

涉外法における子の利益

—— 渉外的な子の奪取における返還の否定から ——

樋 爪 誠

一 本稿の位置付け

両親の一方が、他方のもとにいる子を奪い去った場合、奪取された側の親が取りつる手段は、純国内的な事案同様、渉外的な事案においても、民事訴訟、家事審判、人身保護請求の三つが考えられる。渉外的事件の場合、当事者が出揃わない可能性が純国内的事案よりさらに高く、前二者は審理の実効性および迅速性に極めて問題がある。⁽¹⁾したがって、純国内的事案同様、渉外的事案においても人身保護請求が重用される傾向にある。しかし、この人身保護請求手続も、その対象たる子が日本国外に連れ去られた場合には画餅に帰する。そもそも刑事法的性格の強い法規であり、域外適用の場面が明示されていない以上、日本国外に効力を及ぼすことは不可能と考えざるを得ないからである。

このようななかで、国際的な司法協力システムを構築することでこの問題に対処せんとして策定されたのがハーグ国際私法会議の手による「国際的な子の奪取の民事面に関する条約」(以下、奪取条約とのみい⁽²⁾)である。奪取条

約は、子が国境を越えて連れ去られた場合に、各国の司法・行政当局が相互に協力し合うという画期的なシステムを構築している。その根幹をなす理念は、「もとした場所への迅速な返還が子の福祉にかなう」というものである。このような子の福祉観あるいは子の利益観はおそらく従前のそれとは趣を異にする新しい発想である。奪取条約が世界的に支持されるに従い、この発想がじわじわと浸透してきているように思われる。

しかし、奪取条約自体、この基本理念に、比較的広範な例外事項を認めている。なかでも、条約一三条は、奪取された親が奪取を認めた場合、返還後子が危機的な状況に置かれる場合および子が返還されることに反対の意思を表明する場合について規定している。迅速な返還が子の最善の利益であるという条約の基本理念からすれば、これらの規定は極力制限的に解されてしかるべきである。しかし、逆に一三条に定められているような要件も、従来の考え方がらずれば、子の利益の一側面であると考えられる。一三条はまさに新旧子の利益観のせめぎ合いの場面でもある。したがって、条約の運用実績が豊富な国の現状を知ることが、奪取条約を批准していない日本の渉外法理論にとっても有益であると考ええる。

以前、奪取条約の運用に関して豊富な実績を有するイングランドの実務を手がかりに、この問題に若干の検討を加えてみた⁽⁴⁾。イングランドの実務およびそれを取りまく諸理論は、実に興味深いものであった。しかし、なお考察の余地を多く残した。幸い、比較的近接したこの時期に公表の機会を新たに得たので、前稿における検討から得た示唆を手がかりに、自分なりの考えを敷衍しておきたい。以下、まず、前稿を簡単に整理しつつ若干の考察を加え(一)、それを踏まえ、日本における奪取条約に関する学説を検討していくことにしたい(三)。

(1) 調停は、両当事者の出席が必須の要件となるが、審判に関しては「調停が相当程度進行していて、かつ」相手方の帰国先の住所がわかっていて審判書の送付が可能な場合」には、調停に代わる審判(家事審判法一四条)をすることがある。鳥居淳子・島野 子・梶村太市『国際結婚

の法律Q・A』一〇三頁以下(一九九八年)等参照。

(2) 本条約の全体像については、南敬文「ハーグ国際私法会議第一四会期の概要」民月二八巻二頁三一―六頁(一九八三年)、早川眞一郎「国境を越える子の奪い合い」(一)『法政論集』六四号四九頁(一九九六年)、織田有基子『子の奪取に関するハーグ条約』の実際の運用と日本における批准の可能性』国際九五巻二頁三三五頁(一九九六年)、国際的な子の奪取の民事面に関する条約に関する法律試案ワーキンググループ編『国際的な子の奪取の民事面に関する条約の実施に関する法律試案及び解説』民商一一九巻二頁一五〇頁(一九九八年)、横山潤『国際的な子の奪取に関するハーグ条約』法学研究(一橋大学研究年報)三四号三頁(二〇〇〇年)等を参照。

(3) イングランドの実務の成果の一つとして、Re-unitの活動が挙げられる。そこからは、イングランドにおいて、実に多くの国々との間で子の奪取が問題となっており、そのことがいざ知られ、詳くは、Anne-Marie Hutchinson, Rachel Roberts, Henry Serright, International Parental Child Abduction (Family Law, 1998) 参照。

(4) 橋爪一渉的な子の奪取における返還の否定』立命館法学二七・二七二頁七八三頁(二〇〇〇年)以下、前稿とのみいづ。すでに、英国および米国における奪取条約の運用については、織田・前掲論文に主要判例の紹介・検討がなされ、前稿に関する論点についても言及されている。前稿では、上記関心に則した視点から、イングランドに限定して考察した。イングランドだけを見ても、後述するように、かなり特徴的で示唆に富む運用・理論があること、筆者の能力的な限界が限定した理由である。その際、織田・前掲論文ですでに検討された判例については、そちらへ譲り、なお、前稿のテーマから見れば紹介すべきと思われるものを中心に検討した。

二 整理と若干の考察

(一) 序 論

ここでは、前稿において検討した順にしたがって、考察を加えることにする。すなわち、奪取された親による追認又は合意(一三条一項⁽⁵⁾、返還による子の危機(一三条一項⁽⁶⁾)および子の反対意思表明(一三条二項)である。

(一) 奪取された親による追認又は合意

まず、第一に、奪取された親による追認又は合意について考えた。In re H. and Others (Minors) (Abduction; Acquiescence)⁽⁶⁾ (以下、H事件とのみいう) という近時の貴族院判決を手がかりとした。このH事件の最大の特徴は、奪取された親の主観的意思を重視した点にある。⁽⁷⁾ 追認については、とりわけ奪取された親が奪取を否定したいにもかかわらず何の意思も表明しない場合の判断基準が難しい。従前、イングランドではそういった場合には、奪取された親のいわゆる客観的意思を重視していた。すなわち、諸般の事情から周囲が追認したと判断できれば追認を認めたのである。極言すれば、単に何もせず時間が経過しただけでも追認となりえたのである。しかし、このH事件では、当事者のいわば「本音」が評価の対象となったのである。

前稿でも触れたとおり、このH事件は必ずしも典型的な追認の事例ではない。奪取された父親は奪取前後からかなりいろいろな行動を起こしていたのである。にもかかわらず、この事件は追認に関する新しい基準を示したものと位置付けられている。⁽⁸⁾ このことは消極的な追認の場面にとどまらない。なぜなら、手紙による意思表示では追認にならないともしているからである。したがって、H事件判決の基準は、追認全般に関するものなのである。

どうもこの背景には、追認が事実問題であることが関係するようである。⁽⁹⁾ あたかも契約の解釈のごとく、奪取された親の意思を読みとろうというのである。しかし、このような意思解釈は条約の捉え方次第で結論が異なり得るものである。返還を出来る限り認めようとする姿勢が、かなり無理な解釈を条約に持ち込んではいないであろうか。前稿において紹介した⁽¹⁰⁾ 本号の裁量において、子の精神状態への配慮も要因の一つとなつてはいる。追認はとりわけ時間の経過と密接に関連する問題であるだけに、⁽¹¹⁾ 子への配慮がもっとあつてしかるべきではなからうか。すぐ後に述べるb号とは異なる判断要因が本号には存在するはずである。

(二) 返還による子の危機

これは、いわゆる公序法 (条約第二〇条) とは大きく異なるものである。前稿において、比較的広範な利益衡量を認めた一審を覆して、状況としてはかなり返還が難しいと思われる場合にまで返還を促した事例を紹介した。その事案をみる限り、この規定を用いて返還を阻止するのはおよそ無理のように見受けられる。にもかかわらず、実務上この規定の果たす役割はすこぶる大きいといわれる。⁽¹²⁾ それはなぜか。イングランドに関していえば、「アンダーテキング (Undertaking)」が重要な鍵を握っている。⁽¹³⁾ 前稿において簡略化して紹介したが、極めて興味深い概念であるので、ここで少し深くみておきたい。

アンダーテキングとは、一言でいえば、ある当事者が裁判所あるいは相手方から何らかの譲歩を得るために、一方的にする約束のことである。決して、子の奪取や涉外法に固有のものではないが、イングランドでは、過去約四〇年間、⁽¹⁴⁾ イングランドの児童を域外へ連れ出すときに、連れ出す側が子の安全を保障するときに用いられるようになり、定着するにいたっている。⁽¹⁵⁾ 奪取条約の国内施行法たる「一九八五年子の奪取および監護権に関する法律 (Child Abduction and Custody Act 1985)」に規定があるうえ、イングランドの中央当局がフォーマットを用意している。⁽¹⁶⁾

イングランドの判例上、アンダーテキングの態様には、主に四つあるという。第一に、最も多いものとして、返還にかかる費用であるとか子の返還後の住居といった物質的な要件である。第二に、返還した親の不作為義務を定めるもので、返還後に再度取り戻すつもりしたり、奪取後に得た監護権を行使しようとするために、手続きを開始することを禁ずるものである。第三に、監護権確定の本家手続の開始を約束するタイプのものである。第四に、その他ケースバイケースに定まるもので、就学に関する子の希望や親の過去の秘匿を取り込んだ例が報告されている。⁽¹⁷⁾

アンダーテキングは、当事者間で任意に交わされることが多い。しかし、裁判所の指揮で賦課されることもある。

その場合、上述したように、アンダーテイキングに監護権の問題が含まれていると、監護権の実態に関する判断を禁ずる奪取条約一六条あるいは返還命令を監護権命令とは考えないとする同一九条との関係で微妙な問題が生ずる。逆にいえば、そのような疑義を払拭するためにも、アンダーテイキングの内容は暫定的なものであることを明らかにする必要がある。⁽³⁸⁾

任意のアンダーテイキングを支えるのは、当事者とりわけ両親の善意である。子の返還をスムーズに進めようとする気持ちの発露であり、互譲の産物である。しかし、一三条一項b号にいう子の危機があると考えられる場合、アンダーテイキングの役割はそのような純粹に任意的なものとはいえない。b号における裁判所の裁量に深くかわるのである。すなわち、裁判所は子の危機を除去するという内容のアンダーテイキングの実施がなければ、事実上、返還を命ずることはないのである。⁽³⁹⁾このように、アンダーテイキングは条約運用上においても必須の概念となりつつある。

以上、アンダーテイキングに関して一瞥を加えた。最後に、本号の規定には子の意思を「代弁する」働きもある点を指摘しておく。すなわち、子の反対の意思表示は、その子に一定の成熟度が要求されるため、その域に達していない子の気持ちを汲み取るために本号が用いられ得るといっているのである。このように捉えることは、現実の運用に影響はほとんどないと考えられるが、一三条の体系的理解には示唆に富む。ただし、一項b号と二項は同じ目的を持つものと解することが可能となるからである。

(四) 子の反対意思表示

奪取条約一三条二項は、常に国連の「児童の権利に関する条約」(以下、児童の権利条約という)一一条との関係が問題となる。すなわち、包括的な児童の意思表示権を認める児童の権利条約にならって、奪取条約上の意思表示も、

+

児童の権利大系の一翼を任ずるものとして再構成されるべきではないかと考えられるからである。しかし、理念として両者の性質は大きく異なるうえ、⁽²⁰⁾実際の奪取条約一三条一項の適用プロセスを見ても、客観的な子の意思を最低限確認する以上のことは期待できない。

たしかに、實際上、奪取条約一三条二項は、明らかに實際上重要な規定である。ある調査によれば、イングランドにおいて、本稿で扱った三つの例外のうち、この例外の利用件数が圧倒的に多いといつ。⁽²¹⁾そこでさらに進んで、近時、新しい展開として注目されるのは、子自身が手続に参加するという傾向である。イングランドでは、子が民事手続において意思を表明することは原則として否定されている。⁽²²⁾にもかかわらず、子の奪取の事案において、子が反対の意思を表明した例が見受けられる。Re S (Abduction; Children; Separate Representation) 事件⁽²³⁾が有名である。また、子が奪取条約の手続の当事者となりうることについては、日本でも紹介されている。⁽²⁴⁾

以上のように、一方では、イングランドにおいて、子の意思表示を積極的に認めていこうとする傾向があるように思われる。しかし、他方で、最近、子が当事者となったことにより、手続きの著しい遅延と最悪の結末を招いたと評される事件が発生し、物議をかもしている。Re HB (Abduction; Children's Objections) 事件⁽²⁵⁾がそれである。子を意思表明の主体とすることにはなお議論が残るように思われる。⁽²⁶⁾

(五) 小 括

以上、前稿で全般的な考察を加えた部分について、ポイントを絞って再度検討を行った。以下、簡単に一三条の私的な捉え方を提示しておく。

まず、一項a号であるが、奪取された親によって返還が肯定されることは、かなり少ないように思われる。むしろ、

これは同じa号の前半にかかれている「監護権の不行使」と同様、むしろ条約の本則を定めたものではないかとさえ思われる。すなわち、奪取条約は「不法な連れ去り」(条約一条および三条)を適用要件としているが、何らかの監護を行っていた者の承諾がないこともまさにその不法性の一つであるといつてよからう。イングランドの判例がこの条項を狭く狭く解する方向にあることも、以上のような理解に立てば首肯できる⁽²⁷⁾。そもそも、奪取された親が了承することによって、なぜ、子の常居所への返還が子の最善の利益であるとする条約の精神を補完することになるのか。

他方、一二条一項b号および同二項の二つの例外は重要である。前者は子の意思を代弁する働きもあり、後者と通じる面がある。また、後者についても、意思は「発見され」れば考慮されるところとなり、発見されたとしても最終的には裁判官が裁量において判断するので、前者と同じような作業になる可能性が高い。この両者は、帰りにたくないという子の意思を何らかの形で客観化させるためのものであるといえよう。その意味で、伝統的な公序法や児童の権利条約の意思表示権とは趣旨を異にする。なお、イングランドにおいては、アンダーテーキングが両者に共通する重要な方策であることも忘れてはならない⁽²⁸⁾。

(5) 正確には、一二条一項a号後段である。前段には、条約上の監護権の不行使が返還否定理由として挙げられている。しかし、この点については、少なくともイングランドにおいてはほとんど問題となっていないようである。内容的にも例外というよりは「もといた場所への迅速な返還が子の福祉にかなう」という原則を再確認しているというべきものである。すなわち、奪取条約においては、子の常居所地国において実施されていた監護権が不法な連れ去りにより侵害された場合、その従前の状態を回復することが子の福祉にかなうと考えられているのである。条約前文、一条(三条参照)。したがって、前稿に引きつづき本稿の検討の対象からも除外した。

(6) [1998] A.C. 72

(7) この判決以前のイングランドの法状況については、織田・前掲論文四七一―四八頁参照。

(8) P. North/J.J. Fawcett, *Cheshire & North's Private International Law* (13th ed.) (2000) 87a.

+
+

(9) P. North/J.J. Fawcett, *Cheshire & North's Private International Law*, *Ibid.*: J. D. McClean, Morris, *The Conflict of Laws* (2000) 289.

(10) 前稿で紹介した *W. v. W* (Child Abduction: Acquiescence) [1993] 2 F.L.R. 211 は、母親が旅行と称して子をイングランドへ連れ去ってしまったケースである。オーストラリアに残された父親は弁護士と連絡をとり、自ら母親に電話で面会を申し込んだがことごとく断られ、一〇ヶ月が経過してしまつた。裁判所は前稿で示したような諸要因を、子の福祉と条約の精神の両方に留意しながら検討した結果、「追認」があると判断した。しかし、これも仮にB事件の判断枠組みに当てはめると、追認が認められたかは定かではない。

(11) 奪取された親が奪取条約の存在を知らなかったらどうであつたか(イングランドにおいても論争されている点である。前稿七八九頁参照)。たしかに重要なポイントではあるが、決定的なものではなからう。前記 *W. v. W* 事件で提示された裁量の要因にもこれは含まれていない。ひとえにこれは奪取条約を世間に周知するという啓蒙の問題である。織田・前掲論文四八頁も併せて参照。

(12) ドイツにおいても、この規定の実務上の意義は大きい。拙稿「ドイツにおける国際的な子の奪い合いの規整」(愛知学院)法学研究四一巻一四〇頁(一九九九年)参照。なお、山内惟介「国際私法における子の奪取について——ドイツ連邦憲法裁判所の二決定——」二二八頁以下参照。

(13) なお、横山・前掲論文五〇頁も参照。

(14) その端緒といわれる事件の一つは *Re E* (An Infant) [1956] 1 ch. 23 事件である。

(15) イングランド以外でもスコットランド、ニージーランド、オーストラリアといったコモンロー諸国において広くみられる。また、米国には「セーフ・ハーバー・オーダー (safe harbor order)」といわれる類似の制度が存在する。子の安全な避難場所を確保せよ、といったところか。他方、大陸法系諸国においてはこのような制度はあまり見受けられない。

(16) このように、アンダーテーキングは、イングランドのいわば実務慣習なのであるが、そのような各国固有の制度を奪取条約と併用することは、条約上も認められているところである。奪取条約一八条および三四条参照。

(17) 以上の認識は、P. R. BEAUMONT/P. E. McLEAVY, *The Hague Convention on International Child Abduction* (Oxford Univ. Press) pp. 158-159 にちなんだ。

(18) 本稿の「一二条一項b号との関係では、裁判所は「子の危機」が存在する場合に初めてアンダーテーキングを賦課するのか、危機が存在しなくても賦課するのかがという点も問題となりうる。アンダーテーキングの本質的な任意性に鑑みれば、危機が存在しない場合にまで裁判所が介入する必要はないと考えべきか。本注直後の本文を併せて参照。

+
+

- (19) P. R. BEAUMONT/P. E. McLEAVY, *Id.* at 165.
- (20) 奥田安弘「涉外家事事件と子供の権利条約」自由と正義二〇〇〇年四月号五四頁以下では、奪取条約と児童の権利条約の関係が論じられているが、必ずしも二三条二項は畑上にあがっていない。
- (21) N. Lowe and A. Perry, *International Child Abduction: The English Experience*, 48 *ICLQ* 144 (1999).
- (22) Official Solicitor Guidelines: Guardians Ad Litem, *Private Law Proceedings*, *Fam Law* (1993) 95.
- (23) [1997] 1 *PLR* 486.
- (24) 織田・前掲論文四八頁以下参照。
- (25) [1988] 1 *PLR* 422.
- (26) これは筆者の感想ではないが、そもそも奪取条約は全体的に子を最終的な判断者にはしたくないのではないだろうか。二三条二項を読む場合にもその考慮は働かざるを得ないことに思われる。
- (27) ドイツでもこの規定はほとんど問題となっていない。樋爪・前掲論文二四〇頁参照。
- (28) 二三条二項とアンダーテーキングについては、前稿七九六頁以下の *Re S* 事件を参照。

三 ちがなる考察を結びに代えて

(一) 序

以上、前稿を補足しながら、奪取条約の主要な例外規定の輪郭を描いた。これを冒頭で述べた奪取条約の原則と併せると次のようになる。すなわち、何らかの形で子の反対の意思が確認されない限り、子は常居所地国で監護権の判断を受けるべきである。これが奪取条約型の子の福祉の全貌となる。それでは、このような奪取条約の精神は従来どのように位置付けられるのか、また、どのような影響を与えているのか、もう少し考えてみることにする。

(二) 涉外法における子の利益考

(1) 従来、日本の涉外法上、子の利益はいかに考えられていたのか。涉外法における子の最善の利益という場合、大きく二つの次元が考えられる。一つは、子に最もなじみの深い法の適用を確保するという考え方で、抵触法レベルの問題である。もう一つは、親子関係の成立の容易化等、より実質的な政策の実現と結びつくもので、実質法レベルの問題である。後者はさらに、単に成立の容易化にとどまるのか、あるいは真実の親子関係の成立まで確保するのか、その程度において差異が生じ得る。⁽²⁹⁾

(2) 抵触法レベルの子の利益については、「子に対する扶養義務の準拠法に関するハーグ条約」(昭和五二年批准)および「扶養義務の準拠法に関するハーグ条約」(昭和六一年批准)を日本がそれぞれ批准したことにより、とりわけ連結点として子の常居所地が採用されることになったことが重要である。続いて、平成元年の法例改正において、親子関係の抵触規則に子の本国法主義が広範に採用された。従前は、親の本国法中心の抵触規則であったことに鑑みれば、顕著な展開であった。但し、子の常居所地法の適用は、法例二一条の段階的連結の第二順位のみであった。⁽³⁰⁾ なお、子の引渡しは、親権の効力の問題として、法例二一条による。⁽³¹⁾

なお、ここで、涉外法のもう一つの柱である国際裁判管轄の問題にも簡単に触れておく。親権・監護権の国際裁判管轄には、子の所在地国管轄説と離婚の裁判管轄説に分かれている。前者はさらに、緩やかに住所を確定する説、嚴格に住所を確定する説、常居所地説に分かれる。子の福祉の観点から、子の住所地管轄を原則とする考えが有力であり、⁽³²⁾ なかでも近時は、上述したように、親子関係の抵触規則に子の常居所地が採用されたこともあり、最後の常居所地管轄を原則とする考え方が台頭しつつある。⁽³³⁾

奪取条約においても、子の常居所に監護権の本案管轄が予定されており(前文)、⁽³⁴⁾ かつ、奪取の不法性の判断に関

してではあるが、子の常居所地法が準拠法として挙げられている(二三条)。このレベルにおいて、子の引渡しに関する奪取条約と日本の国際私法には共通性がみられる。

(3) 次に、実質法レベルでの子の利益のあり方について考える。平成元年の法例改正において、子の保護は重要な課題の一つであった。長期間にわたる改正論議のなかで、最終的に最も有効な手段として採用されたのが、「選択的連結」であった。⁽³⁵⁾ すなわち、一つの単位法律関係について複数の連結点を同列に設定し、それぞれ導かれる準拠法のうち、所期の法目的を達成するものがあればそれを選択するというものである。具体的には、例えば嫡出親子関係を定めた法例一七条をみるとよい。そこでは、「嫡出子」は夫婦の一方の本国法により認められればよいとされている。すなわち、親子関係の成立する可能性が拡大するのである。

しかし、これでは親子関係の成立を望まない子の利益が反映されえない。そこで、改正法例では認知(一八条一項後段、二項後段)および養子縁組(二〇条一項後段)において、子の本国法が認めなければ、それぞれの親子関係の成立を認めていない。いわゆるセーフガード条項である。それぞれにおいて、親子関係の成立する可能性がその限りで縮減されているのである。⁽³⁶⁾

これらは、平成元年改正法例の中心点であり、その後、子の利益の観点から、積極的評価に値する判例を生み出している⁽³⁷⁾とされる。ただ、ここで採用されている子の利益は、奪取条約との比較において、間接的であり、実効性の観点からなお検討の余地があるように思われる。このような理解の仕方には予想される反論がある。すなわち、奪取条約は法選択アプローチを採用した条約ではないので、抵触規則と比較するのは筋違いであるという反論である。たしかに、奪取条約は法選択アプローチでもなくまた承認・執行アプローチでもない、いわゆる司法協力型のアプローチである。⁽³⁸⁾したがって、広義の抵触法にも含まれ得ないものである。しかし、奪取条約がこのようなアプローチを採用

した背景には、過去のハーグ国際私法条約において、法選択アプローチを採ったものが、ことごとく矮小な批准国数にあえいでいるからである。⁽⁴⁰⁾ 法選択規則は司法協力型アプローチから何がしかを学ぶべきときを迎えているといえよう。

(三) 奪取条約の応用

次に、よりストレートに、奪取条約を現行の日本法の解釈に反映しようとする学説が散見せられるので、それらについても検討してみよう。

早川教授は奪取条約の制度趣旨を人身保護法の解釈に反映することを提唱される。⁽⁴¹⁾ 具体的には、次のような論理を展開される。まず、奪取条約の成功の秘訣は監護権の本家の紛争と切り離して実力による奪取の原状回復に専念したことにあると分析される。⁽⁴²⁾ 監護権そのものと監護状態回復の二本のルールがあることに注目されるのである。そして、日本において、平成五年から六年にかけての一連の最高裁判決により、子の奪取の問題が原則として家庭裁判所の手に委ねられることになったことをつけ、家庭裁判所の審判と地方裁判所の人身保護手続を上記二本のルールに見立て、人身保護法に奪取条約と同じ役割を担わせようとするのである。そのために、人身保護法二条の「拘束」および同規則四条の違反性の「顕著」をより文言に忠実な解釈を行い、かつ、従来のようにその解釈にあたり子の福祉を斟酌しないことを提唱される。⁽⁴³⁾

そのようななか、返還を否定する場面について、奪取条約一二条および一三条を参考にしながら、次のように述べられる。「原状回復が拒否されるという例外は、返還自体がその子の福祉を害することが明らかなき等最小限の場合にとどめるべきであろう。より具体的には、返還すると子に重大な危害が明白な場合、子自身が返還に異議を述べており、年齢・成熟度等に照らしてその子の意思を尊重すべき場合等には返還拒否を認めるべきであろう」。⁽⁴⁴⁾

奪取条約と人身保護法はその機能において通じるところがあり、着眼点の鋭い考察である。ただ、本稿との関係でいえば、例外事由の判断に若干疑問なしとはしない。論者が挙げられる例外事由は、子の環境全般にかかわるものである。はたして、地方裁判所が短期間にその判断を下せるのであろうか。人身保護法でも子の意思を尊重することはすでに認識されているところであるが、⁽⁴⁵⁾奪取条約においては客観的な意思が重視されるのであり、かなり専門性が必要であるように思われる。おそらく、奪取条約と同じように、極めて限定的な場面においてのみ例外を認める趣旨であらうが、奪取条約のような制度設計をしていない人身保護法においてその歯止めはどのようにしてかけられるのか。その他、渉外的事案における実効性など、なお検討してみたい点がある。⁽⁴⁶⁾

次に、海老澤教授は、外国判決・承認執行との関係で、次のような論を展開されている。⁽⁴⁷⁾論者は、「子の引渡しを命じた外国判決に執行判決の付された本邦最初のケース」とされる東京地裁平成四年一月三〇日判決の⁽⁴⁸⁾評釈を主たる目的とされる論稿のなかで、奪取条約を解釈の一つの指針となされている。事案に内包する問題の性質を簡略化する⁽⁴⁹⁾と次のようになる。外国で子の引渡し判決が下され内国で執行する場合、当然、内外国における両判決の間には時間の経過がみられる。その間に、子が成長するなど、事情の変更が生じる可能性がある。このような外国判決後の事情変更をどのような形で斟酌するのが主たる論点である。論者は外国判決の承認執行をその変更からできるだけ遠ざけるとしたうえで、承認執行における公序の判断基準時を承認時と解し、かつ、事情変更を理由に監護権者を変更する等の裁判により当初の外国判決の効力を遮断するという二つの方法論を併用される。⁽⁴⁹⁾

そこで、とりわけ前者の判断において、「そこにいわれる公序は『外国裁判が事情変更により変更を相当とするときは、その執行は公序に反する』といった広い意味ではなく、ハーグ子の奪取条約（子の返還がこ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置く重大な危険がある）までいくかどうかはともかくとして、より狭い解釈が採られるべきである。伝統的な公序の解釈がこのような解釈を助けるであらう」とされる。⁽⁵⁰⁾ 承認執行における公序判断に奪取条約の趣旨を生かさんとするのである。

論者は上記のような理解の前提として、昨今の諸国の立法あるいは条約の動向を精緻に検証されながら、子の福祉を根拠とする法廷地国のオールマイティーな権限行使の時代は終わり、国家単位の福祉から世界協調型の福祉へと移行している⁽⁵¹⁾と分析されている。奪取条約に照らしてこの言葉を咀嚼すれば、子の常居所地の判断を世界的に保障していくルールを構築していく方向性を読み取られたのであろう。筆者も基本的にこの理解を支持したい。ただ、論者が挙げられた奪取条約の規定は、必ずしも公序規定ではない。イングランドにおいては、アンダーテイキングという任意の取り決めによって取り除かれる程度のものである。果たして外国判決の承認の判断において、その基準となり得るものかは疑問である。むしろ、先に引用したとおり、論者も全面的に依拠されているわけではないので、行き過ぎた疑問かもしれない。

最後に、解釈論ではないが、織田助教教授の提案について触れておきたい。論者は将来日本が奪取条約を批准する際の一つの考慮として、子の手続参加を含めた子の意思表示の機会の保障を、とりわけ児童の権利条約との関係で検討すべきであるとされる。⁽⁵²⁾ 明言はされないが積極的に導入する方向でということであろう。筆者は子の意思表明権の保障自体には何の抵抗もなく、むしろ出来るだけ促進していくべきではないかと考えており、その限りで論者の主張は正論であると考えている。ただし、奪取条約の枠内で子を最終的な判断者とする⁽⁵³⁾ことは、前章でみたようにリスクが残るように思われる。児童の権利条約一二条に関する国内の論稿を見ても、このような場面において子の意思表明権を確保しようとするものは少ないようである。⁽⁵⁴⁾ 国際的にも、別の制度の中でこの点について対策が講じられている。⁽⁵⁴⁾ 本質的に重要な問題だけになお慎重な議論が必要なように思われる。

- (29) 横山潤『国際家族法の研究』(一九九七年、有斐閣)一四四頁以下、松岡博「涉外親子関係事件における子の利益保護——法例百年の軌跡と展望——」『国際私法年報一号四八頁以下(一九九九年)』等参照。
- (30) 松岡・前掲論文三〇頁以下参照。
- (31) なお、離婚の際の親権者指定は、従来から離婚の準拠法によるのか親子関係の準拠法によるのか激しく論じられてきたところであった。平成元年の法例改正により、親子関係の抵触規則が子の利益を反映したために、親子関係の準拠法による考え方に強く傾いたようである。簡単に、溜池良夫『国際私法講義(第二版)』(一九九九年、有斐閣)四四六頁等参照。
- (32) 岡野祐子「親権者指定の国際裁判管轄」池原季雄・早田芳郎編『涉外判例百選(第二版)』(一九九五年、有斐閣)二二二頁。
- (33) 松原正明「涉外的子の監護紛争の処理」岡垣学・野田愛子編『講座 実務家事審判法5 涉外事件関係』(一九九〇年、日本評論社)二二四頁以下。
- (34) ただし、「子の国際的奪取が生じた全ての場合において、常居所地国が返還先として最も望ましい国とは限らない」(横山・前掲論文六頁)という指摘があることに留意すべきである。詳細は、同論文同個所以下の解説を参照。
- (35) 松岡・前掲論文三三頁参照。
- (36) 松岡・前掲論文三四頁以下参照。
- (37) 松岡・前掲論文三二六―四七頁参照。
- (38) これらのアプローチの相違については、織田・前掲論文三八頁以下等参照。
- (39) ハーグ条約およびハーグ国際私法会議の全体像については、溜池・前掲書六六頁以下を参照。
- (40) 典型例は、養子縁組である。一九六四年に、「養子縁組に関する官憲の管轄、準拠法及び裁判の承認に関する条約」が採択されたが、現時点で批准・加入国は3国である。これに対して、一九九三年に採択された「国際養子縁組に関する子の保護及び国際協力に関する条約」はすでに40国の批准・加入がある(二〇〇一年五月八日現在)。同様のアプローチ転換の例は、未成年者保護についてもみられる。
- (41) 早川眞一郎「子の奪い合いについての一考察」中川良延他編『日本民法学の形成と課題 下』(一九九六年、有斐閣)二二〇九頁。
- (42) 早川・前掲論文二二二三頁以下。その前提として、実力による奪取がこの問題の悲惨さの相当部分を占めると認識されている。
- (43) 早川・前掲論文二二三九頁以下。
- (44) 早川・前掲論文二二四〇頁より引用。
- (45) 田中英夫「人身保護手続」鈴木忠一・三ヶ月章監修『新・実務民事訴訟講座8』(一九八一年、日本評論社)四五四頁以下等参照。
- (46) 涉外事件においては、人身保護法は域外適用が出来ず、外国で承認されることも期待できないので、実効性がないのではと考えた次第である。しかし、早川教授の主眼はむしろ国内事件における人身保護法の運用にむけられているようであり、筆者の疑問はそもそも外的外れなのかもしれない。
- (47) 海老澤美広「外国判決執行の一段面Ⅱ執行と変更の間——とくに子の引渡判決の執行を中心に」『朝日法学論集三五号一頁(二〇〇〇年)』。
- (48) 判時一四三九号一三八頁、判タ七七八号二五九頁。
- (49) 海老澤・前掲論文三一頁以下。
- (50) 海老澤・前掲論文三四頁より引用。
- (51) 海老澤・前掲論文一九頁参照。
- (52) 織田・前掲論文六六頁以下。
- (53) 例えば、二宮周平「家族法と子どもの意思表明権——子どもの権利条約の視点から」立命館法学二五六号一七八頁(一九九八年)、米沢広一『意見表明権』(二二条)の検討。自由と正義四六巻一号二八頁(一九九五年)、鈴木隆史「子どもの権利条約における『意見表明権』(総論)——親権体系への受容について」『早法六九巻四号二二二頁(一九九四年)』等参照。
- (54) この点につき、同じくハーグ国際私法会議による「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」二三条一項b号は子の聴聞の機会について触れており、注目される。小出邦夫「ハーグ国際私法会議第一八会期の概要」『民月五二巻六号七三頁(一九九七年)』参照。