

研究報告

ハーグ子奪取条約における 子の外国への連れ去りの違法性

ミヒャエル・ケスター
(訳 渡辺惺之)

I. 基礎となる法状況

1. ハーグ子奪取条約上の原則
2. 個別的な子の利益か、一般的な子の利益か？

II. 個別の論点

1. 両親の共同監護権と主たる監護親による常居所変更
 - a) 同意の法的効力
 - b) 黙示的な同意
2. 監護権者
 - a) 裁判所の後見権 (Wardship of the Court)
 - b) "Ne-exeat" 命令
3. 再奪取

I. 基礎となる法状況

1. ハーグ子奪取条約上の原則

子の他国への連れ出しが違法であることは、ハーグ子奪取条約（以下、条約）を作動させる中核的な要件である。この違法性は、子の他国への連れ出しが当初は同意されていたが、約束に従って返還されなかった場合にも生じる¹⁾。

1) 例えば、OLG Rostock, 2016 年 7 月 11 日 - 10 UF 78/16 - Rn. 33-juris-

この違法性はそもそも「子の奪取」という条約の名称となっている概念に内在しているが、条約1条及び特に3条のよく考えられた定義から明らかになる。これらの規定は実質規範として条約の中心的な構成要件の要素を定義付けている。そこで問題とされているのは条約における違法性についての条約独自の定義であり、子の元常居所地国の法が他国への子の連れ出しを違法としているか否かという問題ではない²⁾。条約3条1項によれば、親の一方により今までの常居所地国から他方の親の同意なしに他国に連れ出した場合に違法とされる。条約3条2項は当該の準拠法上の監護の権限の法的基礎を具体的に示している。

子の常居所の移動は、次の場合、違法とされる。子の居所指定権が子を他国に連れ出した親だけでなくもう一方の親との共同帰属である場合、又は、居所指定権は単独に帰属しているが裁判所若しくは行政庁の許可を要するのにそれが欠ける場合である。しかし、条約が基準とする監護権限を決定する法は、いかなる法なのであろうか？

条約3条1項aは、「子が連れ去り若しくは留置の直前に常居所を有していた国の法」と指定している。特に注意を要するのは、この常居所地法の指定は、その実質法、特に家族法を直接に指定するものではなく、いわゆる「総括指定」であり、常居所地国の裁判所が適用する法を適用することを目的としているのである。それ故、例えば、ドイツに常居所を有する子が日本に奪取されたという場合、返還請求が申し立てられた日本の裁判所は、ドイツ国際私法の視点でいかなる実質法（家族法）が適用されるか、日本の家族法かドイツ法か、それともその他の国の家族法かを、先ず審査しなければならない。子の奪取先国（例では日本）の裁判所が、子の元常居所地国法によれば当該奪取は違法と評価されるかにつき疑問がある場合は、条約15条により、子の元常居所地国（例ではドイツ）における先行判断手続で、当該国の法（国際私法を含む）によれば子の奪取先国（日本）への連れ去りが違法であったか否かについて決定を求めることができる。しかし、この決定は、条約3条に基づく違法性の問題に関しては拘束力を持つが、条約13条の掲げる返還拒否事由が認められる場合は奪取先国の返還拒否の権限を制限するものではない。

2) Staudinger/Pirrung (2018) Vorb. C-H zu Art. 19 EGBGB (2018) HKU Art.3 Rn.E.33

2. 個別的な子の利益か、一般的な子の利益か？

この条約の法政策上の基本原則は明確である。他国への子の奪取は、奪取の目標とした具体的な成果、最終的に奪取により、例えばその国が母国で裁判所が自国民に有利な取扱をする可能性があり、その国に子を保持するという期待を最小化することによってのみ有効に防止することが可能であるという点にある。それ故、条約は子の監護をめぐる親の本案の争いを完全に視野の外に置いているのである；先ずは常居所地国への返還、その上で両親の間での監護権に関する実体的裁判なのである。「子の奪取は報われない、子の常居所地の裁判所を避けることはできない」が、親に向けた条約のメッセージである。

条約のこのコンセプトに対しては、奪取先国における裁判所の判断によって、特にそこで返還命令に先立って家族関係や実体的な子の利益についての実体審理が行われた場合に、繰り返し疑問が投げかけられてきた。その中で特に波紋が広がったのがヨーロッパ人権裁判所の2012年の判決で、ヨーロッパ人権条約8条に基づき、裁判所に条約12条による返還命令に先立ち家族関係の事情や子の利益を審査することを求めたのである（ノイリンガー（Neulinger）判決³⁾）。この展開は条約の実効性を根底から揺るがしかねず、ヨーロッパ人権裁判所の判決は多くの条約締約国の専門家から厳しい批判を受けている⁴⁾。批判を受けてヨーロッパ人権裁判所はその立場を基本的に緩和している。それによるとヨーロッパ人権条約8条の人権保障は変わらないが、特に家族生活の尊重の権利は国際的な子の奪取の裁判に際しては注意を要するとした。これは条約による子の迅速な返還原則と対立しそれを放棄しようとするものではなく、条約の関連規定の解釈の場面、特に条約13条の審査において、子の迅速返還という原則とは別に、例外的に返還申立の棄却を許すということになる⁵⁾。つまりハーグ子奪取条約とヨーロッパ人権条約とは相互に目的を異にする独立した規

3) EMGH (Appl. Nr.41651/07 (2012) S4EHRR 31 (2012) [Neulinger und Schluk v. Switzerland Nr.139].

4) 多くの引用を伴う紹介として、Lowe, "Strasbourg in Harmony with The Hague and Luxembourg Over Child Abduction ?" in FS.Coester-Waltjen (2015), S.543ff.

5) EGMR (Appl. Nr. 27853/09) (2014) 59 EHRR 100 ["X v. Latvia] Rn.106,107; EGMR (Appl. Nr. 3890/11) (2013) [Povse v. Austria]

律制度だということである。例えば国際的な子の奪取の場合に生じる実質的な重複競合の場面では、人権条約 8 条による人権法上の考慮は、制限的にハーグ子奪取条約が 13 条として認めている例外的規定の範囲内で主張できることになる。

この考え方は最近ドイツの BGH により受け継がれている。母親が夫に知らせずに子を家族が住んでいたボスニア／ヘルツェゴビナからドイツに連れ出したという事例である。ドイツ裁判所はいずれの審級も条約 12 条 1 項により子を家族の母国に返還するよう命じた。これに対して、母親が連邦憲法裁判所に抗告し、連邦憲法裁判所の実体判決が下されるまで下級審の返還裁判を停止する保全命令を求めた。連邦憲法裁判所は、それまでの憲法裁判所の判例を覆して、この命令申立を許さなかった。憲法裁判所の長い時間を要する手続を考慮し、ハーグ子奪取条約の目的とする子の常居所地国（ボスニア／ヘルツェゴビナ）の裁判所による可能な限り迅速な本案裁判を妨げ、無に帰してしまうことになった⁶⁾。これにより子は母国に迅速に返還されることになった。

II. 個別の論点

1. 両親の共同監護権と主たる監護親による常居所の変更

ドイツ法では（恐らく他の多くの法でも同じであろうが）子の居所の指定は両親の共同監護権の下で両親が共同してのみ行うことができる。しかし、子の居所の変更に関しては、監護権帰属の共同が当然に監護の全権限に及ぶとは限らない。単独親による原則的な単独監護権の下でも、居所指定権だけは両親に共同して帰属することもある。例え一方の親だけが実際には子の世話をしている場合でも、子の常居所の変更に関しては原則として親の他方の同意が必要とされている（BGB 1631 条 1 項、1687 条 1 項）。これは外国への移住の場合にももちろん妥当する。

6) BVerfG v.18.07.2016 - 1BvQ27/16- FamRZ 2016, 1571, 1572f; vgl. auch AG Hamm, 13.06.2016 - 3F 89/16 - Rn.31 (juris); この他、BVerfG v. 20.01.2012 - 1 BvR 153/12 - (juris)

a) 同意の法的効力

一方の親による子の居所の変更が全てハーグ子奪取条約の裁判の対象となる訳ではない。他方の親が事前に同意していたということもあり得る。その他にも、他方の親が事後的に、場合によっては条約による返還裁判において、子の他国への移転につき妥協し、それを明示的若しくは黙示的に認めるということもあり得る。1 番目の事前同意の事例では、後に残された親（以下、LBP）の監護権は当初から侵害されていないので、条約による裁判は問題にはならない。

しかし、2 番目の事後的な了承の場合、二つのことが問題となる。

aa) 第 1 点は、LBP が当初は理解し合意による紛争の解決に努めた場合でも、改めて子が外国に継続して滞在することを本当に最終的に受け容れているかは、しばしば不安定で葛藤を残していることがある。LBP は始めは連れ去った親（以下、TP）と対話を試み、まずは当事者双方が相互に理解する可能性があるかを（場合によってはメディエーターのような第 3 者の仲介という支援を得て）探してみると、TP 側は LBP 側の対応を子が外国に滞在することを基本的に受け容れたと解していることが多いのに、LBP 側は合意の試みが失敗した後に条約に基づき子の返還を申し立てる場合がある。このような返還裁判においてしばしば TP 側は、LBP が子の連れ出しについて条約 13 条 1 項 a の規定する同意をしたのであり、返還命令を裁判により請求することは許されるべきではないと主張する。

いずれにしてもドイツ裁判所は、子の連れ去りへの同意は明示的に限らず、事情によっては LBP の対応姿勢という事実による黙示的同意も可能という点では一致している⁷⁾。この場合の対応姿勢としては、明確で一義なことが必要で、TP と共同であっても単に合意解決の可能性を追求しただけでは同意とは認められない。明示的な了承でも、特定の条件が付されている場合は、子の連れ去りの違法性を阻却しない。しかし、LBP が明確且つ無条件に子が新しい居所に継続して在留できると表明した場合は、その中に含まれる子の連れ去りに対する了承は有効で取消不能とされる。特に、TP が LBP と子との面会交流に関する取決めを実際に守ることを、了承の有効性の条件とすることはできない。これらはドイツ裁判所の統一

7) OLG Hamm 4.6.2013 -11 UF 95/13- (juris)

的な法的見解であり、最近下された裁判所の判断でも強調されていて、LBP にとって法的な明確さが必要であるが特に子供にとっても明確さが必要であり、子の所在場所が繰り返し問題とされるようなことは、子の生活条件の継続性の保障を不安定にし、子の利益を害することになると指摘した上で、改めて確認している⁸⁾。

同様なことが2015年に下された裁判所の決定にも当てはまる。LBP がTPに、奪取した子連れを連れて戻って来た場合に一定の有利な条件を約束したが、その約束は実際には守られなかったという事例について、ドイツ裁判所の判例がある⁹⁾。日本人とドイツ人の夫婦が子と共に日本に住んでいた。数年後にドイツ人母は日本人父の同意を得ずに子連れをドイツに帰国した。その後に行われた裁判手続において両親は次のような合意に達した。母親は子連れを日本に戻す一方で、父は日本で係属していた監護権裁判において決められた額の養育費を母親に毎月初めに支払うこと、父親がこの約束を履行しない場合は母親が子連れをドイツに戻り生活することを認めるという合意であった。この合意に従い母親は子連れを日本に戻った。しかし、父親は数ヶ月後には約束した養育費の支払いをしなくなり、母親は子連れを再度ドイツに帰国した。そこで父親がドイツ裁判所に子の日本への返還を申し立てた。ドイツ裁判所はこの申立を棄却した。裁判所は、LBP が他国への子連れ出しを「追認」した場合には返還命令は拒否できると定めるハーグ子奪取条約13条1項aを援用して、父親の養育費支払いの不履行がある場合に母親がドイツに子連れを帰国することを認めた両親の合意の中に、その追認を認めることができるとした。

bb) 第2点は追認が有効になされた場合の法的効果に関する不明確さである。これに関して、ドイツにおける有力説は条約13条1項aが規定しているとする。追認があってもこの規定に従い子の連れ去りは違法のままであるが、子の新常居所地国裁判所は「子の返還を命じることを義務づけられていない」(条約13条1項a)としている。他の見解は、LBP が与えた追認によって子の連れ去りの違法性は自動的に消滅し、それに伴い条約による裁判手続を実施する基礎がなくなるとする¹⁰⁾。しかし、この見解の

8) Amtgericht Düsseldorf - 14.9.2017 - 258 F 92/17- (juris)

9) OLG Koblenz 3.9.2015 - 13 UF 566/15 - (juris)

10) MünchKommBGB/ Heiderhoff Band 11. 7Aufl.2017, HKÜ Art.3 Rn.34.

対立はつまるところ学說的意味しかない。条約の構成に従えばその申立により返還裁判の手続は事実審査も要さず直ちに開始し、LBP による追認があったかという問題は裁判手続で解明されるべきで、裁判手続の開始を止める必要はない。このことは原則的に、主張された追認をめぐる両親間の争いは、（予め決定されるべき訴訟要件ではなく）裁判手続において条約 13 条に基づき審理され解明されるのであり、追認に関する挙証責任の配分も TP 側に課されるべきこととなる。残された問題は、TP が LBP 側からの追認があったことの証明が成功した場合、条約 13 条 1 項自体は、その法的効果として返還を命令する裁判所の原則上の義務を消滅させるのか、それとも、裁判所はその義務を負わないが、LBP の追認あってもなお返還命令を下す権限は依然としてあると解することができるかである。条約 13 条 1 項の条文を正しく理解するならば、LBP 側の追認によって返還命令の法的な根拠も、裁判所の命令権限も消滅すると解すべきであろう。

b) 黙示的な同意

条約 13 条 1 項の適用に関して残された問題は、この規定の意味での追認は明示的でないといけないか、それとも、LBP の対応姿勢から導き出すこともできるかという問題である。ドイツ裁判所では原則的に後者が可能と考えられているが、厳格な基準が立てられている¹¹⁾。そのため LBP の対応姿勢は「明確、最終的で且つ無条件」に意思を認識させるものでなければならず、TP により作出された状況（つまり外国における TP の下での子の新しい居住）を持続させる、換言すれば、当初は違法に作出された状況ではあるが今となつては LBP は受け容れるというのでなければならない¹²⁾。

LBP が元々子の時間的に限られた外国での滞在に、例えば医者の治療を受けるために同意していたということは、この追認には当たらない。治療の終了後にも連れ戻らない場合に、条約の定める「子の連れ去り」が始まる。又、LBP が調停やメディエーションに応じたとか、TP の作出した

11) BVerfG v. 11.10.2006 - 1 BvR 1796/06 - (juris); OLG Saalbrücken, FamRZ 2011,1235, 1236.

12) OLG Saalbrücken, FamRZ 2011,1233,1234; OLG Stuttgart, FamRZ 2012,238 Rn.30; OLG Karlsruhe, FamRZ 2015, 1627,1628.

状況に長い間対処しなかった等も追認とは認められない。LBP が面会交流の訪問を受けた後で子を TP の元に送り返したことも追認には当たらない¹³⁾。

LBP が、これらの協調的な対応に際して、子の新しい居所を問題にせず、子の返還を要求しなかった場合には、TP 側としては LBP 側が新たな状況を受け容れたと考え、それを信じることはできるであろう。このような判断は取り分け両親が以前に共通の居住地国で共同生活をして居らず別居して生活していた場合には容易になる¹⁴⁾。

2. 監護権者

a) 裁判所の後見権 (Wardship of the Court)

条約は保護の対象は親の監護権に限っていない。条約 1 条 b は「法令の定める監護の権利」とだけ規定し、権利の帰属主体を規定していないが、条約 3 条 1 項 a は監護権者の範囲を広くオープンな定義にしている。そこで規定されている監護の権利を有する者には、親及びその他の親族（例えば、祖父母）が含まれるが、親族に限らず後見人や里親、更には公務員、特に少年局の職員等も含まれる。裁判所も監護権又は監護に関する個別権限の保有者となることができる。英国や米国裁判所はこれをしばしば用いて、子が「裁判所の後見 (ward of court)」の下にあると宣言している。これは例えば、両親間での監護をめぐる争いにおいて、一方の親が子を奪取して「既成事実」とするのを防止する必要があるような場合になされる。英国法では元々これに相当する裁判所のある種の後見人にする申立、子の居所の裁判に関連して行われていた (Sec. 40 (1) Engl. Supreme Court Act)。これは、子の他国への連れ出しの違法性に関して（普通に争われている）親の権限という問題ではないが、いずれにしろ裁判所の下承なしに他国に子を連れ出すことは「違法」である点では変わりはなく、条約 3 条 1 項の規定の意味でも正に「違法」なのである¹⁵⁾。結果的には、条約 12

13) OLG Karlsruhe, FamRZ 2015,1627,1628; OLG Hamm NJW-RR 2013, 580 Rn.42.

14) OLG Karlsruhe, 14.08.2006 - 2 UF 139/06 - (juris).

15) これについては、Siehr, IPRax 2005, 526, 527 ; 又、OLG München, 30.09.2004, - 12 UF 1381/04- IPRax 2005, 550,551.

条1項により裁判国への返還が要求できる。この「裁判所の後見」は、条約により裁判国への子の返還を要求できる限りで存在するのであり、子の新しい居所地が「常居所での居住」となった場合に終了する、つまり子がその地に馴染んで、条約12条3項によるその返還が実施できなくなった場合に終了する。これに準じた「裁判所後見（Gerichtsvormundschaft）」をドイツでも導入するという提案は¹⁶⁾、これまでのところ立法者により採用されるに至っていない。

仮にドイツに「裁判所による後見の管轄権（wardship jurisdiction）」を導入した場合でも、その効果はある一点では認めることはできないであろう。英国裁判所は繰り返し、既に一方の親によって子が他国に連れ出された後になって、他方の親が裁判所に条約8条により返還を申し立てた場合でも、「裁判所の後見」が成立するという見解を明らかにしている¹⁷⁾。これらの英国判決に対する批判は正当である。条約3条によると、子の他国への連れ出しの違法性は、そのことに基づく返還裁判と同じく、条約上はLBPの監護の権利の侵害が根拠となっている。それ故、「連れ出した親」が単独監護権者であった場合はLBPの監護権の侵害はあり得ない。子が他国に連れ出された後に初めて成立する「裁判所の後見」によっては、既に生じている監護権を有する親による合法的な他国への移住を、後から遡及的に違法とすることはできないのであり、このような事案に条約は適用できない。子の新しい居住国が子の返還を拒否しても何らの条約違反は生じないのである。

b) "Ne-exeat" 命令

「裁判所の後見管轄権（wardship jurisdiction）」は特に英国法系の領域で実務化されているのに対し、米国及びカナダの裁判所では、一時的に親の一方を監護権者とするいわゆる「出国禁止令状（ne-exeat）」を発令している。これは監護権者と認めた親に、他方の親の同意及び裁判所の許可なし

16) Siehr, IPRax 2005, 526, 528.

17) Re R (wardship: child abduction, Nr.2), [1993] 1 Fam.Law.Reports 249 (Family Division); Re B-W (wardship jurisdiction) [1993], Ziff. 1, Fam. Law Reports 979 (Family Division); in Re S (a minor) (custody: habitual residence), [1997], 3 Weekly Law Reports 597 (H.L.); krit. zu dieser Rechtsprechung Siehr, IPRax 2005, 526, 528; Holl, IPRax 2000, 238 ff.

に裁判所国外への出国を禁止する命令である。これによって、監護権を有する親が子を他国、できれば遠く離れた米国州等に連れ去り他の親との面会交流が実際にはできなくすることから、非監護親の面会交流権を保護しようとするものである。裁判所は発令の許可審査手続において監護親が出国を企図した理由と、他方の親の面会交流権への妨害とを比較衡量する。

このような通常は単独監護権を有する親への制限はハーグ子奪取条約の視点でも適法と見られる。子を他国に連れ出すことは、条約3条1項aによれば、LBPの「監護の権利」を侵害する場合は違法とされる。その「監護の権利」には条約5条bにより子との面会交流権も原則として含まれる。**ne-exeat** 命令は監護親の自主決定権への侵害というより、他の親の面会交流権を保障するためになされるこの自主権の制限を意味している。これに準じた保障は **ne-exeat** 命令という制度のない国でも可能である。例えばドイツの家庭裁判所が原則的に居所指定権を含む監護権を予め国内に限り有効と制限する等である。結果的に外国への移住は両親共同の監護権限を伴わないことになり、他の親の同意なしには違法となる¹⁸⁾。単独監護権者が子を連れて既に旅に出た後に、事後的に **ne-exeat** 命令を発することは、英国において子に関する「裁判所の後見 (ward of the Court)」の事後的宣言が不適法であるのと同じく認められない。既に実行された合法的行為を遡及して不法とすることはできないのである。

3. 再奪取

子が先ず親の一方により他国に連れ去られたが、他の親が条約による返還裁判の開始後に、子の返還を命じる裁判を待たずに自力で元の常居所在地に子を連れ戻した場合、ハーグ子奪取条約の規律システムは壁に突き当たることになる。そのような事例が、ドイツ在住の、ドイツ人父、フランス人母と二人の子供（独仏二重国籍で、父母間の紛争発生時に7才と3才）という家族に生じ、ドイツ及びフランスで法問題を越えた大きな関心を引き起こした¹⁹⁾。フラン人母が子らをフランスに奪取したが、8ヶ月後に父

18) MünchKomm-BGB/Heiderhoff (前注 11) Art.4 Rn.31; Staudinger/Pirrung (前注 2) Rn. E 30; vgl. OLG Karlsruhe, 25.05.1998 - 2 UF 69/98 - Rn15 (juris)

19) ドイツ側では裁判所による決定が7つ、フランスでは3つ下された。vgl.

はドイツに再奪取した²⁰⁾。連邦憲法裁判所は条約が対抗的奪取にも適用されることを最初に明らかにしている。条約上の構成要件は、子がそれまでの常居所から他の場所に連れ去られたことであり、従って、申立を受けた裁判所は、フランスにおける8ヶ月間滞在によりそれまでのドイツでの常居所に代わる新常居所がフランスで成立したのかを確定すべきであった。それにより初めて、その後に行われたフランスからドイツへの子の連れ出しを新たな「子の奪取」と評価することができた筈である。そうすることでドイツの裁判所は子のフランスにおける新常居所を前提とすることができたのであり、先のドイツからフランスへの子の連れ帰りが違法な奪取であることを単に事実として確定しても役には立たず、新常居所の成否によって事実が得られた筈である²¹⁾。後になされたフランスにおける子の新常居所からの父親によるドイツへの連れ出しは、それ故に条約の規定する「奪取」（再奪取）と評価できたのである。いずれにしても再奪取という特殊性から、連邦憲法裁判所も同じであるが、ハーグ子奪取条約という規律システムをそのまま適用することはできないのである。これは次のことを意味している。条約12条1項は、期間要件を充たした返還申立があれば原則としては実体審査抜きで返還を命じるとして、子の最善の利益に適合した監護権の配分に関する判断は元常居所地国に委ねている。しかし、この規律システムは両親間での奪取の繰り返し事例では機能しない。それを適用することは、子の幸福や福祉について審理する余地なく、ハーグ子奪取条約の構成に従って、両親間の奪い合いにより子が繰り返し移動させられることを意味している。喧嘩の果てに自分の利益しか考えない両親に子をボールのように扱わせないためには、この場合は例外的に、ドイツ憲法裁判所がしたように、実体的な子の利益を先ず審理して、親のいずれの下に置くことが子の最善の利益に最も適するかという視点から決めなければならない。これは、年長子の場合には裁判手続における意見の聴取、年少子には手続補佐人を付し、親の影響を排した子の利益を確定して裁判所に提出させる配慮が必要なことを意味している²²⁾。

Staudinger, IPRax 2000,194

20) 後の方はフランスの高速道上で「西部劇」ドラマのようなアクションがあった；vgl. BVerfG, NJW 1999,631

21) BVerfG, NJW 1999,631,633 (2.a) bb))

22) BVerfG, NJW 1999, 631, 633.

研究報告

上掲のドイツ・フランス間の事例では、家庭裁判所がそのように対処し、二人の子供の慎重に調査した利益に基づき、フランスの母への返還を命じた。この判断に対する父側の憲法抗告は憲法裁判所により却下された²³⁾。

23) BVerfG, NJW 1999, 2175; 再奪取の問題については MünchKomm-BGB/Heiderhoff (前注 .9) Art. 3 Rn. 25 ff. und Vor Art. 1 Rn. 13; Staudinger/Pirrung (oben Rn. 2), HKÜ Rn. E 35g mit umfassenden Nachweisen.