

〔行事記録〕

第47回シンポジウム

ハーグ『子の奪取条約』と国内法制

と き：平成24年4月7日(土) 10:00~18:00

ところ：千里山キャンパス尚文館1階 AV 大教室

報 告：織田有基子（日本大学大学院法務研究科教授）

樋爪 誠（立命館大学法学部教授）

床谷 文雄（大阪大学大学院国際公共政策研究科教授）

コメント：大谷美紀子（虎ノ門法律経済事務所弁護士）

伊藤 公雄（京都大学大学院文学研究科教授）

コリン・ジョーンズ（同志社大学法科大学院教授）

吉田 容子（立命館大学法科大学院教授、弁護士）

総合司会：佐野 寛（岡山大学大学院社会文化科学研究科教授）

開会挨拶：市原 靖久（関西大学副学長、法学部教授）

閉会挨拶：児玉 憲夫（関西大学法学研究所顧問、弁護士）

企 画：佐藤やよひ（関西大学法学研究所長、法学部教授）

佐藤やよひ おはようございます。きょうは朝から皆様お集まりいただきまして、どうもありがとうございます。非常に長い一日となりますけれども、よろしく申し上げます。

紹介を申しおくれましたけれども、私はこのシンポジウムを企画いたしました関西大学法学研究所所長、佐藤でございます。

開会に先立ちまして、まず、企画の趣旨を簡単に述べさせていただきます。

皆様ご存じのように、ことしの3月9日に、第180回通常国会に「国際的な子の奪取の民事上の側面に関する条約の実施に関する法律」案が提出されました。これは配付した資料に添付してございます。

ところで、資料の目次及び題名としましては「法律」となっておりまして、「法律案」とはなっておりませんが、これは法務省提出の法律案の題名そのものが「法律」となっているのを受けたもので、まだ法律案であることはご存じのとおりでございます。

この法律は、1980年10月25日に成立いたしましたハーグの子の奪取条約加盟のための法律案でございます。要するに、別居あるいは離婚をした夫婦などの間で子の奪い合いが、1980年当時、特に欧米で頻繁に見られるようになってきましたところからハーグ会議で締結されました条約ですが、数多くのハーグ条約の中でも最も成功した条約と言われております。この条約に

昨年我が国も加盟することを決めまして、それ以来、法制審議会で議論がなされて、ついに法律案の上程にまで至ったわけです。

ただ、昨年来から新聞等で相当報道されましたので、皆さん方も報道をご覧になったかと思われるのですがちょっとその正確さに首をかしげるようなところが散見されました。そこでこのシンポジウムの趣旨としましては、まず第1に、ハーグ条約及び今回の法律案について、法律の専門家ではない皆様にも正確な知識を提供するということを目標に掲げております。

法律案はご覧になっていただきましたらおわかりのように極めて詳細な手続規定が多くありますので、専門家でない方からご覧になると余りおもしろいと言えるようなものではないかと思われまゝ。しかし、手続のない権利というものは、これは絵に描いた餅で全く役に立たないものです。したがって、この点は説明が余りおもしろくはないと思われるかもしれませんが非常に重要な点ですので、ご清聴よろしくお願ひしたいと思います。

この法律案の上程が3月9日ということは、それからほぼ1カ月足らずで法律案の説明をしていただくこととなります。そのためには、報告者、コメンテーターの皆様方には大変なご苦勞をおかけしております。新年度が始まってお忙しいにもかかわらず、このように大変な作業に従事していただきましたことに、この場を借りて感謝を表明したいと思います。

さらに、正確な知識の伝達の一環としまして、1983年にこの条約は発効いたしました。それ以来、既に30年近くの時間が経過しております。そうしますと、他の加盟国でどのようにこの条約が運用されているのか、どういうことが問題になっていったかということを見ていきたいということがございます。

第2番目の目標としましては、では国内での奪い合いというのは、我が国ではどのような処理がなされているのかということにつき、皆様方に正確な知識をお伝えするということです。これにつきましては第3報告で御報告していただくことになっております。そして、今回の法律案になってます国際的な子の奪取の場合と皆さん方で比較していただき、それについての疑問点、あるいは皆さん方のご意見がございましたら、忌憚のないところを述べていただきたいということです。恐らく専門家では気がつかないようなところ、あるいは考えも及ばないような意見も出てくるのではないかと期待しております。

第3の目的としましては、これを記録に残すという意図がございまして。

さらにもう1つ、『ノモス』掲載に際しましては、できるだけシンポジウムの雰囲気、この臨場感をそのまま読者の方に味わっていただくために、後から原稿に手を入れるということは極力少なくしたいと思います。ただ、話し言葉というのは、文字にいたしますと、現場では了解していても、何となく読んだらわからない、意味がわからないということがございますので、報告者とコメンテーターの方につきましては一応校正をお願いいたします。

では、これにて趣旨説明は終わりにさせていただきます。

まず、きょうのシンポジウムの開催にあたりまして、関西大学副学長の市原副学長から開会の挨拶をさせていただきます。

市原先生、よろしくお願ひします。

市原靖久 おはようございます。関西大学の副学長を務めております法学部の市原でございます。

大学を代表しまして、シンポジウムの開会に当たり、一言ご挨拶をさせていただきます。

まず、本日のシンポジウムで、講演者及びコメンテーターをお務めいただきます7名の先生方に厚くお礼を申し上げます。同時に、本日この会場に出席いただきました皆様にもお礼を申し上げます。桜は咲いておりますけれども、まだ若干肌寒い、その中をお運びいただきましてどうもありがとうございます。

さて、法学研究所では、その活動の一つの柱として、公開シンポジウムを開催致しております。数えて47回目のシンポジウムということで、本日はご案内のように、「ハーグ『子の奪取条約』と国内法制」というテーマでシンポジウムが開催をされることになっております。

先ほど佐藤やよひ所長からご説明がございましたように、この条約は1980年に採択をされまして、1983年から発効している条約でございます。国際的な子の連れ去りの防止について、一定の法的枠組を条約ではめていこうという、そういう条約であるわけですが、先ほどお話がありましたように、日本政府はこの条約への加盟ということを目指しまして、国内法の整備に努め、法案がもうできておりまして、これから国会審議にかけられていくという、そういうところまで来ているという状況でございます。

しかし他方、この条約への加盟をめぐるっては、専門家であります国際家族法の研究者、あるいは民法（家族法）の研究者、さらには涉外家族事件の当事者、あるいはその事件を担当します実務家法曹（弁護士）の方々の間で賛否両論、非常に激しい意見の対立があるという点も、また事実でございます。

この条約をめぐるっては、親権とは何であるか、あるいは子の利益というのは一体何なのかという問題、あるいはドメスティックバイオレンスやジェンダーバイアスにもかかわりがある問題があります。さらには政治、外交にかかわる広い意味での南北問題とも考えられるような点がございまして、国際人権、さらには個人と国家という非常に大きな問題にもかかわりますために、社会的にも大きな関心と呼んでいるところでございます。

法学研究所が法律的不みならず、このような社会的・政治的にも極めて重要なテーマにつきまして、ふさわしい専門家を集められて、シンポジウムを企画・実行されまして、総合的にこの問題の解決を目指されましたことは、時宜にかなうものであるのみならず、この問題に関する研究を正確な知識、先ほど佐藤所長からお話がありましたように、正確な知識を共有した上で、その研究を進展させていく、さらには、人々の意識や関心を前進させていくということに大いに寄与するものであると考えております。

本日は、午前、午後にわたりましてシンポジウムが続いていくこととなりますけれども、このシンポジウムが成功裏に進行いたしまして、実り多い成果を上げられますことをお祈り申し上げます。開会のご挨拶とさせていただきます。どうもありがとうございました。

佐藤やよひ 市原先生、どうもありがとうございました。

では、きょうの総合司会は岡山大学教授、佐野寛先生をお願いしております。これからは佐野先生にバトンタッチしたいと思います。

では、佐野先生よろしく申し上げます。

佐野 寛 皆さんおはようございます。

今ご紹介いただきました、私、岡山大学の佐野と申します。

専門は国際私法、特に国際取引法のほうですので、その意味では、この国際家族法関係というのは、やや私の専門からは外れております。その私が今回総司会を仰せつかりましたが、この場の議論の交通整理に徹してほしいというご趣旨だと私自身解釈をしておりますので、できる限り円滑な交通整理を努めさせていただきたいと思います。

既にご案内にありますように、この後、報告が3本。午前中に2本、ご報告をいただきます。午前中のご報告は、今お話がありましたハーグ条約と、それからハーグ条約に加盟した国々の裁判例、こういうものを中心に、その意味では今回の、今提案されています法律案のある面では背景・基礎にかかわる問題ということになるかと思えます。

それから、午後に大阪大学の床谷先生のほうから、それでは国内における子供をめぐる奪い合いといえますか、そういう問題についてはどのような状況になっているのかということについてのお話をいただき、その後、休憩をとりまして、4名の皆さんにコメントをしていただくということになっております。

それぞれの皆さんの詳細なご紹介につきましては、私のほうからではなくて、むしろそれぞれご本人から自己紹介ということでさせていただいたほうがいだろうということで、私のほうからは今の肩書といえますか、そういうことのみのご紹介ということにさせていただきたいと思っております。

ということで、早速ではありますけれども、まず第1報告で、日本大学の織田有基子先生のほうからご報告をお願いいたします。よろしくをお願いいたします。

織田有基子 おはようございます。日本大学の法科大学院で国際私法を担当しております織田有基子と申します。きょうはどうぞよろしくをお願いいたします。

私は十数年前に、きょう問題となっておりますハーグ条約について国際私法学会でちょっと報告をさせていただいてから、この条約について若干のご縁があり、細々といろいろ関心をつないでまいりましたけれども、本当に細々として、この会場には私よりもずっとこの問題についてお詳しい専門家の方もいらっしゃる中で、きょうは私は前座を務めさせていただきたいと思えます。

それで、きょうの私の報告につきましては、皆様のお手元にありますレジユメの最初のほうの4ページぐらいに、本当に走り書きで簡単なレジユメをつくらせていただきました。時間の関係で、例えば4ページ目の後半のほうは少しはしょらせていただくことになるかと思えますけれども、それにつきましてはまた午後の意見交換のところでも出てくると思えますので、その点はよろしくご了承ください。

それから、私は昨年からの法制審議会のほうで、幹事として議論を間近で拝聴する機会を得ましたけれども、きょう報告させていただきます内容は私個人の見解ということでご了解いただければ幸いです。

それでは、早速ですけれども、問題となります国際的な子の奪取の民事上の側面に関する条約、これの概要について、まずお話をさせていただきます。

そもそもこの法律、今、国会に上程されております法律案は、この条約を実施するためのもので、法律案の検討作業は常にこのハーグ条約の趣旨ですとか条文の射程範囲を念頭に置いて進められました。そこで、この概要を説明させていただこうということです。

きょうのテーマ、例えばハーグ条約と、条約の前にハーグという言葉が付きましますけれども、このハーグというのは、もうご承知の方も大勢いらっしゃると思いますけれども、ハーグ国際私法会議というものを指しております。そこで、まず、ハーグ国際私法会議というものについて簡単に触れたいと思います。

ハーグ国際私法会議というものは、各国ばらばらな国際私法、国際私法というのは、ここでは紛争解決の判断基準となる法、よく準拠法という言葉で言ったりしますけれども、その準拠法を決めるルールのことを国際私法と呼んだりしております。現在は各国ばらばらなんですけれども、それを国際的に統一しましょうということを目指しまして、1893年、19世紀末のころに、オランダのハーグに置かれた国際機関をハーグ国際私法会議と呼んでおります。よく誤解されるんですが、国際連合とは全く別の機関です。

現在、ハーグ国際私法会議の加盟国は71カ国で、それにEUも入っておりますので、合わせて72の組織から構成されております。日本は、そのハーグ国際私法会議のホームページなどを見ますと1957年からメンバーだということになっておりますけれども、実際には1904年、明治で言いますと37年から、ヨーロッパ以外の国からは初めての代表を日本は送り出してきております。

ハーグ国際私法会議は、その目的であります先ほども言いました国際私法の統一ということテーマごとに条約を採択するという形で行ってきております。このハーグ条約というものには、ハーグ国際私法会議の加盟国以外の国も、そのハーグ条約には入ることができる、それには一定の手続きが必要ですが、加盟国以外の国も参加することができます。

ハーグ条約というものは、戦後だけでも39ぐらいの条約ができておりますけれども、日本は現在のところ、そのうちの6つしか入っておりません。したがって、仮に今回、子奪取条約を日本が批准するとしますと7つ目ということになります。

この子の奪取の条約の中身といいますか、概要なんですけれども、先ほど佐藤先生からもご説明がありましたけれども、ハーグ国際私法会議において1980年の10月に採択されまして、1983年12月に発効しております。したがって、もう発効してからでも30年近くになるという条約です。

これは資料をご覧くださいと、条約も今回載っておりますけれども、全部で45条から成っております。これだけ見ると何かすごくわかりづらいですけれども、特に前半の21条あたりまでご覧くださいと、大体そのあたりまでが実質的に重要な内容を示すものとなっております。

本条約は、例えば婚姻関係が破綻しまして、お子さんから見ますとお父さん、お母さんということになります。夫婦の一方が他方に無断で子を国外に連れ出したといった場合や、それ

から国外への連れ出しについては他方の承諾を得ていたとしても、そのまま元の国に返さないといった場合に、子を迅速に元の国に返還させるための国際間の協力体制を構築しようというものです。

なぜ子を元の国に戻すのがよいのかといいますと、一般的に、子は安定した継続的な生活環境の中に置くことが子の成長にとって望ましいと考えられるからでありまして、もし子の監護をめぐる争いが生じたとしても、その問題については、子とのつながりが深い元の国、常居所といたりしますが、その常居所地こそが最も適切に判断し得ると考えられるからです。いわば監護権なり親権なりの判断をするための土俵をつくろうと、子供を元の国に返して、そこでこの監護について新たに考えましょうということで、そのための土俵をつくろうという、そういうものです。ただし実際には、事案により事情がさまざま異なりますので、条約の解釈・適用に当たっては、その点に配慮する必要があると思います。

特に、本条約の特徴的な点として、ここでは4点ほど挙げておきたいと思います。

まず、子の利益に非常に配慮しているというか、子の利益というものを本条約の理念としている点です。これにつきましては条約の前文をご覧くださいただければ、そこに書かれております。子の利益は、手続においても実体面においても、常に最優先されるということです。ただ、実際には事案ごとに、何が子の福祉にかなうのかということやはり慎重に考えるべきであろうと思います。

それから2番目としまして、迅速な子の返還、これも迅速性というのは本条約の大きな特徴点だろうと思います。本条約は、迅速な子の返還こそが子の利益にかなうんだと考えております。しかし、条約前文が、子を常居所地へ返還すべきだと明らかに示しているのに対しまして、その後に出てきます条約の1条ですとか条約の2条には、単に迅速な返還ということだけ書かれておりまして、常居所へということは明言しておりません。そのほとんどの場合は、子を元の国へ、常居所地へ返すことが子の利益にかなうと解されますけれども、例えば、子が一方の親によって国外に連れ去られた後に、何らかの事情で他方の親も常居所から出ていった場合に、ただ単に機械的に子をもとの国に返したところで、子の利益にかなうとは考えにくいです。そのような場合には、事情に応じて子の返還先を柔軟に決めるべきですし、そのように対処することこそが子の利益にかなうものと考えられます。

繰り返しになりますけれども、本条約は迅速な子の返還等を目指すものであって、子の監護権であるとか親権であるとかそういう問題、そういう判断とは切り離して考えなければならないということが条約の19条に出ております。

それから3つ目、今度は中央当局というものについてです。中央当局の役割、これは条約のかなり多くのところに出てきます。6条、7条、8条、そのあたり、かなり中央当局という言葉が出てくるかと思います。国境を越えて不法に連れ去られた、または不法にとどめ置かれた、留置された子の迅速な返還のために国際間で協力し合う、その中心的な役割を担うのは各国の中央当局です。例えば、子が常居所から国外へ連れ去られ、常居所に残された親が常居所の中央当局に子の返還を申し立てる、そういう場合に、常居所地の中央当局は、子が連れ去られた

先の国の中央当局に連絡をとり、連絡を受けた中央当局は、自分の国の国内に子が所在しているのか否かを確認し、その所在を確認できれば、まずは当事者の任意による子の返還の可能性を探る。その実現を目指すこととなります。こういうふうには、中央当局というのは本条約において非常に大きな役割を担っております。

それから、特徴の最後の点として面会交流が挙げられるかと思えます。これは条約の21条に挙がっております。連れ去られた子と残された親との面会交流の実現は、多くの場合、子の成長にとって大切なことと考えられますし、また、残された親による子の奪い返しを防ぐためにも重要であると考えられます。条約は、この面会交流についても、中央当局に中心的な役割を負わせております。今回資料に添付されました訳文では接触という言葉が使われているかと思えますが、法律案では面会交流という語になっております。

その次に、本条約の現在の状況を簡単にご説明しておきたいと思えます。

現在のところ、子の奪取に関するハーグ条約の締約国数は87カ国です。このうち、ハーグ国際私法会議に参加していないだけでも条約にだけは入っているという国が24カ国あると言われております。アジア諸国を見ますと、スリランカが2001年に、タイで2002年に、シンガポールとロシアでは昨年、2011年に条約が発効しております。中国はマカオと香港のみ参加と聞いております。

本条約につきましては、条約発効後も条約がどのように実施されているのか、その状況を検証するための特別委員会が開催されておまして、例えば、昨年から今年にかけては、第6回の特別委員会が開催されております。

また、国際的な子の奪取に関する各国の判例を集めたデータベース、これは資料にも書きましたが、INCADATと書いてありますが、そういうものもつくられております。これにつきましては、次の報告で樋爪先生のほうからご報告があると思えます。

それから裁判所、あるいは裁判官の間の交流促進ですとか、各種セミナーが開催されるなど、条約の成果を上げるために国際私法会議の事務局を中心とした活発な活動が続けられております。こういう点から見ても、子の奪取の条約は、ハーグ条約のうちで最も成功した条約の1つとされております。

条約につきましてはこのぐらいにいたしまして、次に、条約を実施するというための法律案についてのお話に移らせていただきます。

まず、その法律案の提出までの経過についてご説明申し上げます。

レジュメにも記しましたがけれども、今回のハーグ子の奪取条約実施法の策定の動きと申すのは、昨年、2011年1月ごろから本格的になりまして、同5月の閣議了解において、その方向性が公式に明らかにされております。その内容は、近年増加している国際結婚の破綻等により、影響を受けている子の利益を保護する必要があるとの認識のもと、この国際的な子の奪取の民事上の側面に関する条約について、締約に向けた準備を進めることとする。このため、条約を実施するために必要となる法律案を作成することとし、関係行政機関は必要な協力を行うものとする。法律案の作成に当たっては、関係閣僚会議了解事項に基づくこととするといった

内容のものでした。

このような方向性が打ち出された背景には、日本においても国際間の子の連れ去り事案が顕在化しまして、日本が条約に参加していないことから生じるトラブル、例えば条約の返還手続に頼ることができないために自力救済、子の奪い返しが行われるといったようなトラブルに対処する必要があるとの認識が強まったこと、及び諸外国から日本の条約参加が強く求められたことなどがあるものと推測されます。

また、この閣議了解の中に出てくる関係閣僚会議の了解事項というものは、中央当局の任務に関するものと、子の返還命令に係る手続に関するものに分かれまして、その前者、中央当局の任務に関するものについては主として外務省が、後者の子の返還命令に係る手続に関する問題については法務省が検討作業の中心となりました。後者、子の返還命令に係る手続についていいますと、了解事項の中には、子の返還命令のための裁判手続を新設するということと、子の返還拒否事由について、法律案に盛り込むべき点が4点ほど示されておりました。これらは既に法律案に反映されておりますので、後に適宜ご紹介申し上げたいと思います。

5月の閣議了解の後には、外務省、法務省がそれぞれ同時進行といったらいいんでしょうか、パラレルな形で検討を進めまして、また、それぞれがパブリックコメントをとり、それぞれの結論をまとめました。法務省が行ったパブリックコメントでは、団体・個人から合わせて205通の意見が寄せられました。もちろん検討作業は、最初から最後まで常に外務省と法務省が連携して行われておりまして、きょうのコメンテーターの中にも両方の作業に参加された方がいらっしゃいます。また、その他裁判所、警察など関係機関も加わって、意見のやりとりが行われました。

そして、外務省の結論も含めた形でまとめられた要綱が、法制審議会から法務大臣へ答申という形で提出されまして、その後、最終的に法律案が国会に提出されました。この法律案は衆議院の先議ということになっております。ただし、きょう現在まで目立った動きはございませんので、この先どういう運命になるのかはちょっと不透明なところです。

その次に、法律案の概要というのを見ておきたいと思います。

私のレジュメでいいますと2ページになりますが、今回、国会に提出されましたこの法律案は全部で7章、全153条から成る、意外に大きな法律です。さらに、施行期日などに関する附則が5条つけ加わっております。

それではちょっと見ていきたいと思いますが、例えば1条は子の利益というものについて、子の利益に関する条文です。これにつきましては資料のほうをご覧ください。

それから、その次、第2章は、主として外務省サイドで検討が進められてる部分ですけども、3条を見ますと、中央当局は外務大臣であるとなっております。その後、4条から10条、それから11条から15条が、それぞれ返還援助に関するもので、4条から10条というのが日本から外国への子を返還するという、そういう場面の規定です。それから11条から15条が、今度は海外へ連れ去られた子供を日本へ返還するという、そういう場面の規定です。それから16条から31条、これが面会交流に関する規定です。これにつきましても、日本に居る子と外国に居る

親と、それから外国に居る子と日本に居る親というふうな場面に分けて規定がされております。

それから、第3章以降は主として法務省サイドで検討が進められた部分ですけれども、26条から28条が子の返還事由と子の返還拒否事由に関する規定です。それから30条、これは一般的な配偶者と当事者の責務に関する規定。それから32条は、東京家裁と大阪家裁に管轄を集中させている、そういう規定です。

それから、たくさん規定があり過ぎまして何をどのように紹介してよいか迷うところですが、60条は、返還申立事件の手続は非公開で行われるという規定です。70条から100条がいよいよ第1審手続ということですが、例えば88条を見ますと、子の意思の把握に努めなさい、努めましょうという規定になっております。

122条から133条、これは出国禁止命令。事件が係属している間に子が外国に出ないようにするためにはどうしたらよいかということです。それから、134条から143条が執行です。151条を見ていただきますと、今度は返還申し立てから6週間経過しますと、申立人または外務大臣が裁判所に対して今どうなってるんだという審議状況に関する説明を求めることができるようになっておりますし、152条は親権者指定や変更、または子の監護処分に関する審判事件が継続している裁判所に対して、不法な連れ去り、または留置があったことが通知されたときは、その裁判所は原則として、その審判事件につき裁判することができない、これも連れ去りの問題と本案の問題と別々に考えるという、そういうポリシーのあらわれかと思えます。

附則を見ますと、附則の1条では、本法は日本において条約が発効した日からこの法律は施行されるんだということ。それから2条を見ますと、本法執行前にされた不法な連れ去りや留置には本法は適用されない、さかのぼっては適用されないということが書かれております。

残りの時間で、もう少し踏み込んだご報告をさせていただきたいと思えます。

まず32条、先ほどもちょっとご紹介しましたがけれども、今回この返還申し立てについて、どこで裁判手続ができるかについての規定が32条にあります。まず日本に居る子を外国の常居所へ返還する手続については26条以下に規定があるんですが、26条は、監護の権利を侵害された者は、子を監護している者に対し、常居所地に子を返還することを命ずるよう家庭裁判所に申し立てることができるものと定めております。では、どの家庭裁判所に申し立てることができるのか、この点についての規定が32条になるわけです。

まず、子の住所地を基準といたします。子の住所地を基準とし、子の住所が東京、名古屋、仙台、札幌高裁の管轄区域内にある場合、平たく言いますと、日本の東側に子の住所地があるという場合には東京家裁に申し立てる。子の住所が大阪、広島、福岡、高松高裁の管轄区域、つまり子の住所地が日本の西側にある場合には大阪家裁に申し立てる。それ以外の例外的な場合には東京家裁の管轄という、こういう規定になっております。

この結論に至るまで、部会においては何度も検討が重ねられました。パブリックコメントに向けて9月下旬にまとめられました中間取りまとめ、これはホームページにも公開されておりますが、そこでは、本手続の第1審の申立事件を扱う裁判所は家庭裁判所にしようということにした上で、どこの家庭裁判所にするかにつきましては3つの案が併記されておりました。

まず1つは、甲案は東京家裁だけに集中させたらどうですかという、そういう意見ですが、なぜ東京家裁にだけしたらいのかという理由につきましても、事件処理について専門的な知見、集積が必要である。それから事例の蓄積、裁判官及び弁護士の特長性の向上、それから中央当局と管轄裁判所の連携強化等の要請、そういうことが必要だ。あと、申立人の出頭の負担などを考えると、管轄を集中するのが望ましく、また、東京家裁のみに管轄を認めたととしても、事案に応じて他の裁判所に移送することができればよいのではないかという理由から、東京家裁に専属してはどうかという甲案が出たわけです。似たようなやり方をとっている法律、家裁ではなくて東京地裁なんです、東京地裁のみに管轄を認めているほかの法律もございませう。

それから、2番目の案として乙案、これが今回の結論のものですけれども、東京、大阪の2庁、2つの裁判所にしてはどうかという意見の理由としましては、確かに管轄集中の必要性はある。だけれども、他方で相手方の負担も考えられるべきであるということだ。これにつきましても、2つの裁判所に管轄を集中させている例というのは、特許権に関する訴えなどについてはそういう例がございませう。同時に、部会においては乙案、この2つの家裁でどうかという案を基本としつつ、やはりほかにも東京、大阪だけではなくて、札幌、福岡、全部で4つの管轄を認めてはどうかという意見もありまして、これも中間取りまとめには書かれております。

3つ目の案としては丙案、これは高裁、今、日本に8つありますけれども、東京、大阪、名古屋、広島、福岡、仙台、札幌の家裁に管轄を認めてはどうか。これは乙案よりもさらに相手方の出頭の負担を考慮したものです。この問題だけではないですけれども、パブリックコメントで皆さんのご意見を伺いましたところ、これもホームページで公表されておりますけれども、丙案支持、この8つを認めるという案の支持も多く見られたんですが、さらに8庁プラス那覇家裁にも管轄を認めるべきではないかという声もかなりありました。これは、もちろん福岡高裁から沖縄は距離が遠いということのほか、沖縄というのは国際結婚が多い土地柄だからという、そういう事情が考慮されたものです。

いずれにしても、このパブリックコメントの結果から、東京だけという甲案の道はなくなりまして、乙案、丙案など、複数の家裁に管轄を認めるという方向になったと私は考えております。

その後の部会の検討におきまして、最終的に乙案に落ちつきました理由は、日本において子の返還申立事件数はそれほど多くはならないものと予想されるという中で、例えば去年、2011年5月31日現在の外務省の統計によりますと、外国から日本人が子を連れ帰ったとされる事件は209件と出ており、事件処理についての専門的な知見の集積、事例の蓄積、それから裁判官であるとか弁護士の専門的スキルの向上の必要などを考えますと、当事者の負担の問題を考慮したとしても、なお制度発足当初から8庁、あるいは9庁の家裁に管轄を認めることは難しいと考えられたためです。まずは2つの家裁から始めてみようということだろうと思います。

管轄の話はこのぐらいにいたしまして、その次に、今度は子の返還拒否事由について触れたいと思います。

今述べたように、管轄裁判所は、日本に不法に連れてこられ、または不法に留置されている

子について、今度は法律案の27条1号から4号の要件をすべて満たす場合には、子の返還を命じなければならないということになります。

その要件としましては幾つかありますけれども、まず子が16歳に達していないこと。これは条約のほうでも4条に規定があります。それから、子が日本国内に所在していること。これも12条に規定があります。それから3番目としまして、常居所地国の法令によれば、当該連れ去りまたは留置が、申立人の有する子について監護の権利を侵害するものであること。これも3条に規定があります。それから、当該連れ去りのとき、または当該留置の開始のときに、常居所がこの条約の締約国であったこと。これも条約の35条に規定があります。こういう要件をすべて満たす場合には、子を返還するということが27条に書かれています。

しかしながら、これに対しましては、例外規定が法律案の28条に置かれております。

まず、その28条1項においては、1号から6号のいずれか1つにでも当てはまれば返還は認めない。ただし、4号と6号以外については、子の利益の観点から返還を認める余地を残しております。

次に、4号の判断に当たって考慮すべき3つの事情が28条2項に定められています。実はこの4号というのは、条約13条1項bに当たるところで、以前より非常に議論の多いところですが、そもそも子の返還拒否事由については、さきの法律案提出までの経過のところでもお話ししましたように、了解事項において4つの点を法律案に盛り込むように指示が出されておりました。これにつきましては、私のレジュメのほうをご覧ください。レジュメの4ページ目、「了解事項」より」というところをご覧くださいと、こういうことをこの法律案に盛り込むようにということでした。子に対する暴力、あるいは相手方に対する暴力、3つ目が、相手方が子とともに帰国することができない事情、それから包括条項ということですが、

パブリックコメントに付しました中間取りまとめにおきましては、この了解事項に比較的忠実に沿った甲案と、それから了解事項は踏まえているものの、子の返還拒否事由そのものは子の重大な危険があることとしまして、子に重大な危険があるかどうかを判断するための考慮要素として1から3を例示するとした乙案とが示されました。パブリックコメントに寄せられた意見では、甲案より乙案を指示する声が強かったんですが、さらには返還拒否事由が厳格過ぎるとのご意見もありましたし、反対に返還拒否事由は厳格にすべきだという意見も寄せられました。

今回の法案が、条約13条1項bに相当する子の返還拒否事由について具体的な規定を設けようとした趣旨は、裁判規範としての明確性や当事者の予測性を確保しようということにあるんだという認識のもと、部会においては、特に条約との適合性であるとか立証命題の明確性、あるいはドメスティックバイオレンスに特有の事情等に留意して検討が重ねられました。結果的には、もう皆さんのお手許にありますように、乙案に沿った形で整理されたということです。

実効性の確保についてもちょっとお話をしたいとは思っていたんですが、少し時間が足りないようですのでごくごく簡単にお話をさせていただきますと、この条約、あるいは実施法で返還しなさいという決定が出されたとしても、それが実効されないのでは単なる絵

に描いた餅に終わってしまいますために、それをどうにかして現実のものにするための何か手段はないかということで、今回、新たに出国禁止命令、これは122条以下に規定がありまして、子の返還申し立てがなされた後に限るんですけれども、子を国外に連れ出すことができないようにする手続を新たに置きました。それにあわせて、外務大臣に対しまして、子供の旅券を提出するという規定も設けられております。

それから、2番目に直接強制と書きましたけれども、これにつきましても134条1項に規定があります。代替執行という形で執行官と、それから返還実施者という2種類の役割、子を返さなくてはいけない立場にある債務者による子の監護を解くために必要な行為をする執行官と、それから、債務者にかわって子供を常居所に返還するという役割を担う返還実施者というものを決めまして、それぞれの役割を果たしてもらおうという、そういう規定が置かれております。

それから、面会交流につきましては、裁判手続規定は設けないということになっておりますが、これは面会交流というものを軽視しているのでは決してなくて、中央当局が積極的な役割を担うということです。これにつきましては先ほど簡単に触れました。

最後に、今回の法律案は非常に意欲的なものだと思いますが、ただ、それを実行させるためには各関係機関の協力体制、これはどうしても必要です。それから同時に、手続に携わる者の、この法律に対する理解であるとかスキルの向上も欠かすことができません。しかし、何といっても大事なものは、やはり子の利益、この法律の最初の第1条に挙げられています子の利益をどのように実現していくかということに尽きると思います。ただ、これにつきましてはなかなか判断の難しいところで、参考とすべきものはもう既に各国で行われている、運用されている実施状況などではないかと思えます。

次の報告者には、ではどういうふうはこの条約が運用、適用されているのかということについてお話をいただくということで、バトンタッチをしたいと思えます。どうもご清聴ありがとうございました。

佐野 寛 織田先生、どうもありがとうございました。

スケジュールにありますように、ただいまから約10分休憩をとらせていただきたいと思います。その後、第2報告に移らせていただきます。10分、休憩をとらせていただきます。

(休 憩)

佐野 寛 時間が参りました。

それでは、第2報告に移らせていただきと思えます。

第2報告は樋爪誠先生、立命館大学からお越しいただきまして、本日ご報告をいただきます。

先ほど織田先生からお話がありましたように、ハーグ条約につきましてはもうすでに長い歴史がございます、すでに加盟国で多くの判決等が出されております。それが先ほどありましたようにデータベースなどで公表されているということもありまして、それを今回、広範に分析をしていただいたというものであります。

それでは樋爪先生、よろしくお願いたします。

樋爪 誠 ただいまご紹介にあずかりました立命館大学法学部の樋爪でございます。どうぞよろしくお願いたします。

11時55分まで45分のお時間を頂戴いたしましたので、できる限り、頂戴した時間の中でお話を進めさせていただきたいと思えます。

私は立命館大学法学部で国際私法を担当しておりますが、そもそもこの条約との出会いというのは、立命館大学に赴任する前に愛知県の大学に勤めておりましたときに、先ほど織田先生のほうからのご紹介もありましたけど、15年ほど前に、子の奪取条約が検討された研究会がございました。当時名古屋大学の名誉教授であった山田鎌一先生と一緒に参加させてもらって名古屋まで新幹線で帰ったという思い出がございます。そのときは、私は織田先生の報告などを一聴衆として聞く初学者の1人であったわけですが、その後、山田先生から、あの条約に取り組んだらどうだという話をいただきました。山田先生曰く、いずれこの条約を日本はとるんだろけれどもこの条約はなかなか複雑で難しい部分がある。とすると、各地域において、1人ずつぐらい奪取条約のことを研究している研究者が必要なんじゃないかと思うとのことでした。

そのころ想定されたのは、もし条約をとれば、日本中でいろんな議論が起こって、日本中で相談を要する人がでてくるというご趣旨だったろうかと思えます。今般こういうシンポジウムが開かれるにあたって、まさか私がこういう場に立つことになろうとは15年前には思いもいたしませんでした。こういう機会に立たせていただくことによって、また10年後、20年後には、このフロアから奪取条約の運用に携わられる方も出るのかもしれないと思えますので、微力ながら奪取条約について少しご紹介をさせていただきたいと思えます。

私のいただいたテーマは、ハーグ子の奪取条約と国内法制、ハーグ条約加盟各国の判例説明という、範囲の大きなテーマです。きょうのフロアの皆様方の期待やこれまでの検討事項に鑑みますと、次のようなことにさせていただいたところがございます。

本来、きょうの私以外の方のご報告は、どうやって実施していくか、どうやって運用していくかというところに比較的注目が集まるころだろうと思えますので、私も各国の実施する側面、運用する側面を当初はご紹介すべきかと思いましたが、これに関しては、既に法務省での法案の検討段階で公にされている九州大学の西谷教授の報告書をはじめ幾つかすぐれた調査報告がなされておることが一方であり、他方で、私も微力ながら、立命館大学で何度か一般の方に公開をさせていただく会のお世話をさせていただいたときに、やはり聴衆の方からは具体例があったほうが話がわかりやすいというご意見もありました。その両点からいきますと、条文にかかわるところについて、奪取条約が各国でどのように運用されているかというところを幾つか象徴的な例を中心にご紹介をさせていただきたいと思っております。

したがって、開催校より配付いただいておりますが、皆様方のお手元にあります黄色い冊子めくっていただいて2枚目の黄色い紙にある国際的な子の奪取の民事上の側面に関する条約という検討中の仮訳文と掲げられているものをもつぱらご覧いただければ、私の報告はこの

範囲に属しますのでご理解をください。

なお、1点ご案内すべきは、1枚めくっていただいたところの仮訳文の4つのページが張りつけてある1ページのところに、第1章第1条と掲げられておりますが、その前にも何行か文章が掲げられております。私が「前文」と申し上げたらこの部分を指しているんだとご理解ください。

あとは条文ごとであります。皆様方に目を通していただく必要があるのは、1条、3条、5条で、12条、13条あたりであります。20条にも若干言及をいたしますが、幸いこの1ページ目のところを開いておいていただいたら、多くは事足りるのかなと考えております。

さて、そこで皆様方にどういう判例をご紹介すべきかという点でございますが、先ほど織田先生の報告にもありましたとおり、80数カ国、もう90弱と言ったほうが正確な数字になってまいりましたが、90弱の国が参加している条約でありますので、その判例を網羅的に検討するというのは物理的に不可能な域に達しております。

その中で、私の報告要旨のところにも1ページの2段落目のところに書いておりますが、織田先生がおっしゃいました INCADAT というのがございます。これはハーグ国際私法会議の奪取条約の部門のホームページに掲げられている情報データベースであります。データベース自体は1,300番近い番号までつけられておりますが、実際上は1,000件弱のデータが掲げられております。

そこに掲げられているものについては、次の概数をご覧いただければと思います（会場にて資料提示）。数値上一番多いのが連合王国のイングランド・アンド・ウェールズで約180件です。以下、アメリカ合衆国が120件弱、フランス、カナダ、オーストラリア、スイスといった形で INCADAT には件数が登録されております。

この数値が大体何を意味するかということですが、ハーグ国際私法会議はこれとは別に、1999年、2003年、2008年に、各国のレポートをもとに、年ごとのかなり詳細なデータを上げております。

例えば2008年のデータで、ドイツは INCADAT に24件登録されていますけれども、2008年の年次報告ではドイツは116件の判断事例があると言われておりますので、要するに INCADAT は全体数でいきますと、全体の傾向をあらわすものとしては、報告国のデータが中心になっているという感がございます。

では、なぜこのデータベースを選んだかということ、おそらく、日本が奪取条約に加盟したならば最初に見られるソースであろうと思いますので、INCADATのそういった全体像をご理解いただいた上で、奪取条約の中身についてお話をさせていただけたらと思っております。

この奪取条約において、私の理解では、理念はともかくとして、条文上比較的重要な役割を果たしているのは12条で、直ちに返還しなさいということがうたわれている部分が大事です。条文の趣旨としては、どういう場合に返還するのですかというときに、不法な連れ去り・留置があって、監護の権利が害されるような場合というようなシステムで組みまれていると理解しております。

12条を木に例えるならば、前文が太陽のように存在していて、前文に子の利益がうたわれているという構図になっているかと思います。その体系に1条とか3条が水をやっているような状況になっているかと思いますが、先ほど織田先生のご報告にもありましたように、例えば常居所に返せとは12条のシステムでは言っていないとか、常居所というような概念が側方からこの問題を支えているというところかと思います。

さらに木の右側には、この木が育っていくにあたって幾つかの例外事象があって、比較的緩やかな矢として、13条1項a、要するに被奪取者、奪取された人が合意していた、あるいは黙認していたという場合、あるいは監護権を不行使していたような場合は返還しなくていい可能性があります。

さらに少し鋭い矢として、13条1項bというのがある、重大な危険と書くべきだったかと思いますが、重大な危機ないし危険及び子の意思表示、13条2項の子の意思表示という矢が飛んでくる可能性があって、最後に20条には自由権のようなものに抵触しない、人権の警鐘が鳴らされるようなことがないようにという仕掛けになっているのが奪取条約かと思います。

したがって迅速な返還、監護の尊重という基本枠組みと子の利益というものが相並んでおります。この私の理解は、どこに起因するかといいますと、注4に書いてございますように、Elisa Pérez-Vera という方が1982年に奪取条約に関する解説書をお書きになっております。奪取条約の解説書なのですが、前半のかなりの部分はこの条約の目的について検討されていて、その中で2つの項目を挙げておられます。迅速な返還をすることによってどういうことが起こるかという、そういうことをしても無意味であるというような作用が考えられて、それが被奪取者には効果のような形であらわれております。子供には元の場所に戻るという環境の回復のような効果があらわれるということだろうと思います。

それだけで1つの形になるかと思いますが、そこに非常に抽象的なレベルで子の利益という考え方も前文として載っておりますので、この子の利益が奪取者、被奪取者を飛び越して、子供に抽象的な保護を与えているということは間違いないうところかと思いますが、

皆様のお手元にある2ページの下の方でいきますと、子供の保護が抽象的なレベルで存在しているときに、どういう場面で具体化するかという、子供を返してはいけない、あるいは帰らなくていい場面が出てくるんじゃないかと思われま。その矢印が一番右にある例外事由と、返還の例外事由というところに向かいますが、その道すがらに奪取者がいることが多いということでもあります。奪取者が一緒に子供と居る可能性がありますので、その例外事由のアプローチ上に、奪取者が入ってくるというような構図が垣間見えるところでもあります。

Elisa Pérez-Vera さんの当時の理解では、この例外事由は総じて抑制的に運用するというものでありましたが、迅速な返還、監護の尊重という比較的具体的な枠組みに、子の利益という大きな、どっちが先かという、織田先生は先ほど子の利益が先だというご理解でしたし、前文に掲げられておりますので、そういう理解も十二分に可能だと思いますが、2つの大きな枠組みがある中で例外があったのです。この例外のところ、その後は期待か負担かよくわかりませんが、例外が強調されるようなところもございます。

以下、きょうご紹介する幾つかの事件はどうやって選んだかといいますと、INCADAT上重要だと思われる判決には重要と書かれておりますので、その判決を拾い上げて、この問題に関するいくつかの論文と照らしあわせまして、共通して注目されているような事件を幾つか拾ってきたところでございます。

結果的に、重要な事件で注目されている事件をかき集めると、例外の部分の事件がどうしても多くなりました。ただ、今回のシンポジウムの趣旨に鑑みますと、条約全体の枠の中で、それぞれのパートで重要だと思われる事件をご紹介していくのがいいかと思っておりますので、バランスを重視しました。その趣旨で聞いていただければと思います。

3ページの冒頭には早速1つの例を掲げておりますが、事例は極力簡単にご紹介させていただいて、ご質問がもしいただければそのときにと申します。いわゆる世界で注目されている判決だと思われるものとして、例えばこの理念にかかわるようなところでしばしば引かれるのが、1996年に下された判決です。申し立てた国がアメリカで、申し立てられた国がカナダです。以下、申し立てられた国で判断していることがほとんどです。たまに違うことがありますけれども、多くの場合、申し立てられた国が、判断した国であります。判断した国がカナダの事例で、この事件がなぜ引かれるかという、1996年のカナダの最高裁判所が、奪取条約の精神に言及して、要するに子供と奪取した人と奪取された人の間のデリケートなバランスを考えるものであるというようなことを言ったとして引かれることがしばしばある事件でございます。

ただこの事件、実は奪取条約そのものの適用事例ではないというところがありますので、全体像からすると、ここだけに注目されるというのはどうかという気もいたしますが、客観的にご紹介を続けたいと思います。

以下、その13条等の例外に入るまでに私が説明すべきキーワードのようなものは、2ページの図でいきますと、常居所、直ちに返還、不法な連れ去り、監護の権利あたりが基本的な枠組みの中では重要な概念かと思っておりますので、簡単に申し上げます。比較的独立していると思われる、その言葉自体が単独で使われることが多くて、単独の意味を有してと思われるものから順に、簡単にご紹介したいと思います。

ハーグ条約は、常居所という概念を用います。Habitual Residence、通常の居所、恒常的な居所、いろんな理解がございしますが、そういう概念を使っております。したがって、この常居所とはどこかということが、具体的には子供が常居所を有していた地の監護の権利とかというような形で出てきたりいたしますので、それから今現存する、前に居た場所として常居所というような説明がされますので、常居所はどこかということがしばしば問題となります。

奪取条約が1980年に作成され、1983年に発効したところ、例えば先ほど紹介した Elisa Pérez-Vera は、よく知られた周知の事実概念として常居所を使うとしていますが、日本国内においてもハーグ奪取条約を介して初めて知ったというような方もおられるかもしれませんので、概略だけ申し上げます。Pérez-Vera さんが言っている後ろの部分ですね、事実概念であるということがポイントです。

少し具体的にいいますと、常居所とは何かということについては明確にされておられません。

むしろ事実概念であるから、どこかの国の法律に拘束されて解釈する必要のない、あるいは何かの条約に拘束されて解釈する必要のない事実の概念ということになっております。ただし、その性質論には近時争いがあります。

常居所がどこかというのは、直接的に奪取条約から導き出せるようではありませんので、世界中でそれぞれ考えている状況にあります。

例えば、子の中心地が常居所であるとの考え方があります。アメリカ合衆国であるとかドイツとかカナダとかがこういうアプローチだと言われますが、レジメにはFriedrich v. Friedrichという事件を紹介しています。要するに子供がどこに居たかということを客観的に判断するというのが1つの考え方です。

それに対して次のページには、有名な事件でございますが、アメリカのMozes v. Mozesという事件があって、このMozes v. Mozesという事件においては、子供の意思が考慮されているけれども、実は親の意思も関係してくる。要するに子供が小さければ小さいほど意思がよくわからないというところがありますので、それは親の意思で判断しますというようなことが問題となった例がございます。アメリカには親の意思を尊重しているような例もあるし、ほかにイスラエルなどがこの立場だと言われます。

これ以外にも、子供の所在と親の意思と、両方をちょっとずつ見るというような立場や、オーストリアなどでは6カ月というような具体的数字が出ているというような報告もなされております。結論は、ばらばらです、現状においては比較的多様な状況になっているというところでもあります。

次に不法な連れ去り・留置について、ご紹介をさせていただきたいと思います。

まず、不法とは何かという問題がありますが、条約の15条に、不法かどうかという決定について、元居た国等に協力を依頼するということができる枠組みになっております。それにつき2006年にHouse of Lordsが出した事件がございます。その事件では、ルーマニアで暮らしていた夫婦でそこに子供もいました。母親がイギリスに渡航して再婚した後、子供を連れに戻って、またイギリスに戻ってしまったという事件です。英国の裁判所では、ルーマニアではどういう権利関係になっていて、この状況は不法なのかどうか問題となり、ルーマニアからの判断を得て、斟酌しました。

ただし、House of Lordsは15条を適用するとかかなり時間がかかってしまう、すなわち、イギリスの裁判所としてはルーマニアではどうなっていますかという話をし出すと、かなり時間がかかるということになるので、その点につき憂慮を示しながら、大事なときにはこういう手続も必要だというようなことを申し述べております。15条をめぐることは、例えばこういう事件が紹介をされているというところでもあります。その他の論点については、省略させていただきたいと思います。

次に、不法な連れ去り・留置という場合に、不法なということを判断する大きな要因として、元居た国で監護の権利が行使されていたかということが問題となります。ここも条約の枠組みは、簡単ではありません。条約上の監護の権利というのはどういうものかという、3条1項

に当該連れ去り、または当該留置の直前に、当該子が常居所を有していた国の法令に基づく監護の権利という規定があって、さらに5条aに、監護の権利には子の監護に関する権利、特に子の居所を決定する権利を含むということがうたわれております。

その中で、単なる面会等が監護の権利に含まれないということはほぼ共通の認識かと思いますが、この文脈で最近しばしば議論されているのが、国境を越えた移動を阻止する権利等は含まれるかというものです。

先ほど織田先生がご紹介になったのは、奪取条約の手続が始まったら出国してはいけないという国内法制が準備されているという話でしたが、これはいわばその前段階で、離婚するとか、親権について争っているときの1つの項目として、例えば子供は外国へは連れ出さないというような合意を、裁判所を介するなど何らかの形でしていた場合に、それを破ったときはどうなるかということがしばしば議論されているようです。

例えば、最近、注目されているのが、アメリカ合衆国の裁判所の *Abbott v. Abbott* 事件という事件で、イギリス人の父親とアメリカ人の母親がチリに子供と一緒に住んでいた事案です。離婚して、母が日常の世話等の権利、父が面接権を得ていたというような場合に、同時に、お互いに子供を国外へ連れ出さないよというようなことも約束していたのですが、母が突然子供を米国へ連れ出したという事案につきまして、アメリカの最高裁が、こういった国境を越えた移動を阻止する権利というものは条約上の監護に含まれるんだという判断をしました。アメリカもかなり国際的な判断をしたと評されています。

どういう意味かといいますと、いくつかの分析が言うところでは、アメリカの下級審といいますか、最高裁より下のレベルの裁判所では、子の権利を含むのかということについては結構、判例が分かれていた中で、最高裁がこういうアプローチをとって、しかもこれはカナダとかイギリスとか、フランスとかスイスとかドイツとか、そういった国と軌を一にするようなアプローチだから、アメリカが比較的条約の世界的傾向にそった判断をしたのだと言われております。

ただ、この *Abbott v. Abbott* 事件、どうも後日談がございまして、この対象となった子供が1995年生まれで、差し戻している間に、この子は16歳になったと伝えられております。ニュースから得た情報でしたのでここには書きませんが、16歳を超えたので、この手続は終わったという報道を見たことがございます。

皆様のご認識の中には、奪取条約というのはすぐに返還するという印象が強いかもかもしれません。おそらくは数多くの事例はそういう枠組みの中で行われているのだと思いますが、特徴的なというか通常とは異なる事案が、どうしてもやっぱり注目される場所もございます。そういう面で行きますと、注目されている事案は、きょう私が紹介しているものもそうですが、皆さんの想像を少し超えるような長い期間がかかった事案が多くなってございます。こういった、よく言われるところでは限界事例から、いろいろとどこまでやれるのかということが考えられてきているということでもあります。

迅速な返還については、先ほど織田先生もおっしゃいましたように、常居所以外には返せないのかという問題が認識される場所でもあります。世界的に幾つかの事件はあるようですが、

これが論争になっているようではありません。実務では、返しても仕方がない常居所に返すということはあり得ないということは先ほど織田先生がおっしゃったとおりだと思いますので、現場ではそれほど問題にならないのかもしれませんが。

最後に、返還の例外ということがございます。今まで述べた基本原則を踏まえて、やっぱり返さなくてもよいという場合があるということですが、返さなくてもいいのか返すべきではないのかに言及した、同じくイギリスの House of Lords の判決がございます。ジンバブエから申し立てられた2007年の判決でございます。

ジンバブエ人の両親の間にジンバブエで生まれた2人の子供がいる事案なのですが、母親がイギリスへ渡っていて、その後、父親がずっと面倒をジンバブエで見ているのですが、母親がこの子たちをイギリスへ連れて行って難民申請したという事案です。奪取条約と難民申請が関連した場合どうするかということは結構議論されているところではありますが、これもその一例です。実は父親の動きが余り迅速ではなく、最終的にイギリスで返還手続が始まったのは、母親が子供たちを連れ出してから26カ月ぐらいたってからという事案でありました。

しかし、イギリスの裁判所はこれに取り組んだわけであります。なぜかという、18条という規定がございます。そこでは、この章の規定は、司法当局または行政当局が有する、いつでも子の返還を命ずる権限を制限するものではないと書いてあります。12条と18条を読みますと、返還できる場合には返還すべきだと読める一方、12条2項には、子供たちがなじんでいなければ1年後でも返還することができるというような規定があります。本件では、この子供たちはイギリスにもなじんでいるので返還しなくてもいいと判断したところであります。要するに12条2項は、返還を命ずると書いてあるのだから命ずるしかないのかという、このイギリスの判決は結論として返還しなくていいという判断をしたのですね。イギリスの裁判所は、12条2項には裁量の余地があるとした上で、さらに13条1項とかについてもコメントした事例として注目されているものがございます。

具体的な重大な危機の例としては、実は先ほど言いましたように、私の手作業でも、世界的に30を下らない注目判決がある中で、到底きょう頂だいた時間の中で一般的傾向を話すのも若干むづかしいかと思しますので、皆様方の耳目に届く可能性も高いと思われる例を1つご紹介して、一例とさせていただきますと思います。

それは欧州人権裁判所が判断した *Neulinger & Shuruk v. Switzerland* という事件であります。イスラエル国籍を持っている父と母の間にイスラエルで生まれた子供を、母親がスイスへ連れ去ったという事件について、スイスの裁判所が父の訴えを認め、返還を命じた事案について、欧州人権裁判所に母と子が申し立てた事例であります。

欧州人権裁判所は、奪取条約に関連する事案につきこのような返還は認められないと判断しました。なぜ注目されているかという、子の福祉について、あるいは子の利益について、かなり詳細に欧州人権裁判所は述べています。すなわち、子と2人の親と公の秩序という競合する利益の公正なバランスをとることがこの種の分野では重要な争点であるが、中でも子の利益が至高の命題であることは多くの条約で認められている。そして子の利益には、家族の絆と子

の健全な環境維持という矛盾し得る要素を内包する。そして、子に重大な危険がない限り、子を迅速に返還すべきとするハーグ条約にも、同じ精神が伺える、とハーグ条約を読み込んだわけですね。その上で、返還の命令を実施することは欧州人権条約8条に反するという判断をした事例でございます。

注目されているのは、奪取条約にかかわって、欧州人権裁判所が子の福祉について、子の利益についてここまで踏み込んだことだろうと思います。これが一例ではありますが、13条1項bのところの子の福祉論というのが、超国家的な裁判所でも一定議論され始めているという点として、ご紹介をしたいと思います。

最後に、この枠組みでは、先ほど織田先生のご紹介にもあったように、重大な危険としてドメスティックバイオレンスという問題が取り扱われております。実は、ドメスティックバイオレンスについては、2011年5月にハーグ国際私法会議も、13条1項bとドメスティック、あるいは家族のバイオレンス、ファミリーバイオレンスはどういう関係にあるかということにとりくんでおります。そこにも紹介されているのでありますが、奪取条約の運用にあたって、ドメスティックバイオレンス等が問題になっているのは客観的事実だと認めて、その実態は何たるかということになっております。このペーパーでは、ドメスティックバイオレンス、あるいはファミリーバイオレンスというのはこういうものがあると掲げられております。

子供に対して何らかの虐待は、ほほどの角度からもアウトだと思われるのですけれども、妻に対する、あるいは夫に対する暴力であるとか、配偶者あるいはパートナーに対する虐待というのが一定問題になってくるだろうと思います。

最後に紹介した事例は少し古い事例であります、カナダと南アフリカの間で争われた事例です。

結論からいいますと、南アフリカの裁判所は、母親が暴力を受けていることは一定確認はしています。そして子供がそういう環境にあることは好ましいとは言えないけれども、子供が直接的に暴力を受ける環境にあるかということ、そうでもなさそうだとすることで、母親の安全が確保されることを条件に戻したほうが良いと判断した事例であります。この上記のプロジェクトでもこういった事例、例えば、子供は何らかの精神的作用を受けているような状況で、母や父が危険な状態にあるような場合が、この13条1項bの話になるのかどうかといったあたりが問題になっていくのだろうと思います。ここも幾つかの例がございますが、既に日本でも紹介されているところもありますので、以上のようにさせていただきたいと思います。

多くの事案は詳細を省きましたので、関心がおありならば質問にゆだねたいと思いますが、全体としては、先ほど来、織田先生も佐藤先生もおっしゃっているように、もう30年以上の歴史を既に踏まえた条約でありますので、世界中にいろんなことが起こっているという中で、こういった傾向を1つの今後の議論の契機に足しにしてもらえればと思います。

5分超過いたしました、私の報告はこれで終わらせていただきたいと思います。どうもご清聴ありがとうございました。

佐野 寛 樋爪先生、どうもありがとうございました。

これで午前中の報告については終わりとさせていただきたいと思います。

ただいまから昼食の休憩に入らせていただきます。

再開は、13時30分から午後の部の再開と、冒頭、床谷先生からのご報告をいただくということを予定しております。

それから、今の織田先生、樋爪先生、それから今後もそうですけれども、さまざまな質問等がありかと思いますが、質問票がすでに配られているということのようですので、大変申しわけありませんが、休憩の時間等をご利用になって、質問票をあらかじめお出しただければ幸いです。私のほうからは以上です。

(休 憩)

佐野 寛 それでは、お待たせいたしました。午後の部を始めたいと思います。

午後の部は、冒頭、大阪大学の床谷先生から、国内の子の奪い合いについてということで、特に人身保護手続を中心に30分ほどお話をさせていただくという予定であります。今までありましたように、子奪取条約が、基本的には国を越えた子の奪い去りの問題ではありますけれども、この問題自体は国内においても当然生じているということでもありますので、特に現行法のもとにおいて、国内の子の奪い合いの問題がどのような形で処理され、どのような課題を持っているかということを中心にお話を30分ほどさせていただくことにさせていただきたいと思います。

それでは、床谷先生よろしくお願いたします。

床谷文雄 ただいまご紹介いただきました大阪大学の床谷と申します。

私の役割は、当初コメントということでしたが、少し条約そのものに対するコメントよりも違う立場で話をするということで、一応、名前は報告ということになっております。コメント的報告ということなのですが、それでは時間が限られておりますので、早速始めたいと思います。

ハーグ条約につきましては、私は1994年にある国際学会でハーグであった会議に出たときに、ちょうど国境を越える子供の問題というのが扱われた会議なのですが、そこでは難民の問題と子の奪取の問題と、それから国際養子縁組の問題が扱われておりました。私の専門は民法の家族法ですので、特に養子法のほうの関心でその会議では参加したので、そのときに子の奪取のほうでどういう議論がされたかはよく存じておりません。

そのころから日本でこういうものが意識され始めて、先生方もそのころから研究されたんだろうと思いますけれども、日本の国内法の立場からいきますと、ハーグの条約というのは日本では当分入らないだろうから、それとは別の形で物事は進んでいくということであったのだろうかと思います。これは前置きですので、割愛していただいても結構です。

それでは話を始めますが、まず子供の奪い合いをめぐる紛争の解決につきまして、私のパーがありますので、大体これに沿ってお話をさせていただきます。

子供の奪い合いにつきましては、争っている双方が親権者である場合と、親権者と親権者じゃない親である場合、あるいは親権者と親族とか、あるいは事実上の監護者との間での争いとか、いろいろな場面があるわけですが、本日は両親が子供を奪い合っているという場面を主としておりますので、それを念頭に置いてお話をさせていただきます。

父母間の子供の奪い合いの紛争解決につきましては、一般に日本法の中では3つの方法があると言われております。1つは一般の民事訴訟手続によるもの、もう1つは家事審判手続によるもの、そして3つ目が人身保護手続、人身保護請求ということで、この3つがあるということでもあります。

人身保護手続を中心に後でお話をするとしまして、まず最初の民事訴訟手続についてですが、これは親の親権を根拠として子供の引き渡しを求める民事訴訟であるということで、これについては旧法の当時から認められていて、法の性質的には、親権行使の妨害排除請求であると考えられています。例えば明治34年9月21日の大審院の判決がありますけれども、これは親権者と第三者の争いなので、直接きょうのテーマとはかかわりませんが、親権者が第三者のもとにある子供に対して、民事手続において引き渡しを請求したというものでありました。そういうものが戦後にも幾つかケースがあり、挙げさせていただきました昭和35年3月15日のケースは、親権者と親族との関係で、預けていた子供についての引き渡しの請求が問題となった事案であります。

それから、昭和38年9月17日のケース、これも親権者対事実上監護をしている者との間でこういう問題があり、憲法上の観点からの判示がされている事件であります。

民事手続の場合は、そこに黒丸をつけましたけれども、調査官とか国選代理人のような者が特につくわけではないので、法的手続的には子供の意思とか子供の利益という、今焦点となっている問題の1つについての対応が十分にとれないという問題点があるということが指摘されております。現実には、この方法をとるのはほとんど現在では無いであろうと思いますけれども。

2番目の家事審判手続ということですが、家事審判手続につきましては、家庭裁判所が戦後に創設されて家庭の事件について扱うということで、その中で親権とか監護権を根拠として、子供の監護に関する処分の中の1つとして、子供の引き渡しということの申し立てが家庭裁判所になされるということでもあります。この中には親権者の変更という形で、親権者の変更のレベルで争うものと、親権者と非親権者という形で、その場面だけで争うものがありますが、これらは家事審判法の規定の中のそれぞれの関連条文を使ってやっています。特に夫婦の間の、別居夫婦間の問題については、夫婦の同居協力扶助の問題や、あるいは離婚後の監護権の所在に関する766条の類推適用ということで、この問題が扱われております。

家事審判手続の場合の利点としては、家庭裁判所にいるといいますか、そこで重要な役割を果たしております、いわゆる家庭裁判所の調査官の方が子供の福祉の観点からの調査を担うということで、その面で、子供の福祉の実質的な審査というのが期待できるということでもあります。

家事審判手続の場合は、執行力、強制力ということがかねて問題になっておりましたけれども、昭和55年、1980年の家事審判法の改正で、保全処分が強化されるということで、子供の引き渡しの仮処分の規定が家事審判規則の中に含まれており、来年施行される見込みの家事事務手続法の中にも、それはそのまま移っております。

この関連の事案として、東京高裁の平成20年12月18日の事件をご紹介しますと、共同親権者である父母の別居中に、その一方のもとで監護されていた子を他方が一方的に連れ去った場合において、従前、子供を監護していた親権者が速やかに子の仮の引き渡しを求める審判前の保全処分を申し立てたときは、従前監護していた親権者の監護下に戻すと、子の健康が著しく損なわれたり、必要な養育監護が施されなかったりするなど、子の福祉に反し、親権行使の態様として容認することはできない状態となることが見込まれる特段の事情がない限り、その申し立てを認め、その後の監護者の指定等の本案審判において、いずれの親が監護することが子の福祉にかなうかを判断するのが相当であると言っております。平成20年の段階になりますと、保全処分の目的と、その後の監護の最終的な決定というものは区別するというような考え方が強くなってきているというのが、この事例の中からうかがわれるわけであります。

家事事務のこの審判の手続の場合、家裁の義務の履行勧告という制度もありますが、これは具体的には過料を課すというような形の強制力としては非常に弱いものであるということで、実際は功を奏さないということがしばしばあります。強制執行につきましては、かつて家事審判の子供の引き渡しのところ、引き渡しということの判断が出されたのに引き渡されない場合に、それを強制する手段として、直接強制が是か非かということで随分長い間争われておりました。

かつて読んでいた以前の文献では、直接強制というのは子供を物扱いする、動産扱いをするということで、子供の人格に触れるものではないかということで、裁判所としても非常に否定的な考え方が出されておりましたけれども、2000年代に入りまして、ここ10年ぐらいの間の状況では、もう直接強制はできるという前提で、やってみてできなかったという場合もあるけれども、できるという前提で先へ進めるという形になってきております。つまり、理念的に子供を物として扱うかということよりも、実際にあるべき状態を実現して、それがより子供の福祉にかなうのではないかと、やるだけのことはやったほうがよいのではないかと考え方が変わり、裁判官も一度そういう方向に舵を切りますと、割と抵抗はなく、そちらのほうにどうも進んでいっているようであります。

間接強制と直接強制については、したがってその下に2つ事例を挙げておりますように、間接強制で足りる場合は間接強制でいきますし、直接強制まで必要であるという場合には、直接強制も認めるという方向になっているということでもあります。

東京高裁の平成20年7月4日の決定については、これは10歳の子供に対する執行の問題ですが、これは本人が応じるか応じないかというようなことと、債務を負う父母の一方の態度との関係ということで、間接強制の金額をめぐる争われた事件ということですが、そういう観点からは、間接強制って一日どれぐらいなんだろうという関心もあって、この事件を挙げ

させていただきました。

それから、東京地裁の立川支部の決定、平成21年のものについては、7歳9カ月ということですが、子供の年齢との関係で、直接強制というものが年齢的にはどのぐらいのところまで子供の成長とのかかわりで認められるのだろうかということ、1つの例として挙げさせていただきました。実際の執行に当たる執行官としては、子供の人格とか情操面に最大限配慮した執行法をとるべきであるということではありますが、直接強制そのものを最初から認めないということではない、となっているということでもあります。

保全処分とか、こういった履行確保の手段ということで、ある程度の強制力というものがあるけれども、その限界というものもあるし、時間がかかる、迅速な解決法とは言えないというのが欠点として指摘されている点であります。

また、家事審判ですから、調停による解決ということについても期待があるわけですが、調停の現状からいうと、淡々と簡単に済むということではなくて、結構時間がかかるというようなことがありますし、特に紛争性が高いと、調停というのは成立が非常に困難であって、不成立に終わるということがしばしばあるということで問題があると指摘されております。

第3に人身保護手続でありますけれども、これらの民事手続とか家事審判の手続のように通常の民事間の解決方法の手続と異なり、人身保護手続というのは、本来は人身保護令状を淵源とするところからも指摘されているところでもありますけれども、人身保護法の規定1条、2条を参考に見ていただければと思いますが、人身の自由に対する侵害を回復するための特別の手続であるということで、もともとのねらいというのが違法な人身の拘束、それから解き放すということでもありますから、子供の奪い合いというような場面とは本来想定していた場面が違うという、そういう指摘がかねてからあります。それについては、裁判例の中でそれをどのように扱っていたかというのは、また少し後で見たいと思います。

全体的な特徴だけ先に申し上げておきますけれども、人身保護手続の適用の要件として、不当な拘束であるという部分と、それから拘束が違法性がある、かつ、その違法性が顕著であるという違法性の顕著性といいますか、そういう要件があるということがあるわけですが、そういう極めて明確な、顕著な、不当な拘束だということから解放しなくちゃいけないということで、当然迅速に解決するということが求められるわけで、法上は、この人身保護の手続としては、請求の日から1週間以内に審問期日を行い、証拠につきましても疎明で足りる。証拠としてのレベルが低いということですが、疎明で足りるということであるわけです。

それから、審問終結の日から5日以内に判決を言い渡すべしということも定められているということで、迅速性ということが担保される仕組みになっております。

人身保護命令という、これは拘束している者に対して、拘束されている者を審問の期日に出頭させて、答弁書を提出させるという命令を下すということでもありますけれども、審問の期日に関係者が法廷に出頭して、その子供も連れてきて、その人身を裁判所がまず確保するという形になるわけでもあります。拘束者に対する威嚇の手段も法律上は定められておりますが、実際上は刑事罰などはほとんど使われないとも聞いております。

それから、人身保護請求というのは、当初の想定では、不当労働とか不当な逮捕とか、そういうところで扱われると考えられていたものですが、それが次第に子供の場面に使われるようになってきたということで、ある方の文献では、人身保護請求の8割が未成年の子の引き渡し事件であるという紹介をされております。

この事件については、子供に弁護士、国選弁護士がつけられるということで、この弁護士を通じて子供の意思とか子供の利益の保護ということが図られるというメリットとありますが、利点があると言われております。

それから、違法性が顕著な身体の拘束に対する極めて迅速な請求ということではあるのですが、逆に迅速に救済しないといけないということが極めて明白な場合であるということと、ほかの方法がとれるのであれば、そちらをとることが求められるということで、あくまで人身保護手続というのは応急的な救済措置であると言われております。これは補充性の要件とされているものであります。

では、子供の引き渡しについて裁判所はどういうふうな姿勢をとってきたかということを見ておきたいと思っております。人身保護手続を子供の引き渡しの争いに適用できるかどうかという議論は一方にはあるわけですが、裁判所では比較的早い段階で人身保護手続を使うということ認めています。挙げております昭和24年1月18日の最高裁の判決が最初のものであるということでもありますけれども、その後も幾つかあります。ここでは主なものを挙げさせていただきますけれども、昭和33年5月28日のものなどがあり、そこでは幼児の引き渡しの問題ということと、人身保護法がいう、いわゆる拘束という問題との関連、そういうことについて示しているものであります。

昭和43年7月4日の事件では、1カ月の長女を連れて実家に戻って、母親が離婚調停を申し立てた事案ですが、調停期日の前に夫が奪い取ったという、こういう事案に対して、別居中の夫婦の一方が他方に対して、人身保護法に基づいて共同親権に服する幼児引き渡しを請求した場合には、夫婦のいずれに監護させるのが子の福祉に適するかを主眼として、子に対する拘束状態の当・不当を定め、請求の拒否を決すべきであるということで、どちらが監護するのが子供の幸福に適するかというような視点が示されるようになってきたわけであります。

昭和47年7月25日、昭和59年3月29日と挙げておきましたけれども、このころまでの状況では、子供の奪い合いについて人身保護手続を使うということはおく当たり前であると。これは家庭裁判所に話を持っていってもなかなか進まない、執行力もないということで、人身保護手続に頼ることがかなり広がってきたということでもあります。これは昭和55年の家事審判の保全処分の改正後も、この状況はそれほど変わらなかったということで、昭和59年3月29日の判決では、家事審判規則上の仮処分の問題との関連について述べております。

こうした状況に対しては、本来、家庭内の子供の幸福をきちんと裁く、子供の問題について、本来、家庭裁判所がそういう役割をするべきであるのに、家庭裁判所ではなくて、地裁、高裁のこういう人身保護で争っているのはおかしいのではないかという批判が徐々に強まってくるということでもあります。

こうした流れにあって1つの方向を変えることになったのが、最高裁の平成5年10月19日の判決であり、これは先ほどの43年の判決が言っていることと基本的に変わらないようにも読めるのですが、43年の判決の結果、夫婦のどちらが監護するのが子供の幸福に適するかということ非常に細かく、父か母かということ細かく審査をするという流れになってきていたものを引きとめて、もう少し違う視点でそれを判断するという方向に持っていくことになっていったわけです。

拘束者による幼児に対する監護や拘束が権限なしにされていることが顕著であるという規則上の要件については、幼児が拘束者の監護のもとに置かれるよりも、請求者に監護されることが子の幸福に適することが明白であることを要するもの、言い換えれば、拘束者が右幼児を監護することが子の幸福に反することが明白であることを要するという、先ほどの43年の最高裁の言っているような基準ですが、そここのところの扱いとして、最終的に、少し飛ばしますが、夫婦の一方による幼児に対する監護は親権に基づくものとして、特段の事情がない限り適法というべきである。共同親権の場合は、基本的には、夫婦の一方による幼児の監護は親権に基づくものであって、特段の事情がない限り適法である。したがって、その監護・拘束が人身保護規則にいう顕著な違法性があるというためには、監護が子の幸福に反することが明白であることを要するという縛りをかけるということになった。これは明白性の要件と言われておりますけれども、これは不当性、違法性が顕著であるという場合には介入すると。そうでない限りは、共同親権者については、人身保護の問題をちょっと外すというような方向に大きな方向転換が示されたと言われるわけであります。

その後は平成6年ごろ、人身保護に関する事件がまとまって複数出ました。平成6年2月8日、平成6年4月26日、平成6年7月8日と挙げておきましたけれども、これは当事者の行動が、例えばどういう場合にこの要件を満たすか、明白性の要件との関連で、違法性が顕著というような形の要件を満たしていくかということについて、裁判所での議論とか調停での約束とか、そういうこととの兼ね合いに反する、約束に反するような行動をとっているような場合も、それに該当するというようなことを示した事例群であります。

それから、親権者対非親権者というような構造の場合、特に離婚後の場合に、一方が親権者であり、他方が親権者じゃないという場合については、これは監護権を有する者が人身保護法に基づいて幼児の引き渡しを請求するときは、被拘束者を監護権者である請求者の監護のもとに置くことが、拘束者の監護のもとに置くことに比べて子の幸福の観点から著しく不当なものでない限り、非監護者による拘束は権限なしにされていることが顕著であるという、平成6年11月8日の事案というものが重要であろうかと思えます。先ほどの共同親権者間の問題と、一方が親権者であり、他方が非親権者であるという場合の判断基準というのが、この2つが対照的に示されているということでもあります。

したがって、この辺の方向を見ると、やはり親権者とか監護権者というような権限がある者とそうでない者との関係では、基本的に親権者の子供の引き渡しの請求というのは認められるという考え方が示されていると。極めて形式的に、これは見ようによっては親権や監護権の所

在で決定するということから、極めて形式的に事が進む。じゃあ、それは子供の本当の福祉になるのかというようなことに踏み込まないというのが、このあたりの人身保護請求に関する裁判所がとってきた方向として示されているのだらうと思います。

最後の平成22年の事件は、これは国際関係の問題で、きょうのテーマとの関連でかかわるであろうということで一応挙げさせていただきました。これについては、きょうのご報告者の先生方も論評しておられますので私のほうは省きますけれども、監護権の外国での判断というものを日本の裁判所が承認するかしないかと。すれば監護権がある人となない人、しなければ監護権がある人同士というような形に持ち込めるので、この辺は国際私法の方の説かれているところであろうかと思えます。

ちょっと時間がもうなくなってしまうかもしれませんが、この人身保護請求との流れの中では、子供の福祉、子供の意思ということについては、子供の意思に明確に反するというような場合については避けるということですので、拘束者の年齢について、一体どれぐらいのもので判断をしているのだらうかということで2つの例を挙げさせていただきました。

昭和46年2月9日は9歳、6歳のケース。それから、46年11月30日は14歳、12歳、10歳のケースということで、このあたりは子供の年齢による本人の意思の尊重の基準の年齢として、国内法的にはこういったところであるということで参考になるかと思えます。

それから、引き渡しの執行についてですけれども、人身保護請求の判決については、これは法律の構造上、間接強制の申し立てをした者に対して、この人身保護請求の判決というのは形成判決であるということで、民事執行法の強制執行には親しまないものである、人身保護規則46条も民事執行法の規定を排除しているということで、法的には人身保護請求を認めるという判決で、子供は解放されているということが前提で話は進むので、じゃあ具体的に人身保護請求で解放する立場に置かれている、これは裁判所のほうで解放のため子供を確保しているという状況が本来はあるはずなんですけれども、そうならない場合の強制ということについての手段が十分ではないということであるわけです。

最後に、国内法では、こういう形で家庭裁判所の監護の方向に流れを戻すというのが、人身保護請求の判決の平成5年の前後で大きく変わってきているというのが一般的な評価であり、本来の家庭裁判所での監護権争いのほうで決着をつけるべきだらうというのが大きな見方がありますが、この見方に対しては2つの意見がありまして、1つは、平成5年以前のように人身保護請求であっても、やはりもう少し子供の監護の具体的な内容を判断するような柔軟な運用をしていくべきではないかという意見と、もう1つは、平成5年以降のこの判決の流れをさらに強化をして、より形式的にといいますか、わかりやすく簡潔に迅速に、人身保護についてはよほどの例外でなければ認めない、共同親権者の場合についてと親権者対非監護者の場合とで異なる構成がされておりますけれども、明確な判断が速やかにできるように、基準をより明確にしていこうという流れがあります。極端な意見としては、人身保護請求は家事審判を経てからでないか認めないというような制度にしてはどうかというような意見すらあるように聞いております。

ハーグ条約との関連では、人身保護請求がこういうふう非常に形式的に、監護権の所在で迅速に簡潔に決めていくという形で、原状回復的な形で使われるようになっていけば、あるいは、そういうものはもう使わないだとどんどんなくなっていきますと、ハーグ条約が仮に日本に、要するに実際今の方向がそのまま法律になるとすると、まず原状回復というような方向が示される。その国際的な考え方が国内法の中にも影響してくるのではないか。国内法のこの争いについても、奪い合いについては、奪った状態を奪われた状態の前に引き戻すということを国内法についても考えていく。改めて、子供の福祉については監護の場面で争うというような考え方がより強くなっていくのではないかと考えております。

私は国際私法やハーグ条約を特に専門としているわけではありませんので、国内法の立場からいくと、そういう今回のハーグ条約のような構造が日本に入ってくることによって、国内法にもかなり大きな影響があるのではないかと考えております。

30分ということでしたが、少し超過しまして、以上で終わりたいと思います。

佐野 寛 床谷先生、どうもありがとうございました。

これで一応、報告ということでは終わりということにさせていただきたいと思います。

今までの報告につきましてのご質問については、質問票にお書きいただきまして、後ほど回収をさせていただきたいと思います。

それから、今から大体10分休憩を挟みまして、その後、コメンテーターの先生方にコメントをいただくということにさせていただきたいと思います。約10分休憩ということでもよろしく願いいたします。

(休 憩)

佐野 寛 それでは、続いてコメンテーターの先生方にコメントということでお話をいただくかと思っております。

本日は、4名の方々にコメントをしていただくということを予定しております。

お1人大体20分ぐらいということになりますので、お2人コメントをしていただき、やはり10分ほど休憩を挟みまして、もう2人ということでコメントをいただきたいと思っております。

今までありましたように、この子奪取条約、それからその実施法の実施に関しましては、これ自身、我が国にとりましては非常に新しい制度を導入するということでもありますし、いろいろな問題点もすでに指摘されておるところかと思っております。そういう意味では、もちろんいろいろな立場からの見方というのがあるということかと思っておりますので、そういう点を含めてコメントをしていただくということにさせていただきたいと思っております。

まず、弁護士の大谷美紀子先生のほうからコメントをお願いいたします。よろしく願いいたします。

大谷美紀子 ただいまご紹介にあずかりました弁護士の大谷美紀子と申します。

私は法務省のこの条約のための法制審議会の部会の委員、それから外務省懇談会の委員、両

方でかわらせていただきまして、この法案の中身の議論に参加し、また、最終的にそれに賛成した者として疑問・批判を申し上げるのは余り適切でないと思われること。それから私は弁護士ですが、実務について今23年目になります。過去10年以上は、特に国際的な家事事件、特に今問題になっておりますような国境を越える子の移動・留置、それから面会等の問題を数多く実務の中で扱ってきておりますので、その立場から気づいたことを申し上げたいと思います。そういう形で本日のコメントをさせていただきます。

コメントのポイントとしては3点ございます。

今、自己紹介の中でもう1点、自分のバックグラウンドを申し上げるのを忘れたのですが、実務では家事事件をやっておりますが、自分の活動領域、研究領域としては国際人権法、特に中でも女性の人権、子供の人権、それから外国人の人権の問題に関心があり、研究をしてきております。その観点からも若干申し上げたいことがございますので、コメントに含めさせていただきます。

コメントは3つありまして、1点目は、本日はちょうど国内法案が発表されたという時期柄もありまして、また、佐藤先生のほうから、シンポジウムの趣旨として報道等が必ずしも正確でない中で、まず正確な理解をということで、きょうのシンポジウムとしては国内法の解説ですとか、これまでの外国の実務の解説等が中心になっておりますが、私が申し上げたい1点目は、この国内法、担保法、実施法がどうかということも重要ですが、それをもしハードと言いますならば、それにかかわる実務家の実務のソフト面が大変重要であるということが1点目です。

それから、もう1点目としましては、担保法、実施法とも言っていますが、以外にも、今後、国内法整備の課題が出てくるだろうと思うということです。

3点目は、きょうのお話の中に繰り返し出てきていますが、子の利益をどう考えるかということが大変重要であろうということです。

実はちょっと今、順番が逆になりまして、まず2つ目に申し上げた担保法、実施法以外の国内法整備のことを先に申し上げたいと思います。

この話をしようと思いますと、恐らく会場の方も、次はこの話をするんだろうなと思ってらっしゃるんじゃないかと思いますが、先ほど床谷先生のお話にもありましたが、国内において起きている連れ去りの問題と国境を越える子の連れ去りの問題との手続や法制度の違いをどう埋めていくのかということですか、あと、共同親権の問題を変えなくてよいのかといったことがこれまでも議論されております。私は、本日は、その2つの点はもしかしたらほかの方がご発言されるかもしれませんが、これまでも比較的あちこちで議論されておりますので、それ以外の点を申し上げたいと思います。

それ以外の点といいますのは、今申し上げた2点以外にも、実際に今、法案として出ております手続を今後実施し、あるいはハーグ条約というのは、どうしても今、外国から日本に子供が連れ帰られてきた場合の返還のことに関心が集まっておりますが、それだけではなくて、実は日本から外国に子供が連れ去られた場合に、この条約にもし日本が入りましたら、条約の締約国との間では、今度は新しく条約に基づいた返還請求というのができることになるのです

が、その中で起きてくる問題にも目を向けなくてはいけないところ、余り議論がされていないように思いますので、この点を指摘したいと思います。

外国から日本に連れ帰るケースのことをインカミングケース、日本から外国へ連れ去られるケースのことをアウトゴーイングケースと呼ぶことがあります。割とわかりやすい表現ですので、その表現を使わせていただきます。

アウトゴーイングケースで、現在の日本の国内法上問題になる可能性があると思っているのは次の2点です。

1点目は、日本の現在の家族法では、離婚後は親権者が両親のどちらかに指定されます。そうしますと、その親権者が仮に相手の同意なくして子供を海外に連れ出した場合、その先の国がハーグ条約の締約国であったとしますと、きょうご説明のありました条約上、連れ去りが不法とみなされるかどうかというのは、子供がそれまで住んでいた常居所という国の法律に従って監護権の侵害があったかどうかということ判断することになっておりますので、日本の単独親権制のもとであれば、子供を連れ出した親が親権者に指定されていれば、それは仮に残された親のほうが面会交流権を有していたとしても、条約上、監護権の侵害、不法には当たらないという判断がなされることになると思われます。

問題は、離婚する前の状態で、まだ離婚訴訟とかまではいっていないと。また、両親のほうもこれからどうなっていくかわからないので、例えば離婚までは考えていない、だけれども夫婦関係がだんだんこじれてきているというような状態の中で、よく国内でも、最近では、先ほど人身保護の手続のご説明がございましたが、離婚に至る前の別居状態の中で、子供をどちらが監護するのかということが問題になりましたときに、家庭裁判所に監護者の指定ということ申し立てて、それでどちらかが監護者として指定されると。そういう形で一方的に子供を連れて出て事実状態をつくってしまうということになるべく避けて、裁判所で決めてもらう、もしくは当事者間で合意できるのであれば、どちらかを別居中の監護者と合意するというような実務が定着しております。

ところが問題は、日本の民法では、そのように共同親権者、両親が共同親権の場合であっても、民法776条で監護について父母が協議で決めることができると。協議が決まらない場合には家庭裁判所に決めてもらうということが出来るわけですが、もう1つ複雑な問題は、民法821条で子の居所指定権は親権者が持つということになっているということです。この関係が十分に解明されていない。

例えば注釈書等を見ますと、一般的には親権者と監護権者、これは今、離婚前の状況を申し上げていますが、離婚後も時々親権者と監護権者を分属させることがありますけれども、この居所指定ということについて明確に決めることがほとんどないものですから、監護権の中に含まれると。つまり、両親が仮に共同親権者であったとしても、一方が監護権者ということになると、その監護権者が民法上は親権者に帰属するとされている居所指定権をも行使することができるということが暗黙の前提ようになって、実務が運用されているという実態があります。

したがって、日本の国内実務では、どちらが子供と住むかという日常の監護に関することに

ついて争いがある、家庭裁判所が監護者を指定した場合でも、審判の主文には決して書かれません、その意味するところとしては、監護者に指定された人が日々の監護を行うことができる、一緒に住むことができるというだけではなくて、子供が住む場所、監護場所、もしくは子の居所を指定する権利を含むということが一体となって考えられているというのが現在の実務のほとんどの弁護士、あるいは裁判官の理解だと思われまし、注釈等の解説でもそのように読み取ることができます。

ところが、本日の各国の判例紹介の例えばアボット・アボット事件などでもご紹介がありましたが、子供と日常生活をともにするというのと、それから国を越えてどこかの国へ行ってしまうということは、これは意味するところがかなり大きく違うわけです。今後、日本がハーグ条約に入った場合、日本の中で国際結婚している、あるいは日本人同士でもあるのかもしれませんが、外国へ行きたい、あるいは母国に帰りたいというような夫婦間で別居のときに、子供をそのとき連れていくかどうかということが争いになったような場合に、ハーグ条約というのは子供の返還というところに大変関心が集まっておりますけれども、それは1つの手続であって、根底にある考え方は、一方的に子供を連れて行ってしまふ、突然連れていってしまうという一方的な行為によってそれを解決するのではなくて、子供がもともと住んでいたところの裁判所でそれを決めるということが根底の考え方にあるわけですから、子供を一方的に連れ出して、その結果、もしかすると返還命令を出されて、また戻ってこなくてはいけないかもしれないということ避けたいと思うのであれば、子供とそれまで生活していた国において適正な、適法な形で外国に子供を連れていきたいのであれば、そういうきちんとした処理を経てから連れていくということが期待されているわけです。そのことに今の日本の民法の規定の仕方、実務というのが応え切れているのかというのが1点目です。

もう1点は、日本人同士でも増えていますけれども、特に国際的なカップルを見てみると、事実婚が増えています。この場合も、今の日本の民法であれば、事実婚から生まれた子供さんの場合、母親が親権を100%持っています。これを協議、もしくは家庭裁判所の審判で変更することはできますけれども、夫婦が、両親が、事実婚というスタイルを選んでいるときに、法律婚している夫婦と全く同じような形で両親が子育てをしていたとしても、この場合、例えば母親が子供を連れて国外に出ますと、条約上は、日本の民法からすると、残された父親のほうには親権はない、監護権0%。同じように子育てにかかわってきた親でも、法律婚か事実婚かということで、これだけの差が出てしまう。このことについても、何らかの手当では必要なのかという点を指摘しておきたいと思います。

また、法制審の審議の中でも、私自身も発言したことはありますが、ハーグ条約の手続というのは、基本的に当事者の一方が外国に居る手続です。その中で、裁判の公正、あるいは司法へのアクセスということを保証していこうと思えば、もちろん子供の将来にかかわる、返還ということにかかわる重大な手続ですから、当事者が日本の裁判所に来て審理にきちんと参加してできれば最もよいわけですが、それがかなわないような当事者、特にその当事者にしてみると、もしかすると日本というのは1回も行ったことがないかもしれない。突然、

子供がそこへ連れていかれた。もちろん配偶者、相手はその国の人であれば潜在的につながりのある国かもしれませんが、そういう状態の中で裁判に参加するというのが大変に難しい場合というのが予想されます。そうしたときにほかの国では、例えば裁判所に来ることが難しい場合に、スカイプ等、あるいはテレビ会議等で裁判所に参加するといったような手続を認めるところが多くなってきています。そうしたところも、日本では今後、実際に実務が始まりましたら、ほかの国の例等も参考にしながら改善をしていく必要があるのではないかと考えています。

2番目は実務と申し上げましたが、特に強調したいのは、他国と日本の法制度の違いを理解し、お互いの法制度をよく知って信頼を深めていくということです。先ほども申し上げましたが、ハーグ条約に関しては、子供を外国に送り返すという非常にセンセーショナルなところが注目されていますが、条約の考え方は返還することが究極の目的なのではなくて、子供がそれまで住んでいた国において適正な裁判を受けて、子の監護者について決定を受けることを確保していくということにあります。

今後、外国から日本に子供が連れ帰られてきて、返還するかどうかを判断する裁判所におかれては、返還が原則にはなっておりますけれども、当然、この子を返したときにどういうことになるのか。弁護士としても、返すということが、これがもう話の最後なのではなくて、もしその国で監護権の決定を経ないまま帰ってきたのであれば、帰って向こうできちんと決めてもらいなさいと。日本にも子供を連れて帰ってきたいのであれば、そういう申し立てをして、そういう判断をしてもらって帰ってくるんですよということになるんだと思うんですけども、そのときに当事者としては、いや、自分は外国人だから、そこでどんな扱いを受けるかわからないと、きっと私は負けるに違いないという不安があると思います。

また、今後、日本にいて、海外から日本に帰りたいという相談を受けることも多くなると思いますけれども、そのときに、あなたが子供を連れて帰ってきたら、日本はハーグ条約に入ったから、子供をまた返さなくちゃいけないことになるかもしれないと。そちらできちんと裁判をして、日本にも帰りたいんだったら、そういう決定をもらってきてくださいということも言うことも多くなると思います。そのときに、どこの国の裁判所も子供の利益ということをきちんと考え、外国人であっても適正な手続をしてもらえると。あるいは、子供の意思というものもきちんと専門家が考慮して決めていくということについて、お互いの信頼があれば、そういうアドバイスもできるでしょうし、裁判官も返還ということに対して心情的にも、子供を返還するという決定というのは、どこの国の裁判官も悪夢を見るほどしんどいと言っています。それを越える一助になると思います。

また、このハーグ条約に入るに当たっては、できるだけ話し合いによる解決ということを促進しようという意見があります。私自身もそういう意見を持っておりまして、2年前から、ハーグ条約にも日本が入ったときには、ハーグ案件について専門的な調停ができるようにということで研究をしております。それには、2つの国の文化をわかった2人の調停員が、言葉の点も、日本語と外国語とで両方でできるようにするとか、いろんな工夫がありますけれども、大きな柱は、やはり相互の法制度に対する信頼です。

例えば、お母さんが小さい子供を連れて外国から日本に帰ってきたと。お父さんとしては、何が何でも子供を返還するというのを求めているわけではない。そのままお母さんが日本に住んでもよいと考えているという場合もあります。そのときに、話し合いで解決ができるかということで、かぎを握るのは、お父さんにしてみれば、子供が日本にいても、自分が日本に来たらきちんと会わせてもらえる。例えば夏休みには、自分の国にも子供が来るということが確保できるかどうかということが重要なかぎを握る場合があります。そのときに、日本というのは、お母さんが子供を育てるとなると、お父さんには絶対会わせない国だ、そういうことを幾ら裁判所で取り決めても守らない場合に、何の執行もされない国だと思われてしまうと、せっかく当事者たちが話し合っただけで決めようと思っても、相互の制度に対する信頼というところでつまづいてしまう可能性があります。

そうした意味からは、今、ハーグ条約に関しては、ハーグ条約の実施にかかわる裁判官のネットワークというのが世界で広がっていますけれども、私は裁判官だけではなくて、私どものような弁護士、それから子供の意思の確認等にかかわるような専門家たちの相互の法制度に対する研修、理解、そういうものを通じて、お互いの制度に対する信頼を築いていくことが大変重要だと思っています。

ただ、最後に、問題は手続や法制度の信頼だけではなくて、一体お互いの国というのが、子供の両親が国境を越えて住んでいるときに子供が両親との交流をするということについて、基本的に共通の理解があるとお互いに思っているかどうかということ。それから、それは子供の利益をどう考えるかということにかかわります。子供の権利条約は、子供は両親が国境を越えて別の国に住んでいるときには、特別な例外事情がない場合、両親のそれぞれと定期的な交流をするということの子供の権利として掲げています。

ただ、もちろん、それには子供の利益という観点から制約がかかるわけです。例えば親が子供に対する暴力を振った場合、あるいは子供に対してではないけれども、子の親に対して暴力を振った場合、それでも面会交流というのを進めるべきなんだろうか、進めるとしてどういうふうに進めるべきなんだろうか。あるいは、そうした暴力といったような要素がない場合でも、子供が2つ国を行き来するということは、子供にとっては両親のそれぞれの文化ですとか言語を学ぶという大変豊かな機会であるとともに、子供にとって負担になることもあります。そのバランスをどうとっていくのかということについて、私たちはもっともっと世界のいろんなハーグ条約に入っている国と子供の利益というものについての考え方について議論を深めていくべきですし、それは法律家だけではなくて、子供とか家族というものに関する専門家の皆さんにかかわっていただいて、一緒に考えていくべきことだと思っています。

以上でコメントを終わらせていただきます。ありがとうございました。

佐野 寛 大谷先生、ありがとうございました。

それでは、引き続き京都大学の伊藤公雄先生からコメントをお願いしたいと思います。

でしたら、よろしくお願ひいたします。

伊藤公雄 伊藤公雄と申します。

私は専門が社会学です。きょう唯一の法曹関係者以外の登壇者とだと思えます。ただし、いわゆる性差別問題等々で、何件か意見書を書いたり、証人として立ったりしたこともあります。弁護士会のジェンダーシンポとか、司法修習生も交えた講演会などでしゃべらせていただいたこともあります。その意味で、司法関係の場所にもそれなりのかかわりはございます。

私の専門は社会学と申し上げましたが、幅広くいろいろなことを研究しています。仕事の1つにジェンダー研究をやっております。特に、男性性研究というのがテーマの1つです。もちろんジェンダー平等、あるいはジェンダー公正というのが私の立場です。このジェンダー研究の立場から、政府や自治体のジェンダー施策にも、ここ20年ほどかかわってきました。特に2001年から2011年まで、内閣府男女共同参画会議の基本問題計画専門調査会、つまり基本理念を考えるのと計画を考えるという委員会の委員をしてきました。2005年からは、女性に対する暴力の専門調査会の委員もやっております。

2010年につくられた男女共同参画第3次計画には、答申案の起草委員として参加しました。私が直接関係したのは、男性・子供の分野、女性に対する暴力の分野、もう1つは国際社会との関係についての分野でした。主にこの3つの分野について、起草委員として参加をさせていただきましたわけです。実は、この男性・子供、女性に対する暴力、さらに国際社会との関係というのは、すべて、きょうのテーマと大変密接に絡んでいると思っております。

残念ながら私は法律の専門家ではございませんので、きょうの話は、ある種印象論にしかならないかもしれませんが、思うところを述べさせていただきます。まず、なぜ今、このハーグ子の奪取条約の成立なのかということです。ジェンダー政策との絡みの中で感じていることですが、この問題の背景には、基本的に国際圧力というものを感じざるを得ないと思っています。なぜ国際圧力が今、日本の社会にかけられているのか。グローバル化する中で人の激しい移動というのはもう既に起こっているわけですけれども、その激しい移動の中で日本の法律、あるいはそれと関連するさまざまな諸制度が日本では全く対応し切れていないからです。これは先ほどの大谷先生のお話の中からも読み取れたことだと思います。本当にこれだけ人が動いているにもかかわらず、日本の社会はある面、鎖国状態と言ってもいいのではないかなと思っております。

鎖国状態とはいっても、少しずついろんな壁に穴があき始めています。たとえば、次に報告される吉田先生とも6年ほど一緒に、国立女性教育会館のプロジェクトで共同で調査研究してきた人身取引の問題があります。ご存じのように、2004年のアメリカ合衆国のレポートで日本が人身取引の要監視対象国になった。現在では、要監視対象からははずれているはずですが、その後も、国際的レベルでの人権についていろんな問題がある国であるという認識が続いているわけでございます。

また、もっと以前からの課題ということでは、難民問題等々の問題もあります。先ほどもお話に出ましたが、私も難民、特に政治難民の裁判に結構長いことかかわったことがあります。難民条約を結んでいながら、未だに十分な対応がとれてないというのが日本の社会と書いていいと思えます。

また、これから大きく問題になるはずの移民問題についての対応についても関心があります。韓国では、2000年代に入って以後、急激に、人の移動に対して対応が始まっています。ご存知のように外国人労働者の受け入れという点では、韓国も日本と同じようにちょっと鎖国状態でした。ところが、ここ数年、人の移動に対するさまざまな法整備を始めています。外国人の人権、市民権や社会権も視野にいられた移民受け入れ政策とっていいと思います。ところが、日本の場合は、グローバル化する中での人の動きに対する法整備、あるいは国内のさまざまな諸制度の整備というのがほとんど手つかずのままなのではないかという印象を持っています。

私自身のテーマであるジェンダー施策でもいろいろな国際的問題をかかえています。日本は女性差別撤廃条約を1985年批准していますが、2009年の国連女性差別撤廃委員会からの総括所見等々を見ても、全く国内の性差別撤廃の整備が進んでいないことが指摘されています。特に2009年のときには、2つのフォローアップ項目が出されています。1つは、いわゆる民法の改正の問題です。もう1つはポジティブ・アクションの制度化です。2011年春に、政府はそのフォローアップを出したはずですが、特に民法改正については、1年以内に結論を出せという国連からの要請が、同年の11月に来ています。結婚年齢の男女の差であるとか、婚外子に対するさまざまな不利益であるとか、女性にだけある再婚禁止期間の問題であるとか、あるいは選択的夫婦別氏の問題であるとか、さまざまな案件に対応仕切れていない。1996年の法制審議会で国際的な批判に答えるかたちで答申がだされているにもかかわらず15年以上も放置されたままです。国際社会が、共有のルールの中で一緒にやってみようという流れになっているにもかかわらず、日本側からは、ほとんどそれに対する反応がない。人の移動という点で言えば、人身取引の問題と絡んで、女性差別撤廃委員会は、いわゆる日本軍の慰安婦問題についてもはっきりと、きちんと子供に教えるということも含めて提案しています。しかし、それに対する対応も、未だはっきりさせられない。国際的な人の動きの中で起こる人権問題に対する日本の社会のある種の反応の悪さに、国際的ないらだちみたいなものが感じられてなりません。今回のハーグ条約をめぐる事態の中にも、こうしたいらだちのようなものがあるのではないかと感じています。

他方で、こんなこともあります。男女共同参画計画の第3次計画の第15分野というのが国際関係です。そこには国際基準をできるだけ遵守するというような文言が書かれています。こういうことを書くこと自体、僕はあきれいています。国際基準、しかもその問題についての国際条約を批准しながら、それを実現化するべく努力するというふうな文言しか書けないからです。女性差別撤廃委員会の提言をどうやって国内の政策に生かすかということでも議論したとき、国際条約と国内法でどちらが優位にあるのかということも伺ったことがあります。そこでの議論は、国際条約は国内法を全面的には規定はしていないというようなことになりました。簡単に言えば国内法の優位ということです。ほんとうにこれでいいのかと、ちょっとびっくりしたことがありました。

女性差別撤廃条約だけ取ってみても、性差別の定義が女性差別撤廃条約には書かれています。ところが、日本の男女共同参画社会基本法には性差別の定義がない。条約を批准していな

がら性差別の定義がないのは問題だということは、国連の女性差別撤廃委員会からも繰り返し指摘されてきたことです。性差別ともかかわる国際条約ということでいいますと、ILOの100号条約もそうです。同一価値労働同一賃金条約です。日本政府は1967年に批准していますが、いまだにこれも全く実現されてない。第3次計画では同一価値労働同一賃金に向けてさまざまな検討を行うというような文言がやっと入ったというような事態です。40年以上かかってやっと検討段階に入ったというわけです。先ほどの大谷さんの話を受ける形で申しますと、子どもの権利条約だって批准してるわけですから、それにのっとった形で日本の社会が対応しているかとは、イエスとはいいがたいわけです。子ども問題は、今回のハーグ条約の問題と密接に絡む問題だと思います。それこそ子どもの権利基本法みたいな形での対応も求められるはずなんですが、政府としては十分な対応はしていないと思います。

ただし、今回のハーグ条約については、これまでの日本政府および司法・法務当局の対応という点で、事情が変化しつつあるように思います。特に織田先生のお話を伺いながらそう感じました。条約前文と今度3月9日に出された日本の国内法の案を比べて見ていると、今までの国際条約と比べて対応に大きな違いがあります。これまであった国際条約と国内法や国内のさまざまな諸制度の整備というもののずれが解消されようとしていると思うからです。つまり、国際条約を国内法の中にうまく当てはめながら整理しているという印象が強いのです。

何が言いたいかという、こういうことです。これまで、日本社会は国際条約の受容という点で、必ずしも国内法や制度の整備を十分には行ってこなかった。なかでも、国際的な人の移動、それに伴うさまざまな人間の権利ということについての日本の社会は余りにも出遅れていた。しかし、今回のハーグの子の奪取にかかわる条約での対応においては、これまでの日本社会の国際社会への対応という面で1つ大きな風穴があげられつつあるのではないかと。これは実は2004年、2005年の人身取引のときにすでに感じたことでもあります。国際圧力の中で外務省が動いてわりと速やかに国内法および制度の改変が進みました。僕も何度か国際シンポジウムでしゃべりました。今回のハーグも、人身取引に次ぐ、新たな大きな動きとしてあるのかなと思っています。

その意味でも、きょうのこの集まりはすごく大切なのではないかと思います。今まで国際的なグローバルな人の動き、それに伴うさまざまな諸問題に対する対応をサボってきた日本の社会が、やっとこの問題に対して対応を開始し始めたただ中で開催されているのですから。ただし、これも大谷さんのおっしゃるように、まだまだいろんな問題が残っているのも事実だと思います。

この条約は1980年につくられたということですが、私自身、先ほど申し上げたように、男性研究というのを研究のテーマでやってきました。1980年代になぜこの条約がつけられたかということ、現在この条約が持っている意味合いとかなり違うところから出発したのではないかと印象を持っています。

1970年代、1980年代というのは、いわゆる1960年代の女性の権利擁護の大きな動きの中で、特にアメリカ合衆国の中では、男性が動き始めます。女性差別撤廃の運動に対するいわゆる男

性の権利擁護運動の浮上です。つまり、女性の権利擁護があるなら男の権利擁護も必要じゃないかという声がこの時期に出てくる。例えば、徴兵制の問題です。ベトナム戦争の時代ですから、何で徴兵で戦争に行くのは男だけなのかという声が、男性の権利擁護の運動から生じています。

ほぼ同時期に起こったのが、さきほどふれた男性の親権問題でした。離婚後の親権ということになると、共同親権というケースもあるわけですが、アメリカ合衆国では、養育権に関してはやはり母親側が圧倒的に強いわけです。これに対抗する形で、父親運動、つまり男性が養育権を勝ち取るための社会運動が起こるわけですね。そういう運動の一方で、父親による子供の連れ去り事件というのが70年代、80年代、やはり目立ち始めます。この父親の子供の連れ去りというのが、このハーグ条約、子供の奪取条約の出発点だったんじゃないかなと私は感じています。

ハーグ条約については、西洋社会と、いわゆる当時の言葉で言う第三世界、発展途上国との間のずれの問題がそこには介在していたということを読んだことがあります。つまり開発途上国の男性が、欧米社会でそれらの国の女性と結婚し子供をもうけた後に、子供を連れ去るという事態です。そこには文化的なずれの問題もあったと思います。

いずれにしても、ハーグ条約は、男性による子どもの連れ去りというのがやはり出発点だったと思うんです。しかし、ご存じのように、今回のハーグ条約で日本でも大きな問題になっているのは、むしろ女性たちの問題です。女性による、子どもの、日本国内への移動が焦点化されているのです。背景には、ドメスティックバイオレンスがあるケースが多いということが指摘されてきている。それが日本におけるハーグ条約に対する、抵抗の1つの大きな理由になっていると思います。

この問題は、先ほどの床谷先生、あるいは大谷先生のお話の中にもありましたけれども、日本国内における、子供の監護権の問題、あるいは親権の問題等々にもかかわることです。古いデータで申しわけないんですが、少なくとも離婚後の子供の養育は父親方がやるか母親方がやるかということ、日本では、1970年ぐらいまではどちらかということ父親方が担う形だったはずで、日本はまだ家制度の残滓があったので、子の養育権はどちらかということ父親方がとるというパターンだったものが、70年代以降、母親方がとる形で移行してきている。先ほどの父親運動ではありませんけれども、日本でも同様の父親側からの異議申し立てが生まれつつあります。日本の場合は誘拐というところまでは余り発展はしないようですけども。

余分なことを言いますが、日本の社会はすごく女性差別がきつくて、それこそ民法改正もぜひ必要だと思っています。ただし、男性が男性であるがゆえに司法上の不利益を被っているケースもある。私自身も幾つか裁判にかかわってきました。例えば交通事故で顔に傷を負った男性の補償のケースです。保険でも、大体女性の3分の1ぐらいの保証でしかない。それは不平等だということで裁判になりました。男性に対する差別ということで意見書を書いたのに負けてしまいました。ただ2011年に、同様の裁判で男性側が勝訴しているはずで、保証における男女平等という形での勝訴です。

父子家庭における遺族年金の問題も男性にとって不利益状況が続いています。共働きで働いていた妻が先に死んでしまったとき、遺族年金は、残された父子家庭に対して、夫には適用されないという状況になっている。男性側から見たときのある種の不平等案件というものは日本の社会の中にはあるわけです。もちろん女性差別の撤廃は最重要事項です。けれども、同時に、男女間の公正ということもちょっと考えていかなければいけない。そのことは、子の奪取をめぐる父親の養育権というような問題とも、あるいは男性側の監護権というような問題とも絡んでくるのかなと思います。

ただし、日本の今回審議予定の法律案を読んで、先ほどの大谷先生のお話と同じように不思議だなと思ったことがあります。法律が、明らかに日本側に連れ去ってきた人たちを対象にする法律になっていて、日本から連れ出された人たちに対する対応というのは、書かれてはいるのですけども二義的になっている。一義的には、明らかに日本に連れてきた人たちに対するものです。これで法律的にはいいのですかね。本来ならば、連れ去られた者に対する取り戻しというのが先に来るべきでないかと思うのですが。それは法律の素人である僕の何か勘違いなのかもしれません。ちょっとそういうことを感じたりもしましたし、これからの国際的な大きな流れの中で、法整備も含めてさらに必要になってくる課題もあるのではないと思っています。

日本で問題になっているDV対応についてふれたいと思います。今回のハーグ条約批准については、DVという点でさまざまな危惧がありました。これは既に樋爪先生の8ページのところで出されている案件です。DV被害者でありながら、DV被害から逃れるために子どもと一緒に逃げてきた場合でも、子供を取り返されてしまうような事態が起こるのではないかという危惧です。その危惧がかなり日本では広がっていったわけです。今回の法文の22ページのところの、これは第28条のいわゆる返還拒否のところの部分で、二のところですね。相手方及び子が常居所地国に入国した場合に、相手方が申立人から子に心理的外傷を与えることになる暴力等を受けるおそれの有無というのが書き込まれている。これもすごく読みにくい条文で、具体的にはどういうことなのかなど思いながら読みました。ハーグ条約の本体が子供を主体に置いているので、確かにこういう書き方しかないのかなと思うところもあります。例えば、お母さんが殴られることが子供に対して心理的な影響を与えるということを理由にして返還拒否をするという筋立てだろうと思います。これは、日本側での危惧に対して、その対応のために書き込まれた部分なのではないかと思っています。これで十分かどうかは別ですが。

もう1つ大きな問題は、これも大谷先生がちょっと触れた話でもあるんですが、子供の面会権をどうするかという問題です。これは国際的な子供と親との関係だけではなくて、国内的にも大きな問題になってるわけです。DVで、特に父親が親権を理由に面会権を要求したときに、それをどうするのかということです。実は私、神戸市の審議会の委員もやっていますが、神戸市は、昨年、DVの対策の基本計画で公的な面会センターの設置ということを書き込んでいます。今は大體裁判所の調査官のOBOGの方が間に入って、面会を調整するという形なのですが、神戸市として独自に面会センターを設置して、裁判所を通じた面会条件の設定のもとで、神戸市が準備した専門家などの立ち合いのもとで面会をするというような方向です。このよう

な別の場で生活している父子間の面会の仕組みをどうつくるかということも、国内でさえ、いまだにやっと一歩が踏み出せたということという段階です。神戸市の場合も、実際の運営という点では、財政上の裏付けについてもまだきちんとは準備されていないようです。これが国際的な面会ということになったときにどういう形にすべきなのかということのも、これからの大きな課題になっていくのではないかなと思います。

いずれにしても、国際的な人の大きな移動と、国境を越える人の移動と、それに伴う人権ということで、私たちは、今、やっと動き出しつつあるという段階ではないかなと思います。この動きを、暴力の撤廃も含む女性の人権、男女間の公正な関係の確立、社会的正義という観点から今後きちんと推し進めていく必要があるのではないかなと思っています。

ちょっと時間オーバーしましたが、以上です。

佐野 寛 伊藤先生、ありがとうございました。

先ほど10分休憩と申しましたが、少しずつやはり時間が押しておりまして、休憩時間を少し短くさせていただくということで、5分休憩ということにさせていただきたいと思います。ですから、ほぼ3時10分に次を開始するというところでよろしくお願いいたします。

(休 憩)

佐野 寛 それでは、再開をしたいと思います。

引き続き、コメントをお願いいたします。

次のコメンテーターは、同志社大学のコリン・ジョーンズ先生をお願いをしたいと思います。

ジョーンズ先生、よろしく申し上げます。

コリン・ジョーンズ 同志社大学のジョーンズです。

この問題はもう大分前から研究してきました、特に私は、むしろ外国人に説明する立場をとることが多かったんです。それで五、六年前から外国、アメリカ、カナダ、ほかの国の大使館関係者と、外圧のほうをどうするかという話し合いに何回か参加させていただきましたけれども、私はむしろ国際的な問題というよりは総合的な問題として把握するべきだと思うんです。それできょう話題の、お名前は長いですが、国際的な子の奪取の民事上の側面に関する条約の実施に関する法律について、ちょっとお話しします。見てわかるかと思いますが、日本語が母国語ではないので、思わぬ失礼があれば、本意ではないのでお願いします。乱雑なところでわからないという部分があれば、また後で聞いてください。

この法律は長いですね。手前の資料にもありますけれども、つまり条約上の返還請求に関する手続などを設けてる内容なんですけれども、A4で109ページですね。非常に長い法律で、153条プラス何条かの附則があります。2週間前に出たばかりなので、完全に読破したと言えるわけではないんですけども、読んで疑問に思ったところは、単純に言うとこれなんです。何で109ページ、153条の法律を、日本に住んでる子供たちのためにつくれないんでしょうかと、これに尽きるんですね。この観点から私はいろいろ見てるんですけども、日本の法律にはそう

いう法律がない。冒頭の挨拶に佐藤先生が、手続のない権利は絵に描いた餅だとおっしゃったんですけども、まさに日本の国内法整備、日本の子供をめぐる事件の裁判運用は、まさにそういう絵に描いた餅状態であると思うんですね。

これを物語るおもしろい事例は、ハーグ条約の法律の中にあるかと思うんです。さきのお話にもありましたように、ハーグ条約は子供の返還の手続だけではなくて、国境を越えた面会の実現に関する規定がありまして、日本の国内法の法律案の中にそれがどう実現されるかですね。要するに。海外から日本に連れてこられた子供と海外に住んでる親が外国法に基づいて面会を求めた場合は、日本政府に何をどうすればいいのかという、ここにありますとおり、16条を読んでいただければわかるんですけども、私が特に指摘したいのは5条ですね。申請者が、子供が常居所を有してた国、または地域の法令に基づき申請者が申請にかかわること、面会その他の交流ができることを明らかにするために必要な事項を記載した書面を外務大臣に提出しなければいけないということになってるんですね。

もし日本と全く同じ国内法、当条約実施法がある国に子供が連れていかれた場合、要するに日本からジャポンという架空の国に連れていかれた場合、日本の法令に基づき、申請者、つまり親が申請にかかわる子との面会等の他の交流ができることを明らかにするための材料は、現行法制度にはないんですと私は見てる。まさかそんなはずがないと思われるかもしれない、あり得ないじゃないですかと。

現に、2011年に民法766条が改正されるまで、日本の法律に面会という言葉がどこにも登場しませんでした。ことしの4月1日から施行された改正766条は、協議離婚をする夫婦の義務として、面会交流に関する取り決めをしなければいけないということが親の義務にはなったんですけども、それだけなんです。多くの連れ去り事件は、何か取り決めがある前、裁判ざたになる前に連れてくる。国際的な連れ去りも結構、そのパターンが多いんです。日本の民法上の取り決めがない場合に発生してるわけなんです。結構多くの場合。これがそのポイントなんですけども、そうすると日本の場合は、外国の法律でも、親権者でありながら日本に子供が連れてこられて何年も会えてないんですね。現に日本でも、親権者でありながら、まだ結婚している状態でありながら、自分の子供と何年も会えてないことが珍しくない。もしかして、そのような経験をされてる方がこの会場にもいるかもしれない。そうすると、じゃあ取り決めがある前に、裁判が何かを決定する前に、そんな子供と会う権利が日本法にあるか、立証できるかという、できないんですね。

面会権と伊藤先生がおっしゃったんですけども、裁判所が出してる資料を見ると、必ず面会と権と一緒に登場しないんですね。面会交流「権」という言葉は絶対使わないんです。最高裁判所が2000年の判例で、面会、要は面接交渉というんですけども、親の権利でも子供の権利でもなくて、子供の監護に関する適正な措置を求める権利であると、よくわからない内容の、裁判所に対して「お願いします」と請願する権利にすぎないので、これで日本に行って、日本に子供と面会させてくださいという請求はできるかが、私からすれば疑問なんです。もっと家族法に詳しい方から間違いですという指摘を受けても、それは真摯に受けたいと思うんです。

けれども、私が単純に読んでこういう結論に至ってるんですね。

何でこうなるんでしょうかと私なりに考えましたけれども、ここで同じことし4月1日から施行となった改正民法の820条ですね。親権者の権利と義務、これは離婚と関係ないんですね。健全な婚姻関係が継続してる夫婦にも適用される条文なんですけれども、親権の権利、義務の内容を規定してる条文は、従来、「親権を行う者は、子の監護及び教育をする権利を有し、義務を負う」と。改正では、「子の利益のために」が加わったんですね。これは法律をつくってる側が、これほど日本の親の質を低く評価してるんです。これは一般の親にとって、息を吸って、酸素を吸収して二酸化炭素を吐き出せと法令で指図をしてるようなものと私は見るんですね。物すごく親を見下してる。恐らく背景には、児童虐待をどうするかという問題があって、親権者の身分を一時的に停止するとしやすくなる関係で、こういう改正になったんですけれども、それでも一般的な指図としては不思議なんです。

これは、ちなみにほかの国と多分逆なんです。相変わらず家事審判法、人事訴訟法、つまり子供の運命が裁判所に決定される手続法の中に、裁判官が子供の利益に配慮しなきゃいけないような状況にないんです。これは世界と逆転してる。少なくとも私が知っているアメリカ、カナダだと恐らく、わざわざ親に対して、自分の子供の利益のために何かせよというのはなくて、裁判官に対して、子供の利益はこれで、実現させるためにはこうしろと、裁判所に対する指図が普通なんです。日本はここが逆なんです。

そこが多分出発点で、ハーグ条約の法律が実施されたので、私からすれば、今まで日本に居る子供たちのためにこれほど充実した法律がなかなかつくられてこないのであれば、この法律もひょっとして子供のためではなくて、相変わらず法律をつくってる人たちのためなんです。一種の抜け道としての存在が大きいんですね。外圧をしてるほうのいろんな人の話を聞いてると、ひょっとして一番大きな目的は、この外圧をなくすため、法務省がアメリカ大使館、カナダ大使館、外務省はオバマ大統領、カナダの総理大臣からいろいろ言われるのも嫌なので、じゃあ手を打とうと。

でも、同時に、おそらく裁判官にしても裁判所にしても、日本女性から泣いてる日本国籍の子供を強制的に取り上げて外国人に返すことで、株が上がる人はいないんです。株が上がる行政組織はないはずなんです。そうすると、たくさん法律の中には、条約だけを見ると割と例外措置はありますけれども、英語として読んだ場合にはそんなに広くはないんですけれども、例えば返還拒否事由の中には、確かにDVなどが含まれてると、あとは常居所の国で養育することはできないと。それは何に基づいて、どういう証拠に基づいて判断されるかはわからないんですね。

多分フル活用される抜け道は、家庭裁判所は子供の返還申立事件による手続において、子供の陳述の聴取、家庭裁判所調査官による調査、その他の適切な方法により、子供の意思を把握するように努めて、その意思を考慮しなければならないということですね。これは条約の中にも子供が判断能力、ある年齢に達すると意見を聞いて、帰りたくないときは返さなくていいと書かれているかと思いますが、ちょっとこの意思の把握がどういうプロセスで行われる

かが非常に不安なんです。

なぜなら、私は日本の当事者、外国人の当事者と前からかなり交流がありますので、実は子供の調査官報告書をたくさん見せていただいたことがあるんです。そういう調査報告書の内容を見て、びっくりするというか、悲しくなるというか、怒ってくるのが結構ありますが、ここで1つの事例を紹介させていただきたいんですが、これはもちろん条約関係ではないんですけども、これは面接交渉事件ですね。これは、もう何年間も自分の父親と会ってない子供に対する調査報告をちょっと編集したものなんですけれども、調査官が子供が住んでいる家に行き、監護者と子供と挨拶して、どういう調査をしますと紹介して、監護者にちょっと席を外してもらって、子供にいろいろな質問を聞いて、それで何か心理テストみたいなものを作って、それで終わりなんです。1時間ぐらいで終了するプロセスなんですけれども。ちなみに本当の心理学者の話の話を聞いてると、そんなので子供が打ち明けてくれるはずがないと。子供は赤の他人、そんな簡単に信頼するはずがないと言います。それはともかくとして、その子供から何を聞いたのかを報告書に書いて結論を出すわけなんですけれども、この報告書が何でおもしろいのかというと、要は、対象の子供8歳は、学校では友達とある程度仲よくやってるんですけども、家族ごっこをよくほかの女の子とやっていて、ただ、いつもなぜかミルクを飲ませるママの役をさせられるので楽しくないんです。本当は鬼ごっこ、男の学生たちと遊びたいんです。でも、それを口にすると女子学生から仲間外れにされるおそれがあるので我慢してると。それが調査官報告書の中にありますけれども、その後のパラグラフぐらいで、父親との面会交流はどう思いますかと。監護権者が隣の部屋に居る状態で、それを真摯に受けとめて、それを尊重しましょうということ。この1時間のこういう程度の調査で、この子供はこれからまた何年も自分の父親と会わない生活が続くはず。これでこの子供の人生から、ひょっとしてお父さんは消えてしまうかもしれないですね。この程度の調査で、子供の返還に関する意向の把握が行われるのであれば、返還事例はゼロなんです。期待は全くできないですね。

さきも言ったように、私からすれば、私が家族法だけではなくて日本法、一般的には、まず、もっぱら官僚などが国民に対する指図をするための手段としてありまして、ここで見られるものはそれほど変わってないと思うんですけども、子供にとってほとんどの場合は、両方の親が生活にかかわっていることは当然なんです。片方が会社に行ったり出張に行ったり単身赴任だったりするけれども、とにかく子供にとっての出発点は両方の親がかかわっていることなんです。そういう子供にとって当然な出発点を取り入れないと、どんな充実した法律をつくったとしても子供のための法律にはならないし、運用がそういう出発点から行われてないと同様であると私は思います。

非常にシニカルな発言ばかりで大変恐縮なんですけれども、それが私の所存であります。以上です。

佐野 寛 ジョーンズ先生、ありがとうございます。

それでは、最後のコメンテーターということになりますけれども、弁護士の吉田容子先生からコメントをお願いしたいと思います。よろしくお願いします。

吉田容子 弁護士の吉田です。

まず、最初に申し上げておきますけれども、今までのコメンテーターの方とは全く立場が違うということをあらかじめ申し上げておきます。私自身は、この条約に大変懐疑的でありまして、国内法についてもかなりの疑問を持っている立場です。まずそのことを申し上げておきます。

3点申し上げます。

まず1つは、この条約自体についてなんですが、何を守ろうとしているのかなということについての私なりの疑問。第2点は、国内担保法案の問題点としてどんなことがあるであろうかということ。それから、第3点として、国内事案あるいは国内法制への影響ということが、皆さんお考えになってると思いますので、その点についての考えを申し上げたいと思います。

まず第1点、何を守ろうとしているのだろうか。

私はこの条約を何度読んでも理解できないのですが、子の利益を守るためだということに一応説明がされています。冒頭、織田先生からお話がありましたが、前文に子の利益という文言があることはわかります。しかしながら、何が子の利益かということは非常に難しい問題であるということは皆さん共通の理解かと思います。それが難しいことはもちろんわかりますけれども、じゃあ難しいことをそれなりに判断しようと思ったらどうすればいいのか。私どもの業界用語で言えば、本案の判断をしないことにはわかりません。本案の判断をする。つまり、例えば日本で言えば、監護者の指定の保全ではなくて、本案の判断をする。そのときには当然、それまでのお子さんなり子供たちとのかかわりであるとかその状況、それから、どうして別々に住むようになったのか、今後はどんな状況になるだろうかというようなことすべて総合的に考えて、その上で本案の判断というのはしています。日本の裁判所は現状それをやっております。そのことをやった上で、それでそれなりの判断をする。そういうことであれば、法制度として子の利益のための判断と言って構わないだろうかと、その限りではそう思います。

しかしながら、この条約は、ご承知のように本案の判断をしてはいけないんですね。してはだめなんですよ、してはいけない。とりあえず返さないというのがこの条約になります。そうすると、本当の意味での子の利益を守ることにそもそもなるたてつけにはなっておりません。そのことは確認したいと思います。

その上で、しかしながら、今まで住んでいた常居所地国、そこに返すことが、ある意味で子の利益になるんだと、そういう前提だという理解に恐らく文言上なるんだと思います。しかしながら、常居所地国ですから、もともと住んでいた、例えば地域とか家とか、例えば学校もそうかもしれません。そこに戻せとは言っていないですよ。国内どこでもいい。日本で言えば、北海道に住んでた人が九州でもいいわけですね。しかも、そこにテイキングペアレントはいないことも十分あり得る。

それから、先ほど来お話が出ておりますけれども、返還先は常居所地国とはわざわざ明示していませんね、この条約は。要するに、LBPが移動する可能性がありますので、そうすればLBPの移動先であってもいいと。そのことを明らかにするために、わざわざ文言から外しているんだとたしか解説されていたと思います。そうすると、例えばLBPの移動先の国に、子供が

一体どういうつながりがあるというのでしょうか。そこに戻すことがどうして子供の利益になると、一律に、一概に言えるのでしょうかというふうな問題があります。

そうしますと、この条約はしばしば、本案と保全という言葉で言いますと保全的なものであって、原状回復をするだけなんだと。原状回復するだけで、つまり移動する前の状態に戻すだけであって、その後、本案についてゆっくり判断するんだと、こういう説明がなされています。しかしながら、原状に本当に戻るのでしょうか。原状回復にはなりません。理屈上もなりませんし、実態としてもなるはずがないわけです。ともかく、もともとの居た国、例外はありますけれど、常居所地国に限りませんけれども、LBPの居る国に返しなさいということになります。でも、つまりそういうことは、先ほど大谷先生が言ったことを私なりに理解しますと、この条約というのは、要するに監護に関する本案を行う国をどこにするのかと、国際裁判管轄を決めるための条約であるという理解が私は一番正しいんだと思っています。

国際裁判管轄をもともと居た国、あるいはLBPが移動した場合にはLBPが移動した国にすることが、ひいては子供のためになるんだということが、どうして一概に言えるのだろうかということを論証しなければいけないと思いますが、それについては今のところ私は何も読んだことがございませんので、教えていただけたらと思います。

それから、子供の移動。私は連れ去りという言葉を使いたくありませんので、子供の移動と申し上げますけれども、子供の移動にはすべて何らかの理由があります。もちろん、正確に言う子供さんを連れ去った親の移動ということかもしれませんが、何らかの理由があります。もちろんその中には、不合理だと思われる理由もあると思います。でも、合理的だと思われる理由もあると思います。一概に、他方の親の了解がないものを不法な連れ去りと断定するのはいかがなものかと思っています。中には、それは不法だと評価すべきものもあるんでしょうが、そうであるのかそうでないのかは、これは実態を見ないとわからないはずなんです。つまり、本案の判断をしないとわからないはずなんです。ところが、繰り返しになりますが、この条約では本案判断は一切だめだということになっている。ただただ形式的に、子供を連れて他方の親の了解なしに移動したと、国境を越えたということイコール不法だと断じますが、そのこと自体に大きな疑問があります。

そもそも、これはまた後で申し上げますが、子供の安全な環境、子供が安全で安定した環境に居ることは非常に重要だと、私はその点も全く異論ないんですが、それには場所をメルクマールにするのはなぜなんだろうと。私、本当にわからないんですよ。そうじゃなくて、我々が自分の子供時代を考えてみても、どのような人と交わるのか、周りにどんな人がいて、どんなケアを受けているのかということのほうが、よほど大きな、安全にとっての重要なファクターになるはずなんです。でも、それは本案の判断事項ですから、それを除いてしまう。そうすると、一体子供のためとはどうしても思えない。単なる親のために、国際裁判管轄を確保するためだけの条約だと思います。

さらに言えば、親は子供を安全で安心できる環境に置く義務があります。後ほどまた共同親権という概念について少しお話したいと思いますが、親権じゃなくて、親義務、親責任とき

ちんと考える、考えを改めなければいけないわけですね、これは国内の問題でもありますけれども。そうであれば、ある場合、ある条件下においては、親としては、劣悪な環境から子供を引き離す義務があります。その義務の履行として移動する場合もあり得るわけです。そのことも実態を見なければわかりません。もちろんすべてと申し上げるつもりはありませんよ。でも、例外的にそういうことがあり得るということを含めて考えなければいけないのに、この条約はそういうことをおよそ排除する、およそ考えてはいけません。もちろん13条の例外はありますが、そこに該当しない限りは返せと。結局返した結果というのは、子供の負担ですよ。TP に対するペナルティーのつもりかもしれませんが、TP 自身は、帰る帰らないはまた別の問題なんで、結局移動しなければいけないのは子供です。子供にそれだけの負担をかけるのであれば、実態をきちんと判断をすべきであると思っています。

それから、繰り返しになりますが、あくまで保全的なものであって、本案については戻った先の常居所地国で改めて裁判所の判断を受ければいいと言われていています。たてつけとしては、そうなることはそうなのでしょう。

しかしながら、先ほど大谷先生が、どこの国の裁判所でも、国籍とか社会的地位にかかわらず適正な判断を受けられるという法制度、そういう信頼関係があることが必要だとおっしゃったと思います。私も全くそのとおりです。理想としてはそのとおり。であれば、まずその環境をつくるべきではないでしょうか。そのような環境がないにもかかわらず、そういう理想論を掲げてみたところで、結局不利益を受けるのは子供です。

日本に居る外国の方たちのことを考えてみてください。私は、日本に居る外国籍の女性の方に相談を受けることがよくあります。そして日本で、アメリカなどは非常に批判しますが、例えば暴力に関しても、日本はそれなりの制度があると私は思っています。私は、日本の法制度が決しておくれるとは思ってないんですね。だけれども、現実に外国籍の女性は非常に厳しい立場にあります。

まず第1に、在留資格の問題がありますね。日本人配偶者に依拠しなければいけない。いけないって、別に好き好んでじゃないんですけど、制度上そうなる在留資格のもとで、言語とか経済的能力であるとか、あらゆることで格差が生じている人がいます。もちろん例外はあるんでしょうけれども、割と多くの女性はそういう環境にあると思います。日本人女性も同じですけど、さらに在留資格、あるいはいろんな社会制度の使える、使えないということで、圧倒的に不利な状態にあります。その中で、いや、あなただって裁判所の制度を使えるんですよと言ってみたとところで、形式的にはそのとおりなんですけど、それが本当に公正、あるいは平等なものであるかといったら全くそうではない。そういうところがまずきちんと改善された後であれば、場合によって考えられるかもしれませんが、そこは全く放置をしている。ただただ、私は外圧だと思っていますから、外圧のためにこのような条約をつくることは、それは子供のためという名目を使って、実は子供のために全くなっていないと思っています。

それから、後はまたいろいろご質問が出るとしますので、後でまた答えます。

それから、国内法案の問題点はたくさんあるので、全部は申し上げられないんですけど、

幾つかだけ申し上げておきますね。

まず、中央当局による子の所在等に関する情報の提供というのは5条にあります。

1項で、外務大臣による情報提供要求というのがありますけれども、具体的には公私の団体、公あるいは私の団体については政令で定めるとされています。これについては、私立学校、民間の保育施設など、子が利用してる団体や民間のDVシェルターなど、子を監護する者が利用する団体、あるいは電話会社などが想定されているんですけれども、そうしますと、これらの公私の団体については本来の業務、子供の保護、あるいはDV被害の女性の保護、そういう本来業務と、これは真っ向から対立します。そこの調整をどうするんだということは、政府内でも議論になったと思います。結局、そこのところは義務づけをする。2項で、遅滞なく提供する義務というのがあります。義務づけされます。その上で、当面の間はLBPに伝えないからいいじゃないかと。情報を出したって大丈夫だよということにしているわけです。最後、でもしかながら、強制執行の段階ではオープンにします。そうするとDVシェルターなどに、しかも返還実施者ということでLBPが指定される場合が十分想定されますので、DVシェルターなどに、あるいは子供を保護する施設などにLBPが来る、法的に正当な立場を持ってということになります。そうすると、本来業務との調整が全くできません。そこのところは無視されています。

それから、28条に子の返還拒否事由がありますね。細かいことは申し上げませんが、先ほど織田先生、それから伊藤先生からも少しお話がありました。28条の1項の4号、これが条約の13条1項bを受けたものなのですが、そのたてつけとしては13条1項bのとおりにして、それで2項で、4号についてもう少し考慮事由が書いてあります。

しかしながら、まずこれを昨年の閣議了解事項と比べてください。閣議了解事項は織田先生のペーパーの4ページにあります。これは同じじゃないですよ。つまり、これだけのものを国内担保法に入れるということを前提で閣議了解をしたはずなのに、この閣議了解よりも後退しています。

特に、相手方への暴力のおそれというのが、子に心理的外傷を与えることとなる暴力等となって、この文言上は閣議了解と一緒になんですけれども、ただ、これについても、心理的外傷という皆さんすぐにPTSDという言葉が浮かびませんか。ここではPTSDとは、Post traumaticと書いてありませんけれども、どのような場合が心理的外傷を与えるのかということ、これは判断になりますけど、かなり限定的に解されるであろうと。しかし、自分の親が他方の親を殴ってるのを見たら、それってどうなんですかね。ただ、殴ってるのを見てるだけでは、これに多分該当しないです。そのことが、子供にとってはそれはよくないよねぐらいのことは皆さんおっしゃるかもしれないけども、ここに該当するかどうかということかなり微妙です。

それから2項の3号で、子を監護することが困難な事情として、例えば閣議了解のほうでは、経済的困難とか逮捕訴追のおそれ、あるいは入学できない事情などが明示されておりますけれども、今回の法案では全部削除されています。もともと考慮事由にすぎないと後退した上に、考慮事由がかなり削除されています。そうであれば前提が異なるのに、このままやるのはいか

がなものだろうかと思っっています。

それから、証明責任の問題があるんですが、つまり抗弁事由といいますか、返還拒否事由については、TP側に立証責任があると言われていいます。たてつけ上は、家庭裁判所の職権で事実の調査をすることになっておりますけれども、なお不明な場合には証明責任の分配によって判断されるということになっていいます。

そうすると、国外にある証拠をどうやって収集するんだという問題が出てきますね。それについて外務省、外務省だけのせいでもないんでしょうけれども、それはもう自分でやってくださいということにしかならないわけですから、そうすると真実は、本当の客観的事実としては、制限されてるとはいえ条約でいきますと13条1項bに該当するような事実があったとしても、それが証明できるかどうかは甚だ心もとない状態になります。そうだとすると、繰り返しになりますが、本案は判断しないという建前になっておりますから、速やかに子供は返還されると。そのことがどうして子供の利益になると言えるのかというのは非常に疑問です。

さらに、強制執行の問題があります。間接強制を前置するのはともかくとして、その後、代替執行を行うことになっていいます。まず執行官が子の監護を解く。つまり債務者から、TPから子供を取り上げて、その後、執行官がその子供を返還実施者に引き渡すという二段構えになってますね。

先ほど、直接国内の子供の引き渡しの場合に、直接強制についてどうなのかという議論がもともとあったと。現状が直接強制的にはなっているんですけどもね。そのことを、しかしながら直接強制というのはやっぱり躊躇する面もあるということで、このような直接強制ではない形で代替執行という形にしたというんですが、これ実態は全く直接強制そのものです。しかも返還実施者を指定する。つまり、子供から子の監護を解くのは執行官、それはそれでいいとして、その後の返還実施者は、これはだれでもいいわけですね、言ってみれば。裁判所がオーケーしなきゃだめですけども。裁判所がオーケーするのであればLBPがなれます。しかも警察の援助を求めることもできる。そうなると思うんですか。つまり、この条約はあくまでも保全であって、もちろん本案を決めるわけでは全くない、常居所地国に戻ってゆっくりやってくださいねと説明はする。しかしながら、強制執行をすることによって本案の結果を先取りすることになります。説明と全く違う結果が生じるわけです。それについても適切な説明はなされていないと思っっています。

それから、時間がないので第3点。国内事案、あるいは国内への影響について申し上げたいと思うんですが、まず最初に、先ほども言いましたけれども、今後、子供の面接の問題であるとか親権制度についての議論が出てくるであろうというご指摘がありました。恐らく出てくると思っいます。恐らく、大体このハーグ事案というのは、そんなにたくさん事案が想定されるわけじゃありませんので、みんなと言っては言い過ぎかもしれませんが、多くの人は、この国内法ができた後の国内事案への影響というのを真っ先に考えてるはずで。今はまだ封印してるかもしれませんが、ほとんどの人は国内事案のことを考えてるはずで。国内の現行制度がすべて正しいかどうかと言われたら、そこまでは私もコメントをいたしません。それはいろ

んな考え方があるでしょうから、改正の必要がある面もあるかもしれません。しかしながら、決定的に欠けてると思うのは、親権という概念をいつまで使い続けるのかということです。

先ほどちょっとジョーンズ先生のお話を聞きながら思ったんですけど、今の裁判所は、説明としては親の権利であり子供の権利であると言いながら、実際は親の権利1本で通しています。民法の教科書にも、親の権利であり子の権利であると言いながら、なぜ「したがって」なのか私にはわからないんですが、「したがって」面接は原則としてあるべきだと。この日本語の意味がどうしても私にはわからないんですが、そうではなくて子の権利である、親にとっては義務、あるいは責任であるとまずきちんと組みかえなければいけない。その後、そうであれば、親が離婚しようが何しようが債務から免れるはずがありませんので、親同士が。であれば、義務、責任を負うという、そういうことであれば非常に理解しやすいですけど、そういう議論がなされていない。その中で、共同親権というのをただただ導入すればいいのかと。何の解決にもならない。離婚前の紛争が、そのまま離婚後も続くだけのことです。それは子供のためにならないと私は思っています。

それから、子供の面接について言いますと、私は、むしろ多くの母親は、子供が父親と喜んで滞りなく会うことができるのであれば、それにこしたことはないと思っています。しかしながら、それができない事情がたくさんあります。ところが、そのような事情をきちんとなかなか理解されずに、なぜか日本の多くの方たちは、母親が子供との面接を妨害していると誤解をしています。

裁判所はもっとひどいんですが、ここは私と立場が違う弁護士であっても、今の裁判所のやり方はいかかなものかと思っている、そのくらい誤解が非常に強い。なので、やっぱり空中戦をやってもしょうがないわけで、子供の視点で、子供が何を考えているのか、あるいは子供が何を望んでいるのかということを中心に議論しないで、いたずらに親権議論、あるいは面接交渉の議論をすることは非常に危険であると思っています。

それから、床谷先生から、ハーグの構造が国内法に入る可能性があるのではなからうかというご指摘があったと思います。そのことは、私も非常に危険な思いで考えております。先ほどご説明がありましたけれども、今、日本で子供の取り合いをやる場合には、普通は監護者の事件をやります。監護者の指定と子の引き渡しの本案と保全の申し立てをいたします。先ほどちらっと保全と本案が別々の、とりあえず保全を出しといて、その後ゆっくり本案をやるという流れになってるというふうなご説明もあったかと思いますが、ただ実務をやってる感覚からいくと、そういうことはございませぬ。保全を出す場合であっても、というか普通、保全と本案は割とセットで出してきました。つまり、本案をきちんと判断をする。どちらが、どういう環境にすることが子供にとっていいのかということを中心に考えた上で、保全と本案を両方出すというほうがむしろ実務的な扱いです。つまり、本案をきちんとやっている。私はその日本の裁判所のやり方は正しいものだと思っています。それが、このハーグの構造が入るということは、本案は判断するなど、とりあえずそれはだめなんだと、とりあえず文句言わずに返せというのがハーグの構造になりますので、繰り返しになりますけど、そのことは子供の本当の利益

を考慮していない。ただただ裁判管轄、どこの国でもそうですが、管轄の場所、あるいはLBPの権利、それだけを保護するというのは、それは間違いだと思います。あくまで子供を視点にして、つまり本案をきちんと判断して、本案の判断をした上でやっぱり返したほうがいいよとなれば、それは返せばいい。当然そういう事案もあると思います。ところが、そういう枠組みになっていないという、そういう枠組みを壊すようなことについては非常に危惧をしております。以上です。

佐野 寛 吉田先生、ありがとうございました。

それでは20分間、ちょっとここはセッティングを変えるという必要もありまして、少し長くなりますけれども、ただいまから20分間休憩をさせていただきます。その後、もうすでにフロアの皆様からのご質問等も来ておりますし、また、今この間にでもご質問のある方は質問票を出していただきまして、それにも答えながら、この後、総合討論ということにさせていただきますと思います。

それでは、20分間休憩をさせていただきます。

(休 憩)

佐野 寛 それでは早速ですが、全体総合討論ということで、今からですと約90分の時間を予定しておりますので、その間討論をするということにさせていただきますと思います。

まず最初に、コメンテーターの先生方からコメントをいただきました。それに対して報告者の、それぞれ織田先生、樋爪先生、床谷先生のほうから、特にコメンテーターの方のコメントに関連して、まず最初にそれについての回答といいますか、そういうお話をさせていただくところから始めたいと思います。

皆様方からいただいた質問用紙につきましては、こちらのほうの議論というのがある程度進んだ段階で、またこのフロアからの質問をご紹介しながら、報告者の方を中心に回答していただくという形にさせていただきますと思います。

それでは早速ですが、第1報告の織田先生のほうから、コメンテーターのコメントについてお答えをいただきたいと思います。よろしくお願いします。

織田有基子 織田でございます。

4人の先生からコメントを頂戴しましたので、私のほうで4人の先生方おひとりおひとりに対して、ちょっと感想を述べさせていただきますと思います。

まず、大谷先生がおっしゃったことの中で特に私が印象深く感じましたのは、2番目に取り上げられたソフト面が非常に大事だということの中で、他国の法制度との違いを理解する、それからお互いの信頼というのが大事だというお話は全体的なことにもわたることですし、信頼を築き上げるというのは難しいわけですが、非常に大事なことだと思っております。そのためにも、仮にもしこの実施法が現実には法律になった場合には、これはきちんと実施していかないと、かえって他国からの信頼を損ねてしまうということにもなりかねないと考えておりま

す。

それから、非常に具体的なお話で、居所指定権のお話が出ましたけれども、監護権を与えて居所指定権を持つことの、条約、あるいはこの本法律における重要性というのを改めて認識した次第です。

それから、伊藤先生のお話の中で、今回のこの法律案は条約をうまく国内法化していると評価されていらっしゃいましたが、しかし、どうして今この時期にこうなったのかというお話のうち、国際的な人の移動がこれだけ盛んな中で、日本がこれまで非常に反応が悪かった、諸外国のいら立ちの結果ではないかとお話しされたことにずきんとしました。そのとおりなのではないかなと思いました。

それからジョーンズ先生、日本国内の子供たちのためにこういう法律はできないのか。私は国内の法律の状況についてはいま1つ、どういう状況にあるのかここで話しできるほど詳しくありませんけれども、そういう面もあるのではないかと、その次の吉田先生のお話をあわせて伺いまして、そのように感じました。

吉田先生のお話は、根本的な点のご指摘がありました。本条約がそもそも国際裁判管轄を決めている条約ではないか。私も初めこういうふうを考えておまして、そういうことを、以前、この条約が作られたときに関わっていらした池原季雄先生に直接お聞きしたところ、そこまでは考えてないんだけどねというお返事をいただいて、そうなのかと思いましたが、後から考えますと、管轄についてはまた別の考慮もいろいろあって、いろいろ考え合わせてつくる、そこまでの作業はしていないので、ハーグ国際私法会議のその当時の人たちは、管轄を決めるという意識は全くなかったんだらうと後から推測いたしております。ただ、実際にそれに近いような機能があるわけで、吉田先生のお考えは、なるほどと改めて思いました。

1人でしゃべっていると長くなりますので、それでは次の方に回したいと思います。

佐野 寛 ありがとうございます。

今、佐藤所長のほうから、もし先ほどの報告で、あるいはコメントで、言い足りない部分もございましたらあわせてお話をいただければという指示がありました。今、織田先生にはお話しいただきましたので、ちょっと先に樋爪先生、それから床谷先生に回して、その後、もし織田先生もう一度、先ほどご報告された内容について、もしお話し足りない点がありましたら、その分の補足も含めてしていただければと、そういうことでよろしく申し上げます。

それでは、引き続き樋爪先生のほうからお願いいたします。

樋爪 誠 時間の制約もございますので、できるだけ簡潔にコメントに対するコメントをさせていただきますと思います。

織田先生と若干重複してしまうのですが、大谷先生のところについては、ソフト面というところは私も同感ですが、大谷先生は基本的には、弁護士さんとか家裁の方の能力を上げるというような前提でおられたように思いますが、既に法務省のものなどでも紹介されていますように、イギリスとかドイツとかでは、もう1つ外側の団体とか、そういうところの助力もあって成り立っているというところがあるかと思っています。

お話に対するお返しにならないかもしれないですけども、要するに返還するところだけみんな支えて、返還が終わったらみんな散っていくみたいな状況だと、多分当事者はかなりしんどい状況になりますので、そのプロセスですね。返還した後、相談に乗ってあげられる人がいるのかとか、そういった問題も含めますと、さらに外側の、外というのはあれですが、多くの人の力を結集する側面があるかと思います。そのときに他方で大事になってくるのは、その場合、法的な内容をどこまで理解できるかということがございます。

例えばアウトゴーイングの例をお出しになったところがありますが、日本から出ていった場合、常居所地法が日本ということにもなり得るのですが、常居所地の国際私法の理解も要るのかというような話も出てきますので、そういう面では、かかわる人が増えてくれば増えてくるほど、共有するのは各国の民法だけじゃなくて、常居所という概念のとらえ方も含めて、やるべきことは比較的多様になるのかなと思った次第です。

ジョーンズ先生と伊藤先生のところについては、私にはダイレクトではなかったように思いますので簡潔にですが、ジョーンズ先生がおっしゃったように国内じゃないかという話は同感ですが、同時に非締約国、日本が締約国になれば、日本は非締約国との関係も一定残ってくると思います。多くの国が参加しておりますので日本は後のほうになりますけれども、国内・国外問題と締約国・非締約国問題ということで、そういう問題もあるのだろうと思いますし、伊藤先生がおっしゃったように、私の理解している範囲でも、奪取条約をつくったときの模範型は多分、男性が連れ去っていくというようなパターンを主に想定していたのではないかなと思います。おそらくそういう基本的には、男が連れ去っていくみたいなことが起こるのでないかということを中心に考えつつ動き出したと推測します。ところが、90年ぐらいからちょっと少しずつ実態が明らかになり、母親が返したくないというような状況が顕在化してきて、その中でドメスティックバイオレンスとかいろんな話が出てきているという流れでしょうか。多くの外国の論者も言いますが、奪取条約が当初予定していたのとは大分違うのですが、当初は何を予定していたのかというと、伊藤先生のご指摘のような状況があったのかなと思います。

最後に吉田先生のお話で、実は私なりには報告させてもらったつもりなのですが、繰り返させていただきます。奪取条約は複雑な規定でして、恐らく奪取条約の枠組みとしては、12条を軸に不法な留置等があれば迅速に返しなさいということなのですが、基本報告書にも書かれていますように、そこに前文の子の福祉のような問題がどうリンクしてくるのか。織田先生は、早く返せば環境の変化が少ないので子供の利益にもなるというご理解ですが、私はそこがまだ、子供にとって迅速に返還するということがどういうのがあるのかというのがなかなかわからなかったところがあるのです。少なくともそれが顕在化するのはいろ例外規定のあたりに出てきますので、私の理解は恐らく少数であり、不適切かもしれませんが、奪取条約自体が悩ましい仕組みになっているのではないかなと思うところがあります。

子の福祉が至高の命題ならば、条約の順番はともかくとして、もう少し子供の意思表示などが前面に出たのだらうと思います。ただ、1980年代にやっぱり葛藤があって、迅速な返還には、それが親のためというような側面と、そこに当時大事な要素として上がってきた子供の福祉と

というような側面をミックスさせたのではないかと思います。条約上は少しその辺が判然としな
いかもしれませんが、吉田先生のような根本的なご指摘を受けるのかもしれませんが、ご指
摘のような下地が奪取条約にないかといえ、私は条文構造上一定あるのかなと認識をしてお
ります。お答えになってないと思いますが、そういう感想を持った次第です。

佐野 寛 ありがとうございます。

それでは、引き続き床谷先生のほうからお願いいたします。

床谷文雄 私はどちらかというコメント的な気分でしたので、余り十分、コメンテーターのご
質問を自分に対する意見を問われるような内容としては聞いていないところがございまして、
どなたのご発言に対してこうお答えするということはちょっと控えさせていただきまして、4
人の先生方、コメンテーターからいただいたこと全体の中で、国内法とか、私が民法の家族法
を専門にしていることから感じましたこととお話しさせていただきたいと思います。

まず、日本の法律の中に、子供の権利とか子供の利益ということが十分書かれていないとい
うご指摘がございました。このハーグの条約のような、こういう体系のもの、たくさんの条文、
複雑なものをつくれるのに、日本の国内事案についてなぜつけれないのかというご指摘でござ
いましたけれども、日本の法律、国内事案の中でのこういう奪い合いの問題とか、子供の監護
の配置の問題、監護権者の決定の問題というのは、基本的に民法の中にあるものを実務上は運
用することで長年やってきておりましたので、その運用の中で、裁判所の中で定まっているも
のが、判例法の国で言えば一種の判例的なものとして十分機能していると思っている。裁判官
は、これまでのやり方とか過去の1つの大きな基準に乗っかって物事を動かしているという、
そういうことでやってきているのだろうと思います。

特にジョーンズ先生の820条のご指摘、このアンダーラインを引いていただいて、子の利益の
ためにとこのを入れたことを、これは批判的におっしゃってるのか本意はわかりませんが、
真意はわからないのですが、この820条の規定の中に、子の利益のためにとこのことをわざわざ
入れたこと、言わなくても当たり前ではないかというのが従来の考え方で、当然、親権とい
うのは親義務という言葉もありますが、子供の利益のために親に与えられている目的権利であ
るということは従来から言われているわけで、わざわざ子の利益のためにと言わなくても、こ
れは当たり前ではないか、だから書いてないということは従前から言われていたわけです。

しかし、現実はそのようではなかったということで、特に今回の改正が虐待防止の面に絞って法
を改正しましたので、親権全体の大きな見直しをするということは最初から放棄して、特に虐
待に絡むところだけを改正するということでしたから、対象となる親権行使者が子の利益を十
分に考えていないそういう人に対して警告的に明示をするという、そういうようなことが立法
の際には働いたのだろうと思います。

民法の規定の中には、子供の利益を考慮して裁判官が判断をするという規定は、例えば親権
の変更をどうするかというときに子供の利益というのが基準になりますし、特別養子縁組の問
題とか、そのほかのところでも、子供の福祉とか利益というのは、いま条文がありませんので
正確に条数は申し上げられませんが、そういうことが定められております。これらは

徐々に、少しずつですが、具体的に子供の利益が裁判官の判断基準であるということを法文の中に落とし込んでいっているのだらうと思います。何分日本の民法の規定はなかなか変わりませんので、一挙にすべての条文に子の利益とか子供の権利というようなことを入れるというような状況ではなく、必要最小限度のところだけが入ってきているというのが現状であろうかと思っています。ただ、運用する側にしても、当然、子の福祉ということが最高の基準であるということとは理解した上で、法は運用されているということは間違いがないわけです。

それから、このハーグ条約の問題との関連で国際調停の話をされましたけれども、国際調停というのは、恐らく日本人とアメリカ人の間の調停であっても、日本語と英語でやってもとても大変だらうと思いますが、英語以外の国となると、とてもじゃないけどもうまくやれないんじゃないかと。これは法廷通訳のスタッフですら十分に居ないのが現状でありますから、大谷先生がおっしゃったように日本語と、例えば英語、外国語を介する調停人が入って実施することが十分にできれば、これは理想ではありますが、なかなか現実には難しいのではないかと思います。条約上、連れ戻しの権限が基本的に与えられている側が、話がなかなか通じにくい調停にうまく乗ってくれるかどうかという点については、私なんかはちょっと、どこまで国際的な調停が実現できるのかということについてはよくわからないところがあります。

それから、日本の調停は、ご存じのように別席調停が、離婚にしる子供の面会交流の決定にしる一般的ですので、恐らくこういう国際調停の場合は同席調停を前提にして想定されていると思うのですが、これも日本のこれまでのやり方とは随分違うので、そういうところも障害になるのではないかと考えています。

ちょっと、あとはもう忘れました。ここはカットしてください。

佐野 寛 でしたら、もう少し思い出していただくとして、お時間を取らせていただきたいと思っています。

今、コメンテーターのコメントに報告者の方からお答えをしていただきましたけれども、コメンテーターの先生方からも今お答えをいただいたということもございますし、また、コメントの中で言い足りなかった部分というのも若干おありかとも思いますので、引き続きコメンテーターの先生方からも少しお話をいただこうと思います。

それでは、まず大谷先生のほうからよろしくお願いします。

大谷美紀子 実は吉田先生が発言されたときに、前の3人とは立場が違いますとおっしゃったので、私は条約に賛成の立場と数えられてるんだらうなと理解したんですが、自分の立場をはっきりさせたいと思います。

というのは、賛成か反対かとよく新聞なんかでは割と最近、そういう両方の意見をぶつけるというのがスタイルになっているらしくて、どちらかの立場をはっきりしろといつも言われるもんですから、二分論で聞かれると賛成ですといつも申し上げます。そうすると、私は何かとてもこの条約に入ること、あるいは条約そのものについて、とても支持をして賛成をして推進しているかのように書かれます。でも、実はそうではありません。吉田先生は、恐らく私を含め、前3人の方と非常に立場が違うというつもりでお話しされたのかもしれないんですが、吉

田先生がおっしゃった条約に対する問題点や危惧、疑問意識というのは、私はかなり共通して実は持っています。ただ、先ほど申し上げたとおり、どちらなのかと聞かれると賛成と言います。それはなぜかという、10年以上この分野で実務をやってきて、何らかの国際的なルールがないと、もうもはやこの問題を当事者たちが苦しむことに任せていることでは済まないというのを日々感じているからです。

そういう意味では、先ほど報告者のほうからもお話が出ましたし、コメンテーターの中からも出ていたんですけれども、この条約が1980年につくられたとき、その起草過程の記録というのがあるんですが、私は実はかなり読み込んでいます。どこまで真剣にいろんなことが議論されたかという、やはりちょっと議論不足だったのではないか、そのころから想定している事案が変わってきているということもよく言われてますけども、それだけじゃなくて、条約のつくりですとかいろんなところでいろいろ問題を感じています。

では、この条約に入らないことで、何か日本が今抱えてる問題について、別に外圧をはねのけるというそういう意味ではなくて、この問題にいろいろかかわっている当事者、特に子供にとって何らかのほかの解決策があるのだろうかというところに、最後、いつも自分の問題意識が戻ってくるわけで、今のところないということから、この条約に入ること、今回もまだ入るという結論にはなっていませんが、入るべきだという議論が起きてきたことで、この3年余り、相当メディアでもいろんなところでもこの問題について議論がなされ、私はそれは有益だったと思っています。いろんな意味で有益で、こういうことが起きている、こういうことを当事者が経験をしていて、いろんな意味で非常に困っている。実は国内にも同じような問題が起きているけれども、それに対する手当てもなされていない。あるいは子供に対する暴力そのものもそうだけれども、暴力のある家庭に子供が置かれることも、子供にとって虐待である、暴力であるということについての認識ですとか、あるいは移民女性がそこで生活している中で、吉田先生も指摘されましたけれども、じゃあ日本に住んでいる外国人女性は一体裁判でどういう扱いを受けてるのか。女性だけでなく、外国人の男性もそうです。いろんな問題意識を私たちの間で巻き起こした、これは議論のきっかけだったんじゃないかと思っています。

そういう意味で、ここでいろいろ起きてきた議論というものを、今回の通常国会で通るか通らないかは別として、また、条約について日本が仮に入ったら、私自身はいろいろ問題点も指摘しながら、本当に難しい問題ですけれども、人が移動するという現実の中で、両親の国籍が違う、あるいは住む場所が違うという子供にとって何が一番いいのかということを実に悩みながら解決していくための議論と手当てというものを、大変な課題ですけども、やっていかなきゃいけないと思っています。

その意味で言うと、1点だけ実は言い足りなかったところを申し上げたいのは、私は、この条約の仕組みを国内にそのまま持ち込むということについては懐疑的な立場であります。保全とか原状回復とか言われていますけれども、私はこの条約の中にある1つの問題として、管轄の問題は大きいと思っています。織田先生がおっしゃいましたように、確かにハーグ条約では96年条約というのが別にありまして、管轄についてはそちらで決まっていますので、この80年

条約では管轄のことは決まっていますが、背景としては国が違うというところで、国の制度が違う、あるいはある国が出した裁判がほかの国で守られるかとか、そういうことが背景にあって、どこかの国で1回、子供の監護の問題を決めなくては行けないと。吉田先生のコメントの中にもありましたように、それに本当に合理性があるのかと。例えば、子供が行った先でやってもいいじゃないかと。お互い、例えば裁判制度についてとても信頼があれば、本当はそれでもいいのかもしれない。ただ残念ながら、世界の監護に関する実体法も手続法も統一されていない、言葉も違う。そうした中で、とりあえず、やはりこれは一応子供を起点に、子供が元居た国でやろうということが背景にある条約だと理解していますので、そのことは、国内ではストレートには私は当てはまらないのではないかと考えています。

国内での連れ去りに関しては、原状回復といって必ずしも元に戻すというよりは、むしろ私は本案をきちんと審理して、監護者はどちらがいいのかということを決めるまでの間に裁判所が介入をして、場合によっては元に戻すという保全もあるかもしれませんが、場合によっては、今いる監護者と居るということを経験所が保全で決定すると。そのかわり、一緒に住んでない親との交流、面会を切らさないようにするという経験を裁判所が適宜、迅速に介入して決定して、紛争が激化するのをきちんと食い止めるということが必要なんじゃないかというのが、私のこの問題についての立場ですということを発表させていただきたいと思いました。以上です。

佐野 寛 大谷先生、どうもありがとうございました。

引き続き伊藤先生のほうからありましたら。

伊藤公雄 今回のハーグ条約の批准に、どちらかといえば賛成と大谷さんはおっしゃいました。実は、私はいまだにどちらかといえば慎重派であり続けています。なぜここに呼ばれたかといえば、今回のハーグ条約の批准には慎重であるべきだという署名に私が応えているからだと思っています。私が慎重派として署名しているのを佐藤先生がご覧になって、あなた来なさいよということでこの場にいるわけです。いまだに慎重派ではありますが、今回の議論を聞きながら、また審議中の法案を読むなかでいろいろと考えさせられる点がありました。特に大谷先生のお話なんかを聞きながら、日本の国内法としては珍しく、国際条約の内容をそれなりに全面的に受け入れ、日本語の法文にすることで対応しているということは、今後のグローバルなレベルでの法の仕組み作りという面でいえば、一歩前進かなという思いはあります。

私は一方で、男性のいろんな課題にも取り組んでいます。ハーグ条約に慎重になるべきだという署名をしたときには、一部の男性グループから裏切り者扱いされました。特に父親の養育権を要求する動きの人たちからは、おまえは男性問題をやっていたのではないかと、厳しい批判もされました。ただそのときに、私は父親の問題も含めてこの問題はやっぱり慎重に対応すべきだと考えました。慎重になるべきだと考えた最大の理由は、やはりDVの問題です。先ほど樋爪先生もおっしゃいましたし、ほかの方もおっしゃいましたけども、明らかにハーグ条約制定の80年代の段階では、父親の子の連れ去りというのが前提になっていた。その後、いろんな形で事情が変わって、さまざまな理由で女性が主体となって、子供を、吉田先生の言葉を

借りると、国際移動するという動きになってきたわけです。きょうのお話の中で私がびっくりしたことがあります。樋爪先生の報告のなかで出てきた問題です。レジュメの8ページのところに書かれています。ハーグの取り組みにおいて、ドメスティックバイオレンス、ファミリーバイオレンス問題は、ごく最近になってやっと視野に入り始めているという段階でしかないということです。これについては、かなり驚きました。

逆に今回の日本の側の法案は、ハーグの80年の条文に対して、かなりDVを念頭においたかたちにはなっている。推測するに、私たちの慎重に対応を望むという署名運動の効果があつたのかもしれない。実際に、きょう織田先生がおっしゃった、あるいは吉田先生も触れられた了解事項のところに書かれているところです。相手方に対する暴力等というところで書かれていることです。

条文の話にもう少しふれます。日本の側の法律案ですが、実はこの了解事項の2番目と28条の2の2というところですが、文言は実は変わっています。了解事項のほうは、子とともに帰国した相手方がさらにかかる暴力等を受けるという文言なのですが、日本側の法律に関しては、その相手方が暴力を受けるということをはっきり明記しておりません。つまり、子が心的外傷を与えることとなるような暴力という文言で逃げているわけですね。逃げているのは、もともとの条約がDVを前提としてなくて、子の心的外傷についてのみ、ある種の返還拒否の理由にしているからなのだと思います。この辺の駆け引きの中で、私は日本の政府に、もうちょっと頑張ってもらいたいなと思うんですね。もっとはっきりと、帰国した相手方がさらに暴力等を受けることがあるということについての文言が書き込めなかったのか。ただし、これは、恐らくは国際条約を国内法に移すときに書き切れなかった部分なのかなとも思っています。そういう意味で、この相手方に対する直接的な暴力に対する対応をこれからこれを日本の運用の中でどう考えていくのか、一応遠回しに書いてあるものを実際に運用できるのかどうかということが多分問われてくる。その点に関してはいまだに慎重派の立場にあります。

外圧の中で、外国の父親から要求される中で、裁判所がそれこそヘナヘナという形で折れてしまうということに対する危惧というのを、私はまだ捨て切れておりませんし、残念ながらそれを担保する文言には現行案はなっていないというのが事実かなと思います。

以上です。

佐野 寛 ありがとうございます。

それでは、ジョーンズさんから何かありましたら。

コリン・ジョーンズ もう少し親権の内容について考えさせていただきたいと思います。子供の利益のために親権を行使することになりましたけれども、それが専ら親の義務であるとすれば、その義務は何なんだろう。民法の中に基準となる、しかも児童心理学などに基づく明確な規定があれば、まだ納得はできますけれども、今の書き方では事後的、もしくは事後法的にしか知ることができない仕組みなんですね。要するに後から親が、制度側の裁判官とか弁護士とかその他の専門家から、親の義務はこれですと。それは専ら {児童心理学や児童福祉の専門家ではなく} 法律の専門家によって行われていいんでしょうかというのが1つ危惧としてあり

ます。親権は親の義務であると言われるのが民法の中には権利と義務とはっきり書かれてるのに、そんな解釈していいんでしょうかと。きっと察するには、制度側の方々からすれば、権利をしつこく主張してくる親がいて、その中に人格的な問題があったり変な主張をする親がいるかもしれないんですが、それに対して、おまえ、親としての義務を考えろという気分になって不思議はないんですけども、親が物すごくしつこく子供について権利を主張するのが当然なんです、健全なんです。しかも、親の権利として主張してるのか、子供の権利として主張してるのか、そんなにきれいに切り離せるものなんでしょうかというのが私の疑問であるんです。

つまり、子供の権利をだれが主張すべきなのは、まず親が、恐らくだれよりも適切に主張できる前提が制度にあっていると思うんですけども、今の制度では、子供の権利はひょっとしてそのことがあったことがない制度側の専門家が親に対して、これが子供の権利、そして親の権利ではなくて義務であると、そういう仕組みになっているので、本当にその子供をだれよりもわかってる人で、権利主張できる人は阻害されるのが今の制度と私は思ってるので、それは国内法の制度の問題でもあるんでしょうけれども、これからのハーグ条約の実施にもあらわれる問題ではないかと思えます。

佐野 寛 ありがとうございます。

今、親権の問題については、恐らくいろいろ議論があるところかと思えます。そういう点についてももちろん今後検討する必要があると思えますけれども、最後に吉田先生のほうからコメントがございましたら。

吉田容子 大谷先生が言われたように、この条約について手放しに大賛成という方は、この条約を知れば知るほど減ると思えます、恐らく。消極的賛成、やむを得ず。消極的にやむを得ないというか、それとも、やはり消極的であっても、これは採用すべきではないというか、どちらかではなからうかと私は勝手にそう思ってるんですが、さまざまな問題があるということは間違いないわけですね。

その上で、じゃあ現に子供の移動、一方の親による子供の移動が起きたときに、じゃあどういうふうにそれを解決というか調整するのかと。その手段といいますか、枠組みが今ないのではないかと。もし、今ある枠組みの中で採用するとしたら、これしかないのではなからうかというご意見だったかとは思いますが、しかしながら、もともと子供の権利をきちんと守るような枠組みになっていない条約の中で、それら一部は結果的に、例えば非常によろしくない親が勝手に連れ去ってしまいましたと、それを戻しましょうと、それは結果的に子供のためになるという、結果論としてそういうことがあることはあるんでしょうけれども、しかしそういうケースが多数であるとは思いませんので、逆にそうではないケースのほうが多い。枠組みとしては、これは子供の権利を守るものではないということで私は思っていますので、ですから消極的であっても、私はこれはよろしくないと思っています。

じゃあ、どうすればいいのかということになるんだと思えます。そこが確かに頭の痛いところなんです、私の考えは、どうせ、例えば米国から日本に子供が来ました。日本の家庭裁判所でこのハーグの返還審議をやりますということであるならば、つまり、仮に日本でやらなけ

ればいけないのであれば、もう本案の判断しちゃえばいいと思うんですよ、私は。きちんと本案についての主張と立証して、それで本案の判断をするべきだと私は思うんですね。

現実問題として、6週間の審理なんてそんなの超えてますからね。もっと必要であればかければいい、必要でなければそれを早くやればいいけれども、あくまで原状回復ですよなんて言いながら原状回復じゃないことをして、結果的には返還したらもう本案はほぼ決まりですからね。そのようなものはおかしいと思います。やはり本案をするならするということで、きちんと制度の枠組みをつくるべきだと思います。

それから、先ほどちょっと言い忘れちゃったんですけども、例えば樋爪先生のペーパーの5ページのところに監護の権利ということで、わかりやすく書いていただいたものがあるんですが、2つ書いてあって、5条のaのほうなんですけども、監護の権利には、子の監護に関する権利、特に子の居所を決定する権利を含むと。その点については先ほど大谷先生からもお話があったかと思いますが、つまり、我々が日本で普通言う監護はしていない、しかしながら、居所を決定する権利だけは持っているという場合があるということですね、当然これは。つまり、日本で日常的に我々が言う普通の監護というのは、事実行為として、あるいは法律的な権利義務として、きちんと子供を見ている、よく監護しているということを指しています。しかしながら、この条約上は、そういうことは全くしていない場合であっても、居所指定権さえ持っていれば返還を求めることができるということに論理上なります。それが子供のためなのであろうかと、またますますここがクエスチョンマークが大きいくつとところになります。

そのことも含めて、繰り返しになりますけども、この条約の改正あるいは修正ということで対応できるとは私には思えません。枠組み自体が、全く今の起きている子供の移動に対応していないと思ってます。ですから、新しい枠組みをもしつくるならつくる、国際的なものをつくるのだったらつくるといふほうがよほど私はまともだと思っています。

ということで、とりあえず。

佐野 寛 ありがとうございます。

一通り議論をいたしましたので、そろそろといいますか、フロアのほうから幾つかいただいているご質問があります。

ただ、内容を見させていただきますと、やはり今議論になっている関心の行き着くところ、同じようなところだと思われま。例えばDVの問題であるとか、あるいはこのハーグ条約を日本が批准し新しい法律ができた場合に、それが国内の法制にどう影響を及ぼすのか、そういう点が大体皆さんのご関心の中心かなというところでもあります。その点についてはもうすでにいろいろお話をさせていただいた部分もありますが、個別に聞かれている部分もございますので、その点からちょっとお話をさせていただこうかなと思いますが、織田先生に次のようなご質問をいただいております。

質問者Aさんという方ですが、現在すでに子の連れ去りを実行している場合、条約締結後に子の返還手続の訴えが既存の締約国の居住者からなされた場合は、条約及び新しい法律が連れ去った日本人の親にも適用されますか。要は遡及適用がありますかという点が1点です。

それからもう1つは、子との接触の確保は、子供の強制的な連れ戻しに効果があると言われるかもしれませんが、これに対してより積極的な予防策は日本あるいは海外でとられていますか。

こういうご質問が織田先生に対してありますが、その点についてお答えいただければと思います。

織田有基子 ご質問いただきましてありがとうございます。

まず1点目です。遡及効の話としてとらえてよろしいんだろうと思うんですけども、一応、条約では35条の1項、あるいは法律案では附則のほうなんですけど、第2条に遡及効は認めないという趣旨の規定がありまして、法律案のほうをちょっと読み上げますと、附則の第2条ですが、「この法律は、この法律の施行前にされた不法な連れ去り又はこの法律の施行前に開始された不法な留置には、適用しない」という条文ができておりますので、それに当てはめますと、恐らくこれは適用されないというお答えになるのではないかと思います。

それから2つ目、これはちょっとお答えするのが難しいんですが、私の考えでは、むしろ面会交流というのは、これは子と親の当然のこととして、常に面会を、安心あるいは安定した状況で行うことが確保できるのであれば、予防的な効果があり、また、連れ去りが起きた後も、連れ戻しと、さらなる子に対する害悪を防止できるという、そういうふうなスキームで考えられていると思います。これに対して、子の面会交流よりももっと連れ戻しに効果がある予防策が何かとられているかどうかというご質問だと思いますけれども、どうなのでしょう。私は多分、今の状況では、これは残念ながら日本では行われてはいないのではないかと思います。お答えになっていますでしょうか。

佐野 寛 質問者Aさん、お見えでしょうか。何か今の答えに対してありましたら。

質問者A ご回答ありがとうございます。

最初の質問に関してなんですけれども、例えば日本では遡及されないということになったとしても、例えばその方が一時帰国なんかをすることはほぼ不可能な状態になってしまうわけですよ。元居た国に子供を連れ戻す、あるいは自分が帰るといようなことになった場合とという。

ちょっと昨年度、ハワイに一時帰国した日本人女性が逮捕されるというケースがあったわけなんですけれども、ああいう状態は、日本では法律以前に日本のほうに帰ってきたということで遡及はされないということになったとしても、海外、例えばまた戻ること、あるいは海外で指名手配される、ウォッチングリストに載っているということを抹消はできないわけですよ。

織田有基子 ありがとうございます。

たまたまハワイはアメリカで、アメリカは締約国ですので、条約上遡及はないですけども、もし条約に入っていない国は事実上そういうことがあると言われると、それはもう条約の範囲外ですので、そういうこともあり得るかと思います。

佐野 寛 引き続きですが、同じく質問者Aさんから樋爪先生にもご質問がありますので、あわせて樋爪先生へのご質問をご紹介させていただき、ご回答いただきたいと思います。

申し立ての際にDVなどの立証が難しいということですけども、この申し立ての過程で子供の監護、あるいは養育をした、あるいはしていなかったという点はどのように証明されるの

でしょうかというご質問が1つ。

それからもう1つは、これも条約及び条約に基づく手続において、国際法の国内法における優位が認められていたとしても、民法あるいは社会通念においては、各国の家族の観念が異なるのではないかと。その点はどのように考慮されるのか。ハーグ条約は、核家族というのが家族と理解されているように見えますがという趣旨のご質問です。

樋爪先生、何か。

樋爪 誠 ありがとうございます。

1番目につきましては、申し立ての過程でとおっしゃっているのは、争っている段階でということですから、恐らく司法機関で争っているときに、監護者は監護権を実行していなかったんじゃないかという奪取者側、吉田先生の表現によるとTPの抗弁のような形で出てくるのだらうと思います。具体的にはどういう場合かということかとも考えたのですが、何らかの形で監護をちゃんとしてなかったという状況が、奪取者側が何らかの形で証明するんだらうと思われまます。

DVが難しかったというのは2つの意味があって、DV自体の立証が難しいということと、DVをした、されたといって、それがこの手続との関係でどういう影響があるのかということ意味での立証の難しさかなと思います。たいへん難しいというわけではないのだらうと思います。過去に大きく注目されたような例を、記憶だけでは、今この場では御紹介できません。

それから2つ目は、核家族を念頭に置いているかどうか。要するに奪取条約という国際法が入ってきて、国によって条約の位置づけは違いますけれども、各国法がその下にあるけれども、それぞれ違うのじゃないかと。奪取条約は割とステレオタイプ化してないかとか、そういうことでしょうか。私が質問したらいけないのでしょうか。

佐野 寛 よろしいですか、今のお答えで。

質問者 A 済みません、長く時間をとってしまって。

例えば、実質、祖父母が養育にかかわっていた。例えば、日本だと母親がシングルマザーという状態で帰国していて、彼女が仕事に従事しなきゃいけないという理由もあって、実際の養育は祖父母がかかわっていたみたいになったとき、そういうケースというのは、例えばほかのところから日本に連れ去られたというときに、そういうことの祖父母であるとか、養育者が実際の母親とは異なっていて、身内のだれかがやっていたみたい。どのくらい子供がその新しい生活に適應しているとか、あるいはそこで新しい家族関係を構築しているみたいなどころにどのくらい影響するのかなという。済みません、ちょっとわかりにくい質問ですけど。

樋爪 誠 今のは奪取してきたところで祖父母が面倒を見てるという。

質問者 A そうですね。ただ、逆の場合もあると思うんですけども。

佐野 寛 何か大谷先生のほうからお答えがあるそうですので、大谷先生よろしくお願いします。

大谷美紀子 きょうは、できるだけ条約と国内法を正しく理解するというのがシンポジウムの趣旨と伺ってましたので、済みません、僭越なんですけど、もしかしたらご質問者の方に誤解があるかもしれないなと思いましたので。

今の2つのご質問なんですけれども、条約で言っている監護権というのはかなり法的な概念でして、事実に監護しているかどうかということはちょっと直接的ではないんです。

ですから、例えば1つ目のご質問もそうなんですけれども、父親が、例えば仕事が忙しくて、どれだけ監護してたかということは余り関係なくて、法律上、例えば婚姻中に親権があれば、もうそれは基本的には監護権の侵害ということになりますし、まれに離婚後、一応共同親権状態だったんだけど、養育費も全く払わない、面会もしないというような状態だったときに、果たしてそれでも監護権の侵害と言えるのか、現実の監護をしてたと言えるのかとって争いになったこともあるんですけれども、アメリカの判例では、よほど親が子供を放棄したとか、積極的なそこまでのことがなければ、基本的には監護権が法律上あれば、あると認めるという判例になっています。

同じく2つ目のご質問で出された、例えば祖父母が養育していた場合ですけれども、これは法律上、例えば、親が虐待をして親権停止して祖父母のほうに親権があるとかということであれば直接その人の監護権の侵害になりますけども、そうでない限りは、やはり法律上、だれが監護権があって。確かに祖父母が養育してても、例えば親に監護権があれば、ほかの国に連れ去られるということ自体がその監護権を侵害しているということになりますので、ちょっと事実上の概念ではないということだけちょっとお伝えたくて発言させていただきました。

佐野 寛 ということでもよろしいでしょうか。

多分、そういう形式主義的な面があることが、先ほどから吉田先生のご批判のある部分の一端でもあるのかなとも思います。それでは続いてですが、DVのお話がありましたので、このDVの点についてご質問がある点ですが、これは質問者Bさんという方からのご質問ですが、子が親のDVを目撃した場合は虐待になると虐待防止法ではっきりうたわれているのに、親のDVがあっても、つまり明らかに虐待があっても、子は戻されてしまうのでしょうか。経験上、親のDVを知らない子供はいないと思いますと、こういうご質問です。

法律の理解にかかわる部分ですので、この点については織田先生からお話をいただき、もし樋爪先生のほうから、外国の判決などで親のDVに関してどのような判断が、条約についてです、なされているかということについて、もし何かあればお話をいただければと思います。お願いします。

織田有基子 ご質問ありがとうございます。

まず、子が親のDVを目撃した場合、そういうふうな場合でも子供は戻されるのかということですが、これは本法律案でいきますと28条の2項にかかわる問題かなと思います。これは抽象論では、返される場合もあるんでしょうし、返されない場合もある。つまり例外に、返還しなくてもいいという事実が証明されれば、これはもちろん返還されないことになります。

佐野 寛 とりあえず、今のお答えで。

それで、先ほど言いました条約で多分いろんな国の判例があるんだろうと思いますけれども、樋爪さん何かないですか、DVに関して。

樋爪 誠 ですから、先ほど伊藤先生も言及していただきましたけども、御紹介した去年出たレ

ポートは、各国から DV、FV などのレポートが上がっています。かなりの数あるだろうと思いますが、今ご指摘の点に即答できるところはないのですが、私の記憶が正しければ、ご指摘のようなところはきょうの検討課題で今後の検討課題でもあると思われます。すなわち親同士のバイオレンスが子供にどれだけ影響するかということは、質問者がおっしゃるとおり、一般論としては当然考えられるところですが、運用の中でどうやっていくかということは課題として上げられているという認識であります。質問者がおっしゃっているような状況は、それはもう返還すべきではないというのが全体的な方向性かもしれませんが、そういう例が多いかと言われるとちょっと私は答えを持ち合わせておりません。けれども、そういう問題が認識されていて、検討されているということは事実だと思います。

佐野 寛 吉田先生、どうぞ。

吉田容子 日本でもこの法律が通って施行された場合に、返還拒否事由に当たるかどうかという実務的に非常に重要な問題になってくると思うんですが、子供虐待防止法の2条4号でしたか、たしかその条文があるのはあるのですけれども、やはり実務的には、それは例えば「ぐさっと刺してしまったのを見た」という場合であれば、それは恐らく何らかの心理的外傷が残るだろうということに判断されると思うんですけれども、それはつまり何らかの症状が出るであろうと。そうではなくて、「1発2発殴りました」と、あるいは「非常に人格をおとしめるような暴言を言ってます」と、それでなるかということ、なかなか微妙なところです。

本来は、せっかく法律をつくった趣旨からいきますと、それは虐待に決まってるでしょと私たちは言いたいのですが、現実には必ずしもそうではない、非常に難しい判断になってくるということだけ申し上げておきます。

佐野 寛 ありがとうございます。

大谷先生よろしいですか、今のようなことで。

大谷美紀子 伊藤先生もさっきびっくりしたとおっしゃったんですけれども、ハーグ国際私法会議で、実は子供の国際的な移動の背景に DV の問題が重要な要素としてあるということについて、きちんと取り上げられたのが昨年が初めてだという状況の中で、現実的にはこれまでの INCADAT に載っている判例を読みますと、実は昨年、日弁連で外務省から委託を受けて、INCADAT の判例その他、それ以外のものも含めて、相当数の判例を読み込んで日本語訳にしたものが外務省のページに載っていますので、ご関心のある方はぜひご覧いただきたいのですが、そもそも INCADAT のチームがつくっている判例分析という中に、DV という項目そのものがない。したがって、13条1項b と DV の解釈・適用についてという分析がそもそもなされていなかった。そのこと自体が、私としてはちょっと驚愕したんですけれども、今、日本にこの条約が入るよということによって相当外圧というか、そういう発言をされているアメリカの国内において、実はこのハーグ条約と DV の問題についての研究、関心が高まったと。実は、アメリカが一番そういう意味では研究が進んでいる。それからアメリカには、国外に子供を連れ去るとそれが連邦犯罪になるんですけれども、その抗弁として、実は DV から逃れることというのが抗弁になっているというような、もともと DV の問題というのは結構意識されている

という状況があります。

それで、端的に言わなくちゃいけなかったのは、外国の判例でどうですかということなんです。そういう意味で、実は INCADAT でも余り DV 関係の判例がまとまっていない中で、拾い出して読み、分析し、また、アメリカが一番進んでますので、アメリカの13条1項bの適用に関する DV 関係のものをいろいろ読んできましたが、もともとは子供に対する暴力でないと13条1項bに当たらないというのが伝統的な解釈でした。その後、直接子供には向けられていないんだけど、親に向けられた。親に向けられたときに、子供をたまたま抱えてたので当たったかもしれない、危ないというようなところで、ようやく13条1項bに当たると。

その次が目撃です。その後、目撃していないんだけど、母親がそれで非常に心理的に抑圧された状態で、それにもかかわらず返還命令が出ると、例えば母親が自殺するのではないかというおそれがあるというようなところで、ぎりぎり13条1項bが認められたりとか、かなりまだ厳格な運用がなされているというのが実態だと思っています。

それが今後、昨年、ハーグ国際私法会議も、ようやくこの問題についてきちんと研究しなくてはいけないということを言いまして、ことしの4月20日にハーグ国際私法会議で会議が開かれて、そこでこの問題について専門家から成る作業部会を設置しようという動きがありますが、その以降にどういうふうになっていくのか。

先ほど立証が難しいかどうかという話が出ましたけれども、難しいです。その証拠認定の問題、証拠をどうするか、事実認定をどうするか、解釈をどうするかということで、今後この部分については動き出す気配が今見られるかなという感じだと思います。

他方で、子供が親の DV を目撃した場合だけではなくて、国連の子どもの権利委員会は、家庭内暴力がある家庭に子供がいて、さらされていること自体を子供に対する暴力と、きちんとそういう意見を出しています。そういう国連での議論なんかもきちんと取り入れられて、この問題が世界各国できちんと運用されていくように、日本が今後こういう法律をつくって、どう運用していくかというのは1つのかぎなのではないかなと思っています。

佐野 寛 どうもありがとうございました。

質問者 B さんからほかのご質問もありますので、ちょっとそれをご紹介した後、もし何かあればまた、それでいいのかお伺いしたいと思います。もう1つは子供の意思ということについてのご質問があります。

子供の気持ち、意見をどこまでちゃんと聞いてもらえるのかが心配であるということが書かれてありまして、日本にはイギリスのようなアドボケイトという制度がないと。子の最善の利益は両親がそろっていることという、そういう考え方が結構強いのではないかと。子供自身の思いをきちんと聞くシステムを確立した上でないと、この条約を批准するのは危険ではないかという、そういう印象を持っておられるということかと思いますが、この点についてはどなたにお聞きしたらいいのか、ちょっと私も分かりませんが。子の意思の聴取といいますか、その点について、まず織田さんのほうからお願いします。

織田有基子 私は法律案のことだけですけれども、このご質問に対しましては一応、88条に、子

供の意見をきちっと聞いて子の意思の把握に努めなさいという条文ができております。ただ、恐らくこのご質問者の意図は、その先、それをどのように実際に実現できるのかというご趣旨なんだろうと思います。

先ほどジョーンズ先生のコメントにもありましたように、なかなかこれが難しいということでしたが、もちろんこの条文だけでは子の意思の把握がどこまで実際にできるかというのは確かに不安なところがあるだろうと思います。もし、仮にこれが法律として通りますと、これをまたさらに実現するためのいろいろな規定がつくられていくのだろうと推測しております。

佐野 寛 先ほど大谷先生からも、今後条約ができれば、さまざまな実務家の方のトレーニングとかいろんなことが必要になるというふうなお話もありましたが、何か大谷先生のほうからございますか。

大谷美紀子 私ばかり話してごめんなさい。

まず1つ申し上げたいのは、このハーグ条約ができたのは1980年ですけれども、ご承知のとおり国連で1989年に子どもの権利条約ができていまして、その中の12条で、子供が意見を聴かれる権利というものがあるんで、この条約においても、もちろん13条2項というところで子供の異議というのがあるんですけども、子供の意思をきちんと把握して、それを考慮に入れていくことというのが大変世界で重要視されています。

問題は、ジョーンズ先生からもご指摘があったんですけども、日本の家裁の調査官がどのような調査をされるか。大人に突然会って、心を開いて本当に真意が語れるのか、また、国内の監護者指定の事案、親権者指定でもそうなんですけれども、子供が例えば帰りたくないと言ったりしますと、それは一緒に居る親の影響を受けているというご意見が出るという難しさが常にあります。

それが輪をかけて、今回、より難しい、6週間ということはどここの国でも余り守られていませんが、それでも迅速な手続と言われる中で、また、子供がその国に帰りたくない。今回決め手になるのは、どちらの親と居たいかということではなくて、子供が、自分が元住んでた国に帰ることについて強い抵抗感を持って意思を表明しているかということが条約の手続の中で重要になってきまして、そういうことを判断できる子供の年齢とか成熟度というのは一体どういうものか、そこについて、本当に調査官の方もいろいろ訓練を受けておられますが、さらに子供の発達等についての専門の方々がかわっていくことが重要ですし、また、特に難しいのが、言葉が場合によっては、特に10歳ぐらいの年齢のお子さんが仮に日本に帰ってきて、子供の意思を確認しようとしたときに、完全にバイリンガルで両方を使っておられる。だけど、例えばですけど、学校生活が現地校だとすると、自分の本当のいろんな気持ちを言おうとすると、現地で使っていた言葉のほうが言いやすいというお子さんもいらっしゃるでしょうし、そういう中で、子供の意思をきちんと把握することをやっていくことが難しい。

また、1つの手続的な話としましては、子供の手続代理人の制度というのが今回設けられていますので、子供さん自身が自分の意見を、この手続の中できちんと独自に言いたいと。あるいは返還命令が出たんですけども、自分が帰りたくないと言って、それに対して即時抗告をす

るといったような手続も設けられていまして、その場合の手続代理人になるのは弁護士なんですけれども、弁護士自身もそういうことについてまだ訓練を受けていませんので、これからの課題です。

佐野 寛 ありがとうございます。

ちょっと時間の関係もありまして、すべての質問になかなか対応できない部分もございますが、続いてですが、質問者Cさん、質問者Dさんという方から、比較的同じような趣旨のご質問をいただいております。

要は、国内にこの法律ができた場合に役立つ部分があるのか、あるいは、これによって国内における子供の連れ去りについて今後方向性はどうなっていくのかというご質問です。どうもこのご趣旨からいいますと、むしろ子供に会えない親御さんのほうからの希望として、むしろ積極的に役立つ部分はないのかという、多分こういう方向からのご質問かなと思います。その点で国内問題ということにもなりますので、1つは床谷先生にお答えをいただきたいと思います。

それから伊藤先生にも、何かあればちょっとお答えいただければと思います。

床谷先生、ちょっとお答えいただければと思います。

床谷文雄 先ほどの私のコメントといたしますか、報告の中にもありましたけれども、このハーグ条約が日本に入ってくることで、日本の国内事案にどういう影響を与えるかということについては、まだはっきり見えません。私は、かなり実務上は、このハーグの構造が影響してくるだろうと、そういう気持ちといたしますか、多分そうだろうということで先ほどは報告させていただきました。

基本的に監護権者から子供が引き離された場合は、その元のところに戻すというような枠組みになっていくだろうということで、弁護士のおふたりの先生方からは本案の判断を監護の事案でもやるべきであって、そういう入り口論でまず返す、原状回復のような考え方になるのはおかしいというようなそういうご指摘がありましたけれども、基本的に国内事案と国際事案というのを全く違う発想でやっていくということには、裁判官としてはならないような気がするんですね。ですから、親権者が一方で、他方が親権を持っていない人であるというような場合については、やはり親権のほう为重くなるというふうになってくるのではないかと。

この場合は、ご質問の場合は、子供に会えないということですので、面会交流の権利が仮にあるとすれば、面会交流については一種の、ハーグ条約との関係では面会を受ける権利も保障しているわけですから、それはその部分についてはその権利がはっきりあるということであれば、現に子供とともに居る親権者のほうが会えない、会わせないという行動をとることに対しては、それを抑える方向に、この条約の運用から来るものとしては、そういった方向のほうに働くのではないかと考えています。

ですから、面会交流権があるということであればプラスになる。逆に、面会交流権を取れなかったというような場合でも、事実上会いたいという気持ちがずっとあるんだけれども、何とかそれを取れるように支援する枠組みにならないかということ、この条約の外になるのではないかと考えています。

佐野 寛 ありがとうございます。

でしたら、伊藤先生のほうから。

伊藤公雄 私がふさわしいのかどうかわかりません。むしろジョーンズさんのほうが専門かなと思います。恐らく、父親に対する母親側から子供の引き離しという問題だろうと思います。これは吉田さんもさっきちょっとおっしゃっていました。実は、お母さんたちは会わせてもいいと思ってるんだけど、それを担保する制度、仕組みが全然できていないということの問題だろうと思います。

この問題の背景には、ある種のジェンダーバイアスがある。子どもは母親が育てるものという決めつけが司法も含めてさまざまな場で機能している。実際に熱心に育児をしている男性であっても、養育権ということになると母親の側にとということになりやすい。そこには子育ては女に向いているというジェンダーバイアスがあると思います。吉田さんが繰り返しおっしゃっているように、現実の状況をちゃんと見据えて判断するような仕組みが必要です。繰り返しますが、そのためにも面会をめぐる仕組みやそれを支える制度をきちんと準備する必要があります。先ほど神戸市の事例にふれさせていただきました。子どもの利益に十分な配慮をしつつ、母親、父親、双方の安全を担保する形で面会ができる仕組みを、司法も含めて行政とのタイアップのなかでつくっていかなくてはいけないと思います。国内の面会の問題は今回のハーグの国際条約問題と直接的に関係がないように見えるかもしれませんが、しかし、ハーグの国際条約を批准して、国際的な面会というようなことを議論するときには、恐らく国内の問題以上にいろんな準備が必要になってくるはずですよ。その中で、これまでも不十分だった国内における面会の仕組みの整備という問題も浮き上がってこざるをえないのではないと個人的には思います。

佐野 寛 ありがとうございます。

でしたら、ジョーンズさんから何かコメントいただければ。

コリン・ジョーンズ コメントというよりは質問なんですけども、私の理解では、ハーグ条約は、双方とも日本人のカップルで海外で暮らしている場合でも適用されるはずなんですよ、勝ったほうが日本に連れて帰ってきた場合ですよ。海外で離婚して、海外で共同親権ですよ、多くの国は。例えばアメリカだったら、共同親権は離婚後も続くんですけども、そういう場合の連れ去りがあった場合に、日本の裁判所はそういう日本人同士の離婚後の共同親権を認めるんでしょうかという、ちょっとマニアックな質問がありますけれども、そういう事例が発生した場合に、この日本人のカップルは海外で暮らしているだけで共同親権が認められてるのに、条約の関係もあるけれども、日本に居る夫婦はそれができないというのは結構不平等な問題が発生するんじゃないでしょうかと、その辺のまたコメントがあれば逆に聞きたいんですが。

佐野 寛 司会者の私がお答えするのは適当ではないと思いますが。

もちろん日本人同士の夫婦の一方が外国から日本に子供を連れ去ったというケースも国を越えた子供の移動になりますから、この条約は、いわゆる外国人同士の場合とかというのを条件にしないので、日本人同士の夫婦であっても、今おっしゃったように、そういう形での条約の適用は当然あると思います。法律の適用もあるということになるとは思います、今の親

権の問題になりますと、いわゆる準拠法とか、そういう国際私法プロパーのいろんな問題が出てまいりまして、今ジョーンズさんが言われたそのままに必ずしもなるわけではない。その点を説明し出しますと時間がかかりますので、ちょっとここでは、その点については深くは踏み込まないことにしたいと思います。

ただ、今言われましたように、日本人同士の夫婦であったとしても、子供自体が国を越えて移動した場合には、この条約の適用対象になりますし、法律ももちろん適用されるということになると思います。その上で、共同親権になるかどうかについては、これはちょっともう少し別の検討が必要です。先ほど言いましたこの条約自体は、親権の帰属そのものはまた別の問題になりますので。

コリン・ジョーンズ 共同親権は別としても、例えば同じような夫婦で、海外で面接交渉が充実したものとして命じられているので、場合によってはハーグ条約の適用があるので、日本人同士なのに、日本でより充実した面接交渉が認められることが条約締結の結果としてはあり得るんですよ。

佐野 寛 それはおっしゃるとおりですね。

今のことに関連してですか。はい、どうぞご質問ください。

質問者 E どうも済みません、時間ください。

私が一番懸念してるのは、いかなる法であっても、ハーグ条約は非常に個人的には関係してるんですけど、それを国内法に基づいていろいろ改正していくに当たって、最終的に運用されるのは裁判所、司法ですよ。個人的にそういうところにお世話になったことがあるんですけど、今の現実に、裁判所の、特に裁判官の品位・品格、そのちょっと堕落さ、余りにもやっぱりひどいものがありまして、もしかこの中にいらっしゃったらちょっと申しわけないんですけど、一市民としては非常にやっぱりそれを懸念します。

最高裁がいろいろ示してくれるといいんですけど、今の現状の裁判においては、おのおのの事件、事案に基づいて判断されることなく、ほとんどがその裁判官の個人の意識、考えによって運用される。うまいこと法律を曲げられて運用される。中には、正直言いましてやっぱり調査官、調停員、それも味方につけながら運用されているのがやっぱり事実です。その中に子供の意思もねじ曲げられることもあります。DVは何も証明されません。実際、私のときはやっぱりそうでした。

実際、そのあたりの、コリン・ジョーンズ先生が海外のほうでは、裁判官が本当は子供の利益を一番考えなければいけないところであるはずが、一番考えていないのはその司法を運営する裁判官、裁判所であるというのが、やっぱり個人的な非常に意見です。だから、そのあたりの法改正というか、運用の仕方を見続ける委員会みたいなものを一般市民の目に沿ってわかりやすいように、できればそういう委員会みたいなものを必ずつくってもらいたいと思います。

佐野 寛 ありがとうございます。今のは1つの提言ということかと思います。

もう時間も大分参りましたが、吉田先生へのご質問ということで、質問者Fさんのほうからご質問がごございます。

吉田先生のコメントの中で、実施法案が閣議了解に従っていないという批判をされておられたけれどもということで、要は閣議了解は確かにあったけれども、パブリックコメントが一方でなされていて、パブリックコメントと法制審議会の審議を経た後の閣議決定のほうがより民主的な手続を経たものではないでしょうかと、そういうご質問といたしますか、そういうご意見であります。

この点、吉田先生のほうから何かございましたら。

吉田容子 昨年の閣議了解は、今もそうかもしれません、あの当時もさまざまな議論がありました。賛否両論、非常にたくさんの議論があった。その中で、1つのいわば妥協点といたしますか着陸点として、あれが了解された。それで一気に条約を締結する方向に動き出したというのは事実だと思います。

しかもそのときも、今ももちろんですけども、条約は、条文は全く変わっておりません。つまり、その条約の枠内でこれができるんだということで閣議了解事項ができたはずで、それでいろいろな意見を、そこでもう議論をやめてしまったという経緯があったと思います。そうであるとすれば、それを変えるのであれば、きちんとした説明をすべきです。

パブリックコメントとか審議ということもおっしゃいますけども、パブコメにしても、じゃあパブコメがあって、じゃあその結果、じゃあ何でそのことが閣議了解を変える理由になるのかということの具体的な説明を私は知りません。あるのかもしれませんが、あればまた教えていただきたいんですが。

法制審の中では、閣議了解事項はほとんど多分考慮されていないと思いますけどね。つまり、いずれにしても一種の国民との約束のはずで、閣議了解は。さまざまな議論があった中で、ぎりぎりの妥協点だったはずで、そうであれば、それは絶対と言うつもりはないんですよ。そうではないんですが、きちんとした説明がないままにするのはいかがかと。もともと閣議了解、その後、直後だったと思いますけども、日本のその当時の首相が、国民向けではない、国外へ日本はハーグに入りますよという宣言をしたような私は記憶があるんですけども、それは何なんだろうと。それは要するに、まさに外圧で、日本は外圧のためにやりますよということ言ってるだけの話じゃないですか。それは余りに日本の政治としては恥ずかしいではないかと。きちんと本当にこれが正しい選択だということであれば、それは1つのアイデアだと思いますけどね。それならきちんとした説明をすべきです。それが無いという意味です。

佐野 寛 というお答えということでさせていただければと思います。

もうほぼ予定した時間が参ったんですが、どうしても何か一言ご質問がありましたら、フロアございませんか。よろしいでしょうか。ありますか。

でしたら、どうぞ。ちょっと時間のこともありますので、最後にさせていただきたいと思えます。

質問者 G 済みません、質問者 G といいます。

このお話の分で、ハーグ条約というもの当然含んでなんですけれども、今LBPとかいろんな難しい言葉で説明していただいたんですが、一番最初に、正当な理由がないままに連れ去って

しまってるというのは、何かもう既に容認されて進んでるような感じが個人的にはとらえられるんですけども、また、それを進められている弁護士の先生もいるというのをちょっと伺ってます。

ハーグ条約、こういうのも当然大事なんですけれども、先々、母子医療とか増えていく方向に動いてしまうと、公的支援もそちらのほうにつき込まれることになってしまいますので、どうにかして原点となるところを押さえていくというのを考えていくのも1つ必要じゃないのかと思っております。それが言いたかったんです。

佐野 寛 ご意見ということで、ありがとうございました。

ということで、本日、本当に長時間にわたりましてシンポジウムにご参加いただきましてありがとうございました。一応、これで私の役目を終えたいと思いますので、佐藤先生のほうにお返しいたします。

佐藤やよひ 佐野先生、報告者の先生方、コメンテーターの先生方、どうもありがとうございました。

そして、長時間おつき合いただきました聴衆の皆様方も本当にありがとうございました。いろいろと有意義なご意見が聞けたかと思えます。

私個人としましては、ちょうど重要判例解説でイランの親権者変更の問題を評釈したところでございまして、ハーグ条約にいうところの親権者が、イランはシーア派ですので、父親になります。父親が居所指定権も持っておりますので、父親が定めたところから母親が隣町に移っても、それだけで監護権もなくなるという非常に厳しいところがございまして。そして、そういうところの人たち、つまりイスラム教徒との国際結婚も我が国で増えるのではないかと推測されます。そうなってきますと、日本人の母親は、連れ帰ってきたら絶対に親権者ではありませんということになってきますので、大変不利になると予想されます。そこら辺のところややっぱり1980年代というのは欧米先進国が対象になって、ターゲットとしてつくられた条約なんだなという感想をいただいております。今後は大分変更しなければいけない点もあるんじゃないかということ、それがこういった危惧から感じたところでございまして。

それ以外、いろいろ問題がこれから出てくると思いますけれども、今後の法律案がどのように国会で審議されるか、あるいはハーグでどのような進展を見ていくのか、今後も、法学研究所としては何らかの形で追いかけていきたいと思っております。どうも長いことありがとうございました。

それでは、法学研究所の顧問の児玉先生から閉会のご挨拶をいただきたいと思えます。児玉先生、よろしく願います。

児玉憲夫 ご紹介を受けました児玉でございまして。

午前10時から長時間にわたって本当にご苦労さまでございました。

基調報告及びコメンテーターをしていただきました先生方、本当にありがとうございました。

私は家事を専門とする実務法曹ではありませんけれども、きょうのこのお話を聞きまして、ハーグ条約の問題点と考えるべき点を多数勉強させてもらったという意味で、本当にいい1日を

過ぎたと今思っております。

感想を申し上げますと、最初の織田先生、樋爪先生、床谷先生等の基調報告を聞きまして、なるほど、こういう条約かなということで、国際的な関係の中でいいことになるんだなという感じを持ちましたけども、コメンテーターの先生方のご発言を聞いてまして、それぞれユニークなご発言があり、わが国の親権制度のあり方や、子どもの幸せの観点からみると、いやいやこれはそう簡単に承認していいとか賛成していいというものではないんだなという感想を持ちました。ハーグ奪取条約の本質といろいろ生じてくる問題点を考えていけないといけないなという感じを持ちました。

まず、この条約を締結し、それから実施法をつくることによって、本当に日本が国際的な信用力を高めることができるのかどうか。さらには子供の幸せと、それから子供をめぐる両親の紛争というものの解決にどこまで役に立つのかというようなことをいろんな面から考えなければいけないなと思いました。きょうのシンポジウムは、その意味で、問題点を理解したという点でも大きな意義があったんじゃないかと思います。いろいろ準備されました佐藤先生、ご苦労さまでございました。また、ご報告をいただいた先生方に心から感謝を申し上げて終わりにさせていただきたいと思います。どうもありがとうございました。

佐藤やよひ では皆様、本日は本当に長時間ありがとうございました。これで閉会とさせていただきます。お気をつけてお帰りくださいませ。

【配布資料】

レジュメ

報告1 「ハーグ条約加盟にあたっての国内立法について」 織田有基子

報告2 「ハーグ条約加盟各国の裁判例とそこに現れた問題点」 樋爪 誠 (掲載省略)

報告3 「国内の子の奪い合いー人身保護手続について」 床谷 文雄

資 料 (掲載省略)

資料1 国際的な子の奪取の民事上の側面に関する条約の実施に関する法律案要綱

資料2 国際的な子の奪取の民事上の側面に関する条約の実施に関する法律

資料3 理 由

資料4 国際的な子の奪取の民事上の側面に関する条約の実施に関する法律案新旧対照条文
(以上法務省ホームページより)

資料5 28. CONVENTION ON THE CIVIL ASPECTS OF INTERNATIONAL CHILD
ABDUCTION (Concluded 25 October 1980)

資料6 国際的な子の奪取の民事上の側面に関する条約 (*検討中の仮訳文)
(以上外務省ホームページより)

ハーグ子の奪取条約と国内法制 (関西大学法学研究所第47回シンポジウム)
報告1 「ハーグ条約加盟にあたっての国内立法について」

2012年4月7日(土)
織田 有基子(日本大学)

I はじめに

II 「国際的な子の奪取の民事上の側面に関する条約」の概要

(1) 本条約の概要と特徴

※ ハーグ国際私法会議について

- ① 子の福祉(条約前文)
- ② 迅速な子の返還(条約前文、1条、2条)
- ③ 中央当局の役割(条約6条、7条、8条、9条、10条、21条等)
- ④ 面会交流権(条約21条)

(2) 本条約の現在の状況

締約国数87ヶ国(2012年2月17日現在)
特別委員会 開催 / INCADAT / 裁判所(裁判官)間の交流促進 / 各種セミナー……

III 「国際的な子の奪取の民事上の側面に関する条約の実施に関する法律案」について

(1) 法律案提出までの経緯

- 2011年1月～4月 関係各府省庁の副大臣会議
- 5月19日 関係閣僚会議
- 5月20日 閣議了解
- 外務省：中央当局の任務等に関する検討
2011年7月～12月「ハーグ条約の中央当局の在り方」に関する懇談会川における検討
(10月 ハブリックコメント)
- 2012年1月19日 「論点まとめ」公表
- 法務省：子を返還するための司法手続等に関する検討
2011年6月 法制審議会に諮問
7月～1月 部会における検討
(10月 ハブリックコメント)
- 2012年2月7日 「要綱」を法務大臣へ寄呈
- 2012年3月9日 条約承認議案、および法律案を国会に提出

(2) 法律案の概要

- 第1章 総則(第1条、第2条)
- 第2章 子の返還及び子との面会その他の交流に関する援助
 - 第1節 中央当局の指定(第3条)
 - 第2節 子の返還に関する援助
 - 第1款 外国返還援助(第4条～第10条)
 - 第2款 日本国返還援助(第11条～第15条)
- 第3節 子との面会その他の交流に関する援助
 - 第1款 日本国面会交流援助(第16条～第20条)
 - 第2款 外国面会交流援助(第21条～第25条)
- 第3章 子の返還に関する事件の手続等
 - 第1節 返還事件等(第26条～第28条)
 - 第2節 子の返還に関する事件の手続の通則(第29条～第31条)
 - 第3節 子の返還申立事件の手続
 - 第1款 総則
 - 第1目 管轄(第32条～第37条)
 - 第2目 裁判所職員の除斥及び返還(第38条～第42条)
 - 第3目 当事者能力及び手続行為能力(第43条～第46条)
 - 第4目 参加(第47条～第49条)
 - 第5目 手続代理人及び補佐人(第50条～第54条)
 - 第6目 手続費用(第55条～第59条)
 - 第7目 子の返還申立事件の管理等(第60条～第68条)
 - 第8目 電子情報処理組織による申立て等(第69条)
 - 第2款 第一審裁判所における子の返還申立事件の手続
 - 第1目 子の返還の申立て(第70条～第72条)
 - 第2目 子の返還申立事件の手続の期日(第73条～第76条)
 - 第3目 事実の調査及び証拠調べ(第77条～第87条)
 - 第4目 子の返還申立事件の手続における子の意思の把握等(第88条)
 - 第5目 審理の終結等(第89条、第90条)
 - 第6目 裁判(第91条～第98条)
 - 第7目 裁判によらない子の返還申立事件の終了(第99条、第100条)
- 第3款 不服申立て
 - 第1目 終局決定に対する即時抗告(第101条～第107条)
 - 第2目 終局決定に対する特別抗告(第108条～第110条)
 - 第3目 終局決定に対する許可抗告(第111条、第112条)
 - 第4目 終局決定以外の裁判に対する不服申立て(第113条～第116条)
- 第4款 終局決定の変更(第117条、第118条)
- 第5款 再審(第119条、第120条)
- 第4節 職務の履行状況の調査及び履行の勧告(第121条)
- 第5節 出国禁止命令(第122条～第133条)
- 第4章 子の返還の執行手続に関する民事執行法の特別(第134条～第143条)
- 第5章 家事事件の手続に関する特別
 - 第1節 子の返還申立事件に係る家事調停の手続等(第144条～第147条)
 - 第2節 面会その他の交流に関する事件についての家事審判及び家事調停の手続等に関する特別(第148条、第149条)
- 第6章 通則の裁判の執行等(第150条)
- 第7章 雑則(第151条～第153条)

附則

〈「提案理由」より〉

- 1) 日本における子の返還および子との面会交流に関する援助を行う中央当局を指定し、その権限等を定める。(日本国返還援助)
 - i) これらの援助を行う中央当局を外務大臣と定める。(3条)
 - ii) 子の返還及び子との面会交流に関する援助の手続として、その申請方法、子の住所等の特定のための手段、援助の決定及び却下の要件、子の個人情報に関する取扱い等を定める。(4条～15条)
- 2) 子が常居所を有していた我が国以外の条約締約国に子を返還するために必要な裁判手続等を定める。(外国返還援助)
 - i) 子の返還事由及び返還拒否事由のそれぞれについて条約に則した要件を定める。(26条～28条)
 - ii) 子の返還申立事件の管轄裁判所を東京家庭裁判所及び大阪家庭裁判所に集中し、非公開で審理を行う。(32条、60条)
 - iii) 子の返還申立事件の審理や裁判等に関する手続規定、および団体や和解による解決を図るための手続規定を設ける。(32条～120条、148条、149条)
 - iv) 裁判手続中の出国禁止命令に関する規律や、子の返還の具体的な執行方法等について定める。(121条～143条)
- 3) その他、条約の実施に必要な規定の整備を行う。
ex. 面会交流(16条～25条、148条～149条)

(3) 法律案の具体的な内容に関する若干のコメント

- ① 管轄裁判所(32条)
甲案(東京家裁に専属)
乙案(東京家裁と大阪家裁)
注: 4庁案(東京、大阪、札幌、福岡)の提案あり。
丙案(高裁所在地の家裁(東京、大阪、名古屋、広島、福岡、仙台、札幌、高松)8庁)
他に、9庁案(東京、大阪、名古屋、広島、福岡、仙台、札幌、高松 + 那覇)
 - ・予想される事件数
 - ・当事者の負担
 - ・高度の専門性
- ② 子の返還拒否事由(28条)
特に、28条2項について
 - ・条約との適合性
 - ・立証命題の明確性
 - ・DVIに特有の事情等

〈「了解事項」より〉

- 1) 子に対する暴力等
子が申立人から身体に及ぼす暴力又はこれに準ずる心身に有害な影響を及ぼす言動(「暴力等」)を受けたことがあり、子を常居所地国に返還した場合、子が更なる暴力等を受けかねることがあること。
- 2) 相手方に対する暴力等
相手方が、申立人から子が同居する家庭において子に著しい心理的外傷を与えることとなる暴力等を受けたことがあり、子を常居所地国に返還した場合、子と共に帰国した相手方がさらにかかる暴力等を受けかねることがあること。
- 3) 相手方が子と共に帰国することができない事情等
相手方が子が常居所地国において監護することが子の利益に反すること。
- 4) 包括条項
その他子を常居所地国に返還することが、子に対して身体的若しくは精神的な害を及ぼし、又は子を耐え難い状況に置くこととなる重大な危険があること。

③ 実効性の確保

- i) 出国禁止命令(122条～133条)
外務大臣への旅券の提出(122条2項)
過料(132条)
- ii) 直接強制(134条～143条)
間接強制前置(136条)
代替執行
「債務者による子の監護を解くために必要な行為をする者」=執行官
「債務者に代わって常居所地国に子を返還する者」=返還実施者

④ 面会交流

面会交流に関する裁判手続規定は設けない。

IV おわりに

【報告 3】

ハーグ『子の奪取条約』と国内法制（関西大学法学研究所第 47 回シンポジウム）
報告 3 「国内の子の奪い合い—人身保護手続について」

2012 年 4 月 7 日（土）
床谷文雄（大阪大学）

一 子の奪い合いをめぐる紛争の解決

- (1) 一般の民事訴訟手続
- 親の親権又は監護権を根拠とする子の引渡しを求める民事訴訟（地裁）
親権者から非親権者に対し、親権行使の妨害の排除を求める訴え
- ◇裁判昭和 35.3.15 民集 14.3.430（棄却）（親権者対親権）
夫婦が別居し、夫の死後、夫の弟夫婦に右夫婦の子の養育を任せていた妻が弟夫婦に対して子の引渡しを請求した場合において、引渡しを認容した。
- ◇裁判昭和 38.9.17 民集 17.8.968（棄却）（親権者対事実上監護者）
幼児引渡請求は、幼児に対する親権行使につきその妨害の排除を求める訴えであり、給付の訴えとして許される。引渡しを認容する判決は、憲法 13 条と何ら関係がない。

×意思能力のある子が自由意思で非親権者の下にいる／親権濫用の場合は認められない

●調査官や国選代理人が付かない（一子の子の意思、子の利益を守れない）

- (2) 家事審判手続（民 766 条、家審 9 条 1 項乙④、家審規 53〔家事 39 条・別表 2-3〕）
親権・監護権を根拠として、子の監護に関する処分（子の引渡し）の申立て（家裁）
- 非親権者・監護権者から親権者変更申立て（819 条 6 項、家審 9 条 1 項乙⑤〔別表 2-8〕）
別居夫婦間では夫婦の協力扶助（民 752、家審 9 条 1 項乙①〔別表 2-11〕）又は 766 親権
- ＊子の監護に関する調停・審判の申立て増加（2009 年 2 万 7241、審判の申立てで 5957）
＊父母以外の親族等第三者の申立権の有無については争いあり
- 調査官による子の福祉の観点からの調査が期待できる。
- 保身処分（1980 年家審法改正）：子の引渡しの仮処分（家審規 52 条の 2〔家事 157〕）

◇東京高決平成 20.12.18 家月 61.7.59（一部認容、一部却下）（父対母、子 3 歳）
共同親権者において、後判子を監護していた親権者が速やかに子の仮の引渡しを求められ去った場合であっても、後判子を監護していた親権者が速やかに子の仮の引渡しを求め、審判前の保全処分を申し立てたときは、従前監護していた親権者の監護下に戻すと子の健康が著しく損なわれたり、必要な養育監護が施されなかつたりするなど、子の福祉に反し、親権行使の継続として認容することが見込まれる等情の事実がある場合において、いすれ親が監護することと子が子の福祉に合うかを判断するのが相当である。

○家裁による義務履行の勧告（家審 15 条の 5〔家事 289〕）

：命令違反に 10 万円以下の過料（家審 28〔家事 290 条 5 項〕）

○強制執行（直接強制、間接強制）

◇東京高決平成 20.7.4 家月 61.7.53

執行裁判所は間接強制金額について広い裁量を有するものであり、債務の内容が債務者の意思のみによって容易に履行されるものであればその金額が相当高額になってもやむを得ないが、子が相手方の下に行くことについて拒否的な態度を取っていること及び 10 歳という子の年齢を考慮すると、原告人の意思のみによって債務を履行するのは困難な面があることは否定できないから、1 日につき 10 万円の間接強制金の支払を命じた原決定を変更し、1 日につき 3 万円の支払を命ずる。

◇東京高決平成 21.4.28 家月 61.11.80

執行当時 7 歳 9 か月の児童を執行対象とする子の引渡しの直接強制を是認した（民事執行法 169 条の附帯適用）。執行対象が人格の主体である児童である以上、執行官は、直接強制にあたり、児童の人格や権限に最大配慮した執行方法を探るべきである。

- 保全処分などの履行確保制度があるが、強力が迅速な解決方法とはいえない
- 調停による円満解決の期待はあるが、時間がかかる。また、紛争性が高いと成立困難

(3) 人身保護手続（人身保護法、人身保護規則）

不当・違法な人身の拘束から被拘束者（子）を解放することを求める（高裁又は地裁）
＊請求の日から 1 週間以内に審判期日。証拠資料は疎明で足りる。

＊審判終了の日から 5 日以内に判決言い渡し（人保規 36）。

＊準備調査期日：審問なしに決定で却下又は棄却で

＊人身保護命令：拘束者に対し、被拘束者を審判期日に出頭させ、答弁書を提出させる

＊審判期日：関係者（請求者、拘束者、被拘束者、被拘束者代理人）が出席

＊拘束者に対する威嚇：勾引・勾留・刑事罰

＊請求者が認容（判決）されれば被拘束者を解放する（子の引渡し）

＊人身保護請求の 8 割が未成年の子の引渡し請求事件であるとされる（別居夫婦間）。

○子ともに国選弁護士（弁護士）が付られる（一子の子の意思、子の利益の保護）

○違法性が顕著な身体の拘束に対する極めて迅速な救済

●憲法的人権（人身の自由）保護のための非常応急的特別救済方法（補充性）

二 「子の引渡し」争いへの人身保護手続の適用

◆裁判昭和 24.1.18 民集 3.1.10（棄却）

仮に暴力で奪ったという事実があつたとしても、今日母の膝下に養育されている状態が子（乳幼児）のために幸福であるならば、人身保護法により不法の拘束として、子を強いて父のところにへり返さなければならぬということはない。いすれ恒久的にとららに養育されるかはやがて当事者間協議若しくは家裁の審判又は調停等によって決定されるのであるが、それまで母のもとにおくことを相当とした原審の判断は情理をなえたもの。

◆裁判昭和33.5.28民集12.8.1224(棄却)(父期間の争いではない)

【同様関係のあった女性の連れ子として幼児を養育していた者から、その幼児を連れ去って監護養育している幼児の祖父母に対し、幼児の引渡しを請求】

本件の実質は要するに、幼児の養育者であつた請求者と、現にその幼児を監護する拘束者たるその祖父母との間の幼児引渡の問題に帰着するものである。ところで元來人身保護の制度の趣旨とするところは無権限又は違法な物理的拘束から被拘束者を解放することにあり、かかる問題を人身保護事件として扱うことには全然疑義の余地はない。しかしながら幼児なる故にこの制度の保護の範囲外にあるという理由は存しない。又この制度が今日その適用範囲を拡張し、幼児引渡しに及ぼされることは、内外の学説判例に徴して明らかである。さらにはわが国人身保護規則(37条)も法がこれを認めていることを前提とするものと解し得ないことにはない。そうして幼児引渡の請求についても規則4条の制約が適用されることは当然である。

◆裁判昭和48.7.4民集23.7.1441◇(棄却)

【母が生後一ヶ月の長女を連れて美家にもどり離婚調停を申し立てたが、調停期日前に(子は1歳数ヶ月)夫が奪い取つた】

別居中の夫婦の一方が他方に対し、人身保護法に基づき共同親権に服する幼児の引渡しを請求した場合には、夫婦のいずれに監護させるのが子の幸福に適するかを主眼として子に対する拘束状態の当・不当を定め、請求の許否を決すべきである(拘束者父の上告棄却)。

◇裁判昭和47.7.25(棄却) 家月25.4.40(棄却)

離婚した男女の間で、親権を有する一方が他方に対し、人身保護法によりその親権に服すべき幼児(6歳5か月)の引渡しを求める場合には、請求者及び拘束者双方の監護の当否を比較衡量した上、請求者に幼児を引き渡すことが明らかにその幸福に反するものでない限り、たとえ拘束者において自己を監護者とすることを求める審判を申し立て、又は訴えを提起している場合であり、しかも拘束者の監護が平穩に開始され、かつ現在の監護の方法が一応妥当なものであつても、当該拘束はなお顯著な違法性を失わない。

◇裁判昭和50.3.29 期夕540.189(棄却)

被拘束者を上告人による拘束から救済するためには、被上告人が家庭裁判所に子の監護者の指定の審判を申し立て、家事審判規則62条の2に従ひ、子の引渡しを申請する者により行うことができるとしても、一般的には、そのような方法によつては、人身保護法によるほど迅速かつ効果的に子の救済の目的を達することができないことが明白であるから、被上告人が上告人に対し人身保護法による子の引渡しを請求することを妨げるものではない。

三 子の引渡しの判断基準の明確化

(1) 別居(離婚手続)中の夫婦間の場合(双方親権者)

◆裁判平成5.10.19民集47.8.5099◇(原判決【請求認容】破棄差戻し)

【別居中の妻から夫及びその両親に対し、夫婦間の子(3歳、4歳)の引渡しを請求】
拘束者による幼児に対する監護・拘束が権限なしにされていることが顯著である(人身保護規則第4条参照)ということができるためには、右幼児が拘束者の監護の下に置かれるより、請求者が右幼児を監護することが子の幸福に適することが明白であること、いかにいへば、拘束者が右幼児を監護することが子の幸福に反することが明白であること、要するものというべきである(裁判昭和48.7.4民集22.7.1441参照)。ただし、夫婦がその間の子である幼児に対して共同で親権を行使している場合には、夫婦の一方による右幼児に対する監護は、親権に基づくものとして、争訟の事情がない限り、適法というべきであるから、右監護・拘束が人身保護規則4条にいう顯著な違法性があるといつたためには、右監護が子の幸福に反することが明白であることを要するものといわなければならない。以下、¹⁾明白性の要件

◆裁判平成6.2.8 家月47.2.135(原判決【請求認容】差戻し)

【生後3か月の長女を連れて妻が家を出て子を親戚方に、1週間後に夫が連れ戻し、夫の父母の自宅で養育。妻から人身保護請求】

被拘束者に対する監護能力の点では夫らと妻との間に差異があるとは一概に断じ難く、経済状態及び居住環境という点では夫らの方がむしろ優れているとして、被拘束者が生後1年未満の乳児であることを考慮に入れてもなお、夫らによる監護・拘束が子の幸福に反することが明白とはいえない。

◆裁判平成6.4.26民集48.3.992◇(原判決【請求認容】破棄差戻し)

明白性の要件を充足りる2つの例外的な場合を挙げる。1つは、拘束者に対し子の引渡しを命ずる家事審判又は仮処分が出され、その親権行使が実質上制限されているのに、拘束者がこの仮処分等に従わない場合、1つは、拘束者の子に対する処遇が親権行使という観点からみてもこれを容認することができない場合。

◇裁判平成6.7.8 家月47.5.44(棄却)

離婚調停において調停委員会の前でその勧めによつてされた合意により、妻が夫に対してその共同親権に服する幼児(6歳、4歳)を、期間を限つて預けたが、夫が、右合意に反して約束の期日後も幼児を拘束し、右幼児の住民票を無断で自己の住所に移転したなど原告の事実関係の下においては、右拘束には、人身保護法2条1項、人身保護規則4条に規定する顯著な違法性がある。(原審：請求認容)

◇最判平成 11.4.26 察月 51.10.109 (原判決 請求棄却) 破棄差戻し

離婚等の調停の進行過程における夫婦間の合意に基づく幼児との面接の機会に、夫婦の一方がその幼児を連れ去ってした拘束に顕著な違法性があるとして夫婦の他方からした人身体護法に基づき幼児の引渡請求が認められた。

(2) 離婚後等一方が親権者ないし監護者である場合

◇最判平成 6.11.8 民集 48.7.1397◇(原判決 請求棄却) 破棄差戻し

【監護権を有する母が、子を認知していない実父らに対して幼児の引渡しを請求】

法律上監護権を有しない者が幼児をその監護下において拘束している場合に、監護権を有する者が人身体護法に基づいて幼児の引渡しを請求するときは、被拘束者を監護権者である請求者の監護の下に置くことが拘束者の監護の下に置くことに比べて子の幸福の観点から著しく不当なものではない限り、非監護者による拘束は権限なしにされていることが顕著である場合に該当し、監護権者の請求を認容すべきである。

◇最判平成 11.5.25 察月 51.10.118 (原判決 請求棄却) 破棄差戻し

上記最判平成 6.11.8 を引用。本件においては、上告人(母)の被拘束者(6歳)に対する愛情及び監護意欲には欠けることがなく、監護の客観的態勢も調っているということができるから、上告人の監護の下に置くことが被拘束者の幸福の観点から著しく不当ということは到底できない。原判決の挙げる被上告人の監護が平穩に開始され、被上告人の愛情の下にその監護が長期間(4年間)続いていること、被拘束者が現在の生活環境に慣れ、安定した生活をしていること等の事情は、上告人による監護が著しく不当なものであることとを基礎付けるものではないとした。

◆最判平成 22.8.4 判時 2092.96 判タ 1332.55 (兼却) (外国人父から日本人母等への請求)
なお、人身体護法 11 条 1 項にいう「請求の理由のないことが明白なとき」とは、人身体護法 21 条 1 項 1 号から 5 号までに規定する場合のほか、これらに準ずる程度に請求に理由のないことが明白な場合(同項 6 号)に限られる。本件は、子の父親である原告人が子を拘束している母親及びその両親である相手方らに対して人身体護法に基づき子の引渡し等を求める事案であるところ、原告人は、アメリカ合衆国W州政府の確定判決により子の単独監護権者に指定され、原決定によれば、上記確定判決は民法 118 条各号所定の外国判決の承認の要件を満たしているというのであって、その他の当事者の監護内容等に照らしても、被拘束者を請求者の監護の下に置くことが拘束者の監護の下に置くことに比べて子の幸福の観点から著しく不当なものであることが一見して明らかであることはできない(最判平成 6 年 11 月 8 日民集 48 卷 7 号 1337 頁参照)。そうであれば、原審は、本件請求につき、決定によりこれを棄却するのではなく、審問手続を経た上で、判決により、その判断を示すべきであったといわざるを得ない。

(3) 子の意思の尊重

◇最判昭和 46.2.9 家月 23.9.99 (兼却)

被拘束者の年齢(9歳、6歳)の程度では、自己の境遇を認識し、かつ将来を予測して適切な判断を有する十分な能力を有するものとはいえないから、同人等を母に引き渡すことが拘束者の当面の希望にそわまいとしても人身体護規則 5 条に違反するものではない。

◆最判昭和 46.11.30 家月 24.7.57 (兼却)

被拘束者はそれぞれ満 14 歳、12 歳、10 歳に達していたというのであるから、意思能力を有するものと認めることができないものではなく、自らの意思で相手方(母)にとどまっているものであり、強制力をもって拘束されているのではない。

四 引渡しの執行について

◆千歳地決昭和 62.3.18 判時 1225.109 (却下)

人身体護請求を認容した確定判決に基づき間接強制の申立てに対し、右判決は形成判決であることが明らかであり、したがってそもそも民事執行法の規定による強制執行に類しえないものであるばかりでなく、人身体護規則 46 条も民事執行法の規定の適用を排除していることが明らかである。

五 まとめ

人身体護法(昭和23年7月30日法律第199号)

第一条 この法律は、基本的人権を保障する日本国憲法に倣ひ、國民を以て、親に、不当に奪われている人の自由を、司法裁判により、迅速且つ、特別に回復せしめることを目的とする。

第二条 法律上正当な手續によらないで、身体の自由を拘束されている者は、この法律の定めるところにより、その救済を請求することができる。

2 何人も被拘束者のために、前項の請求をすることができる。

人身体護規則

(この規則の趣旨)

第一条 人身体護法(以下法といふ。))による救済の請求に關しては、法に定められるもの外、この規則の定めるところによる。

(義務の内容)

第二条 法による救済は、裁判所が、法第十二条第二項の規定により、決定で、拘束者に對し、被拘束者の利益のためにする取次その他適當であると認めらるる取次又は実行させるために、被拘束者を一定の日附及び

場所に出頭せよ」とし、審問期日までに答弁書を提出することを命じ以下ごの決定を人身保護命令という。且つ、法第三十六條第三項の規定により、判決で、釈放その他適当であると認められる場合により、これを発する。

(拘束及び拘束者の監視)

第四條 法及びこの規則において、拘束とは、逮捕、抑留、拘禁等身体の自由を奪い、又は制限する行為をいい、拘束者とは、拘束が官公署、病院等の施設において行われている場合には、その施設の管理者をいい、その他の場合には、現実に拘束を行っている者をいう。

(請求の要件)

第四條 法第二條の請求は、拘束又は拘束に関する権利若しくは処分がその種類なしにされ又は法令の規定の方法若しくは手順に著しく違反していることが顯著である場合に限り、これをすることができ、但し、他に救済の目的を達するのに適当な方法があるときは、その方法によつて相当の期間内に救済の目的が達せられないことが明白でなければ、これをすることができない。

第五條 法第二條の請求は、被拘束者の自由に表示した意思に反してこれをすることができない。

(管理及び裁判の迅速)

第十一條 法第二條の請求に関する管理及び裁判は、事件受理の前後にかかわらず、他の事件に優先して、迅速にこれをしなければならぬ。

(準備調査)

第十七條 法第九條第一項の規定による準備調査は、同項に掲げる者のうち拘束の事由その他の事項の調査について必要であると認められる者を審問してこれを行う。

(準備調査手続の場合の手続)

第十八條 裁判所は、第八條又は第九條の規定により請求を却下する場合及び事件を他の管轄裁判所に移送する場合の、法第九條第一項の規定による準備調査を必要としなるときは、直ちに、法第十一條第一項の規定により請求を棄却するか、又は法第十二條の規定により召喚及び人身保護命令発付の手続をすることができ、

(決定による請求手続)

第二十一條 次に掲げる場合には、裁判所は、決定で請求を棄却することができる。

- 一 請求が不違法であつてその不備を補正することができないものであるとき。
- 二 請求が被拘束者の自由に表示した意思に反してされたとき。
- 三 拘束者又はその住居が明らかでないとき。
- 四 被拘束者が死亡したとき。
- 五 被拘束者が身体を回復したとき。
- 六 その他請求の理由のないことが明白であるとき。

2 前項の決定は、準備調査において拘束者を審問した場合を除いて、これを拘束者に告知することを要しない。

(人身保護命令の発給)

第二十五條 人身保護命令が拘束者に送達されたときは、被拘束者は、その送達の時から人身保護命令を発した裁判所によつて当該拘束の場所において監視されるものとする。この場合には、被拘束者の監視は、拘束者において当該裁判所の指揮のもとに引き続きこれを行うものとする。

2 前項の場合において、裁判所は、必要があると認めるときは、被拘束者を拘留所、刑務所、警察署その他適当であると認められる場所に移すことを命ずることができる。この場合には、被拘束者の監視は、被拘束者の移送を受けた者においてこれを行うものとする。

(人身保護命令の通知等)

第二十八條 人身保護命令が発せられたとき、又はこれが取り消されたときは、裁判所書記官は、拘束に関する命令を発した裁判所(裁判官が命令を発したときは、その裁判所所属の裁判所)及び当該裁判所に対応する検察官の検察官にその旨を通知しなければならない。

(被拘束者の代理人)

- 第三十一條 被拘束者の代理人は、弁護士でなければならない。
- 2 被拘束者の代理人が選任されていないときは、裁判所は、これを選任しなければならない。
- 3 被拘束者が被告人又は被疑者である場合において弁護士である弁護士(裁判長又は裁判官により選任されたものを除く。)があるときは、その弁護士は、これを被拘束者の代理人とみなす。

(判決の宣讀期日)

第三十六條 判決の宣讀は、審問終結の日から五日以内これをする。但し、特別の事情があるときは、この限りでない。

(請求棄却の判決)

第三十七條 裁判所は、請求を理由があるときは、判決で、被拘束者を直ちに釈放し、又は被拘束者が幼少若しくは精神障害者であるときその他被拘束者につき特別の事情があると認めるときは、被拘束者の利益のために適当であると認める処分をすることができ、

(上告)

第四十一條 下級裁判所の判決に対しては、控訴をすることはできないが、最高裁判所に上告をすることができ、その期間は、言渡しの日から三日とする。

2 上告理由書及び上告受理申立て理由書の提出期間は、十五日とする。

(審問手続)

第四十二條 最高裁判所は、上告状、上告理由書、答弁書その他の書類によつて上告を理由がないと認めるときは、審問を経ないで、判決で上告を棄却することができる。

(事件送致命令)

第四十三條 最高裁判所が、下級裁判所に係る事件を法第二十二條第一項の規定によりみずから処理するため送致せよとするときは、当該下級裁判所に対し、事件送致命令を發す。

2 最高裁判所書記官は、前項の命令が発せられたときは、速やかに、請求者に対し、また、人身保護命令が発せられた後は、拘束者に対し、その旨を通知する。

2 前条第一項の命令があつたときは、事件は、初めから最高裁判所に係属したものとみなす。

2 前条第一項の命令があつたときは、当該下級裁判所の裁判所書記官は、速やかに訴訟記録を最高裁判所の裁判所書記官に送付しなければならない。