

**「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個別論点の検討(2)**

1 調停・和解

(1) 本手続において調停制度を認めるものとするか。認める場合、以下の点についてはどのように考えるか。

① 本手続における子の返還のための調停については、子の返還を求める申立てに係る事件が係属する裁判所が、職権で調停（家事事件手続法第244条による一般調停）に付することができる旨の規定を置くこととし、子の返還の裁判手続に先行する調停（家事事件手続法第244条による一般調停の利用が可能である。）については、特段の規律を設けないものとするかどうか（家事事件手続法第244条、第257条参照）。

② ①のとおり職権による付調停の規律を設ける場合、当該調停について、特別の規律が必要か。例えば、次の点についてはどうか。

ア 当事者双方の同意がある場合にのみ調停に付することができるものとするかどうか（家事事件手続法第274条第1項参照）。

イ 調停に用いられた資料を裁判資料とすることができるものとするか。

ウ 調停に代わる裁判を認めないものとするかどうか（家事事件手続法第284条から第287条まで参照）。

エ 成立した調停の調書の記載は、子の返還を求める申立てについての確定裁判と同じ効力を有するものとするかどうか。

(2) 本手続において、和解を認めるものとするか。認める場合、以下の点についてどのように考えるか。

① 和解制度の必要性

② 成立した和解の調書の記載は、子の返還を求める申立てについての確定裁判と同じ効力を有するものとするかどうか。

(補足説明)

1 本手続における調停について

これまでの検討のとおり、条約が指向する合意による友好的解決のために、本手続において司法上の協議手続を設けることが望ましいといえる。具体的には、調停制度又は和解制度を導入することが考えられるが、それぞれの制度の採否及び併存させる場合の整理が必要となる。

まず、本手続においても調停の手続を設けるか、設ける場合にどのような規律によるものとするかを検討するに当たっては、以下の問題点を検討する必要がある。

(1) 子の返還のための調停の在り方についての総論（上記(1)①）

子の返還のための調停として、子の返還の申立てに係る事件の係属する裁判所が、職権により家事事件手続法の調停に付することができるものとし、必要に応じて特則を設けるものとするのが考えられる。このような付調停の手続を認めることで、裁判所が事件の解決のために適切な手段を選択する幅が広がり、友好的な解決に資するものといえる。

これに対し、子の返還を求める申立てを行う前に、当事者（現在子の監護をしている者を含む。）の意思によって調停を申し立てることについては、これまでと同様、子の返還やその他の問題解決のために、一般調停（家事事件手続法第244条参照）を利用することが可能であるが、これについては、管轄も含めて特別の規定を設けることをせず、不成立の場合でも、その後子の返還申立てがあった場合に調停申立て時に子の返還申立てがあったものとみなしたり、子の返還の申立てがなくても自動的に本手続に移行するような規定は設けないものとするかどうか（家事事件手続法第272条第3項、第4項参照）。このように考えることで、ハーグ条約締結にかかわらず申し立てることが可能である一般調停と、本手続における子の返還のための調停との関係を整理でき、かつ、当事者に事件解決のための多様な手続の選択を認めることができる。また、このように考えても、当事者としては、ハーグ条約担保法による特別の規律がある調停制度を利用したい場合は、子の返還を申立てた上で、直ちに調停の利用を希望することができ、実質的な不都合はないと思われる。

(2) 本手続における子の返還のための調停における特別の規律

ア 付調停の要件（上記(1)②ア）

当事者の手続選択権及び本手続の迅速処理の要請の見地から、本手続においては、当事者の意思に反して調停に付することは望ましいとはいえない。そこで、当事者双方の同意がある場合にのみ調停に付することができることとするかどうか（なお、家事事件手続法においては、第274条第1項により、「当事者の意見を聴いて」、職権で、事件を家事調停に付することができることとされている。）。

イ 調停に用いられた資料の裁判資料としての利用（上記(1)②イ）

家事審判法の下において、調停手続と審判の手続は独立したものであるから、調停に用いられた資料は、その後審判に移行した場合でも当然に審判の資料になるものではないが、審判を担当する裁判官が、事実の調査として職権で調べることができるものとされている。本手続においても、同様に、事実の調査によって調停に用いられた資料を裁判資料とすることができるものとするのが考えられる。これに対しては、調停手続においては、当事者が有利になるか不利になるかを問わず、話し合いのために役立つ資料を提出しやすくするために、裁判所の判断作用には当事者の同意がない限り用いることはできないものとするとも考えられるがどのように考えられるか。

ウ 調停に代わる裁判（上記(1)②ウ）

家事事件手続法においては、調停が成立しない場合において相当と認めるときに、裁判所が当事者双方のために衡平を考慮し、一切の事情を考慮して、職権で、事件の解決のために必要な裁判をすることができるものとする調停に代わる裁判の制度が認められており、家事審判法の下では認められていなかった乙類審判事項についてもこれを行うことが可能となっている（家事事件手続法第284条第1項参照）。本手続においても、同様の規定を設けることが考えられるが、当事者及び子に与える影響の大きさに鑑みると、本手続においては事前の明示による合意があることが望ましいと考えられるので、本手続においては調停に代わる裁判を設けないものとするのが相当であると考えられるがどうか。

エ 成立した調停の調書の記載の効力（上記(1)②エ）

調停に紛争解決機能をもたせるため、その調書の記載には、子の返還を求める申立てについての確定裁判と同じ効力を持たせるのが相当である。ただし、その具体的な内容については、当該裁判の効力一般に関わるため、裁判の効力一般の検討において検討するものとする。

2 本手続における和解について

(1) 和解を設ける必要性（上記(2)①）

本手続において、事件を担当する裁判所の仲介により話し合いによる解決ができる場合には、民事訴訟におけると同様、和解をできるものとするのが相当である（このような場合に、あえて調停に付し、別手続を開始することは遠である。）。本手続において調停制度と和解制度を設けた場合には、両者をどのように区別するかが問題になる。この点については、調停は本手続とは別の手続で調停委員を交え、実質的な話し合いをする場合、和解は本手続内にお

いて、本手続を取り扱う裁判所がそれまでの審理の状況を踏まえ、自らする場合と整理することが可能と考えられる。

また、和解手続を設けた場合、裁判外で形成された合意内容に一定の効力（上記1(2)エ参照）を持たせるためにも、和解手続を用いることができる。

(2) 和解の効力（上記(2)②）

和解の効力は、子の返還を求める申立てについての確定裁判と同じものとするかどうか（上記1(2)エ参照）。

（参照条文）

○ 家事事件手続法

（調停機関）

第二百四十七条 家庭裁判所は、調停委員会で調停を行う。ただし、家庭裁判所が相当と認めるときは、裁判官のみで行うことができる。

2 家庭裁判所は、当事者の申立てがあるときは、前項ただし書の規定にかかわらず、調停委員会で調停を行わなければならない。

（調停委員会）

第二百四十八条 調停委員会は、裁判官一人及び家事調停委員二人以上で組織する。

2 調停委員会を組織する家事調停委員は、家庭裁判所が各事件について指定する。

3 調停委員会の決議は、過半数の意見による。可否同数の場合には、裁判官の決するところによる。

4 調停委員会の評議は、秘密とする。

（家事調停委員）

第二百四十九条 家事調停委員は、非常勤とし、その任免に関し必要な事項は、最高裁判所規則で定める。

2 家事調停委員には、別に法律で定めるところにより手当を支給し、並びに最高裁判所規則で定める額の旅費、日当及び宿泊料を支給する。

（家事調停官の任命等）

第二百五十条 家事調停官は、弁護士で五年以上その職にあったもののうちから、最高裁判所が任命する。

2 家事調停官は、この法律の定めるところにより、家事調停事件の処理に必要な職務を行う。

3 家事調停官は、任期を二年とし、再任されることができる。

4 家事調停官は、非常勤とする。

5 家事調停官は、次の各号のいずれかに該当する場合を除いては、在任中、その意に反して解任されることがない。

一 弁護士法（昭和二十四年法律第二百五号）第七条各号のいずれかに該当するに至ったとき。

二 心身の故障のため職務の執行ができないと認められたとき。

三 職務上の義務違反その他家事調停官たるに適しない非行があると認められたとき。

6 この法律に定めるもののほか、家事調停官の任免に関し必要な事項は、最高裁判所規則で定める。

(家事調停官の権限等)

第二百五十一条 家事調停官は、家庭裁判所の指定を受けて、家事調停事件を取り扱う。

2 家事調停官は、その取り扱う家事調停事件の処理について、この法律において家庭裁判所、裁判官又は裁判長が行うものとして定める家事調停事件の処理に関する権限を行うことができる。

3 家事調停官は、独立してその職権を行う。

4 家事調停官は、その権限を行うについて、裁判所書記官、家庭裁判所調査官及び医師である裁判所技官に対し、その職務に関し必要な命令をすることができる。この場合において、裁判所法（昭和二十二年法律第五十九号）第六十条第五項の規定は、家事調停官の命令を受けた裁判所書記官について準用する。

5 家事調停官には、別に法律で定めるところにより手当を支給し、並びに最高裁判所規則で定める額の旅費、日当及び宿泊料を支給する。

(調停前置主義)

第二百五十七条 第二百四十四条の規定により調停を行うことができる事件について訴えを提起しようとする者は、まず家庭裁判所に家事調停の申立てをしなければならない。

2 前項の事件について家事調停の申立てをすることなく訴えを提起した場合には、裁判所は、職権で、事件を家事調停に付さなければならない。ただし、裁判所が事件を調停に付することが相当でないとき、この限りでない。

3 裁判所は、前項の規定により事件を調停に付する場合においては、事件を管轄権を有する家庭裁判所に処理させなければならない。ただし、家事調停事件を処理するために特に必要があるとき、事件を管轄権を有する家庭裁判所以外の家庭裁判所に処理させることができる。

(家事審判の手續の規定の準用等)

第二百五十八条 第四十一条から第四十三条までの規定は家事調停の手續における参加及び排除について、第四十四条の規定は家事調停の手續における受継について、第五十一条から第五十五条までの規定は家事調停の手續の期日について、第五十六条から第六十二条まで及び第六十四条の規定は家事調停の手續における事実の調査及び証拠調べについて、第六十五条の規定は家事調停の手續における子の意思の把握等について、第七十三条、第七十四条、第七十六条（第一項ただし書を除く。）、第七十七条及び第七十九条の規定は家事調停に関する審判について、第八十一条の規定は家事調停に関する審判以外の裁判について準用する。

2 前項において準用する第六十一条第一項の規定により家事調停の手續における事実の調査の囑託を受けた裁判所は、相当と認めるときは、裁判所書記官に当該囑託に係る事実の調査をさせることができる。ただし、囑託を受けた家庭裁判所が家庭裁判所調査官に当該囑託に係る事実の調査をさせることを相当と認めるときは、この限りでない。

(調停委員会等の権限)

第二百六十条 調停委員会が家事調停を行う場合には、次に掲げる事項に関する裁判所の権限は、調停委員会が行う。

- 一 第二十二條の規定による手続代理人の許可等
 - 二 第二十七條において準用する民事訴訟法第六十條第一項及び第二項の規定による補佐人の許可等
 - 三 第三十三條ただし書の規定による傍聴の許可
 - 四 第三十五條の規定による手続の併合等
 - 五 第二百五十五條第四項において準用する第五十條第三項及び第四項の規定による申立ての変更
 - 六 第二百五十八條第一項において準用する第四十一條第一項及び第二項並びに第四十二條第一項から第三項まで及び第五項の規定による参加、第四十三條第一項の規定による排除、第四十四條第一項及び第三項の規定による受継、第五十一條第一項の規定による事件の關係人の呼出し、第五十四條第一項の規定による音声の送受信による通話の方法による手続並びに第五十六條第一項、第五十九條第一項及び第二項（これらの規定を第六十條第二項において準用する場合を含む。）、第六十一條第一項、第六十二條並びに第六十四條第五項の規定並びに同條第一項において準用する民事訴訟法 の規定による事実の調査及び証拠調べ（過料及び勾引に関する事項を除く。）
- 2 調停委員会が家事調停を行う場合には、第二十三條第一項及び第二項の規定による手続代理人の選任等、第三十四條第一項の規定による期日の指定並びに第二百五十三條ただし書の規定による調書の作成に関する裁判長の権限は、当該調停委員会を組織する裁判官が行う。
（調停委員会を組織する裁判官による事実の調査及び証拠調べ等）
- 第二百六十一條 調停委員会を組織する裁判官は、当該調停委員会の決議により、事実の調査及び証拠調べをすることができる。
- 2 前項の場合には、裁判官は、家庭裁判所調査官に事実の調査をさせ、又は医師である裁判所技官に事件の關係人の心身の状況について診断をさせることができる。
 - 3 第五十八條第三項及び第四項の規定は、前項の規定による事実の調査及び心身の状況についての診断について準用する。
 - 4 第一項の場合には、裁判官は、相当と認めるときは、裁判所書記官に事実の調査をさせることができる。ただし、家庭裁判所調査官に事実の調査をさせることを相当と認めるときは、この限りでない。
 - 5 調停委員会を組織する裁判官は、当該調停委員会の決議により、家庭裁判所調査官に第五十九條第三項の規定による措置をとらせることができる。
（家事調停委員による事実の調査）
- 第二百六十二條 調停委員会は、相当と認めるときは、当該調停委員会を組織する家事調停委員に事実の調査をさせることができる。ただし、家庭裁判所調査官に事実の調査をさせることを相当と認めるときは、この限りでない。
（意見の聴取の囑託）
- 第二百六十三條 調停委員会は、他の家庭裁判所又は簡易裁判所に事件の關係人から紛争の解決に関する意見を聴取することを囑託することができる。
- 2 前項の規定により意見の聴取の囑託を受けた家庭裁判所は、相当と認めるときは、家事調停委員に当該囑託に係る意見を聴取させることができる。
（家事調停委員の専門的意見の聴取）

第二百六十四条 調停委員会は、必要があると認めるときは、当該調停委員会を組織していない家事調停委員の専門的な知識経験に基づく意見を聴取することができる。

2 前項の規定により意見を聴取する家事調停委員は、家庭裁判所が指定する。

3 前項の規定による指定を受けた家事調停委員は、調停委員会に出席して意見を述べるものとする。

(調停の成立及び効力)

第二百六十八条 調停において当事者間に合意が成立し、これを調書に記載したときは、調停が成立したものとし、その記載は、確定判決（別表第二に掲げる事項にあつては、確定した第三十九条の規定による審判）と同一の効力を有する。

2 家事調停事件の一部について当事者間に合意が成立したときは、その一部について調停を成立させることができる。手続の併合を命じた数個の家事調停事件中その一について合意が成立したときも、同様とする。

3 離婚又は離縁についての調停事件においては、第二百五十八条第一項において準用する第五十四条第一項に規定する方法によっては、調停を成立させることができない。

4 第一項及び第二項の規定は、第二百七十七条第一項に規定する事項についての調停事件については、適用しない。

(調停条項案の書面による受諾)

第二百七十条 当事者が遠隔の地に居住していることその他の事由により出頭することが困難であると認められる場合において、その当事者があらかじめ調停委員会（裁判官のみで家事調停の手続を行う場合にあつては、その裁判官。次条及び第二百七十二条第一項において同じ。）から提示された調停条項案を受諾する旨の書面を提出し、他の当事者が家事調停の手続の期日に出頭して当該調停条項案を受諾したときは、当事者間に合意が成立したものとみなす。

2 前項の規定は、離婚又は離縁についての調停事件については、適用しない。

(調停をしない場合の事件の終了)

第二百七十一条 調停委員会は、事件が性質上調停を行うのに適当でないと認めるとき、又は当事者が不当な目的のみだりに調停の申立てをしたと認めるときは、調停をしないものとして、家事調停事件を終了させることができる。

(調停の不成立の場合の事件の終了)

第二百七十二条 調停委員会は、当事者間に合意（第二百七十七条第一項第一号の合意を含む。）が成立する見込みがない場合又は成立した合意が相当でないと認める場合には、調停が成立しないものとして、家事調停事件を終了させることができる。ただし、家庭裁判所が第二百八十四条第一項の規定による調停に代わる審判をしたときは、この限りでない。

2 前項の規定により家事調停事件が終了したときは、家庭裁判所は、当事者に対し、その旨を通知しなければならない。

3 当事者が前項の規定による通知を受けた日から二週間以内に家事調停の申立てがあつた事件について訴えを提起したときは、家事調停の申立ての時に、その訴えの提起があつたものとみなす。

4 第一項の規定により別表第二に掲げる事項についての調停事件が終了した場合には、家事調停の申立ての時に、当該事項についての家事審判の申立てがあつたものとみなす。

(付調停)

第二百七十四条 第二百四十四条の規定により調停を行うことができる事件についての訴訟又は家事審判事件が係属している場合には、裁判所は、当事者（本案について被告又は相手方の陳述がされる前にあっては、原告又は申立人に限る。）の意見を聴いて、いつでも、職権で、事件を家事調停に付することができる。

2 裁判所は、前項の規定により事件を調停に付する場合においては、事件を管轄権を有する家庭裁判所に処理させなければならない。ただし、家事調停事件を処理するために特に必要があると認めるときは、事件を管轄権を有する家庭裁判所以外の家庭裁判所に処理させることができる。

3 家庭裁判所及び高等裁判所は、第一項の規定により事件を調停に付する場合には、前項の規定にかかわらず、その家事調停事件を自ら処理することができる。

4 前項の規定により家庭裁判所又は高等裁判所が調停委員会で調停を行うときは、調停委員会は、当該裁判所がその裁判官の中から指定する裁判官一人及び家事調停委員二人以上で組織する。

5 第三項の規定により高等裁判所が自ら調停を行う場合についてのこの編の規定の適用については、第二百四十四条、第二百四十七条、第二百四十八条第二項、第二百五十四条第一項から第四項まで、第二百六十四条第二項、第二百六十六条第四項、第二百六十九条第一項並びに第二百七十二条第一項ただし書及び第二項並びに次章及び第三章の規定中「家庭裁判所」とあるのは「高等裁判所」と、第二百四十四条、第二百五十八条第一項、第二百七十六条、第二百七十七条第一項第一号、第二百七十九条第三項及び第二百八十四条第一項中「審判」とあるのは「審判に代わる裁判」と、第二百六十七条第一項中「家庭裁判所は」とあるのは「高等裁判所は」と、次章の規定中「合意に相当する審判」とあるのは「合意に相当する審判に代わる裁判」と、第二百七十二条第一項ただし書及び第三章の規定（第二百八十六条第七項の規定を除く。）中「調停に代わる審判」とあるのは「調停に代わる審判に代わる裁判」と、第二百八十一条及び第二百八十七条中「却下する審判」とあるのは「却下する審判に代わる裁判」とする。

(合意に相当する審判の対象及び要件)

第二百七十七条 人事に関する訴え（離婚及び離縁の訴えを除く。）を提起することができる事項についての家事調停の手續において、次の各号に掲げる要件のいずれにも該当する場合には、家庭裁判所は、必要な事実を調査した上、第一号の合意を正当と認めるときは、当該合意に相当する審判（以下「合意に相当する審判」という。）をすることができる。ただし、当該事項に係る身分関係の当事者の一方が死亡した後は、この限りでない。

- 一 当事者間に申立ての趣旨のとおり審判を受けることについて合意が成立していること。
- 二 当事者の双方が申立てに係る無効若しくは取消しの原因又は身分関係の形成若しくは存否の原因について争わないこと。

2 前項第一号の合意は、第二百五十八条第一項において準用する第五十四条第一項及び第二百七十条第一項に規定する方法によっては、成立させることができない。

3 第一項の家事調停の手續が調停委員会で行われている場合において、合意に相当する審判をするときは、家庭裁判所は、その調停委員会を組織する家事調停委員の意見を聴かなければならない。

4 第二百七十二条第一項から第三項までの規定は、家庭裁判所が第一項第一号の規定による合意を正当と認めない場合について準用する。

(申立ての取下げの制限)

第二百七十八条 家事調停の申立ての取下げは、合意に相当する審判がされた後は、相手方の同意を得なければ、その効力を生じない。

(異議の申立て)

第二百七十九条 当事者及び利害関係人は、合意に相当する審判に対し、家庭裁判所に異議を申し立てることができる。ただし、当事者にあつては、第二百七十七条第一項各号に掲げる要件に該当しないことを理由とする場合に限る。

2 前項の規定による異議の申立ては、二週間の不変期間内にしなければならない。

3 前項の期間は、異議の申立てをすることができる者が、審判の告知を受ける者である場合にあってはその者が審判の告知を受けた日から、審判の告知を受ける者でない場合にあっては当事者が審判の告知を受けた日（二以上あるときは、当該日のうち最も遅い日）から、それぞれ進行する。

4 第一項の規定による異議の申立てをする権利は、放棄することができる。

(異議の申立てに対する審判等)

第二百八十条 家庭裁判所は、当事者がした前条第一項の規定による異議の申立てが不適法であるとき、又は異議の申立てに理由がないと認めるときは、これを却下しなければならない。利害関係人がした同項の規定による異議の申立てが不適法であるときも、同様とする。

2 異議の申立人は、前項の規定により異議の申立てを却下する審判に対し、即時抗告をすることができる。

3 家庭裁判所は、当事者から適法な異議の申立てがあつた場合において、異議の申立てを理由があると認めるときは、合意に相当する審判を取り消さなければならない。

4 利害関係人から適法な異議の申立てがあつたときは、合意に相当する審判は、その効力を失う。この場合においては、家庭裁判所は、当事者に対し、その旨を通知しなければならない。

5 当事者が前項の規定による通知を受けた日から二週間以内に家事調停の申立てがあつた事件について訴えを提起したときは、家事調停の申立ての時に、その訴えの提起があつたものとみなす。

(合意に相当する審判の効力)

第二百八十一条 第二百七十九条第一項の規定による異議の申立てがないとき、又は異議の申立てを却下する審判が確定したときは、合意に相当する審判は、確定判決と同一の効力を有する。

(婚姻の取消しについての合意に相当する審判の特則)

第二百八十二条 婚姻の取消しについての家事調停の手續において、婚姻の取消しについての合意に相当する審判をするときは、この合意に相当する審判において、当事者間の合意に基づき、子の親権者を指定しなければならない。

2 前項の合意に相当する審判は、子の親権者の指定につき当事者間で合意が成立しないとき、又は成立した合意が相当でないと認めるときは、することができない。

(申立人の死亡により事件が終了した場合の特則)

第二百八十三条 夫が嫡出否認についての調停の申立てをした後に死亡した場合において、当該申立てに係る子のために相続権を害される者その他夫の三親等内の血族が夫の死亡の日から一年以内に嫡出否認の訴えを提起したときは、夫がした調停の申立ての時に、その訴えの提起があったものとみなす。

(調停に代わる審判の対象及び要件)

第二百八十四条 家庭裁判所は、調停が成立しない場合において相当と認めるときは、当事者双方のために衡平に考慮し、一切の事情を考慮して、職権で、事件の解決のため必要な審判(以下「調停に代わる審判」という。)をすることができる。ただし、第二百七十七条第一項に規定する事項についての家事調停の手続においては、この限りでない。

2 家事調停の手続が調停委員会で行われている場合において、調停に代わる審判をするときは、家庭裁判所は、その調停委員会を組織する家事調停委員の意見を聴かなければならない。

3 家庭裁判所は、調停に代わる審判において、当事者に対し、子の引渡し又は金銭の支払その他の財産上の給付その他の給付を命ずることができる。

(異議の申立て等)

第二百八十六条 当事者は、調停に代わる審判に対し、家庭裁判所に異議を申し立てることができる。

2 第二百七十九条第二項から第四項までの規定は、前項の規定による異議の申立てについて準用する。

3 家庭裁判所は、第一項の規定による異議の申立てが不適法であるときは、これを却下しなければならない。

4 異議の申立人は、前項の規定により異議の申立てを却下する審判に対し、即時抗告をすることができる。

5 適法な異議の申立てがあったときは、調停に代わる審判は、その効力を失う。この場合においては、家庭裁判所は、当事者に対し、その旨を通知しなければならない。

6 当事者が前項の規定による通知を受けた日から二週間以内に家事調停の申立てがあった事件について訴えを提起したときは、家事調停の申立ての時に、その訴えの提起があったものとみなす。

7 第五項の規定により別表第二に掲げる事項についての調停に代わる審判が効力を失った場合には、家事調停の申立ての時に、当該事項についての家事審判の申立てがあったものとみなす。

8 当事者が、申立てに係る家事調停(離婚又は離縁についての家事調停を除く。)の手続において、調停に代わる審判に服する旨の共同の申出をしたときは、第一項の規定は、適用しない。

9 前項の共同の申出は、書面でしなければならない。

10 当事者は、調停に代わる審判の告知前に限り、第八項の共同の申出を撤回することができる。この場合においては、相手方の同意を得ることを要しない。

2 子の返還拒否事由

(前注) ①から⑥までの子の返還拒否事由が認められたとしても、裁判所は、具体的な事案における事情を勘案し、なお裁量により返還を認める余地があることを前提としている。

子の返還拒否事由については、次の①から⑥までとし、これらのうちの一つが認められた場合には、子の返還を拒否することができるものとする。

- ① 子の返還を求める申立てが子の連れ去り又は留置の時から1年を経過した後にされたものであり、かつ、子が新しい環境になじんだこと。
- ② 子の連れ去り又は留置の時に申立人が現実に監護権を行使していなかったこと。
- ③ 申立人が子の連れ去り又は留置の前にこれに同意し、又はその後これを承諾したこと。

④【甲案】

次に掲げる事由のいずれかがあること。

- a 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（以下「暴力等」という。）を受けたことがあり、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。
- b 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。
- c 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、相手方が子が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。
- d その他子が常居所を有していた国に子を返還することが、子に対して身体的若しくは精神的な害を及ぼし、又は子を耐え難い状況に置くこととなる重大な危険があること。

【乙案】

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

その認定に当たっては、以下の事情等を考慮するものとする。

- a 子が常居所を有していた国に子を返還した場合、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（以下「暴力等」という。）を受けるおそれの有無
- b 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子に心理的外傷を与えることとなる暴力等を受けるおそれの有無
- c 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し、かつ、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な事情の有無

(注)【甲案】は、関係閣僚会議（平成23年5月19日開催）で了承された「「国際的な子の奪取の民事上の側面に関する条約」（ハーグ条約）＜条約実施に関する法律案作成の際の了解事項＞」を踏まえ、aからcまでのいずれかの事由が認められれば、子に重大な危険があるとして、子の返還拒否事由に該当するとの考え方である。もっとも、各要件を掲げることの適否や具体的な規定の仕方については、なお検討するものとする。

これに対し、【乙案】は、上記関係閣僚会議の了解事項を踏まえたものであるが、子の返還拒否事由としては、「子に重大な危険があること」とし、aからcまでの事由（【甲案】のaからcまでに相当する事由）を、子に重大な危険があるかどうかを判断するための考慮要素として例示する考え方である。

- ⑤ 子が返還されることを拒み、かつ、子が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こと。
- ⑥ 子の返還が我が国における人権及び基本的自由の保護に関する基本原則により認められないものであること。

(補足説明)

2は、子の返還拒否事由について検討したものである。

子の返還拒否事由は、以下の①から⑥までとし、これらのうちの一つが認められる場合には、裁判所は、子の返還を拒否することができるものとしている（なお、(前注)においては、子の返還拒否事由が認められた場合であっても、裁判所は、具体的な事案における事情を勘案し、なお返還を命ずる裁量があることを明記している。）。

1 ①は、ハーグ条約第12条第2項によれば、返還命令の申立てが子の連れ去り又は留置の時から1年を経過した後にされたものであり、かつ、子が新しい環境になじんだことが子の返還拒否のために必要な要件になると考えられることから、これを子の返還拒否事由としたものである。

2 ②は、ハーグ条約第13条第1項aによれば、子の連れ去り又は留置の時に申立人が現実に監護権を行使していなかったことが子の返還拒否のために必要な要件になると考えられることから、これを子の返還拒否事由としたものである。

なお、例えば、病気等の合理的理由により子と監護者が同居していない場合でも、監護者が子の身上の世話を携わっているときは、監護権は、現実に行使されていると解釈される。そのため、監護者が子の監護をすることができる状況にあるにもかかわらず、子の監護を放棄していたような場合が「申立人が現実に監護権を行使していなかったこと」に該当すると考えられる。

3 ③は、ハーグ条約第13条第1項aによれば、申立人が子の連れ去り又は留置の前にこれに同意し、又はその後これを承諾したことが、子の返還拒否のために必要な要件になると考えられることから、これを子の返還拒否事由としたものである。

4 (1) ④は、ハーグ条約第13条第1項bによれば、要請を受けた国の司法当局又は行政当局は、子の返還に異議を申し立てる個人、施設その他の機関が、「返還することによって子が身体的若しくは精神的な害を受け、又は他の耐え難い状態に置かれることとなる重大な危険があること」を証明する場合には、当該子の返還を命ずる義務を負わないとされているが、その内容が抽象的であるため、裁判規範としての明確性の要請や当事者の予測可能性の確保から、上記返還拒否事由をより具体的に明記することとしたものであり、【甲案】と【乙案】の2案を併記している。

(2) まず、【甲案】は、子の返還拒否事由として「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若しくは精神的な害を及ぼし、又は子を耐え難い状況に置くこととなる重大な危険があること」という包括条項(d)を設けつつも、これに該当することとなる典型例を、考慮要素としてではなく、以下のとおり、具体的に明記することを提案するものである。この場合、aからcまでのいずれかに該当すれば、返還拒否事由が認められることになる。

ア 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（以下「暴力等」という。）を受けたことがあり、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は、まさに、ハーグ条約第13条第1項bにいう子を「返還することによって子が身体的若しくは精神的な害を受け、又は他の耐え難い状態に置かれることとなる重大な危険があること」に該当すると考えられる。したがって、aでは、その旨を明記するものとしている（児童虐待の防止等に関する法律第2条参照）。

イ aのように、申立人から子に対して直接の暴力等はなかったとしても、例えば、申立人、相手方及び子が同居する家庭において、申立人が相手方に対し、子の面前で暴力を振るうなど、申立人が相手方に対し、子に著しい心理的外傷を与えることとなる暴力等を与え、子が常居所を有していた国に子を返還した場合、子と共に帰国した子と同居する相手方が、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は、間接的に子の心身に有害な影響を及ぼすものといえる。したがって、bでは、その旨を明記するものとしている（児童虐待の防止等に関する法律第2条第4号参照）。

ウ ハーグ条約に基づき子の返還命令が出された場合であっても、例えば、子が常居所を有していた国において子の監護権に関する本案の裁判がされるまでの間、実際に子を監護する者が必要であるところ、仮に、「子が常居所を有していた国に子を返還したとしても、当該国において子を適切に監護することができる者が誰も存在しなくなる状況」の下では、子を返還することは、ハーグ条約第13条第1項bにいう子を「返還することによって子が身体的若しくは精神的な害を受け、又は他の耐え難い状態に置かれることとなる重大な危険があること」に該当すると考えられる。すなわち、①相手方以外の者（例えば、子を連れ去られた者である申立人）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するような場合であり、かつ②相手方、すなわち（例えば、子を連れ帰った者）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不可能又は著しく困難な事情がある場合には、ハーグ条約第13条第1項bに該当すると考えるのが相当であることから、cでは、その旨を具体的に明記するものとしている。

なお、子を連れ帰った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不可能又は著しく困難であるとの判断に資する事情の例としては、もとより個別的な事案の内容によるところではあるが、例えば、相手方が当該国に適法に入国し、又は滞在することができないこと、相手方が当該国において逮捕状が発付され、又は刑事訴追を受け、その身柄を拘束されるおそれがあること、相手方が当該国において生計を維持することが著しく困難であることなどが考えられる。

(3) これに対し、【乙案】は、子の返還拒否事由を「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若しくは精神的な害を及ぼし、又は子を耐え難い状況に置くこととなる重大な危険があること」としつつ、その認定に当たっての考慮要素を具体的に明記することを提案するものである。【乙案】で掲げている考慮要素は、【甲案】で明記されている a から c までに相当するものであるが、具体的には、各国の裁判例等を参照して、子が申立人から暴力等を受けるおそれの有無はもちろんのこと、配偶者に対する暴力等が場合によっては子に対して精神的な害を及ぼすと考えられることから、相手方が申立人から子と同居する家庭において子に心理的外傷を与えることとなる暴力等を受けるおそれも掲げている。そのほか、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し、かつ、相手方が当該国において子を監護することが困難な事情の有無も、子の返還が子に重大な危険を及ぼすかどうかの重要な考慮要素となると考えられることから、考慮要素として掲げている。

(4) なお、(注) は、【甲案】と【乙案】の内容と、関係閣僚会議（平成 23 年 5 月 19 日開催）で了承された「「国際的な子の奪取の民事上の側面に関する条約」（ハーグ条約）＜条約実施に関する法律案作成の際の了解事項＞」との関係を確認的に記載したものである。

5 ⑤は、ハーグ条約第 13 条第 2 項によれば、子が返還されることを拒み、かつ、子が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ことが子の返還拒否のために必要な要件になると考えられることから、これを子の返還拒否事由としたものである。

6 ⑥は、ハーグ条約第 20 条によれば、子の返還が我が国における人権及び基本的自由の保護に関する基本原則により認められないものであることが子の返還拒否のために必要な要件になると考えられることから、これを子の返還拒否事由としたものである。

(参考 1) スイス法においては、子を連れ去った者が子と共に帰国することを期待することができないか、又は合理的に期待することができず、かつ、残された親の元に子を置くことができないため、子を両親から引き離して養育しなければならない場合を想定して、ハーグ条約第 13 条第 1 項 b に該当する場合につき、次のような規定が設けられている。

【英訳】

Art. 5 Return and best interests of the child

Under Article 13 paragraph 1 letter b of the 1980 Hague Convention, the return of a child places him or her in an intolerable situation where:

- a. placement with the parent who filed the application is manifestly not in the child's best interests;
- b. the abducting parent is not, given all the circumstances, in a position to take care of the child in the State where the child was habitually resident immediately before the abduction or this cannot reasonably be required from this parent; and
- c. placement in foster care is manifestly not in the child's best interests.

【仮訳】

第5条 返還及び子の最善の利益

次に掲げる場合のいずれにも該当するときは、1980年ハーグ条約第13条第1項bに定める規定に従って、子は、返還により耐え難い状態に置かれるものとする。

- a 申立てをした親の元に子を置くことが明らかに子の最善の利益ではないこと。
- b 事案のあらゆる事情を考慮すると、子を連れ去った親が、連れ去られる直前に子が常居所を有していた国において子の監護をすることができないか、又はこれを要求することが合理的でないこと。
- c 里親に子の養育を委ねることが明らかに子の最善の利益ではないこと。

(参考2) 諸外国では、子の返還拒否事由については、専らハーグ条約の内容をほぼそのまま規定している例が多く、スイス以外に子の具体的に返還拒否事由を規定している国は見当たらない。

(参考3) 兄弟姉妹が引き離されることを子の返還拒否事由との関係でどのように考えるかについて、諸外国の裁判例の中には、兄弟姉妹の中にハーグ条約第12条第2項に規定する子の返還拒否事由が認められる子がいる場合には、兄弟姉妹の分離は精神的危難又は耐え難い状況の重大な危難になるとして、兄弟姉妹（ほとんどの場合が、年少の子である。）についても返還を拒否するものが頻繁に見られる。

(参考4) 各国の裁判例には、ハーグ条約第13条第1項に規定する子の返還拒否事由については、その事由があると認めながら、裁量により子の返還を命ずる例は、ほとんど見当たらない。もともと、undertaking（29参照）とともに子の返還を命ずるものはある。

ハーグ条約第13条第2項に規定する子の返還拒否事由については、その事由があると認めた上で、子の返還を命じているものがある。

なお、ハーグ条約第20条に規定する子の返還拒否事由については、その事由が認められること自体がほぼ皆無である。

(参照条文)

○ 配偶者からの暴力の防止及び被害者の保護に関する法律

(定義)

第一条 この法律において「配偶者からの暴力」とは、配偶者からの身体に対する暴力（身体に対する不法な攻撃であって生命又は身体に危害を及ぼすものをいう。以下同じ。）又はこれに準ずる心身に有害な影響を及ぼす言動（以下この項において「身体に対する暴力等」と総称する。）をいい、配偶者からの身体に対する暴力等を受けた後に、その者が離婚をし、又はその婚姻が取り消された場合にあっては、当該配偶者であった者から引き続き受ける身体に対する暴力等を含むものとする。

2・3 (略)

○ 児童虐待の防止等に関する法律

(児童虐待の定義)

第二条 この法律において、「児童虐待」とは、保護者（親権を行う者、未成年後見人その他の者で、児童を現に監護するものをいう。以下同じ。）がその監護する児童（十八歳に満たない者をいう。以下同じ。）について行う次に掲げる行為をいう。

一 児童の身体に外傷が生じ、又は生じるおそれのある暴行を加えること。

二 児童にわいせつな行為をすること又は児童をしてわいせつな行為をさせること。

三 児童の心身の正常な発達を妨げるような著しい減食又は長時間の放置、保護者以外の同居人による前二号又は次号に掲げる行為と同様の行為の放置その他の保護者としての監護を著しく怠ること。

四 児童に対する著しい暴言又は著しく拒絶的な対応、児童が同居する家庭における配偶者に対する暴力（配偶者（婚姻の届出をしていないが、事実上婚姻関係と同様の事情にある者を含む。）の身体に対する不法な攻撃であって生命又は身体に危害を及ぼすもの及びこれに準ずる心身に有害な影響を及ぼす言動をいう。）その他の児童に著しい心理的外傷を与える言動を行うこと。