外国人の法律相談

今月号の特集は,「外国人の法律相談」です。

東京で生活をする外国人、東京を訪れる外国人は増加しており、2020年に東京オリンピック・パラリンピックを控えていることもあり、今後もさらなる増加が見込まれております。

「外国人の法律相談」と聞くと、外国人が絡む問題であるというだけで苦手意識を有している会員の方も少なくないと思いますが、法律相談の場面において、相談者が外国人という事例や、相手方が外国人という事例、あるいは関係者が外国人という事例も珍しくはなくなってきていると感じておりますので、深い専門知識とまではいわずとも、せめて基本的な考え方くらいは押さえておくことが不可欠なように思います。

そこで、外国人の権利に関する委員会の方々に、在留資格、管轄、準拠法、労働事件、 渉外離婚、国際的な子の連れ去り(ハーグ条約)、渉外相続、国籍問題等について、ご執筆 をいただきました。

本特集をで一読いただき、外国人が絡む法律問題についての基本的な考え方を押さえていただけましたら幸いです。

(小峯 健介)

CONTENTS

序	特集にあたって	5頁
I	外国人事件の概要~在留資格,管轄,準拠法~	6頁
Π	外国人の労働事件	8頁
Ш	涉外離婚	10頁
IV	ハーグ条約	12頁
V	涉外相続	14頁
VI	国籍問題	17頁

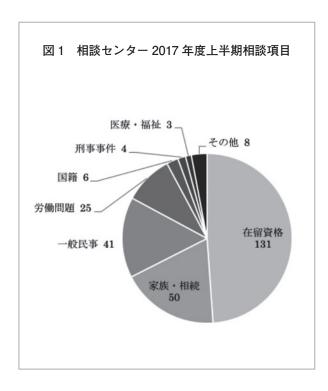
序

特集にあたって

外国人の権利に関する委員会委員長 浦城 知子 (59期)

東京に居住する外国人は2017年1月時点で48万人を超え、人口100人あたり3.6人が外国人となった(住民基本台帳上の統計)。2020年の東京オリンピック・パラリンピックの開催に向けて、外国人観光客へのおもてなし政策が掲げられているが、品川にある入国管理局で手続のために並ぶ外国人の長蛇の列(廊下に座り込んでいる階もある)を目の当たりにすると、外国人への公共サービスは未だ行き届いていないと感じる。

当会では、新宿及び蒲田の相談センターにおける 法律相談、東京入国管理局における出張相談を実施している。2017年度上半期の相談項目は、在留 資格が約半数を占め、家族・相続、一般民事、労 働と続く(図1参照)。在留資格については、元々 ない場合と、他の相談内容と相俟って問題になって くる場合があり、相談を受ける場合には常に注意す る必要がある。また、家族・相続や国籍など、外 国人特有の相談については、個別案件に応じて法律 等の確認をするにせよ、基本的な知識は押さえてお きたい。



本特集は、民事の法律相談を念頭に、在留資格がある場合の相談について、基本的な知識や手続の流れをまとめたものであるが、外国人の法律相談を受ける際の一助となれば幸いである。

外国人事件の概要

~在留資格,管轄,準拠法~

外国人の権利に関する委員会委員 金 竜介 (46期)

1 在留資格

在留資格とは、外国人が日本に在留して一定の活動ができる法的地位をいい、出入国管理及び難民認定法(以下「入管法」という)に活動類型ごとに在留資格が定められている(他に入管特例法による「特別永住者」の法的地位がある)。

在留資格の中には、入管法別表の要件に加え、上陸審査の審査基準が法務省令で定められているものがあり(出入国管理及び難民認定法7条1項2号の基準を定める省令(平成2年5月24日法務省令第16号))、基準が明確化されている。

在留資格は、大別して「一定の活動に基づく在 留資格(入管法別表第1)と「一定の地位(身分) に基づく在留資格」(別表第2)とがあり、別表1に ついては、活動の類型に応じてさらに5つの表に分 かれている。また、各在留資格の在留期間は、出入 国管理及び難民認定法施行規則別表第2に定められ ている。在留資格と在留期間は、在留カードに記載 されているので、弁護士はこれを見て確認すること となる。

2 「ビザ(査証)」と「在留資格」

相談者が,「就労ビザ」「結婚ビザ」という言葉を 使うことがあるが, 法的には「就労ビザ」というよ うなものはない。 「ビザ」は、日本に上陸しようとする者が日本の大 使館に申請し、有効な旅券を所持していること、申 請に係る提出書類が適正なものであること、申請人 が日本において行おうとする活動又は申請人の身分 若しくは地位及び在留期間が、入管法に定める在留 資格及び在留期間に適合すること、申請人が入管法 5条1項各号のいずれにも該当しないことなどの要件 を満たし、ビザ発給が適当と判断される場合に発給 されるものである。

有効なビザを所持していることが日本への上陸申 請の要件となり(査証相互免除の国,特別上陸の場 合はビザは不要),日本の空港・港で入国審査官が パスポートに押されたビザを確認して,それに見合っ た在留資格を付与して外国人の入国を許可すること になる。

日本にいる相談者が使う「就労ビザ」という言葉は、別表第1の1、第1の2所定の在留資格をいうものであり、各在留資格によって可能な就労は異なることになる(別表第2には就労制限はない)。「結婚ビザ」の相談というのも、多くは「日本人の配偶者等」「永住者の配偶者等」の在留資格取得や更新の相談ということになるのでこの点は注意が必要である。

3 国際裁判管轄

一般の民事事件の裁判管轄は民事訴訟法の規定

によるため当事者が外国人であるか日本人であるかによって管轄が異なることはない。住所・居所との関係で民事訴訟法3条の2が、住所が日本国内にない場合又は住所が知れない場合についての国際裁判管轄を規定するので、管轄は同条によることとなる。

実務的に管轄が問題となる事案の多くは,渉外家事事件であろう。具体的には,離婚・婚姻,親子関係,子の監護及び親権,扶養,相続,後見,失踪宣告,不在者財産管理などが考えられる(このうち離婚,子どもの監護・養育,相続については本特集の各パートで詳論する)。

人事訴訟事件における国際裁判管轄は、被告又は相手方の応訴の負担を考慮して、原則として、被告(相手方)の住所地となるが、身分関係事件においては、真実の身分関係の確認や身分関係の解消等を求める当事者の利益を重視して原告又は申立人の住所地にも管轄を認めるという観点から、事情によって被告(相手方)の住所地以外に管轄を認めた判例が多数ある(最高裁平成8年6月24日判決民集50巻7号1451頁は、日本国内に居住する日本人がドイツに居住するドイツ人妻に対して提起した離婚請求訴訟につき、日本の裁判所の管轄権を認めた)。

国際裁判管轄については、多数の判例があり、依頼者に有利な裁判所に申し立てるための方策を考えることが弁護士には求められる。

4 準拠法

外国人が関わる裁判の準拠法は、法の適用に関する 通則法(以下「通則法」という)で定められている。 例えば、不法行為によって生ずる損害賠償請求権は、 加害行為の結果が発生した地の法によることとなる し(通則法17条)、労働契約については、当事者が 契約で準拠法を日本法以外に定めた場合でも日本法 の強行規定が適用される場合がある(通則法12条) などである。

渉外家事事件の各論は、後述の各パートに譲るが、通則法42条は「その規定の適用が公の秩序又は善良の風俗に反するとき」と定める。これは、外国法の内容そのものが日本の公序に反するか否かを抽象的に判断するということではなく、準拠法と指定された外国法を実際に適用した結果が日本の公序に反するということを意味する。そして、外国法の適用が排除された結果、どの法が適用されるかであるかについては、通則法に明文の規定はないものの、日本法が適用されると解されている。

また、外国裁判の承認・執行は、基本的に民事 訴訟法118条各号に規定する要件を具備する場合に 限り、その効力を有するものとされている。逆に日 本の裁判所の確定判決をもって外国で執行できるか については、各国法によることとなるため、この点に ついては注意が必要である。

Ⅱ 外国人の労働事件

外国人の権利に関する委員会委員 尾家 康介 (63期)

外国人の労働事件というと,通常の労働事件(外国人の労働事件ではない労働事件)とは全く異質の,難しそうなものに感じられるかもしれないが,日本国内で発生した事件については,多くの場合,通常の労働事件と基本的な処理は変わるところがない。その意味で,難しそうだからといって敬遠する必要はないが,外国人の労働事件特有の問題もあるので,本稿ではそのような特有の問題を中心に紹介する(労働者側からの相談を想定する)。

1 在留資格

在留資格は、当該外国人が日本で行うことのできる活動を規定するものである。当該外国人が日本で適法に就労することができるか否か、どのような種類の仕事にどのくらいの期間・時間就労することができるかといったことは、在留資格の種類によって決まっている(ただし、入管法別表第2の在留資格には基本的に就労に関する制限がない)。また、そのことの裏返しとして、日本で一定の仕事をするために在留資格が許可された場合、その仕事をしなくなると、在留資格自体が失われる可能性がある(後記相談1)。

これらの結果として、外国人は失業により在留資格 を失うことがあるし、転職の自由も事実上制限されう ることから、使用者との関係で、声をあげにくい関係 性に陥りがちである。

また、失職の場面に限らず、在留資格により就労可能な仕事の種類が限定されている場合、例えば、「技術・人文知識・国際業務」の在留資格で仕事をしていた人は、転職をするとしても、在留資格を変更しない限りは、「技術・人文知識・国際業務」の在留資格で許容される職種にしか就くことができない(同じ会社の中での配置転換にも同様のことが当てはまる)。

オーバーステイの状態で就労した場合や、在留資格

で許された範囲を超えて就労した場合において、それはいわゆる不法就労にあたるが、就労が違法であったとしても、就労という事実が無に帰するわけではなく、就労に対する賃金を請求する権利はあるし、労災保険の適用もある。ただ、もちろん入管法上の退去強制事由・犯罪に該当するとして摘発される可能性はある。使用者自身が在留資格で許される就労の範囲を理解せずに、労働者に違法な仕事をさせていることもある。

2 国際裁判管轄·準拠法

日本に本社を置く企業が、日本人の従業員との間で締結するのと同様の雇用契約を外国人の従業員との間で締結している場合には、従業員の国籍によって国際裁判管轄や準拠法が異なるということはなく、日本の裁判所で日本の法律に基づいて争うことができると考えてよい。問題は、雇用契約において国際裁判管轄や準拠法について、日本以外を選択するという合意があった場合である。こうした場合でも、日本の裁判所で日本の法律に基づいて争うことができる場合が少なくない(国際裁判管轄について、民事訴訟法3条の7第6項。準拠法について、法の適用に関する通則法12条)。

外資系企業等で、労働者にとって極めて不利な条件の雇用契約を結んでいる事案や、労働者にとって極めて不利な形で解雇が行われている例を見かけることがあるが、日本の法律を使って対処することができる場合も多いのである。

3 外国人技能実習生

外国人の労働問題の中でも,外国人技能実習生の 事件はさらに特殊であるとの印象を持たれがちである が、技能実習生も労働者である以上、その労働事件としての処理の方法は、技能実習生以外の労働事件と基本的に同じである。ただ、転職の自由が著しく制限されていることや、監理団体が間に入っていることなどの外国人技能実習制度の構造的問題から、著しい低賃金や強制帰国など、通常の労働事件ではあまり見られないような人権侵害が起きやすいのが特徴である。こうした人権侵害は、未払賃金の請求や解雇などの労働法の問題として整理できるほか、それ自体に不法行為が成立しうる。このように、労働法や民法の理論の応用によって対応をすることが可能である。

4 方針選択

解雇により在留資格が失われそうな場合や,不法 就労により入管に収容されている場合,本人が帰国す る予定である場合などには,①事件処理についての時 間的な制約や,②裁判所への本人の出頭可能性につ いての制約がある場合がある。労働審判(本人が期 日に出頭するのが原則である)や,訴訟で尋問が必 要と考えられる場合など,方針選択にあたって考慮に 入れなければならない。

【相談1】

私は「技術・人文知識・国際業務」の在留資格で 日本に滞在しています。外資系の人材紹介会社で転職エージェントとして働いていましたが、会社から、「営業のノルマが達成されていない」との理由により、解雇されてしまいました。なお、私には配偶者や子どもはいません。

【回答】

解雇の有効性を争う前提として,在留資格の対応 が必要であり,①雇用契約上の地位を仮に定める仮 処分を取得して在留資格の更新を試みる,②新たな 就職先を探す、③「短期滞在」の在留資格等を得て、 短期の交渉で決着することや、④裁判の準備をした上 で、帰国後も裁判を続ける、といった選択肢が考えら れる。

解雇の有効性については、通常の労働事件と同様 に検討すればよい。

【相談2】

私は、外国人技能実習生として来日し、受入先の 農家で働いていましたが、仕事がつらかったのでその 農家を逃げ出し、今は自分で見つけた建設現場で働いています。技能実習生として滞在を続けたいと思い ますが、新しい実習先に移ることはできますか。

【回答】

技能実習の受入先(実習実施機関)の変更は、受 入先に問題があり技能実習生には帰責性がない場合 には不可能ではないが、新たな受入先を見つけるのが 難しいなど、現実には困難を伴う。元の受入先を逃 げ出して別の仕事をしていたとなると、むしろ不法就 労として入管に摘発されかねない。すでに在留資格を 取り消されている可能性もある。

技能実習生の転職の自由が著しく制限されているのは制度として問題であるし、初めからあきらめる必要もないが、逃亡から時間が経っていると現実的ではないであろう。逃亡から間もない場合や逃亡前の場合には、受入先に問題があることを指摘して、後記の技能実習機構に相談・監理団体や入管と交渉をすることが考えられる。

平成29年11月から実施された新制度では、技能実習4年目に移行する際に、技能実習生の意向に基づき実習先を選択することを認めるとされており、また、年次にかかわらず、技能実習生が人権侵害を受けた場合に、外国人技能実習機構が転籍の支援をする体制を整備することとされている。

Ⅲ 涉外離婚

外国人の権利に関する委員会委員 梶田 潤 (62期)

当事者の一方もしくは双方が外国人であり、または、当事者の双方が日本人であっても国外に居住しているなど渉外的要素の関わる離婚事件(以下「渉外離婚事件」という)については、一般的な日本人同士の離婚事件とは異なる点を検討する必要がある。中でも問題となるのは、どの国が裁判管轄権を有するのかという国際裁判管轄の問題と、どの国の法律に従って離婚の効力を判断するのかという準拠法の問題である。

1 国際裁判管轄

渉外離婚事件の国際裁判管轄については, 我が国 の法律上, 直接これを定めた明文の規定は存在しな いことから, その決定は解釈に委ねられている。

この点,最高裁判所は,訴訟手続上の正義の観点などから,被告の住所地国に国際裁判管轄を認めることを原則としつつ,被告が日本に住所を有しない場合であっても,①原告が遺棄された場合,②被告が行方不明である場合,③その他これに準ずる場合には,公平の観点から例外的に日本に国際裁判管轄を認めるという立場をとることを明らかにした(最高裁昭和39年3月25日判決民集18巻3号486頁)。その後は、実務上もこのルールが踏襲されている。

なお,近時,渉外的要素を有する家事事件の国際 裁判管轄について,国会で立法化作業が進んでおり, 今後の動静に注意する必要があろう*1。

2 準拠法

渉外離婚事件の準拠法については、法の適用に関

する通則法(以下「通則法」という)に定めがある。 通則法27条本文は,「婚姻の効力」に関する準拠法 を規定する通則法25条を準用していることから,離 婚の効力は,①夫婦の本国法が同一であるときはそ の法律により,②その法律がない場合において夫婦 の常居所地法が同一であるときはその法律により, ③そのいずれの法律もないときは夫婦に最も密接な 関係がある地の法律により,決せられることとなる。

もっとも、通則法27条但書は、「夫婦の一方が日本に常居所を有する日本人であるときは、離婚は、日本法による」としている。したがって、一方当事者が日本に常居所を有する日本人である場合には、相手方の国籍にかかわらず、日本法が準拠法となる。

3 注意点

国際裁判管轄と準拠法の検討順序については,国際裁判管轄を先に検討する必要がある。日本に国際裁判管轄が認められないのであれば,日本の法律の一つである通則法の適用が問題となることもない。国際裁判管轄の有無を検討せずに準拠法を検討するという思考順序に陥ることのないように注意する必要がある。

【相談】

私は東京都に在住する日本人女性です。バングラデシュを旅行中に知り合った男性と1997年にバングラデシュで結婚し、日本でも結婚の報告的届出を行いました。

夫は1998年に「日本人の配偶者等」の在留資格 で来日しましたが、数ヶ月後には、日本の生活に馴

^{*1:}人事訴訟法等の一部を改正する法律案が平成28年2月に国会に提出されている。

染めないと言ってバングラデシュに帰国したきり,一 度も来日していません。

それ以後、私は何度かバングラデシュを訪れて夫との婚姻生活を続けてきましたが、2003年にバングラデシュを訪れた際、夫からひどい暴力を振るわれたため、すぐに日本に逃げ帰ってきて、その後は一度もバングラデシュを訪れていません。帰国後、心療内科でPTSDとの診断を受けています。

夫とはここ数年は全く連絡を取っていません。昨年、 離婚したいと思って夫の住所宛に手紙を送ってみま したが、住所が変わったようで、手紙は返送されて きてしまいました。

できるだけ早く離婚をしたいと考えていますが, 夫と離婚することは可能でしょうか。

【回答】

1 相談者よると、夫は1998年にバングラデシュに帰国し、その後一度も来日していないとのことである。そこで、相談を受けた弁護士としては、まず、弁護士会照会によって入国管理局に夫の出入国履歴を照会すべきである。照会の結果、相談者の言うとおり夫が再来日した事実が存在しないことが明らかとなった場合、夫は、日本国内に住所を有していないのであるから、前記の最高裁判所のいうルールに従えば、原則として日本の裁判所には国際裁判管轄が認められないこととなろう。

そこで次に、最高裁判所のいう例外的な場合に該当するとして、日本の裁判所に国際裁判管轄が認められないか検討すべきである。相談者によると、夫宛に手紙を送っても返送されてきたとのことであるから、相談を受けた弁護士としても、相談者の知っている夫の住所宛にEMS(国際スピード郵便)を送るなどして手紙の到達の有無を確認すべきである。そして、送付したEMSが返送されて

きたような場合には、当該住所に夫は居住していないのであろうから、最高裁判所のいう「被告が 行方不明である場合」に該当するといってよいで あろう。

また、仮に調査の結果、夫の現住所がバングラデシュにあることが判明した場合(「被告が行方不明」とはいえない場合)であっても、裁判例においては、日本人女性が外国人の夫の暴力から逃れて日本に帰国し、日本で提起した離婚訴訟において、被告の住所地国に離婚請求訴訟を提起することにつき法律上又は事実上の障害の有無及び程度等を考慮して、日本に国際裁判管轄を認めた事例(東京地裁平成16年1月30日判決判時1854号51頁)があり、本件においても同様にして国際裁判管轄が肯定される可能性があるであろう。

したがって、本件については、上記最高裁判 所のいう例外的な場合に該当し、日本の裁判所 (東京家裁) に国際裁判管轄が認められることと なろう。

- 2 日本の裁判所に国際裁判管轄が認められる場合, 次に準拠法の問題を検討することとなる。本件に ついては、相談者は東京都に在住する日本人女性 であることから、通則法27条但書により、日本法 が準拠法となる。
- 3 日本法が準拠法となる場合,裁判官は,本件において民法770条1項各号の定める離婚原因が存在するかを検討することとなる。そこで,訴訟を担当する弁護士としては,夫婦が長期間別居している事実や相談者がバングラデシュで夫から暴力を受け,日本に帰国した後にPTSDを発症したことなどの事情を挙げ,「その他婚姻を継続し難い重大な事由」が存在すると主張していくこととなろう。

N 八一グ条約

外国人の権利に関する委員会委員 柳原 由以 (63期)

1 条約の概要

国際結婚の増加に伴い、一方の親が他方の親の同意を得ないで子を国外に連れ出すケースが問題視されるようになり、1980年に「国際的な子の奪取の民事上の側面に関する条約(以下「ハーグ条約」とする)」が国連で採択された。

これにより、条約を批准している国*1との間では、子の連れ去りについて、ハーグ条約を前提に対応が可能となった。そのため、批准以前は、連れ去られた親(日本居住)が、外国の弁護士を自力で探して外国の裁判所へ子の返還を求めなければならなかったケースにおいて、双方の国の中央当局を通じ、相手国から子を連れ戻すための手続や親子の面会交流の機会の確保のための手続を進めることが可能になった。本稿では、子の連れ去りの場合にハーグ条約を利用していかなる手続が可能となるかを説明する。

2 日本から子が連れ去られた場合

日本で常に養育していた子を、片親が他国へ連れ去った場合、相手国がハーグ条約を批准していれば、日本に残った親は、ハーグ条約に基づいて子の返還を求めることができる。

ハーグ条約の手続に従う場合,まず,外務大臣(日本の中央当局)に対し申請*2することになる(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「実施法」とする)11条)。なお,手続の前提として,子が16歳未満であり*3,申請者が監護権*4を有していることが必要となる。

外務大臣に提出された申請書は、子の所在する他の 締結国(以下「所在国」とする)の中央当局に転送 される。実務上、条約の手続に則って申請をした場合、 申請書やその資料の翻訳料がすべて公的な支出となる。 所在国の中央当局は、国内に子がいるかの確認、子の所在の確知、子を連れ去った親などに対し子を子の常居所地国に任意に返還するよう促す働きかけ、任意の返還に応じない場合には申立人が返還命令のための手続を開始する支援を行う(条約7条)。この支援内容は、各国の規定により様々である。例えば、イギリスでは、中央当局が申請者のために専門の弁護士リストから迅速に代理人を紹介し、法律扶助の適用もされるとされている。オーストラリアでは中央当局が返還手続の裁判の申立人になる。一方で、アメリカでは弁護士を探す協力にとどまるとされている*5。

任意での返還に応じられない場合には、返還手続によることとなる。返還手続の申立ては、原則として連れ去りから1年以内にしなければ返還が認められなくなるので、注意が必要である(条約12条)。条約は子がそれまで日常生活を送ってきた国で監護の問題を取り決めることが子の健全な成長にとって不可欠であり、子の利益にかなうとの理念から、早期にこれまで生活していた国に子を返すことを原則としており、返還手続は6週間以内に行われる必要があるとされている(条約11条)。もっとも、実際の運用は、時間をかけた審理が行われているようである。

返還命令が出された場合には、中央当局は、必要かつ適当な行政手続をとって子を無事に返還することを確保するとされており(条約7条2項h)、アメリカ、カナダ、ドイツでは法執行機関が、オーストラリア、ニュージーランドでは中央当局や警察がこれを担うものとされている。

3 日本へ子を連れてきた場合

(1) 連れてきた親からの相談

海外で暮らしていたが、片親の同意なく日本へ子を 連れ帰ってきたとの相談があった場合、連れ去りの経

^{*1:}外務省HP http://www.mofa.go.jp/mofaj/files/000023749.pdf

^{*2:}外務省HP 申請書式 http://www.mofa.go.jp/mofaj/fp/hr_ha/page22_000943.html

^{*3:} その他の詳細要件については外務省 HP 参照 http://www.mofa.go.jp/mofaj/fp/hr_ha/page22_000869.html

子がどこにいるか明らかでなく、またハーグ条約を批准していない国にいることが明らかである場合には申立は却下される。

^{*4:}離婚により親権と監護権が分属した場合に、親権について条約上の「監護権」の概念にあたるのかについては今後の実務の集積が待たれるところである(日本加除出版「Q&A 渉外家事ケーススタディ」197-198頁)

^{*5:}日本加除出版「Q&A渉外家事ケーススタディ」194頁

緯や理由を聞き取ることになるが、ハーグ条約の理念からすると、相手方から1年以内に子の返還手続の申立てがあった場合には認容される可能性が高いことを伝えるべきである。

もっとも、申立てが連れ去りから1年以上経過し、子が新たな環境に適応している場合や(条約12条2項、実施法28条1項1号)、子を連れ帰ることが子の福祉の観点から適当でない場合(条約13条、20条、実施法28条1項2号乃至6号)には、これらが返還拒否事由にあたる。よって、弁護士としては、相談者からかかる返還拒否事由の有無について事情聴取を早急に行ったうえで、方針を決定する必要がある。

具体的な返還拒否事由は以下のとおりである。

- ① 連れ去り又は留置開始の時から1年以上経過した 後に裁判所に申立てがされ、かつ、子が新たな環境 に適応している場合
- ② 申立人が連れ去り又は留置開始の時に現実に監護の権利を行使していなかった場合(当該連れ去り 又は留置がなければ申立人が子に対して現実に監護 の権利を行使していたと認められる場合を除く)
- ③ 申立人が連れ去り若しくは留置の開始の前にこれに同意し、又は事後に承諾した場合
- ④ 常居所地国に返還することによって、子の心身に 害悪を及ぼすこと、その他子を耐え難い状況に置く こととなる重大な危険がある場合
- ⑤ 子の年齢及び発達の程度に照らして子の意見を 考慮することが適当である場合において、子が常居 所地国に返還されることを拒んでいる場合
- ⑥ 常居所地国に子を返還することが人権及び基本 的自由の保護に関する基本原則により認められない 場合

(2) 連れ去られた親からの相談

「日本に子を連れ去られた」との相談が片親からなされた場合には、相談者が相談者の居住する国で中央当局に申請をしているか否かにかかわらず、日本の外務大臣に外国返還援助の申請(実施法4条)を行い、かつ、家庭裁判所に子の返還申立て(実施法26条)を行うことになる。

この際、合わせて、相手方に対する、子の出国禁止命令及び旅券提出命令の申立て(実施法122条1項、2項)も行うことで、相手方が子を第三国へ出国させることを防止すべきである。

外国返還援助の申請は、裁判所への申立てが必須 のものではないものの、実務上、外国返還援助の申請 をした場合には、外務省(ハーグ条約室)が返還への 援助を行い、また資料の翻訳を行ってくれるなどメリ ットは少なくない。

ハーグ条約に基づく子の返還申立手続は、日本では現在東京家庭裁判所と大阪家庭裁判所のみが管轄を有することとされ、子の住所地の国際管轄区域によりいずれかに管轄が振り分けられる(実施法32条)。

返還手続において返還させる旨の決定が出た場合であっても、相手方が任意の返還に応じない場合には、いかに執行するかが、実務において問題となる。相手方が任意に応じない場合に、裁判所から履行勧告がされたとしても、実行の可能性は低く、強制執行を検討することになる。

この点、これまで子の引き渡しについて直接強制はできず、執行官が子を連れてくることまではできないとされていたが、近年は、直接強制を認める立場も有力となっている(東京家審平8.3.28(家裁月報49巻7号80頁)参照)。また、この場合に、人身保護請求手続を利用して子の引き渡しを実現した例も報告されている。

4 面会交流の原則

ハーグ条約は、子の連れ去りに対応する手段として、子の引き渡しに関する手続を整備するほか、親子が面会交流できる機会を得られるよう締約国が支援をすることも定めている(条約21条)。

連れ去りについては原則として1年以内に返還申立てを行わなければならないという障壁もあり、期間を徒過してしまった場合や、片親が監護することは承諾できても会う機会を保証して欲しいような場合には、面会交流の手続を申請し進めることが望ましい(実施法16条、21条)。

Ⅴ涉外相続

外国人の権利に関する委員会委員 田島 浩 (44期)

1 事例

【相談】

私の父はアメリカ国籍、母は日本国籍で、私の国籍 も日本で、日本で暮らしています。両親はある時期、 日本で暮らしていましたが、ここ10年以上はずっとア メリカのニューヨーク州に住んでいました。ところが、 3か月前に父がニューヨークで死去しました。父は、 日本にもアメリカにも不動産と預金を有しており、私 の自宅土地建物も父名義です。母は存命で今もニューヨークで暮らしています。私には兄弟姉妹はいません。父の遺産分割は、どこの国の法律に基づいて行われるのでしょうか。また、父の遺産分割は、どこの国 で手続をしたらよいのでしょうか。

【回答】

遺産相続の手続は、現在の判例原則の下では少な くとも日本にある不動産と預金については日本で行う ことも可能であり、その場合、日本にある不動産につ いては、日本法に基づいて行われ、その他の財産につ いては、アメリカのニューヨーク州法に基づいて行わ れます。

2 解説

(1) 国際裁判管轄について

国際裁判管轄一般については、平成23年の民事訴訟法改正により、民事訴訟法3条の2以下に規定が新設されたけれども、人事訴訟・家事審判事件の国際裁判管轄については本稿執筆時点では法制化されておらず、判例の示す原則に従って判断されている(なお、現在、国会で人事訴訟等の国際裁判管轄を定める改正法案が継続審議になっている)。

そして、相続関係に関しては、被相続人が日本に 最後の住所ないし常居所を有するとき、若しくは特定 の相続財産が日本に所在するときに、日本が裁判管轄 を有するというのが判例(福岡高裁平成4年12月25 日決定家裁月報46巻3号50頁(被相続人が日本に最 後の住所ないし常居所を有した事例), 東京高裁昭和54年7月3日判決高民集32巻2号126頁(被相続人が日本に最後の住所ないし常居所を有していたわけではないが, 特定の相続財産が日本に所在していた事例)) の立場である(最高裁判所事務総局編「渉外家事事件執務提要(下) | 68頁(法曹会))。

もっとも、上記の東京高裁昭和54年判決は、特定の不動産がある外国人の遺産に属するか否かが争点となった事案について、「たとえ被相続人が本邦に最後の常居所を有しなかった場合にも、本邦に所在する相続財産に関する事件については、本邦の裁判所に例外的管轄権がある」と述べたものであり、特定の相続財産が日本に所在すれば、国外にある相続財産のすべてについて裁判管轄があるということまで述べているわけではない。

果たして現在の判例実務が、特定の相続財産が日本に所在すれば、国外にある相続財産のすべてについての裁判管轄があるという立場をとっているといえるのかは必ずしも定かではないが、少なくとも日本に所在する相続財産を分割する限りにおいては、日本に国際裁判管轄があるという立場ではあると考えられる。

この原則の下では、設問の事例の場合、少なくとも 日本に所在する不動産と預金については、日本の裁判 所にも管轄があることになる。日本の裁判所が、日本に ある不動産・預金だけでなく、アメリカにある不動産・ 預金まで含めて分割する国際裁判管轄を有するという 立場をとっているのかどうかは定かではない(なお、 現在、継続審議中の法案では、特定の相続財産が日 本に所在しても遺産分割の国際裁判管轄はない)。

(2) 準拠法について

法の適用に関する通則法(以下「通則法」という) 36条は、「相続は、被相続人の本国法による」と定めている。同条による「相続」には、相続の開始、相続人、相続財産、相続分(寄与分・遺留分)、遺産分割、相続の承認・放棄、遺言執行、相続人の不存在といった問題が含まれる一方、遺言の成立・方式・ 効力については同法37条及び特別法である遺言の方式の準拠法に関する法律が規定しているので、同法36条の「相続」には含まれない。また、相続財産の管理が同条の「相続」に含まれるかどうかについては争いがあるが、後述する。

設問の事例の場合、被相続人の本国法はアメリカ (ニューヨーク州) 法である。ところが、国際私法には 反致という概念があり、日本でも一定の範囲で反致の 考え方が採用され、通則法41条本文は、「当事者の本 国法によるべき場合において、その国の法に従えば日 本法によるべきときは、日本法による」と定めている。

ところで、相続の準拠法の決定に関しては、相続統 一主義と相続分割主義という2つの立場がある。相続 統一主義とは、不動産相続と動産相続を区別せず、 相続関係を一体として被相続人の属人法(多くの場 合は本国法だが住所地法の国もある)によって統一的 に規律しようという主義であり、大陸法系の多くの国 (ドイツ、オーストリア、イタリア、スペイン、ポルト ガル, ポーランド, ハンガリー, ギリシア, リヒテン シュタイン、スウェーデン、トルコ等)がこの主義を 採用している。日本もこの主義を採用しており、アジ ア近隣諸国では韓国がこの主義を採用している。他方 で、相続分割主義とは、不動産相続と動産(一般的 には不動産以外の財産を意味する) 相続とを区別し、 前者については所在地法を、後者については被相続人 の属人法(多くの場合は住所地法だが本国法の国も ある)を適用する主義であり、英米法系の国のほか、 フランス, ベルギー, ルクセンブルグ, ルーマニアな ど大陸法系の一部の国、アジア近隣諸国では中国がこ の主義を採用している(それぞれの国の根拠条文等は 小出邦夫編著「逐条解説・法の適用に関する通則法 (初版)」352頁(商事法務)に記載されている)。

アメリカ (ニューヨーク州) においても不動産については所在地法, 動産については被相続人の住所地法を準拠法とするという相続分割主義が採用されており, そうすると, 通則法41条により, 日本に所在する不動産については, 日本法によることになる。もっ

とも、被相続人の本国法が相続分割主義を採用している場合には反致を認めないという学説もあるが、判例は本国法が相続分割主義を採用している場合にも反致を認めている(最高裁平成6年3月8日判決家裁月報46巻8号59頁、神戸家裁平成6年7月27日審判家裁月報47巻5号60頁)。

なお、アメリカは、州によって内容の異なる法律が適用される、典型的な地域的不統一法国であるところ、不統一法国における準拠法の選択について、通則法38条3項は、「当事者が地域により法を異にする国の国籍を有する場合には、その国の規則に従い指定される法(そのような規則がない場合にあっては、当事者に最も密接な関係がある地域の法)を当事者の本国法とする」と定めているが、アメリカには通則法38条3項にいう「規則」はないから、当事者に最も密接な関係がある地域の法を当事者の属する地域の法と解するほかないという説(横浜地裁平成10年5月29日判決判例タイムズ1002号249頁等)が現在の通説・判例である。

(3) 相続財産の承継についての法制度

相続財産の承継についての法制度には、相続開始 の時から被相続人の積極・消極の財産のすべてが相続 人に包括的に承継されるという包括承継主義と、相続 開始によって被相続人の財産の清算が行われ、債権 債務関係を処理した後に残余財産があれば相続人にこ れを分配するという管理清算主義という2つの法制度 がある。前者はドイツ、フランス、イタリア、スイス 等の大陸法系諸国で採用され、日本もこの制度を採 用している。後者はアメリカ、イギリス等の英米法系 諸国で採用されている。管理清算主義の具体的な流 れは、遺言書により遺言執行者が指定されている場合 には、裁判所が遺言をプロベイト (Probate、検認と 訳されるが,日本法の検認と異なり,遺言の内容の真 否や遺言の有効性判断がなされ、遺言執行者に対す る遺産の管理・清算、分配・移転についての権限を 付与する手続である) し、遺言書はあるが遺言執行者 が指定されていない場合及び無遺言の場合には,裁判所が遺産管理人を選任する。そして,遺言執行者・遺産管理人は裁判所の監督下において遺産の管理清算を行い,その後に残余財産から法律に従い一定の額あるいは割合を相続人に分与することになる。そして,管理清算主義の下では、遺産を管理し,債権債務を清算する過程と残余財産を相続人に分配移転する過程とは別個の手続として理解されており,一般に英米法系諸国において相続分割主義がとられるのは後者の手続についてのみである。遺産の管理清算については動産・不動産を問わず、遺産管理地法が準拠法とされている。

日本の通則法の解釈としても、遺産の管理については被相続人の本国法ではなく管理財産の所在地法が準拠法となるという説があり、この説に立った判例もある(東京家裁昭和41年9月26日審判家裁月報19巻5号112頁)。

設問の事案においては、少なくとも日本にある財産については管理清算主義を採るアメリカ法(ニューヨーク州法)を準拠法として、日本の裁判所において上記の手続が行われることになる(不動産の分配移転についての準拠法は日本法、また、遺産の管理清算についての準拠法も遺産管理地法である日本法になるという説もある)。

(4) 適応問題

前述のように日本の検認の手続と英米法のプロベイトの手続は全く異なるし、英米法の遺言執行者は裁判所の管理下にあるが、日本法の遺言執行者は同様の意味で裁判所の管理下にあるわけではなく、かつ、清算型遺贈など特殊な遺贈の場合は別として遺産の第三者への売却や債務の弁済の権限を有しない。また相続財産管理人が選任される場合は非常に限定されている(民法918条2項、926条2項等)。手続は法廷地法によるという原則はあるけれども、適用する実質法が外国法の場合には外国法と法廷地法との間に不調和が生じる場合がある。これを適応問題という。

外国法と法廷地法との間の不調和の適応問題に対処する方法として,法廷地にある類似の制度を修正して外国法の求める手続を行うということがある。準拠法が管理清算主義を取っている場合,遺産管理人・遺言執行者については,相続財産管理人の制度により代行することができるとされているが(最高裁判所事務総局編前掲書67頁以下),プロベイトの手続については,遺言の有効性の判断を含んでいるから,日本の家庭裁判所の甲類審判(家事事件手続法のもとでは別表第1の事件)の手続で代行することは困難であるとされている(最高裁判所事務総局編前掲書75頁)。

(5) 相談にあたって

日本に国際裁判管轄があるとされている場合であっても、国外にある不動産については、相続関係においても不動産所在地国が専属的国際裁判管轄を有するという制度を採る国が多いため、日本の家庭裁判所の審判が承認される可能性は乏しいし、承認の問題とは別に登記・登録ができるかという問題がある。さらに国外にある預金その他の金融資産についても、国外の金融機関が日本の家庭裁判所の審判に従った手続を採るとは限らない。その結果として国外にある財産については、日本での手続では完結せず、国外での裁判手続が必要となる場合がしばしば生ずると考えざるを得ない。

また、渉外相続の処理に当たっては、外国法の調査が不可欠であるが、これはしばしば困難を伴う(加藤文雄著「渉外家事事件整理ノート」新版369頁以下(新日本法規出版)に詳細な文献の紹介がある)。インターネットで調べるとか、大使館・領事館に問い合わせる、外国法研究者に問い合わせる等の方法があるが、実質法(相続法)自体の調査よりも、国際私法の調査は難しく、国際裁判管轄の調査はさらに難しい。そして、日本の裁判の承認可能性となると、日本の弁護士限りで判断することは極めて困難である。結局のところ、その国の法律専門家に相談するほかない場合も多いであろう。

外国人相談と国籍確認

外国人相談において、相談者の国籍の確認は在留 資格の有無・種類とともに重要な事項である。日本 に滞在するにあたって在留資格が必要となる「外国 人 | とは、「日本国籍を有さない者 | であるから(入 管法2条2号),相談者が日本国籍を有していれば、 少なくとも在留資格の点は大きな問題ではなくなる。 また、家事事件では、日本の抵触法は本国法主義を とっているため、準拠法判断に相談者の国籍確認は 必須である。

日本国籍を取得する場面

日本国籍を取得する場面は、大きく3つある。① 出生による取得、②認知による取得、そして③帰化 による取得。以下、それぞれについて解説する。

(1) 出生による取得

日本の国籍法は、血縁主義を採用するため、両親 のどちらかが日本国籍を有していれば、出生により、 子は日本国籍を取得する(国籍法2条)。もっとも、 1984年に国籍法が改正される前は、父親が日本人 の場合しか出生による日本国籍取得は認められなか ったため、相談者の出生年の確認が必要になること もある。また、出生により外国の国籍を取得した日 本国民のうち、国外で生まれた子については、出生 による日本国籍取得が可能な場合であっても、日本 国籍留保の意思表示をしなければ、日本国籍を喪失 する(国籍法12条)ことになるので注意が必要であ る。具体的には出生届を提出する際に、国籍を留保 するという欄にチェックすることにより意思表示がな される。

(2) 認知による取得

出生により日本国籍を取得するには、子の出生時 に日本国籍を保持する父又は母と法律上の親子関係 がなければならない。したがって、日本人父・外国 人母で、両親が結婚していない場合には、胎児認知 を受けていなければ出生により日本国籍を取得する ことはできないので、それがない場合には、生後認知 による国籍取得を検討することになる。

2008年に国籍法3条1項が改正され(施行は2009 年1月1日)、出生後の認知という要件の他に、3条 1項記載の要件を満たす場合には、法務大臣への届 出により日本国籍を取得することができることとなっ た。その要件とは、日本国民であったことがないこと、 出生時に父又は母が日本国民であったこと、届出時 に父又は母が日本国民であること、20歳未満である こと、である。

認知による国籍取得に弁護士が関わることは多い。 特に、認知手続から、将来的な国籍取得手続を含め て受任することになることが考えられる。具体的な手 続は次頁の具体例対応を参照してほしい。

(3) 帰化

日本に長く暮らす外国人や、日本人の配偶者であ る外国人は、帰化手続より日本国籍を取得すること を考えるかもしれない。帰化の要件は、国籍法5条 乃至同法9条に記載されている。

重国籍の問題

国籍法は、世界の各国がそれぞれ規定するため、 国際結婚カップルの子や国外で出生した子など、複 数の国籍を有する場合も出てくる。

日本の国籍法は、原則として重国籍を認めていな

いため、重国籍となったときが20歳未満の場合は22歳まで、20歳になった後の場合は2年以内に国籍選択をすることが求められている(国籍法14条1項)。もっとも、実際には、その選択をしないことで特に不利益がある訳ではないとされている。当然であるが、外国籍を選択することにより日本国籍は喪失することになる(国籍法11条2項)。

上に述べたように、国籍法は、各国様々に異なる 規律であるため、どのような条件・要件で国籍を取 得することになるのか、調べた上で、現在の子の国 籍状態を確認する必要がある(例えば、ロシア人と 日本人との間の子は、ロシア国外で出生した場合に は、出生によりロシア国籍を取得する訳ではないと される。そのことにより、出生後にロシア国籍を取得 する手続をとることで、日本国籍を喪失するケースが 複数出ている)。

【相談】

私はA国出身の永住者Xです。3年前に日本人男性Yと離婚しました。Yとの婚姻中に、Zが生まれました。今,5歳です。1年前にYから、YとZとの間の親子関係不存在確認調停が起こされ、DNA鑑定後、親子関係不存在が確定しました。実は、Zは、別の日本人男性Vとの間の子です。Zの日本国籍はどうなってしまうのでしょうか。

【回答】

Zは、婚姻中のXとYとの間に生まれたのでYの嫡出子と推定され(民法772条)、法律上の父親である日本人Yの子となるから、出生により日本国籍を取得していたことになる。しかし、その日本人父との親子関係不存在が確認されたことにより、遡って日本人父から出生した訳ではないことになるため、日本国籍を喪失する。その結果、母親と同じA国人

(外国人)となるため、適法な在留資格がなければ 日本に滞在することができないことになる。ただ、 本件においては、真実の生物学上の父親であるVも また日本人ということであるため、生後認知による 国籍取得により、再度国籍を取得することが考えら れる。

具体的な手続としては、Vに対して認知を求めて いくことから始まる。Vとの関係が現在も良好であ るかないかにかかわらず、認知による国籍取得手続 の際に法務局に提出しなければならない書類を少な くするために、国籍取得が最終的にとるべき手続と して考えられる場合には、任意認知手続ではなく、 裁判上の認知(調停(審判)/訴え)手続をとるこ とが望ましい。Vの戸籍にZを認知した旨の記載が されたところで、まずはZ及びXの住所地を管轄す る地方法務局に相談に行き(事前に電話をし予約を いれる), 具体的なこのケースについての必要書類の 指示を受けた上で、必要書類を集め、最終的な届出 の手続を行う。この届出の手続は、弁護士による代 理業務が認められていないものの、実務上弁護士が 資料を集めたり、相談に同席するなどして対応する ことが考えられ、特に資料収集能力に乏しい外国人 当事者の場合は、そのようなサポートが必要になる 場合が多い。

なお、上に述べたように、国籍が最終的に取得されるまでの間(厳密には届出の時点まで)は外国人で、在留資格がない状態であるため、入国管理局から Zの違反調査・審査の通知がくることも考えられる。その場合には、入管には今後の国籍取得の手続見込みについて説明しつつ、入管の対応に応じることになろうかと思われる。