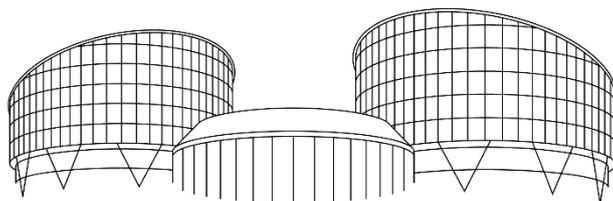


翻訳は外部業者によるものであり、外務省が内容の正確さを保証するものではありません。

http://www.incadat.com/HC/E/CH_1001

8 January 2009 European Court of Human Rights (ECrTHR)

Neulinger and Shuruk v. Switzerland (Application No 41615/07)



EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS
COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

1959・50・2009

Neulinger と Shuruk 対スイス事件

(申立 no. 41615/07)

判決

ストラスブール

2009年1月8日

本件は2009年6月5日に大法廷に付託された

本判決は編集上変更されることがある。

Neulinger と Shuruk 対スイス事件では、
部長 Christos Rozakis、
裁判官 Anatoly Kovler、
Elisabeth Steiner、
Dean Spielmann、
Sverre Erik Jebens、
Giorgio Malinverni、
George Nicolaou、
裁判部書記官 Søren Nielsen
で構成される欧州人権裁判所小法廷を開廷し、
2008年12月4日に内密に評議し、
以下の判決を申し渡している。本判決は即日採択された。

手続き

1. 本件は二人のスイス国民、**Isabelle M. Neulinger** とその息子 **Noam Shuruk**（「申立人」）により、2007年9月26日に人権と基本的自由の保護のための条約（「条約」）第34条にもとづき裁判所に提出されたスイス連邦に対する申立（no.41615/07）から生じている。
2. 申立人はトノン-レ-バン（フランス）で開業している弁護士**M. Lestourneaud**氏が代理を務めた。スイス政府（「政府」）は代理人である**A. Scheidegger**氏が代理を務めた。
3. 申立人は、**Noam Shuruk** のイスラエルへの返還を命じたことで、連邦裁判所は条約の第8条に単独で、また第3条・第9条と組み合わせて保証されている、家庭生活を尊重する権利を破棄したという点を特に主張している。また申立人は、第二申立人の返還を命じるスイス当局の責任の例外について過度に制約的な解釈を採用し、そうすることで第二申立人の最善の利益の考慮を怠ったとして、第6条の違反があったと主張している。
4. 2007年9月27日、小法廷部長は、裁判所規則第39則にのっとり、政府に**Noam Shuruk** の返還を強制しないよう示すことを決定した。
5. 2007年11月22日、裁判所は第8条にもとづく不服に関する申立の部分に関して政府に通知することを決定した。さらに、条約の第29条第3節にしたがい、本件の許容性と実体を同時に審査することも決定した。また、規則第41則にもとづき、申立に優先権を与えることも決定した。
6. 両当事者に相談後、本案に関する審問は必要ないと小法廷が判断したため

(規則第 59 則第 3 節に要約)、両当事者は互いの意見に書面で応答した。

7. 第二申立人の父である **Shai Shuruk** は規則第 44 則第 2 節にもとづき第三者として介入する許可を得ており、書面による所見を寄せている。

事実

I. 事件の状況

8. 申立人はそれぞれ 1959 年と 2003 年に生まれ、ローザンヌ (スイス、ボー州) に居住している。

9. 両当事者が提出した事実は以下のようにまとめられる。

10. 第一申立人はユダヤ人で、1999 年にイスラエルに定住することに決めた。そこで彼女は同じくユダヤ人のイスラエル国民と出会い、2001 年 10 月 23 日にイスラエルで彼と結婚した。二人には息子 **Noam** が 2003 年 6 月 10 日にテルアビブで生まれた。彼はイスラエルとスイスの国籍を有している。

11. 申立人によると、2003 年秋に子の父親はユダヤ教の「ルバヴィッチ」運動に参加した。申立人はこれを熱烈な改宗勧誘で知られる超正統派で過激な運動と表現している。

12. そこで夫婦間に不和が生じ、夫が宗教的教化のため息子を国外の「チャバド-ルバヴィッチ」の共同体に連れていくことを恐れて、第一申立人はテルアビブ家庭裁判所に **Noam** のイスラエルからの移動を阻止する離国禁止命令を申請した。2004 年 6 月 20 日、裁判所は、それ以前に取り消されない限り、子が成年に達するとき、すなわち 2021 年 6 月 10 日に失効する離国禁止命令を発した。

13. 2004 年 6 月 27 日の仮決定において、同裁判所は子の「一時的監護権」を母親に与え、テルアビブ社会福祉部に緊急の福祉報告を作成するよう要請した。子の「後見役」は両親が共同で行うものとした。

14. 2004 年 11 月 17 日の決定において、裁判所はソーシャルワーカーの勧告にもとづき、第一申立人の子の「一時的監護権」を承認し、父親には「面会権」を与えた。

15. 2005 年 1 月 10 日、イスラエル社会福祉部が介入しなければならなくなった。社会福祉部は子の利益のために二人が別居するよう指導した。同日、第一申立人は夫の暴力を告発する不服を警察に申し立てた。

16. 2005 年 1 月 12 日の禁止命令において、テルアビブ家庭裁判所の管轄裁判官は、同日第一申立人が提出した緊急申立にもとづき、父親が子の保育園もしくは第一申立人のフラットに入ることを、いかなるやり方でも彼女に迷惑をかけたり悩ませたりすること、武器を携行あるいは所持することを禁じた。また父親に与えられた面会権にも制限が課され、父親は以後、テルアビブのコンタク

トセンターで社会福祉部の監督のもと週に二回子に会う権利のみが与えられることになった。

17. 夫婦の離婚は 2005 年 2 月 10 日に宣言され、後見役の権限には変更は加えられなかった。

18. 第一申立人への慰謝料の支払いを怠ったため、父親への逮捕状が 2005 年 3 月 20 日に発行された。

19. 2005 年 3 月 27 日の決定において、テルアビブ家庭裁判所の管轄裁判官は、第二申立人のイスラエルからの移動を阻止する離国禁止命令の取り消しを求めた第一申立人の申立を退けた。

20. 2005 年 6 月 24 日、第一申立人は息子とともに密かにイスラエルを発ちスイスへ向かった。

21. 2005 年 6 月 27 日、Noam の父親はイスラエル中央当局に連絡をとったが、当局が子の所在をつかめたのは、2006 年 5 月 21 日になってインターポール・エルサレムが第一申立人がスイスにいることを示すインターポール・ベルンからの通知を父親に転送したときであった。

22. 2006 年 5 月 22 日、イスラエル法務省は、1980 年 10 月 25 日の国際的な子の奪取の民事面に関するハーグ条約（「ハーグ条約」）にしたがって、子の返還を求める要請をスイス連邦法務局に送付した。要請を支持してイスラエル法務省は、インターポール・ベルンが Noam と母親がローザンヌに住んでいることを前日に知らせてきたばかりであること、母親はスイスのパスポートの更新を申請したことをとりわけ指摘した。

23. 子の父親の申立で申し渡された 2006 年 5 月 30 日の決定において、テルアビブ家庭裁判所は、子はテルアビブの常住者であり、申立人の出立日である 2005 年 6 月 24 日時点では、両親は息子の共同後見人であり、母親に一時的監護権があり父親は面会権を有していた、と述べた。裁判所は、父親の同意なしでの子のイスラエルからの移動は、ハーグ条約第 3 条の趣旨に照らして不法であると判決を出した。

24. 2006 年 6 月 8 日、子の父親は息子のイスラエルへの返還を求める申立をローザンヌ地方治安判事に提出した。父親は、非常緊急対策として、ローザンヌ旅券局に申立人のパスポートを保持することを命じるよう要請した。

25. 2006 年 6 月 12 日、治安判事は非常緊急措置を求める Noam の父親の申立を容認する命令を出した。

26. 2006 年 6 月 27 日に子の父親がファックスした非常緊急措置を求める新しい申立を受けて、同日発した暫定措置命令において、治安判事は第一申立人に地方治安判事の登録所に自身と息子のパスポートを即刻預けることを命じ、応じない場合は当局の決定に従うことを拒否したかどで刑事罰を受けることにな

るとした。

27. 弁護人の助力を得た第一申立人と、本人が出廷する責任を放棄したため父親の法的代理人が、2006年7月18日に治安判事に陳述を行った。

28. 審問の後、2006年8月29日の決定において、父親の申立はローザンヌ地方治安判事によって棄却された。裁判所は、子の移動はハーグ条約第3条の趣旨に照らして不法である一方で、返還することにより子が身体的・心理的危害にさらされるか、あるいは耐え難い状況におかれる非常な危険があるため、同条約の第13条項(b)も適用しなければならないという見解をとった。

29. 2006年9月25日、父親はボー州立裁判所の後見局(chambre des tutelles)でこの決定を不服として上訴し、裁判所は専門家の報告を命じ、またそのために小児科医・児童精神科医のB医師を指名した。2007年4月16日に出された報告でB医師は、子と母親のイスラエルへの返還は、子を心理的危害の危険にさらすことになるが、その程度は返還の状況、特に母親を待ち受ける状況と、それが子に与える影響を確認しなければ判断することはできないこと、母親と一緒になく子だけの返還は子を重大な心理的危害の危険にさらすことになること、また現状の維持もまた、長期的にみて子に対する重大な心理的危害の危険になるであろうことを述べた。

30. 2006年11月30日、第一申立人が国を離れたため、テルアビブの管轄裁判官は彼女が2005年1月に開始した家庭内暴力の告発を撤回した。

31. 2007年5月22日、ボー州立裁判所後見局は父親の申立を棄却した。追加調査を行い、また2007年4月16日付のB医師の専門家報告を考慮して、後見局は、母親が付き添うか否かに関わらず、子の返還には心理的危害の重大な危険性が伴い、また子を耐え難い状況におくことになるという見解をとった。このため後見局は、ハーグ条約第13条項(b)が満たされると判断した。しかし、子が父親との関係をすべて奪われるべきではないとの考えから、彼らの個人的関係の再建を期待した方策を命じた。

32. 父親は、州立裁判所の判決の破棄と子のイスラエルへの返還を求めて連邦裁判所に民事訴訟を起こした。彼は裁判所が、第一にはハーグ条約第13条項(b)を、また第二には国連の児童の権利に関する条約第3条を誤用したと主張した。

33. 2007年6月27日の決定において、連邦裁判所の該当局の局長は判決の即時差し止めを求める父親の要請を認めた。

34. 2007年8月16日の判決は2007年9月21日に第一申立人の弁護士に送達されたが、ここで連邦裁判所は父親の上訴を認めた。判決の関連する部分の文章は以下のようになっている。

「3. 国際的な子の奪取の民事面に関するハーグ条約の目的は、いずれかの締

約国に不法に連れ去られ、又はいずれかの締約国において不法に留置されている子の迅速な返還を確保することである（第 1 条(a)号）。子の連れ去り又は留置は、当該連れ去り又は留置の直前に当該子が常居所を有していた国の法令に基づいて個人、施設又は他の機関が共同又は単独で有する監護の権利を侵害している場合に不法と判断される（第 3 条(a)号）。「監護の権利」には、子の監護に関する権利、特に、子の居所を決定する権利を含む（第 5 条(a)）。本件の場合、父親が被申立人と共同で「後見役」の権利を保持しており、これはイスラエル法のもとでは子の居住地を決定する権利を含むため、子のスイスへの移動が不法であるという点は争点ではない。さらに、返還要請が移動後一年の期間内に提出されたため、被申立人は、ハーグ条約第 12 条にしたがい原則として子の迅速な返還が命じられるべきであることを否定することもできない。このため、唯一の争点は、ハーグ条約第 13 条(b)のもとで、この返還に例外を適用すべきか否かという問題である。

4. 上訴人によると、子のイスラエルへの返還の命令を拒否したことにより、州立裁判所はハーグ条約第 13 条(b)を誤用した。

4.1 ハーグ条約第 13 条(b)のもとでは、連邦裁判所はこの条文に関して遵守の問題を自由に調査する権利がある（連邦裁判所法第 95 節(b)）が、被要請国の司法当局は、返還に反対している者が、子の返還は子を身体的あるいは心理的危害にさらす、もしくは耐え難い状況におく重大な危険があると立証する場合には、子の返還を命じる義務はない。

ハーグ条約第 13 条のもとで規定された返還の例外は個々に解釈しなければならない。子を連れ去った親は自らの不法行為を利用することはできない（2003 年 3 月 27 日判決 5P.71/2003 備考 2.2、FamPra.ch 2003、p. 718）。ハーグ条約の目的は親の権限を考慮することではないため、親の教育能力に関する根拠を排除して重大な危険のみが考慮されなければならない（連邦裁判所判決 131 III 334 備考 5.3；123 II 419 備考 2b p. 425）。このため、ハーグ条約第 13 条(b)のもとでの返還の例外は、子の知的・身体的・道徳的・社会的発達に深刻な脅威のもとにおかれているのでない限り、考慮の余地はない（2002 年 4 月 11 日判決 5P.65/2002 備考 4c/bb、FamPra.ch 2002 p. 620 と、ここで引用されている参考文献）。証明の負担は子の返還に反対する者にある（同上、備考 4b、FamPra.ch 2002 p. 620 と、ここで引用されている参考文献）。

4.2 州立裁判所は、本件はつねに子を扶養してきた母親の監護権のもとにある非常に幼い子に関するものであると述べた。父親側は、自らが育った宗教共同体に住んでおり、スポーツと芸術の教師としての活動で月に 300 [スイス] フランの収入しかない。子の監護権は、彼が家庭で恐怖に満ちた雰囲気醸成したために取り上げられた。同じ理由で、イスラエルの裁判所は彼に別居を命じ、

母親のフラットに接近することを禁じた。子のスイスへの移動前には、父親にはイスラエル社会福祉部の監督下で週に二回二時間に限定された制限付きの面会権しかなかった。母親なしで子が返還する場合の状況に関して、2007年3月12日にイスラエル法務省から提供された情報によると、父親は現在もう一人の借家人とともにフラットを借りて、引き続き宗教教育の施設で働いており、子の面倒を見る用意があるだろうとのことだった。この情報の端的であり心強くはない性質と、精神科医の（略）医師の専門家報告を鑑みて、州立裁判所はイスラエルへの返還には子への心理的危険の危険が伴っており、母親が付き添うか否かに関わらず、子を耐え難い状況におく可能性がある、と判断した。裁判所はさらに、父親の低収入を考慮すると、被申立人のイスラエルへの返還は子の経済的安定を損ない、母親が二人を扶養するため仕事を見つけなければならなくなるだろうと付け加えている。

上訴人はその訴えの中で、子が母親なしでイスラエルに返還した場合心理的危険にさらされる重大な危険があるとの州立裁判所の判断は批判していない。しかし彼は、母親がイスラエルに付き添えばそのような危険はないだろうし、彼女にそれを期待することは当然だという意見である。後者の仮定については、州立裁判所の判決は、そのような危害の重大な危険、あるいは子にとって耐え難い状況の証拠を提示していない。特に専門家の精神科医が、この問題を取り上げておらず、返還した場合の状況を確認しなければ危険を判断することはできない、と説明しているだけである。被申立人に対する上訴人の攻撃的な振る舞いについては、州立裁判所の判決からは、母親に対するそのような暴力を目撃したことで子に直接あるいは間接的に脅かされるとは思われない。母親は、面会権についての取決めに父親は従っていたし、面会はずまくいっていた、と述べている。面会権監督を任命されたソーシャルワーカーは、母親が子を連れ去る直前に築かれていた父と息子の関係を実に素晴らしいものだったと表現した。彼女のフラットに接近する、あるいは彼女を悩ませる、および／または迷惑をかけることをしないように要請する司法命令に上訴人が違反したとは彼女は訴えていない。父親の低収入と、宗教団体「ルバヴィッチ」とのつながりに関する事柄については、現状ではハーグ条約第13条(b)の趣旨に照らして子が危害にさらされる重大な危険を示しているとはいえない。そうした事柄は、監護権の付与を決定する目的で両親のうちどちらがもっともよい教育能力を提供できるかを判断する一常居住地の司法当局によって決定される問題である（ハーグ条約第16条）一役には立つかもしれないが、不法な連れ去りの後の子の返還を決定するには妥当ではない。

イスラエルに返還しないという母親の脅しに関して、州立裁判所の判決はそのような態度を正当化する客観的状況の存在を立証すべきであったにも関わらず、

拒絶の理由をまったく取り上げていない。州裁判官は、連れ去りの結果として被申立人が実際に実刑判決を受けるか否かについては全く言及せず、イスラエルに返還した場合に引き起こされる「司法的危険性」に言及した専門家の精神科医を引用した。そのような危険性が証明されたとして、彼女が子とともにイスラエルに返還することは期待できない—そしてこれにより、母親と離別することで引き起こされる重大な心理的危害を考えると、子の返還も不可能なものになる。彼女は連邦裁判所に対する返答でこの問題に関してコメントしていない。特に、即時の投獄、ひいてはいかなる刑事罰についても、自分に課されるという主張をしていない。また、イスラエルに返還した場合に、自分がとけこむことや、とりわけ仕事を見つけることが不可能であるとか非常に難しいという主張もしていない。したがって、母親の返還、そして子の返還が、経済的理由で耐えられないものであると言うこともできない。このため、被申立人が自分の側のイスラエルへの返還の拒絶を客観的に正当化する理由の存在を立証できていないので、母親が子に付き添って母国に返還することが当然期待できる、ということは受け入れられなければならない。こうした状況では、州立裁判所が特にハーグ条約第 13 条項(b)で規定されている通り子の返還の例外の正当化に関して基礎にした、イスラエル中央当局提供の情報（上記備考 4.2 を参照）があまり心強いものではないとみなされたことは重要ではない。この情報は母親なしでの子の返還という仮定のみにもとづいたものだからである。

したがって州裁判官は、子の常居住国への返還に例外を適用する権利があると考えた点において、ハーグ条約第 13 条項(b)に違反している。このため、上訴は認められなければならない、また児童の権利に関する条約第 3 条違反に関する不服を審査する必要なしで、下級裁判所判決は破棄されなければならない。2007 年 9 月末までにイスラエルへの（略）子の返還を保証するのが被申立人の責務である。（略）

このため、連邦裁判所は以下のように評決する。

1. 上訴は認められ、下級裁判所判決は破棄される。
 2. 被申立人は 2007 年 9 月末までにイスラエルへの（略）子の返還を保証するよう命ずる。
- （略）」

35. 2007 年 8 月 20 日、子の父親は弁護人を通じて、返還決定の実施に責任を負うローザンヌ地方治安判事に対し、子の出立の準備を任せる子の代理の特別行政官任命を求める申立を提出した。2007 年 9 月 27 日裁判所が政府に対する暫定措置を示す決定をした後、2007 年 10 月 1 日に父親は 2007 年 8 月 20 日の申立を取り下げた。

II. 関連国内・国際法

36. スイスでは 1984 年 1 月 1 日に発効した 1980 年 10 月 25 日の国際的な子の奪取の民事面に関するハーグ条約の関連する条項には以下のようにある。

「前文

この条約の署名国は、
子の監護に関する事項において子の利益が最も重要であることを深く確信し、
不法な連れ去り又は留置によって生ずる有害な影響から子を国際的に保護すること並びに子が常居所を有していた国への当該子の迅速な返還を確保する手続及び接触の権利の保護を確保する手続を定めることを希望し、
このための条約を締結することを決定して、次のとおり協定した。」

第 1 条

「この条約は、次のことを目的とする。

- a いずれかの締約国に不法に連れ去られ、又は留置されている子の迅速な返還を確保すること。
- b 一の締約国の法令に基づく監護の権利又は接触の権利が他の締約国において効果的に尊重されることを確保すること。」

第 3 条

「子の連れ去り又は留置は、次の a 及び b に該当する場合には、不法とする。

- a 当該連れ去り又は当該留置の直前に当該子が常居所を有していた国の法令に基づいて個人、施設その他の機関が共同又は単独で有する監護の権利を侵害していること。
 - b 連れ去り若しくは留置の時に a に規定する監護の権利が共同若しくは単独で現実に行使されていたこと又は当該連れ去り若しくは当該留置がなかったならば当該権利が共同若しくは単独で現実に行使されていたであろうこと。
- a に規定する監護の権利は、特に、法令の適用により、司法上若しくは行政上の決定により、又は a に規定する国の法令に基づいて法的効果を有する合意により生ずるものとする。」

第 4 条

「この条約は、監護の権利又は接触の権利が侵害される直前にいずれかの締約国に常居所を有していた子について適用する。この条約は、子が十六歳に達した場合には、適用しない。」

第 5 条

「この条約の適用上、

a 「監護の権利」には、子の監護に関する権利、特に、子の居所を決定する権利を含む。

b 「接触の権利」には、一定の期間子をその常居所以外の場所に連れて行く権利を含む。」

第 11 条

「締約国の司法当局又は行政当局は、子の返還のための手続を迅速に行う。

関係する司法当局又は行政当局が当該手続の開始の日から六週間以内に決定を行うことができない場合には、申請者は遅延の理由を明らかにするよう要求する権利を有するものとし、要請を受けた国の中央当局は、自己の職権により又は要請を行った国の中央当局が求めるときは、遅延の理由を明らかにするよう要求する権利を有する。（略）」

第 12 条

「子が第三条に規定するところにより不法に連れ去られ、又は留置され、かつ、当該子が現に所在する締約国の司法当局又は行政当局が手続を開始した日において当該子の不法な連れ去り又は留置の日から一年が経過していない場合には、当該司法当局又は当該行政当局は、当該子の返還を直ちに命ずる。（略）」

第 13 条

「前条の規定にかかわらず、要請を受けた国の司法当局又は行政当局は、子の返還に異議を申し立てる個人、施設その他の機関が次のいずれかのことを証明する場合には、当該子の返還を命ずる義務を負わない。

（略）

b 返還することによって子が身体的若しくは精神的な害を受け、又は他の耐え難い状態に置かれることとなる重大な危険があること。

司法当局又は行政当局は、また、子が返還されることを拒み、かつ、その意見を考慮に入れることが適当である年齢及び成熟度に達していると認める場合には、当該子の返還を命ずることを拒むことができる。

司法当局又は行政当局は、この条に規定する状況について検討するに当たり、子の社会的背景に関する情報であって当該子の常居所の中央当局その他の権限のある当局により提供されるものを考慮に入れる。」

第 14 条

「要請を受けた国の司法当局又は行政当局は、第三条に規定する不法な連れ去

り又は留置があったか否かを確認するに当たり、子が常居所を有していた国の法令及び司法上又は行政上の決定（当該国において正式に承認されたものであるか否かを問わない。）を、当該法令に関する証明のため又は外国の決定の承認のために適用され得る特別の手続によることなく、直接に考慮することができる。」

37. 2007年12月21日スイス連邦議会は、いくつかの概念、特に1980年のハーグ条約の適用に関するものを明確化する目的で、「国際的な子の奪取および子と大人の保護に関するハーグ条約に関する連邦法」を成立させた。現在のところこの法律は発効していない。申立人が頼った節には以下のようにある。

第5節：返還と子の利益

「ハーグ条約第13条項(b)の趣旨に照らせば、子の返還は、特に以下の条件が満たされる場合に子を耐え難い状況におくことになる。

(a) 申立を提出した親のもとに委ねることが明白に子の利益にならない場合

(b) 連れ去りをした親が、その状況下で、子が連れ去りの直前まで常居所を有していた国で子の世話をする立場にない場合、あるいはこれが親に正当に期待できない場合

(c) 第三者の世話に委ねることが明白に子の利益にならない場合。」

第6節：保護手段

「子の返還を求める申立を扱う裁判所は、要求に応じて子の両親との個人的関係に関する決定を行い、子の保護を保証するために必要な手段を命ずる。

返還申立を中央当局が受領した場合、管轄裁判所は中央当局あるいはその他の当事者の要請に応じて、返還申立が裁判所で未決であったとしても、子の代理人あるいは後見人の任命を命ずるか、その他の保護手段を講じることができる。」

38. この法律に関する連邦令に関連して、行政府は議会に「急送公文書」を提出した。（Feuille Fédérale 2007、pp. 2433-2682）関連する部分は以下のようになっている。

「6.4 返還と子の利益（第5節）」

子の利益により良く適応している1980年ハーグ条約の適用を確保するため、子が耐え難い状況におかれることが明白なために子の返還がもはや考慮の対象になりえないような多様な状況を立法機関が特定する必要がある。第5節の規則は1980年ハーグ条約の第13条項(b)の規定を無効にすることを意図していない。『特に』という表現は、必要不可欠ではあるが、条約で規定されている条項への信用を除外しないいくつかの状況を一覧で列挙しているにすぎないことを意味している。

第一に、(a)号は、子の返還を要請した親による子の居所の提供が明白に子の利益にならないような状況に言及している。もしそうでなければ、特に申立を行った親が排他的監護権を有しているか、そのような責任を与えうる唯一の人物であるならば、子が返還により耐え難い状況におかれると懸念する理由は原則としてなく、それゆえに返還を拒絶する理由もない。これは申立を行った当事者が子の世話をすることができないことが裁判所にとって明らかであるように思われる場合には当てはまらない。

(b)号は子の返還の妥当性が連れ去った親との関係の見地からのみ評価できる場合に適用される。返還を要請した親による子の居所の提供を考慮すべきでないことが明白である場合、母国への子の返還の問題は、不法に子を連れ去ったり引き止めたりした人物（一般に母親）が当該国に返還する立場にあるか否かによって扱いが異なる。当該親が、たとえば子との別離につながる実刑判決を受ける可能性がある、あるいは親がスイスに非常に緊密な家族の絆を持っている（たとえば再婚に伴って、あるいはスイス居住の他の家族が経験している困難な状況のためなど）などの理由により返還することができない場合、子が返還後に親と離れて暮らすことを強いられるため、子の心理的・身体的安定が危機に瀕する可能性がある。そのような別離は例外的な場合にのみ耐えられるものであり、最後の手段としなければならない。

第二の状況：すべての状況を考慮して、連れ去った親が連れ去りの直前に常居所を有していた国で子の世話をすることが正当に要求できない場合（第5節(b)）。子を不法に連れ去るかあるいは引き止めた親が、その国に返還することを拒絶すると述べるだけでは十分ではない。この親はまた、以前の居所に返還して子とともにそこで監護権の付与に関する裁判所の最終決定を待つことが正当に期待できないような困難な状況になければならない。そうした状況では、母親が以前の配偶者の家庭の外に安全で手ごろな値段の滞在場所を保証されないような場合を我々は特に想定している。さらに、子の返還を要請した親が監護権の行使を再開せず、裁判所命令によってこれを入手することがなく、一方で連れ去った親が明らかに子の世話を第一にする人物であるような場合も考慮にいれなければならない。こうした場合には子は母国に連れていかれても、監護権が連れ去った親に最終的に付与されるのを待ち、その親とともにまたスイスに戻るだけになる。そうした往来は、結局は以前の居住国の当局に事件を持ち出す目的に奉仕することになるだけだろう。そうした解決策は子の利益と両立しないためにハーグ条約の精神と目的に鑑みて認容できないものである。しかし、状況は返還要請を扱うスイス裁判所にとって疑いの余地のないものでなければならない。状況を明確に確定させることができない限り、裁判所は親の母国への返還は耐えられるものであり、したがって子はハーグ条約第13条項

(b)のもとで返還を否定する決定を正当化するような耐え難い状況におかれまいであろうと採決しなければならない。

(c)号は第三者への委託に関するものである。子の返還が（親の返還が不可能であったり、親に返還を正当に要求することができないために）不法に子連れ去ったり引き止めた親との離別につながるようであれば、子が母国で第三者に委託された場合のみ適切な状況で実行することができる。しかし、そのような解決策は、第三者への委託が明白には子の利益に反していないならば、管轄スイス裁判所が子の返還を命じる結果になる可能性がある場合にのみ求めるべきである。この第三の状況は、スイスに残る親との離別が子にとって耐えられるものである場合—つまり子がその親と対立する関係にある場合でありうる—、また子を受け入れる里親家族が子の保護と通常の養育について適切な保証を提供できる場合にのみ満たされる。いずれにせよ、そのような状況は最後の手段とみなされるべきである。

さらに、返還が子の利益と両立するため、また特にハーグ条約第 13 条の条項をみたすために、本件を最低する当局が母国に広まっている状況と、そこで施行されている法規定を通知されていなければならないということも注意しなければならない。それゆえ、両当事者、特に両親は、事実の立証に参加する義務を負う。そのため、裁判所による当事者の直接の審問（第 9 節(1)と(2)）が大変重要である。手続きと、母国の管轄当局との協力に関する新规定もきわめて重要な役割を担っている。裁判所は、子の返還を保証することが可能か否か、またどのようにして可能かを確認することができなければならない（第 10 節(2)）。もしこの任務が成功しないか、あるいは部分的にしか成功しない場合、裁判所は返還により子に起こりうる結果のすべてを判断する立場にはない。同様のことが、子の受容と保護の条件に関して、特に要請している親の子を適切に世話する能力に疑念がある場合に、地元当局から信頼できる保証を得ることができない場合にも言える。このように、この点に関して第 10 節は第 5 節の実際的適用に直接関係している。」

39. スイスでは 1997 年 3 月 26 日に発効した 1989 年 11 月 20 日児童の権利に関する条約の関連条項は以下のようになっている。

前文

「(略) 家族が、社会の基礎的な集団として、並びに家族のすべての構成員、特に、児童の成長及び福祉のための自然な環境として、社会においてその責任を十分に引き受けることができるよう必要な保護及び援助を与えられるべきであることを確信し、児童が、その人格の完全なかつ調和のとれた発達のため、家庭環境の下で幸福、

愛情及び理解のある雰囲気の中で成長すべきであることを認め、（略）」

第7条

「1 児童は、出生の後直ちに登録される。児童は、出生の時から（略）できる限りその父母を知りかつその父母によって養育される権利を有する。（略）」

第9条

「1 締約国は、児童がその父母の意思に反してその父母から分離されないことを確保する。（略）」

第14条

「1 締約国は、思想、良心及び宗教の自由についての児童の権利を尊重する。
2 締約国は、（略）父母及び場合により法定保護者が児童に対しその発達しつつある能力に適合する方法で指示を与える権利及び義務を尊重する。（略）」

第18条

「1 締約国は、児童の養育及び発達について父母が共同の責任を有するという原則についての認識を確保するために最善の努力を払う。父母又は場合により法定保護者は、児童の養育及び発達についての第一義的な責任を有する。児童の最善の利益は、これらの者の基本的な関心事項となるものとする。（略）」

40. 児童の権利に関するヨーロッパ憲章に関する欧州評議会議員会議の勧告874（1979年）は、複数ある一般原則のうち以下のものを第一に掲げている。

「a. 児童はもはや親の所有物とみなされるべきではなく、自分自身の権利と必要性を持った個人として認識されるべきである。（略）」

法律

I. 条約第8条違反の主張

41. 申立人は、イスラエル管轄裁判所が第一申立人に監護権を付与したことを指摘して、条約第8条が単独で、また第3条・第9条と関連してその趣旨の範囲内で家族生活を尊重する権利の侵害があったと主張した。第8条は以下のようになっている。

- 「1. すべての者は、その私的及び家庭生活、住居及び通信の権利を有する。
 2. この権利の行使については、法律の基づき、かつ国の安全、公共の安全若しくは国の経済的福利のため、また、無秩序若しくは犯罪防止のため、健康若しくは道徳の保護のため、又は他の者の権利及び自由の保護のため民主的社會において必要なもの以外のいかなる公の機関による干渉もあってはならない。」
42. より具体的には、下級裁判所とは違い、連邦裁判所は第二申立人が母親と一緒にあってもなくてもイスラエルに返還した場合にさらされるであろう心理的危害の重大な危険と耐え難い状況を軽視した、と申立人は主張した。申立人

は、児童精神科医が作成した 2007 年 4 月 16 日の専門家報告で実証されていたにも関わらず、主張を完全に退けたとして連邦裁判所を批判した。さらに申立人は、第一申立人が報酬のある職を得ているローザンヌに自分たちは完全になじんでいると主張した。

A. 許容性

43. 以下のパラグラフ 54-69 に述べる理由により、政府は第 8 条のもとでの不服は根拠の薄弱であることが明白であり、許容できないと断言すべきであると主張した。

44. 裁判所は政府の意見を受け入れることはできない。この不服は条約の第 35 条第 3 節の趣旨に照らして根拠の薄弱であることが明白であるとはいえないと考える。さらに、この不服が許容できないとする他の根拠が立証されていないことも指摘している。ゆえに、不服は許容できると断言されるべきである。

B. 実体

1. 当事者の意見

(a) 申立人

45. 申立人は初めに、母親による Noam のイスラエルからの連れ去りはハーグ条約の趣旨に照らして不法であったことを否定した。申立人はイスラエル裁判所が 2004 年 11 月 17 日に下した決定が母親に「一時的監護権」を付与したことを示すにあたり、政府が明白な判断の誤りを犯したという見方をとった。

46. 申立人は、特に以下の理由にもとづき、子のスイスへの移動は合法だったとみなした。父親による第一申立人に対する行為と殺害の脅迫が、2005 年 1 月 12 日に付与された、母親に有利な特別保護措置の根拠となったこと、父親が公然と見せていた宗教的狂信という背景において、子の利益や母親が表明した不同意を考慮することなく、父親が未成年の息子に超正統派の生活様式と急進的な宗教教育を押し付けようとしていたこと、2005 年 3 月 20 日に慰謝料支払いの不履行のため父親に対して逮捕状が発行され、自らの無責任な行為のために父親の面会権が制限され、社会福祉部の監督下に置かれたこと、2005 年 1 月にイスラエルで父親に対してとられた刑事告発が無効になり、2006 年 11 月 30 日に裁判所により起訴手続きが取り消されたこと、最後に、子の連れ去りがイスラエル法 no. 5722-1962（「能力と後見法」）にもとづき合法であること。この法律では、第 25 節は要約すると両親の間で不同意の場合には 6 歳までの子は母親のもとにとどまることを規定している。また第 18 節は要約するといずれかの親が遅延の許されない問題において単独で行動する権限を明白に与えており、これはその親が子の監護権を有している場合に特に該当する。

47. さらに、申立人は母親がイスラエルに返還した場合確実に刑事罰を受けることになり、そうした処罰が科されることで間違いなく息子に重大な精神的外傷を引き起こし、耐え難い状況におくことになるかと確信している。申立人は、母親は留置刑に服さなければならない可能性が高く、母親から息子を引き離すことの結果は悲惨なものになるだろうという見方をとっている。申立人は懸念の根拠として、イスラエルへ返還した場合に引き起こされる「司法上の危険性」に言及した専門家の精神科医による報告の所見を引用したが、母親が連れ去りに対する処罰として実際に即時投獄されるのかどうかは明らかにしなかった（上記スイス連邦裁判所判決第 34 項を参照）。

48. 申立人の意見では、第一申立人のイスラエルでの投獄の結果は母子両者の将来にとって悲惨なものになるだろうとのことである。父親が不安定であるということ強調するため、申立人は父親が 2005 年 11 月に再婚し、その後新しい妻が妊娠中に離婚したことを説明した。もし Noam が母親の投獄の結果として母親と離別するとしても、父親に対する以前の決定を鑑みると、それが覆されない限り彼を父親に任せることは当然できないし、決定が覆されることも同様に子にとって有害であると申立人は主張した。申立人の見地では、このため Noam は施設で保護されることになるだろうが、これを母親は断固として拒絶した。申立人の懸念は、第一申立人が監護権を有している息子とともにイスラエルに返還した場合、刑事罰を受けたり子と離別したりすることが絶対にかないのかという点について、イスラエル当局側からも、また 2008 年 2 月 15 日の所見を支持してスイス政府が作成した書簡でも、彼らの観点では信頼できる保証を受け取っていないという事実によって強められた。2007 年 4 月 30 日の書簡において、イスラエル州検事代理人は、この種の違法行為の留置刑を規定した 1977 年「刑法」を直接引用して、州検事の指針によれば、刑事訴訟は非常に例外的な状況でのみ開始されると第一申立人に通知していた。にもかかわらず申立人は、州検事事務局が第一申立人を起訴しない決定をすると家庭しても、父親が彼女に対する訴訟を起こすことを止めることはできないと考えていた。

49. 申立人は、B 医師による専門家報告はイスラエルへ子が返還した場合の例外的に重大な危険の存在を強調していると指摘し、二か所の下級裁判所が連邦裁判所よりもよくその危険性を評価したと述べた。さらに、申立人は父親が家庭差居場所に新しい専門家の意見を照会しなかったと述べた。そのため、イスラエルでは青年に達するまでとどまることを余儀なくされるためにイスラエルへの返還は Noam の最善の利益ではない。これに関して申立人は二人ともスイス国籍を有していることを指摘している。

50. さらに申立人は、連邦裁判所と政府が本件でとっている立場は、国際的な子の連れ去りに関する 2007 年 12 月 21 日連邦法と児童と大人の保護に関するハ

一グ条約の吟味による行政府あるいはスイス議会の調査結果を反映していないと述べた。申立人は、この法律は子の利益が最も優先することを保証しており（第 5 節）、子の利益のための保護と代行の手続きを課している（第 6 節）と主張した。連れ去られた子の返還についてより具体的に扱っている 2007 年 12 月 21 日連邦法に関する行政府の急送公文書から一部を引用するのが本件には適切かつ妥当であると申立人は判断した。行政府は以下のように述べている。

「返還を要請した親による子の居所の提供を考慮すべきでないことが明白である場合、子の母国への返還の問題は、不法に子を連れ去ったあるいは引き止めた者が（略）当該国に返還する立場にあるか否かによって扱いが異なる。上述の親が、たとえば子との離別につながるような実刑判決を受ける可能性があるため（略）そうすることができないならば、子が返還後に両親と離れて暮らすことを強いられるため、子の心理的・身体的安定は危機に瀕する可能性がある。そのような別離は例外的な場合にのみ耐えられるものであり、最後の手段としなければならない。（略）裁判所は子の返還を保証することが可能か否か、またどのようにして可能かを実証できなければならない。もしこの任務が成功しないか、あるいは部分的にしか成功しない場合、裁判所は返還により子に起こりうる結果のすべてを判断する立場にはない。同様のことが、子の受容と保護の条件に関して、特に要請している親の子を適切に世話する能力に疑念がある場合に、地元当局から信頼できる保証を得ることができない場合にも言える。」

（上記パラグラフ 38 の行政府急送公文書を参照）

51. さらに申立人は、2007 年 8 月 16 日の連邦裁判所の判決は施行に関する規定を含んでおらず、このことが政府によって論じられてもいないと述べた。申立人の意見では、裁判所は返還により子に起こりうる有害な影響を調査することなく、母親と子の両者にある危険にもかかわらず母親がイスラエルに子とともに返還することが「正当に期待できる」と述べるだけにすべきではなかった。被要請国の当局が、子の返還の場合に備えた調整に関する決定を、返還の決定後ではなく決定前にすべきである、なぜかといえばそうした措置が裁判所によって取られないならば、用意のできていないままでの返還により、ハーグ条約第 13 条項(b)の趣旨に照らして、子が心理的危険につながる状況にはさらされない、また耐え難い状況におかれることはない、と断言することができないからである、と申立人は主張した。

52. 最後に、両親が共同で子の宗教教育について決定する可能性について、申立人は、父親が裁判所への陳述で特に表明し、彼らによれば政府も当然認識している、父親の過激な立場の存在により、そのような仮定は完全に排除しなければならないという確信を表明した。これに関連して申立人は、父親は超正統派ユダヤ教運動「ルバヴィッチ」に参加したことを否定しなかったことを指摘

した。申立人はこの運動を、構成員の熱烈な改宗勧誘で知られるハシッド・ユダヤ教徒たちがいる、神秘主義で禁欲主義の正統派ユダヤ教の一派だと表現した。申立人の意見では、父親は妻と子に対し、たとえば女性が髪を覆うことや、少年を三歳から宗教的教育を行う「ケーデル」初等学校にやることを要求するような急進的な生活様式を押し付けようと試みた。さらに、父親は、みずからの行いの突然の変化と過激な宗教上の要求のために夫婦間に深刻な亀裂が生じて離婚につながったこと、また同じ理由で彼自身が国の司法当局と深刻な問題を抱えるようになり、特に当局が慰謝料支払いの不履行のかどで彼に対し逮捕状を発行したことなどの事実を有効に否定することができなかった。上記の事情に鑑み、第一申立人は、狂信的と彼女がみなすその環境から子を連れ出すことが自分の義務であると信じていた。出立間に「いかなる司法的な保証も用意されておらず、また彼女が返還した場合に備えても予測されないこと、また連邦裁判所がこの問題を扱っていないことを彼女は指摘した。さらに彼女は、自分もユダヤ人であること、息子を彼のルーツから切り離す意図はもっていないことを付け加えた。このため、2006 年末から、息子は市営で宗教とは無関係の託児所に週一日、またポー州の学校カリキュラムに加えてユダヤ教の基本原則を教わる国公認の私立ユダヤ教保育園に通っていた。

53. 以上の理由により、申立人は、Noam のイスラエルへの返還は、民主的社会において、第 8 条に保証されている家族生活尊重の権利への不法な介入に等しいと考えた。

(b) 政府

54. 政府は申立人の意見に異議をとらえた。申立人は母親による子の不法な連れ去りに異議を申し立てていたはずなので、イスラエル法のもとで「監護権」が母親に付与されたのが一時的なものだったのか恒久的なものだったのかは問題ではなく、ハーグ条約の趣旨に照らしたときの Noam の監護権を有しているのが誰なのかが問題なのだと政府は主張した。この監護権はイスラエル法の「後見」に相当する概念であり、特に子の居所を決定する権利を扱っており、Noam の両親により共同で行使されていた。

55. 政府の意見では、本件における議論は子の迅速な返還の原則の例外を規定したハーグ条約第 13 条(b)号に述べられた条件が満たされているか否かという問題に関わっている。

56. 連邦裁判所が 2007 年 2 月 28 日の行政府の急送公文書で述べられた法律上の背景を十分考慮していないという申立人の主張にこたえて、政府はこの法律の草案は 2007 年 12 月 21 日になって出されたこの急送公文書を基にして通過したものであること、そのためこの法はまだ発行していなかったことを述べた。

政府は法律の草案も関連する急送公文書も当面の議論の解決に適切なものではなく、また連邦裁判所の判決はその点で原則とまったく矛盾していなかったという見方をとった。法律草案では第 5 節(b)において、返還した場合に、特に連れ去った親がそうした事情のために連れ去りの時点で常居所を有していた国で子の世話をすることができない場合、あるいはこれを親に要求できないことが明白である場合、子が耐え難い状況におかれると述べている一方で、こうした条件を満たすことはまだ必要であり、本件ではそれを示す証拠がないためである。これに関して政府は急送公文書から以下の箇所と言及した。「子を不法に連れ去るかあるいは引き止めた親が [母] 国に返還することを拒絶すると述べるだけでは十分ではない。この親はまた、以前の居所に返還して子とともにそこで監護権の付与に関する裁判所の最終決定を待つことが正当に期待できないような困難な状況になければならない。そうした状況では、母親が以前の配偶者の家庭の外に安全で手ごろな値段の滞在場所を保証されないような場合を我々は特に想定している。」（上記パラグラフ 38 の行政府急送公文書を参照）

57. 政府は、Maumousseau と Washington 対フランスの事件 (no. 39388/05、第 73 節以下、ECHR 2007-XIII) では、裁判所はハーグ条約の目的は連れ去った親が時間の経過により本人が一方的に作り出した現状の法的認定を受けることを阻止することであるため、子の迅速な返還の例外は限定的に解釈されなければならないと述べている。この事件では、事実の綿密な調査を実行しても、国内当局は子への潜在的な危険を認めなかった。また政府は、本人の主張とは反対に、母親は自らの権利を主張するため子に付き添って子の常居所地の国へ戻ることが可能であると指摘した。裁判所はこれが本質的な側縁であるとの見方をとっていた。すなわち、母親は当該国の領土へ自由に出入りできるという事実と、彼女の事件をそこで管轄裁判所に持ち出す可能性である。さもなければ条約第 8 条に照らして手続きが批判に開かれたものでなくなってしまうため、裁判所はこの条項の違反はなかったと結論づけていた。

58. 本件では、2006 年 8 月 29 日の決定を下す前に、ローザンヌ地方治安判事は 2006 年 7 月 18 日と 8 月 29 日の二度、弁護人に付き添われた第一申立人から、そして Noam の父親の弁護人から、意見陳述を聞き取っていた。事件が後見局 (chambre des tutelles) に至る際、後見局は追加の調査行動、すなわち第二申立人に関する児童精神科医による専門家報告を命じ、またスイス中央当局を通じてイスラエル当局に Noam の返還が起こりうる場合の状況に関する情報を要請していた。

59. さらに、政府は第一申立人が家庭裁判所にイスラエルに返還できない客観的あるいは根拠の十分な理由を提出していないと主張した。政府の意見は、彼女が国内訴訟の過程で行った陳述は、彼女が主張する危険が彼女のイスラエル

への返還を拒否する本当の理由になっていないことを示しており、またこれはスイスに居住したいという彼女の願望から生じた彼女の個人的な選択にすぎない、というものだった。後になって、2007年9月25日の裁判所への申立において、第一申立人は初めて、2005年6月に国を離れる原因そのものとなった耐え難い状況のためにイスラエルには返還しないと述べた、と政府は指摘した。また政府は、申立人の家族状況がテルアビブの社会福祉部とテルアビブ家庭裁判所によって嚴重に監視されており、家庭裁判所は得意 Noam の父親が第一申立人のフラットあるいは子の保育園に接近すること、第一申立人に対し、精神的なものを含むいかなる方法でも、またいかなる場所であっても、迷惑をかけたり悩ませたりすること、彼女が住むフラットを利用すること、武器を携行あるいは所持することを禁じていたことも指摘した。（2007年5月22日付後見局判断5ページ以降を参照）Noam の父親がそれらの措置に従ったことは論議されなかった（治安判事に対する2006年8月29日審問記録2ページを参照）。加えて、イスラエル当局の姿勢は申立人の安全と幸福への真の懸念を示しており（後見局判断4ページに再現されている二名のソーシャルワーカーからの2005年1月10日の書簡を特に参照）、そのため申立人がイスラエルに返還して子の父親がもし彼らを悩ませようと試みても、当局が適切な方法で対応しないだろうと考える理由はなかった。

60. さらに政府は、第一申立人自身が1999年にイスラエルに定住し、その後そこで家庭生活を営むことを決断したこと、そこで多国籍企業に雇われていたこと、彼女の息子がそこで託児所に預けられていたことを述べた。イスラエルに6年間居住していて、第一申立人は知人の輪を築いていたはずである、また特にB医師による専門家報告で彼女が家族と休暇中にイスラエルに滞在した後でこの国に定住することを決断していると述べられているため、彼女がイスラエルに家族のつながりがあることを証明するように思われる、と政府は推定した。

61. イスラエル裁判所とのあいだに起こりうる問題に関する申立人の懸念にこたえて、政府は子の父親が後見局に提出したイスラエル中央当局からの手紙からは、子の連れ去りがイスラエル刑法では留置刑にあたる可能性があるとしても、州検事の指針はそのような不服の受領後ただちに、訴訟を起こす方法に関する勧告のため警察がその件をハーグ条約にもとづいてイスラエル中央当局に回すべきと規定していることがわかると述べた。この指針によれば、刑事訴訟は非常に例外的な事件でのみ開始されなければならない。中央当局は、本件では、第一申立人がイスラエル当局に協力するつもりがあり、父親の面会権に応じ、ふたたび子とともに姿を消したりしないという条件で、イスラエル警察への犯罪者資料の閉鎖の指示を検討すると付け加えた（政府所見に添付の2007

年 4 月 30 日の書簡を参照)。こうした指摘にもとづき、政府は第一申立人が刑事罰を受けることはなく、また本人の主張とは反対に、投獄される危険はいまだ証明されていないと述べた。このため、イスラエル当局による保証を考慮すると、申立人が返還した場合でも母親が投獄されそれによって息子から引き離される恐れを抱く理由はない。そのような投獄を行うと、複数回にわたって彼女に対する理解と Noam の利益の保護への関心を示してきたイスラエル当局の姿勢と合致しなくなるからである。

62. 第一申立人が、自分ひとりで子を経済的に養わなくてはならないため、スイスでの食を離れることはまったく彼女の利益にはならないと強調しているため、政府は彼女がテルアビブで既に雇われていたのと同じ企業に現在ローザンヌでも勤めていることを指摘し、この事実は彼女が返還してすみやかに満足いく勤め先を見つける際にいくらか役に立つだろうと示唆した。また彼女は住居を見つけ経済的支援を得るために、必要ならば国による様々な手当を申請することもできる。

63. こうした状況すべてに鑑みて、政府は第一申立人がイスラエルに返還しない妥当な理由を提示しておらず、また連邦裁判所はハーグ条約第 13 条(b)号が子と母親の返還を妨げないと解釈したのはきわめて正当だったとみなした。

64. 政府はまた、専門家 B が報告書において Noam が母親とともにイスラエルに返還すれば彼は心理的危険にさらされることになるがその程度はそうした返還の状況、特に母親を待ち受ける状況とそれにより起こる子への影響が確定しなければ評価することはできない、と述べている一方で、この専門家はまた、現状は Noam にとって、長期的には重大な心理的危険を示すものである、とも表明している(報告書 7 ページ)。第一申立人の返還の可能性に関する上述の事情に照らし、ハーグ条約第 13 条第 1 項(「子の返還に異議を申し立てる個人(略)が次のいずれかのことを証明する場合には(略)」)にしたがい、政府は証明の義務を第一申立人に課し、子が返還した場合に子に発生する重大な危険の存在を彼女が立証できていないだけでなく、スイス当局の追加調査措置と記録中のその他の証拠によりそのような危険は大変高い確率で排除することが可能であるという見方を示した。

65. 第一申立人を伴わない子の返還という仮定に関しては、政府は後見局がイスラエル中央当局からそのような返還の場合の状況に関する情報を入手しており、当局が 2007 年 3 月 12 日の返答において(政府所見付録 4 を参照)以下のように述べていることを指摘した。父親は子の世話をする用意があり、そのためのアパートを確保するつもりであること、父親が働いたり学んだりしている間子は託児所あるいは保育園に通うこと、父親の家族が支援体制を提供できるということである。イスラエル当局はまた、母親が、可能性があるにも関わら

ず子とともにイスラエルに返還することを拒絶した場合、彼女は父親が子の監護権を持つことに同意したことになるだろうとも説明していた。政府は、この事件におけるイスラエル当局の姿勢を考慮すると、そのような状況においてイスラエル当局が子の必要が可能な限り最前の方法で満たされることを確実にするために必要な措置を講じないと考える根拠はないという見方を示した。

66. 政府は、イスラエル当局が 2007 年 3 月 12 日の書簡において、スイス当局に対しイスラエルの 1991 年「家族間暴力防止法」に注意を喚起した。この法律は家庭内暴力の申し立てがあった場合の保護命令を規定したものである（政府所見付録 4 を参照）。政府の見解では、イスラエル当局の姿勢と、第一申立人の出立前にとられ、議論されてはいないが子の父親がしたがった措置は、この法律の規定が有効に実施されたことを証明している。

67. 加えて、政府は子の父親が 2006 年 6 月 8 日の申立とともに治安判事にイスラエルの 1962 年「能力と後見法」の梗概を提出しているが、この法は後見には未成年者の必要、特に教育と学業の世話をする義務と権利を含むこと、また子の宗教教育に関して不同意が発生した場合には、問題は後見役の行使に関する決定を行う裁判所によって、子の最善の利益を考慮に入れて決定されること、を規定している。第一申立人が息子の共同後見人であり監護権を有しているため、彼女が子とともにイスラエルに返還しても、息子の宗教教育に関して決定的な影響を行使できないと懸念する理由はない。

68. 連邦裁判所の 2007 年 8 月 16 日の判決は施行の条件を規定していないとする申立人の主張に関しては、政府はまず裁判所は母親がイスラエルへの返還の拒絶を客観的に正当化する根拠を示さなかったため子に付き添うことが正当に期待できないという原則にもとづいて子の返還を命じたこと、第二に子の返還により彼が身体的あるいは心理的危害にさらされる、もしくは子が耐え難い状況におかれることになることを示すものはこの状況では何もないことを主張した。さらに政府は、返還の準備は主に息子を連れ去ることでこの状況を出来させた第一申立人の問題であるとの見方を示した。しかし政府は、もし彼女が連邦裁判所の判決の施行の管轄担当者、すなわち治安判事に対し、イスラエルへの返還の特定の側面に関連する真の懸念を表明したならば、治安判事が講じるべき適切な措置を検討することもできたと付け加えている。最後に、欧州人権裁判所が本件において示した臨時措置を考慮して、スイス当局はこれ以上詳細に子の返還の手配を検討することはできなかつたと政府は説明した。

69. 上述の内容に関して、政府は Noam が若年であることを考慮しても、彼が母親とともにイスラエルに返還することで深刻な結果にさらされることを示すものは何もなく、したがって連邦裁判所による利害の相殺は条約第 8 条違反にはあたらないと主張した。

(c) 第三者

70. 第三者、すなわち Noam の父親は、ハーグ条約の主目的は子の連れ去りに先立って存在していた状態を回復する仕組みを当事者に提供することだと主張した。唐絵の意見では、この国際法で意図されている手続きは裁判所に子の最善の利益を判断する権限を与えておらず、この問題は母国の当局のほうがこれに関しては裁判所より信頼できるためそちらに裁量に完全に委ねるべきである。

71. さらに第三者は、個人的な家庭生活を尊重する権利の行使は、法を順守しており正当な目的を追求するものであり、かつ民主的社会において必要なものであるならば例外にあたること、また国内法と国際法により、諸国は子の連れ去りという犯罪を防止することと、どちらの親も不法行為を利用することができないことを保証することを要請されていることを指摘した。

2. 裁判所の評価

(a) 子の連れ去り事件において裁判所が決定した行動方針

72. 裁判所はこれまで、子の連れ去りに関する事件において、条約に対する当事者国の当局が条約第 8 条のもとの義務を遂行しているか否かを判断するよう求められた場合に参照する基本的行動方針を複数立案作成する機会を得てきた（他の当局の中でも以下を参照。上に引用した *Maumousseau* と *Washington* 第 58-83 節／2006 年 6 月 22 日 *Bianchi* 対スイス、no. 7548/04、第 76-85 節／2005 年 4 月 5 日 *Monory* 対ルーマニア・ハンガリー、no. 71099/01、第 69-85 節／*Eskinazi* と *Chelouche* 対トルコ（判決）、no. 14600/05、ECHR 2005-XIII／2005 年 12 月 15 日 *Karadžić* 対クロアチア、no. 35030/04、第 51-54 節／*Iglesias Gil* と *A.U.I.*対スペイン、no. 56673/00、第 48-52 節、ECHR 2003-V／2003 年 4 月 24 日、*Sylvester* 対オーストリア、nos. 36812/97 と 40104/98、第 55-60 節／2003 年 5 月 15 日 *Paradis* 対ドイツ（判決）、no. 4783/03／*Guichard* 対フランス（判決）、no. 56838/00、ECHR 2003-X／*Ignaccolo-Zenide* 対ルーマニア、no. 31679/96、第 94-96 節、ECHR 2000-I／*Tiemann* 対フランス・ドイツ（判決）、nos. 47457/99 と 47458/99、ECHR 2000-IV）。

73. 前パラグラフで引用した判例法から生じる行動方針は以下のように要約できるであろう。

(i) 条約第 8 条の本質的目標は、公権力による恣意的妨害から個人を保護することである。加えて、家庭生活の効果的な「尊重」に固有の積極的義務もある。どちらの背景においても、個人と共同体全体で競合する利益の間で釣り合う公平なバランスに対する考慮がなされなければならない。また、どちらの背景においても国はいくらかの評価の余地を享受する。

- (ii) 裁判所の役割は、監護権と接近の問題を規制するにあたって管轄国内当局の代理をつとめることではなく、条約のもとでそれらの当局が裁量権限を行使する際に下した決定を再吟味することである。この際裁判所は、申立人の家庭生活尊重の権利の教授に関して実際に採択された措置を正当化するとされる理由が、第 8 条のもとで適切かつ十分であるか否かを判断しなければならない。
- (iii) 特に国が積極的措置を講じる義務に関して、裁判所は、第 8 条は両親が子と再会することを可能にする措置と、国家権力がそのような措置を講じる義務を含む、という判断を再三出している。
- (iv) このため、決定的なのは、適用される法で認められている、あるいは判決により与えられる親の監護権、接近、親権という権利を親が行使することを促進するために正当に要請されうる措置を国家権力がすべて講じたか否かという問題である。
- (v) しかし、国家権力が子の目的のためにこうした措置を講じる義務は絶対的なものではない。こうした措置の性質と程度は各事例の事情に左右されるものであるが、関係者すべての理解と協力はつねに重要な要素である。国家権力はそうした協力を促進するため全力を尽くさねばならないが、関係者すべての利益と権利と自由が、また特に条約第 8 条のもとでの子の最善の利益と子の権利が考慮されなければならないため、この領域において強制する責務は限定されなければならない。親との契約がこれらの利益を脅かす、あるいはこれらの権利を妨げそうである場合は、それらを公平に両立するのは国家権力の役目である。
- (vi) 条約は他と無関係に解釈してはならないが、条約法に関するウィーン条約（1969 年）の第 31 条第 3 節(c)にしたがって、締結国に対し適用可能な国際法の関連規則を考慮するべきである。
- (vii) このため、条約第 8 条が国に課す親と子の再会に関する積極的義務は、1989 年 11 月 20 日の児童の権利に関する条約と、1980 年 10 月 25 日の国際的な子の奪取の民事面に関するハーグ条約に照らして解釈されなければならない。
- (viii) 条約は理論上あるいは架空の権利ではなく、実際的かつ有効な権利を保証することを意図されている（1980 年 5 月 13 日 *Artico* 対イタリア、第 33 節、シリーズ A no. 37 を参照）。したがって、家庭生活への実際の尊重には、親子間の将来的な関係が単なる時間の経過によってではなく関連するすべての事情のみに照らして判断されることが要求される。
- (ix) こうした背景においては、措置の妥当性は実施の迅速さで判断されるべきである。連れ去られた子の返還に関する最終決定の実施を含む訴訟手続きには、時間の経過が子と一緒に暮らしていない親との関係に修復不可能な結果をもたらすことがあるため、緊急の処理が要求される。

(b) ハーグ条約の「目標と目的」

74. 裁判所はまず、児童の権利に関する条約の採択以来、「子の最善の利益」は、家族が同条約前文の言葉を借りれば「社会の基礎的な集団、並びに [児童] の成長及び福祉のための自然な環境」にあたるため、家庭環境の中での子の発達を保証する目的で、子の保護の問題において最重要なものとなった、ということに触れている。裁判所がこれまでに認めたように、主要な考慮対象には複数の側面が含まれうる（上に引用した *Maumousseau* と *Washington* 第 66 節を参照。条約前文に関しては上記パラグラフ 39 を参照）。

75. たとえば監護権の問題では、「子の最善の利益」を確立するには二つの目的がありうる。一つには、健全な環境における子の発達を保証すること—そして親は子の健康や発達に害になるような手段をとることは許されない。もう一つは、子の家族との絆を切断することは子をルーツから切り離すことを意味するため、家族が著しく不適當であると判明した場合を除き、そうした絆を保持することである（上に引用した *Maumousseau* と *Washington* 第 67 節で確認された、*Gnahoré* 対フランス、no. 40031/98、第 59 節、ECHR 2000-IX を参照）。

76. 裁判所は子の「最善の利益」という概念はハーグ条約で規定された手続きの文脈においても主要な考慮対象である、という見解をとっている。この概念に固有なのは、未成年者が両親から引き離されない権利である。これに関連して、欧州評議会議員会議の勧告 874（1979 年）を引用するのが適切である。勧告には以下のように述べられている。「児童はもはや親の所有物とみなされるべきではなく、自分自身の権利と必要性を持った個人として認識されるべきである」（上記パラグラフ 40 を参照）。さらに裁判所は、ハーグ条約前文において締結国は「子の監護に関する事項において子の利益が最も重要である」という確信を表明し、「不法な連れ去り又は留置によって生ずる有害な影響から子を国際的に保護する（略）」願いを強調している、ということも述べている（前文の全文は上記パラグラフ 36 を参照）。

77. 裁判所はこのハーグ条約の基礎となっている方針に完全に同意している。連れ去りや引き止めにより引き起こされる精神的外傷の第一の犠牲者とみなされる子を保護したいという願いに駆り立てられて、この文書は国際的な子の連れ去りの急増を防ごうとするものである。そのような考慮はまた、裁判所をこの国際文書の解釈の際に導いてくれるものでなくてはならない。このため、ハーグ条約第 1 条で使用されている非常に明確で簡潔な言葉づかいに照らすと（「迅速な返還を確保する」また「効果的に尊重されることを確保する」）、同条約の適用条件が満たされれば、不法にもたらされた現在の状況の法的強化を防ぐため、可及的速やかに旧態を回復すること、また同条約第 19 条にしたがって、監護権と親権の問題を子の常居所地の管轄権を有する裁判所による判

断にゆだねること、が問題になる（この点に関しては、出典の中でも、上に引用した *Maumousseau* と *Washington* 第 69 節によって確認された、上記引用の *Eskinazi* と *Chelouche* を参照）。

78. しかし裁判所は、ハーグ条約が発動すれば、子の実際の人物とその環境に関する事情に基づいた、同文書における子を返還させる義務の複数の例外の承認に示されているように（特に第 12、13、20 条を参照）、子の返還の自動的適用はなく、したがって子に対する個別の働きかけを採用するのは事件の審問を行う裁判所であることを示している、とも述べている（上に引用した *Maumousseau* と *Washington* 第 72 節を参照）。とはいえ、もしも連れ去った親の主張が容易に受け入れられすぎることがあれば、ハーグ条約の主目的は無意味なものとなるだろう。このため上記の例外は厳密に解釈しなければならない。

(c) 本件への一般原則の適用

79. 本件の事情に戻ると、裁判所はまず、申立人にとってともに生活する可能性は基礎的な考慮対象であり、これは明らかに条約第 8 条の趣旨に照らして家族生活の範囲に含まれるものであり、したがって同条は適用可能である、と述べている（多くの出典の中でも、*Marie* 対ポルトガル、no. 48206/99、第 68 節、ECHR 2003-VII を参照）。

80. 申立人は、母親による *Noam* のイスラエルからの連れ去りはハーグ条約の趣旨に照らして不法なものだったという点に同意せず、このためこの議論が同文書の範囲に含まれることを否定した。裁判所は、ハーグ条約のもとでは、連れ去りまたは引き止めの直前に子が常居所を有していた国の法のもとで単独あるいは共同である人物に付与されていた監護権の侵害である場合には、子の連れ去りまたは引き止めは不法なものみなされる、と述べている（第 3 条(a)）。ハーグ条約の趣旨の範囲内で「監護権」の概念には、子の監護に関する権利、特に、子の居所を決定する権利を含む（第 5 条(a)）。差居場所は、2004 年 6 月 27 日の決定にしたがって父親が母親と共同で「後見役」を務めており、これはイスラエルの法体系では子の居所を決定する権利を含むため、本件では子のスイスへの連れ去りは不法なものだったという見方を示している。さらにまた、*Noam* の連れ去りは、2004 年 11 月 17 日の決定によって父親に与えられていた接近の権利（第 4 条第 1 項）を実質的に架空のものにしてしまった。したがって、これはハーグ条約の趣旨に照らして疑問の余地なく不法である。

81. さらに、連邦裁判所による子の返還命令が二人の申立人にとって条約第 8 条第 2 項の趣旨に照らした際に「介入」にあたることは議論されていない。

82. 本件では、返還を命じる連邦裁判所お決定は、*Noam* と父親の権利と自由

を保護する目的でハーグ条約の条項に基づいており、これは条約第 8 条第 2 項の趣旨の範囲内で正当とみなされる目的である、と述べている（この件については、Tiemann 対フランス・ドイツ（判決）、nos. 47457/99 と 47458/99、ECHR 2000-IV を参照）。

83. したがって、裁判所はこの介入が、上記の国際文書に照らして解釈された条約第 8 条第 2 項の趣旨の範囲内で「民主的社会において必要」だったか否かを判断するよう努める。この際決定的な問題は、危機に瀕している競合利益間—子の利益、両親の利益、公の秩序の利益—の公平なバランスが、こうした問題において国が享受する評価の余地内でとられているか否かということになる。

84. 申立人は、連邦裁判所が Noam の父親の申立を認める決定において最終的に採用された理由に関して不服を述べた（上に引用した Maumousseau と Washington 第 58-81 節を準用して参照）。このため、裁判所が扱わなければならない中心的问题是ハーグ条約第 13 条項(b)のもとの子の迅速な返還の例外の条件が本件で満たされているか否か、あるいは申立人が主張するように連邦裁判所がこの条項を限定的に解釈しすぎたのか否か、ということになる。申立人はまた、2007 年 8 月 16 日の判決は施行に関する条項を含んでいなかったという事実に焦点をあて、子のイスラエルへの返還を命じた裁判所のやり方に関しても不服を述べた。これら二つの側面は裁判所により逐次扱われる。

(i) 子の迅速な返還に対して提出された主張

85. 申立人は、Noam がイスラエルに返還した場合、ハーグ条約第 13 条項(b)の趣旨に照らして、彼が身体的・心理的危害にさらされる重大な危険があると主張した。これに関して彼らは特に以下の事項に言及した。父親による第一申立人に対する行為と殺害の脅迫、父親が公然と見せていた宗教的狂信、子の利益や母親が表明した不同意を考慮することなく、父親が未成年の息子に超正統派の生活様式と急進的な宗教教育を押し付けようとしていたこと、2005 年 3 月 20 日に慰謝料支払いの不履行のため父親に対して発行された逮捕状、自らの無責任な行為の結果として父親の面会権が制限され、社会福祉部の監督下で面会しなければならなくなったこと、2005 年 1 月にイスラエルで父親に対してとられた刑事告発が無効になり、2006 年 11 月 30 日に裁判所により起訴手続きが取り消されたことである。

86. 殺害の脅迫と宗教的狂信に関する主張について、裁判所は申立人がまだこの国に住んでいた時にイスラエル当局と裁判所が講じた様々な措置を指摘している。2004 年 6 月 20 日テルアビブ家庭裁判所は第一申立人の要請で、子が成人したときに失効する Noam に関する離国禁止命令を発した。2005 年 1 月 10 日イスラエル社会福祉部は子の利益のため両親に別居を命じた。2005 年 1 月 12

日テルアビブ家庭裁判所の管轄裁判官は父親が子の保育園もしくは第一申立人のフラットに入ること、いかなるやり方でも彼女に迷惑をかけたか悩ませたりすること、武器を携行あるいは所持することを禁じた。また父親に与えられた面会権にも制限が課され、父親は以後、テルアビブのコンタクトセンターで社会福祉部の監督のもと週に二回子に会う権利のみが与えられることになった。最後に、2005年3月20日慰謝料支払いの不履行のかどで父親に逮捕状が発行された。さらに、彼に対する刑事告訴が無効だという主張に関して、2006年11月30日これに関しては起訴手続きが取り消されたが、裁判所はこの取消しは第一申立人の出立によるものだったと述べている。加えて、Noamの父親は国内当局に命じられた措置にしたがっていたように見受けられる。結論として、当局の努力を鑑みるに、当局が申立人を父親の側の潜在的に狂信的あるいは攻撃的な行為から保護することが不可能あるいは不本意だったということとはできない。申立人のイスラエルへの返還語も状況が変わるだろうと考える理由はない（この点に関しては上に引用したEskinaziとCheloucheを参照）。

87. さらに申立人は、2007年2月28日の行政府の急送公文書で述べられた法的背景を十分に考慮していないとみなした。この急送公文書から、申立人は、連れ去った親がそこで投獄されることになり、したがって子から引き離されるために母国に戻ることが妨げられている場合子を返還させることは実質的に論外であると推論したようである。これはまた、その親が子の受容と保護に関して地元当局から信頼できる保証を得られない場合にもあてはまるであろう。裁判所は、この急送公文書に相当する法律はまだ発効していないと述べている。いずれにせよ、裁判所は2007年8月16日の連邦裁判所の判決は、問題の急送公文書あるいは法律草案とまったく矛盾するものではないという点で政府に同意している。

88. 申立人は、2007年4月16日の報告において専門家Bが、母親なしでの子のイスラエルへの返還は彼を重大な心理的危険にさらすことになることになると示していると述べた。これに関して裁判所はイスラエルへの返還が母親のために予想されるか否かを調査することが必要だとみなしている。裁判所は、1999年に母親自身がイスラエルに定住すること、その後そこで子の父親と家庭生活を営むことを決断したことを指摘している。彼女はそこに6年間暮らしていたため、イスラエルである程度社会的ネットワークを築いていたはずである。さらに、彼女はそこで多国籍企業に雇われており、現在もローザンヌで同じ企業に勤めているようである。第一申立人がイスラエルに居住できない他の理由を提出していないため、裁判所は彼女が同国に返還することは正当に期待しうるとみなしている。

89. さらに、裁判所はこれが2003年6月10日に出生してまだまったく適応可

能な年齢の子に関する事件であると確信している。加えて、2007年3月12日のイスラエル当局の返答によれば、もし母親がスイスにとどまると決断した場合、父親は子の世話をする用意があり、そのためのアパートを確保するつもりであり、父親が働いたり学んだりしている間子は託児所あるいは保育園に通うことになり、また父親の家族がある程度の支援を提供できるということである。

90. 申立人はまた第一申立人はイスラエルに返還した場合刑事罰を受ける可能性が高いと主張した。申立人は、投獄は不可避であり、万一そのようなことになった場合、おそらく施設に保護されることになるであろう子に非常に重大な影響をもたらすという見方を示した。これに関して彼らは、イスラエル当局は第一申立人が刑事罰を免じられるという信頼できる保証をなんら示していないと述べた。裁判所はこの見方を共有していない。裁判所はまず未成年者の連れ去りは欧州議会の参加国すべてでおそらく処罰の対象となる通常の犯罪であると述べた（スイスに関しては、刑事法典第220条を参照）。第二に、特にイスラエル当局が母親と子がスイスに出立する前に二人のために行った尽力を考慮すると、イスラエル当局による保証の信頼性を疑う理由は裁判所には認められない。

91. 上記の内容に鑑みて、申立人のイスラエルへの返還はある程度の不便を伴う可能性があることも承知しているが、裁判所はこれはおおむね第一申立人自身によって一方的になされた決定の結果であろうとの意見である。両親のどちらとも定期的な連絡を保つことができる環境で育つことがすべての子の「最善の利益」であることに疑いはない（上記パラグラフ39、児童の権利に関する条約第7、9、18条各第1項を特に参照）。裁判所の見解では、第一申立人の家族に対する責任と義務により、特に子の教育と居所の条件と、監護権と接近に関する権利について、子の父親との合意に達するよう努めることが要求されていた。

92. 最後に、申立人の意見では、Noamの父親が見せていた宗教的狂信は子の教育への母親の参加を阻むものだったと主張されていた。申立人は超正統派ルバヴィッチ運動の狂信的な環境から子連れ去ることが彼女の義務であり、子の父親の影響に対する保護の法的保証はなかったと主張した。裁判所は子の宗教教育は両親の問題であると認めている（たとえば、上記パラグラフ39、児童の権利に関する条約第14条第1節を参照）。しかし、第一申立人は2004年6月27日のテルアビブ家庭裁判所の決定にしたがって父親と共同で子の後見役を務めていると裁判所は述べている。裁判所は、第一申立人が息子の宗教教育に影響を及ぼすことが不可能である、あるいはイスラエル当局や裁判所は父親が子を宗教的「ケーデル」学校に送るのを妨げることが不可能であると示唆する証拠は何もないということで政府に同意している。

93. こうした状況において、裁判所はこのような問題において当局に与えられる評価の余地に関して、返還の決定はハーグ条約第 13 条項(b)に照らして読んだ第 8 条第 2 節の目的のために関連し十分な理由に基づいており、求めている正当な目的に見合ったものだったとの見方を示している。

(ii) 返還決定の施行条項

94. 申立人は、政府は実際には議論していないが、2007 年 8 月 16 日の連邦裁判所の判決はイスラエルへの返還の施行に関する条項を含んでいないと述べた。申立人の意見では、裁判所は返還により子に起こりうる有害な影響を調査することなく、母親がイスラエルに子とともに返還することが「正当に期待できる」と述べるだけにすべきではなかった。

95. 裁判所は、連れ去られた子の返還の施行条件は調査対象外になることはないと繰り返している（他の出典の中でも、裁判所が第 8 条の違反はないと認め、この事件の状況は警察の介入を正当化してさえいるとの見方を示している、上記引用の *Maumousseau* と *Washington* 第 84 節以降を参照）。さらに裁判所は、連れ去られた子の返還の施行に際しては迅速さの責務があり、判決が有効であることを保証する目的で実際的措置を採用する際にこのことが考慮されなければならないとも繰り返している（同上第 84 節）。

96. 本件に戻ると、裁判所は連邦裁判所が第一申立人は第二申立人に付き添うことが正当に期待できたと認めたことは正当であり、そうした状況での返還が子を身体的・心理的危険にさらしたり、あるいは彼を耐え難い状況においたりするということを示唆する証拠は何もなかったとみなしている。また裁判所は、第二申立人の返還の準備と条件は主として連れ去りを犯した第一申立人の問題であったという政府の見解を共有している。また政府は、第一申立人が連邦裁判所の判決の施行の管轄当局、すなわちボー州治安判事に接近して、子の返還の準備にあたって手助けしてもらったはずだという点について政府の主張が根拠のないものとはみなしていない。最後に、裁判所は返還の施行は 2007 年 9 月 27 日付の臨時措置の要請を受けて延期されたと述べた。結果として、被申立国の側では *Noam* のイスラエルへの返還の準備を整えることに関して不履行がありうるという推論はありえない。

97. こうした背景において、裁判所は子の返還の施行の条件は第 8 条に違反していないと結論づけている。

(iii) 結論

98. 上記に鑑みて、条約第 8 条の違反は起こっていない。

II. 条約第 3、6、9 条違反の主張

許容性

99. 申立人は、Noam の返還を命じる決定は条約の他の条項に違反したと主張した。

100. 申立人はまず、母親なしでの子の出立を実施することは、父親が自身でも認めたとおりその後即座にかつ一方的に子を超正統派宗教団体「ルバヴィッチ」の戒律に従わせるつもりであるため、第 3 条で禁じられている非人間的待遇にあたると主張した。本質的には同様の理由で、申立人は条約第 9 条で保証されている信仰の自由の侵害があったと主張した。

101. 裁判所は、国内救済手段の徹底検討原則の目的は締結国に対して申し立てられた違反を、その主張が裁判所に提出される前に阻止するか訂正する機会を与えることであると繰り返している。このため、裁判所に提出される不服は、国内法の正式な要請にしたがい、また規定の期限内に、少なくとも実質的にはまず適切な国内裁判所に持ち出されていなければならない（上に引用した Ankerl 対スイス第 34 節を参照）。本件では、申立人は国内裁判所に対しては実質的にさえも第 3 条と第 9 条のもとで不服を持ち出していないということに注意しなければならない。これらの不服は条約第 35 条第 1 節、第 4 節にしたがい、国内救済手段を徹底検討していないことに基づき拒絶されなければならないということになる。

102. さらに申立人は第 6 条の違反も持ち出した。彼らは第二申立人の返還を命じるスイスの義務の例外の過剰に限定的な解釈を採用したために、連邦裁判所は子の最善の利益を考慮にいれなかったとする見方を示した。

103. 裁判所は、この不服は第 8 条の手続き上の部分に関する不服と密接につながっているという意見である。これに関して、裁判所は第 6 条第 1 節と第 8 条で保護されている利益はそれぞれ性質が異なると繰り返している。このため、第 6 条は「公民権と義務」の決定における手続き上の保護手段、すなわち「裁判所への権利」を提供しており（1975 年 2 月 21 日、Golder 対イギリス、第 36 節シリーズ A no. 18 を参照）、一方第 8 条に固有の手続き上の要請は行政・司法的手続きに対応しているが、これはとりわけ家族生活への適切な尊重を確保するより広い目的に補助的なものである（たとえば 1987 年 7 月 8 日、B. 対イギリス、第 63-65 節と第 68 節、シリーズ A no. 121 と、上に引用した Bianchi 第 112 節を参照）。第 6 条第 1 節と第 8 条で追及されている各保護手段の違いは、特定の状況に照らして、両条項のもとで同じ一連の事実の調査を正当化しうる（1995 年 2 月 24 日、McMichael 対イギリス、第 91 節シリーズ A no.307-B を参照。ただし、上に引用した Golder 第 41-45 節、1987 年 7 月 8 日 O. 対イギリス第

65-67 節シリーズ A no. 120、上に引用した Bianchi 第 113 節と対照)。

104. しかし本件では、裁判所は条約第 6 条第 1 節のもとでの不服は、第 8 条のもとでの不服の本質的な論点の一つをなしているとみなされるべきであるとの見方を示している (この点について、上に引用した Karadžić 第 67 節、上に引用した Sylvester 第 73-77 節、上に引用した Bianchi 第 114 節を参照)。したがって、裁判所は条約第 6 条のもとでこの主張を別個に調査する必要はないと認めている。

105. このため、これらの不服は条約第 35 条第 3 節と第 4 節にしたがって拒絶されなければならないということになる。

以上の理由により、裁判所は

1. 条約第 8 条のもとでの不服を許容できるものとし、申立の残りの部分は許容できないものと満場一致で宣言する。
2. 4 票対 3 票で、条約第 8 条の違反はなかったと認める。

フランス語で行われ、裁判所規則第 77 則第 2 節と第 3 節にしたがって、2009 年 1 月 8 日書面で発表された。

Søren Nielsen

書記官

Christos Rozakis

部長

条約の第 45 条第 2 節と裁判所規則第 74 則第 2 節にしたがい、以下の反対意見を本判決に付す。

- (a) Kovler 裁判官の意見、
- (b) Steiner 裁判官の意見、
- (c) Spielmann 裁判官の意見。

C. L. R.

S. N.

Kovler 裁判官の反対意見

(翻訳)

大多数の結論に同意せず、また Spielmann、Steiner 両裁判官の所見を支持して、当職が多数派意見に反対票を投じた付加的な理由を説明したい。

本件のように微妙な事件においては、裁判所は伝統的に分裂した家族における子の権利を最重要とみなすものだが（これに関して当職はパラグラフ 72 で引用されているきわめて多くの事件に言及する）、裁判所はしばしば、子がそれぞれの親と暮らさなければならぬ場合の（物質的また心理的な）条件に焦点を当てる（特に、2007年11月29日 Ismailova 対ロシア、no. 37614/02 を参照）。幼児 Noam の事件では、夫婦間に不和が生じるとすぐに、暫定監護権、それから後見役がイスラエル司法当局によって母親に与えられた（パラグラフ 13 と 14 を参照）。その後、イスラエル社会福祉部の介入の後、両親は子の利益のため別居を命じられた。さらに、2005年1月12日の禁止命令において、家庭裁判所は父親が子の保育園あるいは第一申立人のフラットに入ること、また武器を携行あるいは所持することを禁じた（原文ママ）。最後に、子の監護権を母親に付与するさまざまな決定は 2005年2月10日の両親の離婚により、後見役の付与に関して変更はなく、したがって引き続き母親が行使する形で確実なものになった。父親と子の関係が本当に崩壊していたことを証明するこれらすべての決定の価値に疑問を呈する理由はない。加えて、我々は父親が第一申立人に対する慰謝料支払いを怠り、そのため彼に対し 2005年3月20日に逮捕状が発行されたことを知っている（パラグラフ 18）。父親の言い分を支持しないこれらの要因に加え、パラグラフ 48 と 49 で言及されている事実もある。

こうした状況では、家庭裁判所が Noam のイスラエルからの連れ去りを禁じた離国禁止命令を無効にしてほしいという第一申立人の要請を認めることを拒絶したということに触れるのは大変驚くべきことである。Noam はいわばこうして母親の人質になったのだといえるからである。

母親が息子とともにスイスに出立した後に生じた司法闘争の詳細にこだわる意味はないが、当職はローザンヌ治安判事の決定（パラグラフ 28）の理由とボー州立裁判所の後見局の決定の理由（パラグラフ 31）を理解しているということは言うておかなければならない。彼らは子が父親のもとへ返還すれば彼を心理的さらには身体的な危害にさらすことになっただろうという正当な見解を示した。対照的に、2007年8月16日の連邦裁判所の判決は明らかに形式的に過ぎ、その目的が子の利益を保護することであり、両親の利益は二次的なものにとどまっているハーグ条約、特にこれに関しては第 13 条を考慮しそこねていたのではないかと当職には思われる。子が大人になって自分で決定を下せるようになるまでは、父親がスイスに来て息子に会ったり、あるいは現代的コミュニケーション手段によって子の教育に参加したりすることを妨げるものは何もない。つまり、欧州評議会議員会議の勧告 874（1979年）は、「児童はもはや親の所有物とみなされるべきではなく、自分自身の権利と必要性を持った個人として認識されるべきである」と述べた点において、これまでと変わらず今日的な意

義のあるものである。スイス連邦裁判所と我々の裁判所がこの勧告と矛盾する決定を下したことを遺憾に思う。

Steiner 裁判官の反対意見

(翻訳)

本件において大多数に同意できないことを遺憾に思う。

事件の国際的な背景によってもたらされた法的問題に加え、Neulinger と Shuruk の事件はきわめて重要な倫理的問題を提起している。欧州人権条約のもとで、同条約が同文書の当事者国の管轄権内ですべての人に与える保証が必ずしも法体系に組み込まれていない第三国に関連して、ある人物に対しどこまでのレベルの保護を保証すべきなのか？

当職ははじめに、本件はスイス国籍を有し母親とともにローザンヌに居住しており、父親の居住国である第三国に「返還」するよう脅されている子に関するものであることを述べておきたい。しかもこの状況は、明らかに衝突する私的な利益と国際的制約に関わる家族法に関する進行中の論議の文脈にあてはまるものである。

ここで強調したい主な問題は、小法廷が（僅差の多数派で）採用した意見に当職が反対した決定的な理由であるが、子の利益の問題である。条約第 8 条のもとの家族間係争に関する我々の判例法によれば、他のすべての考慮対象に勝る利益である。その後、当職の見解では、何が条約のもとで考慮し保護すべき母親の利益なのかを指摘しておきたい。

当職の意見では、子の利益が考慮されたのか否かという基本的な問題に関して、判決は説得力のある応答を提供していない。小法廷がそのような重要な問題にたった一パラグラフしか割いておらず、さらにはそれを副次的な問題として扱っているという事実以外にも、判決は本件の中心的論点、すなわち宗教的背景を、非常に手短にしか取り扱っていない。

判決にはこの問題を扱い判断するやり方にいくらかの困惑が見て取れる。「第一申立人が息子の宗教教育に影響を及ぼすことが不可能である、あるいはイスラエル当局や裁判所は父親が子を宗教的「ケーデル」学校に送るのを妨げることが不可能であると示唆する証拠は何もない」という見解をとる際に（判決最後のパラグラフ 92）、小法廷は事件記録の資料によって支持されていない過剰な形式主義と理論的な楽観主義を示している。

過剰な形式主義といったのは、小法廷の大多数が、家族法に関する原則が個人の地位の問題を規制する伝統的宗教法に刺激されて時としてヨーロッパで我々がなじみのあるものとは著しく異なっているような法体系にあいまいに信任を置いて「手続き上の」観点を採用しているように思われるからである。

理論的な楽観主義といったのは、本件において、また特に結婚、離婚、慰謝料、後見役、養子縁組に関する問題において、第三国の家族法のもとで生じる議論は、宗教裁判所、すなわちラビの裁判所でのみ正当と認められるものであるという事実を大多数が軽視しているように思われるからである。

さらに、父親が超正統派宗教運動に参加するに至った道を考慮すると、母親が子の利益よりも宗教的訓戒に基づいた選択に影響を行使できる実際の可能性に関して大変深刻な疑いをもつべきである。

第一申立人の主張の基礎になっている動機を当職が正しく理解しているならば、彼女は息子がルーツから切り離されずにそのための宗教教育を受けて、条約締結国に広がっている寛容と世俗主義の原則を尊重するよう育てられることを望んでいる。条約付随書第 2 条 No. 1 で保証されているように、両親が子の教育を選択するにあたり両親の「宗教的・哲学的信念」を尊重することはもちろん妥当ではあるが、それでも不同意のあった場合には、両親は「配偶者は、二人の間で、また二人の子との関連で、婚姻に関し、婚姻の間、またその解消の場合に、司法的性格の権利と責任の平等を享受する」とした付随書第 5 条 No. 7 でさらに要求されているように、平等な地位に置かれることになる。

しかし、上に挙げた理由でも、この状況が本当に子が返還した場合に得られるとは当職は確信していないし、そのような結果の証拠は事件記録にもない。

こうした状況で、母と子両方の利益における予防的原則のために、当職は被申立国が評価の余地を踏み越えたと考える。母と子の私的なまた家族の生活に影響するこのような深刻な介入を正当化する説得力のある根拠はまったく引き合いに出されておらず、そのためこの介入は民主的社会において必要なものではない。

Spielmann 裁判官の反対意見

(翻訳)

当職は大多数の結論に同意しておらず、条約第 8 条の違反があったという意見である。

1. まずはじめに、不法な連れ去りは存在せず、したがって 1980 年 10 月 25 日の国際的な子の奪取の民事面に関するハーグ条約と、特にそれに関して第 3 条は適用可能ではないと述べておきたい。これに関して第一申立人は息子に関して監護権を付与されていたということを強調しておきたい¹。2004 年 6 月 27 日

¹ Elisa Pérez-Vera によるハーグ条約に関する「解釈報告」 (<http://hcch.evision.nl/upload/exp128.pdf>) は以下のように述べている。「子の連れ去りあるいは引き止め

の仮決定で彼女に Noam の暫定監護権が与えられた（判決パラグラフ 13）。ソーシャルワーカーの勧告により第一申立人への監護権の付与は 2004 年 11 月 17 日裁判所によって確定した（判決パラグラフ 14）。「法律と、連れ去りあるいは引き止めが [ハーグ] 条約における意味で不法化否かを決定する違反」に関しては、まったく「監護権の問題」である²。

2. 後見役は父親と共同で行使すべきものであり、またイスラエル法のもとでは、子の居所を決定する権利は後見役の特質のひとつであるという事実は、当職の意見ではまったく無関係である。問題になるのは母親が、そして彼女だけが、監護権を与えられたということである³。さらに、このことが本件と *Maumousseau* と *Washington* 対フランス（子の監護権が父親に付与された事件）と *Eskinazi* と *Chelouche* 対トルコ（親権と監護権が共同で行使された事件）を区別する点である。

3. 繰り返すが、当職の見解ではハーグ条約は本件では適用可能ではなく、第 5 条で「『監護権』は（略）子の監護に関する権利、特に、子の居所を決定する権利を含む」と規定している⁴。連邦裁判所による解釈⁵は、イスラエル法に

を不法とする性格付けは、妨げることを意図したまさにその行動によって修正された状況に対し法的内容を与える監護権の存在によって暫定的なものになる。（略）各事件において、我々は監護権が自然人あるいは法人に委ねられ合法的に行使されている子の常居所の環境からの連れ去りに直面している。」（p. 428、パラグラフ 9、12、強調引用者）。

² 上に引用した「解釈報告」p. 444、パラグラフ 65。報告は以下のように付け加えている。「特に子が後見人により国外へ連れていかれている場合には、接近の権利の侵害から生じうる問題は第 14 会議でも提起されたが、大多数の見解はそのような状況は会議が妨げようとしている不法な連れ去りと同じ区分に入れることはできないというものだった」（同上、pp. 444 と 445、パラグラフ 65、脚注削除済み）。

³ 上記引用の「解釈報告」はさらに施設あるいはその他の人に委ねられた子の場合の監護権と親権を区別しているようである。「もしも子が、司法あるいは行政の決定のため（すなわち、子の強制保護）常居所地を有する国でそのような人に委ねられる場合、監護権の実際の享受を得ようとしている親は条約の条項を引用することができる機会をほとんど持てないだろう。実際、親権の承認の可能性に関する場合を除き、そのような人は規則として支配権を行使するという事実にもとづき、監護権は条約で理解されている意味では当該人に属するため、そのような主張は条約の範囲内に含まれない。」上記引用「解釈報告」p. 451、パラグラフ 82（強調引用者）。

⁴ 「（略）子の財産を保護する方法の可能性を除いている」上に引用した「解釈報告」pp. 451 と 452、パラグラフ 84。

⁵ 2007 年 8 月 16 日の判決に関する批判的注釈は、AJP/PJA、(Aktuelle Juristische

規定されている「後見役」の概念を理由に組み込んでおり、これにより子の母親から監護権の特質のひとつ、すなわち彼女が最適と考え、また家庭を築いている居所で子とともに暮らす可能性を剥奪するというばかげた結果を生んでいる⁶。選択した場所とともに暮らせる可能性は、子の最善の利益における監護の義務が「効果的に」果たされるならば実際必要である。また、本件ではイスラエル社会福祉部が子の利益のため両親に別居を米自他ことも指摘しておくべきであろう（判決パラグラフ 15）。

4. 条約第 8 条の要請に照らして、母親が子とともにイスラエルに返還することが「正当に期待できる」という連邦裁判所の決定は偏ったものである。さらに判決のパラグラフ 74 から 76 において、裁判所は「子の最善の利益」はこのような問題に関するいかなる決定においても主要な考慮対象でなければならず、また「児童はもはや親の所有物とみなされるべきではなく、自分自身の権利と必要性を持った個人として認識されるべきである」とも指摘している（欧州評議会議員会議の勧告 874（1979 年）を参照）⁷。しかし、大多数はこれらの原則を本件に適用できなかった。

5. これに関して当職は、父親が示した行為が、イスラエル社会福祉部が両親の別居を命じることにつながったと指摘するにとどめたい（判決パラグラフ 15 と当職の意見のパラグラフ 3）。テルアビブ家庭裁判所の管轄裁判官は父親が子の保育園もしくは第一申立人のフラットに入ること、武器を携行あるいは所持することを禁じた（判決パラグラフ 16）。慰謝料支払いの不履行のかどで父親に逮捕状が発行された（判決パラグラフ 18）。また父親に与えられた面会権にも制限が課された（判決パラグラフ 16）。母親は父親が Noam と国を離れて

Praxis)、2007 年 12 月、pp. 1588 以降の A. Bucher による注を参照。

⁶ A. Bucher（前掲書 p. 1588）は連邦裁判所の判決を以下のように批判している。“Das Urteil beginnt mit einem krassen Fehler. Der Ausgangspunkt für die Feststellung, dass das Haager Abkommen anwendbar ist, sei die Verletzung des ‘Sorgerechts’ (‘droit de garde’ in der offiziellen Version) des in Israel verbliebenen Vaters”（「判決は紛れもない誤りから始まっている。ハーグ条約が適用可能だとする所見は、イスラエルに残っている父親の監護権が破棄されたという前提にもとづいたもののように思われる」（自由翻訳））。この著者によれば、連邦裁判所は子の居所の決定を監護権の特質に含め、まさに子の父親がもはや監護権を有していないという事実を考慮にいれなかった点で間違っていた。著者はさらに、連邦裁判所によれば、子の父親との関係は限定された接近権、すなわちイスラエル社会福祉部の監視下で一週間に二時間に限られていたということも付け加えている。

⁷ ハーグ条約の「解釈報告」もまた、勧告 874（1979 年）に言及している（上記引用の「解釈報告」p. 431、パラグラフ 24）と「第一一般原則」を参照。

国外で宗教団体に参加することを恐れ、離国禁止命令を得ることさえした（判決パラグラフ 12）。イスラエルに返還した場合に子が直面する少なからぬ困難に関して、このため当職は **Kovler** 裁判官が反対意見において詳述した意見に完全に同意する。

6. 議論のために、ハーグ条約が確かに適用されると仮定したとしても、子は二年以上母親とともにスイスに居住しており、条約の趣旨に照らした際の「耐え難い状況」におかれることになるため、子の返還命令は同条約第 13 条の要請と矛盾するものであるということを付け加えて当職の意見を締めくくりたい。**Kovler** 裁判官が反対意見で述べているように、ローザンヌ地方裁判所とボー州立裁判所の後見局は、子の父親のもとへの返還は彼を心理的、さらには身体的な危害にさらすことになる、という正しい判断をした（判決パラグラフ 28 と 31 も参照）。

7. 判決パラグラフ 88 から 93 で大多数によって出された根拠は、子の返還命令は適切だったと結論づけるほど説得力のあるものだったとは考えない。

8. それらの根拠が当職を説得できないのは以下の理由によってである。

(a) 母親が子とともに返還することは、彼女がローザンヌで企業に勤めているスイスに社会的に溶け込んでいるため、予見が非常に困難である。

(b) 子はすでにスイスに数年間居住している。

(c) 母親がスイスにとどまるならば父親が子の世話をする準備があるという事実は、本件の特に悲惨な背景に照らしてまったく無関係な議論である（判決パラグラフ 11 から 19 と当職の意見のパラグラフ 5 を参照）。

(d) 母親はイスラエルに返還した場合刑事罰を受けることになり、留置刑は避けられないものである。

(e) 本件の特に悲惨な背景に照らして（判決パラグラフ 11 から 19 と当職の意見のパラグラフ 5 を参照）、第一申立人による父親と合意に達しようとする試みは失敗に終わってきたし、十中八九失敗に終わり続けるだろう。

(f) 第一申立人による息子の宗教教育に影響を及ぼそうとする試みも、十中八九失敗に終わるだろう。

9. 当職は同僚である **Steiner** 裁判官の「本件の中心的論点、すなわち宗教的背景」に関する議論を支持するのには気が進まないとはいえ、「小法廷は事件記録の資料によって支持されていない（略）理論的な楽観主義を示している」とする彼女の見解は共有するものである。

10. このため当職は、判決パラグラフ 93 において小法廷が到達した、「こうした状況において、（略）このような問題において当局に与えられる評価の余地に関して、返還の決定はハーグ条約第 13 条項(b)に照らして読んだ第 8 条第 2 節の目的のために関連し十分な理由に基づいており、求めている正当な目的に

見合ったものだった（略）」とする結論を是認することはできない。

11. 要約すると、また私的国内法の文脈を含む⁸基本的権利の優越という観点から、当職は条約第 8 条の違反があったと結論づけたい。

⁸ Patrick Kinsch, *Droits de l'homme, droits fondamentaux et droit international privé, Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 第 318 卷 (2005)、pp. 193-203、パラグラフ 151-155（ドイツ憲法の影響に関して）、また pp. 204-209、パラグラフ 156-160（人権に関する一般化に関して）を参照。ハーグ条約自体は、第 20 条においてこう規定している。「第十二条の規定に基づく子の返還については、要請を受けた国における人権及び基本的自由の保護に関する基本原則により認められないものである場合には、拒むことができる。」しかしこの規定の範囲はいくらか不確定である。前掲 Elisa Pérez-Vera「解釈報告」pp. 461 と 462、パラグラフ 118 を参照。