

ハーグ子奪取条約13条2項 英国における「子の拒絶」に基づく返還拒否

北 田 真 理

はじめに

「国際的な子の奪取の民事上の側面に関する1980年10月25日の条約（以下、「ハーグ条約」または「条約」という）」は、国際離婚等に伴い子が不法に国外に連れ去られ又は留置された場合に、監護に関する裁判管轄権を有する子の常居所地国へ子を迅速に返還すること等を定めた条約である。我が国では、同条約の国内実施法（「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」平成25年法律第48号）が2013年6月12日に成立し、2014年4月1日に施行された。

ハーグ条約は、締約国間の礼讓（comity）、締約国の法制度に対する相互の尊重（respect for judicial processes）を基礎として、子の監護権に関する適正な裁判管轄地に子を迅速に返還（summary / prompt return）することを原則とする。適正な管轄地とは、子が連れ去られる前の常居所地国（habitual residence）であることが一般的であるため、ハーグ条約では、常居所地国に迅速に返還され、適正な手続の下で子の将来が決められることが、子一般の利益になると考えている。また、連れ去られても子が返還される実務が定着すれば、親が自分に有利な裁判管轄地国に子を連れて移動したり（forum shopping）、常居所地国で下された判断から逃れるために、子を国外に連れ去ること自体を抑止（deterrence）することになる。ハーグ条約は、

こうした原因から生じる国境を超える子の連れ去りを撲滅し、国際的な子の保護を確保することを目的としているのである。

このように、ハーグ条約は、基本的には、適正な裁判管轄地国の決定等を定める国際私法の着想に原点がある。しかし、複雑な事情を抱え、国境を渡った一部の子にとっては、常居所地国に返還されることが不利益になることもあるため、必ずしも常居所地国が適正な管轄地とは限らない。このため、ハーグ条約は、例外として返還拒否事由（12・13・20条）を定め、これらに該当する場合に子の返還を拒否できるものとした。しかし、基本的には条約の基本方針に基づく考慮事項（policy considerations）が優先されるため、返還拒否事由は制限的に解され（restrictive interpretation）、返還命令が下される傾向がある。英国において、こうした実務は、連れ去りの抑止という子一般の抽象的な最善の利益（best interests of children generally）を優先し、個別具体的な子の最善の利益（best interests of the individual children）を犠牲にすると表現されることがある¹⁾。そして、近年、欧州人権裁判所では、条約の基本方針の重視、すなわち子の利益の軽視が欧州人権条約8条適合性審査の争点とされ、ハーグ条約における家族法の着想に基づく子の最善の利益の確保が注目されている²⁾。

返還拒否事由の1つである13条2項（以下、「本条項」という）は「司法当局又は行政当局は、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。」と規定する³⁾。英国では、1985年子の奪取及び監護法（Child Abduction and Custody Act 1985）により1986年からハーグ条約が施行され、その5年後、1991年に児童の権利条約が批准された。本条項との関連においては、児童の権利条約12条1項の子の意見表明権（「締結国は、自己の意見を形成する能力のある児童がその児童に影響を及ぼすすべての事項について自由に自己の意見を表明する権利を確保する。この場合において、児童の意見は、その児童の年齢及び成熟度に従って相応に考慮されるものとする。」）と2項の子が聴取される権利

(「このため、児童は、特に、自己に影響を及ぼすあらゆる司法上及び行政上の手続において、国内法の手続規則に合致する方法により直接に又は代理人若しくは適当な団体を通じて聴取される機会を与えられる。』)への配慮が必要となった⁴⁾。

また、2005年にEU諸国間でのハーグ条約を補完するブリュッセル II bis 規則⁵⁾が施行され、ハーグ条約12・13条の返還拒否事由の適用において、基本的には、子の意見聴取が締約国の義務とされた(11条2項)。しかし、子の返還後の適切な保護措置が事前に講じられた場合に返還拒否を封じる同規則11条4項は、返還拒否事由の制限的解釈を徹底するものである。同条項は同規則適用外のEU域外からの連れ去り事案においても、条約の基本方針を強く意識させるものとなった。

子の意見の尊重という普遍的な理念の要請を受け、英国では、条約の基本方針を重視しつつ、いかにして、児童の権利を実現すべきかの試行錯誤を重ねることとなった。本稿では、1986年にはじまる英国裁判所による本条項の解釈の変遷を概観する。長年にわたる控訴審レベルでの解釈の対立とその混乱の収束に向けられた2007年M事件貴族院判決を中心に、ハーグ条約と児童の権利条約との調和を目指した、英国における本条項のアプローチを明らかにしたい。本稿が、我が国の条約実施法28条1項5号及び88条の解釈の一助となれば幸いである。

1 13条2項の基本構造

(1) 起草時の想定

子の拒絶に基づく返還拒否を認める本条項は、重大な危険(13条1項b号)と同様、子の利益の考慮のための規定である。起草者は、16歳を親や国家が無視することのできない年齢の限界であると考えた。自らの意思を持つ子の意に反した返還は、不適切かつ不可能である。本条項は、一定の成熟度を持つ子がその意に反して返還されないためのエスケープ・ルートとして

規定された⁶⁾。

また、本条項は、「返還を命ずることを拒むことができる (may)」と規定する。つまり、①子が返還を拒絶し、②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場合でも、子の意に反して返還することが条文中、許容されている。英国では、この①と②の事実認定の過程をゲートウェイ (gateway / gateway findings)⁷⁾ と呼び、その扉を通過してはじめて、返還を拒否できるか否かの裁量判断 (discretion) が行われる。

英国では、当初、本条項の抗弁として、あるいは、子の利益を代弁可能な者として、連れ去り親が子の拒絶を主張するものとされていた。しかし、連れ去り親が子の利益のために返還に同意しても、子自身が激しく返還を拒絶し、執行が失敗に終わった事件をきっかけに、子の意思は、連れ去り親と関連させず、単独で判断されるべきとの問題意識が共有された⁸⁾。

しかし、条約制定当時、英国では、民事手続において子の意思に配慮する義務を定めた明文がなく、また、子が裁判手続において意見を聞かれることは子に精神的負担をかけ、むしろ子の利益に反するものと考えられていた。子が意見を聞かれることになれば、連れ去り親が子に不当な影響を及ぼす可能性がある。父母間の紛争に晒され精神的ダメージを受けた子が、さらに両親の選択を迫られ、圧迫されることになる。その対象が幼児である場合は、さらなる注意が必要である。こうした問題を回避するため、起草当時、意見を聴取するのは最低でも12歳以上とする意見が出された。しかし、最終的には、最低年齢の明文化は避けられ、裁判官の裁量判断に委ねられるべきものとされた⁹⁾。

また、限られた証拠と時間の中で判断が求められる手続において、子の意見の調査に時間をかければ、手続の迅速性を妨げることになる。その結果、本案の検討内容にも踏み込み、返還の例外が安易に認められることになれば、条約を無意味化させる危険性がある。このため、英国では、裁判官が直接、子の意見を聴取することはほとんどなく、カフカス (Cafcass)¹⁰⁾の調査官を介して、間接的に子の意見が聴取されるに留められた¹¹⁾。緊張感のある法廷

とは別の場所で、しかも専門家により意見を聴取される方が、子の心理的負担が軽減するからである。

(2) 初期の制限的解釈

英国では、起草時の想定に反して、意見が考慮されるべき年齢の低年齢化が進んだ。9歳の子の精神年齢が12歳であるとして成熟度が認定されたことをきっかけに¹²⁾、年齢と成熟度は切り分けて解釈されるようになった。この当時、英国では、年長の兄弟姉妹がいる場合を除いて、9歳を実年齢のボーダーラインと考えており、それ以上の低年齢化を避ける傾向にあった。

成熟度についても評価方法に関する定めがないため、裁判官は、自身の印象とカフカスを頼りに判断を行った。裁判所は、次第に、理解力に焦点を当てようになり、返還を拒絶する明確な理由 (valid reason) を示せる能力¹³⁾、自らの意見を表現できるだけの十分な知力 (sufficient intelligence) を判断の基準とするようになった。また、子がその意見を形成し、表現できるだけの能力にとどまらず、子が直観に頼らず、自らの利益を正しく評価できる (discernment) 程度の成長度までも求めるものがあった¹⁴⁾。

子の拒絶は、成熟度の解釈と連動しつつ、拒絶の強度と性質が検討された。本条項の初期の先例として有名な1991年R事件判決 (事実審)¹⁵⁾ では、叔母 (子の後見人) とドイツで暮らしていた子 (14歳) が、母親によりドイツから英国に連れ去られたため、叔母が返還を求めた。子は、自殺を考えるほどにドイツへの返還を強く拒絶した。裁判官は、拒絶について、どちらかといえば連れ去り国に留まりたいといった単なる選好 (mere preference) に留まらず、通常の見護紛争において子の望みと認められるものをはるかに超えた強い感情 (strength of feeling) が必要であるとした。また、子の意見が、本人の自由な意思や選択によるものか、子の本心 (genuine view) か、子と関係する何者かにより影響されたものでないかが確認されねばならないとした。結論として、本件では、拒絶の強度が認められ、返還が拒否された。

このように、施行当初から、本条項は、その文言のまま、文字通りに適用

されることはなかった。さまざまな説明が付され、年齢、成熟度、拒絶の全てが、条約の方針の実現に向けて、制限的に解釈されていた。

2 13条2項における児童の権利条約12条の実現

ハーグ条約の施行から5年後の1991年、英国は児童の権利条約を批准した。子の意見表明権及び子が聴取される機会の保障が、本条項においても実現されねばならない。子の意見が「考慮される」と定める両条約の解釈をめぐり、本条項の長年にわたる論争が幕を開けた。

(1) バルコム裁判官の条約アプローチ

(a)「例外審査」のはじまり

1992年S対S事件判決（控訴審）¹⁶⁾では、英国人の母親が仏国から英国に子（9歳）を連れ去ったため、父親が返還を求めた。子は、長年にわたり精神疾患と言語障害を抱え、仏語での交流に苦勞を感じていたため、仏国への帰国を拒絶した。事実審がこの事情を重視し、返還を拒否したため、父親が控訴した。

バルコム裁判官は、条約の文言が文字通りに読まれるべきことを求め、1991年R事件判決の余計な解釈を否定した。拒絶の強度・理由・性質、たとえば、子が連れ去り親と一緒に居たいために拒絶するといった理由については、ゲートウェイではなく、裁量判断で考慮すべきものとした。そして、子の意見が考慮される年齢の下限の定めがないこと、及び児童の権利条約12条に照らして、9歳の子のゲートウェイの通過が認められた¹⁷⁾。

また、ハーグ条約が、通常の場合、迅速な返還により子一般の最善の利益が実現されることを前提とするものであるため、本条項の裁量判断においては、「極めて例外的な場合に限り（only in exceptional cases）」、返還が拒否されるべきものとした。さらに、その裁量権が、条約の基本方針に基づき行使されるべきことが確認された。

ハーグ子奪取条約13条2項 英国における「子の拒絶」に基づく返還拒否

バルコム裁判官は、子の意見を考慮することの必要性を肯定しつつも、その意見が決定要素（determinative）として考慮されるものではないこと、さらに、拒絶の認定には、正当な理由（valid reasons）が示されるべきことを先例の引用により導いた¹⁸⁾。

結論として、①子が仏語での交流を苦痛に感じていることを父親が認識していなかった点、②仏国返還後に英語教育を行う学校に通わせるとする父親のアンダーテイキングが不確実である点が重視され、父親の控訴は退けられた。バルコム裁判官は、本件を返還を拒否するに値する「例外的な場合」に該当すると判断した¹⁹⁾。

バルコム裁判官は、児童の権利条約に配慮し、考慮される年齢の下限をさらに押し下げ、拒絶の解釈を緩和することによって、ゲートウェイの通過基準を低く設定した。この解釈によって、幼い子の意思が本条項の考慮対象となると同時に、裁量判断の比重が高められたものとする。その反面、バルコム裁判官により導入された「例外審査（test of exceptionality）」は、自由であるべき裁判官の裁量判断に制約を課し、返還拒否の対象に絞り込みをかける機能を持つ。バルコム裁判官の条約の基本方針重視のアプローチ（以下、「条約アプローチ」という）は、以後、本条項の明文にない実務として定着していった。

(b) 裁量判断における利益衡量の導入

1994年R事件判決（控訴審）²⁰⁾では、米国人の夫と米国で離婚し単身で英国に帰国した英国人の母親が、子らの夏季休暇中、1か月間の滞在予定で母親に会いに来た、父親の監護の下にある子ら（7歳、6歳）を英国に留置したため、父親が返還を求めた。子らは母親と英国に留まりたいため返還を拒絶したところ、事実審はこれを認めて返還を拒否したため、父親が控訴した。

バルコム裁判官は、裁量判断においては、条約の基本方針とその誠実な実施が常に重視される反面、子の拒絶は、その年齢や成熟度に応じて重視すべき程度が異なるため、子が年長であればあるほど、その拒絶が重視される

(weight) 程度が上がるが、子が年少であればあるほど、その程度が下がるものとした（以下、このアプローチを「年齢比例の考慮基準」という）。また、本条項とともに条約18条²¹⁾を根拠にすれば、裁量判断において、条約の基本方針に基づく考慮事項に加え、子の福祉を考慮できるものとした。

バルコム裁判官は、精神鑑定の結果を採用し、本件子らのゲートウェイの通過を認めたが、裁量判断においては原審を覆し、子の返還を命じた。母親の留置行為は条約の禁じる典型的な行為であり、これを認めることは条約の基本方針を損なう結果となるからである。また、離婚後、非監護親との交流のために子を送り出した監護親の、子が必ず戻ってくるという信頼を守ることができなければ、監護親は非監護親との面会に消極的になり、子一般の利益を損なうものとなる。条約の背後にある社会政策 (social policy) を実施することこそ裁判所の義務であるとして、バルコム裁判官は、監護権本案の適正な管轄地に子を返還すべきものと判断した²²⁾。

バルコム裁判官は、裁量判断の中に利益衡量の手法を導入した。そこでは、返還拒否を認めるに足るほどの子の拒絶、子の福祉の要請が、条約の基本方針と比較されることになる。これを乗り越えるほどに前者が優越すれば、それはまさに「極めて例外的な場合」に当たる。バルコム裁判官が条約18条も根拠にした点から、例外審査を通過した事案は、もはやハーグ条約の領域を超えるものであるため、返還拒否が許容されると解釈しているものとする²³⁾。

(2) ミレット裁判官の自己決定尊重アプローチ

これに対し、同判決において、ミレット裁判官が異なる見解を述べた。本条項の子の意見を「考慮に入れる」とは、子の意見が一般的に考慮されるのではなく、子が常居所地国に返還されるべきかという特定の問題について子の意見が考慮されるものと捉えるべきとした。そして、子が返還されるべきかについて子の意見を考慮に入れることが適当であるかどうかは、事実認定の問題ではなく、裁判官の判断事項 (question of judgment) であるとした。

ミレット裁判官によれば、子が考慮適当な年齢と成熟度を持たなければ、

裁判官は、子の意思に反してでも子を返還しなければならない。その際、返還が子の利益になるかの調査すら必要がない。これに対して、子がそのような年齢と成熟度であれば、裁判官は子の拒絶を否定し得る要素 (countervailing factors) がない限り、子の意思、子の自己決定を尊重し、返還を拒否しなければならない。ここで、「考慮に入れる」とは、子の意思に効果を認める (give effect)、すなわち、子の意思を決定要素と捉えていることが分かる²⁴⁾。

結論として、ミレット裁判官は、子らの返還拒絶の意思は固く、年齢・成熟度も認定されるものの、子が母国に返還されるべきかという特定の問題について子の意見を考慮するのは適当でないと述べ、ゲートウェイの通過を否定した。そして、そうであれば、検討の必要がないとの断りをした上で、子の拒絶を否定し得る要素として、①子らが2、3歳まで米国に住んでおり、そこに家、学校、友達があること、②離婚後、母は子が父と米国に住むことを承諾していたこと、③子は数週間だけ英国に滞在する予定であり、今まで一度もそこを訪れたことがなく、夏季休暇が終われば帰る予定であったこと、④条約の基本方針が挙げられた。これに対し、子の拒絶を肯定し得る要素として、⑤母親が米国に帰国して裁判で争うことが困難であるとの母親の主張が挙げられた。ミレット裁判官は、⑤の要素は、①から④の要素に勝るものではなく、こうした母親の主張を認めることは条約の意味を失わせる結果となると述べ、返還を命じた²⁵⁾。

ミレット裁判官は、成長した子の意見がそのまま実現されるよう、子の拒絶を判断の決定要素として考慮する解釈を行った。一定の成長を遂げた子の自己決定を尊重すべきことが、本条項における児童の権利条約12条の実現であると考えたものと思われる (以下、「自己決定尊重アプローチ」という)。この見解では、子の意見の考慮適当性はゲートウェイで判断されることになる。また、判断の決定要素として考慮適当であるためには、子の拒絶に一定程度の質が求められることになる。ミレット裁判官は、ゲートウェイの通過基準を高く設定すると同時に、裁量判断において子の拒絶が覆されることを

防ぐため、裁判官の裁量権に制限をかけたものと考えられる。この制限により、裁量判断では子の拒絶を否定し得る要素の検討が中心となるため、子の福祉の検討の機会が失われる。ミレット裁判官の見解は、この点に関し批判されている。

1994年R事件判決では、ミレット裁判官の見解によっても返還命令が下された。いかに子の意に反する結果になろうとも、本件のような条約の典型的な想定事案については、連れ去り親の留置行為の違法性に焦点が当てられたことに留意する必要がある。

(3) バルコム・ミレット論争の展開

(a) 自己決定尊重アプローチへの傾向

2000年T事件判決（控訴審）²⁶⁾では、アルコール中毒で育児を放棄する英国人妻に耐えかねた英国人夫が、スペインでの離婚手続中、子ら（11歳、6歳）をスペインから英国に連れ去ったため、母親が返還を求めた。長女は母親の監護を嫌がり返還を拒絶したが、事実審は、子の拒絶を父親の影響によるものであるとして子らに返還を命じたため、父親が控訴した。

ワード裁判官は、ハーグ条約が児童の権利条約12条とその精神を同じくするものがあるため、ゲートウェイ通過後は、たとえ子の意思に従った結果が子の福祉に反する結果になろうとも〔=子の拒絶を認めて返還しないことが子の利益とならない場合でも〕、子の意思に従った判断が行われる必要があり、それこそが条約の定める返還拒否事由の意義であるとした。ワード裁判官は、子の意見の考慮適当性の判断を行うミレット裁判官の見解を採用し、考慮適当かの判断の際、子の拒絶の強度と理由の正当性が確認されるべきとした。また、その確認のためにゲートウェイで検討されるべき事項として、(a) 短・中・長期的な子自身の利益に関する子の認識、(b) 客観的な拒絶理由・信憑性、子自身の主観的な拒絶理由、(c) 子の拒絶の意思形成に連れ去り親が与えた直接・間接的な影響、(d) 返還により又は連れ去り親から引き離すことにより子の拒絶が和らぐ程度を挙げた²⁷⁾。

結論として、父親の影響を受けてはいるがその拒絶は本物であるとして、長女のゲートウェイの通過を認め、裁量判断では、長女の拒絶が条約の基本方針に勝るものと判断し、返還の拒否を認めた。また、6歳の弟については、姉が母親代わりをしていた事情を考慮し、弟1人を返還すれば弟が耐え難い状況に置かれるとして、13条1項b号に基づく返還拒否を認めた。

児童の権利条約の実現に向け、ワード裁判官がミレット裁判官の見解を採用したことは明らかである。しかし、本判決では例外審査も含め、バルコム裁判官の言及が多数引用されている。本件では、実際に例外審査が行われてはいないが、その他の点も含め、ワード裁判官の解釈の錯綜が指摘されていることに留意する必要がある²⁸⁾。いずれにせよ、ワード裁判官によって考慮適当性の判断項目が具体化された。上記(a)から(d)の4項目は後に「Tアプローチ」と呼ばれ、ゲートウェイ通過基準の厳格化を招いたものと評価されている²⁹⁾。

(b) 条約アプローチへの傾向

2005年ザフィーノ対ザフィーノ事件判決(控訴審)³⁰⁾では、6人の子を持つ母親が、父親との婚姻関係の破綻後、カナダ裁判所に年少の子4人を連れて英国への転居許可を求めたが、母親がその結論を待たずに4人の子をカナダから英国に連れ去ったため、父親が返還を求めた。年長2人(13歳、9歳)の拒絶を受け、事実審は子の拒絶の考慮適当性を肯定して(自己決定尊重アプローチの採用)返還を拒絶したため、父親が控訴した。年少の2人には返還命令が下された。

ソープ裁判官は、ミレット裁判官の見解では、裁量判断において条約の方針が十分に考慮されないことを問題視した。本条項及び18条に基づく裁量判断においては、子の拒絶の性質や強度に対して、条約の基本方針に基づく考慮事項(礼讓、裁判手続の相互の尊重)に加え子の福祉が考慮されるべきであるのに、ミレット裁判官の見解では、そうした考慮ができないことに危険があるとした³¹⁾。ノイバーガー裁判官も、ミレット裁判官が本条項の制約

のない裁量判断 (unqualified discretion) の中に技巧的な挙証責任の手法を持ち込んだことを批判した³²⁾。この見解では、子の拒絶の考慮適性が肯定されると、それが判断の決定要素となり、返還の拒否が前提とされ、連れ去られ親が子の拒絶を否定し得る要素を証明できない限り、子の意思が尊重される³³⁾。また、ノイバーガー裁判官は、自由な裁量判断の中で、子の福祉や例外審査の検討が必要であるとした。

結論として、全裁判官によりミレット裁判官の見解が否定され、本件の例外性を否定、子全員の返還が命じられた。本判決では、バルコム裁判官への支持とともに、裁量判断における例外審査の必要性が特に強調されたものと考えられる。

同判決から遡ること3か月、2005年3月1日にブリュッセル II bis 規則が施行され、EU 諸国間の連れ去り事案だけでなく、EU 諸国外の通常のハーグ事案にも大きな影響を与えた。2006年ヴィグリュウ対ミシェル事件判決(控訴審)³⁴⁾では、仏国裁判所の出国禁止命令に反して父親が仏国から英国に子(14歳)を連れ去ったため、母親が返還を求めた。事実審は、子の強固な拒絶を認め、子の福祉を考慮し、返還を拒絶したため、母親が控訴した。

ソープ裁判官は、事実審が子の福祉の詳細な検討を行ったことについて、国内法上可能な最大の迅速性を求める同規則11条3項(手続の迅速性)の要請実現のためには、こうした検討が不要であったと批判した³⁵⁾。ウォール裁判官も、本件を典型的な通常のハーグ事案と位置づけ、その例外性を否定し³⁶⁾、返還命令が下された。

本件は、14歳の子の強固な拒絶があり、しかも、子の福祉において考慮すべき点があったため、返還拒否が許容され得る事案であった。迅速返還の徹底をはかる同規則は、本条項の裁量判断における考慮対象を制限し、利益衡量のバランスを条約の基本方針の重視に大きく傾けたものと考えられる。また、本件においては、手続を遅らせた非協力的な連れ去り親の行為が、返還にバランスを傾ける要素として考慮されたことに留意する必要がある³⁷⁾。

(c) 両アプローチの錯綜

2006年D事件貴族院判決³⁸⁾では、離婚後、母親が父親の同意なく子(4歳)をルーマニアから英国に連れ去ったため、父親が返還を求めた。本件では、不法な監護権侵害の存否が争点となり、事実審と控訴審が返還を命じたが、上告審は、父親には監護権が認められないとの理由で返還を拒否した。本件では、子が上告審に至ってはじめて返還を拒絶した(8歳になり拒絶できる年齢になった)ため、本条項が直接の争点となることはなかったが、ヘイル裁判官は、傍論において以下の言及をした。

子の意見を考慮することと彼が望むことをすることは異なる。特にハーグ事案では、子の意見の関連性は制限される。しかし、今や、子に関する事件で子が意見を聴取されることの重要性は広く理解されつつある。ブリュッセル II bis規則11条2項³⁹⁾において、「子の年齢及び成熟度に応じて不適當でない限り」、子の意見が聴取されることを原則化したことは、証明責任の転換によって、子の意見の聴取を確保する意味がある。同規則は、欧州域内に限り適用されるが、私は、この原則は普遍的適用がなされるべきであり、児童の権利条約12条の義務にも適合するものと考えている。しかし、子の意見を聴取することは、子の意見に効果を与えることと取り間違えてはならない。子は、ハーグ事案において、今まで以上にその意見を聴取されるべきである⁴⁰⁾。

この言及を受け、2007年M事件判決⁴¹⁾(控訴審)では、同規則の子の意見の考慮適当性の判断の基準として、ワード裁判官のTアプローチを採用した。ポッター裁判官は8歳の子の拒絶の正当性を認め、ゲートウェイを通過させた上で、連れ去り親である母親が逮捕され不利になるよう何者が母親の車に薬物を仕込んだ事実に着目し、本件の例外性を肯定した。また、母子が父親の行為に怯え返還を恐れている点は、子の福祉の観点から考慮されるべき事情であるとして、セルビアへの返還が拒否された。

ソープ・ウォール両裁判官により排除された自己決定尊重アプローチは、ブリュッセル II bis規則の施行により、控訴審において再び脚光を浴びるこ

となった。しかし、この判決は、ゲートウェイでTアプローチを採用しつつ、裁量判断で条約アプローチに基づき例外審査を行っている。本条項の長年にわたる実務の混乱が、両アプローチの錯綜を招いたものとする。

3 貴族院ヘイル判決による軌道修正

2007年M事件貴族院判決では、ジンバブエ人の父母の別居後、父親と同居していた2人の子を母親がジンバブエから英国に連れ去り、英国で亡命申請をしたが棄却された。子らは、当初、父親に帰国したいと伝えたが、父親がハーグ条約に基づき返還を求めたのは連れ去りから1年半後、手続開始は2年後となった。子らは13歳と10歳になり、すでに英国での生活に慣れ、返還を拒絶した。事実審は子らの英国への適応を認定し、ゲートウェイを通過させたが、裁量判断では一転、本件の例外性を否定して返還を命じた。控訴審もこの結論を支持したため、母親が上告した。

ヘイル裁判官は、本条項の裁量判断において、単に「返還が拒否される数少ない例外」という意味で用いられていた「例外」という言葉が、ゲートウェイ通過後の裁量判断のための追加的な審査の意味で用いられるようになった経緯を述べた。しかし、ハーグ事案は、非ハーグ事案と異なり、連れ去り国の法制度とのギャップが問題となることはほとんどない⁴²⁾ため、本条項の裁量判断に例外審査を導入することには明らかな誤りがあったとした。返還が拒否される状況自体が原則に対する例外であり、その例外の中にさらに例外を見出す必要がない。ヘイル裁判官は、条約の文言に余計な解釈を持ち込む従来の実務を否定した。ここに、長年に渡り続いた、本条項の裁量判断における例外審査の排除が貴族院により確認された⁴³⁾。

また、ハーグ条約の文言から生じる裁量判断は、自由で制約がなく、条約の基本方針に基づく考慮事項（迅速な返還、締約国間の礼讓・司法制度の相互尊重、連れ去りの抑止）に加え、裁量判断が必要となった状況、子の権利と福祉に関する広範な検討が行われるべきとした。しかし、条約自体に原則

と例外の双方が規定されていることから、条約の基本方針を重視することもあれば、子の利益が重視されることもある。その利益衡量において、迅速な返還の要請が下がるほど、条約の基本方針を重視する必要性も下がることが確認された⁴⁴⁾。ここに、条約の基本方針優先の偏った利益衡量が貴族院により修正されたものとする⁴⁵⁾。

さらに、ヘイル裁判官は、「子の意見を考慮に入れる」とは、子の意見を決定要素とすることでも、そのような推定が置かれる意味でもなく⁴⁶⁾、単に重視されるものであるとした⁴⁷⁾。裁量判断においては、①子の拒絶の性質・強度、②子の拒絶が子自身の本当の意見か、連れ去り親の影響によるかの程度、③子の拒絶が子の福祉に関する他の考慮事項と一致、不一致である程度、④条約の基本方針が比較され、その重視の程度が決定される。ヘイル裁判官は、「子の拒絶は、子の年齢が上がれば上がるほどに重視される」と述べ、バルコム裁判官の年齢比例の考慮基準を採用した。

「単純で、繊細な、念入りに考えぬかれた均衡」を有するハーグ条約には、さらなる解釈のための追加審査や確認項目のリスト化の必要がない⁴⁸⁾。この行は、後のヘイル判決において繰り返し述べられている⁴⁹⁾。例外審査とTアプローチの排除が改めて確認され、過度な制限的解釈が否定された。ハーグ条約の文言のままの単純な適用が要請されたものとする。

最後に、ヘイル裁判官は、本件下級審の判断の要素として、連れ去り親に対する倫理的非難 (moral condemnation)⁵⁰⁾ が重視された点を挙げた。新たな環境への適応 (12条2項) や子の拒絶が子が中心に考慮されるべき例外規定 (child-centric exceptions) であるにもかかわらず、それらの条項が、子ではなく、両親に焦点が当てられて判断されてきたことを批判した。また、子らが事情を知らされることなく英国に連れてこられたことにより混乱してしまったこと、英国での生活に馴染めず、父親に帰りたいとのメールを送ったが反応してもらえなかったこと、子らが英国でどうにかやっていくことを決意し、学校や教会に馴染み、そして今、ようやく幸せを感じられるようになったことなど、ヘイル裁判官は、これら全ての事情を「子の視点から」見

直す必要性を強調した。その視点からみれば、「裁判所がどう考えようとも」、子らは完全に定着し、返還を拒絶している。子らは、国境を越えた転居の被害者であり、ここで父親を勝たせてしまえば、子はさらなる移動を強いられ、新たな被害を受けることになる。これに加え、ジンバブエ帰国後の迫害の危険性、英国への再入国の道が途絶え、子らが英国の学校に戻れなくなる点を考慮し、本案手続が英国で実施されるべきとした⁵¹⁾。

結論として、既に遅延した手続にもはや迅速返還の要請がないこと、子らが連れ去り抑止を目的とする条約の犠牲になる理由はないとして、返還が拒否された。

4 ゲートウェイの通過基準をめぐる論争

2010年W事件判決（控訴審）⁵²⁾では、父親による母子へのDVが原因で、母親が父親の同意なく子ら（8歳、6歳、3歳）をアイルランドから英国に連れ去ったため、父親が返還を求めた。事実審は、年長2人の返還拒絶を認め、3歳の子については単独での返還によって子が耐え難い状況に置かれるとして、子全員の返還を拒否した。父親が控訴し、6歳の子の拒絶の有無が争点となった。

ウィルソン裁判官は、ヘイル裁判官の言及⁵³⁾に従えば、児童の権利条約とブリュッセル II bis 規則の国際的な発想に合わせた本条項の柔軟な適用が英国実務に要請されるものとした。考慮適当な子の年齢の下限を押し下げることが、たしかに迅速返還を妨げ条約の目的を損なう面もあるが、他方で、裁量判断における年齢比例の考慮基準がセーフガードになるともいえる⁵⁴⁾。ウィルソン裁判官はゲートウェイの通過基準を厳格化したTアプローチの排除を明言し、決定要素とならない子の拒絶に、もはや確実性は不要であるとした。

ウィルソン裁判官によって、ゲートウェイの通過基準は押し下げられた（fairly low threshold）。結論として、6歳の子の拒絶が認められ、子全員の

ハーグ子奪取条約13条2項 英国における「子の拒絶」に基づく返還拒否

返還が拒否された。

これに対し、同判決から半年後の2010年K事件判決（控訴審）⁵⁵⁾では、ポーランド人の母親が夫との紛争を避け、英国に住む既婚の娘と暮らすために子（8歳）をポーランドから英国に連れ去ったため、父親が子の返還を求めた。事実審は子の拒絶を認め、返還が拒否されたため父親が控訴した。

子は、父親の待つ自宅へ戻ることを拒絶し、母親と英国に留まることを希望した。カフカスはこれを単なる選好と報告した。ソープ裁判官は、拒絶には、強度、確実性、合理性が必要であるため、連れ去り親と一緒に居ることを望む子の感情（wish, feeling）は、拒絶とは確実に区別されるものであるとした。結論として、ゲートウェイの通過基準を下げすぎた点に事実審の誤りがあるとして、子らに返還が命じられた⁵⁶⁾。

上記判決から5年後の2015年M事件判決（控訴審）⁵⁷⁾では、英国人の母親が夫の同意なく子ら（12歳、10歳、5歳）をアイルランドから英国に連れ去ったため、父親が返還を求めた。子らは父親の母親への激しい虐待を目撃していたため、父親に怯え、返還を拒絶した。事実審は、子の意見を拒絶と認めず返還を命じたため、母親が控訴した。

ブラック裁判官は、ゲートウェイの通過基準の厳格化をはかるTアプローチと2010年K事件判決におけるソープ裁判官の解釈を批判した。なぜなら、ゲートウェイで子の拒絶の性質が深く検討されてしまうと、裁量判断での検討と合わせて拒絶の性質が二重に検討されてしまうため、裁量判断の役割が奪われてしまう⁵⁸⁾。また、自らの利益を明確に説明できない幼児の意見が、一律、考慮不相当とされる可能性がある⁵⁹⁾。ブラック裁判官は、ウィルソン裁判官による貴族院判決の解釈を支持し、ソープ裁判官の見解を退け、ゲートウェイの通過基準が低く設定されるべきことを控訴審レベルで再確認した⁶⁰⁾。

子が強い恐怖を感じていれば、その真偽や根拠が明らかにされる必要がないこと⁶¹⁾、家族の離散が避けられるべきこと⁶²⁾など、明らかに、子の視点からの判断が意識されたものとする。結論として、3人の子全員がゲートウェイを通過し、全員の返還が拒否された。12歳の子の返還拒否が決まれ

ば、下の子の判断が不要となること、5歳の子1人を返還することは13条1項b号の耐え難い状況となることも確認された⁶³⁾。

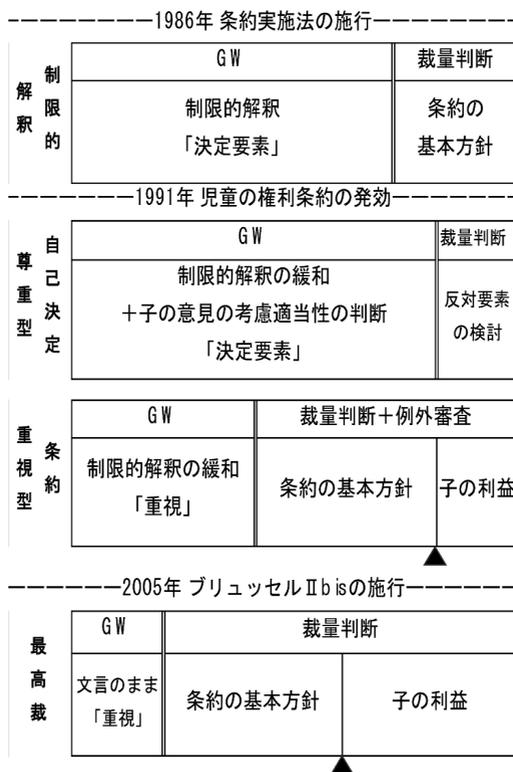
5 若干の検討

本条項の起草時及び条約施行当初の想定では、16歳に満たない程度、どんなに幼くとも12歳程度を子の意見が考慮される最低年齢と考えていた。ゲートウェイは、返還拒否の対象となり得るかの資格審査の場であるため、子が単に返還を「嫌がる」、「拒否する」程度を超えた「拒絶」といえるほどの表現の強さや、裁判官が納得し得る程度の正当な理由の説明が求められていた。言い換えれば、子の意見が「決定要素」として考慮される程度に本条項は制限的に解され、その判断の比重はゲートウェイにあった。

児童の権利条約12条1項は、英国の実務に大きな影響を与えることとなった。「自己の意見を形成する能力のある児童」の意見が「考慮される(weight)」ことを確保するためには、考慮される年齢基準を下げていかねばならない。バルコム裁判官は、条約の基本方針を制限的解釈により実現するのではなく、裁量判断の利益衡量により実現する転換を行った。裁量判断において、子の拒絶と条約の基本方針を天秤にかけ、両親の事情や子の福祉も合わせて考慮する。そこで子の意見は年齢に応じて重視されるため、幼い子の意見も配慮することが可能となる。しかし、この当時も変わらず、ハーグ条約は迅速返還実現のための手続であることが強調されていた。バルコム裁判官の主眼は、当然に条約の基本方針の遵守にあった。ゲートウェイの通過基準を低くしてもなお、安易に返還が拒否されることは避けねばならない。例外審査は裁量判断における条約重視のためのセーフガードとして導入されたのである。このように、バルコム裁判官の条約アプローチは、2つの要件の制限的解釈から制限的裁量判断へと実務をシフトさせたものとする。

これに対し、ミレット裁判官はゲートウェイの通過基準を高くして、裁量判断の余地を狭めようとした。ミレット裁判官の主眼は、成長した子の自己

ハーグ子奪取条約13条2項 英国における「子の拒絶」に基づく返還拒否



【図表1】英国におけるハーグ条約13条2項の解釈の変遷

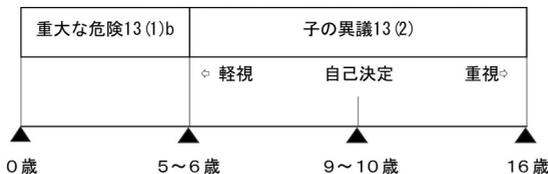
決定の確保にある。ミレット裁判官の自己決定尊重アプローチは、児童の権利条約12条が求める以上に子の権利を追求し、時代を先取りした感がある。しかし、幼いがために自己の意思をうまく表現できない子の意見への配慮が欠ける点で、この極端なアプローチを全面的に支持することは難しい。

本条項をめぐる控訴審でのバルコム・ミレット論争は、下級審に引き継がれていった。そのような中、ブリュッセル II bis規則の施行は英国実務に大きな影響をもたらした。同規則では、子の意見の聴取が重視されつつ、迅速返還のさらなる徹底が目指されている。前者が重視されるとミレットが、後

者が重視されるとバルコムが引用され、また、両アプローチが混在されたものもある。新たな法源の導入にあたり、古い先例が整理され、見直されるべき時期にあったものと思われる。

このような状況の中で下されたヘイル判決は、大枠として、条約アプローチを採用しつつ、大幅な修正を行った。裁量判断において前提とされていた条約重視の要請を取り除くことによって、傾いた天秤を中立に引き戻し、裁量判断の自由化を図ったことに本判決の最大の意義がある。また、子のための返還拒否事由が、裁判官や両親ではなく、「子の視点から」判断されるべきとしたことも重要である。無断の連れ去り、それに続く留置行為、手続に非協力的な親の行為は、たしかに非難されてしかるべきものである。しかし、裁判官がこうした行為に対する倫理的非難 (moral condemnation) を前提に判断することになれば、子の利益の考慮のための本条項の機能が失われることになる。この点に関し、子の拒絶の理由や真偽を明らかにする必要性がないとしたブラック裁判官の言及⁶⁴⁾は、極めて重要である。説明のできない、誤解に基づく感情であっても、それは子の本心であることに変わりはない。裁判官が納得できる理由のある拒絶のみを正当とすることは、「大人の視点」からの評価にほかならない。

条約の返還拒否事由は、条約に内包された例外であって条約の枠組を外れるものではない。条約の目的が子一般の利益だけでなく、返還を拒絶する子の個別具体的な利益の実現にあること、また、その両者の実現のために、返還拒否事由がその文言のまま単純に読まれ、単純な適用が求められた点に留



【図表2】英国におけるハーグ条約返還拒否事由のすみ分け

意する必要がある。

ヘイル判決を支持した2010年W事件判決のウィルソン裁判官は、6歳の子の拒絶を認めた。その後、ソープ裁判官により異なる見解が示されたものの、2015年M事件判決のブラック裁判官はウィルソン裁判官を支持し、ゲートウェイの通過基準が下げられたことを再確認、そして、5歳の子の拒絶を認めた。本条項の長年にわたる混乱は、ヘイル判決以降のこの2つの控訴審判決により、ようやく一定の終息をみたものとする⁶⁵⁾。

そうであるならば、父親の下に帰りたくないことと常居所地国に帰りたくないことをもはや区別する必要がなくなった、と考えることができる。しかし、2015年M事件判決は、父親の過度なDVが連れ去りの背景にあり事案の特殊性があるともいえるため、この点については、今後の判例の展開に着目する必要がある。

また、同判決において、年長の子の拒絶が認められたことにより兄弟不分離が重視され、下の子の拒絶につき判断が不要とされた点も重要である。さらに、最年少の3歳の子について単身で返すことが13条1項b号の「耐え難い状況」にも当たると付言され、返還が拒否された点も注目に値する。13条1項b号と13条2項のおおよそのすみ分けの基準が明らかにされたものとする。

終わりに

「子にどんなお茶が飲みたいか聞いたことのある親なら誰もが知っているように、子の意見を考慮することと子が望むことをしてあげることとは大きな違いがある」。ヘイル裁判官は、上記のように述べ、子の意見を絶対視することを否定した。しかし、子を中心としたアプローチが子の拒絶に基づく返還拒否の門戸を押し広げたことに疑いの余地はない。

2006年と2007年の2つのヘイル判決をきっかけに、英国では、子の聴取の方法が盛んに議論されている。連れ去り親が子の意見を裁判所に伝えるこ

とは不適切であり、子と連れ去り親の意見が同じである場合は特別の配慮が必要とされている。また、カフカス調査官を介して子の意見を聴取するのが依然として一般的ではあるが、近年、裁判官による直接の聴取の機会が徐々に増えている。本条項の議論は、児童の権利条約12条2項、児童の聴取の方法論と合わせて検討を深める必要がある。子の手続代理人、子の当事者適格の議論も合わせて今後の課題としたい。

-
- 1) Re J [2005] UKHL 40, [2006] 1 AC 80. 2005年6月16日のJ事件貴族院判決（ヘイル裁判官）を含め、この表現が頻繁に用いられる。しかし、2011年6月10日のE事件最高裁判決（ヘイル裁判官、ウィルソン裁判官）では、欧州人権裁判所ノイリンガー事件大法廷判決の内容を受け、個別具体的な子の最善の利益の実現をもハーグ条約の目的であると明言した。詳しくは、拙稿「ハーグ子の奪取条約13条1項b号『重大な危険』の新たなアプローチ—英国E事件最高裁判決による提言を中心として—」早稲田大学大学院法研論集147号（2013年）91-117頁を参照のこと。
 - 2) この点につき、拙稿「ハーグ子奪取条約『重大な危険』の制限的解釈に関する一考察—その限界と新たな可能性」国際私法年報19号（2018年）134頁参照のこと。
 - 3) “The judicial or administrative authority may also refuse to order the return of the child if it finds that the child objects to being returned and has attained an age and degree of maturity at which it is appropriate to take account of its views.”
 - 4) “1. States Parties shall assure to the child who is capable of forming his or her own views the right to express those views freely in all matters affecting the child, the views of the child being given due weight in accordance with the age and maturity of the child.
2. For this purpose, the child shall in particular be provided the opportunity to be heard in any judicial and administrative proceedings affecting the child, either directly, or through a representative or an appropriate body, in a manner consistent with the procedural rules of national law.”
 - 5) Council Regulation (EC) No 220/2003 of 27 Nov 2003. 同規則11条4項によって、子のための返還後の適切な保護措置が証明された場合には、返還を拒否することができなくなった。欧州域内におけるハーグ条約の実効性を高める目的がある。
 - 6) Pérez-Vera, ‘Explanatory Report on the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction’ (1982) <www.hech.net/upload/expl28.pdf>, § 77.

- 7) Re S [1994] 1 FLR 819, 826.
- 8) M事件判決 (Re M [1994] 1 FLR 390) では、連れ去り親が子の利益になると返還に応じたものの、年長の子が返還を拒絶し、離陸前の飛行機から降りようした。Beaumont and McElevay, *The Hague Convention on International Child Abduction* (Oxford 1999) 181.
- 9) Pérez-Vera (n 6) § 30.
- 10) Cafcass (Children and Family Court Advisory and Support Service) は、家庭裁判所の支援サービスを行うイングランドの独立機関。返還手続では、高等法院専属のチームが子を代理する。子のニーズ・希望・感情を聞き取り、代弁し、子の最善の利益の実現のために行動する。詳しくは、<https://www.cafcass.gov.uk/about-cafcass/>参照のこと。
- 11) 1999年以前の実務に関し、Beaumont (n 8) 183参照のこと。しかし、本稿で紹介するヘイル裁判官の2つの貴族院判決をきっかけに、裁判官による直接の子の意見聴取が徐々に増加している。2012年の実務に関し、Hodson, *The International Family Law Practice* (2nd edn, Jordan 2012) 433-444参照のこと。
- 12) Re S [1993] Fam 242.
- 13) A v A [1993] 2 FLR 225, 241.
- 14) Re S [1994] 1 FLR 819, 827.
- 15) Re R [1992] 1 FLR 105.
- 16) S v S [1992] 2 FLR 492 by Glidewell, Balcombe and Boreham J.
- 17) S v S (n 16) 499-501.
- 18) S v S (n 16) 501.
- 19) S v S (n 16) 502.
- 20) Re R [1995] 1 FLR 716, 731 by Balcombe, Millet and Gibson J.
- 21) ハーグ条約18条「この章の規定は、司法当局又は行政当局が有するいつでも子の返還を命ずる権限を制限するものではない。」
- 22) Re R (n 20) 731.
- 23) この点につき、ハーグ条約12条2項の適応事案の裁量判断における議論、2007年M事件貴族院判決 § 20以降を参照のこと。
- 24) Re R (n 20) 734-735.
- 25) Re R (n 20) 736.
- 26) Re T [2000] 2 FLR 192, 203-204 by Brown, Ward and Sedley J.
- 27) Re T (n 26) 203-204.
- 28) R事件判決でギブソン裁判官がミレット裁判官を支持したとする言及 (Re T (n 26) 212) には明らかな誤りがある。この点につき、McElevay 'Evaluating the view of abducted children: trends in appellate case-law', (2008) 20 Child & Fam L Q 230, 235参照。

- 29) Re M [2015] EWCA Civ 26, [2016] Fam 1, 20, § 50. Lowe, *Everall, Nicholls, International Movement of Children* (2ed, Lexis Nexis 2016) 597.
- 30) Zaffino v Zaffino [2005] EWCA Civ 1012, [2006] 1 FLR 410 by Thorpe, Wall and Neuberger J.
- 31) Zaffino v Zaffino (n 30) 418-419.
- 32) Zaffino v Zaffino [2005] EWCA Civ 1012, [2006] 1 FLR 410, § 18 参照。
- 33) Schuz, *The Hague Child Abduction Convention- A Critical Analysis* (Hart 2013) 321.
- 34) Vigreux v Michel [2006] EWCA Civ 630, [2006] 2 FLR 1180 by Thorpe and Wall J.
- 35) Vigreux v Michel (n 34) § 33 and § 35.
- 36) Vigreux v Michel (n 34) § 66.
- 37) Vigreux v Michel (n 34) § 57.
- 38) Re D (A Child) (Abduction : Rights of Custody) [2006] UKHL 51, [2007] 1 AC 619 dated 16 Nov 2006.
- 39) Article 11 (2) (Return of the child): When applying Articles 12 and 13 of the 1980 Hague Convention, it shall be ensured that the child is given the opportunity to be heard during the proceedings unless this appears inappropriate having regard to his or her age or degree of maturity.
- 40) Re D (n 38) § 57-59.
- 41) Re M [2007] EWCA Civ 260, [2007] 2 FLR 72 by Potter, Rix and Wilson J.
- 42) 非締約国からの連れ去り事案には複数の返還手続が用意されている。ハーグ事案と非ハーグ事案の違いについて、拙稿「ハーグ子の奪取条約が英国の国内手続に与えた影響—J事件貴族院判決による提言を中心として—」民事研修689号（2014年）2-14頁参照のこと。
- 43) Re M (n 41) § 39-40.
- 44) Re M (n 41) § 43-44.
- 45) ソープ裁判官は、裁量判断において条約の目的が最優先の考慮事項であるとしたが、ヘイル裁判官はそれを否定した。Cannon v Cannon [2004] EWCA Civ 1330, [2005] 1 FLR 169, § 38.
- 46) Re M (n 41) § 46. Re D (n 38) § 57-58.
- 47) ニューゼーランドでは、この点を明確にするため、ハーグ条約実施法の改正を行い、「take account of the child's views」を「give weight to the child's views」に修正した。この点につき、Schuz, *The Hague Child Abduction Convention- A Critical Analysis* (Hart 2013) 321 参照。
- 48) Re M (n 41) § 48.
- 49) Re E [2011] UKSC 27, [2012] 1 AC 144.
- 50) 連れ去り親への倫理的非難の排除は、Re D (n 38) § 56においても述べられている。

- 51) Re M (n 41) § 52.
- 52) Re W [2010] EWCA Civ 520 by Sedley and Wilson J.
- 53) Re D (n 38) § 57-59.
- 54) Re W (n 52) § 17-18.
- 55) Re K [2010] EWCA Civ 1546, [2011] 1 FRL 1268 by Thorpe, Munby and Coleridge J.
- 56) Re K (n 55) § 24-25.
- 57) Re M [2015] EWCA Civ 26, [2016] Fam 1, Black, Ryder and Richards J.
- 58) Re M (n 57) § 65-66.
- 59) Re M (n 57) § 67.
- 60) Re M (n 57) § 69.
- 61) Re M (n 57) § 121.
- 62) Re M (n 57) § 128.
- 63) Re M (n 57) § 137.
- 64) Re M (n 57) § 121.
- 65) ブラック裁判官のM事件判決（控訴審）以降の下級審は、この2つの控訴審判決を支持している。C v V [2016] EWHC 559, M v G [2017] EWHC 1712を参照のこと。また、2011年5月にウィルソン裁判官が最高裁判事に就任し、2013年7月にソープ裁判官が退官した。その後、ソープ裁判官の後を継ぎ、ブラック裁判官が国際家族法担当局長（Head of International Family law）に任命され、2017年10月に最高裁判事に就任した。英国における涉外家事事件の舵取りは、ソープ裁判官からヘイル裁判官、ブラック裁判官へと引き継がれる流れにあるものと考えられる。M事件判決の位置づけに関し、国際家族法担当局長の副局長によるMacDonald J ‘Hearing the children’s objections–some perspectives from a judge hearing cases in England and Wales’ [2018] IFL 113を参照のこと。