



Title	ハーグ子奪取条約における常居所とその判断 : 第2部 : Monasky 判例及び新生児の常居所について
Author(s)	渡辺, 惺之
Citation	阪大法学. 2023, 72(6), p. 96-78
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/91003
rights	
Note	

The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA

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

The University of Osaka

ハーグ子奪取条約における常居所とその判断

——第2部：Monasky 判例及び新生児の常居所について——

渡辺 惺之

1. はじめに
2. 米国連邦最高裁の Monasky 判例における常居所判断とその意義
 - 2-1. Monasky 判例：事実の概要と判旨
 - 2-2. Monasky 判例の国際標準性
 - 2-3. Monasky 判例における常居所判断の特徴と論点
 - (1) 返還裁判における常居所判断の手續問題
 - (2) 子奪取条約上の一般的な常居所判断の基準 年長の子の場合
 - 2-4. 統合 (integration) という常居所の判断基準
 - (1) 統合という判断基準の生成
 - (2) 統合基準の具体的内容と常居所判断
3. 新生児・乳幼児の常居所
 - 3-1. 乳幼児の常居所判断に特有な問題
 - 3-2. EU 司法裁判所の OL 対 PQ 事件判例 乳幼児の常居所
 - 3-3. Monasky 判例及び米国控訴審判例 home 基準による新生児の常居所判断
 - (1) 新生児の常居所判断の基準
 - (2) 常居所問題の性質の違い
4. おわりに
 - 4-1. 検討のまとめ
 - 4-2. 若干の付随的コメント
 - 4-3. 日本の条約実施

1. はじめに

本稿は平成30年に本誌68巻3号223頁（通巻315号705頁）に公表した拙稿

ハーグ子奪取条約における常居所とその判断

「ハーグ子奪取条約における常居所とその判断」（以下、前稿）の続編に当たる。前稿では国際的な子の奪取の民事面に関するハーグ条約（以下、子奪取条約）による子の返還裁判で、日本の裁判における子の常居所判断が欧米の主要締約国とは基本的に異なり修正を要することを論じた。当時は条約の常居所判断に関して国際標準と評し得る基準はなかったが、日本判例と欧米締約国判例との基本視点の違いが顕著であった。しかし、令和2年2月の米国連邦最高裁判所の Monasky 判例は条約の常居所判断について、ヨーロッパ大陸法系の判例と英米コモンロー法系の判例が相互共有可能な判断基準として「統合」を判示し、国際標準と評し得る基準が定立された。

本稿は Monasky 判例で採用された統合という判断基準について、その国際標準性の評価、統合基準の生成経緯とその具体的な内容、その基準の実際の適用、同判例が年長の子と乳幼児・新生児とを区別した意味と基準適用上の留意点等について検討を試みる。

前稿で指摘したが、もともと常居所はハーグ国際私法会議の起草する準拠法関連条約において連結点として開発された概念で、日本でも法適用通則法（以下、通則法）で採用された。その際に連結点としての常居所に関してなされた説明が、子奪取条約の国内実施法（以下、実施法）の解説で一部援用されたことから、これまで日本の判例には「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」との文言を常套句のように引用した例が多い。しかし、子奪取条約における常居所は国際私法上の連結点としての常居所とは意義も機能も異なる。子の常居所は条約による子の返還裁判において返還先国を決定する重要な意味を持つ。この条約は子の最善の利益保護のため国際的な子奪取の抑止を目的とする国家間の司法協力条約であり、子の返還に関わる条約規定の締約国裁判所間の判断の不統一は条約目的を阻害する恐れもあり判断に際して特に国際協調が求められる。子の元常居所地国への返還は条約上の義務であるが、その義務主体は国家であり、返還裁判実施にも当事国として条約遵守義務を負う。個別の返還裁判における常居所の判断は個別裁判官の判断であるが、同時に条約締約国

としての条約遵守義務という視点からは、条約締約国間で共有される標準的な判断基準と余りに異なる独自解釈は避けることが求められる。

2. 米国連邦最高裁の Monasky 判例における常居所判断とその意義

2-1. Monasky 判例：事実の概要と判旨

【事実の概要】申立人 X（母親 Monasky、米国籍）と相手方 Y（父親 Taglieri、イタリア国籍）は2011年に米国で婚姻し、その後イタリアに移住した。初めに Y が移住し 5 ヶ月後にミラノに転居した時点で X がイタリアに移住して同居した。2014年に X は妊娠し2015年 1 月に子 A が出生した。2014年頃から XY 間に不和が生じ、X は離婚し帰米することを望むようになり、2015年 4 月に A を連れ保護シェルターに移った後、生後約 8 週間の A を連れ米国に戻った。2015年 5 月15日に Y が X による A の不法な国外奪取を主張し子奪取条約に基づく A の返還申立をした。オハイオ州北部連邦地裁は、両親は A のためイタリアで生活する意図を共有していたと認め、2才になった子 A のイタリアへの返還を命じた。第 6 巡回区連邦控訴裁判所は、乳幼児 (infant) の常居所は両親の共有する意図によるとした同巡回区の先例に従い、原審の常居所判断に「明白な誤り (clear error)」はないと認め原審決定を維持した。

X は控訴審が、XY 間にイタリアで A を養育する「現実の合意 (actual agreement)」はなかったとの X 主張を容れず、A の常居所地をイタリアに認めたことを不服として上告を申し立てた。

【判旨】「子の常居所は個々の事件の事情の全体的評価によるもので、両親間の現実の合意のような概念的な要件によるのではない。」

(a) 「条約の条文とその文言の意味が検討の出発点となる。条約は『常居所』を定義していないが、条文とその説明書は子の常居所を子が at home な所としている。この判断は事実を基礎とするもので、事件に特徴的な事情に注意を払いつつ常識に従うものでなければならない。年長の子の場合には順応 (acclimatization) と並び両親の養育監護の意図と環境は重要な考慮要素となるが、全ての事例に通用する単一の決定的事実のようなものはない。条約の起草審議

と記録は常居所が個別事例の特徴的な事情に基づくことを裏付けている。この解釈は他の条約締約国の常居所判断とも合致する。」

(b)「現実の合意 (actual agreement) が必要という上告人 (Monasky) の主張は説得的でない。乳幼児の単なる物理的所在はその常居所決定の指標とはならないが、現実の合意を除いた、両親が家庭を特定の場所に築いたという事実を含む一連の事実は、裁判所が乳幼児の居住が常居所の要件具備を判断する際に考慮される。合意の存否を判断することが、全ての事情を裁判所が考慮し裁量判断するより、奪取された子の返還を促進させ、奪取者を思い止まらせる実効的な方法だとは考えられない」。

【判旨の内容と論点】 判旨に掲げたのは Monasky 判決の要旨 (Syllabus) 中の常居所に関する部分 (Syllabus1) の一部の私訳である⁽¹⁾。この部分 (Syllabus1) は (a) と (b) に分かれ、(a) は子の常居所の原則的な判断基準に関する判示、(b) は Monasky 側が上告理由とした両親間の「現実の合意」を子の常居所判断に際してどのように扱うべきかを判示する。判旨のこの区分は判決理由 (Opinion) II における A と B に対応している⁽²⁾。

判決理由にはこの他に、Ⅲ米国のハーグ条約実施法「子の国際的奪取救済法」(International Child Abduction Remedies Act、以下 ICARA) による裁判での上訴審の審理を事後審の審理とする判示 (要旨は Syllabus 2.)、及び、IV控訴審への差戻を求めた合衆国の第三者意見 (amicus curie) を斥ける判示がある。しかし、本稿の関心は条約上の常居所の判断にあるので、これらの判示部分の紹介や検討には立ち入らない。同じ理由から、本稿の関心は、米国判例法上の規範的効力 (Ratio decidendi) ではなく、日本の実施法による子の返還裁判での常居所判断に際し参照すべき国際標準と扱い得るかにあり、検討もその範囲に限られる。この視点から問題を次の三点に分けて判例を検討する。

第1は、Monasky 判例の子奪取条約上の常居所判断を日本裁判所が同条約適用に際して国際標準として扱うべき理由、第2は、条約の子奪取事件における一般的な常居所判断の基準とされる統合の解釈と適用の問題、第3は、新生児 (new born) や乳幼児 (infant) の常居所判断に際して、一般的基準としての統合判断とは異なる、特別に考慮すべき問題の検討である。Monasky 判例

は「年長の子」の場合の一般的な常居所判断と、Monasky 事件の対象となった乳幼児の常居所に特有な問題を分けて判断している。この乳幼児の常居所に関する問題は第3章でまとめて検討する。

2-2. Monasky 判例の国際標準性

子奪取条約による子の返還裁判は法的性格が極めて特殊な裁判である。この条約は私人による子の国際的奪取の抑止を目的とする国家間の司法協力条約で、奪取した私人ではなく奪取先の締約国が条約上の返還義務を負う。その返還義務の存否は条約に従い当該締約国が設けた判断手続により決定される（条約2条）。日本は実施法で家事審判に近い独自の非訟手続を創設した。条約上の日本国の子の返還義務がこの裁判で決まる。この裁判の実施は条約当事国としての条約の履行行為である。条約上常居所は返還義務自体の構成要件ではない。しかし、返還先を決する重要な要件であるのに条約には定義がない。国際司法協力という条約の性格からも、常居所については締約国間で統一した基準による協調的判断が期待されている。

これについて Monasky 判例は判決理由において、米国の条約実施法（ICARA）が「条約の国際的に統一された解釈の必要」を規定していることを挙げ、⁽³⁾「他の締約国の見解に相応な重みがあるという理解は、ハーグ条約事件における『援軍（special force）』である」と判示する（判決理由 IIA）。実際にも判決は英国、オーストラリア、カナダ、EU司法裁判所の判例を参照し、それら外国判例の一部を援用して協調的な判断基準の定立を意識した判断をしている。このような視点から Monasky 判例を二つ理由で子奪取条約の常居所判断の国際標準として扱うことができる。第1は、ここで検討したように、同判例が子奪取条約の実施における国際協調の重要性を認識し、返還裁判で統一的な常居所の解釈基準の必要性を認識し、他の締約国の判例を参照評価した判断であることが明らかなことである。第2に、その判示した統合、順応という判断基準が、多くの締約国が属するコモンロー法系と大陸ヨーロッパ法系の両法系が共に受容可能で、実際に適用可能な基準内容と評価されることである。次に第2の基準内容の標準性について検討する。

2-3. Monasky 判例における常居所判断の特徴と論点

(1) 返還裁判における常居所判断の手續問題 日本の実施法裁判において Monasky 判例の常居所判断の基準を国際標準と扱う場合、その手續法的な対応可能性を考えておく必要がある。日本の実施法は返還裁判を家庭裁判所の特別な非訟決定手續によらせる。米国では連邦裁判所による条約実施法 ICARA の定める司法手續によらせている。同法9003条 (e) (1) (A) は、条約が規定する子の奪取又は留置の不法性要件について返還申立人に証拠の優越による証明責任を課している⁽⁴⁾。しかし、常居所に関しては証明責任事項とは規定していない。Monasky 判例は条約上の常居所を、国籍や domicile とは異なる事実的概念とし、その判断は個別事件の全体的な事情に対する事実審理 (fact-driven inquiry) としている。Monasky 判例が示した常居所判断の手續法的な取扱は、日本の実施法の非訟手續による取扱とも、ドイツ家事非訟事件手續とも、EU 司法裁判所の先決裁定の非訟的の手續とも、非訟手續上の全体事情の裁量判断として性質を同じくし、判断基準の相互間の援用は可能と考えられる。実施法による子の返還裁判で米国の Monasky 判例の常居所の判断基準を国際協調の視点から援用することに審理の制度的、手續的側面での障壁はない。

(2) 子奪取条約上の一般的な常居所判断の基準 年長の子の場合 Monasky 判例は判決理由 IIA の冒頭で、統合について EU 司法裁判所の OL 対 PQ 判例の「子の社会的及び家族的环境への一定程度の統合 (integration)」との判示⁽⁵⁾を、子奪取条約のベレス報告書上の常居所説明に即したものととして支持している。その上で、この欧州判例の統合という判断基準を、米国判例の順応 (acclimatization) と等しく扱い、又、米国判例が用いる home という概念で常居所を説明して、「連邦控訴裁判所の判例が分かれる中で子の常居所の所在について用いられている基準を強いて挙げるとすれば、共通の理解となっているのは、奪取若しくは留置の時に子が home に居る場所 (place where a child is at home) が子の常居所である」ともしている。更に「子の home の所在地は事実の審理 (fact driven inquiry) であり、裁判所は『事件の特別な事情に注意を払い常識 (common sence)』によらなければならない」とも判示する。

統合に関する判示に続けて、「年長の子 (older children) は環境に順応する

能力があるため、これまでも裁判所は順応を示す事実が重要と認めてきた」とする。これと異なり「特に非常に幼く又は順応が不可能な子 (children especially those too young or otherwise unable to acclimate)」の場合は、「両親又は身上監護者に依存しているので、・・・親の意図及び状況が重要と考えられている」と判示し、特別な場合と扱う。年長で周囲の環境への順応が可能な子は、統合や順応、子の home の所在を基準に常居所が判断される一般的な場合として区別している。この区別及び乳幼児・新生児の常居所判断に特有な問題については第3章で検討することとし、次に共通の基礎をなす「統合」という判断基準について検討する。

2-4. 統合 (integration) という常居所の判断基準

(1) 統合という基準概念の生成 Monasky 判例は子の常居所判断の基準を統合と判示する際に EU 司法裁判所の2017年の OL 対 PQ 判例を援用している。しかし、広く知られる統合の定義的な判示は同裁判所の2009年の A 事件判例にあり、OL 対 PQ 判例もそれに基づいている⁽⁶⁾⁽⁷⁾。

A 事件判例の判示は、「EU 規則 8 条 (1) の常居所概念は子による社会的及び家庭的環境への一定程度の統合が認められる場所という意味で解釈されなければならないということになる。そのため特に締約国の領域での居住期間、居住資格、条件や理由の他、家族の当該国への移動、子の国籍、通学する学校の所在や条件、言語の知識、子の当該国における家族的また社会的関係が考慮されねばならない。子の常居所を決定するのは各国の裁判所であり、個別事件の特徴的な環境を全て考慮して決定する⁽⁸⁾」というものである。これは形式的にはハーグ子奪取条約の常居所ではなく、それに対応する EU ブリュッセル II bis 規則 8 条 (1) が定める子の監護権事件の国際裁判管轄原因としての常居所に関する判断である⁽⁹⁾⁽¹⁰⁾。

もともと、統合という基準概念は A 事件判例が創設したものではなく、それ以前から大陸ヨーロッパ法域では類似用語も含め広く認められてきた。例えば、ドイツでは既に2006年のフランクフルト上級地裁判例は、子奪取条約の常居所について、条約独自に国際的に統一して解釈されるべきで、締約国の国内法の原則は顧慮されるべきではないとした上で、条約の中心にある保護目的は

ハーグ子奪取条約における常居所とその判断

子から馴染んだ日常生活を奪い生活の基盤を不法に奪うことの防止にあるとしている。この条約の核心的な目的は原状を回復し、常居所地国の裁判所による本案の監護権判断を可能にすることにあり、それは常居所地国の裁判所が事件に最も近く子の社会的関係を正しく審査する最善の位置にあるという認識に基づくとして、「条約は子供はその常居所地国で社会的に統合されているという前提に立ち、これは条約12条2項の基礎ともなっている。従って、ハーグ条約における常居所の概念は、一定期間と定住性を伴う居住及び環境との関係、つまり人が滞在地で社会的に統合されていることを示す関係と評価される。」としていた。⁽¹¹⁾

これらの判示からは統合という基準概念は大陸ヨーロッパ法域で、ハーグ子奪取条約が至高の目的とする子の最善利益保護の理念、及び、解釈論的には条約12条2項の原則返還の例外事由「子が新たな環境に適応している」における「適応」(英語・独語は settle, einleben)が、その展開に寄与していることが視える。⁽¹²⁾

(2) **統合基準の具体的内容と常居所判断** 統合による常居所の判断について、上掲したフランクフルト上級裁判例は「人が物理的に所在している特定の場所での家族、職業その他の社会的な結びつきこそが重要な意味を持つ」とし、「居住の期間や常住性とは異なり、社会的統合 (soziale Integration) の確定には人を取り巻く多くの環境が関係するので人的な問題に及ぶ。ある人がその居住場所で社会的に統合されていたか否かは、個別事例における周辺環境との関係及びその基礎となる事実的な状況の全体的観察という方法によってのみ明らかにされる」、「常居所判断の根拠となる事実としては、居住の時的経過と並んで、特に家族、友人、仕事や学校等との関係が考えられる。さらに注意を要するのは、ハーグ条約の保護目的に照らして未成年子の常居所は監護権者の住所や居所ではなく、それと独立して審査すべき」としている。⁽¹³⁾

この判示が統合による判断方法を端的に示している。所在地での家族的、学校やその他の社会的結びつきが判断のポイントであり、居住の期間や常住性等の客観的要素と対称的な、当該の子を取り巻く種々な環境と関わる人的要素を含めた居住社会への統合、融けこみ、順応についての全体的評価が求められる。

家族、友人、学校等との関係が考慮要素のポイントとなる。当該地から移動させることが子を慣れ親しんだ社会的環境から不当に引き離すことになり、子の最善の利益に反すると判断されるかが核心をなすと考えられる。この点で条約12条2項の適応した地から移動をさせないことと同一の平面の問題と捉えられる。

子と周辺環境との適応、順応、統合はいずれも子と周辺環境との接触の客観的事実だけではなく、子の周辺環境への順応、適応の状態という人的、主観的事情も含めた総合的な評価に基づき、子からその地での生活を奪うことを防ぐべき、そこに子が統合していると評価できる場所であるかを判断することができる。しかし、子が余りに幼い乳幼児の場合は、この統合、順応を判断すべき子自身の人的反応の評価が困難という問題が生じる。

3. 新生児・乳幼児の常居所

3-1. 乳幼児の常居所判断に特有な問題

Monasky 判例が判断すべき直接の問題は、イタリアから米国に連れ出された生後8週間の子の常居所を判断する際、両親間の「現実の合意」を必要的要件と扱うべきかであった。その背景には子の常居所の移動に親の意向や同意が必要かに関する米国の連邦控訴審判例の対立があった。第9巡回区控訴審が Mozes 判例で判示した⁽¹⁴⁾、子の生活地域への順応に加えて常居所移動について両親の合意が必要とする必要説（第1, 2, 4, 5, 9巡回区）と、第6巡回区控訴審が Friedrich 判例で判示した基本的に子の生活地への順応の評価によるべきで両親の合意を必要的要件と扱わない不要説（第3, 6, 7, 8巡回区）との対立である⁽¹⁵⁾。これが Monasky 判決において連邦最高裁の判断が求められている中心問題であった。

連邦最高裁は、この問題に対して、年長の子の場合は特別な必要要件と解すべきではなく統合を判断する全般的事情の一つの考慮要素と判示し、乳幼児等の居住環境に子が独自に順応できない事例では、親の意向や意図は重要な意味を持ち得るとしながら、特別な必要要件と解すべきではないとした。それでは

どのように常居所判断を行うべきかというその先の問いには答えていない。Monasky 事件では最高裁は控訴審の返還決定を支持したのでその判断は必要⁽¹⁶⁾なかった。

乳幼児 (infant)、特に出生間もない新生児 (newborn) の常居所に関しては以前から議論があった。初期の議論では、「新生児は通常はその両親の常居所のある国に常居所があると見られるであろう。しかし、子が出生した時に母親がその常居所地国と考えられるのとは別の国に一時的に滞在していた場合、その子はある程度の安定性を伴う所在が認められる国に居住するまでは通常は常居所を取得しない」とする有力な見解があつた。⁽¹⁷⁾日本でもこの前半部にに基づき新生児の常居所を親の常居所地国とする見解があつた。⁽¹⁸⁾しかし、条約は子の常居所を親と独立して判断することを原則としており、「子が非常に幼い場合、通常の下では、独立した常居所を取得する能力又は意思を有するというのは極めて困難であろう」との指摘もあり⁽¹⁹⁾、子は出生により無前提に出生国に常居所を取得しないのを原則とする見解も有力であつた。⁽²⁰⁾

このような議論状況の中で、EU 司法裁判所の OL 対 PQ 判例⁽²¹⁾は、母親が出産のため母国に帰国した事例で新生児の常居所が争われた事例として注目される。

3-2. EU 司法裁判所の OL 対 PQ 事件判例 乳幼児の常居所

【事実の概要】申立人 X (イタリア人父 OL) と相手方 Y (ギリシャ人母 PQ) はイタリアで2013年12月1日に婚姻し同国で同居生活していた。Y の妊娠8ヶ月時に夫婦は出産のため Y の母国ギリシャに行き、2016年2月3日に同国で女子が出生した。X はイタリアに戻る際に同年5月まで Y と子がギリシャに滞在することに同意した。Y はその後もイタリアには戻らずギリシャ滞在を続けた。2016年7月に X はイタリア裁判所に Y との離婚と子の単独監護権を申し立て、裁判所は2016年11月に X の離婚申立を認容したが、子は出生以来イタリア以外の構成国に在住しており親責任の裁判管轄はイタリアにないとして監護権の申立は却下した。X は2016年10月20日にギリシャ裁判所にブリュッセル II bis 規則に基づきイタリアへの子の返還申立をし、裁判所は同規則11条の解釈について EU 司法裁判所に次のような先決裁定の申立をした。

【先決裁定の申立】「新生児が偶然若しくは不可抗力的に、子の監護に共同責任を負う両親が子の常居所とすべく意図した場所とは異なる場所で出生し、親の一人によりその出生地に留置され又は第三国に奪取された場合における、ブリュッセル規則11条（1）の常居所概念の適切な解釈は何か。特に身体の所在は人、特に新生児の常居所を確立するのに、あらゆる場合に必要且つ自明な前提条件となるのか？」

【裁定主文】規則11条（1）は以下のように解釈されなければならない。出生した子が母親と数ヶ月にわたり加盟国で継続して生活しているという本件本案訴訟のような状況の下で、それが両親の一致した意向に沿っていて、その国が子の出生前に両親が常居所を有していた加盟国ではない場合は、両親の当初の意向は母親が子と共に後者の構成国に戻るという状況の場合には、そこが本件規則の意味での子の「常居所」であるという結論を導くことはできない。

【裁定理由の検討】裁定理由においては、「本件のように子が出生しその後継続して母親と数ヶ月間、両親の一致した希望に添って居住していた国が、子の出生以前に両親の常居所があった国とは異なる加盟国である場合、母親が以前に常居所を有していた国に子と共に帰ることが両親の意図であったとしても、その国がEU規則の規定する子の常居所の所在国と解することはできない。結論として、このような事情の下では母親が子と共にその加盟国への帰還を拒否することが、規則11条の意味における不法な奪取又は留置と解することはできない（70）」と判示されている⁽²²⁾（カッコ内数字は文節番号）。

理由判示の中でギリシャ裁判所の申立中の問いに答える形でEU司法裁判所の判断を示している。まず、本件は申立の記すような「偶然若しくは不可抗力的」なギリシャへの移動ではなく、両親の合意による移動事例であるとし、又、子は留置時点で既に生後5ヶ月の乳幼児（infant）で、新生児（newborn）ではないとする（32）。常居所の判断に関しては、子の物理的所在はその必要の要件かとの問いに対し、「所在は一時的であってはならずその地が社会的及び家族的な統合（integrate）を反映する地であることが求められる」とし（43）、その統合を判断する要素として、「滞在の期間、正当性（regularity）、滞在の条件や理由、国籍」を挙げ、判断は子の年齢に応じ変わるとした（44）。

ハーグ子奪取条約における常居所とその判断

本件のように子が乳幼児である場合は、家族や社会等の環境と触れあいは主たる監護者を介してなされるので、監護者を介して社会的及び家族的な統合（integration）の判断が可能であるとし、統合とその程度により常居所の判断をしている（45）。

OL 対 PQ 判例も子が生後 5 ヶ月に満たない新生児の場合についての問題は残している。次に Monasky 判例及び米国判例における新生児の常居所問題へのアプローチを検討する。

3-3. Monasky 判例及び米国控訴審判例 home 基準による新生児の常居所判断

（1）新生児の常居所判断の基準 Monasky 判例は、上告理由との関係から焦点が両親の「現実の合意（actual agreement）」に絞られ、乳幼児、新生児の常居所の積極的な判断方法を判示していない。しかし、判断基準に関しては、「年長の子」の場合と変わらず全体的事情による統合、順応の判断による原則が示されている。注目される判示は、「乳幼児の単なる物理的所在はその常居所決定の指標とはならないが、現実の合意を除いた、両親が家庭（home）を特定の場所に築いたという事実を含む一連の事実は、裁判所が乳幼児の居住が常居所の要件を具備するか判断する際に考慮される」という部分である。判決理由 IIA の冒頭部分でも「子の家庭（home）の所在地は事実の審理（fact driven inquiry）なので、裁判所は『事件の特別な事情に注意を払い常識（common sense）』によらなければならない」としている。

この「家庭（home）」という基準については第 3 巡回区連邦控訴裁判所の Delvoye 判例⁽²³⁾が注目される。米国人母がベルギーで出産 2 ヶ月後に帰米し連れ出した乳幼児（infant）について、「子が非常に幼い場合、通常の下では、独立した常居所を取得するのは極めて困難」としながら、⁽²⁴⁾「婚姻家庭（matrimonial home）が存在し、両親がそろって確定した居住の意図を共有している場合、新生児の常居所の決定には何の問題もない」とした上で、当該事件では両親間の関係は壊れていて問題の性質は異なるとした。父母が共同生活する家庭（home）が築かれ、そこで子を産み育てる意図が共有されている場合、そこで出生した子は home 所在地に常居所が認められるという理解が前提とされている。home が築かれていてもそこで子が出生しない場合は常居所は認め

られない（後掲 A.L.C 判例）。EU 司法裁判所の OL 対 PQ 判例はイタリアに婚姻家庭（marital home）があるが子との客観的な事実関連が欠けるとされた事例で、この類型に分類される。

（２）常居所問題の性質の違い Delvoye 判例のもう一つ注目される判示は Beaumont を引用した次の部分である。「本件の問題は非常に若い新生児が常居所を取得することができるか又それは何時かという独特な問題である。この問題はこれまで判断されてきた元々何処かに子の常居所がありそれが移動したか否かの問題とは異なる」。この点で新生児、乳幼児の常居所の問題は一般的な問題と異なることが注目される。

常居所の判断には、一般的な子の常居所判断と生後間もない乳幼児の常居所判断とがあるが、この二つの常居所判断は性質の異なる問題として、別平面で考える方が適切であるように思われる。⁽²⁵⁾ 例えて云えば、子の出生による常居所の原始的取得の問題と、奪取や留置による子の物理的移動に伴う常居所の移動判断の問題との違いである。この違いを明確に示す事例として A.L.C 事件判例が挙げられる。⁽²⁶⁾

X（父親）と Y（母親）の一家は2012年に米国からスウェーデンに移住し家族で生活する家も得ていた。Y は2013年に妊娠し出産するため長男 A.L.C.（以下、A）を連れ米国に渡航した。X は Y が出産後回復したらスウェーデンに戻ると考えていたが Y は米国に永住するつもりであった。2013年に次男 E.R.S.C.（以下、E）を出生後9ヶ月を経過した時点で、X は条約に基づき子 A 及び子 E のスウェーデンへの返還申立をした。原審は二人の返還を決定したが、Y は控訴した。控訴審は、長男 A については原審決定を維持し控訴を棄却したが、次男 E については常居所はスウェーデンにないとして原決定を取消し、次のように判示した。

「子 E の常居所を一度も住んだことのないスウェーデンとした原審判断は明らかに誤りである。常居所は身体の所在なしに取得されることはない。・・・子の出生地が当然に常居所となることもない」。「子の常居所に関して両親の一致した意図が明確でなく、子がまだ新生児で外部の環境に順応できない場合は、その土地に深く根ざした結びつきが育つことは実際には不可能で、子は常居所

ハーグ子奪取条約における常居所とその判断

を取得しない状態にある」。「Eが新生児として9ヶ月ロスアンゼルスに居たことで、母親の出産後の回復時期を越えて子Eが米国に在住することについて両親の一致した明確な意図がない場合は、Eが米国に常居所を取得することはない」。

このA.L.C.判例は、子Eに関しては事例類型もその判断内容もOL対PQ判例と等置でき、ヨーロッパ法も同じ基準と考えることができる。これらの判例、そこに示された基準からは両法系に共通する次のような判断枠組が導かれる。

出生後間もない新生児は、両親の確定した家庭（home）で養育する意図の下に出生したという場合を除き、出生により当然には常居所を取得しない。常居所のない新生児はその身上監護者を介した社会的環境や家庭的環境等の周辺環境への統合・順応の程度により常居所判断がされる。いずれかに常居所が認められると原始取得が問われる新生児ではなく、乳幼児として扱うことになり、それ以降は常居所移動の問題と同じ平面で判断される。

4. おわりに

4-1. 検討のまとめ

Monasky判例の国際標準性 Monasky判例が示した子奪取条約の常居所の判断基準は同条約の主要な締約国である英米コモンロー法系、大陸ヨーロッパ法系諸国の判例を比較検討し相互共有可能な基準を意識して定立されたものと評価でき、条約自体の解釈に基づく判断基準であり、条約上の常居所の判断基準として現時点の国際標準性が認められる。

日本の実施法実務での採用 子奪取条約は子の国際的な奪取・留置を子の最善の利益保護の視点から防止・抑制することを目的とした国家間の司法協力条約として、条約による子の返還裁判における返還要件に関する解釈は、締約国国内法の類似概念等に基づき判断すべきではなく、条約それ自体の解釈によるべきであり、締約国間での協調的な解釈が条約の制度的性格から締約国の条約遵守義務として強く求められており、日本の実施法裁判においても当面は

Monasky 判例の定立した判断基準による解釈適用が望まれる。

統合という判断基準とその適用 Monasky 判例は条約による子の返還裁判における原則的な常居所の判断基準について、「子の居住 (residence) を『常居 (habitual)』とするのは『子の社会的及び家族的環境による一定程度の統合』である」として、OL 対 PQ 判例を引用して「統合」をキーワードとした。Monasky 判例自体は「順応」や「家庭 (home)」という表現を多く用いるが、個別事件に特徴的な全事実の総合評価によるべきことを示している。統合は EU 司法裁判所が採用し展開した判断基準であり、「統合」を基準として創設し展開させてきた大陸ヨーロッパ法系国、例えばドイツ判例での具体的な適用判断に関する判示が詳しい (2-4 (2) を参照)。注目されるのは、子の居住地での滞在期間や滞在状況等の客観的要素とは異なり、「子を取り巻く種々な環境と関わる人的要素を含めた居住社会への統合」として、子の側の人的な対応も含む全体的評価によるとしていることである。

乳幼児・新生児の場合の特別な問題 乳幼児・新生児の常居所判断事例は、OL 対 PQ 判例、Delvoye 判例、A.L.C 事件判例に見られるように、外観上は奪取や留置事例であっても特定地で出生したことでそこに常居所が認められるかという、いわば常居所の原始取得の問題を含む事例が多い。子は出生により常居所を原則的には取得しない。しかし、両親が家庭 (home) を特定の場所に設けそこで子を養育する意図を共有していた場合、子はその地で出生したことで常居所を取得する例外が認められる。

4-2. 若干の付随的コメント

本稿の検討に付随して気付いた問題を参考までに2点コメントしたい。

Schuz のハイブリット (折衷) 説への疑問 本稿 3. 3-1 で述べた米国連邦控訴審における親の意向・意図を常居所移動の必要要件とするかを巡る対立は、Schuz による3分類では親の意向説と子中心説と区分され、両説のハイブリット説 (折衷説) と3説に整理され、日本でも折衷説が支持されている⁽²⁷⁾。しかし、一般的な要件構成として分類は不正確だと考えられる。問題は親の意向を必要要件と扱うか否かの違いで、親の意向説は必要要件説で、子中心説は不要説と整理すれば足り、Schuz によるハイブリット説は不要説に含めるべき

ハーグ子奪取条約における常居所とその判断

であろう。Schuz の子中心説は、親の合意も全体事情の一要素と扱う大陸法系での客観的事実説と実質は変わらない。米国法についても、Monasky 判例は判旨 a で「年長の子の場合には順応と並び両親の養育監護の意図と環境は重要な考慮要素となる」としている。

条約12条2項の適応 (settle, einleben) 判断との関係 「統合」基準の初期段階の2006年 Frankfurt 判例は、統合を説明する中で、条約12条2項「司法当局又は行政当局は、前項に規定する一年が経過した後に手続を開始した場合においても、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、当該子の返還を命ずる」と対比させている。つまり子を馴染んだ生活環境から引き離すことは子の最善の利益保護に反するという判断では共通している。子が統合又は順応している環境から返還により子を引き離すことを防ぐという点で、統合という基準と共通する平面で捉えられることを示している。現在は、統合に関してこの視点は取り上げられないが、子の最善の利益保護という条約至高の目的から導かれる問題であることを示している。一方、当時既に「適応 (settle, einleben)」と「統合 (integrieren)」との違いを論じている文献として前注⁽²⁸⁾(12)の掲げる業績もある。

4-3. 日本の条約実施

二つの東京高裁決定が常居所の判断基準に統合、順応を適用した判例として既に公表されている。東高決令和2年5月15日(家法36号105頁、5月判例)及び東高決令和2年9月3日(家法36号88頁、9月判例)である。この中の9月判例は統合を用語として用い、外国判例を参考にすることを述べている。9月判例については別稿で評釈を行ったのでここでは立ち入らない。⁽²⁹⁾5月判例は順応を基準に掲げて生後1才の乳幼児の常居所地国を判断した事例である。両親は日本とフィリピン間の往復を繰り返したが、現在フィリピンに居る母親が現在日本に父親と在住する子のフィリピンへの返還を申し立てた。原審はフィリピンに常居所を認め返還を命じたが、抗告審は原決定を取消しフィリピンを常居所地国とは認めず申立を却下した。順応という表現は用いられているが、本稿で検討したような統合・順応基準の適用判断はなされず、従来の日本判例とは変わらない常居所理解を基礎とした判断と解される。例えば、1才に達し

た子供の片言の言葉がいずれか、日常の食事や生活習慣がいずれか、父母の親族等の家庭的環境、日常保育の態様等の社会的環境に関わる基礎事実が明らかでなく、順応の判断が可能とは思われない。両判例が統合や順応という新しい判断基準を採用したことは評価されるが、その適用に際して子の常居所に焦点が合わされていない。上記の付随的コメントで記したように統合も順応も子の最善の利益保護という基本視点から、条約起草時の返還原理主義のような条約の適用解釈を見直す過程を経て表れてきた視点であり、子自身の意見聴取や周辺生活環境の事実評価が必須である（2-4. (2) 参照）。

条約による子の返還裁判は、国家間の司法協力の一環としてなされる国家の返還義務の存否を判定する目的の手續として、私法上の家事裁判とは基本的に性格を異にする。条約に基づき条約当事国の義務履行のために行われる特別な家事手續であるという特殊性に鑑みて、条約の適用に際し特に国際協調に注意を払う必要がある。この点で情報共有の基点となるリエゾン（連携）裁判官制度が日本で実質的に作動しているのかを見直す必要があるように思われる。直接事件を扱う現場の裁判官に他の締約国での適用例、基本的な国際動向の変化などの情報が適切に届けられることが望まれる。

【註】

- (1) 判決の Syllabus には、米国のハーグ条約実施法（ICARA）手續における不服審での審査に関する Syllabus2. があるが、常居所の問題とは直接に関係しない米国の裁判手續法上の上訴審の審理手續問題であり省略した。Monasky 判例の紹介分析として、武田昌則「ハーグ子奪取条約における『常居所』の解釈—米国連邦最高裁 Monasky v. Taglieri 事件判例を踏まえて」流大法学102号59頁以下がある。
- (2) opinion の訳としては法廷意見の方が忠実であるが、日本の判例紹介の方式に準じて判決理由と訳した。前注(1)武田・流大法学102号59頁以下は法廷意見とされる。
- (3) ICARA, 22 U.S.C. 9001 (b) (3) (B)
- (4) 同法9003 (e) (2) は、条約13条 (1) b、20条の返還拒否事由については相手方が明確且つ確信的証拠による証明責任を、同12条、13条の返還拒否事由については相手方が証拠の優越による証明責任を負うとしている。

ハーグ子奪取条約における常居所とその判断

- (5) ECJ. OL v. PQ, 8/6/2017201, C-111/17 PPU
- (6) A事件判例については、西谷祐子「子の奪取に関するハーグ条約の運用をめぐる課題と展望」二宮周平・渡辺惺之編『国際化と家族』現代家族法講座（日本評論社）第5巻65頁、同・「子奪取条約の運用に関する比較法的検討」ケース研究329号27頁参照。
- (7) OL対PQ判例は後述するように、Monasky判例と同じく生後間もない乳幼児の常居所に関する事案であるが、A事件は学齢期の子の常居所の問題で、子奪取の事例でもなく、スウェーデン在住の子供と生母、継父がフィンランドにキャンピング・カーで在留中に、フィンランド福祉当局により保護処分として子供が施設に収容された事例である。
- (8) EUJ. A, C-523/07, 2/4/2009. EU:C:2009:225, No.44.
- (9) A事件は子奪取ではなく、一家でフィンランドにキャンピング・カーで在留中、同国福祉当局が行った子に対する収容処分をめぐり国際裁判管轄が争われた事例である。
- (10) EUブリュッセルII bis規則は子奪取条約に対応しており規則11条はそれを明らかにしているが、法形式としては子奪取条約規定ではなく、EU内の実施法と評されよう。
- (11) OLG Frankfurt Beschluß v. 15, Feb. 2006; FamRZ 2006 883ff. [22]、この判例については、拙稿「ハーグ子奪取条約における常居所とその判断」阪大法学68巻3号719頁以下を参照
- (12) Nomos Kommentar, Anhang III zu Art 24 EGBGB, Art 12, D. HKÜ; Juria Epler, “Grenzüberschreitende Kindesentführung” (2014, Petter Lang) ss. 225-226. 参照。
- (13) 前注(11)参照。
- (14) Mozes v. Mozes 239F. 3rd. 1069, 9th Cir. CA. 2001、この判例については、前注(11)拙稿・阪大法学68巻3号709頁以下参照。
- (15) Friedrich v. Friedrich 983F2nd. 1396, 6th Cir. 1993、この判例については、前注(11)拙稿・阪大法学68巻3号713頁参照、この両見解について詳しくは、Galborino, The 1980 Hague Convention on the Civil Aspects of the Child Abduction: A Guide for Judges (2nd Ed.). Federal Judicial Center, 2015, pp53-64、前注(11)拙稿・阪大法学68巻3号712頁。
- (16) 米国政府の事件の差戻を求める amicus curie は容れられなかった。
- (17) E. M. Clive, “The Concept of Habitual Residence” The Juridical Review part 3 (1997), 138, 146.
- (18) 横山潤「国際的な子の奪取に関するハーグ条約」一橋大学研究年報 法学研究(阪大法学) 72 (6-79) 1322 [2023.3]

34号11頁は、前注(17)引用の E. M. Clive 文献の前半を援用して、通常の場合親の常居所地国に新生児の常居所もあると考えるべきであるとされている。しかし、注目すべきは後半部分であったように思われる。

- (19) Beaumont & McElevay, *The Hague Convention on International Child Abduction* (Oxford, 1999). p91.
- (20) 例えば、Schuz, Rhona. “The Hague Child Abduction Convention, A Critical Analysis” (2013, Hart Publishing) p. 178.
- (21) EU 司法裁判所の先決裁定は前注(5)を参照。
- (22) 事件担当の法務官の見解も判決と変わらず、「本件において争点となっているような事情の下では、両親が同居していた加盟国以外の国で子が出生し、その出生地国で母と共に生活している状態は、制定規定の意味では奪取若しくは不法な留置に該当しない」としている。Opinion of Advocate General Wahl, Nr. 92, Cellex-62017CC0111.
- (23) *Delvoye v. Lee*, 329 F.3d 330, 334 (3d Cir. 2003)、これはガルボリーノ判事のハーグ子奪取条約ガイド書 (Hon. Garbolino, James D. “Hague Convention on the 1980 Civil Aspects of International Child Abduction; A Guide for Judges” 2nd Ed. (Federal Judicial Center, 2015)) が引用する判例で、外務省のHPにも日本語訳が掲載されている。
- (24) Beaumont・前註(19)参照。
- (25) EU 司法裁判所は、乳幼児の場合も、同一平面上での統合基準を説くが、個別的事情考慮の必要を強調する。ECJ. *Mercredi v. Chaffe* 事件 (C497/10 PPU, 22.12.2010) を参照。前注(6)西谷・ケース研究329号28頁もこれを支持する。
- (26) *In re A.L.C.*, 607 Fed. Appx 658 (9th Cir. 2015)
- (27) 前注(20)Schuz, pp. 186、日本では、依田吉人「ハーグ条約実施法に基づく子の返還申立事件の終局決定例の傾向について」*家庭の法と裁判*12号27頁以下、西谷祐子「常居所」大谷美紀子・西谷祐子編『ハーグ条約の理論と実務』16頁以下は、いずれも基本的に折衷説(ハイブリット説)を支持している。拙稿・前注(11)阪大法学68巻3号223頁もこの理解に従い説明していたが、本文のように整理すべきであると考えを改めたので訂正する。
- (28) 当時「適応 (settle, einleben)」と「統合 (integrieren)」との違いも論じられていた。前注(12)参照。
- (29) 拙稿・私法判例リマークス66号130頁以下参照。

* 本稿は科研費(課題番号 22H00797「(国際)家事執行手続の確立に向けた研究」)の助成研究の一部である。