



特集

# ハーグ条約の 批准に向けて<sup>※1</sup>



## ハーグ条約の思想

国際委員会ハーグ条約問題検討プロジェクトチーム 座長 木内 道祥

ハーグ条約が**子の利益**を最も重要なものとしていることは前文で明言されている。監護権を侵害する子の移動について、原則として元の国への返還を命ずるのは、国境を越える子の奪取は、子と片方の親との交流を決定的に遮断するからであり、返還を命ずることによって国境を越える子の奪取を防止するためである。同条約が、子の返還だけでなく、前文および第4章で面会交流権の保護を掲げているのも、子にとって双方の親との交流が必要だからである。

このようなハーグ条約の思想は、**子どもの権利条約**9条、10条、35条にいう普遍的な価値の承認（子は両親のそれぞれと交流を維持する権利があり、父母と異なる国にいる子もその権利を持ち、不法に他国に連れ去ることは子の権利侵害となる）と共通のものである。この条約にわが国は平成6年に加入している。**わが国がハーグ条約に加入しないというのであれば、それ以上に実効的な国境を越える子の奪取の防止方法を全世界に提案するの でなければ、子どもの権利条約を遵守していることにはならない。**

平成21年になされた大阪高等裁判所の決定は「未成年者が父（母）を知らないまま成長するのに比べて、父（母）を認識し、母（父）だけからではなく、父（母）からも愛されてきたことを知ることは、未成年者の心情の成長にとって重要な糧となる」「子と非監護親との面接交渉は、子が非監護親から愛され

ていることを知る機会として、子の健全な成長にとって重要な意義があるため、面接交渉が制限されるのは、面接交渉することが子の福祉を害することが認められるような例外的な場合に限られる。」と述べている（大阪高裁平成21年1月16日決定・家裁月報61.11.70）。このような子どもの権利条約の趣旨に沿った子どもの利益についての裁判所の判断が既になされている。

現代社会では、子を育てるべき家族として想定する姿は様々ではない。そのために、子の利益の判断が容易でない個別事案は十分に考えられる。そのことはハーグ条約の適用場面でも考慮されるべきであるが、この条約の思想は子どもの権利条約と共通のものである。**ハーグ条約の国内実施法は、同条約についてのわが国の姿勢を表明するものとなる。**現在、政府機関から提案されている国内実施法の案は、既に加入している子どもの権利条約、今回加入するハーグ条約の趣旨に照らして疑問とされる点が少なからず存在し、それについては、当会意見書で指摘している。

ハーグ条約は、**「子の最善の利益」**についての**思想・価値感という基本的な問題につながる**ことなのである。

※1 Convention on the Civil Aspect of International Child Abduction 国際的な子の奪取の民事面に関するハーグ条約

# ハーグ条約の基本的知識 ～締結に向けた動き・基本的構造～

国際委員会ハーグ条約問題検討プロジェクトチーム 副 座 長 濱 田 雄 久  
国際委員会ハーグ条約問題検討プロジェクトチーム 事務局 長 黒 田 愛

## 1 国際結婚・離婚の増加と、国境を越えた子どもの連れ去り

日本人の国際結婚・離婚は確実に増加している。厚生労働省人口動態調査によれば、夫妻の一方が外国籍である婚姻の件数は1980年に7261件であったが、2005年に4万1481件と激増した。その後は若干減少傾向にあり2009年には3万4393件となっているが、依然として高水準を維持している。総婚姻数に占める割合も、1980年の0.9%から、2009年の4.8%と5倍以上になった。一方、夫婦の一方が外国籍である離婚の件数は、1995年に7992件、2005年に1万5689件、2009年に1万9494件と増加を続け、総離婚数に占める割合も、1995年の4%から2009年の7.7%へと2倍近くになった。

また、日本人の国際結婚を外国における国際結婚と、日本国内での国際結婚に分けると、外国における国際結婚の場合、夫が日本人である婚姻は16%、妻が日本人である婚姻は84%であるのに対し、日本国内での国際結婚では約8割が夫が日本人の婚姻で、妻が日本人の婚姻は13%にとどまる（厚生労働省人口動態調査）。後で述べるように、日本人親が関係する国境を越えた子の連れ去りの事例として、**外国に住んでいた日本人女性が、子どもを連れて日本に連れて帰ってきた事案が取り上げられることが多い**のは、このような統計にあらわれた実態からである。

## 2 ハーグ条約締結に向けた動き

国境を越えて子が連れ去られた場合に、子の迅速な返還を実現することを目的として定められたのが、1980年の「**国際的な子の奪取の民事的側面に関する条約**」である。2011年9月現在で86の国・地域が参加しており、ハーグ国際私法会議が採択した条約の中で最も成功している条約の一つと言われている。ハーグ条約に加盟しているのはヨーロッパ、北アメリカ、オセアニアの国々が多いが、2011年にはシンガポール、ロシアが新たに加盟

国となった。韓国においても加盟に向けた準備が進められている。

**日本は今日までハーグ条約に加盟しておらず、外国政府から、日本人による子の連れ去り事例が問題にされてきた。**特に、日本人女性が、外国での婚姻関係がうまくいかなくなり、子を勝手に（子の父親の了解なく）日本へ連れて帰って来たという事例が多く取り上げられる。外務省によれば、外国政府から日本政府に対して示されている子の奪取の件数は、アメリカから77件、カナダが37件、イギリスが37件、フランスが35件等である。これに対し、日本国内から外国への連れ去りは、アメリカが4件、カナダが1件、フランスが1件、チェコが1件等と少ない<sup>※2</sup>。諸外国や子を連れ去られた親からは「日本は拉致天国である」と批判され、アメリカ、カナダ、イギリス、フランス等8カ国の駐日大使から、近時、日本のハーグ条約加盟を求める強い要請が継続して行われてきた。さらに、諸外国での日本人親が当事者となった監護権をめぐる裁判で、日本がハーグ条約の加盟国でないことを理由に、日本人親が子どもを日本に連れて帰ることが認められなかった事例があることも報告された。他方、日本人女性の帰国にあたっては、夫から暴力を受ける等の過酷な婚姻生活から逃れるためのやむを得ずの帰国であることや、子どものことを考えれば外国に置いて自分だけ帰国することはできなかったこと等の日本人女性に酷な状況が多数見受けられるという実態が指摘される。

このような状況下において、日本政府は、2011年5月20日の閣議で、**ハーグ条約締結に向けた準備を進めるとの方針**を採択した。その後、法務省法制審議会にハーグ条約（子の返還手続関係）部会が設置され、2011年10月17日まで計5回の会議が開催された。また、条約を実行する中心的な役割を果たす行政庁を意味する「中央当局」については、外務省において、中央当局の在り

※2 「国境を越える子の奪取をめぐる問題の現状と課題」外務省国際法課長 岡野正敬

方に関する懇談会が開催されており、7月27日と9月13日に会合が持たれた。

平成23年9月30日、法務省法制審議会および外務省においてハーグ条約を日本で実施するための子の返還手続等の整備に関する**中間取りまとめ**が作成され、パブリックコメントの募集が行われた。これに対し、大阪弁護士会は**2011年10月27日付意見書**を提出した。

### 3 ハーグ条約の構造と手続の流れ

ハーグ条約は、①**監護権の侵害を伴う**、②**16歳未満の子**、③**国境を越えた移動を適用対象**としており、締結国は、次のような場合を除いて、子の返還のための命令を出す仕組みを作ることが求められている。

1. 連れ去りから1年以上経過し、子が新たな環境になじんでいる場合（12条）
2. 申立人が監護権を現実に行使していなかった場合（13条1項a）
3. 申立人が事前の同意又は事後の黙認をしていた場合（13条1項b）
4. 子の返還が、身体的若しくは精神的な害を及ぼし、又は子を耐えがたい状況に置くこととなる重大な危険がある場合（13条1項b）
5. 子が返還を拒否しており、当該子が意見を考慮するに十分な年齢・成熟度に達している場合（13条2項）
6. 要請を受けた国の人権及び基本的自由の保護に関する基本的原則により認められない場合

（20条）

続いて、外国人親から日本にいる日本人親に対して子の返還申立がなされた場合を仮定して、現在日本で想定されている手続を前提に、この流れを概観すると以下ようになる。

まず、外国人親が外国でハーグ条約に基づく返還のための援助の申請を行うと、当該国の中央当局を通じて日本の中央当局である外務省に申請書が送付される。次に、中央当局である外務省が申請書の審査を行い、申請が条約の要件を満たしていると判断されれば返還についての援助の手続が開始される。もし、子どもの所在がわからない場合は、日本の中央当局が他の省庁や地方自治体から情報を得て子の所在を特定する。

他方で、外国人親は日本の裁判所に返還手続の申立を行うことができる。返還命令を出すかどうかは裁判所が判断する。中央当局は任意の返還を促進する責務を負っている。裁判手続では、申立人である外国人親、相手方である日本人親の双方が主張・立証を行い、裁判所による職権調査も行われる。そして、申立が認められ返還命令が出されると、これに従って子どもは常居所地国へと返されることになる。ただしこの返還の強制手続をどのように行うかについては、まだ決定しておらず、今後の議論にゆだねられている。

返還手続は迅速に行うことが義務付けられており（2条）、手続開始から6週間が目標とされている（11条）。



## ハーグ条約実施に向けた課題 ～中間取りまとめに対する大阪弁護士会意見書を柱として～

国際委員会ハーグ条約問題検討プロジェクトチーム 副座長 濱田 雄久

平成23年9月30日、法務省および外務省においてハーグ条約を日本で実施するための子の返還手続等の整備に関する中間取りまとめ（以下、「中間とりまとめ」といいます。）が作成され、意見の公募が行われた。なお、ハーグ条約を実施するための法整備については、**子の返還手続等については法務省法制審議会ハーグ部会が、中央当局の在り方については外務省が担**

当し、各々調査審議が行われている。

このたび、大阪弁護士会として中間取りまとめに対するパブリックコメント募集に応じ、意見を提出した。本稿では、その中で、特に今後も議論を要すべき箇所として、**1 任意返還手続**、**2 管轄**、**3 子の返還の実現方法**、**4 調停・和解**、**5 返還拒否事由**、**6 面会交流**について取り上げ、以下、個別に紹介する。

## 1 任意返還手続

国際委員会ハーグ条約問題検討プロジェクトチーム  
委員 渡邊 惺之

条約7条cは「子の任意的返還」と「合意に基づく解決」の促進を中央当局の任務としている。ハーグ子の奪取条約は条約目的として不法に連れ去られた子の迅速な返還の確保を規定し(1条a)、締約国にこの目的を実現するためあらゆる適切な措置を取ること、そのために最も迅速な手続によらせることを義務付けている(2条)。法制審のパブコメはこれに沿って**日本が返還裁判をどう実施すべきか**を問うものでもあった。しかし、条約起草時の公式報告書である Pérez-Report は、かなりの数の子の連れ去り事件では返還裁判によらず、合意により問題が解決されていることを指摘している。その上で**合意解決を促進させる義務**を中央当局に課した(Pérez-Report 92)。

一般に子の監護・面会事件では子の幸福・利益のため、持続的で安定した養育環境を確保するためにも、当事者間の合意解決が最善の解決であると考えられる。日本の現行法制度では、任意的返還や合意による解決は、裁判所へ申し立てる調停で試みられている。調停前置の下では当事者は調停を申し立てることを強いられており、これをスキップして裁判を申し立てることは許されない。まさに調停は裁判の事前手続として強制されている。

子の監護・面会調停は多くの場合、不信に満ちた当事者に子どもの幸福を考え合意に達するよう、調停回数を重ねる困難な調停となる。監護・面会調停が難航する例が多いのは、**日本の家事調停は裁判手続の一環として義務的に強いられるため当事者に合意解決の意思が乏しい**ことも一因と考えられる。

ハーグ条約は、一方で迅速で且つ強行的な返還裁判制度を用意した上で、裁判外で合意による解決の促進を義務付けるといふ、いわばアメとムチのような編成をとる。そこでは調停は、裁判とは別の裁判外の任意的なADRとして位置づけられている。もともと法律により裁判手続と一体化さ

せられた調停で、調停手続も裁判所が選任した調停員が裁判権の行使として行うという家事調停タイプは、極東アジアに見られるがおそらく日本の制度から始まったのではないと思われる。この日本型家事調停はハーグ条約の下では、連れ去り先の国では監護権の実質判断を禁止する条約16条と抵触し、条約システムとは適合性を欠き許されない。欧米的な視点からは、裁判所により資格基準なしに選任され任命される調停員で、当事者が自由に選任して調停を依頼したのではない押しつけ調停員による調停は、見方によれば一種の裁判の補助代替手続に過ぎず自主的解決制度ではないともいえる。外国当事者が信頼して調停を依頼できる制度環境とは到底いえない。

この点で、条約が任意的返還、合意による解決の促進を裁判所ではなく、中央当局の任務と規定した趣旨は明らかである。どのように任意的返還の促進の申立を受け、何時その調停手続を開始するかは、全て中央当局に委ねられている(Pérez-Report 92)。個人的な感想としては、裁判が申し立てられた時点で裁判所が勧奨するのでは遅くないかという気がする。もちろん裁判申立の後で開始するのは6週間という期間基準からは適切ではない。おそらく子の所在が判明した時点で、合意による紛争の全体的解決を試みる調停制度についての情報提供が良いように思われる。

現在の中央当局についての構想では中央当局自体がそのような調停の権限・能力を持つということ考えられていないし、Good PracticeでもADR機関調停が考えられている。日本にはこのような家事調停を行えるADR調停機関はエフピックを除けばないといえよう。しかし、ハーグ条約の予定する調停は国際家事調停であり、法的にもクロスボーダー、文化的にもクロスカルチャーな問題で、当事者間の不信はおそらく相当強いという調停であることを考えると、専門の国際家事調停機

※3 公益社団法人 家庭問題情報センター、Family Problems Information Center “FPIC”:元家庭裁判所調査官らにより、専門知識・経験・技法を活かし、健全な家庭生活の実現に貢献することを目的として設立され、各種セミナー・講師派遣、相談室の開設等の活動を行っている。

関と調停員の養成から始めなければならないであろう。調停組織や調停員養成などのハード面整備だけでなく、調停による合意に法的効力を付与する制度などの裁判所による自主的解決への補助支援制度の整備も必要となる。これらを考えると条約批准に合わせるためには時間的なゆとりはそれほどないと思われ、準備を早急に始めるべきではないであろうか。

ハーグ条約それ自体は子を迅速に元の常居所地国に返還するだけであり、決して子の利益を図る制度とはいえない。**ハーグ条約を取りまく諸制度の整備があり、それらと一体的なシステムを作って初めて国際的な監護権紛争を、子の利益に適合して解決するシステムとして完成する**と考えるべきであろう。条約による裁判制度を整備しながら、任意的返還、合意による解決を実施する制度を整備しない場合、条約は当事者間の不信と対立を大きくし、子の利益に反する強行的な返還裁判を設けたことで終わる危険は大きいと思われる。

弁護士会はこのようなADR国際調停機関を整備するのに最も適した民間団体であり、協力・共同できる関連組織と連携し制度整備に当たることが期待されている。

## 2 管轄

国際委員会ハーグ条約問題検討プロジェクトチーム  
委員 上田 一比古・委員 多田 慎

条約11条1項は、「締約国の司法当局又は行政当局は、子の返還手続のための手続を迅速に行う」と定め、行政当局による返還手続も選択可とするが、法制審の中間取りまとめでは、返還手続は司法当局が行うものとし、その上で、子の返還手続の管轄のうち、職分管轄としては、基本的に家庭内の問題としての側面を有しているという事件の性質上、家庭裁判所に属するものとされた。

ただし、**土地管轄**について結論は出されておらず、東京家裁の専属管轄とする甲案、東京家裁と大阪家裁の2庁のみに管轄を認める乙案、高裁所在地の8庁の所在地に管轄を認める丙案という三

案が中間取りまとめには併記された<sup>※4</sup>。このように(程度の差はあれ)管轄の集中が要請された背景には、海外から来日する申立人の負担軽減、事件の専門性から専門的知識・経験を習得した裁判官や専門のスタッフといった司法資源を集中する必要があることなどが挙げられる。他方、管轄を集中すると地方に在住する相手方の出頭の負担が過大なものとなる恐れがある。他国の例を見ても、一定の人口のある国で、管轄裁判所が一つという例は稀である。大阪弁護士会としては、申立てが見込まれる事件数が当面は年間数十件にとどまり、人口比率から見てそのほとんどが東京近辺と大阪近辺に集中すること、裁判外での紛争解決機関の整備という大きな負担を負うことなどを考慮のうえ、**東京と大阪の2箇所に管轄裁判所を設置した上で(乙案)、申立状況・事件数等を見て管轄の拡大を検討すべき**という意見を提出した。

## 3 子の返還の実現方法

国際委員会ハーグ条約問題検討プロジェクトチーム  
座長 木内 道祥・委員 上田 一比古

審理の結果子の返還命令が出されても当事者が任意に従わない場合の実現方法について、法制審ハーグ条約部会の中間取りまとめは、間接強制(返還命令に従わない相手方に対し、金銭の支払を命ずるもの)を認めるものとし、他の方法についても、その実現可能性を含めて、なお検討するものとしている。国家機関が子を直接的に取り上げ、常居所を有していた国に返還するような執行方法(いわゆる直接強制)が「実現可能性を含めて、なお検討する」とされた理由として、常居所地国への返還は移動距離や時間の点で子の負担となり、子の福祉の観点から適当でない、また返還命令の主文を作成する上で技術的な問題点があるなどが挙げられている。

しかし、日本国内における子の引渡しを命ずる裁判の執行方法として、実務上直接強制が認められて

※4 2011年10月17日に開催された法制審ハーグ部会で配布された個別論点の検討(1)では甲案・乙案に検討が絞られ、また、補足説明の中で、わが国における管轄集中の例として、特許等に関する訴えの管轄(民事訴訟法第6条)、外国倒産処理手続の承認援助事件の管轄(外国倒産処理手続の承認援助に関する法律第4条)が指摘されている。

いるにも関わらず、ハーグ条約による手続についてのみ、返還方法を間接強制に限る合理的な理由は見当たらない。また、子の返還方法を間接強制に限定することは締結国に対し子の即時返還を実現するためのあらゆる措置を要請するハーグ条約第2条に反する恐れがある。そこで、大阪弁護士会としては、**子の返還の実現方法を間接強制に限定するのは適当ではなく、少なくとも直接強制を認めるべきである**という意見を提出した。さらに、子の返還を命ずる裁判のその他の方法としては、**子の任意の返還を合意によって実現するためのADRが活用されるべき**であり、国の責務としてかようなADRの支援措置が取られるべきとの意見を述べた。

#### 4 調停・和解

国際委員会ハーグ条約問題検討プロジェクトチーム  
委員 渡邊 惺之・委員 上田 一比古

ハーグ条約が取り扱う問題が家族に関する事柄であること、子の返還後に返還先の国において子の監護に関する本案裁判が予定されていることからすれば、調停・和解により形成された双方当事者の合意の下、任意に子を返還するほうが望ましいのは言うまでもない。前述の■任意返還手続で述べた通り、ハーグ条約7条cは、中央当局に対し、子の任意の返還を実現し、または合意による解決を図るためにあらゆる措置をとることを要求しているのも、当事者の合意による解決が望ましいことを前提としている。

この点、中央当局たる外務省は、中間取りまとめにおいて、自らの責務として、家事調停あるいは民間の裁判外紛争手続を紹介することを挙げるにとどまり、他方、法務省の中間取りまとめにおいては、裁判手続の手続内で現行の家事調停制度を利用した任意の返還を検討している。

しかしながら、返還裁判の手続内で行われる裁判所による調停・和解は、条約16条との整合性に問題がある。条約16条は、連れ去られた先の国の裁判所が、監護権の権利の本案について決定を行ってはならないとしており、その趣旨は、フォーラム・ショッピング（自己に有利な法律内容とする法廷地に

おいて裁判を起こすことができるよう努めること）を防止するところにある。申立人の意思によらない、日本の調停前置による調停や裁判官による付調停決定は、裁判所が実質的に監護権の判断を行うことになるため、同条の趣旨に反し許されない。そこで、大阪弁護士会としては、**条約16条の趣旨を尊重しつつ、当事者間の任意の返還を実現するため、裁判外のADR組織による調停制度を創設し、ADR調停への裁判所等による協力・支援制度の整備が図られるべき**であるという意見を提出している。

#### 5 子の返還拒否事由

国際委員会ハーグ条約問題検討プロジェクトチーム  
副座長 谷 英樹・委員 上田 一比古

ハーグ条約は、返還事由が認められても返還を拒否できる事由として、①連れ去りから1年が経過した後返還が申立てられ、かつ、子が新しい環境になじんでいること（12条2項）、②連れ去り時に申立人が監護権を行使していなかったこと（13条1項a）、③申立人が子の連れ去りに同意したこと（13条1項a）、④常居所地国への返還が子に対して身体的又は精神的な害を受け、又は他の耐えがたい状況に置かれることになる重大な危険があること（13条1項c）、⑤子が返還を拒み、かつその意見を考慮することが適当である年齢・成熟度に達していること（13条2項）、⑥被要請国における人権及び基本的自由の保護に関する基本的原則により認められないものであること（20条）の6つの事由が定められている。中間とりまとめにおいても、これらの6つの事由が全て返還拒否事由として列挙されている。ただし、④の返還拒否事由の定め方について議論がある。法制審による中間とりまとめでは、平成23年5月の閣議決定に盛り込まれたa) 子に対する暴力（身体に対する暴力に準ずる心身に有害な影響を及ぼす言動を含む）、b) 相手方に対する暴力、c) 相手方以外の者が常居所地国において子を監護することが明らかに子の利益に反し、かつ、相手方が子とともに帰国することができない事情等、をそれぞれ独立の返還拒否事由とする甲案と、これらの事情を「子の返還が子の身体もしくは精神に危害を加

えまたはその他許し難い状況に子をおく重大な危険がある」を判断する上での考慮要素にとどまるとする乙案が併記されている。大阪弁護士会としては、甲案によれば、13条1項cの要件と離れて、a)～c)に規定する事由があれば、それが条約上の「重大な危険がある」と言えるか否かを判断することなく、返還を拒否することができることとなり、国内法において、ハーグ条約で認められていない返還拒否事由を定めるに等しく、ハーグ条約に違反するものと考えられるため、**条約の文言をそのまま返還拒否事由として定めようとして、その解釈にあたっての考慮要素を規定しようとする乙案を妥当なものとする**という意見を提出した。

## 6 面会交流

国際委員会ハーグ条約問題検討プロジェクトチーム  
委員 上田 一比古

ハーグ条約前文は、子の返還手続に加えて接触の権利（rights of access、いわゆる面会交流権）の保護を確保する手続を定めるものとし、21条で、締約国の中央当局に対し、面接交流権を実現するために一定の協力義務を果たすことを求めているが、裁判

手続については何ら言及していない。この点について、法務省の中間とりまとめは、条約上裁判手続についての言及がないことを理由に、面会交流については新たな手続は設けず現行の家事調停で対応するものとし、他方、外務省の中間とりまとめは、中央当局としての協力義務として、家事調停制度を紹介することを挙げている。すなわち、両者を併せ読むと、面会交流については、現行の家事調停において処理することが予定されている。

ところで、諸外国が我が国にハーグ条約の批准を迫った背景には、外国に居住する子が日本に連れ去られた場合、我が国において利用可能な法的手段を取ったとしても、子と会うことすらままならないという点にある。すなわち、諸外国の子を連れ去られた親は、日本の面会交流の制度自体に不満を抱いているのであり、にも関わらず、現行の家事調停制度で対応するのではハーグ条約の趣旨を満たしたことはないものと思われる。

そこで、大阪弁護士会としては、1、4で述べた**裁判外の調停制度を新設した上で、面会交流の促進や支援をもその主要な機能の一つとして持たせるべき**であるという意見を提出している。



# 子どもの最善の利益と親の権利

## 8.5日米シンポジウム

国際委員会ハーグ条約問題検討プロジェクトチーム 事務局長 黒田 愛

2011年8月5日（金）、ヒューライツ大阪<sup>※5</sup>、大阪弁護士会の共催で、「**ハーグ条約の課題を子どもの最善の利益と親の権利から考える**」シンポジウムを開催した。

本シンポジウムでは、①大谷美紀子弁護士（東京弁護士会、日弁連・ハーグ条約ワーキンググループ副座長、法制審ハーグ条約部会委員）、②小田切紀子教授（東京国際大学教授、臨床心理士、心理学博士）、③ナンシー・ザルスキー・バーグ弁護士（米国ミネソタ州弁護士、国際家族法弁護士アカデミー米国支

部会長）の3名をお招きして、上記の課題について講演頂き、引き続き、谷英樹弁護士（大阪弁護士会）をコーディネーターとして、講師3名との質疑&ディスカッションが行われた。ハーグ条約のあり方や子の面会交流について、一歩踏み込んで考えさせられる意義深いシンポジウムであった。

### 1 第1部（1） ハーグ条約と子の最善の利益

大谷美紀子弁護士からは、まず、ハーグ条約前文は、子の利益が最重要であることを確認していることが紹介され、そもそも、子どもを住んでい

※5 正式名称(財)アジア・太平洋人権情報センター



た国から突然他国に連れ去り、他方親との関係を切断することは、子どもにとって有害であるとの基本的な認識から出発すべきであるとの意見が述べられた。その上で、子どもの権利条約<sup>※6</sup>では、子が

父母のいずれとも交流を維持する権利（9条3項、10条2項）を保障し、さらに、暴力・虐待等からの保護（19条）、意見を聞かれる権利・手続への参加（12条）、子の最善の利益（3条）等の権利・原則が採用されており、**ハーグ条約を実施・運用するにあたっては、このような子どもの権利条約が保障する権利や原則を確保することが重要**との指摘がなされた。また、子の利益と母親（女性）の人権をどう考えるかについては、母親に対するDVや子の母親からの引き離しが、子に対する暴力・耐えがたい状況にあたる可能性が示唆され、同時に、女性のDVからの保護や、司法へのアクセスについての世界的取組が必要で、**日本政府による移住女性に対する支援を強化すべき**との提案がなされた。

※6 1989年の第44回国連総会にて採択され、1990年に発効した。日本の批准は1994年。

## 2 第1部(2) 子どもの視点から面会交流とハーグ条約を考える

小田切紀子教授からは、心理学の見地より、面会交流は子どもにとって、①親の愛情を確認、②青年期の親離れを促進、③アイデンティティーの確立といった意味があることが紹介され、**面会交流の究極的な目的は子どもが親を知り、自分自身を知ることである**、と紹介された。

ただ、面会交流や別居親に対する子どもの本当の気持ちを把握するのは難しく、同居親が別居親のことを悪く言って子どもに否定的な別居親イメージを持たせるとか、子どもが両親の板挟みになるより同居親の味方になって安定した生活を送ろうとする（特に年齢が低い場合）といった理由から、子どもが面会交流を拒むことがあるとの指摘がなされ、さらに、そういった場合には、子どもに、①偏った別居親イメージを抱く、②他人をコントロールすることを学習する、③自己概念が混乱する、④同居親



に否定的感情を持ち、別居親に罪悪感を持つ、といった悪影響が考えられるとの指摘がなされた。

その上で、ハーグ条約締結後の課題として、わが国には、同室寝や家族内呼称に見ら



れるように「母子関係が夫婦関係よりも優先される」日本の家族観が存在し、父親の育児参加が低いことも併せて、これまでは離婚後は母親が親権者となって子どもを養育するのが一般的であったとの状況が指摘された。しかし、近年は男女共同参画の推進・少子化から育児に積極的に参加する父親が増えていることや、離婚後の単独親権が子どもの熾烈な奪い合いを生じさせ子どもに悪影響を与えていることから、まずは、日本でも共同養育制度を整えるべきとの提言がなされた。

また、ハーグ条約締結によって、子どもは、常居所地国から連れ去られ、また連れ戻されることになり、①子どもの日常生活の中断（将来の生活に対する不安）、②慣れ親しんだ生活環境・人間関係の喪失体験による身体的・精神的苦痛、③母親へのDVの再発、子どもへの暴力危険性といった心配があるとした上で、解決策として、親教育プログラムの義務化や、子ども代理人制度の導入等に加え、面会交流と養育費の規定や、安定した子どもと別居親との交流のための支援体制といった国内法の整備が必要であることが提言された。

### 3 第1部(3) 米国における例外事由の取扱い



ナンシー・ザルスキー・バーグ弁護士は、グローバル化はどの国家にも、どの文化にも等しく影響を及ぼし、国家はそれに寛容でなければならないとの概観から始め、続いて、米国の裁判所では、1970年代までは「母親優先の原則」<sup>※7</sup>が影響力を持っていたが、1970年代中頃からは、多様な要素に基づいて「子どもの最善の利益」を分析する考えに独占されていることを指摘した。

※7 Tender Years Doctrineと呼ばれ、母親の方が幼い子どもの養育には適しているとして、裁判所は大抵の場合において母親に監護権を与えた。

その上で、ハーグ条約が定める2つの返還拒否事由「子どもによる異議」「重大な危険」の米国における取扱いが以下の通り紹介された。

#### 1. 子どもの異議

「子どもによる異議」<sup>※8</sup>(13条2項)の例外事由が適用可能な子どもの年齢については10歳から16歳くらいと考えられるが、裁判所によって異なる判断が示されている(事案によっては13歳でも否定した例がある)。なお、米国の担保法によって、「子どもによる異議」の例外事由は、被申立人(奪取親)側に「証拠の優越性」(肯定する証拠が否定する証拠を優越している)レベルで証明する立証責任が負わされている。

#### 2. 重大な危険

「重大な危険」(13条1項b)の例外事由については、ハーグ条約の迅速な返還という趣旨を損なわないよう狭く適用され、どちらが監護者として相応しいかという議論には入らないとしている。また、担保法において、「重大な危険」の例外事由の立証責任が、「明確で説得的な証拠」レベルまで引き上げられており、さらに、子どもに対する危険は単に深刻“serious”というだけでは足りず、重大“grave”であることが必要とされている。

#### 3. DVと重大な危険

ドメスティックバイオレンス(DV)と「重大な危険」の例外事由との関係について、ある調査報告によれば、米国のハーグ条約事例の3分の1で何らかのDVがあったことが言及され、そのうちの70%は詳しい内容の説明がなされている。<sup>※9</sup>誇張されている場合もあるだろう。ただ、社会学により、DVに晒されることは子ども

※8 13条は「司法当局又は行政当局は、また、子が返還されることを拒み、かつ、その意見を考慮に入れることが適当である年齢及び成熟度に達していると認める場合には、当該子の返還を命ずることを拒むことができる。」と定める。

※9 Sudha Shetty & Jeffrey Edleson, Adult Domestic Violence in Cases of International Parental Child Abduction, 11(1) Violence Against Women 115, 120 (2005)

もの身体的・社会的成長に有害な影響を与えることが明らかにされている<sup>※10</sup>。米国連邦政府も、子どもが配偶者間の暴力に接すると身体的、精神的な危険が高まることを認識している。判例の中にも、父親の母親に対するDVを目撃した子どもの例で、一審の返還命令を覆した高裁判例がある。しかし、そのような判決を得るためには、弁護士はDVが子どもへの重大な危険となることについて、一生懸命努力して裁判官を説得しなければならない。

#### 4. 子どもの安全な返還を確保する手段としてのアンダーテイキング

申立親が「暴力をしない」「刑事告訴を取り下げる」といった約束をすることをアンダーテイキングというが、こういった約束をすることが「重

※10 大谷美紀子弁護士より、DVと「重大な危険」に関する文献として、ハーグ私法国際会議事務局作成の文献の紹介を得た。http://www.hcch.net/upload/wop/abduct2011pd09e.pdf

大な危険」の例外事由の判断に影響を及ぼすかについては裁判所の見解が分かれている。また、アンダーテイキングの実効性は、それが常居所地国で執行できるかにかかっているが、ある調査結果によれば執行されないことが多く、申立人が約束を反古にすれば破綻してしまう。事案によっては有用であるが、全てではない。

#### 4 第2部 質疑&ディスカッション

講演に引き続いての第2部は、谷英樹弁護士のコーディネートにより、3名の講演者が、会場の参加者からの質問に答えるという形で行われた。返還命令の執行、共同親権への移行の可能性、面会交流の確保等に関する質問が取り上げられ、特に、13条1項bの運用については熱心な議論が繰り広げられた。多くの質問が寄せられたが、時間的な制約から一部しか紹介できなかったのが残念であった。

## ハーグ条約の批准と国際的 face to face 国際家事調停シンポジウム

国際委員会ハーグ条約問題検討プロジェクトチーム 委員 小原 望

最近のグローバル化の進展と共に、国際結婚が増加する一方で国際離婚ないし婚姻関係の破綻も増え、日本人妻が子を連れて日本に帰ってくる人が多くなった。そのために日本は「拉致天国」とまで言われ、ハーグ条約批准への国際的圧力が強くなり、日本政府は2011年5月に日本もハーグ条約を批准することを決定し、現在それに関連する国内法の整備に向けた準備がなされている。

ハーグ条約<sup>※11</sup>はその前文に子の最善の利益を目的とすることを明記しているが、他方で夫婦のどちらが子にとって最善の監護権者であるかについては判断せず、6週間という短期の裁判手続で子を元いた

※11 「国際的な子の奪取の民事上の側面に関する条約」(ハーグ条約) 1980年10月25日にハーグ国際私法会議において採択され、1983年に発効。本年8月現在、締約国は86か国(米、加、全てのEU加盟国等)に達し、G8諸国中、日本のみが未締結。

国(常居所地国)に返還しなければならないと定めている<sup>※12</sup>。とりあえず子を元いた国に返還し、そこで監護権者の決定等をすれば良いとの立場である。

しかし、子の連れ去りに至る事情は様々であり、子を元いた国に返還することが常に子の最善の利益に適うとは言えない場合がありうる。従って、**ハーグ条約を批准し、単に子の返還命令を出すのみでは、「子の最善の利益」が常に確保されるとは言えない**のである。

ハーグ条約のこのような性格から、司法による返還命令だけでなく、当事者の話し合いにより、あらゆる問題を友好的に解決するための国際家事調停が有用と考えられることから、大阪弁護士会は、日本仲裁人協会と日本商事仲裁協会の共催の下に、2011

※12 条約の適用対象は①監護の権利の侵害を伴う、②16歳未満の子の、③国境を越えた移動

年8月26日(金)大阪弁護士会館において外部講師として外務省総合外交政策局長鶴岡公二氏、九州大学教授・国際調停専門家レビン小林氏をお招きし、頭記のシンポを開催した(内部講師は渡邊惺之弁護士・立命館大学教授、パネリストとして木内道祥弁護士、谷英樹弁護士、長田真里阪大准教授、コーディネーターは黒田愛弁護士)。

## 1 第1部 ハーグ条約の概要・条約批准に向けた準備・問題の 友好的解決に向けた中央当局の役割と運営

外務省(中央当局)の鶴岡公二総合外交政策局長からは、まず、1983年に発効したハーグ条約は、子の利益が最も重要であることをうたいつつ、監護権の侵害を伴う国境を越えた子の移動は、その子に不利益が及んでいることから、速やかに元いた国(常居所国)に返還することを求め、その際にどちらの親が監護権者として相応しいかについての判断は明示的に禁じられており、かかる監護権の判断を行う場合は、子が元住んでいた国であるということになっている等の概要説明のあと、日本は30年近く、この条約を批准しなかったが、2011年5月に政府は批准することを決定し、現在それに関する国内法の整備が行なわれていること、具体的には返還命令に関しては返還拒否事由<sup>※13</sup>も含め法制審で検討され、中央当局の任務に関しては、外務省での懇談会において各界の識者で議

※13 中央当局の主な任務としては、以下のように定められている。

- (1) 子の所在の特定(7条a)
- (2) 子に対する更なる害の防止(7条b)
- (3) 任意の返還又は問題の友好的解決の促進(7条c)
- (4) 司法上の手続開始のための便宜の供与(7条f)
- (5) 子の安全な返還の確保(7条h)

論がなされているとの現状報告があった。

中央当局の任務としては、子の所在の特定、子に対する更なる害の防止、任意の返還又は問題の友好的解決の促進、司法上の手続開始のための便宜供与、そして子の安全な返還の確保があり、その中で任意の返還又は問題の友好的解決の促進が特に重要であるが、これらは中央当局自らが行うことはできず、鶴岡局長としては是非弁護士、調停委員等のADR関係者の協力を得たいとのことであった。

更に、ハーグ条約の子の返還とは別に、親と子の面会交流も重要で、これに協力することも中央当局の任務であり、かつこれは返還命令と異なり(批准後の子の連れ去りのみに適用)、ハーグ条約発効前の連れ去り事案の面会交流も促進しなければならないことになるだろうとのことであった。

## 2 第2部 ハーグ条約によるゼロサム状態の防止と問題の 友好的解決に向けた国際家事調停制度のあり方

次に国際調停の専門家として有名なレビン小林九大教授からは、ハーグ条約はゼロサム状態をつくり出すおそれがある、すなわち、連れ去った親と連れ去られた親が子を間にゼロサム、どちらかが取ればどちらかが取れないという状態をつくってしまうので、返還命令は必ずしも望ましい解決でなない。しかし、このような条約があることによって、当事者間での任意の返還や問題の友好的解決のために国際家事調停等の円満解決がやりやすくなるという効果があり、その意味でハーグ条約は非常に有効であるのご意見であった。すなわち、国際調停の場では、子を相手親の了解なく海外に連れ去



ることはいけない、子を相手親から隠し面会交流を拒否してはならない、これらがなされた場合には子をそれまでの居住国に強制的に送還する、そのうえで子の監護親は送還先の国で決められることになる」と説明することにより、父や母である人たちに、だから自分達で何とかしてほしという説得をする。こういう場合にハーグ条約がバックがあれば連れ去り親もいつまでも子を隠しておけないことを知り、円満解決に向けたできる限りの努力をすることになるとのことである。

レビン小林教授によると、このような国際家事調停には次のような4つの重要なことがある。まず、第一に、国際家事調停の利点を再確認すること、すなわちゼロサム状態を作らないことと、法令や規則で対処できないような本音の部分を引き出して話し合えるという利点を再確認する。第二に、調停では言いたいことを率直に伝えるという(但し、相手に対する理不尽な攻撃、非難は慎む)ことが非常に重要であるという調停利用者としての心構えをきちんと確認する必要がある。第三に、調停の目的である子の福祉を優先させることを再確認すること。すなわち、子には父と母がいることが自然な状態であるのに、親の都合でどちらかの親がいないようにしてしまったのだから、すべての判断基準を子の生活に与える悪影響を極力少なくする状態を選ぶようにする。第四に、国際家事調停制度がどのような形になろうとも、政府からのポリシー面と金銭面との両方の支援が必要である。すなわち、国際化を目指すうえで調停を定義し、調停人の独立性・中立性も定義し、合意の拘束力を定める。その際に国際的動向、ハーグ条約の影響等も視野に入れ、海外にいる日本人にも役立つような調停の定義、ポリシーをつくっていただくことが必要であることを強調された。

### 3 第3部 ハーグ条約による子の返還裁判の問題点と 国際家事調停

最後のスピーカーとして、立命館大学教授である渡邊惺之弁護士から、ハーグ条約による子の返還裁



判と調停と題してご説明がありました。ハーグ条約が中央当局の設置と子の返還のための迅速な裁判を実施することを国に義務づけているが、これらは非常に特殊な手続である。すなわち、返還手続は6週間という短期間が原則であり、かつ監護権をどちらに認めるのが実質的に子の最善の利益にかなうかという実質的判断をしてはならないということになっている。そこでハーグ条約の規定どおりの無条件即時返還と言う原則で対応していいのかということが問題になってくると諸外国の判例を引用のうえご説明いただいた。

返還しなくてもよい事由として6点ぐらいにまとめられているが、これらが主張・立証されない限り、裁判所は返還を命じなければならない。従って、この手続きによって子の返還が求められた場合に、子の返還を命じたとしても、それによって親同士の間での対立は激化することはあっても、全体的な紛争の解決は逆に遠のくという可能性がある。

ハーグ条約による返還裁判の最大の問題点は、監護権・面会交流権紛争を全面的に解決することを目的としていないことにある。かかる問題を全面的にかつ円満に解決するためには、諸外国でも試みられている当事者の合意に基づく国際家事調停制度によるしかない。

かかる円満解決を容易にするためには、中央当

※14 返還を拒否できる場合としては、以下のように定められている。  
 (1)連れ去りから一年以上経過し、子が新たな環境に適応している場合(12条)  
 (2)申請者が監護の権利を現実に行使していなかった場合(13条1a)  
 (3)申請者が事前の同意又は事後の黙認をしていた場合(13条1a)  
 (4)返還により子が身体的若しくは精神的な害を受け、又は他の耐え難い状態に置かれることとなる重大な危険がある場合(13条1b)  
 (5)子が返還を拒み、当該子が意見を考慮するに十分な年齢・成熟度に達している場合(13条2)  
 (6)要請を受けた国の人権及び基本的自由の保護に関する基本原則により認められない場合(20条)

局が親と子の面会交流を支援することである。面会交流が活発になされればハーグ条約による返還裁判まで行くことが少なくなるだろう。

このような円満解決のための国際家事調停は、外国の当事者にとっても信頼性の高い専門家による調停であることが必要である。また双方の国の裁判所が関与した形での子の返還、あるいは面会交流を助成し、支援するような制度が必要である。諸外国で行われている undertakings、Safe Harbour Orders、Mirror Orders<sup>※17</sup>についてもご説明いただいた。

#### 4 第4部 パネリストの一言

これら3人のスピーチの後、3人のパネリストからも一言いただいた。

1. 木内道祥弁護士からは、ハーグ条約の下では子の返還裁判だけでなく、任意の返還、問題の友好的解決のための中央当局の役割が重要であること、
2. 谷英樹弁護士からは、ハーグ条約を含む国際的な監護紛争で求められる調停には4つのことが求められる。すなわち、返還すべきものは返還

※15 undertakingsとは、子供を1か月間外国に返還するが、1か月すれば必ず戻すということを外国の裁判所が関与した形で約束すること。

※16 Safe Harbour Ordersとは、例えばアメリカから子を連れ帰った日本人妻が、子をアメリカに連れ帰る場合には誘拐犯として逮捕するようなことはしないという保証。

※17 Mirror Ordersとは、子を1か月後には返すという約束をしながら返さなかった場合には、ハーグ条約の返還裁判で返還命令を得られるという外国裁判所の保証。



を前提にすること、迅速にすること、親子の面会を含む接触をさせること、及び多国籍関係についての理解と知識を有する調停人による調停であることであり、この観点からは今の家事調停とは別の新たな調停制度が必要であること、

3. 長田真里准教授からは、諸外国でも様々な調停の試みがなされているが、わが国においてもかかる調停は言語の違い、文化の違い、法律の違い、その他のいろんな違いをしっかりと念頭において国際家事調停制度を考えていかないといけないこと、がそれぞれ強調された。

#### 5 第5部 ディスカッションと質疑応答

その後スピーカー、パネリストでのディスカッション、フロアからの質問も出て、黒田愛先生の見事なコーディネートもあり、ハーグ条約の下での円満解決のための国際家事調停制度を考えるための充実したシンポとすることができた。

## ハーグ条約の加盟がもたらす実務への影響

国際委員会ハーグ条約問題検討プロジェクトチーム 副座長 谷 英 樹

- 1 ハーグ条約は、国境を越えた子の連れ去りまたは留置の事案に適用され、国内の監護権、親権に関する紛争に適用されることはない。そのため、ハーグ条約を締結した場合の影響を考えるにあたっては、その本来的な適用場面である国際的な監護紛争への影響を中心に考えることになるが、国内の監護権、親権に関する家事実務に対しても一定の影響を及ぼすものと考えられ、その両面を視野に入れて検討する必要がある。

#### 2 国際的な監護事案に対する影響

国際的な監護事案では、子どもを常居所地国から出国させようとする場合、あらかじめ監護権を有する者の承諾を得るか、裁判所の許可を得ることが必要で、それをしないで出国させた場合は、監護権を侵害する不法な連れ去りとなって、返還の対象となる。父母など複数の者が監護権を有する場合は全員承諾が必要である。典型的な事例は、共同して監

護権を有する親の一方が、他方の親に無断で子どもを海外に連れ出す場合であり、この場合は返還の対象となる。承諾ないし許可を得て出国させた場合でも、約束ないし許可された帰国の期限までに子どもを帰国させないときは、不法な留置として、条約に基づく返還の対象となる。

この場合の監護権の概念は各国の法制度によってさまざまであるが、条約でいう監護権は、「子の居所を決定する権利を含む」と定義されており（5条b）、日本の法制度では、親権者と監護者がここにいう監護権を有するものとされることは疑いがない。一方、親権を有しない親は、面会交流についての定めがあったとしても、条約上の監護権を有するということはできず、子どもが海外へ連れ去られると、ハーグ条約によって返還を求めることはできないと考えられる。すなわち、離婚の際に親権者とならなかった親は、子どもが海外に連れ出されたとしても、条約に基づく返還を求めることはできないこととなり、この点は、離婚後も共同親権の制度を採用する欧米諸国と比べて、大きな違いとなって現れる。

なお、日本において父母離婚前の共同親権のもとで子どもの出国を親権者の一方が承諾しない場合に、承諾に代わって裁判所が許可をするという仕組みは、現在の実務では存在しない。この仕組みをどのように構築するかという点も、実務上問題となるであろう。<sup>※18</sup>

また、ハーグ条約は、中央当局の任務として、接触の権利（面会交流権）についての援助を定めている（21条）。具体的な方法として、国際的なADRや面会支援の構築が検討されている。日本に連れ去られるとわが子との面会さえままならなくなるという国際的な汚名を返上するために、国際的な面会交流の充実が期待される。

### 3 国内の家事実務への影響

ハーグ条約の国内の家事実務への影響の点では、まず、父母離婚後の単独親権制をとる日本の制度が条約に適合するかという点が問題とされ

る。しかし、条約は、親権・監護権の内容をどう定めるかについては各締約国の国内法に委ねており、立法論は別として、条約の運用上、単独親権制をとる日本の制度が問題になることはない。

次に、わが国の離婚紛争においてしばしばみられる子連れ別居の違法性判断に影響を及ぼすのではないかという点が問題とされる。

この点については両方の考え方があり、監護権（親権）の侵害という点では国内の子連れ別居でも変わるところはなく、子連れ別居は違法であるとの考え方と、国境を越えた連れ去りの場合と国内の子連れ別居の場合とでは子どもに与える影響や監護権侵害の程度・内容の点で質的な違いがあり、国内の子連れ別居は必ずしも違法ということとはできないという考え方が対立している。しかし、ハーグ条約は不法性のメルクマールを監護権侵害の有無のみに求め、子どもに対する影響などの事情を判断基準としていないのであり、国内事案においても、その効果は別として、違法であるか否かの判断にあたってこれと別異の考え方をするのは困難であると思われる。

いずれにしても、現在のように、なんらの取り決めのないまま子どもを連れて別居し、それによって、別居親と子どもとの交流を含む監護の方法についてなんらのルールのない状態が長期間にわたって続くという実務の在り方については、抜本的な変革が迫られることになると思われる。

また、面会交流の在り方についても、条約に基づく接触の権利の援助の充実に伴って、国内の事案においても充実させる動きが強まるものと思われる。

4 以上のとおり、ハーグ条約は、国際的な子の連れ去りまたは留置の事案についてのみ適用され、国内の監護権、親権に関する紛争には適用されないとはいうものの、その締結によって、国内の実務も変革を迫られることになるものと思われる。その場合に重要なのは子どもの最善の利益の観点であり、この観点から条約の締結がわが国の家事実務の在り方を問い直す契機となることが期待される。

※18 現行法上の制度を利用するとすれば、民法766条2項の類推適用による子の監護に関する処分の一類型として認めることが考えられる。