

国外転居に関する課題と展望

林 貴美
はやし たかみ

同志社大学法学部教授

はじめに

- 1 諸国の実質法における規律
- 2 子奪取条約との関係
- 3 国際的な取組み
- 4 転居・面会交流に関する取決めの実効性の確保のための諸制度
- 5 日本法における課題

おわりに

はじめに

別居や離婚後、子を養育している親の一方が、生活環境や経済状況の変化から子とともに転居することは珍しくない。国際的なカップルの関係の破綻の場合には、国外への転居であることも多く、母国に帰り家族の支援を受けるためであったり、より良い条件の仕事を求めるためであったり、新しいパートナーとの生活のためであったりと理由は様々である。しかし、遠隔地への転居や国境を越えた転居の場合、直接的な面会交流にあたっては経済的、時間的負担も大きくなる等、後に残される親が子と面会交流をすることが困難になり、両者の関係に深刻な影響を与えうる。そのため、離婚の際の子をめぐる紛争に次ぐ第2ラウンドの紛争を引き起こしかねず、転居をめぐる問題は、近時の家族法および国際家族法における最も解決が難しい問題の1つであると言われる⁽¹⁾。

また、国外転居の問題は、「国際的な子の奪取の民事上の側面に関するハーグ条約」(以下、「子奪取条約」という。)とも密接な関係を有する。転居先が子奪取条約締約国である場合には、同条約の対象となる不法な子の連れ去りとならないように、同条約の観点からも適法な転居である必要がある。そのような観点からも諸国で注目を集めている問題である。

本稿では、まず転居に関する諸国の実質法における規律を概観する。次に、子奪取条約と国外転居の問題がどのような関係にあるかについて整理したうえで、ハーグ国際私法会議をはじめとして、国外転居の問題の解決に向けた国際的な取り組みを取り上げる。それに続いて、転居命令とともに命じられた面会交流に関する定めの実効性を確保するための諸制度を紹介する。転居に関する当事者間での合意形成の際、あるいは裁判所による転居許可判断の際に、転居先国での面会交流の保障が重要な意味を有するからである。そして最後に、日本法への示唆として、国外転居をめぐる問題を解決するためにどのような課題があり、どのように対処すべきかについて私見を述べることにする。

なお、本稿では、子奪取条約の文脈で用いられているのと同様に、国外へ子を連れて転居をしようとする親を TP (a taking parent)、後に残される親を LBP (a left-behind parent) と略記する。

1 諸国の実質法における規律

諸国の実質法における転居に関する規律の在り方は様々である。まず、子を伴う転居に関して、親権や監護権を有していれば原則として子とともに自由に転居することが可能な法域がある。日本もそのうちの一国であると考えられる。2020年2月26日、国内で別居した夫婦の子が一方の親に連れ去られた状態のまま放置されているのは法の未整備が原因であるとして、子と離れて暮らす親らが国家賠償を求めて、東京地裁に提訴する事件が起きている⁽²⁾。国境を越えた子の連れ去りについては、日本は、子奪取条約により対処している。しかし、国内での一方的な連れ去り、たとえば国内において離婚前に一方の親が他方の同意を得ることなく子を連れて実家へ帰り別居を開始しても、同条約の対象となることはなく、日本の国内法上も何ら法的対策はとられていない⁽³⁾。

他方、転居に関し明確なルールを有する法域もある。英国では、誰がいつ子と居住し、時間をともに過ごすかといった事項に関する裁判所の決定がある場合、子について親責任（未成年の子に対する財産管理および身上監護を行う権利義務）を有する者すべての書面による同意、または裁判所の許可なしに、子を国外に連れ出すことはできない⁽⁴⁾。米国では、すべての州において、子奪取を防

止するとともに、子が同居していない親との継続的かつ頻繁な交流を維持することができるように、別居・離婚後、子と同居している親が、他方の親に法的監護権があるか否かにかかわらず、その同意を得ずに子を転居させることには一定の制限が課せられている⁽⁵⁾。フランスでも、子と同居する親は、親権行使の態様に変更をきたすような転居をする際には、他方の親へ、事前かつ適時に知らせなければならず、知らせることなく子を連れ去ることは、他方の親と子との関係を尊重しておらず、親としての適性を欠くと判断され、その後の親権行使の態様に関する裁判で不利に扱われる可能性がある⁽⁶⁾。また、国境を越えた転居にも制限が設けられている⁽⁷⁾。

このように、この4半世紀余りの間に、諸外国において転居に関する法規制が重要となってきた主たる要因としては、別離後の親双方の子の養育への関わりが増えていることがあげられる⁽⁸⁾。離婚後も子が親双方と関わりをもつことが子の成長にとって重要であるとの考えは、離婚後も共同親権の状態を維持する国の増加をもたらしした⁽⁹⁾。さらには、離婚後の共同親権にとどまらず、共同養育を重視する傾向も見られる⁽¹⁰⁾。たとえば、オーストラリアでは、子の最善の利益に資する最大の限度で、子が親双方と有意義な関わりをもつという恩恵を受けることを確保すべきことを明文で謳っている⁽¹¹⁾。そして、両親が婚姻しているか否にかかわらず、子は、親双方に養育され、定期的に親と交流する権利を有し、両親は、共同で子の養育、福祉および成長に関し責任を負うことが基本原則である旨定められている⁽¹²⁾。英国でも、子の養育は親双方が共同して責任を負うとされていたが、さらに2014年に、それまでの判例法を立法化する形で、子の養育には、両親の別離後も両方の親が関与することが子の福祉に繋がると推定する規定が挿入された⁽¹³⁾。離婚後、共同親権ではあるものの、実際には、主たる監護者と面会交流者との両親が分類されるという養育パターンではなく、子が両親のもとを一定期間ずつ往来するような養育パターンも諸国において見受けられる⁽¹⁴⁾。

2 子奪取条約との関係

子とともに国外へ転居する場合、転居先国も子奪取条約締約国である場合に

は、子奪取条約が対象とする「不法な連れ去り」となることを回避しなければならない。条約3条1項a号は、「不法な連れ去り」の要件の一つとして、「当該連れ去り……の直前に当該子が常居所を有していた国の法令に基づいて個人、施設又は他の機関が共同又は単独で有する監護の権利を侵害していること」を定める。この規定からすると、不法な連れ去りか否かを判断するのは、連れ去られる直前の子の常居所地国法のみであるかのように解される。しかし、同条での「監護の権利」とは、条約に固有の概念であるとされる⁽¹⁵⁾。条約で明確な定義づけはないものの、5条a号では、「この条約の適用上、『監護の権利 (rights of custody)』には、子の身上監護に関する権利、特に、子の居所を決定する権利を含む」というように条約の観点から独自の説明が付加されている。したがって、まず常居所地国法（国際私法も含む⁽¹⁶⁾）により親が有する権利が確定され、次にその権利が条約の趣旨・目的から「監護の権利」とみなされるかの判断が必要となる⁽¹⁷⁾。たとえば、子の常居所地国法上、共同監護権を有する一方の親が子と自由に国外へも転居することができるとしても、国外への転居が本条約の趣旨および目的に照らすと、不法な連れ去りと判断される場合がある⁽¹⁸⁾。条約の観点から、子の常居所地国法上保障されている他方の監護権者（LBP）の権利を無視し、その権利の行使を妨害するおそれがあるからである⁽¹⁹⁾。条約は、一方の親による一方的な変更によって、監護に関する終局的な決定が影響を受ける事態を回避することを目的としているのである⁽²⁰⁾。

条約では、「監護の権利」と「接触の権利 (rights of access)」とを明確に区別している⁽²¹⁾。返還命令という救済手段が予定されているのは「監護の権利」に対する侵害のみである。したがって、「接触の権利」に対する侵害のみでは、不法な連れ去りや留置は問題とならない。しかし、転居申立てをする親（TP）が単独監護権者で、LBPには面会交流権しか認められていないとしても、LBPが子に対する国外移動拒否権（*ne exeat rights*）を有する場合には、LBPも条約にいう「監護の権利」を有すると解されている。たとえば、米国連邦最高裁判所は、チリ裁判所により、父母の別居後母に単独監護権が、父に面会交流権が与えられていたケースにおいて、チリ法上、面会交流権を有する父に自動的に与えられる子の国外移動拒否権が、条約上の「監護の権利」にあたると判断し

ている⁽²²⁾。子の居住国を決定することができる国外移動拒否権は、国境を越えた子の不法な連れ去りを防止するという条約の目的に鑑みると、条約に定める「子の居所を指定する権利」にあたり、子の幼少期から青年期にかけての文化や伝統、言語、アイデンティティ等を決定することができる「監護の権利」であると理由づけられている。米国のみならず、英国、オーストラリア、オーストリア、カナダ、スイス、ドイツ、フランス、南アフリカにおいても同様に解されている⁽²³⁾。

その他、日本法と異なるところで興味深いものとして、裁判所に帰属する「監護の権利」がある。英国等のコモン・ロー諸国では、子およびその財産を保護するため後見的に裁判所の保護下に子を置く後見手続 (wardship) が認められている⁽²⁴⁾。たとえば、母のみが子の監護権を有し、父には面会交流権しか与えられていなかったとしても、父が自らを後見人に選任するよう裁判所に申し立て、それが裁判所に係属した後は、子は裁判所による後見に服し、裁判所が条約上の「監護の権利」と有することから、その後に母が一方的に子を国外に連れ去ることは裁判所が有する監護の権利の侵害となると解するのである⁽²⁵⁾。このように解することで、TPのみが監護権を有する場合に、LBPにより申し立てられた監護権や居所指定権に関する裁判手続から逃れて、TPが一方的に子を国外に連れ去ることを防止することが可能になる。このような考え方は、英国のほか、カナダ、オーストラリア、ニュージーランドでも受け入れられている⁽²⁶⁾。大阪家裁平成28年3月31日決定⁽²⁷⁾およびその控訴審である大阪高裁平成28年7月7日決定⁽²⁸⁾では、シンガポール法上、裁判所が条約上の「監護の権利」を有しうることを前提に、その侵害の有無が検討されている。

このように、子との国外転居については、子の常居所地国法のみでなく、常に条約との関係でもどのように評価されるのかが問題となることを見落としてはならない。

3 国際的な取組み

(1) ハーグ国際私法会議における取組み

子奪取条約の立法過程では、転居をめぐる事件がこれほど頻繁に生じるであ

ろうことは予測されておらず、国外転居の問題については考慮されていなかったといえる⁽²⁹⁾。2000年に開催された子奪取条約の議定書の検討のための特別委員会で、子奪取と国外転居との関連で実効的な面会交流の実施について課題として取り組むとの記録が見られ⁽³⁰⁾、採択から20年を経て国外転居の問題が取り上げられていることがわかる。

子奪取条約の運用状況を検討する2001年の特別委員会では、①各国裁判所が国外転居について様々なアプローチをとっていること、②国外転居の申立てに対する極めて制限的なアプローチは子奪取条約の運用にマイナスの影響を与えうることが報告されている⁽³¹⁾。②は、裁判所があまりに制限的にしか転居を許可しないと、追い込まれた主たる監護者が子奪取という手段をとってしまうという趣旨である⁽³²⁾。

その後、子奪取条約および1996年のハーグ国際私法会議による「親責任及び子の保護措置に関する管轄権、準拠法、承認執行及び協力に関する条約」（以下、「子の保護条約」という。）の運用を検討する2006年の特別委員会でも、不法に子を連れ去るという一方的な行動をとるのではなく、国外転居前に、面会交流に関する適切な合意形成をすることを奨励し、国外転居に関する各国に共通するアプローチや判断枠組を見いだせるよう各国の法制度の相違を解決する必要性があると指摘されている⁽³³⁾。

このような検討の中で注目すべきは、2010年にハーグ国際私法会議が International Centre for Missing and Exploited Children と共催した会議である。この会議には、14か国から50人以上の裁判官や専門家が出席し、「家族の国外転居に関するワシントン宣言」として、提言を含め13項目について合意したものを公表している⁽³⁴⁾。そのうちのいくつかを紹介すると、まず、各国国内法において、子を伴う転居を所轄機関に申し立てる法的手続を確保する必要性があげられている。また、国外転居許可等の判断について各国裁判所の対処の仕方が異なると指摘されていた問題⁽³⁵⁾に対して、子の最善の利益を常に最優先し、転居が許可されるべきか否かに対するいかなる推定も採用するべきでないと提言されている。たとえば、かつての英国⁽³⁶⁾や米国の一部の州では⁽³⁷⁾、転居許可判断にあたり、主たる監護者からの転居申立てについては転居が子の福祉に

資すると推定したり、さらには相手方(LBP)にその推定を覆す証明責任を課したりしていたが、この宣言では、いかなる推定も行わず、子の最善の利益という観点から判断することを推奨している。その際、各国裁判所における判断を統一するため、考慮すべき事項として子の意見等13点を列挙している⁽³⁸⁾。また、国外転居事案における子奪取条約と子の保護条約との重要な関係についても指摘されている。子奪取条約は、不法な転居に対する主たる救済(子の返還命令)を定めており、子の保護条約は、子奪取条約を補完し強化するものでもあり、合法的な転居に関する命令、その(事前)承認および執行に関して規律している(この点については後述4(2)参照)。この二つのハーグ条約は、関与する二国間の行政機関や司法機関の間の直接的な協力関係を、子の保護に関する情報交換も含め促進させるもので、子の権利保護のためのグローバルなシステム構築に必須であり、未締結の国々に締結を前向きに検討することを要請している。そして、裁判外の調停等での合意形成の促進、転居命令とそれに付された条件が転居先国で実現されるシステムの導入、面会交流に関する取決めの、転居先国での事後的な変更を制限する必要性等についても提言されている。

その後、子奪取条約の議定書の要否等を検討するためにハーグ国際私法会議により行われたアンケート⁽³⁹⁾には、子を伴う国外転居に関する質問もいくつか加えられた。国外転居に関しては各国実質法が担うべき課題が多く、この問題を議定書に含めることは不適切または不必要であるとの回答が半数以上を占めた⁽⁴⁰⁾。これに対して、国外転居に関する両親間の合意形成の促進については、約半数が議定書に含めることに賛同したが、3分の1以上がこの問題も実質法上のもので子奪取条約の対象を超える等の理由から議定書に含めることに反対した⁽⁴¹⁾。子奪取条約と子の保護条約の実際の運用状況を検討する2017年の特別委員会では、国外転居事案の当事者に実効的な手続を保障する必要性を指摘しつつ、そのような手続として調停を推奨し、この問題について国内法を整備していない国にワシントン宣言が有用であることを示すとともに、子の保護条約への加入を推奨するにとどまっている⁽⁴²⁾。

他方、ハーグ国際私法会議は、2012年に、子の保護条約の推進や利用も考慮しつつ、調停等の国際的な子をめぐる紛争の過程で得られた合意の国境を越

えた承認・執行に関する調査を行うために、専門家グループを立ちあげた⁽⁴³⁾。その背景には、ハーグ国際私法会議による近時の家族法の領域におけるいくつかの条約において、家族間の国際的な紛争を友好的に解決することが推奨され、その手続として調停がよく用いられていること⁽⁴⁴⁾、そして調停での合意内容が多岐にわたりハーグ国際私法会議の複数の条約に関わるが多く、実務上法的拘束力や強制力をもたせることが困難であるという問題があった⁽⁴⁵⁾。専門家グループでは、具体的には、管轄の問題も含めて、法的小および実務的問題の分析と、拘束力を有するものであれそうでないものであれ、この領域における新たな法文書がもたらしうる利点を検討することとなった⁽⁴⁶⁾。国外転居に関する問題もこの検討の中でともに扱われている。

前述の専門家グループでの4回にわたる会議を経て、2016年には、子奪取条約、子の保護条約および2007年「子及びその他の親族の扶養料の国際的な回収に関する条約」（以下、「扶養料回収条約」という。）のもとで、子に関する家族法分野において締結された合意（以下、「家族間の合意⁽⁴⁷⁾」という。）の外国での承認・執行についての最善の実務を提供できるように、拘束力をもたないナビゲーションツールの開発をすることが常務事務総局に委託された⁽⁴⁸⁾。そして2019年、子に関する家族間の合意の国境を越えた承認・執行に関するプラクティカル・ガイドの草案が上程されたが、いくつかの加盟国から懸念が示され、再度加盟国に意見を求め、寄せられた意見をもとに改訂作業が行われ、採択のための審議が予定されている⁽⁴⁹⁾。このガイドには、子奪取条約、子の保護条約および扶養料回収条約の締約国間で作成されることを前提とした合意書のモデル⁽⁵⁰⁾、フローチャートと解説が付されており、第1部が子を伴う合法的な国外転居、残りの2部が子奪取条約に焦点をあてた3部構成となっている⁽⁵¹⁾。ガイドによれば、国外転居に関する合意の際には、実際の転居の合意に加えて、面会交流の取決め、親責任の行使に関わる事柄、養育費、面会交流のための渡航費、子の教育費や夫婦間の扶養に関する取決めなどを行うことが考えられ、それぞれが子の保護条約と扶養料回収条約との関係でどのように扱われるかについて説明が付されている⁽⁵²⁾。

このように、国外転居の許否の問題は、終局的には各国実質法の問題となる

ことから、ハーグ国際私法会議で行いうることには限界があるが、子奪取条約、子の保護条約および扶養料回収条約との関係ではやはり重要な問題であり、今後注視すべき問題として位置づけられていることがわかる。なお、子に関わる家族間の裁判外での合意の国境を越えた承認・執行に関する拘束力を有する新たな法文書の作成についても継続して審議されている⁽⁵³⁾。

(2) 欧州評議会

欧州評議会においても、欧州人権条約8条に定める私生活と家族生活の尊重を受ける権利との関係で、また児童の権利に関する条約に従い子の最善の利益を主として考慮すべきこと(3条)および親双方との接触を維持する子の権利が尊重されるべきこと(9条)、そして前述のワシントン宣言等も考慮しつつ、子の転居に関する紛争を回避し解決することを求める勧告が2015年に出されている⁽⁵⁴⁾。具体的には、11項目が挙げられているが、転居に関する国内法の法規制の改善、紛争回避のための法的手続の確保(事前通知・友好的な合意形成のための制度)のほか、司法機関が転居許可判断にあたって考慮すべき事項(子の最善の利益を主として考え、いかなる推定も働かせない)といったことがあげられている。

4 転居・面会交流に関する取決めの実効性の確保のための諸制度

転居を判断する裁判所は、通常、その地で子が暮らしていたのであり、子の最善の利益の観点から、子とLBPとの継続的な面会交流を判断するのにも最適であると考えられる。それゆえ、この裁判所が下した判断は、子の最善の利益の観点から一定程度尊重されるべきである⁽⁵⁵⁾。他方で、裁判所が転居の可否を判断する際、裁判所が定めた面会交流が転居後実現される見通しがあるかが転居の可否の判断に影響を与えうるとの指摘がある⁽⁵⁶⁾。そのため、前述のワシントン宣言でも提言されているが、転居許可命令で定められた面会交流に関する取決めに、転居先国で実現する制度や簡単に変更されないようにする制度は、実務において非常に重要となる。

(1) ミラーオーダー

転居前の国の裁判所で下された裁判が転居先国で実現されることを確保するために実務において用いられる方法として、転居先国裁判所でミラーオーダーを得る方法がある⁽⁵⁷⁾。ミラーオーダーは、転居事件のほか、子奪取事件で諸外国においてよく用いられるが、A国の裁判所で出された判決や命令の内容を、鏡に反映させたように同じ内容でB国の裁判所が下す判決や命令を指す⁽⁵⁸⁾。外国の裁判所が転居許可を出すにあたって、このようなミラーオーダーを取得することを条件として求めることも実務上少なくないという⁽⁵⁹⁾。しかし、子が物理的に自国に居ない場合には国際裁判管轄権を有しないとの立場をとる国も多く、ミラーオーダーが下される時点で子が転居先国に居る必要があるか否かについて各国で見解が異なる⁽⁶⁰⁾。

ミラーオーダーは日本に不知の制度であり、日本の裁判所がこれを出すことはできない。そのため、日本ではこれに代わる方法として、家庭裁判所において、外国裁判所の命令と同一の内容を当事者間の合意として調停を成立させる方法も利用されている⁽⁶¹⁾。

英国では、ミラーオーダーを得ることができない国への転居の場合には、TPの家族が英国に居住しているときは、転居先国で面会交流が実施されることを特記した家族との合意書を公正証書にしたり、TPや英国に居る家族に一定金額を銀行口座に預託することを求め、一定期間経過後裁判所の関与のもとLBPが面会交流を実現するための費用として使うことを可能にしたり、転居先国で面会交流が実施されないときはTPや家族が英国で所有する財産が没収される旨の約定をしたりといった方法が用いられている⁽⁶²⁾。

(2) 子の保護条約⁽⁶³⁾

ハーグ国際私法会議は、子を保護するという共通の関心を共有できる国々と協力し合い、子を保護するための実践的な仕組みを提供するという目的のもと、3つの条約を発展させてきた⁽⁶⁴⁾。子奪取条約、1993年の「国際養子縁組に関する子及び国際協力に関する条約」、そして子の保護条約である。子⁽⁶⁵⁾の保護条約は、子の最善の利益という観点から、親責任の帰属・行使、面会交流、居

所指定権等子の財産管理および身上監護に関わる、あらゆる子を保護するための措置（以下、「子の保護措置」という）に関する司法機関および行政機関の管轄ならびに準拠法に関する抵触を回避し、子の保護措置の承認・執行を容易にするために作成された条約である。同条約では、子の保護措置に関する原則的管轄を子の常居所地国に認める（5条）。子の常居所地国は子に最も近い位置にあり、状況の把握や保護の必要性の判断、そして迅速な対応という観点からみて最も適切だからである⁽⁶⁶⁾。そして、その準拠法としては、措置を講じる機関が「最もよく知る法」⁽⁶⁷⁾であるその所属国法が適用される（15条1項）。これもまた、迅速な子の保護を実効的に行うことを可能にする。多くの場合適用されるのは子の常居所地法となる。

転居許可裁判や転居の条件として付された面会交流に関する定めも、子の保護措置として、子の保護条約の適用対象となる。そのため、転居や面会交流に関する子の常居所地国裁判所の裁判は、他の締約国で、何らの手続なく承認される（23条1項）⁽⁶⁸⁾。ある締約国で下され、他の締約国で執行力を有すると宣言された措置は、他の締約国においてその国の機関による措置と同様に扱われ執行される（26条、28条）。

子の保護条約のもとでは、子が転居先国で常居所を取得すると同時に、子の保護措置に関する管轄も転居先国裁判所に移る。そうになると、TPが転居先国でLBPの有していた面会交流権を制限し、終了させる申立てを行うこともできよう。そのような事態になることをLBPは懸念するであろうし、それを回避するために、転居前国裁判所で認められたLBPの面会交流権が転居先国でも認められる必要がある。また、子の保護条約では、自動承認制度をとっており（23条1項）、承認拒絶事由がないか否かが実際に判断されるのは、後の紛争時点となる。その時点まで承認されるか否かの判断を待つことなく、承認に対する疑念を払拭する正当な利益を有する者のための制度が必要とされる⁽⁶⁹⁾。そこで、子の保護条約では、ミラーオーダーが必ずしもすべての国で得られないことから、よりシンプルで迅速な方法として、24条⁽⁷⁰⁾の事前承認手続を導入したのである⁽⁷¹⁾。これにより、子の常居所地国裁判所による保護措置、たとえば転居許可裁判とそれに条件として付された面会交流の定めを、転居先国

裁判所が承認するかを事前に確認することで、面会交流の定めが転居先国で尊重されることを確保することが可能となった⁽⁷²⁾。

転居先国裁判所は、転居前国裁判所が下した面会交流に関する裁判を審理したり変更することに慎重さを求められ、そのような審理や変更は、自国の同様の裁判について認められる場合に限定されるべきであるとされる⁽⁷³⁾。また、審理や変更が必要なときは、子の転居前国の機関の経験を活用する次のようなメカニズムを利用すべきであるとされる⁽⁷⁴⁾。第1に管轄権の委譲である(8条⁽⁷⁵⁾)。転居後まもなく転居前国裁判所による面会交流の裁判の審理や変更が転居先国裁判所に申し立てられた場合には、転居先国裁判所は、転居前国裁判所がこの事件について管轄権を行使することを要請すべきかどうかを検討することができる⁽⁷⁶⁾。第2に、裁判所を含め締約国機関間の協力である。締約国の機関は、他の締約国の機関に、面会交流の実効的な実施を保障するための支援を要請することができる(35条1項)。LBPが居住する転居前国裁判所は、LBPから子との面会交流の維持を求める申立てがあれば、情報や証拠を集め、LBPに認められた面会交流権およびその条件が適切であるかを判断することができる(同条2項前段)。転居先国裁判所は、自らが判断する前に、そのような情報、証拠、判断を採用し検討することが求められている(同条同項後段)。また、転居先国裁判所は、特に子の従前の常居所地国で認められた面会交流を制限し、または終了する申立てを審理するときは、35条2項前段に基づきLBPが転居前国裁判所に対し行った申立ての結果が出るまで、手続を中断することができる(35条3項)⁽⁷⁷⁾。

(3) ブリュッセルⅡ a規則⁽⁷⁸⁾

「子の保護条約や婚姻事件及び親責任事件における管轄並びに判決の承認及び執行に関する2003年11月27日のEU理事会規則」(「ブリュッセルⅡ a規則」と呼ばれる。以下、「規則」という。)は、親責任の帰属、行使、委譲、制限、終了に関する私法上の問題すべてに適用され(1条1項(b))、監護権や面会交流権についても明文で親責任に含まれる旨規定されている(1条2項(a)、2条7項)。子の保護条約と同様に、子奪取に関する特別な規定も置かれ、国外転居の問題

にとっても重要な意味を有する。EU加盟国間（デンマークを除く）での事件にのみ適用されるが、子の保護条約締約国との関係では、同条約に優先して適用される⁽⁷⁹⁾。

規則では、親責任事件について子の常居所地国に原則的管轄を認めている（8条1項）。しかし、子が他の加盟国に転居した場合には、新たな環境に合わせて面会交流の定めを調整する必要が生じる⁽⁸⁰⁾。そのような場合には、8条の例外として、子が適法に他の加盟国に移動し、その地で新たに常居所を取得したとしても、それ以前の常居所地国裁判所でなされた面会交流に関する裁判の変更については、子の転居後3か月以内は、元の常居所地国に面会交流権を有する親が常居所を有している限り、元の常居所地国の裁判所の管轄権が維持される（9条）。この規定により、TPが子とともに転居し新たな常居所を子に取得させ、その後すぐに従前の面会交流の定めを転居先で変更する申立てをすることを防止することができる⁽⁸¹⁾。しかし、9条については、要件が多く適用される場面がかなり限定され、問題があるとの批判もある⁽⁸²⁾。たとえば、9条に基づく管轄は、面会交流に関する裁判の変更には認められず、他のすべての親責任に関する事件は、子が新しく常居所を取得した転居先国裁判所に管轄権があるからである⁽⁸³⁾。転居前国裁判所が管轄権を維持できる期間が立法過程で6か月から3か月に短縮されたという経緯があるが⁽⁸⁴⁾、そもそも3か月で新たな常居所を子が取得するのかが不明確であるし、子が適法に転居した場合にはすぐに新たな常居所を取得しうるかのような、常居所概念に影響を与えうる規定の文言にも批判的な意見がある⁽⁸⁵⁾。

児童の権利に関する条約9条および10条に示された原則同様に、両親の別離後であっても、また両親が異なる加盟国に居住する場合であっても、両親との交流の維持を子に保障することは、規則の主たる政策目的の一つである⁽⁸⁶⁾。そこで、規則では、他の加盟国の面会交流に関する判決の執行に関しても、国境を越えた面会交流の行使を促進させるための規定を置いている⁽⁸⁷⁾。まず前提として、ある締約国で下された判決は、何らの手続を要することなく他の締約国で承認され（21条）⁽⁸⁸⁾、その判決の執行にあたっては、執行力を付与する宣言（執行許可状）を得る必要がある（28条）。しかし、面会交流に関する判決

については、その裁判をした裁判官による所定の証明書が発行されている場合には、そのような手続を経ず執行することができる（41条）。この場合、原則として、何人も判決の承認に異議を申し立てることはできない（同条）。なお、2019年の改正後のブリュッセルⅡ a 規則 Recast においては、すべての判決について執行許可状を得る必要がないように改正され（34条）、執行を求める当事者は、要件を満たす判決の謄本または裁判所により発行された証明書（36条）を提出することで足りる（35条）⁽⁸⁹⁾。

5 日本法における課題

最後に、日本法の観点から実質法上の課題と抵触法上の課題とに分けて、若干の検討を加えることとする。

（1）実質法上の課題

日本民法上、転居事案に対応できる法的枠組が必要とされている。婚姻関係継続中の場合、父母は共同親権者であり、親権者として、子の利益のために親権を行使する権利義務を有する（820条）。共同親権者は、ともに居所指定権（821条）を有することから、父母の一方が子の居所を変更することは、確かに自らの居所指定権に基づいて認められるものではあるが、父母双方の合意がない一方的な居所変更は、他方の居所指定権を害していると解することができる。しかしながら、人身保護法に基づく子の引渡し請求に関する最判平成5年10月19日⁽⁹⁰⁾によれば、「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、特段の事情がない限り、適法」とされ、共同親権者である父母の一方が、他方の同意なく子と転居したとしても、親権者として適切に子の監護をしているのであれば、その監護は適法なものみなされる。他方で、共同親権者の一方的な国外転居は、子奪取条約によれば、他の共同親権者の監護の権利を不法に侵害する連れ去りとなりうる⁽⁹¹⁾。国内転居の場合も含め、居所指定権は子の養育において非常に重要な事項であることから、DV等の例外的事情がある場合を除き、ともに協議し決定することを要することを条文上も明確

にすべきであろう。

そもそも日本民法上、転居について父母間で合意が得られない場合のような、共同親権下で親権行使に関し意見の対立がある場合の対処に関する規定はない。たとえば、ドイツ民法では、そのような場合には、一方の親の申立てにより、裁判所が両親のいずれか一方に決定権限を与える（ドイツ民法1628条）。日本の学説においては、子の人生において継続的な影響をもたらすような重要事項、たとえば宗教的教育や職業選択・営業許可の場合については、819条5項を類推適用して、家庭裁判所が父母の一方の親権行使を認める旨の審判ができるものと解すべきであるとの見解も主張されている⁽⁹²⁾。諸外国の法制を参考に明確な規定を設ける必要があるように思われる。

では、離婚後の転居についてはどうであろうか。日本民法上、離婚後は父母のいずれかに単独親権が与えられ、監護者が別途指定されない限り、単独親権者が居所指定権を有し、自由に一方的に子と転居することができる。子が面会交流により他方の親と良好な関係を築いていたとしても、また事実上この者が部分的にでも監護を担っていたとしても、親権者でない親に対して、単独親権者が、事前また事後に転居を通知する法的義務はない。しかし、子がLBPとの関係を適切に維持できるよう、ワシントン宣言でも勧奨されているように⁽⁹³⁾、TPからLBPに少なくとも事前に転居を通知し、今後の面会交流に関し調整する機会を与えることが望ましいように思われる。

両親間の紛争は子にとって望ましいものでは決してない。親教育プログラムやガイダンスを充実させ、両親の関係にかかわらず、子の福祉に資する形態で子の養育に両親が携わるという共同養育を社会に浸透させ、可能な限り紛争は回避し、面会交流や養育費の支払いに関する友好的な合意形成を促進していく必要があろう⁽⁹⁴⁾。

(2) 抵触法上の課題

まず、外国から日本に転居する場合を想定すると、転居前の子の住所地国裁判所による転居許可裁判は、家事事件手続法79条の2に従い、「外国裁判所の家事事件についての確定した裁判（これに準ずる公的機関の判断を含む。）」とし

て、一定の要件のもと承認される。要件の一つとされる間接管轄については、家事事件手続法3条の8により、子の住所地国に認められることから、通常は管轄で問題となることはないであろう。残された問題は、転居事案においても重要な意味を有する実務的な問題として面会交流の実現の確保があげられよう⁽⁹⁵⁾。2019年2月1日に開催された国連子どもの権利委員会で採択された第80会期総括所見においては、日本政府に対し、共同親権を認める法改正をし、外国人の親を含めて、子が非同居親との個人的および直接の接触を維持する子の権利が定期的に行使できること等を確保するために、十分な人的、技術的および財政的資源に裏づけされたあらゆる必要な措置をとるようにと勧告された⁽⁹⁶⁾。またEU欧州議会請願委員会でも、日本人とEU加盟国の国籍者との国際結婚が破綻した場合等に、子奪取条約に基づき子の返還を命ずる裁判所の決定の執行状況が芳しくないこと、面会交流の実現の方法に問題があり、日本で育つ子とEU加盟国の親が有意義な関係を維持することが妨げられているといったことが懸案事項としてとりあげられた。2020年6月16日、同委員会では、子奪取条約のもと、日本政府に課せられた、接触の権利の行使の援助を含めた義務の履行、両親の関係の破綻後の共同親権や共同養育の導入、児童の権利に関する条約のもと日本政府に課せられた面会交流権を保障すること、EU加盟国の裁判所の裁判により認められた面会交流の実効的な実施を可能にするようEUと協力することなどを日本政府に求める決議案が全会一致で採択され、この決議案は翌月8日に欧州議会本会議で採決された⁽⁹⁷⁾。

次に、日本から外国へ転居する場合には、準拠外国法上裁判所の関与が必要とされているときなど、日本の裁判所に申立てがなされることが考えられる。家事事件手続法3条の8により、日本に子が住所を有すれば、子の監護に関する処分につき日本の裁判所は管轄権を有する。転居の許否は、子の居所指定権、子の監護に関わる問題であり、法の適用に関する通則法（以下、「通則法」という。）32条が適用される。準拠法が外国法である場合、当該外国法に従い、日本の裁判所が転居許可判断をしなくてはならないという事態も生じ得る。また、判例を含めての外国法の調査が必要となる場合も多く、子の最善の利益という抽象的な概念に基づき個別事案で様々なことを比較衡量せねばならず、そのよ

うな経験があまりない日本の裁判所にとってはなおさら難しいであろうことが予測される。日本法が準拠法となる場合、前述のとおり、そもそもの規定を根拠に裁判所が関与できるかがまず問題となるが、日本の裁判所が転居の許否に関して判断をする場合には、前述のワシントン宣言から示唆を得られるように思われる。なお、2で検討したように、転出先国が子奪取条約締約国である場合には、同条約の観点からも転居が認められるものであるかの検討も必要となる。

最後に、子の保護条約の締結の可能性に関して検討したい。子の保護条約は、国外転居問題に関して事前承認制度や締約国間の協力体制を定める。そのみならず、子奪取条約を補強し、かつ、子の保護を最善の形で実施することを目的として作成されたものである。日本においても、子の監護に関する処分の審判事件は子の住所地に管轄が認められ（家事事件手続法3条の8）、この点は子の保護条約と親和的である。締結に際して大きな問題となりうるのは、子の保護条約における法適用の在り方が通則法32条と大きく異なる点であろう。子の保護条約では、原則として、子の常居所地国に管轄を認め、管轄を有する機関所属国法を準拠法とする。そうすることで、裁判所等の機関は自らが最もよく知る法を適用でき、迅速な子の保護措置をとることが可能となる⁽⁹⁸⁾。

これに対して、通則法32条によると、子の本国法が父または母の本国法と同一である場合には子の本国法が、その他の場合には子の常居所地法が適用される。この連結政策が採用されたのは平成元年の法例改正の時である。当時の議論をみると、親子間の法律関係について子の本国法または子の常居所地法のいずれにすべきかが検討されている。本国法主義が支持される理由として3点があげられている⁽⁹⁹⁾。第1に、「親子間の法律関係」で主として問題となるのは親権や監護権であって、親権の内容としての法定代理権は、戸籍や法律実務、取引保護の立場から確実性、法的明確性、恣意による変更の困難性が強く要請されること、第2に、親権と密接に関係する後見について、被後見人の本国法主義を採用しており、これと平仄が合うこと、第3に、日本と交流の多い韓国・中国・東南アジアの多くの国々は、いずれも本国法主義を採っており、これらの国との国際私法の調和も考慮する必要があることである。

子の常居所地法によるべきであるとの見解も有力であったが⁽¹⁰⁰⁾、次のような問題があるとして、第1次的準拠法として子の本国法が採用されることとなった⁽¹⁰¹⁾。第1に、子の常居所の移動に伴って親権が変更し、その結果が戸籍に反映されない事態が生じ、戸籍制度等に多大な影響を与える⁽¹⁰²⁾。第2に、同一の外国籍を有する家族の親子間の法律関係を子の常居所地法により規律すれば、当該家庭に異法を持ち込む結果となり（例えば、父母も子も在日韓国人である場合において、親権をはじめ親子間の法律関係に日本法を適用することとなる。）、現在の情勢に鑑み、政策的に見て妥当性を欠くからであると説明されている⁽¹⁰³⁾。その他、父母のいずれか一方の本国法と子の本国法とが一致する場合には、「祖国」の法として、当該の家庭生活が本国とは別の国において営まれているとしても、常居所地国内にある本国の飛び地として本国の規律に服させるのが適当であるとして通則法32条における本国法主義を評価する見解もある⁽¹⁰⁴⁾。この見解は、子の常居所は常に変更する可能性があることから、常居所地法主義をとると、親権者であった者からその地位を奪ったり、逆に単独で子を養育しようとしていた単独親権者の意思に反し共同親権に変更され父母に不測の事態をもたらしかねないと指摘する⁽¹⁰⁵⁾。しかし、子と取引する第三者の予見可能性の観点や、子のための保護措置は子が現実に生活をしている国の機関がとり、常居所地法はこのような機関の所属国法と一致するであろうから準拠法の適用が容易となり、したがって子の迅速かつ実効的な保護も期待できるという利点が常居所地法主義にあることも認めている⁽¹⁰⁶⁾。

平成元年法例改正時の議論からすると、本国法主義が採用された背景としては、やはり戸籍実務に与える影響の大きさがあるように思われる。親権の内容として真っ先にあげられているのは法定代理権であり、これは取引保護の話へと続く。しかし、親子間の法律関係において最も配慮されるべきは子の福祉である。平成元年改正の際、両性平等と子の福祉の観点⁽¹⁰⁷⁾から新たな連結政策が採用されたにもかかわらず、最終的には戸籍の記載が重視され、子の福祉への配慮は二の次になったように思われる。

子の福祉の観点から裁判所をはじめとして公的機関の介入が幅広く予定されている親子法において、子の監護に関わる保護措置が必要とされるとき、迅速

かつ実効的な保護を行うことができるのは、現に子が生活をしている常居所地国であろう。まさに、子の保護条約は、それを理由として、子と最も密接な関係を有する常居所地国に原則的管轄を認め、当該国の機関が熟知している法を適用することができるようにしたのである(条約15条1項)⁽¹⁰⁸⁾。子の保護条約において常居所地法主義が採用されなかったのは、例外的に個別事案において子の最善の利益を評価するのにより最適な国がある場合にはその国に(8条, 9条)、緊急措置については子が現存する国に(11条, 12条)に管轄が認められることから、そのような場合にまで子の常居所地法主義を採用すると、不必要に複雑化することから、機関の所属国法が適用されることとなったのである⁽¹⁰⁹⁾。

平成元年法例改正時に本国法主義が支持された他の理由を見てみると、後見の準拠法との連続性があげられる。後見の準拠法は、人の身分および能力に関する制度として⁽¹¹⁰⁾、そして被後見人の保護の観点から⁽¹¹¹⁾、被後見人の本国法主義がとられている。しかしながら、日本に住所を有する外国人に対する裁判所による後見人の選任については、日本の国際裁判管轄が認められ(家事事件手続法3条の9)、すでに日本においても法廷地法として日本法が適用され(通則法35条2項)、子の保護条約と同様の法適用がなされている。子の保護条約においては、後見も適用対象として親責任の問題と同様の法適用がなされ(条約3条c号)、連続性を保つことは可能である。

なお、子の保護条約のもとでは、法律に基づく親責任の帰属と消滅に関しては、原則として子の常居所地法が適用される(条約16条1項)。子の常居所地法によって認められた親責任は、その後子の常居所が他国に移った場合にも、親子関係の継続性を確保するため⁽¹¹²⁾、そのまま維持される(条約16条2項)⁽¹¹³⁾。たとえば、旧常居所地国法上未婚の父にも子の出生により自動的に親責任が帰属するが、新常居所地国法上は裁判所の裁判がない限り未婚の父には親責任が帰属しないとしても、父の親責任は存続することを意味する⁽¹¹⁴⁾。結果的に、子の常居所の変更は、親責任を喪失させることはなく、新たに親責任を取得する者を生じさせるのみである。これに対して、親責任の行使については、子の常居所地国法による(条約17条)。このように、親責任の帰属と行

使の問題は分けて考えられている。第三者との関係については取引保護規定が置かれている（条約 19 条）。これによると、第三者が、取引が行われた国の法により子の法定代理人としての権限を有する者と取引をしたときは、条約により指定される法によればその者が子の法定代理人としての権限を有さないとしても、原則としてそれを理由として第三者が責任を負うことはない（同条）。このように取引保護の観点からの規定も設けられている。

以上のように、立法論的に、通則法 32 条の連結政策については再考の余地があると思われる。日本も子の保護条約の締結を前向きに検討することができるのではないであろうか⁽¹¹⁵⁾。

おわりに

本稿では、転居をめぐる法的問題に焦点をあてて検討を試みた。社会の変化に伴い大きく変容してきた諸国の親子法において新たに登場した問題である。子の福祉、子の最善の利益という親子法において最も重要なキーワードは、今や世界に共通するものとなつてはいるが、この抽象的な概念を個々の事案において具体化することは時として困難を伴う。まさに、転居事案において両親の間で合意が得られない場合には、当事者すべてが納得しうる結論を得ることは難しい。主たる監護者と継続して生活することと他方の親とこれまでどおり継続して接触する機会を維持するという、子の福祉の観点からはともに重要と考えられる、両立しがたい利益が対立するからである。両親間の紛争は、子のためにも可能な限り避けるべきであり、そういった意味で、ハーグ国際私法会議における、両親間の友好的な合意形成を促進するための新たなプロジェクトも注目に値しよう。転居の法的な問題の解決に向けた諸国の動向とともに、引き続き注視していきたい。

(1) Nigel Lowe & Michael Nicholls, *International Movement of Children*, 2. ed. (LexisNexis, 2016), para. 13.1, Rob George *et al.*, *Relocation: A Practical Guide*, 2. ed. (Family Law, 2016), para. 1.8.

(2) 朝日新聞 2020 年 2 月 9 日（朝刊）、同 2020 年 2 月 27 日（朝刊）。

- (3) 山口亮子「子の監護権と転居——アメリカにおける Relocation 問題」『産大法学』48 卷 3・4 号 (2015) 219 頁。なお、子奪取条約において子の連れ去りを常に違法なものと判断する枠組は、欧米の共同親権や共同監護の制度化でこそ機能を発揮するもので、離婚後単独親権制度を採用する日本の文化にはなじまず、子奪取条約と日本法における子の連れ去りの違法性に対する判断の仕方の違いを強調するものがある(梶村太市「ハーグ条約と子の連れ去り」『法学セミナー』772 号 (2019) 36 頁以下)。
- (4) Children Act 1989 第 13 条 1 項 b 号。ただし、親責任を有する者は、1 か月未満の期間であれば、他の親責任を有する者の同意なしに国外に子を連れ出すことが認められる(同条 2 項)。田巻帝子「イギリス(イングランド及びウェールズ)における離婚後の親権制度」比較法研究センター編『各国の離婚後の親権制度に関する調査研究業務報告書』(2014) 73 頁 (<http://www.moj.go.jp/content/001130860.pdf>) も参照。
- (5) 山口亮子「アメリカにおける離婚後の親権制度」比較法研究センター編・前掲注(4) 119 頁以下、同・前掲注(3) 222 頁以下。
- (6) フランス民法 373-2 条 3 項。栗林佳代「フランスの親権制度——両親の離別後の親権行使を中心として」比較法研究センター編・前掲注(4) 43 頁、中村紘一＝色川豪一「フランス親権法の改正」『比較法学』37 卷 1 号 (2003) 318 頁以下も参照。
- (7) フランス民法 373-2-6 条 3 項、375-7 条 7 項。栗林・前掲注(6) 43-44 頁参照。
- (8) George *et al.*, *supra* note (1), para. 1.29.
- (9) 諸国の親子法制に関しては、法務省民事局「父母の離婚後の子の養育に関する海外法制調査結果の概要」(2020 年 4 月) (<http://www.moj.go.jp/content/001318629.pdf>) 参照。
- (10) Permanent Bureau of HCCH, "Preliminary Note on International Family Relocation," Prel. Doc. No 11 (2012), pp. 10-11, at <https://assets.hcch.net/upload/wop/abduct2012.pdf>.
- (11) Family Law Act 1975 第 60B 条 1 項 a 号。小川富之＝宍戸育世「オーストラリアの離婚後の親権制度」比較法研究センター編・前掲注(6) 141 頁。
- (12) Family Law Act 1975 第 60B 条 2 項 a 号 - c 号。
- (13) Children Act 1989 第 1 条 2A 項、2B 項。George, *supra* note (1), para. 1.27. 田巻・前掲注(4) 72 頁、78 頁も参照。
- (14) フランスでは、親権の共同行使の実効性を強化するため、2002 年の法改正により交替居所の制度(子の居所を両親のそれぞれの住所に一定期間ずつ交互に定め

ること)を導入し、両親の離別後の子の居所を交替居所にするか、一方のもとに定めるかが選択できるようになった(フランス民法 373-2-9 条 1 項)(栗林・前掲注(6) 38-39 頁)。オーストラリアにおいては、別れた親の約 3 %が多かれ少なかれ平等に子の養育を分担する取決めをしていると推定されている(小川=矢戸・前掲注(11) 144 頁)。英国に関しては、田巻・前掲注(4) 78 頁参照。ドイツに関しては、稲垣朋子「ドイツにおける離婚後の配慮」比較法研究センター編・前掲注(4) 23 頁以下参照。

- (15) Elisa Pérez-Vera, "Explanatory Report on the 1980 Hague Child Abduction Convention," paras. 83, 84, at <https://www.hcch.net/en/publications-and-studies/details4/?pid=2779> (この報告書の和訳として、早川眞一郎〔翻訳監修〕「エリザ・ベレス・ヴェラ氏による解説報告書」が公表されている (<https://www.mofa.go.jp/mofaj/files/000450185.pdf>) ; Rhona Schuz, *the Hague Child Convention* (Hart Publishing, 2013), p. 146. 西谷祐子「子奪取条約の運用に関する比較法検討」『ケース研究』329 号 (2017) 29-30 頁。長田真里「子奪取条約(いわゆるハーグ条約)上の『監護の権利』と裁判所の監護の権利」『阪大法学』68 巻 3 号 (2018) 777-778 頁。
- (16) Pérez-Vera, *supra* note (15), paras. 66, 68.
- (17) Schuz, *supra* note (15), p. 147. 西谷・前掲注(15) 29-30 頁。
- (18) Pérez-Vera, *supra* note (15), para. 71; Oberster Gerichtshof (Austria), July 11, 1990, INCADAT HC/E/AT 572.
- (19) Pérez-Vera, *supra* note (15), para. 71. 大阪家決平成 28 年 3 月 31 日(『判例タイムズ』1457 号 120 頁・『判例時報』2399 号 25 頁)でも同様のことが述べられている。
- (20) Pérez-Vera, *supra* note (15), para. 71.
- (21) 立法過程では、カナダの代表団が、条約 3 条の「監護の権利」文言の後に「または接触の権利」という文言を追加し、監護の権利のみならず、接触の権利の侵害も不法な連れ去りまたは留置に該当すると定めることを提案したが、この提案は 19 対 3 で否決された(HCCH, "Actes et documents de la Quatorzième, session 6 au 25 octobre 1980," Working Document No 5- Proposal of the Canadian delegation, p. 267, at <https://assets.hcch.net/docs/05998e0c-af56-4977-839a-e7db3f0ea6a9.pdf>)。
- (22) *Abbott v. Abbott*, 130 S. Ct. 1983 (2010), INCADAT: HC/E/USf 1029.
- (23) Comment "What is a Right of Custody for Convention Purposes?" of INCADAT: HC/E/USf 1029; Lowe & Nicholls, *supra* note (1), paras. 19.65-19.68. 西谷・前掲注(15) 31-32 頁
- (24) Lowe & Nicholls, *supra* note (1), paras. 7.4-7.6.
- (25) House of Lords (United Kingdom-England and Wales), 2 March 2000 Re H. (A Minor)

- (Abduction: Rights of Custody) [2000] 2 AC 291, INCADAT HC/E/UKe 268.
- (26) Lowe & Nicholls, *supra* note (1), para. 19.84.
- (27) 『判例タイムズ』1457号120頁・『判例時報』2399号25頁(評釈として長田・前掲注(5)765頁以下)。
- (28) 『判例タイムズ』1457号112頁・『判例時報』2399号18頁(評釈として長田・前掲注(5)765頁以下)。
- (29) Permanent Bureau of HCCH, “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),” 2001, para. 7.3, at https://assets.hcch.net/upload/concl28sc4_e.pdf.
- (30) Permanent Bureau of the HCCH, “Conclusions of the Special Commission of May 2000 General Affairs and Policy of the Conference,” Prel. Doc. No 10 (2000), p. 34, para. D, at <https://assets.hcch.net/docs/a154cf31-1583-4602-90eb-6b251d2eb7a4.pdf>.
- (31) Permanent Bureau of HCCH, *supra* note (29), para. 7.3.
- (32) William Duncan, “Transfrontier Access/Contact and the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction. A Preliminary Report,” Prel. Doc. no 4 (2001), para. 8 (c), at <https://assets.hcch.net/upload/abd2001pd4e.pdf>. しかしながら、転居許可に対する裁判所の制限的アプローチと国際的な子奪取とに関連性を認めることに対しては、単純化しすぎであり、子奪取に至る要因はむしろ転居を希望する理由にあるとの批判もある(Marilyn Freeman, “Relocation: The Reunite Research,” 2009, pp. 21-22, at <http://www.reunite.org/edit/files/Library%20-%20reunite%20Publications/Relocation%20Report.pdf>)。
- (33) Permanent Bureau of HCCH, “Conclusions and Recommendations of the Fifth 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 and the Practical Implementation of the Hague Convention of 19 October 1996 on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition, Enforcement and Measures for the Protection of Children (30 October – 9 November 2006) adopted by the Special Commission,” paras. 1.7.4, 1.7.5, at https://assets.hcch.net/upload/concl28sc5_e.pdf.
- (34) HCCH & International Centre for Missing and Exploited Children, *The Judges' Newsletter, Special Edition No.1: International Judicial Conference on Cross-Border Family Relocation 23-25 March 2010, Washington, D.C. United States of America* (LexisNexis, 2010), pp. 5-6, at https://assets.hcch.net/upload/jn_special2010.pdf. アルゼンチン, オーストラリア, ブラジル,

カナダ, フランス, エジプト, ドイツ, インド, メキシコ, ニュージーランド, パキスタン, スペイン, 英国, 米国の 14 か国の裁判官が参加している。

- (35) Schuz, *supra* note (15), pp. 73-77; Peter J. Messitte, “Relocation of Children: Law and Practice in the United States,” in HCCH & International Centre for Missing and Exploited Children, *supra* note (35), p. 28.
- (36) Payne v Payne [2001] EWCA CIV 166, [2001] 1 FLR 1052. 英国では、その後 K v K 事件 ([2011] EWCA CIV 793, [2012] 2 FLR 880) で、国外転居許可事件において主として考慮すべきは、子の最善の利益であり、個別事案ごとの全体的な評価が重要であって、いかなる推定も働かないという立場を示し、これが支持されている (George *et al.*, *supra* note (1), pp. 26-32)。
- (37) Messitte, *supra* note (36), pp. 28-29. 山口・前掲注(3) 226 頁以下。
- (38) この裁判所が考慮すべき 13 の事項を紹介するものとして、山口・前掲注(3) 235-236 頁。
- (39) Permanent Bureau of HCCH, “Questionnaire on the desirability and feasibility of a protocol to the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction,” Prel. Doc. No 2 (2010), at <https://www.hcch.net/en/publications-and-studies/details4/?pid=5292&ctid=33>.
- (40) Permanent Bureau of HCCH, *supra* note (10), pp. 8-9.
- (41) *Id.*, p. 9.
- (42) Special Commission on the practical operation of the 1980 and 1996 Hague Conventions (10-17 October 2017), “Conclusions and Recommendations,” 2017, p. 4, at <https://assets.hcch.net/docs/edce6628-3a76-4be8-a092-437837a49bef.pdf>.
- (43) Council on General Affairs and Policy of the Conference (17-20 April 2012), “Conclusions and Recommendations,” 2012, para. 7, at https://assets.hcch.net/upload/wop/gap2012concl_en.pdf.
- (44) 子奪取条約 7 条や子の保護条約 31 条 b, 扶養料回収条約 6 条(2) d, 34 条(2) i 等。
- (45) Council on General Affairs and Policy of the Conference (March 2019), “Annex to the Explanatory Note on how an agreement made in the area of family law involving children can be recognized and enforced in a foreign State under the 1980 Hague Child Abduction Convention, the 1996 Hague Child Protection Convention and the 2007 Hague Child Support Convention, in “Revised draft Practical Guide: Cross-border recognition and enforcement of agreements reached in the course of family matters involving children,” Prel. Doc. No 4 (2019), paras. 8-9, at <https://assets.hcch.net/docs/97681b48-86bb-4af4-9ced->

a42f58380f82.pdf.

(46) *Ibid.*

(47) ここで用いられる「家族」は、広義のものであり、生物学的親、養親、または里親を含み、場合によっては拡大家族も含まれる (Council on General Affairs and Policy of the Conference (March 2019), *supra* note (45), para. 6)。

(48) Council on General Affairs and Policy of the Conference (15-17 March 2016), “Conclusions and Recommendations,” 2016, para. 17, at <https://assets.hcch.net/docs/679bd42c-f974-461a-8e1a-31e1b51eda10.pdf>.

(49) Council on General Affairs and Policy of the Conference (5-8 March 2019), “Conclusions and Recommendations,” 2019, paras. 18-19, at <https://assets.hcch.net/docs/c4af61a8-d8bf-400e-9deb-afcd87ab4a56.pdf>.

(50) 各国実質法が大変異なるので、個別事案にあわせて法律専門家の助言のもと作成される必要があるため、ひな型ではなく、モデルにすぎないと強調されている (Council on General Affairs and Policy of the Conference (March 2019), “Revised draft Practical Guide: Cross-border recognition and enforcement of agreements reached in the course of family matters involving children,” *supra* note (45), para. 3)。

(51) Council on General Affairs and Policy of the Conference (March 2019), *supra* note (45), para. 2.

(52) *Id.*, paras. 134-148.

(53) Council on General Affairs and Policy (March 2020), “Overview of the findings of the Experts’ Group on cross-border recognition and enforcement of agreements in family matters involving children in relation to the development of a normative instrument,” Info. Doc. 2 (2020), paras. 9-26, at <https://assets.hcch.net/docs/3cd99dea-d087-4999-8016-57f738854e90.pdf>.

(54) Council of Europe, “Recommendation CM/Rec (2015) 4 of the Committee of Ministers to member States on preventing and resolving disputes on child relocation,” at <https://rm.coe.int/16807096c9>.

(55) HCCH, *Transfrontier Contact Concerning Children-General Principles and a Guide to Good Practice* (Family Law, 2008), para. 8.2, at <https://assets.hcch.net/docs/aabaa1c1-4fb5-4c24-92bd-75a8b161e29a.pdf>.

(56) Duncan, *supra* note (32), para. 8 (c); HCCH, *Practical Handbook on the Operation of the 1996 Hague Child Protection Convention* (2014), para. 13.24, at <https://assets.hcch.net/docs/cca03d40-29c6-4cc4-ae52-edad337b6b86.pdf>.

- (57) HCCH, *supra* note (55), para. 8.4; Georg *et al.*, *supra* note (1), para. 2.59.
- (58) 大谷美紀子編著『最新涉外家事事件の実務』〔芝池俊輝〕（新日本法規出版・2015）250 頁。
- (59) 同上。
- (60) Georg *et al.*, *supra* note (1), p. 45 fn. 92.
- (61) 大谷編著〔芝池〕前掲注(58) 250 頁。大谷美紀子監修・外国人ローヤリングネットワーク編『Q & A 涉外家事ケーススタディ』（日本加除出版・2013）206-207 頁。
- (62) Georg *et al.*, *supra* note (1), para. 2.60.
- (63) 2019 年 12 月段階で締約国は 52 か国である。本条約を紹介するものとして、小出邦夫「ヘーグ国際私法会議第 18 会期の概要——親責任及び子の保護措置に関する管轄権、準拠法、承認、執行及び協力に関する条約を中心に——」『民事月報』52 巻 6 号（1997）76 頁以下、横山潤「親責任及び子の保護措置についての管轄権、準拠法、承認、執行及び協力に関するハーグ条約」一橋大学法学部創立 50 周年記念論文集刊行会編『変動期における法と国際関係』（有斐閣・2001）288 頁以下、同「1996 年および 2000 年のハーグ条約における子および成年者の保護」『国際私法年報』3 号（2001）30 頁以下、北坂尚洋「離婚の訴えに伴う親権者指定等に関する裁判についての離婚管轄国の国際裁判管轄権」『福岡大学法学論叢』60 巻 4 号（2016）425 頁以下。
- (64) HCCH, “Outline 1996 Hague Child Protection Convention,” 2008, p. 1, at https://www.euromed-justice.eu/en/system/files/20090707140300_HCCH.19Oct1996.OutlineoftheConvention.pdf.
- (65) 子の保護条約においては、本稿 3(2)で紹介した欧州評議会決議におけるのと同様に（Council of Europe, *supra* note (54), p. 7）、子とは 18 歳未満の子を指し（子の保護条約 2 条）、16 歳未満の子について適用される子奪取条約（子奪取条約 4 条）とは異なる。なお、ブリュッセル II a 規則では、親責任を適用対象としていることから、子が未成年であることは前提であるが、子についての定義規定はなく、子の成年年齢が常居所地国と本国とで異なる場合にどうするのかといった問題が考えられる。しかし、同規則が手続的側面について規律する法文書であることから、おそらくは法廷地国国際私法を適用し、当事者の本国法によって処理され、問題は生じないと考えられている（Thomas Rauscher, Art. 1 Brüssel IIa-VO Rdnr. 24, in *Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht Kommentar* (sellier. European law publishers, 2010)）。
- (66) 横山・前掲注(63)『国際私法年報』3 号 33 頁。子の保護条約の前文で言及する児

童の権利に関する条約12条が定める子の意見表明権の保障の観点からも、子の常居所地国の管轄権は望ましいとされる(同上・48頁文末注19)。

- (67) Paul Lagarde, “Explanatory Report on the 1996 Hague Child Protection Convention,” para. 86, at <https://assets.hcch.net/upload/expl34.pdf>; HCCH, *supra* note (56), para. 9.1. 横山・前掲注63『国際私法年報』3号37-38頁。

- (68) 23条1項は、締約国の機関の措置は、自動的に他の締約国で承認されるものとする旨規定する。ただし、承認は、管轄が欠如している場合(a号)、緊急の場合を除き、子の意見を聞く機会を設けることなく承認国の手続の基本原則に反して司法または行政手続で措置が下された場合(b号)、緊急の場合を除き、措置により自らの親責任が侵害され、その意見を聞く機会を設けることなく当該措置が下された旨の申立てがある場合(c号)、子の最善の利益を考慮して、承認が明らかに承認国の公序に反する場合(d号)、措置が子の常居所地の非締約国において事後に下された措置と矛盾するが、この事後の措置が承認国の承認要件を充足する場合(e号)または33条に定める手続に従っていない場合(f号)には、拒絶されうる(23条2項)。

- (69) HCCH, *supra* note (56), paras. 10.17-10.18.

- (70) 24条は、「23条にかかわらず、利害関係人は、他の締約国で下された措置の承認または非承認を判断することを締約国の所轄機関に申し立てることができる。手続は、被申立国法による。」旨定める。

- (71) HCCH, *supra* note (56), para. 13.22.

- (72) Lagarde, *supra* note (67), para. 129, at <https://assets.hcch.net/upload/expl34.pdf>.

- (73) HCCH, *supra* note (55), para. 8.5.1; HCCH, *supra* note (56), para. 13.27.

- (74) HCCH, *supra* note (55), para. 8.5.4; HCCH, *supra* note (56), para. 13.27.

- (75) 子の保護条約では、5条で子の常居所地国に原則的管轄を認め、8条で例外的に子の国籍所属国、子の財産所在地国、子の両親の離婚もしくは法定別居または婚姻の無効に関する申立てを受理した機関所属国および子と実質的な関連を有する国のいずれかの機関が子の最善の利益をより適切に評価できると考えられるときは、当該国の機関に必要と思われる保護措置を講じる管轄権を行使するよう要請し、または、事件の審理を停止し、当事者に当該国の機関に申し立てるように勧奨することができる旨定める。9条は、8条に定める前述の4つの国の機関の方から、自国が子の最善の利益をより適切に評価できると考えられるときは、原則的管轄権を有する子の常居所地国の機関に対し、自国機関に管轄権を行使することが認められていると要請し、または、当事者に子の常居所地国裁判所の機

関にそのような要請をするよう促すことができる旨定める。条文の和訳に関しては、北坂・前掲注63 14-15 頁参照。

(76) HCCH, *supra* note (55), para. 8.5.4; HCCH, *supra* note (56), para. 13.27 (なお、いずれも9条が引用されているが、8条が引用されるべきものと思われるため、本稿では8条を引用している)。

(77) *Ibid.*

(78) Council Regulation (EC) No 2201/2003 of 27 November 2003 concerning jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in matrimonial matters and the matters of parental responsibility, repealing Regulation (EC) No 1347/2000 (*OJ L* 338, 23.12.2003, pp. 1-29). ブリュッセル II a 規則については、北坂・前掲注63 18 頁以下も参照。なお、ブリュッセル II a 規則は、2016年6月30日にEU委員会から改正案 (COM/2016/0411 final) が上程され、2019年6月25日にEU理事会で採択された (Council Regulation (EU) 2019/1111 of 25 June 2019 on jurisdiction, the recognition and enforcement of decisions in matrimonial matters and the matters of parental responsibility, and on international child abduction (*OJ L* 178, 2.7.2019, p. 1-115))。改正後のブリュッセル II a recast 規則は、オフィシャルジャーナルでの公表後3年以内に施行される予定である。主たる改正点として、①EU域内における子奪取事案をより迅速に解決するためのルール強化および明確化、②子の意見表明の機会に関するより明確なルール、③執行許可状 (exequatur) の完全な廃止や執行拒絶や中止といった執行手続に関するルールの一部の統一化による他の加盟国の裁判の実効的な実現の確保、④他の締約国の施設への子の収容に関するルールの明確化を含め、加盟国機関間の協力体制の改善、⑤公的文書および裁判外の合意書の循環の促進があげられる (European Commission, “Adoption of new rules to better protect children caught in cross-border parental disputes,” Press Corner, 25 June 2019, at https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/MEMO_19_3374)。

(79) 問題となる子がその常居所をEU加盟国に有する場合、および、子の保護条約締約国ではあるがEU加盟国でない第三国に子の常居所があるとしても、EU加盟国の裁判所において下された判決の他のEU加盟国における承認および執行に関しては、子の保護条約に優先して、規則が適用される (規則61条)。

(80) Lowe & Nicholls, *supra* note (1), para. 4.14.

(81) Lowe & Nicholls, *supra* note (1), para. 4.17; Bettina Heiderhoff, Brüssel IIa-VO Art.9, Rdnr. 3, in: *Münchener Kommentar zum BGB*, 7. Aufl. (C.H.Beck, 2018).

(82) Lowe & Nicholls, *supra* note (1), paras. 4.14-4.16; Nigel LOWE, The Impact of the Re-

vised Brussels II, Regulation on Cross-Border Relocation, in HCCH & International Centre for Missing and Exploited Children, *supra* note (34), p. 71; Rauscher, *supra* note (65), Art. 9 Brüssel IIa-VO Rdnr. 1-2.

(83) George *et al.*, *supra* note (1), para. 2.66.

(84) この点、3 か月は短すぎることから6 か月にすべきであるとの意見もある (Lowe, *supra* note (82), p. 73)。

(85) Rauscher, *supra* note (65), Art. 9 Brüssel IIa-VO Rdnr. 2-3.

(86) European Commission, *Practice Guide for the application of the Brussels IIa Regulation* (2016), para. 3.6.1, fn. 47, at <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/f7d39509-3f10-4ae2-b993-53ac6b9f93ed/language-en>.

(87) *Ibid.*

(88) もっとも、親責任に関する判決については、承認国の公序に明らかに反する場合、子の意見聴取をしなかった場合など7つの承認拒絶事由が定められている(23条)。

(89) 前掲注(78)も参照。

(90) 『民集』47巻8号5099頁。

(91) 子奪取条約における違法性の判断が日本の文化になじまないと異を唱えるものとして梶村・前掲注(3)36頁以下等がある。

(92) 高橋朋子＝床谷文雄＝棚村政行『民法7親族・相続』190-191頁(有斐閣・第6版・2020)、窪田充見『家族法』301頁(有斐閣・第3版・2017)(後者の文献では、夫婦の協力扶助義務に関する民法752条を受けた家事事件手続法の別表第2一を手がかりにすることで家事審判事項とする考え方も紹介されている)。

(93) 前掲注(84)。ワシントン宣言における合意事項2参照。

(94) 棚村政行「国際的視点から見た家族法の課題」二宮周平編集代表・棚村政行編集担当『現代家族法講座第1巻』(日本評論社・2020)78頁等参照。

(95) 面会交流原則実施論に対しては批判もある(梶村太市「子ども中心の面会交流論(原則的実施論批判)——面会交流の実体法上・手続法上の諸問題」『判例時報』2260号(2015)4-10頁、長谷川京子「子どもの監護と離婚後別居親の関わり」『判例時報』2260号(2015)11-18頁等)。

(96) Committee on the Rights of the Child, “Concluding observations on the combined fourth and fifth periodic reports of Japan,” CRC/C/JPN/CO/4-5, para. 27, at <https://www.mofa.go.jp/files/000464155.pdf>. なお、離婚後の共同親権の導入については、法務省がその是非等を検討する研究会を2019年に設置し、今後数年かけて議論される見通しで、

結論を受けて導入が必要であると判断されれば、法務大臣が民法改正を法制審議会に諮問する予定であるという（朝日新聞デジタル2019年9月27日（<https://www.asahi.com/articles/ASM9W470ZM9WUTIL013.html>））。

(97) European Parliament, “Resolution of 8 July 2020 on the international and domestic parental abduction of EU children in Japan”, 2020/2621 (RSP), at <https://oeil.secure.europarl.europa.eu/oeil/popups/printficheglobal.pdf?id=712517&cl=en>.

(98) Lagarde, *supra* note (67), para. 86; HCCH, *supra* note (56), para. 9.1. 横山・前掲注(63)『国際私法年報』3号37-38頁。

(99) 南敏文『改正法例の解説』158頁（法曹会・1992）。

(100) 池原季雄ほか・座談会「法例改正をめぐる諸問題と今後の課題」『ジュリスト』943号（1989）34頁〔池原発言〕。平成元年法例改正時において常居所地法の採用を主張する見解の理由に関しては、南・前掲注(99)159頁を参照。

(101) 南・前掲注(99)159-160頁。

(102) 澤木敬郎＝道垣内正人『国際私法』123頁（有斐閣・第8版・2018）においても、日本法が離婚の準拠法となり、協議離婚届が戸籍窓口提出された場合、事務処理を円滑に行うには親権者の指定についても日本法が適用されることが明確である必要があり、この点で戸籍によって日本人であることがはっきりわかる本国が高順位の連結点として採用されたことが評価されている。なお、結局のところ平成元年改正後の法例では、第2段階で子の常居所地法が採用されたわけであるが、適用事例が限定され戸籍実務への影響は少ないからと説明されている（南・前掲注(99)162-164頁）。

(103) 南・前掲注(99)161-162頁。

(104) 横山潤『国際私法』287頁（三省堂・2012）。

(105) 同上287-288頁および注1。

(106) 同上287頁注1。

(107) 南・前掲注(99)157頁。

(108) 前掲注(67)参照。

(109) Lagarde, *supra* note (67), paras. 86-87.

(110) 溜池良夫『国際私法講義』525頁（有斐閣・第3版・2005）。

(111) 櫻田嘉章『国際私法』332頁（有斐閣・第7版・2020）。

(112) Lagarde, *supra* note (67), paras. 105-107; HCCH, *supra* note (56), para. 9.14.

(113) 横山・前掲注(63)『国際私法年報』3号40-41頁。

(114) HCCH, *supra* note (56), para. 9.15, example 9 (E).

④⑤ 子の保護条約について「批准の可能性を検討するに値する条約」とであると評価するものとして、横山・前掲注⁶³『国際私法年報』3号45頁。2019年2月1日に開催された国連子どもの権利委員会で採択された第80会期総括所見において、日本政府に対し、子の保護条約と扶養料回収条約の締結に向けて十分な人的、技術的および財政的資源に裏づけされたあらゆる必要な措置をとるべきであると勧告されている (Committee on the Rights of the Child, *supra* note (4), para. 27, at <https://www.mofa.go.jp/files/000464155.pdf>)。