

早稲田大学審査学位論文（博士）

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

# 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—

### 目次

はじめに.....	1
<b>1 13条1項B号に関する起草者の想定と新たな傾向 .....</b>	<b>8</b>
1-1 条約の目的と子の最善の利益.....	8
1-2 13条1項b号の制限的解釈.....	11
1-3 連れ去り親のプロファイル .....	13
1-4 統計に見る13条1項b号の新たな傾向 .....	14
<b>2 欧州人権裁判所ノイリンガー事件大法廷判決の意義 .....</b>	<b>17</b>
2-1 ノイリンガー事件判決による問題提起.....	17
(1) モームソー対フランス事件判決(小法廷・2007年12月6日) .....	17
(2) ノイリンガー対スイス事件判決(大法廷・2010年7月6日) .....	19
(3) ラバン対ルーマニア事件判決(小法廷・2010年10月26日) .....	22
(4) 小括 .....	24
2-2 欧州人権裁判所所長の裁判外の発言(2011年5月14日) .....	24
2-3 ハーグ国際私法会議による解釈(2011年6月3日) .....	26
2-4 2つの英国最高裁判決.....	27
(1) E事件判決(2011年6月10日) .....	27
(2) S事件判決(2012年3月14日) .....	28
(3) 小括 .....	29
2-5 欧州人権裁判所判決のその後の展開.....	29
(1) X対ラトビア事件判決(小法廷・2011年12月13日) .....	30
(2) カラー対ルーマニア事件判決(小法廷・2012年2月21日) .....	31
(3) ウヤヌク対トルコ事件判決(小法廷・2012年5月3日) .....	32
2-6 若干の検討 .....	32
<b>3 ドメスティック・バイオレンスと13条1項B号に関するハーグ国際私法 会議の議論.....</b>	<b>36</b>
3-1 ハーグ国際私法会議 常設事務局による調査報告書.....	36
3-2 ハーグ国際私法会議 第6回特別委員会(第1部)の議論(2011年6月3日) 37	

(1)	13条1項b号とドメスティック・バイオレンスの現状と解決指針	38
(2)	「重大な危険」の証明	39
(3)	ドメスティック・バイオレンスの定義	40
(4)	子と連れ去り親の保護	40
3-3	ハーグ国際私法会議 第6回特別委員会（第2部）の議論（2012年1月26日）	41
.....		
<b>4</b>	<b>英国における制限的解釈への新たなアプローチ</b>	<b>42</b>
4-1	英国における厳格なアプローチとE事件判決	42
4-2	「子の最善の利益」の拡張	44
4-3	事実認定における調査：「具体的なアプローチ」の採用	45
4-4	制限的「適用」にむけてのアプローチ	47
(1)	制限的解釈から制限的適用へ	47
(2)	制限的適用を前提とした要素の整理	48
(3)	制限的適用にむけた保護措置による重大な危険の軽減	50
4-5	子を中心としたアプローチ	53
(1)	事実認定・裁量判断における連れ去り親への倫理的評価の排除	53
(2)	「重大な危険」の要証事実の見直し	55
4-6	若干の検討	57
.....		
<b>5</b>	<b>欧州人権裁判所 X 事件大法廷判決による中間的な解決</b>	<b>60</b>
5-1	X事件判決による国内裁判所の義務の明確化	60
(1)	ハーグ条約固有の「子の最善の利益」に配慮する義務	60
(2)	「踏み込んだ調査」に代わる「効果的な調査」義務	61
(3)	予防措置・保護措置の確認義務	61
5-2	「効果的な調査」の具体的内容	61
5-3	若干の検討	63
.....		
<b>6</b>	<b>ハーグ子の奪取条約が英国の国内手続に与えた影響</b>	<b>65</b>
6-1	英国の国内返還手続とJ事件判決	65
6-2	子の福祉の至高性原則の実現—歴史的経緯—	66
(1)	外国裁判所の監護権等の判断に関する再審査	66
(2)	子の最善の利益のための迅速返還	67
(3)	条約実施法の類推適用の否定	68
6-3	国内手続における判断基準	69
(1)	条約の政策的考慮事項の排除	69
(2)	「常居所地国への迅速返還が子の最善の利益になる」との推定の不採用	69
(3)	子の最密接関係国	70
(4)	時の経過による子の定着度	70

(5) 返還先の外国裁判所の採る法制度・法原則 .....	70
(6) 主な養育親が帰国を拒否する場合の子への影響 .....	72
6-4 若干の検討 .....	72
<b>7 我が国の条約実施法と返還アプローチ .....</b>	<b>75</b>
7-1 条約実施法の成立に至る経緯と 28 条 1 項 4 号 .....	75
7-2 条約実施法における返還拒否事由の審理イメージ .....	77
(1) 6 週間モデルの審理イメージ .....	77
(2) 証拠調べ、事実の調査 .....	78
(3) 28 条 1 項 4 号「重大な危険」の調査 .....	79
(4) 中央当局による情報提供 .....	79
<b>8 結論 .....</b>	<b>81</b>
(1) 3 つの人権裁判所判決の位置づけ .....	81
(2) 人権裁判所と英国最高裁判所のアプローチの相違 .....	84
(3) 我が国の採るべき「重大な危険」のアプローチ .....	86
(4) 我が国における従来の国内手続との関係性 .....	88
<b>結びにかえて .....</b>	<b>97</b>
<b>参考文献 .....</b>	<b>98</b>

## はじめに

「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<sup>1</sup>が日本の裁判所に子の引渡しを求めるには、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<sup>2</sup>。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<sup>3</sup>。

---

<sup>1</sup> 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。

<sup>2</sup> 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]。

<sup>3</sup> 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

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<sup>4</sup>）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<sup>5</sup>。

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」<sup>6</sup>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

---

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）。

<sup>4</sup> 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現則により認められないものである場合（20条）がある。

<sup>5</sup> 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。

<sup>6</sup> 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。

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<sup>7</sup>。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<sup>8</sup>。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<sup>9</sup>。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ったのである。

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<sup>10</sup>（以下、「ノイリンガー事件」という。）が下された。

---

<sup>7</sup> 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。

<sup>8</sup> 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考えられる。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。

<sup>9</sup> 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。

<sup>10</sup> 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

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利」に対する侵害があるため8条違反があったとした<sup>11</sup>。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<sup>12</sup>。

---

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、早川眞一郎『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-国際人権法の視点から」法律時報83巻12号(2011年)36-43頁、鳥澤孝之「国際的な子どもの連れ去り—『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、竹下守夫「子の奪取に関するハーグ条約とノイリンガー事件」窓84号(2013年)19-36頁参照。

<sup>11</sup> 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〕。

<sup>12</sup> L Walker, 'The Impact of the Hague Abduction Convention on the Rights of

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<sup>13</sup>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<sup>14</sup>。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<sup>15</sup>。

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<sup>16</sup>。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、条約原文と条約注釈書を資料とし、条約の目的（1-1）、13条1項b号の制限的解釈（1-2）、想定される連れ去り親のプロファイル（1-3）についての起草者の想定を明らかにする。また、起草時には問題とされなかった新たな傾向に関し、近年の統計資料をもとに明らかにする（1-4）。

第2章では、ノイリンガー事件判決の意義を検討する。まずは、同判決前後の人権裁判所判決を検討し、同判決によりなされた問題提起の意味を明らかにする

---

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.

<sup>13</sup> 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。

<sup>14</sup> 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。

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

<sup>16</sup> 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。

(2-1)。次に、人権裁判所所長の裁判外での発言(2-2)、ハーグ国際私法会議での議論(2-3)、英国最高裁判決による解釈(2-4)に加え、その後の人権裁判所小法廷の一連の判決(2-5)を紹介することによって、ノイリンガー論争の対立軸を明らかにする<sup>17</sup>。

第3章では、ノイリンガー事件判決に関するハーグ国際私法会議第6回特別委員会の議論を紹介する。ドメスティック・バイオレンスと13条1項b号に関する調査報告書(3-1)に加え、これに基づき行われた議論(3-2・3-3)を明らかにする。

第4章では、英国最高裁判所の2つの判決(E事件判決、S事件判決)を紹介し、条約の新たな傾向を受けて行われた若干の軌道修正と新たなアプローチの内容を検討する<sup>18</sup>。

第5章では、ノイリンガー論争の収束を図るため、人権裁判所大法廷が下したX対ラトビア事件判決(以下、「X事件判決」という。)を紹介し、「重大な危険」の判断において必要とされる「効果的な調査」の中身を検討する<sup>19</sup>。

第6章では、前章までの議論とは視点を変え、ハーグ条約の影響を払拭し、英国における既存の国内返還手続の判断基準を明確化した貴族院のJ事件判決を検討する。従来国内手続とハーグ手続との比較を行うことで、条約の性質・位置付けを異なる視点から浮き彫りにする<sup>20</sup>。

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する。

第8章では、前章までの整理として、人権裁判所判決の位置づけ(8(1))、人権裁判所と英国のアプローチの違い(8(2))に関する分析を行った上で、我が国の

---

<sup>17</sup> 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。

<sup>18</sup> 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。

<sup>19</sup> 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。

<sup>20</sup> 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。

条約実施法における「重大な危険」のアプローチ（8(3)）、従来の国内手続との関係性（8(4)）に関し、結論として、試案も交えた若干の提言を行っていく。

最後に、本稿は、ハーグ条約の持つ国際私法的要素と家族法的要素に着目して検討を行っていく。子の監護に関する本案の国際裁判管轄地を常居所地国と推定し、そこへの返還手続を定めるハーグ条約は、管轄権決定基準を基礎とする点で国際私法の性質を有する手続であるといえよう。これに対し、返還手続において子の最善の利益、子の保護を考慮する点は、ハーグ条約の家族法の性質を示すものといえる。ハーグ手続に望まれる運用は、これらの性質をバランスよく配慮することにあると考える<sup>21</sup>。

以上の視点に基づき、早速、本論に入っていくこととする。

---

<sup>21</sup> ハーグ条約における家族法と国際私法の性質における分析に焦点を当てたものとして、Schuz ‘The Hague Child Abduction Convention: Family Law and Private International Law’ (1995) 44 Int’l & Comp LQ 771 参照。

## 1 13条1項b号に関する起草者の想定と新たな傾向

13条1項b号の解釈をめぐる近年の問題を取り上げる前提として、同条項の理解のために必要となる条約の基本概念を整理することにする。

ウィーン条約法条約31条によれば、「条約は、文脈によりかつその趣旨及び目的に照らして与えられる用語の通常の意味に従い、誠実に解釈するもの」であり、また、条約の解釈上、文脈というときは、条約文として前文や附属書に加え、各種関係文書を含めて解釈すべきものとされる。従って、上記検討に当たり、条約本文及び前文に加え、第14回ハーグ国際私法会議に提出されたペレス・ベーラの注釈報告書(Explanatory Report)<sup>22</sup>を参照しながら、条約起草者の想定を検討していくこととする。

### 1-1 条約の目的と子の最善の利益

ハーグ条約1条は、以下、2つの目的を規定する。

- a) いずれかの締約国に不法に連れ去られ、又はいずれかの締約国において留置されている子の迅速な返還を確保すること。
- b) 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。

条約の前文は、条約の目的を補足し、以下のように述べる。

「この条約の署名国は、

子の監護に関する事項において子の利益が最も重要であること (of paramount importance) を深く確信し、

不法な連れ去り又は留置によって生ずる有害な影響から子を国際的に保護すること並びに子が常居所を有していた国への当該子の迅速な返還を確保する手続及び接触の権利の保護を確保する手続を定めることを希望し、

このための条約を締結することを決定し、次の通り協定した。」

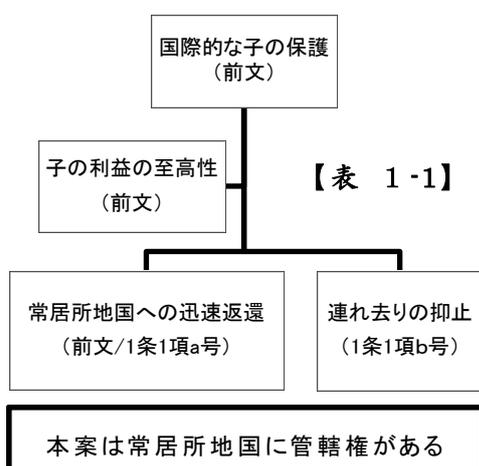
---

<sup>22</sup> Pérez-Vera, 'Explanatory Report on the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction' (1982)  
<[www.hcch.net/upload/expl28.pdf](http://www.hcch.net/upload/expl28.pdf)> accessed 1 Sep 2014.

条約前文及び1条を総合的に見ると、ハーグ条約は、子の監護に関する子の利益の至高性原則を念頭に置きつつ、不法な連れ去りから子を国際的に保護することを究極の目的とし、その実現に向けて、連れ去り前の常居所地国へ子を迅速に返還する手続を構築することを小目的としていると読むことができる。

このように、1条1項a項の目的とされた常居所地国への迅速返還は、前文と合わせて読み込むことで、前文の目的を達成するための手段として位置付けることができる。起草者は、連れ去った親が自らに有利な判断が下される法域に子を連れ去り、そこに移り住むことによって、監護権等の裁判管轄権の連結点を恣意的に作出し、そこで適用される準拠法をも選択することで、結果的に、自らが作出した不法な連れ去り後の事実上の状態を法的に正当化しようとする一連の行為に注目した<sup>23</sup>。ときに、連れ去りは、常居所地国の裁判所が既に下した監護権等の判断の効果を避ける目的で行われることがある。起草者は、連れ去りにより法域を新たにし、子の監護に関し再度の判断を求め、自らに有利な結果を得ようとする連れ去り親の法廷地あさり（フォーラム・ショッピング）に歯止めをかけるために、連れ去り国での新たな判断を禁じ、常居所地国への迅速な返還（prompt return）による原状回復（restoration of the *status quo*）によって、連れ去りによる影響を除去し、子の保護を実現しようとしたのである<sup>24</sup>。

他方で、1条1項b号の監護権の効果的な尊重は、常居所地国への迅速返還を



述べる a 号との関連性がなく、唐突な規定ぶりである。注釈報告書もそのことを認めつつ、a 号の迅速返還が連れ去られる前の原状を回復しようとする期待に込めるものであるのに対し、b 号の監護権の尊重は、連れ去りの抑止に関わるものであるとする。というのも、常居所地国で下された監護権の判断が他の法域でも尊重されることになれば、他の法域に連れ去る意味がなく、結果として、不法な連れ去り行為を抑止・減

<sup>23</sup> Pérez-Vera (n 22) para 15.

<sup>24</sup> Pérez-Vera (n 22) para 16. 起草の段階では、ハーグ条約の中に管轄権規定を直接盛り込むことも検討されたが、結果的には、連れ去り前の子の常居所地国に子の監護に関する最終的な判断があることを間接的に示す表現が用いられることとなった。

少させることで、子を保護することとなる<sup>25</sup>。

このように、a号は、一度連れ去れた子を迅速に返還し、原状に回復することで、既に連れ去られてしまった子の保護を実現する。また、常居所地国への迅速返還の実務が徹底されることで、連れ去りを目論む親に、連れ去ってもすぐに返還されてしまうことから連れ去り損であるとのメッセージを発信することにもなり、連れ去りを事前に抑止することになる。これに対し、b号は、常居所地国で認められていた監護権・監護状態が他の法域でも効果的に尊重されるようにすることで（条約3条が常居所地国での監護権侵害を要件とするのはそのためである。）、連れ去り先の裁判所で自らに有利な結果を得ようとする親の動機自体を失わせ、連れ去りを抑止しようとしている。迅速返還された子の監護に関する事項はa号に基づき常居所地国で決せられ、監護に関し常居所地国の法令に基づく効果がb号に基づき尊重されることになる。このように、ハーグ条約は、1条の小目的の実現のために、監護に関する事項の解決を常居所地国の裁判所に委ねることを黙示の原則として掲げていることが分かる<sup>26</sup>。つまり、ハーグ条約とは、監護に関する本案の判断が行われるべき常居所地国に子を返還する手続なのである。

ところで、ハーグ条約の目的に関し、「子の監護に関する事項において子の利益が最も重要であることを深く確信し」とする前文の行は、解釈上の問題を生じさせる。条約の本文では、子の利益に関し一切の規定がない。また、子の利益は、具体的な法概念とはいえず、むしろ社会学的概念に近い漠然とした概念であるため、条約の2つの小目的の実現に当たり、子の利益の考慮の方法・程度が明確ではない<sup>27</sup>。極端に言えば、常居所地国への迅速返還が子の利益になるといえない場合に、子の利益を無視して子を迅速返還すべきか、あるいは、子の利益を尊重して返還拒否命令を下すか、いずれの判断が採られるべきかが定かでないのである。

注釈報告書は、前文を条約の理念（philosophy）として位置付けている。国際的な子の連れ去りの増加に立ち向かうためには子の保護が必要であり、また、子の利益の具体的内容として、子が不法に連れ去られない権利を保障するものとき

---

<sup>25</sup> Pérez-Vera (n 22) para 17.

<sup>26</sup> Pérez-Vera (n 22) para 19. この黙示の原則の前提として、常居所地国が子の将来に関する判断を行う便宜管轄（forum conveniens）であるとの推定が置かれている（Schuz, *The Hague Child Abduction Convention - A Critical Analysis* (Hart 2013) 96.）。

<sup>27</sup> Pérez-Vera (n 22) para 20-23.

れている<sup>28</sup>。このように、常居所地国への迅速返還と連れ去りの抑止という条約の2つの目的は、不法に連れ去られない権利の実現を目指す点で、子の最善の利益と関連するものとされている<sup>29</sup>。しかし、条約の理念とは何とも曖昧な位置づけであり、子の最善の利益が具体的にどのように、どの程度考慮されるべきかは、条約及び注釈書からは明らかとはいえない。

#### 1-2 13条1項b号の制限的解釈

不法な連れ去りに当たるものであっても、ある一定の状況においては、連れ去り自体が正当化されるべき場合がある。起草者は、常居所地国への迅速返還により子の保護を図る条約の構造が、反面、ある状況下にある子を危険にさらすことを正面から認めつつも、条約の基本構造の崩壊を防ぐための「効果的な安全装置 (effective safety mechanism)」の構築をめざし<sup>30</sup>、4つの返還拒否事由を規定した。その1つが、本稿のテーマとする13条1項b号「重大な危険」である。

**前条の規定にかかわらず、要請を受けた国の司法当局又は行政当局は、子の返還に異議を申し立てる個人、施設その他の機関が次のいずれかのことを証明する場合には、当該子の返還を命ずる義務を負わない。**

**b) 返還することによって子が身体的若しくは精神的な害を受け、又は他の耐え難い状態に置かれることとなる重大な危険があること。**

同条の起草段階では、返還拒否事由を広く許容する立場とそれをできる限り制限し、条約の構造を守り抜こうとするプラグマティスト達との対立と妥協の結果<sup>31</sup>、返還の例外を制限する厳格なアプローチ (strict approach) が採用されるに至った<sup>32</sup>。したがって、締約国の国内裁判所は、この起草者の達した結論を無にせぬよう、同条項の制限的な解釈・適用を担うことになる。

注釈報告書は、同条項について多くを説明するものではないが、返還の例外規定を広げすぎることなくそのまま適用し (must be applied only so far as they go and no further)、ハーグ条約が死文 (a dead letter) とならぬよう返還の例外を

<sup>28</sup> Pérez-Vera (n 22) para 24.

<sup>29</sup> Pérez-Vera (n 22) para 25.

<sup>30</sup> Beaumont and McEleavy (n 16) 136.

<sup>31</sup> Pérez-Vera (n 22) para 116.

<sup>32</sup> Beaumont and McEleavy (n 16) 137-138.

制限的に解釈する (interpreted in a restrictive fashion) 必要性を述べる。また、返還の例外の拡大を防ぐために、例外規定を機械的に適用 (systematic invocation) することを禁じている<sup>33</sup>。

つまり、ハーグ条約は、本案の管轄権のある常居所地国に子を迅速に返還し子を保護する手続であるため、返還の例外を認めない方向がその構造の維持に不可欠となる。返還の例外を認める＝返還拒否命令が下されることは、常居所地国の管轄を否定し、連れ去り先の裁判所に本案の管轄権を認めることを意味する。これでは、連れ去り親の思うままの結果となり、常居所地国の管轄権とその判断を基軸とする条約の構造が根底から覆されてしまう。

13条1項b号は、子の利益の考慮のための規定であると言われている<sup>34</sup>。しかし、迅速返還の装置をうまく機能させ、同条項の制限的解釈を貫き通すためには、子の監護者が誰か、子がどこで誰と住むべきか、子の最善の利益とは何かといった問題に深く関わってはいられない。このような本案の問題をハーグ手続の中で行うことになれば、手続の迅速性が損なわれるばかりか、子の利益に焦点が当たり、連れ去り先の裁判所が子の利益を理由に返還拒否命令を下す傾向を助長することになる。条約は、これらの問題の解決はあくまで常居所地国の裁判所が行うものであり、ハーグ手続における検討を禁じている。しかし、返還後の子に待ち受ける「重大な危険」は、子の最善の利益の視点が重視されやすく、また、本案の問題を混在しやすい要件であるため、その認定段階における証拠調べや事実の調査の程度が大きな問題となる。同条項は単に危険を判断するものとされるが、その判断の方法が問題なのである<sup>35</sup>。この点、「重大の危険」に関する事実の検討に忙殺される結果となってしまうが、反面、大雑把な検討によって子の保護をおざなりにする結果となってしまうと指摘がなされている<sup>36</sup>。

以上は、上述した子の最善の利益の曖昧な位置づけと深く関わる問題である。注釈報告書は、例外規定により子の利益の漠然性が明確化されると述べる<sup>37</sup>。また、締約国の返還義務の範囲は、例外規定の解釈・適用方法により画されるものであるとする<sup>38</sup>。したがって、条約全体の理解にとって、「重大な危険」をはじめとする例外規定の検討が必要不可欠なものといえよう。

---

<sup>33</sup> Pérez-Vera (n 22) para 34.

<sup>34</sup> Pérez-Vera (n 22) para 29.

<sup>35</sup> Re K (Abduction: Child's Objection) [1995] 1 FLR 977 at 982.

<sup>36</sup> Beaumont and McEleavy (n 16) 141.

<sup>37</sup> Pérez-Vera (n 22) para 25.

<sup>38</sup> Pérez-Vera (n 22) para 27.

### 1-3 連れ去り親のプロファイル

常居所地国への迅速な返還を実現するための入念な構造は、離婚によって監護権を失った非監護親が監護親から子を奪うという想定に基づき作り上げられたものである。1978年3月の特別委員会の資料として提出されたグイアー報告書(Dyer Report)<sup>39</sup>によれば、連れ去りは、監護権を失い不満を持つ親もしくは監護権を失うことを恐れる親による最後の手段であるとされている。父親が連れ去り親であると特定しているわけではないが、非監護親が子を連れ去るとの想定が、一般的に母親に監護権が付与される事実と結びつき、連れ去りは非監護親である父親が行うものとの前提が作り上げられたとされている<sup>40</sup>。

この前提は、当時の社会学的研究によっても支持され、代表的な3つの研究によって、7割以上の連れ去りが父親によることが示されている<sup>41</sup>。1970年代から1980年代中盤にかけて、監護権の付与に関する母親優先の原則が影響し、条約の準備段階にあった1970年代において、非監護親である父親による連れ去りが典型例として想定されていたことをグイアー自身が認めている<sup>42</sup>。注釈報告書においても、同様の想定を見て取ることができよう<sup>43</sup>。

以上のように、起草者の想定する連れ去りは、離婚後単独親権制度の下、非監護親である父親(non-custodial father)が、監護親(custodian)かつ主な養育親(primary carer)である母親から子を無理やり奪い去るという強硬な手段がイメージされていた。しかし、1980年代後半から1990年代にかけて行われた各種調査において、連れ去りは、非監護親である父親ではなく、監護親である母親によって行われるという逆転現象が報告されるようになった<sup>44</sup>。ローの報告書によれば、条約施行から10年後の調査では、母による連れ去りが約7割(1999年:69%、2003年:68%、2008年:69%)を占め、しかも、休暇中で里帰りした後に戻って来ないという平穏な態様が一般化したことが明らかとなった<sup>45</sup>。この

---

<sup>39</sup> Dyer, 'Report of International Abduction by One Parent ("Legal Kidnapping")', Preliminary Document 1 (1978), Acte et Documents of the 16<sup>th</sup> Session, 17 ('Dyer Report'), 19-20.

<sup>40</sup> Schuz (n 26) 55.

<sup>41</sup> Beaumont and McEleavy (n 16) 8-9.

<sup>42</sup> Beaumont and McEleavy (n 16) 9.

<sup>43</sup> 注釈報告書81段落では、連れ去り親は親に限らず、祖父や養父も含まれるとする記述がある。この記述からも、条約起草当時、連れ去り親を男性と想定していることが分かる。

<sup>44</sup> Beaumont and McEleavy (n 16) 7-11.

<sup>45</sup> 過去3回分の統計資料がある。【1999年度版】Lowe, Armstrong and Mathias, A Statistical Analysis of Applications Made in 1999 Under the Hague

変化の背景には、西欧諸国が多くを占める締約国の家族法の改正により離婚後共同親権制度が採用されたことによって、離婚後も父親が監護者として子と関わるができるようになったため、排他的な監護権の行使により子を自由に海外に連れ出すことができていた母親からその自由が奪われたことが原因とされている<sup>46</sup>。

#### 1-4 統計に見る 13 条 1 項 b 号の新たな傾向

近年においては、配偶者による暴力が社会問題化する中で、国際結婚をした妻が夫からのドメスティック・バイオレンスから逃れるために母国に子を連れて帰国する「子連れ里帰り」事案の増加が 13 条 1 項 b 号の抗弁を通じて表面化した。英国では、1990 年頃からドメスティック・バイオレンスと 13 条 1 項 b 号の解釈との関係を争点とする判決が下され、連れ去り親のプロファイルの変化を意識した判断が行われている<sup>47</sup>。

ローとステファンズによる過去 3 回の統計<sup>48</sup>に関する動向分析<sup>49</sup>によれば、条約に基づく申立ては、1999 年の 1151 件から 2008 年の 2321 件へと急激に増加していることが分かる。この結果は、常居所地国への迅速返還によって子の連れ去りが抑止されるとする条約の着想に一定の問題があることを浮き彫りにするものともいえよう。

申立数の増加に伴い、裁判所による返還拒否命令の率についても、1999 年の 11 パーセントから 2008 年の 15 パーセントへと増加傾向にある。これに対し、裁判所による返還命令の率が 1999 年の 32 パーセントから 2008 年の 27 パーセントと減少傾向にあることは、本統計における最大の注目点である<sup>50</sup>。ノイリンガー事件判決の被告国であるスイスでは、任意の返還も含めた全体的な返還の率

---

Convention of 25 Oct 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction, Prel Doc No 3 (rev version, Nov 2001) available at <<http://www.hcch.net/upload/abd2001pd3e.pdf>>,【2003 年度版】Lowe, A Statistical Analysis of Applications Made in 2003 Under the Hague Convention of 25 Oct 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction, Prel Doc No 3 (2007 update) available at <[http://www.hcch.net/upload/wop/abd\\_pd03e1\\_2007.pdf](http://www.hcch.net/upload/wop/abd_pd03e1_2007.pdf)>,【2008 年度版】Lowe and Stephens, A Statistical Analysis of Applications Made in 2008 Under the Hague Convention of 25 Oct 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction, Prel Doc No 8 A-C available at <<http://www.hcch.net/upload/wop/abduct2011pd08ae.pdf>>, all accessed 30 Sep 2014.

<sup>46</sup> Beaumont and McEleavy (n 16) 10.

<sup>47</sup> TB v JB (formerly JH) (Abduction : Grave Risk of Harm) [2001]2 FLR 515.

<sup>48</sup> Lowe (n 45).

<sup>49</sup> Lowe and Stephens, Global Trends in the Operation of the 1980 Hague Abduction Convention, [2012] 46 FLQ 41.

<sup>50</sup> Lowe and Stephens (n 49) 53.

が減少すると同時に（1999年：45%→2008年：23%）、裁判所による返還も減少傾向にあり（1999年：80%→2008年：67%）、返還義務の履行の点で問題を抱えていることが分かる。また、本稿での検討対象である英国（イングランド・ウェールズ）においては、裁判所による返還は減少傾向にあるものの（1999年：84%→2008年：75%）、全体的な返還の率は増加傾向にあり（2003年：56%→2008年：59 or 61%）、任意の返還による解決にシフトしつつあることを窺うことができる<sup>51</sup>。

過去3回の統計において、返還拒否事由の中で常に筆頭に立つのが13条1項b号に基づく返還拒否である。返還拒否事由全体に占める同条項の割合は、1999年の22パーセント、2003年の19パーセントから2008年の27パーセントへと、年々、増加傾向にあることが窺われる。この点につき、13条1項b号とドメスティック・バイオレンスとの関係が指摘されている<sup>52</sup>。

連れ去り親が母親である場合、返還拒否に至る率が17パーセントであったのに対し、連れ去り親が父親である場合に11パーセントに留まっている点に加え、母親が連れ去り親である返還拒否事案の内、13条1項b号を理由とするものが30パーセント、父親が連れ去り親である場合は15パーセントを占めるに留まっている点は興味深いものがある<sup>53</sup>。連れ去り親と子との関係性が返還拒否の理由に大きく影響していること、また、返還拒否は、連れ去り親が母親である場合に認められやすく、「重大な危険」が認定されやすい傾向にあることが窺われる。

連れ去り親が常居所地国（申請国）に国籍を有する場合、返還拒否に至る率が19パーセントであったのに対し、他国の国籍を有する場合に11パーセントに留まっている点も注目し得る。前者の場合、13条1項b号を理由とするものが30パーセント、後者の場合は23パーセントを占めるに留まっている。主な養育親である母親の「子連れ里帰り」事案において、同条項による返還拒否が認められやすい傾向を見てとれる。

また、条約11条2項では、手続の開始から最終判断までの期間として6週間を目安とし、それが達成できない場合に理由の開示を求めることができるとしているものの、統計上、裁判所による返還命令までの平均日数は、1999年の107

---

<sup>51</sup> Lowe and Stephens (n 49) 54. 全体的な返還率 (overall return rate) は、2008年において、65%の国が2003年と比べて減少傾向にある。

<sup>52</sup> Lowe and Stephens (n 49) 60-61. しかし、事案の内容は調査対象とはされていないため、同条項に基づく返還拒否の増加とドメスティック・バイオレンスとの関連性が、統計上、明らかにされたとはいえないとの記述がある。

<sup>53</sup> Lowe and Stephens (n 49) 63.

日間から2008年の166日間へと長期化傾向にあり、返還拒否までの平均日数についても、1999年の147日間から286日間へと長期化傾向にあることが認められる。また、2008年を見ると、返還命令に至る最大審理期間は765日間、返還拒否命令では880日間を必要としているものがある<sup>54</sup>。また、13条1項b号を理由とする返還拒否では、2003年の242日間から2008年の300日間へと審理期間の大幅な長期化が認められ<sup>55</sup>、条約の想定する42日間をはるかにこえるものである。事実審では決着が着かず、上訴されることも一つの要因であるが<sup>56</sup>、証拠調べにかかる時間は大きな問題として指摘されている。

ハーグ条約の発効から30年、不法に連れ去れた子の返還請求数の増大は、ハーグ条約の抑止効果に疑問を投げかけるものといえよう。また、返還率の減少と同時に認められる返還拒否率の増加は、起草者の求める厳格なアプローチが緩和され、締約国の裁判所により返還拒否事由の緩やかな解釈が行われる傾向にあるとの想定を導くことも可能である。返還拒否事由の検討がなされればなされる程、審理は長期化する関係にある。

13条1項b号との関係では、「重大な危険」の抗弁において常居所地国における過去のドメスティック・バイオレンスが主張されることによって、「重大な危険」の認定に時間がかかり、審理期間が長期化することが予想されるであろう。この点につき、本動向分析では、迅速性の確保のため、証拠の調査・検討を制限すべきことが指摘されている。また、本案の問題と重なる広範な証拠の検討を許容するノイリンガー事件判決とX事件小法廷判決は「役に立たない(unhelpful)」判断であったと評されている<sup>57</sup>。

早速、これらの人権裁判所の判決を見ていくことにしよう。

---

<sup>54</sup> Lowe and Stephens (n 49) 68-69.

<sup>55</sup> Lowe and Stephens (n 49) 71.

<sup>56</sup> Lowe and Stephens (n 49) 72.

<sup>57</sup> Lowe and Stephens (n 49) 84.

## 2 欧州人権裁判所ノイリンガー事件大法廷判決の意義

### 2-1 ノイリンガー事件判決による問題提起

本節では、条約起草者の想定するハーグ条約の目的及び構造に大きな影響を及ぼすこととなった欧州人権裁判所のノイリンガー事件判決を含む一連の判決を紹介する。母親による「子連れ里帰り」事案であり、父親によるドメスティック・バイオレンスが母親の連れ去りのきっかけとなった同事件において、13条1項b号はいかに解釈されるべきなのか。起草者の想定する13条1項b号の制限的解釈に関し、欧州人権裁判所大法廷の提起した問題点を明らかにしていきたい。ノイリンガー事件判決の理解のため、同判決以前の先例とされるモームソー事件判決から時系列で判例の流れを追っていくこととする。

#### (1) モームソー対フランス事件判決（小法廷・2007年12月6日）

モームソー事件判決<sup>58</sup>は、ハーグ手続において国内裁判所により13条1項b号の制限的解釈がとられることを人権裁判所が認めた判決である。ノイリンガー事件大法廷判決が下される以前は、「重大な危険」の評価において、8条に基づく締約国の積極的義務と子の最善の利益との関係を示す唯一の重要判例であった。同判決で重要なのは、8条適合性審査における利益衡量において、子、父と母、公の秩序の四者の利益調整が必要であり、締約国の積極的義務が子の最善の利益より優先されるとしても、自動的・機械的に返還を命じてはならず、子の最善の利益を評価するための「具体的なアプローチ」をとる必要があるとしたことである。

モームソー（以下、「母」という。仏国籍）はワシントン（以下、「父」という。米国籍）と米国で婚姻し、子を儲けた。父母の婚姻関係に不和が生じ、母は離婚訴訟を提起するが中断された。2003年、母は休暇のため父の同意を得て実家のある仏国に子（3歳）を連れ帰ったまま米国に戻らなかった。父の申立によりハーグ手続が開始され、2004年1月、仏国の大審裁判所は、幼児である子を母と慣れ親しんだ環境から引き離すことは子が耐え難い状態に置かれることとなる「重大な危険」があるとして返還を拒絶した。検察官が控訴し、同年5月、控訴裁判所は、13条1項b号の害（harm）は母子分離のみを原因とするものではなく、母は「重大な危険」を証明していないとして、原判決を覆して子の返還を命じた。母が上告し、執行を拒み続けたため、検察官が4人の警察官を伴い幼稚園での強制執行に踏み切ったものの、母・祖父母・幼稚園職員・村長・村人らの抵

---

<sup>58</sup> Maumouseau and Washington v France (App No 39388/05) 6 Dec2007, (2010) 51 EHRR 35.

抗によって執行不能となった。この事件はマスコミでも大きく報じられた<sup>59</sup>。同年12月、子は米国に返還された。2005年6月、破棄院は、父の子に対する危険な行動やアルコール・薬物中毒の証明がなく、子の心理状態に問題はないとして、原審を支持して子の返還を命じた。母子が人権裁判所に8条の違反を申し立てた。

人権裁判所は、国際的な子の奪取について、以下の原則を述べた。①8条が締約国に課す親子統合の積極的又は消極的義務はハーグ条約及び児童の権利条約に照らして解釈されねばならない (at 60)。②国際的な奪取の事案における「民主主義社会における必要性」の判断について、「問題となる対立する利益—子、父と母、公の秩序のそれぞれの利益—の間に公正な均衡 (fair balance) が保たれる」必要があり、かつ、それが締約国の評価の余地内にあるかが決定的である。③8条は明示の手続的要件を規定してはいないものの、当該命令に至る判決形成過程が公正であることが要請されている (at 62)。次に、人権裁判所は子の最善の利益について、以下の原則を続けて述べた。④児童の権利条約と同じくハーグ手続においても、子の最善の利益は主な考慮事項の1つ (a primary consideration) である。⑤子の利益を最も重要なもの (of paramount importance) とするハーグ条約前文は、条約の目的を構成し (at 68)、その理念 (philosophy) は人権裁判所により完全に支持される (at 69)。その上で、仏国裁判所の13条1項b号の解釈は制限的で子の最善の利益が完全に考慮されなかったとする母の主張に関し、人権裁判所は、子の最善の利益を常に一貫して考慮すべきことが理想であるとしても、児童の権利条約の締約国には児童が不法に国外へ移送されることを防止する等の同条約上の義務があるように、ハーグ条約の締約国にも条約上の義務があると述べた (at 71)。つまり、仏国裁判所の13条1項b号の解釈が児童の権利条約の子の最善の利益の概念と必ずしも両立するものではない (necessarily be incompatible) ことを認めたのである。とはいえ、⑥ハーグ条約における子の返還には例外規定が設けられていることから明らかであるように、国内裁判所が自動的、機械的に返還を命じることは禁じられる。従って、審問を担当する裁判所は、現にそこにいる子とその環境に関する客観的な検討に基づき、個別の事案に応じた「具体的なアプローチ (in concreto approach)」を採用する義務があると述べた (at 72)。仮に母の主張を認めれば、「時の経過によって連れ去り親が一方的に作りあげた事実上の状態に法的な承認が与えられてしまうことを防ぐ<sup>60</sup>」

---

<sup>59</sup> Bareli, 'Deux enquêtes sont ouvertes après l'intervention de policiers dans une maternelle du Var' Le Monde Archives (France 26 Sep 2004).

<sup>60</sup> Pérez-Vera (n 22) para 34.

というハーグ条約の目的が意味を失ってしまうことになる。したがって、返還の例外は制限的に解釈されねばならず (at 70)、母の主張を認めることはできないとしたのである (at 73)。

さらに本件では、仏国裁判所が「家族全体の状況に加え、特に、事後的、感情的、心理的、物理的、医学的な性質を有する一連の要素全体に関し踏み込んだ調査を行い、その上で、各人それぞれの利益について均衡のとれた合理的な評価を行った」こと、その際、「子の出生国である米国への返還が求められている背景において、子にとって最善の解決策を決することに常に留意していた」ことがあげられた。以上のように、仏国裁判所が「踏み込んだ調査」の上で「重大な危険」を認定しなかったこと、母には米国領土への自由なアクセス権があったこと (at 74) によって、子の最善の利益が考慮されていること、また、子が意見を聞かれなかった点は子の年齢からみて決定的なものではなく (at 80)、本件返還命令は8条に違反するものではないとした<sup>61</sup> (5対2<sup>62</sup>) (at 81)

(2) ノイリンガー対スイス事件判決(大法廷・2010年7月6日)

ノイリンガー事件大法廷判決は、「重大な危険」が争点となる返還命令に関し、人権裁判所がはじめて8条違反の判断を下したものである。子の最善の利益がハーグ条約に本来的に備わる根本的な原則であることを確認することにより、13条1項b号の解釈適用における子の最善の利益への特別な配慮を確立したことに本判決の最大の意義がある。

ユダヤ教徒であるノイリンガー (以下、「母」という。ベルギー・スイス国籍) とシュルク (以下、「父」という。イスラエル国籍) はイスラエルで婚姻し、子を儲けた。父がユダヤ教過激派の活動に没頭し、婚姻関係に不和が生じた。父が子を宗教的洗脳のために国外の教会に送り込もうとしていたことから、子の出国禁止命令が出され、母に単独監護権、父に面会交流が認められた。その後、母が父の暴行を警察に届出したので、裁判所が幼稚園・母の家への立入り、母への嫌がらせ及び凶器の所持携帯を父に禁じ、父の面会交流を面会交流所で週2回、監督付きで実施されるまでに制限した。父母の離婚判決に伴い父母共同での

<sup>61</sup> モームソー事件判決では、返還命令自体の8条適合性に加え、執行の態様が問題となった。人権裁判所は、締約国には親子再統合の観点から積極的措置をとる義務があり、執行の迅速性が重視されるとした。本件における執行の遅延は、母の執行妨害が原因であるとして8条違反はないと判断された。

<sup>62</sup> ズーパンジック (Zupančič) 裁判官と グルミアン (Gyulumyan) 裁判官の共同反対意見において、留置の不法性によって母の地位が低下するとの形式的な判断には疑問があり、幼い子の世話をし続けてきた母がその子の留置を望んだことで責任を問われることは「非人道的」であるとの批判がなされた。

guardianship<sup>63</sup>の行使が認められたものの、父に扶養料不払いによる逮捕状が出された。2005年、母は父の同意なく実家のあるスイスに子（2歳）を連れ帰った。父の申立によりハーグ手続が開始され、2006年8月、スイス地裁は「重大な危険」を認定して子の返還を拒絶した。父が控訴し、2007年5月、州裁判所は原審を支持して子の返還を拒絶した。父が州裁判所判決には児童の権利条約3条の適用の誤りがあるとして上告し、同年8月、連邦裁判所は父の上告を認めて子の返還を命じた。母子が人権裁判所に8条の違反を申し立てた。同年9月、人権裁判所小法廷は申立を受理するとともに、スイスに返還の執行停止を命じ（人権裁判所規則39条の暫定措置命令）、執行は停止された。2009年1月、同小法廷は母子帰国後の保護措置、子の適応可能性、母の刑事罰の免責に関するイスラエル当局の保障のいずれにも問題がなく、両親との定期的な接触を維持できる環境の中で育つことが子の最善の利益であるとして、当該返還命令は8条に違反しないとした（4対3<sup>64</sup>）。母子が大法廷に上訴した。

大法廷は、一般原則において、モームソー事件判決で述べられた子、父と母、公の秩序の四者間の利益衡量に関し、①条約前文から明らかであるように、子の最善の利益が主な考慮事項（‘the’ primary consideration）<sup>65</sup>であること、②子の最善の利益はその性質及び重大性の点で親の利益に優先されること、③親の利益、特に子との定期的な接触を持つ利益は、問題となっている様々な利益を調整する際の一要素であり続けること<sup>66</sup>を付け加えた（at 134）。また、④子の利益には（i）子と家族とのつながりが望ましくないことが証明された場合を除きこのつながり

---

<sup>63</sup> イスラエル法の Guardianship には居所指定権が含まれる。本件では、母に監護権があり、父には「居所指定権を含む Guardianship + 制限的な面会交流権」がある。確かに、父はハーグ条約5条にいう「子の居所を決定する権利」を有しているが、同条約3条の申立適格たる監護権を有していたかどうかは、面会交流権が制限された経緯から疑問とされよう。同事件小法廷判決のスピールマン（Spielman）裁判官の反対意見においてもこの点に関する指摘がある。

<sup>64</sup> ノイリンガー事件小法廷判決（2009年1月8日）のスタイナー（Steiner）裁判官は、その反対意見において、多数意見は、家族の問題は個人の地位を規律する宗教法（ユダヤ教）が決するとの手続的観点による過度の形式主義に加え、本件がユダヤ教の宗教裁判所でのみ判断されるべきであるとする論理的客観主義に基づき、子の利益を2次的なものとして扱ったことを批判する。国際私法的な解決では、本件の子の利益が保護されないことを指摘している。

<sup>65</sup> モームソー事件判決では‘a’ primary consideration とされ、冠詞が異なる。

<sup>66</sup> 子の利益が親の利益に優先されるとの言及で引用された Sahin v Germany (App No 30943/96) ECHR (GC) 8 July 2003, [2003]2 FLR 671 及び利益調整の一要素とされるとの言及で引用された Haase v Germany (App No 11057/02) ECHR 8 April 2004, [2004]2 FLR 39 の両判決は、ハーグ事案ではなく、子の監護権に関する判決である。

が維持されること、(i) 子の成長が健全な環境 (sound environment) で確保されることの2つの側面があり (at 136)、⑤この理念が迅速な返還を原則とするハーグ条約にも本来的に備わっているので、子の最善の利益はハーグ条約の根本的な原則 (underlying principle) であること、⑥複数の国内裁判所が「重大な危険」の適用において子の最善の利益の概念を明示的に組み込んできた経緯に照らし、13条1項b号が人権条約と調和的に解釈される必要があると述べた (at 137)。そして、⑦自動的・機械的な返還命令の禁止と「具体的なアプローチ」の採用を求めるモームソー事件判決の言及に「子の最善の利益は、人格的發展という視点から、子の年齢、成熟度、両親の存在又は不存在、子の環境や経験といった様々な個人的状況によって決まる<sup>67</sup>」との一文を加え (at 138)、以下のように述べた。

「人権裁判所は、当該措置をとるに至った国内裁判所による判断の過程が公正で、かつ、当事者らに自らの主張を完全に表明することを認めるものであったかを確認めねばならない。そのため、人権裁判所は、国内裁判所が、家族全体の状況 (entire family situation) に加え、特に、事後的、感情的、心理的、物理的、医学的な性質を有する一連の要素全体に関し踏み込んだ調査 (in-depth examination) を行ったかどうか、その上で、各人それぞれの利益について均衡のとれた合理的な評価 (balanced and reasonable assessment) を行ったかどうか、その際、子の出生国への返還が求められているという背景において、連れ去られた子にとっての最善の解決策を決することに常に留意していたかどうかを確認めねばならない (at 139)。」

次に、大法廷は、とりわけ子の最善の利益に配慮しつつ、人権条約8条の保障を確実にしたかどうかを確認する権限が人権裁判所にあるとした上で (at 141)、本件の返還命令それ自体がスイスの国内裁判所に与えられた「評価の余地内にあると考える用意がある<sup>68</sup>」とした。そして、8条違反を検討する際、本件においては、返還命令の執行時に焦点をあてて返還命令後の経緯を検討する必要がある

<sup>67</sup> United Nations High Commissioner for Refugees, 'UNHCR Guideline on Determining the Best Interests of the Child' <<http://www.unhcr.org/4566b16b2.pdf>> (2008) accessed 30 Sep 2014, 14.

<sup>68</sup> ジョシエンク (Jočienć) 裁判官、サジョー (Sajó) 裁判官、ツォットソーリア (Tsotsoria) 裁判官の共同意見において、多数意見の結論は支持するものの、当該返還命令が8条に違反すると考える点で意見が異なるとされた。

とした。子の連れ去りから一定期間が経過した後の執行は、ハーグ条約が手続的性質を有する条約であって人権条約ではないことから、ハーグ条約の適正を損なう可能性があるというのである (at 145)。さらに、子がスイス国籍であること、2歳時に入国して以来そこに住み続けていること、幼稚園を終え現在では小学校に通い、仏語を話すことに触れ、子が未だ一定の適応能力を有する年齢であるとしても、その居住環境から再び引き離すことは子に重大な影響を及ぼし、特に子が母と別れ単独で返還されることは子に重大なトラウマを残すことになるので、返還は有益とはいえないとした (at 147)。また、返還が子の精神面に与えるデメリットと返還によるメリットとの比較衡量において、父の面会交流権が連れ去り前も制限付きのものであったこと、連れ去り後5カ月余りで父が再婚し、新しい妻が妊娠中に離婚し、さらに再婚したこと、2番目の妻が子の養育費を請求していることなど、本件において証明の対象とならなかった事実に着目し、仮に証明されていれば、これが子の福祉や成長に資するものであるかは疑わしいとした (at 148)。最後に、母の刑事罰が完全に免除される保障がない中でのイスラエルへの帰国は、母が子との繋がりを持つ唯一の存在であること (at 149)、母が帰国を拒絶することはスイス国籍を理由に正当化され得ること、母の刑事罰の間、父が子を世話するとの想定は父の経済面から現実的でないこと、父は子と二人きりで暮らした経験がなく、子の出国以来、子に一度も会っていないこと (at 150) を理由に、子の最善の利益に適合しないとされた。そして、母子が共に帰国を強制された場合には、母自身の家族生活が尊重される権利にも比例性を欠いた介入が生じることになるとして、子の返還命令が執行された場合には、母子双方に対する8条違反があるとした (16対1<sup>69</sup>) (at 151)。

(3) ラバン対ルーマニア事件判決 (小法廷・2010年10月26日)

ラバン事件判決<sup>70</sup>は、ノイリンガー事件大法廷判決の後、「重大な危険」が争点となった初めての判決である。大法廷判決で述べられた一般原則が整理された点、

<sup>69</sup> Zupančič 判事は、その反対意見において、多数意見が子の最善の利益を軽視したモームソー事件判決を実際には覆しているにもかかわらず、あたかも結論が整合的であるかのごとく同判決を引用するのは極めて滑稽であると批判した。同判事は、モームソー事件判決において、子の最善の利益が重視されるべきであったとの反対意見を出している。

<sup>70</sup> Raban v Romania (App No 25437/08) ECHR 26 October 2010, [2010] ECHR 1625. 本判決は上訴され、大法廷での再検討が求められたものの不受理となった。Walker and Beaumont, 'Shifting the Balance Achieved by the Abduction Convention: the Contrasting Approaches of the European Court of Human Rights and the European Court of Justice' (2011) 7 (2) J Priv Int L 231 は同判決を批判する立場をとる。

「重大な危険」の評価において子の最善の利益を至高の考慮事項であるとした点で、大法廷判決を全面的に支持している。紛争地帯における「重大な危険」が扱われている点に事案の特殊性がある。人権裁判所と国内裁判所の関係性を示す補完性の原則や恣意性を示す明白な証拠のルールをあげることによって、人権裁判所が国内裁判所の判断に立ち入るとの危惧感を払拭し、その監督的立場を強調した点も注目に値する。

ラバン（以下、「父」という。イスラエル・オランダ国籍）は、A.R.（以下、「母」という。）とイスラエルで婚姻し、二人の子を儲けた。2006年、母は父の同意を得て半年間の予定で母の実家のあるルーマニアに子ら（2歳、3歳）を連れ帰ったまま戻らなかった。父の申立によりハーグ手続が開始され、2007年10月、ルーマニア地裁は、イスラエルはテロリストの攻撃に関し返還の例外が認められるほど危険な状態にはないとして子の返還を命じた。母が控訴し、2008年1月、控訴裁判所は、子らの留置は両親の同意に基づいていること、子らが返還によって精神的な害にさらされる「重大な危険」があることはその居住地区が紛争地帯にあることを示すアムネスティインターナショナルの報告書や米国国務省発行の旅行案内により証明されているとして子の返還を拒絶した。父子が人権裁判所に8条の違反を申し立てた。

人権裁判所は、大法廷で述べられた一般原則を「踏み込んだ調査」の言及も含めて8項目にまとめ直し（at 28）、それに加え、事実の調査及び争点の解決は可能な限り国内裁判所でなされるべきとする補完性の原則（principle of subsidiarity）を述べた（at 29）。

そして、ハーグ手続における子の最善の利益の至高性を強調し、個々の事案における検討が重要である（crucial）とした上で、国内裁判所には「具体的なアプローチ」を採用する義務があるとした（at 36）。また、控訴裁判所による事実認定—父が経済面の不安から転居に同意したこと、子らが新たな社会環境に順応したこと、子らは母の適切な監護下にあり、父は子らを1度しか訪問せず養育費が不払いであること、国内裁判所の監護手続において父に争う姿勢がなく、面会交流の申立すら行われていない—に関し、当事者らの提出した書面、心理学的評価も含めたあらゆる資料に基づき判断されているとした（at 37）。さらに、恣意性を示す明白な証拠（clear evidence of arbitrariness）がない限り、人権裁判所は国内裁判所の判断を問題とすることはできないとした上で、子が極めて幼く、新しい環境に非常に順応していることなど、子の至高の利益原則（principle of the paramount interests of the children）に特に配慮して下された控訴裁判所の判決

を退ける理由はなく (at 38)、当該返還拒絶命令に 8 条違反はないとした (全員一致) (at 39)。

(4) 小括

大法廷判決は、「重大な危険」の評価において子の最善の利益が最上級の考慮事項であることを明言した。そして、それが最大限に考慮されるために、モームソー事件判決の「具体的なアプローチ」を採用し、その個別具体的な検討において、家族全体の状況に関する「踏み込んだ調査」とそれに基づく「均衡のとれた合理的な評価」を国内裁判所に義務付けている。これが一般原則とされたことにより、「重大な危険」の評価において子の最善の利益を考慮するためには「踏み込んだ調査」が必要不可欠なのであって、返還命令の前段階での実施が示唆されるものと捉えることができる。また、返還命令が下された後に、何らかの事情で執行が遅れ、時間の経過により状況が変化した大法廷判決のような事案においては、子の最善の利益を確実なものとするために、執行の前段階での「踏み込んだ調査」及びそれに基づく再評価が求められている。このような調査が行われることではじめて、判決形成過程の公正性が担保され、締約国は 8 条違反を免れることになる。ラバン事件判決もこれを全面的に支持している。

しかし、ハーグ条約に基づく返還命令の前段階にこのような「踏み込んだ調査」が要求されるとなると、同条約が常居所地国の裁判所に託す監護に関する本案の判断をハーグ手続の中にもちこむことになり、同条約 16 条に抵触するおそれが出てくる。また、連れ去り国の裁判所がそのような調査を行うことは、情報へのアクセスに時間がかかり、条約が求める迅速な返還の妨げになるばかりか、返還の例外を柔軟に認める途を開くことになり、条約の枠組み自体を揺るがす事態を引き起こしかねない<sup>71</sup>。これが大法廷の真意であるならば、ハーグ条約の国際私法（国際民事手続法も含む）としての運用に実体法的アプローチを導入する大転換を示唆するものとなる。このように、モームソー事件判決を欧州におけるハーグ手続のスタンダードとして捉えていた各国の国内裁判所は、この大法廷判決によって、大きな不安と混乱に襲われることとなった。

## 2-2 欧州人権裁判所所長の裁判外の発言（2011 年 5 月 14 日）

ダブリンで開催されたセミナーにおいて、人権裁判所の当時の所長ジャン・ボ

---

<sup>71</sup> Lowe, 'The enforcement of Custody and Access Decision under the Revised Brussels II Regulation'[2011]IFL 21; Chamberland, 'Whither the "best interests of the child" in the 1980 Child Abduction Convention?' [2012] IFL 27; Silberman, 'Recent US and European Decisions on the 1980 Hague Convention on Child Abduction' [2012]IFL 53.

ール・コスタ氏（任期は2011年11月3日まで）が、この一連の判決について注目の発言をした<sup>72</sup>。

冒頭で、子の最善の利益原則に関する詳細な検討によってノイリンガー事件大法廷判決が子の最善の利益に関する一番の先例（leading authority）となったこと（at 183）、大法廷判決はスイス連邦裁判所及び小法廷判決と結論が異なるものの、スイス連邦裁判所の下した返還命令が「国内裁判所に与えられた評価の余地内にある」と述べられていることから明らかであるように、当該返還命令自体を否定したものではないこと、人権裁判所の役割はハーグ手続を行う国内裁判所の判決を第4審として再審査することではないことを強調した（at 184）。次に、大法廷が8条違反とした理由について、当該返還命令から3年、不法な奪取から5年が経過した本件において、最大のポイントは「時間」であるとした。つまり、大法廷が強制送還のケースで使われる同時性の視点（contemporaneous perspective）を採用することによって、返還命令時ではなく大法廷判決時の母子の状況と利益を考慮したというのである。また、この遅延が人権裁判所の2審級にわたる判断に原因があることを認め、この結果を申立人らに甘受させることは公平とはいえないとした。その上で、子がスイスに順応している現状と、母を伴わずにイスラエルに返還され不確かな家庭環境の中におかれる子の利益とを衡量した結果、返還が子の最善の利益に適合しないと結論に至ったと述べた（at 184）。

そして、大法廷判決の「踏み込んだ調査」の言及について、「国内裁判所に対しハーグ条約の規定する迅速なアプローチ（swift summary approach）を放棄し、13条の例外規定の制限的解釈から離れ、その事案の本案全体に関する完全に独立した評価（thorough、 free-standing assessment of the overall merits of the situation）を行うよう求めていると読むことができるものの、この言及が連れ去られた子の返還手続という限られた文脈でなされていることに着目すれば、そのような読み方は広げすぎたものである」。「ハーグ条約の論理は、連れ去られた子とその利益と福祉を保護するに適した法域に返還されるべきことにあり、子の状況は、まさにそこで、完全なる再検討がなされるべきである」とした。また、ラバン事件判決の上訴の受理が求められた際、それを支持したドイツと英国がした主張に触れ、「踏み込んだ検討」の言及により国内裁判所に8条の積極的義務が生

---

<sup>72</sup> Costa, 'The Best Interests of the Child in the Recent Case-Law of the European Court of Human Rights' <<http://www.hcch.net/upload/wop/abduct2011info05en.pdf>> accessed 20 Sep 2014, [2011] IFL 183.

じるときに、国内裁判所が子の一般的な福祉に配慮しながら子の長期的な利益に基づき判断を行わねばならないとするならば、そのような方法はハーグ条約と整合的とはいえないとした (at 184)。

最後に、大法廷判決の位置づけに関し、同判決はモームソー事件判決を出発点に展開されたものではないこと、つまり、子の奪取の事案における人権裁判所の方向転換を警告するものではない、むしろ、8条の包括的な保障がハーグ条約と調和的であることを明言したことに意義があると結論付けた (at 185)。コスタ氏は、E事件控訴審判決に倣い、前掲2-1で紹介した一連の人権裁判所判決に Van Den Berg and Sarri v the Netherlands 事件判決<sup>73</sup>を加えた4判決を「カルテット」と呼んだ。「このカルテットが不調和な音を奏でないことを強く期待する (at 185)」との発言は、今後の流れを強く危惧するものであったのかもしれない。

### 2-3 ハーグ国際私法会議による解釈 (2011年6月3日)

コスタ氏の発言から間もなく、ハーグ国際私法会議第6回特別委員会(第1部)が開催された。大法廷判決を受け、国内裁判所に「踏み込んだ調査」が義務付けられるものなのか、ハーグ条約のキーコンセプトの解釈として検討が求められたのである<sup>74</sup>。

常設事務局 (Permanent Bureau) は、ハーグ条約の論理を貫けば、連れ去られた子の利益を保護するに適した法域、すなわち常居所地国に子を返還し、そこで子の状況に関する完全な再検討が行われるべきとするコスタ氏の発言に着目した。大法廷判決とそれを支持するラバン事件判決は、本条約の理念を支持する人権裁判所の先例と整合的に、その文脈において読まれるべきであり、先例からの判例変更を意味するものではないとしたのである。

出席者の一部から、大法廷判決の8条違反の判断は人権裁判所の判断に時間がかかったことに起因するとして、事案の特殊性が指摘された。結局、この2つの判決に関し、監護権の本案に関する判断をハーグ手続内で認めるような解釈がとられるべきではないとの結論に至った。最後に、欧州人権裁判所と欧州司法裁判

---

<sup>73</sup> Van Den Berg and Sarri v the Netherlands (App No 7239/08) ECHR 2 Nov 2010. 「踏み込んだ検討」を一般原則とした点で注目される。不受理事件のため紹介を控える。

<sup>74</sup> Hague Permanent Bureau, 'Conclusions and Recommendations and Report of Part I of the Sixth Meeting of the Special Commission on the Practical Operation of the 1980 Hague Child Abduction Convention and the 1996 Hague Child Protection Convention (1-10 June 2011)' <http://www.hcch.net/upload/wop/abduct2012pd14e.pdf> accessed 30 Sep 2014, paras 153-156, paras 39-43 in Annex I; 'Moylan, 'The Hague Special Commission' [2011] IFL 289.

所の今後の動向を見守ることが確認され、コスタ氏の発言を全面的に支持することで、ひとまずの結論に至ったものといえよう。

#### 2-4 2つの英国最高裁判決

ハーグ国際私法会議での検討から1週間、英国最高裁のE事件判決に大きな注目が集まった。その控訴審判決では、「踏み込んだ調査」に関して既に大きく議論がなされており<sup>75</sup>、最高裁での決着が期待されていた。E事件判決を全面的に支持したS事件判決も含め、2つの英国最高裁判決を紹介することによって、その立場を確認していきたい。

##### (1) E事件判決<sup>76</sup> (2011年6月10日)

母(被告、英国籍)は、ノルウェーにおいて、父(原告、ノルウェー国籍)との間に2人の子を儲け、1人目の出産直後に婚姻した。気性が激しい父、特にペットに対する暴力に恐怖を感じた母は、父の同意なく実家のある英国に子ら(3歳、6歳)を連れ帰った。父の申立によりハーグ手続が開始され、高等法院及び控訴裁判所が返還を命じた。母は、英国裁判所による13条1項b号の解釈に関し子の最善の利益を主な考慮事項とする児童の権利条約3条1項を適切に尊重するものではない等として上告した。

最高裁は、「踏み込んだ調査」に関し、ノイリンガー事件の大法廷がモームソー事件判決の仏国裁判所が行った事実に関する記述にmustをつけることによって国内裁判所のなすべき要件に変えてしまったこと、それによって、大法廷はハーグ条約の迅速な手続をハーグ条約が避けるべき対象としている連れ去り国での子の将来に関する「本格的な調査(full blown examination)」に変えてしまったことを指摘した(at 22)。つまり、国内裁判所は、ハーグ手続において自動的かつ機械的に返還を命じることはないので、返還がハーグ条約に基づくものかを確認

---

<sup>75</sup> Re E (Children) or Eliassen and Baldock v Eliassen [2011] EWCA Civ361, [2011] 2 FLR 724. 本判決で一連の人権裁判所判決を「カルテット」と称し分析する。ソープ判事は、「踏み込んだ調査」は実体判断を行う国内裁判所による調査の程度よりも制限的であり、目前にある返還するか否かの直近の判断に限定され、中長期的な子の最善の利益は判断から除かれるとする。また、裁判官は直近の究極的ではない子の最善の利益(the immediate and not the ultimate best interests of the child)を判断するとも述べられている。大法廷判決に関し13条の解釈の方向転換を示す意図はなかったものと解している。

<sup>76</sup> Re E (Children) [2011] UKSC 27, [2012] 1 AC 144. Wheeler, 'Re E (Children): Understanding the Implications of Neulinger and Maumouseau' [2011] IFL 224; Paton, 'The Correct Approach to the Examination of the Best Interests of the Child in Abduction Convention Proceedings following the Decision of the Supreme Court in Re E (Children) (Abduction: Custody Appeal)' (2012) 8(3) J P Int L 547.

めるために連れ去られた子の具体的な事情を調査するけれども、それはその子の将来に関する「本格的な調査」と同じものではないとしたのである (at 26)。また、大法廷判決の位置づけに関し、スイス連邦裁判所の返還命令を評価の余地内にあるとした大法廷判決の言及に着目するコスタ氏の見解を全面的に支持した (at 25)。

最高裁は、父の提示した保護措置の内容、子の幼児性、子らが新たな環境に順応しているとはいえないことなどを考慮しながら返還命令に至った事実審判事の判断を振り返り、その判断を上級審判事が尊重すべきである (at 46-49) として上告を棄却した (at 54)。そして、結論の中で、返還義務の例外は、その性質上例外の範囲に制限され余計な解釈や説明は不要である上、恣意的ではないけれども機械的に返還が命じられた場合に、通常の返還手続から離れることが大法廷判決により要請されている訳ではないと述べた。また、時代とともに連れ去り親の像が主な監護者でない父から、時に夫からの暴力等に怯え実家のある母国に子を連れ帰る主な監護者である母に変化した現状において、今後の焦点は、「重大な危険」の主張が客観的に証明されない場合に、その危険を減らすための保護措置の実効性にあるとして判決を結んだ (at 7 and 52)。

(2) S 事件判決<sup>77</sup> (2012年3月14日)

S 事件判決は、アルコール・薬物中毒の父に怯える母が、父の同意なく豪州を離れ、実家のある英国に子 (1歳) を連れ帰った事案である。

最高裁は、父の提示した保護措置により子に対する「重大な危険」が未然に取り除かれるものではないとして返還拒絶命令を下した高等法院家事部の事実審判事の判断を振り返り、その判断の権限は同判事にあるとして、控訴裁判所の返還命令を覆し、上告を認めた (at 35-36)。

そして、結論の後に追記の項をたて、①ハーグ手続において子の将来に関する「踏み込んだ調査」を避けることこそが、まさにハーグ条約の目的である、②申立に関し適切に注意深く決定することは「踏み込んだ調査」と同じではない、③「踏み込んだ調査」への言及は一般的に適用があるものと理解されるべきでない、④ハーグ条約が適切に適用されれば8条に基づく家族全員の権利が侵害される可能性はないことの4点にE事件判決は集約されるとし、コスタ氏の発言を支持する最高裁の立場を改めて確認した (at 37)。

---

<sup>77</sup> Re S (A Child) [2012] UKSC 10, [2012] 2 WLR 721.

### (3) 小括

このように2つの英国最高裁判決は、モームソー事件判決の「具体的なアプローチ」とノイリンガー事件大法廷判決の「踏み込んだ調査」を明確に峻別した。前者は申立について適切に注意深く決定すること（properly careful determination）であって、その子の将来に関する「本格的な調査」、「踏み込んだ調査」とは別物だというのである。

この点に関し、大法廷判決中、スイス連邦裁判所の返還命令が評価の余地内にあると述べられていることをイギリス最高裁が重視していることに着目する必要がある。というのは、最高裁は、返還命令の前段階に「具体的なアプローチ」をとる必要はあるものの、「踏み込んだ調査」に基づく判断は不要であるとする。つまり、大法廷が、そのような調査に基づく判断を明らかに行っていないスイス連邦裁判所の返還命令を評価の余地内にあるとしたことによって、その調査が及ぶ射程が、当該事案のように、返還命令自体は正当と評価されるけれども執行遅延による状況の変化が問題となる事案に限られるというのである。とするならば、「踏み込んだ調査」は返還命令から時間がたった執行の前段階には必要であるが、命令の前段階には必要とされないことになる。さらにいえば、命令の前段階には「具体的なアプローチ」が、そのような執行の前段階には「踏み込んだ調査」が行われることになる。最高裁のいう「踏み込んだ調査」は、まさに執行に際して考慮する子の最善の利益の問題であって、コスタ氏が強制送還の事案で用いられる同時性の視点に触れた意味はここにある。

したがって、コスタ氏、その発言を支持する英国、そしてハーグ国際私法会議によっても、「踏み込んだ調査」は、S事件判決のいうように、命令及び執行の両ステージに一般的に用いられるものではなく、その射程はあくまで遅延した執行ステージに絞られるべきものである。そして、モームソー事件判決が先例として維持されることになるのである。このように理解すれば、二つの人権裁判所判決は別のステージの議論であって、ノイリンガー事件判決がモームソー事件判決を覆し、判例変更をしたということにはならない。以上のように、英国においては、13条1項b号の制限的な解釈を従来通り維持するよう解釈されたのである。

#### 2-5 欧州人権裁判所判決のその後の展開

一連の判決から生じた混乱は、コスタ氏の発言により沈静化に向かうように思われたが、その後の人権裁判所判決は意外な展開を見せることになる<sup>7879</sup>。

<sup>78</sup> Lowe, 'A Supra-National Approach to Interpreting the 1980 Hague Child Abduction Convention-a Tale of Two European Courts: Part 2' [2012] IFL 170.

(1) X対ラトビア事件判決<sup>80</sup> (小法廷・2011年12月13日)

婚姻関係にないX(以下、「母」という。ラトビア国籍、豪州市民権)とT(以下、「父」という。)は豪州で子を儲けたが、父は子を認知しなかった。離別後も、母は賃借人として父の部屋で同居を続けたが、2008年7月、実家のあるラトビアに子(3歳)を連れ帰った。父の申立によりハーグ手続が開始され、2008年11月、ラトビア地裁は返還を命じた。母が控訴し、2009年1月、控訴裁判所はハーグ手続では監護に関する本案の判断を争点としてはならず、母の提出した精神鑑定の結果は証拠にならないとして返還を命じた。母が人権裁判所に8条の違反を申し立てた。

人権裁判所は、対立する利益調整の際、子の最善の利益が極めて重要であるとした上で(at 65)、当事者が判決形成過程に十分に関与できなかった場合に加え、国内裁判所が家族全体の状況等の「踏み込んだ調査」を行わなかった場合には、当該介入が必要であったとはいえないとした(at 66)。また、人権裁判所には、「特にノイリンガー事件大法廷判決でなされた認定に配慮して」、国内裁判所のハーグ手続を8条に照らして確認する権限があるとした(at 68)。そして、心理鑑定書の評価は本件手続の争点ではない監護権紛争の一部に関するものであるとして母からの心理的な害の危険の主張を控訴裁判所が退けた点に関し(at 70)、この種の事案において心理学の専門家の関与が常に求められるものではなく、子の意見が聞かれていないことについて、子の年齢からして判決形成過程における公正性が問題となるものではないとした。しかし、控訴裁判所が、母子分離の結果、子に精神的な害があるとした心理鑑定書の検討を怠るとともに、子のための参加人である孤児裁判所の反論(出国時母は一人親であった、子はラトビアにうまく定着した)を軽視した点に関し(at 71)、「踏み込んだ調査」を行う義務に照らして、心理鑑定書を考慮しながら、他の保護措置が返還後の子の最善の利益の確保

---

<sup>79</sup> X v Latvia 事件判決に先行して下された Sneersone and Kampanela v Italy (App No 14737/09) ECHR July 2011, [2011] ECHR 1107 は、イタリアでの父との関係が破綻した母が実家のあるラトビアに子を連れ帰った事案である。ラトビアのハーグ手続で返還拒絶命令が下った後、子の常居所地国のイタリア裁判所が下した返還即時執行命令(ブリュッセルII bis規則11条8項)の8条適合性が問題となった。同規則に基づく上記返還執行命令は、子の常居所地国の裁判所が行う再審査であることから、ハーグ手続において連れ去り国の裁判所がする返還命令と同列に扱うべきではない。しかし、同判決中、イタリア裁判所が心理学者の報告書を軽視したこと等に着目し、子が返還後に遭遇する困難の重大性を十分に判断していないとした点は、「踏み込んだ調査」を求める一連の判決と同じ審査基準を用いたものとも思われる。

<sup>80</sup> X v Latvia (App No 27853/09) ECHR 13 Dec 2011, [2012]1 FLR 860.

のために講じられているかを国内裁判所が判断すべきであったとした。また、その判断には、少なくとも返還後の母子の交流に加え、経済面に関する検討がなされるべきであったと述べ (at 73-74)、このような「踏み込んだ調査」を欠く返還アプローチは8条に違反するとした (5対2<sup>81</sup>) (at 78)<sup>82</sup>。

その後、ラトビア政府の上訴が受理された。大法廷では、「踏み込んだ調査」に加え、心理鑑定書の扱いに焦点が当たることとなる。この判断については、5章にて検討する。

(2) カラー対ルーマニア事件判決<sup>83</sup> (小法廷・2012年2月21日)

カラー (以下、「父」という。オーストリア国籍) と K.T. (以下、「母」という。ルーマニア市民権) はオーストリアで婚姻し、子を儲けた後、別居に至り、母が離婚訴訟を提起した。その後、父の暴力を理由に家族の住まいからの退去を命じる暫定差止命令が下り、父は傷害事件で起訴されるも無罪となった。2008年9月、母は父の同意なく実家のあるルーマニアに子 (2歳) を連れ帰った。父の申立によりハーグ手続が開始され、2009年1月、ルーマニアの郡裁判所は子の返還を命じた。母が控訴し、同年7月、控訴裁判所は父の子に対する暴行の証拠がないとしても、父の母に対する態度や母の帰国の事実から子に対する身体的・心理的な害が推察されるとして返還を拒絶した。父子が人権裁判所に8条の違反を申し立てた。

人権裁判所は、控訴裁判所が子の家族の状況や精神的、感情的、物質的、医学的な性質を有する他の一切の要素に加え、社会福祉・子ども保護局の報告書に言及していないこと、また、オーストリアでの監護者指定の際に依拠された父に監護権を付与すべきとする専門家報告にも言及していないことをあげ、その評価の踏み込まれたレベル (level of depths) には疑問があったとした (at 46)。また、供述証拠が母と祖母による一方的なものであること、社会福祉局の報告書には返還後の子の分析がなされていないことなど詳細な証拠の検討を行った上で、裁判所が直接に父の意見を聞いていないこと (at 47)、ハーグ手続がその迅速性の要

---

<sup>81</sup> マイヤー (Myjer) 裁判官と ゲーラ (Guerra) 裁判官は、その共同反対意見において、国内裁判所が考慮すべきであったとされる関連要素に加え、国内裁判所が最終判断で何を重視するかについても多数意見が判断してしまっている点を批判する。

<sup>82</sup> X事件判決に関し、英国最高裁のS事件判決の最終段落 (at 38) において、ハーグ条約及び人権条約8条のいずれもハーグ手続を行う国内裁判所に「踏み込んだ調査」を要請するものではなく、そのような調査の実施は完全に不適切なものであるとの批判がなされている。

<sup>83</sup> Karrer v Romania (App No 16965/10) ECHR 21 Feb 2012.

請にもかかわらず11カ月間も続いていること(at 54)を指摘した。以上により、子の最善の利益を評価するための「踏み込んだ分析(in-depth analysis)」がなされておらず、父に迅速な意見表明の機会を与えていない点で、ルーマニア裁判所の判決形成過程は損なわれているとして、8条に違反するとした(全員一致)(at 55)。

(3) ウヤヌク対トルコ事件判決<sup>84</sup>(小法廷・2012年5月3日)

ウヤヌク(以下、「父」という。トルコ・米国籍)は、母(国籍につき父と同じ)と米国で婚姻し、子を儲けた。家族全員で休暇のためトルコに帰省した際に父母間で争いがおこり、母は実家に子(1歳)を連れ帰った。母子は帰国しようせず、2007年9月、父は単身で米国に帰国した。父の申立によりハーグ手続が開始され、2008年6月、トルコ家裁は、子が授乳期にあり、父より母の愛情と監護が必要不可欠な年齢であるとして子の返還を拒絶した。検察官が上告し、2009年2月、破毀院は、原審の事実認定と法の適用に誤りはないとして上告を棄却した。父が、先例との矛盾に加え、子の年齢を考慮することは「重大な危険」について独自の評価を行ったものであるとして破毀院に再度上告し<sup>85</sup>、同年7月、破毀院はこれを棄却した。父が人権裁判所に8条の違反を申し立てた。

人権裁判所は、子の年齢が幼少であることとその年齢には母の愛情と監護が必要であることだけを理由として(at 57)、トルコ家裁が父の監護権の有無、返還命令の法的根拠及び常居所の判断をしなかったこと、上級審である破毀院がそれに十分な理由を付すことなく支持してしまったこと(at 59-60)、父子の個人的関係が事実上維持できなくなっていることへの配慮がなかったことに触れ、ハーグ手続において子の幼児性のみを理由とする返還拒絶は認められないとした(at 61)。そして、トルコ裁判所が、問題となっている家族全体の状況に関する「踏み込んだ調査」を行わなかったこと、国内法に基づく判決形成過程が8条の手続的要請を満たすものではないことを理由に、8条に違反するとした(全員一致)(at 62)。

## 2-6 若干の検討

前掲2-5で紹介した人権裁判所の3判決は、コスタ氏の見解と真逆の方向に向かった。ノイリンガー事件大法廷判決の「踏み込んだ調査」とそれに基づく「均

<sup>84</sup> Uyanik v Turkey (App No 60328 /09) ECHR 3 May 2012.

<sup>85</sup> トルコは2審制を採用し、破毀院が事実審査及び法律審査を行う。Turkey Supreme Court, <<http://www.yargitay.gov.tr/eng/index2.php?pgid=2>> accessed 30 Sep 2014.

衡のとれた合理的な評価」の言及は、そのままの形で、ハーグ手続の一般原則として確立され、国内裁判所の義務と解されることになったのである。大法廷判決以降、返還後の子に対する害についての専門家報告はますます重視されるようになった。家族の状況を示す証拠に加え、「重大な危険」を未然に防ぐ保護措置の内容が以前にも増して深く検討されるようになったことは明らかである。このような方法で「重大な危険」が評価されることによって、ハーグ手続における子の最善の利益は、条約の目的や公の秩序に優先されることのない至高の考慮事項としての地位を占めるに至ったといっても過言ではない。英国は、「踏み込んだ調査」を遅延した執行の前段階で行われる制限的なものとしたのに対し、人権裁判所は、執行の前段階に限らず、命令の前段階においても一般的に用いられるものと位置づけた。また、英国は、「具体的なアプローチ」を「踏み込んだ調査」と異なるものと捉え、後者を一般的には不要なものとしたのに対し、人権裁判所は、「踏み込んだ調査」を「具体的なアプローチ」において用いられる調査として位置づけ、両者を一体の流れにおいて理解していることが分かる。

大法廷以降の人権裁判所の方向性の確認を終えた今、大法廷の真の問題意識を改めて検討する必要がある。モームソー、ノイリンガーの両事件に共通する点は、子に関する様々な資料に基づき「重大な危険」の評価を行った事実審判事の返還拒絶命令が上級審判事により覆される点にある。その基準は、「重大な危険」の証明があったか否か、その一点に尽きる<sup>86</sup>。国内上級審において、このような手続的、形式的な判断がなされたのは、ハーグ条約が加盟国に求める迅速な返還手続が重視されたが故のものであり、上級審が子の資料から遠い法律審であることの結果であるのかもしれない。しかし、それこそが、子の最善の利益への配慮を欠いた自動的・機械的な返還といえるのではないか。大法廷判決の問題意識は、まさにその点にあったのかもしれない。

このことは、大法廷のいう「時間」の問題とも関わってくる。国内のハーグ手続に時間がかかり、上級審に至るまでの間に子の状況が変化した場合、上級審が下級審の判断を証明の問題として形式的に評価するだけでは、子の利益への配慮は明白に欠如したものとなる。大法廷は、モームソー事件判決の反対意見<sup>87</sup>に

---

<sup>86</sup> ノイリンガー事件のスイス連邦裁判所の返還命令は、子の国際的な奪取等に関するスイスの2007年12月21日の法律（2009年7月1日施行）の施行以前に下された。同法5条では、「重大な危険」の評価において、子の最善の利益を考慮するため具体的な要件を定めている。早川眞一郎「ハーグ子の奪取条約の現状と展望」国際問題607号（2011年）22頁を参照。

<sup>87</sup> ズーパンジーク裁判官とグルミアン裁判官は、その共同反対意見において、「子

あるように、場合によっては、事実審である下級審だけでなく法律審である上級審にも、子の最善の利益の再評価を求めたともいえるのではないか。常居所地国の裁判所で連れ去り自体の不法性によって連れ去り親の地位が低く評価され得る現状において、時にハーグ手続が、連れ去り親と子との別れを決定づける重要な局面を担うことになる。大法廷はこの点も重視して、8条の黙示的な手続の公正性の解釈において「重大な危険」の評価の前提として詳細な調査を持ち込むことで、子の最善の利益のための新たな評価方法を提示したものと受け止めることができるのではないか。

以上から、ノイリンガー事件大法廷判決は、モームソー事件判決の「具体的なアプローチ」に賛同し、それを「踏み込んだ調査」にまで具体化した点で、同判決と同一のライン上にあると理解することができる。しかし、子の最善の利益よりも締約国の義務履行を優先したその評価方法に関し、子の最善の利益に最重要の考慮を求めた点で、判例変更ともいえる重大な視点を与えたものと位置づけることもできよう<sup>88</sup>。

ハーグ手続における「子の最善の利益」は、子の常居所地国の裁判所に監護に関する本案の判断をゆだねることで実現されるとのコンセンサスの上になりたってきた。しかし、連れ去り親の像が変化した近年のハーグ手続において、従来の制限的な解釈では、子の最善の利益がはかりきれない場合があることが露呈され

---

の最善の利益は本質的かつ決定的な基準であって、真の事実問題は、最終審も含めたあらゆる裁判所において、改めて評価される必要がある。同種の事例においては、人権裁判所でさえ、その事実評価の必要性から逃れることはできない。」と述べた。

<sup>88</sup> E事件判決の結論にある「重大な危険」の主張が証明されなかった場合についての言及は興味深いものがある。例えば、父の暴力等の危険が証明されず、しかし、その危険が実際にはないと言い切れない場合に、英国は、潜在的な危険から子を保護するため、人権裁判所の求める家族全体の状況に関する「踏み込んだ調査」に基づき危険の存否を判断するのではなく、返還後の子の安全策としての保護措置の実効性に調査の矛先をむける。返還の例外の制限的解釈を貫く英国は、同国で有効なアンダーテイキングの実効性を高めることで、ある程度の危険があっても保護措置にかけて子を返還することになるだろう。これに対し、人権裁判所の求めるハーグ手続は、子の最善の利益を重視して、返還を拒絶することになるだろう。ここに、二つのアプローチの違いがある。しかし、本稿で紹介した二つの英国最高裁判決において、母が子とともに常居所地国に帰国することへの不安が強度であって、子の状況を耐え難いものとするほど母の親業を不安定にする可能性がある場合、そのような不安は客観的危険に基づく必要がなく、抗弁となるとされていることは、「重大な危険」の間口が広く解されている点で重要であると思われる（S事件判決 27段落）。また、事実審判事の裁量に基づく判断が尊重されている点からも、制限的な解釈の中に一定の緩和が模索されているものともとらえることができる。この点は、今後の課題としたい。

たものとする。子に関する実質的な検討をせず、当事者の提出した書面に基づく証明の成否で全てを決しようとする従来の手続では、子の利益という最重要な視点が抜け落ちてしまう場合があることを人権裁判所は指摘したのである。ハーグ条約における実質的な子の利益の実現について、一連の人権裁判所が示した方向性は、ハーグ国際私法会議及び英国の方向性とは真っ向から異なるものとなった<sup>89</sup>。次章では、ノイリンガー事件判決を受け、ハーグ国際私法会議において行われた議論を見ていくことにしよう。

---

<sup>89</sup> ハーグ条約の制限的な運用を求めるブリュッセルⅡ *bis* 規則の枠組みを守る欧州司法裁判所との方向性の違いにも留意する必要がある。この点につき、Walker and Beaumont (n 70) 248-249 参照。

### 3 ドメスティック・バイオレンスと13条1項b号に関する ハーグ国際私法会議の議論

#### 3-1 ハーグ国際私法会議 常設事務局による調査報告書

2010年7月6日のノイリンガー事件判決は、ドメスティック・バイオレンスと13条1項b号の関係性について、各国の裁判所に喚起を促すものとなった。2011年6月3日に行われたハーグ国際私法会議 第6回特別委員会においては、この問題が集中的に取り上げられた。本節では、同委員会で常設事務局より配布された2011年5月の調査報告書（「ハーグ条約の運用におけるドメスティック・ファミリーバイオレンスと13条1項b号『重大な危険』の例外」<sup>90)</sup>の内容を紹介する。

同報告書では、各国の判例分析をもとに現状の整理が行われたものの、一定の結論を示すものとは言えず、問題点の指摘と今後の課題を提示するに留まったものといえる。というのも、ハーグ手続におけるドメスティック・バイオレンス事案の解決は、裁判官にとって、「極めて困難且つ厳しいもの」であると表現されている。特に、国際間に渡る証拠の検討は複雑で面倒なものであるため、常居所地国に配慮しながら、ドメスティック・バイオレンスと関連する危険を評価するとともに、関係当事者の国境を越えた安全を図ることは容易なことではない<sup>91)</sup>。この点につき、各法域では、証拠の扱い、証拠の評価方法、「重大な危険」の内容、子にとって「耐え難い状況」の解釈、専門家による供述及び鑑定書の用い方、アンダーテイキングの内容、返還命令の際の条件、司法当局間の交流、中央当局による援助の点につき、多種多様なアプローチが採られているのが現状である<sup>92)</sup>。

このため、様々な法域の間で矛盾を起こすことのないよう、ドメスティック・バイオレンスが関わる13条1項b号事案の解決に向けた明確で統一的なアプローチを確立する必要性が強調され、「最善の実務 (best practices)」の構築に向けた検討が引き続き行われるべきことが指摘された。とりわけ、「重大な危険」の証拠に関し、以下の点が留意事項として挙げられた。

- ① ファミリー・バイオレンスが子に及ぼす害の性質
- ② 子がファミリー・バイオレンスを直接受けたのか、それを目撃せざるを得な

<sup>90)</sup> Hague Permanent Bureau, 'Domestic and Family Violence and the Article 13 "Grave Risk" Exception in the Operation of the Hague Convention of 25 Oct 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction: a Reflection Paper' Prel Doc No 9, <[www.hcch.net/upload/wop/abduct-2011pd09e.pdf](http://www.hcch.net/upload/wop/abduct-2011pd09e.pdf)> accessed 30 Sep 2014.

<sup>91)</sup> Hague Permanent Bureau (n 90) para 146.

<sup>92)</sup> Hague Permanent Bureau (n 90) para 147.

い状況にあったのか。

- ③ 上記の事件の発端となった危険や害に関する 13 条 1 項 b 号における評価
- ④ 執行可能なアンダーテイキングを注意深く、適切に用いること
- ⑤ 返還が適切である場合の諸条件、ミラー・オーガー
- ⑥ 一方の親、特に主な養育親へのどのような害（潜在的なものも含める）が考慮されるべきかを明確化する。例えば、貧困化する可能性のある状況、適切な住居がないこと、職がないこと、家族の支援がないこと、裁判所へのアクセス・監護に関する公正な審問の機会がないことなど。
- ⑦ 返還命令後の潜在的なフォロー・アップのためのメカニズム

また、今後の課題として、国境を越えた協力や交流が必要であり、その実効性を高める必要性が強調された<sup>93</sup>。

常設事務局は、上記の統一的なガイドラインの作成に当たり、連れ去り親に対し、手続への参加や抗弁に関する適切な証拠を提出する機会を保障するとともに、必要に応じた救済や保護を提供する必要があると述べた。しかし、そうであっても、手続の迅速性は確保されねばならない<sup>94</sup>。

ドメスティック・バイオレンスへの非難は強く認識されてしかるべきものである。しかし、条約の政策上、①法域を越えて正当で適切な監護権・面会権が確保されること、②この点に関する判断の抵触を避けること、③子の権利として両親との交流をできる限り維持すること、④子の長期的な監護・交流・転居に関する判断が常居所地国で決せられることは、目的として配慮されねばならない。常設事務局は、統一的なガイドラインの作成に向けて、ハーグ条約における相互依存し合う複数の政策目的の間の適切なバランスが重要であると述べ、今後の課題を示すことで本報告の結論とした<sup>95</sup>。

### 3-2 ハーグ国際私法会議 第 6 回特別委員会（第 1 部）の議論（2011 年 6 月 3 日）

2011 年 6 月 3 日開催のハーグ国際私法会議第 6 回特別委員会では、上記報告書を基に、前掲 2-3 のほか、13 条 1 項 b 号とドメスティック・バイオレンスに関する議論が行われた<sup>96</sup>。以下、その内容を紹介する。

<sup>93</sup> Hague Permanent Bureau (n 90) para 148.

<sup>94</sup> Hague Permanent Bureau (n 90) para 149.

<sup>95</sup> Hague Permanent Bureau (n 90) para 150.

<sup>96</sup> Hague Permanent Bureau (n 74) para 92-119.

(1) 13 条 1 項 b 号とドメスティック・バイオレンスの現状と解決指  
針

2008 年の統計では、申立件数の 15 パーセントが返還拒否、内 27 パーセントが同条項に基づき認められている。しかし、返還拒否に至る詳細な事実が調査対象とされたわけではないため、同条項とドメスティック・バイオレンスとの関係性は、統計上、明らかとはなっていない。ハーグ国際私法会議による締約国を対象としたアンケート調査<sup>97</sup>によれば、「重大な危険」の抗弁において、ドメスティック・バイオレンスが「頻繁に」問題となっているとの各国の認識が明らかとなった。英国（イングランド・ウェールズ）では、返還事案の 20 パーセントがドメスティック・バイオレンスに関わるものであり、また、ドイツでは、同条項に基づく事案の 10-14 パーセントがこれに関わるものであるとの報告がなされた<sup>98</sup>。

常設事務局は、同条項の今後の方針の検討に当たり、①ドメスティック・バイオレンスの専門家の関与が望ましいこと、②連れ去り親に対する害が条約でどのように扱われているか、③同条項の制限的解釈がドメスティック・バイオレンス事案に及ぼし得る影響、④ドメスティック・バイオレンスの影響を受ける一方の親と子の安全・幸福への配慮と手続の迅速性とのバランスを実務上いかに確保するかを問題点として指摘した。とりわけ、ハーグ事案の「国境を越える性質（cross-border nature）」と手続の迅速性の確保は重要であり、証明に関する争点として、ドメスティック・バイオレンスの証拠（警察や医療機関の資料）、ハーグ条約に基づく裁判官のネットワーク（International Hague Network of Judges）や中央当局による情報や証拠の共有、適用されるべき証拠の基準、専門家証拠の役割に関する問題点が挙げられた<sup>99</sup>。

同委員会では、同条項におけるドメスティック・バイオレンス事案の増加が改めて認識されるに至った。複数の専門家が、ドメスティック・バイオレンスに特化したアプローチの必要性に合意し、この問題が条約政策上の優先課題であることを確認した<sup>100</sup>。

この点に関し、複数の専門家は、子の保護が条約の全体的な目的であることを認めつつも、ドメスティック・バイオレンスの調査にかける時間と手続の迅速性

<sup>97</sup> Hague Permanent Bureau, 'Questionnaire on the Desirability and Feasibility of a Protocol to the Hague Convention of 25 Oct 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction', <[http://www.hcch.net/index\\_en.php?act=progress.listing&cat=7](http://www.hcch.net/index_en.php?act=progress.listing&cat=7)> accessed 30 Sep 2014 at 5.1.

<sup>98</sup> Hague Permanent Bureau (n 74) para 95-96.

<sup>99</sup> Hague Permanent Bureau (n 74) para 98-99.

<sup>100</sup> Hague Permanent Bureau (n 74) para 100.

とのバランスを図るべきことの重要性を確認した。同条項によって迅速な解決が阻害されるべきではないとの意見が出される一方、迅速 (speed) と性急 (haste) は区別されるべきであり、手続の完全性が迅速な解決を優先させることで損なわれるべきではなく、子に対する害を避けるため、追加的な証拠収集にもう少しだけ時間をかける (slightly more time) ことに問題はないとの意見も出された<sup>101</sup>。

## (2) 「重大な危険」の証明

次に、「重大な危険」の抗弁におけるドメスティック・バイオレンスの証明に関し、スイスでは、抗弁中、深刻な主張が行われた場合には、子の保護のため、さらなる調査の義務を担当当局が負うことが説明された。この点に関し、連れ去り親が常居所地国に不在であることを考えるとさらなる証拠の入手は困難であるため、特に、集中管轄制が採られておらず、ドメスティック・バイオレンスの解決に不慣れな裁判所においては、専門家証拠を用いることが有益であるとの意見が出された。これに対し、多くの専門家は、専門家証拠は例外的な事案に低額で用いられるべきであり、この問題の解決には、裁判所同士の直接の交流や中央当局間の情報交換が極めて重要であることが強調された。証拠収集を簡易にするため、ビデオを始めとするコミュニケーション・ツールの活用が不可欠であり、そこで子の意見の聴取が重要であるとされた<sup>102</sup>。

さらに、一部の専門家から、同条項の抗弁において、単にドメスティック・バイオレンスがあったと主張されるだけでは不十分であり、その主張を十分に証明するに足る実質的で適切なレベルの証明が求められるべきことが指摘された。また、複数の専門家は、疎明でよいとしたが、カナダの専門家は、この判断によって、子と連れ去られ親とを永遠に引離してしまう可能性があることから、疎明ではなく、十分な証拠が求められるべきとの意見を述べた<sup>103</sup>。

多くの専門家が、手続の迅速性を確保するため、証明の問題についても実務規範 (Good Practice) の構築が必要であることに賛同した。また、複数の締約国において、中央当局の活用により、返還手続前に迅速な情報収集が可能であるとの指摘も行われた<sup>104</sup>。

また、この問題の解決のため、常居所地国と連れ去り国との相互の信頼関係が重要である上、ドメスティック・バイオレンスが実際に行われ、証拠へのアクセスに有利な常居所地国の裁判所がドメスティック・バイオレンスの認定に適して

<sup>101</sup> Hague Permanent Bureau (n 74) para 101.

<sup>102</sup> Hague Permanent Bureau (n 74) para102.

<sup>103</sup> Hague Permanent Bureau (n 74) para103.

<sup>104</sup> Hague Permanent Bureau (n 74) para104.

いるとの意見が共有された<sup>105</sup>。これに対して、連れ去り国の裁判所の役割として、常居所地国における保護措置の実効性、手元にある証拠、返還後の子の危険の評価が重要であり、オーストラリアの専門家からは、常居所地国の子の保護に関する法律が機能し、実際に利用できるかどうかを確認することの必要性が強調された<sup>106</sup>。

多くの専門家により、同条項におけるドメスティック・バイオレンスへの認識を高めるために、裁判官と中央当局の担当者に対する訓練が必要であるとの指摘があった。また、これに関連し、同条項の抗弁が常居所地国で判断されるべき転居に関する手続を回避するため用いられる懸念が示された<sup>107</sup>。

### (3) ドメスティック・バイオレンスの定義

常設事務局は、同条項において、連れ去り親に対する害をどう評価すべきかに関し、被害を受けた親と子の害を分けて評価すべきかどうかとの問題を提起した。これに対し、一部の専門家は、ドメスティック・バイオレンスの定義を「家族間暴力 (intra-familial violence)」や「家庭内での暴力 (violence in the home)」とするなど広範な定義を用いることによって、同条項で生じるドメスティック・バイオレンスを幅広くすくい上げることが可能であることを強調した。また、主な養育親である親に対する害と子に対する害の相互関係にも着目すべきとの意見が出された<sup>108</sup>。

### (4) 子と連れ去り親の保護

保護措置に関し、主な養育親である連れ去り親を子と引き離すことなく、常居所地国で保護する必要性<sup>109</sup>、常居所地国で子の保護に関する適切な措置がある場合に返還拒否はできないとするブリュッセル II bis 規則 11 条 4 項の規定がハーグ条約にも読み込まれるか<sup>110</sup>の点に関し議論が行われた。

常設事務局は、中央当局とネットワーク裁判官の役割の重要性を強調した上で<sup>111</sup>、①任意のアンダーテイキングへの評価や実際の執行を確保する方法、②連れ去り親が常居所地国に帰国した後の裁判所への公正なアクセスや法律扶助、③返還後の追跡情報の共有化、その責任の所在につき問題を提起した<sup>112</sup>。

<sup>105</sup> Hague Permanent Bureau (n 74) para105.

<sup>106</sup> Hague Permanent Bureau (n 74) para106.

<sup>107</sup> Hague Permanent Bureau (n 74) para108.

<sup>108</sup> Hague Permanent Bureau (n 74) para109.

<sup>109</sup> Hague Permanent Bureau (n 74) para111.

<sup>110</sup> Hague Permanent Bureau (n 74) para112.

<sup>111</sup> Hague Permanent Bureau (n 74) para114.

<sup>112</sup> Hague Permanent Bureau (n 74) para115.

また、1996年ハーグ条約の検討により、保護措置の承認と執行のための法的枠組みの整備が求められるべきこと、それが関係当局間の相互の信頼とサポートの上で構築されるべきことの重要性が確認された<sup>113</sup>。

最後に、ドメスティック・バイオレンスに関し、常居所地国と連れ去り国の双方が共同責任を持ち、子の安全な返還に向けて、最善の努力をすることが重要であるとされた<sup>114</sup><sup>115</sup>。

### 3-3 ハーグ国際私法会議 第6回特別委員会(第2部)の議論(2012年1月26日)

2012年1月26日に開催された第6回特別委員会(第2部)において、今後のガイドラインの作成に向けた詳細が検討されることとなった<sup>116</sup>。

13条1項b号の新たなガイドラインは、法的拘束力のないソフト・ローと位置づけられ、ドメスティック・バイオレンスの問題に留まらず、同条項に関連する刑事上問題となる行為、薬物・アルコール中毒の問題も含め、対象を広げることとなった<sup>117</sup>。

13条1項b号の解釈・適用に関する実務規範の作成に加え、裁判官・中央当局・領域を超えた専門家によるワーキング・グループの新設が承認された。現在、準備段階にあるが、2014年9月時点において未だ公表されていない。

統一的基準の策定は困難が予想されるものであるが、英国では、2つの最高裁がその難題に挑むこととなる。次章では、前掲2-4で紹介した英国としてのノイリンガー論争の決着に加え、英国が新たな傾向を見据えて確立した13条1項b号の制限的解釈への新たなアプローチを見ていくこととする。

---

<sup>113</sup> Hague Permanent Bureau (n 74) para118.

<sup>114</sup> Hague Permanent Bureau (n 74) para119.

<sup>115</sup> 13条1項b号とドメスティック・バイオレンスの関係性に関し、同特別委員会における議論と関連させ、米国における問題を指摘するものとして、King ‘The Hague Convention and Domestic Violence: Proposals for Balancing the Policies of Discouraging Child Abduction and Protecting Children from Domestic Violence’ (2013) 47 (2) FLQ 299 参照。

<sup>116</sup> Hague Permanent Bureau, ‘Conclusions and Recommendations and Report of Part I and Part II of the Special Commission on the Practical Operation of the 1980 Hague Child Abduction Convention and the 1996 Hague Child Protection Convention and a Report of Part II of the Meeting’ <[http://www.hcch.net/upload/wop/concl28-34sc6\\_en.pdf](http://www.hcch.net/upload/wop/concl28-34sc6_en.pdf)> accessed 30 Sep 2014, para 40-63.

<sup>117</sup> Hague Permanent Bureau (n 116) para 60.

## 4 英国における制限的解釈への新たなアプローチ

### 4-1 英国における厳格なアプローチとE事件判決

英国では、1986年8月1日から本条約の実施法「1985年子の奪取及び監護法」<sup>118</sup>が施行されている。条約の目的及び政策的指針を忠実に遵守する英国は、高等法院家事部での集中的な審理により常居所地国への子の迅速な返還を実現するハーグ先進国である。13条1項b号は当然のごとく制限的解釈が行われ、連れ去られ親によるアンダーテイキングを重視し返還命令を下す徹底的な実務が確立されていたといえよう<sup>119</sup>。しかし、この実務には、裁判官が父によるアンダーテイキングを返還にプラスの材料として考慮しすぎるとの点で批判があり、同条項の厳格なアプローチに対する不満が徐々に高まっていった<sup>120</sup>。

このような中、欧州人権裁判所の大法廷においてノイリンガー事件判決が下された<sup>121</sup>。この判決は、「重大な危険」に直面し得る子の最善の利益の実現に向けて、13条1項b号の厳格なアプローチを緩和し、従来の実務の転換を迫るものとも捉えることができるため、欧州諸国に混乱を生じさせた。

同判決の解釈をめぐり、英国でも、下級審において大論争が繰り広げられた。

---

<sup>118</sup> Child Abduction and Custody Act 1985, 1985 chapter 60. 同法は、ハーグ条約に加え「子の監護に関する決定の承認・執行及び子の監護の回復に関する 1980年5月20の欧州条約 (European Convention on Recognition and Enforcement of Decisions concerning Custody of Children and Restoration of Custody of Children)」をあわせて国内法化したものである。

<sup>119</sup> E事件判決以前の英国のハーグ条約の運用を扱う邦語文献として、樋爪誠「渉外的な子の奪取における返還の否定」立命館法学 271・272号 (2000年)

1403-1421頁、同「渉外法における子の利益」立命館法学 275号 (2001年)

323-339頁、同「国際的な子の引渡し(1)」立命館法学 319号 (2008年) 761-781頁、同「国際的な子の引渡し(2)」立命館法学 320号 (2008年) 973-988頁、

織田有基子『『子の奪取に関するハーグ条約』の実際の適用と日本による批准の可能性』国際法外交雑誌 95巻2号 (1996年) 171-206頁、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、西谷祐子『『国際的な子の奪取の民事上の側面に関する条約』の調査研究報告書』(2010年)<[www.moj.go.jp/content/000076994.pdf](http://www.moj.go.jp/content/000076994.pdf)>(2013年6月参照)61-94頁を参照。外国語文献として、Beaumont and McEleavy (n 16); Lowe, Everall

and Nicholls, *International Movement of Children-Law Practice and Procedure* (Jordan 2004); Hutchinson, 'Developments in Hague Child Abduction Cases: The English Experience' [2009] IFL 186 参照。特に13条1項b号に焦点をあてたものとして、Ripley, 'A Defence of the Established Approach to the Grave Risk Exception in the Hague Child Abduction Convention' (2008) 4(3) J Priv Int L 443 参照。

<sup>120</sup> Lowe, Everall and Nicholls (n 119) 348-351.

<sup>121</sup> Neulinger (n 10).

その決着をつけたのがE事件判決<sup>122</sup>（2011年6月10日、ヘイル裁判官、ウィルソン裁判官）である。本件の事実は以下の通りである。母（上告人、英国籍）は、ノルウェーにおいて、父（被上告人、ノルウェー国籍）との間に2人の女兒を儲け、一人目の出産直後に婚姻した。気性が激しい父、特にペットに対する暴力に恐怖を感じた母は、連れ子（16歳女兒、当事者参加人）を先に帰国させた後の2010年9月、父の同意なく実家のある英国に子ら（3歳、6歳）を連れ帰った。父の申立によりハーグ手続が開始され、母は13条1項b号の「重大な危険」の抗弁を主張したものの、11月に高等法院が返還を命じた。母は、適切な保護措置のないまま返還命令が下されたことは誤りである等として控訴したものの、2011年4月、控訴裁判所は返還を命じた<sup>123</sup>。母は、英国裁判所による13条1項b号の解釈に関し、子の最善の利益を主な考慮事項（primary consideration）とする児童の権利条約3条1項を適切に尊重するものではないと上告した。しかし、最高裁は返還を命じた。

母の主張が真実であれば、本件は深刻な精神的虐待の典型事案である。母は父から身体的な暴力を受けたことはないものの常にその瀬戸際であり、死の危険を感じていた。父は、他人を暴行し、家財を壊し、猫を殺し、インコの羽にスプレーをかけ脱色し、連れ子の大切にしていた兎を殺した。父は支配的で自ら食事の買物をし、母を金銭的に圧迫するも母が職を持つことを認めない。父の荒々しい態度に子らは恐怖を感じていた。父が逆上したとき、長女はワークブーツを履いたまま父に激しく尻を蹴られ、雪上に蹴り飛ばされたことがあった。これら全てを父は否認したものの、母に暴力を振るわない等の複数のアンダーテイキング（子の連れ去りに関する警察への被害届けを取り下げる、母に嫌がらせをしない、母との接触は弁護士を介す、子らを母の下から連れ去らない、母子の住まいへの立入・接近をしない、帰国後の家計費・養育費を支払うなど）を提示している。

このように、同判決は、父からの精神的虐待から逃れるため母が子らを実家のある英国に連れ帰った近年の典型的なハーグ事案である。また、同条項を中心的争点とする英国初の最高裁判決であり、英国における同条項の新たなアプローチを示すものとして、その意義は大きい。

本章では、E事件判決を中心に紹介をするが、同判決により生じた混乱の収束

---

<sup>122</sup> Re E (n 76).

<sup>123</sup> Re E (Children) or Eliassen and Baldock v Eliassen [2011] EWCA Civ 361, [2011] 2 FLR 724.

をはかり、その意義の確認に努めたS事件判決<sup>124</sup>（2012年3月14日、ウィルソン裁判官）、さらに、これらの最高裁判決以前に別の条項を争点とする返還事案を判断した2つの貴族院判決（D事件判決<sup>125</sup>（2006年11月16日）、M事件判決<sup>126</sup>（2007年12月5日））の傍論における言及も参考に、検討を行うものとする。

#### 4-2 「子の最善の利益」の拡張

ノイリンガー事件判決は、児童の権利条約3条1項とは異なり、子の最善の利益を the primary consideration とし冠詞を置き換えたこと、また、家族全体の状況に関する「踏み込んだ調査」を求めた点で、ハーグ条約における子の最善の利益をあたかも家族法の概念のごとく捉え、ハーグ手続において子の最善の利益が実質的に実現されるべきことを国内裁判所に要請したものと捉えることができる<sup>127</sup>。まさに、この点がE事件判決の上告理由である。

E事件の最高裁によれば、英国国内法では子の利益・子の福祉が様々な語で表現される<sup>128</sup>ものの、a primary consideration は、the primary consideration や the paramount consideration とは区別される<sup>129</sup>ので、英国裁判官は、児童の権利条

---

<sup>124</sup> Re S (A Child) (Abduction: Rights of Custody) [2012] UKSC 10, [2012] 2 AC 257; ‘Abduction : psychological harm’ [2012] Fam Law 603. 母（上告人、英国籍、豪州国籍取得）は、元夫との離婚直後、父（被上告人、豪州国籍）と豪州で同居を始め、その後、子を儲けるも婚姻はしなかった。事業の破綻により重度のアルコール・薬物中毒となった父が薬物を自らに注射する姿を目撃した母は警察に通報し、以来関係が破綻した。後に父の母に対する暴力禁止命令が下された。2011年2月、母は、父の同意も裁判所の許可もないまま実家のある英国に子（1才）を連れ帰った。父の申立によりハーグ手続が開始され、8月に高等法院が返還を拒否した。父が控訴し、12月、控訴裁判所は返還を命じた。母は、控訴審による13条1項b号の解釈に関し、認められていない不正確な説明を加えてE事件判決で確立された諸原則を無意味なものにした等として上告し、2012年3月、最高裁が返還を拒否した。父は母が父によるDVの被害者であるとの主張を争うことなく、E事件判決の父と同種のアンダーテイキングを提示している。

<sup>125</sup> Re D (A Child) (Abduction : Rights of Custody) [2006]UKHL 51, [2007]1 AC 619. 同判決では条約15条との関係で監護権侵害の有無が争点となった。

<sup>126</sup> Re M and another (Children)(Abduction: Rights of Custody) [2007] UKHL 55, [2008] 1 AC 1288. 同判決では子の連れ去りから1年が経過した後の申立であったため、条約12条2項が争点となった。

<sup>127</sup> 大法廷判決以降の人権裁判所の判決においても「子の最善の利益」の至高性が重視され、「踏み込んだ調査」を欠く返還命令及び返還拒否命令を8条違反とする判断が下され続けている。この点に関し、前掲2-5参照。

<sup>128</sup> 1989年児童法1条1項では the paramount consideration、1984年婚姻家事手続法3条（1973年婚姻事件法25条1項）では the first consideration、国際文書では primordial も用いられると述べられている。

<sup>129</sup> ZH (Tanzania) v Secretary of State for the Home Department [2011] UKSC 4, [2011] 2 AC 166, para 25. ヘイル裁判官は同判決における自らの言及を引用した。

約に基づき、同条項の子の最善の利益を a primary consideration として配慮する必要があると述べた (at 12)。そして、監護権侵害を要件とするハーグ条約の構造上、既に連れ去られた子を元の常居所地国に迅速に返還するという「子一般の最善の利益 (the best interests of children generally)」の実現がハーグ条約の大前提となる目的であるけれども、それにとどまらず、一連の返還の例外規定に関わる当該事案の「個別具体的な子の最善の利益 (the best interests of the individual children)」の実現もハーグ条約の目的であると述べた (at 14, 17 and 18)。

このように、最高裁は、児童の権利条約を考慮して、ハーグ条約における子の最善の利益を従来より広く捉えることによって、8条違反となることを回避したのである。そして、人権裁判所のように、「重大な危険」に直面し得る個別具体的な子の利益を監護に関する本案のような実体法上の概念として扱うのではなく、手続法・国際私法上の概念として位置づけることによって、従来通りの枠組を維持したものと思われる。したがって、英国において、「重大な危険」に直面し得る「個別具体的な子の最善の利益」とは、あくまで「主な考慮事項 (a primary consideration)」の1つであって、条約の他の考慮事項との利益衡量において常に優先されるものではない。つまり、ハーグ手続が子の至高性を追求する本案とは別個の手続であること、また、子の利益の考慮の程度が本案とは異なり得ることが確認されたものといえよう<sup>130</sup>。

#### 4-3 事実認定における調査：「具体的なアプローチ」の採用

このように、英国では、13条1項b号の「重大な危険」を検討する際、ハーグ条約の新たな目的とされた「個別具体的な子の最善の利益」の実現を目指して、証拠調べや事実に関する調査が行われていくことになる。子の最善の利益を重視

---

<sup>130</sup> 最高裁は、亡命事件における子の最善の利益との関連性に意識しつつ判断を行っていることに留意する必要がある。ヘイル裁判官は、豪州高等法院の Teoh 事件判決 (Minister for Immigration and Ethnic Affairs v Teoh (1995) 183 CLR 273) の同言及を引用し、「主な考慮事項」について、「子の最善の利益を一番に (first) 考慮する」と述べる (ZH (n 129) para 26)。また、「その他の考慮事項の強さ、すなわち、その他の複数の考慮事項の積算の効果 (the cumulative effect of other considerations) が主な考慮事項である子の最善の利益を上回るかどうかを判断する」との Wan 事件判決 (Wan v Minister for Immigration and Multicultural Affairs (2001) 107 FCR 133, para 32) を引用し、「その他の考慮事項が子の最善の利益に勝る」結論があり得るとした上で、「子の最善の利益を一番に (first) 考慮することが重要」であり、それが英国のとるべき正しいアプローチであると述べた。これらの判決と連れ去り事案との比較検討は、今後の課題とする。

すればするほど子に関する「踏みこんだ調査」が求められ、手続の迅速性が損われることは明らかである。子の最善の利益の実現と手続の迅速性の要請のはざまにハーグ手続にどのような調査が求められるべきなのか。E事件判決は、ノイリンガー事件判決を以下のように解することで、下級審での大論争に決着をつけた。

最高裁によれば、ノイリンガー事件の大法廷が、仏国裁判所の実際に行った調査や判断についてモームソー事件判決がまとめた事実に関する記述に *must* をつけることによって、国内裁判所のなすべき要件に変えてしまったことが混乱のきっかけである。この大法廷による要件化が、結果として、ハーグ条約の迅速な手続をハーグ条約が避けるべき対象としている連れ去り国での子の将来に関する「本格的な調査 (a full blown examination)」に変えてしまったことが問題とされた (at 22)。確かに、国内裁判所は、ハーグ手続において自動的かつ機械的に返還を命じることがないように、連れ去られた子の具体的な事情を調査する。しかし、それは、その子の将来に関する「本格的な調査」と同一視されるものではない。最高裁によれば、スイス連邦裁判所の返還命令を人権裁判所大法廷が8条違反と判断せざるを得なくなったのは、返還命令の内容自体に問題があったのではなく<sup>131</sup>、その後の執行の遅延が原因なのであって、実際、大法廷判決時、スイス連邦裁判所の返還命令から3年、子の連れ去りから5年もの時が経過し、母子の状況は大きく変化してしまったことが指摘された (at 24)。

以上のように、最高裁は、執行の遅延が原因となって母子の状況が変化してしまった場合に、子自身やその家族に関する「踏み込んだ調査」が行われなければ、子の最善の利益を守ることができないと大法廷が考えるに至った、と解したのである。そして、当時の人権裁判所所長ジャン・ポール・コスタ氏の裁判外での発言を引用し、恣意的ではないが機械的に返還命令が下された場合に通常の迅速手続を離れ、「踏み込んだ調査」を求める方向転換が要請されるものとノイリンガー事件判決を解釈することは誤りであることが確認された (at 25 and 52)。

このように、E事件の最高裁によれば、「重大な危険」に直面し得る子の最善の利益は児童の権利条約のいう「主な考慮事項」の1つにすぎないことから、ハーグ手続では要件適合性を審査する限りの具体的な調査が行われるに留まること、つまり、ノイリンガー事件判決以前の同条項に関する先例であるモームソー事件判決のいう「具体的なアプローチ」を採用することが明言された。S事件の最高裁によれば、これは、申立について適切に注意深く決定すること (properly careful

---

<sup>131</sup> ノイリンガー事件判決中、「スイス連邦裁判所の下した返還命令が国内裁判所に与えられた評価の余地内にある」と述べられたことを最高裁は重視している。

determination) であって、本案で用いられる「本格的な調査」＝「踏みこんだ調査」とは全く別のものである。迅速性を追求するハーグ手続では、子の将来に関する「踏みこんだ調査」を避けることにこそ条約の焦点 (the very object) があり、ノイリンガー事件判決の「踏みこんだ調査」の言及が文脈を無視して解釈され一般的に適用されることの誤りを S 事件判決は再確認している (at 37)。

したがって、英国で「重大な危険」が争われる事案では、「踏み込んだ調査」が一般的に用いられることはない。返還命令後、母が執行をさけるために子を連れて他の締約国に逃げこむなど執行の遅延があった例外的な事案に限り用いられるものとする<sup>132</sup>。結論として、手続法・国際私法であるハーグ条約では迅速性の要請が勝り、子の最善の利益の考慮の程度は相対的に低くなる。その終局的な実現は常居所地国の本案における「踏みこんだ調査」に委ねられることになる。より具体的な子の調査を条件に、従来の枠組を維持したものと捉えることができよう。

#### 4-4 制限的「適用」にむけてのアプローチ

##### (1) 制限的解釈から制限的適用へ

以上のように、最高裁によるノイリンガー事件判決の解釈は、英国における 13 条 1 項 b 号の制限的な運用を維持し続けるためのものであった。その運用は、「厳格なアプローチ」や「制限的解釈」と表現されている。これに関し、E 事件判決以前にハーグ事案を判断した D 事件判決において、ヘイル裁判官は、同条項が子の状況に焦点をあてた内容であることから同条項が拡張的に適用されると、ハーグ条約の目的を損なう危険性があると指摘した。つまり、連れ去り国の裁判所が、当該子の最善の利益の中身を追求し、自ら調査の上、判断することがないよう警告を行ったのである。しかし、ヘイル裁判官は、迅速な返還が当該子の利益にとって非常に有害で、それを貫き通すことが条約の目的に反するといった状況があり得ることをも認めた上で、制限的適用 (restrictive application) といっても同条項の適用を完全に封じる意味ではないと述べ、「適用」の語を用いて説明を行った<sup>133</sup>。

---

<sup>132</sup> 返還命令後、母が子を連れて他の締約国に逃げ込んだ場合、条約上、最初の締約国が下した返還命令を直接執行することはできない。そのため、新たな返還手続が申し立てられることになる。最高裁の解釈によれば、このような場合に限り「踏み込んだ調査」が行われることになるものとする。返還命令の執行上のトラブルに関し、西谷・前掲註 (119) 89 頁参照。

<sup>133</sup> Re D (n 125) para 52 において、ヘイル裁判官は、保護措置が講じられたとしても子が耐え難い状態に置かれる可能性があることを認めながら、「国際的な子

同条項の制限的解釈・適用を考える上で最も重視される資料は、上記貴族院をはじめ複数の先例で引用されるペレス・ベーラの注釈報告書<sup>134</sup>である。その 34 段落では、ハーグ条約が死文 (a dead letter) とならないために、子の返還の 3 つの例外をその規定から離れすぎることなくそのまま適用する (must be applied only so far as they go and no further)、つまり、それらを制限的に解釈する (to be interpreted in a restrictive fashion) 必要があると述べられている。そして、国際レベルでの不法な連れ去りと戦うために、ハーグ条約の締約国が連れ去り行為への法的承認を拒絶する信念に加え、締約国同士がそれぞれの違いを乗り越えて子の常居所地国こそ子の監護を判断するに最適な場であるとの認識を持ち、それらを共有する同一の法的コミュニティに属しているとの確信を持って事に当たることが重要であるとする。したがって、一連の例外規定を機械的に発動する (a systematic invocation) ことは、連れ去り親が望む管轄を安易に認める結果となり、締約国間の相互信頼の精神を条約から奪い去ることによって、条約の構造全体を崩壊させてしまうことにつながると述べた。

E 事件判決は、上記言及を振り返りながら、「制限的」とは 13 条 1 項 b 号の「解釈」ではなく、むしろ「適用」の問題であること、つまり、同条項を狭く解するのではなく、その文言のまま、制限的に適用することが重要であると述べた。同条項の文言は非常に明白 (quite plain) で、さらなる解釈や「注釈」の必要がない (no further elaboration or “gloss”) ため、単純な「適用」が求められるとしたのである (at 31)。そこで、次に制限的適用のための整理が必要となる。

#### (2) 制限的適用を前提とした要素の整理

E 事件判決以前、同条項を中心的争点とする最高裁レベルの判断がなかったため、同条項の解釈・適用は、控訴裁判所により蓄積された諸準則に加え、D 事件・M 事件の両貴族院判決の傍論における言及に基づき行われてきた。そこで、E 事件の最高裁は、制限的「適用」の前提として、同条項を以下 4 点に分け、各要件の整理を行った (at 32-35)。

##### (1) 立証責任・証明の程度

- ① 子の返還を拒否する個人、施設その他の機関が「重大な危険」の証明責任を負う。
- ② 証明の基準として、民事訴訟で用いられる蓋然性の基準 (balance of

---

の連れ去りの有害性から子を保護するための制度それ自体が、害を与えるものに変わるべきであるとは誰もが望むものではない」と述べた。

<sup>134</sup> Pérez-Vera (n 22) para 34.

probabilities) 以外の基準を示すものはない<sup>135</sup>。

- ③ 証拠の検討の際、裁判所はハーグ手続の迅速性に関わる制限に留意する。
- ④ 「重大な危険」の抗弁において、口頭による証拠 (oral evidence) を希にとる場合があるが、通常、その反対尋問が行われることはない。

#### (2) 「重大な危険」の定義

- ① 「重大な危険 (grave risk)」は「重大」かつ「現実 (real)」でなければならない。
- ② 「重大」は「害 (harm)」ではなく「危険」を修飾しているものの、通常の語感に従い、「害」と「危険」を関連させて読むべきである。たとえば、死の危険が比較的低い場合や真に深刻な傷害は「重大」に当たるものの、その他の比較的深刻でない害には高度の危険が要求される。

#### (3) 「身体的若しくは精神的な害」・「耐え難い状況」の定義

- ① 「身体的若しくは精神的な害 (physical or psychological harm)」はそれ自体を修飾する語はないものの、「又は他の」「耐え難い状況に」置かれること (“or otherwise” place the child “in an intolerable situation”) により説明されている。「耐え難い」は強い言葉であるが、それが子に向けられる場合、「当該状況にある当該子にとって耐えることが期待されるべきではない状況」を意味しなければならない<sup>136</sup>。
- ② すべての子は、ある程度、困難で不快な状況に置かれる必要があり、それは成長の一過程である。子自身に対する身体的・精神的な虐待やネグレクトは、子に耐えることが期待されるものとはいえない。
- ③ 一方の親に対する身体的・精神的な虐待を子が見聞きすることの有害性は、今や最高裁により認識されている<sup>137</sup>。そのような危険がある場合、その危険の生ずる原因は関連性を有しない (irrelevant)。

#### (4) 時間的範囲と保護措置の重要性

- ① 同条項は子が常居所地国に迅速に返還された後の未来の状況に焦点を当てて

---

<sup>135</sup> 同条の証明に関し、当時、控訴審に所属するヘイル裁判官は、「重大な危険」の証明には明白かつ高度な証拠 (clear and compelling evidence) が求められるとする Re C (Abduction: Grave Risk of Psychological Harm) [1999] 1 FLR 1145 のワード裁判官の言及を引用している (TB v JB (n 47) 515)。

<sup>136</sup> Re D (n 125) para 52.

<sup>137</sup> TB v JB (n 47) para 43.ヘイル裁判官は、子に重大な影響があり、かつ、養育親が虐待等から逃れてきた場合には、そこに戻ることを期待すべきではないこと、また、直接の被害者である母のみならず、それを目撃する子への影響をも考慮する必要があると述べ、裁判所の意識の高まりを示した。

いる。

- ② 子の返還先は、必ずしも、返還を申し立てた個人、施設その他の機関である必要はない。申立人にそれを求める権利があれば、そうなることもある。
- ③ 子が返還後に遭遇する状況は保護措置 (protective measures)<sup>138</sup>により左右される。同条項が適用されるほど当該危険が深刻である場合には、実効的な保護が継続する必要があるため、裁判所は子の直近の未来 (the child's immediate future) に焦点を当てただけでは不十分である<sup>139</sup>。

以上の整理の中で、証明の程度 ((1) ②)、子への間接的な危険が問題となる事案での要証事実の範囲 ((3) ③、4-2 参照)、保護措置と関連し、どの時点の危険まで考慮すべきかという時間的範囲 ((4) ③) の3点に関し、従来 of 基準への若干の修正が行われたものと考えられる。

(3) 制限的適用にむけた保護措置による重大な危険の軽減

最高裁は、以上の確認を終えた後、本件の核心に迫る。手続の迅速性が求められる中、ハーグ事案を扱う裁判官が当事者間の事実上の紛争を解決するには至らない現状において、「重大な危険」の主張が争われたもののその主張が十分に審理されず、あるいは客観的に証明されず、結果として返還命令が下されたが、その主張が真実であった場合に、子をいかに保護すべきかという問題である (at 36 and 52)。最高裁は、近年のハーグ事案の懸案である夫婦間のドメスティック・バイオレンスに起因する母の子連れ里帰り事案を念頭におきつつ、事実認定に関し以下のように述べた。

「家庭内虐待の主張がなされた場合、裁判所は、第1に、仮にそれが真実であるとき、『子が身体的若しくは精神的な害を受け、又は他の耐え難い状況に置かれることとなる重大な危険』が存するかどうかを検討する必要がある。そして、その危険があるとき、裁判所は、第2に、子がその危険からいかにして守

<sup>138</sup> 保護措置とは害や堪え難い状況を軽減し、母子を保護するためのあらゆる措置をいい、父からの約束であるアンダーテイキングも含む。英国において、アンダーテイキングは1960年頃から国際家事事案で用いられるようになり、条約施行以前の子の連れ去り事案においても用いられていた (Beaumont and McEleavy (n 16) 157)。

<sup>139</sup> Re E (n 75) para 69. E事件控訴審判決において、ソープ裁判官によれば、「重大な危険」を判断する裁判官は「直近の究極ではない子の最善の利益 (the immediate and not the ultimate best interests of the child)」を評価しなければならない。

られ得るかを検討する必要がある。適切な保護措置とその実効性 (efficacy) は、事件によって、国によって様々であろう。リエゾン裁判官同士の国際的協力に関する取り決め (arrangements for international co-operation between liaison judges) が非常に有益となる場面である。そのような保護措置がないとき、裁判所は、争われている問題 (the disputed issues) を解決するため最善を尽くすほかない (at 36) <sup>140</sup>。」

このように、最高裁は、「重大な危険」の事実認定において、英国では従来から行われているが、ハーグ条約の明文にはない保護措置の検討を中心とすることを明らかにした。父のアンダーテイキングが単に提示されているだけでは足りない。それが確実に行われる高度の蓋然性、すなわち、保護措置の実効性が確保されることで、ドメスティック・バイオレンスに起因する子連れ里帰り事案の子の最低限の保障、すなわち、常居所地国の本案の手続開始により保護されるまでの安全をハーグ手続内で確保することができると考えたのである。そして、保護措置の検討により「重大な危険」がない、または重大なレベルではなくなったと判断された場合には、返還拒否事由の不存在によって返還命令が下されることになる。

ところで、E事件の事実審判決では、父の提示した保護措置に関し、どのような評価が行われたのか。母は自身の生育環境からくる精神的な虚弱が主な原因となり、返還への心配から重大な適応障害を起こしている。事実審裁判官は、母の精神状態の悪化が子らにとって「重大な危険」になる可能性を認めた上で、「重大な危険」を軽減する事情（母に対する精神科医の治療が可能、母の住まいの安全性が父のアンダーテイキングにより確保されれば父から母を保護できる、母の家族が母をサポートしてくれる、ノルウェーには法的扶助制度があり母の弁護士が既に任命されている、母を支えていた連れ子が英国に留まったとしても母や妹達に会いに来る）を考慮し (at 46)、「重大な危険」はないと判断した。また、返還

---

<sup>140</sup> この言及を受けて、S事件事実審では、準備手続において混乱が生じた。手続裁判官が、①父により提示されたアンダーテイキング又は保護措置に照らして母の主張は13条1項b号の例外にあたるか否かを検討し、その結果によっては、②口頭による証拠を採取するため追加の審理を行うよう指示 (direction) をした。ハーグ手続において、手続裁判官によりこのような指示が出されたことはなかった。最高裁は、E事件判決36段落のアプローチは、母の抗弁中のDV等の事実が争われている場合に裁判官が「重大な危険」の存否を認定する際の一般的な理由付けの方法であるので、先決問題として準備手続において形式的に特定される必要はないと述べた。

に有利となる事情（子らが幼く英国に根付いていない、少し距離があっても子らは父母間を行き来する）に触れ、迅速な返還が断然に子の利益に適合するとして返還命令を下した（at 47）。

最高裁は保護措置を中心とした上記検討を高く評価した（at 48）ものの、事実審裁判官がノルウェーの裁判所から既に出された命令ではなく、同国では執行できない父のアンダーテイキングを重視したことを皮肉たっぷりに指摘した。最高裁は、「事実審裁判官は、父に約束を守らせることが父の愛する子らにとっての最善の利益になると考えた」、「事実審裁判官の判断に同意しないことが上級審の役割ではない」と述べ、事実審に一応の支持を示して返還を命じた。保護措置の実効性の点で、E事件の子らの安全には不安が残ることを指摘しておきたい。

以上は「重大な危険」の抗弁が争われている場合の言及であった。これに対し、S事件の父は、母がドメスティック・バイオレンスの被害者であることを争うことなく、複数のアンダーテイキングを提示することに終始している。父は、「重大な危険」の存否ではなく、保護措置の実効性の証明に焦点を当てる試みであったように思われるが、このような場合も、危険の存否を正確に知ることができない可能性があるため、実際には危険があるのに返還されるに至る子の安全を確保する必要がある。S事件の事実審裁判官は、母の深刻な精神状態を考慮すると、父の提示した保護措置により子にとっての「重大な危険」が未然に取り除かれるものではないと述べ、最高裁もこれを支持して返還拒否命令を下した。

以上のように、英国では、裁判官が「重大な危険」が存在するとの確信を得たとしても、その段階で返還を拒否する結論には至らない。同国の法制度で利用可能な父により提示されるアンダーテイキング等の保護措置を実効性を含めて検討し、子の安全な返還を確保できると考えた場合には、危険が軽減され、「重大な危険」は存在しないとの認定を行う<sup>141</sup>。また、子が幼く母が主要な養育親である子連れ里帰り事案では、母子を分離せず共に帰国できるよう母の保護にも配慮をし、

<sup>141</sup> Hutchinson (n 119) 187-188. ハチンソン弁護士によれば、英国において、従来、アンダーテイキング等の保護措置は、返還後、常居所地国で父母間の本案手続が係属するまでの間、返還による影響を和らげるために用いられるとの原則が確立されていた。しかし、H事件判決（Re H (Abduction: Grave Risk) [2003] EWCA Civ 355, [2003] 2 FLR 141）以降、特に欧州域内のハーグ事案においては、ブリュッセル II bis 規則 11 条 4 項を後押しする流れが加速され、常居所地国での保護措置が可能であるかを検討し、その実効的な保護が不可能な場合に限り返還拒否をするという原則が確立されたと指摘している。また、トリミングスは、コモン・ロー諸国においては、条約 13 条 1 項 b 号と同規則 11 条 4 項の適用の結果に大差はないと指摘している（Trimings, Child Abduction within the European Union (Hart, 2013) 137）。

保護措置によって母の安全な返還をも実現するのである。つまり、条約上明文化されていない保護措置を事実認定におけるツールとして用いることによって、個別具体的な子の利益、すなわち、母子の安全な返還を確保するとともに、「重大な危険」に該当する事案に絞り込みをかけ、同条項の制限的「適用」を実現しようとしているのである。

#### 4-5 子を中心としたアプローチ

##### (1) 事実認定・裁量判断における連れ去り親への倫理的評価の排除

英国における13条1項b号の厳格な運用に関し、ドメスティック・バイオレンスの加害者の提示する保護措置によって母子が保護されるものと裁判所が安易に信じてしまうことへの批判がなされている。E事件判決で言及されたケイの論文<sup>142</sup>では、ドメスティック・バイオレンス被害者である母の恐怖を理解せず、実効性のない保護措置に依拠して迅速な返還を貫き通そうとする英国裁判所の姿勢が強く批判されている<sup>143</sup>。そこで引用されたC v C事件判決<sup>144</sup>の中で、スロス(Butler-Sloss)裁判官は、ドメスティック・バイオレンスから逃れるために子連れを連れて帰国したとする母の主張をとりあうことなく、母が子とともに帰ろうとしないこと自体が母の違法行為(wrong-doing)であると評価し、そのような母の母子分離に基づく「重大な危険」の主張<sup>145</sup>が認められることになれば、条約の抜け道を作ってしまう(drive a coach and four through the convention)ことになること述べた。このように、英国裁判所が同条項の判断において、連れ去りの動機などに着目して連れ去り行為自体をマイナスに評価しつつ条約の目的や政策的指針を重視する傾向が、後の裁判所に引き継がれていくこととなった<sup>146</sup>。

これに関して、D事件判決の傍論<sup>147</sup>において、ヘイル裁判官は、条約の政策的

---

<sup>142</sup> Kaye, 'The Hague Convention and the Flight from Domestic Violence: How Women and Children are being returned by Coach and Four' (1999) 13 Int'l J L Pol & Fam 191.

<sup>143</sup> Reunite Internationalの報告では、帰国後、父がアンダーテイキングを守らず、母が金銭的に困難となる現状が語られている。Freeman, 'International Child Abduction, the Effects' (2006) <[www.reunite.org/pages/effects\\_research.asp](http://www.reunite.org/pages/effects_research.asp)> accessed 1 June 2013, 39.その他、同じ点を指摘するものとして、Bruch, 'The Unmet Needs of Domestic Violence Victims and Their Children in Hague Child Abduction Convention Cases' (2004) 38 FLQ 529 参照。

<sup>144</sup> C v C (Abduction: Rights of Custody) [1989] 1 WLR 654, 661.

<sup>145</sup> 子を連れ去った母が常居所地国に戻る意思がなく、母を伴わず子だけが返還された場合、主な養育親から分離された子に精神的な害が及ぶとする主張。

<sup>146</sup> Re S (a Child) (Abduction: Custody Rights) [2002] EWCA Civ 908, [2002] 1 WLR 3355, para 30-37; Lowe, Everall and Micholls (n 119) 332.

<sup>147</sup> Re D (n 125) para 56.

指針が影響し同条項の制限的適用が導かれたことを認めた上で、そのような指針だけでなく、裁判官が連れ去り親の行った行為にどのような倫理的評価（moral evaluation）を行うかといったことも、事実問題である抗弁の証明の成否とは無関係であると述べた。また、ハーグ手続において、倫理的非難（moral condemnation）は不必要かつ余計なもの（unnecessary and superfluous）であるので、裁判所によって連れ去り親の行為の倫理的評価を可能とするような証拠を審理しないことが重要であるとした<sup>148</sup>。そして、ハーグ手続が3条の監護権侵害を要件として開始される以上、連れ去り行為は常に違法（legally wrong）であり、かつ倫理的非難に値する場合があるけれども、ときに連れ去り親が常居所地国でのドメスティック・バイオレンスから逃れて子を連れ帰ったとの事情がある場合には、その非難に値するものとはいえないとした。しかし、ヘイル裁判官は、そのような評価自体が裁判所の役割を超えるものであると述べて、同条項の事実認定における連れ去り親の行為に対する倫理的評価を排除するよう要請したのである。

さらに、ヘイル裁判官は、M事件判決の傍論において<sup>149</sup>、その原審である控訴審が連れ去り親の行為の倫理観を追及する「モラル・コンダクト」アプローチ（‘moral conduct’ approach）を採用したものと指摘し、連れ去り親の倫理観・適性・完全性（morality, propriety or integrity）に関し、裁量判断において（at the discretion stage）<sup>150</sup>焦点をあてることもまた誤りであると批判した。

以上のように、E事件判決以前のD事件・M事件の両貴族院判決において、同条項の抗弁を判断する際、事実認定及び裁量判断の両ステージにおいて、連れ去り親への倫理的評価を排除する方向性が示されてきたことは明らかである。連れ

---

<sup>148</sup> 原文では、そのような証拠を裁判所は「審理してこなかった（has heard none of the evidence）」とされている。しかし、実際には、控訴審においてそのような評価が行われた事案が複数あるため、その内容を含意するために、原文のままの紹介は控えた。

<sup>149</sup> Re M (n 126) 1292.

<sup>150</sup> 13条1項b号の判断は、「重大な危険」の存否に関する事実認定のステージと、その危険があったとして返還を命じるか否かを決する裁量判断のステージに分かれている。「重大な危険があるとの結論に達した裁判官がそのような運命に子を直面させるべく子を返還するなど想定できない」と述べられているように、同条項の裁量判断は理論的にはあり得るが、実際にはあまり問題とされていない（Re D (n 125) 55）。裁量判断の性質は12条2項（新たな環境への適応事案）との関係で大きく議論がなされている。例外と位置づけられたからには、実体法上の子の最善の利益を考慮して返還拒否命令が下されるべきか、または、例外といってもハーグ条約内の例外であるから、条約の政策的指針が重視された上で、子の利益を考慮すべきなのか。この議論はM事件判決での争点となっている。

去り行為自体へのマイナスの評価によって、子にとっての「重大な危険」が純粋に評価されなくなってしまうのである。個別具体的な子の最善の利益を実現するためには、「重大な危険」の判断過程から親への評価を排除する、子を中心としたアプローチへの転換が求められ、ノイリンガー事件判決以前から英国において既に意識されていたものとする。

(2) 「重大な危険」の要証事実の見直し

4-4(2)③の整理でみたように、父による母へのドメスティック・バイオレンスを見聞きするなど父によるドメスティック・バイオレンスの間接的な影響が子にとっての「耐え難い状況」に当たり、「重大な危険」となる場合があることを最高裁は認めている。しかし、それに関連し、E事件判決において、「例えば、母のある出来事に対する主観的認識によって母が精神疾患を引き起こし、それが子に耐えがたい結果をもたらすような場合に、そのような危険があるならば、その危険の生ずる原因は関連性がない(irrelevant)」と父の代理人の言を借りつつ述べられたことが、S事件判決の最大の争点となった。つまり、このような間接的な影響による「重大な危険」が主張された場合、その危険となる事実に加え、その危険の生ずる原因事実までもが証明されるべきかという要証事実の範囲の問題である。

E事件の母は、不遇な環境で育ったことによるもともとの精神的脆弱が大きく影響し、保護措置が講じられることなくノルウェーへの帰国を強制された場合には、適応障害が悪化し、自傷自殺をも考えるほどに危険な状態にあった(at 44)。そこで、母は、同条項の抗弁において、主な養育親である母自身の精神状態が深刻な状況にあるため、現実的で実効的な保護措置が講じられることなく帰国することになれば、自らの精神状態の悪化により育児が滞るなど子らが「耐え難い状況」に置かれる「重大な危険」があると主張したのである(at 46)。

これに関し、最高裁は、事実審裁判官もこのような間接型の危険を認めているとした上で(at 48)、母の精神的不安が〔父からのドメスティック・バイオレンス等の〕客観的現実(objective reality)から生ずるものであれ、その現実を母がどう受け止めたのかという母の主観的認識(subjective perception)から生ずるものであれ、またはその両方から生ずるものであれ、それが極めて現実的な不安であることを疑う理由はないとした。母の精神状態がそこまで損なわれたならば、子が精神的な害に晒される「重大な危険」があることを疑う理由がないからである(at 49)。

このように、E事件判決において、連れ去り前の父母間のドメスティック・バ

イオレンスが原因となる母の精神状態の悪化が返還後の子の育事に影響し、それが子にとっての「重大な危険」となり得ることが正面から認められた。帰国後の母の精神状態の不安定・悪化自体が証明されればよく、母をそのような状態にする原因（父からのドメスティック・バイオレンス等）の証明は不要とされたものと思われる。しかし、S事件控訴審のソープ裁判官は、母の精神的不安の原因が「重大な危険」の証明に関連性を有しないことになれば、母が根拠なく単に感じているだけの不安を取り除くための保護措置を想定することができず、事前に出された保護措置の評価すら関連性がないという結論に繋がり得ることを危惧した<sup>151</sup>。そして、一連の保護措置を前提として、このような悪化した精神状態を現実的かつ合理的に判断することこそ裁判官の責務であると述べ<sup>152</sup>、現実に基づかない母の単なる不安だけが証明されるのでは「重大な危険」の認定に不十分であると反論し、返還を命じた。ソープ裁判官曰く、E事件判決は、ハーグ条約の解釈・適用に関するリステートメント（a restatement）であって、[E事件判決以前に控訴裁判所により蓄積された諸準則の繰り返しにすぎず、]条約の新たな解釈の展開を提示するものではない<sup>153</sup>。父の代理人もこれに賛同し、母が英国に帰国した動機（motivation）や母の父に対する本当の気持ち（true feelings）など、母の精神的不安の客観的な原因追及に必要な事実を考慮することなく同条項の抗弁が証明されたとすることは、大きな誤りがあると述べた。

この点に関し、S事件の最高裁は、控訴審が母の抗弁を現実的な理由のない母の単なる主観的な認識として扱ったことを誤りであるとした。また、E事件判決に関し、同条項の解釈・適用に関するリステートメントにとどまらず、「条約を台無しにする余計なもの（disfiguring excrescence）」を取り除いたことに意義があるとした（at 31）。そして、この議論に関し、以下のように決着を着けた。

「子が母とともに返還された場合に何が起こるかが重要なのである。返還により母が不安に陥り、その不安が母の精神上の健康（mental health）に影響を与えることによって、子にとって耐え難い状況が生ずると裁判所が結論付けた場合には、子は返還されるべきではない。母の不安に理由があるか否かは（reasonable or unreasonable）重要ではない。母が返還により不安になる原因が客観的にどの程度のものであるかは、帰国後の母の精神状態に関する裁判所の評価と関連性を有する（at 34）」。

---

<sup>151</sup> Re S [2011] EWCA Civ 1385, [2012] 1 FCR 172 para 31.

<sup>152</sup> Re S (n 151) para 43.

<sup>153</sup> Re S (n 151) para 34 and 36.

このように、帰国後に予想される母の深刻な精神的不安が主な養育親である母の育児に影響を及ぼし、その結果、子が「耐えがたい状況」に置かれるとの主張が両事件を通して最高裁により認められた。育事が滞るほどの母の深刻な精神状態の証明があれば十分であり、母の連れ去りの動機（父母間のドメスティック・バイオレンス）や母の父への真意などの間接的な事実を関連性を有しない（irrelevant）証明不要なものとして位置づけたのである。D事件・M事件の両貴族院判決で述べられた「モラル・コンダクト」アプローチの排除がE事件・S事件の両最高裁判決によってさらに推し進められ、要証事実のレベルにおいても反映されたものと考えられる。

#### 4-6 若干の検討

ハーグ条約を厳格に遵守しようとするE事件判決以前の英国は、父によるアンダーテイキングの提示や連れ去り親への倫理的批判を返還にむけたプラスの材料と解した上で、子一般の利益の実現を目指した迅速な返還を徹底して行ってきた。締約国間の礼讓（comity）や相互の信頼といった条約上の政策的考慮事項（policy considerations）に加え、近年構築されつつある締約国間のネットワークを重視することによって、子の安全が確保されると安易に確信する傾向にあったことは明らかであろう。ノイリンガー事件判決は、ブリュッセル II bis規則の施行によりますますその傾向を強める欧州諸国に対し、迅速な返還が過度に重視され、「重大な危険」に直面した個別具体的な子の最善の利益が置き去りにされていることを警告し、その保護の再検討を求めた点に最大の意義がある。

同判決を受け、英国には、児童の権利条約3条及び欧州人権条約8条をも満たした13条1項b号の運用が迫られることとなった<sup>154</sup>。同条項における子の最善の利益をどう位置付けるべきなのか。そこで、英国は、ハーグ条約の従来の子の最善の利益を維持すべく、巧妙な理論構成を行った。迅速な返還により実現される「子一般の利益」だけでなく、「重大な危険」に直面し得る「個別具体的な子の利益」をも含めて条約における子の最善の利益を拡張し、後者の実現を目指すことも条約の目的に含まれるとしたのである。こうして、英国は、子の利益の包括的な実現を目指すとしたものの、それを「至高の考慮事項」とする本案の概念とは明確に区別した。「重大な危険」に直面し得る子の利益は、あくまで手続法・国際私法上の概念であって、条約の他の政策的考慮事項に劣後しうる「主な考慮事項」の一つとして位置づけられたのである。子の利益が損なわれてもなお返還義務を履行

<sup>154</sup> 英国において、欧州人権条約は1989年人権法（The Human Rights Act, 1998）により国内法に編入されている。児童の権利条約の実施法は存在しない。

し得る枠組を作りあげること、同条項の制限的運用を従来通り維持しようとしたものと思われる。とはいえ、今後は具体的な調査が求められたことで、手続の迅速性に多少なりとも影響を及ぼすことが予想される<sup>155</sup>。

では、従来の枠組をそのままに、個別具体的な子の最善の利益はどのように実現されるべきなのか。最高裁は、近年問題となっている父母間のドメスティック・バイオレンスが原因となる母の子連れ里帰り事案を念頭におき、保護措置の実効性に焦点をあてることを確認した。父からのアンダーテイキングが単に提示されることによって危険が軽減され「重大な危険」がないとの認定が行われるのでは、返還後の子の安全を確保することができない。そこで、常居所地国における保護措置の実現可能性を具体的に確認することによって、実際の子の安全を確保し、危険性の高い事案であっても、子の返還を可能としたのである。このように、保護措置自体が不十分である事案や保護措置を講じてもなお「重大な危険」が残る事案を実質的に選別し、対象事案を限定することで、個別具体的な子の利益の実現をはかるとともに、同条項の単純な「適用」を目指したのである<sup>156</sup>。

---

<sup>155</sup> S事件の事実審裁判官は、保護措置に関する追加証拠を求めるために手続を中断し、迅速性が損なわれることを躊躇していた。しかし、E事件判決が具体的事情を考慮するアプローチを採ったことから、恣意的で機械的な返還と言われないよう追加の情報を集める必要があったと述べている (Re S (n 151) para 17)。

<sup>156</sup> トリミングスは以下のように分析し、このような事実認定の手順に疑問を呈した。①「重大な危険」の存否の確認が先行された上で保護措置の調査及び検討に入るのか、または、②「重大な危険」の存否を確認することなく保護措置の調査及び検討に入るのか。②の場合、保護措置による危険の軽減効果を検討する目的に絞って「重大な危険」が調査されることになり、①の手順に比べて子の保護が後退するようにも思われる (Trimming (n 141) 145)。S事件判決 29段落では、E事件判決 36段落を受けて事実審裁判官が行った事実認定を以下の4段階にまとめている。(a) 前提として、母の父に対する〔ドメスティック・バイオレンス等の〕主張が真実であることを推定した。(b) その推定に基づき、母の精神状態が不安定であることを考慮して、父により提示された保護措置によって、豪州に帰国した場合に子が耐え難い状況におかれることとなる「重大な危険」が事前に取り除かれるものではないと結論付けた。(c) 口頭による証拠がないことと、審問の迅速性を考慮して、母の主張がその時点において実際に正しいかどうか、最善を尽くして検討した。(d) 父母間の膨大なメールのやりとりを含む書証を注意深く検討した後、父の代理人も認めざるを得なかったように、その時点において母が父による深刻な虐待の被害者であることに関する一応の証明が十分になされている (made out a good prima facie case) と結論付けた。このように、母によるドメスティック・バイオレンス等の主張が推定された上で保護措置の検証が行われていることは、②の手順によることも考えることができる。このように、E事件判決 36段落のアプローチはブリュッセル II bis規則 11条4項に傾倒したものと捉えることが可能であり、今後の実務の動向を注視する必要があるため、今後の課題としたい。

さらに、最高裁は、子を中心とした視点（‘Child-Centric’ view）<sup>157</sup>を用いて同条項の従来の解釈に大きな修正を行った。この試みは、控訴裁判所・貴族院・最高裁判所を経て<sup>158</sup>、ヘイル裁判官によって実現されたものといっても過言ではない。事実認定・裁量判断の両ステージにおいて「モラル・コンダクト」アプローチの排除が要請されたことによって、子を中心とした同条項の運用が再確認されたのである。「重大な危険」の判断において、裁判官による連れ去り親への倫理的非難が含まれて「解釈」されること、また、条約の政策的指針が過度に優先され、個別具体的な子の最善の利益が軽視され得る従来の「解釈」には、違和感を越えた重大な欠陥があるものと言わざるを得ない。最高裁は、「条約を台なしにする余計なもの」の全てを払拭することで、同条項の単純な「適用」にむけた新たなアプローチを提示したものとする。

以上、最高裁は、連れ去り親の像の変化とそれに伴い顕在化した父母間のドメスティック・バイオレンスが原因となる母の子連れ里帰り事案に対応するため、2つのアプローチを用いた軌道修正をおこなった。30年以上も前に建てられた古家の土台を維持したまま、新たな要請にも上手く配慮し得る同条項の巧妙かつ理論的な解釈は、我が国の条約実施法の解釈に大きな示唆を与えるものと思われる。その鍵となっていたのが、保護措置の利用であり、その実効性の確保であった<sup>159</sup>。我が国がコモン・ロー諸国から返還される子を受け入れる日もそう遠いことではない。まずは、直近の課題として、連れ去り国の裁判所が認めた保護措置を我が国において執行できる仕組の検討が必要であろう。

---

<sup>157</sup> Moylan, ‘The Strengths and Weaknesses of the Hague Convention: a ‘Child-Centric’ view from an English Judge’ [2010] IFL 78.

<sup>158</sup> 2005年憲法改革法（Constitutional Reform Act 2005）により、貴族院と枢密院司法委員会の機能の一部が移管され、最高裁判所が設立された。

<sup>159</sup> ブリュッセル II *bis* 規則 11条4項はこの制度を前提とした規定であるため、今後の運用に着目していく必要がある。

## 5 欧州人権裁判所 X 事件大法廷判決による中間的な解決

英国 S 事件最高裁判決から遅れること 1 年 8 か月、小法廷判決（前掲 2-5（1）参照）からおよそ 2 年の月日を経て、大法廷が X 事件判決<sup>160</sup>を下した。ノイリンガー論争の収束を図り、その意義の明確化に努めた大法廷の 2 度目の判断となる。X 事件判決は、非婚の父母の離別後に起こった豪州からラトビアへの母親の子連れ里帰り事案である。連れ去り時、子は 3 歳 5 か月で父親に認知されていない。ノイリンガー事件とは異なり、手続の長期化はなく、帰国後の母親の刑事罰など事案の特殊性はないものの<sup>161</sup>、夫による虐待が妻から主張されている。母子が離れ離れになることで生じる子への悪影響を示す心理鑑定書が本案に関わるとの理由で「重大な危険」の証拠とされなかった点は、正に制限的解釈の典型であり、格好の検討素材といえる。フィンランド、チェコ、英国リユナイトの 3 者がラトビアを支持して手続に参加した<sup>162</sup>。以下、同判決による決着をみていくこととする。

### 5-1 X 事件判決による国内裁判所の義務の明確化

（1） ハーグ条約固有の「子の最善の利益」に配慮する義務

大法廷は、国際的な子の連れ去り事案の解決において、人権条約 8 条に基づき締約国に課される親子統合の義務がハーグ条約と児童の権利条約等に基づき解釈されること（at 93）、また、それらの総合的で調和のとれた適用のためには、8 条に基づき国内裁判所に認められた裁量の範囲内で、連れ去られた子・父・母・公の秩序〔＝条約の目的・基本理念〕という対立する利益間に公正な均衡を図られることが核心であるとした。そして、その判断の際、①子の最善の利益が主な考慮事項であり、②ハーグ条約の連れ去り抑止目的と迅速な返還とが「子の最善の利益」の特定の構想に基づいていることへの配慮が必要であるとした（at 95）。

しかし、この利益衡量において、返還手続における子の最善の利益が本案と同質に、一貫して理解されることは不可能である上（at 100）、返還手続が本案とは区別されるハーグ条約の構造上（16 条、17 条、19 条）、返還拒否事案における「子の最善の利益」は返還拒否事由（12 条、13 条、20 条）に基づき判断されね

<sup>160</sup> X v Latvia (App No27853/09) ECHR (GC) 26 Nov 2013, <<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-138992>> accessed 30 Sep 2014.

<sup>161</sup> 返還命令後、母親は返還命令に従わず、偶然にも店先で母子と出くわした父親がその場で子を連れ帰ろうとエストニア経由で豪州に移動した件で父が起訴された事情は、執行の観点から問題となる。

<sup>162</sup> 家族全体の状況に関する「踏み込んだ調査」はハーグ条約の枠組みと矛盾するため、調査の範囲を制限することが求められた。

ばならないとした (at 101)。

また、人権裁判所による監督が国内裁判所の採った手続に関する審査に限られる以上、①返還命令に至る判断過程が公正で、当事者に自らの主張を表明する機会を完全に与えるものであったか、②子の最善の利益が守られているかの2点に着目した審査が行われる (at 102) ことに、国内裁判所は留意する必要がある。

(2) 「踏み込んだ調査」に代わる「効果的な調査」義務

大法廷は、ノイリンガー以降の一連の小法廷判決によって、「踏み込んだ調査」が義務として捉えられていたことを認めつつも、改めて、このような調査が国内裁判所の義務となることを否定した (at 105)。

その上で、人権条約とハーグ条約の調和的適用のためには、第1に、国内裁判所が返還拒否事由を誠実に考慮し、その判断に至った理由を十分に述べる必要があるとした。理由が明確であれば、国内裁判所が返還拒否事由を効果的に調査した (effectively examined) か否かの検証が人権裁判所により可能となるからである。そして、第2に、これらの返還拒否事由が8条の「家族生活の尊重」という視点で判断されることが求められた (at 106)。

大法廷は、以上を8条に基づく一定の手続上の義務 (particular procedural obligation) であるとした。国内裁判所は「重大な危険」を検討するだけでは足りず、その判断に至る具体的な理由を事案ごとに提示する義務を負う。なぜなら、国内裁判所が返還の抗弁を考慮せず、あるいは、[検討したとしても]十分な理由を示すことなくその抗弁を退けてしまうことは、8条にもハーグ条約の目的にも反する結果となるからである。国内裁判所に求められるべきことは、抗弁が当然に検討された上で、自動的でも型にはまることもない、厳格解釈が原則のハーグ条約の例外であることを示すに足る詳細な理由付けがなされることなのである (at 107)。

(3) 予防措置・保護措置の確認義務

最後に、大法廷は、常居所地国において適切な予防措置 (safeguards) が講じられていることに加え、既に想定される返還後の危険を軽減するための具体的な保護措置 (protection measures) の内容を確認、子の安全を確保する義務があると述べた (at 108)。

## 5-2 「効果的な調査」の具体的内容

以上のように、大法廷は「踏み込んだ調査」に代わり、新たに手続上の義務として「効果的な調査」を国内裁判所の義務とした。ここで、ラトビア裁判所の返還命令に至る理由付けに対し、大法廷が実際にどのような評価を与えたかが注目

される。

大法廷は、ラトビアの第1審裁判所が父の前科等の刑事上の記録について豪州に情報提供を求めることのないまま、子に対する精神的危険の証明がないことを理由に抗弁を退けた点を指摘した(at 111)。また、母親による控訴の際、「母子を直近のタイミングで引き離すことは子の精神的トラウマの点から避けられるべき」との心理鑑定書が提出されたにもかかわらず(at 112)、控訴裁判所がこの鑑定書を監護権の本案に関わるものと捉え、13条1項b号の判断に不要な証拠として検討を拒否した経緯が語られた(at 113)。

大法廷は、この心理鑑定書の子の最善の利益に直結する証拠であると認め、モームソー事件判決の仏国裁判所の採るアプローチを反対の意図を示す引用として挙げた(at 114)。「重大な危険」について、返還により必然的に生じる不都合の全てが含まれるわけではなく、端的に、子が合理的に耐えられることを越えた状況であるとした上で、この心理鑑定書の提出によって、母親により「重大な危険」の証明の義務が果たされたものとした(at 116)。「重大な危険」の可能性を示す専門家証拠の検討を怠ることは8条違反であること、その結論は、心理鑑定書が対審による証拠調べに馴染まない性質であるとはいえ変わることはなく、特に、控訴裁判所にとって、両当事者に反対尋問のための証拠提出を求めることも、別の専門家鑑定を職権で依頼することも可能であったことを考慮すると、同裁判所が心理鑑定書の効果的な調査を行う義務を免れることはできないとした(at 117)。

また、ラトビア裁判所に対し、母親によって提出された夫の刑事罰に関する資料や夫から受けた虐待に関する証言(at 116)に加え、母親が子に伴い豪州に帰国できるかどうか、母子の交流が維持される可能性についても、更なる調査を求めた。大法廷は、本件のこれらの事情の検討が8条とその内容を同じくするハーグ条約20条の「人権及び基本的自由の保護に関する基本原則」からの要請であると述べ、控訴裁判所がこれらの検討を免れることはできないとした(at 117)。

最後に、ハーグ条約に時間的制約が明記され、司法当局に迅速な対応が求められているとしても、当事者が13条1項b号を始めとする返還拒否事由について主張した内容に関し、国内裁判所がその効果的な調査義務を免れることはできないとする結論に変わりはないとして(at 118)、8条に違反するとした(9対8<sup>163</sup>)

---

163 裁判官17人中2人がノイリンガー事件判決を担当した。ブラッツァ(Bratza)裁判官(英国)はノイリンガーでは多数意見、Xでは反対意見に転じている。カレイジーバ(Kalaydjieva)裁判官(ブルガリア)は両判決を通して多数意見である。反対意見は「踏み込んだ調査」に代わり、手続上の義務として「効果的な調

(at 120)。

### 5-3 若干の検討

X事件判決は、返還手続には条約の連れ去り抑止目的と迅速な返還とが結びついたハーグ条約固有の「子の最善の利益」が考慮されるべきであり、そのためには本案を想起させる「踏み込んだ調査」ではなく「効果的な調査」が義務とされるべきであるとして、一見、ノイリンガーではなくモームソーを支持し、実務の方向転換を否定したかのように思われる。しかし、「効果的な調査」の具体的内容として制限的解釈による典型的な理由付けが批判され、従来であれば本案と重なり得ることから排除されてきた証拠調べや事実の調査が求められたことによって、13条1項b号の解釈を若干緩和し<sup>164</sup>、子の利益の実現に向けた積極的な検討姿勢を求める大法廷の真の意図が明確にされたものと思われる。「踏み込んだ(in-depth)」という言葉のニュアンスは、確かに、本案類似の調査を想起させるものであったのかもしれない<sup>165</sup>。X事件判決は、手続上の義務としての「効果的な調査」と表現し直すことで、返還手続に本案的要素が混在することを理論上回避しつつ、しかし、実際には、同条項の検討にはそれが不可避であることを認めて、ノイリンガーの意図の巧妙な実現を図ったものと解釈できる。

また、X事件判決において、子を中心としたアプローチが採用されたことは重要である。返還命令により幼児が養育親である母親から引き離されることにより生じる子への心理的影響をどう評価するかは、同条項の重要な検討課題の一つであった。X事件判決は、連れ去った母親への制裁的視点を重視した従来 of 証拠の評価方法に疑問を呈し、この現実を子にとっての耐え難い状況として純粹に評価し直すよう、国内裁判所に求めたものと思われる。

さらに、大法廷が、返還手続における後見的発動を国内裁判所に要請した点にも留意する必要がある。返還により母子の分離が決定的なものとなるかどうかの

---

「調査」が求められた点は支持するものの、心理鑑定書の評価方法、証拠調べや事実の調査が追加的に求められている点に疑問を呈し、ラトビア裁判所の調査は手続的要件を満たし8条に適合するものとした。

<sup>164</sup> 同条項の解釈につき、モームソーを制限型、ノイリンガーを緩和型とするならば、Xはその中間型と位置付けることができよう。棚村政行教授は、前者を保全型、後者を本案型とし、返還手続はその中間に位置するものであると述べた(2013年8月30日開催の第8回日韓法学会・韓日法学会共同シンポジウムにおける発言)。

<sup>165</sup> 人権裁判所が国内裁判所の「踏み込んだ調査」義務の履行を検証することとなれば、国内裁判所の実質的な判断に立ち入った検討が必要となる場合がある。この点で、人権裁判所の監督権限の範囲の問題とも関わっているため、表現の変更が必要とされたものと考えられる。

職権による調査が求められた点、また、返還を拒否する母親に証明責任があるにもかかわらず、夫の豪州での刑事罰の記録について裁判所に更なる調査が求められた点は、返還手続における訴訟指揮の在り方に一定の示唆を与えるものと思われる。この点に関し、従来、返還後の予防措置・保護措置（アンダーテイキングも含む）は、「重大な危険」を軽減し、返還命令を出しやすくするための手段として、子の利益の実現にとっては、むしろ消極的な評価が行われてきた面もある。しかし、同判決によりその確認が義務化されたことで、国内裁判所の後見的発動の一部であり、子の利益の実現に向けた積極的な試みとして改めて評価できるものとなったように思われる。

こうして、様々な事情を抱える母親の子連れ里帰り事案は、人権裁判所の8条適合性審査を通じて「家族生活」の問題として捉えられ、児童の権利条約が併せて考慮されることによって、新たな局面を迎えたものといえよう。返還手続における子の最善の利益がこの二つの大法廷判決を通じて高められたことで、返還手続には、迅速性の要請が後退することををも許容する、実務の大転換が求められたと受け止めることができるのではないか。従来、手付かずであったハーグ条約20条の解釈に関わる議論であるため、今後の検討課題としていきたい。

X事件判決により、従来の制限的解釈における実務に一定の修正が加えられたことは明らかである。しかし、この結論には8人の反対意見があることに留意する必要がある。返還手続と本案との峻別が求められるハーグ条約の構造上、今後とも、証拠の評価につき、意見の対立が続くものと思われる。また、訴訟指揮との関係で、国内裁判所の後見的関与の程度も議論の的となろう。ノイリンガー事件判決以降の一連の騒動は、X事件判決により一応の決着をみたとはまだまだいえない状況にあるのかもしれない。

次章では、これまでの議論とは視点を変える。従来の国内返還手続における判断基準に焦点を当てハーグ手続との比較を行うことで、条約における子の最善の利益を別の観点から検討して行くこととする。

## 6 ハーグ子の奪取条約が英国の国内手続に与えた影響

### 6-1 英国の国内返還手続とJ事件判決

英国では、1985年子の奪取及び監護法（Child Abduction and Custody Act 1985、以下、単に「条約実施法」というが、本章においてのみ英国のものを指す。）により、ハーグ条約とこれに関連する欧州条約<sup>166</sup>を国内法化した。現在では、条約実施法に基づく手続（以下、「ハーグ手続」という。）と欧州域内の連れ去り事案を対象とするブリュッセルII bis規則に基づく手続のほか、(i) 高等法院の固有の管轄権（inherent jurisdiction）の下での後見手続<sup>167</sup>、(ii) 1989年児童法8条に基づく特定事項命令（specific issue order）又は居所命令（residence order）を求める手続により子の返還を求めることができる。(i)の利用頻度が高く、また、(i)において子が裁判所の被後見人として保護されることを除き、(i)と(ii)（以下、合わせて「国内手続」又は「従来の国内手続」という。）は同様の判断が行われる。非締約国からの子の連れ去りや条約の返還要件を満たさない子の連れ去り（以下、合わせて「非ハーグ事案」という。）がこれらの手続の対象となる<sup>168</sup>。

英国では、条約実施法の施行以来、子の福祉の至高性原則が適用されるべき非ハーグ事案の解決に条約の理念や判断方法を持ち込もうとするアプローチ（以下、「条約アプローチ」という。）が展開されてきた。しかし、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と、個別具体的な子の利益の実現が後退し、子の福祉の至高性原則を貫くことが難しくなる。言い換えると、非ハーグ事案においても、一般的な子の利益の実現が目指されることとなる。非ハーグ事案解決の理念、そこで実現されるべき子の最善の利益に関し、特に非締約国であるイスラム諸国との関係で、控訴審を二分する議論が続けられてきた。

---

<sup>166</sup> 子の監護に関する決定の承認・執行及び子の監護の回復に関する1980年5月20日の欧州条約（European Convention on Recognition and Enforcement of Decisions concerning Custody of Children and Restoration of Custody of Children）。

<sup>167</sup> 国王のパレンス・パトリエ（*parens patriae*、国親）に由来する子の保護に関する特権的な管轄権。高等法院のみが行使できる。子の再度の連れ去りを防止するため、子を裁判所の被後見人（*ward of court*）とした上で返還が請求される（*The Family Procedure Rules 2010, Chapter 5. Practice Direction 12F, Part 3*）。

<sup>168</sup> 非ハーグ事案を扱う国内手続に関し、Hodson, *The International Family Law Practice* (2nd edn, Jordan 2012) 446-449、J事件貴族院判決以前の福祉手続の変遷につき、Lowe, Everall and Nicholls (n 119) 430-456などを参照。管轄権は1986年家族法（*Family Law Act 1986*）2-3条に基づき認められる。

この議論に決着を着けたのが、貴族院のJ事件判決<sup>169</sup>（2005年6月16日、ヘイル裁判官）である。本件の事実は以下の通りである。母（英国・サウジアラビア国籍）は、イラク・クルド族の両親の下に生まれ、難民としてイングランド（以下、「英国」という。）に入国し、6歳時、サウジアラビアに転居した。母の父は同国で医師をしているが、母の母は老後の住まいとして用意した英国の家に既に居住している。母は16歳時、学士号取得のために英国に帰国した。26歳時、仕事でサウジアラビアに帰国し、父（サウジアラビア国籍）と出会い、イスラム（シャリア）法に基づき同国にて婚姻した。子（米国・英国・サウジアラビア国籍）を米国にて出産後、サウジアラビアに帰国し、同国で婚姻生活を送った。29歳時、夫婦間に不和が生じ、離婚と父の同意なく子を国外に連れ出さない合意をした。翌年、父母はイスラム法に基づき再婚した。父の同意を得て母子は夏季休暇を使って英国に帰国したが、修士号取得のため母は滞在延長を希望し、父もこれに同意した。秋に父が英国を訪問した際、夫婦間に再度の不和が生じた。母は学位取得後もサウジアラビアに帰国せず英国に留まる決意をした。翌年、母は英国裁判所及びイスラムカウンシルで離婚手続を開始した。父は、監護者を母とし母子の帰国を主張し、1989年児童法8条の特定事項命令に基づきサウジアラビアへの子の迅速返還を請求したのに対し、母は、同条の居所命令に基づき子と英国に留まると主張した。事実審は、子との面会交流を条件に母子が英国に留まることを父が容認したとして返還拒否を命じた。父が控訴し、控訴審は返還を命じた。母が上告し、最高裁は返還拒否を命じた。

同判決は、文化や宗教の異なるイスラム教国への返還事案である。条約が従来の国内手続に与えた影響も含め、同判決が確立した国内手続における判断基準を明らかにすることによって、ハーグ条約の性質、ハーグ手続の位置付けを比較検討するための素材としたい。

## 6-2 子の福祉の至高性原則の実現—歴史的経緯—

### (1) 外国裁判所の監護権等の判断に関する再審査

国際的な子の連れ去りは、時に外国裁判所の監護に関する命令の効果を避けるために行われることがある。連れ去り先の英国裁判所がその命令の内容をどの程度考慮すべきか、子の福祉の至高性原則との関連で問題となった。

19世紀の後見手続においては、子の国籍に着目した判断が行われていた。子が

---

<sup>169</sup> Re J (n 5). 同判決に関し、Lowe and Douglas, *Bromley's Family Law* (10th edn, Oxford 2007) 620-627, McClean and Abou-Nigm, *Morris The Conflict of Laws* (8th edn, Thomson 2012) 305-308などを参照。

外国人である場合には、英国裁判所は既に下された外国裁判所の命令を尊重し、その法的拘束力を認める傾向にあった。ところが、20世紀に入り、1925年児童後見法（Guardianship of Infants Act 1925）1条によって「児童の福祉を第一かつ至高の考慮事項（the first and paramount consideration）」とする義務が法定されて以降、英国裁判所は、外国裁判所の命令が既に下されているにもかかわらず、子の福祉の至高性原則<sup>170</sup>が例外なく適用されると述べ、子の監護に関する判断を自ら行うようになった<sup>171</sup>。McKee v McKee 事件判決の枢密院司法委員会も、子の福祉の至高性原則の下、事実審裁判官は、外国裁判所の命令とは別に自由な判断を行うことができると述べた。外国裁判所の命令は、状況に応じて適切に考慮される（proper weight）ものにすぎず、「礼譲の求めるものは、外国判決の執行ではなく、熟慮である」とされた<sup>172</sup>。J v C 事件判決<sup>173</sup>の貴族院もこれを承認し、以降、①管轄権がある外国裁判所の命令があっても英国裁判所に管轄権が認められ、②英国裁判官には、その再審査となろうとも、子の監護に関する本案の調査を行う裁量権が認められることとなった。

#### （2） 子の最善の利益のための迅速返還

1960年代に入ると、外国裁判所の命令に違反した連れ去りは「誘拐（kidnapping）」と呼ばれるようになり、裁判官は、次第に、連れ去った親の身勝手な行為を非難するようになった。本案の調査にかかる時間で子が英国に順応してしまったのでは、返還拒否を望む非難されるべき親を有利な立場に置くことになる。H 事件判決では、子の利益とは別に、礼譲や便宜管轄といった政策的要素、連れ去られた親への配慮を重視することで、裁判官の本案の調査を行う裁量権を否定し、迅速返還を命じた<sup>174</sup>。その後、「誘拐」という言葉は他方の親の同意のない一方的な連れ去りにも用いられるようになり、「本案の調査を行わない＝迅速な」返還命令（peremptory return order）が広く下されるようになった<sup>175</sup>。

しかし、このアプローチは、迅速返還が子の利益に反するとの証明があった場合にのみ返還を拒否できるため、言い換えれば、裁判官が返還命令によって子が

---

<sup>170</sup> 子の福祉の至高性原則は1925年法により初めて規定され、1971年未成年後見法（Guardianship of Minors Act 1971）1条に統合され、1989年児童法（Children Act 1989）1条において再規定された。文言に多少の変更が加えられた。

<sup>171</sup> B's Settlement, B v B [1940] Ch 54.

<sup>172</sup> McKee v McKee [1951] AC 352, at 19 and 22.

<sup>173</sup> J v C [1970] AC 668.

<sup>174</sup> Re H [1966] 1 WLR 381, 393.

<sup>175</sup> Lowe (n 168) 436, at 20.18.

害されることがないとの確信を持つ程度を超えて子の利益が考慮されることはない<sup>176</sup>。L 事件判決のバックリー裁判官は、連れ去られたことの悪影響をできる限り迅速に除去することが子の最善の利益であるため、本案に関する完全な調査（full investigation of the merits）に時間を費やすことなく、母国の裁判所にその調査を委ねるべき場合もあると述べ、そのような調査を省略した迅速返還命令が許容されるものとした<sup>177</sup>。本件貴族院は、同判決を支持し、貴族院として初めてこれを承認した（at 26）。

そして、貴族院は、連れ去られた子の具体的な利益のためにこそ迅速返還が命じられるべきであると述べ、誘拐者への非難や礼譲といった抽象的な観点を考慮することを禁じた。一方的な連れ去りは人の感情を逆撫でする行為であるけれども、そうであればこそ、子の最善の利益を「迅速に、現実的に、冷静に判断する（swift, realistic and un sentimental assessment）」ことが重要なのである（at 27）<sup>178</sup>。貴族院は、迅速返還が不法な連れ去りに対する機械的な反応（automatic reaction）としてではなく、連れ去られた子自身〔＝個別具体的な子〕の最善の利益となるからこそ命じられるものであると述べた（at 28）。

### （3） 条約実施法の類推適用の否定

1990年代に入ると、条約実施法の施行（1986年8月1日）に伴い、条約の判断基準を採用して常居所地国への迅速返還を命じる判決が現れた。また、1989年児童法の施行（1991年10月14日）により、子の福祉の至高性原則が再確認された時期でもある。

F 事件判決の控訴審では、返還先のイスラエル裁判所が子の将来の問題を英国裁判所と全く異なるアプローチに基づき判断することを示す証拠がないため、常居所地国への返還を原則とする通常ルール（normal rule）が適用されることとした。英国で許容される原則を外国裁判所が採用するかどうかは（後述3（5）参照）、条約の返還拒否事由や虐待・差別の危険など、条約実施法を類推して判断するというのである<sup>179</sup>。

しかし、P 事件判決の控訴審は、条約13条1項b号を類推適用した事実審に関し、「条約の精神は子の福祉の総合的な考慮において捉えられるべきである」と述べ、子の福祉を唯一の考慮事項とする先例の立場との矛盾を批判した<sup>180</sup>。この

<sup>176</sup> Lowe (n 168) 437, at 20.20.

<sup>177</sup> Re L [1974] 1 WLR 250, 264.

<sup>178</sup> Re R (1981) 2 FLR 416, 425.

<sup>179</sup> Re F [1991] Fam 25, 31.

<sup>180</sup> Re P [1997] Fam 45, 54 and 56.

判決以降、条約の文字どおりの適用は見られなくなった<sup>181</sup>。

ここで、貴族院は、子の福祉の至高性原則を定める1989年児童法1条が、従来の国内手続も含め、一般的に適用されることを確認した。一般的な子の利益の実現のために個別具体的な子の利益が損われることを認める条約実施法は、同原則適用の制定法上認められた例外であって、条約の諸原則を非ハーグ事案の解決に持ち込む理由はない。このように、貴族院は、P事件判決を支持して、非ハーグ事案への条約実施法の類推適用を否定した（at 18, 20 and 22）。

以上、非ハーグ事案を扱う国内手続において、①子の福祉の至高性原則が適用されること、②裁判所は個別具体的な子の福祉の実現に向けて行動すること、③条約の専門的な規定や概念を非ハーグ事案に類推適用しないこと、④子の最善の利益を「迅速に、現実的に、冷静に」判断すべきことが貴族院により原則化された。

### 6-3 国内手続における判断基準

したがって、英国裁判官は、当該手続に関わる子の利益のために限定的な調査のみを行い迅速返還を命ずるか、本案に関する完全な調査を行った上で各種命令（返還命令を含む。）をするかの選択に迫られることになる。子の将来の問題が、子の母国と英国のいずれの裁判所で判断されるべきなのか。貴族院は、控訴審における議論の対立に決着を着け、以下の判断基準を定立した。

#### (1) 条約の政策的考慮事項の排除

非締約国〔特にイスラム諸国〕が条約を締結することへの動機づけ、そうなることへの期待は、条約の政策的考慮事項であるため、本件手続の子の福祉と関連性がない（at 29）。

#### (2) 「常居所地国への迅速返還が子の最善の利益になる」との推定の 不採用

この推定は、P事件判決により条約実施法の類推適用が否定された後も、引き続き用いられていた。本件でも、父の代理人により、非ハーグ事案においても子の母国への迅速返還が子の最善の利益となる確率が高いため、条約同様の推定が用いられるべきであると主張された。

しかし、この推定は、条約実施法の類推適用と異なるものではなく、統一的な解釈が難しい「常居所地国」などの技術的な概念を非ハーグ事案の解決に持ち込むこととなる。典型的な「誘拐」事案が少ない非ハーグ事案において、そのよう

---

<sup>181</sup> Lowe, Overall and Nicholls (n 119) 445, at 20.41.

な推定を置くことは、裁判官にとって便利であるかもしれないが、かえって複雑かつ広範な事情を考慮するための妨げにもなり得る。このため、条約同様の推定は排除されることとなった (at 31-32)。

(3) 子の最密接関係国

子の母国と連れ去り先の国のいずれが子とより緊密な関係 (closer connection) があるかを常識的に検討する。子の国籍、子が生まれてから過ごした場所、第一言語、人種や民族性、宗教、文化、今まで受けた教育等の全ての要素を考慮しながら、条約の「常居所地国」の認定とは異なる方法で、子の本拠となる国 (home country) を判断する (at 33)。

(4) 時の経過による子の定着度

子がそれぞれの国で過ごした時間の長さを考慮する。当初、不慣れな環境に連れて来られたことに不満だった子も、ある程度の時の経過によって連れ去り先の国に順応し、定着している場合がある。このような場合、英国裁判所が本案の判断をする間、もうしばらく英国に留まることを認めて返還拒否命令を出す方が、返還命令を出すより、かえって子への影響が少なく済む場合もある (at 34)。

(5) 返還先の外国裁判所の採る法制度・法原則

英国と深いつながりがあり、英国に順応した子を英国と全く異なる法制度・法原則を持つ国へ返還してもよいか、特にイスラム諸国への返還事案において議論となった。条約の類推適用を行う裁判官は、この点を問題としながらも<sup>182</sup>、家族とその国との密接な関係を重視したり、必要な証拠の検討を怠ったまま返還先での審理が公正であるとの推定を行うことによって、法制度の違いを無視する判断を行っていた。英国では、外国法は英国法と同等であるとの推定が働くため、実務上、返還を拒否する側が子にとって有害となる両国の法制度の違いを証明しなければならない<sup>183</sup>。上告審では、以下の2つの控訴審判決が焦点となった。

JA 事件判決では、イスラム法に基づく強大な父権の下、アラブ首長国連邦の裁判所に父の意に反して母子を英国に転居させる決定権がない点で、同国の制限的な子の福祉原則が問題となった。英国裁判所の返還命令により、母子は同国に閉じ込められ (locked-in、以下、返還先の国の法制度の下で自由に国外に転居できなくなる状態を「ロック・イン」という。)、2度と英国に戻れなくなってしまう可能性がある。ワード裁判官は、外国の法制度が英国のものとおよそ同等である

---

<sup>182</sup> Re F (n 179) 31-32.

<sup>183</sup> Cheshire, North and Fawcett, *Private International Law* (14th edn, Oxford 2008) 111.

ことを求めた。子の福祉テストが返還先の外国裁判所で適用される確証がないのに子を返還することは子の利益に反するとして、返還拒否を命じた<sup>184</sup>。

これに対して、オスマン事件判決のソープ裁判官は、各国の家族に関する法制度や子の最善の利益に関する諸原則が一致することの重要性に触れつつ、条約と同様、非ハーグ事案においても、虐待、民族・性別その他の事由による差別といった例外的な状況を除き、法制度や子の福祉の至高性原則の違いが重視されるべきではないと述べた<sup>185</sup>。この見解は、他国（スーダン）の法制度批判につながることを恐れ、①子の母国の法は英国の法と同等であり、②母国が本案の判断のための適切な管轄地であるため、母国へ迅速返還することが子の最善の利益になるとの条約同様の推定を重ねることで、迅速返還を導いた。

貴族院は、二国間の法制度の違いは関連性を有し考慮せざるを得ない問題であるとはいえ、その重要性は事案により異なると述べた。世界は様々な価値観があり、ある文化が他の文化より好まれることはない中で、英国裁判所の管轄内にいる全ての子の将来が、英国で現在通用する子の福祉と完全に調和する観念に基づき判断されねばならないとするのは誤りである（at 37）。貴族院は、子の最善についてのあらゆる推定を排除した上で、1989年児童法1条3項のチェックリスト<sup>186</sup>に基づく比較衡量により、子の文化が考慮されるべきであると述べ（at 38）、以下の例を挙げた。

例えば、子がどちらの国に住むべきかが真の争点である事案では、返還先の国に外国への転居を審理する手続が存在しないこと、あるいは、手続が存在したとしても、イスラム法に基づき母子がロック・インされる可能性があるといった事情は、英国裁判所に管轄権を認める決定的な要素となる。これに対し、連れ去った親が転居を求める理由を十分に主張できなかった場合には、その事情はそこまで重視されないこともある。家族全員とその外国との関係が非常に深い場合には、法制度の違い自体が問題とならないこともある（at 39）。

また、子の主な養育者に関する価値観が英国とは異なるものであっても、その違いが決定的な要素となるとは限らない。例えば、主に子守や保育園で養育されたサウジアラビアのイスラム教徒の少年が、同国で父や女性の親戚と暮らすより、多文化のロンドンで母や祖父母と暮らす方が幸せであるとは一概には言えない。

<sup>184</sup> Re JA [1998] 2 FCR 159, 174, [1997] 27 Fam Law 718.

<sup>185</sup> Osman v Elasha [2000] Fam 62, 72.

<sup>186</sup> 子の希望や感情、身体上・情緒上・教育上のニーズ、環境の変化による影響、年齢・性別・生育環境・特徴、既に受けた・受ける可能性のある害、親や周囲の大人が子のニーズを満たすことができるか。

貴族院は、多文化を包摂し得る英国の子の福祉概念の下で、法制度の違いを乗り越え、子と両親との実質的な関係を築くことを重視した判断が行われるべきであるとして (at 41)、JA 事件判決のワード裁判官の見解を支持した (at 46)。

(6) 主な養育親が帰国を拒否する場合の子への影響

返還命令の主な養育親への影響は関連性を有する (at 42)。主な養育親であり、自ら子を連れ去った母が子とともに帰国することを拒否する場合、①母を帰国させることが合理的な結論といえるのか、②母が帰国を拒否した真相、③母が子とともに帰国しない場合の子への影響について検討すべき場合がある (at 40)<sup>187</sup>。

#### 6-4 若干の検討

英国の判例法上、本案の判断を行わない迅速返還命令が条約実施法の施行以前から認められていたことは注目に値する。本案の調査に掛かる時間によって子が新たな環境になじみ、連れ去った親に有利な結果を導きやすくしてしまうならば、その調査を先方の裁判所に委ねることによって、迅速な返還の実現を優先しようとしたのである。本案の管轄地の決定に焦点を当て、迅速返還すべき事案とそうでない事案を選別する段階的な判断は、「迅速性」を確保しつつ、個別具体的な子の利益を実現するための合理的な仕組みであるといえよう。国際的な子の連れ去り事案は、条約・制定法・判例法にわたる幅広い知識に加え、国際家族法特有の知見が求められる複雑な分野である。英国では、非ハーグ事案を扱う国内手続も高等法院に管轄権を集中させ専門性を高めることで、ハーグ条約と同様の原則 6 週間ルールを採用し、迅速性の追求に努めている<sup>188</sup>。

しかし、裁判官の連れ去った親に対する倫理的非難が発端となり生まれた迅速返還命令は、条約の理念に同調し、条約類似の構造を国内手続に持ち込むきっかけを作ることとなった。家族法の国際化の流れの中で、礼譲や相互の信頼といった国際協調が重視された結果、子の福祉を唯一の考慮事項とする至高性原則に一定の制限がかけられてしまったのである。

本判決の最大の意義は、条約の影響により失われた子の福祉原則の至高性を貴族院の手で取り戻したことにある。条約実施法を至高性原則適用の例外と位置づけることによって、ハーグ事案と非ハーグ事案の明確な峻別を図り、条約の諸原則を国内手続の解決に持ち込むことを禁じたのである。

<sup>187</sup> JA 事件判決の母は、アラブ首長国連邦にロック・インされることに怯え、適応障害を起し、鬱になる可能性がある中、精神的健康を害した状態での育児が子に悪影響を及ぼすと主張し、返還拒否が認められた。

<sup>188</sup> The Family Procedure Rules 2010, Chapter 5. Practice Direction 12F, Part 3, 3.5.

国際離婚により生じる子や家族の複雑で繊細な事情を「現実的」に考慮するために、子の最善の利益に関するあらゆる推定を排除したことの意味は大きい。特に、常居所地国への迅速返還が子の最善の利益になるとの推定が排除されたことによって、連れ去った親に返還拒否事由の立証責任があるのではなく、連れ去られた親に返還が子の最善の利益になるとの証明が求められたことに留意する必要がある。

また、他国との法制度の違いに関連性を認めることで、返還される子に実際に何が起こるのかを「現実的」に捉えることが可能となった。しかし、他国の法制度の検討を許すことは、他国批判を助長する面もある。ソープ裁判官によれば、イスラムの子の将来はイスラムの法域で決せられるべきであって、他国の法制度と自国の法制度を比較し、イスラムの子にキリスト教国の価値観を押し付けることは「礼譲に対する脅威」となる<sup>189</sup>27)。貴族院は、文化を始め多様な要素を考慮し得る英国の柔軟な子の福祉概念に基づきこれらの解決が可能であるとして、この難問に対応しようとしたものと思われる。単なる他国の文化批判とならぬよう、1989年児童法1条3項のチェックリストに基づく客観的で「冷静」な判断が求められたといえよう<sup>190</sup>。

さらに、貴族院は、連れ去った親に対する裁判官の倫理的評価（モラル・コンダクト・アプローチ）を排除することによって、子を中心とした「冷静」な判断を確立しようとしたものと思われる。

以上、貴族院は、子の福祉の至高性原則を徹底する方法を模索することによって、国内手続への条約アプローチを否定して、ハーグ手続と国内手続との明確な峻別を図ったものと思われる。これによって、ハーグ手続は、要件の検討に特化した迅速返還を導く原状回復・保全型の手続として、これに対し、国内手続は、

---

<sup>189</sup> Osman v Elasha (n 185) 72.

<sup>190</sup> 英国はイスラム諸国との連れ去り事案の解決に向けてパキスタンと二国間協定（The UK-Pakistan Judicial Protocol on Children Matters 2003）を結び、エジプトとは諸原則の合意を行った（2004年）ほか、マルタ・プロセス（Malta Process）に参加し、主導的役割を果たしている。マルタ・プロセスとは、非締約国であるシャリア法域と締約国の間で生じる子の連れ去り事案のよりよい解決を求めて、関係国の裁判官・政府関係者間で行われる対話の総称である。2004年に始まり、その内容は宣言（declaration）として公表されるが、法的拘束力はない。ソープ裁判官は、2005年に国際家族裁判官長（Head of International Family Justice for England and Wales）に任命され、非締約国との問題の解決に向けてリエゾン裁判官としても尽力した。これらの詳細は、Freeman, ‘When the 1980 Hague Child Abduction Convention Does Not Apply: The UK-Pakistan Protocol’ [2009] IFL 181などを参照。

段階的な判断の採用によって、保全的機能を持ち合わせながらも、子や家族に関する様々な要素を自由に考慮し得る後見的な本案型の手続として位置づけられたものとする。

## 7 我が国の条約実施法と返還アプローチ

### 7-1 条約実施法の成立に至る経緯と 28 条 1 項 4 号

ハーグ子の奪取条約は、ハーグ国際私法会議の作成した条約の中で最も成功した条約であると言われている。2014年5月時点で、条約には92か国が加盟しており、我が国がG8諸国における最後の加盟国となった。

近時、我が国において条約加盟を求める外圧が高まったのは、ハーグ条約の締約国である欧米諸国から我が国へ子が連れ去られたにもかかわらず、子が返還されないだけでなく、面会交流すらできない現状に批判が集まったためである<sup>191</sup>。こうした動きを受けて、我が国においても、2011年5月、条約の締結に向けた準備を進めることが閣議了解され、政府内において実施法案の立案に向けた検討が開始された。中央当局の権限等に関する部分は外務省が、子の返還手続に関する部分は法務省が立案を担当することとされ、法務省では法制審議会ハーグ条約（子の返還手続関係）部会（部会長：高橋宏志中央大学大学院教授）において、外務省では「ハーグ条約の中央当局の在り方に関する懇談会」（座長：小早川光郎成蹊大学法科大学院教授）において、それぞれ調査審議が行われた。

上記議論の結果を踏まえ、法務省及び外務省において法律案を作成し、2012年3月9日の閣議決定を経て第180回国会に提出したが、衆議院の解散に伴い廃案となった。このため、2013年3月15日の閣議決定を経て、第183回国会に再度法律案が提出された。同年5月9日に衆議院本会議において、同年6月12日に参議院本会議において、それぞれ全会一致で可決され、「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）が成立し、2014年4月1日に施行され、同条約が発効した<sup>192</sup>。

ハーグ条約への加盟をめぐり、加盟に慎重な見解が強く主張されたことは記憶に新しい<sup>193</sup>。慎重論は、この条約への加盟により、国際結婚をした日本人女性の「子連れ里帰り」を問題としていた。ハーグ条約によれば、日本人母が外国人夫に無断で子を日本に連れ帰った場合に、すぐにその外国に返還されることになる。

---

<sup>191</sup> 伊藤聖美「子の奪取条約と各国の外交政策」国際問題 607号（2011年）28-39頁参照。2011年2月7日には、米国大使が来日し、ハーグ条約への加盟を強く要望した。<http://japanese.japan.usembassy.gov/j/p/tpj-20110215-01.html> accessed 30 Sep 2014.

<sup>192</sup> 堂蘭幹一郎「ハーグ条約に基づく子の返還のための裁判手続等の概要」法の支配 171号（2013年）64-72頁、64頁以下など参照。

<sup>193</sup> 大谷美紀子『『国際的な子の奪取の民事上の側面に関する条約』（ハーグ条約）の実施に向けて—法律支援・司法アクセスの観点から—』総合法律支援論叢 4号（2014年）51-70頁、55頁以下参照。

この原則をめぐり、日本人母が外国人夫からドメスティック・バイオレンスを受けていた場合には、母親の人権、子の最善の利益の視点から、不適切な結果をもたらすことが批判の的となった。また、日本弁護士連合会も、夫による児童虐待やドメスティック・バイオレンスが認められる事案につき、返還を命じない、あるいは執行しないことができるような法制度の策定を求めている<sup>194</sup>。慎重論は、13条1項b号の「重大な危険」の制限的解釈とドメスティック・バイオレンスの関係性を問題としていたのである。

条約13条1項b号に当たる条約実施法28条1項4号は、「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」と規定されている。また、同条2項では、「重大な危険」の有無を判断する際の考慮事項として、連れ去られ親から子への暴力等の有無(1号)、連れ去り親と子が帰国した際、子にとって心理的外傷となる連れ去られ親から連れ去り親への暴力等の有無(2号)、連れ去られ親又は連れ去り親が常居所地国で子を監護することが困難な事情の有無(3号)を含め、その他の一切の事情が考慮されものと規定されている<sup>195</sup>。

2号については、たとえば、連れ去られ親が連れ去り親に対して過去に身体的暴力や心理的圧迫を加えて、その状況を子が目の当たりにしていた場合、連れ去られ親が子のいないところで連れ去り親に身体的暴力や心理的強迫を加えた結果、連れ去られ親が精神的に不安定な状態に陥り、それが子の心身にも悪影響を及ぼすような場合に、連れ去り親が常居所地国へ戻ると、連れ去られ親から暴力が繰り返し行われ、子の心身にも悪影響を及ぼすおそれがある場合などが考えられるとされている<sup>196</sup>。

3号については、たとえば、連れ去り親が常居所地国に戻ると逮捕・刑事訴追のおそれがある、生計維持が困難であるといった事情で常居所地国に戻ることができないことなどにより常居所地国で子を監護できない場合、子を常居所地国に返還すると里親や施設に預けられてしまう可能性がある場合などが考えられると

---

<sup>194</sup> 慎重論の詳細につき、早川『『子連れ里帰り』の行方』・前掲注(6)145-146頁。

<sup>195</sup> 国会における議論の詳細は、植木祐子「ハーグ条約を実施するための国内法の整備-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-」立法と調査345号(2013年)113-124頁参照のこと。

<sup>196</sup> 石垣・前掲注(7)32頁参照。

されている<sup>197</sup>。

また、28条2項は、同条1項4号の返還拒否事由について、裁判規範としての明確化を図り、当事者による予測可能性を確保する観点から、その典型例となる考慮事情を確認的に例示した上、包括条項として「その他の一切の事情」をも考慮するように定められた。子の返還拒否事由につき、条約の内容をそのまま規定する国が多い中、「耐え難い状態に置かれること」の解釈規定を置くスイスを参考にした点が我が国の条約実施法の特徴であると言われる<sup>198</sup>。

## 7-2 条約実施法における返還拒否事由の審理イメージ

2013年6月12日の条約実施法の成立を受けて、同年11月9日、日本ローエシア友好協会家族法部会（若林昌子会長）により、「ハーグ条約の円滑な実施に向けて」と題するシンポジウムが開催された。その第2セッションでは、「返還拒否事由の審理判断に関する諸問題」と題し、家庭裁判所の想定する審理イメージ、中央当局を担う外務省の情報提供について、実際の実務担当者による準備段階の現状が報告された<sup>199</sup>。

### (1) 6週間モデルの審理イメージ

第1報告の松谷佳樹家庭裁判所裁判官と第2報告の武田大助家庭裁判所調査官からは、ハーグ条約の6週間モデルの概要として、現時点で想定される審理イメージが以下のように示された<sup>200</sup>。

- 第1回期日は、申立日から約2週間後に指定し、争点整理が中心に行われる。準備期間が短く、詳細な書面が準備できないことを想定し、できるだけ本人に出頭してもらい、口頭で争点について議論しながら進める。
- 第2回期日は、申立日から約4～5週間後に指定し、必要に応じて本人尋問などの証拠調べが中心に行われる。第1回期日指定時に第2回期日も同時に

<sup>197</sup> 石垣・前掲注(7)32頁参照。

<sup>198</sup> 石垣・前掲注(7)30頁以下参照。スイス法についての議論は、早川『『国際的な子の監護』をめぐる問題について』・前掲注(6)50頁参照。植木・前掲注(195)120頁参照。

<sup>199</sup> このシンポジウムは、2つのセッションから成る。第1セッションは、私的調停の枠組構築と家庭裁判所との連携に関する諸問題（総括：大谷美紀子）、第2セッションは、返還拒否事由の審理判断に関する諸問題が議論された（総括：安倍嘉人）。詳しくは、第1セッション：戸籍時報706号（2003年）10-17頁、同707号（2004年）4-9頁、同708号（2004年）13-19頁、第2セッション：同710号（2004年）13-23頁、同713号（2004年）20-27頁を参照のこと。

<sup>200</sup> 松谷佳樹「返還拒否事由の審理判断に関する諸問題—家庭裁判所の立場から」戸籍時報710号（2014年）17-18頁。武田大助「返還拒否事由の審理判断に関する諸問題—家裁調査官の立場から」戸籍時報710号（2014年）19-21頁。

指定する。場合によっては、第2回期日に接着して和解・調停を行う。

- 家庭裁判所調査官の事実の調査は、第1回期日と第2回期日の間に実施する。
- 返還申立事件の裁判は、第2回期日から約1週間後に行う。申立日から約6週間後までに裁判する。

【表 7-1】



## (2) 証拠調べ、事実の調査

次に、返還事由・返還拒否事由に関する調査について、以下の点が示された。

- 返還拒否事由は基本的に書証で立証可能な事実も多いため、短期間で調査する必要から、家裁調査官による調査は、いわゆる包括調査ではなく、子の意向など調査項目を絞って調査命令を出す<sup>201</sup>。
- ハーグ条約実施法による返還申立事件は、基本的には家事事件手続法別表第二審判事件の審理と同様、当事者本人の審問のほかは書証中心の審理を行う<sup>202</sup>。
- 調査官調査には、書証のみでは十分な事実を把握できない場合に、行動科学の専門知識や技法を活用して中立的な立場から必要な事実を補充的に収集することが期待されている。具体的には、調査官が子に直接会うことによって子の心身の状況や生活実態を把握したり、子の年齢及び発達の程度に応じた方法を用いて言語的表現によって表明される意見のみならず、非言語的表現をも含めて子の意思を把握したりする<sup>203</sup>。
- 調査官調査は、短期間かつ補充的に行われるため、子は常に中心的な対象となるものの、書証で明らかになる事項や、その他監護親・非監護親に関する事項は、必要に応じて限定的に追加的に取り扱う<sup>204</sup>。
- 調査報告書は、当事者が閲覧謄写の上、第2回期日までに反論等ができるよ

<sup>201</sup> 松谷・前掲注(200)18頁。

<sup>202</sup> 松谷・前掲注(200)18頁。

<sup>203</sup> 武田・前掲注(200)20頁。

<sup>204</sup> 武田・前掲注(200)20頁。

う、同期日の1週間前までには作成する<sup>205</sup>。

(3) 28条1項4号「重大な危険」の調査

- 同号で主張される虐待やドメスティック・バイオレンス等の事実関係に加え、常居所地国での保護措置の有無を明らかにすることは、調査官調査にはなじまない<sup>206</sup>。
- 裁判官が返還後の子への危険の有無や程度を精神科医の診断書等の書証のみでは判断できない場合には、子の生活状況や心情を補充的に把握することを目的として、調査官調査が命じられることがある<sup>207</sup>。

(4) 中央当局による情報提供

第3報告となる外務省の西岡達史ハグ条約室長からは、返還拒否事由の審理の判断に関し中央当局が果たし得る役割として、以下の点が述べられた。

- 条約7条2項dに基づき、子の社会的背景に関する情報（子の就学・福祉・ドメスティック・バイオレンス等）に関し、中央当局間での情報交換が予想される。しかし、「望ましい場合には」との限定が付され、かつ、情報を提供するためには両当事者の合意が必要であるなど様々な条件が付されていることを考えると、ハグ条約上の義務としては弱く、その運用は、相手国の中央当局次第とならざるを得ない<sup>208</sup>。
- 条約に根拠のない補完的な取り組みとして、在外公館による在留邦人支援の一環としてドメスティック・バイオレンスの被害者支援を強化している。海外でドメスティック・バイオレンスや児童虐待を受けて緊急避難的に日本に逃げ帰った当事者は、海外で暴力を受けたことを日本の裁判所で立証するだけの証拠を持たずに帰国する場合もある。このため、在外公館では、家族問題に関して当該在留邦人から相談を受けていればその記録を保管し、2014年4月より、本人の希望に従い、同記録の本人への提供を開始した。ただし、この記録は当事者の一方が相談をした事実を示すに留まり、返還拒否事由における証明には不十分である<sup>209</sup>。
- 証拠収集における在外公館の積極的な利用には限界がある。例えば、常居所地国における病院の診断書を日本人である本人が弁護士と在外公館の協力を

<sup>205</sup> 武田・前掲注（200）20頁。

<sup>206</sup> 武田・前掲注（200）21頁。

<sup>207</sup> 武田・前掲注（200）21頁。

<sup>208</sup> 西岡達史「返還拒否事由の審理判断に関する諸問題－中央当局の立場から」  
戸籍時報710号（2014年）22頁。

<sup>209</sup> 西岡・前掲注（208）22-23頁。

得て入手しようとしたが、個人情報であることを理由に提供を断られた例がある<sup>210</sup>。

- 裁判のための情報収集という意味では、中央当局や外務省の役割は極めて限定的であるため、返還拒否事由のための情報収集は、当事者自らが行うことが原則であり、事案によっては、帰国の前に準備する必要がある<sup>211</sup>。

以上、条約実施法の施行を5か月後に控えた同シンポジウム時、司法・行政当局は、手続の具体化に向けた準備段階にあった。「重大な危険」とドメスティック・バイオレンス事案については大きな課題であるが、この点に関する証拠調べ、事実の調査について、この時点においては大枠のみが提示されたにすぎない。施行後の実務の中で、具体的な方針が定められていくことになるのだろう。

---

<sup>210</sup> 西岡・前掲注(208)23頁。

<sup>211</sup> 西岡・前掲注(208)23頁。第183回国会衆議院法務委員会における深山法務省民事局長答弁によれば、ドメスティック・バイオレンスの証拠収集につき、①在外公館ルート、①がない場合は、②中央当局ルート(外務省から外国の病院の記録、警察の記録、公的な機関の記録等を取り寄せる)、②がない場合は、③間接証拠等、あるいは当事者の陳述、供述を詳しく述べてもらう、述べにくいことも家庭裁判所調査官を活用し証拠化していく流で証拠収集をする(第183回国会衆議院法務委員会議事録第10号19頁)。詳しくは、植木・前掲注(195)120頁以下参照。西岡報告の結果と合わせると、①と②のルートは確実性がなく、現実的には、家庭裁判所の③のルートによる部分が大きくなると思われる。

## 8 結論

(1) 3つの人権裁判所判決の位置づけ

以上の議論を基に、条約実施法 28 条 1 項 4 号のアプローチへの提案を行う前提として、まずは、人権裁判所の 3 つの主要な判決におけるアプローチの違いを整理する。

【表 8-1】欧州人権裁判所による 13 条 1 項 b 号の制限的解釈に関する 3 つのアプローチ

	モームソー(小法廷) 2007/12/6	X(大法廷) 2013/11/26	ノイリンガー(大法廷) 2010/7/6
制限的解釈の 位置付け	制限型	中間型	緩和型
条約の目的とし ての子の最善の 利益	一般的な子の利益の実現	ハーグ条約固有の 子の最善の利益の実現	一般的な子の利益+ 個別具体的な子の利益の実現
子の最善の利益 の考慮方法	主な考慮事項の1つ a primary consideration		最重要な考慮事項 the primary consideration
	国際私法(手続法)の概念		家族法(実体法)の概念
証拠調べ・事実 の調査のスタ ンス	自動的・機械的な返還の禁止		
	本案の内容に入らない	本案の内容と重なる	
	「具体的なアプローチ」 <i>in concreto approach</i>	「効果的な調査」 effective examination	「踏み込んだ調査」 in-depth examination
手続の迅速性	短期間	原則、短期間。事案により中長期間	
子の保護		返還後の子の予防措 置・保護措置の確認	

はじめに、13 条 1 項 b 号の制限的解釈に関し、人権裁判所小法廷が初めて判断を下したモームソー事件判決では、「重大な危険」の認定において、父親の薬物・アルコール中毒の実情、返還命令により母子が離れ離れになることの子への影響

が争点となった。小法廷によれば、仏国破棄院が「具体的なアプローチ (*in concreto approach*)」を採用し、子と家族全体の状況に関する踏み込んだ調査を行った判断過程は公正で、当該返還命令は8条に適合すると判断した。また、返還手続において、①ハーグ条約の目的、締約国の義務が重視されるべきこと、②児童の権利条約3条を考慮しても、子の最善の利益を完全に考慮することは不可能であること、③返還命令の執行により母子が分離されることで生じる子への心理的影響を連れ去った母親自身が返還拒否に有利な事情として主張することの矛盾から、その証明だけでは「重大な危険」の認定がなされないことを認めた点で、13条1項b号の制限的解釈を肯定する先例として位置付けられてきた。

上記の表にまとめたように、モームソー事件判決は、一般的な子の利益の実現をハーグ条約の目的とする。子の最善の利益を主な考慮事項の1つとし、国際私法(手続法)の概念として位置付けている。証拠調べ・事実の調査において本案の内容は扱わず、手続の迅速性が求められる。しかし、迅速性が追求されるあまり、自動的・機械的に返還命令が下され、危険に直面し得る子の利益が害されることがないように、「具体的なアプローチ」を用いた調査が求められている。このように、同判決は、従来型の制限的解釈の典型例であり、人権裁判所の3判決の中で、最も厳格なアプローチをとる「制限型(保全型)」と位置付けることができよう<sup>212</sup>。

次に、ノイリンガー事件判決は、ハーグ条約の前文を強調し、返還手続における子の最善の利益の最重要性を強調した点で、モームソー事件判決と大きくスタンスを異にするものと考えられる。モームソー事件判決では、「具体的なアプローチ」を用いて、返還される子の危険が調査されるべきとするものの、母子が離れ離れになることで生じる子への心理的影響に関する証拠の採用を否定的に考える点は、まさにモラル・コンダクト・アプローチが前面に押し出されたものである。この点で、モームソー事件判決は、制限的解釈の下、「重大な危険」の抗弁を封ずる前提で、返還命令に有利な証拠のみが具体的に検討されたということもできよう。複数の考慮事項がある中で、子の最善の利益が最も重要であり、子の利益が親の利益に優先されるとした点で、ノイリンガー事件判決は、子の最善の利益の実質的な判断を求めたのである。

このように、ノイリンガー事件判決では、一般的な子の利益に加え、個別具体

---

<sup>212</sup> この判決では、児童の権利条約、ハーグ条約、人権条約という3つの条約のバランスと締約国の義務が重視された点で、国際法、国際人権法の観点からの分析を行う必要があるものと思われる。この点については、今後の課題としたい。

的な子の利益の実現をもハーグ条約の目的とする。子の最善の利益を最重要な考慮事項とし、具体的というよりはむしろ実質的な判断を求めた点で、極端に言えば、家族法（実体法）の概念としての子の利益をハーグ手続に持ち込んだものとも評価できる。とするならば、証拠調べ・事実の調査において、本案の内容と重なる「踏み込んだ調査」が求められることもあり、そのために、手続の迅速性が後退することもある。このように、同判決は、従来型の制限的解釈の柔軟化を求め、子の最善の利益の包括的・実質的な調査を求めた点で、13条1項b号の制限的解釈の「緩和型（本案型）」のアプローチと位置付けることができる。ところが、この「踏み込んだ調査」という表現は、「重大な危険」の判断をきっかけに、ハーグ手続に本案同様の包括調査が求められ、父母の監護者としての適格性判断を行うといった、行き過ぎた印象あるいは誤解を与えてしまったのである。

大法廷2度目の判断となるX事件判決は、この混乱の収束を図るため、国内裁判所の「踏み込んだ調査」義務を明確に否定しつつも、一般的な子の利益に加え、個別具体的な子の利益の実現をもハーグ条約の目的とする意味で、ハーグ条約固有の子の最善の利益が実現されるべきと述べた。この点、返還拒否事由の判断にあたり子の最善の利益の重要性を高めるノイリンガー事件判決の趣旨を貫いていると言える。子の最善の利益を主な考慮事項の1つとし、国際私法（手続法）の概念として位置付けた点で、制限的解釈を基本とする条約の構造をモームソー同様、堅持する。しかし、母子分離の悪影響を示す心理鑑定書がたとえ本案の内容と重なるものであっても、「重大な危険」の証拠と許容された点は重要である。子の最善の利益に着目する13条1項b号の性質上、証拠の採否における本案との峻別は極めて困難なのである。X事件判決は、「踏み込んだ調査」に代え、「効果的な調査」を求めることで、結局は、子の最善の利益の判断にとって不可欠な本案の内容と重なり得る証拠の採用を国内裁判所に促すと同時に、手続の迅速性が後退することをも許容するものと考えられる。このように、同判決は、条約の構造を維持しつつも、個別具体的な子の利益の実現を目指し、ノイリンガー事件判決の意図の巧妙な実現を図った点で、モームソーの厳格なアプローチを若干緩和しつつ、モームソーとノイリンガーを折衷する「中間型」のアプローチと位置付けることができる。中間型は、迅速返還の原則を維持しつつも個別具体的な子の利益の実現を図るため、返還後の子の安全に向けた実効的な保護措置に着目する点に特徴がある。

以上、人権裁判所は、元所長の裁判外の発言と一連の小法廷判決の足並みが揃わず、揺れ続けていたものの、結果として、モームソーの枠組を維持しつつ、制

限的解釈の下で軽視されていた個別具体的な子の利益を条約の枠組において実現する態度決定を行った。

(2) 人権裁判所と英国最高裁判所のアプローチの相違

英国最高裁判所の2つの判決は、条約の構造を維持しつつも個別具体的な子の利益の実現を目指す点で、X事件判決同様、中間型に位置するものと思われる。ハーグ先進国である英国と人権裁判所の方向性の一致が見られる点で、ノイリンガー論争は、個別具体的な子の最善の利益の実現を条約の目的とすることについては決着をみたと言える。しかし、両者の間には、証拠調べ・事実の調査に関し大きな隔たりがある。以下、両者の相違点を検討していきたい。

【表 8-2】欧州人権裁判所と英国最高裁判所の13条1項b号のアプローチの相違

	欧州人権裁判所(X事件判決)	英国最高裁判所(E・S事件判決)
制限的解釈の位置付け	中間型	
条約の目的としての子の最善の利益	ハーグ条約固有の子の最善の利益の実現	一般的な子の利益＋個別具体的な子の利益の実現
子の最善の利益の考慮方法	主な考慮事項の1つ＝国際私法(手続法)の概念	
証拠調べ・事実の調査のスタンス	自動的・機械的な返還の禁止	
	本案の内容と重なる	本案の内容に入らない
	「効果的な調査」 effective examination	「適切に注意深く決定する」 properly careful determination
手続の迅速性	原則、短期間。事案により中長期間	原則、短期間
子の保護	返還後の子の予防措置・保護措置の確認	

上記の表から明らかなように、人権裁判所は、子の利益の実質的な確保のため、本案の内容と重なる証拠の検討を許容したのに対し、英国最高裁はそれを決して認めることがない。英国のブラッツァ裁判官はX事件判決で反対意見に立ち、「踏み込んだ調査」に代わる「効果的な調査」については支持しつつも、心理鑑定書の評価方法、証拠調べや事実の調査が追加的に求められている点に疑問を呈している。

両者の具体的な違いは、条約の新たな傾向である夫のドメスティック・バイオ

レンスが関わる母親の「子連れ里帰り」事案の対応に現れてくる。下記の表より、大きく3点の特徴を見て取ることができる。

【表 8-3】欧州人権裁判所と英国最高裁判所の新たな傾向に関する調査方針の相違

	欧州人権裁判所(X事件判決)	英国最高裁判所(E・S事件判決)
	本案の内容と重なる 「効果的な調査」	本案の内容に入らない 「適切に注意深く決定する」
【証拠の採否・証拠の評価】		
①主な養育親である母と子の分離が子にとって害となるとの心理鑑定書の扱い	単独で「重大な危険」の証拠になる。 ∴「子が合理的に耐えられることを越えた状況」に直結する証拠だから	単独では「重大な危険」の証拠にならない。 ∴本案の内容に関わるから。 ＝モームソー事件判決
②主な養育親である母と子が共に帰国した場合、母の精神的悪化が育児に影響を及ぼすとの心理鑑定書の扱い		「重大な危険」の証拠になる。 ∴主な養育親の著しい精神的悪化は子を精神的に害することになるから。
③②の場合、母の精神的悪化の原因事実(DV等)の証明		不要 ∴母の精神的悪化が証明されればよく、母の精神的不安が客観的な真実に基づくか否かは関連性がない。
【事実の調査】		
④DV等に関連し、母が提出した夫の刑事罰に関する資料あり	裁判所による追加の調査が必要	不要
⑤のDVの主張あり		
⑥母が子と帰国できる可能性		
⑦子のみが返還された場合に母子の交流が維持できる可能性		

第1に、人権裁判所が返還命令による主な養育親と子との分離を否定的に捉えるのに対し、英国はこれを許容する立場をとっている。英国では、両親のいずれと分離されるべきかは監護に関する本案の問題であり、返還拒否事由の判断の範疇の外にあると捉えている。これに対し、人権裁判所は、これを「重大な危険」に直結する問題と捉えている。

第2に、英国は、「重大な危険」の抗弁において、【表 8-3】の③から明らかであるように、夫によるドメスティック・バイオレンス等の事実の証明を不要とし、返還後、子に何が起こるかに焦点を当てた要証事実の絞り込みを行う。これに対し、人権裁判所は、母親が提出した資料に加え、ドメスティック・バイオレンスに関わる追加の調査を裁判所に求めている点で、英国と異なった方針を採る。英国は、「重大な危険」における判断からこれらの検討を排除することによって、子にとっての危険を純粹に評価すると同時に迅速性を確保する。これに対し、人権裁判所は、子の利益・子の保護の観点から、ドメスティック・バイオレンスについてさらなる調査を求める傾向にあるものとする。

第3に、英国は、「重大な危険」の証明に関し返還を拒否する母親の立証責任を重視する点で、ハーグ手続を訴訟手続に類するものと捉える傾向がある。これに対し、人権裁判所は、後見的な見地から追加的な調査を求める点で、非訟手続に類するものと捉える傾向があるものとする。

両者とも、個別具体的な子の利益の実現を目指していることに変わりはない。しかし、本案の内容と重なる証拠をハーグ手続で扱うか否か、証拠の調査過程で迅速性が損なわれることを許容すべきかの2点について、アプローチの隔たりがある。

### (3) 我が国の採るべき「重大な危険」のアプローチ

そこで、我が国の条約実施法 28 条 1 項 4 号は、いずれのアプローチを採用すべきであろうか。人権裁判所と英国における議論を踏まえれば、近年の新たな傾向に対応すべきことは明らかである。複雑な事情を抱え母と共に国境を渡った一部の子にとっては、常居所地国への返還がさらなる危険、耐え難さを生んでしまうことになるからである。ノイリンガー論争決着直後の施行となった我が国の条約実施法においては、以上の議論を踏まえ、個別具体的な子の利益の実現をも条約の目的とする方針の下で条約が実施されるべきものとする。しかし、返還拒否事由において、本案に関する行き過ぎた調査が行われることは、調査に時間を費やし、迅速返還を妨げる点で適切でない。したがって、条約の迅速返還システムに乗りつつ、子の利益の実現に焦点を当てる中間型が採用されるべきものとする。

える。

また、中間型の中でも、ハーグ手続と本案との峻別をしつつも、本案の内容と重なる証拠の採否を許容する人権裁判所型のアプローチが採用されるべきものとする。なぜなら、父親から母親への過去に行われたドメスティック・バイオレンスと将来における子の危険・耐え難さの検討は、そもそも、子の長期的な利益を図る本案において検討されるべき問題である。ハーグ手続における「重大な危険」は、そのような本案事項の一部を切り取り、常居所地国での本案審理が終結するまでの短期的・中期的な評価を求める点で、その証拠の採否に関し、本案の証拠と完全に切り分けて考えることは、不自然かつ不合理なものとする。このように、「重大な危険」の審理は、ハーグ手続と本案手続との交錯地帯であるため、本案と同様の行き過ぎた調査は不要であるものの、本案と重なる証拠の採用・評価は、その構造上、当然に許容されるものとする。また、ハーグ条約 19 条は、返還・返還拒否命令が本案についての判断に基づき下されるべきことを禁ずるが、本案に関わる証拠の検討までも一切排除する趣旨を含むものとは思われない。したがって、我が国においても、裁判所の後見的関与の下、人権裁判所の言う「効果的な調査」の実施により、必要に応じて、本案に重なり得る資料の調査・検討が行われるべきものとする。

この点、英国は、母子分離による影響を単独で「重大な危険」の証拠とはしないものの、人権裁判所と異なるアプローチで個別具体的な子の利益の実現を目指している。「重大な危険」の判断過程におけるモラル・コンダクト・アプローチの排除、要証事実の絞り込みなどを行い、子以外の事情が考慮される解釈方法を改め、同条項の単純な適用を実現することによって、子にとっての危険を純粋に評価できる新たなアプローチへの転換を図った。また、返還後の保護措置（アンダーテイキングも含む）を「重大な危険」を軽減し返還命令を出しやすくするための事実認定の過程における手段とする一方、ハーグ手続において「重大な危険」が評価しきれない現実を認めて、保護措置の実効性の確認を強化している点は注目する。

しかし、英国のアプローチは我が国にとっての模範ではあるとはいえ、条約発効から間もなく 30 年となる英国の経験上得られた巧妙かつ繊細な運用は、条約締結直後の我が国にそのまま導入できるものではない。また、英国において、「重大な危険」をここまで制限的に運用し得た理由は、同国で用いられる保護措置（アンダーテイキングも含む）の活用によるところが大きい。この点、X 事件判決により、人権裁判所においても、裁判所による予防措置・保護措置の確認が義務化

された点は重要である。条約の新たな傾向に対応しつつ、条約の構造を維持する鍵は、まさに保護措置にあるからである。

したがって、我が国の当面の課題は、締約国間の裁判官同士のネットワークに積極的に参加するとともに、中央当局による情報交換を確実にすることで、保護措置の実効性を確認し得る実務を構築することにある。また、本案の判断に慣れた家庭裁判所裁判官が「重大な危険」の判断過程で子の利益に配慮するあまり、本案との判断の交錯が生じることは、英国の例を見ても明らかである。裁判官は、ハーグ手続と本案との峻別に留意すると同時に、子にとっての耐え難さを示す証拠であれば、たとえ本案と重なる資料であっても臆することなく検討し、必要であれば、事実の調査も行うことで、「効果的な調査」の下、「重大な危険」を正当に評価し得るものとする。28条2項は、「効果的な調査」を積極的に推し進める考慮事項であると捉え、大いに活用されることが期待される。

この点、「効果的な調査」により手続の迅速性が損なわれることが懸念されている。しかし、その部分に関する証拠を最初から当事者に提出するよう求めたり、事実の調査を早めに進めるなどの段取りを訴訟指揮において行うことができれば、迅速性を犠牲にすることなく、子の利益に配慮した判断が可能となると思われる。このような積極的かつ後見的な裁判所の関与は、「効果的な調査」を充実させるとともに、当事者を満足させるものとなる。判断に至る理由が明確に示され、納得のいくものとなれば、上訴も減り、結果として、手続全体の期間を短縮させることに繋がるものとする。

(4) 我が国における従来の国内手続との関係性

以上の「重大な危険」のアプローチの変遷から明らかであるように、返還拒否事由における判断は、ノイリンガー事件判決以降、条約の新たな傾向に対応すべく、制限的解釈の緩和化、すなわち、ハーグ手続の本案化の傾向をみてとることができる。

これに対し、英国では、ハーグ条約の発効後、子の福祉の至高性原則が適用されるべき非ハーグ事案を扱う従来の国内手続に条約の理念や判断方法を持ち込もうとする条約アプローチが採用されるようになった。しかし、礼譲や相互の信頼

【表 8-4】



といった国際的強調に基礎を置く条約の政策的考慮事項が重視されると、個別具体的な子の利益の実現が後退し、子の福祉の至高性原則を貫くことが難しくなる。まさに、本案手続が保全の傾向に向かっていったのである。J事件貴族院判決は、従来の国内手続における判断基準を以下のように見直し、常居所地国への迅速返還が子の最善の利益になるとの推定を初め、条約の下で行われる子の最善の利益についてのあらゆる推定を排除した。ハーグ手続との明確な峻別を図ることで、国内手続に子の福祉の至高性原則を取り戻したのである。

【表 8-5】英国におけるハーグ手続と国内返還手続との相違

	ハーグ手続	従来の国内手続(J事件判決)	
実現される子の利益	一般的な子の利益・個別具体的な子の利益	個別具体的な子の利益	
子の最善の利益の考慮方法	主な考慮事項の1つ a primary consideration	第1かつ至高の考慮事項 the first and paramount consideration	
	国際私法(手続法)の概念	家族法(実体法)の概念	
常居所地国への迅速返還が子の最善の利益になるとの推定	推定を置く ∴一般的な子の利益になる	推定を置かない ∴複雑・広範な事情を考慮しにくくなる	
子の再密接関係国	常居所地国 habitual residence	子の本拠となる国 home country	
新たな環境への定着度	1年の経過を基準に適応を判断	連れ去り国、連れ去られ国で過ごした時間の長さを考慮	
返還先の法制度・法原則が異なること	原則、考慮しない 例外:条約 20 条に該当する場合	考慮する	
手続の性質	保全型	保全型・本案型の選択あり	
証拠調べ・事実の調査のスタンス	本案の内容に入らない	保全	本案
	「具体的なアプローチ」 =「適切に注意深く決定する」 properly careful determination	迅速返還命令 peremptory return order	「本格的な調査」 full blown examination
手続の迅速性	短期間	短期間	長期間
子の保護	返還後の子の予防措置・保護措置の確認		

今後、我が国においても、条約の実施により、英国と同様の影響が生じてくるのかもしれない<sup>213</sup>。現在、ハーグ条約による影響を考慮して、国内の子連れ別居事案においても、とりあえず子を元の住所に戻し、ひとまずの原状回復を図るべきとする見解がある<sup>214</sup>。また、子の連れ去りが子に与える影響は国内事案と国際事案とで大差がないため、子の連れ去り事案一般として迅速な原状回復が子の保護のために強く要請されるとする見解もある<sup>215</sup>。

また、別居中の妻が夫の実家で監護されている子を幼稚園から連れ去り、夫が審判前の保全処分により子の引渡しを求めた東京高決平成20年12月18日<sup>216</sup>では、人身保護法による請求の場合における法的枠組みをも考慮した上で、以下のように述べた。

「本件のように共同親権者である夫婦が別居中、その一方の下で事実上監護されていた未成年者を他方が一方的に連れ去った場合において、従前未成年者を監護していた親権者が速やかに未成年者の仮の引渡しを求める審判前の保全処分を申し立てたときは、従前監護していた親権者による監護の下に戻すと未成年者の健康が著しく損なわれたり、必要な養育監護が施されなかったりするなど、未成年者の福祉に反し、親権行使の態

---

<sup>213</sup> 我が国におけるハーグ条約の影響を考慮するものとして、棚村政行「国際的な子の監護（子の奪取に関するハーグ条約も含む）」論究ジュリスト2号（2012年）117-126頁、大谷美紀子「国境を越える子の監護問題の法的処理の現状と課題-日米間の事案を中心に」判例タイムズ1376号（2012年）4-28頁、大谷美紀子「涉外離婚-ハーグ条約批准後の実務」月報司法書士498号（2013年）16-23頁、大谷美紀子「別居・離婚に伴う子の親権・監護をめぐる実務上の課題」ジュリスト1430号（2011年）19-27頁、早川眞一郎『『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、早川眞一郎『『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頁参照。

<sup>214</sup> 山口亮子「子の奪い合い紛争事件における判断基準について」産大法学45巻3・4号（2012年）197-220頁、210頁以下参照。

<sup>215</sup> 早川眞一郎「子の奪い合いについての一考察」中川良延ほか編『日本民法学の形成と課題 下』（有斐閣、1996年）1209-1248頁、1231頁以下参照。早川教授は、平成5年以降の一連の最高裁の判例変更を受けて、地方裁判所の人身保護手続を本案の判断をしない原状回復型の返還手続と位置付け、ハーグ条約と同様の機能を持たせるべきとの提言を行った。早川論文に関するコメントとして、樋爪「涉外法における子の利益」・前掲注（119）335頁以下参照。

<sup>216</sup> 家月61巻7号59頁、金亮完「判批」速報判例解説6号（2010年）105-108頁、山口亮子「判批」判例タイムズ1312号（2010年）61-65頁、野村秀敏「判批」民商法雑誌141巻6号（2010年）653頁参照。

様として容認することができない状態となることを見込まれる特段の事情がない限り、その申立てを認め、しかる後に監護者の指定等の本案の審判において、いずれの親が未成年者を監護することがその福祉にかなうかを判断することとするのが相当である（原審は、子の引渡しは未成年者の保護環境を激変させ、子の福祉に重大な影響を与えるので監護者が頻繁に変更される事態は極力避けるべきであり、保全の必要性と本案認容の蓋然性について慎重に判断すべきものとしている。この点、その必要もないのに未成年者の保護環境を変更させないよう配慮すべき要請があることはそのとおりであるとしても、審判前の保全処分が対象とする事案は様々であり、事案に応じて審理判断の在り方は異なるから、これを原審のように一律に解することは失当であるといわざるを得ない。殊に本件においては、明らかに違法な行為によって法的に保護されるべき状態が侵害されて作出された事態に関して、それが作出された直後におけるいわば原状への回復を求めることの当否が問題となっているのに、その事態を審理判断の所与の出発点であるかのように解し、原審のいうように慎重に審理判断したのでは、既に説示した最高裁判例の考え方に明らかに反し、家庭裁判所に期待された役割を放棄することになるばかりか、かえって違法行為の結果の既成事実化に手助けしたこととなってしまう。また、このことは、違法行為の結果を事実上、優先し、保護するような状況を招来するから、結果的に自力救済を容認し、違法行為者にかえって有利な地位を認めることになりかねない。そのような対応では、実力による子の奪い合いを助長し、家庭裁判所の紛争解決機能を低下させるばかりか、元来趣旨としたはずの未成年者の福祉にも反する事態へと立ち至ることが明らかであって、本件のような事案を前提とした場合、原審のような枠組みで審理判断をすることは明らかに相当性を欠くというべきである。）」

同判決は本件連れ去りの顕著な違法性を認め、連れ去り直後の引渡請求において原状回復を図ることは、自力救済を禁ずる上で当然の帰結であるとする。審判

前の保全処分は原状回復のための返還手続であり、その後の本家で監護権の帰属に決着を着けるという発想は、まさに、ハーグ条約と同様の枠組みを示すものと思われる。保全手続と本家手続との関係性、保全手続のさらなる活用に向けて、今後の本家認容の蓋然性に関する議論に注視する必要がある。

しかし、我が国においては、別居中の夫婦の一方が他方の監護下にある幼児を連れ去った行為について未成年者略取罪の成立を認めた最決平成17年12月6日<sup>217</sup>があるものの、未だ母親による子連れ別居を違法とする認識は弱く、裁判所は「主たる養育者」の基準によりこれを正当化する傾向にある<sup>218</sup>。

また、常居所地国への迅速返還による原状回復が子の最善の利益になるとの条約上の推定が、国境を越えた、一定の要件を満たす連れ去りについてなされた議論であることに留意する必要がある。早川教授は、「国境を超える奪取のほうが、国内での移動に比べて、一般に、環境の違いが大きく（とりわけ言語が異なる場合）、それだけ子に対する負担が大きい」とするものの、問題状況は、程度の差こそあれ、国内事案と国際事案で本質的に異なることはないと述べる<sup>219</sup>。

この点につき、英国の判例において頻繁に引用されるバックリー裁判官の古典的名句は、以下のように述べる。

「子を母国から連れ去り、おそらく言葉の通じることのないよその国に子を連れて行き、子が慣れ親しんだ社会的慣習・交流から子を引き離し、母国での教育を中断してよその国の教育制度の下に置くことといった全ての行為は、家族生活の崩壊を伴う場合にはとりわけ、子の精神状態に悪影響を及ぼす可能性がある（例示列举にすぎない）。<sup>220</sup>」

バックリー裁判官は、この名句に続き、従来の国内手続において迅速返還命令が下されることを許容する<sup>221</sup>。問題は、子が新たな環境にすぐに馴染み、言語、社会的慣習・交流、教育といった子のアイデンティティの本質に関わる要素をす

<sup>217</sup> 刑集 59 卷 10 号 1901 頁

<sup>218</sup> 山口・前掲注 (214) 211 頁参照。山口教授は、我が国においては「依然として男女性別役割分担があり、子育ては母親が行うものという現状がある」との分析を行っている。また、我が国の「子連れ里帰り」の違法性に関する裁判所の認識に関し、近年の判例を分析するものとして、早川・前掲注 (6) 148 頁以下参照。

<sup>219</sup> 早川・前掲注 (215) 1232 頁参照。

<sup>220</sup> Re L (n 177) 264.

<sup>221</sup> 6-2 (2) を参照のこと。

べて失いかねないことにある。だからこそ、ハーグ条約も国際事案の解決の向けた迅速性を追求するのであって、「パリから東京への奪取であろうと、東京から信州への奪取であろうと、状況はそれほど変わらない<sup>222</sup>」との認識には賛同することができない。

本稿は、英国の同法域内（例えば、イングランド法域内での連れ去り）での連れ去りを対象とするものではなく、今後の課題とすべき部分であるが、少なくとも、英国が、ハーグ条約の適用のない国際的な子の連れ去り事案の解決において、一度、常居所地国への返還を通常ルール（normal rule）としながらも、その後、ハーグ条約の影響を払拭し、子の利益に関するあらゆる推定を排除した経緯に留意する必要がある。ハーグ条約に言う常居所地国とは、子の将来を決するための便宜管轄（forum conveniens）であり、かつ、連れ去り親による一方的な管轄地の変更が違法な法廷地あさり（forum shopping）であるとの推定から導かれたものとされている<sup>223</sup>。このような推定を置き、一定の返還場所を定めることで実現される迅速返還システムであるからこそ、個別具体的な子の利益の実現が危険にさらされてしまうという本稿の議論が生じてくるのである。少なくとも国内的な連れ去り事案においては、保全手続の活用により迅速な原状回復が実現されるべき場合もあると思うが、原状回復を大前提とする議論は、やや行き過ぎの感がある<sup>224</sup>。

したがって、我が国の国内返還手続において、国際的な連れ去り事案は、その特殊性ゆえに、国内的な連れ去り事案と分けて検討を行うべき面があると思われる。また、国際的な連れ去り事案については、ハーグ手続とその他の手続との判断基準を峻別し、それらの位置づけ、手続の性質の明確化を図る必要がある。ハーグ条約の実施により、子の返還を求める親は、さらなる手続の選択が可能となる。代理人は各手続の違いを熟知し、うまく使い分ける必要が生じてくるだろう。これに対し、裁判所は、手続の選択次第で結論に著しい落差が生じることのないよう、手続の性質に応じた判断を行っていく必要がある。

本稿の以上の検討から、ハーグ手続は、要件の検討に特化した迅速返還を導く

---

<sup>222</sup> 早川・前掲注（215）1232頁。

<sup>223</sup> Schuz (n 26) 102.

<sup>224</sup> 「関西大学法学研究所 第47回シンポジウム ハーグ『子の奪取条約』と国内法制」ノモス31巻7号（2012年）83-159頁、137頁参照。筆者は大谷弁護士と意見を同じくする。大谷弁護士によれば、ハーグ条約の原状回復の議論は国内の連れ去り事案に直結するものではなく、国内事案においては、本案の審理が丁寧に行われるべきとする。

原状回復・保全型の手続として、これに対し、従来の国内返還手続は、子や家族に関する様々な要素を自由に考慮し得る後見的な本案型の手続と位置付けることができるものとする<sup>225</sup>。前者においては、子の監護に関する本案が終結するまでの短・中期間に限定された子の利益が、後者においては、長期的な子の将来を見据えた子の最善の利益が追求されることになる。しかし、前者の原状回復・保全を強調しすぎるアプローチは、子の最善の利益の見地から、ノイリンガー論争をきっかけに、若干の緩和、若干の本案化が求められたといえよう。このように、各手続間の違いを認識し、実務を積み重ねていく中で、「効果的な調査」の範囲が自ずと画され、それぞれの手続における子の最善の利益の実現方法が明確化されるものとする。

条約の施行から間もなく半年になり、条約に基づく返還請求が我が国の家庭裁判所に係属し、これから審理が始まる段階にある。条約施行法の適切な運用が模索される中、国際的な子の引渡しに関し、国内手続のあり方を並行して検討する必要がある。本稿では、従来の国内手続とハーグ手続との抽象的な位置づけを述べるに留まり、各手続間の具体的な検討を行うことができなかつた。この点については今後の課題であるが、英国の制度を参考に、現在、筆者が持つアイデアを一試案として述べることにする。

英国のあり方としてまず参考になるのは、通常の国内手続において下される迅速返還命令（peremptory return order）である。外国裁判所の命令に違反した連れ去りが「誘拐」と呼ばれるようになった1960年代にはじまるこの命令は、連れ去られたことの悪影響をできる限り迅速に除去することが子の最善の利益であると考え、本案に関する完全な調査を子の母国の裁判所に委ねる判例法上認められた原状回復・保全型の命令である。英国裁判所は、事件を受理し、一定の調査を終えた後、本案の審理が外国で行われるべき事案には迅速返還を下し、他方、英国で判断されるべき事案は、引き続き本案の審理を行っていく。つまり、審理の過程で迅速に返還できるものとそうでないものとの選択が行われるのである。英国では、ハーグ条約の適用のない国際的な子の連れ去り事案のおおよそが、子

---

<sup>225</sup> 棚村政行「返還拒否事由の審理判断に関する諸問題 - 家族法研究者の立場から」戸籍時報713号（2014年）24-27頁、27頁参照。筆者は棚村教授と意見を同じくする。棚村教授は、「ハーグ条約での子の迅速な返還の要請と子の最善の利益の実現の要請の調和を図りつつ、子の親権・監護の本案と同様ではないが、さりとて子の返還に向けた保全処分と同様というより、返還事由や返還拒否事由の主張立証の出方により、いわば本案と保全との中間的な審理・判断が手続的にも求められている」と述べる。

の保護に関する特権的管轄権である高等法院の固有の管轄権の下で解決される。確かに、子の最善の利益のため自由な判断を下す枠組がある点で我が国とは違いがあるが、この合理的な発想を、家庭裁判所の審判前の保全処分を活用することにより実現することができるのではないだろうか。

前掲した東京高決平成20年12月18日とその原審との判断の違いからも明らかであるように、審判前の保全処分は、現在、①保全の必要性と本案認容の蓋然性の要件を慎重に考慮する立場と②これらの要件の緩和を求める立場とに判断が分かれている。同判決は、②にあたり、保全処分で本案認容の蓋然性を求めることは、子の利益の調査に時間を費やし、原状回復を求める保全の意味が失われてしまう点を指摘する。つまり、保全においては本案の結論との関連性を考慮せず、ひとまず子を返還しようという発想である。現在の通説は①であるが<sup>226</sup>、本案認容の蓋然性を柔軟に考えることができれば、現在の保全と本案の実質的な重複を解消し、迅速返還すべきものは保全で、さらなる検討が必要なものは本案での検討を行うことで手続の合理化が図られるものとする<sup>227</sup>。

次に、現在、国際的な子の連れ去り事案が家庭裁判所の審判手続（保全も含む）と地方裁判所の人身保護手続とに分離した現状には提案の余地がある。平成5年の一連の最高裁判決<sup>228</sup>以降、人身保護手続の補充性が確認されつつも、その後も同手続は頻繁に利用されている。米国に住むニカラグア人である父から日本人母に対する引渡し請求において著しい不当性に基づく判断が下されたことは記憶に新しい<sup>229</sup>。審判手続については執行力や手続の迅速性に関する問題点が指摘されてはいるが、人身保護手続において本案に関わる判断が地方裁判所で行われる現状において、まずは、同手続における家庭裁判所調査官の活用や子の手続代理人制度の充実が図られるべきことが重要である。

しかし、今般の家族法の国際化の流れの中で、今後は、ハーグ条約に留まらず、国際家事事案の特殊性を理解した、専門性を持った判断が求められることになる

---

<sup>226</sup> 審判前の保全処分の2種類の判断について、山口・前掲注(214)207頁以下参照。

<sup>227</sup> 審判前の保全処分の活用につき、早川教授は「保全処分は審判本案に対する付随性を持つため」限界があると述べ、本案認容の蓋然性の要件の問題点を指摘するが、これは1996年時点での言及であることに留意したい。早川・前掲注(215)1238頁以下参照。

<sup>228</sup> 最判平成5年10月19日、最判平成6年4月26日、最判平成6年11月18日。

<sup>229</sup> 大阪高決平成22年2月18日、最決平成22年8月4日、家月63巻1号97頁。

だろう。この点で、家庭裁判所と地方裁判所に分属した現状のままでは対応の困難が予想される。そこで、ゆくゆくは、国内的な連れ去り事案においても議論がある部分であるが、人身保護手続を家庭裁判所に移管し、国境を越えて我が国に連れ去られた子の返還事案を家庭裁判所が一手に引き受けるワンストップ・サービス化を実現する案が考えられる。これにより、各手続に応じた適切な判断を行うことが可能となるものと考えられる。

今後は、子の引渡しの執行の問題が、1996年ハーグ条約<sup>230</sup>との関連においても問題となろう。ノイリングー事件判決は、その点に関する示唆を与える事案であり、さらなる検討が必要となるが、上記の保全手続の活用に加え、家事審判の執行力の強化が進められることとなれば、自ずと、一連の最高裁判決の趣旨に従い、子の引渡し事案における人身保護手続の利用が減少して行くものと考えられる。この点で、ハーグ事案に加え非ハーグ事案を扱う国内手続についても高等法院に管轄権を集中させ専門性を高めることで迅速性の追求に努める英国の実務は、大いに参考になるものと思われる。

---

<sup>230</sup> 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条約

## 結びにかえて

本稿では、この他、多くの検討課題を残すものである。特に、13条1項b号とドメスティック・バイオレンスに関する判例の分析、事実認定の方法については、ハーグ国際私法会議による今後の議論に注視する必要がある。制限的解釈の鍵となる保護措置の在り方については、我が国が常居所地国となった場合、連れ去り国となった場合の双方を想定した具体的な検討が早急の検討課題となろう。本稿では、13条1項b号を中心に検討を行ったが、X事件判決をきっかけに、今後は20条の返還拒否事由のあり方に焦点が当たるものと思われる。この点、監護権や常居所地国の解釈の問題が制限的解釈の緩和を導いたとも言えるため、それらの検討も必須の課題である。また、本稿の議論の対象ではないが、ハーグ条約の一翼である国際的な面会交流、ADRの促進は、争いを緩和し任意の返還を促す点で極めて重要なテーマである。今後の課題として注視していきたい。

ハーグ条約の締結によって家族法の真の国際化が始まった我が国において、返還手続を始め、国際家事事件の解決に向けたノウハウの蓄積や専門性の確保が求められると同時に、国際的な信頼を得られる判断のあり方を構築する必要があるものとする。今後は、ハーグ条約に関連して生じる国内制度における見直しも含め、国際家族法における手続・実体両面にわたる子の最善の利益の実現に着目した検討を続けていきたい。

## 参考文献

- Anton, *Private International Law* (3rd edn, Thomson Reuters 2011).
- Anton, 'The Hague Convention on International Child Abduction' (1981) 30 ICLQ 537.
- Bareli, 'Deux enquêtes sont ouvertes après l'intervention de policiers dans une maternelle du Var' *Le Monde Archives* (France 26 Sep 2004).
- Beaumont and McEleavy, *The Hague Convention on International Child Abduction* (Oxford 1999) .
- Boele-Woelki and Beilfuss, *Brussels II bis: Its Impact and Application in the Member States* (Intersentia, 2007).
- Bruch, 'The Unmet Needs of Domestic Violence Victims and Their Children in Hague Child Abduction Convention Cases' (2004) 38 FLQ 529.
- Caldwell, 'Child Welfare Defences in Child Abduction Cases-Some Recent Developments' (2001) 13 Child & Fam LQ 121.
- Chamberland, 'Whither the "best interests of the child" in the 1980 Child Abduction Convention?' [2012] IFL 27.
- Cheshire, North and Fawcett, *Private International Law* (14th edn, Oxford 2008) .
- Costa, 'The Best Interests of the Child in the Recent Case-Law of the European Court of Human Rights '
- <[http://www.hcch.net/upload/wop/abduct2011info05\\_en.pdf](http://www.hcch.net/upload/wop/abduct2011info05_en.pdf)>, [2011] IFL 183.
- Cretney, *Principles of Family Law* (8th edn, Thomson, 2008).
- Cruz, 'International Child Abduction and Custody: the Judicial Response in the English Courts' (1980-1990) 2 J Child L 83.
- Doek, Loon and Vlaardingerbroek, *Children on the Move-How to Implement Their Right to Family Life* (Martinus Nijhoff, 1996).
- Dyer, 'Report of International Abduction by One Parent ("Legal Kidnapping")', Preliminary Document 1 (1978), Acte et Documents of the 16th Session, 17 ('Dyer Report').
- Dyer, 'The Hague Convention on the Civil Aspects of International Child E
- Pérez-Vera, Pérez-Vera, 'Explanatory Report on the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction' (1982)
- <[www.hcch.net/upload/expl28.pdf](http://www.hcch.net/upload/expl28.pdf)>.

Freeman, 'International Child Abduction, the Effects' (2006) <[www.reunite.org/pages/effects\\_research.asp](http://www.reunite.org/pages/effects_research.asp)>.

Freeman, 'The Effects and Consequences of International Child Abduction' (1998) 32 FLQ 603.

Freeman, 'When the 1980 Hague Child Abduction Convention Does Not Apply: The UK-Pakistan Protocol' [2009] IFL 181.

Hague Permanent Bureau. 'Conclusions and Recommendations and Report of Part I and Part II of the Special Commission on the Practical Operation of the 1980 Child Abduction Convention and the 1996 Child Protection Convention and a Report of Part II of the Meeting' <[http://www.hcch.net/upload/wop/concl28-34sc6\\_en.pdf](http://www.hcch.net/upload/wop/concl28-34sc6_en.pdf)>.

Hague Permanent Bureau. 'Conclusions and Recommendations and Report of Part I of the Sixth Meeting of the Special Commission on the Practical Operation of the 1980 Hague Child Abduction Convention and the 1996 Hague Child Protection Convention (1-10 June 2011)' <<http://www.hcch.net/upload/wop/abduct2012pd14e.pdf>>.

Hague Permanent Bureau. 'Conclusions and Recommendations and Report of Part I of the Sixth Meeting of the Special Commission on the Practical Operation of the 1980 Hague Child Abduction Convention and the 1996 Hague Child Protection Convention (1-10 June 2011)' <<http://www.hcch.net/upload/wop/abduct2012pd14e.pdf>>.

Hague Permanent Bureau. 'Domestic and Family Violence and the Article 13 "Grave Risk" Exception in the Operation of the Hague Convention of 25 Oct 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction : a Reflection Paper Prel Doc No 9, <[www.hcch.net/upload/wop/abduct-2011pd09e.pdf](http://www.hcch.net/upload/wop/abduct-2011pd09e.pdf)>.

Hodson, *The International Family Law Practice* (2nd edn, Jordan 2012) .

Hutchinson, 'Developments in Hague Child Abduction Cases : The English Experience' [2009] IFL 186.

Judiciary of England and Wales, 'Annual Report of the Office of the Head of International Family Justice for England and Wales' (2011).

Kaye, 'The Hague Convention and the Flight from Domestic Violence : How Women and Children are being returned by Coach and Four' (1999) 13 Int'l J L Pol & Fam 191.

Khaliq and Young, 'Cultural Diversity, Human Rights and Inconsistency in the English Courts' (2001) 21 LS 192.

King 'The Hague Convention and Domestic Violence: Proposals for Balancing the Policies of Discouraging Child Abduction and Protecting Children from Domestic Violence' (2013) 47(2) FLQ 299.

Kruger, *International Child Abduction-The Inadequacies of the Law* (Hart 2011).

Lowe and Douglas, *Bromley's Family Law* (10th edn, Oxford 2007) .

Lowe and Nicholls, *The 1996 Hague Convention on the Protection of Children* (Jordan, 2012).

Lowe and Stephens, 'Global Trends in the Operation of the 1980 Hague Abduction Convention' [2012] 46 FLQ 41.

Lowe and Stephens. A Statistical Analysis of Applications Made in 2008 Under the Hague Convention of 25 Oct 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction, Prel Doc No 8 A-C  
<<http://www.hcch.net/upload/wop/abduct2011pd08ae.pdf>>.

Lowe, 'A Statistical Analysis of Applications Made in 2003 Under the Hague Convention of 25 Oct 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction', Prel Doc No 3 (2007 update)  
<[http://www.hcch.net/upload/wop/abd\\_pd03e1\\_2007.pdf](http://www.hcch.net/upload/wop/abd_pd03e1_2007.pdf)>.

Lowe, 'The enforcement of Custody and Access Decision under the Revised Brussels II Regulation' [2011] IFL 21.

Lowe, Armstrong and Mathias, 'A Statistical Analysis of Applications Made in 1999 Under the Hague Convention of 25 Oct 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction', Prel Doc No 3 (rev version, Nov 2001)  
<<http://www.hcch.net/upload/abd2001pd3e.pdf>>.

Lowe, Everall and Nicholls, *International Movement of Children-Law Practice and Procedure* (Bristol 2004) .

Lowe, Everall and Nicholls, *International Movement of Children-Law Practice and Procedure* (Jordan 2004) .

Lowe, Everall and Nicholls, *The New Brussels II Regulation-A Supplement to International Movement of Children* (Jordan, 2005).

Lowe, 'A Supra-National Approach to Interpreting the 1980 Hague Child

Abduction Convention-a Tale of Two European Courts : Part 2' [2012] IFL 170.

McClellan and Abou-Nigm, *Morris The Conflict of Laws* (8th edn, Thomson 2012).

McClellan and Beevers, 'International Child Abduction- Back to Common Law Principles' (1995) 7 Child & Fam LQ 128.

McClellan, 'International Child Abduction-Some Recent Trends' (1997) 9 Child & Fam LQ 387.

Moylan, 'The Hague Special Commission' [2011] IFL 289.

Moylan, 'The Strengths and Weaknesses of the Hague Convention: a 'Child-Centric' view from an English Judge' [2010] IFL 78.

Paton, 'The Correct Approach to the Examination of the Best Interests of the Child in Abduction Convention Proceedings following the Decision of the Supreme Court in Re E (Children) (Abduction: Custody Appeal)' (2012) 8(3) J P Int L 547.

Ripley, 'A Defence of the Established Approach to the Grave Risk Exception in the Hague Child Abduction Convention' (2008) 4 (3) J Priv Int L 443.

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

Schulz, 'The 1980 Hague Child Abduction Convention and the European Convention on Human Rights' (2002) 12 Transnat'l L & Comtemp Probs 335.

Schulz 'The Hague Child Abduction Convention: Family Law and Private International Law' (1995) 44 Int'l & Comp LQ 771.

Schulz, *The Hague Child Abduction Convention- A Critical Analysis* (Hart 2013) .

Schulz, 'The Hague Child Abduction Convention and Children's Rights' (2002) 12 Transnat'l L & Contemp Probs 393.

Silberman, 'Recent US and European Decisions on the 1980 Hague Convention on Child Abduction' [2012] IFL 53.

Tassaduq Hussain Jillani, 'Lord Justice Thorpe and International Family Law' [2013] IFL 166.

The Law Commission, No 172, 'Family Law Review of Child Law Guardianship and Custody' (1988).

The Law Commission, Working Paper No 68, 'Custody of Children-

Jurisdiction and Enforcement within the United Kingdom' (1976).  
Trimmings, *Child Abduction within the European Union* (Hart, 2013) .  
UNHCR 'Guideline on Determining the Best Interests of the Child'  
<[http://www.essex.ac.uk/armedcon/story id/000821.pdf](http://www.essex.ac.uk/armedcon/story%20id/000821.pdf)>.  
Vigers, *Mediating International Child Abduction Cases-The Hague Convention* (Hart 2011).  
Walker and Beaumont, 'Shifting The Balance Achieved by the Abduction Convention: The Contrasting Approaches of the European Court of Human Rights and the European Court of Justice' (2011) 7(2) J Priv Int L 231.  
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.  
Wheeler 'Re E (Children): Understanding the Implications of Neulinger and Maumouseau' [2011] IFL 224.

伊藤聖美「子の奪取条約と各国の外交政策」国際問題 607号 (2011年) 28-39頁  
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

永山倫代「判批」別冊判例タイムズ 29号 (2010年) 144-145頁

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

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 63巻 (2011年) 529-555頁

横山潤「親子法の変容と子奪取条約」国際私法年報 (2013年) 56-71頁

海老沢美広「外国判決執行の一断面：執行と変更のあいだ-とくに子の引渡判決の執行を中心に」朝日法学論集 25号 (2000年) 1-39頁

外国人ローヤリングネットワーク編『Q & A 渉外家事ケーススタディ』(日本加除出版、2013年)

関口晃治「ハーグ子奪取条約と親子法改正への課題」東洋法学 56巻 1号 (2012年) 303-308頁

関西大学法学研究所「第 47 回シンポジウム ハーグ『子の奪取条約』と国内法制」ノモス 31巻 7号 (2012年) 83-159頁

- 金亮完「判批」速報判例解説6号(2010年)105-108頁
- 窪田充見「親権に関する民法等の改正と今後の課題」ジュリスト1430号(2011年)4-11頁
- 建石真公子「判批」国際人権22号(2011年)173-176頁
- 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
- 高杉直「判批」戸籍時報667号(2011年)29-42頁
- 国際的な子の奪取の民事面に関する条約の実施に関する法律試案ワーキング・グループ「国際的な子の奪取の民事面に関する条約の実施に関する法律試案及び解説」民商法雑誌119巻(1998年)302-322頁
- 佐野みゆき「ハーグ事案における出国禁止命令等手続き・履行確保、面会交流、任意解決・調停手続き(ADR)について」自由と正義64号(2013年)20-31頁
- 三宅朋佳「判批」判例タイムズ1245号(2007年)113-114頁
- 三木妙子「欧州人権裁判所に現れた家族」三木妙子ほか著『家族・ジェンダーと法』(成文堂、2003年)1-36頁
- 山下美加『私が誘拐犯になるまで。』(サンクチュアリ出版、2010年)
- 山口亮子「子の奪い合い紛争事件における判断基準について」産大法学45巻3・4号(2012年)197-220頁
- 山口亮子「判批」判例タイムズ1312号(2010年)61-65頁
- 山内惟介「国際私法における子の奪取について-ドイツ連邦憲法裁判所とハーグ条約-」『国際公序法の研究-抵触法的考察-』(中央大学出版、2001年)251-281頁
- 山内惟介「国際私法における子の奪取について-ドイツ連邦憲法裁判所の二決定-」法学新報106巻1・2号(1999年)213-229頁
- 山本和彦「ハーグ条約(子奪取実施法)の施行に伴う実務とその課題」新民事執行実務12号(2014年)27-39頁
- 松川正毅ほか編『新基本法コンメンタール 人事訴訟法・家事事件手続法』別冊法学セミナー225号(2013年)
- 松村徹「子の監護に関する処分事件の制度およびこれに関連する裁判例」判例タイムズ1376号(2012年)29-46頁
- 松谷佳樹「返還拒否事由の審理判断に関する諸問題-家庭裁判所の立場から」戸籍時報710号(2014年)17-18頁
- 植木祐子「ハーグ条約を実施するための国内法の整備-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-」立法と調査345号(2013年)113-124

頁

織田有基子「『子の奪取に関するハーグ条約』の実際の適用と日本による批准の可能性」国際法外交雑誌 95 巻 2 号（1996 年）171-206 頁

織田有基子「ハーグ子奪取条約の現在-第 5 回特別委員会における議論の紹介を中心に」国際法外交雑誌 109 巻（2010 年）174-201 頁

織田有基子「国際的な子の奪取の問題に対するハーグ国際私法会議の取り組み方の現状と課題」横田洋三ほか編『現代国際法と国連・人権・裁判-波多野里望先生古稀記念論文集』（国際書院、2003 年）369-387 頁

織田有基子「判批」戸籍時報 660 号（2010 年）2-11 頁

織田有基子「判批」国際私法判例百選[第 2 版]（2012 年）152-153 頁

森川伸吾「判批」ジュリスト 1414 号（2011 年）256-259 頁

森田博志「判批」速報判例解説 9 号（2011 年）337-340 頁

杉山初江『民事執行における「子の引渡し」』（民事法研究会、2010 年）

菅原ますみ「ハーグ条約における解放実施事務と子の心理」新民事執行実務 12 号（2014 年）53-58 頁

瀬木比呂志「子の引渡しに関する家裁の裁判と人身保護請求の役割分担-子の引渡しに関する家裁の裁判の結果の適正な実現のために」判例タイムズ 1081 号（2002 年）49-65 頁

西岡達史・松谷佳樹「シンポジウム『ハーグ条約の円滑な実施に向けて』（第 2 回）報告(1)・報告(2) 戸籍時報 707 号（2004 年）4-9 頁

西岡達史「子の連れ去りに関するハーグ条約と行政の役割-中央当局の機能」国際私法年報（2013 年）72-83 頁

西岡達史「中央当局の役割」自由と正義 64 号（2013 年）32-36 頁

西岡達史「返還拒否事由の審理判断に関する諸問題-中央当局の立場から」戸籍時報 710 号（2014 年）22 頁

西谷祐子「『国際的な子の奪取の民事上の側面に関する条約』の調査研究報告書」（2010 年）<http://www.moj.go.jp/content/000076994.pdf>（2013 年 6 月参照）  
61-94 頁

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

石川稔ほか編『児童の権利条約-その内容・課題と対応』（一粒社・1995 年）

早川眞一郎「『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

早川眞一郎「『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  
50頁

早川眞一郎「『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

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

早川眞一郎「ハーグ子の奪取条約の現状と展望」国際問題 607号(2011年) 17-27  
頁

早川眞一郎「子の奪い合いについての一考察」中川良延ほか編『日本民法学の形  
成と課題 下』(有斐閣、1996年) 1209-1248頁

早川眞一郎「判批」ジュリスト臨時増刊 1420号(2011年) 364頁

早川眞一郎「判批」私法判例リマークス 41号(2010年) 146頁

村重慶一「判批」戸籍時報 662号(2010年) 78頁

大江千佳ほか「『子どもの引渡し』の法律と実務』(3訂版、清文社、2014年)

大森啓子「ハーグ条約及び実施法の概要」自由と正義 64号(2013年) 8-12頁

大谷美紀子「シンポジウム『ハーグ条約の円滑な実施に向けて』(第1回) 第1  
セッション」戸籍時報 706号(2003年) 10-17頁

大谷美紀子「『国際的な子の奪取の民事上の側面に関する条約』(ハーグ条約)の  
実施に向けて—法律支援・司法アクセスの観点から—」総合法律支援論叢 4号  
(2014年) 51-70頁

大谷美紀子「国境を越える子の監護問題の法的処理の現状と課題-日米間の事案を  
中心に」判例タイムズ 1376号(2012年) 4-28頁

大谷美紀子「国際的な子の奪取に関するハーグ条約と国際人権法」国際人権 23  
号(2012年) 16-23頁

大谷美紀子「子の監護をめぐる国際問題-家族の国際化と国際的対応の必要性」国  
際問題 607号(2011年) 5-16頁

大谷美紀子「子の連れ去りに関するハーグ条約-国際人権法の視点から」法律時報  
83巻 12号(2011年) 36-43頁

大谷美紀子「涉外離婚-ハーグ条約批准後の実務」月報司法書士 498号(2013年) 16-23頁

大谷美紀子「別居・離婚に伴う子の親権・監護をめぐる実務上の課題」ジュリス  
ト 1430号(2011年) 19-27頁

棚瀬一代『離婚で壊れる子どもたち-心理臨床家からの警告』(第2刷、光文社、  
2013年)

- 棚村政行「国際的な子の監護（子の奪取に関するハーグ条約も含む）」論究ジュリスト2号（2012年）117-126頁
- 棚村政行「返還拒否事由の審理判断に関する諸問題 - 家族法研究者の立場から」戸籍時報713号（2014年）24-27頁
- 竹下守夫「子の奪取に関するハーグ条約とノイリンガー事件」窓84号（2013年）19-36頁
- 中山直子「子の奪い合いと家庭裁判所の司法的機能」家族<社会と法>（2002年）43-54頁
- 鳥居淳子「家族の国際化への子の保護に関するハーグ条約の対応」国際問題607号（2011年）1-4頁
- 鳥澤孝之「国際的な子どもの連れ去り—『ハーグ条約』の批准をめぐって」レファレンス4月号（2012年）4-83頁
- 渡辺惺之「ドイツにおける1980年ハーグ条約による子の返還裁判と日本の実施法（1）」戸籍時報695号（2013年）2-9頁
- 渡辺惺之「ドイツにおける1980年ハーグ条約による子の返還裁判と日本の実施法（2）」戸籍時報697号（2013年）2-7頁
- 渡辺惺之「ドイツにおける1980年ハーグ条約による子の返還裁判と日本の実施法（3）」戸籍時報698号（2013年）10-20頁
- 渡辺惺之「ドイツにおける1980年ハーグ条約による子の返還裁判と日本の実施法（4・完）」戸籍時報699号（2013年）25-32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(下)」戸籍時報676号（2011年）28-42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
- 渡辺惺之「父母間の国際的な子の引渡紛争-国際民事手続法の視点から-」判例タイムズ1189号（2005年）65-79頁
- 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）
- 渡辺惺之監修『涉外離婚の実務』（日本加除出版、2012年）
- 堂蘭幹一郎「ハーグ条約に基づく子の返還のための裁判手続等の概要」法の支配171号（2013年）64-72頁
- 道垣内正人「ハーグ国際私法会議の役割と日本の対応」国際問題607号（2011年）40-49頁
- 道垣内正人『ポイント国際私法 各論』（第2版、有斐閣、2014年）

- 道垣内正人『ポイント国際私法 総論』（第2版、有斐閣、2007年）
- 日本家族<社会と法>学会『家族<社会と法>-子の奪い合い紛争の法的解決をめざして』18号（日本加除出版、2002年）
- 半田吉信『ハーグ条約と子の連れ去り-ドイツの経験と日本への示唆』（法律文化社、2013年）
- 樋爪誠「ドイツにおける国際的な子の奪い合いの規整」愛知学院大学論叢法学研究 41巻1号（1999年）1-25頁
- 樋爪誠「国際的な子の引渡し（1）」立命館法学 319号（2008年）761-781頁
- 樋爪誠「国際的な子の引渡し（2）」立命館法学 320号（2008年）973-988頁
- 樋爪誠「渉外的な子の奪取における返還の否定」立命館法学 271・272号（2000年）1403-1421頁
- 樋爪誠「渉外法における子の利益-渉外的な子の奪取における返還の否定から-」立命館法学 275号（2001年）323-339頁
- 武田大助「返還拒否事由の審理判断に関する諸問題-家裁調査官の立場から-」戸籍時報 710号（2014年）19-21頁
- 福島政幸「ハーグ条約および国内実施法における解放実施実務が国内における子の引渡執行に与える影響」新民事執行実務 12号（2014年）40-52頁
- 米国大使館 <http://japanesejapanusembassygov/j/p/tpj-20110215-01.html>
- 北坂尚洋「判批」民商法雑誌 142巻2号（2010年）115-120頁
- 本坊憲緯子「子の返還申立事件」自由と正義 64号（2013年）14-19頁
- 養毛誠子・早川眞一郎「シンポジウム『ハーグ条約の円滑な実施に向けて』（第3回） 報告(3)・報告(4) 戸籍時報 708号（2004年）13-19頁
- 木棚照一「国際家族法上の若干の問題-国際的な婚姻、親子関係、相続をめぐる現代的課題（3）」月報司法書士 488号（2012年）42-51頁
- 木棚照一ほか『国際私法概論』（第5版、有斐閣、2007年）
- 野村秀敏「判批」民商法雑誌 141巻6号（2010年）653頁
- 柳橋博之編『現代ムスリム家族法』（日本加除出版、2005年）