

研究報告

ハーグ子奪取条約に関する ヨーロッパにおける最近の問題 —子の常居所—

ミヒヤエル・ケスター
(訳 渡辺惺之)

- I ハーグ子奪取条約の基本構成とテーマの限定
 - 1. 条約の基本構成と目的
 - 2. テーマの限定
- II 「常居所」の概念（条約3条1項a、4条第1文）
 - 1. 常居所概念の意義
 - 2. 個別事例における新たな常居所の成立
 - a) 親の合意に関する原則
 - b) 親の合意が欠ける場合
 - c) 常居所の概念：事実と法的評価
 - 3. 常居所概念の機能上の限界
- III 特に困難な問題・再奪取

I ハーグ子奪取条約の基本構成とテーマの限定

1. 条約の基本構成と目的

ハーグ子奪取条約（以下、条約と略記）は1983年12月1日に発効して以来、国際的な子の奪取を抑制する非常に重要な実務的制度に発展した¹⁾。

1) 条約の意義に関する包括的な分析として、C. Bruce, *Temporary and contingent Changes in Location under the Hague Child Abduction Convention*, *Gedächtnisschrift Lüderitz* (2000) S. 43-62.

現時点で世界中で 95 カ国が条約を批准し、それぞれの法領域で施行されている、因みにドイツでは 1991 年に、又、日本では 2014 年 4 月 1 日に施行された。条約の目的は親の一方による子の他国への連れ去りの抑止であり、子を他国に連れ出しても元の国の司法機関の子に対する管轄権に変更はなくその国の法が適用される。奪取先国は元の国へ奪取された子を返還するための全ての業務を行うことになる。これに基づき奪取先国の裁判所の権限は制限されている。監護の権利に関する実体的（本案の）裁判は元の国に留保されている。連れ出した親は元常居所地国の裁判所の管轄とその裁判により適用されるべき法に準拠することからは免れられない。これに関して、条約 3 条 1 項 a による元常居所地の「その国の法」の指定は無条件的に当該国の家族法の指定ではなく、条約 3 条における常居所地国の法の指定は総括的であり、その抵触法規定を含むものでなければならないことを指摘したい。例えば、子の奪取前の常居所がドイツにあった場合、両親も子もイラン国籍者であれば、条約 3 条に基づきドイツ・イラン住所協定が適用され、ドイツ法ではなくイラン法が、ドイツ在住の子の監護権者は誰かという問題に適用されることになる²⁾。

条約における中心理念は個別的な子の利益ではなく、子の利益に即した監護権の配分を判断し決定する権限を、子が奪取前に常居所を有していた国の裁判所に確保することにある。それ故、条約が第 1 に追求し実現すべき連れ出した親の義務は、子を元の常居所に再び戻すことであり、その上で、そこで子の利益に最も適った監護状態を決定させることである。これは子の利益を度外視しているのではなく、それを子が馴染んだ国（Heimatstaat）の裁判所が確定し実現できるよう確保しているのである。この奪取及びそれに引き続く返還が子に非常に大きな負担となるのは避けられない。奪取された子が受けるこのような負担は一般に条約の積極的で予防的な効果に対応するが、全ての親に向けて、条約のコンセプトが「子をめぐり両親の争いで子を奪取するのは何の役に立たない」ことを伝えている。子の奪取は、それで得ようとした目的は遂げられず、子に負担を課

2) Vgl. Staudinger/Henrich (2014) Art. 21 EGBGB Rn. 40、ドイツにおけるイラン法の適用については、Coester-Waltjen, Die Bedeutung des „gewöhnlichen Aufenthalts“ im HKÜ, in: Aufbruch nach Europa. 75 Jahre Max-Planck-Institut für Privatrecht (2001) S. 543 ff, 548 f.

し、更に連れ出した親に大きなコストを生じさせる。言葉を換えれば、一般的予防目的、つまり子の奪取に対する一般的な威嚇は、一定の場合、奪取によって両親間の争いを越えて、引き起こされる裁判手続、返還等の子に対する個別事件で生じる付随的な負担をやむを得ないものと正当化することになる。定式化すれば、一般的な子の利益とその予防的保護は、個別具体的な事件における奪取された子の利益に優先するということができる。

2. テーマの限定

時間の制約から条約の適用に際して実務で問題となる基本的な問題や疑問の全てをここで取り上げることは無理である。ここでは一見したところ事実的概念と見られる常居所という概念にテーマを限ることにしたい。常居所は条約3条に定められてはいるが、その個別事例での意味は裁判所が個別事件毎に具体的に判断しなければならないのである。以下では、この概念の実務における意義と内容について、国際的な子の奪取に関する裁判所の判例に即して明確にしたい。

II 「常居所」の概念（条約3条1項a、4条第1文）

1. 常居所概念の意義

子の「常居所」は条約を適用する際の中心的概念であり、そもそも子の奪取があったのか（条約3条1項a）という問題であると同時に、当該の子が他国に連れ去られた後に新しい環境によく馴染んで、法的にはそこを新しい「常居所」と見るべきかという（条約13条1項a）、後に生じ得る問題でもある。従って、「常居所」は事実関係の法的評価をなすべき起点であると同時に、個別事件で子に正当な裁判をなすべき到達点でもある³⁾。これは他国への連れ出しの前に子が何処に常居所を有していたかの問題についてと同じく、後に常居所が他国に移転しているかの問題についても当てはまる。

3) EUGH FamRZ 2017,1506 Rn.53

「常居所」概念はハーグ条約の適用にとって基本的な重要性を持つのに、条約上は詳しい定義はない。しかし、条約締約国が条約目的と関わり統一的に、又、条約独自に決すべきだという点では一致している。それによると、ある程度の年齢に達している子の場合、常居所は子が社会環境及び家族関係で一定程度の組込（Integration）が認められる場所とされる⁴⁾。これには通常は子が実際に一定期間ある国に滞在し、その地に定住するか、（移住などの場合は）家族が以前から長い期間住んでいることが条件となろう⁵⁾。この最後の場合、特に乳幼児に関しては、移住しようとした国に家族が入国した時点で常居所が成立することもあり得る⁶⁾。乳幼児の常居所は大抵は親のそれと同じになる⁷⁾。もう少し年上の子の場合は、幼稚園とか学校を介した組込みが常居所を基礎付ける要素として独自の意味を持つことになる。

通常、常居所は裁判の審理において、子の返還を命じるか否かの審理、つまり主たる問題の審理の中で判断指標として機能する。しかし、裁判所が返還命令を下した後の強制執行手続の段階においても意味を持ち続ける。強制執行が大変遅れてその間に子が、つまり裁判所の返還命令後に社会心理学的に新しい環境に馴染んでしまい、その場が子にとって新しい「常居所」となってしまった場合である。最近、ドイツの執行裁判所は条約13条1項bに基づいて次のような決定を下した⁸⁾。子供達の父親によるカナダからドイツへの奪取事例である。ドイツの家庭裁判所は条約12条1項により子供らのカナダへの返還を命じた。しかし、この命令から11ヶ月が経過したが、その間に返還命令の執行は繰り返し停止された。それは、カナダで元の家族住宅に住み続けていた母親が、子供らの単独監護権を得るため監護権裁判手続を開始したことによる。カナダ裁判所は、この裁判手続において、双方の親の申立に基づき繰り返しドイツにおける子供らの返還命令の執行を最終的な子供らの監護権裁判までは実施しないよう命じたため、ドイツにおいて執行が一時停止されていた。しかし、11ヶ月後にカナダ最高裁は最終的に母親に単独監護権を与える判決を下し、母親が

4) OLG Nürnberg 5.7.2017-7UF 660/17 Rn.28 (juris)

5) EuGH FamRZ 2011,617; KG FamRZ 2014,995

6) EuGH FamRZ 2015, 107; OLG Nürnberg 前注4)

7) 乳児について、EuGH FamRZ 2011,716.

8) OLG Hamburg-25. 6. 2014 -, IPrax 2016, 284

返還命令のドイツ執行裁判所による執行を要求したとき、ドイツ執行裁判所は、この間に11才ないし9才の子供達は社会的環境（学校、友人）にさらに馴染んでしまい、子供らがカナダへの返還に強く反対するという事態に直面した。ドイツ執行裁判所はこの子供らの中で強化された意思に決定的な重きを置いて返還を拒絶した。

この裁判所の決定は、条約の全体的なコンセプトが最終的に子の利益にあること、及び、年長の子供の場合その主観的意思の尊重もこれに含まれることを考慮すれば、原則的には支持されると思われる。しかし、ドイツ裁判所の判断が必然の帰結かには疑問は残る。奪取側は、子供らの新しい居住地への「定着」を図るため、強力な引き延ばし策を追求することになる。逆に、連れ去られた側では、和解の試みとか合意による紛争解決には、時間の経過による返還請求の流失をおそれ消極的に対応することになる。

2. 個別事例における新たな常居所の成立

a) 親の合意に関する原則

共同監護権者である親の一方が、家族全員又は他方の親が子を連れて外国に移住することに同意した場合は、一般的には、その移住が実行され子がその地に到着すれば即時に常居所が成立すると考えらる。これは特に年少の子で、広く周辺環境に接し友達や学校仲間等の交際はまだなく、基本的に親の周辺に居るという場合に当てはまる⁹⁾。年少の子の場合は、成長に伴いかなり早い時期から徐々に環境が意味を増してくる。

このことをドイツ裁判所もある事件で強調している。両親が最初は合意の上で1才半の子をドイツから父親の母国であるメキシコに移住させた。2年後に母親が父親の承諾なしに3才を越えた子をドイツに連れ戻った。その後に父親がドイツでハーグ子奪取条約により子のメキシコへの返還請求を提起した。ドイツの裁判で両親は子のメキシコでの滞在が予め期間を決められていたか、それとも単に一時的な滞在の予定であったかをめぐり

9) EuGH FamRZ 2017, 1506 Rn. 45; EuGH FamRZ 2011, 617 Rn. 55; Kammergericht (KG) Berlin 12.8.2013-16 UF 13-Rn. 24, 26 (juris); OLG Saarbrücken 5.11.2010-9 UF 112/10-, FamRZ 2011, 1235.

争った。しかし、裁判所はこれは重要ではないとして、条約の「常居所」は本質的に事実的概念であり¹⁰⁾、その保護の対象は、特に幼児の場合は、生活関係の持続にあるとした¹¹⁾。メキシコでの母子の滞在は母親の主張では当初から期限の定めはなかったので、問題にならず、裁判所が強調する条約の趣旨からは事実と子の視点が重要なのである。裁判所は、3才の子にとって1才から3才まで2年間の生活が何を意味するか、次のように判示した。

「幼児はこの時期に環境を認識し始めるのであり、スペイン語が話される土地で言葉を覚えた。子は父母以外に初めて友達との関係ができ、他の子供達や親戚の人たちも大事になってくる。子が託児所で毎ウィークデイ6時間を過ごしたことはない。その間に両親との毎日の生活に加えてメキシコ色に満ちた環境下にあった。」

裁判所は、結論として、子の常居所はメキシコにあるとの前提に立ち条約12条1項に基づき子の返還を命じた。

共同監護権者である両親には子を外国で相当期間にわたり移住させることにつき事前の合意がなかった場合、一方の親が子をその国に連れ出したというだけでは、法的には常居所は変わらず元の国にある。しかし、被奪取親が外国への違法な連れ出しを後日に追認できるのは、条約13条1項aから明かである。この追認について最近ドイツ家庭裁判所の決定が判断を示している¹²⁾。ルーマニアの家族に関する事件である。父親はドイツで新しいパートナーを得て子供達を連れ移住しようとした。母親は父親が2週間だけ子らを連れドイツに旅行することを認め公正証書にした。子供達は2ヶ月たってもルーマニアには帰らず、母親が子らに会うためドイツに来なければならなかった。その時点で母親は父親とのeメールのやり取りで子供達がドイツによく馴染んでいるので在留させると述べていた。しかし、後に母親はドイツ裁判所に子供らのルーマニアへの返還を請求した。母親は先にした許可の意思表示の事実は争わないが、それには「法的拘束力がない」とした。裁判所は母親の態度と意思表示に、子供達の継続的滞在地のドイツへの変更に関して法的に有効な追認を認め、ルーマニアへの

10) OLG Karlsruhe FamRZ 2003,956, BGH FamRZ 1997,1070 を引用している。

11) BVerfG FamRZ 1999, 85, 87 も同様である。

12) OLG Düsseldorf-21.11. 2017- II-1-UF 148/17-, NJW-Spezial 2018, 36

子の返還命令を拒否した。母親の外部に表示されない内心的な意思留保の主張は認められなかった。母親は子の連れ去りを条約13条1項aにより「追認」したとされ、この法律関係形成的意思表示の取消はできないとされた。

追認についての証明責任は子を奪取した方の親が負うことになる。従って、奪取された側が提起した裁判手続において、これまでの常居所に子を返還させる目的で、両親間に争いがあり、被奪取側が奪取後に子の居住場所を追認したか否か、又、裁判所の証拠調べでもそのような追認がなされた否かについて疑問が残る場合は、裁判所は追認がないものとして子の他国への奪取は違法と評価すべきことになる¹³⁾。特に、被奪取側がメデイエーションに応じる用意があることや、子の新しい居住場所を訪問する期日を受け入れたことは、子の奪取への追認を導くには充分ではないことになる¹⁴⁾。

b) 親の合意が欠ける場合

両親間に家族の住所をどこに置くかにつき合意がないのに、一方の親が他方の意思に反して他国に子を連れ移住した場合、子の常居所の裁判上の確定は困難である。その場合、予め留意しておきたいのは、「常居所」の概念は、ハーグ子奪取条約のような国際法の規定と、それを補完するブリュッセルIIa規則というヨーロッパ法の規定とは原則的に同じだということである¹⁵⁾。このことは、ヨーロッパ法の立法者つまりEUは、EU内では子の奪取に関して独自の規定を制定せず、EU領域に関してはハーグ子奪取条約の規定の上にブリュッセルIIa規則中に子奪取に関する個別の特別規定を加えて対処したことを示している。これらの特別規定はEUにおける価値観と規範の幅広い同期化という観点から親に一層厳格な義務を又、EU加盟国の裁判所もブリュッセルIIa規則10条及び11条により他の加盟国裁判所の決定に対して、ハーグ子奪取条約を越える強い信頼と協力を求めている。

13) AG Köln 2.3.2005-308 F 27/05-, juris

14) MünchKomm/Heiderhoff (7. Auflage 2017) KindEntfÜbk Art.13 Rn.11; この他、特に OLG Karlsruhe NJW-RR 2006, 1590.

15) Verordnung (EG) Nr. 1347/2000 (略語として EuEheVO); このEU加盟国だけに妥当する規則による常居所概念の説明として、Rensch, Der gewöhnliche Aufenthalt im System des Europäischen Kollisionsrechts (2017). がある。

c) 常居所の概念：事実と法的評価

「常居所」は子の奪取の法的判断の出発点として子自身に関わる問題であり、双方又は一方を問わず親の常居所と当然には同じではなく、子に独自の常居所地もあり得る¹⁶⁾。「常居所」の調査は、一見して判るように純粋に事実の問題であり、その答えは確定した事実関係自体から導かれる。最近、EU裁判所はこのことをブリュッセル IIa 規則 11 条 1 項に関する判例において明らかにし詳しく判示した¹⁷⁾。常居所の概念を「本質的に事実問題」としながら、その「事実」の概念については非常に幅広く定義づけている。本来の意味での事実、例えば、子の年齢、当該国における居住環境、居住期間、子と両親の国籍等の他に、社会的及び心理的な側面にも留意すべきとして、例えば、居住地や国籍を変更した理由、子が外部環境に馴染んでいる状況、そこで関係する人との接触等の外に、個別事例における子と当該地との繋がりの本質的な側面も含まれている¹⁸⁾。

そこにリスト化された項目から、子の常居所の問題については居住の概念と並び社会的・心理的側面が重要な意味を持つことが判る。EU裁判所のブリュッセル IIa 規則に関する見解では、常居所概念の一定の「事実的な核」は貫かれている。両親が共に計画したが実現しなかった子の居住地が「常居所」と見られることはなく、条約による返還命令の目的地となることもあり得ない。EU裁判所が判断した事件は、イタリアで生活していたイタリア人・ギリシャ人の夫婦が、妊娠した妻が子を信頼できる家族が住むギリシャで出産し、4ヶ月後に子を持って婚姻生活地であるイタリアに戻る合意をした事例であった。子の出産後、妻はこの期間を過ぎても子を持ってイタリアに戻ることを拒んだ。夫から子の返還申立を受けたギリシャ裁判所は新生児の「常居所」が何処にあるかに疑問を持ちEU裁判所に先決判断を申立てた。EU裁判所は、ブリュッセル IIa 規則における居住概念は社会的、心理的及び意思的な全ての要素の核心を考慮すべきであるが、事実の問題であることは否定できず、従って子と当該国との間に一定の事実的關係がないのに常居所地国と認められることはないとした¹⁹⁾。

16) BGH FamRZ 1997,1070; OLG Saarbrücken FamRZ 2011,12 35,1236.

17) EuGH FamRZ 2017,1506 Rn. 53 mit Anmerkung *Rentsch* S. 1510.

18) EuGH FamRZ 2017,1506 Rn. 51,54; vgl. auch EuGH FamRZ 2009,843 mit Anmerkung *Völker*.

19) 前注 EuGH Rn. 51

ハーグ子奪取条約3条1項aもこれに準じており、子が奪取前に他国に常居所を有していたことが前提であるからこそ、そこに返還されるのだとしている。このイタリア・ギリシャ人夫婦の事件ではこれが欠けていた²⁰⁾。子の将来の居住が外国と単に予定されていたことでは足りない²¹⁾。条約は「元あった状態 (status quo ante)」、つまり子の奪取前や留置の前の居住の回復を目的とするもので、そのような元の居住が欠ける場合は返還を実施できないとされている²²⁾。

このEU裁判所の決定はブリュッセルIIa規則に基づいて居り、これまでハーグ条約に関する判例や論説において有力に唱えられていた見解²³⁾、つまり新生児には独自の常居所はなく最初は自動的に監護親の常居所を取得するというのとは異なっている。一方に国際法上の規範制度としてのハーグ子奪取条約、他方にヨーロッパ法としての原則的に自律的な規範体としてのブリュッセルIIa規則、このそれぞれにおける「常居所」概念がテーマとして扱われた例はほとんどなく、これまで両者間の相違は形式的であって内容の観点から扱われたことはなかった²⁴⁾。それ故、ハーグ条約における「常居所」概念の解釈とブリュッセルIIa規則における特別なヨーロッパ法上の常居所概念の解釈とが、異なるのか、どのように異なるのかについては、大きな関心を持って注視されることになる。

3. 常居所概念の機能上の限界

最初に述べたように常居所の概念は全体としてのハーグ条約システムの出発点で基準線でもある。しかし、21世紀社会における人々の移動の増大は「常居所」の確定について数々の問題を生じている。

異なる国に複数の住所を有する家族に関してはまだ問題を生じていない。現在、特に子供について頻繁に生じている問題は、居住地が複数ある

20) 前注 EuGH Rn. 52 ff

21) 前注 EuGH Rn. 57 ff

22) 前注 EuGH Rn. 60 ff; *Rentsch* (前注 12) S.125 も参照

23) フランスの Cour de Cassation vom 26. 10. 2011, Cass Civ 1ère. Nr 10-19,90 5,1015, INCADAT 1130; なお, *Staudinger/Pirrung* (2018), Vorbem. C-H zu Art.19 EGBGB, HKÜ Rn. E 35 に説明がある。

24) 詳しくは, *Rauscher*; EuZPR-EuIPR Bd. 4 (4. Auflage 2015), Brüssel IIa VO Art. 3 Rn. 21 ff

中の重心地の確定であり、例えば幼稚園や学校に継続して通っているか等に関する問題である。

しかし、このような子供にとって適正な解決を見出すことは、特に婚姻共同生活を断念し居住を異にしている親の場合には、時により容易ではない。そこで生じる子の居住地に関する問題はドイツ裁判所では実際さまざまに解決されている。次に解決の手掛かりとなるとと思われる3つの事例を紹介する。

第1の事例では、子は両親の別居にも拘わらず出生後の4年間はドイツに継続して居住していたが、その後はフランスで父と、ドイツで母と交代で生活することを両親が取り決めた。ドイツ裁判所は、このような居住地の2国間での定期的な交代で、それ以前にドイツに成立している子の常居所が変更されることはないとした。それ故、これまでの常居所は、新たな常居所が成立するまでは存続するとし、単なる彼方と此方との移住は常居所の変更には当たらないとした²⁵⁾。

しかし、他の裁判所は類似事例について、子が異なる国の両親の元にほぼ同じ期間交互に同居する場合、子の居住はある国と等しく他の国でも継続しているとしている。これに従えば子の常居所は二つあることになる²⁶⁾。この見解は、制限的な立場からは、子の父親の元での居住と母親の元での居住とが同質で同期間であることが確約され、これに従って実行されている場合に限り認められることになる。しかし、子供達が不定期的に定まった規則なしに両親の間を行き来しているのであれば、その子供達は二つの常居所ではなくそもそも常居所がないのであり、Hamm裁判所の表現によれば、「(子供は)両親間でボールのように扱われており、常居所を持たないという意味では放浪(heimatlos)に等しい」となる²⁷⁾。

第3の見解も、子が両親間のほぼ同一の監護配分に依じて交互居住する場合は常居所は二つあるが、二つが同時的ではなく、一つから別の国へと常時交代する形で認める²⁸⁾。

25) OLG Rostock FamRZ 2001,642 f.; これへの批判として *Baetge*, IPrax 2005,335, 336.

26) 例えば、OLG Frankfurt 2.12.1998, FPR 2001,233; AG Stuttgart als Vorinstanz zu OLG Stuttgart vom 27. 2. 2003-17 UF 277/02, FamRZ 2003,959 f; *Spickhoff*, IPrax 1995,185,189.

27) AG Hamm 28.3. 2014-3 F 37/14 -, IPR Rechtsprechung 2014, 234-236.

28) OLG Stuttgart 27.2.2003-17 UF 277/02-, FamRZ 2003, 959, 960; 同じく、*Baetge*, IPrax 2001, 573, 576; 同、IPrax 2005,335 ff, 337; *Holl*, Funktion und Bestimmung des gewöhnlichen

子の交替的又は複数の常居所の法的性質決定をめぐり、上述のように見解は分かれるが、例えば英国の実務は統一して第3の見解によっていて、一方の親から他方の親に子が移動する度に、それに伴い子の常居所も変わるとしている²⁹⁾。

交替的常居所の概念をめぐる議論は将来的には重要になると予想される。背景には現在なされている議論と、実体家族法における「交代モデル」というテーマの展開がある。ここで「交代モデル」とは、別居しているが子に対して共同監護権を有する親による交替的監護であり、50%ずつ同率の「平等交代モデル」の事例である。このような監護モデルはヨーロッパや米国では実務的には両親の合意に基づくか、そのような合意に基づく裁判所の命令によって、実務ではますます増えている³⁰⁾。このような実務における監護権行使がハーグ子奪取条約による裁判に及ぼす結果を現時点で予測することはできない。あるドイツの家庭裁判所は、交替的監護モデルを命じられたが一方の親がこれを拒否し、他方の親が子の引渡を求めた事例について、ハーグ条約の適用を否定した。ハーグ子奪取条約は子の継続的な居住を前提とするもので、「強制的に即時的な申立人への返還を命じ、相手方から即時に適切な方法で返還させられることを目的とするハーグ条約の適用範囲から外れる」とした³¹⁾。

これが最終的判断となるかには疑問が残る。暫定的には、個別国家の実体家族法も、ハーグ条約やブリュッセル IIa 規則のような国際的規制も、このような構成に適合した規定を準備する段階に止まると考えておくことができよう。

Aufenthalts bei internationalen Kindesentführungen (2001) S. 133; 同旨 MünchKomm/Heiderhoff (2018) Art. 3 KindEntfÜBK Rn. 20; OLG Karlsruhe FamRZ 2003, 955, 956.

29) Re V (Abduction<Habitual Residence [1995]), 2 F.L.R. 992, 1001 f.; Baetge, IPrax 2005, 335, 337.

30) 比較法的概観として、Sünderhauf, Wechselmodell-Psychologie, Recht, Praxis (2013); 現時点でのドイツ法によるこのモデルの容認として、BGH 1.2.2017-XII ZB 601/15-Rn. 15 ff, FamRZ 2017, 532.

31) AG Stuttgart Beschluss vom 8.11.2002-20 F 1830/02-juris

Ⅲ 特に困難な問題：再奪取

実務では時として生じるが、共同監護権を有する両親が異なる国に住み、子の常居所がその一方の元にある場合に、他方の親が子を自分の居住国に奪取したが、再度元の親の居住国に奪取されるという事例がある。このような事例は頻繁ではないが生じた場合には特別な困難を伴う。その難しさの一つは親がそれぞれの居住国で自分に有利な監護権裁判を得ようとすることである。あるセンセーショナルな奪取事例もそうであった。最初に母親が子供達をフランスに連れ去り、8ヶ月後に父親が「夜陰にまぎれて」子供らをフランスからドイツに連れ戻した。両親はそれぞれにその母国で、子の常居所を自国内に確保すべく家事裁判手続を提起したが³²⁾、驚くことではないが、裁判は（常にではないにしても）自国の親に有利な傾向を示した³³⁾。

このような事例において繰り返される子の奪取と再奪取、それに伴う負担を回避するため、ドイツ連邦憲法裁判所は、国際的な子の対抗的奪取の場合には、例外的にハーグ条約裁判において子に対する実体監護権の観点による継続的監護命令（つまり、子の最善の利益の観点に立った実質審査をして親のいずれに子を委ねるか）を併せて下すことを適切として許容した³⁴⁾。この実質法及び実体的な子の利益の例外的な考慮は、ハーグ条約の返還裁判手続における厳格な裁判管轄制限と抵触法規定から導かれる内容的実体判断の原則的除外の限界を示すことになる。結局、事実関係に近い裁判所の裁判管轄の（優先）確保にしる、（それに伴う子の利益のための）直接的な監護権判断それ自体の実施にしる、全て裁判手続において決定的な問題は子の利益なのである。この裁判状況の例外的性格を強調することが、同時に先ずは裁判管轄制限を指向し、実体判断の先取りをしないというハーグ子奪取条約のコンセプトを確かなものと強調することにもなる。

32) ドイツだけで7件の裁判が提起された（5件は連邦憲法裁判所）。Staudinger, IPrax 2000,194 ff.を参照。

33) 紛争は事件を詳しく報じるメディアにより煽り立てられ、ドイツ及びフランス双方の国で、政治的なエスカレーションがないように、高位の政治家の介入もあった。

34) BVerfG NJW 1999, 631 ff.