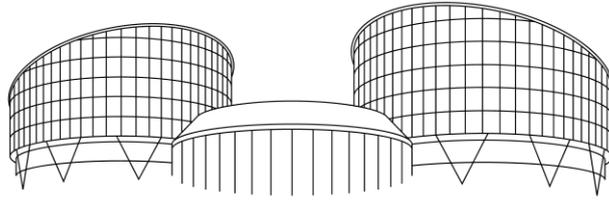


翻訳は外部業者によるものであり、外務省が内容の正確さを保証するものではありません。

<http://www.incadat.com/>

6 July 2010 European Court of Human Rights (ECrTHR)

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



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

大法廷

Neulinger 及び Shuruk 対 Switzerland 事件

(申立番号第 41615/17)

判決

ストラスブール

2010年7月6日

本判決は最終的なものであるが、編集上の変更が行われる可能性がある。
あ る 。

Neulinger 及び Shuruk 対 Switzerland 事件

欧州人権裁判所大法廷の構成員は次の通りである。

Jean-Paul Costa 裁判長
Nicolas Bratza
Peer Lorenzen
Françoise Tulkens
Josep Casadevall
Ireneu Cabral Barreto
Corneliu Bîrsan
Boštjan M. Zupančič
Elisabet Fura
Egbert Myjer
Danutė Jočienė
Isabelle Berro-Lefèvre
Päivi Hirvelä
Giorgio Malinverni
András Sajó
Nona Tsotsoria
Zdravka Kalaydjieva 以上判事
Vincent Berger 人権裁判所書記局高等法律顧問官

2009年10月7日及び2010年6月2日、非公開協議し、最後に言及されている日に採択された次の判決を下した。

訴訟

1 本件は、二人のスイス国民、Isabelle Neulinger 氏と彼女の息子 Noam Shuruk（「申立人ら」）によって、人権及び基本的自由の保護に関する条約（欧州人権条約）（「本条約」）第 34 条に基づいて、2007年9月26日にスイス連邦を相手取って裁判所に提出された申立（第 41615/07）に起因するものである。第一申立人は、ベルギー国民でもあり、第二申立人は、イスラエルの国籍も有する。

2 申立人らの代理人は、トノン・レ・バン（フランス）で開業している A. Lestourneaud 氏である。スイス政府（「政府」）は、その代理人である連邦司法省の F. Schurmann 氏に代理されていた。

3 申立人らは、連邦裁判所が、Noam Shuruk のイスラエルへの返還を命じることによって、本条約第 3 条及び第 9 条と別個に及び併せて解釈した場合に第 8 条により保証されている申立人らの家庭生活に関する権利を侵害したと申し立てた。また、申立人らは、連邦

裁判所が、第二申立人の返還を命じるスイス当局の義務の例外について過度に制限的な解釈をとり、それにより、第二申立人の最善の利益を考慮しなかったと主張し、第 6 条の違反があったとも申し立てている。

4 申立ては、裁判所第 1 部に割り当てられた（裁判所規則第 52 条第 1 項）。第 1 部では、事件を検討する小法廷が、規則第 26 条第 1 項に定められているところから構成された。

5 2007 年 9 月 27 日、小法廷裁判長は、規則第 39 条に基づき、当事者の利益のため、及び、裁判所における手続の適切な実施のために、Noam Shuruk の返還を強制しない方が望ましいと政府に表明することを決定した。

6 2007 年 11 月 22 日、当裁判所は、第 8 条に基づく不服に関する申立の部分について政府に通知することを決定した。更に、当裁判所は、事件の受理可能性と本案について同時に審査することを決定した（本条約第 29 条第 3 項）。また、当裁判所は、規則第 41 条に基づき申立に優先性を与えることも決定した。

7 小法廷は、当事者に諮問した後、本案についての審理は必要ないと決定し（規則第 59 条§3 末尾）、当事者らは、互いの所見について書面で回答した。

8 規則第 44 条第 2 項に基づき、第三者として訴訟参加する許可を与えられた第二申立人の父親である Shai Shuruk 氏からの意見書が受け取られた。

9 2009 年 1 月 8 日、裁判長 Christos Rozaki、判事 Anatoly Kovler、Elisabeth Steiner、Dean Spielmann、Sverre Erik Jebens、Giorgio Malinverni、George Nicolaou 及び 同部の判事補 Søren Nielsen から構成された小法廷は、判決を言い渡した。小法廷は、全会一致で、本条約第 8 条に基づく不服申立は受理可能であり、申立のそれ以外の部分は、受理不可能であると宣言した。4 対 3 で、第 8 条の違反がなかったことが決定された。判事 Kovler、Steiner 及び Spielmann それぞれの反対意見が判決に添付された。

10 2009 年 3 月 31 日、申立人らは、事件を、本条約第 43 条及び規則第 73 条に基づき大法廷に付託するよう要請した。大法廷は、2009 年 6 月 5 日、申立てを受け入れた。大法廷は、規則第 39 条に基づき表明された暫定的措置の適用を確認した。

11 大法廷の構成は、本条約第 27 条第 2 項及び第 3 項、並びに、規則第 24 条の規定に従って決定された。

12 申立人と政府は、それぞれ、本案についての書面の所見を提出した。

13 所見は、Shuruk 氏からも受け取られた。しかし、同氏の所見は、本条約第 36 条第 2 項に関連して、裁判所規則第 44 条第 2 項及び第 4 項に定められている条件を満たしていなかったために、事件のファイルには追加されなかった。

14 審理は、2009 年 10 月 7 日、ストラスブールの人権ビルにおいて公開で行われた（規則第 59 条第 3 項）。

裁判所には、次の者が出廷した。

(a) 政府代理

F. Schurmann 氏、連邦司法省欧州法及び国際人権課長、代理人

D. Urwyler 氏、連邦司法省国際私法課長、法律顧問

C. Ehrich 氏、連邦司法省欧州法及び国際人権課、専門的顧問、顧問

(b) 申立人代理

A. Lestourneaud 氏、代理人

P. Lestourneaud 氏、代理人

M.-E. Favre 氏

Y. Zande、法律顧問

M. Marquez-Lestourneaud 氏、顧問

第一申立人も出席した。

裁判所は、Lestourneaud 氏、Lestourneaud 氏、Favre 氏、Zander 氏及び Schurmann 氏の陳述を審理した。また、裁判所は、判事からの質問への当事者の代表による回答を審理した。

事実

I. 事件の状況

15 申立人らは、それぞれ 1959 年及び 2003 年に出生し、ローザンヌ（ヴォー州）で生活している。

16 両当事者によって提示した事実関係は、次のように要約することができる。

17 第一申立人は、自分自身をユダヤ人と言っているが、1999 年にイスラエルに移住することを決めた。同人は、イスラエルでユダヤ人でもあるイスラエル国民と出会い、2001 年 10 月 23 日にイスラエルで婚姻した。彼らには、2003 年 6 月 10 日にテルアビブで出生した Noam という息子があつた。同人は、イスラエルとスイスの国籍を持っている。

18 申立人らによれば、2003 年の秋、子の父親は、ユダヤ人の「ルバビッチ」運動に参加した。この運動については、彼らは、厳格正当主義の過激な運動としており、熱心な布教活動で知られている。

19 やがて、婚姻上の問題が生じ、また、第一申立人は、夫が、宗教的な教化のために、外国の「ハバド・ルバヴィッチ」コミュニティへ息子を連れて行くことを恐れて、テルアビブ家庭裁判所へ Noam のイスラエルからの出国を禁じる離国禁止命令（ne exert order）を申立てた。2004 年 6 月 20 日、裁判所は離国禁止命令を出したが、同命令は裁判所により無効にされない限り、当該子が成人になれば、即ち 2021 年 6 月 10 日に失効するものであつた。

20 2004 年 6 月 27 日の仮決定において、同じ裁判所は、当該子の母親による「一時的監護権」を認め、テルアビブの福祉事務所に緊急の福祉報告書を作成するよう要請した。子の「後見権」は、両親によって共同で行使されることになっていた。

21 2004 年 11 月 17 日の決定で、裁判所は、ソーシャルワーカーの勧告に基づき、第一申立人の子の監護権を確認し、父親に「訪問」権を与えた。

22 2005 年 1 月 10 日、イスラエルの福祉事務所は、介入を余儀なくされた。同福祉事務所は、両親に対し、子の利益のために、別居するよう指示した。福祉事務所が両親に送った文書には、次のように書かれている。

「1.これまでのように、同じ屋根の下で共通の家庭を維持し生活することは、子の利益にはならないというのが我々の意見であり、これは、控えめに言っているにすぎない。Shai の Isabelle に対する絶え間ない非難と罵りは、彼女に恒常的にストレスをもたらし、彼女が生計を営み、家賃を払うための仕事を見つけなければならなかったときに、母親としての役割を果たすことを妨げた。Shai は、裁判所により命じられた扶養費や家賃を支払うこともなかったことは留意されるべきである。

Shai による非難の一部は、我々にはばかげたもののように思われる。Shai は、子が罹患した腺熱及びてんかんの発作等の病気は、母親の責任であると決めつけた。Shai は、Isabelle が良い母親ではないとしつこく言い張った。Shai は、子が保育園に通っていた事実を受け入れず、医療診断書が不十分であると主張している。我々は、Shai に、子を治療している医師に話すよう助言している。

Shai は Isabelle に扶養されているが、彼は、食事が、様々な食事の戒律を守ったユダヤ教の食事規律に極めて厳格に従ったものとすることを要求している。

別居がこうした問題の一部を解決することは疑いない。

我々は、Shai が家庭に、母親をおびえさせる口頭での攻撃と恐怖の環境といった敵対的な環境を作り出していると判断している。

以上に鑑み、我々は、母親がメンタルハラスメントに晒されており、共通の家庭を維持することは、子にとって有害であると認定せざるを得ない。

2. 行為能力に関する法律の第 19 条及び第 68 条により付与された権限に基づき、我々は、我々の警告を Shai に繰り返すものであり、同人に、高速道路での布教活動をさせるために子を連れて行かないように求めている。

同様に、父親は、子、一日中シナゴグに連れて行かないように要請されている。

我々は、子に関するアクセスの提供は、父親と子が一緒に共通の活動を行うことを意図したものであり、他の目的のためではないことを強調する。」

23 同日、第一申立人は、その夫の脅迫を訴えて警察に告訴状を提出した。

24 2005 年 1 月 12 日の差止命令において、テルアビブ家庭裁判所の担当判事は、第一申立人によるその日早くに提出された緊急申立書に基づき、父親が、子の保育園又は第一申立人のアパートに立ち入ること、如何なる方法でも第一被告人を妨害するか苦悩を与えること、武器を携帯するか所持することを禁じた。父親に与えられていた接触権にも制限が課され、その結果、父親は、現在、テルアビブの接見センターにおいて、ソーシャルワーカーの監視の下で週 2 回だけ子に会うことが許可されている。

25 夫婦の離婚は、後見権の帰属を一切変更することなしに、2005 年 2 月 10 日に宣告された。

26 父親が第一申立人への扶養費の支払を怠っていたことから、2005 年 3 月 20 日、父親に対する逮捕状が発出された。

27 2005 年 3 月 27 日の決定において、テルアビブ家庭裁判所の判事は、第一申立人が提出した、第二申立人のイスラエルからの出国を禁じる離国禁止命令の無効の申立を棄却した。当職は、特に、母親は、イスラエルとの絆がないことに鑑みれば、母親が外国の家族

を訪問した後、子と一緒にイスラエルに戻らない重大な危険があると認定した。

28 2005年6月24日、第一申立人は、息子とともに秘密裏にスイスへ向けてイスラエルを出国した。

29 2005年6月27日、Noamの父親は、イスラエルの中央当局に接触したが、エルサレムのInterpolが、第一申立人がスイスにいることを示したベルンのInterpolからの文書を手渡した2006年5月21日まで、子の居場所を特定することはできなかった。

30 2006年5月22日、イスラエルの司法省は、スイス連邦の司法省に、1980年10月25日の国際的な子の奪取の民事上の側面に関する条約（以下「ハーグ条約」という、下記第57段落参照）に基づき、子の返還の申立書を転送した。この申立書の裏付けとして、特に、ベルンのInterpolが、Noamとその母親がローザンヌで暮らしていた直前に通知してきたこと、及び、母親がスイスの旅券の更新を申請したことが明らかにされていた。

31 2006年5月30日、子の父親による申立書の提供を受けて、テルアビブ家庭裁判所は、子は、テルアビブの常居者であったこと、及び、申立人らが出国した日である2005年6月24日現在、両親は、その子の共同後見人であり、母親には一時的な監護権があり、父親には接触権があったことを認めた。同裁判所は、父親の同意のない子のイスラエルからの連れ去りは、ハーグ条約第3条の意味において不法であると判示した。

32 2006年6月8日、子の父親は、息子のイスラエルへの返還命令を求めて、ローザンヌ地方治安判事に、申立書を提出した。特に、父親は、緊急措置として、ローザンヌの旅券局は、申立人らのスイスの旅券を確保するよう命じられるべきであると要請した。

33 2006年6月12日、治安判事は、Noamの父親による緊急措置の申立を認める命令を出した。

34 子の父親が2006年6月27日にファックスで送信した、新たな緊急措置の申立書に従って、治安判事は、同日に出した暫定的措置命令において、当局の決定の履行を拒否した場合刑事制裁が課されることを前提として、第一申立人が、同人の旅券及びNoamの旅券を、直ちに、治安判事裁判所の登録局に寄託するよう命じた。

35 第一申立人は、代理人の支援を得て、また、本人の出廷義務が免除されていた父親の法的代理人とともに、2006年7月18日に治安判事に対し陳述を行った。

36 2006年8月29日、審理の後、父親の申立は、ローザンヌ地方治安判事により却下された。裁判所は、子の連れ去りは、ハーグ条約第3条の意味において不法であったが、子の返還は、同人を、心

身の害悪に置くか、同人を耐え難い状況に置くことになる重大な危険があるとして、同裁判所は、同条約第 13 条(b)を適用した。

37 2006 年 9 月 25 日、父親は、ヴォー州裁判所の後見部 (chambre des tutelles) に対し決定を上訴したが、同裁判所は、専門家の報告を命じ、このために、小児科医兼児童精神科医である B 博士を任命した。B 博士は、2007 年 4 月 16 日に提出された報告書において、子の母親とのイスラエルへの返還は、子を精神的な害悪を負う危険に置くことになるが、その強度は、その帰国の状況、特に、母親を待つ状況及びそれによる子への影響の可能性を確認することなしには評価できない、母親を伴わない返還は、子を重大な精神的害悪に遭う危険に置くことになる、そして、現状の維持は、長期的には、子が重大な精神的な害悪に遭う危険があると表明した。

38 2006 年 11 月 30 日、テルアビブの管轄裁判所は、Noam の父親の二番目の妻が開始した家庭内暴力に関する起訴を、当該妻が国を離れたために、取り消した。

39 2007 年 3 月 12 日、子の返還を確保するための訴訟に関連して、イスラエルの中央当局は、そのスイスの担当当局に対し次の見解を表明した。

「当方は、2007 年 2 月 7 日付けの貴書簡を受領したことを確認する。当方は、当該書簡において提起されていた質問に対し次の通り回答したい。

Shuruk 氏は、母親がイスラエルへの返還を拒否する場合、同人が子の面影をみると言っている。同人は現在、ルームメイトと一緒にアパートに住んでいるが、子がイスラエルに戻るならば、子と一緒に生活するためのアパートを直ちに確保すると述べている。同人は、現在、午前 9 時から午後 3 時まで宗教学的学習のための組織で就労及び勉強を行っている。子は、この時間は、託児所/保育園にいることになる。Shuruk 氏は、子がスイスに奪取される前は、母親が働いていたため、子は託児所にいたと指摘している。Shuruk 氏は、同人が援助を必要とする場合であっても、同人の親族が援助を提供してくれることになる」と述べている。

スイスの控訴裁判所は、Shuruk 氏の接触権が制限されている時に子の世話をどうやって行うことができるのかという懸念を提起している。当方が、2006 年 9 月 28 日付けの貴事務所宛の当方の書簡で述べている通り、イスラエルのソーシャルワーカーの報告書によれば、父親と子には素晴らしい関係があることを想起しなければならない。訪問を拡大し宿泊訪問を含めるという計画はあったが、こうした計画は、母親による子の奪取の結果中断された。母親が、子と一緒にイスラエルへ帰国することを拒否する場合、彼女は、実質的には、父親が事実上の監護権を持っていることに同意することになり、Shuruk 氏は、新たな現実を踏まえた決定を行うようイスラエルの裁判所に申し立てることができるようになる。

貴方は、母親が帰国した場合、同人が、Shuruk 氏側の暴力を訴えていることから、母親を保護するためにどのような措置がとられるのか質問している。

Shuruk 氏はそのような訴えを全て否定している。更に、当方は、テルアビブ治安判事裁判所の 2006 年 11 月 30 日付けの決定の写しを、英語の翻訳を併せて添付する。この決定は、Shuruk 氏に対しその 2 番目の妻によって提出された暴行の訴えに係る起訴に関するものである。ご覧の通り、申立人は、イスラエルを出国したようであり、所在を特定できず、このため、裁判所は、Shuruk 氏に対する起訴を取り下げた。

いずれにせよ、当方としては、家庭内暴力の申立の場合の保護について定めているイスラエルの法律に貴方に注目していただけるようお願いする。その法律は、1991 年の家庭内暴力防止法である。その法律の英語への翻訳及び非公式のフランス語への翻訳を添付する。第 2 条は、発出できる保護命令について定めている。従って、母親が自分の安全について懸念がある場合、彼女はイスラエルの裁判所に申立を行い、必要な保護を要請することができる。彼女の訴えをスイスの裁判所が子のイスラエルへの返還を却下する根拠とすべきではない。

貴方は、裁判所が子の精神鑑定を命じたと当方に連絡越した。当方としては、この点についての当方の懸念を表面せざるを得ない。そのような鑑定は、下級裁判所によって命じられたものではなく、当方としては、何故このような後の段階になって、それが命じられたのかを調査したい。子は、2005 年 6 月に母親によって奪取されたことを想起すべきである。子は、自分の父親にほぼ 2 年間会っていない。この期間中、子は、母親のみの影響下にあったのである。従って、当方としては、子の精神鑑定によって何をすることができるのかを疑問とする。これは、ハーグ条約訴訟に基づく訴訟であり、監護権に関する事件ではないことを想起すべきである。母親は、子がイスラエルに返還した場合、母親から分離されることによって子が精神的に損害を被ることになることを証明しようとしているようである。しかし、母親が、子の最善の利益において行為し、子と一緒に返還する場合、これは回避することができる。当方が、2006 年 9 月 28 日の書簡で述べたように、母親には、彼女の帰国を妨げるハーグ条約に基づいた正当な理由があるようには思われない。」

40 2007 年 4 月 30 日付けの Noam の父親の代理人宛の文書において、イスラエル中央当局は、第一申立人が、イスラエルへ返還した場合、訴追又は収監されることになるかという質問に対し、次の所見を行った。

「貴方は、母親、Isabelle Neulinger が子とイスラエルへ返還した場合、子の奪取行為の結果として、同人が直面する法的な結果について貴方に知らせるよう要請している。

奪取行為の刑事的な結果という点からは、奪取が、イスラエルの 1977 年刑法に基づく犯罪であり、禁固刑が科される可能性がある。しかしながら、イスラエル検事総長のガイドラインによれば、親による奪取についての刑事告発を受理した場合、警察は、問題をどのように取り進めるかについての指針を得るために、ハーグ条約に基づき中央当局に問題を付託することになる。検事総長のガイドラインは、刑事訴訟は、極めて例外的な状況においてのみ開始されるべきであると定めている。Neulinger 氏の場合、彼女が子をイスラエルへ返還させるという命令に従い、イスラエルへ到着後子とともに行方をくまらずことなく、イスラエル当局に協力し、Shuruk 氏による観察下での訪

問に関する既存の裁判所の命令（それ以外の決定による）を遵守するならば、イスラエルの中央当局は、イスラエル警察に対し、公共の利益の欠如を理由に、刑事事件として取り扱うことを止めるように指示することを積極的に検討することになるが、Neulinger 氏が子に関する更なる卑劣な行為を行わないことが条件である。

民事上の結果に関しては、当方は、監護や接触といった事項について決定する際のイスラエルの民事裁判所及びラビ裁判所双方の唯一の考慮事項は、子の最善の利益であると伝えることができる。」

41 2007年5月22日の判決において、ヴォー州裁判所後見部は、父親の上訴を棄却した。追加的な調査を行った上で、2007年4月16日の B 博士の専門家報告書を考慮して、母親が同行するかどうかにかかわらず、子の返還には、精神的な害悪を受ける重大な危険を伴い、子を耐え難い状態に置くことにもなるとの意見であった。このため、ハーグ条約第13条(b)の条件が満たされたとみなした。しかしながら、子は、その父親との全ての関係を奪われることはできないと判断し、両者の人間的な関係の再建に向けた措置を指示した。その判決は次の通りである。

「4(d) (略) 提起された問に答えて、B 専門家は、(略) その結論において、Noam の母親とのイスラエルへの返還は、子を精神的な害悪を負う危険に置くことになるが、その強度は、その帰国の状況、特に、母親を待つ状況及びそれによる子への影響の可能性を確認することなしには評価できない、母親を伴わない子のイスラエルへの返還については [専門家] は、報告書において詳述されているように大きな精神的な害悪に置くことになる」と述べている。専門家は報告書の「議論」の部分において、現在、Noam の状態は完全にブロックされているように思われると強調している。一方では、彼が若年であること、及び、父親のことを含め、イスラエルでの最初の頃の記憶が完全にないことから、母親を伴わないイスラエルへの訪問は、短期間であったとしても、また、法的状況がそれを許すとしても、極端な分離に関連する不安、及び、深刻な抑鬱状態になる大きな危険を含め、精神的には、極めて深く傷つくことになる。他方で、Noam と一緒に母親がイスラエルへ返還する可能性は、短期間であれ、母親にとっては、全く不可能である。Noam へのイスラエルへの返還が、子を耐え難い状況に置くことになるかどうかという質問への回答において、専門家は、状況を耐え難いものにするかどうかは、子のイスラエルへの返還の可能性の条件であることは「明確」であると回答している。専門家は、同様に、スイスでの子の状況を耐え難いものにするのかしないのは、子がスイスに引き続き居住することの条件であり、両親の間に了解がなければ、現状の維持は、子にとって長期的には大きな精神的な危険となり、両親が行動しないことを補うためにも、両親が居住している各国の子を保護する機関の間での合意が緊急に必要となると述べている。

ハーグ条約第13条第3段落に従って、この裁判所は、イスラエル中央当局に、子の社会的背景について次の質問に答える形で情報を提供する要請した。『母親が言っているように母親がイスラエルへ戻らない場合、誰が子の世話をし、子はどこに居ることになるのか。父親は、儲かる仕事にはついていな

いようであるが、子の扶養費は誰が提供するのか。司法上の決定によって接触権が制限されているが、接触権の行使が、子の肉体的及び精神的福祉を害さないことを保証するためにどのような措置がとられるのか。』2007年3月12日付けの文書において、イスラエル中央当局は、質問には実際には回答しなかったため、子の利益に関し、納得することは不可能である。中央当局は、上訴人が子が母親を伴わずにイスラエルへ返還した場合の子に関する上訴人の意図を次の言葉で言及しているにすぎない。『Noamの母親がイスラエルへ戻ることを拒否した場合、父親が子の世話をすることになる。父親は現在ルームメイトと一緒にアパートに住んでいる。しかし、子がイスラエルへ戻るならば、父親は、子と一緒に住むためのアパートを直ちに確保すると述べている。同人は、現在、午前9時から午後3時まで宗教的学習のための組織で就労及び勉強を行っている。子は、この時間は、託児所/保育園にいることになる。Shuruk氏は、子がスイスに奪取される前は、母親が働いていたため、子は託児所にいたと指摘している。Shuruk氏は、同人が支援を必要とする場合であっても、同人の親族が支援を提供してくれるところになると述べている。』制限的な接触権しかないことを踏まえて Shai Shuruk がどのように子の世話をすることができるのかという問題については、イスラエル中央当局は次を強調した。『イスラエルのソーシャルワーカーの報告書に従って当方が2006年9月28日の所見において述べた通り、父親と子は、素晴らしい関係にある。宿泊訪問を含め訪問を拡大する計画があった。しかし、母親による子の奪取の結果、この計画は中断した。』イスラエル中央当局は、『母親が、子と一緒にイスラエルへ返還することを拒否する場合、彼女は、実質的には、父親が事実上の監護権を持っていることに同意することになり、Shuruk氏は、新たな現実を踏まえた決定を行うようイスラエルの裁判所に申し立てることができる。』と結論付けた。

子の精神科医の報告書の結論も、イスラエル中央当局により提供された情報のいずれも、Noamのイスラエルへの返還の助けにはならないことに留意すべきである。母親に伴われたものであるか否かにかかわらず、返還は、精神的な害悪に置く重大な危険を伴うだけではなく、子を再度、耐え難い状態に置くことにもなる。第一に、精神科の専門家は、子が母親とイスラエルへ返還した場合、精神的害悪に晒される危険があるが、その強度は、返還の状態が分からなければ評価することはできないと述べている。それに関連して、後見部は、子のイスラエルへの移送は、母親と一緒にだったとしても、子を精神的な害悪に置くことになりかねず、ハーグ条約において想定されている『古典的なシナリオ』とは異なり、被上訴人には子の監護権があることから、母親にイスラエルへ返還することを合理的に義務づけることはできない、という意見である。母親のイスラエルへの返還によって、彼女は、自分自身のみならず、息子の必要も満たすために、イスラエルで仕事を見つけることが必要になることから、子の経済状況を害することにもなることも、もう一つの要素である。上訴人が、子の扶養を提供したことがなく、また、上訴人が、一月300フランしか稼いでないことが分かっているという事実は、本件の関係で、子の利益を考慮する際に無視することができない。最後に、母親の返還の必要性は、返還の理由と比べて不均衡であるとみなさざるを得ない。ハーグ条約の目的は、子が奪取される前の法的状態に子を戻すことである。しかし、今般の返還は、上訴人が、その人間的な関係の権利を行使するために認めるよう要請されているものであるが、その権利というのは、子の出国の

前は、毎週 2 回、それぞれ 2 時間、福祉事務所の監督下で行使されていたものであることが明らかになっている。そのような制限された接触権を行使することができるようにするために母親にその生活を捨てるように要求することは、子の返還に伴う不安定な状況に鑑みれば返還が精神的害悪の重大な危険を伴うことが確実である際、ハーグ条約第 13 条(b)にいう子にとって耐えがたい状態となる。

母親を伴わない Noam のイスラエルへの返還について、専門家は、それは、子の年齢、及び、その父親を含むイスラエルでの最初の数年の記憶を完全に欠いていることにより説明できる極度の分離不安及び大きな憂鬱症の危険を伴う高度の精神的トラウマになるという意見である。その要素は、第 13 条(b)に規定されている条件が満たされていると認定する上で十分である。また、イスラエル中央当局により提供された、母親なしの子の返還の場合に想定される措置に関する情報は、控えめに見ても、懸念事項である。上訴人は、法的に言えば、監督下での非常に限定的な接触権しかないにもかかわらず、中央当局が提供した情報によれば、上訴人は、(その時まで独立したアパートがあることの保証なしに) 息子を家へ連れて行き、事実上の監護権を持つことが想定されている。それに関連して、イスラエル中央当局は、息子と一緒にイスラエルへ戻ることを拒否することによって、被控訴人は、状況の変更—上訴人が、イスラエルの司法当局による確認を求める新たな現実—を黙示的に認めることになると主張している。これは、違法に連れ去られた子を、元の状態に戻すために直ちに返還することを定めたハーグ条約が追求する目的に対応するものではない。従って、ハーグ条約に基づいてそのような返還を命じることはできない。また、そのような状況での Noam のイスラエルへの返還は、彼が生まれて以来母親が主たる親であり、唯一その扶養を提供してきたが、その母親から突然切り離されることになるという事実のみならず、存在を知っていただけの父親と正に突然対面することになるという事実により、大きな精神的な害悪の重大な危険に置くことは確実である。以上に鑑み、この点に関する上訴は、棄却されなければならない。(略)

5 (略) 本件においては、Noam Shuruk が、監護権がある母親と、ローザンヌで少なくとも 1 年間生活してきたことはファイルから明らかである。このため、ローザンヌ地方治安判事は、係争中の保護処分を行う場所的及び物的管轄権がある。本案については、子が、その幼少期に帰される精神的な記憶喪失から、父親を覚えていないことから、子の福祉には、その父親との人間的な関係の再開は、この点に関する専門家の説得力のある説明からみられるように、子の新しい状況に向けて適切に準備した後で、平穏裏にかつ段階的に行われることが必要であることから、突然の再会は避けるべき十分な理由があると述べていることで十分である。従って、上訴理由には正当な根拠がなく、棄却されなければならない(略) 」

42 父親は、州裁判所の判決の破棄、及び、子のイスラエルへの返還を求めて、連邦裁判所に民事上の上訴を行った。父親は、裁判所は、第一にハーグ条約第 13 条(b)、そして、第二に、児童の権利条約第 3 条の適用を誤ったと主張した。

43 2007 年 6 月 27 日の決定において、連邦裁判所の該当する部の裁判長は、父親による判決の即時の停止の要請を認めた。

44 2007年9月21日に第一申立人の代理人に送達された2007年8月16日の判決において、連邦裁判所は、父親の上訴を認めた。その判決の関連部分は次の通りである。

「3. 国際的な子の奪取の民事上の側面に関する条約の目的は、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))。子の連れ去り又は留置は、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場合不法とみなされる(第3条(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が含まれる(第5条(a))。父親が、被控訴人と共同で、イスラエル法に基づいて、子の居所を決定する権利を含む「後見」の権利を保持していたことから、本件においてはスイスへの子の連れ去りが不法であることは争われていない。更に、返還の申立が連れ去りの後1年以内に提出されていることから、被上訴人は、原則として、ハーグ条約第12条に従って、子の迅速な返還が命じられるべきであることを否定できない。従って争われている唯一の事項は、ハーグ条約第13条(b)に基づく例外がその返還に適用されるかどうかである。

4. 上訴人によれば、子のイスラエルへの返還を命じることを拒否することによって、州裁判所は、ハーグ条約第13条(b)の適用を誤った。

4.1 連邦裁判所が自由に遵守の問題を検討することができる(連邦裁判所法第95条(b))ハーグ条約第13条(b)に基づき、要請された国の司法当局は、返還に反対する人が、返還が子を肉体的又は精神的な害悪に置くことになるか、別途子を耐え難い状態に置くことになることを立証した場合、この返還を命じることについて拘束を受けない。

ハーグ条約第13条において定められている返還の例外は、制限的に解釈されなければならない。子を奪取した親は、その違法な行為に乗じることはできない(2003年3月27日の判決 5P.71/2003 recital 2.2, in FamPra.ch 2003, p. 718)。ハーグ条約の目的は、監護権を帰属させることではないことから、親の子を育てる能力に関する理由を除き、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, recital 5.3; 123 II 419, recital 2b, p. 425)。従って、ハーグ条約第13条(b)に基づく返還の例外は、子の知的、肉体的、精神的又は社会的発達に深刻な脅威に晒されていない限り、自由に検討できるわけではない(2002年4月11日の判決 5P.65/2002 recital 4c/bb, in FamPra.ch 2002, p. 620 及びそれらに引用されている参照事項)。挙証責任は、子の返還に反対する者の側にある(同上 recital 4b, in FamPra.ch 2002, p. 620 及びそれらに引用されている参照事項)。

4.2 州裁判所は、事件が、常に母親に監護されていた若年者に関するものであると述べている。一方、父親は、宗教的コミュニティに住み、そこで食事の提供を受け、体育と美術の教師としての活動から、毎月わずか300(スイス)フランの収入を得ている。子の監護権は、父親が家庭において生み出した恐怖の雰囲気や理由に、父親から取り上げられている。同じ理由で、イスラエルの裁判所は、父親に別居するよう命じ、母親のアパートに近づくことを禁止した。子のスイスへの連れ去りの前に、父親には、イスラエルの福祉事務所の監督下での週2回の2時間ずつに限られた制限的な訪問権しか

かった。母親なしの子の返還の可能性の条件に関しては、2007年3月12日のイスラエル司法省から提供された情報によれば、現在、他の借家人とアパートを共有しており、宗教教育機関で未だ働いている父親は、子の世話をするための準備をすることになる。この言葉少ない、非常に安心感があるというわけではない性質の情報を考慮すれば、精神学者である（略）博士の報告書を合わせて、州裁判所は、イスラエルへの返還には、子に精神的被害の危険が伴い、母親が一緒であるか否かにかかわらず、耐え難い状況に子を置くことになりかねないと考えた。裁判所は、父親の所得が少ないことから、被上訴人のイスラエルへの返還は、子の経済的安定性を害することにもなり、母親は自分と子の両方のために仕事を探さなければならなくなると付け加えた。

上訴人は、その上訴状において、子が母親なしにイスラエルへ戻った場合、子が精神的な害悪に晒される重大な危険があるという州裁判所の判断を批判していない。しかし、上訴人は、母親については合理的に予測できるように、母親がイスラエルへ子と一緒に来た場合、そのようなリスクは存在しないとの意見である。後者の仮説については、州裁判所の判決は、そのような害悪の重大な危険、又は、子に耐え難い状況の証拠を提供していない。特に、専門家である精神学者は、返還の条件を確認せずには危険は評価できないと説明するのみで、この問題に対処することを怠っている。被上訴人に対する上訴人の攻撃的な行動については、州裁判所の判決からは、子が、その母親に対する暴力を見た結果として、子が直接的又は間接的に脅かされるとは思われない。母親は、父親がその訪問権に係る取り決めに遵守しており、訪問はうまく行っていたと述べている。訪問権を監督するために任命されたソーシャルワーカーは、子が母親により奪取される直前に確立されていた父子関係を素晴らしいと描写していた。母親は、上訴人は彼女のアパートに近づかないか、彼女を邪魔したり迷惑をかけないように義務づけられた司法上の指示に違反したとは主張していない。父親の所得の低さ、及び、「ルバビッチ派」の宗教コミュニティとの関係に関する問題については、現状では、子が、ハーグ条約第13条(b)にいう害悪に晒される可能性がある重大な危険を示すものではない。そのような考慮事項は、両親のうちどちらが、監護権の帰属を決定するという目的との関係で、最善の子育て能力があるかを決定する上で役立つ場合があるが—これは、常居所の地の司法当局により決定される問題である（ハーグ条約第16条）—しかし、それは、不法な奪取後の子の返還に関する決定とは無関係である（上記4.1参照）。

母親がイスラエルには戻らないという脅しについては、州裁判所の判決は、彼女の拒否の理由については一切取り扱っていないが、その態度を正当化する客観的状況の存在を立証しているべきである。州裁判所は、被上訴人が、奪取の結果として実際に禁固刑に直面するかどうかを示すことなしに、イスラエルへの帰国に伴われる「司法上の危険」に言及した専門家の精神学者を引用している。そのような危険が証明されたことを前提にすると、母親は、子と一緒にイスラエルへ戻ることを想定することはできない。従って、母親との分離によって子にもたらされる大きな精神的な害悪に鑑みれば〔子〕が戻ることは排除される。母親は、連邦裁判所への回答においてこの問題にはコメントをしていない。特に、母親は、即時の収監、又は、何らかの刑罰が彼女に科されるとは主張していない。また、母親は、イスラエルに戻った場合、彼女自身が溶け込むこと、特に、新しい仕事を見つけることが不可能であるか極めて難しいとは主張していない。このため、母親の返還、従って、

子の返還は、経済的理由により耐え難いものになるとは言えない。従って、被上訴人が、彼女の側のイスラエルへの返還の拒否を客観的に正当化する理由の存在を立証していないことから、彼女は、子と一緒に元の状態へ戻ることが合理的に期待され得ることを受け入れる必要がある。こうした状況においては、イスラエル中央当局により提供された情報は、母親なしの子の返還のみを前提としたものであることから、ハーグ条約第 13 条(b)において定められている子の返還の例外の正当化は、極めて説得力があるようには思われず、州裁判所がよりどころとしているイスラエル中央当局が提供した情報には重要性はない（上記 4.2 参照）。

従って、州裁判所の判事は、子の常居所の国への子の返還についての例外を適用することができる点においてハーグ条約の第 13 条(b) に違反した。従って、児童の権利に関する条約第 13 条の違反についての申立を検討する必要なしに、上訴は認められるべきであり、下級審の判決は、破棄された。2007 年 9 月末までに子のイスラエルへの返還を確保することは、被上訴人の義務であった。（略）

従って連邦裁判所は次の通り認定した。

1. 上訴は認められ、下級審の判決は破棄される。
2. 被上訴人は、2007 年 9 月末までに子のイスラエルへの返還を確保するよう命じられる。

（略）」

45 2007 年 8 月 20 日、子の父親は、代理人を通じて、返還決定の執行に責任があったローザンヌ地方治安判事に、子の出国の手配を委託するための一時的な管理人（administrator）の任命を求めた申立書を提出した。2007 年 10 月 1 日、父親は、裁判所が 2007 年 9 月 27 日に、暫定措置を政府に出すことを決定した後に、当該申立書を撤回した。

46 その後、両申立人は、ローザンヌの小児科医の A 医学博士が 2009 年 6 月 23 日に出した診断書を裁判所に送付したが、それによれば次の通りである。

「私こと署名者は、2003 年 6 月 10 日生まれの子、Noam Shuruk を、2005 年 10 月 7 日以降、何度かの機会に見てきたことを証する。

それぞれの機会に、Noam は、母親に伴われていたが、彼は母親とは大変良好な関係を持っている。

彼の行動は適切であり、彼の精神運動的発達及び言語のレベルは平均以上である。彼は、精神的なトラウマ、あるいは、感情的若しくは教育上の問題があるようには思われない。

彼は、自信にあふれた少年で、特に成人との良好な関係を形成することができる。

彼は、併発感染症の形跡が若干あるが、肉体的には健康である。

母親が不在のままのイスラエルへの突然の返還は、この子にとっては、重大なトラウマ及び深刻な精神的動揺となるであろう。」

47 2009年6月29日の暫定的措置命令において、第一申立人の要請により、ローザンヌ地方裁判所の裁判長は、Noamは母親のローザンヌの住所に住むべきであると決定し、父親のその息子についての接触権を停止し、親権を母親に付与し、母親が子の身分証を更新することを可能にした。決定は、特に、次の理由に基づいたものであった。

「被申立人は、そのイスラエルの最後に知られている住所に送達された裁判所の命令により出廷するよう召還されたことが指摘される。

文書は、「退去した (gone away)」と表示されて戻されたが、これは、「転送先住所を残さずに去った」 (parti sans laisser d'adresse) と翻訳することができる。

(略) 親権は未だ共同で保有されているが、母親は子の監護権を持っているように思われる。

父親は、福祉事務所の監督の下で「訪問権を行使する」ことが義務づけられていたようである。

訴訟との関係では、被申立人は、審理に出廷したことがないが、代理人に代理されていたものの、当該代理人は、その依頼人のためには最早行為していないようである。

判例法によれば、年少者の不法な連れ去りはそれ自体が、子が連れ去れた先の国において新たな常居所の確立を排除するものではない (連邦裁判所判決 125 III 301, Journal des Tribunaux 1999 I 500 参照)。

本件においては、Noamは、2005年6月以降、継続的にスイスで生活している。

彼はそこで通学している。

彼は、そこで母親の側との家族関係がある。

彼は、そこで治療を受けている。

彼は、スイス国民でもある。

彼はその言葉、本件の場合フランス語を話す。

申立人に有利な暫定措置が欧州人権裁判所によって決定されたが、その措置は、連邦裁判所の決定にかかわらず、スイス政府に対し、Noamをイスラエルに返還しないことを求めた。

被申立人は、法的闘争を行っているにもかかわらず、子に会おうとしたことはなく、

同人の居所は不明である。

同人は、本件に関心を失ったようにも思われる。

この結果、子は、現在、母親のみと安定した関係にある。

従って、同人の申立を認め、Noam がスイスのローザンヌの常居所において母親と居住することを暫定的に決定することが適切である。

民法第 273 条第 1 項は、親権又は監護権がない父又は母と未成年は、状況において適切なところに従って、人的関係を相互に維持する権利を相互に有すると定めている。

人的関係の権利は、親と子の絆を保つことが意図されたものである（略）

この絆の維持及び発展は、子にとって明らかに有益である。

従って、子の福祉が危うくならない限り、人間的関係は促進されなければならない。

人間的関係の範囲、及び、関係が維持される方法は、状況との関係で適切であるべきである。言い換えれば、事件の具体的な状況を公正に考慮しなければならない。

子の福祉は、最も重要な評価基準である（連邦裁判所判決 127 III 295, c 4a 参照）。

権利がある人の状況及び利益、即ち、子との関係、人柄、住所、自由時間及び環境等も考慮されるべきである。

接触権の行使のための特別の条件を課すこともできる（略）

申立人は、被申立人の息子 Noam についての接触権を取り消すよう要請した。

事件の状況においては、被申立人の接触権は、子のスイスへの出国の前に、イスラエル当局により与えられた決定により既に制限されていた。

子は、2005 年以来父親に会っていない。

両者には共通の言語がないことは明かである。

いずれにせよ、被申立人から要請があった場合、接触権の回復は段階的でしかあり得ない。

被申立人の居所は、現時点でも不明である。

状況からは、被申立人の、息子 Noam についての接触権の暫定的な停止を命じることが適切と思われる。

申立人は、「2003 年 6 月 10 日生まれの Noam についての親権は、彼の身分証明書を更新することを目的として、排他的かつ暫定的に母親の Isabelle Neulinger に与えられるよう」要請している。

申立人は、イスラエルとスイスの二重国籍を持つ息子は、現在身分証明書が一切ないと説明している。

彼は最近までスイスの旅券を所持していた。

しかし、それが失効したとき、行政当局は、両当事者が子についての共同親権を持っていることから、父親の同意なしに、新しい旅券を発行することを拒否した。

被申立人の住所は、現在不明である。

このため、申立人は、かかる同意を被申立人に求めることができない。

子は、彼女とスイスに住んでおり、

彼女には、子の監護権がある。

本件は、本案については、申立人が、スイス法を理由として、申立人へのみ付与されるよう要求していることから、明らかに、親権の帰属の変更に関するものである。

要請されている暫定措置は、認められた場合、本件の本案を解決することになるように思われる。

しかしながら、要請されている措置は、申立人の子の身分証明書の取得を確保するためのものであり、その範囲ははるかに限定的である。

子はスイスに居住しているスイス国民である。

このため、他の国民と同様に、彼は身分証明書を取得することが必要である。

このため、申立人の要請は認められる。

(略) 」

現在当裁判所にある情報からは、いずれかの当事者が、その決定を上訴したようには思われない。

II. 関連性がある国内及び国際法及び実務

A. 子の権利の保護

I. 児童の権利に関する国際条約

48 スイスについては、1997年3月26日に発効した1989年11月20日の児童の権利に関する条約の関連規定は次の通りである。

前文

「この条約の締約国は、

(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、

次のとおり協定した。

(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) 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、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) 」

2. 子の「最善の利益」の概念

49 子の最善の利益の概念は、次の 1959 年 11 月 20 日の児童の権利に関する宣言の第二原則に由来する。

「児童は、特別の保護を受け、また、健全、かつ、正常な方法及び自由と尊厳の状態の下で身体的、知的、道徳的、精神的及び社会的に成長することができるための機会及び便益を、法律その他の手段によって与えられなければならない。この目的のために法律を制定するに当たっては、児童の最善の利益について、最高の考慮が払われなければならない。」

50 その用語は、児童の権利に関する条約の第 3 条第 1 項において 1989 年に再び使われた。

「児童に関するすべての措置をとるに当たっては、公的若しくは私的な社会福祉施設、裁判所、行政当局又は立法機関のいずれによって行われるものであっても、児童の最善の利益が主として考慮されるものとする。」

51 条約を起草中のワーキンググループも、児童の権利に関する委員会のいずれも、児童の最善の利益の概念を展開することも、一般的、あるいは、特別の状況に関連したその評価のために提案することもなかった。彼らは、条約の全ての価値及び原則は、個々の具体的な場合に適用されるべきであると表明するに留まっていた

(Rachel Hodgkin 及び Peter Newell (編)、児童の権利に関する条約の実施ハンドブック、国連児童基金 1998, p. 37 参照)。また、同委員会は、条約は、様々な条項の関係を考慮して、全体として検討されなければならないこと、及び、あらゆる解釈は、条約の精神に整合したものでなければならないと、また、市民的及び政治的権利、並びに、独自の感情及び意見を持つ個人としての子に焦点を当てなければならないと強調した(同上 p. 40)。

52 国連難民高等弁務官が出した「児童の最善の利益を決定する際のガイドライン」によれば、

「『最善の利益』という言葉は、子の福祉を広く描いている。そのような福祉は、年齢、子の成熟度、両親の存在又は不在、子の環境及び経験等の様々な個別の状況により決定される。」(児童の最善の利益の決定に関する UNHCR のガイドライン、2008 年 5 月)

53 また、「児童の最善の利益」の原則は、女子に対するあらゆる形態の差別の撤廃に関する条約の第 5 条及び第 6 条にも規定されている。第 5 条(b)は、締約国に次の目的のためのすべての適切な措置をとることを義務づけている。

「家庭についての教育に、社会的機能としての母性についての適正な理解並びに子の養育及び発育における男女の共同責任についての認識を含めることを確保すること。あらゆる場合において、子の利益は最初に考慮するものとする。」

54 同条約の第 16 条(d)は、男女は、次を持つべきであると定めている。

「子に関する事項についての親(婚姻をしているかいないかを問わない。)としての同一の権利及び責任。あらゆる場合において、子の利益は至上である。」

55 こうした原則は、市民的及び政治的権利に関する国際規約には現れていないが、人権委員会は、その一般的意見 17 及び 19 において、両親の別居又は離婚の場合における子の「至上の利益」に言及している。一般的意見 17 (1989 年の第 35 回セッションにおいて採択)において、同委員会は、婚姻が解消された場合、子の至上の利益に留意しつつ、可能な範囲内で、両親との人的関係を維持するための措置がとられるべきである、養育放棄されたについては、彼らが家庭環境の特徴をなすものと最も密接に類似している状況を発展することができるようにするための特別の措置がとられなければならない、と述べている。委員会は、一般的意見 19 (1990 年の第 39 回セッションで採択された)において、離婚、子の監護、訪問権

等に関する差別的取扱いは、子の至上の利益のために別段の必要がない限り、禁じられなければならないと指摘している。

56 2009年12月1日のリスボン条約の発効により法的拘束力を持つようになった欧州連合基本権憲章には、次の条が含まれている。

第24条—子の権利

「1.子は、自己の幸福のために必要な保護及びケアに対する権利を有する。子は、その意見を自由に表明することができる。そのような意見は、子に関する問題において、その年齢及び成熟度に応じて、考慮されるものとする。

2.子に関する全ての措置は、公権力によるものであるか、私的機関によるものであるかを問わず、子の最善の利益が優先的に考慮されなければならない。

3. あらゆる子は、その利益に反しない限り、両親との人的関係及び直接の接触を定期的に維持する権利を有する。」

B 1980年10月25日の国際的な子の奪取の民事上の側面に関する条約

1. 条約の文言

57 スイスについては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上の側面に関する条約の関連規定は次の通りである。

「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。

(略) 」

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。

(b) 一の締約国の法令に基づく監護の権利及び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こと。

(b) 当該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 16 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 6 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 3 条の規定の意味において不法に連れ去られ、又は留置されている場合において、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訴訟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ときは、当該司法当局又は行政当局は、直ちに、当該子の返還を命ずる。

司法当局又は行政当局は、前項に規定する一年が経過した後に手続を開始した場合においても、子が新たな環境に適応していることが証明されない限り、当該子の返還を命ずる。

要請を受けた国の司法当局又は行政当局は、子が他の国に連れ出されたと信ずるに足りる理由がある場合には、当該子の返還のための手続を中止し、又は当該子の返還の申請を却下することができる。」

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、施設又は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。

(b)返還することによって子が心身に害悪を受け、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、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 3 条の規定の意味において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る特定の手続がある場合においてもこれによることなく、直接に考慮することができる。」

第 20 条

「第 12 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。」

第 21 条

「接触の権利について内容を定め、又は効果的な行使を確保するように取り計らうことを求める申請は、締約国の中央当局に対して、子の返還を求める申請と同様の方法によって行うことができる。

中央当局は、接触の権利が平穩に享受されること及び接触の権利の行使に当たり従うべき条件が満たされることを促進するため、第 7 条に定める協力の義務を負う。中央当局は、接触の権利の行使に対するあらゆる障害を可能な限り除去するための措置をとる。

中央当局は、接触の権利について内容を定め、又は保護するため及び接触の権利の行使に当たり従うべき条件が尊重されることを確保するため、直接に又は仲介者を通じて、手続を開始し、又はその開始について援助することができる。」

2. ハーグ条約第 13 条(b)の文脈における子の「最善の利益」の考慮

58 条約の起草に関する Elisa Pérez-Vera による説明報告書によれば、

「検討下の状況の特徴的な一つの要素が、奪取者が、その行為が避難国の管轄当局により合法的なものとされたと主張するという事実からなるものであることから、その者を抑止する一つの効果的な方法は、その者の行為の政治的又は司法的影響を除去することであろう。条約は、このために、その目的の冒頭に、原状の回復を掲げている（略）」 (§ 16, p. 429)

59 しかし、ハーグ条約には、子の迅速な返還の原則に 5 つの例外があるが、そのうち、最も一般的に発動される例外は、第 13 条(b)の例外である。

60 フランスの破棄院、(英国の) 貴族院、及び、フィンランドの最高裁判所は、ハーグ条約第 13 条(b)の意味における「重大な危険」に基づく例外の適用に「子の最善の利益」の概念を明示的に組み込んでいる。

61 2005 年からの事件で、フランスの破棄院は、次の通り述べている。

「第 13 条(b)に基づき、害悪又は耐え難い状態が生じる重大な危険がある場合にのみ子の迅速な返還についての例外を適用することができる。」

「フランスの裁判所に直接適用される規定である児童の権利に関するニューヨーク条約の第 3 条第 1 項により、そのような状況は、子の最善の利益を主たる考慮事項として評価されなければならない。」 (破棄院、民事第 1 部、2005 年 6 月 14 日、上訴 04-16942)

62 このため同裁判所は、次のように認定し、2004 年 5 月 13 日のエクサンプロバンス控訴裁判所の判決を支持した。

「子の最善の利益は、控訴裁判所によって考慮され、従って、同裁判所は、ハーグ条約に基づき子の迅速な返還を命じることが適切であるという（略）結論に至った。」

63 フィンランドの最高裁判所は、第 13 条(b)に基づく例外の適用について類似の評価を行い、次のように指摘した。

「(略) 裁判所は、母親が子とフランスに戻り、彼らの生活条件が、彼らの最善の利益に従って調整されることを確保したならば、害悪の重大な危険はなくなることを指摘した（略）」 (1996 年 12 月 27 日、フィンランド最高裁判所 1996:151, S96/2489)

64 ルーマニアから英国への子の奪取に関し上院が 2006 年 11 月 26 日に検討した事件において、ホープ卿は、次の通り述べた。

「ルーマニアへの子の即時の返還が、子の最善の利益に資すると考えることは不可能である」 (D (子) に関する事件 [2006] UKHL 51)

3. ハーグ条約に基づく「監護の権利」の概念

65 ハーグ条約第 5 条(a)は、監護権を「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。」と定義している。同条約は、監護権は、具体的には、法の適用、司法若しくは行政上の決定を理由として、又は、子が連れ去られるか、留置される直前に常居所があった国の法に基づき法的効果を有する合意を理由として生じることがある (第 3 条末)。更に、条約に関する説明報告書は、子に関する監護権を行使することができるあらゆる方法を保護する起草者の意図を強調し、また、両親にその子の共同監護権がある場合であっても不法な連れ去り又は留置があり得ることを認めている。

「第 3 条については、監護権は、その行使が尊重されるよう要求する人、及び、その人の権利として、又は、共同で与えられてきた。(略) さて、条約の立場からは、共同保有者の一人が相手方の同意なしに子を連れ去ることは、同様に不法であり、この不法性は、この具体的な場合においては、特定の法に違反した何らかの行為からではなく、そのような行為が、法によって保護されている他方の親の権利を無視し、その通常の行使に干渉したという事実由来するものである」 (Elisa Pérez-Vera による説明報告書、第 14 セッションの文書等、第 III 卷、国際私法に関するハーグ会議、§71、pp.447~48)

66 条約の起草者は、国内法の解釈からはかなり遠い、監護権の自律的な定義を設けた。この自律性は、「国際的な子の奪取の民事上の側面に関する 1980 年 10 月 25 日のハーグ条約の適用に関する 1989 年 10 月 25 日の特別委員会の全体的結論」において確認されたが、次の通り述べられている。

「国際的な子の奪取の民事上の側面に関する条約において言及されている『監護の権利』は自律的な概念を構成し、このため、かかる権利は、特定の国又はその法域の法により設けられた「監護権」として言及されている権利と必ずしも類似のものではない。(略) 国内法の下で一方の親だけに『監護』と言われるものを与えることは、ハーグ条約が意図している全ての『監護の権利』が当該者に付与されていることを必ずしも意味しない。それぞれの国内法制度には、子の監護及びコントロールに関する権利についていうための独自の用語があり、一部の英語の制度は、「監護 (custody)」という言葉を使っていないことから、権利の単なる名前ではなく、権利の内容を見ることが必要である。」 (国際的な子の奪取の民事上の側面に関する 1980 年 10 月 25 日のハーグ条約の適用に関する 1989 年 10 月 25 日の特別委員会の全体的結論 § 9, p.3)

67 「監護の権利」の自律的な意味は、特別委員会の第二回会合において、特に、次の結論が採択された時に改めて確認された。

「『監護の権利』という表現は（略）国内法における特定の監護の概念と一致しないが、条約の定義、構造及び目的から意味が導かれる。」（1993年1月18～21日に開催された国際的な子の奪取の民事上の側面に関するハーグ条約の実施を検討するための第二会特別委員会会議報告書、p4.）

68 また、説明報告書によれば、条約は、監護権の違反に関する問題のみに関するものである。条約は、原則として、接触の権利の違反から生じる状況、具体的には、子が監護権者により外国に連れ去られる場合に関するものではない（説明報告書§65）。

4. ハーグ条約の意味における「監護の権利」の概念に関する国内の判例法

69 ハーグ条約には、締約国がそれを実施することを確保するための執行メカニズム又は監督機関は存在しない。このため、ハーグ条約に関する国内の裁判所の判例法は締約国毎に異なる可能性がある。実際には、ハーグ条約の監護権と接触権が違うことにより、具体的には、どのような場合に接触権がある監護権者ではない親への返還措置を認めるか否かを決定しなければならないか、という点に関し様々な司法機関の解釈に一貫性がない。

70 しかし、不法な連れ去り又は留置を広く解釈する傾向があるようであり、条約の保護から利益を得るために監護権の保有以外の種類の育児を認めるために監護権の範囲が広がっている。

71 例えば、C.対 C.事件（イングランド及びウェールズ控訴裁判所; [1989] 1 WLR 654, 657-658）、監護権がある親が、禁止命令（離国禁止（*ne exeat*）命令とも呼ばれるもので、子を所定の地域から連れ出すことを禁止するもの）に違反してオーストラリアから子を連れ出した事件である。この事件において、子は、監護権者ではない親の同意なしに、連れ出すことができなかった。裁判所は、条約の司法的な返還措置が適用されると判示した。裁判所は、移転に同意を与えるか保留する能力を「子の居所を決定する（監護）権」と等しいものとすることによって、その理由付けを正当化した。

72 オーストラリアの家庭裁判所は、José García Resina 事件において同じアプローチをとった。同事件では、子らの母方の祖父母によって子らがフランスへ連れ去れた後で、子らの返還を求めて、条約に基づく申立書を提出した（José García Resina 及び Muriel Ghislaine Henriette Resina, [1991] FamCA 33）。オーストラリアの裁判所は、下の子への「合理的な接触」を父親に与える監護命令と、母親及び父親の両方にオーストラリアから子らを離すことを禁じる差止命令の両方を検討した。同裁判所は、子らの連れ去りは、禁止命令により創出された父親の監護権に違反しているとして、最終的には、条約

に従って子らの返還を命じた。同様に、イスラエルの最高裁判所は、両親の間の監護合意には、大きな変更及び普通ではない出来事に関する相互の協議条項が含まれており、同条項には、子の居所の決定が黙示的に含まれていると判示した（Foxman 対 Foxman 事件、イスラエル最高裁判所、1992 年）。このため裁判所は、父親に条約の意味における監護の権利があるとみなした。

73 他の国内裁判所、特に、コモンロー国の裁判所は、C.対 C.事件を大いに引用しており、監護権がある親がある国から子連れ去る前に、裁判所又は監護権のない親からの許可を必要としている場合、そのような許可のない連れ去りは、条約第 3 条の意味において「不法」とみなされるという一般的な判決に従っているようである。（F に関する事件、イングランド及びウェールズ控訴裁判所[1995] 3 WLR 339 参照。同事件では、母親に一時的な「監護及びコントロール」を与える裁判所の命令があり、子の連れ去りを禁じる命令はなかったにもかかわらず、父に監護権があった。）

74 しかしながら、国内法の実務は、一様ではない。例えば、米国の控訴裁判所は、離国禁止条項を伴う接触権は、ハーグ条約の意味における「監護の権利」ではないと判示している（Croll 対 Croll 事件、229 F.3d 133, 143, 第 2 巡回区、2000 年）。

C. 上記の条約の国内レベルでの実施に関係する国内法

1. 国際的な子の奪取及び子及び成人の保護に関するハーグ条約に関する新スイス連邦法

75 2007 年 12 月 21 日、スイス連邦議会は、一定の考え方、特に、1980 年のハーグ条約の適用に関する考え方を明確化することを目的として、「国際的な子の奪取及び子及び成人の保護に関するハーグ条約に関する新スイス連邦法」を制定した。同法は、2009 年 7 月 1 日に発効した。申立人らにより言及されている同法の部分は次の通りである。

第 5 条：子の返還及び利益

「具体的に次の条件が満たされる場合、子の返還はハーグ条約第 13 条(b)の意味における耐え難い状態に子を置くことになる。

(a) 申請書を提出した親の下に置くことが、明らかに子の利益にはならない場合

(b) 奪取する親は、状況に照らせば、奪取の直前に子が常居していた国において子を監護する立場にはないか、それを当該親に合理的に義務づけられない場合

(c) 第三者の監護の下に置くことが、明らかに子の利益にはならない場合」

第6条：保護措置

「子の返還の申請を取り扱う裁判所は、必要に応じ、子とその両親との人間的関係について決定し、子の保護を確保するために必要な措置を命じる。

中央当局が返還の申請を受理した場合、管轄権がある裁判所は、中央当局、又は、当事者のいずれかからの要請により、子の代理人又は後見人の任命を命じるか、返還の申請が未だ裁判所に係属していない場合であっても、他の保護措置をとることができる。

76 同法に関する連邦政令に関連して、連邦参事会は、議会に対し、「dispatch」(Feuille Fédérale 2007, pp. 2433-2682)を提出したが、その該当部分は次の通り。

「6.4 子の返還及び利益 (第5項)

1980年のハーグ条約の適用が、子の利益により良く適合するようにするために、立法府は、子の返還が、当該子を明らかに耐え難い状況に置くことになることを理由として、かかる返還をやはり考慮することができない様々な状況を明確化することが必要である。第5条のルールが、1980年のハーグ条約第13条(d)の規定に優先することは想定されていない。「具体的に」という用語は、いくつかの状況を単に列記したリストを意味する。それは、不可欠ではあるが、条約に定められている規定に依拠することを排除するものではない。

第一に、(a)は、返還を要請した親が当該子を世話することが明白に当該子の利益にならない状況について言及している。そうではない場合、具体的には、申請書を提出した親に排他的な監護権があるか、そのような責任を与えることができる唯一の親である場合、原則として、子が返還したときに耐え難い状況に置かれることを恐れる原因がなく、従って、返還を拒否すべき理由がない。これは、申請書を提出した当事者が子を監護することができないことが裁判所にとって明白と思われる場合ではない。

(b)は、子の返還の妥当性が、子の奪取した親との関係の観点からのみ評価することができる場合について定めている。返還を要請した親による子の世話が考慮できないことが明らかな場合、元の国への子の返還の問題は、子を不法に連れ去ったか留置した者(通常は母親)が、当該国へ戻る状態にあるか否かによって異なる取扱いが行われることになる。当該親が、例えば、子との分離につながる懲役刑に直面しており、又は、当該親が、(例えば、再婚、又は、スイスに住んでいる別の家族が被った困難な状況を理由として)スイスに極めて密接な親族関係があることによって、元の国へ返還することができない場合、子は、返還後、その親と離れて住まざるを得なくなることから、子の心身の安定が問題となり得る。そのような分離は、例外的な場合にのみ耐えることが可能であり、最後の手段でなければならない。

第二の種類の場合：奪取した親に、奪取の直前に子が常居していた国において当該子を世話することを合理的に要求することができないあらゆる状況である。子を不法に連れ去ったか留置した親が、当該国へ戻ることを拒否するというだけでは十分ではない。当該親は、裁判所による監護権の付与の最終的な決定を子とともに待つために、その以前の居住地へ戻る事が合法的に期待できない困難な状況にもなければならない。その文脈においては、母親がその元のパートナーとの家の外では、安全又は手頃な住居を確保できない場合を特に念頭においている。また、奪取した親が、子の主たる監護者であることが明かである一方で、子の返還を要請している親が、監護の権利の行使を再開することはなく、また、裁判所の命令によりそれを得ることもない状況も考慮しなければならない。そのような場合、子は、親とスイスへ戻る前に、奪取した親に監護の権利が最終的に帰属することを待つために、元の国へ連れて行かれるだけになる。そのような、行ったり来たりは、最終的には、元の居住国の当局に事件を提起するだけの目的に資することになる。そのような解決は、子の利益に合致するものではないことから、ハーグ条約の精神及び目的に従って、許容できないであろう。しかし、そのような状況は、疑いなく、返還の要請をスイスの裁判所が取り扱うものでなければならない。状況が明確に立証されない限り、裁判所は、親の出身国への返還は耐えられるものであり、従って、子は、ハーグ条約第 13 条(b) に基づき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置かれることはないとは判断しなければならない。

(c)は、第三者に託すことに言及している。子の返還が、(当該親にとっては返還が不可能であるか、合理的に義務づけることができないために) 不法に子を連れ去ったか留置した親からの分離につながる場合、子が元の国の第三者に託された場合の適切な条件においてのみ実施することができる。しかし、そのような解決は、第三者に託すことが子の利益に反しないことが明かである場合に、結果的に管轄権があるスイスの裁判所が子の返還を命ずる可能性があるときにのみ求めるべきである。この第三の条件は、スイスに残っている親との分離が子にとって耐えられる場合であって一子が当該親と対立関係がある場合があり得る一及び、子を受け入れる里親が、子の保護及び通常の育成に関する適切な保証を提供することが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、最終手段としてのみ想定されるべきである。

返還が、子の利益と両立するため、特に、ハーグ条約第 13 条の条件のために、事案について決定する当局は、元の国における状況、及び、そこで有効な法規を知らされていなければならないことを更に指摘しなければならない。従って、当事者、特に親は、事実の立証に参加する義務がある。このため、裁判所による当事者本人からの審理(第 9 条(1)及び(2))は、大きな重要性がある。元の国の管轄当局との訴訟及び協力に関する新たな規定も不可欠な役割を果たす。裁判所は、子の返還を保証できるかどうか、どのような方法であれば、そうできるかを確認できなければならない(第 10 条(2))。この課題が成功しないか、部分的にしか成功しない場合、返還が子にもたらすあらゆる影響を判断する立場にはないことになる。子の受け入れ及び保護の状況についての信頼できる保証を現地当局から得られない場合、特に、要請する親の子を適切に世話する能力に何らかの疑問がある場合もこれが該当する。

このように、この点に関しては、第 10 条が、第 5 条の実際上の適用に直接的に関係している。」

2. イスラエル法における「監護」及び「後見」の概念

77 後見の概念は、1962 年の能力及び後見法第 2 章に定義されている。監護という用語はそのようには定義されていないが言及されている。

78 同法第 14 条は、「両親は、年少の子の自然の後見人である。」と定めている。イスラエルでは、両親は、婚姻しているか、離婚しているか、婚姻していないかにかかわらず、その子の共同かつ平等の後見人である。「後見」という用語は、別の法域では「親権」と同じものとみなされる場合がある。

79 後見は、両親が取得する自動的な権利であり、例外的な状況においてのみ制限されるか取り除かれる（治安判事裁判所が、青少年（監護及び監督）法第 3 条(3)又は(4)に言及されている措置の一つを採用する場合）。このルールは同法第 27 条に規定されている。

80 第 15 条は、イスラエル法における両親の役割を定義及び規定し、親の後見権に必然的に伴われるものを定めている。

「両親の後見には、年少者の教育、勉学、職業訓練及び職業を含む、年少者のニーズを取り計らい、その財産を保全、管理及び発展させる義務及び権利が含まれる。また、それには、年少者を監護し、その居所を決める権利、及び、同人に代わり行為する権限も含まれる。」

81 第 17 条は、両親の義務の基準を定めている。同条は、後見権を行使する際、「両親は、状況において献身的な両親が行為するような方法で年少者の最善の利益において行為し [なければならない]。』

82 両親は、その後見に関する決定を行う際に協力すべきという一般的な前提がある（第 18 条）。しかし、合意に至らない場合、両親は、問題を決定するために裁判所に付託することができる（第 19 条）。

83 第 24 条は、両親が離れて生活している場合、誰が年少者の後見権の全部又は一部を持つことになるか、誰が年少者の監護権を持つことになるか、そして、他方の親は、特に、子との接触に関し、どのような権利を持つことになるのかについての合意に至ることができる。そのような合意は、裁判所の承認を受けることが必要である。

84 第 25 条に基づき、両親がそのような合意に達することができない場合、そのような問題は、子の最善の利益を考慮して裁判所が決定することができる。

85 第 25 条は、異なる指示を行う特別の理由がない限り、6 歳未満の子については母親に監護権があるという推定を設けている。

86 従って、子の居所に関しては、両親が、共同の意思決定権限を共有している。一方の親は、他方の親又は裁判所の許可なく、子をイスラエルから連れ去ることはできない。一方の親が、他方の親の同意なしに子をイスラエルから連れ去ることを希望している場合、離国することを希望する親は、イスラエルの裁判所に、移転命令及び子の監護権についての命令を申立てなければならない。

法

I. 大法廷にある事件の範囲

87 大法廷に出された陳述書において、申立人らは、本条約第 8 条にいう意味における家庭生活に関する権利の侵害を訴えている。加えて、申立人らは、第一申立人を伴わない第二申立人の返還の執行は、第二申立人の父親が、申立人らが「厳格正統派」と言い、第一申立人がその子を永久に遠ざけたがっているルバビッチ派のコミュニティの教えに子を従わせることが予想されることから、第 3 条により禁止されている非人道的な取扱い及び第 9 条の違反となる。

88 しかし、当裁判所は、小法廷が、本条約第 3 条及び第 9 条に基づく訴えは、国内救済措置を消尽していないことにより、認められないことを宣告したことを指摘する。従って、大法廷は、それについては検討できない（特に、K. 及び T. 対フィンランド[GC], no. 25702/94, § 141, ECHR 2001-VII を参照）。

II. 本条約第 8 条違反の訴え

89 申立人らは、次のように規定されている本条約第 8 条に基づく家庭生活についての権利の侵害があったと主張した。

「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、法律に基づき、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会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。」

1. 第 8 条の適用可能性

90 当裁判所は、小法廷の判決における次の認定に言及する。

「79. 本件の状況に眼を移すと、裁判所は、申立人らについては、一緒に住み続ける可能性は、本条約第 8 条にいう意味の家庭生活の範囲に明確に該当し、従って、同条は、適用可能であると最初に述べている（特に、Maire 対 Portugal 事件 no. 48206/99, § 68, ECHR 2003-VII を参照）。

(略)

81. 更に、連邦裁判所による子の返還は、二人の申立人にとって、本条約第 8 条第 2 項にいう意味における「干渉」となることは争われていない。」

91 大法廷は、当事者間で争われていないこれらの認定に賛成する。従って、非難されている干渉は、第 8 条第 2 項の要件、即ち、「法律に基づき」一又は複数の正当な目的が追求されたかどうか、また、そうした目的を果たすために「民主的社会において必要」であったかどうかという要件を満たしたかどうかを確認しなければならない。

2. 干渉の正当化

(a) 法的根拠

(i) 小法廷の判決

92 小法廷は次のように認定している（判決の段落 80 参照）：

「当裁判所は、ハーグ条約の下では、子の連れ去り又は留置は、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が単独又は共同で有する監護の権利を侵害している場合に不法とみなされる（第 3 条(a)第 1 段落）ことを指摘する。ハーグ条約の意味における『監護の権利』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が含まれる（第 5 条(a)）。当裁判所は、2004 年 6 月 27 日の決定に従って、父親が母親と共同で「後見権」を行使し、イスラエルの法制度においては、これには、子の居所を定める権利が含まれていることから、本件においては、スイスへの子の連れ去りは、不法であったとの意見である。更に、Noam の連れ去りによって、2004 年 11 月 17 日の決定により父親に与えられた接触権（第 4 条第 1 項）は、実際は、空虚なものとなった。従って、ハーグ条約の意味においては、間違いなく不法であった。」

(ii) 当事者の意見

(α) 申立人ら

93 申立人らは、本件は、ハーグ条約に基づく国際的な子の奪取に関するものではないとの意見であった。彼らは、まず、母親による Noam のイスラエルからの連れ去りは、同条約の意味における不法ではなかったと主張した。彼らは、イスラエルの裁判所により 2004 年 11 月 17 日与えられた決定が、母親に「一時的な監護権」を

付与したと表明したことによって、政府は明白な誤りを犯したとの意見を提起した。

94 申立人らは、スイスへの子の連れ去りは、特に次の理由から、合法的であったとみなしている。：父親の第一申立人に対する行動及び殺害の脅迫により、2005年1月12日に付与された彼女を保護するための特別措置が必要であった。父親は、同人が公に示す宗教的狂信により、子の利益、又は、母親が表明した反対を考慮することなしに、幼児であった彼の息子に、厳格正統派の過激な宗教教育及びライフスタイルを一方向的に押しつけたがった。扶養手当の不払いにより2005年3月20日父親に対し逮捕状が出され、父親は、その無責任な行動により、接触権が制限され福祉事務所の監督下に置かれた。イスラエルで父親に対し提出された刑事告訴は、無効になっている。最後に、子の連れ去りは、イスラエル法第5722-1962（「能力及び後見法」）により合法的であった。同法の第25条の末尾において、両親の意見の不一致の場合、6歳までの子は、母親の元に留まることになっており、第18条の末尾では、猶予が許されない問題においては、いずれの親も、特に親が監護権を持っている場合、単独で行為することが明示的に認められている。

(β)政府

95 政府は、第二申立人の連れ去りは不法であったとの考えである。ハーグ条約に関する1981年4月の説明報告書が、「監護の権利」を単純な接触権と対比していることを指摘し、政府は、「条約の適用が、監護権と接触権に同じ程度の保護を与え、最終的に、一つの種類の権利の保有者が、他の種類の権利を保有していた者による交代になるならば、疑わしい結果に達することになる」と述べた。このため、共同監護権が存在したかどうかという問題は、それぞれ具体的な事件において、子の常居所がある国で有効な法律に照らして判断されなければならない。

96 政府の提出物においては、ハーグ条約第5条(a)の定義を引用することにより、イスラエルの後見権は、同条にいう意味の「子の監護に関する権利、特に、子の居所を決定する権利」を対象としていることが明かであった。この解釈は、ハーグ条約第3条が、本件のように監護権が共同で行使されているような場合に明示的に言及しているという事実によって確認された。それは、説明報告書が、両親が別居又は離婚した後の共同監護の場合について具体的に言及していることから明確である。これに関連して、政府は、共同監護権を持っているが、子と一緒に生活していない親の意思に反して子

を連れ去ることは不法となることはハーグ条約において明示的に想定されていると強調した。

97 **Spielmann** 判事がその（小法廷判決に附属している）反対意見において表明しているように、母親だけが監護権を持っていたことから、共同後見は無関係であったという意見は、その意見において引用されている説明報告書の文言によっては、十分に裏付けられていなかった。説明報告書は、施設に預けられた子との関係では、監護権と親権を区別しているように思われるという **Spielmann** 判事の意見については、政府は、問題の文言からは、子の強制的保護措置の場合、ハーグ条約の適用上、監護権は、関係施設に帰属することは明かであると述べた。政府の提出物においては、その場合、当該施設は、子の世話をすること、特に、居所を決定する責任があることから、当該文言は、ハーグ条約にいう意味における監護は、イスラエル法の監護ではなく、後見に該当することも確認したものである。

98 以上に鑑み、政府は、ハーグ条約は適用可能であり、第二申立人のイスラエルからの連れ去りは、同条約の意味において不法とみなさざるを得ないとの意見であった。それに加えて、その問題を取り扱った全ての当局等は、イスラエル及びスイスの当局であるか、当裁判所の小法廷であるかを問わず、その意見を共有していた。

(iii) 当裁判所の評価

99 当裁判所は、連邦裁判所の 2007 年 8 月 16 日の判決は、主として、スイス法に取り入れられているハーグ条約に基づいたものであったことを留意する。しかし、申立人らは、その意見によれば、母親による **Noam** のイスラエルからの連れ去りは不法ではなかったことから、本件における同条約の適用可能性について争った。このため、当裁判所は、ハーグ条約が、子のイスラエルへの返還を命じるために十分な法的根拠であるかどうかを審査しなければならない。

100 当裁判所は、まず、国内法の解釈の問題を解決するのは、本来、国内当局、特に裁判所であることを強調する。これは、国内法が一般国際法の規則又は国際協定に言及している場合にも適用される。当裁判所の役割は、そうした規則が適用可能かどうか、そして、その解釈が条約と両立し得るかどうかを確認することに限定される（**Waite 及び Kennedy 対 Germany** 事件[GC], no. 26083/94, § 54, ECHR 1999-I 及び **Korbely 対 Hungary** 事件[GC], no. 9174/02, § 72, ECHR 2008-（略）参照）。

101 本件においては、第二申立人の連れ去りは、3つの国内裁判所により審査され、その全ての裁判所は、適切な論考がなされた決定において、ハーグ条約の意味において不法であったとの結論に至った。その判断は、主に次の二つの理由から小法廷によって確認された。：第一に、第一申立人に、少なくとも暫定的な監護権があったとしても、父親には、イスラエル法に基づき母親との共同の後見権があった。第二に、Noamの連れ去りによって、父親に付与されていた接触権は、現実には空疎なものとなっていた。

102 ハーグ条約にいう意味における監護権の概念は、同条約の全ての締約国に適用されなければならない、様々な法制度において違う定義が可能であることから、自律的な意味を持っている（上記段落66～67参照）。本件においては、イスラエル法においては、後見制度は、その定義において、「子の居所を決定する」権利に言及しているハーグ条約第5条(a)に基づく監護権に相当するものである。そのような権利は、後見権にも含まれる。本件においては、権利は、両親により共同で行使されることになっていたことから、その権利は侵害されている。更に、子の連れ去りまで、条約第3条(b)により求められているように、効果的には行使されなかったことを示すものはない。

103 また、母親の要請により、管轄権があるイスラエルの裁判所により出されたイスラエルからの子の連れ去りを禁止する命令に違反した母親が子をスイスへ連れてきたことは注目に値する。一部の国の裁判所は、そのような命令の違反は、ハーグ条約の適用を生じさせるとの考え方をとっているようである（上記段落69～74を参照）。

104 最後に、原則として、ハーグ条約の監護の権利の違反のみに適用されるとしても、前文、第1条(b)及び第21条（上記段落57参照）からは、接触権も保護しようとしているとみることができる。本件においては、第二申立人の連れ去りが、付与されていた接触権の父親による行使の可能性を妨害したことは疑いがない。

105 上記に鑑み、当裁判所は、小法廷と同様、第一申立人は、ハーグ条約第3条の意味において子をイスラエルからスイスへ「不法」に連れ去ったと認定する。このため、彼女は、同条約の適用上、奪取を行ったのであり、従って、同条約は本件に適用される。従って、ハーグ条約第12条に基づく子の返還を命じた際の係争中の措置には、十分な法的根拠があった。

(b) 正当な目的

106 当裁判所は、当事者が、大法廷において更に否定していないことから、連邦裁判所の子を返還する決定は、Noam 及びその父親の権利及び自由を保護する正当な目的を追求したものであるという小法廷の意見を共有する。

(c) 民主的社会における干渉の必要性

(i) 小法廷の判決

107 小法廷の意見では、Noam の返還によって生じる干渉は、不釣り合いなものではない。これに関連して小法廷は、申立人らが未だイスラエルに住んでいた時に、申立人らを守るためにイスラエル当局によってとられた多くの措置を指摘した。子が未だ完全に適応力がある年齢であったことから、イスラエルへの返還は、母親及び子について想定することができた（小法廷判決§80 及び§89 参照）。母親に対する刑罰の危険に関しては、特に、イスラエル当局が、母子がスイスへ出国する前に母子のために行った努力を考慮すると、小法廷は、これに関連してイスラエル当局により与えられた保証の信頼性を疑う理由はない、とした。更に、小法廷は、両親と普通に接触を維持することが可能な環境で成長することはあらゆる子の「最善の利益」であると強調した（同条§91）。また、第一申立人が、息子の宗教教育に影響を及ぼすことができなくなることを示す証拠は一切なかった（同条§92 参照）。

(ii) 当事者の意見

(α) 申立人ら

108 申立人らは、本件においては、父親が、本件を取り扱った判事全員が全員一致で受け入れられないと認定した行為を理由として、監督下の制限された接触権を持っていた間、第一申立人が子の監護権を持っていたことが留意されるべきであるとの意見であった。申立人らの意見では、状況は、裁判所がその役割は監護権及び接触の問題について規制する管轄当局に代わるものではないが、その評価権限の行使において、当局がとった決定を条約に基づき申立てする権限はあると強調した **Bianchi 対 Switzerland** (no. 7548/04, § 77, 2006 年 6 月 22 日) 事件から本件を明確に区別するものであることから、状況が極めて重要であった。

109 申立人らは、連邦裁判所の方法は、最初の二つの裁判所がその決定を裏付けるためにとった方法と著しく異なっていたとの見解であった。かかる二つの裁判所は、関連する国際的な文書の規定を極めて狭く解釈することを拒んだが、同じことは連邦裁判所には言えず、連邦裁判所は、故意に、明白に制限的な立場をとることによってその分析の範囲を制限した。下級審の裁判所は、特に、子の最善の利益及び精神的害悪の重大な危険、並びに、子がイスラエルへ母親と又は母親なしで戻された場合に直面すると考えた耐え難い状況を強調して、子の返還への反対を支持したが、そのようなアプローチは専門家の報告書によって裏付けられていたにもかかわらず、連邦裁判所は、そのようなアプローチを極めて簡単に拒否し、適切な解決は、監護権があった母親に、子と一緒にイスラエルへ戻ることを強制することであり、そうしない場合、母親は子から分離されることになることを宣告した。しかしながら、第一申立人は、正に 2005 年 6 月の彼女のイスラエルからの出国につながった耐え難い状況を理由とするのみならず、イスラエルへ戻ることは、彼女自身及び子を住み慣れた生活環境から引き離し、イスラエルの裁判所との関係の問題が彼女に生じることになるという理由により、常にイスラエルへ返還しないことを表明していた。また、同人は、子についての唯一の金銭的責任がある者であったことから、第一申立人は、スイスでの同人の仕事をあきらめることは合理的に想定できなかった。更に、子及びその母親は、4 年以上にわたり、ローザンヌの環境及び社会的生活に完全に統合されていた。

110 申立人らの意見では、母親がイスラエルに戻った場合に、同人が収監される危険は立証されており、分離の民事上の影響は悲惨なものになり得た。申立人らは、イスラエル刑法（法 5737-1977）に基づき、母親は、非常に厳しい刑罰が課される可能性があると主張した。連邦裁判所の認定に反し、同人は、イスラエルへ戻るとそのような刑罰にほぼ確実に直面することになり、申立人らの意見では、また、医学専門家がその 2007 年 4 月 16 日の報告書において強調したように、これは、実際に、母親から、即時に苦しい離別を経験する子にとって重大な精神的害悪となり、耐え難い状況になることは疑いないことであった。申立人らは、イスラエルでの母親の収監の影響は、母子の将来についての民事上の観点からは悲惨なものになると表明した。そのような場合、母親が監獄に送られ母親から分離された後は、Noam は、父親に対し以前に出されている決定、父親の不安定、及び、資金不足を理由として、父親に預けられないだろうと主張した。申立人らは、父親が 2005 年 11 月 1 日に再婚し、2006 年 3 月 29 日に妊娠中の新しい妻と離婚したことをこの段階で指摘し

た。父親は、3度目の結婚をし、2008年には、2番目の妻に、その娘についての養育費の支払いを怠ったことによって、訴訟を提起された。

111 申立人らは、イスラエル当局も被申立人の政府も、第一申立人がイスラエルへ戻った時に刑罰に直面しないという信頼できる保証を提供しておらず、また、彼女は、自分に監護権がある子からは離れないとも主張した。被申立人の政府が、2008年2月15日のその意見（附属書3—上記段落40）を裏付けるために作成した文書には、彼女がイスラエルへ戻った際の彼女に対する刑罰の全ての危険を確実に排除し得る要素は含まれていなかった。

112 申立人らは、医学専門家であるB博士がその2007年4月16日の報告書において、母親が、彼女に対する司法手続の危険があることを理由として、イスラエルへ戻ることを排除しているという事実を考慮して、母親なしの子の返還は、極度の分離不安の形での重大な精神的トラウマ及び深刻な抑鬱の重大な危険を伴うことになるとの結論を出した。

113 申立人らの意見では、本件において連邦裁判所及び被申立人の政府により表明された意見は、国際的な子の奪取並びに子及び成人の保護に関するハーグ条約に関する新しい連邦法の2007年12月21日の制定の前に諮問が行われた連邦参事会、法律問題評論家、スイス議会又は主な団体により表明された意見を反映していない。

114 イスラエルへ子を返還させないことは、ハーグ条約により確立された国際的な保護制度を害することにはならず、反対に、それを守ることになる。申立人らの意見では、同条約の原則は、不法に連れ去られた子を、その常居所があった国へ、返還の目的で指定された当該国の中央機関の支援を受けて返還させるということであるが、返還により子が、肉体的若しくは精神的な害悪を受ける重大な危険、及び/又は、耐え難い状態に置くことになる場合には、当該原則の例外となることは強調されなければならない（ハーグ条約第13条(b)）。更に、申立人らは、今日では、最早、ハーグ条約は、この種の訴訟について決定するための唯一の手段ではないと指摘した。申立人らは、児童の権利に関する条約が、子の最善の利益を、子に関するあらゆる決定における最優先事項としたことを強調した。このため、申立人らは、連邦裁判所は、子の最善の利益を無視すべきではないとの意見であった。こうした利益を評価する際には、子のイスラエルへの返還の影響を具体的かつ客観的に確認し比較衡量しているべきであり、判決を下す前に、子の返還後とられる適切な措置を決定し、説明しているべきである。

115 両親が子の教育について合意できる可能性については、父親がとっている過激な立場からは、本件においては正にそのようなシナリオを想定することはできなかった。申立人らは、これに関連して、2001年10月16日の第一申立人との婚姻時点において、Shurukは、未だ過激な宗教的態度をとっていなかったと指摘した。父親が、母親の意見を考慮することなしに、厳格正統派の宗教運動に参加することを選択したのは子の出生の直ぐ後の2003年の秋からにすぎず、婚姻時点において両配偶者によりとられていた生活の規則を完全に変えたのである。更に、Shuruk氏は、自分が厳格正統主義のユダヤ教の「ルバビッチ派」の運動に属していることを否定しなかったが、申立人らの意見によれば、同運動は、伝統的なユダヤ教ハシド派の「神秘的で禁欲的な運動」であり、その構成員は、熱心な布教活動を行っていた。また、Shuruk氏は、例えば女性に髪の毛を隠すことを要求し、3歳になると子に、「Heder」宗教学校へ行かせることを要求する等、妻や子に過激な生活を課そうとしたことは否定しなかった。これに関連して、第一申立人は、彼女は、自分の息子をそのルーツから切り離す意図はなかったと説明した。2006年以来、子は、週一日、市立の宗教的ではない保育園に通うとともに、国が認可した市立のユダヤ教の託児所に通った。そこでは、ヴォー州の学校のカリキュラムに加えて、ユダヤ教の基本原則が教えられた。

116 最後に、申立人らは、子の保護には、要請された国の当局が、命じられた返還が執行される前に必要なあらゆる予防措置をとっていることを必要とする主張した。申立人らは、2008年2月15日の政府の見解からは、2007年8月16日の連邦裁判所の判決には、その執行のための準備が含まれていなかったことが特に明かであったと述べた。

117 これらの理由により、申立人らは、イスラエルへの子の返還は、条約第8条により保護されている、家庭生活の尊重に関する権利の行使により、民主的社会において、正当化されない干渉となると結論付けた。

(β)政府

118 政府は、イスラエルへの返還は、第一申立人に彼女が満足できない何らかの不都合を生じさせるかもしれないが、そのような問題はハーグ条約制度に固有のものであり、そのメカニズムを機能不能にするものではないと述べた。政府の意見では、返還がハーグ条約により想定されている返還に固有の干渉を上回る人権侵害を伴う場合にのみ、返還が条約と両立しないと宣告せざるを得ないのであり、そのような状況は、ハーグ条約第20条により想定されていたも

のである。政府は、ハーグ条約を空文にしないのであれば、子の返還についての例外は、限定的に解されなければならないとの見解であった。

119 更に政府は、Maumousseau 及び Washington 対フランス (no. 39388/05, ECHR 2007-XIII) 事件の当裁判所の判決に依拠した。同事件判決では、当裁判所は、ハーグ条約の目的は、「奪取する」親が、その者に有利となる時間の経過によって、その者が最終的に生み出した事実上の状態を正当化することに成功することを阻止することであると述べた。その事件では、国家当局は、特に、母親は、彼女が維持していたものとは反対に、子の常居所があった国へ、そこで彼女の権利を主張するために子に同行することも可能であったと強調した。母親が問題の国の領域へ無制限の立ち入りがあり、当該国の管轄裁判所に訴訟を提起することができたことから、その要素は当裁判所によって決定的なものとなされた。

120 政府の意見では、反対意見において提起され、照会要請において申立人らにより強調された主張は、連邦裁判所及び小法廷による決定の実体部分に問題を投げかけることはできなかった。ハーグ条約の文脈では、第二申立人がイスラエルへ返還する場合、第一申立人が、第二申立人に同行することを妨げるほど第一申立人がローザンヌに社会的に統合されていたという事実は、推論され得なかった。彼女はイスラエルに 6 年間住んでいたことから、確実にイスラエルに社会的ネットワークを持っているであろう。その関係では、政府は、専門家 B 博士の報告書に従って、彼女は、家族とイスラエルで休日を過ごした後でイスラエルに定住することを決めたことを強調した。

121 刑事制裁が課される危険に関しては、政府は、反対意見又は申立人らの照会要請からは、新たなものは何もないという見解であった。政府は、それが、子の父親により後見部に転送されたイスラエル中央当局からの文書に由来するものであること、及び、イスラエルの刑法の下では、子の奪取については留置刑が課される可能性があることを認めた。しかし、イスラエルの国家検察庁が出しているガイドラインは、警察がそのような事件を取り扱っている時には、警察は、ハーグ条約の適用を担当するイスラエル中央当局に移管し、かかる当局は、事件に適用される解決策について勧告を行うことを定めている。この関連で、政府は、関連のガイドラインに従って、刑事訴訟は、極めて例外的な場合にのみ提起されるべきであると述べた。イスラエル中央当局は、本件においては、第一申立人が、イスラエル当局に協力し、テルアビブ家庭裁判所によって父親に付与された接触権を尊重する用意があることを証明し、かつ、彼女が子

と共に再度行方不明にならないのであれば、刑事訴訟を終了させるようイスラエル警察に指示することを検討すると表明した（2009年8月14日の政府の見解に添付されている2007年4月30日の文書を参照）。これに関連して、政府は、ハーグ条約システムは、同条約の締約国間の相互信頼に基づいたものであり、ある国がその約束を遵守しなかった場合、他の国も想定されているようには当該国と協力しなくなるという危険が生じることになるとの意見であった。このため、政府は、当該文書における約束の信頼性に疑問を投げかける余地はなく、第一申立人が刑事制裁を課される危険はないという小法廷の意見に賛成した（小法廷判決§90を参照）。

122 更に政府は、国内手続を通じて、第一申立人は、彼女が返還した場合に直面すると主張する司法上の結果に関するわずかでも確固とした証拠を提示していないと述べた。反対に、治安判事の前での2006年8月29日の審理において、彼女は、イスラエルへ戻ることを考えたこともなく、また、同国へ戻った場合にどのようなリスクを個人的に負うことになるか知らないと言ったのである。

123 最後に、第二申立人の父親が、扶養義務の不履行に陥っていたという事実は、第一申立人がイスラエルへ返還するという合理的な期待を排除するには不十分なものであった。政府の意見においては、厳格に子の最善の利益の観点から、子にとっては、父親を知らないで成長するよりも、父親が扶養手当を支払わないとしても、父親との接触を持ちながら成長する方が望ましいことは疑いない。

124 反対意見において表明され、照会要請において申立人らにより強調された恐れ、即ち、まず、第一申立人側が息子の宗教教育へ影響を及ぼす試みはほぼ確実に成功する見込みはなく、第二に、小法廷は、場合によっては、欧州で適用されているものと家族法の原則が大幅に異なっている法制度に対し、抽象的に、信頼を置いたことに対し、政府は、ハーグ条約に関する説明報告書に言及したが、それによれば、条約が起草されていた時、考慮された懸念の一つが、同条約に従って行われた決定が、「特定文化、社会的、その他の態度で、それ自体が特定の民族的コミュニティに由来するものを」表すことになり、従って、基本的に、「子が最近連れ去れた民族的コミュニティに対し彼ら自身の主観的価値判断」を押しつける危険を避ける、ということであった（報告書段落22）。更に、子の宗教教育に関する意見の不一致がある場合、親権を付与する裁判所は、子の最善の利益に従って決定することになる。事件を取り扱うイスラエルの裁判所が、宗教的な裁判所であるか非宗教的な裁判所であるかとは無関係に、裁判所が、監護に責任があるソーシャルワーカーの勧告に従い、第二申立人の父親の行動が、その宗教的考え方に関

係していたにもかかわらず、当該父親に多くの制限を課したことは注目に値する。このように、こうした裁判所が、「事件の宗教的関係」を理由としては、適切に機能しないという結論を出す理由はなかった。

125 政府は、更に、申立人らがイスラエルを去る前は、その家族の状況は、テルアビブの福祉事務所及びテルアビブ家庭裁判所によって厳しく監視されており、同裁判所は、特に、子の父親が、第一申立人のアパート及び子の保育園への接近、そして、精神的ハラスメントを含むあらゆる方法であらゆる場所において第一申立人に迷惑をかけるかハラスメントを行うこと、第一申立人が住んでいたアパートを使うこと、あるいは、武器を携行若しくは所持することを禁じたと述べた。政府は、父親が、こうした措置を守ったことは争われなかったことを指摘した（治安判事に提出した 2006 年 8 月 29 日の審理の記録を参照）。

126 また、イスラエル中央当局から州裁判所への文書からは、1991 年のイスラエルの家庭内暴力防止法が、家庭内での暴力の申立がある場合の保護措置について定めていることは明かである（2009 年 8 月 14 日の政府の意見書の附属書 6 にある 2007 年 3 月 12 日の文書を参照）。第一申立人の息子との出発の前にとられたイスラエル当局の行為及び措置は、同法の規定が効果的に適用されたことを示している。そのような状況において、また、イスラエル当局によりとられた措置に鑑みて、政府は、第二申立人の父親の行為が、ハーグ条約第 13 条(b)にいう意味における危険を構成しないとの見解であった。

127 最後に、申立人らのスイスでの長引いた滞在は、ハーグ条約に基づくその期間の障害にはなり得なかった。政府は、この関係では、小法廷の判決を拠り所として、第二申立人の若い年齢に鑑みれば、特に、彼は、関連規定の意味における如何なる危険な状態にも置かれたいとの見解をとっていた。

128 申立人らが 2007 年 8 月 16 日の連邦裁判所の判決を、執行のための準備が含まれていないとして批判していた点に関しては、政府は、連邦裁判所の判決の執行は、州当局の問題だとの意見であった。政府は、本件における管轄当局は、第一審の決定を行ったローザンヌ地方治安判事であったと説明した。2007 年 8 月 20 日、子の父親は、その代理人を通じて、当該当局に対し、連邦裁判所の決定に従った Noam の出発を取り計らうための業務を担当する当該子の臨時の後見人を任命するよう申し立てた。本件における執行停止を表明した 2007 年 9 月 27 日の当裁判所の決定を受けて、父親は、2007 年 10 月 1 日にその要求を取り下げた。当面は、子の返還の取り計ら

いについて未だ決定されなかった理由があった。更に、政府は、連邦裁判所が、その 2007 年 8 月 16 日の判決において、母親が子に同行することを想定できるという前提で子の返還を命じていたと述べた。それに加えて、返還を取り計らう一義的な責任は第一申立人であったが、同人自身が、息子を奪取することによって、そもそも本件紛争を生み出した者であった。しかし、政府は、第一申立人が、イスラエルへの返還の具体的な点に関連して現実的な恐怖を表明した場合、管轄当局は、救済措置を提供できる措置を検討することもできたと考えていた。更に、子の返還の取り計らいは、裁判所により示された暫定措置を理由としてスイス当局には更に検討されなかった。

129 政府は、滞在国に 4 年以上滞在した後では、最早、ハーグ条約にいう意味における「迅速な返還」を語ることはできないことは明かであったという見解を表明した。更に、連邦裁判所の判決時点においては、時間の経過を無視することを正当化できたことは本当であったが、現時点においては、それは最早当てはまらなかった。言い換えれば、政府の意見は、返還の執行についての管轄当局には、返還が申立人らの権利を侵害することなく実施し得る条件を吟味する権利と義務がある、というものであった。

130 以上に鑑みて、政府は、本件においては、ハーグ条約第 13 条 (b) の条件が明らかに満たされていないこと、及び、第一申立人にとっては難しい結果を伴うものであったとしても、関係する利益の均衡は、当該規定、及び、本条約第 8 条第 2 項の要件と整合的であったことを確信した。

(iii) 当裁判所の評価

(a) 一般原則

131 本条約は、真空中で解釈することはできないが、国際法の一般原則と調和して解釈されなければならない。1969 年の条約法に関するウィーン条約第 31 条第 3 項(c)に示されている通り、「当事国間の関係において適用される国際法の関連規則」、特に、国際的な人権保護に関する規則が考慮されるべきである (Golder 対 the United Kingdom 事件 1975 年 2 月 21 日 § 29, Series A no. 18; Streletz, Kessler 及び Krenz Germany 事件[GC], nos. 34044/96, 35532/97 及び 44801/98, § 90, ECHR 2001-II; 及び Al-Adsani 対 the United Kingdom 事件[GC], no. 35763/97, § 55, ECHR 2001-XI 参照)。

132 従って、国際的な子の奪取の問題では、第 8 条が締約国に課す義務は、特に、1980 年 10 月 25 日の国際的な子の奪取の民事上の

側面に関するハーグ条約 (Iglesias Gil 及び A.U.I.対 Spain 事件、no. 56673/00, § 51, ECHR 2003-V, 及び Ignaccolo-Zenide 対 Romania 事件 no. 31679/96, § 95, ECHR 2000-I 参照) 及び、1989年11月20日の児童の権利に関する条約 (上記段落 72 で引用した Maire を参照) を考慮して解釈されなければならない。裁判所は、例えば、6 週間を超えて何もしない場合、遅延の理由の陳述書の要請を生じさせ得ることから、司法当局又は行政当局が、子の返還の申立てを受け取ってから、迅速かつ勤勉に行為したかどうかを検討する際、多くの機会にハーグ条約の規定、特に、第 11 条の規定を取り上げている (条文の文言については、上記段落 57 参照、また、申立ての例としては、Carlson 対 Switzerland 事件 no. 49492/06, § 76, ECHR 2008- (略) ;上記段落 102 で引用されている Ignaccolo-Zenide;上記段落 82 で引用されている Monory 及び上記段落 94 で引用されている Bianchi を参照)。

133 しかし、当裁判所は、本条約第 19 条に本条約の「締約国が行った約束の遵守を確保するために」と規定されているように、個々の人の保護及びそれ自身のミッションのための欧州の公共の秩序 (ordre public) の法的文書としての本条約の特別の性質にも留意しなければならない (特に、Loizidou Turkey 事件 (先決的抗弁) 1995年3月23日 § 93, Series A no. 310 を参照)。その理由から、当裁判所は、国内裁判所による訴訟を審査すること、特に、国内裁判所が、ハーグ条約の規定を適用及び解釈する際に、本条約の保障、特に第 8 条の保障を確実なものとしているかどうかを確認する能力がある (その趣旨に関しては、上記段落 92 で引用した Bianchi 及び、上記段落 73 で引用した Carlson を参照)。

134 この分野では、決定的な問題は、「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」と定めているハーグ条約の前文から正に明らかにであるように、子の最善の利益が主として考慮されるべきものでなければならないことに留意して (この点に関しては、Gnahore 対 France 事件、no. 40031/98, § 59, ECHR 2000-IX を参照)、問題となっている競合する利益—子の利益、両親の利益、及び、公共の秩序の利益—の間の公正なバランスが、かかる問題において国家に与えられている判断の範囲内でとれているかどうかである。子の最善の利益は、その性質及び深刻度によるが、両親の利益を凌駕することもある (Sahin 対 Germany 事件[GC], no. 30943/96, § 66, ECHR 2003-VIII 参照)。親の利益、特に、子と通常の接触を持つことは、問題となっている様々な利益のバランスをとる際の一要素である (同上、及び、Haase 対 Germany 事件 no. 11057/02, § 89, ECHR 2004-III (抜粋)、又は Kutzner 対 Germany 事件 no. 46544/99, § 58, ECHR 2002-I、及び、言及されている多数の先例も参照)。

135 当裁判所は、子に関する全ての決定において、子の最善の利益が最も重要であるという考え方を支持する一国際法におけるものを含め一現在広い同意があると指摘している（上記段落 49～56 の多くの引用、及び、特に、欧州連合基本権憲章第 24 条第 2 項を参照）。例えば、同憲章において示されているように「あらゆる子は、その利益に反しない限り、両親との人的関係及び直接の接触を定期的に維持する権利を有する。」

136 子の利益には二つの部分がある。一方では、家族が特に不適切であることが証明されている場合を除き、子の家族との絆は維持されなければならないことが命じられている。家族との絆は、極めて例外的な状況においてのみ切り離すことができるものであり、人間的関係を保全するため、また、適切な場合には、家族を「再建」するためにあらゆることが行われなければならない（上記段落 59 で引用されている *Gnahoré* 参照）。他方では、子の利益のために健全な環境での子の成長を確保すること、また、親は、第 8 条に基づいて、子の健康及び成長を害するような措置をとることはできないことは明らかである（特に、*Elsholz 対 Germany* 事件[GC], no. 25735/94, § 50, ECHR 2000-VIII, 及び *Maršálek 対 the Czech Republic* 事件, no. 8153/04, § 71, 2006 年 4 月 4 日参照）。

137 同じ精神はハーグ条約においても固有のものであり、同条約は、子の返還によって子が心身に害悪を受け、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ない限り、原則として、奪取された子の速やかな返還を義務づけている（第 13 条(b)）。言い換えれば、子の最善の利益の概念は、ハーグ条約の基本的な原則でもある。更に、いくつかの国内裁判所は、その概念を、同条約第 13 条(b)の「重大な危険」という用語の適用に明示的に組み込んでいる（上記段落 58～64 参照）。以上に鑑み、当裁判所は、第 13 条は、本条約と整合的に解釈されるべきであると考えます。

138 それは、ハーグ条約が適用されている際に子の返還を自動的又は機械的に命じることができないというのは、第 8 条に由来する。人としての発展という観点からの子の最善の利益は、特に、子の年齢及び成熟度、親の存在、不存在、並びに環境及び経験等、様々な個別の状況によって異なってくる（上記段落 52 の UNHCR ガイドライン参照）。その理由により、最善の利益は、個々のケースにおいて判断されなければならない。その作業は、一義的には、関係者と直接接触するというメリットがあることが多い国内当局が行うべきである。その目的のために、国内当局は、一定の評価の余地を享受しているが、それは、引き続き、ヨーロッパの国際的な統制に服するものであり、そのために当裁判所は、条約に基づき、かかる当局

が、その権限の行使により行った決定を審査するのである（例えば、Hokkanen 対 Finland 事件 1994 年 9 月 23 日 § 55, Series A no. 299-A, 及び上記段落 65～66 で引用されている Kutzner 参照。また Tiemann 対 France 及び Germany 事件(dec.), nos. 47457/99 and 47458/99, ECHR 2000-IV; 上記段落 92 で引用されている Bianchi 及び上記段落 69 で引用されている Carlson 参照）。

139 また、当裁判所は、国内裁判所により争われている措置の採択につながる意思決定過程が公正なものであり、関係者がそれぞれの主張を十分に提示できるものであることを確保しなければならない（上記引用の Tiemann 及び、Eskinazi 及び Chelouche 対 Turkey (dec.), no. 14600/05, ECHR 2005-XIII（抜粋）参照）。このために、当裁判所は、国内裁判所が、奪取された子の元の国への返還の申立てとの関係で、当該子にとっての最善の解決策は何かを判断することを常に念頭において、家族の状況全体、及び、あらゆる要素、特に、事実関係、感情的、心理的、物質的及び医学的性質の要素の徹底的な調査を行ったかどうか、それぞれの人の利益についてのバランスのとれた合理的な評価を行ったかどうかを確認しなければならない（上記段落 74 で引用されている Maumousseau 及び Washington を参照）。

140 当裁判所には、子の返還の執行の条件が本条約第 8 条に適合しているかどうかという問題を検討する機会が既にあった。当裁判所は、Maumousseau 及び Washington 事件（上記 §83 で引用）においてその問題についての各国の義務を確定した。

「当裁判所は、第 8 条の本質的な目的が、公的機関による恣意的な干渉から個人を守ることであり、それに加えて、家庭生活の効果的な「尊重」に固有の積極的な義務がある。積極的な措置をとる国の義務については、第 8 条には、親—本件の場合父親—がその子と再会するための措置の権利、及び、そのような措置をとる国家当局の義務が含まれている（例えば、上記段落 94 で引用されている Ignaccolo-Zenide を参照）。しかし、親のその子との再会は、直ちに実現できない場合があり、また、準備を要することがあるため、この義務は絶対的なものではない。そのような準備の性質及び程度は、それぞれの場合の事情により異なるが、関係者全員の理解と協力が常に重要である。また、主に、子と一緒に住んでいる親が、子の速やかな返還を命じる決定に従うことを拒否した結果として困難が生じた場合、適切な当局は、この協力の欠如について適切な制裁を課すべきである。子に対する威圧的な措置は、このような注意を要する分野においては望ましくないが、制裁の使用は、子と一緒に住んでいる親による明白な違法行為の場合には排除すべきではない（上記段落 76 で引用されている Maire 参照）。最後に、この種の事件の場合、措置の妥当性は、その実施の迅速性により判断されることになる。最終的な決定の執行を含む親としての責任の付与に関する訴訟は、時間の経過によって、子と一緒に住んでいない親の間の関係に是正不可能な結果をもたらす可能性があるため、迅速な取扱いが必要である。ハーグ条約は、連れ去れたか

不法に留置された子の迅速な返還を保証するための、締約国による幅広い措置を定めていることから、この事実を認めている。ハーグ条約第 1 条は、関係する司法又は行政当局が、子の返還を保証するために迅速に行動することを義務づけており、6 週間を超えて行為しない場合、説明要求を生じさせることになる（上記§74 に引用されている *Maire* 参照）。」

(β) これらの原則の本案への適用

141 子がイスラエルへ返還した場合に、ハーグ条約第 13 条にいう意味における精神的な害悪に晒される重大な危険があるかどうかを吟味する管轄当局の代わりをすることは当裁判所の職務ではない。しかし、当裁判所は、国内裁判所が、同条約の規定を適用及び解釈する際に、本条約第 8 条に定められている保障を确实なものとしているか、特に、子の最善の利益を考慮しているかどうかを確認する能力がある。

142 当裁判所は、事件を審理する国内裁判所が、適切な結果については、一致していなかったことを指摘する。2006 年 8 月 29 日に、ローザンヌ地区治安判事は、ハーグ条約第 13 条(b)が本件に適用されると認定し、父親による子の返還の申立てを却下した（上記段落 36 参照）。2007 年 5 月 22 日、その決定は、ヴォー州の州裁判所の後見部により事実上確認された（上記段落 41 参照）。しかし、2007 年 8 月 16 日、連邦裁判所は、父親の申立てを認め、Noam の返還を命じた。同裁判所の意見では、州裁判所の判決は、母親の子とのイスラエルへの返還という連邦裁判所に受け入れ可能な状態における害悪の重大な危険、又は、耐え難い状況の証拠を提示することを怠ったのである。最後に、2009 年 6 月 29 日の暫定的措置命令において、ローザンヌ地方裁判所の裁判長は、Noam は母親のローザンヌの住所に住むべきであると決定し、父親のその息子についての接触権を停止し、独占的な親権を母親に付与した。同裁判長は、特に、父親及びその代理人のいずれも、同裁判所の公判には出廷せず、このため、父親は事件への関心を失ったと認定したと述べた（上記段落 47 参照）。

143 更に、いくつかの専門家の報告書は、子がイスラエルに返還した場合、子に危険があると結論付けた。B 博士により 2007 年 4 月 16 日に提出された最初の報告書において、子の母親とのイスラエルへの返還は、子を精神的な被害を負う危険に晒すことになるが、その強度は、その返還の状況、特に、母親を待つ状況及びその子への影響の可能性を確認することなしには評価できないと述べられた。母親を伴わない子の返還については、それも子を重大な精神的被害に遭う危険に晒すことになる（上記段落 37 参照）。M.A 博士により

2009年2月23日付に起案された二番目の報告書は、母親を伴わない Noam の突然のイスラエルへの返還は、子に大きなトラウマと深刻な精神的混乱をもたらすという結論を出した（上記段落 46 参照）。

144 このように、国内裁判所及び専門家の意見では、如何なる場合であれ、Noam の返還は、母親と一緒にである場合にのみ想定することができた。子の返還を命じた唯一の国内裁判所である連邦裁判所ですら、母親のイスラエルへの返還の拒否を客観的に正当化する理由がないことから、彼女は、子と一緒にイスラエルへ戻ることを合理的に期待することができるという考えに基づいてその決定を行ったのである。従って、この結論が、第 8 条と整合的であるか否か、即ち、母親は、子と一緒にイスラエルに戻る可能性を排除しているように思われるものの、母親が同行しての子の強制的な返還が、申立人らそれぞれの家庭生活の尊重についての権利のバランスのとれた干渉であるかどうか判断されなければならない。

145 この点に関する疑問は、正当化されるように思われる場合もあるかも知れないが、当裁判所は、本件においては、問題とされている措置は、そのような問題についての各国の当局に与えられている評価の余地の範囲内にあることを受け入れる用意がある。しかしながら、第 8 条が守られているか否かを評価するためには、子の返還を命じた連邦裁判所の判決以来生じた展開を考慮することも必要である（Sylvester 対 Austria 事件 nos. 36812/97 及び 40104/98, 2003 年 4 月 24 日を参照）。従って、当裁判所は、係争中の措置の執行時に、自らを位置づけなければならない（Maslov 対 Austria 事件[GC], no. 1638/03, § 91, ECHR 2008—参照）。かかる措置が、子の奪取の一定の期間後に執行される場合、それは、特に、そのような状況に対するハーグ条約の意義を害しかねない。ハーグ条約は、本質的には、訴訟的性格の文書であり、客観的な基準に基づいて個人を保護する人権条約ではない。更に、ハーグ条約第 12 条第 2 段落に基づき、第一段落に規定する 1 年が経過した後には事件の提起を受けた司法又は行政当局は、子の返還を命じなければならないが、子が新たな環境に適応していることが証明された場合は、この限りではない（その趣旨に関しては Koons 対 Italy 事件, no. 68183/01, §§ 51 以下 2008 年 9 月 30 日参照）。

146 当裁判所は、この点に関する指針は、外国人の国外退去に関する判例法に準じたものであり（上記段落 71 で引用されている Maslov、及び Emre 対 Switzerland 事件 no. 42034/04, § 68, 2008 年 5 月 22 日参照）、それによれば、滞在国に適応している子に関する国外退去措置の均衡性を評価するためには、当該子の最善の利益及び福祉、また、特に、目的国で遭遇する可能性がある困難の深刻度、並

びに、滞在国、目的国両方との社会的、文化的及び家族的紐帯の強さを考慮することが必要である。国外退去を命じられた人に同行する家族のメンバーが目的国で遭遇し得る困難の深刻度も考慮されなければならない（Uner 対 the Netherlands 事件[GC], no. 46410/99, § 57, ECHR 2006-XII 参照）。

147 Noam に関しては、当裁判所は、同人がスイス国籍を持っていること、及び、2005年6月、2歳の時にスイスに到着したことに留意する。彼はそれ以降継続してそこに住んでいるのである。申立人らの意見書では、彼は、十分に適応しており、2006年には、市立の非宗教的な保育園、及び、国が承認している民間のユダヤ系の託児所へ通い始めた。彼は今では、スイスで学校に通い、フランス語を話している（2009年6月29日の暫定措置命令、上記段落47参照）。彼は、まだ一定の適応能力がある年齢ではあるが、彼の慣れ親しんだ環境から、再度引き離されるという事実は、おそらく、彼に深刻な影響をもたらし、医学診断書において示されているように、一人で戻った場合は特にそうである。従って、彼のイスラエルへの返還は、有益とみなすことができない。

148 従って、第二申立人の強制的な返還がその心にもたらすおそれがある重大な混乱は、それから得られる利益と比較されなければならない。この関係では、地方裁判所が述べたように、奪取の前にすらイスラエルの裁判所によって、テルアビブの接触センターでの福祉事務所の監督下での週2回のみ子に会うことを許可するという父親の接触権に課せられている制限は注目に値する（上記段落47参照）。更に、申立人らは、Noamの父親は、2005年11月1日に再婚し、わずか数ヶ月後に、新しい妻が妊娠中に離婚したと述べているが、これは、政府によっては、反証されていない。次に彼は3度目の結婚をした。2008年に新しい訴訟が彼に対し提起されたが、この時は、二番目の妻からで、彼の娘についての扶養手当の不払いについてのものであった。当裁判所は、そのような状況は、それが立証されたと推定すると、子の福祉及び成長に資することになることを疑問とする。

149 母親の返還により彼女に生じる問題については、彼女は、刑事制裁の危険に晒される可能性があるが、その程度については、未確定のままである。裁判所に対し、申立人らは、2007年4月30日のイスラエル中央当局からの文書に言及しているが、同文書では、第一申立人がイスラエル当局によって訴追されない可能性は、彼女の行動に関するいくつかの条件如何であることが示されている（上記段落40参照）。これらの状況において、懲役刑を伴う可能性がある、かかる刑事訴訟きは、完全には排除することができない（Paradis 他

対 Germany 事件(dec.), no. 4783/03, 2003 年 5 月 15 日と対比)。第一申立人は、子と関係があるおそらく唯一の人間であり、そのようなシナリオが、子の最善の利益にはならないことは明かである。

150 従って、母親のイスラエルへの返還の拒否は全く正当化されないようには思われない。スイス国籍を持っているのであるから、彼女はスイスに留まる権利がある。彼女がイスラエルへ戻ることに同意したと仮定したとしても、彼女に対する刑事訴訟が行われ、その後収監された場合に、誰が子を監護するかという問題がある。父親が監護する能力は、彼の過去の行動及び財源が限られていることから、疑問となり得る。彼は、子だけと生活したことがなく、また、子の出国以来、子に会っていない。

151 結論として、及び、上記の全てを考慮して、特に、2009 年 6 月 29 日の暫定措置命令に具体的に示されている申立人らの状況のその後の展開に鑑み、当裁判所は、子がイスラエルへ戻ることは子の最善の利益になると確信していない。母親については、彼女は、息子とイスラエルへ戻ることを強制された場合、彼女の家庭の尊重を受ける権利に不当な干渉を受けることになる。その結果、第二申立人のイスラエルへの返還を命じる決定が執行されることになった場合、両方の申立人について、本条約第 8 条の違反が生じることになる。

III. 本条約第 6 条第 1 項の違反の疑い

152 小法廷は、本条約第 6 条第 1 項に基づく訴えは、第 8 条に基づく訴えの不可欠な点の一つを構成するものとみなされるべきであり、この主張を独立して審査することは必要ないと認定した（小法廷判決§104 参照）。

153 大法廷は、その認定を確認することを適切とみなし、また、更に、それは両当事者によっては大法廷において争われていないことを認める。

IV. 本条約第 41 条の適用

154 本条約第 41 条は、次の通り定めている。

「裁判所が本条約又は議定書の違反を認定し、かつ、当該締約国の国内法では部分的賠償がなされることしか認められない場合には、裁判所は、必要な場合、被害当事者に公正な満足を与えなければならない。」

A. 損害

155 申立人らは、金銭的損害については一切の請求を提出していない。申立人らは、第 8 条違反の認定により、申立人らが被った非金銭的損害に対する十分な救済が行われることになるという意見であった。

156 裁判所は、申立人らの意見を共有し、あらゆる損害について一切の金額の裁定が行われるべきではないと判断する。

B. 費用及び経費

157 費用及び経費に関しては、申立人らは、次のように計算された総額 53,625 ユーロを請求した。18,158.81 ユーロは国内訴訟について、13,112.92 ユーロは小法廷での訴訟のため、及び 22,353.27 ユーロは大法廷での訴訟のためである。

158 政府は、小法廷から付託された質問は、当初の申立の一部のみに関するものであることを指摘した。従って、政府は、当裁判所が、申立人らの権利の侵害を認定するならば、本件では約 6,667 ユーロに相当する総額 10,000 スイスフラン(CHF) が、国内裁判所及び小法廷での訴訟により生じた費用及び経費として適切であるとの見解であった。大法廷での訴訟に関しては、政府は、7,000 スイスフラン(約 4,667 ユーロ)が適切な金額であるとの意見であった。

159 当裁判所は、条約違反があったと認定したならば、申立人による当該違反の防止又は是正のために国内裁判所において負担した費用及び経費を申立人に付与することができることを強調する (Zimmermann 及び Steiner 対 Switzerland 事件 1983 年 7 月 13 日 § 36, Series A no. 66, 及び Hertel 対 Switzerland 事件 1998 年 8 月 25 日 § 63, Reports 1998-VI 参照)。更に、そのような費用及び経費は、実際にやむを得ず負担したものでなければならず、また、損害との関係で合理的なものでなければならぬ (Bottazzi 対 Italy 事件[GC], no. 34884/97, § 30, ECHR 1999-V, 及び Linnekogel 対 Switzerland 事件 no. 43874/98, § 49, 2005 年 3 月 1 日)。

160 以上に鑑み、当裁判所は、本件における第 8 条に基づく唯一の訴えにより、条約違反が認定されることを指摘する。申立ての残りの部分は、認められない。また、申立人らの請求は、裁判所規則第 60 条第 2 項の全ての要件を満たす上で十分な裏付けがある。いず

れにせよ、かかる請求は、特に大法廷における訴訟のために請求される金額としては必要以上であるように思われる。Noam の奪取は、国内裁判所及び小法廷により既に詳細に検討されており、当裁判所は、大法廷での訴訟、及び、特に、2009年10月7日の公判が総費用21,456ユーロでの5人の代理人の支援を必要としたことに納得していない。

161 当裁判所が所持している資料及び、判例法において発展してきた基準に鑑み、当裁判所は、費用及び経費として、申立人らに総額15,000ユーロの裁定額、及び、係る裁定額について申立人らが支払うことを要する税金の金額を加えた額を与える。

C. 延滞利息

162 当裁判所は、延滞利息は、欧州中央銀行の限界貸付金利に基づくものとし、それに3%を上乗せしたものとすることが適切と考える。

以上の理由により、当裁判所は、

1. 2007年8月16日の連邦裁判所の判決の執行の場合には、両申立人について条約第8条の違反が生じることになると16対1票で判示し、
2. 第6条に基づく申立人らの訴えは独立して検討する必要がないことを全員一致で判示し、
3.
 - (a) 被申立人である国は、費用及び経費として3ヶ月以内に15,000ユーロ（かかる金額は、清算日に適用があるレートでスイスフランに兌換する。）、及び、かかる金額について申立人らに請求されるあらゆる税金を加えた金額を、申立人らに共同で支払うこと、
 - (b) 上記の3ヶ月間の満了から、清算までには、不履行期間中の欧州中央銀行の限界貸出金利と等しい利率に3%上乗せした利率で単純利息が支払われることを全員一致で判示し、
4. 申立人らの正当な満足のための訴えの残りは、全員一致で棄却する。

2010 年 7 月 6 日に、ストラスブルグの人権ビルにおける公判において英語及びフランス語で作成され交付された。

Vincent Berger 人権裁判所書記局高等法律顧問官

Jean-Paul Costa 裁判長

本条約第 45 条第 2 項及び裁判所規則第 74 条第 2 項に従って、次の個別意見がこの判決に添付されている。

- (a) Lorenzen 判事による同意意見、Kalaydjieva 判事が参加
- (b) Cabral Barreto 判事による同意意見
- (c) Malinverni 判事による同意意見
- (d) Jočienė, Sajó 及び Tsotsoria 判事の共同個別意見
- (e) Zupančič 判事の反対意見

J.-P.C.

V.B.

KALAYDJIEVA 判事参加による LORENZEN 判事の同意意見

当職は、2007年8月16日の連邦裁判所の判決が執行された場合に違反を認定する多数に賛成票を投じ、また、違反を認定するための理由の一部も支持した。しかしながら、当職自身の考えについて、特に、判決において述べられているものと当職の意見が異なる一つの点について、若干のコメントを追加したい。

まず、当職は、ハーグ条約が本件に適用されること、及び、申立人は、イスラエルの裁判所からの必要な許可なしにその子をスイスへ連れてきたことから同条約にいう「不法に」行為したことについては多数意見に完全に同意していることを明確にしたい。従って、本件を評価するための明確な出発点は、ハーグ条約第13条の子を返還すべきではない条件が満たされていない限り、同条約第12条に従って、子はイスラエルへ返還されるべきであるというものである。また、当職は、返還する場合、子が、同条の意味における精神的な害悪に晒される重大な危険があるかどうかを吟味する管轄当局の代わりにすることは当裁判所の職務ではないという判決段落141に言われていることにも同意する。国内裁判所は、関係者に直接接触できるという利点があり、そのような評価を行う上で良い位置にあり、また、合理的な評価の余地を与えられなければならない。しかしながら、ハーグ条約の適用が、欧州人権条約第8条の保障を尊重していたかどうかを確認するのは当裁判所である。

本件においては、母親が伴わない第二申立人のイスラエルへの返還が、精神的な害悪の重大な危険に同人を晒すことになることは争われていない。これは、本件に関係したスイスの全ての裁判所、及び子の父親にすら認められた。被申立人の政府も、この認定には同意した。従って、当裁判所は、私見では、更に吟味することなく、それを立証された事実とみなすことができる。

しかしながら、連邦裁判所の判決は、「[第一申立人は]子と一緒に[イスラエル]へ戻ることが合理的に期待できる」という推定に基づいたものである。同様に、小法廷は、「イスラエルへの返還は、母親については想定する[ことができる]かどうか検討することが必要であると認定し、彼女は[イスラエルに住むことができない他の理由を出していないことから、(略)彼女は同国へ返還することが合理的に期待[できた]」と結論付けた(小法廷判決段落88)。

私は、これらの認定には反対であり、多数意見は、次の理由からこれらの認定を納得のいくように取り扱っているとは思われない。

ハーグ条約は、子の不法な連れ去りを取り扱っており、締約国が当該子を、連れ去れた国への迅速な返還を確保する義務を設けている。それは、親、又は、更に、奪取に責任がある他の人にも、当該国への返還を義務づけているとは解釈することができない。また、そのような義務は、私が知る限り、他のスイス法にもない。ハーグ条約がそのように適用されるならば、実際は、子に他の親へのアクセスがあることが子の最善の利益と考えられるというだけの理由により、ある人があらゆる複雑な事態を伴って、長年にわたり、出身国の外で住んでいることについて「非難」される、ということになる。これは、当職の意見では、条約第 8 条により保証されている、特に、私生活についての尊重を受ける権利、及び、第 4 議定書第 2 条に規定されている移動の自由の保障に反することになる（例えば **Riener 対 Bulgaria** 事件 no. 46343/99, 2006 年 5 月 23 日、及び **Gochev 対 Bulgaria** 事件 no. 34383/03, 2009 年 11 月 26 日を参照）。従って、当職は、本件において決定されたように、ある人が、ある国に住まないもったもなき動機があるかどうかに着目してハーグ条約に基づいて決定が行われることは無関係であり、また、更に、当該者自身のみが、そのような問題を合理的に判断することができるのであるか、そのように決定することは不適切であると思う。この点に関し、イスラエルの家庭裁判所が、2005 年 3 月 27 日の決定において、「彼女は、同国に絆がなかった」と表明しているにもかかわらず、連邦裁判所及び小法廷が、第一申立人がイスラエルへ返還することは合理的に期待できると認定していることは驚くべきことである。

第一申立人が、ハーグ条約の意味において「不法に」行為したという事実は、私見では、子を返還する義務が、同条約に基づき生じるか否かを判断することのみに関係している。この点に関し、彼女は、実際、彼女が直面した状況において彼女に合理的に期待できることをやったということ、即ち、子のイスラエルからの連れ去りの禁止を解くようにイスラエルの裁判所に求めたことは看過されるべきではない。しかしながら、彼女の要求は、彼女の個人的な状況あるいは子の最善の利益について明白な検討なしに却下された。そのような明確な却下の結果に対する彼女の反応は、ハーグ条約に基づき「不法」ではあるものの、理解可能である。

しかしながら、それはそれとして、連邦裁判所の判決は、第一申立人にイスラエルで居住するよう法的義務を課さなかった—課せなかった—というのが同判決についての当職の理解である。従って、同判決は、彼女がスイスを去ることを拒否した場合、彼女本人に対し執行することはできなかったのであり、また、その場合、同判決は、彼女が子に同行するという前提に基づいていたものであることから、同判決を執行することができたかどうか明かではない。他方で、判決の理由のこの部分は、第一申立人に、第二申立人と一緒にイスラエルへ戻ることに對し、道徳的圧力をかける意図のように思われる。私見では、一仮にそうであった場合—一定の状況において、裁判所が、この種の決定を、法に基づくことなく、倫理的な性質の考え方に基づかせることができるというのは少なくとも疑わしい。いずれにせよ、本件においては、連邦裁判所は、子だけの返還はハーグ条約第 13 条に基づき正当化されないという不可避の結論を導き出すことを免れるという残念な効果があった。当職は、連邦裁判所が、同条約の同条を回避するためにこの理由付けに故意に依拠したと示唆するものではない。反対に、当職は、そうではなく、決定はハーグ条約に基づく義務を遵守しようという最善の意図をもって行われたことを確信している。しかしながら、私見では、結果は、第 13 条は適切には評価されず、従って、申立人らの状況のその後の展開如何にかかわらず、2007 年 8 月 16 日の連邦裁判所の判決が執行された場合、欧州人権条約第 8 条違反になることになったのである。

当職は、当職の個別意見の背後にある意図についての誤解を避けるために次の最後の見解を追加したい。この個別意見は、子の奪取との闘いにおける極めて重要な国際条約であるハーグ条約に疑問を投げかけるものと理解することは一切できない。また、当裁判所のこれまでの判例法における同条約の適用を問題とすることは当職の意図するところではない。しかし、第二申立人が、その母親の居住国如何にかかわらず、母親と一緒にいることが同人の最善の利益であることが明確であることは争われていないという本件の事情は独特のものであるというのが私見である。類似の状況において子の返還が命じられた当裁判所における他の事件を覚えていない。従って、この事件において第二申立人の返還を拒否することは、ハーグ条約の通常の適用を一切害することにはならない。

CABRAL BARRETO 判事の同意意見

(翻訳)

第二申立人のイスラエルへの返還を命じる決定が執行された場合、本条約第 8 条に違反することになるという認定に同意するものではないが、当職は、次の意見を追加した。

1. 第二申立人の返還は、同人の特別の状況を考慮することなしに、スイス連邦裁判所又はスイス政府のいずれによっても提唱されなかったものではない。

連邦裁判所は、第二申立人は母親と一緒に返還しなければならないということを常に受け入れ、これを、必須条件とみなしていた。[イスラエルに到着後母親が拘留される] 危険が証明されたと仮定すると、彼女が子と一緒にイスラエルへ戻ることは想定することはできず、従って、母親との分離によって子にもたらされる大きな精神的な害悪に鑑みれば [子] が戻ることは排除される」(段落 44 参照)。

他方、政府は、「返還の執行の管轄当局は、申立人らの権利を侵害することなく、返還が実施できる条件を検討する権利及び義務がある」(段落 129 参照)。

2. 判決は、母親に対する刑事訴訟及びその後の収監の危険を強く強調している(段落 150 参照)。

当職は、皆と同様に、この危険は、返還を想定することを不可能にするものであることを認める。

従って、この危険は除去されなければならず、当職は、管轄権があるイスラエル当局が、スイス当局及び母親に、子の奪取についての訴訟は彼女に対しては提起されないという信頼できる保証を提供すれば、それは可能になると思料する。

3. しかし、当職はそのような状況を未だ見ていない。

私見では、子及び母親の返還、並びに、彼らのイスラエルでの再定住は、彼らの幸福に資する平穏な環境で行われることも必要である。

母親及び子のための適切な住居、及び母親のための適切な雇用等、多くの条件が満たされる必要がある。

また、母親には、特に、親権及び父親の接触権を再検討するための訴訟を提起する権利があるべきである。

4. 最後に、イスラエルは子が生まれ、そのルーツがあるところであり、彼の同国に対する状況は不規則なままになっていることから、子のイスラエルへの不返還は、子の将来にとって有害な影響があるのではないかと心配している。

5. 当職が言及したあらゆる予防措置、一及び、当職が見逃している他の予防措置一を前提として、当職は、申立人の返還は、本条約第8条違反にはならないということを受け入れる用意がある。

6. 当職は、時間の経過が「不法な」状況を「合法的な」状況に変えるには十分であったという部分を受け入れることはできない。

当職は、第一申立人の行為を支持したくなく、また、奪取者に対する法的措置にかかわらず、時間の経過後も存続している子の奪取を、ある程度、正当化したくない。

当職は、1980年10月25日の国際的な子の奪取の民事上の側面に関するハーグ条約を空文にする結果となることを受け入れるものとみなされ得ることには一切反対である。

MALINVERNI 判事の同意意見

(翻訳)

2009年1月8日、当職は、小法廷の判事の多数とともに、Noamのイスラエルへの返還は、第8条違反になるものではないと認定した。今般、当職は、再度多数とともに、第二申立人のイスラエルへの返還を命じる決定が執行されたとしたら、同条に規定されている権利は、両方の申立人について違反になることを支持する。

当職は、本件について別の見方をするようになったのか、以前の立場から離れたのかの理由について若干説明を行う必要がある。その理由は、多くの要素に関係しているが、それらは全て小法廷判決後に生じたものである。

1. ハーグ条約の目的は、奪取する親が、一方的にもたらした不法な状況を、当該親に利する時間の経過により、合法化することに成功することを防ぐことである。しかし、奪取により作られた状況は、時間の経過によって強化されることから、奪取が長くなればなるほど、子の返還を要求することが一層難しくなることは、認められなければならない。

当裁判所が、最近の判決において述べたように、「この種の事件では、措置の適切性は、その実施の迅速性によって判断されることになる。奪取された子の返還に関する訴訟は（略）時間の経過によって、子と、一緒に住んでいない親の間の関係に是正不可能な結果をもたらす可能性があるため、迅速な取扱いが必要である。」¹

従って、言い換えれば、ひとたび、ハーグ条約を適用するための条件がみたされると、それは、不法にもたらされた事実上の状態が法的に固定されることを防ぐために、できるだけ早く原状に戻すという問題である。

これに関連して、ハーグ条約そのものは、その第11条において、関係する司法当局又は行政当局に、子の返還のための訴訟を迅速に行うよう義務づけており、6週間以内に行うことができない場合、理由を明らかにするよう要求する権利が生じることになることに留意すべきである。

¹ Macready 対 the Czech Republic 事件 nos. 4824/06 及び 15512/08, 2010年4月22日（本判決の採択時には、まだ結審していなかった。）

第 12 条に関しては、子が連れ去られ、連れ去りの日から 1 年が経過していない場合、当該当局は、直ちに当該子の返還を命じなければならないことを定めている（第 1 段落）。連れ去りの日から 1 年以上経過したした場合においても、子が新たな環境に適応していることが証明されない限り、当局は、子の返還を命じなければならない（第 2 段落）。

Noam は 2003 年 6 月 10 日に生まれた。彼は、2 歳の誕生日のわずか後の 2005 年 6 月 24 日にスイスに到着した。イスラエル中央当局は、2006 年 5 月 21 日まで彼の居場所を特定することができず、その翌日、イスラエル司法省は、ベルンにある連邦司法省へ子の返還の要請書を送った。

Noam の父親が、子のイスラエルへの返還を確保するために、ローザンヌ地方治安判示に申立てした 2006 年 6 月 8 日に、スイスにおける司法訴訟が始まった。それは、2007 年 8 月 16 日に連邦裁判所により出され、2007 年 9 月 21 日に第一申立人の代理人に送達された判決によって終了した。その判決において、上訴裁判所は、Noam の母親に、2007 年 9 月末より前に子のイスラエルへの返還のための取り計らいを行うよう命じた。

そのとき、子は 4 歳 3 ヶ月であった。彼はスイスで約 2 年間を過ごしており、これは、イスラエルにいたときとほぼ同じ期間である。

当裁判所の小法廷は、2009 年 1 月 8 日に判決を下し、大法廷の判決は 2010 年 6 月 2 日に採択された。

Noam は今 7 歳である。彼はイスラエルでその人生の 2 年間を過ごしスイスで 5 年間過ごした。

当職は、これだけ長い時間が経過した後、原状の回復は、単純に最早想定することが不可能であるという意見である。

2. 小法廷は、母親が息子と一緒にイスラエルへ戻るが必要になり得るということを受け入れた。彼女はイスラエルに 6 年間住み、彼女はそこに一定の社会的な関係を未だもっていることができた。彼女がイスラエルへ返還した場合に、禁固刑が言い渡される危険に関しては、小法廷は、イスラエル当局による保証を信頼した。しかし、そのような当局による刑事制裁の放棄は、第一

申立人の行動に関する多数の条件に依存することになる。従って、2007年4月30日のイスラエル中央当局からの文書に、第一申立人は、刑事制裁に直面しないという確定的な保証が含まれていることを当然視することはできない。彼女に対する刑事訴訟が行われ、その後収監された場合に、次に誰が子を監護するかという問題が出てくる。

3. 小法廷は、父親が、イスラエル法の下では、子の居所を決定する権利を含む後見権を母親と共同で持っていたことから、Noamのスイスへの連れ去りは不法であったという見解をとった。従って、母親は、息子がどこで生活するかを一方的に決める権利はなかったのである。また、連れ去りによって、父親に付与されていた接触権は、現実には空疎なものとなっていた。従って、Noamのイスラエルへの返還の目的は、彼が父親に会い、父親との関係を構築することができるようにすることであった。

小法廷は、小児精神科医のB博士の報告書に一定の重きを置いたが、それによれば、Noamは、父親の姿の不在により、その思春期に影響を被る可能性がある、特に、彼が、どのような状況において、父親から離されたのかを知ったときにそうなる可能性があるというものであった。

しかし、小法廷の判決の後に行われたもので、本件における直近の国内裁判所の決定であり、全当事者は、控訴していないらしい2009年6月29日の命令からは、父親の現在の所在が不明であり、父親は、子がスイスに住むようになってから一度も息子に会おうとしておらず、父親は今では本件に対する関心を失っているようにも思われるというように見ることが可能である。更に、申立人らは、Noamの父親は、2005年11月1日に再婚したが、わずか数ヶ月後に、新しい妻が妊娠中に離婚したと述べているが、これは、政府によっては、反証されていない。申立人らの提出物によれば、父親は、3度目の結婚をし、2008年には、2番目の妻に、その娘についての養育費の支払いを怠ったことによって、訴訟を提起された。

4. 最後に、当職の立場を見直すことになったもう一つの理由がある。それは、国際的な子の奪取に関する連邦法であるが、同法は、2009年7月1日、即ち、連邦裁判所及び小法廷の判決後に発効したものである。同法の第5条は、ハーグ条約第13条(b)に定められている例外を明確化しようとしたものであるが、それは、同条約の適用

に責任があるスイス当局が直面した同規定の解釈が困難であったことを理由としたものである。

「子の返還及び利益」の見出しの下に、同条は、特に、次の条件が満たされる場合、子の返還はハーグ条約第 13 条(b)の意味における耐え難い状態に子を置くことになると定めている。

(a) まず、申立書を提出した親に子を託すことが明らかに子の利益にはならない場合。判決のいくつかの部分から明かであるように、Noam の父親の人柄を考慮すれば、当職には、本件においては、この条件は満たされているように思われる。更に、父親が監護する能力は、彼の過去の行動及び財源が限られていることを考慮すると、疑問となり得る。彼は、子だけと生活したことがなく、また、子がイスラエルを去って以来、子に会っていない。

(b) 第二に、奪取する親が、状況においては、奪取の時に子が常居していた国において子を監護する立場にはないか、それを当該親に義務づけることが明らかにできない場合。当職には、この条件も、満たされているように思われる。当裁判所が正しく判断したように、母親のイスラエルへの返還の拒否は、全く正当化されないようには思われぬ。スイス国籍を持っているのであるから、彼女はスイスに留まる権利がある。彼女がイスラエルへ戻ることに同意したと仮定したとしても、彼女が収監された場合に、誰が子を監護するかという問題がある（判決段落 150 参照）。

従って、結論としては、本件における論点についての当職の評価を変え、子のイスラエルへの返還は、同人の利益にはならないという結論を出すに至ったのは、Noam の父親の本当の人柄の発見と併せて、主に時間の経過である。

JOČIENĚ 判事、SAJÓ 判事、TSOTSORIA 判事の共同個別意見

1. 当職らは、2007年8月16日の連邦裁判所の判決の執行の場合には、本条約第8条の違反が生じることになると認定した多数に賛成票を投じた。

しかしながら、当職らは、連邦裁判所の判決（母親に、追加的な条件なしの子のイスラエルへの返還を確実なものにするよう命じたもの）の執行によるかかる返還は、連邦裁判所が、ハーグ条約の適用に際し、本条約第8条に基づく申立人らの権利に適切な考慮を行わなかった限りにおいて、本条約第8条違反になるとも思料する。

2. 第一申立人が子を奪取しイスラエルの裁判所の許可なしに、彼をスイスに連れてきたことによって、第一申立人は、ハーグ条約の意味における「不法に」行為したことを踏まえれば、同条約は、本件に適用されることになる。

3. 当裁判所の任務は、国内当局によるその責任の行使に取って代わるものではない(特に、Hokkanen 対 Finland 事件 1994年9月23日、§ 55, Series A no. 299-A, 及び Kutzner 対 Germany 事件 no. 46544/99, § 65, ECHR 2002-I 参照)。他方で、当職らは、当裁判所が、国内裁判所が、ハーグ条約の規定を適用及び解釈する際に欧州人権条約の保障、特に第8条の保障を確実なものとしているかどうかを確認する能力があるという多数意見に強く同意する（判決段落133を参照）。従って、本件においては、論点は、スイス連邦裁判所が、第二申立人のイスラエルへの強制的な返還を決定し命じた際に、同裁判所によって両申立人についての第8条の保障が確保されたかどうかである。

4. ハーグ条約第13条を適用する際には、連邦裁判所は、「ハーグ条約第13条において定められている返還の例外は、制限的に解釈されなければならない、子を奪取した親は、その不法な行為を利用できない（略）親の子育ての能力に関係する理由を除き、重大な危険のみが考慮されなければならない（略）」という意見であった（段落44に引用されている。強調は追加）。しかしながら、同裁判所は、欧州人権条約第8条の保障を確保することに拘束されていた（段落133参照）。危険の重大性は、条約と調和しかつ条約に照らして理解されなければならない。誰かの違法行為を利することを否定することからなる公共の秩序に関する利益は、他の権利に基づく

考慮、特に、子の最善の利益に関する考慮を排除することはできない。ハーグ条約そのものは、その第 13 条において、そのようなバランスのとれたアプローチを可能にしている。

ハーグ条約第 13 条の適用における適切なアプローチは、この文脈においては、子の最善の利益が主な考慮事項である場合にのみ適切なバランスがとられることに留意しつつ、第 8 条において保護されている権利のバランスのとれた考慮である。例えば、国家当局が、子の不法な連れ去り又は留置の有害な効果を元へ戻すことが求められている場合、当該当局は、子の返還の結果を考慮しなければならない。言い換えれば、当該当局は、将来を見つつ、ハーグ条約を適用しなければならないのである。重大な危険の制限的な概念は、バランスのとれた評価ができないようにする場合がある。更に、ハーグ条約第 13 条の適用には、同条(b)により示唆されている包括的な分析を伴うべきである。同項は、子の返還に由来する「耐え難い状態」を避けることを明確に要求している。

当職らは、上記の制限的な解釈の結果として、連邦裁判所は、第 8 条により保護されている利益及び権利、並びに、本条約上の他の権利（特に、Neulinger 氏の自律的人間としての尊厳）に適切な重きを置くことを怠ったと判断する。

5. 連邦裁判所は、ヴォー州裁判所によって命じられ受け入れられた B 博士の専門家の意見を却下した合理的な理由を提供することを怠った。その意見書によれば、子の母親とのイスラエルへの返還は、子を精神的な被害を負う危険に置くことになるが、その強度は、その返還の状況、特に、母親を待つ状況及びその子への影響の可能性を確認することなしには評価できない（段落 37 参照）。連邦裁判所は、父親の限られた接触権、及び、潜在的な財政的困難の影響を考慮することも怠った。これらは、具体的な決定が不法に連れ去られた子の返還に関するものである場合であっても、第 8 条を適用する際に取り扱われるべき主要な考慮事項である。当然ながら、状況の具体的な性質を踏まえて、様々な要素の重み（例えば、奪取の阻止に関する公共の秩序の重き）は、「通常の」子の移動の事件において適用されるものと異なってくる。国内裁判所は、関係者に直接接触できるという利点があり、そのような評価を行う上で良い位置にあり、また、合理的な評価の余地を与えられなければならない。

6. 大法廷の判決は、第 8 条が遵守されているか否かを評価するために今日、関連性があると判断している多くの検討事項を明らかにしている。多数意見のアプローチは、ハーグ条約の適用において、

本条約第 8 条は、子の最善の利益に資することができる将来指向のアプローチを必要としていることを示している。

当職らは、こうした考慮事項の圧倒的多数は、2007 年 8 月 16 日において適用可能であったと判断している。当裁判所は、新しい関係への統合（段落 145 参照）、及び、目的国において子とその母親が遭遇する可能性がある困難の深刻度（段落 146 参照）に具体的に言及している。2007 年には、スイスで 2 年間過ごして、子は、既にその新しい環境に適応していた。これは、国内訴訟において立証された。当裁判所は、2006 年以降の保育園への通園について言及した際に、これをそうだと認定している。しかしながら、この事実は連邦裁判所によって無視された。当裁判所は、父親の接触権に対する 2007 年以前の制限は、子がイスラエルへ返還された場合の、子の幸福にとっての危険の評価において関連性があるとも認定した（段落 22 及び 24 参照）。再度、こうした要素について検討することは、連邦裁判所のハーグ条約の意図的な制限的解釈によって明示的に排除されている。最後に、多数意見においては、母親が返還した場合に直面する可能性がある刑事制裁も、子の幸福にとって関連性がある危険である。おそらく、母親は、子が関係している唯一の人であることから、そのような危険は、当裁判所が、2010 年に受け入れ可能ではないと認定したものである。しかし、事実関係及びそれに起因する危険は、2007 年において既に同じであった。

7. 連邦裁判所は、母親が伴わない子の返還は、子に重大な危険を伴うことになることを認めたが、母親は、イスラエルへ子に同行することが合理的に期待可能であり、従って上記の危険は存在しないと判断した。

連邦裁判所の意見では、母親は、返還しないという彼女の選択を正当化する客観的な理由を提示することを怠った。特に、同裁判所は、彼女がハーグ条約第 13 条の制限的解釈に従って、彼女が履行しなければならない挙証責任を満たさなかったことから、イスラエルにおける彼女の訴追の可能性は、客観的な理由には当たらないと判断した。連邦裁判所の理由付けは、客観的証拠がなければ、母親は子と一緒に返還する義務があることを意味している。しかしながら、自分の子の身の回りの世話をするという明白な法的義務には、本条約の監護者の権利を完全に無視して、あらゆる居所においてそうしなければならない無条件の義務は伴っていない。連邦裁判所は、その理由付けにおいて、子が、母親に同行されない可能性及びそれに関連する危険を無視した。母親は子について行かなければならないという、その元になっている前提は、母親の第 8 条の権利、即ち、

移動の自由及び人格的自律の自由に対する無視を示すものである。これに関連して、当職らは、**Kalaydjieva** 判事が参加した、**Lorenzen** 判事の補足意見に完全に同意している。

8. 当職らは、連邦裁判所の決定は、ハーグ条約に基づく義務を遵守するという最善の意図によって行われたことは確実であるという点においてこれらの判事に同意するものである。しかしながら、当職らの意見では、結果は、ハーグ条約の第 13 条は、本条約に照らして適切には評価されず、従って、2007 年 8 月 16 日の連邦裁判所の判決は、申立人らの状況のその後の展開如何にかかわらず、欧州人権条約第 8 条に違反していた。

ZUPANČIČ 判事の反対意見

1. 当職は、第 8 条の条件付き違反の認定、言い換えれば、2007 年 8 月 16 日の連邦裁判所の判決が執行された場合、違反となるという認定に反対票を投じた。私見では、二つの理由から、既に本条約第 8 条違反が生じている。

2. もし、当裁判所の（裁判所規則第 39 条に基づく）暫定措置が課されなければ、違反は完全に実現されていた、即ち、スイスの裁判所の決定は執行されていたことは明かである。

3. この意味においてまた他の若干の意味において、違反はスイスにおいて明確に完結していた。

4. 当裁判所は、最終判決の単なる執行を、潜在的な違反としては取り扱ったことはない（しかし、非執行については、逆もまた真である。）。

5. 当裁判所により違反が認定された場合、当裁判所は、単なる執行ではなく、国内管轄権の最終的な決定に言及する。

6. より実務的な言葉で言えば、今、多数によって認定された仮定的な違反により、おそらく申立人らが、国内裁判所において訴訟を再開することが防がれる。更に、この発展の賞賛に値する最前線にあるスイス法の下では、最終判決の執行に関する単なる仮定的な違反ではなく、当裁判所による明確な違反の認定により、国内裁判所における再開を余儀なくさせるだけではない。

7. かかる再開は、スイスの国内裁判所が、当裁判所の判決の、主文のみならず、その理由の部分にも従うことを義務づけることになることは今では明かである。

8. そうではない場合、—そして、これは明らかになっていることでもあるが—申立人らは、欧州人権裁判所に戻り、国内判決を当裁判所にそったものにするよう要請することができる。

9. 二つの理由の二番目は、単なる実際的なものではない。それは、欧州人権裁判所の判決は、実際にどの程度、国内裁判所を拘束するかという重要な問題を提起するものである。

10. しかし、当然ながら、最初の理由が決定的である。それは、当裁判所にとって、違反か否かは、最終的な国内判決の執行か否かの単純な事実次第ということになり得る。更に、本件における執行は、当裁判所が暫定措置を課したことのみを理由として停止されているのである（規則第 39 条）。

11. しかしながら、当職の多数判決に対する実質的な反対は、多数判決が、Maumousseau 及び Washington 対 France 事件 (no. 39388/05, ECHR 2007-XIII) 事件に完全に歪んだ形で依拠していることに由来するものである。

12. 同様の事件は同様に決定されるべきである。Maumousseau 及び Washington 事件の母親の危険が、彼女が米国へ戻ったならば、はるかに大きく、25,000 ドルの預託金は言うまでもなく、国境での逮捕の可能性も含まれており、また、彼女は、約 1 時間、裁判所において警備員の立ち会いの下でのみ子にあうことができたという事実を除き、両事件の事実関係は類似している。これらの措置は、ニューヨーク州の一審の家庭裁判所の家庭裁判所判事によって課された苛酷な条件の一部でしかない。

13. 本件の状況と比較した場合、どちらかといえば、Maumousseau 及び Washington 事件における状況の方が相当悪い。

14. 従って the Neulinger 及び Shuruk 対 Switzerland 事件は、Maumousseau 及び Washington 対 France 事件のセクション III を単刀直入に覆すものである。

15. これを証明することは非常に簡単である。本件における被申立人であるスイス政府は、Maumousseau 及び Washington 事件判決のセクション III にそのまま依拠していた（判決段落 119 参照）。

16. Maumousseau 及び Washington 事件では、セクションの過半数は一旦し当職の反対意見を参照一は、ハーグ条約の目的は、「奪取した親が」一方的にもたらした事実上の状況を、当該親に利する時間の経過によって、合法化することに成功することを防ぐことである、と述べた。同セクションは、時間の経過及び父親に関するその他の要素を条件とする子の最善の利益を無視することを選択したのである。

17. そのため、先例拘束性の観点からは、スイス政府の **Maumousseau** 及び **Washington** 事件判決への依拠は、必然的な論理的なものとなる。

18. スイス政府は、**Neulinger** 及び **Shuruk** 事件の事実関係は、**Maumousseau** 及び **Washington** 事件の状況と比較したとき、母親と子にとって、不利である部分が相当少ないという事実を、なおさら、当然のものとして受け取ることができた。同事件では、最終的には、子は母親の手から残酷に奪い取られ、その少女が、それまで二人だけで暮らしたことがなかったニューヨークの父親に引き渡されたのである。

19. その事件において自分の立場を説明したことから、スイス当局は、**Maumousseau** 及び **Washington** 事件判決への先例拘束の原則の依拠において、**Neulinger** 及び **Shuruk** 事件において、当裁判所は、子が実際にイスラエルに送り返された場合に、一切の違反がないという立場をなおさらとることになると考えるあらゆる理由があったというだけで十分である。

20. 不思議なことに、大法廷は、**Maumousseau** 及び **Washington** 事件判決を参考とする要請を却下した。

21. しかしながら、**Maumousseau** 及び **Washington** 事件において誤って決定された争点は跳ね返り、当裁判所は、認定された違反は仮定的な性質のものではあるものの、合理的に正しい決定に至った。

22. それにより冷酷にも、**Neulinger** 及び **Shuruk** 事件判決は、**Maumousseau** 及び **Washington** 事件判決とその「論理」を完全に覆すものである。

23. **Maumousseau** 及び **Washington** 事件判決を、あたかも、両立し得る事件としてだけではなくて、**Neulinger** 及び **Shuruk** 事件の結果を実際に支持するものとして引用することは、確かに、奇異である。