

外国から連れ戻された子の 親権者指定事件の国際裁判管轄

渉外家事事件研究会

高橋 宏司

(同志社大学教授)

日米二重国籍の未成年者の親権について、米国人父と日本人母の共同親権を定めたネブラスカ州地方裁判所の判決が同州最高裁により取り消されたことから、母が未成年者を連れて日本に帰国し、親権者を自分に指定することを求めて申し立てた審判につき、日本の裁判管轄が認められた事例

横浜家小田原支審平成22年1月12日(平成20年(家)第1282号・親権者指定申立事件) 家月63巻1号140頁

■はじめに

米国人父が日本人母との婚姻中に日米二重国籍の未成年者を日本から米国に連れ去り、同国で父母の離婚と未成年者に対する共同親権を認める州地方裁判所の判決が下されたが、上記判決中、共同親権を定めた部分について同州最高裁で国際裁判管轄がないとして取り消されたことから、母が未成年者を連れて日本に帰国し、未成年者の親権者を自分に指定することを求めて申し立てた審判につき、日本に子の常居所地があるとして、日本の裁判管轄権が認められた事例である。

本件は、日本への子の連れ帰りの後、審判の申立てまでの期間が短かった点で東京高決平成20年9月16日家月61巻11号63頁の事案と共通し、親権者の指定・変更及び子の監護の処分に関する事件(以下「監護事件」)についての国際裁判管轄を認めるのに、厳密には住所、常居所、居所、現在地のいずれの基準によるべきかを考察する契機になる。また、東京高決平成20年9月16日の事件が外国の監護裁判が存在する状況で子を連れ帰った非監護者によって監護者の変更等が申し立てられた事案であったのに対して、本評釈事件は、外国で離婚と親権者指定の判決がなされたが親権者指定の部分取消され、その後日本で親権者指定が申し

立てられた事案である点で異なる。そこで、親権者変更と親権者決定で管轄判断の枠組みが同じでよいかという問題も提起する。

■事 実

X(申立人/日本人女性)とY(相手方/米国人男性)は、平成6年に婚姻し、平成14年に両者の間にA(未成年者/日本と米国の二重国籍)が誕生した。Aは米国ネブラスカ州で出生したが、生後約2か月で一家は日本に転居した。ところが、平成17年、YはXの了承を得ずに突然Aを連れてネブラスカ州へ渡り、米国において子の監護に関する仮処分等の申立てを行い、Aの監護者として認められた。Xは同年渡米し、州地方裁判所から、Aとの面接交渉の許可を得た。その後、同裁判所は、AについてXとYとが共同の親権及び監護権を持つという判断をしたため、XとYは、同州において別居生活を送りながらAを交替で監護してきた。平成19年には、前記裁判所において、X及びYの婚姻解消とAの共同親権が決定された。これに対し、Xが親権に関する国際裁判管轄はネブラスカ州にはないという趣旨で控訴を行い、平成20年、ネブラスカ州最高裁判所は、前記地方裁判所は子の監護の問題について管轄を有しなかったとして、前記決定のうち共同親権について定めた部分を取消した。Xは、同月中に、親権が定められていないまま、Aを日本に連れ帰った。Xは、実家において母およびAと3人で暮らし始め、本件親権者指定審判を申し立てた。Yは、ネブラスカ州の自宅に居住し続けており、本件審判の審問期日に出頭せず、書面による主張もしなかった。

■判 旨

認容(Aの親権者をXと指定)。

管轄については、「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、A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」と判示した。準拠法は、法の適用に関する通則法32条、38条1項により、日本法であるとした。そして、XとAとが日本に帰国後、約1年間経っているが、XによるAの監護状況に特段の問題は見あたらないことなどの事情に鑑み、Xを親権者として指定することがAの福祉に適うと判断した。

■評 釈

本審判で言及されているネブラスカ州最高裁判決は、事実関係から、Y v. X(276 Neb. 840; 2008 Neb. LEXIS 170)判決であったと推測される。同判決は平成20年12月5日に下されているところ、本審判によると同月中にXはAを日本に連れ帰ったとされており、事件番号によると本審判の申立ては平成20年中に受理され

ているので、帰国後間もなく申立てがなされたものと思われる。そこで、本評釈では、子が外国から日本に連れて来られて程なく審判が申し立てられたという前提に立ち、まず、管轄判断の標準時について検討した後、その時点において子の住所、常居所、居所、現在地のいずれが日本に認められることが管轄肯定のために必要かを考察する。

1 管轄判断の標準時

本件審判では、管轄判断の標準時についての説示はない。

財産関係事件については、「日本の裁判所の管轄権は、訴えの提起の時を標準として定める」との規定が第3条の12として民事訴訟法に新設されることになっている^②。家事審判の国際裁判管轄の標準時については明文の規定がないが、学説は、一般に申立時が標準時であることを前提に論じている^③。実務でも、家事審判官は、申立ての段階で担当書記官により収集された資料に基づいて国際裁判管轄がないと確定的に判断できる場合には申立てを却下し、国際裁判管轄の有無が不明な場合には、期日指定などの前に、管轄判断のための具体的な調査事項を決めて、書記官に調査を指示する扱いを行っているようである^④。応訴管轄が認められる事件類型では、管轄を否定して訴えや申立てを却下する前に、訴状や期日呼出状を相手方に送達又は送付する必要があるかが問題となるが^⑤、監護事件では、相手方住所地にも管轄を認める説を採るならばともかく、子の住所地にのみ管轄を認める立場では、応訴管轄・合意管轄は認め得ない^⑥と考えられる。申立時に管轄を認めるべき事情があったが、それ以後に子が日本を去ったというような事案では、子の生活環境の調査による適正・迅速な裁判の実現を重視して管轄を否定するという例外を認める^⑦余地はあるが、基本的には、監護事件では申立時を標準時と考えるべきである^⑧。

2 裁判例と学説

監護事件の国際裁判管轄について、本評釈事件のように両親の離婚手続とは別に申し立てられる場合には、裁判例は子の住所地国に管轄を認めるものが圧倒的に多い（松山家裁字和島支審昭和51年1月9日家月29巻3号101頁、那覇家審平成3年4月1日家月43巻10号44頁、大阪家審平成8年2月9日家月49巻3号66頁、京都家審平成18年3月31日家月58巻11号62頁、前橋家審平成21年5月13日家月62巻1号111頁など）。近年は、相手方住所地国に管轄を認めるものが現れているが、子の住所地国の管轄も認めている（東京高決平成17年11月24日家月58巻11号40頁、東京家審平成20年5月7日家月60巻12号71頁）。「住所地または常居所地」に管轄を認めたもの（東京家審平成元年9月22日家月42巻4号65頁、東京高決平成20年9月16日家月61巻11号63頁及びその原審である東京家審平成20年8月7日家月61巻11号65頁）や、「子の生活関係の密接な地」に管轄を認めたもの（大阪家審平成6年12月2日家月48巻2号150頁）

もあるが、住所地に管轄を認めることとの違いの説明はなく、表現がどうであれ、「子の福祉の観点から考えて、当該地国で裁判するに適するに足る程度に子と当該地との結びつきがある場合」に判例は管轄を認めているとの理解^⑨が妥当であろう。本審判は管轄を子の「常居所地」国に認めると判示したが、住所地との異同について意識されていた形跡がないので、同様の理解が当てはまると考えられる。本審判が常居所の概念を住所や居所などの類似概念と意図的に使い分けたと理解するのは深読みであり、誤りであろう。

しかし、後に検討するように、申立時に子が12日間程度しか日本に居なくとも日本に住所を認定し得るとの前提をとっていると解し得る裁判例（前掲東京高決平成20年9月16日及びその原審である東京家審平成20年8月7日）も存在し、本評釈事件も含めて、子が日本に連れて来られて間もなく申立てがなされた事案においては、国際裁判管轄を認めるために子の所在が日本とどの程度結びつきのあるものになっている必要があるかを曖昧にしておく、予測可能性と安定性に欠ける。そこで、本評釈では、住所、常居所、居所、現在地といった類似概念を整理し、管轄の基準およびルールの明確化を試みたい。近々予定されている民事訴訟法の改正により新設される3条の2第1項でも、居所は住所と別の意義を有する概念として扱われており、家事事件の国際裁判管轄を論じる際にも、居所・現在地に相当する概念を住所として表現することは避けるべきである。例えば、名古屋地判平成11年11月24日判時1728号58頁は、「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……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」と説示するが、住所を居所・現在地と区別するとこのような表現は用いられないはずである。

これらの概念の差異を意識した学説は、前掲東京高決平成20年9月16日の評釈に見られ、「子が現に居住していて、今後も居住する見込み」があればよいとする説^⑩、「実際に子が国内に居住していればよい」とする説^⑪、「滞在期間を問わず」、「子の居住地（現在地）」でよいとする説^⑫などがある。また、以前から「子供の所在で足りる」とする説も提唱されていた^⑬。これらの説は、ニュアンスの差はあるものの、民法上「生活の本拠」として定義されている住所ではなく、居所^⑭や現在地^⑮程度の法廷地との関連性があれば足りるとする趣旨であると解される。

監護事件では、子の生活環境の調査を通じて適正かつ迅速な裁判をすることが子の福祉に適い、それは、的確な調査が可能な地に管轄を認めることで実現される^⑯。申立時に子の居所や現在地が日本にあれば、たとえ住所・常居所が認められるに至っていなくとも、子の居住が実体審理の期間中継続すると（本評釈事件

でも、申立てから親権者指定の審判がなされるまで約1年経過している。)、家裁調査官の調査による生活環境的的確な把握が可能となってくるので、日本で適正な裁判を行うことができる場合が多いであろう。

しかし、管轄のハードルを子の居所や所在地があれば充分であるとして低く設定すると、子を日本に連れて来れば容易に管轄が認められることになるので、子の奪取を手段としてなす親による法廷地漁りを誘発するのではないかと懸念される。

3 子の奪取の抑止

(1) 法廷地漁りの手段としての子の奪取

自己に有利な法廷地の選択は、財産関係事件でも日常的に行われており、いわゆる過剰管轄を認める法廷地を選択して被告に過度の応訴の負担をかける場合を除いて、「法廷地漁り」の悪名を付して抑止すべき場合は多くない。監護事件では、申立人・相手方という当事者対立的な視点よりも子の福祉に重心を置いた視点が求められる^⑦ので、相手方の防御の負担^⑧は、申立人の法廷地選択を制限する正当な理由にはならない。これに対して、子の所在地・居住地に管轄が認められることを奇貨とし、子の奪取を手段としてなされる法廷地選択は、子の福祉に与える影響に鑑み、「法廷地漁り」として抑止されるべきである。

子の福祉の促進は、監護事件の国際裁判管轄の議論における至高の目的である。その内容として我が国で従来から強調されてきたのは、適正・迅速な監護裁判を受ける利益である。しかし、子の福祉の内容はこれに限られない。子が生活環境の急変を奪取によって強いられない利益も、子の福祉の重要な要素として把握されるべきように思われる。1980年ハーグ子奪取条約(国際的な子の奪取の民事上の側面に関する条約)は、その前文で、不法な連れ去り又は留置によって生ずる有害な影響から子を国際的に保護することを希求すると宣明しており、締約国は、子が自国に連れて来られ、又は自国に留置されていても、所定の条件の充足がない限り、監護権裁判の管轄を有しないとする規定(16条)は、その適用場面においては、適正・迅速な裁判を受ける権利にも増して、生活環境の急変を奪取によって強いられない子の利益を強く保護しようとしているものと理解できる。このバランスの当否については賛否両論あり得るが、同条約の締約国でなくとも、生活環境の急変を奪取によって強いられない子の利益に対する一定の配慮は主体的に行うべきであろう。既に奪取が起こってしまった事件に限って見ると、生活環境の急変を強いられない利益の侵害は既に発生しているので、適正・迅速な裁判を受ける利益だけが保護すべき利益として残り、その実現のためには、管轄を認めるのが合理的であるという考え方もあり得る^⑨。しかし、一般的・将来的に起こり得る奪取も視野に入れると、生活環境の急変を奪取によって強いられない子の利益も重要な保護法益となるのであり、管轄ルールの設定においてはこれに対

する配慮も看過されるべきでないように思われる。

子の奪取の目的は、法廷地漁りであるとは限らない。子を自らの監護下に置きたいという純粋な願望によって奪取が決行されることも多い。ハーグ子奪取条約は、動機の如何を問わず、一定の態様の奪取を対象として返還のメカニズムを定めている。しかし、本評釈では、法廷地漁りの動機を抑えることによって間接的に奪取を抑止するためには、監護事件の管轄のハードルをどのように設定するのが有効・適切かを検討課題とするので、法廷地漁りの手段とされる可能性があるという奪取の側面に着目することになる。

子の奪取それ自体を規律する場合には、規律対象となる奪取を定義しなければならない^⑩。具体的には、奪取前の居住国は子の現在地・居所・常居所・住所のいずれでなければならないか、その国で認められていた監護権侵害がなければならないか^⑪、監護権侵害が必要ならば、監護権の根拠となる外国裁判は奪取後の居住国で承認されるものでなければならないか、監護権の根拠となる準拠法は奪取後の居住国の国際私法により指定される法と一致していなければならないかというような点が定義に当たっては問題となる。これに対して、管轄のハードルを調整することによって法廷地漁りの動機を抑え、間接的に奪取を抑止する手法においては、規律対象は管轄なので、奪取は厳密に定義する必要がない。

(2) 現在地や居所を基準とすることの当否

監護事件の管轄を認めるのに子の居所や所在地があれば充分であるとする説の論者も、管轄のハードルが低いために子の奪取を誘発する可能性を意に介さないわけではないが、その可能性は過大視すべきでなく、管轄を認めることによってもたらされる利点をより重視すべきという立場であるようである。具体的には、親権者を被奪取親に指定した外国裁判がある事案では、奪取親による親権者変更の審判手続において、当該外国裁判の承認の可否が検討され、承認される場合にはその裁判結果を前提として実体判断がなされることになるので、奪取親が外国裁判の効力から逃れることはできないと指摘する^⑫。また、親権者を被奪取親に指定した外国裁判の確定時以後に生じた事情については、被奪取親によって地方裁判所に提起される親権者指定の外国裁判の執行判決請求訴訟の手続において公序審査(民事訴訟法118条3号)の一環として考慮されるよりも、奪取親によって家庭裁判所に申し立てられる親権者変更審判の手続において調査官の調査を踏まえて考慮される方が、より適切な裁判となることが期待できるとも指摘する^⑬。これらの指摘はもっともである。

しかし、管轄が否定される場合と比較すると、管轄が認められる方が奪取親にとって有利であることは否定できない。被奪取親が自らを親権者として指定した外国裁判の執行判決請求訴訟を日本で提起すると、外国裁判の確定時以後に生じ

た奪取親に有利な事情は、自動承認制度の下では公序審査（民事訴訟法118条3号）の対象とはならないとされる可能性がある上、たとえ公序審査の対象となるとされても②、外国裁判の承認によって内国の基本的な法理念・法秩序に反する結果となるものでなければ公序違反とはならない。外国裁判の執行判決に対して請求異議の訴えを提起しても、外国裁判の確定時以後の事情は、親権者変更の審判によるべきで請求異議事由にはならないとされる③可能性もあるし、仮に請求異議事由になるとされても、原告が証明責任を負担すると解される④ので、職権探知主義手続がとられる審判と比べて、奪取親の負担が大きい。さらに、たとえ奪取親が執行判決請求訴訟や請求異議訴訟で勝訴しても、親権者変更の形成裁判を得ることができない。ところが、親権者変更審判の管轄が認められると⑤、たとえ本案において外国裁判が承認され、それが判断の基礎となるとしても、外国裁判後の事情がすべて考慮され、外国裁判所の適用した法とは異なる準拠法の下で⑥、新たに将来志向の判断がなされるので、親権者変更が認められる可能性がある。したがって、国際裁判管轄のハードルが低いほど奪取親にとって有利であり、子の奪取を伴う法廷地漁りを誘発する可能性がその分高まる。

(3) 住所を基準とすることの当否および住所の認定

管轄のハードルを上げて、子の現在地や居所があるだけではならず、住所がなければ管轄を認めないことにすると、その分だけ法廷地漁りの動機は抑えられるので、子の奪取の抑止が期待できる。確かに、奪取が既に起こってしまった事案に着目すれば、この期に及んで管轄を否定しても、子が元の居住国に返還されなければ日本での居住が継続し、いずれは住所を有するに至る可能性があるので、その時点で、奪取親が改めて親権者・監護者の変更を申し立てれば、管轄を肯定せざるをえないことになる。実際、ハーグ子奪取条約に未加入の現状では、親権者や監護権者からの請求があっても、子が迅速に返還される可能性は高くない。しかし、子を親権者・監護権者へ返還する実効的な手続の構築は、ハーグ子奪取条約の加入の有無にかかわらず追求されるべき課題であるし、事案によっては、親権者変更申立てに対する管轄の否定がきっかけとなって、法的強制手続によることなく被奪取親が子を取り戻すことができる状況の変化が起こる可能性もある⑦。

現在地・居所と住所の違いは、間接管轄との関係でも意味を持つ。仮に直接管轄について現在地や居所で足りるとの立場に立ち、間接管轄につき鏡像理論を採るならば、日本の親権者指定の審判の後に日本から子が奪取された場合に、奪取先の国が子の居所や現在地を根拠に親権者変更裁判の管轄を認めて日本の審判を変更する裁判をしても、間接管轄が認められることになり、その裁判が日本で承認される事態が起こり得る。現在地ないし居所があるにすぎない事案で間接管轄を認めると、日本からの子の奪取を誘発する可能性もあるのではないだろうか。

前掲名古屋地判平成11年11月24日はその可能性を髣髴させる事件で、米国人妻が婚姻生活を送っていた日本から子を日本人夫に無断で連れ出してオレゴン州に移り、オレゴン州裁判所で離婚及び子の親権者を妻と指定する判決を得た。名古屋地裁は、オレゴン州判決の親権者指定の部分は、子の住所地の所在により間接管轄が認められるとして、我が国でも効力を有すると判示した（但し、この事件では、オレゴン州での訴え提起は米国帰国後の約半年後になされたため、子の住所がオレゴン州にあったとの認定も不合理ではなかった。）。

住所を管轄の基準とすることに代償がないわけではなく、それは、子が居所や現在地を有しているだけでも子の生活環境を的確に調査できる場合に、迅速に監護裁判を開始できないことである。結局、いずれの基準を採るべきかは、適正・迅速な監護裁判を受ける利益と生活環境の急変を奪取によって強いられない利益という、子の福祉の2つの構成要素のバランスをどうとるかの問題であり、その答えは政策判断によらざるをえないが、後述するように例外的処理の余地を残すならば、原則としては、監護事件の管轄の基準は住所とすることで妥当なバランスを実現することができるのではないだろうか。

「住所」の定義は、民法22条に「各人の生活の本拠をその者の住所とする」と定められている。「住所」の語は民法のほか、商法、手形法、小切手法などにも使われているが、最大判昭和29年10月20日民集8巻10号1907頁は、「およそ法令において人の住所につき法律上の効果を規定している場合、反対の解釈をなすべき特段の事由のない限り、その住所とは各人の生活の本拠を指すものと解するを相当とする」と判示し、公職選挙法上の住所も生活の本拠が何処であるかによって認定した⑧。国際裁判管轄の決定での住所地は、国際民事手続法上の概念であると言われることがあるが⑨、国際裁判管轄の基準として「住所」と言うときも、最高裁の言うところの「反対の解釈をなすべき特段の事由」はない⑩と思われるので、他の法⑪の下での「住所」と同じく、「生活の本拠」を指すと解すべきである。ただ、「生活の本拠」の概念の枠内では、その認定に当たってそれぞれの法の趣旨を反映させる余地はあり⑫、公職選挙法や住民基本台帳法の住所と管轄の基準としての住所が常に全く同じ場所に認定される必要はないであろう。監護事件の国際裁判管轄の基準としての「住所」については、「子の福祉を実現するという目的のために柔軟に解釈すべき」⑬と言われたり、「住所地の変更を含む子の監護状況の変化に対応して迅速になされなければならない」ので、「住所概念を厳格に解することはこの趣旨に反することになる」と言われたりするが⑭、柔軟な認定は、あくまで「生活の本拠」の概念の枠内で行うにとどめるべきと考える。

子が奪取の結果として日本に居住するに至った場合、奪取前の居住地国で認め

られていた監護権の侵害を理由として、被奪取親が日本での居住の適法性を争えば、それは子の日本における生活の不安定要因になるので、その限りでは生活の本拠の認定に否定的な影響を与える可能性がある。しかし、生活の本拠の認定は、奪取の事実自体によっては左右されるべきではない。前掲東京高決平成20年9月16日は、米国人男と米国で離婚した日本人女が、両者の間に生まれた子を日本に連れ帰り、監護者を自己単独に変更することなどを求めた事案である。本件は、申立時に子は12日間ほどしか日本にいなかったため、仮に現在地あるいは居所が日本にあるとの認定が可能であったとしても、住所があるとの認定はもともと困難な事案であった^⑩。しかし、東京高決および原審（前掲東京家審平成20年8月7日）は、母親が米国の裁判所の命じた監護計画に違反して、子を連れ戻した日本での滞在を続けていることを重視し、子の住所又は常居所地が日本にないと認定し、管轄を否定した。この認定に対して、学説は、住所地（常居所地）は、「客観的事実のレベルでの判断によって認定すべきであって、規範的な判断（本来居住すべきか否か等）によって左右されないことを原則とすべきである」^⑪などとして批判的である。子の奪取の抑止を極めて重視し、子の住所が認められる事案であっても奪取の場合には管轄を否定すべきであるという価値判断を採るならば、それは「住所」の概念操作ではなく、後に検討するように、別個の管轄要件の設定によってなされるべきである。

子が日本と外国の間で往来した事案においては、子が日本に住所を有するかの認定にあたって、以前の日本滞在を参酌すべきかという問題が生じ得る。生活の本拠の認定のために適当である限りは、過去の滞在の期間と態様も参酌されるべきであろう。本評釈事件では、Aは日本とネブラスカ州の間を往復したが、ネブラスカ州最高裁判決によると、Yは、日本で約2年半をX、Aと共に過ごしてから、平成17年5月27日にAを連れてネブラスカ州に移住した。XがAを連れて日本に帰国したのは、事実関係から平成20年12月であったと推測されるので、ネブラスカ州での滞在は3年以上に及んだ。この間、Xはネブラスカ州の管轄を争っていたとは言え、それ以前の日本滞在の期間や態様を参酌するには不在期間が長すぎると思われる^⑫。

現在の住所の認定にあたって、将来の滞在の予定が参酌されるべきかも問題となる。将来の予定が客観的に蓋然性の高いものであれば、現在の生活の本拠の認定にあたって参酌することが適当な場合もあるであろう。例えば、奪取されて日本に来た子が法的手続によって帰国する予定になっていれば、これに当たるであろう^⑬。また、同居している親が、定職につき、居住用不動産を購入していれば、客観的に居住の継続の蓋然性が高いので、子の生活の本拠の認定にあたっても参酌され得るであろう。これに対して、将来の滞在予定が親または子の主観的なもの

のにすぎない場合には、参酌されるべきでない。主観的な予定は確実性がないだけでなく、申立時を管轄判断の標準時とする意味を没却することになるからである。主観的な予定の不確実性を例証する裁判例に、大阪高決平成19年4月12日（平成19年（ワ）124号）（判例集未掲載）がある。これは、日本と中国の間を往復し、ほとんど日本に滞在していない子の親権者変更が申し立てられた事件で、大阪高裁は、親が近い将来に子を日本の小学校に入学させるつもりであることも挙げて、子の住所が日本にあると認定し、国際裁判管轄を肯定した。しかし、差戻し後の京都家裁の審判手続では、調査官による子の調査の困難を克服するために子が来日する手段をどのようにとるのか、その費用をだれが負担するのかが問題となり、手続の進捗が滞るうちに、事件は取下げにより終了したとのことである^⑭。

住所の認定にあたって居住の期間は重要な要素であるが、生活の本拠となるのに必要な居住の期間は、居住の態様にもよるので、形式的に決めることはできない。裁判例にも、約6か月の滞りで日本に子の住所を認めて子の引渡審判の国際裁判管轄を肯定したもの^⑮がある一方で、養子縁組事件ではあるが、5か月以上にわたる滞在期間があったにもかかわらず日本に子の住所を認めなかったもの^⑯もある。

住所地は通常は現在の居住地でもあるが、現在居住していなくとも住所が認められる可能性はある。日本から外国に子が移住した場合、子の現在地は直ちに外国になり、子の居所も短期間のうちに外国になるであろう。これに対して、子の住所は、「生活の本拠」という価値判断を伴う概念なので、日本に多少の期間は残っていると解することができる^⑰。例えば、子を外国居住の親族に一時的に預けている場合には日本に子の住所が認められる可能性がある。東京家審昭和50年8月12日家月28巻6号87頁の事件では、日本に住所を有する米国人女が日本に住所を有する米国人の元夫に対して子の監護者の変更を求めた事案で、子は相手方の兄に一時的に託されて米国オレゴン州に滞在していたにもかかわらず、東京家裁は、未成年者は通常独立して住所を設定しえず、特段の事情のないかぎり監護者の住所にその住所を有すると見るのが合理的であると説示し、子の住所は日本にあるとして管轄を肯定した。その他、子が外国の学校の寄宿舎で生活している場合や、子が親の一方によって外国に連れ去られた場合などにも日本に子の住所が認められる可能性がある^⑱。

(4) 常居所を基準とすることの当否および常居所の認定

以上では、住所・居所・現在地の概念を区別しながら、監護事件のあるべき管轄ルールを考察したが、将来、日本が1996年ハーグ親責任条約（親責任及び子の保護措置についての管轄権、準拠法、承認、執行及び協力に関する条約）に加入することがあると、「常居所」が管轄の基準になる。他方、ハーグ子奪取条約に加入

した場合には、監護事件の管轄の基準を常居所とする必然性はない。ハーグ子奪取条約には、子の不法な連れ去りや留置がなされた旨の通知があった場合に新居住国が監護の権利について決定を行うために充たすべき条件を規定した条文がある(16条)が、この規定は監護事件の管轄の基準を常居所とすべきことを必然的に意味するものではないからである。しかし、同条約が、常居所地国への子の返還を確保する手続を定めることを目的とし(前文)、不法な連れ去りや留置という概念が常居所地国の法や裁判に基づく監護権侵害によって定義されている(3条)ことに鑑みると、法律関係を簡明にするためには、監護事件の管轄の基準も常居所によることにする利点は大きいであろう。

一般にハーグ国際私法会議の条約では、常居所は定義されておらず、上記の2つの条約も例外でない^④。したがって、常居所の概念は、当該管轄を認める趣旨に従って決められることになる^⑤。柔軟な認定ができるので、具体的妥当性を重視すべき家事事件に適していると言えよう。反面、定義がない概念を基準とすることによって、法的予測可能性や法的安定性を損なわないように、管轄を認める趣旨の明確化が重要になる。監護事件における至高の目的は子の福祉であり、適正・迅速な監護裁判を受ける利益と生活環境の急変を奪取によって強いられない利益の適正なバランスを実現するためには、管轄の基準としての常居所は、住所の概念に近似する概念として把握すべきであろう^⑥。常居所を居所や現在地と近似の概念としてとらえることは語感からも無理があり、居所や現在地を監護事件の管轄基準とする説を採っていれば、日本がハーグ条約(特に親責任条約)に加入する場合には、立法論として自説を維持する可能性はともかくとして、改説を迫られることになろう。

本評釈事件の審判は、子が日本で住民登録された地において生活していることを根拠として常居所を認定している。常居所の認定に際して住民票を基準とすることは、法務省民事局長通達(平成元年10月2日民二第3900号通達「法例の一部を改正する法律の施行に伴う戸籍事務の取扱いについて」)によって許容されており、この通達が参考にされた可能性がある。通達は、戸籍窓口の日常業務を円滑化するための行政内部の取扱いの指示であって、裁判所による常居所の認定に際して、住民票のような公法上の基準によるのは妥当ではないと思われる^⑦。

(5) 累積的な要件の設定の当否

ハーグ親責任条約は、子の常居所が移転する場合には、新常居所地国に管轄が認められるとしつつ(5条2項)、その例外として、子の不法な連れ去りや留置の場合(その定義は7条2項に規定^⑧)には、常居所が移転した後も、a) 監護権者が連れ去りや留置を黙認したか、b) 監護権者が子の所在を知った時または知るべき時から少なくとも一年間新常居所地国に居住を続け、その間になされた引

渡しの申立てが係属しておらず、子が新しい環境に適応したのでないかぎりは、旧常居所地国に管轄が認められる(7条1項)。この規定は、ハーグ子奪取条約の定める子の返還ルールとセットとなっはじめて意味を持つものであるとの理解も示されているが^⑨、そもそもこの規定は、親責任条約締約国間での統一のために、ハーグ子奪取条約の締約国でもあるかにかかわりなく必要であると考えられて設けられた規定である^⑩。この規定とはほぼ同一の規定は、ブリュッセルII bis規則にも存在する(10条)。この規定の適用場面では、子が奪取先の国に新たに常居所を有するに至って、生活状況の調査を通じた適正・迅速な裁判ができるとしても、その他の要件も充たされない限りは、新常居所地国に管轄が認められないので、子の奪取の抑止という政策が優先されていることになる。この規定のように、奪取事件においては、子の住所・常居所の所在に加えて何らかの累積要件を設定することを妥当とする説がある^⑪。この手法を採るのならば、何を累積的な要件とするか(ハーグ親責任条約7条1項に対応)だけでなく、どのような態様の奪取を対象とするべきか(ハーグ親責任条約7条2項に対応)も検討する必要がある。日本がこの条約に加入するならばともかく、非締約国である限りは、累積的な要件を別段特に設けなくとも、住所・常居所に管轄を認めることで、裁判の適正・迅速と奪取の抑止の間の適度なバランスは実現できるのではないだろうか。

4 住所・常居所地管轄の例外を認めるべき場合

以上より、監護事件においては、子の住所・常居所が日本にある場合に国際裁判管轄を認めるべきであると考えられる。しかし、一律にそれを貫けば、子の福祉に反する結果となる場合もあるので、子の住所・常居所が日本になくとも管轄を認める例外的処理の余地を残しておくべきである。では、どのような場合に例外的処理を認めるべきであろうか。

保全処分の申立事件では、奪取親が申し立てる場合(親権者の職務執行停止、職務代行者選任、面接交渉の一次停止、緊急時における子の身上監護者や法律行為の代表者の選任など)であれ、被奪取親が申し立てる場合(面会交流や子の引渡しの仮処分など)であれ、その緊急性や保全の必要性に鑑み、子の現在地があれば管轄を認めるべきであろう。ハーグ親責任条約は、子の現在地及び子の財産所在地に保全処分の管轄を認めている(11条、12条)。しかし、我が国の現行法上は、家事審判法15条の3第1項が「第9条の審判の申立てがあつた場合において」家庭裁判所は必要な保全処分を命ずることができると規定していることから、民事保全法上の保全処分と異なり、家事審判法上の保全処分は審判の申立てがあつた場合のみ発令され得る^⑫ので、保全処分について管轄を有するのは、本案の審判事件の係属している家庭裁判所であり^⑬、本案について国際裁判管轄がない時点では保全処分の管轄は認められないと解さざるをえない。

そこで、既に離婚が成立しているにもかかわらず親権者が未定となっている場合の親権者指定申立事件においては、日本に子の住所・常居所が認められなくとも、日本で適正な裁判を行うことを妨げる事情がなければ、日本以外の国で実効的な救済を得ることができない場合、緊急管轄として管轄を認めるべきであると考える。以下にその理由を述べる。

日本において承認される外国裁判や日本の国際私法の指定する準拠法によって親権者が決まっている場合の親権者変更の申立事件と異なり、既に離婚が成立しているにもかかわらず親権者が未定となっている場合の親権者指定の申立事件では、日本に子の住所・常居所が認められるに至るまで管轄を認めないとすると、親権の帰属が未定の状態が続くことになる⁵⁹。例えば、本評釈の事件で、Aの親権の準拠法は、法の適用に関する通則法32条、38条1項によれば、本件審判で認定したとおり日本法であるところ、XとYの婚姻はネブラスカ州判決により解消され⁶⁰、日本民法では、離婚の際には父母の一方を親権者と定めることになっている(819条1項及び2項)にもかかわらず、ネブラスカ州最高裁がAの監護に関するネブラスカ州地方裁判所の決定を取消したため、本件審判の申立時においては、親権の帰属は未定であった。前述したように、我が国の現行法上、親権者指定について国際裁判管轄がない時点では、仮の地位の仮処分の管轄は認められないと解されるので、親権者の帰属についての不明確な法律関係は、親権者指定の管轄を認めない限り解消されない。子の福祉の内容として強調されてきた適正・迅速な裁判を受ける利益は、従来、子がその生活状況についての的確かつ迅速な調査を受ける利益として理解されてきたが、子が不明確な法律関係に留め置かれぬ利益も、別の意味合いで、迅速な裁判を受ける利益として保護に値すると思われる⁶¹。

既に離婚が成立しているにもかかわらず親権者が未定になっている場合の親権者指定申立事件でも、申立時に子が日本に居住していない事案では、たとえ申立人が子と外国で生活を長期間共にしてきており、子の生活状況について申立人に証言や証拠の提出を期待しえらるゝとしても⁶²、それらを真実であるとして判断の基礎とし得るかは疑問であり⁶³、日本で適正な裁判を行うことができるとは通常は言えない⁶⁴から、管轄を認めるべきでない⁶⁵。これに対して、日本に子が居住している事案では、たとえ申立時に住所・常居所が認められるに至っていないととも、子の居住が実体審理の期間中継続すると、家裁調査官の調査による生活環境の的確な把握が可能となってくるので、申立後に子が出国する予定があったり、現実に出国した場合でない限り、日本で適正な裁判を行うことを妨げる事情はないと考えるべきであろう。

既に離婚が成立しているにもかかわらず親権者が未定となっている場合の親権

者指定申立事件において、親権の帰属についての不明確な法律関係を早期に解消する必要性が大きいからと言って、日本に子の住所・常居所が認められなくとも、日本で適正な裁判を行うことを妨げる事情がないだけで管轄を認めることにすると⁶⁶、子の奪取を手段とした法廷地漁りを誘発するおそれがある。したがって、日本以外の国で実効的な救済を得ることができない場合に限って、緊急管轄として管轄を認めるべきであると考え。すなわち、日本から見て間接管轄を有する国において、当該国の管轄ルールの下では親権者指定の管轄が認められない場合や、親権者指定の裁判がなされても日本での承認要件を充たさない場合などである。申立時において日本に子の居所が認められるが住所・常居所は認められない事案では、来日前に子が居住していた外国に、たとえ日本から見ると子の住所・常居所が残っていても、その国の国際裁判管轄ルールによると親権者指定の管轄が認められない可能性があり、その場合、日本以外の国で実効的な救済を得ることができない。また、子が住所・常居所を有していた国で親権者指定の裁判が既になされていても、訴状や期日呼出状を相手方に送達又は送付しなかったなど、間接管轄以外の点でその裁判が日本での承認要件を充たさない場合、その国で改めて同じ申立てをしても却下されるであろうから、日本以外の国で実効的な救済を得ることができない⁶⁷。

緊急管轄の発動は、稀な事例に限られるべきであるところ、親権者指定申立事件でも、多くは子の住所が日本に認められるであろうから、緊急管轄の発動が必要な事例は限定的であると思われる。これまでの裁判例で、既に離婚が成立しているにもかかわらず親権者が未定となっている場合の親権者指定申立事件には次のような事例がある。本評釈事件と同様に外国で離婚判決がなされたが親権者指定はなされなかった事件(松山家宇和島支審昭和51年1月9日家月29巻3号101頁)、外国で離婚と親権者指定の判決がなされたが、親権者指定の部分が我が国での承認要件を充たさなかった事件⁶⁸(那覇家審平成3年4月1日家月43巻10号44頁。但し、承認の可否につき明示の判断はされていない)、協議離婚の届出において親権者指定について無断で届け出がなされ、離婚の成立は有効と認められたが親権者指定については無効であるとされた事件(大阪家審平成8年2月9日家月49巻3号66頁)、親権者指定の準拠法が離婚時に親権者指定を要するとしていなかったために、親権者を指定せずに協議離婚がなされた事件(大阪家審平成6年12月2日家月48巻2号150頁(中国法が準拠法)、前掲東京高決平成17年11月24日(フィリピン法が準拠法))である。このうち、東京高決平成17年11月24日の事件以外は、子の日本における居住期間が長かったため、子の住所・常居所地を管轄原因とすることで難なく管轄を認めることができた事件である。東京高決平成17年11月24日の事件は、フィリピン人と共にフィリピンに居住していたフィリピン人母が、日本に居住して

いた日本人父と協議離婚した後、父を相手方として、自らを子の親権者と指定することを申し立てた事案で、東京高裁は、親権者指定事件では、子の住所地国と併せて相手方住所地国に国際裁判管轄を認めるべきであると説示し、相手方住所地国である日本に管轄を認めたと、もし、子の住所地であるフィリピンで親権者指定の申立てをしていれば管轄が認められていた^⑩ならば、本件も緊急管轄の発動が必要な事件ではなかったことになり、管轄を認めた結論も適当ではないということになる^⑪。

以上の本評釈の立場からは、本評釈事件では、申立てが帰国まもなくされたという前提に立てば、申立時にAの住所・常居所は認められないので、原則として、管轄を否定すべきであったということになるが、既に離婚が成立しているにもかかわらず親権者が未定になっている場合の親権者指定申立事件であるから、日本で適正な裁判を行うことを妨げる事情が存在しない限り、ネブラスカ州において改めて親権者指定の申立てをしても管轄が認められないようならば、例外的に、緊急管轄として我が国の管轄を認めるべきであった。

注

※ 本評釈執筆に際し、新崎長俊裁判官（秋田地方裁判所・家庭裁判所）に実務面を中心にご教示いただいた。ここに感謝の意を表する。文責は筆者にあり、特に意見にわたる部分は筆者自身の私見である。

- ① ネブラスカ州判決の原文には当事者の実名が記載されているが、本審判が実名を伏せていることに配慮し、本評釈ではXとYに置き換えた。
- ② 民事訴訟法及び民事保全法の一部を改正する法律（平成23年5月2日法律第36号）1条参照。
- ③ 例えば、北坂尚洋・民商142巻2号257頁、織田有基子・本誌660号8頁など参照。間接管轄の判断の標準時につき、高杉直・本誌667号40頁参照。
- ④ 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』（2010年、法曹会）40頁。
- ⑤ 離婚事件について、司法研修所・前掲注④94頁参照。
- ⑥ 東京家審昭和44年6月20日家月22巻3号110頁は、監護事件については、子の住所地に管轄があり、当事者間の管轄合意に拘束力はないと判示した。
- ⑦ このような例外的扱いがなされなかった裁判例に、福岡高那覇支庁平成22年2月23日家月63巻1号134頁（原審是那覇家沖繩支審平成21年10月1日家月63巻1号137頁）がある。この事件では、原審における親権者変更申立ての審判手続中に、原告人が事件本人の子らを米国に連れ出したが、福岡高裁は管轄を否定することなく、子らの親権者を原告人から相手方に変更するのが相当と判断した。米国における子らの原告人による監護状況には不明な点が多いとしつつも、連れ去り前の約9か月間の日本における監護状況や、子にとって未知の国である米国に相手方の意向に反して連れ出したという原告人の行為態様に着目して、原告人の親権者としての適格性に疑義があると認定していることから、決定時における子の不在にもかかわらず適正な裁判を行うための判断材料は充分にあったと思われる事案である。決定では、原告人は米国への奪取によって家裁調査官による調査を受ける機会を放棄したとも述べられており、適正・迅速な裁判の実現だけでなく、奪取行為に対する制裁の必要性も念頭に置かれていたことがうかがわれる。
- ⑧ ちなみに、ネブラスカ州最高裁が適用した監護事件の管轄及び執行に関する統一法（Uniform

Child Custody Jurisdiction and Enforcement Act [UCCJEA] Neb. Rev. Stat. § 43-1226 et seq.)でも、手続開始（commencement of the proceeding）の時点（§ 43-1238）が基準とされている。

- ⑨ 村上幸隆・本誌653号26頁。
- ⑩ 早川眞一郎・私法判例リマークス41号146頁。但し、この場合に「住所・常居所を有する国」として管轄を認める。
- ⑪ 永山倫代「判批」平成21年度主要民事判例解説（別冊判タ29号）144頁。
- ⑫ 織田・前掲注④8頁。但し、住所を生活の本拠として限定的に理解せず、子の居住地（現在地）も、滞在期間の長短にかかわらず、子の住所となり得るとする。
- ⑬ 渡辺惺之「父母間の国際的な子の引渡紛争—国際民事手続法の視点から」判タ1189号76頁。但し、子の所在地を常居所地と解する。
- ⑭ 「居所」の成文法上の定義はないが、一般に、生活の本拠とはいえないが、多少の期間継続して居住している場所として理解されている（『有斐閣法律用語辞典』（第2版）304頁）。
- ⑮ 「現在地」は、刑事訴訟法上の土地管轄の基準の1つとして採用されており（2条1項）、文字通り、人が現時点において存在する場所として理解されている（『有斐閣法律用語辞典』（第2版）375頁）。
- ⑯ 松原正明「涉外的子の監護紛争の処理」岡垣學・野田愛子編『講座・実務家事審判法（5）涉外事件関係』（1990年、日本評論社）225頁。
- ⑰ 渡辺・前掲注④76頁。
- ⑱ 家事審判では、実務上は弾力的な運用がなされているもの（法制審議会非訟事件手続法・家事審判法部会第10回会議（平成21年11月27日）議事録2頁）、過料の制裁の下で本人出頭主義が採られており（家事審判法27条、家事審判規則5条1項〔家事事件手続法51条〕）、証拠書類は翻訳文の添付が必要であり（司法研修所・前掲注④52頁）、日本語を解せない外国人当事者に対する心理的調整の困難も大きいようである（同書57頁）。
- ⑲ 森川伸吾・ジュリスト1414号259頁は、監護処分は子のための後見的分処であるのに、奪取という親の事情を理由として、管轄を否定することが何故許されるのかという疑問を呈する。
- ⑳ ハーグ子奪取条約では、3条に規定されている。
- ㉑ これを肯定すると、本評釈事件で起こったように、親権者指定がなされていない場合に子を連れ去る行為は奪取の定義に入らないことになる。
- ㉒ 早川・前掲注④146頁、織田・前掲注④9頁。
- ㉓ 渡辺・前掲注④75頁。
- ㉔ 東京高判平成5年11月15日家月46巻6号47頁は、公序審査の基準時は、承認・執行についての判断時であると解し、外国判決確定時以後に生じた事情も審査の対象とした。
- ㉕ 東京地判平成4年1月30日家月45巻9号65頁（前掲注④東京高判平成5年11月15日の原審）がその例であり、「本件外国判決は……単独支配保護者を原告と定めると共に……現に監護している被告に対して、[子]の引渡を命ずるものであるから、その後再び裁判管轄権のある裁判所によって、単独支配保護者を変更する決定がなされたために原告が[子]の単独支配保護者ではなくなったというような事情があるのであれば格別、単に〔本件外国判決言渡し後に、その判決の判断の基礎となった事情が変わり、原告に子を引渡すことは、子の健全な発達の障害となるという〕ような事実だけでは、本件外国判決自体に対する請求異議事由には該当しないと解される」と判断した（〔 〕内は本評釈の筆者による。）。事情変更を理由とする請求異議の訴えの適否について、詳しくは、梶村太市・判タ367号148頁参照。
- ㉖ 最大判昭和56年12月16日民集35巻10号1369頁参照。この判旨の解釈について、詳しくは、笠井正俊「確定判決についての請求異議事由の証明責任」伊藤眞ほか編『民事手続法学の新たな地平・青山善充先生古稀祝賀論文集』（2009年、有斐閣）570頁及び注⑦参照。

- ② 親権者変更審判の管轄が認められても、それによって被奪取親による外国裁判の執行判決請求が妨げられることはない。仮処分としての強制執行停止の制度がある請求異議の訴(民事執行法36条1項)と異なり、変更取消審判の場合にはその旨の規定がないので、外国裁判の執行停止仮処分が認められないと解されるからである。
- ③ 東京家審昭和44年6月20日家月22巻3号110頁は、メキシコ裁判所においてニューヨーク州法を適用してなされた監護決定の変更申立てが我が国でなされた事件であるが、我が国の国際私法によりコロラド州法が準拠法とされた。
- ④ 本評釈の事案でも、親権者指定についてネブラスカ州の管轄が否定された後に、ネブラスカ州から子を母が日本に連れ戻すことができた。
- ⑤ 住民基本台帳法上の住所の認定も、生活の本拠としての実体の有無によって行った最高裁判例がある(最判平成20年10月3日判タ1285号62頁)。
- ⑥ 河野俊行「子の養育・監護・引き渡し」国際法学会編『個人と家族』(2001年、三省堂)183頁。
- ⑦ 準拠法決定規則の単位法律関係を画する概念は、外国の法制度にも対応できる広がりを持つ必要があるため、内国の法概念と同じと考えることはできないが、同様の考慮は管轄原因を画する概念には当てはまらないと思われる。
- ⑧ 国内管轄を定める家事審判規則70条、52条[家事事件手続法150条4号、167条]や、財産関係事件の国際裁判管轄規則として民事訴訟法に新設が予定されている第3条の2第1項を含む。
- ⑨ 例えば、東京高判昭和42年10月26日判時507号34頁は、「民事訴訟法上普通裁判籍を決定しかつ訴訟書類の送達を受くべき場所となる住所は問題となった訴訟当事者に対し訴訟が提起されたこと、さらにその訴訟がいかなる内容のものでありどのように進行しているかを了知させるという考慮に基いてこれを定むべきであるから、その当事者の主観的意思のいかんにかかわらずその者の全生活を客観的に観察してその者が現実的に常住し実質的な生活活動を営み訴訟書類を受領し得る場所を以てその者の当該時点における住所と認むべき」であると判示している。
- ⑩ 河野・前掲注①192頁。
- ⑪ 松原・前掲注②226頁。
- ⑫ 北坂・前掲注③257頁も同旨。
- ⑬ 早川・前掲注④146頁。北坂・前掲注⑤257頁、織田・前掲注⑥6頁、森川・前掲注⑦258頁も同旨。
- ⑭ ネブラスカ州側では、同じ問題が中心的な争点になった。ネブラスカ州最高裁が適用した「監護事件の管轄及び執行に関する統一法」では、監護者決定の管轄は、手続開始時に同州が子の本拠州(home state)である場合などに認められており(§ 43-1238)、本拠州とは、子が親または親として行為している者と一緒に手続開始時に最低6か月間継続的に居住している州であるが、「一時的な不在(temporary absence)」の期間は滞在期間として参入することとされていた(§ 43-1227(7))。米軍兵士であったYは、無期限で横須賀基地に配属されたために、ネブラスカ州から日本にXおよび生後10週間のAを連れて移住し、日本で約2年半を過ごした。そこで、ネブラスカ州の訴訟では、日本での滞在は軍の配属によるものであったことを理由に「一時的な不在」に当たると主張した。同州最高裁は、軍の無期限配属のために他国で過ごした期間は、兵役であるという理由だけで「一時的な不在」とみなされることはない」と説示し、Yの主張を退けた。
- ⑮ 森川・前掲注⑧258頁も同旨。
- ⑯ 村上・前掲注⑨22頁。
- ⑰ 東京家審平成4年9月18日家月45巻12号63頁。

- ⑱ 札幌家審平成4年6月3日家月44巻12号91頁。但し養親となる者が日本に住所を有する日本人であったことから、縁組許可申立ての国際裁判管轄は肯定した。
- ⑲ これに対して、従来の居住地に子の住所を認めるのではなく、むしろ「特段の事情」判断などの例外的処理によるべきとする説もある。中野俊一郎「判批」民商111巻1号170頁、西島太一・ジュリスト1332号303頁参照。
- ⑳ 鳥居淳子・ジュリスト483号160頁、道垣内正人・ジュリスト991号140頁も同旨。
- ㉑ ハーグ親責任条約でも、定義が提案されたが否決されたことにつき、同条約の公式注釈書(Paul Lagarde, Explanatory Report on the 1996 Hague Convention) para. 40参照。
- ㉒ EUの婚姻事件および親責任に関する裁判管轄ならびに外国判決の承認・執行についての理事会規則(Council Regulation (EC) No 2201/2003, いわゆる「ブリュッセルII bis規則」)も常居所を管轄基準として用いるが、定義がなされておらず、規則の目的に従って解釈されるべきと考えられている(European Commission "Practice Guide for the application of the new Brussels II Regulation" p. 12)。
- ㉓ 道垣内・前掲注㉒140頁は、常居所も住所も、「その内容は管轄を認める趣旨に即して決められるということを押さえておけば、いずれにしても同じことである」とする。他に、住所と居所の中間的な概念として常居所を理解する見解(松原・前掲注㉒226頁)もある。
- ㉔ 木棚照一・松岡博・渡辺愷之「国際私法概論」(2007年、第5版、有斐閣)51頁も同旨。
- ㉕ ハーグ子奪取条約における定義(3条)と同一内容となっている。大要としては、子の旧常居所地国の法の下で認められていた監護権が実際に行使されていたか、連れ去りや留置がなければ行使されていたであろう場合で、その監護権の侵害を伴う連れ去りや留置を言う。
- ㉖ 森川・前掲注㉓259頁。
- ㉗ ハーグ親責任条約の公式注釈書(Paul Lagarde, Explanatory Report on the 1996 Hague Convention) para. 46。
- ㉘ 北坂・前掲注㉓258頁。但し、付加される具体的要件については、さらなる検討が必要であるとするととどまる。
- ㉙ 梶村太市、徳田和幸編『家事事件手続法』(2007年、第2版、有斐閣)395頁。
- ㉚ 家事審判法は近々廃止され、家事事件手続法に引き継がれる(非訟事件手続法及び家事事件手続法の施行に伴う関係法律の整備等に関する法律3条、家事事件手続法附則1条参照)が、家事事件手続法105条も同じく規定する。
- ㉛ なお、戸籍窓口は、子の親権者指定がない外国裁判所の離婚判決に基づく報告的届出がなされた場合、届書に親権者指定の記載を欠くことを理由とする受理の拒絶はできず(渉外戸籍実務研究会「設題解説 渉外戸籍実務の処理Ⅲ」220頁)、そのまま受理され、戸籍には、その後父母の協議またはこれに代わる審判によって親権者が定められ、その届出がなされるまで親権者に関する記載をしないでおくことになる(南敏文編著『はじめての渉外戸籍』(2003年)113頁)。
- ㉜ 本件審判ではネブラスカ州離婚判決の承認の可否を検討した形跡はないが、親権者変更ではなく親権者指定の申立てが認容されたことから推し量るに、ネブラスカ州の離婚判決が承認され、離婚が成立しているという前提で審判がなされたものと思われる。Xは離婚判決の承認の可否も争うことができたであろうが、利害関係の中心は子の親権者指定にあったものと推察される。なお、ネブラスカ州最高裁判決には、Xは離婚事件についてもネブラスカ州の管轄を争ったとの記述があるが、その帰趣は明らかにされていない。
- ㉝ ちなみに、このような意味での子の利益を保護する必要性は、離婚の際の親権者指定について、離婚裁判の管轄を有する裁判所に親権者指定の裁判の管轄を認める立場の根拠の1つともなっている。例えば、前掲名古屋地判平成11年11月24日は、「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。)の防止」する必要性があるとした。

- ㉔ 子が日本に居住していなかったにもかかわらず親権者指定の管轄を認めた前掲東京高決平成17年11月24日は、子とフィリピンで生活を共にする申立人を通じて子及び申立人の生活状況についての調査を行うことが格別困難であるとは言えないとし、それを管轄を認めるべき特段の事情の1つとして援用した。
- ㉕ 植松真生・私法判例リマックス35号143頁も同旨。
- ㉖ 但し、親権につき父母が争っておらず、父は他の女性と重婚して子の養育を放棄していた前掲東京高決平成17年11月24日の事案のように、子の状況調査の重要度が低い事案もあり得る(林貴美・民商136巻6号757頁も同旨)。
- ㉗ ちなみに、親権者指定の申立てが離婚裁判に付随してなされている事件においても、同じ理由により、離婚について管轄が認められても、子が日本に居住していない場合には、親権者指定についての管轄は認められるべきではないと考える(渡辺・前掲注㉔76頁も同旨)。判例の立場は一様ではなく、前掲名古屋地判平成11年11月24日や、東京高判平成5年1月27日民集50巻7号1474頁のように、離婚裁判を管轄する裁判所は親権者指定についても管轄を有するものが多いが、親権者指定の管轄を離婚のそれと別個に扱うものも少数ながら存在し、例えば、東京家審昭和44年6月13日家月22巻3号104頁は、離婚審判に際しての複数の子の監護決定の申立事案であったが、日本に住所を有する子についてのみ管轄を認めた。
- ㉘ 西島・前掲注㉔303頁は、子の住所地主義の例外的処理の余地は残すべきとするが、その場面を予め指定するのは難しく、本案につき解決する必要性と実体的真実発見の可能性についての実質的な判断をするほかないとする。
- ㉙ 離婚の国際裁判管轄の事例であるが、最判平成8年6月24日民集50巻7号1451頁は、ドイツの離婚判決が日本における承認要件を充たさず、日本では婚姻ははまだ終了していないことになっている状況で、仮にドイツで離婚請求訴訟を再度提起しても、既に婚姻が終了していることを理由として訴えが不違法とされる可能性が高いので、日本における離婚請求訴訟提起を認めるほかないとして管轄を肯定した(但し、この判決で認められた管轄は緊急管轄としてのものではないとの解釈の余地もある)。本事件では、ドイツ訴訟の送達が公示送達によっていたので、承認要件を充足しないという認定は比較的容易であったと思われるが、実体的公序に反するか判断などになると実体審理に近い審理になってしまう。外国裁判が存在する場合に、それが承認要件を備えないことの認定を管轄判断の段階でどの程度踏み込んで行うべきかは、緊急管轄一般との関係で議論を要する問題であろう。
- ㉚ 反対のパターンで、離婚について承認が否定され、親権者指定について承認が肯定された事案に前掲名古屋地裁平成11年11月24日判決がある。
- ㉛ 植松・前掲注㉔143頁は、フィリピン最高裁の判例を引用しつつ、このように解する。
- ㉜ 植松・前掲注㉔142頁は、東京高決が相手方住所地に管轄を認めた論旨を批判し、本件では管轄を否定すべきであったとする。これに対して、西島・前掲注㉔303頁は、被告住所地主義による同決定の論理構成には批判的であるが、結論に対しては肯定的で、本件のように外国に在住する母子(または父子)の側が日本在住の父(または母)との長年形骸化した法的紐帯からの解放を望んでいる事案では、それが悪質な法廷地漁りとまでいえない限り、類型的に、子の住所地が日本にない場合にも管轄を認める例外的処理を想定しておくことができるのではないかとする。