

早稲田大学博士論文概要書

ハーグ子の奪取条約「重大な危険」に基づく返還の例外と子の最善の利益
—ノイリンガー論争の行方—

早稲田大学大学院法学研究科

北田真理

博士論文概要書

ハーグ子の奪取条約「重大な危険」に基づく返還の例外と子の最善の利益

—ノイリンガー論争の行方—

北田真理

「国際的な子の奪取の民事上の側面に関する 1980 年 10 月 25 日の条約（以下、「ハーグ条約」という。）」は、国際結婚・離婚の増加により生じる国際的な子の連れ去り及び留置（以下、「留置」は省略する。）から子を保護するため、迅速な解決と連れ去りの抑止を目的とした返還手続を定める。中央当局を軸とした行政間の連携・協力体制に基づくと共に、外国の法制度や司法に対する信頼を基礎とする点に特徴がある。我が国では、同条約の国内実施法（「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」平成 25 年法律第 48 号）が 2013 年 6 月 12 日に成立し、2014 年 4 月 1 日に施行され、同条約が発効した。

外国から日本に子が連れ去られるいわゆるインカミング・ケースにおいて、連れ去られた親¹が日本の裁判所に子の引渡しを求めるとは、従来は、①家庭裁判所による子の引渡しの審判及び審判前の保全処分、②人身保護命令、③外国裁判所が下した子の引渡し命令の承認・執行による解決が図られてきた²。我が国が同条約に加盟したことで、今後は、④ハーグ条約に基づく子の返還命令による解決が可能となった。

ハーグ条約は、おおよその子にとっての適切な管轄地である連れ去り前の常居所地国（通常は子の母国）に子を迅速に返還し（summary return）、そこで監護に関する本案の判断が速やかに行われるべきことを想定する。なぜなら、連れ去り前に子が暮らしていた母国に子を返還することは、通常、子の利益に適うものであり、本案に関する証拠もその地に集約されているからである。このため、ハーグ手続では、本案の内容と重なる判断が禁じられる（16 条、19 条）。また、常居所地国への返還が徹底される、つまり、連れ去っても連れ戻されてしまうのであれば、連れ去り損であるため、論理的には、連れ去り行為が減少して行くこととなる。ハーグ手続では、このような抑止効果をも重視して、常居所地国への迅速返還を原則とする³。

¹ 本稿では、連れ去った親を「連れ去り親」、連れ去られた親を「連れ去られ親」、連れ去られた国を「連れ去られ国」または「常居所地国」、連れ去り先の国を「連れ去り国」、ハーグ条約に基づく返還手続を「ハーグ手続」という。

² 渡辺惺之監・大谷美紀子ほか著『涉外離婚の実務—離婚事件の基礎からハーグ条約まで』（日本加除出版、2012 年）234 頁以下参照 [大谷]。

³ ハーグ条約では、以下の 6 つの要件が満たされた場合に、子を常居所地国に返還することになる。①子が 16 歳に達していないこと（4 条 2 文）、②返還手続が申立てられた国に

しかし、複雑な事情を抱える一部の子にとっては、必ずしもそこがベストな管轄地とは限らない。返還によって子の利益を損なう結果となる場合には、子を返すべきではない。ハーグ条約は、複数の返還拒否事由（12・13・20条⁴）を定め、それらに該当する場合に返還拒否命令を下し、連れ去り国に子を留め置くことを許容するが、条約の構造上、返還拒否事由は極めて制限的に解され、子の利益に関する調査も限定的である。条約は、その意味で、返還拒否事由に該当し得る一部の子の「個別具体的な子の最善の利益（the best interests of the individual children）」の犠牲の下に、「一般的な子の最善の利益（the best interests of children generally）」となる迅速返還を優先する構造であると言われている⁵。

ところで、子の連れ去りといえば、離婚により親権を奪われた父親が母親から子を連れ去る図が想像されよう。ところが、近年、ハーグ手続において、夫からのドメスティック・バイオレンス等が原因となり、経済的・精神的に不安定になった主な養育親（primary carer, primary caretaker）である母親が、実家のある母国に子を連れて帰国するいわゆる「子連れ里帰り」⁶事案が増加した。国内法の改正により離婚後も監護権を持つようになった父親が、監護権侵害を主張し、ハーグ条約に基づく子の返還を求めるようになったのである。しかし、連れ去り国で行われるハーグ手続で母親が返還拒否を認めてもらうためには、条約の定める返還拒否事由の証明に成功しなければならない。その中で最も多く用いられるのが、本稿のテーマとする「重大な危険」（13条1項b号）の抗弁である。同条項は、我

子が現在すること（12条3項）、③子が監護権侵害の直前にいずれかの締約国に常居所を有すること（4条1文）、④締約国の法令の下で、申立人に監護権があり、かつ、子の連れ去りが当該監護権を侵害すること（3条1項a号）、⑤子の連れ去りの時に上記監護権が現実に行使されていたこと又は申立人が現実に上記監護権を行使していなかった場合には、当該連れ去りがなければ申立人が現実に上記監護権を行使していたであろうこと（3条1項b号）、⑥子の連れ去りが常居所地国でハーグ条約の効力が生じた後に行われたものであること（35条1項）。

⁴ 本稿で扱う13条1項b号以外の返還拒否事由として、①申立てが子の連れ去り又は留置の日から1年を経過した後になされたものであり、かつ、子が新たな環境に適応していることが証明される場合（12条2項）、②子を監護していた個人、施設その他の機関が連れ去りの時に現実に監護の権利を行使していなかったことが証明される場合（13条1項a号）、③子を監護していた個人、施設その他の機関が連れ去りの前にこれに同意していたこと又は当該連れ去りの後にこれを黙認したことが証明される場合（13条1項a号）、④子が返還されることを拒み、かつ、その意見を考慮に入れることが適当である年齢及び成熟度に達していると認める場合（13条2項）、⑤子の返還が申立てられた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場合（20条）がある。

⁵ Re J [2005] UKHL 40, [2006] 1 AC 80。「一般的な子の最善の利益」と「個別具体的な子の最善の利益」は、J事件貴族院判決（ヘイル裁判官）を初め、英国の判例において頻繁に用いられる表現である。J事件判決が下された2006年当時、ヘイル裁判官は個別具体的な子の利益の犠牲の下に一般的な子の利益を実現する条約の構造を正面から肯定する（at 20）が、E事件最高裁判決の2011年当時、ヘイル裁判官は個別具体的な子の最善の利益の実現をもハーグ条約の目的であると明言した。この点に関する分析は、第4章にて行う。

⁶ 早川眞一郎教授の表現に習う。早川眞一郎『子連れ里帰り』の行方—ハーグ子奪取条約と日本『変動する日本社会と法』（有斐閣、2011年）141-171頁、同『国際的な子の監護』をめぐる問題について』判例タイムズ1376号（2012年）47-55頁参照。

が国の条約実施法 28 条 1 項 4 号に当たり、「常居所地国に子を返還することによって、子の心身に害悪を及ぼすことその他子を耐え難い状況に置くこととなる重大な危険があること」が認められた場合には、「子の返還を命じてはならない」と規定する。ここでいう「危険」は、現実のものでなければならず、憶測に基づいた将来に起こり得る危険では不十分とされている⁷。この危険を裁判官がどう評価するかにより結論が分かれる部分ではあるが、欧州諸国では、ハーグ条約の枠組みが損なわれることのないよう同条項を制限的に解釈し、返還の例外をできる限り認めない傾向が強められていった⁸。しかし、返還拒否が認められず国内での救済が尽きた母親は、「重大な危険」の判断における子の最善の利益の軽視に疑問を呈して欧州人権裁判所（以下、「人権裁判所」という。）に救いを求めることとなる⁹。こうして、各締約国の返還命令が欧州人権条約（以下、「人権条約」という。） 8 条（家族生活が尊重される権利）の適合性審査の対象となっていたのである。

そのような中、人権裁判所大法廷において、欧州諸国に衝撃をもたらすノイリンガー対スイス事件判決¹⁰（以下、「ノイリンガー事件」という。）が下された。同判決は、ユダヤ教過激派の活動に没頭する父親から逃れるため母親がその母国であるスイスに子を連れ帰った「子連れ里帰り」事案である。大法廷は、連れ去りから 5 年が経過した本件で、スイス連邦裁判所が下した返還命令が執行された場合には、母子の「家族生活が尊重される権

⁷ 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）3-101 頁、47 頁以下参照。石垣智子「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概要」ケース研究 317 号 3-72 頁、17 頁以下参照。「重大な危険」の例として、子に対する虐待や連れ去り親に対するドメスティック・バイオレンスがある場合、連れ去り親が常居所地国で刑事訴追されるおそれがあり常居所地国に帰国できない場合、連れ去り親が精神病を患う可能性がありその養育下にある子にも悪影響が及ぶ場合や、連れ去られ親がアルコール依存症・麻薬常習者である場合などが挙げられている。

⁸ EU 加盟国間の子の連れ去り事案には、ハーグ条約に加えそれを補完するブリュッセル II *bis* 規則（Council Regulation (EC) No 2201/2003 of 27 Nov 2003）の適用がある。同規則 11 条 4 項では、子のための返還後の保護措置の適切性が証明された場合には、返還を拒否することができない。同規則は、EU 加盟国におけるハーグ条約の運用に影響を及ぼし、返還の例外を制限的に解する傾向があるものとする。また、英国をはじめとするいわゆるハーグ先進国では、ハーグ国際私法会議と歩みをそろえ、制限的アプローチを採用する。

⁹ 人権条約加盟国 47 か国の管轄内で生じた条約違反による侵害に関し、侵害を受けたとする個人が、国内での救済手段が尽きたことを条件に、侵害した加盟国を相手に条約違反の申立てを行うことができる。

¹⁰ Neulinger and Shuruk v Switzerland (App No 41615/07) ECHR (GC) 6 July 2010, (2012) 54 EHRR 31. 本判決を紹介する邦語文献として、建石真公子「判批」国際人権 22 号（2011 年）173-176 頁、渡辺惺之「国際的な子の奪取の民事面に関する条約の批准をめぐる検討問題（上）」戸籍時報 674 号（2011 年）24-47 頁、問題点を指摘するものとして、磯谷文明・杉田明子「ハーグ条約の実務上の課題（1）」自由と正義 61 巻 11 号（2010 年）54-83 頁、早川真一郎『ハーグ子奪取条約』断想—日本の親子法制への一視点』ジュリスト 1430 号（2011 年）12-18 頁、大谷美紀子「子の連れ去りに関するハーグ条約」法律時報 83 巻 12 号（2011 年）36-43 頁、鳥澤孝之「国際的な子ども連れ去り—『ハーグ条約』の批准をめぐる」レファレンス 4 月号（2012 年）4-83 頁参照。

利」に対する侵害があるため8条違反があったとした¹¹。その中で、大法廷は、「重大な危険」の判断において、子の最善の利益の最重要性を強調し、子と家族全体の状況に関する「踏み込んだ調査 (in-depth examination)」を国内裁判所の義務としたのである。これは、条約が禁じる監護に関する本案の判断に踏み込むよう国内裁判所に示唆するものとも捉えられたため、人権裁判所がハーグ条約を誤解し、ハーグ手続における国際私法の視点を失ってしまったとの批判がなされた¹²。

人権裁判所は人権条約に基づき国内裁判所の判決を監督する役割を持つ。その判断は、被告国への拘束力はもちろんのこと、欧州全土¹³に絶大な影響力がある。ましては、大法廷判決となると、その重みは一層のものとなる¹⁴。このため、①13条1項b号において実現されるべき子の利益、②同条項の制限的解釈・調査方法のあり方、③先例であるモームソー対フランス事件判決（以下、「モームソー事件判決」という。）との整合性に関し、大

¹¹ 人権条約8条1項は「私的小および家族生活が尊重される権利 (the right to respect for his private and family life)」等を保障し、2項において、この権利行使に対して「法律に基づき (in accordance with the law)」、「民主主義社会において必要な (necessary in a democratic society)」もの以外のいかなる公権力による「介入 (interference)」もあってはならないと規定する。ハーグ条約に基づく国内裁判所の返還又は返還拒絶命令についての人権裁判所による8条適合性審査において、①当該命令により申立人が子と共にあることが妨げられることからハーグ事案には8条の適用がある。また、②人権条約の実効的な権利保障の実現のため、締約国には8条に基づく積極的又は消極的義務が課される。ハーグ事案における義務はハーグ条約と児童の権利条約に基づき解釈されるため、締約国には子の迅速な返還にむけたあらゆる措置をとることが求められる。③法的根拠については、当該命令がハーグ条約又は国内の条約施行法に基づくこと、同条約3条の意味する申立人の監護権の有無、子の常居所地、監護権侵害となる不法な連れ去りの存否が確認される。立法目的については、不法な連れ去りから子の最善の利益を保護するというハーグ条約の目的があげられる。④介入の必要性の判断において、人権裁判所は「評価の余地」理論を採用し、当事者と直接的な接触のある国内裁判所に一定の裁量の余地を認める。その範囲の逸脱を確認する際、ハーグ事案においては利益衡量が行われ、「子の最善の利益」が他の利益と天秤にかけられる。裁判所の判断は、「一般原則」と「本件への一般原則の適用」に分けて論じられることが多い。江島晶子「ヨーロッパ人権裁判所の解釈の特徴」戸波江二ほか編『ヨーロッパ人権裁判所の判例』（信山社、2008年）30-32頁参照〔江島晶子〕。

¹² L Walker, 'The Impact of the Hague Abduction Convention on the Rights of the Family in the Case-law of the European Court of Human Rights and the UN Human Rights Committee: the Danger of Neulinger' (2010) 6 (3) J Priv Int L 649.

¹³ 欧州人権条約の締約国は欧州以外の国にも及ぶため、「欧州全土」という表現は正確とはいえない。本稿における「欧州」は人権裁判所締約国を念頭に用いる。欧州連合 (EU) については今後の課題とする。

¹⁴ 近年、人権裁判所の判決は、当該事件の被告国に留まらず、人権条約締約国の家族法制の見直しを迫る程の大きな影響を与えるものとなっている。ノイリンガー事件判決の被告国はスイスであるものの、英国において行われた議論の大きさを考えれば、その重要性は明らかである。人権条約は我が国において適用されるものではないが、本稿で明らかにする人権的観点から行われた示唆は、我が国における返還手続の運用にとって重要な視点を与えるものとする。人権裁判所における「家族生活の尊重」等に関し、三木妙子ほか著『家族・ジェンダーと法』（成文堂、2003年）1-36頁参照〔三木〕。特に、我が国の裁判所が人権条約を参照し配慮する意義につき3頁参照。

論争（以下、「ノイリンガー論争」という。）が繰り広げられることとなった¹⁵。

本稿は、返還拒否事由最大の争点である 13 条 1 項 b 号の抗弁に関する裁判所の判断に焦点を絞り、欧州・英国における最新の議論の検討を通じて、我が国の条約実施法のアプローチ、手続の性質・位置付けについての提言を行うことを目的とする。特に、条約の新たな傾向を受け、2010 年以降、短期間の内に行われた上記論争に関し検討を行っていく¹⁶。その躍動感ある展開を忠実に紹介するため、本稿では、できる限り時系列での章立てを試みた。

第 1 章では、本稿での議論の前提として、条約原文と条約注釈書を基に起草者の想定を検討した。「子の利益が最も重要であることを深く確信し」とする条約前文と条約 1 条（条約の目的）の関係性が起草当初から不明確であったこと（1-1）、制限的解釈はハーグ条約の構造上求められるものであり、その柔軟化は条約の構造自体の崩壊につながるものとの想定がなされていたこと（1-2）、連れ去り親は非監護権者である父親であるとの想定で条約は起草されたが（1-3）、近年では、主な養育親であり監護権者である母親による「子連れ里帰り」事案が増加したこと、13 条 1 項 b 号の抗弁において、ドメスティック・バイオレンスが問題となっていること（1-4）を扱った。

第 2 章¹⁷では、ノイリンガー事件判決の意義を検討するため、ノイリンガー論争の流れを以下の通り紹介した。まずは、①同条項の制限的解釈を承認するモームソー事件判決、②「重大な危険」の判断における子の最善の利益の最重要性を強調し「踏み込んだ調査」を求めたノイリンガー事件判決、③同判決を支持したラバン事件判決を紹介し、ノイリンガー事件判決における実務の大転換を示唆する言及の意義を検討した（2-1）。しかし、その後、人権裁判所所長コスタ氏がこれを否定し（2-2）、ハーグ国際私法会議もこれに同調し（2-3）、英国最高裁判所（E 事件判決、S 事件判決）もこれを否定した（2-4）。ところが、その後の人権裁判所小法廷の一連の判決は、「踏み込んだ調査」義務を積極的に評価し、「重大な危険」の判断に子の最善の利益の至高性原則を持ち込む判断を行ったため、ノイリンガー論争は大法廷による 2 度目の決着を待つこととなった（2-5）。

第 3 章では、ノイリンガー事件判決を受けて議論されたハーグ国際私法会議第 6 回特別委員会の内容を紹介した。「重大な危険」の抗弁で主張されるドメスティック・バイオレンスは、各締約国で様々な扱いがなされているため、現状の整理及び正確な統計が必要であり、また、専門家によるワーキング・グループを形成し、統一的な基準をソフト・ローとして策定すべきことが確認された。

第 4 章¹⁸では、条約厳守国である英国が 2 つの最高裁判所判決（E 事件判決、S 事件判

¹⁵ Schulz, 'The enforcement of child return order in Europe: where do we go from here?' [2012] IFL 43.

¹⁶ 13 条 1 項 b 号に関するこれ以前の議論に関し、Beaumont and McEleavy, *The Hague Convention on International Child Abduction* (Oxford 1999) を参照のこと。

¹⁷ 第 2 章は、拙稿「ハーグ子の奪取条約に基づく返還命令における『重大な危険』の評価と子の最善の利益—欧州人権裁判所ノイリンガー (Neulinger) 事件大法廷判決の意義とその後の動向—」早稲田大学大学院法研論集 144 号 (2012 年) 27-54 頁に公表した。

¹⁸ 第 4 章は、拙稿「ハーグ子の奪取条約 13 条 1 項 b 号『重大な危険』の新たなアプローチ—英国 E 事件最高裁判決による提言を中心として—」早稲田大学大学院法研論集 147 号 (2013 年) 91-117 頁に公表した。

決)を通じて行った軌道修正を紹介する。従来、英国のハーグ手続では、常居所地国への迅速返還により一般的な子の利益が実現されればよいとされていたが、ノイリンガー事件判決の影響を受け、個別具体的な子の利益の実現をも条約の目的とする軌道修正が行われた(4-2)。しかし、英国では、家庭裁判所での包括調査を想起させる「踏み込んだ調査」ではなく、返還要件について「適切に注意深く決定する」ことが重要であるとされ、英国はモームソー判決の立場を支持した(4-3)。しかし、従来の「重大な危険」の解釈は、「条約を台無しにする余計なもの」が考慮されていた点を考慮し、最高裁判所は、「重大な危険」の単純な適用に向けた新たなアプローチを提言し、特に、ドメスティック・バイオレンス事案を想定して保護措置の実効性が裁判所により確認されるべきものとした(4-4)。また、連れ去り親への倫理的非難を前提とした評価(モラル・コンダクト・アプローチ)を「重大な危険」の判断から排除することにより、子を中心とした事実認定の重要性を提言した(4-5)。

第5章¹⁹では、ノイリンガー論争の収束を図った人権裁判所大法廷の2度目の判断となるX対ラトビア事件判決(以下、「X事件判決」という。)を紹介する。ハーグ手続において「踏み込んだ調査」に代わる「効果的な調査」が行われるべきとした点で、一見、ノイリンガー事件判決を否定したかのように思われる(5-1)。しかし、ハーグ手続では、条約固有の子の最善の利益が実現されるものとして、厳格なアプローチの下では軽視されていた母子分離に関する心理鑑定書を重視した。また、国内裁判所に証拠や事実に関する追加的な調査を求めた点で、「重大な危険」の判断において子の最善の利益が手続面から実現されるべきとした。(5-2)。

第6章²⁰では、前章までの議論とは視点を変え、英国における国際的な子の連れ去り事案に関する既存の国内返還手続における判断基準を明確化した貴族院のJ事件判決を紹介する。英国の国内手続では、子の福祉の至高性原則の下、個別具体的な子の利益に配慮した判断が行われていたが、ハーグ条約の影響によって、次第に、礼譲や相互の信頼といった国際的協調に基礎を置く条約の政策的考慮事項が重視されるようになった(6-2)。貴族院は、国内手続とハーグ手続を峻別し、国内手続独自の判断基準を明確化することによって、国内手続に子の福祉の至高性原則を復活させた(6-3)。

第7章では、我が国の条約実施法、特に、28条1項4号の成立過程における議論(7-1)、準備段階において想定される同条項の審理イメージ(7-2)を紹介することによって、現状において把握し得る司法・行政当局の想定を明らかにした。

第8章では、以上の議論を整理し、分析を行った。ノイリンガー論争の最終決着として下されたX事件判決は、①返還拒否事由の判断において子の最善の利益がより重視される点、②従来の枠組が維持される点で、モームソー事件判決とノイリンガー事件判決の中間型であると位置付けた(8(1))。また、これと同様の方向性を示す英国最高裁判所のアプローチも中間型に位置付けられるものの、X事件判決とは証拠調べや事実の調

¹⁹ 第5章は、拙稿「ハーグ子の奪取条約『重大な危険』に基づく返還の例外を子の最善の利益—欧州人権裁判所による13条1項b号の制限的アプローチに関する新たな示唆—」民事研修684号(2014年)2-13頁に公表した。

²⁰ 第6章は、拙稿「ハーグ子の奪取条約が英国の国内手続に与えた影響—J事件貴族院判決による提言を中心として—」民事研修689号(2014年)2-14頁に公表した。

査のスタンスに若干の違いがみられる点を指摘し、両者の違いを分析した(8(2))。結論として、我が国の条約実施法においては、条約の構造を意識しつつも、個別具体的な子の利益の実現をもはかる中間型のアプローチが望ましく、証拠調べや事実の調査については、人権裁判所型の後見的アプローチが採用されるべきことを提言した(8(3))。また、英国に見るように、従来国内手続(家事審判手続)では、子の最善の利益を重視する本案型の判断が行われるべきこと、しかし、ハーグ手続も保全に偏りすぎることなく、子の最善の利益に適切に配慮した本案と保全の中間型の判断が行われるべきことを提言した。また、国際的な子の連れ去り事案の特殊性という観点から、ハーグ条約の基準が国内的な連れ去り事案の解決に直接に影響を及ぼし過ぎるものであってはならないこと、最後に、一試案として、①審判前の保全処分の活用による迅速返還の実現、②人身保護手続の家庭裁判所への移管、③国際的な子の連れ去り事案に関する家庭裁判所のワンストップ・サービス化に関する提言を行った(8(4))。

以上