

国際的な子の引渡し(2・完)

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, 319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 (以上, 本号)

4. REUNITEの取り組み

4 - 1 . REUNITE

ここでは、英国において、国際的な子の奪取の当事者を支援するとともに、さまざまな研究・調査を行っている REUNITE¹⁾の活動の一端を紹介

1) 詳細は、そのホームページから知ることができる。<http://www.reunite.org> を参照。
REUNITE のまとまった成果としては、Anne-Marie Hutchinson, Solicitor, Partner, Henry Setright, Rachel Roberts, International Parental Child Abduction (Family Law, 1998) がある。なお、以前、REUNITE の Marilyn Freeman さんの紹介により、同じく REUNITE の第一線で活躍する Denise Carter さんから実務に関する貴重な情報を得た。この場を借りてお礼申し上げたい。

する。REUNITE は、連合王国が奪取条約に参加したのと同じ1986年に設立された団体で、1990年には公益団体として登録されている。運営の一部には、旧・憲法事項省 (Department for Constitutional Affairs)²⁾、外務省 (Foreign & Commonwealth Office) および内務省 (Home Office)³⁾ が参加し、外部からの財政支援を受けながら活動を続けている団体である。その活動は、ハーグ国際私法会議においても認められればしばしばその貢献を評価されている。

ここでは、REUNITE の比較的近時の三つの取り組みを、若干のコメントを付しながら、紹介していくことにしたい⁴⁾。

4 - 2 . 子の返還後の追跡調査 (第 1 段階)

奪取条約によって、親の間で子が奪い合われる場合の第一次的な子の返還に関する国際的枠組みは構築された。他方で、子の福祉という観点からは、返還後の状態もまた重要な課題である。すなわち、子の返還の効果にも本来的関心が向けられるはずである。しかし、通常、奪取条約によって子が返還された後、子と関与した中央当局の間では何の連絡も取られない。REUNITE はこの部分に果敢に取り組むことを決意した。全体を大きく三つの段階にわけ、第一段階として奪取に関わった親への項目的質問に基づく面談、第 2 段階として長期的な親への面談 (その性質上、欧州に限定)、第 3 段階として法域を限定しない取り組みを企画した。その第 1 段階の報告書が、「奪取後返還された子のその後 (The Outcomes for Children Re-

2) 2007年5月9日に、法務省 (Ministry of Justice) に改組されている。

3) 内務省のかかわる子どもに関する諸活動のうち、日本で紹介されているものとしては、例えば、イギリス保健省・内務省・教育雇用省 / 松本伊智朗・屋代通子訳『子ども保護のためのワーキングトゥギャザー：児童虐待対応のイギリス政府ガイドライン』(医学書院、2002年)、英国内務省・英国保健省編 / 仲真紀子・田中周子訳『子どもの司法面接：ビデオ録画面接のためのガイドライン』(誠信書房、2007年)等がある。

4) 日本国内においても、離婚家庭における子の調査活動は、各種行われている。最近のものとしては、NPO 法人 WUNK 編・太田垣章子他『離婚家庭の子どもの気持ち』(日本加除出版、2008年)などがある。

turned Following an Abduction)』(2003年9月)⁵⁾である。

REUNITE⁶⁾も自負するこれまでにない初めてのこの試み⁷⁾は、対象者をいかにして確保するのか、という初歩の段階で大きく行き詰る。この「寝た子を起こす」作業をするにあたり、対象者は広範でなければいけないという原則論と、自分たちで一定選抜するという実務上の要請との葛藤の中で、結局、中庸を行き、信頼できるネットワークを通じて広範に呼びかけるといった手法をとった。照会先からの反応は期待を大きく裏切ることが多かったようであるが、それでも22名の親(関係する子は33名)を確保することに成功した。

この作業に特徴的な点が三つある⁸⁾。第一に、子を面談対象から外したことである。子に対する直接の面談は、より専門的な見地が必要であり、実施には踏み切らなかった。第二に、公正を期すために、22名の親の(元)配偶者にも面談を試みた⁹⁾。たいへんデリケートな作業であると思われるが、8名を確保したようである¹⁰⁾。第三に、プライバシーや守秘義務の問題もあり、性別や返還時期については限定しなかったとのことである¹¹⁾。

その実務的な労力は別にして、本調査における対象者数の多寡については評価の分かれるところではあろう。しかし、この調査に対する関心は決して少なくなかった¹²⁾。ここでは、調査結果の数的分布よりも、そこから

5) <http://www.reunite.org/WEBSITEREPORT.doc> から入手可能。以下、“Outcomes Report”として引用する。

6) この調査の主体は、正確には、reunite Research Unit である。

7) Outcomes Report p. 5.

8) Outcomes Report pp. 7-13.

9) 結果的に、10名が奪取した親(全員母親)、12名が奪取された親(母親8名、父親4名)だという。

10) 結果的に、1名が奪取した親(母親)、7名が奪取された親(全員父親)である。

11) これも結果的には、奪取後1年から3年経過以内が60%を占め、その他は奪取後4年から7年の間である。

12) Brown, Domestic Abuse Quarterly, Women's Aids Federation of England, Winter 2003/4; Contemporary Issues in Law, Volume 6, Issue 4, 2002/3; Australian Federal Central Authority News Letter International Child Abduction News, No. 27 他多数。

返還までに監護権者を変更するための手続がなされることは通常ない中（ ），親同士の間では，奪取を警告することも含めた話し合いが約半数の事件でもたれていた（ 15）。また，終局的な監護命令は必ずしも奪取した親に不利には働かないとの結果がある一方で（ 18），奪取した親からの子の移動許可申請は認められ易いものではなく（ 19），「奪取後の監護権」はやや制約的との分析をする¹⁶。他方で，面接交渉はそれが検討された多くの事案で満足度の高い結果へとつながっているという（ 21）¹⁷。返還理由は奪取条約の存在を挙げるものが多く（ ），常居所地以外への返還は確認されておらず（ 15），奪取条約を中心にした子の返還プロセスの周知度および影響度の高さがうかがえる¹⁸。そのことは，法的代理および法的扶助について，返還手続時には当事者の満足を得たものが大半を占め（ 10），本案手続でも全ての親ではないが全体的には満足のいく支援が得られている（ 17）という結論とも相応するようである¹⁹。ただし，社会福祉機関の関与は，この回の調査の限りにおいて確認できなかった（ 12）という²⁰。

第三は，調査結果が同一の傾向を示すもので， ， ， 11， 13， 14， 15， 20がそれにあたる。すなわち，とりわけ母が奪取者の場合，その背景には，ドメスティックバイオレンス（DV）あるいは虐待への危惧があるというものである。例えば， の結果として奪取者の本国への奪取が多いとされるが，それは奪取者が母の場合，DV や虐待を恐れていることであることが， のインタビュー結果とあわせ見ると示唆されるという²¹。同じ傾向を 11あるいは 20のインタビューにも見て取ることが出来る²²。また，アンダーテキングの内実においても，DV や虐待に対する取り決めが一つの争点

15) Outcomes Report pp. 22-24.

16) Outcomes Report pp. 36-38.

17) Outcomes Report p. 42 et seq.

18) Outcomes Report pp. 26 et seq. and P. 35.

19) Outcomes Report pp. 27 et seq. and P. 36.

20) Outcomes Report p. 29.

21) Outcomes Report p. 20.

22) Outcomes Report p. 28 et seq. and p. 38 et seq.

となっている (13)²³⁾。

4 - 3 . 子の返還後の追跡調査 (第 2 段階)

第 1 段階のレポートが好評を得たこともあり、予定通り進められた第 2 段階の報告書が「国際的な親による子の奪取 その効果 (International Parental Child Abduction-The Effects)」²⁴⁾ (2006年 5 月) である。前回からの最大の変更点は、子を調査の直接の対象にする点である。前回からの継続課題であり、かつ、その部分への関心が大きかったことを受けてであり、子の意見聴取に関する専門家を加え体制を整えた上、更なる調査に取り組んでいる²⁵⁾。

対象者の確定において基本とされたのは、第 1 段階の調査に参加した 30 名の親であったが、うち 5 名が今回は参加しなかった。代わりに、第 1 段階の調査に興味を示した 3 名と第 1 段階の調査対象者の祖父母および奪取されなかった兄弟が参加し、総数は同じ 30 名である。直接面談された子は 7 家族 10 名であった²⁶⁾。親に関する面談と子に対する面談の評価をそれぞれ簡単に見ておこう。

まず、親に関しては、主観的なものから、客観的なものについて順次あげる。第一に、奪取の精神的後遺症が親には長く残るということも多く、親が強調して証言している。とりわけ奪取された親は、子と会えない間に自ら社会を拒絶し、自己批判をする。子の存在を否定できないがゆえに、悲しみを感ずるがそれを受け入れることはできない。そして、子と再会しても子に必要とされないのではという恐怖心が襲うのである²⁷⁾。第二に、

23) Outcomes Report p. 29 et seq. Especially at 30.

24) <http://www.reunite.org/uploads/effectsofabductionreport.doc> から入手可能。以下、“Effects Report” として引用。

25) Effects Report pp. 1-3.

26) ここでも、親の構成が変わっても母が奪取者である比率が高いことに注意を喚起している。Effects Report pp. 8-9.

27) Effects Report pp. 46-47.

何人かの親の証言に見られるのは、奪取された親と子が会えないことを、子がその親を忘れるように、奪取した親が故意に利用していることがしばしば起こるといふ点である。REUNITE はこれを、奪取条約に対する無理解が原因と見る。すなわち、奪取条約は返還することを目的としているのであり、恒久的な解決を図るものではない。返還されるのが通常であり、接触の機会を阻害することは奪取した親に有利に働くことはないのであるから、と²⁸⁾。

次に、面談を受けた全ての親が、奪取がその後の自分たちに悪影響を及ぼしていると考えている。また、多くの親（78%）が、奪取が子に悪影響を与えているとみている。病気になることが多く、また、対人関係で問題を起こす子も多い。後者については子として奪取され現在は大人になっている被験者の複数の証言もある²⁹⁾。

第二に、比較的客観的な問題を掲げる。一つは、多くの親が指摘するように、一連の手續後の問題において相談する専門家の欠如である³⁰⁾。次に、奪取後の親と子の接触の機会の保障である。子が両方の親と接することが子の最善の利益となるという考えが前提にある。面接交渉として捉えれば、奪取条約にも規定（第21条）があり、制度保障は一定なされている。この報告書で指摘されているのは、幾分感情的な問題であり、すなわち、子が両方の親と会うことに意義を見出さない傾向にあることを、中央当局も含めて認識する必要があるという点である³¹⁾。最後に、多くの親が指摘する問題として、本案判決との関係である。典型的には、奪取した親が、返還後に、子の常居所地国の裁判所から監護者であるとの判決を受け、再度、常居所地国外へ子を連れ出す根拠を得たような場合である。奪取条約上は当然ありえる状況であるが、当事者からすれば、特に連れ出される側の親

28) Effects Report p. 47.

29) Effects Report pp. 48-51.

30) Effects Report pp. 51-52. なお、RIUNITE は2002年からこの問題の啓蒙キャンペーンを行っているという（同所脚注参照）。

31) Effects Report pp. 52-53.

としては、場合によってはこれが（逆）奪取の契機ともなりかねないという³²⁾。

次に、子についてであるが、面談自体かなり腐心して取り組んでいる様子が伺える半面、年齢をのぞけば子に関する個人情報あまりないので、REUNITE の集約に沿って簡単に紹介をする。REUNITE によれば、子に関する取り組みの最大の収穫は、primary carer と一緒にいることが子にとって安全であり、primary carer から離れることは幸せなことではないという認識を得たことである。同時に、すべての子供たちには混乱とストレスが存在し、ストレスの要因としては、不安定さ、安全性の低さ、両親の対立があるという。したがって、全ての子に共通して言えるのは、幸せかどうかということよりも、primary carer と協調していかなければならないということ自体が、信頼と受け止められている点である。友人や学校で気がまぎれても、居住環境の変更や移動を心地よくは思っていない。一定の子は親の感情を察知しており、敏感に感じているようであり、それがプレッシャーになると明言する子もある³³⁾。

4 - 4 . 奪取条約との並行調停の試み

子の返還後の追跡調査の第3段階はまだ公表されていない。他方で、奪取条約と並行した調停手続を設計し、試行するという新たな試みにも、REUNITE は取り組んでいる。そのまとまった成果が、「国際的な親による子の奪取での調停の利用の研究 (Research into the use of mediation in cases of international parental child abduction)」(2006年10月)³⁴⁾である。

32) Effects Report pp. 53-54.

33) Effects Report p. 62. 同所では、子供たちは、primary carer に奪取されても奪取だとは思っていないとする一方、「旅行に行くといわれるよりも、親に奪取にいたる経緯を説明してもらったほうが幾分まし」とする子がいたことも報告されている。子の複雑な心情が読み取れる。

34) <http://www.reunite.org/uploads/mediationreport.doc> より入手可能。以下、“Mediation Report”として引用。

以下、上記報告書にそって、その枠組みをみる。

一方の親が他方の親の許可を得ずにその権利を害する状況で子を連れ去った場合、奪取条約の適用がその問題の解決の端緒として機能することには間違いない。しかし、奪取、留置、返還というプロセスの中で、当事者が受ける精神的な負担には一定留意がなされねばならない。当該子はもちろんであるが、奪取した親とりわけ primary carer にも、物理的な移動、経済的負担等種々の原因から生じるストレスがあり、勘案すべき点も少なくない。また、奪取された親の心情もしばしば複雑である。例えば、奪取された親が子の終局的な返還を求めるといよりは定期的な面接交渉を求めたいと考えている場合、奪取条約はまた機能するのであるが、実際にその手続きを開始することは、両親にとって最後の手段が思惑通りに動くのか等考えることも多く、躊躇する場面も少なくない³⁵⁾。

そういう状況下にある親が、国際的な子の奪取に見識を持つ調停人のアドバイスを得て、自分たちの有する可能な選択肢を考慮する機会を得たならば、より実務的な解決が導かれるのではないか。具体的には、両親が調停を介した合意に至ることによって、次のような利点があると考えられる³⁶⁾。第一に、奪取条約の実行に際する国内費用と他国における手続費用が抑制される。第二に、二つの国における法廷論争のストレスから当事者は解放される。第三に、子の返還が行われない可能性も生じ、その場合には物理的移動の回避ならびに移動先での本案手続のストレスからの開放および本案における当事者間の更なる関係悪化の回避が期待できる。第四に、家族の将来設計の著しい遅滞が避けられる。第五に、家族の将来に影響しうる問題に両親が積極的に目標をもって取り組まねばならないことになる。

REUNITE は、概ね上記のような問題認識から、奪取条約の精神に合致しかつ英国の実務に寄与する調停モデルの開発にとりかかり、その実践を試みた。その設計の際に留意されたのは、セーフガード、法適合性、適時

35) Mediation Report pp. 4-5.

36) Mediation Report p. 5.

性、国際許容性、利用可能性、専門性、実行可能性の7点である³⁷⁾。

セーフガードとは、調停が返還手続開始が確認されてから行われることを意味し、法適合性は、奪取条約の精神に合致して行うことを示すものである。適時性は奪取条約に定められた6週間の要件内に調停を行うことを目標とするものである。国際許容性は、このような活動が国際的に理解の得られるものとし、英国の評価を傷つけないことを目指す趣旨である。その際、中央当局の役割が重要であるが、英国の中央当局は REUNITE の調停にたいへん好意的であるという。利用可能性は、いうまでもなく、当事者にとってこの調停が使いやすいものであることを企図する。ただし、親の立場によって事情は異なる。奪取された親は、調停に抵抗することは想像に難くない。奪取条約との並行手続であることを認識してもらう必要がある。奪取した親も奪取条約自体に抵抗感があるので、奪取条約上の権利の説明を含めて、同じく奪取条約の並行手続であるとの認識を持ってもらうことが必須である。何れの親に対しても、情報提供が肝要となる。専門性はADR全般に共通することであるので説明の必要は少ないが、本調停については国境を越えた親による子の奪い合いの専門機関である REUNITE の総力を挙げて取り組むことをあらかず。最後の実行可能性は、具体的には、最終的に調停が結実した場合に両親間で作成することになる「了解文書(Memorandum of Understanding)」の扱いが問題となる。一方で、この了解文書が奪取条約の手続に取り込まれていくことが保証されねばならない。他方で、後掲①の要件をみたさない限り、了解文書が奪取全体に対する拘束力ある合意形成とみられてはならず、奪取手続の終了を意味してもならず、また、(内容によるが)返還拒否事由(奪取条約第13条(a))を形成するものとみなされてはならない。

今回設計された調停の大枠は次の通りである³⁸⁾。

37) See, Mediation Report pp. 6-9.

38) See, Mediation Report pp. 9-11.

スクリーニング面接；最初に，調停対象者は調停に適するかどうかの判断を受ける。適すると判断された場合，調停の全容および質問表が弁護士を通して説明される。

電話会談；質問表の返還後，調停人が電話によってそれぞれの親と話す。その際，調停人は調停に適するか判断をすると同時に，親が調停に心を開いて参加する意図があるかどうかを確認し，かつ，子の意見を聞く年齢に達しているかを確認する。同時に，奪取条約との並行手続であることも説明する。

において，子が意見を聞かれるべき年齢に達している場合，裁判所が直接別の専門機関³⁹⁾に子からの意見聴取を依頼する。

両親に渡航と宿泊の手配をする。

三つの調停セッションを設定する。１回のセッションは最長で３時間とする。

各セッションは２名の調停人によって運営される。

必要な場合は通訳を置く。

調停中子の保護に関する問題が生じた場合，調停を中止する。

調停中はいつでも，親は英国内外の法律上の代表者その他誰と相談をしてもよい。

- ⑩ 何らかの合意に至った場合，了解文書を作成する。
- ⑪ 了解文書の内容から必要性があり要件を満たす場合には，英国の法律家が了解文書を当事者間の合意による判決（consent order）に変形してロンドン高等法院家事部に提出する⁴⁰⁾。
- ⑫ 調停が不調に終わった場合，通常の奪取条約の手続が進行するのみである。

39) Children and Family Court Advisory Support Service Officer；CAFCASS Officer）という機関がこれにあたる。

40) 外国の法律家は consent order を他の法域において登録ないし反映することを求められる。

この調停モデルにおける具体的な取り組み実態は次の通りである⁴¹⁾。総計 80 の事例が、本調停に潜在的に適合可能との報告が弁護士またはその一部はロンドン高等法院家事部の裁判官から、REUNITE に報告された。そのうち、39 の事例は の段階で除外された⁴²⁾。さらに残る 41 の事例のうち、5 件が の段階で除外された⁴³⁾。36 の事例が本体プロセスに入ることになったが、直前で 8 件がキャンセルされた⁴⁴⁾。除外理由は注に譲るが、比較的多くの事例が調停にまで進んだといえよう⁴⁵⁾。

最終的には、28件が本プロセスに臨み⁴⁶⁾、21件が了解文書に至った。28 件の内訳は、REUNITE の報告書に比較的詳細な図として示されているが⁴⁷⁾、ここでは、特徴的と思われる点をいくつかあげる。親が共通の国籍を有する場合が17件存在する⁴⁸⁾。また、対象となっている子が一人という

41) See, Mediation Report pp. 12-14.

42) 除外理由を列記しよう。そもそも、情報提供はあったがその後まったく音沙汰のなくなった 5 件をはじめ、調停に対して親の同意が得られなかった (18件)、子の任意の帰国 (3件)、子の常居所が非加盟国である (2件)、すでに返還命令後であった (2件)、親の財政状況に問題があった (2件)、トルコに奪取された事例であった (英国への奪取事例ではなかった; 筆者注) (1件)、親が奪取条約の手續自体から離脱した、奪取条約の手續申請を拒否された (各 1件)、両親とも子の常居所に帰った (1件) である。

43) これも除外理由を列記しよう。親の間で論点整理が不可能と思われた (2件)、一方の親に在留資格等の問題があると考えられた (1件)、母親が前夫との同室を拒否した (1件)、申請者自身が移住を考えていた (1件) である。

44) 理由は、奪取条約の手續から離脱した (2件)、相手方 (奪取した親と思われる; 筆者注) が心を開いていないと思えないと一方の当事者が感じた (2件)、調停外でも合意できる状況に当事者があった (1件)、渡航不可能であった (1件)、相手方が理由を示さず調停から離脱した (1件)、これに加えて、唯一の調停可能日が子の誕生日と重なった (1件) がある。

45) 実は、REUNITE の当初計画では、20件ぐらいを想定してこの企画を開始しており、数値上は初期の期待を上回ったといえよう。

46) うち 2 件は、すべて電話による調停のようである。了解文書作成率は 50% である。

47) Mediation Report p. 14.

48) 英国 9 件の他、フランス、アイルランド、ハンガリー、ニュージーランド、南アフリカ、スーダン、ポーランド、トルコ各 1 件である。なお、英国には、ルーマニア・英国の 2 重国籍者の母とインド・英国の 2 重国籍者の父の一組が含まれる。ちなみに、この 16 件以外にも、英国人とアイルランド人の父・母が 2 組存在する。

事案が20件を占める。調停に入れるかどうかの判断においては、親の国籍と子の数は一定相関があるようにも思われる。さらに了解文書からみれば、親が共通の国籍を有している場合、14件が作成に至っている点は注目に値しよう。

以上、REUNITE の関わる奪取条約の並行調停の概略を示した⁴⁹⁾。

4 - 5 . 若干の考察

最後に、若干の考察を試みたい。ただし、三種の調査はその取り組みの存在自体に一つの意義があると思われる。そこで、ここではこれらの調査の結果の詳細を評価するよりも、とりわけ三つの調査に一貫して出てくるREUNITE の一つの問題提起について着目したい。それは、primary carer（以下、英文のまま表記する）という概念である。三種の調査を見ていく限りにおいて、REUNITE の活動の中軸概念と位置づけられているように思われたからである。

REUNITE の primary carer の概念に対する考え方は、2001年にハーグで開催された奪取条約の運用に関する第4回特別会期⁵⁰⁾に出された情報提供文書の一節において、よく説明されている。すなわち、

「primary carer に関して世界的に通用する定義は存在しないものの、このような領域が形成されていることについては、一定の大きなコンセンサスは存在する。REUNITE は primary carer の概念に対する自身のアプローチを、独自の統計と調査に依拠しながら、提言する。なお、REUNITE は primary carer をジェンダー固有の概念とは理解しておらず、その枠組みを作るにあたって、ジェンダーを考慮していない；

49) 報告書には、当事者に対する詳細なアンケート結果も示されている（See, Mediation Report p. 15 et seq.）

50) the Fourth Meeting of the Special Commission to Review the Operation of the Hague Child Abduction Convention (22-28 March 2001)

家族法制度の発展とともに、法的な権利と現実の地位が異なることは認識されている。英国の法制度もその一例である。子の両親は、法的には“共同で監護権”を有するのであり、婚姻している場合はもとより、婚姻をしていない場合もしばしばそうである。別々に暮らしている場合も含まれる。“権利”は頻繁に無秩序な広がりを見せるのである。しかし、現実には親が別々に住んでいる場合、子どもは一般に親のどちらかの家にいるものである。その親こそが、primary carer である。以下、省略⁵¹⁾

第一の報告書の冒頭にも部分⁵²⁾にも、さらには後の2つの報告書⁵³⁾にも、primary carer は登場する。それらから総合して考えるに、REUNITE の primary carer の概念は次のようなことではないか、と理解している⁵⁴⁾。すなわち、前提として、権利者としてというよりも、子を事実上育てている親が存在する。そしてその親がしばしば子を別の国に連れ去ることがある。奪取条約は primary carer かどうかという観点から親を区別していないので、返還の可否の判断において、このことは考慮されないが、それには疑問がある。したがって、一定の事実概念として primary carer が必要である、と⁵⁵⁾

REUNITE の提案と相前後して、奪取条約は、primary carer から、監護権を有さない親が子を奪い去り、別の国へ連れ去り監護の判断を受けるというパラダイムを前提としているが、奪取者の72%が primary carer で

51) September [2001] IFL 1. なお、本文引用箇所続く省略部分では、両親と子が同居している場合、両親が primary carer (s) であるともいう。本稿(1)(立命319号(2008年)1頁以下)の考察からすると、“共同で監護権”あるいは“権利”という表現は、現行制定法下では総称して、「親責任」になるのではないと思われるが、ここでは原文のままとする。

52) Outcomes Report pp. 5-6.

53) それぞれ後述する Effects Report pp. 8-9. および Mediation Report pp. 4-5. を参照

54) Outcomes Report pp. 17-19 もあわせて参照。

55) なお、Dicey/Morris/Collins, id at 998 にも、「父親に子を奪取された母親、すなわち primary carer」という表現が見られる。

あるという事実に注目する教科書の記述もみられる⁵⁶⁾。また、子の世話をしている primary carer にこそ、子どもたちの基本的な需要(必要性)があり、子どもたちの主要な(安全)保障も存在するとする判決もある⁵⁷⁾。

前半の考察でもみた通り、例えば英国法上、母は婚姻にかかわらず、親責任者である。親責任を有していても、居所は別の指令によるのであり、子の移動はさらに別の考慮を要するが、法的には、母が第一義的なケア者といっていいであろう。法的にそういう者を primary carer とよぶのではなく、あえてジェンダーに関係なくと断って⁵⁸⁾、事実上の概念として新しい枠組みを提唱することは、にわかに評価できるものではない⁵⁹⁾。奪取条約に仮に反映するのならば、結果的には返還拒否事由が増えることになると思われるので、慎重な議論が必要ではある。とりわけ、REUNITE は、DV あるいは虐待の観点から、母が奪取者である場合に、機械的な返還の危険性に注意を喚起せんとする意図が垣間見られる。先に紹介した primary carer に言及する教科書も、結論においては、奪取条約の運用を修正すべき現象ではないとする⁶⁰⁾。ただ、ここで紹介した非常に骨の折れる作業の動機のひとつのなるほどの意味が実務的に存在するという指摘として、奪取者の属性に注目すべきとの指摘は、制度設計においても制度運用においても、今後も留意されていいであろう。

56) C. M. V. Clakson/J. Hill, id at 399.

57) 前注にも引用される TB v TB (Abduction; Grave risk of harm) [2001] 2 FLR 515 における Hale 裁判官の言明。

58) ただし、本稿で紹介する範囲内においても、primary carer と目される人は母が多いようである。

59) 日本においても、奪取した親の環境に子がなじむこと自体は、たとえば外国判決に基づく子の引渡しに際して、民事訴訟法118条3号の公序判断において大きな問題となることはすでに知られ、多くの研究がなされている(釜谷真史「判批」桜田嘉章・道垣内正人編『国際私法判例百選 [新法対応補正版]』(有斐閣, 2007年) 169-197頁およびそこに掲げられる諸文献を参照)。

60) C. M. V. Clakson/J. Hill, id at 400.

5. 結びに代えて

前半で触れたように、奪取条約は一つの特徴的な制度的選択肢を、当事者や関連諸国に与えるものである。「子の福祉」を手続面から支える取り組みとして、今後もその重要性は増すであろう⁶¹⁾。しかし、次の段階としては「子の福祉」は実体面でも実現され、かつ、当事者が現実にそれを実現するところまで、追求されなければならない。後半でみた諸活動は、奪取条約を中心とした国際的な子の引渡しの課題ではあるが欠点ではなく、その発展型といえよう。条約の批准にかかわらず、奪取条約というキーワードを通じて考えられる、国際的な子の福祉実現のあり方の一端を示したつもりであるが、日本法へのより具体的な反映を今後も引き続き検討していく必要性を感じている。今後の課題としたい。

* 本稿は、科研費・基盤研究A「多様化し複雑化する国際家族紛争に対応する国際家事手続紛争に対応する国際家事手続法制の整備に関する調査研究」(研究代表; 渡辺惺之)の研究成果の一部である。

61) 奪取条約に関しては、本稿(1)に紹介したものに加えて、日本において現行日本法と対比しながら、その意義が引き続き提示されている。西谷祐子「国境を越えた子の奪取を巡る諸問題」水野紀子編『家族 ジェンダーと自由と法』(東北大学出版会、2006年)413頁以下等参照。