわち、近時の学説や判例では、裁判所、行政機関や宗教機関による裁判のほか、外国の公的機関が成立において登録のみに協力したような場合であっても、スイス国際私法の意味においては、離婚に関する「外国裁判」が存在するとされている。

(d) 外国で行われた決定型養子縁組と契約型養子縁組を区別しないこと

裁判による離婚と届出による離婚を区別しないのと同様に、コンメンタールでは、外国で行われた養子縁組についても、決定型養子縁組と契約型養子縁組を区別しないと説明されている。したがって、この説明によれば、外国で行われた養子縁組は全て、外国裁判承認の問題として、スイス国内での効力が判断されることになる。

(e) 外国で行われた婚姻に対する取り扱い

外国で行われた婚姻に関して規定している45条は、準拠法の要件を明文では

規定してない。しかし、解釈として、挙行地法や婚姻する者の属人法（いずれも国際私法を含む）が準拠法になると考えられており、ここでは準拠法の要件が考えられている。

しかし、準拠法の要件が明文で規定されている外国で行われた認知（73条1項）については、(ア)子となる者の常居所地国法、(イ)子となる者の本国法、(ウ)父となる者の住所地国法、(エ)母となる者の住所地国法、(オ)父となる者の本国法、(カ)母となる者の本国法が準拠法とされており、認知が行われた地の法は準拠法の1つとされていない。この点で、45条は73条1項と大きく異なるものであると考えますが、この詳細については、評価において改めて述べることにしたい。

3 評価

これまで、外国で成立した身分関係のスイスでの取り扱いについて述べてきた。以下では、スイス国際私法の特徴として指摘した点について評価を述べながら、わが国での解釈論、そして、立法論を検討してみたい。

(1) 国内で成立する身分関係と外国で成立した身分関係の区別

スイス国際私法では、国内で成立する身分関係と外国で成立した身分関係を区別し、管轄権の要件や準拠法の要件において、外国で成立した身分関係を国内で成立する身分関係よりも広く認めている。

これに対して、外国で成立した身分関係のわが国の取り扱いでは、外国裁判承認の問題として、民事訴訟法118条に沿った基準により取り扱う場合と、身分関係の有効性の問題として、法例の規定を基準にして取り扱う場合の2つの場合があり、後者の場合には、結果としてみると、国内で成立する身分関係と外国で成立した身分関係は原則として区別されず（法例13条、16条、17条、18条、19条、20条）、外国で成立した身分関係に関する規定は、国内で成立する身分関係に関する規定と同じになる。

しかし、はじめでも述べたように、国内で成立する身分関係の問題は、これから生じる身分関係に関するもの（または、無効確認のように、それが有効に成立したかどうかについて遡及的に判断するもの）であるのに対して、外国で成立した

身分関係の効力の問題は、外国では有効に成立している身分関係に対する判断であるという点で、国内で成立する身分関係の問題と外国で成立した身分関係の問題は状況が異なるものである。後者の場合には、その身分関係が外国では有効に成立し、場合によっては、その身分関係の効力が信じられ、その身分関係を前提に新たな法律関係や事実関係が生じていることもある。この点を考慮すると、当事者の正当な期待を保護するために、後者は前者よりも広く認められるべきであろう。立法論としては、そしてまた、解釈論としても、スイス国際私法のように、国内で成立する身分関係の場合と外国で成立した身分関係の場合を区別し、後者をより広く認めるよう考慮すべきであろう。

(2) 外国裁判承認の問題としての取り扱い

(a) 準拠法の要件の問題点

① 離婚、養子縁組

スイスの近時の学説や判例では、外国で行われた離婚については、「外国裁判」の概念が広く理解されている。つまり、公的機関が届出の受理のみに関与した離婚であっても、これが、離婚に関する「外国裁判」であると解釈されているのである。また、養子縁組についても、スイス国際私法の意味での「外国での養子縁組」には、決定型養子縁組のほか、契約型養子縁組も含まれると説明されており、これによれば、外国で行われた決定型養子縁組の効力も、契約型養子縁組の効力も、外国裁判承認の問題として判断されることになる。

これに対して、わが国では、外国で行われた離婚や養子縁組に対しては、外国裁判承認の問題として、民事訴訟法 118 条に沿った基準により取り扱う場合と、身分関係の有効性の問題として、法例が指定する準拠法を基準にして取り扱う場合がある。特に、戸籍実務の取り扱いは、外国で行われた離婚については、訴訟事件手続に基づく外国裁判が存在する場合には、民事訴訟法 118 条を適用して、外国裁判の効力を判断する取り扱いであるが、それ以外の離婚の場合には、原則として、法例 16 条が指定する準拠法上の要件を満たすことを必要とする取り扱いである。他方で、外国で行われた養子縁組について、わが国の戸籍実務の取り扱いは、決定型養子縁組と契約型養子縁組にかかわらず、法例

20条を基準にして、わが国での効力を判断するという取り扱いである。

周知のように、離婚の準拠法に関する各国の立法を見ると、わが国の法例16条と同様の段階的連結を採用する立法は普遍的なものではない。そのため、法例16条を基準とすることでは、外国で成立の際に準拠した法と、法例が指定する準拠法が異なることにより、外国では有効であるがわが国では有効でないという不均衡な身分関係の発生が必然的に考えられることになる⁽³²⁾。これは、養親の本国法が原則的な準拠法であるとする法例20条にも言えることである。すなわち、法例20条が原則とする養親の本国法主義は普遍的なものではないため、離婚の場合と同様に、法例20条を基準にすることによって、不均衡な身分関係が必然的に生じることになる⁽³³⁾。

このような現状において、スイスでの取り扱いのように「外国裁判」の概念を広くとらえ、届出に基づく身分関係についても外国裁判承認の問題として取り扱う、つまり、民事訴訟法118条に沿った基準によってわが国での効力を判断することにより、国内で成立する身分関係と外国で成立した身分関係を区別することができるほか、指定される準拠法上の要件を満たさないということだけを理由として、わが国ではその効力が認められないとされる事態を避けることができる。その結果、国際的な身分関係の安定性をより一層確保できることになる。

また、わが国の戸籍実務での取り扱いのように、外国で行われた離婚を2つの場合に分けて取り扱おうと、外国で行われた離婚が訴訟事件手続に基づいて成立した場合と、そうでない場合で基準が全く異なることになり、その整合性を著しく欠くことになろう。これに対して、外国で行われた離婚全てについて、民事訴訟法118条に沿った基準によって、わが国での効力を判断することにより、外国で行われた離婚が訴訟事件手続に基づいて成立した場合と、そうでない場合の基準の整合性も確保できることになる。

たしかに、裁判に基づく場合とそれ以外の場合では、関与した機関の審査の度合いや判断の確定の度合いは異なるのであり、後者の場合には、身分関係が成立した地で、身分関係について変更が生じる可能性がより高く、変更が生じた場合、その取り扱いに混乱が生じる可能性があることは否定できないであら

う。このため、法例が指定する準拠法上の要件を満たすかどうかを審査して、わが国の立場から再審査することに理由があると言えなくもない⁽³⁴⁾。

しかし、わが国の民法では、当事者の意思に基づく離婚（つまり、協議離婚）や契約型養子縁組（つまり、普通養子縁組）が認められており、しかも、これらが成立する際の戸籍吏による審査の度合いは、裁判の場合と比べて高いものではない。そしてまた、これらは、後の裁判によって、その無効が確認されることもある。このように、わが国の民法における離婚や養子縁組の成立については、関与した機関の審査の度合いや判断の確定の度合いを必ずしも重視するものではないことからすると、外国で行われた離婚や養子縁組についてだけ、審査の度合いや確定の度合いを重視しなければならないとする必要性はないように思える。外国で行われた離婚や養子縁組を受け入れることに伴って問題が生じるのであれば、その場合は、公序の要件の中で対処すれば足り、関与した機関の審査の度合いや判断の確定の度合いだけを理由として、外国で成立した身分関係の効力を制限することは、行き過ぎであろうと考える。

以上より、外国で行われた離婚と養子縁組の全てに対して、外国裁判承認の問題として、民事訴訟法 118 条に沿った基準により取り扱い、民事訴訟法 118 条の要件の中で、承認の可否を判断することによって、国際的な身分関係の安定をより一層確保すべきであると考え⁽³⁵⁾。

② 認 知

外国で成立した実親子関係についてみると、わが国の戸籍実務の取り扱いは、外国で行われた離婚と同様に、2つの場合に分ける取り扱いである。すなわち、訴訟事件手続に基づく親子関係の確定・否定に関する外国裁判（例えば、外国裁判所による裁判認知）が存在する場合には、民事訴訟法 118 条を適用してわが国での効力を判断する一方で、そのような外国裁判が存在しない場合には、法例の関連規定（法例 17 条, 18 条, 19 条）を基準にしてわが国での効力を判断する取り扱いである。したがって、任意認知といった法律行為に基づく身分関係について、わが国の戸籍実務の取り扱いは、法例の規定を基準にしてわが国での効力を判断する。

しかし、離婚や養子縁組と異なり、実親子関係の成立のうち、認知に関して

規定する法例18条は選択的連結を採用し、準拠法の要件の中でも身分関係の成立を容易にすることが考慮されている。すなわち、法例18条では、原則として、(ア)子となる者の出生時における認知者の本国法(法例18条1項)、(イ)認知時における認知者の本国法(法例18条2項)、(ウ)認知時における子となる者の本国法(法例18条2項)のいずれかで認知が有効であればよいのである。したがって、国際的な身分関係の安定性という点から、外国裁判承認の問題として取り扱うべきとする必要性は、離婚や養子縁組の場合と比べると低いと言えよう。

スイス国際私法でも、外国で成立した実親子関係については、外国裁判が存在する場合と存在しない場合の両方についての規定が存在する。前者が、親子関係の確定・否定に関する外国裁判の承認についての間接管轄権の規定(スイス国際私法70条)であり、後者が、外国で行われた認知や準正の承認についての準拠法の規定(スイス国際私法73条1項、74条)である。そして、後者では、(ア)子となる者の常居所地国法、(イ)子となる者の本国法、(ウ)父となる者の住所所地国法、(エ)母となる者の住所所地国法、(オ)父となる者の本国法、(カ)母となる者の本国法の6つのうち、いずれかの法により有効であればよいとし、準拠法について非常に多くの選択肢を規定することによって、準拠法の要件の中で身分関係の成立を容易にすることが考慮されている。

つまり、外国で成立した実親子関係のうち、認知によって成立した実親子関係のわが国での取り扱いについては、国際的な身分関係の安定性という点から、外国裁判承認の問題として、民事訴訟法118条に沿った基準により取り扱うべきとする必要性は、離婚や養子縁組の場合と比べて低いと言えよう。したがって、これらが外国裁判承認の問題として取り扱われるべきと言えるのは、国内で成立する身分関係と外国で成立した身分関係を区別すべきという点と、訴訟事件手続に基づき成立した場合とそうでない場合で基準が全く異なることになるという基準の整合性の点からとなろう。

(b) 間接管轄権の要件

わが国の民事訴訟法118条で規定されている要件と外国裁判承認の一般原則を規定したスイス国際私法25条の要件を比較すると、スイス国際私法25条には相互保証の要件が存在しない点で両者は異なっていることがわかる。この点

で、スイス国際私法の規定は、身分関係事件も含めて、外国裁判の承認を一層考慮するものであると言えよう。

しかし、スイス国際私法においても、全ての身分関係について等しく外国裁判の承認が考えられているわけではない。特に、養子縁組に関する間接管轄権の要件は、離婚や実親子関係に関する間接管轄権の要件を比べると制限的な規定となっていることがわかる。すなわち、離婚に関する間接管轄権の規定（スイス国際私法65条）や親子関係の確定・否定に関する間接管轄権の規定（スイス国際私法70条）では、原則として、少なくとも原告・被告いずれかが関連を有する地であれば管轄権があるとされているのに対して、養子縁組に関する間接管轄権の規定（スイス国際私法78条）では、養親となる者が関連を持つ地のみが管轄権がある地とされている。つまり、養子となる者が関連を持つ地は管轄権がある地とはされていないのである。これは、スイス国内での養子縁組における直接管轄権についても同じである（スイス国際私法75条）。

スイス国内での養子縁組について、養親となる者と密接な関連を有する地で養子縁組が行われることを要求する理由は、次のように説明されている。すなわち、養子縁組では、養親となる者の適性が第一に判断されなければならないため、養親となる者が密接な関連を有する地が管轄権を有するのであると説明されている⁽³⁶⁾。

しかし、養子となる者の本国や住所地で行われた養子縁組の中にも、国内で承認することができるような養子縁組も存在するはずである。特に、養子となる者の住所地や本国は、自国の養子を保護するために、慎重な審査の上で養子縁組を成立させると考えることができるにもかかわらず、養親となる者の本国や住所地と、養子となる者の本国や住所地が異なる場合、養子となる者の本国や住所地で行われた養子縁組は、スイス国際私法78条1項により、承認が一律に拒否されることになるのである。このように、養子となる者の住所地や本国での養子縁組を一切承認しないことは、国際的な身分関係の安定性を過剰に制限することとなるだろう。当事者の正当な期待を保護し、国際的な身分関係の安定性を確保するためにも、外国裁判承認の問題として取り扱う場合には、間接管轄権を広く考えるべきである。そして、承認すべきものとそうでないもの

の区別は公序の要件に委ねることで、具体的な妥当性を確保すべきであると考
える。

(c) 小括——解釈論としての私見

わが国での取り扱いについても、スイス法と同様に、外国で成立した身分関
係のうち、離婚や養子縁組については、国内で成立する身分関係と外国で成立
した身分関係の区別、国際的な身分関係の安定性、そして、基準の一貫性とい
う点からして、解釈論として、届出によって成立した場合も含めて、外国裁判
承認の問題として、民事訴訟法118条に沿った基準により取り扱うことが妥当
であるとする。しかし、認知によって成立する実親子関係については、法例
18条では選択的連結が採用されているため、外国裁判承認の問題として取り扱
うべきとする必要性は、国内で成立する身分関係と外国で成立した身分関係の
区別と、基準の一貫性という2点から述べることができるものとなろう。

他方で、外国裁判承認の問題として、民事訴訟法118条に沿った基準によっ
て判断をする場合には、間接管轄権の要件をスイス国際私法78条1項のように
制限するのではなく、スイス国際私法65条、70条、73条2項のように広く考
えるべきである。間接管轄権の要件により一律に承認を排除するのではなく、
具体的に問題となる場合には、公序の要件の中で審査することによって、妥当
な結論へ導いていくべきであるとする。確定性の要件や相互保証の要件につ
いても、国際的な身分関係の安定性を過剰に制限しないためにも、身分関係事
件については不要と解釈すべきであろう。

(3) スイス国際私法45条における取り扱いについて

(a) スイス国際私法の45条における取り扱いと73条1項における取り扱
いの違い

ところで、スイス国際私法45条における外国で行われた婚姻に対する取り扱
いは、スイス国際私法73条1項の外国で行われた認知に対する取り扱いと同様
の準拠法の要件を問題とする取り扱いであるように見える。しかし、思うに、
45条は73条1項とは異なる独特な規定である。というのは、45条では準拠法
の要件が明文では規定されていないということのほか、準拠法の1つを国際私

法を含む挙行地法と解することによって、指定される準拠法上の要件によって効力が判断されるというより、むしろ、国際私法を含む挙行地法という要件は、効力の判断を外国に委ねるものとなるからである。つまり、国際私法を含む挙行地法を準拠法とすることにより、外国で行われた婚姻は、その外国で有効である限りスイスで承認されることが原則となり、この準拠法の要件はスイス国内の立場から効力を判断する基準とはならないのである。この場合、45条2項の要件や27条(25条c号)に規定されている公序の要件が、スイス国内での効力を判断する重要な基準となる。この意味において、45条における外国で行われた婚姻に対する取り扱いは、わが国の民事訴訟法118条のような外国裁判承認の問題としての取り扱いではないことはもとより、スイス国際私法73条1項やわが国の法例13条で考えられているような準拠法上の要件を基準とする取り扱いでもない。むしろ、具体的な承認拒否事由や公序の要件が国内での効力を判断する基準の中心となる独特な取り扱いであると言えよう⁽³⁷⁾。

(b) スイス国際私法45条における取り扱いに対する評価——立法論としての方向性

スイス国際私法45条のような取り扱いによれば、国内で効力が認められるべきものと、国内での効力が否定されるべきものの峻別を適切にできることになる。というのは、間接管轄権の要件や自国の立場から指定する準拠法上の要件を基準とするのではなく、外国で有効に成立した身分関係は成立地で有効である限り国内で承認されることを原則とすることによって、国際的な身分関係の安定性が図れることになると同時に、最低限の承認拒否事由を具体的に規定することにより、承認の可否を明確かつ実質的に判断することが可能になるからである。立法論として考える場合、スイス国際私法45条のような取り扱い、すなわち、「外国で有効に成立した身分関係は、国内で有効な身分関係として承認される。」ことを原則とし、わが国の公序に反する場合のみ、わが国での効力を認めないとする取り扱いは、国際的な身分関係の安定性と、外国で成立した身分関係を国内で受け入れることに伴って生じる問題を、バランスよく考慮するものであり、国際化が一層進展している現代のニーズにあった取り扱いである⁽³⁸⁾。

おわりに

ここまで婚姻と親子関係のうち、伝統的に考えてこられた親族法上の身分関係について述べてきた。しかし、現在、生殖医療技術の進歩や男女関係に対する考え方の多様化により、家族を取り巻く状況は、これまでとは大きく変わりつつある。

例えば、代理母から生まれた子の親子関係の問題がそうである。代理母から生まれた子の親子関係について、法務省は、依頼した母の氏名を出生届の母の欄に記載した出生届を受領すべきではないと判断したが⁽³⁹⁾、外国法の中には、代理母による懐胎を認め、依頼した母を法律上の母とすることができる法制度が存在する⁽⁴⁰⁾。そのため、代理母から生まれた子の親子関係について、依頼した夫婦を法律上の父母とする外国裁判や外国での身分登録が存在する場合に、その親子関係をわが国ではどのように取り扱うかという問題が生じている⁽⁴¹⁾。また、オランダやベルギーで認められている「同性婚」や、ドイツやスウェーデン等で認められている婚姻に類似した生活共同体である「登録パートナーシップ」についても同様の問題が存在し、外国で行われた同性婚や外国で登録されたパートナーシップを国内でどのように取り扱うかという問題が今後現れてくることも予想できる⁽⁴²⁾。

立法論としての私見では、このような新たな問題にも、間接管轄権の要件や準拠法の要件を基準にして国内での効力を形式的に判断するのではなく、むしろ事案に即して、公序の要件の中で実質的に判断していくべきであろうと考えるが、公序の要件の具体化を含めて、詳細については今後の研究課題としてみたいと考えている。

- (1) 法務省民事局内法務研究会編『改正法例下における涉外戸籍の理論と実務』114 - 120 頁 [外国で行われた婚姻], 148 - 152 頁 [外国で行われた離婚], 250 - 262 頁 [外国で行われた認知], 289 - 291 頁, 298 - 301 頁 [外国で行われた養子縁組], 305 - 307 頁 [外国で行われた離縁] (テイハン・1989年)。
- (2) 例えば、改正前の民事訴訟法 200 条が適用された事案として、最高裁判平成 8 年 6 月 24 日判決 (民集 50 巻 7 号 1451 頁), 東京高裁判平成 5 年 1 月 27 日判決 (民集 50

巻7号1474頁), 東京地裁昭和63年11月11日判決(判時1315号96頁, 判タ703号271頁)。

- (3) 東京地裁平成4年1月30日判決(家月45巻9号65頁)。
- (4) 東京高裁平成5年11月15日判決(高民46巻3号98頁)。
- (5) 京都家裁平成6年3月31日判決(判時1545号81頁)。非訟事件裁判の承認に関する文献としては、海老沢美広「非訟事件裁判の承認」澤木敬郎・舛場準一編『国際私法の争点[新版]』246頁(有斐閣・1996年), 鈴木忠一「外国の非訟事件裁判の承認・取消・変更」曹時26巻9号1頁(1974年)などがある。
- (6) 例えば、婚姻については、佐賀家裁平成11年1月7日審判(家月51巻6号71頁), 任意認知(改正前の法例を適用した事案である)については、大阪地裁昭和63年7月18日判決(判タ683号178頁), 宇都宮家裁昭和34年8月10日審判(家月11巻11号134頁)。
- (7) もっとも、かつては、離婚に関する外国裁判の承認において、法例が指定する準拠法上の要件を満たすことも必要とするという見解もあった。江川英文「外国離婚判決の承認」立教1号27頁(1960年), 東京地裁昭和36年3月15日判決(下民12巻3号486頁)。
- (8) 離婚に関する外国裁判の承認要件については、山田鐮一『国際私法[第3版]』467-473頁(有斐閣・2004年), 松岡博『国際家族法の理論』190-221頁(大阪大学出版会・2002年)などを参照。
- (9) 例えば、外国に長年住んでいる日本人が、その外国で有効に婚姻をしたとしても、法例13条1項によれば、日本法上の要件を満たさない限りは日本では有効な婚姻として取り扱われないことになる。その他、日本人男と中華人民共和国人女(18歳)のラオスでの婚姻について、戸籍578号70頁(1991年)を参照。
- (10) Bundesgesetz über das internationale Privatrecht vom 18. Dezember 1987. この条文については、笠原俊宏編『国際私法立法総覧』124-158頁(富山房・1989年), 奥田安弘「1987年のスイス連邦国際私法(1)-(6・完)」戸時374号2-10頁, 同375号18-27頁, 同376号43-51頁, 同377号51-58頁, 同378号54-60頁, 同379号58-61頁(1989年), 三浦正人「1987年スイス連邦国際私法仮訳」名城39巻1号65-115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巻1・2号389-432頁(1989年), 同96巻5号259-294頁(1990年)に翻訳されている。
- (11) Daniel Girsberger/ Anton Heini/ Max Keller/ Jolanta Kren Kostkiewicz/ Kurt Siehr/ Frank Vischer/ Paul Volken (herausgg.), Züricher Kommentar zum IPRG, 2 Auflage, Zürich 2004, Art. 25 N. 10 [Volken]. 但し、スイスが締約国となっている条約がある

場合には、その条約がまず適用されることになる。例えば、「離婚及び別居の承認に関する条約」や「国際養子縁組に関する子の保護及び国際協力に関する条約」がそうである。

- (12) Girsberger/ Heini/ Keller/ Kren Kostkiewicz/ Siehr/ Vischer/ Volken, a. a. O., Art. 25 N. 69, 72-73 [Volken]; Heinrich Honsell/ Nedim P. Vogt/ Anton K. Schnyder (herausgg.), Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht: Internationales Privatrecht, Basel/ Frankfurt am Main 1996, Art. 25 N. 28 [Berti/ Schnyder].
- (13) Honsell/ Vogt/ Schnyder, a. a. O., Art. 65 N. 7 [Siehr].
- (14) Girsberger/ Heini/ Keller/ Kren Kostkiewicz/ Siehr/ Vischer/ Volken, a. a. O., Art. 25 N. 61-63 [Volken].
- (15) Girsberger/ Heini/ Keller/ Kren Kostkiewicz/ Siehr/ Vischer/ Volken; a. a. O., Art. 59 N. 17-18 [Volken]; Honsell/ Vogt/ Schnyder, a. a. O., Art. 59 N. 1 [Siehr].
- (16) Botschaft zum Bundesgesetz über das internationale Privatrecht (IPR-Gesetz), Ziff. 235. 7. Martin Jäger, Kurzkommentar zum IPR-Gesetz, ZZW 1988, 360 も同旨である。
- (17) Jametti Greiner, Thailändische Privatscheidungen grundsätzlich anerkenubar, ZZW 1995, 171.
- (18) Honsell/ Vogt/ Schnyder, a. a. O., Art. 65 N. 3 [Siehr]. Kurt Siehr, Das Internationale Privatrecht der Schweiz, Zürich 2002, S. 55-56 も同旨である。
- (19) GVP-SG 1995 Nr. 44.
- (20) BGE 122 III 344; ZZW 1996, 400.
- (21) Girsberger/ Heini/ Keller/ Kren Kostkiewicz/ Siehr/ Vischer/ Volken, a. a. O., Art. 78 N. 5 [Siehr].
- (22) また、スイス国際私法 78 条 2 項によれば、外国で行われた養子縁組は、養子縁組が行われた国で与えられる効果を持つものとして、スイスで承認されることになる。したがって、外国で行われた養子縁組が、その外国では実親との関係が断絶する養子縁組として成立した場合、その養子縁組は、実親との関係が断絶する養子縁組としてスイスで承認されることになる。

なお、終局性の要件 (25 条 b 号) に関して、Siehr 教授は、婚姻や任意認知といった当事者の意思表示に基づいて成立する身分関係が外国で成立した場合の身分登録簿への記載においては、その意思表示を提出する (届出を行う) ことで、終局性の要件が満たされると説明されている。Kurt Siehr, Zur Anerkennung ausländischer Statusakte, in: Peter Gauch/ Jörg Schmid/ Paul-Henri Steinauer/ Pierre Tercier/ Franz Werro (herausgg.), Familie und Recht, Freiburg 1995, S.702-703.

- ㉓ Honsell/ Vogt/ Schnyder, a. a. O., Art. 73 N. 10 [Schwander].
- ㉔ Girsberger/ Heini/ Keller/ Kren Kostkiewicz/ Siehr/ Vischer/ Volken, a. a. O., Art. 73 N. 8 [Siehr]; Honsell/ Vogt/ Schnyder, a. a. O., Art. 73 N. 13 [Schwander].
- ㉕ Girsberger/ Heini/ Keller/ Kren Kostkiewicz/ Siehr/ Vischer/ Volken, a. a. O., Art. 73 N. 5 [Siehr]; Honsell/ Vogt/ Schnyder, a. a. O., Art. 73 N. 2 [Schwander].
- ㉖ なお、終局性の要件(25条b号)に関しては、本稿注㉒を参照。
- ㉗ Honsell/ Vogt/ Schnyder, a. a. O., Art. 45 N. 8 [Siehr]. また、Anton K Schnyder/ Pascal Grolimund, *Tafeln zum internationalen Privat- und Zivilverfahrensrecht*, Zürich 2000, S. 83; Graham-Siegenthaler, *International Marriage and Divorce Regulation and Recognition in Switzerland*, 29 FAM. L. Q. 685 (Number 3 Fall 1995)も参照。

なお、スイス連邦憲法(Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874.)の54条3項は次のような規定である。「カントンまたは外国において、その地に行われる法に従って締結された婚姻は、スイス連邦領域内において婚姻として承認されなければならない。」

- ㉘ Honsell/ Vogt/ Schnyder, a. a. O., Art. 45 N. 9 [Siehr].
- ㉙ Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907.
- ㉚ Girsberger/ Heini/ Keller/ Kren Kostkiewicz/ Siehr/ Vischer/ Volken, a. a. O., Art. 45 N. 21-22 [Volken].
- ㉛ Girsberger/ Heini/ Keller/ Kren Kostkiewicz/ Siehr/ Vischer/ Volken, a. a. O., Art. 45 N. 19 [Volken]; Honsell/ Vogt/ Schnyder, a. a. O., Art. 45 N. 17 [Siehr]. 終局性の要件(25条b号)に関しては、本稿注㉒を参照。
- ㉜ 例えば、東京地裁昭和36年3月15日判決(下民12巻3号486頁)。
- ㉝ 例えば、平成13年5月18日付け民1第1326号民事局第2課長回答(戸籍721号86頁)の事案。また、東京家裁平成8年1月26日審判(家月48巻7号72頁)では、実親との関係が断絶するものとして中国で成立した養子縁組(養父・養母とも日本人)は、日本では実親との関係が断絶する養子縁組とはされなかった。
- ㉞ 山田・前掲注(8)473頁、高桑昭「外国離婚の承認と離婚の準拠法」立教37号104-105頁(1992年)。
- ㉟ 裁判に基づかない外国での離婚の取り扱いについて言及する論文としては、平賀健太「外国離婚判決の承認-先例変更を機会に」戸籍369号1頁(1976年)、徳岡卓樹「身分関係事件に関する外国裁判の承認」澤木敬郎=青山善充編『国際民事訴訟法の理論』403頁(有斐閣・1987年)、渡辺惺之「外国の離婚・日本の離婚の国際的効力」岡垣学=野田愛子編『講座・実務家事審判法5』189頁(日本評論社・

1990年), 石黒一憲『国際私法 [新版]』258 - 262頁 (有斐閣・1990年), 高桑・前掲注④ 88頁, 笠原俊宏「国際私法における裁判外離婚について」洋比 39号 167頁 (2002年) などがある。

③ Honsell/ Vogt/ Schnyder, a. a. O., Art. 75 N. 3 [Mosimann].

④ 同様の取り扱いは, 1978年のハーグ国際私法会議第13会期において成立し, 1991年に発効した「婚姻の挙行及び婚姻の有効性の承認に関する条約」にも見られる。この条約については, 池原季雄=南新吾=千種秀夫=高桑昭「ハーグ国際私法会議・第13会期の成果」ジュリ 635号 102頁 (1977年), 拙稿「外国で挙行された婚姻の有効性の承認—1978年ハーグ条約及びスイス国際私法のアプローチ」阪法 50巻 1号 167頁 (2000年) を参照。

⑤ このような取り扱いを示唆するものとして, 沢木敬郎「判批」判評 264号 35頁 (1980年), 徳岡・前掲注⑤ 425 - 430頁。なお, 高桑・前掲注④ 104 - 105頁は, このような結論に反対される。

⑥ 2004年1月16日付け毎日新聞 24面。

⑦ 例えば, アメリカ合衆国のヴァージニア州。

⑧ 2003年11月11日付け朝日新聞 38面や前掲注⑥。

⑨ なお, スイスでは, 現在, 「同性者登録パートナーシップに関する連邦法」が成立し, これにより, 登録パートナーシップに関する規定がスイス国際私法にも加えられることになる。この詳細については, 拙稿「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」福岡 49巻 3・4号 423頁 (2005) を参照。