

論点整理（3）

—子の監護及び親権関係事件—

【子の監護及び親権者の指定・変更に関する事件類型】

- I 子の監護に関する処分（別表第2の3の類型・養育費を除く）
- II 養子の離縁後に親権者となるべき者の指定（別表第2の7の類型）
- III 親権者の指定又は変更（別表第2の8の類型）

【親権喪失関係の事件類型】

- I 親権喪失，親権停止又は管理権喪失（別表第1の67の類型）
- II 親権喪失，親権停止又は管理権喪失の審判の取消し（別表第1の68の類型）
- III 親権又は管理権を辞し，又は回復するについての許可（別表第1の69の類型）
- IV 親権を行う者につき破産手続が開始された場合における管理権喪失（別表第1の132の類型）

【その他】

- I 嫡出否認の訴えの特別代理人の選任（別表第1の59の類型）
- II 子に関する特別代理人の選任（別表第1の65の類型）
- III 第三者が子に与えた財産の管理に関する処分（別表第1の66の類型）
- IV 都道府県の措置についての承認（別表第1の127の類型）
- V 都道府県の措置の期間の更新についての承認（別表第1の128の類型）

第1 子の監護及び親権者の指定・変更に関する事件類型

（注）ここで扱う事件類型には，監護費用の分担に関する処分の事件を含まないものとする。

1 前提

(1) 国内土地管轄

子の監護に関する処分の事件も親権者の指定又は変更の事件も，子の利益の観点から子の現状の調査や子の意思の把握等を踏まえて判断すべきであるが，

そのような裁判資料の収集のためには子の住所地を管轄する家庭裁判所の管轄とするのが最も便宜であることから、いずれも、子の住所地を管轄する家庭裁判所に管轄を定めている（家事事件手続法第150条第4号、第167条）。なお、これらの事件では、いずれも子の父母の合意で管轄を定めることもできることとしており（同法第66条第1項）、子の住所地に管轄を認めた趣旨に反するようにもみえるが、管轄の合意に基づいてされた申立てであっても、裁判所が必要に応じて子の住所地を管轄する家庭裁判所に移送することができる（同法第9条第2項第1号）。

(2) 準拠法

子の監護に関する処分の事件も親権者の指定又は変更の事件も、法の適用に関する通則法（以下「通則法」という。）第32条の規定により、子の本国法が父又は母の本国法（父母の一方が死亡し、又は知れない場合にあっては、他の一方の本国法）と同一である場合には子の本国法が、その他の場合には子の常居所地法が適用される。

(3) 外国法制

「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」、ブリュッセルII bis 規則及び多くの国の国内法において、子の住所地又は常居所地が管轄原因とされている。子の住所地又は常居所地でないところに管轄権を認める場合には、子の利益に反することがないよう一定の要件を付しているものがほとんどであり、例えば、ブリュッセルII bis 規則では、当事者全員の合意により子が密接な関係性を有する加盟国の裁判所に管轄権が認められることとされている。このほか、子の国籍のみを管轄原因とするものや、補完的又は緊急的に子の所在地又は現在地を管轄原因とするものも少なくない。

なお、ブリュッセルII bis 規則では一定の要件のもと離婚手続が係属する加盟国の裁判所が親権についても管轄権を有するとし、ドイツ国内法でも、離婚事件の附帯処分として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）の管轄を認めている。

(4) 我が国における裁判例の状況

ア 子の監護に関する処分や親権者の変更等が独立して問題になった裁判例

子の監護その他その福祉の増進に関する問題については子の住所地国に管轄権を認めるべきとの判断を示すものが一般的のようである（リーディングケースとしては、東京家審昭和44年6月20日家月22巻3号110頁。この審判では当事者間の管轄の合意についても明示的に否定している。）が、他方で、特段の事情のない限り相手方の住所地国を原則としつつ、子の福祉の観点から子の住所地国にも認めるのが相当であるとする裁判例（東京高決平17年11月24日家月58巻11号40頁）もある。

なお、子の住所地又は常居所地の認定に関し、外国で出された子の居住場所を同国内とする命令に反して父母の一方が子を我が国に連れ帰り帰国予定日を過ぎても滞在し続けている場合には子の住所地又は常居所地が日本にあると認めることはできないとした裁判例（東京高決平20年9月16日家月61巻11号63頁）がある。

イ 離婚に伴う親権者の指定や子の監護に関する処分についての裁判例

裁判例の大多数は、離婚と親権者・監護権者の決定を一体のものとして把握し、その裁判管轄権を離婚の管轄権を有する国に認めるようであるが、離婚とともに子の監護に関する処分をする場合に離婚の管轄権のほか子の監護に関する処分の管轄権に言及した裁判例のリーディングケースとして、カナダ人夫婦の離婚の際の子の監護処分につき、子の福祉の擁護という公益的見地から子の住所地を管轄する裁判所が管轄権をもつとするのが各国国際私法上の原則であるとして、日本に居住すると認められる子についてのみ監護者指定の審判をした裁判例（東京家審昭和44年6月13日・家月22巻3号104頁。24条審判。離婚の準拠法はオンタリオ州法。）がある。また、親権者指定の管轄権は離婚の管轄権を有する国及び子の住所地国の双方に認められるとしつつ、先にされた米国裁判所の親権者指定の判決が日本において効力を有することを理由に離婚の判決（準拠法は日本法）において親権者を指定しなかった裁判例（名古屋地判平成11年11月24日判例時報1728号58頁）もある。

(5) 我が国における学説の状況

ア 子の監護に関する処分や親権者の指定・変更の国際裁判管轄一般

子の監護に関する処分や子の親権者の指定・変更の事件は、本質的には子の利益を第一にして裁判所が後見的に処理すべき事件であって迅速処理が特

に要求されるから、子が現実に居住している地で裁判を行うのが子の利益に適い、相手方の防御権の確保の要請に優先するとして、子が日本に住所又は常居所を有する場合に国際裁判管轄を認めるとする考え方が通説であるとされている（注1）。なお、子の住所又は常居所に関して、未成年者は通常独立して住所を設定し得ず、特段の事情のない限り、両親が共に住んでいるときは両親の住所に、両親が別居しているときは適法に子と住んでいる一方の親の住所にその住所を有するとみるのが合理的であるから、他国の寄宿舎で生活しているなど現実には親と居住場所を異にする場合であっても、監護権を有する親の監護の範囲を逸脱していないと認められる場合等には、当該親の住所をもって子の住所と解することができるとする説もある（注2）。もっとも、このような見解に対しては、国際裁判管轄を決定する基準がルーズになりすぎて適切でない、親と子の居住国のいずれにも管轄が認められて別個の判断がされる可能性があるなどといった批判もある。

他方、子の国籍については、身分関係については原則的に本国法が準拠法となるものの、子の監護処分については必ずしも終局的な身分関係の形成・変更を生じないから、国籍のみを管轄原因とするのは相当でないが、子の住所地国が裁判管轄を認めない場合や、相手方となった親の住所が日本にある場合などは、子が日本人であることを条件として日本に国際裁判管轄を認めてよいとする見解もある。

イ 離婚に伴う親権者の指定等の国際裁判管轄について

離婚の際の親権者の指定等につき離婚事件が係属する地に管轄権を認めることの是非については、裁判例ではこれを認めるものが多数あり、子の親権者等の指定は離婚に付随して生ずる問題であって離婚時に処理されれば子の不安定な状態が解消され子の利益に資することを理由にこれを支持する説や、そもそも離婚とそれに伴う親権者等の指定の関係は準拠法の内容により定まるとし、我が国のように離婚判決において同時に親権者を指定することを必要的としている法制のもとでは、両者を不可分に扱うことが単に手続法上の要請ではなく実体法上の要請と考えるべきであるから、離婚判決の内容として当然に親権者等の指定をしなければならず、親権者等の指定自体についての管轄権を考える余地がないとする説もある（注3）。

他方、離婚の裁判管轄は夫婦間の対立する利害の解決を図る地として決定されることや、離婚の準拠法と離婚に伴う親権者の指定の準拠法が異なることなどから、離婚の裁判管轄があることだけを理由に親権・監護権につき管轄を認めることはできず、管轄を認めないとかえって子の利益に反するような特段の事情がある場合に例外的に管轄を認めるにとどめるべきとする説もあり、最近ではこの説が多数であるとされている（注4）。

ウ 管轄の合意

子の監護に関する処分や親権者の指定・変更は、子の利益を中心に裁判所の後見的役割が重視されるものであるから、管轄権の所在を当事者の意思に委ねることは妥当でないとして管轄の合意を否定する見解が有力とされる。

（注1）『講座・実務家事審判法5 涉外事件関係』（日本評論社，1990年）215頁〔松原正明〕、『国際私法（新版）』山田鎌一（有斐閣，1992年）528頁，「涉外子の監護事件・子の引渡し」南敏文（判例タイムズ996号）182頁，「外国裁判所の子の監護に関する裁判を変更できるか」早川眞一郎（判例タイムズ1100号）206頁

（注2）「涉外判例研究」鳥居淳子（ジュリスト483号）160頁，前掲松原226頁，「涉外的な子の奪い合い事件」早川眞一郎（判例タイムズ1100号）209頁

（注3）「涉外判例研究」加藤令造・渡辺忠嗣（ジュリスト291号）76頁

（注4）前掲松原227頁，「親権者の指定・変更の裁判管轄と準拠法」道垣内正人（判例タイムズ747号）472頁，前掲早川209頁，「国境を越える子の監護問題の法的処理の現状と課題」大谷美紀子（判例タイムズ1376号）9頁，「涉外判例研究」大橋真貴子（ジュリスト595号130頁），「涉外判例研究」田辺信彦（ジュリスト478号160頁）

2 検討

子の監護及び親権者の指定・変更に関する事件類型について、次のいずれかに該当する場合に我が国に管轄権を認めることについて、どのように考えるか。

- ① 子が日本に住所を有するとき
- ② 相手方が日本に住所を有するときであって、子の住所が申立人の住所と同一であるとき
- ③ 離婚と併せて親権者を指定し、又は附帯処分として監護に関する処分をする場合には、我が国が離婚事件の管轄権を有し、かつ、子の住所が離婚事件の当事者の一方の住所と同一であるとき

(補足説明)

- (1) 子の住所地を管轄原因とすることについては裁判例及び学説の一致するところであり、子の利益の観点からこれを管轄原因とする必要があるといえる。
- (2) 他方、相手方（基本的に非監護親を想定している。）の住所地を管轄原因とすることについては、子の現状の調査や子の意思の把握等が必ずしも容易ではない地で子の監護等に関して審理判断をすることを認めるのは問題があるとも考えられる。

もっとも、子と同居する監護親である申立人が非監護親である相手方の住所地国での裁判を求めている場合であれば、申立人等を通じて必要な資料を収集することも可能であると考えられるから、このような場合については相手方の住所地国に管轄権を認めることも考えられる（注1，2）。

（注1）この場合、申立人が自己に有利な資料のみを提出して自己に有利な裁判を不当に得ようとして相手方の住所地国に申立てをすることも考えられるから、相手方の住所地国で裁判をすることについて相手方が争わないことを要件とするとも考えられる。

（注2）①及び②のように、子の住所地や子を監護する親の住所地を管轄原因とする場合に、いわゆる子の連れ去りが生じた事案についてはどのように扱うべきかも問題となる。

- (3) 我が国が涉外離婚事件の管轄権を行使する場合に、離婚と併せて親権者の指定をし、又は附帯処分として監護に関する処分をすることができるか否かが問題となる。この点については、子の利益の観点からは無条件でこれを認めるのは相当でないと考えられる（注）が、親権者の指定や子の監護に関する処分は、可能な限り離婚と同時に解決されるのが子の利益に資すると考えられるから、前記(2)に記載した理由と同様の趣旨から、「子の住所が離婚事件の当事者の一方の住所と同一であるとき」という要件を付した上でこれを認めるものとするのが考えられる。

（注）このように解すると、離婚及び親権の準拠法が共に日本法であっても離婚の際に親権者を指定することができない場合が生じ得るが、この点についてどのように考えるか。

第2 親権喪失関係の事件類型

1 前提

(1) 国内土地管轄

いずれの事件も、子の住所地を管轄する家庭裁判所の管轄とされている。

旧家事審判法の下では、事件本人たる親権者等の住所地を管轄する家庭裁判所の管轄とされていた（旧家事審判規則第73条）が、これらの事件についても、子の利益の観点から必要な裁判資料に基づき判断されるべきことは子の監護に関する処分等と同様であることから、家事事件手続法においては、子の住所地を管轄する家庭裁判所の管轄とされた。

(2) 準拠法

いずれも、通則法第32条の規定により、子の本国法が父又は母の本国法（父母の一方が死亡し、又は知れない場合にあつては、他の一方の本国法）と同一である場合には子の本国法が、その他の場合には子の常居所地法が適用される。

(3) 外国法制

基本的には、子の監護及び親権者の指定・変更に関する事件類型と同じ。

(4) 我が国における裁判例

事件本人たる親権者の住所が日本にあることを理由に我が国に管轄権があるものとした裁判例（名古屋家審昭和52年9月9日家月30巻10号57頁。子も日本に住所を有している事案）がある。

(5) 我が国における学説の状況

従来学説は、旧家事審判規則第73条及び第81条（親権・管理権の喪失の宣告に関する事件等の管轄原因を事件本人の住所地と定めるもの）を根拠に、事件本人である親権者の住所地国の管轄とすべきとする見解が有力であった（注1）が、親権喪失宣告事件においては親権に服する子が実質上の当事者と考えられ、国際裁判管轄の決定の際にも親権に服する子の利益が損なわれることのないように配慮されなければならないことを理由に、子の住所地国にも管轄を認めるべきとする見解（注2）もあった。

（注1）『国際私法（新版）』山田鎌一（有斐閣，1992年）528頁

（注2）「涉外判例研究」青木清（ジュリスト727号153頁）

2 検討

親権喪失関係の事件類型について、次のいずれかに該当する場合に我が国に管轄権を認めることについて、どのように考えるか。

① 子が日本に住所を有するとき

② いわゆる事件本人である親〔(申立人である場合を除く。)〕が日本に住所を有するとき

(補足説明)

(1) 家事事件手続法における国内管轄の考え方と同様に、第一次的には、子の利益の観点から、子の住所地を管轄原因とするのが相当である。

(2) 他方で、例えば親からの虐待を逃れて子が外国で生活するようになった後に日本にいる親につき親権喪失等を申し立てるといった場合も想定され、このような場合には、いわゆる事件本人である親が日本に住所を有している以上は親権喪失等の可否の判断に必要な資料を得ることは可能であると考えられ、また、子の利益の保護の観点から、親権を制限すべき場合には速やかにこれを行うことができるようにするのが相当であるから、いわゆる事件本人である親の住所地も管轄原因とすることが考えられる。

もっとも、親権喪失等の審判を受けた親が自ら当該審判の取消しの申立てをする場合(事件類型Ⅱ)や、親権等の辞任の申立て又は親権等の回復の申立てをする場合(事件類型Ⅲ)のように、事件本人である親が申立人となる場合には、子の利益の保護の観点から子の住所地のみを管轄原因とすべきであるとも考えられる。

(3) 子の国籍を管轄原因に加えるか否かについては、諸外国の法制ではこれを認めるものもあるが、子も親も住所を有しない国において親権喪失等の可否についての的確な判断をすることは一般的に困難であると考えられるので、子の国籍を独立した管轄原因とする必要はないと考えられる。

(注1) 親権喪失関係の事件類型では、子の生命に関わるような場合もあり、緊急的な管轄を認める必要性が特に高いと考えられるから、スイス国内法(I PRG)第85条第3項のような特別の規律を設けることも考えられる。

(注2) 親権喪失等の審判がされた場合には直ちに未成年後見人を選任する必要があるが、未成年後見の国際裁判管轄の規律の設け方によっては、両者の管轄原因のずれが問題になり得る。

(注3) 日本で親権喪失等の審判がされ、その後子（及び事件本人である親）が日本から別の国に住所を変更した場合に、当該審判の取消しをするためには、子（又は事件本人である親）の新たな住所地国において当該審判が承認されることが前提となるものと考えられる。このように、当初の審判とその審判の取消しの審判の管轄にずれが生じる場合について、何らかの手当てをする必要はないか。

第3 その他の事件類型

1 前提

(1) 国内土地管轄

いずれの事件も、子の住所地を管轄する家庭裁判所の管轄とされている（家事事件手続法第159条第1項、第167条、第234条）。

(2) 準拠法

いずれの事件も、通則法第32条の規定により、子の本国法が父又は母の本国法（父母の一方が死亡し、又は知れない場合にあっては、他の一方の本国法）と同一である場合には子の本国法が、その他の場合には子の常居所地法が適用される。

(3) 外国法制

基本的に子の監護及び親権者の指定・変更に関する事件類型と同様と考えられるが、第三者が子に与えた財産の管理に関する処分（事件類型Ⅲ）については、オーストリアでは未成年者が同国に財産を有しそれに関する措置が問題となる場合に管轄権を認め、また、スイスでは財産管理の保護のための措置についての管轄原因を子の常居所地（不明の場合は現在する地）としている。

(4) 我が国における裁判例の状況

子の特別代理人の選任（事件類型Ⅰ及びⅡ）については、一般的に子の住所地国に管轄を認めているようであるが、子の住所地に加えて、親の住所地や特別代理人による代理行為が行われる地が日本にあることを考慮するものもある。

(5) 我が国における学説の状況

子の特別代理人の選任（事件類型Ⅰ及びⅡ）については、親子間の利益相反行為について子の利益を保護することを目的とする制度であるから子の住所地国が管轄権を有するとする見解が一般的のようである。

2 検討

次の(1)から(3)までの事件類型について、それぞれに記載するような管轄原因を定めることについてどのように考えるか。

(1) 子の特別代理人の選任（事件類型Ⅰ及びⅡ）

子が日本に住所を有するときに、我が国に管轄権を認めるものとする。

(補足説明)

子が住所を有しない国において問題となる特定の行為の特別代理人の要否等を子の利益の保護の観点から適切に判断することは困難であると考えられるから、従来の見解や裁判実務に従い、子の住所地を管轄原因とするのが相当と考えられる。なお、子の利益の保護の観点からすると、必ずしも親の住所地や特別代理人による代理行為の行為地まで考慮する必要はないと考えられる。

(2) 第三者が子に与えた財産の管理に関する処分（事件類型Ⅲ）

子が日本に住所を有するとき又は管理の対象となる財産が日本に在るときに、我が国に管轄権を認めるものとする。

(補足説明)

財産の管理に関する処分に関しては、相続財産管理人の選任事件の国際裁判管轄について被相続人の最後の住所地国又は相続財産の所在地国に認める裁判例が多いとされる。第三者が子に与えた財産の管理に関する処分についても、子の財産を保護するために当該財産が所在する地で裁判を得る必要がある場合が想定されるから、子の住所地に加えて管理の対象となる財産の所在地も管轄原因とするのが相当であると考えられる。

(3) 都道府県の措置についての承認等（事件類型Ⅳ及びⅤ）

我が国の専属管轄とする。

(補足説明)

これらの事件は、親権者等の保護者が子を虐待するなど著しく子の福祉を害する場合に親権者等の意に反してでも当該子を児童養護施設等に入所等させる必要があるときに、都道府県（又は知事の委任を受けた児童相談所長）が児童福祉法第28条第1項又は第2項の規定に基づき家庭裁判所にその承認の申立てを行うものであり、その性質上、我が国以外に管轄権を認めることは考えられないから、我が国の専属管轄とするのが相当であると考えられる。