

# 「国際的な子の奪取に関するハーグ条約関係裁判例についての委嘱調査」報告書

2011年5月24日

日本弁護士連合会

## 第一 調査の概要

### 1 はじめに

国際的な子の民事面に関する条約（Hague Convention on international child abduction、以下「ハーグ条約」という。）は、ハーグ国際私法会議において1980年に採択され、1983年に発効した。現在、85ヶ国が締結している<sup>1</sup>。

ハーグ条約は、国境を越えた不法な移動・留置から子を保護するために、不法に連れ去り・留置された子を常居所地国に迅速に返還することを目的とし、そのための国家間の協力について定める。

ハーグ条約は、子が連れ去り・留置の直前に常居所を有していた国の法律に基づき個人等が有していた監護権の侵害があれば、不法な移動・留置とし（3条）、子の返還申立てがあったときは（8条）、子の所在国の司法当局または行政当局は、返還手続が連れ去り・留置から1年が経過した後に係属し、子が新しい環境になじんだことが証明された場合（12条2項）、監護権の不行使・同意・追認の場合（13条1項（a））、子の返還が子を身体的または精神的な危害にさらし、その他子を耐え難い状態に置くこととなる重大な危険がある場合（13条1項（b））、子が返還に異議を述べた場合（13条2項）、子の返還が人権及び基本的自由の保護に関する子の所在国の基本原則により許されない場合（20条）の返還例外事由がない限り、子を常居所地国に迅速に返還することを命じなければならないと定めている。

### 2 調査の目的・方針・調査方法

#### （1）目的

ハーグ条約の基本的な構造は前記のとおりであり、条約は、返還申立ての要件と抗弁（返還拒否事由）を定めているが、返還申立ての要件である「常居所」「監護権」について条約自体は定義しておらず、あるいは、返還例外事由についても、「なじんだ」「同意・追認」「異議」「重大な危険」の認定には必然的に解釈を伴う。さらに、例外事由が認められた場合でも、裁判所が裁量権を行使して返還を命ずるための基準も締約国によって異なる。その他、条約には規定されていないアンダーテイキング、ミラーオーダーと呼ばれる実行が発展してきている。そのため、実際に各締約国の裁判所が、返還申立ての要件や返還の例外事由をどのように解釈適用し、返還を命じるか拒否するかを判断しているか、返還に際しアンダーテイキングやミラーオーダーを用いているかを知るには、各締約国の具体的な裁判例を検討する必要がある。

そこで、本調査は、ハーグ条約の適用に関する締約国の裁判例の中から、返還申立

---

<sup>1</sup> 2011年5月11日現在

て要件、返還の例外事由、裁量権の行使等に関する裁判例を抽出し、国際的に統一的な解釈が確立しているか、締約国によって裁判例に一定の基準や傾向等が見られるか、それが発展・変更してきている傾向は見られるか等について分析を行うことを目的とするものである。

## (2) 方針

個々の裁判例における返還命令、申立て棄却または返還拒否による不返還の結論に至る判断の過程・理由は様々である。例えば、常居所や監護権の侵害といった返還申立ての要件が1つでも認められなかった場合は、申立ては棄却されるが、判断の過程で、複数の返還申立要件の有無が争点となることもあり得る。また、理論的には、返還例外事由は、抗弁として、返還申立要件が認められた場合に初めて、その有無を検討する必要が生じるが、実際の裁判では、返還申立要件も返還例外事由も争われ、判決では両方について判断が示されることがある。さらに、ハーグ条約の返還申立手続では、しばしば、相手方は複数の返還例外事由を主張することから、1つの事件において、ある例外事由は認められなかったが他の例外事由が認められて返還が拒否されることもあれば、複数の例外事由が認められて返還が拒否される場合もある。しかも、返還例外事由が認められてもなお、裁判所は裁量により返還を命ずる場合があることから、返還例外事由の認定が、直ちに返還拒否の結論になるとは限らないことに注意が必要である。したがって、ある裁判例における返還申立要件や例外事由についての検討結果と返還命令か不返還（申立棄却または返還拒否）かの結論との関係性は単純ではない。

また、他の分野の裁判例の分析と同様、ハーグ条約の解釈適用に関する裁判例の分析においても、規定の文言の解釈の違いよりも、事実認定の点で、申立要件や抗弁事由が認められなかったことが結論を左右することが多いことに留意が必要である。特にハーグ条約の下での返還手続の場合、手続の迅速性の要請のために、締約国によっては証拠方法について書証しか認められない等の制限がなされていたりする等、立証活動が困難であることが推測される。

以上を念頭に置いたうえで、本調査においては、返還申立要件や例外事由の解釈基準を示した裁判例のほか、認定の仕方において参考になると考えられる裁判例の抽出と解釈基準の傾向に関する分析に重点を置くこととした。その際、特に、以下の裁判例の抽出・分析に務めた。

- ① 条約第13条1項(a)に基づき、子の返還を拒否した裁判例（同条項に基づく抗弁はあったが、返還を命じた裁判例等）
- ② 条約第13条1項(b)に基づき、子の返還を拒否した裁判例（(i)親に対するドメスティック・バイオレンス（以下、「DV」）を返還拒否の根拠とした例、(ii)同条項に基づく抗弁はあったが、返還を命じた裁判例の有無等）
- ③ 条約第13条2項に基づき、子の返還を拒否した裁判例（(i)意見を聴取した子の年齢、(ii)同条項に基づく抗弁はあったが、返還を命じた裁判例等）

- ④ 条約第12条2項に基づき、子の返還を拒否した裁判例（(i)子が新たな環境になじんだことの証明の方法、(ii)同条項に基づく抗弁はあったが、返還を命じた裁判例等）
- ⑤ 条約第20条に基づき、子の返還を拒否した裁判例（同条項に基づく抗弁はあったが、返還を命じた裁判例）
- ⑥ 子及び子に同伴する親の返還後の常居所地国における懸念事項について裁判所が判断にあたり、考慮した事例
- ⑦ 常居所地の概念が争われた事例
- ⑧ 不法な移動または留置の概念が争われた事例
- ⑨ 監護権の概念が争われた事例
- ⑩ 同意・追認の有無が争われた事例

### （3）調査方法及び調査に用いた資料

第一に、ハーグ国際私法会議事務局がハーグ条約締約国からハーグ条約に基づく返還手続に関する裁判例の提供を受けて構築しているハーグ条約判例データベース（INCADAT）を用いて、全掲載裁判例874件（報告書脱稿日である平成23年5月11日現在）のうち、1998年以降の裁判例560件のプロファイル（要請国、被要請国、判決をした裁判所（国・管轄・審級）、子の年齢、連れ去った親と残された親、結論、争点となった条文と要件、争点に対する判断）を作成し、簡易な参照資料として今後の利用に供するため、一覧性のあるデータベースを作成した。その際、裁判所の結論としては、①申立要件がないと判断して申立てを棄却した場合、②要件はあるが例外事由を認めて裁量により返還を拒否した場合、③申立要件はあり例外事由を認めたと裁量により返還を命じた場合、④申立要件はあり例外事由はないとして返還を命じた場合、その他（原審に差戻し等により最終的な結論不明、条約15条に基づく宣言等）がある。このうち、申立棄却と返還拒否は、申立棄却は申立要件の欠如、返還拒否は例外事由の肯定と、判断の理由は異なるが、子を返還しないという結論においては同じであるため、合わせて不返還とし、結論は返還命令と不返還の2つに分類している。1998年以後の掲載裁判例に絞った理由は、本調査期間内での処理可能な範囲という制約と、1998年以前の裁判例については、“*The Hague Convention on International Child Abduction*”（Beaumont & McEleavy、1999、Oxford University、以下「Beaumont & McEleavy」）において、条文毎に体系的に整理され、解釈の基準や傾向が分析されていること、また、最近の裁判例の分析の重要性の方が高いと考えられたことである。

なお、Beaumont & McEleavy において紹介されている裁判例が INCADAT に掲載されている場合、INCADAT の要約（事実、法的分析）やコメント、裁判例によっては全文が入手できることから、INCADAT に掲載された情報の利用の便宜を図るため、Beaumont & McEleavy に掲載された裁判例と INCADAT の事件番号（ID）との照合作業を行い、Beaumont & McEleavy 掲載裁判例リストに ID を示した一覧表を作成した。

そのうち、一部の裁判例については、1998年以降の裁判例と同様のプロフィールを作成した。なお、このリストには、上記の560件の判例リストに掲載されていないが、本報告書本文中において、紹介した裁判例のいくつかのプロフィールも追加して掲載した。また、1998年以前の裁判例のうち、報告書本文に記載した裁判例のいくつかについてもプロフィールを作成し、掲載した。

以上作成した2つの裁判例リストは資料として、本報告書末尾に別添として添付している。

第二に、INCADAT の掲載裁判例全874件を対象に、返還申立要件及び例外事由の有無が判断の法的根拠となった裁判例の件数を判断結果（返還命令・返還拒否・申立棄却）別にまとめた。しかしながら、INCADAT に掲載されている裁判例は、各締約国の裁判所に申立てられたハーグ条約に基づく返還手続事件のごく一部に過ぎないこと<sup>2</sup>、及び、返還拒否の結論に至るまでに申立要件の有無と複数の例外事由の有無が検討されている裁判例が多く、申立要件及び例外事由の各要件毎の判断の結果と返還申立事件の結論との間の関係の分析は単純ではない（例えば、ある例外事由が否定でも、他の例外事由が肯定されれば、結論は返還拒否となる等）ことから、この件数分析結果は、少なくとも INCADAT 掲載裁判例874件についての件数の内訳を示すにとどまり、ハーグ条約の返還手続における全体的な判断の傾向を示すものではないことに留意が必要である。近年、ハーグ国際私法会議が、締約国に対し、各年度における申立件数と結果を分類したデータを報告するように求めており（INCASTAT）<sup>3</sup>、その数値が、各締約国におけるハーグ返還手続の申立件数とその結果（申立棄却、申立認容＝返還命令、返還拒否）毎の各件数と割合についての量的分析のために最も適切な資料と考えられる。

第三に、返還申立要件及び返還の例外事由についての解釈や認定を示した裁判例を可能な範囲で抽出し、国別ないし論点別に整理した。裁判例の抽出及び整理・分析に用いた資料は、INCADAT の裁判例の要約、コメント、Beaumont & McElevy のほか、アメリカにおけるハーグ条約案件を扱う弁護士向けに National Center for Missing & Exploited Children (NCMEC) が作成したマニュアル（以下「マニュアル」という。）<sup>4</sup>や、最近発表された、各締約国のハーグ条約判例法における重要な裁判例や解釈基準・傾向性を紹介する会議<sup>5</sup>における報告ペーパー等である。ハーグ条約に関する学術的な

<sup>2</sup>各締約国におけるハーグ条約の裁判例をより詳細に調べるためには、カナダの Canadian Legal Information Institute (CanLII) 判例データベース (<http://canlii.org/en/index.php>)、オーストラリア家庭裁判所の判例データベース (<http://www.familycourt.gov.au/wps/wcm/connect/FCOA/home/judgments>)、南アフリカ中央当局ハーグ条約判例データベース (<http://www.justice.gov.za/hague/case-law.html>) 等の判例集や判例データベースによる必要がある。アメリカでは、ハーグ条約裁判を専門に扱う弁護士がハーグ条約裁判例を収集・整理して紹介しているサイトもある。  
[http://www.brandeslaw.com/hague\\_Cases/table\\_hague\\_cases\\_citations1\\_rvd.htm](http://www.brandeslaw.com/hague_Cases/table_hague_cases_citations1_rvd.htm)

<sup>3</sup> [http://www.hcch.net/index\\_en.php?act=events.details&year=2007&varevent=138](http://www.hcch.net/index_en.php?act=events.details&year=2007&varevent=138)

<sup>4</sup> [http://www.missingkids.com/en\\_US/training\\_manual/NCMEC\\_Training\\_Manual.pdf](http://www.missingkids.com/en_US/training_manual/NCMEC_Training_Manual.pdf)

<sup>5</sup> 特に国際家族法事件を専門とする弁護士を会員とする団体である International Academy of Matrimonial Lawyers (IAML) の会議では、必ずと言って良いほど、ハーグ条約に関するセッションがあり、各国の弁護士が自国におけるハーグ条約裁判例の傾向や新たな動き、最新判例等を紹介していることから、これらの報告ペーパーを参照した。

論文は数多く発表されているが<sup>6</sup>、本調査は、学術的な分析や研究よりも、裁判例の抽出と実務的な観点からの解釈基準や裁判例の傾向性の分析に力点を置いていること、及び、時間的な制約から、本調査において、学術論文は特に参照しておらず、実務的な裁判例の紹介・分析に焦点が置かれた報告ペーパー等を参照するにとどめた。本報告書末尾の文献・論文リストには、本報告書作成のために参照した資料のうち、裁判例の紹介ないし解釈の傾向について本報告書に引用したもののみを掲載した。以上の資料より裁判例を紹介するにあたっては、後述のとおり、一部判決の全文を参照したものもあるが、基本的には、本調査のために用いた資料における判例要約に依拠している。

裁判例の抽出・整理にあたっては、各要件について、特に争いがないと考えられている解釈を記述すると共に、各締約国の裁判例における共通の論点を抽出し、裁判例を整理し、かつ、締約国によって解釈の基準や傾向性に違いが見られる場合や、締約国の中でも時代によって解釈の基準や傾向性に変容発展が認められる場合は、できる限り、そうした特徴を記述することとした。

第四に、本調査は、時間的にも調査に用いた資料も限定されていることから、第二の INCADAT 掲載裁判例の件数分析、第三の裁判例分析のいずれについても、裁判例の傾向性の分析に踏み込み過ぎないように控えたが、そのうえで、調査の全体から気付いた点を何点か、調査結果のまとめとして最後に記載した。

#### （４）用語法、裁判例の表示

ハーグ条約の日本語訳は研究者の訳によるものがいくつか発表されているが、公定訳はなく、政府仮訳も公表されていないことから、訳語は訳者によって異なる場合がある。本調査報告書では、条約の規定や文言について、早川眞一郎ほか「国際的な子の奪取の民事面に関する条約の実施に関する法律試案及び解説」（民商 1 1 9 巻 2 号）及び、西谷祐子「国際的な子の奪取の民事面に関する条約」（東北大学）を参照し、これらの訳により、あるいは適当と思われる場合にはこれらの訳とも異なる訳を用いている場合がある。なお、“removal”は、移動または連れ去りと訳されることが多いが、文脈によって、移動、連れ去りのほか、転居と訳している場合もある。その他、連れ去った親は TP (Taking Parent)、連れ去られた親は LBP (Left Behind Parent) と表記した。

本報告書本文中に裁判例を表示する場合は、事件名及び判決年と INCADAT に掲載されている場合は事件番号 (ID) を記載した (掲載がない場合は、ID/NA と表記)。

裁判例の抽出や分析においては、締約国によって管轄が異なる場合、イギリスの場合は、国名ではなくスコットランド、アイルランドのように管轄名のみを記載し、ただし、イングランド・ウェールズについてはイギリスと表記した。したがって、本報告書中イギリスと記載された裁判例はすべてイングランド・ウェールズのものである。また、カナダの場合、特にケベックは他の州・地域と実施法も異なり法体系も異なる

<sup>6</sup> [http://www.hcch.net/index\\_en.php?act=conventions.publications&dtid=1&cid=24](http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.publications&dtid=1&cid=24)

特徴を有することから、カナダ（ケベック）と表記した。さらに、アメリカの場合、連邦裁判所か州裁判所かによって判例としての重要性が異なることから、連邦裁判所の判例については、本文中においても可能な限り連邦裁判所の判例であることがわかるように記載した。第〇巡回裁判所の裁判例と記載されているものは、全て連邦裁判所の裁判例である。

どの締約国においても、裁判例は上級審のものほど判例としての重要性が高いのが一般的である。また一審裁判所の判断は後に上級審で否定されている場合がある。そこで、裁判例の抽出・分析の記述にあたっては、可能な限り、控訴審以上の裁判所による裁判例の場合は、そのことを明記するよう心がけた。また、国によって裁判所名と審級の関係がわかりにくい場合があることから、できるだけ裁判所名よりも裁判所の審級を示す表記を用いた。

裁判例の要約は、INCADAT 掲載裁判例については、主として INCADAT による要約によっているほか、それ以外に上記に挙げた調査資料も参照して作成している。アンダーテイキングに関するいくつかの裁判例については、判決全文からその具体的内容を抽出している。

裁判例の紹介に際しては、解釈基準を示した裁判例は別として、認定に関する裁判例については、できるだけ、父・母のどちらが TP・LBP か、あるいは子の年齢、常居所国、その他、事案のうち判断に関連すると思われる要素も記載するようにした。ハーグ条約の裁判例は、1つの事件の中で複数の論点について判断されているものが多いため、本報告書中の複数の箇所と同じ裁判例を繰り返し挙げている場合もある。しかしながら、1つの裁判例において扱われた論点毎に毎回掲載するのは困難であることから、場合によっては、中心的な論点についての判断は本文中で紹介し、その他の論点についての判断を注に記載する形をとっている。また、返還命令の出し方や手続、事件のその後の経過等についての情報で参考になると考えられたものについても記載を心がけた。また、返還手続の結論について、申立要件を欠くとして申立てが棄却された場合は申立棄却、申立要件はあるが例外事由が認められて返還が拒否された場合は返還拒否の用語を用いて区別しているが、申立棄却及び返還拒否のいずれかにより子を返還しない場合の両方を含む用語として、不返還を用いた。

## 第二 INCADAT掲載裁判例の件数の分析

### 1 分析の方法

INCADAT の”Case Law Search”（判例検索）を用い、“Legal basis”の分類を用いて、各返還申立要件、及び、各例外事由毎に、“Order”（命令）の分類を用いて、返還命令、返還拒否、申立棄却の3つの結果毎に件数をまとめた。INCADAT では、“Order”の内容は、細かく、①返還命令、②任意に申し出のあったアンダーテイキングと共に返還命令、③アンダーテイキングを条件に返還命令、④返還拒否、⑤申立棄却、⑥控訴を認容して返還命令、⑦控訴を認容して任意に申し出のあったアンダーテイキング認容して返還拒否、⑩控訴を棄却して返還命令、⑪控訴を棄却して任意に申し出のあったアンダーテイキングと共に返還命令、⑫控訴を棄却してアンダーテイキングを条件に返還命令、⑬控訴を棄却して返還拒否、⑭控訴を認容して申立棄却、⑮控訴を棄却して申立棄却というように、裁判所の審級に応じて細かく分類されている。しかしながら、本報告書においては、結論のみに着目し、上記のとおり、返還命令（うちアンダーテイキングが付された件数）、返還拒否、申立棄却の3分類で件数をまとめた。また、裁判例によっては、控訴審裁判所の命令の内容が事件をさらに審理のために原審裁判所に差し戻すというものであるため、返還についての結論が不明の場合もある。

なお、以下の件数は、法的根拠に各要件についての判断を含む裁判例の件数を示しており、結果は、当該要件についての判断だけではなく、他の要件についての判断から導かれている場合を含んでいるから、当該要件についての判断と返還手続の結果が単純に対応しているのではないことに注意が必要である（例えば、20条の例外事由について結果が返還拒否である件数は、20条の例外事由は否定したうえで他の例外事由を認めた結果返還拒否となった裁判例を含む等）。

### 2 申立要件及び例外事由と判断結果の内訳

#### （1）874件の結果別内訳

874件のうち、返還命令は405件（うちアンダーテイキングが付されたのは37件）、返還拒否は206件、申立棄却は112件、返還拒否と申立棄却を合わせた不返還は318件であった。

#### （2）常居所（3条）

874件のうち、法的根拠に常居所の申立要件の判断を含む裁判例は170件あり、その結果別内訳は、返還命令79件（うちアンダーテイキングが付されたのは5件）、返還拒否24件、申立棄却57件であった。

#### （3）監護権の侵害（3条）

874件のうち、法的根拠に監護権の申立要件の判断を含む裁判例は177件あり、その結果別内訳は、返還命令109件（うちアンダーテイキングが付されたのは7件）、返還拒否31件、申立棄却26件であった。

#### **(4) 「なじんだ」の例外事由 (12条2項)**

874件のうち、法的根拠に「なじんだ」の例外事由の判断を含む裁判例は50件あり、その結果別内訳は、返還命令22件(うちアンダーテイキングが付されたのは2件)、返還拒否23件、申立棄却1件であった。

#### **(5) 同意の例外事由 (13条1項(a))**

874件のうち、法的根拠に同意の例外事由の判断を含む裁判例は36件あり、その結果別内訳は、返還命令22件(うちアンダーテイキングが付されたのは1件)、返還拒否9件、申立棄却4件であった。

#### **(6) 追認の例外事由 (13条1項(a))**

874件のうち、法的根拠に追認の例外事由の判断を含む裁判例は73件あり、その結果別内訳は、返還命令42件(うちアンダーテイキングが付されたのは5件)、返還拒否27件、申立棄却5件であった。

#### **(7) 「重大な危険」の例外事由 (13条1項(b))**

874件のうち、法的根拠に「重大な危険」の例外事由の判断を含む裁判例は276件あり、その結果別内訳は、返還命令184件(うちアンダーテイキングが付されたのは30件)、返還拒否93件、申立棄却8件であった。

#### **(8) 「子の異議」の例外事由 (13条2項)**

874件のうち、法的根拠に「重大な危険」の例外事由の判断を含む裁判例は142件あり、その結果別内訳は、返還命令86件(うちアンダーテイキングが付されたのは9件)、返還拒否52件、申立棄却2件であった。

#### **(9) 20条の例外事由**

874件のうち、法的根拠に20条の例外事由の判断を含む裁判例は35件あり、その結果別内訳は、返還命令22件(うちアンダーテイキングが付されたのは4件)、返還拒否7件、申立棄却3件であった。

### 第三 ハーグ条約裁判例の分析

#### 第1 返還申立の要件

##### 1 概要

条約上の返還申立ての要件は、子の不法な移動または留置があったことである。

これを分解すれば、「子」の「移動または留置」があり、かつ、その移動・留置が「不法」であることが必要である。

条約4条は、子が16歳に達した時点で適用が終了すると定めていることから（4条）、本条約の適用対象となる「子」は16歳未満の子に限られる。

「移動または留置」は、そもそも、返還申立てを求めるための原因となる事実であるが、その解釈は、後に述べる若干の問題を除き、あまり問題となることはない。

移動・留置の「不法性」は、さらに3つの要件を含む。第一に、子が移動または留置の直前にハーグ条約締約国に常居所を有していたこと（常居所）、第二に、子が常居所を有していた国の法の下で、子の移動または留置が監護権の侵害となること（監護権の侵害）、第三に、移動または留置の時点において申立人が現実に監護権を行使していたこと（監護権の現実の行使）の3つである（いずれも3条）。このうち、特に、「常居所の」解釈・認定、「監護権」の解釈・認定をめぐる問題は多く、これらの要件に関する裁判例も多い。

返還申立てが、これらの要件のいずれか1つでも満たさない場合は、申立ては棄却され、返還は認められない。

## 2 移動・留置

子が「移動または留置」されたことは、ハーグ条約に基づく返還申立ての最初の要件であるにもかかわらず、その意味、解釈については、初期の裁判例において、次の2つの点が問題となったが、今日、この問題は決着がついていると言って良い。

第一には、移動または留置は、単なる監護権者からの移動・留置では足りず、子の常居所の国境を越えるものであることを要するかという点である。子が常居所国内で監護権を侵害して移動・留置された場合には、条約の適用はなく、条約に基づく返還申立ての対象とならないことは明らかであるが、常居所国内で監護権を侵害して子が移動・留置された後、他の締約国に連れ去られた場合、不法な留置はいつ開始するかという形で問題となる。第二に、「留置」の意味が問題である。留置という言葉からすれば、継続した状態を指すとも考えられるうえ、不法な移動の後も、子をそのまま返還しなければ、そのことが「不法な留置」を構成するのかが問題となる。

この2点の問題は、特に、条約の時的適用範囲の問題及び12条2項の「なじんだ」の例外事由との関係で1年の期間の起算点について、不法な「留置」はいつ開始するかという問題と関連する。

すなわち、条約は、35条で「この条約は、締約国間において、それらの締約国で条約が発効した後に発生した移動または留置についてのみ、適用される」として、条約が発効前の不法な移動・留置には遡及的に適用されないことを明記している。この規定との関係で、不法な移動後そのままTPが子の留置を継続する状態が、条約上の「不法な留置」にあたるかすれば、条約が発効前に発生した移動について、その時点では条約が適用されず、返還申立てができないとしても、その後の子の所在国について条約が発効した場合には、「不法な留置」として返還申立てが可能となる可能性がある。また、先の例のように、常居所国内で監護権を侵害して子が移動・留置された後、他の締約国に連れ去られた場合、「不法な移動」が常居所国内における最初の監護権を侵害しての移動を言うのか、国境を越えて他国に移動した時点と言うのかによって、12条2項の1年間の期間が経過したか否かの認定が異なってくる。

この2つの問題を扱った裁判例としては、スコットランドの *Kilgour v. Kilgour* 1987 SC 55 判決 (1986年: ID116) や、イギリスの初期の貴族院 (最高裁判所) の *Re H.; Re S. (Abduction: Custody Rights)* [1991] 2 AC 476 判決 (1991年: ID115)、オーストリアの *8Ob535/92, Oberster Gerichtshof* 判決 (1992年: ID566) 等があるが、これらの裁判例、特に、イギリスの貴族院によって明確に示された解釈によって、既に決着がつき、今日では争いがなく、これら初期の裁判例以外に、近年の裁判例でこの問題を論じたものは見当たらないようである。

すなわち、第一の点については、「移動または留置」が国境を越えるものでなければならぬことは、条約3条の規定からは必ずしも明らかではないが、条約は「子の国際的な子の移動・留置」からの保護を目的としていることから、この条約の目的との関係で、条約上の「移動・留置」とは、「監護権」から移動・留置ではなく、「常居所国」からの移動・留置、すなわち、子の常居所国から他国への移動、または、子の

常居所国以外の国における留置でなければならない。第二に、35条で「発生した (occurring)」の言葉が使われていることや、12条の規定が「留置」についても1年の期間の経過を定めていることからすれば、留置とは継続状態を意味するものではなく、特定の時に発生する出来事を言う。さらに、条約全体を通して、常に「移動」と「留置」は「または」で結ばれていることから、この2つの概念は、どちらかしか認められないのであって、重なりあったり、移動がその後留置になることはない。

以上から、条約発効前に不法な移動により連れ去られた子について、子の所在国が後に条約を締結し条約が発効したとしても、不法な移動は、条約発効前に発生しており、その後の状態は不法な「留置」ではないから、条約の適用はない。

### 3 常居所

#### (1) 条約の規定と問題の所在

ハーグ返還手続において返還が認められるためには、子が移動・留置の直前に、ハーグ条約締約国に常居所を有していたことである（3条）。

「常居所」とは、ハーグ国際私法会議において採択された多くの条約で連結点（連結要素）として伝統的に用いられてきた概念であり、英米法上の住所の概念であるドミサイル（本源住所）と異なる事実状態に重点を置く概念であるが、一定期間の居住を要素とする点で単なる居所とも異なる概念であると一般に説明される。ハーグ国際私法会議は、「常居所」について定義を置かないのが伝統であり、国際的な子の奪取の民事的側面に関するハーグ条約においても、常居所は定義されておらず、常居所の概念の解釈を締約国に委ねている。

返還申立てにおいて申立人が常居所として主張する国に子が常居所を有していなかったと認められれば、返還申立ては、それだけで申立てが棄却されることになる（ただし、実際の裁判例では、不返還の決定は、他の申立要件を欠くことや、例外事由が認められることも合わせて判断のうねなされることが多い）。

そのため、ハーグ条約の裁判では、常居所の認定が問題となることが多く、各締約国の裁判例では、常居所の解釈や決定基準に関する判例法が発展している。特に、子の常居所の決定に関しては、両親の意図と子がその国になじんだ実態のどちらを重視するのか、子の居住地について両親の意図が異なる場合にどのように判断するのか、幼い子の常居所は常に両親の常居所と一致するのか、幼い子の場合当初から両親の関係が悪化し常居所についての共通の意図がない場合の判断、常居所を獲得したと認められるためには一定期間の居住が必要か、転居先に常居所を獲得するためには元の常居所を喪失・放棄することが必要か、一定期間ないしは期間の定めなく他国に住むが元の国に戻る予定であった場合の常居所、複数の国で子が両親のそれぞれに監護されるシャトル監護の場合の常居所、子が常居所を有しないということは認められるか、逆に複数の常居所を持つことは認められるか、不法な連れ去り・留置先の国が常居所となることは認められるか等、論点は多岐にわたる。

#### (2) 子の常居所の決定基準に関する各締約国の裁判例の一般的なアプローチ

##### ① イギリス

常居所の解釈について述べた貴族院（最高裁判所）の *Re J. (A Minor) (Abduction: Custody Rights)* [1990] 2 AC 562, [1990] 2 All ER 961, [1990] 2 FLR 450, *sub nom C. v. S. (A Minor) (Abduction)* 判決では、常居所は事実概念であり、ここに含まれる2つの言葉（常と居所）の普通の自然な意味にしたがって理解され、そこに戻ってこないという明確な意図があれば常居所は1日のうちにも失われるが、常居所と言えるためには、居住が相当期間、継続することが必要であり、そこに居住するという定住の意図が必要であるとされている。

イギリスの裁判所は、常居所の概念についてこのような解釈に立ったうえで、子の

常居所の決定については、子の監護者の転居の意図と子の生活の事実的実態とを合わせて検討するというのが、イギリスの判例法における標準的なアプローチであると説明されている（INCADAT コメント）。

## ② アメリカ

アメリカでは、子の常居所の決定基準に関する一般的なアプローチとして、両親の意図に焦点を置くか、子の観点に焦点を置くかについて、その両方を考慮するかについて、連邦控訴裁判所の立場が分かれていると説明されている。

### (i) 親の意図に焦点を置くアプローチ

*Mozes v. Mozes, 239 F.3d 1067 (9th Cir. 2001)* 判決（2001年：ID301）に代表される第9巡回控訴裁判所の立場は、両親の意図に焦点を置く。すなわち、子が新たな常居所を獲得するためには、以前の常居所を放棄するという両親の明確な意図がなければならぬとする。ただし、両親に明確な放棄の意図がない場合でも、十分な時間と積極的な経験によって、子の生活は移転先の国に確実に根付いたものとなり、新しい国が常居所となりうる余地はある。

この解釈は他の連邦控訴裁判所の判決においても承認されている。例えば、第11巡回控訴審裁判所の *Ruiz v. Tenorio* 判決（2004年：ID780）は、新しい常居所を確立するためには、「従前の常居所を放棄するという明確な意図」がなければならぬとした。なお、同判決は「明確な意図」について、出発の時点で明確である必要はなく、時の経過により固まってくるのでも良いとする。第2巡回控訴裁判所も、*Gitter v. Gitter* 判決（2005年：ID776）において、子は通常「住む場所を決める物理的・精神的な能力」を有していないとして、この常居所の分析は、子の居所を決定する権利を有する者（多くの場合は親）の意図（親の意図は行動及び発言により判断される）に焦点を置くべきであるとした。*Koch v. Koch* 判決（2006年：ID878）も、親の意図に焦点を置くアプローチを採用した裁判例とされる。この判決では、両親のドイツへの移転目的は定住の性質を有し、両親に米国の常居所を放棄しドイツを新たな常居所とする意図があったことは明らかであるとして、子の常居所はドイツにあると判断した。

このように、子が移転先の国で常居所を獲得したと言えるためには、両親に常居所を放棄するとの明確な意図が必要であるとの *Mozes v. Mozes, 239 F.3d 1067 (9th Cir. 2001)* 判決（2001年：ID301）は、子の常居所の決定に関するその後のアメリカの裁判例に強い影響を及ぼし、子がかなりの期間ある国から離れていたとしても、移転の目的に関して両親に共通の意図がなければ、従前の常居所が維持されるという裁判例を確立してきた。例えば、*Holder v. Holder* 判決（2004年：ID777）は、子のドイツでの滞在は8ヶ月間であるが、両親に共通の定住の意思がないとして、常居所はドイツにはない（アメリカの常居所が維持される）とした。*Ruiz v. Tenorio* 判決（2004年：ID780）では、メキシコへの移住の目的について両親の間に争いがあったという事案において、裁判所は、母親の意図は条件付きのものであり、両親はアメリカの常居所を放棄する

という共通の意図はなかったとして、子は2年10カ月間メキシコに滞在したにも関わらず、子の常居所はメキシコにはないとした。*Tsarbopoulos v. Tsarbopoulos* 判決(2001年: ID482)では、控訴審裁判所は、ギリシャで父親の母親と子に対するDVがあり、母親が7歳、4歳、2歳の3人の子をアメリカに連れ去ったという事案において、母親は父親からの支配を受けており、アメリカとの絆を維持していることなどから、ギリシャに常居所を確立する意図はなかったとの母親の主張を認め、子はギリシャに27ヶ月滞在したにも関わらず、子の常居所はギリシャに移っていないと判断した第一審裁判所の結論を維持した。

### (ii) 子を中心とするアプローチ

他方、第6巡回控訴裁判所の *Friedrich v. Friedrich* 判決(1993年: ID142)に代表されるもう一つの立場は、子の観点から子の経験を中心に子の常居所を決定すべきとするものである。この判決では、①常居所は、法律上の住所やコモンローにおけるドミサイルを定める技術的な規則によって決定されるべきではない、②子の経験のみが考慮されるべきである、③子の過去の経験のみに焦点を置いた検討がなされるべきであって、両親の将来の計画は重要ではない、④個人の常居所は1つしか認められない、⑤子の常居所は主たる監護親の国籍によって決定されるものではない、という5つの原則を示した。そして、本件では、ドイツ米軍基地で両親と住んでいた子(連れ去り時1歳8ヶ月)の常居所はドイツにあると認定された。同じく、子を中心の立場を採用したとされる裁判例とされる第4巡回控訴裁判所の *Miller v. Miller* 判決(2001年: ID461)では、アメリカとカナダの両方に住んだことのある8歳の子と生まれてからカナダにしか住んだことのない3歳の子について、常居所をカナダと認定し、子のカナダでの居住がニューヨーク州裁判所の命令に反して母が不法に子を留置したものであったとしても、そのことから子の常居所がアメリカになるものではないとされた。また、第6巡回控訴裁判所の最近の判決 *Robert v. Tesson* (2007年: ID935)は、*Friedrich v. Friedrich* 判決(1993年: ID142)の立場を支持し、父の住むフランスと母の住むアメリカとを行き来していた子(連れ去り時6歳)について、子を中心とした常居所決定基準により、常居所をフランスと認定した。

### (iii) 子を中心に親の意図を加味するアプローチ

第3及び第8巡回控訴裁判所の立場は、子を中心としながらも、両親の共通の意図も等しく考慮するもので、上記の2つの異なる立場の中間的な立場と説明されている。第3巡回控訴裁判所は、*Feder v. Evans-Feder* 判決(1995年: ID83)において、「子の常居所は、子が・・・順応するのに十分な時間、物理的に滞在している場所で、かつ、子の観点から『定住目的の程度』が認められる場所である。・・・特定の場所がこの基準を満たすか否かの判断は、子に焦点を置かなければならず、その場所における子の状況と、その場所における子の滞在に関する両親の現在の共同の意図の分析からなる」と述べた。第3巡回控訴裁判所は、*Karkkainen v. Kovalchuk* 判決(2006年: ID879)

において、とても小さい子の場合、両親の共通の意図がほぼすべての焦点があてられるが大きな子の場合には両親の意図は一定の重みを持つに過ぎないとし、本件では、フィンランドからアメリカに父親と共に移住し約2ヶ月間滞在した留置時11歳4ヶ月の子の常居所について、子のアメリカ滞在の目的について両親の間に争いがあったが（ただし、裁判所は、2ヶ月の終わりに子がアメリカに滞在するかどうかを決めるという限りで両親が共通の意図を有していたと認定したように解される）、子がアメリカ滞在中に行っていた勉強や旅行などの活動、ステップ・マザーやその家族とのつながり、秋にはアメリカの学校に転入したこと等から、子は留置の時点では既にアメリカに順応し常居所を獲得していた（したがってフィンランドに子の常居所はない）として、母親からの返還申立てを棄却した第一審裁判所の判断を維持した。

第8巡回控訴裁判所の *Silverman v. Silverman* 判決（2003年：ID530）は、子の常居所は、子の観点からの定住の目的と両親の意図の両方に焦点を置くことによってのみ認められるとした。また、第5巡回控訴裁判所も、*Isaac v. Rice* 判決（1998年：ID/NA）において、常居所の決定にあたり、子の過去の経験を用いたが、「その国に子が滞在することについての両親の共通の意図」も検討する必要があるとした。

#### (iv) 個別具体的な分析を用いるアプローチ

アメリカ連邦裁判所における子の常居所の決定における特徴として、第1巡回控訴裁判所管轄の地方裁判所は、子の常居所の決定において、極めて個別具体的な分析を用いていることが指摘されている。そこでの判決に共通するのは、「子の常居所は、手元にある事実と状況を検討することによって決定されるものである」というアプローチである（マニュアル）。子の常居所決定に関する第1巡回控訴裁判所の裁判例としては、アメリカ国籍の父が仕事を求めてアメリカに子と共に戻り、そのまま子を留置した事案において（留置時1歳半）、子の常居所は既にドイツにはないとして母親からの返還申立てを棄却した *Falls v. Downie* 事件（1994年：ID141）、アルゼンチンとアメリカの間を行き来して住んでいた留置時3歳8ヶ月の子の常居所は数ヶ月の滞在により一度アルゼンチンで獲得されたが、その後母親と共にアメリカに滞在することについて父親が黙示的に同意しており、父親の同意により子がアメリカに滞在していた期間に子は既にアメリカに常居所を獲得した（よってアルゼンチンに常居所はない）として、父親からの返還申立てを棄却した *Zuker v. Andrews*（1998年：ID122）等がある。

また、第10巡回控訴裁判所は、*Kanth v. Kanth* 判決（2000年：ID/NA）において、「子の常居所は、具体的な事実と状況を検討することによって判断され」「連れ去り前の期間における両親の行動、意図、及び、合意は、検討すべき要素である」と述べ、より具体的事実に基づいたアプローチを採用している。

#### (v) 子の常居所の認定における「順応」に関連する要素

以上のとおり、子の常居所の決定基準についてのアメリカの判例法は、連邦控訴裁

判所の間で様々なアプローチが見られるが、この問題に関する連邦控訴裁判所の判例の分析によれば、子の常居所の決定において、次の要素が共通の重要な要素とされているという (Morley)。<sup>7</sup>

- 教育に関する活動
- 社会活動、スポーツ・プログラムや遠足の参加、新たな国において人及び場所と意味のある関係を持つこと
- 居住期間の長さ
- 子の友だちがいる場所、友情の深さ
- 多くの持ち物を持ってきていること
- 元の居住地を放棄したこと

### ③ その他の管轄

#### オーストリア：

最高裁判所は、*8Ob121/03g, Oberster Gerichtshof* 判決 (2003 年：ID548) において、ある国における 6 ヶ月以上の居住期間は、子の監護者の意思に反して起きた場合でも (生活の中心を事実により決定するものであるから)、一般に常居所と認められると判示した。

#### カナダ：

ケベックの判例法では、子を中心としたアプローチが採用されていると説明されている (INCADAT コメント)。

*Droit de la famille 3713, No 500-09-010031-003* 判決 (2000 年：ID651) において、控訴審裁判所は、子の常居所の決定は、両親の生活よりも、子の生活の実態についての事案の状況に照らして決定されるべき純粋に事実に関する問題であるとし、常居所の現実の期間は、継続的で、実質的な時間的期間続いたものでなければならず、子はその場所との真の現実のつながりがなければならないとした。しかし、常居所の獲得のために必要とされる具体的な居住の最短期間は示されなかった。

#### ドイツ：

ドイツの判例法でも、子を中心とした事実的アプローチが採用されていると説明される (INCADAT コメント)。

*2 BvR 1206/98, Bundesverfassungsgericht (Federal Constitutional Court of Germany), 29 October 1998* 判決 (1998 年：ID233) において、出生以来ドイツに居住してきた子 (連

---

<sup>7</sup> Jeremy D. Morley, “Some Notes on the United States’ Interpretation of the Hague Abduction Convention”, (Conference paper for 2009 IAML Meeting)

れ去り時6歳8ヶ月と3歳)について、ドイツで監護権の裁判中に、母が子らをフランスに連れ去ったため、父はフランスでハーグ条約に基づく返還申立てをしたが、フランスの裁判所は第一審も控訴審も、再度子の生活環境を変化させることは子に対する重大な危険にあたるとして返還を拒否し、父は上告したが、代理人を使って実力で子をドイツに奪い返したという事案である。憲法裁判所は、常居所は事実的概念であり、フランスでの9ヶ月間の間に子が地域の環境に統合されたとして、子の移動の性質にかかわらず、子がフランスに常居所を獲得したとの控訴審裁判所の判断を是認した。

### イスラエル：

*Family Appeal 1026/05 Ploni v. Almonit* 判決(2005年：ID865)は、いずれもイスラエル人で外務省から派遣されてパラグアイで勤務した後、父の仕事でベネズエラ、パラグアイと転居したところ、母が休暇で子(留置時2歳と1歳)を連れてイスラエルに帰国したまま子を留置したという事案である。第一審裁判所は、常居所について事実と見方に基づく意図の両面から検討し、パラグアイでの居住は一時的なものであるとし、子が新たな常居所を獲得するには両親の共同の現実の意図が必要であるとした。さらに、とても幼い子が両親と異なる常居所を有すると判断することは合理的ではないとして、子の常居所はイスラエルであると認定した。控訴審裁判所は、本件では、母はそうしたい時はいつでもイスラエルに帰ることができるとの前提でパラグアイに旅行することに同意したに過ぎないから(両親の)共同の意図はなかったとして、第一審裁判所の判断を支持し、親の意図に重きを置いている。

*Family Application 042721/06 G.K. v Y.K.* (2007年：ID939)判決は、父(TP)が子をアメリカからイスラエルに連れ帰ったところ、アメリカでの居住が永住の転居だったのか試行期間だったのかについて父母の見解が大きく異なった事案である。裁判所は、家族がアメリカでの生活への適合に困難を感じていたことについては争いがなかったこと、子(年齢不明)自身も返還に異議を述べていること、アメリカの滞在期間中、子はアメリカになじめず、英語の勉強に困難を感じ、3つの違う学校で学び、友達ができなかったことから、「国際的」なアプローチからしても、「客観的」なアプローチからしても、子はイスラエルに常居所を維持していたと判断し、より子を中心としたアプローチを採用した。

### ニュージーランド：

*S.K. v. K.P. [2005] 3 NZLR 590* 判決(2005年：ID816)は、アメリカで出生し5ヶ月後に父(LBP)の同意の下、母とニュージーランドに5ヶ月間滞在して、いったんアメリカに戻り、その半年後、母の第2子出産のために再度父の同意の下、ニュージーランドに滞在した子(審理時2歳半頃と推定される)の常居所が争点となった事案である(2回目のニュージーランドへの移動の目的は第2子出産であったところ、母は

滞在を延長し、審理時には滞在は約1年に達していた)。裁判所は、①定住についての両親の共通の意図がない場合、子が他国に常居所を獲得する前に、元の国の常居所を喪失することはあり得るか、②親の1人が反対の意図を維持しているにもかかわらず、子の常居所が失われ、他の常居所が獲得されないということはあるかの2つの問題点を論じた。多数意見はこのいずれの点も肯定し、本件では子は不法な留置の時点で常居所を有しないとした原審の判断を支持し、返還申立てを棄却した。

### スイス：

*Bundesgericht, II. Zivilabteilung (Tribunal Fédéral, 2ème Chambre Civile)*, 5P.367/2005 /ast 判決 (2005年：ID841) に見られるとおり、子を中心とした事実的アプローチが採用されていると説明されている (INCADAT コメント)。

### (3) 子の常居所の決定に関するいくつかの論点

#### (i) 幼い子の常居所の問題

特に、幼い子の場合、子の居所について両親の意図が異なる場合には、子の常居所の決定に困難が生じることとなり、この問題を論じた裁判例が少なからず見られる。

### イギリス：

*Re F. (A Minor)(Child Abduction)* (1991年：ID40) は、「幼い子はその監護者の常居所と別に常居所を獲得することはあり得ない」とし、子の常居所は親の常居所と同一であることを示唆した。裁判所は、定住の意図があれば、1ヶ月の居住でも常居所を獲得するのに適切な期間となり得るが、連れ去り時1歳の子がオーストラリアに3ヶ月居住していた本件では子はオーストラリアに常居所を有するとして、返還を命じた。

他方、*Re A. (Minors)(Abduction: Habitual Residence)*判決 (1995年：ID38) は、子の常居所は、「常に」両親の常居所であるとされ、連れ去り時にそれぞれ5歳8ヶ月、4歳8ヶ月、8ヶ月だった子の常居所をアイスランドと認定し、連れ去り時点においてアイスランドはハーグ条約の締約国ではなかったことから、父からの返還命令を棄却した。なお、この事件では、父親はアイスランドへの転居は駐在命令によるものであったとしてアイスランドは常居所ではないと争ったが、裁判所は入隊時に他国への赴任があり得ることを受け入れ、任意に選択したものであるとして父の主張を認めなかった。

その後、*W. and B. v. H. (Child Abduction: Surrogacy)* (2002年：ID470) は、イギリス人の代理母とアメリカで契約したアメリカ人夫婦が子の引渡しを認めたという特殊な事例であるが、裁判所は、生まれてすぐの子の常居所が常に親の常居所に由来することとは、ドミサイルという法的問題と常居所という事実問題とを混同する危険があるとして、アメリカに一度も住んだことのない本件の子どもはアメリカに常居所

を有しないとし、返還申立てを棄却した。

### アメリカ：

第3巡回控訴裁判所は、*Delvoe v. Lee* 判決（2003年：ID529、原審第一審裁判所判決は2002年：ID528）において、既に両親の関係が悪化している中で母がベルギーから父の同意を得て子と共にアメリカに帰国し、そのまま子を留置した事案（留置時約1歳）について、両親が子の居所に関して共通の明確な意図を持っていない場合の幼い子の常居所の決定という特殊な問題を検討した。同裁判所は、幼い子は監護者とは別に常居所を獲得することはあり得ず、幼い子の常居所と監護者の常居所とを区別することはしばしば困難であるが、そのことから、幼い子の常居所は自動的に母の常居所と一致するものではないとした。本件において、控訴裁判所は、親の紛争が子の誕生と同時に始まった場合、子の常居所は存在し得ない、ある国に子が滞在することについて両親が共通の意図を持たない場合、幼い子には常居所がないことになるとして、子がベルギーに常居所を有していたとの父親の主張を認めず申立てを棄却した第一審裁判所の判断を維持した。

第3巡回控訴裁判所はまた *Baxter v. Baxter* 判決（2005年：ID808）において、この問題を扱った。本件の事案は、子（留置時4歳）が、オーストラリアの各地（島を含む）に住んだ後、母と共にアメリカに移転したが、2週間後に母が父に婚姻解消の意思を伝えたため、父が返還を申立てたというものである。本件で、第一審裁判所は、子の常居所はオーストラリアにないとして返還を棄却したが、控訴裁判所は、島から移住するという両親の共通の意図は明確は認められるが、従前の常居所（オーストラリア）を放棄するという移住の意図は認められないとして、父親からの控訴を認め、返還を命じた。

### **(ii) 子の常居所がない場合を認めるか**

子の常居所の決定基準に基づき、常居所を認定しようとした結果、子がどこにも常居所を有しないことになる場合がありうる。このような結論を認めると、子が不法に国境を越える連れ去られ、または留置されたにも関わらず、ハーグ条約に基づく返還申立ては認められないこととなるため、子が条約による保護を受けられない結果を許容することになるとの懸念から、初期の各締約国の裁判例の中には、消極的な姿勢を示すものが見られる。

### 子の常居所がない場合は認められないとの立場を採る裁判例：

#### イギリス：

*Re F. (A Minor) (Child Abduction) [1992] 1 FLR 548, [1992] Fam Law 195* 判決（1992年：ID40）は、「幼い子はその監護者の常居所と別に常居所を獲得することはあり得ない」との立場を前提として、本件の場合、家族のオーストラリアへの移動の目的に

ついて父母の間に争いがあったが、父（TP）は3枚の1年間有効の往路の航空券を購入し、19個のケースと多くの家族の所有物がオーストラリアに送られていたことから、控訴審裁判所は家族がオーストラリアに行った目的はそこに定住することであったという第一審裁判所の認定を支持して、定住の意図があれば、1ヶ月の居住でも常居所を獲得するのに適切な期間となり得るとし、連れ去り時に1歳の子がオーストラリアに3ヶ月居住していた本件では子はオーストラリアに常居所を有するとしたた、その際、控訴審裁判所は、大きな視点で見れば子が特定の国に定着した場合には、常居所がないという認定をすべきではないと述べた。

### オーストラリア：

*Cooper v. Casey (1995) FLC 92-575* 判決（1995年：ID104）は、オーストラリアとアメリカの間を行き来して住んでいた子（長男が連れ去り時5歳超）を、母（TP）が父の同意を得てフランスに連れて行き、数ヶ月後にアメリカに戻り、さらに数ヶ月後、母がオーストラリアに連れ去ったという事案について、控訴審裁判所は、子に常居所がないとの認定は条約の目的を容易に損なう作用をもたらし、子が両親に何度も連れ去られる可能性にさらすことになりかねないとして、本件の子はフランスから戻った時点でアメリカに常居所を獲得したと判断して、返還を命じた。

しかし、初期の裁判例においても、子がどこにも常居所を有するとは認められないというべき状況が存在することを認める裁判例もあるほか、特に、最近、これを認める裁判例が現われてきている。

### 子が常居所を持たないことがありうることを認め、ないし示唆する裁判例：

#### スコットランド：

*Dickson v. Dickson* 判決（1990年：ID173）で、控訴裁判所は、家族でオーストラリアに移住し、約7ヶ月居住した後、父が母の同意の下、子（留置時1歳6ヶ月）を連れてイギリスに帰ったが、数週間後に母が心変わりし、返還命令を申立てたという事案において、子はイギリスに定住するとの理解に基づく両親の同意の下、オーストラリアを後にしたのであるから、子はオーストラリアから出国した時点でオーストラリアにおける常居所を喪失したとして、返還申立てを棄却した。判決は判断の理由の中で、子が新たな常居所を獲得する前に元の常居所を喪失することはあるかという問題を立てながら、これに明確に答えなかったが、本件でオーストラリアを出国した時点で子はオーストラリアの常居所を喪失したと判断していることから、本件の子が未だイギリスに常居所を獲得していないとすれば、子がどこにも常居所を持たないことがありうることを示唆しているものと考えられる。

*D.W. & Director-General, Department of Child Safety [2006] FamCA 93* 判決（2006年：ID870）は、非婚の母がオーストラリアで生まれた生後2ヶ月の子を連れて片道航空

券でアメリカに住む子の父と同居したが、約3ヶ月後には父の家から出てシェルターに入り、同月オーストラリアに帰ったという事案について、第一審裁判所が、母は一度もアメリカに永住する意図は持っておらず、父との関係が「うまくいくか」を見るために住居を定めたに過ぎないが、少なくとも2ヶ月はそこに住む意図があったのであるから、母と子はアメリカに常居所を獲得したと判断したが、控訴審裁判所の多数意見は、オーストラリアとイギリスの判例法を詳細に検討した後、ある国の住民との関係が「うまくいくか」どうかを見るためにその国に住居を定めた者が、当該国に長期の住居を定める意図があったとか（このことは第一審裁判所も否定）、人生の通常の出発点の一部としての定住の目的をもってその国に住居を置いたと判断することは誤りであり、母はアメリカに常居所を獲得したことはなく、よってアメリカを常居所とするという両親の共通の意図はなかったとし、移動の直前に子がアメリカに常居所を有したとは言えないとして、返還申立てを棄却した。なお、多数意見は、このような判断は、子に対し条約の利益を否定することになることを認めたが、裁判所が、子のために両親がいる家庭を築こうとして、他方親との関係修復を外国で試みた親が、子と共に、当該外国に「常居所を獲得した」とあまりにも簡単に認めるとすれば、子の利益は一般にとっては否定的な効果をもたらすことになる」と述べている。

### イギリス：

*W. and B. v. H. (Child Abduction: Surrogacy)*判決（2002年：ID470）は、イギリス人の代理母とアメリカで契約したアメリカ人夫婦が子の引渡しを認めたという特殊な事例であるが、裁判所は、生まれてすぐの子の常居所が常に親の常居所に由来することとは、ドミサイルという法的問題と常居所という事実問題とを混同する危険があるとして、アメリカに一度も住んだことのない本件の子どもはアメリカに常居所を有しないと、返還申立てを棄却した。

### ニュージーランド：

*S.K. v. K.P. [2005] 3 NZLR 590*判決（2005年：ID816）は、アメリカで出生し5ヶ月後に父（LBP）の同意の下、母とニュージーランドに5ヶ月間滞在して、いったんアメリカに戻り、その半年後、母の第2子出産のために再度父の同意の下、ニュージーランドに滞在した子（審理時2歳半頃と推定される）の常居所が争点となった事案であるが（2回目のニュージーランドへの移動の目的は第2子の出産であったところ、母は滞在を延長し、審理時には滞在は約1年に達していた）、①定住についての両親の共通の意図がない場合、子が他国に常居所を獲得する前に、元の国の常居所を喪失することはあり得るか（すなわち、子が常居所を有しないことはあるか）、②親の1人が反対の意図を維持しているにもかかわらず、子の常居所が失われ、他の常居所が獲得されないということはあるかの2つの問題点を論じ、多数意見はいずれも肯定し、本件では子は不法な留置の時点で常居所を有しないとした原審の判断を支持し、返還申立てを棄却した。

### アメリカ：

前述の第3巡回控訴裁判所の *Delvoe v. Lee* 判決（2003年：ID529、原審第一審裁判所判決は2002年：ID528）は、親の紛争が子の誕生と同時に始まった場合、子の常居所は存在し得ない、ある国に子が滞在することについて両親が共通の意図を持たない場合、幼い子には常居所がないことになるとして、子がベルギーに常居所を有していたとの父親の主張を認めず申立てを棄却した第一審裁判所の判断を維持した。

同じく第3巡回控訴裁判所の *Ferraris v. Alexander*, 125 Cal. App. 4th 1417 (Cal. App. 3d. Dist., 2005) 判決（2005年：ID797）では、非婚のアメリカ人母（TP）が、イタリア人父（LBP）との間の子（留置時4歳5ヶ月）が学齢期になってアメリカに定住するまでの間、子を連れてヨーロッパ内及びアメリカを仕事のために移動して回り、子は父及びその家族と頻りに面会するという生活をしていたところ、イタリアでの父の家族との面会の際、父の家族が子を返さなかったため、母が子をアメリカに連れ帰ったところ、父が返還を申立てたという事案において、子の出生以来、常に子がどこに住むかは母が決め父もそれを許可していたことから子はイタリアに常居所を獲得していないとして返還申立てを棄却した第一審裁判所の判断を支持したが、この結論は子が常居所を持たない場合があり得ることを示唆していると言える。

### (iii) シャトル監護合意における常居所の認定（および、子が複数の常居所を持つことを認めるか）

両親が別々の国に住み、子を一定期間ずつ交互に監護する、いわゆるシャトル監護合意がなされ、これに基づき一方の親が子を監護したまま他方親に返さないために、他方親が返還を申立てるという場合がある。このような場合、不法な留置が開始した時点で、子がその当時に監護されている国に常居所を有するとすれば返還申立ては棄却されることになるため、常居所の認定が問題となる。また、シャトル監護合意における常居所の認定の問題は、子が同時に複数の常居所を持つことが認められるか（シャトル監護の場合に、それぞれの国に常居所を有するとすれば、返還申立てが認められることになる）の問題も同時に含んでいる。

各締約国の判例法によれば、子が同時に複数の常居所を持つことは否定されており（*Beaumont & McEleavy*）、常居所の解釈、決定基準の中で、このことを明確に述べるものも少なくない。そうすると、シャトル監護合意の場合は、子の常居所は不法な連れ去り・留置の時点で、いずれか一方の国にしか認められないことになるが、シャトル監護合意の場合、両親の意図は明確に一定期間が終われば他方の国に子が転居するという期限付きの転居であるにもかかわらず、下記に挙げる裁判例のほとんどすべてにおいて、一定期間監護されていた国に常居所を認めている。この結論は、特に、両親の意図よりも、子の居住の実態を重視するアプローチからは導かれやすいと言える。

### スウェーデン：

*RA 1996 ref 52, A.F.J. v. T.J., 9 May 1996, Supreme Administrative Court of Sweden* 判決（1996年：ID80）は、離婚した父母が、子が2、3年毎に、スウェーデンで母と、アメリカで父と交互に住むこと、子の監護に関するすべての事項についての専属管轄はヴァージニア州にあること、父母はハーグ条約の規定にしたがうことを定めたシャトル監護の合意をなし、この合意に基づいて子が母と2年間スウェーデンで住んだ後、母が子（留置時7歳8ヶ月）をアメリカに返さなかったため、父が返還を申立てたという事案についての最高裁判所判決である。第一審裁判所も控訴審裁判所も返還を命じたが、最高裁判所は、常居所の問題は、主として、居住期間の長さ、ある国か他の国のどちらにより永続的な絆があるかを示しうる社会的なつながり、その他の人的・職業的性質の状況等の客観的で証明可能な条件の評価の問題であるとして、幼い子の場合、監護者の常居所、その他の家族的・社会的性質の関係が決定的に重要であると述べ、2年間の居住により子はスウェーデンに常居所を獲得したとし、留置は不法ではないとして返還申立てを棄却した。

### カナダ：

前述の *Wilson v. Huntley (2005) A.C.W.S.J. 7084; 138 A.C.W.S. (3d) 1107* 判決（2005年：ID800）も、母がドイツで、父がカナダで、交互で子を監護するとのシャトル監護の合意に反し、父が子をカナダに留置した事案について、子が留置された時点における子の常居所はカナダであると判断した。

### スコットランド：

*Watson v. Jamieson 1998 SLT 180* 判決（1996年：ID75）では、子がスコットランドで父と2年間住み、その後、ニュージーランドで母と2年間住むとのシャトル監護の合意に基づき、子が父とスコットランドで2年間住んでいたが、父が母に子を返す期限の4ヶ月前に子を返さないとの意図を母に通知したため、母がすぐに返還を申立てたという事案について、スコットランドの裁判所は、その後ニュージーランドに戻ることになっていたとしても、2年間はスコットランドに住むとの定住の意図があったのであるから、子ら（留置時ほぼ12歳と10歳）はニュージーランドの常居所を失い、スコットランドに常居所を獲得したと判断し、留置は不法でないとして返還申立てを棄却した。

### ニュージーランド：

*P. v. Secretary for Justice [2004] 2 NZLR 28* 判決（2004年：ID583）は、オーストラリアで別居後、母がニュージーランドに転居するに際し、父母は、子がニュージーランドで母と2年間住み、その後、オーストラリアで父の2年間住むというシャトル監護の合意をなし、オーストラリアの裁判所に登録し、この合意に基づき、母が子を連れ

てニュージーランドに転居したが、その5ヶ月後、母はニュージーランドで単独監護権を求める申立てをしたため、父が返還申立てをしたところ、子はオーストラリアに常居所を有するかが問題になった事案である（子は留置時6歳とほぼ4歳）。控訴裁判所の多数意見は、常居所は事実的概念であり、したがって、この概念に関するいかなる原則も規則として厳格に適用することはできないことを強調し、シャトル監護の合意では、おそらく、子は連続する常居所を持つという結論になるであろうとして、合意条項を含む事実関係について、オーストラリアの元の常居所が直ちに失われたか、あるいは、ニュージーランドへの転居後もしばらく維持されたかという観点から検討しなければならない、もしオーストラリアの常居所がすぐに失われたとすれば、当然、子がニュージーランドで常居所を獲得したか否かは関係なく、子が既にオーストラリアに常居所を有していないとすれば、ハーグ返還手続は認められないと述べ、子はオーストラリアに常居所を有していたと認定して返還命令を認めた原審判決に対する控訴を認容して、事件を第一審裁判所に差し戻した。

#### カナダ：

*Wilson v. Huntley* (2005) A.C.W.S.J. 7084; 138 A.C.W.S. (3d) 1107 判決（2005年、ID800）が、1歳5ヶ月の時に両親が別居し、ほぼ2歳の時に両親が母を主たる監護者とする共同監護の合意をしたが、その数ヶ月後に母が新たな婚約者とドイツに転居するにあたり、子をドイツの母の下と、カナダの父の下で交替で監護するシャトル監護の合意に改められ、シャトル監護はその後母がイギリスに、父がカナダ国内で転居した後も続けられていたが、子が3歳6ヶ月の時、父が子を監護中にカナダに滞在させたいと母に伝えたことから、母が返還を申立てたという事案において、判例法を検討し、子は特定の時点で1つの常居所しか有しないが、子を含む個人は別の時点で2つの異なる国に連続して交替で常居所を持つことはあるとし、本件はまさにそのような場合であり、子は留置の時点でカナダに常居所があるとして、返還申立てを棄却した。

#### イギリス：

*Re V. (Abduction: Habitual Residence)* [1995] 2 FLR 992, [1996] Fam Law 71 判決（1995年：ID45）は、シャトル監護合意の事例ではないが、子（留置時ほぼ4歳と1歳）が冬はイギリスに住み、旅行の季節はギリシャに住んでいたという事案において、裁判所は、条約の目的に照らし子が同時に2つの常居所を持つことを否定し、本件ではイギリスとギリシャのそれぞれにおいて子の居住は十分に継続していたとして、留置の時点では子はイギリスに常居所を有していたから留置は不法ではないとして返還申立てを棄却した。

#### 北アイルランド：

*In re C.L. (a minor); J.S. v. C.L., transcript, 25 August 1998* 判決（1998年：ID390）は、いわゆるシャトル監護の合意に基づき、子が北アイルランドで母と、アイルランドで

父と隔週交替で過ごしていたところ、子が母から虐待を受けているおそれがあったため、父が子を母に返さないことにしたが、母は返還を申立てなかった、しかし、その後、父が合意した泊付きの面会の機会に子を北アイルランドに連れ帰ったため、父が子のアイルランドへの返還を求める申立てをしたという事案である。裁判所は、子はその時々に住んでいる国に常居所を有することになるとし、母は父が子を返さないと通知した時に返還申立てをしなかったため、子がアイルランドに5週間住んでいたことにより、子の連れ去りの時点で子はアイルランドに常居所を有していたと判断し、返還を命じた。

#### (iv) 転居による常居所の喪失と新しい常居所の獲得に必要な居住の期間

コモンローの国の判例では、別の国で新しい生活を始める意思の明確な証拠がある場合は、現在の常居所は失われ、短期間のうちに新たな常居所が獲得されることが認められていると説明される (INCADAT コメント)。

ハーグ条約に基づく返還申立ての裁判では、子が連れ去り・留置の時点でその直前居住していた国に常居所を有していることが返還の要件であるため、このような意思の下に親の一方が子を連れて転居した場合、どの時点で子は元の国の常居所が失われ、転居先の国に常居所を獲得したと認められるのかが争われ、この問題を論じた裁判例が見られる。

#### カナダ：

*DeHaan v. Gracia* [2004] *AJ No.94 (QL)*, [2004] *ABQD 4* 判決 (2004年：ID576) は、フランスで離婚裁判をしていた両親が関係修復のためにカナダに移住することを決め、母と子 (留置時8歳と6歳6ヶ月) が先にカナダに移住し、4ヶ月後に父が後から来ることになっていたところ、父は移住予定の1ヶ月前にカナダに来て子をフランスに連れ帰りたいと言ったが母が応じなかったため、父が子のフランスへの返還を申立てたという事案である。裁判所は、父の返還申立てが認められるためには、子が父の意思に反して留置されたと主張する日において子がまだフランスに常居所を有していたことを証明しなければならないところ、本件で両親はカナダへの移住前にカナダに定住するという明確な意思を確立していたから、フランスを出国した時点で子はフランスでの常居所を失ったとして父からの返還申立てを棄却した。この判決で、裁判所はまた、子はカナダに入国した日にカナダでの常居所を獲得したことを示唆している。

#### イギリス：

*Re J. (A Minor) (Abduction: Custody Rights)* [1990] *2 AC 562*, [1990] *2 All ER 961*, [1990] *2 FLR 450*, *sub nom C. v. S. (A Minor) (Abduction)* 判決 (1990年：ID2) では、最高裁判所 (貴族院) は、戻ってこないとの明確な意思がある場合は、常居所は1日でも失われ得るが、常居所を獲得するためには居住の期間は相当の期間持続しなければ

ならないし、そのような定住の意思がなければならぬとし、幼い子の監護者が1人しかいない場合、子の常居所は必ず監護者の常居所と同一であるとした。そして、連れ去り時2歳4ヶ月で両親が非婚で父が監護権を有していなかった本件では、子が母とオーストラリアを出国した時点でオーストラリアにおける常居所が失われたと判断し、父からの返還申立てを棄却した。

*Re F. (A Minor) (Child Abduction) [1992] 1 FLR 548, [1992] Fam Law 195* 判決（1992年：ID40）も、定住の意図があれば、1ヶ月の居住でも常居所を獲得するのに適切な期間となり得るとして、連れ去り時に1歳の子がオーストラリアに3ヶ月居住していた本件では子はオーストラリアに常居所を有することを認めた。

なお、大陸法系の国であるスイスでも、最高裁判所が、*Bundesgericht, II. Zivilabteilung (Tribunal Fédéral, 2ème Chambre Civile), 5P.367/2005 /ast* 判決（2005年：ID841）において、新たな常居所は直ちに獲得しうることを示しているとされる（INCADAT コメント）。

#### （v）転居の性質が問題となる場合における子の常居所の認定

コモンローの国の判例では、常居所の獲得には、定住の意思（“settled intention” ないし、“settled purpose”）が必要とされると述べるものが多い。また、上記のおとり、戻ってこないとの明確な意思があれば転居により1日のうちにでも元の常居所が失われることがあるとされている。

そのため、転居が一時的なものとされていた場合（期間の定めが明確になされている場合となされていない場合を含む）、条件付きの転居であった場合、両親に定住の意思があったか、元の常居所を喪失する意思があったかが、子の常居所の認定に影響することから、転居の性質や両親の意思が争いとなることが多く、こうした問題を論じた裁判例が多く見られる。

なお、この場合の転居は、子が両親と共に転居する場合もあるし、一方の親が子を連れて他国に転居することを他方親が同意した場合もあり、いずれにおいても、転居の性質、定住の意思の有無（同意の趣旨）が問題となる。

裁判例の中には、転居先の国での居住期間が比較的短くても、元の国の常居所が失われたとして転居先の国に常居所を認めたものもある一方で、期間の限定がある場合は、それがかなりの期間であったとしても、現在の常居所はその期間中維持されることを認めた裁判例もある。ほとんどの裁判例が、認定に際して、両親の意思の解釈に重点を置いているが、中にも子の観点からの検討も行っているものも見られる。

また、期限付きの転居、一時的な転居、条件付きの転居の場合における常居所の認定の問題は、多くはコモンローの国の裁判例において議論されているが、同種の問題は、大陸法系の国の裁判例にも見られる。

### ニュージーランド：

*Callaghan v. Thomas [2001] NZFLR 1105* 判決（2001年：ID413）は、子（留置時7歳6ヶ月）が、父母の合意の下、オーストラリアの母の下からニュージーランドの父の下へ行き滞在していたが、父が子の返還を拒否したため母が返還申立てをしたという事案である。子のニュージーランドでの滞在の性質が争点となり、母は子がニュージーランドになじまなければすぐに帰ってくるとの前提でその期間は最長で6ないし12ヶ月であったと主張し、父は「シャトル」監護の合意をしようとは思っていなかったから6ないし12ヶ月というのは最短だったと主張した。裁判所は父の主張を認め、子の滞在の期間が決まっていなかったと認定し、よって子は留置の日にはもはやオーストラリアに常居所を有していおらず、子が父と住むためにオーストラリアを出国した直後に子の常居所は変更されたと述べた。

### スコットランド：

*Cameron v. Cameron 1996 SC 17* 判決（1996年：ID71）は、留置時7歳と5歳の子について、両親が別居に際しなした監護に関する合意に基づき、子はフランスで父と住み、学校に通い、地元の社会的行事に参加し、医療が受けられるよう手続が取られていたが、母はイギリスでの面会の際に子をフランスに返さずスコットランドに連れ去ったため、父が返還を申立てたという事案である。本件では、監護に関する合意が6ヶ月後に見直されることになっていたため、子がフランスに常居所を有していたかが争われた。控訴審裁判所は、常居所の決定について、人は同時に1つしか常居所を持たず、自分自身の意思を形成することができない子の場合、その常居所は両親が選択したものとなり、両親が別居している場合は、子の常居所は他方親が変更同意している場合は親の一方のみによって変更でき、また、常居所となるには居所が自主的に定められなければならないとは限らないとした。以上を前提に、本件では、子についての合意が6ヶ月後に見直されるとされていることは必ずしも変更されることを意味するものではなく、両親が締結した合意には暫定的な部分は何もないと指摘し、さらに、新たな常居所を獲得したことを立証するために必要とされる最小期間というものではなく、その場所に無期限に居住する意図も必要ない、相当の期間居住する意図があれば十分であるとして、本件の子の監護に関する合意は相当の期間、子がフランスに移住するというものだったと解釈し、よって、フランスでの3ヶ月の居住の後に起きた留置の時点では、子はフランスに常居所を確立していたと判断した。さらに、裁判所は、仮に合意が子は6ヶ月間のみフランスに滞在するものだったとしても、6ヶ月は相当な期間であり、したがって留置の時点で子はフランスに常居所を有していたも述べた。

*Moran v. Moran 1997 SLT 541* 判決（1997年：ID74）は、母が子を連れてスコットランドに転居後、子ら（留置時最年長は14歳、下に2人）を合意どおりにカリフォルニアに戻さなかったことから、父が子らの返還を申立てた事案である。子らのスコッ

トランドへの転居の目的について争いがあり、そのため、子らがカリフォルニアの常居所を失ったかが問題となった。裁判所は事実に基づき、両親の意図はスコットランドに12ヶ月居住後子らがどうなるかを協議するというものであったと認定し、その結論はカリフォルニアに戻るのかスコットランドに滞在することであったとし、よって、合意されたスコットランドでの滞在が、単にカリフォルニアから一時的に離れることや、カリフォルニアでの普通の生活を一時停止する単なる中断であると解釈することは誤りであるとした。少なくとも12ヶ月の間は普通の生活はスコットランドで過ごすことであり、したがって、子らはカリフォルニアでの常居所を失ったと判断し、よって留置は不法でないとして返還申立てを棄却した。

### アメリカ：

*Morris v. Morris, 55 F. Supp. 2d 1156 (D. Colo., Aug. 30, 1999)* 判決（1999年：ID306）は、出生後アメリカに住んでいたが、大学教授の父の12ヶ月のサバティカルの間、スイスで父が教えるのに伴い家族で滞在し、オーストリアに3ヶ月、アイルランドに1ヶ月滞在した後、アメリカに戻ったところ、母が子の常居所はスイスにあるとして子の返還を求めたという事案である。裁判所は、父は教職を再開するという雇用主との契約に署名しており、母も仕事に復帰するつもりであると述べた手紙を雇用主宛てに書いていたこと、両親は家は売却していたものの、すべての持ち物をアメリカに置いていたことから、両親がスイスに転居した時点で、両親は子と共にアメリカに戻りそこで定住するという共通の定住の意図を持っていたと認定したうえで、子がスイスに常居所を獲得したかの検討に際し、家族が2ヶ月間ドイツの持ち家に住んでいた事実は子がスイスに常居所を獲得したとの主張を弱めると指摘した。そして、子がとても幼いため（連れ去り時2歳）、居所が常居所となるために必要とされる定住目的の程度に達しているか否かを判断するために、両親の明示的に述べられた意図と行動を検討しなければならないと述べ、両親の共通の意図は、限られた期間スイスに滞在するというだけであったと判断し、そのため、子の常居所は常にアメリカに維持されたままであったと認定した。最後に、裁判所は、家族が1年間未満の限定された期間、特定の具体的な目的のために外国に住むというサバティカルの状況では、親の一方的な心変わりや未成年の子の常居所を変更するには十分ではなく、そのように解さなければ、長期の海外への旅行と学究的・職業上の向上のために一時的に外国での仕事に就こうとすることを思いとどまらせ、重大な否定的な政策的影響をもたらさだろうと述べて、父が子をアメリカに連れ帰った時点で子はアメリカに常居所を有していたから不法ではないとして返還申立てを棄却した。

*Mozes v. Mozes, 239 F.3d 1067 (9th Cir. 2001)* 判決（2001年：ID301）では、留置時に8歳6ヶ月と4歳6ヶ月の子を、母が父の同意の下、アメリカに15ヶ月間連れて行ったが、帰国予定の3ヶ月前に母はアメリカの裁判に離婚訴訟をもって来たことから、父が子らのイスラエルへの返還を申立てたという事案において、子らがイスラエルの

常居所を失ったかが争点となった。第9巡回控訴裁判所は、人が元の常居所を放棄する明確な意図を有していることは、新たな常居所を獲得するための決定的な要素であるとして、子はその意見を考慮するのが適切とされる年齢及び成熟度に達していない子の場合、新たな常居所獲得のための要件としての意図とは、子の居所を定める権限を有する者（ら）の意図、すなわち、本件では、両親であるとした。本件で、1997年4月までは子はイスラエルに常居所を有していたことに争いはないから、裁判所は、両親が、子のイスラエルの常居所の放棄を推認させる明確な共通の意図を有していたかを確認しなければならないとした。そして、新たな国における子の関係に専ら焦点を当てるべきという考え方もあるが、明確な両親の意思がない場合は、裁判所は、そのような関係から元の常居所が放棄されたと推認することには慎重であるべきだとした。この判断の理由の中で、控訴裁判所は、連れ去りを防止しようとする条約の目的に留意し、両親の同意なしに常居所が変更することが容易であればあるほど、連れ去りをしようとする動機が大きくなるとし、裁判所の機能は、子が今いるところで幸せかどうかを判断することではなく、親の一人が子の生活の主たる場所に関する現状を一方的に変えようとしているかどうかを判断することであるとした。また、裁判所は、子は極めて順応しやすく、短期間であっても濃い関係を形成することができるが、このことは子はその関係が長く続くと期待し、あるいは意図していることを必ずしも意味しないとし、帰るべき別の生活があることを意識しながら日々のすべての活動に参加することは十分に可能であり、このような場合、人は現在の環境によく適合したという意味では「なじんだ」と言えるが、その環境が常居所とみなされるものではないとした。本件の場合、裁判所は、子はアメリカで極めて完全な1年間を過ごしたが、そのことから、母が1998年4月に監護権の裁判を始めた時点で、子がイスラエルの常居所を失っていたことを示すことにはならず、外国で勉強する子は滞在している国との緊密な文化的・人的絆を築くことが期待されているが、両親と子の通常の期待は、外国での1年間の終わりに子は母国での居住を再開するというものであり、このように言えないとすれば、そのような貴重な経験を子どもにさせたいと思う親はほとんどいないだろうと述べた。以上より、控訴裁判所は、子らが留置の時点でアメリカに常居所を有していたとして返還申立てを棄却した原審判決に対する控訴を認容し、子の家族・社会的発展の場所がイスラエルからアメリカに変わったかを審理するため、事件を第一審裁判所に差し戻した。

第3巡回控訴裁判所の *Whiting v. Krassner*, 391 F.3d 540 (3rd Cir. 2004)判決 (2004年 : ID778) は、アメリカ (ニューヨーク) で同居していた非婚の両親が、子が2年間カナダでと母と住み、その後、母が合法に戻ることができ、仕事が見つかり、安全であればアメリカに戻ってくるとの合意の下で子とカナダに住んでいたところ、父がカナダでの泊つきの面会の機に子をアメリカに連れ去ったという事案について、*Mozes* 判決 (2001年 : ID301) の立場を前提にしたうえで、子が元の常居所を放棄するという両親の共通の意図を根拠に、子は新たな常居所を獲得したと認めた。すなわち、控訴

裁判所は、*Mozes* 判決で第9巡回控訴裁判所は、転居が特定の限定された期間の間である場合、子の常居所は一般に変わることはないと述べているが、子の元の常居所が両親の共通の意図によって有効に放棄された場合には、限定された期間の間だけ住むつもりだった場所にでも子が常居所を獲得することがあると述べたことを指摘した。そして、本件の事実関係について、通常、両親の意図は締結した合意に具体化されており、それ以上に両親の行動を考慮する必要はないと指摘して、本件の両親は子がカナダに2年間住むことに同意していることを認定した。そして、控訴裁判所は、新たな常居所を確立するには元の常居所を放棄する意図がなければならないと従前述べたことはなかったが、新たな「常」居所を獲得するという概念の中には、元の常居所が放棄されなければならないことが含意されていることを認めた。そして、本件では、子の人生における特定の長期の期間、ニューヨークの常居所を放棄するという共通の意図があったとし、常居所の認定において、新たな環境にとっても幼い子がなじむ程度は、子がその形成期にどこに住むべきかについての両親の共通の意図と同じくらい重要とは言えないとし、このアプローチは不法な連れ去り・留置を阻止するという条約の目的にとって有効であるとした。以上より、控訴裁判所は、子が連れ去られた時点で子はカナダに常居所を有していたと認め、原審の返還命令を支持した。

前述の *Karkkainen v. Kovalchuk*, 445 F.3d 280 (3rd Cir. 2006)判決 (2006年:ID879) も、フィンランドからアメリカに父親と共に移住し約2ヶ月間滞在した留置時11歳4ヶ月の子どもの常居所について、子どものアメリカ滞在の目的について両親の間に争いがあったが、子どもがアメリカ滞在中に行っていた勉強や旅行などの活動、ステップ・マザーやその家族とのつながり、秋にはアメリカの学校に転入したこと等から、子どもは留置の時点では既にアメリカに順応し常居所を獲得していた（したがってフィンランドに子どもの常居所はない）として、母親からの返還申立てを棄却した。

### イギリス:

*Re H. (Abduction: Habitual Residence: Consent)* [2000] 2 FLR 294 判決 (2000年:ID478) は、非婚の父母（父はイギリス人、母はスウェーデン人）からスウェーデンで生まれ、父母の別居後スウェーデンで母と住み、スウェーデンに居住していた父と面会していた子（留置時3歳6ヶ月）について、母がスペインとイギリスでの1年間の美術コースをとるため、その間、子は父と住むという合意をしていたところ、その期間中に父が子をイギリスに連れて行き子を返さなかったため、母が返還を申立てたという事案である。裁判所は、母は1年間の限定で外国で学生として滞在していただけで、家族も住居もスウェーデンにあり、スウェーデンに戻らないという明確な意図を一度ももったことはなかったのであるから、母はスウェーデンの常居所を維持していたのであり、母が子のイギリスへの永住の転居に同意していたのであれば、子がスウェーデンの常居所を失うことにも同意していたと言えるが、母は将来の計画を明確に持っていたわけではないものの、1年間のコースを終えた後も子が父とイギリスに住むこと

に対して同意を与えたり追認したことはないとして、子の常居所は留置の時点でスウェーデンにあったと認め、返還を命じた。

*Re R. (Abduction: Habitual Residence) [2003] EWHC 1968* 判決 (2003 年: ID580) では、家族は、短期間の特定のプロジェクトのために 6 ヶ月ドイツに居住したものであるが、ドイツでの居住は比較的短期間に目的が達せられるものではあるものの、定住の目的のためであり、家族の自宅はドイツにしかないことから、判例法に照らし、家族は子がオーストラリアで留置された時点 (ドイツでの居住開始から 5 ヶ月後) で家族はドイツに常居所があったとし、返還を命じた。

### 香港:

*B.L.W. v. B.W.L. [2007] 2 HKLRD 193* 判決 (2007 年: ID975) は、子が生まれてから約 1 年間アメリカに住んだ後、母の仕事の 2 年間の契約のために、後から父も来る予定で母と香港に転居したところ、父が香港で仕事を探すつもりがなくなり婚姻も解消したいと母に伝えたため、母が香港で離婚裁判を提起したところ、父が子のアメリカへの返還を求める申立てをしたという事案である。母が離婚裁判を提起した時点 (子が香港に転居して約 9 ヶ月後、子は約 2 歳) で子がアメリカに常居所を維持していたかが争点となった。原審裁判所は、子が母と共に香港に 21 ヶ月間住むことを両親が同意していたから、子が香港に転居した時点で香港に常居所を獲得したと判断した。これに対し、控訴裁判所は、子が香港に常居所を獲得したとの結論は同じであるが、このことを原審裁判所とは異なる理由付けで認めた。すなわち、すべての客観的な要素によれば、香港に転居してから母の提訴までの期間、子の生活の実質的な時間は香港でのものであり、香港は母が人生の通常の出発点の一部として定住の目的で任意に選んだ居所であることを示唆しているとし、母の荷物がアメリカに残されていたこと、母がアメリカの銀行口座とクレジットカードを閉じなかった事実は、必ずしも、母が香港にいる間、常居所としてアメリカを放棄したのではないこと、あるいは、両親が子にアメリカの常居所を放棄させることを意図していなかったことを必ずしも意味しないとし、放棄の意図は永久なものであることを必要としないとした。むしろ、生後 14 ヶ月の子の元の居所を最低 21 ヶ月間放棄する意図はその実行と合わせて元の常居所の放棄を確実に有効なものとしたとして、子は留置の時点で香港に常居所を有していたと認めた。以上より、控訴審判決は、留置は不法ではないと判断し、返還申立てを棄却した。

### オーストラリア:

*Kilah v. Director-General, Department of Community Services [2008] FamCAFC 81* 判決 (2008 年: ID995) では、イスラエルでの婚姻関係が破綻し父が家を出た後、母が 10 歳、7 歳、5 歳、3 歳 (控訴審の審理時) の子連れて 3 ヶ月後の往路航空券を持ってオーストラリアに移住し、その滞在期間中に、離婚の可能性が話し合われ、母は

そのままイスラエルには戻らない意思を伝えたため、父が子の返還申立てをしたという事案において、子がイスラエルにおける常居所を喪失したか否かが争点になった。控訴審裁判所は、戻る意図なしに出国した場合、1日のうちにでも常居所が失われることがあることを認めたとうえで、常居所を獲得するのに長期定住の意図が必要か、短期間でも当分の間定着する目的があれば良いのかについてイギリスの判例法が分かれていることを指摘し、この点についての決定的な見解は示さなかったが、後者の考えがより好ましいと考えていることを示唆し、スコットランドの *Cameron & Cameron [1996] SC 17* 判決（1995年：ID71）に言及し、本件で常居所を失うためには、母と子がイスラエルとの関係を永久に断ち切る必要はないことを認めた。そして、本件では、第一審裁判所が、母のオーストラリアへの移住は、婚姻生活が終了する場合には母は子と共にオーストラリアに永住するとの合意に基づくものであったことを認定したうえで、子がイスラエルを出国した時点では、必要な条件（婚姻の終了）が成就するかどうかは不確実であったし、この条件が満たされたとしても母はまだイスラエルに戻ってくるかも知れなかったとして、子のイスラエルの出国の時点でただちに子のイスラエルにおける常居所が失われたとは言えないと判断したことを支持した。実際、争いのない証拠によれば、父が離婚の意思を母に伝えた後も、母はイスラエルに戻る可能性を検討していた。また、母は、子はオーストラリアで相当期間を過ごしたことにより、オーストラリアに常居所を獲得したと主張し、その根拠として、常居所に関するニュージーランドの判例法、特に、子の常居所の決定における広範な事実の検討の必要性を強調した *SK v KP [2005] 3 NZLR 590*（2005年：ID816）を引用して、第一審裁判所がこのような検討をせず、子らがオーストラリアの生活に統合されたことを示す関連ある要素を無視したのは誤りであると主張したが、控訴審裁判所は、常居所の問題について、「子がいくつかの国との間に有する客観的な結合」を検討するという広範な事実の検討を行うことは、オーストラリア法の採るところではないとし、むしろオーストラリアの判例法は、定住目的を必要とし、常居所認定の不可欠の要素とするイギリスのアプローチにしたがっているとした。以上から控訴審裁判所は、本件で、子は、留置の時点でイスラエルの常居所を失ってはいないし、オーストラリアに常居所を獲得もしていないとして、返還を命じた。なお、本件では、母はイスラエルへの子の返還は子に対する重大な危険にあたることを主張したが、控訴審裁判所はこの主張を排斥した（重大な危険の項参照）。

しかしながら、この決定は最高裁判所判決 *L.K. v. Director-General Department of Community Services [2009] HCA 9, (2009) 253 ALR 202*（2009年：ID1012）で覆された。最高裁判所は、目的が移住ととらえられる程度に十分なほどの継続性があれば現在の常居所は失われることがあるとした。最高裁判所は、控訴審判決が、母の「定住の意図」または「定住の目的」が必要であり、子の常居所認定の不可欠な要素であるとして、母にイスラエルの常居所を放棄するという定住目的がなかったことを決定的な要素として扱ったことに誤りがあったとした。その判断の過程で、最高裁判所は、常居

所の用語には「用語を構成する普通の意味」が付与されるべきであり、それ以上に定義を考案することは誤りであり、人が複数の常居所を持つことは通常あり得ないが、人が替わりの常居所を獲得することなしに常居所を放棄して、ある時点で常居所を1つも持たないことがあることは明確であるとして、子の常居所を検討する際、検討すべき状況に考慮しなければならないとした。そして、その際、子の監護者（ら）の常居所を検討することは常に極めて重要であり、子が小さければ小さいほど、子が直接監護や住居について依存している者（ら）の常居所と区別して子の監護者を検討することはより意味のないことであるとしたが、このことは、コモンロー上のドミサイル<sup>8</sup>に関して存する扶養の基準<sup>8</sup>にまで引き上げるべきではないとした。最高裁判所は、また、個人の意図の検討は、当該個人が常居所を有する場所の検討にとって通常重要であり、時に極めて重要であるが、個人の常居所の決定に関連ある検討は物理的な所在及び意図に必ずしも限定されるものではない一方、意図が決定的な重要性を有するものではないとした。さらに、意図ははっきりしないことがあることも指摘した。その結果、個人がある場所における住居を放棄したか否かを検討する際、当該個人が戻らないとの一義的で変更のない意図まで形成していないかも知れないが、その場所に常居所はもはや有しないとみなすことが適切である可能性のあることを認識することが必要であるとし、本件の場合、母が近い将来（イスラエルに）戻る可能性を積極的に否定する最終的な決定をしていないことは、必ずしも、子がイスラエルでの常居所を失うことと矛盾するものではないし、また親の意図について、子の日々の監護をしている親の意図だけに注意を払うことはできないとし、最高裁判所は、定住の意図が必要とされる限り、「長期間の」居住を定める定住の意思である必要はなく、むしろ、その目的は、定着すると説明される程度の十分な程度のものであれば足りるとした。また、最高裁判所は、ニュージーランドの裁判所のアプローチと、イギリスの *Re J. (A Minor) (Abduction: Custody Rights) [1990] 2 AC 562* 判決（1990年：ID2）において示された、「個別の事案のすべての状況を参照して」常居所の問題を判断する必要性との間に矛盾はないことを示唆した。そのうえで、最高裁判所は、本件の事実を照らし、決定的な要素は、子がイスラエルから出国した時、両親は、修復がなければ母と子はオーストラリアに留まることに合意していたことであり、母は、出国の前後において、この共通の意図を実行していた。（もし両親の関係が修復すれば）子が再度イスラエルに常居所を定めるかも知れないという可能性は、いったん子が常居所を失うことを妨げるものではなく、また、最高裁判所は、子が現にオーストラリアに常居所を獲得したかを判断する必要はないとした。以上より、最高裁判所は本件で子は留置の時点でイスラエルでの常居所を失っていたと判断して、父からの返還申立てを棄却した。

#### デンマーク：

*Ø.L.K., 5. April 2002, 16. Afdeling, B-409-02* 判決（2002年：ID520）は、6歳までイギ

<sup>8</sup>被扶養者のドミサイルは扶養者のドミサイルに一致する基準のことを指していると思われる。

リスに住んでいた子（留置時7歳）について、両親の離婚時にイギリスの裁判所が子は母と住むが両親は監護権を持つと定め、その後、父はデンマークに転居し、母と子はイギリスに留まったが、子が6歳の時、母は病気のため入院し治療を受ける間の1年間、父に子の世話を頼み、父母は、子がデンマークに2000年8月から最も遅くて2001年8月まで父と住むことを規定した「暫定居住合意書」を作成し、この合意に基づき子がデンマークに転居したところ、2001年7月父が子を返さないと母に通知したため、母は返還を申立てたという事案である。控訴審裁判所は、両親の合意を考慮し、子のデンマークでの滞在は一時的なものに過ぎず、最大でも1年間の間だけであるとされていたのであるから、子の常居所は今でもイギリスにあるとして、返還を命じた。

### イスラエル：

*Family case 107064/99 K.L v. N.D.S.*判決（2003年：ID835）は、イスラエルの裁判所における監護権の裁判の中でなされた合意に基づき、1年間の約束で子をスウェーデンで子を監護していた父が子を返さなかったため、子の母方祖父母が子をイスラエルに連れ帰ったところ、父が返還申立てをしたという事案について、本件では、イスラエルの裁判所で子の最善の利益と監護の問題が詳細に検討され、子をイスラエルの祖父母の下に戻すべきであると判断されていたのであるから、子の常居所はイスラエルにあると判断し、よって子の連れ去りは不法ではないとして返還申立てを棄却した。

#### **(vi) 不法な連れ去り・留置による常居所の獲得は認められるか**

多くの締約国の裁判例が、子の常居所の決定基準として、両親の意思を考慮要素としていることの帰結からすれば、親の一人が一方的に子を不法に連れ去り・留置することによって、子の常居所を変更することは認められないことになると考えられる。

そこで、子の居住が一方親の不法な連れ去り・留置によって開始・継続している場合、子がその国に常居所を獲得することが認められるかという問題がある。この問題を特に論じた裁判例は多くはないが、不法に開始された転居の場合でも、両親の意思、子の観点からの検討等により、転居先の国に子が常居所を獲得したことを認めた裁判例もある。

アメリカの *Villalta v. Massie, No. 4:99cv312-RH (N.D. Fla. Oct. 27, 1999)* 判決（1999年：ID221）は、アメリカに住んでいた婚姻から生まれ、父母が共同監護権を有する子の母親が子をチリに連れ去ったが（1回目の連れ去り、子は3歳6ヶ月）、その後、父がチリに来て仕事を始め、母との関係を修復した後、別居し、父はアメリカに戻った後、チリの裁判所から面会権を付与され、子をアメリカに連れ去った（2回目の連れ去り、子は8歳6ヶ月）という事案において、裁判所は、子の常居所は、子がなじむのに十分な期間、物理的に所在した場所で、かつ、子の観点から定住目的の程度と言える場所であるとし、常居所についての検討は、子に焦点をあてなければならず、また、その場所における子の状況、及び、その場所に子が滞在することについての両

親の現在の共通の意図の分析を含んでいなければならないとした。本件では、チリは、子の観点、または両親の観点、あるいは、それらすべてが相俟って子の常居所になったと言えるとした。そして、本件の事実関係について、母が最初に子をアメリカから連れ去ったことは不法であったが、その後、父がチリに転居すると決めたことと、チリを家族の家にするとの両親の共通の意図によって、子の常居所の変更を正当化するための定住目的の程度を当初の連れ去りに付与することとなったとし、父が子をアメリカに連れ去った時点では子はチリに常居所を有していたとして、子の返還を命じた。

前述の第4巡回控訴裁判所の *Miller v. Miller* 判決（2001年：ID461）も、アメリカとカナダの両方に住んだことのある8歳の子について、常居所をカナダと認定した際、子のカナダでの居住がニューヨーク州裁判所の命令に反して母が不法に子を留置したものであったとしても、そのことから子の常居所がアメリカになるものではないとした。<sup>9</sup>

前述のドイツの憲法裁判所の *2 BvR 1206/98, Bundesverfassungsgericht (Federal Constitutional Court of Germany)*, 29 October 1998 判決（1998年：ID233）も、常居所決定基準における子を中心としたアプローチに基づいて、居住の開始が不法な連れ去りによるものであったにもかかわらず、連れ去り先の国に子が常居所を獲得したことを認めた裁判例である。

#### (vii) 軍人の親と共に在外米軍基地に居住する子の常居所

アメリカの裁判例では、在外米軍基地に両親と共に居住する子の常居所が論じているものがある。

*Santiago v. Lopez* 事件（1992年：ID/NA）で、両親と共にドイツの米軍基地に居住する子の常居所はドイツにないとされたが、前出の *Friedrich v. Friedrich*（1993年：ID142）では、在外の米軍基地はアメリカの領土ではなく、基地のある国に属するから、在外米軍基地に居住している子は、基地がある国（本件ではドイツ）に常居所を有するとした。

---

<sup>9</sup> ただし、*Morely* は、アメリカの第7巡回控訴裁判所が、*Kijowska v. Haines*, 463 F. 3d 583 (7<sup>th</sup> Cir. 2006) 事件（2006年：ID/NA）において、親が子の不法な連れ去り・留置によって新たな常居所を創出することを許せば連れ去りを奨励することになると述べ、子の不法な連れ去り・留置によって子の常居所を変更することは認めていないという。

## 4 監護権の侵害—移動・留置の不法性

### (1) 条約の規定と問題の所在

返還申立てが認められるためには、子の移動または留置が不法なものでなければならない(3条1項)。

条約上、子の移動または留置が不法とされるためには、①「移動または留置の直前に子が常居所を有していた国の法に基づいて、個人、施設その他の機関に、単独または共同で与えられていた監護権を侵害」したこと(3条1項(a))、及び、②「移動または留置の時点において監護権が現実に行使されていたこと」(3条1項(b))の2つの要件を満たす必要がある。

#### ① 条約上の監護権の存在

子の移動・留置が不法とされるためには、申立人その他の個人・施設・機関が監護権を有していたことが必要である。監護権は単独で有していたか共同で有していたかを問わない。

条約は、条約上の監護権の概念について、「子の身上の世話に関する権利、とりわけこの住所を決定する権利が含まれる」と定め(5条(a))、「限定された期間、子をその常居所以外の場所に連れていく権利」である「面会交流権」(5条(b))と区別されることを明らかにしている以外に、監護権の定義を置いていない。

監護権の根拠は、①常居所国の法に基づいて律上当然に与えられる場合、②司法機関または行政機関の決定に基づく場合、③常居所国の法にしたがって効力を有する合意に基づく場合がありうる(3条2項)。<sup>10</sup>

条約上の監護権が存しない場合は、移動・留置は不法ではなく、返還申立ては棄却されることになる。そこで、条約に基づく返還申立ての裁判においては、申立人が主張する権利が条約上の監護権にあたるか否かをめぐって、その根拠となる常居所国の法律や裁判所の決定、合意内容の解釈やその法的意味、条約上の監護権の概念との関連等が問題となることが少なくない。

これまでの締約国の裁判例において特に論じられてきた問題としては、子の国外への移動に対する拒否権や合意・裁判所の決定における禁止条項(明示的に禁止されている場合、面会権に含意されている場合、協議が必要とされる場合等)が条約上の監護権にあたるか、スペイン語系の国における監護権の概念の解釈、連れ去り・留置の時点では未だ法的な監護権になっていないが法的に認められる可能性のある場合に条約上の監護権と認めるか等がある。

なお、監護権は、不法な移動・留置の時点で存在していることが必要である。不法な移動・留置の後に、LBPが常居所国の裁判所に監護権の申立てをして付与されたとしても(締約国の中には、不法な移動・留置を理由としてLBPに対してチェイシン

<sup>10</sup> なお、条約は、常居所の法を当該国の国内法に限定していないため、3条にいう常居所国の法には、当該国の国際私法規定も含むと解されている(Beaumont & McEleavy、ペレ・ヴェラ報告書)から、常居所国の法とは必ずしも、常居所国における子の監護に関する国内法を意味するとは限らないが、この点が実際の裁判例で問題となり論じられたものは、特に見当たらない。

グ・オーダーと呼ばれる、暫定的な単独監護権を付与する実行が見られる)、さかのぼって連れ去り・留置が監護権侵害となるわけではない。他方、常居所国における監護権の裁判の係属中に移動・留置が行われた場合には、たとえ、TP が暫定的監護権を付与されていたとしても、あるいは、監護権の最終決定までの間、子の国外移動を禁止する裁判所の命令が出されている場合はもちろん、具体的にそのような禁止命令が出されていない場合でも、国外移動禁止命令を理由としてLBP に条約上の監護権を認め、あるいは、常居所国の裁判所が当該子についての監護権を有し、行使していたとして、連れ去り・留置が不法となることを認める裁判例が多く見られる。

返還手続を行う裁判所は、常居所国の法に照らして監護権の有無、不法性を検討することになるが、その際、常居所国の裁判所による解釈をどの程度考慮するかについて述べた裁判例もある。

## ② 監護権の侵害

子の移動・留置が不法とされるためには、移動・留置によって、監護権が侵害されることが必要である。

申立人その他の個人や常居所国の裁判所等の機関に条約上の監護権が存すると認められる限り、TP も単独監護権、または共同監護権を有していることによって、移動・留置が不法でなくなるものではない。

締約国の裁判例において、監護権の「侵害」の解釈が論じられた例はほとんど見当たらず、子を常居所から国外に移動し、または、常居所以外の国に留置すること自体によって、条約上の監護権の侵害にあたりと考えられているものようである。

不法な移動についてLBP が同意している場合は、そもそも、3条の返還申立要件としての不法にあたらぬとの解釈が認められるかという問題があるが、後に例外事由としての同意の項で述べるとおり、一般に移動に対する同意は、返還申立要件としての不法性の問題ではなく、13条1項(a)の例外事由の問題として扱うべきであるという解釈が一般的である。

これに対し、不法な留置については、当初、TP が子を常居所国以外の国へ移動させることについては、LBP の同意や常居所国の裁判所の許可等があり、その後、TP が子を常居所国に返さないという行為ないし出来事によって発生し、監護権の侵害、すなわち留置が不法となる。そこで、留置の不法性については、具体的にどの時点で留置が不法となるのかをめぐって、締約国の裁判例では、様々論じられている。

## ③ 監護権の現実の行使

子の移動・留置が不法とされるためには、移動・留置の時点においてその監護権が現実に単独でまたは共同して行使されていたか、または、移動・留置がなかったならば現実に行使されていたであろうことが必要である(3条1項(b))。

監護権の現実の行使は、3条において、返還申立要件としての不法性の要件として規定されている一方で、13条1項(a)において、監護権を現実に行使していなか

ったことが、返還の例外事由として規定されている。3条の要件としての現実の行使は、申立人において主張立証責任を負い、不行使が認められれば返還申立てが棄却される、これに対して、13条1項(a)の例外事由としての現実の不行使は、返還を争う相手方において主張立証責任を負い、不行使が認められれば返還が棄却されるという違いがある。

しかしながら、後述のとおり、3条の要件としての監護権の行使は極めて広く解されており、返還申立要件としての監護権の現実の行使がなかったと認められた裁判例は、ほとんど見当たらない。

## (2) 条約上の監護権の有無の認定に関するいくつかの論点

### ① 子の国外への移動に対する拒否権・禁止条項 (Ne Exeat Right/Clause)

身上監護権を有する親であっても子を国外に移動するには他方親の同意または裁判所の許可を必要とすることが、常居所国の法や当事者間の監護に関する合意、裁判所の監護決定で定められていることがある。この場合に他方親の同意または裁判所の許可なく子を国外に移動した場合、条約上の監護権を侵害したことになるのかを論じた裁判例が数多くある。国外移動禁止は明示されている場合もあるが、常居所国の法における子の監護権・面会権の概念に含まれると解される場合もある。

この問題について論じた裁判例は数多くあるが、最近まで、アメリカの連邦控訴裁判所の間で意見が分かれていたが、連邦最高裁判所によって見解が示されたことから、現在では、子を国外に移動することに対する拒否権は、条約上の監護権となることを認めるのが、各締約国の裁判例における解釈としてほぼ確立していると考えられる。

以下は、INCADATに肯定例として紹介されている裁判例である。

#### オーストラリア：

*In the Marriage of Resina* [1991] FamCA 33 判決 (1991年：ID257) (国外移動禁止の暫定命令について)、*State Central Authority v. Ayob* (1997) FLC 92-746, 21 Fam. LR 567 (1997年：ID232) (母は身上監護権、父は面会権を有し、母は子をマレーシアに転居させる権利はないとの監護に関する合意について)、*Director-General Department of Families, Youth and Community Care and Hobbs*, 24 September 1999, Family Court of Australia (Brisbane) (1999年：ID294)。

#### カナダ：

最高裁判所は、*Thomson v. Thomson* [1994] 3 SCR 551, 6 RFL (4th) 290 判決 (1994年：ID11) において、スコットランド (常居所) での監護権の裁判で暫定監護権を付与された母が連れ去り禁止条項に違反して子をカナダに連れ去った事案について、スコットランドの裁判所が子の監護権と居所を決定する管轄を有するから、条約5条で定義される監護権を有するとし、連れ去りは監護権を侵害し、不法であるとして返還を命じた。ただし、最高裁判所は、暫定監護命令の連れ去り禁止条項と最終監護命令の連

れ去り禁止条項とを区別し、最終監護決定の連れ去り禁止条項が条約上の監護権とみなされるとすれば、主たる監護者の移動の権利に深刻な影響があると述べている。なお、本件で、原審判決は、子が突然戻されるのを避けるため暫定的に4ヶ月間の暫定的監護権を母に付与したが、最高裁判所は、この部分を変更し、子の即時の返還を命じた。本件で、父は、スコットランドの裁判所が、連れ去り後に付与した身上監護権（チェイシング・オーダー）をスコットランドの裁判所が監護権の決定をするまで行使しないこと、スコットランドでの監護権の裁判をすぐに開始するとのアンダーテイキングをなした。

*Thorne v. Dryden-Hall*, (1997) 28 RFL (4th) 297 判決（1997年：ID12）では、控訴裁判所が、イギリスの1989年子ども法セクション13の連れ去り禁止条項が条約上の監護権にあたることを認めた。

*Decision of 15 December 1998*, [1999] R.J.Q. 248 判決（1999年：ID334）も国外移動禁止条項が監護権にあたることを認めた。

#### イギリス：

*C. v. C. (Minor: Abduction: Rights of Custody Abroad)* [1989] 1 WLR 654 判決（1988年：ID34）、*Re D. (A Child) (Abduction: Rights of Custody)* [2006] UKHL 51（2006年：ID880）（連出し禁止条項は条約上の監護権となることを示唆したが、ルーマニア（常居所国）の裁判所が父（LBP）は面会権しか有しないと判断した（15条宣言）ことを尊重し、返還申立てを棄却した。）

#### フランス：

後述の *CA Aix en Provence 23/03/1989, Ministère Public c. M. B* 判決（1989年：ID62）（監護権の現実の行使の項を参照）。

#### ドイツ：

*2 BvR 1126/97, Bundesverfassungsgericht, (Federal Constitutional Court of Germany)*、18 July 1997 判決（1997年：ID338）（アルゼンチン民法の規定に基づく国外移動に両親の同意が必要との条項について）、*10 UF 753/01, Oberlandesgericht Dresden* 判決（2002年：ID486）（控訴裁判所は、母が監護権、父が広範な面会権を有し、父母とも子をフロリダから連れ出す場合は60日前に他方親に通知しなければならないとの条項が監護権にあたりとされた）

#### スコットランド：

*Bordera v. Bordera* 1995 SLT 1176 判決（1994年：ID183）（スペイン法上の *patria postetas* について）、*A.J. v. F.J.* [2005] CSIH 36, 2005 1 S.C. 428 判決（2005年：ID803）、南アフ

リカ憲法裁判所の *Sonderup v. Tondelli 2001 (1) SA 1171 (CC)* 判決 (2000 年 : ID309) (合意中の連出し禁止条項に加え、母の南アフリカへの子の連出しは帰国期限が定められていたが母はこれに違反して子を留置したという事案)

### オーストリア :

*2Ob596/91 Oberster Gerichtshof, 05/02/1992* 判決 (1992 年 : ID375)

### アメリカ :

第 2 巡回控訴裁判所が、*Croll v. Croll* 判決 (2000 年 : ID313) において、*ne exeat* 条項は、条約上の監護権にあたらなかった後、この解釈にしたがう控訴審裁判所が多かった (第 9 巡回控訴裁判所の *Gonzalez v. Guiterrez* 判決 (2002 年 : ID493)、第 4 巡回控訴裁判所の *Fawcett v. McRoberts* 判決 (2003 年 : ID494)、*Abbott v. Abbott 542 F.3d 1081 (5th Cir. 2008)* 判決 (2008 年 : ID989)。

他方、第 1 1 巡回控訴裁判所は、*Furnes v. Reeves* 判決 (2004 年 : ID578) において標準的な国際的解釈にしたがい、監護権にあたるという立場を採用したことから、連邦控訴裁判所の間で意見が分かれていた。

しかしながら、その後、連邦最高裁判所が、2010 年に、*Abott v. Abott* 判決 (2010 年 : ID1029) において、少なくとも、申立人親が子の居住国を決定する権利を持っているか、常居所国の裁判所がさらに命令を出すまで自分の管轄を守ろうとしている場合は、*ne exeat* 条項は条約上の監護権にあたるとした。

### 欧州人権裁判所 :

子の国外への移動に対する拒否権が条約上の監護権にあたるという解釈は、欧州人権裁判所においても、後述の *Neulinger & Shuruk v. Switzerland, no 41615/07* 事件の小法廷判決 (2009 年、ID1001)、同大法廷判決 (2010 年 : ID1323) において承認されている。

他方で、子の国外への移動を拒否する権利ではなく、単にそのような移動に対し異議を述べ、防止を求めて裁判所に申立てする権利しか有していない場合について、いくつかの締約国の裁判所は、条約上の監護権とみなすには不十分であるとしており、そのような判断を示した裁判例としては、カナダの *W.(V.) v. S.(D.)*, (1996) 2 SCR 108, (1996) 134 DLR 4th 481 判決 (1996 年 : ID17)、アイルランドの *W.P.P. v. S.R.W.* [2001] ILRM 371 判決 (2001 年 : ID271)、イギリスの *Re V.-B. (Abduction: Custody Rights)* [1999] 2 FLR 192 判決 (1999 年 : ID261)、*S. v. H. (Abduction: Access Rights)* [1998] Fam 49 判決 (1998 年 : ID36)、スコットランドの *Gross v. Boda* [1995] NZFLR 49 判決 (1995 年 : ID66) 等があるとされる (INCADAT コメント)。

また、次のアイルランド最高裁判所判決は、LBP が有する面会権に黙示的に国外移動禁止が含意されていたかを論じた裁判例である。

*W.P.P. v. S.R.W. [2001] ILRM 371* 判決（2000年：ID281）は、父母が離婚し、カリフォルニアの裁判所の命令により、母は単独の法的監護権及び身上監護権、父は合理的な面会権を付与され、子を州外に連れ出す旅行については相互に協議するとされていたところ、母は経済的な困難のため父に何度か母国のアイルランドに帰らざるを得ないことを伝えた後、子（連れ去り時10歳とほぼ9歳）をアイルランドに連れ帰ったという事案である。裁判所は、父が面会権を付与されていたことを認め、カリフォルニア（常居所）の法の下で、面会権の付与は黙示的に子を父の同意または裁判所の許可なしに移動することを禁ずるものであるかを判断しなければならないと指摘した。うえ、この点について判断に役立つ証拠はないと述べた。そして、裁判所は、州外の旅行について協議するとの当事者の合意を検討し、母はアイルランドへの帰国を考えていることを何度か父に伝えていたことを指摘し、カリフォルニアの裁判所または父の許可なしに子を移動することが不法かどうかは疑いがあるとし、子を管轄から移動するとの決定を知らされる権利は監護権にはあたらないと述べた。裁判所は、面会権の付与が、子の移動の前に同意を求めなければならないことを含意していたとしても、面会権の執行のための適切なメカニズムは条約21条であり、非監護親が面会権を行使する権利を与えるためだけに、子の常居所への返還を命ずることは、条約の規定によって保障されてはいないと述べた。

## ② *Patria Potestas*

条約上の監護権の有無の認定に関して、いくつかの締約国の裁判例では、スペイン語圏の国の法における *Patria Potestas* (*Parental Authority*) の権利が、条約上の監護権となりうるかの問題が検討されている。

### アイスランド：

最高裁判所は、*M. v. K., 20/06/2000; Iceland Supreme Court* 判決（2000年：ID363）において、父母がスペイン（常居所国）で離婚し、*custodia* 及び *cuidado* というある種の監護権は母に付与されたが、*patria potestas* の権利は父母が共同で有していたところ、母が子を連れ去ったという事案において、監護権に関するスペイン法についてスペインの裁判官及び中央当局に見解を求め、スペイン中央当局から受領した情報に基づき、父（LBP）が有する *patria potestas* は条約上の監護権と認められるとして、この権利を侵害して行われた一方的な子の移動は不法であると判断し、返還を命じた。<sup>11</sup>

<sup>11</sup> なお、本件の返還命令は、母は判決の日から2ヶ月以内に子どもを連れてスペインに戻るようというものであり、母がこれに従わない場合は、父が2ヶ月の期限の終了日に母から子どもを引き取りスペインに連れて行くことが許されるとされている。

### スコットランド：

*Bordera v. Bordera* 1995 SLT 1176 判決（1995年：ID183）は、スペイン民法にしたがい、母が子の監護と支配の権利を有するが、両親が共同で有する *patria potestas* を侵害しないと規定する共同監護の合意をしたことは、父が単に面会及び一般的な監督権だけでなく、子の居所決定権を共有することが含意されているとし、母が子を一方的に連れ去ったことはこの権利を侵害し不法になるとして返還を命じた。

### アメリカ：

メキシコ法の下での *patria potestas* の概念について、*Whallon v. Lynn*, 230 F.3d 450 (1st Cir. 2000) 判決（2000年：ID388）で、第一巡回控訴裁判所は、両親はいずれもアメリカ人で、非婚で監護権の合意はなく、母が身上監護権を有していたが、両親とも子の監護に積極的な役割を果たしていたという事案について、父（LBP）が監護権を有していたか否かを検討するに際し、裁判所はメキシコ法の関連規定を単純に見るだけでなく、条約の目的に照らしこれらの規定を解釈しなければならないと指摘し、他の法文化にアメリカ法の概念を押し付けることのないよう留意しなければならないと指摘した。そして、裁判所は、問題の中心は、父が有する *patria potestas* の権利が条約の目的との関係で監護権と認められるかであるとして、この概念を詳細に分析した結果、裁判所は、*patria postestas* は、単なる面会権とは区別されるものを意味しているとし、さらに、メキシコ法の下では、本件の両親は *patria postestas* 権利を行使しており子の移動には同意が必要であったという鑑定証人の証言を採用した。その結果、*patria potestas* の権利は監護権より面会権に近いとの母の主張を排斥して、連れ去りは父の監護権を侵害し不法であるとして返還を命じた。

*Gil v. Rodriguez*, 184 F.Supp.2d 1221 (M.D.Fla. 2002) 判決（2002年：ID462）は、非婚の父（LBP）の権利について、ベネズエラ法の下では、子の父母は子の居所指定権を含む広範な権利義務である *patria potestas* を共同で有しており、母による子の連れ去りは父の権利を侵害し不法であるとした。

*Vale v. Avila*, 538 F.3d 581, (7th Cir. 2008) 判決（2008年：ID990）も、ベネズエラの裁判所の離婚判決で母に身上監護権が、父母に *patria potestas* が付与された後、母が子をアメリカに留置したという事案において、ベネズエラ法の下での *patria potestas* の権利義務は極めて広範であり、この権利を付与された親は監護親として適格であると認められたことを意味するから、本件の父は *patria potestas* を付与されたことで条約上の監護権を有するとして留置を不法と認め、返還を命じた。

*Gonzalez v. Gutierrez*, 311 F.3d 942 (9th Cir 2002) 判決（2002年：ID493）で、第9巡回控訴裁判所は、メキシコの裁判所の離婚判決で母は監護権、父は面会権を付与され

たが、母は父の同意なしに子を国外に移動することはできないとされていたところ、母が子を父の同意なしに連れ去ったという事案で、父の *ne exaet* の権利は条約上の監護権にあたらないとしたうえ、父が *patria potestas* の権利を根拠に監護権を主張したことについて、本件で父母は正式な法的監護の合意をしているので、父がメキシコ法上の *patria potestas* の概念を根拠として監護権を主張することはできないとして排斥した。

### ③ イギリスの判例法における「未完成の監護権 (*inchoate custody rights*)」の概念

イギリスの初期の *Re J. (A Minor) (Abduction: Custody Rights) [1990] 2 AC 562, [1990] 2 All ER 961, [1990] 2 FLR 450, sub nom C. v. S. (A Minor) (Abduction)* 判決 (1990年: ID2) で、イギリス最高裁判所 (貴族院) は、オーストラリア (常居所国) の裁判所が連れ去りの数週間後に非婚の父 (LBP) に単独監護権を付与し、母による連れ去りは不法であると宣言したことについて、連れ去りの時点では、母が単独監護権を有しており、その後に父に監護権が付与されたことで連れ去りが不法になる訳ではないと述べているとおり、監護権は有無は不法な連れ去り・留置の時点で存在していなければならない。

しかしながら、イギリスの判例法では、連れ去られ、または留置された子を積極的に事実上監護していたが、連れ去り・留置の時点では、未だ法的な監護権を持たない LBP が、*inchoate custody rights* と呼ばれる監護権を有していたとし、これを条約上の監護権と認めて LBP に条約上の保護を与えたものが見られる。

*Re B. (A Minor) (Abduction) [1994] 2 FLR 249, [1994] Fam Law 606* 判決 (1994年: ID4) で、控訴審裁判所は、条約の文脈における監護権は最大限広く解釈されるべきであり、特に、「未完成の監護権」、すなわち、法により認められてはいないが、裁判所が個別の子の利益のために認めるであろう監護権を含むべきであるとした。ただし、その判断は個々の事案の状況によるとし、母方の祖母が子をイギリスに帰国した母の下に連れて行くまでの6ヶ月間は父 (LBP) が子の主たる監護者であり、父の弁護士が、両親が共同親権を有し、父が単独で監護権を行使することを定めて合意書を起案していたという事実関係の下で、父の監護権が侵害されたとして返還を命じた。

*Re O. (Child Abduction: Custody Rights) [1997] 2 FLR 702, [1997] Fam Law 781* 判決 (1997年: ID5) も、条約3条が“may”を用いているのは、監護権が同条に具体的に規定されている権利に限らないことを示しているとして、「未完成の監護権」の概念を認め、特に父母による連れ去りの前14ヶ月間、子の監護に重要な役割を果たしてきており、連れ去り直前に常居所国の裁判所に監護権の申立てをし、連れ去り直後に暫定監護権を付与された母方祖母とそのパートナーからの返還申立てについて、祖父

母は法的監護権は有しないが、相当期間、完全に子の親としての責任を果たしてきたことは、条約の目的のために監護権を構成するとして、監護権侵害を認めて返還を命じた。

*Re J. (Abduction: Declaration of Wrongful Removal) [1999] 2 FLR 653* 判決（1999年：ID265）は、連れ去り時1歳6ヶ月の子の出生以来、同じ家で母と子と住んでいた非婚の父（LBP）が、母に対し親責任に関する合意を締結しようとして提案したところ断られ、その後、父母の関係が悪化し、母が家を出て行く意向を明らかにしたため、裁判所に対し親責任命令及び出国禁止命令の *ex parte* 申立てをしたが、裁判所は一方申立てで命令を出すには証拠が不十分であるとしてすぐに命令は出さず、7日後に期日を指定したところ、その間に母が子を出身国の南アフリカに連れ去ったため、翌日父の申立てにより裁判所は子の返還命令を出したという事案である。裁判所は、父が親責任及び出国禁止命令を申立てたことにより、もしくは、子がまだイギリスにあり、イギリスが常居所であった間に父が有効な申立てをしたことにより、管轄を取得した裁判所が母に対して子の返還を命じた翌日に監護権を取得したと判断した。裁判所は、また、本件の父が子の監護に積極的に関わっていたことを示す独立の証拠があり、このことも *Re B. (A Minor) (Abduction) [1994] 2 FLR 249, [1994] Fam Law 606* 判決（1994年：ID4）判決で示された「未完成の監護権」と認められるのに十分であると述べた。ただし、本件では、連れ去りは（父ではなく）イギリスの裁判所の監護権の侵害として不法であるとされている（15条宣言）。

*Re G. (Abduction) (Rights of Custody) [2002] 2 FLR 703* 判決（2002年：ID505）でも、非婚の母が子を養子に出すことを考えており、父方祖母に子を預け、祖母が6ヶ月間子を監護しており、父も祖母の家に転居してきたという事案について、祖母と父に「未完成の監護権」があり、子の連れ去りは不法であるとした（15条宣言）。

これに対し、「未完成の監護権」の概念を認め、これが条約上の監護権となることを前提としながらも、具体的な事実関係の下で、申立人（LBP）が「未完成の監護権」を有するとは認められないと判断したイギリスの裁判例もある。

*Re W. (Minors) (Abduction: Father's Rights) [1999] Fam 1* 判決（1999年：ID503）では、非婚の父（LBP）が裁判所に親責任の付与を求めて申立てをし、裁判所の福祉に関する職員（日本の家庭裁判所の調査官に相当）の調査報告書は父に親責任を認めるのが相当とする勧告をしていたという事案である。裁判所は、「未完成の監護権」の概念を認めながらも、本件では、最後の期日の10日前に母が子を連れ去り、父は子の連れ去り後に裁判所から親責任を認められたところ、母は子を遺棄したことはなく、常に主たる監護親であったこと、父は子と共に住んでいなかったことから、父が「未完成の監護権」を有していたとは言えないとし、しかしながら、子の移動は裁判所が有

する監護権の侵害になり不法であるとした（15条宣言）。

*Re B. (A Minor) (Abduction: Father's Rights) [1999] Fam 1* 判決（1999年：ID504）も、裁判所が「未完成の監護権」の概念を認めることを前提としながら、同様の理由で非婚の父（LBP）は未完成の監護権を有しているとは認められず、また常居所国の裁判所も監護権を有してはいないから、連れ去りは不法ではないとした（15条宣言）。

*Re G. (Child Abduction) (Unmarried Father: Rights of Custody) [2002] EWHC 2219 (Fam)*（2002年：ID506）では、最初に「未完成の監護権」の概念を是認した *Re B. (A Minor) (Abduction) [1994] 2 FLR 249, [1994] Fam Law 606* 判決（1994年：ID4）以後の判例法を検討し、「未完成の監護権」の概念に関する先例において、この権利が認められるための共通の基準は、①母が法的監護権を単独で有していたことと、②母が子の監護を誰かに任せたことであると整理されている。これを前提に、裁判所は、本件では、非婚の父（LBP）は、母が子を連れてアイルランドに行く1ヶ月前まで母と子と同じ家に住んで子の主たる監護を母と共に行っていたが、保護命令及び退去命令を受けて自宅を出たことにより、父母は別居し、父は子との面会権を有するだけの非監護親になっており、条約3条及び5条の意味するところの監護権を取得していたとは言えないとした。また、本件では、父が子の移動前にイギリスの裁判所に居住命令（子と共に住むことを認める命令）の申立てをしていたことから、父はイギリスの裁判所が監護権を有していたと主張したが、裁判所は、裁判所への申立てが条約上の意味における監護権の問題を生ずる場合裁判所が監護権を有することはあるが、その監護権は申立てが相手方に送達された時点で取得され、手続が一時停止されない限り、申立てについて判断がなされるまで存続するとし、申立書が送達されていない場合、裁判所は、本案に関する命令がなされていないとしても、裁判所としての裁量を行使した裁判官の下に問題が委ねられているとすれば監護権を有することがありうるが、裁判所が手続を継続することを決定すれば十分であるが、裁判所の関与は不可欠であり、純粹に行政的な手続では足りないとした。以上により、裁判所は、本件では、父が申立てが事件は母が子を移動する前に母に送達されておらず（母はその後アイルランドで送達を受けている）、移動の日の前に裁判所の関与は何もなかったとして、裁判所も監護権を有しておらず、移動は不法ではないと判断した（15条宣言）。

他の締約国の裁判例では、「未完成の監護権」の概念は使用していないが、イギリスの判例法で「未完成の監護権」と認められるかが問題となるような事案について、条約上の監護権にあたるかを論じたものがある。

#### ニュージーランド：

*Anderson v. Paterson [2002] NZFLR 641* 判決（2002年：ID471）では、裁判所は、イギリスの *Re B. (A Minor) (Abduction) [1994] 2 FLR 249, [1994] Fam Law 606* 判決（1994

年：ID4) のアプローチを支持すると述べ、監護権の申立てをしていた非婚の父 (LBP) は条約上の監護権を有するとした。本件の父は、子の出生当時、父母は夫妻として同居していたから、1968年後見人法セクション6 (2)<sup>12</sup>の規定により、父は子の後見人であり監護権が付与される見込みがあると主張したのに対し、裁判所は証拠を検討したうえで、子の出生前も後も、両親の関係は不安定で一定しておらず、セクション6 (2) の要件を満たさないとした。そして、裁判所は、非後見人である父は後見人である父や、婚姻した父より不利な立場に置かれるべきかについて論じ、最も重要な要素は、出生後及び子の成長における「非監護親」と子の関係であるとし、ニュージーランド法の「後見」の概念は、必ずしも監護権の問題を決定するものではないことを指摘し、重要な問題は、執行可能な利益や期待が存在するかであるとし、本件の父は、1968年後見法セクション11および15に基づき、実効的に行使可能で究極的には執行可能な監護権と面会交流権を申立てているから、条約上の監護権を認められるのに十分であり、時々子の世話をして監護権を行使しているから、連れ去りは条約3条の意味における不法にあたりと判断した (15条宣言)。

#### アイルランド：

最高裁判所の *H.I. v. M.G.* [1999] 2 *ILRM* 1; [2000] 1 *IR* 110 判決 (1999年：ID284) の多数意見は、「未完成の監護権」の概念を否定した。本件は、子 (連れ去り時5歳6ヶ月) の両親はイスラムの宗教婚を行ったが、この婚姻はニューヨーク州法の下では有効とはみなされないものであった。その後、ナッソーの家庭裁判所は母に暫定的監護権を付与し、父に対する暫定的保護命令を出し、父は面会権を求める申立てをしたところ、その翌月、母は子を母国のアイルランドに連れ去ったという事案である。第一審裁判所は、父 (LBP) はニューヨーク州法の下で未成年の監護権または面会権を有すると判断した。これに対し、最高裁判所の多数意見は、本件父は結婚しておらず、認知もしていないのであるから、ニューヨーク州法に基づく監護権を有していないし、母が子を管轄から連れ出すには父の同意または裁判所の許可を要するとの法的に有効な合意も裁判所の命令もない、連れ去り後にニューヨークの裁判所がなした命令は、その前の連れ去りを不法なものにし、あるいは、現実に継続中の留置を不法にするものではない、よって、いかなる意味でも、常居所国の法に基づき、申立人も裁判所も監護権を有しないとした。多数意見は、申立人が監護権を有していない場合でも、監護権その他の手続が子の常居所国の裁判所に係属中である場合は、連れ去りは不法となる場合があり、本件の場合、父に面会権が付与されていれば、そのことから父の同

---

<sup>12</sup> Guardianship Act 1968 Section 6(2)は、(b)項“*She and the father of the child were not living together as husband and wife at the time the child was born.*” (子の父母が、子が生まれた当時、夫と妻として同居していなかった) 場合、母が子の単独後見人になると規定するが、(2) 項にあたらない場合は、(1)項により、子の父母はそれぞれ後見人になると規定する。したがって、本件の父の主張は、父母として同居していたから(2)項にあらず、(1)項により父も後見人として監護権を付与される可能性があったということのようである。

意または裁判所の命令なしに子の連れ去りを禁止するものとして取り扱われる可能性があるとしながらも、本件では父は面会権を求めて申立てをただけで、ニューヨークの裁判所は面会権を認める命令をまだ出していないため、このような場合にあたらないとした。多数意見は、条約は目的的で柔軟な解釈をなされるべきではあるが、被要請国の法によって、いかなる意味でも、当事者または裁判所自身に付与されたとは言えないが、被要請国の裁判所が条約の用語の下で保護が受けられるとみなす、定義のない「未完成の監護権」というものがあることを受け入れるのは行き過ぎであるとして、「未完成の監護権」の概念を認めたイギリスの判例法にしたがわないとの立場を明確にした。

#### ④「監護権」・「不法性」の自律的な解釈

条約上の「監護権」及び「不法性」の概念は、常居所の国の法における概念そのものではなく、条約の目的との関係で、返還手続の管轄を有する裁判所が解釈するものとされており、この点について論じた裁判例もある。

監護権の有無の判断に関して、常居所国の裁判所において15条宣言がなされている場合があるが（15条定は、返還手続を行う裁判所または中央当局の命令により、申立人が常居所国においてそのような宣言を取得すると規定しているが、実際には、LBPが返還申立てをする前に、自ら常居所国の裁判所に申立て15条宣言を取得のうえ、返還手続を申立て、15条宣言を提出するという実行が見られる）、裁判例の中には、返還手続の裁判所が15条宣言と異なる解釈をしたものも見られる。以下は、いずれも監護権・不法性の概念に関する自律的解釈について述べたイギリスの裁判例である。

*Re F. (A Minor) (Abduction: Custody Rights Abroad) [1995] Fam 224, [1995] 3 WLR 339, [1995] Fam Law 534* 判決（1995年：ID8）は、父母が共同監護権を有していたが、母（TP）が子を連れ去る前に、コロラド（常居所）の裁判所は、母に暫定監護権（careとcontrol）を付与していたが、具体的に子の連出しを禁止する命令はなされていなかったという事案である。コロラド法の下では、具体的に連出しを禁止する裁判所の命令がなければ、他方親の意思に反してでも一方的に管轄から子を連れ出すことは禁止されていないと解されていたが、控訴審裁判所は、監護権の侵害があったか否かはコロラド法ではなくイギリス法の問題であり、父（LBP）がアメリカで監護権を現実に行使することを阻止されている以上、子の連れ去りは父の権利に干渉しているのであり、母がコロラド法の下で子をアメリカから連れ出す権利があったことは重要ではないとして移動は不法と判断した。

*Re P. (A Child) (Abduction: Acquiescence) [2004] EWCA Civ 971* 判決（2005年：ID591）で、控訴審裁判所は、ニューヨーク州（常居所）裁判所の監護命令により母（TP）は単独監護権、父（LBP）は面会権を与えられていたが、当事者の同意または裁判所の

許可なしに子をニューヨーク州から連れ出すことはできないという *ne exact* 条項が付されていたという事案において、ニューヨーク州裁判所の監護命令により父親に与えられた権利は、ニューヨーク州または連邦法が、国内法の目的または条約の目的との関係でそうみなすか否かにかかわらず、条約の目的との関係で監護権にあたるとして、返還を命じた。

*Hunter v. Murrow* [2005] EWCA Civ 976 判決（2005年：ID809）では、子の常居所であるニュージーランドの裁判所が条約15条に基づき、父（LBP）は監護権を有しており、したがって移動は不法であるとする決定（15条宣言）をしたが、イギリス控訴審裁判所は、ニュージーランドの裁判所は、イギリスで広く受け入れられている監護権と面会交流権の明確な違いを認めず、時々子と一緒にいて子の世話をするといった権利まで監護権として認めるが、イギリスの機関はそのような広い解釈を認めないとして、常居所国裁判所の15条宣言と異なる判断を示し、申立人父は条約の目的との関係で監護権を有しないと判断し、返還申立てを棄却した。

*Deak v. Deak* [2006] EWCA Civ 830 判決（2006年：ID866）は、イギリスの裁判所が常居所国裁判所による15条宣言と異なる判断をした例であるが、本判決では、上記 *Hunter v. Murrow* [2005] EWCA Civ 976 判決（2005年：ID809）とは逆に、常居所であるルーマニアの裁判所は父（LBP）の権利は監護権にあたらないと判断したにもかかわらず、イギリス控訴審裁判所は、条約上の監護権の概念は自律的な定義が与えられなければならない、ルーマニア法の下で父が有している権利は単なる面会交流権を越え、条約の目的との関係で監護権に相当するとして、返還を命じた。しかし、この判断は、上告審の貴族院裁判所で、15条宣言が求められた場合、申立人の権利の内容についての外国裁判所の決定は、決定が詐欺や自然の正義の規則に違反して獲得されたなどの例外的事情がない限り最終的なものとして扱われなければならないとの全員一致の意見により、覆された (*Re D. (A Child) (Abduction: Rights of Custody)* [2006] UKHL 51 判決、2006年：ID880)。

他方、*S. Hanbury-Brown and R. Hanbury-Brown v. Director General of Community Services (Central Authority)* (1996) FLC 92-671 判決（1996年：ID69）で、控訴審裁判所は、不法性は子の常居所国の法にしたがい決定されると述べ、その他、オーストリアの *3Ob89/05t, Oberster Gerichtshof* 判決（2005年：ID855, *6Ob183/97y, Oberster Gerichtshof* 判決（1997年：ID557）、カナダの *Droit de la famille 2675, No 200-04-003138-979* 判決（1997年：ID666）、ドイツの *11 UF 121/03. Oberlandesgericht Hamm* 判決（2003年：ID822）、*2 UF 115/02* 判決（2002年：ID944）等は、不法性の判断については、子の常居所の法を一般的に適用することが望ましいと述べ、あるいはその方が好ましいと示唆している（INCADAT コメント）。

なお、アメリカの第3巡回控訴裁判所は、*Carrascosa v. McGuire*, 520 F.3d 249 (3rd Cir. 2008)判決（2008年：ID970）において、ニュージャージー州裁判所が出した子の返還命令に違反したために法廷侮辱罪の罪で逮捕された母からの控訴理由を検討し、スペインの裁判所が、ニュージャージー州で父母が締結した合意において、父母のいずれも他方親の書面による同意なしに子をアメリカ国外に移動してはならないとしたことは、スペイン人（母）が自由に渡航する権利を侵害するものでスペイン憲法に違反するとして母（TP）に暗黙に単独監護権を付与する決定をしたことは、ニュージャージー州の法律よりも自国の法を適用した点に誤りがあり、その決定は承認できないとして、母からの控訴を棄却し、母の収監を認めた。

ヨーロッパでは、欧州人権裁判所が、締約国裁判所の監護権の解釈に誤りがあり、そのために欧州人権条約違反になるとして、監護権の解釈についての判断を示すことがある。例えば、*Monory v. Hungary & Romania, Application no 71099/01*, (2005) 41 EHRR 77判決（2005年：ID802）では、ハンガリー（常居所国）の法では、婚姻中の父母は共同監護権を有するとされているところ、ルーマニア裁判所が、父（LBP）の現実の監護権の侵害はなかったとして返還申立てを棄却したことについて（控訴審も原審の判断を維持。ただし、控訴審は子が新しい環境になじんでおり、母といることが子の最善の利益であるとの理由を追加）、ハーグ条約3条の解釈を誤り、同条約の保護に違反したことが、欧州人権条約8条の家族生活の権利の違反となると判断した。

#### ⑤ 留置の不法性と「予期された不返還」

子の常居所国以外の国における滞在にはLBPの同意があることが多く、LBPが、TPが子を不法に留置しているとして子の返還を申し立て、それが認められるためには、そもそも不法な留置が存在しなければならない。

この不法な留置はいつ開始するかという問題は、後述のとおり、具体的には、12条2項の「なじんだ」の例外事由の要件としての1年間の期間の経過との関係で問題となることが多いが、留置の不法性は返還申立ての要件でもあり、返還申立てまでに不法な留置が開始していなければ、申立ては棄却されることになる。

不法な留置の開始時期に関する裁判例は、後述の「なじんだ」の例外事由の項で扱うが、特に、申立返還要件との関係では、「予期された不返還」と呼ばれる問題があり、いくつかの裁判例で論じられている。予期された不返還とは、常居所国以外の国での子の滞在に期間が定まっている場合に、TPが子を返還しない意図を有していることが、予定された子の返還日の前に、LBPに対し明らかになり、あるいは通知されたことにより、その時点で留置が不法になることがあるかについて、締約国の裁判例は見解が分かれている。

#### (i) 不返還の意図を通知した時点で留置が不法になることを認めた裁判例

イギリスの *Re S. (Minors) (Abduction: Wrongful Retention)* [1994] Fam 70 判決（1993

年：ID117) は、両親が大学での研究のために少なくとも1年間の予定でイギリスに滞在中、婚姻関係に問題が生じ、母が子をイスラエルに返さないと主張したことから、父(LBP)が家族の滞在期間が終わる前に子のイスラエルへの返還も求めて申立てをしたという事案である。母は、もともと滞在が合意されていた1年間が過ぎるまでは子の留置は不法にならないと主張したのに対し、裁判所は、夫婦の合意は、子をイギリスに滞在させることそのものではなく、家族の構成員としての滞在を意味していたとして母親の主張を排斥し、留置は不法であると認めた。

ニュージーランドの *P. v. The Secretary for Justice* [2003] NZLR 54, [2003] NZFLR 673 判決(2003年：ID575)では、母(TP)が2年間、子とニュージーランドで住んだ後、子はオーストラリアで父と2年間住むという合意に基づき、ニュージーランドに子を連れて移住した数ヵ月後にニュージーランドの裁判所に単独監護権を求めて申立てをし、その申立ての中でオーストラリアには戻らないと表明した事案において、控訴審判決は、母が単独監護権を求める申立てをした時点で不法な留置となると判断した第一審裁判所の判断を支持した(ただし、前述のとおり、オーストラリアを常居所と認めた点が最高裁で変更され(*P. v. Secretary for Justice* [2004] 2 NZLR 28 判決(2003年：ID583))、事件は差し戻された)。

## (ii) 予定された子の返還日までは留置は不法にはならないとする裁判例

前述の香港の *B.L.W. v. B.W.L.* [2007] 2 HKLRD 193 判決(2007年：ID975)では、控訴審裁判所は、母(TP)が2年間の雇用契約のために香港に子と共に移住し、父も香港で仕事を見つける予定であったところ、その後、父は香港で仕事を見つけないことにした、婚姻は破綻したと母に告げたため、母が香港で離婚と監護権の裁判を申立てたところ、父が子の返還を求めたという事案において、子が2年間香港に滞在することについては合意があったのだから、その期間中に母が香港で子の監護権の申立てをしたとしても不法な留置にはならないとして、申立てを棄却した。

シャトル監護合意の場合における常居所の問題に関する前述のスコットランドの *Watson v. Jamieson* 1998 SLT 180 判決(1996年：ID75)は、常居所の要件を欠くとして返還申立てを棄却したが、裁判所は、父親がシャトル合意に基づく子のスコットランドでの子の居住期間の終了時に子を返さないつもりであるという手紙を母に書いた時点で、不法な留置が開始したとの母(LBP)の主張について、父の手紙は意図を書いたものであり、父はその考えを再考する余地があると述べ、仮に本件で常居所の要件が認められたとしても母の申立ては時期尚早であったと述べた。

アメリカの第一審巡回控訴裁判所も *Toren v. Toren*, 191 F.3d 23 (1st Cir. 1999) 判決(1999年：ID584)で、返還申立ては予測される将来の監護権の侵害について救済を求めようとするものであるところ、条約は現実の留置に対する救済を定めたものに過

ぎないと述べ、合意に基づく滞在期間が終わる前に不返還を予告したことによって、その時点で留置が不法となるとの考えを否定した。

#### ⑥ 監護権の現実の行使

監護権の現実の行使の要件について、各締約国の裁判例は、緩やかな解釈の傾向を示している。特に、この要件は、監護権者が子を他人に預けていた場合や、国外移動拒否権・禁止条項や、居所指定権に基づき条約上の監護権が主張される事案において問題とされることが多い。

#### オーストラリア：

*Director General, Department of Community Services Central Authority v. J.C. and J.C. and T.C. (1996) FLC 92-717* 判決（1996年：ID68）では、控訴審裁判所は、母（LBP）が父方祖父母に子の日々の監護を委ねたことで、監護権を放棄したり、祖父母に監護権を譲渡したとは言えず、母は現実には監護権を行使していたものであり、祖父母による子の留置は母が子の居所を決定する権利に干渉するものであるから不法であるとして、返還を命じた。

#### オーストリア：

最高裁判所の *8Ob121/03g, Oberster Gerichtshof* 判決（2003年：ID548）は、父母がオーストリアで子を1週間毎に監護していたところ、父が子をセルビアにいる母方祖母に預けたため、これを知った母が子をオーストリアに連れ帰ったため、父が返還を申立てたという事案において、父が監護権を現実に行使していたかが問題となった事案である。裁判所は、子の主たる監護親は自分自身で監護権を行使する義務があるわけではないことを指摘し、また、条約5条が定義する監護権は居所指定権を含むことを強調し、父が期限の定めなしに子を祖父母に預けたことによって父が監護権を現実に行使していないとは言えないとした。しかし、本件では子の常居所はオーストリアにあり、常居所からの連れ去りにあたらないとして、父からの返還申立ては棄却された。

#### イギリス：

*Re W. (Abduction: Procedure) [1995] 1 FLR 878, [1996] 1 FCR 46, [1995] Fam Law 351* 判決（1995年：ID37）は、母（LBP）が子の移動に同意していたか否かが争われた事案であるが、裁判所は同意を認めるに足りる証拠はないと判断すると同時に、監護権者が、子が誰と住むかを合意すること自体、監護権の継続的な行使であるとして、返還を命じた。

#### フランス：

*CA Aix en Provence 23/03/1989, Ministère Public c. M. B.* 判決（1989年：ID62）は、控

訴審裁判所は、母（LBP）の子の国外への移動に対する拒否権は条約の目的との関係で監護権にあたり、母が子の移動の前に行動を取らなかったから母が権利を行使していなかったとの主張については、母は父が子を連れ出す意図を知らなかったとして排斥し、返還を命じた。

#### ドイツ：

*II UF 121/03, Oberlandesgericht Hamm* 判決（2003年：ID822）で、控訴審裁判所は、イギリス（常居所国）法の下で、父（LBP）は子の居所指定権を含む監護権を有しており、母との別居後、父はこの権利の行使を継続していたと認めた。その判断にあたり、裁判所は、主たる監護者ではない親は、子との面会を維持し、本件の父のように子が外国に永久的に移動することに反対することによって、監護権を行使するものであると述べた。

#### ニュージーランド：

最高裁判所は、*The Chief Executive of the Department for Courts for R. v. P., 20 September 1999* 判決（1999年：ID304）において、子は父と同居し、母は居所指定権を有していたところ、原審は、父が子を連れ去った時点で母は居所指定権を現実に行使していなかったと判断したのに対し、子の国外移動への拒否権は継続して母にあったし、具体的に行使することは可能であり、母が日常的な子の生活に役割を果たしていなかったことは問題ではなく、母は尋ねられていたら拒否権を行使した可能性は極めて高いとし、連れ去りは不法であったとして、例外事由の有無の検討のために事件を原審に差し戻した。

#### スコットランド：

*O. v. O. 2002 SC 430* 判決（2002年：ID507）は、母（LBP）が裁判所に監護権と面会権を求める申立てをし、監督付面会権が付与され、数ヶ月後に審理が再開されることになっていたところ、その間に父が子を連れ去ったという事案において、母と裁判所の両方が監護権を有し、かつ監護権を現実に行使していたとして返還を命じた。この判決で、裁判所は、監護権の付与は状況により変更が必要となる場合があるから決して最終とは言えないし、本件では、裁判所は先の期日で検討するために事件を継続していたから、裁判所は監護権を行使していたとした。また、裁判所は、監護権を有する親が監護権を行使していなかったと認められるのは極めて極端な事案に限られると言えるが、他方、アメリカの第6巡回控訴裁判所が *Friedrich* 判決（1996年：ID82）で、明確で一義的な放棄の行為のみが監護権の不行使にあたりとしたのは行き過ぎであると示唆した。

*S. v. S., 2003 SLT 344* 判決（2003年：ID577）では、父（LBP）が自殺を図り、精神病院に入院している間に母が子を連れ去り、父が監護権を現実に行使していなかった

と主張した事案において、裁判所は、判例法を検討し、*Friedrich* 判決（1996年、ID82）の分析を承認し、条約の全体的な目的に照らし、申立人は、監護権の侵害があったことを証明するために現実の行使の要件を満たすために示さなければならないことはほとんどないとして、3条（b）の現実の行使の要件の目的は、連れ去りの前に子の人生において何ら合理的に意味のある役割を果たしていなかった者が申立てをするのを防ぐことにあるとした。そして、本件で父が入院し、子の監護を親戚に委ねていたから監護権を現実に行使していなかったと判断することは誤りであり、連れ去りは不法であるとした。また、裁判所は、13条1項aは「子の身上監護」を有している者が連れ去り時に現実には監護権を行使していなかった場合にのみ適用されるところ、本件はこれにあたらぬとして、返還を命じた。

*A.J. v. F.J. [2005] CSIH 36, 2005 1 S.C. 428* 判決（2005年：ID803）は、スコットランドの裁判所の離婚判決で父が監護権、母（LBP）が面会権を付与されたが、母は長男の自閉症のために長男とは面会ができず、次男とは何度か面会していたものの、その後母自身が病気のために面会に行けなくなっていたところ、父が子らをアメリカに連れ去ったという事案である。訴審裁判所は、1995年スコットランド子ども法の規定によれば、子と定期的に直接の面会を行っている親責任を有する親は、子が英国から連れ出され、または英国の外で留置される前に同意しなければならないとされていることから、この子の国外への移動に対する拒否権は条約の目的との関係で監護権にあたりと判断し、そのうえで、母がこの権利を行使していなかったとの第一審裁判所の判断を覆し、母は長男と面会していなかった理由、及び、次男との面会が途切れていた理由を説明していると指摘し、さらに、子がアメリカに連れ去られた時に母がすぐに行動をとったという状況の下では、母は子に関する権利を放棄してはならず、権利を行使しようとしていたし、権利を付与された時からずっと権利を行使してきたと認め、連れ去りは現実に行使されていた監護権を侵害し不法であると宣言した（15条宣言）。

### スイス：

*K. v. K., 13 February 1992, District Court of Horgen* 判決（1992年：ID299）は、父（LBP）が現実には監護権を行使していなかったとの母の主張を排斥し、両親は同じアパートで同居していたから、それだけで共同監護権の現実の行使を推認するのに十分であるとし、誰がどれだけの時間あるいは、ほとんどの時間子どもの世話をしていたかという問題は3条に関して監護権の現実の行使があったかという問題に関係なく、5条は子の居所決定権を監護権と規定していることに留意し、本件の連れ去りは父が現実に行使していた監護権を侵害し不法であるとして返還を命じた。<sup>13</sup>

<sup>13</sup> なお、本件で、母はスイスの方が良い仕事を得られるであろうし離婚裁判でも有利な立場に立てるだろうから自分はアメリカには戻らないと述べ、その結果、子どもだけで返還されれば子どもは重大な危険に直面すると主張したが、裁判所は、母はアメリカに帰れないことはなく、母は父と同居するよう求められてもいないと指摘し、子の利益を中心に考えている責任ある母親であれば、子の返還に同伴するのを拒否することはないだろうし、も

*Cour d'appel du canton de Berne (Court of Appeal of the Berne Canton), decision of 27 January 1998, 449/III/97/bufr/mour* (1998年：ID433) で、控訴審裁判所は、アメリカ（常居所国）の裁判所で監護権を付与された父（LBP）が、母が子との面会の機会に台湾から母が住むスイスに子連れ去ろうとしているのを知って急きょ台湾に赴いたが、そのためにアメリカでの仕事を失ったため、子を台湾にいる友人に預けてアメリカで就職活動をしていたところ、母が子をスイスに連れ去ったという事案において、子の連れ去り当時、父は子を友人に預けていたから監護権を現実に行使していなかったとの母の主張を排斥し、返還を命じた。<sup>14</sup>

### アメリカ：

前述の *Friedrich v. Friedrich, 78 F.3d 1060 (6th Cir. 1996)* (1996年：ID82) で、第6巡回控訴裁判所は、法律に基づき監護権を有する親が、子との何らかの交流を続け、または、続けようとしている限り、広く「行使」を認定すべきであり、「明確で一義的な子の遺棄にあたる行為」のみによって、法律上の監護権を有する親が、ハーグ条約上の監護権の「行使」をしていないことを認め得るとした。

*Sealed Appellant v. Sealed Appellee, 394 F.3d 338 (5th Cir. 2004)* 判決 (2004年：ID779) で、第5巡回控訴裁判所は、オーストラリア（常居所国）法の下で監護権を有する非婚の父（LBP）が別居後も子と面会していたが、母は父の子との交流は散発的であり、現実の行使があったとは言えないと主張したのに対し、3条の監護権の現実の行使のために必要な基準に関するアメリカの判例法を検討し、条約の下で裁判所は背後にある監護紛争の検討に踏み込んではいけないとの理由で、*Friedrich* 判決 (1996年、ID82) が示した基準にしたがうとし、監護権の不行使を証明するためには、TPはLBPが子を遺棄したことを証明しなければならないと述べた。そして、本件は遺棄にあたらなとし、本件の父は子と面会し、養育費を支払っていることで、連れ去り当時監護権を行使していたと認め、返還を命じた。

第4巡回控訴裁判所も、*Bader v. Kramer, 445 F. 3d 346 (4th Cir. 2007)* 判決 (2007年：ID/NA) で、「法律に基づき監護権を有する親が、子との何らかの交流を続け、または、続けようとしている限り、広く『行使』を」認めるとした。

*Abbott v. Abbott, 130 S. Ct. 1983 (2010)* 判決 (2010年：ID1029) は、連邦最高裁判所

---

し拒否するとすれば、母は自分の福祉を子の福祉より優先しているとみなされざるを得ないと述べ、重大な危険の抗弁を認めなかった。父は返還命令に際し、母が監護権本案の裁判のためにアメリカに戻るために住居と帰国費用を提供するとのアンダーテイキングをなした。

<sup>14</sup>裁判所は、また、父に借金があること、子が日中保育園で過ごさなければならないことは重大な危険にあたらなとし。なお、本件の経過として、本件返還命令が1998年1月28日に出された後、2月5日、3月4日、4月3日の3回にわたって返還命令の執行のための決定がなされたが、母は執行を避けるため子を国外に隠し、最終的に子をスイスに戻すことに同意し、父母は母が監護権を有し、父は面会権を有することで合意した。

が *ne exeat* 権利が監護権にあたることを肯定したことで知られるが、裁判所は、この権利は、その性質からして未完成であり、他方親が子を国から連れ出そうとしない限り作用する力を持たないが、そのような事態が起きた場合、LBP は転居に同意することを拒否し、または、条件を付することでこの権利を行使することができるとし、LBP が TP から国外移動についての同意を求められなかった場合、この権利は、「連れ去りまたは留置がなかったとすれば行使されて」いたであろうと言えるとして、現実の行使を肯定した。

## 第2 返還義務の例外事由

### 1 条約が定める返還義務の例外事由

条約は、4つの返還義務の例外事由を規定する。第一に返還手続の開始時に連れ去り・留置から1年以上が経過しており、かつ、子が新しい環境になじんだと認められる場合（12条2項）（「なじんだ」の例外事由）、第二に申立人が連れ去り・留置に同意していたか、または、追認した場合（13条1項（a））（「同意・追認」の例外事由）、第三に子の常居所への返還が子に身体的・精神的危害を加え、または、耐えがたい状況に子をさらす重大な危険がある場合（13条1項（b））（「重大な危険」の例外事由）、第四に子が返還に異議に返還を述べ、子がその意見を考慮に入れるのが適切な程度に成熟していると認められる場合（13条2項）（「子の異議」の例外事由）である。以上の返還義務の例外事由とは別に、20条は、いわゆる公序規定とされ、子の返還が被要請国の人権および基本的自由に関する基本的な原則に照らして許されない場合も返還を拒否することができることと定める。

13条が規定する3つの例外事由については、「子の返還を命じる義務を負わない（“is not bound to order the return of the child”）（13条1項（a）（b））」、「子の返還命令を拒否することができる（“may refuse to order the return of the child”）」（13条2項）の文言から、裁判所は、例外事由があることが立証された場合でも、さらに、子の返還を命ずるか拒否するかについて裁量権があると解されている。しかしながら、各国の裁判例からは、例外事由にあたりと認められた後の裁量権の行使がなされているのは、「子の異議」の例外事由について最も多く、「同意・追認」を認めたとうえで、裁量権を行使して返還を命じた裁判例は数少なく、「重大な危険」を認めたとうえで、裁量権を行使して返還を命じた裁判例は、ほとんど見当たらない。他方、「なじんだ」の例外事由については、12条2項の規定からは裁判所には裁量権がないようにも見えるが、いくつかの締約国の裁判例は、この例外事由の場合にも裁量権の行使を認め、裁量のうえ返還の拒否を判断している例が見られる。なお、20条の抗弁も、その規定からは裁量を認めていると考えられるが、20条の人権及び基本的自由に関する基本的原則違反自体が認められることがほぼ皆無と言って良いので、裁量について論じる実益はない。

返還手続の裁判では、これら4つの例外事由及び20条の公序の主張が、返還を争う相手方から、抗弁としていくつも主張されることがある。1つでも例外事由が認められれば返還は拒否できることとなるが、前述のとおり、4つの例外事由のすべてについて、最終的に返還を拒否するか返還を命ずるかは裁判所の裁量によるというのが実務の実態である。

## 2 「なじんだ」の例外事由

### (1) 条約の規定と問題の所在

#### ① 1年間の期間の経過

12条1項は、返還申立開始の時点において、不法な移動・留置から1年間が経過していない場合には、子の即時返還を命ずると規定している。

したがって、「なじんだ」の例外事由が認められるための第一の要件は、返還手続の開始が不法な移動・留置から1年間の期間の経過後であったことである。TPが、子が新しい環境になじんだことを抗弁として主張しても、そもそも、12条1項に規定する1年間の期間が経過していない場合、すなわち、返還申立開始が不法な連れ去り・留置から1年以内であった場合は、12条2項の「なじんだ」の例外事由が認められることはなく、抗弁として成り立たない。

そのため、「なじんだ」の例外事由が主張される裁判例では、返還申立開始が不法な連れ去り・留置から1年間が経過する前になされたか否かをめぐって、1年間の起算点はいつか、返還申立開始時とは具体的にどの時点をさすかが問題となる場合が少なくない。

このうち、返還申立開始時とは、被要請国における返還手続が司法機関によって行われる場合は、中央当局への申立では足りず、裁判所における返還手続開始時期を指すという解釈に争いはなく、比較的明快である。他方、1年間の起算点については、不法な移動の場合、具体的にどの時点を指すのか、不法な留置はいつから開始するのかに関する多くの裁判例がある。また、TPが子を隠していたために、子の所在発見までに時間がかかり、返還手続の開始が連れ去り・留置から1年経過後であった場合をどう扱うのかといった問題もある。

#### ② 新しい環境になじんだこと

「なじんだ」の例外事由が認められるための第二の要件は、子が新しい環境に「なじんだ」ことである。この「なじんだ」ことの解釈や認定基準に関する裁判例は多い。

#### ③ 裁量権の行使

「なじんだ」の例外事由を規定する12条2項は、「子が新しい環境になじんでいることが証明されない限りは、子の返還を命ずる」と規定していることから、13条が規定する例外事由と異なり、条約の規定からは、「なじんだ」の例外事由が認められれば、子の返還について裁判所には裁量権は存しないように読める。

しかしながら、実際には、各締約国の裁判例の中には、1年間の経過と新しい環境になじんだことが証明され、「なじんだ」の例外事由が認められるとしたうえで、返還を命ずるべきか否かの裁量について検討したうえで、返還命令または返還拒否の決定をしているものも多く見られる。

この点について、裁判例の中には、そもそも、「なじんだ」の例外事由の場合に、裁判所に裁量権の行使が認められるかを検討しているものもあり、また、裁量権の行

使の基準について述べているものもある。

## (2) 1年間の期間の経過に関するいくつかの論点

### ① 不法な移動の開始時期

下記の裁判例は、特に、「なじんだ」の例外事由の主張との関係で、不法な移動の場合の1年間の期間の起算点について述べている。

オーストラリアの *Murray v. Director, Family Services (1993) FLC 92-416* 判決 (1993年 : ID113)、及び、*State Central Authority v. Ayob* 判決(1997年 : ID232)は、12条の関係で、子が移動先の国に着いた時点から1年間の期間が開始するとした(この点に関して、裁判所は、オーストラリア家族法規則16条1項は混乱を招く規定であると指摘した)。本件では、子がアメリカから連れ去られた時から返還申立まで18ヶ月が経過していたが、その間、子どもは母(TP)とマレーシアに居住していた。裁判所は子が新たな環境に「なじんだ」と認めるに足る証拠はなく、また母がオーストラリアに永住の目的での移住を提案したことにより、マレーシアでなじんだことの要素が確立されていたとしても中断されたとした。

また、*State Central Authority v. C.R.*判決 (2005年 : ID 824) は、12条1項の返還申立てが移動から1年以内になされたか否かを判断する場合の移動時とは子が被要請国に着いた時ではなく、常居所から移動した時であるとした上記の *State Central Authority v. Ayob (1997) FLC 92-746* 判決 (1997年 : ID232) にしたがったうえ、移動の時とは移動した場所の現地時間であると判断したため、本件では返還申立てが移動時の現地時間から1年以内になされており12条2項は適用されないとした。

イギリスの *Re H.; Re S. (Abduction: Custody Rights) [1991] 2 AC 476* 判決 (1991年 : ID115)、スコットランドの *Findlay v. Findlay 1994 SLT 709* 判決 (1993年 : ID184) も、同様の判断を示した。

イスラエルの *Family Application 000111/07 Pl oni vs. Almonit* 判決 (2007年 : ID938) では、母(LBP)の返還申立ての時点で、父が子をフランスから連れ出した日から1年以上が経過していたが、イタリア、ウクライナを経由してイスラエルに着いた日から1年は経過していなかったことから、返還手続の開始の問題について、常居所からの移動の日が関連の日なのか、イスラエルに到着した日なのかが問題となった。第一審裁判所は、1年経過していないとして返還を命じたが、控訴審裁判所では12条1項の期間の計算について意見が分かれたものの、仮に1年経過していたとしても、子(連れ去り時2歳)は新たな環境に「なじんだ」ことが証明されていないとした。

### ② 不法な留置の開始時期

不法な移動と異なり、不法な留置の場合は、子の所在の国境を越えた物理的な移動という外形的・客観的な事実はなく、子は既に常居所国以外の国にいるが、TPが子を常居所国に返さないことによって発生する。そのため、1年間の期間の起算点との関係で、不法な留置の開始時期とはいつか、子の留置は具体的にどの時点から不法になるのかが問題となる。

この点について、締約国の裁判例は、不法な留置は、TPが子を返さないことを決めた時から開始する、そのようなTPの意図をLBPが知った時から開始する、LBPが具体的に知らされた時から開始する等、解釈が分かれている。

### イギリス：

*Re A.Z. (A Minor) (Abduction: Acquiescence) [1993] 1 FLR 682* 判決（1992年：ID50）において、控訴審裁判所は、TPが子を返さないことを一方的に決めた時点で留置が不法になるとした第一審裁判所の判断を覆し、不法な留置は、母親が居住命令及び接近禁止命令の *ex parte* 申立て<sup>15</sup>を行った日に開始するとした。

これに対し、*Re S. (Minors) (Abduction: Wrongful Retention) [1994] Fam 70* 判決（1993年：ID117）は、子を返さないと親が決めた時点で、それが他方親に知らせる前であっても、不法な留置の行為を構成し得るとした。

### アメリカ：

*Slagenweit v. Slagenweit, 841 F. Supp. 264 (N.D. Iowa 1993)* 判決（1993年：ID143）が、帰国日の特定なしに子を国外に移動することの許可がある場合、LBPが子を監護したいという希望を明示し、子との居住権を主張するまでは不法な移動は開始しないとした。

*Zuker v. Andrews, 2 F. Supp. 2d 134 (D. Mass. 1998)* 判決（1998年：ID122）は、LBPが、子が返ってこないと知った時に不法な留置となるが、それがいつであるかは客観的に決定されるべきであるとし、本件においては、母（TP）が祖母のアパートを出てマサチューセッツに自分自身のアパートを借り始めた時点であるとした。

*Karkkainen v. Kovalchuk, 445 F.3d 280 (3rd Cir. 2006)* 判決（2006年：ID879）は、究極的には条約の下で子が不法に留置されたか否かの決定のために、親が監護権を希望することを明白に伝えることは要求されないとした。

*Etienne v. Zuniga, 2010 WL 2262341 (W.D. Wash., 2010)* 判決（2010年：ID/NA）は、不法な留置は、LBPが「TPが子と共に戻らないつもりであることを知ったとき」であるとし、本件では、不法な留置は、TPがLBPに対し、子を返さないと述べた日ま

---

<sup>15</sup> *Ex parte* 申立では、相手方に申立の通知はなされずに決定がなされる。

たはその前に起きたており、父（LBP）は、子が1月に学校が始まるのにメキシコに戻ってこなかった時に、何かおかしいとわかったこと、父は子と普通に電話で連絡が取れなくなっていたこと、子はアメリカの学校に在籍していたと証言したことから、父は父が帰ってこないとの会話より以前に知っており、不法な留置はもっと早く開始していた可能性があるとした。

*Chechel v. Brignol*, 2010 WL 2510391 (M.D. Fla., 2010) 判決（2010年：ID/NA）は、両親の間で子が海外旅行から戻るべき日時について合意がある場合は、1年間の開始時期としての不法な留置は、子を返還しないという期日前の通知の日ではなく、合意された日が過ぎた時に始まるとした。

*Falk v. Sinclair*, 692 F. Supp. 2d 147 (D. Me., 2010)判決（2010年：ID/NA）は、1年の経過と「なじんだ」の例外事由の目的における不法な留置日は、父（TP）が子を返還しないと以前に知らせた日ではなく、子を合意された日を越えて留置することにより、両親の監護に関する合意に矛盾する行動を取った日であるとした。

### ③ 条約に基づく返還手続の開始

いくつかの裁判例では、条約に基づく返還手続の開始日について、返還申立てが子の所在国の中央当局に申立てられただけでは十分でなく、被要請国における返還手続が司法機関において行われる場合には、被要請国において返還申立ての裁判手続が開始されなければならないことを明らかにしている。条約に基づく返還手続の正確な開始日がいつかは、12条2項の「なじんだ」の抗弁との関係で問題となる。

例えば、カナダの *V.B.M. v. D.L.J.* [2004] N.J. No. 321; 2004 NLCA 56 判決（2004年：ID592）は、12条1項の「司法機関または行政機関」の「行政機関」とは中央当局の意味ではなく、返還申立ての決定の権限を有する機関を意味し、司法機関が返還手続を行う国においては、司法機関に対し返還申立てがなされた日が連れ去り・留置から1年を経過しているか否かを検討しなければならないことを明らかにした。

アメリカの *Wojcik v. Wojcik*, 959 F. Supp. 413 (E.D. Mich. 1997)判決（1997年：ID105）では、子を連れて休暇でアメリカに来ていた母が1994年11月1日、父に対しフランス（常居所）に戻らない意思を伝え、父は1995年7月1日フランスの中央当局に返還申立てをなし、同申立ては7月15日にアメリカの中央当局に転達され、1996年1月30日、アメリカ国務省は同申立てを NCMEC（National Council for Missing and Exploited Children）に回付し（当時、アメリカではインカミング・ケースについては同機関が中央当局の任務を担っていた）、父は1996年3月27日、連邦地方裁判所に返還申立てをしたという事案において、父はアメリカ中央当局に返還申立てをしたのは、留置から1年であったと主張したが、裁判所は、中央当局への申立ては12条2

項の申立てにあたらないうとして、本件では、返還申立てが不法な留置から18ヶ月経過しており、子（留置時6歳と3歳6ヶ月）は新しい環境になじんだとして返還を拒否した。

#### ④ 子が隠されていた場合における1年間の起算点

アメリカの判例法では、*Furnes v. Reeves* 362 F.3d 702 (11th Cir. 2004) 判決（2004年：ID578）の例が示すように、TPが子を隠しており、その結果、LBPの返還手続開始が遅れた場合、アメリカにおける時効の起算点に関する equitable tolling の原則を適用して、12条1項の1年間の期間の起算点は、子どもの発見の日から開始するという解釈が採用されている。その根拠は、このような考え方を認めなければ、子を連れ去り、子を1年以上隠した親が、そうしなければ主張できたはずのない自己に有利な抗弁を主張する可能性を作り出し、自らの非行に基づき利益を得ることになるからであると説明されている。

しかしながら、12条1項において明記された時間制限に関して、この原則を適用することは、他の締約国の裁判例では否定されている。

後述のイギリスの *Cannon v. Cannon* [2004] EWCA CIV 1330 判決（2004年：ID598）で、控訴審裁判所は、1年間の期間に子を隠匿していた期間を算入しないという tolling の原則は、冷酷すぎるアプローチであり、現実的な条約の結果を追求しようとすることを阻害する結果を生む危険があるとして採用しなかった。

また、前述の香港の *A.C. v. P.C.* [2004] HKMP 1238 判決（2004年：ID825）は、母（LBP）がアメリカの裁判例で採用されている equitable tolling の原則に基づき、12条が規定する1年の期間は子が発見された時から開始すると主張したが（母は子の発見から1ヵ月後に返還手続を申し立てた）、裁判所は条約の文言と判例法を検討した結果、この主張を排斥し、子は父による隠匿（本件でオーストラリア中央当局は香港中央当局に通知し、子は監視リストに載っていたが、父は子と共に中国本土から気付かれずに香港に移り住み、そこで永住資格の申請中だった）の被害者であるが、隠匿によって12条1項の期間の経過が停止することはないとした。その理由として、裁判所は、条約の返還の目的を無制限に適用することはできず、時の経過の程度が、迅速な返還の目的が合理性を失うところまで達している場合には、TPの倫理的な罪にかかわらず、返還は、当該子を根本的に混乱させる危険があると指摘した。

#### （3）子が新しい環境に「なじんだ」ことに関するいくつかの論点

「なじんだ (settled)」の概念の解釈について、文字通りに解釈すべきか、条約の政策目的にしたがって解釈すべきかについて、締約国の裁判所の立場は分かれている。後者のアプローチを支持する国の裁判例では、連れ去った親の側の立証責任は明らか

により重くなり、例外が認められるのはより困難となる傾向が見られる。

### ① 「なじんだ」の解釈・認定基準

#### イギリス：

*Re N. (Minors) (Abduction) [1991] 1 FLR 413* 判決（1990年：ID106）において、「なじんだ」とは、単なる環境への適合以上のものであり、コミュニティに関連し、コミュニティと環境に根をおろしたという物理的な要素、さらに、安全と安定を示す感情的な要素を伴うものであるとされた。また、12条の規定に「新しい」という言葉が使われていることは重要であり、常に緊密で愛情に満ちた接触があるTPとの関係それ自体ではなく、場所、家庭、学校、人々、友人、活動や機会の要素がなければならないとして、連れ去り時3歳6ヶ月と2歳の子について「なじんだ」ことを認めず、返還を命じた。

*Cannon v. Cannon [2004] EWCA CIV 1330* 判決（2004年：ID598）も、これまでの判例法は条約の目的と政策を支持しており、個別の事案において支持できる結果を達成する可能性を増大させる裁量権を裁判官に与えているという点で支持できるとし、「なじんだ」ことの物理的な側面だけを考慮するのでは不十分であり、同様の考慮が感情的・心理的要素にも与えられなければならないとした。

しかしながら、イギリスの判例法では、最近、「なじんだ」の要件の解釈に関して、*Re M. (Children) (Abduction: Rights of Custody) [2007] UKHL 55, [2008] 1 AC 1288* 判決（2007年：ID937）において、最高裁判所が子を中心として評価するという、これまでとは異なる解釈を示している。本件では、子は審理時13歳と10歳で、父（LBP）からの返還申立て時において既に連れ去りから2年以上が経過していた。Hale裁判官は、元の国への迅速な返還の目的を達することができなかった事案では、元の国はもはや監護権紛争の解決のためのより良い管轄地であると考えすることはできないと指摘し、条約の政策（子の迅速な返還）はすべての事案において同一の結果をもたらすものではなく、条約の政策は例外をもたらす状況と併せてその重要性を検討しなければならないが、その際、具体的な子の福祉を指向する方向で検討すべきであると指摘した。そして、第一審裁判所は、裁量権の行使について制限的過ぎる基準を適用した点に誤りがあるとし、「なじんだ」の問題を子の観点から検討し、子は、新しい環境に組み込まれ、今やそこにとどまりたいと感じていることを指摘し、ジンバブエにおける生活の不確実さや不安定さの問題といった要素にも照らし、本件で条約の政策はあまり重要性がなく、世界中の子の連れ去りという問題を一般的に抑止するために子が困難を強いられるべきではないとして、子の返還を拒否した。

INCADAT コメントは、この判決は、今後、従前の裁判例がとってきた解釈に影響を与えることが予測されるとしている。

### スコットランド：

*Soucie v. Soucie* 1995 SC 134 判決（1994年：ID107）が、連れ去り時ほぼ1歳の子についての返還申立ての事案において、12条2項が発動されるためには、根付いた場所から移動されないという子の利益が十分に強く、条約の主たる目的、すなわち、子の将来が適切な場所で決定されるよう適切な管轄に子を返還するということに勝るものでなければならないとして、「なじんだ」ことを認めず、返還を命じた。

*P. v. S.*, 2002 FamLR 2 判決（2000年：ID963）で、控訴審裁判所は、10歳の子についての返還申立ての事案において、12条はTPが「なじんだ」かを問題とするものではないが、子がTPに緊密に依存している場合、子が「なじんだ」かどうかに関わるTPの状況と意図を無視するのは誤りであるとした。また、「なじんだ」状況とは、その状況が持続し合理的に依拠できるような状況であって、急激に変化したり崩れる可能性を示すものがない状況であるから、その判断においては、将来についてのある程度の予測も必要であるとした。また、裁判所は、例外が正当化されるのは、現在の状況の継続が続くことが見込まれ、それを中断すべきでないということに基づいているから、そのような継続性が期待できない場合は、現状を維持すべき理由を見出すことは困難であるとし、「なじんだ」ことを認めず、返還を命じた。

最近の *C. v. C.* [2008] CSOH 42, 2008 S.C.L.R. 329 判決（2008年：ID962）でも、「なじんだ」と認められるためには、単なる環境への適合以上のものが要求されるのであり、「なじんだ」とは、地域に定着するための物理的な要素と安全と安定を意味する感情的要素から成るとの解釈を示し、その判断のために、根付いた場所から移動されないという子の利益を示す証拠に相当の説得力があり、そのために条約の主たる目的（子の迅速な返還）に勝ると言えるかどうかを決定すべきであり、子の将来の状況にも考慮を払わなければならないとされている。

### アメリカ：

*David S. v. Zamira S.*, 151 Misc. 2d 630, 574 N.Y.S.2d 429 (Fam. Ct. 1991) 判決（1991年：ID208）が、3歳と1歳半の子について、大きな年齢の子なら関わっていたであろう学校や、課外の、コミュニティの、宗教的、社会的活動に関わっていなかったことや、常居所国との実質的で意味のある関係を維持していたから、連れ去り先のコミュニティとの実質的な絆を確立していないとして、「なじんだ」ことを認めず、返還を命じた。

また、*In re Interest of Zarate*, No. 96 C 50394 (N.D. Ill. Dec. 23, 1996) 判決（1996年：ID134）では、裁判所は、審理時8歳（連れ去り時7歳）の年齢のほとんどの子にとって、学校に通い友人ができるのは、短期間に普通に起こることであって、その事実だけでは、特に期間が比較的短い場合、子が「なじんだ」とは言えないとし、「なじ

んだ」ことを認めなかった。<sup>16</sup>

*Wocjik v. Wocjik*, 959 F. Supp. 413 (E.D. Mich. 1997) 判決 (1997年 : ID105) は、8歳と5歳の子 (審理時) は、アメリカに18ヶ月間住み、学校や保育園に継続して通っており、地域に友だちや親せきもいて、家族は教会に定期的に通い、母 (TP) は安定した仕事に就いていることから、子は審理時において「なじんで」いることを認めた。

*Robinson v. Robinson*, 983 F. Supp. 1339 (D. Colo. 1997) 判決 (1997年 : ID128) では、連れ去りから返還手続の開始まで22ヶ月間が経過していたという事案について、12条2項は、子を常居所から移動するのが有害であるのと同様に、子が新たな環境と関係を有し、または、「なじんだ」場合、再度移動することも有害であるから、「子の最善の利益」の観点から設けられた規定であるとし、ただ、「なじんだ」とは、単なる時の経過ではなく、子が新たな環境に実際になじみ、関係を持ち、返還が有害な効果をもつ中断となることの証拠が必要であるとした。本件では、5歳 (審理時) の子は、新たな場所に意味のある関係を持つことができる程度に明らかな年齢であり、本件の子は、学校で元気にやっており、父方家族とも関係を有し、課外活動にも参加し、友だちもできているから、新たな場所に順応したことが認められるとして、「なじんだ」ことを認め、返還を拒否した。

*Toren v. Toren*, 26 F. Supp. 2d 240 (D. Mass. 1998) 判決 (1998年 : ID225) は、①子がマサチューセッツに約1年住んでいたこと、②他の家族の構成員やその仲間とマサチューセッツにおいて相当の関係を形成したこと、③学校と教会になじんだこと、④「ボストン地域の医療関係者との継続中のセラピーの関係」を理由に、12条の「なじんだ」と認められるとした。

*In Re Koc181 F. Supp. 2d 136 (E.D.N.Y. 2001)* 判決 (2001年 : ID/NA) は、子が新たな環境になじんだかの判断において用いるべき6つの要素を示した。すなわち、①子の年齢、②新たな環境における子の住居の安定性、③子が学校または保育園に継続的に通っているか、④子が教会に定期的に通っているか、⑤TPの仕事の安定性、⑥子が新たな地域に友だちや親せきがいるかである。本件では、子が3年間に住居が3回、学校も3回変わっていること、母と子の不安定な在留資格、母の職歴の不安定さから子がなじんだことを認めなかった。

*Moreno v. Martin*, 2008 WL 4716958 (S.D.Fla., 2008) 判決 (2008年 : ID/NA) は、「なじんだ」とは、快適な物理的な存在以上を意味するものであり、新たな環境との実質的な関係を示す実態的な証拠がなければならないとして、本件の子は3歳であり、こ

---

<sup>16</sup> なお、この事件では、子の異議の抗弁も主張されたが、裁判所は、子は、返還手続の性質を理解しておらず、母の再婚相手のことも父と呼んで、自分の父親との区別もできていないとして異議を認めず、返還を命じた。

のような幼児は、新たな環境との意味のある関係を発展させるには幼すぎることに、母 (TP) は、子が社会的、地域的、または、課外活動に子が定期的に参加しているとか、母が教会に通っているといった証拠も示しておらず、実際、本件の子の年齢の子が、そのような活動に有意義に参加する発達的能力を有し、それゆえなじんだと認められることがあるかは疑問であるとし、母がアメリカに着いてから18ヶ月間の間に母と母方祖母は少なくとも5回も住居を変えており、子の住居が不安定であったこと、子は新たな環境に親戚がほとんどいないこと、母は、仕事の性質、期間、安定性に関する証拠を提出しなかったことから、子が「なじんだ」ことを認めなかった。

*Riley v. Gooch, 2010 WL 373993 (D. Or., 2010)* 判決 (2010年: ID/NA) は、2歳の子がオレゴンで継続的に保育園に通い、友だちもおり、父 (TP) の家族と共に1年以上、同じ住居に住み、ドイツ語ではなく英語を話す、アメリカでの2年間の間に5回も引っ越しており、母と義理の兄とは16ヶ月間会っておらず、地域や課外活動、クラブ、スポーツには何も参加していなかったという事案について、TPは、ドイツへの返還命令が生活を中断させ、有害な結果となるであろうという程度に、子がアメリカとの実質的な関係を築いたことを証明できておらず、むしろ、TPは、ほとんど2歳の子はとても順応しやすいことを示したとして、「なじんだ」ことを認めなかった。

### オーストラリア:

*Director-General, Department of Community Services v. M. and C. and the Child Representative (1998) FLC 92-829; (1998) 24 Fam LR 178* 判決 (1998年: ID291) において、控訴審裁判所は、条約をオーストラリア法に受容する家族法 (子奪取条約) 規則の16条に規定される「なじんだ」の用語には普通の意味が与えられるべきであるとして、*Graziano v. Daniels (1991) 14 Fam. LR 697* 判決 (1991年: ID259) が控訴審裁判所が採用した、より制限的な解釈に従わないことを明らかにした。本件において、裁判所は、子 (留置時ほぼ9歳と7歳9ヶ月) が、オーストラリアの生活に目覚ましく適合しており、約3年間居住して学校になじみ、英語が使えるようになり、母方祖母 (TP) と共に定着し愛情ある環境で生活している事実を認定し、人間は環境になじんでも深刻な問題を経験することはあり、子が虐待に関するカウンセリングを依然として必要としているとの事実は、子が、規則の意味において、新しい環境になじんでいないことを意味するものではないとしたほか、「なじんだ」の程度を判断するために、子が述べたことを考慮することができるとした。また、「なじんだ」かどうかは、返還申立て時、または、審理時において考慮されるべきであり、イギリスの裁判所が示唆する、裁判所は、「なじんだ」かどうかの判断のために将来についても考慮して「長期的な定住の地位」を検討しなければならないとする解釈は、オーストラリアの規則に関する限り適用されず、したがって、子の在留資格に関する懸念は子がオーストラリアに定着しているという地位を変えることにはならないとし、子が「なじんだ」ことを認め、返還を拒否した。

*Townsend & Director-General, Department of Families, Youth and Community (1999) 24 Fam LR 495* 判決（1999年：ID290）もまた、子（連れ去り時4歳と3歳）が新たな環境に「なじんだ」を検討するにあたり、*Graziano v. Daniels (1991) FLC 92-212* 判決（1991年：ID259）が従前採用していたアプローチを否定して上記の *Director-General, Department of Community Services v. M. and C. and the Child Representative (1998) FLC 92-829* 判決（1998年：ID291）において採用されたアプローチにしたがうことを明らかにした。そして、単なる環境への適合以上の定住の程度が必要である、あるいは、定住の物理的要素と感情的構成要素の両方が必要であるとの *Graziano* 判決のアプローチは、法律に不要なものを付加することになるとし、適用すべき唯一の基準は、子が新たな環境に「なじんだ」かどうかだけであると、本件の事実関係の下では、子が「なじんだ」ことを母は立証できていないとして、「なじんだ」の抗弁を認めなかった。

*Secretary, Attorney-General's Department v. TS (2001) FLC 93-063* 判決（2000年：ID823）は、オーストラリアの判例法にしたがい、「新たな環境になじんだ」の用語には、用語の普通の意味が与えられるべきであり、制限的に解すべきではないとしたうえで、子どもが「なじんだ」ことの立証責任は、特別に重い責任という訳ではないが、可能性のバランスによって決定される事実の問題としてTP側にあるとした。そして、幼い子の場合、家庭環境がより重要ではあるが、年長の子に比べて関連ある環境が制約されていることを認めながらも、極めて幼い子の場合、新たな環境に「なじんだ」ということがあり得ないとするアメリカの判例に基づく申立人（LBP）の主張を排斥し、本件の子（連れ去り時3ヶ月、審理時22ヶ月）は新たな環境に「なじんだ」と判断したうえで返還を拒否した。

*State Central Authority v. CR [2005] Fam CA 1050* 判決（2005年：ID824）は、連れ去り時9ヶ月の子について、返還申立てが連れ去り時の現地時間から1年以内になされており12条2項は適用されないとしたが、「なじんだ」の要件について、幼児の場合、オーストラリアの判例法の基準によれば容易に新たな環境に「なじんだ」と証明できてしまうという懸念を示しながらも、本件で子は新たな環境に「なじんで」いるとした。

### フランス：

*CA Paris, 05/15032* 判決（2005年：ID814）で、控訴審裁判所は、本件で、子（連れ去り時7歳6ヶ月）が「なじんだ」かを評価するにあたり、子がフランスの学校での3年生の学年を始めたこと、学校での成績が良いこと、学校の心理士との話の中で子どもがフランスで勉強を続け、母と一緒にいたいと希望している事実を考慮した。そして、国連子どもの権利条約にしたがい、子どもの意見が聴取した結果、裁判所は、

子は新しい環境に「なじんだ」と認め、子の最善の利益の要請により子をアメリカに返還しないと判断し、返還を拒否した。

#### オーストリア：

最高裁判所の *7Ob573/90 Oberster Gerichtshof, 17/05/1990* 判決（1990年：ID378）が、連れ去り時15ヶ月の幼児について、連れ去りから18ヶ月後に返還手続が開始された事案において、この期間中、子は母方の祖母の家で母と住んでおり、2歳半の子の観点からすれば、18ヶ月間というのは子ども時代の極めて実質的な経験であり、母は12条の用語の意味において子が今やオーストリアでの新たな環境に「なじんだ」ことを証明するのに成功したとして返還を拒否した原審の判断を支持した。

#### イスラエル：

前述の *Family Application 000111/07 Ploni vs. Almonit* 判決（2007年：ID938）で、控訴審裁判所は、極めて幼い子の場合、「なじんだ」かどうかの検討は不要であるとした第一審裁判所の解釈を否定し、「なじんだ」かどうかの問題は子の観点から検討すべきであるとした。そして、本件では、父は子がイスラエルに「なじんだ」ことを証明できていないとし、特に子はヘブライ語の知識を習得しておらず、子の父との緊密な関係及び子の先生や幼稚園の他の子どもたちとの関係は「なじんだ」かどうかの判断において重要ではないとした。

#### モナコ：

*R 6136; M. Le Procureur Général contre M. HK* 判決（2001年：ID510）では、控訴審裁判所は、子の教育的及び社会的状況を検討し、連れ去り時4歳6ヶ月と2歳だった子が既にモナコに3年いるうちに7歳と5歳になり、モナコで教育を受け元気に過ごしていること、新しいクラスに適合して活躍していること、フランス語の知識が上達したこと、スポーツクラブに参加し、ダンス教室に通い、友達もでき、仕事を退職（リタイア）して子と過ごす時間のある愛情に満ちた父、及び、異母妹と共に良い家庭環境で生活していることを指摘し、モナコに残ることが子の利益になるとして新たな環境に「なじんだ」ことを認めて返還を拒否した。

#### スイス：

*Präsidium des Bezirksgerichts St. Gallen (District Court of St. Gallen), decision of 8 September 1998, 4 PZ 98-0217/0532N* 判決（1998年：ID431）は、連れ去り時1歳の子が、今やスイス・ドイツ語を流暢に話し、母（TP）方の家族に囲まれて地元の保育所で幸せにしているという理由で「なじんだ」ことを認め、返還を拒否した。

#### カナダ：

*F.C. c. P.A., Droit de la famille – 08728, Cour supérieure de Chicoutimi, 28 mars 2008,*

N°150-04-004667-072 判決（2008年：ID969）は、連れ去り時11歳の子について、子は新しい学校によくなじみ、良い成績をとり、様々な課外活動にも十分に参加していることに加え、市の主催による活動や、自分の周りで行われている活動に参加していることを指摘して、子は最近、現在の市に引っ越してきたものの、子が新しい環境に「なじんだ」と認め、返還申立てを棄却した。

## ② 子が隠されていた場合

子が所在国で隠されていたために、発見までに時間がかかり、返還手続の審理時においては、すでに長期間が経過している場合がある。このような場合に、子が新しい環境に「なじんだ」と認めるかについて、締約国の裁判例においては、消極的な姿勢を示すものが多いが、返還を拒否するものも見られる。

### カナダ：

*J.E.A. v. C.L.M. (2002), 220 D.L.R. (4th) 577 (N.S.C.A.)* 判決（2002年：ID754）では、4年の経過にもかかわらず、なじんだことが否定された。本件は、父との離婚後、母が偽造パスポートを使って子を連れてカナダに入国し、カナダで再婚し、再婚した夫とも別居した後、父が子を発見し返還申立てをしたという事案である。裁判所は、12条2項の例外について、同項は、「個々の子の最善の利益は一般的には条約の下での調査の焦点ではないとしても、裁判所が子の最善の利益のいくつかの側面、特に根付いた場所から移動させられるという側面について、直接重視することを求めている。問題は、子の最善の利益の評価に基づいて返還を拒否することは、条約の基本的な目的を損なうことになりがちであるということである。したがって、あまりに広く解釈し過ぎれば、『なじんだ』の例外は条約の効果的な運用を損なうだろうし、他方で、あまりに狭く解釈し過ぎれば、例外は実務的な効果をすべて奪ってしまうだろう」と述べ、本件では、不法な連れ去りから7年が経過しており、この時点では返還命令は条約の目的である迅速な返還に資することはなく、連れ去りの時点で、父と子の間に実質的な交流はなかったため（父は裁判所に認められた監督付面会の実施を求めていたが、離婚後2年の頃から面会が実現しなくなっていた）、原状回復は重要な目的ではないとした。しかしながら、裁判所は、本件で返還命令を出すことは、連れ去りを抑止するという条約の目的に資するとし、本件の連れ去りの状況は特に目に余るものであり、母と母を援助した関係者に対し、裁判所は子の連れ去りの問題を断固として明確に扱うのであって、ノヴァ・スコティアは子の連れ去りの天国ではないことを示す必要があるとし、子は常居所に過去7年間いなかったとしても、返還命令は、子の最善の利益は常居所の裁判所が決定するという目的にも適うものであり、子の父とその親族、また、虐待の主張を調査した関係者もアメリカにいるのであるから、アメリカの裁判所が、1995年に開始されたアメリカでの手続を継続し（本件で、母は、父の子に対する身体的・性的虐待を主張したため、父は当初、面会が禁止され、その後、監督付の面会権を付与されたが、母は面会に応じなくなり、調査の結果、性的虐

待がないことが明らかになった後、母は子をカナダに連れ去った)、子の最善の利益は何かを決定する最良の立場にあるとした。さらに、裁判所は、子は今や、学校、友人、及び、活動の点では新しい環境に定着しているが、同時に、母の立場と、子を扶養している母方祖母の不安定さも考慮しなければならないとした(本件で、父が母と子をカナダで発見した後、母と子はカナダに不法に滞在しており、母は在留資格の問題のために働くことができないでいることが判った)。なお、本件で、控訴審裁判所は、返還を命ずる場合、子の返還から生ずる害の危険を減らすため、子をどのように返還すべきかの問題を検討し、子は返還命令から1ヶ月以内に母の同伴によりアイオワに返還されるべきこと、及び、アイオワの裁判所が別の命令をしない限り、またするまでの間、子は母と同居すべきことを命じた。

### スコットランド:

*C. v. C. [2008] CSOH 42, 2008 S.C.L.R. 329* 判決(2008年: ID962)が、2年半の経過にかかわらず、「なじんだ」ことを否定した。裁判所は、判例法を検討し、「なじんだ」というためには、単なる環境への適合以上のものが要求され、「なじんだ」とは、地域に定着するための物理的な要素と安全と安定を意味する感情的要素から成るとし、根付いた場所から移動されないという子の利益を示す証拠に相当の説得力があり、条約の主たる目的(子の迅速な返還)に勝ると言えるかどうかを判断する必要があるとした。また、裁判所は、子の将来の状況にも考慮を払わなければならないとし、さらに、子を隠匿した証拠がある場合(本件で父は子をスイス経由で東南アジアに連れ去り、フィリピンで滞在した後、スコットランドに戻ってきたことを指している)、時間の経過に寄与した行為を考慮するため、「なじんだ」について広く目的論的解釈が必要とされるとした。本件の第一審裁判所は、子が現在の状況で安定しているかの検討において、父が引き渡され拘留される可能性を無視することはできないと述べ、父がいなくても子はスコットランドの新しい家に住み続け、父方の祖母や年長の子(審理時15歳)が世話をできるとの父の主張を排斥して、父がフランスに引き渡され拘留された場合、父の転居癖を考えれば父がスコットランドに戻って生活を始めることは保証できないとして、子がスコットランドでの14ヶ月間の滞在の間になじんだということとはできないと判断し、年長の2人の子(審理時15歳と13歳)の異議も認められないとして、返還を命じたが、控訴審裁判所も、この結論を支持された。

### スイス:

の *Justice de Paix du cercle de Lausanne, (Magistrates' Court), decision of 6 July 2000, J 765 CIEV 112E* 判決(2000年: ID434)も、連れ去りから4年の経過があっても「なじんで」いないとした裁判例である。この事案では、フランス(常居所国)の裁判所で父が子の単独監護権を付与され、母(TP)は連れ去りを繰り返しており、面会権も認められておらず、連れ去りについて有罪判決を受けていたが、祖母(母の母)と共に子をスイスに連れ去った。連れ去り時6歳の子は、スイスでの4年間、学校にも通

っておらず、何の社会的関係性も構築していなかった。裁判所は隠匿状況の性質に照らし、子は新しい環境になじんでおらず、子の母との生活の方が問題があり、返還には重大な危険はないとし、返還を命じた。

### アメリカ：

*In re Coffield, 96 Ohio App. 3d 52, 644 N.E.2d 662 (1994)* 判決（1994年：ID138）では、連れ去り時2歳の子について、連れ去りから返還申立てまでに3年が経過していたという事案において、オハイオ州控訴審裁判所は、返還申立てまでに子がオハイオ州にいた期間は10ヶ月に過ぎず、また、子は学校その他の活動に参加しておらず、父（TP）が特に選んだ第三者との関係しか築いていなかったことを指摘して、子が「なじんだ」とは認めず、返還を命じた。

第11巡回控訴審裁判所の *Lops v. Lops, 140 F.3d 927 (11th Cir. 1998)* 判決（1998年：ID125）は、父（TP）が子をアメリカに連れ去ってから、電子的記録を一切残さないようにしたため、母がアメリカの11の州の機関、国家機関、インターポールを含む国際機関を使って子を探したが、最終的にアメリカの州裁判所が父方の祖母の電話傍受を許可し、その結果子どもが発見されるまでに約2年間が経過していたという事案である（子の年齢は不明であるが、学齢期のような）。裁判所は、子の所在が隠匿されていた状況では、子が新しい環境に「なじんだ」とは言えないとした第一審裁判所の判断を維持し、返還を命じた。なお、この事件の第一審裁判所は、12条2項の1年の期間を時効期間と同視して、*equitable tolling* の原則を適用して、子が隠されていた期間を1年の期間から控除するとしたが、控訴裁判所はこの点については判断を示さなかった。

### イギリス：

*Cannon v. Cannon [2004] EWCA CIV 1330* 判決（2004年：ID598）で、控訴審裁判所は、「なじんだ」ことの物理的な側面だけを考慮するのでは不十分であり、同様の考慮が感情的・心理的要素にも与えられなければならないところ、子が隠匿されていた場合、感情的・心理的になじんだと言えるための必要な要素を立証する責任は大幅に高くなるとして、12条2項により返還を拒否した原審の判決を破棄し、事件を差し戻した。

他方、イギリスの *Re C. (Abduction: Settlement) (No 2) [2005] 1 FLR 938* 判決（2004年：ID815）は、4年経過していた事案において「なじんだ」ことを認め、裁量権を行使して返還を拒否した例である。本件は、母（TP）が1回目に子を留置し、父からハーグ条約に基づく返還が申し立てられた後、子の返還の合意が成立して子はいったんアメリカに返されたが、その後すぐにまた母が2回目の連れ去りをし、子が発見されるまで4年3ヶ月が経過していたという事案であり、控訴審裁判所が、12条2項に

基づき返還を拒否した第一審裁判所の判決（2004年：ID596）を破棄した後の差し戻し審の判決である。裁判所は、控訴審判決が示した基準に事実を適用し、子（審理時10歳）は、新しい環境で幸福で成功しており、安定・定着し、稀に見るほどの活躍をしているとの事実を認定した。すべての証拠が、子と母が学校、教会や地域のコミュニティの完全で熱心で積極的な一員であることを示しており、子の生活に引っ込んだり、ためらいがあったり、暫定性や一過性を示す兆候は見られないとした。そのうえで、裁判所は、裁量権の行使に関して、条約の目的、母が行った不法、父に対してなされた不正義、子の福祉と子の意見を検討し、これらの要素の評価にあたって、TPの行為の不法性の程度が大きいほど、裁判所としては子の返還を命じるべきだという考えになるが、同時に、TPの罪は子に被せられるべきではなく、他の人たちへの例として子が犠牲にされるべきではないとした（一般的予防の目的のために、本件の具体的な子の福祉・利益が引き換えにされるべきではないとの趣旨）。また、裁判所は、返還は子を苦しめることになり、また、父と子の関係を構築することを損ない、逆効果をもたらす可能性があるとした。子の意見は明確にイギリスに留まることを望んでおり、時間の経過を考慮すれば、子の将来を判断するのに、もはや子の常居所の裁判所の方が良いとは言えないとして、返還を拒否した。

### 香港：

*A.C. v. P.C. [2004] HKMP 1238* 判決（2004年：ID825）は、連れ去り時8歳5ヶ月と4歳8ヶ月の子について、連れ去り後4年9ヶ月の経過により「なじんだ」ことを認めて返還を拒否した。裁判所は、「なじんだ」の概念の解釈に関して、イギリスの判例法が採用する、より厳格なアプローチより、最近のオーストラリアの判例法に示される文理解釈の方が好ましいと述べた。そして、本件では、子は香港で生活した16ヶ月間に、隠れた生活を強いられていたことを示すものはないと指摘し、子が「なじんだ」ことを認め、返還を拒否した。

### ③ 「なじんだ」ことが認められた場合に返還命令をする裁量権の有無

13条に規定される例外事由と異なり、12条2の例外事由については、「なじんだ」ことが認められて場合でも、裁判所が裁量で返還命令ができることが明示的に規定されていない。しかしながら、12条2の抗弁についても、裁判所が返還命令についての裁量権を有することを前提として返還の拒否を決定している裁判例が見られる。

### イギリス：

*Re S. (A Minor) (Abduction) [1991] 2 FLR 1* 判決（1991年：ID163）において、控訴審裁判所は、子が「なじんだ」ことが示された状況においては、もはや子を直ちに返還する義務はないが、18条の一般的な裁量により、裁判所は返還を命ずることも命じないこともできるとして18条を根拠に12条2項の場合にも裁判所には返還を命

ずる裁量権があるとしていた。

その後の *Cannon v. Cannon* [2004] EWCA CIV 1330 判決（2005年：ID598）においても、控訴審裁判所は、第一審裁判所（2004年：ID596）が、18条の目的と効果は、被要請国が自国の法に基づき返還を命ずることを条約は制限したり阻止するものではないことを明らかにすることにより、「なじんだ」ことが証明された場合には返還を命ずる裁量の余地はないとした点に誤りがあり、そのような裁量は特に条約18条によって与えられているとした。

しかしながら、この解釈は、その後、最高裁判所の *Re M. (Children) (Abduction: Rights of Custody)* [2007] UKHL 55, [2008] 1 AC 1288 判決（2008年：ID937）において明示的に否定された。この判決の多数意見は、12条2の規定は、「なじんだ」ことが認められる場合に固有の裁量があるかという問題を未定にしておき、18条は条約の下で子を返還する新たな権限を付与したのではなく、国内法により与えられる権限のことを想定していることを指摘した。<sup>17</sup>

*Cannon v. Cannon* [2004] EWCA CIV 1330 判決（2004年：ID598）も、これまでの判例法は条約の目的と政策を支持しており、個別の事案において支持できる結果を達成する可能性を増大させる裁量権を裁判官に与えているという点で支持できるとし、「なじんだ」ことの物理的な側面だけを考慮するのでは不十分であり、同様の考慮が感情的・心理的要素にも与えられなければならないと述べ、第一審裁判所が、なじんだことが証明された場合でも返還を命ずる裁量の余地はないとした点に誤りがあり、そのような裁量は特に条約18条によって与えられているとして、裁量行使の是非について審理しなおすために事件を原審に差し戻した。

#### スコットランド：

この問題は詳細に検討されてはいないが、*Soucie v. Soucie* 1995 SC 134 判決（1994年：ID107）において、「なじんだ」ことが立証されなかったものの、18条に言及して裁量が存在することが示唆された。

#### アイルランド：

*P. v. B. (No. 2) (Child Abduction: Delay)* [1999] 4 IR 185; [1999] 2 ILRM 401 判決（1999年：ID391）において、裁量の存在を肯定するにあたり、イギリスの初期の判例と18条が言及された。

#### ニュージーランド：

---

<sup>17</sup> なお、この事件では、子の異議の抗弁も主張されたが、裁判所は、子は、返還手続の性質を理解しておらず、母の再婚相手のことも父と呼んで、自分の父親との区別もできていないとして異議を認めず、返還を命じた。

*Secretary for Justice (New Zealand Central Authority) v H J [2007] 2 NZLR 289* 判決

(2006年：ID882)は、同国の条約実施のための国内法に基づき裁量が認められることを示した。ニュージーランドの条約実施法（2004年子ども監護法）は、「なじんだ」ことが証明された場合の裁判所の裁量権の行使について明文で規定を置いている。<sup>18</sup>本件で第一審裁判所は、TPがクリーン・ハンドで裁判所に来たと言えない場合には、裁判所の裁量がそのような親を有利に扱うべきではないとして、母（TP）が子を隠していたかどうかを検討し、その際、連れ去りから1年以内に父が母と子がニュージーランドにいることを知っていたかを知ることができた可能性について検討し、裁量権を行使して返還を命じたが、控訴審裁判所は、この判断を覆した。その理由中で、控訴審判決は、裁量権の行使の検討において、条約の目的のほか、個々の子の最善の利益が関連する、あるいは支配的な考慮要素となり、子が「なじんだ」との認定は返還命令が子の最善の利益にならないことを示唆しているが、さらに、子が「なじんで」いる状況、子が不法に連れ去られ、または留置された状況、子が返還によって害される程度が評価の要素に含まれ、返還が子の利益にならないと考える場合、返還命令を拒否することに伴う道理に反する動機を助長しないために、TPが子を隠していた等の事件のいくつかの特徴により返還命令を出すことが必要であるか否かを検討する必要があるとした。本件の場合、母は父の申立て遅延を操作した罪はなく、家族の歴史、とりわけ、父の暴力に照らして、母の行為の倫理的 중요性の問題は限定的であるとして、新しい国に留まることが子の利益に適い、この認定を覆すような他の要因はないと判断した。なお、多数意見は、母が子を隠していたという第一審裁判所の事実認定自体を否定している。なお、少数意見は、「なじんだ」ことが認定された後に裁判所が裁量権を行使する場合は、当該子の利益が第一の、かつ至高の考慮要素であり、子の利益と条約の抑止効果とのバランスをとるべきではないとした。

オーストラリア：

*State Central Authority v. Ayob (1997) FLC 92-746, 21 Fam. LR 567* 判決 (1997年：ID232) が、裁判所は18条を根拠に12条2項に裁量の要素が読み込まれるべきではないとして、子どもが新たな環境になじんだことが認められれば、それ以上に条約適用の余地はないとして、12条2項の場合における裁判所の裁量権を否定した。

*Director-General, Department of Community Services v. M. and C. and the Child Representative (1998) FLC 92-829; (1998) 24 Fam LR 178* 判決 (1998年：ID291) は、子が「なじんだ」ことを認め、返還を拒否したが、裁判所は、子が新たな環境に「なじんだ」と認定しても、必ずしも、返還命令をする裁量が失われるものではないとして、12条2項の場合における裁量権の存在を肯定した。

<sup>18</sup> The Care of Children Act 2004 のセクション 106(1)は、(a) で条約12条2項の場合についても、裁判所は、“may refuse to make an order”と規定して、返還命令を拒否しうるとしている。

*Secretary, Attorney-General's Department v. TS (2001) FLC 93-063* 判決 (2000年:ID823) は、子が新たな環境に「なじんだ」と判断したうえで返還を拒否したが、その際、12条2項の場合における裁量権の有無について論じていないものの、裁量による返還の可能性のあることを前提としているようである。

しかしながら、より最近の *State Central Authority v. CR [2005] Fam CA 1050* 判決 (2005年:ID824) は、オーストラリアの条約実施法においては、12条2項の例外事由の場合に18条を根拠とする裁量権の行使は存在しないと述べて、*State Central Authority v. Ayob (1997) FLC 92-746, 21 Fam. LR 567* 判決 (1997年:ID232) の立場を確認している。本件では、そもそも返還申立てまでに1年が経過していないと認定されたことから、「なじんだ」か否かも、また「なじんだ」と認められた場合における裁判所の裁量による返還の可否についても判断する必要がなかったため、この点に関するオーストラリアの判例法の立場が同判決により明確になったと言えるかは疑問である。しかし、過去に裁量権があるとの立場を示した裁判例においても結論としては返還が拒否されており、いずれにしても、オーストラリアの判例法では、「なじんだ」ことを認めただけで、裁量により返還を命じた裁判例は見当たらないようである。

#### 香港:

*A.C. v. P.C. [2004] HKMP 1238* 判決 (2004年:ID825) も、12条2項の場合に返還の裁量を認めていない。

また、INCADAT コメントによれば、カナダ (ケベック) では、ケベックの条約実施法に18条は規定されておらず、そのため、「なじんだ」の抗弁が認められた場合、裁判所は返還を命ずる裁量権を持たないと解されており、*Droit de la Famille 2785, No 500-09-005532-973* 判決 (1995年:ID653) が、その旨述べているとのことである。

#### アメリカ:

子が新たな環境になじんだことを認めただけで、裁量権を行使して、返還を命じた裁判例は少ないようである。マニュアルは、少なくとも1件の裁判例が裁量権の行使により返還を命じたとしている。

*Antunez-Fernands v. Connors-Fernandes, 259 F. Supp. 2d 800, 815 (N.D. Iowa 2003)* 判決 (2003年:ID/NA) は、TPが、子の返還を求めるLBPに対して、故意に、言語的、文化的な距離と財政的障害を作り出すことに成功したとして、LBPの子の返還も子との将来の交流も阻害しているとして、「なじんだ」ことを認めただけで、返還を命じた。

*Etienne v. Zuniga, 2010 WL 2262341 (W.D.Wash., 2010)* 判決 (2010年:ID/NA) は、8歳の子 (審理時) がアメリカによくなじんでいる実質的な証拠があると認めたが、

裁判所は、子のメキシコ（常居所国）での生活、両親との関係、アメリカでの生活に関する子との面接に基づく児童心理士または類似の専門家の報告書を考慮するとし、返還を命ずるか拒否するかを判断を控えた。

### 3 同意・追認

#### (1) 条約の規定と問題の所在

13条1項(a)は、移動または留置に対し同意または追認があった場合を、返還義務の例外事由と規定する。同意と追認は、それがなされた時点がいつかによって区別される。同意は移動・留置の前になされるものであり、追認は移動・留置の後になされるものである。

このうち同意については、そもそも移動・留置に対する同意があれば、移動・留置は不法とならないのではないかとの問題があるほか、同意・追認のそれぞれについて、具体的にどのような行為ないし不作為が同意・追認と認められるのかという解釈基準や証明・認定に関する裁判例は多い。

#### (2) 同意と移動・留置の不法性との関係

例外事由としての同意の主張立証責任は返還を争う相手方(TP)が負うとされているところ、そもそも、移動・留置に対する同意があれば、移動・留置は不法とならないのではないかという問題がいくつかの裁判例で議論されてきた。

#### 同意が3条の問題となる可能性を示唆した裁判例：

オーストラリアの *In the Marriage of Regino and Regino v. The Director-General, Department of Families Services and Aboriginal and Islander Affairs Central Authority* (1995) FLC 92-587 判決 (1994年：ID312) では、裁判所は、父(LBP)が子連れてオーストラリアに転居することに同意したことを示す母(TP)が提出した証拠を認めた。特に父は母と子の出発を手伝い、2人に多くの動産を与え、2人が片道の航空券しか購入していないことを知っていた。裁判所は、同意は一度なされたら、後に撤回することはできず、同意がある場合、子の移動または留置は3条の用語において不法とはならないから、13条の規定が適用されることはないとした。ただし、本判決は、同意がある場合は3条の問題であるとしながら、13条1項(a)の場合における裁量権の行使方法を検討し、子の福祉と返還命令の実際的結果に考慮が払われるべきであるとして、裁量権を行使して返還申立てを棄却しており、完全に13条の適用を排除していないように読める。なお、本件で、裁判所は、審理手続に関して、申立人親が手続に出席できない場合、出席している親(TP)の主張を重視することにより不利益を与えることのないよう注意が必要であると述べた。

イギリスの *Re O. (Abduction: Consent and Acquiescence)* [1997] 1 FLR 924 判決 (1997年：ID54) 判決で、裁判所は、母(TP)が自殺すると脅したために、子連れてイギリスに転居することを認める文書に父が署名したとの父の主張を認めなかったが、その際、同意の問題は常に13条1項(a)の問題であるとの主張も排斥した。すなわち、裁判所は、申立人が同意自体は認めたとうえで、しかし、同意は騙され、脅かされ、その他の要因により無効であると主張する場合、同意が真の同意であったか否かが主

張立証の対象となり、3条の問題として判断されるべきであるが、同意の存在自体に争いがある場合は13条1項(a)の問題となり、同意の存在を主張する側に立証責任があると述べた。裁判所は、本件では、真に同意があったことが認められ、よって連れ去りは不法ではないとして申立てを棄却した。

その後のイギリスの判例法では、同意の有無は常に13条1項(a)の問題として扱うという解釈が確立している。例えば、*Re P. (A Child) (Abduction: Acquiescence)* [2004] EWCA Civ 971 判決(2004年: ID591)で、控訴審裁判所は、同意の有無は連れ去り・留置が不法か否かの決定に関連する(3条の問題となる)か、単に13条1項(a)の問題として考慮すべきかを検討し、後者の立場を採ることを明らかにした。その理由として、裁判所は、子が一見して(*prima facie*) 監護権を侵害して連れ去られた場合、申立人が連れ去りの不法性を主張して、自分は同意していなかったことの立証を要求するよりも、TPが移動(連れ去り)の正当性を主張し、移動について同意があったことの立証を求めることがより理に適うと述べた。

しかし、最近の *HC/E/UK 1014 Re P.-J. (Children)(Abduction: Habitual Residence: Consent)* [2009] EWCA Civ 588, [2010] 1 W.L.R. 1237 判決(2009年: ID1014)では、この問題についてのイギリスの判例法は、常に13条1項(a)の問題として扱うということで確立してはいるものの、控訴審裁判所の裁判官がその結論に完全には納得しておらず、なお、同意の有無は3条の問題となる場合があると考えていることを示している。すなわち、本件で2人の裁判官は(本件控訴審の担当裁判官は2人)、不法な連れ去り・留置が立証された後で例外事由として問題とされる同意(13条の問題)と、実際に不法な行為があったか否かを決定するための要素としての同意(3条の問題)との関係に関する議論を再検討した。Ward L.J.裁判官は、ペレ・ヴェラ報告書を検討し、同意は移動・移動後の時点でなされることがあると推測される、移動についての同意があったとすれば、議論はあるものの、その効果は監護権の侵害はないということになるであろう、そしてこれとは反対に、同意がなかったとすれば、移動は監護権の侵害になるということになるであろうと指摘したうえで、同裁判官は、この議論をここでこれ以上進めたい訳ではなく、同意については、13条1項aに基づく抗弁の問題として(3条とは)別個に扱うことの方がはるかに良いと述べた。他方、Wilson L.J.裁判官は、この点に関して、同意がなかったかどうかは、LBPが3条の下で、移動は有効な監護権の侵害にあたるという申立ての一部として立証しなければならないことではないとしたが、同裁判官もまた、この「難問」を掘り起こすよりも、確立した立場(13条1項(a)の問題として扱う)をそのまま維持することの方を選んだ。

カナダの *F.C. c. P.A., Droit de la famille – 08728, Cour supérieure de Chicoutimi, 28 mars 2008, N°150-04-004667-072* 判決(2008年: ID969)は、連れ去り時11歳の子について

て、母（TP）が子を連れてカナダに移住する意思を父に伝えた後、子が父母のどちらと住みたいかを尋ねられ、母と一緒にいきたいと述べたところ、父が非常に暴力的な反応を見せたが、その後、母が家を出て行くまでの数週間、母を阻止する措置は何もとらず、出発の日も家を留守にし、母と子がケベックのある地域で1年間住んだ後、ケベックの別の地域に転居する前に初めて子の返還を求めたという事案である。第一審裁判所は、母が家を出て行くと父に告げた時、父は、特に子が母と一緒にいたいと言っているのを知ってショックを受けたが、母と子が出発の準備をするのを阻止しようとはせず、子が国外に出て行くのを止めるための法的措置も取らなかったことから、父は、子の出発に異議を述べず、その後少なくとも1年間これを受け入れていたものであり、本件の移動は不法ではないことを示唆した。3条の不法の要件を欠くとすれば、申立ては棄却され、本来、それ以上の検討は必要ないはずであるが、裁判所は、移動が不法ではないとしても例外事由を検討するとし、子の異議については認めなかったが、子が新しい環境に「なじんだ」と判断して、12条2項の例外事由により、返還申立てを棄却した。

スイスの *Bezirksgericht Zürich (Zurich District Court) (Switzerland), decision of 18 April 1997, U/EU970069* 判決（1997年：ID425）では、母（TP）は父が子の移動に同意したと主張し、父は、同意は母が休暇に母方の両親を訪問することについてだけのものであったと主張したが、第一審裁判所は、父は母がスイスに転居するのを手伝い、子の持ち物を自分で送付したことからして、子が休暇で出かけることを同意したに過ぎないというのは現実的ではなく、子の転居に同意したはずであると述べて、よって、子の移動は不法ではないとして申立てを棄却したが、この結論は、同意の存在を3条の問題として扱ったことを示している。

スコットランドでは、*Murphy v. Murphy 1994 GWD 32-1893* 判決（1994年：ID186）において、裁判所は、父（LBP）は、当初、母が子と共にスコットランドに長期居住することに同意していたのに、転居後に父がスコットランドに旅行した時に起きた出来事の後になって心変わりしたと認定し、よって、子のアイルランド（常居所）からの不法な連れ去りも、スコットランドにおける不法な留置もないとして、返還を拒否した。

#### 同意が3条の問題となることを否定した裁判例：

オーストラリアの *Director-General, Department of Child Safety v. Stratford [2005] Fam CA 1115* 判決（2005年：ID830）は、イギリスの *Re P. (A Child) (Abduction: Acquiescence) [2004] EWCA Civ 971* 判決（2004年：ID591）の判断を支持したうえで、同判決の中で述べられた“*prima facie*”の意味を検討し、同意の存在が証明されれば、裁判所は不法性がなかったと認定すべきであるとの母（TP）の主張を排斥し、“*prima facie*”の用語の適切な解釈は、移動・留置が監護権と矛盾し、または、監護権に干渉することが

証明されれば、監護権の侵害すなわち不法性を認定するのに十分であるという意味であるとして、それ以上に同意の存在の有無が3条の問題となるものではないことを示唆した。

イギリスの *Re C. (Abduction: Consent)* [1996] 1 FLR 414 判決 (1995年 : ID53) において、裁判所は、子が同意の下に移動した場合、移動は不法と分類されるべきではないという主張に説得力があることは認めたが、同意の問題を13条からはずすと裁判所の裁量権が認められなくなるだけでなく、申立人が同意の主張に反論する立証責任を負うことになると指摘し、同意を13条1項(a)のみの問題と位置づけている条約の文言を固守するとした。*Re D. (Abduction: Discretionary Return)* [2000] 1 FLR 24 判決 (1999年 : ID267) では、第一審裁判所は、母(LBP)は、父が子をイギリスで生活させることに同意したと認めたが、13条1項(a)の下で裁量権を行使して返還を拒否しており、同意の問題は13条1項(a)の問題として扱うことが前提となっている。

アイルランドの最高裁判所の *B.B. v. J.B.* [1998] 1 ILRM 136; *sub nom B. v. B. (Child Abduction)* [1998] 1 IR 299 判決 (1997年 : ID287) では、監護権を侵害する移動・留置があった場合、当該行為が実際に不法か否かにかかわらず13条が適用されるべきであり、第一審裁判所が、母が移動に同意していたと認めた後、子を返還すべきか否かについて裁量権を行使せず、連れ去りが不法でなかった場合、条約を適用することはできないと結論付けたことは誤りであるとして、子を返還すべきか否かについて裁量権の行使を検討するため、事件を原審裁判所に差し戻した。

### (3) 同意の認定基準に関する裁判例

#### イギリス :

初期の *Re W. (Abduction: Procedure)* [1995] 1 FLR 878, [1996] 1 FCR 46, [1995] *Fam Law* 351 判決 (1995年 : ID37) は、同意を証明する証拠は、明確で圧倒的な (compelling) ものでなければならず、通常、そのような証拠は、書面であるか、少なくとも書面的なものである必要があるとし、同意の立証のための証拠基準は可能性の比較によるが、問題が重要であればあるほど、比較で勝るためにはより説得力のある証拠が必要であるとした。(裁判所は、本件では同意は立証できていないとして返還を命じた)。<sup>19</sup>

しかし、この厳格な基準は、その後の第一審裁判所の裁判例では緩和されている。*Re C. (Abduction: Consent)* [1996] 1 FLR 414 判決 (1995年 : ID53) では、裁判所は、同意の証明について、13条は、同意は書面によるか、書証によって立証されなければ

---

<sup>19</sup> なお、本件で、裁判所は、ハーグ条約事案で尋問を行うことは極めて稀であることを認めながら、本件では、裁判所は、当事者の意思その他の問題について判断しなければならず、この点に関して供述書は真っ向から対立しているため、尋問を行うのが適切であるとした。

ならないとは規定しておらず、問題は同意が証明されるかどうかであり、証拠方法は様々であるとした。また、同意したという明確な発言が申立人からなされたことは必要ではなく、事案によっては行動から同意を推認することも可能であるとした（裁判所は、本件では同意があったことを認め、返還を拒否した）。

また、*Re K. (Abduction: Consent) [1997] 2 FLR 212* 判決（1997年：ID55）は、同意は真の積極的で一義的なものでなければならないが、書面でなくても同意がなされたことと裁判所が認めることができる場合はあり、また、同意が行動から推測される場合もありうるとした。裁判所は、本件では、意思決定の期間は、たった2週間と極めて短い。申立人父は、母がイギリスに永住することにするかも知れないとの理解の下に、母が子と共にイギリスに行くことを許可したことにより、同意の証明は十分であるとした。そのうえで、裁判所は、裁量権を行使して子を返還しないと決定したが、その際、テキサスの裁判所は、子が母と住むべきであるという判断をしない可能性があると考えられるという事実を重視し、また、同意が証明された事案では、条約の全体的な目的に与えられる重要性は他の事案とは異なることを認めた。なお、本件で、裁判所は、ハーグ条約事案では、人証を認めることは例外的であるが、同意が問題となっている場合は、人証に関して通常採用されている厳格なアプローチを緩和する用意があり、本件は、当事者の宣誓供述書に相容れない矛盾があることから、人証の採用が許される例であるとした。

*Re P. (A Minor) (Abduction: Acquiescence) [1998] 2 FLR 835* 判決（1998年：ID179）でも、控訴審裁判所は、*Re H. and Others (Minors) (Abduction: Acquiescence) [1998] AC 72* 判決（1997年：ID46）が追認について示した解釈は同意についても同様に適用されるべきであるとして、裁判所は、事実について、申立人が主観的に同意を意図して連れ去りまたは留置に無条件の同意を与えたか否かを認定すべきであるとした。そして、本件では、秘密裏に行われた母の出国の性質は、父が同意していたとの認定に反する説得力ある証拠であるとして、同意があったことを否定し、返還を命じた。

### ドイツ：

*21 UF 70/01* 判決（2001年：ID491）で、控訴審裁判所は、同意の立証責任は全面的にTPにあり、ハーグ条約の下での返還手続には、職権調査の原則は適用されないと述べて、父が移動に同意したとの母（TP）の主張を退けた。また、裁判所は、返還手続の性質上、証拠の迅速な確認の要請のために、説得力ある証拠が要求されるとした（本件では同意を含む例外は認められず、返還が命じられた）。

### アイルランド：

最高裁判所は、*R. v. R. [2006] IESC 7* 判決（2006年：ID817）において、イギリスの*Re K* 判決（1997年：ID55）が示した、次のとおりの、同意の概念に関する原則を支

持した。すなわち、①同意の立証責任は同意があったと主張する当事者が負う、②同意は可能性の比較に基づき証明されなければならない、③同意を裏付ける証拠は明確で積極力のあるものである必要がある、④同意は真のものでなければならない、積極的で一義的なものでなければならない、⑤同意は書面である必要はない、⑥「私は同意する」といった明確な供述の証拠があることは必要ない、事案によっては、同意は行動から推認されることもあり得るが、そのような主張がなされた場合、推認は、同意をしたと主張されている親の言動を全体として見ることや、他方親が計画していることを知っていたかどうかによってなされる。

### オランダ：

最高裁判所は、*De Directie Preventie, optredend voor haarzelf en namens F. (vader/father) en H. (de moeder/mother) (14 juli 2000, ELRO-nummer: AA6532, Zaaknr.R99/167HR)* 判決（2000年：ID318）において、控訴裁判所が、母（TP）が、子がオランダに留まることに父が同意したことを示す証人の証言を提出することを認めたことは適切であったとし、また、同意は永住についてのものである必要はなく、唯一の問題は、父が同意したか否かと、そのことが説得力をもって証明されることであるとした。この事件では、同意が認められ、返還が拒否された。

### 南アフリカ：

最高裁判所は、父（LBP）の同意が3ヶ月間という長い休暇のため（父の主張）か、南アフリカに移住するための準備としてのものか（母の主張）が争われた事案についての *Central Authority v. H. 2008 (1) SA 49 (SCA)* 判決（2007年：ID900）において、主要な争点は、子が南アフリカで永続的に居住を継続することに父が明示的に同意したか黙示的に同意したかであると指摘して、黙示の同意もあり得ることを示唆した。そのうえで、裁判所は、母の書証には矛盾があり、出発前の母の行動は父による出来事の説明に沿っており、特に、母はスーツケース2つだけで旅行しており、またオランダから出国する前の数週間のうちに、家具などのかさばる物を購入するのに参加していたことから、13条1項(a)に基づく実質的な抗弁は認められないと結論付けた。なお、本件では、当事者はいずれも人証の申請はしなかったため、事実認定は争いのない宣誓供述書に基づきなされたが、裁判所は、争点を判断するのに他に方法がない場合は、人証による必要がある場合もあるとし、しかしながら、そのような場合、人証の採用は抗弁の本質的な要素の証明のために厳格に限定されなければならないと、尋問は至急実施されなければならないとした。

### スイス：

最高裁判所は、*Bundesgericht, II. Zivilabteilung (Tribunal Fédéral, 2ème Chambre Civile)*、5P.367/2005 /ast 判決（2005年：ID841）、5P.380/2006 /blb; *Bundesgericht, II. Zivilabteilung (Tribunal Fédéral, 2ème Chambre Civile)*判決（2006年：ID895）、*Bundesgericht, II.*

*Zivilabteilung (Tribunal Fédéral, 2ème Chambre Civile), 5P.1999/2006 /blb* 判決 (2006年 : ID896) において、LBPは、子の住居の永続的な変更には、明示的または黙示的に、明確に同意しなければならず、そのように信じたことが合理的なものとする事実についての立証責任はTPが負うことを示した (INCADAT コメント)。

### イスラエル :

*Family Application 042721/06 G.K. v Y.K.* (2007年 : ID939) 判決は、父 (TP) が子をアメリカからイスラエルに連れ帰ったところ、アメリカでの居住が永住の転居だったのか試行期間だったのかについて父母の見解が大きく異なった事案である。裁判所は、家族がアメリカでの生活への適合に困難を感じていたことについては争いがなかったこと、子 (年齢不明) 自身も返還に異議を述べていること、アメリカの滞在期間中、子はアメリカになじめず、英語の勉強に困難を感じ、3つの違う学校で学び、友達ができなかったことから、「国際的」なアプローチからしても、「客観的」なアプローチからしても、子はイスラエルに常居所を維持していたと判断し、より子を中心としたアプローチを採用した。なお、本件では、家族のイスラエルへの帰国に母が同意したとの父の主張について、裁判所は、13条の下で同意または追認が認められるためには、LBPが子の迅速な返還についての権利を放棄したことと、そのことがTPによって承認されたことの2つの要件が満たされなければならないところ、本件では、父が子と共にイスラエルに旅行する前の母の行動は、イスラエルへの帰国に完全に同意していたことを証明しており、この同意を父も承認していたから、仮に子の常居所がアメリカにあるとしても、13条1項 (a) の例外が認められるから返還を命ずることはできないとした。

### アメリカ :

*Baxter v. Baxter 423 F.3d 363 (3rd Cir. 2005)* 判決 (2005年 : ID808) において、第3巡回控訴裁判所は、第一審裁判所が、両親は子がアメリカに移住することが子の最善の利益であると合意していたと認定して父 (LBP) の同意を認めたことについて、第一審裁判所は、父の同意の性質や範囲について言及していないだけでなく、母が子をデラウェアに永続的に居住させることについて父が同意したか、あるいは考えてさえいたかについても論じていないことを指摘して、第一審裁判所の判断を排斥した。控訴審裁判所は、同意の抗弁を検討する際、申立人が、子が母国の国外を旅行することを許可するにあたって、実際に何を考えていたか、何に同意したかを検討することが重要であると述べた。申立人の同意の性質と範囲、何らかの条件や制限も考慮に入れなければならない。申立人が当初、子の旅行を許可し、どこにいてどのように連絡するかを知っていたことは、必ずしも条約の下で移動または留置についての同意を構成するものではないとし、本件では、子がアメリカに永続的に居住することや、母が子の将来について一方的に決定をすることに父が同意したことの証拠はないとした (本件では、他の例外事由の主張も認められず、返還が命じられた)。

*Gonzalez v. Gutierrez*, 311 F.3d 942 (9th Cir 2002)判決 (2002年: ID493) で、第9巡回控訴裁判所は、母 (LBP) は、子がアメリカ国籍を取得することに異議を述べていなかったこと、母は父 (TP) に対して自分はもう子どもの世話はできないと言っていたこと、父母が子のアメリカへの訪問が一時的なものと考えていたことを証言する証人はいないこと、母は子の関係書類すべてを父に渡し、子が国外に出るのに必要な書類を取得するのを手伝ったことから、母は子がパナマからアメリカに転居することに同意していたと認めた。

*Gaballero v. Mena*, 251 F. 3d 789, 794 (9th Cir. 2001) 判決 (2001年: ID/NA) では、第9巡回控訴裁判所は、パナマに住む母 (LBP) が、アメリカに住む父に対し、子はアメリカの方が良い生活が送れると思うと提案し、父が子をアメリカに連れて行くのに必要な書類をそろえるのを手伝い、パナマの空港で子と父に別れを告げ、父は子をアメリカに連れて行ったが、直後に母は心変わりし、子の滞在は2週間を越えないものだったと主張してパナマの警察に連絡し、子の返還を申立てたという事案について、証拠の優越から、母は子の移動及び滞在のいずれにも同意しており、同意の撤回は、子が既にアメリカに移動した後になされたとして返還を認めなかった。

また、TP は、同意の証拠として、渡航許可書 (Travel Authorization Document) を提出することがある。渡航許可書は、多くの国で親が子を国外に移動する時に必要とされている書類で、帰国日が記載されていない。しかし、いくつかの裁判例において、このような書類は、家族が休暇で旅行することを円滑にするために作成されるものであって、一方的に子を連出すことや、子を永久に常居所から連出すことを同意した証拠とはならないとされている (マニュアル、Morley。 *Mendez Lynch v. Mendez Lynch*, 220 F. supp. 2d. 1347 (M.D. Fla. 2002)、*Yang v. tsui*, 2006 WL 2466095 (W.D. Pa. 2006)、*Moreno v. Martin*, 2008 WL 4716958 (S.D. Fla. 2008)、*Bocquet v. Ouzid*, 225 F. Supp. 2d 1337 (S.D. Fla. 2002))。

*Nicolson v. Pappalardo*, 605 F. 3d 100 (1st Cir. 2010)判決 (2010年: ID/NA) は、父 (LBP) が、母と子がオーストラリアに出発するための大掛かりな準備に参加し、家族が出ていった後に男性の友人に自宅に引っ越してくるように誘い、父方祖母のメールは子がいなくなった悲しみを表しており、父はインターネットに「私の家族を私は失った」とか、「女の子がもぎとられてしまった」と書いて載せており、ウェブサイト上で自分のことを「婚姻」から「独身」に変えたという事案である。裁判所は、証拠の評価の結果、父は母がオーストラリアから出ようとしていることを知った後、すぐに母と話し合うためにオーストラリアに行き、法的助言を求める手配をしていること、母は結婚について続けてみるという考えはあると述べていること、父は母に戻ってくるよう説得を試み、帰国のための航空券を予約したこと等の事実が認められ、その結

果、父は永住の、あるいは期限のない転居についてさえ同意したことはなかったと判断した。

#### (4) 同意の認定に関するいくつかの論点

##### ① 騙されてなした同意

イギリスの *Re D. (Abduction: Discretionary Return)* [2000] 1 FLR 24 判決 (1999年 : ID267) では、裁判所は、母 (LBP) が子の移動に同意した書面は父 (TP) から口実として母親に提示されたものであり、母親が騙されて同意したとの母の主張を認めず、母親は移動に同意したと判断したうえで、裁量権を行使して、返還を命じた。

イスラエルの *Family Application 2059/07 Ploni vs. Almonit* 判決 (2007年 : ID940) では、母が当初、子を連れて1ヶ月の予定でイスラエルに行き、父も後から参加する予定であったところ、母が父にイスラエルでの永住の意思を伝え、父もこれに同意して移住の準備を始め、イスラエルへの移住の前に、子がイスラエルに滞在することに異議を述べない旨の書類に署名をしたが、イスラエルに到着後、母が別居を提案したため、父はイスラエルへの転居をやめ、子の返還を申し立てたという事案について、控訴審裁判所は、移動の性質や目的は、家族訪問から居住へと変わっていく場合もあり、父の同意は、イスラエルで休暇を過ごすことに対して同意した時点ではなく、転居に同意した時点について検討しなければならないところ、本件では、父の同意は母親の永住目的を知ったうえでのものであり、母はそれにしたがって行動し転居しているのであるから、父は転居に当初同意したことを取り消すことはできないとし、騙されて同意したとの父親の主張を排斥し、父の同意を認め、子の返還を拒否した。

##### ② 将来の移動に対し予め与えられた同意

カナダの *Decision of 4 September 1998* [1998] R.D.F. 701 判決 (1998年 : ID333) は、カナダでの別居後、父 (LBP) がギリシャに移住し、婚姻関係をやり直そうとして母と子をギリシャに呼び寄せたが、その際、母に対し、やり直しがうまくいかなかったら母はいつでも自由にカナダに帰って良いと言っていたという事案において、裁判所は、やり直しがうまくいかなかった場合、母がカナダに帰ることについて父が同意していた明確な証拠があることを指摘し、このような将来の出来事 (やり直しがうまくいかなかったら帰ること) に対する同意も、13条1項 (a) の範囲に入ることを認め、同意を認めて子の返還を拒否した。

スコットランドの *Zenel v. Haddow* 1993 SC 612 判決 (1993年 : ID76) は、子 (連れ去り時1歳6ヶ月) が生まれる前に父母が既にオーストラリアで別居し、母はスコットランドに帰って出産したが、子の出生から数ヶ月後、母と子は、もしまたうまくいかなかったら母と子はスコットランドに帰って良いという理解の下、オーストラリアに戻り父と15ヶ月間同居した後、母が子をスコットランドに黙って連れ帰ったとい

う事案について、控訴審裁判所は、国を去ることについての同意がいつまで当事者を拘束するかについては限界があり、実際的な目的のために当事者が完全に和解し、一緒に新しい生活を始めたという段階に確実に至ったという場合があることを認めたが、本件ではそのような段階に至っていないと第一審裁判所が判断したことを支持し、また、無期限の将来であっても、将来の転居に対して同意を与えることも可能であるとして、本件の同意の有効性を認め、返還を拒否した。なお、13条1項(a)は、具体的な移動または留置の行為に対する同意または追認を規定しているに過ぎず、将来起こり得るかも知れない移動に対する取消不能な同意というものは、同意がなされた時の事情が相当変わった場合、子の最善の利益の最優先の原則の概念に適合させることは困難であるが、13条1項(a)の同意が、監護権を有する他方親が考えている特定の移動に対するものに限定されるとすれば、そのような同意は子の最善の利益に適うと理解しやすく許容されることを示唆した。

イギリスの *Re L. (Abduction: Future Consent)* [2007] EWHC 2181 (Fam), [2008] 1 FLR 915 判決 (2007年: ID993) は、アメリカで別居し、父は母が子を連れてイギリスに転居することに同意はしていたが、母にフロリダで同居することを提案したところ母もこれに同意し、フロリダでいったん同居した後、母と子は休暇のためイギリスに旅行したところ、母はそのまま子と共にイギリスに残ることにしたと父に伝えたため、父が返還を申立てたという事案である。本件では、子(留置時9歳と5歳)について、イギリスへの旅行前にフロリダの学校に入学手続きがなされていた。裁判所は、あまりにも漠然としていたり、あまりにも不確実であったり、あまりにも主観的な出来事ではいけないが、「仕事への応募がうまくいったら」とか、「子どもが退院したら」などの例のように、出来事が起こることに合理的な確実さがある限り、時期が不確かであったとしても、将来の出来事に対する同意が有効なものとは認められないと言うべき理由は原則として見当たらないとして、将来の移動に対する同意も有効となりうることを示唆した。また、裁判所は、常識的な評価が重要であるとして、同意が、移動の時の状況と完全に明らかに異なる事実関係の下でなされていた場合や、同意が相当前になされたために明らかに失効してしまったに違いない場合、あるいは、同意に基づき子の移動がなされる前に同意をした当事者が同意を撤回した場合など、これらの様々な状況の下では、同意の抗弁は認められないが、すべては程度の問題であるとした。そして本件では、父は、2006年8月か9月の時点で、母がフロリダで幸せでなかったら2007年半ばに転居するという将来についての同意を与えたが、母がイギリスに出国する前にさらに話合いがなされ、父は母と子のイギリスへの旅行の提案についてこれを休暇と呼んでいたこと、往路の航空券も購入されていたこと、休暇の概念は永続的な転居とは対照的に明確に戻ってくることを意味するものであり、休暇についての話合いは、母が以前父から得ていたより広い許可に取ってかわるか、これを修正して、より緩やかな転居の許可をなくし、あるいは少なくとも停止して、より制限的な許可、すなわち、移動するが戻ってくるという許可に替えたことになるので

あって、このような非契約領域においては、当事者はより制限的な同意によって後に停止された元の広範な合意に基づいて行動する権利はないと述べ、本件で父の同意はなかったと判断し、返還を命じた。

イギリスの *HC/E/UKe 1014 Re P.-J. (Children)(Abduction: Habitual Residence: Consent)* [2009] *EWCA Civ 588*, [2010] *1 W.L.R. 1237* 判決 (2009年: ID1014) は、母 (TP) が父の同意の下、子と1年間イギリスで滞在したが、母が滞在期間の終わり頃に、父に対して婚姻を解消し、子と共にイギリスに残りたいとの意思を伝えたところ、父は自分の過去の不寛容な態度を認め、母にスペインでの関係修復を提案し、母もこれを受け入れ、子を連れてスペインに戻ったが、その際、父はもう少しまくいかなかったら、母は子を連れてイギリスに帰って良いと約束していたところ、その後、母が子をイギリスに連れ去ったという事案である。控訴審の *Ward L.J* 裁判官は、将来の転居に対する同意が有効と認められるための基準について、①同意は明確で一義的なものでなければならない、②同意は少し先の移動に対しなされることはあるが、不特定の将来や、何らかの将来の出来事が起きた場合の移動に対するものではない、③予め移動に同意した場合、現実の移動の時点で同意が有効でなければならない、④将来の出来事が起きた場合の移動に対する同意の場合、その出来事が起きることは合理的に確実なものでなければならない、⑤同意の有無は家族生活の破綻の現実の中で検討されなければならない、⑥したがって、同意は現実の移動の前であればいつでも撤回でき、同意が撤回された場合、移動に関するすべての紛争は、子が移動される前の常居所国の裁判所が解決することが適切である、⑦同意の立証責任は、同意を主張する側にある、⑧検討は具体的な事実についてなされ、事実と状況は事案毎に異なる、⑨究極の問題は、簡単に言えば、他方親は明確に一義的に転居に同意したかであるという、同意の有効性に関する基準を示した。本件で、裁判所は、母 (TP) がスペイン (常居所) に戻ることにどのような言葉を使ったにせよ、母は夫が同意しないであろうこと、あるいは、少なくとも子がスペインでの新しい家で幸せにしており、スペインの学校生活をうまく再開したこの時点で、子をスペインから移動させることに異議を述べるだろうことはわかっていたか推測していたと認められることから、移動の時点で同意はなかったと判断した。また、*Wilson L.J* 裁判官は、従前の判例法が同意は移動の前ならいつでも撤回できるとしていたのは誤りであるとの母の主張には一応の説得力はあるが、この主張は、子についての決定が不適切に法的なものになってしまうことになるから認めることはできない、事前の同意が存続していたという抗弁の重みを測るという裁判官の仕事は困難であるが、本質的な問題は、裁判官が、現実には、同意が移動の時点で存続していたと納得できるかどうかである、この点で、隠れて子を移動することは、普通、現実には実質的な同意がなかったことを示唆するものであると述べた。以上より、控訴審裁判所は、同意を認めず、子の返還を命じた。

## (5) 追認の認定に関する各締約国の裁判例

同意は TP による子の移動・留置の前になされるものであるのに対し、追認は TP による移動・留置がなされた後にこれに対してなされるものである。具体的に、どのような場合に追認があったと認められるのか、特に、追認があったと認められるためには、LBP の実際の意思において LBP が追認していたことが必要か、LBP の外に現われた言動から客観的に推認して追認を認定することが許されるか、LBP の言動から客観的に推認される意思と主観的な意思に齟齬がある場合に追認を認めることはできるか等の追認が認められるための基準や、追認の認定において考慮すべき事情や証拠の評価（連れ去り・留置後に LBP に追認ととられるような言動があった場合、LBP が悲しみや抑うつ、トラウマ的な心理状況の中でしたものであるとことをどの程度評価するかや、他の関連証拠と合わせてどのように評価するか等）について各締約国の裁判例は様々に述べている。

また、特に、LBP の言動に基づく追認の推認が許されるかの問題との関連で、LBP による条約に基づく返還申立てが遅れた場合（なお、返還手続の開始が連れ去り・留置から 1 年以上経過していた場合は、12 条 2 項の「なじんだ」の例外事由が抗弁として合わせて主張されることが多く、専ら手続開始の遅れが 13 条 1 項 (a) の「追認」にあたりと主張される事例では、手続開始は連れ去り・留置から 1 年以内であることに注意）に追認があったと認められるか、とりわけ LBP が TP との和解や子の任意の返還に向けて交渉していたために返還の申立てが遅れた場合に追認を認めて良いか、また、追認があったと認められるためには、LBP がハーグ条約上の権利について知っていたことが必要かという問題について論じた裁判例が見られる。

### イギリス：

*Re A. (Minors)(Abduction: Custody Rights*[1992] Fam.106 (1992 年：ID48) 判決は、連れ去りの 3 日後に、父 (LBP) が母に対し、子の監護権のために母と争うことはしないという手紙を書いたという事案について、控訴審裁判所の多数意見は、手紙の文言は明確で一義的であり、母の行為に対する同意と認められるとして、裁量権を行使して返還を拒否すべきか否かを審理するため事件を原審に差し戻した。反対意見は、例外事由は子の利益を目的とするものであって、親の利益を目的とするものではないから、裁判所は、単に 1 通の手紙の言葉だけではなく、関連するすべての状況を検討する必要がある、本件では、父は手紙を書いた時、ハーグ条約の下での返還手続について知らなかったことを指摘し、追認と認められるためには、権利の侵害について理解したうえで同意がなければならないとした。<sup>20</sup>

*Re A.Z. (A Minor)(Abduction: Acquiescence)*判決 (1992 年：ID50) は、父親が 1991 年 10 月から 1992 年 1 月まで 1 歳の子を母親がイギリスに連れて行くことに同意したが、

<sup>20</sup> なお、本件では、母はオーストラリアに戻れば生活保護に依存しなければならないことから重大な危険があると主張したが、このようなこと自体は耐え難い状況を構成するものではないとして否定した。

母親は1991年11月に別の男性と関係を持ち、子を叔母に預けたため、母親の家族が父親に連絡をしたが、父親はクリスマスまで叔母が子を預かるよう頼み、その後イギリスに来たところ、叔母が *ex parte* で申立てた居住命令及び接近禁止命令を送達されたという事案である。控訴審裁判所は、追認は、常居所への子どもの迅速な返還と矛盾する行為でなければならないが、現在の状況を長期的に受け入れるものである必要はないとし、第一審裁判所が、客観的に観察される父の行動と、父の認識によればその行動が叔母にもたらしたであろう効果ではなく、父の主観的な心理状態を重要視し過ぎたと述べて、父の追認があったことを認め、裁量権を行使して返還を拒否すべきかを審理するため、事件を原審に差し戻した。

後述の *Re S. (Minors)(Abduction: Acquiescence)* (1994年：ID47) 判決で、控訴審裁判所は、積極的な追認と消極的な追認の概念の使用を支持し、積極的な追認は提出された証拠の優位性に基づいて判断されるが、消極的な追認の認定に際しては、申立人の現実の意図に考慮が払われるという基準を用いて、本件の父(LBP)の行動(返還申立てが遅れたこと)から同意を推認することはできないと判断した。なお、本判決の中で、Neill L.J.裁判官は、裁判所にとって主として関心があるのは、申立人の行動を他方親がどのように認識していたかという問題ではなく、申立人が実際に追認したか否かの問題であるが、申立人が客観的に見れば追認にあたる、一義的な言動を他方親に対してなした場合には、申立人はそうした言動を撤回したり、これと異なる内心の意思を主張することは許されないと述べている。

*H. v. H. (Abduction: Acquiescence) [1996] 2 FLR 570* 判決(1996年：ID169)は、子の連れ去りの後、当初、父(LBP)が数ヶ月間、ユダヤ教正統派の方法で解決を試みたがうまくいかなかったため、ハーグ条約の下で返還手続を開始した事案について、控訴審裁判所は、追認はLBPが迅速な返還を主張することと明らかに矛盾する行動の形を取ることに伴う積極的なものと、LBPが迅速な返還を主張することを示す言動をとることなく時間が経過するのを許すという意味で消極的なものがありうるとした。そして、根拠とされる行為が積極的なものである場合は、当事者がそのように行動した主観的動機や理由にほとんど重きは置かれませんが、行動しなかったことが根拠とされる場合は、LBPの心理状態と、行動を取らなかったことの主観的な理由についてある程度の検討をすることが適切であるとした。そして、本件の場合、父親が、父の行為から客観的に推認されることと、子の迅速な返還を求める明確な発言をしなかったことと相俟って、積極的な追認を認めることができるとし、追認があったことを認めて返還を拒否した。

これに対し、本件の上告審についての *Re H. and Others (Minors) (Abduction: Acquiescence) [1998] AC 72* 判決(1997年：ID46)で、貴族院(上告審裁判所)は、子が連れ去られた先の管轄に居続けることにLBPが実際に同意したか否かを検討する

という、「追認」の文脈における通常の意味に合致する解釈により、追認があったか否かの判断に際し、一般に LBP の主観的意思を考慮すべきであるとして、積極的な追認と消極的な追認の区別を否定し、また、LBP が追認の可能性を示唆する何らかの積極的な行為をしたからといって、LBP の主観的意図を無視することを正当化して良いことにはならないとした。そして、交渉や宗教的その他の助言者を通じて解決を図ろうとの試みは、そのような試みが失敗した場合に現状を受け入れる意図を通常意味しないから、裁判官は、和解や合意による子の任意の返還に向けた LBP の試みから追認の意図を推認することは控えるべきであるとし、しかしながら、LBP 自身が、子の迅速な返還を主張するつもりはないと TP に信じさせるように振る舞ったという例外的な場合がある場合には、TP の認識に反して、LBP が自身の明確な行動に反する行動（迅速な返還の主張）をとるのを認めることは不公正であるし、そのような明確な行為は、子が連れ去られたトラウマを経験したばかりの親の消極的な言葉や手紙や、LBP からの子との面会交流の要求や、子の自主的な返還を求めての交渉等にも見られないものである。上告審裁判所は、このように述べて、本件の父の行動は、条約の下で迅速な返還を求めることと、明確かつ一義的に矛盾するとは言えないとして、父の追認があったとは認めず、返還を命じた。なお、本件で、最高裁判所は、追認の概念に対応するイギリスの概念は、13条の解釈に直接適用されるものではなく、条約はすべての締約国の法の下で同じ意味と効力を持つべきであるから、積極的な追認と消極的な追認の区別といった、条約や、すべての先進国の一般法には見られない、イギリスにおいてのみ適用される特別な法規則を持ち込む試みはすべきでないとして、解釈にあたり、フランスやアメリカの判例法に根拠を求めた。なお、この貴族院の判決は、イギリスにおいてはもちろん、他の締約国における追認の解釈や認定基準に多大な影響を及ぼしている。

*Re D. (Abduction: Acquiescence)* 判決（1998年：ID178）は、母（TP）が子をイギリスで留置した後に父（LBP）がイギリスへ行き、子の近くで永住しようとしたこと、父がイギリスにおける監護権の本案に関する手続に参加したこと等の事実から、上記 *Re H. and Others (Minors) (Abduction: Acquiescence) [1998] AC 72* 判決（1997年：ID46）で貴族院が示した基準の下で真に追認があったと認められると判断した。*Re P. (A Minor) (Abduction: Acquiescence) [1998] 2 FLR 835* 判決（1998年：ID179）でも、控訴審裁判所は、*Re H. and Others (Minors) (Abduction: Acquiescence) [1998] AC 72* 判決（1997年：ID46）が貴族院が示した追認と認められるための2段階のテスト（①LBPの主観的意思として追認があったかと、②主観的意思としての追認はないが、LBPの行動が子の迅速な返還の主張と明確かつ一義的に矛盾するか）のうち、1つ目のテストについて、父（LBP）は子がイギリスに残ることについて実際に同意していたとは立証されておらず、2つ目のテストについては、父は権利を放棄することなく（ないし、不利益を被ることなく：**without prejudice**）交渉をしたが最終的な合意に至らなかったため、キプロスで手続を開始したのであって、事実の現実の状況について母を誤解させ

るような行動はしなかったとして、父が追認したとは認められないとした。

### スコットランド：

*Soucie v. Soucie* (1994年：ID107) 判決では、控訴審裁判所は、追認は行動しなかったことが説明されない場合、推認されることがあるが、行動を取らなかったことが明確に説明され、その説明が認められれば、推認が可能ではない場合があるとして、本件の父は法的助言者の行為や間違っただけによって妨げられながらも、子の返還の目的を達成するために、子の返還と求めることに終始熱心だったし、自分の力の範囲内ですべての手続をとったと認め、追認を否定した。

### オーストラリア：

*Commissioner, Western Australia Police v. Dormann, JP* (1997) FLC 92-766 判決 (1997年：ID213) は、*Re H. and Others (Minors) (Abduction: Acquiescence)* [1998] AC 72 判決 (1997年：ID46) でイギリスの貴族院が示した解釈を受け入れ、本件では、特に、母 (TP) の代理人によって子が連れ去られた事情からして父が連れ去りを追認したとの母の主張を排斥した。

*Barry Eldon Matthews (Commissioner, Western Australia Police Service) v. Ziba Sabaghian PT 1767 of 2001* 判決 (2001年：ID345) は、再び、イギリスの *R Re H. and Others (Minors) (Abduction: Acquiescence)* [1998] AC 72 判決 (1997年：ID46) の基準、及び、これを承認した自国の裁判所のリーディングケースである *Commissioner, Western Australia Police v. Dormann, JP* (1997) FLC 92-766 判決 (1997年：ID213) にしたがうことを確認したうえで、13条1項 (a) の下で、返還を争う当事者が追認を立証する方法として、次の二通りがあるとした。すなわち、他方親 (LBP) の主観的意図の問題として、①現に連れ去りまたは留置を追認したことを証明すること (現実の追認)、または、②明確で一義的に示された他方親 (LBP) の言葉または行為が、客観的な検討の問題として、現に他方親 (TP) をして、LBP が子の返還を求める権利を主張しないか主張しようとしめないこと、及び、LBP の言葉または行為が子の返還を求めることと矛盾すると信じさせるに至ったこと (解釈による追認) である。本件では、父 (LBP) は主観的にも解釈によっても追認したとは認められないと判断され、他の例外事由も認められなかったため、返還が命じられた。

### アメリカ：

アメリカにおけるハーグ条約判例のリーディング・ケースとされる *Friedrich v. Friedrich*, 78 F.3d 1060 (6th Cir. 1996) 判決 (1996年：ID82) が、条約上の「追認」とは、「必要な形式を備えた行為または発言」であり、裁判手続における証言、説得力のある書面でなされた権利の放棄、または、かなりの期間にわたる追認の一貫した態度などが、必要とされる形式にあたるという、厳格で制限的な基準を示した。そのため、

アメリカでは、同意に比べて、追認の抗弁が成功することはほとんどないという (Morley)。

*Nicolson v. Paparalardo*, 605 F. 3d 100 (1st Cir. 2010) 判決 (2010年: ID/NA) は、オーストラリア人の父 (LBP) は、子の返還を求めてハーグ条約に基づく申立てをしたが、一方で、暫定的保護命令を求めて、メイン州の裁判所に提訴し、その後、父のメイン州の弁護士は、父の代理人として、父に子の「暫定的親権及び親責任 (監護権)」を付与する命令を「管轄の権限のある裁判所が修正すること」に同意したという事案である。第1巡回控訴裁判所は、父がメイン州の監護権に同意したとすれば、そのことは、仮に父の主観的意図がそうではなかったとしても、条約の意味における「追認」にあたるとした。しかしながら、本件では、「管轄の権限のある裁判所」という表現が、メイン州とオーストラリアのどちらの裁判所を意味するのかがはっきりしなかったため、最終的な監護権がメイン州で決定されることに対する「明確で一義的な同意の表現」も、「説得力のある書面による権利の放棄」の効果もないとして、追認を否定した。

#### オーストリア:

5Ob17/08y, *Oberster Gerichtshof*, 1/4/2008 判決 (2008年: ID981) は、同国において追認の認定について始めて検討した裁判例であるが、本件で、最高裁判所は、一時的な状態における追認は13条1項 (a) との関係では不十分であり、常居所の継続的な変更についての追認がなければならないとした (INCADAT コメント)。

#### アイルランド:

*R.K. v. J.K. (Child Abduction: Acquiescence)* [2000] 2 IR 416 判決 (1998年: ID285) では、子の連れ去り後6週間の間、父 (LBP) が母に何通か手紙を書いたことについて、母は、父の手紙が父の裁判所へは行かないとの結論を示唆している、父はアイルランド (連れ去り先の国) で監護権の裁判を始めている、父による返還の申立てが遅かったことを根拠に、父の追認があったと主張したが、父は、手紙は単に和解を模索するものだったと主張した。最高裁判所は、追認に関するアイルランドとイギリスの判例法を検討し、*R Re H. and Others (Minors) (Abduction: Acquiescence)* [1998] AC 72 判決 (1997年: ID46) でイギリスの貴族院が示した、追認の概念は形式的に解釈したり国内法を参照して解釈されるべきではないとの立場を支持し、用語の常識的な意味の解釈により、強力な事実に関する根拠に基づき検討すべきであるとした。そして、本件では、連れ去り直後の時期は抑うつと悲しみの時期であり、父 (LBP) は不確かな雰囲気の中で家族の移住を試みたのであって、父の行為は、父が子の連れ去りを追認したことを示すものではないと判断し、返還を命じた (重大な危険の主張も検討したうえ排斥)。

### イスラエル：

*Reshut ir'ur ezrachi (leave for civil appeal) 7994/98 Dagan v Dagan 53 P.D (3) 254* 判決 (1999年：ID807) では、最高裁判所は、追認は、LBP の外に現われた、客観的な行動の中に表明された主観的な意思に基づいて認められるものであり、そのような LBP の行動から、LBP が子の迅速な返還を求める権利を放棄し、生じた現状についての変更を受け入れたと推認できる場合に認められるものであるとした。そして、追認の例外事由が認められるためには、TP 側において、LBP は子の迅速な返還を求める権利を放棄したと信じたことが必要があるとした。さらに、最高裁判所は、LBP が、子の学校への登録や健康保険の提供等、連れ去り先の国で子のために措置を取ることに合意することは、通常、現状の変更を受け入れたというよりも、子への配慮の証拠となると述べた。また、本件で、子がイスラエルに行き、父 (LBP) が子とまったく連絡をとらなかつたことや子の関心を示さなかつたことは、追認の主張との関係で重要とは言えず、ただし、アメリカ (常居所国) で行われる監護権の手続では重要となるであろうと述べ、また、控訴審裁判所が、連れ去り後 3 ヶ月間、父母が婚姻の解消について電話で交渉をした際の会話を母が録音して提出した証拠を重視して追認を認めたことを批判し (父は交渉が決裂した後になって初めて子の返還申立てをした) 事案の全体を考慮すれば、本件の父は子の返還を熱烈に求めたことはなかつたが、連れ去りを追認してもいなかつたと判断した。<sup>21</sup>

なお、INCADAT コメントによれば、最近、イスラエルの裁判所は、*Family Appeal 575/04 Y.M. v. A.M. Family Application 046252/04 Ploni v. Almonit* 判決 (2005年：ID806) や、*Family Appeal 592/04 R.K v. Ch. K.* 判決 (2004年：ID833) に見られるように、追認があつたことをより積極的に認める傾向にあるという。

### ニュージーランド：

*U. v. D. [2002] NZFLR 529* 判決 (2002年：ID472) は、父 (TP) が母 (LBP) の同意を得て子と共に休暇でニュージーランドに滞在し、母にそのままニュージーランドに居住する意思を伝えたところ、母は、当初、敵対的で取り乱していたが、その後、父にそのまま子をニュージーランドに居させて良いと言ひ、そのような結論に至つた理由を書いてファックスで送つたが、その後、父に対し子の返還を求める意向を伝え、返還を申立てたという事案である。裁判所は、追認に関するイギリスの初期の判例法に照らし、本件の母が書いて手紙は追認にあたるように思われるとしたが、他方で、その背景を検討し、特に、母が手紙を書いた当時、母がカウンセリングとセラピーを受けていたこと、母は父が自殺するのではないかと心配していたことを指摘し、母は

---

<sup>21</sup> なお、本件では、母 (TP) は、アメリカの監護権の裁判を行う裁判所が、母のイスラエルへの転居を認めるであろうかなり高い可能性があり、そうだとすると返還命令は子にとって不要な中断になるとして、このことが重大な危険にあつたと主張したが、裁判所は、そのような主張はハーグ条約の目的を損なうとして排斥した。その後の経過として、本件で、母は子とともにアメリカに戻り、アメリカで監護権と子を連れてイスラエルに転居することの許可を獲得した。

感情的な混乱状態にあったのであり、子をニュージーランドに居させても良いとの母の決断は、冷静でも明確でもなかったとしたが、裁判所は、追認があったか否かを明確にせず、仮に追認が認められたとしても、いずれにしても、裁量権を行使して、返還を命ずるとして、返還を命じた。

*P. v. P.*判決（2002年：ID533）は、留置時7歳とほぼ3歳の子を父がニュージーランドに留置し、母が異議を述べたが、父母は電話で頻繁に話し合い、母は子とも定期的に話をしてきたが、母が父との電話での会話の中で、子の返還に固執しないと述べ、その内容を書面にして父にファックスしたが、その2ヶ月後に母が返還申立てをしたため、母が留置を追認したかが争われた事案である。裁判所は、追認と認められるためにはLBPがハーグ条約上の権利を知っていたことが必要であるとしたイギリス控訴裁判所の*Re A. (Minors)(Abduction: Custody Rights)*[1992] Fam.106（1992年：ID48）にしたがい、本件では、母（LBP）が条約上の権利を知っていながら、子の返還に固執しないと述べたことにより、母や父が子をニュージーランドに留め置くことにしたことを追認した可能性はあるとした。しかしながら、子と離れなければならないとすれば自分は銃で自殺するだろうとまで父が言っていたことから、母は明らかに感情的に強要され、かなりのトラウマの状況にあり、父は自傷行為を行うと明確に信じており、このような懸念のために子の返還を申立てないと決断したのであり、母の混乱した状態と状況に鑑みれば、母が父に送った手紙が本当の追認や同意と言えるかは疑わしいとし、手紙は全体として読めば母の決断は冷静で明確なものではなく、さらに手紙は母が子の返還についての立場をまだ残していることも示唆しているとして、13条1項（a）の追認は認められないと判断して、返還を命じた。<sup>22</sup>

### 南アフリカ：

最高裁判所は*Smith v. Smith 2001 (3) SA 845*判決（2001年：ID499）において、イギリスの*Re H. and Others (Minors) (Abduction: Acquiescence)* [1998] AC 72判決（1997年：ID46）が示した解釈を承認した。そのうえで、本件の父（LBP）は条約について知っており、母の留置が不法であり、よって救済が得られることを知っていたことを指摘し、それにもかかわらず、父は申立てを取り下げ、母との和解の交渉に入ったのであるから、父は留置を追認したものと認められるとして返還申立てを棄却した。なお、この事件で、父は、3人の別々の弁護士に相談し、返還申立ては認められないだろう等の助言を受けていたことから、父は自分の権利について誤った判断をしてしまったと主張したが、最高裁判所はこの主張を排斥した。

## （6）追認の認定に関するいくつかの論点

<sup>22</sup> なお、本件で、裁判所は姉についてその意見が有効とされるための年齢・成熟度に達しておらず、異議の内容も返還についてというより父と離れることについてであり、また姉妹を引き離すことは非現実的で害を与える可能性があるとして子の異議の抗弁を認めなかった。

## ① LBP による条約に基づく返還手続の申立てが遅れた場合

### イギリス:

*W. v. W. (Child Abduction: Acquiescence)* 判決 (1992 年 : ID52) で、裁判所は、父が 10 ヶ月間、子の返還を確保するために何の措置も取らなかったこと (父はイギリスの弁護士を通じて母に対し、監護権の問題等に関する手紙を何通か送ったが、その後、弁護士との連絡をしなくなった) は追認したものと認められるとした。

*Re S. (Minors)(Abduction: Acquiescence)* (1994 年 : ID47) 判決で、控訴審裁判所は、第一審裁判所が、父 (LBP) が救済手段を行使することに遅れがあったことは、後で返還申立てをしたことと矛盾するかという問題を論じ、LBP のこのような態度が他の状況では追認を推認させる行為となり得る場合はあるが、本件では誤った法的助言により父が行動を取らなかったことの説明となっているため、同意を推認することはできないと判断して返還を命じたことを支持した。

*Re K. (Abduction: Child's Objections)* (1994 年 : ID22) 判決は、父 (LBP) が 6 ヶ月間条約に基づく申立てをしなかったという事実自体は、父が誤った助言を受けていたこと、父が追認の意図はなかったと述べているところ、婚姻が破綻したことを受け入れることと、子が外国で留置されることを追認することとの間には大きな違いがあり、13 条の追認と認められるためには、LBP が行動をとらなかったことが追認の意図に基づくものであったことが立証されなければならないところ、本件では父の精神状態は子の留置を受け入れることと反対を示しているとして、本件の事実関係の下では 13 条 1 項 (a) の追認にはあたらないと判断した。

なお、以上の裁判例は、いずれも、*Re H. and Others (Minors) (Abduction: Acquiescence)* [1998] AC 72 判決 (1997 年 : ID46) において、貴族院が追認の認定に関する解釈基準を示す前のものである。

### スコットランド:

*M.M v. A.M.R. or M. 2003 SCLR 71* 判決 (2002 年 : ID500) では、父 (LBP) の返還申立てが留置から 12 ヶ月間も遅れたことから留置の追認が推認できると母が主張したが、控訴裁判所は、返還申立ての遅れが追認の根拠として主張された場合、遅延に合理的な説明があったかを考慮しなければならないとして、本件の場合、父は、財政的問題と病気の問題を抱え、仕事も失うという経験をしていたことを指摘し、また、父は裁判を避け、和解による解決をしようとしていたことや、父がアメリカの中央当局からの可能な援助について知ったのは留置から 1 年後であり (父の返還申立てはその 1 ヶ月後)、その時点では、父は仕事も見つかり条約に基づく申立てをするのに前より良い立場にあったこと、父は留置を追認しないことを明確に示す多くのメールを母に送っていたこと等を指摘して、父はどの時点においても留置を追認することを示す

ことはしておらず、手続の遅れには合理的な説明があり、追認にあたらないと判断して、返還を命じた。

#### ニュージーランド：

*H. v. H.* [1995] 12 FRNZ 498 判決（1995年：ID30）で、控訴審裁判所は、追認は、LBPの行為や行動しなかったことについての客観的な検討からの推認により認められるとしたば、LBPは必ずしもすぐに行動するとは限らず、常に考える時間が必要であり、強制的な法的手続をとる前に和解やその他の手段が検討されていたとすれば、かなり長い時間が経過する場合もありうるとし、本件において、連れ去りから返還申立てまでの時間（本件では、連れ去りから手続開始までの期間は7ヶ月）によって、LBPが追認したことにはならないとして返還を命じた。

#### ② LBPが和解や条約に基づく返還申立て以外的手段を試みていた場合

LBPが子の自主的返還を確保することやTPとの和解を当初探っていたために、条約に基づく返還申立てが遅れたという事情がある場合、各締約国の裁判例において、追認の認定に消極的、ないし、慎重な姿勢を示す傾向が見られる。

#### アメリカ：

*Wanninger v. Wanninger*（1994年：ID84）判決は、申立人が留置を追認したことを証拠の優位によって証明する責任はTPにあるとし、本件では、父（LBP）が和解しようとしたことは追認を示唆するものではなく、子と継続的な交流を続けようと終始努力していたとして、追認を否定し返還を命じた。

*Pesin v. Osorio Rodriguez*, 77 F. Supp. 2d 1277 (S.D. Fla. 1999)判決（1999年：ID/NA）は、6ヶ月間の和解に向けた真剣な努力の後にハーグ条約の返還申立てをしたことは、追認の証拠にならないとした。

#### イギリス：

*Re H. and Others (Minors) (Abduction: Acquiescence)* [1998] AC 72 判決（1997年：ID46）もその一例である。

*Re P. (A Minor) (Abduction: Acquiescence)* [1998] 2 FLR 835 判決（1998年：ID179）でも、控訴審裁判所は、父（LBP）は権利を放棄することなく（ないし、不利益を被ることなく：without prejudice）交渉をしたが最終的な合意に至らなかったため、返還申立ての手続を開始したことを認定して、父が追認したとは認められないと判断したが、その際、子の連れ去り事件では交渉が奨励されるべきことを確認した。

#### アイルランド：

最高裁判所 *R.K. v. J.K. (Child Abduction: Acquiescence)* [2000] 2 IR 416 判決 (1998 年 : ID285) が、子の連れ去りの後 6 週間の間、父 (LBP) が母に書いた何通かの手紙は父が裁判所に行かないと決めたことを示唆し、追認にあたる (父はこの手紙は和解を求めてのものだったと反論)、父がアイルランドで監護権の裁判を開始し、返還申立てに遅れたあったことが追認にあると母が主張した事案について、連れ去りの直後は抑うつを悲しみの時期であり、父は家族の転居を試みるという不確実な雰囲気の中で行動していたのであり、本件の父の行動は子の連れ去りを追認したことを示すものではないと判断したことも、父の行動が母と話し合いによる解決を模索して行動していたことを考慮したものと解される。

### アメリカ :

*Wanninger v. Wanninger*, 850 F. Supp. 78 (D. Mass. 1994) 判決 (1994 年 : ID84) も、申立人が留置を追認したことを証拠の優位によって証明する責任は TP にあるとし、父 (LBP) が和解しようと試みたことは追認を示唆するものではなく、子と継続的な交流を続けようと終始努力していたとして、追認を否定し返還を命じた。

### イスラエル :

前述の最高裁判所の *Reshut ir'ur ezrachi (leave for civil appeal)* 7994/98 *Dagan v Dagan* 53 P.D (3) 254 判決 (1999 年 : ID807) も LBP が、交渉等、他の方法で迅速な返還を実現しようとしていた場合には、迅速な返還をすぐに裁判所に申立てなかったことから、必ずしも追認が推認されるものではない。当事者は合意による解決に至ることを奨励されるべきであって、裁判所は、合理的な交渉が追認となると解釈することには慎重であるべきであるとした (追認の認定を否定)。

### オーストラリア :

*Townsend & Director-General, Department of Families, Youth and Community* (1999) 24 Fam LR 495 判決 (1999 年 : ID290) では、連れ去り後に父 (LBP) が、子をアメリカに返すよう母を説得すべく、オーストラリア (連れ去り先の国) に母を何度か訪ねて 1 年に及ぶ交渉したが、母がオーストラリアで裁判を始めたため、父は法的助言を得て返還申立てをしたという事案において、控訴審裁判所は、第一審裁判所が、父の追認を認定したうえで裁量権を行使して返還を命じた結論を支持した。

### ③ LBP がハーグ条約上の権利を知っていたことが必要か

この問題を論じたいくつかの裁判例は、概ね、ハーグ条約について具体的な知識までは必要ないとするものが多い。

### イギリス :

*Re A. (Minors)(Abduction: Custody Rights)*[1992] Fam.106 (1992 年 : ID48) 判決は、母

(TP) が父 (LBP) の追認の証拠として主張する手紙を父が書いた時、ハーグ条約の下での返還手続について知らなかったことを指摘し、追認と認められるためには、権利の侵害について理解したうえでの同意がなければならないとした。後述のニュージーランドの *P. v. P.* 判決 (2002 年 : ID533) も、判決理由中の中でこのイギリスの判決を引用し、これに基づいて、LBP が条約上の権利を知ったうえで追認した事実を認定している (ただし、他の理由から、有効な追認があったことは否定されている)。

*Re A.Z. (A Minor)(Abduction: Acquiescence)* 判決 (1992 年 : ID50) において、控訴審裁判所は、父 (LBP) が、子が自分の意思に反して他の国に留置されているとの状況の下で、子の返還を希望し、可能な手続について法的助言を求める能力があり、助言を求めることができるのであれば、発生した状況について十分な知識を持っていたと客観的に認められ、追認したと認められるために、申立人がハーグ条約について具体的な知識を持っていたことを証明する必要はないとした。

*Re S. (Abduction: Acquiescence)* 判決 (1997 年 : ID49) では、控訴審裁判所は、通常、追認が認められるためには、申立人が連れ去りや留置の行為が不法であることを知っていることは必要であるが、条約の下で行使可能な権利について知識があることを期待するのは、高すぎる基準を立てることになるとした。(ただし、本件では、父 (LBP) が弁護士からハーグ条約の手続について説明を受けており、父は条約上の権利について十分な知識を有していたと認められた事案であり、この事実認定に基づき、裁判所は、父が十分に現実的な助言を得ながら子の返還を求めなかったとして追認を認めているから、ハーグ条約上の権利を知っていたことが必要ないとの判旨が本件の結論を左右したとは言えないと考えられる)。

*Re D. (Abduction: Acquiescence)* 判決 (1998 年 : ID178) も、LBP が追認の時点でハーグ条約についての具体的な知識まで有していた必要はないと述べた。ただし、本件では、父 (LBP) はハーグ条約についての一般的な知識を有していたことが認定されている。

#### アイルランド :

最高裁判所 *R.K. v. J.K. (Child Abduction: Acquiescence) [2000] 2 IR 416* 判決 (1998 年 : ID285) も、追認は、条約上の権利の正確な知識がなくても可能であると述べている。

#### 南アフリカ :

最高裁判所 *Smith v. Smith 2001 (3) SA 845* 判決 (2001 年 : ID499) は、本件の父 (LBP) は条約について知っており、母の留置が不法であり、よって救済が得られることを知っていたことを指摘し、それにもかかわらず、父は申立てを取り下げ、母との和解の交渉に入ったのであるから、父は留置を追認したものと認められるとして判断してお

り、追認と認められるために LBP がハーグ条約上の権利についての知識を有していたことが必要か否かについて直接論じてはいないが、知っていたことを、追認があったことの認定の一事情としている。

### (7) 同意・追認の例外事由における裁量権の行使

13条1項(a)の同意・追認があったと認められた場合でも、裁判所は裁量権を行使して返還を命ずることができるが、同意・追認があったと認めただうえで、裁量権の行使により、返還を命じた裁判例は数少ない。

#### イギリス:

*W. v. W. (Child Abduction: Acquiescence)* 判決 (1992年: ID52) で、裁判所は、父が10ヶ月間、子の返還を確保するために何の措置も取らなかったことから父が追認したものと認められるとしたうえで、裁量権の行使について、子の返還により条約の目的と哲学を成就する必要と、子をイギリスに留まらせることを良しとする対立の要素とのバランスを取らなければならないとし、考慮すべき要素としては、管轄の選択、本案手続の結果の見込み、追認の結果、返還後に子と TP が直面する物質的な状況、及び、返還を命じないことの条約への全体的な効果が含まれるとした。そして、裁判所は、本件の父が純粋に家族の理由のために子の返還のために一心に努力したとは認められないことから、オーストラリア(常居所国)の裁判所が、母のイギリスへの転居を許可する可能性が高いことを特に指摘し、裁量権を行使して返還が拒否された。

*Re S. (Abduction: Acquiescence)* 判決 (1997年: ID49) では、控訴審裁判所は、父(LBP)が追認したことを認めただうえで、追認は一度なされた以上は撤回できないとして、父が後に心変わりしたことは重要ではないとし、さらに、父が子に対する監護権の行使を求めていた証拠はなく、むしろ父の希望は面会交流の調整であったことを指摘し、また、オーストラリア(常居所国)の裁判所が、母が子と共に転居を求める申立てに対しどのように判断するかについて相当の重点を置いたほか、母と子が返還後に直面するであろう経済状況を考慮し、裁量権を行使して返還を拒否した。

イギリスの *Re D. (Abduction: Discretionary Return) [2000] 1 FLR 24* 判決 (1999年: ID267) では、裁判所は、母(LBP)が子の移動に同意した書面は父(TP)から口実として母親に提示されたものであり、母親が騙されて同意したとの母の主張を認めず、母親は移動に同意したと判断したうえで、裁量権を行使して、返還を命じた。

#### オーストラリア:

*Townsend & Director-General, Department of Families, Youth and Community (1999) 24 Fam LR 495* 判決 (1999年: ID290) では、控訴審裁判所は、第一審裁判所が、父の追認を認定したうえで裁量権を行使して返還を命じた結論を支持した。

ニュージーランド：

*U. v. D. [2002] NZFLR 529* 判決（2002年：ID472）は、父（TP）による子の留置後に母（LBP）が父に書いた手紙が追認にあたるかについて、明確にしないまま、仮に追認が認められたとしても、いずれにしても、裁量権を行使して、返還を命ずるとして、返還を命じた。

## 4 重大な危険

### (1) 条約の規定と問題の所在

13条1項(b)は、子の返還について重大な危険がある場合の例外事由について規定する。この例外事由は、一般に「重大な危険」の例外事由ないし抗弁と呼ばれるが、同規定によれば、「重大な危険」の例外事由は、より正確には、次の3つの場合が含まれる。①身体的危害の重大な危険 (grave risk of physical harm)、②精神的危害の重大な危険 (grave risk of psychological harm)、③耐えがたい状況の重大な危険 (grave risk of intorelable situation) である。この3つは、それぞれが独立の抗弁事由であるが、実際の裁判では、明確な区別なく、全体として「重大な危険」の抗弁として主張される場合が多い。

子の所在国の裁判所が子の福祉に関する詳細な検討を始めれば、そのような監護権の本案に関する決定を子の常居所国の裁判所に委ねるための迅速な返還の構造は適切に機能せず、条約の目的が損なわれるため、13条1項(b)の例外事由を制限的に解釈する必要性は自明の理であるとされる (Beaumont & McEleavy)。

また、例外事由の立証責任は返還を争う側にあるが、イギリスでは、重大な危険の立証には、「圧倒的な証拠 (compelling evidence)」が必要であるとされており、アメリカでも、条約実施法である国際的な子の奪取救済法42条により、13条1項(b)の立証には「明確で説得力ある証拠 (clear and convincing evidence)」が必要であるとされているとおり、高度な証明が要求されている。<sup>23</sup>

「重大な危険」の例外事由が主張された裁判例は極めて多い。子自身に関する事由としては、子に対する性的虐待や暴力等がしばしば身体的危害の重大な危険として主張されている。子が常居所国で適切な医療を受けることができないことが主張された例もある。精神的危害の危険としては、子が連れ去り・留置先の国に定着したのに、再度、常居所国に返還されることによる生活の中断、不安定等が主張されることが多いが、各締約国の裁判例は、一般に、このような問題はハーグ条約に基づく子の返還に伴うやむをえないことであるとして、そのこと自体では重大な危険とは認めていない。

なお、兄弟姉妹の中に異議の例外事由により返還拒否が認められる子がいる場合、他の兄弟姉妹 (ほとんどの場合、下の子) について、兄弟姉妹の分離は、精神的危害または耐えがたい状況の重大な危険になると認めて、子の全員について返還を拒否する判断が各締約国の裁判例において頻繁に見られる。

多くの裁判例では、子自身に対する身体的危害よりも、TPが主たる監護親である場合、TPが子と共に子の常居所国に戻ることができないことによる主たる監護親からの引き離しや、住居の問題や経済的困難 (TPに資力がないこと、常居所国では仕事ができないこと、見つからないこと、LBPに資力がないこと等)、TPに対するDV

<sup>23</sup> 20条の抗弁についても13条1項(b)と同じ証明の程度が必要とされている。他方、13条1項(b)と20条以外の例外事由の立証に要求されている証明の程度は「証拠の優越 (preponderance of evidence)」と規定され、証明の程度に違いが設けられている。

(身体的暴力、精神的暴力、その他、暴力的な (abusive) 言動・態度等) 等により、子の常居所国に TP が戻った場合に直面する困難による子への影響 (このことは、TP が子と共に子の常居所国に戻ることができない理由としても主張される)、TP に関する事由に基づく、精神的危害または耐えがたい状況として主張されている。子の常居所国において TP が直面する困難としては、他にも、監護権の本案の裁判において不利であること、弁護士費用の問題、TP に対する刑事訴追の危険、ビザの問題等がしばしば主張される。

やや特殊な事情として、常居所国が紛争状態にあることが重大な危険の理由として主張される裁判例も見られる。

「重大な危険」の例外を認めなかった裁判例の中には、主張された事実が立証されていないという理由で抗弁を否定したもの、(事実の認定のレベル)、主張された事実が一応立証されたと認められたが (あるいはその可能性はあるが、立証されたとしても) そのような事実は重大な危険にあたらぬ (この評価の過程でアンダーテイキングを考慮に入れて判断しているものもある) と判断して抗弁を否定したものが、さらに、重大な危険にあたることを認めたらうでアンダーテイキングと共に (条件に) 返還が命じられたものなど、様々な類型が見られる。

「重大な危険」の例外事由は 13 条に規定されており、他の 13 条に規定される例外事由と同様、重大な危険が認められた場合でも、裁判所は、裁量権を行使して返還を命ずることができる。しかしながら、「重大な危険」自体、厳格な基準の下で重大な危険が認められた場合は、そのうえで、さらに裁量で返還を命じることは通常考えられず、裁判所が「重大な危険」の例外事由について、裁量権を行使して返還を命ずる可能性はほとんどないと説明され (Beaumont & McEleavy)、実際、そのような裁判例はほとんど見当たらない。例えば、*Re D. (A Child) (Abduction: Rights of Custody)* [2006] UKHL 51 判決 (2006 年 : ID880) では、イギリス貴族院 (最高裁判所) では、本件で問題になっていた訳ではないが、13 条 1 項 (b) の重大な危険の例外事由において裁量権の行使が可能かという問題が取り上げられ、1 人の裁判官は、同意、追認、子の返還に対する異議が認められたにもかかわらず、子が返還される状況は考えることができても、13 条 1 項 (b) が認められた場合に返還が可能であると考えすることはできない」と述べた。<sup>24</sup>

なお、重大な危険を認めたらうでアンダーテイキングと共に返還を命ずる裁判例は、アンダーテイキングにより危険が緩和されたとして、「重大な危険」の存在を否定して返還を命じている裁判例は別として、裁量権を行使しているようにも見えるが、一般に、アンダーテイキングを付すことで返還を命ずる実行は、裁量権の行使とは説明

---

<sup>24</sup> INCADAT において、「重大な危険」の例外を認めたらうで、裁量権を行使して子の返還を命じた裁判例として挙げられているのは、ニュージーランドの *MCL. v. MCL.* 判決 (2001 年 : ID538) の 1 件のみである。この判決では、子 (連れ去り時 13 歳、10 歳、8 歳) に対する身体的危険、耐えがたい状況の重大な危険は認められないが、常居所国における以前の経験から生ずる子の心配、怒りや悲しみは常居所国の機関によって十分に保護することはできないから、子の返還によって、精神的危害の重大な危険に直面するとしたらうで、裁量によって子の返還を命じた。

されていない。

## (2) 重大な危険の解釈及び認定に関する各締約国の裁判例の傾向

### ① イギリス

イギリスの控訴審裁判所レベルの判例法は、重大な危険の認定について、極めて厳格なアプローチをとってきたため、重大な危険を認めた裁判例は極めて少ないとされる (Beaumont & McLeavy, INCADAT コメント)。下記は、重大な危険を認めた裁判例であるが、否定したイギリスの裁判例については、後述の、重大な危険として頻繁に主張される理由について論じた裁判例に挙げたもののほか、アンダーテイキングに関する裁判例として挙げたもの、その他、Beaumont & McLeavy に、重大な危険の主張がなされた裁判例が挙げられているため、参照されたい。

*Re F. (A Minor) (Abduction: Custody Rights Abroad) [1995] Fam 224, [1995] 3 WLR* 判決 (1995年: ID8) では、第一審裁判所は父 (LBP) のアンダーテイキングを条件に返還を命じたが、控訴審裁判所は、控訴を認容し重大な危険を認めて返還を拒否した。本件では、子は父の母に対する暴力を見ており、子自身にも暴力が向けられていた。また、父は暴力の主張を争わなかった。しかし、控訴審裁判所は、重大な危険を認めるにあたり、父の態度それ自体は13条1項 (b) について必要な基準を満たすには十分ではないとし、本件の子が連れ去りの前にアメリカで夜尿、悪夢、攻撃的な態度を示していたことを考慮して、重大な危険を認めるための基準が満たされたとした。

*Re M. (Abduction: Psychological Harm) [1997] 2 FLR 690* 判決 (1996年: ID86) で、控訴審裁判所は、条約のアプローチは子の福祉に向けられているが、その方法としては、子の常居所の裁判所が何が子の最善の利益かについての判断をすることができるようにするという一般的な福祉のテストが用いられているとし、本件では、母 (TP) がギリシャ (常居所国) に戻ることを拒否しているため、子が返還されるとすれば、子だけで返還され、ギリシャの裁判所での監護権の裁判が係属中は、必然的に父と父方の祖父母の監護の下に置かれることになるという事実関係の下で、裁判所に提出された子の精神状態に関する報告書に照らし、子が特に母に対する強い愛着を持っており、父は子が精神的な問題を抱えているということを認めていないことから、子が返還されれば、適合のための困難な時期に子が適切な支援を受けられないとし、精神的危害の重大な危険があると認めた。そして、裁量権を行使するにあたり、裁判所は、子がギリシャに返還された場合、子への精神的な危害の重大な危険は、裁判所が、母親が留置から利益を得ることを許さないために母親の行為を承認しないことを示すことの重要性よりも重要性が高いと述べ、返還を拒否した。<sup>25</sup>

<sup>25</sup> なお、本件では、13条2項の子の異議に関して、子 (審理時9歳6ヶ月と8歳) が未成熟であるとの主張もなされたが、そのために、子どもたちの心の中にある不安感や感情の強さを減ずるとはされなかった。重大な危険の問題に関する結論に照らし、本件ではギリシャへの返還と父への返還とを区別することは不可能であり、子の常居所国への返還に対する異議と父の下への返還への拒否とが分かちがたく結びついている状況にあるとされ

*Re M. (Abduction: Leave to Appeal) [1999] 2 FLR 550* 判決（1999年：ID263）では、第一審裁判所は、母の背中にかかなりの青痣がある写真や当事者尋問の結果、他の証人の宣誓供述書によっても裏付けられているとして、父（LBP）から母（TP）に対するかなりの程度の暴力があったと認定した。子は父から危害を受けてはいなかったが、子の年齢（連れ去り時2歳）を考えると、子は母から完全に独立しているとは言えず、母から引き離すことはできないとして、13条1項（b）の重大な危険を認め、返還を拒否した。控訴審裁判所（単独裁判官）は、控訴を求める許可申請の陳述を聞いた後、事件記録からすれば子の返還を命じたい気持ちになるが、第一審裁判所が尋問をしたうえで判断したことを尊重し、返還拒否の結論を維持するとした。なお、控訴審裁判所は、本判決は異例の判断であって、ハーグ条約についてのイギリスのアプローチを代表するものではないという説明を付けて判決の写しを南アフリカ中央当局に送付するよう命じた。

*Re D. (Article 13B: Non-return) [2006] EWCA Civ 146* 判決（2006年：ID818）では、常居所国で母（TP）と父が襲撃されたという出来事について、第一審裁判所は、もし子（審理時7歳と5歳）が襲撃の時に両親のどちらかといたとすれば身体的な傷害の危険があったことから、24時間の保護はそのような危険を減らすことにはなるが、完全な保護がなされることは不可能であるとして、重大な危険を認め返還を拒否した。これに対し、控訴裁判所は、母側の証拠や専門家の証言が客観的とは限らないこと、ベネズエラ（常居所国）で係属中の監護権裁判の結果について推測に過ぎないのに専門家の証言を認めたこと等、第一審裁判所の判決に対する父（LBP）からの控訴理由のいくつかは認めたが、それによって、事件の本質が変わったり、子が晒されるであろう危害の現実に影響をもたらす訳ではなく、最も重要なことは、子が返還されれば精神的危害に直面する可能性が明らかなことであるとし、専門家が、子が感情的な安定を得ることができるようするために、母が安定できるような場所で母と共に留まることが重要であるという意見を述べていることを指摘して、第一審裁判所の判断を支持した。しかしながら、控訴審裁判所は、本件は例外的事案であることを強調した。また、控訴審裁判所は、身体的危険の場合はそれだけで例外事由を認めるのに十分であることを示唆した。

*Klentzeris v. Klen tzeris [2007] EWCA Civ 533* 判決（2007年：ID931）では、第一審裁判所が、子は返還によって精神的・心理的に害を被るであろうし、そのことは母（TP）が子に同伴することによって軽減されるものでもないという福祉に関する職員（welfare officer：イギリスの子の問題に関する裁判において、裁判所の命令により調査を行うCAFCASSと呼ばれる職員）の明確な意見に照らし、裁量権を行使して返還

---

た。第一審裁判所は、子は2人とも十分な成熟度を有することを認めたが、控訴審裁判所は弟についてやや躊躇を示し、しかし、審理時9歳6ヶ月の兄の異議は根拠がしっかりしており重要性を認めるべきであるとした。

を拒否したことについて、控訴審裁判所は、第一審裁判所が反対尋問を経た福祉職員の意見にしたがったことを指摘して、その判断を支持した。なお、この事件では、福祉職員は子（12歳、ほぼ11歳）を個別に面談し、その報告書では、子は知的で、意見をはっきり述べることができ、敏感であること、兄の成熟度は年齢相応であるが、妹は実際の年齢を越える成熟度を備えていること、2人ともDVを見たことや、身体的・心理的虐待の行為にさらされたことを思い出して返還に対し強い異議を述べていること、兄は面談の最中にパニックになり、返還されれば自殺すると仄めかしたことが述べられている。父は、子の異議について、子は母及び子の姉（20歳）に洗脳されたと主張し、仲の良い家族であることを示す、何枚かはごく最近の写真その他の証拠を提出した。ただし、第一審裁判所は、13条2項の子の異議は認めず、13条1項（b）の重大な危険の例外事由を認めて返還を拒否した。

## ② オーストラリア

オーストラリアでは、当初、13条1項（b）について制限的な解釈が採用されたが、その後、2001年に、最高裁判所が明確に従来の制限的な解釈を変更して用語の通常の意味による解釈を採用し、かつ、13条1項（b）の認定には子の返還後の事情を考慮する必要があることを示して以降、この立場にしたがう傾向が見られる。2001年最高裁判決以後も、重大な危険を否定した裁判例も見られるが、解釈の違いによるものではなく、個々の事件における事実認定や事案の事実の適用によるものと考えられる。

### (i) 厳格な解釈を採用した初期の裁判例

オーストラリアでは、13条1項（b）に関して、*Director General of the Department of Family and Community Services v. Davis (1990) FLC 92-182* 判決（1990年：ID293）に見られるように、当初極めて厳格なアプローチが採用されていた。本件で、控訴審裁判所は、13条1項（b）の“or otherwise”の言葉の用法は、単なる精神的危害を立証するだけでは不十分であり、その程度は実質的で、耐えがたい状況と同程度でなければならないとした。本件で、控訴審裁判所は、この厳格な基準に照らせば、第一審裁判所は、子がイギリスに返還されれば、そのような深刻な程度の精神的危害の重大な危険が起こることを推認させる証拠はなかったとし、証拠によれば、類似の状況にある他の子と同様、本件の子も、両親から物理的に離れることによる不安と不確実な状況にあることが認められるに過ぎず、子が母から引き離されたとしても、イギリスに返還されれば、その結果が長期的な子どもの精神的福祉に影響することを示唆する証拠はないとし、母（TP）が子についてイギリスに行くことができず、その結果、子が母から引き離されることになったとしても、その害は母自身によって生じたものであり、母が経済的理由その他の理由で子どもと一緒にイギリスに行けなかったとしても、そのことは、オーストラリア裁判所が条約の規定の下で負う明確な義務を遵守しないことの原因にはならないとして、重大な危険を認めて返還を拒否した第一審裁判所の

判決を取消し、返還を命じた。

*Gsponer v. Johnson (1989) FLC 92-001; 12 Fam. LR 755* 判決（1988年：ID255）は、条約は、申立人やLBPに対してではなく、子の常居所国への返還を想定しており、したがって、オーストラリアにおけるハーグ条約の実施法である家族法規則セクション16（3）（b）は制限的に解釈し、子の常居所国への返還から生ずる危害の重大な危険に限定しなければならない。本件でスイス（常居所国）の裁判所は子の福祉を確保する措置を十分に講ずることができるとした。また、13条1項（b）の重大な危険の3つの類型は、別々に読むべきであるが、1つまたはそれ以上のかかる出来事の発生の重大な危険がなければならないことを強調し、「その他の（or otherwise）」の言葉の結果は、最初の2つのタイプのそれぞれの質が備えなければならない質を、「耐えがたい状況」という3つ目のカテゴリーに関連づけることにあると述べ、身体的または精神的危害は、実質的または重大な性質のものでなければならないとした。そして、本件では、母（TP）は、婚姻の相当の期間を通して、父（LBP）からのかなりの暴力の出来事にさらされてきたこと、子も何度も父から暴力を振るわれ不適切な扱いを受けてきたと主張したが、控訴裁判所は、証拠は大部分が一般的で具体的なものではないとして、第一審裁判所が重大な危険は認められないとした判断を維持し、返還を命じた。

*Director-General Department of Families, Youth and Community Care and Hobbs, 24 September 1999, Family Court of Australia (Brisbane)* 判決（1999年：ID294）も、主たる監護親との分離が重大な危険にあたるとの主張について、5歳4ヶ月の子と母（TP）が一緒に戻れないとしても、そのような状況は大部分、母自身が作り出したものであり、重大な危険にはあたらないとした。

これに対し、*State Central Authority of Victoria v. Ardito, 29 October 1997, Family Court of Australia (Melbourne)* 判決（1997年：ID283）は、従前の裁判例とは事案の事情が異なるとしながらも、重大な危険を認め返還を拒否した例である。本件では、返還手続の中で、母（TP）がいくつかの条件を前提として返還に合意し、返還のための条件の1つとして、父（LBP）は母がアメリカに再入国できるよう書類に署名することに合意したが、その後、父がアメリカで離婚訴訟を提起したため、有効な婚姻関係が係属していないとして、父は母のためにビザの申請をすることができなくなったため、母が裁判所に、子と共にアメリカに戻ることができなくなったことを理由に控訴を申立てたという事案である。控訴審裁判所は第一審裁判所に対し、母がアメリカに入国できないことについて証拠を検討し再審理するよう命じた。また、控訴審裁判所は母に対し、アメリカに再入国するためのビザの申請のために必要なすべての措置を取るよう命じた。母は在オーストラリアのアメリカ領事館に書類を提出し、直接出頭してビザの申請をしたが申請は却下された。裁判所は、本件は母がアメリカへの返還を故意に

拒否してはいないという点で従前の裁判例とは区別されるとし、母は身体的な危害や耐えがたい状況の重大な危険の抗弁を作り出そうとしたことはなく、子に同伴してアメリカに戻ることに同意していたこと、母がアメリカへの再入国のためにすべての合理的な措置を取ったこと、母がビザを取得することが難しいのは、父がアメリカで離婚裁判を始めたことが直接の原因であることに注意を払い、母がアメリカへの入国を拒否されたことにより、子（留置時2歳）が1人で返還された場合、耐えがたい状況に置かれる重大な危険にあたり、返還を拒否した。

## (ii) 2001年最高裁判決

その後、*DP v. Commonwealth Central Authority; JLM v. Director-General NSW Department of Community Services [2001] HCA 39, (2001) 180 ALR 402* 判決（2001年：ID346・347）において、最高裁判所は、従来の制限的な解釈を採用せず、「例外には通常の意味が与えられる」とした。裁判所は、だからといって、13条1項(b)が頻繁に適用されるというものではなく、子が親の一方の同意なしに他国に連れて行かれることにより、生活の中断、不確かさや心配を経験するのは避けられず、常居所国に返還されなければならないとすれば、そうした中断、不確かさや心配が再度起こり拡大するだろうから、条約13条1項(b)が、返還により子が身体的・精神的危害に晒される重大な危険と規定しているのは、この種の結果以上のことを意図しているとしたが、「13条1項(b)の適用に際しては、返還によりもたらされる結果を考慮することが必要」と述べた。そして、DP事件(ID346)については、子が返還されるギリシャの地域には子のための適切な医療機関があるとの証拠がないこと（本件で母(TP)はギリシャで子の治療を受けようとしたが、専門医がおらず適切な診断もなされなかったところ、連れ去り先のオーストラリアで専門医が病名を特定し治療を受けて子の病気が改善してきていた）、JLM事件(ID347)では、母(TP)がメキシコでの監護権の裁判で有利に争えるという証拠がなく、したがって子が返還されれば母親は自殺する可能性があることから、いずれの事件についても、返還は子に対する重大な危険となると判断し、両事件とも家庭裁判所に差し戻した。

## (iii) 上記最高裁判決以後の裁判例

オーストラリアでは、この最高裁判所の判決の流れにしたがい、現在では、重大な危険の判断において、返還後の子の状況により重点が置かれるようになっているとされる（INCADATコメント）。

### 重大な危険にあたることを認めた裁判例：

*Director-General, Department of Families v. R.S.P. [2003] FamCA 623* 判決（2003年：ID544）では、控訴審裁判所は、子が返還されれば母(TP)が自殺するかも知れないとの心理士の意見に基づき、重大な危険を認め返還を拒否した第一審裁判所の判断を維持した。

*J.M.B. and Ors & Secretary, Attorney-General's Department [2006] FamCA 59* 判決 (2006年 : ID871) では、第一審裁判所は、①相手方 (TP) が危険から保護されるためにニュージーランド (常居所国) から適切な命令を求めることを可能とする手続がないこと、または、②相手方がニュージーランドでそのような命令を求めることができなかつたか、求めないであろうこと、または、③申立人 (LBP) がそのような命令がなされてもしたがわかないであろうこと、のいずれかにあたる場合のみ「重大」となるとし、本件はそのいずれにもあたらないとして子の返還を命じたのに対し、控訴審裁判所は、オーストラリアにおける重大な危険の解釈に関するリーディング・ケースである最高裁判所判決 (JLM 事件、ID347) は、危険の重大性の評価に関して、このような事項に言及していないとして、最高裁判所が採用した立場にしたがうことを明らかにし、精神的な危害の危険に関する事案では、オーストラリア法として実施される 13 条 (1) (b) に用語の認定のために危険それ自体に関する証拠を重視するとして、第一審裁判所が示した基準によれば、身体的危害の場合とはもかく、精神的危害に関する事案では、およそ 13 条 1 項 (b) の適用可能性は困難になるとし、第一審裁判所が専門家の意見を十分に考慮せず 13 条 1 項 (b) の例外を認めなかつたことは誤りであったとして、控訴を認容し、事件を原審に差し戻した。

#### 重大な危険にはあたらないとした裁判例：

*State Central Authority v. Keenan [2004] FamCA 724* 判決 (2004 年 : ID782) では、第一審裁判所は、父 (LBP) が子を不適切に扱ったことを示す証拠はなく、返還されれば子が精神的危害にさらされるという専門家の意見もない、いずれにせよ、子は父の下に返されるのではなく、アメリカという国に返還されるのであり、アメリカは、そこで、もしそのような保護が必要であれば、子に法的保護を与えることができるとして、重大な危険を認めなかつた。

*H.Z. v. State Central Authority [2006] FamCA 466* 判決 (2006 年 : ID876) は、最近の裁判例で、重大な危険の主張に対し、より詳細に検討したうえでこれを否定した。第一審裁判所は、母 (TP) と子が、父の実家等で父 (LBP) の暴力や不適切な態度にさらされていたと認定したが、過去は将来の確かな示唆となりうるが決定的ではなく、母と子はギリシャに着いたら、父の実家に戻って住むとは考えられないとし、また、返還は、間違いなく子にとって大きな激変となり、子を悲しませ、狼狽させるだろうが、ギリシャへ (常居所国) の即時返還が、子を危害にさらしたり、耐えがたい状況に置く重大な危険をもたらすと認めることはできず、母は、ギリシャで父からの脅しに対し、自分と子に法的な保護を受けることができると推測するとした。これに対し、控訴審裁判所は、DV が問題となった広範な他国の裁判例を検討し、これらの裁判例からは明確な基準の表明は見い出せず、不返還命令がなされた裁判例では、事実関係が一般に極めてやむを得ない場合であり、究極的には、最終的な判断は重大

な危険の解釈の問題というより、事実の適用の問題であったとした。そして、控訴審裁判所は、本件の証拠を検討し、母が子と共に帰ることが予期されていること、母は、父の住居から離れたところに住居を見つけており、母がギリシャで転居のための裁判をする間、ギリシャの機関が母と子に適切な保護を提供できないことを示す証拠を母が提出していないとして、第一審裁判所が重大な危険は認められないと判断したことを支持した。

### ③ アメリカ

アメリカでは、*Friedrich v. Friedrich*, 78 F.3d 1060 (6th Cir. 1996) 判決 (1996年: ID82) において、第6巡回控訴裁判所は、重大な危険について厳格な解釈を示し、その後、多くの裁判所がこのアプローチにしたがったとされる (Morley)。<sup>26</sup> しかしながら、2000年頃以降、DVの主張を13条1項 (b) の抗弁の根拠と認める根本的で急激な変化の傾向が見られるという (Morley)。<sup>27</sup>

しかしながら、第3巡回控訴裁判所は、*In re Ariel Adan* 437 F. 3d 381, 395 (3d Cir. 2006) 判決 (2006年: ID/NA) において、「重大な危険」の抗弁は、他の例外事由と同様、「制限的に規定された」例外であることを確認しており、また、*Cuellar v. Joyce*, 596 F. 3d 505 (9th Cir. 2010) 判決 (2010年: ID/NA) において、第9巡回控訴裁判所は、パナマの母 (LBP) の貧しい生活条件、母の監護中に子が頭を怪我したこと、パナマにおける汚職、医療水準の低さ、子がアメリカでの家になれたこと等を理由とする父 (TP) の重大な危険の主張を認めて返還を拒否した第一審裁判所の判決は、緩やか過ぎる抗弁の解釈を認めたとして厳しく批判し、判断を覆していること等に見られるように、DV以外の事由に基づく重大な危険の認定に関しては、従前からの厳格な解釈が維持されているように思われる。

また、上記第9巡回控訴裁判所の判決でも否定されているとおり、子が定着したアメリカでの生活から再度移動させられるという事実自体は、重大な危険にあたらなるとされている (Morley)。

なお、重大な危険の認定に関するアメリカの裁判例においては、*Friedrich* 判決が、下記②の類型において、子の常居所国が想定される危険から子を保護することができ

<sup>26</sup> なお、アメリカ国務省が上院外交委員会のために作成したハーグ条約の法的分析は、「重大な危険」の例外を証明するための基準は例外的なほど高いと述べている。

<sup>27</sup> Morley は、2000年のWalsh判決以後、数々の影響力ある学術論文がDVに基づく重大な危険の理由として認めるべきであると述べているとする。例えば、Merle H. Weiner, *Navigating the Road Between Uniformity and Progress: The Need for Purposive Analysis of the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction*, 33 Colum. Human Rts. L. Rev., 275, 278-79 (2002) は、TPが非監護親であれば返還による救済はうまくいくが、TPが他方親の暴力から自分と子を守ろうとしている主たる監護者である場合は返還は不適切であるとする。Merle H. Weiner, *International Child Abduction and the Escape from Domestic Violence*, 69 Fordham L. Rev. 593, 634 (2000) は、そのような事案では、返還による救済は、母は子と共に戻らないと仮定して、母の保護なしに、または、母をさらなる暴力にさらすことにより母の保護の下で、「(DVの) 被害者の最も大切な持ちものである子を、母に対する暴力の加害者の近くに置くことになる」とする。Carol S. Bruch, *The Unmet Needs of Domestic Violence Victims and Their Children in Hague Child Abduction Convention Cases*, 38 Family Law Quarterly 529, (2004) は、裁判所は、13 (b) の抗弁の主張を認めることにあまりにも厳しかったが、母と子をDVの状況に返すことを拒否することについて、もっと常識を行使すべきであるとする。

ないことを証明しなければならないという要件を示して以来、多くの裁判例でこの基準が適用されてきたが、過度な負担を課すものであり、TPが他国に逃げる必要があった状況の現実を認識しないものであることを根拠に、この証明の必要性に反対する立場があり、最近の裁判例には、この立場に立つものが見られる（Morley）。

### (i) Friedrich 判決

*Friedrich v. Friedrich*, 78 F.3d 1060 (6th Cir. 1996) 判決（1996年：ID82）で、第3巡回控訴裁判所は、重大な危険は、①返還が、戦争地域や飢饉の地域に子を返還するなど、監護紛争の解決前に子を差し迫った危険に置くことになる場合、または、②重大な虐待、ネグレクト、または、（子のTPに対する）極端に感情的な依存があり、常居所国の裁判所が子に十分な保護を与えることができないか、しようしない場合のいずれかにおいてのみ存在しうるとした。

### (ii) DVを理由とする重大な危険の主張に関する裁判例

*Krishana v. Krishana*, No. C97-0021 SC, 1997 U.S. Dis. LEXIS 4706 (N.D. Cal. Apr. 11, 1997) 判決（1997年：ID/NA）は、子がオーストラリアに返還されれば、両親間の不和と主張されている暴力のために精神的危害を被る重大な危険にさらされることを認めた。

*Blondin v. Dubois*, 189 F.3d 240 (2d Cir. 1999) (“*Blondin II*”) 判決（1999年：ID216）で、第2巡回控訴裁判所は、母（TP）が父（LBP）から日常的に暴力を受けていたという事案において、重大な危険を認めて子（連れ去り時6歳と2歳）の返還を拒否した第一審判決に対し、子が父の監護の下に返されれば重大な危険になることは認めしたが、返還命令は子を父の監護に委ねるものではないとして、また、返還手続を行う裁判所は、ハーグ条約の中心である礼譲を行使し、常居所国の裁判所は子が返還されれば必要な保護措置は何でも取るだろうとの信頼を持つことが必要であるとして、フランス（常居所国）における監護権の本案の手続の間、子を十分に保護するための暫定措置について検討するため、事件を第一審裁判所に差し戻した。なお、控訴裁判所は、もし第一審裁判所が、子をすぐに父の監護に置かないような合理的な返還の手段を見つけないことができないならば、返還申立ては棄却すべきであると述べた。<sup>28</sup>

*Tabacchi v. Harrison* 判決（2000年：ID465）は、子（連れ去り時1歳9ヶ月）は、父（LBP）が母（TP）に対し暴力的になった時、2回、その場にいたことがあっただけで、父は、その出来事の時も子の身体を傷つけたことはなかったこと、子が泣いた時、父がイライラして1回だけ子を揺さぶったという証拠は、「重大な危険」と認めるには十分ではないとして、父の母に対する言葉及び物理的な暴力の出来事は子に対

<sup>28</sup> また、控訴裁判所は、第一審裁判所は、フランスにおける適切な保護措置の可能性について、国務省を通じて、フランス政府に対し適切または必要な問い合わせを自由にすべきだと述べた。

する身体的・精神的危害の重大な危険にあたらぬとして、アンダーテイキングを条件に返還を命じた。この判決では、裁判所は、子の連れ去り後、子が何度かアメリカで父と面会しており、両親は話し合いで面会を取り決めることができたようであることからして、母に対する暴力が子を精神的な危害の危険にさらすことになるかと判断すべき十分な理由がない、イタリア（常居所国）における監護権の本案の間、子が母と分離されるとすれば子に対する危険の可能性があると主張も、これまでのアメリカの判例法に照らし、有効な返還例外事由とは言えないし、父がイタリアにおける母の身体的安全を確保し、母に対する刑事訴追を取り下げることなどを約束するアンダーテイキングをしているのであるから、子が返還されることになれば、母がアメリカに残るべき理由はない、母はイタリアの機関が母の主張に対応しなかったという主張はしておらず、逆に、イタリアの裁判所は、母に子の暫定監護権を付与していることからすれば、母が子と共に戻り、さらに父との間で問題があった場合、イタリアの機関が母からの支援の要請に応じないだろうということを信じる理由はないことも重大な危険を否定する理由として挙げた。

*Whallon v. Lynn, 230 F.3d 450 (1st Cir. 2000)* 判決（2000年：ID388）で、第1巡回控訴裁判所は、母が主張する虐待は子に向けられたものではないから重大な危険にあたらぬと、また子（連れ去り時4歳3ヶ月）が母や義妹から引き離されることによる精神的な害の主張については子の返還に家族が同伴することで回避できるとして重大な危険の抗弁を認めなかった。

*Walsh v. Walsh, No. 99-1747 (1st Cir. July 25, 2000)* 判決（2000年：ID326）は、アイルランドで、父（LBP）から母（TP）に対する度重なる身体的暴力事件の後、父に対する保護命令が出され、また、アイルランドの社会福祉機関が、子の監護について懸念を持ち関与したが、その後、父は以前の家族の自宅内の持ち物を壊すという事件を起こし、母は新しいパートナーと共に子（連れ去り時、8歳3ヶ月と3歳3ヶ月）をアメリカに連れ去ったという事案である。第一審裁判所は、証拠によれば、父（LBP）はしばしば子（連れ去り時8歳3ヶ月と3歳3ヶ月）に対し不親切で、子がちょっとした子どもっぽい約束違反をしたときにたたいたことや、子が常に両親の間の言葉及び身体的な喧嘩に晒されていたことが窺われるが、証拠によっても子に対する差し迫った重大な危険があるとは認められないとして13条1項（b）の重大な危険の主張を排斥したうえで、様々な裁判所が、移行期間に子が適切な監護を受け、子の常居所国で監護権の本案の審理がなされるまで子に害が起きないことを確保するために、適切なアンダーテイキングを命ずることの正当性を認めていることを指摘して、父に対し、子らの帰国費用の支払い、帰国後の住居、衣服、医療の提供を命じ、父がこれらを提供できないのであれば、アイルランドの社会福祉機関がどのようにこれらの提供を行うのかについての詳細な説明を提出するよう命じたほか、アイルランドで父が母子と接触しないよう求めた、アンダーテイキングと共に返還を命じた。これに対し、第1

巡回控訴裁判所は、父の子に向けられた暴力を含む普段からの暴力傾向を考慮せず、また父が何度も裁判所の命令に違反していることを十分に重視しなかったと指摘し、子に向けられていない暴力行為について区別したことは誤りである等として、本件における身体的及び精神的危害の危険は高いと判断した。また、控訴裁判所は、第一審裁判所は、条約は危険が「差し迫った」ものであることを要求しておらず、単に重大であれば良いとされているはずであるのに、「差し迫った重大な脅威」を示すことを求めるという誤りを犯したと指摘した。そして、控訴裁判所は、アンダーテイキングの実行が十分に保証されれば、危害の重大な危険の可能性は十分に緩和され得ることは認めたが、アンダーテイキングがあったとしても、子の返還が子を重大な危険にさらすことになる場合もあるとして、本件では、第一審裁判所は子に対する危険を過小評価し、アンダーテイキングの効果を過大評価したものであり、本件の父のアンダーテイキングは子を危害の重大な危険にさらすことから守るのに十分であるとは言えないとした。そして、アイルランドの裁判所が適切な保護命令を出すことに疑いはないが、父がアイルランドであれアメリカであれ、どこの裁判所の命令にも違反してきたことからすれば、子が返還後に与えられるであろう保護に疑念を生じざるを得ないとして、本件ではアンダーテイキングによっても重大な危険はなくなるとし、13条1項bの重大な危険を認め、返還を拒否した。なお、控訴裁判所は、本判決で、身体的・指針的危害にさらされる重大な危険を認めるにあたり、次の事実を証拠によって認定した。①子は父の母に対する暴力を見ていたこと、②父は常習的に暴力的傾向があったこと、アイルランドの保護命令に違反したこと、隣人を殺すと脅迫したとして、マサチューセッツで逮捕状が出ていたこと、③信頼できる社会科学的論文が、DVを繰り返す加害者は子に対し暴力を振るう可能性があることを示していること、④州法及び連邦法が、子がDVの加害親と接触すると身体的・精神的危害の危険が増大すること。

*Blondin v. Dubois, 238 F.3d 153 (2d Cir. 2001)* ( “*Blondin IV*” )判決 (2001年 : ID585) は、前述の *Blondin II* 判決で、控訴裁判所が保護措置の検討のために事件を第一審裁判所に差し戻した後の第一審裁判所の判決に対する控訴審判決である。差し戻し後、第一審裁判所は、子がフランスに戻れば、社会福祉の提供が受けられ、母は継続中の監護権裁判で無料の法的支援を受けること、父は、母子の帰国費用を援助すること、父は監護権の裁判の決定前は母子と接触しないことに合意していること、フランス政府は連れ去りについて母を刑事訴追しないことを認めたが、裁判所は、子は返還されればPTSDを起こすだろうとの争いのない鑑定人の証言に基づき、フランスは、子のトラウマの場所であることから、いかなる状況の下でもフランスへの返還は子に精神的害悪をもたらすことになり、これらの措置は重大な危険をなくすことにはならないとして、返還を拒否した。この判決に対し、父が控訴したが、控訴裁判所は、第一審裁判所の判断において、母が提出した鑑定証拠を父が争わなかったことが決定的であるとし、精神的危害の重大な危険の制限的な解釈でさえ、間違いなくPTSDの再

発のほとんどの場合を含むことになるとして、第一審裁判所の判断を支持した。ただし、控訴裁判所は、この解釈は、暴力の主張を含むすべての事件について、裁判所は子を常居所に返還することを拒否しなければならないことを示唆するものではなく、本件は、本件事案の事実、特に、争いのない証拠に基づき判断したものであると述べた。

*Danaipour v. McLarey*, 286 F.3d 1 (1st Cir.2002) 判決（2002年：ID459）において、第1巡回控訴裁判所は、子が性的虐待を受けたことの信用性のある証拠が存在する場所に子を返す前に十分な配慮がなされなければならないとし、子をそのような状況で保護するために、執行できないかもしれないアンダーテイキングを用いることについては特に懸念すべきであるとした。この事件の事実関係は次のとおりである。2000年10月、7歳と3歳の姉妹について、スウェーデン（常居所国）の裁判所は、両親が隔週で子を監護するという共同監護命令をなし、母は子をスウェーデンから連れ出さないというアンダーテイキングをなした。この頃、母は、父が娘たちに対し不適切な性的行為をしているとの懸念があったため、児童心理士に連絡をした。父は、心理士が娘たちと会うことを拒否したが、心理士は性的虐待がなされているとの疑いを持ち、スウェーデンの社会福祉機関に通知し、社会福祉機関は事件を警察に通報した。警察は子と面談を行い、妹の調査をしたが、結論に至らなかった。母はその後、性的虐待に関する完全な調査を要求したが、スウェーデンの社会福祉機関は、父の同意なしにはできないと回答した。父は同意せず、母は、スウェーデンの裁判所に対し、性的虐待に関する調査を求める申立てをしたが、2001年6月、申立ては却下された。そこで、2001年6月25日、母はスウェーデンから子をアメリカに連れ去り、父は子の返還を求める申立てをした。この事案について、2002年1月2日、アメリカの連邦地裁は子のスウェーデンへの返還を命じた。裁判所は、スウェーデンの機関が、子が性的虐待を受けていたかどうかを判断するための司法面接をすることができると述べ、子がスウェーデンに返還後、危害の危険に晒されないことを確保するために12項目のアンダーテイキングを条件に返還を命じた。母はこの第一審裁判所の判決に対し控訴した。控訴の前に、スウェーデンの裁判所で手続が開かれ、2月14日、スウェーデンの裁判所は、アメリカ連邦地裁の判決のうち、母が自分の費用でスウェーデンに子と共に返ることを求めた部分、父の子との面会を制限した部分、母がパスポートを提出し裁判所の許可なくスウェーデンから出国しないことを求めた部分、裁判所の判決があるまで父が母に対し裁判を起こさないことや監護権を執行しようとしなかった部分を承認する法的権限はないと判断した。スウェーデンでは、事件は子ども・青少年精神サービスに回付された。2002年3月2日、同機関はスウェーデンの裁判所に対し、子が性的虐待を受けていたか否かは、刑事の問題であり警察が捜査すべきであるから、同機関が調査することはできないと通知した。以上の事実関係及び経過を経て、本件の控訴審裁判所は、2002年4月3日、母からの控訴を認め、子に対する性的虐待があったかどうか、その結果、子が返還されれば、身

体的・精神的危害の重大な危険があり、または、耐えがたい状況に置かれるかについて判断するため、事件を原審に差し戻した。控訴審裁判所は、13条1項(b)の例外を限定的に解釈すべきことは認めたが、原審は、性的虐待にあたる行為に関して、また、子に対する性的虐待と危害の重大な危険との関係について、過度に制限的なアプローチに向かい過ぎていたとした。控訴審裁判所は、アメリカ政府もマサチューセッツ地区も条約の下での立場として、特に子が幼く、主張が親による虐待に関する場合で、性的虐待について信用できる証拠がある場合、子の保護により重きを置いているとし、この関係で、ハーグ条約に関するアメリカ国務省のガイドラインが、親による性的虐待を、不返還を正当化する13条1項(b)の抗弁の例としていることに言及した。すなわち、『国際的な子の奪取に関するハーグ条約：条文と法的分析』(51 Fed. Reg. 10510 頁)は、次のとおり述べている。『耐えがたい状況』の1つの例は、監護親が子どもを性的に虐待している場合である。他方親が、子がさらに被害を受けることから子を保護するために、子を連れ去りまたは留置し、虐待をしていた親が条約の下で子の返還を申立てた場合、裁判所は申立てを却下しうる。このような行為(裁判所の却下の決定)は、子を「耐えがたい状況」に返還し、精神的危害の重大な危険にさらすことから子を保護することになる」。そして、控訴審裁判所は、第一審裁判所は、性的虐待があったかという問題をスウェーデンの機関に委ねるよりも、その判断をするために利用しうる措置を取るべきだったと述べた。そうすれば、虐待者がまだ住んでおり、アメリカの裁判所が子の安全に関する将来の決定の結果を保証することができない、虐待の場所に子を戻すことができるかどうかという問題だけを扱えたはずだとした。また、もし評価の結果、父への疑いが晴れたとすれば、あるいは結論が決定的でなかった場合でも、そのこともまた、子が返還されれば直面するであろう危険が少しでもあるとすれば、その程度を判断することに関連する情報となるとした。なお、控訴審裁判所は、13条1項(b)の主張がなされた時はいつでも、完全な調査をする必要があるわけではないことを指摘した。また、控訴審裁判所は、第一審裁判所が命じたアンダーテイキングについて、第一審裁判所は自らの権限についての限界を認識しなければならず、アンダーテイキングが子の保護のために十分かどうかを判断するために、本件の子の具体的な状況に焦点を当てなければならないとした。そして、第一審裁判所が、その命令が外国裁判所により承認されることを返還命令の条件としたことについて、深刻な国際礼状についての懸念を生ずるものであるとし、国務省が、裁判所の命令が要請国で承認されることを返還命令の条件とすることは、外国裁判所への押しつけとなると推測されるとして、そのような条件付けを支持しないと述べていることを指摘した。控訴審裁判所は、第一審裁判所が、スウェーデンの裁判所が単純にアメリカの裁判所の命令と同じ命令を出し執行するとの期待をもって命令を出したことにより、条約の下での国際礼状の概念を損なったとし、第一審裁判所は、司法面接がスウェーデンで行われるよう命じたり、スウェーデンの裁判所に対し、監護権紛争の評価の結果を判断するよう命ずる権限はないと述べた。さらに、控訴審裁判所は、スウェーデンの裁判所が、アンダーテイキングを執行するだろうとの

推測は、法的にも事実上も誤っているとし、第一審裁判所が子を重大な危険から保護するために必要であると考えたこれらのアンダーテイキングは無効であり、したがって、この点からも返還命令を支持することはできないとした。最後に、控訴審裁判所は、実質的な主張がなされ、信用できる危険が存在する場合、裁判所は、子を保護しようとして、執行不可能な可能性のあるアンダーテイキングを用いることには、特に慎重でなければならないと述べた。なお、本件で、控訴審裁判所は、ペレ・ヴェラ報告書、外国の判例法、政府及びハーグ国際私法会議の文書、学術的な文献等の広範な解釈補助手段を参照している。本件はこの控訴審判決により原審に差し戻された後、差し戻し審において、原審裁判所は、母が子と話をしてきたことが、2人の子の再現や記憶に影響を与えた可能性はあるが、母が子の報告を実質的に作り直したということではなく、入手可能な証拠に照らし、妹が父から性的虐待を受けていたと判断し、子が返還されれば、スウェーデンの機関によって身体的な危害から保護されるであろうが、それでも子は精神的な危害、または、耐えがたい状況の重大な危険に直面するであろうとして、13条1項(b)の例外を認め、返還を拒否した (*Danaipour v. McLarey* 183 F. Supp. 2d 311 (D. Mass. 2002) 判決 (2002年: ID531))。この判決に対し、父(LBP)はさらに控訴したが、第1巡回控訴審裁判所は、*Danaipour v. McLarey*, 386 F.3d 289 (1st Cir. 2004) 判決 (2004年: ID597) において、差し戻し審の返還拒否の判断を支持した。控訴審の裁判で、父は、裁判所が選任した鑑定人は性的虐待があったとは述べておらず、原審裁判所は、妹と直接会ったことのない専門家の証言に依拠したことや、子が言ったことについて母が述べたことを含む専門家の供述等の数多くの伝聞的な証拠を採用して性的虐待の認定をした点に誤りがあると主張したが、控訴審裁判所は、証拠は直接の尋問と、子が医師に対し直接述べたことによって補強されていることを指摘して、証拠の採用について裁量権の濫用はなかったとした。また、父は、原審裁判所が、スウェーデンの裁判所が重大な危険の問題を適切に処理できるかどうかについて判断しなかった点に誤りがあると主張したが、控訴審裁判所は、子をスウェーデンに返還すれば子の精神的健康に対する重大な危害をもたらすとの原審裁判所の認定は記録から支持され、そのような認定がなされた以上、スウェーデンの裁判所が、子が返還された場合、さらなる危害を防止するための改善の措置をとることができるとの父親の主張は重要ではなくなるとした。裁判所は、このような状況では、13条1項(b)について、アンダーテイキングや、常居所国の裁判所がとるであろう措置について別途検討することは必要ないとした。

*Elyashiv v. Elyashiv*, 353 F. Supp. 2d 394 (E.D.N.Y. 2005) 判決 (2005年: ID/NA) 及び、*Olguin v. Santana*, 2005 WL 67094 (E.D.N.Y. 2005) 判決 (2005年: ID/NA) の2つの判決において、連邦地方裁判所は、DVから逃れるため子と共に逃げ帰ってきた母(TP)についてのハーグ条約の裁判で、いずれも、子の返還は重大な危害の危険にあたるとして返還を拒否した。

*Reves Olguin v. Cruz Santana, No. 03 CV 6229, 2005 WL 67094 E.D.N.Y. Jan. 13, 2005* 判決（2005年：ID/NA）は、父（LBP）の子自身に対する虐待と、父が母（TP）を叩いたのを見てきた「以前のトラウマによって生じる自殺の衝動」を経験するだろうとの児童心理士の証言に基づき、子をメキシコ（常居所国）に返還すれば、「重大な（severe）」精神的危害の重大な危険があると判断した。

*Van De Sande v. Van De Sande, 431 F.3d 567 (7th Cir. 2005)* 判決（2005年：ID812）で、ベルギー（常居所国）の法制度は返還後、子を保護することができない、またはしないだろうことを示す証拠はないとして重大な危険を認めなかった第一審裁判所の判断に対し、母が控訴し、（TP）は父（LBP）からのDVの被害者であったこと、父は子にも折檻していたこと、父は母子を殺すと宣言していたことを再度訴えたのに対し、第7巡回控訴裁判所は、母が提出した宣誓供述書を証拠として採用し、父が子の前で母を激しく何回も叩いたことによって示される、父の暴力的傾向と子の福祉の軽視は、子が返還されれば危害の重大な危険にさらされることを意味すると判断した。この判断に際し、控訴裁判所は、子がベルギーで保護を受けられるかのみ重点を置くべきかという問題を判例法に照らして検討し、そのようなアプローチは、条約及びその実施法の規定に一致しておらず、正しくないとした。さらに、父の国の警察が子を守るだろうとの前提で、危害の重大な危険にさらされる子の監護を父に付与することは（父は返還申立て前に、ベルギーの裁判所で子の監護権を付与されていた）、非現実的な全体の下に行動するものであり、返還手続を決定する裁判所は、子が暴力を振るう監護者に返されるとすれば、法的理論においてだけでなく、実際に保護されることを確認しなければならないと述べた。また、裁判所は、条件付きであれば返還を命ずることができるかについて、子の虐待の事案では、そのような結論に対し否定の推定が働くことを示唆したが、この問題を検討するため、事件を第一審裁判所に差し戻した。

*In re Application of Adan, 437 F. 3d 381 (3d Cir. 2006)* 判決（2006年：ID/NA）において、第3巡回控訴裁判所は、子がDVの加害者と接すると、子自身に対する身体的・精神的危害の危険が増大するから、母に対する暴力は、その子に対する危害の重大な危険を十分にもたらし得るとの原則を具体的に承認した。

*Simcox v. Simcox, 511 F.3d 594 (6th Cir. 2007)* 判決（2007年：ID/NA）において、第6巡回控訴裁判所は、初期のFriedrich判決を修正し、身体的暴力（繰り返し叩き、髪を引っ張り、耳を引っ張り、ベルトで叩いたこと）及び、精神的暴力（父（LBP）が激しく逆上したことや、子の前で母を虐待したこと）は、1回きりのとか、散発的ではなかったとし、その両方を示す証拠によって重大な危害の危険が認めれるとした。本件で、控訴裁判所は、一番下の子を除き子の全員がメキシコの常居所に返還されるとすれば悪化する可能性のある、いくらかの程度のPTSDを起こしているとの心理

士の意見を採用した。

*Rial v. Rijo, 2010 WL 1643995 (S.D.N.Y., 2010)* 判決 (2010年: ID/NA) の事案は、父 (LBP) は、しばしば母 (TP) に対して怒鳴り、機嫌が悪くなり、他人の前でしかりつけ、殺すと言ったこともあったほか、母を押したり、部屋の間で引きずったりという何らかの身体的な暴力も2、3回あり、少なくとも1回は、そうしたことが子の前であったという事案である。裁判所は、「この程度の暴力は、他の13 (b) 事案に比べて、頻度も程度もましである」が、子の母に対する精神的な依存は大きく、母が申請した鑑定人の意見によれば、子を父の単独監護の下でスペインに返すことになれば、「本当に、子を、かなり重大な危険にさらすことになる」と述べ、子の安全で迅速なスペインへの変化んを確保するためのいくつものアンダーテイキングと条件があれば、子への危害の危険は重大でないと判断した。父がなしたアンダーテイキングは、①母子が住んでいたスペインの町に、母子のためにアパートを借りること、②連れ去りについて母に対する刑事訴追をしないこと、③すでになされた申立てがあれば取り下げること、④3ヶ月間、または、スペインの裁判所が養育費についての命令を出すまで、1ヶ月500ユーロの養育費を支払うことである。また、両親は、子がスペインに戻ったら、子が十分な時間を父と過ごすために合意をするよう指示された。

*Miltiadous v. Tetervak, 686 F. Supp. 2d 544 (E.D. Pa., 2010)* 判決 (2010年: ID/NA) は、重大な危険を認めて、返還を拒否した。本件では、母 (TP) の証言によって、父 (LBP) が何度も母を叩き、飲酒がひどく、母と子に怒っていたことが証明された。父は子に対し身体的な暴力をふるったことはなかったが、「いつも、子どもに怒鳴っては子をいじめ、子を連れて行って、二度と母に会えなくなると脅かしていた」。心理士の鑑定証言は、上の子は母に対する暴力を見てきたことから、慢性的なPTSDになっていることが証明された。裁判所は、子が父の住居に住めば、身体的及び精神的危害の重大な危険にさらすことになるし、下の子は同じ程度のPTSDではないが、キプロス (常居所国) に返せば、下の子も身体的及び精神的危害の重大な危険にさらすことになるとした。また、裁判所は、下の子に対する身体的危害について、「父が感情のコントロールができないこと、DVや脅しのパターンからすれば、将来、暴力を受ける可能性がないとは言えず、精神的危害については、生まれてからずっと一緒に住んできた上の子が、おそらく母も一緒にアメリカに残るだろうから、母及び兄弟と文理することは、下の子に危害をもたらさだろう」と述べた。

なお、Jeffrey L. Edleson & Taryn Lindhorst は、アメリカ国務省の国家司法機関 (National Institute of Justice) に提出した報告書の中で、アメリカがハーグ条約を実施してきた過去30年間において、アメリカの裁判所がDVの問題を含むハーグ条約事案のうち公刊された47の判決 (州裁判所の判決12件、連邦裁判所の判決35件) をサンプルとして、事案の特徴、判決の結果と判断の理由等について、詳細な検討を

行っている。<sup>29</sup>同報告書によれば、47件のうち、44件は父が申立人であり、特に、申立人父は外国人、母がアメリカ人という類型が25件（53%）と多かった。47件の裁判で返還申立ての対象となった子79人のうち判決から年齢が明らかな75人の子の平均年齢は6歳である。不返還（申立棄却及び返還拒否）は22件（46.8%）、返還は20件（42.6%）、事件が第一審裁判所に差し戻されているため結果不明が5件（10.6%）であり、結果として子79人のうち58.9%が裁判の結果、母の監護の下に置かれた。また、不返還の判断をした判決のうち3件では、DVによる強要・支配があったとして「常居所」の要件を認めなかった。抗弁として「重大な危険」が主張された38件のうち認められたのは12件、「同意・追認」が主張された14件のうち認められたのは1件、「1年の経過+なじんだ」が主張された12件のうち認められたのは3件、「子の異議」が主張された9件のうち認められたのは2件、20条が主張された7件のうち認められたのは0件であった。報告書は、DVを「重大な危険」と認めるかについて、裁判所は、5つの要素を重視している。①子に対する身体的暴力不適切な扱いがあったか（重大な危険の抗弁が認められた12件のうち11件で認定）、②子がDVを見ていたか（12件のうち10件で認定）、③子にPTSDが起きているか（12件のうち8件で認定）、④母、子を殺す、または自殺するとの脅しがあったか（12件のうち7件で認定）、⑤鑑定人の証言があったか（12件のうち10件で採用）。<sup>30</sup>

### (iii) 常居所国が子を保護する能力がないことの証明の要否に関する最近の裁判例

*Van De Sande v. Van De Sande*, 431 F.3d 567 (7th Cir. 2005) 判決（2005年：ID812）で、第7巡回控訴裁判所は、子がベルギー（常居所国）で保護を受けられるかにのみ重点を置くべきかという問題を判例法に照らして検討し、そのようなアプローチは、条約及びその実施法の規定に一致しておらず、正しくないとした。さらに、家庭内ほど、本に書いてある法と実際に適用される法との違いが大きい場所はないのであり、家族のプライバシーと子に対する親の支配のために、親による子の虐待のほとんどが発見されないと述べ、本件において、危害の重大な危険にさらされる子の監護を父に付与することは（父は返還申立て前に、ベルギーの裁判所で子の監護権を付与されていた）、非現実的な全体の下に行動するものであり、返還手続を決定する裁判所は、子が暴力を振るう監護者に返されるとすれば、法的理論においてだけでなく、実際に保護されることを確認しなければならないと述べた。

<sup>29</sup> A Study of Hague Convention Cases – Final Report: Hague Convention and Domestic Violence, NIJ #2006-WG BX-0006 (2010), <http://www.haguedv.org/reports/finalreport.pdf>

<sup>30</sup> 同報告書巻末資料に、47の判決の事件名及び出典のほか、アメリカにおけるハーグ条約判例について分析した他の論文が紹介されている。なお、同報告書の筆者は、47の判決の分析結果に基づき、ハーグ条約の改正は難しいだろうが、同報告書の分析は、DVがある事案における条約の適切な適用を明らかにし、新たな条約議定書やその修正、アメリカの条約実施法ICARAの改正に貢献する可能性を示唆すると共に、裁判官はハーグ条約と母子がアメリカ及び外国で直面する危険についての知識を有している義務があり、より重要なことは、DV被害者の母と子が、これらの複雑な事件において、母と子を効果的に代理できる弁護士と専門家（advocate）へのアクセスを保障されることだと述べている。

*Baran v. Beaty*, 526 F. 3d 1340 (11th Cir. 2008) 判決（2008年：ID/NA）で、第11巡回控訴裁判所は、条約の目的は連れ去られた子を常居所国に迅速に返還することであるが、条約の規定及び注釈は、子の返還より子の安全により高い優先度を置いているとして、常居所国が子を保護する能力がないことの要件を否定した。

#### ④ フランス

INCADAT コメントは、重大な危険の認定に関するフランスの判例法においては、破棄院（最高裁判所）が1990年半ばから後半にかけて緩やかなアプローチを示していたが、最近の最高裁判所や控訴審裁判所の裁判例には変化が見られ、より重大な危険の認定を否定し、厳格に返還を認める解釈への向かう傾向が見られると指摘している。

しかしながら、INCADATにおいて従前の緩やかなアプローチを示す裁判例として挙げている下記の裁判例において、比較的容易に重大な危険が認められているとは言えるが、重大な危険を認めなかった最近の裁判例について、13条1項(b)の解釈や認定に関する厳格な立場の傾向性が認められると評価して良いかどうかは注意を要する。なぜなら、確かに、下記の2005年の2つの最高裁判決（ID844、ID845）は、「重大な危害の危険または耐えがたい状況の存在がない限り、13条1項(b)は即時返還に対する例外をもたらさない」ことを確認したが、これは条約の規定どおりのことを述べたに過ぎず、他方で、同時に、「最高裁判所は、国連子どもの権利条約3条1項は、フランス法において直接適用され、事案の状況は子の最善の利益に照らして検討されなければならない」ことも確認しているからである。むしろ、INCADATに掲載されている、最近、重大な危険を否定した最高裁判決を見る限り、13条1項(b)の解釈や認定が厳格に返還を求める方向に向かっているというよりは、従前、比較的緩やかに重大な危険を認めていた裁判例に対し、重大な危険についての検討がより詳細に行われているように思われ、結論が重大な危険の否定に至ったのは、個々の事案の事実関係や証拠の評価による可能性もある。

##### (i) より緩やかに重大な危険を認めたとされる従前の裁判例

*Cass. Civ Ière 12. 7. 1994, S. c. S.* 判決（1994年：ID103）では、破棄院（最高裁判所）は、連れ去り時1歳6ヶ月の子について第一審裁判所が返還を命じたのに対し、控訴審裁判所が、返還により子が精神的な危害にさらされるかどうかを判断するために子の調査を行った後、重大な危険を認めて返還を拒否したという事件について、子を母（TP）から引き離すことは子を精神的な危害の重大な危険にさらすことになるとの証拠を認め、返還を拒否した。

*Cass. Civ Ière 12. 7. 1994, S. c. S.* 判決（1995年：ID514）では、控訴審裁判所が、子（連れ去り時2歳と3ヶ月）が既に新しい環境になじんでいると認めて13条1項(b)を根拠に返還を拒否したことについて、父（LBP）は、この判断は12条と1

3条を混同するものであり、子が新しい環境になじんでいるという事実は、子を返還すれば重大な危害の危険や耐えがたい状況に子をさらすことになることを意味しないと主張した。しかしながら、最高裁判所は父の主張を認めず、13条1項(b)に規定される身体的・精神的危害、もしくは耐えがたい状況とは、連れ去られた子の生活における新たな変化という事実や、常居所国における新たな、あるいは新たに発見された状況からも生じることがあるとし、また、控訴審裁判所が、子が幼いときにフランスに来てから4年も経っていることを指摘したのは正しいとし、アメリカ(常居所国)への返還は、子を、面会権しかない母との日々の接触から引き離すことになり、そのような状況での返還は子どもたちを耐えがたい状況に置くことになるとして返還を拒否した。

*Cass. Civ Ière 22/06/1999 (Arrêt n° 1206, pourvoi n° 98-17902)* 判決(1999年: ID498)では、6歳と3歳(連れ去り時)の子について、3歳の子が母から引き離されれば精神的な危害にさらされることになり、兄弟が引き離されれば2人とも耐えがたい状況に直面することになることを理由に返還を拒否した控訴審裁判所の判決に対し、父親(LBP)は、控訴審裁判所は、危害の重大な危険を構成する要素と、監護権に関して何が子の最善の利益になるかという問題に関する要素とを混同しており、子が常居所国の父親の下に返還されても耐えがたい状況に直面することにはならないと主張したが、最高裁判所は、控訴審裁判所が子の生活におけるさらなる変化は危害の重大な危険をもたらすと判断したことには理由があり、兄弟の分離につながるような劇的な変化は、年齢を考慮すると、2人の子を耐えがたい状況に置く可能性があるとして、控訴審裁判所の判断を支持した。

## (ii) 重大な危険の認定を否定した最近の裁判例

*CA Grenoble 29/03/2000 M. v. F.* 判決(2000年: ID274)では、控訴審裁判所は、子(連れ去り時6歳)が母による連れ去り前の約3年間、アメリカで主として父親と住んでいたことを指摘し、重大な危険は認められないとして返還を命じた。なお、本件で父は、子を1年間に4回、毎回最低1週間フランスに連れていくことを約束すること、イタリアに休暇で行く場合は子どもが母に会うことを認めることを含むいくつかのアンダーテイキングを申出た。

*CA Aix en Provence 8/10/2002, L. c. Ministère Public, Mme B et Mesdemoiselles L (N° de rôle 02/14917)* 判決(2002年: ID509)では、父(TP)は、イスラエルの「紛争状態」のために子どもが身体的危険に晒されると主張したが、控訴審裁判所は、イスラエルの安全に関する状況は一般的な危険を示すものであり、13条1項(b)が成立するために必要な程度の証拠を提出していないこと、イスラエルの状況は長く続いており、父は家族でイスラエルに転居することをやめることはなく、離婚後に初めて子どもをフランスに連れて行きたいと言い出したに過ぎないこと、家族が住んでいた地域は攻

撃を経験したことはなく、イスラエルについてのフランス外務省の警告もこの地域についてはなされていないことを指摘して、父の主張を排斥した。<sup>31</sup>

*CA Paris, 05/15032* 判決（2005年：ID814）で、控訴審裁判所は、母（TP）は、父が薬物を使用していた、父の新しいパートナーが子の義兄に対し不適切に振舞った、返還すれば子を義兄から引き離すことになり、子が母に会えなくなると主張して重大な危険の例外事由を主張したのに対し、子（連れ去り時7歳6ヶ月）の心理鑑定を命じ、父が薬物を使用していたという義兄の主張は詳細を欠いており、父の血液検査の結果と合致しないし、父の新しいパートナーによる誘惑という主張は連れ去られた子とその返還とは何の関係もないとして重大な危険を認めなかった。<sup>32</sup>

*Cass. Civ 1ère (N° de pourvoi : 04-16942)* 判決（2005年：ID844）では、控訴審裁判所が留置時2歳6ヶ月の子の返還を命じたのに対し、母（TP）が、子の状況の新しい変更は子を危害の重大な危険にさらすことになるから13条1項（b）が適用されるべきであり、控訴審裁判所は、子をフランスでなじんだ環境から移動することについて、欧州人権条約8条、国連子どもの権利条約3条1項、国際公法の一般原則、並びに、憲法の原則の観点から検討すべきであった、さらに控訴審裁判所は、父がサントドミンゴに転居しようとして計画していることに伴う子に対する重大な危険を無視すべきではなかったと主張したが、最高裁判所は、重大な危害の危険または耐えがたい状況の存在がない限り、13条1項（b）は即時返還に対する例外をもたらさないことを確認した。さらに、最高裁判所は、国連子どもの権利条約3条1項は、フランス法において直接適用され、事案の状況は子の最善の利益に照らして検討されなければならないことを認めた。そのうえで、裁判所は、控訴審裁判所が、子の状況を検討した後、父が子にとって危険であることを示す証拠はなく、父がアルコール依存であったり、薬物を使用しているとの証拠もないと認めたことを指摘し、さらに、子は精神的に満足できる状態にあり、父は子の監護の資格を有する監護補助者の援助によりアメリカで子どもの監護のために適切な準備を提案していることから、控訴審裁判所は子の最善の利益を考慮した結果として、ハーグ条約に基づき子をアメリカに返還することにしたとして、控訴審裁判所の判断を支持した。<sup>33</sup>

*Cass. Civ 1ère (N° de pourvoi : 05-10519)* 判決（2005年：ID845）でも、最高裁判所は、*Cass. Civ 1ère (N° de pourvoi : 04-16942)* 判決（2005年：ID844）と同様、重大な危害の

<sup>31</sup> v

<sup>32</sup> しかし、控訴審裁判所は、本件で、子が「なじんだ」かを評価するにあたり、子がフランスの学校での3年生の学年を始めたこと、学校での成績が良いこと、学校の心理士との話の中で子どもがフランスで勉強を続け、母と一緒にいたいと希望している事実を考慮した。そして、国連子どもの権利条約にしたがい、子の意見を聴取した結果、裁判所は、子が新しい環境に「なじんだ」と認め、子の最善の利益の要請により、子をアメリカに返還しないと判断した。

<sup>33</sup> なお、この判決に対し、その後、TPが欧州人権裁判所に提訴し、欧州人権裁判所はフランス最高裁判所が子の返還を命じたことは欧州人権条約8条違反にあたらないとした。

危険または耐えがたい状況の存在がない限り、13条1項(b)は即時返還に対する例外をもたらさないことを確認したが、国連子どもの権利条約3条1項は、フランス法において直接適用され、事案の状況は子の最善の利益に照らして検討されなければならないことを認めた。その上で、最高裁判所は、控訴審裁判所は、心理士による調査を命ずることは必要とされておらず、証拠を評価し、特に、母(TP)が提出した証拠は極めて一般的な性質のものであって母の主張に沿うものでもなく、ベルギー(常居所国)での裁判手続において当事者らが提出した事実と矛盾するものであること、母自身が、ベルギーの警察に対し、子は父親と一緒にでも危険ではないと述べていたこと等から、危害の重大な危険の存在は認められないとの結論に至っていることから、子の最善の利益を考慮に入れて結論の正当性を明確にしているとして、返還を命じた控訴審裁判所の判断を支持した。

また、*Cass Civ Ière 14 November 2006 (N° de pourvoi : 05-15692)* 判決(2006年:ID890)では、父(TP)は、医師から検察官に対する届出があったことを根拠に重大な危険を主張した。医師によれば、姉(連れ去り時7歳)は、母は姉を夜、弟(連れ去り時5歳)と2人だけにしたので怖かった、母は定期的に食事をくれなかった、家に少ししかいなかった、昼間寝ていた、母は2人の男と一緒に寝てその口にキスをしていた、娘の首を絞めるふりをした等と述べ、また、医師に対して、戻って母と一緒に住みたくないと述べていた。父はまた、子は完全にフランスでの生活に統合しているため、現在の生活状況を変化させることになる結果、返還は子を耐えがたい状況または精神的な危険にさらすことになることを主張した。この事案で、最高裁判所は、控訴審裁判所が、イギリス(常居所国)で行われた警察による取り調べの結果、有害な家庭環境の証拠は見つからなかったこと、社会福祉機関が事件として扱っていなかったこと、子の学校の校長は有害な兆候に気付いていなかったことをどのように認定したかを検討し、さらに、父が根拠とする医師の診断書が、子の連れ去り後3ヶ月以上してから作成されていることを指摘し、なぜ父が、警察の聴取を受けたときに、子が不適切に取り扱われているという問題を述べなかったかを問題とした。実際、警察での聴取の際、父は任意の返還に合意していたにもかかわらず、任意の返還は実行されなかった。これらの理由により、最高裁判所は、控訴審裁判所の判断は正当であると認めた。

その他、*CA Paris (N° de RG : 2001/21768)* 判決(2002年:ID849)、*CA Paris, (N° de RG : 2002/13730)* 判決(2002年:ID850)、*Cass Civ Ière 14 December 2005 (N° de pourvoi 05-12934)* 判決(2005年:ID889)も、重大な危険を認めなかった最近の控訴審裁判所及び最高裁判所判決として挙げられている(INCADATコメント)。

### (iii) 重大な危険を認めた最近の最高裁判所及び控訴裁判所の裁判例

他方、INCADATコメントによれば、重大な危険を認めた最近の最高裁判所及び控訴審裁判所の裁判例として、次の裁判例が挙げられている。

*Cass Civ lère 12 December 2006 (N° de pourvoi : 05-22119)* 判決 (2006 年 : ID891) では、最高裁判所は、父 (LBP) とサイエントロジー教会の信者による宗教の選択の独立した自律的解釈により、父が子のために自由になる時間がないことは効果的な日々の養育と矛盾し、父が経済状況を危うくするほど無分別にお金を贈与する傾向があること、医療措置に関して子が被る危険があることから重大な危険が生ずると控訴審裁判所が判断したことは正当であるとした。

*CA Rouen, 9 mars 2006, N°05/04340* 判決 (2006 年 : ID897) において、控訴審裁判所は控訴を認め、重大な危険により返還を拒否した。*Cass Civ lère 17 Octobre 2007* 判決 (2007 年 : ID946) で、最高裁判所は重大な危険を認め返還を拒否した控訴審裁判所の判断を維持した。

## ⑤ ニュージーランド

*Damiano v. Damiano [1993] NZFLR 548* 判決 (1993 年 : ID91) は、13条1項 (b) の下で、子に対する危険の危害は重大で (severe) 実質的な (substantial) なものでなければならないとして、父 (LBP) が2回の別々の時に子と母を殺すと脅したことは、必要とされる高い基準に達していないとした。また、裁判所は、身体的または精神的危害な存在しないことを認定した後でなければ、耐えがたい状況が存在するかを検討してはならないとし、13条1項 (b) の各要素は、自動的な返還の推定に対する独立の抗弁となりうるとした。そして、「耐えがたい」とは、「単純にかつ明らかに黙認することができない」という意味であるとして、重大な危険を認めず、父が申し出たアンダーテイキングと共に返還を命じた。

*Anderson v. Central Authority for New Zealand [1996] 2 NZFLR 517* 判決 (1996 年 : ID90) 13条1項 (b) は、子の常居所国で暴動や動乱が起きているといった場合にのみ適用される訳ではなく、常居所国が子の最善の利益が最優先であることを強調するだろうがそれを実現する制度がないとか、常居所国の裁判所が子の最善の利益の規定を制限的に解釈しているとか、常居所国の法律が子の最善の利益の最優先の原則を取り込んでいないなどの場合があるとした。そして、本件では、重要な懸念は、子の返還の時期と、母が申立てる新たな監護権裁判の審理との間の期間であるところ、子が父の手の届くところで精神的危害にさらされるだろうという事実は、デンマーク (常居所国) の裁判所が提供可能な保護によって克服されることとして、重大な危険の返還例外事由を認めなかった。

*El Sayed v Secretary for Justice, [2003] 1 NZLR 349* 判決 (2003 年 : ID495) では、母 (TP) がオーストラリア (常居所国) で父 (LBP) からの暴力に対してDV保護命令を受けたが、その後、4歳とほぼ1歳の子を連れて母国のニュージーランドに帰国したとい

う事例である。第一審裁判所は、母が逃げ出したような状況に子を保護のないまま返還すれば、子を身体的・精神的危害の重大な危険にさらすことになるが、オーストラリアへの返還が直ちにそのような結果をもたらすことになる訳ではないとして、母と子がオーストラリアに戻った場合の状況について調査するよう命じ、調査の結果に基づき、重大な危険は認められないとして返還を命じた。これに対し、控訴審裁判所は、重大な危険の例外の起草過程を検討し、本規定は子を迅速に常居所国に返還すべきであるというのが極めて確固とした出発点に基づくものである一方、そのような措置はすべての事件について必ずしも正しいとは限らないとし、やみくもに子を常居所に返還することは子にとって望ましい結果とならない場合があると指摘した。そして、オーストラリアのいくつかの裁判例が採用してきた13条1項(b)に関する制限、すなわち、「重大な危害の危険」は子を国に返還することから生じるものでなければならぬ、という解釈は、条約やニュージーランドの実施法と一致するものではないとした。このように解釈したうえで、控訴審裁判所は、母は、2歳未満の子を「遺棄する」ことはめったにないと直感的には考えられるが、本件で認められたDVの証拠に照らせば、本件の母はオーストラリアには戻らないかも知れないという現実の可能性があるとし、TPが有害な状況を「作出する」権利はないが、裁判所が例外を認める裁量を控えることは許されないとして、本件では母と子の分離は子を重大な危害の危険に置くことになるとした。また、控訴審裁判所は、第一審裁判所が、オーストラリアの法制度は母と子の面倒を見てくれるだろうから、子が直面する危険は重大なものではないと判断したことについて、規定の文言をあまりに狭く解釈したと批判した。以上の理由に基づき、控訴審裁判所は、本件では重大な危険の例外が認められるとし、裁量権を行使して返還を拒否した。

他方、*K.S. v. L.S.* [2003] 3 NZLR 837 事件の決定（2003年：ID770）において、控訴審裁判所は、第一審裁判所が、母（TP）がニュージーランドで癌の治療を受ける必要があることから重大な危険の例外を認めて返還を拒否したことについて、裁判所は、例外的な事情についての人道的な考慮や懸念は条約の明確な政策を弱めてはならない、13条1項(b)の例外事由は、子に焦点があり、TPの困難は子に影響を及ぼす限りにおいて考慮されるに過ぎないとした。裁判所は、政策問題として、締約国の裁判所は、子に関する紛争についての適切な管轄は子の常居所国であるという条約の根底にある政策に敏感でなければならないとし、オーストラリア（常居所国）の家庭裁判所は、特に、母親の健康、治療、そして疑いなく母と子の絆といった要素を考慮して、子の返還後に子の問題を適切かつ同情をもって扱うことが期待できるし、母の病気とそのことから生じる結果の可能性に関する事項は、条約の政策の観点からすれば、子の常居所国の裁判所が扱うべき問題であるとした。控訴審裁判所はまた、上記 *El Sayed v Secretary for Justice*, [2003] 1 NZLR 349 判決（2003年：ID495）について触れ、「同判決は、ひどいDVの事案について控訴を認容したという判断は間違いなく正しいが、13条1項(b)の例外事由について、説得力のない、間違っただ理由のために、

誤った解釈をした」と批判し、ニュージーランドにおける13条1項(b)の解釈として、初期の *A v Central Authority for New Zealand* [1996] 2 NZLR 517 (CA)判決 (1996年: ID90) が示した拘束力ある解釈が維持されると述べた。

### (3) 重大な危険の理由としてしばしばなされる主張についての裁判例

#### ① LBPの子に対する虐待等

重大な危険の理由として、TPが、LBPの子に対する虐待等を主張することが多く、この問題を扱った裁判例は多々見られる。その判断は、証拠に照らし主張事実自体が認められないとするもの、事実を認めながら重大な危険にはあたらないとするもの、アンダーテイキングを付して返還を命ずるもの、重大な危険を認めて返還を拒否するもの等、様々である。

#### イギリス:

*N. v. N. (Abduction: Article 13 Defence)* [1995] 1 FLR 107, [1995] Fam Law 116 判決 (1994年: ID19) は、母 (TP) が、イギリスへの旅行前に (旅行は父 (LBP) の許可を得ていたが、母はそのままイギリスに留まった)、留置時8歳4ヶ月の娘に対する父からの性的虐待を疑い、オーストラリア (常居所国) で娘を病院に連れて行ったところ、専門医がその可能性を肯定したため、イギリスで、父と子 (娘の他に8歳と5歳の2人の兄弟) との電話を止め、娘に社会福祉機関危険の面談を受けさせたところ、娘は父からの性的虐待の可能性を示唆したという事案である。裁判所は、オーストラリアで係属中の監護権の裁判において、娘に対する危険の可能性の調査が必要であり、暫定的に娘の保護が必要であるが、その保護のために、返還の申立てを拒否することまでは必要ではなく、存在するかも知れない身体的な危害の危険は父親との監督なしの宿泊付き面会によって起こるかも知れないが、オーストラリアへの返還によって起こるものではないとした。また、裁判所は、13条1項(b)の例外は、直近の過去に照らし、また、比較の観点からもバランスをとる必要があるところ、直近の過去については、本件で母は騙して子を故郷から連れ出し、父との交流を阻止したことによって、明らかに子を重大な精神的危害の危険にさらしており、また、比較の観点からは、裁判所は返還を拒否することによる精神的な影響との比較で、返還による精神的危害の危険を測ることが許されるどころ、連れ去られた子の迅速な返還を確保するという条約の主要な目的に相当の重要性を付与すべきであるとした。裁判所はまた、TPは、操作や純粋な心配、心からの感情の表明によって条約を超えることはできないが (*Re C. (A Minor)(Abduction)* [1989] 1 FLR 403 at 410 判決 (1988年: ID34))、本件は、父が鬱病で、娘に対する性的虐待の可能性があること、最近の精神状態のために子と疎遠になっていることによって、単独で主たる監護を任せるのは適切ではないという事情のため例外と言えるが、母は子に対する危険を除去するために保護措置の条件とアンダーテイキングを提供されていること、返還命令はオーストラリアへの返還を命ずるものであって父との同居を強いるものではないこと、母が、返還命令が

精神的危害の重大な危険にあたると証明することに成功したとしても、裁判所は返還を拒否する裁量権を行使しないと述べ、重大な危険の例外による返還拒否を認めなかった。<sup>34</sup>

*Re S. (Abduction: Return into Care) [1999] 1 FLR 843* 判決（1998年：ID361）では、母（LBP）の同居者による、留置時9歳の娘に対する性的虐待が13条1項（b）の例外を発動するに足る性質のものであるかが問題となったが、裁判所は、スウェーデン（常居所国）の当局が事件のことを知っており（父（TP）は、イギリスでの子との休暇交流中に子が性的虐待を受けていると述べたため、イギリスの社会福祉機関に連絡を取り、スウェーデンの社会福祉機関とも連絡をとった）、子が返還されたら保護されるよう手続を取ったこと、子は母と共に調査のための施設に保護され、母がこれに同意しない場合は子は監護施設に保護されることになること、さらに、母が既に同居者とは同居していないことに着目し、重大な危険の例外を認めず、返還を命じた。

#### スコットランド：

*Matznick v. Matznick 1994 GWD 39-2277* 判決（1994年：ID187）は、父（LBP）の子に対する折檻が虐待のレベルであったとの母（TP）の主張に沿う証拠は認められないとして、子に対する身体的・精神的害の重大な危険の主張を排斥し、アンダーテイキングと共に返還を命じた。

*Q., Petitioner, 2001 SLT 243* 判決（2001年：ID341）は、母（TP）はフランス（常居所国）で、監護権に関する裁判中に、娘（連れ去り時6歳）から、父（LBP）から身体的・性的に虐待を受けていると知らされたが（娘は裁判所の監護権決定により父と同居していた）、監護権の控訴審裁判所はそのまま父の監護権を承認し、また、母は警察に通報したが、証拠不足のため父に対する訴追はなされたなかったため、母は法的助言を得て、子をスコットランドに連れ去ったという事案である。裁判所は、虐待の主張が真実である可能性があり、子が返還されれば虐待をしたと主張されている者の監督なしの面会が許可される可能性があることを認めたが、他のハーグ条約締約国の裁判所は十分な保護を提供できるであろうから、性的虐待があったと主張されている場所に子を返還することは可能であるとし、ただし、本件についてフランスでの様々な法的手続の過程で起きたことに照らし、フランスの裁判所は子のための十分な保護を提供できないかしようとしておらず、その結果、子の返還による危険は、子を身体的・精神的な危害にさらし、もしくは、耐えがたい状況に置く危険にあたるとし

---

<sup>34</sup> また、本件では、子の異議に関して、子は、社会福祉士、裁判所の福祉職員、および、2人の医師の面談を受けたが、裁判所は裁判所の福祉職員の意見を最も重視した。その報告書は、子がオーストラリアへの返還に異議を述べているのではなく、母から離れることに対し異議を述べていることを示していた。子が母と一緒にいられるならば、子は返還の方が良いと考えており、子の返還に対する異議がTPと一緒にいたためである場合は、子の意見には、ほとんど、あるいはまったく重要性は認められない（*Re S. (A Minor) (Abduction: Custody Rights)* (ID87)）として、子の異議の例外による返還拒否も認めなかった。

て、姉について重大な危険により返還を拒否し、また、姉妹を引き離すべきではないとして妹（連れ去り時3歳）についても、返還を拒否した。その後、フランスの中央当局は、スコットランド裁判所の返還拒否の判断を受け入れ、監護権の本案に関する裁判は、スコットランドで行われた。なお、本判決について、INCADAT コメントは、スコットランドの裁判所が13条1項（b）の例外を認めた最近の極めて稀な例であるとしている。

#### アイルランド：

*A.S. v. P.S. (Child Abduction) [1998] 2 IR 244* 判決（1998年：ID389）では、最高裁判所が、父（LBP）による性的虐待の一応の証拠があること、子が父の監護に戻されるべきではないことを認めたが、第一審裁判所が、このことから、子をイギリス（常居所国）に返すこと自体が重大な危害の危険になると判断したことは誤りであるとした。そして、父が生活費の支払いと自宅を明け渡すことを含むアンダーテイキングをしたことにより、子を母親の単独監護の下で元の家族の家で住むように戻すことには重大な危険はないと判断し、返還を命じた。

#### ニュージーランド：

*Wolfe v. Wolfe [1993] NZFLR 277* 判決（1993年：ID303）で、裁判所は、父（LBP）の性的な行動が子を重大な危害の危険に置くことになるとの母（TP）の主張を排斥し、返還が13条1項（b）の下で考えられているレベルの危害に子をさらすことになるとの証拠はないとした。なお、本件で、裁判所は、両親間の不信の程度、および、母が面会を強迫的に妨害することから、子をアメリカに返還するために父に対し引き渡すことを命じた。

*Anderson v. Central Authority for New Zealand [1996] 2 NZFLR 517* 判決（1996年：ID90）では、控訴裁判所は、母（TP）からの父による性的虐待、ネグレクト、近親相姦を理由とする重大な危険の主張を認めず、返還を命じたが（デンマーク（常居所国）の裁判所が、先に監護権の裁判で母の主張は根拠がないと否定していた）

#### 香港：

*D. v. G. [2001] 1179 HKCU 1* 判決（2001年：ID595）では、控訴審裁判所は、父（TP）が娘が性的虐待を受けているとして重大な危険を主張したのに対し、第一審裁判所が、子がスイスに返還されたらすぐに性的虐待の疑いについて調査がなされること（香港の裁判所の管轄・支配が及ばない第三者〔スイス中央当局〕の行為）を条件として返還命令をなしたことを批判し、主張が真実でなければ13条1項（b）の例外は適用されないし、真実であるとすれば重大な危険が認められるとして、性的虐待の主張についてさらに審理するため事件を原審に差し戻した。<sup>35</sup>

<sup>35</sup> なお、控訴審裁判所は、この事件で、第一審裁判所の裁判官が、父がスイスに戻った場合、刑事訴追の危険に

## アメリカ：

*McManus v. McManus*, 354 F. Supp. 2d 62, 70 (D. Mass. 2005)判決（2005年：ID/NA）は、子に対する以前の虐待は、「散発的」なものであったから、子を返還すれば、精神的危害は「重大な (seriou)」ものではあるが、13条1項 (b) の下での「重大な (grave)」なものではないとした。

*Kufner v. Kufner*, 519 F.3d 33 (1st Cir. 2008) 判決（2008年：ID971）では、第一審裁判所は、男の子の写真が児童ポルノにあたるか否か、子に見られる問題行動が性的虐待を示すものであるか否かを評価するために、小児科、子ども虐待、子どもの性的虐待、及び、児童ポルノに関する独立の鑑定人を選任した。鑑定人は、父 (LBP) がペドファイル (小児性愛者) であること、父が子に性的興奮を抱いたり、父が撮った子の写真がポルノの性質のものであることを示す証拠はないと報告した。本件では、母 (TP) が子をアメリカに連れ去る前に、母がドイツ (常居所国) の裁判所に申し立てた父と子の面会禁止、及び、リロケーション (転居) の許可を求める裁判の中で、ドイツの裁判所が写真についての調査を命じ、選任された心理士が、父と子との関係は良好で愛情に満ちたものであり、写真が子に悪影響を与えたことはないと報告していた。アメリカの裁判所で選任された鑑定人は、ドイツの心理士による調査の結果に同意し、調査は正確な評価であり、その結論は報告された所見と一貫性があり、子が示した症状は両親の激しい監護権紛争によってもたらされた生活の中でのストレスによるものであると判断した。そのうえで、鑑定人は、既に危険なストレスレベルを増大させることになるので、子がさらに性的虐待についての調査を受けることがないよう勧告した。その結果、第一審裁判所は、父がドイツにおける母に対する刑事訴追がなされないようにすることを確保するというアンダーテイキングと共に返還を命じ、第1巡回控訴審裁判所も、この判断を支持した。

*Stirzaker v. Beltran*, 2010 WL 1418388 (D. Idaho, 2010) 判決（2010年：ID/NA）は、母 (TP) が、子が学校で問題があり、父 (LBP) が不適切に子の体を触ったり、家で裸でいるなどの虐待のために子の行動に問題があったため、メキシコ (常居所国) から子を連れ帰ったと主張した事案である。母は、子は父のことを怖がっており、カウンセリングを受けており、アイダホに来てから良くなってきたが、父との接触をまだ怖がっていると証言した。父はこの主張を争い、メキシコの機関が、母の主張は理由がないと判断したことを示した。父の表現によれば、子との「ばかな」遊びは「虐待とは無縁」のものであるとして、父は、虐待にあたるような体への接触や不適切な行動はなかったと否定した。裁判所は、「母の主張によって懸念を感じたが、母の主張を調査したメキシコの機関によって事実はないとされたようだ」と述べ、重大な危険は

---

直面することがないことを確かめるために、個人的に直接スイス中央当局に連絡を取ったことについても批判している。

認められないとした。

#### ベルギー：

*Civ Liège (réf) 14 mars 2002, Ministère public c/ A* 判決 (2002 年 : ID706) では、母 (LBP) は子が精神的に不能であるとの宣告を受け臓器を売るために子の返還を求めているとして父 (TP) が重大な危険にあたりと主張したのに対し、裁判所は、父の主張を認める証拠はないとした。

#### カナダ：

ケベックの *Droit de la famille 2675, No 200-04-003138-979* 判決 (1997 年 : ID666) で、裁判所は、もし母 (TP) が息子について重大な懸念を持っていたのであれば、母が深刻な出来事であったと主張する出来事後の休日に息子を父 (LBP) の監護に委ねたはずはないであろうとして、母の重大な危険の主張を排斥した。

*J.S.S. v. P.R.S., [2001] 9 W.W.R. 581 (Sask. Q.B.)* 判決 (2001 年 : ID755) では、母 (TP) は、子が父 (LBP) のホモセクシュアルな生活スタイル、暴力、飲酒にさらされれば精神的害の危険に置かれると主張したが、裁判所は、この主張に関する証拠は 13 条 1 項 (b) が要求する基準に達していないとして否定した。

*Kovacs v. Kovacs (2002), 59 O.R. (3d) 671 (Sup. Ct.)* 判決 (2002 年 : ID760) において、母 (TP) が、ハンガリー (常居所国) で、母と子 (連れ去り時 4 歳) が父から身体的・精神的虐待を受けていたがハンガリーは 2 人を保護できないか保護しようとしなかったとして 13 条 1 項 (b) の重大な危険を主張したところ、母と子に対する虐待は立証されていないとされたが、裁判所がハンガリーの法務省に照会したところ、父が詐欺罪で 6 年の有罪判決を受けており、逃亡中で行方不明であることがわかったことから、子が逃亡中の父の下に戻されるとすれば、そのような返還命令は子を精神的危害にさらすことになり、また、子がハンガリーで母または第三者の監護の下に置かれたとしても、詐欺や暴力の長い前歴のある父から連れ去られる危険があり、耐えがたい状況に置かれることになるとして、重大な危険を認め、返還を拒否した。

ケベックの *J.M. c. H.A., Droit de la famille – 08497, Cour supérieure de Montréal, 28 mars 2008, N°500-04-046027-075* 判決 (2008 年 : ID968) 事件では、母 (TP) は、父 (LBP) の性的偏向を理由に子に対する重大な危険があると主張したが、裁判所は、この主張が既に外国の手続で却下されたことを認め、条約の手続は子の返還に関するものであって、監護の問題に関するものではないことに留意し、母と母方祖母の懸念は、そのほとんどが不合理なものであるとして、母の主張を認めなかった。裁判所は、むしろ、3 つの裁判所の反対の命令の存在にもかかわらず子を連れ去ったという母方家族の行動、ならびに、父が不安に思うような状態に子を置いていた母の精神状態について

懸念を表明した。

### フランス：

*CA Amiens 4 mars 1998, n° 5704759* 判決（1998年：ID704）は、父（LBP）が身体的な暴力を行っていたとの母（TP）の主張を排斥し、暴力があったとしても、13条1項（b）を発動するために必要とされるような程度ではないとした。

### スイス：

*Obergericht des Kantons Zürich (Court of Appeal of the Zurich Canton) (Switzerland), decision of 28 January 1997, U/NL960145/II.ZK* 判決（1997年：ID426）において、控訴審裁判所は、父（LBP）が問題ある教育方法を支持していること、攻撃的な性格をしていること、娘（連れ去り時3歳9ヶ月）を性的に虐待したとして、返還は子（連れ去り時兄7歳6ヶ月、妹3歳9ヶ月）を危害の重大な危険にさらすことになるとの母（TP）の主張に対し、連れ去りの直前、母がスイスにいる間の6ヶ月間、子を父の単独監護の下に委ねることに問題を感じていなかったことを指摘し、心理士の報告書は、子を母から引き離すことは有害であると述べていることは認めながらも、子の帰国に同伴し、そのような結果を避けるかどうかは母親にかかっているとし、さらに、母が刑事訴追に直面する可能性があることや刑務所での服役の期間は返還命令を拒否するだけの十分な理由にはならないとして、返還を命じた。<sup>36</sup>

### フィンランド：

*Supreme Court of Finland 1996:151, S96/2489* 判決（1996年：ID360）では、父（LBP）が娘を性的に虐待したとの母（TP）の主張が子の返還の障害になるかを検討するに際し、裁判所は、ハーグ条約の目的の1つは、監護権の問題の決定の管轄が変わらないようにすることであり、申立人（LBP）の個人的性格についての主張の信用性は夫婦の共通常居所国において最も適切に調査されるとした。さらに、裁判所は、重大な危害の危険は、母が子と共に帰れば生じないとし、母と子の生活条件がその最善の利益のために用意されているとし、子の返還に障害はないとして、重大な危険の例外を認めず、返還を命じた。

## ② LBP から TP に対する DV

重大な危険の理由として、常居所国において、母（TP）が父（LBP）からDVを受けていたため、TPが子と共に子の常居所国に戻ることができず、よって、子が主たる監護親たるTPから引き離されることは、子に対する精神的危害または耐えがたい状況の重大な危険にあたりと主張されることが多い。DVが子に対しても向けられていた場合は、同時に、返還が子を身体的危険または精神的危険の重大な危害にさらすことになるとの主張も合わせてなされることが多いが、DVが専ら母（TP）に対する

<sup>36</sup> なお、裁判所は、本件では、子の年齢が幼いとして、子の異議を考慮に入れなかった。

ものであった場合、その主張は、TP が子と共に子の常居所国に戻ることができないことによる「主たる監護親からの引離し」が重大な危険にあたるという形でなされることが多いためか、各締約国の裁判例ではDVの主張が頻繁になされている割に、Beaumont & McElevy においても、INCADAT コメントにおいても、TP に対するDVに基づく重大な危険が主張された裁判例の分析はなされておらず、「主たる監護親からの引離し」の問題の中で扱われている。

しかしながら、前述のとおり、近年、特にアメリカにおいて、ハーグ条約におけるDVの問題について関心が高まり、特に、DVを理由とする重大な危険の主張に関する裁判例を積極的に抽出し分析する作業が研究者や弁護士によりなされている。

アメリカ以外の締約国におけるDVを理由とする重大な危険の主張に関する裁判例は、この問題に関するアメリカの論文においても一部紹介されているが、そのような学術論文等を用いた包括的なハーグ条約判例の調査は、INCADAT を中心に Beaumont & McElevy その他の資料を用いたハーグ条約判例調査を目的とする、本報告書の調査の範囲を超えるため、下記では、特にDVの問題が具体的に論じられている裁判例、DVを理由とする重大な危険の認定の仕方において参考となると思われる裁判例を挙げた。なお、DVの主張は実に多くの裁判例で見られ、下記に挙げた以外にも、本報告書の他の項目において取り上げた裁判例の中で触れられている場合があるので、参照されたい。

### イギリス：

*Re H. (Children) (Child Abduction: Grave Risk) [2003] EWCA Civ 355* 判決（2003年：ID496）では、第一審裁判所は、父（LBP）が飲酒して暴力や脅迫をするとの母（TP）の主張は証明され父から逃げ出す前に起きていたこと、警察や福祉機関が介入していたことを認めたが、その程度は確かではなく、継続的なものではなく、ベルギー（常居所国）の機関は子と母を保護するためにほとんどあるいはまったく何もしていなかったと判断し、将来効果的な保護をするとは考えられないとした。そして、裁量権を行使するにあたり、子はイギリスと何のつながりもなく英語が話せないことを考慮して、13条1項（b）の重大な危険を認め返還を拒否した。これにに対し、控訴裁判所は、母はベルギーの機関から自分についても子についても保護を求めたことは一度もなく、父は保護命令の対象になったこともないし裁判所の命令に反したこともないと指摘し、子が深刻な状況に置かれたことについては両親に責任があり、イギリスの裁判所は、ベルギーの機関が子を保護する意思がないとか、父の危険が手に負えないもので、ベルギーの機関が処理できない問題であると推定する権限はないと述べた。以上のとおり述べて、控訴裁判所は返還を命じたが、返還が安全に行われることを確保するための取り決めは条約の枠組みの中で可能であるとし、この問題を処理するため事件を第一審裁判所に差し戻した。

*Re W. (Abduction: Domestic Violence) [2004] EWHC 1247* 判決（2004年：ID599）は、

南アフリカ人同士の夫婦の間で、母 (TP) が父 (LBP) を銃で撃ったという出来事や、父から母に対するDVがあったとの主張、父母それぞれが子連れ去ったり、子の監護に関する裁判がいくつかの国で起きたりと激しく争いがあり、母が子をイギリスに連れ去り、父が返還申立てをしたという事案である。母は、南アフリカ (常居所国) の裁判所は、信頼できる福祉の観点からの良い決定をしてくれ、自分を守るために保護措置をとってくれると信頼できると認めたが、父の母に対する行為に継続的にさらされることによって、母の子を監護する能力への影響、及び、母が孤立し、継続する脅迫の下にある状況で裁判が続く間、母が継続的なストレスにさらされることを子が見るといふ精神的・心理的損害によって子は害されるとし、また、父は、南アフリカの裁判所で、母が子を一人で監護する能力を否定し、母が保護を求めようとするのを妨害しようとする主張し、刑事訴追に直面する可能性にも言及した。これに対し、裁判所は、父の母に対するDVは、常居所国の裁判所が被害者の妻を支援し保護することが前提となっているため、それ自体は、13条1項 (b) の例外を発動するには十分ではないと述べ、重要なのは子に与える可能性のある影響だけなので、母の困難は重大な危険の判断にとって重要ではなく、本件では、13条1項 (b) の基準を超えるだけの子の重大な困難についての真の証拠はないとした。裁判所は、子自身に対する暴力 (その他具体的な虐待) があつたのでなければ、13条1項 (b) が認められる現実的な可能性が認められたことはないとし、さらに、事件の証拠を読んで非常に悩まされたとして、「法が、子が常居所から一方的に連れ去られるべきではなく、通常の場合では、DVが家族に与える影響についての現実の検討なしに返還すべきであるという大いに称えるべき原則に則っていることに懸念する、抑圧的な行為の主張がある事案では、判例法は、第一審裁判所の裁判官が、トラウマがあり、暴力的な状況の中で生活してきて、(夫とは) 別の家だとしても元の国に返される妻と子に対する長期的な精神的影響について適切な検討をすることを許さないのであるから、法はこうした事案では失敗することを懸念する」と述べた。裁判所は、本件について、結論として、13条1項 (b) の重大な危険の例外は認めなかったが、広範で極めて厳しいアンダーテイキングを父に課し、父がこのアンダーテイキングを子が返還される前に南アフリカの裁判所で登録することを条件に返還を命じた。<sup>37</sup>母はこの判決に控訴したが、控訴審裁判所は、*Re W (A Child) [2004] EWCA Civ 1366* 判決 (2004年:ID771) で第一審裁判所の結論を支持した。ただし、控訴審裁判所は第一審裁判所の判決の判旨のいくつかについて異議を述べ、特に、子自身に対する暴力や虐待がなければ13条1項 (b) はほとんど認められないとの点については、父の行為の母に対する影響が重大な場合は、父の子に対する具体的な虐待がなくても13条1項 (b) の抗弁が認められる場合があることを認めた。また、控訴審裁判所は、第一審裁判所は、母が自分の保護や、子を連れて転居することについて判断するのに最も適切な管轄地であ

<sup>37</sup> なお、本件では、子 (連れ去り時9歳6ヶ月) からの聴取もなされたが、裁判所は、子は南アフリカへの返還に異議を述べてはいるものの、この異議は国そのものへの異議というよりも母についての懸念に関係しており、実際、子は母と一緒にいれば戻る用意があると述べたことから、子の異議は認められなかった。(子の異議)。

る南アフリカでそのような裁判をすべき義務があったことを十分に考慮していないと指摘した。なお、本件は、その後、父はアンダーテイキング9項目のうち2項目しか遵守しなかったため、事件は第一審裁判所に差し戻された後、控訴裁判所によって返還申立てが棄却された。

#### スコットランド：

*Re Slamen 1991 GWD 34-2041* 判決（1991年：ID190）は、父（LBP）が薬物を使用し、母（TP）に対し何度か暴力をふるい、精神的に不安定な兆候があるとの母の主張を認めたが、父による子の扱いに問題があったという証拠はなく、子が父の監護の下に置かれるとすれば理想的とは言えないが子が身体的・精神的害悪の重大な危険に置かれると推認することはできないとして母の13条1項（b）の重大な危険の主張を排斥し、父が申し出たアンダーテイキング（母子の帰国費用、監護権本案の決定があるまで住居を提供し、母の意思に反して子に対する監護権を行使しようとしないうこと）は、子の返還に伴う懸念に十分に応えているとして、返還を命じた。

*D.I. Petitioner [1999] Green's Family Law Reports 126* 判決（1999年：ID352）は、母（TP）が何度か父（LBP）から暴力を振るわれ、一度は父は子（連れ去り時4歳）を蹴ったこともあり、子は父の態度を真似し始めたがスコットランドに来てからは止まっていると主張し、さらに、父は地元警察から犯罪に関わっていると思われる、3回も自宅が捜索されたとしてイタリア警察の報告書を提出し、このような状況の下で、母はイタリア（常居所国）で（父と）別の家を確保することはできないだろうから、子はイタリアに返されれば身体的・精神的害悪にさらされると主張したが、第一審裁判所は、問題はこれら母が危険の理由として挙げている問題をイタリア当局が適切に扱うことができないということが示されているかであるが、そのような証明はなされていないとして13条1項（b）の重大な危険は認められないとして、返還を命じた。裁判所はこの判断に至るに際し、父がアンダーテイキングを申し出たことは判断の理由において本質的ではないと述べたが、アンダーテイキング（住居の提供、家賃の支払、生活費の支払、子を母の監護から連れ去らないこと）を命令に記録した。

#### オーストラリア：

*Gsponer v. Johnson (1989) FLC 92-001; 12 Fam. LR 755* 判決（1988年：ID255）は、条約は、申立人やLBPに対してではなく、子の常居所国への返還を想定しており、したがって、オーストラリアにおけるハーグ条約の実施法である家族法規則セクション16（3）（b）は制限的に解釈し、子の常居所国への返還から生ずる危害の重大な危険に限定しなければならない。本件でスイス（常居所国）の裁判所は子の福祉を確保する措置を十分に講ずることができるとした。また、13条1項（b）の重大な危険の3つの類型は、別々に読むべきであるが、1つまたはそれ以上のかかる出来事の発生 of 重大な危険がなければならないことを強調し、「その他の（or otherwise）」の言

葉の結果は、最初の2つのタイプのそれぞれの質が備えなければならない質を、「耐えがたい状況」という3つ目のカテゴリーに関連づけることにあると述べ、身体的または精神的危害は、実質的または重大な性質のものでなければならないとした。そして、本件では、母（TP）は、婚姻の相当の期間を通して、父（LBP）からのかなりの暴力の出来事にさらされてきたこと、子ども何度も父から暴力を振るわれ不適切な扱いを受けてきたと主張したが、控訴裁判所は、証拠は大部分が一般的で具体的なものではないとして、第一審裁判所が重大な危険は認められないとした判断を維持し、返還を命じた。

### ニュージーランド：

*Damiano v. Damiano* [1993] NZFLR 548 判決（1993年：ID91）は、13条1項（b）の下で、子に対する危険の危害は重大で（severe）実質的な（substantial）なものでなければならないところ、父（LBP）が2回の別々の時に子と母を殺すと脅したことは、必要とされる高い基準に達していないとした。

*El Sayed v Secretary for Justice*, [2003] 1 NZLR 349 判決（2003年：ID495）では、母（TP）がオーストラリア（常居所国）で父（LBP）からの暴力に対してDV保護命令を受けたが、その後、4歳とほぼ1歳の子を連れて母国のニュージーランドに帰国したという事例である。第一審裁判所は、母と子がオーストラリアに戻った場合の状況について調査するよう命じ、調査の結果に基づき、重大な危険は認められないとして返還を命じたのに対し、控訴審裁判所は、母は、2歳未満の子を「遺棄する」ことはめったにないと直感的には考えられるが、本件で認められたDVの証拠に照らせば、本件の母はオーストラリアには戻らないかも知れないという現実の可能性があるとし、TPが有害な状況を「作出する」権利はないが、裁判所が例外を認める裁量を控えることは許されないとして、本件では母と子の分離は子を重大な危害の危険に置くことになるとした。また、控訴審裁判所は、第一審裁判所が、オーストラリアの法制度は母と子の面倒を見てくれるだろうから、子が直面する危険は重大なものではないと判断したことについて、規定の文言をあまりに狭く解釈したと批判した。以上の理由に基づき、控訴審裁判所は、本件では重大な危険の例外が認められるとし、裁量権を行使して返還を拒否した。

なお、Margaret Casey によれば、ニュージーランドにおけるDVの問題を含むハーグ条約に基づく返還手続における扱いは概ね次のとおりであるという。<sup>38</sup>

裁判所は、常居所国への返還が、13条1項（b）の下で、身体的または精神的危害の重大な危険に子をさらすことになるかを検討するにあたり、危険は「重大」なものであること、危険がTPではなく「子」に対するものであることのほか、常居所国にDVの訴えを処理する制度や資源としてどのようなものがあるかを考慮し、他のほ

<sup>38</sup> Presentation, at Tokyo Symposium “Demystifying the Hague” (2010)

とんどの締約国と同様、常居所国の法制度を信頼し、常居所国が子の返還後、子を返還する資源、制度、能力を有することを受け入れる。そして、ニュージーランドにおける子の奪取の事件の多数がオーストラリアとニュージーランドの間で起きているため、ニュージーランドの裁判官はオーストラリアの法制度で機能しているDVからの保護制度についてなじみがあり、そのため、ほとんどの事件で、裁判官は、DVの状況はオーストラリアに返還後、様々な方法で対応を受けられるだろうから、返還後の子に対する危険の程度が減少することを認める。そして、これまでに、重大な危険が認められたのはごくわずかの例外的な事例においてのみであり、それらの事件では、次のような状況があった。

- 保護命令にもかかわらず、LBPは違反の結果を知らず、繰り返し命令に違反しており、LBPはあまりにも危険で、適切な警告を受けた国の機関でさえ十分な保護が提供できないであろうから、返還は将来の精神的・身体的危害の状況への返還となる（McD v C [1994] NZFLR 884、 M v C [2000] NZFLR 582）。
- 子はおそらく父の母に対する暴力を見ており、その経験のためにトラウマになっているため、暴力が起きた国への返還は、子を精神的な危害の危険にさらすことになる（C v B (High Court, Auckland, 30/5/07)）。
- TPがLBPの手による虐待と暴力にさらされてひどく損害を被っているため、十分な保護措置にもかかわらず、常居所国への返還により、母（TP）はうつになり、あるいは、精神状態の悪化のために自殺の危険があり、監護者の自殺の可能性は子に重大な危険をもたらす（A v E [2000] NZFLR 984）。

これらの事例は稀であり、立証責任を乗り越えるには、LBPが繰り返し保護命令に違反したことという当局の誰かからの客観的な証拠や、母または子の精神状態についての医療の専門家の証拠等が必要であり、TPの証拠だけでは不十分である。

### イスラエル；

*Family Application 8743/07 Y.D.G. v T.G.* 判決（2007年：ID983）では、父（LBP）が子に対し身体的・性的虐待をしているとして母（TP）が重大な危険の主張をしたが、裁判所が任命した鑑定人はそのような虐待はないとし、その結果、重大な危険の抗弁は認められず、子の返還が命じられた。裁判所は、父親に対する主張が認められなかった以上、子どもが父親のアパートに住めるようにすることについて父親のアンダーテイキングの保証としてお金を差し入れさせる以上に、子どもの安全を確保する条件を課す根拠がなく、アメリカの裁判所でミラーオーダーを得ることによる返還の遅れは子どもにとって有害であるから、そのような必要はないとした。

### 南アフリカ：

憲法裁判所は、*Sonderup v. Tondelli 2001 (1) SA 1171 (CC)* 判決（2000年：ID309）において、DVが、母、とりわけ幼い子どもの母親が、他の管轄に逃げることによって、自分自身と子を守ろうとすることを誘因する役割を果たすことを認識すべきであると指摘し、子に向けられたものでないとしても、DVの繰り返されたパターンがある場合、返還は子を害の重大な危険にさらすことがあることを認めた。本件で、母は父の手による何度かの暴力の出来事を経験しているとの証拠が提出され、母はブリティッシュ・コロンビアに支援のネットワークを持っておらず、また、返還と同時に逮捕される危険があることも提出された。憲法裁判所は、家庭内紛争はほとんど常に婚姻から生まれた子に否定的な効果をもたらすこと、そして、このことは監護権が争われている場合に悪化すること、本件の母は敵対的な状況にいることを認めた。しかしながら、憲法裁判所は、子が返還されれば、被ると主張されている精神的害は、13条が想定する深刻な性質のものではなく、子は身体的害には直面しないと判断した。また、憲法裁判所は、子が被ると主張されている害は、留置されたことと監護権紛争から生ずる当然の結果であり、連れ去られ裁判所の命令によって返還されることになるすべての子が被るであろうものであると述べた。裁判所は、また、返還命令は、母が逮捕の危険なしにカナダに戻ることを確保すべきであると述べ、母が子に同伴するとすれば、刑事手続はもはや係属していないとの効果を有するブリティッシュ・コロンビアの裁判所の命令があるまで、母は南アフリカを出発すること要求されるべきではないと述べた。そして、裁判所は、父に対し、母に対する刑事訴追の取下げと、監護、扶養料、その他、母と子が帰国後に直面するであろう諸費用の負担に関する広範なアンダーテイキングと、父がアンダーテイキングと同じ条項を内容とするブリティッシュ・コロンビアの裁判所から命令を取得することを命じ、アンダーテイキングを条件として返還を命じた。

### ③ 経済的困難についての主張

重大な危険に関する裁判例では、TPが常居所国に戻った場合における経済的困難、あるいは、経済的困難のためにTPが常居所国に戻ることができず、そのため、主たる監護親から引き離して返還することが重大な危険の理由になることとして主張され、この点を論じているものが多い。判断の傾向としては、TPの経済的困難それ自体が直ちに重大な危険にあたることを認めるものは見当たらず、特に、LBPが住居の提供や生活の支払を内容とするアンダーテイキングを申し出ている場合は、アンダーテイキングと共に返還を命じている裁判例が多く見られる。

### イギリス：

*B. v. B. (Abduction: Custody Rights) [1993] Fam 32, [1993] 2 All ER 144, [1993] 1 FLR 238, [1993] Fam Law 198* 判決（1992年：ID10）では、13条1項(b)が適用されるためには、極めて高度の容認し難さが証明されなければならないところ、不十分な住

居や財政状況は返還を阻止するものではないとし、13条1項(b)が証明されたとしても、子の返還を命ずるかどうかは裁判所の裁量であるとして、重大な危険を認めず、父がなした生活費と帰国の渡航費の支払を含むアンダーテイキングを認めて、返還を命じた。

*Re M. (Abduction: Undertakings) [1995] 1 FLR 1021* 判決(1994年: ID20)では、控訴審裁判所は、幼い子が国からの援助を受けて、あるいはそれもなくホームレスの状態に置かれる場合は、経済的要因が13条1項(b)の例外が認められることを示唆したが、本件では、母(TP)は、イスラエル(常居所国)における経済状況を誇張しており、イスラエルの裁判所で監護権の裁判がなされるまでの限られた期間、家族を維持するお金はあり、イスラエル国家の補助またはイギリスの国の補助に依存しなければならないことは、耐えがたい状況にあたるとは言えず、返還により子が害されることがないようにイスラエルの裁判所の裁判官が正しい判断をするだろうとして、アンダーテイキングを条件に返還を命じた。

#### スコットランド:

*Starr v. Starr, 1999 SLT 335* 判決(1998年: ID195)では、裁判所は、母(TP)がアメリカに戻った後30日間は福祉の保護が受けられず、また、法律扶助も受けられないだろうことは重大な危険にあたらなかったとした。

*C. v. C. 2003 S.L.T. 793* 判決(2003年: ID998)では、裁判所は、母(TP)の渡航費用に関する主張については、公的基金が利用可能であるとして排斥し、アメリカ(常居所国)への入国の問題に関する主張については、一時的な入国許可のための特別の措置が取られたことを認定したが、アメリカでの監護権の裁判は数週間や数ヶ月では終わらないにもかかわらず、母はアメリカで働くことも保護を受けることもできないため、母の財政状況は返還についての真の障害になるとし、もし父(LBP)が、監護権の裁判の係属中、母と子に適切な住居と十分な生活費を提供する気持ちがありまたできるとすれば、この問題は解決されるだろうし、移動住宅の住まいと週200ドルあれば十分であるが、裁判所は、証拠に基づき、監護権の裁判の間、父がそのような支援をすることができないと判断し、重大な危険を認めて、返還を拒否した。

#### アメリカ:

返還によって監護親が経済的に困難な状況に置かれることは、一般に、それ自体が、重大な危険の抗弁として認められるには十分ではないと説明されている(Morley)。例えば、*Krefter v. Wills, 2009 WL 1582912 (D. Mass., 2009)* 判決は(2009年: ID/NA)は、ドイツ(常居所国)に戻れば、母は自分と子を支える見込みがほとんどないと母の主張は、子への危険の重大な危険と認められるにはまったく不十分であるとした。

### オーストラリア：

*Director General of the Department of Family and Community Services v. Davis* 判決 (1990年：ID293) は、母 (TP) が子と一緒にイギリスに戻れず、その結果、子が母親から引き離されることになるとしても、その危害は母自身が作り出したものであり、母親が財政的理由のために子のイギリスへの返還に同伴できないとの事実は、オーストラリア裁判所が条約の条項の下で負っている明確な義務を遵守しない理由とはならないとした。

### ニュージーランド：

*Police Commissioner of South Australia v. H., 6 August 1993, transcript, Family Court of Australia (Adelaide)* 判決 (1993年：ID260) は、母 (TP) の経済的困難だけでは、子のイギリス (常居所国) への返還によって子が耐えがたい状況に置かれることにはならないとし、父 (LBP) が住居と可能な限りの生活費の支払いを提供していること、イギリスの中央当局の手紙が母はイギリス政府からの手当の受給可能性を確認すべきだと述べていること、母は生活を支えるためにオーストラリアにある資産を担保にして金を借り入れるか資産を売却することができることを指摘して、13条1項 (b) の重大な危険の主張を排斥した。

### カナダ：

ケベックの *Y.D. v. J.B., [1996] R.D.F. 753 (Que.C.A.)* 判決 (1996年：ID369) では、父 (LBP) に経済的能力がないことが重大な危険にあたりと母 (TP) が主張したことに対し、裁判所は、「条約の締約国は、裕福な両親のみの子の保護を念頭に置いて、子が連れ去られた財力のない親をそのまま放置し、不法に連れ去られた子の返還の申立てができないこととしたわけではない」と述べて、LBP の経済的な能力の問題は子の返還を拒否する有効な理由とはならないとして、母の主張を排斥した。

*J.S.S. v. P.R.S., [2001] 9 W.W.R. 581 (Sask. Q.B.)* 判決 (2001年：ID755) では、母 (TP) は、アメリカ (常居所国) で働くことができず、母が働けず、扶養の手段も、社会的支援や法律扶助、医療の保障もないような場所に子を置くことは子を耐えがたい状況に置くことになる」と主張したのに対し、裁判所は、帰国した場合親が直面するであろう状況が検討事項として関連することは認めたが、本件で母が主張する状況は、連れ去り前に母が子とアメリカに住んでいた時にもあったが耐えがたい状況には至っていなかったし、母の返還についての懸念は適切なアンダーテイキングで対処可能であるとして、母の主張を排斥し、父に対し、母と子の帰国を容易にするために、アメリカの裁判所が監護権の決定をするまで母が子の監護をすることを認めること、アメリカの住居を明け渡し、母と子だけに使わせることを内容とするアンダーテイキングを求めたうえで、返還を命じた。

### ドイツ：

7 UF 39/99, *Oberlandesgericht Bamberg* 判決（1999年：ID821）において、控訴審裁判所は、父（LBP）は子の監護ができず、経済的に困難な状態にあるから返還は子の最善の利益に反するとの母（TP）の主張を排斥し、母と父のいずれと住むのが子の最善の利益になるかという監護に関する基準は13条1項（b）には適用されず、返還に伴う通常の困難を超えるような、子の最善の利益に対する例外的に重大な害悪のみが重大な危険の例外を発動し得るとし、本件では父が身体的・精神的に子に危害を及ぼすとか、父の経済的・個人的状況が子を重大な危険に置くとの証拠はないとして、重大な危険を認めず、返還を命じた。

### スイス：

5A\_285/2007 /frs, *Tribunal federal, II<sup>e</sup> cour de droit civil, 16 août 2007* 判決（2007年：ID955）、ジンバブエの *Secretary For Justice v. Parker 1999 (2) ZLR 400 (H)* 判決（1999年：ID340）も、13条1項（b）にあたることを否定した裁判例として挙げられている（INCADAT コメント）。

### オランダ：

*De directie Preventie, optredend voor zichzelf en namens Y (de vader /the father) against X (de moeder/ the mother)* (7 February 2001, *ELRO nr.AA9851 Zaaknr:813-H-00*) 判決（2001年：ID314）で、控訴審裁判所は、母（TP）はカナダで生活する資金がないためカナダに戻ることはできず、その結果子（連れ去り時9歳）が1人でカナダに返され、母から引き離されるとすれば、子に対する危害の重大な危険をもたらすことになるとして、重大な危険を認めた。ただし、本件で裁判所は、子の異議の例外事由も認めており、経済的困難の点が重大な危険にあたるとの判断が返還拒否の結論に至るうえで決定的な理由であったかはわからない。<sup>39</sup>

#### ④ 主たる監護者が子と共に常居所国に戻ることができないこと

TPが主たる監護者であり、返還命令がなされても常居所国に子と一緒に戻ることができないため、子だけで返還されることになれば、子は主たる監護親から引き離され、そのことが子に対する精神的な危害や、耐えがたい状況にさらされる重大な危険にあたりと主張されることが多い。この問題を論じた裁判例は多いが、多くの締約国の裁判所の裁判例では、他に事情がある場合は別として、単に主たる監護親からの分離が子に対する重大な危険にあたるというだけでは、13条1項（b）の例外を認めることを否定するものが多い。

TPが子の常居所国に子と共に戻ることができないと主張する理由は、DV、経済

<sup>39</sup>連れ去り時9歳の子について非公開の聴き取りをしたところ、母とオランダに残りたいと述べ、カナダへの帰国に強く異議を述べた。子は意見を表明する高い能力を有していると認められ、子の異議の強さに基づき裁判所は13条2項の裁量権を行使して返還を拒否した。

的な困難、刑事訴追の危険、ビザの問題、常居所国における監護権の本案の裁判において不利に扱われること、裁判費用の問題等、多岐にわたる。このうち、DVと経済的な困難の主張に関する裁判例については、上記で特に扱った。

### (i) 重大な危険にあたることを認めなかった裁判例

#### カナダ：

*Mahler v. Mahler (1999) 3 R.F.L. (5th) 428 (Man. Q.B.)* 判決(1999年12月21日:ID308)は、父(LBP)がアルコール依存で財政的能力がなく、対立的で暴力的な態度であることが証明されたとしても重大な危険の基準を満たさないだろうし、母(TP)の証拠が矛盾し一貫していないことから裁判所は父が子を危険にさらすと判断することはできないとした。また、母は子と共に戻らないから、子(連れ去り時6歳と1歳4ヶ月)は重大な危険を被るとの主張については、母が子と共に帰国を拒否することが重大な危険と認められることが絶対ないとは言えないとしながらも、本件の事実関係の下では、母と子の安全についての懸念は立証されていないし必要な程度でもなく、父の監護能力が低く、あるいは、子の母との絆が割かれることが危険の理由だとすれば、これらの危険は、帰国後子が母の監護の下に置かれることを確保することによって対処できるから母の帰国拒否は合理的とは言えないし、母は監護親として子を不合理な危険から保護する義務があるところ、子が同伴なしに返還されることはそのような不合理な危険の1つであり、また、子が経験するかも知れない不安定さを最小限にする義務もあるから、証拠に照らして母の不合理な帰国拒否を条約の政策目的と比較衡量すると、母の帰国拒否を認めることはできないとして13条1項(b)の主張を排斥して、広範なアンダーテイキングと共に返還を命じた。<sup>40</sup>

*M.G. v. R.F., [2002] R.J.Q. 2132* 判決(2002年:ID762)において、第一審裁判所は、母(TP)が子(連れ去り時1歳)と共にアメリカ(常居所国)に帰ることができないこと、そのため母と一緒にではなしに子が返還されれば子に危害の重大な危険をもたらすか子を耐えがたい状況に置くことになると判断したが、控訴審裁判所は、母は返還のための状況が満たされれば子と一緒に帰ることができ、母は子の主たる監護者では

<sup>40</sup> まず、裁判所は、返還命令の内容として、直ちに、及び、どんな場合でも子を2000年1月15日までにニューヨーク州 Horseheads に返還すること、さらなる命令があるまで返還命令を停止することとし、停止の間、母は母の費用で、父が1日に何回でも子と監視なしに電話で話しができるようにすること、父がカナダに来たときは合理的な時間子と過ごさせること、そのために特に下の子には父に慣れさせることが必要である(連れ去りから7ヶ月経っているため)、父も母もその他の者も返還命令の執行停止期間中、または弁護士同士または裁判所の前でアンダーテイキングが満たされたことが確認できるまで、子をこの市から連れ出してはならない、父は子との電話の前6時間、また子と過ごす場合はその前12時間及び子と過ごしている間飲酒してはならない、母は1999年12月30日までに帰国するかどうかを再考し、代理人を通じて父に結論を連絡すること、帰国しないことを選択した場合、または結論を父に連絡しなかった場合、申立により返還命令の停止は解除され父は子を自分の監護に移すことが自由となる、その場合、当事者は、子、特に下の子を父になじませるため専門のセラピストと協議して子の適切な移行を準備し、父がこの市を出るまでに監護の移行を行うことが不可欠であり、父が数日間をここで過ごすことが必要と考える、そのための取り決めは弁護士間で行い、合意できない場合は裁判所が行う、母が子と共に帰国することにした場合、返還命令はアンダーテイキングがなされたことを裁判所、または弁護士間で確認するまで、返還命令の執行は停止したままとするとした。

あるが、子は両親との間で良好な関係を有しているとし、したがって仮に子が母と一緒になしに返還されたとしても、子を耐えがたい状況に置くことにはならないとして重大な危険を認めず、母と子の返還を容易にするために、母子のために住居、ベビーシッター、医療費、及び生活費を提供すること、アメリカで監護権に関する決定がなされるまでは共同監護権とすることを内容とする、父（LBP）が合意したアンダーテイキングに父が署名することを条件として返還を命じた。

他方、*N.P. v. A.B.P.*, [1999] R.D.F. 38 (*Que. C.A.*) 判決（1999年、ID764）は、重大な危険の例外事由を認めて返還を拒否した。この事件では、母は騙されてイスラエルに連れてこられ、ロシアマフィアに売られ、さらに父（LBP）に売られ、父は母を監禁し、殴り、強かんし、脅かし、売春を強要していたことから、母は真に恐怖を感じており、母がイスラエルに戻ることは期待できないとされた。また、女性を売買し売春業に従事させた父に、母と一緒にではなく子だけを送り返すことは完全に不適切であるとされた。

### イギリス：

*C. v. C. (Minor: Abduction: Rights of Custody Abroad)* [1989] 1 WLR 654 判決（1989年：ID34）では、ハーグ条約の手続が適用される場合、子が返還されるかされないかにかかわらず、子にとって何らかの精神的な有害が生ずることは避けることができないが、やむにやまれぬ証拠がなければ、子が返還により直面するであろう問題は要請国の裁判所が減ずるか除去できると推定しなければならない、13条1項（b）の適用のためには、精神的な危害の程度が重大なものでなければならないとしたうえで、本件の事実に照らせば子の返還から重大な危険は生じないが、母が子（連れ去り時6歳）と一緒に帰国することを拒否している点については、親が精神的な危害の状況を作り出して、それを理由として主張することは許されるべきではないとして、重大な危険を認めず、返還を命じた。

*P. v. P. (Minors) (Child Abduction)* [1992] 1 FLR 155 判決（1991年：ID157）は、帰国を強いられたら自分は非常に不幸であり、そのことが子に有害な影響を及ぼすことの母の主張は無関係であるとして13条1項（b）の重大な危険は認めず、アンダーテイキングと共に返還を命じた。

*Re L. (Child Abduction) (Psychological Harm)* [1993] 2 FLR 401 判決（1993年：ID200）は、返還命令があっても母（TP）が常居所国（アメリカ）での監護権本案の裁判のためにビザを拒否されることは疑わしく、2人の精神鑑定士の宣誓供述書によれば、たとえ母がビザをとれなかったとしても、子（連れ去り時14ヶ月）が13条1項（b）で要求される程度の耐えがたい状況に置かれて精神的危害を受ける恐れがあるとは言えないとして13条1項（b）の重大な危険はないとして、父（LBP）が申し出た

アンダーテイキングと共に返還を命じた。

*Re O. (Child Abduction: Undertakings) (No.1) [1994] 2 FLR 349* 判決（1994年：ID85）で、母（TP）は、父（LBP）の暴力、賄賂を使ってギリシャ（常居所国）の裁判所で自分を有利にできるといった発言、経済的要因、法律扶助がないこと、過去の裁判例に照らしてギリシャの裁判所の監護権裁判で母が子をイギリスに連れ帰ることは絶対に認められないであろうこと等、様々な理由を挙げて13条1項（b）の重大な危険にあたることを主張した。裁判所は、子の返還先の国が子の転居の許可を禁止しているとか、過去に子を連れ去ったり留置した親による転居は認めないということが証明された場合、耐えがたい状況の重大な危険の問題が生じることを認めたが、監護権の本案の決定をすべき管轄は子の常居所国の裁判所であるべきであるという条約の目的を妨げることになるので、本件の母がギリシャの裁判所で子の転居の許可を得られないかも知れないとか、そうなった場合母が大いに動揺して子の監護能力に影響するだろうというだけでは例外事由を認めるには不十分であるとした。また、耐えがたい状況にあたるかの検討において、常居所国で離婚裁判をする母が感じるストレスの子への影響の可能性を検討すべきであるとは言えないとし、また母がギリシャで法律扶助を受けられるかどうかは、子の常居所国の裁判所が監護権の本案の決定を行うべきという条約の目的にとって付随的な問題であるとしたうえで、父が申し出たアンダーテイキングは、子を耐えがたい状況に置く可能性を相当程度減ずるとし、アンダーテイキングと共に、返還を命じた。

*Re K. (Abduction: Psychological harm) [1995] 2 FLR 550* 判決（1995年：ID96）では、控訴審裁判所は、母（TP）が主張した常居所国（アメリカ）での住居や裁判の困難の問題は、母のアメリカへの入国は訪問者ビザで可能だろうし、住居は父（LBP）が父方祖母または兄弟の家を提供すると言っており（父は母子に食料も提供することを約束）、また、母子が連れ去りの前に一時いた家族虐待センターも母子が入れると言っていること、代理人はプロボノ弁護士の援助を受けられるだろうことから、子に対する重大な危険と認められるために必要な程度に達していないとした。

*Re M. and J. (Abduction) (International Judicial Collaboration) [1999] 3 FCR 721* 判決（1999年：ID266）は、7歳と1歳3ヶ月（連れ去り時）の両親は結婚し、共同監護権を有していたが、子は母方曾祖母の下でほとんど育てられており、両親、特に父は薬物その他の犯罪で刑務所に入っていたところ、父は母国のイギリスに送還されアメリカにおける居住資格も失ったため、母（TP）は曾祖母から子を連出しイギリスの父の下に行き、その後、曾祖母は母方祖母と共にアメリカの裁判所で共同後見人に指定され、子の親権を取得して、子の返還を申立てたという事案である。裁判所は、TPが帰国すれば逮捕される恐れがあること自体は13条1項（b）の例外を認めるには不十分であるというのが現在のイギリス判例法であるが、本件は、母が保護観察の条

件に違反したことから、帰国すれば相当期間の収監に直面するという特別の懸念が生じており、しかも、母は、子がイギリスへの転居を許可されるかどうかの決定のためにアメリカで監護権の本案の裁判を開始することができないであろうし、母が到着と同時に逮捕されるかも知れないという、深刻で気持ちをかき乱される心配と不安にさらされるというのは子の利益にならないと述べた。なお、本件では、裁判官が、アメリカの裁判官と直接連絡をとった後、当事者間のアンダーテイキングにより、子の任意の返還に至った。

*Re C. (Abduction: Grave Risk of Psychological Harm) [1999] 1 FLR 1145, Fam Law 371* 判決（1999年：ID269）では、控訴審裁判所は、危害の重大な危険または耐えがたい状況は、実質的で些細なことではなく、常居所国の裁判所の管轄に望まないのに返還されることに必然的に伴う生活の中断、不確実性や懸念に固有の問題を越えた重大さが存すると評価されるものでなければならず、そのための証拠は明確で圧倒的に有利な証拠が必要とされるとした。そして、アメリカ（常居所国）の裁判所は、面会を制限するか監督付きとし、またはその他の方法によって、子が父（LBP）から被るかも知れない精神的な危害から子を保護することができると指摘し、第一審裁判所は、子の義父（母（TP）の再婚相手）がビザの理由でアメリカに戻れない可能性があるという事実に重きを置きすぎた点に誤りがあるとして、母と義父は、こうした問題が起きる可能性を認識していたのであって、不利な状況を作り出したうえで、それに基づく主張をしており、子が返還された場合の自分たちの立場について子たちが感じる必然的な心配、不確実さや懸念が深刻な精神的な危害にあたりと判断するには、あまりに飛躍があるとした。また、控訴審裁判所は、母がアメリカへの帰国により刑事訴追を受ける可能性について、父がそのような訴追を追及しないというアンダーテイキングを認めながらも、そのような状況を作り出したのは母自身であり、母は自分の行為から利益を得ることは許されるべきではないとした。なお、控訴審裁判所は、第一審裁判所による裁量権の行使について、アメリカの裁判所が最終的に事件をどのように判断するかについての推測を持ちこむことが適当か疑問であり、そうすることはアメリカの裁判所の権限の侵害になるとした。以上より、控訴審裁判所は重大な危険を認めて返還を拒否した第一審裁判所の判断を取消し、返還を命じた。<sup>41</sup>

最近のイギリスの控訴審裁判所の *Re S. (A Child) (Abduction: Grave Risk of Harm) [2002] EWCA Civ 908* 判決（2002年：ID469）は、結論としては、主たる監護親が常居所国に戻ることができないとして、子（連れ去り時13ヶ月）のみの返還は、子を耐えがたい状況に置くことになるとして13条1項（b）の例外を主張し、控訴審裁判所は、この主張を認めず、返還を命じたが、主たる監護親の連れ去りの問題における13条1項（b）の適用について、極めて詳細な検討をしている。すなわち、まず、

<sup>41</sup> なお、本件では、第一審裁判所における審理時9歳6ヶ月と8歳の子の異議について、子は異議が決定的とされるには成熟度が不十分であるとされた。

裁判所は、13条1項(b)の例外事由について、①母親(TP)の主張は法律上、13条1項(b)の規定として成り立ちうるものか、②13条1項(b)の要素(「身体的・精神的危害」と「耐えがたい状況」)の間に関連はあるか、③この抗弁は制限的に解釈されるべきかの3点を検討する必要があることを示した。そして、①の点について、これまでの判例法は、子を連れ去った母親は、子の不返還を正当化するために自分自身の不法な行為を根拠とすることは許されるべきではないとしているとし、控訴審裁判所は、この原則を認めながらも、本件で、母親は不幸な記憶の場所から逃げ出し、戻ることを拒否するという自己中心的・不合理な行動から子に対する精神的な(危害の)状況を作り出しているのではなく、イスラエル(常居所国)の安全状況という外部的状況により母が経験している事情と、母がイスラエルの紛争により引き起こされた、中度から重度のパニック障害及び臨場恐怖症という精神的症状を抱えているという事情によるものであるから、これまでの判例法の事例とは区別され、母が主張した事実は少なくとも抗弁として成り立ちうるとした。②の点については、外国の判例法を参照のうえ、13条1項(b)の2つの要素は関連があるという見解が国際的にも相当支持されると指摘した。この点について、控訴審裁判所は、身体的または精神的危害にさらされる重大な危険の抗弁を検討する際の適切なアプローチは、裁判所が危害の重大な危険を裁量の問題として考慮することであり、その場合、裁判所は後ろに下がって条文を全体として見て、裁判所として、危害の危険が、子が返還されれば耐えがたい状況に置かれることになると言う結論に至る程度のもので証明されたかどうかを考えて、結論を吟味するのであるとした。③の点については、控訴審裁判所は、オーストラリア最高裁判所の事件 *DP v. Commonwealth Central Authority; JLM v. Director-General NSW Department of Community Services [2001] HCA 39* 判決(2001年: ID347)の多数意見と同じ見解を採ることに確信はないというのが暫定的な見解であると述べたうえで、13条1項(b)の解釈について深刻な問題はなく、規定の用語には、言葉の通常の意味が付与されるべきであることに同意したが、すべての言葉にはニュアンスがあり、言葉の本当の意味は文脈によって与えられることを指摘した。そして、本規定における文脈とは、迅速な返還という一般原則に対し、限定的な表現により(「重大な」と「耐えがたい」)例外として規定されているということであり、したがって、証明された事実が例外事由の存否のどちらにあたるのかを判断するのは、裁判所による適用の問題であるが、例外が発動される前に、事案が本当に深刻であることが示されなければならないとした。控訴審裁判所は、子の返還は子の福祉と矛盾するようには見えたとしても、第一審裁判所は自由に例外の抗弁を許すことのないよう厳しくしなければならず、TPは厳格な証明を要求されなければならないとした。控訴審裁判所は、以上述べた基準に基づいて事案を検討し、本件の場合、返還による身体的危害の危険は母については耐えがたい程に高いが子についてはないこと、主要な問題は、母の健康上の問題によって子に危害の重大な危険が生ずるかかどうかであるが、母はこの点について証明していないこと、この問題はイスラエルの裁判所で検討され、母親の問題について十分な考慮がなされるであろうこと、母はイスラ

エルの状況を耐えがたいと感じるであろうが、このことは13条1項(b)について重要な問題ではないこと、問題は、条約の目的、例外の制限的な性質、ならびに、条約の下で生ずる国際的な義務を考慮し、裁判所が、暴力(紛争)及びそれに対する母の反応の程度が、子が耐えることを要求されるべきではないというような状況をもたらすものであるかどうかであること、13条1項(b)の「耐えがたい」という言葉は極めて強いものであり、同規定はその本当の意味と含蓄により例外事由に高いハードルを設けていることを指摘し、イスラエルで母と子が直面するであろう問題が耐えがたいと言える状況をもたらすとは認められないとして、母からの控訴を棄却し、子の返還を命じた。

#### スコットランド:

*McCarthy v. McCarthy* 1994 SLT 743 判決(1994年: ID26)も、母(TP)が子(10歳、5歳、2歳)と一緒に戻らないことが重大な危険にあたることを否定し、返還を命じた。

*Starr v. Starr*, 1999 SLT 335 判決(1998年: ID195)でも、臨床心理士が、子(連れ去り時4歳)は、直近約1年は母が1人で監護してきたから、アメリカ(常居所国)で父(LBP)の下に返還されるとすれば当然何らかの精神的損害を被ると述べたが、裁判所は何らかの精神的損害はこのような返還に必然的に伴うとして、重大な危険を認めなかった。

#### オーストラリア:

*Director General of the Department of Family and Community Services v. Davis* 判決(1990年: ID293)は、母がオーストラリアに転居以後、新しいパートナーとの間に子どもが生まれて母乳をあげており、パートナーは母と自分の子が南アフリカ(常居所国)に行くことを許さないだろうから自分は南アフリカに行くことができず、よって返還は重大な危険に直面すると主張したが、裁判所は、母が主張する事情は大部分は母が作り出したものであり、母がそのような難しいジレンマに直面することは返還が子を重大な危険にさらすことにはならないとし、母が財政的理由のために子のイギリスへの返還に同伴できないとの事実は、オーストラリア裁判所が条約の条項の下で負っている明確な義務を遵守しない理由とはならないとして、重大な危険を認めなかった。

*Director-General Department of Families, Youth and Community Care and Hobbs*, 24 September 1999, *Family Court of Australia (Brisbane)* 判決(1999年: ID294)も、5歳4ヶ月の子について、母(TP)と一緒に戻れないとしても、そのような状況は大部分、母自身が作り出したものであり、重大な危険にはあたらないとした。

### ニュージーランド：

*H. v. C.* 判決（2001年：ID537）は、判例法を検討して、重大な危険の例外の主張が認められたのは、次の場合だけであると指摘した。①母に対する危険が差し迫っており、家庭の事情ではなく、国への返還に関係しており、母が子を養育できなくなる事態をもたらすものである、②常居所国の法制度が、母が養育能力を維持することを支援する保護に関する法的機構を十分に提供しているか否か、③社会保障と医療制度が、母が子の養育を効果的に行うために健康を維持するための十分な支援と措置を提供することにおいて頼ることができない、④母の状況が、どの国に住むかに関わらず続くものというより、返還により突然起きるものでなければならない、⑤母の十分な機能に対する危険が母自身が国を去ったことによって作り出されたものではないこと。本件では子が直面する状況について懸念はあるが、事件のこれまでの経過は、オーストラリア（常居所国）の法制度が母と子の保護を提供する用意があることを既に示している。以上のおり述べて、裁判所は13条1項bの重大な危険の主張を排斥したが、返還命令に際し、父（LBP）に対し、母を保護し、母に監護権と父に監督付き面会を確保する暫定命令がオーストラリアで出されることを内容とするアンダーテイキングを求めた。前述の *K.S. v. L.S.* [2003] 3 NZLR 837 判決（2003年：ID770）では、控訴審裁判所は、8歳の子について、母（TP）がニュージーランド（連れ去り先の国）で癌の治療を受ける必要があるから子と共に戻ることができないというのは、重大な危険にあたらなかつたとした。

### アメリカ：

*Panazatou v. Pantazatos, No. FA 960713571S* (Conn. Super. Ct. Sept. 24, 1997) 判決（1997年：ID97）も、2歳6ヶ月の子が1人で返還されるとすれば子にとって精神的危害の重大な危険となるが、この危険は母（TP）が子と一緒に帰ることによって減少されるとし、アンダーテイキングと共に返還を命じた（アンダーテイキングの内容等については、後述参照）。

### ドイツ：

21 UF 70/01 判決（2001年：ID491）において、控訴審裁判所は、子（連れ去り時3歳）が母（TP）から引き離されて父の監護の下に置かれたら子は精神的危害の重大な危険にさらされるという母の主張を排斥した。その判断に際し、裁判所は、1995年10月10日の連邦憲法裁判所の判決(BVerfG FamRZ 1996,405)その他、国際法に関する文献等を参照して、例外を制限的に解釈する必要を強調した。

*HC/E/DE 486* 判決（2002年：ID486）でも、控訴審裁判所は、子（留置時10歳）に対する身体的・精神的危害の危険は、母が子の返還に同伴することによって避けることが可能であるとして、重大な危険を認めなかつた。

### スイス：

5P.65/2002/bnm 判決（2002年：ID789）、5P.71/2003/min 判決（2003年：ID788）、5P.354/2004/rov 判決（2004年：ID793）において、いずれも最高裁判所は、主たる監護親による連れ去りの問題について、重大な危険を認めなかったと紹介されている（INCADAT コメント）。

5P.354/2004/rov 判決（2004年、ID793）では、最高裁判所は、13条1項（b）の規定については厳格な解釈が求められ、子を連れ去った親が自分の不法な行為から利益を得ることは許されない、ハーグ条約の下での手続の目的はどちらの親と一緒にいることが子にとってより良いかを定めることではなく、そのような判断は子の常居所国の裁判所にとっての問題である、唯一この例外の範疇に入る重大な危険とは、子が返還されれば、残された親や他人から危害を受け、当該国の機関が子を完全に保護することができない状況にあるというような強い可能性がある場合のみであるとした。そして、控訴審裁判所が、イタリア（常居所国）の住居がひどい状態であり売春街とされる地域にあるの母（TP）の主張は、母が別の滞在先を見つけているから無関係であるとしたこと、父（LBP）が子を適切に監護していなかったとの主張を母が証人の証言とビデオによって証明しようとしたことに対して、控訴審裁判所が、証人は親戚であり、父と子の関係を直接見たことはなかったとして証言を認めなかったこと、子が悪い夢を見るとか、父の前でおかしな行動をするとの母の主張は決定的なものではなく、両親の紛争の場合に子がこのような心理的な反応を経験することは一般に認められるとしたこと、母が提出した子（連れ去り時4歳）がイタリアに帰りたくないと言ったビデオについて、子はもう一度引っ越したくないと思っはいるが、イタリアでの生活が耐えられないものであるとの意見は述べていないと評価したことは、いずれも恣意的な認定ではないとして、控訴審裁判所の判断を支持した。

### イスラエル：

*Civil Appeal 4391/96 Ro v. Ro* 判決（1997年：ID832）において、控訴審裁判所は、①子（連れ去り時8ヶ月）が母（TP）と共に返還されれば子に対する危害の重大な危険はない（裁判所は母が子に同伴してイギリスに戻るよう説得した）、②鑑定証人は、イギリスへの返還が母にもたらす影響から子への危害の危険は生ずると主張したが、このことは、TPが子に同伴して返ることを余儀なくされる、ほとんどの連れ去り事案で生ずるものであり、このような事案で例外を認めれば大幅に条約を損なうことになる、③イギリスの機関は、母と子を父の害悪から保護することについて信頼できる、④父に課された条件は危害の危険を減ずるだろうとの理由を挙げて、主たる監護親である母と一緒に戻ることができないとの主張について、13条1項（b）の例外は適用されないとし、①子はイギリスで母の単独監護権に委ねられ、父はイギリスの裁判所が命じない限り子には会わないこと、②イギリスの裁判所が命じない限り父は母にいかなる方法でも連絡しないこと、③母と子は、母が選らんだ場所で（父とは）別の

アパートに住み、父がその費用を負担すること、④父は、イギリスでの母と子の生活費として5000ポンドを預けることを内容とするアンダーテイキングを父が履行することを条件に返還を命じた。しかしながら、本件では、父は5000ポンドを寄託しなかったため、子は返還されなかった。

#### オーストリア：

4Ob1523/96, *Oberster Gerichtshof* 判決 (1996年：ID561) が、このような主張に対し、重大な危険の認定を否定した裁判例として挙げられている (INCADAT コメント)。

#### (ii) 重大な危険にあたることを認めた裁判例

##### ドイツ：

17 UF 260/98; *Oberlandesgericht Stuttgart (Higher Regional Court)*, 25 November 判決 (1998年：ID323) で、控訴審裁判所は、13条1項 (b) については厳格な解釈が必要であり、子の返還に伴う通常の困難を超える、子の利益に対する重大な危険のみが返還拒否を正当化すると述べた。しかし、本件では、母 (TP) のアメリカ (常居所国) への返還拒否は、父 (LBP) に対する恐怖と、アメリカでは収入を得る可能性がないという事実による正当なものであり、その結果、子 (審理時5歳と3歳) が返還されれば母から引き離されることになるが、出生以来子の監護は専ら母がしてきたという事実を照らせば、母との分離は子にとって重大な精神的危害をもたらすとして、重大な危険を認め、返還を拒否した。

##### オーストラリア：

*State Central Authority of Victoria v. Ardito*, 29 October 1997, *Family Court of Australia (Melbourne)* 判決 (1997年：ID283) では、母はアメリカ (常居所国) への入国を拒否されていた事案について、裁判所は、母が帰らない場合に子に対する重大な危険の危険があるとして返還義務の例外を認めた。

*Director-General, Department of Families v. R.S.P.* [2003] *FamCA* 623 判決 (2003年：ID544) でも、控訴審裁判所が、この問題について、子が返還されれば母 (TP) が自殺するかも知れないとの心理士の意見に基づき、重大な危険を認め返還を拒否した第一審裁判所の判断を維持した。

##### イスラエル：

*Family Appeal 621/04 D.Y v. D.R* 判決 (2004年：ID833) では、父 (LBP) はその機会があったのに1年半も子と会っていなかったという事案において、控訴審裁判所は、13条1項 (b) の例外について極めて高い基準を示して主たる監護親が戻ることを拒否している場合に重大な危険を認めなかった前述の *Civil Appeal 4391/96 Ro v. Ro* 判決 (1997年：ID832) の事案と本件とを区別し、本件では子がアメリカ (常居所国)

に帰国した場合に被る可能性のある害悪は、父親との面会から生ずるのではないとし（Ro v. Ro 判決では申立人父親は子と面会しないとのアンダーテイキングをし、子の保護についてイギリスの機関が信頼できるとした）、極端な状況の場合でさえ、子の福祉よりも条約の目的の方を優先した Ro v. Ro 判決で採用された制限的なアプローチには賛同しないとし、年長の子の返還に対する異議を認め、姉妹の分離は下の子に精神的危害をもたらすとして子 2 人ともについて返還を拒否した。<sup>42</sup>

### フランス：

*Wojcik v. Wojcik, 959 F. Supp. 413 (E.D. Mich. 1997)* 判決（1997 年：ID103）において、破棄院（最高裁判所）は、第一審裁判所が連れ去り時 1 歳 6 ヶ月の子の返還を命じたのに対し、控訴審裁判所が、返還により子が精神的な危害にさらされるかどうかを判断するために子の調査を行った後、重大な危険を認めて返還を拒否した事件について、子を母（TP）から引き離すことは子を精神的な危害の重大な危険に晒すことになることの証拠を認め、返還を拒否した。

*Cass. Civ Ière 22/06/1999 (Arrêt n° 1206, pourvoi n° 98-17902)* 判決（1999 年：ID498）においても、最高裁判所は、6 歳と 3 歳（連れ去り時）の子について、3 歳の子が母から引き離されれば精神的な危害に晒されることになり、兄弟が引離されれば 2 人とも容認し難い状況に直面することになることを理由に返還を拒否した控訴審裁判所の判断を支持した。

### オランダ：

*De directie Preventie, optredend voor zichzelf en namens Y (de vader /the father) against X (de moeder/ the mother) (7 February 2001, ELRO nr.AA9851 Zaaknr:813-H-00)* 判決（2001 年：ID314）で、控訴審裁判所は、母（TP）はカナダで生活する資金がないためカナダに戻ることはできず、その結果子（連れ去り時 9 歳）が 1 人でカナダに返され、母から引き離されるとすれば、子に対する危害の重大な危険をもたらすことになるとして、重大な危険を認めた。

### (iii) 最近の欧州人権裁判所判決

INCADAT コメントは、欧州人権裁判所は、当初、TP が子の返還に同伴することを拒否している場合を含む、重大な危害の危険の認定に関して極めて厳格なアプローチ

---

<sup>42</sup>裁判所は、子の意見を考慮に入れるのが適切な年齢を判断するに際し、未成年者の宣誓が有効とされる年齢についてのユダヤ法の規定（女の子は 12 歳、男の子は 13 歳）を参照し、裁判官と心理士の印象にしたがい、年長の 2 人の女の子（12 歳と 10 歳）の異議は考慮されるべきであるとし、姉妹を分離することは下の妹たちに精神的害悪をもたらすため、結論として姉妹は誰も返還すべきでないとした。また、裁判所は、法律には書かれていないが、イスラエル法の下では、ハーグ条約の下での手続を含むすべての法的行為に信義誠実の原則が適用されるのであり、父子関係を否定した本件の父親は不誠実な行為をしたため、この原則にしたがい裁判所は申立人を救済することを拒否できるとした。ただし、本件で、父親が生活費を支払わず、過去に子どものうち 2 人を連れ去ったことは不誠実な行為にはあたらないとされた。

を採っていたが、最近、このアプローチは、子の最善の利益及びTPの権利により焦点をあてるアプローチに変わってきていると指摘している。なお、ハーグ条約に関する欧州人権裁判所の裁判例で、ハーグ条約と欧州人権条約との整合性や、返還手続の遅れ、返還命令の執行、面会権(21条)の確保等の問題を論じたものが数多くある。詳しくは、INCADAT コメントを参照されたい。

*Maumousseau and Washington v. France, Application No 39388/05* 判決(2007年:ID942)では、母(TP)は、子を再度移動することは13条1項(b)の重大な危険にあたる、裁判所は、子(留置時2歳6ヶ月)がフランス(連れ去り先の国)でのなじんだ環境からの子の移動を、憲法上の原則、欧州人権条約8条、国連子どもの権利条約3条1項、国際公法の一般原則に照らし検討すべきである、特に、父(LBP)のサント・ドミンゴに転居する計画に伴う重大な危険を軽視すべきではなかったと主張して、返還を命じた控訴審判決に対し上告したが(控訴審判決は子の留置時から1年1ヶ月後になされている)、破棄院(上告審裁判所)は控訴審判決の返還命令の執行を停止しなかった。その後、検察官が4人の警察官と共に幼稚園から子を引き取ろうとしたが、母が他の親や幼稚園の職員と共に抵抗し、母の申立てにより、裁判所は子を保護施設に入れ、両親に面会権を付与した。その後、裁判所は子の父への引渡しを命じ、翌日、子はアメリカ(常居所国)に返還され、破棄院は、13条1項(b)の例外は認められないとして母の上告を棄却した(前記 *Cass. Civ Ière (N° de pourvoi : 04-16942)* (2005年:ID844))。この事案について、欧州人権裁判所は、返還命令は母と子の家族生活に対する干渉になるが、欧州人権条約は、他の国際条約、特にハーグ子奪取条約、及び、国連子どもの権利条約に照らし解釈されなければならない、検討されるべき主たる問題は、締約国が返還をする際の裁量(margin of appreciation)の範囲内か否かであり、子、両親と公共政策の競合する利益の間に公平なバランスをとらなければならないと述べた。そして、本件では、母による子の留置は不法であり、フランスの控訴審裁判所は、13条1項(b)に関する母の主張を詳細に検討し、父に関する母の主張は根拠がないとしたこと、子と母の分離についても考慮し、子は適合できるだろうし、いずれにしても、13条1項(b)を単純に、TBからの分離についての子の観点から検討すべきではなく、また、この控訴審裁判所の認定は最高裁判所に支持されたことを指摘した。そのうえで、母が、13条1項(b)についての解釈は制限的になされすぎており、子の最善の利益、特に、子がフランスを去らなければならない、主たる監護者から引き離されることの結果について十分な考慮がなされていないと主張していることについて、欧州人権裁判所は、国連子どもの権利条約は、子の保護に関するすべての措置の中心に子の最善の利益を置いているとし、この原則は2つの目的を有しており、1つは、子が安全な環境で成長することそ保障することであり、もう1つは、害がない限り家族の絆を維持することであるところ、ハーグ条約においては子の最善の利益の保護が条約の中心であることを指摘し、子を不法な連れ去り・留置の有害な効果から保護すると共に、子を常居所国に迅速に返還するというハーグ条約の政

策を完全に支持すると述べた。そして、欧州人権裁判所は、フランスの裁判所による13条1項(b)の解釈が子の最善の利益と矛盾しているとの母の主張を認めることはできないとした。また、欧州人権裁判所は、子の最善の利益の原則は統一的な解釈に従うことが望ましいと述べ、この点で、国連子どもの権利条約は締約国に対し、子の連れ去りと闘うために措置を取ることを要求していること、ハーグ条約の返還メカニズムには例外があり、そのため、事案を判断する機関が子とその状況を客観的に検討することを求められるから、自動的なものではないことを指摘した。そして、欧州人権裁判所は、母の主張が認められるとすれば、ハーグ条約はすべてその効果を奪われるだろうと述べ、本件事案の事実関係の下で、子が返還されれば危害の重大な危険に直面する危険はなく、母が子に同伴することを阻止するものも何もないと指摘し、本件において、子の最善の利益は適切に検討されており、フランスの裁判所による返還命令について欧州人権条約8条違反は認められないとした。

*Neulinger & Shuruk v. Switzerland, no 41615/07* 判決（2009年：ID1001）の事案及び、経過は次のとおりである。本件の子は、婚姻中の父母（母はスイス人、父はイスラエル人）からイスラエルで生まれ、母は父がユダヤ教の過激で超保守的宗派に属していることから、父が子を連れて外国で宗派の集団に入ることを恐れ、イスラエルで子の国外移動禁止を申立てて命令を得た後、父と離婚し、両親が親権者であるが母が監護権、父は監督付きの制限された面会権を有していた。なお、離婚判決前に、社会福祉機関が、介入し、父の母に対する言葉による暴力や根拠のない非難が母にストレスを与えていること、宗教を理由とする子の食事に関する制限の強要等により、父母が同居していることは子の福祉にとって良い環境ではないとして、別居を勧告していた。また、母は警察に父からの暴力を届け出、裁判所から父に対する保護命令が出されていた。その後、父の扶養料不払いに対し逮捕状が出され、母は子の国外移動禁止命令の取消に失敗した後、2005年5月、子をスイスに連れ去った（子は連れ去り時約2歳）。母と子の所在は2006年5月に発見され、父は同年6月返還を申立て、同月、スイスの第一審裁判所は重大な危険を認めて返還を拒否したため、父は控訴したが、2007年5月、控訴審裁判所は、やはり重大な危険を認めて返還を拒否した。父はさらに上告したところ、同年8月、スイス連邦裁判所は例外事由は認められないとして返還を命じた（5A\_285/2007/frs, *Tribunal fédéral, II<sup>e</sup> cour de droit civil, 16 août 2007* 判決（2007年：ID955））。そこで、9月26日、母と子は欧州人権裁判所に提訴し、翌9月27日、欧州人権裁判所の裁判長は裁判所規則39条（暫定措置）に基づき、スイス政府に対し、子の返還を執行しないよう通知し、10月1日、父は返還命令の執行申立てを取り下げた。

この事案について、欧州人権裁判所は、母（TP）の父に対する主張に関して、イスラエルの機関によって従前なされた保護措置を検討した。そして、裁判所は、母と子が父による不適切な行為にさらされたとしても、保護されないことを示すものは何もないと判断した。また、裁判所は、母はイスラエルに6年間住み、知り合いができ、

多国籍企業で働き、その会社にスイスで今でも雇用されているのであって、母がイスラエルに戻ることは合理的に期待することができる」と指摘した。裁判所は、すべての欧州評議会の加盟国において子の連れ去りは刑事犯罪であることを指摘し、さらに、この点に関してイスラエルの当局がなした母に対する刑事訴追はしないとの保証を疑う理由はないとして、イスラエルに戻れば刑事訴追に直面するとの母の主張を排斥した。そして、裁判所は、両親を知る環境で成長することが子の最善の利益に叶うとして、スイスの裁判所による子の返還命令は、明確で適切な理由に基づいており、比例しているから、裁量（margin of appreciation）により欧州人権条約8条の違反はないとした。

しかし、その後、本件は、欧州人権裁判所大法廷に回付され、大法廷は *Neulinger & Shuruk v. Switzerland, no 41615/07* 判決（2010年：ID1323）で、返還命令の執行は欧州人権条約8条違反になるとした。判断の理由は次のとおりである。欧州人権条約は、国際法の一般原則と調和するように解釈解釈されなければならない、子の連れ去りの問題について、8条の義務（家族生活及び私生活の尊重に関する権利）は、とりわけ、ハーグ子奪取条約、及び、国連子どもの権利に関する条約を考慮に入れて解釈しなければならない。しかしながら、裁判所は、欧州人権条約は、個人の保護のための欧州の公共秩序の文書であるとい特殊な性質を有していることを想起する。欧州人権裁判所は、国内裁判所による手続の見直し、特に、ハーグ条約の規定の適用解釈において、国内裁判所が本条約の保障、特に、8条の保障を確保したかを確かめる権限を有する。ここでの決定的な問題は、子の利益、両親の利益、及び、公共の秩序の利益という競合する利益の間で公正な均衡がとられたかどうかであり、また、それが締約国に認められた裁量（margin of appreciation）の範囲内であるかどうかであるが、この問題については、子の最善の利益が主として考慮されなければならない。そのことは、ハーグ条約の前文に、「子の監護に関する問題においては、子の最善の利益が最重要である」と規定されていることから明らかである。子の最善の利益は、その性質と重大性によるが、両親の利益に優先する場合がある。しかしながら、両親の利益、とりわけ、子と定期的な交流を有する利益は、依然として、問題となる様々な利益のバランスをとる場合の要素ではある。子の利益は2つの内容から成り、一方では、子の利益は、子の家族との絆は、家族が特に不適格であることが明らかとなった場合を除き、維持されなければならないことを要求する。この要請から、家族の絆は、極めて例外的な状況においてのみ切断されうることを、及び、人的関係を維持するために、そして、適当な場合には、家族の「再構築」のためにあらゆることがなされなければならない。他方で、「健全な環境での発達」を確保することも子の利益であり、欧州人権条約8条の下で、親は子の健康や発達を害するような措置を取ることを認められない。裁判所は、迅速な返還のメカニズムは、返還の例外、特に13条1項（b）の危害の重大な危険と均衡が取られていることから、同じ哲学が、ハーグ条約にも見られることに留意する。裁判所は、このように子の最善の利益の原則を分析した結果、欧州人権条

約8条により、ハーグ条約が適用される場合、子の返還を自動的、あるいは、機械的に命じることはできないとした。子の最善の利益は、人格の発達観点からは、様々な個別の状況、特に年齢や成熟度、両親の存在や不存在、子の環境や経験により異なるのであり、よって、最善の利益は各個別の事案において評価されなければならない。国内裁判所は一定の裁量（margin of appreciation）を行使しうるから、この評価は、第一義的には国内裁判所の仕事であるが、欧州人権裁判所が、欧州人権条約の下で、国内裁判所が裁量を行ってなした決定を検討する場合は、評価は欧州レベルでの監督にしたがうことになる。欧州人権裁判所は、国内の意思決定の過程が、公正で、関係当事者が十分に主張することを認めることを確保しなければならない。欧州人権裁判所は、国内裁判所が、家族の状況全体について詳細な検討を行い、子の常居所への返還の申立ての文脈において、連れ去られた子にとって何が最善の解決かを判断するために常に関心をもって、各当事者のそれぞれの利益について均衡のとれた合理的な評価をしたかどうかを確認することになる。ハーグ条約に基づく子の返還命令の執行に関して、裁判所は、*Maumousseau and Washington v. France, No. 39388/05* 判決 (ID942) で詳しく述べられた原則を再確認した。そして、この原則を本件の事実に適用するにあたり、裁判所は、本件では、スイスの国内裁判所の判断が一致していたわけではなく、連邦裁判所のみが子の返還を命じたこと、数々の専門家の報告書が子をイスラエルに返還すれば子に対する危険があると判断していたこと、スイスの裁判所はいずれにしても母が子に同伴するとすれば子の返還はありうると考えられていたことを指摘した。そして、欧州人権裁判所は、スイス連邦裁判所が返還命令を出すにあたり、母がイスラエルに戻ることを拒否することを客観的に正当化する根拠はなく、母はイスラエルに子と戻ることを合理的に期待できるとした点について、この結論が欧州人権条約8条と適合しているか否か、特に、母がイスラエルに戻る可能性を否定しているにも関わらず、母の同伴により子を強制的に返還することが、8条の母と子の家族生活の尊重の権利に対する干渉として比例的なものであるかどうかを、国内裁判所による裁量（margin of appreciation）の範囲内の問題として判断しなければならないとした。欧州人権裁判所は、また、スイス連邦裁判所の判決以降に起きた出来事を検討する必要があるとし、連れ去りの後、かなり時が経ってから返還命令が執行される場合には、本質的に手続的な性質の条約であって客観的な根拠に基づいて個人を保護する人権条約ではないハーグ条約の適切さを損なうことになりかねないと指摘した。そして、欧州人権裁判所は、外国人の退去に関する判例法に基準を求めることができるとして、外国人の退去に関する判例法では、所在国になじんだ子に関する退去措置が比例的なものかを評価するために、子の最善の利益と福祉、特に、子が送還先の国で経験するであろう困難の深刻さと、子が所在国及び送還先の国の両方について有している社会的、文化的、及び、家族の絆の堅さを考慮に入れる必要があるとされていること、子に同伴する家族の構成員が送還先の国で直面するかも知れない困難の深刻さも考慮に入れなければならないことを述べ、本件では、子はスイス国籍を有しており、2005年に2歳の時にスイスに来て、それ以来ずっとスイスに住んできたこと、子はま

だある程度の適合能力がある年齢ではあるが、再度移動させられることは、特に、もし子だけで返還されるとすれば、深刻な結果をもたらすであろうこと、したがって、子のイスラエルへの返還は利益と考えることはできないこと、子の強制的な返還が子の精神にもたらすであろう相当の混乱は、子がそこから得るであろう利益に比較してその重要性を測らなければならないこと、この点に関して、イスラエルの裁判所が父に制限的な監督付きの面会権しか認めていなかったこと、イスラエルにおける母に対する刑事訴追は完全には否定されていないことを指摘し、母のイスラエルへの返還拒否は完全に不当なものではないとした。そして、仮に母が返還に同意したとしても、刑事訴追がなされ、母がその後刑務所に収監された場合は、誰が子の面倒をみるのかという問題があること、父の過去の行為（母に対するDV等）と限られた財政能力に照らし、父の監護能力には疑問があること、父は一度も単独で子と住んだことはなかったこと、2005年以降子に会ってもいないことを指摘し、これらすべての考慮事項、特に、その後の母と子の状況の変化に照らし、子をイスラエルに返還することが子の最善の利益に適うと確信できないとした。さらに、母は、イスラエルへの返還を強いられるとすれば、家族生活の尊重についての権利について、比例的でない干渉を受けることになるとし、その結果、子のイスラエルへの返還命令が執行されるとすれば、母と子の両方について欧州人権条約8条違反となると判断した。

この大法廷判決は、16対1で採択され、何人かの多数意見の裁判官が補足意見を述べた。なお、Zupancic 裁判官の反対意見は、返還命令が執行されるとすればという条件付きの8条違反に反対し、返還命令それ自体が8条違反であるというものであり、また、多数意見の理由が *Maumousseau and Washington v. France, No. 39388/05* 判決 (ID942) を根拠としたのは疑問であり、大法廷判決は実際には *Maumousseau and Washington v. France, No. 39388/05* 判決 (ID942) の立場と論理を変更したと主張した。

#### (iv) 欧州人権裁判所判決の影響

欧州人権条約46条1項は、「締約国は、自国が当事者であるいかなる事件においても、裁判所の確定判決に従うことを約束する」と規定して、欧州人権裁判所の確定判決に法的拘束力を与えており、これにより、当事国は、自国に対して法的拘束力を有する判決を履行する義務が課せられている。そのため、欧州人権裁判所大法廷の *Neulinger & Shuruk v. Switzerland, no 41615/07* 判決 (2010年、ID1323) が<sup>43</sup>、イギリスを初めとする多くのハーグ条約締約国を含む、欧州人権条約の47の締約国における、今後の重大な危険の解釈、認定にどのような影響を及ぼすかが注目されている。

以下は、同判決以後の重大な危険の認定に関するイギリスの裁判例であるが、*Neulinger & Shuruk v. Switzerland, no 41615/07* 判決 (2010年：ID1323) について言及している。

*D.T. v. L.B.T. [2010] EWHC 3177 (Fam.)* 判決 (2010年：ID1042) は、返還命令がなさ

<sup>43</sup> 2010年5月8日現在

れたとしても、子とともにイタリア（常居所国）に帰ることはできないとの母（TP）の主張に対し、イタリアで利用可能な法的手続は懸念と危険からの救済を提供するものではなく、提供されたアンダーテイキングも家族の状況に少しの物理的支援をもたらすにすぎず、父（LBP）に重い責任がある母の激しい感情的な苦痛と自閉症の子の特別のニーズという本件の極めて異例の状況が相俟って、返還が子らに精神的危害の重大な危険をもたらし、子らを耐えがたい状況に置くことになる状況と認められるとした。さらに、裁判所は、本件で、別の理由として、母が戻ることとなれば、家族生活に関する母自身の権利にとって重い負担となることを挙げていることについて、連れ去りまでに母が被ってきたことの蓄積によって、母は感情的に不安定で傷つきやすくなり、子のニーズに応えるために努力しなければならなくなったが、母は、深刻な家庭内暴力の被害者となったアパートに戻って、一人親として、自分の両親から離れて住み、幼い子の面倒を見ることになるが、幼い子の年齢のために仕事を得ることが困難であり、そのため相当な経済的な困難があるだろうと考えられるうえ、父がイタリアで母とのよりを戻そうとしていることから、そのようなことが起きれば、子らにとって悲惨なことになると述べた。そして、この点に関して、裁判所は、Neulinger判決は、ハーグ条約の例外を広範に、緩やかに、あるいは、確立された現在の実行と異なるアプローチを許可するものとは理解していないと述べ、この問題が提起された場合、裁判所としては、Neulinger判決は、裁判所がハーグ条約の手続に対するアプローチを、原則についてか手続についてかに関わらず変質させることを要求するものであると認めることはないとした。特に、裁判所は、Neulinger判決の真の効果は、そのようなことをすればまさに条約の目的を無効にするであろうから、裁判所にすべての事案において「家族の状況全体を詳細に検討すること」を行うことを求めたものとは考えていないとした。そして、裁判所は、もし、Neulinger判決についてのこの評価が間違っているとすれば、確立した拘束力のあるイギリスの判例法との間に矛盾を生じることになると指摘した。そして、もしそうだとすれば、裁判所は、イギリス法の問題として、Neulinger判決は、欧州裁判所の明確で一貫した判例法を代表するものではないとの前提でこれにしたがわなければならないものであるか疑問であるとした。

#### ⑤返還に対する子の強い拒否反応

返還手続の中で、TP や子が返還に対して、自殺を仄めかしたり、強い拒否反応を示したことを理由に重大な危険を認めて返還を拒否した裁判例や、重大な危険を認めなかったために、その後、実際に TP が自殺した事例が報告されている。

#### 重大な危険にあたることを認めた裁判例：

イギリスの *Re R. (A Minor Abduction)* [1992] 1 FLR 105 判決（1992年：ID59）では、子が自殺すると仄めかしたことを示す証拠の存在が主たる理由となって不返還が決定された。

イスラエルの *Family Appeal 1169/99 R. v. L.* 判決（2000年：ID834）では、控訴審裁判所は、10歳の子が母（TP）に洗脳されPAS（Parental Alienation Syndrome：片親引離し症候群）であり、子の異議には最小の注意しか払うことはできないとしたが、子の異議が極めて強く、アメリカ（常居所国）の父（LBP）の下に返還されれば自殺するとまで言っている以上、重大な危険を認めて子をイスラエルに留めるほかないとして、13条1項（b）の例外を認めて返還を拒否した第一審裁判所の判断を維持した。

#### 重大な危険にあたることを認めなかった裁判例：

オーストラリアの *Commissioner, Western Australia Police v. Dormann, JP (1997) FLC 92-766* 判決（1997年：ID213）では、母（TP）が、子が過去に自殺しようとしたこと等を主張したが、証拠不十分であるとして重大な危険は認められなかった。

オーストラリアの *DP v. Commonwealth Central Authority; JLM v. Director-General NSW Department of Community Services [2001] HCA 39, (2001) 180 ALR 402* 判決（2001年：ID347）で、最高裁判所は、JLM事件について、母（TP）は重い鬱病で、心理士は、子を父親に返さなければならぬことになれば母親は自殺するかも知れないとの意見であったところ、母親がメキシコの監護権の裁判で勝てるだろうという証拠はなく、そうだとすれば母親が自殺する恐れがあり、このことは13条1項（b）の重大な危険にあたるとした。

オーストラリアの *Director-General, Department of Families v. R.S.P. [2003] FamCA 623* 判決（2003年：ID544）では、控訴審裁判所は、子が返還されれば母親（TP）が自殺するかも知れないとの心理士の意見に基づき、重大な危険を認め返還を拒否した第一審裁判所の判断を維持した。

香港の *S. v. S. [1998] 2 HKC 316* 判決（1998年：ID234）では、母（TP）が常居所の裁判所に転居の申立てをしたが認められず、子を連れ去ったのに対し、父（LBP）から返還申立てがなされたところ、重大な危険、子の異議が認められず、返還命令がなされた後、母親が子を殺し自身も自殺するという結果に至った。

イスラエルの *B. v. G.* 判決（2008年：ID923）では、心理の専門家が、子を母親（TP）なしにベルギーに返還されれば自殺する危険さえあるとしたが、重大な危険は認められなかった。

#### ⑥ 常居所国が紛争状態であるとの主張

特に、イスラエルへの返還を求める申立てについて、子の常居所国が紛争状態にあり、そのような国への返還は重大な危険にあたるとの主張が頻繁になされ、各国の裁

判例で論じられている。

アメリカでは *Freier v. Freier*, 969 F. Supp. 436 (E.D. Mich. 1996) 判決 (1996年:ID133) で、裁判所は、イスラエルに不安定な状況はあるが、学校は閉鎖されておらず、企業活動も続いており、父 (LBP) はイスラエルを去ることもできると指摘して、重大な危険を認めなかった。他方、アメリカの *Silverman v. Silverman*, 2002 U.S. Dist. LEXIS 8313 判決 (2002年:ID481) は、常居所の要件の点で申立てを棄却したが、アメリカ国務省の渡航勧告命令を根拠に、イスラエルへの返還は重大な危険にあたることを述べた。

オーストラリアの *Janine Claire Genish-Grant and Director-General Department of Community Services* [2002] FamCA 346 判決 (2002年:ID458) は、オーストラリア外務通商省の渡航勧告を理由に重大な危険を認め返還を拒否したが、その後、*Kilah v. Director-General, Department of Community Services* [2008] FamCAFC 81 判決 (2008年:ID995) では、控訴審裁判所は、唯一の証拠はオーストラリア政府の渡航に関する助言であるが、それも5段階のうちの「高度の注意を要する」というレベル3であり、同じレベルの渡航に関する勧告は、他のハーグ条約締約国であるブラジル、メキシコ、パナマ、南アフリカ、トルコ、ベネズエラにも出されているとして重大な危険を認めなかった。

ベルギーの *N° 03/3585/A, Tribunal de première instance de Bruxelles* 判決 (2003年:ID547)、デンマークの *V.L.K., 11. januar 2002, 13. Afdeling, B-2939-01* 判決 (2002年:ID519) は、重大な危険を否定した裁判例として挙げられている (INCADAT コメント)。

前述の13条1項 (b) の重大な危険の基準について極めて詳細な分析を示したイギリスの *Re S. (A Child) (Abduction: Grave Risk of Harm)* [2002] EWCA Civ 908 判決 (2002年:ID469) も、イスラエルの紛争状況そのものが重大な危険にあたることを否定した。

前述のフランスの *CA Aix en Provence 8/10/2002, L. c. Ministère Public, Mme B et Mesdemoiselles L (N° de rôle 02/14917)* 判決 (2002年:ID509) も否定例である。

ドイツの *1 F 3709/00, Familiengericht Zweibrücken (Family Court), 25 January 2001* 判決 (2001年:ID392) は、両親は中東の政情不安について認識したうえで、イスラエルに居住することを決めたとして、重大な危険の主張を認めなかった。

また、イギリスの *Re M. (Children) (Abduction: Rights of Custody)* [2007] UKHL 55, [2008] 1 AC 1288 判決 (2007年:ID937) は、「なじんだ」の例外事由と子の異議が認められて返還が拒否された事案であるが、本件で、イギリスの最高裁判所は、母 (TP) が、ジンバブエの精神的及び政治的状況においては、どんな子も精神的な危害の重大

な危険にさらされることになり、子がそのようなところで住まなければならないことを甘受しなければならないと期待すべきではないと主張した点については、これを排斥し、重大な危険を認めなかった。

#### ⑦ アメリカ判例法における「**fugitive disentitlement**」の原則の適用

なお、アメリカでは、裁判所の命令に違反した者が裁判所で救済を受けることを否定する「**fugitive disentitlement**」の原則により、LBPに裁判所の命令違反の行為があったことを理由に、ハーグ条約に基づく返還申立てを認めないという、他の締約国とは異なる条約の判例法が形成されている。この原則の適用による不返還の決定は、13条1項(b)の重大な危険の例外とはまったく異なるものであるが、LBPの行為を理由とする不返還の判例法として、ここで紹介しておく。

*In re Prevot, 59 F.3d 556 (6th Cir. 1995)* 判決(1995年: ID150)では、申立人父が家族と共にフランスに移住したことにより、父は執行猶予の判決に違反していたため、母がアメリカに子連れ去ったことに対する父からの返還申立てについて、第6巡回控訴裁判所は、**fugitive disentitlement**の原則を適用し、父の申立てのために裁判所の資源を用いることはできないとして返還申立てを棄却した。

しかし、*Walsh v. Walsh, No. 99-1747 (1st Cir. July 25, 2000)* 判決(2000年: ID326)では、父(LBP)はアメリカで刑事責任を追及されいながらアイルランドに転居したことから、第一審裁判所が返還を命じたことに対し、母(TP)は、控訴理由で**fugitive disentitlement**の原則の適用により父はアメリカの裁判所で救済を求めることは許されないことも主張したが、第1巡回控訴裁判所は、父の有罪が確定していないことを指摘し、本件では、父が**fugitive**であり、かつ、その地位とハーグ申立てとの間に一定の関係はあるが、その関係は同原則の適用を支持する程には強くはなく、**fugitive disentitlement**の原則の適用は、親の権利に関する事件においては厳しすぎる制裁を課すことになるとして適用しなかった。

*March v. Levine, 249 F.3d 462 (6th Cir. 2001)* 判決(2001年: ID386)では、父(TP)がいくつかのアメリカの裁判所の命令に違反しているとして、**fugitive disentitlement**の原則の適用が主張されたが、第6巡回控訴裁判所は、父の裁判所命令違反についての法廷侮辱罪の命令は刑事の侮辱罪ではないと指摘し、裁判所に対するあらゆる不敬を示す行為について同原則の適用を拡張することに対する抑制を示し、同原則の適用を認めず、返還を命じた第一審裁判所の判断を維持した。

#### (4) アンダーテイキング

条約に規定はないが、いくつかの締約国では、返還命令が、特定の要求またはアンダーテイキングの遵守を条件になされるという実行が発展している。返還命令に付さ

れるアンダーテイキングその他の条件は、子の迅速な返還を容易にするため、あるいは、子の常居所国への返還後、常居所国の裁判所において監護権本案の決定がなされるまでの当面の間、子や子と共に帰国する親（TP）を保護することを目的とする保護措置であると説明されている。ハーグ条約に基づく返還命令に際し、返還命令を行う裁判所が条件を付すことを一般的にアンダーテイキングと呼ぶことが多いが、アンダーテイキングとは、後述のイギリスの *Re O. (Child Abduction: Undertakings) (No.1)* [1994] 2 FLR 349 判決（1994年：ID85）において述べられているとおり、コモンロー系の国においては、「訴訟の当事者が約束を直接裁判所でなすことによって自らを拘束し、その違反はアンダーテイキングをなした者を罰金や拘禁の危険にさらす」という法的な効果を伴う点に特徴がある。なお、アンダーテイキングは、申立人（LBP）がすることが多いが、相手方（TP）がする場合もある。

なお、アンダーテイキングそのものに関する問題として、①アンダーテイキングの許容性・法的根拠・限界、②LBPが任意に申し出たアンダーテイキングだけでなく、裁判所がアンダーテイキングを命ずることは可能か、③アンダーテイキングの実効性、④ミラーオーダー等、独自の問題がある。

特に、13条1項（b）の重大な危険の例外事由が主張された裁判例では、頻りにアンダーテイキングが活用されている。裁判所の判断の仕方としては、①重大な危険は認めないと判断したうえでアンダーテイキングと共に返還を命ずる例、②LBPが申し出たアンダーテイキングを重大な危険の認定において考慮し、アンダーテイキングによって危険が緩和されるとして重大な危険を否定してアンダーテイキングと共に返還を命ずる例、③重大な危険が認められるか否かについて明確に述べずにアンダーテイキングと共に返還を命じている例、④重大な危険が認められるとしたうえで、アンダーテイキングによる危険の緩和を考慮に入れてアンダーテイキングと共に返還を命じる例がある。

その他、13条1項（a）の同意・追認の例外事由を否定したうえでアンダーテイキングと共に返還を命じた裁判例、13条2項の子の異議を認めてLBPのアンダーテイキングにもかかわらず返還を拒否した裁判例もある。

アンダーテイキングは、ハーグ条約に基づく返還手続を判断する子の所在国の裁判所に対するものであるため、子の返還後に常居所国におけるアンダーテイキングの保護措置としての実効性について、しばしば懸念が示される。そのため、LBPが、単に、返還を命ずる裁判所に対しアンダーテイキングをするだけでなく、自ら常居所国の裁判所においてアンダーテイキングの内容を子を常居所国において同じまたは同等の条項として登録すること（セーフリターンまたは、ミラーオーダーと呼ばれる）を申し出、あるいは、返還を命ずる裁判所がそうすることを求め、ミラーオーダーがなされるまで、返還命令を執行しないとした裁判例がいくつか見られる。

### オーストラリア：

*In the Marriage of McOwan v. McOwan* (1994) FLC 92-451 判決（1993年：ID253）は、

1993年8月20日にイギリスの裁判所が父（LBP）のアンダーテイキングを条件に返還命令をなし、同月25日母が子とオーストラリアに帰ったが、母は帰国してすぐに父からすべてのアンダーテイキングを守るつもりがないと言われたと主張し、その後、母は子をオーストラリアから転居させるための申立てをするための法律扶助を拒否された、1993年11月10日、イギリスの裁判所の裁判官は、父がアンダーテイキングを拒否していることを知って、オーストラリア家庭裁判所長官宛てに手紙を書いたところ、家庭裁判所は、父、母、州の中央当局に対し、裁判所は子のために適切な措置がなされたか否かを調査する福祉に関する管轄を行使するとして、呼び出し状を送付し、司法長官及び中央当局の代理人が裁判所に意見を述べるよう求めたという事案である。裁判所は、ハーグ条約は、子が返還される国が子の権利と利益を保護することができるということを前提にしているが、条約の中には、子の返還後、適切な措置がとられ、アンダーテイキングが守られ、適切な監護権本案の審理が行われることを、返還を命ずる国が確保するための制度がない。裁判所は、締約国が、子が条約の下で返還された時にその福祉が保護されることが合理的に保証されると感じるべきでなければ、締約国及び裁判所は返還を命ずることに躊躇するようになるだろうとし、裁判所は、アンダーテイキングがなされる場合は、それが執行可能であることを確認することが重要であるが、そのようなことを可能とする法的な根拠はないように思われると述べ、子が条約の下で返還されれば、子の福祉に関する問題が適切に調査されることを確保するため資源が利用可能であることを確保することについて中央当局が権限を付与されることが礼讓の利益の観点から望ましいと考えられると述べた。本件で、裁判所は何も命令はしなかった。

*Police Commissioner of South Australia v. Temple (No 2) (1993) FLC 92-424* 判決（1993年：ID254）は、ハーグ条約をオーストラリアで実施する家族法規則セクション15（3）は、裁判所が子の返還に実質的な条件を付する権限を付与しておらず、同規定は、単に裁判所が、返還命令がなされる前に子がある場所から他の場所に一時的に移動することについて条件を付することを可能にしているだけであるとして、本件の事実に照らし、扶養料の問題を扱う本件のアンダーテイキングの実質は、子を精神的な危害または耐えがたい状況の重大な危険にさらすことを避けるために合理的に要求することが可能な範囲を遥かに超えているとし、すでにイギリス（常居所国）の裁判所に扶養料の裁判が申し立てられているのであるから、イギリスの裁判所がこのような問題を決定するのに適切な管轄裁判所であるとした。しかしながら、裁判所は、ある種のアンダーテイキングを命ずることは正当であるとし、父（LBP）がポルトガルに住んでいるという本件の事実を特に考慮して、子が母（TP）の監護の下でイギリスに戻り、母が母と子を支える財政的手段を持つことを確保することは適切であるとし、父に対し、母と子のオーストラリアからイギリスまでの航空運賃を支払い、イギリスの裁判の審理が進むまで母がイギリスで生活できるための一時期を支払うことを、イギリスの裁判所に対しアンダーテイキングをするよう指示したうえで、控訴審裁判所

は、父が母に対し定期扶養料の支払うことを含む広範なアンダーテイキングを条件に返還を命じた第一審裁判所の決定を取消して、第一審裁判所が付したアンダーテイキングを認めずに、返還を命じた。

*Police Commissioner of South Australia v. H.*, 6 August 1993, transcript, Family Court of Australia (Adelaide) 判決（1993年：ID260）は、母（TP）の経済的困難だけでは、子のイギリス（常居所国）への返還によって子が耐えがたい状況に置かれることにはならないとして、13条1項（b）の重大な危険の主張を認めなかったが、*Police Commissioner of South Australia v. Temple (No 2) (1993) FLC 92-424* 判決（1993年：ID254）にしたがい、子の返還に条件を付すことは不適切であるが、母と子のイギリスへの帰国のための航空券を提供すると父のアンダーテイキングを認め、かつ、父が母に住居を提供すると父のアンダーテイキングをしていることに留意するとした。

*S. v. S.*, 27 September 1994, transcript, Family Court of Australia (Sydney) 判決（1994年：ID230）は、13条1項（b）の重大な危険の主張を排斥したうえで、当事者すべてが早期にカナダ（常居所国）に戻れるよう、父（LBP）に対し、母の帰国に十分な費用の支払、または航空券を提供するよう命じた。

*De L. v. Director-General, NSW Department of Community Services* 判決（1996年：ID93）で、最高裁判所は、裁判所が返還命令に条件を付する件点の行使についての具体的な詳細な基準を示すことは不可能であり、裁判所はオーストラリアにおける条約の実施規則が扱う問題、範囲、目的を考慮して、裁量権を行使しなければならないと述べた。

*Director-General Department of Families, Youth and Community Care and Hobbs*, 24 September 1999, Family Court of Australia (Brisbane) 判決（1999年：ID294）は、母が子と共に常居所国に戻れないとしても、その事情は大部分は母自身が作り出したものであり、母が財政的理由のために子の返還に同伴できないとの事実についても、重大な危険にあたらぬとして13条1項（b）の主張を排斥して返還を命じたが、父は新たに刑事民事責任の追及のための手続を開始したり協力したりしないことを含むいくつかのアンダーテイキングをなし、かつアンダーテイキングを南アフリカの裁判所でミラーオーダーにすることを同意した。

*The Commonwealth Central Authority and P*, 23 December 1999, Family Court of Australia at Darwin 判決（1999年：ID374）は、13条1項（b）の重大な危険の主張を排斥し返還を命じたが、父は母と子の返還を容易にするためにいくつかのアンダーテイキングに同意した。

*DP v. Commonwealth Central Authority; JLM v. Director-General NSW Department of Community Services [2001] HCA 39, (2001) 180 ALR 402* 判決（2001年：ID346）、*DP v. Commonwealth Central Authority; JLM v. Director-General NSW Department of Community Services [2001] HCA 39, (2001) 180 ALR 402* 判決（2001年：ID347）で、最高裁判所は、重大な危険を認めたとすべし、アンダーテイキングについて述べたが、多数意見は、条件を付すことは「重大な危険」の抗弁の除去に関わるものではなく、重大な危険が証明された場合の裁量権の行使に関わるものであり、そのような条件がなければ重大な危険の主張が認められたか否かに関わらず、条件を付して返還を命ずることにより、裁量権を適切に行使できる場合があり、返還先の国で裁判手続が行われることだけでなく、子のために適切な暫定的な措置を確保することを確保することも検討の対象であり、そうだとすれば、条件は自主的になされるものであるか、そうでないとしたら、容易に執行可能なものであることを確保すべく注意がなされなければならないと述べた。

#### ニュージーランド：

ニュージーランドの判例法には、アンダーテイキングに関する裁判所の権限について懐疑的な傾向が見られる。

*Re J.E. (Child Abduction) [1993] 11 FRNZ 84* 判決（1993年：ID29）では、13条1項(b)の重大な危険は認められず、返還が命じられた。当事者双方は命令の前に協議して子は母と帰国することや、帰国まで3週間の猶予、帰国費用、帰国後の母子の居住地、調停の試み、刑事訴追しないこと、中央当局の支援、養育費執行手続の開始等12項目のアンダーテイキングに合意した。しかし、裁判所は返還命令にアンダーテイキングやその遵守を条件とする裁量を有しないとされた。

*Adams v. Wigfield [1993] 11 FRNZ 270* 判決（1993年：ID89）でも、控訴裁判所は、13条1項(b)の重大な危険の主張を認めず、返還を命じたが、条約実施法に具体的な根拠がない限り、返還命令に条件やアンダーテイキングを付することはできないとした。

*Damiano v. Damiano [1993] NZFLR 548* 判決（1993年：ID91）は、父(LBP)が母(TP)と子を殺すと脅したとすることを理由とする13条1項(b)の重大な危険について、母子が帰国後、母子のみで自宅を占有し、父が自宅の近辺に近付かないとの父が申し出たアンダーテイキングと共に返還を命じた。

*Boy v. Boy [1994] 12 FRNZ 517* 判決（1994年：ID92）では、控訴裁判所は、母(TP)の13条1項(a)の追認、13条1項(b)の主張を排斥し、第一審裁判所は父(LBP)が申し出たアンダーテイキング（父が母・子がフランスにいる限り、母に子との時間

の半分を過ごすことを認める、連れ去り後にフランスの裁判所が父に単独監護権を付与した命令についてこれを共同監護権に変更を求める申立てをする、母がフランスで共同監護権の申立てをした場合はこれに同意するという内容)を考慮に入れた点で誤りがあるとの母の控訴理由について、第一審裁判所は父のアンダーテイキングは返還命令の決定にとって本質的なものではないと述べていること、第一審裁判所はこのようなアンダーテイキングがフランスでどのような効力があるかを知らないと明確に認めていることを指摘し、第一審裁判所は単に母が帰国するのを支援するためにアンダーテイキングを認めたに過ぎず、母はもし父が約束を破れば、そのことをフランスの裁判で有用な証拠の材料として使えば良いだけであり、第一審裁判所がなした返還命令の決定が父のアンダーテイキングを不当に考慮に入れた結果であるとの母の控訴理由は認められないとした。

*M. v. H., 30 June 1994, transcript, District Court of New Zealand at Christchurch* 判決

(1994年: ID247)では、母(TP)が、子(連れ去り時5歳)が父(LBP)から性的虐待を受けているのではないかとの懸念を有していたが、裁判所は、本件の事実関係に照らし、子に対する重大な危険があるとすれば、それは監督なしの父との面会によって生ずるのであって、常居所国(オーストラリア)への返還によって生ずるものではないこと、オーストラリア家庭裁判所は、子がひとたび戻れば適切な保護を与える能力も意欲もあると信頼できることを理由に、13条1項(b)の重大な危険の主張を認めなかった。そのうえで、裁判所は、返還命令を条件と「合理的な保護措置」にかからしめることができるかを検討する権限があると述べたが、結局、オーストラリア家庭裁判所において、子は母が監護し、父は許可されるまでは子との面会をしないことを含む合意命令(*consent orders*)がなされたため、この問題は結局判断する必要なく終わった。

ニュージーランドの *State Central Authority and McCall (1995) FLC 92-552* 判決(1994年: ID279)は、13条1項(a)の追認の主張を排斥して返還を命じたが、返還命令に際し、父(LBP)が母と子の帰国のための片道航空券を支払うことのアンダーテイキングを命じた。

*H. v. H. [1995] 12 FRNZ 498* 判決(1995年: ID30)も、ニュージーランドの条約実施法は、裁判所に他の管轄における条件を課す権利を付与していないとした。

*Hall v. Hibbs [1995] NZFLR 762* 判決(1995年: ID248)では、裁判所は、返還を命ずるにあたり、条項や条件にかからしめて、あるいは、申立人が条項や条件に同意しまたは遵守することを前提に返還命令をする管轄も裁量もないとした。

*Anderson v. Central Authority for New Zealand [1996] 2 NZFLR 517* 判決(1996年: ID90)

では、控訴裁判所は、母（TP）からの父による性的虐待、ネグレクト、近親相姦を理由とする重大な危険の主張を認めず、返還を命じたが、ニュージーランドの条約実施法は、裁判所に対し、返還命令に条件やアンダーテイキングを付する権限を認めていないとの従前の立場を確認しながらも、それは実施法セクション13が規定する抗弁が認められなかった場合のことであり、実施法セクション13の抗弁が認められた場合には、裁判所が同規定の下で裁量権を行使するにあたり条件を付することは、実施法セクション26、27、28の規定（執行及び費用に関する規定）が他の条件を付すことを排除していない限り可能であるとして、例外事由が認められた場合に初めてアンダーテイキングを付することが可能であることを示唆したが、同時に、子の最善の利益を確保するのは、要請国と被要請国の中央当局の責任であることを強調した。

*H. v. C.* 判決（2001年：ID537）は、13条1項（b）の重大な危険の主張を排斥したうえで、返還を命じるに際し、母を保護し、母に監護権と父に監督付き面会を確保する暫定命令がオーストラリアで出されることをアンダーテイキングとして求めた。

#### フランス：

*CA Grenoble 29/03/2000 M. v. F.* 判決（2000年：ID274）は、13条1項（b）の重大な危険の主張を排斥したうえで、子を1年間に4回、毎回最低1週間フランスに連れていくこと、イタリアに休暇で行く場合は子が母に会うことを認めることを含む父が申し出たアンダーテイキングを付して返還を命じた。

#### スイス：

*K. v. K., 13 February 1992, District Court of Horgen* 判決（1992年：ID299）は、13条1項（b）の重大な危険の主張を排斥して返還を命じたが、父（LBP）は住居と母（TP）が監護権本案の裁判のために帰国する費用を負担すとのアンダーテイキングをなした。

#### イギリス：

*Re A. (A Minor) (Abduction) [1988] 1 FLR 365, [1988] Fam Law 54* 判決（1987年：ID23）では、13条1項（b）の重大な危険の主張を否定して返還を命じたが、父（LBP）が帰国のための片道航空券提供のアンダーテイキングを申し出た。

*C. v. C. (Minor: Abduction: Rights of Custody Abroad) [1989] 1 WLR 654* 判決（1988年：ID34）では、父（LBP）が自主的にアンダーテイキングを申し出たが、裁判所は、母と子の福祉を守るため、さらにアンダーテイキングを要求した。

*Re G. (A Minor) (Abduction) [1989] 2 FLR 475* 判決（1989年：ID95）では、第一審裁判所が、精神的危害の重大な危険があると認めながら、父（LBP）が申し出た広範な

アンダーテイキング（連れ去り後に常居所国の裁判所が父に付与した暫定的な単独監護権を執行しない、常居所国で法廷侮辱罪を申立てない、母と子に住居を提供し水道光熱費等を負担する、子の学校への送迎交通手段の提供、生活費の支払い、アンダーテイキングを常居所国の裁判所でミラーオーダーにする、常居所国の裁判所で監護権の本案の決定があるまで子を母の監護から取り上げようとしない、子のパスポートを没収しない、子の帰国費用を確保するよう最大限努力する）によって、危険が緩和されるとして返還を命じたことに誤りがあるとの母（TP）が主張した控訴理由について、控訴裁判所は、重大な危険が認められた場合、常居所国の裁判所で問題が扱われるまで、母が子と共に帰国し、子の監護を維持できるように確保するための措置が可能であると証明されれば害の危険は失われるとして、母の主張を排斥し、第一審裁判所の判断を支持した。<sup>44</sup>

*P. v. P. (Minors) (Child Abduction) [1992] 1 FLR 155* 判決（1991年：ID157）は、帰国を強いられたら自分は非常に不幸であり、そのことが子に有害な影響を及ぼすことの母の主張は無関係であるとして13条1項（b）の重大な危険は認めず、返還を命じたが、父（LBP）は、常居所国（アメリカ）で監護権と面会の判断がなされるまで、母子は以前の自宅に住んでよく、母子の生活費と自宅のローンは父が支払う、常居所国の裁判では平等な立場で裁判を行う、母が裁判所の命令に違反したことについて刑事訴追を受けないよう確保するという内容のアンダーテイキングをなした。

*B. v. B. (Abduction: Custody Rights) [1993] Fam 32, [1993] 2 All ER 144, [1993] 1 FLR 238, [1993] Fam Law 198* 判決（1992年：ID10）は、13条1項（b）の重大な危険は認められないとしたうえで、父（LBP）の申し出により、常居所の裁判所の命令があるまで母の監護から子を連れ去ろうとしない、刑事訴追に協力しない、監護権本案の早期の審理に協力する、生活費と航空運賃を負担するとのアンダーテイキングをなした。

*Re C. (Minors) (Enforcing Foreign Access Order) [1993] 1 FCR 770* 判決（1992年：ID88）は、13条1項（b）の重大な危険にはあたらないとして返還を命じたが、常居所国裁判所の監護・面会に関する命令変更申立ての決定があるまで、父（LBP）は子にエイズに罹り、余命が短いことを話さないこと、および、その内容を常居所国の裁判所でミラーオーダーにすることが求められた。

イギリスの *Re S. (A Minor) (Abduction: Custody Rights) [1993] Fam 242* 判決（1993年：ID87）では、子がフランス語・フランスの学校制度をいやがりフランス（常居所国）への返還について異議を述べたことが13条2項の子の異議として認められたが、第一審裁判所による決定の直前に父（LBP）が子を英語による学校に通わせるというア

<sup>44</sup> なお、この判決では、返還は10日以内と命令されている

ンダーテイキングを申し出たが、第一審裁判所はこれを考慮せず、返還申立てを棄却し、控訴裁判所もこの決定を維持した。

*Re L. (Child Abduction) (Psychological Harm) [1993] 2 FLR 401* 判決（1993年：ID200）は、ビザの問題、主たる監護親からの引き離しを理由とする重大な危険の主張を排斥したうえで、父から申し出のあったアンダーテイキング（常居所国での監護権本案の裁判を直ちに申立てること、本案の裁判の第1回期日まで父が自宅を出て母子を住まわせる、生活費を支払う、母子の帰国費用の負担）と共に返還を命じた。

*Re M. (Abduction: Undertakings) [1995] 1 FLR 1021* 判決（1994年：ID20）は、経済的要因を理由とする母（TP）からの13条1項（b）の重大な危険の主張を否定したうえで、アンダーテイキングを条件に返還を命じた。

*Re O. (Child Abduction: Undertakings) (No.1) [1994] 2 FLR 349* 判決（1994年：ID85）で、主たる監護親である母（TP）が、子と共にギリシャ（常居所国）に戻ることができないことを理由とする重大な危険の主張を検討するに際し、父（LBP）が、母子への住居（水道光熱費等を含む）や車、学校関係費用、母子の医療費、母の裁判費用、生活費の支払、帰国費用の提供、刑事訴追を行わず協力しないこと等の広範なアンダーテイキングの申し出たことについて、母とその代理人はアンダーテイキングの実効性を争い、またアンダーテイキングをもってしても耐えがたい状況の重大な危険はなくなると主張したが、裁判所は、父が申し出たアンダーテイキングは、子を耐えがたい状況に置く可能性を相当程度減ずるとし、イギリスの判例法に照らし、そのようなアンダーテイキングを受け入れることが許されるとした。ただし、アンダーテイキングの実効性を検討することは可能、ないし場合によっては必要であるとして、本件ではギリシャ（常居所国）には、訴訟の当事者が約束を直接裁判所でなすことによって自らを拘束し、その違反はアンダーテイキングをなした者を罰金や拘禁の危険にさらすという効果のある、コモンロー系の国におけるアンダーテイキングの概念がないことを指摘し、その代替策として父が母子の帰国後ギリシャの裁判所でイギリスの裁判所に対してなしたアンダーテイキングと同内容の命令を得るといった方法はすべて父の自主性にかかっている以上の実効性はなく、父が約束に違反した場合に実効的な救済はないとした（なお、裁判所はこの点の評価及び、母からの13条1項（b）の主張を評価するにあたり、条約7条e項に基づき、ギリシャ中央当局に対しギリシャ法及び実行について照会したほか、当事者双方が鑑定意見を出すことを許可し、暴力の禁止はギリシャでは刑事法の問題でしかないことや、公正証書の作成にかかる費用はその実効性も確実でないこと等を詳細に検討している）。以上の検討のうえ、裁判所は、申立人父が任意に申し出たアンダーテイキングを認め、返還を命じた。

*Re K. (Abduction: Psychological harm) [1995] 2 FLR 550* 判決（1995年：ID96）では、控訴審裁判所は、母（TP）が主張したビザや住居、アメリカ（常居所国）での裁判費用の問題等を理由とする重大な危険の主張を、住居の提供等に関する父がなしたアンダーテイキングも考慮に入れて重大な危険を認めず、アンダーテイキングと共に返還を命じたが、父が宣誓供述書で約束したアンダーテイキングを受け入れたことは誤りであるとの母の主張に対し、アンダーテイキングが、常居所国の裁判所が監護権本案の判断をするまでの間、子を保護するという極めて限定的な機能しか有しないことに留意のうえ、申立人が申し出たアンダーテイキングを認めることが裁判所の実務であると述べた。

*Re G. (A Minor), 3 October 1995, transcript, Court of Appeals* 判決（1995年：ID202）は、子が父母と共に帰国し、常居所国（アメリカ）の裁判所が命令を出すまで、母（TP）と住めば子が精神的な害を被り、または、耐えがたい状況に置かれることはないとして13条1項（b）の主張を排斥し、子の異議も認めず、返還を命じたが、母は子と共に戻ることを、父は子の返還にかかる航空運賃の支払い、アメリカの裁判所の命令違反についてアメリカで母に対する刑事訴追を求めない、裁判手続まで子を母から連れ去ろうとしない、アメリカでの裁判中、母子に無料で住居を提供する、母が弁護士を頼めない場合は自分もアメリカの裁判所に弁護士なしで出席するという内容のアンダーテイキングをした。

*The Ontario Court v. M. and M. (Abduction: Children's Objections) [1997] 1 FLR 475, [1997] Fam Law 227* 判決（1996年：ID33）は、9歳の姉の異議と、13条1項（b）の耐えがたい状況の重大な危険により、弟については姉弟分離しないとの理由で、2人とも例外事由があるとしたうえで、申立人祖母の申し出による、祖母に監護権を付与した常居所地国の裁判所の命令を執行しないこと、刑事訴追しないこと、帰国費用の負担を内容とするアンダーテイキングと共に返還を命じた。

*Re M. and J. (Abduction) (International Judicial Collaboration) [1999] 3 FCR 721* 判決（1999年：ID266）は、7歳と1歳3ヶ月（連れ去り時）の母（TP）が、アメリカ（常居所国）での保護観察の条件のために、アメリカに帰国すれば相当期間の収監に直面するという具体的な懸念があるという事案において（なお、子はアメリカで、ほとんど母方曾祖母の下育てられていた）おり、TPが帰国すれば逮捕される恐れがあること自体は13条1項（b）の例外を認めるには不十分であるとしたが、裁判所は、母が帰国と同時に逮捕されるかも知れないという、深刻で気持ちをかき乱される心配と不安にさらされるというのは子の利益にならないとして、監護権本案の審理がなされるまで、母が子の監護を維持することを当事者がアンダーテイキングすることの可能性を検討したが、そのようなアンダーテイキングは、母が保護観察の条件に違反したことについての刑事手続のために当事者は何ら事前の手立てをなしえないというこ

とにより相当な危険を伴うものであるとして、条約7条に基づき、イギリスの中央当局に対し、母の状況についての不確かさについて明らかにするための問い合わせを支援するよう求め、また、裁判官自身が、直接、アメリカの刑事裁判所の裁判官と直接連絡をとった。アメリカの刑事裁判所の裁判官は、本件の子の福祉を扱うアメリカの裁判所の調査が阻止されたり遅れることを望まないと述べ、検事の同意を得て、母の逮捕状を取下げ、再度保護観察に付し、子に関する問題が解決するまで、それ以上の手続をとらないことを約束した。その後、本件の裁判官は、アメリカの裁判所の家族法部門を監督する裁判官と何度か連絡をとったところ、裁判官は、監護権本案の手続を優先して行うために可能なことは何でもすること、母は帰国前にプロボノ弁護士を選任することが良いと述べ、子が実際にアメリカに着く前から暫定的に子のための緊急の措置を講ずる用意があると述べ、当事者のアメリカの弁護士たちとの間でアンダーテイキングの交渉を行った。本件の裁判官は、司法協力が成功するためには、裁判所が、可能な限り、当事者を同意で協議に入らせることが不可欠であり、裁判官同士の連絡内容に関する情報をすべての関係者に迅速に開示すべきであるとした。そして、裁判官は、本件で採用された手続は、子にもたらした可能性のある憤慨をかなりの程度減らして、母と子がアメリカに戻ることを母が受け入れることを可能にし、帰国直後の子の状況についての不安と心配をなくし、子の福祉に関する問題の司法的解決の枠組みを、母と子の到着に先立ち整え、裁判所の決定により母と子がイギリスに戻るようになった場合、子のための適切な視点の見込みを提供したと述べた。なお、本件では、裁判官が、アメリカの裁判官と直接連絡をとった後、当事者間のアンダーテイキングにより、子の任意の返還に至った。

*Re M. (Abduction: Conflict of Jurisdiction) [2000] 2 FLR 372* 判決（2000年：ID475）では、特に例外事由は主張されずに返還が命じられたようであるが、母（LBP）は父の収監につながるような手続は行わないとのアンダーテイキングをなした。

*Re H. (Children) (Child Abduction: Grave Risk) [2003] EWCA Civ 355* 判決（2003年：ID496）で、父（LBP）が飲酒して暴力や脅迫をするとの母（TP）の主張について、第一審裁判所が重大な危険を認めて返還を拒否した判断を取消し、控訴裁判所は重大な危険を否定し、返還が安全に行われることを確保するための取り決めは条約の枠組みの中で可能であるとし、この問題を処理するため事件を第一審裁判所に差し戻した。その際、控訴裁判所が、母が子と共に帰国すると仮定し、可能であれば、ベルギーの裁判所その他の機関からこれに反する決定がなければ、あるいはそうした決定がなされるまで、母は、母と子のための住居、母と子の生活のための生活保護ないし収入、ベルギーの裁判所の決定までの間、父と子の面会をどのように行うべきかについての父母間での明確な理解が必要であり、ベルギーへの帰国後可能な限り子の将来についてベルギーの裁判所での審理がなされることをアンダーテイキングとして取り決めるべきであるとした。

*Re W. (Abduction: Domestic Violence) [2004] EWHC 1247* 判決（2004年：ID599）で、第一審裁判所は、南アフリカ人同士の夫婦の間で、DVその他、主たる監護親である母（TP）の常居所国におけるストレスによる子への影響等を理由とする13条1項（b）の重大な危険の主張も、13条2項の子の異議の主張も排斥したが、広範で様々な制限を課すアンダーテイキング（母の暫定監護権、連れ去り禁止、パスポートの申請禁止と寄託、父母の精神鑑定、接近禁止、連絡禁止、刑事訴追をしないこと、母のための弁護士の費用、帰国後6ヶ月間の生活費の支払い、帰国費用の支払い）を子の返還前に父が南アフリカの裁判所で登録することを条件に返還を命じ、控訴審裁判所もこれを支持した。しかし、その後、父はアンダーテイキング9項目のうち2項目しか遵守しなかったため、事件は第一審裁判所に差し戻された後、控訴裁判所によって返還申立てが棄却された。

*Re S. (A Minor) (Abduction) [1991] 2 FLR 1* 判決（1991年：ID163）では、控訴審裁判所は、12条2項の例外事由について、子が「なじんだ」ことを認めたとえ、子の返還後すぐにアメリカ（常居所国）の裁判所で監護権の本案及び面会権の問題を見直し、アメリカでなされた元の共同監護の合意を修正するかどうかを検討するとの、父（LBP）が申し出たアンダーテイキングと共に返還を命じた。

#### スコットランド：

*Re Slamen 1991 GWD 34-2041* 判決（1991年：ID190）判決は、父（LBP）の母（TP）に対する暴力は認めたが、子の扱いに問題があったという証拠はないとして、身体的・精神的害悪の重大な危険を認めず、父が申し出たアンダーテイキング（母子の帰国費用、監護権本案の決定があるまで住居を提供し、母の意思に反して子に対する監護権を行使しようとしなないこと）は、子の返還に伴う懸念に十分に込えているとして、返還を命じた。

*Matznick v. Matznick 1994 GWD 39-2277* 判決（1994年：ID187）は、父（LBP）の子に対する虐待を理由とする身体的・精神的害の重大な危険の主張は認められないとし、また、父が申し出たアンダーテイキング（監護権の本案の裁判が終わるまで、自分が自宅を出て母子に住ませる、水道光熱費と生活費を支払う、同じ内容を常居所国（アメリカ）の裁判所に対してもアンダーテイキングをする）が実行されれば、返還による子に対する重大な危険は存在しないとして、アンダーテイキングと共に返還を命じた。

*Cameron v. Cameron (No. 2) 1996 SCLR 552* 判決（1996年：ID77）は、裁判所は、父（LBP）申し出たアンダーテイキングに追加の内容を命じたいと考えたが、裁判所にそのような権限はないとの父の代理人の意見を認めた。

*D.I. Petitioner [1999] Green's Family Law Reports 126* 判決（1999年：ID352）は、父（LBP）の母（TP）と子に対する暴力を理由とする重大な危険の主張を認めず、返還を命じたが、裁判所はこの判断に至るに際し、父がアンダーテイキングを申し出たことは判断の理由において本質的ではないと述べたうえで、アンダーテイキング（住居の提供、家賃の支払、生活費の支払、子を母の監護から連れ去らないこと）を命令に記録した。

*Walton v. Walton, 925 F. Supp. 453 (S.D. Miss. 1996)* 判決（1996年：ID132）では、父（LBP）はアメリカの条約実施法では母が負担することとされている裁判費用を請求しない、航空運賃を提供とのアンダーテイキングをなした。

*Panazatou v. Pantazatos, No. FA 960713571S (Conn. Super. Ct. Sept. 24, 1997)* 判決（1997年：ID97）は、子が1人で返還されるとすれば子にとって精神的危害の重大な危険となるが、この危険は母（TP）が子と一緒に帰ることによって減少されるとし、当事者双方及び子の代理人のそれぞれにアンダーテイキングをさせ、アンダーテイキングを付して返還を命じた。そして、裁判所はアンダーテイキングがギリシャで履行されることを確保するため、また、適切な額の生活費のアンダーテイキングをさせるため、ギリシャの裁判官と電話会議を行うことを確認した（この判決はアンダーテイキングがなされるまでの暫定命令とされている）。

*In re Walsh, 31 F. Supp. 2d 200 (D. Mass. 1998)* 判決（1998年：ID222）で、連邦第一審裁判所は、証拠によれば、父（LBP）はしばしば子（連れ去り時8歳3ヶ月と3歳3ヶ月）に対し不親切で、子がちょっとした子どもっぽい約束違反をしたときにたたいたことや、子が常に両親の間の言葉及び身体的な喧嘩に晒されていたことが窺われるが、証拠によっても子に対する差し迫った重大な危険があるとは認められないとして13条1項（b）の重大な危険の主張を排斥したうえで、様々な裁判所が、移行期間に子が適切な監護を受け、子の常居所国で監護権の本案の審理がなされるまで子に害が起きないことを確保するために、適切なアンダーテイキングを命ずることの正当性を認めていることを指摘して、父に対し、子らの帰国費用の支払い、帰国後の住居、衣服、医療の提供を命じ、父がこれらを提供できないのであれば、アイルランドの社会福祉機関がどのようにこれらの提供を行うのかについての詳細な説明を提出するよう命じたほか、アイルランドで父が母子と接触しないよう求めた。しかし、この命令は控訴審で覆された。

*Danaipour v. McLarey, 286 F.3d 1 (1st Cir.2002)* 判決（2002年：ID459）において、第1巡回控訴裁判所は、子が性的虐待を受けたことの信用性のある証拠が存在する場所に子どもを返す前に十分な配慮がなされなければならないとし、子をそのような状況

で保護するために、執行できないかもしれないアンダーテイキングを用いることについては特に懸念すべきであると述べ、アンダーテイキングの活用に対する警告を発している。

*Kufner v. Kufner*, 519 F.3d 33 (1st Cir. 2008) 判決 (2008年 : ID971) で、第一審裁判所は、13条1項 (b) の重大な危険の主張を排斥したうえで、父はドイツにおける母に対する刑事訴追がなされないようにすることを確保することを含む父がなしたアンダーテイキングと共に返還を命じたことに対し、母はアンダーテイキングは帰国後自分と子を守るのに不十分であると主張したが、第1巡回控訴審裁判所は、上記の *Danaipour v. McLarey*, 286 F.3d 1 (1st Cir. 2002) 判決 (2002年 : ID459) の立場にしたがい、この主張を退けた。

### アイルランド :

*C.K. v. C.K.* [1994] 1 IR 260; [1993] ILRM 534; [1994] 1 IR 268; [1993] 2 Fam. L.J. 59 判決 (1993年 : ID288) は、13条1項 (b) の重大な危険、及び、20条の人権・基本的自由に関する基本原則違反の主張を排斥したうえで、監護権の裁判の間、ボーイフレンドを母及び子と一緒に住ませないとの母が申し出たアンダーテイキングについて、自ら監視できないアンダーテイキングについて懸念を示したが、異なる国の中央当局間はもちろん、裁判所間で連絡がとれている場合、アンダーテイキングをつけることは条約の政策に沿うとしてこれを認めた。

最高裁判所は、*P. v. B. (Child Abduction: Undertakings)* [1994] 3 IR 507 判決 (1994年 : ID240) で、13条1項 (a) の追認の主張を排斥したうえで、父 (LBP) が申し出たアンダーテイキングと共に返還を命じた。その際、裁判所は、ハーグ条約をアイルランドの国内法とする1991年子奪取及び監護命令執行法の下での手続の当事者はアンダーテイキングをすることができることを認め、アンダーテイキングは、ある管轄から他の管轄への移行期間の間、子の福祉を守るためのものであり、特にとても幼い子が関与している場合は特に重要となりうるとして、アンダーテイキングは1991年法と合致しているだけではなく、国際法及び子の憲法上の保護にも合致し、また、親が役割を果たし、アイルランド憲法上の権利を行使することを保護することにもなると述べた。裁判所は、特に、本件のアンダーテイキングが、母と子に対する住居と生活費の提供についてのものであって合理的であると述べ、これらのアンダーテイキングがいかなる意味でも監護権と面会の問題を決定するスペイン (常居所国) の裁判所の管轄を侵害するものではないとした。そして、子の長期的教育や長期的な養育費、アイルランドへの年2回の訪問の問題については、スペインの裁判所が決定することがより適切な問題であるとした。本件では、裁判所は、アンダーテイキングがスペインの適切な裁判所の注意の下に提示されるよう、アイルランド中央当局に対し、アンダーテイキングをスペインの中央当局に送付するよう命じた。

*R.K. v. J.K. (Child Abduction: Acquiescence) [2000] 2 IR 416* (判決 (1998年 : ID285)) で、最高裁判所は、13条1項(a)の追認、及び、13条1項bの重大な危険の主張を排したが、その理由として、父(LBP)がアンダーテイキングをしていることにも触れた。そして、母子の帰国費用を支払うこと、住居の提供、住居に近づかないこと、常居所(スコットランド)の裁判所の決定があるまで母及び子と接触しないこと、スコットランドの裁判所の決定があるまで生活費を支払うことを内容とする父が申し出たアンダーテイキングと共に返還を命じた第一審裁判所の決定について、これらのアンダーテイキングはいずれもスコットランドでは執行されないという母の控訴理由について、条約を実施し国家同士の礼譲を行使するに際し、スコットランドの裁判所は他の締約国の裁判所と同じ見解をとるだろうとして排斥し、第一審裁判所の返還命令を支持した。

*A.S. v. P.S. (Child Abduction) [1998] 2 IR 244* (1998年、ID389)では、最高裁判所は、13条1項(a)の追認の主張も、13条1項(b)の重大な危険の主張も排斥し返還を命じたが、父(LBP)に対し、扶養料の支払いと家から出て行くことを含むアンダーテイキングを求めた。*R. v. R. [2006] IESC 7*判決(2006年 : ID817)では、最高裁判所は、第一審裁判所がアンダーテイキングについて分析し、アンダーテイキングは、子の円滑な返還と、子の常居所国の裁判所での手続が係属中の間、返還直後の子の福祉を達成することを目指す以上に拡張すべきではないとしたことを支持し、両親の婚姻の破綻の長期的な解決に向けられたアンダーテイキングの要求を却下した。また、最高裁判所は、父(LBP)がアメリカ(常居所国)その他どの国においても、母(TP)に対する訴追を求めず、支援しないとしてなしたアンダーテイキングについて、訴追はアメリカ当局の権限であり、そのため、アンダーテイキングは、常居所国の機関及び裁判所の訴追の権限を害することなく、父は母に対する正式な申立てをせず、訴追のための手続を開始しないことを単に規定することしかできないとして、その表現を修正した。

### 香港：

*S. v. S. [1998] 2 HKC 316*判決(1998年 : ID234)は、子(連れ去り時6歳6ヶ月)の呼吸器系の病気がイギリスの家族の農場にいる七面鳥に触れることで悪化することが重大な危険にあたるとの13条1項(b)の主張と、13条2項の子の異議の主張をいずれも排斥し(子の面談をしたうえで未成熟と判断)、返還を命じたが、父(LBP)に対し、子の状況ととるべき適切な医療措置を入手して、母(TP)に医療報告書を提供し、常居所国の裁判所に子の居所と必要な医療措置の決定のための申立てをし、子の十分な監視を続け、農場で取るべき保護措置について協議するためイギリスに戻るまでに香港の医師と面談することをアンダーテイキングとして命じた。

## カナダ：

*Thomson v. Thomson* [1994] 3 SCR 551, 6 RFL (4th) 290 判決（1994年：ID11）では、最高裁判所は、13条1項（b）の重大な危険の主張を否定したうえで、連れ去り後に付与された監護権を執行しない、常居所国の裁判所で監護権の命令があるまで監護しない、常居所国での監護権本案の迅速に開始するとの内容のアンダーテイキングと共に返還を命じた。

*Hoskins v. Boyd*, (1997) 28 RFL (4th) 221 判決（1997年：ID13）で、控訴審裁判所は、13条1項（b）の重大な危険の主張を否定したうえで、父（LBP）が申し出た、監護権本案の迅速な審理に協力する、監護権本案の決定があるまで毎日でも母に子との監視付き面会を許可する、帰国費用を負担するとの内容のアンダーテイキングと共に返還を命じた。

*Mahler v. Mahler* (1999) 3 R.F.L. (5th) 428 (Man. Q.B.) 判決（1999年12月21日：ID308）は、父（LBP）のアルコール依存、財政的能力の欠如、対立的で暴力的な態度、主たる監護親である母（TP）からの引離しに基づく重大な危険の主張を認めず、返還を命じたが<sup>45</sup>、その際、裁判所は、提出された証拠、及び、判例法に基づき、裁判所は、次の内容のアンダーテイキングが合理的であると考えたとして、父に命じた。①父は、完全な審理がなされるまでの間の暫定的単独監護権の命令を、現状を反映するような条項、すなわち、本件では、別居合意の「母が身上監護権を有し、合意による自由な面会を含む当事者双方の共同法的監護権」に変更すべくニューヨーク家庭裁判所に申立てをすること、②ニューヨーク家庭裁判所の命令は、最終の審理までどちらの親も子をニューヨークから移動しないことを含むものであること、③父はニューヨーク家庭裁判所が出した令状が取り消されたことを確認し、今後暫定命令や令状の執行を求めないこと、④父は母と子のために支払い済の帰国の交通手段を提供すること、⑤母は帰国後及び仕事が確保されるまでの当座の必要なものを用意すること、父は継続的な生活費の支払をどのように定期的で時機に適い執行可能であると保証するかについて提案をすること、また父は帰国後の子の当座の必要のために提供するため、5月

---

<sup>45</sup> まず、裁判所は、返還命令の内容として、直ちに、及び、どんな場合でも子を2000年1月15日までにニューヨーク州 Horseheads に返還すること、さらなる命令があるまで返還命令を停止することとし、停止の間、母は母の費用で、父が1日に何回でも子と監視なしに電話で話しができるようにすること、父がカナダに来たときは合理的な時間子と過ごさせること、そのために特に下の子には父に慣れさせることが必要である（連れ去りから7ヶ月経っているため）、父も母もその他の者も返還命令の執行停止期間中、または弁護士同士または裁判所の前でアンダーテイキングが満たされたことが確認できるまで、子をこの市から連れ出してはならない、父は子との電話の前6時間、また子と過ごす場合はその前12時間及び子と過ごしている間飲酒してはならない、母は1999年12月30日までに帰国するかどうかを再考し、代理人を通じて父に結論を連絡すること、帰国しないことを選択した場合、または結論を父に連絡しなかった場合、申立により返還命令の停止は解除され父は子を自分の監護に移すことが自由となる、その場合、当事者は、子、特に下の子を父になじませるため専門のセラピストと協議して子の適切な移行を準備し、父がこの市を出るまでに監護の移行を行うことが不可欠であり、父が数日間をここで過ごすことが必要と考える、そのための取り決めは弁護士間で行い、合意できない場合は裁判所が行う、母が子と共に帰国することにした場合、返還命令はアンダーテイキングがなされたことを裁判所、または弁護士間で確認するまで、返還命令の執行は停止したままとするとした。

(連れ去り時)からの未払の生活費の総額約1万ドルの半額を母に支払うべきこと、支払は母の代理人の信託口座宛とし、母が子とニューヨークに戻り次第そこから母に支払われるようにすること、⑥必要な限り、**peace officers** は本命令の条項を執行する権限が与えられること。なお、本件では、裁判所が、遵守のことを懸念する必要がないように、父はアンダーテイキング、特にニューヨークの命令の変更を成就したことを確認するために時間の猶予が与えられた。また、裁判所は、ニューヨークの裁判所がその命令に関するアンダーテイキングの要件を支援することを期待して、情報提供のために、ニューヨークの裁判所に判決の理由の写しを送るよう、中央当局に要請した。

### 南アフリカ：

憲法裁判所の *Sonderup v. Tondelli 2001 (1) SA 1171 (CC)* 判決 (2000年：ID309) は、父 (LBP) から母 (TP) に対するDVを理由とする13条1項 (b)、及び、20条の主張は退けたが、広範なアンダーテイキングとそれを常居所国の裁判所でミラーオーダーにすることを条件に返還を命じた。

*Central Authority v. H. 2008 (1) SA 49 (SCA)* 判決 (2008年：ID900) は、13条1項 (a) の追認の主張を認めず、返還を命じたが、住居・生活費の提供等を含む広範なアンダーテイキングとミラーオーダーを条件とした。

### ジンバブエ：

*Secretary For Justice v. Parker 1999 (2) ZLR 400 (H)* 判決 (1999年：ID340) は、13条1項 (b) の重大な危険の主張を排斥し返還を命ずるに際し、父 (LBP) に対し、母と子の帰国を容易にするための短期的なアンダーテイキングを帰国前になすよう命じた。

### イスラエル：

前述の *Civil Appeal 4391/96 Ro v. Ro* 判決 (1997年：ID832) は、アンダーテイキングを付すことで危険が緩和されるとして、アンダーテイキングを命ずることを13条1項 (b) の重大な危険の主張イスラエルを排斥する理由の1つとして述べ、イギリス (常居所国) の裁判所が別の命令をするまで子は母が監護し、父は面会禁止、父は母と子に接触しない、母が選んだ父とは別の住居に父の負担で母と子が住むこと、生活費の負担等広範なアンダーテイキングを、返還命令の条件とした。

*Family Application 8743/07 Y.D.G. v T.G.* 判決 (2007年：ID983) では、父 (LBP) が子に対し身体的・性的虐待をしているとして母 (TP) が重大な危険の主張をしたが、裁判所が任命した鑑定人はそのような虐待はないとし、その結果、重大な危険の抗弁は認められず、子の返還が命じられた。裁判所は、父親に対する主張が認められなか

った以上、子どもが父親のアパートに住めるようにすることについて父親のアンダーテイキングの保証としてお金を差し入れさせる以上に、子どもの安全を確保する条件を課す根拠がなく、アメリカの裁判所でミラーオーダーを得ることによる返還の遅れは子どもにとって有害であるから、そのような必要はないとした。

## 5 子の異議

### (1) 条約の規定と問題の所在

子が返還に異議を述べており、子がその意見を考慮に入れるのが適切な程度に成熟していることが認められた場合も、条約上、子の返還命令を拒否することが認められている（13条2項）。

条約の規定上は、子の異議の例外事由の要件は、「子が返還に異議を述べていること」と、「子がその意見を考慮に入れるのに適切な程度の年齢及び成熟度に達していること」であるが、子の異議に関する判例法は、各締約国の裁判所が、実際には、13条2項の子の異議が認められるための要件として、①子が異議を述べているという事実がある場合、これに加えて、②異議の内容・性質・強度、③子の年齢と成熟度、④子の意見が親からの不当な影響を受けたものでないかを検討し、⑤裁量により異議を認めて返還を拒否すべきかを判断していることを示している。

### (2) 異議の性質と強さ

各締約国の裁判例の中には、13条2項の例外事由としての「異議」と認められるためには、単に子が返還に異議を述べているだけでは足りず、異議の内容が、TPと一緒にいることや、連れ去り・留置先の現在の所在国にいたいという希望やその方が好ましいということを超えた強さが必要であるとか、LBPの下へ返還されることへの異議ではなく、子の常居所国への返還についての異議でなければならないとか、合理的な理由に基づいて述べられているものでなければならない等、子のどのような意見が13条2項の「異議」と認められるかについて、制限的に解釈傾向を示すものがある。

なお、当初の返還手続において重大な危険や子の異議の例外事由が認められず、返還が命じられたが、返還命令の執行の段階で、子が物理的に抵抗したため、事件が裁判所に差し戻され、改めて子の異議が審理された事例や、返還命令の手続の中で、子が返還命令に対する強い拒否反応を示したことから異議が認められた事例も報告されているので、ここで合わせて取り上げておく。

また、他の項目で取り上げた裁判例においても、子の異議の論点についても触れている場合、できるだけ注で紹介したため、合わせて参照されたい。

### オーストラリア：

当初、最高裁が、*De L. v. Director-General, NSW Department of Community Services*判決（1996年：ID93）において、「異議」の用語の文字通りの解釈を提唱したが、後に、立法による修正により変更された。すなわち、条約は、1975家族法セクション111B（1B）、1989家族法（子奪取）規則によって、オーストラリア法として受容されているが、2000年家族法改正法により挿入された規則16（3）は、（c）（ii）として、条約13条2項の規定にない文言「子の異議がより好ましいとか、普通の希望の単なる表明を超えた強さの感情を示すものであること」（“the child’s

objection shows a strength of feeling beyond the mere expression of a preference or of ordinary wishes” ) と規定していることから、現在では、裁判所は同規定にしたがい、子は返還に異議を唱えるだけではなく、その異議は、より好ましいとか普通の希望の単なる表明を越えた強さの感情を示すものでなければならないとしている。 *Richards & Director-General, Department of Child Safety [2007] (FamCA 65)* 判決 (2007年 : ID904) は、12歳と10歳の子について同規定を適用し、本件で、子の異議は条約13条2項の異議とは認められないとした。

*Re F. (Hague Convention: Child's Objections) [2006] FamCA 685* 判決 (2006年 : ID864) は、この問題について、オーストラリアの判例法上議論はあると述べただけで立場を示さなかったが、本件においては、子 (留置時9歳、判決時12歳) がアメリカ (常居所国) への返還に異議を述べているのが、主たる監護者がいないからなのか、オーストラリアでの生活と比べてアメリカでの現実のまたは想像される記憶上の生活についてなのかに関わらず、子の異議は硬く子自身によって合理的に説明されているとして子の異議を認め、返還を拒否した。

*Re B. (Children)(Abduction: New Evidence) [2001] 2 FCR 531* 判決 (2006年 : ID864) は、11歳の男の子が父親 (LBP) と共にアメリカ (常居所国) 行きの飛行機に乗るのを拒否し、警察が緩い力を行使して乗せようとしたがうまくいかなかったため、子はいったん、母方の祖母の下に戻された後、裁判所は父との関係を構築し、アメリカに帰ることを奨励する目的でカウンセリングを受けることが命じたが、その後、母 (TP) からの控訴が許可され、控訴審では13条2項の子の異議が認められ、返還が拒否された。

#### ニュージーランド :

*Damiano v. Damiano [1993] NZFLR 548* 判決 (1993年 : ID91) は、13条2項の例外が認められるためには、単に好ましいというのではなく、子が異議を述べていることが必要であり、異議は、許容できないという程度までに強いものでなければならず、この基準に達した場合にのみ、裁判所は異議を考慮に入れるかどうかの検討を始めることができるとした。また、子は、異議が合理的なものであると裁判所が明確に認めることができるだけの年齢と成熟度を備えていなければならないとした。また、裁判所は、子の1人1人の権利が検討されなければならないと、子の年齢と成熟度に違いがある場合は、裁判所の返還についての裁量は家族を分離したくないという考慮に大きく影響されるだろうと述べた。本件では、子 (連れ去り時10歳9ヶ月、8歳4ヶ月、6歳) の異議は十分な説得力がないとして認められなかった。

*Secretary for Justice v. C., ex parte H.* 事件 (2000年 : ID534) は、裁判官が11歳6ヶ月の子の意見を聴くため、子ども代理人同席の下、オーストラリア (常居所国) へ

の返還の可能性を述べたところ、子が気分が悪くなり嘔吐したことにより、その日の手続は中止され、13条2項の異議が認められ、返還が拒否された。

#### イスラエル：

最高裁判所の *Appl. App. Dist. Ct. 672/06* 判決（2006年：ID885）は、13条2項について極めて制限的に解釈しなければならない、例外的な事案にしか適用できないとして、子の希望が考慮されるためには、年齢と成熟度の要件が満たされなければならない、その希望は実質的な強さのものでなければならない、連れ去った親と一緒にいる方が良く、常居所に戻りたくないという単なる希望では不十分である、返還に対する異議は、深い感情であり、実質的で、安定した合理的な根拠に基づくものでなければならないとした。

#### アイスランド：

最高裁判所の *M. v. K., 20/06/2000; Iceland Supreme Court* 判決（2000年：ID363）では、連れ去り時13歳と10歳の子の両方についてその意見が聴かれた、子は母と一緒にいたいと思っていると認められたが、スペインへに戻ることやスペインに住むことには異議を述べていないとして13条2項の異議は認められず、返還が命じられた。

#### ベルギー：

*N° de rôle: 02/7742/A, Tribunal de première instance de Bruxelles, 27/5/2003* 判決（2003年：ID546）は、連れ去り時11歳、裁判官が子の聞き取りをした時点でほぼ13歳の子がイタリアへの返還について述べた異議について、異議は単にどちらの親の監護を受けたいかについての単純な希望の表明ではなく、イタリアについての知識とベルギーでの経験とを比べての詳しい意見であり、子はイタリアへの返還を拒否する理由を明確に説明しており、しかも特にその理由として母親がベルギーに来なかったことにより母親に捨てられたという思いが関係していることを指摘し、13条2項の異議が認められるとして返還を拒否した。

#### オーストリア：

*9Ob102/03w, Oberster Gerichtshof* 判決（2003年：ID549）も、現在の所在国の方が良いというだけでは、13条2項の異議と認めるには足りないとした（INCADAT コメント）。

#### ドイツ：

*93 F 178/98 HK, Familiengericht Flensburg (Family Court), 18 September 1998* 判決（1998年：ID325）では、6歳の子が父（TP）と一緒にいたいという希望を述べたが、アメリカ（常居所国）への返還と母（LBP）に関する直接の質問に対する子の答えは曖昧ではっきりせず、子の異議は父親といることの方を望むという以上に異議として

は不十分であるとした。

### イギリス：

*Re S. (A Minor) (Abduction: Custody Rights) [1993] Fam 242* 判決（1993年：ID87）において、控訴審裁判所は、子（9歳3ヶ月）がフランス語・フランスの学校制度をいやがりフランス（常居所国）への返還について異議を述べたことについて、子の異議の対象は、連れ去られる前の元の国に直ちに返還されることについてのものであるとして、13条2項の子の異議として認め、申立人父親からのアンダーテイキングの申出にもかかわらず返還を拒否した。

*Re M. (A Minor) (Child Abduction) [1994] 1 FLR 390* 判決（1994年：ID56）は、11歳6ヶ月とほぼ10歳の子どもについて、第一審で母（TP）は子をオーストラリア（常居所国）に返すことが子の利益になるとして返還に同意し、合意命令がなされたが、3日後帰国当日になって母が自分はオーストラリアに戻らないと決め、子がオーストラリアに向かう飛行機が滑走を始めた後、上の子が飛行機のドアを開けようとしたため離陸は中止され、子は警察に保護されたという事案である。控訴審裁判所は、子どもの権利条約12条に照らし、ハーグ条約13条は子が親に返還されることに異議を述べていることを考慮することを禁ずるものではないが、裁判所は子が常居所国での親との生活に異議を述べている理由を注意深く確認・評価しなければならず、子の異議が常居所国に帰りたくないとする理由が、TPと一緒にいたいというだけの場合には、裁量権の行使において重要な考慮要素となるとし、子の異議の審理のために事件を差し戻した。

*Re H.B. (Abduction: Children's Objections) [1998] 1 FLR 422* 判決（1997年：ID167）では、第一審裁判所の *W.(V.) v. S.(D.), (1996) 2 SCR 108, (1996) 134 DLR 4th 481* 判決（1996年：ID17）が、13歳と11歳6ヶ月の兄妹のうち、妹の異議を認めず、兄の異議は認めたが、兄妹を引離すべきではないとして兄についても返還を命じたところ、兄は飛行機に乗ったが妹は飛行機に乗るのを拒否し、妹自身が手続に参加して控訴することを許可した。

*Re T. (Abduction: Child's Objections to Return) [2000] 2 FCR 159* 判決（2000年：ID270）で、控訴審裁判所は、子の異議を考慮することが適切かどうかを判断するための次の3点の検討項目を示したが、その第1点として、子が常居所国への返還に異議を述べているかどうかであるとした。ただし、常居所国への返還に対する異議はLBPとの生活に対する異議と深く結びついている場合があり、この2つの異議を分離することができない場合もあることを指摘した。第2点は、子の年齢と成熟度であり、子が親への依存から完全に離れて自己決定を主張できるほどの成熟度には達していないが、その意思を考慮するのが適切と言える程度に成熟である場合があるとした。第3点は、

子の意思を考慮することが適切かどうかであり、この点を検討するにあたり、①子の短期的、中期的、長期的利益についての子自身の見解、②異議の理由がどの程度現実に基づいたものか、それとも、そのように教え込まれたようであるか、③どの程度、子の意思が不当な影響を受けたものであるか、④異議が返還後、または、TPとの分離後に治まるであろう程度が問題となるとした。本件で、裁判所は、11歳と6歳6ヶ月の姉弟のうち姉について13条2項の異議を認め、弟については姉との分離は耐えがたい状況に置かれることになるとして13条1項(b)により、2人とも返還を拒否した。なお、本判決が示した子の異議についての3つの検討項目は、ゲートウェイ・テストと呼ばれ、その後の裁判例によって、その適否が論じられている。

*Re B. (Children)(Abduction: New Evidence) [2001] 2 FCR 531* 事件では、控訴審判決(2001年: ID420)が、連れ去り時14歳、12歳、ほぼ10歳の3人の子の返還を命じたが(第一審判決では、審理時14歳6ヶ月の最年長の子の希望は尊重されるべきであるが、他の2人の子が返還される以上、最年長の子も返還されるべきとされた)、子をニュージーランド(常居所国)に送り返すための飛行機に乗せるためヒースロー空港まで同行していた裁判所職員を子が攻撃し、物理的に抵抗したため、その後の審理において、控訴審裁判所は、返還命令の執行は不可能になったとした。

*Re J. (Children) (Abduction: Child's Objections to Return) [2004] EWCA CIV 428* 判決(2004年: ID579)は、連れ去り時9歳と5歳の子の事案について、第一審裁判所は、約11歳の子の異議はクロアチア(常居所国)で母(TP)の監護に戻されることには本気で異議はないとして、子の異議を認めず返還を命じたため、母(TP)が控訴し、11歳の子も代理人が就いて別途控訴したという事案である。控訴審裁判所は、子は、クロアチアへの返還は父(LBP)の監護及び支配に戻されることであると同時に、父が母と子に対し虐待的で暴力的であり続けると信じる状況への返還であるというのが子の理解であること、子は意見を考慮するのが適切な年齢と成熟度に達していること、子の見解は明確で一貫し、合理的な根拠に基づいており、母の意見による不当な影響を受けたものではないことを認め、上の子について異議を認めて返還を拒否し、下の子については上の子から引き離すべきではないとして返還を拒否した。

*Re M. (A Child) (Abduction: Child's Objections to Return) [2007] EWCA Civ 260* 判決(2007年: ID901)で、控訴審裁判所は、ゲートウェイ・テストを採用すると共に、本件の8歳の子が質問を理解し考えたうえで答えることができ、セルビア(常居所国)への返還に対する異議は強く、その異議は母(TP)と一緒にいた父(LBP)の下に戻されたくないという部分もあるが、セルビアの警察についての経験に基づいて、セルビアに戻されれば同じようなことが起きて母から引き離されることを心配している部分もあるとして、子の異議を認め、返還を拒否した。

### スコットランド：

*Marshall v. Marshall* 判決（1995年：ID78）は、13歳の子が叔母の援助を受けて、自ら進んでスコットランドにある父親の家に転居したという事案である。子は返還に異議を述べ、第一審裁判所は、子は心から真実異議を述べていることを認めたが、子が述べた異議の理由は誇張されており、他の家族や第三者の述べていることと重要な点について合致しておらず不十分であるとして13条2項の異議を認めず返還を命じ、控訴審裁判所もこの判断を支持した。

*Urness v. Minto* 1994 SC 249 判決（1994年：ID79）において、控訴審裁判所は、子（11歳6ヶ月）は自分の人生で起きた一連の出来事についての明確な理解を示しており、母（TP）との生活、及び、全般的にスコットランドでの生活の方を好むと表明しており、こうした理由から、子はアメリカに住むこと、または、アメリカの教育制度で教育を受けることを望んでいないことが推認されるとして、13条2項の異議が認められ、8歳6ヶ月の子については兄弟を分離することは耐えがたい状況に置くとして13条1項（b）により、2人の子についていずれも返還を拒否した。

*In W. v. W.* 2004 S.C. 63 IH (1 Div) 判決（2003年：ID805）では、第一審裁判所の裁判官が、4人の子のうち年長の9歳の子について、子の代理人同席の下、非公開の場で質問し、その子について13条2項の異議を認め、他の3人の子について、姉との分離は耐えがたい状況に置くことになるとして13条1項bにより、4人の子全員について返還を拒否したのに対し、控訴審裁判所は、イギリスの裁判例で示されたゲートウェイ・テストを参照して、子の異議を考慮するのが適切か否かを検討するにあたっては、子が異議を述べた理由についての検討に基づき、子の意見の強さと有効性を評価することが必要であるとし、本件では子が返還に対し異議を述べるについて説明した理由は、裁判所が異議を考慮することが許される基準を越えるだけの十分な有効性と強さがないとして、13条2項の異議を認めず、年長の子について返還を命じ、その結果、兄弟姉妹を分離すべきでないとの理由から下の3人の子についても返還を命じた。

*M., Petitioner* 2005 S.L.T. 2 OH 判決（2005年：ID804）では、第一審裁判所が、13条2項の適用に関する控訴審裁判例が分かれていることを指摘し、*In W. v. W.* 2004 S.C. 63 IH (1 Div) 判決（2003年：ID805）が示した制限的な解釈には従わないとした。裁判所は、その理由として、*In W. v. W.* 2004 S.C. 63 IH (1 Div) 判決（2003年：ID805）の解釈によれば、子がその意見を考慮に入れるのが適切な程度の年齢と成熟度に達しているかを検討する入口（ゲートウェイ）の段階で子の意見の性質を評価することになるが、そのような評価は、子が異議を述べており、かつ、子が、その意見を考慮に入れるのが適切な程度の年齢と成熟度にあるということが認められた後に、裁量権行使の段階でなされるべきであるとした。そのうえで、裁判所は、13条2項の解釈に

関する初期の裁判例に照らすと、適切な検討項目は、①子はアイルランド（常居所国）への返還に異議を述べているか、②子は、その意見を考慮に入れるのが適切な年齢と成熟度であるか、③以上の2項目が肯定された場合、裁判所は裁量権を行使して返還命令を拒否すべきか、の3つであるとした。以上のテストを適用して、裁判所は、本件について、12歳の子について13条2項の異議を認め、返還を拒否した。

*C. v. C. [2008] CSOH 42, 2008 S.C.L.R. 329* 判決（2008年：ID962）において、裁判所は、子ども代理人により代理され、13条2項に基づき返還申立てを争った3人兄弟姉妹のうちの年長の15歳と11歳の2人の子が、スコットランド（所在国）の生活が好きで、その中断を望まない、友だちと離れたくない、フランス（常居所国）の教育制度にまた入れられてうまくやっていけるか心配である、父（TP）や他の兄弟と離れたくない等と述べ、母（LBP）の監護を批判したことについて、子は意見を考慮に入れるが適切な年齢と成熟度をに達しているが、フランスへの返還によってスコットランドでの生活は中断するが、それはこのような事案では避けられないことで、父の行為の結果であるとし、子の異議の強さは、条約の政策を含む、対立する要素を越えるには不十分であるとして、13条2項の異議を認めず、返還を命じた。この第一審裁判所の判断は、控訴審裁判所の *N.J.C. v. N.P.C. [2008] CSIH 34, 2008 S.C. 571* 判決（2008年：ID996）でも維持された。

#### フランス：

*CA Grenoble 29/03/2000 M. v. F.* 判決（2000年、ID274）において、裁判所は、6歳の子の意見を聴き、子はフランスでの生活の方を望んだが、アメリカ（常居所国）への返還には異議を述べなかった事案において、13条2項の子の異議は認められないとした。

*TGI Niort 09/01/1995, Procureur de la République c. Y.* 判決（1995年：ID63）でも、裁判所は5歳6ヶ月の子の意見を聴いたが、子は父（TP）との生活の方を望んだが母（LBP）に対する嫌悪もなかったという事案において、いずれも、13条2項の子の異議は認められないとした。ただし、この2件とも、子の年齢が低いことから、異議を認めなかった理由には年齢・成熟度についての評価も関係している可能性がある（INCADAT コメントからは不明）。

#### スイス：

*5A.582/2007 Bundesgericht, II. Zivilabteilung, 04 décembre 2007* 判決（2007年：ID986）において、最高裁判所は、所在国での生活の方が単に良いというだけでは、たとえその理由が述べられたとしても、13条2項の異議とは認められないとした。

#### アメリカ：

*Falk v. Sinclair*, 692 F. supp. 2d 147 (D. Me., 2010) 判決 (2010年: ID/NA) は、子がその意見を考慮に入れるのが適切な年齢と成熟度に達しているかという問題は、子の意見を考慮に入れるのが適切かという問題に近いとし、「子は驚くほど、かしこくて、成熟した8歳の子である。しかし、この子は8歳でしかない」と述べ、子はドイツ(常居所国)の学校について強い否定的な感情を持っており、アメリカに残ることを希望しているが、ドイツに返還されることについて本当に異議を述べているわけではないと認め、「TPの国に残ることの方が良いという希望の表明では足りない」として異議を認めなかった。

### (3) 子の年齢と成熟度

締約国によって、子の意見を考慮に入れるのが適切な年齢と成熟度に達しているかの判断について、比較的高い年齢の場合にしか認めない傾向の国と、比較的低い年齢の子でも成熟度を備えていると判断する傾向の国がある。いずれの場合も、何歳以上でなければならないといった基準を示している国はない。ただし、子の意見表明権(意見を聴かれる子の権利)を保障した国連子どもの権利条約12条や、子の意見を聴かれる機会を保障するEC規則等により、近年、全般的に、各締約国の裁判例において、子の年齢が比較的低くても、子が明確に異議を述べている場合は、成熟度を認めて、子の意見を尊重する傾向が認められるように思われる。

成熟度の判断については、子がハーグ条約の迅速な返還という手続の性質を理解して常所国への返還について異議を述べているか、異議の理由、親からの影響等を考慮に入れる裁判例が見られる。

なお、裁判所は、相手方(TP)が子の異議を抗弁として主張した場合、必ず子の意見を確認しなければならないのか、あるいは、抗弁として主張されるか否かを問わず、必ず子の意見を確認しなければならないのかという問題がある。ハーグ条約13条2項の規定は、裁判所に対し、必ず子の意見を確認することを要求するものではないというのが、多くの裁判例において採られている見解であるが、少なくとも、EUでは、EC規則2201/2003、11条2項に基づき、少なくともEU域内における子の連れ去りについては、年齢または成熟度に関して不適切と思われる場合を除き、子は意見を聴かれる機会が与えられなければならないこととされている。また、前述の国連子どもの権利条約12条の要請により、裁判例からも、一般的に子の意見を確認するという実行が広がってきていることが窺われる。

下記には、特に、年齢と成熟度について判断基準を示している裁判例のほか、何歳で異議を認めたかの参考にするため、事例判例的な裁判例を挙げている。ほかにも、他の項目で取り上げた裁判例の中でも子の異議の例外事由が主張され、年齢と成熟度について判断しているものがあり、その点も可能な限り紹介しているため、合わせて参照されたい。

#### イギリス:

*Re T. (Abduction: Child's Objections to Return) [2000] 2 FCR 159* 判決 (2000年: ID270) は、子の年齢と成熟度について、子が親への依存から完全に離れて自己決定を主張できるほどの成熟度には達していないが、その意思を考慮するのが適切と言える程度に成熟であるとした。

なお、*Re M. (A Child) (Abduction: Child's Objections to Return) [2007] EWCA Civ 260* 判決 (2007年: ID901) は、*Re D (A Child) (Abduction: Foreign Custody Rights) [2006] UKHL 51, [2007] 1 All ER 783* 判決 (2006年: ID880) が示した、ブリュッセルⅡ規則(Council Regulation (EC) No 2201/2003 of 27 November 2003)の下で十分に成熟した年齢の子の意思を確認しなければならないという義務<sup>46</sup>は、EC域内国間における子の連れ去り事件の手に限定されるべきではなく、普遍的に適用される原則であるとする立場を承認した(ただし、必ず確認しなければならないという意味であって、子の異議が認められるかは別)。

最近の裁判例では、*Re W (Minors) [2010] EWCA 520 Civ* 判決 (2010年: ID1324) において、控訴審裁判所は、審理時8歳とほぼ6歳の兄弟の異議を認めて13条2項により、3歳の子については、1人だけ返還することは子を精神的な危害にさらし、または、耐えがたい状況に置くこととなる重大な危険があるとして13条1項(b)により、3人とも返還を拒否した第一審裁判所の判断を維持した。この判決で、控訴審裁判所は、6歳の子の異議が例外の範疇にはいることは起草者の想定の外であることを認めながらも、国連子どもの権利条約12条及びブリュッセルⅡ規則11条2項に言及して、「過去30年間、もっと幼い子について、必ずしもその意思にしたがうということではないが、その意思を少しでも考慮して決定する必要が認められてきた」と述べ、子の異議を考慮に入れる年齢を下げることは、条約の略式の手続による返還という目的を次第に損なうとの懸念は裁量権の行使において、大きな子の異議は幼い子の異議より重みを持つとされるであろうことがセーフガードになるとした。

### スコットランド:

*A.Q. v. J.Q., 12 December 2001, transcript, Outer House of the Court of Session* 判決 (2001年: ID415) では、12歳と10歳(審理時)の子を、裁判所が任命した鑑定人と父(TP)が雇った心理士の両方が面談し、裁判所は、子は2人とも返還に異議を述べており、適切な年齢と成熟度に達しているとし、下の子は10歳という年齢の点では未成熟と言えるが、この年齢の子が未成熟とは言え自分の意見を形成することができないとすれば驚かざるを得ないと述べて子が異議を述べていることを認めた。ただし、親の影響を理由に13条2項の異議は認められないとして返還を命じた。

<sup>46</sup> ハーグ条約13条2項は、子の意思を確認することを義務付けていないのに対し、ブリュッセルⅡ規則は、締約国に十分に成熟した年齢の子の意思を確認することを義務付けている。

*W. v. W.* 2004 S.C. 63 IH (1 Div) 判決（2003年：ID805）では、控訴審裁判所は、第一審裁判所で子の成熟度について専門家の評価がなされていないことを指摘し、第一審裁判所がこの点を判断するのに十分な証拠があったか疑問であり、9歳の子が必要な成熟度を有しているとした第一審裁判所の判断には誤りがあるとして、異議を認めた第一審裁判所の決定を取消し、返還を命じた。

*C. v. C.* [2008] CSOH 42, 2008 S.C.L.R. 329 判決（2008年、ID962）において、15歳と11歳の2人の子は、子どもの代理人が就き、異議を述べ、裁判所は、2人の子は意見を考慮に入れるのが適切な年齢と成熟度はあるとしたが、13条2項の異議は認めなかった。この事件では、9歳6ヶ月の子の意見は聴かれなかった。

### アメリカ：

*Blondin v. Dubois*, 238 F.3d 153 (2d Cir. 2001) 判決（2001年：ID585）において、第2巡回控訴裁判所は、第一審裁判所が、審理時8歳の子の意見を13条1項(b)の検討の一部として検討したこと、及び、本件の8歳の子が13条1項(b)との関係で意見を考慮して良い年齢と成熟であると判断したことに誤りはないとした。ただし、13条2項の異議は認められていない。

*Escobar v. Flores* 183 Cal. App. 4th 737 (2010) 判決（2010年、ID1026）では、州控訴審裁判所は、子の意見を考慮に入れるべきではない最低の年齢はないとし、本件の8歳の子は、「極めて意思疎通ができ」、不当な影響を受けていないこと、子はアメリカで父と姉妹と一緒に暮らしたいと「心から」願っていると裁判所に述べたこと、子はアメリカにより多くの友だちがおり、アメリカの学校の方が好きで、本当のことを言うとはどういうわかっており、本当のことを言っているとして、子の異議を認めて返還を拒否した第一審裁判所の判断を維持した。

*Etienne v. Zuniga*, 2010 WL 2262341 (W.D. Wash., 2010)（2010年：ID/NA）では、裁判所が子（審理時14歳と8歳）を法廷で面接し（姉は代理人も同席、下の子は代理人の同席なし）、姉は、面接の目的を完全に理解していることを示し、質問に対し明確かつ具体的に答え、アメリカに残ることを希望し、メキシコ（常居所国）への返還に対する異議を明確に持っているとして、その意見を考慮に入れるのに十分な年齢と成熟度であると認めて返還を拒否したが、下の子は、その意見のを考慮して返還を拒否するに足る十分な年齢と成熟度にはないとした。

*Haimdas v. Hamidas*, 2010 WL 2342377 (E.D.N.Y., 2010) 判決（2010年：ID/NA）は、申立人が子の異議の成熟度について証言するため司法面接の心理士の資格を有する心理士の尋問を申請することを認めた。本件では、9歳（ほぼ10歳）の子の成熟度が不十分であるとされた。子は、おもに天候の悪さと、おそらく運動や勉強の機会が

劣ることを理由に、イギリス（常居所国）に帰るよりニューヨークに残りたいとの強い希望を表明したが、父との現在の生活と、8歳の時に最後に会っただけの母との以前の生活の思い出との比較を強く語ったが、裁判所は、父（TP）が子に意図的に言葉を教え込んだとは認めなかったが、子の母についての見方は、子の人生の大部分母から物理的に離れていたことや、緊張した両親の冷たい関係に明らかに影響されているとし、子はまた、問題を、「自分はどちらの親と一緒に住みたいかという選択の問題であって、自分はどちらの国で成長したいかの選択」の問題とは見ていないとして、異議を認めず、返還を命じた。裁判所は、また、12歳の兄について、顕著に知的で、良く話し、成熟した12歳の子であるが、「しかし、まだ12歳に過ぎない」とし、子は母とより父と住みたい理由をたくさん挙げたが、結局、「子がもっとも一貫して、熱心に伝えたメッセージ」は、弟と離れたくないということであるとして、兄についても返還に対する抗弁を否定した。

### オーストラリア：

*Director-General, Department of Families, Youth and Community Care v. Thorpe* 判決（1997年：ID212）において、裁判所は、子の異議の検討において基準となるのは返還手続の審理の時点であり、審理の時点で9歳の子について、その意見を考慮に入れるのに十分な年齢と成熟度を認め、他の返還例外事由とも合わせて返還を拒否した。

*H.Z. v. State Central Authority [2006] FamCA 466* 判決（2006年：ID876）では、控訴審裁判所が、ほぼ8歳の子が返還に異議を述べ、その異議はより望ましいとか普通の希望の単なる表明を越えているが、年齢と成熟度に照らし、その意見を考慮することは適切ではないとした第一審裁判所の判断を維持し、返還を命じた。

### ニュージーランド：

*Damiano v. Damiano [1993] NZFLR 548* 判決（1993年：ID91）は、子は、異議が合理的なものであると裁判所が明確に認めることができるだけの年齢と成熟度を備えていなければならないとした。また、裁判所は、子の1人1人の権利が検討されなければならないとし、子の年齢と成熟度に違いがある場合は、年少の子の返還については、裁量権の行使において家族の不分離に重きを置くことを示唆した。本件では、子（連れ去り時10歳9ヶ月、8歳4ヶ月、6歳）の異議は十分な説得力がないとして認められなかった。

*Secretary for Justice v. C., ex parte H.* 判決（2000年：ID534）で、11歳6ヶ月の子について、裁判所は、この年齢は過去に子の異議が考慮された範囲内の年齢であるとし、心理士の意見、及び直接の子との面談により、子の異議を認めた。その際、裁判所は、国連子どもの権利条約12条を遵守する必要性にも留意した。

*U. v. D. [2002] NZFLR 529* 判決（2002年：ID472）において、裁判所は、7歳の子が意見を考慮に入れるのが適切な程度の年齢及び成熟度ではないとされた（裁判所は、子の異議が父親（TP）と離れることについてであって、ドイツへの返還についてでないことも指摘している）。

*White v. Northumberland [2006] NZFLR 1105* 判決（2006年：ID902）において、控訴審裁判所は、13条2項の異議の解釈に関するイギリスの判例法の発展を検討し、子の異議がどの程度の重みを持つかは子の年齢と成熟度によって異なり、子が大きいほど重みを持つが、子が小さいほど重みは低いとする *Balcome* アプローチ（*Re R. (Child Abduction: Acquiescence) [1995] 1 FLR 716* 判決（1994年：ID60））において *Balcome* 裁判官が示したアプローチ）を第一審裁判所が採用したことを支持し、条約実施法が当初の *Guardian Amendment Act 1991* から *Care of Children Act 2004* に替わった時、条約13条2項をニュージーランド国内法として受容する規定であるセクション106（1）（d）が、「子の意見を考慮に入れる」という表現から「子の意見を重視する」と置き換えた<sup>47</sup>ことも、*Balcombe* のアプローチを支持する根拠となるとした。

#### ドイツ：

*4 UF 223/98, Oberlandesgericht Düsseldorf* 判決（2005年：ID820）において、控訴審裁判所は、13条2項に関して特定の年齢制限を設けることはできないとしたが、本件の8歳の子は、将来の居所について自由な意思を形成し表明するだけの成熟度はないとした。

#### アイルランド：

*In the Matter of M. N. (A CHILD) [2008] IEHC 382* 判決（2008年：ID992）は、ブリュッセルII規則が適用されるEU加盟国間における条約13条2項の適用に関する裁判例であるが、裁判所は、同規則11条2項に照らし、子の意見が聴かれるべきとされる年齢について詳細な検討を行い、同事件では、6歳の子の意見の確認が命じられた。

#### スイス：

*5P.1/2005 /bnm* 判決（2005年：ID795）において、最高裁判所は、第一審裁判所所長が児童心理士同席のうえ個別に子から聴き取りをし（連れ去り時9歳と8歳、聴き取りはその約1年後）、子の異議を認め返還を拒否し、控訴審もこの判断を維持した事件の上告審において、子が状況の主要な要素と関係当事者のそれぞれの利益を理

---

<sup>47</sup> Section 106(1)(d): “that the child objects to being returned and has attained an age and degree of maturity at which it is appropriate、 in addition to taking into account in accordance with section 6(2)(b)、 also to give weight to child’s views”; Section 6(2)(b): “any views the child expresses (either directly or through a representative) must be taken into account”

解・評価して、それを基に自分の意見を形成することができれば、成熟度が十分であるとした。また、最高裁判所は、スイスでは、しばらくの間、14歳の子は、子の異議が考慮されるために十分な年齢・成熟度があるとされてきたが、この年齢制限が争われ、過去2、3年の裁判例では、13条2項との関係では10歳の子であっても十分な成熟度があるとされた例もあること、ただ、明らかに、子が16歳に近いほど、親から影響されない可能性が高まることを指摘し、本件では、第一審裁判所の裁判長が子の意見を聴いた時、子は9歳6ヶ月と10歳6ヶ月であり、下の子は親の影響を受けていた高い可能性があるとして、2人の子について、いずれも異議は認めず、返還を命じた。

また、5P.3/2007/bnm; *Bundesgericht, II. Zivilabteilung* 判決（2007年：ID894）において、最高裁は、子の意見を必ず確認しなければならないという義務はなく、子が返還手続の性質を理解することができれば、異議を考慮することが適切とされるために必要な成熟度を備えていると言えるとし、子が何歳からそのような抽象的な問題を扱うことができるかという最低年齢について一般的な基準を設けることはできないが、児童心理の分野の研究は、子がそのような合理的な能力を有するのは11歳か12歳からであると示唆しているとして、控訴審裁判所が、この年齢よりかなり下の、本件の9歳と7歳の子の意見を聴かなかったことは、条約13条2項に違反しないとして、子の返還を命じた。

#### （4）子の意見への親の影響

子が異議を述べている場合であっても、TPからの影響によるものである可能性があることから、子の異議に関する各締約国の裁判例では、子の異議に対するTPの影響の有無、影響について論じ、その結果、子の意見がTPの影響によるものであり、子自身の意見ではないとして、13条2項の異議を認めなかった裁判例も少なからずある。

また、親からの影響の有無・程度の判断に際しては、子の年齢や成熟度、異議の理由その他、時間の経過や、子とTPとの関係等を考慮の要素としている裁判例があるほか心理士等の鑑定人の意見に基づいて、あるいは重視して、判断している裁判例も見られる。

#### オーストラリア：

*Director General of the Department of Community Services v. N.*, 19 August 1994, transcript, Family Court of Australia (Sydney) 判決（1994年：ID231）では、裁判所は、8歳6ヶ月と3歳6ヶ月の子について、母（TP）の影響を受けているため重要性を認めることはできないとした（ただし、裁判所は成熟度についても言及している）。

#### ニュージーランド：

*Winters v. Cowen* [2002] NZFLR 927 判決（2002年：ID473）では、ほぼ12歳とほぼ10歳の子が心理士の面談を受け、裁判所で子ども代理人が就いた。子の返還に対する異議に対する親の影響が争点となったが、裁判所は、子が大人の代弁を許されれば、子の意見を聴かれる権利（国連子どもの権利条約12条）の趣旨を損なうことになり、影響の問題は、異議があったかどうかの判断だけでなく、裁判所が裁量を行使するかどうかにおいても重要であるとした。この事件では、裁判所は、義母や、母方家族と父方家族との間の仲の悪さについて文句を言うと母（TP）からの共感を得られるとか、手続の供述書を読むことを許されていたこと等から、子は影響を受けていたことを認めたが、異議を完全に無効とするものではないとし、子は、明確に異議を述べており、かつ、返還例外事由が認められるために必要な年齢と成熟度を備えているとした。しかしながら、子の意見が影響を受けたものであることを理由に、結局、裁判所は裁量権を行使して返還を命じた。

#### カナダ：

*J.E.A. v. C.L.M.* (2002), 220 D.L.R. (4th) 577 (N.S.C.A.) 判決（2002年：ID754）で、控訴審裁判所は、9歳の子の異議について母（TP）に影響されている証拠があるとして異議を認めなかった第一審の判断を維持した。

#### イギリス：

*Re S. (A Minor) (Abduction: Custody Rights)* [1993] Fam 242 判決（1993年：ID87）では、控訴審裁判所は、子が誰かから影響されている場合は、異議にまったく考慮を与えるべきではないとしたが、本件では9歳3ヶ月の子の異議を認めて返還を拒否した第一審裁判所の判断を維持した。

*Re J. (Children) (Abduction: Child's Objections to Return)* [2004] EWCA CIV 428 判決（2004年：ID579）は、連れ去り時9歳と5歳の子が述べた異議について、子の見解は明確で一貫し、合理的な根拠に基づいており、母の意見による不当な影響を受けたものではないことを認め、上の子について異議を認めて返還を拒否し、下の子については上の子から引き離すべきではないとして返還を拒否したが、子の異議が本当に問題になっている場合は、子の異議を第一審裁判所の裁判官に提出するためにすべての努力がなされるべきであり、TPは、子は異議を述べるよう教え込まれたとか圧力をかけられたという非難を恐れて、子の異議の抗弁を提出することについて抑制的に感じるべきではない、裁判官と子の福祉を扱う職員は、異議がつくりものである事案を取り除く能力を有していると述べた。

*Re M. (A Child) (Abduction: Child's Objections to Return)* [2007] EWCA Civ 260 判決（2007年：ID901）において、控訴審裁判所は、8歳の子の意見が父（LBP）に対する敵対的な雰囲気浸っている中で影響されまたは色づけられたとの主張について、

排斥はしなかったが、それほどの重要性も認めず、子の異議を認めて返還を拒否した。

#### スコットランド：

*A.Q. v. J.Q., 12 December 2001, transcript, Outer House of the Court of Session* 判決 (2001年：ID415) では、12歳と10歳（審理時）の子の異議について、成熟度は認めたいうえで、子を返還すべきかどうかは裁判所の裁量の問題であるとし、その際、条約の一般政策、子の一般的な福祉、子の意見の形成における親の影響、及び、父親がドイツには戻らないと言っていること等を考慮に入れ、条約の一般政策は、本件の場合、係属中の監護権に関する裁判の最中に子が連れ去られたという本件においては特に重要であるが、決定的な要素は、子の意見が大部分、父親の影響により形成されたものであるという鑑定人の意見であるとした。その結果、裁判所は、子の意見に重要性を認めず、異議は認められないとして返還を命じた。

*C. v. C. [2008] CSOH 42, 2008 S.C.L.R. 329* 判決 (2008年：ID962) において、裁判所は、子ども代理人により代理され、13条2項に基づき返還申立てを争った15歳と11歳の2人の子が、スコットランド（所在国）の生活が好きで、その中断を望まない、友だちと離れたくない、フランス（常居所国）の教育制度にまた入れられてうまくやっていけるか心配である、父（TP）や他の兄弟と離れたくない等と述べ、母（LBP）の監護を批判したことについて、母の監護に関する発言はフランスにおける監護の裁判手続の書類と父が子に強い影響を与えたと推認して否定した。

#### フィンランド：

*Court of Appeal of Helsinki: No. 2933* 判決 (2005年：ID863) では、14歳の子について、裁判所は両親を同席させずに社会福祉士が意思を確認するよう命じた。子は返還に異議を述べたが、裁判所は社会福祉士の評価及び子が書いた手紙から、子は年齢の割に成熟しておらず、また、子の意見は自分自身の自由な意思により形成されたものではないとして、13条2項の異議を認めず、返還を命じた。

#### フランス：

*CA Bordeaux, 19 janvier 2007, No 06/002739* 判決 (2007年：ID947) において、控訴審裁判所は、子は面接前にLBPとまったく接触がなく、TPと長期間一緒に過ごしていることから、子の異議には限定的な重要性しか認めるべきではないとして、12歳と7歳の子について異議を認め返還を拒否した第一審裁判所の判断を変更し、返還を命じた。

#### ハンガリー：

*Mezei v. Bíró 23.P.500023/98/5. (27. 03. 1998, Central District Court of Budapest; First Instance); 50.Pkf.23.732/1998/2. 16. 06. 1998., (Capital Court as Appellate Court)*判決 (1998

年：ID329) は、8歳と6歳の子が、オーストラリアに戻れば父(LBP)から1200キロメートルも離れて住むことになるのに、父)が怖いのでオーストラリアに戻りたくないという異議を述べているのは誇張であり、母(TP)の影響を受けているとして、異議を認めなかった。

#### イスラエル：

*Appl. App. Dist. Ct. 672/06* 判決(2006年：ID885)で、最高裁判所は、12歳と9歳6ヶ月の子の異議について、父(TP)とその家族からの、主として何でも好きなとおりにしてあげるといふ形で子に与えられたプレッシャーが子を混乱させ、不安定にさせ、自分たちの将来についての成熟した意見を形成することを不可能にしたと指摘し、13条2項の異議を認めず、返還を命じた。

#### スペイン：

*Restitución de Menores 534/1997 AA* 判決(1998年：ID908)が、子(年齢不明)は返還に異議を述べているが、異議は母(TP)の不当な影響の結果であり、子自身の希望を表明しているものではないとして異議を認めなかった。

*Auto Audiencia Provincial N° 133/2006 Pontevedra (Sección 1ª), Recurso de* 判決(2006年：ID887)では、14歳の子がフランス(常居所国)には戻りたくない、父(LBP)とは関係を持ちたくないと言ったが、裁判所は子が母親(TP)の不当な影響を受けているとして異議を認めず、返還を命じた。

#### スイス：

*5P.1/2005 /bnm* 判決(2005年：ID795)では、最高裁判所は、子の希望は完全には独立ではあり得ないから、操られてなされた希望と、明らかに完全に独立なものとは言えないとしても考慮すべき希望とを区別しなければならないと述べた。本件で、第一審裁判所の裁判長は、9歳6ヶ月と10歳6ヶ月(審理時)の子は母(TP)の影響を受けていないと認定し、控訴裁判所もこの認定を支持したが、最高裁判所は、すべての状況を考慮に入れなければならないとして、子が母と共にスペインを去ってスイスで迎え入れられていること、この年齢の子が、このような状況に置かれた場合、新たな環境に母と残る方が良いという以外のことを言うのは不可能であり、母がスペインで再び生活するのはとても難しいと子に言っている場合にはなおのことである、母のこうした否定的な態度を見て、子が、スペインへの返還は母からの別離を意味すると信じた可能性さえあるとして、子が独立の希望を述べたものとは言えず、子は13条2項で要求される成熟度を備えていなかったとして、異議を認めず、返還を命じた。

#### アメリカ：

*Robinson v. Robinson*, 983 F. Supp. 1339 (D. Colo. 1997) 判決（1997年：ID128）では、裁判所は、監護親が子の希望に影響しないことを期待するのは非現実的であり、何らかの影響はやむを得ないとして、問題は影響が不当なものかどうかであるとし、本件では、10歳（審理時）の子が、特に、質問に対し「なじんだ (settled)」という言葉を使ったことから（条約上の用語を使ったことを指していると思われる）、影響は不当なレベルに達しているとして、子の異議を認めなかった。なお、裁判所は、成熟度についても言及し、本件の子は、同じ年齢の子より成熟しているとしても、やはりまだまったく子どもであるとも述べている。<sup>48</sup>

*De Silva v. Pitts*, 481 F.3d 1279, (10th Cir. 2007) 判決（2007年：ID903）では、審理時13歳の子を裁判官が面談した。子は、オクラホマに行く前に父親（TP）と転居について話し合ったが、その時は残ることについて決まっていなかったと述べ、オクラホマに慣れ、学校も良いので留まることを希望した。第一審裁判所は、子は、自分の状況と両親の立場について良く発達した理解を有しており、意見を形成するにあたり、プレゼントやお金によって特に影響されていないと判断して、異議を認め、返還を拒否したのに対し、控訴審裁判所は、父からのプレゼントの影響の可能性を指摘したが、裁量権を行使して返還を拒否した。

*Trudrung v. Trudrung*, 686 F. Supp. 2d 570 (M.D.N.C., 2010) 判決（2010年：ID/NA）は、15歳6ヶ月の子について、合理的に成熟度があり、アメリカに母（TP）と残りたいと強調したが、カメラ・インタビューの中で、子は「最善の利益」という用語を用いており、これは母から教わったものに違いなく、子がアメリカに残りたいという理由は誤った前提に基づくものに思われるとし、決定的なことに、子は返還について明確に異議を述べていないとした。

### ドイツ：

2 BvR 1206/98, *Bundesverfassungsgericht (Federal Constitutional Court of Germany)*, 29 October 1998 判決（1998年：ID233）は、最初に母が連れ去り、その後、父が奪い返した（再連れ去り）という事案で、母（LBP）からの返還申立てについて控訴裁判所が返還を命じたのに対し、父（TP）が憲法の基本法上の親の権利と子の憲法上の権利の侵害であるとして憲法裁判所に上訴した事案である。憲法裁判所は、ハーグ手続において子の意見を必ず聴かなければならないという必要はないが、特別の事情があれば例外を生ずるとし、本件は再連れ去りという事案であり、特別な事情が存するため、本件の子の意思を確認する義務があり、年長の7歳6ヶ月（審理時）の意見を直接聴くべきであったとした。そして、裁判所は、2人の子（連れ去り時6歳8カ月と3歳）が父（TP）の影響を大きく受けていると考えたとしても、必要であれば、子の意見がどの程度重要かを判断するために児童心理士の意見を求めるべきであるとした（憲法

<sup>48</sup> ただし、本判決は、12条2項の「なじんだ」の例外事由を認めて、返還を拒否した。

違反が認められ、事件は原審に差し戻された。

4 UF 223/98, *Oberlandesgericht Düsseldorf* 判決（1998年：ID820）は、8歳の子について、控訴審裁判所は子の意見を聴いた後、子がドイツ（所在国）に残りたいとする理由は母（TP）によって教え込まれ決められたものであり、子がアイルランド（常居所国）で5年間過ごし、アイルランドを母国と考えていることからすれば、子がドイツに残りたいと主張していることは信用できず、子は両親の葛藤の中で引き裂かれたくないため、父（LBP）について質問されるとできるだけ母と一体化しているが、こうしたことは監護権の決定において重要ではあるがハーグ条約手続において考慮されるべき問題ではないとして、子の異議を認めず、返還を命じた。なお、この判決では、子は成熟ではないという点も異議を認めなかった理由として挙げられている。

#### イスラエル：

*Family Appeal 1169/99 R. v. L.* 判決（2000年：ID834）において、控訴審裁判所は、10歳の子が母（TP）に洗脳され、PAS（Parental Alienation Syndrome：片親引離し症候群）であるとして、子の異議をほとんど考慮できないとした第一審裁判所の判断を支持した。<sup>49</sup>

#### （5）裁量権の行使

13条2項は、「子が返還に異議を述べており、子がその意見を考慮に入れるのが適切な年齢と成熟度に達していることを認めたとき」「子の返還命令を拒否できる」と規定していることから、子の異議がその要件を満たす場合でも、裁判所は返還命令をするかどうかの裁量を有する。

13条2項の例外事由における裁量権の行使において、考慮すべき要素、返還すべきか否かの判断について論じた締約国の裁判例は多い。

#### オーストラリア：

*Richards & Director-General, Department of Child Safety [2007] FamCA 65* 判決（2007年：ID904）において、控訴審裁判所は、第一審裁判所の裁判官が、裁量権の行使のためには条約の目的を損なう「明確でやむにやまれない（“clear and compelling”）」理由がなければならぬと判断したことは誤りであり、義務的返還には許容された例外があり、これらの例外が認められた場合は裁量の問題とり、裁量権を行使するかどうかの要素は事件により異なるが、適切な場合には、条約の目的に相当の重きを置くことを含むとした。そして、本件における裁量権の行使について再検討し、子の強い異議、条約の目的、子と両親が全員アメリカ人であること（母（TP）はオーストラリア男性との関係のためにオーストラリアに転居）、アメリカ（常居所国）の裁判所が既

<sup>49</sup> ただし、裁判所は、アメリカ（常居所国）で父（LBP）の監護の下に返されたら自殺すると仄めかすほど子が強く異議を述べたことから、返還されれば重大な危害の危険に晒されるとして、返還を拒否した。

になした決定、子の困難な状況は母が転居すると決めたことから生じたものであること、父（LBP）が母による監護の継続と後見人が子の利益を代理することを認めると申し出ていることといった様々な考慮を比較して、子は返還されるべきだと判断した。

### イギリス：

*Re S. (A Minor) (Abduction: Custody Rights) [1993] Fam 242* 判決（1993年：ID87）では、控訴審裁判所は、子の即時返還を拒否するという裁判所の裁量は、条約の全体的なアプローチ、すなわち、返還拒否を命ずべき例外的状況がない限り迅速な返還により推進される子の最善の利益との関係で行使されなければならないと述べた。本件では、子がフランス語・フランスの学校制度をいやがりフランス（常居所国）への返還について異議を述べたことが13条2項の子の異議として認められ、第一審裁判所による決定の直前に父（LBP）が子を英語による学校に通わせるというアンダーテイキングを申し出たが、第一審裁判所はこれを考慮せず、返還申立てを棄却し、控訴裁判所もこの決定を支持し、返還を拒否した。

*Re R. (Child Abduction: Acquiescence) [1995] 1 FLR 716* 判決（1994年：ID60）では、控訴審裁判所の裁判官の中で意見が分かれた。Balcombe 裁判官は、7歳6ヶ月の子の異議を考慮に入れるのが適切であるとし、子の異議がどの程度の重みを持つかは子の年齢と成熟度によって異なり、子が大きいほど重みを持つが、子が小さいほど重みは低いとしたのに対し、Millett 裁判官は、対立する要素がなければ子の意見が優先するためには、子が大きいか十分に成熟していなければならないと、そうでない場合、子は返還されなければならないとした。しかしながら、裁判所は、本件では、7歳6ヶ月と6歳の2人の子の異議は不十分なもので、母（TP）と一緒にいる方が良いという強い希望以上のものではないという点では一致し、返還を命じた。

ゲートウェイ・テストを示した *Re T. (Abduction: Child's Objections to Return) [2000] 2 FCR 159* 判決（2000年：ID270）では、控訴審裁判所は、裁量権を行使するに際して、裁判所は、11歳の子の将来がスペインで判断されることについての礼讓の要求と便宜、及び、子の福祉は、子の希望が払われるべき考慮を越えるものではないとして、上の11歳の姉については13条2項の異議を認めて裁量権を行使して返還を拒否し、下の6歳6ヶ月の弟については、この子だけを返還することは耐えがたい状況に置くことになるとして13条1項（b）により返還を拒否した。

*Re J. (Children) (Abduction: Child's Objections to Return) [2004] EWCA CIV 428* 判決（2004年：ID579）は、子の異議を認めたいうえ、返還を命ずるかどうかの裁量権の行使について、経過した時間を考慮に入れないことは不適當であると述べ、返還を拒否した。

*Zaffino v. Zaffino (Abduction: Children's Views) [2005] EWCA Civ 1012* 判決（2005年：ID813）では、第一審裁判所は、下の子の返還を認め、上の子については異議を認め返還を拒否したのに対し、控訴審裁判所は、上の子は異議を述べているが、第一審裁判所は裁量の行使について誤りがあったとし、本件では、既に母が下の子と共に戻ることを受け入れている以上、上の子の福祉を考慮し上の子も返還すべきであると判断した。

また、*Re M. (A Child) (Abduction: Child's Objections to Return) [2007] EWCA Civ 260* 判決（2007年：ID901）では、控訴審裁判所は、本件は例外的で返還命令をしないことが正当化されるかを論じ、この評価は、条約の政策の考慮と一般的福祉的考慮に照らして子の異議の性質と強さの均衡をはかることを必要とする旨を指摘し、本件では、常居所国での裁判手続が係属中に母親が子を連れ去ったのであるから、条約の政策の考慮が特に重要性を持つとする一方、子の異議は強く、子は母から引き離されるとの現実的な懸念を有しており、そのような懸念をもたらした例外的な状況を指摘し、子の異議を認めて返還を拒否した。

*Nyachowe v. Fielder [2007] EWCA Civ 1129* 判決（2007年：ID964）では、控訴審裁判所は、12歳の子が意見を考慮に入れるのが適切な年齢と成熟度を備えているとの第一審裁判所の判断は支持したが、返還拒否のための裁量の行使には例外的な事情がなければならぬとして、返還を命じた。*Re M. (Children) (Abduction: Rights of Custody) [2007] UKHL 55, [2008] 1 AC 1288* 判決（2007年：ID937）では、最高裁判所は、ハーグ条約の下での裁量権の行使に例外性のテストを挿入することは間違いであるとし、条約の条項それ自体から裁量が生じる場合、その裁量は広いのであり、13条2項の場合、裁判所は、子の異議の性質と強さ、それが純粹に子自身の異議なのか、それとも連れ去った親の影響によるものかについてその程度、子の福祉に関連する他の考慮事項と合致するかしないかを、条約の一般的な政策と共に考慮しなければならず、子の年齢が高ければ高いほど、異議の持つ重みは増すとした。ただし、本件では、子は新しい環境になじんだと認められ、返還が拒否された。

#### ニュージーランド：

*White v. Northumberland [2006] NZFLR 1105* 判決（2006年：ID902）において、控訴審裁判所は、子の福祉に関する事項を考慮することを受け入れたが、イギリスの控訴審裁判所が考えているのは、子が最終的にどこで住むべきかを判断するために監護権の本件の審理が行われる時までの福祉であるとして、条約手続の簡易な性質と、条約手続は子が最終的にどこで住むべきかに関するものではないことを強調し、後者に関する福祉的考慮は、基本的に、その問題を判断するより良い裁判地に関する検討においては生じないと述べた。本件では、子をイギリス（常居所国）に返還することを妨げる一般的な福祉上の理由はないとして、返還を命じた（ただし、子の異議を認めた

うえで、裁量権を行使して返還を命じたのか、控訴審裁判所が挙げた他の要件（年齢・成熟度、異議の重要性）をも合わせ考慮して13条2項の異議にあたらなかったとしたのか、INCADATの判例要約からは明らかではない。

### スコットランド：

*Singh v. Singh* 1998 SC 68 判決（1998年：ID197）では、控訴審裁判所は、13条2項の例外は、本当に例外的な事情においてのみ認められるべきものであるが、13条2項の下での裁量権の行使にあたり、子の福祉は考慮に入れられるべき一般的な要素である、しかしながら、裁判所は、子の福祉が一般的に考慮されるべきか、詳細に検討されるべきかについての規則を定めることはできず、裁判所の裁量の範囲内の問題として扱われるとし、本件では、上の姉との分離は10歳の弟の利益に反するとして、裁量権を行使して返還を拒否した。

*P. v. S.*, 2002 FamLR 2 判決（2002年：ID963）では、審理時10歳6ヶ月の子の異議について、第一審裁判所が、子がその意見を考慮に入れるのが適切な年齢と成熟度を備えていることを認めたとうえで、返還命令についての裁量権の行使について、条約の目的に効果を与えるべきではない合理的な理由がない限り返還命令は拒否されるべきではないとの基準を示したことについて、控訴審裁判所は、条約は、すべての事案で連れ去られた子が返還されることを要求しているものではなく、条約の政策を見出す際には、返還という一般的な規則だけでなく、平等に例外にも考慮を払わなくてはならない、例外の存在は不法に連れ去られた子を返還すべきという一般的な政策を否定したりなくしたりするものではない、第一審裁判所が示した基準に誤りはなく、第一審裁判所は子をアメリカに返すという前提を基に判断したものではないと述べた。

### アメリカ：

*De Silva v. Pitts*, 481 F.3d 1279, (10th Cir. 2007) 判決（2007年：ID903）では、審理時13歳の子を裁判官が面談した。子は、オクラホマに行く前に父親（TP）と転居について話し合ったが、その時は残ることについて決まっていなかったと述べ、オクラホマに慣れ、学校も良いので留まることを希望した。裁判官は、子は、自分の状況と両親の立場について良く発達した理解を有しており、意見を形成するにあたり、プレゼントやお金によって特に影響されていないと判断した。本件で、第10巡回控訴裁判所は、父（TP）からのたくさんのプレゼントが子の決定の要因となった可能性を指摘したが、第一審裁判所はこの点も考慮に入れていたとしてその判断を尊重し、子が父と転居について長期間話合ったという事実は子の意見が検討した上でのものであることを示すものであるとして重視し、事案の状況は特殊であるが、子のオクラホマに残りたいという希望を根拠に返還を拒否するのが適切であるとした。

### カナダ：

カナダの *F.C. c. P.A., Droit de la famille – 08728, Cour supérieure de Chicoutimi, 28 mars 2008, N°150-04-004667-072* 判決（2008年：ID969）は、連れ去り時11歳の子について、母（TP）が子を連れてカナダに移住する意思を父に伝えた後、子が父母のどちらと住みたいかを尋ねられ、母と一緒にいきたいと述べたところ、父が非常に暴力的な反応を見せたという事案において、子が移動前に父母のどちらといたいかを選ばされるというトラウマ的な状況に置かれ、母といたいという意思を表明したことに対し父が暴力的な反応を示した後では、返還に異議を述べるのは自然であるが、このような状況では子の異議を考慮に入れることはできないとして13条2項の例外を否定した。

## 6 人権及び基本的自由に関する基本的原則違反

### (1) 条約の規定と問題の所在

20条は、子の返還が、返還手続を行う子の所在地国の人権及び基本的自由に関する基本的な原則に照らして許されない場合は、返還を拒否することができることを定める。

この規定は、条約の起草過程において「公序」の規定を入れたいと考える国と、これに反対する国との間の妥協の産物であるとされる。

このような起草の経緯やハーグ条約における例外事由についての厳格な解釈の傾向に加え、制限的に解釈される20条の主張が認められるような事案では、ほぼ間違いなく、13条1項(b)の「重大な危険」の例外事由が認められると考えられることから、20条の主張が認められて返還が拒否された例は、20条の主張について詳細に検討した最近のアメリカの *Escaf v. Rodriquez*, 200 F. Supp. 2d 603 (E.D. Va. 2002) 判決(2002年: ID798)によれば、国際的に見ても2件しか見当たらず、いずれも、条約の合憲性自体が争われた事例であると言う。

実際、20条の主張について論じた各国の裁判例を見ると、ハーグ条約自体、あるいは条約に基づく返還手続の性質や返還命令が、返還手続を行う国の憲法、あるいは、国際人権条約に違反することを理由とするものが圧倒的に多い。それ以外の理由としては、常居所国の監護権に関する法や常居所国の裁判所がなした監護命令の内容、裁判所の手続が、ハーグ返還手続を行う国の人権および基本的自由に関する基本原則に違反するとの主張が見られる。

### (2) ハーグ条約自体・条約の返還手続・条約に基づく返還命令が返還手続を行う国の憲法や国際人権条約に違反することを理由とする主張

20条の主張で最も多いのは、ハーグ条約が返還手続を行う国の憲法や人権憲章、国際人権条約に定める人権及び基本的自由に関する基本原則に違反するというおよび矛盾し、違反することを理由とするものである。しかしながら、ほとんどの締約国の裁判所は、この主張を排斥してきた。

#### アルゼンチン:

最高裁判所は、*W., E. M. c. O., M. G.* 判決(1995年: ID362)において、ハーグ子奪取条約は、前文で、子の利益が至高の重要性を有すると宣言していること、子の福祉は子の常居所国への返還を通して達成されること、子奪取条約は、子の不法な移動と不返還と闘うという子どもの権利条約11条にしたがい運用されていることを指摘し、国連子どもの権利条約3条1項に違反しないとした。

#### カナダ:

*Parsons v. Styger* (1989), 67 O.R. (2d) 1 (L.J.S.C.), *aff'd* (1989) 67 O.R. (2d) 11 (C.A.) 判決(1989年: ID16)は、カナダ権利及び自由憲章セクション6(1)の下で、カナダ国民はカナダに入国し、滞在し、出国する権利を有し、本件の子は二重国籍を有す

るが、カナダ国民としてハーグ条約に反してカナダに滞在する権利を有するものではなく、返還が子を危険にさらすかという問題について審理（トライアル）を開くことを拒否したこと（裁判所は、父（LBP）が子を身体的または精神的に害したことがあるとの証拠はなく、父が母（TP）を殺そうとしたとの母の主張についての証拠は矛盾しており、1回の出来事をその状況から切り離して考慮することはできないと判断して重大な危険を否定し、この点について審理を開くことはさらに遅れと費用がかかるとして審理を開くことの申立てを却下した）は憲章セクション7に規定する基本的な正義の否定にはあたらないとして、20条の主張を排斥した。

*Y.D. v. J.B.*, [1996] R.D.F. 753 (Que.C.A.) 判決（1996年：ID369）でも同様に、ハーグ条約は、カナダ国民はその意思に反してカナダからの出国を強いられることはないとのカナダ権利及び自由憲章セクション6（1）の規定に違反するとの主張がなされたが、第一審裁判所（ケベック）は、この規定は犯罪人の引渡しを念頭に置いたものであり、国際法及び国内法の下で、不法に連れ去られた子の返還と同視することはできないとして、20条の主張を排斥した。

*J.S.S. v. P.R.S.*, [2001] 9 W.W.R. 581 (Sask. Q.B.) 判決（2001年：ID755）は、母（TP）が国連子どもの権利条約の権利に言及し、子の権利は子のカナダでの滞在を認めることによって最もよく保護されると主張したが、裁判所は、子はカナダに住むことの方が良いかとか、子の最善の利益は何かを決定しているのではなく、限定された例外事由が認められない限り子の返還を命じなければならないとした。

#### チェコ共和国：

憲法裁判所は、*III. ÚS 440/2000 DAUD / DAUD* 判決（2000年：ID468）で、返還命令の結果、意思に反して子と共に自国を去り、外国に住まなければならないことになるから、返還命令は、両親は子の監護権を有し、子は両親から監護される権利を有すると規定するチェコの基本権及び自由原則（チェコ憲法の一部）32条と矛盾するとの母（TP）の主張を排斥し、32条の目的は、両親ではなく、子の最善の利益を保護することであると述べ、20条の主張を排斥した。

#### スコットランド：

控訴審裁判所の *N.J.C. v. N.P.C.* [2008] CSIH 34, 2008 S.C. 571 判決（2008年：ID996）は、代理人の過誤や解任と別の代理人の選任、拘留されたために十分に事件の記録にアクセスできなかったことが欧州人権条約6条の武器対等の要求等、公正な裁判を受ける権利に違反するとの父（TP）からの20条の主張を排斥した。

#### アイルランド：

*C.K. v. C.K.* [1994] 1 IR 260; [1993] ILRM 534; [1994] 1 IR 268; [1993] 2 Fam. L.J.

59 判決（1993 年：ID288）は、1991 年法（ハーグ条約の実施法）及びハーグ条約の下で、裁判所は返還申立てにおいて、面会や監護の問題を検討したり、子の福祉についての調査を必要とされてはならず、アイルランド憲法も、特に子の福祉に関する追加の検討を要求してはいない、1991 年法は合憲と推定され、現存の憲法上の権利を包含するように読むべきであり、本件事実関係の下で、子がオーストラリアに返還されることが子の基本的または憲法上の権利のしないになることを示す証拠はないとして、20 条の主張を排斥した。

*W. v. Ireland [1994] ILRM 126; sub nom, A.C.W. v. Ireland [1994] 3 IR 232* 判決（1993 年：ID289）も、アイルランド法として実施されたハーグ条約は個人の権利を保障する憲法 40 条 3 - 1 項に違反するとの主張を排斥し、子の個人の権利は条約 13 条、及び特に 20 条に組み込まれた例外によって完全に保護されているとし、アイルランド国民としてアイルランド裁判所へのアクセスを有することを確保していないから憲法 40 条 3 項に違反し、また条約は憲法 36 条 1 項に違反して、アイルランド裁判所の管轄を不法に取り上げているとの母（TP）の主張に対し、不正義と不都合を除去すべく条約の規定に国内法で効力を与えたことは、アイルランドが一般に承認された国際法の原則を受け入れたこと、及び、憲法前文に述べられている憲法の目的の 1 つである他国との調和を確立することに明確に合致し調和しているとし、アイルランド裁判所の管轄を、このような条約のために他国の裁判所の管轄を優先して行使しないことそれ自体は、条約及びこれに国内法的効力を与える法律が憲法の規定との関係で無効であるとの結論に結びつくものではなく、アイルランド議会は国際的側面を有する事件についての管轄を、アイルランドその他の国において子の最善の利益を保護するという目的をもって他国の裁判所に委ねることとしている条約に国内法的効力を付与する権限を有すると述べ、20 条の主張を排斥した。

### ドイツ：

連邦憲法裁判所は、*2 BvR 982/95 and 2 BvR 983/95 Bundesverfassungsgericht (Federal Constitutional Court), 10 October 1995* 判決（1995 年：ID310）で、アメリカとドイツの二重国籍を有する子の返還が、基本法 16 条 2 項で保障される、ドイツ国民として送還されない権利を侵害するとの主張に対し、「法的な家族関係に基づき監護親に子を返還することは、引渡しそのものではないし、引渡しと同等のものでもない。返還は、他国からの要請により、他国の「主権」に個人を引渡すという、「引渡しの特質」の要素を含まない」と述べ、その他の、人格の自由な発展の権利（基本法 2 条 1 項）、婚姻・家族及び母性に関する権利（6 条 1 ~ 4 項）、尊厳に関する子どもの権利（1 条 1 項）、条約 13 条 1 項 b の下で重大な害の危険の証明責任が母にあることが、法にしたがい裁判を受ける権利（103 条 1 項）を侵害するとの主張をすべて否定し、特に父の約束に照らし、返還命令が母に不合理な負担をもたらし、あるいは、母からの分離の結果、子の福祉に重大な影響を与えることは示されていないとした。

前述の 2 BvR 1126/97, *Bundesverfassungsgericht, (Federal Constitutional Court of Germany)*, 18 July 1997 判決 (1997 年 : ID338) では、連邦憲法裁判所は、国外移動禁止条項が条約上の監護権にあたるとする解釈は、ドイツ基本法、特に、1 条 1 項、3 条 1 項、6 条 1 ~ 4 項、11 条との関係で 2 条 1 項に反しないとした。

5P.127/1997 (*BGE 123 II 419*) *Bundesgericht, II. Zivilabteilung* 判決 (1997 年 : ID792) は、返還命令は、家族生活の継続性を損なうから条約 20 条及び欧州人権条約 8 条に反するとの主張に対し、返還は欧州人権条約 8 条の家族生活についての子の権利への干渉にあたりうるが、かかる家族生活に対する干渉はハーグ条約及び欧州人権条約 8 条 2 項によって予期されているとして、この主張を排斥した。

### 南アフリカ :

憲法裁判所は、*Sonderup v. Tondelli 2001 (I) SA 1171 (CC)* 判決 (2000 年 : ID309) において、母 (TP) が、返還命令は、子に関するすべての事項において子の最善の利益は至高の重要性を有すると規定する南アフリカ憲法 28 条 2 項と矛盾すると主張したことに対し、子の短期的利益は必ずしも迅速な返還によって満たされるとは限らないとし、その限りでは、法 (条約実施法) は 28 条 2 項と合致しないことを認めることを示唆した。しかしながら、裁判所は、制約が人間の尊厳、平等、及び自由に基づく開かれた民主的社会において合理的で正当化できるものである場合、憲法上の権利も制約されうると規定する憲法 36 条に留意し、推定される制約の程度が条約 13 条及び 20 条に規定される例外によって実質的に緩和されることを指摘し、また、条約の重要な目的を達成するために、制約を狭くすることを確保するための保護措置を設ける可能性に留意し、以上を根拠として、条約を国内法化する法は憲法に合致していると結論し、20 条の主張を退けた。本件は、DV に基づく重大な危険の主張についても詳細に検討したうえで、重大な危険は認めなかったが、父に対し広範なアンダーテイキング (及びミラーオーダー) を命じ、その実行を条件として返還を命じた。

### スイス :

連邦最高裁判所は、*Tribunal fédéral Suisse, (Swiss Supreme Court), decision of 29 March 1999, 5P.1/1999* 判決 (1999 年 : ID427) において、父 (LBP) からの返還申立てに添付されていた、イスラエル法の下では両親とも子を国外に移動することに対する拒否権を有すると述べるイスラエルの判決について、控訴審裁判所が、イスラエル法の下で存するような、子を管轄から連れ出すことに対する拒否権は、自由な移動の原則に反し、スイスの公序に反するとして、返還申立てを棄却したため父が上告したという事案において、イスラエル法上、監護権を有しない親が子の転居を防止できるという権利を持つことを示す証拠はなく、控訴審裁判所はイスラエル法の解釈を誤ったとして控訴審裁判所の判断を否定し、本件の母はイスラエルの裁判所で単独監護権を付与

されれば、自由に外国に移動できるとし、したがって、母の移動の自由に対する制約はなく、よってスイスの公序の違反はないと述べて、20条の主張を排斥し、事件を原審に差し戻した(その後、差し戻し審で控訴裁判所は返還を命じ、母は上告したが、最高裁判所は上告を棄却して返還を命じ確定した)。なお、本件では、父母は結婚しており、父は共同監護権を有していたから、国外移動拒否権が条約上の監護権にあたるかを論じるまでもなく、母による子の留置は父の監護権を侵害し不法であることは明らかな事案であった。

### アメリカ：

*Fabri v. Pritikin-Fabri*, 221 F. Supp. 2d 859 (N.D.Ill. July 13, 2001) 判決(2001年:ID484)は、返還命令はアメリカ合衆国憲法の下で認められた移動の自由、及び、家族関係におけるプライバシーの権利を侵害するとの母(TP)の主張を排斥して、20条の主張を退けた。その理由として、裁判所は、子のイタリア(常居所国)への返還命令は母に対し帰国を命ずるものではなく、母がアメリカに留まることは自由であると述べ、さらに、母は、イタリアの裁判所が母の監護権の主張を公正に扱わないだろうとの主張に沿う証拠を提出していないと指摘した。

*Kufner v. Kufner*, 519 F.3d 33 (1st Cir. 2008) 判決(2008年:ID971)で、第1巡回控訴裁判所は、母は、子の最善の利益についてのより緩やかな基準についての権利があるところ、ハーグ条約の下での重大な危険の基準は、修正第5条の適性手続条項の要素である平等な保護を侵害し、違憲であると主張したが、母はこれらの主張を第一審の裁判でしていなかったとの形式的理由で排斥して20条の主張を認めなかったうえで、子の最善の利益の基準は、ハーグ条約の手続では問題とされない監護権の問題に適用される基準であるから、母の主張は理由がないと指摘した。

*Ciotola v. Fiocca*, 86 Ohio Misc. 2d 24, 684 N.E.2d 763 (Ohio Com. Pl. 1997) 判決(1997年:ID99)も20条の主張について同旨を述べているが、本判決では、母(TP)が子の常居所国で訴追の危険に直面することは、ハーグ条約の手続での抗弁にはならないとしたほか、第一審裁判所が子を父に返還するよう命じたことに誤りがあり、子の常居所国に返還すべきとされた。

### オーストラリア：

控訴審裁判所の *The Director-General, Department of Families, Youth and Community Care v. Rhonda May Bennett* [2000] Fam CA 253 判決(2000年:ID275)は、イギリス生まれのアボリジニの子孫である子をイギリスに返還することそれ自体は人権及び基本的自由の保護に関するオーストラリア法の基本原則に反しないとし、20条の規定は極めて制限的であり、子の返還が裁判所の良心に完全にショックを与え、または適正手続のすべての概念を損なうような例外的な場合にのみ発動されるべきであると

して、イギリス生まれの子をイギリスに返すことは、子の人権や基本的人権侵害の問題にはならないとして、20条の主張を排斥した。

#### 欧州人権裁判所：

INCADAT コメントによれば、欧州人権裁判所は、長年にわたり、ハーグ条約の迅速な返還構造や13条の例外事由の厳格な解釈が、欧州人権条約8条の家族生活についての権利を侵害するとの主張を排斥してきたとされる。この点は、前述の *Maumousseau* 判決、及び、*Neulinger & Shuruk* 判決でも確認されている。

なお、フランスの *CA Aix en Provence 8/10/2002, L. c. Ministère Public, Mme B et Mesdemoiselles L (N° de rôle 02/14917)* 判決（2002年：ID509）は、返還手続が欧州人権条約その他の子どもとその利益の保護に関する国際規定に適合することを確保するため、第一審裁判所の返還手続を検討する必要があるとした。

### **（3）常居所国の監護権に関する法や命令・裁判手続が人権及び基本的自由に関する基本原則に違反するとの主張**

#### アメリカ：

*Freier v. Freier, 969 F. Supp. 436 (E.D. Mich. 1996)* 判決（1996年：ID133）では、離婚と監護権の裁判が終わるまでイスラエルからの出国を禁ずる暫定命令が人権及び基本的自由を侵害するとの主張が排斥された。

*Janakakis-Kostun v. Janakakis, 6 S.W.3d 843 (Ky. Ct. App. 1999), pet. for cert. filed, 68 U.S.L.W. 3598 (Mar. 8, 2000)* 判決（1999年：ID320）は、ギリシャ（常居所国）の警察及び裁判所の扱いに関する苦情は、この管轄の裁判でも被告が訴えるのをよく聞くことと変わらず、ギリシャの母と子の扱いについて疑念を抱く証拠は見当たらないとして20条の主張を否定した。

*Escaf v. Rodriguez, 200 F. Supp. 2d 603 (E.D. Va. 2002)* 判決（2002年：ID798）は、コロンビア（常居所国）の裁判所が子の監護について定めた後、通知なしに扶養料の支払額を増額したことにより適正手続を否定され、またコロンビアの裁判所は監護に関して子（連れ去り時12歳）の意見を考慮しなかったととの父（TP）の20条の主張に対し、これらの主張は事実の点でも法的な点でも欠陥があり、20条は、この規定を適用する裁判所が申立人の国で提供される適正手続の保護手段と相手方の国で提供される適正手続の保護手段または適正手続の理想的な概念とを比較しなければならないとしているものではなく、父が主張する事実は、子の返還が人権及び基本的自由の保護に関するアメリカの基本原則に違反するかどうかというハーグ条約の下での判断に関連がないとして、父の主張を排斥した。<sup>50</sup>

<sup>50</sup> なお、この事件では、子は審理時13歳であったが、裁判所は年齢以上の成熟度や洗練さはなく、示唆や操作

### フランス：

控訴裁判所の *CA Grenoble 29/03/2000 M. v. F.* 判決（2000年：ID274）は、父に監護権、母に面会権を付与した常居所国の裁判所の命令がフランスの公序に反することを示す証拠はない、特に母は面会権を享受したのであるから人権または基本的自由違反にはあたらないとして、母（TP）からの20条の主張を排斥した。

### オーストラリア：

前述の *State Central Authority of Victoria v. Ardito, 29 October 1997, Family Court of Australia (Melbourne)* 判決（1997年：ID283）は、重大な危険を認め返還を拒否したが、裁判所は、母（TP）が出席する権利を否定された状況で子の監護の問題が検討されることは、公正のすべての概念と矛盾するとし、この問題は、子の返還が人権及び基本的自由の保護に関するオーストラリアの基本原則により許されない場合を規定する条約実施規則セクション16（3）dの範囲に入るとした。

### スイス：

控訴裁判所の *Decision of the Obergericht des Kantons Luzern, 220168, 31/08/2001* 判決（2001年：ID418）は、監護権に関するキプロス（常居所国）法の解釈の誤りがスイスの公序に反するとの主張を退けた。

### イスラエル：

*G. v. B., 25 April 2007, Court for Family Matters, Beersheva* 判決（2007年：ID910）は、父（LBP）と父の家族のコネのために、母（TP）と子はベルギー（常居所国）では公正で客観的で中立的な裁判を受けられないとの母の主張について、ベルギーの裁判の有効性を争うのはベルギーでしなければならないし、ベルギーの法制度が人権と基本的自由に関して欠陥があることを母は証明していないとして母の主張を排斥した。

### スペイン：

控訴裁判所は、*Re S., Auto de 21 abril de 1997, Audiencia Provincial Barcelona, Sección 1a* 判決（1997年：ID244）で、離婚後、父母が共同監護権を有していた子（連れ去り時乳児、年齢不明）を母がスペインに連れ去ったとして父がハーグ条約に基づく返還を申立て、また、母の行為を理由としてイスラエルのラビ裁判所から子の単独監護権を付与されたほか、父は、母が、ユダヤ宗教法の下で、「反抗的な妻」を意味する

---

に弱く、実際、アメリカにいたいとの理由に関する供述のいくつかは父の嗜好を反映した示唆の産物と認められた。しかも、子は身体の安全について不安はなく、母と住むことに異議はないため、コロンビアへの返還に強い異議はなく、望んでいることは、父とずっと長い時間を過ごすために今はアメリカに留まりたいが、アメリカとコロンビアで同じくらいの時間を過ごしたいというものであった。そのため、裁判所は子の希望を取り入れることはハーグ条約手続の問題ではなく監護権の決定を行うことになるとし、子は例外的に成熟でもなく、コロンビアへの返還に強く異議を述べているわけでもないとして、13条2項の例外を認めなかった。

「Moredet」であるとする宣言を求めて申立てたという事案において、第一審裁判所が、条約は原状回復を目的とするものであるが、ラビ裁判所が、母の「反抗」を罰するために、暫定的措置とはいえ、父に単独監護権を付与したことは母から子を引き離すことを意味する本件では現状回復は不可能であるし、常に母の下で成長してきた子の最善の利益がまったく考慮されていないことはイスラエル（常居所国）において子の実親が否定されることとほとんど同じことを意味し、スペイン法の基本原則に反するとし、さらに、母が「Moredet」と認められたことは母の立場を一層悪くし、母の子との関係だけではなく、イスラエル社会における母の権利の絶対的な否定になるとして、子の返還は人権及び基本的自由の保護に関するスペイン法の基本原則に反し、もって20条の例外が適用されるとして返還を拒否した結論を支持した。

なお、アメリカの *Carrascosa v. McGuire*, 520 F.3d 249 (3rd Cir. 2008) 判決（2008年：ID970）の中で、スペイン（常居所国）の控訴裁判所が、アメリカでなされた子の国外移動禁止条項を含む監護に関する合意が、スペイン人である母の自由な渡航の権利を侵害するものでスペイン憲法に違反するとして、母（TP）に暗黙に単独監護権を付与する決定をしたことが示されている。

#### 第四 調査結果のまとめ

本報告書では、ハーグ条約に基づく返還手続の裁判における各締約国の裁判例における傾向の分析に踏み込むことは避けているが、調査の結果、何点か気付いた点があるため、まとめておきたい。

- ハーグ条約返還手続の裁判の結果、返還が命じられるか否定されるかの結論を左右するのは、条約が定める例外事由の存否の判断によると考えられやすいが、結論が不返還となった裁判例の中には、返還申立要件を欠くとして申立てが棄却され、返還が否定されている裁判例も比較的多い。実際、申立要件の解釈や認定に関する裁判例の数も多い。
- イギリスの判例法は、他のコモンローの国の判例法に影響を及ぼしていることが窺われる。しかしながら、コモンローの国の間で、解釈が統一されているとはまでは言えない。
- アメリカにおける *equitable tolling* や、*fugitive disentitlement* の原則、イギリスにおける「未完成の監護権」等、その国の判例法に独自の解釈も見られる。
- 特に、初期の判例法においては、各要件の解釈について、全体的に、制限的な解釈、子の迅速な返還という条約の目的に照らした目的的解释、迅速な返還を強調する傾向が見られる。他方、近年、厳格な解釈から離れ、要件を条約の文言の通常の意味にしたがい解釈する立場や、画一的に迅速な返還のみを強調するのではなく、個別の子の利益の保護についてより丁寧に検討する裁判例も現れてきている。
- 常居所の認定や子の異議の解釈・認定において、子の見地・観点・意見をどの程度重視するかについて各締約国の裁判例に違いが見られる。しかしながら、全体的に、子の意見や観点がより重視される方向に進んでいる傾向が見られるように思われる。特に子の意見を必ず確認するという実行は、EU加盟国ではEU規則により要求されているほか、子どもの権利条約が保障する子の意見を聴かれる権利（意見表明権）をハーグ条約返還手続においても確保しようとする傾向が見られる。また、子の異議や重大な危険の認定において、児童心理士その他の専門家の意見を重視する傾向がみられる。
- ハーグ条約の返還例外事由については、裁判所に裁量権が認められていることが特徴であるが、実際に例外事由を認めながら、裁判所が裁量権を行使して返還を拒否することが最も多いのは、「子の異議」の例外事由の場合であり、他の例外事由については、裁量権を行使して返還を命ずる例はそれほど多くないかほとんど

見られない。

- ハーグ条約事件におけるDVの問題は、多くの裁判例の事案や主張において見られる。アメリカにおいては、この問題に関心が持たれ、裁判例の研究が行われているが、他の締約国では、特に独立の論点としては議論されていないようである。

## 第五 判例リスト及び引用文献・論文

- 1 INCADAT 1998年以降掲載裁判例プロファイル一覧（別添1）
- 2 Beaumont & McEleavy 掲載裁判例の INCADAT の ID との照合一覧（別添2）
- 3 引用文献・論文
  - Paul R. Beaumont & Peter E. McEleavy, “*The Hague Convention on International Child Abduction*” (1999, Oxford University)
  - Kilpatrick Stockton, “*Litigating International Child Abduction Cases Under the Hague Convention,*” (2007, National Center for Missing & Exploited Children)
  - Jeremy D. Morley, “*Some Notes on the United States’ Interpretation of the Hague Abduction Convention,*”、 at 2009 IAML Annual Meeting
  - Jeremy D. Morley, “*Recent (2010) U.S. Case Law – Hague Exceptions*”, at 2010 IAML Annual Meeting

以上

（文責 大谷美紀子）