

研究報告

ドイツにおける子の引渡執行と 子の最善の利益

ダグマ・ケスター＝バルチェン
(訳 酒井 一)

- I 導入
- II 子の引渡を命ずるドイツの裁判の要件と執行
- III 子の福祉に基づく執行拒否
 - 1. 子の意思
 - 2. 強制力の行使による子に対するさらに深刻な害悪
 - 3. 執行手続における新事情の意味
- IV ブラッセル II a 規則による特殊性
- V まとめ

I 導入

本稿では、1980 年の国際的な子の奪取の民事上の側面に関する条約（以下「ハーグ条約」という）における子の引渡に限定する。純粹に国内的な紛争における子の引渡や面会交流の実施のための子の引渡については、類
似の強制執行上の諸原則が妥当するのではあるが、ここでは扱わない。

以下の叙述は 3 節からなる。(I) 最初に、原則的な引渡に関する債務
名義の執行の要件及び手続について述べ、(II) 次に、第 2 節において、
子の最善の利益の観点からの強制執行の問題について検討し、(III)最後に、
ブラッセル II a 規則後の矛盾裁判の特殊な状況について簡単に触れる。

II 子の引渡を命ずるドイツの裁判の要件と執行

子が、それまで常居所を有していたハーグ条約の締約国の領土内からド

イツに不法に連れて来られた場合（ハーグ条約3条）、ドイツ裁判所は、権限を有する親の申立てによって、ハーグ条約13条又は20条が定める例外的返還拒絶事由がない限り、従前の常居所国に子を返還することを命じなければならない（ハーグ条約12条）。ドイツにおいてこのドイツ裁判の執行は、ドイツ執行法、すなわち国際家事手続法の若干の特別規定（国際家事手続法 = IntFamRVG 37条以下、44条）とともに家事非訟事件手続法（FamFG）86条以下の規定にしたがって行われる。

その執行に際しては、ハーグ条約の目的が考慮されるべきである。すなわち、とりわけできるだけ即時の子の返還が実現されるよう配慮されなければならない¹⁾。それによって、子の利益のため、また一般予防として不法な子の奪取を妨げることとなる。ハーグ条約の予防的契機とは関係なしに、やはり個々の子の福祉が返還に際して考慮されるべきである²⁾（ハーグ条約13条1項b）。その際、いずれの親の元にずっといるべきかは重要でなく、返還自体が子にとって奪取によりすでに惹起されている問題を著しく超えた重大な侵害を意味することになるのかが問題なのである³⁾。例外規定として、ハーグ条約13条1項bは、（他の例外規定と同様に）狭く解されている。返還を命ずる裁判の執行においても、限定的に解釈されている。

そのため、ドイツ裁判所は、当該子の利益のために、返還を命じるに際して、第一に、裁判の強制的実現をしないですむように心がける。裁判所は、連れ去った親に対して、子の任意による返還を勧める⁴⁾。ドイツへの子の奪取の多くの事案で、子を連れ去った側の親は、日常的に子の面倒を見ていた親（通常は母親）であるので、とりわけ子が幼い場合には、子の返還によって、できるだけ子が親から引き離されないようにすることが非常に重要に思われ

1) Perez-Vera, Rapport de la Commission special 6 au 25 octobre 1980, in: Actes et documents de la quatorzieme session Vol. III, 1982, 172, No. 108. また、EGMR v. 21.9.2017, Nr. 53661/15-Severe/Austria Rn.101 も参照。

2) BVerfG vom 29.10.1998-2 BvR 1206/98, FamRZ 1998, 85, 87; JZ 1999, 459 Anm. Coester-Waltjen.

3) これに関する証明責任は、連れ去った側が負う。

4) たとえば、OLG Nürnberg v. 17.07.2007, 7 UF 681/07, FamRZ 2007, 1588, 1590 は、裁判所は連れ去った側の親による子の返還を命じることができ、それによって基本法2条に反することはない、とする（オーストラリアに返還する事案）。BVerfG v. 08.04.2010, 1-BvR 862/11, IPRspr. 2010 Nr. 119b. を参照。

る⁵⁾。それゆえ、ドイツ裁判所は、通常は、連れ去った側の親が子と一緒に従前の居所地国に戻り、そこで裁判所が親の監護権について裁判するまで留まる可能性を模索する⁶⁾。この裁判所の工夫及び措置に属するのは、たとえば、引き渡しを申し立てた側の親が一定期間（たとえば3カ月とか6カ月）子及び他の側の親の養育を（たとえば、奪取者の手続代理人に金銭を支払うことによって）担保することを要求することがある⁷⁾。返還する親と子のための住居を独自に利用できるようにする義務が課されることもある⁸⁾。かつてのパートナーの暴力⁹⁾や子の奪取に基づく勾留から返還する側の親を保護する問題は、同時に重要である¹⁰⁾。かつての居住地国の裁判官や官庁に対して裁判所が必要に応じて接触することを通じて、こうした観点が裁判所によって返還の衡量要素としてしばしば斟酌されるだけでなく、むしろ適当な措置が執行の要件として命じられる。（扶養料の支払いのような）一連の措置の実施は、執行開始時点ですでに担保されることもできる¹¹⁾。他のメカニズムは、返還先国における将来的関係及び規律に左右されるであろう。その限りでは、返還先国における実現が不確実あるいは不明確かもしれないが、ミラー・オーダー（mirrow orders）やセーフ・ハーバー・オーダー（safe harbour orders）及びアンダーテッキング（undertakings）が話題になっている¹²⁾。

5) Art. 11 Abs. 4 Brüssel IIa-VO も参照。

6) AG Hamm v. 13.06.2016, 3 F 89/16, Rn. 37 (juris); BVerfG v. 09.03.1999, 2 BvR 420/99, FamRZ 1999, 641; OLG Düsseldorf v. 02.07.2011, 1 UF 110/10 (juris)。返還又は終局的に返還の拒否まで、ハーグ条約 16 条は、子が連れ去られた国の当局に監護権に関する裁判を認めない。ドイツ法では、返還の後にはもはやこの障害はなくなるので、ドイツ裁判所は、（たとえば FamFG 99 条による子のドイツ国籍に基づく）ドイツの国際裁判管轄があり、他の監護事件係属が妨げとならない場合には、監護権について裁判をすることができることを前提とするいくつかの裁判がある（OLG Bremen vom 21.6.2017, 4 UF 20/17, NJW-RR 2017, 1155; Staudinger/Pirung, (2018) Internationales Kindschaftsrecht 2, Vorbem. zu Art. 19 D82 a.E.）

7) OLG Celle v. 26.02.2006, 17 UF 130/05, OLGR Celle 2006, 275; EGMR v. 11.12.2006, Nr. 41092/06-Mattenklott/Deutschland, FamRZ 2007, 1527 がこれを追認した。

8) OLG Celle v. 27.02.2006, 17 UF 130/05, OLGR Celle 2006, 275; OLG Rostock v. 11.07.2016, 10 UF 78/16, Rn. 25 (juris); ドイツ “Purrucker” 事件におけるドイツ裁判も参照（EuGH v. 15.07.2010, Rs. C-256/09, Rn. 37）。

9) OLG Düsseldorf v. 02.02.2011, II-1 UF 110/10, IPRspr. 2011 Nr. 111, FamRZ 2011, 1337 (nur Leitsatz); AG Hamm v. 13.06.2016, 3 F 89/16 (juris)。

10) OLG Celle v. 27.02.2006, 17 UF 130/05, OLGR Celle 2006, 275。

11) OLG Zweibrücken v. 30.03.1998, 2 UF 20/98 参照。OLGR Zweibrücken 1998, 308-の事案では、申立人が子の返還を担保するための保全措置をとっていないとして、裁判所（執行官）による具体的執行の指令が拒絶された。Undertakings, Safe Harbour Orders und Mirror Orders に関しては Völker, FamRZ 2010, 157, 159 参照。

12) これについては Mäsch, FamRZ 2002, 1069; Schuz, J.Comp.L. 9 (2014) 3, 19; Coester, FS Schlosser 2005, 135 参照。

ブラッセルⅡ a 規則 11 条 4 項は、相当の事前措置が命じられる場合に、子の返還が拒否されてはならないことを明記する。しかし、それは、事前措置の遵守及び実施が担保されている場合にのみ受け入れることができる。締約国内では、ブラッセルⅡ a 規則は通常それを受け入れるべきである。

可能な事前措置とは別に、連れ去った側の親に対して、他の側の親と子の返還方法について了解を得るか、あるいは、任意に命令に従うための（短い）期間が定められる¹³⁾。この期間は、実際には連れ去った側の親によって、しばしば連邦憲法裁判所に執行停止の仮処分を申立てるために利用されている。その際に、子の基本的権利が手続において（手続補助者 = Verfahrensbeistand/Verfahrenspfleger によっては）適法に擁護されないために¹⁴⁾、執行によって侵害されるおそれがある、あるいは、連れ去った側の親が基本法 6 条 2 項の自己の親としての権利が侵害されるおそれがある、と主張される¹⁵⁾。連邦憲法裁判所は、こうした状況において、憲法裁判所の本案に関する裁判前の即時の執行によって生じる害悪の危険と執行の停止によって生じる害悪とを衡量する¹⁶⁾。この衡量の結果は、個々の事案にかなり左右される。原則として、連邦憲法裁判所は、遅延がハーグ条約の精神に反するとして、仮処分に抑制的である¹⁷⁾。

期間が（場合によっては仮処分命令の期間も）経過した場合には、裁判が確定した時に、執行が開始されなければならない（国際家事事件手続法 40 条）。裁判の確定前に執行を開始することができるのは、抗告裁判所が、連れ去った側の親による抗告受理後に、子の返還に関して異議を申立てられた裁判の即時の発効を命じた場合だけである（同 40 条 3 項）¹⁸⁾。通常の

13) OLG Hamm v. 15.12.2011, IPRspr. 2011, Nr. 116, FamRZ 2012, 727 (nur Leitsatz)-もちろん、連邦憲法裁判所の仮処分命令によって執行は中止された (BVerfG v. 20.01.2012, 1 BvR 153/12)。

14) BVerfG v. 18.07.2006, FamRZ 2006, 1261 (zum AG Koblenz v. 20.05.2005, FamRZ 2006, 1141)。

15) So in BVerfG v. 20.01.2012, 1 BvR 163/12 (zu OLG Hamm v. 15.12.2011, IPRspr. 2011, Nr. 116)。

16) BVerfG v. 20.01.2012, 1 BvR 163/12; BVerfG v. 22.07.2005, FamRZ 2005, 1657; BVerfG v. 17.01.2006, 1 BvR 1465/05。

17) BVerfG v. 18.07.2016, 1 BvQ 27/16, FamRZ 2016, 111; s. aber auch die einstweilige Anordnung d. BVerfG v. 20.01.2012, 1 BvR 153/12, NJW Spezial 2012, 293; BVerfG v. 22.02.2005 und v. 17.01.2006, BvR 1465/05。

18) 第一審裁判所は即時発効を命じることができず、その限りで 2 週間の抗告期間の経過を常に待たなければならない。

民事訴訟（民訴法 753 条）と異なり、執行は職権で開始される（同 44 条 3 項）。権限者、すなわち連れ去られた子の他方の親は、執行を放棄することができる。

すでに子の引渡に関する裁判において¹⁹⁾、場合によっては執行判決を伴って、子を任意に引き渡さないことに有責性が認められる事案においては、返還命令の実施に際して秩序金（Ordnungsgeld）が課され、秩序金を徴収できず又は徴収の見込みがない場合には秩序拘禁（Ordnungshaft）が課されることになる（国際家事事件手続法 44 条 1 項）²⁰⁾。命じられる秩序金の額は、通常は、1,000 ～ 25,000 ユーロの間で変動する²¹⁾。裁判所の返還命令に従わないことは、すでに発令手続で述べられた引渡に対する抗弁を繰り返すことでは免責されない²²⁾。免責されない返還命令への不服従の場合には、裁判所の命令違反に対する有責性が認められ、秩序金又は秩序拘禁命令の執行が正当化される。

ドイツ裁判所は、秩序制裁（Ordnungsmitteln）の決定が功を奏しないか、見込みがなく、子の奪取の場合のように即時の裁判の執行が無条件で命じられるべき事案での執行に際しては、家事非訟事件手続法 90 条による明示的返還決定を通じて直接強制を命じることができる。

強制命令は、通常は、裁判所が執行官に授権し、子を連れてくることを委託することによって行われるが、急を要する場合には、子の傍にいる者に対して強制力が用いられることがある（国際家事事件手続法 44 条、家事非訟事件手続法 90 条）。執行官に、警察の助力を得て、（子を探索するよう）相当な住居の搜索を命じることができる（家事非訟事件手続法 91 条）。これらの執行方法は、通常は、夜間に、日曜・祝日ですら行うこと

19) § 44 Abs. 1 IntFamRVG は、§ 89 FamFG とは異なって、その範囲では特別法として、§ 89 FamFG のような「権限規定 eine „Kann-Regelung“」だけでなく、「義務的规定 „Soll-Vorschrift“」を置く。

20) Vgl. OLG Stuttgart v. 06.04.2006, 17 UF 318/05 (juris).

21) § 44 Abs. 1 IntFamRVG i.V.m. § 89 FamFG; das OLG Celle v. 27.02.2006, 17 UF 130/05 は、その当時です非訟事件手続法 33 条 3 項が 25,000 ユーロの限度額を定めていたのであるが、50,000 ユーロの額の命令によって法律上の限度を超えた。AG Köln v. 02.03.2005, FamRBint 2005, 48 (5.000 EUR); OLG Hamburg vom 25. Juni 2014-12 UF 111/13, IPRax 2016, 284 (10 000,- €) も参照。OLG Stuttgart v. 06.04.2006, OLGR Stuttgart 2007, 15 では、秩序金不奏功の可能性が見込まれたため、1 月間の秩序拘禁が命じられた。

22) OLG Stuttgart v. 06.04.2006, OLGR Stuttgart 2007, 15, 16.

が許される。裁判所は、子に対しても有形力を行使することを執行官に許可することができ、通常は許可される²³⁾。その上、裁判所は、権限を有する親に対して、自ら有形力を行使して子を連れてくることを許可することができる。子に対するいずれの実力行使も、常に、相当性原則と子の福祉の留保のもとにある（同法 90 条 2 項 2 文）。

それゆえ、まずは有形力を行使せずに執行が試みられるべきである。執行官は、こうした理由から、執行手続において裁判所に助力すべき青少年局（Jugendamt）²⁴⁾に嘱託することができる（国際家事事件手続法 9 条、家事非訟事件手続法 88 条 2 項）²⁵⁾。青少年局の介入は、強制的回避に役立つべきで、子の福祉にできるだけ影響の少ない執行を促進すべきである²⁶⁾。青少年局の側からの親や子との事前面談は、ここではやはり有意義でありえる。また、裁判所は、この段階で、面談を通じて、強制力を用いない返還ができないか、もう一度試みる。しかし、原則として、強制力の行使は、子に対しても認められる。欧州人権裁判所は、それを原則として決して望ましくはないものとするが、排除されないとしている。欧州人権裁判所は、やはり大いに抑制的であることを促している²⁷⁾。

次に、第二の点に移る。すなわち、子の引渡を命じた裁判の執行が子の福祉の観点から拒否されることができ、あるいは、拒否されなければならないのか、また、それがどのような場合であるのか、という問題である。

Ⅲ 子の福祉に基づく執行拒否

この点において、第一に不法に連れ去られた子を即時に返還するという

23) 子が面会交流権の行使だけを求められている場合には、子に対する有形力行使は許されない（§ 90 Abs. 2 S. 1 FamFG）。

24) Vgl. OLG Rostock v. 11.07.2016, 10 UF 78/16 (juris)。

25) S. z.B. § 156 Abs. 5 GVGA Bayern, entspricht § 213a Abs. 5 GVA Brandenburg und Nordrhein-Westfalen; 執行官の処理の指示は内容的に連邦で統一されるが、ラント法の規定対象である。

26) Hammer, FPR 2008, 413; MüKo-FamFG/Zimmermann, 3. Aufl., 2018, § 88 Rn. 8.

27) EGMR v. 11.12.2006, Nr. 41092/06-Mattenklott/Deutschland. しかし、事情によっては、返還実施の拒絶の中に、人権条約 8 条の侵害が認められることがある。EGMR v. 15.1.2015, Nr. 4097/13-M.A. /Austria (Povse 事件の新件であり、今度は、父親が不執行による親権の侵害に基づく訴えで勝訴した。ベネチアの管轄裁判所は、それまでに監護権に関する裁判について母親勝訴の裁判をしていた。) ; EGMR v.21.9.2017, Nr. 53661/15 Severe/Austria Rn. 116.

ハーグ条約の目的を再度確認すべきである。返還請求権の拒否を導くことができる例外規定（ハーグ条約 13, 20 条）は狭く解され²⁸⁾、これについては引渡の裁判の範囲ですでに審理されている²⁹⁾。その介入が否定されるならば、原則として、裁判の事実上の実現、すなわち執行が、ハーグ条約の目的を達成するために必要となる。

つまり、ハーグ条約 13 条及び 20 条による例外状況の存在が否定されたにもかかわらず引渡裁判の執行が指示されるべきでない状況がありえる。次には、できるだけ執行が行われるべきでない 3 つの状況が明らかにされるべきである。すなわち、(1) 子が引渡に抵抗している、(2) 強制力の行使が子にさらに深刻な損害を与える、及び、(3) 返還裁判の後に事実状況が重大に変化した、という場合である。

1. 子の意思

原則的に、ハーグ条約により適当とされる（13 条 2 項）連れ去られた子の意思は、返還に関する裁判の際にすでに審理されている。判例において、子の意思の評価にとって、子の意思がどのように強くかつ独立して形成されたか、そして、子の意思が連れ去った親の影響によってどの程度決定づけられ、または、形作られたかが、特に重要とされている³⁰⁾。もともとは一方の親の影響によって生じた意思が子自身の中に「住みつき（einnisten）」そして「定着した（verfestugen）」可能性があることが指摘されている。審

28) 狭く解釈する必要性につき、AG Hamm v. 13.06.2016, 3 F 89/16 (juris); OLG Celle v. 27.02.2006, 17 UF 130/05, OLGR Celle 2007, 275 (欧州人権裁判所 EGMR v. 11.12.2006, Nr. 41092/06 -Mattenklott/Deutschland 判決によって是認された); BVerfG v. 29.10.1998, 2 BvR 1206/98, IPRax 2000, 216; BVerfG v. 15.02.1996, 2 BvR 233/96, IPRax 1997, 123; BVerfG v. 15.08.1996, 2 BvR 1075/96, IPRax 1997, 124 も参照。

29) どの程度の審理が求められるかという問題について、欧州人権裁判所は、当初、Neulinger/Schweiz (EGMR v. 20.06.2010, Nr. 41615/07) 事件において、かなり詳細に、少なくともハーグ条約の関心と一致する程度に限った審理を求める。しかし、それは、X/Litauen (EGMR v. 26.11.2013, Nr. 27853/09) 判決で相対化されている。これについて Lowe, Strasbourg in Harmony with The Hague and Luxembourg over Child Abduction?, in: FS Coester-Waltjen, 2015, S. 543 ff.

30) AG Hamm v. 13.06.2013, 3 F 89/06, Rn. 42 (juris) は、「彼女が母のもとにあることは明らかであるが、意思形成にあつては独立しており影響を受けてはいない」という。また、OLG Rostock v. 11.07.2016, 10 UF 78/16, Rn. 45, 56 (juris) は、「母と娘の同一表現描写、紋切り型の表現」をいう。Heiderhoff, IPRax 2014, 525, 528 は、「スピーカーのようなオウム返し „sprachrohrartiges Nachsprechen“ .」という。

理されるべきは、子の意思が「現実的心理 (psychische Realität)」となっているか否かである³¹⁾。

裁判所によって返還が命じられたならば、子はそれと反対の意見を述べなかったか、(反対した)子がハーグ条約 13 条 2 項の意味における十分な成熟をしていなかったか、または、裁判所が当該子の意思にもかかわらず返還を正当なものとしたかである³²⁾。直後に行われる執行手続における再審理は原則として適切でない。執行手続において子が返還を拒絶した場合には、第一に、子の改心を試みるべきである³³⁾。子の意思が強い場合には、「子の改心」の機会があるのか、またどの程度の可能性があるのか問題に思われようが、改心に努めることから解放されない³⁴⁾。たとえば連れ去った側の親の非立会いなどの執行の態様の変更は有益である³⁵⁾。

欧州人権裁判所及びドイツの裁判所は、原則として、子の引き渡しの執行が連れ去られた子の意思に反しても実施されうることを前提としている。もちろん、改心の試みが功を奏せず、子が引渡に抵抗する場合には、返還すべき際には強制力の行使が不可避である³⁶⁾。そこで新たな問題が生じることになる。つまり、強制力の行使は、顧慮されるべき、かつ、返還を排除する子の福祉への侵害であるのか否かである。ここで引き続き言及する。

引渡の裁判と執行措置の間での時の経過によって(当初考慮されなかった)子の意思が決定的に固まり、あるいは、その間に子がその意思が重視されるべき年齢に達した場合には、若干異なったことが妥当する³⁷⁾。この展開や他の中間的に生じた変化(たとえば自殺の危険)は執行を妨げうる。

31) OLG Hamburg vom 25. Juni 2014-12 UF 111/13, IPRax 2016, 284, Anm. Hohloch, IPRax 2016, 248.

32) ハーグ条約 13 条 2 項は、もっぱら「権限規定」である。この点に関する個別事案について: Heiderhoff, Kindesrückgabe bei entgegenstehendem Kindeswillen, IPRax 2014, 525, 527; s. auch EGMR v. 07.06.2013, Nr. 10131/11-Raw/Frankreich.

33) EGMR v. 07.06.2013, Nr. 10131/11-Raw/Frankreich.

34) So EGMR v. 07.06.2013, Nr. 10131/11-Raw/Frankreich; krit. Heiderhoff, IPRax 2014, 525, 528.

35) Vgl. diese Versuche in AG Koblenz v. 20.05.2005, 20 F 414/04, FamRZ 2005, 1141 (im Ergebnis später Rückführung ausgesetzt zur Prüfung des Kindeswillens auf Grund von BVerfG v. 18.07.2006, 1 BvR 1465/05, FamRZ 2006, 1261).

36) 欧州人権裁判所は、改心の試みが僅かすぎるとする。EGMR v. 07.06.2013, Nr. 10131/11-Raw/Frankreich, Rn. 94.

37) OLG Hamburg vom 25. Juni 2014-12 UF 111/13, IPRax 2016, 284, Anm. Hohloch, IPRax 2016, 248.

2. 強制力の行使による子に対するさらに深刻な害悪

子の奪取及びその結果生じる従前の状態の回復の必要性が類型的に子を傷つけることにつながり、連れ去った者、ある時には返還を求める親にそれが起因し、その責任がある、という考慮がハーグ条約の基礎にある³⁸⁾。さらに、ハーグ条約は、即時の返還の実施の一般的予防の目的と並んで、即時の返還が原則として具体的な子の福祉に最も利益となることを前提とする³⁹⁾。ハーグ条約 13 条 1 項、2 項及び 20 条の制限的に解釈されるべき例外要件が証明された場合にのみ、例外は妥当する。これらの例外要件、とりわけ子の福祉及び子の意思は、子の福祉に対する著しく重大な害悪の中に現れていなければならない。これは、返還の裁判の際にすでに審理された返還によって通常惹起される問題を越えたものでなければならない⁴⁰⁾。裁判所がハーグ条約 13 条の意味における返還による子の福祉の侵害を本案手続で否定したならば、これと同一の子の福祉の侵害の抗弁は、本案手続で主張が通らなかったものであり、請求異議手続で再び取り上げられることはない⁴¹⁾。

子がこれらの抗弁以上に有形力の行使によって後々まで残る重大な障害を負うかもしれない危険があるならば、有形力行使の威圧のもとでの引渡命令の執行は差し控えられるべきである⁴²⁾。その際にまた、実務では、危害やその重大性、後遺性につき裁判所に心証形成させるまでの立証に困難があり、とりわけ執行手続は原則として略式手続なのである。

38) OLG Stuttgart v. 06.04.2006, 17 UF 318/05, OLGR Stuttgart 2007, 15, 16; AG Hamm v. 13.06.2016, 3 F 89/16, Rn. 29 (juris).

39) BVerfG v. 29.10.1989, 2 BvR 1206/98, FamRZ 1999, 85; AG Hamm v. 13.06.2016, 3 F 89/16, Rn. 29 (juris); Völker, FamRZ 2010, 157 m.w.N.

40) BVerfG v. 15.02.1996, 2 BvR 233/96, FamRZ 1996, 405; BVerfG v. 09.03.1999, 2 BvR 420/99, FamRZ 1999, 641 (「特別に、著しい „besonders, erheblich“, 「具体的かつ現実的 „konkret“ und „aktuell“」).

41) OLG Stuttgart v. 06.04.2006, 17 UF 318/05, OLGR Stuttgart 2007, 14, 15 (Rn. 7).

42) OLG Zweibrücken v. 21.03.2001, 5 UF 112/00, Rn. 4 (これと異なった裁判として AG Koblenz v. 20.05.2005, 17 UF 130/05, FamRZ 2006, 1141 は、その限度で連邦憲法裁判所で是認されなかった (v. 18.07.2006, 1 BvR 1465/06, FamRZ 2006, 1261)。連邦憲法裁判所は、むしろ子の手続補助者 (Verfahrenspflegers、今日の Verfahrensbeistands) の指名の瑕疵やハーグ条約 13 条 2 項の意味においてその間に子が成熟した可能性を問題とした。OGH Wien v. 15.10.1996, 4 Ob 2288/96 (juris) も参照。

3. 執行手続における新事情の意味

有形力行使によるさらに特別な子の福祉に対する危害だけでなく、返還裁判が下された後の事情変更もまた、子の福祉に基づく裁判執行の妨げとなる。たとえば、返還裁判から長期間が経過し、子の抵抗が劇的に硬化した場合⁴³⁾、あるいは、有形力行使や返還に対するおそれが重大な精神病⁴⁴⁾や自殺の危険⁴⁵⁾に現れた場合が、これにあたりうる。その際に、その間に経過した年限や子の成熟度が重要となる。

子がすでに16歳に達しているならば、ハーグ条約はもはや適用がなく、執行は回避されなければならない。引渡裁判の後に11歳になった子の場合には、通常は、執行に際して、抵抗する子の意思が考慮されなければならない。また、9歳になった子の場合には、慎重にその意思が斟酌されなければならない⁴⁶⁾。その時の子の成熟度が重要である。裁判所は、事実関係や斟酌に値する動機、とりわけ（その間にできた）子の習慣や待避国での社会的繋がりに着目する⁴⁷⁾。その際に親の側の影響の意味もまた排除されるべきではないが、意思が子の現実的心理となった場合には結局は考慮されないことになる⁴⁸⁾。厄介な執行の試行が、同様に、これらの新たな事情（自殺の危険、精神病）を導いたのかもしれない、子の福祉に基づいて執行を妨げることにせらるう。

まさにこの危険のゆえに、欧州人権裁判所は、返還申立及び手続の迅速な処理を迫る。同裁判所は、不当に長期の手続継続⁴⁹⁾、手続の瑕疵⁵⁰⁾や引

43) OLG Saarbrücken v. 12.07.2017, 6 UF 98/15 (juris), FamRZ 2018, 40 (nur Leitsatz); NZFam 2017, 819 Anm. Berger-Oelschlagel; OLG Hamburg vom 25. Juni 2014-12 UF 111/13, IPRax 2016, 284, Anm. Hohloch, IPRax 2016, 248.

44) OLG Karlsruhe v. 28.03.2017, 2 UF 106/16 (juris).

45) OLG Saarbrücken v. 12.07.2017, 6 UF 98/15 (juris), FamRZ 2018, 40 (nur Leitsatz); NZFam 2017, 819 Anm. Berger-Oelschlagel.

46) 欧州人権裁判所は (v. 09.09.2014, Nr. 43730/07, Gajtani/Schweiz) は、11歳の子の意思に反した引き渡しを条約違反とはしなかった。この裁判で子の意思に反する執行が問題となった。

47) OLG Saarbrücken v. 10.07.2017, 6 UF 98/15 (juris), FamRZ 2018, 40 (主旨のみ); NZFam 2017, 819 Anm. Berger-Oelschlagel.

48) 上記II 1 参照

49) EGMR v. 13.01.2015, Nr. 35632/13, Hoholm/Slowakei; EGMR v. 01.07.2014, Nr. 54443/10, Blaga/Rumänien.

50) EGMR v. 03.06.2014, Nr. 10280/12, López Guió/Slowakei.

渡裁判の不執行⁵¹⁾に、遅滞されている親の側の家庭生活への条約に反した介入を認めている。

Ⅳ ブラッセルⅡ a 規則による特殊性

続いて、ブラッセルⅡ a 規則の適用範囲内で生じる引渡判決の執行における特殊性を手短に指摘する。ハーグ条約は、原則として、子が奪取された国に子の返還に関する「最終判断」を委ね、(デンマークを除く) EU 構成国内ではブラッセルⅡ a 規則 11 条 8 項の特則が適用される。したがって、返還に関する「最終判断」は、従前の住所地国の裁判所に認められる。

ブラッセルⅡ a 規則の締約国内では、子がそこから連れ去られた締約国の裁判所は、(監護権だけでなく、また) 返還についての国際裁判管轄を有し、したがって、子が連れ去られた国が返還を拒否したとしても、返還を命じることができる(ブラッセルⅡ a 規則 11 条 8 項)。その裁判は、ブラッセルⅡ a 規則の制度、すなわち同 40 及び 42 条によって、すべての締約国において執行されるべきである。裁判が未確定の場合ですら、これは妥当する。とりわけ当事者及び子の審尋についての必要な証明書類が提出されたならば、裁判所は判決を執行しなければならない。執行の中止や拒否は予定されていない⁵²⁾。以前に子の福祉に対する重大な危険に基づいて子の返還を拒絶した裁判所が、今度は、他の締約国から発せられた引渡判決を「無条件で」執行しなければならない、ということが起こりうる⁵³⁾。子の元の住所地国が常に「最終判断」権を留保していることになる。ブラッセルⅡ a 規則の改正として、裁判の執行に際しては常住所地国の裁判所の監護権に関する裁判(返還裁判だけでは十分でない)が重視されなければならない場合に限って、この規律の変更が予定されている(改正提案 26 条 4 項 2 号)⁵⁴⁾。

51) EGMR v. 15.01.2015, Nr. 4097/13, M.A./Austria (Povse 事件); EGMR v.21.9.2017, Nr. 53661/15 Severe/Austria R. 116.

52) OGH Wien v. 20.03.2013, 6 Ob 39/13, IPRax 2014, 543; Dutta/Schulz, Erste Meilensteine im Europäischen Kindschaftsrecht, ZEuP 2012, 526, 547. 参照。

53) EuGH v. 11.07.2008, Rs. C-195/08 (Rinau); EuGH v. 01.07.2010, Rs. C-211/10 (Povse); EuGH v. 22.10.2010, Rs. C-491/10 (Aguirre Zarrago).

54) Reformvorschlag v. 30.06.2016, COM (2016) 411 Final, 2016/0190 (CMS) SWD (2016) 2007, Stand 30.06.2016.

V まとめ

連れ去られた子の引渡に関する裁判は執行されるべきことが、もう一度確認されるべきである。裁判は、原則として、その強制が返還裁判の実現のために不可避な場合に、強制力をもって執行される。とりわけ、子に対する強制力の行使は、相当性の原則や子の福祉の留保のもとにある。欧州人権裁判所も、子に対して強制力を行使するに際しては、多いなる抑制を促している。

様々な程度における子の福祉の侵害の増大が考慮されるべきである。

1. 子の福祉は常に連れ去りとその結果としての返還に影響され、害される可能性があることは、連れ去り自体の結果であって、それ自体として返還の裁判に影響することはない。

2. 害悪が、重大かつ後々まで遺るような態様で、連れ去りと返還によって生じる結果として通常の間を越える場合にのみ、返還は拒否されうる。

3. 返還によるそうした例外的な子の福祉の侵害がないとして返還が命じられたならば、

返還裁判は原則として執行されるべきである。

4. 執行が、その間に斟酌すべきとなった子の意思（意思の確立、子の成熟）、実力行使、あるいは、事情の変化によって、子の福祉に対する著しく重大かつ後々まで遺る害悪に導く場合にのみ、執行は行われなくてよい。

5. ブラッセルⅡ a 規則によって管轄権を有する裁判所の返還裁判は、同 11 条 8 項によって、すべての締約国において、それ以上の子の福祉に関する審理なしに、執行されるべきである。