

子の監護・引渡をめぐる紛争の法的解決の今日的課題 (その8) —ハーグ子の奪取条約への態度決定—

渡辺 義弘

目次

- I はじめに
- II 欧米先進国からの締結要求
- III 条約の構造
- IV 国内法則との軋轢
- V 日弁連意見書の問題点
- VI 締結問題への態度決定
- VII 結語

I はじめに

ハーグ国際私法会議において1980年10月に採択された「国際的な子の奪取の民事面に関する条約」⁽¹⁾(以下、子の奪取条約という)の締結問題が、今急速に、わが国に浮上している。本稿執筆時の2011年5月10日、松本剛明外相は記者会見において、「ルールが定められている時に、日本が乗らなくていいかといえば、私は最終的には乗るべきだろうと思って検討してきた」と意欲を示した。一方で、同外相はその会見で、「条約締結を決断するかしないか、というステップに入るが、今はまだその手前だと思う」と指摘し、元夫の家庭内暴力を理由に妻(元妻)が子を連れて帰国したケースを念頭に、国内法の整備を急ぐ考えを示した⁽²⁾と報道されている。

条約の締結は、中長期的には、わが国における離婚後の共同親権法制、面会交流法制の強化の流れを加速する。そして、当面は、子の監護、引渡をめぐる国際紛争のみならず国内紛争にも共通に適用される家族関係手続法制の整備と連動する。そして、条約の適用範囲に対し、どのような特別扱いが合理的かの議論を生むであろう。

本稿の目的は、子の奪取条約締結の態度決

定はいかにあるべきかを筆者なりに論ずるものである。

II 欧米先進国からの締結要求

1. 情勢の特徴

夫婦関係破綻後の子の連れ去り問題が欧米諸国から日本への非難を集めている。2組に1組が離婚するといわれているアメリカのみならず、カナダ、フランス、イギリスで活動する子を連れ去られた父親からなる団体は、「日本政府は何もしてくれない」「外国人の父親の権利は保護してくれない」「娘に一目会うこともできないというのはおかしい」との批判とともに、子の奪取条約締結を求めている⁽³⁾。ビジネスローヤーとして国際法務を経験するわが国の法科大学院教授であるコリンP・A・ジョーンズ氏(以下、ジョーンズ教授と略称)の近著は、『「拉致大国」ニッポン』のフレーズで、日本の家事司法に対する鋭い問題提起をしている⁽⁴⁾。

2009年10月・2010年1月の2回にわたり、東京駐在のアメリカ、カナダ、フランス、イギリス、スペイン、イタリア、オーストラリア、ニュージーランド大使らは共同して、1回目は千葉法相(当時)、2回目は岡田外相

(当時)に対し、子の奪取条約の早期締結を求めた。アメリカの連邦議会下院は、2009年3月、子の奪取条約非締結国全体を対象としてその締結を求める決議をなした⁽⁵⁾。加えて同下院は昨年9月、日本を名指して非難し、日本に対し子の奪取条約の早期締結を求める議決を、ほぼ全員一致で可決した。同議決には、サンフランシスコ条約締結後、日本は「連れ去られた子どもを合衆国に帰すための法的決定を発し、執行した事例は一件もないことに鑑み……」との文章を含む⁽⁶⁾。フランス上院も本年1月、その早期批准を促す決議をした。クリントン国務長官は、同月の前原外相(当時)との会談で、条約への早期加盟を求めた。前原氏も「真剣に検討していきたい」と応じた旨が伝えられている⁽⁷⁾。菅政権は、日米関係を悪化させないためにも条約への加盟は避けられないと判断し、外務、法務、厚生労働、文部科学など関係省庁の副大臣級会議を設けることとした。この報道は政府の思惑が「米軍普天間飛行場移設問題などで揺れた日米関係の立直しの一助」にあるとも伝えている(本年1月10日付報道⁽⁸⁾)。そして、同会議が設置された(本年2月3日付報道⁽⁹⁾)。その後、3.11東日本大震災により政府の予定に影響が生じたとはいえ、大局的な方向で、子の奪取条約に対するわが国の対応が、風雲急を告げている情勢にある。

2. ハーグ国際私法会議の動向

周知のようにハーグ国際私法会議は、欧州における国際私法の統一運動の端緒として1893年に発足した。オランダ政府の提議による⁽¹⁰⁾。日本は欧州外の国としてはじめて、1904年(明治37年)、第4回の同会議に出席しメンバー国となった。しかし、わが国は、特に重要性の高い子の保護に関する諸条約を批准していないため、同会議ではあまり存在感のない現状にある⁽¹¹⁾。

一方、欧州統合の動きは1993年11月、マー

ストリヒト条約を発効させ、EUの立法機関により成立した規則は、すべての加盟国とその企業・個人に拘束力を持ち直接適用されることとなった⁽¹²⁾。次いで、1999年5月のアムステルダム条約の発効は、EC(欧州共同体)域内での民事司法協力に関する規則制定を可能とし、国際私法に関する規則が次々に成立するに致った。その対象は、民事手続の領域にはじまり準拠法決定ルールにも広がりつつある。欧州内部での国際私法ルールの統一を従来の主たる役割としてきたハーグ国際私法会議は、その存在意義を問われかねない現状にあるとの認識も生まれている⁽¹³⁾。しかるに、同会議において1980年10月25日に採択され、1983年12月1日発効した子の奪取条約は、2011年現在、84か国が加盟し、最も成功している。同会議常設事務局が条約の運用状況に関するモニタリング活動に力を入れるのも、むべなるかなというべきである。しかし、欧米とは歴史的、文化的・宗教的背景が異なる国々の現状やニーズを、同事務局が十分認識しているとは言い難い⁽¹⁴⁾。このたびの問題の焦点はここにもあると考える。

III 条約の構造⁽¹⁵⁾

1. 条約の目的

夫婦関係が破綻した場合の子の奪い合いは、国境を越えても発生する。人間の本能ともいふべきものであろう。夫婦又は元夫婦の一方が、他方の反対にもかかわらず、子を他国に連れ去る事態が生ずる。子の奪取条約を想定しなければ、この事態の解決には次の問題への対応が必要となる⁽¹⁶⁾。

第1は、国際裁判管轄をめぐる問題が生ずる。一般には子の所在地又は住所地が決め手となることが多いが、連れ去られた親の側からは、距離的にかかなりの難問を生ずる。

第2は、連れ去られる前の国で、既に子の監護に関する裁判が下されている場合があ

る。この裁判を子の現在地の裁判所等で承認・執行を要する課題が登場する。連れ去り後の時間の経過、環境の変化が、承認執行の訴訟で争われる。

第3は、子の現在地の裁判所で争われる争訟に、いずれの国の法を適用するかという準拠法決定の問題が生ずる。とりわけ子の監護権者の指定変更をめぐる手続では、準拠法の争いも生ずる。

これらの難問を取り除き、迅速に子を元の国に返還する制度を導入し、実力による子の奪取の被害を防ぐことが子の奪取条約の目的である。

いずれかの締結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の確保を目的とすることを条約1条 a 号は定めている。この場合の「不法」とは、監護権の侵害を意味し、共同監護権者の一方が他方の同意なく締結国へ子を連れ出し、又は面会交流の期間を過ぎても、子を締結国に留置して常居所地国に戻さない場合も含む⁽¹⁷⁾。

2. 本案の判断との切断⁽¹⁸⁾

子の奪取条約に定める返還命令の申立てを受けた司法機関又は行政機関（裁判所の場合が多いので以下、裁判所と略称）は、最終的に監護権を誰が持つべきかの本案の判断は考慮しない。すなわち本案の決定をしない義務を負う（16条）。たとえ、申立を受けた国の別個の手続によって子の監護権につき既に裁判がなされていたとしても、そのことだけを理由に、申立を受けた裁判所は子の返還を拒否できない（17条）。一方、条約に基づき、上記の申立を受けた裁判所がなした子の返還に関する裁判は、監護権をめぐる本案の判断に影響を及ぼさない（19条）。

3. 中央当局の設置⁽¹⁹⁾

条約の締結国は、それぞれ「中央当局」を指定する（6条）。例えば、法務省、外務省

などが中央当局となる。法務省に相当する官署を設定する国が圧倒的に多い⁽²⁰⁾。子の不法な連れ去りなどの被侵害者は、元の常居所地国、子の現在国等の締結国のいずれの中央当局に対しても返還確保の援助の申立てができる（8条）。申立てを受けた中央当局は (a)子の所在発見、(b)子に対する危害防止等の措置、(c)子の任意返還等の解決促進、(d)情報交換、(e)自国法に対する情報提供、(f)裁判手続等の開始の促進、等々の援助活動を行う（7条）。なお、被侵害者は、中央当局を利用せず、直接、条約に基づく裁判手続等の申立てができる（29条）。

4. 迅速な返還命令の原則⁽²¹⁾

条約に基づき返還命令の申立てを受けた子の現在国の裁判所は、子の連れ去り、拘束から1年を経過していない時は即時に、1年を経過している時も、返還命令を発しなればならない義務を負う（12条）。制度の目的からみて、この原則の例外は、条約の規定上も限られ、その例外事由は極めて狭く解するという事で締結国間の理解は一致している⁽²²⁾。

5. 例外としての返還拒否理由

上記の例外理由は次のとおりである。① 連れ去り・留置から1年を経過して上記返還命令の申立てがなされたとき、子が新たな環境になじんでいることを拘束者側が証明した場合（12条2項）。② 連れ去り・留置時に監護権者が現に監護権を行使していなかった、または連れ去り等を事前又は事後に承諾した場合（13条1項 a 号）。③ 子の返還がその子を肉体的精神的な危機にさらし、またはその子を耐え難い状況に置くことになる重大な危険がある場合（13条1項 b 号）。④ 子が返還を拒み、かつその意見を考慮に入れるのが適当な年齢と能力に子が達していると裁判所が認めた場合（13条2項）。⑤ その子の返還が申立てを受けた国の人権や基本的

自由の保護に関する基本原則によって許されない場合 (20条)。

もし、これらの事由に制限的解釈を行わなければ、審理は実体問題を判断する本案審理と何ら変わらなくなる。つまり、本案と切斷する条約の実効性が破壊される。したがって、実績においても、例外事由の適用は厳しい⁽²³⁾。

6. 面会交流⁽²⁴⁾

子の現在国において面会交流を行おうとする監護権被侵害者に対し、締結国の中央当局は助力し、障害を除去する措置をとり、権利行使の手續開始の援助ができる (21条)。

IV 国内法制との軋轢

1. わが国で形成された家族文化との摩擦

国民の文化意識は、歴史的・経済的諸条件によって成立する。わが国では、西欧的個人主義が確立せず、住宅事情一つとっても、離婚後の元夫婦の新たな家庭を、子どもが、単に共同監護権理論により、行き来して生活する普遍性はない。夫婦関係破綻の原因は、配偶者の不貞、ギャンブル、酒乱や暴力、経済生活の乱れ、性格や考え方の不一致などにより、憎悪と心理的葛藤によって生ずることが多い。わが国の国内離婚紛争事案では、妻が夫の同意を得ず子連れで実家に別居するなどは数限りなくある。法律実務家が取扱う日常茶飯の事案である。このような場合に、妻に刑事制裁を加え、子の連れ去り自体を違法とし、民事的原状回復の対象とする文化は、まだ形成されていない⁽²⁵⁾。わが国が「子の拉致大国」と非難される由縁は、国際結婚により西欧諸国を常居所地としている日本人妻が結婚生活が破綻し、夫の承諾を得ることなく子連れで日本に帰国する例⁽²⁶⁾が、後を絶たないからである。最近の新聞報道は、「外務省によれば、外国政府が日本政府に対して子ど

もの連れ去りを訴えたのは、今年1月現在で米国が100件、英国38件、カナダ37件、フランスが30件にのぼっている⁽²⁷⁾と伝えている。この中には、夫からDVを受けて疲れ果て、又は言語や制度の理解が不十分であったり、多額の弁護士費用の負担に力尽き⁽²⁸⁾、故国に戻った母子も含まれていると考えられる。日本人女性の国際結婚が破綻する多くの場合が、その内容にはかなりの段階 (物理的から精神的まで) があるものの、DVがからんでいるといわれる。無断の子の連れ去りが犯罪になることを承知しつつ帰国する場合もあろう。刑事訴追を恐れ元の常居所国に戻れない日本人妻もあろう。岡野正敬氏 (外務省国際法局国際法課長) の子の奪取条約についての論文は、条約の課題を客観的に偏らない見地で紹介しているが、岡野氏自身が「接した事例の中には、明らかに家庭内暴力の被害者であり、命からがら帰国した事例があり、それらの数はかなりあると思われる」と述べている (一方、同氏は、「一方においてどちらが悪いのか判断がつかかねる事例も多いと思われる」とも述べる⁽²⁹⁾)。同氏の上記「思い」の記述は評価である。しかし、同氏の体験の事実とそれに基づく感想には一定の説得力がある。

国内の家事紛争で日常的に容認される文化が一方にある。これとは異なり、国境を越える場合を、国際結婚ゆえの本人の自己責任に帰してよいのか。これを特別扱いすることが、現在の日本の国民意識に受け入れられるか。西欧諸国との家族文化の摩擦が、今まさに問われている。

2. 条約締結後の国際的批判への対応

子の奪取条約による本案の裁判の制限は、わが国の法体系から見ると全く異質である⁽³⁰⁾。もしわが国が条約を締結した場合、その制度は「木に竹を接ぐような事態」⁽³¹⁾にならないか。ハーグ国際私法会議常設事務局の要職者

は日本のマスコミの取材に応じて次のように説く。「加盟国は返還申立てを受け付ける中央当局を決め、申立てがあれば子の所在を確認し、返還手続を促進する義務がある。だが、その手法は各国の法や制度に合った形で決めればいい。その点、条約は各国が柔軟に対応できるようにしている。加盟するために、日本が民法や単独親権制度を変える必要はない」⁽³²⁾と。

しかし、ジョーンズ教授は、その状況で日本が子の奪取条約を締結したとしても、「裁判所だけでは子どもの引き渡しをほとんど実現できない現行の制度では、日本は引き続き拉致大国であり続ける可能性がある」と批判する。そして、同教授は、アメリカ国務省によって毎年公開される「ハーグ条約不遵守国家」のリストにドイツがかつてたびたび登場した理由を、同国の民事裁判制度にあったことを指摘している⁽³³⁾。連邦議会に提出された2009年のハーグ条約遵守に関する報告書は、ホンジュラスを「不遵守国」、ブラジル、チリ、ギリシャ、メキシコ、スロバキア、スイス、ベネズエラを「不遵守の傾向を見せる国」として、批判している⁽³⁴⁾。条約加盟後、日本政府が実際に返還命令を実施できないことになれば、当然、この報告書での非難の対象となるであろう。要は、条約に加入するか否かが問題なのではない。一旦、条約を締結した以上、条約上の義務を履行できるか否かこそが問われている。そのために、日本で積み上げてきた法制を変えることができるのかどうか。これが簡単に進むとは思えない。そうであれば、条約加入を梃子として法制の変革に進むべきか。逆に、法制の変革を先行させたうえで、条約加入に望むべきか。それとも、条約加入の流れにあくまで抵抗すべきか。対応は複雑である。

3. 人身保護法適用上の問題

わが国の法制上、共同親権者である別居夫

婦間の子の引渡しをめぐる事案に対する人身保護法の適用について、既に判例上の取扱いが定着してしまった。最三小判平成5年10月19日民集47巻8号5099頁以来の一連の最高裁判例は、虐待・親権濫用類型、審判等違反類型以外は、顕著な違法性なしとして同法の適用を否定した。そして、これらの類型以外の、一方配偶者による、他方配偶者の同意を得ない程度の子の連れ去りについては、家庭裁判所の「表芸」ともいふべき、家事審判法による審判前の保全処分によるべしとする同判決の可部補足意見を実務は踏襲している。そして審判前の保全処分は、子の引渡し保全処分の終局性の要請から、疎明とはいえず、本案の審判手続における結論を一応見極められるまで実質的審理を行い、保全処分と本案審判とで、その判断基準は基本的に異ならない⁽³⁵⁾。その基準は、様々な実質的ファクターを比較する「比較基準」が原則となるべきである⁽³⁶⁾。一方、自らの単独親権ないし単独監護権の侵害を理由に非監護権者に対し子の引渡しを求める事案についての人身保護請求は、最三小判平成6年11月8日民集48巻7号1337頁により「明白基準」を用い、原則認容されることになった。この取扱いは、他国が被奪取親を単独親権者と指定している場合につき、わが国の子の奪取条約締結により、機能を発揮すると考える⁽³⁷⁾。しかし、離婚前、離婚後ともに共同親権制度をとる西欧諸国において共同親権状態のまま一般的に行われる子の連れ去りについて、人身保護法が機能を発揮するとは思えない。国内事案と差別する特別扱いを、解釈や立法によってもち込むのはかたはらない。そうなると、今までの判例と運用は、それでよいのかについて軋轢が必至となる。

4. 裁判機能を担当する条約上の「司法機関」

人身保護法の活用の限度では、子の奪取条約の想定する「司法機関」は、地方裁判所又

は高等裁判所となる(同法4条)。しかし、条約による「司法機関」として既存の家庭裁判所の審判前の保全処分制度(家審法15条の3、家審規則52条の2)を、そのまま活用することには無理がある。同制度は、上記のとおり、実質的ファクターの比較を用いる本案同様の実質審理を想定している。また、子の奪取条約が新たな実体権を創設するものなのか否かの議論も避けて通ることはできない⁽³⁸⁾。以上の意味では、前記常設事務局要職者の日本のマスコミの取材に対するレクチャーは、安易な締結勧誘といえる。条約に基づく新たな子の返還請求等の実体権が生ずるとすれば、条約の国内実施法において、条約11条1項の「司法機関」を、例えば「家庭裁判所」と定め、人事訴訟の一種として手続規定を制定する問題が浮上する。さらに具体的実体権を形成する非訟事件手続を想定するなら、同じく「司法機関」に定められた家庭裁判所の、特殊の審判手続を創設する法律や特別家事審判規則の制定⁽³⁹⁾が必要となるであろう。その場合にも、条約13条その他の定める返還否定事由の審理についての制度設計において、家庭裁判所の「表芸」とされている国内紛争手続との整合性をめぐる様々な論議が生ずる。

5. 子の所在発見システムの確立

子の所在発見システムが確立していなければ、子の奪取条約締結後のわが国の義務は履行できない。現行刑法で略取・誘拐と評価されるような子の連れ去り行為(刑法3条の属人主義)であれば問題ない⁽⁴⁰⁾。刑事捜査権の発動が可能である。それでは、このように評価されない程度の条約13条1項a号該当行為を、国境を越えてなされたという特殊性ゆえに、刑事犯罪とする立法をすべきか。仮にこのような立法をしないとすれば、条約による中央当局の所在調査にどのように強制権を与えるのか。出井直樹弁護士が紹介する実

態⁽⁴¹⁾は次のとおりである。カナダのブリテッシュ・コロンビア州では、子の奪取条約締に基づく返還手続が申し立てられた場合には、家族関係法に基づき司法省が、運転免許証、健康保険証等の情報のほか電気水道ガス等の供給会社の顧客情報にもアクセスできる。ドイツでも司法当局が、警察その他政府機関の情報にアクセスできる。アメリカでは中央当局が子と連れ去り親の情報を含む可能性のある記録にアクセスでき、警察によりクレジットカードや電話番号情報にもアクセスできるとのことである。わが国の現状では、国内事案なら、略取誘拐事犯でもない限り、警察の困りごと相談による対応の程度で、そもそも問題にもされない。国内事案とのバランスからみて、このような立法が可能といえるのか法制上かなりの抵抗が生まれるであろう。

6. 設置すべき「中央当局」

「中央当局」を外務省にすべきか、法務省にすべきか、どちらが合理的か一概にはいえない。その検討も「役所」の立場と、市民の便宜との相関の議論が生ずる。「民事訴訟手続に関する条約等の実施に伴う民事訴訟手続の特例等に関する法律」第2条は、条約における「当局」としての任にあたるのは外務大臣であると定めている。そうであれば、外務省が「中央当局」の役割を果たすことになりそうである⁽⁴²⁾。しかし、国内における子の所在の強力な調査を含むかなり現業的かつ複雑な仕事を外務省が出来るのか、外務大臣の委嘱により法務大臣がスムーズに行なえるのか、の問題がある。ちなみに、条約加盟国に対する1997年6月30日現在の調査では、中央当局としての指定機関は、司法系が過半数を占めており(内訳 司法系29か国・社会福祉系9か国・外務系6か国)、2006年の条約加盟国数82か国の時代でも、約半数が法務系である⁽⁴³⁾。この任務を支える人材をどのように養成するのかの問題も生ずる。2006年時点

での一般論として、各国の中央当局については、残念ながら「迅速なあるいは効率的な対応が十分行われていない」⁽⁴⁴⁾との懸念が示されている。

7. 履行確保制度の問題

(1) 人身保護法による履行確保

人身保護法による保護命令の適用がある限り、国内事案と全く等しく拘束者を勾引勾留（同法18条）したり、子の移動、隠匿、救済妨害に対し2年以下の懲役などの刑事罰（性格は法廷侮辱罪）を課すことが可能となる（同法26条）。それ以前に、既述のとおり国内事案と区別した特別扱いを、同法の適用に対し認めるか否かの軋轢が先行する。

(2) 法廷侮辱罪その他の制度設計の可否

子の奪取条約に基づく返還申立手続に特別人事訴訟、又は特別家事審判手続が立法により新設されるとすれば、返還命令違反に対し、刑事罰を課する法廷侮辱罪を設けるか否かの問題が生ずる。出井弁護士の説明⁽⁴⁵⁾によれば、アメリカでもカナダでも、命令の執行は法廷侮辱罪により担保されている。そのほか締結国では、発令自体にその違反に対する刑事的制裁が伴っているもの、権限ある者による執行目的での立ち入り、捜索及び子どもの確保の措置などが用意されていることがあるという⁽⁴⁶⁾。ちなみに、一般的に、子の奪取紛争についてのアメリカの制度の対応は、法廷侮辱罪以外にも多彩である。イリノイ州では、裁判所が監護命令の執行を命じ、子を連れ戻す親を補佐するため、シェリフまたは法執行官（警察官）を任命できる。テキサス州では、家族法に独自に人身保護手続を置き、通常人身保護令状には身柄確保令状も添えられており、人身保護命令は、裁判所侮辱により補完される。カリフォルニア州では1976年から子どもの監護命令の執行に、検察官が民事、刑事のあらゆる手段を用いて行動することを家族法で規定している。また、す

べての州で親による子の奪取自体が刑法上の罪に問われる⁽⁴⁷⁾。相手国において以上の強力な制度を具えているにもかかわらず、条約締結後、わが国が、これらの国からの批判を受けない同様の制度を確立することは、かなりの難題であろう。

(3) 民事執行法による執行

現行民事執行法においても、動産執行に準じて、ようやく子の引渡の直接強制が可能な体制が出来つつある。しかし、このような直接強制といえども、意思能力の乏しい年少者の子ならびに拘束親の抵抗の少ない事案でしか実効性がない⁽⁴⁸⁾。子の奪取条約に基づく返還命令の対象は、16才未満の子である（条約4条）。はるばる海を渡り、日本まで苦勞して到達した拘束親や、ある程度事態を理解している対象子が、そうやすやす動産執行に準じた直接強制に従うとは思えない。条約を締結する場合は上記(2)に述べた新たな制度設計に向かわざるをえなくなるであろう。

V 日弁連意見書の問題点

1. 意見書の要旨

日弁連は、本年2月17日、18日の第11回理事会において白熱した議論のうえ「『国際的な子の奪取の民事面に関する条約』（ハーグ条約）の締結に際し、とるべき措置に関する意見書」（以下、意見書という）をとりまとめた⁽⁴⁹⁾。

意見書の主文である「意見の趣旨」は、子の奪取条約については「多様な議論がある」ことを肯定し、締結する場合には以下の措置を十分講ずることを求めるものであり、条約の締結自体の当否には言及していない。

意見書の求める措置を以下列挙する。

①国内担保法（以下、担保法という）の制定
担保法は、子どもの権利条約に定める「子どもの最善の利益」にかなうよう適切に子の奪取条約を実施・運用することを確保するた

めのものである。

そして、担保法には、次のとおりの制度等を設け、又は整備等を行うこと。

- i 児童虐待やDVの認められる事案、返還命令に従って常居所地国に帰った親が同国において刑事訴追を受ける事案について、返還命令を発しない、あるいは命令を執行しないことが可能な制度。
- ii 返還の審理に際して子の意見が適切に聴取されかつ尊重されるような制度。
- iii 中央当局・返還についての司法機関の審理・審理手続・証拠方法・返還命令の執行・上訴に関する規定等の整備。
- iv 条約の遡及的適用のない確認規定、国内における子の連れ去り等や面会交流事件に適用されないことの、担保法上の明確化と周知。
- v 条約、担保法施行まで3年間の周知・準備期間の設定。

②条約締結と同時に国連自由権規約ならびに女性差別撤廃条約の各個人通報制度を定める選択議定書を批准すること。

③条約締結国を中心とする在外邦人への関連法知識・法律扶助や弁護士などの情報の提供を、在外領事館を通じて援助すること。

④中央当局職員、裁判官、弁護士など関係者に対する国際人権法の研修をすることの検討をすること。

⑤親が任意に子を返還し子と共に常居所国に戻った場合、連れ去り等に対する刑事罰を定める常居所地の締結国に対し、刑事訴追をしないことの要請、対話、交渉の実施をすること。

2. 意見書が内包する矛盾

意見書は背景をなす外圧の強化、今にも実施を強行しようとする現政権の動きに対し、今の時期に採択されざるをえなかった。このことは、意見書案作成の中心となった日弁連ワーキンググループ(WG)の副座長が上記

理事会において、「担保法の議論、担保法の骨子案づくりがかなり急ピッチで進んでいる」と言い、担当の日弁連副会長が「動いているところでわれわれは意見を言いたいのだ」と、意見書の意図を述べていることから明らかである。意見書の「意見の理由」中では、「条約の構造にかかるものについては」「担保法の設定等の措置で全ての懸念を払拭できるものではないと考えられる」と言及している。しかし、上記の「意見の趣旨」は、「条約の締結の是非については一切中立のまま」(副座長の言)、「運用の懸念に対するため国内担保法上の措置を行うこと、そういう対応策、環境整備について意見を述べる」(副会長の言)というスタンスにより、理事会での採択を得たものである。日弁連内部の両性の平等に関する委員会をはじめ、全国の単位会内部に条約締結についての反対意見があることは、地方会所属の理事の提案により、「意見の趣旨」の文中に入れられた「多様な議論があるが」という一句の中に込められたと言ってよい。

WGで活躍している大谷美紀子弁護士は、子の奪取条約に対する情報に通じ、2009年11月20日付朝日新聞紙上で「日本も早急にハーグ条約を批准し、他国の実践と経験に学びながら国内法の整備を進めるべきだ」とする意見を社会的に発表している⁽⁵⁰⁾とおおり、そのスタンスは一貫している。日弁連の家事法制委員会、民事裁判手続に関する委員会は、条約締結に対し積極賛成論を提出し、両性の平等に関する委員会が条約締結に反対論を提出している。まさに会内に存在する相対立する理念を、やや不正確な言い方をすれば、条件付賛成論(「締結する場合は」)をベースとして、担保法の内容に込めたのが意見書の性格であると筆者は考える。したがって意見書は重大な矛盾をかかえている。なぜなら、子の奪取条約の最大の構造上のねらいは、本案についての実質審理を、返還命令の審理から切

断するところにある。

横山潤教授は次のとおり⁽⁵¹⁾的確にこの点を指摘する。「裁判所が念頭においている『子の最善の利益』は多くの場合、自国の文化を背景」とする。それは、「返還によって生ずる自国文化の喪失を懸念しても、奪取の前に住んでいた外国の文化を子が喪失することには十分な配慮を与えないかもしれない。」「本国の裁判所には、意識的か否かはともかくとして奪取者に home sweet home を提供する傾向が見られる。自国への奪取か、自国からの奪取かによって、『子の最善の利益』に異なった内容が与えられる。その意味では、どこの裁判所も程度の差こそあれ、〈国際的〉ではないと言ってよい。」子の奪取条約の下においては、「子を奪われた親の監護権は常居所国法の認めるものであって、現実に行使されていないなければならない。」「そうすることによって、当該国の社会生活に子が馴染む前に返還が行われ、返還の局面において『子の最善の利益』に個々の締結国の文化を背景とした評価が与えられるということもなくなる。他方で、監護者とされている者がはたして監護者として適切なのか、いかなる内容の監護権を付与するのが望ましいのか。こういった実体に関する判断を本条約は取り扱わない。」横山教授の以上の指摘は条約の核心をつくものである。この点に条約の特色とその成功の原因がある。そのため、条約13条1項b号も制限的な解釈が行われる。返還された子が危険にさらされるといった主張に基づいて実体に関する調査を裁判所が行うと監護権の実体に関する判断と異ならないことになってしまう。ちなみにスコットランドや英米法系の諸国の裁判所は厳格にこの規定を運用しているといわれる⁽⁵²⁾。

一方、意見書の最大ともいえる要求は、「児童虐待やDVの認められる事案」については「返還を命じない」、そして返還命令が出された場合は「執行しない」ことの可能な法制度

を担保法に設けよというものである。条約締結国の担当者の方として「家庭内暴力の拒否は奪取者の常套手段である」という見地がある⁽⁵³⁾とあり、児童虐待やDVの有無は返還手続において争いになる可能性はかなり高い。国内の家事紛争においてDVの有無について事実認定上の争いが多いのと同様である。常居所国を離れた日本の裁判所で行われる条約に基づく返還手続において、DVの有無・状況の実体審理をめぐる必死の攻防戦が展開されることを意味する。これは、後記のとおり加盟国全体の返還申立総数のうち条約13条1項b号（子の危険等）を理由とする却下の割合が全体の2%台であることが物語る締結国間の条約の理解に正面から対決（歯止め）を要求するものである。

意見書のもう一つの最大ともいえる要求は、条約に基づき「返還を命じた場合に子とともに常居所地に帰った親が同国において刑事訴追を受けることとなるような事案」については「返還を命じない」、そして返還命令が出された場合は「執行しない」ことの可能な法制度を担保法に設けよというものである。当然、「返還を命じない」ためには、条約13条1項b号の「耐え難い状況」の実体審理が深刻に要求される。これもまた、自主的判断と必要性に基づき刑事立法を具えている先進諸国の条約の理念に、DV事案と同様に正面对決（歯止め）を要求するものである。

意見書は、その意見の理由中で、「監護権の本案の審理に立ち入らないというのが」「条約の基本的枠組であるという理解を変更するものではない」と注記しつつ、事実上、実質審理による抵抗を可能とする事態を担保法によって意図するものと解さざるをえない。そうでないとなれば、意見書を採択した理事会で再三、論議的となり、提案者も、「対応策、環境整備」などの対応が必要であるとした「懸念」などというものは、大したことはない軽いものとなり、日弁連は、深刻

に心配する一方の世論にリップサービスし、あわせて日弁連の会内の反対派に一抹の安心感を与える担保法を、提案したことになってしまう。

したがって、筆者の見解によれば、意見書は、本来の条約の意義を認め、その加入を推進することに賛成するWGの主流と、その推進に反対および懸念を示す両性の平等委員会などを代表とする潮流との妥協の産物であるゆえに、まさに大きな矛盾を内包していると考える。しかし、このような妥協も大局的に見れば、弁護士の本能ともいえるべき実践的見地に立って、現実には、政権による独断的推進をチェックする機能を発揮するものと予測する。

3. 政府に対する牽制

いかにアメリカの連邦議会下院の決議や国務長官の政府に対する要求があろうとも、子の奪取条約の締結を、もし、仮に、米軍普天間飛行場移設問題に対する日米関係⁽⁵⁴⁾の交渉の取引材料に使おうとするかのごとき政権の思惑があるとすれば論外である。子の奪取条約加盟への国際的な働きかけはかなり前からあった。しかし自民党政権時代に、党として条約加盟問題を検討した形跡はなく、党としてのレベルで検討が進んだのは民主党政権になってからであることが、意見書を審議した日弁連理事会において、説明者から答弁されている。需要の量からも、緊急性の点からみても、国内の権利擁護の要求レベルでは、国際人権条約上の個人通報制度の批准の要求の方が、子の奪取条約締結の要求よりはるかに高い。わが国は、1979年に市民的政治的権利に関する国際規約（自由権規約）1985年に女性に対するあらゆる形態の差別の撤廃に関する条約（女性差別撤廃条約）の締結国になっている。しかし、両条約に基づく権利救済制度である個人通報制度を定める各選択議定書を批准していない。そのため、条約で保

障された権利を侵害された者が、国内の裁判などの手続きを尽くしても救済されない場合に、条約上の機関に直接救済申立てができない。2010年5月、外務省は人権人道課内に個人通報制度導入準備のための人権条約履行室を設置し、専属スタッフを数人確保したことが伝えられている⁽⁵⁵⁾。意見書が、子の奪取条約を締結するならば、同時に上記各個人通報制度を受け入れ、各選択議定書を批准すべしと要求することは、その批准を実現するために重要な牽制となると考える。

VI 締結問題への態度決定

1. 中長期的視点での議論の必要性

既に述べたとおり、前記の常設事務局要職者から日本のマスコミに対し、子の奪取条約の締結は、わが国の国内親権法制には関係がないとレクチャーされている。しかし、日弁連の意見書が、担保法上の措置として、「国内における子の連れ去り等や面会交流事件には適用されないことを担保法上明確化し、かつ周知すること」を求めているのは、まさに国内法制に連動する懸念があるからである。岡野氏は、「なぜ、国境を越える子の奪取の事例について、特別の法制度を設ける必要があるのか」「なぜ、国境を越える事例については、子を連れ去られた当事者に特別の便宜を与えなければならないのか」の問いに対し次のとおりの回答を与えている。すなわち、「所在確認や慣れない法制度の下で自己の権利を実現することが極めて難しく、公権力の行使や政府間協力がなければ実質的に問題解決は難しいことにかんがみれば」、これを「特別扱いするのは合理的理由があると思われ」、また、「渉外的私法関係にのみ適用される特別の法制度を設けることは珍しいことでは」ないとする⁽⁵⁶⁾。しかし、真の問題は、わが国家族法の中長期的視点における親権・監護権法制の理念問題はいかにあるべきか、

わが国が西欧的理念の価値観に進み、又は個人をめぐる環境の変化により、これらの価値観に進まざるをえない場合のインフラの整備はどのような状態にあるかなどをめぐる、国民の不安にあると考える。破綻により生じた離婚後の未成年子に対する、元夫婦による共同親権制の実現形態、さらには非親権者による面会交流権の権利性強化についての立法作業の実現を期す準備が、研究者の自発的編成団体としての民法改正委員会の第2次家族法作業部会（内田貴氏ほか12名の研究者により構成）で行われ、2009年10月、日本私法学会のシンポジウムにおいてその成果が報告されている⁽⁵⁷⁾。離婚後の共同親権法制、破綻後の面会交流権の普遍性を常識とする欧米諸国の価値観が、日本国内の価値観に異常を感じ、まさに、これを原動力として、条約締結への外圧が生じたのである。国内の親権・監護法制の改正を期する立場に立てば、子の奪取条約締結とその国内実施法制の実現は、国内法制改正への、家族法理念を通じての大きな梃子となる。条約締結後の国際事案と国内事案との二元的価値観とそれに基づく取扱いの差別（区別）がいつまでも続くと考えの方が不自然である。一方、わが国では、世論のかなりの部分の賛意を得ている「選択的夫婦別氏制」すら実現を見ていない。この問題などは世論調査における一般社会の世論と法律家の意識（法律家の世論）とが圧倒的にギャップを残している典型である。大村敦志教授は、国民意識の「反映論」に立つか、「先導論」に立つかの選択について、問題提起する。同教授は、家族法改革にあたって、国民意識より先に進むとしても、一般論のレベルでは、さまざまな考え方を抑圧しない多元的な立法姿勢をとることが唯一の方向であろうとの結論を述べる⁽⁵⁸⁾。子の奪取条約締結に関しては、在野の法律家の中にすら、日弁連の意見書主文（意見の趣旨）に明記されているとおり「多様な議論がある」。このこと自

体が親権・監護権法制のあり方に対する国民の一般世論の反映である。ちなみに筆者はジョーンズ教授が鋭く指摘する次の見解に共感を覚える。同教授は「親が自分の子供について権利を主張することは、正常で当然のことであり、……役所が親に対してやたらに『子どもの権利だ、子どもの権利だ』『親の義務だ、親の義務だ』と主張するより異常とは思われない。……親が主張する『親の権利』と言っても、それは子どもの権利が混合している場合が多い。……親を子どもの分まで権利主張する第一人者として扱うのがごく自然である。……目の前で子どもの権利や福祉についていくら役所が親に説いても、5年後、10年後、子どもが大人になった後まで考えるのは親ぐらいであろう。」⁽⁵⁹⁾と説く。ジョーンズ教授は、海外で日本を「拉致大国」と批判するが、その主たる原因を子の奪取条約の日本の未締結に求める考え方は間違いであると述べる。同教授は、本当の問題は別のところにあり、条約を締結しても、その批判は引き続くし、意味のある締結を目指すならば「国内法・裁判手続はかなり基礎的なレベルまで整備が必要になるはずだ」と指摘する⁽⁶⁰⁾。そのこと自体は正鵠を射ている。一方、欧米型の国民の住宅や生活環境、教育環境のインフラがどれだけ国民一般の家庭生活の中で確保されているのか、その見通しいかんの実態把握と評価がなされなければならない。筆者は条約締結自体の問題に先行して、中長期的視点に立った理念とインフラの議論が不可欠と考える。

2. 条約締結による利害得失の検討

子の奪取条約締結は、大局的に見て、それが日本にとって利益になるかどうかで判断すべきことは当然である。この観点から各種のファクターの検討が必要である。

(1) 日本人の国際結婚・離婚のパターン

岡野氏は、厚生労働省の2008年を対象とす

る人口動態調査の数値に基づき、国際結婚・離婚の国籍パターンを次のとおり紹介し、論評している⁽⁶¹⁾。

① 外国におけるパターン

i. 外国人男性と日本人女性の婚姻パターン数 (8,686) の内訳順位は、アメリカ = 日本 (2,394)、中国 = 日本 (866)、韓国・朝鮮 = 日本 (703)、イギリス = 日本 (555)、の順となる。

ii. 日本人男性と外国人女性の婚姻パターン数 (1,635) の内訳順位は、日本 = 中国 (509)、日本 = ブラジル (343)、日本 = タイ (153)、日本 = アメリカ (109) の順となる。

iii. 離婚パターンについての実態の把握はない。

iv. i のパターン数は、ii のパターン数の5倍以上多い。

② 日本国内におけるパターン

i. 日本人男性と外国人女性の婚姻パターン数 (28,720) の内訳順位は、日本 = 中国 (12,218)、日本 = フィリピン (7,290)、日本 = 韓国・朝鮮 (4,558)、日本 = タイ (1,338) の順となる。

ii. 外国人男性と日本人女性の婚姻パターン数 (8,249) の順位は、韓国・朝鮮 = 日本 (2,107)、アメリカ = 日本 (1,445)、中国 = 日本 (1,005)、イギリス = 日本 (363) の順となる。

iii. i のパターン数は、ii のパターン数の3倍以上多い。

iv. 日本人男性と外国人女性とのパターンの離婚件数 (15,315) の内訳順位は、日本 = 中国 (5,338)、日本 = フィリピン (4,782)、日本 = 韓国・朝鮮 (2,648)、日本 = タイ (795) の順となる。

v. 外国人男性と日本人女性とのパターンの離婚件数 (3,639) の内訳順位は、韓国・朝鮮 = 日本 (899)、中国 = 日本 (608)、アメリカ = 日本 (413)、フィリ

ピン = 日本 (128) の順になる。

③ したがって、大雑把に見ると日本国内における国際結婚数 (36,969) は、外国での国際結婚数 (10321) の約3.5倍といえる。

2008年に結婚したのと同じカップルが、同年に離婚するわけではないが、日本国内における上記離婚率はかなり高いといえる。

④ 以上によれば、(イ)日本人男性はアジア系女性との国際結婚が圧倒的に多い。(ロ)日本人女性はアジア系のみならず欧米系との結婚も多い。(ハ)日本国内では日本人男性の結婚、離婚が多い。(ニ)日本国内での国際結婚の数は、外国での国際結婚の数よりもかなり多いので、子の日本国外への連れ去りにつながる事例が多い。今後、日本からの連れ去りの問題が大きくなる可能性が類推できる。但し日本人男性が国外に連れ去られた子の監護権をどこまで熱心に訴えるのかという問題もある。(ホ)日本国外では日本人女性の結婚が多い。(ヘ)現時点では日本への連れ帰りの事例が問題とされることが多い。一などの諸点が岡野氏の紹介と論評である。私見を付加すれば、国内における韓国・朝鮮人と日本人との婚姻は、戦時中、朝鮮半島から徴兵、徴用された者も含めて戦後日本に残り市民生活を定着させた約60万人に及ぶ在日韓国・朝鮮人の子孫が含まれているため、この類型における結婚破綻後の子の連れ去り留置事案は国内事案となる場合が多いと考える。

(2) 条約締結国の分布に基づく機能の比較

子の奪取条約の、本年2月時点での締結国は84か国である。主要8か国 (G8) で未締結は、日本とロシアであるといわれる。しかし香港、マカオを除く中国のほか、アジアでは、大部分の国が未締結となっている。アジアでは、タイ・シンガポールなど4か国が締結しているにすぎない。したがって、このようなアンバランスの中で、日本が締結国となった場合の実際の条約の機能は次のとおりとなる。

(イ) 日本から国外への子の連れ去りの内、日本人夫（元夫も含む。以下同じ）から外国人の妻（元妻も含む。以下同じ）が行う子の連れ去りの大部分は、大国である中国をはじめほとんどがアジア系である。これに対し条約はほとんど効を奏さない。外国で結婚生活をしてきた中国、韓国などのアジア系の国から日本人夫（元夫を含む。以下同じ）又は妻が、外国人妻又は夫から子を連れ去り日本に帰る場合も、条約はほとんど効を奏さない。

(ロ) 条約が効を奏するのは、外国において、その国の外国人夫と結婚生活をしてきた日本人妻の数が最も多いアメリカ、相当の数のあるイギリスなどの欧米諸国から、日本人妻が外国人夫から子を連れ去り、日本に帰る場合の外国人夫の側からの返還命令の申立てであろう。

(ハ) 同じく、効を奏するのは、日本において日本人妻と結婚生活をしている数がかかなり多いアメリカ人やイギリス人の夫が、日本人妻から夫の本国に子を連れ去る場合に、日本人妻が行う返還申立てであろう。

(ロ)と(ハ)の各類型は、その深刻さにおいて変わりはないと思われる。

条約を締結するか否かをぎりぎりの実利実益で判断しなければならない場面に追い込まれたとすれば、(ロ)のタイプの発生する頻度と、(ハ)のタイプの発生する頻度との、実数の調査とその比較を余儀なくされるであろう。今のところそのような実態調査はない。2008年の調査による限り、(ロ)の類型の場合、アメリカ＝日本、イギリス＝日本の婚姻パターンの件数が合計2949であるのに対し、(ハ)の類型の場合、日本＝アメリカ、日本＝イギリスの婚姻パターンの件数が合計1808であり、その差において前者が1141件も上回ることは重要な判断材料となる。

(3) 条約における返還拒否理由の運用実態

条約加盟国間において、本当に母親による子の連れ去りが、父親による場合より多いの

か否か、条約に基づき各国が運用する返還拒否理由の適用の実態は本当に狭いのか、これらの実態を知ることは、子の奪取条約締結に対する国民の不安の解消の有無と、締結による利害得失との検討要素となる。

2006年10月30日から11月9日にかけて、ハーグ国際私法会議において、子の奪取条約ならびに補完条約の運用を検討する第5回特別委員会が開催された。織田有基子教授は、同委員会に向けた第3準備文書としての統計調査報告書の内容を次のとおり紹介している⁽⁶²⁾。

統計は2003年申立事案を対象とし、当時の子の奪取条約加盟国数は74か国である。同年の返還申立ては1355件、面会交流申立ては255件である。関係当事者に着目すると、奪取者が母親である事案が全体の68%、父親である事案が29%である。返還申立てに限ると、最も多く申立てを受けた中央当局は、アメリカ合衆国286件、2番目がイングランド142件、以下、スペイン87件、ドイツ80件、カナダ56件と続く。結果は、返還申立てのうち、裁判所による返還命令は29%、自主的返還は22%であり、両者の合計は51%となる。それ以外で着目されるのは、申立て撤回、基準日までの未解決、中央当局による申立て却下などを除き、現実に裁判所により返還拒絶がなされたのが13%であるという点である。織田教授が紹介する裁判所による返還拒否理由の内部割合を筆者が申立て全体に占める割合に引き直して計算すると（[]内は織田教授が紹介する内部割合）、① 13条1項b号（子の精神的身体的危害・許し難い事情）2.5% [19%] ② 12条2項、3項（子が奪取先の環境に馴染んだ、または子が他国に連れて行かれた）2.2% [17%] ③ 子の常住所が元の国にない 1.6% [13%] ④ 13条2項（子の異議）1.6% [12%] ⑤ 3条（申立人に監護権なし）1.4% [11%] ⑥ 13条1項a号（連れ去りに同意あり）1.2%

[9%] ⑦ 同上(監護権不行使) 0.9%
 [7%] ⑧ 同上(黙認、追認) 0.6%
 [5%] ⑨ 20条(人権及び自由に対する基本原則違反) 0.5% [4%] となる。

日弁連の意見書をはじめ国民の不安の解決の道として注目をする13条1項b号による拒否理由発動は、2.5%、13条2項による同発動は1.6%、20条による同発動は0.5%にすぎない。きわめて微々たるものである。

もし、今までメンバー国として存在感の薄かったわが国が、締結国として加盟し、ハーグ国際私法会議の中で、欧米諸国を相手方として発言し、13条1項b号 同条2項などの返還拒絶事由の運用を拡大すべく論争を行い、これを実践する覚悟があるのは良いとしても実現可能な見通しは、現状において疑問である。

(4) 日本の国際社会における名誉

以上の検討により、現段階の評価として、実利実益的には、子の奪取条約に加盟することは、日本と、日本国民の生活にとって差引きして不利になることは明らかである。他方、条約を締結しないことにより、日本の国際社会におけるイメージないし名誉が守られないことは、日本国民にとってどれだけの不利益になるのかのファクターとの比較考量が必要となる。

外務省の要職を経験する岡野氏はアメリカ国務省の作成する毎年のハーグ条約遵守に関する報告書による批判を前提として、「仮に日本政府がハーグ条約を締結することになればアメリカ政府は歓迎するだろうが、日本政府が実際に返還命令を実施できないことになれば、この報告書で批判される可能性は十分にある。……ハーグ条約の締結は、それが日本にとり利益になるか否かで判断すべきものであり、このような報告の存在が締結作業を妨げるものとなってはならないと考える」⁽⁶³⁾と述べる。

条約の締結を強く求めるジョーンズ教授

も、「意味のある締結を目指すとするれば国内法裁判手続はかなり基礎的なレベルまで整備が必要となるはずだ。」「しかし、見方によっては、国際社会における日本のイメージを考えなければ、ハーグ条約締結は日本にとってメリットが少ないかもしれない」⁽⁶⁴⁾と述べる。

中長期的に見た場合の名誉と、現段階すなわち今年来年の名誉とは、異なるものであろう。また、子の奪取条約非締結が、日本の名誉の中に占める比重も、他の諸要因との比較において評価しなければならない。目先の名誉にこだわる必要はないと思う。

3. 国内司法の制度改革と整備の進行見込

筆者と異なり、ジョーンズ教授は子の奪取条約が予定する理念や構造のあり方自体には懸念を示さない。しかし同教授が、自らの体験に基づき、国際、国内の子の監護紛争を共通に扱っている日本の司法に対し提起する鋭い指摘に筆者は共感する。仮に条約締結につき進むのであれば、このような点の改革が必要である。同教授の指摘の基本は、「役所」の論理と市民の論理のギャップにあると考える。以下、ジョーンズ教授の指摘に筆者なりの解釈と考えを加え、何を改革すべきかを次に列挙する。

① 家裁裁判官の実質的な地位の向上。家族法と家裁実務をほとんど勉強しなくても合格できる司法試験システムの改革。ふさわしい熱意と能力ある人材の家裁裁判官への登用⁽⁶⁵⁾。② 調停前置主義を機械的に要求する方式の改革。登用する調停委員のジェネレーションギャップの改善。裁判官が直接関与せず、かつ満足な評議の時間があるとは思えない調停委員による事実認定作業の改革⁽⁶⁶⁾。③ あまりに範囲が広く、どの分野をとっても「専門家」と呼べる知識が身に付くか疑問であり、できることには限界のある(例えば1度会っただけで他人の子どもの人

生を左右する情報を把握するとは思えない) 調査官制度を「科学的調査機構」として、裁判所のロジックをもってやたらと強調する傾向の改革⁽⁶⁷⁾。④ 子の監護事件に人身保護法の柔軟な適用を可能とする改革。子の連れ去り・留置事案に対しては、人身保護規則4条本文による「顕著な違法性」を緩和する改革。同事案に対して、同条但書の補充性要件を解除する改革⁽⁶⁸⁾。⑤ 子の引渡しについての直接強制による民事執行制度の整備⁽⁶⁹⁾。⑥ 刑事罰の対象となる子の奪い去り事案については、親権者の行為といえども、刑事捜査が迅速に可能な体制の確立。その場合、子の所在発見のために奪取者の銀行口座、小児科の受診記録などを迅速に捜査できるシステムの確立⁽⁷⁰⁾。

以上の改革、整備の進行見込をとっても、かなりの時間を要するであろう。本気で責任ある条約上の履行を行おうとするなら、当面、国内紛争を解決するためだけでも、これらの改革等の見通しについてプログラムが必要である。

4. 態度決定についての私見

いくら欧米からの圧力が強かろうと、理論的には子の奪取条約の構造が一貫して合理的であったとしても、現実の運用がどのような効果をもたらすのか、国際結婚破綻ないし離婚が日本人の置かれた状況にいかに関与するのかの実状を、自らの頭で理解し納得せずして子の奪取条約を締結するには反対である。その理解のためには、現実のその立場に置かれた人々の実態について生の情報が不足している。現在、判断材料となる外国の判例の翻訳作業は外務省が入札を行い、日弁連が落札し翻訳作業を開始する段階であるという。このような情報の分析もなしに、また、政府が、このような判断材料となる生の情報をわかりやすく一般に公開し、更に議論を重ねることなく、単に国際社会のイメージが悪

くなる、また、G8の諸国から見て時代の流れに遅れるなどの理由により、条約締結に及ぶことはあってはならないと考える。

国際社会のイメージ・名誉と言っても、北朝鮮の特殊機関による暴力的な日本人の拉致などとは性格の異なる問題である。1989年の国連本会議で採択され、世界の193か国が加盟している子どもの権利条約に、アメリカほどの大国ですら、批准に賛成しない主張を国内事情により貫いている⁽⁷¹⁾。その未批准国はアメリカとソマリアのみである。日本の国際社会におけるイメージを今、高める道は、他にいくらかでもあると考える。一例を挙げるだけでも、自由権規約の第1選択議定書、女性差別撤廃条約の選択議定書を日本政府が一刻も早く批准し、個人通報制度を実現することは日本国民にとってのみならず、国際社会にも日本の人権水準を明らかにすることになる。

Ⅶ 結語

以上の理由により筆者は、あくまで「現段階」という限定を付して、子の奪取条約の締結には賛成できない。この問題は、日本の家族法から見れば、単に国際的な利害関係人のみの問題ではなく、日本の離婚制度・親権制度のあり方、対応する裁判所や弁護士の役割を問うものである。日本政府は、これらの全体の関連を自らの頭で考えぬき、政治的思惑に左右されることなく対処すべきと考える。

(2011年5月19日脱稿)

注

- (1) 「The Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction」1980年10月25日採択、1983年12月1日発効。
- (2) 2011年5月11日付朝日新聞「国際結婚破局……米から子連れ帰国・元妻に5億円賠償命令」の見出しの記事。
- (3) 岡野正敬「国境を越える子の奪取をめぐる問題

の原状と課題」国際法外交雑誌109巻1号31頁 (2010年)。

ちなみにアメリカにおけるシングルファーザーの実態について、既に1980年代に下村満子氏は、「アメリカの男たちはいま」(1982年・朝日新聞社発行)で、生々しくルポルタージュし、当時全米に200近くある「シングルファーザー会」や平等の権利を求めて立ち上がった離婚した父親たちの集い」などが形成されていることを紹介している。

- (4) コリンP・A・ジョーンズ「子どもの連れ去り問題」(平凡社新書) 25頁 (2011年)。
- (5) 岡野前掲注(3) 31頁。
- (6) コリンP・A・ジョーンズ前掲注(4) 25頁、48頁。
- (7) 2011年2月3日付朝日新聞「国際離婚の子守るには」の見出しの記事(鶴岡正寛)。
- (8) 2011年1月10日付読売新聞「ハーグ条約加盟表明へ」の見出しの記事。
- (9) 朝日新聞記事前掲注(7)。
- (10) 江川英文「国際私法」(改訂) 45頁 (1956年) など。
- (11) 西谷祐子「ハーグ国際私法会議のこれから」東北法学会々報第23号1頁 (2005年)。
- (12) 中沢靖史「図解 EU 大欧州のしくみ」87頁 (2000年)。
- (13) 西谷前掲注(11) 2頁。
- (14) 西谷前掲注(11) 2頁。
- (15) 条約の構造と運用を紹介し、問題や課題を論ずる文献として、織田有基子「『子の奪取に関するハーグ条約』の実際の適用と日本による批准の可能性」国際法外交雑誌95巻2号35頁 (1996年)、同「国際的な子の奪取の問題に対するハーグ国際私法会議の取り組み方の現状と課題」『現代国際法と国連・人権・裁判 - 波多野古希記念』369頁 (2003年)、同「ハーグ子の奪取条約の現在」国際法外交雑誌109巻2号46頁 (2010年)、早川眞一郎「国境を越える子の奪い合い」名古屋大学法政論集164号49頁 (1996年)。同「子の奪い合いに関する一考察」『星野古希祝賀—日本民法学の形成と課題下』1209頁 (1996年)、同「子の奪い合い紛争解決のためのわが国の課題—子の奪取に関するハーグ条約の適用事例に照らして—」法学(東北大) 65巻6号1頁 (2002年)、同「子の奪い合い紛争の解決—国際的な取り組み(条約)の観点から—」(家族〈社会と法〉18号)134頁 (2002年)。

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3頁 (2000年)、山内惟介「国際私法における子の奪取について—ドイツ連邦憲法裁判所とハーグ条約」『現行戸籍制度50年の歩みと展望—戸籍法50周年記念』893頁 (1999年)、同「国際私法における子の奪取について—ドイツ連邦憲法裁判所の二決定—」法学新報106巻1・2号213頁 (1999年)。樋爪誠「ドイツにおける国際的な子の奪い合いの規整」愛知学院大学論叢法学研究41巻1号252頁 (1999年)、同「渉外的な子の奪取における返還の否定」立命館法学271・272号783頁 (2000年)、同「渉外法における子の利益-渉外的な子の奪取に関する返還の否定から」立命館法学275号323頁 (2001年)、同「国際的な子の引渡し(1)・(2)」立命館法学319号1頁 (2008年)、同320号69頁 (同年)。西谷祐子「国境を越えた子の奪取をめぐる諸問題」水野紀子編『家族—ジェンダーと自由と法』413頁 (2006年)。

なお、岡野前掲注(3)も運用の実態と課題を論ずる。

- (16) 早川前掲注(15)名古屋大学法政論集164号58頁乃至60頁。河野俊行「子の養育・監護・引き渡し」『日本と国際法の100年(5)個人と家族』178頁 (2001年)。
- (17) 横山前掲注(15)13頁。
- (18) 早川前掲注(15)『日本民法学の形成と課題下』1229頁、1230頁。
- (19) 横山前掲注(15)26頁乃至31頁。
- (20) 織田前掲注(15)国際法外交雑誌95巻2号40頁。早川眞一郎ほか4名「国際的な子の奪取の民事面に関する条約の実施に関する法律試案及び解説」民商法雑誌119巻2号306頁 (1998年)。
- (21) 横山前掲注(15)40頁乃至44頁。
- (22) 織田前掲注(15)国際法外交雑誌95巻2号45頁、46頁。
- (23) 織田前掲注(15)国際法外交雑誌95巻2号45頁乃至50頁。横山前掲注(15)44頁乃至52頁。樋爪前掲注(15)立命館法学271・272号はイングランドにおける例外の運用について論ずる。
- (24) 横山前掲注(15)58頁乃至61頁。
- (25) コリンP・A・ジョーンズ前掲注(4)41頁は、「『しばらく子どもと実家に帰る』パターンの“拉致”で日本人の母親が『未成年者略取及び誘拐罪』で逮捕される事例は皆無であろう。海外から子ど

- もを連れ去った日本人の逮捕例も私の知る限りない」と日本文化の現状を述べている。
- (26) 例えば、2009年11月24日付朝日新聞の「国際結婚破綻『娘と帰国するしかなかった』」の見出しの記事（杉山麻理子）は、その一端として、大阪府内の36才の日本人女性が豪州人の元夫に無断で長女（10才）と二女（5才）を連れて豪州から日本に帰国したとして、現地で逮捕状が出ている例一を生々しくレポートしている。
- (27) 2011年2月18日付朝日新聞「国際離婚子どもで綱引き」の見出しの記事（杉原里美、竹信三恵子）。
- (28) 前掲注(26)の例では、母親は現地での訴訟で勝訴しても上訴され弁護士費用は1600万円にも膨らみ、訴訟などで精神的に追いつめられたと、当該記事はレポートしている。また、DVに関する情報としては、ミネソタ大学公共政策大学院のシェッテイ講師が、2010年7月21日日弁連主催のシンポ（「ハーグ条約と日本の子の監護に関する実務」）の第3セッションにて、「限られた件数であるが、当事者にインタビューをし、米国ではDV被害から避難したハーグ事案の半数で子どもが返還され、返還後3分の1でDVが、4分の1で子ども虐待が再発し、被害者が監護権を得たものは6分の1しかなかったこと、特に外国籍女性には裁判で大きなハンデがあることなどを、調査結果とともに報告」している（日弁連両性の平等に関する委員会2010年10月1日付「両性の平等ニュース」No.29）。
- (29) 岡野前掲注(3)47頁、48頁。
- (30) 南敏文「ハーグ国際私法会議第14回期の概要」民事月報38巻2号9頁（1983年）。
- (31) 2009年10月20日付朝日新聞社説。
- (32) 2010年5月7日付朝日新聞の「耕論・国際離婚子の連れ去り」における、ハーグ国際私法会議常設事務局次長ウィリアム・ダンカン氏の発言（聞き手杉山麻理子）。
- (33) コリンP・A・ジョーンズ前掲注(4)240頁、241頁。
- (34) 岡野前掲注(3)50頁。
- (35) 梶村太市ほか6名「子の引渡し保全処分事件の処理をめぐる諸問題」家月47巻7号45頁（1995年）。
- (36) 共同親権者間の子の引渡しについての家事審判について、人身保護手続と同様の「明白基準」を導入しようとする審判例の動きはある。しかし、平成5年10月19日の最高裁判決の可部補足意見が家裁の保全処分に守備範囲をゆだねる程度の事案については、同補足意見が家裁の特質を踏まえる趣旨からも、原則として「比較基準」を用いるのが正論であろう。この点を論ずるものに梶村太市「判例紹介」法の支配131号96頁（2003年）、同「家族法学と家庭裁判所」181頁以下（2008年）。山口亮子「家事判例紹介」民商法雑誌136巻1号140頁（2007年）がある。
- (37) 早川前掲注(15)『日本民法学の形成と課題下』1239頁以下に述べられている国内法上の制度設計は、この側面を共同親権状態の場合にまで一般化したと解される。
- (38) 早川ほか4名前掲注20310頁。
- (39) 早川ほか4名前掲注20309頁。
- (40) 最小二決平成17年12月6日刑集59巻10号1901頁が典型。同決定についての解説は、前田巖「最高裁判所判例解説刑事編平成17年度」（法曹会発行）671頁以下（2008年）。同決定の事案は、八戸警察署が青森県内に緊急配備を敷き夕刻から約6時間も行方を追ひ、平内町の山中にて夜間、容疑者を逮捕し子を発見した旨を、その翌日の平成14年11月23日付の地元紙「東奥日報」朝刊が報道している。
- (41) 出井直樹「ハーグ条約の実務上の課題（2）」自由と正義2010年11月号63頁以下（2010年）。
- (42) 早川ほか4名前掲注20306頁。
- (43) 早川ほか4名前掲注20306頁。織田前掲注(15)国際法外交雑誌109巻2号50頁。
- (44) 織田前掲注(15)国際法外交雑誌109巻2号54頁、55頁。
- (45) 出井前掲注(4)64頁以下。
- (46) なお、出井弁護士は、締結国で発令段階でアンダーテイク（申立人が、子の所在国の裁判所においてなす（刑事訴追をしない、経済的給付をするなどの）約束、ミラーオーダー（申立人の約束と同内容の裁判所の命令）、セーフ・ハーバー・オーダー（常居所地国の裁判所が申立人の約束をより強固にする命令）などの仕組みを使うことが日本の裁判、審判と整合するかという問題がある旨を前掲注(4)65頁にて指摘している。また、磯谷文明、杉田明子「ハーグ条約の実務上の課題(1)」自由と正義2010年11月号58頁は、アンダーテイクは、条約に正式に組み込まれておらず、履行される保証もなく、あまり活用されていないと言われている実状を紹介している。

- (47) これらは、山口亮子「子の奪い合い紛争の法的解決をめざして—アメリカ法の視点から—」家族(社会と法) 94頁以下。
- (48) 杉山初江「民事執行における『子の引渡し』」(民事法研究会発行) (2010年) は、執行実務の現場から直接強制的完了例、執行不能例をリアルにレポートしている。
- (49) 日弁連速報No213 (2011年3月1日発行)。なお、本文における理事会での審議内容については、提案者側の発言も含め、単位弁護士会から選出されその単位会に対し責任を負っている理事が、単位会の一般会員に対し示した経過の説明に基づき、筆者が解釈したものである。
- ちなみに、意見書の執行の経過については、最近の「自由と正義」2011年5月号46頁にて、向井論弁護士が、意見書の「執行に行った外務省、法務省、内閣官房では、この時期に意見書を提出したことにむしろ感謝され(少なくとも私にはそう思えました)、副大臣級会議で7人の副大臣、副長官、政務官に説明し、日弁連の意見の重さを感じました」と述べている。
- (50) 大谷美紀子「私の視点・『子どもの人権から議論を』」2009年11月20日付朝日新聞。
- (51) 横山前掲注(15)4頁、5頁。
- (52) 横山前掲注(15)47頁。
- (53) 岡野前掲注(3)47頁。
- (54) 前掲注(8)の読売新聞記事。
- (55) 田島義久「個人通報制度を導入し人権保障の武器にしよう」自由法曹団2011年5月研究討論集會特別報告集353頁乃至355頁(2011年)。
- (56) 岡野前掲注(3)49頁。
- (57) 中田裕康編「家族法改正—婚姻・親子関係を中心に」(有斐閣刊) 8頁(2010年)。
- (58) 大村敦志「家族法(第3版) 51頁、52頁(2010年)。
- (59) コリンP・A・ジョーンズ前掲注(4)264頁、265頁。
- (60) コリンP・A・ジョーンズ前掲注(4)240頁、241頁。
- (61) 岡野前掲注(3)34頁以下。
- (62) 織田前掲注(15)国際法外交雑誌109巻2号52頁以下。
- (63) 岡野前掲注(3)50頁。
- (64) コリンP・A・ジョーンズ前掲注(4)241頁。
- (65) コリンP・A・ジョーンズ前掲注(4)67頁以下。
- (66) コリンP・A・ジョーンズ前掲注(4)74頁以下。
- (67) コリンP・A・ジョーンズ前掲注(4)80頁以下。
- (68) コリンP・A・ジョーンズ前掲注(4)222頁以下。
- (69) コリンP・A・ジョーンズ前掲注(4)217頁以下。
- (70) コリンP・A・ジョーンズ前掲注(4)36頁以下。
- (71) 森田明「未成年者保護法と現代社会—保護と自律のあいだ—(第2版)」141頁以下(2007年)において、アメリカにおける批准論争と現状が紹介されている。アメリカにおける子どもの権利条約の批准反対派は草の根的な「極めて組織された強い影響力」をもっている。その影響力は、同条約が子どもの自律性を重視することを、自然法上の家族の権利を侵害し、社会の基本単位としての家族における人間的要素を破壊し、子どもたちの利益を最も損なうことになると見る世紀初めの「家族の理想」に遡るアメリカ国民の文化的基層を背景にしている。このような文化的状況によりアメリカ上院の批准賛成派は決議に必要な絶対数67票に達せず現在に至っている。以上が上記紹介による現状である。わが国における子の奪取条約への消極派の目配りにも、わが国の国民意識として伝統的に流れる草の根的文化的状況が反映していることを見失ってはならない。