

ハーグ子奪取条約の日本における実施状況と課題⁽¹⁾

長田真里

ながたまり

大阪大学大学院法学研究科教授

はじめに

- 1 子奪取条約に関する日本の裁判例の概観
- 2 子の常居所地の認定
- 3 重大な危険
- 4 その他の問題

おわりに

はじめに

2014年4月1日に国際的な子の奪取の民事上の側面に関する条約（以下、子奪取条約とする）が日本で発効してから、7年が経過した。条約発効当初は裁判例もほとんど公開されず、新聞報道等で裁判例がでたことを知るか、子奪取条約の中央当局である外務省が定期的に公開している条約の実施状況の統計情報からその内容をうかがい知るほか裁判例の動向を知るすべはなかったが、近年、多くの裁判例が公表されるようになってきた。本稿においては、同条約に基づき子の返還が求められた事件に関して日本で公表された判例を基に、日本における子奪取条約の運用状況を概観し、条約運用にかかる課題について若干の検討を加えたい。

1 子奪取条約に関する日本の裁判例の概観

日本で子奪取条約が発効してから、2021年9月末までに、同条約に基づく子の返還が求められた事件に関して、裁判例として公表された事案は全部で20事案である（なお、多くの事案で1審から上級審の判断まで公表されているため、判例自体は40件以上存在している）。このうち最高裁の判断が示された3事案はいずれも実施法固有の条文解釈若しくは我が国特有の問題を取り扱ったもの⁽²⁾

といえ、20 事案からこれら 3 事案を除く 17 事案が子奪取条約に直接関連する争点を扱ったものとなる。そのうち、裁判所の終局判断で子の返還が認められたのが 8 事案、返還が認められなかったのが 9 事案である。この数字だけを見れば、日本の裁判実務は子の返還を認めることに消極的であるように思われるかもしれない。しかし、外務省がまとめた統計（2021 年 9 月末時点）によれば、子の返還が確定した事案が 59、不返還が確定した事案が 43、これらのうち、裁判所による決定によって返還が確定した事案が 23、不返還が確定した事案が 14 とされており、裁判所による決定が下された事件の 6 割強では返還決定が下されている⁽³⁾。したがって必ずしも日本の裁判所が返還に及び腰という訳ではないといえよう。以下では、紙幅の関係もあり、日本の公表判例において争点とされた中でも特に事案の多い、子の常居所地の判断、子への重大な危険の抗弁を取り上げ、裁判実務における運用を概観し若干の考察を加えたい。その後、条約の実施運用に関連するこれら以外の問題点についても簡単に触れたい（以下本稿において、子を連れ去ったかもしくは留置した者を TP、子を連れ去られた者を LBP とする）。なお、本稿で言及する判例は、後掲判例リストに付した番号での引用とする。

2 子の常居所地の認定

子奪取条約締約国の実務において、子の常居所地の認定は最も争いとなる論点の一つとされる⁽⁴⁾。2018 年にハーグ国際私法会議事務局が公表した子奪取条約全締約国における実務をまとめたグローバル・レポートにおいても、子の返還が認められなかった事案のうち、子の常居所地が LBP の主張とは異なることが理由とされた事案は、25 %ほどであったと指摘されている⁽⁵⁾。

公表されている判例のうち、子の常居所地の認定が主要な論点となり、その判断が求められた判例は③-2、④-1 および 2、⑥-1 および 2、⑦-1 および 2、⑫-1、⑮-1 および 2、⑯-1 および 2、⑱-1 および 2、⑲-1 および 2、⑳-1 および 2 の 10 事案、18 件であり、グローバル・レポートで指摘される締約国全体の傾向と同様に、日本の裁判実務でも最も争いとなる論点の一つと言えよう。このうち、子が日本へ移動する直前に居住もしくは滞在し

ていた国を子の常居所地国と認定しなかったものは⑥-2, ⑩-1および2, ⑬-2, ⑳-1および2であり, それ以外の判例においては子の移動直前の居住もしくは滞在国が子の常居所地国と認定されている。また, これら事案での連れ去りもしくは留置開始時の子の年齢をみると, 5歳が1事案(⑱), 3歳が3事案(③, ④, ⑫), 1歳数ヶ月が4事案(⑥, ⑦, ⑮, ⑱)といわゆる乳幼児について常居所地の認定が争点となった事案が多いが, 7歳(⑩), 7歳と10歳(㉑)など就学児の常居所地が主たる争点となった事案も公表されている。さらに, 子の出生後, 日本と常居所地とされる国の間を複数回行き来していた事案が④(シンガポールで生まれ, 日本に転居し, その後再びシンガポールに転居し, そこから日本へ移動), ⑥(日本で生まれ, オーストラリアに転居し, そこから日本へ移動), ⑦(日本で生まれ, アメリカに転居し, そこから日本へ移動), ⑮(日本で生まれ, ブラジルに転居し, そこから日本へ移動), ⑯(日本で生まれ, スリランカと日本との間を複数回往来), ⑱(日本で生まれ, フィリピン(および他の国)との間を複数回往来), ㉑(日本で生まれ, アメリカに転居し, 再び日本に移動(その後他国へも往来)), ㉒(アメリカで生まれ, 日本に転居し, その後アメリカと日本との間を複数回往来)の8事案である。特に1歳数ヶ月の子について常居所が問題となった4事案はいずれも短期間に日本と常居所地とされる国との間を複数回行き来しており, このような場合に, 子の常居所地の認定が特に難しくなり, かつ当事者間でも争われ得ることがうかがわれる⁶⁾。

これら事例において, 裁判所が子の常居所地を認定する基準として, ほぼ一貫して示されているのが, 「『常居所』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」との基準である。より具体的な考慮要素については, 子が幼児の場合には子の以前の常居所地を放棄したという両親の共通の意思が必要であるとするもの(③-2), 居住年数, 居住目的, 居住状況等を総合的に勘案すべきとするもの(④-1, ⑥-1, ⑮-1および2, ⑱-2, ㉑-1および2), 居住目的, 居住期間, 居住状況を総合考慮すべきとしながら, 両親もしくは監護者の意思の重要性を指摘するもの(あるいは重要視していると思われるもの)(④-2, ⑥-2, ⑦-1および2, ⑯-1および2, ⑱-1, ㉑-1および2), ほとんど考慮要素を示していないもの(⑫-1)に

分かれる。

これら判示にみられる常居所地認定の基準は、従前、法の適用に関する通則法（以下、通則法とする。）における「常居所」概念の解釈について、平成元年法例改正にかかる立法担当者の見解として示されてきた⁽⁷⁾見解に則っていることは明らかであり、またここで示される定義は、学説においてもそれほど大きく異なるものではない⁽⁸⁾。具体的な考慮要素についても、公表裁判例は、通則法における常居所地の解釈として指摘されていた「個別の事案毎に事件本人や関係者の居住年数、居住目的、居住状況等の諸要素を総合的に勘案して行われるべき」との基準⁽⁹⁾に基本的によりつつ、子奪取条約上の常居所地の認定を行ってきていると言えよう。しかし、通則法における常居所地の解釈にかかる論点として指摘される本人の意思を考慮すべきか否か⁽¹⁰⁾については、子奪取条約上は、少なくともこれまでの公表裁判例においては問題とされず、むしろ両親の意思の扱いを巡って差異が見られる。常居所地をどのような基準で認定すべきかに関して、そもそも、通則法での連結点としての常居所地の判断基準と、子奪取条約での常居所地の判断基準を同じものと考えるべきか否かとの点が問題となり得よう。この点、「条約固有の概念として、条約の趣旨・目的に照らして、締約国の間で統一的な解釈を導くことが望ましい」との指摘がされている⁽¹¹⁾ほか、子奪取条約における常居所地と通則法の連結点としての常居所地とは求められる制度的な目的や機能が全く異なるとして、通則法における常居所地にかかる解釈先例等は子奪取条約における常居所地判断の基準とはなり得ないとの指摘もある⁽¹²⁾。これら見解が示すように、通則法における準拠法決定のための連結点としての常居所地と、子奪取条約における子の常居所地（そこで子の監護に関する裁判をすることが適切であるとされる）とはその目的や果たす機能は明白に異なっており、同一の基準で解釈すべきとはいえないであろう。

通則法における常居所地認定の基準と異なる基準を採用すべきとするならば、どのような基準で認定すべきかがさらに問題となる。この点、ハーグ国際私法会議から、何ら解釈指針等は示されていないが、一部の条約締約国においては、裁判例の積み重ねにより、子奪取条約における常居所地の解釈が一定の方向に

収斂されていることが指摘されている⁽¹³⁾。具体的には、例えばEU諸国および連合王国においては、連合王国のEU離脱前の段階で、EU司法裁判所（以下CJEUとする）による、いわゆるブリュッセルIIbis規則（婚姻事件及び親責任事件における国際裁判管轄、外国判決の承認執行に関するEC規則第1347/2000号を廃止する2003年11月27日EC規則第2201/2003号）の解釈について示された、「常居所地の概念は、その地における社会や家族の環境に子が一定程度統合されていることを反映する場所を意味すると解されなければならない。そのためには、特に、ある構成国における滞在期間、滞在の規則性（regularity）、その状態や理由、また家族全体のその国への移住状況、子の国籍、学校の場所や通学状況、言語の習得状況、子とその地での家族や社会との関連性などを考慮しなければならない。」⁽¹⁴⁾との考え方が支持されてきており、子奪取事案においてもこの基準が妥当することが確認されている⁽¹⁵⁾。CJEUの示す、子の統合度合いによって常居所地を認定すべきとの考え方は、例えばドイツやフランスでも支持されている⁽¹⁶⁾。他方、連合王国においては、子の常居所地を判断する際、親の定住意思を重視する考え方が1990年代までの判例において主流であった⁽¹⁷⁾が、CJEUの一連の判例を受けて、子の統合状態を総合的に勘案するCJEUのアプローチを子奪取事案における常居所地の判断の世界的な基準であるとする最高裁判例⁽¹⁸⁾が下されるにいたり、EU諸国と軌を一にすることを明らかにした⁽¹⁹⁾。

他方、アメリカにおいては、長年、連邦控訴審において、①両親の共通意図中心アプローチ（第1、第2、第4、第9および第11巡回区連邦控訴審がこの立場とされ⁽²⁰⁾、さらに第5巡回区連邦控訴審もこの立場とする指摘もある⁽²¹⁾）、②子ども中心アプローチ（第6巡回区連邦控訴審がこの立場とされる⁽²²⁾）、③総合アプローチ（第3、第7、第8巡回区連邦控訴審がこの立場とされる⁽²³⁾）の3アプローチが採用され、統一的な基準がないとされてきた⁽²⁴⁾。そのようななかで、2020年連邦最高裁が、*Monasky v. Taglieri* 判決においてCJEUや他の締約国における判例に言及しながら、両親の意図を重視するアプローチではなく、子の統合を総合的に判断するアプローチを採用することを明らかにした⁽²⁵⁾。

以上のような一部締約国における判例の流れを考慮すると、日本でも、子の

常居所地判断において、一部の公表判例が示すような親の意思の偏重は避けるべきであり、総合的な事情を勘案し、子がある場所にどの程度統合されているかとの基準により、親の意思はその判断のあくまでも一要素として判断すべきであろう⁽²⁶⁾。このような理解が、子がこれまで生活していた家庭環境および社会環境から引き離されることを問題視する⁽²⁷⁾子奪取条約の精神に最もかなうものであるはずだからである。また、子奪取条約締約国間で常居所概念の揺らぎが生じると、子の連れ去りの有無や条約の適用の有無自体に揺らぎが生じ、子に甚大な不利益が生じることは間違いがないことに照らしても、日本の裁判例においても国際的な潮流への配慮がみられてしかるべきであるように思われる⁽²⁸⁾。

3 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)も、子奪取条約締約国の実務において最も争いとなる論点の一つとされる⁽²⁹⁾。前述のグローバル・レポートにおいても、返還が子への重大な危険をもたらしうるとの返還拒否事由が問題となった割合は、常居所地とはほぼ同じく25%程度であると指摘されている⁽³⁰⁾。

公表されている判例のうち、返還による子への重大な危険にかかる返還拒否事由が主要な論点となったのは、後掲判例リスト①-1および2、②-1および2、③-1、⑤-1、⑦-1および2、⑧-1および2、⑪-1および2、⑫-1および2、⑮-1および2、⑰-1および2、⑱-1、⑲-1および2の12事案20判例であり、日本の裁判実務においても子への重大な危険の有無が非常によく争われる傾向にあることが見て取れる。これら20判例のうち、子の元の常居所地国への返還が子への重大な危険をもたらしうるとして子の返還を認めなかったのは、②-2、⑪-1および2(但し、LBPが留置に同意していたことも認容)、⑰-1の3事案4判例のみである。また、これら12事案で子への重大な危険として検討された事情は、LBPに対するTPへの接近禁止命令等の発令(②-1および2、⑧-1および2、⑰-1および2)、TPに対するLBPへの接近禁止命令等の発令(①-1)、両親間でのDV(⑤-1、⑦-1および2、

⑪-1および2, ⑫-1, ⑮-1および2, ⑰-1および2, ⑱-1), 子への暴力, ネグレクトや性的虐待(①-1および2, ②-1および2, ⑮-2), TPの滞在許可等や子の経済的・監護状況, 子の会話能力など子の監護に関して困難な事情(①-1および2, ③-1, ⑤-1, ⑧-1および2, ⑱-1, ⑲-1および2), TPとの離別(⑫-1), LBPによる薬物等使用(⑮-1および2, ⑰-1および2), TPの自殺可能性(⑰-1および2)であった。これら事情は, 概ね, 実施法28条2項の1号から3号に紐付けて主張ないし検討されており, 例えば, TPへの接近禁止命令等の発令や両親間でのDVという事情は, 同法28条2項2号にいう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恐れの有無に関する事情として, 子への暴力等に関する事情やLBPによる薬物等使用などの事情は, 同条同項1号にいう子への危害等の有無に関する事情として, 子の監護に関する困難な事情は, 同条同項3号にいう申立人又は相手方が子を監護することが困難な事情として, 主張検討されている。公表判例で28条2項所定の考慮事由から離れた主張ないし判断がされたのは, ⑫-1で主張されたTPとの離別(ロシア法上子が母と離別して暮らすことは重大な危険に該当すると解釈されていることを理由とする), および⑰-1, 2で主張されたTPの自殺可能性のみと言えそうである⁽³¹⁾。

ところで, 子への重大な危険があること, との返還拒否事由については, 締約国である諸外国において, 一般的に制限的な解釈運用がされていると指摘されてきており⁽³²⁾, 我が国でもそのような方向性を支持する見解がある⁽³³⁾。その一方で, 同条項の制限的な解釈は必ずしも子の最善の利益にかなわないとして, 我が国での柔軟な解釈の可能性を示唆する見解も存在する⁽³⁴⁾。この点については, ハーグ国際私法会議事務局が2020年に公表した重大な危険の抗弁にかかる解釈運用指針(1980 Child Abduction Convention, Guide to Good Practice Part VI Article 13(1)(b)(以下, 指針とする))⁽³⁵⁾が参考となろう。指針は, まず重大な危険抗弁の解釈の前提として, 子奪取条約の目的が, 不法に連れ去られた子を迅速に返還することであることを確認した上で, ①返還裁判は子の監護にかかる裁判ではない, ②子の返還裁判は略式手続であり迅速に行われなければならない, ③締約国間の協力が重要である, ④子の即時返還を命じる義務が締約国

にはある、⑤即時返還を命じる義務には限定的な例外がある、⑥例外は制限的に解されなければならない、ことを確認、指摘する⁽³⁶⁾。

指針の示すこのような方向性は、明らかに、重大な危険の抗弁を厳格にかつ制限的に解されるべきことを示唆するものといえよう⁽³⁷⁾。これを踏まえれば、締約国である日本においても、同指針に鑑み、柔軟な解釈は採用し得ないと考えるのが妥当であろう⁽³⁸⁾。さらに、柔軟な解釈が指摘する子の最善の利益の保障であるが、子奪取条約の理念、すなわち、子の監護にかかる本案審理は子の常居所地国においてされるべきである、との理念に鑑みれば、そもそも子の最善の利益は子の返還の可否を決定する局面ではかられるべきではないことも明らかと思われる⁽³⁹⁾。

重大な危険として主張されうる具体例として、指針では、(a)子へのかつ／もしくはTPへのDV、(b)返還により子に生じうる経済的もしくは発達に関する不利益、(c)元の常居所地国における生活環境に関する危険、(d)子の健康に関する危険、(e)TPが元の常居所地国に渡航できないかしたくない場合のTPとの分離に関する危険（元の常居所地国で子の不法な連れ去りもしくは留置を理由としてTPに刑事訴追がされている場合、TPの移住資格に関する問題がある場合、元の常居所地国で司法への有効なアクセスが遮断されている場合、TPの健康問題もしくは家族にかかる問題がある場合、TPが明白に渡航を拒絶している場合）、(f)兄弟姉妹からの分離を挙げる。この点、前述の通り、我が国においては、実施法28条2項1号ないし3号において、重大な危険の解釈指針が明文化されており、実務においてもほぼこれになぞらえた主張がなされ、裁判所の判断も同条文に沿って下されているように思われる。確かに、実施法28条2項と指針で示された考慮事項とを比較してみると、28条2項1号は(a)子へのDV、2号は(a)TPへのDV、3号は(e)TPと子との分離に関する危険に該当する⁽⁴⁰⁾と考えられ、日本が条約を批准したときに一部懸念として呈されていたような、実施法が独自の新たな重大な危険の抗弁事由を作り上げたという事情は見受けられない⁽⁴¹⁾。また、実務における運用も、上述したように同条同項1号乃至3号に挙げられている事由にかかる主張にほぼ集約されているのであれば、日本での重大な危険の抗弁に関する運用が、他の締約国における解釈運用に比して過度

に緩やかなものとなっているという事情もうかがえず、厳格に運用されていると言って良いであろう⁽⁴²⁾。なお、28条2項の枠組で検討されなかったTPの自殺可能性(⑦-1, 2)についても、指針において(e)TPとの分離の危険性に含まれるTPの精神上的の問題にかかる言及の中で、それを検討したオーストラリア裁判所の判例が紹介されており⁽⁴³⁾、日本の裁判所が特に要件を緩和して判断している要素と評価することは難しいであろう。

なお、実施法の規定に関して、同法28条2項が考慮事項を例示したことが、逆に重大な危険の抗弁を諸外国の実務に比して狭く解釈しすぎる可能性につながるのではないかとの懸念が示されていたことが注目される⁽⁴⁴⁾。すなわち、実施法では、条文上、28条2項1号乃至3号に挙げられている事由以外に「その他一切の事情」を考慮して重大な危険が存在するかどうかを判断すると示されているにもかかわらず、1号から3号に挙げられている事由にフォーカスした主張立証がされる結果、重大な危険の抗弁として当然争われるべき事由が日本では取り上げられなくなるのではないかとの懸念が示されていた⁽⁴⁵⁾。確かに、少なくとも日本の裁判例の概観からみれば、これまでの公表判例は指針の挙げる考慮要素のすべてを網羅しているわけではなく、実施法上明文で定められるもののみを考慮しているようであり、この懸念に合致しているように思われる。もちろん、これまでの公表判例の多くが偶々それで判断が事足りた事例であった可能性もあり、これらの裁判例から結論を導くには時期尚早と言えるかもしれない。指針が公表されたことによって、日本でこれまで主張されてこなかった事情が重大な危険の抗弁として主張可能であるとの認識が広がる可能性もあろう。今後の裁判実務の動向を注視する必要があるように思われる。

また、子への重大な危険の抗弁の判断に際して、ハーグ国際私法会議の指針⁽⁴⁶⁾では、段階的な分析を推奨する。まず、第1段階では、裁判所は、主張された危険がそれ自体重大な危険を構成し得る性質のものであり、十分な詳細及び実体を備えているか検討をすべきとする。次に第2段階として、裁判所は、返還に反対する者が提出した証拠によって重大な危険が裏付けられるかを審査し、子の元の常居所地国での保護措置に関する証拠や情報を考慮して、重大な危険の抗弁が認められるか否かを判断すべきとする。つまり、指針によれば、

単に重大な危険の恐れが立証されるだけでは重大な危険の抗弁を認めるべきではなく、十分な保護措置が講じられているかどうかの判断も必要となる⁽⁴⁷⁾。この点について、日本の公表判例では、②-1および②-2が参考となろう。すなわち、②-1では子への重大な危険の存在が認められたものの、子の元の常居所地国でLBPにTPへの接近禁止命令が出されており、かつ、シェルターも整備されていることから、有効な保護措置が講じられ得るとして子の返還が命じられたが、その抗告審である②-2では、子の元の常居所地国における接近禁止命令の有効性に疑問があり、かつ、シェルターも外国人であるTPの保護としては十分ではないとして子の返還を認めなかった。保護措置が存在するだけでは足りず、その有効性まで踏み込んで、重大な危険の抗弁にかかる判断をした抗告審の決定は、指針の示す解釈基準にも合致しており⁽⁴⁸⁾、肯定的に評価されよう。他方、重大な危険の抗弁を認めて子の返還を認めなかった他の2事案では、十分な保護措置が講じられているかについて判断をしていない。それは、⑪-1および⑫-2においては重大な危険の存在が子の返還を認めなかったことの主たる理由ではなかったこと⁽⁴⁹⁾、⑬-1および⑭-2ではTPの自殺可能性という子の保護措置で対応できない問題が争点となっていたことが理由であろう。これに対して、重大な危険の抗弁を認めなかった事例においては、そもそもそのような事情が認められなかったと判断したものが多数であるが(①-1および②、③-1、⑤-1、⑦-1および⑧、⑨-1、⑫-1、⑮-1、⑯-1、⑰-1)、そのような事情を認めないとした上で保護措置の存在により子の監護にかかる危険性が減じられると述べるもの(①-1)、仮にそのような事情があったとしてもという留保付きで保護措置の有効性を認めたもの(⑧-2)もある⁽⁵⁰⁾。この点、外国における実効的な保護措置の有無を判断することはそれほど容易ではなく、調査の困難性を補う方法を考える必要があるとの指摘もあり⁽⁵¹⁾、今後の実務の課題といえよう。また、保護措置との関係では、しばしばアンダーテイキングの有用性が指摘されるが⁽⁵²⁾、少なくとも日本の公表判例でアンダーテイキングを求めた事案はみられない⁽⁵³⁾。

以上みたように、日本の公表判例において、重大な危険の抗弁の判断は極めて慎重にされてきたと言えるが、保護措置との関係や、同抗弁の判断において

考慮されるべき要素など、事案の少なさも相まってまだまだ検討が必要であると思われる点も多い。ハーグ国際私法会議の指針も参考にしながら、今後も公表判例に注目をしていく必要があろう⁽⁵⁴⁾。

4 その他の問題

(1) 子の異議

日本の公表判例の内、常居所地国への返還にかかる子の異議の有無が主な争点となった事例は、①-1および2、⑤-1および2の2事案のみであり、そのうち子の異議を理由として返還が認められなかったのは⑤-1および2のみである(なお、⑨においては、実施法117条に基づく終局決定の変更の文脈であるが、子が一貫して元の常居所地国に返還されることを拒絶しているにもかかわらず、子の成熟度が意見を考慮するのに適当な程度に達していないとして子の異議を認めなかった終局決定に対して、重大な危険抗弁の判断事由の1つとして、子の異議を考慮している)。このように子の異議が問題となる事案が少ないのは、日本での公表判例上、連れ去り・留置の対象となっている子の年齢が比較的低いことが大きな原因であろう。他方、⑨においても、人身保護請求が問題とされた⑩においても、子は当初から返還を拒絶する意思を表明していたことがうかがえる。それにも関わらず返還命令が下されたことがその後の事情変更の判断や人身保護を請求しなければならない状況をもたらす一要因であったようにも思われる。6週間という短期間での審理期間中に、奪取あるいは留置という困難な環境におかれている子の意思を確認することの難しさの一端が現れているともいえようか⁽⁵⁵⁾。

(2) 監護の権利の存否あるいはその不行使

子奪取条約が適用される要件の1つとして、LBPに「子の常居所地国の法令によれば監護の権利」が認められていることが挙げられる(条約3条および実施法2条6号)。ここでいう「常居所地国の法令」には、常居所地国の国際私法も含むことは条約の公式報告書でも明示されており⁽⁵⁶⁾、日本における条約の運用においても同様である⁽⁵⁷⁾。しかし、これまでに公表された判例を概観す

る限り、子の常居所地国とされる国の準拠法規範に言及したものは見当たらなかった。常居所地国の法令に国際私法を含むことについて何らかの問題が生じた裁判例は諸外国においてもみられないとの指摘もあり、このような傾向は日本に限ったことではないようである⁽⁵⁸⁾。もちろん英米法系の国やEU諸国を中心に、子の監護権等に関する準拠法決定ルールが子の常居所地を連結点とすることが多いことによる可能性もあるが、この点今一度注意を喚起しておきたい。

(3) 友好的解決

外務省ハーグ条約室による最新の統計から、外国からの返還申立てに対して、結論が確定した事案総計102件の内、裁判内外問わず何らかの話し合いによって解決した事案の数は65件に上ることが分かる。実に63%強が当事者間の合意による解決となり、この数字は、グローバル・レポートの示す締約国全体での合意による解決の割合(=約30%)⁽⁵⁹⁾と比して、非常に高いものである。日本の子奪取条約実務の1つの特徴と言える。

このように日本で合意による解決の割合が高い理由として、中央当局である外務省がADRに積極的である点が指摘できる。外務省のハーグ条約室のHPでは、当事者にとってADRを利用することのメリットが紹介されており⁽⁶⁰⁾、外務省が委託するADR機関の紹介や費用の負担も行っている。さらに裁判手続に進んでも家庭裁判所における家事調停を利用して話し合いによる解決を図ることが可能であり(実施法144条)、手続のどの段階においても合意による解決の可能性が開かれており、実際、外務省の統計によると、合意による解決が裁判手続中に得られた割合も非常に高い(裁判手続を経て終結した事案73件の内、調停で合意が得られた事案は31件である)⁽⁶¹⁾。子奪取条約の対象となる事案は極めて高葛藤事案となりやすく、当事者間で友好的な解決が図られることが最良の解決であることに異論はないであろう。ハーグ国際私法会議においても友好的解決を促すためのメディエーションの活用が奨励されており、子奪取条約事案でのメディエーションに関する実務指針も2012年に公表されているところである⁽⁶²⁾。

この点、日本における合意による解決の利用に関して気になる問題点が顕在化したのが⑬である。この事案においては、ADRでの話し合いに数ヶ月を要し、最終的に合意が得られなかったところ、ADR終了時点で留置開始から11ヶ月を経過していた。その2ヶ月後に返還申立てをなしたため、留置開始から1年以上経過してしまい、子が新たな環境である日本に適応していることを理由(実施法28条1項1号)に子の返還が認められなかった。当事者の意図をじっくりと時間をかけて確認することは合意形成において非常に重要であるが、他方、迅速性が求められ、かつ、連れ去りや留置から1年経過することによって返還の可否が大きく左右される子奪取条約事案において、どの程度の期間をADRに費やすべきか、またADRで合意が得られなかった場合の対応なども含め、実務において適切な対応が必要とされることを示す例ではないかと思われる⁽⁶³⁾。また、この事案では、ADR手続において当事者が表明した意見を根拠として家庭裁判所が一定の判断を下している。ADRにおいてコンフィデンシャルティをどの範囲でどこまで課すのかについては国によって対応が異なり、日本ではこの点何ら法整備がされていない。しかし、ADR手続におけるコンフィデンシャルティの確保は当事者の納得がいく合意を得るために重要と考えられており⁽⁶⁴⁾、ハーグ国際私法会議による実務指針においては、締約国においてコンフィデンシャルティを確実に保障するための法整備を検討するよう促している⁽⁶⁵⁾。今後検討を要する点と言えよう⁽⁶⁶⁾。

おわりに

以上、日本で子奪取条約に関して公表された判例を元に日本における同条約の実施状況およびその課題を概観した。紙幅の関係で本稿では検討することができなかったが、上述の各問題点以外に、最高裁の判断が示されている実施法117条の解釈を巡る問題や、返還決定と人身保護法との関係、あるいは、返還決定の実効的な執行の問題のように、日本の実施法固有の問題や、日本における条約実施に特有の問題についても論ずべき点が多い⁽⁶⁷⁾。さらに、条約の運用に直接関連する問題であっても本稿で触れることのできていない論点も多い⁽⁶⁸⁾。今後の課題としたい。ただ、いずれにしても、子奪取条約の目的は

LBPに子を連れ戻すことや、子の取り合いに決着をつけるのではなく、不法な連れ去りや留置によって変更された現状を回復すること、および、ある締約国の法令に基づく監護の権利や接触の権利が効果的に尊重されることにある⁽⁶⁹⁾ことを忘れてはならない。例えば、常居所地の探求は真に回復すべき現状の探求につながると言えようし、重大な危険の抗弁は現状を回復することの重要性とのバランスで常に検討されるべきである。この点、ペレス-ヴェラ報告書で引用される「『子の奪取』の真の被害者はその子自身であるというものである。突然にバランスを失うことにより苦しむのは子であり、いつもそばにいた親から引き離されるといふ心の傷を受けるのは子であり、外国の言語、不慣れな文化環境、新しい先生達、及び知らない家族に適應する必要性から生ずる不安やフラストレーションに苦しむのは子なのである」⁽⁷⁰⁾とのダイアー・レポートの記述は重要である。実際、連れ去りや留置の対象となった子には長期間にわたり精神的な問題が生じる傾向が見られるとの指摘もされている⁽⁷¹⁾。連れ去りや留置によって被害を受ける子を救うことを真に重要なものとするのであれば、今後は条約の目的にかなった迅速な返還の確保と共に、できる限り不法な連れ去りや留置が起こらないようにする予防的な措置を講じていくことも肝要であろう⁽⁷²⁾。

*公表判例リスト（以下の判例では(i)元の常居所地国として主張されている国、(ii)申立人（＝LBP）と相手方（TP）の属性、(iii)対象となっている子の年齢、(iv)主要な争点、(v)裁判所の判断について記している。但し、抗告審については(iv)主要な争点と(v)裁判所の判断のみ記している。）

①-1（①-2原審）平成27年2月27日東京家裁決定 判例時報2375・2376号
204頁

(i)アメリカ

(ii)申立人：日本国籍（母）、相手方：日本国籍（父）

(iii)子：4歳、6歳、8歳、11歳

(iv)子の異議、重大な危険

(v)返還決定

①-2 (①-1 抗告審) 平成27年3月31日東京高裁決定 判例時報2375・2376号200頁

(iv)重大な危険, 子の異議

(v)返還決定

②-1 (②-2 原審) 平成27年3月20日東京家裁決定 判例タイムズ1457号136頁

(i)トルコ

(ii)申立人: トルコ国籍 (父), 相手方: 日本国籍 (母)

(iii)子: 2歳

(iv)重大な危険, 申立人の同意

(v)返還決定

②-2 (②-1 抗告審) 平成27年7月14日東京高裁決定 判例タイムズ1457号130頁

(iv)重大な危険

(v)返還拒否

③-1 (③-2 原審) 平成27年5月22日大阪家裁決定 判例時報2375・2376号215頁

(i)カナダ

(ii)申立人: 日本国籍? (父), 相手方: 日本国籍 (母)

(iii)子: 3歳

(iv)留置開始時期, 申立人の同意, 重大な危険

(v)返還決定

③-2 (③-1 抗告審) 平成27年8月17日大阪高裁決定 判例時報2375・2376号210頁

(iv)子の常居所地国, 留置開始時期, 申立人の同意, 権利の濫用

(v)返還決定

④-1 (④-2 原審) 平成28年3月31日大阪家裁決定 判例タイムズ1457号120頁

(i)シンガポール

(ii)申立人: シンガポール国籍 (父), 相手方: インド国籍 (母)

(iii)子: 3歳

- (iv)子の常居所地国, 監護の権利
- (v)返還拒否
- ④-2 (④-1 抗告審) 平成28年7月7日大阪高裁決定 判例タイムズ1457号
112頁
 - (iv)子の常居所地国, 監護の権利
 - (v)返還拒否
- ⑤-1 (⑤-2 原審) 平成28年6月7日大阪家裁決定 判例タイムズ1455号
82頁
 - (i)フランス
 - (ii)申立人: アルジェリア国籍(父), 相手方: 日本国籍(母)
 - (iii)子: 12歳
 - (iv)申立人の同意, 重大な危険, 子の異議
 - (v)返還拒否
- ⑤-2 (⑤-1 抗告審) 平成28年8月29日大阪高裁決定 判例タイムズ1455号
79頁
 - (iv)子の異議
 - (v)返還拒否
- ⑥-1 (⑥-2 原審) 平成28年11月29日大阪家裁決定 家庭の法と裁判19号
87頁
 - (i)オーストラリア
 - (ii)申立人: オーストラリア国籍?(父), 相手方: 日本国籍?(母)
 - (iii)子: 1歳数ヶ月
 - (iv)子の常居所地国, 申立人の同意
 - (v)返還拒否
- ⑥-2 (⑥-1 抗告審) 平成29年2月24日大阪高裁決定 家庭の法と裁判19号
83頁
 - (iv)子の常居所地国
 - (v)返還拒否
- ⑦-1 (⑦-2 原審) 平成29年4月26日大阪家裁決定 判例時報2388号25頁
 - (i)アメリカ
 - (ii)申立人: アメリカ国籍(父), 相手方: 日本国籍(母)

- (iii)子：1歳数ヶ月
 - (iv)子の常居所地国，監護権の不行使，重大な危険
 - (v)返還決定
- ⑦-2 (⑦-1 抗告審) 平成29年7月12日大阪高裁決定 判例時報2388号22頁
- (iv)子の常居所地国，重大な危険
 - (v)返還決定
- ⑧-1 (⑧-2 原審) 平成29年6月19日大阪家裁決定 判例時報2372号43頁
- (i)シンガポール
 - (ii)申立人：シンガポール国籍(父)，相手方：日本国籍(母)
 - (iii)子：2歳
 - (iv)重大な危険，監護権の不行使
 - (v)返還決定
- ⑧-2 (⑧-1 抗告審) 平成29年9月15日大阪高裁決定 判例時報2372号40頁
- (iv)重大な危険，監護権の不行使，申立人の同意
 - (v)返還決定
- ⑨平成29年12月21日最高裁第一小法廷決定 裁判所時報1691号10頁
- (i)アメリカ
 - (ii)申立人：アメリカ国籍(父)，相手方：日本国籍(母)
 - (iii)子：11歳7ヶ月(双子)，6歳5ヶ月(双子)
 - (iv)事情変更(117条1項)
 - (v)変更是認
- ⑩-1 (⑩-2 原審) 平成29年11月7日名古屋高裁金沢支部判決 民集72巻1号50頁
- (i)アメリカ
 - (ii)請求者：日本国籍(父)，拘束者：日本国籍(母)
 - (iii)子：12歳(判決時13歳)
 - (iv)人身保護請求
 - (v)請求棄却
- ⑩-2 (⑩-1 上告審) 平成30年3月15日最高裁第一小法廷判決 民集72巻1号17頁
- (iv)人身保護請求

(v)請求認容

- ⑪-1 (⑪-2 原審) 平成 30 年 2 月 13 日東京家裁決定 判例集未登載
(i)シンガポール
(ii)申立人：国籍不明（日本か？）（父），相手方：国籍不明（日本か？）（母）
(iii)子：3 歳
(iv)留置の同意，重大な危険
(v)返還拒否
- ⑪-2 (⑪-1 抗告審) 平成 30 年 5 月 18 日東京高裁決定 判例集未登載
(iv)留置の同意，重大な危険
(v)返還拒否
- ⑫-1 (⑫-2 原審) 平成 30 年 11 月 30 日東京家裁決定 判例集未登載
(i)ロシア
(ii)申立人：ロシア国籍（父），相手方：ロシア国籍（母）
(iii)子：3 歳（ロシア国籍）
(iv)子の常居所地国，留置の成立，留置の同意，監護権の存在，監護権の不行使，重大な危険
(v)返還決定
- ⑫-2 (⑫-1 抗告審) 平成 31 年 2 月 28 日東京高裁決定 判例集未登載
(iv)1 年経過規定の類推適用，重大な危険，外国での監護に関する裁判の考慮
(v)返還決定
- ⑬ 平成 30 年 12 月 11 日東京家裁決定 判例集未登載
(i)スペイン
(ii)申立人：スペイン国籍（父），相手方：日本国籍（母）
(iii)子：12 歳，7 歳，3 歳
(iv)留置の開始時期，1 年経過後の子の日本への適応
(v)返還拒否
- ⑭-1 (⑭-2.3 第一審) 平成 31 年 1 月 23 日東京家裁決定 民集 74 卷 3 号 745 頁
(i)ロシア

- (ii)当事者の国籍不明
 - (iii)子：9歳
 - (iv)調停による合意にかかる事情変更（117条1項）
 - (v)申立却下（調停合意への117条1項適用の余地は認めた）
- ⑭-2（⑭-1抗告審）令和1年5月15日東京高裁決定 民集74巻3号750頁
- (iv)事情変更（117条1項）
 - (v)申立却下（調停合意への117条1項適用は認めず）
- ⑭-3（⑭-1上告審）令和2年4月16日最高裁第1小法廷決定 民集74巻3号737頁
- (iv)事情変更（117条1項）
 - (v)差戻（調停合意への117条1項の類推適用を認めた）
- ⑮-1（⑮-2原審）平成31年2月4日東京家裁決定 判例集未登載
- (i)ブラジル
 - (ii)申立人：ブラジル国籍（父）、相手方：国籍不明（母）
 - (iii)子：1歳数ヶ月
 - (iv)子の常居所地国、重大な危険、基本的人権
 - (v)返還決定
- ⑮-2（⑮-1抗告審）平成31年3月27日東京高裁決定 判例集未登載
- (iv)子の常居所地国、申立人の同意、重大な危険
 - (v)返還決定
- ⑯-1（⑯-2原審）令和1年7月19日大阪家裁決定 家庭の法と裁判32号67頁
- (i)スリランカ
 - (ii)申立人：スリランカ国籍から日本へ帰化（父）、相手方：スリランカ国籍から日本へ帰化（母）
 - (iii)子：7歳
 - (iv)子の常居所地国
 - (v)返還拒否
- ⑯-2（⑯-1抗告審）令和1年10月16日大阪高裁決定 家庭の法と裁判32号62頁
- (iv)子の常居所地国
 - (v)返還拒否

⑰-1 (⑰-2 原審) 令和1年9月13日東京家裁決定 家庭の法と裁判 31号 76
頁

- (i)アメリカ
- (ii)申立人：アメリカ国籍（父），相手方：日本国籍（母）
- (iii)子：3歳
- (iv)子の監護が困難，重大な危険
- (v)返還拒否

⑰-2 (⑰-1 抗告審) 令和2年1月21日東京高裁決定 家庭の法と裁判 31号
70頁

- (iv)子の監護が困難，重大な危険
- (v)返還決定

⑱-1 (⑱-2 原審) 令和1年11月29日東京家裁決定 判例集未登載

- (i)フィリピン
- (ii)申立人：日本国籍（父），相手方：日本国籍（母）
- (iii)子：1歳数ヶ月
- (iv)子の常居所地国，重大な危険
- (v)返還決定

⑱-2 (⑱-1 抗告審) 令和2年5月15日東京高裁決定 判例集未登載

- (iv)子の常居所地国
- (v)返還拒否

⑲-1 (⑲-2 原審) 令和2年2月28日東京家裁決定 家庭の法と裁判 32号 56
頁

- (i)アメリカ
- (ii)申立人：日本国籍（母），相手方：日本国籍（父）
- (iii)子：5歳
- (iv)子の常居所地国，重大な危険
- (v)返還決定

⑲-2 (⑲-1 抗告審) 令和2年6月12日東京高裁決定 家庭の法と裁判 32号
52頁

- (iv)子の常居所地国，重大な危険
- (v)返還決定

㊦-1 (㊦-2原審) 令和2年7月3日東京家裁決定 判例集未登載

- (i)アメリカ
- (ii)申立人：アメリカ国籍（母），相手方：アメリカ国籍（父）
- (iii)子：10歳，7歳
- (iv)子の常居所地国
- (v)返還拒否

㊦-2 (㊦-1抗告審) 令和2年9月3日東京高裁決定 判例集未登載

- (iv)子の常居所地国
- (v)返還拒否

(本稿はJSPS科研費21K02332による成果の一部である。)

- (1) 本稿は令和1年5月開催の国際私法学会における報告に基づき，その後の公表判例を加えて加筆修正したものである。学会当日様々なご質問やご意見を頂戴したことに深く御礼申し上げる。
- (2) 2事案（後掲判例リスト㊦㊩）が実施法117条1項に基づき裁判所の返還決定もしくは調停合意等の変更が求められたもの，1事案（㊦）が子の返還の執行と人身保護請求の関係について判断を下したものである。
- (3) 外務省はHPにおいて毎月情報をアップデートしており，最新の情報はhttps://www.mofa.go.jp/mofaj/ca/ha/page25_000833.html#section1で入手可能である。
- (4) 西谷祐子「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50頁（2020年）
- (5) Part I – A statistical analysis of applications made in 2015 under the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction – Global report (provisional edition) revised version, (2018) (available at <https://assets.hcch.net/docs/d0b285f1-5f59-41a6-ad83-8b5cf7a784ce.pdf>), p. 16（常居所地国が異なることのみで返還が認められなかったのは19%であったともされる。同p.15）
なお，同レポートの公表は2017年10月（その後2018年2月に改訂）であるが，調査は2015年にされており，対象も2015年に締約国であった国に限られる。
- (6) なお，乳幼児の連れ去り・留置が問題となった事案でも，㊦，㊦，㊦では日本以外の国で子が生まれ，そのままその国で養育された子の連れ去り・留置が問題となっており，このような事案では常居所地の認定は特に争点とならないことが

分かる。

- (7) 南敏文『改正法例の解説』（法曹会，1992年）95頁以下
- (8) 学説における通則法上の常居所の定義につき詳細は櫻田嘉章・道垣内正人編『注釈国際私法第2巻』280頁〔国友明彦執筆〕（有斐閣，2011年）参照。また、通則法上の常居所概念を巡る議論については、申美穂「法適用通則法における常居所概念—契約・不法行為に関する新规定の導入を契機として」明治学院大学法学研究108号（2020年）23頁以下に詳しい。
- (9) 南前掲（注7）196頁，小出邦夫編著『逐条解説・法の適用に関する通則法』（商事法務，2009年）369頁
- (10) 櫻田・道垣内編前掲（注8）〔国友明彦執筆〕280頁。
- (11) 西谷前掲（注4）50頁
- (12) 渡辺惺之「ハーグ子奪取条約及び同実施法における常居所とその判断」阪大法学63巻3号（2018年）706頁以下。また織田有基子判批ジュリスト1544号（2020年）301頁も連結点としての常居所と子奪取条約における常居所との違いを認める。そもそも通則法上の常居所地概念についても必ずしも統一的な基準で考えられるべきではないことを示唆するのは申前掲（注8）31頁以下。
- (13) 西谷祐子「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，西谷前掲（注4）50頁
- (14) *Proceedings brought by A*, C-523/07.
- (15) *Mercredi v. Chaffe*, C-497/10 PPU.
- (16) ドイツについて，渡辺前掲（注12）223頁以下，Heiderhoff, *Münchener Kommentar zum BGB* 7. Aufl. 2018, Rn. 28-29。またフランスについて，*Cass. 1re civ.*, 13 déc. 2017, no 17-23. 673, Estell Gallant, *JurisClasseur Droit International Psc.* 549-30 *Enlèvement international d'enfants : la convention de la Haye du 25 Octobre 1980 – Droit général de l'enlèvement international d'enfants*, 2019, para 47
- (17) このような考え方は，もともと，*Shah v. Barnet London Borough Council and other appeals* [1983] 1 All E.R. 226, 233 (Eng. H.L.) 判決が，通常居所（ordinary residence）を判断する基準として，その地に自発的に居を構え，滞在期間の長短にかかわらず継続的にそこに居住する目的を有して居住していること，との基準が示したことに源を有するとされる。なお，同事件は子の奪取に関する事件ではなく，学費の支払免除が認められるかどうかにつき通常居所がイングランドにあったかどうかが問題とされたものである。Peter McEleavy, 'La résidence habituelle, un critère de rattachement en quête de son identité : perspectives de common law. In: *Droit international*

privé, *travaux du Comité français de droit international privé, 19e année, 2008-2010*, 2011, pp. 127-155, Rhona Schuz, *The Hague Child Abduction Convention - A Critical Analysis*, (2014) at p. 187

- (18) *A v. A and Another (Children: Habitual Residence)* (*Reunite International Child Abduction Centre and Others Intervening*) [2013] UKSC 60, [2014] AC 1
- (19) Lowe, Everall, Nicholls, *International Movement of Children, 2nd eds.* (2016) at 2.28 et seq. これら EU および英国における判例の変遷や他の締約国の状況については西谷祐子「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」二宮周平編集代表渡辺愷之編集担当『現代家族法講座第5巻 国際化と家族』(日本評論社, 2021年) 65頁以下に詳しい。
- (20) Jeremy D Morley, *The Hague Abduction Convention, 2nd eds.*, (ABA, 2016) at. P. 84
- (21) James D. Garbolino, *The 1980 Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction: A Guide for Judges, 2nd eds.*, 2015, available at <https://www.fjc.gov/sites/default/files/2015/Hague%20Convention%20Guide.pdf>, at p. 54
- (22) Morley, *supra* note20 at. p. 85
- (23) *ibid.*, および Garbolino, *supra* note21, at p. 54
Morley, *supra* note20 at p. 64
- (24) これら3アプローチへの言及は Schuz, *supra* note17 at pp. 186 *et seq.* でも見られる。
- (25) *Monasky v. Taglieri*, 140 S. Ct. 719 (2020) at 723 アメリカにおいては総合アプローチを最高裁が採用したことにより、常居所の証明に必要な証拠が増え、迅速性が要求される子の返還訴訟の長期化を懸念する見解もいくつか公表されている。例えば, Melissa A. Kucinski, “The Future of Litigating an International Child Abduction Case in the United States”, *Journal of the American Academy of Matrimonial Lawyers*, Vol. 33 (2020), p. 31, p. 39, Ann Laquer Estin, “Where is the Child at Home? Determining Habitual Residence After *MONASKY*”, *Family Law Quarterly*, Vol. 54 (2020), p. 127, pp. 137-140
- (26) 同旨西谷祐子「第1章 総論」大谷美紀子・西谷祐子編著『ハーグ条約の理論と実務』(法律文化社, 2021年) 19-20頁
- (27) 『エリザ・ペレス-ヴェラ氏による解説報告書』(翻訳監修早川眞一郎)(1980年) 12段落。この報告書の日本語訳は <https://www.mofa.go.jp/mofaj/files/000450185.pdf> より入手可能である。
- (28) 同旨武田昌則「ハーグ子奪取条約における『常居所』の解釈：米国連邦最高裁 *Monasky v. Taglieri* 事件判決を踏まえて」*琉大法学* 102号 (2020年) 76頁
- (29) 早川眞一郎・大谷美紀子「日本のハーグ条約加盟をめぐる」*ジュリ* 1460号

(2013年) 48頁(大谷発言), 西谷前掲(注4)53頁

- 30) Global Report, *supra* note5, p. 16 もっとも近年締約国においてはこの傾向が減少傾向にあるとの指摘もある。西谷前掲(注13)41頁以下
- 31) なお、⑮においてはLBPの薬物使用も28条2項から離れて判断しているように見えるが、本件では、両親間のDVを含めすべての抗弁事由につき28条2項が援用されていないことによるように思われる。
- 32) 西谷前掲(注13)38頁以下, 早川・大谷前掲(注29)48頁(大谷発言), 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34号(2000年)47頁以下, Garbolino, *supra* note21 pp. 111 et seq.
- 33) 西谷前掲(注4)54頁
- 34) 北田真理「ハーグ子奪取条約13条の制限的解釈の再考—英国における「重大な危険」「子の拒絶」の解釈の変遷を題材に」家庭の法と裁判20号(2019年)24頁, 梶村太市「裁判例からみた「子の奪い合い」紛争の調停・裁判の実務」(日本加除出版, 2015年)382頁
- 35) available at <https://www.hcch.net/en/publications-and-studies/details4/?pid=7059> 同指針の仮訳は外務省のHPで入手可能である(<https://www.mofa.go.jp/mofaj/files/100159654.pdf>)。なお、この指針はあくまでも勧告的なものであり、拘束力を有するものではないと明確に述べる。指針17頁
- 36) 指針21-25頁
- 37) なお、指針については特に両親間のDVの扱いについて最終草案から修正された部分があり、そのことを巡ってかなり大きな議論があった。この経緯につき詳細に説明をするのは、北田真理「ハーグ子奪取条約13条(1)(b)グッドプラクティスガイド修正をめぐる問題」杏林社会科学研究第36巻4号(2021年)113頁以下。
- 38) またアメリカで子奪取条約にかかる事案を担当する裁判官への指針を示すための解説書においても、子奪取条約13条1項b号の文言は、慎重に、子の監護権にかかる本案審理において考慮される種類の証拠を排除するように起草されており、したがって、子の最善の利益やいずれの両親が監護者として適切かという点に焦点を合わせた証拠を考慮するのは不適切であると述べる(Garbolino, *supra* note21, p. 110)。
- 39) Morley, *supra* note 20 p. 15
- 40) 金子修他編著『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)146頁では3号での具体的考慮事由として申立人や相手方が子の監護に関して有する問題を挙げているが、そこで挙げら

れる事由の多くは指針で子とTPとの分離に関する危険として具体的に挙げられる場合に該当する。

- (41) このような懸念について早川・大谷前掲(注29)50頁(大谷発言)また、日本の実施法が重大な危険抗弁の証明責任を低く設定していると評価するのはKucinski, *supra* note25, p. 41
- (42) 西谷前掲(注26)23頁。西谷前掲(注19)70頁。他の締約国裁判例における重大な危険抗弁の解釈運用に関しては、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(改訂版)」(2019年)108頁以下に詳しい。
- (43) 指針46頁注105で紹介されている *Director-General, Department of Families v RSP* [2003] FamCA 623 (INCADAT 参照記号 HC/E/AU 544) を参照。同判例の翻訳は <https://www.mofa.go.jp/mofaj/files/000411622.pdf>
- (44) 早川・大谷前掲(注29)50-51頁(大谷発言)
- (45) 早川・大谷前掲(注29)50-51頁(大谷発言)
- (46) 指針31頁。
- (47) なお、重大な危険の抗弁と保護措置との関係性に関する指針の方針について、締約国間で必ずしも見解が一致しているわけではない。例えば、アメリカでは、子が常居所地国に戻ることで重大な危険にさらされることが判明すれば裁判所は常居所地国における保護措置の可能性を考慮することはできるがそうする必要は必ずしもないとする立場(第1巡回区、第6巡回区および第11巡回区の連邦控訴審がこの立場であるとされる)と、重大な危険にさらされることが、常居所地国における保護措置とを必ず考慮しなければならないとの立場(第2巡回区、第3巡回区、および第7巡回区連邦控訴審がこの立場であるとされる)とに分かれている(Garbolino, *supra* note21 p. 143)。現在連邦最高裁でこの点に関する審理が進められており、控訴審レベルの分断を解消する判断が下されることが期待されている(*Golan v Saada*, Docket Number 20-1034, 同事件の概観はMelissa Kucinski, "Exception to the Exception: Judicial Discretion in Crafting Remedies to Return Children and the Expanding Complexity of Litigating a Hague Abduction Convention Case in the U.S.", https://www.americanbar.org/groups/international_law/publications/articles/exception-to-the-exception--judicial-discretion-in-crafting-reme/ 参照。)
- (48) 指針34頁
- (49) LBPが留置に同意していたと認められたことが主たる理由である。
- (50) また、⑧-1および2は、子の常居所地国で既に発令された個人保護命令が有

効に機能していることを理由に子への重大な危険がないとの判断を下している。将来的に利用可能な保護措置の実効性を問題にしているわけではないが、同じ文脈の判断と言えよう。なお、保護措置に関して、TPとLBPいずれが証明責任を負うのか、という点についても議論がある。この点、指針は、子の返還を認めない例外事由の存在にかかる証明責任は、子の返還に反対する側にあると述べるが、保護措置に関しては特に言及していない（指針36頁）。これまでの日本の公表判例においては、TP側が証明責任を負っているようであるが、この点について必ずしも一致した見解があるわけではない。この点につき、西谷前掲(注13)42頁およびMorley, *supra* note20, pp. 237 ff.

51) 西谷前掲(注19)76頁

52) 例えば指針34-35頁。

53) なお、この点、アンダーテイキングはあくまでも自発的な約束であり、その執行力には問題があることは指針でも指摘されているところ（指針35頁）、それ故に日本の裁判実務では重大な危険の抗弁を考える際に考慮されることはないとの説明がある（依田吉人「ハーグ条約実施法に基づく子の返還申立て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）。

54) なお、正確には条約自体の解釈に関する判例ではないが、実施法117条に定める子の返還を命じた終局決定が変更された⑨において、子が返還されることにより兄弟分離の可能性が生じることも含め重大な危険の存在が認定されていることも注目に値しよう。

55) この点について、黒田愛「実務の観点から子奪取条約の運用をめぐる現状と課題」国際私法年報22号（2021年）82頁以下参照。なお、子奪取条約における迅速手続と子の意見聴取との緊張関係にかかる指摘は諸外国においてもみられる。例えば、Thalia Kruger and Francesca Maoli, “The Hague Conventions and EU Instruments in Private International Law” in Schrama, Freeman, Taylor and Bruning eds., *International Handbook on Child Participation in Family Law*, (2021) p. 76

56) ベレス-ヴェラ報告書前掲(注27)68段落

57) 西谷前掲(注26)20頁

58) 日本弁護士連合会前掲(注42)47頁

59) Global Report, *supra* note5, p. 12

60) https://www.mofa.go.jp/mofaj/fp/hr_ha/page22_001006.html

61) 実務からみた日本の子奪取条約に関する調停やADRについては、黒田前掲(注55)84頁以下、および黒田愛「第12章 私的調停(ADR)など裁判外の解決手続」大

谷美紀子・西谷祐子編著『ハーグ条約の理論と実務』（法律文化社，2021年）291頁以下参照。

(62) *Guide to Good Practice Child Abduction Convention: Part V – Mediation* (2012) (available at <https://assets.hcch.net/docs/d09b5e94-64b4-4afe-8ee1-ab97c98daa33.pdf>)

(63) 上記のハーグ国際私法会議による実務指針でもこの点についての注意が促されている。*Id.*, pp. 27 *et seq.*

(64) *Id.*, pp. 58 *et seq.*

(65) *Id.*, p. 59

(66) これらの問題につき，Melissa Kucinski, *Mediating International Child Abductions, Family Advocate*, Vol.43 (2020), pp. 35 *et seq.* も参照。

(67) このうち執行の問題に関する最近の論稿として，例えば織田有基子「ハーグ子奪取条約の履行確保の一側面——条約実施法等改正を中心に」国際法外交雑誌 119 巻3号(2020年)1頁以下

(68) これらにつき網羅的に検討を加えているものとして，西谷前掲(注4)48頁以下

(69) ペレス-ヴェラ報告書前掲(注27)16, 17段落

(70) ペレス-ヴェラ報告書前掲(注27)24段落が引用するアデル・ダイアー『親の一方による国際的な子の連れ去りに関するクエスチョネア及びレポート』（*Questionnaire et Rapport sur l'enlèvement international d'un enfant par un de ses parents; Questionnaire and Report on international child abduction by one parent*）(Doc. pré.; Prel. Doc.) No.1 (1977年8月)21頁。

(71) Marilyn Freeman, *Parental Child Abduction: The Long-Term Effects*, ICFLPP (2014) la (<http://www.famlawandpractice.com/researchers/longtermeffects.pdf>) なおこの報告書は子奪取条約の対象となる連れ去り事案のみを対象にしているわけではない。

(72) 同様に，予防措置の重要性を指摘するものとして西谷前掲(注4)57頁および西谷前掲(注26)31頁以下。