離婚と親権者指定の同時解決
―国際裁判管轄権の観点から

北坂尚洋
きた さか なお ひろ
福岡大学法学部教授

1．問題の所在
2．日 本 法
3．外国法・国際条約等
4．検　討
5．最後に：離婚の訴えに伴う監護者指定や子の養育費に関する裁判の管轄権

1．問題の所在

離婚とともに，親権者指定，監護者指定や子の養育費に関する裁判がなされることは少なくないと思われる(1)。親権者指定について，日本法では，夫婦間に未成年の子がいる場合，家庭裁判所は，当事者の申立てがなくても職権で，離婚の訴えを認容すると同時に，父母の一方をその子の親権者として指定しなければならない（民法819条2項，人訴法32条3項）。これらの条文の趣旨は，離婚後に，改めて親権者指定の処分を求めなければならないとすると，子の生活等の安定が得られないので，親権者指定については，法政策的な観点から，離婚訴訟等の手続の中で同時に裁判すべきものとされていると説明されている(2)。同様に，監護者指定や子の養育費等について，日本法では，家庭裁判所は，当事者の申立てにより，離婚の訴えを認容すると同時に，子の監護に関する処分として裁判する（民法766条，771条，人訴法32条1項）。これらの条文の趣旨は，次のように説明されている(3)。すなわち，離婚後に改めて子の監護に関する処分の申立てを行わなければならないとすれば，子の監護に関する処分の決定が遅くなり，当事者の身分関係が不安定な状態が続く。また，判断対象が離婚原因等の審理判断ともある程度密接な関係にあるので，離婚の訴えと

同時に子の監護に関する処分を審理することが当事者の便宜に適い，訴訟経済にも資することになる。

では，離婚の訴えに伴う親権者指定に関する裁判の国際裁判管轄権（以下では，管轄権という）の有無の判断でも，これと同様に，離婚と親権者指定は同時に解決されるべきであるということになるのか。離婚の訴えに伴う裁判としては，上述のとおり，親権者指定，監護者指定，養育費等に関する裁判があるが，本稿では，このうち，離婚の訴えに伴う親権者指定に関する裁判の管轄権に焦点を当てて検討する。具体的には，次の設例を念頭において論じる。

「日本人夫と日本人妻は，夫婦間の日本人子（未成年）と甲国に住んでいた。しかし，夫が1人で帰国し，妻と子だけが甲国に住所を有することになった。このような状況において，夫は，離婚と親権者指定を求めて日本の裁判所に訴えを提起しようと考えている。」(4)

この設例を念頭に置きつつ，まず，2.では，これまでの日本の裁判例・学説，法制審議会等での議論を含めた立法案を整理する。さらに，3.では，外国法や国際条約等の関連規定を取り上げる。その上で，4.で，離婚の訴えに伴う親権者指定に関する裁判の管轄権についての私見，及び，国会に提出されていた法律案の解釈についての私見を述べ，さらに，民法819条2項の解釈についても言及する。なお，親権者指定に関する裁判の管轄権の問題では，住所・常居所の概念や子の連れ去りも大きな問題となるが，本稿では，論点を明確にするため，これらの問題については立ち入らないこととする。

2. 日 本 法

(1) 明文規定の不存在

これまでは，成年後見開始や失踪宣告の審判についての国際裁判管轄規定（以下では，管轄規定という）が法の適用に関する通則法にあることを除くと，どのような場合に日本が国際家事事件について管轄権を有するかについて定める規定はないことを前提に，多くの解釈論・立法論が展開されてきた(5)。そのうち，離婚の訴えに伴う親権者指定に関する裁判の管轄権を日本がどのような場合に有するかについては，裁判例と学説はさまざまである。

(2) 裁判例

まず，裁判実務では，離婚の訴えについて日本が管轄権を有せば，離婚の訴えに伴う親権者指定に関する裁判についても日本は管轄権を有することになるといわれている[(6)]。1.で述べた設例に当てはめると，この考えによれば，子は日本に住所を有さないが，離婚の訴えについて日本が管轄権を有せば，離婚の訴えに伴う親権者指定に関する裁判についても日本は管轄権を有することになる。

ただ，離婚の訴えに伴う親権者指定に関する裁判について，離婚管轄国だけでなく，子の住所地国にも管轄権があると判示する裁判例（名古屋地判平成11年11月24日判時1728号58頁）や，子が日本に居住していることのみを挙げて，離婚の訴えに伴う親権者指定に関する裁判についての日本の管轄権を肯定した裁判例（新潟家新発田支判平成20年7月18日消費者法ニュース78号254頁）等もあり，全ての裁判例が一致しているわけではない。

(3) 学説

離婚の訴えに伴う親権者指定に関する裁判の管轄権について，学説では，さまざまな見解が主張されている。それは，次の【A】から【G】の見解に分類できると考える。

【A】子の住所地国が日本である場合に，日本は管轄権を有すると述べる見解[(7)]

【B】子の住所地国が日本である場合に，日本が管轄権を有することを原則とするが，離婚管轄国であることを理由に管轄権を認める余地を残す見解[(8)]

【C】子の住所地国と離婚管轄国の両方が管轄権を有すると考える見解[(9)]

【D】離婚の準拠法上，離婚判決において親権者指定を絶対必要とするかどうかによって区別し，絶対必要である場合には，離婚管轄国が管轄権を有し，そうではない場合には，子の住所地国のみが管轄権を有するとの見解[(10)]

【E】離婚の訴えについて管轄権が認められれば，それに附随する訴えとして，

離婚の訴えに伴う親権者指定に関する裁判について管轄権を認めてもよいとする見解を一応採用し，子の福祉を適切に判断できないような特段の事情があれば管轄権を否定するという処理をする見解[11]

【F】離婚の訴えに伴う親権者指定の準拠法が親権者指定を含むべきとするときは，離婚の訴えについて日本が管轄権を有せば，離婚の訴えに伴う親権者指定に関する裁判についても日本は管轄権を有すると考える見解[12]

【G】離婚の際には父母の一方を親権者として指定しなければならないと定める民法819条2項及びその手続規定を強行規定と解し，これらの規定により，常に離婚の際には親権者指定が必要になるとの見解[13]

【A】から【G】までの見解を見ると，（Ⅰ）子の住所地国に管轄権があると考える見解と，（Ⅱ）離婚管轄国に管轄権があると考える見解を両極にして，分類できることがわかる。また，【D】と【G】の見解によれば，離婚の際に父母の一方を親権者として指定しなければならないと定める民法819条2項は，単なる実体法上の規定としてだけではなく，手続法上の管轄規定としても，強行的に適用される余地があることになろう（【F】もこの立場か）。

(4) 人事訴訟法等の一部を改正する法律案

(a) 3条の4

国際家事事件の管轄規定等を定める法律案である「人事訴訟法等の一部を改正する法律案」は，平成28年の第190回国会（常会）から，平成29年の第193回国会（常会）に提出されたが，いずれの会期中にも成立しなかった（平成30年の第196回国会（常会）で，可決された）[14]。

この法律案の中で，離婚の訴えに伴う親権者指定に関する裁判の管轄規定は，人事訴訟法3条の4であり，それは次のような条文である。

「（子の監護に関する処分についての裁判に係る事件等の管轄権）

第3条の4　裁判所は，日本の裁判所が……離婚の訴えについて管轄権を有するときは，第32条第1項の子の監護者の指定その他の子の監護に関する処分についての裁判及び同条第3項の親権者の指定についての裁判に係る事件について，管轄権を有する。［2項は省略］」

これによれば，離婚の訴えについて日本が管轄権を有せば，離婚の訴えに伴う親権者指定等に関する裁判の管轄権も日本に認めることになり，離婚と親権者指定等の同時審理が認められることになる。

もっとも，3条の5には，特別の事情によって却下される旨を定める規定がある。3条の5は，次のような規定である。

「(特別の事情による訴えの却下)

第3条の5　裁判所は，訴えについて日本の裁判所が管轄権を有することとなる場合においても，事案の性質，応訴による被告の負担の程度，証拠の所在地，当該訴えに係る身分関係の当事者間の成年に達しない子の利益その他の事情を考慮して，日本の裁判所が審理及び裁判をすることが当事者間の衡平を害し，又は適正かつ迅速な審理の実現を妨げることとなる特別の事情があると認めるときは，その訴えの全部又は一部を却下することができる。」

これによれば，3条の4により，離婚の訴えに伴う親権者指定等に関する裁判の管轄権を日本が有しても，特別の事情がある場合には，日本では裁判されないことになる。

(b)　規定制定までの議論

ただ，3条の4の法制化のための審議では，離婚と親権者指定等の同時審理を原則とすることで見解が一致していたわけではない。

まず，平成26年3月に公表された「人事訴訟事件等についての国際裁判管轄法制研究会報告書」[15]では，親権者指定等の裁判について，子の住所地国が日本である場合に，日本に管轄権があるとした上で，離婚の訴えに伴う親権者指定等については，第2の3で，併合請求として，日本が離婚の訴えについて管轄権を有することに加えて，離婚の訴えと附帯処分等との間に密接な関連があることを要件に，日本は管轄権を有することとされていた[16](もっとも，特別の事情がある場合には却下される（第2の5))。

他方で，平成27年2月に取りまとめられた「人事訴訟事件及び家事事件の国際裁判管轄法制に関する中間試案」[17]では，親権者指定等の裁判について，子の住所地国が日本である場合に，日本に管轄権があるとした上で，第2の2では，離婚の訴えに伴う親権者指定に関する裁判に限って，子の住所地国が日

本でなくても，日本が離婚の訴えについて管轄権を有するのみで日本は管轄権を有することとされた[18]（もっとも，特別の事情がある場合には却下される（第2の5））。

つまり，平成26年の報告書と平成27年の中間試案を見比べると，離婚の訴えと附帯処分等との間の密接関連性を要件としていた前者の規定が，後者ではなくなった一方で，後者では，親権者指定に限って，離婚との同時審理が原則とされた。

さらに，平成27年の中間試案が取りまとめられた後，「人事訴訟事件及び家事事件の国際裁判管轄法制の整備に関する要綱」[19]が，平成27年10月に公表されたが，ここでは，前述の法律案と同旨の規定となった。すなわち，平成27年の中間試案では，親権者指定に限って，離婚との同時審理を認めていたが，要綱では，親権者指定だけでなく，監護者指定等の子の監護に関する裁判も，離婚の訴えとあわせて審理することを認めている。

(5) 小　括

以上に述べた考え方は，子の住所地国に管轄権を認める考え方と，離婚管轄国に管轄権を認める考え方を両極として分類できよう。そして，それぞれの根拠は次のとおりであろう[20]。すなわち，（Ⅰ）子の住所地国に管轄権を認める考え方は，（Ⅰ-1）子の状況を一番適格に判断できる子の住所地で裁判をすることが子の福祉に適うこと，また，（Ⅰ-2）子の状況に関する証拠を収集するのに子の住所地が便宜な地であることをその根拠とするものであろう。他方で，（Ⅱ）離婚管轄国に管轄権を認める考え方は，（Ⅱ-1）離婚と親権者指定の同時解決によって，離婚は認められたが，親権者指定がなされないという事態を避けることができること，そして，（Ⅱ-2）親権者指定がなされないという事態を避けることが子の福祉に適うこと，また，（Ⅱ-3）離婚と親権者指定の同時解決は，訴訟経済に資することをその根拠とするものであろう。

3．外国法・国際条約等

(1) 対　象

外国法や国際条約等の状況もさまざまである。以下の(2)では，まず，離婚の訴えと親権者指定に関する裁判を区別する例として，アメリカの統一法の管轄規定を取り上げてみる。次に，(3)では，親権者指定に関する裁判について，子の常居所地国に管轄権があることを原則としつつ，一定の要件のもとで，離婚管轄国にも管轄権を認めるハーグ条約と EU 規則の管轄規定を説明する。さらに，(4)では，離婚の訴えと親権者指定に関する裁判の同時審理を認める規定の解釈について議論があったスイス法の管轄規定を概説する。

(2) 「子の監護の管轄及び執行に関する統一法」(UCCJEA)[21]

アメリカでは，National Conference of Commissioners on Uniform State Laws によって起草・承認された「子の監護の管轄及び執行に関する統一法」(UCCJEA) という統一法が全州で採択されている[22]。子の監護に関する裁判の管轄権に関する UCCJEA の規定は，201 条である。それは，次のような規定である。

「第 201 条　子の監護についての最初の管轄権

(a)　第 204 条〈筆者注：暫定的緊急管轄権に関する規定〉で別段の定めがある場合を除いて，次のいずれかの場合のみ，州の裁判所は，子の監護に関する最初の決定について管轄権を有する。

(1)　その州が手続開始日に子のホームステイトである場合，又は，その州が，手続開始前 6 ヶ月以内に子のホームステイトであって，かつ，子はその州にいないが，親若しくは親として行動する者がその州に住み続けている場合

[(2)(3)(4)は省略]」

UCCJEA において，子[23]の監護に関する裁判とは，子に関する法的監護，身上監護，面会交流が争点である裁判であり，離婚の訴えの際の子の監護に関する裁判も含まれる（102 条(4)）。離婚の訴えに伴う親権者指定に関する裁判も，子の監護に関する裁判に含まれることになろう。同法は，国際的な事案にも適

用される（105条）[24]。

201条によれば，子の監護に関する裁判については，子のホームステイトの州の裁判所が管轄権を有することが原則となる。子のホームステイトとは，子の監護に関する裁判手続開始直前に，最低6ヶ月連続して子が親と共に住んでいた州のことである（101条(7)）。UCCJEAでは，離婚管轄州は，子の監護に関する裁判について当然に管轄権を有することにはならない。つまり，UCCJEAでは，離婚に伴う親権者指定に関する裁判については，子のホームステイトの州の裁判所が管轄権を有することが原則となり，離婚管轄州であるということだけでは，離婚管轄州は，離婚に伴う親権者指定に関する裁判について管轄権を有することにはならない。

UCCJEAの旧法である「子の監護の管轄に関する統一法」（UCCJA）[25]の3条(a)(2)では，「子の最善の利益（the best interest of the child）」が管轄基準の1つとされていた。しかし，UCCJEAでは，子の監護等に関する裁判の管轄基準と実体基準を明確に区別するため，「子の最善の利益」という基準は，管轄基準から削除された[26]。

(3) 「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」（1996年ハーグ条約）[27]

(a) 子の常居所地国管轄と離婚管轄国管轄

1996年ハーグ条約は，1996年に開催されたハーグ国際私法会議第18会期での審議により成立したものである。2018年3月現在で，同条約の締約国は47ヶ国であり，アメリカ合衆国・全EU構成国・スイス・オーストラリア・ロシア・エクアドル・パラグアイ等，さまざまな地域の国が締約国となっている。日本は締約国ではない。同条約は，親責任の帰属に関する措置等，子の保護措置を対象とするものであり（3条），親権者指定に関する裁判も子の保護措置に含まれることになろう。

同条約5条は，子の保護措置について，子[28]の常居所地国に管轄権があることを原則としつつ，10条は，一定の要件のもとで，離婚管轄国にも管轄権を認める。以下では，5条と10条を順に説明する。

(b)　5条：子の常居所地国管轄

1996年ハーグ条約5条は，子の保護措置について，子の常居所地国が管轄権を有すると定める。その規定は，次のとおりである[29]。

「第5条

1　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。[2項は省略]」

これは，子の状況を評価し，その情報に基づいて判断することに関しては，子の常居所地国の機関が一番よい立場にあるという考えに基づくものであると説明されている[30]。

5条とは別に，難民の子等に関する規定（6条），緊急管轄に関する規定（11条），そして，属地的効力を有する措置を執る管轄権に関する規定（12条）が，子の現在地国に管轄権を認めていることから，ここでいう常居所地は，単なる現在地でないことは明らかである。常居所に関する定義規定は置かれていないが，休暇・学校への出席・面会交流等のために，子がその常居所から一時的にいなくなることは，原則として，その常居所を変更することにはならないということは受け入れられたと説明されている[31]。

(c)　10条：離婚管轄国管轄

これに加えて，10条は，一定の要件のもと，子の保護措置についての管轄権を離婚管轄国にも認める。その規定は，次のとおりである[32]。

「第10条

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……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［筆者注：又は双方］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う場合

2　第1項による子の保護措置の管轄権は，離婚……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。」

すなわち，①少なくとも両親の一方が離婚管轄国に常居所を有すること，②両親等による管轄権の受入れ，③子の利益等，10条が定める全ての要件を満たせば，離婚管轄国は，子の保護措置について管轄権を有することになる[33]。

このうち，②の要件で，両親のほかに，「他の者」が挙げられているのは，親責任が親の一方と親以外の者との間で共有されている状況を想定しているからであると説明されている[34]。また，離婚管轄国が子の保護措置について管轄権を有することが子の最善の利益に適うかどうかという③の要件は，離婚裁判を行う国が独自に判断することになるが[35]，子が審問のために非常に長い距離を移動しなければならなかったり，通訳の助けが必要となる等の場合には，③の要件によって，子の保護措置についての管轄権が離婚管轄国に認められない場合もあると説明されている[36]。

10条による管轄権は，離婚裁判や子の保護措置について争いがない場合に使われることが多いだろうといわれている[37]。PRACTICAL HANDBOOKは，10条が適用される設例として，次の設例を挙げている[38]。

「夫婦が夫婦間の子と締約国Aで住んでいた。しかし，夫婦は別居し，夫は子と締約国Bに移住した。妻は締約国Aに常居所を有するままであり，妻は締約国Aで離婚の訴えを提起した。夫婦は，監護や面会交流に関する決定を締約国Aに求めている。締約国Aの国内法は，夫婦の離婚裁判を行う裁判所がその裁判中に子の保護措置を執ることを認めている。」

もっとも，10条の制定過程では，離婚管轄国に管轄権を認める同条のような規定を置くべきかどうか争われた。しかし，ハーグ国際私法会議第18会期では，当時作成中であった「婚姻事件の管轄権及び判決の承認・執行に関する条約」[39]（ブリュッセルⅡ条約）では，一定の要件のもとで，親責任事件についての管轄権を離婚管轄国に認めており，EU構成国が，ブリュッセルⅡ条約と1996年ハーグ条約の相違が大きくなりすぎることに懸念を示し，子の保護措置についての管轄権を離婚管轄国に認める規定を1996年ハーグ条約に挿入することを求めたため，10条のような規定が置かれることになった[40]。

(4)「婚姻事件及び親責任事件の管轄権及び判決の承認・執行に関する2003年11月27日の理事会規則2201/2003」(ブリュッセルⅡa規則)[41]

(a)　子の常居所地国管轄と離婚管轄国管轄

1996年ハーグ条約と同様に，デンマークを除くEU構成国で適用されているブリュッセルⅡa規則も，親責任事件について，子[42]の常居所地国管轄を原則とし，さらに，一定の要件のもと，離婚管轄国に親責任事件の管轄権を認める。同規則が対象とする親責任事件とは，「親責任の帰属・行使・委譲・制限・終了に関する民事事件」(同項b号)[43]であり，親権者指定に関する裁判も親責任事件に含まれることになろう。

同規則8条は，子の常居所地国管轄を定める規定であり，12条は，離婚管轄国管轄を定める規定である。以下では，8条と12条を順に説明する。

(b)　8条：子の常居所地国管轄

まず，8条は，親責任事件について，子の常居所地国が管轄権を有すると定める。その規定は，次のとおりである。

「第8条　一般的管轄権

1　構成国の裁判所は，裁判所に申立てが係属した時点でその構成国に常居所を有する子に対する親責任事件について，管轄権を有する。

2　第1項は，第9条，第10条及び第12条に従うことを条件とする。」

同規則前文(12)では，「親責任事件に関する本規則の管轄原因は，子の最善の利益に照らして設定されているものであり，特に，密接関連性という基準に基づくものである。このことが意味するのは，子の居住地の変更，又は，親責任を有する者間での合意による場合を除いて，管轄権は，第一に，子が常居所を有する構成国が有することになる。」と説明されている。つまり，8条1項は，子の常居所地国と子は密接に関係しているので，子の常居所地国が親責任事件を判断するのに最も適切な法廷地であるという考えに基づいているといえよう。また，子の常居所地国は子の生活の中心地であること，その地は子に対する措置を迅速に講じることができる地であること，裁判に伴う子への負担を軽減できる地であること，証拠及び子を保護している機関に近い地であることも，子の常居所地国に管轄権を認める根拠として挙げられている[44]。

常居所を定義する規定はなく，常居所の概念は，個別具体的な事案に即して，ブリュッセルⅡａ規則の目的に従って解釈されるべきであると説明されている[45]。

(c)　12条：離婚管轄国管轄

それと同時に，12条は，一定の要件のもと，離婚管轄国に親責任事件の管轄権を認める。その規定は次のとおりである。

「第12条　管轄権の付加的合意

1　第3条によって離婚……に関する申立てについて管轄権を行使する構成国の裁判所は，次の場合に，その申立てに関連する親責任事件について管轄権を有する。

(a)　夫婦の少なくとも一方がその子に対する関係で親責任を有する場合，かつ，

(b)　裁判所の管轄権が，明示的又は一義的に，夫婦及び親責任を有する者によって，裁判所に申立てが係属した時点において受け入れられ，かつ，それが子の最上の利益に適う場合

2　第1項による管轄権は，次のいずれかの場合に，直ちに消滅する。

(a)　離婚……の申立ての許否についての判断が確定した場合。

(b)　親責任に関する手続が(a)に述べられている時点においてまだ係属中である場合には，親責任に関する手続の判断が確定した場合。

(c)　その他の理由により，(a)及び(b)の手続が終了した場合。

［3項は省略］

4　子が，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1996年10月19日のハーグ条約の締約国でない第三国に常居所を有する場合，特に，その第三国で手続を行うことが不可能であるときには，本条における管轄権は，子の利益に適うとされなければならない。」

すなわち，①離婚管轄国がブリュッセルⅡａ規則に従って離婚の管轄権を有すること，②夫婦等の受入れ，③子の利益等，12条が定める全ての要件を満たすことを条件に，離婚管轄国に親責任事件の管轄権を認めている[46]。

②の要件によれば，夫婦及び親責任を有する者が，申立てが係属するときに，

離婚管轄国が離婚裁判に関連する親責任事件について管轄権を有することを明示的又は一義的に受け入れなければならない。「夫婦及び親責任を有する者」が受け入れなければならないから，夫婦の一方の親権が委譲され，夫婦の他方と委譲された第三者が親権者である場合，夫婦に加えて，親権を委譲された第三者も，離婚管轄国が管轄権を有することを受け入れなければならない。その基準時は，親責任事件に関する申立てが係属する時と解されている(47)。受入れは，「明示的又は一義的に」なされなければならない。しかし，その方式に関する文言はなく，書面等の一定の方式が要求されるわけではないと説明されている(48)。

また，③の要件によれば，離婚管轄国が離婚裁判に関連する親責任事件について管轄権を有することが，子の最上の利益に適うものでなければならない。その基準の1つとして，4項は，子が，1996年ハーグ条約の締約国でない第三国に常居所を有する場合，特に，その第三国で手続を行うことが不可能であるときには，本条における管轄権は，子の利益に適うとされなければならないと定める。また，子の福祉に適う裁判のために不可欠とされる調査をなすことができるかどうか，必要とされる本人審問のために法廷地国に移動することが子にとって無理でないかどうか，子の常居所地国以外の国で行われる手続によって，どのような負担が子に生じることになるかも挙げられている(49)。もっとも，12条の他の要件が満たされている場合に，子の最上の利益に適わない状況は稀であるとの指摘もある(50)。

(5) スイス国際私法(51)

離婚の附随的効果に関する裁判についてのスイス国際私法の管轄規定は，63条である。それは，次のような規定である。

「第63条　Ⅳ　附随的効果

1　離婚……について管轄権を有するスイスの裁判所は，その附随的効果について判断を下す管轄権も有する。未成年者保護に関する本法の規定（第85条）〈筆者注：1996年ハーグ条約を適用する旨を定める規定〉は留保される。[Ibis，2項は省略]」

スイス国際私法では，離婚の訴えに伴う子の保護措置の管轄権については，まずは，63条1項で定められており[52]，離婚の訴えに伴う親権者指定に関する裁判の管轄権も，まずは，63条1項によって判断されると考えることができよう。

63条1項前段によれば，離婚の訴えについてスイスが管轄権を有せば，スイスは，その附随的効果に関する裁判の管轄権も無条件に有することになる。離婚とその附随的効果の統一的解決が，63条1項前段の趣旨として挙げられている[53]。

しかし，63条1項後段は，スイスが締約国となっている1996年ハーグ条約を適用する旨を規定する85条の留保を定める。この後段は，2013年の改正で新設された規定である[54]。スイスでは，かつて，63条1項前段と同内容の規定であった改正前63条1項と，1996年ハーグ条約の管轄規定のどちらが優先適用されるかについて議論があった。しかし，離婚管轄国よりも，子の常居所地国のほうが，子の保護措置について判断するのによりよい地であると考えられることから，63条1項後段が新設され，1996年ハーグ条約の優先適用が明確にされた[55]。もっとも，63条1項後段が新設されたことによって，離婚の訴えに伴う子の保護措置の管轄権は，1996年ハーグ条約の適用範囲とは無関係に，全ての場合において，同条約によって判断されることになるかどうかは，見解が分かれているように思われる[56]。

4．検　討

(1) 子の住所地国管轄の原則

ここまで，日本の裁判例・学説・立法案，外国法，国際条約等の状況を概観してきたことをふまえて，以下では，離婚の訴えに伴う親権者指定に関する裁判について，どのような場合に日本は管轄権を有するのかを検討する。

日本の裁判例・学説・立法案，外国法，国際条約等は，（Ⅰ）子の住所地国（常居所地国）に管轄権を認める考え方と，（Ⅱ）離婚管轄国に管轄権を認める考え方を両極にして，分類することができると思われる。

まず，子の住所地国に管轄権を認める考え方について検討する。思うに，離

婚の訴えに伴う親権者指定に関する裁判は，子の福祉を中心に考えるべき裁判であることから，それは，子の福祉を十分に判断できる地で行われるべきということができよう。子の住所地国は，①子と密接に関係している地，②子の生活の中心地，③証拠や子を保護している機関がある場合には，それらに近い地であり，子の福祉について判断するのに適した地であるといえよう。したがって，子の住所地国が日本である場合には，離婚の訴えに伴う親権者指定に関する裁判について，日本は管轄権を有すると考えることに問題はないと思われる（もっとも，住所の概念や子の連れ去りの場合の取り扱いについては，問題が残されている）。

(2) 一定の要件のもとでの離婚管轄国管轄

他方で，離婚管轄国に管轄権を認める考え方は，（Ⅱ-1）離婚と親権者指定の同時解決によって，離婚後に親権者がいないという事態を避けることができること，（Ⅱ-2）親権者指定がなされないという事態を避けることが子の福祉に適うこと，（Ⅱ-3）離婚と親権者指定とを同時に解決すれば，親権者指定に関する新たな裁判を省くことができ，訴訟経済に資することをその根拠とするものであろう。それに加えて，日本法上，離婚に伴う親権者指定に関する裁判は，監護者指定や子の養育費に関する裁判等の附帯処分とは異なり，離婚とともに職権で必ずなされなければならないものである（民法819条2項等）ことから，離婚の訴えとの結びつきが強い性質の裁判である。このため，離婚管轄国で親権者指定に関する裁判を同時に行うことが必要であるともいえよう。

しかし，1.で述べた設例のように，離婚管轄国である日本が子の住所地国ではない場合，子が日本に来ることができず，日本では，親権者指定に関する裁判のために不可欠な調査を十分に行うことができないことも考えられ，子の福祉について十分に判断できないこともあろう。また，離婚管轄国である日本が子の住所地国でない場合，裁判のために子が日本に移動することが，子に大きな負担となることも考えられる。これらのことから考えると，離婚管轄国が日本であるというだけでは，離婚の訴えに伴う親権者指定に関する裁判の管轄権を日本に認めるべきではないと考える。

他方で，1996年ハーグ条約やブリュッセルⅡa規則の管轄規定が想定しているように，親権者指定に関する裁判のために不可欠な調査がそれほど必要とならない事案もあろうし，また，子が日本と外国を行き来しており，子の日本への移動が子にとって大きな負担にならない事案もあろう。さらに，親権者指定に関する裁判を日本ですることに親等に異論がない事案もあろう。特に，これら全てに当てはまるような場合には，日本が子の住所地国でなくても，日本で子の福祉に適う裁判をすることができ，親等にとっての衡平も損なわれないと思われる。したがって，1996年ハーグ条約やブリュッセルⅡa規則の管轄規定の考え方と同じように，離婚管轄国である日本で裁判を行うことが子の利益に適うと考えることができ，かつ，日本で裁判することについて親等に異論がないような場合には，離婚管轄国であることを理由に，離婚の訴えに伴う親権者指定に関する裁判の管轄権を日本に肯定してもよいと考える。

もっとも，私見のように子の利益を管轄基準の1つとする場合，子の利益に適うかどうかという判断が，管轄審理の段階でできるのかという点が疑問となろう。アメリカでは，UCCJEAの制定にあたって，旧法であるUCCJAで用いられていた「子の最善の利益」という語が，子の監護等に関する管轄基準と実体基準を明確に区別するため，削除されたという経緯があることは，3.(2)で述べたとおりである。しかし，ここでいう子の利益とは，手続法上の子の利益である。1996年ハーグ条約やブリュッセルⅡa規則の規定における子の利益に適うかどうかの具体的な基準としては，子の福祉に適う裁判のために不可欠とされる調査をなすことができるかどうか，子が審問のために非常に長い距離を移動しなければならないかどうか，子が離婚管轄国の法廷言語を理解できるかどうか等の点が挙げられており（3.の(3)(c)や(4)(c)を参照），「子の利益」という要件は管轄基準として機能しうると考える。また，日本の法律案でも，特別の事情の考慮において，「子の利益」が挙げられており（人訴法3条の5），日本法としては，「子の利益」を管轄基準とすることは特に異質ではないと考える。

以上のように，私見は，離婚の訴えに伴う親権者指定に関する裁判については，子の住所地国管轄を原則としつつ，一定の要件のもとで，離婚管轄国にも

管轄権を認めるものであり，これまでに述べた外国法や国際条約等のうち，1996年ハーグ条約やブリュッセルⅡa規則の管轄規定と同じである。たしかに，1996年ハーグ条約の審議過程では，離婚管轄国に管轄権を認めることには賛否両論があったところである（3.(3)(c)を参照)。しかし，離婚の訴えに伴う親権者指定に関する裁判は，子の福祉を中心に考えるべき裁判であることから考えると，離婚の訴えに伴う親権者指定に関する裁判については，子の住所地国（常居所地国）管轄を原則としつつ，一定の要件のもとで離婚管轄国にも管轄権を認める考え方は，支持されるべきものであろうと考える。

(3) 法律案の解釈

したがって，子の住所地国を問題にせず，離婚の訴えについて日本が管轄権を有せば，離婚の訴えに伴う親権者指定についても日本は管轄権を有することを原則とする日本の法律案の立場（人訴法3条の4）と，子の住所地国管轄を原則とする私見は異なるということができる。ただ，特別の事情がある場合には却下される旨を定める法律案の規定（人訴法3条の5）をあわせて考えると，その差は見た目ほど大きくないと考える。すなわち，私見によれば，1.で述べた設例のように，子が日本に住所を有さない場合には，離婚管轄国である日本で裁判を行うことが子の利益に適うと考えることができ，かつ，日本で裁判することについて親等に異論がないという要件を満たさない限りは，特別の事情があるとして，日本では親権者指定に関する裁判は却下されると，日本の法律案は解釈されるべきということになる。このように解することで，法律案の規定でも，私見と同じ結論が導かれることになる。

(4) 民法819条2項の解釈

ところで，離婚の訴えに伴う親権者指定に関する裁判の管轄権についての2.(3)で述べた学説のうち，【D】【G】以外の学説は，裁判離婚の際に親権者を指定しなければならないことを定める民法819条2項について言及していない。これらは，同規定を手続法上の管轄規定ではなく，実体法上の規定と考えるものであろう。他方で，【D】【G】の見解では，民法819条2項は，単なる実体

法上の規定としてだけでなく，手続法上の管轄規定としても，強行的に適用される余地があることになろう（【F】もこの立場か）。

これに対して，日本の法律案の立場は，次のように説明できると思われる。まず，離婚の訴えについての管轄権が日本に認められるかどうかが判断され，離婚の訴えについての管轄権が認められれば，法の適用に関する通則法27条によって指定される準拠法（1.で述べた設例では，日本民法770条）が定める離婚原因が存在するかどうか判断される。そして，離婚が認められれば，次に，離婚の訴えに伴う親権者指定に関する裁判の管轄権が日本に認められるかどうかが判断され，その管轄権が日本に認められれば，法の適用に関する通則法32条により指定される準拠法（1.で述べた設例では，日本民法819条2項）により親権者指定が判断される。

【D】【G】の見解のように，民法819条2項を強行規定と考えるのであれば，離婚の訴えについて日本が管轄権を有せば，離婚の訴えに伴う親権者指定に関する裁判についても日本が管轄権を有することになり，さらに，離婚の訴えに伴う親権者指定の準拠法は，法の適用に関する通則法32条によることなく，強行規定として適用される民法819条2項により親権者を指定しなければならないということになろう。日本の法律案の立場は，このような考えとは異なっており，【D】【G】のような立場ではないということができると思われる。

そして，1.で述べた設例では，子の住所地国が外国であるため，日本は親権者指定に関する裁判について管轄権を有さないと考える見解に基づいて，日本の法律案による結論を考えると，離婚だけ認められ，親権者指定はなされないと考えることができるだろう[57]。あるいは，「未成年の子を有する夫婦の離婚は，子の住所地国において離婚後の親権者の指定を行うまで成立させないという処理を行うことも」考えられよう[58]。

これに対して，離婚の訴えに伴う親権者指定の準拠法上，離婚の際に親権者を決定すべきとされているのに，親権者指定に関する裁判の管轄権がないことを理由に，親権者指定のない離婚判決を下すことはできないとの見解（【F】）もある[59]。さらに，「離婚関係・婚姻関係事件については国際裁判管轄権が肯定されるが，未成年の子の親権者指定については子の住所地国ではないという

理由で国際裁判管轄権が否定されるとすると，そもそも婚姻を解消させる判決をすることができないことになる。しかし，このような帰結は，解消させるべき婚姻を解消させないという点で当事者の利益に反するばかりか，これに伴い，早期に適切な親に親権を帰属させて親子間の法律関係を安定化させるという子の利益に反することになる」との見解も述べられている(60)。離婚後に親権者指定がなされない事態を避けることが，離婚の訴えに伴う親権者指定に関する裁判の管轄権を離婚管轄国に認めるべきとの考えの根拠の1つであろう(61)。

思うに，子の住所地国管轄を原則とする私見によれば，日本が親権者指定に関する裁判について管轄権を有さなければ，親権者指定についての本案の判断はなされないのであり，離婚だけ認められ，親権者指定はなされないという処理もやむをえないのではないかと考える。親権者指定に関する裁判が日本でなされないことで，子本人や子の財産に重大な不都合が生じる緊急の場合には，緊急管轄で対応すべきと考える。

5．最後に：離婚の訴えに伴う監護者指定や子の養育費に関する裁判の管轄権

これまで親権者指定について私見を述べてきたが，監護者指定についてはどうであろうか。日本法上，職権でなされる離婚の訴えに伴う親権者指定とは異なり，離婚の訴えに伴う監護者指定には当事者の申立てが必要という点で，離婚の訴えに伴う親権者指定と監護者指定は法的性質が異なる。しかし，子の保護に当たる者を選任するという点では，裁判の内容は同じであり，離婚の訴えに伴う監護者指定に関する裁判の管轄権については，離婚の訴えに伴う親権者指定に関する裁判の管轄権と同様に考えてもよいと考える。

また，離婚の訴えに伴う養育費に関する裁判は，子の監護に関する処分という点では，離婚の訴えに伴う監護者指定に関する裁判と同じである。しかし，養育費に関する裁判は，親権者指定や監護者指定に関する裁判とは異なり，金銭に関わるものであること，また，支払う者の資力も考慮されなければならないという点で，裁判の内容が異なる。EUの「扶養義務事件における裁判管轄，準拠法，裁判及び協力に関する2008年12月18日の理事会規則4/2009」(62)

（EU扶養規則）では，離婚の訴えに伴う養育費に関する裁判の管轄権を離婚管轄国に無条件に認めており，ブリュッセルⅡａ規則と考え方を異にしている。離婚の訴えに伴う養育費に関する裁判の管轄権を親権者指定や監護者指定に関する裁判と同様に考えてもよいのか，今後研究を進めたいと考えている。

(1)　最高裁判所事務総局家庭局「人事訴訟事件の概況――平成28年1月～12月」（この資料は，http://www.courts.go.jp/vcms_lf/20170630jinsogaikyou_h28.pdfからも入手できる。）によれば，平成28年に既済の人事訴訟（離婚・離婚の無効や取消し・離縁・認知等の訴え）の70.4％で，親権者指定をすべき子がいたり，監護者指定・子の養育費等の申立てがあった（3頁）。また，同年に既済の人事訴訟の88.6％が，離婚の訴え・離婚の無効や取消しの訴えであり（2頁），そのうち，認容及び和解となったものが83.1％であった（4頁）。

(2)　松本博之『人事訴訟法［第3版］』（弘文堂，2012年）331頁。

(3)　松本『前掲書』（注2）329頁。

(4)　この設例は，東京家判平成26年3月27日（判例集未登載）をもとにしたものである。なお，同判決では，離婚の訴えが認められなかったので，親権者指定等について判断されなかった。

(5)　大谷美紀子編著『最新渉外家事事件の実務』（新日本法規，2015年）7-8頁，同「国境を越える子の監護問題の法的処理とハーグ条約」松原正明＝道垣内弘人編『家事事件の理論と実務第2巻』（勁草書房，2016年）66頁等。

(6)　大谷『前掲書』（注5）119頁等。離婚の訴えと親権者指定に関する裁判の管轄権を一致させることを判示とした裁判例としては，名古屋高判平成16年3月23日（判例集未搭載），東京地判平成16年1月30日判時1854号51頁等がある。

(7)　松原正明「渉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渉外事件関係』（日本評論社，1990年）225頁，岡野祐子「判批」池原季雄＝早田芳郎編『渉外判例百選［第3版］』（有斐閣，1995年）213頁，本間靖規＝中野俊一郎＝酒井一『国際民事手続法［第2版］』（有斐閣，2012年）85頁，河野俊行「子の養育・監護・引き渡し」国際法学会編『日本と国際法の100年第5巻　個人と家族』（三省堂，2001年）187頁等。渡辺惺之「父母間の国際的な子の引渡紛争」判タ1189号（2005年）76頁では，子が所在しない場合には，離婚の訴えに伴う親権者指定に関する裁判についての管轄権は原則として認められないであろうと主張されている。

(8)　道垣内正人「親権者の指定・変更の裁判管轄と準拠法」野田愛子＝人見康子責任編集『夫婦・親子215題』（判例タイムズ社，1991年）473頁，高杉直「判批」ジュリ1228号（2002年）293頁，横山潤『国際私法』（三省堂，2012年）376頁，青木清＝佐野寛編著『国際〈家族と法〉』（八千代出版，2012年）140頁。

(9)　澤木敬郎「判批」ジュリ223号（1961年）83頁，国際家族法実務研究会編『問答式　国際家族法の実務1』（新日本法規，1987年）286頁。

(10)　加藤令造＝渡辺忠嗣「判批」ジュリ291号（1964年）76頁。

(11)　澤木敬郎＝道垣内正人『国際私法入門［第7版］』（有斐閣，2012年）319頁。

(12)　奥田安弘『国際家族法』（明石書店，2015年）269-270頁。

(13)　安武東一郎「国際人事事件に関連する2つの問題――住所と裁判権」判タ5巻2号（1954年）61頁。

(14)　法律案の審議経過情報は，衆議院や参議院のホームページでも確認できる。

(15)　同資料は，http://www.moj.go.jp/content/000122844.pdfからも入手できる。

(16)　第1の4の(1)　子の監護又は親権に関する審判事件

「裁判所は，子の監護又は親権に関する審判事件（ただし，子の監護に要する費用の分担の審判事件を除く。）……について，次のいずれかに該当するときは，管轄権を有するものとする。

1　子の住所が日本国内にあるとき［2は省略］」

第2の3　併合請求（併合申立て）

「5……離婚の訴えと併せて親権者の指定，子の監護者の指定その他の監護に関する処分……（以下「附帯処分等」と総称する。）についての裁判の申立てをする場合には，日本の裁判所が附帯処分等に係る家事事件について管轄権を有しないときであっても，……離婚の訴えに係る請求について日本の裁判所が管轄権を有し，かつ，……離婚の訴えと附帯処分等との間に密接な関連があるときは，日本の裁判所は，附帯処分等についても管轄権を有するものとする。」

(17)　商事法務編『人事訴訟事件及び家事事件の国際裁判管轄法制に関する中間試案』（商事法務，2015年）。同資料は，http://www.moj.go.jp/content/001141605.pdfからも入手できる。

(18)　第1の6　子の監護又は親権に関する審判事件の国際裁判管轄

「裁判所は，子の監護又は親権に関する審判事件（ただし，子の監護に要する費用の分担に関する処分の審判事件を除く。）……について，子の住所が日本国内にあるときは，管轄権を有するものとする。……」

第2の2　併合請求（併合申立て）等における管轄権

「④ 離婚の訴え……と併せて親権者の指定に関する処分についての裁判を行う場合には，日本の裁判所が親権者の指定に関する処分……について管轄権を有しないときであっても，離婚の訴え……に係る請求について日本の裁判所が管轄権を有するときは，日本の裁判所は，親権者の指定に関する処分についても管轄権を有するものとする……。」

(19) 同資料は，http://www.moj.go.jp/content/001160142.pdf からも入手できる。

(20) 前掲名古屋地判平成11年11月24日等を参照。

(21) Uniform Child Custody Jurisdiction and Enforcement Act (1997). この法律については，大谷「前掲論文」（注5）87-98頁，織田有基子「子の扶養・監護手続に関する統一州法制定と将来の課題」アメリカ法1999年2号（1999年）305-306頁等を参照。

(22) 統一法の採択状況は，Uniform Law Commission のホームページでも確認できる。

(23) UCCJEA では，子とは，18歳に達していない者のことを意味する（102条(2)）。

(24) 大谷「前掲論文」（注5）88頁等も参照。

(25) Uniform Child Custody Jurisdiction Act (1968).

(26) UCCJEA Prefactory Note. 織田「前掲論文」（注21）306頁も参照。

(27) 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. この条約については，小出邦夫「ヘーグ国際私法会議第18会期の概要——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を中心に——」民月52巻6号（1997年）73頁，横山潤「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ハーグ条約」一橋大学法学部創立50周年記念論文集刊行会編『変動期における法と国際関係』（有斐閣，2001年）288頁，北坂尚洋「離婚の訴えに伴う親権者指定等に関する裁判についての離婚管轄国の国際裁判管轄権—— 1996年ハーグ条約及びEU規則について」福岡60巻4号（2016年）423頁等を参照。

(28) 1996年ハーグ条約では，子とは，出生から18歳に達するまでの者のことを意味する（2条）。

(29) 本条の翻訳は，小出「前掲論文」（注27）96頁によった。

(30) N. Lowe/ M. Nicholls, *International Movement of Children, 2 Ed.* (Lexis Nexis, 2016), p. 92.

(31) P. Lagarde, "Explanatory Report on the 1996 Hague Child Protection Convention", in *Actes et Documents de la Dix Huitième Session Tome II* (Editions SDU, 1998), p. 553; Lowe/ Nicholls, *supra* note 30, p. 92; HCCH, *Practical Handbook on the Operation of the 1996 Child Pro-*

tection Convention (HCCH Permanent Bureau, 2014), p. 175. P. Nygh, "The Hague Convention on the Protection of Children", *Netherland International Law Review* Vol. 45 (1998), p. 12-13, J. Pirrung, *Staudinger BGB: EGBGB/IPR Vorbem C-H zu Art.19* (Sellier de Gruyter, 2009), p. 487, H. Setright/ D. Williams et al., *International Issues in Family Law* (Jordan Publishing, 2015), p. 35-38 等も参照。

(32) 本条の翻訳は，小出「前掲論文」(注 27) 98 頁によった。

(33) 10 条の要件の詳細については，北坂「前掲論文」(注 27) 433-435 頁を参照。なお，「第 5 条から第 9 条の適用を妨げることなく」という 10 条 1 項柱書の文言が示すように，10 条 1 項の管轄権は，5 条から 9 条までの規定による管轄権と競合することが考えられる。この場合，管轄権の競合について定めた 13 条（時間的先後関係によって解決する）によって処理される。Lagarde, *supra* note 31, p. 565; Nygh, *supra* note 31, p. 19; HCCH, *supra* note 31, p. 50; Pirrung, *supra* note 31, p. 5022; R. Hausmann, *Internationales und Europäisches Ehescheidungsrecht* (C.H. Beck, 2013), p. 270. 横山「前掲論文」(注 27) 298 頁，北坂「前掲論文」(注 27) 435 頁も参照。

(34) Lagarde, *supra* note 31, p. 565.

(35) *Ibid.*

(36) Hausmann, *supra* note 33, p. 272.

(37) Nygh, *supra* note 31, p. 18-19.

(38) HCCH, *supra* note 31, p. 46.

(39) Convention on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments in Matrimonial Matters.

(40) Lagarde, *supra* note 31, p. 563, Nygh, *supra* note 31, p. 18, 横山「前掲論文」(注 27) 298 頁，北坂「前掲論文」(注 27) 431-433 頁等を参照。

(41) 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. ブリュッセルⅡa 規則については，岡野祐子「外国離婚裁判に関する諸問題——ブラッセル IIbis 規則とわが国との関係を中心に」国際私法 13 号 (2011 年) 75 頁，法務省大臣官房司法法制部編『欧州連合 (EU) 民事手続法』(法曹会，2015 年) 85-117 頁等を参照。

(42) ブリュッセルⅡa 規則には，「子」を定義する規定はない。「子」とは何歳までの者であるかについては，各国法によって判断されると説明する見解 (U. Magnus & P. Mankowski, *Brussels IIbis Regulation* (Sellier European Law Publishers, 2012), p. 18-20;

European Commission, *Practice Guide for the Application of the Brussels IIa Regulation*（2014）, p. 19［この文献は，http://ec.europa.eu/justice/civil/document/index_en.htm からも入手できる］; D. Solomon, ""Brüssel IIa "-Die neuen europäischen Regeln zum internationalen Verfahrensrecht in Fragen der elterlichen Verantwortung", *FamRZ* 2004 No. 18（2004）, p. 1411）と，子の年齢を18歳未満と解釈すべきことを論じる見解（T. Rauscher（Hrsg.）, *Eu ZPR-EuIPR, 4. Aufl.*（O. Schmidt, 2015）p. 56; U. Spellenberg, *Staudinger BGB: EGBGB/IPR IntVerfREhe* 1（Sellier de Gruyter, 2015）, p. 54; C. Althammer, *Brüssel IIa Rom III*（C.H. Beck, 2014）, p. 72; M. Andrae, *Internationales Familienrecht, 3. Aufl.*（Nomos, 2014）, p. 392）がある。

(43) ここでいう「親責任」とは，「子本人又は子の財産に関するすべての権利義務で，裁判，法又は法的効力を有する合意によって自然人又は法人に与えられたもの」で，「監護権及び面会交流権を含む」ものであると定義されている（2条7号）。

(44) Rauscher, *supra* note 42, p. 129; Hausmann, *supra* note 33, p. 181; D. Coester-Waltjen, "Kindesinteressen und Brüssel IIa-VO", *FamRZ* 2005 No. 4（2005）, p. 242. Pirrung, *supra* note 31, p. 56 も参照。

(45) European Commission, *supra* note 42, p. 25; Rauscher, *supra* note 42, p. 13. Pirrung, *supra* note 31, p. 57-58, Hausmann, *supra* note 33, p. 182, Althammer, *supra* note 42, p. 72 も参照。

(46) 12条の要件の詳細については，北坂「前掲論文」（注27）450-453頁を参照。なお，8条2項によれば，8条1項が定める子の常居所地国と12条1・2項が定める離婚管轄国の両方に親責任事件が係属した場合，後者が優先すると説明されている。Hausmann, *supra* note 33, p. 206; Althammer, *supra* note 42, p. 77. これに対して，Rauscher, *supra* note 42, p. 137, Andrae, *supra* note 42, p. 408 は，管轄権の競合として処理されると説明する。

(47) Hausmann, *supra* note 33, p. 208.

(48) Rauscher, *supra* note 42, p. 186; Pirrung, *supra* note 31, p. 76-77; Hausmann, *supra* note 33, p. 208.

(49) Coester-Waltjen, *supra* note 44. Rauscher, *supra* note 42, p. 189, Hausmann, *supra* note 33, p. 209, Althammer, *supra* note 42, p. 103, Andrae, *supra* note 42, p. 410 も参照。

(50) Magnus & Mankowski, *supra* note 42, p. 153.

(51) Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht（IPRG）vom 18. Dezember 1987. 1987年成立当時のスイス国際私法の規定については，奥田安弘「スイス国際私法典における若干の基本的諸問題（一）（二・完）」北法40巻2号（1989年）1-65頁，同3号（1990年）127-175頁等を参照。

(52) A. Furrer/ D. Girsberger/ M. Müller-Chen (Hrsg.), *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht Internationales Privatrecht, 3. Aufl.* (Schulthess, 2016), p. 241-244 も参照。

(53) Furrer/Girsberger/Müller-Chen, *supra* note 52, p. 241, J. Kren Kostkiewicz, *IPRG/Lugü Kommentar* (Orell Füssli, 2015), p.120 等。

(54) AS 2014, p. 357.

(55) Botschaft zu einer Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Elterliche Sorge), BBl 2011, p. 9111.

(56) Furrer/Girsberger/Müller-Chen, *supra* note 52, p. 316-317 や Schawander, "Kindes-und Erwachsenenschutz im internationalen Verhältnis", *AJP* 2014 No. 10 (2014), p. 1353 では，全ての場合に，1996 年ハーグ条約が適用されると説明されているが，Furrer/Girsberger/Müller-Chen, *supra* note 52, p. 241 では，1996 年ハーグ条約は，締約国間のみで適用されると説明されている。

(57) 大谷「前掲論文」(注 5) 69 頁を参照。

(58) 同上 69-70 頁。離婚の訴えに伴う親権者指定に関する裁判について日本が管轄権を有さないことを理由に，離婚の訴えについての管轄権を否定する考え方について，奥田『前掲書』(注 12) 269 頁は本末転倒と指摘する。井上泰人「人事訴訟事件等の国際裁判管轄法制について——裁判官の視点から」国際私法 16 号 (2015 年) 35 頁も，この考え方に反対する。離婚の訴えに伴う親権者指定に関する裁判について日本が管轄権を有さないことを理由に，離婚の訴えを棄却することも，夫婦の離婚請求権を奪うことになるという批判があろう。

(59) 奥田『前掲書』(注 12) 269 頁。

(60) 井上「前掲論文」(注 58) 35 頁。

(61) 同上も参照。

(62) 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 Obligation. EU 扶養規則については，金汶淑「扶養に関する EU 国際私法の最近の動向」国際私法 13 号 (2012 年) 29-51 頁，北坂尚洋「EU 扶養規則における扶養事件の国際裁判管轄権」国際公共政策研究 21 巻 1 号 (2016 年) 73-83 頁等を参照。

[付記] 本稿は，民事紛争処理研究基金平成 29 年度研究助成による研究成果の一部である。