

大弁企画（広）第56号  
2011年（平成23年）10月27日

法務省民事局参事官室 御中

大阪弁護士会  
会長 中本和洋

『『国際的な子の奪取の民事上の側面に関する条約（仮称）』  
を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』に対する意見書

9月30日付けで貴省が実施されました標記パブリックコメントについて、  
当会は次のとおり、意見を申し述べます。

## 第 1 子の返還のための手続関係

(意見)

前提として、中間とりまとめ案は、子の返還手続について家事事件手続法と同旨の内容を数多く提案しているが、そもそも、細かな手続規定を担保法に置くべきかという点について検討が必要である（諸外国の中には、担保法の中に特別の手続規定を置かない例も多い）。立法技術の問題ではあるが、返還手続を家庭裁判所の職分管轄とする場合には、「本法に定める子の返還手続については特段の定めのない限り家事事件手続法（同法第66条ないし第72条の特則を含む）の例による」という趣旨の規定を定めた上で、条約との関係で必要不可欠な規定のみを担保法で定めることも考えられる。

そのため、本パブリックコメントにおいては、家事事件手続法と同旨の内容を提案しているものについては、その内容が子の返還手続との関係で合理的な限りにおいては特段の意見を付さないものとし、必要に応じて、今後の立法作業において留意すべき点等を記述するにとどめる。

### 1 手続の主体

子の返還のための手続（以下「本手続」ということがある。）は、司法当局が行うものとする。

(意見)

賛成する。

### 2 採用する手続

本手続は、訴訟手続による必要はないものとする。

(意見)

賛成する。

(理由)

子の返還という家族・親族のプライバシー保護が必要な問題を対象としていること、判断の内容が裁判官の後見的判断になじむことからすれば、非公開の非訟手続とするという方向性には賛成である。

ただし、原則として6週間（条約11条）という早期の審理が予定されていることにも鑑み、非訟事件とした場合に当事者の十分な手続保障を図ることができるのかについて、家事事件手続法・改正非訟事件手続法の規律も踏まえた検討が必要である。

### 3 管轄

#### (1) 職分管轄

第一審は、家庭裁判所の管轄（職分管轄）に属するものとする。

#### (2) 土地管轄の集中

##### 【甲案】

東京家庭裁判所の管轄に専属するものとする。

##### 【乙案】

東京家庭裁判所と大阪家庭裁判所の2庁のみに管轄を認めるものとする。

（注）部会では、東京、大阪の各家庭裁判所に札幌、福岡の各家庭裁判所を加えて、この4庁のみに管轄を認めることを提案する意見もあった。

##### 【丙案】

高等裁判所8庁の所在地（東京、大阪、名古屋、広島、福岡、仙台、札幌、高松）の家庭裁判所のみに管轄を認めるものとする。

（後注1）【乙案】又は【丙案】を採る場合には、管轄裁判所（土地管轄）は、子の住所地を基準として定まるものとし、返還を求める子が複数ある場合には、そのうちの一人の住所地を管轄する家庭裁判所に管轄（併合管轄）を認めるものとする。

（後注2）【乙案】を採る場合には東京家庭裁判所又は大阪家庭裁判所に、【丙案】を採る場合には高等裁判所8庁の所在地の家庭裁判所に、合意により管轄裁判所を定めることができるものとする（合意管轄）。

（後注3）いわゆる応訴管轄（民事訴訟法第12条参照）は、認めないものとする。

(1) について  
(意見)

概ね賛成するが、引き続き検討が必要である。

(理由)

事件の性質、家庭裁判所の人的資源（調査官）・ノウハウの活用という観点からは家庭裁判所の職分管轄とすることがふさわしいといえ、諸外国においても、家事事件担当裁判官が事件を担当するように管轄を設けている例は多い。ただし、地方裁判所においても DV 保護命令事件や各種保全事件で培われたノウハウがあり、短時間で本案手続が別に存することを前提とした問題について審理するという子の返還手続の性質からすれば、これらの事件とも親和性がある。また、当事者の一方が外国人の事案において、家庭裁判所調査官の活用がどこまで有用なのかについても検討する必要がある。

なお子の返還手続の特色として、言語面の対応が求められることからすると、特定の裁判所（（2）における管轄の集中とも関連する。）に専門部を設置して、言語面の対応が可能な専門スタッフを置くということも考えられる。

(2) について

(意見)

乙案に賛成する。

(理由)

申立人の出頭の負担、裁判官・弁護士の特長等の観点から、一定の管轄の集中は不可欠であるが、下記に述べる理由から、さしあたり、東京家庭裁判所と大阪家庭裁判所の2庁のみに管轄を認めることが相当であると考え。

まず国際結婚後に帰国する相手方の居住地は全国に及びることから、相手方の出頭確保・負担軽減という見地から言って東京一極集中は望ましくなく、一定地域への拡大が必要である。したがって、甲案には反対である。他国においても、一定の人口のある国で、裁判所が一つという例は少ない。

他方、丙案については、申立てが見込まれる事件数が年間数十件程度であることからすると<sup>1</sup>、司法資源の有効活用という観点から言って、高裁8庁の所在地の家庭裁判所に担当部を設置して専門のスタッフを配置することは現実的ではない。また、渉外的な要素を有する子の返還手続は、弁護士にとって、事件の性質上、経験・専門性の要求される事件であるところ、高裁8庁所在地全てにおいて、申立人・相手方が迅速にそのような弁護士にアクセスすることがで

---

<sup>1</sup> 法制審議会ハーグ条約（子の返還手続関係）部会・第2回会議・議事録 4頁 棚村委員発言。

きるのか、弁護士側でも十分な対応ができるかどうかという疑問がある。したがって、丙案を制度の開始時点から導入するのは、時期尚早といえる。

以上の観点から乙案が適切であるが、さらに乙案に賛成する積極的理由として、まず、現時点でも大阪家庭裁判所における涉外案件の数が多く、大阪などの関西地域にはアジアを中心とした国家の国籍を有する外国人が多いこと、大阪はアジアから距離的にも近いことがあげられる（今後アジア諸国の中から本条約に加入していく国が増えると考えられる）。

さらには、子の返還事例に対する裁判外での紛争解決手続も含めた総合的な紛争処理体制の整備という観点も重要である。子の返還事例については、諸外国においては、条約に基づく返還手続とは別に、裁判外紛争手続の場において、面接交渉等も含めた実際上の解決が図られている例が多いのが現状であり、日本において条約に基づく子の返還手続を導入するにあたって、そのような裁判外での紛争解決手続を整備することが不可欠である。この点において、東京と大阪には、家事事件における調停委員や涉外家事事件の経験に長けた弁護士が数多くあり、そのような裁判外紛争解決機関を設置するだけの人的資源が整っていると見える。現在、本条約の施行をにらんで、東京と大阪にこのような機関を設置する動きも見られるところであるが、この機関における手続と裁判所における手続の連携やスムーズな移行等を考慮すれば、この機関の設置場所と裁判管轄とはできる限り整合的であることが望ましい。

以上より、本条約に基づく子の返還手続を実効性のある手続として導入していく上では、当初は東京と大阪の2箇所を管轄裁判所を設置した上で、実際の施行状況・事件数を踏まえながら、管轄裁判所の拡大について検討することが適切であるといえる。

なお、管轄の集中を前提とした場合、土地管轄について子の所在地を基準としつつ当事者による合意管轄を認めること（注1・注2）、応訴管轄を認めないこと（注3）については賛成する。

#### **4 移送**

##### **(1) 管轄違いに基づく移送**

裁判所は、事件がその管轄に属しないと認めるときは、申立てにより又は職権で、これを管轄裁判所に移送するものとする（家事事件手続法第9条第1項本文参照）。

##### **(2) 裁量移送及び自庁処理（3(2)で【乙案】又は【丙案】を採る場合）**

家庭裁判所は、事件を処理するために特に必要があると認めるときは、申立てにより又は職権で、事件について管轄権を有する家庭裁判所以外の家庭裁判所に移送し、又はその管轄に属しない事件を自ら処理することができるものとする（家事事件手続法第9第1項ただし書及び第2項参照）。

（注）移送先や自庁処理をすることのできる家庭裁判所は、3(2)で管轄を認められた家庭裁判所（【乙案】を採る場合には東京家庭裁判所又は大阪家庭裁判所、【丙案】を採る場合には高等裁判所8庁の所在地の家庭裁判所）に限るものとする。

（1）について

（意見）

賛成する。もともと、申立段階における管轄違いの発生を防止するために、申立てにおける中央当局のサポートのあり方については検討が必要である。

（2）について

（意見）

賛成する。もともと、この場合、事件処理期間である6週間の起算点である「手続の開始の日」（条約11条2項）を当初の申立受理時とするか、移送時とするかについては検討が必要である。

なお、中間取りまとめ案が家事事件手続法とは異なり移送の申立権を認めていることは妥当である。

## 5 裁判所の構成

裁判所の構成は、裁定合議の余地を認めた一人制とするものとする。

（意見）

賛成する。

（理由）

事件の迅速処理という観点から、原則一人制とする方向性がよいと考える。事案が複雑で慎重な判断を要する事件については、裁定により合議とする余地を認めることが妥当である。いかなる場合に合議とするべきかについては、諸外国の実情を踏まえて検討する必要がある。

## 6 除斥及び忌避

裁判官及び書記官について除斥及び忌避の制度を設け、家庭裁判所調査官について除斥の制度を設けるものとする（家事事件手続法第10条から第13条まで及び第16条参照）。

なお、忌避の制度の導入に当たっては、併せていわゆる簡易却下制度も導入するものとする（家事事件手続法第12条第5項から第7項まで参照）。

（意見）

賛成する。

（理由）

このような制度を置くこと自体に異論はないが、前提として、担当裁判官・書記官・家庭裁判所調査官が除斥・忌避された場合の代替要員を確保できるような裁判所の体制・管轄の配分となっていることが必要である（特に裁判官についてこの点が妥当する）。

家庭裁判所調査官について、忌避の制度を導入しないという提案については本来問題があるが、家事事件手続法との整合性を踏まえ、あえて反対しない。

## 7 当事者適格

### (1) 申立人

子の連れ去り又は留置により監護権が侵害された者に申立人適格があるものとする。

### (2) 相手方

現に子を監護している者に相手方適格があるものとする。

### (3) 子

返還を求められている子は、本手続上の当事者にはならないものとする。

(1) について

（意見）

賛成するが、中央当局の申立人適格については検討が必要である。

（理由）

中間とりまとめ案は中央当局に申立人適格を付与しないことを前提としてい

るが、執行に際して中央当局の手続的関与が求められる場合がありうることからすると、ここでも中央当局を申立人とする余地を残しておくことも考えられる。中央当局の手続的関与に関わる他の論点（9・22）を含めて引き続き検討が必要である。

（2）について

（意見）

基本的に賛成する。

（理由）

執行の観点から、現に子を監護している者が相手方となることには異論はないが、それだけで十分といえるかについては検討が必要である。たとえば、申立前後で監護している者が変わるようなケース、監護権がある旨の外国裁判所の判断を得ている者が現に監護していないケースなどについて、検討の余地がある。

（3）について

（意見）

賛成する。ただし、条約が子の異議を認めていることとの関係上（13条2項）、返還を求められている子が利害関係参加人（9）として手続に参加できることが必要である。

## **8 当事者能力及び手続行為能力**

（1）当事者能力

本手続における当事者能力については、民事訴訟法第28条及び第29条の規定に相当する規律を設けるものとする。

（2）手続行為能力

本手続においては、意思能力を有する限り、手続行為能力を有するものとする。

（1）について

（意見）

賛成する。

（2）について

(意見)  
賛成する。

## 9 参加

### (1) 当事者参加

- ① 当事者となる資格を有する者は、当事者として手続に参加することができるものとする（家事事件手続法第41条第1項参照）。
- ② 裁判所は、相当と認めるときは、当事者の申立てにより又は職権で、他の当事者となる資格を有する者を当事者として手続に参加させることができるものとする（家事事件手続法第41条第2項参照）。

### (2) 利害関係参加

- ① 裁判の結果により直接の影響を受ける者は、裁判所の許可を得て、利害関係参加人として手続に参加することができるものとする。
- ② 裁判所は、相当と認めるときは、職権で、裁判の結果により直接の影響を受ける者を利害関係参加人として手続に参加させることができるものとする（家事事件手続法第42条第3項参照）。

(1) について

(意見)  
賛成する。

(2) について

(意見)  
賛成する。ただし、子の参加のあり方、中央当局の参加について検討が必要である。

(理由)

返還を求められている子の手続参加を想定して、このような規定を置くことには賛成する。ただし、迅速処理の必要上、どのような者が「裁判の結果により直接の影響を受ける者」に該当するかを明らかにしておく必要がある。少なくとも、返還を求められている子、現に子を監護している者を相手方とした場合の奪取親(以下「TP」という)などについては、利害関係人としての参加が認められるべきである。

子の参加を認める場合には、スイスのように代理人の指名を強制する立法例

があることも踏まえて、子の代理人制度の利用のあり方について検討する必要がある。

また、中央当局の当事者適格を否定する場合に利害関係参加人としての参加を認めるべきであり、その旨の明文を置く必要がある。

## 10 代理人

### (1) 弁護士代理

法令により裁判上の行為をすることができる代理人のほか、弁護士でなければ手続代理人となることができないものとする。

(注) 弁護士強制は認めないことを前提としている。

### (2) 許可代理

裁判所の許可を得て、弁護士でない者を手続代理人とすることができるものとする。

### (3) 職権による代理人の選任

行為能力の制限を受けた者が本手続における手続行為をしようとする場合において、必要があると認めるときは、裁判長は、申立てにより又は職権で、弁護士を手続代理人に選任することができるものとする（家事事件手続法第23条第1項、第2項参照）。

(意見)

賛成する。

(理由)

本人だけによる裁判を認めないという弁護士強制については、日本における既存の裁判手続との均衡からも、採用しないことでやむをえない。代理人を付す場合には、この返還手続が当事者間の利害対立を法適用によって裁定するものであるから、手続代理人は弁護士に限られるべきである。弁護士でない者の許可代理については、現行の家庭裁判所実務同様に、出頭困難な当事者に代わる親族等に限定されるべきである。

(3)の職権による弁護士の代理人選任は、子の参加を考えると、是非、必要な規定である。

## 11 裁判費用

### (1) 費用の予納

裁判費用（執行費用を含む。）については、「国際的な子の奪取の民事上の側面に関する条約（仮称）」（以下「ハーグ条約」という。）第42条に基づいてハーグ条約第26条第3項の留保をすることを前提に、申立人が申立ての手数料を納めるとともに当事者等が必要な費用の概算額を予納することを原則とし（民事訴訟費用等に関する法律第3条第1項、第11条、第12条）、証拠調べ等の本手続に必要な行為に要する費用は、国庫において立て替えることができるものとする（家事事件手続法第30条参照）。

(2) 負担者及び裁判

- ① 手続費用は、各自の負担とするものとする（家事事件手続法第28条第1項参照）。
- ② 裁判所は、事情により、①によれば当事者及び利害関係参加人がそれぞれ負担すべき手続費用の全部又は一部を、その負担すべき者以外の当事者及び利害関係参加人に負担させることができるものとする（家事事件手続法第28条第2項参照）。
- ③ 裁判所は、事件を完結する裁判において、職権で、その審級における手続費用の全部について、その負担の裁判をしなければならないものとする（家事事件手続法第29条第1項参照）。

(3) 手続上の救助

裁判費用について、資力の乏しい者に裁判費用の予納を猶予する家事事件手続法の規定及び同規定が準用する民事訴訟法の規定に倣った手続上の救助の規律を設けるものとする（家事事件手続法第32条参照）。

(4) その他の費用

ハーグ条約第26条第4項の規定を担保するための規定は、設けないものとする。

(1) について

(意見)

中間とりまとめ案においては、条約26条3項を留保することが所与の前提とされており、法制審議会においても特段議論がなされていないが、国家政策に関わる問題であるので、慎重な議論が必要である。

(2) から (4) までについて

(意見)

条約26条3項を留保することを前提として、このような規定とすることには賛成である。ただし、手続の迅速性の観点から、費用負担の裁判、裁判費用救助の決定を迅速に行う手当が必要である。

なお、今回の法制審議会の諮問対象外ではあるが、現在の総合法律支援法における民事法律援助の援助対象、日弁連委託援助事業における援助対象の中に外国居住者は含まれていないことから、外国居住の申立人（主として被奪取親（以下「LBP」という））について弁護士費用の扶助制度の利用を可能とするため、条約施行に合わせて関連法令の改正を行う必要がある。

## 12 公開・非公開

審理手続は、公開しないものとする。ただし、裁判所は、相当と認める者の傍聴を許すことができるものとする（家事事件手続法第33条参照）。

(意見)

賛成する。

(理由)

諸外国の実情も踏まえた検討が必要ではあるが、原則非公開とすることについては問題はない。公開とする必要性が高い事案については、裁判所による傍聴の許可（家事事件手続法第33条ただし書）を弾力的に運用することが望ましい。

## 13 裁判記録の閲覧等

① 当事者又は利害関係を疎明した第三者は、裁判所の許可を得て、裁判所書記官に対し、事件の記録の閲覧若しくは謄写、その正本、謄本若しくは抄本の交付又は事件に関する事項の証明書の交付を請求することができるものとする（家事事件手続法第47条第1項参照）。

② 裁判所は、当事者から①による許可の申立てがあったときは、これを許可しなければならないものとする（家事事件手続法第47条第3項参照）。

（注）一定の事由がある場合には、許可しないことができるものとし、その事由については、なお検討するものとする（家事事件手続法第4

7条第4項参照)。

- ③ 裁判所は、利害関係を疎明した第三者から①による許可の申立てがあった場合において、相当と認めるときは、これを許可することができるものとする(家事事件手続法第47条第5項参照)。

(意見)

賛成する。

(理由)

プライバシー保護の観点から、閲覧対象は当事者及び利害関係人に限定する必要がある。

一定の事由がある場合には、許可しないことができる事由をなお検討することは賛成である。

ただし、中間取りまとめ案では、家事事件手続法において記録の閲覧謄写を定めた47条の内、当事者には許可が義務付けられるまでの規定は、そのまま諮問されているのに、当事者への義務付けの例外規定(47条4項)は諮問に登場せず、(注)で例外をなお検討する、とされている。これは、同法の例外を緩める意図を有する者ではないかと思われる。しかし子の返還の裁判手続において、手続保障の必要性は、家事事件以上(訴訟の方に近い)と思われるので、当事者への義務付けの例外が家事法よりも拡大されるべきではない。したがって不許可事由は、少なくとも家事事件手続法47条3項と同等ないしそれ以上に限定的であるべきである。

また、中央当局が子やTPの所在を確認した場合に、LBPには所在についての情報は開示しないという方針を採用していることとの関係を、なお検討すべきである。すなわち、この場合、LBPには居場所を特定する情報が与えられないまま本手続を行うことができるところ、記録の閲覧謄写により、居場所についての情報をLBPに公開しないという手法が画餅に帰する恐れがあるため、この点の規律を明確にすべきである。

#### 14 送達

送達に関する基本的な規律として、民事訴訟法第1編第5章第4節の規定に準じた規律を設けるものとする。

(注1) 送達場所等の届出の規律に関し、日本国内に住所を有しない申立人等の場合には日本国内に適切な送達場所を確保することができな

いことも想定されるため、例えば、我が国の中央当局を送達場所及び送達受取人として届け出ることができるものとするなどの手当てをすることについて、なお検討するものとする。

(注2) 公示送達の規律については、相手方の所在が当初から不明である場合を含め、事案に応じ公示送達により手続を進めることができる余地を残す必要性があることを踏まえ、これを設けるものとしている。

(意見)

賛成する。

(理由)

家事事件手続法は送達を必要的としていないこと、送達には時間がかかるが、本手続には迅速性が要求されていることとの関係が考えられるべきことから、どのような場合に送達を行うことになるのかという点をそもそも十分に検討すべきである。送達が必要な場合があるのであれば、公示送達も含めて規定を設けることは賛成する。

なお、公示送達について規定を置くことについてあえて否定する必要まではないが、申立段階で相手方の所在が判明していないケースの取扱いについては、相手方の所在について中央当局による所在調査が行われることを踏まえた運用のあり方を検討する必要がある。

## 15 手続の併合・分離

裁判所は、手続を併合し、又は分離することができるものとする（家事事件手続法第35条参照）。

(意見)

賛成する。

## 16 手続の受継

(前注) ここでいう「受継」とは、法令により手続を続行する資格のある者等が手続を引き継ぐことを意味し、当事者の死亡等の事由によって手続を続行することができない場合において、当該手続を受け継ぐべき者があるときであっても、当該手続は中断しないことを前提としている。

### (1) 申立人が死亡した場合

原則として手続が終了することを前提に、本手続の申立てをすることができる者は、申立人の死亡の日から1か月以内に申出をしてその手続を受け継ぐことができるものとする（家事事件手続法第45条第1項及び第3項参照）。

- (2) 当事者が死亡以外の事由により手続を続行することができない場合
- ① 当事者が死亡以外の事由により手続を続行することができない場合には、法令により手続を続行する資格のある者は、その手続を受け継がなければならないものとする。
  - ② 裁判所は、他の当事者の申立てにより又は職権で、①に定める者に手続を受け継がせることができるものとする（家事事件手続法第44条参照）。（後注）相手方が死亡した場合は、相手方に代わり新たに子を監護する者を職権で当事者（相手方）として参加させる方法（9(1)②参照）によって対応することを前提としている。

（意見）

賛成する。

## 17 手続の中止

手続の中止については、民事訴訟法第130条から第132条まで（同条第1項を除く。）の規定に相当する規律を設けるものとする（家事事件手続法第36条参照）。

（意見）

賛成する。ただし、条約12条3項に対応する規定の有無・内容については検討が必要である。

（理由）

中間とりまとめ案は、条約12条3項が定める「子が他の国に連れ出されたと信ずるに足りる理由がある場合」を想定した中止の規律は特に不要であるとの見解に立っている。しかし、子が他国に移動した場合における所在確認方法、帰国の見込みの判断、所在が確認できた場合の再開の手続などに関し、中央当局の関与も含めた具体的な規律の有無・内容については、引き続き検討が必要である。

## 18 申立ての方式等

### (1) 申立ての方式

- ① 本手続の申立ては、日本語で記載した書面を管轄裁判所に提出してするものとする（家事事件手続法第49条第1項参照）。
- ② ①の書面（申立書）には、次に掲げる事項を記載しなければならないものとする（家事事件手続法第49条第2項参照）。
  - a 当事者及び法定代理人
  - b 本手続により子の返還を求める旨

### (2) 併合申立て

申立人は、複数の子について返還を求める場合には、これらを併せて申し立てることができるものとする（家事事件手続法第49条第3項参照）。

### (3) 裁判長の申立書審査権

申立書が(1)②に違反する場合又は申立人が法令の規定に従い申立ての手数料を納付しない場合には、裁判長は、相当の期間を定め、その期間内に不備を補正すべきことを命じなければならないものとし、申立人が不備を補正しないときは、申立書を却下しなければならないものとする（家事事件手続法第49条第4項及び第5項参照）。

(1) について

(意見)

賛成する。ただし、申立人が相手方の住所等の情報を把握できない場合には、申立人に相手方の住所を特定することなく申立てを行うことを許容する必要がある。

(理由)

中間とりまとめ案は相手方の住所・子の所在地を申立書の必要的記載事項としていないが、例えばDV事案においては、申立人に相手方の所在情報を知らせない形で申立てを行うことを認める必要があるので妥当である。その場合、中央当局が子の所在場所を裁判所に対して連絡した上で、手続を進める必要がある。

また逆に、申立人であるLBPが自らの住所を相手方に伝えずに手続きを進めることを希望する場合には、この要請もかなえられるべきであり、家事事件手続法、同規則による制度等を参考に具体的な手法が検討されるべきである。

なお、管轄裁判所を複数にした場合に、中央当局はLBPに当該管轄内に子

が所在することまでは伝えるのか、また承認の裁判の執行を考慮すれば、手続きの進行に伴い、最終的にはL B Pに子の所在を告げる必要が生じてくると思われるが、中央当局または裁判所は、どの段階で子の所在地についての情報をL B Pに伝えるのかについてなお検討すべきである。

(2) について

(意見)

賛成する。

(3) について

(意見)

賛成する。ただし、申立人が申立書の記載方法について中央当局のサポートを得られるような体制を構築することが必要である。

## 19 証明責任

ハーグ条約第3条、第4条及び第12条第3項の規定に基づく子の返還事由（子が16歳に達していないこと、子が我が国に現在すること、子が我が国以外の条約締約国に常居所を有していたこと等。第2の1参照）については申立人にその証明責任を認め、ハーグ条約第12条第2項並びに第13条第1項及び第2項の規定に基づく子の返還拒否事由（子が常居所を有していた国に子を返還することが、子に対して身体的若しくは精神的な害を及ぼし、又は子を耐え難い状況に置くこととなる重大な危険があること等。第2の2参照）については相手方にその証明責任を認める考え方を採るものとする。

(注) ここでいう「証明責任」とは、いわゆる客観的証明責任を意味するものである。

(意見)

基本的に賛成する。

(理由)

審理を尽くした結果、真偽不明の場合を考え、証明責任の所在を明確化しておくのが適当であり、また本条約の文言から言っても、証明責任を中間とりまとめ案のように定めることが適当である。

ここでいう証明責任について、本手続では職権探知主義が採用されているもの

であるから、裁判資料の収集を職権であることを禁ずる趣旨でなく、職権探知によって収集された資料も含め、裁判所が自由な心証により資料を検討しても、なお事実が証明されたといえない場合に、当該事実がなかったものとされる不利益を受けることを意味するものと理解することについても賛成する。

ただし、本手続は非訟事件であるとする、本来的に証明責任による処理になじまない側面があるのではないかという視点もある。実際上も、子の異議の要件など、証明責任により処理することが疑問な要件もある。これらの点についてなお検討すべきである。

## 20 裁判資料の収集方法

裁判資料の収集方法については、基本的に、職権で事実の調査をするものとし、証拠調べについては、申立てにより又は職権で、必要と認める証拠調べをしなければならないものとする。ただし、19記載の子の返還事由及び子の返還拒否事由については、19において証明責任を認められた当事者が証明しなければならないものとし、裁判所は、必要と認めるときは、職権で、事実の調査及び証拠調べをすることができるものとする。

(意見)

基本的に賛成するが、但し書きについては、職権で調査を行うべき場合があることに留意すべきである。

(理由)

迅速性の観点にかんがみ、基本的に職権で事実の調査をし、証拠調べについては、申立てにより又は職権で必要と認める証拠調べをしなければならないとするのでよいと考える。

19記載の点については、当事者の果たす役割が大きい部分であり、当事者が証明責任を負う事実に関しては、当該当事者が証明せねばならないとし、裁判所が必要と認めた場合、職権で事実の調査、証拠調べを実施可とすることで基本的に問題ない。

但し、「重大な危険」の要件については、常居所地国の制度についての検討が必要で、中央当局からの情報を得る必要があることなど、当事者に第一次的な役割を与えることについては、なお検討すべき点もある。さらに、「子の異議」(条約13条2項)の有無については、子を当事者の激しい対立的な立証活動にさ

らすのが妥当とは思えないため、むしろ裁判所が十分な職権探知、職権調査を行うべきである（当事者の立証活動を認めないという趣旨ではない）。

## 2 1 審理手続

### (1) 申立書の写しの送付等

- ① 本手続の申立てがあった場合には、家庭裁判所は、申立てが不適法であるとき又は申立てに理由がないことが明らかなきを除き、申立書の写しを相手方に送付しなければならないものとする（家事事件手続法第67条第1項本文参照）。
- ② ①の申立書の写しの送付をすることができない場合又は送付の費用の予納がない場合には、裁判長は、相当の期間を定め、その期間内に不備を補正すべきことを命じなければならないものとし、申立人が不備を補正しないときは、申立書を却下しなければならないものとする（家事事件手続法第67条第2項及び第3項参照）。

（意見）

賛成する。

（理由）

当事者の手続保障の観点から、申立書の写しを送付しなければならないことに賛成する。なお前記14のとおり公示送達を可能とするのであれば、送付できない場合には公示送達を行うことになるはずである。

### (2) 事実の調査等

#### ア 事実の調査

本手続における事実の調査については、家庭裁判所調査官に事実の調査の権限を認めるほか、裁判所技官による診断、他の家庭裁判所等への事実の調査の囑託、官庁等への調査の囑託等を行うことができるものとする（家事事件手続法第58条から第62条まで参照）。

#### イ その他

本手続の期日における通訳人の立会いその他の措置については、民事訴訟法第154条及び第155条の規定に相当する規律を設けるものとする（家事事件手続法第55条参照）。

(意見)

賛成する。

(理由)

専門的な能力を持つものによる調査が望ましい。ただし本案審理を行うものではないという点を踏まえた上での調査となることに留意すべきである。

### (3) 事実の調査の通知

裁判所は、事実の調査をしたときは、特に必要がないと認める場合を除き、その旨を当事者及び利害関係参加人に通知しなければならないものとする（家事事件手続法第70条参照）。

(意見)

賛成する。

(理由)

迅速性を特に害するとは解されず、手続保障の観点からも望ましいと解されるため。

### (4) 電話会議・テレビ会議システム

- ① 裁判所は、当事者が遠隔の地に居住しているときその他相当と認めるときは、当事者の意見を聴いて、裁判所及び当事者双方が音声の送受信により同時に通話することができる方法によって、本手続の期日における手続（証拠調べを除く。）を行うことができるものとする（家事事件手続法第54条第1項参照）。
- ② 証拠調べの手続については、民事訴訟法第204条、第210条及び第215条の3の規定に相当する規律によるものとする（家事事件手続法第64条第1項参照）。

(意見)

賛成する。

(理由)

迅速性の観点や、外国に居住するLBPの便宜の観点からも望ましい。

## (5) 陳述聴取

### ア 陳述聴取

裁判所は、申立てが不適法であるとき又は申立てに理由がないことが明らかなきを除き、当事者の陳述を聴かなければならないものとする（家事事件手続法第68条参照）。

（注）ここでいう陳述聴取とは、言語的表現による認識や意向を聴取する手続を意味し、裁判官が審問の期日において口頭で聴取する場合だけでなく、裁判所が書面により照会する場合や、家庭裁判所調査官が調査として聴取する場合も含むものとするを前提としている。

### イ 審問の期日の立会い

#### 【甲案】

裁判所が審問の期日を開いて当事者の陳述を聴くことにより事実の調査をするときは、他の当事者は、当該期日に立ち会うことができるものとする。ただし、当該他の当事者が当該期日に立ち会うことにより事実の調査に支障を生ずるおそれがあると認められるときは、この限りでないものとする（家事事件手続法第69条参照）。

#### 【乙案】

審問の期日の立会いについては、規律を設けないものとする。

（意見）

アについては、賛成（但し、迅速性を害さぬよう配慮が必要）する。また手続保障の観点から、家事事件手続法68条2項と同様、当事者が求めれば審問を開くことを必要とすべきである。

イについては、手続保障の観点から甲案に賛成する。

## (6) 証拠調べの手続

証拠調べの手続については、民事訴訟法第2編第4章第1節から第6節までの規定（本手続の性質に鑑み、同様の規律を設けることが相当でないものを除く。）に相当する規律を設けるものとする（家事事件手続法第64条第1項参照）。

（注）「同様の規律を設けることが相当でないもの」としてどのようなものがあるかについては、なお検討するものとする。

(意見)

賛成する。

(7) 調書の作成等

裁判所書記官は、本手続の期日について、調書を作成しなければならないものとする。ただし、証拠調べの期日以外の期日については、裁判長においてその必要がないと認めるときは、その経過の要領を記録上明らかにすることをもって、これに代えることができるものとする（家事事件手続法第46条参照）。

(意見)

賛成する。

(8) 審理の終結

裁判所は、申立てが不適法であるとき又は申立てに理由がないことが明らかなきを除き、相当の猶予期間を置いて、審理を終結する日を定めなければならないものとする。ただし、当事者双方が立ち会うことができる期日においては、直ちに審理を終結する旨を宣言することができるものとする（家事事件手続法第71条参照）。

(意見)

賛成する。

(9) 裁判日

裁判所は、(8)の規律により審理を終結したときは、裁判をする日（裁判日）を定めなければならないものとする（家事事件手続法第72条参照）。

(意見)

賛成する。

## 2.2 中央当局と裁判所との関係等

- ① 本手続の申立てに係る事件が係属した場合には、当該裁判所は、その旨を中央当局に通知するものとする。
- ② 本手続に必要な資料収集に当たっての、中央当局による協力・調査の方策については、なお検討するものとする。
- ③ 本手続の開始の日から6週間以内に子の返還を求める申立てについての裁判がされない場合には、我が国の中央当局又は当該手続の申立人は、司法当局に対し、遅延の理由の説明を求めることができるものとする。

(注) 遅延の理由の説明をする場合のルートの詳細については、ハーグ条約第11条第2項の解釈を踏まえて、なお検討するものとする。

- ④ 本手続が終了した場合には、裁判所は、その旨を中央当局に通知するものとする。

(後注) 中央当局による裁判記録の閲覧等の規律については、なお検討するものとする。

(意見)

①については、「係属した場合」ではなく、「申立てがあった場合」とするべきである。

②については、賛成である。

③についても、賛成である。但し、「開始」の意義については検討の必要がある。

④については、「本手続が終了した場合」ではなく、「本手続の審理が終結した場合及び本手続が終了した場合」とするべきである。

また、中央当局においては子・相手方の所在が判明しているが申立人には開示されない場合において、中央当局が裁判所に通知する方法その他の段階でどの程度の情報を通知すべきかについても検討する必要がある。

(理由)

①について

手続の「係属」とは、例えば「訴訟係属」が被告に対する訴状送達があった時点からとされているように、一般的に相手方に申立書を送付された時点からと解されている。家事審判事件の場合は別異に考えることもできるかもしれないが、ここでいう「係属」の意味は少なくとも明確ではない。

そうすると、仮に手続の「係属」を上記のように考えたとして、これにより、初めて中央当局に通知がなされるとするならば、申立書が相手方に送付されてから、裁判所が中央当局にこれを通知することとなる。しかしながら、現実には、申立人が相手方の所在が不明なまま申立てを行っている場合、当該裁判所は申立書を相手方に送付するため、あるいは公示送達 of 判断をするため、申立書の送付以前の段階においても、中央当局から相手方の所在に関する情報を受け取る必要がある。このように、送付前の段階で中央当局との連携が必要な場合があることから、中央当局への通知は、「申立てがあった場合」に行うとすべきである。

#### ②について

②の中央当局による協力・調査に関しては、今後なお検討すべき課題として、

- ア 収集に協力すべき資料や情報の範囲の問題、
  - イ 調査・協力を行うべき要件の問題、さらに
  - ウ 得られた資料の裁判所への提出方法に関する問題
- が存在すると考えられる。

このうち、アについては、ハーグ条約第7条2項dにおいて、中央当局は「子の社会的背景に関する情報」の交換につき適切な措置をとるべきことが規定されているが、この点については、子が返還される国においてどのような生活を送るのかという事情は、子どもの最善の利益の観点から特に重要な情報であること、またTPが常居所地国に存在する資料にアクセスすることは極めて困難であることに鑑み、中央当局は、「社会的背景に関する情報」より広く、子の返還拒否事由の判断に当たって必要な情報について、必要に応じて、調査・収集に協力すべきものとする方向で検討されるべきである。

また、イについても、同じく条約第7条2項dに「相当とされる」場合に上記情報交換を行うべき規定があることから、その意義を、情報収集の目的の正当性や個人情報保護との関連を中心に検討されるべきである。

ウについては、中央当局が収集した社会的背景に関する情報及び一般的な資料を裁判所に提出する方法として、例えば中央当局が当事者に手交し、当事者が裁判所に提出する方法と中央当局が裁判所に提出する方法（裁判所から中央当局に調査嘱託又は送付嘱託をする方法）が考えられることから、具体的提出方法について、検討されるべきである。

#### ③について

③遅延理由の説明は、本条約11条2項の規定を国内法として具体化したものであり、同条1項の規定により要請される手続きの速やかな進行を促し、訴

訟の遅延を事実上抑止する観点から有用であると考ええる。

但し、③にいう「開始」の意義については、6週間の審理期間の起算点となる時点であることから、具体的に手続上のどの時点の意味するかは明らかにする必要はある

④について

④については、審理終結後においては返還命令を見据えた合意の促進が期待されるという観点からするならば、任意返還に向けた任務を負っている中央当局に対して、本手続き終了のみならず、審理の終結についても通知するべきである。

その他

中央当局が子や相手方の所在を把握しているが申立人には知らされていない場合において、中央当局から裁判所へ所在の情報開示を行うにあたり、まずもって情報開示を許容する規定を置く必要がある。

また、情報開示を行うための具体的な通知方法等を決める必要がある。その際、中央当局がどの段階において、いかなる内容の情報を出すこととするのかについて、特に慎重な検討を要する。さらに、審理手続中に相手方や子の所在が不明となった場合の対処についても、中央当局によりさらなる相手方や子の所在確定を行うのか、その間の手続をどうするのかなどについて検討する必要がある。

### 23 子の意思の把握

裁判所は、子の陳述の聴取、家庭裁判所調査官による調査その他の適切な方法により、子の意思を把握するように努め、裁判をするに当たり、子の年齢及び発達の程度に応じて、その意思を考慮しなければならないものとする（家事事件手続法第65条参照）。

（意見）

賛成する。さらに、その聴取が不可能または不適當な場合を除き、子の意見陳述を聴取すべき旨の規定を置くべきである。

（理由）

- 1 本条約に基づく子の返還手続において、子は裁判手続の当事者となっていない。しかし、子は常居所地国へ返還される主体であり、その結果に重大な利害関係を有している。また条約は、「子の利益が最も重要であることを深

く確信し」ていることを標榜している（条約前文）。従って、子の利益を最大限に確保する観点から、裁判所は、子の年齢にかかわらず、子の意思を把握し、それを判断に反映させることが必要である。

- 2 我が国では、これまで、子が影響を受ける家事事件において、家庭裁判所調査官の調査その他の適切な方法により子の意思の把握を行なって判断するという方法を採用してきた。条約に基づく子の返還手続においても、裁判所が、子の陳述の聴取、家庭裁判所調査官による調査その他の適切な方法により、子の意思を把握することは当然の責務といえる。家事事件手続法においても子の意思を考慮しなければならない旨の規定があり（同法第65条）、本手続においても、裁判を行うに当たり、子の年齢及び発達の程度に応じて、子の意思を考慮しなければならないものとする旨の規定を設けるのが相当である。
- 3 それに加えて、上記65条を発展させ、子の陳述聴取を必要的なものとするべきであると考え。条約第13条第2項は、返還拒否事由の一つとして、「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。」と規定している。このような事情が認められるかどうかを判断する際の資料として、子の陳述の聴取は不可欠である。また、この返還拒否要件については、当事者の激しい対立的な立証活動を中心とした手段により認定するよりも、裁判所が主導してこれを認定することが望ましい。従って、裁判所は子の陳述を必ず聴取しなければならないものとするべきである。
- 4 陳述聴取のためには、子がある程度の年齢に達していることが必要となり（本条約13条2項もその旨定めている）、本条約において返還の対象となる子は、16歳未満である。

しかし、16歳未満であっても、子の成熟度には個人差もあるのだから、原則として、年齢にかかわらず陳述聴取が必要であると規定しておき、年齢が低すぎる、または裁判所が子にアクセスすることができないなど、聴取が不可能な場合や、聴取が子の福祉に反すると見られるなど不適當な場合には例外として陳述しなくてよいとする規定にすればよいと考えられる。
- 5 また、子が返還に異議を述べている場合には、子の意思を尊重し、その利益を保護するために、子の代理人を選任して手続に関与させるべきである。

## 24 裁判所及び当事者の責務

裁判所は、手続が公正かつ迅速に行われるように努め、当事者は、信義に従い誠実に手続を追行しなければならないものとする（家事事件手続法第2条参照）。

(意見)

賛成する。

(理由)

連れ去られた子の返還を命じる場合には、できる限り速やかに従前の生活関係が回復されることが望ましく、返還の申立が退けられる場合には不安定な状態を可及的速やかに終了させる必要がある。条約第11条第1項は、返還手続は迅速に行われるべき旨を規定している。そうした条約の趣旨から考えて、迅速な審理を行なうための一般的規定を設けることについては、賛成する。しかし、それが拙速にわたって、当事者の手続的保障を害することがあってはならず、当事者に対する具体的な制裁を科す義務を課するような規定を設けることは賛成できない。

## 25 ハーグ条約第14条関係

ハーグ条約第14条の規定を担保するための規定は、設けないものとする。

(意見)

賛成する。

(理由)

- 1 条約第14条は、不法な連れ去り又は留置といえるかどうかを判断するに当たっては、子の返還手続を行う国の国内法上通常必要とされる外国法の証明や、外国の決定の承認のための手続を経ることなく、監護権に関する子の常居所地国の法や司法上又は行政上の決定を考慮することができることを規定している。
- 2 日本においては、外国法の性質は「事実」ではなく、「法」とであると解され、その内容の把握及び適用については、裁判所の職責であると解されている。従って、外国法を「事実」と捉える法制度の下であれば格別、当事者に

よる外国法の証明は必要とされてはいない日本の法制度では、第 14 条を担保する規定を設ける必要はない。

- 3 外国の決定の承認のための手続について、条約第 14 条は外国の裁判例等が不法な連れ去り又は留置の判断の証拠として提出された場合を想定しているが、日本においては、外国の裁判の承認の有無が、当該裁判の効力についての証拠能力や採否の判断に影響を及ぼすことはない。従って、この点からも第 14 条を担保する規定を設ける必要はない。

## 26 ハーグ条約第 15 条関係

裁判所は、申立人が、子が常居所を有していた国の当局から子の連れ去り又は留置が不法であることの証明書を得ることができる場合には、申立人に対し、その証明書の提出を求めることができるものとする。

(意見)

賛成する。

(理由)

子の連れ去り又は留置が条約第 3 条に規定する不法なものかどうかは、子の常居所地国法に基づき判断される。

申立人が、子が常居所を有する国の当局から、不法性に関する証明を得ることができる場合、日本の裁判所が申立人に対し、その証明を求めることができる点については、それが監護権の証明になり、裁判所の審理・判断に資するといえるから、その旨の規定を国内法に設けるのが相当である。

## 27 ハーグ条約第 16 条関係

親権者若しくは監護者の指定若しくは変更又は子の引渡しについての裁判が係属している場合において、当該裁判が係属している裁判所にハーグ条約第 3 条第 1 項に規定する子の不法な連れ去り又は留置があったことの通知がされたときは、当該裁判所は、ハーグ条約に基づく子の返還がされないことが決定されるまでの間、その判断をしてはならないものとする。ただし、子の返還を求める申立てが相当の期間内にされない場合は、この限りではないものとする。

(注) ハーグ条約第 3 条第 1 項に規定する子の不法な連れ去り又は留置があったことを、親権者若しくは監護者の指定若しくは変更又は子の引

渡しについての裁判が係属している裁判所に通知する方法については、  
なお検討するものとする。

(意見)

賛成する。

(理由)

- 1 条約は、不法な連れ去り等をされている子の常居所地国への迅速な返還を確保することを目的とし、監護の実体に関する紛争については、子の常居所地国への返還後、当該国において解決されることを前提としている。そこで、条約第 16 条は、子が連れ去られた国の司法当局又は行政当局に対し、不法な連れ去り又は留置があったことの通知を受けたときは、子の返還に関する紛争の決着がつくまでの間、子の監護に関する実体判断をすることを原則として禁止している。

条約第 16 条が、締約国に対し、実体判断の裁判の禁止を命じていると解される以上、国内担保法において、中止についての規律を設ける必要があるものと考えられる。

- 2 また、不法な連れ去り又は留置があったことの通知があった場合でも、その通知がなされただけで、子の返還命令の申立が速やかになされない場合には、「迅速な子の返還」自体に対する必要性が低くなる。のみならず、子の監護権を巡る紛争が解決しないために、子の生活環境が不安定なまま推移することになって、子の福祉をないがしろにする結果になりかねない。従って、子の返還命令の申立が相当の期間内になされない場合を除く旨の規定を置く点についても賛成する。

なお、条約 16 条および中間取りまとめ 27 の文言上も、わが国の裁判所が監護の本案について裁判をなし得るのは「ハーグ条約に基づく子の返還がされないことが決定した後」あるいは「子の返還を求める申立てが相当の期間内になされない場合」であり、ハーグ条約に基づく子の返還を命ずる裁判がなされ、その裁判手続が終わっても、実際に子の返還が実現しない場合には、わが国の裁判所が監護の本案について裁判をなし得ないことが確認されるべきである。

## 28 ハーグ条約第 17 条関係

ハーグ条約第 17 条の規定を担保するための規定を設けるものとする。

(意見)

賛成する。

(理由)

1 条約に基づく常居所地国への返還は、子の監護に関する本案とは切り離して、迅速な原状回復を行なうことを目的とするものである。そのため、連れ去られた先の国における子の監護に関する決定があることを理由とする子の返還の否定は、不法な子の連れ去りを既成事実化することになり、子の常居所地国における監護状態の回復という条約の目的を没却する。

そこで、条約第 17 条は、子の返還手続に係属している国において、既に子の監護に関する決定が効力を有する場合であっても、そのことのみをもっては本条約に基づく返還を命ずることを拒絶することができないことを規定している。

2 他方で、同条は、本条約の適用に当たり、監護に関する決定の理由を考慮することができる旨を規定するが、これは、既にされた監護に関する裁判等の手続における成果を、子の返還手続の申立の当否を判断するに当たって活用する余地も認めている。

3 以上の点はいずれも妥当であるが、こうした点は、国内担保法においても明確化する方が望ましい。

## 29 裁判

### (1) 返還命令の主文

主文については、基本的に裁判実務における運用に委ねるものとするが、具体的な在り方については、なお検討するものとする。

### (2) undertaking

いわゆる undertaking を可能とするための特別の規律は、設けないものとする。

(注) 諸外国では、子の返還の前提として、又は子の返還の実現を図る目的で、子の返還に関連する事項（例えば、申立人が、相手方と子が、子が常居所を有していた国へ帰国する旅費を支払うことや、子が常居所を有していた国において相手方と子のための住居を確保すること）について、当事者が義務を負うことを裁判所（通常は、子の返還を求める申立てに係る事件に係属する裁判所）に約束し、裁判所が、返還命令と一体のものとして、又は別の命令として、その履行を命ずるこ

とがある。このような約束又は履行の命令を、一般に undertaking と呼んでいる。

(1) について

(意見)

賛成である。

しかし、本手続が、非訟手続で行われることが予定されていることからすれば、主文については、訴訟手続による場合に比べて、より柔軟なものとするのが可能であることを指摘しておく。

(理由)

なお検討することについて賛成である。

まず、主文の具体的な在り方を検討するに際しては、執行方法との関係を入念に検討する必要がある。

すなわち、本手続における執行方法については、34で詳述するとおりであるが、その執行方法は、間接強制に限定されるべきものではなく、直接強制を含めた方法が検討されるべきである。さらには、子を返還する先が常居所地国であるのか、LBPなのか、人身保護請求に準じた裁判の実現方法がありうるのか、実現にあたっての中央当局の役割は、といったさまざまな視点について、どのような方法を採用するかによって、主文の内容も変わりうる。

したがって、主文の在り方についても、執行方法との関係で、実効性のある執行が可能な主文の在り方が求められるものである。

この点、条約の枠組みからは、一般的な主文例として、「相手方は、子を常居所地国へ返還せよ。」というものが考えられるが、この主文が、履行の方法及び時期の点で不明確な点を残すものであることは否めない。そのため、命令を受けた相手方及び執行を担当する機関としては、何が本旨に従った履行なのかを明確に判断できず、実効性のある執行が実現できないという問題が生じる可能性が認められる。

また、条約の究極の目的が、子の最善の利益にあることに照らせば、子の最善の利益を実現するために必要な条件（例えば、扶養料の支払い、暴力を行使しないこと等）を返還命令の主文で命じる可能性も検討されるべきである。

したがって主文については、履行の方法及び時期について、ある程度明確に命じる余地がないか、子の最善の利益を実現するために必要な条件を命じる余地がないかをなお検討する必要があると考える。さらに、子の返還手続において、当事者間で、何らかの約束がなされた場合には、その内容を、返還命令の主文に記

載することも検討されるべきである。

(2) について

(意見)

条件付で賛成である。

**undertaking** の制度については、その具体的内容が決められない以上、現時点で何らかの規定をすべきとまでは言えないが、強制的な返還手続を補充し又は「当事者間の合意に基づく任意返還」を実現するために有効な手段の1つであると考えことから、導入に向けて、なお、検討が続けられるべきであると考え。

(理由)

いわゆる **undertaking** の制度は、条約そのものに規定されていないこと、わが国において類似の制度がないこと、また、各国の実務においても、常居所地国における履行が確保されない **undertaking** には、実効性が認められないという問題が指摘されていること等の理由から、少なくとも、現段階で、いわゆる **undertaking** という制度を、わが国で可能とするための特別の規定を設けるべきであると言うことはできない。

しかし、強制的な返還の場合においても、子の返還を容易に実現するための前提として **undertaking** が有効に働く場面が想定される可能性もあり、また、相手方による任意の子の返還を促し、将来の強制執行を不要とすることを目的とする **undertaking** を推奨することにより、当事者間の合意が形成されやすくなり、和解や裁判外 ADR により、任意返還への流れを生む可能性も期待できるという点で、**undertaking** が、「当事者間の合意に基づく任意返還」を実現するために有効な手段の1つであることは明らかである。

したがって、現時点において、**undertaking** のための特別の規定が設けられないからと言って、その検討を行わないとしてしまうことは妥当とは言えず、少なくとも、子の返還の前提として、または子の返還の実現を図る目的で、子の返還に関する事項につき、当事者が何らかの義務を負うことを裁判所に対し約束することについてまで消極的になることがあってはならないと考える。

諸外国においては、**undertaking** を条件とした返還命令が出されているという実態（特に、13条1項(b)の重大な危険の例外事由が主張された裁判例において、**undertaking** が活用されている）に照らし、引き続き、**undertaking** を可能とするための規定の制定についての検討は必要であると考え。

なお、たとえば、13条1項(b)の「耐えがたい状況の重大な危険」を減ずる **undertaking** の申出があった場合には、その履行が、子の福祉を保障するため

に有益であることが認められる。他方で返還の要件を検討するに際し（特に、13条1項（b）の「耐えがたい状況の重大な危険」の判断において）、履行を確保できない **undertaking** を偏重することで、結果的に、返還によって、子の最善の利益という条約の究極の目的が害されるという事態が生じかねないという問題があることから、返還の要件の検討における、**undertaking** の取扱いには、慎重にならなければならない面もあると考える。

さらに、**undertaking** という制度の導入を検討するに際しては、法的根拠のみならず、履行を確保することで、実効性の認められる制度にするための手段についての検討が必須であると考えられる。具体的には、裁判官が、外国の裁判所に対し、**mirror order** や **safe harbour order** を求めることをはじめ、直接、子の返還先の国の裁判官や、中央当局と連絡を取り、必要な保護措置について相談することなどが考えられる。また、**undertaking** の内容が、「LBPが、帰国費用、住居費用、生活費、弁護士費用を負担する。」といった金銭的な約束を内容とするものである場合には、事前に金銭を供託させるといったシステムを構築することで履行が確保できることもある。

### 30 裁判の効力の発生

子の返還を求める申立てについての裁判は、確定しなければその効力を生じないものとする（家事事件手続法第74条第2項参照）。

（意見）

賛成する。

（理由）

裁判の効力発生時を確定時とすると、執行まで時間がかかり子の迅速な返還という本条約自体の理念に反するとも考えられる。他方、一審段階での返還あるいは執行を認めると、後の不服申立手続で返還が不当であるとの裁判が出た時、その裁判は外国および外国において子を監護している者には当然には強制できないことから、子を再度日本に戻すことが事実上不可能となる可能性が高い。

以上を踏まえると、一審の裁判が出た段階での返還あるいは執行を認めた場合、慎重な審理を期すため、不服申立手続をもうけた趣旨が没却されるし、何より、返還すべきでない場所に返還される子にとって酷な結論となる。また、その弊害の大きさが裁判所を萎縮させ、返還に消極的な判断が出やすくなる可

能性もある。

そこで、裁判の効力発生時を確定時とすることは妥当であると考えられる。ただし、子の迅速な返還という本条約自体の理念に十分配慮し、不服申立手続および保全手続についても手続の迅速性を確保すべきである。

### 3 1 裁判の取消し等

#### 【甲案】

裁判所は、子の返還を命ずる裁判が確定した後、事情の変更により、当該裁判を維持することが不当と認めるに至った場合又は当該裁判を維持する必要性が消滅した場合には、申立てにより、当該裁判を取り消し、又は変更することができるものとする。ただし、子が常居所を有していた国に戻った後は、当該裁判を取り消し、又は変更することができないものとする。

#### 【乙案】

裁判所は、子の返還を求める申立てについての裁判が確定した後、当該裁判を維持することが不当と認めるに至った場合又は当該裁判を維持する必要性が消滅した場合（子の返還を求める申立てを却下する裁判については、裁判確定後の事情変更による場合を除く。）には、申立てにより、当該裁判を取り消し、又は変更することができるものとする。ただし、子が常居所を有していた国に戻った後は、当該裁判を取り消すことができないものとする。

(注) 取消し又は変更に期間制限を設けるものとするか否か等、取消し又は変更のための手続の詳細については、なお検討するものとする。

(意見)

裁判確定後の事情の変更があった場合に、執行力を否定する処分の必要性は認めるが、甲案・乙案に関わらず、裁判の取消しの規定を本手続に導入すべきではない。

(理由)

本条項に定める裁判の取消しは、家事事件手続法 78 条の裁判の取消しにならった規定であると思われる。ところで、家事事件手続法 78 条は、家事審判法 7 条により準用される非訟事件手続法 19 条を承継した規定である。

ところで、非訟事件手続法19条の趣旨は、非訟事件は、民事訴訟のように司法上の権利関係の存否を確定し、紛争を解決することを目的とするものではなく、裁判所が後見的立場から具体的な事情に適合した司法上の権利関係を創設、形成することを目的とするものであるから、裁判所において、事後にその裁判が不当であったことを発見したり、事情の変更によってその裁判が相当でなくなったと認めるような場合には、裁判を具体的な事情に適合させるため、自らその裁判の取消し・変更をする道を開いておくことが適当であるということにある。

しかし、本手続は、非訟事件の扱いがなされるとしても、裁判所が返還拒否事由の有無を判断し、これがない場合には返還を命じなければならないという点で訴訟事件類似の性質を有しており、また言い渡される裁判は基本的に返還の許否だけであって(前記29記載のとおり、別の要素が盛り込まれることも考えられるが)、裁判所が裁量によって一定の状態を創設、形成するものではない。したがって、そもそも家事事件手続法78条の趣旨が本手続に妥当するとは考えられない。

さらに、家事事件手続法78条1項は、法律関係の早期確定を図る趣旨から即時抗告をすることができる審判については、裁判の取消しの対象としないと規定している(1項2号)。そして、本手続は、子の迅速な返還を求める本条約の実施のための手続であり、通常の家事事件よりも迅速性が要求される手続であるため、不服申立手続として即時抗告が認められている。にも関わらず本手続に裁判の取消の規定の適用を認めると即時抗告によって法律関係の早期確定を図ろうとする趣旨を没却し、上位法たる本条約に反する。

もちろん、裁判確定後の事情の変更により、返還の裁判が不当となるという事態はあり得る。また、一旦子が常居所地を有する国に返還されれば、後にいかなる手続を取っても、日本に再度戻すことは難しいと考えられるため、そのような場合に何らかの形で裁判の執行力を否定する手続を取る必要はある。ただし、その場合でも裁判の取消の規定ではなく、請求異議の訴えと執行停止の規定に準じた制度を構築すべきである。

### **3 2 取下げ**

申立ては、その全部又は一部を取り下げることができるものとする。ただし、子の返還を求める申立てについての裁判がされた後にあっては、相手方の同意を得なければ、その効力を生じないものとする(家事事件手続法第82条第2項参照)。

(意見)

賛成する。

(理由)

本法において規定される子の引渡等については、当事者が処分することができる権利であると解されるから、訴えの取り下げ自体は認めるべきである。

次に、相手方の同意が必要となる時期について、民事訴訟法にならい一定の訴訟行為を行った時期とするか、家事事件手続法のように審判後とするかという点が問題となるも後者を取るべきである。その理由は、本法における子の返還の裁判については既判力がない以上、相手方が自分に有利な裁判を得るメリットはあまりないと考えられること、本条約12条においては、引渡請求は1年以内に行うことが規定されており、申立人が取下げと申立てを繰り返すということも考えがたいことである。

### 3.3 不服申立て

#### (1) 即時抗告

子の返還を求める申立てについての裁判に対しては、即時抗告をすることができるものとし、その具体的な手続等については、次のとおりとするものとする。

##### ア 即時抗告権者

当事者に即時抗告権を認めるものとする。

(注) 子に即時抗告権を認めるかどうかについては、なお検討するものとする。

##### イ 即時抗告の期間

即時抗告の期間は、2週間とし、裁判の告知を受けた日から進行するものとする。

##### ウ 抗告審の手続

抗告審の手続については、原裁判所による即時抗告の不適法却下、抗告裁判所の裁判長による抗告状審査権、原審の当事者等への抗告状の写しの原則送付及び必要的陳述聴取等、基本的に第一審の手続の規律に相当する規律を設けるものとする（家事事件手続法第87条から第89条まで、第93条等参照）。

(意見)

即時抗告の手続によることは賛成する。ただし、子の迅速な返還という本条約の趣旨に鑑み、抗告審においても手続の迅速性を確保する規定を置くべきである。

(理由)

#### 1 即時抗告によることについて

本条約の目的は、不法に移動された子の即時の返還を確保することであり、第一審については6週間以内で決定を行うことが原則とされている(ハーグ条約11条)。他方、本手続は子の返還という重大事項を扱うものであるから、裁判の適正を担保するため、不服申立手続をもうける必要性は強い。他国においても、不服申立手続を導入しているのが一般的である。

このように、本条約において要求される手続の迅速性と裁判の適正を両立させるためには、迅速な不服申立手続を定めることが必要である。

本手続の不服申立手続においては、家事事件手続法の手続に従うとしているが、特別抗告および許可抗告には裁判の確定を遮断する効力はなく、即時抗告の裁判が出た時点で裁判が確定することになるため、迅速な不服申立手続という本手続の理念に適うものであると考える。

#### 2 即時抗告の手続等について

第一審手続については、申立人と相手方の二当事者対立構造を取っている以上、両当事者を即時抗告権者とすべきである。

子を即時抗告権者とするか否かについては、検討の必要がある。本手続と類似の手続である子の監護に関する処分としての子の引渡においても子に独自の即時抗告権は認められていないこと、子については、親が居所を指定するのが原則であることに鑑みれば、即時抗告権を与える必要は無いとも思える。

他方でTP、LBPが適切に子の利益を守る立証活動をとらなかった場合など、一定程度成熟した子が、独自に即時抗告権を行使し、利害関係参加人として、代理人を通じるなどして適切な対応をすることが望ましい場合も、数は多くはないが有りうると思われる。なお検討すべきである。

次に即時抗告の手続については、本条約が迅速な子の返還を目的としていること、第一審が6週間以内の裁判を原則としていることに鑑み、手続が長期化しないように配慮する旨の規定をもうける必要があると思われる。

#### (2) 特別抗告及び許可抗告

最高裁判所に対する不服申立てとして、特別抗告及び許可抗告を認めるものとし、その具体的な手続については、民事訴訟法の特別抗告

及び許可抗告の規定（同法第336条及び第337条参照）に相当する規律を設けるものとする。

（注）特別抗告及び許可抗告については、民事訴訟法や家事事件手続法における場合と同様に、執行停止の効力は一般的には認めないものとし、執行停止を要する事案については、個別に執行停止の裁判により対応するものとするを前提としている（民事訴訟法第334条第2項、家事事件手続法第95条及び第98条第1項等参照）。

（意見）

賛成する。

（理由）

本条約20条は、子の返還について要請を受けた国における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ものであれば、拒むことができるとしており、これはわが国においては憲法判断となりうるものであるから、特別抗告を認める意義はある。

また、本手続は、子の返還という重要事項を扱うものであり、法令解釈の統一性を確保するため、許可抗告も認めるべきである。

この場合、民事訴訟法や家事事件手続法と同様に、執行停止の効力は一般的には認めないものとし、個別に執行停止の裁判により対応することも適当である。

### (3) 手続的な裁判に対する不服申立て

手続的な裁判に対する不服申立てについては、特別の定めがある場合に限り即時抗告をすることができるものとした上で、即時抗告の期間は、1週間とし、原則として執行停止の効力はなく、原審の当事者等に対する抗告状の写しの送付や陳述聴取は、必要的ではないものとする規律を設けるものとする（家事事件手続法第99条、第101条及び第102条参照）。

（意見）

賛成する。

#### (4) 再審

本手続においては、再審を認めるものとし、その具体的な手続については、民事訴訟法の再審の規定に相当する規律を設けるものとする。ただし、子が常居所を有していた国に戻った後は、再審を認めないものとする。

(意見)

賛成する。

(理由)

裁判に重大な瑕疵がある場合にその裁判を存続させることは不当であり、再審手続を設ける必要がある。

また、一旦子が外国に返還された後に、再審により返還を求める裁判を取り消したとしても、その裁判の効力は、すでに外国にいる子には及ばず、事実上返還を求めることは不可能であるから、この場合に再審を認める意味はない。

### 3 4 子の返還の実現方法

子の返還を命ずる裁判の強制執行については、間接強制を認めるものとする。

ただし、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する。

(意見)

今回の国内法の規定として「間接強制を認める」との規定を置くことには反対する。

間接強制のみを認めるという規定を置くとすれば、それについては、反対である。

子の返還の実現方法について、間接強制に限らず、他の方法を検討することには、賛成する。

(理由)

#### 1 子の返還を命ずる裁判の強制執行についてどう規定すべきか

作為、不作為を含めて給付を命ずる個々の裁判について、執行力がないことを明記する立法例はある（例えば、調停前の措置についての民事調停法12条2項、家事事件手続法266条3項）が、どのような執行力があるかを明記する立法例は、少なくともわが国において一般的ではない。

強制執行の方法としての間接強制は、平成16年の民事執行法の改正前は、直接強制によることも代替執行によることもできない債務についてのみ認められていた（民事執行法172条）が、同年の民事執行法の改正により、物の引渡債務や代替的な作為義務および不作為義務についての間接強制が認められた（同法173条1項）外に、養育費等の扶養義務等に基づく金銭債権についての強制執行についても間接強制を認めた（民事執行法167条の15第1項 ただし、金銭債権について例外的に認めるという関係上、物の引渡債務や代替的な作為義務および不作為義務と比較すると要件がより厳格となっている）。

今回の国内法による子の返還を命ずる裁判が、金銭債務でないことはいうまでもない。金銭債務でない債務について間接強制が可能であることは、わが国の法制上は明らかであるから、今回の国内法の条文として、間接強制を認める旨の規定を置く必要はない。

間接強制を認めるという規定が意味を持つとすれば、二つの解釈が想定される。一つは、子の返還を命ずる裁判は、本来、執行力がないものであるが、特に、この規定により、間接強制の限度で強制執行を認めるという解釈である。もう一つは、子の返還を命ずる裁判は、本来、執行力があり、直接強制も可能であるが、特に、この規定により、執行力の範囲を間接強制に限定するという解釈である。

子の返還を命ずる裁判に執行力がないという理解は、誰もがしていないことと思われる。そうすると、間接強制を認めるという規定を置くことは、それ以外の強制執行を許さない趣旨と解されるおそれが高い。

したがって、今回の国内法の規定として、「間接強制を認める」という規定をおくべきではない。

## 2 間接強制に限定すべきではない

従来、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は、さまざまな議論がなされていた。間接強制も不可能な自然債務という考え、間接強制のみが可能であるという考え、直接強制も可能であるという考えがあったが間接強制では実効性がない場合もあり、正当な権利者が正当な手続により直接の引渡しを実現できないとすると、自力救済を助長することになりかねない。直接強制が物の引渡しと同じ手続であるということだけで子の人格を無視することにはならない。大切なのは、子の身体の安全や精神の安定を確保することであり、直接強制でも具体的な執行方法に配慮すれば、子の福祉にかなう実施ができると考えられる。そこで、近年には、直接強制が可能であるという説

が有力になりつつある。」（森淳子「民事執行」318頁 2009年）というのが現在の実務の大勢と思われる。

これを前提とすると、本条約が命ずる子の返還の本来の趣旨は、申立人に引き渡せということではなく、本国に戻せということであり、国内事件での子の引渡しは相手方に引き渡せと命じられる(ことが多い)という違いがあるとしても(ただし、中間取りまとめの補足資料 38 頁でも、この条約による返還命令の主文として「相手方は申立人に子を引き渡せ。」という主文がありうるとしている。その場合には、国内事案と同じになる)、わが国が国内事件において、子の引渡しについて直接強制を認めているにもかかわらず、本条約による子の返還命令の強制執行としては、間接強制しか認めないということは、本条約 2 条が締結国の義務として定める「条約の目的を達成するためのあらゆる適切な措置をとる」に違反するおそれがある。

この点をより具体的にいえば、次のようになる。

子の返還を命ずる裁判があり間接強制も命じられたが、それでも子の返還が実行されない場合、残された親としては、国内法によって子の返還を求めるしなくなる。その場合の方法としては、人身保護法による申立てと家事審判法による申立ての二つが考えられる(それ以外に民事訴訟として返還請求がありうるのかという問題はある)。そのいずれについても、本条約の国内法において返還命令の裁判が存在することをどう位置づけるかについて、あくまで子の最善の利益によって判断するという考えが取られるとすれば、そのことは、子にとっての本案の判断を我が国の裁判において行なうということである。

これでは、本条約の趣旨をまったく逸脱しているということになると思われる。したがって、返還を命ずる裁判の執行力を間接強制に限定するべきではない。少なくとも、直接強制を認めるべきである。

### 3 子の返還の実現についての他の方法

本条約による「子の返還を命ずる裁判の実行方法」の他の方法として、中間取りまとめの補足資料 50、51 頁が、外国の例として、刑事罰や拘禁を上げている。刑事罰や拘禁がグローバルなものとして合理的なものかどうかという論点は別として、現実には、そのような方法がわが国において実施されることは想定しづらいことである。もともと、本条約は、子の返還の実現について、締結国があらゆる措置をとることを求めており(条約 2 条)、中央当局は、子の任意の返還の実現のためにあらゆる措置を取ることが義務とされている(条約 7

条)のであるから、子の返還を命ずる裁判の実行をどうするか、という以前に、返還を求める裁判を起こす前に利用可能なADRを用意すること、裁判途中あるいは裁判の後でも、子の任意の返還を合意によって実現するためのADRを用意することは、締結国の責務である。

したがって、そのための国の責務としての措置（ADRへの支援など）が行なわれるべきである。

### 35 調停・和解

本手続における調停・和解の在り方については、なお検討するものとする。

(注) 当事者の自主的な話し合いの手続としては、他に民間型ADRの活用が考えられる。

(意見)

条約による返還裁判の手続内での裁判所による調停・和解は条約16条との整合性に問題があり、用いられるべきではない。裁判所外のADR組織による調停制度の整備と、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。

(理由)

#### 1 調停について

(1). ハーグ条約の起草時点で明確に目的とされていたのは、子供を常居所地国外に奪取し、奪取先国の裁判手続で奪取親が監護権を取得するというforum shoppingによる裁判管轄を許さないことであった。条約16条はその趣旨に基づく規定であり、連れ出し帰国の場合に日本には子の監護権の帰属、監護権の内容や行使のような実質判断についての裁判管轄を許さない規定である。

(2). LBPが提起した条約による返還裁判で、LBPの意思によらず実質的な監護権についての判断を裁判所が行う調停前置による調停、裁判官による付調停決定等はこの条約16条の趣旨に反しており許されない。条約に関する特別委員会の企画においてGood Practiceとしてドラフトが作成され勧められている調停は、裁判所外で行われるADR調停である。

(3). 日本における調停前置による家裁の調停は、条約16条に違反する点で、条約による返還裁判では実施すべきではない。純粹ADRとしての調停、TPとLBPが任意の合意により行う裁判外の調停のみが、監護権などの実質問題を含めた全体的な解決を図る方法として、条約と調和する。

(4)．裁判外のADR調停は条約特別委員会でも **Good Practice** として勧められ、他の締約国でも実績を上げている。在外申立人にとって返還裁判より、紛争を全体的、平和的に解決できる方法として、利用インセンティブを与えることのできるような信頼できるADR制度の整備が必要である。その際に、外国人調停員と日本人調停員の2名による調停、国際調停の実施に必要な能力を備えた専門調停員の要請などの制度整備が必要である。更に、ADR調停の実効性を挙げるために、調停合意に法的な事件解決効を与える即決和解のような制度や、**safe harbor order** や **mirror order** 等の当事者間合意に法的効力を付加し、効力を担保する内外裁判所の協力支援制度の整備も求められる。

(5)．このようなADR調停制度は、返還裁判との関係だけでなく、中央当局による任意的返還への支援、面会交流の実施やその援助などの業務の実施のためにも不可欠である。特に、子の返還裁判の多くは子との面会交流が適正にできないことへの不満から、海外のLBPが提起する事例が多いと考えられている。この点で、子を連れての帰国事例で海外の親との面会交流援助は返還裁判を抑制する効果も期待され、ADR調停組織と制度の整備は、この側面でも積極的に進められることが望まれる。

## 2 和解について

調停前置や職権による付調停と違い、和解の勧試は外形的にはLBPの開始合意に基づく点で、直ちに条約16条には反するとはいえない。和解の内容範囲を子の返還請求に限定すれば、つまり監護権の帰属や行使に関わる事項を和解の対象に含まなければ、条約16条には反しないと解されるが、返還裁判の裁判体が和解の勧試を行う場合、実際にはこのような和解は困難であろう。

なお、和解が当事者の合意に基づき行われることを強調し、和解条件に監護権の帰属や行使に関わる事項が含まれても、16条には反しないと解することも可能という立場も有り得る。しかし、裁判官が監護権の帰属や行使に立ち入った和解条件を提示し、又、和解調書にするなどの点で、16条の趣旨から疑問を残す。又、和解調書は実際には判決と異ならないことを考えると、その条約整合性には限りなく疑問を残す。和解調書は国外では同意判決、和解判決に相当し、「調書」であり裁判ではないとする論理は国際的視点からは詭弁に聞こえたと考えられる。

### 36 保全的な処分

子の返還を求める申立てに係る事件が係属する裁判所が、返還を求める子の安全を確保し、子の国外への連れ去りを防止するために必要な保全処分（例えば、出国禁止命令や旅券の一時保管命令）を命ずることの適否及びその規律については、なお検討するものとする。

（意見）

引き続き検討することに賛成する。

（理由）

本条約に基づく子の返還手続は、迅速な手続を予定しているものであるが、子の返還命令が出る前に、子が国外に出てしまったり、監護者を変更することによって、返還命令の目的を達成することができなくなる恐れがある。

そこで、このような事態を防止する規定として、海外への渡航を禁止する処分や当事者恒定効を認めることが検討されるべきである。また、その際には、中央当局も子が国外に連れ去られることを防止する責務を有するとされているため、この点に関する裁判所と中央当局との役割分担を明らかにする必要がある。

なお、出国禁止命令や旅券の一時保管について、子の海外渡航の自由の制限という問題がある。本手続自体に迅速性が確保されていること、また未成年者については、親に居所指定権があることから、海外渡航の自由の侵害にはならないものとも考えうるが、なお検討すべきである。

### 37 裁判官ネットワーク

ハーグ条約の実施に当たっての諸外国の裁判官との連携については、今後の運用に委ねるものとするが、その連携の在り方については、なお検討するものとする。

（意見）

引き続き検討することに賛成する。本条約に関する一般的な情報交換を目的として、いわゆる裁判官ネットワークに加入することは望ましいと考える。

（理由）

本条約では、7条2項において、「子の社会的背景に関する情報」や「国内法一般に関する情報」「条約実施に関する情報」につき、中央当局を介して情報交換が行われるべきことが想定されおり、他方で裁判官同士の情報交換に関する

規定は置かれていない。

しかしながら、中央当局を通じた情報交換手続のみでは、親の監護能力や監護適格等に関する重要な資料の収集が十分に行われることまでは期待できない。そのため、実際に事件処理の遂行過程において、中央当局を介さず、裁判官同士が直接情報交換・調整を行うことにより、より迅速かつ適切な審議を行うべく、裁判官ネットワークが形成されている。わが国が本条約に加入した場合にも、加盟国間協定などの裁判官ネットワークに加入し、より充実した資料を取得できるようにすべきである。

なお、本条約に関する一般的な情報交換を超えて、個別事件について、裁判官が情報交換を行い、これに基づき心証形成が行われるということに対して、手続の公平・公正の観点から不透明感が残るといった問題は残りうる。しかしながら、本条約が目的とするところの子の最善の利益の確保の観点からは、常居所地国での生活状況や親の監護能力に関する情報は、極めて重要な情報であり、調査の必要性が高い。また、手続の公正の観点については、他の締約国の例にあるように、裁判官が他の締約国の裁判官とやりとりをしたメール等を事後的に当事者に開示することにより、透明性を確保できる。

よって、わが国においても、裁判官が一般的な情報及び具体的な事件について他の締約国の裁判官と意見交換できるようにすべきである。

## **第2 子の返還事由・返還拒否事由**

### **1 子の返還事由**

子の返還事由については、次の①から⑤までとし、これらが全て認められた場合には、2の場合を除き、子の返還を認めるものとする。

- ① 子が16歳に達していないこと。
- ② 子が我が国に現在すること。
- ③ 子が我が国以外の条約締約国に常居所を有していたこと。
- ④ 子が常居所を有していた国の法令の下で、申立人が監護権を有しており、かつ、子の連れ去り又は留置が当該監護権を侵害すること。
- ⑤ 子の連れ去り又は留置の時に申立人が現実に監護権を行使していなかった場合には、当該連れ去り又は留置がなければ申立人が現実に監護権を行使していたであろうこと。

### **2 子の返還拒否事由**

(前注) ①から⑥までの子の返還拒否事由が認められたとしても、裁判所は、

具体的な事案における事情を勘案し、なお裁量により返還を認める余地があることを前提としている。

子の返還拒否事由については、次の①から⑥までとし、これらのうちの一つが認められた場合には、子の返還を拒否することができるものとする。

- ① 子の返還を求める申立てが子の連れ去り又は留置の時から1年を経過した後にされたものであり、かつ、子が新しい環境になじんだこと。
- ② 子の連れ去り又は留置の時に申立人が現実的に監護権を行使していなかったこと。
- ③ 申立人が子の連れ去り又は留置の前にこれに同意し、又はその後にこれを承諾したこと。

#### ④【甲案】

次に掲げる事由のいずれかがあること。

- a 子が申立人から身体に対する暴力又はこれに準ずる心身に有害な影響を及ぼす言動（以下「暴力等」という。）を受けたことがあり、子が常居所を有していた国に子を返還した場合、子が更なる暴力等を受ける明らかなおそれがあること。
- b 相手方が申立人から子が同居する家庭において子に著しい心理的外傷を与えることとなる暴力等を受けたことがあり、子が常居所を有していた国に子を返還した場合、子と共に帰国した相手方が子と同居する家庭において更なる暴力等を受ける明らかなおそれがあること。
- c 相手方以外の者が子が常居所を有していた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、相手方が子が常居所を有していた国において子を監護することが不可能又は著しく困難な事情があること。
- d その他子が常居所を有していた国に子を返還することが、子に対して身体的若しくは精神的な害を及ぼし、又は子を耐え難い状況に置くこととなる重大な危険があること。

#### 【乙案】

子が常居所を有していた国に子を返還することが子に対して身体的若しくは精神的な害を及ぼし、又は子を耐え難い状況に置くこととなる重大な危険があること。

その認定に当たっては、以下の事情等を考慮するものとする。

- a 子が常居所を有していた国に子を返還した場合、子が申立人から身体に対する暴力又はこれに準ずる心身に有害な影響を及ぼす言動（以

下「暴力等」という。)を受けるおそれの有無

- b 子が常居所を有していた国に子を返還した場合、子と共に帰国した相手方が子と同居する家庭において子に心理的外傷を与えることとなる暴力等を受けるおそれの有無
- c 相手方以外の者が子が常居所を有していた国において子を監護することが子の利益に反し、かつ、相手方が子が常居所を有していた国において子を監護することが困難な事情の有無

(注) 【甲案】は、関係閣僚会議(平成23年5月19日開催)で了承された「「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) <条約実施に関する法律案作成の際の了解事項>」を踏まえ、aからcまでのいずれかの事由が認められれば、子に重大な危険があるとして、子の返還拒否事由に該当するとの考え方である。もっとも、各要件を掲げることの適否や具体的な規定の仕方については、なお検討するものとする。

これに対し、【乙案】は、上記関係閣僚会議の了解事項を踏まえたものであるが、子の返還拒否事由としては、「子に重大な危険があること」とし、aからcまでの事由(【甲案】のaからcまでに相当する事由)を、子に重大な危険があるかどうかを判断するための考慮要素として例示する考え方である。

- ⑤ 子が返還されることを拒み、かつ、子が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こと。
- ⑥ 子の返還が我が国における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ものであること。

(意見)

①から③までと⑤および⑥については賛成である。④については、乙案に賛成である。

(理由)

①から③までと⑤および⑥については、いずれも条約の規定をそのまま国内法にも規定しようとするもので、特段の問題はない。

④については、以下のような問題がある。

④は条約13条1項bの返還拒否事由をあらためて国内法に規定しようとするものであるところ、この返還拒否事由は、条約自体に明文で規定されており、返還命令の手続について権限を有する締約国の司法当局または行政当局(日本

においては、司法当局が行うとされている（第1、1）。）は、条約の規定を直接解釈適用することとなる。したがって、仮に国内法において何らかの規定を置く場合、それは、条約の定める事由をそのまま注意的に規定するか、解釈規定を定めることができるにすぎず、条約の規定を離れて独自の内容を規定したり、ましてや条約の規定に反する内容を定めることは許されない。

この観点から、条約13条1項bの返還拒否事由に関する定めは抽象的であって、子の利益の観点から、その解釈規定としてこれを具体的に規定することには意味がある。

しかし、甲案については、次のような問題がある。

条約13条1項bは、「返還することによって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」場合に返還を拒否することができる旨規定しており、あくまでもこの要件に該当する事実が認定されなければならない。ところが、甲案によれば、同条項の要件とは離れて、aないし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」とい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、条約の規定とは異なった返還拒否事由を定めるものといわざるをえず、条約に違反するのではないかと評価しうる。また、「重大な危険」についての解釈適用は、時代によって変化が生じるものであり、aないしcのようにその内容を固定するのは、解釈適用についての柔軟性を失わせ、司法当局が有する法令の解釈適用の権限を侵害するおそれもある。

他方、乙案は、返還拒否事由自体は、条約の文言をそのまま返還拒否事由と定めたいうで、その解釈にあたっての考慮要素を規定しようとするものであって、上記のような問題は生じず、その考慮要素の内容は、子どもの最善の利益や他の締約国の判例や運用状況に照らして妥当であると考えられる。

### 第3 面会交流関係

ハーグ条約第21条に規定する接触の権利 (rights of access) については、ハーグ条約に特有の裁判手続に関する規律は設けないものとする。

(意見)

賛成する。

(理由)

条約21条の面会交流権の確保は、条約前文および第4章として設けている

ことから、条約の目的として重要なものである。

他方、面会交流権は、移動や留置が国内で行なわれた場合と国境を超えて行なわれた場合を問わず保障されるべきであり、特に、後者に限定した規律を設ける必要はない。

むしろ、問題とされるべきは、わが国において、面会交流権を正面から認められた法規が存在せず、民法766条による離婚の際の子の監護についての協議事項として登場するにすぎないことである。

家庭裁判所実務においては、近時、面会交流の実現に積極的な傾向とはなっているが、なお、面会交流の実現に必要な当事者に対するサポートは決定的に不足している。

わが国における面会交流権の実現の手續が実効性を欠くという批判は、必ずしも、国際的な面会交流に限定して該当するものではないが、特に、国際的な要素を有する面会交流については、これをサポートすることの意義は大きく、他方でその負担も大きいものと思われる。従って、この面会交流のサポートについて、条約に基づく中央当局が果たすべき任務は大きく、裁判手續との連携を図りつつ、裁判所が命じた面会交流を実現する役割を中央当局が果たすべきである。

以上