

国際的な子の引渡し（１）

樋 爪 誠

1. はじめに
2. 奪取条約の概略
3. 英国における親子間の法律関係
 - 3 1. 前 提
 - 3 2. 涉外法
 - 3 2 1. 準拠法の決定
 - 3 2 2. 国際民事手続
 - 3 3. 実質法
 - 3 4. 小 括 (以上, 本号)
4. REUNITE の取り組み
 - 4 1. REUNITE
 - 4 2. 子の返還後の追跡調査 (第 1 段階)
 - 4 3. 子の返還後の追跡調査 (第 2 段階)
 - 4 4. 奪取条約との並行調停の試み
 - 4 5. 若干の考察
5. 結びに代えて

1. は じ め に

家族関係が多様化する一方で、親による子の引渡しが国際的に問題となることも少なくない。この問題に対する国際的な取り組みとしては、ハーグ国際私法会議による「1980年10月25日国際的な子の奪取に民事面に関する条約」(Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction; 以下、奪取条約という)がある。発効以来、多くの批准国に恵まれ¹⁾、その後もデータベースの集積や定期的な検証も進められて

1) ハーグ国際私法会議のホームページによれば (<http://www.hcch.net>)、奪取条約に関する情報は次の通りである。2008年10月15日現在、ハーグ国際私法会議構成国においては、

おり²⁾、国際家事事件に関する条約としては大きな成果を挙げていると評してよいであろうが、残念ながら日本は批准をしていない³⁾。

奪取条約はすでに20年以上の経験を締約国においてみている。各国内における協力体制いかにによりその実効性は異なり得る。したがって、日本における議論を豊富化する上でも比較法的考察が重要な意義を持つ⁴⁾。本稿では、英国法を対象としたい。奪取条約自体への英国法の視点はすでに紹介がいくつかなされている⁵⁾。そこで、本稿では、実質法も含めた「親子間の法律関係」に関する英国の法制度を対象とする。英国では、実質法レベルでも特徴的且つ示唆的な展開が制定法を中心に見られており、かつ、

批准等 (ratification (Convention in force)) が32カ国、承認 (accession (Convention in force)) が27カ国であり、また、中国のうち香港およびマカオで効力を有している。次に、ハーグ国際私法会議非構成国においては、22カ国が承認している。

- 2) 同じく、ハーグ国際私法学会のホームページの奪取条約の項目から、その活動を知ることができる。また、織田有基子「国際的な子の奪取の問題に対するハーグ国際私法会議の取り組み方の現状と課題」横田洋三・山村恒雄編『現代国際法と国連・人権・裁判 波多野里望先生古稀記念論文集』(国際書院, 2003年) 369頁以下に条約体制の全体像が示されている。近時の動向については、さらに早川眞一郎「子の奪い合いの紛争解決のためのわが国の課題 子の奪取に関するハーグ条約の適用事例に照らして」法学65巻6号(2001年) 1頁以下も参照。
- 3) 日本においても、かねてから批准が検討されている。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および解説」民商119巻2号(1998年) 150頁以下参照。
- 4) 英米法の実務に注目する織田・後掲論文(国際)のほか、ドイツ法については、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とハーグ条約」、同「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」いずれも同『国際公序法の研究』(中央大学出版部, 2001年) 251頁以下および263頁以下所収、佐藤文彦「子の奪取の民事面に関するハーグ条約のドイツ実施法について」名城法学54巻1・2号(2004年) 415頁、樋爪誠「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41巻1号(1999年) 240頁等がある。
- 5) 英米に関するものとして、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95巻2号(1995年) 35頁、返還拒否事由については、樋爪誠「涉外的な子の奪取における返還の否定」立命271・272号下巻(2001年) 783頁および同「涉外法における子の利益 涉外的な子の奪取における返還の否定から」立命275号(2001年) 323頁等参照。

支援団体の活動も活発である。これまでの研究に基づきながら、国際親子法に関する英国法を描き出すことによって、奪取条約批准への一助となれば、本稿の目的は少しでも達成される⁶⁾。

2. 奪取条約の意義

奪取条約の概略は次の通りである⁷⁾。本条約は、それまでのハーグ国際私法会議の策定してきた諸条約の中でも、準拠法の選択を定めた狭義の国際私法ルール確立を目指したのではなく、該当する問題に対する国際的な民事司法協力を促進するための制度を構築することに狙いがある点に特徴がある⁸⁾。奪取条約では、子の利益が最重要課題であることが言明された上(前文)、締約国に「不法に連れ去られたまたは留置されている」⁹⁾子の迅速な返還の確保が目指されている(1条a)。条約の適用対象は、監護に関する権利または面接交渉権が侵害される直前に締約国に常居所を有していた16歳までの子とされている(4条)。返還に関する手続は、監護に関する決定(本案決定)とは別のものである(19条)。返還の手続が、本案決定に一定優先する(16条)。既存の本案決定は返還手続に影響しないが、斟酌されることはある(17条)。子の拒否等、一定の返還否定事由が定められている(13条、20条)。最後に、面接交渉権についても、中央当局を軸にそれをすすめる体制が示されている(21条)¹⁰⁾。

6) ただし、今回はいわゆる「親権」あるいは「親責任」に固有の問題のみを対象とし、「面接交渉」の問題については詳しく触れることが出来なかった。他日を期したいと考える。

7) 奪取条約については、南敏文「ハーグ国際私法会議第一四会期の概要」民月38巻2号(1983年)3頁、早川眞一郎「国境を越える子の奪い合い(一)」法政論集164号(1996年)49頁、横山潤「国際的な子の奪取に関するハーグ条約」一橋大学研究年報法学研究34号(2000年)33頁等参照。

8) 寺田逸郎「司法共助に関するハーグ条約」国際92巻4・5号(1993年)36頁以下等参照。

9) ワーキンググループ・前掲によれば、「移動または留置された」子となり、横山・前掲によれば「連れ去られたまたは拘束された」子となる。

10) なお、手続面では、各締約国は、国内における「中央当局」を指定し(第6条)、条

奪取条約は、子の福祉のために奪取された子を元に戻すことにその主眼がある。したがって、限定的な機能を有するともいえるが、その限りにおいて正当に評価されるべきである。つまり、子の常居所地国における判断が「常に」最善かどうか等の疑問があるとしても、それは法律関係全般に対する評価であって、奪取条約の意義に向けられるべきものでは本来ない。他方で、子の意見はもとより、奪取者の属性（子を実際に養育していた者が奪取者になることも多い）等、当事者のイニシアティブをどれだけ取り込めるか等といった点は、奪取条約を取り巻く各国法の全体像の中に指針があるように思われる。このような問題関心を持ちながら、以下、英国法について見ていきたい。

3. 英国における親子間の法律関係

3 1. 前提

奪取条約は渉外的法律関係を念頭においている¹¹⁾。したがって、奪取条約が機能する場面は、渉外法的判断が伴う。しかし、以下にみるように、英国法¹²⁾では実質法とかなり緊密に関連した規則が通用している。したがって、実質法とあわせてみていきたい。

3 2. 渉外法

3 2 1. 準拠法の選定

子の引渡しは、後述する実質法の議論と同様、親子間の法律関係の問題と性質決定する国が多いが、その内容は、諸国の法制において区々に分か

約の目的実現のために協力することになっている（7条）。また、子の返還手続については、子の所在する国の中央当局はあらゆる手段を尽くし（10条）、締約国の司法または行政機関も迅速な手続進行をしなければならない（11条）とされている。

11) 横山・前掲論文15頁参照。

12) 比較法の対象としての英国法は、法域としてのイングランド・ウェールズ法とする。条約の関係等で、国家を単位とする場合は、適宜「連合王国」の語を用いる。

れる¹³⁾。成立の準拠法(嫡出,非嫡出の区別,養子等)によって別の抵触規則を設定するか,連結点をいかに選定するかが日本を含めた諸外国の相違点であるが,英国は,米国と並んで¹⁴⁾,子に対する親の財産法的側面と身分法的側面とを区別して規律している点で,他にはない特徴があるといわれている¹⁵⁾。

具体的には,次の通りである。第一に,「親責任(parental responsibility)」は,人格や子の養育に関して,当事者のドミサイルまたは国籍にかかわらず,英国法が適用される¹⁶⁾。すなわち,父や母が外国に住んでいても,子が外国籍でも,あるいは子が外国にドミサイルを有する場合でも,当事者間の当該問題に英国の裁判所が管轄を有する場合には,英国法が適用される¹⁷⁾。さらに,子の福祉に関する「至高の考慮事項(paramount consideration)」が,法廷地法として,全ての事案に適用されるという¹⁸⁾。第二に,外国にドミサイルを有する親のその未成年子の英国にある動産に対する権利は,親のドミサイルの法による¹⁹⁾。子の引渡しについては,第一の規則が重要である。そして,その理解には,英国が管轄を有するのはどのような場合か,「親責任」とは何か,「至高の考慮事項」とは何かが問題となるが,後二者の理解には,英国実質法が密接に関連している。そこ

13) 諸外国の法制は,横山潤『国際家族法の研究』(有斐閣,1997年)230-244頁に詳細である。

14) 日本の国際私法の解釈としてはあるが,米国人と日本人の夫婦の間に生まれた日本在住の米国人子に対する財産行為の代理が日本でも争われ(東京家裁昭和40年12月10日審判家月18巻8号83頁),論争を呼んだことがある。鳥居淳子「判批」『涉外判例百選』(有斐閣,1967年)130-131頁,石黒一憲「判批」『涉外判例百選』(有斐閣,第2版,1986年)150-151頁。

15) 山田録一『国際私法』有斐閣,第3版,2004年)519頁,海老澤美広「親子間の法律関係」木棚照一・松岡博編『基本法コンメンタール国際私法』(日本評論社,1994年)123頁等参照。

16) Dicey/Morris/Collins; Dicey, Morris and Collins on the conflict of laws (Sweet & Maxwell, 14th ed, 2006) p. 969 (Rule95).

17) Dicey/Morris/Collins, id at 970.

18) Dicey/Morris/Collins, ibid.

19) Dicey/Morris/Collins, id at 971. 同所によれば,(判例はないが)不動産に関しては所在地法になるだろうという。

で、英国の国際裁判管轄を確認したうえで、英国の実質法を見ることにするが、この問題に関して、日英の抵触規則が検討されることは必ずしも多くなかったので、ここで、簡単にそれを試みたい。

日本法上、親権の準拠法については、親子間の法律関係の準拠法（法適用通則法32条）による。同条によれば、子の本国法と父または母の本国法が同一の場合には子の本国法により、それ以外の場合は子の常居所地法によることになる。成立において、嫡出、非嫡出、養子縁組と分けて規律されているのとは対照的に、親子間の法律関係の効果は単一の抵触規則に拠らしめている点が特徴である²⁰⁾。離婚の際の親権者指定は離婚の準拠法（法適用通則法27条）によるか、親子間の法律関係の準拠法（同32条）によるかが、法性決定の重要な論点として位置づけられてきた²¹⁾。しかし、平成元年の法例改正において、親子間の法律関係の準拠法に関して親と子の本国を軸とした連結政策が採用されて以来、離婚の際を含めて親権者指定は親子間の法律関係と性質決定されることで議論は安定している²²⁾。

英国との比較では、属人法主義が採用されており、かつ、段階的な連結が設定されている点で顕著に異なる。逆に、英国法が内国法を準拠法としているほうが、他の法制と大きく異なるというべきかもしれない。この点、日本でも、法適用通則法32条の第2段階が子の常居所地法が採用されているのは、親と子に（国籍を共有する）「祖国」がない場合には国家機関による措置等が重要になるため、管轄権の問題が重要となり、最も適切な判断を行えるのは子の常居所の機関であるという観点から、理解されるべきとの主張がある²³⁾。日英の抵触規則は大きく異なり、慎重に比較すべきで

20) 諸外国の法制との対比・検討は、横山潤『国際家族法の研究』（有斐閣、1997年）230-244頁に詳細である。

21) 出口耕自『基本論点国際私法』（法学書院、第2版、2001年）124頁以下等参照。

22) 櫻田嘉章『国際私法』（有斐閣、第5版、2006年）271頁以下等。

23) 横山・前掲書239頁。立法担当者は、同規定を子の福祉等を考慮しながら親子間の密接関連法を明定したものであると説明する（南敏文『改正法例の解説』（法曹会、1992年）161頁）。

あるが、子の利益判断には管轄と準拠法の親和性が必要であるという共通の議論は可能なようにも思われる²⁴⁾。

3 2 2 . 国際民事手続

(1) 概 説

今日、英国の「親責任」の分野の国際民事法制は、重層的である。まず、伝統的なコモンロー上の諸ルールが存在する。転機は、「1985年子の奪取及び監護法 (Child Abduction and Custody Act 1985)」の制定である。同法は、奪取条約および「子の監護の決定の承認及び執行並びに子の監護の回復に関する欧州条約 (European Convention on Recognition and Enforcement of Decisions concerning Custody of Children and Restoration of Custody of Children)」(以下、欧州監護条約という)という2つの条約を国内法化したものである²⁵⁾。また、英国では、その前年に「1984年子の奪取法 (Child Abduction Act 1984)」も制定された。刑事法規であり、連合王国から、関係者の適切な合意なしに、子を「奪取」することを犯罪であると構成している。この二法が、英国において、「奪取 (abduction)」の現象を顕在化させたといわれる²⁶⁾。後で見るとおり、単に奪取条約(の適用)を指すのではなく、国境を越えて子が移動する場合であり、とりわけ「子の利益」の判断に特別の考慮を要することを示す用語ともなっている²⁷⁾。さらに、今日では、「婚姻関係事件及び親責任事件に関する裁判管

24) 連合王国(署名のみ)も日本も未批准であるが、1996年「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ハーグ条約 (Convention of 19 October 1996 on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition, Enforcement and Co-operation in Respect of Parental Responsibility and Measures for the Protection of Children)」が子の常居所地国に原則的な管轄を認めた上で、準拠法については、管轄権と準拠法の並行の原則を採っている。横山潤「1996年および2000年のハーグ条約における子の保護および成年者の保護」国際私法年報3号(信山社、2001年)30頁以下参照。

25) 国際法学会編『国際関係法辞典』(三省堂、第2版、2005年)392-393頁の解説[早川眞一郎]を参照。

26) Frances Burton, *id* at 463.

27) Frances Burton, *ibid*.

轄並びに裁判の承認及び執行に関する理事会規則 (Council Regulation (EC) No 2201/2003 of 27 November 2003 concerning jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in matrimonial matters and the matters of parental responsibility, repealing Regulation (EC) No 1347/2000)」(「ブラスセル bis 規則」等といわれる。本稿では「新規則」という)が重要な法源となっている²⁸⁾。2005年3月1日以降、デンマークを除く EU 加盟国において適用されている EU の域内統一規則である。

奪取条約, 欧州監護条約, 新規則は, 加盟国が当然違うので, 適用関係は簡単ではない。しかし, 新規則が常居所を基準にして「域内家族」だけを対象とはしておらず, かつ, 新規則は欧州監護条約²⁹⁾には優先される(新規則60条)。実務的には新規則の妥当範囲が広く, 他方で, 伝統的規則の適用は限定的になってきている。したがって, ここでも, 新規則を中心に紹介し, 伝統的規則は付言すべきと思われる点のみを記す³⁰⁾。

他方, 奪取条約は, 監護権の判断の存否に関わらず適用されるので, 新規則, および伝統的規則のいずれにも関係せず, 先行的に問題となるはずである。しかし, この点, 奪取条約と新規則の関係については, 留意を要する経過が存在する。そもそも, 新規則の前身である「婚姻関係事件及び

28) この規則の成立いたる経緯については, 関西国際民事訴訟法研究会「婚姻事件における裁判管轄並びに裁判の承認および執行に関する条約(ブラスセル 条約)公式報告書(全訳)[1]」際商34巻9号(2006年)1216頁等を参照。

29) 2007年3月19日現在の欧州監護条約の批准国は, 35カ国(署名のみ1カ国)である。

30) 結果として, 英国は多くの場面で欧州の管轄および承認執行ルールのもとに, 伝統的な抵触規則である法廷地法ルールを採用していることになるが, すでに策定されている「契約債務準拠法に関する欧州議会及び理事会規則(「ローマ 規則」)」(Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I) 及び「契約外債務準拠法に関する欧州議会及び理事会規則(ローマ 規則」)」(Regulation (EC) No 864/2007 of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 on the law applicable to non-contractual obligations (Rome II) に続く域内の統一抵触規則が, 家事分野でも検討されてきている。ダグマー・ケスター・バルチン(渡辺惺之訳)「ヨーロッパ抵触法の統一: 国際離婚法に関して計画されている EU 規則」立命308号(2006年)180頁以下等参照。

配偶者間の子の親責任事件に関する裁判管轄並びに裁判の承認及び執行に関する理事会規則(「ブラッセル 規則」)(Council Regulation (EC) No 1347/2000 of 29 May 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in matrimonial matters and the matters of parental responsibility for children of both spouses)(以下、旧規則という)は、奪取条約3条及び16条を尊重する規定をおいていた(旧規則4条)³¹⁾。このような奪取条約を尊重する立場に対し、域内の奪取事案について不調和を生じるという立場からの強い批判があり論争となった³²⁾。最終的に、新規則では新規則が奪取条約に優先され(新規則60条)、新規則中に奪取に関する具体的な規定が盛り込まれ(後述)、新規則によって奪取条約が「補完(complement)」されることになった³³⁾。この「補完」には、複雑な規定を持ち込んだことになり、また、妥協の産物であり混乱を招くとの批判もあるが³⁴⁾、ここではこの新体制を前提に考える。結果として、現行英国法の理解においても、非奪取の場合と奪取の場合に分けて考えるのが便宜となる。

(2) 国際裁判管轄

まず、非奪取の事案についてみる。原則的な管轄は子の常居所が英国にあれば認められる(新規則8条。9条の例外は省略する)。次に英国に子の常居所がなくとも、婚姻関係事件(新規則3条)に関して英国が管轄を

31) 関西国際民事訴訟法研究会・「婚姻事件における裁判管轄並びに裁判の承認および執行に関する条約(ブラッセル 条約)公式報告書(全訳)[3]」際商34巻11号(2006年)1518頁[北坂尚洋担当]参照。旧規則はいくつかの条約に優先して適用されることになっていたが、奪取条約はその対象とはなっていなかった(旧規則37条)。

32) Peter McEleavy, I. Brussels II bis: Matrimonial Matters, Parental Responsibility, Child Abduction. 53 I. C. L. Q (2004). pp. 503-512.

33) 以下の叙述は、新規則のルールを網羅的に示すものではない。親責任に関する新規則と旧規則との異同の全体像については、以下を参照されたい。Council of the European Union, Civil Law European Judicial Cooperation (General secretariat of the Council, 2004) p. 52 et seq.

34) 批判を紹介するものとして、例えば、C. M. V. Clarkson/J. Hill, The Conflict of Laws (Oxford, 3ed. 2006) p. 413 et seq.

有する場合には、少なくとも夫婦の一方が親責任を有し、夫婦および親責任を有する者が英国の管轄に服することを受け入れ、「子の至高の利益 (superior interest of child)」にかなう場合には、英国裁判所は親責任について管轄を有する(新規則12条1項)。上記二つの場合以外でも、親責任を有する者の何れかが英国に常居所を有し、または、子が英国籍を有することにより子が英国と実質的関連性を有する場合であり、手続の全当事者が英国の管轄に服することを受入れ、それが子の「最善の利益 (best interests)」にかなう場合には、英国の裁判所は親責任に関して管轄を有する(新規則12条3項)。さらに、上記三つの場合以外でも、英国に子が「現在 (presence)」することにより、管轄が認められることがある(新規則13条1項)。さらに、例外的に、加盟国裁判所は、子の最善の利益にかなう等と解される子が特別な関係を有する別の加盟国の裁判所に、管轄を移譲することが出来るとする(新規則15条)³⁵⁾。ただし、(奪取に関する事案であるが)、15条はよほど例外的な場合しか適用されないとする説示を内包する判決がすでに見られる³⁶⁾。

次に、奪取の事案についてみる。新規則10条および11条が、奪取条約を斟酌しつつも、いくつかのルールを提示している。まず、子が奪取される直前まで加盟国に常居所を有していたとき、子が別の加盟国において常居所を有するまで、前者の加盟国裁判所は子に対して管轄権を有する。同時に、監護権を有する者全てが連れ去りまたは留置を黙認していたか、もしくは、監護権を有する者が子の所在を知った又は知るべきであった時から少なくとも1年以上子が新しい国に滞在しており、その期間内に返還の請

35) 15条3項には、子が「特別な関係」を別の加盟国に有する場合が例示されている(子の従前の常居所所在地国、子の国籍国など)。

36) In Re EC (Child Abduction; Stayed Proceeding) [2007] 1 FLR 57. これは、奪取条約に基づいてハンガリーへの子の返還命令を英国裁判所が下した事案である。ある裁判官は、15条に基づいて英国に再度戻されるのではないかという危惧を示していたが、控訴院の裁判官は、英国法的な広範な裁量の余地は欧州大陸法では通用しないのであり、15条が援用される場面はほとんどない、と断言した。

求が求められておらず、かつ、子が新しい環境になじんでいること等が要件である(新規則10条)。この1年の経過の開始時点の規定部分は、奪取条約(12条)における連れ去りまたは留置後の1年の経過の(返還拒否事由としての)要件を修正しているとも見られる。

さらに、新規則11条において、子の返還拒否に関する8項からなる詳細な規定がおかれている。奪取条約による申し立てがある事案における新規則の適用が定められた後(同1項)、子の年齢・成熟度に応じた意見聴取の機会(同2項/対比;奪取条約13条2項)および奪取された側の意見をきく機会(同5項)をもつことが求められている。さらに、最も迅速な国内手続を利用すること(同3項/対比;奪取条約11条)、返還後の子の保護の保証が適切に確保されていること(同4項/対比;奪取条約13条(b))があげられている。これらは、奪取条約の「マイナーチェンジ」とも評されており³⁷⁾、今のところ、新しい議論を引き起こしているものではないが³⁸⁾、奪取条約の運用を具体化していると捉えれば、今後奪取条約の批准を検討する国々(日本など)にとっても一定の示唆を与えるであろう。

11条の後半部分は、より実質的な新规定である。まず、奪取条約に基づき返還拒否と判断した裁判所は、直接又は中央当局を介して、審問結果を含めた関連資料を、違法な留置・連れ去り直前まで子が常居所を有していた国の裁判所又は中央当局に、1ヶ月以内に送付し(同6項)、後者の裁判所は、3ヶ月以内に当事者に通知し、監護権に関する審理を開始する(同7項)。そして、前者と後者の判断が異なっても、後者の判断が(域内

37) Peter McEleavy. Id at 510.

38) 11条3項には、申し立て後決定まで「6週間ルール」が定められている。これに関して、Vigreux v. Michel [2006] 2 FLR 1180 において、フランスから子を英国に奪取した父親に対して、母親の返還命令が一审と控訴審で8ヶ月あいた事例において、英国控訴院の裁判官は、11条3項は文言に忠実に解釈されるべきであり、母親(側)行為は、11条3項の重大な違反であるとした。迅速な判断はこの分野の最大の関心事であるが、当事者にも一定行為責任がかかるというところか。ただし、申し立て以降、国内法上控訴まで認める場合、その時間管理には司法(あるいは行政)当局の努力も不可欠であるように思われる。

における機械的な) 執行可能対象となる(同8項)。8項をして、「二度目のチャンス(“second bite at the cherry”)」あるいは返還拒否命令への「切り札(“trumping”)」と称される。これがまさに、今回の改正の目玉とされる一方で³⁹⁾、返還拒否が奪取条約上限定的であり、かつ、実際にも多くない中、審問内容や書証の解釈の相違が加盟国間で起こることを想定したこの規定は、加盟国の相互の信頼・協力が大前提であるこの種の規則には、あまりにも皮肉で問題が多いとする意見もある⁴⁰⁾。

ここでも、日本法に目を向けておこう。日本法上、この問題に関する国内手続は複数あるが、民事訴訟手続あるいは家事審判手続による場合、親権者指定の国際裁判管轄の問題となる。親権者の指定は、離婚訴訟・離婚調停⁴¹⁾にあわせて親権者指定が申し立てられる場合と、離婚の後に単独で申し立てられる場合に大別される⁴²⁾。親権者指定の国際裁判管轄については、子の住所地国に管轄を認めるのが学説・判例の立場である⁴³⁾。離婚の国際裁判管轄と個別に考えるか競合させるのか、住所をいかにして確定するか等の論点はなお残るが、奪取された子が日本に住所を有する場合、日本に国際裁判管轄が認められる可能性は高い。最後に、人身保護請求手続については、人身保護法の管轄規則が直接妥当するとすれば、非拘束者、拘束者または請求者の所在地を管轄する裁判所(同法第4条)に管轄がみとめられる可能性がある。このうち、請求者の所在地のみが日本にある場合に管轄を認めることは、不当な身体拘束からの開放手続である点に鑑みて実益がないと考えられるので、前二者が日本にあれば管轄が肯定される

39) Council of the European Union, id at 60.

40) Peter McEleavy, *ibid.*, C. M. V. Clarkson/J. Hill, id at 416.

41) 涉外関係調停事件の観点からまとめられたものとして、梶村太市・徳田和幸編『家事事件手続法』(有斐閣, 第2版, 2007年)123頁以下[梶村太市]がある。

42) 酒井一「親権者指定申立事件の国際裁判管轄」櫻田嘉章・道垣内正人編『国際私法判例百選〔新法対応増補版〕』(有斐閣, 2007年)186-187頁。

43) 河野・前掲論文182頁, 木柵照一・松岡博・渡辺惺之『国際私法概論』(有斐閣, 第5版, 2007年)316頁, 澤木敬郎・道垣内正人『国際私法入門』(有斐閣, 第6版, 2006年)284頁等参照。

ことになるとされる⁴⁴⁾。

(3) 承認・執行

本来、実質法を見てからのほうが理解しやすいが、涉外法の一部をなすので、承認・執行についても略説する。英国の伝統的規則において、外国監護命令は、終局性がないため、英国内で執行が認められない。子の福祉の観点から、いかなる命令が妥当か、常に再審査 (review) の対象となり得る⁴⁵⁾。ただし、連合王国内の異法地域間では、(後述する)1986年法により、各法域の命令はほぼ自動的に承認される⁴⁶⁾⁴⁷⁾。これに対して、新規則において、管轄ある裁判所で下された親責任の裁判は、公序等の審査に服しつつも(新規則23条)、基本的には特別な手続なしに承認される(新規則21条)。

日本においても、親権・監護権に関する外国裁判の承認執行は、「準拠法要件」を課すべきか、民事訴訟法118条を適用するのか準用するのか、あるいは条理によるのかという点を中心に、議論は分かれる⁴⁸⁾。しかし、さらには、日本の家事審判や調停が他国において承認されるのか⁴⁹⁾、という観点も含めた包括的な体制作りが今後は必要であろう。この点、英国が伝統的規則の歴史を踏まえながらも、新規則を受け入れている状況は興味深い。一例ではあるが、新規則上、親責任に関する当事者の合意も承認の対象となる(同46条)ところ、英国法上、当事者のこのような合意は承認されてこなかったが、(後述する)1989年法において親責任に関する当事

44) 河野・前掲論文199頁以下。人身保護手続は形式的には民事訴訟の特別手続とされるが(大江他・前掲書98頁)、人身保護法の涉外法としての位置づけは、その実体的判断部分も含めて、なお検討を要するように思われる。

45) Dicey/Morris/Collins, id at 996, C. M. V. Clarkson/J. Hill, id at 394.

46) Dicey/Morris/Collins, id at 994, C. M. V. Clarkson/J. Hill, ibid.

47) また、後見人の選任は子の本国が管轄を有し、その結果、選任された(外国)後見人は、英国において子の後見人として一応承認されるが、人的、物的範囲は英国内の事象に限定される Dicey/Morris/Collins, id at 991.

48) 河野・前掲192頁以下に詳細である。

49) 佐上善和『家事審判法』(信山社, 2007年)28頁以下参照。同所は、日本の「審判手続が、外国によって承認されるに足りる適正な手続を保障し、実現しているか」が問われるとする。

者間の合意が有効とされているので、問題ないだろうとされる⁵⁰⁾。国際的な協力体制の構築には、実質法の国際化も重要な役割を果たすことを、部分的にはあるが示唆している。

3 3 . 実質法

英国では、「親責任 (Parental Responsibility)」⁵¹⁾という概念が採用されていることが広く知られている⁵²⁾⁵³⁾。その中心をなすのが、1989年児童法 (Children Act 1989. 以下、1989年法とのみいう) である。1989年法の特徴の一つはその体系性にある。すなわち、英国法では、従来、子に対する親の法的地位は後見 (guardianship) として理解されてきたが、1989年法は親と後見人の法的地位を明確に区別したとされるからである⁵⁴⁾⁵⁵⁾。

英国において、1989年法は、親責任を「法により子の親が子及び子の財産に関して有するすべての諸権利、諸義務、諸機能、諸責任及び権威」⁵⁶⁾と定義するが (1989年法3条1項)、具体的内容は明示されていない⁵⁷⁾⁵⁸⁾。

50) C. M. V. Clarkson/J. Hill, id at 395-396.

51) ただし、英国独自の概念ではなく、1984年のヨーロッパ評議会の閣僚委員会において採択されたものである。ナイジェル・V・ロウ (三木妙子訳) 「イギリス法における親の法的地位」判タ753号 (1991年) 38頁等参照。

52) 後で参照する諸文献のほか、東和敏編『イギリス家族法と子の保護』(国際書院、1996年)、川田昇『英国親権法史』(一粒社、1997年)、同『親権と子の利益』(信山社、2005年)等を参照。

53) 日本法上、そもそも「親権」とは何かという議論には深く立ち入れないが、現代民法解釈論下においては、「子に対する親の権利というより、親の社会的責務と言った方が通りがよい」(内田貴『民法 親族相続』(東大出版会、補訂版、2004年) 210頁) という言説が支持を得られるものと思われる。

54) 許末恵「英国における親責任をめぐる法規制について」民商136巻4・5号 (2007年) 534頁等参照。同所では、日本でも英国法が親権後見統一モデルであったことが紹介されているが、同所も示唆するとおり、その評価は簡単ではない。

55) 日本法上も、体系的には、「親権」の補完制度として「後見」制度が別途おかれている点に留意する必要がある (大村・後掲書94頁)。

56) 許・前掲 (民商) 543頁より引用。

57) 以下、1989年法の内容は、許・前掲 (民商) に依拠する。

58) 日本法上、親権の内容は、すなわち親子間の効果は、身上監護権 (日民820条等) と

親責任は、親はもとより親以外の者も取得し得る。母は父との婚姻の有無にかかわらず、常に親責任を有する(1989年法2条1項等)。子の父は、婚内子に対しては親責任を有するが(1989年法2条1項)、非婚の父は、1989年法に基づいて、別途親責任を取得する必要がある(1989年法2条2項b号)⁵⁹⁾⁶⁰⁾。親責任は、複数の者が持つことができ(1989年法2条5項)、他者の親責任取得によって自己の親責任を喪失しない(同6項)。したがって、離婚後も、父母は共同して親責任を有し得ることになる⁶¹⁾。1989年法までは、離婚後の親の権利は、広義の監護権(custody)概念と後見との間で混乱を見ていたが、親責任概念の導入と監護(命令)の廃止により、実質的にも体系的にも整理がなされたと解される⁶²⁾。

なお、このような実質法上の親責任概念の導入、監護権を廃する立法措置は、涉外法の枠組みには直接関係しないとされている。諸外国の法制には、なお監護権の概念は存在するのであり、また先に見た新規則でも親責任の定義に「監護」が含まれているのもこのような理解を後押しする⁶³⁾。ところで、奪取条約は3条において「子の常居所地国の法」の監護権侵害を基準とする規定を置きつつ、5条では、監護権のうち、居所指定権について補足的に具

財産管理権(日民824条等)に大別される。子の引渡しは前者に属する。

- 59) 詳細については、あわせて、許末恵「英国における非婚の父の法的地位 非婚の父による親責任の取得をめぐって (一)(二)」青山法学47巻1号(2005年)27頁,同48巻1・2号合併号(2006年)191頁以下を参照。
- 60) 日本法上、未成年子は、父母の婚姻中は父母の共同親権であり(日民818条3項)。婚姻外で生まれた子は、民法の規定にはないが、民法第818条1項から導かれる結論として、母の親権に服すると解されている。道垣内弘人・大村敦志『民法解釈ゼミナル5 親族・相続』(有斐閣,1999年)88頁。父が認知をした場合については、民法第819条4項参照。
- 61) 許末恵「離婚後の子の監護と親権 英国法を中心として」白鷗法学8号(1997年)205頁以下参照。
- 62) この間の経緯は判例法国における制定法解釈も含めた複雑な経緯がある。許・前掲(白鷗)を参照。
- 63) Dicey/Morris/Collins, id at 975. 英国(国際私)法固有の事情としては、過去の判例法の解釈においても、「監護」概念は必要となると思われる。

体的な言及をしている⁶⁴⁾。また、奪取条約15条において、奪取された先の国の裁判所は子の常居所地国の裁判所に違法性の判断を求めることが許されている。それらから、3条の法は実質法を意味するのか、国際私法を含むと解するのか、それとも5条を含めて条約上の監護権と解すべきか、解釈の余地を残している⁶⁵⁾。英国では、3条の解釈として国際私法も含むとした上で、常居所地国の国際私法を斟酌し反致をみとめた裁判が報告されている⁶⁶⁾。しかし、学説上は、常居所地法(外国法)の情報を斟酌しながら、条約上の判断をすべきであるとされており⁶⁷⁾、その立場の判決も存在する⁶⁸⁾。英国法の趨勢はなお見極めがたいが、5条の規定が条約上自律的に解されるべきことは自明であるので、体系的整合性からは、3条を常居所地の実質法を直接指すものと解するのがよいであろう。英国の学説の立場が支持される。

話を戻したい。このように、権利概念の整理のもと、英国では親責任の具体的内容に関する各種の命令が重要となる。1989年法は、それまでの英国にあった各種の命令を整理統合し、子ども中心の観点から、監護命令が居所命令(residence order)となり、面接交渉(access)が交渉命令(contact order)等へと変更した。「(履行)禁止命令(prohibited step order)」と「特定事項命令(specific issue order)」とあわせて「第8条命令(section 8 order)」とよばれている⁶⁹⁾。そして、この第8条命令を含め、

64) ワーキンググループ・前掲論文の訳(312頁)によれば、「第5条 この条約においては、
a 『監護権』には子の身上の世話に関する権利、とりわけ子の住所を決定する権利が含まれる。以下、省略」とある。

65) 横山・前掲論文17頁以下、野野・前掲論文180頁以下参照。横山・同所は、第3条の解説において「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」という。

66) In Re JB (Child Abduction) (Right of Custody) [2004] 1 FLR 796。この事件において、英国の裁判所は、常居所地国であるスペインの国際私法上、本国が連結点となっていることをもって、英国籍の子の監護権について、英国法で判断を行った。

67) C. M. V. Clarkson/J. Hill, id at 402.

68) Hunter v Murrrow (Abduction; Right of Custody) [2005] 2 FLR 1119。この事件において、英国の裁判所は、15条にしたがって、奪取元であったニュージーランドから情報を得た上で、条約の解釈として判断を行った。

69) 人見康子「1イギリス人事訴訟手続法」吉村徳重・秋山市治編『注解人事訴訟手続法』

裁判所は判決・命令に際し、子の利益が「至高の考慮事項」である点に留意して審理すべきとされている(1989年法1条)。家事関係における子の利益の重要性を確認したものである⁷⁰⁾。例示はあるものの、その意義については多様な議論がおこるが⁷¹⁾、ここでは、これが手続法規則として定められている点に注目しておきたい。先に述べたように、英国では、この規則は、法廷地法ルールとしてあらゆる事案に適用されることになるからである⁷²⁾。英国法は、これも既述の通り、原則として内国法を準拠法としているので国内法上は問題が顕在化しないが、例えば仮に外国で英国法が準拠法となった場合、この部分は実体規定なのか、手続規定なのかは別途議論となるように思われる。

さて、それでは親責任下での子の処遇の問題は、英国ではどうなっているのか。前提として英国の離婚事情に、一瞥を加えておこう。英国では、「1969年離婚改正法(Divorce Reform Act 1969)」によって、有責主義離婚法が廃棄され、破綻主義が原則とされた。離婚数は増加しているが、離婚は判決離婚のみが認められている。しかし、1973年に導入された特別手続(special procedure)によって、離婚は当事者の自律的処理に委ねられており、協議離婚を事実上認めている状況下にあるという⁷³⁾。

結果として、離婚自体が法廷で争われることは極めて少なく、子どもの問題も親責任体制が確立しているうえ、両親の自律的判断を重視する原則がここでも作用し、離婚後の子どもとの同居、子どもとの交流等が主要な論点として残っているという⁷⁴⁾。離婚に関わる子の問題については、不

(青林書院、改訂、1993年)355頁以下、特に365頁以下参照。

70) 沿革的には、「1971年未成年後見法(Guardianship of Minors Act 1971)」1条を改正したものであるとされる。許・前掲(民商)545頁等参照。

71) 東和敏「イギリス家族法における子の利益原則の法的構造(上)(下)」戸籍時報568号36頁以下、同569号80頁以下、同570号(いずれも2004年)38頁以下参照。

72) 東・前掲(上)37頁は、「一般的な社会規範としての意味をもつ」という。

73) 南方暁「イギリスの家事事件処理手続と担い手の構成 合意形成援助と CAF/CASS」日本家族 社会と法 学会『家族 社会と法』21号(2005年)42頁による。

74) 南方・前掲42-43頁。併せて、三木妙子「現代イギリス家族法」川井健他編『講座・

要な決定を下さず、両親の合意を尊重し、裁判所の介入を控える原則がある
とされるが⁷⁵⁾、1989年法も、「不介入の原則 (non-intervention principle)」、
(1989年1条5項)がある。必要に応じて命令を求めつつも、親が主体的に
問題を解決することが期待されている⁷⁶⁾⁷⁷⁾。

では、どのような命令が機能するのか⁷⁸⁾。「居所命令」が注目されてよ
いであろう。まず、「居所命令」が出ているのに、子を引き渡さない場合
はどうか。この場合、「1986年家族法 (Family Law Act 1986)」(以下、

現代家族法』(日本評論社、1991年)181-183頁、184-188頁も参照。三木188頁には、子を
めぐる争いは実際には多くないと報告があることも紹介されている。

- 75) 「決定を出さない原則 (no order principle)」という。南方・前掲43頁参照。
- 76) 奪取条約はこのような監護に関する権利の決定を本案としながら、その前段階の環境整
備を試みるものである。民法上、子の引渡し物が物権法上の物権的請求権に似た関係が生じ
るとされるのと(内田・前掲書211頁の紹介参照)、奪取条約が「いわば占有回流的に子を
返還する手続を確立する」と評されるのをあわせれば(横山・前掲論文14頁参照)、その
イメージはより鮮明なものとなろう。しかし、英国法を見てみると、そのような権利構成
イメージではこの問題を語りきれない感想を持つ。日本民法の国際的通用性が、国内法上
の議論とあわせて、今後検討されることになろうが(監護者の決定を巡る日本民法の問題
点については、久保野恵美子「別居・離婚と子の監護」内田貴・大村敦志編『民法の争
点』(有斐閣、2007年)338-339頁およびそこに掲げられる諸文献参照)、英国法はその点
で興味深い視点を提供している。
- 77) 日本法上、子の引渡しの問題は、離婚の一局面として論じられることが多いように思わ
れるので、その点だけ示す。協議離婚の場合、父母の一方を親権者として定めなければ離
婚届は受理されず、協議が整わないとき、家庭裁判所が審判で定めることになる。また、
裁判離婚の場合、裁判所が父母の一方を親権者として定める(日民819条1項、2項)。こ
の親権者とは別に、父母の協議によりまたは家庭裁判所が監護者を置くことができ、裁判
離婚にも準用されている(日民766条1項、同771条)。監護者は親権の一部である身上監
護権(日民820条)を分属させられることになる。親権者と監護者の分離は、もともと離
婚後の子の奪い合いの際の父母の妥協を図る手段であったようだが(二宮周平『家族法』
(新世社、第2版、2005年)121頁等参照)、監護権の内容とされる第三者に対する妨害排
除の権利が子の奪い合いの際の引渡し請求権として位置づけられている(内田・前掲書
132頁以下、211頁以下参照。)
- 78) なお、以下に紹介するもののほかに、離婚後の夫婦のそれぞれと子との居住期間を定め
得る「共同居所命令」(1989年法11条4項)がある。許・前掲(白鷺)に詳細である。離
婚後の夫婦の親責任の行使の観点からは日本法にも示唆を与えるものであろうが、本稿の
関心の観点からは紹介にとどめる。

1986年法という)34条に「子の返還命令権限 Power to order recovery of child」が定められており、裁判所による返還命令の付与が認められている⁷⁹⁾。ただし、この規定の実効性には懐疑的意見があり、最終手段ではあるが、親に親責任の理念を再教育し、親戚、友人、団体等を介した解決の契機となるのが現実だろうとする⁸⁰⁾。さらに、1986年法33条の「子の所在開示命令権限 (Power to order disclosure of child's whereabouts)」によって、情報を収集することができる。

次に、「居所命令」を得たものが、子を国外等に連れ出した場合はどうか。居所命令を得ていることと、子を自由に移動させることは、同義ではないようである。なぜなら、1989年法13条1項により、例えば、すでに居所命令が出ている状況下で子を法域外に連れ出すには、親責任を有する者全員の書面による合意あるいは裁判所の許可が必要とされるからである。この場合、「禁止命令」が活用される。ただし、この手段も、長期間の移動を意図するものである場合には関しては、子の利益と「奪取」の可能性の間で、多様な判例が存在する。すなわち、当初は子の移動の許可に懐疑的であった裁判所も、例外的に子の利益の観点から許容され、あるいは子の利益からこそ判断されるとする傾向が見られる一方で、安易に許可を与えることは「奪取」へと繋がってしまうという危惧も表明されるに至っているからである⁸¹⁾。

なお、人身保護請求手続について付言する。日本法上、奪取された親がとり得る手段は大きく三つある⁸²⁾。第一は、地方裁判所の民事訴訟手続に

79) 1989年法以前の制定法であるが、1989年法附則13において指定されている方法である。この規定に言及するものとして、許・前掲(民商)556-557頁がある。

80) Frances Burton, Family Law (Cavendish, 2003) p. 414.

81) Frances Burton, id at 416-418, Dicey/Morris/Collins, id at 998.

82) 大村敦志『家族法』(有斐閣, 1999年)164頁以下, 二宮・前掲書122頁以下等参照。なお、いずれの方法によっても、最終的には子の引渡しを現実にする場面が重要となる。民事訴訟手続の場合、直接強制があるいは間接強制による強制執行を権利者は求めることになる。他方、家事手続では、家庭裁判所が履行の勧告(家事審判法第15条の5等)を拘束者に対して行う。履行の勧告によっても子の引渡しを実現しない場合、直接強制が許

よる方法である⁸³⁾。第二は、家事審判手続によるものである⁸⁴⁾。そして、第三の手段として、人身保護請求法の手続によるものがある。この最後の手続は、本来、刑事手続における違法捜査に対する救済手段として、英米から輸入された制度であるが⁸⁵⁾、日本では子の返還手段として、早くから認められている⁸⁶⁾。淵源とも言うべき英国でも、子の「監護」をめぐる争いにおいて、永らく用いられてきているが、子をめぐる制定法の改正の過程で、その利用は減っているようである⁸⁷⁾。

容されるのかは従前から争いがあったが、近時、東京地裁および大阪地裁をはじめ、直接的な執行を認める傾向にあるという（大江千佳他『Q&A 離婚をめぐる親子の法律と実務』（清文社、2007年）141頁は実務の重要な動向として紹介する）。これらとは異なり、人身保護請求の場合、判決に先立つ人身保護命令により、理論上、当該子は裁判所の支配下に入っているため、直接強制が認められるのかについてはなお争いがある（大江他・前掲書145頁参照）。

- 83) この場合、親権者が非親権者に対して、親権行使の妨害排除請求として子の引渡しを請求することになる。この方法の問題点としては、通常の判決手続によるため、迅速性に著しく欠き、また、公開の手続の中で、かつ、家事事件の専門的知見を有する家庭裁判所調査官のような専門家の関与しない場で、とりわけ子の意思をどれだけ反映できるかが問題とされる。本稿で扱う課題の中心に、子の福祉の問題があることについては国内外の共通の理解となりつつある現状に鑑みれば（海老澤美広「外国判決執行の一段面；執行と変更のあいだ」とくに子の引渡し判決の執行を中止に」朝日法学25号（200年）1頁以下等参照）なお検討を要する方法であろう。
- 84) 子の監護に関する処分（日民766条）に基づき、家事審判法の乙類審判事項として、家庭裁判所の審判によって子の引渡しを請求することが可能とされる（家事審判法第9条1項乙類4号）。
- 85) 田宮裕『刑事訴訟法（新版）』（有斐閣、1999年）155頁。同所によれば、大陸法の体系を有する日本の刑事訴訟法においては、その他の救済手段が充実しており、その役割は必ずしも大きくないという。
- 86) 請求者は、裁判所に対し、人身保護請求書を提出することにより、拘束者に対して、奪取された子の返還を求める手続に入ることができる。その判断基準は、子が拘束されていること、その拘束に顕著な違法性があることである（同法第2条1項、2項等）。さらに、他の方法によっては救済されないことが挙げられる（人身保護規則第4条但書）。
- 87) 田中英夫「人身保護手続」鈴木忠一・三ヶ月章監修『新・実務民事訴訟法講座8』（日本評論社、1981年）449頁および460-461頁、瀬木比呂志「子の引渡しと人身保護請求」判タ919号（1996年）5頁等参照。

3 4 . 小 括

以上、親子間の法律関係に関する英国法の全体像を概観した。実質法レベルでは手続法と実体法が密接に結びつき、法廷地法の適用をもって、それが涉外法とも連動している。そして、多様な表現下ではあるが「子の福祉」を一つの指針として、当事者(親)の主体的な取り組みを、裁判所が支える構造がみえる。このような取り組みには、それを支える人々の存在が必要であることは想像に難くない。例えば、本文において居所命令に従わない親(等)への返還命令の実質的効用として、接触する機会を持つ動機があげられるとしたが、親の接触を支援する団体の情報を提供する機関として、「コンタクト・センター(National Association of Child Contact Centres)」⁸⁸⁾がある。また、離婚に関する合意形成を援助する非営利団体の存在も知られている⁸⁹⁾。このような団体の存在は、おそらく他にも多くあり、英国家族法を支える存在であろうと推察する。そこで、次に、奪取条約に関わって活動している団体の取り組みの一部について触れてみたい。

88) 詳細は、石堂典秀「コンタクト・センター」戒能通厚編『現代イギリス法事典』(新世社、2003年)283頁およびセンターのHP(www.naccc.org.uk/)を参照。

89) 南方・前掲52頁以下参照。