

## ハーグ・国際的な子の奪取の民事上の側面に 関する条約にいう常居所の判断方法

本多 広高  
ほん だ ひろ たか  
弁護士

### はじめに

1. 常居所
2. 設例
3. 条約の意図する子の利益
4. 常居所の判断
5. 条約が実現しようとする子の利益ないし目的と常居所の判断方法
6. 日本の裁判例と近時の判例変更
7. 条約の常居所概念から子の監護に関する事件の国際裁判管轄に対する影響
8. 事実上の概念とすることの意義についての補足

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条約は、子が常居所を有していた締約国から他の締約国に不法に連れ去られ又は留置されているときに子の迅速な返還を実現することを目的としている。本稿では、(1)条約における常居所の機能を確認し、(2)常居所が問題となる典型的事例を設例として紹介し、(3)条約の意図する子の利益ないし条約の目的、(4)子の社会的及び家庭的な環境におけるある程度の統合の反映されている地という常居所の判断方法がいかなる論理で欧州司法裁判所、英国、アメリカ合衆国連邦裁判所にて採用されたか、(5)条約の意図する子の利益ないし条約の目的からは常居所をどのように考えるべきか、及び(6)日本の裁判例と近時の判例変更を順に検討する。最後に、(7)条約の常居所概念から子の監護に関する事件の国際裁判管轄に対する影響及び(8)事実

上の概念とすることの意義について補足を述べる。全体として、子の社会的及び家庭的な環境におけるある程度の統合に関連する全ての事情を考慮するという方法に対して、監護の権利を有する者の最後の共通の意図を重視する方法によって異なる結論を導こうとする試みの是非についても実務と理論の双方の視点で検討したい。

## 1. 常居所

国際的な子の奪取の民事上の側面に関する条約（いわゆるハーグ子奪取条約。以下「ハーグ条約」又は「条約」という。）は、その前文にて「子の監護に関する事項において子の利益が最も重要であることを深く確信し、不法な連れ去り又は留置によって生ずる有害な影響から子を国際的に保護すること並びに子が常居所を有していた国への当該子の迅速な返還を確保する手続及び接触の権利の保護を確保する手続を定めることを希望し」<sup>(1)</sup>と述べて、子の利益が最も重要であるからこそ、子が常居所を有していた国への当該子の迅速な返還を確保する手続きが必要となることを明らかにしている。

上記の前文の文言のほか、条約3条が「当該連れ去り又は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」を子の連れ去り又は留置が不法となることの条件の一つとしていることや、条約4条が「この条約は、監護の権利又は接触の権利が侵害される直前にいずれかの締約国に常居所を有していた子について適用する」としていることから、連れ去り又は留置の直前にいずれかの締約国内に常居所が存在していたことが返還命令の条件となっていることがわかる。

また、返還命令は、条約12条が「子が第三条の規定の意味において不法に連れ去られ、又は留置されている場合において、当該子が現に所在する締約国の司法当局又は行政当局が手続を開始した日において当該子の不法な連れ去り又は留置の日から一年が経過していないときは、当該司法当局又は行政当局は、直ちに、当該子の返還を命ずる。」と規定するものであるが、子をどの場所に返還すべきかは明記されていない。しかし、前文の趣旨からして、少なくとも

通常は<sup>(2)</sup>、連れ去り又は留置の直前に常居所が存在していた国<sup>(3)</sup>への返還であることが明らか<sup>(4)</sup>である。

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。以下「実施法」という。)においても、返還命令の要件<sup>(5)</sup>として27条4号で「当該連れ去りの時又は当該留置の開始の時<sup>(6)</sup>に、常居所地国が条約締約国であったこと」を定めるとともに、26条で「常居所地国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。」として返還される先が常居所地国であることを明確にしている。

常居所が何かは条約において定義されていない。これは、意図されたものであって、「私たちは、ここで常居所の概念について長く論じるべきではない。常居所は、純粋な事実の問題であり、その点でドミサイルとは異なるものとするのが、ハーグ国際私法会議にて確立された考え方である。」<sup>(7)</sup>とされている。実施法にも常居所の定義はない。

## 2. 設 例

子の返還事件において、常居所について争われる事例にはさまざまなものがあるが、そのなかでも判断の難しいものを多少類型化して示すと次のようなものがある。いずれの例でもAとBは、子Cのハーグ条約にいう監護の権利を有する者である。

[設例1] A、Bは、子Cの生まれる前からP国に居住してきた。Bは、Cが4歳になったのを機会に、Q国での教育を受けさせたいと考えた。AとBは、「2年の間Q国で過ごした後にはP国に必ず帰国する」と固い約束をした。Bは、Cを連れて、Q国に移動し、生活を開始した。Cは、Q国の幼稚園と小学校で成績優秀、明朗快活な人気者となり、BもQ国にて起業して大成功を収めた。Q国に移動して2年が過ぎたとき、Bは、Aに対して、「Q国でCは幸せに暮らしています。CのためにはP国には帰ることができなくなりました。」と伝えた。Aは、Bに対して、CのP国への返還を求めて、Q国の裁判所に申立てをした。<sup>(8)</sup>

[設例2] 設例1で、AもQ国に移転していた場合。

[設例3] A, Bは、Cの生まれる前からP国に居住してきた。AとBは、Cが7歳になったのを機会に、Q国に移住した。移住にあたり、AとBは、「Q国で家族3人一緒に幸せになろう。もうP国には戻らない。」と固く約束した。AとBは住居を定めて、Cも学校に通学し始めた。しかし、Q国に移住後わずか3週間にして、BはCを連れて、P国に移動した。Aは、Bに対して、CのQ国への返還を求めて、P国の裁判所に申立てをした。

[設例4] 設例3で、AとBは、「だめになった関係をQ国でやりなおせないか試してみよう」と約束しており、P国での重要な財産や法律関係もそのままであった場合。

[設例5] 設例3でQ国に移住して1月目からAとBは毎日喧嘩となり、ちょうど2月経過した日にはAが離婚訴訟をQ国家庭裁判所に申し立てた場合。Aは、諸般の事情で、P国裁判所では有責配偶者として離婚請求が確実に棄却される人であったが、そのことを秘して移住していた。

[設例6] A, Bは、子Cの生まれる前からP国に居住してきた。AとBは、Cが1歳になったのを機会に、Aの生まれ育ったQ国に移住することにした。AとBは、Aが2か月先にQ国に移動して、BとCがQ国で楽に生活を開始できるように準備してから、BとCがQ国に移動することを決めた。次に、Bは、Aの同意を得て、Q国へ移動する前に、R国Bの両親の邸宅に滞在することとした。そして、AはQ国に、BとCはR国に移動した。Q国で、Aは、家探しも幼稚園探しもせず、毎日、美術館、公園や博物館を巡り歩いていた。1か月後、Bは、Aに対して、「あなたにはあきれました。私はR国でCと暮らします。」と伝えた。Aは、Bに対して、CのQ国への返還を求めて、R国裁判所に申立てをした。

[設例7] 設例6で、Aが、CのQ国ではなく、P国への返還を求めた場合。

[設例7] 設例6で、Aが、もっぱら子Cを育ててきていた場合。

### 3. 条約の意図する子の利益

#### (1) 条約の前文・目的

条約は、前文にて「子の監護に関する事項において子の利益が最も重要であ

ることを深く確信し」と述べている。問題は、この利益を図る方法として条約が何を予定しているかである。条約は、前文にて、「不法な連れ去り又は留置によって生ずる有害な影響から子を国際的に保護すること並びに子が常居所を有していた国への当該子の迅速な返還を確保する手続」を希望するとしたうえで、第1条で「この条約の目的 (objects)」を「いずれかの締約国に不法に連れ去られ、又は留置されている子の迅速な返還を確保すること」と定めている。このことから、条約は常居所地国への子の迅速な返還こそが子の利益を図る方法であると考えていることがわかる。

これは、各国家族法において一般的に、また日本民法<sup>(9)</sup>においても、子の監護に関する事件においては、各事件における具体的な事実を前提として、その事件における当該子の最善の利益が何かが審理されて、子の利益となることが裁判所の命令や審判の要件となっていることと対照的である。

## (2) 返還命令の要件

このことは、条約の定める返還命令の要件をみるならばより明らかである。返還命令は、(i)裁判時に子が16歳に達しておらず、(ii)締約国甲から締約国乙への子どもの移動（連れ去り又は留置）があり、(iii)甲国法（国際私法含む）によれば、条約の意味での監護権を有する者<sup>(10)</sup>があり、(iv)子の移動についてその者の事前の同意又は事後の承諾<sup>(11)</sup>がなく、(v)移動の直前に甲国にその子どもの常居所が存在していとき<sup>(12)</sup>は、乙国裁判所としては、特段の事情のないかぎりなしうるものである<sup>(13)</sup>。したがって、返還命令が具体的な状況のもとで子の利益に資することは、要件となっていないし、要件が満たされたための要素ともなっていない<sup>(14)</sup>。すなわち、条約は、これらの要件の満たされたときには、返還命令をなすことが子の利益となると定型的に判断しているのである。いいかえれば、返還命令は、何が当該子どもにとっても具体的な利益になるのかという判断を基本的には構造的に含み得ないものである<sup>(15)</sup>。条約も、12条や13条にて、具体的な子の利益について考慮しているけれども、いずれも狭い範囲で考慮するものにすぎず、上記のような基本構造の枠内のものである<sup>(16)</sup>。それゆえ、条約19条が、「この条約に基づく子の返還に関する決定は、

監護の権利についての本案の判断としてはならない。」と確認しているのは当然のことでもある。

### (3) 条約の意図する子の利益

以上のように、条約は、子の迅速な返還こそが子の利益となるものと考えており、当該の子どもにとって何が具体的な利益になるかは基本的には判断はしない。このような返還命令によって、条約はどのような意味での子の利益を実現しようとしているかが問題となる。

子の返還命令の効果は、常居所地の国への子の返還である。返還命令には、監護の権利についての判断を含まない。また命令を受けた者は、自ら子と常居所地の国に戻ればそれで返還命令に従つたことになる。このことからは、個々の事件において、子の迅速な返還によって、常居所地国における当該の子どもの監護に関する決定が子の最善の利益を追求しつつ子どもが（できれば<sup>(17)</sup>）居る状態でなされることが予定されているといえる<sup>(18)</sup>。また条約は「不法な連れ去り又は留置によって生ずる有害な影響」があるという認識に立っており、もとの社会的及び家族的（返還を求める親との関係も含む）な環境から離脱させられた子どもが常居所地国に戻ることで多少とももとの社会的及び家族的な環境を回復して、その衝撃から回復することも期待されているといえる<sup>(19)</sup>。以上のような意味での子の利益とは、常居所地国での裁判という個々の子どもにとっての利益である<sup>(20)</sup>。

ところで、原則として返還されるということになれば、条約3条の意味における不法な連れ去り及び留置が抑止されることになる。わざわざ不法な連れ去りや留置を敢行してみても返還されることがわかっている<sup>(21)</sup>のであれば、たいていの人は連れ去りや留置をやってみようとは思わないからである。抑止されることにより、子の監護に関する紛争が常居所地国での司法的な手続によって解決されることが促進される。この意味での子の利益とは、連れ去り抑止という子ども総体の利益である<sup>(22)</sup>。

もっとも、条約も具体的な子の利益について考慮している。それが現れているのは、1年の経過と子が新たな環境に適応（12条）、監護の権利の不行使、

同意又は默認(13条a)、子の異議(13条2項)<sup>(23)</sup>、及び重大な危険(13条b)<sup>(24)</sup>の場合である。これらの場合には、子の返還を命じなくてもよい<sup>(25)</sup>のであって、その限りでは当該子どもの利益を考慮しているといえるが、条約はこれらの事由を狭い範囲で認めているにすぎないから、迅速な子の返還こそが子の利益となるという条約の基本的な建て付けを変更するものではないのは明らかである。

この点、それではいまその事件の対象となっている子どもの利益を無視し過ぎているのではないかとの批判もありうるところである。連れ去り・留置の時点と返還命令の履行の時点の2回の国際的な子の移動をしなければならないこと自体が負担であるとの指摘もあるかもしれない。しかし、返還命令の効果は、常居所地国への返還であって、返還した先の国こそが何がこの利益かを判断するに適切な国であるし、常居所地からの連れ去り・留置に限って返還するものであって子をもとの環境に戻す意味もあることから、やはり迅速な返還が子の利益につながるという条約の核心はきわめて合理的である。そして、不法な連れ去り留置と言われることも子のためにはあえてせざるをえないと思う人が少なからずいるからには、その防止をはかることはきわめて必要といえる。それゆえ、原則として子の迅速な返還がなされることで、常居所の国からの子の連れ去り留置が抑止されることも子の利益になるというのが条約の立場であると解される。

英國Re E事件において、ヘイル裁判官とウイルソン裁判官は、13条(1)bにいう身体的又は精神的な害について論じる中で、「酷なことや転げること、不快や苦惱をある程度の分量はどの子どもも耐えなければならない。それは成長ということの一部分である。しかし、子どもに耐えることを期待することが合理的ではないこともある。」<sup>(26)</sup>と述べている。これは、迅速な返還に伴って不快や苦痛があるが、ある程度の分量までは、仕方がないとの現実的な認識の表明でもある。

#### 4. 常居所の判断

##### (1) 子の社会的及び家庭的な環境におけるある程度の統合

現在、いわば主要加盟国間で主流となっているのは、関連する諸事情を考慮して、「子が社会的及び家庭的な環境においてある程度まで統合されていることが反映されている地」(以下必要なときには「全環境子の統合度テスト」と呼ぶ。)であるものが常居所の地となるというものかと思われる<sup>(27)</sup>。

##### (2) 欧州司法裁判所

欧州司法裁判所<sup>(28)</sup>は、ブリュッセルⅡ bis 規則 (Council Regulation (EC) No 2201/2003) 第8条(1)の親責任に関する事件の国際裁判管轄原因としての常居所についてのA事件 2009年1月29日 (Case C-523/07) の判断 (44段落及び72段落)において、常居所は「子が社会的及び家庭的な環境においてある程度まで統合されていることが反映されている地に合致するという意味に解すべきである。そのためには、とりわけ、構成国の領域への滞在と家族のその国への移動の継続性、規則性、条件、及び理由、子の国籍、学校への出席の場所と条件、言語的知識、並びにその国におけるその子どもの家族的及び社会的な関係が考慮されなければならない。各国の裁判所は、個別の事件における特有の事情の全てを考慮して、子どもの常居所を認定しなければならない。」としている。こここの第2文にて「構成国の領域への滞在（略）言語的知識」の部分は例示であって、結局、「その子どもの家族的及び社会的な関係」に関連するすべての事情を考慮しなければならないという意味であり、第3文にて、その点を「全てを考慮して」と再度確認している。<sup>(29)</sup>

##### (3) 英 国

英国は、2013年9月9日、A v A事件において、ヘイル裁判官は次のように法廷意見で述べた<sup>(30)</sup>。(i)「常居所は、事実の問題であって、ドミサイルのような法的な概念ではない。子どもは、親 (parents) のドミサイルを自動的に取得させるような法的ルールに類似のものはない。」(ii)「ハーグとヨーロッパ条

約において採用された考え方と同一の考え方を採用することが1986年法 [The Family Law Act 1986] の目的である。その規則 [Council Regulation (EC) No 2201/2003, Brussels II Revised Regulation] もまたこれらの条約と整合的に解釈されなければならない。」<sup>(31)</sup> そのうえで、ヘイル裁判官は、(iii)「欧州の裁判所で採用されたテストは、関連する国において『子が社会的及び家庭的な環境においてある程度まで統合されていることが反映されている地』である。これは多数の要素にかかっており、それには問題の国に滞在している理由も含まれる。」とした。そのテストについて(iv)「そのテストは、いまや、1986年法とハーグ子奪取条約により英国裁判所により今までに採用されたものと何らかの異なる帰結をもたらすことはありそうにもない。」(v)「私の考えでは、欧州の裁判所で採用されたテストは、子どもの状況に焦点を当てており、親 (parents) の目的や意図は関連する要素の単にひとつであるものとしており、かつて英国の裁判所で採用されていたものよりも望ましい<sup>(32)</sup>。R v Barnet London Borough Council, Ex parte Nilish Shah [1983] 2 AC 309 に由来するテストは、子の常居所を判断するときには廃棄すべきである。」(vi)「乳幼児又は幼い子どもの社会的及び家庭的な環境は、その子が依存している人々（親 (parents) であれそうでない者であれ）のそれと共有されている。その者又はその者らが関係する国において社会的家族的な環境にどう統合されているかを調べる必要がある。」(vii)「本質的に事実的かつ個別的な調査の性質は、事実的な調査がもたらすのとは異なるような帰結をもたらすであろうような法的な概念によって注釈磨きされるべきではない。」(viii)「Proceedings brought by A (Case C-523/07) [2010] Fam 42 の法務官が意見の45段落で指摘し、裁判所が判決の43段落において認めたように、ある子どもがある特定の時点には常居所の国をもたないということもありうる。」

#### (4) アメリカ合衆国連邦裁判所

米国の連邦裁判所は、2020年2月25日、Monasky v. Taglieri 事件<sup>(33)</sup>にて、以上の欧州司法裁判所や英国の裁判所と同様の判断方法を採用した。この事件以前には、アメリカ合衆国連邦裁判所<sup>(34)</sup>において、常居所の判断方法が分かれ

ており、子どもの環境への適応によって判断するもの、監護権者の（最後）共通の意図により判断するもの、子どもの環境への適応と監護権者の（最後）の共通の意図をともに考慮するものとの3つの方法があった<sup>(35)</sup>。

母の Monasky と父の Taglieri はアメリカ合衆国にて 2011 年に婚姻し、2 年後イタリアに移住し、2015 年 2 月に子の A.M.T. が生まれたが、2015 年 4 月に Monasky が子を連れてオハイオ州に移住したという事案であった。Monasky は、Monasky と Taglieri が子が将来住む場所について合意したことがないがゆえに、イタリアに常居所はありえないと主張した。

これに対して、ギンズバーグによる法廷意見は、おおよそ次のように述べた。すなわち、「この事件で争点となったのは、第 1 に、イタリアは、そこにおいて子の A. M. T. を養育することについて両親の合意が無くても子の常居所地たりうるかであった。(1:-4)<sup>(36)</sup>」「条約の核となる前提は、子の監護に関して、子の利益がもっとも図られるのは、監護についての判断が、子の常居所地の国にてなされるときである。(2:-11)」「『常』の語がまさに示しているのは、事実に依拠した探求であり、類型的なものではない(7:-8)」「子の居所を『常』なるものにするのは、『子が社会的及び家庭的な環境においてある程度まで統合されていることである』(8:5)」「連邦控訴裁判所は、力点の置き所にせよ、子の常居所地を決めるのに用いる基準において判断が分かれてきたところであるけれども（前掲 6 頁）、共通の理解はあるといえる：留置または連れ去りのときに子がくつろいでいる場所が子の常居所であるといえる *Karkkainen v. Kovachuk*, 445 F.3d 280, 291 (CA3 2006)。(8:11)」「周囲に適応することのできるより年上の子供達については、裁判所は、適応を示す事実が大いに関連性があるとしてきた(8:-2)」「子ども、特にとても幼い子やそうでなくても順応できない子は、監護をしている親に依存しているため、監護している親の意図や状況は関連する考慮要素となる(9:1)。」「しかし、どのような事件においても、ひとつつの事実が方向を決定するということはない<sup>(37)</sup>(9:5)。」「もし子を監護している親がある地に止まるように強要されたために、幼児がある国に住んでいたのであれば、そのような事情は重要な要素となる。(9:9)」「裁判所の考慮してきた事実は、『はっきり評価できる程の期間の経過の伴う地理的な変更』『子の

年齢』『子と親の移住者としての地位』『学業の活動』『社会活動の従事』『スポーツのプログラムや団体旅行への参加』『子の新しい国での人と場所との意味のある繋がり』『言語的な熟達』『所有物の場所』ガルボリノ (Garbolino) 裁判官の *A Guide for Judges* 第2版の 67 から 68 頁を参照。(9 頁注 3)」「ハーグ国際司法会議は、意図的に、常居所地をその事実的な性格ゆえに、ドミサイルや国籍のような法的概念の代わりに、返還命令の基礎に置いたのである (9:-4)。」「加盟国は、裁判所が常居所地を決めるにあたり、個々の事件の個別の事情に応答しうるための『最大限の柔軟性』を与えようとしたのである (10:-4)。」「その目的は、監護についての決定が、おそらくもっとも適切な法廷地である場所、つまり子どもがくつろいでいられる国にてなされることを確実にすることにある (10:10)。」「条約のパートナー国における『明らかな傾向』は、常居所地の決定を、事件の特定の状況についての事実的な探求として扱っている (10:-12)。」「英国最高裁判所において、ヘイル裁判官は、常居所地は、『幾多の事実に依拠しているのであり (略) 親の目的や意図は、関連する要素のほんのひとつであり (略) 調査の本質的に事実的かつ個々的な性質は法的概念により注釈磨きされるべきものではない』と書いた。10:-8 欧州司法裁判所、カナダ最高裁判所、オーストラリア最高裁判所も同じである (10:-2)。」「香港とニュージーランドの中間上訴裁判所も『常居所』の意味について同様に述べている。(11:13)」「譲れない一線は、子の常居所地を認めるにあたっては、いつも決まりきって要求されるものはないということである。特に、子についての実際の合意がいつも決まって要求されるということはない (11:-3)。」

なお、法廷意見は、意見での常居所の判断方法を全環境基準 (totality-of-the-circumstances standard (slip opinion p. 15)) と呼んでいる<sup>(38)</sup>。

## 5. 条約が実現しようとする子の利益ないし目的と常居所の判断方法

### (1) 条約が実現しようとする子の利益ないし目的と常居所の判断方法

先述したように、条約が実現しようとする子の利益ないし目的は、第1に、個々の事件にて、子の迅速な返還によって、当該の子どもの監護に関する決定

が常居所地国にて子どもが居る状態でなされること、及び多少なりとも従来の社会的及び家族的な環境を回復して喪失の衝撃から回復することである。そして、第2が、常居所地国からの連れ去り・留置の抑止である。

## (2) 子の利益ないし目的の第1と全環境での子の統合度

子どもの監護に関する決定がなされるのに最適な地はどこかといえば、子どもが家族の面でも社会的な面でもある程度その地とのつながりがあって、その子の監護について判断するにあたってよい資料が得られる場所である<sup>(39)</sup>。また、子どもが引き離されると衝撃を受ける地は、それまでにやはりその地での環境に家族の面でも社会的な面でも組み込まれていた場合である<sup>(40)</sup>。したがって、条約が実現しようとする子の利益ないし目的のうち第1からは、欧州司法裁判所、英国、米国連邦裁判所がとっているような子の統合度を関連する事情を全て考慮して判断する方法が自然ととられることになる<sup>(41)</sup>。

このことは、言い方を変えれば、子の迅速な返還によって、当該の子どもの監護に関する決定が常居所地国にて子どもが居る状態でなされることを目指してるのであるから、親責任に関する事件の国際裁判管轄原因としての常居所<sup>(42)</sup>の判断方法と同様の方法で、常居所を判断すべきだということでもある。国際裁判管轄原因としての常居所が、「子が社会的及び家庭的な環境においてある程度まで統合されていることが反映されている地」であるとするならば、それがそのままハーグ条約にいう常居所であるということになる。

このような子の統合をみる判断方法をとるときには、子どもの社会的及び家庭的な環境に関連するすべての事情は、子の統合を左右するので、それらすべてを考慮するほかはない。何か、ひとつの事情を決定的なものとすることはできない。その意味で、常居所についての基準（要件）を立ててそれに当てはまる場合だけを常居所にあたるとすることは、避けられるべきことになる。これゆえに、常居所は事実判断であるとして、何か法的な基準を立てることは避けるべきである旨を *A v A* 事件でのヘイル裁判官や *Monasky v. Tagleili* 事件でのギンズバーグ裁判官が繰り返したものと考える。<sup>(43)</sup>

### （3）子の利益ないし目的の第2と監護権者の共通意図

他方で、条約の考える子の利益ないし目的の第2である監護権者の連れ去り・留置の抑止を重視する立場からは、監護権者の共通の意図をより重視することとなろう。たとえば、*Monasky v. Taglieri* 事件に提出されたアミカス・キュリイの意見には、「奪取条約の目的が監護権者のうちの1人によって未成年者が一方的に移動されることを防止することから、親の共通意図が常居所を決定するときの最重要的な焦点となっている。」<sup>(44)</sup> 「両親の意図に焦点を当てることは奪取条約の重要な目的、つまり子どもの常居所の一方的な変更を防止することを達成させる。奪取条約を採用した基本的な動機のひとつは、ある国から他の国へと違法な子の連れ去りを防止することにある。」<sup>(45)</sup> と述べるものがある。この意見書は、子の統合度の度合いを考慮して常居所を判断することに対する批判として、「新しい環境へ子どもが順応したことに重要な重みを与えるならば、奪取条約がその抑止機能を果たし得なくなることになる。」「新しい環境に適応することができる能力のある子は新しい常居所をすでに獲得したことになるであろう。新しい友達ができる、新しい言葉を覚えて、外国の学校の制度になれることに奮闘をするような子は、新しい常居所をまだ獲得していないということになるであろう。これは結局、裁判所が、奪取条約の目的に反して、子の最善の利益テストを適用していることになる。」<sup>(46)</sup> と述べている。

監護権者の共通の意図をより重視する立場からは、冒頭の設例1で2年間離れていたP国に常居所があることや、設例3で3週間しか滞在していないQ国に常居所があることが、きわめて容易となるであろう。設例5で、共通意図を全く事実的に考えれば、Q国に常居所をより認めやすくなる。また設例6で、共通意図を重視して、子らが一度も足を踏み入れたことのないQ国を常居所の国とみることも可能かもしれない。なお、抑止を重視するならば、設例6で、常居所がないという帰結は、避けたくなるところであろう。

しかし、この立場には、第1に、監護権者の共通の意図によって常居所を判断する方向へと純化していくば、常居所についての具体的な審理の場面では、返還を求める者の意図が重視されるとともに、最後の共通の意図のあった以降

における子のその地への統合の進み具合及び返還を求められる者の意図は軽視される帰結<sup>(47)</sup>となり、判断過程の実質をみれば監護権者の同意又は承諾が現在までないことという要件と近似してしまい、常居所が要件となっている意味が希薄になるという問題がある。第2に、この立場から返還命令がなされるようになれば、間接的に、監護権者の共通意図による合意管轄を認めることに近いことになる。しかし、子の監護に関する事件についての国際裁判管轄について、監護権者の同意による合意管轄を認めることは一般的ではないであろう。第3に、共通意図を重視すると、共通意図の形成過程に公正でない事情があるときには、適切ではない結果が生じうる<sup>(48)</sup>。たとえば、設例5のような場合に、子の統合度のいかんにかかわらず共通意図を重視してQ国に常居所地がありとすることは妥当ではない。他方で、そのような場合には移住しようという合意は無効であるとすることは、常居所をあまりに規範的な判断にしてしまうから困難である。この立場には、以上のような難点があることは否定できない。

#### (4) 事件の審理

ハーグ条約の事件では、短期間に、当事者（代理人）は大量の主張と証拠を提出することが必要になる。そしてそれを判断する裁判所にも相当な負担がある。<sup>(49)</sup>

もし常居所の判断方法について、監護の権利を有する者の最後の共通の合意あるいは何か1つの事情を決定的なものとして扱い、ほかの事情の重みを下げる判断方法をとれば、裁判所や弁護士の負担が軽減されるかが問題となるが、最後の共通の意図が何かはあらゆる諸事情を考慮しなければ判断しきれないから、実際のところはあまり軽減には結びつかないといえる<sup>(50)</sup>。

#### (5) 2つの要素の緊張は絶えない

とはいえる、双方が公平対等な関係の上に合意して決めた事項を無視して連れ去り・留置があったときには、対話や手続によらず実力で子を移動したという場合もあることから、それを放置してよいのかという疑問が常に提起され続けるであろう<sup>(51)</sup>。けれどもまた、子が相当程度にその地に統合されていて、そ

の地の裁判所で子の監護について決定をする方が資料も揃っていてよいだろうというときであっても、過去に決めた合意をいわば切り札にして、いやそこは常居所にはなっていないとする議論には無理がある。少なくとも、条約は居所(residence)のうち常なるものの地の国への返還を命じるにすぎないのであり、子の居場所を決定する権限を中心とする監護の権利を有する者の同意なき国際的な子の移動を全て抑止しようとするものではない。

#### (6) 常居所の判断のための補助ルールについて

常居所の判断に関しては、補助ルールが提唱されることがあった。しかし、常居所の判断が、子の社会的及び家族的な統合の程度によって判断するべき事実的な判断であるとすれば、補助ルールは不要であり、事実的な判断による結果とは異なった帰結をもたらしうるものとして避けるべきである。

たとえば、英國 *Re J.* 事件にて、ドナルドソン裁判官は、「通常の婚姻しているカップルの事案では、けだし、不法に他方の親の権利を侵害してある法域から子どもを移動することによって、ある親だけで一方的に常居所を終了させることはできない。」<sup>(52)</sup>と述べた。しかし、*A v A* 事件で、ヘイル裁判官は、「英國の裁判所は、常居所の事実的な概念の上に法的解釈を重ね塗りすることに誘惑され続けてきた。そのうち最も重要なものは、2人の親が親責任を有しているときに1人の親が一方的に子の常居所を変更することはできないという『ルール』である。」<sup>(53)</sup>と批判した。また、*AR v RN* 事件では、リード裁判官の意見において、「調査が本質的に事実的かつ個別的な性質のものであるからには、それは事実的な調査がもたらすであろう結果とことなる帰結をもたらすであろうような法的概念によって注釈磨きされるべきではない。」と述べて、そのようなルールは無いことを確認している<sup>(54)</sup>。

同様に、上記の *Re J.* 事件にて、ブランドン裁判官は、A国での常居所を失うのとB国で常居所を得ることは別のことであり、A国で常居所を1日にして失うことはありうるが、B国において1日にして常居所を得ることはできない<sup>(55)</sup>ことを明晰に述べた。しかし、これについても、*In re B* 事件にて、ウイルソン裁判官（ヘイル裁判官とトールソン裁判官が賛成）は、ブランドン裁判官

が述べたことはもはや正しいとはみなせないとしている<sup>(56)</sup>。ヘイル裁判官は、すでに A v A 事件にて、「1日にして、常居するようになることは不可能であるとは考えない。それは全くもって状況による。しかし、他の国にて未だ常居するようになることなくしてある国で常居しなくなることがありうると考える。」<sup>(57)</sup>と述べていた。

その事件毎に個別の事実をみて常居所を判断するという考え方からは補助ルールは不要なのである。すなわち、「もはや数えきれないほど何度も言われているように、注釈書きと補助ルールは常居所の分野では出番がない」<sup>(58)</sup>。

## 6. 日本の裁判例と近時の判例変更

### (1) 従来の裁判例

実施法にもとづく子の返還を求める事件の高裁において常居所の判断方法について述べたものとして、後述の 2020 年 5 月 15 日東京高裁決定以前に、(あ) 2015 (H27) 年 8 月 17 日大高決・家判 15 号 110 頁、(い) 2016 (H28) 年 7 月 7 日大高決・家判 18 号 99 頁 (2016 (H28) 年 3 月 31 日大家決・2016 WLJP-CA 03316007 を引用)、(う) 2017 (H29) 年 2 月 24 日大高決・家判 19 号 83 頁、(え) 2017 (H29) 年 7 月 12 日大家決・家判 17 号 77 頁、(お) 2019 (H31) 3 月 27 日東高決・家判 27 号 75 頁 (原審東家決・2019 (H31) 年 2 月 4 日判時 2444 号 16 頁を引用) などがあったが、いずれも一般論として同様な判断方法を述べていた。

判断の定式として最も整っているのは、(う) 2017 (H29) 年 2 月 24 日大高決のものであり、「『常居所』とは、人が當時居住する場所で、単なる居所とは異なり、相当期間にわたって居住する場所をいうものと解されるところ、その認定に当たっては、居住目的、居住期間、居住状況等を総合考慮して判断するべきである<sup>(59)</sup>が、本件のように、子が幼児の場合においては、子の常居所の獲得については、当該居所の定住に向けた両親の意図を踏まえて判断するのが相当である。」(以下「上記定式」という。) と述べている。次に述べるように、裁判例には両親の意図をある程度重視したものがある。

(あ) 2015 年 8 月 17 日大高決は、一般論として上記定式と類似する判断方

法を述べるとともに、「抗告人による子の留置が開始された（略）当時、抗告人と相手方との間で、子の以前の常居所を放棄し、抗告人と子が日本に定住するとの共通の意図が形成されていたと認めるに足りる資料はないから、子は、上記留置開始の時点でカナダの常居所を失っていたとはいえないし、日本に常居所を獲得したということもできないというべきである。」と述べて、監護の権利を有する者の共通の意図を重視する判断方法を示している。

(い) 2016年7月7日大高決は、上記定式（ただし子が幼児の場合については述べていない。）と同様の判断方法を述べた原審の判断を引用して、「そして、入国当時、就労先での就労期間は短期間しか保障されていなかったから、未だ永住する意思があったとまではいうことができないが、相当期間シンガポールで継続して生活する意思があり、それは本件連れ去り時まで変わらなかつたと認められる。したがって、本件連れ去り時における子の常居所地国はシンガポールであると認めることができる。」と述べて、相手方の意図を確認した上で常居所の認定をしている。

(う) 2017年2月24日大高決は、上記定式を述べて、「抗告人〔A〕が、平成25年5月頃、相手方〔B〕がAの子を懷妊したことを知って相手方に求婚したところ、Bは、Aが日本に居住することを条件に結婚を承諾した」「平成26年7月6日、オーストラリアにいるAとの間で、2年間オーストラリアにおいて生活し、その後は日本に移住し、子が日本の教育を受けられるようにすること、Aが約束を守らない場合は、Bと離婚することなどを内容とする本件合意書を作成した上で、同年9月5日、子を連れてオーストラリアに渡航し、翌6日から日本に帰国した平成27年10月7日までの間、約1年1か月にわたってA自宅で同居していた」「約1年1か月にわたる子のオーストラリアにおける上記滞在は、2年間を限度とするという条件で開始された一時的なものであった」「本件留置の直前の時点における子の常居所がオーストラリアであるとは認められない」と判断している。これは、滞在期間が約1年1か月という短くないものであったことからは、上記定式にいいう当該居所の定住に向けた両親の意図が相当な重みをもったものと考えられる。

(お) 2019年3月27日東京高決は、およそ2歳の子の事案について、上記

定式に類似するが「子が幼児の場合」以下の部分を削ったうえ「子の生活実態に関する諸般の事情を総合的に考慮」との語を加えた判断方法を述べた原審判断を引用し、どちらかといえば諸般の事情を総合的に考慮したうえで常居所の認定をしている。

#### (2) 2020 (R2) 年 5 月 15 日東京高裁決定による判例変更

2020 (R2) 年 5 月 15 日東京高決（家判 36 号 105 頁・当職担当事件）は、子は、日本にて出生し監護されていたが、生まれて 1 月半後から同意なき国際的な移動のあった時までの 10 月半 321 日の間は、フィリピン（192 日）、日本（78 日）、ベトナム、香港（これら 51 日）の 4 カ国の間を移動しながら生活していたという事案である。

原審東京家裁 2019 (R1) 年 11 月 29 日（家判 36 号 115 頁以下に参考判例として掲載）は、上記定式と同様の判断方法を述べたうえで、10 か月半の大半をフィリピンに居住していたとし、メイドに手伝ってもらうことによる子育ての負担軽減・産後の骨休みが居住目的として、コンドミニアムを購入して居住していたという居住状況から、入国直後から相当長期間継続してフィリピンに定住する意図の下で、住居として購入した本件コンドミニアムにおいて本件子と生活していたということができるとしたうえで、子の常居所はフィリピンにあると認めた。そのうえで、申立人主張の 6 以上の主張事実について定住の意思を否定するものではないとした。そのような事実のうちには、子の統合の程度に関連する事情であり原審も事実としては認めた事情もあったが、定住の意思を否定するものではないとして少なくとも論理形式上は考慮から外された事情がある。原審のこのような判断方法は、上記定式によるこれまでの高裁判例と合致する判断方法であるといえる。

控訴審は、フィリピンが常居所地国であるとはできないとして、原決定取り消して、申立てを却下した。個別の関連事実について原審と異なる認定または評価をしたものがあるとともに、判断枠組み・手順として、「常居所とは、人が常時居住する場所で（略）そして、子が幼児の場合においても、子の常居所の獲得については、当該居住の定住に向けた両親の意図だけでなく、子の順応

の程度等をも踏まえ判断するのが相当である。」とした。両親の意図だけではなく、子の順応の程度等も考慮に加えており、実際、全ての関連事情を考慮に入れて判断する手順をとっている。許可抗告は不許可となり、特別抗告は棄却されている。

これは、実質的には、全環境子の統合度テストをとったものと評価できる。

### (3) 2020年(R2)9月3日東京高裁決定

2020年(R2)9月3日東京高決(家判36号88頁)の原審である東京家庭裁判所2020年7月3日決定(家判36号94頁参考裁判例)には、直前の5月15日東京高裁決定にて示された方向がさらにはっきり示された。この事件は、申立人、相手方及び子らはおよそ9年間アメリカ合衆国にて生活してきた後に、ほぼ1年の間に、相手方と子らは日本への入国とアメリカ合衆国への帰国を2回繰り返しさらに再び日本に再び入国しており、その間、申立人も3回一時的に来日していたところで、相手方が子を留置したという事案である。原審決定は、上記定式そのほか判断方法の一般論について述べることは避けて、子の社会的及び家庭的な環境における統合に関連する事情をかなり詳細に認定している。そして、東京高裁の決定では、多少の補正を加えて原審決定を引用し、さらに「本件留置の直前の時点において、本件子らは、日本国と密接な結びつきを有し、社会環境及び家庭環境に統合していたということができる。」「米国連邦最高裁判決やEU司法裁判所の先決裁定の内容を見ても、具体的な諸事情に鑑みて、子の社会環境及び家庭環境への統合の有無・程度によって、子の常居所地を認定するのを原則としつつ、とりわけ子が乳幼児である場合には、子の統合の程度を測る上で、子の主たる養育者である親の事情や意思が補充的に参照されるという解釈が示されているのであって(略)、ハーグ条約の概念である「常居所」について、締約国間において統一的に解釈すべき必要性に鑑みれば、我が国においても、基本的には同様の方向で解釈すべきである。」と補足している。

#### (4) 2021年（R3）5月26日大阪高裁決定

2021年（R3）5月26日大阪高決（2021 WLJPCA 05266014）は、子がオーストラリアで出生したものの出生からオーストラリア出国までわずか43日に過ぎず、相手方（原審申立人）は、子が豪州で生活することをずっと望んでいることが認められるが、抗告人（原審相手方）は子が出生した時点では既に相手方と一緒に豪州で生活するという意思は失っていたという事案において、「本件条約は、子の不法な連れ去り又は留置があった場合には子をその常居所地国に返還することを目的としたものであり（本件条約前文）、また、実施法も（略）、これらは、いずれも、子の利益という本件条約の目的（本件条約前文参照）に適う返還先が家族及び子の成育した社会環境が存在する常居所地国であるとともに、子の監護に関する紛争については子の成育した社会環境のある常居所地国における裁判が便宜かつ適正であるとして、子の奪取による有利な法廷地の不当獲得を許さないという要請に基づくものと解することができる。」としたうえで、「本件条約や実施法の適用に際して子の常居所地国を認定するに当たっては、上記の趣旨に基づいて、主として子の視点から、子の使用言語や通学、通園のほか地域活動への参加等による地域社会との繋がり、滞在期間、親の意思等の諸事情を総合的に判断して、子が滞在地の社会的環境に適応順化していたと認めることができるかを検討するのが相当である。なお、子の常居所地国に関するこうした判断手法は、ヨーロッパ諸国をはじめとする本件条約の締結国の多くで採用されているものであり、米国連邦最高裁も近時の判例において上記の判断手法によるべきである旨を明らかにしている（MONASKY v. TAGLIERL事件についての米国連邦最高裁2020年2月25日判決）」と述べている。

この決定が特定の事情を列挙している点は、A事件等に言及していることからすれば、特定の事情を重視するという趣旨ではないであろう。

### 7. 条約の常居所概念から子の監護に関する事件の国際裁判管轄に対する影響

ハーゲ条約の締約国であっても、子の監護に関する事件の国際裁判管轄を常居所とは異なるものを原因として認めることは可能である。UCCJEA Section

201は子の監護に関する事件の裁判管轄を home state に認めるのを原則としており、これが Section 105 により国際裁判管轄の決定にも適用される。この home state は、子が直近継続6月間以上親である人等と生活した (lived) 州であり、常居所の概念とは異なる。条約が日本に対して効力を生じた後で設けられた家事事件手続法3条の8は、親権に関する審判事件や子の監護に関する処分の審判事件について、「子の住所（住所がない場合又は知れない場合には、住所）」を管轄原因としている。同条にいう住所について、注解書等にも常居所と同一視する記載はない<sup>(60)</sup>。したがって、家事事件手続法3条の8にいう住所は、民法にいう住所と同じであると解するのが通常のようである。しかし、ハーグ条約と実施法にいう常居所についての判例が変更されたことをきっかけにして、家事事件手続法3条の8にいう住所を親責任などの国際裁判管轄の原因としての常居所を指すという解釈が可能かが問題となりうる<sup>(61)</sup>。

## 8. 事実上の概念とすることの意義についての補足

詳論してきたとおり、常居所は、事実上の概念である。前掲2016年7月7日大高決は、「常居所とは、ハーグ国際私法会議において創出された事実上の概念」であるとする。A v A 事件や Monasky v. Tagleili 事件での指摘を少し表現を変えて述べると、常居所を法的概念とすることが、常居所の法律要件を定めることになるのならば、要件を直接・間接に基礎付ける事実以外の事実は考慮されなくなるので適切ではない。また、上訴との関係も問題になりうる。Monasky v. Taglieri 事件では、連邦地裁の常居所の判断に対する控訴裁判所の審査の方法が第2の争点となっており、常居所の判断は、控訴審ではなく事実審の仕事となるものであって、控訴審においては、事実審の判断を尊重する明らかな誤り審査基準によって判断されるべきであるとした<sup>(62)</sup>。

## おわりに

ハーグ条約は、子の監護に関する決定をするときに子どもが常居所のある国にあ返還された状態で決定がされることを予定しているから、子が返還されるべき地である常居所の概念が子の監護に関する事件の国際裁判管轄の原因であ

る常居所と合致することは当然である。常居所の判断は、子の社会的及び家族的な統合の程度によって判断するべき事実的な判断である。子の社会的及び家族的な統合の程度に関連する全ての事情が考慮されるべきであり、何かひとつの要素が決定的であることはない。

この点、子の留置・連れ去りの抑止に重きをおく立場からは、監護の権利を有する者の共通の意図を重視するべきだとの主張が予想される。しかし、そのような考え方には、返還命令には、監護の権利を有する者の承諾・承認が消極的要件となっているのとは別に、常居所の国からの移動であることが要件となっている意味を希薄化させることなどの難点がある。

もっとも常居所の判断にあたり関連するすべての事情を考慮するということは多大な労苦を要することである<sup>(63)</sup>。しかし、返還命令を得るための他の基本的な条件は、みな比較的簡明な条件である。子をめぐる監護紛争が人間の不完全さを反映して複雑で矛盾に満ちたものであるからには、常居所の判断にまで簡明を求めるには無理があり、多少とも複雑になるのは仕方がない。

- (1) 外務省提供翻訳による。[https://www.mofa.go.jp/mofaj/fp/hr\\_ha/page22\\_000843.html#-section1](https://www.mofa.go.jp/mofaj/fp/hr_ha/page22_000843.html#-section1) アクセス日時 2022年6月30日
- (2) 常居所のある国以外の国への返還を命じることができるかについては、とりわけ申立人が常居所の国とは別の国にいる場合に問題となる。Pérez-Vera E., *Explanatory Report of the Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction*, para. 110 では、「条約は、子の返還は常に連れ去り前の常居所の国へでなければならないとの趣旨の提案を容れているわけではない。」としている。しかし、Beaumont & McElevy, *The Hague Convention on International Child Abduction* (Oxford University Press 1999), p. 31–33 は、申立人も相手方も常居所の国にいないときになぜ申立人のいる国への移転を求めることができることになるのかといった疑問を指摘している。これに対して、Rhona Schuz, *The Hague Child Abduction Convention Acritical Analysis* (Hart Publishing 2013) p. 182–185 は、ありうるとする。ほかに、Lowe, Everall & Nicholls, *International Movement of Children, Law, Practice and Procedure*, 2nd. ed. (LexisNexis, 2016), p. 494–495. また、常居所地がドイツにあったがハンガリーへの「返還」を命じた原審の裁判に対して、上訴審が重大な危険を理由に却下したものにすぎないが、

英國の *In re S (A Child) (Hague Convention 1980: Return to Third State)* [2019] EWCA Civ 352, para. 36, 37, 64 (原審の判断は「結局のところ、子の福祉について決定したものであったが、子の福祉についての検討をなさなかったものである」とした。)。

- (3) もっとも、相手方が、子とともに常居所の国に戻ったとしても、子が以前に居住していた場所ときわめて離れた場所に住み始めた時には、返還命令を履行したことになるとしても、返還先の国内法上、そのような移動が許されるのかという問題がありうる。
- (4) 前掲注2 Beaumont & McEavay, p. 88 「裁判所は、不法に連れ去り留置された子をその子が構成員であった環境及び社会以外のいったいどこに返還すべきといえようか」と述べる。
- (5) むろん条約は要件効果の概念を用いない国も加盟国である。実施法について要件事実論の意義を検討するものとして、山本和彦「家事事件における裁量とその統制のあり方雑考—裁量統制の手法としての『要件事実』論の意義」伊藤慈夫編「家事事件の要件事実」(日本評論社・2013年) 103-121, 106頁。
- (6) 条約3条・4条は、連れ去り又は留置の直前における常居所を問題としているが、実施法は連れ去り又は留置の開始時の常居所を問題とする。両者で表現は異なっているけれども、実施法2条3号は、連れ去りの時点は、他方の締約国に入国した時点ではなく、常居所を有する国から出国させた時点としているので、実際上は、同一といってよい時点における常居所を問題とすることになる。
- (7) 前掲注2 Pérez-Vera para. 66段落
- (8) この設例は、あるリロケーション事件や *Mozes v. Mozes*, 239 F.3d 1067 (9th Cir. 2001) も意識している。
- (9) 民法766条1項但書は「子の利益を最も優先して考慮しなければならない。」とする。監護者指定審判事件や子の引き渡し請求審判事件において、具体的状況において何が子の最善の利益となるのかが常に争われているところである。
- (10) 条約は、監護の権利の主体を個人、施設その他の機関としている(8条)。個人も3名でありうるし性別の組み合わせにも限定はない。監護の権利について、林貴美「国外転居に関する課題と展望」国際私法年報22号(信山社・2020年)4-6頁。
- (11) 事前の同意の要件と並列であることからは事前の同意と同程度に明確なものであることが必要となるはずである。
- (12) このほか実施法27条2号は子が日本国内に所在していることを要件として明示している。

- (13) 条約や実施法の書き方からは違う整理の仕方もありうる。(iv)は、返還命令を拒む側が主張し資料を提出するべきものであるが、申立時に積極的に主張と資料が提出されることが通常である。条約は、監護の権利が現実に行使されていたことを連れ去り又は留置が違法となる条件としており(3条)、子の返還に異議を申し立てる側が証明する事由として明記している(13条(1)a)。実施法もこれを返還拒否事由としている。しかし、行使されていないとは認められにくいのが実情(前掲注2 Lowe para. 19.21-23, p442-443)である。西谷祐子「日本における子奪取条約の運用と近時の動向について」家庭の法と裁判26号48頁(2020)は実施法に沿って記述を整理している。
- (14) この点を述べているものとして、*Re E (Children) (Abduction: Custody Appeal)* [2011] UKSC 27, [2012] 1 A.C. 144 para. 13。実施法も子の利益を要件とはしていない(金子修ほか「一問一答国際的な子の連れ去りへの制度的対応ハーグ条約及び関連法規の解説」(商事法務2015年)とくに45頁以下)。
- (15) 前掲注14 Re E para. 13(「子の監護について問題とする手続ではない。子の監護の問題について決定がされるときに子どもがどこにいるべきかに関する手続である。」)
- (16) 前掲注14 Re E para. 16
- (17) 子が返還される前であっても、連れ去り留置の直前に常居所のあった国が現時点でも常居所のある国であるならば、その国の裁判所が管轄権を行使して子の監護に関する裁判を開始することは、ハーグ条約の立場からは、なんら差し支えがないはずである。親責任及び子の保護措置に関する管轄権、準拠法、承認執行に関する条約(以下「子の保護条約」という。)7条、ブリュッセルII bis 規則10条・II ter 規則9条。実際には、すでに常居所の国で子の監護に関する決定がなされている、それに不服な者が連れ去りをおこなうことが多い。
- (18) 前掲注14 Re E para. 13及び15(「しかしながら、彼女の未来についてのいかなる論争についても最良の解決をもたらすことができることがありそうに見える。というのも、その子の国の裁判所と公的機関は、それがどうあるべきかについての最良の証拠と情報に接することができるからである。」とする。)。米国連邦最高裁判所 *Monasky v. Taglieri* 140 S.Ct. 719 (2020) p. 2 of Slip opinionは、「条約の中核的な前提是、『監護に関わる事柄についての子の利益』は、監護についての決定が子の『常居所地』の国でなされるときにもっとも良く確保されるというものである。条約前文(略)」とする。注2前掲Pérez-era para. 16, 19
- (19) 前掲注14 Re E para. 15 前掲注2 Pérez-era para. 23-24

- (20) 前掲注 14 Re E . para. 17, 18 にも個々の子どもにとっての利益と子ども全体にとっての利益に関する議論がある。
- (21) したがって逆に、返還命令を受けないことあるいはその執行を免れることが実際には可能であることがわかっている限り、連れ去りや留置をしたいと考える方に傾く。それが子どものためと思っている度合いが強いほどそうである。
- (22) 前掲注 2 Beaumont & McEavly, p. 29-30 は、条約が子ども総体の利益を促進しようとするものであることや抑止が条約の暗黙の目的であることを述べる。前掲注 2 Perez-Vera E. para. 25 では「よって、条約には二つの目的があり、一つは抑止であって、もう一つは常居所の環境に子どもを再び迅速に統合することを確実にするためのものであり、いずれも、何が『子どもの最善の利益』を構成するのかについてのある特定の考え方と合致する。」と述べられている。
- (23) 調査官調査報告書（黒田愛「実務の観点から見た子奪取条約の運用をめぐる現状と課題」国際私法年報 22 信山社・2020, 72-88, 82）が決定書に詳しく引用されることはないので評価は難しいが裁判例はおおむね子の異議を容易に認めていない（近時のものとして東京高裁 2022 (R4) 年 1 月 14 日決定（未公刊））。
- (24) 日本の裁判例でも重大な危険を容易には認めない傾向にある（東京高裁 2015 (H27) 年 3 月 31 日決定家庭の法と裁判 15 号 122 頁・大阪高裁 2017 (H29) 年 9 月 15 日家庭の法と裁判 16 号 91 頁）。
- (25) 前掲注 14 Re E para. 16。条約 20 条も各国で裁量を認める方向と考えられる（前掲注 2 Lowe para. 26.48-26.50 p. 622-623）。実施法も条約と同じ趣旨であろう。条約の 13 条・20 条と実施法の 28 条について、前掲一問一答 133 頁。
- (26) 前掲注 14 Re E para. 34
- (27) 前掲注 13 西谷 50-51 頁。*Monasky v. Taglieri* 140 S.Ct. 719 (2020), slip opinion 10-11。なお Nigel Lowe, Gillian Douglas, Emma Hitchings, & Rachel Taylor, *Bromley's Family Law* 12ed., Oxford 2021, p.830 ほかはこのことを裏から述べているといえる（後注 51）。
- (28) 当時は Court of Justice of the European Communities
- (29) A 事件の判断は *Mercredi v. Chaffe* 事件 (Case C-497/10 PPU) においても踏襲されている。同事件の英国における読まれ方について、前掲注 27 Lowe ほか, p. 832。
- (30) U.K. *A v A and another (Children: Habitual Residence) (Reunite International Child Abduction Centre and others intervening)* [2013] UKSC 60 at para. 54。申立人母が、相手方父によってパキスタンに居ることを余儀なくされた間に子を出産し、英国に戻ったのちに、その子を含む 4 人の子の返還をハーグ条約に拠らずに英国高等法院に求めた事案であり、ブリュッセル II bis 規則 8 条にいう常居所が英国にあったのか、一

度も英国に入国したことのない子の常居所が英国にありうるのかが問題となった。ヘイル裁判の法廷意見は、常居所について詳しく検討し、本文に紹介した点を述べてから、一度も入国したことのない子の常居所が英国には無いとの意見を示唆しつつそうとも言い切れないとも述べて上記の問題について結論を出さないままに、規則14条を適用し、高等法院の *inherent jurisdiction* についてのコモンローのルールにより子の英國国籍による管轄を認めている。その後、*In re L (A Child) (Habitual Residence)* [2013] UKSC 75, *In re LC (Children) (LCG v RL)* [2014] UKSC 1 にて、A v A 事件が先例としてハーグ返還事件で参照されている。

- (31) 前掲注15からは、規則にいう親責任に関する事件の国際裁判管轄原因としての常居所の判断方法と同様な方法で、ハーグ条約にいう常居所についての判断をおこなうということになるのは当然である。
- (32) 子の監護に関する決定が子どもの利益を最重要のものとして考慮するもの（英国资子ども法（*Children Act 1989*）1条）であるからには、その国際裁判管轄は子どもの状況に焦点を当てるのは当然である。
- (33) *Monasky v. Taglieri* 140 S.Ct. 719 (2020)
- (34) 条約の事件については連邦の裁判所と州の裁判所が競合管轄を有する（*International Child Abduction Remedies Act 9003 (a)*）けれども多くの申立ては連邦の裁判所になされる（前掲 Morley p. 38）。
- (35) Melissa A. Kucinski, Bruce Hale, & Michael S. Coffee, *Family Law Across Borders cases and comments*, West Academic Publishing p. 500. Federal Judicial Center, James D. Garbolino, *The 1980 Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction: A Guide for Judges Second Edition* (Federal Judicial Center 2015) p. 51. 前掲 Morley p. 97。実際には、判断方法が違っていても準備すべき証拠があり違わないことや、同じ結論になることが多い。Robert G. Spector, *Proper Forum for Child Custody Determinations: The 1980 and 1996 Hague Conventions and the UCCJEA*, in Robert E. Rains ed, *The 1980 Hague Abduction Convention Comparative Aspects*, Wildy, Simmonds & Hill Publishing 2014, p. 196は、「近時の判例は、この相違は当初信じていたよりも小さな隔たりであったことを示した。」とする。
- (36) Slip Opinionにおけるページ数と上から又は下から何行目かを示す。(1:-4) は、1ページ目の下から4行目の意味である。
- (37) Monaskyは、親の共通の意図がないとの主張で勝とうとしたわけであるが、ここでギンズバーグは、切り札の禁止を宣言している。
- (38) 全環境子の統合度テストは、全環境からの子の統合度をみる判断方法であり、

「親 (parents) の目的や意図は関連する要素の単にひとつであるもの」(A v A 事件)  
 「親の目的や意図は、関連する要素のほんのひとつ」(Monasky v. Taglieri 事件)であるから、子がある地に統合されているかと親の共通意図を並び立つ要素として折衷するというものではない。この点、前掲注 2 Schuz, p. 192-195 は、常居所の判断は、子のある地との結びつきに目を向けつつ、親 (parents) の意図も参照してなすべきであとして、それを「ハイブリッド・モデル」と呼んで推奨していた立場から、欧州裁判所 A 事件はハイブリッド・モデルを探ったとする。さらに、Rhona Schuz, *The Hague Child Abduction Convention in a Changing World*, in Gillian Douglas, Mervyn Murch, & Victoria Stephens eds., *International and National Perspectives on Child and Family Law: Essays in Honour of Nigel Lowe* (Intersentia 2018) p. 317-318. は、英國最高裁判所も論者のいう折衷説をとったとする。AR v RN 事件について、親の共通意図により重きを置くべき理由があったと解釈している点などに、親の共通意図を重く見る論者の立場が現れている。しかし、A 事件のテストをハイブリッド (折衷説) と呼ぶのは自説に引き寄せすぎである。Rhona Schuz, *Policy Considerations in Determining the Habitual Residence of a Child and the Relevance of Context*, *Journal of Transnational Law & Policy*, 2001 p. 51 では、米国からイスラエルへの返還が求められた Moses 事件 (前掲注 8) について「もともとの計画では母と子らは 15 月後には戻ってくるというものであったから、イスラエルが監護に関する紛争を裁定するのに適切な法定地のままであったと思われる。」と述べており、親の共通意図を重くみている。

- (39) 前掲注 33 Monasky v. Taglieri 事件においても、「監護についての決定が、おそらくもっとも適切な法廷地である場所、つまり子どもがくつろいでいられる国にてなされることを確実にすることにある (10:10.)。」と述べられている。
- (40) 長田真里「ハーグ子奪取条約の日本における実施状況と課題」「國際私法年報 23」(信山社 2021 年) 32-58, 37 頁 (もっとも同 35 頁)。
- (41) 前掲注 2 Pérez-Vera, para. 11 において、「条約が主題とすることがらを明確にすることに関して言えば、予想されている状況は、子の監護権を取得する目的で国際的に人工的な管轄的関連を築くために力を使うことで生じる状況であるということを私たちはとても簡潔に思い出すだけでよい。」と述べたあとで、どの事件にも存在する 2 つの要素のひとつめとして、常なる環境 (habitual environment) からの連れ去りにおいても、その子自身の環境 (its own environment) からの留置においても、「どちらにおいても、結果は実際のところ同じである：その子どもは、子の生活が発展してきた家族的及び社会的な環境から引き離される。」と述べている。

常居所からの連れ去り留置においては、「子の生活が発展してきた家族的及び社会的な環境から引き離される。」という結果が生じるのであるから、これは結局、常居所というのは、子がその生活をある程度発展させてきた家族的及び社会的な環境のある地ということを言っているに等しい。

- (42) 子の保護条約 5 条、ブリュッセル II bis 規則 8 条・II ter 規則 7 条。
- (43) 後述の 2020 (R2) 年 5 月 15 日東京高裁決定における実務的争点はこの点にあったともいえる。
- (44) Edwin Freeman ほか *Brief of the International Academy of Family Lawyers as Amicus Curiae in Support of Respondent* 2009 p. 3
- (45) 前掲 p. 10
- (46) 前掲 p. 10-11
- (47) 設例 1 や 2 では、返還を求める A は、常居所の判断においては A B の共通の意図として 2 年後に P 国に帰国するという 2 年前の合意を主張し、A は P 国に返還せよと留置時から現在まで主張しつづけてきたから監護権者の同意又は承諾はなかったと主張することになる。A の意図が重視されて、子の現在の生活状況や B の現在の意図は軽視されるという帰結になる。
- 設例 3 や 4 では、返還を求める A は、常居所の判断においては A B の共通の意図として Q 国で生活するという 3 週間前の合意を主張し、Q 国に返還せよと連れ去り時から現在まで主張し続けてきたから監護権者の同意又は承諾はなかったと主張することになる。ここでも、A の意図が重視されて、子の現在の生活状況や B の現在の意図は軽視されるという帰結になる。
- (48) 家庭内虐待の事案でも問題になる。監護権者 2 名が虐待・支配の関係にあるときには、子のいるべき地についても他方は一方のいいなりにならざるをえない。このため、監護権者の共通の意図とはいっても常に虐待をする人・支配的地位にある人の意図の意図すぎないことになるとすれば、適切ではない。そのような場合には、共通の意図を重視する立場をとった上で、共通の意図はないとするという方法の提案もある (Rebecca Jacobson, *A Clarified Standard? A Case Note on Monasky v. Taglieri*, Cardozo Law Rev. Vol 43 Issue 1, 345. その趣旨の判例の紹介が 357-359 頁にある)。なお A 事件の para54 の (vi) は監護権を有する者ではなく依存する者との共有と述べている。
- (49) 後述する居所が争点となった 2020 年 5 月 15 日東京高裁決定とその原審の審理において返還を求められた側の代理人がなした主張は合計 89 頁、提出した証拠は 104 号まで枚数は 463 頁にもなっていた。

- (50) 後述の 2020 年 5 月 15 日東京高裁決定の原審の裁判官は、その決定理由にて、親の意図を重視する書き方をしているけれども、短い審理期間に大量の資料を綿密に読んでいることが明らかである。
- (51) 前掲注 27 Lowe ほか *Bromley's Family Law* p. 830 は、「これらの問い合わせを求めるとき、[常居所の] 概念を事実的なものと考えるのか、親の意図を軸となる決定的な要素と扱うかの間の緊張が基礎にある。世界的に、避ける方向への変化がはつきりしているのは、主に親の意図を参照することで子の常居所を決定することであるが、それはある間に英國のとる立場であった。」といふ。
- (52) *Re J. (A Minor) (Abduction: Custody Rights)* [1990] 2 AC 562, 572
- (53) 前掲注 30 A v A para. 39
- (54) *AR (Appel-lant) v RN (Respondent) (Scotland)* [2015] UKSC 35 para. 17
- (55) 前掲 *Re J.* 事件 578-579
- (56) *In re B (A Child) (Reunite International Child Abduction Centre intervening)* [2016] UKSC 4, para. 34-47
- (57) 前掲注 30 A v A para. 44。もっとも返還事件ではある国に常居所があったかを判断するだけであり、他にも有るのか無いのかを判断する場面はない（複数常居所について前掲注 2 Beaumont & McEleavy, p. 110-111）。
- (58) *Re J (A Child) (Finland) (Habitual Residence)* [2017] EWCA Civ 80, [63]
- (59) 法の適用に関する通則法における準拠法決定のための連結点としての常居所と条約における常居所について、前掲注 40 長田、35 頁は、詳細な検討のうえ、「その目的や果たす機能は明白に異なっており、同一の基準で解釈すべきとはいえないであろう。」とする。
- (60) 内野宗揮「一問一答平成 30 年人事訴訟法・家事事件手続法等改正：国際裁判管轄法制の整備」商事法務 2019 年 p.117 は、同条の趣旨についての説明で「生活の本拠」という語を使っており、民法 22 条の住所と同様に考えているかのようである。「近藤博徳「親権・子の監護に関する事件等の国際裁判管轄」池田綾子編「詳解国際家事事件の裁判管轄」日本加除出版 2019. p. 119-126。
- (61) 西谷祐子「人事訴訟事件及び家事事件の国際裁判管轄等に関する新法制（2・完）」p.715-762, 727 及び 730 は、同条にいう住所は常居所の意味であるとの解釈を提案するものとも読める。住所について「問題となった人につき、問題となった法律関係に最も関連の深い場所を住所と認定すべし」という複数説（石田喜久夫・石田剛「21 条住所」新版注釈民法(1)総則(1)改訂版 有斐閣 2002 年 p407）をとることでも可能な解釈と考える。なお、家事事件手続法 3 条の 8 の括弧内の「住

所がない場合」とは全世界どこにも住所がない場合であろう。

- (62) しかし、例えば両親の共通意図を重視する方法で判断したことにより異なる結論が導かれた場合には、もはや尊重しないのであろう (slip opinion p. 15)。他の加盟国でのこの争点についての判例が同判決のギンズバーグ意見Ⅲで引用されている。
- (63) Ann Laquer Estin, *Where Is the Child at Home? Determining Habitual Residence After Monasky*, ABA Family Law Quarterly, Volume 54 Number 2, 2020 at 137 は「常居所が争われる事件では、事実認定についての審理を続ける前に長い証拠を争う審理があることを確信をもって予想できる。」とする。