

甲南大学 総合研究所報

第 64 回 総合研究所公開講演会

「国際的な子の奪取の民事上の側面に関する ハーグ条約における子の引渡し請求」

～ハーグ条約の運用における手続きと日本と関連のある裁判例を中心として～

平成 28 年 7 月 30 日 (土)

講師 金 汶淑 氏

(甲南大学 法学部教授)



みなさん、こんにちは。ただいま紹介のありました金ムンスクと申します。簡単な自己紹介をしますと、私は、1994年に韓国の大学院修士課程を修了し、1995年には日本に研究生として京都大学に留学をし、国際私法という分野の修士・博士学位を取得しており、甲南大学には2003年に着任しております。本日このような講演をする機会を頂きまして、大変光栄に存じます。

学会では、専門の方を相手に報告することはありますが、一般大衆を対象にするこのような講演会は慣れていないので、いたらないところが多く、また発音も聞き取りにくいところもあるかとは思いますが、よろしく申し上げます。

先ほど胡先生が、専門的な話だとおっしゃったので、それほどではないという観点からゆっくり話したいと思います。本日のテーマは、『「国際的な子の奪取の民事上の側面に関するハーグ条約」における子の引渡請求』ができるかどうか、どんな場合にできるかについてです。その全体的な内容の中で、特に重点を置きたいのが、ハーグ条約の運用における日本での手続や、日本がハーグ条約を締結する前と後で何が違うか、それに関連する裁判例にはどんなものがあるかを中心にお話することにします。

資料A3の1頁の目次「Iのはじめに」のところですが、まずパワーポイントを見ることにします。日本においては国際婚姻とか国際離婚というのが2000年以降に増加する傾向にあります。2000年に入ってから、高低はありますが、全体的にそれ以前に比べたら増加する傾向であって、それは全般的に日本の社会で婚姻する人が少し減っている中ですが、国内の婚姻の中で国際的な婚姻数が増えていることが分かります。

国際的な婚姻が増えるのに伴い、離婚率も高まり、子の親権を父母両方が持っている間、もしくは離婚はしていない間でも相手に知らせず子を連れて自分の母国に帰ったりすると、子の環境変化が激しくなります。子について親同士が争う時に、果たして誰が親権を持っているかを争うことは別として、元々の状態にとりあえず子を戻して、その後ちゃんと親権者は誰なのかを決める手続をすることが前提になりますから、相手と協議をせず、または同意を得ずに不法に子を連れて、例えば日本で婚姻生活を営んでいた一方の親が子を連れて自分の国に帰った場合、子が元々いた場所、居住国(常居所地国)へ早めに戻るようにする手続を定めているのが、このハーグ条約であります。

1970年代頃から一方の親による子の連れ去りや監護権をめぐる国際裁判管轄の問題を解決する必要性があるとの認識が指摘され、「ハーグ国際私法会議」で、1980年10月25日に「国際的な子の奪取の民事上の側面に関する条約」が成立しました(2016年7月19日現在、締約国は95か国)。以下では、「ハーグ条約」と言います。

ハーグ条約を日本が締結する前に、日本ではどのような状況であったかを見ることにします。補足資料を見てくださいませ。ここでは4つの最高裁の裁判例を取り上げたのですが、まず3番目と4番目を見ましたら、平成17年には未成年者の略取罪にもなり、もしくは国外に子を連れ出した場合は、オランダ人が夫であった事件において平成15年には国外移送略取罪となりました。さらに、2番目ですが、国内事件の中でも人身保

護請求事件というもので拘束の顕著な違法性がある場合であります。もう一つ、1 番目が国際的な事件であります。これは資料 B4 の表面の子の奪取に関する大阪高裁決定の上告審です。これを分かりやすく 1 枚にまとめた補足資料を配布しています。この最高裁決定はまだハーグ条約に日本が入る前の段階で生じた事件であります。事実の概要を簡単に紹介しますと、アメリカ人でウィスコンシン州在住の X が、日本人女性 Y と婚姻をしたのですが、請求者 X は請求者であり、相手の日本人女性 Y が子を連れて日本に戻ったわけです。その日本人女性 Y は拘束者という表現になっています。何故かという、日本人の母が子を人身保護法上の拘束をしていることが前提となっています。外国にいた親が子を連れて日本に戻ってきた時に、外国に残された一方の親がどうすれば子を取り戻すことができるか、もしくは日本国内でも同様の事件があった場合に、どうするかが問題となります。

日本国内では人身保護手続が最高裁でもよく認められ、請求されることになりました。最高裁判所がこの引渡請求について人身保護法の適用を容認して以来、人身保護法に基づき、不法に子の奪取、連れ去りがあった場合には、連れ出された親が子を返還してもらう方法として使われてきました。客観的に見ると、親が子を拘束しているのかという考え方はもちろんありますでしょうが、そのための要件として、人身保護請求の要件としては、拘束していること（人身保護法第 2 条）、その拘束が違法であること（同）、違法性が顕著であること（人身保護法規則第 4 条）、他に救済方法がないこと（同条ただし書）が満たされなければなりません。こういう状況の中で、他の国からも、日本という国は、子を連れて戻ったら、結局それは返還されない、してくれない、というクレームがけっこうあったようで、日本の外務省もハーグ条約について検討をすることになった経緯があります。

次に、国内で国際婚姻の件数を調べて見ました。これが婚姻の数で、その次が離婚の数です。国内婚姻件数に対する国際婚姻件数の割合は、平成 4 年は 4.5 あたりから、平成 21 年は 8.3 と 2 倍ほど高くなっています。この資料は、私が直接作った資料ではなく、外務省の資料を紹介しますと、全般的に従来 1979 年ぐらいから、2010 年までの、国際的な婚姻とか離婚の件数の推移は、減り気味でしょうが、割合的には国際的な離婚の割合が高くなっていることがわかります。

国境を越える子の連れ去りは、愛着対象の喪失、環境の変化、別居親の精神的苦痛、協同養育の困難化、子を利用しての脅迫、面会交流の阻害、被虐待児の増大、家庭内暴力や虐待の捏造、連れ去った親の病理、早いもの勝ちの助長が問題となり、さらにハーグ条約や児童の権利に関する条約との整合性が問われることになりました。今からだいぶ前に、オランダ政府が 1893 年に立ち上げたハーグ国際私法会議では、各国の法律は国ごとに相違であるので、例えば日本から外国に行った際、婚姻する時に外国法が適用されるのか、日本の法律が適用されるのかが問題となるので、どこの国の法律を基準にするか（これを準拠法と言います）をあらかじめ決めて、その解決のための仕組みを作

るような、国際的な法律関係についての解決仕組みを作ることが主な仕事です。

本日のテーマであるハーグ条約の正式な名称は「国際的な子の奪取の民事上の側面に関する条約」ですが、このハーグ条約の中には、先ほどのどこの国の法律で監護権を決定するか等は全然入っていません。それは、このハーグ条約自体は、返還の緊急性が必要だということもあり、監護権者の決定についてはわざわざ排除し、ハーグ条約は手続面に重心を置いています。このハーグ条約の締約国は、2016年7月19日現在、95カ国です。ハーグ国際私法会議が作った条約の数が40ありますが、その中でも子の奪取に関するハーグ条約は第三国も含めて多数の締約国をもつ成功した条約です。また取りまとめる担当機関として中央当局（Central authority）を設置することにより、日本の中での仕事を担当し、相手国の仕事は相手国の中央当局が担当していて、連絡がスムーズに取れるような仕組みを初めて作ったのです。このハーグ条約が発効したのは1983年なのですが、ポルトガル、フランスに次いで、スイス、英国、米国、ドイツ等で締約国となりました。胡先生がいらっしゃるから中国も調べたんですが、中国は（胡：「入ってない。」）本土は入っていません。香港とマカオの独立行政区は、香港の場合はイギリスから独立した時にそのまま引き継ぎ、また、マカオの場合には、香港の例に倣って、ポルトガルから独立する直前でそのまま引き継ぎます。韓国は2013年に、日本は2014年にそれぞれ発効しています。

外務省のホームページを見たら分かりますが、この資料は2008年度の統計を2014年外務省がハーグ条約を検討する時に使った資料であります。特に日本と関係がある国としては、日本人夫、日本人妻はどこの国の人と婚姻しているかなのですが、主な先進国以外にも、アジアですと韓国とかもありますし、フィリピンとかタイ、ブラジルも順番にあります。例えば、フィリピンがこれまでハーグ条約に入ってなかったんですが、2016年フィリピンについてもハーグ条約が発効することになり、実際フィリピンでも国際婚姻がしばしば行っていますから、国際的に意味があるものだと思います。そのような社会的な背景を踏まえて、これから具体的な日本における適用状況を見て行きましょう。

資料A3の1頁の目次「Ⅱハーグ条約の概要と手続の流れ」を見ることにします。目次Ⅱの1の(1)のところですが、ハーグ条約は、監護権の侵害を伴う国境を越えた子の連れ去り等は子の利益に反すること、どちらかの親が子の監護をすべきかの判断は子の元の居住国で行われるべきであること等の考慮から、まずは原則として子を元の居住国へ返還することが原則であります。これは一旦生じた不法な状態（監護権の侵害）を原状回復させた上で、子がそれまで生活を送っていた国の司法の場で、子の生活環境の関連情報や両親双方の主張を十分に考慮した上で子の監護についての判断を行うのが望ましいと考えられているからであります。ここで「監護権」という表現が出てきますが、「監護権」「親権」という言葉の違いですが、子の身上監護、養育のこと、精神的な教育とか肉体的な成長を含めた内容が「監護権」であり、これに子の財産管理に関するものを含めて「親権」だと考えています。日常生活では、そのうちの監護権だけを分

けて「監護権者」、場合によっては「親権者」という風に使い分けは出来るみたいなのですが、日本の社会の中では、私の伺った限りでは監護権だけ親権から特別に独立することはあまりないようです。

なぜ子を元の場所に戻すかという点、夫婦が協議をせず、子がそれまで生活していた国を離れたら、残された親にとっては子に会う機会がいきなり失われるので、面会交流の機会を確保するためであるというのが、もう一つの理由になっています。目次Ⅱの1の(2)を見てみますと、国境を越えて所在する親と子が面会できない状況を改善し、親子の面会交流の機会を確保することは、不法な連れ去りや留置の防止や子の利益につながると思われることから、ハーグ条約は、親子が面会交流できる機会を得られるよう締約国が支援することを定めています。中央当局は、子の返還のために設立されたものでもあります。またこういう面会・交流をできるような支援をすることも重要な役割です。

目次Ⅱの1の(3)の適用範囲なのですが、ハーグ条約はどんな場合に適用されるかという点、まず、「監護の権利の侵害を伴う、16歳未満の子で、国境を越えた移動」です。国境を越えることになるから、日本人同士でも、日本人夫婦の一方である妻が、外国から子を連れて日本に戻った時も、これが適用の対象となります。日本について2014年4月1日にハーグ条約が発効することになります。さらにハーグ条約第35条は、締約国間において、この条約が当該締約国について効力を生じた後に行なわれた不法な連れ去り又は留置についてのみ適用する、すなわち監護権の侵害を伴う国境を越えた子の移動について、そのような移動が子の利益に反するとの考え、及び監護権の所在を決着させるための本案手続は移動前の常居所地国で行われるべきであるとの考えに基づき、子を常居所地国に戻すための国際協力の仕組み等を定めているものです。ここで、常居所というのはどこかという点、「人が居所よりは相当長期にわたり常に居住する場所」であり、詳細な定義はなく、各国の解釈に委ねられます。このハーグ条約の中では一般的に、常居所は、子の元の居住国と解されます。この常居所という概念は新しいと思うのですが、それは日本のような大陸法系では国籍を属人法の基準として考えたり、英米法系では住所という概念で考えたりして、その基準が異なるため、その妥協の産物として作り出された概念であります。だから常居所地国に、居住国はどこなのかというのは当該国での基準で考えて決まることになっています。

次は、ハーグ条約を締結する以前の状況を見ることにします。これは先ほど簡単に説明したのですが、例えば、日本から外国に子を連れ去った場合、自力で子の居所を探し出し、外国の裁判所に子の返還を訴えなければならなかったのです。反対に、例えば、先ほどのウィスコンシン州の夫の場合、日本人妻が日本に戻ったという可能性が高いでしょうけれども、アメリカで訴えても実際日本人の妻がいるのは日本ですので、夫がさらに来日して、人身保護法に基づき請求をすることになったのです。また、外国で生活していた日本人が、共に一時帰国しようとしても、仮に一時帰国にとどまらず、子の留

置に発展したときに、ハーグ条約に基づく返還手続が確保されないとして、外国の裁判所等において子と共に、日本へ一時帰国することが許されない、許可されないことがあったりしました。

日本がハーグ条約を締結した後はどうなるかという、米国と日本の間で、双方の国の中央当局を通じた国際協力の仕組みを通じ、相手国から子を連れ戻すための手続や親子の面会交流の機会の確保のための手続を進めることが可能になりました。ですから、先ほどのウィスコンシン州の夫の場合、わざわざ日本に来なくても、ハーグ条約が施行された後には子の連れ去りがあれば、アメリカの中央当局で子の返還について申請をしたら、中央当局の方が日本の中央当局に連絡をし、子の所在確認をしてから、様々な協力をすることになります。具体的には、子の不法な連れ去り等が発生した際の返還のためのルールが明確となり、国際的な標準、条約に従って問題の解決が図られるようになったほか、外国で生活している日本人にとって、ハーグ条約未締結国への子を伴う帰国についての渡航制限もあったようですが、その制限はなくなるといった効果もあります。また、一方の親の監護の権利を侵害するような形で子を不法に連れ去った場合は、子を元の居住国に返還しなくてはならないという条約の原則が広く周知されることは、子の一方的な連れ去り等について慎重に考える機会となるものと期待されていて、日本もこのハーグ条約に入ることになったと思われます。

2 頁の目次「Ⅱの2のハーグ条約の締結」の経緯を見ることにします。日本においては、政府が2011年1月から、ハーグ条約の締結の是非を検討するために関係省庁の副大臣級の会議を開催し、締結賛成派、締結反対派等各方面から寄せられる意見も踏まえ、日本の法制度との整合性、子の安全な返還の確保、中央当局の在り方等について慎重に検討を行ないました。その結果、ハーグ条約の締結には意義があるとの結論に至り、2011年5月に条約締結に向けた準備を進めることを閣議了解し、返還申請等の担当窓口となる「中央当局」は外務省が担うとの方針の下、法務省及び外務省において当事者や専門家等の様々な方面からの声を踏まえつつ、実施法案が作成されました。これは、条約をそのまま直接適用する場合がありますが、条約の実施に必要な国内手続等を定める方法として、日本の場合は、このハーグ条約を締結する際に、国内法を整備し、法律を作ったのです。2013年の第183回通常国会において5月22日にハーグ条約の締結が承認され、6月12日に「国際的な子の奪取の民事上の側面に関する条約の実施に関する法律」が成立しました。条約及び実施法の承認・成立を受け、2014年1月24日、日本は条約の署名、締結、公布にかかる閣議決定を行うとともに、条約に署名を行った上で、オランダ外務省、これは先ほどのハーグ国際私法会議が開催される国がオランダですから、そこに受諾書を寄託しました。この結果、日本について、ハーグ条約が2014年4月1日に発効することになりました。

立てを受けて、子を元の居住国に返還するかどうかにつき判断することになります。裁判所によって子の返還が決定された場合には、中央当局は、子を安全に元の居住国に

返還するための支援を行うこととなります。

立てを受けて、子を元の居住国に返還するかどうかにつき判断することとなります。裁判所によって子の返還が決定された場合には、中央当局は、子を安全に元の居住国に返還するための支援を行うこととなります。立てを受けて、子を元の居住国に返還するかどうかにつき判断することとなります。裁判所によって子の返還が決定された場合には、中央当局は、子を安全に元の居住国に返還するための支援を行うこととなります。

立てを受けて、子を元の居住国に返還するかどうかにつき判断することとなります。裁判所によって子の返還が決定された場合には、中央当局は、子を安全に元の居住国に返還するための支援を行うこととなります。立てを受けて、子を元の居住国に返還するかどうかにつき判断することとなります。裁判所によって子の返還が決定された場合には、中央当局は、子を安全に元の居住国に返還するための支援を行うこととなります。

立てを受けて、子を元の居住国に返還するかどうかにつき判断することとなります。裁判所によって子の返還が決定された場合には、中央当局は、子を安全に元の居住国に返還するための支援を行うこととなります。立てを受けて、子を元の居住国に返還するかどうかにつき判断することとなります。裁判所によって子の返還が決定された場合には、中央当局は、子を安全に元の居住国に返還するための支援を行うこととなります。

次は、子の返還手続についてですが、両当事者の間で話し合いがつかない場合には、裁判所が原則として子を元の居住国に返還することを命ずることとなります。ただし、裁判所は、子の生活環境の関連情報や子の意見、両当事者の主張を考慮した上で、以下に該当する場合には、例外として子の返還を拒否することがあります。原則は返還すると言っているけれども、例外もあるのです。いかなる場合において返還しなくていいということは後ほど見ますが、まずは、3頁の下の方の図を見てくださいませ。これはパワーポイントにもあるのですが、申請を受けた後の主な流れとして、中央当局に申請者が申請をすることにおいて、自分の国での中央当局に申請をしてもいいし、子が現に所在する国の中央当局に申請もできます。例えば、これがアメリカで、こちらが日本だとすると、日本からの申請を経て申請書類の審査をしまして、返還の対象となる子の所在を特定した上で、返還と面会交流の機会を確保するための協議・あっせん等の友好的な解決に向けた支援を行うこととなります。この際、任意の返還もでき、これが話し合いでうまく返還をすることですね。したがって問題が当事者の間でうまく友好的に解決できるのであれば、最初からそういう手続は必要ではなかったのではという話になりそうですが、結局どうかというと、日本の中央当局から、話し合いをするための、お手伝いをすることができるように、ADR というものを設けていて、話し合いができるようなあっせん等を行うこととなります。

友好的な解決が最もいいのですが、そうでない場合は司法当局における返還可否の判断が必要であり、日本では裁判所がこれを担当します。子が現に所在する、日本の裁判所の方が返還命令をするため、仮に妻の方が、夫から暴力を受けた等の家庭内暴力やギ

サンプルをしたりして、子をアメリカに返還することになると、子の教育環境が著しく悪くなるということを主張し、子の返還可否の判断において異議を申立てた場合、果たして日本の裁判所は、それをどこまで反映するか、その立証責任はどこなのか、今、立てた場合、果たして日本の裁判所は、それをどこまで反映するか、その立証責任はどこなのか、今、妻は日本に所在するわけだから、その主張はどこまで認めることができるか、実証はどこまでできるかが問題となります。子の返還可否の判断において子の意見を考慮することもありりますが、裁判所の判断によって、原則的に子を返還するようになります。その内容が3頁の中身です。

パワーポイントを見ることにします。2008年を基準にして2013年に外務省が作った資料の中で、世界的にどうなっているかハーグ条約に基づく返還申請の結果ということ、統計を取ったことがあったので、これを見ましたら、司法判断による返還命令は27%であり、全体の4分の1ぐらいですね。司法判断による返還拒否というものもあって、それは16%であります。任意の返還というのが19%だから、2割ほどが任意返還です。こういう件数を合わせてみると、そもそも申請当事者による申請件数の半分弱は返還できるようにはなっています。

ここで注意すべきことは何かというと、ハーグ条約でいう「子の利益」とは、集合として捉えたものであり、子の迅速な返還は、子の一般の利益に適合することが多いと考えられています。一般の利益とは、父または母との法的な結びつきの維持に対する利益を意味します。したがって子が元の居住国へ返還されると、安定した生活環境を保持されないような事実的な利益を考えるのではありません。だから、子を連れ去った場合、具体的なことはとりあえず原状回復した上で決めることとなります。したがって形式的にとりあえず、手続の面から、無理矢理に連れ出された子を、元の場所に戻そうということだけなので、実際に子を戻した後、子の利益にかなうかどうかまでは、考えていない仕組みになってしまっていて、それはちょっとおかしいのではないのかという批判はもちろんあります。だからこそ深く考えないで、そういう仕組みをとっているから、元々の現状に早く戻せるということもあったりします。

これからは4頁の目次「Ⅲの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」を見ることにします。日本がハーグ条約を締結する際、国内法の整備をしました。日本で作られた法律の名称は、「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年法務省第48号、平成25年6月19日公布、平成26年4月1日施行）で、少し名称が長いので、「実施法」と言います。この実施法は、ハーグ条約の実施に必要な国内手続等を定めています。目次Ⅲの1の実施法の目的を見ますと、(1)日本の中央当局を外務大臣と指定し、その権限等を定めると共に、(2)子が不法に連れ去られる前に常居所を有していた国に子を返還するか否かを決定するために必要な裁判手続（子の返還手続等）について定めるためであります。ハーグ条約自体は条文の数は45か条ですが、日本の実施法は153か条という大変に多くの規

定を定めています。ハーグ条約の内容をどこまで実施法で実現できるかですが、ハーグ条約の実施にあたっては、他の国のやり方と少し違う所ももちろんあります。ハーグ条約自体 45 か条がそのまま直接施行されるわけではなく、国ごとに主旨・目的・やり方等はほとんど似ているのですが、各国の国内法の中にはやはり、日本のようなやり方のように、詳細な部分において違いが出てきます。では、下の図の中を見てくださいます。これは実施法の全体的な構造でありまして、すなわち総則（第 1 条・第 2 条）、子の返還及び子との面会交流に関する援助（第 3 条～第 25 条）、子の返還に関する事件の手續等（第 26 条～第 133 条）、子の返還の執行手續に関する民事執行法の特例（第 134 条～第 143 条）、家事事件の手續に関する特例（第 144 条～第 149 条）、過料の裁判の執行等（150 条）、雑則（第 151 条～第 153 条）について定めています。具体的に見ますと、子の返還及び子との面会交流に関する援助（第 3 条～第 25 条）として、「外国へ子を返還するための援助（第 4 条～第 10 条）」や「日本国へ子を返還してもらうための援助」（第 11 条～第 15 条、また「日本国で面会交流をするための援助」（第 16 条～第 20 条）や「外国で面会交流をするための援助」（第 21 条～第 25 条）をどのように実現するかという、細かい規定を定めています。例えば、先ほどの日本人女性のように、返還命令を下したのに日本人女性が、子を返還してくれなかった時に、過料を科します。「私が子供を返還しなければ、お金を払わなければならない。」というような間接的な執行ができる仕組みにもなっています。

次は 5 頁の目次「Ⅲの 2 の実施法の逐条」を見ることにします。実施法の特徴を、逐条として解説しますと、(1) 実施法では、日本における中央当局を指定し、その権限等を定めるとともに、子を常居所地国に迅速に返還するために必要な裁判手續等を定めていて、中央当局の権限等と、子の返還に関する事件の手續等を定めています。まずは、中央当局の権限等（第 2 章）についてですが、日本において子の返還の援助等を行う中央当局を外務大臣と定めるほか（第 3 条）、主に次の事項を定めています。援助の申請方法（第 4 条、第 11 条、第 16 条、第 21 条）で具体的にどういう場合に申請するか、様式があるようです。また、援助として中央当局が行う子の住所等の特定のための情報の取扱い（第 5 条）、他の締約国の中央当局との連携、子の任意の返還等の促進や子の社会的背景に関する情報の交換が中央当局としての仕事です。

その次は、子の返還に関する事件の手續等（第 3 章から第 7 章）なのですが、子の返還に関する事件の手續等について定める部分は、日本にいる子を日本から子の常居所地に返還するための裁判手續を定めたものであります。日本から連れ去られた子を日本に連れ戻すための手續は、現在子が所在する締約国の実施法において定められることとなります。実施法は主に子の返還事由（第 27 条）、この場合だったら返還しますよということを、資料 7 頁に書いてありますので、後ほど具体的に見ることにします。そして返還拒否事由は第 28 条が定めていて、ハーグ条約の返還拒否事由以外に、独自の返還拒否事由を定めていることが特徴であります。実施法は、条約の実施に必要な国内手續

等を定めたものであります。ハーグ条約では、「中央当局は全ての適当な措置をとること、司法当局または行政当局は子の返還のための手続を迅速に行うこと等を定めているが、各国における具体的な手続等については各国の制度に委ねられて」いるためであります。子の返還申立事件の手続としては、まず、管轄裁判所はどこなのかという点、東京家庭裁判所と大阪家庭裁判所に集中させています（第 32 条）。何故かという点、子の国際的な連れ去りというのは、数的にはそんなに多くはないので日本全国に担当部署を置くわけにはいかないから、東京と大阪に集中させることによって、データの蓄積等、ノウハウの蓄積が図られることができるからです。この返還申立事件の手続は非公開です（第 60 条）。子の返還を命ずる裁判の実効性の担保においては、子の返還申立事件の裁判手続中に、子を出国させることを禁じる制度等を創設したり（第 122 条以下）、子の返還の強制執行についての規定の整備（第 134 条以下）が定められています。つまり、子を返還するのにどうして強制執行ができるかというこれまで日本においてこの分野ではなじみのない制度も定めています。ハーグ条約に入るときに、本当に強制執行ってできるのかということで、そういう意味でも日本の国内法の整備も必要であって、これについては後ほど 8 頁で説明することにします。

(2) 実施法は実施法の施行前にされた不法な連れ去りまたは留置には適用されないとなっていて、ハーグ条約が日本について発効される前の事件は、もう適用対象ではないこととなります。(3) 実施法の実施状況についてですが、外務大臣に対する援助申請、裁判所に対する申立て、返還援助の結果や面会交流援助の結果等、これは後ほど、日本の実施法がどのように適用され、どのくらいの件数があり、どのくらい変化しているのか、後ほどその結果から見ることにします。

これからは、7 頁を見ることにします。大体的内容はお分かりいただいたと思いますが、どんな場合に返還拒否事由があるかというのが、実はこれが一番大きな問題であって、日本が実施法を作る際に、より詳細な独自の規定を設けました。それがパワーポイントの赤い字になっている所であります。

まず、条約上の返還事由（第 27 条）を見ますと、裁判所は子の返還の申立てが「①子が 16 歳に達していないこと、②子が日本国内に所在していること、③連れ去り・留置が申立人の監護権を侵害すること、④連れ去り・留置の時に常居所地国が条約締約国であったこと」のいずれにも該当すると認めるときは、子の返還を命じなければなりません。次は、条約上の返還拒否事由（第 28 条）を見ることにします。返還事由に該当する場合であるにもかかわらず、裁判所は、次の各号に掲げる事由のいずれかがあると認めるときは、子の返還を命じてはいけません。実施法第 28 条第 1 項第 1 号は、申立てが連れ去り・留置から 1 年を経過した後にされ、かつ、子が新たな環境に適応していることです。環境に子がなじんでいるわけだから、その時にまた元の国に戻せということになると、子にとってまた大変な環境の変化になりますので、こういう 1 年という期間を設けています。第 2 号は、申立人が連れ去り・留置の時に現実に監護権を行使して

いなかったことです。親権の内容は、日本語では親権と言って、権利、right と書きますが、内容的には、親の責任というような位置づけをしているため、監護権を持っているだけではなく、ちゃんとその責任を果たしていなかった時には返還拒否の事由になります。第3号は、申立人が連れ去り・留置に同意したことです。第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、その他子を耐えがたい状況に置くこととなる重大な危険があることです。この場合は返還拒否ができます。これは抽象的であるため、これを具体的に定めたのが、実施法第28条第2項なので、後ほど見ることにします。第5号は、子が返還されることを拒んでいること（子の年齢・発達の程度に照らし、子の意見を考慮することが適当な場合に限る。）です。第6号は、子の返還が人権及び基本的な自由の保護に関する基本的原則により認められないことです。ただし、第1号から第3号までまたは第5号に掲げる事由がある場合であっても、一切の事情を考慮して常居所地国に子を返還することが子の利益に資すると認めるときは、子の返還を命ずることができます。

実施法第28条第1項における第4号の判断にあたって、同条第4項が規定しています。すなわち、第4号の判断にあたっては、国内法において、裁判所は、次のような事情を含め一切の事情を考慮するものとする旨を規定しています。ここが大事ですね。第1号は子が申立人から暴力等を受けるおそれがあることです。第2号は、相手方が申立人から子に心理的外傷を与えることとなる暴力等を受けるおそれがあることです。例えば、子の前で申立人が子に心理的に外傷を与えることとなる暴力等を受けるおそれがあります。第3号は、申立人又は相手方が常居所地国で子を監護することが困難な事情であることです。例えば、申立人が薬物中毒かアルコール依存症であること、相手方が帰国後に逮捕・刑事訴追されるおそれがあること、相手方が帰国後に適法な滞在資格が得られないおそれがあること等です。さらに同条第3項によれば、裁判所は日本において子の監護に関する裁判があったこと又は外国においてされた子の監護に関する裁判が日本で効力を有する可能性があることのみを理由として、この返還の申立てを却下する裁判をしてはいけません。ただし、これらの子の監護に関する裁判の理由を子の返還の申立てについての裁判において考慮することを妨げるものではありません。

各締約国が条約を適用する際に、独自の返還拒否事由を定めている国は、スイス以外にはあまりないみたいです。スイスでは独自の定め方をしているため、他の国からは、またいろいろ批判を受けています。その理由としては、簡単に説明しますと、同一の条約の下で、実際、各国ごとに訴追される状況が違うのだということが、一番大きな問題として指摘されたりしています。こういうことで、日本では具体的にどんな場合であるかということ、家庭内暴力ということが念頭に置かれています。ハーグ条約に入る時に想定された典型的な事件は、実際の観点からすると、母親の方が子を連れてくる事件が多く、家庭内暴力も男性の方も家庭内暴力を受けることがあるみたいですが、それを具体化しているということになります。

これからは8頁の子の返還の実現方法の概要（第134条～第143条）について見ることにします。子をいざ返還することになった時にどうするかなんですが、まず間接強制という方法があります。間接強制の申立てをしたら、間接強制の決定（民事執行法第172条第1項）をし、〇月〇日までに子を常居所地国に返還しないときには、1日あたりいくら支払えというようになって、その後財産の差し押さえもできる（民事執行法第43条～第167条）仕組みが設けられています。

相手方が返還命令に従わない、子を返してくれない場合どうするかというと、間接強制の決定確定後2週間経過し（間接強制前置）、子の返還の代替執行という方法があります。子の返還を実施する適切な者を特定して申立てをし、他方の親からの事情聴取をし（審尋）、子の返還を実施する者（例えば：申立人、子の親族）を指定することで授権決定を行います。執行官が監護者から子を解放させ、返還を実施する者が子と共に帰国することになります。

次に、実施法の実施状況です。日本の中で、ハーグ条約が実施されて、どういう事件になっているか、簡単に見ることにしましょう。外務大臣に対する援助申請ですが、平成26年度は113事案（158名）があり、裁判所に対する申立ては子の返還（16件）、子の返還の強制執行（間接強制の申立て1件）、面会交流事件（11件）があります。返還援助の結果を見ますと、外国返還援助決定（子の返還：3事案）、日本国返還援助決定（子の返還：4事案）があります。平成27年度は69事案（95名）があり、裁判所に対する申立ては子の返還（21件）、子の返還の強制執行（間接強制5件、代替執行5件）、面会交流事件（5件）があります。返還援助の結果を見ますと、外国返還援助決定（子の返還：7事案、子の不返還：6事案）、日本国返還援助決定（子の返還：5事案、子の不返還：5事案）があります。いずれの年度においても、多くの事案について両当事者の連絡の仲介が実現され、これらの事案の中には、子や親が国境を越えて渡航する形で面会が実現した事案や、ビデオ通話による面会が実現した事案等があります。また、そのような面会の実現を促進するとの観点から、平成27年9月からは「ウェブ見まもり面会交流」の運用を開始しました。平成27年度を見ましたら、前よりは日本がハーグ条約に入ったという認識もあり、予防的な意味もあったと思うのです。平成26年度に比べ、平成27年度には子の返還の強制執行申立件数も増えました。全体的な件数を比べると審議中であつたということもありますが、実施法は平成26年から施行されているので、わずか2年ほどで増えた感じになっています。

これからは5頁の目次「Ⅲの3の日本と関連のある裁判例」を見ることにします。ハーグ条約の施行前と施行後において子の返還状況について相違を見ますと、国際婚姻において、親の一方が外国で生活していて、他方の親がその一方に何も知らせず、子を連れて、母国に帰ったりする事件が多くなってきます。母国を離れ、他の国に行つて、その国に馴染まず、子を連れて母国へ帰る際に、ハーグ条約の施行前には、最高裁判所における人身保護法の適用が濫用されてきて、これに歯止めをかけていました。先ほど言

ったように、拘束しているとか、拘束が顕著であるとか、緊急性が求められる等で、本当にそのような事件については、人身保護法が適用されますが、一般的に子の奪取に関するすべての事件が人身保護法の対象になるとは限らないので、結果的に不法に子連れ出した親の方から子を返還させることは容易ではなかったのです。

従来、日本では、子の奪取事件において子の返還のための手続はいくつかあるものの、人身保護法が一般的に用いられていて、イタリア人妻の裁判例（最高裁昭和60年2月26日判決）を申しあげますと、日本人夫が、妻が仕事に行っている間に、子供2人を連れて日本に戻ってきた事件であります。イタリア人妻の同意もなしに子供を連れて日本へ戻ったのですが、イタリアの裁判所から子を妻の監護に付するという命令が出されました。日本では外国の判決、この場合はイタリアの判決について一定の要件を満たすと、その判決が日本でも自動的に承認されます。それが民事訴訟法118条の外国判決の承認という制度なのですが、日本の裁判所が下した裁判ではなくても、外国で下した裁判であっても、それを下した司法機関に当該事件についての国際裁判管轄があり、相手呼び出して、訴訟が開始されたとお知らせし、相手に防御の機会を得たことや、公序良俗に反しないことや、相互の保証等の要件が満たされると、その外国の判決は日本でも承認されることになります。

先ほどのイタリア人妻が、それぞれ自分の国で、監護権の確保をした命令をもらったとします。ところがその際、日本人の配偶者はもう日本へ戻っているわけなので、当該外国には不在となり、外国での裁判で争うことができません。外国人配偶者は日本人配偶者が不在する外国で勝手に訴訟を開始したわけで、日本人配偶者が子を連れて日本へ戻ってからは、当該日本人はその外国で開始した裁判に欠席することになり、結果的に欠席判決として、外国人配偶者が当該国では監護権者となりがちであります。このような欠席判決は、先ほど説明した外国判決の承認制度の下でも、認めることができません。結局、外国人配偶者が日本に来て、子の返還のための方法として、改めて人身保護法も用いても、場合によっては日本における外国判決の承認制度を用いても、結局はうまく行かないのです。裁判になりますと、けっこう時間もかかります。その間、子供の成長は早くすでに日本の生活に慣れていることもあって3年ぐらい、ある判決は4年半ぐらいかかった事件もあります。それくらい経ってから、仮にいよいよ子を返還することになった時に、果たしてそれが子のためになるのか、教育的な観点から望ましい結果なのか問われます。ハーグ条約の主旨は、裁判で争う前に、相手に対して不法に連れ出した子を取りあえず元の場所に返還することです。しかし、返還拒否という可能性はもちろんあります。返還拒否事由として、日本としては独自の法律を持っているといえます。

ハーグ条約が施行される前に、外国から日本に連れ帰った事件が多いです。日本から連れ去った事件もありますが、従来いろいろ批判されているのは、先ほど冒頭で、他の国のハーグ条約の批准した年を見ましたが、いわゆる先進国は、早めに80年代・90年

代から入っていて、日本は2014年、韓国は2013年であります。他のアジアの国も2000年以降になりまして、条約の締約国になったことが分かります。統計から見ますと、日本人の女性は国際婚姻をしますと、夫の方はいわゆる、西洋人の夫が多い、日本人の男性が国際婚姻をしますと、妻の方はアジア人が統計からは多いことが分かります。日本人妻が外国で生活して、婚姻生活がうまく行かなくて子を連れて日本に戻る事件が実際多かったのです。外国での生活にさまざまな思いをし、結局、相手に知らせず子を奪取して自分の国へ戻ることは、国によっては刑事訴追の対象にもなったり、日本の国内でも刑事訴追の対象になったりする行為ですから、子の奪取の事件を国際的に解決するための仕組みが設けられたのがハーグ条約であります。ハーグ条約の締結後は、先のアメリカ人の夫の事件でも、またイタリア人妻の事件でも、子の返還を求めるためわざわざ日本に来る必要もなくなります。実際、そのイタリア人妻の裁判例を見ますと、日本はその条約に締結していなかった時ですから、当時イタリアは条約を締結していましたが、結局、子の返還が認められませんでした。仮に現在でしたら、日本も締約国なので、イタリア人妻は、イタリアの中央当局を通して子の返還の申立てることができます。

最後は、5頁の目次「IVのおわりに」を見ることにします。日本の中央当局の仕事の一つとしては、子の返還において円満に解決するために援助をすることです。日本の中央当局は、まず裁判所に行く前にADRといういわゆるあっせん機関を活用することで、話し合いをする環境として、ひとまず外務省の委託するADR機関法人を利用する場合には、第一東京弁護士会とか第二東京弁護士会とか、大阪のあっせんするADR機関というのを紹介しています。自分で知り合いの弁護士とか、ADR機関に直接探してそれに頼むという方法もあったりもします。また日本で裁判手続を行うためにもホームページ上では、日本の弁護士協会に繋がるようにして、紹介をしているみたいです。

本日の講演は「ハーグ条約の運用における手続と日本と関連のある裁判例を中心として」行いました。子の連れ去りによって子に対して国境を越えて環境の変化等様々な影響を与えます。国際婚姻率・国際離婚率が増えている中、子の連れ去りも問題となってきており、これに関する解決仕組みとして、ハーグ条約が成立することになり、子を元の居住国に返還するように、その手続的な面における仕組みが設けられることになりました。これは何故かというと、親の一方との面会交流の機会を確保するためでもあります。しかしこれは全ての子の奪取事件に適用されるわけではなく適用範囲が定められています。

ハーグ条約自体は刑事訴追、その他の事項に対してなんら規律するものではありません。日本に連れ去った親に対して、刑事訴追をするものではないのです。もう一つは、私の専門は国際私法というもので、国際的な法律関係において、国際婚姻とか国際離婚とかの場合に、例えば、韓国人と日本人が婚姻するとき、どこの国の法律によって婚姻するのか、日本法なのか韓国法なのか、婚姻の方式として婚姻届は、日本法に従うのか、韓国法に従うのかを決める際に、どこの国の法が基準になるか、つまり準拠法を決めるこ

とになります。また親子の関係においても、親子の国籍がかつて同一でなければならなかった時代もありましたが、今は親子の国籍も独立しています。日本人母が、例えばアメリカで子を産んだらその子はアメリカ国籍を取得します。アメリカの場合は領土内で産まれたらアメリカ国籍を与える国であります。日本人母がアメリカで子を産んだら、生まれた子はアメリカ国籍と日本国籍の重国籍者となるのです。この場合、二重国籍になりますので22歳に達するまで選択することになりますけど、子の親権を決める時に、親と子の国籍が同じであったり、異なったりしますので、子の親権についてどこの国の法によって決めるのが問題となります。ハーグ条約自体は子の親権者・監護権者を決めるためのものではなく、子の返還のための手続規定を定めているものであります。

日本人親が子を連れて日本に戻ってきたとき、外国人親は外国にそのままいることが通常であり、その国で訴えて監護権者として指定されることもしばしばあります。国際離婚をするときにも、場合によってはどこの国で訴えるか、どこの国の裁判所がこの離婚事件について管轄があるのかが問われます。主に離婚事件においては、親権者決定については離婚裁判の付帯処分として行われることが多かったですので、離婚についての国際裁判管轄が問題となり、離婚についてその国が判断する権限があるとするれば、付帯処分として親子の事件についても一緒にするか、もしくはそれは別途判断されるのかが問われています。ハーグ条約は、このことについて直接には定めていません。ハーグ条約は、国際的な協力が特徴でもあります。ハーグ条約は締約国も多く、成功した条約といわれ、他の分野の条約にも影響を与えたのです。どういう形で影響を与えたかという、中央当局というシステムが結構うまくいったため、中央当局というシステムを作って、他の条約でも中央当局を置くことにして国際的な協力を図ることができるようにしています。

さらに、本日の講演では、日本における実施法の適用状況においては返還拒否事由をどう解釈するか、他の国とは異なり、具体的な判断基準を設けていることを説明しました。ハーグ条約に入ってから、事件の解決における援助方法としては、より迅速に、場合によっては友好的な解決ができるよう、裁判でいきなり訴えるよりは、話し合いをして解決するよう、あっせんや仲裁機関のADRを用いることが望ましいと言えます。

国際的な法律関係においてトラブルが発生した時に、どの国で訴えるのか、どこの国の法律が適用されるか、訴訟になりますと、時間もけっこうかかるので、国際的な商事事件においてはしばしば仲裁というものを使ったりします。仲裁も国際的な紛争解決手段の一つの解決方法です。ハーグ条約自体は、不法な連れ去りによる子の奪取による移動は、子の利益に反すると考えています。ハーグ条約の全文でも、「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、不法な連れ去りまた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」として、子の利益を重視しています。ところが、条約では、子の迅速な返還が子の一般の利益に適合することが多いと考えられています。今後、子の返還拒否事由がどのような場面で認められるかは見守っ

ていきたいと存じます。

時間もこれで終わりかと思えます。ご静聴ありがとうございました。

<以上は、2016年7月30日（土）甲南大学 511 講義室において開催された講話に基づく>