

ハーグ子奪取条約「重大な危険」の 制限的解釈に関する一考察

—その限界と新たな可能性

北田 真理
きた だ まり

杏林大学総合政策学部講師

はじめに

1. 返還命令の欧州人権条約8条適合性審査
2. 欧州人権裁判所の3判決
3. 英国最高裁判所によるノイリンガー事件判決の評価
4. 英国における新たなアプローチ—制限的解釈から適用へ
5. 若干の検討

おわりに

はじめに

「国際的な子の奪取の民事上の側面に関する1980年10月25日の条約（以下「ハーグ条約」という。）」は、国際離婚等に伴い子が不法に国外に連れ去られ又は留置された場合に、監護に関する裁判管轄権を有する子の常居所地国へ子を迅速に返還すること等を定めた条約である。各締約国の中央当局を軸とした行政・司法の連携・協力を基礎とする点に特徴がある。我が国では、同条約の国内実施法（「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」平成25年法律第48号）が2013年6月12日に成立し、2014年4月1日に施行された。

ハーグ条約の究極の目的は、国際的な子の保護にある。起草者は、自らに有利な判断が下される法域に子を連れ去り、そこに移り住むことによって、監護権に関する国際裁判管轄権の連結点を恣意的に作出し、そこで適用される準拠法をも選択しようとする連れ去り親の一連の行為に注目した⁽¹⁾。ときに連れ去りは、常居所地国の裁判所が既に下した監護権等の判断の効果を避ける目的で行われることがある。起草者は、法域を新たに子の監護に関し再度の判断を求

め、自らに有利な結果を得ようとする連れ去り親の法廷地漁り (forum shopping) に歯止めをかけようとした。不法な連れ去りにより作出された不法な事実状態に法的な承認を与えることは許されるべきではない。

このため、起草者達は、おおよその子にとって適正な管轄地である連れ去り前の常居所地国に子を迅速に返還する (summary return) 手続の構築を目指した。なぜなら、連れ去り前の子の常居所地国には本案に必要な資料が集約されているため、その国で監護権に関する本案の判断が行われるべきものと考えたからである。また、子が連れ去り先の新たな環境に定着してしまわぬうちに返還することができれば、子は自らのルーツ・文化を維持することができる。このため、ハーグ条約は返還手続と本案手続との峻別を前提とし (16・19条)、返還手続では限られた要件の検討に絞った迅速な判断を徹底する。迅速な返還が繰り返されれば、連れ去りを考える親は連れ去り自体を断念するため、連れ去り行為の減少・予防を促すことになる。

しかし、子一般にとって利益となる返還であっても、複雑な家庭事情を抱える一部の子にとっては、必ずしも常居所地国への返還が最良の選択とは限らない。このため、ハーグ条約は複数の返還拒否事由を定め (12条, 13条, 20条)、それらに該当する場合には返還拒否命令を下し、連れ去り国に子を留め置くことを許容する。とはいえ、上述した条約の構造上、返還拒否事由は極めて制限的に解され (restrictive interpretation)⁽²⁾、子に関する調査も返還要件の検討に絞って限定的に行われる必要がある。条約は、その意味で、返還拒否事由に直面し得る一部の子の「個別具体的な子の最善の利益 (best interests of the individual children)」の犠牲の下に、「子一般の最善の利益 (best interests of children generally)」となる迅速返還を優先する構造であると言われている⁽³⁾。特に、子の状況判断が中心となる13条1項b号 (我が国の国内実施法28条1項4号)⁽⁴⁾の「重大な危険」の判断においては、返還により子が「耐え難い状況」となる「重大な危険」があれば返還を拒絶し得ることになるため、本案の内容に関わる調査・検討に立ち入りやすく、返還の例外が認められやすくなるため、制限的解釈を意識したより慎重な判断が求められている。

このように、ハーグ条約は、監護権本案の適正な管轄地である常居所地国に

子を返還し、その国の裁判所がその国の国際私法により指定された準拠法に基づき監護権紛争を解決することこそ子の最善の利益であると考えている。この点で、ハーグ条約は、国際私法の着想による子の利益の実現を前提とする一方で、返還拒否事由の判断においては、家族法の着想による子の利益の実現が問題となる⁽⁵⁾。本来、子の国際的保護のためには子のいかなる利益も尊重されるべきものであるところ、この条約の理念を支える前者の実現に傾いた13条1項b号の制限的解釈のあり方が、近年、児童の権利や家族生活の尊重の観点から疑問視されるに至った。

本稿では、その議論のきっかけとなった欧州人権裁判所（以下「人権裁判所」という。）のノイリンガー事件判決を中心に「重大な危険」の抗弁に焦点を当て、欧州人権条約（以下「人権条約」という。）8条の適合性審査が行われた注目すべき3判決と英国における新たなアプローチを整理しつつ、13条1項b号の制限的解釈のあり方について検討を行っていく。

1. 返還命令の欧州人権条約8条適合性審査

近年、ハーグ条約の問題点として、連れ去り親の想定の変化が指摘されている。条約起草時、離婚後単独親権制度が一般的であった中で、親権者とならなかった父親が母親から子を強硬に奪い去ることを想定して条約は起草された。しかし、条約施行から10年後の調査では、おもな養育親（primary carer）⁽⁶⁾である母親による連れ去りが約7割を占め、しかも母親が子を連れて休暇などで里帰りした後に帰国しない留置型の「子連れ里帰り」⁽⁷⁾事案が増加した。この原因については、1970年代に始まる各締約国の離婚後共同親権化の家族法の改正により、離婚後も監護権を持つようになった父親が監護権侵害を主張し、ハーグ条約に基づき返還を求めるようになったことで顕在化したと言われている⁽⁸⁾。このように、条約起草時の想定とは異なる状況が生じている以上、13条1項b号への厳格なアプローチは見直しの時期にあるのではないかと意見が出されるようになった⁽⁹⁾。

そして、近年、配偶者による暴力が社会問題化する中で、「重大な危険」の抗弁として夫によるドメスティック・バイオレンス（以下「DV」という。）が

主張されるようになった。ここでいう「危険」は、現実のものでなければならず、憶測に基づいた将来に起こり得る危険では不十分とされている⁽¹⁰⁾。この抗弁の悪用、濫用が危惧されているものの、仮に母親の主張が正しければ、返還によって母子が危険な状況に陥る可能性は十分にある。この危険を裁判官がどう評価するかにより結論が分かれるが、欧州諸国ではハーグ条約の枠組みが損なわれることのないよう、こうした事案においても同条の制限的解釈を徹底する傾向にある⁽¹¹⁾。

こうしたなか、返還拒否命令を勝ち取ることができず、国内での救済に尽きた母親は、人権裁判所に救いを求めるようになる⁽¹²⁾。人権条約8条1項は「私的および家族生活が尊重される権利」等を保障し、同条2項において、「この権利行使に対して、法律に基づき、民主主義社会において必要なものの以外のいかなる公権力による介入もあってはならない」と規定する。母親による子連れ里帰り事案については、返還命令（又はその執行）という「介入」が母子を引き離し、「ともに居る」、「ともに暮らし続ける」といった「家族生活」の本質が侵されたとの主張が展開されることになる。こうして、各締約国の国内裁判所が下した返還命令が8条適合性審査の対象となっていく。

人権条約はウィーン条約法条約31条1項に基づき「文脈によりかつその趣旨及び目的」に照らして解釈される。また、同条3項C号に基づき、文脈とともに国際法の関連規則が考慮される。国際的な子の連れ去り事案においては、人権条約8条に基づき締約国に課される親子統合の積極的義務⁽¹³⁾は、「家族生活の尊重」という視点から、ハーグ条約と児童の権利条約を考慮し、その調和の中で解釈されるものとされている⁽¹⁴⁾。また、それらの総合的で調和のとれた適用のためには、連れ去られた子、父親、母親、公の秩序という対立する利益間に公正な均衡（fair balance）が図られる必要がある（以下「公正な均衡による8条適合性審査」という）。この均衡が保たれていれば、当該介入は締約国に与えられた裁量の範囲内（「評価の余地」⁽¹⁵⁾）にあり、8条適合となる。

また、国際的な子の連れ去り事案においても、人権裁判所は、その補完的性質⁽¹⁶⁾から国内裁判所の採った手続（procedure）に限定した監督を行う。その際、①国内裁判所の返還（または返還拒否）命令に至る判断過程が公正であったか、

②当事者に十分な主張の機会が確保されていたか、③子の最善の利益が守られていたかどうかに着目し、審査が行われる⁽¹⁷⁾。

2. 欧州人権裁判所の3判決

以下では、「重大な危険」の制限的解釈に関する重要な3判決、(1)モームソー対フランス事件小法廷判決⁽¹⁸⁾(以下「モームソー事件判決」という。)、(2)ノイリンガー対スイス事件大法廷判決⁽¹⁹⁾(以下「ノイリンガー事件判決」という。)、(3)X対ラトビア事件大法廷判決⁽²⁰⁾(以下「X事件判決」という。)を紹介する⁽²¹⁾。

(1) モームソー事件判決

仏国籍を持つ母親と米国籍を持つ父親との夫婦関係が悪化し、母親が2歳半の子を婚姻生活を送っていた米国から実家のある仏国へ連れ帰った。検察官からの返還請求に対し、母親は、父親の子に対する危険な行動、薬物・アルコール中毒の事実に加え、母子が返還によって離れ離れになることが幼児にとって「耐え難い状況」となると主張(以下「母子分離の主張」という。)した。

仏国裁判所第1審は「重大な危険」を認定して子の返還拒否を認めたものの、第2審は「重大な危険」の証明がなされていないことを理由に原判決を覆し、子の返還を命じた。これを不服として母親は上告したものの、破棄院判決を前に子は米国に返還され、破棄院も原審を支持して子の返還を命じた。そこで、母親は人権裁判所に8条違反を訴えた。

母親は、仏国裁判所による「重大な危険」の解釈があまりに制限的で、13条1項b号、人権条約8条及び児童の権利条約3条1項に照らして子の最善の利益が完全に考慮されていないと主張し、同条項の制限的解釈を争点とした。

人権裁判所は、ウィーン条約法条約31条1項に基づき、8条の「趣旨及び目的」としてハーグ条約の目的を検討した。同条約前文では子の最善の利益が至高性を有する(of paramount importance)と規定されるが、子の最善の利益が返還手続内で完全に考慮されることになれば、連れ去り親が一方的に作った違法な事実状態に法的承認を与える結果となってしまう。このため、制限的解釈はハーグ条約が機能する上での前提であり、子の最善の利益は、手続上のおも

な考慮事項の1つ (a primary consideration)⁽²²⁾であると述べた。

そして、国内裁判所に個々の事案に応じた検討を求める「具体的なアプローチ (in concreto approach)」を採用する義務を課した。現にそこに居る子とその子の環境について客観的な検討を行うことによって、自動的で機械的な返還を避けることを求めたのである。

結論として、仏国裁判所が家族全体に対する踏み込んだ調査を行った上で子に対する害の不存在を認定したこと、また、母親が監護権裁判のために渡米が可能であることを理由に人権裁判所は仏国裁判所の返還命令を8条適合と判断した。

モームソー事件判決によって8条適合とされた制限的解釈には、以下の特徴がある。

- ① DVや薬物中毒等の返還を求める父親に不利な事実が母親から主張されても、明確な理由は示されぬまま、証拠がない、証明されていないとの断定により「重大な危険」として認定されない。
- ② 返還命令による母子分離の状態は、返還後の子の精神的苦痛を示す心理鑑定書のみが証拠である場合には「耐え難い状況」として認定されない。

制限的解釈を採れば、たしかに返還命令は下しやすくなる。しかし、本件の反対意見で述べられたように、4歳の幼児がおもな養育親である母親と既に定着した場所や環境から引き離され、19か月間、接触のなかった父親に引き渡されることは、子にトラウマを残すにちがいない⁽²³⁾。返還拒否事由が過度に制限的に解釈されることによって、子の国際的な保護を掲げるハーグ条約がかえって子を苦しめる結果を招来することになる。この矛盾が制限的解釈に対する批判となった。

(2) ノイリンガー事件判決

ベルギー・スイス国籍を持つユダヤ教徒の母親とイスラエル国籍を持つ父親との夫婦関係が悪化した。父親はユダヤ教過激派の活動に没頭し、子を宗教的洗脳のために国外の教会に送りこもうとしたため、子の出国禁止命令が出された。その後、母親が父親からの暴行を警察に通報した。父親は、幼稚園・母子

の家への立ち入り、母親に対する嫌がらせ、凶器の所持携帯の禁止を命じられ、子との面会交流は週2回の監督付で実施されるまでに制限された。父母の離婚の際、父母共同での guardianship の行使が認められたものの、父親は養育費を支払わず逮捕状が出された。こうした状況に耐えかねた母親は、父親の同意も裁判所の許可も得ぬまま婚姻生活を送っていたイスラエルから実家のあるスイスに2歳の子を連れ帰った。

父親からの返還請求を受け、スイス裁判所第1・2審は、「重大な危険」を認定して子の返還拒否を認めたものの、連邦裁判所は原判決を覆し、子の返還を命じた。そこで、母親は子とともに人権裁判所に8条違反を訴えた。小法廷により返還命令の執行が一時停止されたが、その後、小法廷は8条適合と判断した。これを不服として、母親が子とともに大法廷に上訴した。

大法廷は、公正な均衡による8条適合性審査において、子の最善の利益は至高の考慮事項であると述べ、モームソー事件判決の表現を改め、子の最善の利益を the primary consideration とした(冠詞を a から the に変更)。子の利益の至高性は国際法上、広く認められた理念であり、返還の例外を許容するハーグ条約の構造上、同様の理念が条約の根底にあると述べ、「13条を人権条約と適合的に解釈する」必要があるとした⁽²⁴⁾。また、自動的・機械的な返還命令を避けるために締約国に課された最重要の義務は、子の最善の利益を個別具体的に判断することであるとした。

そして、以後、注目されることとなる以下の原則を判示した。

「人権裁判所は、当該措置をとるに至った国内裁判所による判断の過程が公正で、かつ、当事者らに各自の主張を十分にさせたことを確かめねばならない。そのため、人権裁判所は、国内裁判所が、家族全体の状況(entire family situation)に加え、特に、事実に、感情的、心理的、物理的、医学的な性質を有する一連の要素全体に関し踏み込んだ調査(in-depth examination)を行ったかどうか、その上で、各人それぞれの利益について均衡のとれた合理的な評価(balanced and reasonable assessment)を行ったかどうか、その際、子の出生国への返還が求められているという背景において、連れ去られた子にとっての最善の解決策を決することに常に留意していたかどうかを確かめねばならない

(§ 139)。」

この言及によって、返還手続を行う国内裁判所は、本案と同様の慎重で包括的な調査義務を新たに課されたものとも捉えることができる。しかし、大法廷は、スイス連邦裁判所のした返還命令について、国内裁判所の「評価の余地」の範囲内にあるとだけ述べ、返還命令の判断過程の問題としてではなく、遅れた執行に焦点を当てて8条適合性審査を行った。子の連れ去りから5年の時が経過した本件の特殊性を踏まえ、子の国籍、幼稚園から小学校への進学の間、言語、父親の再婚・再再婚、養育費の未払に加え、子が単身で返還された場合のトラウマ、子が母親とともに返還された場合の有害性を母親に対する刑事罰との関連で具体的に検討した⁽²⁵⁾。以上のように、人権裁判所は、国内裁判所において証明の対象とならなかった事実にも着目し、これらが仮に証明されていれば、子の福祉や成長に資するものであるかは疑わしいと述べた。結論として、このような状況で返還命令が執行された場合には、子の最善の利益に適合せず、8条違反があるとした(16対1)⁽²⁶⁾。

家族全体の状況等に関する「踏み込んだ調査」はその後の議論の焦点となった。返還手続にこのような調査が持ち込まれると、条約が禁じる本案の判断に踏み込むことになるばかりか、手続の迅速性が損なわれることになる。子の状況が明らかになればなるほど、結果として、返還の例外を柔軟に認める途を開き、条約の枠組み自体を揺るがす事態を引き起こしかねない⁽²⁷⁾。これが大法廷の真意であるならば、国際私法の着想から構想されたハーグ条約の解釈に実体法上の概念としての子の最善の利益を持ち込む実務の大転換が要請されたものとも捉えることができる。こうして13条1項b号を制限的に解する諸国では、人権裁判所がハーグ条約を誤解し、国際私法の視点を失ってしまったとの批判がなされるようになった⁽²⁸⁾。

しかし、本判決は、返還による子への悪影響が同事件の父親の極端な性質に因るものと捉えられる点に加え、大法廷が返還命令から5年の月日が経過した遅れた執行に焦点を当てた点でも、本件事案の特殊性ゆえの結論であるとも考えることができる。また、大法廷が当該返還命令について国内裁判所の「評価の余地」にあるとだけ述べて、その理由を明確に示さず、返還命令の判断過程

に関する審査を回避しようとしたとも感じられる点で、本判決には曖昧さが残り、その意義について評価が分かれるものとなった。さらに、大法廷が第4審であるかのごとく子の最善の利益を考慮して行った判断は、人権裁判所の役割自体の再考を促す批判につながった⁽²⁹⁾。

本判決の3か月後、ラバン対ルーマニア事件小法廷判決は、ノイリンガー事件判決を支持し、「踏み込んだ調査」義務を改めて締約国に課した上で、子の最善の利益の至高性原則を採用したルーマニア裁判所による返還拒否命令を8条適合と判断した⁽³⁰⁾。これにより事態はさらに混乱した。ハーグ国際私法会議も、当時の人権裁判所所長ジャン・ポール・コスタ氏もその火消しに追われ、実務の方向転換に関する懸念の払拭に努めた⁽³¹⁾。これにより、混乱が収束するものと思われたが、その後、小法廷は、子に関する証拠の検討が不十分であった返還・返還拒否命令を立て続けに8条違反と判断した⁽³²⁾。その中で、X対ラトビア事件判決⁽³³⁾が大法廷で争われることとなった。

(3) X事件判決

ラトビア国籍・豪州市民権を持つ母親と父親(国籍不明)は非婚のまま離別し、母親が3歳5か月の子(父親による認知なし)を豪州から実家のあるラトビアへ連れ帰った。

父親の返還請求に対し、母親は夫によるDVを主張した。ラトビア裁判所第1・2審は、夫によるDVが疑われつつもその証明はなされていないこと、子が単独で返還されることになった場合の子の精神的苦痛を示す心理鑑定書を監護権に関する本案に関連するとの理由で退け、返還を命じた。そこで、母親は人権裁判所に8条違反を訴えた。小法廷は、ラトビア裁判所が心理鑑定書の検討を行わなかった点について、「踏み込んだ調査」が行われず、8条違反があるとした。これを不服として、ラトビアが大法廷に上訴した。

大法廷は、公正な均衡による8条適合性審査において、子の最善の利益が最も重要な考慮事項(of primary consideration)であり、ハーグ条約の連れ去り抑止の目的と迅速な返還とが「子の最善の利益」の特定の構想に基づいていることへの配慮が必要であるとした。しかし、この利益衡量において、返還手続における

子の最善の利益が本案と同質に、一貫して理解されることは不可能である上、返還手続が本案手続とは区別されるハーグ条約の構造上、返還拒否事案における「子の最善の利益」は返還拒否事由に基づき判断されねばならないとした。

また、人権裁判所による監督が国内裁判所の採った手続に関する審査に限られる以上、返還命令に至る判断過程が公正で、当事者に自らの主張を表明する機会を完全に与えるものであったか、子の最善の利益が守られているかの2点に着目した審査が行われることに、国内裁判所は留意する必要があるとした。

そして、問題となった調査義務に関し、大法廷は、ノイリンガー事件判決以降の一連の小法廷判決によって「踏み込んだ調査」が義務として捉えられていたことを認めつつも、改めて、このような調査が国内裁判所の義務となることを否定した。その上で、人権条約とハーグ条約の調和的適用のためには、国内裁判所が返還拒否事由を誠実に考慮し、その判断に至った理由を十分に述べる必要があるとした。理由が明確であれば、国内裁判所が返還拒否事由を効果的に調査した（effectively examined）か否かの検証が人権裁判所により可能となるからである。そして、これらの返還拒否事由が8条の「家族生活の尊重」という視点で判断されることを求めた。

大法廷は、以上を8条に基づく一定の手続上の義務（procedural obligation）であるとした。国内裁判所は「重大な危険」を検討するだけでは足りず、その判断に至る具体的な理由を事案ごとに提示する義務を負う。なぜなら、国内裁判所が返還の抗弁を考慮せず、あるいは、〔検討したとしても〕十分な理由を示すことなくその抗弁を退けてしまうことは、8条にもハーグ条約の目的にも反する結果となるからである。国内裁判所に求められるべきことは、抗弁が当然に検討された上で、自動的でも型にはまることもない、厳格解釈が原則のハーグ条約の例外であることを示すに足る詳細な理由付けがなされることであるとした。

最後に、大法廷は、返還先の常居所地国において適切な予防措置（safeguards）が講じられていることに加え、既に想定される返還後の危険を軽減するための具体的な保護措置（protection measures）の内容を確かめ、子の安全を確保する義務があると述べた。

このように、大法廷は、「踏み込んだ調査」を否定することで、ノイリンガー事件判決をめぐる一連の論争の決着を着けようとしたかのように思われる。しかし、大法廷は、制限的解釈の下では通常退けられてきた母子分離の影響を示す心理鑑定書の子の最善の利益に直結する証拠であると正面から認め、おもな養育親である母親と分離されるだけでは「耐え難い状況」とはならないとしたモームソー事件判決の仏国裁判所の判示を大法廷と反対の意図を示すものとして引用した。「重大な危険」について、返還により必然的に生じる不都合の全てが含まれるわけではなく、端的に子が合理的に耐えられることを超えた状況であるとした上で、この心理鑑定書の提出によって、母親により「重大な危険」の証明の義務が果たされたものとした。「重大な危険」の可能性を示す専門家証拠の検討を怠ることは8条違反であること、その結論は、心理鑑定書が対審による証拠調べに馴染まない性質であるとはいえず変わることはなく、特に、控訴裁判所にとって、両当事者に反対尋問のための証拠提出を求めることも、別の専門家鑑定を職権で依頼することも可能であったことを考慮すると、同裁判所が心理鑑定書の効果的な調査を行う義務を免れることはできないとした。

さらに、大法廷は、母親によって提出された夫の刑事罰に関する資料や夫から受けた虐待に関する母親の証言、母親が子に伴いオーストラリアに帰国できるかどうか、母子の交流が維持される可能性についても、ラトビア裁判所のさらなる調査が必要であったと指摘した。そして、これらの事情の検討が8条とその内容を同じくするハーグ条約20条の「人権及び基本的自由の保護に関する基本原則」からの要請であるとした上で、控訴裁判所がこれらの検討を免れることはできないと述べた。

また、ハーグ条約に時間的制約が明記され、司法当局に迅速な対応が求められていても、13条1項b号をはじめとする返還拒否事由全般について当事者が主張した内容に関する効果的な調査義務を免れることはできないとする結論に変わりはないとして、ラトビア裁判所の返還命令には8条違反があったとした(9対8)。

(4) 小 括

X事件判決は、返還手続には条約の連れ去り抑止の目的と迅速な返還とが結びついたハーグ条約固有の「子の最善の利益」が考慮されるべきであり、そのためには本案を想起させる「踏み込んだ調査」ではなく「効果的な調査」が求められるべきとした点で、一見、ノイリンガー事件判決ではなくモームソー事件判決を支持し、実務の方向転換を否定したかのように思われる。しかし、「効果的な調査」の具体的内容として制限的解釈による典型的な理由付けが批判され、従来であれば本案と重なり得るとの理由で避けられてきた証拠調べや事実の調査が追加的に求められた点で、13条1項b号の解釈を若干緩和し、子の利益の実現に向けた積極的な検討姿勢を求める大法廷の真の意図が明確に

【図表1】欧州人権裁判所による13条1項b号の解釈に関する3つのアプローチ

	モームソー（小法廷） 2007/12/6	X（大法廷） 2013/11/26	ノイリンガー（大法廷） 2010/7/6
制限的解釈の 位置付け	制限型	中間型	緩和型
条約の目的として の子の最善の利益	一般的な子の 最善の利益	ハーグ条約固有の 子の最善の利益	個別具体的な子の 最善の利益
子の最善の 利益の位置づけ	おもな考慮事項		至高の考慮事項 the primary consideration
	a primary consideration	of primary consider- ation	
	国際私法の着想		家族法の着想
証拠調べ・ 事実の調査の スタンス	自動的・機械的な返還の禁止		
	本案の内容に入らない	本案の内容と重なり得る	
	「具体的なアプローチ」 in concreto approach	「効果的な調査」 effective examination	「踏み込んだ調査」 in-depth examination
手続の迅速性 （長さ）	短期間	原則、短期間。事案により 中長期化の可能性あり	
母子分離の子への 影響を示す 心理鑑定書	「重大な危険」の 証明不可	「重大な危険」の証明可	
返還後の子の保護		予防措置・保護措 置の確認	

されたものと捉えることができる。「踏み込んだ (in-depth)」という言葉のニュアンスは、たしかに本案類似の詳細な調査を想起させるものであったのかもしれない。X事件判決は、手続上の義務としての「効果的な調査」と表現し直すことで、返還手続に本案の要素が混在することを理論上回避し、ノイリンガー事件判決の行き過ぎを引き戻しつつ、同判決の意図の巧みな実現を図ったものと解することができる。また、制限的解釈の特徴であった母子分離の影響を示す心理鑑定書を単独で重大な危険の証拠とした点については、モームソー事件判決を完全に否定したものと評価することができる。

このように、X事件判決は、本案手続と返還手続との明確な峻別を図り、従来の制限的解釈に軸足を置きつつも、特に証拠調べや事実の調査において、本案的とも思える詳細な調査検討を求めた点で、モームソー事件判決とノイリンガー事件判決の中間型のアプローチと位置付けることができるものと考えられる⁽³⁴⁾。冒頭で述べたハーグ条約における子の最善の利益の捉え方と合わせて、欧州人権裁判所の3判決を【図表1】として整理した。

3. 英国最高裁判所によるノイリンガー事件判決の評価

ここで、国内裁判所に目を移すと、英国ではノイリンガー事件判決をめぐる、高等法院、控訴裁判所での大論争が展開され、E事件⁽³⁵⁾、S事件⁽³⁶⁾の2つの最高裁判決が下された。E事件判決は夫からの経済的・精神的な圧迫を受けた母親の子連れ里帰り事案、S事件判決は夫のアルコール中毒・薬物中毒に怯える母親の子連れ里帰り事案である。

2つの最高裁判決は、連れ去りから5年もの時が経過した事案の特殊性に着目し、ノイリンガー事件判決を例外として位置づけることによって従来の制限的解釈の維持に努めた。英国は、ハーグ条約における子の最善の利益を、モームソー事件判決と同じく、おもな考慮事項の1つと考えている。また、本案の内容に立ち入る「踏み込んだ調査」を行うことは不適切であって、返還拒否事由を「適切に注意深く決定する」に留まるものとした。つまり、英国はモームソー事件判決の示した「具体的なアプローチ」を支持している。

しかし、英国としても、人権条約8条適合性を意識して、家族生活の尊重や

【図表 2】欧州人権裁判所と英国最高裁判所の 13 条 1 項 b 号のアプローチ

	欧州人権裁判所 (X 事件判決)	英国最高裁判所 (E・S 事件判決)
制限的解釈の位置付け	中間型	
条約の目的としての 子の最善の利益	ハーグ条約固有の 子の最善の利益	一般的な子の利益 + 個別具体的な子の利益の実現
子の最善の利益の位置づけ	おもな考慮事項	
	of primary consideration	a primary consideration
証拠調べ・事実の 調査のスタンス	自動的・機械的な返還の禁止	
	本案の内容と重なり得る	本案の内容に入らない
	効果的な調査 effective examination	適切に注意深く決定する。 properly careful determination
手続の迅速性（長さ）	原則，短期間。事案により 中長期化の可能性あり	原則，短期間
返還後の子の保護	予防措置・保護措置の確認	

児童の権利条約に配慮した返還手続を実現していかなければならない。そこで、最高裁は、子一般の最善の利益だけでなく、返還拒否事由に直面する子の個別具体的な利益の実現もハーグ条約の目的であるとした。2005 年、ハーグ条約において個別具体的な子の利益は一般的な子の利益の犠牲になると明言していた英国も（当事は貴族院）⁽³⁷⁾、特に、DV 等の高葛藤な母親の子連れ里帰り事案への対応として、こうした軌道修正を許容せざるを得なかったものと考ええる。英国はモームソー事件判決より子の利益への配慮が厚く、ノイリンガー事件判決ほど本案的な配慮を求めるものではない。この点で、英国は、X 事件判決と同様、両判決の中間に位置付けられるものと考ええる。

とはいえ、英国の「適切に注意深く決定する」とのスタンスと人権裁判所の「効果的な調査」との間には、決定的な違いがある。人権裁判所は、本案の内容に関わるとの理由で退けられた心理鑑定書を「重大な危険」の証拠としたのに対し、英国はそれを認めていない。X 事件判決を担当した英国のブラッツァ裁判官は反対意見に立ち、「踏み込んだ調査」に代わる「効果的な調査」については支持したものの、心理鑑定書の評価方法、証拠調べや事実の調査が追加

的に求められた点には反対している。また、問題の母子分離の心理鑑定書について、それ単独で「重大な危険」の証拠となるとされたことについても反対意見を述べている。両判決の相違を【図表2】として整理した。

このように整理すると、英国はモームソー事件判決が認めた従来型の制限的解釈とほとんど違いがないかのように見える。しかし、英国最高裁は、個別具体的な子の利益の実現のために13条1項b号の制限的解釈を再考し、次章で紹介する英国独自の新たな実務を展開させている。

4. 英国における新たなアプローチ——制限的解釈から適用へ

英国最高裁による制限的解釈の新たなアプローチは、ヘイル (Hale) 裁判官により展開された⁽³⁸⁾。それは、13条1項b号の制限的「解釈」をやめ、制限的「適用」への転換を図るものである。ヘイル裁判官は「制限的」を13条1項b号の解釈ではなく適用にかかる文言であるとした。また、「重大な危険」は非常に明白な文言であるため、さらなる解釈も余計な注釈も必要がない。つまり、同条項を狭く解するのではなく、その文言のまま適用すればいいというのである⁽³⁹⁾。この制限的適用に向けて、最高裁は2つの方針を示した。

(1) 子の安全な返還のための保護措置の活用

保護措置 (protective measures) の機能は、以下の3場面に分けて考えることができる。

(a) 「重大な危険」が客観的に証明できる場合である。事実認定の際、返還先の常居所地国が行う保護措置の効果をあわせて検討することによって、そのような危険がなくなる、または危険の程度が軽減されることになる。つまり、危険が重大ではなくなるため、13条1項b号の適用対象が減り、結果として制限的適用が可能となる。これが最もスタンダードな保護措置の機能である。

(b) E事件判決の事案であるが、父親のDV等の行為と関連して「重大な危険」が争われたものの、その抗弁における主張が十分に審理されなかったり、客観的に証明されなかった場合である。制限的解釈を徹底する国では「重大な

危険」が認定されなければ返還命令を下すことになるだろう。しかし、現実には「重大な危険」がないとは言い切れない状況において、裁判官が返還命令を下すことに躊躇する場合があるかもしれない。そのようなときでも、返還後の保護措置があれば子の安全が確保され、裁判官は安心して返還命令を下すことができる。このため、13条1項b号の制限的適用が可能となる。

(c) S事件判決の事案であるが、「重大な危険」の抗弁で主張された父親にとって不利な事実の存否を父親が争わなかった場合である。S事件判決の父親は、母親がDVの被害者であること、つまり、自分がDVの加害者であることを全く争おうとしなかった。おそらく、その点について争うことは得策ではなかったため、返還後の保護措置を手厚くし、その証明に焦点を当て、返還を勝ち取る戦法を採ったものと考えられる。このような事案では、父親が争うことを避けた事実が現実である可能性が高く、上記(b)の場合にも増して、返還後の「重大な危険」が懸念されることになる。しかし、そのようなときでも、返還後の保護措置が確実なものであれば子の安全が確保されるため、13条1項b号の制限的適用が可能となる。

このように、制限的解釈を採る英国では、従来から、父親のアンダー・テイキングも含め、保護措置に頼って返還命令を下す傾向があった⁽⁴⁰⁾。ところが、実際にはこうしたアンダー・テイキングの内容が守られていないとの調査報告があり⁽⁴¹⁾、裁判所は批判を受けている。このため、裁判所は父親の提示する保護措置の内容を軽信せず、その実効性を確認する必要がある。また、その確認を確実なものとし、保護措置の実効性を高めるためには、裁判官同士の連携(liaison judges)が極めて重要な役割を果たすことになる。

このように、保護措置は制限的解釈によって返還される子を潜在的危険から保護し、安全な返還に導く装置として機能している。保護措置が効果的に機能すれば、危険が除去され、13条1項b号の適用は制限されることになる。言い換えれば、保護措置の実効性が確認できれば、「重大な危険」の調査・検討を軽くし、迅速な返還を実現することができる。子の安全な返還を具体的に確保することは、個別具体的な子の利益の実現となる。先に見たように、人権裁判所でもX事件判決においてはじめて、予防措置・保護措置の内容を確かめ、

子の安全を確保する義務を締約国に課している。

(2) 子を中心としたアプローチの採用

(a) モラル・コンダクト・アプローチの排除

E事件判決で言及されたケイの論文では、DVの被害者である母親の恐怖を理解せず、実効性のない保護措置に依拠して迅速な返還を貫き通そうとする英国裁判所の姿勢が強く批判されている⁽⁴²⁾。英国では、母親が子を連れ去ったことに加え、留置したまま子とともに帰国しないことが、裁判官の母親に対する倫理的非難 (moral evaluation/ condemnation) の対象となった。C対C事件判決において、スロス (Butler-Sloss) 裁判官は、連れ去りの動機が夫からのDVにあったとしても、母親の留置自体が新たな違法行為であるとして、返還拒否の抗弁を認めれば条約に抜け道を作ることになると述べた⁽⁴³⁾。

これに関して、ヘイル裁判官はD事件判決の傍論において、条約の方針が影響し同条項の制限的適用が導かれた経緯を認めた上で、事実問題である抗弁の証明に裁判官による倫理的評価 (moral conduct approach) は無関係かつ不要であるとした。また、違法な連れ去りであっても倫理的非難に値するものもあれば、DV事案のようにそうともいえない事案が混在するなか、そのような評価自体が裁判官の職責を超える領域にあるため、裁判官はその評価事体を控えるべきとした⁽⁴⁴⁾。さらに、M事件判決の傍論では、こうした倫理的評価が事実認定だけではなく裁量判断の場面においても⁽⁴⁵⁾排除されるべきことが明言された⁽⁴⁶⁾。

このように、英国では、制限的解釈のもとで行われてきた連れ去り親に対するマイナスの評価を「重大な危険」の解釈から排除し、「子にとっての」危険に焦点を当てた「子のための」判断が求められるべきことが確認された。こうした子を中心としたアプローチへの転換は、ノイリンガー事件判決以前の貴族院時代から既に意識されていたものとする。

(b) 要証事実の絞り込み

E事件判決の母親は、もとより精神的な虚弱がある上、返還命令が下されることをおそれ、適応障害が悪化し自傷自殺を考える状況にあった。そのため、

母親は、実効的な保護措置が講じられることなく帰国することになれば、精神状態の悪化により育児が滞り、子らが「耐え難い状況」に置かれる「重大な危険」があると主張した。本件では、母親の連れ去りの原因となった夫によるDVや母親の真意などが「重大な危険」の認定に関連性を有するか（relevant）が争点となった。

これに関し、最高裁は、このような間接型の危険も同条の危険に含まれるものとした上で、母親の精神的不安が〔夫からのDV等の〕客観的現実から生ずるものであれ、母親の主観的認識から生ずるものであれ、またはその両方から生ずるものであれ、それが極めて現実的な不安であることを疑う理由はないとした。また、母親の精神状態がそこまで悪化したならば、子に「重大な危険」があることは明らかであるとした。

この点に関し、S事件判決控訴審においてソーブ（Thorpe）裁判官が反論した。母親の精神的不安の原因が「重大な危険」の証明に関連性を有しないことになれば、母親が根拠なく単に感じているだけの不安を取り除くための保護措置すら想定できなくなるからである⁽⁴⁷⁾。裁判官の責務は、むしろ、この悪化した精神状態を現実的かつ合理的に判断することにあり⁽⁴⁸⁾、現実に基づかない母親の単なる不安の証明だけでは「重大な危険」の認定には不十分であるとした。

これに対し、最高裁は、子が母親とともに返還された場合に子に起こること、「子にとっての」危険に証明の範囲を絞り込む必要があるとした。ハーグ条約を台無しにする不要物、すなわち、親に関する不要な解釈の余地を無くすことこそ13条1項b号の単純な適用につながるものとした。

以上のように、返還される子に伴い帰国を余儀なくされるおもな養育親である母親の深刻な精神的不安が帰国後の育児に影響を及ぼし、その結果、子が「耐え難い状況」に置かれるとの間接型の危険主張が最高裁により認められた。「重大な危険」の認定において、母親の不安の原因などの連れ去り親への非難につながる関連事実は証明の対象外とされ、「耐え難い状況」を作出する母親の深刻な精神状態の証明で足りるものとされた。モラル・コンダクト・アプローチの排除が要証事実のレベルにおいても反映されたものとする。

5. 若干の検討

父親のDV等が疑われる母親の子連れ里帰り事案において、連れ去り・留置の原因が夫からのDVであったとの主張を軽視できるのか。そうした理由で行われた可能性のある連れ去り・留置を違法性のある行為と評価できるのか。また、連れ去り・留置をした母親を非難し、その母親のもとから子を引き離すことができるのか。一般的に考えれば、また、これが純粋に国内問題であれば、すべてができないとの結論に至るだろう。しかし、これが国境を越えた問題となり、ハーグ条約の制限的解釈が行われることによって真逆の結論に至る。ノイリンガー事件判決の人権裁判所の役割をはるかに超えたものとも捉えられる子の利益のための判断が、従来型の制限的解釈による結果の矛盾を指摘することにつながり、結果として、2度目の大法廷判決によって一定の修正が図られたものとも考える。

従来型の制限的解釈においては、返還による母子分離状態を子にとっての「耐え難い状況」とは認めてこなかった。しかし、X事件判決では、この文言を「端的に、子が合理的に耐えられることを超えた状況」と定義し、返還による母子分離状態を含める解釈に転じた。これは明らかに、13条1項b号の制限的解釈の緩和と捉えることができる。

これに対し、英国最高裁は、「すべての子が、成長の過程で、一定程度、困難で不快な状況に置かれる必要がある」ことを前提に、これを「子にとって耐えることが期待されるべきではない状況」と定義して、返還によりうつ病になる又は病状が悪化することが予想される母親が子に伴い帰国し、その母親が子を養育できない状況が生じることをも「耐え難い状況」に含まれるものとした。この点で、英国も「耐え難い状況」の対象を広げ、制限的解釈を緩和したものと捉えることができる。しかし、英国には、保護措置の実効性に焦点を当て、耐え難さや危険の重大さの程度の減少について検討を行う第2ステージが用意されている。つまり、英国の新たなアプローチは、返還命令を下しやすくするような連れ去り親への評価自体を排除し、純粋に子にとって危険となる状況を広く認めていく。保護措置の活用により危険の程度を下げ、対象事案の絞り込

みをかけ、結果として13条1項b号が制限的に適用される工夫を行っている
と説明することができる。

人権裁判所、英国最高裁はともに「重大な危険」、「耐え難い状況」の対象を
子の視点から広げる方向性を採っている。一方で、両者の判断の違いは、保護
措置の活用を前提とするか否かによるものとの説明ができる。保護措置が講じ
られることのない返還であれば、「重大な危険」の抗弁に対し、その危険がない
との認定の理由を十分に述べる必要があり、そのためには関連事実の追加的
な調査・検討が必要となるだろう。そうでなければ子の安全な返還を実現する
ことができない。これに対して、保護措置の活用が前提であれば、そのような
事実に関する調査はほどほどに、子の安全な返還に向け、保護措置の実効性に
焦点を当てた検討を行うことが可能となる。ハーグ条約は各締約国により実施
体制は様々であるが、保護措置の活用や裁判官同士の連携体制が不十分な国に
おいては、X事件判決の示した効果的な調査を参考にすることで、個別具体的
な子の最善の利益を犠牲にすることのない返還手続を行うことができるものと
考える。しかし、「効果的な調査」の内容については、多数の反対意見があつた
通り、具体的な指針が明確に示されたものとはいえない。今後の裁判例の集
積を期待しつつ、この点については今後の課題としたい。

従来型の制限的解釈に対する批判は、返還を拒否する母親の立証責任を重視
し、当事者主義を採用する訴訟型の返還手続のあり方に起因するものとする。
英国は従来型の制限的解釈の手法を見直し、おもに保護措置の実効性の確保に
努めることでこうした批判に対応した。これに対し、人権裁判所は、職権によ
る調査を求めるなど国内裁判所に後見的な関与を要請し、返還手続に一定の非
訟的要素を持ち込む対応を行ったものと捉えることができる。

おわりに

離婚後単独親権制度の下では適法であった母親の子連れ里帰りが、離婚後共
同親権化により不法な行為となった。子と同居しない父親にも監護権が付与さ
れることとなった後は、夫の同意なく行われる母親の子連れ里帰りは、不法な
連れ去りとして返還の対象となった。しかし、育児をおもに母親が担う状況に

において、特に子が乳幼児で母親が子に伴い帰国できない場合は、子に大きなトラウマを残す可能性がある。また、夫のDVが原因となった子連れ里帰り事案では、返還命令の際、より慎重な検討が求められることは当然であろう。従来の制限的解釈の下では、その当然がおざなりにされていた。制限的解釈は条約適合性の点で限界を迎えていた。ノイリンガー事件判決が突破口となり、人権条約8条「家族生活の尊重」の解釈の中で、個別具体的な子の最善の利益を犠牲にすることのない制限的解釈の再考がなされ、その新たな可能性が提示されたものとする。言い換えれば、国際私法の着想が優先されすぎていたアンバランスな返還手続に家族法の着想を重視する修正が行われたものと捉えることができる。

最後に、感想の域を超えるものではないが、ハーグ条約の返還手続は、本来であれば扱うべきでない事案を広く扱いすぎている印象がある。というのも、ノイリンガー事件のような育児をする必要もない、子や家族の幸福に無関心な自分勝手な父親がハーグ条約の強力な返還手続を使って一時的であっても子を帰国させることができることに疑問を感じざるを得ない。しかし、現状では、こうした父親がハーグ条約に基づき返還を求めている。このように、本来であれば扱うべきでない事案をハーグ事案として受理し続ければ、返還拒否事由の判断で揉めて手続が長期化し、制限的解釈の徹底が難しい局面が増えていくだろう。本稿で紹介した2つの最高裁判決に続いて、英国では子の常居所に関する重要な判断が続いている。英国最高裁は、返還拒否事由に集約されてきた子の利益の判断をその他の要件の検討に分散する試みをしているようにも感じられる。条約起草時の想定とは異なる状況となった今、制限的解釈を維持しつつより洗練された手続を追求していくためには、返還拒否事由だけでなく、他の要件の解釈の進化が求められるものとする。今後の課題として検討していきたい。

(1) Pérez-Vera, 'Explanatory Report on the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction' (1982) <www.hcch.net/upload/expl28.pdf>, para 15.

(2) Pérez-Vera, *supra* note (1), para. 34.

- (3) Re J [2005] UKHL 40, [2006] 1 AC 80. 「一般的な子の最善の利益」と「個別具体的な子の最善の利益」は、J 事件貴族院判決（ヘイル裁判官）をはじめ、英国の裁判例において頻繁に用いられる表現である。J 事件判決が下された 2005 年当時、ヘイル裁判官は個別具体的な子の利益の犠牲の下に一般的な子の利益を実現する条約の構造を正面から肯定している。J 事件判決に関する紹介は、拙稿「ハーグ子の奪取条約が英国の国内手続に与えた影響——J 事件貴族院判決による提言を中心として」民事研修 689 号（2014 年）2-14 頁参照。
- (4) 条約実施法 28 条 1 項は「常居所地国に子を返還することによって、子の心身に害悪を及ぼすことその他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（4号）」が認められた場合には、「子の返還を命じてはならない（本文）」と規定する。また、同条 2 項では、申立人から暴力を受けるおそれの有無（1・2号）や常居所地国における監護が困難な事情の有無（3号）その他の一切の事情が前項 4 号の判断にあたり考慮されるものと規定する。
- (5) ハーグ条約の家族法と国際私法両面の性質に焦点を当てたものとして、Schuz, 'The Hague Child Abduction Convention: Family Law and Private International Law' (1995) 44 Int'l & Comp LQ 771 参照。
- (6) 実際に養育を行う者を指す。primary care giver/provider の表現も見られる。父母が共同で養育する場合は joint primary carer となる。通常、primary carer には監護権があり、custodial parent と表現される。
- (7) 早川眞一郎教授の表現に習う。早川眞一郎「『子連れ里帰り』の行方——ハーグ子奪取条約と日本」『変動する日本社会と法』（有斐閣，2011 年）141-171 頁，同「『国際的な子の監護』をめぐる問題について」判例タイムズ 1376 号（2012 年）47-55 頁参照。
- (8) 横山潤「親子法の変容と子奪取条約」国際私法年報 15 号（2013）56-71 頁参照。
- (9) 起草時における連れ去り親の想定の変化について指摘し、条約の改正を求める文献は多数ある。代表的文献として Schuz, The Hague Child Abduction Convention- A Critical Analysis (Hart 2013)。
- (10) 横山潤「国際的な子の奪取に関するハーグ条約」一橋大学研究年報法学研究 34 号（2000 年）3-101 頁，47 頁以下参照。石垣智子「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の概要」ケース研究 317 号 3-72 頁，17 頁以下参照。
- (11) EU 加盟国間の子の連れ去り事案には、ハーグ条約に加えそれを補完するブリュッセル II bis 規則（Council Regulation (EC) No 2201/2003 of 27 Nov 2003）の適

用がある。同規則 11 条 4 項では、子のための返還後の保護措置の適切性が証明された場合には、返還拒否命令を下すことができない。この条文は EU 加盟国におけるハーグ条約のみに基づく返還手続に影響を及ぼし、返還の例外を制限的に解する傾向を助長したものと考ええる。英国等のいわゆるハーグ先進国では、ハーグ国際私法会議の方針に従い、厳格なアプローチが採用されている。

- (12) 人権条約加盟国 47 か国の管轄内で生じた条約違反による侵害に関し、侵害を受けたとする個人が、国内での救済手段が尽きたことを条件に、侵害した加盟国を相手に条約違反の申立てを行うことができる。
- (13) 8 条には明示の手続的要件が規定されていないものの、人権裁判所は条約の実効的解釈 (effective interpretation) を行い、締約国に一定の義務を課すことがある。
- (14) Draghici, *The Legitimacy of Family Rights in Strasbourg Case Law -Living Instrument Or Extinguished Sovereignty?* (Hart 2017) 281.
- (15) 「介入」の必要性の検討において、人権裁判所は「評価の余地」理論 (doctrine of the margin of appreciation) を採用する。これは、仮に国家が人権条約上の権利を制約する措置をとった場合であっても、その判断が国家の一定の裁量の範囲におさまっていれば、条約違反にはならないという考え方である。「ヨーロッパ人権裁判所の解釈の特徴」戸波江二ほか編『ヨーロッパ人権裁判所の判例』(信山社、2008 年) 30-32 頁〔江島〕参照。
- (16) 国民の条約上の権利保障は、本来、各国家が担うものであるため、人権裁判所は各国に評価の余地を与えることによってその監督を自制するという考え方である。欧州の一定のコンセンサスがある分野では評価の余地は狭くなるが、コンセンサスがない分野では評価の余地は広くなる。江島・前掲注(15) 30-32 頁参照。
- (17) Draghici, *supra* note (14), 286.
- (18) *Maumouseau and Washington v France* (App No 39388/05) ECHR 6 Dec 2007.
- (19) *Neulinger and Shuruk v Switzerland* (App No 41615/07) ECHR (GC) 6 July 2010. 本判決を紹介する邦語文献として、建石真公子「判批」国際人権 22 号 (2011 年) 173-176 頁、渡辺惺之「国際的な子の奪取の民事面に関する条約の批准をめぐる検討問題 (上)」戸籍時報 674 号 (2011 年) 24-47 頁、竹下守夫「子の奪取に関するハーグ条約とノイリンガー事件」窓 84 号 (2013 年) 19-36 頁ほか参照。
- (20) *X v Larvia* (App No 27853/09) ECHR (GC) 26 Nov 2013. X 事件大法廷判決を紹介するものとして、拙稿「ハーグ子の奪取条約『重大な危険』に基づく返還の例外と子の最善の利益——欧州人権裁判所による 13 条 1 項 b 号の制限的アプローチに関する新たな示唆」民事研修 684 号 (2014 年) 2-13 頁参照。

- (21) 人権裁判所の3判決を紹介するものとして、早川眞一郎「欧州人権条約の視点から見た子の奪い合い紛争——ハーグ子奪取条約の『重大な危険の抗弁』をめぐる最近の一動向」『日本民法学の新たな時代』（有斐閣，2015）1013-1045頁参照。モームソー事件判決、ノイリンガー事件判決に加え、同判決後の人権裁判所小法廷判決の動向と英国最高裁判決を紹介するものとして、拙稿「ハーグ子の奪取条約に基づく返還命令における『重大な危険』の評価と子の最善の利益——欧州人権裁判所ノイリンガー（Neulinger）事件大法廷判決の意義とその後の動向」早稲田大学大学院法研論集 144号（2012年）27-54頁参照。
- (22) 英国最高裁は a primary consideration が the primary consideration や the paramount consideration とは区別されるものとしている。a primary consideration は複数の考慮事項の1つであり、その他の考慮事項が子の最善の利益に勝ることがあると説明されている。詳しくは、拙稿「ハーグ子の奪取条約 13条1項b号『重大な危険』の新たなアプローチ——英国E事件最高裁判決による提言を中心として」早稲田大学大学院法研論集 147号（2013年）91-117頁，94頁参照。
- (23) ズーパンジック（Zupančič）裁判官とグルミアン（Gyulumyan）裁判官の共同反対意見を参照。
- (24) Draghici, *supra* note (14), 298-299. 人権裁判所には、原則、条約適合性審査において他の条約の要件を解釈する権限がない。しかし、近年の8条適合性審査においては、人権裁判所がその監督権限を超え、詳細なルールを作り、欧州のコンセンサスを理由にそれを正当化する傾向がある。この点を紹介する邦語文献として、三木妙子ほか著『家族・ジェンダーと法』（成文堂，2003年）1-36頁参照〔三木〕。国際的な子の連れ去り事案において、人権裁判所は、人権条約、ハーグ条約、児童の権利条約の調和を考慮し、それぞれの条約における締約国の義務に矛盾をきたすことがないよう判断を行っている。8条に基づく締約国の義務は「家族生活の尊重」を単独に解釈するのではなく、おもにハーグ条約の目的、要件が解釈されて導き出されている。このような経緯から、返還命令の8条適合性審査には特殊性があり、人権裁判所によりハーグ条約の解釈が示される流れとなっている。人権裁判所は、広くコンセンサスのある、公正な均衡のとれたハーグ条約の解釈と返還手続のあり方を示そうとしているということになる。この点で、この分野における締約国の「評価の余地」は制限される傾向にあると捉えることができる。
- (25) イスラエルで監護権侵害により母親が刑事罰を受け、子と引き離される可能性が否定できない中で、母親が子との繋がりを持つ唯一の存在であること、母親がスイス国籍を有するため帰国の拒絶は正当化され得ること、父親は経済的に子を

養育できる状況にないこと、父親が子と2人きりで生活した経験がないこと、子の出国以来、子は父親に1度も会ったことがないことが考慮された。

- (26) 母子が共に帰国を強制された場合には、母親自身の家族生活が尊重される権利にも比例性を欠いた介入が生じることになるとして、子の返還命令が執行された場合には、母子双方に対する8条違反があるとした。
- (27) Lowe, 'The enforcement of Custody and Access Decision under the Revised Brussels II Regulation' [2011] IFL 21; Chamberland, 'Whither the "best interests of the child" in the 1980 Child Abduction Convention?' [2012] IFL 27; Silberman, 'Recent US and European Decisions on the 1980 Hague Convention on Child Abduction' [2012] IFL 53.
- (28) Walker, 'The Impact of the Hague Abduction Convention on the Rights of the Family in the Case-law of the European Court of Human Rights and the UN Human Rights Committee: the Danger of Neulinger' (2010) 6 (3) J Priv Int L 649.
- (29) Schulz, 'The enforcement of child return order in Europe: where do we go from here?' [2012] IFL 43.
- (30) Raban v Romania (App No 25437/08) ECHR 26 October 2010, [2010] ECHR 1625.
- (31) Costa, 'The Best Interests of the Child in the Recent Case-Law of the European Court of Human Rights' <http://www.hcch.net/upload/wop/abduct_2011info05en.pdf>, [2011] IFL 183.
- (32) Karrer v Romania (App No 16965/10) ECHR 21 Feb 2012. Uyanik v Turkey (App No 60328 /09) ECHR 3 May 2012.
- (33) X v Latvia (App No 27853/09) ECHR 13 Dec 2011, [2012] 1 FLR 860.
- (34) 同条の解釈につき、モームソー事件判決を制限型、ノイリンガー事件判決を緩和型とするならば、X事件判決はその中間型と位置付けることができよう。棚村政行教授は、前者を保全型、後者を本案型とし、返還手続はその中間に位置するものであると述べた(2013年8月30日開催の第8回日韓法学会・韓日法学会共同シンポジウムにおける発言)。
- (35) Re E (Children) [2011] UKSC 27, [2012] 1 AC 144.
- (36) Re S (A Child) [2012] UKSC 10, [2012] 2 WLR 721.
- (37) Re J [2005] UKHL 40, [2006] 1 AC 80.
- (38) ノイリンガー事件判決を受け英国最高裁が下したE事件判決を中心に英国における13条1項b号のアプローチを紹介するものとして、拙稿・前掲注22参照。
- (39) Re D (A Child) (Abduction: Rights of Custody) [2006] UKHL 51, [2007] 1 AC 619, 52. Re E (Children) [2011] UKSC 27, [2012] 1 AC 144, 31.

- (40) Hutchinson, 'Developments in Hague Child Abduction Cases : The English Experience' [2009] IFL 187-188. ハチンソン弁護士によれば、英国において、従来、アンダー・テイキング等の保護措置は、返還後、常居所地国で父母間の本案手続が係属するまでの間、返還による影響を和らげるために用いられるとの原則が確立されていた。しかし、H事件判決 (Re H (Abduction : Grave Risk) [2003] EWCA Civ 355, [2003] 2 FLR 141) 以降、特に欧州域内のハーグ事案においては、ブリュッセル II bis 規則 11 条 4 項を後押しする流れが加速され、常居所地国での保護措置が可能であるかを検討し、その実効的な保護が不可能な場合に限り返還拒否命令を下すとする原則が確立されたものと指摘する。また、トリミングスは、コモン・ロー諸国においては、条約 13 条 1 項 b 号と同規則 11 条 4 項の適用の結果に大差はないと指摘する (Trimming, Child Abduction within the European Union (Hart, 2013) 137)。
- (41) Reunite International の報告では、帰国後、父親がアンダー・テイキングを守らず、母親が金銭的に困難となる状況が指摘されている。Freeman, 'International Child Abduction, the Effects' (2006) <www.reunite.org/pages/effects_research.asp>, p. 39. Bruch, 'The Unmet Needs of Domestic Violence Victims and Their Children in Hague Child Abduction Convention Cases' (2004) 38 FLQ 529.
- (42) Kaye, 'The Hague Convention and the Flight from Domestic Violence: How Women and Children are being returned by Coach and Four' (1999) 13 Int'l J L Pol & Fam 191.
- (43) C v C (Abduction: Rights of Custody) [1989] 1 WLR 654, 661.
- (44) Re D (A Child) (Abduction : Rights of Custody) [2006] UKHL 51, [2007] 1 AC 619 para 56.
- (45) 13 条 1 項 b 号の判断は、「重大な危険」の存否に関する事実認定のステージと、その危険があったとして返還を命じるか否かを決する裁量判断のステージに分かれている。重大な危険があるのに返還を命ずることは想定できず、同条の裁量判断は理論的にはあり得るが、現実にはあまり問題にならないと説明されている。Re D (n 39) 55 参照。
- (46) Re M and another (Children) (Abduction: Rights of Custody) [2007] UKHL 55, [2008] 1 AC 1292.
- (47) Re S [2011] EWCA Civ 1385, [2012] 1 FCR 172, para 31.
- (48) Re S (47), para 43.