

国際的な子の奪取の民事上の側面に関する条約（ハーグ子奪取条約）

外交防衛委員会調査室 かじ りょうた
加地 良太

1. はじめに

日本人と外国人との国際結婚の増加に伴い、国際離婚も増加している。国際離婚により、多くの場合、当事者の一方がこれまでの生活拠点を離れ、母国や他の領域に移動することから、国境を越えた子の連れ去りの問題が生ずることとなる。一方の親が他方の親に無断で子連れて母国へ帰国する、あるいは、子を外国にいる元配偶者に会いに行かせたところ、その元配偶者が子を帰さずにそのまま手元に留め置くといった事例が多く発生しており、極めて深刻な問題として受け止められている。

こうした問題に対処すべく、1980年、ハーグ国際私法会議は、子の利益が最も重要であるとの認識の下、不法な子の連れ去りや引き留めから生ずる有害な結果から子を国際的に保護することなどを目的として、その子を元いた国に迅速に返還するための国家間協力の枠組み等を定める「国際的な子の奪取の民事上の側面に関する条約（ハーグ子奪取条約）」を採択した。条約は1983年に発効し、2012年2月現在、欧米を中心とした計87か国が締結している。米国、フランスなどは、日本にも早期に締結するよう求めていたが、2011年5月、政府は、条約締結に向けた準備を進めるとの閣議了解を行い、2012年3月9日に、条約締結の承認案件及び国内担保法案（「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案」）を国会（衆議院）に提出した。

国際的な子の連れ去り問題の背景・現状、条約の概要、日本の条約締結を巡るこれまでの議論等については、拙稿にて紹介しているので¹、本稿では特に、条約に定める子の返還手続や面会交流支援等を中心に、関係条文及びその内容を紹介することとし、併せて、当該部分に係る国内担保法案の規定²や諸外国の運用についても触れることとしたい³。

2. 条約採択の経緯

国際私法は、外国法秩序との連携という観点から、国境を越えた私人間の問題が発生した場合における、複数の国の法秩序の適用関係（抵触法）、国際民事裁判管轄権、外国判決の承認及び執行などに関する規範を定める法分野である。ハーグ国際私法会議は、そうした国際私法に関する規則の漸進的統一を目的として、1893年にオランダ政府の主催により

¹ 拙稿「深刻化する国際的な子の連れ去り問題とハーグ条約」『立法と調査』326号（平24.3.8）

² 国内担保法案のうち、中央当局に係る部分は外務省が、子の返還手続に係る部分は法務省が作業を進め、最終的に法務省が一つの法案として取りまとめた。なお、条約と国内担保法案では、規定される内容の射程が異なる。特に、子の返還に係る裁判手続について、国内担保法案は他の締約国から日本に連れて来られた場合の裁判手続のみを規定し、日本から連れ去られた場合の子の返還に係る裁判手続は連れ去られた先の国に委ねられている点に留意する必要がある。中央当局による支援や関与の程度も各国様々である。

³ なお、本稿における裁判例の分析については、日本弁護士連合会「国際的な子の奪取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」（平23.3）を参照。

第1回会議が開催されたことを起源とする政府間国際機関である⁴。

ハーグ国際私法会議は、戦後 38 の条約を作成し、統一条約に基づく国際私法の統一を進めてきた。1970年代になると、一方の親による子の連れ去り及び監護権を巡る紛争の国際裁判管轄問題が国際的な場で議論されるようになったが、1979年にハーグ国際私法会議が開催した特別委員会において作成された素案に基づき、翌1980年のハーグ国際私法会議第14回会期において審議が行われた後、同年10月、「国際的な子の奪取の民事上の側面に関する条約」が採択された。条約は、それまで採択されてきた条約とは異なる特徴を持つ。すなわち、外国判決の承認、国際裁判管轄権及び抵触法に関するルールの一の統一のみならず、各締約国の中央当局が責任を持って子の迅速な返還を実現するための国家間行政協力に取り組む仕組みが構築された点で画期的であると評されている。その締約国の数から、ハーグ国際私法会議の作成した条約の中で最も普遍的であるとされる。

3. 条約の意義と目的

(1) 条約の意義

ある国の法により不法とされる形で子が連れ去られても、一旦国境を越えてしまえば、もはやその国においては法的に対抗する手段が失われてしまうこととなる。子を連れ去られた国と連れ去り先の国のいずれかが条約を締結していない場合には、連れ去り先の国の法に基づく手続により返還を求めるほかないが、時間の経過とともに連れ去られた子が新しい環境に順応することで不法な連れ去りが既成事実となるため、子を取り戻すことは困難となることが多い。条約は、国家間の協力により、こうした国境を越えた子の不法な連れ去りの状態を迅速に原状回復し、正当な理由なく無断で子を連れ去る者が「逃げ得」となるような状況の改善を目指す点に意義があるとされる。

(2) 条約の目的と規定の枠組み

条約は大きく、「子の迅速な返還」と「子との面会交流の支援」の2つで構成されている。条約は、いずれかの締約国に不法に連れ去られ又は留置されている子の迅速な返還を確保すること、一の締約国の法令に基づく監護の権利又は接触の権利が他の締約国において効果的に尊重されることを確保することを目的として掲げ(第1条)、その実現を確保するため、「全ての適当な措置」をとること及びそのために「利用可能な手続のうち最も迅速なもの」を用いることを締約国に対し求めている(第2条)。

しかし、具体的な運用方法については、全45条の規定は手続の大枠を定めているに過ぎず、各国が対応可能な範囲で最大限の措置をとればよいと考えられ、各国それぞれの国内法等に委ねられている。

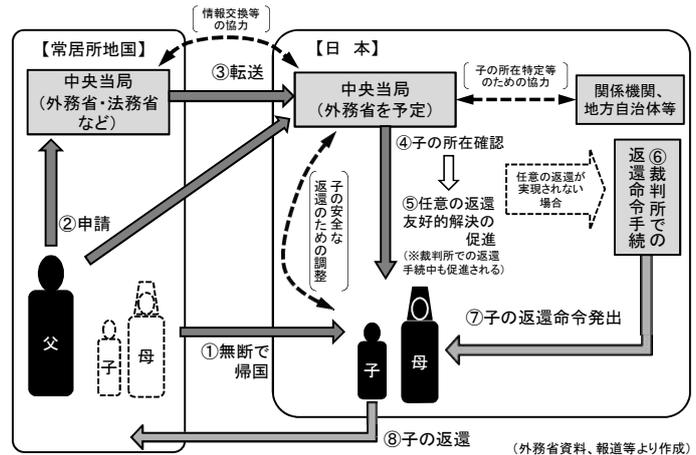
4. 子の返還手続

条約は、子の監護権(親権)は子がそれまで在住していた国(「常居所地国」)で決定さ

⁴ 1951年に常設の国際機関となり、オランダのハーグに事務局が置かれている。2012年3月現在、欧州を中心とする72か国・組織が加盟しており、日本は、欧州以外の国としては初めて、1904年から参加している。

【図】ハーグ条約に基づく子の返還手続の概要 ※母が子を日本に連れ帰った場合

れるべきとの発想の下、そのために、ひとまず子を常居所地国へ戻すための手続の仕組みを定めている（概要は【図】を参照）。常居所地国の法に照らして認められる監護権を有する者が、その監護権を侵害される形で不法に子を連れ去られ、又は留置⁵された場合、その者から申立てがなされたときには、原則として子を常居所地国に返還しなければならない^{6 7}。



(1) 条約の適用を受ける「不法な連れ去り又は留置」の範囲

条約の適用を受ける「不法な連れ去り又は留置」の要件は、以下のとおりである。

- ①当該子が16才に達していないこと（第4条後段）
- ②当該子の連れ去り又は留置の直前に、当該子がいずれかの締約国に常居所を有していたこと⁸（第4条前段）
- ③当該連れ去り又は当該留置の直前に当該子が常居所を有していた国の法令に基づいて、個人、施設その他の機関が共同又は単独で有し、かつ、現実に行使していた、又は当該連れ去り若しくは当該留置がなかったならば現実に行使していたであろう監護の権利を侵害していること（第3条1項）
- ④当該連れ去り又は留置が、締約国間において、当該締約国について条約が発効した後に行われたものであること（第35条）

条約第35条の規定により、条約発効以前の連れ去り又は留置には遡及しない。国内担保法案においても、附則第2条で同旨の規定が置かれている。もっとも、条約は、申立てを受けた裁判所が、条約発効以前の連れ去り又は留置の事案について、条約の規定に従って子を返還することを妨げるものではなく⁹、非締約国からの連れ去り又は留置であっても、申立てを受けた国の国内法に基づく返還を妨げるものではない（第18条）。

条約で用いられる「常居所」とは、各国により住所の概念が異なることで生ずる問題を回避すべく、ハーグ国際私法会議において創出された概念である。住所は各国において様々

⁵ 留置とは、国境を越えて他国に一時的に滞在していた子を常居所地国に戻さないことをいう（大谷美紀子「国境を越える子の監護に関する問題」渡辺惺之監修『涉外離婚の実務』（日本加除出版 2012. 2）269頁）。国内担保法案は、不法な留置について、「常居所地国の法令によれば監護の権利を有する者の当該権利を侵害する留置であって、当該留置の開始の時に当該権利が現実に行使されていたもの又は当該留置がなければ当該権利が現実に行使されていたと認められるもの」と定義している（第2条7項）。

⁶ 条約上は、「常居所地国へ返還しなければならない」とは規定されていない。申し立てた親が申請後に常居所地国から第三国へ転勤した場合などの例外が生ずることが想定されているからである。

⁷ なお、子を連れ去り又は留置した者と子の返還を求める者との間の国籍の違い（国際結婚か否か）、又は、婚姻関係の有無（離婚成立時期の前後）は問題とならない。このため、国際離婚した夫婦間での争いのみならず、同一国籍の夫婦間での国境を越えた子の連れ去り等も条約の適用対象となる。

⁸ 連れ去り又は留置の直前に締約国に常居所を有していれば十分であり、常居所地国からの連れ去りは要件とはされていない。締約国に生活している家族が休暇を非締約国において過ごしていたところ、親の一方が子を第三国に連れ去ったという場合にも条約は適用される。また、常居所地国とは別の国に連れ去られ又は留置された子が更に他の国に連れ去られても、基準となるのは最初の連れ去り又は留置の時点であるとされる（横山潤「国際的な子の奪取に関するハーグ条約」『一橋大学研究年報 法学研究』（2000年）23頁）。

⁹ 横山潤「国際的な子の奪取に関するハーグ条約」『一橋大学研究年報 法学研究』（2000年）72頁

な意味に理解されているのに対して、常居所（すなわち平常の居所）は事実的な事象を意味するものであると考えられる。ただし、この常居所の概念は、国際的に統一的に使用されることが望ましいことから、あえてこの概念を定義する規定は設けられていない¹⁰。

常居所の取得の有無を巡る法的評価につき、その具体的な解釈はまさに各国それぞれの裁判所に委ねられている。「居所」を有するか否かは客観的事実に基づき判断することが可能だとしても、その居所が「平常」なものであるか否かは法的な評価が加わる。他国でも、条約に基づく子の返還手続で当該子の常居所の認定の如何が問題となったケースは多い。

（２）中央当局への返還援助申請

条約に基づく手続の中心的役割を担うのが、条約第 6 条 1 項により各締約国に設置が義務付けられる「中央当局」である。日本では、子の福祉を最大限に尊重し、条約を適切に実施する観点から、外務省に中央当局を置くこととされた¹¹。条約第 7 条 1 項では、条約の目的を達成するため、中央当局が相互に協力し、国内の権限ある当局間の協力を促進することが一般的に定められており、特に、同条 2 項 a ～ i に定められた任務のために、中央当局は、直接に又は仲介者を通じて、「全ての適当な措置」をとることとされている。

条約締約国間の子の不法な連れ去り又は留置があった場合には、まず自国の中央当局に「返還援助申請」をすればよく（相手国の中央当局に直接申請することも可能）、申請を受理した中央当局が子の現在する国の中央当局に申請を転送する¹²。（１）の適用対象範囲の要件を満たさない場合には、条約上、各締約国は申請を受理する義務を負わないこととされているが（第 27 条）、国内担保法案は、それらの要件を踏まえ、中央当局が申請を却下することのできる場合を定めている（第 7 条及び第 13 条）¹³。その際、中央当局が監護権行使の有無等の実質的判断に踏み入るわけではなく、飽くまで提出を要する書類がそろっていないような場合に、形式的に申請を却下するものと想定されている。

既に中央当局に対して申請がなされ、これが受理されていたとしても、当該子が満 16 歳となった時点で一律に条約の下での手続は自動的に終了する。連れ去り時に 15 歳 6 か月であっても、申立てが連れ去り後 7 か月経過して行われたときには、条約の適用はない。また、連れ去られた兄弟が 16 歳未満と 16 歳以上の子であった場合には、第 13 条 1 項 b 号（「重大な危険」の抗弁、（６）才参照）との関係で処理されることとなる。ただし、締約

¹⁰ 常居所の解説は、横山潤『国際私法』（三省堂 平 24. 3）49～52 頁など参照。それによると、常居所は、法的住所とも単なる居所とも異なる、いわば「生活の本拠地」として一応理解することができ、人が特定の地において社会の構成員の一人として生活しているとみることができるときに、当該その地において常居所を取得するものとされている。具体的には、時間の現実の経過及び客観化された居住の意思という 2 つの要素が求められることとなる。

¹¹ 国内担保法案第 3 条「我が国の条約第 6 条第 1 項の中央当局は、外務大臣とする」

¹² 条約第 24 条 1 項は、申請書類には申請先国の公用語又はこれが実現不可能な場合には英語若しくは仏語による翻訳を添付することとしているが、日本は同条 2 項に基づき、第 42 条の規定に従い留保を付し、仏語の使用を拒むこととしている。

¹³ 申請の却下に対しては、申請者が不服申立てできるように事務的な調整を今後進めると外務省は説明している。中央当局が申請を受理したことで不利益を被るとして連れ去り親が不服申立てをすることは認められないものとされた。手続の途中でも、子が他国に連れ出されたと信ずるに足る理由がある場合には、裁判所は手続を中止し、又は申立てを却下することができる（条約第 12 条 3 項）。なお、中央当局により返還援助申請が却下された場合でも、司法当局に対して子の返還手続を申し立てることは妨げられない（条約第 29 条）。

国が条約の諸原則を16歳以上の子に適用することを条約は妨げるものではない¹⁴。

(3) 中央当局による子の所在の探知

他の締約国から申請を受理した中央当局は、まずは子の所在の特定を行う(条約第7条2項a)。当該子が他の締約国に現に所在することが判明した場合には、申請を当該他の中央当局に転達し、要請を行った中央当局又は申請者にその旨を通知する(条約第9条)。

子の所在を確知するためには、中央当局が子の所在に関わる必要な情報を関係各機関から入手できるようにすることが求められるが、国内担保法案ではそのための権限規定が整備されている。中央当局は、関係行政機関、関係地方公共団体、独立行政法人及び国立大学法人等の長、並びに政令で定める公私の団体に対して、住所などの当該子の探知のために必要な情報の提供を求めることができるものとされている(第5条1項)。要請を受けた団体、機関等には、遅滞なく当該情報を中央当局に提供しなければならないとする義務が課せられる(第5条2項)¹⁵。具体的な照会先の限定、情報の提供方法等の詳細については、政省令及びガイドラインにより規定されることとなるが¹⁶、公私の団体には、私立学校、民間のDVシェルター、通信会社等の民間の団体も含まれる。入国記録は存在するが出国記録は存在しないことから日本国内に所在している可能性が高いにもかかわらず、行政機関や地方公共団体から得られた情報では子の所在を確知することができない場合には、中央当局が警察に行方の調査等を求めることとなる(第5条3項)。中央当局が収集した情報は、手続を進めるに当たって最低限必要になると考えられる一定の場合¹⁷に限って提供することとしている(第5条4項)。

(4) 任意の返還の促進

子の所在が特定できたら、中央当局は、子の返還についてのあらゆる段階において、子の任意の返還を促し、そのための全ての適当な措置をとり、又は関係機関に対してとらせる必要がある(条約第7条2項c、第10条)。日本における具体的な対応は、今後、ガイドラインによって示される予定であるが、中央当局が申請者の同意を得た上で、子と同居する者に対し書簡、メール、電話等で連絡の上、条約の趣旨や任意の返還の利点等について説明しつつ、任意の返還又は友好的解決について説得を試みる¹⁸。このような説得は、

¹⁴ 横山潤「国際的な子の奪取に関するハーグ条約」『一橋大学研究年報 法学研究』(2000年)24頁

¹⁵ この情報提供は、個人情報保護法、行政機関等個人情報保護法、独立行政法人等個人情報保護法及び各地方公共団体の個人情報保護条例において目的外利用及び提供の制限の例外とされている「法令に基づく場合」に該当するものとして整理されている。

¹⁶ 関係機関との具体的な協力の方法に関しては、中央当局は、①子の日本への入国事実を確認するための出入国記録、②子の本籍地を確認するための旅券発給申請情報、③子の現住所を確認するための住民基本台帳や戸籍の附票、④子の就学に関する情報又は子及び子の監護者の社会保障給付情報の順に段階的に照会していくこととするの方針が示されている。

¹⁷ 国内担保法案第5条4項は、①裁判手続開始の申立てに最低限必要な子と同居している者の氏名を申請者に開示する場合、②裁判手続が係属している国内裁判所から当該子及び子と同居している者の住所又は居所の確認を求められた場合、③福祉事務所又は児童相談所に対して当該子が虐待を受けているおそれがあると信ずるに足りる相当な理由がある旨を通告する際に当該子及び子と同居していると思料される者の氏名及び住所又は居所を通知する場合、の3つの場合に限っている。

¹⁸ 具体的には、当事者が希望すれば、専門的知見を有する外部有識者・団体の協力を得て友好的解決の実現を

申請した当初の段階以外にも、返還命令が出された後にも行うことができる。なお、国内担保法案では、裁判所は、当事者の同意を得て、いつでも、職権で、子の返還申立事件を家事調停に付することができる」と規定されている（第144条）。

（5）子の返還手続の開始

さらに、中央当局は、子の返還命令を得るための司法手続¹⁹を開始し、又は当該手続の開始について便宜を与えなければならず、適当な場合には接触の権利の内容を定め、又はその効果的な行使を確保するよう取り計らわなければならない（条約第7条2項f）。中央当局に対する返還援助の申請と子の返還命令を得るための司法機関に対する手続の申立ては別のものとされており、中央当局に対して返還援助を受けるための申請をすれば必ずしも自動的に子の所在国における返還のための司法手続が開始されると規定されているわけではない。豪州のように、中央当局が申請者の代わりに裁判所に申立てを行う仕組みもあれば、米国のように、中央当局は代理人となる弁護士を紹介するのみであり、裁判の申立ては申請者自身が行うとする制度設計の国もある。国内担保法案においては、行政機関である中央当局は第三者的に関与すべきとの観点から、当該子の連れ去りまたは留置により監護権が侵害された者自身が申し立てることとされている（第26条）。

条約に基づく申請がなされると、既に家庭裁判所に係属していたとしても当該子の監護権の本案についての決定を下すことができない（第16条）。国内担保法案は、不法な連れ去り又は留置と主張される連れ去り又は留置があったことが通知されたときは、当該子の監護権の本案についての審判が係属している家庭裁判所は原則としてその審判事件について裁判をしてはならないとする規定（第152条）を置き、これを担保している。また、条約に基づく子の返還に関する決定を監護権の本案についての判断としてはならないとされている（第19条）。

条約は、返還手続の審理が迅速に行われることを要請している（第11条1項）。当該手続開始の日から6週間以内に決定がなされない場合、申立人または申請を受けた国の中央当局は遅延の理由説明を司法当局に対して求めることができる（第11条2項）²⁰。この規定は、返還を命ずるか否かの決定を6週間以内に行うことを義務付けるものではなく、諸外国の例を見ても、実際に決定が下りるまでに6か月以上を要している例は多い。

国内担保法案では、迅速審理の要請に加え、手続の特殊性に鑑み、専門性の観点から、東京及び大阪の両家庭裁判所に管轄を集中することとされた。他方で、遠隔地に居住する当事者の便宜等も考慮し、電話会議システム等の音声の送受信による裁判手続への参加（証拠調べを除く）も認められることとなった²¹。また、条約第26条2項は、申立てに係る手

図るべく、家事調停、裁判外紛争解決手続機関（民間ADR機関）、日本司法支援センター（法テラス）、弁護士を通じた話し合いといった既存の制度・機関を利用できることを紹介することが想定されている。

¹⁹ 条文上は「司法上又は行政上の手続」とあるが、実際にはほとんどの締約国において返還命令の審理を行うのは司法機関となっているため、本稿では「司法手続」として説明する。

²⁰ 条約の規定をそのまま反映させる形で、国内担保法案では、裁判所への返還申立てから6週間経過後に申立人又は中央当局が審理の状況につき説明を求めることができるとする規定を置いている（第151条）。

²¹ ただし、外国にいる当事者については、当該外国の主権を侵害するおそれがあることから原則としてできないということが前提とされている。

続費用、特に裁判所の手続費用又は弁護士費用の免除を規定しているが、本規定に関して、日本は自国の法律扶助制度によって賄われる限度においてのみ費用を負担するという旨の留保を条約締結に際して付すこととしている。国内担保法案では、条約第 25 条²²を踏まえ、手続上の救助の規定（第 59 条）及び日本国民ではない条約締約国の国民又は条約締約国に常居所を有する申立人が法律扶助制度を利用することのできるようにする規定（第 153 条）が盛り込まれている。

（6）返還事由と返還拒否事由

返還手続においては、当該子の連れ去り又は留置が条約の適用対象となる要件を満たす場合、原則として子を返還する命令を出さなければならない。国内担保法案は、子の返還を命じなければならない場合を、「子の返還事由」として第 27 条で具体化している²³。

しかしながら、条約上認められたア～カに掲げる要件に該当する場合には、当該司法機関は返還命令の発出を拒否することが可能となる（ただし、当該要件に該当した場合でも裁量により返還命令を発出することは否定されていない）。国内担保法案では、これら条約上の要件が「子の返還拒否事由」として第 28 条 1 項・2 項において具体化されている。

ただし、申立てを受けた国で既に当該子の監護に関する決定が行われたという事実のみをもって、子の返還を拒むことはできない（条約第 17 条前段）。条約の適用に当たり、当該決定の理由を考慮することは可能である（同条後段）²⁴。

ア 子の返還の申立てが子の連れ去り又は留置の時から 1 年を経過した後にされたものであり、かつ、子が新たな環境に適応していること（条約第 12 条 1 項・2 項）

連れ去り又は留置から 1 年を経過した後に申立てがなされた場合であっても、原則として子は返還されなければならない。しかし、返還の可否を決定する時点において、子が新しい環境に住み慣れているという事実が証明された場合には、返還拒否が認められている。

ここで問題となるのは、「1 年という期間の起算時及び満了時」と「住み慣れの判断基準」についての解釈である。期間の満了時については、中央当局への返還援助申請時ではなく、司法機関への返還手続の申立てがなされた時点で 1 年を経過したかどうかで判断されることに争いはない。他方、1 年という期間の起算点、すなわち不法な連れ去り又は留置の開始時についての判断は、事例により異なっている。特に、留置については、子の国境を越えた移動という外形的事実を持って不法とされるわけではなく、既に常居所国外にいる子を返さないことによって生ずるため、具体的にどの時点から不法となるかが問題とされる。夏休みの里帰りなどで期間を決めて子を常居所地国外へ連れ出した場合に期間を過ぎても子を返さなかった場合には、通常は期間の満了日をもって不法な留置に及んだものとみな

²² 条約第 25 条「締約国の国民及び締約国に常居所を有する者は、この条約の適用に関係のある事項に関し、他の締約国において当該他の締約国の国民及び当該他の締約国に常居所を有する者と同じ条件で法律に関する援助及び助言を受けることができる。」

²³ ①子が 16 歳に達していないこと、②子が日本国内に所在していること、③常居所地国の法令によれば、当該連れ去り又は留置が申立人の有する子についての監護の権利を侵害するものであること、④当該連れ去りの時又は当該留置の開始の時に、常居所地国が条約締約国であったこと

²⁴ 条約第 17 条と同旨の規定が、国内担保法案第 28 条 3 項に設けられている。

される。しかし、期間を特に定めずに子を連れ出した場合、あるいは期間の満了前に子を返さないことを決めた場合などにおいては、子を常居所地国へと返さないという意思表示を連れ去った親が示したと客観的に見て取れる時点で監護権を侵害する不法な留置が成立するとみなされるが、具体的な事例によって裁判所の判断は異なってくる。当該不法な連れ去り又は留置が、我が国について条約が発効した後のものとして適用対象となるか否かについても、上述した不法な連れ去り又は留置の成立が、我が国について条約が発効した日の前か後かによって決せられる。

「住み慣れ」の判断基準としては、「子が、(連れ去り又は留置の前と同様に) 安定し、かつ、その必要性と利益に應えるだけの家庭環境(及び社会環境)の中にあり、かつ、子自らが返還を要求していないこと」という事実が求められるとされる²⁵。条約の目的を踏まえて返還拒否を認める場合を厳しく限定する立場の判例もあれば、他方で、条約の目的は具体的な子の福祉を指向する方向で検討すべきであるとして返還拒否を認めた裁判例も近年は現れており、事例ごとあるいは締約国ごとに判断が異なっている。しかし、子が連れ去り先の国で隠されていたような場合には、学校にも通っていないなど、通常「なじんだ」とは認めがたい状況にあることから、返還拒否が認められない場合が多い。

イ 申立人が子の連れ去り又は留置の時に子に対して現実に監護権を行使していなかったこと²⁶(条約第13条1項a号)

条約の適用対象となる要件として条約第3条1項に掲げられた「監護権の現実の行使」は、申立人が証明責任を負い、不行使が認められれば返還申立てが却下されるのに対して、本条に掲げられた抗弁事由としての監護権の現実の不行使は、返還を拒否する相手方が証明責任を負い、不行使が認められれば抗弁が認められる。これに対して申立人が、第3条1項の要件に該当することを主張立証した場合には、返還拒否事由としての抗弁は否定される。しかし、第3条の要件としての監護権の行使は広く解されており、返還申立要件としての監護権の現実の行使がなかったと認められた裁判例は、ほとんど見当たらない。

ウ 申立人が子の連れ去り若しくは留置の前にこれに同意し、又は子の連れ去り若しくは留置の後にこれを黙認したこと(条約第13条1項a号)

この規定にいう「同意」は連れ去り若しくは留置の前になされるものである。一方、この規定にいう連れ去り若しくは留置の後になされる「黙認」は、「追認」という用語により説明されることが多い。本規定は、同意又は追認があった場合にも、返還を拒むことができるものとしている。同意又は追認は書面によることを要せず、その有無は諸状況からの推測により判断されており、これまでも諸外国において様々な裁判例が示されている。その中でも、返還申請が遅延した場合に追認したとみなされるかについては、申立人が合理的な理由もなく何らの措置も講じなかった場合には多くの事例において追認と認められているようである。

エ 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こと(条約13条2項)

²⁵ 横山潤「国際的な子の奪取に関するハーグ条約」『一橋大学研究年報 法学研究』(2000年)43頁

²⁶ 子の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権を行使していたと認められる場合を除く。

本規定は、児童の権利に関する条約第 12 条（意見表明権）²⁷に適合的な規定とされる。運用に当たっては、子の意見が連れ去り親からの不当な影響を受けたものではないか、意思が明確であるか、子が責任ある判断を行うだけの年齢又は成熟の段階に達しているか、申立人の監護下に服することではなく返還先国へ行くことに対して反対しているか、といった点に配慮した上で、裁量により返還の可否につき判断がなされている²⁸。

子の異議を考慮することのできる基準となる年齢について、条約上明確な規定はない。締約国により裁判例の傾向は異なるが、何歳以上でなければならないという基準を明確に示している国は見当たらない。

オ 子を返還することによって、子の心身に害悪を及ぼし、又は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こと（条約第 13 条 1 項 b 号）

一般に「重大な危険」の抗弁と呼ばれている要件である。条約の前文では、「子の利益が最も重要であることを深く確信し」とされているものの、本文においては子の利益という言葉は意図的に除外されている²⁹。子の所在国の裁判所が子の福祉に関する詳細な検討を始めれば、監護権の本案に関する決定を子の常居所国の裁判所に委ねるために子を迅速に返還する構造は適切に機能せず、条約の目的が損なわれるためである。このため、返還手続においては少なくとも、「両親のいずれが子を監護するのが適切か」、「常居所地国と連れ去り先の国のいずれで子が生活することがより子の利益にかなうか」という子の監護の本案の問題を「子の最善の利益」の観点から審理することはできないものとされており³⁰、個別事案における子の利益は、条約の定める要件の下においてのみ斟酌することができる。しかしながら、最近約 10 年間の締約国における裁判の運用を見ると、連れ去り親の 70% が現に子を監護している母であることを背景に、個別的・具体的事案における子の利益の確保という要請に判断の力点が移りつつあるとされる³¹。

他の締約国での裁判例を見てみると、様々な場合において本規定に基づく抗弁が主張されており、その判断も事案により違いが見られる。連れ去られた親が常居所地国で子に虐待を加えていたとする主張、母国へ子を連れ去った母が常居所地国で父からドメスティック・バイオレンス（DV）を受けていたため、子の返還命令が発出されても母が子と共に常居所地国へ戻ることができず、結果的に母と子が引き離されることとなり、子に対する精神的な危害が及ぶとの主張、その他、返還先国で「実子誘拐罪」に問われているために

²⁷ 児童の権利に関する条約 第 12 条 1 項 締約国は、自己の意見を形成する能力のある児童がその児童に影響を及ぼすすべての事項について自由に自己の意見を表明する権利を確保する。この場合において、児童の意見は、その児童の年齢及び成熟度に従って相応に考慮されるものとする。

同条 2 項 このため、児童は、特に、自己に影響を及ぼすあらゆる司法上及び行政上の手続において、国内法の手続規則に合致する方法により直接に又は代理人若しくは適当な団体を通じて聴取される機会を与えられる。

²⁸ 横山潤「国際的な子の奪取に関するハーグ条約」『一橋大学研究年報 法学研究』（2000 年）51 頁

²⁹ 国内担保法案第 1 条は、「この法律は、条約の的確な実施を確保するため、中央当局を指定し、権限を付与するとともに、子の迅速な返還のための必要な裁判手続等を定め、もって子の利益に資することを目的とする」としている。

³⁰ 大谷美紀子「国境を越える子の監護に関する問題」渡辺惺之監修『涉外離婚の実務』（日本加除出版 2012. 2）270 頁

³¹ 横山潤「国際的な子の奪取の民事面に関する条約について」『法曹時報』（2011. 3）20 頁。この点に関して、返還が子の最善の利益という観点から欧州人権規約第 8 条（家庭生活及び私生活の尊重に関する権利）に反するとした欧州人権裁判所大法廷判決（2010 年）が今後各国の司法判断にどう影響を及ぼすかが注目されている。

子を連れ去った親が刑事訴追を受ける可能性、帰国後の経済的な困難などから主たる監護者である連れ去り親が子と共に常居所地国に帰国できずに子から分離されることとなるとする主張などがなされている。

国内担保法案第 28 条 2 項³²では、本要件に該当する事由の有無を判断するに当たって、①常居所地国において子が申立人から身体に対する暴力その他の心身に有害な影響を及ぼす言動（暴力等）を受けるおそれの有無、②相手方及び子が常居所地国に入国した場合に相手方が申立人から子に心理的外傷を与えることとなる暴力等を受けるおそれの有無、③申立人又は相手方が常居所地国において子を監護することが困難な事情の有無を考慮するものとしている。申立人によるDVに関しては、子への虐待はもちろん、子の面前で相手方へDV被害が加えられるような場合も考慮事情として扱われることとなる。

カ 子を返還することが申立てを受けた当該国における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ものであること（条約第 20 条）

本規定は、公序条項の挿入を求める国とこれに反対する国との間の妥協の産物であるとされる³³。実際には、本条項に該当すると主張されるような事件では、ほぼ間違いなく「重大な危険」の抗弁（第 13 条 1 項 b）が認められることから、あまり意味のない規定だとされている³⁴。各国の裁判例を見ると、条約自体の合憲性、あるいは返還先国の監護権に関する法制度等が人権及び基本的自由に関する基本原則に反する可能性について争われているが、本要件を返還拒否の抗弁として認めた決定は極めて少ない。

（7）アンダーテイキング³⁵

諸外国において、特に英米法系の裁判所では、子の返還の前提として、子の返還に関連する事項（相手方と子が常居所地国へ帰国する旅費を申立人が支払うことや常居所地国において相手方と子のための住居を確保することなど）について、当事者が義務を負うことを裁判所に対し約束し、裁判所は、それを返還命令と一体のものとして、又は別の命令としてその履行を命ずることがある。そのような約束又は履行の命令を一般に「アンダーテイキング」と呼んでいる。

法務省の法制審議会ハーグ条約部会では、決定に盛り込んだ約束の内容を日本の領域の外で履行されることを担保することが不可能であることから、アンダーテイキングを国内担保法上の制度として導入することは見送られた。通常の裁判におけるのと同様に、裁判

³² 本項の規定は、スイスの国内法が参考とされた。スイスでは、子を単独で豪州に帰国させたものの夫に養育能力がなく結局里親へ預けられたというケースが実際に発生した。事案では、子の返還が結局のところ条約が実現を目指す「子の利益（福祉）」に反することとなったと指摘され、返還拒否事由の具体化として「里親に子の養育を委ねることが明らかに子の最善の利益ではない場合」を明記した国内担保法が 2007 年に制定された。

³³ 横山潤「国際的な子の奪取に関するハーグ条約」『一橋大学研究年報 法学研究』（2000 年）96 頁及び日本弁護士連合会「国際的な子の奪取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」（平 23.3）197 頁

³⁴ 1997 年の締約国によるレビュー会議の際に条約事務局が提出した報告書のパラ 57 等を参照。

³⁵ このほか諸外国では、アンダーテイキングの内容を外国においても強制できるようにするための手段として、ミラーオーダー及びセイフハーバーオーダーという手段が用いられることがある。ミラーオーダーとは、子の常居所地国の裁判所が、裁判地国の裁判所が発した命令又はアンダーテイキングと同じ内容の命令を発することであり、セイフハーバーオーダーとは子の常居所地国の裁判所が子に対する重大な危険等を除去するなどの目的のため、子の返還に関し特定の事項を命ずる命令を出すことである。

官が決定を下す際にあくまで考慮事情の一つとして取り扱われることとなる。

(8) 職権証拠調べと裁判所の裁量

(6) に示した各返還拒否事由は、返還に異議を唱える相手方(子を連れ去った親)に証明責任がある。証拠の収集等、海外で受けたDV被害を証明することは極めて困難であるとの指摘もなされているが、国内担保法案では、この点に配慮して、家庭裁判所は必要と認める証拠調べを申立て又は職権でしなければならないとされている(第77条)。

また、上記の各返還拒否事由に該当した場合においても返還の可否につき締約国の裁判所に裁量が認められていると条約上は解されているが、国内担保法案においては(6)才及び力を除いた事由についてのみ裁量を認めることとされた(第28条1項)。

(9) 子の社会的背景に関する情報提供

条約第7条2項dは、中央当局の任務として、望ましい場合には、子の社会的背景に関する情報を交換することと規定している。国内担保法案では、子の返還手続事件が係属している裁判所等からの依頼を受けて他の締約国の中央当局から要請があった際、中央当局は、一定の条件を満たす場合に限り、国内関係機関等に情報提供を求め、当該他国の中央当局に情報を提供することとしている(第15条)³⁶。提供する情報は政令等で範囲が指定される³⁷。他の締約国への子の返還手続事件が係属している日本の家庭裁判所から必要な調査を囑託された場合には、中央当局は、他の締約国の中央当局に情報提供を求めることができる(第83条、第6条2項2号)。

なお、そもそも相手国の中央当局にこれらの情報を収集する権限が付与されていない場合には、日本から中央当局経由で要請をしても情報が得られる保証はなく、外務省では、原則として当事者自身で情報を得てもらいたいとの考えを示している³⁸。

(10) 子に対する更なる危害の防止

条約では、中央当局が、連れ去り親が更に子を別の国に連れ去ろうとするなどの子に対する更なる危害又は利害関係者への不利益³⁹を防止する措置をとることとされている(第7条2項b)。本規定は、基本的には、当該子の更なる連れ去りを避けるための暫定措置を

³⁶ 日本での弁護士活動に際して、常居所地国に所在する情報を入手するための中央当局の協力を幅広く得る必要がある一方、申し立てた親が個人的に知りたい情報の収集を要請される可能性が高く、事務的負担の観点から現実的でないこと、相手国中央当局の情報収集を待っていると迅速な裁判を確保できないこと、さらに、要請をしたとしても相手国中央当局から情報を提供してもらえるかはまさに相手国次第であり、日本と他の締約国との間で片務的な関係となることから、裁判所からの要請があった場合に限定されることとなった。

³⁷ 条約上は「望ましい場合には」という条件が付されており、提供できない情報があったとしても直ちに条約違反とはならないものとされている。

³⁸ 外務省「ハーグ条約の中央当局の在り方に関する懇談会第4回会合議事概要」(http://www.mofa.go.jp/mofaj/gaiko/hague/kondankai04_giji.html)

³⁹ 利害関係者とは、申請者等の手続に関係する者であり、主として子を連れ去られた親が想定されている。子を連れ去られた親の不利益としては、主に子との接触の断絶が考えられることから、中央当局による他の家族との接触断絶を防止するための措置(4.(4)参照)をとることが求められることとなる。

想定したものであるとされている⁴⁰。

国内担保法案では、子の再連れ去りを防ぐ措置⁴¹としては、裁判所が子を出国させることを禁止する命令（「出国禁止命令」）及びこれに付随して子が名義人となっている旅券を中央当局に提出させる命令（「旅券提出命令」）をすることができるようにする制度が新たに盛り込まれた（第 122 条）⁴²。また、当該子が日本国内で虐待を受けているとの情報を受けた場合に、中央当局が児童虐待防止法第 6 条に基づく福祉事務所又は児童相談所への通告措置をとることとしている（第 10 条）。さらに、任意の返還又は問題の友好的解決のための措置により（4.（4）参照）、その他家族との接触断絶の防止が目指される。

5. 子の安全な返還

（1）返還命令の執行方法

条約上、子の返還の執行方法に関する規定は何ら設けられておらず、まさに各国の国内法及びその運用に任せられている。諸外国での運用も様々である。ドイツは、最終的には国内事案と同様に執行官による直接強制を可能としている。英国や米国は、決定に従わない相手方に対して「法廷侮辱」を理由に罰金又は拘禁刑を科している。

国内担保法案においては、子の返還の強制執行方法につき、間接強制（金銭の支払）の決定が確定してから 2 週間経過した後に、「子の返還の代替執行」を申し立てることができることとしている（第 136 条）。子の返還の代替執行とは、裁判官の指定した執行官が子の監護者から子の監護を解き、申立時に指定した「返還実施者」に引渡し、返還実施者が子を連れて帰国することにより、子の返還を実現するという仕組みである。この返還実施者は第一次的には申立人自身が想定されている。執行官が子の監護を解く際、子に対する有形力の行使などは認められない。執行の際には、中央当局が立会い等の必要な協力を行うことができることされている。

（2）子の安全な返還の確保のための中央当局の任務

子の安全な返還の確保のための中央当局の取る措置として、日本においては、①個々の事案の具体的事情に応じた当該返還先国の中央当局に対する必要な協力の要請⁴³、②子又は子と共に常居所地国に戻った子と同居する者又は監護権者が日本国籍を有する場合における当該返還先を管轄する在外公館による適切な支援について、具体的な措置をガイドラインに明記することとしている⁴⁴。

⁴⁰ 横山潤「国際的な子の奪取に関するハーグ条約」『一橋大学研究年報 法学研究』（2000 年）29 頁。条約事務局が取りまとめた「グッドプラクティス集」では、子に対する更なる害の具体例として、連れ去り親による子への虐待や暴力、子の再連れ去り、子を連れ去られた親を含むその他の家族との接触の断絶が挙げられている。

⁴¹ なお、条約で定められているものではないが、再連れ去りの防止に加えて、一方的な居所変更により迅速な手続が阻害され、また、任意の返還に向けた話し合いのための信頼醸成が損なわれることを防ぐため、子又は子と同居している者による中央当局への居所変更の届出制度を政省令及びガイドラインにより設けることとされている（申請者に対しても同様の措置をとることが予定されている）。

⁴² 日本の出入国管理法制度上、強制的に出国できなくする出国管理上の手当を講ずることはできなかった。

⁴³ 連れ去り親が帰国後に逮捕される可能性については、返還先の警察が捜査段階から情報を提供する可能性は低いと考えられている。

⁴⁴ 当該締約国の中央当局に対して、児童福祉、社会保障に関する制度、DV被害支援制度等の現地で当事者が

6. 面会交流支援

条約は第21条で、外国で面接交渉を行おうとする親に中央当局が便宜を供与することにより子の奪取を未然に防止することを目的として、国境を越えて会えずにいる親による子との面会交流権の行使を確保する措置をとることを締約国に対し求めている。接触の権利（面会交流権）を侵害されている者は、返還援助申請と同様に中央当局に対して面会交流支援の申請をすることで、子の所在地国の中央当局の援助を受けることが可能となる。

条約発効後の不法な連れ去り等が対象となる返還援助申請の場合とは異なり、我が国について発効した後、現に子との面会交流が遮断されている状態が存すれば、面会交流支援の対象となる。我が国について発効する前の不法な連れ去り等により子と会えない状態が続いている場合についても、面会交流支援については適用の対象となる。また、子と会えない状態を生じせしめた連れ去り又は留置の不法性、子の国境を越えた移動の有無などは問題とならず、例えば一方の親が転勤等で他国に移り住んだ後に子と会えない状態が発生した場合でも条約の対象となる。面会交流支援の規定は、片方の親（母親であることが多い）が単独で監護権を有する一方で、他方の親（父親であることが多い）は接触の権利のみを有するという条約起草当時の1970年代の通例を背景として、接触の権利の効果的な尊重が不法な子の連れ去り又は留置の予防につながることを期待されて条約上定められたものである。不法な連れ去り又は留置による接触の権利の侵害のみに対象が限定されないことは、明示的規定がないことと併せて、こうした起草の経緯を踏まえて理解される⁴⁵。

この中央当局による援助とは、申請者が子の所在地国における既存の面会交流制度を利用することに対する支援であり、面会交流制度につき特定の新たな裁判制度等を整備することが条約上求められているわけではない。条約第21条2項では、子の返還のみならず面会交流支援についても、第7条に規定する協力義務を中央当局が負うこととされており、それらの任務のうち接触の権利の行使に関連するものについては、中央当局として子の返還のための援助と同様の措置をとることが求められている。

7. 条約実施に当たっての課題

国内担保法案の作成に当たっては、外務省に設けられた懇談会及び法制審議会のハーフ条約部会において、これまで様々な事態を想定した制度設計の議論がなされてきた。しかし、条約を実施するに当たり、国内担保法案の想定していない事態が生じることは十分に考えられ、また、既存の日本国内の家族法制度に何らかに影響が及ぶ可能性も否定はできない。条約を締結した場合には、その運用についての不断の見直しが求められることは言うまでもない。加えて、条約に基づく子の返還手続事件に対応可能な涉外家事事件専門の

利用できる支援及び福祉サービスなどに関する情報提供を求めること、又は、返還後の子の安全の確保が懸念される事案であれば、適当な保護機関又は司法当局に通報すること、子が常居所を有していた国において利用し得る保護措置やサービスについて情報を収集することが想定されている。

⁴⁵ ただし、外務省は、親の片方が単独で外国に旅行する等して一時的に日本から移動し、当該外国の中央当局を通じて我が国の中央当局に対する援助を申請するような場合については、このような申請に対してまで援助を行うことが条約上要求されているとは解されず、類似のいわゆる「濫用」と言い得る事案についても同様であると考えられるとの解釈を示している（外務省「ハーフ条約の中央当局の在り方に関する懇談会（面会交流に関する訂正）」〈http://www.mofa.go.jp/mofaj/gaiko/hague/hosoku_120309.html〉）。

弁護士事務所、又は民間仲裁機関は、現状は都市部にごく僅かしかないとも言われており、中央当局と民間の連携等、条約の実施体制の拡充についての十分な検討が求められる。

条約の実施に係る国際的な連携のための体制作りも課題となる。ハーグ国際私法会議では、定期的に条約の締約国会議を開催しており、個別事案における各締約国の対応をも含めた条約の実施状況に関するフォローアップを行っている。また、条約事務局ではデータベースを構築して判例の収集・分析を進めている。各締約国同士でも、豪州とニュージーランドの間などでは、司法当局同士が直接、個別事案における返還後の対応等について日常的に連絡を取り合うなどしている。条約を締結した際には、中央当局は、海外における法制度の翻訳に留まらず、条約の運用に関する情報の収集・分析を他の締約国と連携しながら実務家の協力を得つつ進めていく必要がある。さらには、条約の適切な実施のための裁判官による国際的なネットワークの構築についても検討していく必要がある。

8. おわりに

条約の国会提出に当たって外務省は、条約が国際的な子の連れ去り等の問題を解決するための国際的ルールとして定着しつつあり、また、日本の条約締結については各国からも高い関心が示されており、早期に締結することが望ましいとの説明を行っている⁴⁶。

日本の条約締結に対しては、3. (1) に示した条約の趣旨等を踏まえ、早期の締結を求める声がある一方、夫からDV被害を受けたため子を連れて日本に帰国した母親と子が引き離されること、あるいは再び子を連れて母親が夫の元に戻らないといけなくなることに對して、不安の声が上がっている。条約は原則として子を返還することを規定しており、条約締結に慎重な立場の専門家からは、単に母親が被害を受けたという事実だけでは返還拒否事由である「子を耐え難い状況に置く重大な危険」に該当せず、返還を拒否する条件としては厳しすぎるとの懸念が示されている⁴⁷。また、DV被害の存在の証明については子を連れ去った側が立証責任を負うとされているが、海外で受けたDV被害を示す証拠は保全されていない場合も少なくなく、立証は極めて困難であるとの指摘もなされている⁴⁸。このほか、日本が条約を締結しても、日本人男性が国際結婚する相手は条約を締結していないアジア諸国の女性が多く、これらの女性が母国に子を連れ去った場合に子を取り戻すことは依然として困難であるとして、締結の意義そのものを問う見方も示されている⁴⁹。

国境を越えた子の奪い合いで最も翻弄されるのは、ほかならぬ子どもである。条約締結の是非に関しては、様々な立場から意見が出されているが、真に子どもの利益を考えた議論が十分になされることを期待したい。

⁴⁶ 外務省「国際的な子の奪取の民事上の側面に関する条約の説明書」2頁

⁴⁷ 大貫憲介「「子の福祉」の観点置き去り」『産経新聞』(2011. 11. 9)など。

⁴⁸ 『読売新聞』(2012. 1. 24)、伊藤和子「“ハーグ条約”子どもの利益を第一に」(NHK解説委員室HP)など。

⁴⁹ 他方、むしろ日本は条約を早期に締結し、中国を始めとする他のアジア諸国に締結を働きかけていくべきとの主張も見られる(横山潤「国際的な子の奪取の民事面に関する条約について」『法曹時報』(2011. 3)20頁ほか)。