

2011年(平成23年)10月27日

法務省民事局参事官室 御中

兵庫県弁護士会  
会長 笹野 哲郎

〒650-0016 神戸市中央区橘通 1-4-3  
Tel : 078-341-7061  
E-mail : bengoshikai@hyogoben.or.jp

## 「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に関する意見書

当会においては、2010年12月22日に「ハーグ条約の批准問題に対する会長声明」を公表し、「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。)の批准には、子どもの権利及びDV虐待被害者に対する保護を損なう懸念があることを指摘し、拙速に条約を批准することなく、各国における運用実態を把握してこのような懸念を払拭しうるのか、国内法制度との整合を如何にすべきかについて、国民に対し責任ある説明を行うよう求めた。

その後、2011年5月20日に、政府は、ハーグ条約について締結に向けた準備を進め条約実施に必要な法律案を作成するとの閣議了解を公表し、法制審議会ハーグ条約(子の返還手続関係)部会において、子の返還のための裁判手続等の整備について調査・審議が行われていたが、この度、その中間取りまとめが公表された。

当会としては、十分な運用実態調査のないままの拙速なハーグ条約締結方針にはなお懸念を禁じえないところであるが、あくまでハーグ条約締結を前提とするとなれば、子どもの権利及びDV虐待被害者に対する保護ができる限り守られるよう国内法を整備すべきとの立場から、この中間とりまとめに対し、以下のとおり意見を述べるものである。

### 第1 冒頭に原則規定を置くべきことについて

子の返還のための裁判手続等の整備に関する国内法には、冒頭に、子の福祉に沿って、条約と法律を解釈運用するべきとする原則規定をおくべきである。

本法に基づく子の返還に関する手続は、子の最善の利益を主として考慮し、子の福祉の実現に資するよう行われる必要があるが、迅速な返還を確保しようとするばかりに、子の最善の利益に反する返還が機械的に行われてしまう懸念があるので、このような原則規定をおく必要性は高い。

## 第2 審理について

### 1 土地管轄について（中間とりまとめ第1、3（2））

土地管轄については、丙案を採用すべきである。

ハーグ条約が適用される子連れ帰国事案は全国に及ぶのに、東京だけ（甲案）、あるいは東京と大阪だけ（乙案）でしか審理しないものとするには、合理的な理由がなく、東西南北に範囲の広いわが国において、多くの子連れ当事者には遠方に過ぎることとなり、ひいては子にとっても負担となる事態が懸念される。

ハーグ条約の構造上、「相手方」になる子連れ親には重い主張立証責任が課せられているのだから、実質的な手続保障のためには、せめて高等裁判所8庁の所在地の家庭裁判所に管轄を認める（丙案）必要がある。電話会議やテレビ会議（同第1、21（4））が可能としても、複雑な事項の主張や聴取にはわかりにくい点が残ることは、実務家として否定しえないところであるし、証拠調べでは利用できない。

### 2 送達について（中間とりまとめ第1、14）

公示送達による手続開始と続行は認めるべきでない。

子の所在が不明な場合に、それが常に相手方の責に帰すべき事由によるとは言えないが、それにも拘わらず返還手続を進めることは、相手方は反論の機会もないまま子の返還を命じられることになり、手続保障に欠ける。何より、子は異議を述べる機会すら保障されないまま、返還を命じられることになって、著しく子の権利保障に欠ける。

### 3 証拠調べの手続について（中間とりまとめ第1、21の（6））

証拠調べの手続については、返還例外に関わる事実の証拠調べについては、書証に限らず口頭による証拠も採用できることを明示すべきである。

訴訟指揮は裁判長の権限であるが、迅速性の要請から審理を急ぐと、子を返還すべきか否かという重大な事実であるのに、「返還は例外」と片付けて、時間のかかる証言を聞かず、陳述書等で代替させて審理を終結してしまう危険がある。

しかし、虐待やDVに関しては客観的証拠や直接証拠が被害者の手元にあることは稀であること、虐待やDVの為に逃げ帰ってきた子を明々白々な書証や物証がないからと機械的に返還することは子を重大な危険に迫

いやるおそれ大きい。他のハーグ条約加盟国の中には、口頭による証拠が認められていない国もあるところから、わが国の裁判手続に関しては、特にこの点について、法律で明らかにされるべきである。

#### 4 中央当局の手続きへの関与について

「本手続に必要な資料収集に当たっての、中央当局による協力・調査の方策については、なお検討するものとする」（中間取りまとめ第1、22②）とされているが、中央当局は、裁判所の要請により、常居所地国に対し常居所地国における申立人による虐待等の調査への協力要請を行ったり、返還後の常居所地国で予想される子の生活状況に関する調査（当該常居所地国での保護制度等）をして、裁判所に報告することとすべきである。

返還後の子に重大な危険が降りかかることは返還拒否事由にあたるが、事実の調査は日本国内での調査だけしか予定されていない（中間取りまとめ第1、21（2））。これでは、「子の返還が子を肉体的に又は精神的な危険にさらし、その他子を耐え難い状態に置くこととなる重大な危険があること」（ハーグ条約第13条1項b）という返還拒否事由は、現実には存しても、裁判上は証明できないままに終わるケースが多数となることが予想される。

一般的に言っても、虐待やDVの事案で子や被害者が被害事実の直接証拠を入手できるケースは少ない。それが、国外での被害事実となればその立証が一層困難となることは明らかである。この点については、少しでも立証をしやすくするような対策が必要であると考えられるところ、在外公館に、邦人保護として、DV防止法における配偶者暴力相談センター類似の機能を持たせるようにし、相談や一時保護に応じ、邦人本人ないし裁判所からの照会により被害相談事実の公証を行うようなしくみが整えられるべきである。

#### 5 ハーグ条約に基づく返還裁判の結果の集積と公表について

ハーグ条約に基づく子の返還の実情は、不明な点が多くある。調査が尽くされないまま条約に加入することには懸念を禁じえないが、せめて、条約に加入後となっても、問題が生じていないか、手続に改善すべき点はないか等を検討していく必要がある。そのためには、返還審理の結果は、個人の特定につながる情報について手当てしたうえ、全例を集積し、公表されるべきである。

### 第3 返還審理により直接の影響を受ける子の手続関与等への配慮について

#### 1 利害関係参加について（中間取りまとめ第1、9（2））

子が、利害関係人として参加しうることとされることに賛成する。

ハーグ条約の返還審理は、連れ去られた親が申立人となり、連れ去った親を相手に子の返還を求める形式となるが、裁判の結果、外国に返還されるのは子であり、子こそが実質的な裁判の名宛人であり、「裁判の結果により直接の影響を受ける者」である。したがって、返還審理の裁判が子の福利に適って行われるためにも、子の年齢や状況に応じ、できる限り子の裁判への直接の関与を保障するべきである。このような観点から、以下2ないし4についても対応が必要である。

2 子の意思の把握について（中間取りまとめ第1、23）

以下の場合、子の意思聴取を必要的とするべきである。

i) 子からの申し出があるとき

ii) 子が意思表示に適すると思われる程度の年齢に達している場合

3 裁判の取消しについて（中間取りまとめ第1、31）

申立可能な者について明確でないが、子も申立人に含めるべきである。

4 不服申立てについて（中間取りまとめ第1、33）

「子に即時抗告権を認めるかどうかについては、なお検討するものとする」と注意書きがなされているが、即時抗告等の抗告権者には、子も含めるべきである。

5 子の返還の実現方法について（中間取りまとめ第1、34）

中間取りまとめでは、間接強制を認めるものとしつつ、「ただし、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する。」としている。しかし、国内での監護の裁判と異なり、ハーグ条約に基づく返還は、子の福祉の観点からいずれの親のもとで子を監護すべきかの審理を経た結論ではないから、連れ去った親から子を取り上げた後の影響が予測できないこと、しかも子を国外に返還するという決定的な結果を子にもたらすものである。したがって、子の返還は、子の保護の見地から、間接強制に留めるべきである。

#### 第4 子の返還拒否事由について

1 ハーグ条約13条1項bに対応する子の返還例外事由は、中間とりまとめ第2の2④に甲案・乙案として挙げられているが、いずれの案も、閣議了解における方針から大きく後退して、返還例外事由を非常に狭く規定しており、許容しがたい。

2 甲案について

甲案は、

- ①閣議了解で「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（「暴力等」）を受けたことがあり、子を常居所地国に返還した場合、子が更なる暴力等を受けるおそれがあること」としていた返還拒否事由の後段を、「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」と変更して、「明らかな」という重大な制約を加え、
- ②閣議了解で「相手方が、申立人から子が同居する家庭において子に著しい心理的外傷を与えることとなる暴力等を受けたことがあり、子を常居所地国に返還した場合、子と共に帰国した相手方が更にかかる暴力等を受けるおそれがあること」としていた返還拒否事由の後段を、「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」と変更して、ここでも「明らかな」という重大な制約を加え、
- ③閣議了解で「入国できない、逮捕・刑事訴追のおそれがある、帰国後の生計維持が困難等の事情があるため相手方が常居所地国において子を監護することができず、かつ、相手方以外の者が子を常居所地国において監護することが子の利益に反すること」として、具体的な例示を挙げて主たる監護者に監護されることによる子の利益を保護しようとしていた返還拒否事由を、「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明らかに子の利益に反し、かつ、相手方が子を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こと」と大きく変更し、主たる監護者が子と共に帰国できない事情をほとんど考慮できないようにするとともに、さらに、「明らかに」という要件の付加によって、返還後は施設や里親の下で監護されることとなる場合でも返還拒否事由とされない可能性を大きくしており、大幅で重大な制約が加えられている。

このような条項が定められてしまった場合は、立証対象があまりにも厳格であるため、子の最善の利益の観点からは返還を拒否することが妥当な事案であっても、この条項に該当するとして返還が拒否される事例はほとんど出ないのではないかと懸念される。

### 3 乙案について

- (1) 乙案は、子の返還拒否事由についての閣議了解の内容を換骨奪胎して、当然に返還拒否事由として挙げられていた事項を、単なる考慮事由とし、また上記2③に挙げた閣議了解における主たる監護者が子と共に帰国できない事情の具体的例示を削除しており、虐待やDVの被害者の保護及び主たる監護者による監護を受ける子の利益等に対して示されていた閣議了解における配慮を無にするものではあるが、甲案と比較すれば、まだ裁量の余地が残されている分ましである。

(2) 仮に、基本的に乙案を採用するとしても、ハーグ条約13条1項bの条文文言をそのまま本文に置いている以上、乙案のa～cは「重大な危険」を考慮するための要素でしかないのだから、考慮する事情をa～cに限定するような規定の仕方はすべきでない。

また、乙案cについては、連れ去り親（相手方）の行動への制裁として、子に、頼りにする親との引き離しという不利益を負わせるもので、子どもの権利条約2条2項に反するとも言える。すなわち、前段にある「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」という事情があれば、子の利益に反することは明確になっているはずなのに、「かつ」で結ばれた後段で、「相手方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困難」という事情の考慮までも要求しており、相手方の事情（付添い帰国が困難との立証はできないがどうしても帰国できないというような場合）によっては、前段による子の不利益が認められていても、同伴帰国しようとしないう連れ去り親が悪いのだからと、子は独り返還されることになってしまう事態が想定されるのである。

従って、乙案は、少なくとも、次のように修正すべきである。

「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もしくは精神的な害を及ぼし、又は子を耐えがたい状況に置くこととなる重大な危険があること。

その認定にあたっては、子の元の常居所地において、子が申立人から受けた虐待（身体に対する暴力及びこれに準ずる心身に有害な影響を及ぼす言動）、申立人による子の父母もしくは同居する家族への身体に対する暴力及びこれに準ずる心身に有害な影響を及ぼす言動、もしくは、返還により子が相手方以外の者により監護されることにより被る不利益等を考慮するものとする。」

なお、同居する家族に対する暴力とは、子のきょうだいや祖父母などへの暴力を想定しているが、同居家族への暴力も、子の父母への暴力に準じ子の心身に有害な影響を及ぼすものと言えるので、ここに含めるべきである。

以 上