国境を越えて連れ去られた子の返還請求

高橋宏司

以下のような場合に、問題となり得る。

　夫婦の一方が他方に無断で子を連れて他国に移動した。

　夫婦の一方が他方の同意を得て子を連れて他国に移動し、その後、元の国に戻らない。

　離婚後、元夫婦の一方が他方に監護されていた子を連れて他国に移動した。

# 外国から日本に連れ去られた子の返還請求

## 様々な方法

1. 日本で、子の監護に関する処分の審判において、子の引渡し命令を得る。

2. 外国の裁判で子の引渡し命令を得て、その裁判の執行を日本で請求する。

1と2に共通して、(不服申立ての可能性もあって)時間がかかり、その間に子が日本の環境に慣れると、「子どもを連れ去ってしまえば勝ち」(下記、公序の項参照)。したがって、監護の裁判の前に返還を実現すべき。

3.　人身保護法にもとづく請求(法律上正当な手続によらずに身体の自由を拘束されている者の救済)

　迅速な手続。刑罰により担保。

拘束者が監護権を有しない場合には、監護権者の請求は認められやすい(最判昭和47年9月26日参照)。

しかし、(離婚前や、離婚後も共同親権が認められている場合など)親権者による奪取のときには、認められにくい(最判平成5年10月19日参照)。

なお、拘束者がハーグ条約実施法にもとづく返還決定に従わないまま子を監護することにより拘束している場合、原則として、拘束に顕著な違法性(人身保護規則4条)が認められる(最判平成30年３月15日)。

4. 国際的な子の奪取の民事上の側面に関する条約の実施に関する法律(ハーグ条約実施法)にもとづく請求

子の常居所地国が締約国の場合に限られる。

## 子の監護に関する処分の審判における引渡命令

日本における手続は、審判(家事事件手続法別表第二第三項「子の監護に関する処分」)。調停も可能(同法244条)。裁判所に付調停の権限あり(同法274条)。

家事事件手続法154条3項 　家庭裁判所は、子の監護に関する処分の審判において、子の監護をすべき者の指定又は変更・・・その他の子の監護について必要な事項の定めをする場合には、当事者に対し、子の引渡し・・・その他の給付を命ずることができる。

審判事件の国際裁判管轄は、子の住所地を基準(家事事件手続法3条の8）。

子の引渡請求権の準拠法は、監護権(またはそれを含む親権)者の指定と同様、「親子間の法律関係」として通則法32条で決まる。

日本法上は、子の引渡請求権は、監護権が根拠となって形成される。

## 子の引渡しを命ずる外国裁判の執行

要件　家事事件手続法79条の2の準用する民訴法118条

### 間接管轄(1号)

子の住所地を基準(直接管轄につき、家事事件手続法3条の8)

外国から日本への子の連れ去り事件では、子が元々居住していた国が、訴え提起の時点において、子の「生活の本拠」であると評価できるかぎりは、住所地であると解される。

### 送達(2号)

　子の拘束者の住所や居所など送達すべき場所が知れず、公示送達がなされた場合には、要件をみたさない。

最判平成8年6月24日

<事実の概要>

X(日本人男)とY(ドイツ人女)は、ドイツで婚姻し、両者の間に長女が誕生した。やがて、YはXとの同居を拒絶するようになり、Xは長女を連れて来日して共に日本に居住している。Yは、ドイツで離婚請求訴訟を提起した。訴状は公示送達され、Xの応訴がないまま手続が進められ、離婚請求を認容し、長女の親権者をYと定める判決が確定した。その後、Xは、Yに対して、日本で、離婚、長女の親権者の自己への指定等を求める訴訟を提起した。

<判旨>　管轄を肯定

「ドイツ連邦共和国においては、前記・・・の判決の確定により離婚の効力が生じ、XとYとの婚姻は既に終了したとされている・・・が、我が国においては、右判決は民訴法二〇〇条二号の要件を欠くためその効力を認めることができず、婚姻はいまだ終了していないといわざるを得ない。」

### 公序(3号)

東京高判平成5年11月15日

<事実の概要>

X男(アメリカ人)とY女(日本人)は、テキサス州で婚姻し、子Aをもうけた。やがて両者はテキサス州裁判所の判決により離婚し、離婚判決で、Aの単独支配保護者はYと指定された。その後、Xは、テキサス州裁判所に対して、Aの単独支配保護者をXに変更し、AのXへの引渡しをYに対して命じる判決を申し立てた。YがAとともにテキサスから日本に移住した後、同裁判所は、Xの申立てを認める判決をし、この判決は確定した。そこで、Xは、日本で執行判決請求訴訟を提起した。

<判旨>

「・・・本件外国判決は、・・・アメリカ合衆国で生活させる方がよりAの福祉に適うとの理由により、Aの単独支配保護者をYからXに変更し、それに伴って、Yに対し、XへのAの引渡及び扶養料の支払等を命じたものであ・・・るところ、・・・Aが日本に居住してから既に四年余を経過しており、同人は、最初のうちは、日本語が理解できず苦労をしたが、小学五年生の現在では、言語の障害もかなり少なくなり、明るく通学しており、かえって、現在では英語の会話や読み書きができない状態にあるのであるから、いま再び同人をしてアメリカ合衆国において生活させることは、同人に対し、言葉の通じないアメリカ合衆国において、言葉の通じない支配保護者のもとで生活することを強いることになることが明らかである。Aが幼児であるならばいざ知らず、本件口頭弁論終結時において、間もなく一一歳になろうとしているのであるから、このようなAを、現時点において、右のような保護状況に置くことは、同人の福祉に適うものでないばかりでなく、かえって、同人の福祉にとって有害であることが明らかであるというべきである。したがって、・・・本件外国判決を承認し、これを前提とした本件外国判決中の給付を命ずる部分を執行することは、Aの福祉に反する結果をもたらすもので公序良俗に反するというべきである。」

「以上のとおりであるから、本件外国判決は、・・・民事訴訟法二〇〇条三号の要件を欠くというべきである。」

## ハーグ子奪取条約実施法

国際的な子の奪取の民事上の側面に関する条約(ハーグ子奪取条約)

　国境を越えて連れ去られた子を迅速に常居所地国に返還する仕組みを構築

基礎的考え方　　子の利益の保護

子が連れ去りによって従前の環境から引き離され、馴染みのない国で適合を強いられること自体が子に有害な影響を与える。

監護者の決定・変更等の子の監護をめぐる紛争は、子が連れ去られた先の国ではなく、常居所地国で解決するのが望ましい。

締約国 約100カ国

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26年(2014年)施行)

### 概要

① 子の返還および子との面会その他の交流に関する援助を行う中央当局を指定し、その権限等を定める。(第二章 — 行政作用法としての性格)

　3条 　我が国の・・・中央当局は、外務大臣とする。

　4条 　日本国への連れ去りをされ、又は日本国において留置をされている子であって、その常居所地国が条約締約国であるものについて、当該常居所地国の法令に基づき監護の権利を有する者は、当該連れ去り又は留置によって当該監護の権利が侵害されていると思料する場合には、日本国からの子の返還を実現するための援助・・・を外務大臣に申請することができる。

例

　子の所在の特定に向けた情報提供の求め(5条)

合意による子の返還を実現させるための協議のあっせん(9条)

②　他の条約締約国に子を返還するために必要な裁判手続等を定める。(第三章)

### 子の返還に関する事件の手続

26条 　日本国への連れ去り又は日本国における留置により子についての監護の権利を侵害された者は、子を監護している者に対し、この法律の定めるところにより、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。

#### 定義

「連れ去り」　子をその常居所を有する国から離脱させることを目的として当該子を当該国から出国させることをいう。(2条3号)

「留置」　子が常居所を有する国からの当該子の出国の後において、当該子の当該国への渡航が妨げられていることをいう。(2条4号)

「出国」　監護権者の同意を得た出国も含む。

「渡航が妨げられている」　例　子の常居所地国への移動の物理的制限。不作為(例　渡航のための航空券を購入しないこと)も含む。

「常居所地国」　連れ去りの時又は留置の開始の直前に子が常居所を有していた国・・・をいう。(2条5号)

連れ去り又は留置の後、他国に継続的に居住している場合であっても、これによって元々居住していた国が「常居所地国」でなくなるわけではない。

大阪高決平成27年 8月17日

「(1) 子の常居所地国について

抗告人は、子は物心ついてからずっと日本で生活し、カナダでの生活の記憶はないのであり、・・・現実の帰国から１年以上が経過しているのに、安易に転居前の国に常居所地性を認めるべきではなく、本件において、カナダは子の常居所地国とはいえないと主張する。

　・・・「常居所」とは、人が常時居住する場所で、相当長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、本件のように、子が幼児の場合には、子の常居所の獲得については、以前の常居所を放棄し新たな居所に定住するとの両親の共通の意図が必要となると解するのが相当である。

　・・・抗告人と相手方は、・・・カナダで婚姻し、平成２２年５月●●●日に子をもうけ、カナダの●●●州において３人で生活していたが・・・平成２５年７月●●●日に抗告人と子が日本に帰国したというのであって、帰国するまでの子の常居所がカナダ（●●●州）にあったことは明らかである。そして、抗告人による子の留置が開始された平成２６年６月●●●日（この点については、後記(2)の説示を参照）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。よって、抗告人の主張は採用することができない。

　(2)　留置開始時期について

　・・・抗告人は、相手方に対し、平成２６年４月●●●日には子がカナダの幼稚園に通園できるか否かを問い合わせ、同年６月●●●日には、カナダへ戻るか否かを早く話合いで決定しなければ、抗告人の退職、子の退園等の準備やパスポートの発行手続が間に合わなくなることなどを伝えており、同年４月●●●日以降も子をカナダへ戻すことを拒否しているわけではないといえる・・・。そして、抗告人が、同年６月●●●日に至り、日本に帰国する際に購入していた往復航空券（「本件航空券」）による復路の予約を取り消して本件航空券を失効させ、カナダに戻らないことを相手方に伝えていることからすると、抗告人が子をカナダに返還しない意思を示したと判断できるのは同日であるということができる。」

#### 子の返還事由

27条（子の返還事由）　裁判所は、子の返還の申立てが次の各号に掲げる事由のいずれにも該当すると認めるときは、子の返還を命じなければならない。

一 　子が十六歳に達していないこと。

二 　子が日本国内に所在していること。

三 　常居所地国の法令によれば、当該連れ去り又は留置が申立人の有する子についての監護の権利を侵害するものであること。

四 　当該連れ去りの時又は当該留置の開始の時に、常居所地国が条約締約国であったこと。

「常居所地国の法令」

常居所地国の国際私法によって指定された準拠法を指すと解される。

常居所地国の裁判も含むと解され、承認要件(民訴法118条)を満たすかは問わない。

「監護の権利を侵害」

共同親権者や共同監護権者による連れ去りも含むと解される。cf. 人身保護法

#### 子の返還拒否事由

28条（子の返還拒否事由等）1項

　裁判所は、前条の規定にかかわらず、次の各号に掲げる事由のいずれかがあると認めるときは、子の返還を命じてはならない。ただし、第一号から第三号まで又は第五号に掲げる事由がある場合であっても、一切の事情を考慮して常居所地国に子を返還することが子の利益に資すると認めるときは、子の返還を命ずることができる。

一 　子の返還の申立てが当該連れ去りの時又は当該留置の開始の時から一年を経過した後にされたものであり、かつ、子が新たな環境に適応していること。

二 　申立人が当該連れ去りの時又は当該留置の開始の時に子に対して現実に監護の権利を行使していなかったこと（当該連れ去り又は留置がなければ申立人が子に対して現実に監護の権利を行使していたと認められる場合を除く。）。

三 　申立人が当該連れ去りの前若しくは当該留置の開始の前にこれに同意し、又は当該連れ去りの後若しくは当該留置の開始の後にこれを承諾したこと。

四 　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。

五 　子の年齢及び発達の程度に照らして子の意見を考慮することが適当である場合において、子が常居所地国に返還されることを拒んでいること。

六 　常居所地国に子を返還することが日本国における人権及び基本的自由の保護に関する基本原則により認められないものであること。

1号　子が新たな環境に適応していることは、申立てが一年経過前になされていれば、返還拒否事由にならない。

2号　「当該連れ去り又は留置がなければ申立人が子に対して現実に監護の権利を行使していたと認められる」　例　母が単独で子の世話をしていたところ、監護者の指定や変更等の裁判を受け、父が監護権者とされたにもかかわらず、現実に父が子の世話を開始する前に母が連れ去った。

5号　「子の意見を考慮することが適当である場合」 子が自発的かつ明確な判断を行うことが可能な程度にまで成熟している場合。概ね10歳程度。

6号　例　子の常居所地国が基本的人権や自由を不当に制限する法制度を有している場合。極めて例外的。

但書　裁量による返還。4号及び6号の返還拒否事由は規範的要素が強く、さらなる裁量を認める意味がないので、除外。

28条（子の返還拒否事由等）2項

　裁判所は、前項第四号に掲げる事由の有無を判断するに当たっては、次に掲げる事情その他の一切の事情を考慮するものとする。

一 　常居所地国において子が申立人から身体に対する暴力その他の心身に有害な影響を及ぼす言動（次号において「暴力等」という。）を受けるおそれの有無

二 　相手方及び子が常居所地国に入国した場合に相手方が申立人から子に心理的外傷を与えることとなる暴力等を受けるおそれの有無

三 　申立人又は相手方が常居所地国において子を監護することが困難な事情の有無

家庭内暴力を受けてやむなく子連れで日本に帰国した場合を念頭においた条約締結反対論に配慮。条約に明文の規定なし。

2号の例

申立人が子の面前で相手方に暴力をふるうおそれ。

相手方が暴力により精神的に不安定な状態に陥り、子の心神にも悪影響を及ぼすことになるおそれ。

3号の例

申立人が薬物中毒やアルコール依存症である場合。

常居所地国において相手方に対する逮捕状が発付されている場合?

常居所地国において相手方が生計を維持することが困難である場合?

最決平成29年12月21日

「(1)　抗告人、相手方及び両名の子４名（以下「本件子ら」という。）は、いずれもアメリカ合衆国（以下「米国」という。）で同居していたが、相手方は、平成２６年７月、抗告人に対して同年８月中に米国に戻る旨の約束をして、本件子らを連れて日本に入国し、本件子らと共に相手方の両親宅に居住している。上記の入国当時、本件子らのうち年長の双子である長男及び二男は１１歳７箇月であり、年少の双子である長女及び三男は６歳５箇月であった。

　　(2)　・・・その後、本件子らの米国への帰国について抗告人と相手方の意見が対立するようになり、抗告人は、平成２７年８月、本件子らについて、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（以下「実施法」という。）２６条の規定による子の返還の申立て（以下「本件申立て」という。）をした。

　　(3)　本件申立てに係る手続において、家庭裁判所調査官に対し、長男及び二男は、米国に返還されることを強く拒絶する旨を述べ、長女及び三男も、米国に返還されることに拒否的な意見を述べた・・・。・・・

　　(4)　大阪高等裁判所は、平成２８年１月、長男及び二男については、実施法２８条１項５号の返還拒否事由があると認めながら、米国に返還することが子の利益に資すると認めて同項ただし書の規定を適用すべきものとし、長女及び三男については、その意見を考慮することが適当な程度の成熟度に達していないこと等を理由に同項５号の返還拒否事由は認められず、返還により子を耐え難い状況に置くこととなる重大な危険があるとはいえないから同項４号の返還拒否事由も認められないなどとして、本件子らをいずれも米国に返還するよう命ずる決定（以下「変更前決定」という。）をした。変更前決定は、同月、確定した。

　　(5)　抗告人は、平成２８年２月に相手方及び本件子らと居住していた米国の自宅が競売されたため、同年８月頃、自宅を明け渡し、知人宅の一室を借りて住むようになった。

　　(6)　抗告人は、変更前決定に基づき、本件子らの返還の代替執行を申し立てた。執行官は、・・・上記代替執行については、執行を続けると長男及び二男の心身に有害な影響を及ぼすおそれがあることなどから、その目的を達することができないものとして、執行不能により終了させた・・・。

　２　本件は、相手方が、変更前決定が確定した後の事情の変更によりこれを維持することが不当になったと主張して、実施法１１７条１項に基づき、変更前決定を変更し、本件申立てを却下するよう求める事案である。

　３　上記の経緯によれば、抗告人は、・・・変更前決定の確定後、居住していた自宅を明け渡し、それ以降、本件子らのために安定した住居を確保することができなくなった結果、本件子らが米国に返還された場合の抗告人による監護養育態勢が看過し得ない程度に悪化したという事情の変更が生じたというべきである。そうすると、米国に返還されることを一貫して拒絶している長男及び二男について、実施法２８条１項５号の返還拒否事由が認められるにもかかわらず米国に返還することは、もはや子の利益に資するものとは認められないから、同項ただし書の規定により返還を命ずることはできない。また、長女及び三男については、両名のみを米国に返還すると密接な関係にある兄弟姉妹である本件子らを日本と米国とに分離する結果を生ずることなど本件に現れた一切の事情を考慮すれば、米国に返還することによって子を耐え難い状況に置くこととなる重大な危険があるというべきであるから、同項４号の返還拒否事由があると認めるのが相当である。

　したがって、変更前決定は、その確定後の事情の変更によってこれを維持することが不当となるに至ったと認めるべきであるから、実施法１１７条１項の規定によりこれを変更し、本件申立てを却下するのが相当である。」

参考) 117条１項　子の返還を命ずる終局決定をした裁判所・・・は、子の返還を命ずる終局決定が確定した後に、事情の変更によりその決定を維持することを不当と認めるに至ったときは、当事者の申立てにより、その決定・・・を変更することができる。・・・

#### 監護に関する裁判との関係

28条（子の返還拒否事由等）３項

　裁判所は、日本国において子の監護に関する裁判があったこと又は外国においてされた子の監護に関する裁判が日本国で効力を有する可能性があることのみを理由として、子の返還の申立てを却下する裁判をしてはならない。ただし、これらの子の監護に関する裁判の理由を子の返還の申立てについての裁判において考慮することを妨げない。

152条　親権者の指定若しくは変更又は子の監護に関する処分についての審判事件・・・が係属している場合において、当該審判事件が係属している裁判所に対し、当該審判事件に係る子について不法な連れ去り又は不法な留置と主張される連れ去り又は留置があったことが外務大臣又は当該子についての子の返還申立事件が係属する裁判所から通知されたときは、当該審判事件が係属している裁判所は、当該審判事件について裁判をしてはならない。ただし、子の返還の申立てが相当の期間内にされないとき、又は子の返還の申立てを却下する裁判が確定したときは、この限りでない。

# 日本から外国に連れ去られた子の返還請求

基本的に、子が所在する国の法によることになる。

 その国の裁判で、子の引渡し命令を得る。

日本で子の引渡し命令を得て(審判申立時において、いまだ日本に子の「住所」があると評価される場合に国際裁判管轄が認められる(家事事件手続法3条の8))、その国で日本の裁判の執行を請求する。

子が所在する国がハーグ条約の締約国である場合には、条約実施法にもとづき、日本の中央当局=外務大臣に返還の援助を求めることができる。

11条 　日本国以外の条約締約国への連れ去りをされ、又は日本国以外の条約締約国において留置をされている子であって、その常居所地国が日本国であるものについて、日本国の法令に基づき監護の権利を有する者は、当該連れ去り又は留置によって当該監護の権利が侵害されていると思料する場合には、日本国への子の返還を実現するための援助（以下「日本国返還援助」という。）を外務大臣に申請することができる。

返還援助申請に係る書類の写しの条約締約国の中央当局への送付

子の社会的背景に関する情報の条約締約国の中央当局への提供

条約実施法の中で、子の返還に関する事件の手続について定める部分は、子が外国から日本に連れ去られた場合にのみ適用がある。