

## 涉外家事事件 判例評釈<sup>8</sup> 日本と中国の間を往復する子の監護に関する裁判管轄—日本の裁判管轄を肯定

著者	村上 幸隆
雑誌名	戸籍時報
巻	653
ページ	22-31
発行年	2010-04-10
権利	(C) 日本加除出版株式会社 このデータは日本加除出版株式会社の許諾を得て作成しています。
URL	<a href="http://hdl.handle.net/10112/6732">http://hdl.handle.net/10112/6732</a>

# 日本と中国の間を往復する子の監護に 関する裁判管轄 —日本の裁判管轄を肯定

渉外家事判例研究会

村上幸隆

(弁護士・関西大学法科大学院教授)

中国人夫婦の離婚に伴い夫を養育者と定めた子が、日本の永住権を持っていて日本と中国を往復している場合に、その監護権の変更をめぐる審判について、日本にも子の住所地があるとして、日本の裁判管轄権を認めた事例  
大阪高裁平成19年4月12日決定（平成19年（ワ）124号・親権者変更申立却下審判に対する抗告事件）（判例集未登載）

## ■はじめに

わが国には、子の監護に関する事件の国際裁判管轄権について明文の規定はなく、また最高裁判決も存在しない。

しかしながら、後述するように「子の住所地」をもって国際裁判管轄の基準とする裁判例が多く存在する。

このような状況の中で、本件は、日本に永住権を有しながらも、日中間を往復して生活している子の監護に関する国際裁判管轄が問題となった事例であり、原審（京都家裁）と抗告審（大阪高裁）とで判断が正反対となったものである。本件は、永続的に居住していると考えられる住所がない場合における国際裁判管轄について判断された点で注目される。

なお、筆者は、本件決定時点では代理人ではなかったが、差戻後の京都家裁の審判事件において代理人となった事件である。差戻後の審判事件においては、日本に管轄権があるという前提で裁判手続が進行したが、審理を行う上で非常に苦労した事件であり、家裁実務においても参考になるものと考えられる事件である。

事件自体は、最終的には取下げにより終了している。

## ■事 実

- 1 原告人（原審申立人）X（母。日本に永住者の在留資格を有する中国籍の女性）と相手方（原審相手方）Y（父。中国籍を有する男性。在留資格・定住者，在留期限平成20年5月1日）は，平成13年12月12日，中国において同国の方式で婚姻をし，平成14年5月1日来日，同年9月21日にA（女）が出生した。その後，平成15年6月10日，日本の方式で，両名の子である未成年者A（中国籍）の親権者をYと定めて協議離婚した。
- 2 平成16年7月8日，Xは，面接交渉の調停を申し立てたところ，同調停において，Aが中国のYの実父母と同居していることが判明し，平成17年5月10日，Xは同調停事件を取り下げた。

Aは，平成14年10月16日，日本に定住者の在留資格（3年）を取得し，平成17年8月29日，在留資格が更新された（在留資格期間3年）。
- 3 Aの日本への出入国状況は以下のとおりであった。
  - (1) 平成15年6月17日再出国
  - (2) 平成16年3月27日再入国
  - (3) 平成16年4月20日再出国
  - (4) 平成17年4月14日再入国
  - (5) 平成17年4月16日再出国
  - (6) 平成17年7月16日再入国
  - (7) 平成17年9月13日再出国
  - (8) 平成18年5月11日再入国
  - (9) 平成18年5月13日再出国
- 4 Xは，平成18年9月13日，Aの親権者をYからXに変更することを求める審判（京都家裁平成18年（家）第2237号 親権者変更申立事件・判例集未登載）を申し立てた。原審が申立てを却下したので，Xが，原審判を不服として，原審判を取り消し，Aの親権者をXに変更する旨の裁判を求め即時抗告をしたのが本件である。

## ■原審判旨

平成18年12月27日申立却下（管轄権否定）。

- 1 本件の準拠法たる中華人民共和国婚姻法によると，離婚後も父母は子に対し

扶養及び教育の権利と義務を有し（36条2項）、授乳期後の子について、父母間で扶養問題で争いが生じ協議が調わないときは、人民法院が子の權益及び父母双方の具体的状況に基づいて判決するとされている（同条3項）。したがって、Xの申立ては、同条3項に基づき、離婚時の協議においてYと定めた未成年者の養育者をXに変更する裁判を求める趣旨の申立てと解することができる。

2 そうすると、本件は子の監護に関する処分の事件類型に属すると解される。この点について国際裁判管轄権を定めた規定はないので、条理により定めるはかない。

この点、子の監護に関する処分事件についても、特段の事情のない限り、相手方の住所地国に原則として管轄を認める見解もあるが、子の福祉に着目して、子と最も密接な関係を有する地である子の住所地国に管轄を認めるべきである。

3 これを本件についてみると、前記認定のとおり、未成年者は出入国を繰り返しているが、日本への滞在期間はいずれも短く、未成年者の住所が日本にあるとは認められない。

#### ■抗告審判旨

- 1 (1) Aの外国人登録法上の住所地（居住地）は、Yの住所地と同じであり、また、現在、永住許可の申請中である。
- (2) Yは、上記のとおり我が国で定住者としての在留資格を取得し（当初の在留期間は、1年更新であったが、最近は、3年更新が認められるようになった）、現在は、中国での経験を生かして、理容店に勤務しているが、日本の生活にも慣れてきたので、今後も日本における生活を継続することを予定している。
- (3) Yは、当面は、Aが未だ年少であるため、上記の仕事の都合もあり、一時的にAを中国吉林省〇〇市所在のYの実家に預けているが、週に2、3回は、電話で話をし、半年に一度くらいは中国に会いに行き、Aも半年に一度くらい日本に来るなどして相互交流を続けており、また、Aの生活費等は、Yが送金している。そして、今後の方針としては、日本の方が教育レベルが高いため、Aには日本で教育を受けさせる予定であり、そのため、平成20年春にはAを日本に連れ帰って一緒に生活し、平成21年4月には日本の小学校に入学させるつもりである。その際には、Yの母に半年ほど滞在してもらうことも検討している。
- (4) Yは、本件手続について、本来のAの生活の本拠は日本であり、日本で裁判を受けるのが筋であると考えており、裁判所の期日には必ず出頭し、指示

があれば、Aを来日させて裁判所に出頭させ、必要な調査等を受けさせる意向を表明している。

- 2 我国法上、子の監護に関する処分の事件類型に属すると解される本件事案の国際裁判管轄は、子の福祉に着目して、子と最も密接な関係を有する地である子の住所地国に管轄を認めるべきである。上記の事実関係を総合すると、Aの住所は、その外国人登録法上の住所地（居住地）であるYの住所地にもあるものと認めるのが相当というべきである。そうである以上、我が国の裁判所に国際裁判管轄を肯定するのが相当である。

上記の事実関係によれば、我が国の裁判所においてこそ、本件に関する適正な裁判が可能というべきである。

そして、原審判では子の養育者としての適否等についての実質的な審理・判断はされていないこと、両親である双方当事者は、ともに京都市内に住所を有すること等を考慮すると、本件は、京都家庭裁判所において審理裁判することが適切である。

- 3 以上の次第で、本件抗告は理由があるから、家事審判規則19条1項に基づき、原審判を取り消し、本件を京都家庭裁判所に差し戻すこととして、主文のとおり決定する。

## ■評 釈

判決の結論には疑問がある。

- 1 子の親権・監護の国際裁判管轄をめぐる裁判例に関しては、いくつかの類型に分かれる。

まず、(1)手続面で、離婚に関する裁判との関係で、①子の親権・監護が単独で問題となる事例と、②離婚についての裁判に付随して問題になる事例とがある。

次に、(2)内容面で、子の親権・監護等の内容に関して、①面接交渉が問題になる事例と、②親権・監護者等の決定に関して問題となる事例とがある。

本件は、手続的には(1)①、内容的には(2)②の類型に属する。

- 2 子の監護権が単独で問題となる裁判権の国際裁判管轄については、子の住所地国に国際裁判管轄を認める、というのが近時の裁判例の主流である（金沢家裁小松支審平成8年3月11日家月48巻8号102頁、名古屋家裁豊橋支審平成10年2月16日家月50巻10号150頁等。）。

一方、こうした裁判例の傾向がある中で、東京高裁平成17年11月24日決定

(判例タイムズ1213号307頁)は、「親子関係事件……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……未成年者の親権者を指定する裁判の場合については、……相手国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」としており、判例の主流からは外れた判断をしている。しかしながら、子の住所地国にも親権・監護権の指定についての国際裁判管轄を認める点では、主流となっている裁判例と同様である。

子の住所地国に国際裁判管轄が認められる理由としては、「子の福祉という観点」から、「当該子の生活関係に深い地」、すなわち「現在の住所地」の国に認めるといふものである（静岡家審昭和62年5月27日家月40巻5号164頁，大阪家審平成6年12月2日家月48巻2号150頁）。

- 3 では、国際裁判管轄が認められる場合の子の「住所（地）」とはどのようなものなのであろうか。どのような要件により「住所（地）」と判断されるのであろうか。本件は、まさにこの点が問題となった事例である。

ここで子の「住所（地）」といいながら、裁判例を子細に見ていくと、表現が微妙に異なっている。

その多くは、「住所（地）」という表現を用いているが（松山家裁宇和島支審昭和51年1月9日家月29巻3号101頁，東京家審昭和48年10月18日家月26巻7号50頁，大阪家審昭和47年10月5日家月25巻7号73頁，仙台家審昭和57年3月16日家月35巻8号149頁，東京家審昭和62年4月27日家月39巻10号101頁，静岡家審昭和62年5月27日家月40巻5号164頁，那覇家審平成3年4月1日家月43巻10号44頁，東京家審昭和44年6月20日家月22巻3号110頁，神戸家裁伊丹支審平成5年5月10日家月46巻6号72頁），「居住（地）」という表現を用いているもの（大阪家審平成6年12月2日家月48巻2号150頁），「現在地」という表現を用いているもの（東京家審昭和50年8月12日家月28巻6号87頁），「住所地または常居所地」という表現を用いているもの（東京家審平成元年9月22日家月42巻4号65頁，名古屋家裁豊橋支審平成10年2月16日家月50巻10号150頁）も見受けられる。

機能的に考えると、その表現はどうかであれ、「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」と考えるべきであろう。

- 4 「住所（地）」等について、以上のように考えると、子が生活の根拠として永続して暮らしているといえるような場合には、当該地国を国際裁判管轄と判断して差し支えない。問題は、本件のように、そのようにはいえないような場合

にどう解するかである。

類似のケースとしては、子が海外の学校の寄宿舎で暮らす場合（子の面接交渉に関して東京家審平成20年5月7日家月60巻12号71頁，その評釈に関して，戸籍時報650号14頁〔高杉直〕・ジュリスト1392号204頁〔山田恒久〕），子が監護者によって一時的に他国に預けられているような場合（東京家審昭和50年8月12日家月28巻6号87頁。），監護権者のもとから他方の親によって一方的に連れ出される場合等が挙げられている。このような場合には，親元ないし監護者の住所地をもって子の住所地と解するべきであるとの主張があり（鳥居淳子「子の親権・監護権に関する裁判管轄権」ジュリスト483号160頁），前掲東京家裁昭和50年8月12日審判はそのような判断を下している。

5 ところで，本件の内容を判断する前提として，準拠法についてはどうなるのか。

子は中華人民共和国籍であるため，中華人民共和国（中国）法が準拠法となることに争いはないであろう（法の適用に関する通則法32条。なお，同法41条ただし書により，この場合には反致の余地はない。）。この点は，裁判においても当然の前提として，争われていない。

準拠法たる中国法においては，日本法における「親権」に相当する統一的概念はない。

中国民法通則および中国婚姻法によると，「監護人」（中国語原文は，〔监护人〕。以下，〔 〕内は，中国語原文を指す。）の地位に基づく子女に対する法定代理権（中国民法通則16条，14条，12条），未成年者の子女に対する子女の合法的権利・利益〔权益〕保護の権利・義務，未成年者の子女に対する扶養・教育〔抚养教育〕の権利・義務（中国婚姻法21条1項），未成年の子に対する保護・教育〔保护和教育〕の権利・義務などを個別に定めている。

中国法では，父母と子の間の関係は，離婚により消滅しないため（中国婚姻法36条1項），後も夫婦が共同で「監護人」としての扶養及び教育する権利を有する（中国婚姻法36条2項「父母は，離婚後，子に対し依然として扶養及び教育の権利及び義務を有する。」〔离婚后，父母对于子女仍有抚养和教育的权利和义务。〕）。

6 原審・抗告審とも，Xの申立てを，中国婚姻法36条3項（「授乳期にある子は，離婚後は授乳する母が扶養することを原則とする。授乳期後の子の扶養問題について紛争が生じ合意に達することができない場合は，人民法院が子の権利及び双方の具体的状況に基づき判決を下す。」〔离婚后，哺乳期内的子女，以随哺乳的母亲抚养为原则。哺乳期后的子女，如双方因抚养问题发生争执不能达成协议时，由人民法院根据子女的

权益和双方的具体情况判决。))に基づき、離婚時の協議において「親権者」をYと定めた未成年者の養育者をXに変更する裁判を求める趣旨の申立てと解してその後の手続を進めている。

しかし、Xの申立ての趣旨をこのように善解により変更してしまってよいかについては、疑問の余地がある。

既に述べたように、中国法上は、日本法でいう「親権」という概念がない、ないしは、未成年の子女に対する離婚した夫婦の有する権利・義務や関わり方からして、日本法的に理解すれば、「離婚後も夫婦共同親権である」と解される。だとすると、「親権者変更」という申立ての趣旨が、果たしてどういう趣旨であるのかをXに対して確認すべきではなかったのか(特に後述7のような事情を考えれば、なおさらである。))。

他方、当事者の手続的公平の点からも疑問がある。Xには代理人弁護士がついており、一方Yは、本人による手続遂行であって、しかも日本語能力が乏しい。このような場合に、申立内容の善解という手段による判断が許されるかという、Yの手続保障の点からも、問題があるように考えられる。

7 ところで、本件においては、原審判示の通り、Yを親権者として離婚届出をしている。このような離婚届出を受理したことは、戸籍実務上は問題があると考えられる。

昭和52年10月6日付け法務省民二第5114号民事局長回答によると、「中華人民共和国婚姻法には離婚の際に父母の協議で親権者を定めることができる旨の規定がないので、当該離婚届書中(5)「妻が親権を行なう子」欄に子の氏名を記載した離婚届は、受理することができないものとする。もっとも、同法によれば、離婚の際に子を扶養する者を定めるべきものとしているので、もし右の記載が、子を扶養する者として母を指定した趣旨のものであるとすれば、その旨を離婚届書の「その他」欄に記載させた上、これを受理して差し支えない。」としている。

つまり、この民事局長回答は、中国婚姻法上は、親権の扱いについて6に述べたような理解(離婚後も夫婦共同親権である。)を前提としたものである。本件の場合、親権者としての届出があるにもかかわらず、当該民事局長回答のような記載(「子を扶養する者として父を指定した」との記載)がないのであり、「親権者」としての届出の趣旨が不明であるとして扱わざるを得ないことになる。不明であるということは、養育者として届けたのかどうかも不明であるということになる。



だとすると、当該民事局長の理解を前提とすれば、離婚段階で「養育者」を指定したかどうかさえ分からなくなってくる。「養育者」を指定しなかったということであれば、養育者の変更ということ自体の意味がなくなってくることになりかねない。

8 以上のように、本件の申立てが「養育者の変更の申立て」であるとする事自体に問題がある。

しかし、「養育者の変更の申立て」であると理解した場合、実際の養育者が定められているときに、中国婚姻法36条3項によりどのような要件があればそれを変更できるのか、が問題となる。

この点については、準拠法たる中国婚姻法では細かい要件が定められていない。それについては、「最高人民法院 人民法院の離婚案件新処理の子女扶養問題に関する若干具体意見」〔最高人民法院 关于人民法院审理离婚案件处理子女抚养问题的若干具体意见〕(1993年11月3日法発〔1993〕30号)16項により、詳細に定められている。

この「意見」は、一般に、裁判規範性を有する「司法解释」(中国人民法院組織法33条,「最高人民法院 司法解释工作に関する規定」〔最高人民法院 关于司法解释工作的規定〕(最高人民法院2007年3月23日法発〔2007〕12号)5条。)であると理解されている(もっとも、この点については疑問の余地がないわけではない。中国において、「司法解释」の定義、効力などについて定めた上記「司法解释工作に関する規定」〔关于司法解释工作的規定〕6条によると、「司法解释」とされるものは、「解釈」「規定」「批復」「決定」の4種類とされ、「意見」はこれに含まれていない。しかし、当該規定以前に制定された本意見は、「司法解释」としての効力を有すると一般に理解されている。)

この「意見」によると、次のいずれか一つの状況がある場合に、他の一方が変更を要求した場合には、裁判所はそれを支持するものとされる。

- (1) 子と共同生活をしている一方が重病にかかり、又は身体に障害を負ったために、子の養育を継続できない場合。
- (2) 子と共同生活している一方が、扶養義務を尽くさず又は子に対して虐待行為を行い、又はその共同生活が子の心身の健康に不利な影響を及ぼすことが確実な場合。
- (3) 満10歳以上の子が、他方との共同生活することを望み、かつ、その他方に子の養育能力がある場合。
- (4) 子の養育者変更を必要とするその他の正当な理由がある場合。

これら変更可能な場合の要件を判断する際にどのような審理をする必要があるのか、が、どの裁判所において審理するのが妥当か、どの裁判所に管轄を認めれば妥当か、の判断に関わってくると考えられる。

これらの事由の内、(1)(2)は、主として養育する親の側に関わる事由であり、(3)は、主として子の側に関わる事由である。しかし、いずれの事由を判断するにしても、家庭裁判所調査官による調査は、子の監護に関わる裁判において最も重要ともいえる手段である。

本件に即していえば、親の側の事由については、X Y双方が日本において居住していることから、日本における調査が可能である。しかし、子Aの調査に関しては、そのほとんどの期間中国において生活しており、調査官による調査をしようとするれば、日本に連れてくるしかない状況であった。

9 以上のような前提の下で、本件ではどう考えるべきなのか。

まず、子の日中どちらの滞在期間が長期間か、である。これは、明らかに中国における滞在期間の方が圧倒的に長期間である。日本における滞在日数が、平成16年の場合に24日、平成17年の場合には61日、平成18年の場合には2日である。このような滞在日数をもって、日本に住所地があると解するには、極めて無理がある。

第2に、国際裁判管轄を認める最も大きな根拠として、どの裁判所において子の監護権を決定するための審理を行うのが妥当なのか、という点である。本件の場合に、京都家庭裁判所においてその判断をすることがより適しているといえるのか。あるいは判断が可能なのか。

家庭裁判所調査官による調査を中国において行うことはできない。ほとんど日本に来ない子を調査して、その監護者を決定するには、余りに貧弱な審理体制としかいいようがない。

本決定は、その表現を子細に見ると、「日本にも子の住所地（居住地）がある」としている。逆にいうと、子の住所地（居住地）は、「中国にもあるが日本にもある」としているのである。

そして、これだけでは、日本に国際裁判管轄を認めるには足りないと考えたのか、Yが「平成20年春にはAを日本に連れ帰って一緒に生活し、平成21年4月には日本の小学校に入学させるつもりである。……本件手続について、本来のAの生活の本拠は日本であり、日本で裁判を受けるのが筋であると考えており、裁判所の期日には必ず出頭し、指示があれば、Aを来日させて裁判所に出席させ、必要な調査等をうけさせる意向を表明している」ことをも挙げ、将来

の居住の可能性、審理の際のYの協力があることも日本に国際裁判管轄があることの理由としている。

将来の居住の可能性に言及している点は、前述の静岡家裁昭和62年5月27日審判の判断構造との親和性が認められる（同審判は、子が「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」とし、将来の予測を考慮した判断をしている。）。

審理の際のYの協力についての供述については（将来の居住の可能性についての供述についても）、先に述べたようにYに弁護士が代理人としてついていないこと、日本語能力が極めて乏しいことを考えると、かかる供述がどのような影響があるかを考えずに供述していた可能性が高い。

実務上、弁護士が代理人についていない場合や日本語を解さない場合の当事者の主張や供述の判断については、慎重にすべきである。

- 10 本件は、大阪高裁の決定に基づいて、京都家庭裁判所における監護者変更の審判手続を行うことになった。しかしその際には、調査官による子の調査をどのように行うのか、が手続進行に当たってのネックになり、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って、はかばかしい進捗が図れなかった。そうこうするうちに、Xが祖父母のもとにいる子Aを連れ去り、そのまま行方不明になってしまうという極めて後味の悪い結末を迎えた。
- 11 本件の先例としての価値は（その結論は疑問であるが）、①離婚裁判手続とは別に行われる、②子の監護者の決定裁判手続において、③子の住所が明確には判断できない場合についての、一事例として参考になるという点にあらう。