

エリザ・ペレス-ヴェラ氏による解説報告書

翻訳監修：早川眞一郎（東京大学教授）

* [] 中は、翻訳監修者による補足である。

序説

I ハーグ国際私法会議による作業の成果

1 国際的な子の奪取の民事上の側面に関する条約は、1980年10月24日に、ハーグ国際私法会議第14会期の総会において出席国¹の全会一致により採択された。1980年10月25日、各国政府代表らは、本条約の条文及び不法に連れ去られ又は留置された子の返還請求に用いるためのモデル書式を含む勧告（Recommendation）を内容とする第14会期の最終文書（Acte final; Final Act）に署名した。

ハーグ会議は、従来慣行とは異なり、今回は、第14会期中に採択された条約案を会期閉会直後に各国の署名のために開放した。その機会に4か国（カナダ、フランス、ギリシャ、及びスイス）が本条約に署名したため、本条約には1980年10月25日の日付が冠せられることとなった。

2 本条約の採択に結実した準備作業の出発点については、またこの分野における既存の条約又は本条約と直接の関係性を有する条約については、特別委員会（Commission spéciale ; Special Commission）報告書²の説明に任せることとしよう。

¹ ドイツ、オーストラリア、オーストリア、ベルギー、カナダ、デンマーク、スペイン、アメリカ合衆国、フィンランド、フランス、ギリシャ、アイルランド、日本、ルクセンブルク、ノルウェー、オランダ、ポルトガル、連合王国（イギリス）、スウェーデン、スイス、チェコスロバキア、ベネズエラ、及びユーゴスラヴィア。エジプト・アラブ共和国、イスラエル、及びイタリアの代表は、第1委員会の作業には積極的に参加していたが、決議には参加しなかった。モロッコ、ローマ教皇庁、及びソビエト社会主義共和国連邦はオブザーバーを派遣した。第1委員会は、その作業のなかで、欧州評議会（Conseil de l'Europe; Council of Europe）、コモンウェルス事務局（Commonwealth Secretariat）、及び国際社会事業団（Service Social International; International Social Service）の多大な協力を得た。

² 特別委員会報告書（Rapport de la Commission spéciale; Report of the Special Commission）No.3 および No.7 ないし No.15。

3 1980年10月6日から同月25日まで開催されたハーグ国際私法会議第14会期は、その第1委員会 (Première commission; First Commission) に条約案の起草を委託した。第1委員会は、A. E. アントン (Anton) 教授 (英国) を委員長とし、リール (Leal) 学部長 (カナダ) を副委員長としていたが、彼らはそれぞれ特別委員会の委員長、副委員長でもあった。他方、エリザ・ペレス - ヴェラ (Elisa Pérez-Vera) 教授のラポルトゥールとしての任務が確認された。ハーグ国際私法会議の作業のために重要な諸文書を準備したアデル・ダイアー (Adair Dyer) 常設事務局第1書記は、事務局の研究部門責任者に任ぜられた。

4 第1委員会は、13回のセッションを使って、特別委員会により作成された草案の第1読会を行った。第1委員会は、それと併行して作業の進行に応じて条文を起草する起草委員会 (Comité de rédaction; Drafting Committee) の委員を指名した³。さらに7回のセッションを使って、起草委員会が起草した条文案⁴、不統一法国に本条約を適用するための条文案 (「適用条項 (Application Clauses)」)、及びモデル様式案⁵ — 臨時委員会 (Comités ad hoc; ad hoc Committees)⁶が起草した — の検討がなされた。常設事務局が提案した最終条項は、起草委員会が作成した草案に組み込まれた。

II 本報告書の目的及び構成

5 実定法となる予定の条文、つまり援用され適用されることになる条文の解説報告書は、少なくとも2つの重要な目的を達成しなければならない。まず、報告書は、本条約の根本にある諸原則を、また必要と考えられる場合には、存在する複数の選択肢の中で

³ 起草委員会の委員長は第1委員会副委員長のリール (Leal) 氏であり、サヴォライネン (Savolainen) 氏 (フィンランド)、シャタン (Chatin) 氏 (フランス)、ジョーンズ (Jones) 氏 (英国)、及び報告者であるダイアー (Dyer) 氏もそのメンバーであった。さらに、何人かの起草担当書記 (secrétaires rédacteurs; recording secretaries) がこれらのメンバーに非常に貴重な協力を行った。

⁴ 準備作業文書 (Doc.trav.; Working Document) No.45、No.66、No.75、No.78、No.79、及び No.83。

⁵ 準備作業文書 (Doc.trav.; Working Document) No.71 に含まれる事務局案により補完される準備作業文書 (Doc.trav.; Working Document) No.59。「適用条項」小委員会 (Sous-comité "Application Clauses"; 'Model Forms' Subcommittee) は、特別委員会が起草した適用条項についての条文案の内容を変更しないことを決定した (議事録 No.12)。

⁶ 「モデル書式」小委員会 (Sous-comité "Formule-modèle") の委員長はミュラー - フライエンフェルス (Müller-Freienfels) 教授 (ドイツ連邦共和国) であり、デシュノー (Deschenaux) 氏 (スイス)、ハーゲン (Hergen) 氏 (米国)、バルボサ (Barbosa) 氏 (ポルトガル)、南氏 (日本)、及びプリップ (Pripp) 氏 (スウェーデン) もそのメンバーであった。「適用条項」小委員会の委員長はファン・ブショレン (van Boescholen) 氏 (オランダ) であり、エチュ (Hétu) 氏 (カナダ)、ヨルト (Hjorth) 氏 (デンマーク)、クレスウェル (Creswell) 氏 (オーストラリア)、サレム (Salem) 氏 (エジプト)、及びセルビー (Selby) 氏 (米国) がメンバーであった。

当該諸原則を選択するにいたった思考過程を、できる限り忠実に提示しなければならない。たしかに、本条約の起草過程すべてにおいて採用された立場を逐一網羅的に報告することは必要ではないが、主張された他の考え方と対比することによって、条約が採用した見解の要点がより容易に理解できることが多いのである。

特別委員会により起草された本条約の草案が広く支持され⁷、その結果、最終版の条文が草案の構成及び基本諸原則の本質的部分を維持していることに鑑みて、本報告書は、とりわけその第1部においては、第14会期のために1980年4月に作成された特別委員会の報告書⁸の記述をいくつか再掲することになる。

6 本報告書は、もう1つの目的をも達成しなければならない。すなわち、本条約を適用しなければならない国のために、本条約の条文の詳細な逐条解説を提供することである。この逐条解説は、主として条約の条文の文言の意味を明確にすることをその目的としているため、筆者は、条文の起草過程を叙述することよりも、条約の内容を明確にすることを特に心がけた。

7 以上の考慮から結論づけられるように、筆者が達成すべき2つの目的は明確に異なっているものであり、それぞれの目的を達成するために用いるべき分析方法も同一ではあり得ない。もっとも、2つの目的の達成のために参照するのは、ひとつの同じ条約の条文であるため、記述がある程度は重複することになるが、それは避けられないことであろう。このような重複という問題点は認識しつつも、2つの目的を強調するために、筆者は本報告書を2部構成とした。すなわち、第1部は、本条約を主導する基本的諸原則の検討に充てられ、第2部は、条文の逐条的検討に充てられる。

8 最後に、1977年にフォン・オーヴェルベック (von Overbeck) 教授が強調したように⁹、本報告書は、第14会期の終了後に、議事録及びラポルトゥール [本解説報告書の筆者] のメモに基づいて作成されたものであることを確認しておくべきであろう。したがって、本報告書はハーグ国際私法会議により承認されたものではなく、ラポルトゥールとしては客観的であろうと努めたが、いくつかの記述に部分的に主観的な評価が反映されている可能性がある。

⁷ 特に、各政府の意見書 (Observations des Gouvernements; Observations of Governments) (事前準備文書 (Doc. pré.; Prel. Doc.) No.7) を参照。

⁸ 事前準備文書 (Doc. pré.; Prel. Doc.) No.6。

⁹ 「夫婦財産制の準拠法に関する条約の解説報告書」『第13会期における条約及び文書』(Rapport explicatif de la Convention sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux, Actes et documents de la Treizième session; Explanatory Report on the Convention on the Law Applicable to Matrimonial Property Regimes, Acts and Documents of the Thirteenth Session,) 第2巻329頁。

第1部 本条約の基本的性格

9 本条約は、全体として、達成されるべき目的についての部分的に異なる2つの考え方の間の妥協を反映している。実際、準備作業からは、子の不法な連れ去り又は留置により変更される前の事実状態を保護したいとする考え方と、そのような事実状態を基礎づける法律関係を何より尊重すべきであるとする考え方との間に存在する緊張関係を見てとることができる。この点について、本条約により承認されたバランスはかなり微妙なものである。一方で、本条約が監護の権利についての本案を対象としていないことは明らかである（第19条）。しかし他方で、子の連れ去り又は留置を不法と評価するためには監護の権利が存在していることが必要であるとしており、それによって、条約が抑止しようとしている行為によって変更される前の状況に法的意味を付与しているのである。

I 本条約の目的

10 この章 [I] のタイトルは、連れ去りの増加に対処するために本条約が採用した目的だけではなく、本条約が解決しようとする問題をも示している。以下では、この2点を検討した後、条約の狙いとされる目的の射程に相当の影響を持つ他の関連問題、とりわけ、子の利益に与えられた重要性の問題、及び不法に連れ去られ又は留置されている子の迅速な返還という原則の例外という問題を扱うことにする。

A 適用範囲の確定

11 適用範囲の確定¹⁰に関しては、条約の対象となる状況が、子の監護の権利を得ることを目的として国際裁判管轄の原因を作り出すために実力が行使されたことから生じているということ、ごく簡潔に再確認するにとどめることとする。具体的な事案においては多様な事実状況が錯綜しうるため、法的観点からの定義をこれより正確に規定しようとしてもそれは困難である。しかしながら、次のような2つの要素が、検討された

¹⁰ 特に、アデル・ダイアー氏により作成された『親の一方による国際的な子の連れ去りに関するクエスチョネア及びレポート』（Questionnaire et Rapport sur l'enlèvement international d'un enfant par un de ses parents; Questionnaire and Report on international child abduction by one parent）前掲事前準備文書（Doc. pré.; Prel. Doc.）No.1（1977年8月）（以下「ダイアー・レポート」という）18～25頁、及び、特別委員会により採択された本条約草案に関する報告書（Rapport sur l'avant-projet de Convention adopté par la Commission spéciale; Report on the preliminary draft Convention, adopted by the Special Commission）前掲事前準備文書（Doc. pré.; Prel. Doc.）No.6（1980年5月）172～173頁を参照。

あらゆる状況において不可避免的に現れるのであり、このことは上に示した大まかな性格付けを確認するものである。

12 第 1 に、いずれの事案においても、ある子が常居所においてその子について正当な監護権を行使する自然人又は法人に託されていたのに、当該常居所からその子が連れ去られるという状況が生じているということである。もちろん、監護権を行使する者が同意していた外国での滞在の後に、子を元の環境に再び連れ戻すのを拒絶することも、この連れ去りと同視されることになる。実際、これら 2 つの状況 [連れ去りと留置] においては、子がこれまで生活していた家庭環境及び社会環境から引き離されたという点で同じ結果が生じている。なお、この状況において、子の身上について監護権を行使する根拠となる法的権限がどのような性質のものであったかは重要ではない。つまり、監護に関する決定があろうとなかろうと、この問題の社会的な意味はまったく変わらないのである。

13 第 2 に、子を連れ去る者（実際の連れ去り行為が第 3 者により行われた場合は、その連れ去りの責任を負う者）は、連れ去り先の国の当局から子に対する自分の監護権を認めてもらえるという期待を有している。そこで、子を連れ去るのは、広い意味で子と家族関係にある者である。実際、多くの場合、問題となるのは父親か母親である。

14 子を連れ去って手元に置いている者は、連れ去り先の国の裁判所や行政機関の決定を得ることによって、自分が作り出した事実状態を法的に認めてもらおうと試みる場合が多い。しかしながら、裁判所や行政機関が自分に有利な決定をしてくれるかどうかについて確信を持っていない場合には、その者は自らは行動を起こさないこと [裁判提起などをしないこと] を選択することもあり、そのときには子を奪われた者が行動を起こすのを待つことになる。ただ、子を奪われた者が速やかに行動を起こした場合であっても、つまり、子の連れ去りによって生じた状況が時の経過により既成事実化することを子を奪われた者が防止しようとする場合であっても、連れ去り親は、当該事案について判断する法廷地国（原則として、その者の主張について最も有利と考えられる国）を自ら選ぶことにより、有利な立場に立つことになるのである。

15 以上のように、本条約が対処する問題が（国際的な関係における子の保護に直接関係しているということがもたらすあらゆる重大な事柄とともに）法的な意味で深刻さをはらむのは、裁判管轄の原因となる事実を個人が多かれ少なかれ恣意的に創り出すことができることに基づく。実際、このような手順を経て、個人は準拠法を変更し、自らに有利な法的決定を得ることができる。たしかに、そのような決定は、特に他の法廷地の裁判所が下した矛盾する内容の他の決定が存在する場合には、地理的に限定された範囲でしか有効ではない。しかし、結局のところ、当該決定によって、関係する法制度のどれもが望ましいとは考えない事実状態を「合法」なものとするのに十分な法的権限が付与されてしまうことになるのである。

B 本条約の目的

16 第 1 条に定められている本条約の目的は、以下のとおり要約することができる。検討対象となる状況の特徴が、連れ去り親が自らの行為が連れ去り先の国の権限を有する当局によって合法的なものとされたのだと主張する点にあることに鑑みれば、連れ去り行為を抑止するのに有効な方法は、その連れ去り行為の事実上及び法律上の効果をすべて奪うことである。これを達成するために、本条約は、そのいくつかある目的のうち、「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」という手段によって「原状」(statu quo)を回復することを第 1 の目的としている。条約によって直接管轄を規定することは大変難しいため¹¹このような方法によって、間接的にはあるが、ほとんどの場合に連れ去り前の子の常居所の当局によって最終的な監護に関する決定がなされるような仕組みが導入されたのである。

17 他方、「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」という b 号に定められている目的は、それ自体として独立の目的であるように見えるものの、この目的が「子の返還」という目的と関連するものであることは明らかである。現実には、ただ 1 つの目的が異なる 2 つの時点においてそれぞれ形を変えて問題となるにすぎないと考えられる。すなわち、一方で、子の迅速な返還は、連れ去った者が実力行使によって一方的に変更した状況を元に戻そうとする願望に対応しているところ、他方で、監護の権利及び接触の権利の効果的な尊重は、これを尊重すれば子の連れ去りの最も頻繁な動機が失われるという意味で、連れ去りの予防の段階に位置付けられるものである。

ところで、他の締約国において認められている監護の権利を尊重するために各国が採るべき手段については本条約には規定がないため、子を従前監護していた者に対して子を返還する義務からなる間接的な保護の実施を除き、監護の権利の尊重はほとんど条約の保護範囲から抜け落ちていることになる。それに対して、接触の権利は、たしかに不完全ではあるものの、条約の規律の対象となっており、その規律は、監護が一方の親又は第 3 者に託されている場合においても、両親と子との定期的な接触が有益なものであることを示している。

¹¹ この選択肢は、特別委員会の第 1 回会合の際に放棄された。常設事務局が作成した『法的な誘拐に関する 1979 年 3 月の特別委員会での議論の結論』(Conclusions des discussions de la Commission spéciale de mars 1979 sur le kidnapping legal; Conclusions drawn from the discussions of [he Special Commission of March 1979 on legal kidnapping.) 事前準備文書 (Doc. pré.; Prel. Doc.) No.5、163～164 頁を参照。

18 以上のように考えることが正当であるならば、本条約の〔2つの〕目的に優劣をつけようとするいかなる試みも、象徴的な意味しか持ち得ないことになる。実際、同一の関心に基づくこれら2つの目的に優劣をつけるのはほとんど不可能だと思われる。なぜなら、結局のところ、連れ去られた子の返還を容易にすることと、そのような連れ去りの防止に必要な手段を採ることは、ほとんど同じことに帰するからである。

ところで、後述するように、本条約が詳細に規律しようとするのは、〔2つの目的のうち〕不法に連れ去られ又は留置されている子の返還である。その理由は明らかであろう。すなわち、子が不法に〔連れ去られ又は〕留置されてはじめて、最も憂慮すべき状況が生じ、また特に緊急に解決すべきであるにもかかわらず個々の国の法制度によって一方的な形では解決することができない状況が生ずるからである。私どもの見るところ、あらゆる状況を総合考慮すれば、子の返還に関する規律が、目的として、本条約において一定の優先性を受け、また同時に原則の問題としても一定の優先性を与えられてきたことは、正当である。したがって、理論上は上記の2つの目的は同一順位になければならないが、実務上は、本条約において優先されているのは、連れ去り者の行為により変更された状況の原状回復を保証しようとする要請なのである。

19 本条約の諸目的を明確にする試みの最後に、次のことを強調しておくのが望ましいと思われる。すなわち、特に条約第1条の規定からも示されるとおり、本条約は監護の権利の帰属の問題を規律することを目的とはしていないということである。この点に関して、本条約の基礎となる原則は、明示はされていないものの、事案の本案に関する議論（すなわち、監護の権利について争う議論）がなされる場合には、それは、連れ去り前に子が常居所を有していた国の権限を有する当局において審理されるべきものとなるということである。このことは、連れ去りが既に存在する決定に違反してなされた場合であろうと、監護の権利についての決定がなされるより前に（すなわち侵害される監護の権利が裁判ではなく法律に基づいて行使されていた状況において）連れ去りが行われた場合であろうと、同様である。

C 子の利益に与えられた重要性

20 まず、本条約の目的の検討という文脈の中にこの点の検討を組み込むこととなった理由を説明する必要がある。その理由は、考えてみれば明らかなように、一方で、子の利益はこのテーマについてしばしば援用されるものであり、そして他方で、子の返還をめざすという本条約の目的は常に子の利益の考慮に従わなければならないと考えられることである。

21 この点については、次のことを強調することが許されよう。すなわち、「『子の利益の優越』を基礎とする法規範」は、一見して、あまりに漠然としていて、具体的な法規範というよりもむしろ社会的なパラダイムに近い。何が子の『究極的な』利益かを定

めるためにこの概念を具体化するためには、ある特定の文化の倫理的な枠組のみに基づく考え方をいざるを得ないであろう。また、この方程式に『究極的な』という用語を持ち込むことによって、保護されるべき子の『利益』とは、決定がなされた直後の利益であるのか、その子の思春期の利益なのか、青年期の利益なのか、壮年期の利益なのか、あるいは老年期の利益なのか、という難しい問題も生じることになるのである。」¹²。

22 他方で、過去において、[連れ去り先・留置先の]国内裁判所が、子を不法に連れ去り又は留置している者に、争われている監護権を最終的に与えることが多かったが、その際に、「子の優越的利益」がその根拠とされてきたことを忘れてはならない。その判断が最も正当であったこともあるかもしれない。しかしながら、国内の当局がこのような考え方に依拠することは、ある特定の国民共同体に特有の文化的・社会的な考え方を言い換えているにすぎない危険性、すなわち、さらに言えば子がそこから引き離された他の国民共同体に対し主観的な価値観に基づく判断を押しつけているにすぎない危険性を意味することを忘れてはならない。

23 とりわけこれらの理由から、本条約のなかのルールを定める諸条文の部分では、不法に連れ去られ又は留置された子の迅速な返還を保証することに向けられた本条約の目的を調整する基準として、子の利益に明示的に言及することは一切なされていない。しかしながら、このように言及がされていないからといって、そのゆえに、子に関係するあらゆる問題を解決するために子の利益を考慮する必要があると主張する社会的なパラダイムを本条約が無視しているという結論を導いてはならない。それどころか、前文からしてすでに、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」していることを宣言している。署名国が「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を希望」して本条約を起草したのは、まさしくこの確信に基づいてのことなのである。

24 前文のこの 2 つの段落は、この点についての本条約の根本理念たるもの、つまり次のように定義されうる根本理念をかなり明確に反映している。すなわち、子の国際的な奪取の増加との闘いは、子の真の利益とは何かに関する解釈に基づいて子を保護したいという要請に常に導かれたものでなければならないという根本理念である。ところで、子の利益を構成するもののうちで最も客観的な表れのひとつとして、子の身上に関する多少なりとも論議のありうる権利の名の下に連れ去られたり留置されたりしないという権利がある。

この点については、欧州評議会議員会議（Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe; Parliamentary Assembly of the Council of Europe）の勧告第 874 号（1979 年）¹³の

¹² ダイアー・レポート（前掲）22～23 頁。

¹³ 欧州評議会議員会議第 31 通常会期「子の権利に関する欧州憲章に関する勧告」（Recommandation relative à une Charte européenne des droit de l'enfant; Recommendation on a European Charter on the Rights of the Child）（1979 年 10 月 4 日採択）

第一原則が「子は、もはやその親らの所有物と考えられてはならず、自らの権利及び欲求を有する個人として認められなければならない」と述べていることを想起されたい。

実際、ダイアー氏が強調したように、この問題を検討する文献において、「最も頻繁に主張される見解は、『子の奪取』の真の被害者はその子自身であるというものである。突然にバランスを失うことにより苦しむのは子であり、いつもそばにいた親から引き離されるといふ心の傷を受けるのは子であり、外国の言語、不慣れな文化環境、新しい先生達、及び知らない家族に適応する必要から生ずる不安やフラストレーションに苦しむのは子なのである」¹⁴。

25 したがって、本条約の2つの目的 — ひとつは予防的なものであり、もうひとつは慣れ親しんだ生活環境に子を迅速に復帰させることに向けられたものである — は、全体として、「子の優越的利益」とは何かについてのひとつの考え方に対応している。しかしながら、このような観点から物事を見るときも、子の身上や子に最も密接な関係を有する環境に関する客観的な理由から、やはり子の連れ去りが正当化されることがときどきはあることを認めなければならないであろう。そこで、本条約は、不法に連れ去られ又は留置された子の迅速な返還を保証するという、締約国が負う一般的義務について、いくつかの例外を認めているのである。これらの例外は、その大部分が、子の利益がこの問題において方向を指し示す判断基準であるという非常に漠然とした原則の具体的表れにすぎないのである。

26 ところで、接触の権利に関する規律も、子の人格のバランスの取れた発展を促進することを目的として、子にできる限り完全な家族関係を与えようとする考え方に基づいている。しかしながら、この点についても見解は一枚岩ではなく、そのことは子の利益という原則の曖昧さをあらためて浮き彫りにしている。実際、本条約により認められた基準とは反対に、カップルが法律上であれ事実上であれ別れた時には、両親双方と接触することとはしない方が子にとって好ましいのだと主張する向きもある。この点に関し、ハーグ国際私法会議は、ときにはこのような解決が最も望ましいように見えることがあることを認識してはいる。しかしながら、司法機能が個別事案の具体的な諸事情ごとに裁量の余地を行使しうることを十分に尊重しつつ、ハーグ国際私法会議はこれとは別の見解を選択し、接触の権利は監護の権利の代償としての性格を有するものであるという見解 — したがって、接触の権利は、代償として、子の監護が認められない側の親に原則として認められるべき権利であることになる — を明確に採用している。

D 子の迅速な返還を保証する義務の例外

27 子の返還がある意味において本条約の根本をなす考えである以上、子の返還を保証するという原則的な義務に対する例外は、当該義務の射程を正確に把握するために重

¹⁴ ダイアー・レポート（前掲）21頁。

要な要素である。ここでは、これらの例外を定める規定自体を詳細に検討しようとするわけではもちろんなく、これらの例外が本条約に規定されることとなった理由に特に注目しつつ、これらの例外が果たすべき役割を素描することにしたい。この観点からは、例外を、それを正当化する理由に応じて3つの異なる種類に分けることができる。

28 まず、第13条〔第1項〕a号は、申請者が不法と主張する連れ去りの前において申請者が現在援用している監護の権利を現実に行使していなかった場合、又は申請者が現在非難している行為が行われた後にその行為に同意していた場合には、要請を受けた国の司法当局又は行政当局は子の返還を命ずる義務を負わないことを認めている。したがってここで問題となるのは、連れ去りの前の状況に、本条約が保護しようとする関係に必須の要素のひとつ（すなわち監護の権利の現実の行使）が欠けていた場合や、あるいは、子から引き離された親の事後の行動が、連れ去りによって作出された新たな状況への同意を示すものである場合であって、このような場合には、申請者がその新たな状況に異議を唱えることがより困難になるのである。

29 次に、この第13条の第1項b号及び第2項は、明らかに子の利益の考慮に基づく例外を規定している。ところで、先に指摘したとおり、本条約はこの概念〔「子の利益」〕に一定の明確な内容を与えている。そこで、新たな状況が安定しているという十分な保証がないままに常居所から連れ去られないという子の利益は、身体的な又は心理的な危険にさらされず、又は耐え難い状態に置かれないという、あらゆる者に認められる重要な利益の前には、劣後するのである。

30 また、本条約〔第13条第2項〕は、返還又は不返還という重要な点に関する子の意見が、子が十分な年齢に達しかつ十分に成熟していると権限を有する当局が思料する場合には、決定的なものとなりうることも認めている。このことを通して、本条約は、子に、自らの利益の表明者となる可能性を与えている。この規定を適用するために子を直接尋問することになるとすれば、子は、たとえ状況を明確に把握しているとしても、その両親のどちらかを選ぶことを強いられたと考えた場合には、深刻な精神的損害を被ることにもなりうるため、この規定は、もちろん危険なものとなりうる。しかしながら、本条約の人的な適用範囲が16歳の誕生日を迎えるまでの子に及ぶ以上、この種の規定は必要不可欠だったのである。例えば、15歳の子がその意思に反して返還されることはとても受け容れがたいものであることを認めなければならない。ところで、まさにこの点に関して、子の意見が考慮され得る年齢の下限について合意する試みは、いずれの年齢に定めたとしても人工的、さらには恣意的な性格を有するため、失敗に終わっている。この点については、権限を有する当局の叡智に条項の適用を委ねた方がいいと考えられたのである。

31 第3に、第20条によれば、「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、子を返還する義務は生じない。これは、国際私法に関する条約においてあまり一般的ではない規定であり、その正

確な射程を画することは容易ではない。その点は、第 20 条の逐条解説の箇所に譲ることとして、ここでは、この規定の由来を検討することが特に有益であるように思われる。すなわち、この規定は、公序（*ordre public; public policy*）の規定を本条約に含めることに賛成する代表団とそれに反対する代表団との妥協の産物なのである。

公序の規定を本条約に含める可能性については、第 1 委員会においてさまざまな規定方法をもとに、議論がされた。委員会は、最終的には、4 回にわたる否決の後に、わずか 1 票差で、公序による例外に関し、要請を受けた国の家族及び子に関する法との関係に限定するという留保をつけたうえで、子の返還を求める申請を却下する可能性を認めた。規定された留保の文言は、次のとおりである。「子の返還が要請を受けた国の家族及び子に関する法の基本原則に反すると考えられる場合には、締約国は子の返還を命じない権利を留保する」¹⁵。この文言を採用するに際しては、ハーグ国際私法会議での作業をそれまで基本的に支配していたコンセンサスの手法に重大な例外の道が開かれた。そのようになったのは、どの代表団も、広く受容されうる解決策を見出さなければならぬことに気づいていたため、本条約の成功を保証する最も確実な道を形作るこの方法に賛同したからである。

32 議論の対象となったこの点は、子の返還に関する本条約の目的についての部分的に異なる 2 つの見解を反映しているため、特に重要であった。実際、この時点まで第 1 委員会により起草された（特別委員会が準備した草案と同様の）条文案は、子の返還に対して適用されうる例外を、事実の状況及び当事者の行為の考慮、又は当該事案における子の利益の評価に限定していた。ところが、採用されることとなった留保は、要請を受けた国の国内法を援用した純粋に法的な主張に基づいて子の返還を拒否する可能性を認めることを意味するものである。起草された条文の文脈においては、国内法は、子を奪われた親の援用する権限を「評価する」役割、又は子を連れ去った者の行為の適法性を評価する役割を果たし得ることになっていた。ところで、この結果は、子の常居所の当局の通常の裁判管轄権を事実上の手段により回避することを抑止しなければならないという考え方に基づき構築された本条約のたてつけを大きく変更することになるものであった。

33 このような状況において、本条約第 20 条に定める定式を賛成多数により採択したこと¹⁶は、異なる立場の間の妥協のための賞賛すべき努力の賜物であり、これによって連れ去り先の国の国内法に与えられる役割は相当程度縮小されることとなった。一方で、人権及び基本的自由の保護に関する基本原則を援用するとすると、国際的取り決めが多数存在する法の分野が関連を持つことになる。他方で、第 20 条の規律は、援用された法律と行われる予定の行為との間に存在する不整合の程度が「連れ去り先の国の国内法原則と子の返還との間の矛盾の大きさが」、伝統的な公序条項の場合よりもより大きなも

¹⁵ 議事録 No.9、及びそれに関連する準備作業文書（Doc.trav.; Working Document）参照

¹⁶ 本条は、賛成 14 票、反対 6 票、及び棄権 4 票で採択された。議事録 No.13 参照。

のとされる。実際、この規定に基づく理由を主張して子の返還を拒否しうるためには、関係する当局は、単に〔国内法秩序と子の返還との間に〕齟齬が存在するというだけでなく、人権の保護に関する原則が要請されている返還を禁じている旨までを示さなければならないのである。

34 本節で取り扱った問題の検討を締めくくりにあたり、子の返還に対する3種類の例外は、文字通りに適用されなければならないことを強調すべきであろう。このことは何より、本条約が死文化することを避けるためには、これらの例外がそれぞれ限定的に解釈されなければならないことを意味する。実際、本条約は、その総体として、子の不法な連れ去りという現象に対して徹底的にノーと言うこと、及び子の不法な連れ去りを抑止するための国際的レベルでの最善策は子の不法な連れ去りに対してその法的な効果を認めないことに、基礎を有するのである。この方法を実現するためには、本条約の締約国が、それぞれの〔国内法の〕差異を越えて、締約国のうちのある国の当局 — 子が常居所を有していた国の当局 — が原則として監護の権利及び接触の権利についてあらゆる判断を下す最良の地であることを各国の当局が認める法的共同体に属していることを確信することが必要となる。つまり、子の常居所の裁判所に代えて連れ去り親が選択した裁判所を選択することになる上記の例外を頻繁に用いることになれば、本条約の基礎にある相互の信頼という精神を滅ぼすことにより、本条約の基本的構造を崩壊させることとなるのである。

II 本条約の性質

A 当局間の協力条約

35 締約国の追求する目的の範囲を以上のように画定したが、本条約が結局のところどのような性質を持つのかは、本条約の目的によって決定されることとなる。つまり、国際的な子の奪取の民事的側面に関する条約は、何よりもまず締約国の司法・行政当局の間に密接な協力関係を築くことにより、国際的な子の連れ去りを抑止しようとする条約なのである。この協力関係は、これまで検討してきた2つの目的、すなわち、子を引き離された元の環境に迅速に返還することの実現、並びに締約国において認められている監護の権利及び接触の権利を実効的に尊重することに関連するものである。

36 本条約のこのような性格付けは、こういうものではないという意味で裏から見ることによって、次のように説明することもできる。すなわち、本条約は、まず何よりも、子の監護の準拠法に関する条約ではないことを確認することができる。実際、子が常居所を有していた国の法が考慮されるのは連れ去りの不法性を認定するため（たとえば、第3条）に限られることからわかるように、そのような法が参照される範囲は限定されている。第2に、本条約は、また、監護の分野における〔外国の〕決定の承認及び執

行に関する条約でもない。この選択肢は、特別委員会の第1回会合において長時間にわたり議論されたが、意図的に排除されることになったのである。外国における決定を承認するとした場合の実質的な影響の大きさを考慮すると、この制度の運用には承認の原則とその例外に関する審理が必要になるのが普通であり、それによって手続に長い時間がかかることになりかねない。ところで、子の連れ去りの場合、時間という要素に決定的な重要性がある。実際、子が連れ去りの事実により被る可能性のある心理的問題は、子の返還に関する決定が一定の期間より後にしかなされない場合には増大しうるのである。

37 我々が当局間の協力という考え方を軸として成り立つ条約に取り組んでいることがわかれば、本条約は、その適用範囲にある2国あるいはそれ以上の締約国が関係する状況のみを解決しようとしていることがおのずと明らかになるにちがいない。実際、「普遍主義の」(universaliste; universalist) (つまり、その適用範囲が「条約締約国に関するものに限らず」すべての国際的な事案に及ぶ) 条約という考え方は、準拠法に関する条約以外については支持を得難いものである。この意味で、子の返還についてであれ、接触の権利の実効的行使の確保についてであれ、上述したシステムは、相互主義のもとでの権利義務関係に基づく締約国中央当局間の協力関係に大幅に依拠しているのである。また、個人が本条約を援用して締約国の司法当局又は行政当局に直接に申立てをした場合にも、条約に基づく恩典が及ぶのは相互主義の考え方に対応する範囲に限られるのであり、原則として、非締約国の市民にまでその恩典が拡張することはない。

もっとも、たしかに本条約がその目的を完全に実現するのは締約国の間においてのみであるが、各締約国の当局が、他の類似した状況「非締約国との関係」を取り扱うにあたって本条約の規定と同様の考え方によるのは、もちろん完全に自由である。

B 本条約の自律的性質

38 本条約は、定められた目的を達成するための当局間の協力関係という概念を軸とするのであるから、未成年者の保護又は監護の権利に関する既存の条約からは独立した関係にある。すなわち、特別委員会は、その初期のひとつの決定において、「未成年者の保護に関する官庁の管轄権及び準拠法に関する1961年10月5日のハーグ条約」の議定書としてではなく、独立したひとつの条約として作成する作業を行うこととした。この観点からはまた、本条約を、監護に関する決定の承認及び執行に関する諸条約(たとえば、欧州評議会のこの点に関する条約¹⁷⁾)の提案するような枠組みによらしめることもできなかった。

¹⁷ 1979年11月30日に欧州評議会閣僚委員会(Comité des Ministres du Conseil de l'Europe; Committee of Ministers of the Council of Europe)により採択され、1980年5月20日にルクセンブルクにおいて加盟国の署名のために公開された、子の監護に関する承認及び執行、並びに子の監護の回復に関する

39 独立であるとはいっても、本条約の規定は、国際的な子の奪取により生じる問題のすべてについて解決をしようとしているわけではない。むしろ反対に、本条約の目的は（野心的なものとはいえ）極めて具体的にその射程が限られている以上、監護の権利に関する本案の問題は本条約の適用範囲の外に置かれることとなるのである。したがって、本条約は、各締約国における、準拠法に関する規律及び外国の決定の承認及び執行に関する規律（それらの法源が国内法であるか条約であるかにかかわらず）と並んで、それらと共存することにならざるを得ない。

他方で、本条約は、本条約に固有の適用領域においても、排他的に適用されることを求めているわけではない。本条約は、何よりもその諸目的の実現を追求しようとするものであり、したがって、不法に連れ去られ又は留置された子の返還、もしくは接触の権利の調整を実現するための他のあらゆる法規範を、本条約と並行して利用する可能性を明示的に認めている（第34条）。

C 他の条約との関係

40 本条約は、子の連れ去り又は留置により生じた当初は不法であった状況が法的に固定化することを避けるために、緊急の解決策を講じることを目的とする条約としての性質を有する。本条約が当事者の権利の本案についての問題を処理するものではない以上、他の諸条約とどのようにして共存させるかを検討することが必要になる。しかしながら、他の諸条約との共存は、緊急の、そしてある意味では暫定的な解決策を講ずることを可能にする〔本条約の〕規定を優先的に適用することによってしか実現されえない。実際、監護の権利に関する問題が権限を有する裁判所に対して提起されることとなるべき時点は、子がその常居所に返還された後のことなのである。この点について、第34条は、「この条約及び1961年10月5日の未成年者の保護に関する当局の権限及び準拠法に関する条約の双方の締約国の間においては、この条約の適用範囲内の事項については、この条約が優先して適用される」と定めている。監護の権利の本案に関する規定を援用して本条約の規定の適用を回避しうることを防ごうとする以上、第34条に含まれるこの原則は、法源のいかんを問わず、監護の権利に関するいかなる規定にも適用されなければならない。反対に、前段落〔No.39〕で強調したように、当事者は、本条約の目的の実現を促すあらゆる法規範を援用することができるのである。

D ハーグ国際私法会議非加盟国への本条約の開放

る欧州条約（*Convention européenne sur la reconnaissance des décisions en matière de garde des enfants et sur le rétablissement de la garde des enfants; The European Convention on Recognition and Enforcement of Decisions Concerning Custody of Children and on Restoration of Custody of Children*）のことである。

41 この点についても、本条約は、半開放的な性質を有するとすることにより、協力条約としての性質を示している。原則として、いずれの国も〔ハーグ国際私法会議の非加盟国であっても〕本条約に加入することができるが、加入は「加入国とその加入を受け入れる旨を宣言した締約国との間においてのみ効力を有する」（第 38 条）。このことによって、締約国は、普遍性を持たせたいという要請と、締約国間に十分なレベルの相互の信頼が存在する場合にのみ協力体制が実効性を有するという確信との間において必要なバランスを維持しようとしたのである。

さらに、加入によって各締約国との間で条約が発効するための仕組みとして、加入に対する各締約国による明示的な承認があるときに限って発効するという制度が採用され¹⁸、一定期間内に反対を表明した締約国との関係を除いて発効するという、より開放的な制度¹⁹が採用されなかったことは、本条約の適用対象となる分野において締約の相手国を選択できることが重要であると各国が考えたことを示している。

III 本条約の適用のための仕組み

A 中央当局

42 本条約のような協力条約については、基本的に 2 つの異なる方向性がありうる。当該条約の適用範囲に関して権限を有する〔既存の〕国内当局の間に直接の協力を義務付けるという方向か、それとも、必要な協力関係を調整し又は誘導するために各締約国に中央当局を創設することで対処するという方向かである。特別委員会により起草された草案は、かなり明確にこの第 2 の方向を選択していたが、本条約も、それにしたがって、中央当局の関与及び権限を基礎として形作られることとなった。

43 しかしながら、本条約の適用について、権限を有する司法当局又は行政当局に対し個人が直接申請する可能性を明確に認めたこと（第 29 条）により、司法当局又は行政当局における連携の義務の重要性が高まることとなった。したがって、中央当局に課される義務のほかに、司法当局又は行政当局に固有の他の義務が導入されることとなるので、本条約に基づくシステムは「混合システム」（*système mixte; mixed system*）と評することができる。

44 ところで、もし未成年者の保護に関するあらゆる問題について国内の司法当局又は行政当局が果たしている重要な役割を考慮せずに国際的な子の奪取を防止する条約を

¹⁸ 1970 年 3 月 18 日の民事又は商事に関する証拠の収集に関する条約（*Convention sur l'obtention des preuves à l'étranger en matière civile ou commerciale du 18 mars 1970; Convention of 18 March 1970 on the Taking of Evidence Abroad in Civil or Commercial Matters*）第 39 条と同様である。議事録 No.13 参照。

¹⁹ 本条約と同じくハーグ国際私法会議第 14 会期において採択された、裁判への国際的なアクセスに関する条約（*Convention tendant à faciliter l'accès international à la justice; Convention on International Access to Justice*）により採用された制度。

作ろうとするのであれば、それは誤りであるといえよう。この点との関連でいえば、条約が行政当局にも言及しているのは、たしかに多くの国の法制度においては未成年者の保護の分野における権限は司法当局に属するものの、本条約のいくつかの締約国においては、未成年者の保護の任務が行政当局に託されているという事実を反映したものであると理解すべきである。結局、本条約は、不法に連れ去られまたは留置されている子の返還についてであれ、接触の権利の調整についてであれ、生じた問題についての解決の任務を、子の監護及び保護についての判断を各国国内において担当する当局に託しているのである。このように、本条約は、この分野におけるすべての国内法を尊重することによって、法的な安定性を図ろうとしている。実際、子の返還に関する決定は監護の権利の本案についての判断をするものではない（第19条参照）が、その決定は子の人生に大きな影響を与えるものである。そこで、その決定を行う権限は、重大な責任を伴うがゆえに、国内法に基づいて通常権限を有する当局に必ず帰属しなければならないのである。

45 しかしながら、大筋において、また大多数の事案において、本条約の適用は、本条約自体が条約の適用のために設立した機関、すなわち中央当局の働きに依存する。本条約による中央当局に関する規律についてまず強調すべき点は、本条約が、各加盟国の国内組織が国によって大きく異なることを意識していたということである。そのため、本条約は、中央当局の構成及び行為権限をいかなるものとするかという2つの点について、これを各締約国の国内法により定められなければならないものとし、条約には規律をまったく設けなかったのである。この前提を受け入れていることのひとつの現れが、中央当局に具体的に委託された事務は、当該中央当局自体が直接行ってもいいし、また仲介者の協力を得て行ってもいいとしていること（第7条）である。たとえば、子の所在の特定には警察の協力が必要となるであろうことが明らかである。同様に、保全措置をとること、又は私法関係に関する司法上の手続を開始することは、国内法により行政当局に属するものとされうる権限の範囲外となることがありえよう。しかしながら、いずれにしても中央当局は本条約が中央当局に課する義務の名宛人であり続け、子の不法な連れ去りに対抗するために必要とされる協力関係を組み立てる役割を果たすのである。他方で、中央当局は「申請者のために行動する権限又は申請者のために行動する代理人を指名する権限を当該中央当局に委任する書面」を中央当局に対する申請に添付するよう要求することができる（第28条）ということの本条約が認めているのは、異なる法制度間の差異という特殊な事情を考慮してのことなのである。

46 ところで、本条約は、ハーグ国際私法会議において確立された伝統²⁰に従い、連邦制の国、2以上の法制を有する国、及び独立した領域組織を有する国は、2以上の中

²⁰ 例えば、1965年11月15日の民事又は商事に関する裁判上の文書の外国における送達及び告知に関する条約（Convention relative à la signification et la notification à l'étranger des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile ou commerciale du 15 novembre 1965; Convention of 15 November 1965 on

中央当局を指定することができる旨を定めている。ハーグ国際私法会議は、しかしそのうえで、1つの国の領域内に複数の中央当局が存在することを予定した条約を現実に適用する際に生ずる問題を考へて、また、特に本条約の対象となる分野に特有の特徴をも考へて、特別委員会により既に定められていた基準にしたがい、これらの国の複数の中央当局をいわば「階層化」する方向に歩みを進めることとなった。実際、上記の第2の点〔行為権限〕に話を限っても、子を連れ去り又は留置している者が国内での転居が容易であることを利用した場合には〔国内のある領域から他の領域に移動してしまうと別の中央当局に返還の援助等を申し立てなければならなくなるため〕、申請者又は要請国の中央当局は、子の返還の実現のために、申立てを複数回繰り返さなければならなくなってしまうのである。これに加えて、子がある締約国の国内に所在すると信ずるに足る相当な理由のあるときであっても、その国内のどの地理的領域に住んでいるのかが分からないこと〔したがってどの中央当局に申し立てたらいいかが分からないこと〕もありうるのである。

47 これらの状況及びこれらに類似する他の状況を解決するために、2以上の中央当局を設ける国は、同時に「申請が自国内の適当な中央当局に移送されるよう、申請の送付先となる一の中央当局」を指定すべきこと（第6条）を本条約は定めている。この問題は重要である。なぜなら、本条約上、子の迅速な返還に関連して、要請を受けた国の司法当局又は行政当局に課せられた義務については、時間的な制限がなされている²⁴からである。つまり、要請を受ける中央当局の選択をもし誤ると、そのことは、当事者の主張に決定的な悪影響をもたらすことになる。そこで、本条約に定められていない要素が本条約の正常な適用を損なう結果になることを避けるために、第6条に定めるいわば「上位中央当局」（super Autorité centrale; super-Central Authority）は積極的な態度を採らなければならない。実際、各事案において権限を有する自国の当局と、他の締約国の中央当局との間の橋渡しをしなければならないがゆえに、その「上位中央当局」は、自国内の適切な中央当局に事件を移送することができるように子の所在を特定するか、又は役所仕事の重複を不可避免的に生ずることにはなるが自国の全中央当局に対し申請の写しを送るか、のいずれかを選ばなければならなくなる。しかし、そのような上位中央当局が、自国が影響を受ける関係に関して条約の適用につき非常に重要な役割を果たすことは間違いない。

B モデル書式

the Service Abroad of Judicial and Extrajudicial Documents in Civil or Commercial Matters) 第18条第3項参照。同旨、1970年3月18日の民事又は商事に関する証拠の収集に関する条約第24条及び第25条。

²⁴ 後述の、本条約12条についての注釈を参照。

48 この点については、特別委員会の第2回会合においてなされた決定に従い、ハーグ国際私法会議第14会期は、本条約と同時に、不法に連れ去られ又は留置された子の返還を求める申請のモデル書式を含む勧告を採択した。これに関しては、2つの点を強調すべきである。第1点はこの勧告の法的効力に関するものである。この法的効力を明らかにするには、国際機関に関する一般法によるのが望ましいと考えられる。というのは、この観点からは、勧告は、その実質としては、国際機関が、一国、複数国、又はすべての加盟国に宛てた、拘束力のない要請である。したがって、加盟国は、厳密な意味では、本勧告に含まれるモデル書式を用いる義務を負わない。本勧告を本条約の付属文書として提示することは、むしろ意識的に避けられてきたのである。

そのようにした理由は明らかである。何より、本条約により扱われる分野においてこれまで国際的なレベルでの経験が存在しない以上、何年か経った後には、本条約の規定の適用の経験に照らして、採択されたモデル書式について一定の修正を導入することが提案されることになるのではないかと考えられる。そして、モデル書式の文言の修正を、国際条約の修正につき国際公法によって求められる手続きに係らしめることは適切ではないと考えられるのである。さらにいえば、第7条第2項i号に定められた一般的な義務の履行として中央当局により試みられる二国間連絡の成果として、将来、この点につき本条約に関する協議によってモデル書式を修正して適応させることが行われるかもしれない。

他方、モデル書式の使用を義務とはしないことにしたので、その直接的な帰結として、本条約には、中央当局に対するすべての申請に記載されなければならない情報のリスト（第8条）が示されることになったのである。

49 強調すべき第2点は、推奨されている書式の適用範囲及び内容に関するものである。実際、本条約は接触の権利の重要な側面をも規律しているが、推奨されている書式は子の返還を求める申請書の書式についてのみ提供されている。このことは、ハーグ国際私法会議の関心が、その解決に向けて選択された手段が斬新なものであるだけに、子の連れ去り後に生じる問題の解決に集中していることを示している。そのようになった理由は、まさに当該手段が新しいものであるため、その利用方法に関する指針を導入することが望ましいと考えられたことにある。

50 書式の内容に関していえば、その内容は本条約の求める要素を非常に正確に叙述したものである。しかしながら、2つの細かい点に注意を喚起したい。まず、対象となる子の両親の「婚姻の日及び場所」という項目についてであるが、そこに括弧書きで「該当する場合には」という表現が付されていない以上、自然子（*enfants naturels*: *natural children* [非嫡出子]）の置かれた状況を例外として差別的に取り扱うものと考えられる。さらに、子の生年月日及び出生地に関して、「該当する場合には」という表現が付されていないことは、本条約第8条がこの点に関して「それを取得することが

可能な場合には」という文言を生年月日に関してわざわざ付け加えているという点と合致していない。

51 他方で、「子及び当該子を連れ去り又は留置しているとされる者の特定に関する情報」の点に関して、仏文テキストと英文テキストの間には齟齬が存在する〔モデル書式のⅢ-4.1（連れ去り又は留置をしているとされる者についての情報）の欄に、英文版では「国籍（もし分かれば）」の項があるが、仏文版ではそれが欠けていることを指す〕。この点については、英文テキストに従うのが適切であると考えられる。すなわち、英文テキストのほうが、とくに連れ去り親とされる者の国籍 — この点は子の所在の特定に場合によっては決定的な要素となろう — にも言及しているという点で、より完全なのである。

IV 構成及び用語法

A 本条約の構成

52 第1条、第2条、第3条及び第5条は、本条約の目的、及び子の連れ去り又は留置が不法と評価されうるために必要な要件を定めることで、本条約の実質的適用範囲を定めている。第4条は本条約の人的適用範囲に関するものであり、他方、第35条は本条約の時的適用範囲を定めている。第6条及び第7条は、中央当局の設置及びその義務に充てられている。第8条、第27条及び第28条は、中央当局への申請、及び中央当局に提出された申請書に付属し、又は申請書を補完し得る書類に関するものである。第9条ないし第12条、及び第14条ないし第19条は、子の返還の実現のために取り入れられたさまざまな手段、及び子の返還を命ずる決定の法的射程を取り扱うものである。第13条及び第20条は、子を返還するという原則的な義務に対する例外を取り扱っている。第21条は、接触の権利に関して締約国が負う特定の義務を定めている。第22条ないし第26条、及び第30条（並びに上記第27条及び第28条）は、手続に関する技術的側面、及び本条約を適用して提起された申請から生じ得る費用を扱っている。第29条及び第36条は、本条約の起草過程において支配的であった、本条約を非排他的なものとする見解を反映して、第1に、個人が、本条約の規定の枠組を用いずに、締約国の司法当局又は行政当局に対して直接に紛争解決手続を提起しうることを、また第2に、締約国同士が本条約に基づき子の返還に対して課せられ得る制限の適用を合意によって排除する権限を認められることを、それぞれ規定している。第31条ないし第34条は、2以上の法域を有する国の取扱い及び他の条約との関係について定めている。そして、第37条ないし第45条は最終条項となっている。

B 本条約に用いられている用語

53 ハーグ国際私法会議において確立された伝統に従い、本条約は、本条約の実質的適用範囲を定めるために不可欠な第5条の監護の権利及び接触の権利の概念に関する定義を除いて、使用されている用語を定義することを避けている。監護の権利及び接触の権利の概念に関する定義については、それらの解説の中で検討することとする。ここでは、簡潔な解説を付するに値すると考えられる、用語に関するひとつの観点について検討するにとどめたい。それは、本条約のタイトルと条文において用いられている用語とが一致していないということについてである。つまり、タイトルにおいては「国際的な子の奪取」(enlèvement international d'enfants; international child abduction) という表現が用いられているのに、条約の規定中では、たとえば「移動」(déplacement; removal) 又は「不返還」(non-retour; retention) のような、婉曲的な表現、あるいはいずれにせよイメージのよりマイルドな表現が用いられているのである。その理由は、本条約の適用範囲が限定されていることに直接関係するものである。この点については、既に強調してきた(No.12ないし16を参照)とおおり、本条約が取り扱う対象についての研究において、「奪取者」(enleveur; abductor) と「子」(enfant; child) との間に通常存在する関係、及びその奪取者の意図が、「奪取(誘拐)」(enlèvement / kidnapping / secuestro) という用語が示唆するような犯罪とは遠く隔たったものであることが強調されている。刑法に固有の問題とはかけ離れた問題であるので、本条約の条文においては、そのような意味を持ちうるような曖昧な呼称を用いることは避けられたのである。反対に、「マス・メディア」及びそれに影響を受ける世論においては、「奪取」という用語が通常用いられるものであるがゆえに、本条約のタイトルにおいては「奪取」という用語を維持するほうが望ましいと考えられたのである。しかしながら、曖昧さを避けるため、草案のタイトルにおいても既にそうされていたとおおり、本条約のタイトル自体が、本条約が当該現象の「民事的側面」を規律することのみを対象とすることを明らかにしている。本報告書においては、モデル書式がそうしているように、「奪取」(enlèvement; abduction) 又は「奪取者」(enleveur; abductor) という表現をときどき用いているが、それはそのほうが文章が書きやすいからにすぎない。しかし、いずれにしても、これらの表現は、本条約が取り扱う特定の問題に本条約を適用するに際して要請されるニュアンスをもつものとして理解されなければならない。

第2部 本条約の逐条解説

第1章 本条約の適用範囲

54 第 1 章は、対象及び関係者の観点から本条約の適用範囲（実質的適用範囲（*domaine d'application ratione materiae*）及び人的適用範囲（*domaine d'application ratione personae*））を示す。しかしながら、本条約の適用範囲についての全体像を把握するためには、他の条約との関係に関する第 34 条、時的適用範囲に関する第 35 条、及び複数の法域を有する国における本条約の適用を取り扱う第 31 条ないし第 33 条についても、検討しなければならない。

第 1 条 — 本条約の目的

a 一般的考察

55 本条は、2 号からなる構成により、本報告書第 1 部でかなり詳しく扱った本条約の目的を規定している。したがって、本条約のタイトルと個々の規定とが一致していないのは〔前述 No.53 を参照〕、純粹に用語法の問題でしかないことが明らかである²²。いずれにせよ、タイトルに用いられている用語〔「奪取」という言葉〕は、その法的な意味では厳密性を欠くとはいえ、イメージを喚起する力と注意を惹きつける力を有していることを認めなければならない。

56 規律の対象となる事案の性質に関しては、一般的な射程に関して述べておく必要がある。本条約の適用対象となる状況が国際的な性格を有するものであることは、条約中にそれを明示する規定はないものの、条約のタイトルのみならず多くの条文から明らかである。ところで、この点に関して、本条約の国際的な性格は事実の状況、すなわちひとつの家族の構成員が異なる国々に離れていることに由来するものである。したがって、生じたときには純粹に一国内のものであった状況も、たとえばその家族の一人が子を連れて外国に転居したり、接触の権利を有すると主張する者が自ら居住する国以外の国で接触の権利を行使したいと希望したりすることによって、本条約の適用範囲に入り得ることになるのである。反対に、関係者の国籍が異なることは、たしかにこれまで示してきた意味におけるような国際的な性格を持つことになりうることを示しているのは明らかではあるものの、本条約が適用されるべき国際的な事案であることを必ずしも意味するわけではない。

b a 号

57 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という目的については、これまで詳しく説明してきたところである。また、第 14 会期においては、特別委員会が起草した条文案〔a 号〕の文言内容をまったく変更していない。そこで、ここ

²² この点につき、特別委員会報告書 No.52 を参照。

では、その文言に関する簡潔な解説を 2 点について行うにとどめる。第 1 点は、上記の目的の実現により防止されるべき行動の性格付けに関するものである。それは、既に我々にはよくわかっていることであるが、要するに、司法上の決定の前後を問わず、子を利用してそれまでの家族関係の状況を変更しようとするあらゆる行為であって、子を道具として用いることによって子を最も主要な被害者にしてしまう行為である。この関係で、「不法に留置された」子を挙げているのは、その子を通常監護している者の同意の下において常居所とは異なる国に滞在することとなった子が、一緒に滞在する者によって返還されない事案を含むという意味である。これは、子の連れ去りが接触の権利の濫用的行使の結果である場合に生じる典型的な状況である。

58 第 2 に、この条文は、返還を確保しようとしている子は、「いずれかの締約国に」連れ去られ、又は留置されている子であることを摘示している。この摘示は、2 つの意味を有する。まず、第 4 条の内容とされている規定に関連して、この摘示は、いずれかの締約国に常居所を有するが、他の締約国の領域内に連れ去られ、又は留置されている子に本条約の人的適用範囲を限定するものである。

59 しかし、この表現は、まったく異なるもうひとつの意味をも有する。実際、この表現のゆえに、本条約の目的は、それ自体として又は第 2 条との関係で考慮されることにより、一般的なものとなる、すなわち、定められている条件を満たせば、いずれかの締約国内に所在するすべての子〔締約国に常居所を有していない子も含む〕に適用され得るものとなるのである。しかしながら、連れ去り前に他の締約国に常居所を有していた子とそれ以外の子との法的状況はやはり異なることになる。すなわち、前者の状況は本条約の規定を直接に適用して解決されるべきものである。他方、それ以外の子に対する締約国の義務は、（国内法による場合は措くとして）当該義務が第 2 条に定められた義務 — その領域が「連れ去り親」とされる者の恰好の避難地とならないよう適切な措置をとる義務として説明されうるもの — から生ずるものであることのゆえに、より弱いものとなるのである。

c b 号

60 この b 号に定める本条約の目的は、第 14 会期においてなされた起草作業により明確にされた²³。その範囲に関していえば、検討対象となる状況が、本条約が適用される状況と同じ状況、すなわち 2 以上の締約国が関係する国際的状況であることは、いまや明らかである。草案の文言が他の解釈、特に国内のみの状況をも含むとの解釈を許容するものであったことを考慮すると、この明示は意味のないものではない。

61 ここで定められている目的にいかなる射程を与えたいと考えたのかを知るためには、監護の権利と接触の権利とを区別する必要がある。監護の権利に関しては、本条約

²³ 準備作業文書 (Doc.trav.; Working Document) No.2 (英国代表の提案) 及び議事録 No.2 を参照。

はそれ自体を独立に展開〔保護〕しようとはしていない。すなわち、ここで取り扱う規定は、監護の権利との関係では、第 2 条に定められる一般的義務、及び第 3 条についての逐条解釈の中で後述するところであるが、現実に行使され、かつ常居所を有していた国の法令により認められている監護の権利を尊重することに基づく子の返還の規律において、意味を持つにすぎないのである。反対に、接触の権利は、それよりも優遇されてきており、それを実効的に尊重すべきであるとする根拠が、少なくとも大筋においては、第 21 条において定められているのである。

第 2 条 — 締約国の一般的義務

62 広範かつ柔軟な形で定められた第 1 条 b 号の目的と密接な関係にある本条は、締約国の行動に関する一般的義務を定めている。したがって、条約に通常規定される結果債務としての義務とは異なり、具体的な結果の実現が要求されるわけではなく、ただ単にその実現をめざして真摯な態度をとることが求められるにすぎない。本条において、締約国に要請されている態度ないし行動とは、「自国の領域内においてこの条約の目的の実現を確保するため、全ての適当な措置をとる」ということである。こうすることで、本条約は、他の条文は自動的に執行されるすようにしつつ、他方で、条約の適用対象たる事案と類似しているが本条約の人的適用範囲又は時的適用範囲には入らない事案を解決するにあたって、締約国が、本条約の規範の精神に即して行動することを促そうとしているのである。このことは、一方で、締約国が監護の権利又は接触の権利に関する国内法を改正しようとする際に、本条約の規範を十分に考慮に入れることを促すはずである。他方で、本条約の目的を本条約の規定が適用されない事案にまで拡張することは、裁判所の行動に影響し、本条約の適用範囲外にある国際的な関係について判断する際に公序則による例外を用いることを抑制することとなるはずである。

63 さらに、本条は、その第 2 文で、監護の権利又は接触の権利に関する事案に関して迅速な手続を利用すべきことが重要であるというハーグ国際私法会議の考えを強調しつつ、考えられる複数の手続のうちいずれをとるべきかを定めている。もともと、本条の規定は、国内法の中に新たな手続を導入する義務を締約国に課するものではない。元の仏文テキストではこのような解釈が可能であったため、それを排除するために、この点に関する仏文テキストと英文テキストの内容を一致させるようにしたのである。したがって、本条は、本条約の対象に関するすべての問題を解決する際に、その国の法に定められているうちで最も迅速な手続を用いることを締約国に要請しているにとどまる。

第 3 条 — 連れ去り又は留置の不法性

a 一般的考察

64 第3条は、子の返還を目的とする本条約のメカニズムがこの条文の適用によって発動する仕組みになっているため、全体として、本条約の鍵となる規定となっている。実際、本条約は、本条約によって不法と評価される連れ去り又は留置が存する場合にのみ、子の返還を命ずる義務を課しているのである。その「子の所在の」一方的な変更が不法と評価されうるために事案が備えなければならない要件を定めることによって、本条は、本条約が保護しようとする関係を、間接的ではあるが、明瞭に示している。その関係とは、以下の2つの要素に基づくものである。第1の要素は、子が常居所を有していた国により付与される監護の権利が存在していたことである。第2の要素は、連れ去りの前においてその監護権利が現実に行使されていたことである。以下では、これらの要件の内容をより詳細に検討することとしよう。

b 法的な要素

65 検討対象となる状況の法的要素と呼びうるものとの関連でいえば、本条約が保護しようとしているのは、子が常居所を有していた国において、少なくとも監護の権利に関する有効な権限があるとの外観によって、既に保護されていたと考えられる関係 — すなわち、連れ去り前に当該関係が存在していた国の法に基づいて保護されていたもの — である。この、連れ去りに先立って認められるべき権限については、2つの点についてのさらなる説明が必要となる。説明を要する最初の側面は、それを侵害することにより本条約にいう意味における不法な連れ去り又は留置の存在が決定される権利についてである。既に述べたとおり、これは監護の権利の問題である。実は、第14会期においては、監護権者が子を外国に連れ去った場合などについて、接触の権利に対する侵害から生じうる問題が提起されたが、多数説は、そのような事案は、防止しようとしている不法な連れ去りと同様のものとして扱うことはできないというものであった²⁴。

このような事案や、接触の権利が侵害されることによって決定により確立された状況のバランスが大きく揺らぐような同様の事案があることは、監護に関する決定は常に修正されうるものでなければならないことの証左である。しかし、このような問題は、ハーグ国際私法会議が「この条約によって」調整しようとする取り組み対象からは外れるものである。もしも本条約が監護の権利と接触の権利に同等の保護を与えて、条約の適用によって、実体上、一方の権利の保有者を他の権利の保有者と交替させる結果がもたらされるようなことになったとすれば、そのような結論には疑問があることになっていたであろう。

²⁴ 準備作業文書 (Doc.trav.; Working Document) No.5 (カナダ代表の提案)、及び議事録 No.3 参照。

66 検討すべき第2の問題は、援用されている権限が当初有効なものであったかについての判断のために選択された法に関するものである。ここでは、常居所の概念については詳論しないことにする。実際、常居所はハーグ国際私法会議にとってはなじみのある概念であり、そこでは、常居所は、特に住所（*domicile*）とは異なる、純粹に事実上の概念として理解されている。ちなみに、奪取によって侵害された状況の適法性について判断する基準として常居所の法令を選ぶのは、筋が通った論理である。この点については、1961年のハーグ条約のように未成年者の保護に関する重要な役割を常居所の法令に与えようとする議論に加えて、本条約の特質そのもの（つまり扱う問題の範囲が限定されていること）をも指摘することができる。この意味では、以下の2点を考慮すべきである。まず、本条約は子の監護権そのものについて最終的な判断をしようとするものではないという点であり、このことのゆえに、[常居所の法令ではなくて]本国法を用いるべきだという議論はその説得力を相当程度弱められることになる。他方で、本条約の規範は、かなりの程度、子の監護に関する紛争については子の常居所の裁判所にある種の当然の管轄が備わっているのだという考え方に依拠しているという点である。

他の視点から注目すべき事実は、本条約が、常居所を有していた国の「法令 (*droit; law*)」を語っており、ハーグ諸条約が1955年から形作ってきた伝統的な立場すなわち取扱の対象の規律を特定の国内の法律（*une loi interne déterminée; a particular internal law*）に委ねるという立場からは距離をとっているということである。たしかに、この場合において、「法律(*loi; law*)」という概念は、その序列を問わず成文法及び慣習法、並びに判例による成文法及び慣習法の解釈によってもたらされた詳細な内容を含む、最広義の意味で捉えられるべきである。しかしながら、「国内の」という形容詞は、指定された国の抵触法を参照することを一切排除する[その国の実質法のみが参照される]ことを意味する。したがって、本条約が伝統的な立場を捨てて「常居所の法令」を語っているのは、単に純粹に用語法上の問題にとどまるわけではない。実際、準備作業において示されているように²⁵、最初から、この点に関し考慮されるべき規定の幅をさらに一層拡げることが意図されていたのである。事実、第14会期において、常居所の法令への準拠がその国際私法の規範にまで拡げられていることを本条に明示しようとする案さえも存在したのである。この案が採用されなかったのは、このように常居所の国際私法規範が含まれると明示することは不必要であり、条文案がこのような規範[常居所の国際私法]を直接的にも間接的にも排除していないことは、明示されていないものの明らかである²⁶とハーグ国際私法会議が考えたからである。

67 以上の検討から示されるように、子の常居所の法令は可能な限り広く援用されるものである。同様に、保護しようとする監護の権利は、当該法制度においてその法的根拠となると主張しうるすべてのものから発生しうる。この点に関連して、第3条第2

²⁵ 特別委員会報告書(前掲)No.62 (90頁) 参照。

²⁶ 準備作業文書 (Doc.trav.; Working Document) No.2 (英国代表の提案) 及び議事録 No.2 を参照。

項はこれらの法的根拠のうちの一部 — おそらく最も重要な一部 — を挙げているが、その列挙が限定列挙ではないことを強調している。すなわち、同項は「a に規定する監護の権利は、特に、.....により生ずるものとする」と規定しているが、そのようにして、条文で言及されていない他の権限が存在しうることを強調しているのである。ところで、以下のパラグラフで述べるとおり、列挙されている法的根拠は、きわめて幅広い領域にわたっている。したがって、これらの法的根拠が例示列挙に過ぎないことを明示していることは、ここで用いられている概念を柔軟に解釈すべきことを促がすものであると解釈されるべきであり、そのことにより、最も広くさまざまな場合がカバーされることになるのである。

68 第3条に摘示されている法的根拠の最初のもは、法律であって、これについては、監護の権利が「法令の適用により.....生」じうるとされている。このことにより、本条約の特徴のひとつ、すなわち監護に関する決定〔当該事案についての裁判等による個別の決定〕がなされる前に行使されていた監護の権利についても本条約を適用して保護することができることが、強調される。統計的な観点から見て、子の監護に関する決定が下される前に子が連れ去られるケースはかなり多いという事実を無視することができないがゆえに、この点は重要である。ちなみに、このような状況において、子を奪取された親が本条約を適用しないで子を取り戻すことができる可能性は、子にとって常に有害である自力救済の方法を今度は当該親が採らない限りは、ほとんどないのである。この点に関し、本条約は、このような事案を適用範囲におさめることにより、かつては伝統的な国際私法のメカニズムではほとんど対処できなかった現実的問題の解決に向けて重要な進展をもたらしたのである。

本条約のもとで、保護されるべき監護の権利の帰属がいずれの国の法制度によって決せられるのかという点に関しては、前段落〔No.67〕において検討したことに立ち返る必要がある。すなわち、法律に基づく監護は、子が常居所を有していた国の国内法に基づくか、あるいはその国の抵触法ルールにしたがって指定される国の法律に基づくことができる。前者の場合に関しては、説明は不要であろう。後者の場合に関しては、たとえば、子が母と共に住んでいた国であるスペインに常居所を有していた自然子(un enfant naturel; a child born out of wedlock)〔非嫡出子〕を、フランス人の父親が連れ去った場合で、母親も子もフランス国籍である事案では、スペインの国内法〔スペインの実質法〕によればおそらく別の結論になるとしてもそれとは関係なく、監護に関するスペインの抵触法規範〔国際私法〕によって準拠法として指定されたフランスの国内法が適用されることによって、本条約上、連れ去りが不法とされることを意味している。

69 第3条に摘示されている法的根拠の2つめは、司法上又は行政上の決定の存在である。本条約がこの点に関してこれ以上の詳細を規定していない以上、一方で「決定」という単語は、子の監護に関するあらゆる（司法上又は行政上の）決定の全部又は一部を含むような、最広義の意味で用いられると考えるべきである。他方で、当該決定は、

子が常居所を有していた国の裁判所によってなされるものに加え、第三国の裁判所によってなされたものでもありうる应考虑すべきである²⁷。そして、この第三国の裁判所による決定の場合については、監護の権利が外国の決定に基づいて子が常居所を有していた国において行使されていれば、その決定が「常居所を有していた国において」公式に承認されたものであることを本条約は要求していない。したがって、決定が上記の効果を有するためには、その決定が子が常居所を有していた国の法令上これに該当するものであること、つまり、原則として、認可又は承認のための手続を開始させるための最小限の要素を備えていること²⁸で足りるのである。ちなみに、このような広い解釈は、本条約第 14 条の規定内容においても確認されている。

70 最後に、監護の権利は、第 3 条によると、「当該国 [子が常居所を有していた国] の法令に基づいて法的効果を有する合意により」生ずる可能性がある。原則として、この合意は、子の監護に関する当事者間の単なる私的合意であっても構わない。常居所を有していた国の法令に基づいて「法的効果を有する」(être en vigueur; have legal effect) という要件は、草案にあった「法律上の効力を有する」(avoir force de loi; have the force of law) という要件に代えて、第 14 会期において導入されたものである。この修正は明確化の希望に応えるものであるとともに、本条約により保護される監護の根拠としての合意を認めるために必要とされる要件をできる限り柔軟にしたいとする希望にも応えるものであった。特定の法令に基づいて「法的効果を有する」合意とは何かという点そのものについていえば、このような合意には、当該法令により禁じられておらず、かつ権限を有する当局における法的主張を基礎づけ得るあらゆる合意が含まれるものと考えられる。ところで、第 3 条において「子が常居所を有していた国の法令」という概念に与えられる広義の意味に立ち返ると、その法令は、その国の国内法 [実質法] でもありうるけれども、その国の抵触法ルールにより指定された [他国の] 法令でもありうるのである。この 2 つの法令のどちらを選択するかについては、本条約の精神に基づけば各事案において現実に行使されている監護を正当化する方が選ばれるべきことになるだろうが、その選択はその国 [常居所を有していた国] の権限に属することになる。他方、本条約は、この合意が満たすべき実体上の要件も形式上の要件もまったく定めていない。したがって、それらの要件は、依拠する法令の規定内容によって変わってくることになるのである。

71 監護権者となりうる者についての検討は本条約の人的適用範囲に関する第 4 条の逐条解説に先送りすることとして、ここでは、子の監護の行使に関するあらゆる方法を保護しようとしていることを強調しておこう。それというのも、第 3 条の文言上、監護

²⁷ この解釈は、現行の条文と同様の条文案の採択に至るまでの特別委員会における準備作業にその根拠を有する。特別委員会報告書(前掲)No.64 (191~192 頁) 参照。

²⁸ 本条約にこのような場合を含ませる実益について、準備作業文書 (Doc.trav.; Working Document) No.58 (イタリア代表により提示された「明確化のための文書」) 参照。

権は、その行使を尊重してほしいと求める者に、単独で又は共同で帰属しうるものである。国内法が、性別を理由とした差別の禁止という一般原則に最も適合するものとして、共同での監護という方法を徐々に導入している時代において、それ以外の帰結はありえなかったのである。ちなみに、共同での監護は常に法律に基づく監護であるとは限らず、裁判所も、状況が許すならば監護権に本質的に結びついた責任を両親が共に負うことが好ましいと示す傾向がますます強まっている。ところで、本条約が採用した見解においては、共同監護権を有する者の1人が、他方の監護権者の同意なしに子を連れ去ることも、不法とされている。この場合において、この不法性は、法律に反することに根拠を有するものではなく、その行為がこれも法律により保護されているところの他方の親の権利を無視し、当該権利の通常の行使を妨害したという事実に基づくものである。本条約の真の性質は、このような状況において、より明瞭に示されることになる。すなわち、本条約は、将来において子の監護が誰に託されるべきかという点や、かつて下された共同監護の決定をその前提となった事情が変わったため修正する必要があるかという点について決めようとするのではなく、監護に関する終局的な決定が、当事者のひとりが一方的にもたらした事情の変更によって影響されてしまうという事態を避けようとしているにすぎないのである。

b 事実的な要素

72 本条約により保護される関係の特徴づける第2の要素は、連れ去りにより侵害されたと主張されている監護権が、監護権者によって現実に行使されていたということである。すなわち、本条約は、条約の対象として親に付与される監護権の純粹かつ単純な国際的承認とは異なるものを選ぶアプローチをとっており、それにともなって、子にとって極めて重要な安定性の尊重を求める子の権利の保護に力点を置いたのである。この権利とは、新たな環境において安定が保障されるという法的根拠のない限り、子を取り巻く愛情、社会等の諸条件を変更されないことについての子の権利である。このアプローチを反映して、本条約の範囲については、現実に行使されている監護の権利のみに適用されるという限定があるのである。さらに、このような考え方を正当化する補完的な議論としては、国際的なレベルでは、この点に関して、相矛盾する複数の決定が存在するために子の生活の安定性が保護されないという事態がしばしば存在するという点を指摘することもできる。

73 実際、この考え方自体にはほとんどまったく異論がなかった。しかしながら、3条から「監護権の現実の行使」という文言を削除すべきであるとの提案²⁹は複数存在した。その理由は、この文言があると、証明が困難なことがある点に関する証明責任を申

²⁹ 準備作業文書 (Doc.trav.; Working Document) No.1 (米国代表の提案) 及び同 No.10 号 (フィンランド代表の提案)、並びに議事録 No.3 参照。

請者に負わせることになるからというものであった。子を返還させる義務に対する例外を定める第13条が、今度は「連れ去り親」に、子を奪われた者がその主張している監護権を現実に行使していなかったことの証明を要求していることを考えあわせると、状況はさらに複雑になってしまいそうである。この点についていえば、これら2つの条文を関連させて解釈してはじめて、第3条の定める要件の本当の性質がはっきり分かるのである。すなわち、本条約の適用範囲を限定するこの要件は、申請者に対し、子の身上に対する監護を自らが現実に行使していたという事実の一次的な証拠（*première évidence ; preliminary evidence*）しか求めていないのであり、この事実は、一般的には証明が非常に容易である。この証明が形式的なものにすぎないことは、第8条において、中央当局に対してなされる申請に含まれるべき情報のうち、c号に「申請者が子の返還を求める理由」とだけ書かれていることにもはっきり表れている。反対に、本条約第13条（草案では第12条）は、真の証明責任を「連れ去り親」に負わせることを明らかにしている。すなわち、子の返還を避けるために、監護していた親が監護権を現実に行使していなかったことを証明しなければならないのは、連れ去り親の方なのである。したがって、本条約は全体として、子の身上を世話している者は監護権を現実に行使しているのだという黙示の推定の上に成り立っていると結論づけることができる。この考え〔推定〕を覆すためには、（子の返還を避けたいのであれば、「連れ去り親」が）、あらゆる推定におけると同様に、転換された証明責任を果たさなければならないのである。

74 しかしながら、本条約は、まさに子の連れ去りによって監護を現実におこなうことができなかつた場合に生ずる状況をも保護しようとすることを、その適用範囲に明示的に含めている。第3条b号後段が定めているのはこのことである。理論上は、その根底にある考え方は、本条約を指導する理念に完全に合致している。したがって、問題は、実務的に見て、この規定の追加が必要なものであったのかどうかである³⁰。その見地から見ると、この規定が保護しようとする典型的にありうる状況は2つあり、そのうち第1の状況は本条約の適用範囲に明らかに入るけれども、第2の方は、このような規定がもしなければ、本条約のルールのおそらくかなり無理な解釈をしなければ適用範囲に入れることができないものである。第1の状況は、監護に関する最初の決定が子の連れ去りによって遵守されなかつた場合に生じる事態〔たとえば、連れ去られた親が現実に監護をしており、その者に監護権を与える決定が下される直前に、他方が連れ去つたような場合〕である。この場合には、当該決定が、家族共同生活の破綻から一定期間が経過した後の下されたものである以上、監護権者はそれに先だって監護を行っていたこと、したがって〔第3条第b号後段の規定がなくとも〕本条約の適用のための要件をすべて満たすことが想定される〔監護の決定を受ける前から現実に身上監護をしていれば、その状況を破る連れ去りは不法となるので〕。しかしながら、〔上記第2の状況として問

³⁰ 準備作業文書（Doc.trav.; Working Document）No.2（英国代表の提案）、並びに議事録 No.3 及び No.13 におけるこの点に関する議論を参照。

題になるように] 子の常居所の裁判所がそれまでの監護決定を変更する決定を下したが、その新決定の内容実現が連れ去り親の行為により不可能になった場合 [たとえば、監護権者を、それまで現実に監護をしていた母親から、父親に変更する決定が下された直後に、母親が子を連れ去ったような場合] には、新たな監護権者はその間監護権を現実に行使していなかったということになりうる。このような状況において、またここで摘示していないその他のいくつかの状況において、本条約を援用することに困難が生ずることは明らかである。したがって、この規定が争点となることはそう多くないかもしれないが、この規定が本条約に書き込まれたことは有益であると結論づけることができる。

第4条 — 人的適用範囲

75 本条は、保護の対象となる子に関する本条約の人的適用範囲のみを定めている。しかしながら、全体像を示すために、本条に関連する問題の他の側面、すなわち監護の権利及び接触の権利の権利者となりうる者、並びに本条約の用語法において「連れ去り者 (enleveurs; abductors)」と評価され得る者についても触れることとする。

a 保護の対象となる子

76 本条約は、「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」16歳未満の子に適用される。常居所に関する要件については、本条約の性質について述べた考察に立ち戻って、当局間の協力を内容とする条約は、締約国間において協力関係が形成されなければ、その効果を十分に発揮できないことを想起する必要がある。

77 本条約の適用に関する年齢制限は、重要な問題を2つ提起する。第1の問題、すなわち狭義の年齢の問題については、ほとんど論争はなかった。本条約は、16歳の基準を採り、子について他のハーグ条約により認められているもの³¹よりも狭い概念を用

³¹ 例えば、子に対する扶養義務の準拠法に関する 1956 年 10 月 24 日の条約 (Convention sur la loi applicable aux obligations alimentaires envers les enfants, du 24 octobre 1956; Convention of 24 October 1956 on the Law Applicable to Maintenance Obligations in Respect of Children) の第 1 条、子に対する扶養義務に関する裁判の承認執行に関する 1958 年 4 月 15 日の条約 (Convention concernant la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière d'obligations alimentaires envers les enfants, du 15 avril 1958; Convention of 15 April 1958 on the Recognition and Enforcement of Decisions Relating to Maintenance Obligations in Respect of Children) の第 1 条、未成年者の保護に関する管轄及び準拠法に関する 1961 年 10 月 5 日の条約 (Convention concernant la compétence des autorités et la loi applicable en matière de protection des mineurs, du 5 octobre 1961; Convention of 5 October 1961 Concerning the Powers of Authorities and the Law Applicable in Respect of the Protection of Minors) の第 12 条、及び、養子縁組に関する裁判の管轄、準拠法及び承認に関する 1965 年 11 月 15 日の条約 (Convention

いた。その理由は、本条約の目的それ自体から説明されうる。すなわち、16歳以上の子は一般に、いずれの親も、また司法当局又は行政当局も無視することが困難な自分の意思を有しているからである。

本条約の適用が排除されることになる年齢を決定するにあたり、本条約は数ある選択肢の中で最も制限的なものを採用した。そして結局、本条約の規定に基づく行為又は決定は、16歳の誕生日を迎えた子については一切なされえないことになったのである。

78 第2の問題は、自らの居所を定める権利を有する16歳未満の子の状況についてのものである。この居所を定める権利が、一般的にいつて、監護権の内容の一部をなすものであることを考慮し、このような場合には本条約を適用しないという方向の提案がなされた³²。しかしながら、次のような議論を含むさまざまな議論の末、この提案はしりぞけられた。すなわち、1) その16歳未満の子が自らの居所を定めることができるか否かをどの法制度によって決めるのかにつき、少なくとも本国法、連れ去り前の常居所の法、及び連れ去り先の国の法という3つの選択肢があって、選ぶのが困難である。2) 特に接触の権利に関して、この提案は本条約の適用範囲を過度に制限するものである。3) 子の居所を指定する権能は、監護の権利の考えられる1つの要素に過ぎず、監護の権利の内容はそれに尽きるものではない。

他方で、この点に関する決定は、子が十分な年齢及び成熟度に達していることを条件に、権限を有する当局が子の返還に関する子自身の意見を考慮しうるとする第13条第2項の規定と無関係ではありえない。なぜならば、この規定は、居所を定める権能を有する未成年者の返還が問題となった際に、司法当局又は行政当局が子の意見を決定的なものとして考慮することを可能にしているからである。このようにして、本条約の裁量を認める規定〔司法当局又は行政当局に一定の裁量権限を与える規定〕が自動的に適用されることになるのであるが、このような結論のほうが、本条約の適用範囲を全面的に制限してしまうよりも望ましいものと考えられる。

b 監護の権利及び接触の権利の権利者

79 これら2種類の権利に関して生じる問題は、それがどちらの権利についてであるかによってまったく異なるものである。まず、接触の権利に関しては、その権利者は自然人であることが物事の道理からして明らかである。誰が権利者かは接触の権利の内容決定について適用される法律による。権利者となるのは、原則として、子の近親者であり、通常は父親か母親である。

concernant la compétence des autorités, la loi applicable et la reconnaissance des décisions en matière d'adoption, du 15 novembre 1965; Convention of 15 November 1965 on Jurisdiction, Applicable Law and Recognition of Decisions Relating to Adoptions) の第1条。

³² 準備作業文書 (Doc.trav.; Working Document) No.4 (ベルギー代表の提案) 及び議事録 No.4 参照

80 これに対して、本条約によれば、監護の権利の権利者には、法人もなることが可能である。この点について、第 3 条は、曖昧かつ広義の表現を意識的に用いて、「施設又は他の機関」に監護の権利を帰属させる可能性を認めている。実際、第 14 会期においては、子の身柄が施設 (institution) に預けられている場合を本条約の適用範囲に含めることは異議なく受け容れられたのである。さらに、施設以外にも、子を監護する責任を負う機関 (organismes; bodies) が存在することを考慮して、法人格を有する機関のほか、国の機関であって独立した法人格を有しないものにも適用があるように、表現が広義のものにされたのである。

c 「連れ去り者」とされる者

81 本条約はこの点について明示的な定めを置いていない。しかしながら、条文全体から、本条約の人的適用範囲に関するこの論点につきそれを説明する 2 つのコメントを導き出すことができる。第 1 点は、子の連れ去り又は留置の責任を負うとされる自然人に関する。この点に関し、本条約は、これらの行為の責任を負うものを両親に限定しないという特別委員会により採用された見解を維持している³³。さまざまな文化的背景に応じてではあるが、家族の概念は多かれ少なかれ広いものであるため、例えば祖父又は養父により実行された連れ去りを本条約の意味における子の奪取と評価しうるように、広義の見解に立つことが好ましいのである。

82 第 2 点は、「施設又は他の機関」が「連れ去り者」として行動する可能性に関するものである。この点については、どのようなものであれ、機関が、実力又は策略により子を外国からその機関の国に移動することができるとは想像しがたい。他方で、司法当局又は行政当局の決定により子がその常居所のある国においてある機関に預けられた場合 (すなわち、強制的な措置による預け入れの場合) には、子に対する監護の権利の現実の行使が認められるべきだと主張する親にとって本条約を援用する可能性はほとんどないことになりうる。なぜなら、当該機関が原則としてその権限を行使していることにより、その後親に親権が認められることになるという例外はありうるものの³⁴、本条約にいう意味での監護の権利は当該機関に帰属するがゆえに、その親の主張は本条約の適用範囲に入らないことになるからである。

第 5 条 — 本条約において用いられるいくつかの表現

³³ より制限的なアプローチは当初、親の一方による国際的な子の奪取に関する報告書 (Rapport sur l'enlèvement international d'un enfant par un de ses parents; Report on international child abduction by one parent) と題されたダイアー・レポート (前掲) に見られた。

³⁴ この点に関し、未成年者の後見を規律するための 1902 年の条約の適用に関する事件についての 1958 年 11 月 28 年の国際司法裁判所判決 (Recueil des arrêts; ICJ Report 1958,55 頁以下) を参照。

83 ハーグ国際私法会議により確立された伝統に従い、本条約は其中で用いる法的概念を定義していない。本条約は、しかしながら、本条において、監護の権利及び接触の権利という概念がどのような意味で使われているかについて説明している。それは、それらの概念の射程について不正確な解釈がされると、本条約の目的が損なわれるおそれがあるためである。

84 監護の権利に関して、本条約は、監護の権利が「子の身上の世話に関する権利」を含むことを強調するとどまり、子の財産の保護についてのメカニズムはその外にあるものとしている。ここでは、「未成年者の保護」³⁵という概念よりも狭い概念が用いられていることになったのである。第14会期においては、とりわけ施設又は機関に預けられる子のケースをも適用範囲に含めるために「保護」という概念を導入しようとする試みがなされたが、そのようなケースとの関係で監護の権利の概念を明示しようとする試みがいずれも失敗に終わったため、上記のような一般的な概念で満足せざるを得ないこととなった。本条約は、「世話 (soins; care)」の例として示されているように、子の居所を決定する権利を強調することにより、監護の権利の概念を明確化しようとしている。しかしながら、子が、法的な観点からは未成年者であっても自ら居所を決定することができる場合には、監護の権利の内容は子の身上に対するその他の権利との関係で決定されることとなるのである。

他方、本条においては、監護が監護権者により単独又は共同でなされる可能性について何らの言及がされていないが、いずれの場合も条約の対象となることは明らかである。実際、条約法の伝統的なルールによれば、条約の条文は、その文脈に応じてかつ条約の目的を考慮して解釈されることが求められているところ³⁶、第3条の内容に照らせば、本条約が保護しようとする状況の中に共同での監護を含むとしていることは疑いを容れないのである。どのような場合に共同での監護が生じるのかという点は、事案ごとに子が常居所を有していた国の法令に照らして解決されるべき問題である。

85 接触の権利について、本条 b 号は、接触の権利が「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」を含むことを明らかにするとどめている。本条約の趣旨は明らかに、接触の権利の他の行使方法を排除するものではない。本条約は、ここでは単に、接触の権利を広く解していわゆる宿泊させる権利 (*droit d'hébergement*;

³⁵ 例えば、未成年者の保護に関する官庁の管轄権及び準拠法に関する 1961 年 10 月 5 日の条約 (*Convention concernant la compétence des autorités et la loi applicable en matière de protection des mineurs, du 5 octobre 1961; Convention of 5 October 1961 concerning the powers of authorities and the applicable law in respect of the protection of minors*) を参照。

³⁶ この点に関し、条約法に関する 1969 年 5 月 23 日のウィーン条約 (*Convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969; Vienna Convention of 23 May 1969 on the law of treaties*) 第 31 条第 1 項を参照。

residential access) と呼ばれる権利が含まれることを強調しようとしたのである。この宿泊させる権利は、監護の権利を有する者が特に危惧する接触の権利の行使方法である。さらに、この説明的なルールが、子を連れて行ける「他の場所」についてまったく制約を置いていない以上、本条約に基づく接触の権利は、国境を越えて行われる接触の権利をも含むものであるという結論が導かれる。

86 本条約のルール全体を通じて言及されている司法当局又は行政当局の定義を本条に含めようとする提案がなされた³⁷。しかし、その定義を全体を通じてうまく位置づける視点を見いだすことが難しく、また、生じうるすべての状況を含むような文言を起草することも難しかったため、そのような定義は本条に含めるべきではないという結論になった。ところで、既に強調したとおり³⁸、司法当局又は行政当局が、監護又は子の保護を各締約国の国内法に基づいて判断する権限を有する当局であることは明らかである。そして、条約が常に「司法当局又は行政当局」と両者を併記しているのは、それらが各締約国においてどのような法的地位にあるのかとは関係なく、該当事項につき権限を有するすべての当局を含むようにするためなのである。

第2章 中央当局

第6条 一 中央当局の設立

87 本条約の適用において鍵となる構成要素である中央当局が果たす役割は、既に詳しく説明してきた³⁹。

国が2以上の中央当局を指定しうるかに関して、これを決定する基準になるのは、未成年者の保護を担当する機関として、領域的管轄を有する機関が複数存在するか否かであるという考え方がとられた。その結果、連邦制の国及び2以上の法制を有する国の場合に加えて、「自治権及び領域的管轄を有する組織を有する」国の場合が加えられたが、この文言は広義に解釈されるべきである。

第7条 一 中央当局の義務

88 本条は、本条約に基づき設けられた制度の実施に際しての中央当局の役割を定めている。本条は2項からなっている。第1項は、一般的な文言を用いて、全般的な協力義務を定めている。また、第2項は、a号からi号において、中央当局が果たすべき主な

³⁷ 準備作業文書 (Doc.trav.; Working Document) 第7号 (米国代表の提案)、並びに議事録 No.4 及び No.14 を参照。

³⁸ 上記 No.45 を参照。

³⁹ 上記 No.43 ないし No.48 を参照。

役割のいくつかを列挙している。両項とも、中央当局にイニシアティブをとって行動する強大で広範な権限を持たせるべきだとする諸国と、中央当局は単に当事者の行動を援助する行政的なメカニズムにとどまるべきだとする諸国との間の妥協の産物である。つまり、これらの立場の違いは、ハーグ国際私法会議に代表を送った各国の制度の間に存在する多くの根本的な相違を反映したものであるため、最終的な解決は、各国の中央当局がそれぞれ自国の法令にしたがって行動することができるように、柔軟なものにする必要があったのである。そこで、本条約は、中央当局の責務となる主たる義務を具体的に定めてはいるものの、それらの義務を履行するための適切な手段の決定については各締約国に委ねているのである。ちなみに、第2項の冒頭にある、中央当局が列挙された機能を「直接に又は仲介者を通じて」果たさなければならないことを定めた部分も、以上に述べたような意味を踏まえて解釈されなければならない。すなわち、「直接に」か「仲介者を通じて」かの選択については、各国の中央当局が、それぞれ自国の国内法に応じて、また第1項が中央当局に課している協力の一般的義務の精神に従って、決定する必要があるのである。

89 これまで述べてきたとおり、第1項に置かれたルールは、本条約の目的の達成を確保するための、中央当局の一般的な協力義務を定めている。この協力は、2つのレベルにおいてなされなければならない。まず、各国の中央当局の間において協力がされなければならない。そして、それに加えて、中央当局は、その国において問題を担当する複数の当局間の協働関係を促進しなければならない。これが実効的に促進できるかどうかは、各国の国内法令が中央当局に与える行為権限に大きく依存している。

90 第2項において詳細に述べられている機能は、大筋において、子の連れ去りの典型的なケースにおいて中央当局が介入するさまざまな段階について順を追って規律しようとするものである。しかしながら、これらの列挙された機能がすべてを網羅するものでないことは明らかである。例えば、中央当局が事案に関与するためには、他の締約国の申請者から直接に事案を受理するか、又は他の締約国の中央当局から事案を受理することが必要であるところ、この後者の場合には、事案を初めに受理した中央当局は、子が所在すると考えられる国の中央当局に当該申請を転達しなければならないのであるが、この義務は第7条には定められておらず、後にある第9条において定められている。他方、中央当局は、あらゆる事案において、本条に列挙されている義務のすべてを履行する責任を負うわけではない。なぜならば、中央当局がいかなる措置をとるべきかを決定するのは、具体的な事案の状況だからである。例えば、申請者が子の所在を確定的に知っている場合にまで、いずれかの中央当局が子の「所在を特定する」義務を負うと考えることはできないのである。

91 必要と考えられる場合における子の所在の特定（a号）に加えて、中央当局は、「子に対する更なる害悪又は利害関係者に対する不利益」を防止するために有益であると思われるすべての暫定措置をとり、又はとらせなければならない（b号）。本号がこ

のような文言を用いていることは、既に強調した事実、すなわち中央当局の行為の権限が国によって異なりうることをあらためて浮き彫りにする。ここでいう暫定措置は、実質としては、とくに子の新たな連れ去りを防ぐという考えを実現するためのものである。

92 c号は、中央当局が裁判手続き以外の方法によって事案の解決を図ることを試みる義務を定めている。というのも、一部の代表から示された経験によると、裁判所に頼る必要なしに解決されうる事案は相当数存在するからである。しかし、繰り返しになるが、最終的な司法上又は行政上の手続に先立つ当該段階において問題の解決に向けた指揮を執るのは中央当局なのである。すなわち、子の「任意の返還」、又は「友好的な解決」の促進に向けてなされた試みがどのような場合に失敗したと判断するかを決めるのは中央当局なのである。

93 d号は、子の社会的背景に関する情報の交換について定めている。この義務は、それぞれの事案において責任を負う中央当局の基準にかからしめられている。実際、「望ましい場合には」という表現が付されていることが、この点に関する厳格な義務を課することにはしたくなかったという事情を示している。このような立場をとるべき理由として主張されたのは、提供すべき情報がないこともありうること、このような義務が当事者の引き延ばし戦術に用いられるおそれがあることなどである。他方、一定の情報の移転については秘密保持を条件とすべきであるという提案は、採用されなかった⁴⁰。

94 e号には、本条約の適用のために自国の法令の内容に関する情報を提供する中央当局の義務が定められている。この義務には特に次の2つの側面が含まれる。一方で、子の監護に関する決定がなされる前に連れ去りが実行された場合、子が常居所を有していた国の中央当局は、本条約の適用のために必要な、自国の法令の内容に関する証明書を作成することができる。他方で、中央当局は、本条約及び各中央当局の機能に関して、及び今後とるべき手続に関して、個人に対して情報提供をしなければならない。反対に、中央当局がそれよりもさらに進んで具体的事案について法的助言を与えることを義務付ける可能性は、本号のルールにおいては定められていない。

95 子の返還を実現するために、子の所在する国の司法当局又は行政当局の介入が必要とされる場合には、中央当局は、自国の国内法上可能な場合には自ら手続を開始し、又は手続の開始について便宜を与えなければならない。同様の義務は、接触の権利の内容決定又は現実の行使を可能とするために必要と考えられる手続にも及ぶ（f号）。

96 中央当局が自国において権限を有する当局に事件を直接申し立てることができない場合には、当該中央当局は、第25条に基づき申請者に対して法律に関する援助を提供し、又はその提供について便宜を与えなければならない（g号）。本号の「状況により必要とされる場合には」という表現が、当該援助が求められている国の法律が定める基準に基づく、申請者の経済的困窮を示唆していることをごく簡潔に指摘しておくのが

⁴⁰ 準備作業文書（Doc.trav.; Working Document）No.9（英国代表の提案）、及び議事録 No.5 を参照

適切であろう。したがって、これは、法律扶助を与えるか否かに関する抽象的な考慮要素に言及したものではないのである。

97 h号は、本項に基づき行われる手続として、子の安全な返還を確保するために、具体的な事案において必要かつ適当な行政上の措置を実施することを、中央当局の義務に含めている。

98 最後に、i号は、個人に直接関係する義務ではなくて、本条約そのものに関係する中央当局の義務を定めている。すなわち、「この条約の実施に関する情報を常に相互に通報し、及びこの条約の適用に対する障害を可能な限り除去する」義務である。この義務は、補完的な2つのレベルにおいて作用すべきものである。ひとつは、本条約の加盟国の二国間関係におけるものである。もうひとつは、多国間関係におけるものであって、ハーグ国際私法会議常設事務局によってこの目的のために委員会が開催された場合にその委員会への参加を通じてのものである。

第3章 子の返還

第8条 一 中央当局への申請

99 第1項によると、子の返還を求めるための申請は、いずれの国の中央当局に対しても行うことができ、その中央当局はその時点から、条約の定めるすべての義務を負うことになる。このことは、申請者が最も適切だと考える中央当局に申請を行うことができることを意味している。もっとも、条文では子の常居所の中央当局に明示的に言及しているが〔第8条1項は「当該子の常居所の中央当局又は他の締約国の中央当局に対し」としている〕、これは、子の常居所の中央当局への申請が通常は効率的であるからという理由によるものであり、このように書かれているからといって、その他の中央当局に対する申請は例外的なものでなければならないという意味に解釈されてはならない。

100 モデル書式の利用は単に推奨されているものにすぎないので、条約の条文の中に、中央当局に対する申請が受理されるためにそこに記載されていなければならない要素、及び申請に付随し又は申請を補完しうる任意提出の書類についての規定が置かれる必要がある。この点に関して、中央当局に対するすべての申請が備えるべき要素は、第8条第2項に列挙されている。特に、子及び関係者を特定するための情報、並びに子の所在を特定するために有用な情報が重要である(a号、b号、及びd号)。子の生年月日に関する情報に関して、本条約は「可能な場合に」のみ提供されるべきことを示している。このように示しているのは、その点について知らない者の申請も認めようとする考えによる。しかしながら、本条約第4条によって第27条に基づく申請の却下が可能となる以上、申請者は子の年齢に関する正確な情報はやはり提供しなければならないのである。

さらに、申請には「申請者が子の返還を請求する根拠」が記載されなければならない（c号）。これは、十分な根拠がないことが明白な申請を受理しない中央当局の権限に関する第27条の適用を可能にするために、論理的に見て必要となる要請である。援用される理由は、原則として第3条に定められている法律上及び事実上の両要素に言及すべきである。法律上の要素は、特に子の常居所における法令の内容、決定〔裁判〕、又は合意に依拠するものであることになるから、この最初の〔申請の〕段階において、その点についての書面による証拠を要求することにもできたはずであった。しかしながら、本条約は、それ以外の方法を選択し、このような証拠を、当該申請に付随し又は当該申請を補完するものとして任意に提出してもよいとされる書面のひとつにとどめた。そのようにした理由は、当該書面の入手がしばしば困難であるからである。さらに、その入手が子の所在の迅速な特定にかけるべき貴重な時間を費消してしまう可能性もあるからである。これに加えて、中央当局が子の任意の返還又は問題の友好的な解決の実現に成功した場合には、それらの書面は必ずしも必要ではない付随的なものとも見ることができるからでもある。

101 この点に関し、申請に付随し又は申請を後から補完しうる任意的な提出書類に関する第3項のはじめの2つの項目〔e号及びf号〕は、子の返還を求める根拠となる書面について定めている。この点に関しては、まず、決定又は合意の写しが証明を受ける必要があるという要件は、「認証その他これに類する手続は、この条約との関係において要求することができない」と定める第23条の規定と相反するものではないことに注意すべきである。ここでは、決定や私的文書の正確な写しであることを確認して、原本との一致を確保して問題なく利用するために、そのようにしている〔証明を受けることを求めている〕にすぎないのである。

第2に、子が常居所を有していた国の法令の内容は、証明書により、又は宣誓供述書、すなわち宣誓者に責任を課する適度な宣誓を含む書面により、証明することができる。当該宣誓書を作成する権限のある者について、本条約は、これを広く認めて申請者の負担を軽減することとした（f号）。すなわち、子が常居所を有していた国の中央当局その他の権限のある当局に加え、資格を有するすべての者、例えば公証人、弁護士、又は学術機関等により発行されるのである。

他方で、最終的な段階においては、つまり連れ去り先の国の司法当局又は行政当局の関与が求められた場合には、当該司法当局又は行政当局は、第15条に基づき、中央当局への係属時には提出任意とされていた一部の文書を作成するよう求めることができる。

最後に、本条約は、申請に「その他の関係文書」が付随し、又は申請が「その他の関係文書」によって補完される可能性を認めている（g号）。原則としては、申請が子を連れ去られた監護権者によってなされる以上、これらの文書を提出しうるのはその監護権者である。もっとも、このことは、申請が他の中央当局に移送される場合に、事案の申請をはじめに受けた中央当局が、特に子の社会的背景に関する情報を有していてもまた

それが有用であると考えるときに、第7条第2項b号により中央当局に与えられている権限に基づいて、その情報を申請に付随させ得ることを妨げるものではない。

第9条 — 子が現に所在する国の中央当局に対する申請の移送

102 申請者が申請をする中央当局を自ら自由に選択できることの直接的な結果として、その中央当局には、子が現に所在すると信ずる正当な理由のある国の中央当局に対して申請を移送する義務が課されることになる。同様の移送義務は、他の中央当局から事案の移送を受けた中央当局が、子は自国以外の国に現に所在するとの結論に至った場合にも、再び生ずることとなる。ここで取りあげられるのは、第7条にその概略が示されている枠組みを補完する機能である。というのは、これが第7条第1項に定める中央当局間の協力義務に直接関連するものだからである。

ところで、第9条の意味するところは明らかであるものの、その文言自体は完璧だというわけではない。本条にいう「要請を行った中央当局」は、第8条に基づいてなされた申請が第9条それ自体に基づき他の中央当局に対し移送された場合にのみ存在する。したがって、「要請を行った中央当局」に対して通知する義務は、2番目に事件を受領した中央当局の属する国に子が現に所在しなかったために、申請が第3の中央当局に移送された場合にのみ生ずる。しかしこれに対して、本条に基づく申請の移送義務については、事件を最初に受領した中央当局である場合か、他の中央当局を介して受領した中央当局である場合かにかかわらず、本条はこの2つの場合にいずれも適用されなければならないのであるから、すべての中央当局にその義務が課されるように、本条は解釈されなければならない。[このNo.102の第2段落において、第9条の文言に問題があるかのような説明がなされているが、これは、同条について次のような解釈の幅がありうることとの関係で、誤った解釈がなされないようにラポルトゥールが注意を喚起しているものと解される。すなわち、子の返還に関する申請(第8条)を受領した中央当局は、他の締約国に子が所在すると考えた場合には、その国の中央当局に申請を移送し、かつ「要請を行った中央当局又は申請者に対しその旨を通知する」義務を負うことになっているが、条約のフランス語正文では、この部分が、「要請を行った中央当局に対し、又は場合に依じて申請者に対して、その旨を通知する」(*en informe l'Autorité centrale requérante ou, le cas échéant, le demandeur.*)という趣旨の文言になっており、読み方によっては、「要請を行った中央当局に対しては必ず通知しなければならない」と解釈される余地もある。もしもそのような解釈をとると、申請者から直接に申請を受領した中央当局の場合には、この「要請を行った中央当局」というものは存在しないので、そもそもこの条文は他国の中央当局経由で申請を受領した中央当局のみに適用され、申請者から申請を直接に受領した中央当局には移送の義務も課されないのではないかと、という解釈の余地が出てくるおそれがある。そこで、ラポルトゥールは、そのような解釈をとるべきではなく、申請者から申請を直接に受領した中央当局にも、この条文が適用され、

子が所在すると考えられる国の中央当局に申請を移送する義務（及びその旨を申請者に通知する義務）があるということを注意的に記載したものと解される。もっとも、条約の英語正文では、この点は、「場合に応じて、要請を行った中央当局又は申請者に対して通知する」（*inform the requesting Central Authority, or the applicant, as the case may be*）とされており、フランス語正文の場合のような誤解が生じるおそれはほとんどない（条約の日本語公定訳においては、この英語正文に近い趣旨に翻訳されている）。なお、以上の点とは別に、次のような解釈の幅もあるため、その点について注記が必要であるとラポルトゥールが考えた可能性もある。すなわち、第9条の「前条に規定する申請を受領した中央当局」を、申請者から直接に申請を受領した中央当局のみを示すものと解釈する余地があり、もしそのように解釈すると、「要請を行った中央当局」は存在しないことになるので、それに対する通知義務を規定しているこの条文は、論理的に一貫しないことになるのである。]

第10条 — 子の任意の返還

103 本条においては、第7条第2項c号に定める「子の任意の返還を確保することを目的として、全ての適当な措置をとる」中央当局の機能について、このような〔任意の返還という〕手続きをとることを優先しようとする取扱いがされていることが浮き彫りになる。本条約の条文においては、草案において本条に設けられていた、本条が規定する義務の時間的な範囲を限定しようとする文言（「司法上又は行政上のあらゆる手続を開始する前に」）文言が削除されている。その削除の理由は、いくつかの国の法制度にとっては、権限を有する当局〔司法又は行政当局〕に対して申請がされる前に中央当局のような公の当局が行動することが難しいことがわかったからであった。もっとも、本条約の規定内容は、そうでない国の中央当局がそのように行動することを妨げるわけではない。また、このことは二重の意味で厳格な義務ではないのである。すなわち、一方で、すでに始まっていた子の任意の返還のために試みは、司法上または行政上の手続が始まった以降も、継続しうる。他方で、子の返還を目的とする主導権が司法当局又は行政当局に移らない限りは、子の任意の返還を目的とする試みが失敗に終わったか否かを決定するのは中央当局である。

さらに、本条に定める措置は、子の新たな連れ去りを防止するための第7条第2項b号に基づく中央当局の行為を阻害するものであってはならないものと理解されている。

第11条 — 司法当局又は行政当局による迅速な手続きの利用

104 本条は、この分野全体を通じて時間の要素が重要であることをあらためて示している。本条約第2条は、締約国に対し、迅速な手続きを用いる義務を課しているが、本条第1項は、子の返還について判断すべき連れ去り先の国の当局との関係で、この

義務をあらためて提示している。この義務は、次の 2 つの側面を有する。ひとつは、その国の法制度において認められているもののうち最も迅速な手続を利用すべきことである。もうひとつは、可能な限り、対象となる申請を優先的に取扱うべきことである。

105 国内機関が国際的な子の連れ去りにより生じた問題に最大限の優先順位を与えることを促進したいと考えて、本条第 2 項は 6 週間という強制力のない期限を設定しており、その期限を過ぎると申請者又は要請を受けた国の中央当局は、[申請を扱う司法当局又は行政当局に対して] 遅延の理由を明らかにするよう要求することができる。さらに、要請を受けた国の中央当局が回答を受領した際には、当該中央当局はさらに、要請を行った国の中央当局に対して、また申請者から直接申請を受領している場合には申請者に対して、通知する義務を負う。要するに、本条がいかに重要であるかは、本条の課している義務の要求そのものによってというよりは、本条が、検討対象となっている状況において時間の要素が決定的な性格を有するものであることについて権限を有する当局の注意を喚起し、また、この点に関する決定をすべきものとされる最長期限を設定しているという事実それ自体によって示されているのである。

第 12 条及び第 18 条 — 子の返還義務

106 この 2 つの条文は、内容的には異なるものであるが、互いにある種補完的な性質を有するため、ここでまとめて検討することとしよう。

第 12 条は、子の現在する国の司法当局又は行政当局がいかなる状況のときに子の返還を命じるべきであるかを定めているため、本条約の核心的部分の 1 つとなっている。このこととの関係で、本条約によれば、任意になされるものではない子の返還は、要請を受けた国の権限を有する当局によってなされた決定に基づくものであることを、いま一度強調しておく必要がある。要するに、本条の定める返還義務は、当該当局に課されているのである。これについて、本条は、次の 2 つの場合を区別している。1 つは、子の不法な連れ去り又は留置の後 1 年以内に当局に事件が係属した場合の当局の義務である。もう 1 つは、子の不法な連れ去り又は留置から 1 年を経過した後に申立てがなされた場合の、当局の義務に関する要件である。

107 本条 [第 12 条] 第 1 項は、関係当局が子を直ちに返還するよう命じなければならぬ期間はいつなのかという問題に独自の解決を与えている。この問題は重要である。なぜなら、子の返還が子の利益のためになるのだと考える限りは、子が新たな環境に適応しているときには子の返還は監護権の本案についての審理を経たうえでなければ認められないということになりかねないが、そのようにすることは本条約の目的の範囲を逸脱することになるからである。ところで、客観的な規範として子が環境に適応したか否かについての要件を定立しようとしてもそれには常に困難が伴うため、上記のような期間の設定という対応が、たしかに恣意的ではあるかもしれないが、この点の懸念に対する解決策としては「最も問題が少ない」ものであるため、採用されたのである。

108 採用されたこのようなアプローチに関しては、第 1 に期間の起算点、第 2 に期間の延長、第 3 に期間の終期といった、さまざまな問題に対応しなかった。第 1 の問題、すなわち期間の起算点の決定について、本条は不法な連れ去り又は留置の時であるとする。留置の場合の日付の具体的な特定については、子が監護権者に返還されるべきであった時、又は監護権者が子の常居所以外の地における滞在の延長に同意することを拒否した時と解されている。第 2 に、1 年間という単一の期間の設定〔期間の延長等による複数の期間の可能性を認めなかったこと〕は、子の所在の特定に関する困難を無視することにはなつたが、特別委員会が作成した草案の第 11 条に定める制度を大きく改善したものである。事実、これにより、子の所在の特定をめぐって生じる可能性のある問題の証明につきものの難しさが排除されたため、条約の適用条件が明確になったのである。第 3 に、期間の終期について、本条は、決定のされた日ではなく、申請がされたときを採用している。これは、権限を有する当局の行動が遅れた場合であっても本条約により保護されるべき当事者の利益を害してはならないためである

以上のように、ここまで検討してきた条件が個別の事案において充たされたときは、司法当局又は行政当局は、条約自体が定める例外の一に当たると認められない限り、子を直ちに返還するよう命じなければならないのである。

109 [第12条] 第2項は、制限期間が経過した場合には本条約が援用されえないという厳格な期間制限を採用するとした場合の結果の問題点を緩和するという要請（これは準備作業の期間を通じてずっと問題となってきた⁴¹⁾）に答えるものである。最終的に採用された解決策⁴²⁾は、期間制限なく子の返還義務を認めるという形で、単純に本条約の適用範囲を広げるというものであった。もっとも、「子が新たな環境に適応している」ことが認められるに至った場合には当該義務が消滅することが否定されるわけではない。条文上、この状況を証明すべき者が誰かはまったく明示されていない。しかしながら、この点〔子が新たな環境に適応しているか否か〕に関する終局的な判断は国内の当局に任せられるものの、その証明責任は子を連れ去った者又は子の返還を拒む者が負うとするのが理にかなうと考えられる。いずれにせよ、子の新たな環境への適応の証明又は認定は、第1項に定める手続よりも長期の手続を要する可能性がある。そして、このことのゆえに、またこのような場合の子の返還は、事の性質上、連れ去りから1年よりはるかに後に実現するのが常であるという理由のゆえに、本条約は、この文脈では、「直ちに」返還するとは言わずに、単に返還すると定めているのである。

110 以上検討してきた2つの場合に共通する問題は、子が返還されるべき場所の決定である。この点について、本条約は、子は常に子が連れ去られる前に常居所を有していた国に対して返還されるべきことを定めようとする提案を採用しなかった。たしかに、

⁴¹⁾ 特別委員会報告書 No.92 を参照。

⁴²⁾ 準備作業文書 (Doc.trav.; Working Document) No.25 (ドイツ連邦共和国代表の提案)、及び議事録 No.7 号ないし No.10 を参照。

子を返還すべきだという考えの根底にある理由の1つは、子が住んでいる国の裁判所が「当然に」持つべき管轄が実力によってないがしろにされることを防がなければならないという配慮である。しかしながら、本条約の条文にそのような内容〔子は子が連れ去られる前に常居所を有していた国に対して返還されるということ〕をもし明記していたとすれば、本条約は、その適用が必要以上に厳格すぎるものになってしまったであろう。実際、国際的な子の奪取を防止することにより守ろうとしているものは、特定の環境（多くの場合、重要な家族の環境）から引き離されないという子の権利なのである。申請者が子が連れ去り前に常居所を有していた国にもはや居住していない場合、当該国への子の返還は実務上解決の難しい問題を引き起こすこととなる。したがって、この点について本条約が明示的な規定を有しないことは、連れ去り先の国の当局が、申請者が現在どこに居住しているかにかかわらず、申請者に対して直接に子を返還するように命ずることを認めているものと解釈されなければならない。

111 第12条第3項は、訴訟経済の観点から、事案の申請を受けた当局は、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、手続を中止し、又は申請を却下することができるという、まったくもって合理的な考えを採用している。当局が子が他の国に連れ出されたと信ずることとなるべき事由は、本条には規定されていない。したがって、その事由はその国の国内法に委ねられることとなる。

112 最後に、第18条は、司法当局又は行政当局が有するいつでも子の返還を命ずることができる権限を、条約第3章の規定がなんら制限するものではないことを定めている。草案第15条をもとにして起草された本条は、何らの義務を課すものではなく、むしろ本条約の非網羅的な性質、補完的な性質を強調するものである。実際、本条約は、権限を有する当局が、目的の達成のためにより適する〔他の法令の〕条項に基づいて子の返還を命ずることを許容している。このことは、とりわけ第12条第2項に定める場合において生じうる。すなわち、連れ去りから1年以上が経過した後当局に申請がされた場合であるがゆえに、子が新たな社会環境又は家庭環境に適応していれば子の返還がしりぞけられることもありうるのである〔が、その場合にも結局において子の返還を命ずることは可能なのである〕。

第13条及び第20条 — 子の返還についての例外

113 本報告書第1部において、これらの条文に定められている例外の正当化理由、由来、及び射程について詳しく解説した⁴³。ここでは、文言の内容についていくつかの検討をするにとどめたい。一般的に言えば、ここでの検討対象である2つの条文が定める例外は、これに該当すれば子を返還しないことを必ず決定するというものではなく、その意味で、自動的に適用されるものではないということを強調する必要がある。これ

⁴³ 上記 No.28 ないし No.35 を参照。

らの例外の本質は、裁判官に、返還を拒否する義務を負わせるのではなく、むしろ、一定の条件の下で返還を拒否する権限を与えるところにあるのである。

114 第13条に関して、第1項第1文は、a号及びb号に定める状況を証明する責任が、子の返還に異議を述べる者（すなわち、場合によっては連れ去り者ではない自然人、施設、又は機関である可能性がある。）にあることを強調している。たしかに、採用された解決策は、事実（又は法令）を主張するものがその証明責任を負うという法の一般原則を述べるにとどまっている。しかしながら、この見解を採ることにより、本条約は、原則として自らに有利な法廷地を選びうる連れ去り者との関係で、子を連れ去られた者の立場のバランスを維持しようとしているのである。

115 a号に定める例外は、監護権を主張する者の行為の如何によっては、本条約の意味における不法な連れ去り又は留置がなかったのではないかと疑わせることがありうるという事実に基づいて定められたものである。まず、子を監護していた者が連れ去り又は留置の時に監護権を現実に行使していなかった場合である。本条約は、監護権の「現実の行使」が何を意味するかとの定義を置いていないが、本条は、子の身上の世話を明示的に言及している。したがって、第5条に定められている監護権の定義の文言と本条の文言とを比べてみれば、個別の事案においてそれなりの理由（病気、学業のための別居等）により子と監護権者が同居していなかったとしても、監護権者が子の身上の世話をしている場合には現実の監護が存在するということになる。したがって、監護権が現実に行使されていたか否かは、個別の事案における状況に従って、裁判官により決定されることとなる。

さらに、この項目 [a号] と第3条の不法な連れ去り又は留置の定義とを関連づけて解釈すれば、連れ去り者の行為がまさに原因となって子を連れ去られた監護権者がその監護権を現実に行使していなかった場合において、監護が現実に行使されていなかったことの証明は、子の返還を命ずる義務の例外とはならないこととなる。なぜならば、第3条に定められている保護されるべき状況の範囲についての考え方は、本条約の全体を支配しており、本条約のいずれの条文もこの範囲の決め方と矛盾する形で解釈することはできないからである。

他方で、監護権者が、現在は異議を唱えている連れ去りの後に当該連れ去りに同意し、又はこれを黙認していたような場合には、監護権者のその行為が連れ去り者の行為の評価を変える [不法ではないという評価になる] こともありうる。このことを明示することにより、当事者間でなされうる「取引」の道具として本条約が用いられるおそれを避けながら、同時に、監護の権利の「誠実な」行使 (*exercice de « bonne foi » du droit de garde ; exercise of custody rights "in good faith"*) に言及しないで済ませることが可能となっている。

116 b号に定める例外は、国際的な子の奪取が現実に行われたが、子の返還が同号が認めるように子の利益に反する状況に関するものである。本号で用いられている文言

はいずれも、特別委員会における準備作業の中で形成された微妙な妥協の結果であり、そこから修正されることなく維持されている。そこで、子の返還が経済的又は教育上の問題を引き起こしうる場合にはこの例外を援用することはできないという明示的な表現を導入しようとした提案は、第 14 会期において退けられた⁴⁴が、だからといってそのことから、反対解釈として、本号を広く解釈することを導き出すことはできないのである。

117 本条第 2 項については、すでに述べた解説（特に、前掲の No. 31）に特に付け加えるべきことはない。

第 3 項は、非常に性格の異なる条文である。なぜならば、これは、子の返還に反対する者に課せられた証明責任のバランスをとること、及び子が常居所を有していた国の当局から提供された情報の有用性を高めることを目的とする手続的な規定だからである。中央当局その他の権限を有する当局から提供されうるこの情報は、特に、要請を受けた当局が本条の第 1 項及び第 2 項の定める例外を基礎づける状況の存在を認定することを可能にする点で非常に有用である。

118 第 20 条に定められている、子の返還が「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、子を返還しない可能性は、意図的に本章の最後の条文として位置づけられている。すなわち、その適用が常に有すべき、いわば非常に例外的な性質を強調しようとしたのである。この規定の内容がどのようなものであるかについて、ここでは 2 つの検討をするにとどめることとする。まず、同条の文言は人権保障の分野における国際条約で用いられるものを強く想起させるものであるけれども、同条は国際的レベルで展開される法を語っているわけではない。むしろ反対に、同条は、要請を受けた国の法の下で認められた原則 — 一般国際法または条約によるか、あるいは国内の制定法による — のみを念頭に置いているのである。したがって、本条に基づいて子を返還しないことを可能にするためには、要請を受けた国が承認しているこの分野における基本原則が子の返還を許さないことが必要となる。すなわち、子の返還が基本原則と両立しないとか、又は両立しないことが明白であるとかというだけでは、子の返還の拒否は可能にならないのである。第 2 に、当該原則の援用は、純粋に国内的な状況を規律する場合と比べて、決して、より頻繁になされたり、又はより安易に認められたりしてはならない。そうでなければ、本条はそれ自体が差別的なものとなり、国内法において最も一般的に認められた基本原則に反することとなる。ところで、各国の判例を検討すると、通常裁判所における人権及び基本的自由に関する法の適用は慎重になされており、本条約が規律しようとする国際的な状況についてもその慎重さが維持されることを期待すべきであろう。

第 14 条 — 外国法令の証明の緩和

⁴⁴ 準備作業文書 (Doc.trav.; Working Document) No.12 (米国代表の提案) 及び同 No.42 (ギリシャ代表の提案)、並びに議事録 No.8 を参照。

119 本条約によれば、子の連れ去りが不法であるかどうかは、それが子の常居所の法令により付与された監護の権利の現実の行使を侵害してなされたのかどうかによるのであるから、要請を受けた国の当局は、子の返還について決定するに際してこの〔子の常居所の〕法令を考慮すべきことは明らかである。この意味で、草案に第13条として存在した規定⁴⁵は、要請を受けた国の当局が子の常居所の法令を「考慮するものとする」と定めていたが、この規定を余計な規定であるとも考えることもできた。しかしながら、この規定については、第1に、ここでは法令を適用するという問題ではなく、当事者の行為を評価する際に法令をその道具として用いることであるということが強調されていた。第2に、この規定は、侵害される監護権を根拠づける決定〔子が常居所を有していた国の裁判〕に適用される限りでは、要請を受けた国において、外国判決執行命令（*exequatur*）を得るなど外国裁判の承認の手續を要することなく当該決定が間接的な効力を有することを認めるものであって、本条約がいわば特別法（*lex specialis*）としての性質を有するものであるという外観を作り出していた。

このうち第1の側面は、本条約の他の諸規定からも当然に導かれるものであるため〔不要なものとして〕、第14条の現在の規定内容は、上記の第2の側面のみを取り扱っている。すなわち、本条は、事案を受理した当局が「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續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」こととしており、子の常居所の法令の証明に関して〔司法当局又は行政当局に特別の〕権限を与える規定である。本条が、本条約の機能の根本にある迅速な決定をすることによって実務上いかに重要であるかは、強調するまでもない。

第15条 — 子の常居所の当局に対し決定又は判断を求めうる場合

120 本条は、要請を受けた国の権限を有する当局が、当該事案に子の常居所の法令がどのように適用されるかにつき確信を持たないまま子の返還申請について判断しなければならないとした場合に直面しうる困難に対応しようとするものである。このような場合には、要請を受けた国の当局は、「子が常居所を有していた国の当局の決定又は判断を得るよう、申請者に対して」要請することができる。この点に関し、ここでは2つの点を検討するにとどめる。第1点は、このような要請は、強制的な性質を持つものではないということである。すなわち、子が常居所を有していた国の当局の決定又は判断が得られることが子の返還の条件とされるわけではないのである。実際、本条の文言内容（「要求する」（*exiger; requiring*）ではなく「要請する」（*demand; requesting*）と

⁴⁵ 特別委員会報告書 No.102 及び No.103 を参照。

規定されていること）、及び、この条文自体が子が常居所を有していた国において要請された文書の入手が不可能なこともあるのを前提としていることに照らせば、このような結論をとるしかないといえよう。ところで、この最後の点については、本条が中央当局に対して課している、申請者が決定又は判断を取得することを援助する義務は、中央当局自身が第 8 条 f 号に基づき監護に関するその国の法令に関する証明書を作成しうることも合わせ考えれば、申請者の負担を軽減するはずである。第 2 に、決定又は判断の内容は、本条約の意味における連れ去り又は留置の不法性に関するものでなければならぬ。筆者らの見解によると、このことは、これらの決定も判断も、第 3 条に定められた 2 つの要素について述べる必要があることを意味する。つまり、子の常居所の法令に照らして、連れ去りが、合法的でありかつ現実に行使されている監護を中断せしめたと考えられることを認定しなければならないのである。

第 16 条 — 監護の権利の本案判断の禁止

121 子の返還に関する本条約の目的がより実現されやすくなるように、本条は、監護の権利についての本案の決定が連れ去り先の国においてなされることを防止しようとしている。そのために、本条は、本条約に基づいて子が不法に連れ去られまたは留置されたことが通知された場合には、連れ去り先の国の権限を有する当局がこの点〔監護の権利についての本案〕に関して判断することを禁止している。この禁止が解かれるのは、第 1 に、本条約に基づいて子が返還されないことが決定された場合、第 2 に、本条約の適用を求める申請がされないまま合理的な期間が経過した場合〔フランス語版では、「合理的な期間が経過しなかった場合」 (*lorsqu'une période raisonnable ne se sera pas écoulée*) となっているが、これは誤記であろう(虚辞の *ne* に惑わされて、誤って *pas* が挿入されたものと推測される)。ちなみに、英語版では、「合理的な期間が経過した場合」 (*where a reasonable period of time has elapsed*) とされている。〕である。本条に定める義務〔本案判断をしないという義務〕が消滅しうる、これらの 2 つの場合は、その正当化理由についても、それがもたらす結果についても、相互に大きく異なっている。実際、〔上記の第 1 の場合については〕当事者が友好的な解決に至るなり、又は第 13 条及び第 20 条の定める例外の一に該当すると評価されるなりしたために子の返還のための要件を充足しないことが認定された場合には、当該禁止が解除されると規定するのがきわめて論理的な帰結である。さらに言えば、これらの場合には、監護の権利に関する本案の決定によって事案を終局的な形で解決しうるのである。

これに対して、本案判断の禁止の根拠となる「通知 (information; notice)」〔不法な連れ去り・留置があった旨の、司法当局又は行政当局に対する通知〕は、申請者から直接に子の返還申請がなされるか、あるいは、当該国の中央当局からの公式の通知がなされるかによって、もたらされるのであるが、その通知があったにもかかわらずその後

返還申請がなされないような状況 [上記の第2 の場合] がこのうちの前者の場合 [申請者から直接に子の返還申請がなされる場合] に含まれないと想定することは難しい [この部分は、原文では、このように、「含まれない (*ne seraient pas compris; would not be contained*) と想定することは難しい」とされているが、前後の論理から考えて、「含まれると想定することは難しい」の誤りではないか — ラポルトゥールがフランス語版の報告書を書くときに、本段落の第3 文における誤記と同様、虚辞の *ne* のゆえに誤って *pas* を挿入し、英訳する段階でもその誤りに気づかずに *not* を挿入したのではないかと推測される。申請者が子の返還申請をしたことによって連れ去りについての通知がもたらされた場合には、既に返還申請がなされているのであるから、通知がもたらされたが返還申請がなされなかったという事態は想定できないからである。もっとも、この点については、次のような別の理解もありうる。すなわち、上記の「このうちの前者の場合」が指し示すのは、第16 条の「この条約に基づいて子が返還されないことが決定され」た場合であるとする理解である。この理解に立てば、この部分は、連れ去り又は留置の通知があったにもかかわらずその後返還申請がなされないのは、そのほとんどすべてが、条約に基づいて子が返還されないことが決定された場合である（条約を適用する裁判において実際に不返還が決定された場合という意味ではなく、たとえば子が16 歳に達したなどの理由で、条約に基づく返還があり得ないことが判明した場合等という意味である）、という趣旨を述べていることになり、「含まれないと想定することは難しい」は誤りではないと解することになる。]。さらに、仮にこのような状況 [通知があったにもかかわらず返還申請が合理的な期間内になされないような状況] があっても、「合理的な期間」という表現は曖昧であるから、第12 条第1 項に定める1 年の期間が経過する前に [本案に関する] 決定がなされることが生じうる。そこでこのような場合においてなされた決定は、本条約に基づく子の返還義務と併存するという問題が生じるが、その点は第17 条が扱うことになる。

第17 条 — 要請を受けた国における監護の権利に関する決定の存在

122 本条のもとになった草案は、本条が追求する目的を明確に示している。第1 委員会は当初、要請を受けた国においてなされ又は承認されうる監護に関するいかなる決定よりも、子の返還義務を優先させることにより、本条約の適用を完全に優先させるという内容の規定を採用していた。しかし、第1 委員会は、それと同時に、「奪取」よりも前に連れ去り先の国に存在していた決定と矛盾すると考えられる場合には子の返還を拒否できるとする留保の可能性を認めていた⁴⁶。そこからわかるように、現在の条文は、

⁴⁶ 準備作業文書 (Doc.trav.; Working Document) No.53 号第2 段落 (英国代表の提案)、同 No.32 XG 条 (オランダ代表の提案)、及び同 No.19 (日本代表の提案)、並びに議事録 No.12。

各国が本条約を受け入れる可能性を下げることなく、本条約からこの留保を削除することを目的とした妥協の産物である⁴⁷。第1委員会の案は、このようにして、決定が存在することのみを理由としては子の返還が妨げられないことを強調するとともに、[司法当局又は行政当局の]判断権者が返還申請について判断する際に当該決定の理由を考慮できるように、修正されたのである。

123 本条の定める解決方法は、連れ去りを抑止するという本条約の目的に完璧に合致する。なぜなら、連れ去りをしようとする者にしてみれば、連れ去りより前になされているが実現されていない「死んだ」決定によっても、また連れ去りの後になされる決定 — その多くが詐取されたというべき決定であるが — によっても、自らの連れ去り行為を保護してもらえないからである。つまり、要請を受けた国の権限を有する当局は、子の返還申請がなされたという事実をもって、実現されていない決定、管轄基準の濫用に基づいてなされた決定、又はすべての関係人の防御権を保障することなくなされた決定について、再検討を求める新たな要素がもたらされたことの証左であると考えなければならないのである。なお、子の返還に関する決定は監護の権利の本案には立ち入らないのであるから、決定の理由のうち考慮の対象とされうるのは「この条約の適用」に関するものに限定される。また、子が「連れ去り」前に常居所を有していた国の当局によって「連れ去り者」に監護の権利を与える決定がなされていた場合については、主張されている監護の権利の存否は当該国の法令に基づいて判断されるのであるから、通常、本条約第3条の適用によって解決されることになる。

第19条 — 子の返還を命ずる決定の射程

124 本条は、本条約全体のまさに根底にある考え方を示している。実際、本報告書においてもこれまで、その正当化理由及びその内容をすでに何回も解説してきた。本条は、子の返還決定について本条約が保障しようとする射程を明示するにすぎない。すなわち、返還決定は、その返還が「即時の」(immédiat; forthwith) 又は「迅速な」(rapide; speedy) ものでありうるためには、監護の権利の本案判断を含むものであってはならず、また、監護の権利に関する終局的判断が一方当事者により一方的にもたらされた状況の変更によって左右されることをまさに避けようとするものなのである。

第4章 接触の権利

⁴⁷ 準備作業文書 (Doc.trav.; Working Document) No.77 (ラポルトゥール 並びにドイツ連邦共和国、オーストラリア、カナダ、スペイン、フィンランド、フランス、アイルランド及び英国の各代表の支持を得た委員長の提案)、及び議事録 No. 17 号を参照。

第 21 条

125 まず何よりも、本条約は、接触の権利に関する完全な規律を置こうとはしていないことを認めなければならない。そのようにしようとするれば、本条約の目的の範囲をおそらく逸脱してしまうことになる。実際、接触の権利が監護の権利から通常生じる帰結であるという考えに対応して、接触の権利に注意が払われているものの、本条約の目的との関係では、接触の権利の内容決定及びその効果的な行使の保護に関する中央当局の協力を確保することで足りるからである。また、第 1 委員会が接触の権利の検討に割いた時間が極めて短いものであったことが、この点に関して高度のコンセンサスが存在したことのおそらく最良の証左である。

126 上述したとおり、本条はその全体が中央当局間の協力に基づいている。項を新設して、子が常居所を有していた国の当局及び法令に接触の権利に関する排他的管轄を与えようとする提案がなされたが、これは大多数の反対によりしりぞけられた⁴⁸。そこで、接触の権利の内容決定及び効果的な行使の保護は、本条約においては常に中央当局の重要な機能として取り扱われることとなった。これにつき、第 1 項は重要な点を 2 つ定めている。ひとつは、個人は中央当局を選択して申請を行うことができる自由を持つということ、もうひとつは、中央当局に対してなされる申請は、接触の権利の内容決定、すなわち接触の権利の設定か、既に設定された接触の権利の行使の保護をその目的としうるということである。ところで、特に申請が接触の権利を主張してその内容決定を求めるものである場合、又は接触の権利の行使が監護権者の反対にあっている場合には、きわめて高い頻度で法的手続に訴える必要が生じる。このため、本条第 3 項は、中央当局が、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ことを定めている。

127 第 2 項が扱う問題は、以上のものとは性質がまったく異なっている。ここでの問題は、監護の権利を危うくすることなしに、接触の権利の平穏な行使を確保することである。そのために、本条はそのような目的を達成するための重要な要素を示している。つまり、このような解決策のまさに中心にあるのは、ここでもまた、接触の権利の行使及び接触の権利の行使に当たり従うべき条件の充足を促進するための中央当局間の協力なのである。

接触の権利の行使を確保する具体的な諸手段のうち、第 21 条に掲げられているのは、ひとつのことのみ、すなわち中央当局が「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」よう努めるべきであることの指摘のみである。この [除去すべき] 障害は、特に、法的なものである可能性があり、また場合によっては刑事罰が科されるようなものであることもありうる。この点以外については、中央当局間の協力に委ねら

⁴⁸ 準備作業文書 (Doc.trav.; Working Document) No.31 (デンマーク代表の提案)、及び議事録 No.13 を参照。

れており、それが、接触の権利の行使についての条件が尊重されるようにするための最良の方法であると考えられる。実際、このような接触の権利の条件が尊重されることは、監護権者にとってみれば、接触の権利の行使によって自分の〔監護の〕権利が害されないための唯一の保障なのである。

128 接触の権利の行使が無害 (innocent) であること〔監護の権利を侵害しないこと〕を確保するために、中央当局がどのようにその協力の内容を決定するかという問題については、本条約はその例を提示していない。もしも例を示すとそれらに限られると解釈されるおそれがあるからである。そこで、ここでも、草案の報告書がそうしていたのと同様に⁴⁹、あくまでも単なる目安として若干の例を挙げるにとどめる。その例とは、すなわち、接触の権利の権利者のパスポートに子を併記しないようにすること、及び「国境を越えた」接触の場合には、接触の権利者が子が常居所を有する国の中央当局に対して、子とともに居住しようとする一又は複数の場所を特定したうえで具体的に特定した日に子を返還することを誓約するのが適切であること、である。そして、その誓約書の写しは、接触の権利者が常居所を有する国の中央当局、及び接触の権利者が子とともに滞在する旨を表明した国の中央当局に対して、移送されることになろう。このことにより、子の所在の特定が常になされ、約束された返還期限が徒過した場合には直ちに子の返還を確保する手続きを開始することが可能となる。明らかなことだが、上記の手段のいずれも、それだけで、接触の権利の適切な行使を確保しうるものではない。いずれにしても、本報告書においてこれ以上解説することは難しい。関係する中央当局が採りうる具体的手段は、個別の事案における事情及び各中央当局に認められた行為権限によってさまざまでありうるのである。

第5章 一般規定

129 本章には、取り扱う事項に応じて、異なる種類の一連の規定が含まれている。これらの事項については、これまでの章以外の場所で取り扱う必要があったのである。具体的には、まず、子の返還及び接触の権利の内容決定を目的とする手続に共通する一定の手続規定、つぎに、不統一法国における本条約の適用により生ずる問題、本条約と他の条約との関係、及び本条約の時的適用範囲に関する規律が置かれている。

第22条 — 費用の担保 (Cautio judicatum solvi)

130 外国人に対する差別的な手続規定を排除しようとしていることが本条約の顕著な特徴であるが、本条も、それにしたがって、本条約との関係においては、その名称を問わず、いかなる保証、担保及び供託をも課すことができない旨を明らかにしている。

⁴⁹ 特別委員会報告書 No.110 を参照。

本条については、2点について簡潔に解説しておくのが適切であろう。第1は、規定されている禁止の人的適用範囲についてである。この点に関して採用された解決策は、子の保護という思想に基づいて成り立っている条約であることから要請されるとおり、非常に寛容なものである⁵⁰。第2に、外国人が免除される保証、担保又は供託は、各法制度においてさまざまな名称で設けられているが、外国人が法的手続から発生する費用及び支出の支払いに関する決定の内容を遵守することを確保することを目的とするものをいう。〔条約全体としての〕一貫性を保つために、本条は、例えば監護の権利の本案判断を直接の目的とする手続にまで適用されると解釈されるような広範な規定にならないよう、その規律が「この条約の適用を受ける司法上又は行政上の手続」に関してのみ適用されることを明示している。なお、上記解説から明らかにわかるとおり、本条は、要求される可能性のある他の保証、担保及び供託、特に接触の権利の適切な行使を確保するために課されるものを禁止するものではない。

第23条 — 認証の免除

131 本条は草案にあった同様の規定の文言をそのまま引き継いだものであるが、締約国間の文書の移送に関して、すべてのハーグ条約に含まれている考え方を、独立した条文として明らかにするとどまるものである。本条は、広義に解される文言を用いていることに照らして、「外交上の認証」（*légalisations diplomatiques; diplomatic legalization*）のみならず、これに類する他の要求もすべて禁止されていることがわかる。しかしながら、関係する当局が自国の国内法に基づいて写し又は私文書の真正証明（*authentication*）を要求することは、本条の適用範囲の外にある事項として、可能となっている。

第24条 — 文書の翻訳

132 中央当局相互間で使用されるべき言語に関し、本条約では、草案において採用された解決策をそのまま受け継いで、自国の原語による書類を、要請を受けた国の公用語（翻訳が実現困難と考えられる場合には、フランス語又は英語）の翻訳文を添付して、送ることとされている⁵¹。本条約は、この点についてさらに、第42条に基づいて留保をする可能性を認めている。この留保によって、締約国は代用言語〔フランス語及び

⁵⁰ 同じくハーグ国際私法会議の第14会期において採択された条約である、裁判への国際的なアクセスに関する条約（*Convention tendant à faciliter l'accès international à la justice; Convention on International Access to Justice*）第14条に組み込まれた、より制限的な構成を参照。

⁵¹ 裁判への国際的なアクセスに関する条約（前掲）第7条においては、これとは部分的に異なる解決が採られている。

英語] のうちのいずれか一方の使用を拒むことができる。もちろん、この留保によって 2 つの言語 [フランス語及び英語] の使用をともに拒むことができないのは明らかである。最後に強調しておくべきは次の 2 点である。まず、このような仕組みはいわば最低限の便宜を保障するためのシステムであり、当事国間の翻訳義務を排除する別の条約によって、これを [負担を軽くするという意味で] 改善してもよいものなのである。また、本条は、中央当局相互間のコミュニケーションのみを対象とするものであって、各国の司法当局又は行政当局を名宛人とする申請その他の文書は、それぞれの国の国内法に基づく翻訳に関する規律に従う必要がある。

第 25 条 — 法律に関する援助及び助言

133 この点についての規定は、二重の意味で法律に関する援助の範囲を広げている。第 1 に、受益者となりうる者に、締約国の国民に加えて、締約国に常居所を有する者を含めていることである。第 2 に、法律に関する援助は国によって多様であって法的助言が含まれていないこともあるが、本条では、法律に関する援助に法的助言をも含むものとしていることである⁵²。

第 26 条 — 本条約の適用により発生する費用

134 各中央当局が本条約を適用するにあたり要する自己の費用を負担するという、第 1 項に明示されている原則については、まったく異論を見なかった。この項は、何よりもまず、中央当局は他の中央当局に対しこれらの費用を請求することができないということを意味する。何がここでいう費用に該当するかについては、各中央当局が自国の国内法により認められた行為権限に基づいて現実にとどのような役務を提供したかによって決まると考えるべきである。

135 反対に、第 2 項は、第 14 会期において最も議論された点の 1 つに関するものであったが、最終的には、本条第 3 項に規定された留保を認めることにより決着を見た。実際、本条約の適用を申請者にとって完全に無償（手続の費用及び弁護士を依頼した場合に生じる費用のうち、法律に関する援助及び助言の制度により補償されない費用の免除を含む。）にしようとする国々と、草案が採用していたこれと反対の結論⁵³をよしとする国々との間の対立は、後者の国々のために留保の仕組みを設けることによってしか終結させることができなかったのである。そのようにしたのは、それぞれの主張する基準が各法制度の構造に根ざすものである以上、もしどちらかの立場を他方の立場よりも完全に優先させようとするれば、本条約から一定数の国を当然に排除することになってしま

⁵² これと同趣旨の、裁判への国際的なアクセスに関する条約（前掲）第 1 条及び第 2 条を参照。

⁵³ 特別委員会が起草した草案の第 22 条第 2 項 a 号。

うところ、そのような結果を望む者は皆無だったからである⁵⁴。他方、中央当局が「子の返還の実施のために要した費用又は将来要する費用の支払については、要求することができる」とする、第2項の最後の一文に規定された規律に関しては全会一致の賛成が得られた。

136 第4項は、まったく性質の異なる規定であって、権限を有する国内当局が、「連れ去り者」又は接触の権利の行使を妨げる者に対し、申請者により又は申請者に代わって支払われた費用、特に「旅費、子の所在を特定するために要した費用又は支払、申請者の法律上の代理人に係る費用及び子の返還に要する費用」を支払うよう命ずることができるとするものである。しかしながら、本項は、個別の事案における裁判所の具体的な評価の権限を尊重してそれに委ねるという意味で純粋に任意的な規定である〔*権限を与える規定であって義務を課す規定ではない*〕から、本項の射程は、本条約の目的に反する行為を抑止しうる要素となるという趣旨の象徴的なものにとどまるものであると考えられる。

第27条 — 申請を却下しうる場合

137 本条約の適用範囲に入らない申請、又は根拠がないことが明白である申請については、中央当局に申請を受領する義務を負わせることができないことは、常識の教えるところである。これらの場合における中央当局の義務は、「その理由を申請者又は当該申請を移送した中央当局に対して直ちに通知する」ことだけである。このことは、申請の却下が、申請者から直接申請を受領した中央当局によっても、他の中央当局からの移送によって申請を受領した中央当局によってもなされうることを意味している。

第28条 — 中央当局による委任状の要求

138 本条の規定は、中央当局の設立及び権限に関して本条約が採用した見解を、あらためて示すものにすぎない。すなわち、本条約への加盟のために各国が国内法を改正しなければならない事態を避けるために、本条約は、ハーグ国際私法会議のさまざまな加盟国の法令に基づけば中央当局が申請者からの委任を受ける必要がある場合がありうるという事実を配慮したのである。実際、「モデル書式」は、提出することがある書類の例のひとつとして、「中央当局に対する委任状」を挙げている（モデル書式中の No. IX の注記）。この委任状は、第8条に定められている諸事項又は第21条に基づきなされ

⁵⁴ 準備作業文書 (Doc.trav.; Working Document) No.51 及び No.61 号 (ベルギー代表の提案)、同 No.57 号及び No.67 号 (米国、カナダ、及びオランダ代表の提案)、並びに議事録 No.11 号及び No.14 を参照。

る申請に関して、中央当局が要求する場合にはいつでも添付されなければならないのである。

第 29 条 — 権限を有する国内当局への直接の提訴

139 本条約は、子の返還の確保を目的とする制度として、締約国間に排他的な制度を設けようとしているわけではない。むしろ反対に、本条約は、監護の権利又は接触の権利が侵害された者を援助することを目的とする、補完的な手段としての性格を有している。したがって、そのような者〔監護の権利又は接触の権利が侵害された者〕は選択肢を有しており、中央当局に対して申請を行うこと、つまり本条約の仕組みを用いることもできるし、あるいは、子が現に所在する国において監護の権利又は接触の権利に関する権限を有する当局に対し直接に提訴をすることもできる。そして、後者の場合、すなわちその者が関係する当局に直接に提訴をすることを選んだ場合には、その者はさらに、その申請を「この条約の規定を適用して行うか否か」の選択ができる。このうち条約の規定を適用せずに申請を行った場合には、当該国がこの点について本条約第 2 条に基づいて条約の規定を国内法に組み込んでいるのでない限り〔条約と同様の規定を国内法にも定めていない限り〕、その当局が本条約の規定を適用する義務を負わないことは明らかである。

第 30 条 — 文書の受理可能性

140 この規定において、本条約は、文書の受理可能性についてハーグ国際私法会議の加盟国の一部が抱える問題を解決しようとした。これは、締約国の司法当局又は行政当局に対してなされた直接又は他の中央当局を介した申請、及び中央当局により添付され又は提供される文書について、当該司法当局又は行政当局がこれを受理することを促進するためだけのものである。すなわち、本条は、それらの文書に付与されるべき証明力に関する規律を含むものと解釈されてはならない。そのような問題は、完全に本条約の適用範囲外にあるからである⁵⁵。

第 31 条ないし第 33 条 — 2 以上の法制を有する国に関する本条約の適用

141 これらの 3 つの条文は、法制度が単一ではない国における本条約の適用を規律している。ハーグ国際私法会議において作成された近時の諸条約と同様に、地理的範囲に応じて適用される複数の法制を有する国と人のカテゴリに応じて適用される複数の法

⁵⁵ 草案第 26 条、準備作業文書 (Doc.trav.; Working Document) No.49 (米国代表の提案)、及び議事録 No.11 を参照。

制を有する国とが区別されている。より正確にいうと、採用された解決策は、ハーグ国際私法会議の第 13 会期において締結された条約において採用された解決と同じ考え方を採用している⁵⁶。

前者のグループに属する国々〔*地理的不統一法国*〕に関しては、第 31 条が、「子の常居所」をどのように解釈すべきか、及び、「子が常居所を有していた国の法令」をどのように解釈すべきかについて定めている。

後者のグループに属する国々〔*人的不統一法国*〕に関しては、第 32 条が、適用されるべき法令の決定をそれぞれの国の現行の規律に委ねている。

最後に、これら 2 箇条〔*第 31 条及び第 32 条*〕の条項の規定内容は、これらの条文の直接の規律対象となっている国〔*不統一法国*〕以外の国にとっても意味を持つことを強調しなければならない。なぜならば、同条の規範は、すべての締約国が、同条の直接の規律対象となっている国との関係において考慮しなければならない — 例えば、子がそれらの国〔*不統一法国*〕のひとつから他の国（それが統一法国であれ不統一法国であれ）に連れ去られた場合のように — からである。

142 他方で、第 33 条は、単一の法制を有する国が本条約を適用する義務を負わない場合を除くことにより、2 以上の法制を有する国が本条約を適用しなければならない場合を限定している〔*地理的不統一法国の国内において、一の法域から他の法域への連れ去り・留置が生じても、この条約を適用する義務が生じないという趣旨*〕。要するに、本条は、2 以上の法制を有するか否かにかかわらず一つの国の内部において生じる関係を国内関係と性質決定し、本条約が国際関係にのみ適用されうることを明らかにしているにすぎない。

第 34 条 — 他の条約との関係

143 本条については、本報告書第 1 部（No.39 及び No.40）において解説した。

第 35 条 — 本条約の時的適用範囲

144 本条約の発効前に 2 つの締約国間においてなされた連れ去りに本条約が適用されるか、それとも本条約の発効日以後になされた連れ去りにのみ本条約が適用されるかという問題については、第 14 会期において複数の対処法が提案された。当初の対処法は、連れ去りがいつ発生したかにかかわらず、すべての連れ去りに条約が適用されるとするものであって、おそらく最も広い適用範囲を認めるものであった⁵⁷。しかしながら、こ

⁵⁶ 特に、夫婦財産制の準拠法に関する条約に関するフォン・オーヴェルベック氏の報告書（『第 13 会期における条約及び文書』第 2 巻 374 頁以下）を参照。

⁵⁷ 準備作業文書（Doc.trav.; Working Document）No.53（英国代表の提案）及び議事録 No.13 を参照。

のような当初の対処法については、その後、締約国は本条約の発効後に実行された「連れ去り」に条約の適用範囲を限定するという宣言⁵⁸を行うことができるとされた。このようにして、各締約国が、必要と思料する場合に本条約の適用を制限するという可能性は認めつつも、[原則的な]適用範囲は広いままであった。適用そのものは明らかに二国間でなされるような条約において、このような宣言をどのように具体的に用いるかに関して、いくつかの技術的な困難が生じることになった。そこでこの問題に対処するため、第1委員会は、最終的に、このような対処法とは反対の解決を採用して、適用範囲を最も狭くすることとし、その結果、本条約は「この条約が当該締約国について効力を生じた後に行われた不法な連れ去り又は留置についてのみ」締約国間に適用されるという、第35条に規定されているような規律となったのである⁵⁹。他方、本条約の条文全体（及び特に第12条第2項）から分かるように、子が16歳に達している（このときは第4条によって条約は適用されない）のでない限り、申請についての期間制限は存在しない。実際、第12条第1項に規定されているとおり、1年の期間が経過した後に提起された申請についても、子が新たな環境に適応していることが証明された場合には子の返還義務が課されないことを認めるというだけであって[返還を命じてはならないというのではなく]、子の返還する義務を弱めるにとどまるのである。

145 本条の規定は、たしかに明確であるという利点を有している。しかしながら、本条を適用することによって、関係する人々の正当な期待を裏切ることになりかねないことも否定できない。この点が子の返還義務を軽減するにすぎないものであることに鑑みれば、2以上の国が当事国間で第36条の適用を排除することを取り決めること、すなわち本条約をそれらの国の間では遡及的に適用する合意をすることは、まったく妨げられない。

なお、本条は、本条約の規定のうち子の返還を目的とするもののみに関するものである。なぜならば、接触の権利に関する本条約の規定は、事の性質上、権利行使の拒否が本条約の発効後に生じ又は生じ続けている場合にしか援用されることはないからである。

第36条 — 本条約に基づく子の返還について制限を限定しうること

⁵⁸ 準備作業文書 (Doc.trav.; Working Document) No.68 (カナダ代表団の提案) 及び議事録 No.15 を参照。

⁵⁹ 準備作業文書 (Doc.trav.; Working Document) No.81 (オーストリア、ドイツ連邦共和国、スイス、及び英国の代表の支持を得た委員長の提案) 及び議事録 No.18 を参照。本条約の発効の1年前以降に生じた状況に本条約の適用範囲を拡張しようとするラポルトゥールの口頭での提案は採用されなかった。

146 本条約の基本的な発想である一般的原則にしたがい、かつハーグ国際私法会議の他の条約における経験に基づいて⁶⁰、本条は、2以上の締約国が当事国間において、子の返還を制約することになりうる本条約の規定 — 特に、第13条及び第20条の定める規定 — の適用を排除する合意をすることができるとしている。このことは、一方で、本条約のいくつかの規定が妥協によって成り立ったものであること、及び法的概念が極めて同質的な国家間においては本条約の主たる目的により一層適合する判断基準を採用することが可能であること、他方で、本報告書で繰り返し強調してきたとおり、本条約は、その適用範囲を排他的なものとしようとはまったく考えていないことを、それぞれ示している。ところで、このような補完的な条約がなされた場合については、一部の代表団から疑念が指摘されたような悪影響 — すなわち、当該[補完的]条約による一定の地理的適用範囲の外においては、当事国が、本条約に含まれる[返還の]制約を広く解釈してしまい、その結果かえって、本条約の射程をせばめてしまうこと — が生じないように留意しなければならない⁶¹。

第6章 最終条項

147 本条約の第37条から第45条にある最終条項は、この点に関してハーグ国際私法会議の近時の会期において採用された同じ趣旨の規定と整合するものとして作られている。したがって、これらについては、詳細な解説を行う必要はないので、若干の簡潔なコメントを付するにとどめることとする。

ひとつは、本条約の定める条件の下で本条約をハーグ国際私法会議の非加盟国に対しても公開することとした決定に適合する最終規定となっていることについてである。この点についてはすでに解説したため⁶²、ここでは、本条約の半分閉じられた性質[ハーグ会議非加盟国もすべて条約に加入できるが、個別に受け入れ宣言をした締約国との間でのみ、条約が発効する仕組みを指す]は、加入国による受け入れ宣言の制度によるものであり、本条約に加入しうる国についてのなんらかの制限があることによるものではないことを強調することで十分であろう(第38条)。

148 本条約が対象とする事項に関して異なる法制が適用される2以上の地域をその領域内に有する締約国による本条約の受け入れの「程度」に関して、第40条は、当該国が署名、批准、受諾、承認又は加入の際に本条約を当該地域の全部に適用するか一部のみ

⁶⁰ 例えば、民事訴訟手続に関する1954年3月1日の条約(Convention relative à la procédure civile, du premier mars 1954; Convention of 1 March 1954 on civil procedure) 参照。

⁶¹ 本条に関し、準備作業文書(Doc.trav.; Working Document) No.70(ベルギー代表、フランス代表、及びルクセンブルク代表の提案)及びNo.80(米国代表の提案)、並びに議事録No.15号及びNo.18を参照。

⁶² 前記No.42を参照。

に適用するかを宣言することができることを定めている。この宣言は、さらに別の宣言を行うことによりいつでも変更することができる。実際、本条約の適用を制限する宣言の変更は、第44条第3項に基づく一部の廃棄とみなすべきであるからである。

第39条に基づき、同じ結論が、自国が国際関係について責任を有する領域についても適用される。というのも、人民の自決権を尊重する原則の適用を漸次拡張すべきであることからすればこのような状況は消滅すべきものではあるが、ハーグ国際私法会議は、まだ意味があると考えられるこの規定を維持することが望ましいと考えたのである。

149 最後に、第41条について一言触れておくのが適切であろう。この規定は、ハーグ条約においてまったく新しいものであって、第14会期において採択されたもうひとつの条約 — すなわち裁判への国際的なアクセスに関する条約 — におけるのと同様、オーストラリア代表の明示的な要求により追加されたものである。

本条の目的は、国家による本条約の批准が、当該国の国内における行政権、司法権、及び立法権の分立に関する国内的な権限配分についていかなる影響ももたらさないことを明示することにある。

このこと [いかなる影響ももたらさないこと] はわざわざ断るまでもないことのように思われるが、それを指摘したのが、これらの2条約にこの規定を挿入することを決定した第14会期の議論 (総会議事録 No. 4 参照) におけるカナダ首席代表の発言であったと考えることができる。カナダ首席代表は、大多数の国が考えていたことを明示的に表明して、これら2条約にこの条文を挿入することは不必要であると述べたのである。しかしながら、結局のところ第41条が採用されたのは、主として、本条がなければ克服できない憲法上の問題が生じてしまうとするオーストラリア代表を満足させるためであった。

150 留保の問題に関しては、本条約は第24条及び第26条に定める留保のみを認めている。それ以外の留保は一切認められない。また、第42条は、通常通り、国は「いつでも、自国が付した留保を撤回する」ことができることを明示している。

151 最後に、とくに加入がなされた場合の受け入れの宣言 [会議非加盟国の加入があったときに既存の個々の締約国がそれを受け入れる宣言] の実行との関係において、本条約のような条約においては、オランダ王国外務省が負う通報義務 (第45条) が重要であることを強調しておきたい。

マドリードにて、

1981年4月

エリザ・ペレス=ヴェラ

(Elisa PÉREZ-VERA)

目次

序説 (No.1～No.8)

- I ハーグ国際私法会議による作業の結果 (No.1～No.4)
- II 本報告書の目的及び構成 (No.5～No.8)

第1部 本条約の基本的性格 (No.9～No.53)

- I 本条約の目的 (No.10～No.34)
 - A 適用範囲の画定 (No. 11～No. 15)
 - B 本条約の目的 (No.16～No.19)
 - C 子の利益に与えられた重要性 (No. 20～No. 26)
 - D 子の迅速な返還を保証する義務の例外 (No. 27～No. 34)
- II 本条約の性質 (No.35～No.41)
 - A 当局間の協力条約 (No. 35～No. 37)
 - B 本条約の自律的性質 (No.38～No.39)
 - C 他の条約との関係 (No. 40)
 - D ハーグ国際私法会議非加盟国への本条約の開放 (No. 41)
- III 本条約の適用のための仕組み (No.42～No.51)
 - A 中央当局 (No. 42～No. 47)
 - B モデル書式 (No. 48～No. 51)
- IV 構成及び用語法 (No.52～No.53)
 - A 本条約の構成 (No.52)
 - B 本条約に用いられている用語 (No. 53)

第2部 本条約の逐条解説 (No.54～No.151)

第1章 本条約の適用範囲 (No.54～No.86)

- 第1条—本条約の目的 (No.55～No.61)
 - a 一般的考察 (No.55～No.56)
 - b a号 (No. 57～No. 59)
 - c b号 (No. 60～No. 61)
- 第2条—締約国の一般的義務 (No.62～No.63)
- 第3条—連れ去り又は留置の不法性 (No.64～No.74)
 - a 一般的考察 (No.64)
 - b 法的な要素 (No.65～No.71)
 - c 事実的な要素 (No.72～No.74)
- 第4条—人的適用範囲 (No.75～No.82)

- a 保護の対象となる子 (No.76～No.78)
- b 監護の権利及び接触の権利の権利者 (No.79～No.80)
- c 「連れ去り親」とされる者 (No.81～No.82)

第5条 — 本条約において用いられるいくつかの表現 (No.83～No.86) _

第2章 中央当局 (No.87～No.98)

第6条 — 中央当局の設立 (No.87)

第7条 — 中央当局の義務 (No.88～No.98)

第3章 子の返還 (No.99～No.124)

第8条 — 中央当局への申請 (No.99～No.101) _

第9条 — 子が現に所在する国の中央当局に対する申請の移送 (No.102)

第10条 — 子の任意の返還 (No.103)

第11条 — 司法当局又は行政当局による迅速な手続きの利用 (No.104～No.105)

第12条及び第18条 — 子の返還義務 (No.106～No.112)

第13条及び第20条 — 子の返還についての例外 (No.113～No.118)

第14条 — 外国法令の証明の緩和 (No.119)

第15条 — 子の常居所の当局に対し決定又は判断を求めうる場合 (No.120)

第16条 — 監護の権利の本案判断の禁止 (No.121)

第17条 — 要請を受けた国における監護の権利に関する決定の存在 (No.122～No.123)

第19条 — 子の返還を命ずる決定の射程 (No.124)

第4章 接触の権利 (No.125～No.128)

第21条 (No.125～No.128)

第5章 雑則 (No.129～No.146)

第22条 — 費用の担保 (Cautio judicatum solvi) (No.130)

第23条 — 認証の免除 (No.131)

第24条 — 文書の翻訳 (No.132)

第25条 — 法律に関する援助及び助言 (No.133)

第26条 — 本条約の適用により発生する費用 (No.134～No.136)

第27条 — 申請を却下しうる場合 (No.137)

第28条 — 中央当局による委任状の要求 (No.138)

第29条 — 権限を有する国内当局への直接の提訴 (No.139)

第30条 — 文書の受理可能性 (No.140)

第31条ないし第33条 — 2以上の法制を有する国に関する本条約の適用 (No.141～No.142)

第34条 — 他の条約との関係 (No.143)

第35条 — 本条約の時的適用範囲 (No.144～No.145)

第36条 — 本条約に基づき子の返還に対する制限を限定しうること (No.146)

第6章 最終条項 (No. 147～No. 151)