

国際的な子の奪取に関するハーグ条約

横 山 潤

はじめに

本稿は、一九八〇年一〇月二五日にハーグ国際私法会議で作成された“国際的な子の奪取の民事面に関する条約”を逐条的に解説しようとするものである。本条約は、締約国の数の上で、家族に関するハーグ条約の中で最も成功した条約といえる。もちろん、締約国の数のみによって条約の成功いかんを判定すべきではないし、締約国数からいえば“児童の権利に関する条約”には遠く及ばない。しかし、本条約が締約国にたいして課す義務は具体的である。それだけでなく、締約国の管轄権を制約する。なによりも、自国の価値ではなく国際的な価値に従った“子の最善の利益”の判定を締約国に要求する。その意味で、裁判所ひいては国民の意識変革を迫るものである。これらのことを考慮すれば、締約国の数は数字以上の意味をもつといえよう。日本はいまだ本条約を批准していない。ハーグ国際私法会議構成国の中で批准をしていない唯一のいわゆる先進工業国である。

一 この条約が主として対象としているのは次のような状況である。ある国において婚姻生活を営んでいた父母の一方が、婚姻関係の破綻後、その子を別の国、多くの場合、自らの本国に連れ去るといふ状況である。子を奪われた親がその子の返還を求めようとするならば、奪取先の国の裁判所において親権者または監護者として自らの地位を主張しなければならぬ。しかし、本条約を前提としない場合、このような試みは、どここの国においても失敗するといふ。監護権の帰属に関して裁判所の判断が行われる時には、すでに子は奪取先の社会に馴染んでしまっている。たとえば、それまでコミュニケーションの手段であった言語を忘れ、返還を求めている親と会話すらできなくなっているからである。

さらに意味をもつのは裁判所の態度である。どここの国の裁判所も、監護権に関する判断に際して基準とするのは「子の最善の利益」といふ。しかし、裁判所が念頭においている「子の最善の利益」は、多くの場合、自国の文化を背景としたものである。それゆえ、すすんで「受験戦争」に子を投じようとする日本人親を監護者とすることにたいして躊躇を覚える外国の裁判所もあるに違いない。さらに、返還によって生ずる自国文化の喪失を懸念しても、奪取の前に住んでいた外国の文化を子が喪失することには十分な配慮を与えないかもしれない。自国民が子を奪取してきた場合、本国の裁判所には、意識的か否かはともかくとして、奪取者に home sweet home を提供する傾向がみられる。⁽¹⁾ 自国への奪取か自国からの奪取かによって、「子の最善の利益」に異なった内容が与えられる。その意味で、どここの国の裁判所も、程度の差こそあれ、「国際的」ではないといふ。

二 本条約の下においては、子を奪われた親の監護権は常居所地国法の認めるものであって、現実に行使されていなければならない。この条件が満たされていると、奪取先の国の裁判所その他の機関は、原則として、ただちに子の返還を命じなければならない。そうすることによって、当該国の社会生活に子が馴染む前に返還が行われ、返還の局

面において「子の最善の利益」につき個々の締約国の文化を背景とした評価が与えられるということもなくなる。⁽²⁾ 他方で、監護者とされている者にはたして監護者として適切なものか、いかなる内容の監護権を付与するのが望ましいのか。こういった監護権の実体に関する問題を本条約は取り扱わない。その意味で、本条約による子の返還のメカニズムは、比喩が許されるならば、物の占有回収のそれに似通っており、この点に本条約の特色とその成功の原因があるといえよう。

前文

この条約の署名国は、子の利益がその監護に関するすべての問題において至高の重要性を有することを確信し、子の不法な連れ去り又は拘束から生ずる有害な結果から子を国際的に保護すること、その常居所地国への迅速な返還を保障する手続を確立すること及び面接交渉権の保護を確保することを希望して、

そのための条約を締結することを決定して、以下の規定について同意した。

一 子の利益

前文は、「子の利益がその監護に関するすべての問題において至高の重要性を有する」としている。留意すべきは、条約の想定している「子の利益」は、個別的・具体的な事案における子の利益とはかならずしも一致しない点である。子が返還されるべき国の機関、通常は子の常居所地国の機関のみが子の利益保護を最も適切に行いうるとの前提の下に、奪取された子を迅速に返還し、ひいて奪取を一般的に予防することを本条約は目的としている。⁽³⁾ そのため、本条約の下での返還手続においては、返還が子の利益に適合するか否かを奪取先の国の裁判所その他の機関は原

則として判断できない仕組みになっている。さらに、返還先の国よりも奪取先の国がより適切な法廷地であるか否かの判断も許されない。たしかに個別的事案における子の利益を条約が斟酌していないわけではない。けれども、このことは、とくに一三条の定める厳格な要件の下においてのみ可能である。⁽⁴⁾

二 常居所地国

(1) 返還先としての常居所地国

前文は常居所地国への迅速な返還をうたっている。これは、監護権に関する実体判断を行う上で、常居所地国が最も適切な法廷地国であるとの前提にたっているからである。⁽⁵⁾しかし、子の国際的奪取が発生したすべての場合において、常居所地国が返還先として最も望ましい国とはかぎらない。次のような場合をあげることができよう。①奪取先の国においてすでに監護権に関する手続が開始していた場合、⁽⁶⁾②常居所地国の裁判所が子の監護権を奪取者に付与し、子を奪取者の下に置く判断を下す蓋然性が高い場合、⁽⁷⁾③常居所地国よりも第三国において子および親に関する情報が入手し易い場合、たとえば、返還を求めている親が第三国に転勤したという場合である。⁽⁸⁾①および②の状況は一三条の枠組の中つまり返還拒否理由として考慮されることになろう。他方で、③の場合には、第三国への返還が問題となる。そのため、条約本文の規定は、前文と異なり、返還先を“常居所地国”とは特定していない(一二条)。これは意図的なものである。

(2) 常居所の観念

常居所はこれまでのハーグ条約のキー・コンセプトになっている。とくに、子に関連する条約においてそうである。しかし、ハーグ国際私法会議は、一貫してそして意図的に、“常居所”を定義しようとしなかった。(一定の要件が充足されれば常居所の成立を認めるという意味で)積極的にも、(一定の要件が充足されないかぎりその成立を認めないと

いう意味で)消極的にも、そうである。特定の条約との関連で想定される問題を解決するために常居所を定義しようとする、すべてのハーグ国際私法会議構成国の同意を得にくいこと、逆にすべての構成国にとって受容できるような定義は問題の解決に役立たないことをその理由としてあげることができよう。さらに、ある条約との関連において常居所を定義すると、その定義が他の条約において用いられている常居所概念に影響することも懸念される。

とはいえ、本条約を適用する上で、常居所の得喪に関する判断が各国の実務に、大なり小なり、難しい問題を提起していることも否定できない。常居所の得喪に関する明確な指針が条約から得られない以上、判断に際して留意すべきは次の二点ではないかと思われる。

第一に、常居所は、*domicile*と異なり、もともと技術的な概念から自由なものとして採用されており、このことは本条約についても維持されなければならない。この点において、Lord Brandon of Oakbrookの立言は一般的な価値をもつものと思われる。「(habitual residenceは)なにか特別の意味をもった技巧的な文言として取り扱われるべきではなく、この言葉が含む (habitual residence という) 二つの語が通常もつ意味に従って理解されるべきである」(「ある者が特定国に常居所を有しているか否かという問題は特定の事案の諸状況との関連において決定されるべき事実問題である」というものである⁽⁹⁾。

第二に、常居所概念が各締約国において異なった意味をもつ危険をできるだけ避けなければならない。そのためには、各国実務の比較法的な調査がとくに重要とみられる。

以上の二点に留意しながら、本条約を適用する上で問題となりうる常居所の得喪につき次の諸点を指摘することができよう。

(イ) 期間

“常居所”は“平常の居所”の意であり、“平常”という観念は一定の期間を含意している。それでは、特定の地における居住期間がどの程度のものであれば、居所が常居所となるのか。一二条の規定によれば、奪取後一年を経過していない間に申立があるときは、原則として、子は従前の常居所地国に返還されなければならない。一年以上経過した場合には、奪取先の国の社会に子が統合されているか否かが問われることになる。このことから、常居所の有無の判定につき条約は一年を一応の基準としているといえようか。⁽¹⁰⁾

(a) 一年以上の居所

子が新たな環境に馴染むには一年を要するといっても、あらゆる状況で通用する基準ではない。一年以上の期間が経過しても、なお新たな環境に統合されていない子もいよう。しかし、比較法的にみるかぎり、一年以上特定の地に生活している者にたいしてその地における常居所を否定した事案はないようにみえる。⁽¹¹⁾ さらに、一年以上特定の地に居住するかぎり、その地に定住する意思が親双方になくとも、常居所の認定は妨げられないようである。⁽¹²⁾ 親の一方が監護権をA国において二年間行使し、他方が次の二年間をB国という形で交互に監護権を行使することが合意され、当初から特定の地における居住が期間の上で限定されていても、常居所の認定には障碍とならない。⁽¹³⁾ 居住期間が一年以上のものであるかぎり、親の職務の性質上一時的なものであっても同様である。⁽¹⁴⁾

(b) 一年未満の居所

居住の期間が一年未満である場合、問題となっている地に常居所があるか否かは個別的な状況に依る。⁽¹⁵⁾⁽¹⁶⁾

事案によっては、居住の一次的性格のゆえに常居所の存在が否定される。たとえば、A国で生活していた親がその研究休暇を利用して子とともに一年間B国に住むことになり、B国で半年過ごした時点で子の常居所がA国にあるのかB国にあるのかが問われ、子の常居所をA国とした事案、⁽¹⁷⁾あるいは、兵役上の配置転換の間に暫定的に二ないし三

ヶ月滞在する地には常居所は認められないとするものがある。⁽¹⁸⁾ さらに、四ヶ月に特定された両親の別居期間の間に子は父とともにB国に滞在しているけれども、当該期間の経過後はA国に移動することが両親の間で合意され、かつA国への航空券も購入されている場合には、B国に常居所はないとされた事案もある。⁽¹⁹⁾

他方で、居住期間が最初から限定されていても、なお、常居所が肯定された事案も存在する。たとえば、A国に住んでいた子が一学年に相当する期間父とB国で生活することになっていたところ、四ヶ月が経過した時点において母が子を奪取した場合に、B国に常居を肯定したものである。⁽²⁰⁾

(ロ) 常居所の変更

子の奪取条約を適用する上で最も困難な問題の一つは、子の現在する地が移動した場合に、どの時点において奪取元の国から奪取先の国に常居所が移ったかという点に関する。

(a) 旧常居所の喪失

子を連れている親が二度と戻らないという意思をもってそれまで常居所を有していた国を離れた場合には、当該国における常居所がただちに失われるとするイングランドの判決がある。⁽²¹⁾ たしかに、住居や家財道具を売り払ってそれまで居住していた国を去り、新たな国において生活を始めようとする者が依然としてその国に平常の居所を有しているというのは不自然であろう。こういった場合には、問題となっている者の意図や目的が重視されるべきであろう。⁽²²⁾

(b) 新常居所の取得

次の問題は、それまでの常居所地国を去った場合に、奪取先の国において子はただちに新常居所を取得するのか、それとも、一定の期間が経過してはじめて新常居所を取得するのかという点である。

英国の実務はこの点に関して相異なる判断を示している。新常居所の取得に期間の経過を不要とする判決もあれば、⁽²³⁾

新たな国に足を踏み入れたとたんに新常居所を取得できるわけではなく、一定の期間の経過が必要とするものもある。⁽²⁴⁾ ある事案においては、移住の確定的な意図が認められる場合には一ヶ月の経過で十分であるとされている。⁽²⁵⁾ しかし、新たな国への移動が短期間のものではないことがはっきりしている場合に、一週間ではなく一ヶ月でなくてはならないのか。数日とか場合によっては一日で十分な場合もあるのではないか、という疑問が生じよう。⁽²⁶⁾

(ハ) 常居所のない子

常居所をいずれの国にももたないという子は存在する。確定的な居住の意思をもって新たな国に移動した場合には、入国の時点でただちに常居所を取得するという考え方に従ったとしても、移動の過程にある子の常居所いかんはやはり問題となるからである。⁽²⁷⁾ いずれの国にも常居所がない子や非締約国に常居所を有する子については、条約の適用はない。各締約国の国家法に解決が委ねられることになる。

(ニ) 複数の常居所をもつ子

子が複数の常居所を同時にもつという事態は否定できない。たとえば、子が数週間または数ヶ月ごとに国境を接する国にいる父母の下で生活する場合である。こういった場合に、通常の言葉の使用法として、問題となっている子は二つの常居所をもっているということができる。⁽²⁸⁾

(ホ) 子の常居所と親の常居所

(a) 親の意思

domicileと異なり、親の常居所と一致するものとして擬制される子の常居所は認められない。子と親は、各々、独立した常居所をもつ。dependent habitual residenceの⁽²⁹⁾ことばものはない。⁽²⁹⁾ しかし、居住が一年に満たない事案、換言すれば、常居所を認定する際に問題となっている者の意図とか目的に比重がかかる事案においては、考慮される

べき意図や目的は居所指定権を有する親のそれということになる。その意味では、親の側の意図や目的が子の常居所の認定に影響することになる。

(b) 親双方が居所指定権をもつ場合

親の双方が居所指定権を有し、各々が子の居住について異なった意図・目的をもってしていると困難が生ずる。⁽³⁰⁾ その場合には、しかし、子みずからの意図・目的ははまだ確定されていないと考えることが許されよう。

次に問題となるのは、親の双方が居所指定権を有しており、一方が子を国外に連れ出すためには他方の同意が必要とされているときに、その同意なく子が連れ出された場合に、常居所の変更が生ずるか、である。英国の判決の中には、そういった同意がない以上、常居所の変更はないとするものもないではない。⁽³¹⁾ しかし、こういった処理は、常居所の認定に擬制的な処理を与えるものとして批判されている。この処理に従うと、たとえば、奪取先の国において一五年も子が生活しているにもかかわらず、その常居所は依然として奪取元の国に残っていることになるからである。⁽³²⁾ さらに、一九九六年ハーグの「親責任および子の保護措置に関する管轄権、準拠法、承認、執行及び協力に関する条約」七条一項の規定は、奪取の場合にも常居所が変わりうることを前提としている。おそらく、子の居住を決定する親双方の意思に合致がない場合として処理し、問題となつてくる者に確定した意図・目的がない事実と同様な処理が与えられるべきものと考えられる。そのため、常居所を奪取先の国に認めるには通常の場合よりも長期の期間が必要とされよう。⁽³³⁾

(へ) 新生児

常居所を肯定するためにはかならず一定の期間が要求されるとすると、新生児には常居所がないことになる。しかし、このような処理は採用すべきではない。通常の場合には、親の常居所地国に新生児の常居所もあると考えるべき

であろう。⁽³⁴⁾

三 面接交渉権

第一条を参照。

第一章 条約の適用範囲

第一条 「条約の目的」 本条約は次の各号に掲げる事項を目的とする。

- (a) 締約国に不法に連れ去られた子又は締約国に不法に拘束されている子の迅速な返還を確保すること。
- (b) 締約国の法律の下における監護権又は面接交渉権が他の締約国において実効的に尊重されることを保障すること。

一 意義

条約の前文は、まず、子の監護に関する事項については子の利益が最も重要であるとす。そして、子の不法な連れ去りまたは拘束による有害な影響から国際的に子を保護し、その常居所地国への迅速な返還を保障する手続を創設すること、さらには、面接交渉権の保護を確保することが希求されるとしている。本条の規定は、前文において希求されているものを条約の目的にまで高めている。

二 迅速な返還（a号）

（1）連れ去り

ある締約国において子が常居所を有していたところ、監護権の不法な侵害の下に他の締約国に移動させられた場合、条約上不法な連れ去りがあったことになる（三条）。

(2) 拘束

ある締約国に常居所を有していた子が適法に他の締約国に移動したが、その締約国において現在することが後日不法なものとなる場合に、子は不法に拘束されたことになる（三条）。監護権を有しない親が面接交渉権を行使するため、子とともに外国に移動した後、面接交渉に予定されていた期間を過ぎても子を常居所地国に返還しない場合などがこれにあたる。なお、「拘束」が期間を含意する観念か否か、子の移動がそもそも連れ去りに該当する場合にも「拘束」が問題となりうるかは、それぞれ、一二条および三五条において実質的な意味をもつ。

拘束が生ずる状況は、一方の親が監護権を有し、他方の親が面接交渉権を有しているといった場合に限定されない。双方の親が監護権をとともに有している場合にも発生する。たとえば、次のような場合である。ともに監護者である父母が異なった国に常居所を有しており、子と生活している一方の親が期間を限定して他方の親の下に子が訪問することを許容していたところ、合意された期間が過ぎても、他方の親が子を引渡さないという場合。あるいは、共同監護者である父母が子とともにその常居所地国とは別の国において一定期間生活するために移動した後、その期間が経過しても一方の親が子をその常居所地国に返還しない場合である。³⁵⁾

(3) 返還

条約前文は、「常居所地国」への迅速な返還を保障しようとする。多くの場合、常居所地国にいる申立人に返還されることとみられる。しかし、条約本文中のどの規定も「常居所地国の中央当局又は機関」や「申立人」を返還の名宛先として定めてはいない。このように返還先を条約の本文において特定しなかったのは意図的なものである。たとえば、

監護者たる申立人が申立の後その常居所を変更した場合には、従前の“常居所地国の中央当局又は機関”に子を返還することは無意味であり、さらに、奪取者が奪取の前から子を事実上世話していたような場合には、子をただちに申立人に返還することなく、奪取者の世話の下に置きながら常居所地国裁判所の判断を待つという方法も考えられないではないからである。⁽³⁷⁾

(4) 国際的状況

本条約のいずれの規定も“国境を越えた”子の移動に言及していない。しかし、純国内的な子の奪取を対象としていないことは、条約のタイトル、前文および条約の構造からして明らかである。⁽³⁸⁾

三 監護権と面接交渉権の実効的保障 (b号)

子の常居所地国法が認める監護権や面接交渉権を各締約国が尊重すれば、奪取の予防に役立つであろう。

(1) 監護権

条約は、いわば占有回収的に子を返還する手続を確立し、そうすることによって、監護者と子との法的関係が奪取により悪化しないよう配慮している。その意味では、a号とb号の目的は同じといえることができる。⁽³⁹⁾ 承認と執行によって監護権そのものをすべての締約国に尊重させるものではない。

(2) 面接交渉権

監護権の実現が返還によって確保されるのにたいして、面接交渉権の強行的な実現は図られていない。それゆえ、極端な場合、他方の親による面接交渉権の行使を不能にするために、監護者が子を国外に連れ出しても、面接交渉権者のために子の返還が行われることはない。⁽⁴⁰⁾ ただし、父母の離婚または別居に際して、一方に監護権を、他方に面接交渉権を付与するという処理ではなく、離婚・別居した父母が将来においてもなんらかの形で子の監護にたずさわ

規律を裁判所が与えれば、この点の不均衡はなくなるであろう。

第二条〔締約国の義務〕 締約国はその領域内において本条約の目的の実現を確保するためにあらゆる適切な措置をとるものとする。この目的のために、その最も迅速な手続によらなければならない。

一 条約の目的の実現

本条の前段は、前条において表明された条約の目的を達成するために必要な措置をとるよう各締約国に義務づけている。しかし、特定の措置が問題とされているのではなく、各締約国が条約との関係においてとるべき態度が方向づけられているにすぎない⁽⁴¹⁾。

条約の適用範囲外の奪取についてもこの条約と同様な処理をできうるかぎりとするように各締約国を方向づけていると解する見解もないではない⁽⁴²⁾。しかし、この規定をそのように解することには反対がある⁽⁴³⁾。

二 迅速な手続

前条 a 号の規定を受けて、後段の規定は、各締約国の法秩序において通用している最も迅速な手続を本条約の返還申立に適用するよう、各締約国を義務づけている。この条約のために新たな立法が要求されているわけではない⁽⁴⁴⁾。とはいえ、既存の国内手続法の規定に依ったのでは国際的な子の奪取には対処できないという事態も生じよう。最も迅速な手続を定める国内規定の要件が充足されない場合には、可能なかぎりいわゆる調整の技術を用いることが本条によって義務づけられているとする見解もある⁽⁴⁵⁾。

第三条（連れ去り・拘束の不法性） 子の連れ去り又は拘束は次の場合に不法とする。

- (a) 連れ去り又は拘束の直前において子が常居所を有していた国の法律により個人、施設又はその他の団体に共同又は単独で付与されている監護権を侵害し、かつ、
 - (b) 連れ去り又は拘束の時に、その監護権が、共同又は単独で、現実に行使されていたか又は連れ去りもしくは拘束がなければ現実に行使されていたであろう場合。
- ② 前項 a 号の監護権は、とくに、法律上の付与、裁判所もしくは行政機関の決定又は常居所地国の法律の下において有効な合意に基づくものとする。

問題となっている行為が常居所地国法の下でいかなる法律効果を発生させるかに関わりなく、監護権の侵害があれば条約上ただちに不法性が肯定される。監護権の侵害があったというためには、相手方または第三者が子を連れ去るかまたは拘束し、そのため、監護者の権利・義務の全部または一部の行使・履行が事実上不可能となったことが必要とされる。⁽⁴⁶⁾

一 監護権の存在

条約に従った子の返還には、子にたいする監護権が存在しなければならぬ。監護権を侵害された者が返還の申立人であるわけではかならずしもない（二を参照）。

(1) 監護権と面接交渉権

不法性が問われるのは監護権であって面接交渉権ではない。本条と五条の規定からこのことは明らかである。親の一方が面接交渉権だけをもっており、条約の意味における監護権を有していない場合には、監護者たる他方の親が子

を国外に連れ出しても、面接交渉権者は条約の返還手続を利用できない。つまり、面接交渉権の行使が妨げられることになっても、面接交渉権者のために子の返還が本条約の下で行われることはない。⁽⁴⁷⁾ その意味で、条約は監護権の保護と面接交渉権の保護に等しい価値を与えていない。⁽⁴⁸⁾ もっとも、諸国の立法において、親の一方に監護権を、他方に面接交渉権を、という（条約が基本的な前提としている）処理を与えない実質法が増えている。⁽⁴⁹⁾ このため、一方の親が面接交渉権だけを有しており、監護権を有する他方の親はなんの制約もなく自由に子を国外に連れ出せるという状況はここ数年の間に少なくなっているといわれている。⁽⁵⁰⁾

面接交渉権の侵害にたいして条約が保護を与えないとすると、裁判所が監護権を親の一方に付与した際、監護権の行使をその国の領域に限定した場合、⁽⁵¹⁾あるいは、裁判所の許可または他方の親による同意を子の出国の条件とした場合⁽⁵²⁾に、そういった許可や同意がいかなる趣旨のものであるかが問われなければならない。それが面接交渉権のみを保護しようとするものであれば、裁判所の命令に違反して子を国外に連れ出したとしても、監護権を侵害したことにはならない。⁽⁵³⁾ 他方で、面接交渉権だけでなく子の監護に関する権利をもそういった許可や同意が保障しようとするのであれば、監護権の侵害が肯定されることになる。⁽⁵⁴⁾

(2) 基準となる法秩序

ここで問題となる監護権は子の常居所地国法の下で有効とされる監護権でなければならない。一九五五年以来のハーグ国際私法会議の伝統に従って、“法律”には抵触法も含まれる。⁽⁵⁵⁾ それゆえ、たとえばA国人夫婦からA国人である子が出生した後、父が子を妻子の常居所地国であるB国から連れ出した場合、返還の要請を受けたC国の裁判所はまず常居所地国たるB国の国際私法を調査しなければならない。B国の国際私法が本国法主義に立ち監護権の準拠法としてA国法を指定しているときには、A国の実質法に準拠して妻の監護権の有無を判定することになる。⁽⁵⁶⁾ 子の返還

要請をしている国（B国）の実質法と返還要請を受けた国（C国）の実質法がともに監護権の存在を肯定している場合でも、常居所地国の抵触法によって指定されるA国実質法の下で監護権が否定されるときには、本条の要件を充足しない。一五条の規定によってある程度軽減されるとはいえ、子の常居所地国の国際私法を考慮しなければならないとすれば、実務上、本条の適用はやっかいなものとなるかもしれない。事実、イングランドの裁判実務において、監護権の有無は、常居所地国の国際私法規定が指定する法ではなく、常居所地国実質法に従って判定されているといわれている。⁽⁵⁷⁾

（3） 監護権の法的基礎

（イ）（国際私法規定を含む）常居所地国法の下で、裁判所その他の機関による決定を待つことなく法律上当然に親の一方または双方に監護権が付与されている場合には、監護権が条約上肯定される。そういった法の適用結果が返還要請を受けた国の公序に反する場合であっても、排除することはできない。一九九六年ハーグの“親責任及び子の保護措置に関する管轄権、準拠法、承認、執行及び協力に関する条約”二二条に相当する規定を本条約は有している。ただし、一三条または二〇条の規定を適用して、返還拒否という形で不当な結果を回避することができよう。

（ロ）常居所地国の国際私法によって指定される実質法が、当事者の合意に基づいて監護権の配分を認めることがある。たとえば、日本民法七六六条一項、七八八条、八一九条一項、三項但書、四項の各規定によって、親の協議により“監護者”または“親権者”が決定される場合である。こういった規定に従い合意された監護権もまた条約による保護の対象となる。⁽⁵⁸⁾

（ハ）監護権に関する常居所地国裁判所などの判決や当該国が承認する他の国の判決なども監護権の基礎となる。たとえば、日本民法七六六条二項、七八八条、八一九条五項、六項の各規定による場合である。申立を受けた国から

みた判決の承認いかんは問題とならない。前提となった離婚判決の承認いかんも同様である。もっとも、返還拒否に関する一三条または二〇条の規定の枠組の中で、監護権についての判決や離婚判決は考慮されよう。⁽⁵⁹⁾

(二) 本条三項の規定があげるのは以上の法的根拠である。しかし、これらは制限的ではなく例示的に列挙されているものと捉えるべきであろう。常居所地国法の認めるものであれば、たとえば遺言に基づく監護権の付与を排斥する理由はないからである。⁽⁶⁰⁾

二 監護者

監護権は個人、施設その他の団体に帰属する。個人としては、両親、非嫡出子の父も含めた親の一方、祖父母、後見人などが考えられる。事実上子の世話をしているにすぎない者は本条約の下で保護される監護権を有しない。⁽⁶¹⁾

なお、施設その他の団体の中には、児童福祉機関だけでなく後見的に関与する裁判所も入るとみられる。⁽⁶²⁾

三 保護の対象となる監護権

(一) 共同監護権

一九七〇年代の後半つまり本条約が作成されていた当時、離婚または別居後父母がともに監護権を有することを認める実質法はまだ数が少なかった。⁽⁶³⁾ そのため、条約を作成する際の議論は、離婚または別居の後、一方が監護権を有し、他方が面接交渉権のみを有するという前提の下に進んでいった。しかし、当時においても、父母の婚姻中つまり父母がともに監護権を有していた状況において奪取が生ずる事案はあったので、“共同”という文言が用いられたようである。⁽⁶⁴⁾ その後、一九八〇年代中期のフランス民法の改正が示すとおり、離婚または別居後における共同監護権を認める実質法の数が増え、本条に挿入された“共同”という文言は重要性を帯びるにいった。⁽⁶⁵⁾

常居所地国法の下で、監護権を父母双方が有し、監護者は各々他方の事前の同意なく子を国外に連れ出すことがで

きるといふ場合に、一方による子の国外への連れ去りは他方の監護権の侵害を結果するか。この点について、報告者たる *Perez-Vera* は、行為の不法性は特定の法律に違反する行為ではなく、他方当事者の権利が無視されたという事実に基づくものであるとして、条約の意味における不法性を肯定する⁽⁶⁶⁾。しかし、子の常居所地国法の違反に該当する場合にはのみ子の連れ去りが不法であると条約はしているとみられるから、常居所地国法の違反に該当しないかぎり、条約の意味での不法な連れ去りとはならないはずである。もっとも、そういった常居所地国法の趣旨は、通常、子と他方の親との接触を完全に切断することまでも許容するものではあるまい。したがって、連れ去り後における子の拘束は、他方が同意または追認しないかぎり、不法となりうると思われる⁽⁶⁷⁾。

(2) 監護権と子の意思

なお、常居所地国で通用する法の中には、一六歳に達する前に自己の居所を決定することを子に許容するものもある。そういった法の下で子が親の連れ去りに同意している場合、いかに処理するか。子が居所指定権を有しているかぎり、三条の意味での「監護権」の侵害はないとする見解⁽⁶⁸⁾と居所指定権以外の権利が監護者に残存している以上、本条約は依然として適用されるとする見解⁽⁶⁹⁾がある。もっとも、この点の対立はそれほど意味があるわけではない。一三条二項の規定によって返還に反対する子の意思は考慮されるからである。

(3) 基準時

(イ) 監護権は奪取の時点において存在しなければならない。それゆえ、監護権の単独保有者たる親が子を常居所地国から連れ出し、後日、残された他方の親が当該常居所地国の裁判所によって監護者として指定されたとしても(いわゆる *chasing order*)⁽⁷⁰⁾、子の移動は不法ではない。監護権の帰属をめぐる訴訟が係属している場合に、敗訴を予想した監護者が子を国外に連れ出し、その予測どおり後日他方当事者にたいして監護権が裁判所により付与されても、

本条約の下では奪取とはならない。⁽⁷¹⁾ 子の母と婚姻関係にない父にたいして（法律上当然には）監護権を付与しない法制度が多いことに鑑みれば、*chasing order* に基づく監護権にたいして条約上の保護を否定することは、実際的には、非嫡出子の父に酷な結果を招来しよう。しかし、これは、条約というよりもむしろ、婚姻関係にない父に監護権を認めない常居所地国法に起因する結果とみるべきかもしれない。⁽⁷²⁾

(ロ) このように移動それじたいは不法ではないとしても、常居所地国において *chasing order* が出された後の状況を「拘束」として捉えることは可能か。もし「拘束」に該当するとすれば、常居所地国における当事者の一方のみの申立によって本来適法であった行為が不法となる。否定されるべきであろう。⁽⁷³⁾

四 監護権の現実の行使

監護権が不法に侵害されたというためには、常居所地国法の下で法的に監護権が肯定されるだけでは足りない。現実に行使されていなければならない。本条約は、締約国間における監護権の相互の承認・執行を確立するものではなく、奪取前に存在していた監護に関する関係の迅速な回復を目的としている。そのため、復旧に値するだけの関係が現実に存在することが要求される。監護権が実際には行使されておらず、監護者との安定した生活を子がもともと享受していない場合にまで、迅速な返還を認める理由はない。⁽⁷⁴⁾ たとえば、居所の指定とか医療措置にたいする同意が実際にも行われていなければならない。こういった事実的要素がなければ連れ去り・拘束は条約上不法とはされない。

もっとも、何をもって「現実の行使」と判定するかはかならずしも容易ではない。⁽⁷⁵⁾ 監護者であっても、一定期間現実的に子と生活していなかったという理由で返還が拒否された事案は多数あるといわれている。⁽⁷⁶⁾ 他方で、子の世話を第三者に委ねていても「現実の行使」はかならずしも否定されない。⁽⁷⁷⁾ 問題となるのは次のような場合である。同一国に居住する父母が、別居はしているけれども、ともに監護権を有していたとする。一方が子と生活をともにし、他方の

行為が受動的、監督的、事後承諾的な行為に終始していたところ、前者が子を国外に連れ出した後、後者が監護権の不法な侵害を主張する場合である。後者と子との接触が実際には面接交渉以上のもものではなかったとすると、監護権の現実の行使があったか疑問とされよう。⁽⁷⁸⁾しかし、場合によっては、子の常居所の変更不同意な権利としてその監護権が理解されていたということもあろう。この場合には、当該権利の「現実の行使」とはいかなる状況を指すのか、という疑問が生じる。問題となっている者の行動から、子の居所について相談を受けることを期待している状況が認められる場合には、現実の行使を肯定することができると思われるべきであろうか。⁽⁷⁹⁾

なお、「連れ去りもしくは拘束がなければ現実に行使されていたであろう」という文言は、監護権に関して常居所地国の裁判所が従前の判決を変更したが、新たな判決によって創設された監護権が奪取によって行使できなかったというような場合を想定している。⁽⁸⁰⁾

五 監護権侵害の態様

(イ) 親の一方が単独の監護者であっても、子を国外に連れ出すには裁判所の許可が必要とされることがある。許可なく子を国外に連れ出した場合に、条約の意味での監護権の侵害があったといえるか。監護者が自己の監護権を侵害したと構成すべきではない。⁽⁸¹⁾そういった制限の趣旨が問われなければなるまい。

(ロ) 子を再奪取する場合にも、監護権の侵害は問題となりうる。⁽⁸²⁾

(ハ) 監護権の侵害が要件となるから、いわゆる子の人身売買に該当する場合つまり監護者たる親双方が共謀して国境を越えて子を連れ出す状況には条約の適用はない。⁽⁸³⁾ちなみに、一九九六年の「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」はこの状況に対処している。

第四条 (子に関する要件) 条約は、監護権又は面接交渉権の侵害の直前において締約国に常居所を有していたすべての子に適用される。子が一六歳に達した時に条約の適用は終止する。

一 締約国における常居所の保有

締約国における子の常居所の存在が条約の適用条件となっている。前条の規定が定める不法な侵害があった場合、返還の申立は、通常、子の常居所地国の中央当局を通じて行われよう。さらに、本条約は相互主義的な性格をもっているため、締約国に常居所を有する子に条約の提供する便宜を限定することによって、条約の批准・加入も促進されるときみられる。⁽⁸⁴⁾しかし、一八条が定めているように、各締約国が条約の施行法において非締約国に常居所を有する子にも条約の諸規定を適用することは妨げられない。⁽⁸⁵⁾

(イ) このように、不法な侵害の直前に子がいずれかの締約国に常居所を有していたことが条約の適用条件である。けれども、常居所地国からの連れ去りは要件とされていない。締約国に生活している家族が休暇を非締約国においてすごしていたところ、親の一方が子を第三国に連れ去ったという場合にも条約は適用される。⁽⁸⁶⁾

(ロ) 連れ去りの時点または(面接交渉のために予定されていた期間の満了時点のような)拘束の時点が基準となる。常居所地国とは別の国に連れ去られた子あるいは別の国において拘束された子がさらに他の国に連れ去られても、基準となるのは最初の奪取の時点である。そのように解しても、「直前」という観念と抵触しないであろう。⁽⁸⁷⁾

(ハ) 一条および二一条の規定する面接交渉権の行使の確保には、(監護権につき三条が規定する)連れ去りまたは拘束の「不法性」は要件とされていない。それゆえ、面接交渉権が実際に主張される時点を経験とすることになろう。⁽⁸⁸⁾

二 子の年齢

(1) 年齢の上限の意味

問題となっている子が満一六歳になれば、その時点で条約の下での手続は自動的に終了する。返還申立が中央当局や裁判所にすでになされていても、当該年齢に子が達した時点において条約は適用されなくなる。このアプローチは簡明性と実理性的の理由から採用されたといわれている。奪取は、通常、幼児について生ずるからである。なお、締約国が条約の諸原則を一六歳以上の子に適用することを条約は妨げるものではない。⁽⁸⁹⁾

一六歳未満の子に条約が一律に適用される結果として、たとえば奪取の時点において子の年齢が一五歳六ヶ月であったが、子の発見が遅れたため申立が奪取後七ヶ月経過して行われた場合には、条約の適用はない。⁽⁹⁰⁾ なお、奪取された兄弟姉妹のうち、ある子は一六歳未満であるが、ある子は一六歳以上であるといった場合の処理については、一三条の規定との関係で問題が処理されよう。

(2) 子の居所決定権

子が一六歳未満であるかぎり、常居所地国の法律によってはみずからの居所を決定することのできる未成年者にも条約は適用される。たとえば、スコットランド法では一六歳未満の者もそういった権利を有している。一九八〇年五月二〇日の「監護権に関する決定の承認及び執行ならびに監護権の回復に関するヨーロッパ条約」はそういった法を考慮して、(常居所地国法など) 関連する法の下において居所を決定する権利を有していない子にだけ当該条約の適用があるとしている(一条a号)。しかし、本条約ではこの種の規定を置かないこととされた。というのは、関連する多数の法を参照して、子の居所決定権を証明することは困難とみられるからである。さらに、子が常居所地国法の下で居所決定権を有しているならば、子の移動が任意のものであるかぎり、三条の意味において当該移動はそもそも

不法ではないとも考えられよう（参照、三条（三）（2）⁽⁹¹⁾）。

第五条 「監護権と面接交渉権」 本条約において「監護権」及び「面接交渉権」には、各々、次の各号に掲げる権利が含まれるものとする。

- (a) 「監護権」には子の身上監護に関する権利、とくに子の居所を指定する権利。
- (b) 「面接交渉権」には子を限定された期間その常居所地とは異なる地に連れて行く権利。

一 監護権（a号）

ここで問題となる監護権（droit de garde, rights of custody）は条約に固有の概念であって、特定の法秩序のそれとはかならずしも一致しない⁽⁹²⁾。

本条約はもっぱら子の身上監護との関連においてのみ適用される。日本民法にいわゆる監護・教育が対象となる。他方で、子の財産管理権とか法定代理権の帰属のような事項は、それじたいとしては、問題とならない。

「監護権」の中には居所指定権も含まれる⁽⁹³⁾。子の国外連れ出しにたいする同意権だけをもつ者も、その同意権が純粹に面接交渉権の確保のためにのみ付与されているのであれば、「監護権」を有していると考えるべきであろう⁽⁹⁴⁾。他方で、居所指定権を含まない監護権も「監護権」に含まれる。

二 面接交渉権（b号）

b号の規定によれば、「面接交渉権」（droit de visite, rights of access）には、その常居所地とは別の地において子と接触する権利が含まれる。これは例示である。親が子を訪れる権利（visitation）よりも広い。限定された期

間”は個別的專案ごとに決定される。⁽⁹⁵⁾

第二章 中央当局

第六条（中央当局の指定） 各締約国は、条約が中央当局に課す義務を履行するために、中央当局を指定する。

② 連邦制の国、複数の法体系が行われている国又は地域により自治的組織を有する国は、複数の中央当局を指定し、かつ、その権限の及ぶ地域を特定することができる。この権限を行使した国は、申立が行われればその国の内部の適切な中央当局にこれを転送する中央当局を指定するものとする。

一 中央当局の任務

中央当局は各締約国の組織であって、本条約を機能させる責任を負っている。対外的には他の締約国の中央当局と協力し、対内的には条約を適用する上で内国の裁判所や行政機関相互の協力を促進する（七条一項）。中央当局がとるべき個々の措置は七条二項に列挙されている。中央当局は、送付されてきた申立や報告が条約の定める要件を充足しているか否かを審査し、さらに、内国の機関または他の国の中央当局にそれらを転送する。

二 中央当局の指定（一項）

一項の規定によれば、締約国は条約上の任務を履行する中央当局を指定するかまたは創設しなければならぬ。この指定は、批准書、受諾書もしくは承認書または本条約の加入書の寄託の日までにハーグ国際私法会議常設事務局に伝達されなければならない。⁽⁹⁶⁾

三 連邦制をとる国（二項）

その領域の中に部分法秩序をもつ諸国は複数の中央当局を指定することができる。英国、カナダ、メキシコおよびオーストラリアはこの権能を行使している。この権能を行使し、複数の中央当局を指定した国は、一つの中央当局を特定し、この中央当局に申立などが行われれば、そこから他の管轄ある中央当局に申立などが転送されるようにしなければならない。申立人や他の締約国の中央当局が管轄ある中央当局の調査に無用な労力を費やさないための配慮である。

第七条（中央当局の任務）子の迅速な返還を確保し、かつ本条約のその他の目的を実現するために、中央当局は相互に協力するとともに各締約国において管轄ある機関間の協力を促進しなければならない。

② とくに、中央当局は、直接又は媒介となる者を通じて、次の各号に掲げる事項について適切なあらゆる措置をとらなければならない。

- (a) 不法に連れ去られたか又は拘束されている子の所在を発見すること。
- (b) 仮の措置を発動するか又は発動させることによって子にたいする新たな危険や関係当事者への危害を防止すること。
- (c) 子の任意返還の確保又は合意に基づく解決を促進すること。
- (d) 有益であるかぎりにおいて、子の社会的背景に関する情報を交換すること。
- (e) 条約の適用に関連して自国法に関する一般的情報を提供すること。
- (f) 子の返還を実現するために、又は、状況に応じて、面接交渉権の具体化もしくはその実効的行使を可能に

するために、裁判手続もしくは行政的手続を開始するか又はその開始を促すこと。

- (g) 弁護士の関与をも含む法律扶助を、状況に応じて、付与するか又はこれを援助すること。
- (h) 子の安全な返還を確保するために必要かつ適切な行政上の手配をすること。
- (i) 条約の実施に関する情報を相互に提供し、かつ条約適用に際して生ずる障害をできうるかぎり除去すること。

一 中央当局の主たる任務（一項）

（1） 外国中央当局との協力

子の迅速な返還および面接交渉権の実効的行使を条約は目的としている（一条）。この目的が達成されるか否かは、他の締約国の中央当局との協力的にかかっているといつてよい。各中央当局は、他の行政機関の関与をまつことなく、相互に連絡することができる。職権による関与を明示的に示しているのは（子の所在発見に関する）九条の規定だけである。けれども、この規定は例外を定めたものではなく、むしろ原則をあらわしているものとみるべきである。したがって、二項に掲げられた諸事項の中でも、各中央当局間の直接的な相互連絡に基づいてとりうる措置、つまり、自国法に関する情報提供（e号）、返還と面接交渉権のための手続開始（f号）および条約適用に関する情報交換（i号）については、中央当局が職権により関与する。さらに、（任意返還に関する）一〇条、（申立不受理に関する）二七条および（代理人としての中央当局に関する）二八条の諸規定についても同様である。他方で、七条二項のa号ないしd号、g号およびh号に掲げられた事項については、他の機関からの請求をまって中央当局はその活動を開始するとみられる。一二条以下の定める状況も同様である。⁽⁹⁷⁾

なお、条約が明文で中央当局の任務とはしていないけれども、条約の適用上各国が得た経験につき情報を交換する

ことを目的とした会議への参加、申立書の発行や翻訳なども中央当局の重要な任務とみられる。⁽⁹⁸⁾

(2) 国内機関の協力促進

条約によって課せられている義務を締約国のいかなる機関が履行するか。これは各国の国内法に委ねられている。中央当局はそういった自国機関との関連において、国内機関相互の協力を促進する義務を条約上負っている。しかし、それだけでなく、他の締約国からの要請に答える場合あるいは他の締約国への伝達の場合に、一般的・個別的情報を提供することによって国内機関を助力すべきである。

二 個々の任務 (二項)

(1) 子の所在の調査 (a号)

八条の規定に従った返還の申立と二一条の規定する面接交渉権に関する申立には、子の所在についての記述が必要である。子の所在が申立人に知られていない場合、自国内における所在の有無について調査することは申立を受けた国の任務である。住民登録や外人登録を管掌する機関への照会あるいは裁判所や児童福祉機関、さらには警察への照会が行われることになろう。⁽⁹⁹⁾

(2) 暫定的措置による危険回避 (b号)

子や利害関係人にとって危険な状態が発生することがある。たとえば、奪取者がさらに子を別の国に連れ去ろうとしている場合とか医療措置に同意すべき法定代理人が奪取先の国にはいないという場合である。中央当局は、その国内法上権限を有するかぎりにおいて、こういった場合に対処すべき暫定的措置をとらなければならない。そのような措置としては、たとえば、子を国外に連れ去ろうとしている者のパスポートを保管するとか医療措置に同意すべき者の選任といった措置が考えられよう。⁽¹⁰⁰⁾

(3) 任意的な解決 (c号)

奪取者が子を任意に返還すれば、子にかかる負担が少ないだけでなく、将来における利害関係人相互の関係という観点からも非常に望ましい解決となる。面接交渉に関する当事者の合意についても同様のことがいえよう。国内法に根拠規定がなくとも、条約を直接の根拠として、返還や面接交渉権につき裁判外における和解を図るイニシアチブを中央当局はとることができるとみられる。⁽¹⁰⁾ 返還の方法などに関する裁判上の和解も重要である。⁽¹⁰⁾

(4) 社会的背景に関する情報 (d号)

“有益であるかぎりにおいて”という文言は、内容的に硬直した義務を中央当局に課すことを望まないという趣旨である。提供に値する情報がない状況が想定できるだけでなく、この規定が当事者による訴訟遅延の方便として用いられることも懸念されたため、このような表現が用いられた。⁽¹⁰⁾

(5) 一般的法律情報 (e号)

中央当局は条約に関連する自国の実体法や手続法についての一般的な情報を他の締約国の中央当局に提供しなければならぬ。このことは、とくに、中央当局の属する国が新たに締約国となった場合に望まれる。他の締約国は当該国における手続について見通しを持つことができ、さらに、当該国の定める要件をあらかじめ知っていれば、当該国に申立を送付する際に生ずるかもしれない不測の障害を回避することができるよう。こういった点に、⁽¹⁰⁾ 個別的事案との関係における情報提供を定める) 一五条のほか、本条二項 e 号の規定を置く理由がある。

(6) 手続の開始 (f号)

子の返還や面接交渉権の具体化もしくはその実効的行使を可能にするために、中央当局は裁判手続もしくは行政的手続を開始するかまたはその開始を促さなければならぬ。もっとも、このことは、中央当局が申立人を代理するこ

とまでをも要求するものではない。二項本文が定めているように、中央当局は第三者を媒介として関与することが許されている。関与の形態は国によって様々のようである。⁽¹⁸⁾

(7) 法律扶助 (g号)

条約の下での手続については、原則として、これに要した費用の支払いから申立人は免除される(二六条二項)。しかし、多くの国は、四二条の規定に従い、二六条三項の規定が許容する留保の宣言を行っている。そうした締約国は手続に要した費用を申立人から徴収することができることになる。他方で、締約国がこの種の費用免除を申立人に許容し、このための手続を定めている場合には、当該手続の開始などについて申立人を「援助」することが中央当局の任務となる。⁽¹⁹⁾「状況に応じて」という文言は、申立人に経済的資力のない状況を指示している。資力がないか否かは法的援助が求められている国の基準に従って決定される。⁽²⁰⁾

(8) 子の返還の確保 (h号)

返還命令が執行されるべき場合に執行を容易にするための手配をすること、任意返還の場合においても子の安全な返還に必要な手配をすることが本号によって命じられている。具体的には、国境あるいは目的地まで子に随行するよう関係者に指示することなどが含まれよう。

問題となるのは、返還先の国において奪取者に監護権が付与され、奪取前の状況と異なった状況が発生したため、返還命令を執行することが妥当性を失った場合である。こういった状況を知った中央当局は当該命令が執行されないように配慮しなければならぬであろう。一二条の規定する要件を充足する事情が発生し、返還を拒否すべき場合も同様とみられる。⁽²¹⁾

(9) 情報交換と条約適用にたいする監督 (i号)

条約の実施に関する中央当局間の情報交換は、条約を適用する上で各締約国が得た経験についての情報交換と条約に従った申立を処理するための国内手続に関する情報交換を含んでいる。

他方で、中央当局は条約適用に際して発生する障害を除去しなければならない。これは、個々の事案との関連だけではなく、場合によっては、法改正のための審議を提案することも含まれる。

第三章 子の返還

第三章の諸規定および第五章の二二条ないし二七条の規定は返還申立に始まり返還の可否に関する判断にいたるまでの手続その他の問題を対象としている。

返還は、原則として奪取後一年未満の申立に基づいて、命じられる。返還命令は監護権に関する実体的な判断を意味しない。子の連れ去りまたは拘束が不法であることが前提となる。外国法の証明と外国判決の承認に関する特別の手続を経ることなく、不法性を確定することができる（一四條）。返還要請を受けた国は、問題となっている子の監護権に関する自国機関の判断などから自由である（一七條）。返還手続が進行中、返還要請を受けた国は監護権に関する本案について判断を行うことができない（一六條）。

子の連れ去りまたは拘束の不法性を確定するために、返還要請を受けた締約国の裁判所その他の機関は、不法性を証明する常居所地国の証明書を要求することができる（一五條）。子が第三国に移動した場合、手続の停止などの措置をとることができる（一二條三項）。この場合には、申立をしりぞけることもできる（一二條三項）。そもそも、条約の要件を充足しないなどの場合には、中央当局は申立を受理しない。奪取後一年以上が経過し、子が奪取先の国に

住みなれた場合（一二条二項）や人権侵害のある場合（二〇条）の他に、返還が子を重大な危険にさらす場合、子の意思に反することが証明される場合には（一二条）、返還は拒否される。返還に関する判断にたいする上訴については各締約国の国内法にその規律が委ねられている。

第八条（申立） 監護権を侵害して子が連れ去られたか又は拘束されていると主張する個人、施設その他の団体は、子の常居所地国の中央当局又はその他の締約国の中央当局にたいして、子の返還を確保するための援助を求める申立をすることができる。

② 申立には次の各号に掲げる事項が含まれていなければならない。

- (a) 申立人、子及び子を連れ去ったか又は拘束したと主張されている者を特定する情報。
- (b) 知りえた子の生年月日。
- (c) 申立人の返還請求の根拠。
- (d) 子の所在及び子とともにいると推測される者の特定に関して入手可能なすべての情報。
- ③ 申立には次の各号に掲げる文書を添付することができる。
 - (e) 事案に関連する決定又は合意の認証謄本。
 - (f) 子の常居所地国の関連する法律につき、当該国の中央当局もしくは管轄ある機関又は有資格者が発行した証明書又は宣誓供述書。
 - (g) その他、事案に関連するすべての文書。

一 申立（一項）

（一） 申立人

申立人が返還請求をする場合には、次の二点を主張しなければならぬ。すなわち、監護権が侵害され、子が連れ去られたかまたは拘束されていること、そして、返還によって監護の關係が回復されることである。

誰が申立人となるかを条約は定めていない。大多数の事案において、本条の申立人は親の一方とみられる。⁽¹⁰⁾しかし、常居所地国の裁判所が条約の意味での監護権を有する場合もあるから、申立人はかならずしも「監護者」ではない。⁽¹¹⁾なお、奪取された子が申立人となりうるか否かについて条約は沈黙している。⁽¹²⁾

（二） 中央当局への申立

締約国のすべての中央当局にたいして申立をすることができる。これまでの諸国の経験からすると、多くの事件において、子の常居所地国の中央当局に相談して申立人が申立をし、つぎに、当該中央当局は、子が現在しているとみられる他の締約国の中央当局に審査済みの申立書を送付している。⁽¹³⁾

申立のあった国とは別の国に子が現在していることが申立から明らかなる場合には、子が現在している国つまり奪取先の国の中央当局にむけて申立はただちに送付される（九条）。

申立人が常居所を有している国の中央当局を介することなく、奪取先の国の中央当局にたいして申立人が直接申立をすれば迅速な処理を期待することができよう。反面、申立人の住んでいる国の中央当局にたいしてまず申立をする場合の利点は失われる。というのは、この場合の申立は、申立を受けた中央当局による要件審査済みのものであるという意味において、いわば当該中央当局の裏書のある申立となるからである。二九条の規定に従い裁判所その他の機関にたいして直接に申立をする場合にも同様にこの利点は失われよう。なお、中央当局は二七条の規定に従い申立を

しりぞけることができる。⁽¹⁴⁾

二 申立の要件

(一) 必須的な内容 (二項)

申立には子の返還請求の理由が含まれなければならない。二七条の規定によれば、中央当局は明らかに理由がない場合には、申立を受理しない。三条の意味における監護権の侵害があったことが返還請求の理由となる。それゆえ、監護権侵害に基づく返還請求を根拠づける一切の事情を申立は明らかにする必要がある(c号)。そのために、事案に関係する者の同一性が確定されなければならない。申立人、奪取者および子の同一性に関する事項つまりそれらの氏、名前、国籍、常居所、パスポートの番号および職業などである(a号)。知りうるかぎりにおいて、子の生年月日とその現在地および子が事実上生活をともにしている者の特定も必要である(b号およびd号)。(a号およびc号のように)無条件に要求されている事項が明示されていないときは、中央当局は送付の前に補正を命じなければならない。⁽¹⁵⁾

なお、返還請求を法的に理由づけるためには、本来ならば、侵害されたと主張されている監護権の法的基礎つまり子の常居所地国法または裁判所などの決定を証明しなければならない。しかし、条約はこの点の証明書類を任意的な添付文書とした。というのは、この種の文書の取得は時として困難であり、子の所在の迅速な発見という観点からみて貴重な時間を文書取得のために費やすべきではない。さらに、中央当局の介入により子が任意に返還されることになれば、そういった要件は重要ではなくなるからである。⁽¹⁶⁾

(2) 任意的な内容 (三項)

申立には、申立を受けた国の中央当局が判断の基礎とすべき文書を添付することが望ましい。連れ去りまたは拘束

の不法性いかなの判定に意味をもつ（たとえば、監護者を変更する）判決、監護者間の合意を証する文書（e号）、監護権が法律上当然に付与される場合には準拠法を証明する文書（f号）、手続費用免除に意味をもつ申立人の所得証明書などである（g号）。

なお、f号に掲げる証明書は、一五条において定められている不法性に関する証明書と異なり、子の常居所地国の関連法規を証する一般的性格のものである。返還要請を受けた国においては外国法の証明について厳格な要件が定められていても、そのような要件を充足する必要はない（三〇条⁽¹⁶⁾）。

なお、添付すべき判決または合意の謄本は真正でなければならぬ。このことは、認証を不要とする二三条の規定と矛盾するものではない。ここでの要件はたんに、謄本が原本に合致することを保証するにすぎないからである。

(3) 申立の方式

条約は申立の方式を定めていない。しかし、ハーグ国際私法会議第一四会期において作成された申立の様式を使用するのが便宜である⁽¹⁷⁾。

第九条〔申立の送付〕前条に定める申立を受けた中央当局は、子が他の締約国に現在すると思料するに足る理由があるときは、申立を直接かつ遅滞なくその締約国の中央当局に送付するとともに、要請を發した中央当局又は申立人にその旨を伝達する。

ある中央当局から他の中央当局へ申立が送付される場合としては、次の三つ考えられる。まず、申立人がその居住する国の中央当局に申立を行ったが、最初から他の締約国の中央当局を申立の名宛機関として特定しており、二七条

の定める審査の後ただちに名宛先とされた中央当局に送付する場合。第二に、申立人の予測に反し、申立を受理した国の中央当局が、子は他の締約国に現在していると史料するにいたった場合である。⁽¹⁰⁾ この状況は、裁判手続の開始前だけでなく開始後においても発生しよう（一二条三項）。第三に、八条の規定に従って受理された申立が本条の規定の下で第二の中央当局に送付されたが、その中央当局の属する国には子が現在せず、第三の中央当局に申立が転送された場合である。⁽¹¹⁾

送付の事実が申立人に、そして第三の場合には最初に申立を受理した中央当局にも、伝達されなければならない。⁽¹²⁾

第一〇条 「任意的返還」 子の現在する国の中央当局は、子の任意返還を確保するために適切なあらゆる措置をみずからとるか又はとらしめる。

子の任意返還は、あらゆる段階において、それゆえ裁判手続が開始した後も試みられるべきである。⁽¹³⁾ 諸国の実務上、子が任意に返還されるのは、裁判所などの機関に申立が行われ、手続の開始を奪取者が知った後のようである。⁽¹⁴⁾ その際には、奪取者にたいして、（任意に返還しない場合に適用される）一二条の定める効果や（返還が行われても）子との接触まで否定されるわけではないことなどが説明されるべきであろう。さらに、任意に返還すれば関連国における刑事訴追が終了する可能性にも、申立人や当該国の同意を前提として、言及できよう。⁽¹⁵⁾ この種の努力は各国において効果をあげているといわれている。⁽¹⁶⁾

なお、二六条四項の規定によると、返還を命ずる裁判所その他の機関は子の返還に要する旅費を奪取者に請求することができる。しかし、この可能性があるために奪取者が最後まで争い、逆効果となるおそれがある。このため、い

くつかの国では無償の返還が認められている⁽¹⁸⁾。

第一条 (迅速な処理) 締約国の裁判所又は行政機関は子の返還手続を迅速に進めなければならない。

② 裁判所又は行政機関が手続の開始から六週間以内に決定をしないときは、申立人又は申立を受けた国の中央当局は、みずから又は申立を発した国の中央当局の求めに応じて、遅滞している理由の説明を要求することができる。申立を受けた国の中央当局が回答を得たときは、申立を発した国の中央当局又は申立人にこの回答を伝達する。

一 手続の迅速性 (一項)

奪取された子のためにできるかぎりすみやかに従前の生活関係が復旧されなければならない。換言すれば、申立の後不法な状態が長い時間経過してはならない。返還の申立がしりぞけられるべき場合でも、子および監護者がおかれている不安定な状態を可及的すみやかに終了させる必要がある。このために、締約国の下での手続は迅速であることが求められる。手続を迅速なものとするためには様々な方法が考えられよう。

(1) 管轄権の集中

比較的小さな国では、奪取に関する管轄権を特定の裁判所に集中させている。たとえば、フィンランドやアイスランドである。そうすることによって、条約について十分な知識を有する裁判官が事件を処理し、迅速な手続を行うことができるからである。これにたいして、多数の国ではそういった管轄権の集中は行われていない。むしろ、子の近接性という観点から管轄権を集中しない方が望ましいと考えられている。しかし、管轄権の集中が行われないと、

裁判官は通常その在任中条約に基づく申立を一件か二件処理するだけであり、不馴れであるため、子の状況に関して詳細な調査を行うなどとして、迅速な処理を行わないおそれがある。⁽¹²⁸⁾ その意味で、条約の趣旨につき中央当局による十分な情報提供が不可欠である。⁽¹²⁹⁾

(2) 上訴の回数制限

この条約の趣旨を実現するために、ドイツの施行法は返還に関する決定にたいして一回限りの抗告だけを認めている。オランダの施行法も同様である。

無用上訴による遅滞を回避するために、上訴が行われても、下級審による決定の執行をフランスはいくつかの事案で許容しているといわれている。オーストリア、ドイツおよびルクセンブルグもまた、上訴に基づく審理が上級審で係属中であっても返還命令を執行する可能性を認めているようである。⁽¹³⁰⁾ もっとも、執行されたにもかかわらず、上訴が認容された場合には複雑な事態が発生しよう。各締約国が一様にこういった処理を認めているわけではない。⁽¹³¹⁾

(3) 事実認定

迅速な手続の必要性は事実認定のありかたにも影響しよう。原則として、証拠書類および当事者の聴聞に基づいてのみ判断を行うべきである。一三条一項b号の規定の下で鑑定が必要とされる場合にも、期間を限定してこれを許容すべきであると考えられる。⁽¹³²⁾

さらに、遠隔の地に住む申立人の出廷はできかぎり命じられるべきではあるまい。⁽¹³³⁾ 申立人の出頭を奪取者が請求できる国においても、裁判所がそういった請求を認めることはきわめて稀のようにみえる。条約もその三〇条において「…締約国の中央当局又は裁判所もしくは行政機関に提出された申立は、申立に添付されたか又は中央当局によって提供された文書及び情報とともに、他の締約国の裁判所又は行政機関において受理することができる」としており、

申立人の出頭を要求することなく裁判所が判断を行えることを前提としているようにみえる。⁽¹³²⁾

(4) 外国法の調査

申立を受けた機関はできるかぎり時間のかからない手続を利用して外国法の調査を行わなければならない。子の常居所地国の機関も、一五条の規定する証明書が要求されているときは、迅速に対応すべきであろう。⁽¹³³⁾

二 遅滞の説明(二項)

申立を受けた後六週間を経過しても依然として裁判所その他の機関の判断がない場合、その国の中央当局または申立人は、裁判所などに遅滞の説明をしよう求めることができる。オーストリアでは、六週間経過すると自動的に説明義務が発生する(施行法五条五項)。なお、このように中央当局が職権を發動して自国の裁判所に説明義務を求めると裁判所の独立に抵触するものではないとされている。⁽¹³⁴⁾

中央当局は、説明を求めている国の中央当局または申立人にたいして、裁判所による事情説明を伝達しなければならない。

申立を発した国の中央当局は、六週間を経過していない場合でも、事案の審理の進捗状況について申立を受けた国の中央当局に問い合わせることができる。条約にはこれを禁ずる規定はない。現実にも、申立を発した国が、六週間という期間の経過前に、事案の審理を督促することがあるようである。しかし、申立を受けた国の中央当局にとつては、こういった督促は負担になるといわれている。⁽¹³⁵⁾

第一二条 (返還命令) 子が第三条に定める不法な連れ去り又は拘束を受け、かつ、子の現在する締約国の裁判

所又は行政機関に申立がなされた時点において不法な連れ去り又は拘束の時から一年が経過していない場合には、

裁判所又は行政機関は子の即時返還を命ずる。

② 裁判所又は行政機関は、前項に定める一年の期間が経過した後、申立を受けた場合においても、子の返還を命ずる。但し、子が新たな環境に住みなれていることが証明された場合には、この限りでない。

③ 申立を受けた国の裁判所又は行政機関は、子が他の国に連れ出されたと思料するに足る理由があるときは、手続を停止するか又は子の返還申立をしりぞけることができる。

一 返還先

条約の前文は「…その常居所地国への迅速な返還を保障する手続を確立する」としているの⁽¹³⁷⁾にたいして、一二条一項の規定は、返還先を常居所地国とは特定していない。すでに述べたように、これは意図的なものである。常居所地国への返還は個別的・具体的な事案においてかならずしも妥当な解決をもたらさないからである。たとえば、次のような場合には、子は常居所地国とは別の国に返還すべきであろう。すなわち、子の常居所地国の裁判所が監護権を母に与え、かつ、子を外国に連れ出す許可も与えていたとしよう。母は子を常居所地国に残したまま外国に移動した際、常居所地国において面接交渉を一時的に父に許していたが、父が面接交渉権の期間が過ぎても子を外国にいる母に返還しないという場合である。

なお、子を常居所地国に返還する際にも、奪取の前から奪取者が子を現実に世話していたような場合には、一時的に子を奪取者の世話の下に置きながら常居所地国に返還するということも認められよう。この点を考慮して、規定は返還の名宛人を明示していない。⁽¹³⁸⁾

二 一年間の期間（一項）

三条の意味での不法な連れ去りまたは拘束があった場合には、一二条三項、一三条および二〇条の規定に該当する事由がないかぎり、個別的・具体的な子の利益に配慮することなく、迅速な返還が命じられる。ただし、不法な連れ去りまたは拘束から一年が経過していないことが必要である。

(1) 起算時

一年という期間の起算時は、監護権を侵害する最初の行為のあった時点である。したがって、拘束の場合には、面接交渉権のために予定されている期間が満了した時点または当該期間の延長を監護者が拒否した時点である。

連れ去りの場合、監護権を侵害する行為のあった時から起算されるのか、それとも当該行為に続いて子が国境を越えた時点から起算されるのかについては争いのあるところである。まず、他方の親の同意なく子を国外に連れ出してはならないとする裁判所の決定があった場合には、国境を越えた時点から起算される。⁽¹³⁸⁾このように国境を越えた移動が同時に連れ去りを含意する状況は別として、連れ去りの時点基準とすると、奪取者が常居所地国において一年以上とどまり、その後国外に子を連れ出した場合、その時点で一年という期間はすでに経過していたことになる。しかし、この結果はかならずしも不都合ではない。そういった状況では、子を奪取された親はその常居所地国の法律に従った救済を受け得たからである。⁽¹⁴⁰⁾その意味で、監護権を侵害する行為そのものを起算時と解すべきであろう。

(2) 満了時

連れ去りであれ拘束であれ、一年が経過したか否かは、子の現在地国の裁判所または行政機関に申立がなされた時点を基準として、判定される。この期間内における申立を妨げた事情、たとえば、子の現在地を一時的に発見できなかったとか奪取者が子を隠匿していたという事情あるいは中央当局の手続に不当ともいえる時間を要したという事情⁽¹⁴¹⁾は、斟酌されない。子が平常の環境から切り離された期間のみが決定的であるからである。

三 一年後における申立(二項)

一年を経過した後には申立がなされた場合にも、原則として、子は返還されなければならない。⁽⁴⁾しかし、この場合、奪取者には次の事実の証明が許されている。すなわち、問題となっている子はすでに新たな環境に住み込まれているという事実である。これが証明された場合には、返還は認められない。この事実の証明には時間が必要とされることが予想されるため、一項と異なり、「即時返還」ではなく、「返還」という文言が用いられている。⁽⁴⁾

(1) 住みなれを判定する基準時

子が新たな環境に住み込まれているか否かを判断する時点は決定の時点であって、申立の時点ではない。そのため、手続が遅延し、申立から決定の時までに子が現在地の環境に統合されるにいたったときには返還は拒否されることになる。返還にたいする申立人の利益はのかぎりで度外視される。ひとたび子が奪取先の国の環境に統合されれば、現在の状況が子のために維持されることになる。もともと、一年を超えて申立が行われたという事情が(子を隠匿するなどして)決定的な形で奪取者の側に起因する場合にまで、このように現状維持という視座から問題を処理することがはたして適当か、疑問視する見解もある。⁽⁴⁾

(2) 証明

立証責任は返還に異議を唱える者にある。次の事実が証明された場合には、子が新たな環境に統合されていると認めなければなるまい。子が、(奪取前において監護者と生活していたのと同様に)安定しかつその必要性と利益に答えるだけの家庭環境⁽⁴⁾(年長の子にあってはさらに社会環境)の中にあり、かつ、(従前の監護の關係が事実上確固としたものではなかったことの徴憑として)子みずから返還を要求していないことである。

四 他の締約国における子の現在(三項)

申立を受けた締約国がそもそも奪取先の国ではなかったという事実が認定できる場合には、裁判所は申立をしりぞけなければならない。もちろん、この場合には九条の規定によることができる。他方で、いったんは当該国に子が現在していたけれども、その後第三国に移動したかまたはそのように信ずる理由があるときは、裁判所は、本条三項の規定に従って、申立をしりぞげるかまたは手続を停止することができる。停止という処理は、第三国への移動について疑いが払拭できず、そのため新たな申立の可能性がある場合に、適当とみられる。

第一三条（返還拒否理由） 前条の規定にかかわらず、子の返還に異議をとなえる個人、施設その他の団体が次のいずれかの事実を証明したときは、申立を受けた国の裁判所又は行政機関は子の返還を命ずる義務を負わない。

(a) 子の身上の世話をする個人、施設その他の団体が連れ去りもしくは拘束の時に現実に監護権を行使していなかったこと又は連れ去りもしくは拘束に同意していたかもしくは追認したこと。

(b) 返還により肉体的もしくは精神的な危害が子に及ぶ重大な危険又はその他子を耐えがたい状況に置く重大な危険が存すること。

② 裁判所又は行政機関は、子が返還に異議をとなえ、その意見を考慮することが相当な年齢又は成熟の段階にあると認めたとともに、子の返還を拒むことができる。

③ 裁判所又は行政機関は、本条の規定する事情を評価する場合、子の常居所地国の中央当局又はその他の管轄ある機関が提供する子の社会的背景に関する情報を考慮するものとする。

例外的とはいえ、一三条一項の規定は、返還に反対する相手方にたいして次の事実の証明を許容している。すなわち、子の連れ去りまたは拘束がそもそも不法ではなかったことや監護者側に宥恕の事実があること。さらに、(ほとんどの事案において主張されることではあるが)返還によって子が重大な不利益を蒙るおそれがあることである。⁽¹⁰⁾一三条二項の規定は、さらに、返還に反対する子の意見を裁判所その他の機関が考慮できるとしている。

返還命令が後日執行されないこともある。他方で、新たな状況が主張される場合には、同一事案について以前に返還申立が認容されなかったとしても、それだけの理由で申立が拒否されることはない。

(1) 相手方による証明(一項)

返還を阻止する事由の主張・証明責任は奪取者にある。子の福祉とって危険な事態の存否は裁判所の職権によって考慮されない。このことは次の四点から正当視されよう。第一に、条約は、迅速な返還こそが子の福祉に適合するとの前提にたっている。子の利益いかに関する詳細な証明はむしろ返還先の国においてこそ行われるべきものである。その意味で、返還に異議をとなえる者が負うべき証明責任は、要請国と要請を受けた国との任務分担から生ずる必然的な結果である。第二に、費用と労力のかかる調査は手続を遅滞させ、かくして、条約の目的に反することになる。第三に、時間の経過は奪取者にも有利に働く。時間とともに子は奪取先の国の社会に住みなれていくからである。第四に、奪取者は奪取によって自己に有利な法廷地を求めることができ、子を奪われた者は返還請求を外国裁判所において行わなければならないというハンディキャップを負っている。そのため、職権による調査によらなければならぬとすると、こうした両者の間に存在する公平を欠いた関係をそのまま維持することになりかねない。⁽¹¹⁾

(イ) 監護権の不行使(a号)

子の連れ去りまたは拘束の時点において監護者が監護権を現実に行使していなかったことが証明されると、三条一

項b号の要件が欠缺しているとして返還は拒否される。監護権の“行使”の証明も“不行使”の証明もないときは、一三条の規定は返還に反対する者に不利益に働く。監護者はその権利を現実に行使していたという推定から条約は出発していると考えられるからである。⁽¹⁹⁾

(ロ) 同意または追認(a号)

(a) 同意

国外に子を連れ出すことに監護者があらかじめ同意していれば、子の移動はそもそも三条の意味で“不法”ではないはずである。他方で、裁判所の許可を条件として子を国外に連れ出すことができるという状況においては、監護者による同意は移動の不法性を除去しない。したがって、監護者による同意を得たが裁判所の許可なく国外に連れ出した場合には、申立を受けた裁判所は三条ではなく本条の下で返還の“義務を負わない”ということになる。⁽¹⁹⁾ なお、三条の意味での不法性がそもそもない場合にも本条の規定を適用し、返還の当否につき申立を受けた裁判所に裁量の余地を認めるべきであるとする見解もないではない。⁽²⁰⁾

外国での滞在期間を限定した子の居所の変更に監護者の同意があった場合には、当該期間が満了した後は不法な拘束となる。

同意は書面によることを要しない。諸状況から同意を推測することができる。たとえば、監護者が子の移動に際して進んで協力したといった事情がある場合である。恒久的な移動にたいする同意を推測させる事情ではなく、迅速な常居所地国への返還を求めることと矛盾する事情があれば足りる。

(b) 追認

連れ去りまたは拘束を監護者が追認した場合も、返還拒否理由となる。次のような状況がある場合、条約の意味に

おける追認の有無の認定は微妙である。①追認が本条約の下でいかなる効果をもつかを監護者が認識することなく移動を宥恕した場合、②紛争を合意によって解決しようと試みている期間、暫定的に子を奪取者の下におくことを許容していた場合、③監護権を奪取者に与える旨監護者の側から申し出ていても、奪取者が金銭面の理由からこの申し出を拒否した場合、④奪取者が監護者のために特定の財産を譲渡することを条件として追認するといういわば監護者の戦術的な申し出があった場合、⑤子が欲することを条件として子が奪取者のもとにとどまることに同意するとの意思を監護者が表明している場合などである。

追認は諸状況から推測されるものでもよい。子を奪われた親が迅速に条約の返還手続をとらなかつたことも追認を推測させる事情として考慮することができる。もちろん、他の国に要請をすべき中央当局が迅速に措置をとらなかつたことや相談を受けた弁護士が誤った助言を与えたこと、奪取当時子が非締約国に滞在していたことなどに遅滞の原因があるときは、別である。

(ハ) 重大な危険 (b号)

b号の規定は取り扱いの難しい規定である。制限的な解釈が与えられるべきであつて、もし濫用されるならば、条約の実効性を破壊することになりかねない。たしかに、返還によって子が置かれるべき状況に裁判所は留意しなければならぬ。しかし、返還されると子が危険にさらされるといった主張に基づいて実体に関する調査を裁判所が行うと、監護権の実体に関する判断と異なるものとならう。スコットランドや英米法系の諸国の裁判所は厳格にこの規定を運用している。

(a) 肉体的・精神的危害

肉体的または精神的な危害が子に及ぶ重大な危険があるときは、例外的に、子の返還を拒否することができる。肉

体的危害のおそれは稀にしか援用されないのにたいして、精神的な危害は頻繁に援用される。⁽¹⁰⁰⁾しかし、そういった主張はめったに採用されていない。⁽¹⁰¹⁾重大な危険の有無は厳格に判定されている。⁽¹⁰²⁾

まず、現状の回復が子の利益に最も適合するとの前提に条約はたっている。それゆえ、返還によってふたたび元の社会環境への適応を余儀なくされるという結果それじたいは返還命令が含意する当然の結果であり、重大な危険とはいえない。

危険は現実のものでなければならぬ。憶測に基づいた将来に起こりうべき危険では不十分である。たとえば、過去において監護者が子に暴力を振るったことがあり、そのため将来における監護者による監護に不安が残るとしても、監護者の下で子が安定した生活を奪取の前を送っていたとすれば、重大な危険があるとはいえない。⁽¹⁰³⁾

さらに、返還と結びついた危険は子との関係において存在しなければならぬ。⁽¹⁰⁴⁾それゆえ、夫が妻を殺害しようとしたため、妻が子とともに国外に脱出したような場合には、夫の住む国に返還されてもただちに子に重大な危険があるとはいえない。もっとも、奪取者が子とともに常居所地国に戻ると奪取者が精神病にかかる可能性が高く、そのため奪取者に依存している子にも悪影響が及ぶ場合には、返還は拒否されることになろう。

他方で、子を返還すると、申立人の同居人や申立人自身によって子が(性的な)虐待を受けるおそれがあるといった場合には、子に肉体的・精神的な危害が及ぶ危険があるということができよう。しかし、返還の後における子の福祉に配慮すべきは、本来、返還先の国の機関であり、その地において監護者の変更といった措置を期待できるはずである。⁽¹⁰⁵⁾したがって、申立人や第三者の側にそういったマイナス要因があるとしても、返還先の国の機関とか申立人みずからが子を実効的に保護することができるときには、重大な危険があるとはいえないことになる。もっとも、返還先の国の機関による保護が期待できるとしても、それが施設への収容といったものであるときは、とくに年少の

子については重大な危険の存在を肯定できよう。⁽¹⁰⁸⁾ なお、申立人側の他のマイナス要因としては、申立人がアルコール依存症であるとか麻薬常習者であるとかの事情あるいは重度の精神的障害をおっているといった事情が考えられる。⁽¹⁰⁹⁾ 返還先の国が戦乱状態にあるとかその地において戦争が差し迫っているという状況も同様である。⁽¹¹⁰⁾

(b) 耐えがたい状況

肉体的・精神的危害が及ぶ場合以外に、子の福祉の観点からみて返還を拒否すべき状況がないとはいえない。そのため、一般事項が必要とされる。頻繁に援用される返還拒否理由である。

たしかに、奪取先の国にとどまることが子にとって圧倒的に望ましい状況がある。たとえば、奪取後ほぼ一年が経過しようとしている時点において、問題となっている子がその兄弟姉妹との家庭生活にすでに慣れ親しみ、実際には一二条二項にいわゆる“住みなれ”が認められる場合に、返還が兄弟姉妹との別離をもたらす場合が考えられよう。つぎに、奪取元の国に帰っても申立人が生計をたて得ないといった事情があり、監護者がいないのと実際には変わらぬという場合にも、“耐えがたい状況”を肯定できるかもしれない。⁽¹¹¹⁾ 第三に、奪取元の国の裁判所が暫定的である奪取者にたいして単独の監護権を与えた場合には、監護者が追認をした場合つまり a 号の場合と実際には異ならないから、返還命令を阻止することになる。⁽¹¹²⁾ 第四に、返還されるべき奪取元の国が子を奪取先の国に送り返すことが正当な根拠をもって予想できる場合も同様である。⁽¹¹³⁾ これにたいして、子を返還した後には奪取先の国において再び自国への返還を命ずる決定ができる可能性があるというだけでは不十分である。⁽¹¹⁴⁾ 返還が子の教育的観点や経済的な展望から望ましくないという事情は原則として十分な理由とはならないであろう。⁽¹¹⁵⁾

(c) 肉体的・精神的危害などを除去する申立人の“約束”(undertakings)

奪取者が奪取元の国に子とともに帰ることを拒否しているため、そのまま返還を強行する結果として生ずる子と奪

取者との別離が子にたいして心理的に望ましくない影響を与えるとの主張は認められないようにみえる。⁽¹⁵⁾しかし、従来から奪取者（通常は母）が子の世話をし、将来においても奪取者による世話が子の福祉にとって望ましい場合に、奪取者に奪取元の国への帰国を期待することが客観的に困難な状況があると、事情が異なるかもしれない。たとえば、①（裁判所の許可を得ずして子を国外に連れ出したとして、帰国すると裁判所侮辱を理由として）刑事的な訴追を奪取者が受けるおそれがあること、②奪取の発生した後、奪取元の国の裁判所がすでに監護権を他方の親に与えているため、帰国した直後から奪取者は子を世話できないこと、③奪取元の国では奪取者が生計をたて得ないことなどである。

英米法系の裁判所は、こういった返還の障害となる事由を除去する用意のある旨の申立人による約束（undertakings）を考慮して返還を命ずることがある。さらに進んでそれらの不都合を除去するよう約束することを求め、約束しないかぎり返還を拒否するという態度にでることもある。たとえば、次のような約束である。①常居所地国において刑事訴追が行われないように手配すること、②常居所地国裁判所が監護権の実体について新たな判断を与える時まで、監護権を申立人は行使しないこと、③その時点まで奪取者および子に財政的な援助を与えることなどである。⁽¹⁶⁾しかし、申立人にそういった約束を強制する義務を返還先の国の裁判所が負っているわけではない。

（2）返還にたいする子の異議（二項）

常居所地国法の下で子がみずからの居所を決定する権利を有している場合、三条の「不法性」を除去するか否かとはともかくとして、本条との関係ではその意思が基準となる。そういった権利を有しない子が返還を拒否しているときにも、一定の要件の下にその意思の尊重を二項の規定は定めている。イングランドにおいては、多数の事案で、子の異議を理由に返還が拒否されているようである。⁽¹⁷⁾たしかに、子の意見を考慮することは、「児童の権利に関する条約」

一二条の規定の精神に適合するであろう。

この規定の運用にあたっては次の四点などに配慮しなければならないであろう。すなわち、①子の意思が自発的であり、少なくとも奪取者に明らかに影響されているとはみえないこと、②返還拒否の意思が明確であること、換言すれば、どちらかといえば奪取先の国の方がよいといったものでないこと、③申立人の監護権に服することではなく返還先の国（常居所地国）に赴くことに反対していること、④子が責任ある判断を行うだけの年齢または成熟の段階に達していること、である。成熟の度合は個別的・具体的に判断されなければならない。その際、いかなる状況の下で返還拒否の意思が表明されたか、いかにして子が父と母にたいする忠誠の抵触を解決したかといった状況が考慮されなければならない。

成熟度を判定するために基準となる年齢の定めはない。条約の対象とする子の年齢は一六歳であるから、一六歳に近い年齢であればそれだけの重みが意思に与えられることになる。

二 裁判所の裁量

(1) 社会的背景の考慮 (三項)

裁判所は、返還について判断を行う際に、子が置かれている社会的状況につき、奪取元の国（常居所地国）の情報を考慮しなければならない。ただし、社会的背景に関する情報をうるためにかなりの時間が必要な場合には、そのことのために返還手続を遅らせるべきではあるまい。

(2) 返還義務がなくなる場合

返還拒理由のあるときは、裁判所は返還を“義務づけられず”（一項）、“拒否することができる”（二項）。すなわち、本条は、返還義務という原則にたいして返還拒否という例外を認めるか否かにつき、裁判所にたいして判断の

自由を与えている。しかし、監護者の同意があった多くの場合、さらに、監護権の現実の行使がなかった場合には、連れ去りまたは拘束はそもそも「不法」ではなく、返還は義務づけられない。他方で、肉体的・精神的な危害が及ぶ危険がある場合には、裁判所は返還を「拒否しなければならぬ」。したがって、裁判所に判断の自由があるのは、事後の追認と子の反対の意思表示のあるに限られることになろう。子の反対の意思との関連においては、裁判所の判断の自由は肯定されなければならない。返還に反対する子の意思とくにその理由を考慮しながら、子の福祉という観点から返還の当否を判定すべきであるからである。

第十四条（外国法と外国の決定の考慮） 第三条に定められている不法な連れ去り又は拘束の存否を確定するとき、裁判所又は行政機関は、子の常居所地国において適用されている法律及び、子の常居所地国において正式に承認されていると否とを問わず、裁判所又は行政機関の決定を、直接考慮することができる。その際、当該法律の証明又は外国の決定の承認に通常必要とされる特別の手續によることを要しない。

一 規定の趣旨

子をすみやかに返還すべく、条約は返還手續を迅速なものとしている。本条は、三条の意味における連れ去りまたは拘束の不法性を確定する局面においてこの趣旨を貫こうとしている。子の連れ去りまたは拘束の不法性は子の常居所地国の観点から判定される。当該国において適用される法律または当該国において効力を有する決定が申立を受けた国において援用された場合、外国法の証明や外国決定の承認のためには、本来、申立を受けた国の国内法の定める手續が必要とされる。本条はそういった手續から裁判所や行政機関を解放するための規定である。その意味において、

この規定は締約国の国内手続規定を直接変更するものであり、その趣旨に矛盾する国内関連規定に優先することになる。⁽¹⁸⁶⁾

二 外国法の証明

連れ去りまたは拘束の時点において監護権に適用されていた子の常居所地国法が「不法性」判定の基準となる。本条があるために、たとえば鑑定人による外国法の証明手続を要求する締約国の国内規定があっても、そういった手続に依る必要はない。それゆえ、外国の国際私法とか監護権に関する実質法を、八条三項f号が想定している証明書や文献あるいは自国中央当局の提供する情報によって明らかにすることができるのである。もちろん、申立を受けた裁判所または行政機関はこういった手段に訴えることなく、外国法を確定するための通常の方法によることもできる。その際には、まず、一五条の規定に従った調査が行われるであらう。⁽¹⁸⁷⁾

三 外国機関の決定の考慮

子の常居所地国の決定および当該国において承認された決定、承認されるべき決定を、申立を受けた裁判所は直接考慮することができる。それゆえ、これらの決定に基づいて連れ去りまたは拘束の不法性いかに判定することができる。問題となるのは、監護権に関する決定が父母の離婚判決を前提としている場合に、当該離婚判決の承認については本条の規定ではなく、かならず通常の承認手続によるべきか否かである。この点につき条約は明示的な規律を与えていない。しかし、否定的に解すべきである。⁽¹⁸⁸⁾ というのは、子の常居所地国の観点からみて連れ去りまたは拘束が三条の意味において不法か否かが問題なのであって、常居所地国の離婚判決の効力を申立を受けた国に及ぼすことの当否が問われているわけではないからである。

第五条 (不法性の証明) 締約国の裁判所又は行政機関は、子の返還を命ずる前に、連れ去り又は拘束が第三条の意味における不法なものである旨の子の常居所地国機関の決定又は証明書を当該国において取得できる場合に、これらを申立人にたいして提出するよう求めることができる。締約国の中央当局は、申立人による決定又は証明書の取得を可能なかぎり援助する。

返還を命ずるためには、三条の意味における連れ去りまたは拘束が常居所地国法の下で不法でなければならぬ。前段の規定によれば、不法である旨宣言する常居所地国の決定や不法性を証する証明書を、申立を受けた裁判所その他の機関は申立人にたいして求めることができる。明文の規定はないが、そういった決定や証明書を提出するよう求められる以前に、前もって常居所地国の機関にたいして証明書を申立人は求めることができよう。

ただし、決定または証明書の発行が常居所地国の法律の下で可能であることが条件となる。この条件が付されたのは、不法性を確定するための手続を奪取者不在のまま進めることができるすべての締約国において許容されているとはかぎらないからである。常居所地国の裁判所または行政機関による証明は、一般的な法の内容ではなく、問題となっている子に関するものでなくてはならない。現実には監護権が行使されたことの証明も求めることができる。

この規定は任意規定である。したがって、申立を受けた国の裁判所その他の機関は、直接、常居所地国法に準拠しながら問題となっている行為の不法性を判定することができる。そうした方が、時間的にも費用の点においても、子を奪われた者に負担が少なくといえる。一四条および八条(f)号の規定があるために、本条の規定はあまり大きな意味がないかもしれない。さらに、申立を受けた国の裁判所は、常居所地国の決定や証明書があったとしても、これらに拘束されるわけではない。

後段の規定によれば、申立人の居住する締約国や申立を受けた国の中央当局は、証明書の取得について申立人を援助することができる。

第一六条 (監護権の実体に関する判断の禁止) 子が連れ去られた先の締約国又は子が拘束されている締約国の裁判所又は行政機関は、第三条の意味における不法な連れ去り又は拘束の通知を受けた後は、監護権に関する本案について決定してはならない。但し、子の返還につき条約の定める要件が満たされていないことが確定されたか、又は、通知の後相当な期間が経過した後においても条約に基づいた申立がなされていない場合は、このかぎりでない。

奪取先の国の裁判所において監護権の実体に関する手続が係属している場合に、不法な連れ去りまたは拘束が通知されると、当該裁判所は少なくとも手続を停止しなければならない。さらに、そういった通知があった以上、監護権に関する新たな手続を開始してはならない。奪取先の国の国内法に従った手続によって、条約に基づく返還申立の根拠を覆す措置をとることは許されないからである。八条または二九条の規定に準拠した申立があれば、本条の意味での通知があったこととなる。特定の裁判所に返還の申立があれば、当該国のすべての裁判所にたいして本条の意味での通知の効果が生ずる。八条または二九条に従った申立を、証拠資料の不足のためいまだなしえないときは、不法な連れ去りや拘束という事実だけの通知も許されよう。^(註)

なお、本条の規定は、奪取先の国の裁判所その他の機関が監護権の実体に関して判断することを阻止するけれども、当該国における子の常居所の取得を妨げるものではない。^(註)

条約に準拠した申立が確定的にしりぞけられたか、または、通知の後相当な期間内に申立が行われなかった場合は、停止されていた監護権の実体に関する手続の再開または新たな手続の開始が認められる。⁽¹⁸⁾ 不法な連れ去りや拘束の通知から返還申立までの期間を条約は定めていない。⁽¹⁹⁾ 返還命令が執行できたのにもかかわらず、関係人とくに申立人の事情で相当な期間内に執行できなかった場合にも、監護権に関する手続の開始が許容されなければなるまい。⁽²⁰⁾

第一七条〔監護権に関する決定の存在〕 監護に関する決定が申立を受けた国においてなされたか又は当該国において承認されるべきであったとしても、このことだけでは、条約の下における子の返還を拒否する理由とはならない。但し、申立を受けた国の裁判所又は行政機関は、条約を適用する上で、当該決定の理由を考慮することができらる。

申立を受けた国の裁判所その他の機関がすでに（奪取者を監護者とするなど奪取者にとって有利な）監護権に関する決定を行っているとしても、そのことだけを理由に、子の返還を拒むことはできない。第三国において宣告され、申立を受けた国において承認されるべき決定についても同様である。とはいえ、申立を受けた国のすべての決定にたいしてまったく意味が与えられないわけではない。たとえば、返還のためには子の常居所地国法の下で子の移動が不法であることが要件となるが、奪取元の国において子がそもそも常居所を有していたのかという問題との関連において、そういった決定を考慮することができよう。⁽²¹⁾

第一八条〔条約によらない返還の可能性〕 本章の規定にかかわらず、裁判所又は行政機関はいかなる場合にも

子を返還する権限を有する。

本条約の第三章の規定は子を迅速に返還すべく、そのための要件を定めている。そういった要件が充足されない場合、条約に従った返還を命ずることはできない。しかし、締約国の国内法によると、そういった場合にも裁判所その他の機関は子の返還を命ずる権限を有しているかもしれない。締約国の国内法が条約以上に返還を促進する解決を与えることができる場合には、裁判所その他の機関は国内法に従って権限を行使できるとするのが、本条の規定である。⁽⁸⁾返還を促進するものであるかぎり、本条約による必要がないとする点において、三四条の規定と趣旨を共有している。三条の意味での不法な連れ去りや拘束に該当しない場合あるいは一三条の定める返還拒否理由がある場合でも、本条の規定に従って、裁判所その他の機関は返還を命ずることができる。もちろん、条約の規定に忠実に、返還拒否理由の存在する場合にのみ返還を命ずるという処理を締約国はとることができる。ドイツはそういった処理を与えて⁽⁹⁾いる。

第十九条〔返還命令の射程〕 条約に基づき子の返還についてなされた決定は監護権に関する決定と考えるはならない。

返還命令は奪取前に存在した監護の関係を復旧させる以上のものではない。換言すれば、監護権の実体に関するものではない。それゆえ、命令が執行された後、奪取先の国において監護権の帰属について手続を開始することは妨げられない。さらに、相当な期間内に命令が執行されなかった場合においても、一六条の規定に従い停止していた手続

または開始していなかった手続を再開または開始することができる。なお、返還命令の対象となる子は、命令を發した国に現在しかつその国から返還されるべき子である。子が、命令の後、他の締約国に移動した場合には新たな返還命令が移動先の国によって發せられなければならない。⁽²⁰⁾

第二〇条〔返還と人權〕 一二条の規定に従つた子の返還が、申立を受けた国の人權及び基本的自由の保護に関する基本原則によつて許容されない場合には、これを拒否することができる。

二〇条の規定は公序条項である。⁽²⁰⁾ ただし、人權と基本的自由に関する基本原則の違反のみを理由として発動することができ。その基本原則は申立を受けた国のそれである。本条については立法論的な批判が多く論者によって加えられている。一三条一項b号の規定が問題をカバーしており、二〇条の規定は不要と判断されるからである。⁽²⁰⁾ そのため、フィンランドと英国の国内立法には本条に相当する規定がない。⁽²⁰⁾ もっとも、人權と基本的自由の保護に言及されていることから、アイルランドでは、本条約の合憲性が問題とされた二つの事案において、この規定は有益であつたといわれている。⁽²⁰⁾ いずれにせよ、本条は例外的な状況の下においてのみ発動がみとめられよう。

第四章 面接交渉権

第二一条〔面接交渉権の具体化と実効的行使〕 面接交渉権の実効的行使の実現又は確保を求める申立は、子の返還を求める申立と同様の方法によつて、締約国の中央当局にたいして行うことができる。

② 中央当局は、第七条に定められている協力義務に基づいて、面接交渉権の平穩裡の行使と権利行使の条件の履行を確保しなければならない。中央当局は、面接交渉権の行使にたいするあらゆる障害をできるかぎり除去するために措置をとるものとする。

③ 中央当局は、直接又は媒介となる者を通じて、面接交渉権を実現又は保護し、権利行使の条件の尊重を保障するために、手続を開始するか又は手続の開始を援助することができる。

一 趣旨

二一条の規定が条約に盛り込まれたのは、外国において面接交渉を行おうとする（監護者でない）親を中央当局が助力し、かくして子の奪取を防止することが有益と考えられたためである。個別的な事案において中央当局が面接交渉を求める親を助力するか否かは、七条f号の規定の“状況に応じて”という文言が示すように、裁判所の裁量に委ねられている。

二 面接交渉権に関する申立（一項）

子との面接交渉権の具体化・行使に関する申立は、返還の申立と同様に、それゆえ八条以下の規定を類推して、行われる。面接交渉の開始手続および面接交渉権から発生する権利の行使とその確保に関する手続がカバーされる。申立を受けた国において行使されるべき面接交渉権だけでなく、他の国において行使されるべき面接交渉権も本条の射程に入る。申立のために必要な記載事項および任意的な添付書類に関する規律は八条二項の規定による。

(1) 面接交渉権の管轄権と準拠法

(イ) 以上の手続についての管轄権について条約は規定をおいていない。しかし、子の常居所地国が原則として管

轄権を有すると解してよいであろう。かくして、返還申立を受けた国の裁判所が子の常居所を自国に認め、返還を拒否するのが相当と判断した場合には、それと同時に、面接交渉権に関する判断も行うことができ、子の返還を命じても、常居所地国として面接交渉権に関する管轄権を行使することができよう。⁽²⁰⁶⁾

(ロ) 一条b号は「締約国の法律の下における面接交渉権」を他の締約国においても保障することが条約の目的であるとしている。したがって、国境を越えた状況における面接交渉権が想定されている。しかし、監護権については三条がその準拠法を定めているの⁽²⁰⁷⁾にたいして、条約は面接交渉権の準拠法についてはなにもいっていない。これは、準拠法いかなの問題について審議する時間が少なかったことによる。⁽²⁰⁷⁾この点の欠缺は、三条一項a号の規定の類推によつてはかならずしも補充できない。奪取に相当する不法な行為を面接交渉権について想定することはかならずしもできず、そのため、準拠法を特定する時点を知りえない場合があるからである。とはいえ、面接交渉権に関する手続の観点からみて意味のあるのは、三条一項a号の規定に依拠しつつ、子の常居所地国法のみ⁽²⁰⁸⁾に準拠することである。監護権の帰属と面接交渉権とは裏腹な関係にあるからである。常居所地国法にはその国際私法規定も含まれる。面接交渉権に関する他の締約国の決定の承認が問題となる場合には、他の法秩序が考慮されることになる⁽²⁰⁹⁾と思われる。

(2) 具体化と行使

(イ) (非嫡出子を含む) 子の親とか祖父母が面接交渉権の具体化を求めることができるのは、原則として、子の常居所地国法または常居所地国において承認された決定がこれを許容する場合である(八条一項の類推)。面接交渉権の行使を求める申立にたいしては一三条および二〇条の規定が類推されることになる。しかし、返還の申立が問題となる場合と同様に、これらの規定は例外的にのみ適用されなければならない。⁽²¹⁰⁾

(ロ) 面接交渉権の具体的内容を決定するについては、申立を受けた国における状況、なかでも子の福祉に配慮し

なければならぬ。面接交渉を求める申立人が奪取者であったという事実は面接交渉権を否定する要素にはかならずしもならない。面接交渉権が奪取者に付与されるとの可能性があれば、子の任意的返還を期待することができるから⁽²¹⁾である。逆に、子の返還申立をすることができる者であればかならず面接交渉権を取得できるわけではない。子の福祉の観点から面接交渉権をも否定することが適当な場合もあるからである。

三 中央当局の協力義務（二項）

条約は、面接交渉権を構成する外国決定の承認・執行に関する明示の規定を欠いている⁽²²⁾。面接交渉権の行使の平面における中央当局の協力義務は、承認されるべき外国機関による決定の中で具体化されている面接交渉権の行使を、⁽²³⁾監護者に協力を促すなどして、援助する点にある。面接交渉権の実効的な規律が奪取を抑止する意味をもっているからである⁽²⁴⁾。

四 面接交渉権に関する手続の開始（三項）

自国裁判所の決定や自国において承認されるべき決定がまだない場合、子の常居所地国の中央当局は、自国の児童福祉機関などの助力を得ながら、監護者の協力を期待できるか否かを判断しなければならない。十分な協力が期待できないと判断する場合には、要請をしている国の中央当局と協同して、面接交渉権に関する手続の開始の意味での具体化を図らなければならない⁽²⁵⁾。

第五章 一般規定

第二二条 「手続費用の保証」 保証金、預託金その他いかなる名称のものであれ、条約の定める裁判手続又は行

政手続における支払の保証は要求されない。

手続費用の申立人による負担を条約は否定していない(二六条⁽²⁶⁾)。しかし、それを理由に手続の開始・追行の費用支払いのための保証を要求してはならない。条約は、本条を設けることによって、(とくに不合理な)手続の遅滞の発生を避けようとしている⁽²⁷⁾。

この規定が対象としている保証は、返還に関する手続費用の支払に関する判決を尊重させるためのものである。そのため、「条約の定める裁判手続又は行政手続」ではない監護権の実体に関する手続に本条は適用されない。さらに、期日に子を監護者の下に返すことを確保するために面接交渉権者に保証を要求することは、手続とは無関係であるから、妨げられない⁽²⁸⁾。

第二三条 (認証) 条約においては認証又はその他これに類する要式は要求されない。

二四条一項が定めるように、締約国機関は原則としてその所属する国の言語で文書を送付することができる。こういった送付されるべき文書につき認証など文書の真正であることを保障するための要式性は本条約の性格に適合しないであろう。本条はそういった要式性を一般的に排斥する。例外的な状況において文書の真正であることに疑問が生じた場合には、中央当局が助力して、認証とは別の方法で疑問を払拭すべきである⁽²⁹⁾。

第二四条 (言語) 申立、通知その他の文書は、原語のものを、要請を受ける国の中央当局に送付する。要請を

受ける国の公用語又は公用語の一つへの翻訳又は、翻訳が困難であるときは、フランス語もしくは英語の翻訳を添付する。

② 但し、締約国は四二条の定める留保をすることにより、自国の中央当局に送付されるすべての申立、通知その他の文書におけるフランス語又は英語のいずれか一方の使用を拒否することができる。

すべての文書について、翻訳ではなく、原語で書かれた文書が送付される。原本がすでに送付先の国の公用語で作成されている場合には、原本だけを送付すればそれで十分ということになる。送付する側の国と名宛国とがともに同一の言語を公用語としている場合には、そういったことも起こりえよう。翻訳だけの送付は許されない。

一項後段の規定により添付が要求される翻訳文書は、名宛国の公用語または（公用語が複数あるときは）その公用語の一つを使用したものでなければならない。翻訳は公式の翻訳官とか名宛国の翻訳官による必要はない。⁽²⁰⁾ 名宛国の言語への翻訳が困難である場合にのみ、英語またはフランス語への翻訳が許される。⁽²¹⁾ そのようにしないと、要請を受けた国においてさらに翻訳が必要となり、遅滞と費用負担を招くことになるからである。

本条は、中央当局間において送付されるべき申立書その他の文書に適用され、裁判所や行政機関相互間の文書の送付には適用されない。これらの文書の送付に伴う翻訳については各国の国内法が規律することになる。⁽²²⁾

一項の要件が充足されない場合には、申立を拒否することができる。先進工業国からの要請であったにもかかわらず、翻訳が添付されていないときは、名宛国の中央当局はそういった処理を行うことができるであろう。翻訳費用の償還を求めることができないからである。⁽²³⁾

四二条の留保を行っている諸国は、フランス語については、ベリーズ、デンマーク、フィンランド、ギリシア、ニ

ユージーランド、ノルウェーそして米国であり、英語については、フランスとケベック州である。

第二五条 (法律扶助) 締約国の国民及び締約国に常居所を有する者は、すべての締約国において、その国の国民であつてかつその国に常居所を有する者と同一の条件の下で、条約の適用に関する事項につき法律扶助を受ける権利を有する。

手続費用と法律上の助言に関する扶助との関連において、締約国の国民および締約国に常居所を有する者は、他の締約国において、その国の国民であつてかつその国に常居所を有する者と同一の地位に置かれる。二六条一項および二項の規定によれば、条約に従つた手続については費用の支払いを原則として免除されるけれども、多くの国は三項の規定に従い留保を行っているために、本条の規定は重要である。⁽²⁾

第二六条 (費用) 各中央当局は、条約の適用につき自己の費用を負担する。

② 締約国の中央当局及びその他の公的機関は、条約に従いなされた申立についていかなる費用も請求してはならない。とくに、手続費用又は弁護士の間与から生ずる費用の支払いを、申立人に請求することはできない。但し、子の返還を実施するために生じた費用又はそのために生ずべき費用については、これを請求することができる。

③ 但し、締約国は、第四二条の定める留保を行うことにより、前項に定める弁護士の間与又は裁判手続に伴う費用の支払義務を、自国の法律扶助制度によつてまかなわれる限度においてのみ、負つことを宣言することができる。

きる。

④ 条約の下で子の返還を命じ又は面接交渉権に関する命令を発する際、裁判所又は行政機関は、状況に応じて、子を連れ去ったかもしくは拘束した者又は面接交渉権の行使を妨げた者にたいして申立人が負担したか又は申立人のために生じた必要経費の支払を命ずることができる。この経費の中には、とくに、旅行費用、子の所在を発見するために要した費用、裁判手続における申立人の代理のための費用及び子の返還に要した費用が含まれる。

一 費用の免除（二項および二項）

（一） 中央当局の負担する費用

中央当局はみずからが負担したいかなる費用の償還も他の中央当局にたいして請求することができない（一項）。他の締約国の発した文書の翻訳についても請求できない。

（二） 申立

中央当局または裁判所その他の機関にたいする申立については、手続費用の支払いから申立人は免除される（二項前段）。とくに、裁判所の手続費用や代理人の費用に免除は及ぶ（二項後段）。代理人に要した費用の中には、中央当局が申立人のために委託した弁護士費用も含まれる。子の返還に伴う費用は別である。その償還は但書の規定によって締約国は請求することができる。旅行費用とか子に付き添うために要した費用である。しかし、返還を強制するための措置に必要な費用は請求できない。⁽²⁸⁾

二 留保（三項）

費用免除に関する二項の規定にたいして締約国は留保を行うことができる。留保により、自国の法律が認める範囲

内においてのみそうした費用の免除を認めることができるのである。もっとも、二五条の規定があるために、免除の条件に関しては、自国に常居所を有する自国民との比較において他の締約国の国民や他の締約国に常居所を有する者を差別的に取り扱うことはできない。締約国の約半数がこの留保を行っている。以下の国である。ベリーズ、デンマーク、ドイツ、フィンランド、フランス、ギリシア、ホンジュラス、イスラエル、(マニトバを除く)カナダ、ルクセンブルグ、モリシアス、モナコ、ニュージーランド、オランダ、ノルウェー、パナマ、ポーランド、スウェーデン、セント・クリストフとネビス、ヴェネズエラ、ジンバブエ、英国および米国である。⁽²⁶⁾

三 相手方からの費用の償還(四項)

締約国は、敗訴した相手方にたいして、申立人または中央当局に発生した費用の償還を命ずることができ。

第二七条〔要件欠缺の場合の処理〕 この条約の要件が充足されていないか又は申立に理由のないことが明らかである場合、中央当局は申立を受理する義務を負わない。この場合、中央当局は、申立が他の中央当局からのものであるときはその中央当局又は申立人にたいして不受理の理由をただちに通知する。

中央当局は、条約の定める要件を充足していない申立の受理を拒否することができる。たとえば、問題となっている事案が条約の適用範囲に入っていない場合とか、明白につまり法的・事実的審査をするまでもなく理由のない申立の場合である。条約の運用上、各国の中央当局が申立の受理を拒否することはめったにないといわれている。申立が明らかに条約の適用範囲外にある場合、たとえば、子の年齢要件が充足されていない場合とか条約施行前に奪取が発生した場合などにかぎられているようである。⁽²⁷⁾ 申立の受理を拒否すると、中央当局は、(当該中央当局に直接申立を

行った)申立人または(稀ではあるが)申立を送付した中央当局にたいして、拒否の理由を付して、ただちに通知しなければならぬ。⁽²²⁸⁾

なお、中央当局が申立を受理しなかった場合に、二九条の規定に従い裁判所その他の機関に申立をすることを条約は禁じてはいない。⁽²²⁹⁾

第二八条〔中央当局の権限の許諾〕 中央当局は、中央当局が申立人のために行動すること又は申立人の代理人を指名することを許諾する書面を申立に添付することを求めることができる。

中央当局の権限を承認する書面によって、中央当局と申立人との間の関係が明瞭なものとなる。とくに、費用負担の関係で意味をもつであろう。⁽²³⁰⁾ オーストリア、スペイン、スウェーデンなどは、特定の要式によることを求めてはいないけれども、そういった書面を要求しているようである。⁽²³¹⁾

この書面は八条g号の「事案に関連するすべての文書」に該当する。

第二九条〔直接申立〕 第三条又は第二一条の意味における監護権又は面接交渉権の侵害があつたことを主張する個人、施設又はその他の団体は、条約の規定による申立か否かを問わず、締約国の裁判所又は行政機関にたいして直接に申立をすることを妨げられない。

条約がない場合に申立人に利用できる通常の救済方法に比べて、条約は優れた救済方法を提供している。つまり中

中央局を原動力とするものである。しかし、事案によっては、条約を前提としない救済方法が、条約の機構を利用するよりも、子の迅速な返還などの目的に適合することも考えられる。本条は、中央当局を関与させない他の救済方法を条約が排斥しないことを確認している。申立人は締約国の裁判所その他の機関に直接申立をすることができる。たとえば、中央当局の媒介を待つことができないような特別に緊急の必要性があるような場合である。なお、裁判所などの機関に申立をした場合にも、中央当局の活動を前提としない条約の規定の適用は妨げられない。

本条があるために、申立を受けた国の国内法が裁判所への直接申立を許容しているか否かは問題とならない。さらに、二七条の規定に従って中央当局が申立の受理を拒否した場合に、裁判所その他の機関にたいして条約に準拠した申立をすることは妨げられない。⁽²²⁾ その際、裁判所その他の機関は（申立の受理を拒否した）中央当局の判断には拘束されない。

第三〇条 「文書の許容性」 条約に従いある締約国の中央当局又は裁判所もしくは行政機関に提出された申立は、申立に添付されたか又は中央当局によって提供された文書及び情報とともに、他の締約国の裁判所又は行政機関において受理することができる。

条約は、その目的を実現するために、本条以外の規定においても手続上の厳格さを緩和している。一四条や二三条の規定である。本条は、申立その他の文書はすべての締約国において直接受理することができるが、文書の受理に関して条約の定める以上のものを不要なものとしている。本条に表明されていることは多くの国においては自明のことであり、なぜこの規定が必要なのかは立法資料からは明らかではない。⁽²³⁾ 申立人が物理的に裁判所の面前にいらなくても宣誓

供述書だけを基礎として決定を行うことをコモン・ロー諸国において容易にするためであるといわれている。なお、受理された文書が証拠としていかなる価値をもつかという問題は条約の規律する範囲外の問題であり、各締約国の国内法によって決定される^(註)。

第三一条 「場所的な不統一法国」 異なる地域において適用される複数の法秩序を子の監護につき有する国との関連において、常居所又は常居所地国法とは各々次の意味を有するものとする。

- (a) その国における常居所とはその国のある地域における常居所。
- (b) 常居所地国法とは子が常居所を有するある地域の法律。

米国や英国、カナダのような国は一国の中に複数の法域を有している。他の締約国との関係において、条約は個々の法域を一国として捉え、その地において通用している法秩序を一国の法秩序として取り扱っている。したがって、三条a号および四条、一三条三項、一四条、一五条の意味における常居所地国または常居所地国法とは、子の常居所のある地域または子の常居所のある地域において通用している法秩序を意味する。

第三二条 「人的な不統一法国」 異なった人的範疇につき適用される複数の法秩序を子の監護につき有する国との関連において、その国の法律とはその国の法律によって指定される法秩序をいうものとする。

この規定は、現在のところ、イスラエルにのみ関連する。人的な不統一法国については、条約は直接指定によるこ

となく、部分法秩序の特定を問題となっている国の法律に委ねている。

第三三条 「場所的な不統一法国内における奪取」 異なる地域が子の監護につき固有の法律を有する国は、統一された法秩序を有する国が条約を適用する義務を負わない場合には、条約を適用する義務を負わない。

この規定は、一国の内部で生ずるすべての法律関係を国内的なものとして性質決定することにより、場所的な不統一法国の法域間の関係には条約の適用がないことを明らかにしている。ニューヨークからカリフォルニアへの連れ去りとかスコットランドからイングランドへの連れ去りは複数の締約国にまたがる行為ではない。子の国籍が別の締約国のものであっても同様である。⁽²⁸⁾

第三四条 「他の条約との関係」 本条約の適用範囲に入る事項については、一九六一年一〇月五日の「未成年者の保護に関する機関の管轄並びに準拠法に関する条約」にたいして本条約が両条約の当事国間において優先する。その他の場合には、不法に連れ去られたかもしくは拘束されている子の返還又は面接交渉権の具体化のために、奪取元の国と申立を受ける国との間に効力を有する外交文書又は申立を受ける国の法律が適用されることを妨げない。

一 一九六一年条約にたいする優先的適用

(1) 関連する国がともに本条約と一九六一年の「未成年者の保護に関する機関の管轄並びに準拠法に関する条

約」の双方の締約国であり、しかも、これら二つの条約の規律が排他的に競合する場合には本条約が優先する。本条約に規定がない問題についてのみ一九六一年条約が適用される。そのため、連れ去りまたは拘束後において返還の申立があるときは、本条約のみが適用されることになる。⁽²⁸⁾そのため、本条約の一六条の規定が適用されるかぎり、一九六一年条約に準拠して監護権に関する措置をとることはできない。さらに、面接交渉権に関する決定についての管轄権と準拠法についても本条約が適用される。⁽²⁹⁾逆に、本条約の適用がない事項については一九六一年条約が適用される。たとえば、面接交渉権に関する決定の承認である。

(2) 二つの条約の規律が競合していてもかならずしも排他的な関係にない問題もある。たとえば、一九六一年条約の下で認められる法律上当然に発生する監護権は本条約三条一項 a 号の枠組の中で肯定される。連れ去りの不法性を判定するために、一九六一年条約の下で管轄権を有する裁判所の判決が本条約三条の枠組の中で考慮されなければならぬ。

二 その他の場合

本条後段の規定によれば、子の返還や面接交渉権の具体化にとって有利な解決を可能にする法規があれば、その法規によることを本条約は妨げない。そういった法規の法源は他の条約上のものと申立を受けた国の国内法である。⁽³⁰⁾

第三五条 (時間的適用範囲) 条約は、締約国間において、当該締約国において条約が発効した後に発生した不法な連れ去り又は拘束にのみ適用される。

② 第三九条又は第四〇条に従い宣言がなされた場合には、前項にいう締約国とは条約が適用される地域を指すものとする。

関連するすべての国において条約が発効した後には発生した不法な連れ去りや拘束にのみ条約は適用される。『拘束』が期間の観念を含むか否かはともかくとして、⁽²³⁹⁾ 拘束開始の時点において奪取先の国ではいまだ条約が発効していなかった場合には、拘束の『状態』が継続している間に条約が発効しても、条約の適用はない。⁽²⁴⁰⁾ もっとも、条約は、奪取先の国つまり申立を受けた裁判所が条約の規定に従って子を返還することを妨げるものではない。⁽²⁴¹⁾

場所的に不統一法国である国については、(カナダのように) 条約が発効する時点がすべての法域において同じではない可能性がある。そこで、子がある締約国から不統一法国のある法域に連れ去られたが、当該法域では三九条以下の規定に従った宣言によりいまだ条約が発効していないとすると、申立の際には条約が当該法域において発効していたとしても、条約に基づく返還を請求することはできない。これが二項の規定の趣旨である。

子が締約国から非締約国に連れ去られた場合には、条約によって返還を強制することはできない。しかし、返還を条約は阻止しない(一八条)。

二二条の規定の下での面接交渉権に関する申立との関連においては、面接交渉権を主張する時点において条約が発効しているか否かが条約の適用いかんを決定するとみられる。

第三六条 (国際的合意) 条約のいかなる規定も、子の返還にたいする制約を限定するために、子の返還にたいする制約となりうる本条約の規定と異なった合意を複数の締約国が行うことを妨げない。

本条約の中には子の返還にたいして消極的に働く規定がないではない。たとえば、一二条二項、一三条、一七条そ

して二〇条の各規定である。本条約の締約国間で、子の返還を助長するという意味でこういった規定と異なる合意をすることは妨げられないとするのが本条の趣旨である。さらに、三五条の規定と異なり、条約の遡及的適用を認める国際的合意も同様とみられる。⁽²⁴⁾ここにいう国際的合意は条約の形をとらなくてもよいとされている。⁽²⁵⁾

第六章 最終条項

第三七条〔批准と署名〕 条約は第一四会期におけるハーグ国際私法会議の加盟国による署名のために開放される。

② 条約は批准、受諾又は承認され、批准書、受諾書又は承認書はオランダ外務省に寄託される。

これまでの締約国の他に、一九八〇年一〇月に以下の国がハーグ国際私法会議の規約に同意しているので、三八条の規定に従った加入手続なしに条約を批准することができる。エジプト、ベルギー（一九八二年一月二日）、イタリア（一九八七年三月二日）、日本、スリナム、チェコスロバキア（一九九二年二月二八日）、トルコおよびヴェネズエラである。⁽²⁶⁾

第三八条〔加入〕 他のすべての国は条約に加入することができる。

② 加入書はオランダ外務省に寄託される。

③ 条約は、加入国については、加入書の寄託後三箇月目の月の第一日に効力を生ずる。

④ 加入は、加入国とその加入の受諾を宣言した締約国との間においてのみ効力を有する。その宣言は、加入の後に条約を批准、受諾又は承認する加盟国によっても行われなければならない。その宣言は、オランダ外務省に寄託される。同省はその認証謄本を外交経路を通じて各締約国に送付する。

⑤ 条約は、加入国とその加入の受諾を宣言した国との間において、受諾宣言の寄託後三箇月目の月の第一日に効力を生ずる。

締約国が他の国の加入にたいして同意していないという事態が散見される。これは、同意のために要する国内手続のためであるとみられる。

第三九条（領域への条約の適用） すべての国は、署名、批准、受諾、承認又は加入の際、自国が国際関係に責任を負うすべての領域又はその一つ以上の領域に条約が拡張する旨を宣言することができる。この宣言は、条約がその国について発効する時に、効力を有する。

② 宣言及びその後の拡張はオランダ外務省に通告される。

デンマークは、本条約がフェレエルネ諸島およびグリーンランドには適用がない旨宣言している。フランスはその全領域にたいして適用のあることを、オランダはヨーロッパにある領域にのみ適用されることを宣言している。英国は、一九九一年九月一日を施行日としてマン島に条約の適用を拡張している。

第四〇条 「不統一法国の法域への適用」 この条約が規律する事項につき異なった法秩序が行われている複数の地域を有する締約国は、署名、批准、受諾、承認又は加入の時に、この条約がすべての地域又はその一つ以上の地域のみ適用される旨を宣言することができる。締約国はこの宣言を後の別の宣言によりいつでも変更することができる。

② この宣言は、条約の適用される地域を明示して、オランダ外務省に通告されるものとする。

オーストラリアは、条約が同国の諸州およびオーストラリア大陸に属する地域にのみ適用されることを宣言している。カナダは、批准の時点では、条約がオンタリオ州、ニュー・ブランズウィック州、ブリティッシュ・コロンビア州およびマニトバ州にのみ適用されることを宣言し、次の各州には括弧内の施行日にその適用を拡張した。ノバ・スコシア（一九八四年五月一日）、ニュー・ファウンドランド（一九八四年一月一日）、ケベック（一九八五年一月一日）、ユーコン準州（一九八六年二月一日）、プリンス・エドワード島（一九八六年五月一日）、サスカッチワン（一九八六年一月一日）、アルバータ（一九八七年二月一日）、ノースウェストテリトリーズ（一九八八年四月一日）。

第四一条 「連邦制国家の機関の権限」 行政権、司法権及び立法権をその国の内部において中央の機関と他の機関に配分する政体を締約国が有している場合、条約の署名、批准、受諾もしくは加入又は第四〇条の規定に従った宣言は、その国の内部的な権限配分にはいかなる影響も及ぼさない。

多くの国にとって自明の規定である。この種の規定を条約に盛り込むことの意義は理解に苦しむけれども、オース

トラリア代表の希望が容れられた。⁽²⁴⁾

第四条 〔留保〕 すべての締約国は、遅くとも批准、受諾、承認もしくは加入の時又は第三九条もしくは第四条の規定に従った宣言の時に、第二四条及び第二六条三項に規定される留保のいずれかまたは双方を行うことができる。他の留保は認められない。

- ② すべての締約国はいつでも留保を撤回することができる。この撤回はオランダ外務省に通告される。
- ③ 前項に定める通知後三箇月目の月の第一日に、留保は失効する。

二四条の留保をしている国については二四条の注釈を参照。なお、パナマの留保は、撤回があったため、一九九四年八月一日に失効している。

手続費用に関する二六条三項の規定する留保を行っているのは次の諸国である。ベリーズ、デンマーク、ドイツ、フィンランド、フランス、ギリシア、ホンジュラス、イスラエル、(マニトバ州を除く)カナダ、ルクセンブルグ、モリシアス、モナコ、ニュージーランド、オランダ、ノルウェー、パナマ、ポーランド、スウェーデン、セイントクリストフ、英国および米国である。

第四条 〔発効日〕 条約は、第三七条及び第三八条に規定する批准書、受諾書、承諾書又は加入書の三番目のものが寄託された後三箇月目の月の第一日に、効力を生ずる。

- ② その後、条約は次の各号が定める時に効力を生ずる。

1 批准、受諾、承認又は加入する国については、その批准書、受諾書、承認書又は加入書の寄託の後三箇月目の月の第一日

2 第三十九条又は第四〇条の規定に従って条約が拡張される領域又は地域については、各規定の定める通知の後三箇月目の月の第一日

フランス（一九八二年九月一六日）、カナダ（一九八三年六月二日）およびポルトガル（一九八三年九月二九日）の批准によって、条約は一九八三年二月一日に発効した。

第四四条 「条約の廃棄」 条約は、第四三条第一項に従い発効する日から五年間効力を有する。この日より後に条約を批准、受諾、承認又は加入した国についても同様とする。

② 条約は、廃棄されないかぎり、五年ごとに黙示的に更新される。

③ 廃棄は、五年の期間が満了する少なくとも六箇月前に、オランダ外務省に通告するものとする。廃棄は、条約が適用される特定の領域又は地域に限定して、行うことができる。

④ 廃棄は、これを通告した国についてのみ効力を生ずる。その他の締約国については、引き続き効力を有する。

第四五条 「通告」 オランダ外務省は会議の加盟国及び第三八条の規定に従って加入した国にたいして次の各号に掲げる事項を通告するものとする。

1 第三七条の規定に従った署名、批准、受諾及び承認。

- 2 第三八条の規定に従った加入。
- 3 第四三条の規定に従って条約が効力を生ずる日。
- 4 第三九条の規定に従った拡張。
- 5 第三八条及び第四〇条の規定に従った宣言。
- 6 第二四条及び第二六条第三項の規定に従った留保ならびに第四二条の規定に従った留保の撤回。
- 7 第四四条の規定に従った廃棄。

以上の証拠として、下名は正当に委任を受けてこの条約に署名した。

一九八〇年一〇月二五日にハーグにおいて、ひとしく正文であるフランス語及び英語により本書一通を作成した。本書はオランダ政府に寄託するものとし、その認証謄本は外交経路を通じて第一四会期におけるハーグ国際私法会議の各加盟国に送付する。

- (1) この点につき、参照：Kropholler, *Stellungnahme des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Privatrecht (Stellungnahme)*, Rabelsz 1996, 501；Dyer, *Memorandum prepared by the Permanent Bureau of the Hague Conference on Private International Law, Submitted to the German Constitutional Court (Memorandum)*, I. L. M., vol. 35, No. 3, May 1996, 538。なお、本条約を解説する邦訳文献としては、織田有基子「子の奪取に関するハーグ条約」の適用と日本による批准の可能性」国際九五巻二号三五頁以下と早川眞一郎「国境を越える子の奪い合い(一)」名法一六四号四九頁以下がある。
- (2) Silberman, *Hague International Child Abduction Convention: A Progress Report (Progress Report)*, *Law and Contemporary Law Problems*, vol. 57, 1994, 265.

- (c) *Pérez Vera*, Rapport explicatif/Explanatory Report (*Pérez Vera Report*), Actes et documents de la Quatorzième session, vol. III, 1980 (*Actes et documents*), no. 16-25
- (4) Schuz, The Hague Child Abduction Convention : Family Law and Private International Law, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 44, 1995, 777-778.
- (5) この点に疑問を提示する Schuz, *ibid.*, 771 et seq.
- (6) H v. H (Child Abduction : Stay of Domestic Proceedings) [1994] 1 F. L. R. 530.
- (7) Re A (Minors) (Abduction : Acquiescence) (No. 2) [1993] 1 F. L. R. 396 ; W v. W (Child Abduction ; Acquiescence) [1993] 2 F. L. R. 217.
- (8) この点に Schuz, *Pérez Vera Report* no. 110 及び Rapport de la deuxième réunion de la Commission spéciale sur le fonctionnement de la Convention de La Haye sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants (18-21 janvier 1993)/Report of the Second Special Commission Meeting to Review the Operation of the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction (18-21 January 1993) (*Review Commission 1993*), 22.
- (9) Re J (A Minor) (Abduction : Custody Rights) [1990] 2 AC 562 sub nom C v S (A Minor) (Abduction) [1990] 2 F. L. R. 442.
- (10) Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, EGBGB/IFR, *Kindschaftsrechtliche Übereinkommen* : Art 19 EGBGB (Pirrung), 1994 (*Staudinger-Pirrung*), Rdnr. 647.
- (11) 子の奪取条約に限定する *Clive*, The Concept of Habitual Residence, *The Juridical Review*, 1997, 141.
- (12) Zemel v. Haddow, 1993 S. L. T. 975.
- (13) 一九九六年五月九日のスウェーデンの行政最高裁判所判決。
- (14) イングランドの事件 *Re A. (Minors)* (Abduction : Habitual Residence) [1996] 1 All E. R. 24 には「問題となった時点において子はアイスランドに二年間居住していた。父は同国に駐留する米国人であり、その駐留期間は三年間に限定され

つた。

- (15) *Clive, op. cit.*, 141-142; *Staudinger-Pirrung Rdnr. 647*. *Re M.* (Abduction: Habitual Residence) [1996] 1 F. L. R. 887, 892-893.
- (16) 監護者の客観的認識を考慮し、婚姻の相関関係を考慮するのにより *Staudinger-Pirrung Rdnr. 646* (「わが国一九九〇年七月十六日の House of Lords の判決 C v. S [1990] 2 All E. R. 961, 965 に参照せよ」)。
- (17) *Re S.* (Minors) (Abduction: Wrongful Detention) [1994] 1 All E. R. 237.
- (18) *Re A.* (Minors) (Abduction: Habitual Residence) [1996] 1 All E. R. 24.
- (19) *Findlay v. Findlay* (No. 2), 1995 S. L. T. 492.
- (20) *Re S.* (A Minor) (Abduction) [1991] 2 F. L. R. 224.
- (21) *In Re M.* (Abduction: Habitual Residence) [1990] 2 A. C. 578; [1990] 1 All E. R. 965. *Re M.* *Dickson v. Dickson*, 1990 S. C. L. R. 699, 703.
- (22) *Clive, op. cit.*, 142.
- (23) ストーマンズの判決により *Cameron v. Cameron*, 1996 S. L. T. 313.
- (24) *In Re J.* (A Minor) (Abduction) [1990] 2 A. C. 579 (Lord Brandon of Oakbrook). これは事実上の関係では傍論であるが、その立証は後の判決で繰り返し言及されている。
- (25) *Re F.* (A Minor) (Child Abduction) [1992] 1 F. L. R. 548.
- (26) *Staudinger-Pirrung Rdnr. 647* は「親の新たな国への移動目的のために、移動後ただちに常居所が認められるとする。一九九二年七月二十九日の控訴院判決 *Re R.* [1992] 2 F. L. R. 481 および一九九二年六月四日の High Court の判決は「カナダにおける純粹に事実的な常居所が十分に考慮されていないとする。また、一九九〇年五月十八日の控訴院判決 *Re S.* [1991] 2 F. L. R. 1」に矛盾すると思われる High Court の判決 *Re S.* [1994] 1 All E. R. 237, 248 参照 *Re BM* [1993] 2 F. C. R. 388 (Halsbury's Laws 94/25 に準じて用) と同様にと満足し得るであろう。

- (27) *Re A. (Minors)* (Abduction : Habitual Residence) [1996] 1 All E. R. 24.
- (28) *Clive, op. cit.*, 144.
- (29) *Re M. (Abduction : Habitual Residence)* [1996] 1 F. L. R. 887.
- (30) 子どもの国籍が証明された事案については *Dickson v. Dickson*, 1990 S. C. L. R. 692 ; *Re F. (A Minor)* (Child Abduction) 1 F. L. R. 548. 裁判所の差遣に關する合議の証明は、この中略を以て *Staudinger-Pirrung* Rdnr. 647 ; *Civ. 14 juil.* 1993, D. 1993 Jur 470, Somm. 352)°
- (31) *Dickson v. Dickson*, 1990 S. C. L. R. 703 ; *Findlay v. Findlay* (No. 2), 1995 S. L. T. 492.
- (32) *Clive, op. cit.*, 145.
- (33) *Clive, ibid.*, 145-146. 一九九五年二月二〇日のスウェーデン行政最高裁判所の判決 (*Les nouvelles conventions de La Haye*, vol. V 1996, 344.)
- (34) *Clive, op. cit.*, 146.
- (35) *Re S and Another (Minors)* (Abduction : Wrongful Detention) [1994] 1 All E. R. 237, 248.
- (36) *Review Commission 1993*, 22.
- (37) *Review Commission 1993*, 22.
- (38) *Anton*, The Hague Convention on International Child Abduction (*Anton*), International and Comparative Law Quarterly, vol. 30, 544.
- (39) *Pérez-Vera Report* no. 17 ; cf. *Staudinger-Pirrung* Rdnr. 636.
- (40) *Anton* 554-5.
- (41) *Pérez-Vera Report* no. 62.
- (42) *Pérez-Vera Report* no. 62.
- (43) *Staudinger-Pirrung* Rdnr. 637.

- (44) *Perez-Vera Report* no. 63: *Staudinger-Pirrung Rdnr. 638.*
- (45) *Staudinger-Pirrung Rdnr. 638.* トンメントおちる手続の調整については Ancel, Rev. crit., 1993, 660.
- (46) *Staudinger-Pirrung Rdnr. 645.*
- (47) スロットマンの事案では Seroka v. Bellah, 1995 SLT 204 は、面接交渉権の侵害を肯定したが、三条の意味における監護権の侵害ではなかつた(チキナスにおいて離婚。その際、母は managing conservator、父は possessory conservator として指定される。前者は監護権者、後者は面接交渉権者に該当する。父には居所指定権はなく、条約の意味における監護権はないとされた。それゆえ、母がスロットマンに親族訪問のために赴き、その地にとどまったとしても、不法な拘束にはあたらないとされた)。
- (48) *Perez-Vera Report* no. 65. Dyer, *Relocation of Custodial Parents and their Children within the European Union and Problems of Access: The Scope and Timing of Judicial Involvement (Relocation)*, Liber Amicorum Georges A. L. Droz, 1996, 70 は、その場合でも、電話などによる接触は条約の保護する対象になるとする。
- (49) たとえば、*イギリスの Children Act 1989*。
- (50) *Dyer Relocation, 72.*
- (51) Trib. gr. inst. Périgueux, 17 mars 1992, Rev. cit., 1993, 650 は、他方の親の同意を得ることなく子を国外に連れ出すことを禁じながら監護権を付与する裁判所の決定は監護権のものではなくその行使の方法に関するとして、監護権の侵害を否定した。この判断は、一九九三年の特別委員会の支持を得られなかった。同一事案における上級審の判断 Civ. 16 July, 1993, Rev. crit., 1993, 656 は、逆に、監護権の侵害を肯定した。この上級審の判断と同様な判断は、オーストリア、オーストリアおよび米国のも行われている(参照、*Review Commission 1993 28*)。
- (52) Cour d'Appel d'Aix-en-Provence, Rev. crit., 1990, 529 の判決が例証している。事案は次のようなものであった。監護権の帰属を決定する手続の間にイギリス裁判所は父にたいして一時的な監護権を与えていた。しかし、父は、母の同意なく、子をイギリスおよびウェールズの外に子を移動しないよう命じられていた。父はフランスに子を連れていった。その際、

母もイングランドの裁判所もこの移動には同意を与えていなかった。父はなかでも次の理由から返還を拒否した。すなわち、移動にたいする同意権がハーグ条約の意味における「監護権」であるとしても、現実には母は監護権を行使していなかったというものである。フランスの裁判所は次のように判示した。すなわち、子の移動にたいする母の同意権は、父の有する *custody* の権利とともに、条約の意味における監護権の一形式である。というのは、条約のいう監護権は子の居所指定権にたいして特別に言及しているからである。さらに、父が子を連れ去った時母はただちに異議を唱え、ハーグ条約に従って時宜を失することなく子の返還の申立をしたのであるから、母はその監護権を行使した、と。このフランス控訴院の判決は条約の趣旨に沿うものとして、一九九三年の特別委員会のおおかたの賛同をえた (*Review Commission 1993 28*)。

(53) *Anton 546*; *Thomson v. Thomson* [1994] 3 S. C. R. 551において、カナダ最高裁は初めて本条約に関する問題を処理した。問題となったのは、子の移動を禁ずるスコットランドの裁判所の暫定的命令に違反して監護権者がスコットランドから子を移動させたことは、スコットランド裁判所が保有する監護権を侵害するものであり、そのことのゆえに当該移動が不法となるか否かという点であった。カナダ最高裁は、親の一方の監護権または他方の親の面接交渉権を移動が侵害したという解釈を採用しなかった。そして、終局的に命ぜられた移動の禁止は監護権というよりは面接交渉権の保護を目的としているのであるから、そういった禁止は別の判断を結果したはずだとした。最後に、裁判所は、条約は面接交渉権と監護権にたいして異なる処理を与えている点を指摘した。

(54) *Dyer Global Cooperation*, 281; *Staudinger-Pirrung* Rdnr. 642.

(55) *Pérez-Vera Report* no. 66. 異議のないことについては、たゞ Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, EGBGB, 3. Aufl., 1998, Art 19 Anhang II (MünchKomm/Stichr.), Rdnr. 18. の中で、母は明瞭に子の custody Jurisdiction Act—rechtsvergleichende Betrachtungen zu internationalen Kindesentführungen (Hübssteg), 1982, 208 et seq.; *Dyer, International Child Abduction by Parents (Hague Recueil)*, Rec. des Cours, 1980 III, 257; *Anton 545*.

(56) *Pérez-Vera Report* no. 68.

- (57) *Beaumont and McElevay, The Hague Convention on International Child Abduction (Beaumont/McElevay)*, 1999, 47-48.
- (58) スロットランドの事案⁶⁵ *Bordera v Border* 1995 SLT 1176 では、事実上の別居をしている父母がスペイン民法の下でした監護権の行使に関する合意に基づいて、三条の要件の充足を認めている。
- (59) かんた⁶⁶、一七条および三四条の規定の枠組の中からも考慮される可能性がある。これらの点につき、*Stehr, Kindesentführung und Minderjährigenschutz, StAZ*, 1990, 332.
- (60) *Savolainen, The Hague Convention on Child Abduction of 1980 and Its Implementation in Finland (Savolainen)*, *Nordic Journal of International Law*, 1997, 103.
- (61) ニュー・ジャージー州の事案 (*Loos v. Gross*, No. FD-20-00031-94 (N. J. Super. Ct., Union Cty., May 6, 1994)) では、事実上ドイツにおいて子の日常の世話をしていたドイツ人がドイツ法の下では監護権を有しているとして、当該非嫡出子の母が米国に連れ出しても、条約の適用はなるとされた。この事案については、*Silberman Progress Report*, 220-221.
- (62) 裁判所を、施設その他の団体、とする判決例として、*イングラントの Re J (A Minor)* [1989] 3 All ER 590 がある。この事案は次のようなものであった。すなわち、子は出世後まもなく ward of court となった。父母は離婚し、その際、母は暫定的な care and control の権利が付与され、父には面接交渉権が与えられた。子が ward であるかぎりにおいて、許可なく移動することは禁じられていた。しかし、母は子を米国に連れ出す。父は、この移動は裁判所の監護権を侵害すると主張。裁判所は、施設その他の団体⁶⁷に該当しないと母の主張にたいて、*High Court of Justice* は、これを肯定した。このように、裁判所を、施設その他の団体⁶⁸として捉える見解は、*ドイツ*の学説上も支持を受けている。参照 *Standing-Pfarrung Rdnr. 641*。かんた⁶⁹、*フランス*において、*Tribunal de grande Instance de Périgueux* の判決につき *Muir Watt, Rev. crit.*, 1993, 662 は次のようにいう。すなわち、*イングラント法*による、*家族関係が崩壊している場合には、副次性の原則により、監護権は国家に帰属し、国家の名において裁判所が機能する。それゆえ、母は監護者とされており、裁判所の監督に服する*のであって、*監護権の真の保有者はむしろ裁判所つまり High Court of Justice たる条約三条の意味における、施設、に帰属*

する。そのたすむるは、子に非の ward of court を連れ出した親は裁判所侮辱を犯しただけではない、条約の意味における奪取を犯したことになる。

- (69) Book Review, *Family Law Quarterly*, vol. 25, 1981, 253, 257.
- (70) Dyer, *The Hague Convention in the Crucible-Balancing a Child's Rights to a Mother and to a Father*, *The Hague Convention: Into The Future* (Conference Saturday 30 March 1996), Reunite, 4.
- (71) *Dyer Global Cooperation*, 280-281.
- (72) *Perez-Vera Report* no. 71.
- (73) Clive, *The Law of Husband and Wife in Scotland*, 3rd. ed., 1992, 636; Silberman, *Hague Progress Report*, 224; Bruch, *Child Abduction and the English Courts*, in Bainham and Pearl (ed.), *Frontiers of Family Law and Policy*, 1993, 62; *Beaumont/McEleavy* 63.
- (74) *Anton* 545.
- (75) Clémang/Hoffmann, *Les enlèvements internationaux de mineurs*, in Ganghofer (hrsg.), *Le droit de la famille en Europe—son évolution depuis l'antiquité jusqu'à nos jours*, 1992, 639; *Staudinger-Pirrung Rdnr.* 642.
- (76) この点に関するイングランドのリーディングケースたる *House of Lords* の *Re J. (A Minor)* (Abduction: Custody Rights), Sub nom. *C. v. S. (A Minor)* (Abduction) [1990] 2AC 562 では、両親がともに英国人であるが婚姻関係にはなかったところ、西オーストラリア州から単独の監護者である母が子をイングランドに連れ帰った。House of Lords は、同州の裁判所が後日父に監護権を付与したとしても、そのことによって子の移動が不法となるものではなかった。
- (77) *Staudinger-Pirrung Rdnr.* 643.
- (78) 参照 *Beaumont/McEleavy* 55.
- (79) *Re S (A Minor)* (Custody: Habitual Residence) [1997] 3 WLR 597 にあつて、House of Lords は、イングランドの High Court が返還申立人たる父に監護権を付与した後の祖母による拘束を不法とした。当該事件を審理したマイ

ルランドの High Court 及び House of Lords の解釈を支持した。参照、A. S. v. E. H. and M. H. [1998] 2 ICLMD 6、以上
 の点について Beaumont/McElevay 40。

(74) *Pérez-Vera Report* no. 72.

(75) ヴェイツの実務について、*Staudinger-Firring Rdnr. 644* を参照。

(76) Rapport de la troisième réunion de la Commission spéciale sur le fonctionnement de la Convention de La Haye sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants (17-21 mars 1997)/Report of the third Special Commission Meeting to Review the Operation of the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction (17-21 March 1997) (*Review Commission 1997*), no. 19.

(77) たとえば、監護者が病気であるとか子の教育のため、第三者が子の世話をしている場合が考えられよう (*Pérez-Vera Report* no. 115)。*Review Commission 1997* no. 18 は次のようなオーストラリアの事案に言及している。この事案では、子を祖父母が世話していた。祖父母は子をニュージーランドに連れていく。母が返還を申立てる。これにたいして、祖父母は、母はその監護権を行使していなかったと主張。裁判所はこの主張を認めず、子を祖父母に預けること自体がその監護権の行使にあたると判断した。

(78) *Barbee v. Barbee* 事件において (一九九四年九月四日)、イスラエル最高裁は次のような判断をした。一九九〇年に両親は離婚。父は暫定的な監護権を与えられる。母が子の世話ができるようになったときは、母に完全な監護権が与えられるとされた。一九九一年に、母は子の世話を始めた。一九九三年、母はイスラエルに子を連れていく。裁判所は父への子の返還を拒否。というのは、彼は監護権を行使していたわけではなく、たんに、面接交渉権が与えられたからにすぎないからとされた (*Review Commission 1997* no. 18, W. D. No. 12)。

(79) Ekekelehar, *International Child Abduction by Parents*, *University of Toronto Law Journal*, vol. 32, 1982, 310. *Review Commission 1997* no. 19 は、親が子への接触を維持していったことを要求している。なぜ *Beaumont/McElevay* 86 を参照。

(80) *Pérez-Vera Report* no. 74.

- (81) そのような構成をひくものとして、Re H [1990] 2 F. L. R. 439, 441.
- (82) *Staudinger-Pirrung Rdnr. 645.*
- (83) *Review Commission 1993 36.*
- (84) *Anton 545.*
- (85) 締約国の常居所を有してゐない子について、フィンランドの「監護権に関する法律」四九条一項は条約の準用を定めていゝ。² 参照 *Savolainen 123-124.*
- (86) *Beaumont/McCleary 39.*
- (87) *Sturm. Neue Abkommen zum Schutz entführter Kinder, Festschrift für Heinrich Nagel, 1987, 470* は、A 国に常居所を有していた子が B 国に移動し、B 国に常居所を設けた後ならに C 国に移動した場合には、³「直前」の常居所地国は B 国であるとする。このように理解すると、B 国が非締約国である場合には、⁴条約の適用はないことになる。しかし、⁵三条の意味における不法な連れ去りについては、⁶個々の行為に着目すべきではない。⁷というのは、この条約は二国間条約ではなく、⁸多数の国にまたがる奪取をも射程に入れていると考えられるからである。参照 *Güllicher, 95, 回頁* *Staudinger-Pirrung Rdnr. 646.*
- (88) *Staudinger-Pirrung Rdnr. 646.*
- (89) *Anton 544.*
- (90) *Hüblegel, Kindesentführungen ohne Ende, IPRax 1992, 371* は、この処理は奪取者による時間稼ぎを認めることになるとして、奪取の時点において一六歳であることを年齢の上限とすべきであるとするが、この見解は条約の文言に反し採用できない。奪取者は返還までに子が一六歳に達するように遅延策を講ずる恐れがあるとして、米国は、監護権または面接交渉権の侵害の時点において一六歳であることを要件とすべきであると提案したが、この提案は採用されなかった。参照、*Comments of the Governments on Preliminary Document No. 6 (Prelim. Doc. No. 7), Actes et documents, 240.*
- (91) *Anton 545.*
- (92) たとえば、オーストラリアでは、*custody* は通常親の一方に与えられる。しかし、そういった場合でも、オーストラリ

ア法は guardianship を親双方に与えている。つまり、custody をオーストラリア法上有しない親であっても、相談を受ける権利を有しており、オーストラリアから子が恒久的に移動する前に同意を与えたり反対したりする権利を有している。したがって、条約のいう「監護権」をオーストラリア法のいわゆる co-guardianship を有する者ももっていることになる。

(93) この点を明示する文言が置かれたのは、(一四会期における Commonwealth Secretariat のためのオブザーバーであった) John Ekeelaar の発案によるものであった。伝統的なイギリス法実質法の処理の仕方、すなわち、一方に監護権を、他方に面接交渉権を与える場合においても、裁判所は他方の同意または裁判所の許可があることを条件として、監護者が外国に子を連れ出すことを命ずる。こういった状況における面接交渉権者の同意権もまた監護権として保護しようとする意図からであった(参照) *Actes et documents*, 266-267)。この点について、参照) *Dyer Global Cooperation*, 281。

(94) *Staudinger-Pirung Rdnr.* 649.

(95) *Staudinger-Pirung Rdnr.* 650.

(96) 一九九九年の「成年者の国際的保護に関する条約」の四三条の規定は、「批准書、受諾書もしくは承認書又は本条約の加入書の寄託の日までにハーグ国際私法会議常設事務局に伝達されなければならない」としている。本条約との関係でも、一九九九年条約の趣旨に沿った伝達が行われるべきであろう。なお、一九六五年の「民事又は商事に関する裁判上及び裁判外の文書の外国における送達及び告知に関する条約」二一条一項 a 号や一九七〇年の「外国における民事又は商事に関する証拠の収集に関する条約」三五条一項の規定と異なり、オランダ外務省にたいする報告義務はない。

(97) *Staudinger-Pirung Rdnr.* 655.

(98) *Staudinger-Pirung Rdnr.* 655.

(99) *Staudinger-Pirung Rdnr.* 657.

(100) *Staudinger-Pirung Rdnr.* 658.

(101) *Staudinger-Pirung Rdnr.* 659.

(102) *Staudinger-Pirung Rdnr.* 659.

- (83) *Pérez-Vera Report* no. 93.
- (84) *Staudinger-Pirrung Rdhr.* 661.
- (85) Bruch, The Central Authority's Role under the Hague Child Abduction Convention: A Friend in Deed, *Family Law Quarterly*, vol. 28, 1994, 49-50.
- (86) *Staudinger-Pirrung Rdhr.* 663.
- (87) *Pérez-Vera Report* no. 96.
- (88) *Staudinger-Pirrung Rdhr.* 664.
- (89) Récapitulation des points à discuter à la troisième reunion de la commission spéciale sur le fonctionnement de la convention de La Haye sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants établie par Adair Dyer (1997)/Checklist of Issues to be Considered at the Third Meeting of the Special Commission to Review the Working of the Child Abduction Convention drawn up by Adair Dyer (1997) (*Dyer Checklist*), no. 60.
- (90) *Baumont/McCleary* 71-73.
- (91) 参照' *Review Commission 1993* 46 et seq.; *Review Commission 1997* no. 34.
- (92) Conclusions générales de la Commission spéciale d'octobre 1989 sur le fonctionnement de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants/Overall Conclusions of the Special Commission of October 1989 on the Operation of the Hague Convention of 25 October 1989 on the Civil Aspects of International Child Abduction (*Review Commission 1989*), no. 20.
- (93) *Staudinger-Pirrung Rdhr.* 668.
- (94) *Staudinger-Pirrung Rdhr.* 669.
- (95) *Pérez-Vera Report* no. 100. なお、オーストラリアの施行法は、監護権の基礎となる立法を証明しないかぎり、事案を中央当局が家庭裁判所に送らない取り扱いのようであり、この処理が条約に適合するかどうかはともかくとして、同国との関係に

は立法の証明が不可欠のようである（参照、*Dyer Checklist*, no. 63）。

- (116) *Staudinger-Pirrung Rdnr.* 670.
- (117) *Staudinger-Pirrung Rdnr.* 671.
- (118) *Staudinger-Pirrung Rdnr.* 672.
- (119) *Pérez-Vera Report* no. 102.
- (120) *Pérez-Vera Report* no. 102.
- (121) *Dyer Hague Recueil*, 158.
- (122) *Dyer Checklist* no. 72.
- (123) *Staudinger-Pirrung Rdnr.* 673.
- (124) *Review Commission 1993* 40 et seq.
- (125) カナダでは、裁判所が子の返還を命じた場合には、無料の航空券を含む子の返還ための運送が可能である。オーストラリアおよびニュージーランドでは、必要な場合には奪取者の分も含めて、任意返還であると否とを問わず、費用を政府が支払う方法が利用できるといわれる。参照、*Review Commission 1997* no. 43.
- (126) *Dyer Checklist*, no. 75.
- (127) *Review Commission 1997* no. 46.
- (128) *Review Commission 1993* 26.
- (129) *Review Commission 1993* 26.
- (130) *Review Commission 1993* 18 et seq.; *Review Commission 1989* 7; *Staudinger-Pirrung Rdnr.* 674.
- (131) *Review Commission 1993* 26.
- (132) *Review Commission 1993* 26.
- (133) *Staudinger-Pirrung Rdnr.* 674.

- (134) *Staudinger-Pirring Rdnr.* 675.
- (135) *Review Commission 1997 no. 30.*
- (136) オーストラリアの施行法 (Family Law (Child Abduction Convention) Regulations の100条の規定は、奪取の前に子が常居所を有していた国への返還を前提としている。ハーグ国際私法常設事務局の見解では、この処理は条約を施行する上で許容することのできる範囲内にある選択としてなる (参照 *Dyer Checklist no. 9*)。)
- (137) *Review Commission 1993 22.*
- (138) *Review Commission 1989 no. 25. Staudinger-Pirring Rdnr.* 676 は前者の時点基準としてなる。他方 *House of Lords* は条約三五条の規定との関係では、後者の時点基準としてなる (Re H and another (Minors) (Abduction: Custody Rights) [1991] 3 All E. R. 230.
- (139) 同様なことは裁判所の決定ではなく、そういった趣旨の法律から結果することもある。たとえば、ノルウェーの一九八一年の法律 (*Saavalainen 129*)。)
- (140) *Saavalainen 129.*
- (141) *Staudinger-Pirring Rdnr.* 676 は、一年が経過しない前に申立をした裁判所が事物管轄または土地管轄を有していなかった場合、管轄ある裁判所へ遅滞なく移送が行われれば、裁判所所属国の手続法にかかわらず、事案は係属しているものとしてそれゆえ期間徒過前の申立として処理すべきであるとする。
- (142) 一年を経過しても返還の可能性を肯定する二項の規定は、当初、置かれていなかった。しかし、米国は、同国に身元確認のための登録制度がないため、奪取者や奪取された子の所在を発見することには困難を伴い、時間がかかることが予想されると主張し、その結果、二項の規定が設けられた (*Actes et documents 242*)。さらに、時間のみの要件を設定すると、条約の適用を阻止するために子を奪取者は隠匿しかねないという点を懸念された。参照 *Silberman Hague Progress Report*, 247.
- (143) *Dyer Checklist no. 82.*
- (144) 統合の証明に嚴格さを要求する見解として、*Staudinger-Pirring Rdnr.* 678. さうした場合には一年という期間の徒過を

基準としなごものとして DeHart/Hoff 35.

(145) もっとも、安定した家庭環境があれば返還拒否理由として十分なのか、社会環境への統合も要求されるのかという点についてはかならずしも締約国間的一致があるわけではなく (Dyer Checklist no. 84)。たとえば、David S. v. Zamira S. の事案における New York Family Court (17 Family Law Reporter (1991) 2001 et seq.) は、子が三歳と一歳半である、社会環境動きおこなう年齢に達していなかったが、環境への統合がなからずとしてオントリオへの返還を命じている。

(146) *Review Commission 1993* 42 et seq..

(147) *Review Commission 1996* no. 54; Böhrner, RabelsZ 1982, 649; Mansel, NJW 1990, 2177.

(148) Kropholler *Stellungnahme*, 503

(149) *Gilcher* 161 et seq.

(150) かつ、同義、があれば不法性はそもそもなかったのか否かにつき、条約はかならずしも明らかにしていない。参照、*Pérez-Vera Report* no. 115.

(151) かつ、*Beaumont/McCleavy* 132-134.

(152) McClean, The Hague Child Abduction Convention—The Common Law Response, *Netherlands International Law Review*, 1993, 75.

(153) *Cass. civ. 1^{re}*, 16 Jul. 1992, D. 1993, 570.

(154) かつ、*Cass. civ. 1^{re}*, 16 dec. 1992, D. 1993, 570, *Massip* 571.

(155) *Staudinger-Pyrung Rdnr.* 682; Bruch, *FamRZ* 1993, 748.

(156) *Staudinger-Pyrung Rdnr.* 682.

(157) *Beaumont/McCleavy* 126.

(158) *Review Commission 1997* no. 58.

(159) *Beaumont/McCleavy* 155.

- (160) *Beaumont/McEalevy* 142-143.
 - (161) *Beaumont/McEalevy* 143-144.
 - (162) *Review Commission 1993* 44 et seq.
 - (163) Cour de cassation 23 octobre 1990, Rev. crit., 1991, 407.
 - (164) MünchKomm-Siehr Rdnr. 50; *Anton* 551.
 - (165) *Review Commission 1993* 44.
 - (166) *Gülicher* 115; Bruch FamRZ 1993, 18.
 - (167) *Staudinger-Pirrung Rdnr.* 683.
 - (168) *Staudinger-Pirrung Rdnr.* 683.
 - (169) B. v. K. (Child Abduction) [1993] 1 F. C. R. 382.
 - (170) 返還を肯定したが、その可能性を検討した例として、B. v. B. (Abduction: Custody Rights) [1993] 2 All E. R. 144.
 - (171) *Staudinger-Pirrung Rdnr.* 684.
 - (172) *Gülicher* 118.
 - (173) *Staudinger-Pirrung Rdnr.* 684. *Hilfstege* 216 注反注。
 - (174) *Gülicher* 119; cf. *Staudinger-Pirrung Rdnr.* 684. なお、ハーグ国際私法会議第一四会期において、次の趣旨の規定を盛り込もうとする提案が否決されている。すなわち、子の返還がその経済的または教育的期待を害するというだけでは本号の例外は援用できないとする趣旨のものである。実際にも、イングランドの裁判所は経済的理由にたいして厳格といわれている。
- 参照 *Beaumont/McEalevy* 152-153.
- (175) *Gülicher* 118; *Staudinger-Pirrung Rdnr.* 684; *Dyer Checklist* no. 97.
 - (176) 締約国の中でこつこつとした処理を与えた最初の裁判所は一九八八年二月一三・一四日のイングランドの Court of Appeal のちうてある (C. v. C. [1989] 2 All E. R. 465, 470)。その後、同種の処理は、ドイツ憲法裁判所一九五五年一〇月一〇日の

決定 (Rabelsz 1996 475) に従うべきであるとされる。

- (177) *Beaumont/McEleavy* 201-202.
- (178) *Review Commission* 1993 46.
- (179) *Re A. (A Minor: Abduction)* [1992] 1 F. L. R. 105, 108 ('(T)here must be more than a mere preference expressed by the child.').
- (180) 申立人の監護の下に入ることが適当か否かは、基本的に、監護権の実体を判断すべき常居所地国の裁判所の問題である。
- (181) 以上の点については、*Staudinger-Pirrung* Rdnr. 685.
- (182) たとえば、奪取者からのプレゼンターの後で表明されたこうした事情 (*Staudinger-Pirrung* Rdnr. 685)。
- (183) *Staudinger-Pirrung* Rdnr. 685.
- (184) スウェーデンでは、一二歳以上の子どもについてはその意見を監護権に関する事案において聴聞しなければならないとされてくる (参照: *Review Commission* 1997 no. 65)。少なくとも一四歳であれば考慮すべきだとするのは、Bohmer, Rabelsz 1982, 650; Mansel, NJW 1990, 2177.
- (185) *Review Commission* 1993 46 et seq.
- (186) *Staudinger-Pirrung* Rdnr. 688.
- (187) *Staudinger-Pirrung* Rdnr. 689.
- (188) *MünchKomm-Siehr Art. 19 Anh. II Rdn. 58; Gülicher* 133.
- (189) たゞ、英国の Child Abduction and Custody Act 1985 の八条は、こうした決定を事前の High Court または Court of Session に求めることを必要とする。参照: *Beaumont/McEleavy* 64.
- (190) *DeHart/Hoff* 34 et seq. など。ユースの Sorgerechtsübernehmens-Ausführungsgesetz (監護権に関する条約施行法) 一〇条やハンブルクの Child Abduction and Custody Act 1985 の八条の規定は、条約一五条の規定の想定する不法性確定のための手続を定めてくる。

- (191) *Revue Commission 1993 48 et seq.*
- (192) *Staudinger-Pirrung Rdnr. 692.*
- (193) *Savolainen 119.*
- (194) “監護権に関する条約施行法” (SorgeRbkAG) の二項。イングランドはこれと異なった処理を与えている。返還の申立
が第一番において棄却されるとただちに監護権に関する手続が開始し、監護権に関する判断がなされる。棄却にたいする上訴
がなされていくこともさうである。この点につき、*Re H. S.*, [1991] 3 All E. R. 230, 234
- (195) この点につきも参照 *Staudinger-Pirrung Rdnr. 693.*
- (196) *Staudinger-Pirrung Rdnr. 694.*
- (197) 本条約の草案作成の任にあつた第一委員会はもともと条約の適用にたいして絶対的な優位を与えていた。すなわち、申立
を受けた国でなされた監護権に関する決定あるいは当該国で下されるべき監護権に関する決定よりも子の返還義務を優越させ
ていた。しかし、同時に、委員会は、奪取の前に要請を受けた国において存在していた判決と子を返還することが矛盾する
ものであるときは、子の返還を拒絶できる留保を認めていた。最終的に採用された一七条の規定は、この条約の留保を排斥し
ながら、他方で諸国に本条約が受容できるようにするためにとられた妥協の産物である (*Pérez-Vera Report no. 122*)。
- (198) 条約を米国において施行するための法律 *International Child Abduction Remedies Act* は条約による救済が排他的な
ものではないことを明らかにしている (42 U. S. C. ss 11603 (h))。米国では、*Uniform Child Custody Jurisdiction Act*
(UCCJA) を採用している多くの州は、当該法律の一般原則が国際的事案にも適用されることを定める二三条の規定を同時に
採用している。かくして、ミズーリ、ニュー・メキシコ、オハイオ、サウス・ダコタ、(おそらく) インディアナを除いて、
米国においては UCCJA の救済と本条約の救済のいずれも当事者は利用することができ、参照 *Silberman Hague Pro-
cess Report 249.*
- (199) *Staudinger-Pirrung Rdnr. 696.*
- (200) *Staudinger-Pirrung Rdnr. 697.*

- (201) “監護権に関する決定の承認及び執行並びに監護権の回復に関するヨーロッパ条約” 一〇条一項 a 号の規定によれば、奪取の日より六ヶ月以上経過して申立が行われた場合（または留保が行われたときは、すべての場合に）、監護権に関する決定の承認・執行は次の場合に拒否することができる。すなわち、「決定の効果か、家族及び子に関する承認国の基本的な法原則に明らかに矛盾する場合」である。当初、この趣旨の留保を肯定する提案は一票差で採用された。しかし、Dyer氏は、この趣旨の留保は条約の他の規定と調和しないし、他の代表も、そうした留保は実体判断を許容することになるとして反対。他方で、この趣旨の規定がないと、たとえば憲法上の理由から批准が困難と感じる代表もいた。そこで妥協が行われ、現在の二〇条の規定が設けられることになった。参照 *Anton* 551.
- (202) 参照 *Review Commission 1989* 38; *Review Commission 1993* 50 et seq.; *Review Commission 1997* no. 57.
- (203) 二〇条の規定の下で可能な返還拒否が二三条の規定では無理であるといった事態あるいはその逆の事態を考えることができるか。つまり、返還によって子が「耐えがたい状況」におかれることはないが、人権と基本的自由の保護に関する基本原則”には反するなどということ、あるいは、申立を受けた国の“基本原則”の侵害があってもなお“耐えうる状況”を考えられるか。こういった疑問のために、フィンランドは条約を施行するにあたって、本条に相当する規定を設けなかったといわれる。参照 *Saavalainen* 134.
- (204) *Review Commission 1997* no. 78.
- (205) *Review Commission 1997* no. 80.
- (206) *Review Commission 1997* no. 81.
- (207) *Perez-Vera Report* no. 125.
- (208) 条約上、他の締約国の面接交渉権に関する決定を承認することは義務づけられていない (*Review Commission 1993* 52)。
- (209) *Staudinger-Pirrung Rdnr.* 700.
- (210) *Staudinger-Pirrung Rdnr.* 701.
- (211) 返還が行われた後、奪取者との面接交渉が各締約国においていかに処理されているかはかならずしも明らかではない

(Review Commission 1993 34 et seq.)

(212) 「監護権に関する決定の承認及び執行並びに監護権の回復に関するヨーロッパ条約」や「未成年者の国際的返還に関する米州条約」と異なり、本条約は、面接交渉権に関する外国の命令を承認・執行するものではない。これは意図的なものである。面接交渉権に関する各国の規律はいまだ流動的であり、この問題について強行的な規定を設けることは困難であったこと、そしてなによりも、面接交渉権の実効的な行使は、事柄が継続的なものであるため、法的な規律よりも当事者の良好な関係に依存すると考えられたからである。参照：Anton 555.

ちなみに、ヨーロッパ条約一条も、その二項において、次のように定めていることを留意しなければならない。すなわち、面接交渉権の行使に関する当事者の約束をとくに考慮しながら、当該権利の行使の条件を（常居所地国の）機関は定めることができる、と。面接交渉が行われるべき時と場所について当事者が合意することができない場合に、面接交渉のあり方を確定することは実際にはしばしば困難であるからである。参照：Jones, Council of Europe Convention on Recognition and Enforcement of Decisions Relating to the Custody of Children, ICLQ, vol. 30, 1981, 472.

(213) Dyer *Global Cooperation* 280. ドイツの中央当局は、面接交渉権が申立を受けた国において行使されるべき場合には、この任務を少年保護所に付託している（「監護権に関する条約施行法」三条一項）。

条約は面接交渉権の行使を確保するための協力をいかに組織するかについて明らかにしていない。ちなみに、準備草案の報告の中では次のような例があげられている。すなわち、国境を越えた面接交渉権の場合には、特定の日に子を返還することを面接交渉権者が子の常居所地国の中央当局に約束し、子とともに滞在しようとしている場所を特定する。そういった約束のコピーについては面接交渉権者の常居所地国の中央当局および子とともに滞在する予定と申告されている国の中央当局に送付される。そうすることによって、関連する機関はいかなる時においても子の現在地を知ることができ、タイム・リミットがすぎるとその返還を請求する手続を開始することができるようになる、と。

(214) *Staudinger-Pirrung Rdnr.* 702.

(215) *Staudinger-Pirrung Rdnr.* 703. なお、中央当局の義務に関して、一九九二年二月九日の Court of Appeal は次のよう

な判断を示した (Re G. (A Minor) (Hague Convention : Access) [1993] 1 F. L. R. 669)。この事案では、カナダの面接交渉権に関する命令を申立人が執行するよう求めたものであり、この命令は、子が（カナダ裁判所の許可の下に）監護権者とともにイングランドに移動する前に与えられたものであった。裁判所は次のように判断した。すなわち、二一条の規定は、外国の面接交渉権に関する命令を執行する権利を申立人に与えるものではなく、中央当局にたいして義務を課すにすぎない。イングランドとウェールズの中央当局は、申立人が裁判所に面接交渉権の執行の申立をするのに助力し、その意味で当該中央当局は二一条の義務を果たした。しかし、この申立は、外国の裁判所が与えた面接交渉権の執行の申立としてではなく、むしろ、子の常居所地国の裁判所にたいする独立した申立としてなされるべきであった。もっとも、外国の面接交渉権に関する命令は、そのようなものとしては執行されないであろうが、考慮されるべきである、と。

(216) 奪取者のためにこの規定の適用があるか否かはかならずしも明らかではない。

(217) *Staudinger-Pirrung Rdnr. 704*、なお、*Dyer Checklist no. 148*によれば、本条の規定の背景には、外国人たる申立人にたいする差別的扱いを除去しようとする考えがあったといわれる。

(218) *Perez-Vera Report no. 130*。

(219) *Staudinger-Pirrung Rdnr. 705*。

(220) 民事訴訟に関する一九五四年のハーグ条約三条三項と異なる。

(221) 証拠収集に関する一九七〇年のハーグ条約四条五項と異なる。

(222) *Dyer Checklist no. 150*。

(223) *Staudinger-Pirrung Rdnr. 707*。

(224) *Staudinger-Pirrung Rdnr. 709*。

(225) 第二項の規定は第一四会期において最も議論を呼んだ論点の一つのようである。結局、第三項に留保を認めるという形で決着した。この問題については、立場が次の二つに分かれた。一つは、条約の適用から発生するあらゆる費用の免除を申立人に許容しようとするものと（準備草案が採用していた）反対の解決を支持するものである。結局、後者の言い分をいれて第三

項の留保が認められることになった。その理由は次の点にある。すなわち、法律扶助に関する基準は各国において相違しており、これは各法秩序の構造に起因しているから、一つのアプローチだけを他のアプローチを排して採用すると、自動的に、一定の国が条約から排除されることになるが、これは誰も望まないという点である（参照、*Perez-Vera Report* no. 135）。

(226) 三項の留保の関係で困難な問題を惹起しているのは米国である。同国では自国民にたいしてすら手続費用の免除が認められておらず、しかも、弁護士費用は非常に高額である（*Review Commission 1989 8*; Dyer, *The International Journal of Children's Rights* 1993, 285 et seq.）。H. v. H. [1993] 1 FamLR 958/967, 970, 975 以下、インゲンマン・マニョリス・コンミンとの不平等な取り扱いが、条約に従った返還後における監護権に関する事案において英国の方が *forum conveniens* であることを肯定する基準とされた。米国を念頭に置きながら、一九八九年に開かれた特別委員会は次のような結論に達した。すなわち、「子の返還手続の開始につき助力する七条1号の下での中央当局の義務と多数の国が行っている弁護士報酬に関する二六条の下での留保とは相関関係にあると特別委員会は認める。広大な領域を有する国および法律扶助制度を有しないか地域に於いて法律扶助が不統一な国は、弁護士報酬を支払うことのできない申立人にたいする代理人を得る点で困難を経験したまたし、将来において経験する可能性がある。特別委員会は、子の利益に重大な不利益がかかることを回避すべく、弁護士その他法律上の助言を与える者を得るために、一層の努力をおこなうよう求めるものとす。」しかし、この点に関する米国の改善努力は実を結んでいない（*Review Commission 1989 8*; *Staudinger-Pirring Rdnr. 712*）。ホランディアによる活動を別として、締約国に法律扶助と呼ぶことのできる制度がない場合には、留保がはたして有効か問われなければならない（*Staudinger-Pirring Rdnr. 712*）。

(227) *Review Commission 1997* no. 91.

(228) ドイツの場合、不受理にたいしては、監護権に関する条約施行法四条の規定に従い、OLG Karlsruhe に上訴することができ、そういった上訴はしばしば行われているようである（たとえば、OLG Karlsruhe 4. 12. 1991, FamRZ 1992, 1212; *Staudinger-Pirring Rdnr. 714*）。

(229) *Review Commission 1993 56* et seq.; *Dyer Checklist* no. 162.

- (230) *Staudinger-Pirrung Rdnr. 715.* この規定が条約に盛り込まれた理由は、条約の締約国となるためにその国内法の改正を必要とする国があり、これを回避する点にあるといわれてゐる (*Pérez-Vera Report no. 138*)。
- (231) *Dyer Checklist no. 163.*
- (232) *Dyer Checklist no. 167.*
- (233) *Pérez-Vera Report, no. 140; Staudinger-Pirrung Rdnr. 717.*
- (234) *Dyer Checklist no. 168.*
- (235) *Staudinger-Pirrung Rdnr. 720.*
- (236) *Hübstege, IPRax 1992, 369 et seq.*
- (237) *Siehr, StAZ 1990, 331.*
- (238) 一九八九年七月一五日にモンテビデオにおいて採択された「国際的な子の返還に関する米州条約」(*Inter-American Convention on the International Return of Children, adopted at Montevideo, Uruguay, on 15 July 1989*) は、その三四条において、本条約との関係につき次の規定を置いている。「本条約と国際的な子の奪取の民事的側面に関する一九八〇年一月二五日のハーグ条約の双方の当事国である米州機構の加盟国間では、本条約が優先する。ただし、当事国はハーグ条約の適用を優先すべく二国間条約を締結することができる。」
- (239) 「拘束」には時間的な継続の観念が含まれると考えるのが自然かもしれない。そのように解する場合には、三五条にいう「拘束」は条約の施行前に開始した拘束と理解することにならう (*Sanzolainen 126*)。他方で *Re H (Abduction: Custody Rights)* [1991] 2AC476 にあつて、*Lord Brandon of Oakbrook* は「拘束は連れ去りと同様に「特定の時点における発生する一個の事実」であるとする。このように解すれば、条約が英国に施行される前に英国に奪取され、引き続きその地で拘束されている場合に条約はされないことになる。たしかに、一回かぎりの作為・不作為を意味するものとして用いても「不自然とはいへない。条約の他の規定との関連においては、むしろ、一回かぎりの行為として捉えるべきものと思われる。というのは、一二条の規定は「不法な拘束の時から一年」の経過を問題としており、拘束を「状態」として理解すると意味不明となるから

である。もし、拘束が状態を念慮するとの前提をとるならば、一二条の規定は、拘束の開始から一年、という文言とされたはずである。ならびに、一二条の規定の「追認、(subsequently acquiesce, acquiescer postérieurement)」という文言とも調和しない。これらの点にめぐって *Kilgour v. Kilgour* [1987] S. L. T. 568, 571, 572 を参照。ちなみに、一九九一年五月七、八日および六月十三日の House of Lords の判決は、一二条の文言が決定的であること (Re H. and Another (Minors) (Abduction: Custody Rights), Re S and Another (Minors) (Abduction: Custody Rights) [1991] 3 All E. R. 230, 239)。このように解することによって、条約の時間的適用範囲が明確になる。一二条との関係において、監護者が迅速な返還請求をしないように促されることを見る見解もある (参照: Hüblstege, IPRax 1992 370)。

(240) *Review Commission 1993 32et seq.; Dyer Checklist no. 172*。前掲の House of Lords の判決もこのように解している。

(241) 事実、一九八九年の特別委員会において、米国の中央当局は、米國と子の常居所地国との間において条約が施行される前に米國に向けて不法に子が連れ去られた場合や施行前から米國において子が拘束されていた場合であっても、子の返還申立を受理する用意のあるとの発言を行っている (*Review Commission 1989 56*)。

(242) *Perez-Vera Report no. 145*。

(243) *Staudinger-Pirrung Rdnr. 724*。

(244) 括弧内の年月日は、署名している場合における署名の日である。

(245) *Perez-Vera Report no. 149*。