

「国際的な子の奪取の民事上の側面に関する条約（仮称）」
を実施するための子の返還手続等の整備
に関する中間取りまとめの補足説明

平成23年9月

法務省民事局参事官室

第1	子の返還のための手続関係	3
1	手続の主体	3
2	採用する手続	3
3	管轄	3
	(1) 職分管轄	4
	(2) 土地管轄の集中	4
4	移送	7
	(1) 管轄違いに基づく移送	7
	(2) 裁量移送及び自庁処理	7
5	裁判所の構成	7
6	除斥及び忌避	7
7	当事者適格	8
	(1) 申立人	8
	(2) 相手方	8
	(3) 子	9
8	当事者能力及び手続行為能力	9
	(1) 当事者能力	9
	(2) 手続行為能力	9
9	参加	10
	(1) 当事者参加	10
	(2) 利害関係参加	10
10	代理人	11
	(1) 弁護士代理	11
	(2) 許可代理	12
	(3) 職権による代理人の選任	12
11	裁判費用	12
	(1) 費用の予納	12
	(2) 負担者及び裁判	13
	(3) 手続上の救助	13
	(4) その他の費用	13

1 2	公開・非公開	14
1 3	裁判記録の閲覧等	14
1 4	送達	15
1 5	手続の併合・分離	15
1 6	手続の受継	16
	(1) 申立人が死亡した場合	17
	(2) 当事者が死亡以外の事由により手続を続行することができない場合	17
1 7	手続の中止	18
1 8	申立ての方式等	19
	(1) 申立ての方式	19
	(2) 併合申立て	20
	(3) 裁判長の申立書審査権	21
1 9	証明責任	21
2 0	裁判資料の収集方法	22
2 1	審理手続	23
	(1) 申立書の写しの送付等	23
	(2) 事実の調査等	24
	(3) 事実の調査の通知	25
	(4) 電話会議・テレビ会議システム	25
	(5) 陳述聴取	26
	(6) 証拠調べの手続	27
	(7) 調書の作成等	28
	(8) 審理の終結	28
	(9) 裁判日	29
2 2	中央当局と裁判所との関係等	29
2 3	子の意思の把握	31
2 4	裁判所及び当事者の責務	32
2 5	ハーグ条約第14条関係	33
2 6	ハーグ条約第15条関係	34
2 7	ハーグ条約第16条関係	35

28	ハーグ条約第17条関係	37
29	裁判	37
	(1) 返還命令の主文	38
	(2) undertaking	39
30	裁判の効力の発生	41
31	裁判の取消し等	41
32	裁判の取下げ	44
33	不服申立て	45
	(1) 即時抗告	45
	(2) 特別抗告及び許可抗告	47
	(3) 手続的な裁判に対する不服申立て	48
	(4) 再審	48
34	子の返還の実現方法	49
35	調停・和解	51
36	保全的な処分	53
37	裁判官ネットワーク	55
第2	子の返還事由・返還拒否事由	55
	1 子の返還事由	55
	2 子の返還拒否事由	57
第3	面会交流	62

はじめに

国家間協力を通して、国境を越えて不法に連れ去られた子の迅速な返還や面会交流権の確保等を図ることを目的とした「国際的な子の奪取の民事上の側面に関する条約（仮称）」（以下「ハーグ条約」という。）は、1980年10月25日にハーグ国際私法会議において採択され、1983年に発効した。平成23年8月現在、ハーグ条約の締約国は、86か国に上り、G8諸国中でハーグ条約を締結していない国は、日本のみとなっている。

ハーグ条約について、政府内では、平成23年1月から4月まで、ハーグ条約に係る府省庁の副大臣会議が開催され、ハーグ条約の問題点の整理や仮に我が国がハーグ条約を締結した場合の措置につき検討が行われた。その後、平成23年5月19日に関係閣僚会議が開催され、我が国としてハーグ条約を締結するとの方針が確認され、同月20日の閣議において、政府として、ハーグ条約の締結に向けた準備を進めること、ハーグ条約を実施するために必要となる法律案を作成することが閣議了解された。

ハーグ条約を実施するためには、国内法において、①子の返還等を援助する「中央当局」の任務等を定めるほか、②子を返還するための司法手続等を定めることが必要となるが、①についての検討は「中央当局」を担う外務省が行い、②についての検討は法務省において行うこととなった。そのため、②に関し、平成23年6月、法務大臣から、法制審議会（会長・野村豊弘学習院大学教授）に対し、「「国際的な子の奪取の民事上の側面に関する条約（仮称）」を締結するに当たって、同条約を実施するための子の返還手続等を整備する必要があると思われるので、その要綱を示されたい。」との諮問（諮問第93号）がされ、この諮問を受けて、ハーグ条約（子の返還手続関係）部会（部会長・高橋宏志中央大学大学院教授。以下単に「部会」という。）が設置された。

部会では、平成23年7月から調査審議を行ってきたが、同年9月22日、これまでの議論の結果を踏まえて、「中間取りまとめ」を作成し、これを事務当局である法務省民事局参事官室において公表し、幅広く意見を求めることを了承した。部会では、今後、「中間取りまとめ」に対して寄せられる意見を踏まえ、更に調査審議の上、要綱案を取りまとめることとしている。

この補足説明は、部会におけるこれまでの調査審議を踏まえ、「中間取りまとめ」

の内容の理解に資するため、「中間取りまとめ」の各項目について、その趣旨等を事務当局である法務省民事局参事官室の責任において補足的に説明したものである。

第1 子の返還のための手続関係

第1は、子の返還のための手続の規律について検討したものである。

1 手続の主体

1は、子の返還のための手続の主体について検討したものである。

ハーグ条約第11条第1項は、「締約国の司法当局又は行政当局は、子の返還のための手続を迅速に行う。」と定め、子の返還のための手続（以下「本手続」ということがある。）を司法当局が行うのか、又は行政当局が行うのかについては、締約国の判断に委ねている。この点については、子の返還命令が親の親権（監護権）及び子の利益に重大な影響を及ぼすものであること、本手続が子をめぐり私人間の紛争を解決するためのものという側面が強いことを考慮し、私人の権利や利益をめぐり紛争を公権的に解決することを目的とする司法当局による手続によるものとすることが望ましいものと考えられる。仮に、本手続を行政当局が行うとする場合には、我が国の現在の制度を前提とする限り、返還命令を行政処分としてとらえ、それに不服があれば行政訴訟により争うことができるようにする必要があると考えられるが、そのような二段階の制度にすることは、う遠で時間がかかり、子の福祉の観点から、適切であるとはいえない。

そこで、1では、本手続は、司法当局が行うものとしている。

2 採用する手続

2は、訴訟手続によって本手続を行うことの要否について検討したものである。

本手続は、少なくとも実体的な権利義務関係の存否を確定することを目的とする手続ではないことから、訴訟手続によることが憲法上要請されているとは考えられない。また、事件の性質上、家庭内の問題に立ち入ることが多く、プライバシー保護の観点から公開に親しむとは考えられず（公開の問題については、12参照）、さらに、ハーグ条約上は、原則として6週間以内での審理が要求されており（第11条第2項参照）、このような審理を公開の法廷において厳格な証明により事実を認定して行うとすることには、相当の困難が伴う。以上の諸事情を考慮し、2では、本手続は、訴訟手続による必要はないものとしている。

3 管轄

3は、本手続における第一審の管轄について検討したものである。

(1) 職分管轄

基本的に家庭内の問題としての側面を有しているという事件の性質上、家庭裁判所の判断になじみ、また、家庭裁判所に蓄積された家事事件処理のためのノウハウを活用することができること、子の返還拒否事由の調査及び子の意見聴取等で家庭裁判所調査官の活用が考えられる場合があることから、(1)では、第一審の管轄は、家庭裁判所の管轄（職分管轄）に属するものとしている。

(2) 土地管轄の集中

(2)では、土地管轄の集中について、3案を併記している。

【甲案】は、事件処理についての専門的な知見の集積、事例の蓄積、裁判官及び弁護士の専門性の向上、中央当局と管轄裁判所の連携強化等の要請、申立人の出頭の負担等に配慮し、管轄を集中するのが望ましいことから、東京家庭裁判所のみ管轄を認めることを提案するものである。

なお、部会においては、東京家庭裁判所のみ管轄を認めた上で、事案に応じて他の裁判所にも移送することができるようにすることも考えられるとの意見もあった。

ちなみに、一の裁判所のみ第一審の管轄を認めているものとしては、外国倒産処理手続の承認援助に関する法律第4条が東京地方裁判所のみ第一審の管轄を認めている例がある。

【乙案】は、上記に記載したような管轄集中の必要性はあるものの、他方で、相手方（定義等については、7参照）の負担も考慮し、東京家庭裁判所と大阪家庭裁判所の2庁に管轄を認めることを提案するものである。

なお、我が国において、2庁の専属管轄を認めているものとしては、民事訴訟法第6条第1項が東京地方裁判所と大阪地方裁判所の2庁のみに専属管轄を認めている例がある。

部会においては、【乙案】を基本としつつ、東京家庭裁判所又は大阪家庭裁判所までの距離に照らし、札幌家庭裁判所及び福岡家庭裁判所にも管轄を認めるのが相当であるという意見があったので、これを（注）において記載している。

【丙案】は、管轄を集中させる必要性を認めつつ、東京及び大阪の2庁の家庭

裁判所にのみ管轄を認めるのでは、なお相手方の出頭の負担が大きいとして、高等裁判所8庁の所在地の家庭裁判所に管轄を認めることを提案するものである。

(後注1)は、【乙案】又は【丙案】を採る場合の土地管轄については、子の物理的な返還を求めるといふ本手続の性質や、本手続においては子の意見を聴取することが多いと考えられることを考慮し、相手方の住所地ではなく、子の住所地を管轄する家庭裁判所に管轄を認めるものとしている。また、住所地を異にする複数の子の返還が求められている場合には、兄弟姉妹の分離の当否を検討する必要が生じ得ること、裁判のための資料が共通することが多いと考えられることから、複数の子のうち一人の住所地を管轄する家庭裁判所に、全ての子の返還手続についての管轄(併合管轄)を認めるものとしている(民事訴訟法第7条参照)。

(後注2)は、【乙案】又は【丙案】を採る場合の合意管轄の規律について、【乙案】又は【丙案】によってそれぞれ管轄裁判所となり得る家庭裁判所にのみ、合意により管轄裁判所を定めることができるものとしている。具体的には、例えば、【乙案】を採った場合には、東京家庭裁判所が管轄裁判所となるべき場合であっても、大阪家庭裁判所を管轄裁判所とする合意があれば、大阪家庭裁判所にも管轄が認められる。子の住所地を基準とする管轄は、子の福祉に配慮したものであるから、それ以外の管轄を認めることには慎重であるべきこと、一定の裁判所に管轄を集中させる必要性が高いことから、一般的に、当事者の意向によって管轄が定まることとなる合意管轄を認めることは相当ではないが、【乙案】又は【丙案】によりそれぞれ管轄裁判所となり得る家庭裁判所に、合意により管轄を定めることができるとしても、管轄を集中させた趣旨に反しないことから、この限度で合意管轄を認めるものとしている。ここでの合意は、申立て前にされたものであることを想定している。

(後注3)は、応訴管轄を認めないものとしている。応訴管轄を認めると、相手方の応訴態度を待たなければ管轄が定まらないこととなりかねず、必ずしも迅速処理の要請に合致しないこと、裁判所が事案に応じて自庁処理(4(2)参照)により対応する中で当事者の意向を柔軟に斟酌することができること等を理由としている。

なお、部会においては、合意管轄と応訴管轄は合わせて検討すべきあり、応訴管轄を認めないのであれば、合意管轄も認めるべきではないとの意見もあった（民事訴訟法第11条，第12条参照）。

（参考1）諸外国においても、管轄を集中する傾向にある。ドイツにおいては、従前600以上の裁判所に管轄が認められていたのを22の裁判所に限定した。フランスにおいては、従前全ての裁判所が扱っていたのを35ある控訴院管区ごとに一つの裁判所に限定するよう改正がされている。イギリス（「イギリス」とは、連合王国のうちイングランド・ウェールズを意味する。以下同じ。）においては、ロンドンに所在する高等法院の専属管轄とされている。

（参考2）我が国国民による連れ去り事案の外務省による統計（2011年5月31日現在，外国政府から我が国国民による子の連れ去りを指摘された事例）

アメリカ	100件
英国	39件
カナダ	38件
フランス	32件

なお、アメリカ国務省が2010年5月に公表した「ハーグ条約の遵守状況に関する年次報告書」によると、2008年10月1日から2009年9月30日までの1年間にアメリカから我が国へ子が連れ去られた事案は、23件であった。

（参考3）諸外国における申立件数（ハーグ国際私法会議事務局作成の分析報告書から抜粋したもの。統計の基礎は、2008年の1年間の件数である。）

	返還申立ての受理件数	面接申立ての受理件数	自国からの返還申立て件数	自国からの面接申立て件数
イタリア	53	23	127	10
カナダ	49	13	46	12
フランス	76	22	68	30
ドイツ	115	31	146	27
イギリス	200	38	158	35
アメリカ	283	46	309	22

4 移送

4 は、本手続における移送について検討したものである。

(1) 管轄違いに基づく移送

(1) では、管轄違いに基づく移送を認めるものとしている。管轄裁判所において裁判を受ける権利を保障するためである。

(2) 裁量移送及び自庁処理（3(2)で【乙案】又は【丙案】を採る場合）

(2) では、3(2)で【乙案】又は【丙案】を採る場合に、一定の要件の下で裁量移送及び自庁処理を認めることを提案している。事案によっては、管轄権を有しない他の裁判所の方が裁判資料を収集しやすく、迅速処理の要請にかなう場合もあることや、特定の事案における当事者の便宜に配慮すべき場合もあることを考慮したものである。もっとも、管轄の集中を認める趣旨に配慮すると、裁量移送や自庁処理を認めるとしても、裁量移送先の裁判所や自庁処理をすることができる裁判所は、3(2)で管轄を認められた裁判所（【乙案】を採る場合には、東京家庭裁判所又は大阪家庭裁判所、【丙案】を採る場合には、高等裁判所8庁の所在地の家庭裁判所）に限るのが相当であると考えられるので、(注)においてその旨を記載している。

5 裁判所の構成

5 は、本手続を行う裁判所の構成について検討したものである。

本手続を行う裁判所の構成については、裁定合議の余地を認めた上での一人制とするものとしている。裁判所の構成について、常に合議体で審理しなければならないものとする、迅速な処理の妨げとなるおそれがあることを考慮したものである。

6 除斥及び忌避

6 は、本手続における除斥及び忌避について検討したものである。

本手続でも、家事事件手続法の規律に倣い、裁判官及び書記官について除斥及び忌避の制度を設け、家庭裁判所調査官について除斥の制度を設けるものとしている。ただし、当事者以外に裁判を受ける者となるべき者は想定されないと考えられることから、家事事件手続法の規律（同法第10条第1項参照）とは異なり、

裁判を受ける者となるべき者に関する規律は設けないこととしている。

また、忌避の制度の導入に当たっては、迅速な処理の要請が非常に高い本手続の審理が不当な忌避の申立てにより遅滞することがないように配慮する必要があることから（ハーグ条約第11条参照）、いわゆる簡易却下の制度も併せて導入することとしている（家事事件手続法第12条第5項から第7項まで参照）。

7 当事者適格

7は、本手続における当事者適格について検討したものである。

(1) 申立人

(1)では、子の連れ去り又は留置により自らの監護権が侵害された者に申立人適格があるものとしている。ハーグ条約上、監護の権利を侵害されて子が連れ去られ、又は留置されていると主張する個人、施設その他の機関が中央当局に対して子の返還を確保するために援助申請を行うことができるものとされていること（ハーグ条約第8条第1項）に対応するもので、このような地位にある者に子の返還を求める手続における主体的な地位を認めるのが相当であることを理由とする。

なお、諸外国においては、中央当局が返還手続の申立人又は申立人の代理人となる国もある。しかしながら、ハーグ条約における子の返還のための手続は、基本的には将来の子の監護権をめぐる本案の審理のための手続であることから、子が常居所を有していた国への子の返還を求める者と現に子を監護する者との間の紛争であり、子の返還を求める者を申立人として手続上の主体的な役割を担わせる構造とするのが相当であること、中央当局が申立人となり子の返還手続を開始するものとするのは、行政当局が一方当事者のために本手続を進めるという構造となり、行政の中立性に反し、望ましくないことなどから、中央当局が返還手続の申立人となることは、相当ではないと考えられる。

(2) 相手方

(2)では、現に子を監護している者に相手方適格があるものとしている。本手続においては、子の返還が命じられた場合に子を返還することができ、また、子の返還を拒否するための主張をするのに最も適切な者が相手方適格を有するものとするのが相当であることを理由とする。もっとも、このように相手方適

格を考えると、申立て後に現に子を監護している者が相手方から第三者に代わった場合にどのように扱うべきかが問題となる。

なお、現に子を監護している者が誰であるかを申立人が把握することは容易ではないことを理由として、申立人にとって明確な「子を連れ去った者」を相手方とする法制も考えられる。しかしながら、子を返還することができる立場にない者に対して命令を出しても意味がなく、また、子を連れ去った者が現に子を監護していない場合、適切な抗弁を提出することができる立場にあるかという問題もあることから、子を連れ去った者を相手方とするのは相当でないと考えられる。

(3) 子

子の年齢等によっては、その主体性を認めることが子の福祉にかなう（ハーグ条約第13条第2項、児童の権利に関する条約第12条第1項参照）とも考えられるが、子を当事者として当然に手続に巻き込むことが子の福祉の観点から必ずしも相当とはいえないこと、子の意見聴取の機会は別の方法により確保することが考えられること等の諸事情を考慮すれば、子を手続上の当事者とすることは、相当ではないと考えられる。

そこで、返還を求められている子は、手続上の当事者にはならぬものとしている。

(注) 子の参加については9で、子の意見聴取については23で検討している。

8 当事者能力及び手続行為能力

8は、当事者能力及び手続行為能力について検討したものである。

(1) 当事者能力

(1)では、本手続における当事者能力について、民事訴訟法、家事事件手続法と異なる規律とする理由はないため、民事訴訟法第28条及び第29条の規定に相当する規律を設けるものとしている(家事事件手続法第17条第1項参照)。

(2) 手続行為能力

(2)では、本手続においては、意思能力があれば、行為能力が制限されている者であっても、手続行為能力を有するものとしている。したがって、返還を求める親が成年被後見人である場合や手続参加人が子である場合、意思能力があ

る限り法定代理人によらずに自ら手続行為（例えば、子が利害関係参加をすること）をすることができ、また、被保佐人又は被補助人であって、保佐人若しくは保佐監督人又は補助人若しくは補助監督人の同意がない場合であっても、自ら手続行為をすることができることになる。子の返還を求める行為を子の親権者の決定をする本案事件をするための準備的な行為と位置付けると、本案の規律と同様に考えるべきであるということになり、親権者の指定又は変更の審判の手続における家事事件手続法第168条第7号が、親及び子について意思能力があれば足りるものとしていることと平仄を合わせたものである。

9 参加

9は、本手続における参加について検討したものである。

(1) 当事者参加

本手続においても、例えば、第三者により子が連れ去られた場合に、監護者である親の一方が申し立て、他方が途中から手続に参加することを希望するなどの事態が考えられるため、当事者参加についての規定を設けることが考えられる（家事事件手続法第41条参照）。そこで、(1)では、①として、当事者となる資格を有する者が当事者として手続に参加することを認めるものとしている。

②では、当事者となる資格を有する者であるにもかかわらず、当事者とされていない者がある場合において、その者が自ら手続に参加しない場合に、他の当事者の申し立てにより又は職権で、その者を当事者として手続に参加させることを認めるものとしている。本手続においても、例えば、親の一方が申立人又は相手方のどちらかの資格を有するにもかかわらず、当事者となっていないなどの場合には、その者の手続保障の観点及び事件の解決のための事案の解明の必要性の観点から、その者を当事者として引き込むことが必要となる場合が考えられる。

(2) 利害関係参加

(2)では、利害関係参加について、主として子の参加を認める必要があるとの観点から、①として、「裁判の結果により直接の影響を受ける者」に裁判所の許可を得て、利害関係参加人として手続に参加することを認めるものとしてい

る。子の参加については、これを認めると、親が子に働き掛けて、自己に有利となるよう子を参加させるおそれがあるなど子の福祉の観点から好ましくない場合も想定される。また、子の参加の可否をめぐって判断が必要となり、迅速な手続実施の妨げとなる可能性もある一方、子の年齢や成熟度によっては、主体的な参加を認めた方が子の利益にかなうとも考えられる。この点について、家事事件手続法においては、一定の事件について、意思能力があれば子に手続行為能力を認める（同法第151条第2号等）とともに、手続に参加することができることとしつつ、参加が子の利益を害すると認めるときは参加を許さないこととしている（同法第42条第5項）。

なお、子以外に「裁判の結果により直接の影響を受けるもの」の例としては、現に子を監護していない親が考えられる。

②では、返還手続の結果により影響を受けることになる者が自ら手続に参加しない場合に、その者の手続保障及び事案の解明上の必要性の観点から、裁判所が職権でその者を手続に参加させることを認めるものとしている。

10 代理人

10は、本手続における手続代理人について検討したものである。

(1) 弁護士代理

(1)では、いわゆる事件屋等の介入を一般的に防止するとともに、法律事務に精通していない当事者の利益を保護するため、弁護士でなければ手続代理人となることができないものとするという弁護士代理の理念は、本手続においても妥当するため、手続代理人を原則として弁護士に限るものとしている。

なお、本手続が、多くの場合、外国人親からの申立てにより開始され、迅速に進められるべきものであることを考慮すれば、必ず弁護士を手続代理人にしなければならないものとする制度（弁護士強制制度）を採用することも考えられる。もっとも、この問題を検討するに当たっては、弁護士の供給体制のほか、弁護士費用の扶助制度の在り方、他の涉外事件との均衡等を総合的に考慮しなければならないはず、本手続の前記特徴を考慮しても、弁護士強制制度を導入することの合理的な説明は困難である。

以上の事情を考慮し、本手続においては、弁護士強制は認めないものとし、

その旨を（注）に記載している。

(2) 許可代理

(2)では、申立人又は相手方が法人であり、事情を最もよく知る担当者が手続代理人として手続を迫行することが事件の適正な解決のために有益である場合も考えられること及び非訟事件手続法第22条第1項ただし書及び家事事件手続法第22条第1項ただし書との均衡を考慮し、裁判所の許可を得て、弁護士でない者を手続代理人とすることができるものとするものとしている。

(3) 職権による代理人の選任

(3)では、8において、行為能力の制限を受けた者であっても意思能力を有する限り、手続行為能力を有するものとした場合には、そのような者が手続迫行をすることは実際には困難であることに配慮し、裁判長が申立てにより又は職権で手続代理人を選任することができるものとしている（家事事件手続法第23条参照）。

9(2)において、子が利害関係参加をした場合に、裁判長が当該子のために個別の事案により必要に応じて手続代理人を選任することができるものとすることが考えられる。

1 1 裁判費用

1 1 は、本手続における裁判費用について検討したものである。

(1) 費用の予納

ハーグ条約第26条第2項は、締結国に対し、申立てにかかる一切の費用の徴収を禁止しているが、ハーグ条約第42条に基づく留保をすれば、裁判所における手続により生ずるものを自国の法律に関する援助及び助言に係る制度によって負担することができる場合を除くほか、負担義務を負わないものとすることができることとされている（条約第26条第3項）。したがって、我が国でも、ハーグ条約第42条に基づく留保をすれば、裁判費用を当事者に負担させることができることになる。

そこで、(1)では、ハーグ条約第42条に基づく留保をすることを前提に、最終的な裁判費用の負担は別途定められること、手続救助により予納が猶予されることがあり得ることを前提にしつつ、裁判費用については、申立人に予納さ

せることを原則としている。

また、裁判所は、事件の解決のためには、当事者からの予納がなくても本手続において必要な資料を収集すべき場合があることに鑑み、国庫により立て替えて必要な手続を行う余地を認めるのが相当である（家事事件手続法30条参照）。

そこで、(1)では、証拠調べ等の本手続に必要な行為に要する費用は、国庫において立て替えることができるものとしている。

(2) 負担者及び裁判

(2)では、①として、手続費用の負担につき、原則として各自負担とするものとしている。これにより、当事者間の費用償還の問題が生ぜず、処理を簡明にすることができることを考慮したものである。もっとも、①の規律のみによると、事案によっては不都合な結果となることがあるから、②では、事情によって、裁判所は、①によれば各自負担となる手続費用の全部又は一部を、その負担と異なる負担のさせ方をすることができるものとしている。さらに、③では、子の返還についての裁判をする場合には、当事者にとっての明確性の観点から、原則どおり各自負担とする場合であっても、必ず手続費用の裁判をするものとしている。

(3) 手続上の救助

(3)では、経済的弱者がそのことを理由に本手続の申立てをすることができないこととなっては不当であることを考慮し、本手続における裁判費用の支払を猶予する手続上の救助の規律を設けるものとしている。具体的な要件や手続については、申立てが認容される見込みがある場合に限るとするか（民事訴訟法第82条第1項ただし書参照）、不当な目的で申立てがされた場合を除外事由として設けるか（家事事件手続法第32条第1項ただし書参照）等につき、なお検討することが必要である。

(4) その他の費用

ハーグ条約第26条第4項は、司法当局（又は行政当局）が、子の返還を命ずる際に、申請人のために支払われた旅費、子の所在を特定するために要した経費、申請者の法律上の代理人に係る経費、子の返還に要する費用等について、相手方に対し、支払を命ずることができる旨規定しているため、そのための裁

判手続等について、本手続において特則を設ける必要があるとも考えられる。

しかしながら、裁判手続外で発生した費用や弁護士費用の負担について裁判所が本手続内で適切に判断することができるかどうか疑問であり、ハーグ条約も、飽くまで「支払を命ずることができる」として、これを設けないことを許容していると考えられる。

そこで、(4)では、以上の点を考慮し、ハーグ条約第26条第4項の規定を担保するための規定は、設けないものとしている。

1 2 公開・非公開

1 2は、手続を公開するか否かについて検討したものである。

2において検討したとおり、本手続は、訴訟手続による必要がないとすれば、必ずしも公開する必要はないことになる。もっとも、公開手続とすることが直ちに否定されるわけではないと解されるが、本手続は、審理の対象が子の返還に関するものであり、審理の過程に家族・親族等のプライバシーに関わる事項が多く含まれることが考えられる。

そこで、1 2では、本手続の審理を原則として非公開とした上で、具体的事案に応じて裁判所の判断で相当と認める者の傍聴を許すことができるものとしている。

1 3 裁判記録の閲覧等

1 3は、本手続に関する裁判記録の閲覧等について検討したものである。

本手続の当事者にとっては、裁判記録の閲覧等は、手続保障の根幹をなすものであり、できる限りこれを認めるべきである反面、本手続の裁判記録には、子の社会的背景に関する情報（ハーグ条約第13条第3項）を始めとして、関係者が通常秘匿したい内容が含まれることが想定されるため、両者の調和を図る必要がある。また、当事者が閲覧等を求める場合と第三者が閲覧等を求める場合とでは、手続保障上の要請に違いがあるから、閲覧等が認められる要件を異なったものにするのが相当であるとも考えられる。

以上の事情を考慮し、まず、①では、当事者又は利害関係を疎明した第三者が、事件の記録の閲覧等を請求するためには、裁判所の許可を要するものとし、②で

は、当事者から①による許可の申立てがあったときは、裁判所は、「一定の事由」がない限り許可しなければならないものとし、③では、利害関係を疎明した第三者から①による許可の申立てがあったときは、裁判所は、相当と認めるときに許可することができるものとしている。そして、上記「一定の事由」については、本手続の性質や想定される裁判資料等を考慮して、なお検討するものとし、その旨を（注）に記載している。

1 4 送達

1 4 は、本手続における送達について検討したものである。

本手続において送達をする場合の具体的な手続については、基本的には、民事訴訟法第1編第5章第4節の規定に準じた規律を設けることが相当であると考えられる。

（注1）では、民事訴訟法第104条の規定に相当する送達場所等の届出の規律に関し、日本国内に住所を有しない申立人等については、日本国内に適当な送達場所を確保することが難しい場合があり、その場合には迅速な送達が困難となることを踏まえて、例えば、我が国の中央当局を送達場所及び送達受取人として指定することができるものとするなどの手当てをすることについて、なお検討するものとしている。

（注2）では、本手続において、民事訴訟法第110条の規定に相当する公示送達の規律を設けることを明らかにしている。すなわち、ハーグ条約では、中央当局が子の所在の特定のため適当な措置を採るものとされている（第7条第2項a）ことを踏まえると、子の所在が不明であるとき（この場合には相手方の所在も不明であることが通常であると考えられる。）は、中央当局においてまず、その所在の特定に努めるべきことになることから、本手続において、当初から又は途中から、子の所在、すなわち、相手方の所在が不明の場面は、それほど多くはないと考えられるが、そのような場面があったときに、事案によっては、公示送達により手続を進めて子の返還を命ずる裁判をするのが相当である場合もあり得ると考えられることを理由とする。

1 5 手続の併合・分離

15は、手続の併合・分離について検討したものである。

本手続においても、手続の併合・分離が必要になることが想定される。例えば、複数の子の返還を各別に申し立てた場合（併合）、第三者が子を連れ去った場合に監護権を有する親が各別に子の返還を求める申立てをした場合（併合）、複数の子の返還を一の申立てでしたが、そのうちの一人の子が満16歳に達していることが判明したため、当該子についての申立てのみを速やかに却下する場合（分離）などである。

そこで、15では、本手続において手続を迅速かつ円滑に進めるために、手続を併合し、又は分離することができるものとしている。この場合には、裁判所は、手続の併合又は分離の裁判を取り消すことができるものとする事及び当事者が関与することができなかつた併合前の手続において証人尋問がされた場合の再尋問の機会を保障するものとする事についても、併せて規律を設けるものとするのが相当である。

なお、家事審判（例えば、子の監護に関する処分として面会交流を求めること）の手続は、本手続と異種の手続であるから、本手続とは併合することができないことを前提としている。

16 手続の受継

16は、手続の受継について検討したものである。

（前注）では、本手続における「受継」の用語の意味について、民事訴訟の手続における場合のように手続の中断を前提とした「受継」の趣旨ではなく、手続を続行することができない当事者に代わり手続を引き継ぐことを意味するものであることを明らかにしている。

なお、本手続では、当事者の資格の喪失等によって手続を続行することができない場合においても、手続は、中断しないものとするを前提としている。本手続においては、裁判所が事実の調査として職権で第三者から事情を聴取する（例えば、家庭裁判所調査官による子の意向調査）など、当事者の関与がなくても審理を進めることができる場合も少なくない。にもかかわらず、当事者が手続を続行することができない場合に、当事者の地位を受け継ぐべき者が手続を現に受け継ぐまでは手続を中断しなければならないものとするのは、迅速処理を阻害する

こととなり、相当でないことを考慮したものである。このような考え方を採っても、当事者の関与が必要な手続については、新たに当事者の地位を承継したものが手続を現に受け継ぐまでは事実上することができなくなり、一定の場合には手続が事実上停止することになるため、当事者の手続保障の観点からも特段問題は生じないものと解される。

(1) 申立人が死亡した場合

本手続により子の返還を求めることのできる地位は、基本的に一身専属的なものであると解されるから、申立人が死亡した場合には、原則として手続は終了するものと考えられる。

しかし、このような場合においても、例えば、第三者が子を連れ去り、監護権を有する一方の親のみが申立人となって子の返還を求める申立てに係る事件が係属していた場合において、当該申立人が死亡したときに、他方の親が従前の審理を引き継ぐことを望むのであれば、それまでの審理を無駄にせず、かつ、常居所を有していた国に返還されるべき子の迅速な返還を実現するためにも、手続を受け継ぐことができるものとするのが相当である。

そこで、(1)では、申立人が死亡した場合には、原則として手続が終了することを前提に、本手続の申立てをすることができる者は、その手続を受け継ぐことができるものとしている。

もっとも、手続を受け継ぐことができる状態が未決着のままいつまでも続くのは相当ではなく、また、他の申立権者は、別途、本手続の申立てをすることもできることを考慮し、受継をするかどうかの考慮期間を1か月としている（家事事件手続法第45条第1項及び第3項参照）。

(2) 当事者が死亡以外の事由により手続を続行することができない場合

例えば、当事者が子を監護する施設などの機関であった場合において、当該機関が合併により消滅したときは、合併により設立された機関又は合併後も存続する機関が当然に手続を受け継ぐものとするのが相当である。

そこで、①では、当事者が死亡以外の事由によって手続を続行することができない場合には、法令により手続を続行する資格のある者がその手続を受け継がなければならないものとしている。

また、①の規律により手続を受け継ぐべき者が自ら手続を受け継がない場合

には、手続の迅速な進行が妨げられることになることから、②では、裁判所は、他の当事者の申立てにより又は職権で、①に定める者に手続を受け継がせることができるものとしている（家事事件手続法第44条参照）。

なお、(1)の場合については、他の申立権者が自ら手続を受け継ぐことを望まないときは、裁判所が職権で当該申立権者に手続を受け継がせる必要まではないと考えられることから、(2)②に相当する規律は設けないものとしている。

(後注)は、相手方が死亡した場合の取扱いに関するものである。本手続において、相手方となるべき者（相手方適格を有する者）は、現に子を監護している者（7(2)参照）であるから、相手方が死亡した場合には、新たに子を現に監護することとなった者が相手方となるべき者になると解される。このような状況は、例えば、相手方の監護の放棄により子を現に監護する者が代わった場合と同様であると考えられるから、相手方が死亡した場合には、手続の途中で相手方適格を有する者が代わった場合と同様であるにとらえ、受継ではなく、新たに子を監護することとなった者の参加又は職権により当事者（相手方）として参加させる方法（9(1)参照）によって対応するのが相当である。そこで、(後注)では、以上を前提としていることを明らかにしている。

17 手続の中止

17は、手続の中止について検討したものである。

本手続においても、天災その他の裁判所が職務を行うことができない事由や当事者の不定期間の故障などを理由として、手続を中止すべき場合も想定される。そこで、17では、手続の中止について、民事訴訟法第130条から第132条（同条第1項を除く。）までの規定に倣った規律を設けるものとしている（家事事件手続法第36条参照）。

なお、ハーグ条約第12条第3項には、子が他の国に連れ出されたと信ずるに足りる理由がある場合には、手続を中止し、又は却下することができる旨定められていることから、子が他の国に連れ出されたと信ずるに足りる理由がある場合に手続を中止することができる旨の規律を設けることも考えられる。この点については、子が日本国内にいることは、本手続により返還命令を発する要件の一つであるから、子が他の国に連れ出された場合には、比較的短期間のうちに日本に

帰国する見込みがない限り，基本的には手続を続行することはできず，申立てを却下するほかないものと解される。他方で，比較的短期間で日本に帰国する見込みがあると認められる場合には，子が日本国内にいない間は，子がいなくても進めることができる審理を進め，子が帰国したら速やかに残存する審理を行った上で裁判をすべきであると考えられる。以上によれば，手続を中止することができないことにより特段の不都合が生じることは一般的に想定し難いから，子が他の国に連れ出された場合を想定した中止の規律は，特に設ける必要がないものと考えられる。

なお，子の返還を求める申立てに係る事件の係属中に相手方の所在が不明になった場合（出国記録等から国外に出国したと認められる場合を除く。）には，相手方と共に子の所在も不明になっていることが通常であると解されるから，ハーグ条約第7条第2項aの規定により中央当局においてその所在の特定に努めるべきことになると考えられる。そして，相手方の所在が判明するまでの間は，裁判所において相手方の関与を要しない手続を進めることになり，中央当局による様々な措置によっても所在の特定に至らなければ，届出のあった送達場所（14参照）における送達又は公示送達によって手続を進めることが考えられる。

18 申立ての方式等

18は，申立ての方式，併合申立て及び裁判長の申立書審査権について検討したものである。

(1) 申立ての方式

(1)は，本手続の申立ての方式について，①のとおり，日本語で記載した書面を管轄裁判所に提出してするものとした上で，②のとおり，申立書の必要的記載事項を，当事者及び法定代理人(a)，本手続により子の返還を求める旨(b)としている（家事事件手続法第49条第1項及び第2項参照）。

このうち，「本手続により子の返還を求める旨」は，裁判を求める事項を特定するために必要的な記載事項としているもので，具体的な内容としては，本手続により返還を求める子を特定するに足りる事項や子の返還先が含まれる。

なお，申立書の必要的記載事項のうちaの「当事者」（特に相手方）やbにおける「子」については，その者を識別することができる程度に特定すること

が必要であり、通常は、氏名及び住所等で特定することになると思われる。もっとも、申立人によるDVが疑われる事案等、子の住所地を申立人に明らかにするのが相当でない場合には、申立人が相手方や子の住所地を把握していない状態のまま申立てをすることも許容し（このような場合には、申立書には、相手方及び子の住所地が不明である旨を記載しておく必要があると思われる。）、申立書には、住所地以外に相手方及び子を特定することができる情報の記載があれば足りるものとし（本手続においては管轄の基準を子の住所地とする規律を設けることを予定している（3(2)（後注1）参照）ところ、申立人が子の所在を把握していない状況での申立てを許容しても、そのような場合を想定した管轄の規律を別途設けるのであれば、特段の支障は生じないものと考えられる。）、裁判所は、子の所在の調査結果を中央当局から聴取し、手続を進めることが考えられる。

ところで、部会では、子の生年月日を申立書の必要的記載事項とすべきであるとの意見も出された。確かに、申立書に子の生年月日の記載があれば、ハーグ条約第4条の要件（ハーグ条約は、16歳未満の子について適用される。）を備えているか否かの判断に資するものと解されるが、中央当局への援助の申請の際に子の生年月日を明らかにすることができない場合には、申請にその情報が含まれていなくても、申請を拒否することはハーグ条約上許されないと考えられること（ハーグ条約第8条第2項bは、「可能な場合には、子の生年月日」を申請に含めるものとしている。）との整合性や、子の生年月日を申立書で特定しなければならないとする必要性（申立て時又はその後に提出された資料により16歳未満であることの確認ができればよいとする余地を排除する必要性）はないことを考慮し、子の生年月日については、子を特定する情報の一つではあるものの、それ自体を申立書の必要的記載事項とはしないことを前提としている。

(2) 併合申立て

返還を求める子が複数ある場合における申立ては、裁判資料が共通することが多いと考えられること、兄弟姉妹の分離の当否を検討する必要性が生じ得ることなどを考慮すると、併合申立てを認めるものとするのが相当である。

そこで、(2)では、複数の子について返還を求める場合には、これらを併合し

て申し立てることができるものとしている（家事事件手続法第49条第3項参照）。

(3) 裁判長の申立書審査権

申立書が(1)②に違反する場合又は申立人が法令の規定に従い手数料を納付しない場合には、簡易迅速に事件を処理するのが相当であることから、(3)では、裁判長は、相当の期間を定めて補正を命じた上で、申立人が不備を補正しないときは、申立書を却下しなければならないものとしている（家事事件手続法第49条第4項及び第5項等参照）。

19 証明責任

19は、子の返還事由及び子の返還拒否事由の証明責任の考え方について検討したものである（具体的な子の返還事由及び子の返還拒否事由については、第2の1及び2を参照）。

本手続は、基本的には、子の連れ去り等により監護権を侵害された者と現に子を監護している者との二者間の手続であり、子の返還事由及び子の返還拒否事由の証明責任は、申立人と相手方のいずれかに分配されるべきところ、ハーグ条約第4条、第12条第2項及び第13条第1項等の条文の規定の仕方、当事者間の衡平、立証の難易等を考え併せると、ハーグ条約に基づく手続により子の返還を求める根拠、すなわち、子の返還事由については申立人にその証明責任を認め、他方、ハーグ条約第12条第2項並びに第13条第1項及び第2項が定める子の返還拒否事由については相手方にその証明責任を認めるのが相当である。

そこで、19では、ハーグ条約第3条、第4条及び第12条第3項の規定に基づく子の返還事由並びにハーグ条約第12条第2項並びに第13条第1項及び第2項の規定に基づく子の返還拒否事由の証明責任について上記の考え方を採ることを明らかにしている。

なお、ここで「証明責任を認める」ということは、子の返還事由及び子の返還拒否事由について裁判所が職権で資料を収集することを禁ずる趣旨ではなく、職権探知により収集された資料を含め、裁判所が自由な心証に基づきすべての裁判資料を検討・評価してもなお事実が証明されたと判断することができない場合に、当該事実がなかったものとされる不利益を受けるという意味であり、いわゆる客

観的証明責任を負わせる趣旨である。

20 裁判資料の収集方法

20は、本手続における裁判資料の収集方法について検討したものである。

本手続について、基本的に訴訟手続によらないこととした場合には、特に迅速処理の要請が高い本手続における裁判資料の収集方法としては、事実の調査として裁判所が職権で自由な方式により裁判資料を機動的に収集することができるものとするのが相当である。もっとも、その場合でも、資料の提出について当事者に主体性を認め、例えば、証拠調べについては、当事者にその申立権を付与し、証拠調べの方法により裁判資料を提出する機会を与えるのが相当であると考えられる（家事事件手続法第56条第1項参照）。

そこで、20の本文では、本手続における裁判資料の収集方法については、家事事件手続法第56条第1項の規律に倣い、職権で事実の調査をするものとしつつ、当事者に証拠調べの申立権を認めるものとしている。

ところで、本手続における裁判資料の収集方法について、一般的には上記のとおり規律とするとしても、19のとおり、ハーグ条約第3条、第4条及び第12条第3項に基づく子の返還事由と、ハーグ条約第12条第2項並びに第13条第1項及び第2項に基づく子の返還拒否事由については、当事者が客観的証明責任を負うものとする考え方を採ることとしている。これらの子の返還事由又は子の返還拒否事由の基礎となる事実については、基本的には当事者が最もよくこれらを知っていると見えるから、これらの資料の提出は第一次的には当該当事者がするものとし、裁判所は、必要があると認めるときに、補完的に職権で事実の調査及び証拠調べをするものとする規律が、当事者に客観的証明責任があるということの手続上の意味を明確にするために相当であると考えられる（家事事件手続法第106条第2項及び第3項参照）。

そこで、20のただし書では、19において当事者が客観的証明責任を負うものとしている子の返還事由及び子の返還拒否事由については、当該当事者が第一次的な立証責任（この立証責任は、いわゆる主観的証明責任を意味する。）を負うことを明確にしている。

2 1 審理手続

2 1 は、本手続における具体的な審理手続について検討したものである。

本手続による子の返還の申立てに係る事件を、当事者対立的な構造の事件であるととらえると、例えば、本手続の審理手続については、相手方への申立書の送付、事実の調査の通知といった当事者の手続保障に配慮した規律を設けることが考えられる（家事事件手続法別表第2に掲げる事項についての審判事件（現行家事審判法第9条第1項乙類に定める事項についての審判事件に相当するもの）についての手続の特則、家事事件手続法第67条から第72条まで参照）。もっとも、申立人が日本国外にいるのが通常であることや、迅速処理の要請が特に高いこと等の本手続における特殊性を考慮して、当事者の手続保障への配慮と迅速処理の要請との調和を見出す必要がある。

(1) 申立書の写しの送付等

(1)は、相手方への申立書の写しの送付及び申立書の写しを送付することができない場合における裁判長の権限について検討したものである。

ア 本手続において迅速処理の要請が特に高いことや、本手続における子の返還を求める申立てに係る事件が当事者対立的な構造を有する紛争性の高い事件であることなどを踏まえると、本手続による子の返還を求める申立てがあった場合には、相手方に対し、申立てがあった事実を通知するだけでなく、申立人の主張の具体的内容も伝えて、早期に反論・反証等の準備をすることができるようにするのが、相手方に適時適切な手続活動を促すためにも、また、迅速処理を図るためにも有効であると考えられる。

そこで、①では、家庭裁判所は、本手続の申立てが不適法であるとき又は申立てに理由がないことが明らかであるときを除き、相手方に申立書の写しを送付しなければならないものとしている。「申立てが不適法であるとき又は申立てに理由がないことが明らかなきとき」を申立書の写しの送付の規律から除外しているのは、これらの場合には、申立書の写しを相手方に送付して相手方に反論等の準備をさせるまでもなく、早期に申立てを却下する裁判をするのが迅速処理の要請にもかなうと考えられるためである。また、「送達」でなく「送付」としているのは、一定の方式によらなければならない「送達」の方法によるよりも、適宜の方法によることができる「送付」によるものと

するのが、本手続における迅速処理の要請にかなうと考えられるからである（家事事件手続法第67条第1項本文参照）。

イ ②では、申立書の写しを送付することができない場合（例えば、申立書において相手方の特定が不十分である場合、申立書の相手方の住所の記載が不正確な場合、送付の費用を申立人が予納しない場合）には、そのままでは送付の手続を進めることができないことから、このような場合に対応するために、裁判長が相当の期間を定めて不備を補正すべきことを命じ、この補正命令に従わないときは、申立書を却下しなければならないものとしている（家事事件手続法第67条第2項及び第3項参照）。

なお、相手方及び子の所在が申立ての当初から不明であり、中央当局による措置によっても、その所在が特定されない場合には、事案に応じて、公示送達の方法による申立書の写しの送付により手続を進めることができる余地があるものと解される（14（注2）参照）。

（参考）ドイツでは、申立書は、相手方に審理期日を記載した呼出状とともに送達され、英国では、召喚状にあらゆる関連書類を添付することとされている。

(2) 事実の調査等

(2)は、審理手続における事実の調査等について検討したものである。

ア 事実の調査

本手続における裁判資料の収集方法については、20のとおり、基本的に職権で事実の調査をする規律とした場合の具体的な事実の調査方法等について、アでは、家庭裁判所調査官に事実の調査をさせることができるものとする事、必要があると認めるときは、家庭裁判所調査官を手続の期日に立ち合わせ、意見を述べさせることができるものとする事、医師である裁判所技官に事件の関係人の心身の状況について診断をさせることができるものとする事、他の家庭裁判所又は簡易裁判所に事実の調査を囑託することができるものとし、また、相当と認めるときは、受命裁判官に事実の調査をさせることができるものとする事、官庁、公署その他適当と認める者に必要な調査を囑託することができるものとする事等、家事事件手続法第58条から第62条までと同様の規律を設けるものとしている。

イ その他

本手続では、日本語に通じていない者が当事者となる場合が少なくないと考えられることなどから、イでは、これらの者や弁論能力を欠く者のために、民事訴訟法第154条及び第155条の規定に相当する規律を設けるものとしている（家事事件手続法第55条参照）。

(3) 事実の調査の通知

(3)は、事実の調査の通知について検討したものである。

本手続における裁判資料の収集方法については、基本的に、職権により事実の調査をするものとし、いわゆる自由な証明を基本とする規律とすることを予定している（20参照）が、本手続の当事者対立的な構造を踏まえると、当事者から提出された主張や資料等、事実の調査の対象となった裁判資料に対して、他方当事者が適時に反論・反証することができる機会を保障する必要があるといえる。

そこで、(3)では、本手続における迅速処理の要請と当事者の手続保障との調和の観点から、少なくとも当事者が事実の調査の結果について閲覧謄写をすることができる機会を保障し、その結果に応じて必要な対応を採ることができるようにするため、裁判所は、事実の調査をしたときは、特に必要がないと認める場合を除き、その旨を当事者に通知しなければならないものとしている（家事事件手続法第70条参照）。なお、ここでいう事実の調査の通知は、その趣旨から、閲覧等のきっかけとなる程度の情報、すなわち、どのような事実の調査をしたかについて知らせれば足りるものであり、事実の調査の結果の具体的な内容については閲覧等により了知することをもって足りるから通知する必要はないことになる。

(4) 電話会議・テレビ会議システム

(4)は、本手続における電話会議・テレビ会議システムについて検討したものである。

本手続では、土地管轄を集中することが予定されていることや、迅速処理が特に強く要請されることなどを踏まえると、当事者や代理人が裁判所に出頭しなくても、電話会議システム又はテレビ会議システムにより期日における手続をすることができるようにすることは、当事者の便宜にかない、本手続における迅速処理の要請にも合致するといえる。もっとも、証拠調べの期日の手続に

については、厳格な方法で行う必要があると解されることから、民事訴訟法第204条、第210条及び第215条の3と同様に、証人、当事者本人及び鑑定人についてのみテレビ会議システムを利用する方法に限定して認めることとするのが相当である。

そこで、①では、証拠調べを除く期日の手続を電話会議システム又はテレビ会議システムを利用して行うことができるものとし（家事事件手続法第54条参照）、②では、証拠調べの手続については、民事訴訟法第204条等の規定に相当する規律を設けるものとしている（家事事件手続法第64条第1項参照）。

(5) 陳述聴取

(5)は、陳述聴取について検討したものである。

ア 陳述聴取

アは、いわゆる必要的陳述聴取の規律に関するものである。（注）は、陳述聴取の意味を確認するものである。

本手続の申立てに係る事件が当事者対立的な構造の事件であることを踏まえ、当事者の手続保障を図るために、原則として少なくとも1回は当事者の陳述を聴かなければならないとの規律（家事事件手続法第68条第1項参照）を設けるものとしている。「申立てが不適法であるとき又は申立てに理由がないことが明らかなきとき」を必要的陳述聴取の規律から除外しているのは、(1)①の場合と同様に、このようなときに当事者の陳述を聴取するまでもなく早期に申立てを却下する裁判をするのが迅速処理の要請にかなうと考えられるためである。

なお、当事者に審問の申立権を付与するものとすることも考えられる（家事事件手続法第68条第2項参照）が、本手続における迅速処理の要請を考慮すれば、審問の方式によるかどうかは、裁判所の適正な裁量に委ねることで足りると考えられる。

イ 審問の期日の立会い

イでは、審問の期日を開いて当事者の陳述を聴く場合における当該期日の当事者の立会権について、両案を併記している。

本手続の申立てに係る事件が当事者対立的な構造の事件であることを踏まえると、裁判所が当事者の審問をする場合には、対審的手続を採ることによ

り当事者に攻撃又は防御の機会を十分に与えるのが相当であると考えられるが、他方で、例えば、申立人のDVが疑われる事案では、相手方の審問に申立人が立ち会うことにより相手方から十分な陳述を聴取することができなくなり、その後の事実の調査等の手続にも支障が生ずることが考えられるから、審問の期日の立会いについては、一定の例外を設ける必要がある。

そこで、【甲案】は、原則として当事者の審問の期日に他方の当事者が立ち会うことができるものとしつつ、事実の調査に支障を生ずるおそれがあると認められるときは、他方の当事者の立会いは認められないものとする例外を設けることを提案している（家事事件手続法第69条参照）。

これに対し、【乙案】は、審問の期日を開いて当事者の陳述を聴取する場合に、常に他方当事者に立会いの機会を与えることにすると、本手続における迅速処理の要請に反しかねないことを考慮し、審問の期日の立会いについては、事案に応じた裁判所の適正な裁量に委ねるのが相当であると考え、審問の期日の立会いについては、特に規律を設けないことを提案している。

(6) 証拠調べの手続

(6)は、証拠調べの手続について検討したものである。

本手続における裁判資料の収集方法については、職権で事実の調査をするものとしつつ、当事者に証拠調べの申立権を認めるものとしている（20参照）。

(6)では、証拠調べの具体的な手続について、家事事件手続法第64条第1項の規定と同様に、証拠調べに関する民事訴訟法第2編第4章第1節から第6節までの規定のうち、本手続の性質に鑑み、証拠調べ手続として規律を設けることが相当でないものを除き、これらの規定と同様の規律を設けるものとしている。

また、(注)では、本文の括弧書き中の「同様の規律を設けることが相当でないもの」について、なお検討するものとしている。この点については、基本的には、弁論主義を前提とした規定がこれに当たるものと考えられるが、本手続においては、子の返還事由及び子の返還拒否事由について当事者の証明責任及び証明義務を想定している（19及び20参照）ことから、弁論主義を前提とした規定を本手続においても導入する余地があるとも考えられる。例えば、当事者が文書提出命令等に従わない場合の真実擬制の規律（民事訴訟法第22

4条等参照)と同様の規定を設けることが考えられる。

(参考) 英国では、迅速な手続を実現する観点から、当事者は口頭による証拠を提出する権限をもたない規律とされている。

(7) 調書の作成等

(7)は、調書の作成等について検討したものである。

期日において手続を行った場合には、当事者に対する手続保障の観点からは、その手続の内容を記録化することが重要であると解されることから、(7)では、原則として、裁判所書記官が本手続の期日について調書を作成しなければならないものとしている。ここでいう「期日」とは、裁判所、当事者その他の者が会して本手続における行為をするために定められた一定の時間を意味するものであることを想定している。

もっとも、証拠調べをした期日については、一般に裁判資料として重要な価値があることから、必ず調書を作成する必要があると解されるが、その他の期日については、その期日において行われる手続の具体的内容や重要性に幅があり、常に調書を作成しなければならないものとするのは、迅速処理の要請に必ずしも沿わないものと考えられる一方、期日についての記録が一切ないというのは、期日を行った日時や出席者さえも記録上明らかにならず、手続の明確性の観点から問題があると解される。そこで、証拠調べの期日以外の期日については、裁判長において調書を作成する必要があると認めるときは、期日の外形的な経過（例えば、期日を行った日時、出席した者、指定した次回期日等）を「経過の要領」として記録上明らかにすることをもって調書の作成に代えることができるものとしている（家事事件手続法第46条参照）。

(8) 審理の終結

(8)は、審理の終結について検討したものである。

子の返還を求める申立てに係る事件が当事者対立的な構造の事件であることに照らすと、本手続においては、当事者が必要な攻撃防御を尽くすことができるように、当事者に対し、裁判資料の提出期限及び裁判の基礎となる裁判資料の範囲を明らかにするのが相当であると考えられる。

そこで、(8)では、申立てが不適法であるとき又は申立てに理由がないことが明らかなきを除き、相当の猶予期間を置いて、審理を終結する日を定めなけ

ればならないものとしつつ、当事者が立ち会うことのできる期日において終結する場合には、当事者に更なる攻撃防御等の予定がないことを確認した上で審理を終結することができることから、その場で直ちに審理を終結することができるものとしている（家事事件手続法第71条参照）。

このように、本手続において審理の終結の規律を設けるものとした上記の趣旨からすると、本手続における裁判は、審理の終結までの間に収集された裁判資料に基づいてしなければならず（審理の終結日が判断の基準時となる）、その後提出された資料を裁判の基礎とするためには、手続を再開する必要がある。

(9) 裁判日

(9)は、本手続の申立てについての裁判日について検討したものである。

子の返還を求める申立てに係る事件が当事者対立的な構造の事件であることや、子の返還が命じられた場合には、子が常居所を有していた国での子の受入れ態勢の最終的な調整や、子の移動のための具体的段取り等、子の現実の返還に向けた様々な準備が必要になることなどに照らすと、裁判が具体的にいつされるのかは、当事者にとって重大な関心事であるといえる。

そこで、(9)では、上記のとおり裁判がされることに重大な関心を有している当事者が、裁判に対する不服申立てや子の現実の返還に向けた準備に関し、時期的な見通しを持つことができるようにするために、裁判所は、審理を終結したときは、裁判日を定めなければならないものとしている（家事事件手続法第72条参照）。

2.2 中央当局と裁判所との関係等

2.2は、中央当局と裁判所との関係等について検討したものである。

①は、子の返還を求める申立てに係る事件が裁判所に係属した場合の中央当局への通知について検討したものである。

本手続においては、中央当局は、申立人とならないことから、本手続の申立てがされたことは、中央当局が当然に把握することはできない。しかしながら、子の返還を援助する任務を負う中央当局としては、子の返還について裁判手続が開始したことを把握すべきであるといえるし、また、子の返還の手続が開始され、

6週間経過後の遅延の理由の説明要求（22③参照。ハーグ条約第11条第2項）をするに当たっても、本手続の裁判所への係属を把握する必要があると考えられる。

そこで、①では、子の返還を求める申立てに係る事件が裁判所に係属した場合には、当該裁判所は、その旨を中央当局に通知するものとしている。

②は、裁判資料の収集に当たっての中央当局による協力・調査について検討したものである。

裁判所において、子が常居所を有していた国に子を返還すべきかどうかを判断するに当たっては、当該国において子がどのような生活を送ることになるかが重要な考慮要素になる（ハーグ条約第13条第3項参照）。これに関する資料としては、ハーグ条約第7条第2項dにいう子の社会的背景に関する情報が考えられるところであり、我が国の中央当局は、子が常居所を有していた国の中央当局との間で、条約第7条第2項dに基づき、情報交換を求めることとなる。そして、そのようにして得られた情報もまた、裁判所に提出されることが望ましい。

さらに、社会的背景に関する情報以外の裁判において必要と思われる外国に所在する情報の収集の在り方についても、中央当局の関与の在り方も含め、今後検討する必要がある（なお、子の社会的背景に関する情報以外の情報については、条約上、当然に子が常居所を有していた国の中央当局が我が国の中央当局に提供すべき情報ではないことから、必要な情報が得られないとの問題は残る。）

もっとも、中央当局が収集した子の社会的背景に関する情報等を、どのような方法によって裁判所に提出されるようにするか、当事者と中央当局との関係あるいは裁判所からの囑託の在り方については、引き続き検討する必要があることから、②では、その旨を記載している。また、子が常居所を有していた国の中央当局を通じて収集された資料は、通常、当該国の言語により作成されたものである場合がほとんどであると考えられ、このような資料を裁判資料とするに当たっては、誰が、どのような方法で、どの範囲の資料を日本語に翻訳するのかなどの問題についても検討する必要がある。

③は、ハーグ条約第11条第2項の規定について検討したものである。

ハーグ条約第11条第2項は、裁判手続の開始から6週間が経過した場合には、司法当局に対し、遅延の理由の説明を求めることができるとし、国境を越える子

の連れ去り事案の迅速な解決を促している。

そこで③では、国内法においても、これと同旨の規定を設けるものとしている。

なお、遅延の理由の説明を求める主体としては、ア) 我が国の中央当局、イ) 子が常居所を有していた国の中央当局、ウ) 子の返還命令の申立人が想定され、また、遅延の理由の説明を行う主体としては、司法当局が想定されているところ、(注)において、説明のルートの詳細については、更に検討するものとしている。

④は、本手続が終了した場合の中央当局への通知について検討したものである。

子の返還について援助をする任務を負う中央当局は、本手続が返還命令の確定や和解により終了した場合には、返還命令や和解の内容を踏まえて子の安全な返還を確保するために適切な措置をとる義務を負い、申立ての却下又は取下げにより終了した場合には、援助手続も通常は終了することになるため、中央当局は、本手続が終了したことを把握する必要があると考えられる。

そこで、④では、本手続が終了した場合には、裁判所は、中央当局にその旨を通知するものとしている。

2 3 子の意思の把握

2 3 は、裁判所における子の意思の把握について検討したものである。

ここでいう「子の陳述の聴取」とは、言語的表現により子の意向や認識を聴取する手続をいい、裁判所からの質問事項を記載した書面を送付して照会する場合、裁判官が口頭によってする場合、家庭裁判所調査官による調査による場合を含んでいる。また、「家庭裁判所調査官による調査その他の適切な方法」には、言語的表現のみならず、子の態度や表情等の観察による調査を含んでいる。

ハーグ条約に基づく子の返還手続において、子は、裁判手続の当事者とならないとしても、子はその常居所を有していた国へ返還される主体であり、その結果に重大な利害関係を有している。したがって、子の利益を確保する観点から、裁判所は、子の年齢にかかわらず、子の意思を把握し、それを考慮することが重要であると思われる。

そこで、2 3 では、従来、家事事件において家庭裁判所調査官の調査その他の適切な方法により行われてきた子の意思の把握等についての運用を前提として、ハーグ条約に基づく子の返還手続においても、裁判所が、子の陳述の聴取、家庭

裁判所調査官による調査その他の適切な方法により、子の意思を把握するように努めなければならない、また、裁判するに当たり、子の年齢及び発達の程度に応じて、子の意思を考慮しなければならないものとしている（家事事件手続法第65条参照）。

更に進んで、子の陳述聴取を必要的なものとするべきかが問題となる。特に、ハーグ条約第13条第2項が、子の返還拒否事由の一つとして、「司法当局又は行政当局は、また、子が返還されることを拒み、かつ、その意見を考慮に入れることが適当である年齢及び成熟度に達していると認める場合には、当該子の返還を命ずることを拒むことができる。」と規定していることから、裁判所は子の返還の判断に当たって、子の陳述を必ず聴取しなければならないとすることも考えられる。しかしながら、陳述聴取は、上記のとおり、言語的な表現により子の意向等を聴取することを意味することから、ある程度の年齢に達していることが前提となるほか、個別具体的な事案を考慮することなく、一律に子の意見聴取を義務化することが子の利益にかなうとは考え難い。

したがって、子の陳述を聴取するか、その他の方法により子の意向を把握するものとするかは、裁判所の裁量に委ねるものとして、子の陳述聴取を必要的なものとはしないことが相当であると考えられる。

2.4 裁判所及び当事者の責務

2.4は、裁判所及び当事者の責務について検討したものである。

連れ去られた子の返還を命ずる場合には、できる限り速やかに従前の生活関係が回復されることが望ましい。また、子の返還の申立てが退けられる場合でも、子及び監護者が置かれている不安定な状態を可及的速やかに解消させる必要がある。そのため、ハーグ条約第11条第1項は、子の返還のための手続は迅速に行われるべき旨を規定し、国境を越える子の連れ去り事案の迅速な解決を促している。

迅速な裁判を実現するためには、裁判所による迅速な審理はもとより、当事者による信義に従った誠実な手続遂行も同様に必要であることから、その旨の一般的な規定を国内法に設けるのが相当であり（家事事件手続法第2条参照）、2.4では、その旨を記載している。

なお、本手続の審理期間について、6週間といった具体的な期間を明示することも考えられる。しかしながら、ハーグ条約第11条は、審理期間についての一定の目標を提示しているものと考えられるものの、ハーグ条約は、遅延の理由を求められれば、司法当局がその理由を説明しなければならない旨を規定しているにすぎないこと、全ての手続を6週間で終えることとするのは、適正な審理の観点から必ずしも相当とはいえない場合があると考えられること、諸外国においても、実際には6週間以内で審理が終了することはむしろ稀であることなどを考慮し、具体的な審理期間を明示した規律は設けないものとするのが相当である。

(参考1) ハーグ条約第11条第1項に関連して、オーストラリアやニュージーランドでは、子の返還のための手続は迅速に処理する旨の訓示的規定を設け、カナダ(ケベック州)やドイツでは子の返還のための手続は他の手続より優先して処理する旨の規定がある。

(参考2) ハーグ条約第11条第2項に関連する各国の規定例

オーストラリアでは、申立てが係属してから42日の期間内に決定しない場合には、(a)申立てをした中央当局又は条約第3条の申立人は、裁判所の記録係にその期間内に決定されなかった理由を書面で求めることができ、(b)当該記録係は、できるだけ早く担当中央当局又はハーグ条約第3条の申立人に回答をしなければならないものとされている。

カナダ(ケベック州)では、返還手続開始から6週間経過しても決定が出ない場合には、法務省は、申立人や中央当局の要請に従い、遅延の理由を示すものとされている。

25 ハーグ条約第14条関係

25は、ハーグ条約第14条を担保するための規定の要否について検討したものである。

子の連れ去り又は留置が不法なものかどうかは、子が常居所を有していた国の法令や司法上の決定等に照らして判断される(ハーグ条約第3条第2項)。したがって、不法な連れ去り又は留置といえるかどうかを判断するに当たっては、子が常居所を有していた国における法令や決定についての情報が必要になるが、ハーグ条約第14条は、子の返還手続を行う国の法律上必要とされる①外国の法令の証明や②外国の決定の承認のための手続を経ることなく、監護権に関する、子が常居所を有していた国の法令や司法上又は行政上の決定を考慮することができることを規定している。そこで、国内法において、ハーグ条約第14条と同様の

規定を設けるかどうかを検討する必要がある。

まず、①外国の法令の証明については、現在のところ、我が国においては、外国法の性質を「法」と解し、準拠法として外国法が選定された場合には、準拠法である外国法を法として取り扱うとの外国法法律説が支配的見解となっている。その上で、外国法については証明不要と解する考え方や、法としても裁判所の職権探知には限界があることから、証明が必要との考え方が唱えられているが、いずれにしても、ハーグ条約第14条は、外国法の証明のために必要とされる手続によることなく、直接外国法を考慮することが「できる」とするにとどまることから、ハーグ条約第14条は、我が国の外国法の証明の考え方と抵触するものではないものと考えられる。したがって、ハーグ条約第14条の規定を担保する規定を設ける必要はないものと考えられる。

次に、②外国の決定については、そもそも、我が国においては、外国の裁判等について承認の手続を経なければ外国の決定を考慮することができないなどという規律はない。したがって、この観点からも、ハーグ条約第14条の規定を担保する規定を設ける必要はないものと考えられる。

そこで、25では、ハーグ条約第14条を担保する規定は設けないものとしている。

(参考) オーストラリア、英国、ニュージーランド、カナダ（ケベック州）等においては、ハーグ条約第14条に対応した規定が設けられている。

26 ハーグ条約第15条関係

26は、ハーグ条約第15条の規定を担保するための規定の要否について検討したものである。

子の連れ去り又は留置が不法なものかどうかは、子が常居所を有していた国の法令又は司法上の決定等に照らして判断される所、ハーグ条約第15条は、その判断の資料とするために、子の返還の申立てを受けた司法当局又は行政当局は、申立人が、子が常居所を有していた国の当局から、子の連れ去り又は留置がハーグ条約第3条に規定する不法なものであるとする決定書その他の証明を得ることができる場合には、申立人に対し、その事案における子の連れ去り又は留置が同条に規定する不法なものであるとする子が常居所を有していた国の当局の決

定書その他の証明を得ることを求めることができる旨規定している。

ハーグ条約第15条の担保規定の要否を検討するに当たっては、日本から外国への子の連れ去り事案と、外国から日本への子の連れ去り事案とで、場合を分けて検討する必要がある。

ア 日本から外国への子の連れ去り事案

そもそも、ハーグ条約第15条が、「子の連れ去り又は留置が第3条に規定する不法なものであるとの決定その他の判断を申請者が当該子が常居所を有していた国において得ることができる場合には」と規定していることからすれば、我が国において、必ずしも、子の連れ去り又は留置が第3条に規定する不法なものであるとする決定書その他の証明を発するのための裁判手続を設ける必要はないものといえる。仮に、連れ去り又は留置が不法かどうかについて、公証機関ではない我が国の裁判所において証明するような手続を設ける場合には、少なくとも申立人のみならず相手方の主張も踏まえて審理・判断するような手続を創設する必要があるが、このような手続の審理には一定の時間を要するものと見込まれ、このような手続を設けることが本条約の精神に合致するとはいえない。

したがって、日本から外国への子の連れ去り事案に関しては、ハーグ条約第15条の担保規定を設ける必要はないと考えられる。

イ 外国から日本への子の連れ去り事案

申立人が、子が常居所を有していた国の当局から、不法性に関する証明を得ることができるならば、我が国の裁判所の審理・判断に資するといえるから、これを否定する理由はない。

そこで、26では、そのような場合には、裁判所は、申立人に対し、子の連れ去り又は留置が不法であることの証明書の提出を求めることができるものとしている。

(参考) オーストラリア、英国、ニュージーランド、カナダ(ケベック州)、ドイツ等においては、条約第15条に対応した不法性の証明をする規定が設けられている。

27 ハーグ条約第16条関係

27は、ハーグ条約第16条の規定を担保するための規定の要否について検討

したものである。

ハーグ条約は、不法に連れ去られ、又は留置されている子について、常居所を有していた国への迅速な返還を確保することを目的とし、監護の実体に関する紛争については、子が常居所を有していた国へ子を返還した後に、その国において解決されるべきことを前提としている。そこで、ハーグ条約第16条は、子が連れ去られた国の司法当局又は行政当局に対し、不法な連れ去り又は留置があったことの通知を受けたときは、子の返還に関する紛争の決着がつくまでの間、子の監護に関する実体判断をすることを原則として禁止している（ただし、子の返還の申立てが相当な期間内にされない場合を除くものとしている。）。

このように、ハーグ条約第16条が、子が連れ去られた締約国に対し、子の監護に関する実体判断の裁判をすることを禁止している以上、国内法において、これを担保する規定を設ける必要があるものと考えられ、27において、親権者又は監護者の指定又は変更に加え、これらを前提とする子の引渡しについても、判断してはならない旨を記載している。

この場合、離婚訴訟において親権者の指定をする場合（民法第819条第2項）には、親権者の指定をしないまま離婚の裁判をすることが認められない以上、結果として離婚それ自体の判断も禁止されることになると考えられる。

なお、実体判断が禁止される範囲については、面会交流や養育費についての判断等の子の監護に関する事項も含まれるのではないかと考えられるが、子の返還の手續が進行している場合であっても、子の返還までの間の暫定的な面会交流、養育費について、裁判所の判断を求める必要性を認めることができるほか、子の返還の手續と並行して審理することにより、子の友好的な返還というハーグ条約の趣旨の実現に資する面もあることから、面会交流や養育費の取決め等の子の監護に関する事項については、判断が禁止されるものではないと考えるのが相当である。

なお、ハーグ条約第16条は、誰が、どのようにして、どの裁判所に子の不法な連れ去り又は留置があったことを通知するのかについて具体的に規定していないが、本文のような規律を実効的なものとするためには、子の監護に関する本案の事件が係属する裁判所が子の不法な連れ去り又は留置があったことを知ることができる仕組みを整備する必要がある。この点については、中央当局から我が国

の司法当局における適当な窓口機関を通じて当該裁判所に通知する方法や、当該本案の事件の当事者であって子の不法な連れ去り又は留置を受けた者が当該裁判所に通知する方法が考えられるが、具体的な方策については、(注)において、なお検討するものとしている。

(参考) オーストラリア(返還命令の決定が出るまで、監護権を与える命令をしてはならない旨規定)、英国、ニュージーランド(監護に関する命令や決定は、返還申立てについて決定がされるまで、されない旨規定)等においては、ハーグ条約第16条に対応した規定が設けられている。

28 ハーグ条約第17条関係

28は、ハーグ条約第17条の規定を担保するための規定の要否について検討したものである。

子が連れ去られた締約国において、子の監護に関する決定があることを理由に子の返還を拒否すると、不法な子の連れ去りを既成事実化することになり、子が常居所を有していた国における子の監護状態の回復というハーグ条約の目的を没却することとなる。

そこで、ハーグ条約第17条は、子の返還手続が係属している国において、既に子の監護に関する決定が効力を有する場合であっても、そのことのみをもっては子の返還を拒否することができないことを規定している。他方で、ハーグ条約第17条は、ハーグ条約の適用に当たり、監護に関する決定の理由を考慮することができる旨を規定するが、これは、既にされた監護に関する裁判等の手続における成果を、子の返還を求める申立ての当否を判断するに当たって活用する余地を認めたものである。

以上のことは、明文の規定がなくても導くことができるものとも考えられるが、ハーグ条約17条の規定を担保するための規定を設けることによって、明確にすることが相当である。

そこで、28では、条約第17条の規定を担保するための規定を設けることとしている。

29 裁判

29は、裁判について検討したものである。

(1) 返還命令の主文

(1)では、主文の在り方については、特別の規定を置かず、裁判実務における運用に委ねるものとしつつ、具体的な在り方については、裁判の実現方法（34参照）にも影響することから、そこでの検討を踏まえて、なお検討するものとしている。

ハーグ条約は、子の具体的な返還先については明示しておらず、返還命令における主文の在り方は、各締約国の解釈・運用に委ねられている。返還命令の主文としては、相手方に対し、一定の給付あるいは作為を命ずるものが想定されるが、返還命令の主文については、後にその実現を担当する機関が実現の方法を明確に判断することができるように検討する必要がある。

これまでの検討を紹介すれば、主文としては、①「相手方は、子を、〇〇国（子が常居所を有していた国）に返還せよ。」というものが、標準的なものとして想定される。この主文は、ハーグ条約の枠組みと最も整合するものと考えられる。

このほか、②「相手方は、申立人（又は申立人が指定する者）に対し、子を引き渡せ。」という主文が考えられる。この主文は、申立人が日本国内に所在しているか、あるいは、子を受け取るために来日する予定である場合には、有効な方法であるとも考えられるが、子の引渡しを受けた申立人が、子が常居所を有していた国に戻らなかった場合には、子を当該国に返還させ、そこで監護についての本案をすべきであるというハーグ条約の要請に合致しないことになるし、また、DVの問題がある事案については、申立人に子を引き渡すことが相当でない場合があるという問題がある。

このほか、③「相手方は、申立人が子を、〇〇国（子が常居所を有していた国）に連れ帰ることを妨害してはならない。」という主文も考えられるが、ハーグ条約上は、申立人自らが子を連れ帰ることまでは要求されていないのに、申立人による連れ帰りを前提とした判断をすることが、ハーグ条約の枠組みと整合するのか問題となるほか、②と同様の問題もある。

このように、想定される主文は、様々なものが考えられる。具体的事案においては、主文は、一義的で明確であるべきであるが、あるべき主文は、事案ご

とに異なり得る。

(参考) ドイツでは、主文の書き方は、法律上特に決められていないが、1個の裁判書の中で段階的な返還命令がされるのが一般的である。すなわち、第一段階として、奪取親に対し、子を、子が常居所を有していた国へ連れて行くことを命令し、第二段階として、奪取親に対し、申立人又は申立人が指定する者に子を引き渡すことを命令するというものである。

英国では、子の返還命令において、どの程度、子の返還のための具体的な措置を定めるかは、個々の事案による。例えば、「2週間以内に」「〇月〇日までに」などと、履行時期を主文に盛り込んだり、返還の失敗、遅滞あるいは子の再連れ去りを防止するために、旅程表及びフライト時刻表を含む旅行の手配まで記載している詳細な命令もある。

(2) undertaking

(2)は、いわゆるundertakingについて検討したものである。

(2)では、いわゆるundertakingを可能とするための特別の規律は設けないものとしている。

諸外国では、(注)のとおり、子の返還を前提として、又は子の返還の実現を図る目的で、子の返還に関連する事項について、当事者が義務を負うことを裁判所(通常は、子の返還のための手続を審理する裁判所)に対し約束し、裁判所が、返還命令と一体のものとして、又は別の命令として、その履行を命ずることがあり、このような約束又は履行の命令を一般にundertakingと呼んでいる。英米法系諸国、特にイギリスを中心に活用されていたものが、他国においてもその有用性が認識されて広まり、現在では、ドイツやフランスでも活用例が見られる。ハーグ条約第13条第1項b、第7条第2項、第10条が、その法的根拠となり得ると解釈されている。

undertakingは、子が常居所を有していた国において監護権の本案についての判断がされるまでの間、子の福祉を保障するための手段として、又は相手方による任意の子の返還を促す目的等で用いられるとされている。約束の内容としては、申立人が、子を相手方の監護の下から奪い去らないこと、暴力を行使しないこと、扶養料、旅費、弁護士費用等を支払うこと、子が常居所を有していた国において相手方と子のための住居を確保すること、刑事訴追の放棄や告訴の取下げをすること、相手方が申立人による面会交流を容認すること、子が常

居所を有していた国に帰国後直ちに、申立人と相手方は監護権その他本案についての決定を求めて裁判手続を開始することなどが挙げられる。undertakingの対象として考えられている事項は、返還前に履行されるべきことや返還後に履行されるべきことなどが広く含まれ、約束の形式も、必ずしも返還命令の中で命ぜられる場合に限られない。

我が国への連れ去りの事案において、我が国の裁判所が、子の返還後に履行すべきことについて、申立人の約束の内容に沿った命令をし、その裁判が確定しても、それが外国で承認され当該外国の法制度の中で執行される場合は別として、それ以外の場合には、外国には我が国の執行管轄権が及ばない以上、当該約束部分を強制執行することはできないから、このような実効性のないものを返還命令と関連させることを制度化することは相当でないと考えられる。

他方、約束の内容が子の返還前に我が国において履行されるべき事項（例えば旅費の支払）である場合には、調停又は和解であれば約束の内容を調停条項又は和解条項に盛り込むこと、約束の内容を条件として返還を命ずること、裁判の理由中において、申立人又は相手方による約束ないし履行状況を摘示し、それを返還の判断の一考慮要素とすることなどが考えられるが、そのためには、undertakingを制度化するまでもなく、我が国の既存の制度で対応することが可能である。

以上の検討からすれば、いわゆるundertakingについて、国内法において、特別の規定を設ける必要はないものと考えられる。

(参考) ドイツでは、①子をドイツから返還する前に相手方が約束した義務を履行すべき場合に家庭裁判所が中間命令を下す場合と、②当該義務が子の返還後に履行されるべき場合を対象として、返還命令の中でundertakingが命ぜられる場合がある。①の場合には、強制執行によってその実現を求めることができるほか、秩序金及び秩序拘禁による強制執行がされ得るが、②の場合には、外国に承認執行してもらおう方法（ただし、実現の可能性は、高くない。）があり得るほかは、強制執行もできず、現実にはほとんど効果をもたないと考えられている。例えば、ある事例で、子の返還を申し立てた父がundertakingとして、①告訴の取下げ、②母が子と共に家族施設に入ることの許容、③扶養料の支払を約束したために、母が任意に子と共に米国に帰ったところ、子の奪取が帰国先の州では親告罪ではなかったため、母が帰国後直ちに逮捕され、子を父の監護下に置く旨の裁

判所の命令が出され、母は、子と付添付きの面会交流が認められたにすぎなかったという。

フランスでは、子の外国への返還後の安全を確保するために申立人にundertakingをさせる実務はないが、審理における当事者の申述及び主張内容を考慮に入れるだけでなく、子の返還手続の進行中にも、両当事者が合意に達するように努力し、子の返還手続において何らかの約束がなされた場合には、返還命令にもその内容が記載されるのが通常であるという。

3 0 裁判の効力の発生

3 0は、裁判の効力の発生について検討したものである。

子の返還命令が子を他国に返還するという重大な効果を伴うものであり、一度返還命令によって子が常居所を有していた国に返還された後、原裁判の変更により再び帰国を余儀なくされるとすれば、子の福祉への悪影響が甚大である。そこで、子の返還を求める申立てについての裁判の効力は、確定しなければ生じないものとするのが相当である。裁判の告知により確定を待たずに効力が発生するものとした上で、不服申立てに必要な又は裁量的な執行停止を認めることも考えられるが、不服申立てまでの間に執行される余地を認めることは相当ではないものと思われる（家事事件手続法第74条第2項ただし書参照）。

そこで、3 0では、子の返還を求める申立てについての裁判は、確定しなければその効力を生じないものとしている。

3 1 裁判の取消し等

3 1は、裁判の取消し等について検討したものである。

子の返還を求める申立てについての裁判には既判力がないこと、ハーグ条約では、子の利益が最も重要なものと位置付けられていることを考慮すると、返還を求める申立てについての裁判がいったん確定しても、その後、その裁判を維持することが不当であると認められるに至った場合や、その裁判を維持する必要性が消滅した場合には、これを取り消し、又は変更する余地を認めるのが相当であるとも考えられる。他方で、確定した裁判の安定性にも配慮する必要がある。

そこで、3 1では、裁判の取消し又は変更の原因についての考え方の違いに応

じ、両案を併記している。

なお、本手続の申立てに係る事件は、子が常居所を有していた国への子の返還という当事者間で任意に処分をすることが基本的に可能な事項を対象としている点で、公益性が高いとはいえないこと、また、裁判を維持することが不当であることや裁判を維持する必要性が消滅したことを最もよく知り得る者は当事者であると考えられることから、本手続における裁判の取消し等の規律としては、【甲案】及び【乙案】のいずれによる場合も、裁判所は、申立てを待って対応すれば足りるものとし、職権による裁判の取消し等の規律は特に設けないものとしている。

また、子が常居所を有していた国に戻った後は、子の監護環境の早期安定の利益が優先するものと解されることから、【甲案】及び【乙案】のいずれにおいても、子が常居所を有していた国に戻った後は、これを取り消し、又は変更することができないものとし、そのことを前提に、取消し等の申立てに伴い子の返還を命ずる裁判の執行を停止する制度を設けることを想定している。

ア 【甲案】及び【乙案】の考え方について

(ア) 【甲案】について

子の監護環境は、これをできる限り早期に安定させることが子の利益に資するという観点から、子の返還を求める申立てについての裁判に対する通常の不服申立ての方法を即時抗告に限定した趣旨（33(1)参照）からすれば、子の返還を命ずる裁判が確定したにもかかわらず、その裁判の確定前の事情を理由にその裁判の取消し等を求めることができるものとするのは、裁判の蒸し返しを安易に認めることになりかねず、相当ではないと考えられる。

【甲案】は、上記の即時抗告の制度の趣旨を踏まえ、客観的には裁判時に存していた事情が裁判確定後に判明した場合には、裁判の取消し等でなく、再審（33(4)参照）によって対応すべきものと整理した上で、即時抗告によっては対応することができない、子の返還を命ずる裁判確定後の事情変更によって当該裁判を維持することが不当であると認めるに至った場合（例えば、裁判確定後に子が常居所を有していた国で内乱等が勃発し、返還後の子の安全が保障されない事態になった場合）や、裁判確定後の当事者間の合意の成立等により子の返還命令を維持する必要性が失われた場合など、子の返還を

命ずる裁判が確定した後の事情の変更を理由とする場合に限定して裁判の取消し等を認める規律を設けることを提案している。【甲案】のように、裁判の取消し等の理由を裁判確定後の事情変更限定した場合には、子の返還を求める申立てを却下する裁判については、改めて申立てをすれば足り、裁判確定後の事情変更を理由とする当該裁判の取消し等を認める必要はないことから、【甲案】では、子の返還を求める申立てを却下する裁判は、裁判の取消し等の規律の対象には含めないものとしている。

部会では、【甲案】に対しては、例えば、①子の返還を命ずる裁判が確定したが、子自身が、その常居所を有していた国への帰国を強く拒否し、当該裁判を執行することができない場合や、②子が常居所を有していた国では十分な医療を受けることができない疾患が子にあることが当該裁判確定後に明らかになった場合など、再審事由には必ずしも該当しないものの、当該裁判を維持することが子の利益に合致しないと認められるような場合に、当該裁判を取り消すことができず、相当でないとの指摘があった。もっとも、このような事案については、場合によっては解釈により個別に救済する余地もあると考えられる（例えば、最一決平成16年12月16日・集民215号965頁は、現行非訟事件手続法第19条第1項による取消し又は変更の対象とならない裁判について、裁判当時存在し、これが裁判所に認識されていたならば当該裁判がされなかったであろうと認められる事情の存在が裁判の確定後に判明し、かつ、当該裁判が不当であってこれを維持することが著しく正義に反することが明らかな場合には、当該裁判を取り消し、又は変更することができる旨判断している。）。

(イ) 【乙案】について

【乙案】は、【甲案】に対する上記指摘を踏まえ、裁判確定後の事情変更限定することなく、当該裁判を維持することが不当であると認めるに至った場合や当該裁判を維持する必要があると認められる場合を広く対象に含めるものとした上で、子の返還を求める申立てを却下する裁判についても、裁判時に存した事由により当該裁判を不当と認める場合には、ハーグ条約第12条第2項（子の不法な連れ去りの日から1年が経過した後に手続を開始した場合には、子が新たな環境に適応していることが証明されない限りにおいて

て子の返還が命じられる旨の規定)との関係で、従前の裁判手続の続行として当該申立てを却下する裁判を是正することができるものとする必要があると解されることから、裁判確定後の事情変更による場合を除き、規律の対象に含めるものとすることを提案している(【乙案】の「子の返還を求める申立てについての裁判」とは、子の返還を命ずる裁判及び子の返還を求める申立てを却下する裁判のいずれも含む趣旨である。)

部会では、【乙案】に対しては、法律関係の早期確定のために不服申立ての方法を即時抗告に限定した趣旨が没却され、不当な裁判の蒸し返しが発生することが懸念され、再審の制度(33(4)参照)も設けるものとした場合には、再審事由があれば、取消し又は変更及び再審のいずれをも求めることができることとなることの相当性も問題となり得るとの指摘があった。

イ その他の規律について

(注)では、裁判の取消し又は変更に期間制限を設けるものとするか否か等、裁判の取消し又は変更のための手続の詳細について、なお検討するものとしていっている。すなわち、【乙案】のように、裁判時に存した事由を理由に裁判の取消し又は変更を求める場合にいつまでも取消し又は変更を申し立てることができるものとする、子をめぐり法律関係がいつまでも安定しないという問題があるとも解されるので、取消し又は変更に期間制限を設けることについて、なお検討するものとしている。もっとも、【甲案】では、子の返還を命ずる裁判の取消し又は変更は、裁判確定後の事情の変更により当該裁判を維持することが不当と認められ、又は当該裁判を維持する必要性が消滅した場合にされることを想定しているから、期間制限にはなじまないと考えられる。

また、【甲案】及び【乙案】のいずれについても、取消し又は変更の裁判をするには、両当事者の陳述を聴かなければならないとすることが考えられる。

3.2 裁判の取下げ

3.2は、本手続における裁判の取下げについて検討したものである。

3.2では、申立てはその全部又は一部を取り下げることができるとしつつ、子の返還を求める申立てについての裁判がされた後にあっては、相手方の同意を得なければ、その効力を生じないものとしている(家事事件手続法第82条第2項

参照)。本手続は、基本的に子をめぐる私人間の紛争と位置付けることが可能であり、私人間の権利利益を超えた公益性を重視すべきものとはいえないことから、当事者のイニシアチブにより事件を終了させることを許容するのが相当であるものの、他方で、裁判がされた後については、申立人の意思により自由に取り下げることができるとする、不利な判断を受けた申立人が相手方の意思に反してでも、それまでの手続を無駄にすることができることになり相当ではないことを考慮したものである。

なお、相手方の同意に関し、部会では、取下げによって現状が変更されるわけではなく、返還の申立てをすることができる期間は、原則として連れ去りから1年以内であり（ハーグ条約第12条第1項）、申立人の再申立てに対して応じなければならない負担はほとんど問題にならないと考えると、相手方が裁判を得ることについての利益は考慮する必要がないとして、裁判後も相手方の同意を要するものとしなくてもよいとの意見や、相手方が書面を提出し、期日において陳述をするなどした後は、準備のために要した労力と子の地位の早期安定の見地から、裁判前であっても同意を要するものとすべきであるとの意見も出された。

3.3 不服申立て

3.3は、子の返還を求める申立てについての裁判に対する不服申立てについて検討したものである。

(1) 即時抗告

(1)は、本手続における即時抗告について検討したものである。

子の返還を命ずる裁判は、国境を越えた子の返還という重大な効果を伴い、子の利益に大きく影響するものであるから、子の返還の申立てについての裁判に対しては、不服申立ての制度を設ける必要がある。そして、本手続における迅速処理の要請の高さや子の監護環境の早期安定を図る必要性を踏まえると、本手続における不服申立ての規律としては、高等裁判所に対する即時抗告を認めるものとするのが相当である。

そこで、(1)では、子の返還を求める申立てについての裁判に対しては、即時抗告をすることができるものとした上で、その具体的な手続等について、次のアからウまでの規律とするものとしている。

ア 即時抗告権者

本手続は、基本的に子の連れ去り等により監護権を侵害された者（申立人）と現に子を監護する者（相手方）との間の手続として位置付けられることから、当事者対立的な構造を有する他の手続（民事訴訟手続、家事事件手続法別表第2に掲げる事項についての審判事件の手続等）と同様に、基本的には、当該手続において対立する関係にある当事者に即時抗告権を認めるのが相当と考えられる。

そこで、アでは、当事者に即時抗告権を認めるものとしている。

（注）では、子に即時抗告権を認めるか否かについては、なお検討するものとしている。この点について、子の返還を求める申立てについての裁判の結果が子に直接の影響を与えるものであることや子の返還拒否の意思が本手続における子の返還拒否事由の一つとされていること（ハーグ条約第13条第2項、第2の2⑤参照）に鑑みれば、子に即時抗告権を認めることも考えられ、部会においても、子に即時抗告権を認めることを支持する意見があった。他方で、本手続は、基本的に、子を、その連れ去り以前の状態に戻す（子が常居所を有していた国に戻す）ことを目的とするものであって、子に対する監護の権利の所在についてまで判断するものでないこと、子の返還拒否事由が問題になる事案においてはもちろん、そうでない事案も、その意思は手続上十分に配慮され得ること（23参照）、子に即時抗告権を認めると、子に親を選ぶ権限が与えられたのと似た状況を生じ、子の利益の観点から必ずしも相当でないこと、裁判所の処分が子の利益の観点から不当であるにもかかわらず、当事者のいずれもが即時抗告をしないことは考え難く、子に即時抗告権を認める実益に乏しい上、家事審判事件においても子に申立権が認められる事件を除いては子に即時抗告権を認めないこととしていること等を考慮すると、子に即時抗告権を認めるのは相当でないとも考えられる。

（参考）ドイツでは、即時抗告の申立権者は、相手方（奪取親）、14歳に達した子、子の返還手続に参加した少年局に限定されている。

イ 即時抗告の期間

本手続は、特に迅速処理が要請されるものである一方、裁判の結果が当事者に与える影響の重大性に鑑みれば、即時抗告の期間をあまりに短期間とす

ることは当事者の手続保障の観点からも相当でないといえる。

そこで、イでは、民事訴訟における判決の控訴期間（民事訴訟法第285条）に倣い、即時抗告の期間を2週間とするものとし、その起算点については、裁判の告知を受けた日から進行するものとしている。

（参考）ドイツでは、即時抗告は、第一審の裁判が下された後2週間以内に行うことができることとされている。英国では、上訴通知（Notice of Appeal）は、第一審の決定後、21日以内に行わなければならないとされている。

ウ 抗告審の手続

即時抗告がされた場合の抗告審の手続については、当事者の手続保障に配慮した第一審の手続と同等の規律を設けるものとするのが相当と考えられる。

そこで、ウでは、即時抗告は、原裁判所に抗告状を提出してしなければならないものとする事、即時抗告が不適法でその不備を補正することができないことが明らかであるときは、原裁判所がこれを却下しなければならないものとする事、抗告状が法律の規定に違反する場合等には、抗告裁判所の裁判長が、補正を命じた上で、抗告人がこれに従わないときは、抗告状を却下しなければならないものとする事、即時抗告が不適法であるとき又は即時抗告に理由がないことが明らかなきを除き、抗告状を原審の当事者及び利害関係参加人（抗告人を除く。）に送付し、かつ、原審の当事者（抗告人を除く。）の陳述を聴かなければならないものとする事等の規律を設けるほか、基本的に第一審の手続の規律（21参照）に相当する規律を設けるものとしている（家事事件手続法第87条から第89条まで、第93条等参照）。

(2) 特別抗告及び許可抗告

(2)は、本手続における特別抗告及び許可抗告について検討したものである。子の返還を命ずる裁判が国境を越えた子の返還という重大な効果を伴い、子の利益に大きく影響するものであることに鑑みれば、子の返還の申立てについての裁判については、高等裁判所に対する即時抗告だけでなく、最高裁判所に対する不服申立てを認めて三審制とするのが相当である。

なお、ハーグ条約第20条は、「第12条の規定に基づく子の返還については、要請を受けた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場合には、拒むことができる。」と定めており、この返還拒否事由の存否についての判断は、憲法判断ともなり得ることから、特別抗告を認める意義があると考えられる。

そこで、(2)では、子の返還を求める申立てについての裁判に対する特別抗告及び許可抗告を認めるものとし、その具体的な手続については、民事訴訟法の特別抗告及び許可抗告の規定（同法第336条及び第337条参照）に相当する規律を設けるものとしている。

なお、本手続における特別抗告及び許可抗告は、民事訴訟法や家事事件手続法における規律と同様に、一定の重大な事由がある場合に限り特に認められる不服申立ての方法であると解されるから、民事訴訟法や家事事件手続法と同様に、執行停止の効力を一般的には認めないものとし、執行停止の措置を採らなければ子の利益を害する可能性が高いと判断されるような事案については、個別に執行停止の裁判により対応するものとするのが相当である。そこで、(注)において、その旨を明らかにしている。

(参考) ドイツでは、上訴は、即時抗告の形で、第二審が最終審として判断することとされている。フランスでは、三審制が採られており、控訴院への控訴、破毀院への上訴が可能である（なお、破毀院は、法律審であるため、控訴審が行った事実認定に拘束され、法律及び条約の解釈適用について判断し得るにすぎない。）。

(3) 手続的な裁判に対する不服申立て

(3)は、手続的な裁判に対する不服申立てについて検討したものである。

子の返還を求める申立てについての終局的な裁判をする前提として必要になる手続的な裁判（例えば、移送についての裁判、除斥又は忌避についての裁判）に対する不服申立てについては、終局的な裁判の前提となる裁判である点で、迅速処理の要請がより高いことを踏まえ、その具体的な規律としては、(3)では、特別の定めがある場合に限り即時抗告をすることができるものとした上で、即時抗告の期間は、1週間とし、原則として執行停止の効力を認めないものとし、原審の当事者等に対する抗告状の写しの送付や陳述聴取は、必要的ではなく、裁判所の裁量に委ねるものとしている（家事事件手続法第99条から第102条まで参照）。

(4) 再審

(4)は、本手続における再審について検討したものである。

一般に、裁判に重大な瑕疵がある場合には、裁判の確定後といえども、当該裁判をそのまま存続させることが相当でないから、これを是正する手段を設ける必要がある。本手続においても、裁判時に重大な瑕疵が存在していたのに、これを認識せずに子の返還を求める申立てについての裁判がされた場合には、その裁判の効力をそのまま存続させることが相当でないから、民事訴訟法等と同様の再審の制度を設けるものとするのが相当であり、また、その手続については、基本的には、民事訴訟法第4編の規定に相当する規律を設けるものとするのが相当であると考えられる。

もっとも、子が常居所を有していた国に戻った後においても再審の申立てを認めるものとした場合には、子の監護環境を不安定なものとし、子の利益に反すると考えられることから、子が常居所を有していた国に戻った後は、再審を認めないものとするのが相当である。

そこで、(4)で、本手続に再審の制度を設けるものとし、その具体的な手続については、民事訴訟法の再審の規定に相当する規律を設けるものとした上で、子が常居所を有していた国に戻った後については、再審を認めないものとしている。

なお、裁判時に存した事情についても裁判の取消し等の対象に含めるものとした場合(31の【乙案】参照)には、裁判の取消し等の対象と再審の対象とが相当程度重複することになるため、その相当性や規律相互の調整の要否等について検討する必要がある。

3.4 子の返還の実現方法

3.4は、本手続における子の返還の実現方法について検討したものである。

3.4では、子の返還命令の強制執行の方法として、間接強制(返還命令に従わない相手方に対し、金銭の支払を命ずるもの)を認めるものとし、他の方法についても、その実現可能性を含めて、なお検討するものとしている。

ハーグ条約は、申立人に子を引き渡すことまで当然に予定しているものではないと考えられ、子の返還の主文としては、「相手方は、子を、〇〇国(子が常居所を有していた国)に返還せよ。」とすることが一般に想定され(29参

照), この場合の執行方法としては, 間接強制によることが認められると考えられる。

このほか, 国家機関が子を直接的に相手方の下から取り上げ, これを子が常居所を有していた国に返還するような執行方法及びそれを前提とした主文とすることが考えられるが, このような方法については, 次のような問題点の指摘にも留意する必要がある。

ア ハーグ条約に基づく子の返還において, 国家機関が子を直接的に相手方の下から取り上げ, 子が常居所を有していた国へ返還させることを認めることは, 子の福祉の観点から適切ではないものと考えられる。すなわち, 子の返還の実現においても, 子の福祉を第一に考える必要があるが, 我が国の場合, 子が常居所を有していた国に子を返還するには, 移動距離も大きく, 時間もかかるため, 適切な対応が容易ではない。

イ 強制執行の方法として, 誰に, どこで, どのように子を引き渡すのかが執行の運用に委ねられることになると, 執行段階で対応に苦慮することが予想されるため, 主文は, できるだけ明確であるべきであり, 執行方法まで主文に具体的に記載することも考えられるが, そうすると, 小さな事情の変更によって裁判をやり直す必要が生じかねない(29参照)。

ウ 返還命令の主文として最も標準的であると考えられる「相手方は, 子を, ○○国(子が常居所を有していた国)に返還せよ。」という主文についても, どのような状態を実現すれば返還命令に従った履行がされたといえるのかが明確でなく, 執行終了の基準を立てるのが困難である。

以上のような問題点がある反面, 返還命令の実効性を確保する必要性にも配慮する必要があることから, 34では, ハーグ条約に基づく子の返還命令を実現するために, 具体的にどのような強制執行の方法を採ることができるかについて, その実現可能性を含めて, なお検討するものとしている。

なお, 部会においては, 返還命令の実効性を確保する等の観点から, 間接強制のみではなく, 国家機関が, 子を直接的に相手方の下から取り上げ, 子が常居所を有していた国に返還するような執行方法についても検討することを支持する意見があり, そのような意見の中には, 例えば, 間接強制として金銭の支払を命じられながら, 相手方が子の返還に応じない場合には, 執行裁判所が,

改めて申立人に子を引渡すことを命ずることも考えられるとの意見があった。これに対しては、直接申立人への引渡しを命ずることについての問題点（29参照）のほか、執行機関である執行裁判所が、子が常居所を有していた国への返還を命ずる子の返還命令とは異なる内容の命令をすることには問題があるのではないかという意見もあった。また、これら以外に、命令に従わない相手方に対し、何らかの制裁を課す制度を検討すべきであるという意見もあった。

ハーグ条約に基づく子の返還は、子の福祉の観点から任意にされることが望ましく返還命令が出された場合に任意の履行を促す手段としては、履行勧告（家事事件手続法第289条第1項参照）及び民間型ADRも考えられるが（35参照）、これらの子の返還の実現方法の在り方については今後検討する必要がある。その際には、ハーグ条約上、子の任意の返還を確保し、問題の友好的な解決をもたらすこと（条約第7条第2項c）や、子の安全な返還を確保するための必要かつ適当な行政上の措置を採ること（同項h）を任務とする中央当局が子の安全な返還の確保について行う支援の内容を踏まえることが必要である。

（参考）ドイツでは、第二段階の命令（29参照）のみが債務名義とされているところ、裁判所は、これによって秩序金の支払を命じ、又は秩序拘禁を命ずることができるほか、直接強制を命ずることもでき、その中で最も適当なものを選択することができる。執行官が直接強制を行うためには、裁判所が執行官に対して、①子を相手方から引き取り、申立人又は申立人が指定する第三者に引き渡すよう指示すること、②引渡義務を負う者の妨害を排除し、その住居を搜索する権限を与えることが必要になる。

英国では、相手方が子の返還を妨害するような場合には、執達吏に援助を求め、子の搜索や返還命令の執行を委ねることができる。執達吏は、子の家まで行き、子を引き取り、空港に連れて行き、出国手続をとり、乗務員に子を引渡すまでの一連の事務を行う権限を持つ。ただし、当事者が旅費を支払うことができない場合には、子の返還命令は執行され得ない。

35 調停・和解

35は、本手続における調停・和解の在り方について検討したものである。

ハーグ条約が指向する合意による友好的解決（第7条第2項c、第10条参照）の一方法として、調停手続及び和解手続の利用が考えられる。

本手続が家庭裁判所による家庭をめぐる紛争の解決という性質を有していることから、家族の問題を扱う司法上の自主的な話し合いのための手続として現在用いられている家庭裁判所における調停手続を本手続においても利用することができるものとするのが考えられる。もっとも、ハーグ条約に基づく子の返還のための手続については、ハーグ条約の枠組み、外国法制や他国の文化的背景等に関する専門的知見が必要であるほか、迅速処理の要請が強いことなどを考慮すると、現在の調停委員による調停委員会の調停にはなじみにくいという懸念もある。したがって、特に調停委員会による家事調停を中心に考えることは、本手続においては慎重であるべきとも考えられる。

また、現在の家事調停手続によることが相当かについては、次の点を考慮する必要があり、なお検討するものとしている。

- ① 当事者の意思に反してでも調停に付することができることとするか。
- ② 調停に用いられた資料を返還命令の手続で用いることができることでよいか。
- ③ 民間型ADRとの役割分担をどのように考えるか。

次に本手続中に、当事者間の話し合いによる解決が可能になった場合には、調停に付すまでもなく、本手続において裁判上の和解ができるようにすることにより対応することも考えられ、これについても、なお検討するものとしている。

(注)は、民間型ADRの活用を検討するものである。民間型ADRにおいては、自主的な返還の合意の仲介のほか、返還命令後の調整を行うことが可能である。現在、我が国で民間型ADRと呼ばれているものには、裁判外紛争解決手続の利用の促進に関する法律に基づき法務大臣の認証を受けた事業者が行う紛争解決手続、弁護士会等が行っている仲裁手続や和解あっせん手続等がある。諸外国においては、ハーグ条約に基づく子の返還手続又は涉外家族関係事件に特化した紛争解決機関が活用され、一定の成果を上げており、我が国においても活用が期待される。

なお、民間型ADRの手続において合意が成立しても、合意に執行力は認められないから、執行力を付与する方法を別途検討する必要がある。

(参考) 英国では、控訴院 (Court of Appeal) に家事事件のための独自のADRスキームがある。当事者が調停に応ずることに同意した場合には、控訴院が調停手続を主導し、控訴院が調停人を指名し、あらゆる実際上の対立点を解決させる。調停が行われる場合にも、ハーグ

条約に基づく返還手続に遅滞を生じさせないように、調停手続は、裁判手続と並行して行われる。ただし、実際に調停手続が利用される例は、まだ少ない。

また、裁判外の手続として、英国では、国際的な子奪取事件への対応を目的に設立された民間団体（Reunite）による調停のパイロット・スキームが提案され、このスキームにより子を奪われた親がイングランドまで来なくてすむように電話で調停が行われたケースも少数ある。また、調停により合意内容が確定された後、高等法院にその結果を反映した和解命令（consent order）を下すよう申立てがされる。このパイロット・スキームにおいては、調停手続が子奪取事件を解決する一つの有効な手段であるとの肯定的な結果が示されている（http://www.reunite.org/pages/mediation_pilot_scheme.asp参照）。

ドイツでは、国際的な子の奪取事件のための調停を行う民間団体（Mediation bei internationalen Kindschaftskonflikten:MiKK）が組織されており、裁判の期日の直前に調停の期日を入れて外国に所在する申立人が参加しやすいようにするなど、中央当局、家庭裁判所及び民間団体が協力し、円滑な運用に努めている。MiKKによる調停は、父母の文化的及び社会的背景に理解がある調停人によって行われ、通常は、法律家と社会心理士を男女1名ずつ組み合わせるよう工夫されているようである。調停を通じて当事者が合意に達すると、それに基づく裁判上の和解がされる。内容としては、①奪取親は、子を任意に返還すること、②子の返還後、その子が常居所を有していた国において監護権者の決定のための調停を行うこととし、その調停が終了するまでは、裁判所に監護権者の決定を申し立てないこと、③奪取親には、子との面接権が認められること、④申立人は、奪取親と子に扶養料を支払うこと、⑤申立人は、奪取親と子に住居を提供すること、⑥申立人は、子の返還及び子との面会交流のための旅費その他の費用を支払うこと、⑦子の返還後、奪取親は、本国領事館に通知をし、パスポートを預けることなどであり、英米法系諸国においてundertakingの内容とされる事項が、和解で取り決められることが多い。

3 6 保全的な処分

3 6 は、本手続において保全的な処分を命ずることについて検討したものである。

本手続が迅速な手続を予定していることからすれば、子の返還それ自体を命じるような保全的な処分を設ける必要はないものとも考えられる。

もっとも、子の返還命令を出す前に、子が国外に出てしまったり、監護者が変

更されてしまったりすることによって返還を求める申立ての目的を達することができなくなる事態の発生を防止するために、何らかの保全的な処分を認めることも考えられる。

具体的な処分としては、出国禁止命令が考えられるが、そのような命令を出すことの必要性及び相当性、実効性を確保するための手段をどのように設けるか等の問題があり、なお検討するものとしている。

なお、出国禁止の仮処分の目的を達するための一方法として、子の旅券を保管することも考えられるが、どのような根拠で命令を出し、誰がどのような手段によって預かるのかといった問題がある。

そこで、36では、上記のような保全処分を命ずることの適否及びその規律については、なお検討するものとしている。

(注) 保全的な処分として、子の返還手続の途中で、相手方(例えば、現に監護している者)が変更した場合に備えて、当事者恒定効を認めるような手続を設けることが考えられる。もっとも、①そもそも、当事者恒定効を認めて当初の相手方に手続を迫行させ、その裁判の効力を新たな監護者に及ぼすことが相当か(手続保障や子の福祉の観点からは、監護権者が変更した場合には、むしろ、変更後の監護者が手続に加わることができることとすべきである。)、②具体的な手続が観念し難い(例えば、子の監護を第三者にさせてはならないとすることが考えられるが、そのような命令を出すことは、子の福祉の観点から、かえって問題が生じる場合がある。)、③公示手段を欠くなどの問題がある。当事者恒定効を認める発想は、相手方が子の監護の所在を移転させることで手続を遅滞させ、返還を免れることを阻止する点にあると思われるが、子の監護を変更させる背景には様々な原因があり得、当事者恒定が必ずしも子の福祉にかなうとも限らない。手続の途中で監護者が変更となったことが判明した場合には、既存の手続を活用できるよう、参加(強制参加を含む。)の手続により対応することが考えられる。

(参考) アメリカ、ドイツ、英国等では、必要な暫定的措置を講じることができる旨の規定が設けられている。オーストラリアでは、より具体的に、裁判所に子どもの旅券及び他の関係者の旅券を、担当中央当局、オーストラリア連邦警察、命令で特定された人等に引き渡すことを求める申立てをすることができる旨の規定がある。

ドイツでは、保全的な処分として①相手方による子の滞在地の変更を禁止すること、②少年局に対して子の保護措置を採るよう命ずること、③子の居所指定権の一時取上げ、④国

境のコントロールを命ずることが可能である。

37 裁判官ネットワーク

37は、裁判官ネットワークについて検討したものである。

「裁判官ネットワーク」には、格別、定義があるわけではないが、現在、86か国の条約締約国のうち、43か国の締約国がそれぞれ1、2名のネットワーク裁判官（「リエゾンジャッジ」ともいう。）を指定し、そのリストが作成され、共有されている。ネットワーク裁判官は、ハーグ国際私法会議が主催する裁判官セミナーや会議に出席し、ハーグ条約事案に関する情報交換を行っている。

さらに、一部のネットワーク裁判官の間では、直接、条約締約国の裁判所の間での情報交換・調整を行うことが迅速かつ円滑な審理に役立つことから、例えば、各国の裁判手続や国内法に関する一般的な情報交換のほか、具体的な裁判の手続の見通し等について電話や電子メールにより連絡・調整がされているようである。

もっとも、具体的な案件に関し裁判官同士が私的に連絡・調整する場合、当事者不在の場で情報交換がされたときの当事者の手続保障をどのように考えるのかという問題があり、また、具体的な事件の処理の文脈を離れて情報交換を行うことは事実上困難であり、仮にできたとしてもどのような意味があるのかなど、なお検討すべき点が多い。

裁判官ネットワークは、ハーグ条約に直接の根拠があるものではなく、各国の手続上も特に制度化されておらず、運用の問題であるが、その検討に当たっては、上記の点を踏まえて、慎重に検討する必要があるため、37では、その旨を記載している。

第2 子の返還事由・返還拒否事由

第2は、子の返還事由・返還拒否事由について検討したものである。

1 子の返還事由

1は、子の返還事由について検討したものである。

子の返還事由は、以下の①から⑤までとし、これらが全て認められた場合に、2の場合を除き、裁判所は、子の返還を認めるものとしている。

①は、ハーグ条約第4条第2文によれば、子が16歳未満であることが子の返

還のために必要な要件になると考えられることから、これを子の返還事由としたものである。

なお、子が16歳に達した場合には、ハーグ条約の適用の前提を欠くこととなるため、第一審においては、直ちに子の返還の申立ては却下されることになり、抗告審においても、同様の結論となり、裁判の確定後においては、執行等の新たな手続に入ることができなくなると考えられる。

②は、ハーグ条約第12条第3項によれば、子が我が国に現在することが、子の返還のために必要な要件になると考えられることから、これを子の返還事由としたものである。

ここでは、子が我が国に現在しているとの要件を欠くに至った場合には、子の返還の申立ては却下されることになることを想定している。

なお、出入国記録その他の状況から総合的に判断して、日本国内に子が所在することは明らかであるが、国内のどこに所在するかが不明な場合をどのように取り扱うか、検討する必要がある。

③は、ハーグ条約第4条前段によれば、子が我が国以外の条約締約国に常居所を有していたことが子の返還のために必要な要件になると考えられることから、これを子の返還事由としたものである。

なお、例えば、子の返還の援助申請がA国の中央当局から我が国の中央当局にされたが、子が常居所を有していた国はB国であるような場合にも、ハーグ条約は適用されることになると考えられる。

④は、ハーグ条約第3条第1項aによれば、子が常居所を有していた国の法令の下で、申立人が監護権を有しており、かつ、子の連れ去り又は留置が当該監護権を侵害することが子の返還のために必要な要件になると考えられることから、これを子の返還事由としたものである。

なお、ここでいう「子が常居所を有していた国の法令」には、子が常居所を有していた国の国際私法によって指定された準拠法も含まれる。

⑤は、ハーグ条約第3条第1項bによれば、子の連れ去り又は留置の時に申立人が現実に監護権を行使していなかった場合には、当該連れ去り又は留置がなければ申立人が現実に監護権を行使していたであろうことが子の返還のために必要な要件になると考えられることから、これを子の返還事由としたものである。

なお、ここでいう「当該連れ去り又は留置がなければ申立人が現実に監護権を行使していたであろうこと」とは、例えば、子の連れ去り直前に子が常居所を有していた国の裁判所が監護権に関する既存の決定の変更を行い、しかも、その新しい決定によって申立人に監護権が付与されたが、その行使を開始する間もなく子が連れ去られたため、その行使が不可能となったような場合が考えられる。

なお、⑤と2②の関係については、次のように整理することができる。すなわち、申立人が子の監護権を有していたことは、まず、申立人が主張する必要がある（④参照）が、申立人が監護権者であるが、現実に監護権を行使していなかったことは、後述する2②のとおり、子の返還拒否事由であり、これを抗弁として相手方が立証することとなる。これに対し、現実に監護権を行使していなかったことが立証されたとしても、申立人は、それが連れ去り行為によるものであることを立証することができ、これが⑤であり、いわば申立人の再抗弁として位置付けられる。

2 子の返還拒否事由

2は、子の返還拒否事由について検討したものである。

子の返還拒否事由は、以下の①から⑥までとし、これらのうちの一つが認められる場合には、裁判所は、子の返還を拒否することができるものとしている（なお、（前注）においては、子の返還拒否事由が認められた場合であっても、裁判所は、具体的な事案における事情を勘案し、なお返還を命ずる裁量があることを明記している。）。

①は、ハーグ条約第12条第2項によれば、返還命令の申立てが子の連れ去り又は留置の時から1年を経過した後にされたものであり、かつ、子が新しい環境になじんだことが子の返還拒否のために必要な要件になると考えられることから、これを子の返還拒否事由としたものである。

②は、ハーグ条約第13条第1項aによれば、子の連れ去り又は留置の時に申立人が現実に監護権を行使していなかったことが子の返還拒否のために必要な要件になると考えられることから、これを子の返還拒否事由としたものである。

なお、例えば、病気等の合理的理由により子と監護者が同居していない場合でも、監護者が子の身上の世話を携わっているときは、監護権は、現実に行使され

ていると解釈される。そのため、監護者が子の監護をすることができる状況にあるにもかかわらず、子の監護を放棄していたような場合が「申立人が現実に監護権を行使していなかったこと」に該当すると考えられる。

③は、ハーグ条約第13条第1項aによれば、申立人が子の連れ去り又は留置の前にこれに同意し、又はその後これを承諾したことが、子の返還拒否のために必要な要件になると考えられることから、これを子の返還拒否事由としたものである。

④は、ハーグ条約第13条第1項bによれば、要請を受けた国の司法当局又は行政当局は、子の返還に異議を申し立てる個人、施設その他の機関が、「返還することによって子が身体的若しくは精神的な害を受け、又は他の耐え難い状態に置かれることとなる重大な危険があること」を証明する場合には、当該子の返還を命ずる義務を負わないとされているが、その内容が抽象的であるため、裁判規範としての明確性の要請や当事者の予測可能性の確保から、上記返還拒否事由をより具体的に明記することとしたものであり、【甲案】と【乙案】の2案を併記している。

まず、【甲案】は、子の返還拒否事由として「子が常居所を有していた国に子を返還することが子に対して身体的若しくは精神的な害を及ぼし、又は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」という包括条項(d)を設けつつも、これに該当することとなる典型例を、考慮要素としてではなく、以下のとおり、具体的に明記することを提案するものである。この場合、aからcまでのいずれかに該当すれば、返還拒否事由が認められることになる。

ア 子が申立人から身体に対する暴力又はこれに準ずる心身に有害な影響を及ぼす言動（以下「暴力等」という。）を受けたことがあり、子が常居所を有していた国に子を返還した場合、子が更なる暴力等を受ける明らかなおそれがあることは、まさに、ハーグ条約第13条第1項bにいう子を「返還することによって子が身体的若しくは精神的な害を受け、又は他の耐え難い状態に置かれることとなる重大な危険があること」に該当すると考えられる。したがって、aでは、その旨を明記するものとしている（児童虐待の防止等に関する法律第2条参照）。

イ aのように、申立人から子に対して直接の暴力等はなかったとしても、例え

ば、申立人、相手方及び子が同居する家庭において、申立人が相手方に対し、子の前で暴力を振るうなど、申立人が相手方に対し、子に著しい心理的外傷を与えることとなる暴力等を与え、子が常居所を有していた国に子を返還した場合、子と共に帰国した子と同居する相手方が、子と同居する家庭において更なる暴力等を受ける明らかなおそれがあることは、間接的に子の心身に有害な影響を及ぼすものといえる。したがって、bでは、その旨を明記するものとしている（児童虐待の防止等に関する法律第2条第4号参照）。

ウ ハーグ条約に基づき子の返還命令が出された場合であっても、例えば、子が常居所を有していた国において子の監護権に関する本案の裁判がされるまでの間、実際に子を監護する者が必要であるところ、仮に、「子が常居所を有していた国に子を返還したとしても、当該国において子を適切に監護することができる者が誰も存在しなくなる状況」の下では、子を返還することは、ハーグ条約第13条第1項bにいう子を「返還することによって子が身体的若しくは精神的な害を受け、又は他の耐え難い状態に置かれることとなる重大な危険があること」に該当すると考えられる。すなわち、①相手方以外の者（例えば、子を連れ去られた者である申立人）が子が常居所を有していた国において子を監護することが明らかに子の利益に反するような場合であり、かつ②相手方、すなわち（例えば、子を連れ帰った者）が子が常居所を有していた国において子を監護することが不可能又は著しく困難な事情がある場合には、ハーグ条約第13条第1項bに該当すると考えるのが相当であることから、cでは、その旨を具体的に明記するものとしている。

なお、子を連れ帰った者が子が常居所を有していた国において子を監護することが不可能又は著しく困難であるとの判断に資する事情の例としては、もとより個別的事案の内容によるところではあるが、例えば、相手方が当該国に適法に入国し、又は滞在することができないこと、相手方が当該国において逮捕状が発付され、又は刑事訴追を受け、その身柄を拘束されるおそれがあること、相手方が当該国において生計を維持することが著しく困難であることなどが考えられる。

これに対し、【乙案】は、子の返還拒否事由を「子が常居所を有していた国に子を返還することが子に対して身体的若しくは精神的な害を及ぼし、又は子

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」としつつ、その認定に当たっての考慮要素を具体的に明記することを提案するものである。【乙案】で掲げている考慮要素は、【甲案】で明記されている a から c までに相当するものであるが、具体的には、各国の裁判例等を参照して、子が申立人から暴力等を受けるおそれの有無はもちろんのこと、配偶者に対する暴力等が場合によっては子に対して精神的な害を及ぼすと考えられることから、相手方が申立人から子と同居する家庭において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も掲げている。そのほか、相手方以外の者が子が常居所を有していた国において子を監護することが子の利益に反し、かつ、相手方が当該国において子を監護することが困難な事情の有無も、子の返還が子に重大な危険を及ぼすかどうかの重要な考慮要素となると考えられることから、考慮要素として掲げている。

なお、(注)は、【甲案】と【乙案】の内容と、関係閣僚会議（平成23年5月19日開催）で了承された「国際的な子の奪取の民事上の側面に関する条約」（ハーグ条約）＜条約実施に関する法律案作成の際の了解事項＞との関係を確認的に記載したものである。

⑤は、ハーグ条約第13条第2項によれば、子が返還されることを拒み、かつ、子がその意見を考慮に入れることが適当である年齢及び成熟度に達していることが子の返還拒否のために必要な要件になると考えられることから、これを子の返還拒否事由としたものである。

⑥は、ハーグ条約第20条によれば、子の返還が我が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が子の返還拒否のために必要な要件になると考えられることから、これを子の返還拒否事由としたものである。

(参考1) スイス法においては、子を連れ去った者が子と共に帰国することを期待することができないか、又は合理的に期待することができず、かつ、残された親の元に子を置くことができないため、子を両親から引き離して養育しなければならない場合を想定して、ハーグ条約第13条第1項bに該当する場合につき、次のような規定が設けられている。

【英訳】

Art. 5 Return and best interests of the child

Under Article 13 paragraph 1 letter b of the 1980 Hague Convention, the return of a child places him or her in an intolerable situation where:

- a. placement with the parent who filed the application is manifestly not in the child's best interests;
- b. the abducting parent is not, given all the circumstances, in a position to take care of the child in the State where the child was habitually resident immediately before the abduction or this cannot reasonably be required from this parent; and
- c. placement in foster care is manifestly not in the child's best interests.

【仮訳】

第5条 返還及び子の最善の利益

次に掲げる場合のいずれにも該当するときは、1980年ハーグ条約第13条第1項bに定める規定に従って、子は、返還により耐え難い状態に置かれるものとする。

- a 申立てをした親の元に子を置くことが明らかに子の最善の利益ではないこと。
- b 事案のあらゆる事情を考慮すると、子を連れ去った親が、連れ去られる直前に子が常居所を有していた国において子の監護をすることができないか、又はこれを要求することが合理的でないこと。
- c 里親に子の養育を委ねることが明らかに子の最善の利益ではないこと。

(参考2) 諸外国では、子の返還拒否事由については、専らハーグ条約の内容をほぼそのまま規定している例が多く、スイス以外に子の具体的に返還拒否事由を規定している国は見当たらない。

(参考3) 兄弟姉妹が引き離されることを子の返還拒否事由との関係でどのように考えるかについて、諸外国の裁判例の中には、兄弟姉妹の中にハーグ条約第12条第2項に規定する子の返還拒否事由が認められる子がいる場合には、兄弟姉妹の分離は精神的危難又は耐え難い状況の重大な危難になるとして、兄弟姉妹（ほとんどの場合が、年少の子である。）についても返還を拒否するものが頻繁に見られる。

(参考4) 各国の裁判例には、ハーグ条約第13条第1項に規定する子の返還拒否事由については、その事由があると認めながら、裁量により子の返還を命ずる例は、ほとんど見当たらない。もつとも、undertaking (29参照) とともに子の返還を命ずるものはある。

ハーグ条約第13条第2項に規定する子の返還拒否事由については、その事由があると認めた上で、子の返還を命じているものがある。

なお、ハーグ条約第20条に規定する子の返還拒否事由については、その事由が認められること自体がほぼ皆無である。

第3 面会交流

第3は、ハーグ条約第21条に規定する接触の権利 (rights of access) について検討したものである。

ハーグ条約において、面会交流に関する主要な規定は、第21条であるが、同条は、中央当局の役割又は関与について定めているものの、裁判手続については、何ら言及していない。

したがって、面会交流に関する中央当局の任務・権限の在り方は別にして、少なくとも裁判手続に関する限りにおいては、面会交流のための新たな手続を設けることは、ハーグ条約上要求されておらず、各国の対応に委ねられているといえる。そして、諸外国においても、ハーグ条約を担保するために、面会交流に関する司法手続を別途設けている例はない。

我が国においては、面会交流の取決めの審判及び調停の手続が用意されており、ハーグ条約第21条に規定する接触の権利 (rights of access) について、特段、裁判手続に係る規律を設けないものとしても、国内手続を利用することが可能であるから、ハーグ条約の精神に反することにはならないと考えられる。

したがって、第3では、上記接触の権利については、ハーグ条約に特有の裁判手続に関する規律を設けないものとする。