



Title	私法上の「住所」概念の再検討：子の「住所」の認定を中心として
Author(s)	武田, 昌則
Citation	琉大法学 = Ryudai law review(101): 5-23
Issue Date	2019-09
URL	http://hdl.handle.net/20.500.12000/46065
Rights	

私法上の「住所」概念の再検討 — 子の「住所」の認定を中心として —

武田昌則

1. はじめに

民法 22 条は、住所につき、「各人の生活の本拠をその住所とする。」と規定している。ここでの「生活の本拠」という文言はそれ自体としては一般的・抽象的なものにとどまり、その解釈のための具体的な基準は何ら示されていない。

さらに、民法第 1 編第 2 章第 4 節の「住所」と題する節に規定されている民法 22 条ないし 24 条は、住所の法的効果については触れていない。住所の法的効果は、民法のみならず、というよりも、むしろ、民法以外の法令のさまざまな箇所において、それぞれ規定されている。たとえば、租税法においても、「住所」は、納税義務の有無を判断する重要な要素であり、課税財産の対象範囲を規定する上でも重要な基準となるが、租税法において明確な定義規定が置かれていないため、民法 22 条の規定する「住所」の定義を借用した借用概念であると位置づけられている¹、とされる。

この点、私法の領域で住所がとくに重要な意味を持つのは、裁判管轄の基準となる点（民事訴訟法 3 条の 2・3 条の 4 第 1 項・4 条、人事訴訟法 3 条の 2・4 条、家事事件手続法 3 条の 3・3 条の 5 ないし 14・4 条、民事調停法 3 条・33 条の 2、民事執行法 144 条）及び準拠法決定の基準となる点（法の適用に関する通則法 5 条・6 条、遺言の方式の準拠法に関する法律 2 条 3 号・7 条）である²。

本稿は、上記のうち「住所」が裁判管轄の基準となる点に主に焦点をあて、とりわけ、子の住所がどこにあるのかが問題となるところの、子の親権・監護

¹ 金子宏『租税法（第十五版）』弘文堂（2010 年）109-110 頁

² 山野目章夫編『新注釈民法（1）総則（1）』有斐閣（2018 年）558～559 頁（早川眞一郎）。

権が争われる事案や子の奪取が問題となる事案に関して、締結・制定された条約・法令、及び、裁判例を踏まえて、「住所」概念について、あらためて検討してみたものである。

2. 「住所」の認定における主観的要素の要否及びその程度

(1) 主観説と客観説

ある場所を住所と認定するために、客観的要素（その具体的な内容・程度はともかくとして）が必要である点にはほとんど異論がないが、それに加えて主観的要素（意思）が必要とされるか否かについては意見が分かれうる、とされており³、この点で主観説と客観説が対立しているとされる。

もっとも、いわゆる客観説も、本人の意思を完全に排除して法律関係を語っているわけでは必ずしもない、とされており、客観的な事実表象された意思的要素は重要な考慮要素とされているとのことである⁴。

そうすると、結局のところは、「住所」を認定する際に意思的な要素が重要な意味を通常有することは間違いないが、かかる意思的な要素が「住所」を認定するための不可欠の要件であるとするのか、それとも、認定判断の一要素にとどまるのか、が対立点となり⁵、前者を主観説、後者を客観説として分類すべきこととなる。

(2) 判例の検討

「住所」の認定における主観的要素の要否及びその程度については、民法 22 条が、「各人の生活の本拠をその住所とする。」と規定しているにとどまり、その解釈のための具体的な基準を示していない以上、演繹的に結論を導き出すことはできない。

それゆえ、「住所」の認定が問題となった判例の事案を検討し、どのように考えるのが妥当な解決を導けるのかを帰納的に検討する作業がどうしても必要となる。本稿では、「住所」が重要な意味をもつ裁判管轄の基準となる点に主に焦点をあて、とりわけ、子の住所がどこにあるのかが問題となると

³ 同上・560～561頁。

⁴ 同上・577頁。

⁵ 同上・576頁。

ころの、子の親権・監護権が争われる事案や子の奪取が問題となる事案を検討することを予定しているが、そのような事案において子の「住所」の認定に関して具体的な判断を示した最高裁判例は未だ見当たらない。

ア 比較的最近の最高裁判例の検討

そこで、そのような事案以外で「住所」の認定が問題となった比較的最近の最高裁判例として、最高裁平成9年8月25日判決（最高裁判所裁判集民事184号1頁。以下、「最高裁平成9年判決」という。）と最高裁平成20年10月3日判決（最高裁判所裁判集民事229号1頁。以下、「最高裁平成20年判決」という。）の2つの判例を検討する。

(ア) 最高裁平成9年判決

上記2つの判例のうち、最高裁平成9年判決では、公選法10条1項5号、9条2項によれば、「引き続き三箇月以上市町村の区域内に住所を有すること」が市町村議会議員の被選挙権の要件の一つとされていることに關し、「住所」の認定が問題となった事案である。

この点、最高裁平成9年判決は、「ここにいう住所とは、生活の本拠、すなわち、その者の生活に最も関係の深い一般的生活、全生活の中心を指すものであり、一定の場所がある者の住所であるか否かは、客観的に生活の本拠たる実体を具備しているか否かにより決すべきものと解するのが相当である（最高裁昭和29年（オ）第412号同年10月20日大法廷判決・民集8巻10号1907頁、最高裁昭和32年（オ）第552号同年9月13日第二小法廷判決・裁判集民事27号801頁、最高裁昭和35年（オ）第84号同年3月22日第三小法廷判決・民集14巻4号551頁参照）」として、「住所」が認定されるべき基準を示している。

最高裁平成9年判決は、そのうえで、「Aは、本件選挙の当選人の告示の後、当選を辞退し、次点者のBを当選人とすることを目的として、急ぎよ、松戸市への転出の届出をしたものであり、同女が単身転出したとする先は、父の部下一家が居住する社宅であった上、その後、わずかの間に、いずれも松戸市内とはいえ、二度にわたり転居の届出をしているというのである。」という事案について、住所の認定について次のような判断を示している。

「仮に、A が、現実に平成 7 年 4 月 26 日以降松戸市紙敷で起居し、同年 5 月 29 日以降は松戸市馬橋のマンションを生活の本拠としているとしても、松戸市紙敷の前記社宅は生活の本拠を定めるまでの一時的な滞在場所にすぎず、せいぜい居所にとどまるものといわざるを得ない。これによって、従前の全生活の中心であった東村山市から直ちに松戸市に生活の本拠が移転したものとみることはできない。原審は、住所を移転させる強固な目的で転出届をしていることを、住所移転を肯定する理由の一つとして説示するが、前示のとおり、一定の場所が住所に当たるか否かは、客観的な生活の本拠たる実体を具備しているか否かによって決すべきものであるから、主観的に住所を移転させる意思があることのみをもって直ちに住所の設定、喪失を生ずるものではなく、また、住所を移転させる目的で転出届がされ、住民基本台帳上転出の記録がされたとしても、実際に生活の本拠を移転していなかったときは、住所を移転したものと扱うことはできないのである。結局、原審の認定する事実によれば、記録に現れたその他の事情を勘案しても、平成 7 年 4 月 30 日までに、A の生活の本拠が松戸市内に移転し、A が東村山市内に有していた住所を失ったとみることは到底できないものというほかはない。」

早川眞一郎教授は、最高裁平成 9 年判決につき、A が「住所を移転させるという明確な意思をもって住民票を移したにもかかわらず、客観的な生活の本拠たる実体を具備しているか否かが決定的であるという理由づけに基づき、住所が移転したことを認めなかったものであり、相当程度明確に客観説に立つと評せよう。」とされている⁶。

たしかに、住所の認定につき、「一定の場所がある者の住所であるか否かは、客観的に生活の本拠たる実体を具備しているか否かにより決すべき」との基準を示したうえで、「住所を移転させる強固な目的で転出届をしていることを、住所移転を肯定する理由の一つとして説示」した原審の判断を覆していることからすれば、早川眞一郎教授のように評されることも大変良く理解できるところである。

⁶ 同上・566 頁。

しかしながら、主観説であろうと客観説であろうと、ある場所を住所と認定するために、客観的要素（その具体的な内容・程度はともかくとして）が必要である点にはほとんど異論がないのであれば、主観説に立ったとしても、そもそも最高裁9年判決の事案では客観的に生活の本拠たる実体を具備していなかったのであるから、意思的な要素を問題とするまでもなく、住所移転を否定するとの結論を導くことも十分可能であろう。また、判決文の文脈からすれば、「松戸市紙敷の…社宅は生活の本拠を定めるまでの一時的な滞在場所にすぎず」との認定は、同所への住所移転の届出が「次点者のBを当選人とすることを目的として」なされたという意思的要素に相当程度規定されているとみることもできる。以上の理由から、最高裁平成9年判決は、主観説なのか客観説なのかという点でみれば、いずれかの立場に立ったとは断定できないように思われる。

(イ) 最高裁平成20年判決

次に、最高裁平成20年判決は、都市公園内に不法に設置されたテントを起居の場所としている者につき、同テントの所在地に住所を有するか否かが問題となった事案について、「Xは、都市公園法に違反して、都市公園内に不法に設置されたキャンプ用テントを起居の場所とし、公園施設である水道設備等を利用して日常生活を営んでいることなど原審の適法に確定した事実関係の下においては、社会通念上、上記テントの所在地が客観的に生活の本拠としての実体を具備しているものと見ることはできない。Xが上記テントの所在地に住所を有するものということとはできないとし、本件不受理処分は適法であるとした原審の判断は、是認することができる。」と判示して、上記テントの所在地に住所を有する旨のXの主張を斥けた。

早川眞一郎教授は、最高裁平成20年判決について、『客観的に生活の本拠としての実体を具備している』か否かが住所の認定にとって決定的であることを一応の前提としているとみられ、その意味で、客観説に親和的な判決であるといえよう。⁷

⁷ 同上・567頁。

しかしながら、最高裁平成20年判決についても、最高裁平成9年判決について指摘したとおり、主観説に立ったとしても、そもそも最高裁20年判決の事案では客観的に生活の本拠たる実体を具備していなかった以上は、意思的な要素を問題とするまでもなく、住所とは認定しないとの結論を導くことも十分可能であろう。やはり、最高裁平成20年判決も、主観説なのか客観説なのかという点でみれば、いずれの立場に立ったとは断定できないように思われる。

(ウ) 子の親権・監護権が争われる事案であり、かつ子の奪取が関係する事案に関して、「子の住所」の認定が問題となった判例

前述のとおり、本稿は、「住所」が重要な意味をもつ裁判管轄の基準となる点に主に焦点をあて、とりわけ、子の住所がどこにあるのが問題となるところの、子の親権・監護権が争われる事案や子の奪取が問題となる事案の検討を志すものである。このような事案に関して、「子の住所」の認定がなされた判例として、東京高裁平成20年9月16日決定（家庭裁判月報61巻11号63頁。以下、「東京高裁平成20年決定」という。）を紹介する。

東京高裁平成20年決定は、Xが、アメリカ合衆国の裁判所でなされた未成年者の監護に関する決定につき、未成年者の監護者をX単独に変更し未成年者の養育場所を日本国に変更する旨の裁判を求めて申し立てたところ、原審でXの申立てが却下されたことに対して、Xが抗告した事案についてのものである。東京高裁平成20年決定は、「Xは、アメリカ合衆国内を未成年者の居住場所とする内容の監護計画に合意し、その監護計画は同国の裁判所の命令として承認されたものである。その命令の居住スケジュールの下において、Xが、未成年者を連れて一時帰国し、そのまま滞在を続け、未成年者の児童育成手当及び児童手当の受給を開始し、未成年者の国民健康保険証や乳幼児医療証の発行を受け、未成年者を保育園に通園させているとしても、上記命令に反して一方的に作出した状態を理由として、未成年者の住所又は常居所地が日本にあると認めることはできないというべきである。したがって、本件各申立てについて我が国に国際裁判管轄を認めることはできない。」として、抗

告を棄却した。

東京高裁平成 20 年決定は、森川伸吾弁護士がその評釈において述べているとおり、「(X が) 日本において現実に居住しており、今後も日本を離れて米国に戻る予定がないということが明白な状況において、日本に X の住所がないと認定したものである。(なお、本件では、申立て時の状況としても、米国帰国予定はなかった。)」⁸といえる。

そして、森川伸吾弁護士は、次のように述べて、東京高裁平成 20 年決定を批判している。「本件決定は、X の日本での滞在を『一時帰国』あるいは『旅行』と評価すべきであるとする(決定要旨Ⅲ 2(2))。しかし、米国に戻る予定がもはやない以上、一時帰国・旅行と『評価すべき』ということは、子の福祉(具体的には上記の 2 つの要請)との関係では意味を持たない。その他、住所地認定に関して本件決定が縷々述べる内容はいずれも、親同士の関係及び親と米国裁判所との関係についてのものであり、事件本人についての子の福祉とは関連性がない。本件は、子の監護処分事件について、子が現に日本に居住しているにもかかわらず、その住所地・常居所地が日本にないとして日本の管轄を否定した最初の裁判例であるが、以上に鑑み、日本に住所地・常居所地がないとした本件決定の判断には賛成できない。」⁹

森川伸吾弁護士の指摘するとおり、東京高裁平成 20 年決定において、「X の日本での滞在を『一時帰国』あるいは『旅行』と評価すべきであるとする」点は、その説明が不十分であると言わざるを得ない。しかしながら、X の日本での滞在を『一時帰国』あるいは『旅行』と評価すべきであるとした根拠は、まさに、X が、アメリカ合衆国の裁判所の命令として承認された未成年者の監護計画に違反する状態を一方向的に作出しようとした意思にあるのではなからうか。かかる違法ないし不当な目的をもった意思を重視したからこそ、たとえ客観的な子の生活の本拠が日本に移転したかのようにみえる事案においても、生活の本拠が日本に移

⁸ 森川伸吾『奪取にかかる未成年者の監護に関する国際裁判管轄』ジュリスト 1414 号 258 頁。

⁹ 同上。

転したことを否定したのではなからうか。

なお、東京高裁平成 20 年決定の事案は、国際的な子の奪取の民事上の側面に関する条約（以下、「ハーグ子奪取条約」という）が批准された後に生じていれば、ハーグ子奪取条約にいう X による子の「奪取（留置）」がなされたものと評価できる事案であるところ、森川伸吾弁護士は、「国際裁判管轄を制限する形で奪取性を考慮するというアプローチには難点があるように思われる。一方、国際裁判管轄を制限しない形で奪取性を考慮する方法として、本案審理において進行を工夫するという方法（以下「進行調整方式」という）が存在する。これは、家庭裁判所は、期日指定等で一定期間様子を見るようにし、その期間中に、子を奪われた親の側（以下「被奪取親」という）が人身保護法に基づく救済請求（以下「人身保護請求」という）をする、という方法である。」と指摘する¹⁰。しかしながら、国際裁判管轄を認めた上で進行調整方式という審理方法で対処するよりも、むしろ端的に国際裁判管轄を否定したほうが、東京高裁平成 20 年決定の事案の解決としては明快かつ妥当だったのではなからうか。そして、このような解決のメリット（違法ないし不当な目的でなされた子の住所の移転を否定し、かかる移転先につき子の親権ないし監護権に関する管轄を否定する解決のメリット）は、管轄の存否に関する利害状況がより端的に表れやすい国際的な子の奪取に関する事案だけでなく、国内において子の奪取がなされた事案にも同様に妥当するように思われる。

（3）ハーグ子奪取条約上の「常居所」概念との関係に基づく検討

ア 子の親権ないし監護権に関する国際裁判管轄原因としての「子の住所」とハーグ子奪取条約における「子の常居所」の関係

親権・監護権に関する審判事件等の国際裁判管轄につき、家事事件手続法は、我が国に子の住所がある場合に我が国の国際裁判管轄権を認める旨規定している（家事事件手続法 3 条の 8）。

他方、ハーグ子奪取条約の目的は常居所地国への子の返還にあることか

¹⁰ 同上・259 頁。

ら、不法に子が奪取された先の国は、監護権等の本案の決定を行わないとされている（ハーグ子奪取条約 16 条）。

この点たしかに、子の親権ないし監護権に関する国際裁判管轄原因としての「子の住所」とハーグ子奪取条約における「子の常居所」とは別の概念であり、その調整方法も規定されている（国際的な子の奪取の民事上の側面に関する条約の実施に関する法律（以下、「ハーグ子奪取条約実施法」という。）152 条）が、むしろ端的に、「子の住所」の決定をハーグ子奪取条約上の「子の常居所」により判断すべきなのではないかとの興味深い指摘がなされている¹¹。

イ ハーグ子奪取条約ないし同条約実施法上の「子の常居所」に関する裁判例の検討

（ア）ハーグ子奪取条約ないし同条約実施法上の「子の常居所」に関する裁判例の紹介

そこで、ハーグ子奪取条約ないし同条約実施法上の「子の常居所」に関する裁判例を検討する。本稿作成時点において、「子の常居所」に関して判断を示した最高裁判例は見当たらず、高等裁判所レベルの裁判例で公開されているものは、①大阪高決平成 27 年 8 月 17 日判時 2375・2376 号 210 頁（以下、「大阪高裁平成 27 年決定」という。）、②大阪高決平成 28 年 7 月 7 日判タ 1457 号 112 頁（以下、「大阪高裁平成 28 年決定」という。）、③大阪高決平成 29 年 2 月 24 日 LLI/DB 判例秘書登載 L07220798（以下、「大阪高裁平成 29 年 2 月決定」という。）、④大阪高決平成 29 年 7 月 12 日判タ 1454 号 73（以下、「大阪高裁平成 29 年 7 月決定」という。）の 4 つである。

① 大阪高裁平成 27 年決定

大阪高裁平成 27 年決定は、子の「常居所」（ハーグ子奪取条約実施法 2 条 5 号）とは、「人が常時居住する場所で、相当長期間にわたって居住する場所をいうものと解される」としたうえで、「子が幼児の

¹¹ 西谷祐子『人事訴訟事件及び家事事件の国際裁判管轄等に関する新法制』法曹時報 71 巻 4 号 730 頁。

場合には、子の常居所の獲得については、以前の常居所を放棄し新たな居所に定住するとの両親の共通の意図が必要となると解するのが相当である。」との判断基準を示した。この判断基準に基づき、次のように判示している。

「抗告人と相手方は、平成 21 年 11 月にカナダで婚姻し、平成 22 年 5 月■日に子をもうけ、カナダの■■■州において 3 人で生活していたが、体調不良となった抗告人の休養のため、平成 25 年 7 月■■■日に抗告人と子が日本に帰国したというのであって、帰国するまでの子の常居所がカナダ(■■■州)にあったことは明らかである。そして、抗告人による子の留置が開始された平成 26 年 6 月■■■日（この点については、後記（2）の説示を参照）当時、抗告人と相手方との間で、子の以前の常居所を放棄し、抗告人と子が日本に定住するとの共通の意図が形成されていたと認めるに足りる資料はないから、子は、上記留置開始の時点でカナダの常居所を失っていたとはいえないし、日本に常居所を獲得したということもできないというべきである。」

② 大阪高裁平成 28 年決定

大阪高裁平成 28 年決定は、「常居所」につき、「(ハーグ国際私法会議において創出された事実上の概念であり、条約、法のいずれにも定義規定はないが、) 人が常時居住する場所で、単なる居所とは異なり、相当長期間にわたって居住する場所をいうものと解され、その認定は、居住年数、居住目的、居住状況等を総合的に勘案してすべきである。」との判断基準を示している。

この判断基準に基づき、次のように判示している。「相手方は、離婚後相手方自身の生活維持と抗告人から受け取る子の扶養料以外の子の養育のための費用を自己の責任において確保しなければならないところ、相手方のこれまでの就労経験を生かすことができる就労先としてシンガポールにある企業を選択し、平成 26 年（2014 年）■月■日にシンガポールに入国したと推認される。そして、入国当時、就労先での就労期間は短期間しか保障されていなかったから、未だ永住する意思があったとまではいうことができないが、相当期間シンガ

ポールで継続して生活する意思があり、それは本件連れ去り時まで変わらなかったと認められる。したがって、本件連れ去り時における子の常居所地国はシンガポールであると認めることができる。」

③ 大阪高裁平成 29 年 2 月決定

大阪高裁平成 29 年 2 月決定は、子の「常居所」（ハーグ子奪取条約 2 条 5 号）につき、「人が常時居住する場所で、単なる居所とは異なり、相当期間にわたって居住する場所をいうものと解されるところ、その認定に当たっては、居住目的、居住期間、居住状況等を総合考慮して判断するべきであるが、本件のように、子が幼児の場合においては、子の常居所の獲得については、当該居所の定住に向けた両親の意図を踏まえて判断するのが相当である。」との判断基準を示している。

この判断基準に基づき、次のように判示している。

「相手方は、抗告人が日本に居住することを条件に結婚を承諾したものであって、抗告人においても、そのことを十分認識していたと認められ、そして、抗告人は、同年 7 月に来日した折、相手方の両親に対し、結婚後は日本に居住する旨伝え、その後、同年 11 月に来日して、相手方実家の所在地で住民登録をし、年金手帳の交付を受けた上、日本において職探しを始め、平成 26 年■月■■日に子が出生し、子及び相手方とともに相手方実家で生活していたが、語学力（日本語）が十分でないこともあって、就職することができなかつたため、やむなく同年 6 月 29 日に単身でオーストラリアに帰国したというのであるから、子が出生した時点においては、相手方はもとより、抗告人においても、子及び相手方とともに日本に定住する意思があったと認められる。そして、抗告人は、相手方に対し、2 年あれば日本語を習得できるから、2 年間はオーストラリアで生活してほしいと申し入れ、相手方も、2 年間に限るという条件で、オーストラリアで生活することに同意し、平成 26 年 7 月 6 日、オーストラリアにいる抗告人との間で、2 年間オーストラリアにおいて生活し、その後は日本に移住し、子が日本の教育を受けられるようにすること、抗告人が約束を守らない場合は、相手方と離婚することなどを内容とする本件合意書を作成した

上で、同年9月5日、子連れてオーストラリアに渡航し、翌6日から日本に帰国した平成27年10月7日までの間、約1年1か月にわたって抗告人自宅で同居していたというのであって、相手方が子とともに出国し、オーストラリアで居住するに至る一連の事実経過に照らせば、約1年1か月にわたる子のオーストラリアにおける上記滞在は、2年間を限度とするという条件で開始された一時的なものであったと判断するのが相当である。したがって、本件留置の直前の時点における子の常居所がオーストラリアであるとは認められないというべきである。」

④ 大阪高裁平成29年7月決定

大阪高裁平成29年7月決定は、それ自体としては常居所の判断基準につき判示していないが、「常居所とは、人が常時居住する場所で、単なる居所とは異なり、相当長期間にわたって居住する場所をいうものと解され、その認定は、居住年数、居住目的、居住状況等を総合的に勘案してすべきである。」とした原審（大阪家決平成29年4月26日判時2388号25頁）の示した判断基準を踏まえて、次のように判示している。

「抗告人は、居住期間、居住目的、居住状況に鑑み、本件連れ去りの時である平成28年■月■■日の子の常居所がアメリカにあったとは到底いえず、子の常居所地国は日本であると主張するが、本件連れ去りの時の子の常居所地国がアメリカであることについては、前記1で原決定を補正の上引用して説示したとおりである。

抗告人は、渡米は、相手方との関係修復ができるかのトライアルで、1か月後に日本に帰国する予定の短期間のものであった旨主張するが、抗告人は、相手方との離婚に合意して日本に帰国した後に復縁の話が持ち上がったことから、相手方が子の出生直前に来日し、子の出生後、いったんアメリカに戻った相手方との間で、アメリカでの復縁、同居、子のパスポート取得等について電子メールでやりとりをするとともに、日本において生活保護の受給停止を申請したり、アパートを解約したり、荷物を整理するなどして渡米の準備をした上、再び

来日した相手方及び子とともに渡米したものであって、これら一連の経緯を鑑みると、原告人は、相手方との復縁を前提に渡米したものであり、日本へ帰国する計画があったとしても、それは、日本に残したEの高校受験の付添いをするよう、Eの担任教諭から言われていたこともあって、その時期に合わせて一時的に帰国する予定であったにすぎないとみるのが相当である。

また、原告人は、渡米後、相手方と同居したのは最初の28日間に過ぎず、相手方の暴言と威圧的で支配的な態度により精神的に追い詰められた結果、相手方宅から逃げ出し、アメリカのF州に滞在した180日のうち150日以上をDV保護シェルターで過ごしたこと、原告人が相手方宅を逃げ出した直後に帰国できなかったのは、本件仮差止め命令が出されていた上、相手方が子のパスポートを持ち、原告人が帰りの航空券を購入する資金がなかったためであること、原告人はこの間も継続して帰国する道を探り続けて、助けを求め、ようやく、平成28年■月■■日に帰国できたのであることからすれば、DV保護シェルターで過ごした期間をアメリカでの滞在期間に含めるべきではないと主張する。しかしながら、原告人は、相手方が求めた離婚の法的手続に対応するとともに、同年■月■日から同年■月■■日までは子と相手方との面会交流に応じ、原告人も相手方と会うことがあったほか、同年■月■■日から同年■月■日頃までの間は電子メールで頻繁にやりとりをし、相手方と良好な関係にあった時期もあったことに照らすと、原告人と子は、相手方と一定の関わりを持ちながらアメリカで生活していたものであり、原告人が在■■■日本国総領事館に子の帰国手続について相談していたことなどを踏まえても、子が原告人とともにDV保護シェルターで過ごした期間はアメリカの滞在期間に含まれると判断するのが相当である。

さらに、原告人は、原告人がアメリカ滞在中に帰国意思を持ち続けていた旨様々な主張するけれども、仮にそうであったとしても、アメリカにおける居住目的、居住期間及び居住の状況は、前記1で原決定を補正の上引用して説示したとおりであって、原告人の帰国意思の存

在をもって、子の常居所の判断に影響を及ぼす事情とはいえない。

したがって、子の常居所地国が日本であるとの抗告人の主張は採用できない。」

(イ) 上記の裁判例の検討を踏まえた「常居所」の判断基準

上記 4 つの裁判例のうち、①大阪高裁平成 27 年決定と③大阪高裁平成 29 年 2 月決定の 2 つは、「常居所」の判断基準として両親の意図が考慮されるべきことを明確に示しており、かつ、その基準に沿った判断を行っている。そして、②大阪高裁平成 28 年決定は、「常居所」の判断基準として両親の意図が考慮されるべきことを明言してはいないものの、具体的な認定においては、両親の意図を考慮していることが認められる。④大阪高裁平成 29 年 7 月決定は、「常居所」の判断基準として両親の意図が考慮されるべきことを明言しておらず、かつ、具体的な認定においても両親の意図を直接に考慮していないかのように見えるが、常居所の認定に関し両親の共通の主観的意図の存否を丁寧に認定したものとみることできる。

そうすると、もともと公刊された裁判例のみの検討を踏まえたものでもあって断定はできないものの、我が国の裁判所は、ハーグ子奪取条約ないし同条約実施法の規定する「子の常居所」の認定につき、両親の共通の主観的意図を重視する傾向にあるということができるとはなからうか。

この点、たしかに、依田吉人判事がまとめられた「ハーグ条約実施法に基づく子の返還申立事件の終局決定例の傾向について」と題する論稿¹²によれば、常居所地国の認定に関する両親の主観的意図それ自体に関しては、「対象決定例（ハーグ子奪取条約実施法の施行日である平成 26 年 4 月 1 日から平成 29 年 3 月 31 日までの 3 年間に東京及び大阪の各高家裁でされた合計 21 事案の主局決定）の中には、特に子が低年齢の場合には、子の常居所の獲得については、従前の常居所を放棄し新たな居所に定住するとの両親の共通の意図があったかどうかという観点を重視

¹² 家庭の方と裁判第 12 号（2018 年 1 月）・27 頁以下

すべきあるとするものもある」¹³と述べられるにとどまっている。

もっとも、依田判事は、「多くの決定例では、居住期間、居住目的、居住に至った経緯、居住状況等の諸要素が総合的に考慮され、事案に応じて個別具体的な判断がされている。」¹⁴と指摘されている。ここに挙げられた諸要素のうち、居住目的・居住に至った経緯・居住状況の3要素は、両親の主観的意図ないし意思的な要素を軽視しては認定できないものではなかろうか。さらに依田判事は、「日本への渡航から留置の開始までに相当期間が経過している事案では、TP（子を監護している者）から、渡航時における常居所地国がLBP（日本国への連れ去り又は日本国における留置により子についての監護の権利を侵害された者）の主張する国であったとしても、渡航時後の事情の変化があったとして、留置の開始時点においては、従前の常居所地国が放棄され、日本が子の新たな常居所地国になったと主張されることもある。しかし、対象決定例の中でこうした主張を採用した例はない。」¹⁵とも指摘している。このことは、先に「子の住所」の認定に関して検討した東京高裁平成20年決定に関して述べたように、子の奪取により作出した違法な状態を正当化する意図の不当性に着目して常居所の移転を否定したものと、と評価することもできるのではなかろうか。

そして、子の常居所の認定について両親の共通の意図を重視するという傾向は、我が国と密接な関係にあるアメリカ合衆国の裁判例の傾向に沿うものでもある。ハーグ子奪取条約における「子の常居所」の判断基準に関する研究を含む日弁連の報告書によれば、「アメリカでは、子の常居所の決定基準に関する連邦最高裁判所の判断は出ていない。子の常居所の決定基準に関する連邦控訴裁判所（Circuit Court of Appeals）の立場は不統一ないし不明確であるとされている。一般的には、(i) 両親の最後の共通意図によって居を定めた地を常居所と推定する立場、(ii) 子の客観的状況と過去の経験、及び子の観点に基づく居住目的等を基準とす

¹³ 同上・28頁

¹⁴ 同上

¹⁵ 同上・29頁。

る立場、(iii) (i) と (ii) の折衷的な立場（この立場でも、両親の共通意図と子の客観的事情のいずれに重点を置くかにつき相違があるとされる。）の3つに分かれているとされている」ところ、「(i) の立場が連邦控訴裁判所の多数（常居所の判断をなしうる 12 の巡回区のうち 6 つの巡回区の連邦控訴裁判所）が採用している立場である」とされている¹⁶。この点については、28 の主権国家から構成される E U の司法をつかさどる、欧州司法裁判所（EU 法について統一見解を示す裁判所であり、EU 加盟国はこの統一見解に拘束される。）が、2009 年以降のいくつかの重要な事案の先行裁定において、子と居住地との客観的な結びつきに加えて親の意思をも考慮するいわゆるハイブリッドアプローチを取るに至ったとされていること¹⁷や、奪取時に子が生後約 8 週間であった場合の子の常居所の判断基準につきアメリカ合衆国の連邦最高裁判所が近日中に判断を下すことが予定されていること¹⁸ など、今後の動静を注目すべき必要はあるものの、国際的にも、我が国との関係が深いアメリカ合衆国の裁判所における子の常居所の判断傾向において両親の共通の意図が重視されてきたことを踏まえれば、我が国の裁判所も子の常居所の認定における両親の共通の意図という意思的な要素を無視できない状況が続く可能性は十分にあるものと見込まれる

(4) まとめ

以上、子の住所がどこにあるのが問題となるところの、子の親権・監護権が争われる事案や子の奪取が問題となる事案に関して、締結・制定された条約・法令、及び、裁判例を中心に検討したところによれば、「住所」の認定にあたっては、意思的な要素の検討はいかなる場合においても不可欠であるとまではいえないものの（例えば、自己の意に反して刑事施設に収容され

¹⁶ 日本弁護士連合会「国際的な子の奪取の民事上の側面に関するハーグ条約」関係裁判例についての委嘱調査報告書（改訂版 2019 年 3 月 13 ～ 14 頁。
https://www.mofa.go.jp/mofaj/ca/ha/page22_001672.html#section3

¹⁷ 同上・18 頁。

¹⁸ *Monasky v. Taglieri*, 907 F.3d 404 (6th Cir. 2018) に対する上告受理申立て (Petition for a writ of certiorari) が 2019 年 6 月 1 日に受理されたとのことである。
<https://www.scotusblog.com/case-files/cases/monasky-v-taglieri/>

ている被收容者については、「刑事施設を住所としたくない」という意思を有していたとしてもこれを無視して住所を認定せざるを得ない。), 原則としてその検討が必要であると解することが、特に子の親権・監護権が争われる事案や子の奪取が問題となる事案に関して、国際裁判管轄について妥当な判断を導くとともに、ハーグ子奪取条約ないしその実施法における子の「常居所」の判断、とりわけアメリカ合衆国の連邦控訴裁判所の多数における判断とも適合的な点で、相当であると考えられるものである。この見解を主観説と称するべきか、客観説と称するべきか、は難しいところであるが、少なくとも、「住所」の認定における意思的な要素の検討の重要性が看過されてはならないと考えるものである。むしろ、「住所」の認定において意思的な要素を重視するからこそ、違法ないし不当な意図に基づく住所の移転を否定することも可能となり、「生活の本拠」の柔軟な解釈判断によって、問題となる法律関係・生活関係に応じた適切な住所を認定することが可能となると考えるものである。

そして、憲法 22 条 1 項が居住・移転の自由を基本的人権として保障していること、及び、そのことから、「住所」につき人格権的な要素を認めるべきことからすれば、そのことから論理必然に導かれるとはいえないまでも、「住所」の設定・変更につき、「公共の福祉に反しない限り」個人の意思が尊重されるべきであるという意味で、「住所」の認定においても、個人の意思的要素が重視されるべきではないかと考えるものである（客観的な実体を伴わない場所への住所の設定・変更は、「公共の福祉」に反するものと評価できよう。）。

3. 「住所」の個数

「住所」概念については、主観説と客観説の対立とは別に、住所の個数に関して議論がなされてきている。ひとりの者について住所は 1 つのみであるとする単一説と、ひとりの者について 2 つ以上の住所を認めることができるとする複数説の対立である、とされる¹⁹。

¹⁹ 前掲 2 ないし 7・567 頁。

この点については、ひとりの人が、そのさまざまな生活関係ごとに異なる中心地を持つことを重視して、それぞれの生活関係ごとの中心地に住所があると考えることが、「住所」の設定・変更につき、「公共の福祉に反しない限り」個人の意思が尊重されるべきであるという意味で、複数説が妥当であると考えられる。

もっとも、子の住所については、子の年齢や境遇によっても異なるであろうが、さまざまな生活関係ごとに同時に異なる中心地を持つということ自体が成人と比較して少ないかもしれない。この点、ハーグ子奪取条約における「常居所」の解釈としては、各締約国の判例法によれば、子が同時に複数の常居所を持つことは否定されており、常居所の解釈、決定基準の中で、このことを明確に述べるものも少なくない²⁰とのことである。

そうすると、少なくとも、ハーグ子奪取条約ないしその実施法の対象となる 16 歳未満の子については、子の親権や監護あるいは子の奪取が問題となる法律関係に関する限りにおいては、複数の住所を認めるべきでないとも考えられる。もっとも、この点については、両親が別々の国に住み、子を一定期間ずつ交互に監護する、いわゆるシャトル監護合意がなされた場合におけるハーグ子奪取条約の事案がさらに蓄積されれば、「常居所」を複数認めることができるとの解釈がなされる可能性も否定できない。今後の展開が注目されるところである。

4. 「住所」を基軸とした法の枠組みの限界

以上、「住所」の概念について検討してきたが、早川眞一郎教授が指摘するように、日本国内で放浪を続ける者やいわゆる浮浪者などのように、住所も居所（民法 23 条 1 項により住所が知れない場合には居所を住所とみなすとされるが、自然人が多少の期間継続して居住するが、その場所との密接の度合いが住所ほどには至らない場所をいうとされる。住所とは、生活の本拠とまではいえないことによって宇別されるとのことである。²¹）も持たない者の法的取扱いについても検討する必要がある²²。昨今では、住所も居所も持たないライ

²⁰ 前掲 11 及び 12・30 頁。

²¹ 前掲 2 ないし 7・579 頁。

²² 同上・578 頁。

フスタイルが、放浪者や浮浪者といったどちらかといえばネガティブなニュアンスで捉えられるような呼称ではなく、アドレス・ホッパーというライフスタイルとして広まっているとの指摘もある²³。

このような者が訴訟に関係した場合には、もはや住所や居所を基準として管轄を決定し、住所等に訴状を送達しなければならないという現在の法律の枠組みそのものが果たして適切といえるかどうかの問題となろう。本稿作成当時進行している公益社団法人商事法務研究会の「民事裁判手続等IT化研究会」では、裁判所において電子メール等を利用したシステム送達が行われる前提として、そのような場合における通知を受けるべき電子メール等のアドレス（以下「通知アドレス」という。）を登録する制度が前提とされているようであるが²⁴、それだけでは代理人弁護士のない者に対する利用は不可能になるという意味で、問題の解決には不十分ではなからうか。「この問題については、リスクがあるかもしれないから安全策を採っていかうというのは、処理の仕方としてはあると思いますが、他国の状況をいろいろと耳にすると、あまりこの点は気にせず、外国にいる者にも電子メールなどの方法によって送達している実務が結構あるのではないかと思います。国際的な動向をもう少し探り、現在の世界的なものの考え方はこうで、日本においてもそれでやるという発想に至る道はなくさないでほしいと思います。」という委員等の意見²⁵に耳を傾け、情報化の進展から取り残されないようなシステムの構築が期待されるところである。

²³ 『出役！アドレスホッパー 定住しない若者たち』日経MJ 2019年3月6日掲載。

²⁴ 公益社団法人商事法務研究会「民事裁判手続等IT化研究会」研究会資料10

²⁵ 公益社団法人商事法務研究会「民事裁判手続等IT化研究会」第10回議事要旨19頁。

