



Title	子奪取条約（いわゆるハーグ条約）上の「監護の権利」と裁判所の監護の権利
Author(s)	長田, 真里
Citation	阪大法学. 2018, 68(3), p. 283-300
Version Type	VoR
URL	<a href="https://doi.org/10.18910/87168">https://doi.org/10.18910/87168</a>
rights	
Note	

*The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA*

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

The University of Osaka

## 子奪取条約（いわゆるハーグ条約）上の 「監護の権利」と裁判所の監護の権利

長 田 真 里

### 【事案の概要】

申立人Xは、平成一七年からシンガポールで生活している。相手方YはB国で出生後まもなく日本に移住し、そのまま在住していた（日本の永住資格あり）が、職業上の都合でシンガポールに移住し、平成〇年シンガポールでXと婚姻し、平成〇年子Zをもうけた（X、Yともシンガポールでの永住資格あり）。

XとYは、Zの出生後シンガポールで生活していたが、平成二五年、Xの職業上の理由で、家族で日本に転居することになった。YとZは、同年五月〇日に日本に入学し、同年七月〇日にYの実家のあるC市中長期在留者又は定住者として外国人住民登録をした後、一旦シンガポールに戻り、同年八月〇日、Xと共に日本に入学し、三人で生活を始めた。

Xはこの頃当時の勤務先を退職することとし、XとYはその頃から不仲となっていた。Xは、平成二六年一月〇日、シンガポール〇下級裁判所（以下、同国の裁判所については、家庭裁判所も含めて、「シンガポール裁判所」という。）にYとの離婚を求める裁判を申し立て、Yは同月〇日、Zと共にシンガポールに入学した。

XとYは、平成二六年三月ごろ、離婚手続きにおいて合意が成立し、YはZを連れてシンガポールを出国し、同年四月、日本に入学しYの実家に居住することとなった。

シンガポール裁判所は、平成二六年五月〇日、当事者間の上記合意に基づき、離婚することのほか、次の内容の判決（……以下「本件判決」という。）を宣告した。

〔ア〕共同監護権 (joint custody)

a XとYは、子の共同監護権を有する。

b Yは、子の学校、健康、発育、宗教及び市民権を含む全ての重要な事項について、Xの同意を得なければならない。

c XとYは、公証人が立ち会って署名がされたXの同意書面が提出されない限り、子のD国市民権及び氏名にかかる申請又は変更をしてはならない。

d Yは、子の学校の進捗状況（成績表、学事日程、遠足、試験及び試験結果、学校での面談等）並びに健康及び発育状況を含む全ての重要な事項について、定期的に、少なくとも毎月一回、電子メール又は電話により、場合によっては写真及びビデオと共に、Xに情報提供しなければならない。Xは子に関する当該事項について、Yと協議する権利を有する。

e Yは、子の世話及び監督の権利 (care and control) を有し、自己の費用により、子を自由に日本に転居させる (relocate) ことができる。Xは、本決定が登録された後において、速やかに子のD国パスポート及び日本の在留カードを返却する。（以下、Yが子を自由に日本に転居させることができる定めを「本件転居条項」という。）

（イ）接触の権利 (access)

a Xは、子が日本に転居するまでの間、シンガポールにおいて次のとおり、立ち会わない暫定的な接触の権利を有する。

i Xは、子に対して、毎月曜日、水曜日および金曜日の各午後一時三〇分から午後六時三〇分まで、立ち会いなしの接触の権利を有する。

（ii以下 省略）

b Xは、子がシンガポールから転居した後は、次の通り、子に対する接触の権利を有する。

i 日本または子が将来転居する可能性のある一切の法域において、Xの接触の権利が拒否された場合、YはXに対し、子

が○国にいる場合の扶養料合計額一〇〇〇シンガポールドルからXが要した旅費および宿泊費等の費用を賠償する。また、Xは、当該費用を証明する書類の写しを作成するために要した費用を上記扶養料合計額から自由に控除できる。

ii Xが日本または子が将来転居する可能性のある一切の法域にいる場合、子の学校日程による制約の下、平日については、午後一時から午後六時まで、立ち会いのない接触の権利を有する。

iii Xが日本または子が将来転居する可能性のある一切の法域にいる場合、この学校日程による制約の下、週末については、金曜日の午後一時から土曜日の午後六時まで、および／または、土曜日の午後一時から日曜日の午後六時まで、立ち会いのない宿泊を伴う接触の権利を有する。

(iv以下、省略)

c (省略)

d (省略)

e 今後、Yが日本以外の法域に転居した場合、Yは、自己の費用により、当該法域の裁判所において、本件判決と同じ条項の決定を得た上、Xに付与する。

(以下略)（なお、本件判決については、XもYも判決の確定を遮断する手続きを取らなかったことから、平成二六年九月に確定した。）

Yは、平成二六年五月〇日、A国に本社のある甲社から、同年八月〇日から最初の勤務先はシンガポールとし、平成二七年七月〇日までにE国に転勤すること等を内容とする雇用条件を提示され、平成二六年七月〇日、Zとともにシンガポールに入国し、賃貸借期間を二年間として住宅を賃借した。Yは、遅くとも同年九月から甲社の正社員として勤務を始めた（その後E国への転勤を拒絶して、パートタイムとして勤務）。Zは平成二六年八月〇日の新学期からシンガポールのインターナショナルプリスクールに通学し始め、その後別のスクールに転校して平成二七年一月まで通学した。

Xは、遅くとも同年八月〇日まではYからのメールによりYとZがシンガポールに入国して生活していることを知らされ、

翌日にはZの始業式に出席した。Xは、Yに対し、Zとの交流を再三求めて、その条件等の提案をしたが、Yがそれを拒み、Xの望むようなZとの交流は実現しなかった。

Xは、平成二六年一月〇日、シンガポール裁判所において、Yに対し、本件判決につき、本件転居条項の削除およびシンガポールでのXと子との交流の内容の変更を求める申し立て（以下「本件変更申立て」といい、この手続きを「本件変更申立手続」という。）をした。

Yは、平成二七年一月〇日、パート社員としての職務を終え、同月〇日子と共にシンガポールを出国し、同月〇日、日本に回国し、それ以降Yの実家に居住している。

Yは、同月〇日、Xおよびシンガポール裁判所に対し、Yと子が日本に帰国したことを電子メールで報告し、本件変更申立手続について、シンガポールの弁護士を代理人に選任した。シンガポール裁判所は、当事者双方の代理人弁護士が出頭した聴聞期日において、Xと子とのシンガポールでの交流について具体的な方法を定めると共に、日本での交流については本件判決の通りとすることを命じた。本件転居条項の削除の申立てについては、Yは本件判決により子と共に日本に戻る権利があり、日本以外の国にも自由に行くことができる、シンガポールでの滞在は雇用先の短期間の仕事のためのものであり、数ヶ月しか続かないものであって、すでに退職して日本にいるなどと記載した宣誓供述書を提出した。Xは、その後同年三月〇日を提出期限とされていた宣誓供述書を提出しないまま、本件転居条項の削除の申立てを取り下げた。

なお、シンガポール裁判所は本件変更申立手続に関連して、子のシンガポールからの出国を禁止する旨の命令を発したことはない。

Xは、平成二八年一月大阪家庭裁判所に対し、本件申立てをした。（なお、日本は子奪取条約の締結にあたり、条約を実施するための国内法（国際的な子の奪取の民事上の側面に関する条約の実施に関する法律、以下評釈では「実施法」とする。）を制定した。以下の判旨で「法」とのみ言及されているのはこの実施法のことである。）

【判旨】

第一審…本件申立てを却下する。（大阪家決平成二八年三月三一日（平成二八年（家ヌ）第一号）判例集未登載）

一 争点一（子の常居所地国がシンガポールか）

「常居所とは、人が常時居住する場所で、単なる居所とは異なり、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、その認定は、居住年数、居住目的、居住状況等を総合的に勘案してすべきである。」「Ｙは、…：ＹとＹの合意に基づいて、子の世話及び監護の権利並びに子を自由に日本に転居させる権利を得た上、Ｙの実家がある日本に居住すべく平成二六年四月〇日に子と共にシンガポールを出国し、日本での生活を始めたのであるから、この時点では、子の常居所地国は日本であったということが出来る。」「しかし、その後、Ｙは、雇用先からシンガポールで同年八月〇日に勤務を開始し、平成二七年七月〇日までにＥ国の地域オフィスに転勤する旨の雇用条件の提示を受け、これを前提として…：平成二六年七月〇日に子と共に再度シンガポールに入学し、同年〇日にシンガポールで賃貸借期間二年の約定で自宅を賃借した上、同年八月には子を学校に入学させている。そして、Ｙは、同年九月〇日からシンガポールでの勤務を開始し、本件連れ去り時までの約七ヶ月間子と共にシンガポールで生活している。加えて、Ｙと子が日本を出国した時点において、Ｙは、雇用先から一年後にＥ国に転勤することとなる旨を内示されており、雇用先との雇用関係を維持しつつ日本に帰国する具体的な用途はなかったことからすれば、Ｙと子が同年七月〇日にシンガポールに入学した時点において、Ｙが近々日本に帰国する予定があったとはいえない。」「以上の事情からすれば、子は同年七月にシンガポールに入学し、住居を定めて通学するようになった時点で、シンガポールが常居所になったといふべきであり、本件連れ去り時における子の常居所地国はシンガポールであると認めることができる。」

二 争点二（Ｙが法二七条三号に定める「監護の権利」を有するか）

「Ｙは、本件判決により、Ｙに子の共同監護権が認められており、Ｙは法二七条三号に定める「監護の権利」を有する旨主張する。」「しかし、法は、不法な連れ去りまたは不法な留置がされた場合において、子をその常居所地国に返還することを目的とするものであるから（法一条参照）、法二八条三号に定める「監護の権利」も居所指定権を有するかという観点から判断する必

要がある。すなわち、一方の親が法的な監護（世話及び監督）権を有していなくても子の居所指定権を持つ場合や子の国外転居に対する同意権または拒否権を持つ場合には、法二七条三号に定める「監護の権利」を有するといえるし、逆に、裁判所の転居許可命令によって一方の親が子を連れて国外に転居することが許可されている場合には、他方の親は、法的な監護権を有していても、法二七条三号に定める「監護の権利」には当たらないというべきである。なぜなら、一方の親が自由に子を国外に転居させる権利を有しているにもかかわらず、その権利の行使として行われた国外への転居が、他方の親の監護権侵害として子の返還命令の対象となるとすれば、子を国外に転居させる権利を一方の親に付与したことが無意味なものとなるからである。」「本件においては、Yは、……本件転居条項により子を自由に日本に転居させることのできる権利を有しており、Yは子を日本に転居させるにあたってXの同意を得る必要はなく、XにはYが子を日本に転居させることを拒否する権利はなかった。そして、本件連れ去り当時、本件転居条項は有効に存続しており、シンガポール裁判所が本件変更申立手続において子のシンガポールからの出国を禁止したり、出国につきXの同意を必要とする旨の命令を発した事実もない。」「したがって、Xが本件判決により認められた「共同監護権」は、子の日本への転居の問題について介入する権限を含まないものであったから、法二七条三号に定める「監護の権利」には当たらないというべきである。」

「次に、Xは、本件連れ去り時において、シンガポール裁判所に本件変更申立手続が係属していたから、Xには、シンガポール裁判所を通じて本件転居条項を変更する命令を得ることにより子の居所を決定する権利を取得することができ、このような手続中の権利も法二七条三号に定める「監護の権利」に該当すると主張する。」「本件連れ去り当時、本件変更申立手続がシンガポール裁判所に係属していたが、未だ本件判決が変更されたわけではなく、単に変更を求める法的手続きをとっていたという点のみによって、本件判決に基づく権利であるYの日本への転居権が制限され、反射的にXの共同監護権が居所指定権部分について回復すると認めることはできない。」

「したがって、本件連れ去り当時にXの有していた共同監護権は、法二七条三号に定める「監護の権利」には当たらず、Xにおいてそれを根拠とする返還請求は理由がない。」

三 争点三（シンガポール裁判所が子に対して「監護の権利」を有していたといえるか）

「法二七条三号は「申立人の有する子についての監護の権利」と規定するが、条約締約国の裁判例においては、裁判所が「監護の権利」の主体となりうるものが認められているところであり、同号の解釈としても、裁判所が「監護の権利」の主体となることを否定するものではないと解される。」「法二七条三号の「監護の権利」は、常居所地国の法令によって認められているかの問題であるので、この点を検討するに、本件の常居所地国であるシンガポールは、コモンローの法制に属しており、一九九三年の「英国法の適用に関する法律」によって、従前と同じく英国コモンローがシンガポール法の一部を構成することが明記されている。条約締約国の裁判例のうち、コモンロー法制下にある国の裁判例によれば、裁判所に監護権に関する事件が係属している間に一方の親が子を国外に連れ去った場合には、条約三条a（法二七条三号に相当）の裁判所の「監護の権利」の侵害にあたるとして子の返還を認める事例がある。」「そうすると、本件においては、本件変更申立手続が、シンガポール裁判所係属中にYが子を連れてシンガポールを出国しているので、シンガポール裁判所の「監護の権利」を侵害していると認める余地がある（なお、裁判所の「監護の権利」というのはXに「監護の権利」を認めることができない場合に、裁判所が「監護の権利」につき審理していることを理由として、裁判所に「監護の権利」を認めるといえるものである。）。そこで、以下、この点について検討する。」「相手方の本件転居条項に基づいてXの同意なく子を日本に入国させることができる権利は、本件判決によって形成され確定したものであるから、その内容の変更を求める申立てが裁判所に提起された場合、単に申立てが提起されたということのみから裁判所の「監護の権利」が肯定されるわけではない。ただし、裁判所が監護権を審理し、実質的に子の監護養育の主体や監護養育の場所等が争点となっている場合には、裁判所の審理中に一方の親が子を連れて国外に転居すると、その親がたとえ国外に転居する権利を有していたとしても、裁判所によりその権利が取り消されて他方の親に監護権が認められることもあり得るので、裁判所の「監護の権利」を侵害したものと法二七条三号の要件を満たすことがあるといえるべきである。そして、具体的事案において国外への転居が裁判所の「監護の権利」を侵害したといえるかは、裁判所に係属した申立ての性質、内容、審理経過等を総合的に考慮した上で判断するのが相当である。」「Xが本件変更申立てをした理由についてみると、Xはシンガポール裁判所に



提出した平成二六年一月〇日付け宣誓供述書……において本件転居条項の削除を求めているが、その理由とするところは、前記認定のとおり「Yと子が平成二六年六月にシンガポールに帰国してから、なんどもXと子との交流についてYに数々の提案をしているのに、Yが拒否し、合意が成立しない。子がシンガポールに定住しているので、本件転居条項は意味がない。」などというものであり、本件転居条項は不要になったことを理由として削除を求めているにすぎず、宣誓供述書を全体としてみると、専らXと子との交流の実現を目指した申立てであるということが出来る。しかも、Xは、Yと子がシンガポールに戻って、子がシンガポールの学校に通学し始めたことを平成二六年八月に知った後も本件判決の確定を遮断させるための手続を取らず、同年九月〇日に本件転居条項を含む本件判決を確定させたものである上、本件判決の確定以降、同年一月二一日に本件変更申立てをするまでの間、当事者間で本件転居条項の削除につき話し合いがされていないことをも考慮すると、Xは、本件変更申立手続において、自らが十分に子と交流できるような措置を望んでいたが、それ以上に子の現実の監護養育者や監護養育の場所を変更すること等を求めて争っていたと認めることはできない。」「このようなXの態度に対応して、シンガポール裁判所は、本件変更申立手続において、Xと子との交流に関する問題については、聴聞期日中に種々の命令を随時発しているが、子のシンガポールからの出国を禁止する旨の命令や出国につきXまたはシンガポール裁判所の同意を要する旨の命令を発したことはなく、Yが本件連れ去り後にシンガポール裁判所に対して日本に出国した旨を報告した際にも特段の措置を講じていないし、その後、日本におけるXと子の交流については本件判決のとおりとする旨の命令を発している。また、本件連れ去り当時、シンガポール裁判所では、本件転居条項の削除について特段の審理はされておらず、その後の聴聞期日においてXの滞在予定期間等について議論はされてはいるが、XはYの宣誓供述書に対する反論の宣誓供述書を期限までに提出せず、期限経過後も宣誓供述書を提出しないまま、聴聞期日の変更を求め、変更後の聴聞期日に取下げにより手続きを終了させている。」「こうした事実関係からすると、Xが本件転居条項の削除を求めたのは、Xと子との交流につきより実効性を高めることを目的としていたということができ、審理経過に照らしても、裁判所が監護権を審理し、実質的に子の監護養育の主体や監護養育の場所等が争点になっていたとはいえず、シンガポール裁判所が「監護の権利」を有していたと認めることはできない。したがって、本件連れ去りがシンガポール裁

判所の「監護の権利」を侵害するものであったということとはできない。」

第二審…抗告棄却（大阪高決平成二八年七月七日（平成二八年（ラ）第四四五号）判例集未登載）

「常居所とは、ハーグ国際私法会議において創出された事実上の概念であり、条約、法のいずれにも定義規定はないが、人が常時居住する場所で、単なる居所とは異なり、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、その認定は、居住年数、居住目的、居住状況等を総合的に勘案してすべきである。」「Yは、離婚後Y自身の生活維持とXから受ける子の扶養料以外の子の養育のための費用を自己の責任において確保しなければならぬところ、Yのこれまでの就労経験を生かすことができる就労先としてシンガポールにある企業を選択し、……シンガポールに入国したと推認される。そして、入国当時、就労先での就労期間は短期間しか保障されていなかったから、未だ永住する意思があったとまではいえないが、相当期間シンガポールで継続して生活する意思があり、それは本件連れ去り時まで変わらなかったと認められる。したがって、本件連れ去り時における子の常居所地国はシンガポールであると認めることができる。」「本件記録によれば、Yと子は日本で得た在留資格を放棄しておらず、Yの雇用先からのメール……によれば、雇用先が日本に出店する計画を立てていたことが認められるが、日本への出店の時期、方法等は具体的かつ明確なものではなく、Yの勤務先が日本に変更されることが予定されていたという事情は認められない。そして、Yが、シンガポールに入国するにあたっては、入国前に子が入学するプリスクールの準備をし、入国するとすぐに、期間二年の賃貸住宅を賃借し、雇用先からE国への転勤を命じられると、パートタイム社員となってシンガポールに留まっていたことからすれば、相当な期間にわたってシンガポールに居住する意思があったと認められる。これらの事実によれば……本件連れ去り時の子の常居所地国をシンガポールとしたことは相当である。」「Yがシンガポール入国後三ヶ月余で正社員の地位を失ったのは既述のとおりであり、また、本件記録によれば、子がシンガポールで通っていた○〇になじんでいなかったことが認められる。しかし、Yは、上記のとおり、雇用先から命じられたとおりE国へ転勤すれば、正社員の地位を失うことはなかったのにパートタイム社員となってシンガポールに留まることを選択したものである。加えて、……Yは、パートタイム

社員としての雇用期間が終了することがあらかじめ判明していたのに、平成二十七年一月〇日にシンガポールを出国する際に、日本での雇用先を確定しておらず、また、子が日本で入学する教育機関の準備をした形跡がないばかりか、子が……退学するためには通常一ヶ月前に手続きをすることが必要であるのに、シンガポールを出国後……にメールで退学する旨を伝えたにすぎないことが認められる。これらの事実には照らせば、Yと子は、本件連れ去りよりも前にシンガポールに居住する意思を確定的に失っていたとは認められ……ない。」

「Xが、平成二十六年十一月〇日に、シンガポール裁判所に對し、本件転居条項の削除およびシンガポールでのXと子のアクセスの内容の変更を求める本件変更申立てをしたこと、②Yは、シンガポール裁判所で本件変更申立手続が進行中の平成二十七年一月〇日に、子連れ、シンガポールから日本に出国したこと、③その間、シンガポール裁判所で本件転居条項を含めて事件の審理がされていたことが認められ、これらによれば、シンガポール裁判所が子に對して「監護の権利」を有していた可能性が認められる。しかしながら、上記認定によれば、①Xは、平成二十七年三月〇日に開かれた第七回聴聞期日にシンガポール裁判所から同月〇日を提出期限とする宣誓供述書の提出を命じられていたのに、その書面を期限までに提出せずに、同年四月〇日に指定された第八回聴聞期日の期日変更を求め、変更された同年五月〇日の聴聞期日において、Yがシンガポール内に居住していても、期日に出頭しなくても審理を続行する上で法律上の障害とはならないのに……、Xは、本件変更申立てを取り下げ（撤回）、裁判所もそれを許可したことが認められる。」「これら一連の経過等に照らせば、シンガポール裁判所が子に對して「監護の権利」を有しているとはいえず、この点に関するXの主張は採用することができない。」

「Xは、……本件変更申立手続において、本件転居条項を削除するか否かに関して審理をしていたのに、原審が、本件変更申立ては、アクセスを求めるものであるとの誤った事実認定をして決定を下していることは不当であると主張する。」「Xの本件変更申立てにおいて、本件転居条項の削除が求められており、本件変更申立手続において、本件転居条項の削除も審理の対象となっていたことからすれば、本件においてシンガポール裁判所の子に對する「監護の権利」が侵害されている可能性はあったものの、結局はそれがシンガポール裁判所の「監護の権利」を侵害しているとは認められないことは、原決定を補正の上、認

定示したとおりであって、この点に関するXの主張は採用することができない。」

「原審が、英国コモンローを国内法に取り入れている諸外国の裁判例の一般的な傾向として、裁判所に係属した申立ての性質、内容、審理経過等を総合的に考慮して判断するべきであるとしたことは正当と言うべきである。」

### 【評釈】

#### 一 はじめに

平成二六年四月一日に日本で「国際的な子の奪取の民事上の側面に関する条約」（以下、「子奪取条約」という）が発効してから、四年近くが経過しようとしている。外務省領事局ハーグ条約室のまとめによると、平成二六年四月一日から平成二九年三月三十一日までの間に裁判所に同条約に基づく返還の申立てがなされたのが計五六件であり、うち裁判所によって認容もしくは却下の判断が下されたのが三一件（認容三三件、却下八件）に上る。また、平成三〇年に入ってから、相次いで最高裁判所により同条約にかかる決定が二件下され、これらについては裁判所ホームページに公表されている。しかしながら、現在日本では家庭裁判所の審判や決定を定期的に公表する媒体がなく、前述の三一件が具体的にどのような事案であり、どのような理由に基づき申立てが認容され、却下されたのか、知る術がない。<sup>(1)</sup>

なお、本件は子奪取条約に基づく返還請求が却下された事例であり、同条約事案の取り扱いの困難さをよく表している事案でもある。今後の実務の参考となる部分が多いように思われたため、若干長めに判旨を紹介し、評釈を加えることとした。

子奪取条約については、すでに多くの文献で紹介検討されているため、<sup>(2)</sup>ここでは詳細な紹介を控えるが、簡単に述べれば、子の国境を越えた連れ去り（または留置）に対して、その子を元の常居所地国に返還するためのスキームを提供している条約である。本件で特に問題とされたのは、①子奪取条約における常居所の認定、および②監護の権利の認定、の二点であった。子の国境を越えた移動やその地での留置が、子奪取条約上不法となるためには、子が常居所地から連れ去られたか、もしくは常居所地以外の場所に留め置かれていることがまず必要となる（条約四条、実施法二条三号、四号）。ついで、当該連れ去りや留置が、

子の元の常居所地国法（この法には国際私法も含まれる）に従い、いずれかの者（個人のみならず機関が主体になることもある）が有していたとされる「監護の権利」を侵害していることも必要である（条約三条、実施法二条六号）。したがって、本件で問題とされたのは、そもそも本件での子のシンガポールから日本への移動が、条約上「不法な連れ去り」と認定されるか否かという、まさに入口の問題であつたと言える。以下、それぞれの点について検討を加えたい。なお、評釈者の見解においては、地裁、高裁いずれの決定についても結論理由とも疑問がある。

## 二 常居所について

常居所地とは、人が相当期間居住することが明らかな地のことをいう。<sup>(3)</sup> この概念は、ハーグ国際私法会議の作成する条約において、法律概念である「住所」に代えて用いられるようになったものであり、事実概念であると説明されてきたが、現在では純粹に事実的な概念というよりも、法解釈の対象となる概念であると指摘されるところである。<sup>(4)</sup> 子奪取条約における常居所についても、その認定は「居住年数、居住目的、居住状況等諸要素を総合的に勘案して、個別具体的に」なされるとされる。<sup>(5)</sup> 常居所の認定は、子の連れ去りがそもそもあつたか否かを決定する非常に重要な基準でもあるが（例えば本件でも仮にYの主張するように常居所が日本であつたとされれば、そもそも連れ去り自体が発生していないことになる）、上述のように、その認定は個別具体的な判断が要請されるため、どのような基準で判断すべきかが問題となりやすい。<sup>(6)</sup> この点、子奪取条約締約国においても統一的な判断がされているわけではなく、法域によって、（一）親の意思基準モデル、（二）子を中心としたモデル、（三）折衷モデルに分けることができるとの指摘もされる一方、例えばドイツにおいては、子の社会への統合が最重視されるかのような説明もされるところである。<sup>(8)</sup> 本件二審判断が、一審判断よりも常居所概念につき事実的概念性を強調しているように読める点、また、客観的事情により重きを置いたように見える一審の判断と、より親の主観的事情に重きを置いたように読める二審の判断の違いなど、常居所を巡る概念について判断の相違が見られるように思われる。この点、確かに「子の」常居所がいずれの国にあるのかを確定するためには、子自身がどの程度関連国に関係を有しているかを最重視すべきであろう。しかし、その際、

親（あるいは実質的に子を監護する者）の意思や居住状況も全く考慮に入れるべきでないとも言い切れないのではないかと。特に子の年齢が低ければ低いほど、それらの者の意思の考慮度合いは大きくなるように思われる。本件事案のように小学校に入るか入らないか程度の年齢の子については、その居住地への統合の深さを測るにせよ、関連性を検討するにせよ、事実上当該子を監護している親の事情や意思を考慮することは重要であるように思われる。このような点を念頭に置けば、本件事案では、確かにシンガポールから一旦日本に入学する前の同意判決において、子の日本への転居が合意されていたことから、その直後の時点では一審の判断におけるように、日本が常居所となっていた可能性はあるものの、その後のYの行動から見ると、少なくともある程度の期間日本ではなくシンガポールにすることを前提としたとしか考えられないようであり、シンガポールを子の連れ去り時の常居所と認定した裁判所の判断は妥当であったと思われる。

### 三 監護の権利の認定について

それでは同じく連れ去り（もしくは留置）が条約上「不法」であったか否かを決定する基準となる「監護の権利」の認定についてはどうであろうか。

そもそも子奪取条約における「監護の権利」については、子の元の常居所地国法によりその存否が判断されることとなる（条約三条）。これらを本件に照らして考えてみると、本件では、子の元の常居所地はシンガポールであるが、シンガポールにおいては、子の監護に関する問題につき国際私法規則が明文で規定されておらず、このような場合には英国コモンローによって判断されることとなる。<sup>(9)</sup> その判断基準となる英国においては、子の監護については子の国籍に関わらず法廷地法によって判断されるとされる。<sup>(10)</sup> 従って、この場合、「監護の権利」の判断に際してよべき法はシンガポール法となる。

その一方で条約自身が「監護の権利」の定義として「子の監護に関する権利、特に子の居所を決定する権利を含む」（条約五条a号）との規定を有しており、条約上の「監護の権利」とされるためには、子の元の常居所地法により「監護権」や「親権」に相当する権利が残された親等に与えられていたとしても、それがすなわち条約上の「監護の権利」となるわけではない。この

点、いかなる要素が含まれていれば条約上の「監護の権利」となるのかについては、必ずしも明らかではない。<sup>⑪</sup>しかし、少なくともその判断に際して子の居所決定権が重要なファクターとなることには、国の内外を問わず、ほぼ異論がないようである。<sup>⑫</sup>本件一審二審とも、シンガポールで下された同意判決においてXとYとの共同監護とされているものの、Yに対しては子を日本その他法域に自由に転居させることが認められており、その点をもってXには条約上の「監護の権利」がないと判断している。この点の判断も、条約の適用上正当であるといえよう。

続いて、本件では裁判所の「監護の権利」の有無が問題とされた。裁判所の「監護の権利」とは、子の監護に関する裁判が係属中である場合に、裁判所に暫定的に認められるとされる権利であり、<sup>⑬</sup>コモンローの国において特に未婚の父が監護権を裁判所で争っている間に、母親が子を連れ去った場合の「不法性」の認定を解消するために認められるようになった権利とされる。<sup>⑭</sup>裁判所に「監護の権利」が認められるためには、当該裁判において、条約上の「監護の権利」が争われている必要があり、単に面会交流が問題とされているだけでは足りないといえる。<sup>⑮</sup>

イングランドでこのような裁判所の「監護の権利」が明らかに認められたのは、本件二審も言及する、二〇〇〇年に貴族院により下された *Re H (A Minor) (Abduction: Rights of Custody)* 事件<sup>⑯</sup>である。アイルランドにおいて父親が申し立てた後見人指定の申し立てが係属中に、母親が子をイングランドに連れ去った事件にかかる判断を示した同判決では、父親の申し立てが条約上の「監護の権利」を含むものであれば裁判所の監護の権利が認められるとし、その具体的な判断において、子の住む場所を決定する権利が争われているか否かを判断の決め手としているように思われる。<sup>⑰</sup>さらに、イングランドで裁判所に監護の権利を認めるに値する手続きとして、子が一緒に住む者を自分に変更するようにする申立て、子の国外への連れ去りを制限する申立て、親責任にかかる申立て、子の連れ去りを禁止する命令と同じ効力を有する命令にかかる申立て、さらに、子が海外に連れ去られるべきではないか否かが争点となっているいかなる手続きも、裁判所に監護の権利を認めるに値する手続きとして紹介されている。<sup>⑱</sup>

本件一審二審はそれぞれ、上述の貴族院判例を基にシンガポール裁判所の「監護の権利」の存在を否定しているが、その理由



付けは若干異なる。一審では、シンガポールでの手続きにおいては、Yに子とともにシンガポール以外の国に転居することを自由に認める転居条項の削除が求められていたにも関わらず、その目的が実効的な面会交流の確保であったとして、裁判所の監護の権利の成立を認めていない。それに対して、二審では、まず、シンガポールでの手続きが、本件連れ去り後にXにより取り下げられ、その後に返還裁判が起こされている事実をもって、シンガポール裁判所が監護の権利を「有しているとはいえない」とし、その上で、一審のシンガポール裁判所の監護の権利を認めなかった判断を支持する立場に立っている。

まず、そもそも日本において認められていない裁判所の監護の権利を条約の枠組みで認めるべきか否か問題となり得るかもしれない。この点、日本と同じく大陸法系の法制度を有し、かつ国内法上はかかる制度を認めていないドイツにおいても、条約の文言上、準拠法として指定される法が裁判所の監護の権利を認めている場合には、当然認めるべきとした判例もあり、学説上もこれを認める見解が多数であるようである。<sup>(19)</sup>日本においても、自国にない制度であるからとそもそもこのような監護権の成立を認めないと考えるべきではなく、この点、一審、二審の判断に賛成したい。

次に問題となるのは、条約上の監護の権利があつたかどうかを判断する基準時である。この基準時は子の連れ去りがあつた時点であるべきであり、<sup>(20)</sup>その後子の子の元の常居所地国で訴えが取り下げられたことをもって、返還裁判時点で監護の権利が裁判所にあるか否かを問うべきではない。<sup>(21)</sup>

仮に申立人が主観的にどのようなことを目的として提起したものであつたとしても、当該手続きにおいて、子の居所決定権にかかる問題が争点として争われている場合や、子の居所決定にかかる命令が出されようとしている場合には、条約上の監護の権利が裁判所にあると認定される。本件においては、シンガポールでの手続きにおいて、転居条項の削除が少なくとも争点のひとつとして現れていたことは間違いないようであり、その点を踏まえると連れ去り時にはシンガポール裁判所に監護の権利があつたと言える事例であつたのではないかと思われる。<sup>(22)</sup>



## 四 終わりに

本件一審二審の各判断には、以上述べたように、その理由付けや結論に疑問を感じる。他方、裁判所も当事者も極めて短い時間に多岐にわたる問題に取り組まねばならない困難さも本件からは伺える。本件において問題とされた常居所の概念や子奪取条約上の監護の権利の概念は、未だ検討すべき問題点が数多く残るように思われる。今後、条約に関する議論を深めるためにも、積極的な子奪取条約事案の公表を願いたい。

(1) 本件は当事者および代理人のご好意で評釈のために情報を提供していただき、ようやく評釈としての公表ができた稀な例である。ここに記すとともに心からの御礼を申し上げます。本件を嚆矢として、日本でも一件でも多く子奪取条約にかかる事案の公表が進むことを期待したい。

(2) 例えば、同条約及び日本の条約実施法について詳解したものとして、金子修編集代表『一問一答・国際的な子の連れ去りへの制度的対応 ハーグ条約及び関連法規の解説』（商事法務・二〇一五年）など。

(3) 金子編集代表前掲注(2)、二二六頁。

(4) なお、戸籍実務での常居所の認定については、平成元年一〇月二日法務省民二第三九〇〇号民事局長通達（基本通達）で示されている基準が利用されている。同通達や日本の法の適用に関する通則法（以下、通則法とする）における常居所地の概念について詳細は「注釈国際私法第二巻」二七五頁以下（有斐閣・二〇一一年（国友明彦）を参照。

(5) 金子編集代表前掲注(2)、二二六頁。また西谷祐子判批戸籍時報七七〇号四九頁も参照。

(6) なお、ハーグ国際私法会議の作成した条約のいずれにおいても、常居所の定義はされていない。

(7) Rhona Shutz, *The Hague Child Abduction Convention- A critical Analysis*, Hart, 2013, pp. 186-195; Ilija Rumenov, *Determination of the Child's Habitual Residence according to the Brussels II bis Regulation*, 2013 *Pravni Letopis* 57 (2013), pp.71-75.

(8) MuKoBGB/Heiderhoff, 7. Aufl. 2018, *KindEntÜbk* Art. 3 Rn. 14

(9) APPLICATION OF ENGLISH LAW ACT, SEC. 3(1)

- (10) Dicey, Morris and Collins, *The Conflict of Law*, 15<sup>th</sup> eds, Vol.2, 19-005
- (11) Schutz, opcit., pp.147-157, Lowe and Nicholls, *International Movement of Children, Law, Practice and Procedure*, 2<sup>nd</sup> ed., 2016, 19.42-19.100
- (12) 金子編集代表前掲注(2) 二七頁、Lowe and Nicholls, opcit., at 19.63
- (13) Schutz, opcit., p.152-153
- (14) Schutz, opcit., p.152
- (15) Schutz, opcit., p.152. ただし、面会交流が争われている場合でも、手続き中に出国を禁止する条項があったり、裁判所の許可なく出国することを禁止する条項が含まれた面会交流命令が下されようとしていたりしている場合には、裁判所の監護の権利が認められるとされる。Lowe and Nicholls, 1985 note 132
- (16) [2000] 2 AC 291, [2000] 1 FLR 374, HL, INCADAT HC/E/UKe 268
- (17) Lowe and Nicholls, opcit., 19.88
- (18) Lowe and Nicholls, opcit., 19.92-93
- (19) MuKoBGB/Heiderhoff, 7. Aufl. 2018, KindEntÜbk Art. 3 Rn. 3; Siehr, IPRax 2005, 526; OLG München IPRax 2005, 550
- (20) 条約三条、実施法二六条、二七条の条文上この点は明らかであるように思われる。
- (21) 注(19)で引用した、スコットランド裁判所の監護の権利を子奪取条約上の監護の権利と認めたミュンヘン高等裁判所の判例にかかる評釈においても、監護の権利が裁判所に認められる時点は遅くとも相手方に監護の権利にかかる申立てが送達された時点であり、当該申立てが裁判所に係属している間に裁判所の許可なくされた連れ去りを条約上の違法な連れ去りと考えざるべきと指摘する(Siehr, IPRax 2005, 527-528)。また、連れ去り後になされた監護に関する申立てにより、裁判所の監護の権利を認め、遡って連れ去り時に裁判所の監護の権利の侵害があったとみるべきではないとする見解として Siehr, IPRax 2005, 528 以下、Paul Beaumont/ Peter McEleavy, *The Hague Convention on International Child Abduction*, Oxford, 1999, p.56
- (22) なお、監護の権利がいつまで子の元常居所地国裁判所に存在していなければならないのか(連れ去り時にあるのみで

は不十分で、返還申立て時点においても裁判所に存在していなければならないのか）との点について、高裁は返還申立て時点においても必要とする見解に立っているようであり、この判断が最終的に本件事案における子の返還を要しないとの判断を左右したことは間違いないように思われる。しかし、この点について、家裁決定、高裁決定を読む限り、当事者間で特に争われていなかったようである。極めて厳しい時間の制約のある中で判断であるとはいえ、当事者にとつて不意打ちともいえるべき判断であったことがうかがわれ、審理の適切さに疑問を禁じ得ない。

本稿は平成三〇年度科研費基盤研究（B）課題番号一六H〇三五五〇の成果の一部である。