

# ハーグ子奪取条約と締約国間の協力体制

## —ハーグ子の保護条約並びに扶養料回収条約及び 扶養義務議定書に関する考察

西谷 祐子  
にし たに ゆう こ

京都大学大学院法学研究科教授

- I. はじめに
- II. ハーグ子の保護条約
- III. ハーグ扶養関係文書の意義と機能
- IV. おわりに

### I. はじめに

ハーグ国際私法会議 (HCCH) によって、1980年10月24日に採択された「国際的な子の奪取の民事上の側面に関する条約」<sup>(1)</sup>(以下、「子奪取条約」という)は、翌日にカナダ及びフランス等によって署名された。子奪取条約は、一方の親 (Taking Parent [以下, TP という]) が、他方の親 (Left Behind Parent [以下, LBP という]) の監護の権利を侵害して、不法に子を外国に連れ去った又は外国において留置している場合に (以下、両者を合わせて「子の連れ去り」ということがある)、締約国間の行政協力を柱として、連れ去り先の国が監護権の本案に立ち入ることなく、直ちに子を常居所地国に返還する仕組みを整えている。これは、子の常居所地国の当局に監護権の本案に関する判断をゆだねるもので、締約国間で管轄権を適切に分配することによって、法廷地漁りや矛盾裁判の発生を防ぐ役割も担っている。また、子奪取条約は、子と別の国に居住する親による面会交流も促進している<sup>(2)</sup>。このように子奪取条約は、不法に連れ去られた子の迅速な返還及び面会交流の実施を確保することで、1989年子どもの権利条約<sup>(3)</sup>が定めるところの子が親双方と恒常的な交流を保つ権利 (9条及び10条2項) を保障している。

子奪取条約は、現在 101 の締約国をもつ成功した条約であり、アジア太平洋

地域からの加盟も増えている。日本は、綿密な検討作業を経た結果、平成26年1月24日に子奪取条約を受諾した<sup>(4)</sup>。そして、同年4月1日の効力発生と同時に、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」という)<sup>(5)</sup>が施行されている。その後、7年近くが経過する間に、裁判例の公表が進み、実務が定着するとともに<sup>(6)</sup>、少しずつ課題も見えてきた。令和元年には、子の返還の執行手続に関する実施法の規定が整備されており、間接強制前置に例外を設け、代替執行の解放実施における債務者と子の同時存在の原則を廃止するなどの改正が行われた<sup>(7)</sup>。また、平成30年には、人事訴訟事件及び家事事件の国際裁判管轄等の規定が整備されており<sup>(8)</sup>、子奪取条約との関係でも、監護権の本案や面会交流、保全処分等の国際裁判管轄の決定基準などについて、検討すべき論点が出てきている<sup>(9)</sup>。

子奪取条約の締約国は、子の迅速な返還や面会交流の実施を確保するという一般的義務を負うが、条約の目的を実現するのに適した措置をとることで足り、実際に子を返還したり、面会交流させたりするという結果の義務を負うわけではない<sup>(10)</sup>。しかし、子奪取条約の目的をよりよく実現し、子の利益を図り、子と親双方との密接な結び付きを保つためには、各々の締約国が個別に対応するだけでは限界がある。むしろ締約国間の合意に基づいて実効的な協力体制を構築し、監護権や面会交流等の国際裁判管轄を統一的に規律することで、子のための保護措置の効力や扶養料の回収を担保することができれば、子奪取条約を一層円滑に運用することができる。

このような機能を果たすとされるのが、ハーグ国際私法会議による1996年10月19日「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」(以下、「子の保護条約」という)、2007年11月23日「子及びその他の親族の扶養料の国際的な回収に関する条約」(以下、「扶養料回収条約」という)及び同「扶養義務の準拠法に関する議定書」(以下、「扶養義務議定書」という)である。ただし、これらはいずれも重要な法文書であるものの、日本はまだ加盟していない<sup>(11)</sup>。そこで、本稿においては、これらの法文書がどのような目的をもって作成され、どのような基本構造や機能を持ち、いかにして子奪取条約を補完するかについて検討する。そして、日本の現行法に関す

る解釈論上の論点について考察したうえで、日本がこれらの法文書を批准することの利点及び必要となる国内法の整備等について、立法論的視点から考察する。最後に、今後への展望を述べたうえで、本稿を閉じることにしたい。

## II. ハーグ子の保護条約

### 1. 子の保護条約の枠組み

#### (1) 総説

1996年のハーグ子の保護条約は、18歳未満の子の保護を促進するためのグローバルな法的枠組みを構築している。子の保護条約は、その前身である1961年10月5日「未成年者の保護に関する官憲の管轄権及び準拠法に関する条約」(以下、「未成年者保護条約」という〔日本未批准〕)の問題点を踏まえ、その改正条約として採択された。そもそも1961年未成年者保護条約の締約国は、14ヶ国にとどまっており、英米法系諸国や北欧諸国は加盟していない。同条約の問題点として、①子の保護措置に関する本国と常居所地国等の競合管轄を認めたとうえで、本国管轄を優先しており(4条4項)、子と密接な関係をもつ常居所地国にとって受入れ難い措置がとられる可能性があり、重国籍の子の扱いも不明であったこと、②子の本国法が法律上の子の保護に関する権限を規律し、子の常居所地法が当局による子の保護措置を規律するという構造(3・4条)は一貫性を欠いていたこと、③締約国間の行政協力や外国裁判の承認執行の定めがなかったこと、④子奪取条約との整合性を図るのが困難であったこと、などが挙げられる<sup>(12)</sup>。

そこで、1961年未成年者保護条約の難点を克服するため、1996年子の保護条約においては、締約国間の協力体制の構築を重視し、中央当局による行政協力を定めるとともに、上記①～④に配慮した管轄権、準拠法、及び外国裁判の承認執行に関する準則を置いている<sup>(13)</sup>。また、子の保護条約は、子の利益に鑑みて実効的な保護措置を取りうるように、事項的適用範囲を広く設定している。そこには、私法上の子の保護措置として、親責任の帰属、行使、終了、制限又は委任のほか、居所指定権、面会交流権、法定代理権、財産管理、後見及び保佐、身上監護又は財産管理を行う機関の選定、子の里親や施設への託置な

どが包括されるうえ、公法上の保護措置も対象とされている(3条)。また、特にイスラーム法系諸国に配慮して、カファラ(一種の里親制度)にも言及していることは、特筆されよう(3条e号)<sup>(14)</sup>。

現在、子の保護条約は、欧州及び南米を中心に53の締約国をもち、ロシア、豪州及びフィジーも含まれる。しかし、まだアジアや北米からの加盟はない。カナダは、2017年に同条約に署名しており、いずれ批准する方針であるというが、米国は、2010年に署名して以来、連邦と州の立法権限の調整がついておらず、—2005年6月30日「管轄合意に関するハーグ条約」と同様に—批准の見込みが立っていないとされる。米国においては、2013年に統一法委員会(Uniform Law Commission)が監護事件の管轄及び執行に関する統一法(Uniform Child Custody Jurisdiction and Enforcement Act [UCCJEA])を改訂し、従前のUCCJEAが採用していた管轄継続の原則(最初に子の保護措置を命じた裁判所が継続して専属管轄をもつ)を改め、子の保護条約に合わせた管轄規則を採用するよう各州に促していたが、連邦政府が条約を批准する可能性は低いようである<sup>(15)</sup>。

## (2) 子の保護条約の基本構造

それでは、子の保護条約は、どのような基本構造をもつか。上述のように、本条約は、親責任及び子の保護措置に関する管轄権、準拠法、外国裁判の承認執行について規定しているほか、締約国の中央当局による行政協力についても定めている。

### (a) 管轄権

子の保護条約は、原則として、子の常居所地国の当局に管轄権を集中させている(5条1項)。これは、親責任や子の保護措置については、子が現実に居住してなじんでいる常居所地国の当局が、最も適切に子の心身の状態を審査し、子の最善の利益にかなう決定を下すことができるからである。この準則は、婚姻関係事件以外には、競合管轄を排除する効果をもつ<sup>(16)</sup>。子の常居所が移転すれば、新常居所地国が管轄権をもつが(5条2項)、後述のように、子の不法な連れ去り又は留置があった場合には、原則として元の常居所地国の管轄権が

継続する（7条1項）。

子の常居所地国がもつ原則的管轄権の例外として、子の本国又は財産所在地の当局のほうが審理及び決定をするのにより適している場合には、締約国間の協力によって管轄権を委譲することができる。具体的には、不便宜法廷地である締約国が管轄権を他の締約国に委譲する場合 (*forum non conveniens*) (8条) と、便宜的法廷地である締約国が他の締約国から管轄権の委譲を受ける場合 (*forum conveniens*) (9条) の二つがある。これらの準則は、前身である未成年者保護条約の問題点を踏まえ、原則として複数国間の競合管轄を排除する一方で、締約国の当局が、子の生活状況や家庭環境などを勘案して保護措置をとるのに適した地を選び、相互に管轄権を委譲できるように配慮したものである<sup>(17)</sup>。

子の保護条約においては、例外的に、以上の管轄原因と並立する競合管轄として、一定要件の下に、両親の婚姻関係事件（離婚や別居等）の係属する裁判所に併合管轄が認められる。その際には、少なくとも一方の親がその国に常居所をもつこと、及び管轄権の行使について両親が合意しており、かつそれが子の最善の利益にかなうことが要件とされる（10条1項a・b号）。

そのほか子の所在地又は財産所在地の当局は、子の利益を保護するのに必要な緊急措置及び属地的に限定された効力をもつ措置をとるための管轄権をもつ。ただし、その措置は、子の保護条約5～10条によって管轄権をもつ国の当局が必要な措置をとった場合には、直ちに効力を失う（11条1・2項〔7条3項も同旨〕及び12条1・2項）。

#### (b) 準 拠 法

子の保護条約によれば、締約国の当局による子の保護措置の準拠法は、原則として、法廷地法としての子の常居所地法である（15条1項〔*lex fori in foro proprio*〕）。そして、例外的に、子の身上又は財産の保護のために必要な範囲でのみ、他の密接関係地法が適用又は考慮されうるに過ぎない（15条2項）。また、法律上の原因に基づく親責任の帰属及び行使についても、子の常居所地法が準拠法となる（16・17条）。このように子の保護条約は、未成年者保護条約と異なって、当局の関与如何にかかわらず準拠法を一致させ、いずれも子の常居所地法によることで、法適用を容易にし、困難な適応問題の発生を防いでい

る<sup>(18)</sup>。

(c) 外国裁判の承認執行

子の保護条約によれば、締約国の当局がとった保護措置は、他の締約国においても自動承認され(23条1項)、執行宣言(*exequatur*)又は登録に基づいて執行手続が行われる(26条)。承認対象となる当局の保護措置には、親権者又は監護者の指定・変更の裁判だけでなく、交流命令や転居許可命令、託置命令、親権喪失命令などを含む幅広い措置が包括される。承認拒否事由は、基本的に、間接管轄がなかったこと、子又は親の意見聴取の機会が与えられなかったこと、及び公序違反に限定されており(23条2項)、送達要件は課されていない。

(d) 中央当局間の行政協力

以上の構造をもつ子の保護条約の運用は、締約国の中央当局間の行政協力によって支えられている。中央当局は、要保護状態の子の所在を確定し、子の現在の状況、成長過程及び家庭環境等について情報提供し、外国法の内容を通知し、管轄権の委譲のために連携し、当事者の合意による解決を促し、保護措置や面会交流の実施のために協力するなど、多様な任務を負っている(29-37条)<sup>(19)</sup>。ただし、子の保護条約の運用上は、子奪取条約のように頻繁に中央当局が利用されているわけではなく、当事者が直接当局に申立てをして解決する例が多いという。

## 2. 子奪取条約との協働

それでは、子の保護条約は、どのように子奪取条約を補完するか。以下では、日本の現行法上の準則について確認をし、子の保護条約の準則と対比させたい。なお、EUにおいては、2003年ブリュッセルII *bis* 規則(2019年改正によるブリュッセルII *ter* 規則は未施行)<sup>(20)</sup>が子奪取条約及び子の保護条約の双方を組み込んだうえで、EU構成国間の連携を強化するための特則を採用しているため、比較法的視点から併せて検討対象とする。

## (1) アウトゴーイング事案

## (a) 子奪取条約上の常居所概念と監護事件の管轄権

子奪取条約は、子が日本から外国へ連れ去られた（アウトゴーイング）事案においては、連れ去り先の国が迅速に子を常居所地国である日本に返還し、日本の裁判所が監護権の本案について判断する管轄権をもつことを前提とする。日本法上、子の親権者又は監護者の指定・変更その他の監護処分に関する審判事件については、家事事件手続法（以下、「家事手続法」という）3条の8に従い、申立て時点の子の住所が管轄原因となる。そこで、子奪取条約にいう子の連れ去り又は留置開始時点の常居所と、監護事件に関する国内法上の管轄原因としての申立て時点の子の住所とは、整合的に解釈しなければならない<sup>(21)</sup>。

子奪取条約上の常居所概念については、EU構成国の間でブリュッセルⅡbis規則に関する欧州司法裁判所の先決裁定を通じて、いわゆる折衷説の立場が確立した後<sup>(22)</sup>、英国、米国、豪州、カナダなどでも採用され、締約国の間で収斂しつつある<sup>(23)</sup>。折衷説によれば、子の常居所は、子が（乳幼児についてはその主たる監護者が）現実に生活して慣れ親しんでおり、その社会環境及び家庭環境に組み込まれている国にある。そして、親の意思、特に将来の子の居住地に関する両親の合意は、補充的に考慮されるに過ぎない。この折衷説の立場は、子が慣れ親しんでいた環境に素早く戻すことが子の最善の利益にかなうとする子奪取条約の趣旨にも合致する。そして、常居所は、条約固有の概念であり、統一的な解釈が要請される以上は（ウィーン条約法条約31条）<sup>(24)</sup>、日本も同じく折衷説の立場に従うのが相当であると解される<sup>(25)</sup>。したがって、家事手続法3条の8に基づいて日本の裁判所に監護権の本案に関する管轄権を基礎付ける際には、同条にいう子の住所概念は、子奪取条約上の折衷説の立場による子の常居所概念に従うことになろう。

## (b) 子の保護条約による補完的機能

上記の手法は、解釈によって国内法上の概念を子奪取条約に接合するものであるが、立法論的には、日本が子の保護条約を批准することで、監護事件の管轄権を明確にする方法もある。

そもそも子奪取条約が、子の常居所地国が監護事件の管轄権をもつことを前

提としているのは、自ら違法状態を作出したTPが自己に有利となる法廷地を騙取するのを防ぐためである。しかし、過去に不法な子の連れ去り又は留置があったことだけを理由に、子が連れ去り先の国で新しく常居所を取得した場合にまで、その当局が監護権について一切決定できないとするのは、均衡を欠く。この点において、少なくとも子奪取条約は、返還申立てが却下されたとき又は相当期間内に返還申立てがなされないときには、子の連れ去り先の国の当局が監護権の本案について決定しようと定めている(子奪取条約16条〔実施法152条参照〕)。しかし、この規定は、子の保護条約の締約国が同時に子奪取条約の締約国でもある場合にしか適用されない(子の保護条約50条)<sup>(26)</sup>、子の元の常居所地国による監護事件の管轄権がいつまで継続するのかを示すわけではない。そこで、子の保護条約7条1項においては、子の連れ去り事案に関する特則として、締約国の子奪取条約への加盟如何にかかわらず、統一的に監護事件の管轄権を定める規定を置くこととなった<sup>(27)</sup>。

子の保護条約7条1項によれば、子の不法な連れ去り又は留置があった場合に、原則として子の旧常居所地国による監護事件の管轄権が継続するが、子が連れ去り先の国で新たに常居所を確立し、かつ次のいずれかに該当する場合には、新常居所地国に管轄権が移転する。すなわち、①監護の権利をもつ者が当該連れ去り又は留置を承諾した場合(同a号)、又は②監護の権利をもつ者が子の所在を知ったとき、もしくは知り得たときから1年以上が経過し、その間に子の返還申立てがなされず、子が新たな環境に適応した場合のいずれかである(同b号)。

子の保護条約は、原則として子奪取条約と平仄を合わせており、監護の権利、並びに子の連れ去り及び留置について同じ概念に従っている(子の保護条約7条1・2項)。また、①②要件は、基本的には、子奪取条約上の返還拒否事由としてのLBPの承諾(子奪取条約13条1項a号〔実施法28条1項3号〕)及び1年以上の経過と子の新たな環境への適応(同条約12条2項〔同法28条1項1号〕)に沿うものである<sup>(28)</sup>。ただし、1年の起算点は、子奪取条約12条2項においては、子の連れ去り又は留置開始時であり、子の保護条約7条1項b号においては、監護の権利をもつ者が子の所在を知った時又は知り得た時であるため、

後者が後になる可能性がある。そこで、仮に日本が子の保護条約に加盟したとすると、日本からA国への子の連れ去り事案において、日本の裁判所が、監護事件の管轄権が継続していると判断し、LBPを監護者に指定して子の引渡しを命じたところ、A国の当局は、子奪取条約上、1年以上の経過と子の新たな環境への適応を理由に、返還申立てを却下することがありうる。この場合に、A国が子の保護条約にも加盟していれば、原則として日本の監護裁判を承認する義務を負うが（ただし公序による承認拒否はありうる〔子の保護条約23条〕）、未加盟であれば、日本の監護裁判の承認義務を負わず、自国に監護事件の管轄権があるとして（子奪取条約16条）、承認を拒否する可能性が高いであろう<sup>(29)</sup>。

もとより子の保護条約7条1項によれば、子の元の常居所地国は、子が新常居所を取得し、①又は②の要件が充足されれば、直ちに監護事件の管轄権を喪失する。つまり、子奪取条約16条のように、連れ去り先の国の当局が返還申立てを却下すること（又は相当期間内に返還申立てがなされないこと）とは連動しない。これは、条約採択時の米国の意見に従い、連れ去り先の国の当局が返還申立てを却下することで元の常居所地国が監護事件の管轄権を失うとすると、恣意的な却下決定が下されるおそれがあること、それによって元の常居所地国の当局による子の保護措置の効力が左右されるのは相当でないことを考慮したものである<sup>(30)</sup>。それゆえ、たとえ連れ去り先の国の当局が、子に対する重大な危険（子奪取条約13条1項b号〔実施法28条1項4号〕）や子の異議（同条約13条2項〔同法28条1項5号〕）を理由に返還申立てを却下しても、それだけでは監護権の本案に関する管轄権を取得せず、①要件が満たされなければ、②要件の下で1年以上の経過を待つしかない。その間に、連れ去り先の国の当局は、緊急措置しかとることができず（11条1項及び7条3項）、子の法的地位も不安定になるおそれがある<sup>(31)</sup>。

このように子の保護条約には一定の限界があるが、これは、子の新旧常居所地国の間で管轄権を適切に分配し、締約国間で協力関係を構築することを重視した結果でもある。実際、子の保護条約7条1項は、子が連れ去り先の国に新しく常居所を取得して所定の要件が満たされるまでの間、旧常居所地国の管轄権を継続させることで、子の常居所の不確定性を理由に居所地管轄（6条2項）

が発生し、複数国間で管轄権が頻繁に入れ替わる事態となるのを防いでいる<sup>(32)</sup>。また、子の保護条約は、監護事件の管轄権の所在を明確にしてそれ以外の国の管轄権を排除することで(訴訟競合時に先係属の手続を優先する13条もそれを補強している)、法廷地漁りや矛盾裁判を阻止するとともに<sup>(33)</sup>、監護裁判の外国における承認執行を担保し<sup>(34)</sup>、法的安定性を促進している。したがって、日本を含む子奪取条約の加盟国が子の保護条約にも加盟すれば、より円滑に監護事件の裁判が行われ、その外国での承認執行が促されると期待できるであろう。

ところで、EUのブリュッセルII *ter* 規則9条(同II *bis* 規則10条参照)は、子の保護条約7条1項に基づく規定であるが、EU構成国間の連携のために、監護事件の管轄権が新常居所地国に移転する場合を若干拡大している。それによれば、①②に加えて、実質的に元の常居所地国の当局による監護裁判を優先させる必要がない場合(元の常居所地国の当局に監護事件の申立てがなされない場合、又はその当局による監護裁判が子の引渡命令を含まない場合)、及び連れ去り先の国の当局が子に対する重大な危険又は子の異議以外の理由で子の返還申立てを却下した場合にも、管轄権が新常居所地国に移転する扱いとなっており、注目される<sup>(35)</sup>。

### (3) インカミング事案

#### (a) 監護権の本案に関する管轄権

子が不法に外国から日本へと連れて来られた(インカミング)事案においては、子の元の常居所地国である外国が監護権の本案に関する管轄権をもつのが原則であり、日本法上、家事手続法3条の8にいう子の住所は、外国にあると解される<sup>(36)</sup>。そこで、実施法152条は、日本の裁判所に親権者又は監護者の指定・変更その他の監護処分に関する審判事件が係属しており、中央当局又は子の返還申立事件が係属する裁判所から、不法な子の連れ去り又は留置があったことの通知を受けた場合には、—子の返還申立てが相当期間内になされないとき又は返還申立てを却下する裁判が確定したときを除いて—当該審判事件について裁判をすることができないと定めている。この規定は、日本の裁判

所に監護事件の裁判が係属している場合だけを対象としているが、上述の子奪取条約16条の趣旨に照らせば、日本において監護事件の裁判が係属していない場合や、日本の裁判所が下した子の返還決定が確定した場合も含めて、同じく日本の裁判所には監護事件の管轄権がないと解釈すべきであろう。

問題は、子の返還申立事件において、裁判外紛争解決方法(ADR)等に基づく和解がなされる場合、又は裁判内調停が成立する場合である。当事者は、和解又は調停によって、子の返還又は不返還のみならず、「子の監護に関する事項」についても合意することができ、それが和解調書又は調停調書に記載されれば、確定した裁判と同じ効力をもつ(実施法100条2・3項、同145条及び家事手続法268条1項)。もとより当事者が子の返還に合意する場合に、子の監護に関する事項として、返還費用の負担のほか、返還までの暫定的な監護養育、面会交流及び養育費の支払い等について合意することには、何ら支障がない。しかし、子奪取条約の趣旨に鑑みれば、確定的な親権・監護権の帰属については、当事者が子の返還に合意する場合にも、裁判所による返還決定の場合と同様に、日本の裁判所に監護事件の管轄権がないため、合意の対象にならないと解すべきであろう。この法理は、親権・監護権に関する準拠法(法の適用に関する通則法〔以下、「通則法」という〕32条)が親の任意処分権を認める日本法又は外国法であっても同じく妥当し、日本の裁判所に管轄権がない以上は、親権・監護権の帰属に関する合意を和解調書又は調停調書に記載することで確定した裁判と同じ効力を付与することはできないと解される。それゆえ、子奪取条約及び実施法の解釈として、親権・監護権の帰属は、あくまで当事者が子の不返還に合意し、子が日本にとどまる場合にのみ、和解又は調停による合意の対象になると解される<sup>(37)</sup>。

この解釈は、子の保護条約7条1項及び11条とも整合的であり、当事者が子の返還に合意する場合には、連れ去り先の国に監護事件の管轄権がなく、緊急措置に関する合意のみが認められると考えられる。同じ解釈は、ハーグ国際私法会議による「調停合意に関する実務ガイド」案でも採用されている<sup>(38)</sup>。もっとも、立法論としてみると、当事者が連れ去り先の国において、返還合意と併せて親権・監護権の帰属についても合意した場合には、法的拘束力を付与

することにも合理性があるように思われる。そうすることで、当事者の合意による解決を促進し、子の任意の返還を確保し、法的安定性を担保できるからである。

この点で注目されるのは、2019年改正によるEUブリュッセルII *ter* 規則10条1項である。この規定は、子の保護条約10条及びブリュッセルII *bis* 規則12条と異なって、親責任に関する管轄合意の対象を婚姻関係事件の附帯処分に限定せず、親責任事件全般に広げており、その要件として、事案との密接関連性、合意の真意性又は相手方の応訴、及び子の最善の利益を掲げている。この規定によれば、当事者は、子の返還を合意する場合にも、管轄合意によって子の連れ去り先の国に親責任事件の管轄権を基礎付けることで、親権・監護権の帰属について合意して法的拘束力を付与することができ、合意内容について当該国の当局の認証を受ければ、他の締約国における承認執行も確保することができる(ブリュッセルII *ter* 規則64-68条)<sup>(39)</sup>。このような処理は、EU構成国間の子の連れ去り事案において、EU規則が子の保護条約に優先することによるもので(EU規則97条1・2項)、日本の国内法の解釈論としては困難であろう。ただし、現在、ハーグ国際私法会議による調停合意プロジェクトは、実務ガイドの作成に縮減されているところ、仮に再び法的拘束力をもつ法文書として、調停合意の承認執行に関する条約の作成をめざすようになれば、新たに連れ去り先の国の管轄権を肯定する準則を採用する可能性も出てくるであろう<sup>(40)</sup>。

#### (b) 子の返還申立ての却下と外国当局による子の引渡命令

ところで、日本の裁判所が、子の返還申立事件においていずれかの返還拒否事由を根拠として子の返還申立てを却下した後、子の元の常居所地国の当局が、監護権の本案に関する判断として、LBPに単独監護権を付与して子の引渡しを命じた場合には、どうするか。

EU構成国間の子の連れ去り事案において、このような矛盾裁判が下された場合には、ブリュッセルII *ter* 規則29条6項(同II *bis* 規則11条8項参照)は、連れ去り先の国の当局が子に対する重大な危険(子奪取条約13条1項b号)又は子の異議(同2項)を理由に返還申立てを却下した場合にかぎり、元の常居所地国の当局によるLBPへの子の引渡命令を含む監護裁判が優先すると定め

ている。しかも、その監護裁判は、すべてのEU構成国において執行宣言 (*exequatur*) なしに自動的に承認執行される<sup>(41)</sup>。これは、EU構成国の相互の信頼に基づく協力関係を前提とした準則といえよう<sup>(42)</sup>。しかし、このように元の常居所地国の当局による子の引渡命令が自動的に優先する構造には、批判も強い。現実には、子が所在する連れ去り先の国の当局のほうが、子の現在の生活状況や社会環境及び家庭環境、TPとの関係、将来の居住場所に関する意向等を踏まえて、何が最も子の利益にかなうかを適切に審査し、決定しうることが多いからである。そして、子の連れ去り先の当局が子に対する重大な危険又は子の異議を認定して返還申立てを却下した場合にまで、常に元の常居所地国の当局による子の引渡命令が優先するという準則は、硬直的で子の利益に反するおそれがある。また、元の常居所地国においては、監護事件に関する管轄の集中や迅速な手続がなく、連れ去り先の国の当局が返還拒否事由を認定した背景事情を十分に審査する手段もないのが通常である<sup>(43)</sup>。

このようにみると、本来、元の常居所地国の当局による子の引渡命令については、連れ去り先の国の当局が、事案ごとに子の利益に鑑みてその適否を判断し、場合によっては、承認を拒否する余地を認めるべきであろう。この点について、日本の国内法上も子の保護条約上も明文規定を置いていない。それゆえ、インカミング事案の解釈として、日本の裁判所が返還申立てを却下した場合には、国内法上、事案ごとに諸事情に鑑みて、元の常居所地国の当局に監護事件の間接管轄がないこと又は公序違反などを理由に、子の引渡命令の承認執行を拒否しようと解される(家事手続法79条の2による民法118条1・3号準用)。とりわけ日本の裁判所が子に対する重大な危険や子の異議を理由に返還申立てを却下した場合には、公序則が重要な意味をもつであろう。また、仮に日本が子の保護条約を批准したとしても、基本的には同じ解釈が妥当すると解される(子の保護条約23条2項a・d号ほか)。ただし、子の保護条約によれば、中央当局間の行政協力を介して(同34条)、容易に情報収集できるのは利点であろう<sup>(44)</sup>。

#### (c) 日本での面会交流及び緊急措置

子奪取条約は、親子の緊密なつながりを保つために、子と異なる国に所在す

る親が接触の権利を効果的に行使しうよう確保することを求めている(子奪取条約21条)<sup>(45)</sup>。ただし、実施法は、中央当局による面会交流援助を定めるだけで(実施法16条以下)、裁判所に対する条約上の面会交流申立手続を定めていない。それゆえ、日本においては、通常の家事手続法上の子との面会交流を求める家事事件(家事手続法150条以下)又は家事調停(同244条以下)に関する手続に従う。インカミング事案においては、日本の裁判所が子の返還申立事件と並行して又はその前後に、子の返還申立事件とは独立に、面会交流に関する審判又は調停を行いうることが前提とされている<sup>(46)</sup>。また、子が日本に連れて来られた後、TPによる監護に支障が生じ、子が要保護状態にあるときには、日本の裁判所が保全処分として仮の監護者指定を行う必要性も認められよう。

もっとも、いずれの場合にも、日本の裁判所の管轄権を認める法的根拠は、必ずしも明らかではない。家事手続法3条の8にいう監護事件の管轄原因としての子の住所は、申立時点を基準に決定されるところ(同3条の15)、子奪取条約との関係では元の常居所地国にあり、日本での面会交流や仮の監護者指定の管轄権についてのみ、直ちに日本に移転するとはいえない。審判前保全処分の国際裁判管轄については、平成30年の立法時に、本案係属要件との調整がつかなかったため、明文化が見送られた<sup>(47)</sup>。しかし、子の実効的な保護を図るためには、保全処分を本案と切り離す可能性を認めたくえて<sup>(48)</sup>、子奪取条約の事案においては、元の常居所地国の当局が監護事件の管轄権をもつかぎり、日本の裁判所が暫定的な面会交流及び保全処分の管轄権をもつことを明文化すべきであったろう。現行法の解釈論上、暫定的な面会交流及び保全処分の管轄権を基礎付けるには、子奪取条約を根拠とするか、条理によって(もしくは家事手続法3条の9の類推適用によって)子の居所を基準とするか、又は緊急管轄によるか等を検討せざるを得ないと思われる<sup>(49)</sup>。

この点において、子の保護条約7条3項及び11条は、元の常居所地国の当局が監護事件の管轄権をもつ場合にも、連れ去り先の国の当局は、子の身上又は財産の保護に必要な緊急措置にかぎり、管轄権を行使しうると規定している。そして、英国等では、子の保護条約11条にいう緊急措置は広義で解釈されて

おり、本条約上の保護措置であれば、元の常居所地国による監護事件の管轄権行使を妨げないかぎり、対象になると解されている<sup>(50)</sup>。日本も同じ解釈に従うのであれば、子の保護条約を批准することで、面会交流や仮の監護者指定に関する管轄権の所在を明確にできるといえよう<sup>(51)</sup>。しかも同条約11条に基づく緊急措置は域外的効力をもち、他の締約国においても原則として承認執行されることから(23条)、元の常居所地国の当局が終局決定を下すまでの間、効力を維持することができ、法的安定性にも資する。この準則は、外国にいる監護親と子が日本に転居する前に、日本の裁判所から予め面会交流審判を取得する場合にも妥当することから、監護親がそれによって外国の裁判所から転居命令(relocation order)を取得しやすくなり、合法的に日本に転居する可能性が広がるであろう<sup>(52)</sup>。

#### (d) 外国への返還後の保護措置

子奪取条約によれば、子を返還するとLBPから暴力を受けるおそれがあるなど、子の心身に害悪を及ぼす重大な危険がある場合には、返還拒否事由に該当する(子奪取条約13条1項b号〔実施法28条1項4号〕)。しかし、その場合にも、元の常居所地国において子の安全な返還を確保するのに適した保護措置がとられていれば(DV保護命令、住居やシェルターの確保、養育費の支払い、逮捕状の取消し、ビザ申請への同意等)、子の返還を命ずることができる。諸外国においては、EUのブリュッセルII<sup>ter</sup>規則27条3項(同II<sup>bis</sup>規則11条4項)のように裁判官の裁量を排除するか否かの点で違いはあるものの、一般に保護措置の有無を考慮する考え方が浸透しており、日本の実務もそれに従っている<sup>(53)</sup>。ただし、保護措置の実効性を適切に評価するには、常居所地国の法制度に加えて、実際の運用状況を考慮する必要がある、その調査には困難を伴う。

子奪取条約の締約国の中には、子の安全な返還を確保するために、子の常居所地国の裁判所によるミラー・オーダー又はセーフハーバー・オーダーを要件とし、保護措置に執行力が付与されているのを確認してから返還決定を下す例もある。しかし、外国裁判所の命令を得るには時間を要するため、子奪取条約上の6週間の審理の枠を超える可能性が高い。そこで、その代わりに、ハーグ国際私法会議の連携裁判官(ネットワーク裁判官)制度<sup>(54)</sup>を活用する例も多い。

それによれば、受訴裁判官は、本国及び子の常居所地国の連携裁判官を介して、当該国の担当裁判官とインターネット通話や電子メール等を用いて、TPの逮捕状の取消し、TPと子の施設への入居、DV保護命令の可否等について問い合わせ、安全な返還が可能であることの確証を得てから返還決定を下すという。ただし、日本の連携裁判官は、裁判官の独立性及び手続の透明性に配慮して、個別事案の情報を開示せず、抽象的な情報交換しか行っていないため、保護措置の実効性を担保するのに必ずしも十分ではない<sup>(55)</sup>。

本来、日本の裁判所が返還決定を下す際には、元の常居所地国の管轄権と抵触しない範囲で、保護措置についても決定し、その外国での承認執行を確保することが望ましい。しかし、現行法上、日本の裁判官は、子の返還決定に附帯して必要な保護措置を命ずる権限をもたず、当事者間で和解又は調停が成立した場合に、合意された子の監護に関する事項（LBPによる住居の提供や養育費の支払い等）を和解調書又は調停調書に記載するしかない<sup>(56)</sup>。立法論的には、これらの保護措置を審判事項に含めることも考えられようが、そもそも日本の裁判所による和解、調停又は審判が外国において承認執行されるか否かは定かではなく、実効性の点でも限界がある。

この点において、仮に日本が子の保護条約を批准し、その枠組みを利用できるようにになれば、同条約23条に従い、日本の裁判所による和解、調停又は審判が外国において承認執行される可能性が広がるであろう。また、上記のように、立法論として日本の裁判所が本案係属要件なしに審判前の保全処分を命ずることが可能になれば、子の保護条約11条が定める緊急措置として域外的効力を持ち、元の常居所地国がそれに代わる保護措置をとるまで効力を維持することから、子の安全な返還を確保するのに資すると思われる。上述のように、子の保護条約11条の広義の解釈に従えば、本条約上の保護措置全般が対象となるうえ、子の安全な返還の要請が働くことから、「緊急性」の要件も満たすと解される<sup>(57)</sup>。このように子の保護条約によれば、元の常居所地国の当局によるセーフハーバー・オーダーやミラー・オーダーに代えて、連れ去り先の国の当局による緊急措置の域外的効力を確保することで、子の「ソフト・ランディング」を図ることができるといえよう<sup>(58)</sup>。

### 3. 日本による批准のための課題と展望

以上のように、日本にとって、子の保護条約を批准することは重要な意味をもつと思われるが、そのためには、どのような国内法上の対応が必要となるであろうか。

第一に、子の保護条約は、国際裁判管轄、準拠法及び外国裁判の承認執行のほか、中央当局同士の行政協力に関する包括的な法文書となっている。しかも同条約は、広く法律上の親責任、並びに当局による私法上及び公法上の子の保護措置全般を適用対象とするうえ、子奪取条約との関係でも検討すべき事項が複数ある。それゆえ、子の保護条約を批准するには、詳細な実施法の制定が必要になると解される。また、国内法上の準則をすべて子の保護条約に揃えるのでないかぎり、日本の裁判所は、特に子奪取条約の事案において、関係する国が子の保護条約の締約国であるか否かによって、異なる準則を使い分けなければならない、法適用関係が複雑化することにも留意すべきであろう。

第二に、日本が子の保護条約を批准した場合には、締約国との関係では、国内法上の管轄原因とは異なる準則が適用されることとなる。家事手続法3条の8は、子の監護又は親権に関する事件について子の住所を管轄原因としているところ、子の保護条約によれば、常居所が基準となる(5条)。ただし、住所概念と常居所概念には大きな齟齬はなく、むしろ監護事件の管轄権の所在が子奪取条約との関係で明らかになるのは利点であろう。それに対して、子の保護条約8・9条は、締約国間での管轄権の委譲を定めており、批准に際しては、特別の手続法上の準則を整備する必要がある。また、子の保護条約10条に定める婚姻関係事件の附帯処分の管轄権は、人訴法3条の4よりも射程が狭く、少なくとも一方の親の常居所が所在し、両親の合意があり、かつ管轄権の行使が子の最善の利益にかなうことが要件として付加されているため、現行法とは異なる準則に移行することとなる。

第三に、子の保護条約による親責任及び子の保護措置の準拠法は、基本的に子の常居所地法となるため、通則法32条及び35条とは相違する。もとより通則法上、血縁による親子関係及び養子縁組の成立及び直接の効果に関する連結点については、明確性・固定性・安定性を図るべきこと、及び戸籍が形式的審

査権しかもないことに鑑みて、国籍を基準とすることに合理性があろう。しかし、親権・監護権、面会交流及び後見等を含む子の保護措置は、親子関係の効力としての措置、又は親権者がいない場合の例外的措置であり、必ずしも国籍を連結点とする必要はない。むしろ現実に子が居住しており、その社会環境及び家庭環境に組み込まれている国の法に従えば、管轄権と準拠法の並行を図りながら、子が密接な関係をもつ法を準拠法として適用できるであろう。その意味では、子の保護条約を批准し、通則法32条及び35条を離れて常居所地法主義に移行することには、合理性があると思われる<sup>(59)</sup>。

このように子の保護条約は包括的な法文書であり、その批准は容易ではないが、子奪取条約を補完して管轄権の所在を明らかにし、締約国間での親権・監護権及び面会交流に関する裁判の承認執行を促進しうるのは、大きな利点であるといえよう。子どもの権利委員会も、2019年3月5日の日本に対する勧告意見において、子の保護条約の批准を推奨しており<sup>(60)</sup>、今後、積極的に検討が進むことが期待される。

### Ⅲ. ハーグ扶養関係文書の意義と機能

#### 1. ハーグ扶養関係文書の枠組み

##### (1) 総説

扶養料及び養育費（以下、特に断らないかぎり「扶養料」として一括する）は、一般に少額の定期金として、困窮する者に支払われるという特徴をもつため、安価で実効的な回収システムが必要とされる。そこで、2007年扶養料回収条約は、国境を越えた扶養料の回収を容易にし、生活に困窮する者を保護することを目的として締結された。

扶養料の国際的回収を容易にするためには、それ以前にも1956年6月20日扶養料回収に関する国連（ニューヨーク）条約があり、64の締約国を擁していた<sup>(61)</sup>。しかし、ニューヨーク条約は、扶養料回収援助のための国際司法共助を規定するだけで、外国裁判の承認執行を対象としていなかった。しかも不明確な文言のために締約国間での条約の解釈適用に大きな相違があり、条約の実施状況をモニタリングする機関もなかったため、実効的な扶養料の回収に資す

るものではなかった。また、ハーグ国際私法会議による従前の4つの扶養義務関係条約<sup>(62)</sup>も、個別に準拠法又は外国裁判の承認執行について規律するだけで、扶養料の回収という点では不十分なものとどまっていた。そこで、2002年のハーグ国際私法会議・第19外交会議において、米国などの支持を受けて、より実効性の高い国際的な扶養料回収システムを構築するために、新たな条約策定作業を開始することが決定された経緯がある<sup>(63)</sup>。

その結果として、2007年に採択されたハーグ扶養料回収条約は、締約国間の行政協力及び外国扶養料支払決定の承認執行を定めている。ただし、直接管轄については各国の調整が付かなかつたため、扶養料の変更(18条)以外は規定を置いていない。他方、準拠法については、英米法系諸国が法廷地法主義によっており、条約本体に特段の抵触規則を置くことに反対したため、基本的に大陸法系諸国だけを対象に、オプト・イン型のハーグ扶養義務議定書を採用することとなった<sup>(64)</sup>。この二つの法文書は、実質的に既存の4つのハーグ扶養義務関係条約を改正したものである。また、1956年ニューヨーク条約の反省を踏まえて、中央当局による実質的な回収を可能にした行政協力を軸としながら、外国扶養料支払決定の承認執行に関する準則も備えている。

現在のところ、ハーグ扶養料回収条約とハーグ扶養義務議定書の締約国数は、各々42と30である。いずれも欧州及び南米からの加盟が中心であり、アジアからは、カザフスタンが両法文書に加入しているに過ぎない。ただし、米国が扶養料回収条約に加盟していることは特筆され、後述のように、子奪取条約の補完という点において重要な意味をもつと解される。

## (2) 扶養料回収条約

上述のように、扶養料回収条約においては、中央当局が重要な役割を果たしている。もっとも、中央当局による行政協力は、子に対する扶養義務及び夫婦間での監護費用の支払い(ただし外国裁判の承認執行に限定)についてのみ義務的であり、それ以外の扶養義務については、それを行政協力の対象として選択した締約国間で適用されるに過ぎない(2条1及び3項、63条)<sup>(65)</sup>。中央当局は、とりわけ扶養料支払申立てを転達もしくは受領して手続を開始すること、

又はその便宜を与えることを任務として負っており(6条1項)、外国在住の扶養権利者に代わって、扶養料の支払いを請求する権限をもつ。扶養料は通常、少額の定期金として支払われるため、このような行政協力の仕組みは、国際的な扶養料の回収にとって重要である。また、中央当局は、扶養義務者の所在発見を援助し、その所得や財産に関する情報収集を行い、強制執行に助力するなどの業務も行う(6条2項)。条約上、中央当局による費用負担のほか、養育費の回収についての無償の法律扶助の提供が求められている点も特筆される(8条及び15条1項)<sup>(66)</sup>。

締約国間での承認執行の対象となる扶養料支払命令は、各国法制の相違及び実務上のニーズに配慮して、きわめて広く定義されている。そこには司法当局による裁判だけではなく、行政当局による決定も含まれるほか、司法当局又は行政当局が関与して行われた当事者の和解や合意も含まれる(19条)<sup>(67)</sup>。また、公正証書による扶養の取決め、又は当局が認証した私文書による扶養の取決めも、作成国において決定として執行可能であるかぎり対象となる(30条及び3条e号)。ただし、このような法制になじみのない締約国に配慮して、これらの取決めについては、宣言によって執行対象から外すことも認められている<sup>(68)</sup>。そのほか英米法系の実務に従い、一国(扶養権利者の常居所地国)が下した仮の扶養料支払命令が、他国(扶養義務者の常居所地国)の当局によって確認されて初めて効力をもつ場合には、いずれの命令も承認執行の対象となる(31条)<sup>(69)</sup>。

扶養料回収条約は、必要的承認要件として間接管轄(20条1項)を、裁量による承認拒否事由として公序及び手続要件を定めている(22条)。間接管轄は、各国法制に対応するため、広い管轄原因を定めており、(a)相手方の常居所地、(b)応訴管轄、(c)扶養権利者の常居所地、(d)子の常居所地、(e)合意管轄(ただし子に対する養育費を除く)、及び(f)身分関係事件又は親責任事件の併接管轄を含む<sup>(70)</sup>。とりわけ扶養権利者の常居所が管轄原因とされたことは特筆される。直接管轄については、条約交渉の際に、欧州及び中南米諸国が原告の常居所地の管轄を支持したのに対して<sup>(71)</sup>、米国は、連邦憲法第14修正のデュー・プロセス条項に照らして、原告の常居所だけでは管轄を肯定しえないとして対立し、

明文化が見送られた経緯がある<sup>(72)</sup>。それゆえ、間接管轄について、原告管轄を肯定する規定が入ったことは、評価されてよい。

扶養料回収条約の特徴として、執行手続についても定めている点が挙げられる。すなわち、条約上の原則的な執行手続によれば、第一段階では、当事者を召喚せず、職権で公序要件のみ審査する。そして、第二段階で、原則として30日以内（他国に居住する当事者については60日以内）にかぎり、当事者の異議申立てを認めるという構造である（23条）。これは、英米法系諸国（特に米国の統一州際家族扶養法（Uniform Interstate Family Support Act [UIFSA]）の登録制度をモデルとしたもので、簡易かつ迅速な執行を可能にしている。ただし、大陸法系諸国の中には、このような制度をもたない国も多いため、条約上宣言によって代替的な執行手続を選択し、外国扶養料支払決定が裁判所による執行決定（*exequatur*）を要件とした執行手続とする仕組みを採用することもできる（24条）。もっとも、その場合にも、執行決定に対する上訴は、原則として執行を停止する効力をもたないことには注意が必要である（24条6項）。もとより執行方法は、それぞれの承認国法によって定められるが（32条）、条約上も実効的な手段として、給与の天引き、銀行預金口座の差押え、社会保障給付からの控除、及び運転免許の停止などを利用できることが注意的に規定されている（34条）<sup>(73)</sup>。

### (3) 扶養義務譏定書

扶養義務譏定書は、扶養義務に関する準拠法決定のための抵触規則を定めている。扶養義務譏定書においては、子に対する扶養義務（‘privileged creditor’）とそれ以外の扶養義務の準拠法を区別して規定している。

子に対する扶養義務は、第一に扶養権利者の常居所地法により（3条1項）、それによれば扶養を受けられない場合には、第二に法廷地法による（4条2項）<sup>(74)</sup>。ただし、扶養権利者が扶養義務者の常居所地において申立てをした場合には、連結点の順序が入れ替わり、法廷地法の適用が優先され、扶養権利者の常居所地法が次順位となる（同3項）<sup>(75)</sup>。第三に、いずれの法によっても扶養が受けられない場合には、当事者の共通本国法が適用される（同4項）<sup>(76)</sup>。

このように扶養義務議定書は、1973年扶養義務準拠法条約と比較して、法廷地法の適用を優先している。

また、扶養義務議定書は、特に離婚後扶養について、1973年扶養義務準拠法条約を改正している点で特筆される。すなわち、1973年条約によれば、元配偶者間の扶養は、離婚に適用された法による(8条〔扶養義務の準拠法に関する法律4条〕)。しかし、これは連結点を過去の一時点に固定するもので、現在の当事者の生活地とは必ずしも密接に関係しないこと、また離婚判決の中で適用法規が明示されなければ、離婚後扶養の準拠法が決まらないことが問題とされていた。そこで、扶養義務議定書は、元配偶者間の扶養についても、端的に扶養権利者の常居所地法によるのを原則としている。もっとも、当事者は離婚又は別居後、別々の国に転居することが多く、扶養義務者は扶養権利者の常居所如何を知りえないこともある。そこで、扶養義務者の予見可能性に配慮して例外条項を設けており、当事者の最後の共通常居所地法など、より密接な関係をもつ法があれば、その適用を優先している(5条)<sup>(77)</sup>。以上に加えて、扶養義務議定書は、制限的な当事者自治も導入している。それによれば、当事者は、個別の手続における便宜のために明示的に法廷地法を選択することができる(7条)。また、配偶者双方が夫婦財産制と併せて扶養義務についても合意し、財産形成を合理的に計画できるように、本国法、常居所地法、夫婦財産制の準拠法又は離婚準拠法のいずれかを明示的に選択することも認めている(8条)<sup>(78)</sup>。このように準拠法選択を通じて当事者の処分権を認める手法は、近時の欧米諸国の実質法における「家族法の契約化」の動向を踏まえた、国際私法上の当事者自治の拡大傾向<sup>(79)</sup>と軌を一にするものといえよう。

## 2. 子奪取条約の補完的機能

### (1) アウトゴーイング事案

それでは、扶養料回収条約及び扶養義務議定書は、子奪取条約をどのように補完するか。

子が日本から外国に連れ去られたアウトゴーイングの事案においては、子が外国から日本に返還されてきた後、外国で得ていた扶養料支払決定の承認執行

が日本で求められる可能性がある。TP が子と共に日本に戻ってきた場合には、少なくとも一定期間、特に監護権の本案に関する裁判を得るまでは日本に滞在するため、その間に扶養料の支払いを受けられることが重要である。日本で扶養料の支払いを受けられることが、子と共に任意で日本に戻るインセンティブとなる可能性もあろう。

もとより日本においても、家事手続法 79 条の 2 による民訴法 118 条の準用によって、外国扶養料支払決定は承認執行されうる。現行法上は、外国裁判のみならず、おそらく米国や豪州などの行政機関による扶養料支払命令も承認適格性をもつと解されよう。家事手続法 79 条の 2 は、明文で外国の裁判所以外の「これに準ずる公的機関の判断も含む」と定めており、司法権の行使主体としての裁判所以外の公的機関のした判断であって、実質的に日本の裁判所が行う家事事件についての裁判と同様の判断作用を伴うものを承認対象としているからである<sup>(80)</sup>。また、米国や豪州の行政機関による扶養料支払命令は、扶養権利者の申立てを受けて相手方を審尋せずの下されるが、相手方が一定期間内に異議申立てをすれば、裁判所による審理判断が行われることから、当事者の手続的保障も備えた司法作用と同様の効力をもつと解される。

他方、現行法の解釈として、外国当局の関与の下に行われる当事者の和解又は合意は、これまでの一般的な理解によれば、英米法系の「合意判決」(consent order) のように裁判上表象されているのでないかぎり、外国裁判としての承認適格性をもたないと解さざるを得ない。また、公正証書又は認証私文書による当事者間の扶養の取決めも、日本の国内法上は債務名義となるものの、外国で作成されたものについては単なる契約に過ぎず、外国裁判としては承認執行の対象にならないと解されてきた<sup>(81)</sup>。そこで、仮に日本が扶養料回収条約を批准すれば、外国でなされた当事者の和解もしくは合意のほか、公正証書もしくは認証私文書による扶養料の支払いも作成国において決定として執行可能であるかぎり、日本において承認執行の対象となる。それゆえ、扶養料回収条約は、子奪取条約の運用上、子及び TP の安全な返還を保障するのに一役買うものと期待できるであろう。

## (2) インカミング事案

子が外国から日本に連れて来られたインカミング事案においては、子を日本から外国へと返還する前に、現地で効力をもつ扶養料支払命令を得ておくのが有益である。TPが一旦子を連れて元の常居所地国に戻ると、少なくとも一定期間は再び現地で生活せざるを得ないため、その際の扶養料の回収が保障されていることは重要な意味をもつ。とりわけ米国は、扶養料回収条約の締約国であり、その中央当局であるOCSE<sup>(82)</sup>は、扶養権利者に代わって扶養料支払請求の申立てを行う権限をもつ<sup>(83)</sup>。そして、日本におけるアウトゴーイング及びインカミング事案は、いずれも米国との案件が圧倒的に多いことに鑑みれば<sup>(84)</sup>、日本も扶養料回収条約を批准することで、TPが子とともに日本から米国に戻る前に、米国中央当局を介して扶養料支払命令を得ることが可能になり、大きな利点であると思われる。

また、TPが子と共に元の常居所地国に戻る前に、予め日本において扶養料の支払いを命ずる審判を受け、外国での承認執行を確保する方法もありうる。日本で扶養審判を行う際には、家事手続法3条の10に定める管轄原因は、子又はTPの住所であり、インカミング事案では日本に住所がない可能性が高い。しかし、離婚事件の附帯処分としての管轄は肯定されうるほか（人訴法3条の4）、子及びTPの要保護性から緊急管轄を肯定する余地もあろう。また、LBPが同意すれば、当事者は、日本の裁判所において調停手続を行いうる（家事手続法3条の13）。そして、調停調書は、日本の国内法上債務名義とされており（民訴法22条3号）、おそらくは扶養料回収条約30条にいう「決定として執行可能である」との要件を満たすと思われる。それゆえ、扶養料回収条約の枠組みが利用できるようになれば、調停調書も外国で承認執行の対象となり、TPと子の安全な返還に資する可能性が出てくるであろう<sup>(85)</sup>。

## 3. 日本による批准とその課題

## (1) 総説

それでは、日本が扶養料回収条約及び扶養義務議定書を批准する可能性はあるか。また、批准するためには、どのような法整備を行う必要があると考えら

れるか。

日本の国内法上は、扶養料の不払い、特に離婚後の養育費の不払いが大きな問題となっている。これは、行政機関による扶養料の支払確保が実施されておらず、扶養料の回収が、基本的には当事者の合意、それがなければ民事上の司法手続にゆだねられており、当事者にとって過大な費用と時間、そして労力がかかることが主たる理由であろう。特に日本においては、離婚の88%が協議離婚<sup>(86)</sup>によっており、戸籍窓口では実質的審査が行われず、養育費の取決めがなされないケースも多い。仮に家庭裁判所の調停・審判又は離婚判決等によって扶養料が確定したとしても、扶養義務者が任意に支払わない場合に、家庭裁判所の履行勧告(家事手続法289条)や履行命令(同290条)には強制力がないため、時間と費用のかかる民執法に基づく強制執行によらざるを得ない<sup>(87)</sup>。

近時は、少なくとも強制執行に関する法整備を進めることで、徐々に扶養料の回収の実効性を高める努力がなされてきた。平成15年の民執法改正においては<sup>(88)</sup>、弁済期到来前の扶養義務にかかる定期金債権についても強制執行を開始しうることとされたほか(民執法151条の2)、平成16年には間接強制も導入されている<sup>(89)</sup>。また、令和元年改正による民執法<sup>(90)</sup>196条以下においては、財産開示手続を整備し、債務者の財産状況に関する情報を取得するための仕組みを導入しており、給与債権や銀行口座に関する情報取得も可能となっている(民執法206・207条)。今日、子どもの貧困(特に母子家庭の貧困)が深刻な社会問題となる中で<sup>(91)</sup>、私的扶養が社会扶助に優先することに鑑みれば(保護の補足性〔生活保護法4条2項〕)<sup>(92)</sup>、養育費の支払確保は重要な政策課題であるといえよう。子の生活のための金銭的支援は、貧困や生活困窮者への対策にとどまらず、子どもの権利条約27条4項に定められた締約国の義務でもある。

## (2) 批准のための課題

現在の日本の国内法を前提とすると、日本が扶養料回収条約を批准するには、国内法を大幅に改正する必要がある。

第一に、扶養料回収条約に基づいて金銭の取立て又はその援助を行う中央当局を設置したうえで、国内法上実効的な扶養料回収の仕組みを整えなければならない。現在、法務省では、父母の離婚後の子に対する養育費の履行確保に関する法整備のための検討作業が進んでいる<sup>(93)</sup>。立法論的には、行政機関による立替払いや強制徴収等の制度を導入して、養育費の支払いを確保することが望ましいと思われる。扶養料回収条約においても、近時の北欧諸国、米国及び豪州等の法制に鑑みて、公的機関が扶養権利者に対して固有の給付として又は立替払いによって扶養料を支払い、扶養義務者に給付の償還を求めうることが前提とされており、制度の柱となっている(36条)<sup>(94)</sup>。

第二に、扶養料回収条約においては、中央当局による費用負担のほか(8条)、子のための養育費の回収については、無償の法律扶助の提供が求められている(15条1項)。これは、日本の民事法律扶助制度と根本的に異なる点であり、本条約を批准する場合には、何らかの対策を講ずる必要がある<sup>(95)</sup>。

第三に、扶養料回収条約に基づく外国扶養料支払命令の承認執行には、現行法と異なる部分が多い。本条約を批准するには、上述のように、まず承認執行の対象を外国裁判及び行政決定のみならず、外国当局の関与の下になされる当事者の和解や合意にも広げる必要がある。また、作成国で決定として執行可能な公正証書及び認証私文書による取決めも対象とすべきであろう。現在、法務省では、国際商事事件における調停による和解合意について執行力を付与する方向で法整備を検討しており<sup>(96)</sup>、それが実現すれば、扶養事件についても和解や公正証書等に執行力を付与しやすくなると思われる。他方、扶養料回収条約の定める間接管轄は広く、現行法上は直接管轄(人訴法3条の4第1項及び家事手続法3条の10)として認められていない合意管轄及び応訴管轄、並びに身分関係事件及び親責任事件の併合管轄も含まれる。しかも扶養料回収条約は、現行法とは異なって(民訴法118条柱書、家事手続法79条の2)、外国扶養料支払命令の確定性を要件としておらず、執行宣言に対する上訴にも執行停止効を認めていない<sup>(97)</sup>。これらの点について条約と整合するように国内法制を変更するのは容易ではないが、少額の定期金として支払われる扶養料、特に養育費については、簡易かつ迅速な回収手段が必要であり、その点に鑑みれば、日本

でも容認しうる準則なのではなかろうか。いずれにしても、扶養料回収条約に基づいて外国扶養料支払命令に基づく執行手続をとる際には、現行の執行判決(民執法22条6号及び24条)よりも手続を簡素化し、(仲裁判断と同じく〔同22条6号の2〕)執行決定によるべきであろう<sup>(98)</sup>。

このように日本にとって、扶養料回収条約を批准するためのハードルは高いといわざるをえないが、本条約の批准は、国内法制を改善するための好機でもある。また、子奪取条約の運用上も、国境を越えた迅速かつ簡易な扶養料の回収を確保することが子の安全な返還に資することも考慮すべきであろう。

他方、扶養義務議定書は、離婚後扶養を含めて1973年扶養義務準拠法条約を大幅に改正するとともに、円滑な扶養料の回収を助けるために法廷地法の適用機会を拡大している。これは、現代の国際家族関係において扶養料の回収を効果的に行うために、優れた抵触規則を整備したものといえよう。もとより日本にとって、当事者自治の導入など、新規性の高い抵触規則もあるが、批准済みの1973年扶養義務準拠法条約をアップデートし、国際標準に合わせるためには、扶養義務議定書を批准する方向で積極的に検討すべきであると思われる。なお、EUは、2008年に扶養義務規則を制定する際に、扶養料回収条約による協力の枠組みを強化し、準拠法について端的に扶養義務議定書を援用しているほか(15条)、扶養料支払命令を下した構成国が扶養義務議定書を採用しているか否かによって執行宣言の要否を区別しており(17・26条)、特筆される<sup>(99)</sup>。

#### IV. おわりに

子奪取条約が日本について発効してから7年近くが経過したが、日本における運用に関しては、さらなる改善が期待されている。2020年7月8日には、欧州議会が日本に対して、子奪取条約及び子どもの権利条約を遵守し、連れ去られた子の返還及び面会交流を実現し、離婚後の共同監護を可能にするよう求める決議を採択した<sup>(100)</sup>。これは、子が返還されず、面会交流も拒まれた複数のLBPがフランス、イタリア及びドイツの政府に働きかけたもので、これらの国の首脳は、日本の首脳にも直接申入れを行っている。

子奪取条約を円滑に運用するためには、国際的な協力体制を構築し、実効的

に子を保護することが肝要である。これまでも子奪取条約の締約国の間では、中央当局同士の行政協力にとどまらず、国内外での情報共有や制度理解の促進、連携裁判官制度の構築、Reunite<sup>(101)</sup>やMiKK<sup>(102)</sup>などの民間団体による調停制度などを通じて、多様なネットワークが構築されてきた<sup>(103)</sup>。特に連携裁判官制度は評価が高く、上述のように、国内で中央当局及び他の裁判官と協力するとともに、他国の連携裁判官ともインターネット通話や電子メール等を通じて情報交換しており、子の返還後の保護措置を確保するのに役立つことも多い。このようなネットワークの中で、いわばピアレビューとして相互に条約の実施状況が確認されることで、条約の解釈適用の統一が図られ、運用上も様々な工夫がなされている。日本も他の締約国との行政協力及び司法協力を充実させ、法曹関係者やADR機関その他の民間団体の助力を得て積極的に参画することで、迅速な子の返還及び面会交流をよりよく実現できるようになるであろう。

さらに進んで子奪取条約の運用を制度的側面から担保するためには、本稿で検討してきたように、子の保護条約、扶養料回収条約及び扶養義務議定書を批准することに深い意義があると思われる。これらの法文書は、管轄権の所在を明らかにし、返還のための実効的な保護措置を確保し、監護裁判や扶養料支払命令の他国における承認執行を担保するもので、子奪取条約の運用を補充するのに重要な役割を果たしている。もとよりこれらの法文書を批准する際には、中央当局を設置し、手続法を整備するなど、多岐にわたって国内法を改正することが求められよう。しかし、今後日本が各国との協力及び信頼関係を構築し、国際標準に合わせて子奪取条約を運用していくためには、このようなある程度の痛みを伴う改革も受け入れざるを得ないのかもしれない<sup>(104)</sup>。

子の連れ去りは、子とその両親及び兄弟姉妹等に長期にわたって大きな影響を与えることが知られている。子奪取条約の究極の目的は、子の連れ去りを防止し、子が親双方と恒常的な交流を保ちながら、健全に成長できる環境を整えることにある。仮に子の連れ去りが起こったときにも、子が常居所地国に返還されるまで及び返還された後も含めて、各界の協力を得ながら、状況に応じてきめ細やかに子の安全や心身の状態に配慮してサポートし、できるかぎり面会交流を実現し、子の利益に最大限配慮した包括的な施策をとることが望まし

い<sup>(105)</sup>。日本においても、子どもの権利条約の理念に沿う形で、子の保護のための仕組みが一層発展していくことに期待したい。

\* 本稿において言及するハーグ国際私法会議（HCCH）の諸条約及び締約国数（2021年2月1日現在）については、HCCHウェブサイト（<https://www.hcch.net/>）参照。

- (1) 1980年10月25日「国際的な子の奪取の民事上の側面に関するハーグ条約」（平成26年条約第2号〔平成26年1月24日署名及び受諾書寄託，同4月1日効力発生〕）。
- (2) エリザ・ベレス＝ヴェラ／早川眞一郎訳「子の奪取の民事上の側面に関する条約・解説報告書」（<https://www.mofa.go.jp/mofaj/files/000450185.pdf>）パラグラフ10以下参照。
- (3) 1989年11月20日「児童の権利に関する条約」（平成6年条約第2号〔平成6年4月22日批准書寄託，同5月22日効力発生〕）。
- (4) 日本による受諾の経緯については、金子修編集代表『一問一答・国際的な子の連れ去りへの制度的対応——ハーグ条約及び関連法規の解説——』（商事法務，2015年）5頁以下，西谷祐子「子の奪取に関するハーグ条約の運用をめぐる課題と展望」二宮周平・渡辺惺之編『家族法講座〔第5巻・国際化と家族〕』（日本評論社，2021年）57頁以下参照。
- (5) 平成25年法律第48号。また，同日に「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による子の返還に関する事件の手続等に関する規則」（平成25年最高裁判所規則第5号）も施行されている。
- (6) 主要な裁判例として，最決平成29年12月21日（裁時1691号10頁），最判平成30年3月15日（民集72巻1号17頁），最判令和2年4月16日（裁時1745号16頁）参照。その他の裁判例の詳細については，依田吉人「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」家庭の法と裁判12号（2018年）27頁以下，拙稿（前掲注4）63頁以下，同「日本における子奪取条約の運用と近時の動向について」家庭の法と裁判26号（2020年）48頁以下（「運用」として引用），同「総論」大谷美紀子・西谷祐子編著『ハーグ条約の理論と実務——国境を越えた子の奪い合い紛争の解決のために——』（法律文化社，2021年）15頁以下。
- (7) 令和元年5月17日「民事執行法及び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の一部を改正する法律」（令和元年法律第2号）。詳細は，

内野宗揮編著『Q & A 令和元年改正・民事執行法制』（金融財政事情研究会，2020年）304頁以下，山川一陽・松嶋隆弘編著『民事執行法及びハーグ条約実施法等改正のポイントと実務への影響』（日本加除出版，2020年）218頁以下，山本和彦監修『論点解説・令和元年改正民事執行法』（金融財政事情研究会，2020年）244頁以下ほか。

- (8) 平成30年4月25日「人事訴訟法等の一部を改正する法律」（平成30年法律第20号）。詳細は，内野宗揮編著『一問一答・平成30年人事訴訟法・家事事件手続法等改正——国際裁判管轄法制の整備』（商事法務，2019年），池田綾子編著『詳解・国際家事事件の裁判管轄』（日本加除出版，2019年）ほか。
- (9) 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（2・完）」法曹時報71巻4号（2019年）728頁以下。
- (10) ベレス＝ヴェラ解説報告書（前掲注2）・パラグラフ62以下。
- (11) これらの法文書に関連する論稿として，岩本学「外国扶養裁判承認執行制度の現状と課題」国際私法年報20号（2018年）48頁，金汶淑「扶養に関するEU国際私法の最近の動向——扶養規則を中心に」国際私法年報13号（2011年）29頁以下，田中美穂「子の養育費の国際的回収における実効性の確保——2007年扶養回収条約からの制度改革へのいざない——」近大法学65巻2号（2017年）1頁以下（「田中-1」として引用），同「国際的な養育費・扶養料の支払確保——各国の養育費・扶養料の支払確保制度と国際条約の進展——」二宮周平・渡辺惺之編『家族法講座〔第5巻・国際化と家族〕』（日本評論社，2021年）291頁以下（「田中-2」として引用），横山潤「子の保護に関するハーグ条約準備草案について」一橋論叢116巻1号（1996年）1頁以下（「横山-1」として引用），同「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」『変動期における法と国際関係〔一橋大学法学部創立50周年記念論文集〕』（有斐閣，2001年）287頁以下（「横山-2」として引用），同「1996年および2000年のハーグ条約における子および成年者の保護」国際私法年報3号（2001年）30頁以下（「横山-3」として引用），同「扶養義務の準拠法に関する法律再考」国際私法年報20号（2018年）2頁以下（「横山-4」として引用）ほか参照。
- (12) Paul Lagarde, “Explanatory Report of the 1996 Child Protection Convention”, para. 5; Nigel Lowe/Michael Nicholls QC, *The 1996 Hague Convention on the Protection of Children* (Bristol 2012), para. 1.7 ff.
- (13) Hague Conference on Private International Law (HCCH), *Practical Handbook on the Operation of the Hague 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* (The Hague 2014), pp. 17 ff.; Lowe/Nicholls, *supra* note 12, para. 1.3 f.; Henry Setright QC/David Williams QC/Ian Curry-Sumner/Michael Gratton/Maria Wright, *International Issues in Family Law. The 1996 Hague Convention on the Protection of Children and Brussels IIa* (Bristol 2015), para. 1.5 ff. 子の保護条約採択の経緯については、Lagarde, *supra* note 12, para. 1 ff. 参照。

- (14) 横山-2 (前掲注 11) 289 頁。
- (15) 以上の点は、筆者がハーグ国際私法会議での諸国会及び外務省でのジェレミー・モーレー氏講演会 (2019 年 2 月 26 日) の際に接した情報に基づいている。
- (16) Lagarde, *supra* note 12, para. 6, 37 ff.
- (17) 横山-2 (前掲注 11) 295 頁以下、横山-3 (前掲注 11) 33 頁以下。
- (18) 両方の準拠法が相違すると、たとえば一方の法は、非嫡出子の母に法律上監護権を与え、他方の法は、裁判所による後見人の選任を要求することがありえ、相当ではない。横山-1 (前掲注 11) 13 頁。
- (19) Lowe/Nicholls, *supra* note 12, para. 8.2.
- (20) 2003 年 11 月 27 日婚姻事件及び親責任事件の裁判管轄及び判決の承認執行に関する EU 規則第 2201/2003 号 (Official Journal 2013, L 338/1) (「ブリュッセル II bis 規則」)。翻訳については、法務資料第 464 号「欧州連合 (EU) 民事手続法」85 頁以下 ([http://www.moj.go.jp/housei/tosho-tenji/housei06\\_00016.html](http://www.moj.go.jp/housei/tosho-tenji/housei06_00016.html) 参照) ほか。ブリュッセル II bis 規則は、2019 年 6 月 25 日改正による EU 規則第 2019/1111 号 (Official Journal 2019, L 178/1) (「ブリュッセル II ter 規則」) によって改正されている (ただし未施行)。
- (21) 拙稿 (前掲注 9) 730 頁以下。
- (22) 欧州司法裁判所 2009 年 4 月 2 日判決 (*A* [Case C-523/07]), 同 2010 年 12 月 22 日判決 (*Mercredi v Chaffe* [Case C-497/10 PPU]), 同 2014 年 10 月 9 日判決 (*C v M* [Case C-376/14 PPU]), 同 2017 年 6 月 8 日判決 (*OL v PQ* [Case C 111/17 PPU]), 同 2018 年 4 月 10 日判決 (*CV v DU* [Case C-85/18 PPU]), 同 2018 年 6 月 28 日判決 (*HR v KO* [Case C-512/17]), 同 2018 年 10 月 17 日判決 (*UD v XB* [Case C-393/18 PPU]), 同 2019 年 9 月 5 日判決 (*R v P* [Case C 468/18])。
- (23) 折衷説の立場は、英国最高裁でも採用された後 (*A v A and another (Children: Habitual Residence)* [2013] UKSC 60), カナダ (*Office of the Children's Lawyer v Balev*, 2018 SCC 16), 豪州 (*LK v Director-General, Department of Community Services* [2009] HCA 9; *Commonwealth Central Authority v Cavanaugh* [2015 FamCAFC 233]), ニュージーラン

ド (*SK v KP* [2005] 3 NZLR 590; *Punter v Secretary for Justice* [2007] 1 NZLR 40), 香港 (*LCYP v JEK* [2015] HKCA 407) 等にも波及し, 米国でも連邦最高裁の2020年2月25日 *Monasky v. Taglieri* 事件判決によって確立している。

- (24) 1969年5月23日「条約法に関するウィーン条約」(1981年条約第16号〔1980年7月2日加入書寄託, 同8月1日効力発生〕)。
- (25) 詳細は, 拙稿「運用」(前掲注6)50頁以下参照。
- (26) 子の保護条約及び子奪取条約の双方に加盟している締約国の間では, 子奪取条約が優先する(50条本文)。子を迅速に元の常居所地国に返還して初めて, 子の監護権の本案に関する措置を取りうるからである。ただし, 子の保護条約のほうが, 子奪取条約よりも子の返還又は面会交流の実施を確保するのに資する場合には, 子の保護条約が優先して適用される(50条但書)。Lagarde, *supra* note 12, para. 168.
- (27) Lagarde, *supra* note 12, para. 46.
- (28) Lagarde, *supra* note 12, para. 50. 子奪取条約の解釈として, 「監護の権利」には, 親権・監護権及び居所指定権のほか, 国外転居拒否権 (*ne exeat right*), 英国判例等が認める「裁判所の監護の権利」や「未完の監護の権利」なども含まれる。拙稿「子奪取条約の運用に関する比較法的検討」ケース研究329号(2017年)24頁以下。
- (29) Lagarde, *supra* note 12, para. 49.
- (30) Lagarde, *supra* note 12, para. 48; *see also* Peter Nigh, “The New Hague Child Protection Convention”, *Int’l J.L. Pol’y & Fam.* 11 (1997), pp. 347 ff.; Linda Silberman, “The 1996 Hague Convention on the Protection of Children: Should the United States Join”, *Fam. L.Q.* 34 (2000), pp. 251 ff.
- (31) Nigh, *supra* note 30, pp. 348 f.; Silberman, *supra* note 30, pp. 251 ff.; *see also* Yuko Nishitani, “Child Protection in Private International Law — An HCCH Success Story? —”, in: Thomas John/Rishi Gulati/Ben Köhler (ed.), *The Elgar Companion to the Hague Conference on Private International Law* (Elgar, 2020), pp. 268 ff.
- (32) Lagarde, *supra* note 12, para. 47.
- (33) HCCH, *supra* note 13, para. 13.3 ff.; Lowe/Nicholls, *supra* note 12, para. 7.6 ff.
- (34) *See* HCCH, “Outline of the 1996 Convention”, p. 2.
- (35) ブリュッセルII *ter* 規則9条a項・b項(i)(ii) (同II *bis* 規則10条a項・b項(i)(ii)も同旨)は, 各々子の保護条約7条1項の①②要件に相当する規定を置く。また, 同 *ter* 規則9条b項(iv)(v) (同 *bis* 規則10条b項(iii)(iv)同旨)は, 子の元の常居所地国の裁判所に監護事件の申立てがなされない場合, 又はその裁判所による監護裁判

が子の引渡命令を含まない場合も、新常居所地国に管轄権が移転する場合として列挙しているほか、同II *ter* 規則9条b項(iii)は、新たに連れ去り先の国の裁判所が子奪取条約13条1項b号(子に対する重大な危険)又は2項(子の異議)以外の理由で子の返還申立てを却下した場合も対象としている。改正の経緯については、村上正子「ブリュッセルII a 規則の改正案に見るEUにおける子の奪取事案の解決枠組み」加藤新太郎ほか編『現代民事手続法の課題——春日偉知郎先生古稀祝賀——』(信山社、2019年)366頁以下参照。

(36) 拙稿(前掲注9)732頁。

(37) 金子(前掲注4)235頁以下及び304頁以下、拙稿(前掲注4)78頁及び同(前掲注9)733頁。ドイツでも、裁判官が子の返還及び監護権の帰属に関する両親の合意内容に沿った返還決定を下すにあたって、元の常居所地国との管轄権の抵触を避けるために、ドイツには監護権の本案に関する管轄権がなく、監護権の帰属に関する合意には法的拘束力がないと明記しているという。西谷祐子「グローバル化社会と国際私法——国際家族法の視点から——」山元一・横山美夏・高山佳奈子編著『グローバル化と法の変容』(2018年、日本評論社)144頁(注21)。

(38) HCCH, “Revised draft Practical Guide: Cross-border recognition and enforcement of agreements reached in the course of family matters involving children” (Preliminary Document No. 4 for the Council on General Affairs and Policy 2019), pp. 13 ff. (available at: <https://www.hcch.net/en/projects/legislative-projects/recognition-and-enforcement-of-agreements>).

(39) ブリュッセルII *ter* 規則・前文22。詳細は、長田真里「国際家事メデイエーション」二宮周平・渡辺惺之編『家族法講座〔第5巻・国際化と家族〕』(日本評論社、2021年)268頁以下参照。

(40) 本プロジェクトの現状及び経緯については、HCCH, “Overview of the findings of the Experts’ Group on cross-border recognition and enforcement of agreements in family matters involving children in relation to the development of a normative instrument” (Information Document No. 2 for the Council on General Affairs and Policy 2020), pp. 3 ff. (available at: <https://www.hcch.net/en/projects/legislative-projects/recognition-and-enforcement-of-agreements>).

(41) これは、元の常居所地国の監護裁判が優先する場合をブリュッセルII *bis* 規則11条6項よりも狭めるもので、監護の権利の不行使又はLBPによる同意もしくは承諾(子奪取条約13条1項a号)に基づく返還申立ての却下を対象外とする趣旨である。

- (42) 村上(前掲注35)368頁以下参照。
- (43) Paul Beaumont, Lara Walker and Jane Holliday, "Conflicts of EU courts on child abduction: the reality of Article 11 (6)-(8) Brussels II a proceedings across the EU", *Journal of Private International Law* 2016, p. 221; see also Lowe/Everall/Nicholls, *International Movement of Children. Law, Practice and Procedure*, 2<sup>nd</sup> ed. (London 2016), para. 29.20.
- (44) Nishitani, *supra* note 31, pp. 269 ff.
- (45) 子奪取条約は、監護の権利の侵害に対して子の返還という救済を与えているが、接触の権利については、その効果的な行使を確保するための中央当局の協力(7条f号)を定めるに過ぎない(ベレス-ヴェラ解説報告書(前掲注2)・パラグラフ125以下)。それゆえ、各国の理解は異なっており、ハーグ条約に基づく裁判所に対する面会交流申立手続を認める法制(豪州、イタリア、スペインほか)と、中央当局に対する面会交流援助申請だけを認める法制(日本、英国、米国、フランス、ドイツほか)に分かれている。Lowe/Everall/Nicholls, *supra* note 43, para. 34.55 ff.
- (46) 実施法148条は、通常の家事手続法上の土地管轄に加えて、東京又は大阪家庭裁判所にも土地管轄を付与しているが、子の返還申立事件と面会交流に関する家事審判事件の手続の併合は認めていない。金子(前掲注4)296頁。
- (47) 内野(前掲注8)86頁以下。
- (48) 高田裕成・内野宗揮・大谷美紀子・道垣内正人・山本和彦「〔座談会〕渉外的な人事訴訟・家事事件にかかる手続法制」論ジュリ27号(2018年)29頁〔山本・高田発言〕。
- (49) 拙稿(前掲注4)79頁以下、同(前掲注9)733頁以下。
- (50) Lowe/Everall/Nicholls, *supra* note 43, para. 5.70 ff., 29.12 ff.
- (51) Lowe/Nicholls, *supra* note 12, para. 7.16.
- (52) 平成30年人事訴訟法等の一部を改正する法律の制定時には、このような事案を念頭に合意管轄を認めるという議論もあったが、子の監護処分については住所地管轄が相当であり、合意管轄を認めるべき場合を的確に規定するのも困難であったため、見送られた。畑瑞穂「家事事件にかかる国際裁判管轄」論ジュリ27号(2018年)41頁。
- (53) 拙稿(前掲注4)76頁以下、拙稿「運用」(前掲注6)54頁。
- (54) 2020年8月現在、86ヶ国から137名の連携裁判官(日本からは3名)が指名されている。名簿等の詳細は、<https://assets.hcch.net/docs/665b2d56-6236-4125-9352-c22bb65bc375.pdf>参照。
- (55) 拙稿(前掲注4)77頁。

- (56) 上述Ⅱ-2-(3)-(a)参照。
- (57) Lowe/Everall/Nicholls, *supra* note 43, para. 29.12 ff.
- (58) HCCH, *supra* note 13, para. 13.7; Lowe/Nicholls, *supra* note 22, para. 7.11 ff.; Lowe/Everall/Nicholls, *supra* note 43, para. 29.12 ff.
- (59) 立法論としては、成年者保護についても、要保護者が現実に常居所をもつ地の法を適用するのが望ましい。また、通則法制定時に、通則法5条についてのみ法廷地法主義に移行しており、35条は原則としての本国法主義を維持しているため、両者の齟齬も問題となる。
- (60) Committee on the Rights of the Child, “Concluding observations on the combined fourth and fifth periodic reports of Japan”, para. 30 (available at: <https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CRC/Pages/CRCIndex.aspx>).
- (61) 欧州及び中南米の国々が多数加盟しているほか（ただし米国及びカナダは未加盟）、アジア・アフリカ地域からは、豪州、ニュージーランド、フィリピン、カンボジア、パキスタン、スリランカ、カザフスタン、キルギスタン、モロッコ、チュニジア、ブルキナ・ファソなども加盟している（<https://treaties.un.org/> 参照）。
- (62) 1956年10月24日子に対する扶養義務の準拠法に関する条約（昭和52年条約第8号）、1958年4月15日子に対する扶養義務に関する判決の承認及び執行に関する条約（日本未批准）、1973年10月2日扶養義務に関する裁判の承認及び執行に関する条約（日本未批准）、1973年10月2日扶養義務の準拠法に関する条約（昭和61年条約第3号。扶養義務の準拠法に関する法律（昭和61年法律第84号）として国内法化）。
- (63) Alegría Borrás/Jennifer Degeling, “Explanatory Report of the 2007 Child Support Convention”, para. 1 f.; William Duncan, “Maintenance Obligations. Note on the desirability of revising the Hague Conventions on Maintenance Obligations and including in a new instrument rules on judicial and administrative co-operation”, Preliminary Document No. 2 (Council 1999), pp. 22 ff., 田中-1（前掲注11）5頁以下。米国では当時、外国での扶養料回収が大きな問題となっていたという。David Hodson Obe, *The International Family Law Practice 2016-2017*, 5<sup>th</sup> ed. (Bristol 2017), p. 411. ただし、今日でも、2007年ハーグ扶養料回収条約以外の国際法文書に基づく事件も多い。たとえばドイツ中央当局の2019年8月HCCH質問票に対する回答（2020年6月に公表）によれば、アウトゴーイング事件の係属数は、ハーグ扶養料回収条約722件、ニューヨーク条約588件、EU扶養義務規則1,406件、形式的相互主義又は二国間条約（カナダほか）23件であった。他方、インカミング事件の係属数は、ハーグ扶養料

回収条約 211 件, ニューヨーク条約 1,860 件, EU 扶養義務規則 5,264 件, 形式的相互主義又は二国間条約(カナダほか) 40 件であった。HCCH, Response to the 2019 Questionnaire: Germany, p. 3 f. (<https://assets.hcch.net/docs/1d2b0615-a119-4c50-a8db-6e31090f6684.pdf>).

- (64) Andrea Bonomi, “Explanatory Report of the 2007 Maintenance Protocol”, para. 4 ff., 田中-1 (前掲注 11) 6 頁以下。
- (65) Alegría Borrás/Jennifer Degeling, *supra* note 63, para. 47, 田中-1 (前掲注 11) 9 頁。
- (66) Borrás/Degeling, *supra* note 63, para. 95 ff.
- (67) Borrás/Degeling, *supra* note 63, para. 430 ff. 外国裁判には, インデクセーションによる自動調整, 未払金, 過去の扶養料又は利息の支払に関する要求及び費用又は支出に関する決定も含まれうる(19 条 1 項)。
- (68) Borrás/Degeling, *supra* note 63, para. 551 ff. 詳細は, 田中-2 (前掲注 11) 318 頁以下。
- (69) 還言すれば, いずれか一方の国が扶養料回収条約の締約国となっていれば, 条約上承認執行が可能であり, いずれの国も扶養料支払命令の変更命令を下す権限をもつ(31 条)。Borrás/Degeling, *supra* note 63, para. 567 ff.
- (70) 締約国は, 20 条 1 項 c 号, e 号及び f 号を留保し, 代わりに国内法上の管轄規則を適用してよい(20 条 2 項)。
- (71) EU 及び欧州経済圏 (EEA) 構成国は, 1968 年ブリュッセル条約以来, 扶養権利者である原告の住所地管轄を明文で定めてきた。1968 年 9 月 27 日民商事事件における裁判管轄及び判決の執行に関するブリュッセル条約 (*O.J.* 31.12.1972, L 299/32) 5 条 2 号, 2000 年 12 月 22 日民商事事件における裁判管轄及び判決の承認執行に関する理事会規則 (EC) 第 44/2001 号 (*O.J.* 16.1.2001, L 12/1) (「ブリュッセル I 規則」) 5 条 2 号, 2008 年 12 月 18 日扶養義務事件における裁判管轄, 準拠法, 裁判の承認執行及び協力に関する理事会規則 (EC) 第 4/2009 号 (*O.J.* 10.1.2009, L 7/1) (「EU 扶養義務規則」) 3 条 2 号, 1988 年 9 月 16 日民商事事件における裁判管轄及び判決の執行に関するルガノ条約 (*O.J.* 25.11.1988, L 319/9) 5 条 2 号及び 2007 年 10 月 30 日ルガノ改正条約 (*O.J.* 21.12.2007, L 339/3) 5 条 2 号。
- (72) 田中-1 (前掲注 11) 17 頁以下。
- (73) Borrás/Degeling, *supra* note 63, para. 443 ff. 詳細は, 田中-1 (前掲注 11) 19 頁以下及び田中-2 (同) 316 頁以下。
- (74) Bonomi, *supra* note 64, para. 37 ff.
- (75) Bonomi, *supra* note 64, para. 64 ff.

- (76) Bonomi, *supra* note 64, para. 71 ff.
- (77) Bonomi, *supra* note 64, para. 77 ff.
- (78) Bonomi, *supra* note 64, para. 109 ff. 準拠法の選択は、明示的合意に限定される。なお、扶養義務について夫婦財産制の準拠法が選択されれば、困難な性質決定の問題を回避しうる。欧州司法裁判所の1980年3月6日判決 (*de Cavel* 事件 [Case C-120/79]) は、フランスの離婚判決が夫に対して妻に補償給付 (*prestation compensatoire*) として月々2000フランを支払うよう命じたことが扶養料支払命令に該当すると性質決定し、1968年ブリュッセル条約によってドイツで承認執行されるとした。日本法上の財産分与もフランス法に範をとっており、扶養の財産分与として元夫に定期金の支払いが命じられる場合には (東京地判平成14年2月8日2002WLJPCA02080002, 横浜地判平成9年1月22日判時1618号109頁), 国際私法上、扶養料支払命令として性質決定することが考えられよう。
- (79) 欧米諸国の実質法上の「家族法の契約化」については, Dominique Fenouillet/Pascal de Vareilles-Sommières (ed.), *La contractualisation de la famille* (Paris 2001), pp. 1 ff.; Sibylle Hofer/Dieter Henrich/Dieter Schwab (ed.), *From Status to Contract? Die Bedeutung des Vertrages im europäischen Familienrecht* (Bielefeld 2005), pp. 1 ff.; Frederik Swennen (ed.), *Contractualisation of Family Law. Global Perspectives* (Cham 2015), pp. 1 ff. 参照。欧州国際私法における当事者自治の拡大については, 小池未来『国際家族法における当事者自治』(信山社, 2019年), 中野俊一郎「国際親族・相続法における当事者自治の原則」神戸法学雑誌65巻2号(2015年)3頁以下ほか。
- (80) 内野 (前掲注8) 164頁。
- (81) 拙稿 (前掲注9) 36頁以下。岩本 (前掲注11) 52頁以下も参照。
- (82) U.S. Department of Health and Human Services, Office of Child Support Enforcement.
- (83) Cf. HCCH Country Profile U.S.: “The U.S. Central authority (OCSE) has designated IV-D child support agencies as the public bodies with authority to initiate such proceedings.”
- (84) 外務省領事局ハーグ条約室による統計 (令和3年1月現在) 参照 (<https://www.mofa.go.jp/mofaj/files/100012143.pdf>)。
- (85) それに対して、日本の国内法上は公正証書による扶養料の取決めも債務名義となるが (民執法22条5号), 当局の決定としてではなく一種の契約として執行力をもち、扶養料回収条約30条の要件は満たさないと解される。
- (86) 2019年人口動態調査 (離婚) によれば、離婚総数は208,496件あり、そのうち協議離婚が183,673件を占めている (<https://www.mhlw.go.jp/toukei/list/81-1.html> 参照)。

- 87) 田中-1(前掲注11)2頁。
- 88) 平成15年法律第135号。将来の定期債権についても差押えの対象とすることで、1回だけの差押えで給与債権等への執行が可能になり、費用も大幅に削減されている。谷口園恵・筒井健夫編著『改正担保・執行法の解説』(商事法務,2004年)100頁以下。
- 89) 平成16年法律第152号。詳細は、岡健太郎「養育費の算定と執行」野田愛子・梶村太一編『新家族法実務大系〔第2巻〕』(日本加除出版,2008年)313頁以下。
- 90) 前掲注7参照。詳細は、内野(前掲注7)14頁以下。
- 91) OECDの統計によれば、日本の子ども(0~17歳)の貧困率は、2012年に16.3%、2015年に13.9%に達している(<https://data.oecd.org/inequality/poverty-rate.htm>参照)。
- 92) 生活保護法(昭和25年法律第144号)。要保護者が急迫した状況にあるときには、地方自治体による保護の実施機関は生活扶助及び住宅扶助等を行う(同3項)。そして、保護費を支弁した実施機関は、扶養義務者からその義務の範囲内で、費用の全部又は一部を徴収することができ(同77条1項)、その額が保護の実施機関と扶養義務者の間の協議で決まらない場合には、実施機関の申立てによって家庭裁判所が定める扱いである(同2項)。二宮周平『家族法〔第5版〕』(新世社,2019年)278頁。生活保護法77条2項による家庭裁判所の国際裁判管轄については明文規定がないが、事柄の性質上、日本の地方自治体の実施機関が保護費を支弁した場合だけが対象になると解される。
- 93) [http://www.moj.go.jp/MINJI/minji07\\_00054.html](http://www.moj.go.jp/MINJI/minji07_00054.html)参照。
- 94) その場合の公的機関は、扶養料回収条約10条1項a・b号及び20条の適用上「扶養権利者」として扱われる。田中-1(前掲注11)10頁及び23頁以下。
- 95) 無償の法律扶助の提供をめぐる問題点については、田中-1(前掲注11)14頁以下及び30頁以下。
- 96) 商事法務研究会「仲裁法制の見直しを中心とした研究会報告書」(2020年)87頁以下。また、法制審議会・仲裁法制部会(令和2年9月17日法制審議会総会にて設置〔法務大臣による諮問第112号〕)の審議状況を参照([http://www.moj.go.jp/shingil/housei02\\_003006.html](http://www.moj.go.jp/shingil/housei02_003006.html))。
- 97) この点を指摘するものとして、法制審議会・国際扶養条約部会第11回会議(平成20年1月15日)議事録15頁以下。また岩本(前掲注11)52頁以下参照。
- 98) 岩本(前掲注11)58頁。
- 99) EU規則とハーグ諸条約との協働のあり方については、拙稿「欧州における私法

統一（総論）——多様性の中の統一性」論究ジュリスト 34 号（2020 年）201 頁以下参照。

- 000 [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2020-0182\\_EN.html](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2020-0182_EN.html) 参照。
- 001 Reunite International (<http://www.reunite.org/>).
- 002 Mediation bei internationalen Kindschaftskonflikten (<http://www.mikk-ev.de/>).
- 003 拙稿（前掲注 37）142 頁以下。
- 004 日本の国内法上、離婚後の共同親権や面会交流を実現する可能性については、拙稿（前掲注 4）84 頁以下。
- 005 Marilyn Freeman, *Parental Child Abduction: The Long-Term Effects* (2014), pp. 37 ff. (available at: <http://www.famlawandpractice.com/researchers/longtermeffects.pdf>).