

◇ 特別寄稿 ◇

【国際家族法研究会シリーズ17】

ベア・フェアシュレーゲン

子の奪取の民事面に関する 1980年10月25日ハーグ条約とオーストリー

渡 辺 惺 之* (訳)

【訳者解題】 ここに訳出したのは2012年9月16、17日に立命館大学二条キャンパスで、科研費基盤A「変貌する家事紛争に対応した解決モデルの構築」(代表・二宮周平教授)の研究活動の一部として開催された、「オーストリアにおける家族紛争解決の現状と課題～家族法・家事事件手続法・国際私法の観点から」において、ウィーン大学のベア・フェアシュレーゲン教授にお願いし、「ハーグ子の奪取条約とオーストリー」という題名で講演して頂いた原稿である(本稿の内容は2012年9月現在)。研究会はウィーン大学のフィシャー・ツェルマーク(Constanze Fischer-Czermak)教授によるオーストリー家族法に関する報告、ペーター・ベーム(Peter Boehm)名誉教授のオーストリー家事手続法に関する報告と併せて、同国における家族法及び家事手続法に関する幅広い研究会となった(これら報告の翻訳は立命館法学で順次公表される予定)。

ベア・フェアシュレーゲン(Bea Verschraegen)教授はウィーン大学法学部において、比較法、統一法並びに国際私法研究所を主任され、又、ウィーンから車で約1時間のプラチスラバ(スロバキア)にあるパン・ヨーロッパ大学の副学長を併任されている。日本でも広く知られたSchwind教授に師事して居られ、研究室にSchwind教授の写真が飾られていた。学会関係では、オーストリー国際比較法学会(AUSTRIAN National Committee of the International Academy of Comparative Law)の会員であり、国際家族法学会(International Society of Family Law)の前任会長として2007年にウィーンで開催された同学会の開催責任者を務められた。国

* わたなべ・さとし 弁護士 大阪大学名誉教授

際私法関係の著書として“Internationales Privatrecht” (2012, Manz) がある。詳しい情報は、<http://homepage.univie.ac.at/bea.verschraegen/> を参照して頂きたい。

翻訳した原稿は二部に分かれている。第一部は1980年条約自体についてのオーストリーの視点から条約の概要、他の関連条約との適用関係、最近の関連判例の紹介と評価を中心としている。第二部はオーストリーにおける条約の実施状況、特にオーストリーの国内実施法の概要とオーストリー判例の紹介と評価を中心としている。二部を合わせるとかなり大部になるので、研究会での口頭報告はかなりカットせざるを得なかったが、ここでは頂いた原稿を全て翻訳し、著者のご了解を頂き、一つの論稿にまとめた。

第一部 国際的な子の奪取の民事上の側面に 関する条約 オーストリーの視点

I はじめに

国際的な子の奪取の民事上の側面に関する条約（以下、1980年ハーグ条約¹⁾）は1983年12月1日に発効した。条約締約国の数は総数で87ヶ国であり、その中の63ヶ国がハーグ会議メンバー国であるが、その他に24ヶ国も条約に加盟しており、最も成功した条約といえる。条約は、締約国が子の連れ去りを子の最善の利益の視点から許さないだけでなく、それが監護権を無視する点で国家的利益とも関わることを明らかにしている。

1980年ハーグ条約の適用は締約国間に限られる。このことは、子供が連れ去りや留置まで締約国に常居所を有し、且つ、条約適用時にも締約国に常居所がなければならないことを意味している。

1) http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.text&cid=24.

1. 1980年ハーグ条約の適用範囲

1980年ハーグ条約の主たる目的は、締約国に不法に連れ去られ又は留置された子供の迅速な返還を確実にすること、及び、締約国の法による監護権及びアクセス権が他の締約国で実効的に遵守されることの保証にある（条約1条a及びb）。

条約の対象となる子の連れ去りは子供の不法な移動又は留置であることを要件とする。これは移動又は留置が子の常居所地国法の下での監護権侵害であることを要し、又、移動又は留置の時にこれらの権利が実際に行使され、又は行使され得たはずであることを要する（条約3条a及びb）。その「国家の法」とは、子供が常居所を有していた国の法であり、司法若しくは行政上の公式・非公式の決定を含み、その法の証明や裁判の承認に特定の手続の履践を必要としていない（条約14条）。

1980年ハーグ条約は16歳未満の子供に適用される（条約4条）。「監護の権利」（条約5条a）は子供の養育監護に関する権利、特に子供の居住場所を決める権限を含む。この幅広い定義は、特に共同監護の場合に、他の親が子供と実質的な関係をほとんど築けないことにならないか、或いは、監護施設が限られた範囲で監護権を行使することができるか等の問題を生じさせる可能性がある（条約3条a）。子供の居住場所を決定する権利が監護権者双方に共有されている状態で、裁判所が移動禁止命令を発した場合、状況は悩ましいことになる。

例えば、主たる養育親の日本人母が、米国（カナダ、オーストラリア、ヨーロッパ）に住所を有していて、子供の父親との関係が破綻したが、社会的・経済的な補助・救済を受けられないことから子供を連れて日本の親元に帰ることを希望する場合でも、他の監護権者の同意なしに移動することは、1980年ハーグ条約によれば不法とされ、現状に留まらなければならないこととされる。

上のようなケースは典型的な「連れ去り事件」ではなく、少なくとも条約起草者は連れ去りケースとは考えていなかった。起草者は非監護親が外

国人であるような国での関係破綻の場合を想定していた。子の返還決定は、子が一方の親から連れ去られているが、その親は正当に子供と同居しその国に居住していることを前提に考えられていたと思われる。明らかにこのような事情とは異なっているのである。

「アクセス権」は子供を一定の期間その常居所地以外の場所に移す権利を含む（条約5条b）。

2. 中央当局

各国の中央当局は相互に協力しなければならず、特に関係する国の中央当局は迅速な返還（及び、その他の1980年条約の目的）を実現するため迅速な協力が求められている。中央当局は条約7条a～iに掲げられたような様々な適切な処置を職責としている。

3. 子の返還

不法な連れ去りに対する申立は子の常居所地国の中央当局又はその他の締約国の中央当局に提起される。これは子の返還のための援助を求める申立である（条約8条）。子が実際に所在している国の中央当局は子の任意の返還を実現するためあらゆる適切な処置を採らなければならない（条約10条）。

締約国の司法当局又は行政当局は原則として迅速に子の返還手続を行わなければならない。関係当局は裁判開始から6週間以内に決定に達することが期待されている。決定がなされない場合、申立人又は要請した国の中央当局は遅延の理由を開陳する書面を請求することができる（条約11条）。1980年ハーグ条約に基づき下された子の返還決定は本案である監護問題についての判断と解されてはならない（条約19条）。

基本的に不法に移動若しくは留置された子供は返還されねばならない。裁判開始の日が子供の不法な移動若しくは留置から1年を越えていない場合は、それ以上を問題とすることなく返還が命じられるべきであるが、1

子の奪取の民事面に関する1980年10月25日ハーグ条約とオーストリー（フェアシュレーゲン）

年以上が経過していた場合は、子供が新しい環境に馴染んでいるかどうかにより状況は異なってくる（条約12条1項、2項）。子の返還がその要請を受けた国の基本的人権若しくは自由権の保護原則に反する場合には、返還を拒否することができる。

例えば、子供が自身の状況を判断できその希望を自覚できる年齢に達している場合は、その意思に反した返還は子供の人格権を侵害するものであり、返還されてはならない。

要請を受けた国は、子供が他の第三国に連れ去られたと信ずべき理由があれば、裁判を停止若しくは返還請求を棄却することができる（条約12条3項）。

例外的に、次の二つの抗弁のいずれかが証明された場合には、子供の返還を拒絶することができる。監護権が連れ去り若しくは留置の時に現実に行使されていなかった場合、連れ去り若しくは留置に同意し若しくは追認していた場合（条約13条1項a）、及び、子供が返還により心身に害悪を受け若しくはその他に子供を耐え難い状態に置くことになる重大な危険がある場合である（条約13条1項b）。子供の返還は、子供がその意見を考慮するのに適当な年齢に達して返還を拒否した場合も、拒絶できる（条約13条2項）。子供の社会的環境に関する、子の常居所地国の中央当局その他の機関が提供した情報は考慮に入れられる（条約13条3項）。

判例は「重大な危険」に関する解釈が裁判所により、国により異なることを示している。子供が元の国で戦争、飢饉又は疫病に晒されることは重大な危険という例外要件を満たす。しかし、一般的に、子供が返還される都市が危険と知られているとか（例えば、ヨハネスベルグ）、返還先の国がテロリストの攻撃を受けたとか（例えば、エチオピア、インド）、自然災害にあったとか（例えば、タイ、日本）等は充分ではないであろう。子供を連れ去る者や連れ去られる者についての「重大な危険」は条約の対象とする範囲外である。

要請を受けた国は、返還を決定し又は命令する前に、申立人に対して常

居所地国からの子の連れ去り又は留置が不法であるという決定又は判断を得るように要求することができる、但し、そのような決定が得られる場合に限る（条約15条）。

返還要請を受けた国は、子供が返還されるべきではないと決定されるまで、又は、返還申立が不法な連れ去り若しくは留置の通知を受けた後に合理的な期間内になされていない場合を除き、監護権の本案について裁判してはならない（条約16条）。仮に返還要請を受けた国で既に監護権に関する裁判が下されていたとしても、又、その裁判が判決承認適格を備えている場合でも、子供の返還を拒否する根拠とはならない。但し、返還要請を受けた国は返還裁判に際してその理由を考慮することはできる（条約17条）。

4. アクセス権

アクセス権の効果的な実施は極めて重要であり監護権にも影響する。アクセス権に関する調整の要請は子供の返還の要請と同様に取り扱われる。中央当局は可能な限りでアクセス権の実施の障害を除去する方策を行うべき義務を負う。中央当局はアクセス権を実施し若しくは保護するため、及び、アクセス権を行使する際の条件を遵守させるため、手続を開始し若しくは援助を行うことができる（条約21条）。

5. 条約の一般規定

1980年ハーグ条約の一般規定の中で34条は特別な規定として強調されるべきであろう。この規定は、1980年条約は「1961年10月5日の未成年者の保護に関する関係機関の権限及び準拠法に関する条約（以下、1961年条約）」²⁾の両方の締約国においては、1961年条約の対象とする事項に関して1980年条約が優先するとしている。一方で、「1996年10月19日の親責任

2) http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.text&cid=39.

子の奪取の民事面に関する1980年10月25日ハーグ条約とオーストリー（フェアシュレーゲン）及び子の保護措置に関する裁判管轄，準拠法，承認及び執行と協力に関する条約」(以下，1996年条約)³⁾が発効している。1996年条約は締約国間では1961年子の保護条約及び1902年6月12日にハーグで署名された「未成年者の監護に関する条約」に，1961年条約で採用された保護措置の承認に影響を与えることなく，それらに代わると規定している（同条約51条）。

II 法源の多様性

オーストリー法においては子供の保護の分野に関しては様々な国際条約に注意を払わなければならない。1980年ハーグ条約，1996年ハーグ子供の保護条約，1961年ハーグ子供の保護条約⁴⁾，1980年ヨーロッパ監護条約⁵⁾である。

ヨーロッパ連合（以下，EU）もこれらの問題に関して取り扱う幅を広げてきている。婚姻及び親責任に関する判決の承認・執行に関する2003年11月27日のEC理事会規則 No 2201/2003（ブリュッセル IIa 規則）⁶⁾は，EC規則 No 1347/2000を廃止したものであるが，その60条において，一方で以前のブリュッセル IIa 条約との関係を，他方で1961年ハーグ条約，1980年ヨーロッパ監護条約及び1980年ハーグ条約との関係を取り上げている。ブリュッセル IIa 規則60条は明文でEUメンバー国間では，ブリュッセル IIa 規則が規定している事項に関する限り，上述した各条約に

3) http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.text&cid=70.

4) 広義の「子の保護」という点では，もちろん1993年の養子に関するハーグ条約も挙げられるが，ここでは子の奪取の問題を主にしている。

5) European Convention of 20 May 1980 on Recognition and Enforcement of Decisions concerning Custody of Children and on Restoration of Custody of Children (1980 [European] Custody Convention; CETS N0 105), <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?NT=105&CM=1&CL=ENG>.

6) OJ EU 23.12.2003, L 338, 1; <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2003:338:0001:0029:EN:PDF>.

優先すると規定している。

このことは EU メンバー国間（デンマークを除く）での子の連れ去りに関してはブリュッセル IIa 規則が適用されることを意味している。1980年ハーグ条約は、第三国（非 EU 国）及びデンマークがこの条約を批准した場合に、これらの諸国との間で生じる子の連れ去りに適用されることになる（ブリュッセル IIa 規則60条 e）。

例；子供の常居所が、1980年ハーグ条約の締約国であるフィジー、香港、マカオにあり、不法にオーストリーに連れ去られた場合は、同条約が適用される。この事例で仮にオーストリー裁判所が子の返還を命じ又は返還拒絶の決定をした場合、ヨーロッパ人権裁判所⁷⁾が関与する可能性が生じる。日本が1980年ハーグ条約に加盟した場合も同様となる。

例；オーストリー（1980年ハーグ条約締約国）に常居所のある子供がフィジー、香港、マカオに不法に連れ去られた場合、条約が適用される。これらの国の裁判所が申立に基づき返還を決定したとしても、ヨーロッパ人権裁判所が関与することはできない。日本が1980年ハーグ条約の締約国となった場合も同じである。

ブリュッセル IIa 規則は EU メンバー国間の関係では1980年ヨーロッパ監護条約に優先し、ブリュッセル IIa 規則が適用される問題に関する限り⁸⁾、監護条約が適用される場面はわずかしかない。また、1980年ヨーロッパ監護条約19条は、「返還を要請した国と要請を受けた国の間で効力を有する他の国際条約、又は、返還要請を受けた国の外国裁判の承認及び執行を目的とした国際協定を除いた全ての法に依拠する可能性を排除するものではない」と明文で規定している。さらに20条1項では、条約は「本

7) ヨーロッパ人権条約 (ECHR) 1 条は締約国に同条約が保護する「権利と自由を当該国の裁判管轄内において保障する」義務を課している。「裁判管轄内において」とは基本的に当該国の裁判管轄に事実上服している者は、ヨーロッパ人権条約の全締約国で条約上の保護を享受することを意味している。

8) ブリュッセル IIa 規則60条 d を参照。

子の奪取の民事面に関する1980年10月25日ハーグ条約とオーストリー（フェアシュレーゲン）条約によるべき事項を対象とする他の国際協定等が本条約の締約国に非締約国との関係で課している義務に影響を及ぼすものではない」としている。締約国が子の監護に関して統一法を採択した場合、又は、監護に関する裁判の承認・執行について特別な制度を創設する場合、締約国間で1980年ヨーロッパ監護条約に代えてこれらの法や制度を適用することは自由である（同条約20条2項第1文）。

1980年ハーグ条約は、「国家機関相互間の協力に関する条約」という性格から、子の監護に関する法の適用についての抵触ルールや、監護に関する裁判の承認・執行に関する条約ではない⁹⁾。1980年ハーグ条約は、その適用範囲内では、1996年ハーグ子の保護条約¹⁰⁾及び1961年ハーグ子の保護条約¹¹⁾との関係に関しては、この両方の条約締約国間で子の保護条約に優先する。

ブリュッセル IIa 規則61条は1996年ハーグ子の保護条約を尊重し、(a) 子供が EU 締約国内に常居所を有する場合はブリュッセル IIa 規則が適用されるとし、又、(b) 子供が常居所を1996年ハーグ子の保護条約の締約国である第三国に有する場合であっても、EU 締約国の裁判所で下された裁判の承認と執行に関しては、ブリュッセル IIa 規則が適用されるとしている。1996年ハーグ子の保護条約は、その適用範囲内では、締約国が1961年のハーグ子の保護条約の締約国でもある場合には、1961年条約に代わるものとされているが¹²⁾、オーストリーに関しては2011年4月1日からこの状態になっている¹³⁾。

裁判管轄の問題については、EU 加盟国間では子供の常居所が EU 内にある場合には、基本的にブリュッセル IIa 規則が適用される。従って、

9) *Pérez-Vera*, Explanatory Report (1981) Nos 35, 36.

10) 1996年ハーグ子の保護条約50条第1文参照。

11) 1980年ハーグ子奪取条約34条第1文参照。

12) 1996年ハーグ子の保護条約51条参照。

13) BGBl (AUSTRIAN Official Journal) III 2011/49

EU 締約国内に常居所を有する子供には、ブリュッセル IIa 規則が適用される (同規則61条a)。又、1996年ハーグ子の保護条約の締約国で非 EU 締約国内に常居所を有する子供には、1996年ハーグ子の保護条約が適用される (同条約 5 条)¹⁴⁾。

一方、1961年ハーグ子の保護条約はトルコ及びマカオ特別区との関係でのみ適用される。例えば、子供がトルコからオーストリーに連れ出され現在オーストリー国内に居住している場合に、トルコに住んでいる一方の親が保護措置の申立をしたという例では、オーストリー裁判所は1961年ハーグ子の保護条約を適用することになる。

Ⅲ 日本と関係する条約

日本はいうまでもなく EU 評議会のメンバー国ではないが¹⁵⁾、1996年11月20日にオブザーバーの地位を認められている¹⁶⁾。日本は2003年に犯罪人引渡協定に加入し¹⁶⁾、サイバー犯罪に関する条約を2012年に批准している¹⁷⁾。2011年には租税に関する相互協力条約に署名し¹⁸⁾、その条約の修正議定書にも署名している¹⁹⁾。1980年ヨーロッパ監護条約はヨーロッパの見地からはあまり重要視されていないが、本報告のテーマに関しても問

14) これに当たるのはアルバニア、アルメニア、オーストラリア、クロアチア、ドミニカ共和国、エクアドル、モナコ、モンテネグロ、モロッコ、スイス、ウクライナ、ウルグアイである。

15) 日本のオブザーバーの地位に関するヨーロッパ理事会決議 (96)37。

16) CETS No 112; <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=112&CM=14&DF=&CL=ENG>。

17) CETS No 185; <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=185&CM=14&DF=&CL=ENG>。

18) CETS No 127; <http://www.conventions.coe.int/treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=127&CM=14&DF=&CL=ENG>。

19) CETS No 208; <http://www.conventions.coe.int/treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=208&CM=14&DF=&CL=ENG>。

子の奪取の民事面に関する1980年10月25日ハーグ条約とオーストリー（フェアシュレーゲン）
題とはならない。

日本は1957年以來、ハーグ国際私法会議の加盟国であり、以下のハーグ条約を批准し実施している。

1954年3月1日の民事訴訟に関する条約：オーストリーも施行。

1956年10月24日の子に対する扶養義務の準拠法に関する条約：オーストリーも施行。

1961年10月5日の遺言の方式の準拠法に関する条約：オーストリーも施行。

1961年10月5日の外国公文書の認証の廃止に関する条約：オーストリーも施行。

1965年11月15日の民事及び商事事件に関する裁判上並びに裁判外の文書の外国送達に関する条約：オーストリーは未施行。

1973年10月2日の扶養義務の準拠法に関する条約：オーストリーは未施行。

家族法に関わる条約で、世界的に重要な条約として扶養義務に関する二つの条約がある。「子の扶養その他の家族間扶養の国際的回復（recovery）に関する2007年11月23日ハーグ条約」を挙げるのは、EUが2011年にこの条約に地域経済統合組織として署名しながら批准はしていないことを考えると、広げすぎであろう。この2007年ハーグ扶養条約は、締約国間では、1973年ハーグ扶養条約²⁰⁾並びに1956年子の扶養条約²¹⁾に代わるものである。これは日本とオーストリー間では関係しない。

2007年扶養ハーグ条約は、1956年6月20日の他国滞在者に対する扶養回復請求に関する国連条約に関しても、両条約の締約国間で適用範囲が重なる限り、国連条約に代わることになる²²⁾。この国連条約は日本では施行さ

20) 1973年10月2日の扶養義務に関する判決の承認及び執行に関するハーグ条約。

21) 1956年10月24日の子に対する扶養義務の準拠法に関するハーグ条約。

22) 2007年11月23日の子の扶養その他の家族間扶養の国際的回復（recovery）に関するハーグ条約49条。

れて居ないので、オーストリーでは施行されているが、日本との関係では問題となることはない。

文書の送達及び証拠収集に関する従前のハーグ条約、即ち、1954年の民事訴訟に関する条約と、1965年の民事及び商事に関する裁判上並びに裁判外の文書の国外送達に関する条約、1970年の民事及び商事に関する国外証拠の収集に関する条約との関係は、2007年のハーグ扶養条約の50条において規定されている。これらの両条約は2007年ハーグ扶養条約に影響を及ぼさない。日本とオーストリーとの関係では1954年条約のみが、両国で共に施行されているため、適用されることになる。

以上はいわゆる「条約の抵触」の一例である。この種の抵触は必ずしも解決が容易とは限らず、この問題が生じる得るのか、又、特別な解決があり得るのかを詳しく調べる必要がある。

IV 1980年ハーグ奪取条約の適用

1. 一般的前提

日本が直面している、ある国際条約の締約国となるべきか否かという問題について、慎重であるということは、条約間の抵触問題を解決するような場合には長所となるのかも知れない。しかし、多くの国々が特定の分野で協力している場合、消極的であることは不利益となるかも知れない。かなり多くの国が1980年ハーグ条約を批准し、又、実施している。この条約の主目的は可能な限り迅速に子供を返還することであり、返還拒否の理由を非常に少数の例外に限定している。このハーグ条約の核をなす二つの特徴が極めて賢明であるのは明らかである。条約文言が多くの問題を含むということではなく、むしろ実際の適用から生じる問題が活発に議論されている。これらの問題はキーとなる概念の解釈に関わる。例えば、「監護権」や「重大な危険」、又は、監護権の侵害の要件をなす「不法な移動又は留置」などである。全般的に「迅速な手続」は、それがあるべき程には迅速

子の奪取の民事面に関する1980年10月25日ハーグ条約とオーストリー（フェアシュレーゲン）ではないが、それなりの理由がある。当事者間の合意を基礎とした解決が有効であるとの認識が広がっている。

監護権の定義が幅広いことは（条約3条1項a）、締約国の裁判所の判決においてしばしば取り上げられるテーマとなっている。例えば、2010年5月17日の Abbott 事件では、米連邦最高裁は親が ne exeat 権を有していることで条約上の監護権を認める判断をした²³⁾。

英国民 Abbott 氏と米国民 Abbott 夫人は英国で婚姻した。ハワイで男の子が生まれた後にチリに移住し、後日その地で別居した。母親は監護権を認められ、父親は面会権を認められた。母親の申立に基づきチリ裁判所は父親又は母親が双方の同意なしに子供をチリ国外に移動することを禁止する命令、ne exeat 命令を下した。母親はその後父親の同意を得ずに子供をチリ国外に連れ出した。子供がテキサスに居ることを知った父親は、訴訟を提起し、又、1980年ハーグ条約に基づき子供のチリへの返還命令を求めた。地裁は請求を棄却し、父親の ne exeat 権は条約上の監護権に当たらないとして返還を拒絶した。米連邦最高裁は、これとは異なる判断をし、ne exeat 権は子供の監護を行う多様な方法の一つであり、例外的な返還拒否事由が証明されていないのに、ne exeat 権を有する親に監護権を否定するのは1980年条約の本質を妨げることになるとした。

私見によれば、この判決は1980年ハーグ条約の目的と哲学を映し出している。「このような返還を否定することは子供の連れ去りという行為そのものを正当化する」ことになる²⁴⁾。

23) Abbott 事件判決 (<http://www.supremecourt.gov/opinions/09pdf/08-645.pdf>), 1-4.

24) Abbott 事件判決 (<http://www.supremecourt.gov/opinions/09pdf/08-645.pdf>), 3. この判決は1980年及び1996年ハーグ条約の実施法対に関する特別委員会 (1-10 June 2011) により歓迎されていると思われる。Conclusions and Recommendations adopted by the Special Commission pp 6f, http://www.hcch.net/index_en.php?act=publishations.details&pid=5378&dtid=2 http://www.hcch.net/upload/concl28sc6_e.pdf; Rights of custody (1980 Convention): 「44. 特別委員会は「監護の権利」のような条約上の用語は条約独自の性格と関連付け、又、その目的に照らして解釈されるべきことを改めて確認す

「重大な危険」についていえば、DV があるとの主張は極めて深刻な問題である。オーストリーは家庭内暴力に対する保護を導入した先駆的な国である²⁵⁾。「重大な危険」による例外が主張された場合、子供の返還に慎重になり、1980年ハーグ条約13条1項bの適用の余地が生じ得る。

子供の家庭が虐待や暴力の傾向があるという全般的な主張だけでは充分でないことは確かである。又、他方の親がアルコールや麻薬の中毒なので子供に「重大な危険」があるという主張も、その国で関係機関の職権又は申立に基づく介入がなかった場合は、充分とはいえないであろう。

1980年ハーグ条約15条は、既に述べたように、連れ去り又は留置が3条により不法であることについての決定又は判断を要請できると規定しているが、そもそもそのような決定又は判断が得られればということが前提となっている。仮にそのような決定又は判断が得られた場合でも、それを要請した機関はその判断に拘束されるわけではなく、決定又は判断が得られない場合でも、子供の返還が拒否されるわけでもない²⁶⁾。オーストリーではどのような場合にそのような「不法性の宣言」がなされ得るのかについては議論は分かれるように思われる上、それをなすべき国内法はこの点に関して明確ではない²⁷⁾。

ゝる」。「45. 条約の独自性に鑑みた「監護の権利」の意味；特別委員会は *Abbott v. Abbott*, 130 S. Ct. 1983 (2010) が面会交流権と子供の居所指定権とが合わさって条約の目的に合う「監護の権利」を構成するという見解を採ったことに留意し、又、それが解釈に関する国際的レベルで安定性を達成する方向で大きく寄与するものと認める」。

25) 「家庭内暴力保護に関する連邦法」(*Bundesgesetz zum Schutz vor Gewalt in der Familie*, BGBl 1996/759) は1997年5月1日に施行された。

26) *Pérez-Vera*, Explanatory Report, No 120.

27) 最近の判例ではオーストリー裁判所は「監護の決定」に関する規定を適用したが、それによると決定は監護の実施が両親間で争われていない場合にのみ下すことができる。従って、争われている場合、「不法性の宣告 (statement of wrongfulness)」は法の現状、つまり子の返還を決定すべき適切な根拠として十分な事実及び証拠を確定する証拠調の手続は返還要請を受けた国の責任であると述べる止まることになる。返還要請を受けた国が返還を拒否した場合、少なくともブリュッセル IIa 規則 (11条8項) が適用される場合には、返還及び監護に関する終局決定を下せるのは、元常居所地国の裁判所となるであ

子の奪取の民事面に関する1980年10月25日ハーグ条約とオーストリー（フェアシュレーゲン）

2. 迅速な手続

実務上重要なのは手続の迅速の問題である。迅速な手続が一般に子の最善の利益に適うことはいうまでもない。例外事由に関する主張が多ければ多いほど慎重を要するのは分かるが、必ずしも正当と認められるわけではない。ハーグ国際私法会議はその諸条約の実施状況について強い関心を寄せている。特別委員会が設置・招集されているが、最近の第6回特別委員会は、ハーグ国際私法会議がその諸条約、特に1980年子の奪取条約及び1996年子の保護条約について実施のモニタリングと支援に強い関心を持っていることを示している。

3. 国際的メディエーションによる合意

特にオーストリーにおいて促進されてきた優先課題の一つに、監護と面会交流問題に関する法的拘束力のある合意、或いは、国際的メディエーションによる合意（又はその他の友誼的な方法による合意）への関心があり、又、その承認と執行問題への関心がある。1980年ハーグ条約はこの問題を扱っていないが、1996年子の保護条約は若干であるが取り上げている。オーストリーではこれまでのところ域外的メディエーションの機会は実際にはなかったが、司法省はこれを二国間、ジェンダー間、異なる専門職間についても歓迎している。オーストリー司法省と意見交換した際、ハーグ条約特別委員会の専門家グループの設置勧告（No 77）、及び、ハーグ会議の一般政策評議会（the Council on General Affairs and Policy）によるその承認（勧告 No 7）は、オーストリーも歓迎しているということであった²⁸⁾。このことは、1980年条約の詳細な議定書は少なくとも現時点では断念されたという事実と付合するように思われる²⁹⁾。私見では議定

ゝろう。これにつき、Nademleinsky, Die Widerrechtlichkeitsbescheinigung nach Art 15 KHÜ, EF-Z 2012, 4 ff を参照。

28) オーストリー司法省でこの問題を扱っている R. Fucik 氏から得た情報。

29) ハーグ会議事務局によるアンケートへの回答の結果である；子の国際的連れ去りの民メ

書の企画は時機を失したように思われる³⁰⁾。

4. 裁判官相互間の対話と協力

裁判機関の直接の国際的交流は「有機的」に発展している³¹⁾。ハーグ会議事務局により準備された多くの選択肢の中で³²⁾、多くの専門家がハーグ裁判官の国際ネット (IHNJ) への支持を表明し、裁判官を支援するため裁判機関相互の直接のコミュニケーションについての「good practice ガイド」のようなソフトロー・ツールの発展を歓迎している。

裁判官の役割は実際非常に重要である。この点は特別委員会の勧告 (No 80) でも、特に子供の返還要請を受けた国の裁判官の責任との関係で強調されている。事件の事実関係を評価するのは要請を受けた国の裁判機関に係っているが、一方、それは1980年ハーグ条約の目的に対応する「子の最善の利益」概念と密着しており、個別の裁判機関の判断を反映させる必要もなく、してはならないとされている。1980年ハーグ条約の目標は子供の迅速な返還であるが一定の範囲で子の最善の利益と関わっている。しかし、本案の判断は条約上は正当な理由から原則的には認められていない。

↘事面に関する1980年10月25日条約の議定書の要望及び実現性に関するアンケート調査 (Prel. Doc. No 2 of December 2010), http://www.hcch.net/index_en.php?act=publications.details&pid=5292&dtid=33.

30) 子の国際的連れ去りの民事面に関する1980年10月25日条約の議定書の要望及び実現性に関するアンケート調査 (Prel. Doc. No 2 of December 2010), Custody http://www.hcch.net/index_en.php?act=publications.details&pid=5292&dtid=33. 恐らくアンケートに否定的に解答した国はもともと議定書という方法は時間を浪費し面倒な仕事だという見方をしている。しかし、若干の改正は実際に1980年条約の働きを促進すると思われる。例えば, Ripley, A Defense of the established Approach to the grave risk Exception in the Hague Child Abduction Convention, 2008 Journal of Private International Law 443 ff. を参照。

31) Briefings, Hague Conference Update: Permanent Bureau of the Hague Conference on Private International Law, June (2012) IFL, 230 (231), online at: http://www.hcch.net/index_en.php?act=publications.listing&sub=11. を参照。

32) 前注 Briefings, June (2012) 230 (231) における概要説明を参照。

子の奪取の民事面に関する1980年10月25日ハーグ条約とオーストリー（フェアシュレーゲン）

5. 「重大な危険」例外事由判断のパラメーター

1980年ハーグ条約の実際の運用にとっても「重大な危険」という例外事由（条約13条1項b）の安定的な解釈と適用が整備されていることが求められる。この点について、ハーグ会議一般政策評議会は、1980年条約13条1項bの解釈及び適用に関する実務ガイドを整備するため、裁判官、中央当局及び異分野の専門家によるワーキンググループの立ち上げを認めた³³⁾。そのガイドはこの規定の解釈に役立つものでなければならない。そのガイドルールは情報とアドバイスであり、裁判機関を拘束するわけではないとされている。しかし、ヨーロッパ人権裁判所の判例が示すように、明確性が必要である。

6. 本案の判断ではないが求められる子の最善の利益との適合性

禁止されている本案の裁判と、「不法な移動又は留置（監護権の侵害）」に限定された判断並びに子の返還拒否事由の主張に限定された判断との間に一線を画すのは、実際には難しい。主張の根拠の相当性は、裁判官が国際的に協力すればもっと容易に判定できるようになるであろう。

7. 「包括的な解決」の追求

1980年ハーグ条約の大きな特徴は、本案問題について判断せず迅速に子の返還を図るという、追求されるそのゴールにある。しかし、もし子の連れ去りとその後起こった返還裁判をきっかけに、居所の問題、監護及び面会の問題の全てを包括した合意に達する「包括的な解決」を見ることができれば、当事者によっては、その方が満足がゆくと感じ、より積極的に関係当局に協力するようになるかも知れない。オーストリー連邦司法省はこの選択肢を熱心に支持している。合意が子供の最善の利益に則しているかという問題は、別個の司法判断が必要となるが、現在の体制で

33) Recommendation No 6, 2012年4月20日の決議と勧告。

は、元の常居所地国の管轄ある裁判所によって下されることが必要とされる。理想的には「包括的な解決」は、1996年子の保護条約において期待された子の保護、並びに、子の扶養も含むことになるかも知れない。何故なら、当事者が物質的に又精神的に実行可能で現実的であることを認識した場合にのみ、合意は長期にわたり遵守されることになるからである。

8. 「家庭生活の保護（ヨーロッパ人権条約 8 条）」対「子の返還」

ヨーロッパ人権裁判所のいくつかの判例は、一方で同裁判所規則39条による暫定処分必要性と、他方で、そのような暫定処分、特にそれが家庭生活を保護（人権条約 8 条）する決定である場合、暫定処分を下すことが1980年ハーグ条約の解釈適用に及ぼす影響との間の不整合を示している。実際には人権裁判所は1980年ハーグ条約に基づく不法な移動又は留置を理由とした子の返還裁判の執行を、暫定処分により延期させた³⁴⁾。もともとかなり遅れていた裁判時点での子の返還が人権条約 8 条の保護すべき家庭生活を侵害することになるとした³⁵⁾。結果として1980年ハーグ条約の最終目的は妨げられその運用は麻痺させられた。

実際、Neulinger & Shuruk/Switzerland, Raban/Romania 及び Šneerstone & Kampanella/Italy 事件は深刻な批判にさらされた。ここでは最初に掲げた事例を取り上げたい。ノイリンガー事件ではノイリンガー夫人はイスラエルに住んでいて同国でイスラエル国籍者と結婚した。2年後に男の子が生まれた。ノイリンガー氏は明らかに過激な原理主義宗教運動に加わっていた。まもなく婚姻生活に困難が生じた。夫人は夫が息子を宗教的な教化を受けさせるため外国に連れ出すのではないかとおそれ、裁判所にイス

34) ヨーロッパ人権裁判諸規則 (ECtHR) 39条：事件の裁判まで返還を停止する暫定処分の申立

35) Neulinger & Shuruk/Switzerland 事件 (ECtHR, 6.7.2010, Appl. No. 41.615/07), Raban/Romania 事件 (ECtHR, 26.10.2010, Appl. No. 25437/08, no. 25437/08), Šneersone & Kampanella/Italy 事件 (ECtHR, 12.7.2011, Appl. No. 14737/09)。

子の奪取の民事面に関する1980年10月25日ハーグ条約とオーストリー（フェアシュレーゲン）

ラエルからの出国禁止命令（ne exeat order）を申し立てた。母親が「暫定監護権者」と指定されたが、監護権は共同行使とされ、父親は「訪問権」を認められた。婚姻生活の困難からイスラエルの社会サービス局は子供のために両親の別居を勧告した。父親の「訪問権」も当然に制限を受けることとなった。結局、夫婦は離婚したが、共同監護は変更されなかった。父親は子供の養育費を支払わず、差押命令が発せられた。母親は出国禁止命令の取消しを申し立てたが棄却され、密かに子供を連れ出した。1年後、子供はスイスに居た。イスラエル当局は子供の返還を求めた。父親の申立に基づきテルアビブ家庭裁判所は、子供の常居所はテルアビブにあったこと、子の連れ去りまでは両親の共同監護下にあり、母親は暫定監護権者であり父親は訪問権を有していたと認めた。そこで父親はスイスで息子のイスラエルへの返還命令を申し立てた。二つの事実審判断は父親の申立を「重大な危険」拒否事由（条約13条1項b）により棄却した。控訴審は父子関係を再構築するためいくつかの処分を命じた。控訴審の決定の根拠となった専門鑑定は、イスラエルに子供を母親が付き添って返還することは心理的な害悪の危険にさらすことになるが、その程度は返還条件（特に、母親を待ち受けている条件及びそれが子供に及ぼす影響）を確定せずには評価が困難であると述べていた。又、母親の付き添いなしでの返還は子供を重大な心理的な害悪にさらす危険があり、更に、また、現状を維持することも長期的に見て、心理的に重大な害悪の危険があるとした。父親はスイス連邦裁判所に上告を申立て、同裁判所は上告を受理した上で、子供のイスラエルへの返還を命じた。母親と子供はスイス連邦を相手取りヨーロッパ人権裁判所への申立を行った。母親側は彼らの家庭生活（人権条約8条）が侵害されると主張し、更に、重大な危険という例外事由についてスイス連邦裁判所は解釈を誤ったこと、母子は完全にスイスに馴染んでいると主張した。2009年1月8日に第一小法廷は4対3で人権条約8条の侵害はないとした。しかし、ヨーロッパ人権裁判所大法廷2010年7月6日判決は、16対1で、子の返還は判決時の事情の下では不適切であるとし

た。母親が付き添っての子の返還は母子双方にとり正当且つ相当とはいええず、母の付き添いなしでの返還は子の最善の利益に反し人権条約 8 条の保障する家庭生活の侵害になるとした。この判決にはここでは引用しないが多くのコメントが寄せられた³⁶⁾。この判決は Maumousseau & Washington 対フランス判例を覆したと云えば充分であろう。この人権裁判所判決は人権条約締約国の裁判所に次のようなことを求めている、つまり「家族の全体的な状況と全ての要素について深く立ち入った審理、特に事実的、感情的、心理的、物質的、並びに医事的な性質について審理し、又」、「連れ去られた子供の元常居所地国への返還を適用する際に何が最善の解決をもたらすかを常に念頭に置いて、関係する個人の諸利益についてバランスの取れた評価」をすることを求めたのである³⁷⁾。しかし、「重大な危険」という例外事由を審査する権限を行使するのは人権裁判所の任務ではないのにも関わらず、この判決によれば、「締約国の国内裁判所が……人権条約 8 条の規定する保障、特に子の最善の利益を考慮するよう保障 (secure) する権限」³⁸⁾を有することになる。これは返還要請を受けた国が1980年ハーグ条約に従えばしてはならないこと、つまり事案の本案について審査することを意味している。人権裁判所はスイス連邦裁の判決以降に起こったこと、特に「申立人のその後の事情の変化」を考慮して、スイスの終局判決の執行は人権条約 8 条に反するとしている。これは時間の経過が不法な行為を正当化することを意味している³⁹⁾。

36) ECtHR, ECHR 2007-XIII, 又、ノイリンガー判決に対する Zupančič 判事の反対意見も参照。

37) ノイリンガー判決 no. 139。

38) ノイリンガー判決 no. 141。

39) この問題に対する1980年及び1996年ハーグ条約の実施状況に関する特別委員会 (1-10 June 2011) の関心について、特別委員会の決議と勧告 (Conclusions and Recommendations adopted by the Special Commission pp 6f) ; http://www.hcch.net/index_en.php?act=publications.details&pid=5378&dtid=2 を参照、ヨーロッパ人権裁判所の1980年条約に関する判例 (http://www.hcch.net/upload/concl28sc6_e.pdf) に関しては以下の通り。

〔47. 特別委員会はヨーロッパ人権裁判所が、その判決において長年にわたり1980年〆

子の奪取の民事面に関する1980年10月25日ハーグ条約とオーストリー（フェアシュレーゲン）

ブリュッセル IIa 規則との関係では、ヨーロッパ司法裁判所（ECJ）は「ヨーロッパ理事会規則（EC No 2201/20031）に従い裁判管轄があるとされた裁判所が子の返還を命じた判決は、仮に子供の監護権に関する終局判決がそれに続かない場合であっても、執行を認められる。子供の返還を命じる判決の執行は、執行すべき EU 加盟国の裁判所によりその後の下された判決によっても拒絶できない。さらに、その執行は、その判決後に生じた事情の変化により子供の最善の利益に対する重大な危険があることを理由としても拒否できない」としている⁴⁰⁾。ヨーロッパ人権裁判所も2012年7月この執行停止の暫定処分を許さなかった⁴¹⁾。

9. 家族に対するアプローチの変化

監護の取決めを成功させ、子の連れ去りを減少させる秘密は、監護親と子供、他方の親との間の相互の関係にある。親子関係はかつてとは異なり価値を増しており、1980年ハーグ条約が作成された時に考慮されたのと同じレベルではない。子供が占める位置は明らかに変化しているが、通常は

↘条約に強い支持を表明していること、特に *Maumousseau & Washington v. France* (No 39388/05, ECHR 2007 XIII) 事件の判示において、同裁判所がハーグ条約の基調をなす哲学に完全に同意するとしていたことを指摘したい。

48. 特別委員会は、同裁判所が最近の *Neulinger and Shuruk v. Switzerland* (Grand Chamber, No 41615/07, 6 July 2010) 及び *Raban v. Romania* (No 25437/08, 26 October 2010) において用いられた言葉から、特に『各国裁判所にハーグ条約が想定している迅速で簡易なアプローチを離れ、又、条約13条の例外についての厳格な解釈から本案の全体的事情の総体的で自由な立場からの評価に移行することを求める』(the President of the European Court of Human Rights, extra-judicially (Info. Doc. No 5) かに読める表現があることに強い関心を表明したい。

49. 特別委員会は最近のヨーロッパ人権裁判所長の裁判外でなされた上記の声明において、ノイリンガー判決は子の連れ去り事件に関して人権裁判所の方針転換のシグナルではないこと、1980年ハーグ条約の論理は連れ出された子供は元常居所地国に返還されるべきで、子供に関わる事情を全体的に審理するのはその国に限られることを述べていることに留意する。』

40) *Doris Povse v Mauro Alpagio* 事件 (ECJ, 1.7.2010, C 211/10)。

41) オーストリー司法省の担当者との意見交換 (July 2012) に基づく。

父親である非監護親の役割にも大きな関心が寄せられるようになっていく。多くの父親が子供の監護と養育に関わることを希望し、その親としての責任もかつてに比べ明らかにずっと強調されている。子供は訴訟内及び訴訟外で「個人」として権利を尊重される適切な地位を得ている。関係当事者間の合意も子の最善の利益に適合することが求められている。

子の連れ去り事件では迅速な裁判が不可欠である。子を返還するか否かの決定は手続開始後 6 週間以内に下されることが必要とされる。この短い期間内でのメディエーションにより、長期間にわたり維持される合意を得るのは難しいように思われる。しかし、ひとたび返還命令が下されると、家族法と親子法におけるこれらの新たなアプローチは、もっと注意を払われることになり、メディエーションにより好ましい合意を得るよい根拠になるであろう。

V 1980年ハーグ条約の批准に伴う付加価値

ハーグ会議はこの2、30年間常時この1980年ハーグ条約を観察し、支援し、その適用をモニターしてきた。1980年ハーグ条約は、その性質がもともと協力条約でもあり、関わっている当事者間の関係を最新のトレンドに適合させるためプラグマティックであることが求められる。連れ去り事件に関わる裁判官と他の機関との協力には計りきれない価値がある。元の常居所地国における関係当事者の状況についての情報は形式抜きのコンタクトによって得られる。オーストリー青少年省の用語法でいえば、当該家族に「気がかりなところがなく」、監護権の侵害が認められる場合は、子供は返還されねばならない。そのような返還命令に対する1980年ハーグ条約13条が定めている例外はあくまで例外に止める必要がある。例えば子供の家庭、病院、学校等が、「重大な危険」の例外抗弁を主張する親と比べ、実際にどちらが荒んでいるかは、一般に他の情報源で確かめることができる。1980年ハーグ条約だけに特有な問題ではないが、別の問題として、現

子の奪取の民事面に関する1980年10月25日ハーグ条約とオーストリー（フェアシュレーゲン）代の新しい家族観念で捉えられる家族構成員の全てについて、果たすべき役割への関心が高まっていることが挙げられる。

関係者に迅速な行動が求められ、その役割も著しく積極的になっているので、1980年ハーグ条約の運用に影響を与える機会およびその可能性は重要になっている。ハーグ会議及び主要な条約加盟国により設けられているデータベース（INCADAT）に従えば、国際的な連れ去り事件を解決するのは連れ去りを決然と非難する社会との協力なしには不可能な仕事に思われる。

1980年ハーグ条約に対する私の全体的な意見は完全に肯定的であるが、一例として「監護権の定義」の見直し、他の一例として「重大な危険」の検討などの調整は考えられると思われる⁴²⁾。他の実務上の中央当局間の協力や「セーフハーバー」要件の改善などの問題は、おそらく現在の相互協力をもっと密接にすることで解決できるであろう。

42) 例えば、第6回特別委員会のための準備文書を参照、(www.hcch.net 上で “Specialized Section”, 次に “Child Abduction Section” を開いた上で, “Special Commission meetings on the practical operation of the Convention : 6th Special Commission meeting (2011-2012)” を参照できる。

第二部 オーストリーにおけるハーグ条約による 子の返還裁判手続と判例の傾向

I 国内法上の特別な裁判手続規定

1. 総 説

国際的な子の連れ去り事件に適用される法源は複数ある。先ずは、1980年ハーグ条約であり、オーストリーはその締約国である。その他の締約国及び1980年ハーグ条約が特別に適用される特定の国についてはハーグ会議のウェブで調べられる⁴³⁾。1980年ハーグ条約を実施する国内法は、国内手続、例えば、訴訟救助、翻訳、中央当局（連邦司法省）の管轄権と権限などの問題を取り扱っている。外国がEU加盟国（デンマークを除く）である場合は、ブリュッセルIIa規則が重ねて適用されなければならない⁴⁴⁾。最後に、非訟事件手続法の規定が裁判手続の詳細について定めて

43) www.hcch.net.

44) ブリュッセルIIa規則（Council Regulation (EC) No 2201/2003 of 27 November 2003）、この規則は子の奪取（子の不法な移動若しくは留置）に関するルールを定めている。その目的はEU内の子の奪取に対処することにある。監護権者は奪取された子の返還を中央当局又は裁判所に申し立てることができる。原則ルールは、奪取の直前に子供が常居所を有していたEU締約国の裁判所は、子供が他のEU締約国内に（全ての監護権者の同意と最短で1年の居住により）新たに常居所を得るまで、裁判管轄を保持し続ける。申立を受けた裁判所は6週間以内に判決を下さねばならない。裁判においては、年齢及び成熟の程度により不相当である場合を除き、子供を聴取する。子供の返還は返還申立人を聴取できない場合でも拒否することはできない。子供の奪取先のEU加盟国の裁判所は、返還により子供を身体的若しくは心理的害悪にさらすことになる重大な危険がある場合に限り（1980年ハーグ条約13条(b)）、返還を拒否できる。しかし、返還後に子供の保護を保障する適切な措置が採られることが証明された場合、裁判官は子供の返還を命じなければならない。裁判所は、子の返還拒否を決定した場合、事件記録をEU加盟国で移動前に子供の常居所があった国の管轄ある裁判所に、移付しなければならない。この裁判所が子供を返還すべきか否かについて終局判断をする。この裁判においては子供と関係当事者には審問の機会が与えられなければならない。又、原裁判所が子の返還拒否を決定した理由及び根拠とした

子の奪取の民事面に関する1980年10月25日ハーグ条約とオーストリー（フェアシュレーゲン）
いる。

2. 1980年ハーグ条約を実施する1988年の国内法

1980年ハーグ条約を実施するための1988年7月9日の国内法⁴⁵⁾は、2003年に⁴⁶⁾「非訟事件手続法」の制定⁴⁷⁾の際に改正され、さらに2009年家族法改正法により改正された⁴⁸⁾。2009年法は「非訟事件手続法」に111 a 条を新設した。この規定は2010年1月1日から施行されている⁴⁹⁾。

3. オーストリー非訟事件手続法 第7章⁵⁰⁾

a. 111 a 条 包括的準用規定

非訟法111 a 条⁵¹⁾は、「本章の規定を1980年10月25日の子の国際的奪取の民事面に関するハーグ条約（BGBl Nr. 512）による裁判手続に準用する」と規定する⁵²⁾。本章とは第7章であり、未成年子と親の監護及び面会交流に関する規定である（104-111 a 条）⁵³⁾。第7章は、一般的にはオース

ゝ証拠も考慮しなければならない。元常居所地国裁判所が原裁判所と異なる判断、つまり子供を返還すべきだと判断に達した場合、この判決は他のEU諸国において、承認・執行手続を要さず（*exequatur* の廃止）自動的に承認され執行される。この判決に元常居所地国の裁判所が証明書（規則付属書式 IV）を発した場合、不服申立は許されない。これについては、下記 Web を参照、http://europa.eu/legislation_summaries/justice_freedom_security/judicial_cooperation_in_civil_matters/133194_en.htm

45) BGBl (OJ) 1988/513.

46) BGBl I 2003/112（非訟事件手続法付属法；Außerstreit-Begleitgesetz - AußStr-BegleitG）

47) 非訟事件手続法（Außerstreitgesetz - AußStrG），BGBl I 2003/111.

48) 2009年家族法改正法（FamRÄG 2009），BGBl I 2009/75.

49) §207c, Art 4 FamRÄG 2009.

50) Pesendorfer, Familienrechts-Änderungsgesetz 2009 mit eingetragene Partnerschaft und Kinderbeistand (2010), § 111a (IV, AußStrgesetz [AußStrG]) 参照。

51) BGBl I 2009/75（2010年1月1日施行）

52) 111 a 条（ハーグ子の奪取条約による裁判）「本章の規定を1980年10月25日の子の国際的な奪取の民事条の側面に関するハーグ条約による裁判に準用する」；概略は OGH 22.9.2010, 6 Ob 174/10x を参照。

53) 第7章「親と未成年子間の配慮及び人的交流に関する規定」

トリー裁判所が、通常は他の国からの要請があった事件の本案に関する裁判、又は、子供がオーストリーにいる場合の面会交流の裁判を求められた場合に適用される。

この改正は議会ではほとんど争われることのない議員提出法案⁵⁴⁾に基づいている。この改正は「非訟法」上の監護及び面会交流に関する手続規定が子の連れ去り事件に適用される必要があるかについての疑念を一掃することを目的としていた。適用されねばならないのは云うまでもない。特に関係するのは子供の審問、裁判所の命令をどのように強制すべきか、手続費用に関する裁定などである⁵⁵⁾。

第 7 章の規定は監護及び面会交流に関わるという点で、子の返還裁判に監護に関する本案の判断を含まない(条約19条)というのと、やや整合性に欠けるようにも思われる。しかし、監護及び面会交流に関する特別な手続規定と、返還手続のルールとの構造的な連携関係を考えると、111 a 条を第 7 章に置いたことは正当と云えよう。立法資料はその理由を明らかにしている⁵⁶⁾。

b. 104条 未成年者の訴訟能力に関する特則⁵⁷⁾

未成年者で、14歳に達し、且つ、1980年ハーグ条約4条により16歳未満である者は、裁判において独立して行為することができる。理解能力に応じて、裁判所は未成年者が手続上の権利を行使できることを確認し、補助機関の存在を告げなければならない(104条1項)。未成年者の法定代理人は未成年者の名において行為できる。両方の主張が一致していない場合、裁判所は決定に際して、その全てを考慮しなければならない(104条2項)。最高裁判所の手続では14歳に達した未成年者に代理人がない場合

54) IA (Initiativantrag) 673/A NR (Nationalrat) XXIV. GP (Gesetzgebungsperiode).

55) IA 673/a NR XXIV. GP, 22.

56) IA 673/A NR XXIV. GP, 34.

57) BGBl I 2003/111 (2005年1月1日施行)

子の奪取の民事面に関する1980年10月25日ハーグ条約とオーストリー（フェアシュレーゲン）は、弁護士を付さなければならない。手続終了後に、裁判所は訴訟救助の要件を満たすかを審査し、費用負担について裁判できる（104条3項）。

c. 104 a 条 子供の補佐人⁵⁸⁾

監護及び面会交流事件の手続においては、14歳以下の子供には、又、特別な事情の下で、16歳以下の子供で本人が同意した場合には、補佐人による補助が付される（104 a 条1項）。補佐人は子供と意見を交わし裁判手続についても知らせなければならない。未成年者が同意した場合、補佐人は子供が知っている事実を裁判所に伝えることができる（104 a 条2項）。補佐人には記録へアクセスする権利が認められ、全ての口頭審理に関与することができる（104 a 条3項⁵⁹⁾。返還裁判手続は迅速性が求められていることを考慮すると、補佐人の指名は一般的にはむしろ妨げとなり得る。しかし、条約21条の手続（面会交流権の行使）の場合は事情は異なるであろう。

d. 105条 子供の意見聴取⁶⁰⁾

裁判所は、10歳に達した未成年者については、特に他の方法（青年社会局、専門家など）で聴取すべき理由がない限り、直接に審問しなければならない（105条1項）。審問することが子の最善の利益を害する場合や、子供の理解力から信頼に足る陳述を期待できない場合は、子供を審問する必要はない（105条2項）。この規定は1980年ハーグ条約13条2項及びブリュッセル IIa 規則11条2項に対応する。これらの規定は子供を聴取すべきであるとしている。連れ去り事件の場合も、適切な範囲で、同様にすべきであろう。

58) BGBl I 2003/111; BGBl I 2009/137 (2010年1月1日施行)

59) 104 a 条4-6項は子供の補佐人を認めない理由及び代替措置を規定する。

60) BGBl I 2003/111 (2005年1月1日施行)

e. 106条 少年福祉局の意見⁶¹⁾

この106条は2010年に改正され⁶²⁾, 現在では, 少年福祉局に監護及び面会交流命令について意見を求めることができることになり, 裁判手続の中で少年福祉局に返還又は面会交流の裁判に先立ち意見を求めることができるようになった。実務の視点からは裁判所はこの規定に従うことが賢明であろう。

f. 107条 特別な手続規定⁶³⁾

裁判所は申立ある場合は監護権の範囲についての文書を発することができる(107条1項1号)。この申立は返還裁判ではあまり考えられない。検討を要するのは, 裁判所は子の最善の利益に適う場合は, 不服の申立当事者の不利にでも, 裁判を変更できるという規定である(107条1項2号)。107条2項は監護及び面会交流事件における暫定処分に関する定めであるが, 返還裁判における暫定的返還命令もこれに含まれる。この規定の類推適用は1980年ハーグ条約に反することになり得るので, 適用されるべきではないであろう。

裁判費用の償還は107条3項で明文により排されている。111 a 条によりこれは返還裁判にも適用される⁶⁴⁾。通常は, 勝訴した当事者は裁判費用の償還を請求することができる。しかし, 子の連れ去り事件の場合は, 例えば子供の拒絶意見や子供が新たな社会環境に馴染んでいる等の場合に, 連れ去った親が最終的には勝訴することがあり得る。従って, 費用償還に関する原則ルールはこの場合には適用されるべきではない。返還裁判は原則として法問題はそもそも審理しないという, 特別な構成の裁判手続である。何よりも元の事実状態が回復されねばならないのであり, 費用償還に

61) BGBI I 2003/111, 旧規定は全ての事件で少年福祉局の意見聴取を強制していた。

62) BGBI I 2009/75 (2010年1月1日施行)

63) BGBI I 2003/111 (2005年1月1日施行)

64) IA 673/A NR XXIV. GP, 34.

子の奪取の民事面に関する1980年10月25日ハーグ条約とオーストリー（フェアシュレーゲン）より妨げられるべきではない。1980年ハーグ条約26条はこれらの問題を返還裁判手続で解決を許される範囲内とはしていない⁶⁵⁾。この規定は費用問題を決定すべき法廷に委ねている。

g. 108条 面会交流事件における特別な裁判⁶⁶⁾

14歳に達した未成年者との面会交流権は子供の同意なしには行使を認められない。その同意がない場合、又は、友誼的な解決の試みが成功しない場合、面会交流の請求は棄却されることになる。法律はまた面会交流権は原則として子の最善の利益に適用を法的指針としても事実に関する指針としても規定している。面会交流事件の裁判では法的情報は実際にも重要である。子の最善の利益に関しては法律自身が子供の意思を強調している。子供に理解能力が備わっている場合は、その意思は尊重されなければならない。

h. 109条 監護及び面会交流に関する合意⁶⁷⁾

一般に、監護及び面会交流（人的な接触）権に関する合意は、子の返還裁判手続の枠内では必要ではないが、合意がなされた場合は公式の確証手続がそれに続くことになる。実務的には子の返還について両親が合意することは理想的であり、子供の返還が109条の規定する確証手続のために遅滞させられるべきではない。しかし、面会交流権についての合意の場合には裁判所による確証は適切とされよう。面会交流に関しては迅速な進行は多分さほど必要とされてはいない。

65) 返還手続の実施により被った費用について、損害賠償の別訴が可能とした明確な事例として、OGH 24.2.2009, No 10 Ob 99/08v

66) BGBl I 2003/111 (2005年1月1日施行)

67) BGBl I 2003/111 (2005年1月1日施行)

i. 110条 監護及び面会条項の執行⁶⁸⁾

一般的な執行ルール⁶⁹⁾は返還裁判の執行には適切ではない⁷⁰⁾。110条1項は明文でその適用を排除している。その代わり、110条2項により非訟事件手続法79条2項の規定している強制方法⁷¹⁾が、監護事件においても、子供の最善の利益に反しない限り⁷²⁾、必要且つ適切であれば直接強制であっても採られるべきである。少年局又は少年事件代理人は子の最善の利益という点で、例えば暫定的監護処分などで、要請を受けて執行を補助することができる。しかし、直接強制は裁判所部局によってのみ行われるが、公共治安機関（警察）の支援を受けることはできる。

j. 111条 面会付添人⁷³⁾

裁判所は面会付添人を指名し、その任務と権限を定めることができる。これを指名することは返還裁判だけでなく面会交流裁判でも、特に裁判所が面会交流権についての暫定処分を許したような場合、有効であろう。

II オーストリー判例⁷⁴⁾

1. 1980ハーグ条約の内容、原則及び目的に関する判例

オーストリー最高裁判所（以下、最高裁）、下級裁判所はそろって迅速な返還裁判の必要性及び、元の事実状態の回復、国際裁判管轄の取得操作

68) BGBl I 2003/111 (2005年1月1日施行)

69) 執行法 (EO, Exekutionsordnung; Gesetz vom 27. Mai 1896, über das Exekutions- und Sicherungsverfahren RGBI 1896/79, 最近の改正は (BGBl I 2012/50).

70) IA 673/A NR XXIV.GP, 34.

71) 非訟事件手続法79条2項は、法的強制処分として、1. 過料、2. 1年以内の勾留、3. 出頭強制、4. 文書、動産等の差押え、5. 代替履行の管理人の指定、を認めている。

72) 非訟事件手続法110条3項。

73) BGBl I 2003/111 (2005年1月1日施行)

74) Schütz; Burgstaller/Neumayer, Internationales Zivilverfahrensrecht (2006): Art 45 HKÜ において引用の判例を参照。

子の奪取の民事面に関する1980年10月25日ハーグ条約とオーストリー（フェアシュレーゲン）の防止を強調している⁷⁵⁾。子供の返還はいかなる意味でも監護問題という本案に関する判断ではないことは非常に明確にされている（条約19条）⁷⁶⁾。

2. 条約の適用範囲

条約は締約国間で条約が発効した後に生じた不法な連れ去り又は留置についてのみ適用される（条約35条）⁷⁷⁾。締約国は条約を遡及的に適用することを合意することができる⁷⁸⁾。

条約14条は監護権若しくは面会交流権侵害の直前に締約国に常居所を有していた子供について適用されると規定する。裁判所はこのことを確認している⁷⁹⁾。

判例は条約3条1項a及びbの要件は両方共に充足されねばならないとしている⁸⁰⁾。条約5条aの解釈（「監護権」は特に子供の居住地を指定する権利を含む）に関してはいくつかの判例が存在する。最高裁によると、一方の親が単独監護権者の場合でも、国外に子供を連れ出すのに他方の許可が必要とされている場合は、子供の「不法な移動」が成立する。許可なしの移動は不法と考えられる⁸¹⁾。しかし、子供の国外連れ出しに裁判所の許可を得る必要がある場合は事情は異なる。この場合は移動に対する他

75) OGH 1.9.1992, 4 Ob 538/92, 及び, Pérez-Vera, Explanatory Report on the 1980 Hague Child Abduction Convention (1982) no 15.

76) OGH 11.7.1990, 1 Ob 614/90; OGH 29.4.1992, 2 Ob 537/92; LGZ Wien 22.10.1991, 43 R 644/91.

77) OGH 25.6.1992, 8 Ob 535/92.

78) これについて, Pérez-Vera, Explanatory Report nos 144f.; *Schütz*, Art 45 HKÜ No.3; OGH 25.6.1992, 8 Ob 535/92 等も参照。

79) OGH 19.9.1989, 5 Ob 604/89.

80) OGH 16.4.1998, 8 Ob 368/97v.

81) Pérez-Vera, Explanatory Report, no 84, OGH 5.2.1992, 2 Ob 596/91; 英国裁判所は母親が父親の同意なしに子供を英国外に連れ出さないよう命令していたが、子供の監護権者であった母親は子供を連れてオーストリーに出国した。父親は子供の返還を申し立てた。最高裁は、子供の返還は、どこで誰と生活するかが明らかではなく、子の最善の利益を害するおそれがあるとして、これを棄却した。

方の親の同意は必要ではない。それ故、この場合の移動は裁判所の決定には反するが、必ずしも条約3条aの「不法な移動」を構成することにはならない⁸²⁾。しかし、最高裁は他の判例で、共同監護の場合に一人の親が他方の許可を得ることなく子供を連れ出した場合、条約の意味での「監護」を保護することを決定した。この場合、共同監護の通常の実施が妨げられており、条約の違反に該当するとした⁸³⁾。

最高裁は条約16条及び17条の解釈についても判断している。16条によると、子供の移動先又は滞在中の締約国の裁判所は、不法な移動または留置の通知を受けた後は、子供を返還すべきでない⁸⁴⁾と判決されるまで、本案について裁判してはならない。これは条約16条の「バリアー効果」と呼ばれている。これに関して、バリアー効果は返還申立が実際に管轄を有する裁判所に到達した時に発生するのか、又は、それ以外の(管轄がない)裁判所に到達したことでも足りるかが法的には問題となる。最高裁はこれを重要ではないとした。バリアー効果に関わらず監護権について裁判がなされたとしても、それは子の返還の拒絶理由とはならない(条約17条)。いずれの場合でも条約はこのような裁判に優先することになる⁸⁴⁾。

3. 子の返還

子供が不法に移動又は留置され、且つ、子供の現住する締約国での返還裁判の開始日が不法な連れ去り若しくは留置の日から1年の期間が経過する以前である場合、子供は返還されるべきである(条約12条1項)。子供が新しい環境に順応(社会へ適合)しているという事実は、裁判が1年の期間を経過後に始められた場合に限り、考慮される(条約12条2項)。

82) OGH 12.2.1997, 7 Ob 35/97s : カナダ裁判所は子供の海外移動を禁止していたにも拘わらず、子供はオーストリーに連れ出された。この事件で、最高裁は1980年ハーグ条約への違反はないとした。

83) OGH 11.7.1990, 1 Ob 614/90 : この判例に対する批判的評価について、Schütz, Art 45 HKÜ No 8. を参照、この問題について、Vérez-Pera, Explanatory Report no 71 も参照。

84) OGH 27.4.2011, 7 Ob 234/10b.

子の奪取の民事面に関する1980年10月25日ハーグ条約とオーストリー（フェアシュレーゲン）オーストリーの裁判所はこれについては明確にしている。スペイン・オーストリー事件は母親が子供（嫡出）を連れてスペインからオーストリーに夫の承諾を求めることなく移動した事例である。夫は1年以内に返還裁判を開始したところ、母親は子供は新しい環境に順応していると主張した。裁判所はこの主張を条約12条2項に基づき認めなかった⁸⁵⁾。実際、条約12条は迅速な返還が子の最善の利益に適うという考え方を反映している⁸⁶⁾。1年以内の返還は、返還を求める当事者の監護権の侵害がより軽微だと推測されている⁸⁷⁾。

不法な移動若しくは留置というのは、子供が監護親の下に返還されるべきだと考えられた時点⁸⁸⁾、又は、子供が常居所地ではない他の場所での滞在を延長する許可が否定された時点で始まる行為である⁸⁹⁾。

裁判所は原則として子供は返還されねばならないと認識している。従って、条約13条及び20条は厳格に解釈されなければならない⁹⁰⁾。子供の返還に反対する者は、返還拒否の理由を明らかにしそれを証明しなければならない⁹¹⁾。この举证責任は「非訟事件手続法」を主導する手続的な「職権主義の原則」の例外をなす。その理由は子供連れ去られた側と有利な裁判管轄を得た連れ去り側とのバランスを取ることにある⁹²⁾。

裁判所は条約13条の解釈についても判断している。13条1項aによれば子供の返還拒否の一つの理由として、監護者が「実際に監護権を行使していない」ことがある。この判断には、言うまでもないが、個別ケースにおける事情を慎重に衡量することが必要とされる。病気、海外留学、職業上

85) LGZ Wien 25.7.1990, 43 R 466/90.

86) OGH 24.11.2011, 6 Ob 230/11h; OGH 12.5.2009, 5 Ob 47/09m も参照。

87) OGH 31.3.1998, 4 Ob 88/98.

88) OGH 25.6.1992, 8 Ob 535/92.

89) Schütz, Art 45 HKÜ No 16 の引用事例も参照。

90) LGZ Wien 25.7.1990, 43 R 466/90; LGZ Wien 22.10.1991, 43 R 644/91; OGH 27.10.1993, 7 Ob 596/93.

91) OGH 24.4.1992, 1 Ob 550/92. 更に Pérez-Vera, Explanatory Report no 114. も参照。

92) Pérez-Vera, Explanatory Report, no 114. も参照。

の制約などは、必ずしも監護権が実際には行使されていないことの証明とはならない⁹³⁾。

フランス・オーストリー返還事件では、身体的若しくは精神的な害悪にさらすこと又は子供を耐え難い状態に置くこと(条約13条1項b)が「争いの核」となった。母親が子供をオーストリーに連れ出した後、オーストリー裁判所の子の返還決定より前に、フランス裁判所は母親に子供の居所決定権を認める判断を下していた。オーストリー控訴審はこの判断を考慮に入れた；最高裁は、もし子供がフランスに返還されねばならないとすると、その後、さらにフランス裁判所の判断の後に、子供を連れ出した母親の下に返還されることとなり、子供は不必要に「争いの核」と取り扱われることになるとした。そこに条約13条1項bによる返還拒否事由があると認められた⁹⁴⁾。同様なことは子の返還が「精神的不調」の原因となる場合にも妥当する。最高裁はそのような危険をカリフォルニア・オーストリー事件において子供の返還拒否事由として認めている。この事件では、家族はカリフォルニアに住んでいたが、母と子は休暇でオーストリーに来て、そこに留まってしまった。父親が子供の返還を求めた。オーストリーで終局判断が下される前に、カリフォルニア裁判所が母親を暫定単独監護者とする決定を下し、更に父親に子供とのいかなる直接の接触も禁止した。最高裁は、「原状回復」は不可能であるとし、子供はオーストリーに馴染んでおり、カリフォルニアでは母親は生活費を得なければならず、子供をオーストリーの祖父母から引き離し誰かに預けなければならないのであり、カリフォルニアに返還することは子供の健康に重大な問題を引き起こすかも知れないとして、返還拒否の決定がなされた⁹⁵⁾。この他にも、監護親への強い嫌悪に兄弟の分離が加わったような事情も、子供の返還拒否の根拠となり得る。英国・オーストリー事件では、母親が子供達を連れ

93) Schütz, Art 45 HKÜ no 22 の引用例も参照, LGZ Wien 22.10.1991, 43 R 644/91.

94) OGH 15.4.1998, 7 Ob 72/98h.

95) OGH 1.9.1992, 4 Ob 538/92.

子の奪取の民事面に関する1980年10月25日ハーグ条約とオーストリー（フェアシュレーゲン）

てオーストリーに移動し、父親が返還を申立てた。父親と長男との関係は崩壊していた。兄弟は可能な限り分離されるべきではない。父親への返還は不適切であった。それ故、母親がオーストリーに留まる場合、子供達がどのように成長するか予測することは出来なかった。最高裁は子供達の返還を認めなかった⁹⁶⁾。イタリア・オーストリー事件では若干異なっており、子供の一人については返還を拒否し、他の子供達は返還させられた⁹⁷⁾。トルコ・オーストリー事件では、最高裁は、5歳の子供が約1年間家庭から離れていた場合は原則として精神的に深刻な悪影響を受けるという「一般的な経験則」を否定した。しかし、一方で最高裁は、子の最善の利益が連れ去られた子供の返還よりも明らかに優先されるべきであったかに関する控訴審の議論に同意している。最高裁は、単に短い期間の不幸だという感情は、子供が一定期間の家族生活を経て精神的なバランスを確実に取り戻すことが合理的に予測できるのであれば、条約13条1項bの「精神的な害悪」には相当しないと判示した。返還請求を申立てた父親の、母親側は挙証責任を尽くしていないとの主張に対して、最高裁は返還拒否事由があると信ずべき重大な根拠がある場合は、（事実審）裁判所は連れ去った側に返還拒否事由を実証する十分な機会を与えなければならないとした。又、当該事件における子供の状態に関しては専門家鑑定が勧められるとした⁹⁸⁾。通常は専門家鑑定は1980年条約の目標とは逆に裁判手続を遅延させるが、オーストリーの裁判所ではこの最高裁判例を、条約13条1項bが問題となっていると信ずべき理由があれば、専門家鑑定を求める機会を認めたものと理解されている。裁判開始からの時間経過と併せ専門家鑑定が条約13条1項bの事由があるとの結論を導いた場合、アメリカ・オーストリー事件の先例のように、子供は返還されないことになろう⁹⁹⁾。

96) OGH 5.2.1992, 2 Ob 596/91; see also OGH 20.5.1992, 1 Ob 532/92.

97) OGH 24.11.2011, 6 Ob 230/11h.

98) OGH 8.10.2003 9 Ob 102/03w.

99) OGH 27.10.1993, 7 Ob 596/93.

最高裁はその判決の中で専門家鑑定は例外的な事例に限り許されると釘を刺している¹⁰⁰⁾。

連れ去り側の主張が相当で、婚姻関係の破綻と元常居所地国での自身と子供の生活条件の不安定という事情が伴う場合、専門家鑑定が必要ということになりやすい。そこに時間の経過が加われば返還拒否という結果になる。しかし、1980年ハーグ条約は迅速な子の返還を求めるものだということを心に留めて置かなければならない。一方の親が不法に子供を連れ去った場合、子供と共に連れ出した親も共に帰還することは、個別の事情にもよるが、子供を親の双方と分離しないという視点からは合理的な結果といえる。その場合、連れ去り側の親は、親の利益は対象外の問題であるので、自分自身の不利益については考慮しておいた方がよい¹⁰¹⁾。

子供の返還は、裁判が1年の期間経過後に開始された場合で、子供が新しい環境に馴染んでいることが明らかにされた場合、拒絶され得る(条約12条2項)。子供が新しい環境に馴染んでいるかを判断すべき基準時は返還決定時点であり、基礎となるのは現実に居住している状態である。裁判所は子供が新しい環境で社会に溶け込んでいるかどうか探知する。もしそういう状態であれば、返還は拒否される¹⁰²⁾。連れ去った親が子供を他方に隠した場合、隠された側はその場所が不明であれば、裁判を開始することが出来ない。このように裁判の開始が可能ではあったが実際には出来ない者は、その間に子供が新しい環境に馴染んでしまうというリスクを負うことになる。

子供の審問請求権はオーストリー裁判所では一般に10歳に達した子供について認められている。ドイツ・オーストリー事件で、最高裁は(養子となった)10歳の子供は自分の意思を表示するに十分な程度に成熟しているとした。子供は返還を希望しておらず、裁判所はそれに従って決定を下し

100) OGH 12.1.2011, 6 Ob 2/11d; OGH 12.5.2009, 5 Ob 47/09m; OGH 7.10.1997, 4 Ob 298/97w.

101) OGH 24.11.2011, 6 Ob 230/11h.

102) OGH 11.9.1990, 1 Ob 614/90; OGH 17.5.1990, 7 Ob 573/90.

子の奪取の民事面に関する1980年10月25日ハーグ条約とオーストリー（フェアシュレーゲン）
た¹⁰³⁾。1980及び1990年代に唱えられた初期の学説では大体10歳から15歳
の間とされていた¹⁰⁴⁾。しかし、子供が意思を表示するのに必要な成熟度
は、個別事件の状況によっては、それよりも早期ということもあると考
えるのが合理的に思われる。トルコ・オーストリー事件では子供は約5歳で
あったが、トルコに帰ることを望んでいなかった。最高裁は、そのような
意思は子供が意思を表示するのに十分な成熟度に達している場合にのみ考
慮することが出来るとして、その事件はこれに当たらないとした¹⁰⁵⁾。ス
イス・オーストリー事件では父親が不法に子供を留置した。父親は4歳の
子供の意見を聴取されるべきだと主張した。最高裁は「非訟事件手続法」
105条2項により、子供の理解力から信頼できる陳述が期待できない場合
は、子供の審尋をしないことができるとした¹⁰⁶⁾。子供が12歳に達してい
れば、一般的に意思を表示するのに年齢的にも成熟度についても充分であ
ると考えられる¹⁰⁷⁾。最高裁はイタリア・オーストリー事件において、裁
判所が考慮に入れるべき意思表示をするのに十分な年齢及び成熟の程度
に、子供が達しているかどうかは、裁判所の管轄権限を越えるとした；最
高裁は事実について判断することはできないからである¹⁰⁸⁾。しかし、権
利濫用に近いような過ちがあった場合には事情は異なってくる。9歳半の
子供が聴取を受け、意思表示に十分な成熟を認められている。最高裁はこ
れに関しては特に従前の判例を変更すべき理由を認めなかった¹⁰⁹⁾。

ブリュッセル IIa 規則は EU 域内の子の連れ去り事件について1980年
ハーグ条約を補充し、一部を修正している。子供が移動若しくは留置され
ている国の裁判所はブリュッセル IIa 規則11条により返還裁判の国際裁判

103) OGH 29.4.1992, 2 Ob 537/92.

104) 特に、Pérez-Vera, Explanatory Report, no 30 を参照。Schütz, Art 45 HKÜ, no 23.

105) OGH 8.10.2003, 9 Ob 102/03w.

106) OGH 12.1.2011, 6 Ob 2/11d. See for a 3 year old child: OGH 25.11.2003, 5 Ob 272/03s.

107) OGH 18.10.2010, 6 Ob 7/10p.

108) OGH 24.11.2011, 6 Ob 230/11h.

109) OGH 24.11.2011, 6 Ob 230/11h; OGH 29.6.2004, 3 Ob 131/04t with further references.

管轄を取得し、又、その国に所在している子供に必要と考えられる場合、規則20条により暫定処分若しくは保護処分の管轄も取得する。この管轄は、いうまでもないが、例えば連れ去り親に暫定的監護権を認めるなど、子供の返還を回避させる目的に用いられてはならない。従って、例えばスペイン・オーストリー事件のように、子供が EU 締約国に不法に留置された場合に、連れ去り親を暫定的監護者とするような緊急処分を命ずべき理由はない¹¹⁰⁾。ギリシャ・オーストリー事件では母親が子供を不法にオーストリーに連れ出して来た。その間に離婚した彼女の夫で子供の父親には精神障害があると思われた（その男は神の代理人と思われる声を聞き、奇跡が起きると信じ、妻に暴力をふるい、ロングドレスを着るよう強い、子供が学校に行くことを禁止したりしていた）。子供の両親は1980年条約によれば共同監護権者であった。1980年ハーグ条約13条1項b及びブリュッセルIIa規則11条4項に基づく返還拒否は子の利益に反する重大な危険にかかっていた。しかし、返還先の国（ギリシャ）が子供を保護すべき適切な処分を用意していた場合、返還は拒否できない。子供は聴取を受けその意思が考慮された。事件はさらに証拠調べを行うため控訴審に差し戻され、双方の費用償還の申立は却下された。非訟事件手続法107条3項（及び114条6項）の類推適用¹¹¹⁾によるものであった¹¹²⁾。その後、最高裁はこの事件について子供の返還を決定し、その理由として子供はサントリニに居る父親の監護に委ねられるのではなく、ギリシャに返還されるのであるとし、何故なら1980年ハーグ条約は子供が不法に連れ出された国に返還することを求めているに止まり、必ずしも元の居住場所ではないと判示した¹¹³⁾。最高裁は1980年条約13条は厳格に解釈されるべきで、子供の返還が拒否されるのは極めて希な事件に限られるとしている¹¹⁴⁾（1980年ハー

110) OGH 31.1.2012, 1 Ob 254/11a.

111) 現在は「非訟事件手続法」111 a 条が適用される。

112) OGH 24.9.2009, 1 Ob 163/09s.

113) OGH 12.5.2009, 5 Ob 47/09m（ドイツ・オーストリー事件）も参照。

114) 例えば、OGH 7.12.2000, 2 Ob 291/00h

子の奪取の民事面に関する1980年10月25日ハーグ条約とオーストリー（フェアシュレーゲン）
グ条約13条1項b；ブリュッセル IIa 規則11条)¹¹⁵⁾。この決定は人権の考
慮及びEU内における人の移動の自由の基本原則に反するとして批判され
ている¹¹⁶⁾。しかし、最高裁の1980年条約及びブリュッセル IIa 規則の適
用は正しい。子供は親の「財産」ではなく、夫婦の離婚問題が生じた場合
でも、それは監護の問題に併せて元の管轄国で解決されるべきである。

4. 返還裁判の執行

従前は「執行法 (EO)」の適用が法的に許されるか不明確だとされてい
たが、現在では子供の返還のような非金銭執行には「非訟事件手続法」が
適用されなければならないことは明確になっている。若干の裁判所はこの
段階で子の最善の利益を考慮して、返還決定の執行を差し控えていた。
1966年に最高裁は、これについて返還決定とその執行との間に事情の変化
が生じた場合は正当化されるかも知れないとした¹¹⁷⁾。これに関する疑問
は正当であったとされている¹¹⁸⁾。実際、ヨーロッパ人権裁判所はシルベ
スター対オーストリー事件において、オーストリーがその事件で返還決定
を執行すべく適切な処分を採らなかったとして、ヨーロッパ人権条約8条
に違反したと判断している¹¹⁹⁾。最高裁は、特にフランス・オーストリー
事件において、返還決定の執行は、執行が子の最善の利益に反する実際に
重大な危険となる特別な例外的事例の場合にのみ拒絶できるとした¹²⁰⁾。
この事件はブリュッセル IIa 規則も適用される事例であった。同規則10条

115) OGH 16.7.2009, 2 Ob 103/09z.

116) 批判として、Fucik, Haager Kindesentführungsabkommen - Rückführungshindernis als Kindeswohlgefährdung, Zak 2009/574.

117) OGH 15.10.1996, 4 Ob 2288/96s.

118) Schütz, Art 45 HKÜ, no 23 及び、そこでの引用を参照。

119) ECtHR 24. 4. 2003, NL 2003, p 89 (NL 03/2/08): http://www.menschenrechte.ac.at/docs/03_2/03_2_08. を参照。

120) OGH 23.10.2010, 1 Ob 194/10a; そのような危険として一方の親による性的暴行があろ
う。OGH 20.10.2010, 1 Ob 178/10y を参照。又、アメリカ・オーストリー事件 (OGH 18.12.
2009, 6 Ob 242/09w) も参照、この事件では、子供の心理的及び性心理的被害

及び11条によると、返還後に子供の保護を保証する適切な措置が執られた場合、子の返還は拒絶できない。返還決定と執行との間に子の最善の利益を害する深刻な事情の変化が生じた場合、非訟事件手続法110条により子の返還を補助（支援）する適切な処分が採られることになる。これが採られない場合にのみ子の返還は拒絶され得る。対立が激しかったギリシャ・オーストリー事件で、最高裁は、非訟事件手続法111 a 条が経過規定により当時はまだ適用することはできなかったが、その類推適用を認めた。最高裁は、返還決定後に新たな事情の変更は生じていないが、双方の当事者が主張する諸条件によれば決定を執行することはできないとして、子供の返還のため適切と考えられる処分は裁判所が自由に決定できるとした。非訟法110条4項によると適切な処分として、例えば、少年福祉局の支援、そのような機関による子供の暫定的監護、児童心理の専門家の関与などの様々な選択があり、又、直接強制には公安機関（警察）の支援を受けることができるが、裁判所職員に限られる¹²¹⁾。最高裁は、非訟法111 a 条に基づき、不法な連れ去りの直前に子供が常居所を有していた国の裁判所が、連れ去り親に単独監護若しくは子の居所指定権を認める決定をした場合は、返還決定はなされるべきでないと判断した¹²²⁾。又、暫定的監護決定も返還決定を妨げることはない。

ま と め

判例法には子の返還拒否事由及び返還裁判の執行中止について明らかに厳格なアプローチを示していると思われる傾向がある。これは EU 域内で

↘ (psychosexual) の危険に加え、アメリカ裁判所の父親を単独監護権者とした決定とそれによる子供を不法に連れ出した母親との分離させてしまう危険が挙げられていた。結果的に返還決定の執行はなされなかった。

121) OGH 17.2.2010, 2 Ob 8/10f.

122) OGH 24.2.2011, 6 Ob 27/11f.

子の奪取の民事面に関する1980年10月25日ハーグ条約とオーストリー（フェアシュレーゲン）

は、ある部分でブリュッセル IIa 規則のやや厳格なアプローチの影響を受けているといえる。また、ヨーロッパ人権条約も一定のインパクトを与えているといえよう。

「非訟事件手続法」第7章の準用により個別事例の特別な事情に対応するのに必要な柔軟性が与えられている。特に重要となるのは審問請求権、執行手続、裁判費用に関する規律である。

最高裁判例のいくつかは荒削りのように思われるが、いずれも1980年条約（及び、ブリュッセル IIa 規則）の正しい適用を反映している。子供は不法な移動若しくは留置前の常居所地国に返還されねばならない。子供のリスクを回避するため適切な処分を行うことを保証するのはその国である。このメカニズムは締約国間で相互的に作用する。それ故、締約国は同一の利害を共に担うことになる。同じことが関係当事者に適用される。関係当事者は法の要請に忠実でなければならず、不法な行動が是認されることをアテにしてはならない。1980年ハーグ条約並びにブリュッセル IIa 規則はいずれも可能な限り迅速な子の返還を目的として追求しているからである。迅速な手続は子の最善の利益の尊重を反映しているのである。