The University of Osaka
Institutional Knowledge Archive

Title	ハーグ子奪取条約及び同実施法における常居所とその判断
Author(s)	渡辺, 惺之
Citation	阪大法学. 2018, 68(3), p. 223-251
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/87166
rights	
Note	

The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA

https://ir.library.osaka-u.ac.jp/

The University of Osaka

特別寄稿

ハーグ子奪取条約及び同実施法における常居所とその判断

渡辺惺之

一　はじめに　問題の所在

外国在住の父の同意を得て母が子を日本に連れ帰り、その後、一年を過ぎて父がハーグ条約実施法に基づき返還請求を申し立てた未公表の留置事件で、家庭裁判所は子の返還決定の理由において、「常居所とは、人が常時居住する場所で、単なる居所ないし住所とは異なり、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」として、「子らの常居所地国は（外）国にあった」と認めた。この常居所に関する判示部分は、南敏文『改正法例の解説』（平成四年、法曹会）四七頁にほぼ同一の文章がある。しかし、決定では「居所」の後に元の文章にはない「ないし住所」との文言が付加されている。常居所は住所より相当長期間の居住を要する概念と理解している裁判官がいることを窺わせる。

この常居所の判断の背景には、日本ではハーグ子奪取条約の批准時に、返還拒否事由としての「重大な危険」

（条約一三条、実施法二八条）の問題が大きく取り上げられた反面、条約上の返還システムの基本に関わり、条約締約国において議論されてきた常居所をめぐる問題が充分に紹介され、検討される機会がなかったことがある。本稿は、条約による返還裁判に関わる基本要件の一つである常居所とその判断方法を、日本の実施法について検討を試みるものである。

二　常居所概念とハーグ子奪取条約に関わる問題

1　常居所とは

もともと常居所はハーグ子奪取条約が独自に創設した概念ではない。その起源は一九世紀に遡るといわれるが、ハーグ国際私法条約で実際に使われたのは一九五六年の「子に対する扶養義務の準拠法に関する条約」からとされる。[1] 人の法的身分関係に関わる基本的準拠法（属人法）を決定する連結点として国籍と並び、広く用いられていた住所に代わる連結点として採用され、その後のハーグ国際私法会議による条約で用いられている。住所に関しては各国の国内法による定義に違いがあり、連結点としては等しく住所であるのに、実際に指定される準拠法が国により異なるという難点があった。これを克服するため各国の国内法定義に関わらない事実的な連結概念として常居所が登場した。日本においても平成元年の法例改正により婚姻及び親子関係における準拠法連結に関して、住所に代わり常居所が採用され、その後、平成一八年に「法の適用に関する通則法」の改正により財産関係法を含め全面的に住所に代わり採用されている。[2]

常居所は規範的に定義づけられる住所概念とは異なる事実的概念だとされる。法的定義を個別事件に適用するのではなく、居住の期間や状況、居住態様、居住の目的などの事実的要素により、個別事例に則した柔軟な準拠法の

連結が可能な点が長所とされる。[3] しかし、このような国際私法立法における準拠法決定の連結点としての常居所は、ハーグ子奪取条約における常居所とは求められる制度的な目的や機能が全く異なる。従って、法適用通則法上の常居所に関する解釈先例や平成元年法例改正時に戸籍事務処理のため定められた基本通達は、ハーグ子奪取条約事件に関する基準とはなり得ない。

ハーグ子奪取条約及びその実施法における常居所は、条約による子の返還システムの起動に関わる基本要件として、条約の目的に即した返還がなされるよう、事例に則して判断する必要がある。国際私法では常居所は事実的概念か法的概念かが議論されるが、この条約に関しては、条約上の返還請求権の基本要件として法的概念であることは間違いないが、その判断は規範的解釈ではなく、返還請求の意義・目的に照らして個別事例の事実関係から判断される点で事実的な要件ということもできる。[4]

2　ハーグ子奪取条約における常居所

ハーグ子奪取条約においては、ある国から子供を国外移動させることが奪取に該当するか、ある国への帰国拒否が留置に該当するかという判断の基準となる「ある国」が常居所地国とされている。常居所は条約による子の返還システムの起動を決定する基準、子を返還すべき国を決定する基準として、条約において重要な役割を担う。しかし、意外なことに条約の前文には返還先を元常居所地国とする記述はあるが、[5] 条約本体には子の返還先を常居所地国とする規定はなく、常居所を定義する規定もない。

ハーグ条約の公式報告書で、実質的には立法理由書に等しいとされるペレス報告は、「子の返還は常に移動前の子の常居所地である」と規定しなかったのは、返還先の判断に際し柔軟性を失わせることを避けるためだとしてい

る。その具体例として、「申立人が最早子の移動前の常居所地国には居住していない場合、その国に子を返還することは解決が困難な実際上の問題を引き起こすかも知れない。この問題について条約が沈黙しているのは、従って、奪取先国の権限機関が申立人の元に、その住所がどこかを問わず、直接に返還することを許容するものと解されなければならない」としている。(6)

条約により子を返還すべき国の決定基準となる常居所がどのような場所かについては、条約に規定はなく、条約前文を手掛かりに判断する他ない。条約の前文は子の幸福を至上の目的として掲げ、「家族及び子供の成育した社会環境に戻す」ことが子の幸福に適うという基本認識に立つ。そこから回復すべき原状（status quo）の指標は「家族及び子供の成育した社会環境」であることが導かれる。さらに、子の奪取現象の抑止という視点からは、親が国外への奪取行為に走る動機として、子の監護権裁判において有利な法廷地を得ようとする意図が挙げられている。条約は奪取による有利な法廷地の獲得を許さない、つまり子の常居所地国を監護権紛争の裁判のため便宜適正な法廷地（forum conveniens）としている。(7) ハーグ条約による子の返還制度における常居所は、このように返還制度の二つの制度目的、子の幸福という条約目的に適う返還先が「家族及び子供の成育した社会環境」の地である要請、及び、子の奪取による有利の法廷地の不当獲得を許さない、監護権裁判の便宜適正な法廷地である要請から、個別事例における事情に即して判断すべきことになる。本稿冒頭の例のように住所や居所と同じに規範的に判断すべき要件とは根本的に異なる。

三　条約による子の返還事件における常居所問題

ハーグ子奪取条約による返還事件で常居所判断が問題となる典型的な事件類型が二つある。一つは留置事件で、

両親が合意した上で元常居所地国から他国に子が移動し相当の期間居住した後に返還が要求され、常居所が既にその他国に移っていると争われる類型と、子が直接に滞在地の社会環境と接触する機会が少ない乳幼児である場合に子の常居所を判断しなければならない類型である。留置事件では、同意の上で子と共に移動した国に常居所が成立しているか、返還請求時点ではいずれを常居所とすべきかが問題となる。(8) 乳幼児の返還事件では、子が幼稚園や学校など地域社会との直接の接触が少なく親の意向等の取扱が問題となる。

ハーグ条約は子の返還裁判について各締約国における最も迅速な手続によることを求めている。常居所に関しても締約国によって判断の手続や方法に違いがある。以下では、上記の二つの類型事件について、コモンローと大陸法との違いを考慮して、米国とドイツの判例における判断を比較して検討を試みたい。

1　米国判例

㈠　常居所の移動

(1) Mozes 事件判例

［事実］イスラエル人夫婦X（父）とY（母）は、同国で一九八二年に婚姻し、一七才から四才まで四人の子供がいる。Xは、米国生活を経験したいというYの希望と、子供達に英語を学ばせ米国文化に触れさせることを考え、一九九七年四月、Yが子供達と一五ヶ月間カリフォルニア州で生活することに同意した。Yは同州で家を借り子供達は学校に通い、Xはその費用を払い、米国を訪れる毎にそこに滞在した。米国移住一年後の一九九八年四月一七日、Yはカリフォルニア州裁判所にXに離婚と子供らの監護権を請求する訴えを提起した。その約一月後、Xがカリフォルニア州連邦地裁にハーグ子奪取条約に基づき子供達のイスラエルへの返還請求を申し立てた。最年長の子

はイスラエルへの帰国を希望し、XYも同意し帰国した。九才と五才の双子の三人の返還が問題となった。XY間では一五か月間（一九九八年七月まで）の米国滞在の合意に争いはないが、その後の期間について争われた。

第一審は、子供らの常居所は米国にあり、イスラエルは常居所地国ではないとし、返還申立を棄却。控訴審は、事件を原審に差戻した。

［第一審判旨］（Mozes v. Mozes 19F. Supp. 2nd 1108）「常居所を決定する際、裁判所は焦点を親ではなく子供に合わせ、将来に向けた意図よりこれまでの経過を考慮しなければならない。……常居所は地理的な移動と時間の経過によってのみ『移転』されるのであり、親の感情や責任の変化によるのではない。」。「必要なのは、ある場所に生活している目的が、そこに適応馴化があると適切に表現できる程度の継続性を有することである。」「ある場所から他の場所への移住（relocation）が一時的若しくは期間を限られていることは、それだけで常居所の移転を認める妨げとはならない。」。「移住が一時的な性質であったということは、例えば適応馴化などの判定をする際に決定的な切り札ではない。」。「子供の常居所は次のような場合には移転する。新しい国が両親により合意されていた場合で、その国に子供が適応馴化している場合である。新しい国に子供が期限を定めずに在留しているという事実は、その国が子供の常居所地国であるという主張の補強事実とはなるが、常居所地国であるための必要条件ではない。」。

「裁判所は留置の実際の開始日を判断しなければならない。留置の開始日は子供の常居所が決定される時期を正確に示すので重要である。……当裁判所はYによる婚姻解消の申立提起日一九九八年四月一七日（最も早い留置可能日）に、子供達の常居所は米国にあったと認める……争いのない証拠によれば、一九九八年四月一七日までに、子供達は新しい家庭に適応馴化し、学校、社会、文化活動、宗教活動に登録され参加していたことは明らかである。米国で一年間の学期を成功裏に終了し、英語を迅速に習得し、新しい友人を得て、……新しい生活に適応し成長し

ている。この一年は、子供の視点からは『まさに適応馴化したと述べるに足りる……』ものであった。」。

［控訴審判旨］（Mozes v. Mozes 239F. 3rd. 1069, 9th Cir. CA. 2001）「原審は、一九九七年四月と一九九八年四月の間に、本件子供達の常居所がイスラエルから米国に移転したと認めている。これは、子供の常居所の移転を確定するためには、両親双方の同意の下で子供が新しい地に滞在し、その地に適応馴化していることが必要という理解による。」。「本件の場合のように既に子供の確定した常居所がある場合には、他の新しい場所に滞在することへの同意だけで、常居所がその地に移転することはない……両親の同意に加えて、例えば期限を定めない滞在への実際の同意などの、前の常居所を放棄するという両親の共通した意思が、裁判所に明らかにされる必要がある。」。「外国に留学した子供はその国の文化に親しむようになり、その国の人々と人的な繋がりを持つようになることが期待され、それこそが短期間の旅行者ではなく一年間を外国で過ごす意義だということもできる。この親子が普通に抱く期待は、期間の終了後は学生が本国に住居を戻すことである。」。「原審の常居所の判断は、……条約において親の意向が担う重要性に充分な配慮を欠いた理解に基づいている。……一九九七年四月には子供達の明確で確定した常居所はイスラエルにあり、この常居所を米国に変えるため放棄する意思を、原審が認定できない場合、問うべきは、子供達が米国に『適応馴化している』かではない。条約により問うべき適切な質問は、米国が子供達の家族及び社会的成育の場として、イスラエルに取って代わったのかである。原審はこの問に答えていない」。

（2）Mozes 事件原審と控訴審の違い

常居所に関して米国判例を検討する場合、Mozes 事件は試金石的な事例として注目されている。その原審と控訴審における判断方法の違いは、それ自体、常居所及び常居所の移転に関わる二つの典型的な異なる見解を示しているからである。

原審判断の要点は最初の引用判旨に集約されている。裁判所が常居所を決定する際、焦点を親ではなく子供に、将来に向けた意図でなくこれまでの経過に合わせるべきであり、常居所の移転は地理的な移動と時間の経過によるので、親の感情や責任の変化によるのではない。留置型事例における子の常居所移転の要件は、①移住及び移住先国が両親により合意されていたこと、②移住先国に子供が適応馴化していることであり、③子供が期限を定めず移住先国に在留していることは常居所地国であることの補強事実となるが必要条件ではなく、④移住が一時的又は期間を限られていることは常居所の移転を認める妨げとはならないとされる。控訴審の判断は、この原審判断を否定するものではなく、それだけでは不充分だとする。追加的要件として、⑤常居所の移転を認めるには、古い常居所を放棄又は廃止する、両親の共通する意思又はその意思を推測させる客観的事実が必要とする。

（3）Mozes 事件判例の評価　ガルボリーノ報告書

米国では二〇一二年にハーグ条約案件に携わる裁判官のために、条約適用のガイドラインを示す目的で、ガルボリーノ判事による報告書（以下、ガルボリーノ報告書）が連邦司法センターから公刊された。[9] 常居所の移転に関する各巡回区の連邦控訴審判例を比較検討しているが、Mozes 事件原審と控訴審判例が分水嶺とされる。同報告書によると、常居所の取得・移転に関して、両親の意向・意図の取り扱いをめぐって連邦控訴審の判例は分かれていて、「第一、二、四、七巡回区は、第九巡回区の Mozes v. Mozes 控訴審判決に従い、最初に両親の意図に焦点を当てる。このアプローチで最初に問われるのは新しい常居所が成立したかどうかであり、又、両親が従前の常居所を廃止する共通の意図を示していたかである。」。その次に問われるのが、「地理的な変更がそこに『馴染むのに充分な』『しかるべき時間』でなされたかである。」とする。[10] しかし、他の巡回区の連邦控訴審は両親の意向を軽く見ているとして、第八巡回区控訴審は子供の目線で見るべきであり両親の意向は決定的ではないとし、[11]「第三、六巡

回区は Mozes 控訴審判例を拒絶し、『子供目線こそが子の保護を目的とするこの条約の解釈において最上位でなければならない』」とする。[12] 特に、第六巡回区では常居所の判断基準として、「1．裁判所は法律上の概念である住所や Domicile とは反対に個別事件における事実と事情を重視すべきである。2．裁判所は子供の経験だけを考慮すべきである。3．裁判所は両親の将来の計画ではなく専ら子供がこれまでにした経験に焦点を当てるべきである。4．子供は一つだけ常居所を有する。5．常居所は主たる監護者の国籍を考慮せずに判断すべきである。」を挙げる。この中で、特に2と3、「親の意図ではなく、子供のこれまでの経験」が重視されている。[13] 全体的に「親ではなく、子供に焦点を当て、将来に向けた意図ではなく、これまでの経験に焦点を当てる」ことを重視している点で、Mozes 事件原審の判断に近いといえる。

ガルボリーノ報告書は、Mozes 事件控訴審判決が重視した親の意向について、場合を分け検討している。第一は、常居所を移転する共通の意図は認められるが一方は積極的でなかった場合で、「裁判所はおそらく子供の常居所は変更されたと認めるであろう」とし、第二は、両親は共に一時的な移住を意図していたが、一方の親がその一時的滞在地で永住に意図を変更した場合で、「裁判所は常居所の変更を認めないであろう」とする。第三は、Mozes 判決の状況であり、移住に関する合意はあるが、期間について曖昧もしくは不明確さが残る場合で、裁判所は「居住が意図的に曖昧にされていたのか、それとも、意図をめぐり親に争いがあったか」を中心に検討することになるとして、「居住の曖昧さに意図があった場合は、裁判所は前の常居所の放棄と認める方向に向かう。しかし、居住期間の定めがないか、後日の協議に残したに過ぎないかに関して両親間で一致しない場合、Mozes 判決の立場では以前の常居所を放棄する一致した意図はなかったと認めることになる」としている。[14]

(二) 乳幼児の常居所

常居所の移動が問題となるもう一つの事件類型として乳幼児の奪取や留置事件がある。常居所という概念は基本的に人と地域や場所との関係に関わる。乳児のようにまだ滞在地の社会と独自に直接に接する機会が少なく、監護者を介して間接的に社会環境と関わっている場合、子の常居所をどう判断すべきかが問題となる。米国の判例では Friedrich 事件が典型例といえる。

Friedrich 事件（Friedrich v. Friedrich 983F2nd. 1396, 6th Cir. 1993）

［事実］一九八九年一二月ドイツでX（ドイツ人父）とドイツ駐留米国軍人Y（米国人母）が婚姻、同月に子T（米国籍）が生まれた。一九九一年七月、XYは激しいけんかをし、XがYにTを連れてアパートから出て行くよう命じYTの所有物を窓から外に放り出し、YはTを連れ米軍基地内に移動し四日後にXに知らせることなくTを連れ米国に帰国した。ハーグ条約に基づくXの返還申立を受けたオハイオ州南部地区連邦地裁は、YTの米軍基地への移動により常居所は米国に変更されたとして不返還を決定した。Xが控訴し控訴審は次の理由を判示し原決定を取消した。

［控訴審判旨］「常居所の決定に際しては、親ではなく子供に焦点を合わせるべきで、これまでの過去の経緯を審理すべきで、未来に向けた意図を問題とすべきではない。Tはドイツでドイツ人父と米国人母との間に生まれ、母Yが米国に連れ出すまでは専らドイツで生活していた。Yは、T の ordinary residence は一貫してドイツにあったが、Tは実際には米国に常居所（habitual residence）を有していたとして、①合衆国市民であり、②合衆国の公式書類上の住所（permanent address）はオハイオ州にあり、③Yは除隊後にはTと米国に帰国するつもりであったことを主張する。これらは全てT の legal residence が米国にあることについては充分に強力ではあるが、常居

所を確立するものではない。」。「常居所は移動前の普段の居住に関わる問題である。裁判所は未来ではなく、過去に遡らなければならない。Yが挙示した要点は全て未来に関わる。さらにそれはYの意向を反映したものである。……Yは疑う余地なくTと繋がりがあり、米国とも繋がりがあり、将来的にTのため合衆国に移ることを考えていたかも知れない。しかし、……Tの常居所は、地理的に、又、一定の時間の経過によってのみ変更されるのであって、親の愛情や責任によって変更されるものではない。」。

2　小括　米国判例による常居所判断の特徴

ハーグ子奪取条約における常居所は、米国判例では基本的にコモンロー上の伝統的な住所概念との違いという比較の視点からアプローチされている。常居所は ordinary residence と近いという一般的な理解もあるようである。Friedrich 事件控訴審判決はコモンローの住所概念と対比し判断している。米国判例に限らずコモンロー諸国に特徴的なアプローチとして、親の意思、子の意思という主観的要素が、個別判例により強弱の違いはあるが、重要視されているように思われる。しかし、ハーグ子奪取条約の常居所に関しては、コモンローで未成年者の場合に伝統的に重視されてきた親の意思の斟酌が、Mozes 事件原審や Friedrich 事件控訴審のように希釈される傾向がある。次の学説分類はそれを示している。

3　Schuz による常居所判断モデルの分類

二〇一三年に出版されたハーグ子奪取条約に関する概説書で、Schuz は、常居所の判断方法を次の三モデルに分類して検討している。(15)

（1）親の意向モデル（The Parental Intention Model）；Mozes 事件控訴審判決が代表例とされる。特に米国で広まっているこのモデルの特徴は、常居所の移転判断に際して、以前の常居所の放棄意思を重視する点にある。Schuz は、この旧常居所の放棄意思という構成は Mozes 事件控訴審裁判官によるある英国判例[16]の誤解から生じたとし、英国判例と Mozes 判例との違いとして、Mozes 判例では「確定した（settled）」という表現は意図（intent）に付されているが、英国判例では目的（purpose）に付されているとか、英国判例は旧常居所に戻らない確定意図を示すが、新常居所取得の条件を構成していない等を指摘する。[17] Mozes 判例後の米国判例が、親の意図だけを新住所取得の要件とはせず、子供が新常居所地国に適応馴化するだけの時間の経過も必要としていることに注目している。

（2）独立／子供中心モデル（The Independent / Child - Centered Model）；親の意図を考慮に入れず、子供と居住国との関係の質を審査して常居所を判断する立場で、[18] 子供の所在地への適応馴化の程度に注目している。Friedrich 事件控訴審判決の次の表現がよく引用される；「常居所は地理的所在と時間の経過によってのみ変更されるのであって、親の愛情とかその責任によって変更されるのではない。」。しかし、現在では次の定義もよく使われる；「子供が物理的に所在する場所で、適応馴化に充分な時間と子供の視点から定まったといえる目的を備えた場所」。[19] Schuz はこの定義を支持し、充分な適応馴化を認めるべきファクターとして、学校等への規則的な通学、課外活動への参加、社会的・文化的な一体感、語学の習得、親戚や友人との有意的な関係を挙げる。[20] このアプローチは米国、オーストラリア、イスラエルで採用されているが、これらの国では親の意図にもかなりのウェイトが置かれているとする。

（3）組合せ／ハイブリット・モデル（Combined / Hybrid Model）；Schuz の提唱するアプローチで、両親の意

図は、それが子供の日常生活に影響している限りで考慮に入れるべきだと主張する。具体例として、子供が一時的な滞在施設で生活している事実は新常居所の取得には反対の要素となるが、この設定自体が両親の意図を反映している。子供が事情を理解できる年令に達していれば親の伝えた滞在目的は重要性を増す。親の意思が子供の行動に影響を与え、子供の周辺の人々や社会制度に合わせ形成される関係の質に影響するからである。第二の独立／子供中心モデルは子供に焦点を合わせ、常居所の判定の独立性を強調するが、子供の特定地との関係の質を真空状態で評価することはできないとして、両親の意図を一定範囲で斟酌することが必要だとする。第二のモデルを用いながら、親の意図も考慮しようとする米国判例の方法を反映するものと説明している。(21)

4　ドイツモデル

Schuz の分類した第二の独立／子供中心モデルは、ドイツ判例において、より純化された客観主義アプローチとして見ることができる。そこでは、常居所は子の生活の中心であり、子と社会との重心であり、常居所の得喪判断に親の意思は関与せず、常識的に六ヶ月間の滞在で足りるとされている。(22) この客観主義アプローチの特徴をよく示している判例としてオーストリー最高裁（ＯＧＨ）の判例が挙げられている。(23) この判例の常居所判断の方法は、コモンロー諸国のモデルとは異なり、その特徴の一つは常居所判断の際に親と子のいずれの意思的要素も要件とはしない点にある。このような客観主義アプローチをドイツモデルとして、米国モデルと対比的に整理してみたい。

㈠　オーストリー最高裁判例（OGH30. Oct. 2003 8Ob121/03g）

［事実］セルビア裁判所で離婚したセルビア人夫婦間での子の奪い合い紛争で、監護権者Ｙ（母親）が子Ｚを連れオーストリーに移住したが、Ｘ（父親）はオーストリー入国ビザがなくセルビアに留まった。毎週Ｙが国境にＺを

連れて行きXと面会交流をさせていた。その後、XがZをセルビアに連れ出し、Xがベルグラードで職と家を見つけるまで、同国居住のXの両親宅にZを預けた。しかし、YはZの居場所を突き止めてオーストリーに連れ戻し、Yの再婚した新家族と共に生活していた。Xはセルビア裁判所で暫定的監護権者の指名を受け、Yを誘拐罪で告発した上で、オーストリー裁判所にハーグ子奪取条約による子の返還を請求した。第一審、控訴審共にXの請求棄却、Xが最高裁に上告。最高裁は、Zがセルビアの祖父母宅に居たのは一～三週間程度のわずかな期間で、一時的滞在で常居所の成立を根拠付けることはできず、Zの常居所は、Yの連れ戻し時点には既にオーストリーにあったとして、上告を棄却した。

［判旨］「ハーグ子奪取条約三条の意味における常居所の概念は、オーストリー管轄法及びハーグ未成年者保護条約の規定と同じに解釈される。それによれば『常居所』の審査において考慮されるのは、実際に生活の中心となっている場所、経済的な中心、及び、人と社会との関係の中心となっている場所である。居住期間それ自体は決定的な要素ではないが、一般的には六ヶ月が『常居所』成立のための居住期間の目安となる。常居所は生活の事実的中心点であることによるので、監護権者の意思に反しても成立する。」。

親の意思に反しても常居所が成立すると言い切る点で、コモンローの影響を受けているSchuz の学説分類と明確に一線を画した。一方、ハーグ子奪取条約における常居所をハーグ未成年者保護条約、及び、オーストリー管轄法（Jurisdictionsnorm）の常居所と同じとしている点では、ドイツ判例とも異なる。ドイツ判例はハーグ子奪取条約に独自の解釈によるとしている。

㈡　ドイツ判例

（1）常居所の移動判例（OLG Frankfurt/M (15, Feb. 2006) FamRZ. 2006, 883）

ドイツ裁判所によりハーグ子奪取条約上の常居所に関して広く援用されている判例で、ドイツ型モデルについて詳しく判示している。

［事実］申立人X（父、米国籍）と相手方Y（母、ドイツ国籍）は一九九四年にドイツで婚姻し、子C（独米二重国籍、九歳）、子G（ドイツ国籍、四歳）がいる。Xは少年時代に生活し現在も母が住むオーストラリアへの移住を望んでいた。XYは二〇〇四年にオーストラリアの移住ビザを得て、CとGも同国の永住資格を取得し一家は同年一一月二六日に移住した。Cは移住先の小学校に転入手続をしたが、Yは学校に不安を持ちCGを連れドイツに帰ると告げたが、Xは反対しCのパスポートを取り上げた。Yは二〇〇五年一月にGを連れドイツに帰国したが直ぐにオーストラリアに戻った。二〇〇五年二月二日Cは小学校に初めて登校したが、同月七日YはX不知の間にCGをドイツに連れ戻り元の家で生活を始めた。Xはドイツ裁判所にハーグ子奪取条約による返還裁判を申立てたが、棄却され、控訴。

［判旨］「常居所の概念はハーグ条約の締約国の判例で異なった解釈がなされている。ドイツ裁判所の圧倒的多数は常居所概念に関しては事実的概念とし、法律上の概念とは解していない。BGH（連邦通常最高裁）は『常居所』を人の関係の重点であり、人の生活の中心がある場所としている。そこで求められるのは、相当な期間の滞在と、生活関係の重点をなす関係が所在することである。この見解では常居所は、住所とは異なり、居住場所を生活の中心又は重点とする意思は必要とされない。未成年子の場合、注意を要するのは、監護権者の住所や常居所から導かれてはならず、それとは独立した審査が必要となることである……。この見解は高裁レベル、地裁レベルだけでなく学説上も通説である……滞在の期間に関しては、学説判例はしばしば未成年子の滞在が約六ヶ月に達した場

合、ハーグ条約三条a及び四条一文の意味での常居所が確実になると解している。」「多くの英米法系諸国の判例は、この常居所に関して完全に事実的要素で構成している通説の理解と異なり、人が常居所に関して有する意思（いわゆる settled intention）を優先させる。この settled intention 概念では、居住期間及び社会への組込み等の客観的基準ではなく、主観的基準、例えば、英国の高等法院判例が示すように、『確定したと表現できる程度の継続性を伴った居住の目的が必要とされる……』」。

「多くの締約国の判例であり、当裁判所も同調する見解では、常居所の概念は独自に国際的に統一的に解釈されるべきである。ハーグ子奪取条約の適用範囲では、個別締約国の国内法独自の原則は顧慮すべきではない。……条約の中心的な保護目的は、子供から馴染んだ日常生活を奪い、不法に生活地盤から切り離すことの防止である。ハーグ子奪取条約の本質的な目的は原状を回復し（status quo）、常居所地国の裁判所による監護権判断を可能にすることにある。その基本をなすのは、その国の裁判所が事件に近く子の社会との関係を審理判断するため最善の位置にあるという判断である……。条約で使用されている常居所の概念は、それ故、一定の期間と常住性を伴った居住及び環境との関係性、つまり人が滞在地で社会に組み込まれていることを示す関係性の存在により性格付けられる。……これに向けられた法律行為としての意思や自然的な意志は要件とはされていない。」「本件では、両当事者の子供達がオーストラリアに常居所を有していたことを前提とすることはできない。決定的なのは客観的基準であり、注目すべきは滞在が相応な期間に及び定住性が認められるか、その居住場所に当該者が社会的に組み込まれている（soziale Integration）事実的な関係が認められるかである。本件では子供達のオーストラリアでの滞在はその渡航からドイツへの帰国までであり、社会への同化があると認めるには際だって短い。二人の子供達は出生からオーストラリアに二〇〇四年一一月二六日に到着するまで継続してドイツで生活しており、言語的にも文化的空

間としてもドイツで成長してきた。二〇〇五年二月七日の出発までオーストラリアに滞在したのはCが二ヶ月半、Gはわずか1／4ヶ月に過ぎない。」

（2）乳幼児の常居所判例（KGBerlin FamRZ 2014, 495）

乳幼児の常居所の場合、社会的な組込という指標をどう適用判断すべきか、特に親の意思・意向をどう取り扱うべきかが問題になる。

［事実］Aは未婚のドイツ人母Yとスペイン人父Xとの子で、ベルリンで出生。Yは将来ドイツで生活するつもりで、Yの母が住むベルリンにYAのため住居を用意していた。Yは、Aが四ヶ月になった時にXの父方家族の居住するスペインに連れて行き、途中で度々ベルリンに戻りはしたが、合計二〇ヶ月スペインに滞在した。Yが二才になったAを連れ帰ったため、Xが条約による返還請求を提起した。

原審（AGPankow/Weissensee）は、「常居所の確定には第一に外観的基準が問題となるが、第二に関係者の意思が問題となる。外部的観点では、特に社会的な繋がりについて明確に判断できない場合、それに関する子の両親の意思、スペインとドイツのいずれに居住するのが共通の考えであったかが重要になる。証拠調べの結果両親がAと自分たちの常居所をスペインにする蓋然性と、逆にスペインでの居住は一時的で、スペインの父方家族も訪問客として処遇し、その間の社会的繋がりの重心はベルリンに維持されていたという蓋然性とが、等しく認められる」とし、常居所がスペインにあることについて、Xの証明責任は果たされていないとして請求を棄却した。子供の手続補佐人及び少年局職員もスペインへの返還に反対であった。X抗告、抗告審は原決定取消し、スペインへの返還を命じた。

［判旨］「ハーグ子奪取条約で用いられている常居所の概念は、一定の期間と正常な滞在、及び、その者が滞在地

の社会に溶け込み受け入れられているという周辺との社会的関係があることと性格付けられている（OLGFrankfurt）。ヨーロッパ司法裁判所（EuGH）によると、常居所は子供が社会や家族という周辺環境に確かに組み込まれている（Integration）と認められる場所とされている。実際には一定期間の滞在、通常は最小限の期間（判例では常識的に六ヶ月）の滞在はこの関連性を補強するが、場合によって、一方又は双方の監護権者の客観的に認定された意思によりその最小限の期間が定められ、その意思次第では転地後直ちに常居所となることもあり得る」。「小さな子供が両親と父方の祖父母と、途中で何度か短期間のドイツ滞在があったとしても、合算して二〇ヶ月外国（スペイン）にいた場合、個別事情として特別に斟酌すれば、通常は外国が常居所となる。一方の監護親が明確に表示はしないが内心に抱いていた直ぐにドイツに戻るという感情によって、この判断が覆ることはない。相手方監護親に外国での長期の滞在に関して監護親双方の一致した意思があったという困難な証明責任を課すべきではない」。

［コメント］二才の幼児について常居所が問題となった事例で、いずれとも断定できないとして立証責任によらせた原審とは異なり、抗告審は先述したOLGFrankfurt判例を援用して、断続的滞在の期間を合算し長期に滞在した地の社会や家族との定着性を認めた。ドイツの判例は常居所の場合は常識的に六ヶ月というルールが用いられてきたが、抗告審は、事情に応じてもっと短く、場合によっては即時にでも常居所を認めるべき場合があるとして[24]、合算して二〇ヶ月の居住で常居所の成立を認めた。現在では六ヶ月は常識基準で、個別事情によってはもっと短い滞在で足りるとされている。乳幼児の場合には、親の常居所での養育の意向を考慮しているといえる。

5　小括

米国モデルはコモンロー上の住所概念と対比する中でハーグ子奪取条約上の常居所にアプローチするのに対して、ドイツでは、OLG Frankfurt が、子の常居所は国際条約上の概念として、締約国の国内法上の概念とは区別し条約独自に決定されるべきであるとし、ペレス報告書の記述を援用している。ヨーロッパ大陸法圏では既に他のハーグ条約で常居所概念を用いた条約が実施されているが、特に常居所の移転の問題に関しては、「未成年者の保護に関する官庁の管轄権及び準拠法に関する一九六一年のハーグ条約」における問題状況が対比されていた(25)。このように、ハーグ子奪取条約自体に常居所の定義がないため、各条約締約国は、それぞれの国の状況、法的背景を基にそれぞれにアプローチしている。

日本法の視点からは、伝統的なコモンロー上の住所概念を背景にした米国判例のアプローチよりは、独立した条約上の概念として、条約自体に根拠を求めるドイツ判例、特に上で紹介した OLG Frankfurt のアプローチが適切に思われる。しかし、条約独自の常居所概念とはいっても、条約に規範的定義はなく、統一的な常居所概念も確立していない。締約国は条約の理念や制度目的からそれぞれにアプローチしており、その際にペレス報告書が重要な手掛かりとなっている。現状では常居所は、締約国が条約の理念や制度目的などに即してそれぞれに判断しており、INCADAT 上の外国判例には法源的な意味はない。この点でウィーン売買条約とは法状況は全く異なる。

常居所はハーグ子奪取条約において法的要件として重要な位置にあり、法的概念であることは間違いないが、統一された規範的定義はない。従って、常居所の判断は法的定義から帰納的解釈により導くことはできず、個別事件における事実的要素を条約目的などに照らして総合的に判断することになる。この扱いに関しては米国判例もドイツ判例も一致している。しかし、総合的な評価判断に際して、米国判例が強弱の差はあれ一貫して親の意思を考慮

要素としているのに、ドイツ判例は原則的には斟酌しない。しかし、常居所の成立には常識的には六ヶ月の滞在を要するが、予め定住することが決まっている場合はもっと短い期間で足りるとする判例が有力であり、そこには親の定住意思という意思的要素が関わっている。又、上記 KG Berlin 判例の原審が、常居所の判断について non liquet となり、挙証責任法理により判断したことについても検討が必要と思われる。

四　日本の実施法における常居所の判断

1　日本の実施法の特色

日本の実施法は条約による子の返還裁判に関して必要と思われる事項を全て規定している。ハーグ子奪取条約の実施のため、家事事件手続法の定める家事審判とは別の家事決定手続とも称すべき裁判手続を創設し、拒否事由を含め返還に関する要件も全て実施法で規定し直している。

日本の裁判所における子の返還裁判は実施法の規定で足り、他の締約国とは異なり、条約の規定を適用する必要はない。実施法はハーグ子奪取条約の「的確な実施」を目的とするという同法一条の規定を介して条約に接している。その限りで、条約自体及び条約規定の立法理由書的な位置にあるペレス報告書等の付随的文書は、実施法の解釈適用に際し間接的な法源として顧慮される。しかし、条約の適用に関する他の締約国の判例は、実施法による裁判においては単なる参考に止まる。

2　実施法における返還裁判手続の特徴

実施法上の返還決定手続は基本的に非訟手続であり、英米法のエクイティ上の injunction 手続をモデルとした条

約とは手続法的に適合しない。例えば、子の返還拒否事由を抗弁と構成し証明を要求する条約一二、一三条に対して、実施法二七、二八条は「認めるとき」と規定し証明責任とは異なる非訟手続に合わせている。[26] ドイツは逆に返還裁判手続は非訟手続であるが、返還要件等は条約規定を適用するため、上述のKG Berlin判例の事態が生じる。つまり原審は常居所に関する両当事者の対立する主張の判断を、non liquetとして挙証責任により決したが、控訴審は非訟的に裁量により覆した。[27] ドイツ法型非訟事件手続法を採用する国では、条約の要求する裁判形式は、非訟事件手続の中にinjunction型の裁判を押し込むことになっており、その手続法理上の不整合は避けられない。日本の場合は、非訟手続を基本とする実施法手続を創設し、子の返還に関わる要件も返還拒否事由を含めいずれも非訟手続によるので、挙証責任法理は妥当しない。日本の実施法の下では、常居所の判断はもちろん非訟事項であり、[28] 家庭裁判所調査官の調査対象として、子が滞在地の社会的、地域的環境に馴化・定着しているかについても調査報告が求められる。

日本ではハーグ子奪取条約の批准の際、子の返還裁判について、監護の本案裁判ではなく本来の管轄国への返還との説明が強調されたことから、実務では保全処分的な裁判という認識が強い印象を受ける。条約による子の返還を証拠保全に類した手続とする実務家の説明に接したこともある。これに加えて、条約が返還を原則とし返還拒否事由を抗弁として証明の成否により決定する構成を採り、日本の家事裁判に特有な子の利益判断による全般的裁量を封じていることが、一層暫定的な迅速判断という印象を強めているように思われる。

しかし、これらの認識は条約による返還裁判の性質理解として相当ではない。ハーグ子奪取条約の前文が掲げる至上の目的は子の最善の利益保護であり、条約は返還拒否事由が証明されないのに、全般的な子の利益の裁量により不返還を決定することを封じているが、そのことは常居所や子の監護状態の認定、監護権者の同意等の個別の要

件判断に際して子の利益を考慮することを封じるものではない。[29] 条約は、子の返還は子が馴染んだ生活環境に速く戻すことが子の利益に適うという視点から迅速を求めているのであり、返還が本案裁判のための法廷地国への保全的処分という意味はない。

3　実施法の裁判手続における常居所判断

（1）実施法適用の法形式的側面　実施法には常居所に関する定義規定はない。しかし、同法一条は「条約の的確な実施を目的とする」としていることから、実施法上の常居所の解釈の大枠は条約自体とペレス報告書ということになる。ところが条約にも常居所に関する定義はない。[30] 米国及びドイツの判例の検討から明らかなように各締約国の解釈も統一されていない。このような状況の下で、条約規定の直接適用を必要としない実施法の自足的特徴を考えると、日本の裁判所としては、常居所の判断決定は実施法の解釈として、条約締約国としてウィーン条約法条約三一条等に反しない範囲で、独自に行うことになる。他の締約国の判例等には法源的な意味はなく、一つの参考に止まる。

（2）実施法上の常居所の実質的な判断基準　条約における常居所について、本稿で対比検討した米国とドイツの解釈モデルでは、ハーグ子奪取条約独自の常居所概念として、条約自体から解釈基準を導くドイツモデルの方が、コモンロー上の伝統的住所を対比的な手掛かりとする米国モデルより、日本の実施法解釈の参考には適しているといえる。

米国とドイツでは常居所判断のアプローチに違いはあるが、結論として導かれている実質的な基準には共通する点が多い。判断手法に関しても、常居所の判断は規範的な定義から帰納的解釈により導くのではなく、個別事件に

おける事実関係の全体的評価による点でも共通している。その評価判断の基準点が、ドイツモデルでは条約及びペレス報告書等に置かれているのに対して、米国モデルではコモンロー上の ordinary residence 等との対比に重心が置かれている。ドイツモデルにおける判断の起点は、条約の至高の目的は子の利益保護にあり、子の返還制度は子が馴染んだ生活環境に迅速に戻すという原状回復を目的とするという認識にある。この認識から、返還すべき国の決定基準としての常居所は、子がその地に馴染み定着しているかの判断に掛かる。その判断基準を滞在地の社会的、地域的環境への定着、組み込み（integration）とする点でも米独モデルは共通する。これらの判断の際に、滞在期間、子の周囲との接触（家族、学校・幼稚園等における状況、地域社会との繋がり）等の事実要素に注目する点でも類似する。しかし、監護権者の意向や意思を独立した考慮要素とするかに関しては米国とドイツで異なる。特にドイツでは国内法上の住所の要件とされる主観的意思は、常居所の要件ではないとし明確に区別している。

これらはいずれもペレス報告書の返還制度の目的・理念から導かれるところであり、日本の実施法においても大枠としては妥当と考えられる。

（3）常居所の判断に関わる若干の個別問題　これまでの検討から常居所判断の基本的基準は、子に関して独自に考えられるべきこと、その判断の中心的理念は子の生活が当該地に社会的若しくは家族的などの関係を介して定着し、子がそこに馴化している（組み込まれている（integrated））ことが基準になる。これは条約による返還制度の目的・理念から導かれる。子の定着又は馴化の判断は、一定期間の滞在、幼稚園、学校、地域的なクラブなどの活動、友人等の個別事例における事実関係から総合的に評価される。若干の個別的事実の評価に関して検討を試みたい。

・滞在期間　日本の未公開事例で、住所より長い期間を要するとし一年を基準とした決定もあった。ドイツでは一

般的な常識基準として六ヶ月が広く知られているが、必要要件ではなく、事情によっては即時に取得する場合もある。あるドイツの裁判官も六ヶ月という期間には全くこだわらず、実際はもっと短いとインタビューで述べていた。一律には決められない問題であるが、基本的に六ヶ月というドイツ基準が参考になると思われる。[31]

条約一二条二項は、子の返還裁判が子の奪取若しくは留置の時点から一年以上を経ている場合、子が新たな環境に適応していることが証明されれば、子の不返還決定ができることを規定している。これを根拠に常居所も一年間の滞在を要件と解すべきだとの見解も紹介されている。[32] クロフォラーは、この見解は「条約一二条は返還請求権の要件を規定するもので、常居所について規定するものでないことを見誤っている」と批判している。[33] この議論は実施法二八条一項五号にも当てはまる。常居所は返還すべき場合の返還先の判定問題であり、返還すべきか否かの要件とは問題が異なり、議論の混同に注意すべきである。

注意すべきは、一定の滞在時間の経過というだけの問題ではなく、例えば日本国内に滞在はしているが、行方を明らかにしないため各地を転々移動し、六ヶ月経過したことで滞在期間の要素が充たされるかは疑問で、子の社会的な定着という原則基準からは消極に捉えるべきであろう。

留置事件では、当初は同意を得て外国に来ているため、同意による外国滞在がどの時点で留置と判断されるかが問題となる。実施法では二条第七号により、常居所地国の法令により監護権の準拠法とされる法律に基づき監護権侵害が発生した時点となるが、当初約束された期限の徒過又は同意の撤回などの時点を、何時と認めるかが問題となる。

・子の主観的意思の扱い　条約一三条は相応の年齢の子の意思を返還拒否事由と認めるが、[34] 常居所の要件としての問題は、これとは考える視角が異なる。常居所の基準要素と考えられているのは主観的な意思それ自体ではなく、

子の当該地での生活態様、そこへの定着度や馴化のレベルを判断する要素の一つとして斟酌される。元の国に帰りたいか否かのような意思内容ではなく、現在地の生活に慣れ親しんでいるかという現住地の社会環境への組み込み或いは統合を評価する一つの資料として扱うことを見誤ってはならないであろう。一般的には子が一〇才未満の場合、条約一三条二項による子の意思は斟酌が困難なことがあり得るが、常居所を判断する際に、子の滞在地社会への定着度を測る一つの指標としては評価の対象となる。

・乳幼児の常居所と親の意向　たとえ乳幼児であっても、無前提に親の常居所が子の常居所のような判断は適当ではない。子の常居所はあくまでも子の立場から判断すべきとされる。乳幼児の場合、子自身の社会との直接の関係構築が少なく、親又は家族を介しての定着という事情はある。しかし、あるドイツ判例はメキシコで託児所に預けられた幼児についてメキシコ社会との接点を認め、スペイン語に馴染み友達もでき、同居していたメキシコ人父の家族を介してメキシコの文化、風土に馴染んでいたとして、常居所を認めた。[35] これとは逆に、留置事例で常居所の変更が認められた事例で、元常居所地国への帰国が相手方によりパスポートを取り上げられ滞在期間が長期になったと争われた例もある。[36]

・常居所と挙証責任　ハーグ子奪取条約による裁判手続における挙証責任の問題については、ドイツと日本とでは状況が異なる。先に**四**2で説明したとおり、日本の実施法は非訟事件としての扱いを明確にしている。ドイツでは、返還裁判は非訟手続によるが、返還要件は条約規定を適用するため、条約が挙証要件に掛からせている場合には問題が生じる。先述のKG Berlin判例はこの例である。しかし、日本の場合は、返還拒否要件について二八条の規定でも証明の表現を用いず非訟事項であることを貫いている。常居所の判断も非訟として調査官報告に基づく裁量判断ができると解されよう。

・家裁調査官による調査の範囲　日本の実施法手続では、ドイツと異なり、裁判官が返還対象の子を直接に審訊する機会はない。裁判所の判断は当事者の主張や提出の他は、調査官報告に負うところが大きいと思われる。常居所判断に関する事情について適切で正確な調査官報告は必須である。ハーグ条約事件では全体的な子の利益判断による裁量は封じられている一方、通常の家事事件では問われない常居所の判断に関係する事実や事情の調査報告が求められる。調査報告の項目もこれに対応させる必要があるように思われる。

（1）櫻田嘉章・道垣内正人『注釈国際私法　第2巻』二七五頁（国友明彦）

（2）櫻田嘉章『国際私法　第6版』九二頁、中西康・北澤安紀・横溝大・林貴美『国際私法』七六頁など

（3）Beaumont/McEleavy, "The Hague Convention on International Child Abduction" (Oxford, 1999) p 89

（4）Kropholler, "Die gewöhnliche Aufenthalt des Kindes und das Aufenthaltsbestimmugsrecht", FS. Jayme I (2004), S. 473, は、「常居所は、異なる法規においてそれぞれに違う意味で用いられて居ること、及び、『常』という用語が多義的な要素を含むことから、純粋な事実概念ではなく、法的概念である」としている。

（5）条約前文は、「この条約の署名国は、子の監護に関する事項において子の利益が最も重要であることを深く確信し、不法な連れ去り又は留置によって生じる有害な影響から子を国際的に保護すること並びに子が常居所を有していた国への当該子の迅速な返還を確保する手続及び接触の権利の保護を確保する手続を定める」（外務省訳）としている。

（6）Péres-Vera, Explanatory Report（以下、ペレス報告として引用）は、条約一二条に関して、一一〇節で、「条約は子の返還は常に移動前の子の常居所地であるとする効果に関する提案を受け入れなかった。子の返還を要求する理由の根拠の一つが、子の住所地国の裁判所の「当然な」管轄を罰せられることなく実力で回避するのを防止したいという点にあったことは認められる。しかし、条約にそのような規定を設けることで、その適用が柔軟さを失い利用し難くなるかも知れない。実際、我々が忘れてはならないのは、子供にとって基本的に親しんだ特別な環境から移動させられないというのは子供の権利であるという点であり、それが子の国際的奪取に対する戦いが護ろうとしている点だということである。申立

人が最早子の移動前の常居所地国には居住していない場合、その国に子を返還することは解決が困難な実際上の問題を引き起こすかも知れない。この問題についての条約が沈黙しているのは、従って、奪取先国の権限機関が申立人のもとに直接、その住所がどこかを問わず返還することを許容するものと解されなければならない。」（筆者訳）。このオーストラリアによる提案の経緯について、David McClean, “Return of Internationally Abducted Children”, 106 Law Quaterly Review 378 (1990) を参照。前注（3）Beaumont/McEleavy, p 31 は、両親共に居ない元常居所地国への返還を疑問としている。

（7）前注（6）Péres-Vera, Explanatory Report 19 節参照

（8）Schuz, Rhona ; “The Hague Child Abduction Convention - A Critical Analysis” (Hart, 2013) p 181

（9）Hon. James D. Garbolino, “The 1980 Hague Convention on the Civil Aspect of International Child Abduction : A Guide for Judges” (2012, Federal Judicial Center Internationa Litigation Guide)

（10）ガルボリーノ報告書四四頁

（11）ガルボリーノ報告書四五頁

（12）ガルボリーノ報告書四五頁

（13）ガルボリーノ報告書四六頁

（14）ガルボリーノ報告書五一頁

（15）Schuz 前注（8）、p 186 以下。

（16）C v. S (1990, 2All ER 449)

（17）Schuz 前注（8）、p 188、Mozes 事件控訴審の裁判官は、英国判例（前注16）の「A国での常居所の放棄と、その後にB国が常居所になることの間には大きな差がある。A国の常居所の放棄は、その地に二度と戻らない確定した意図を持って離れることにより一日で可能だが、その代わりにB国で常居所を得るには一定期間の滞在が必要になる。B国の常居所は一日では得られず、かなりの時間と確定した意図が必要になる」という文章から、新しい常居所を得るためには前の常居所の放棄が必要という命題を導いたとする。

（18）Schuz 前注（8）、p 189

（19）Feder v. Evans-Feder 63F3rd. 217 (3rd. Cir. 1995)

(20) Schuz 前注（8）、p 191

(21) Schuz 前注（8）、p 192

(22) Schuz 前注（8）、p 192 は、ドイツ、オーストリー、スイス等のヨーロッパ大陸とする。

(23) OGH30. Oct. 2003 (8Ob121/03g)、Schuz 前注（8）、p 192, Note (125)

(24) これについて、引用を省略したが、判旨は OLGKarlsruhe FamRZ. 2010, 1577 を援用している。同事件は、未婚のオーストラリア人父Xとドイツ人母Yの間に二〇〇五年ドイツで生まれた子Zをめぐる留置事例で、Z出生以来ドイツでYが養育していたが、三回オーストラリアにXを訪ね、その度に約四ヶ月滞在したが、三回目にはXがYのパスポートを取り上げてしまい帰国は八ヶ月遅れて二〇〇八年六月になった。二〇〇八年一〇月にXはYにZを連れオーストラリアに戻るよう申し入れたがYは応じず、ハーグ子奪取条約によるZの返還請求を申し立てた。裁判所は、常居所の取得は六ヶ月間の滞在を要するというのが常識的な基準であるが、「当初から継続的な滞在の予定がある場合はもっと早く常居所が成立する」として、Zの常居所は、二〇〇八年六月のドイツ帰国以前から、二〇〇八年一〇月のX申入れによる留置後もオーストラリアと認め、返還を命じた。

(25) Julia Eppler, "Grenzueberschreitende Kindesentfuehrung" (Peter Lang, 2015) SS. 202 ff.

(26) KG Berlin の原審（Pankow/Wessensee Amtgericht）は条約に即して常居所の判定が non liquet の事例で、挙証責任による判断をしていたが、抗告審である KG Berlin はこれを覆している。手続事項を含むハーグ条約は、準拠法連結に関する条約とは違い、手続法の世界標準化に繋がる側面があることは看過されるべきではない。

(27) ドイツではハーグ条約の規定を直接適用する立法形式であり、挙証責任法理を妥当させる必要はあるように思われる。

(28) 相手方が申立人主張の国に常居所がないという主張を待って当否を判断すべき抗弁事項ではない。実施法の下では、子の返還裁判は、子の最善の利益の保護を至高の目的とし、子の馴れ親しんだ生活環境を奪わないことがそれに適うという前提で、返還を判断する後見的な非訟裁判であることに留意すべきである。通常の家事事件手続と異なるのは、規定された返還要件の具備が認められた場合、全般的な子の利益の裁量による返還拒否判断を封じられていることである。逆に、一部の返還拒否事由については、それが認められる場合でも、子の利益の全般的裁量による返還命令を許容している（実施法二八条一項但）。

(29) 最判平成二九年一二月二二日における小池裁判官の補足意見は、この点で正鵠を得た重要な指摘である。

(30) なお、常居所地国に関して二2で先述したように、条約は返還先を常居所地国とは規定しないが、実施法は、一二条八号で返還は常居所地国と規定しており、僅かではあるが条約規定との違いもある。

(31) 最決平成二九年一二月二一日（裁判所ウェブ）について、西谷祐子・戸籍時報七七〇号四九頁は、平成二六年七月来日し平成二七年三月一〇日に留置開始と認定された事例について、半年間の滞在で常居所は認められないと評釈されているが、ドイツ基準では期間要件は充たしており、当該事案における子らの学校生活、校外活動等の社会環境への組込み、子自身の意識等から、本稿の基準では常居所が認められるべきであったと思われる。

(32) Jorzik, "Das neue zivilrechtliche Kindesentführungsrecht" (1995), S. 32; Holl, "Funktion und Bestimmung des gewönlichen Aufenthalts bei internationalen Kindesentführungen" (2001), S. 129 ff.

(33) Kropholler, 前注（4）、S. 473 f.

(34) これがどの程度の年令かは悩ましい問題であるが、ドイツの実務家のインタビューでは、子の成熟度などによるので一律にはいえないが一一―一三才が一つの目安と云うことであった。

(35) OLGKarlsruhe FamRZ 2003, 956 (15. Nov. 2002)

(36) 前注（24）の OLGKarlsruhe FamRZ. 2010, 1577 では、父が帰国しようとした母のパスポートを取り上げたため滞在が八ヶ月に及び、常居所がオーストラリアと認められたが、判例紹介者の弁護士は、父の返還請求は自身の不正の結果を援用するもので、「裁判は母には受け入れ難い」としている。

本稿は JSPS 科研費課題番号 16H01990（「多様な権利内容に応じた実効的な国際的権利保護制度の構築」）の助成を受けたものです。