

## 親子法の変容と子奪取条約

横山 潤  
よこやま じゅん

成蹊大学法科大学院教授

1. はじめに
2. 条約とその前提となった実質法
3. 実質法の変容と条約の運用
4. 条約の目的再考
5. おわりに (配偶者にたいする DV)

### 1. はじめに

「国際的な子の奪取の民事面に関する条約」(以下、「条約」と略称する。)が作成されてから30年以上の時間が経過した。その間、離婚後における親子間の法律関係につき主要な締約国の実質法はかなりの変容を遂げた。条約が想定していた1970年代以前の実質法とは基本的な考え方において異なったものとなっている。その結果、条約の本質にかかわる問題につき再考が促され、問題によっては運用レベルでの締約国間の調整では足りず、議定書など新たな国際的合意の策定すらも議論されている<sup>(1)</sup>。本稿は、実質法の変容が条約の解釈に及ぼす影響を指摘しながら、遅れて締約国となった日本が直面する基本的な問題を提示しようとするものである。

### 2. 条約とその前提となった実質法

条約は、「監護権」(droits de garde, rights of custody)と「面会交流権」(droits de visite, rights of access)とを併存させる一方で、返還メカニズムの観点から両者に優劣をつけている。

#### (1) 条約上の処理

条約5条によると、監護権という概念には「子の身上監護に関する権利とく

に子の居所を指定する権利」が含まれ、監護権の侵害があった場合に連れ去りまたは留置が不法とされる（3条）。そして、連れ去りまたは留置が不法である場合に、条約上の子の返還メカニズムが発動する。

子の迅速な返還が、1条のいわゆる条約の目的である。しかし同時に、当該規定は他の締約国における面会交流権の実効的な確保をも条約の目的としている。もっとも、監護権の侵害とは異なり、面会交流権の侵害があったからといって子の返還という条約のメカニズムが発動するわけではない。監護者が子とともに常居所地国から移動した結果、面会交流権の行使が困難となり不可能となっても、面会交流権だけを有している当事者は条約に従い子の返還を求めることができない。

たとえば、6歳の子Cの父母FとMが離婚し、母Mには監護権が、父Fには週末に子と過ごす面会交流権が常居所地国である甲国の裁判所により付与されたとしよう。そして、MはウィークデイにCの世話をし、Fは週末にCと接触してきたところ、その後、Mは乙国人男Aと婚姻し、Aの本国である乙国にCとともに移り住んだとすると、その結果、FはCと接触できなくなるかもしれない。しかし、監護者であるMによる乙国へのCの移動は条約の奪取には該当しない。常居所地国たる甲国に子が返還されることはないのである。このように、返還メカニズムの発動の可否という点において、面会交流権者は監護者よりも劣後する地位におかれている。監護者ではない親が子となんらかの形で接触できれば子を奪取するという挙にでることもないであろうから、そのかぎりで面会交流権の確保は奪取の予防に資する<sup>(2)</sup>。このような意味で、面会交流権の行使の確保は、返還メカニズムの補助手段としての役割しか与えられていないのである。

条約作成過程においてこういった処理に疑問を呈する代表もなかったわけではない。カナダの代表は、監護権と面会交流権とを同等なものとして位置づけ、面会交流権の侵害があるときにも条約の返還メカニズムを発動させるべきであるとの提案をしている<sup>(3)</sup>。また、ベルギーの代表は、「監護権を行使する親が、面会交流権を妨げるために子を連れ去り、奪取後において監護権が常居所地国において面会交流権者に付与された場合には、子の移動は不法とみなされなけ

ればならない」との提案をしている。しかし、これらの提案が採用されることはなかったのである<sup>(4)</sup>。

子との接触を維持したい場合、面会交流権者は、監護者と子が近い将来において国外に移動するとの情報を得たならばただちに、みずからを監護者とするよう子の常居所地国裁判所に申立てをしなければならない。申立てが認容され、面会交流権者であった者が監護者にいわば格上げされれば、自己の監護権の侵害を理由に子の返還を求めることができる。しかし、このような事前の措置がないままに子がひとたび国外に移動してしまえば、面会交流権者には条約21条の規定に基づく救済を求める道しか残されていない。しかし、周知のように、21条の規定は整備されたものとはいえない。

## (2) 条約が想定する実質法

このような条約上の処理は、1970年代におけるハーグ国際私法会議加盟国の実質法を反映していたと思われる。監護者が子とともにその常居所地国から他の国に移動する結果、他方の親が子との接触を喪失しても、そのことはやむをえないものとして受け取られていたといえよう。子の国外移動 (relocation) に関するイングランド・ウェールズの判例法の嚆矢となり、後の裁判所および学説がしばしば言及することになる *Poel v. Poel* 事件において、裁判所が示した次の判断は当時の諸国の実質法の態度を示しているようにみえる。すなわち、「婚姻が解消すれば、当該婚姻から出生した子は、父母双方の共同監護ではなく、必然的に親のいずれかの監護下に置かれるとの状況が通常生まれる。こういった状況が発生し、監護もまた順調に行われているとすると、監護権が正しく付与された当該親が選択した適切とみられる生き方に本裁判所が軽々に干渉することはない。そういった干渉は…その生き方に容喙を受ける親のみならず、その親の新たな婚姻にとっても不当とみられるかなりの負担を課すことになるやもしれず、ひいては子の福祉にも影響しかねない。子につき適切に監護権を有する親がその生き方を律するために適切な仕方を選択する方法は、監護権を付与されなかった他方の親が、その結果につきいくぶんの同情の余地はあるにせよ、おそらくは忍ばなければならないであろう事柄のひとつである」、とい

うものである<sup>(5)</sup>。離婚後において監護権を有する者は単独でその権利を行使する自由を有しており、その自由の中には当該権利を行使すべき地を決定する自由も含まれていたのである。

たしかに、条約作成者も共同監護 (joint custody) という観念を知らなかったわけではなく、条約3条1項b号がこのことを示している。とはいえ、1980年5月に作成された条約の準備草案の解説において Pérez-Vera が述べているように、離婚後において父母双方が監護権を有するという事態はその当時においてはまれであった<sup>(6)</sup>。また、子の身上に関する権利義務の束として監護権を観念することを疑問視する代表もなかったわけではなく、コモンウェルス事務局の代表は、条約5条の監護権の定義について、子の身上監護権は一方に、居所指定権は他方に付与される可能性に言及して、当該規定の不備を指摘している<sup>(7)</sup>。しかし、多くのハーグ国際私法会議加盟国の実質法は権利と義務の束としての監護権を離婚後において父母の一方のみに付与しており、このことをいけば所与のものとして条約は作成されたように見える。

このような実質法上の処理は、突き詰めれば、当時の「離婚」の観念に起因しているといえるかもしれない<sup>(8)</sup>。つまり、(通常は母である) 養育親 (primary caregiver) が過去と決別した新生活を送るために、非養育親との関係を切断する装置として離婚を捉えるものである。このような考え方によると、養育親と子との安定した関係が重視される<sup>(9)</sup>。当該関係の安定性を確保するためには、子の生活にたいする非養育親の関与は最小限にとどめられるべきであり、養育親ではない(通常は父) 親が子と面会交流する機会を有するとしても、この機会は「敗者にたいする法的な譲歩」以上のものではないとされるのである<sup>(10)</sup>。

### 3. 実質法の変容と条約の運用

しかし、1980年代後半になると主要な締約国の実質法は変容し、このことが条約の運用にも影響するようになる。

#### (1) 実質法の変容

それらの実質法は次のような考え方を基調とするようになる。すなわち、離

婚は、夫婦の関係を解消するものではあっても、親子関係を切断するものではない。子と父母双方との関係を離婚後も安定的・継続的に維持することが子の利益に適い、子の監護に関する重要な決定につき父母は、子または相手方の安全に懸念がないかぎり、離婚後も関与しなければならない、という考え方である<sup>(11)</sup>。とくに、1980年代における米国諸州における立法、カナダの連邦法たる Divorce Act 1985 の制定、イングランド・ウェールズの Children Act 1989 の制定、1993年のフランス民法の改正、1997年のドイツ民法の改正をあげなければならない。さらに、1980年代以降における北欧諸国の法改正やニュージーランドの Care of Children Act 2004 の制定も見逃せない。

## (2) 条約の運用

常居所地国法が、子と父母双方との関係の安定的・継続的な維持を是とする考え方に従い、子の居所を決定する権限を非養育親にも認めるようになると、養育親が他方の親の同意なしに子とともに国境を越えてしまえば、条約上この移動は非養育親の監護権の侵害となり、かくして当該の国外移動は奪取に該当する可能性がでてくる。事実、2008年のデータは、奪取者の約70%が母であり、そのうちの88%が養育親であることを示している<sup>(12)</sup>。上述の設例では、Cの居所決定についてFの関与が認められているかぎりにおいて、Fの同意なくMがCとともに乙国に移動すると、これは奪取と評価される可能性が高いことになろう。

実質法の変容に呼応するように、監護権に対立する概念としての面会交流権とは何かという問題は最近ではあまり問われない<sup>(13)</sup>。むしろ、子の居所に関する意思決定のいかなる態様のものが条約3条および5条の定める監護権に入るかが問われるようになっている<sup>(14)</sup>。

多くの締約国の実質法は、面会交流権者に面会交流の機会こそ付与するものの、(定められた期日に子と接触しないと) 不作為を理由として面会交流権者に責任を負わせたり、ましてや(特定の日時において子と面会交流する) 作為義務を負わせているわけではない。子の養育に義務または責任を負う者は単身では国外に移動する自由はないが、そういった義務または責任を負わない者は

単身でいつでも自由に国外に移動することができる<sup>(15)</sup>。こういった差異が実質法上存在するかぎり、条約上、父母の権利を2つの範疇に分類し続けることには依然として意味があると考えられる。とはいえ、監護権と面会交流権との境界線は、前者の拡大という形で、曖昧なものとなっているのである。

#### 4. 条約の目的再考

条約の目的は次の3点にあるといわれている<sup>(16)</sup>。国境を越えた子の奪取の抑止、一般的な子の利益の確保そして子の常居所地という適切な法廷地の確保である。しかし、これら3点は、上記のような主要締約国の実質法の変容に十分に対応しているわけではかならずしもない。

##### (1) 子の奪取の抑止

迅速に子を返還するメカニズムを用いれば、子を他の国に移動させることによって法律上・事実上有利な立場を得ようとする潜在的奪取者の企てが阻止できるといわれている。

返還メカニズムは、子の移動が常居所地国法からみて適法な国外移動であるときは発動せず、不法な場合にのみ発動する。つまり、子の常居所地国法からみた子の移動の適法性いかに返還メカニズムの発動にとり決定的である。そして、条約上、離婚後における親子関係の規律のありかたは常居所地国法とその裁判所に委ねられている。

1980年当時、監護権の規律を各国の裁判所に委ねても、子の国外移動の適法性について締約国間で判断が異なるという事態を想定する必要はそれほどなかったし、適法となる条件いかに議論する実益もなかったように思われる。1970年代、諸国の実質法は、離婚後において子の単独の監護者とされた者は、監護権行使のために、国外移動をも含めた行動の自由を有するとの原則に立脚して処理していたからである。しかし、条約の主要な締約国の実質法が離婚後においても親子の絆は安定的・継続的に維持されなければならないとの原則を志向するようになり、この原則に忠実であろうとすれば、子の生活にたいする父母の一方の関与を事実上困難または不可能にする子の国外移動は不法とされ

なければならなくなる<sup>(17)</sup>。離婚後も子が父母の共同監護の下にある場合、条約上の返還メカニズムを発動させない適法な国外移動とは何か。離婚後における親子の絆の安定的・継続的な維持という原則を基調とする締約国の間においても、この問題について処理の一致がみられるわけではないようである<sup>(18)</sup>。移動の申立てをする親のみが養育にたずさわっているときには移動は許可され易く、父母双方が均等に養育に関与しているときには移動は否定され易いとは推測できよう。しかし、これら2つ処理の間には様々な養育の形態が存在すると思われる。国外移動を適法化する条件の調和を図ることなく、単純に奪取の一般予防を条約の目的とすることは困難のように思われる。常居所地国が養育親と子との国外移動にたいして許容的な態度をとるときは条約のいわゆる奪取は発生しにくい、国外移動に制限的な常居所地国からは奪取が起りやすい、という事態が生ずることになりかねないからである<sup>(19)</sup>。

## (2) 子の利益

条約の返還メカニズムは子の利益を促進するといわれている。ただし、その場合の子の利益とは個々の事案における子の利益ではなく、集合として捉えられた子の利益であり、迅速な返還は多くの場合に子一般の利益に適合するとされている。これにたいして、個々の事案における子の利益には条約13条1項b号などの規定によって配慮が与えられているとされるのである。

それでは、条約の返還メカニズムが確保しようとする子一般の利益とは何か。たしかに、それまでの安定した生活が奪取によって混乱した場合に、元の生活の迅速な復旧にたいして子は利益を有しているといえよう。しかし、その場合の安定性は事実的な生活環境の保持にたいする利益、たとえば、馴染みのない言語を必要もなく新たに習得せざるをえないといった状況にはおかないという意味での事実的な利益なのか。それとも、父または母との法的関係の維持という意味での法的な安定性なのか。

条約の作成過程においても、安定性の意味の理解につき意見の一致があったようにはみえない<sup>(20)</sup>。しかし、事実的な意味での生活の安定性は少なくとも2次的な意味しかあるまい。というのは、父または母の海外勤務のために、円

満な関係にある父母双方が子を伴い外国に移動した場合においても、子はやはり、外国語を習得したり、外国の見知らぬ学校に通学せざるをえないという事態に直面しなければならない。しかし、父母の関係が円満な状態にあるときにまで子の生活の変化を条約が阻止しようとしているわけではない。そうだとすると、条約がまずなによりも確保しようとする子の利益とは、父または母との法的な結びつきの維持にたいする利益と考えなければなるまい。

(a) 子の利益と監護者

条約の返還メカニズムにより従前の状況が回復されるのは、常居所地国法の下で父または母に監護権が帰属していたためである<sup>(21)</sup>。このことを前提として、Pérez-Vera は、新たな状況における安定性を保障する法的理由がないかぎりその生活条件に変更がないことにたいして子は権利を有し<sup>(22)</sup>、新たな状況の安定性が十分に保障されないかぎりその常居所地から連れ去られないことについて子は利益を有している、とする<sup>(23)</sup>。つまり、「状況の安定性」は既存の監護権によって保障され、常居所地国からの移動が子の利益に適うか否かは、子とともに移動する親が常居所地国法の下で監護者としての法的地位を有しているか否かにかかっているとされる。

しかし、監護者としての法的地位を子の利益に結合させることにより返還メカニズムを説明するためには、次の2点を前提としなければならないように思われる。第1に、父母のいずれ一方だけが監護権を有していることである。父母の双方が常居所地国法の下で監護権を有し、その一方のみが子とともに常居所地国から移動する場合、子の利益は返還メカニズムの発動いかに方向づけえないからである。第2に、子の利益を監護者たる親の利益と不可分なものとしてあるいはこれに従属するものとして理解することである。常居所地国を去る親は、多くの場合、みずからの再婚のためまたは自己の心理的・経済的状況の改善もしくはその出身家族によるサポートを期待して移動するはずである。国外移動は直接的には移動する親の利益に資するものであり、子の利益保護を純粹に目的とする親の国外移動なるものは考えにくいからである。

(b) 子の利益と国外移動

離婚後における父母の共同監護をデフォルト・ルールとして採用する実質



法が増えてくると、国外移動と子の利益との適合性いかに常居所地国から移動する親の監護権の有無により判断することは容易ではなくなる<sup>(24)</sup>。たしかに、離婚後における父母の共同監護をデフォルト・ルールとしていても、裁判所によりひとたび単独の（条約の意味での）監護権が父または母に付与されれば、当該の者に国外移動の自由を認める実質法がある。たとえばドイツである<sup>(25)</sup>。他方で、子の居所指定権を含む権利の束としての監護権を父母の一方に付与することを認めない国も少なくない。コモンロー諸国がそうである。

コモンロー諸国では、養育親であっても、相手方の同意がないかぎり、子とともに国外移動するためには裁判所の許可を求めなければならない。それらの国も、国外移動の許否を子の福祉や子の最善の利益を基準にして判断する<sup>(26)</sup>。しかし、基準は同一であっても、いかなる事情あればがこの基準が満たされるかについて一致があるわけではない<sup>(27)</sup>。一方において、イングランド・ウェールズのように、国外移動の拒絶により（多くは申立人たる母である）養育親がこうむる心理的・経済的な負担が子に及ぼす悪影響を有意味な事情として重視する国がある<sup>(28)</sup>。上掲の *Poel v. Poel* 事件という先例との整合性を無視できないからとみられるが<sup>(29)</sup>、移動の申立ては原則として認容される傾向にあるといわれている。しかし、他のコモンロー諸国が、子の利益を養育親たる母の利益に従属させたり、これに不可分のものとして捉えているわけではない<sup>(30)</sup>。

#### (c) 国外移動の条件の不調和

返還メカニズムの発動は常居所地国法の観点からみた国外移動の適法性いかにかかっているという意味において、適法な国外移動と奪取とは同じコインの表裏の関係にある。条約はコインの裏側だけのデザイン決め、その表面のデザインを常居所地国法に委ねている。しかし、1980年当時と異なり、国外移動との関係における子の利益判定につき諸国の実質法がかなりの相違を示しているとすると、国外移動の条件について国際的な調和がないまま、集団としての子の利益の名の下にすべてを常居所地国法の規律に委ねたままでよいか問われなければなるまい。そのために、子の利益を中核としながら国外移動の条件を国際的に標準化する試みが行われてきた。けれども、これまでのところそ

ういった試みが成功しているとはいいがたいのである<sup>(31)</sup>。

### (3) 適切な法廷地

条約は常居所地国への子の返還を原則としている。返還後における監護紛争の解決につき子の常居所地国の裁判所が手続法の観点から最も適切な法廷地 (forum conveniens) であり、それゆえにこそ個々の事案における子の利益に合う判断を行うことができるとの前提にたっている。しかし、各国の実質法の変容は、次の2つの意味において、返還後における常居所地国裁判所の有すべき管轄権の至上性に疑いを投げかける。

#### (a) 親子関係の規律に関する価値判断の相違

離婚後において、問題となっている父母と子との法的な絆は、個々の子の利益の観点からいかなるものであるべきか。この問題を解決するためには、過去における父母の行動、父母の行動が子に与えた影響そして子が現在置かれている状況などに関する情報が必要であり、これらの情報に最も近接しているのは常居所地国の裁判所であることに異論はないであろう。しかし留意すべきは、それらの情報に基づいた子の利益の探求には、離婚後における父母と子との関係はいかにあるべきかにつき価値判断がかならず伴うという点である<sup>(32)</sup>。1980年当時の実質法の多くは、父母の一方には権利の束としての監護権が付与されるべきであり、他方はせいぜい面会交流権に満足しなければならないとの態度をとっていたといえよう。価値判断の上で諸国にこのような基本的な一致があるかぎり、子の返還後における監護紛争の解決を常居所地国の裁判所にいわば丸投げにしても、処理の国際的な不調和はそれほどなかったはずである。しかし、離婚後においても親子関係は安定的・継続的に営まれなければならないとの価値判断を各国が行うようになると、常居所地国裁判所が有する管轄権の至上性を肯定しても、処理の国際的な調和に結果するわけではかならずしもない。父母のいずれかは子と異なる国において生活せざるをえないという状況が近い将来において現出することが予想されるとすると、そのような状況下ではいかなる形態の親子関係が子にとり望ましいかを問わざるをえず、その解答は国により異なるとみられるからである<sup>(33)</sup>。

(b) 当事者の合意を基礎とした解決の必要性

父母の間に深刻な葛藤があり、父母の合意が得られない事情があるときには裁判による解決が必要であり、適切な法廷地は何かという問題が設定されなければならない。しかし、父母双方が離婚後においても子との安定的・継続的な関係を維持すべきであるとの考え方が条約の運用面においても是認されるべきであるとする、管轄権いかなの問題はその重要性を減じざるをえないのであるまいか。離婚後における父母双方と子との関係維持という要請には父母による合意ベースでの解決が親和的であるからである。本来ならば子が返還された後に常居所地国の裁判所の判断に委ねられるべき事項について、長期的な射程をもった父母の合意に基づく解決の重要性が近時指摘されるようになってきたのも偶然ではないように見える<sup>(34)</sup>。

5. おわりに (配偶者にたいするDV)

条約が作成されてより30年以上の期間が経過した後、日本は締約国となった。その間に主要締約国の実質法は変容し、条約の根幹にかかわる問題を提起している。日本では条約の批准をめぐって、配偶者にたいするいわゆるDVの問題が議論された。父母の一方にたいする他方のDVが条約13条1項b号の返還拒否理由となりうるかという問題も実質法の変容と無関係ではなく、日本に限らず、その解決は少なくとも条約の運用レベルにおいて喫緊の課題とされている<sup>(35)</sup>。

母にたいするDVの問題は、条約の作成段階においてもすでに問われていた。英国代表は、条約13条1項b号の「その他子を耐えがたい状況に置くこととなる」という文言の必要性を説くにあたり、「子の心身に害悪を及ぼすこと」という文言だけではカバーできない状況として、父母の一方が他方のDVを原因として余儀なく家を出ざるをえない場合、子の心身にこそ害悪は及んではないが、それでもなお子は耐えがたい状況にある、と発言している<sup>(36)</sup>。さらに、Pérez-Veraも、個別的・具体的に肉体的もしくは精神的な危険にさらされないことまたは耐え難い状況に置かれないことについては子に限らず誰もが第一次的に利益を有している、としているのである<sup>(37)</sup>。

しかし、父母の一方にたいする他方のDVが返還拒否理由となりうるかという問題にとくに焦点が当てられるようになったのは2000年代に入ってからのように見える。このことの背景には、むろん、国内法源および国際法源におけるDVの規制が存在する。しかし同時に、1970年代および80年代の諸国の実質法上、離婚した母は多くの場合に単独の監護権を有しており、子を伴った国外移動はそもそも条約のいわゆる奪取に該当しなかったということも指摘しなければならない。つまり、母の国外移動は、DVから逃れる最良の手段であるだけでなく適法でもあった。しかし、主要締約国が離婚後においても子と父母双方との絆は維持されなければならないとの考え方をとるようになると、DVの加害者も常居所地国法の下で条約のいわゆる監護権を有し、その結果被害者の国外移動は奪取と評価される可能性が高くなる。その結果、父母の一方にたいする他方のDVは、子の福祉への影響を媒介とすることなく直接に、子の返還拒否理由となりうるかが問われるようになったと思われる。しかし、子と父母双方との絆は離婚の後も維持されなければならないとの考え方を基調として条約が解釈されるようになったとしても、あるいはそれゆえにこそ、DVの存在は返還メカニズムの発動を抑制しよう。父母の間に深刻な葛藤がないことがそういった絆の維持に不可欠であるが、被害者たる母の安全が確保されていないときには、そもそも子が返還されるべき常居所地国の観点からも父母双方と子との安定的・継続的關係を期待することはできないからである。

- (1) William Duncan, 'Keeping the 1980 Hague Child Abduction Convention up to Speed. Is it time for a Protocol?', *Journal of Family Law and Practice*, Vol. 1 (2010), 4, 5.
- (2) Adair Dyer, 'Report on international child abduction by one parent ('legal kidnapping')', *Preliminary Document No 1 of August 1978, Actes et documents de la Quatrième session 6 au 25 octobre 1980*, (1982), tome III (以下, *Actes et documents*), 41.
- (3) *Actes et documents*, 262.
- (4) *Ibid.*, 268.
- (5) *Poel v Poel* [1970] 1 WLR 1469; [1970] 3 All ER 659.
- (6) Elisa Pérez-Vera, 'Rapport de la Commission spéciale', *Actes et documents*, para. 69.
- (7) *Ibid.*, 271.

(8) とくに、1970年代において各国の学説・裁判実務に大きな影響力をもったといわれる Joseph Goldstein, Anna Freud & Albert Solnit, *Beyond the Best Interest of the Child*, (Free Press, 1973) によると、子が愛着心を抱く者 (psychological parent) との安定した信頼関係を子が維持することが最も重要であり、監護者ではない者の関与は子が幼少であるときには完全に排斥されるべきであり、少なくとも接触の可否は監護者つまり子が愛着をもつ者の決定に委ねられるべきであるとされた。

もっとも、条約の作成者は、Goldstein等の学説に忠実に、非監護親と子との切断が望ましいとの前提にたっていたわけではなく、むしろ、比較的穏健な考え方をもっていたように見える。つまり、特定の時点において子が父母のいずれか一方の監護を必要としていても、子は他方の親との心理的な絆もまた同時に必要としており、さらに、後日監護者が死亡したような場合には、経済的支援を非監護親に求める事態も発生するかもしれない。父母双方との心理的な絆と将来における経済的支援の必要性という観点からは、面会交流権を否定したりこれを過度に制限する結果として生ずる子と非監護親との関係の切断は子の利益に適うものではないというものであったようである (Dyer, op.cit., 41 et seq.)。

(9) ちなみに、「1970年6月1日の離婚及び別居の承認に関するハーグ条約」の解説 (Pierre Bellet et Berthold Goldman) は、ある締約国における離婚が他の締約国において承認されなければならない理由として、離婚後における再婚の有効性と再婚相手から生まれた子の利益に言及している (Actes et documents de la Onzième session (1968), tome II, Divorce, 210)。その意味で、当該条約は再婚の可能性をも含めた離婚した者の行動の自由を国境を越えて保障するものであったように見える。

(10) Lynne Halem, *Divorce Reform: Changing Legal and Social Perspectives*, (Free Press, 1980), 213 et seq.

(11) 離婚に関する新旧の立場を対立させる見解として参照, Irène Théry, 'La référence à l'intérêt de l'enfant: usage judiciaire et ambiguïtés', Odile Bourgunignon, Jean-Louis Rallu et Irène Théry, *Du Divorce et des Enfants*, (PUF, 1985), 93 et seq; Patrick Parkinson, *Family Law and the Indissolubility of Parenthood*, (CUP, 2011).

(12) Nigel V. Lowe & Victoria Stephens, 'Global Trends in the Operation of the 1980 Hague Abduction Convention', *Family Law Quarterly*, Vol. 46 (2012), 41, 44.

(13) ちなみに、2013年3月1日から韓国においては条約が発効している。条約を実施する法律 (2012年12月11日の法律第11529号) の5条は、「韓国への不法な連れ去り又は韓国における不法な留置の結果として条約の意味における監護権又は面会交流権の侵害があったと主張する者は、子の返還を確保するために、(韓国の

中央当局たる) 法務省に子の捜索など一定の援助を申請できる」(傍点, 筆者)としており, 一見すると, 子の返還との関連において監護権と面会交流権とを等しい地位においているかのような規定となっている。

- (14) たとえば, Dicey, Morris and Collins, *The Conflict of Laws*, 15th ed., (Sweet & Maxwell, 2012), Vol. 2, 1168 et seq.
- (15) 国外移動との関連について, Juliet Behrens, 'U v U: The High Court on Relocation', *Melbourne University Law Review*, Vol. 27 (2003), 572, 584; Rob George, 'Current Developments: The International Relocation Debate', *Journal of Social Welfare & Family Law*, Vol. 34 (2012), 141, 143.
- (16) Jennifer Patton, 'The Correct Approach to the Examination of the Best Interests of the Child in Abduction Convention Proceedings Following the Decision of the Supreme Court in *Re E (Children) (Abduction: Custody Appeal)*', *Journal of Private International Law*, Vol. 8 (2012), 547, 548 et seq.
- (17) Permanent Bureau, *Preliminary note on international family relocation, Preliminary document No. 11 of January 2012*, para 27.
- (18) Mathew Thorpe, 'Relocation — The Continued Search for Common Principles', *Journal of Family Law and Practice*, Vol. 1 (2010), 4, 7.
- (19) Permanent Bureau, *Conclusions and recommendations of the fourth meeting of the special commission to review the operation of the Hague Convention of 25 October 1980 on the civil aspects of international child abduction (22–28 March 2001)*, para. 7.3.
- (20) Elisa Pérez-Vera, 'Rapport explicatif', *Actes des documents*, para. 9.
- (21) *Ibid.*, para. 9.
- (22) *Ibid.*, para. 72.
- (23) *Ibid.*, para. 30.
- (24) Robert H. George, 'Practitioners' Approaches to Child Welfare after Parental Separation: An Anglo-French Comparison', *Child and Family Law Quarterly*, Vol. 19 (2007) 337.
- (25) Martina ERB-Klünemann, 'German Approach to Relocation', *The Judges' Newsletter on International Child Protection*, Special Edition, No. 1 (2010), 49 et seq.
- (26) イングランドについて Robert H. George, 'The Shifting Law: Relocation Disputes in New Zealand and England', *Otago Law Review*, Vol. 12 (2009), 107. ニュージーランドについて, Mark Henaghan, 'Relocation Cases — the Rhetoric and the Reality of a Child Best Interests — A View From the Bottom of the World', *Child & Family Law Quarterly*, Vol. 23 (2011), 226. カナダについて, Nicholas Bala & Andrea Wheeler, *Canadian Relocation*

- Cases: Heading Towards Guidelines, *Canadian Family Law Quarterly*, Vol. 30 (2012), 271.  
オーストラリアについて, Patrick Parkinson, Judy Cashmore & Judi Single, 'The Need for Reality Testing in Relocation Cases', *Family Law Quarterly*, Vol. 44 (2010), 1. 米国について, James Garbolino, Judith Kreeger, Peter Messitte & Mary Sheffield, 'Relocation of Children: Law and Practice in the United States', *International Family Law*, (2013), 162.
- (27) Robert H. George, 'Practitioners' Views on Children's Welfare in Relocation Disputes: Comparing Approaches in England and New Zealand', *Child and Family Law Quarterly*, Vol. 23 (2011), 178; Frances Judd & Robert H. George, 'International Relocation: Do We Stand Alone?', *Family Law*, (2010), 63.
- (28) *Payne v Payne* [2001] EWCA Civ 166, [2001] 2 WLR 1826, [2001] 1 FCR 425 は, そのような判断を示すものとして理解されてきた。この点については, George, *op.cit.*, 116 et seq. を参照。
- (29) ここ40年間における社会の変動を前にして, 国外移動に関する判例法が不動であるというのは驚くべきことであるとするのは, Robert H. George, 'The Shifting Law: Relocation Disputes in New Zealand and England', *Otago Law Review*, Vol. 12 (2009) 107, 111.
- (30) 注(26)に掲げられた諸文献を参照。
- (31) ハーグ国際私法会議が主催団体の1つとなり, そうした国際的な標準の創設を目指す会議がワシントンにおいて2010年3月において開催された。この会議において「家族の国際的移動に関するワシントン宣言」(Declaration on International Family Relocation 2010)が生み出されたが, その内容は「起草委員会の誰にとっても満足できるようなものとはなっていない」とされている(Thorpe, *op.cit.*, 9)。
- (32) Mark Henaghan, 'Creating A Discipline in Relocation Cases: Lord Justice Thorpe's Contribution to Relocation Law', *Journal of Family Law and Practice*, Vol. 4 (2013), 18.
- (33) 注(28)に掲げた *Payne v Payne* 事件は, 子の奪取条約に基づく子の返還後に, 4歳の子の母が英国からニュージーランドへの移動の許可を求めた事案である。母はニュージーランド人であり, イングランドにおいて英国人である父と知り合い, 婚姻した。ニュージーランドの裁判所が奪取条約に従い子のイングランドへの返還を命じ, 子はイングランドに返還された。ついで, 母は子とともにニュージーランドに移動する許可をイングランドの裁判所に求めた。裁判所の判旨は次の趣旨のものと理解されている。すなわち, 国外移動を許容する推定はないけれども, 子とともに生活する親の国外移動にたいする相当な申立ては重視される。そして, この申立てを拒絶することが当該親および(再婚しておれば)その相手方さ

らには子に及ぼす効果は非常に重要である。他方で、相手方である他方の親による移動にたいする異議が子の福祉に基づくときには、この他方の親との関係の喪失が子に与える影響もまた重要である可能性がある、というものである（参照、Rober H. George, 'The Shifting Law: Relocation Disputes in New Zeland and England', *Otago Law Review*, Vol. 12 (2009), 107, 108 et seq.)

- (34) Sarah Vigers, *Mediating International Child Abduction Cases — The Hague Convention*, (Hart Publishing, 2011), 41 は、当事者が合意できる事項の範囲を条約との整合性の観点から限定しようとするが、Hague Conference on Private International Law, *Guide to Good Practice under the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction, Mediation*, (Family Law, 2012), 41 はそういった限定を加えていない。
- (35) Permanent Bureau, *Domestic and Family Violence and the Article 13 "Grave Risk" Exception in the Operation of the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction: A Reflection Paper, Preliminary Document No 9 of May 2011 for the attention of the Special Commission of June 2011 on the practical operation of the 1980 Hague Child Abduction Convention and the 1996 Hague Child Protection Convention*.
- (36) *Actes det documents*, 302.
- (37) Pérez-Vera, *op.cit.*, para. 29.