

「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検討事項（２）

30 裁判

(1) 返還命令の主文としてはどのようなものが考えられるか。

（補足説明）

1 主文を検討する上での問題点

本条約は、子の具体的な返還先については明示しておらず、返還命令における主文の在り方は各締約国の解釈・運用に委ねられている。返還命令の主文としては、相手方に対し、一定の給付あるいは作為を命ずるものが想定されるが、返還命令の主文については、後にその実現を担当する機関にとって実現の方法が明確に判断できるように検討する必要がある。

2 想定される主文例

主文については、裁判実務上の工夫に委ねられるところが大きいところ、想定される主文例としては、以下のようなものが考えられる。

① 「相手方は子を常居所地国に返還せよ。」

この主文は、条約の枠組みと整合すること、諸外国でも条約に基づく返還は、常居所地国への返還で足りると一般に解されてきたことなどに照らし、実務上考えられる最も現実的な例である。

なお、この派生型として、「相手方は子を常居所地国に連れ帰れ。」という主文が考えられる。ただし、この主文では、相手方が親ではない場合や、相手方に対して常居所地国において逮捕状が発付されているなど、相手方の状況によっては連れ帰りを命ずることが相当でない場合も考えられるという問題がある。

（注）この主文は、申立人の請求権を、子を常居所地国に返還するよう求めることのできる権利（作為請求権）と捉えるものである。

② 「相手方は、申立人（又は申立人が指定する者）に対し、子を引き渡せ。」

この主文は、申立人が日本国内に所在しているか、あるいは子を受け取るために日本国内に来る予定である場合には想定されるものである。しかしながら、そもそも、裁判所が命令を出す時点において、申立人が日本国内に所在することとなるのか、あるいは子を受け取るために我が国に来る予定であるのかは、偶然の事情にすぎず、このような場合を見込んでまで、申立人に子を引き渡す旨の返還命令を出す事案がどの程度あるのか疑問である。さらに、申立人に対する引渡しを命ずることは、子を常居所地国に返還させ、そこで監護についての本案をすべきであるという条約の要請に対して、過剰な内容を含んでおり、さらに、DVの問題がある事案については、申立人に子を引き渡すことが適当でない場合も考えられる。

(注) この主文は、申立人の請求権を、相手方に子を引き渡すよう求めることのできる権利（給付請求権あるいは作為請求権）と捉えるものである。

③ 「相手方は申立人が子を常居所地国に連れ帰ることを妨害してはならない。」

この主文は、申立人による連れ帰りを前提とした判断をするということが、条約の枠組みと整合的であるのか問題となるほか、②と同様の問題が生じる。

(注) この主文は、申立人の請求権を、相手方において申立人が子を常居所地国に連れ帰ることを妨害しないことを求めることのできる権利（不作為請求権）と捉えるものである。

3 その他、子の福祉に配慮した適切な返還を実現するために、主文に、履行時期、履行場所、履行手段、条件等を定めることができるようにすることも考えられるが、その具体的な条件等の調整等のために手続進行の遅延を招くおそれもある。また、具体的な履行方法を主文に掲げると、それ以外の手段による履行が本旨に従った履行といえるか否かについて疑義を生じ得る。さらに、この点については、子の安全な返還を確保するためにどのような方策をとることが相当かという観点からも検討が必要である。

(参考)

○ ドイツの例

主文の書き方は法律上特に決められていないが、1個の裁判書の中で段階的な返還命令がされるのが一般的である。すなわち、第一段階として、奪取親が子を常居所地国へと連れて行く

ことを命令し、第二段階として、奪取親は申立人又は申立人が指定する者に子を引き渡すことを命令するというものである（参考資料5 P28）。

○ 英国の例

英国においては、子の返還命令においてどの程度、子の返還のための具体的な措置を定めるかは、個々の事案による。例えば、「2週間以内に」「〇月〇日までに」などと、履行時期を主文に盛り込んだり、返還の失敗、遅滞あるいは子の再連れ去りを防止するために、旅程表及びフライト時刻表を含む旅行の手配まで記載している詳細な命令もある。また、①子及び奪取親のパスポートは、申立人のソリシタが保管し、出発の間際になるまで奪取親に手渡さないこと、②奪取親に対して、子の返還までの間、警察又は執達吏と定期的に連絡を取ることなどが命じられ、また、③出発までの間、子の連れ去りを禁ずる差止命令を延長し、あるいは新しい差止命令を下すことなどがある（参考資料5 P83）。

(2) いわゆるundertakingに対応する制度は、担保法上特に設けないとすることでどうか。

(補足説明)

諸外国では、返還の障害となる事由を除去する用意のある旨の、一方当事者による裁判所に対する一方的な義務付けを内容とする約束を考慮して返還を命ずることがあり、これは一般にundertakingと呼ばれる。英米法系諸国、特にイングランド・ウェールズを中心に活用されていたものが、他国においてもその有用性が認識されて広まり、現在ではドイツやフランスでも活用例が見られる。

その法的根拠としては、条約第13条第1項b、第7条第2項、第10条が根拠となり得ると解釈されている。

undertakingの法的位置付けについては必ずしも明らかでないが、その内容としては、常居所地国において監護権の本案の判断が出るまでの間、子の福祉を保障するための手段として用いられたり、相手方による任意の子の返還を促し、将来の強制執行を不要とする目的があるとされている。具体的な例としては、申立人が、子を相手方の監護の下から奪い去らないこと、暴力を行使しないこと、扶養料、旅費、弁護士費用等を支払うこと、常居所地国において相手方と子のための住居を確保すること、刑事訴追の放棄や告訴の取下げなどを約束することが挙げられる。また、相手方が約束をすることもあり、例えば、申立人による面会交流の容認、裁判手続に出席し、調停に応じることを約束することなどが例として挙げられる（なお、このundertakingの対象として

考えられている事項は、返還前に履行されるべきことや返還後に履行されるべきことなどが広く含まれ、約束の形式も、必ずしも返還命令の中で命ずることのみを指すものではない。)

我が国への連れ去りの事案において、申立人の約束を踏まえて我が国の裁判所が子の返還後に履行すべき内容について約束の内容に沿った裁判をした場合、それが外国で承認され当該国の法制度の中で執行される場合は別として、外国には我が国の執行管轄権が及ばない以上、当該約束部分を強制執行することはできず、このような執行のできないものを前提として日本の裁判所が命令を出すことができるのかについては慎重に検討する必要がある。そこで、担保法上はundertakingに対応する制度を設けないとすることが相当である。

もっとも、我が国においても、例えば、調停条項又は和解条項に約束した内容を盛り込んだり、裁判の理由中において、申立人又は相手方による約束を摘示し、それを返還の判断の一考慮要素とすることなどは考えられるが、そのためにはundertakingに対応する明文の規定を設ける必要はない。

(参考)

ドイツでは、①子をドイツから返還する前に当該義務が履行されるべき場合に家庭裁判所が中間命令を下す場合と、②当該義務が子の返還後に履行されるべき場合を対象として、返還命令の中でundertakingが命ぜられる場合が区別されており、①の場合は強制執行によってその実現を求めることができるほか、秩序金及び秩序拘禁による強制執行がされ得るが、②の場合には外国に承認執行してもらおう方法（ただし実現の可能性は高くない。）があり得るほかは、強制執行もできず、現実にはほとんど効果をもたないと考えられている（参考資料5 P34）。例えば、ある事例で、子の返還を申し立てた父がundertakingとして、①告訴の取下げ、②母が子と共に家族施設に入ることの許容、③扶養料の支払を約束したために、母が任意に子と共に米国に帰ったところ、当該州で子の奪取が親告罪ではなかったため母が入国後直ちに逮捕され、父の弁護士が母子の入国前に現地の裁判所に申立てをし、決定を得ていたために母が家族施設に入れず、子とも付添付きの面会交流が認められたにすぎなかったということがあり、このようにドイツで行ったundertakingが外国において実現される可能性がないことを理由に、条約第13条第1項bを適用して子の返還を拒否した例もある（参考資料5 P35）。

英国においては、undertakingの履行を確保するため、外国裁判所にsafe harbour order又はmirror order（注1）を求めたり、リエゾンジャッジ制度を利用し、直接、子の返還先の国の裁判官と連絡をとり、必要な保護措置について相談する事例がある（参考資料5 P85）。

フランスでは、子の外国への返還後の安全を確保するために申立人にundertakingをさせる実務はないが、審理における当事者の申述及び主張内容を考慮に入れるだけではなく、子の返還手続の進行中にも、両当事者が合意に達するように努力し、子の返還手続において何らかの約束がなされた場合には、返還命令にもその内容が記載されるのが通常であるという（参考資料5P57）。

（注1）mirror order 及び safe harbour order

undertakingの内容を外国においても強制できるようにするための手段として諸外国で用いられているのが、mirror order及びsafe harbour orderである。mirror orderとは、子の常居所地国の裁判所が、裁判地国の裁判所が発した命令又はundertakingと同じ内容の命令を発すること、safe harbour orderとは、子の常居所地国の裁判所が子に対する重大な危険等を除去するなどの目的のため、子の返還に関し特定の事項を命ずる命令を出すことである。

（注2）外国への連れ去り事案とundertaking及びmirror order

外国への連れ去り事案につき、日本から返還の申立てをする場合、連れ去られた国の裁判所からundertakingについての配慮を求められたり、mirror orderの発令を求められたりするなどの事態が想定される。外国判決についての執行判決手続（民事執行法第24条）との関係やmirror orderの根拠をどこに求めるかなどの問題があり、我が国に導入することは困難と考えられる。

（参照条文）

○ 民事執行法

（外国裁判所の判決の執行判決）

第二十四条 外国裁判所の判決についての執行判決を求める訴えは、債務者の普通裁判籍の所在地を管轄する地方裁判所が管轄し、この普通裁判籍がないときは、請求の目的又は差し押さえることができる債務者の財産の所在地を管轄する地方裁判所が管轄する。

2 執行判決は、裁判の当否を調査しないでしなければならない。

3 第一項の訴えは、外国裁判所の判決が、確定したことが証明されないとき、又は民事訴訟法第百十八条 各号に掲げる要件を具備しないときは、却下しなければならない。

4 執行判決においては、外国裁判所の判決による強制執行を許す旨を宣言しなければならない。

3 1 - 1 裁判の効力の発生

子の返還命令の申立てについての裁判は、確定しなければその効力を生じないものとするかどうか。

(補足説明)

子の返還命令の効果として、実際に子が常居所地国に返還されることになるが、子の返還命令が子を他国に返還するという重大な効果を伴うものであり、原裁判が変更されると、再び帰国を余儀なくされるなど子の福祉への悪影響が甚大であることを考えれば、その効果は確定しなければ生じないものとするのが相当である。裁判の告知により確定を待たずに効力が発生するものとした上で、不服申立てに必要的又は裁量的な執行停止を認めることも考えられるが、不服申立てまでの間に執行される余地を認めることは相当ではないものと思われる。なお、家事事件手続法は、即時抗告のできる審判は確定しなければ効力を生じないとしている（同法第74条第2項ただし書）。

(参考)

ドイツにおいては、確定することで執行可能となる（参考資料5 P39）。

(参照条文)

○ 家事事件手続法

(審判の告知及び効力の発生等)

第七十四条 審判は、特別の定めがある場合を除き、当事者及び利害関係参加人並びにこれらの者以外の審判を受ける者に対し、相当と認める方法で告知しなければならない。

2 審判（申立てを却下する審判を除く。）は、特別の定めがある場合を除き、審判を受ける者（審判を受ける者が数人あるときは、そのうちの一人）に告知することによってその効力を生ずる。ただし、即時抗告をすることができる審判は、確定しなければその効力を生じない。

3 申立てを却下する審判は、申立人に告知することによってその効力を生ずる。

4 審判は、即時抗告の期間の満了前には確定しないものとする。

5 審判の確定は、前項の期間内にした即時抗告の提起により、遮断される。

3 1 - 2 裁判の取消し

子の返還を命ずる裁判が確定した後、裁判所が当該裁判を不当と認める場合や、当事者間で子の返還の代わりに面会交流を認める旨の合意が成立したことなどにより子の返還を命ずる必要性が消滅したような場合に当該裁判を取り消すことができるとする規律を設けることについて、どのように考えるか。

(補足説明)

1 本手続における裁判の取消し（又は変更）の制度の必要性及び許容性

本条約では子の利益が最も重要なものと位置付けられていることから、本手続においても、裁判所は子の利益にかなうように合目的的又は後見的な立場から子の返還命令をすべきであるとの考え方を採るとすれば、子の返還命令の裁判が確定した後に、それが子の利益に合致せず不当であることが判明した場合には、これを取り消す（又は変更する）ことができることとして、子の利益に合致させるのが相当であるとも考えられる。特に、即時抗告等の不服申立てによっては対応できない返還命令の裁判の確定後の事情変更については、裁判の取消し又は変更により対応することが合理的である。

もっとも、子の返還命令の申立てについての裁判に対しては即時抗告をすることができる規律とするのが相当であるところ、子の監護環境についてはこれをできる限り早期に安定させることが子の利益に資すると解されるから、子の返還命令が確定したにもかかわらず、返還の裁判の確定前の事情を理由に裁判の取消し又は変更を認めることは、即時抗告により早期確定を図ろうとした趣旨に反し、子の利益に沿わないものとも考えられる（家事事件手続法第78条第1項も、不服申立ての方法を即時抗告に限定して法律関係の早期確定を図った趣旨に照らし、即時抗告をすることができる審判については、取消し、変更を認めないこととしている。）。

なお、子の返還命令を求める申立てを却下する裁判については、即時抗告をし、又は改めて申立てをすれば足り、裁判の取消しを認める必要はないと考えられる。

(注) 裁判の取消しに加えて、変更まで認めるものとするか否かについては、子の返還命令の主文の内容として一般的にどのようなものが想定されるか（「30 主文」参照）、裁判の変更まで

認めることにより子をめぐり法律関係が複雑化するおそれがないかどうか等を検討する必要があると思われる。

2 仮に、子の返還命令の取消し（又は変更）を認める場合には、以下の点について整理する必要がある。

(1) 事後的な事情変更による場合に限るか。

裁判時に存在していた事情を原因とする裁判の不当は、不服申立てによって是正するのが相当であるから、取消し（又は変更）の理由は、裁判確定後の事情変更に限られるべきであると考えられるがどうか。

事後的な事情変更により子の返還命令を不当と認めるに至った場合としては、例えば、①当事者間の合意の成立等により子の返還命令を維持する必要性が失われたような場合のほか、②裁判確定後に子の常居所地国で内乱等が勃発し、返還後の子の安全が保障されない事態になった場合などが挙げられると解されるがどうか。

なお、③裁判時に子が既に16歳に達していたことが裁判確定後に判明した場合などのように、客観的には裁判時に存在していた事情について、その後に不当であることが判明した場合には、裁判の取消しではなく再審によって対応するのが相当であると考えられるがどうか。

(2) 仮に、(1)の①、②を取消事由とした場合には、取消しに申立権を認めることについてどのように考えられるか。

家事事件手続法における取消変更は、公益性を考慮し、職権による取消変更のみを認めているが、本条約に基づく子の返還の手続を申立人と相手方との紛争と位置付けた場合には、裁判所は申立てを待って対応すれば足りるものとも考えられる。

(3) 取消し（又は変更）について期間制限等を設けるのが相当か否か。

子の返還命令が執行された後は、これを取り消し、又は変更することができないものとするのが相当と考えられる。

他方、執行前における事後的な事情変更による裁判の取消し（又は変更）については期間制限を設けないこととするのが相当かについて検討する必要がある。

(4) 裁判の取消し（又は変更）に伴う執行停止を認めるのが相当か否か。

家事事件手続法は、審判の取消し又は変更に伴う執行停止を予定していないが、子の利益の確保のため、執行停止制度を設ける必要があるか検討する必要がある。

(参照条文)

○ 家事事件手続法

(審判の取消し又は変更)

第七十八条 家庭裁判所は、審判をした後、その審判を不当と認めるときは、次に掲げる審判を除き、職権で、これを取り消し、又は変更することができる。

- 一 申立てによってのみ審判をすべき場合において申立てを却下した審判
- 二 即時抗告をすることができる審判

2 審判が確定した日から五年を経過したときは、家庭裁判所は、前項の規定による取消し又は変更をすることができない。ただし、事情の変更によりその審判を不当と認めるに至ったときは、この限りでない。

3 家庭裁判所は、第一項の規定により審判の取消し又は変更をする場合には、その審判における当事者及びその他の審判を受ける者の陳述を聴かなければならない。

4 第一項の規定による取消し又は変更の審判に対しては、取消し後又は変更後の審判が原審判であるとした場合に即時抗告をすることができる者に限り、即時抗告をすることができる。

3 2 取下げ、裁判上の和解等

申立ての取下げについては、裁判が確定するまで申立てを取り下げることができるものとするかどうか。

なお、裁判上の和解等、子の返還の合意による解決の在り方については、「3 5 調停」において検討する。

(補足説明)

家事事件手続法は、同法の別表第2に掲げる事項についての家事審判の申立てについては、同申立てにかかる審判が主として当事者の処分することのできる権利または利益についての審判であって、公益性が高くないと考えられることから、審判があるまで（同法第82条第1項）のみならず、審判があってもこれが確定するまで、その全部又は一部を取り下げることができるとして、審判がされた後には、相手方の同意を要するものとしている（同法第82条第2項）。

ハーグ担保法に基づく子の返還の裁判手続についても、基本的に二当事者間の紛争と位置付け、裁判が確定するまでは、申立てを取り下げることができるものとするのが相当である。もっとも、返還の申立てをすることのできる期間は原則として連れ去りから一年以内であり（条約第12条

第1項), 申立人の再申立てに対して相手方が応じなければならない負担はほとんど問題にならないと考えられることから, 裁判後の取下げにつき, 必ずしも相手方の同意を要するものとはしないということも考えられる。

仮に, 取下げに相手方の同意が必要であるとすれば, 申立ての取下げの同意の擬制及び申立ての取下げの擬制については, 家事事件手続法と同様の規律を設けることが考えられる(同法第82条第4項, 第83条)。

(参考)

ドイツでは, 子の返還手続のどの段階においても取下げが可能である(参考資料5 P26)。

(参照条文)

○ 家事事件手続法

(家事審判の申立ての取下げ)

第八十二条 家事審判の申立ては、特別の定めがある場合を除き、審判があるまで、その全部又は一部を取り下げることができる。

2 別表第二に掲げる事項についての家事審判の申立ては、審判が確定するまで、その全部又は一部を取り下げることができる。ただし、申立ての取下げは、審判がされた後にあっては、相手方の同意を得なければ、その効力を生じない。

3 前項ただし書及び第百五十三条(第百九十九条において準用する場合を含む。)の規定により申立ての取下げについて相手方の同意を要する場合においては、家庭裁判所は、相手方に対し、申立ての取下げがあったことを通知しなければならない。ただし、申立ての取下げが家事審判の手続の期日において口頭でされた場合において、相手方がその期日に出頭したときは、この限りでない。

4 前項本文の規定による通知を受けた日から二週間以内に相手方が異議を述べないときは、申立ての取下げに同意したものとみなす。同項ただし書の規定による場合において、申立ての取下げがあった日から二週間以内に相手方が異議を述べないときも、同様とする。

5 民事訴訟法第二百六十一条第三項及び第二百六十二条第一項の規定は、家事審判の申立ての取下げについて準用する。この場合において、同法第二百六十一条第三項ただし書中「口頭弁論、弁論準備手続又は和解の期日(以下この章において「口頭弁論等の期日」という。)」

とあるのは、「家事審判の手続の期日」と読み替えるものとする。

(家事審判の申立ての取下げの擬制)

第八十三条 家事審判の申立人（第一百五十三条（第九十九条において準用する場合を含む。）の規定により申立ての取下げについて相手方の同意を要する場合にあっては、当事者双方）が、連続して二回、呼出しを受けた家事審判の手続の期日に出頭せず、又は呼出しを受けた家事審判の手続の期日において陳述をしないで退席をしたときは、家庭裁判所は、申立ての取下げがあったものとみなすことができる。

(申立ての取下げの制限)

第一百五十三条 第八十二条第二項の規定にかかわらず、財産の分与に関する処分の審判の申立ての取下げは、相手方が本案について書面を提出し、又は家事審判の手続の期日において陳述をした後にあっては、相手方の同意を得なければ、その効力を生じない。

○ 民事訴訟法

(訴えの取下げ)

第二百六十一条 訴えは、判決が確定するまで、その全部又は一部を取り下げることができる。

- 2 訴えの取下げは、相手方が本案について準備書面を提出し、弁論準備手続において申述をし、又は口頭弁論をした後にあっては、相手方の同意を得なければ、その効力を生じない。ただし、本訴の取下げがあった場合における反訴の取下げについては、この限りでない。
- 3 訴えの取下げは、書面で行わなければならない。ただし、口頭弁論、弁論準備手続又は和解の期日（以下この章において「口頭弁論等の期日」という。）においては、口頭で行うことを妨げない。
- 4 第二項本文の場合において、訴えの取下げが書面でされたときはその書面を、訴えの取下げが口頭弁論等の期日において口頭でされたとき（相手方がその期日に出頭したときを除く。）はその期日の調書の謄本を相手方に送達しなければならない。
- 5 訴えの取下げの書面の送達を受けた日から二週間以内に相手方が異議を述べないときは、訴えの取下げに同意したものとみなす。訴えの取下げが口頭弁論等の期日において口頭でされた場合において、相手方がその期日に出頭したときは訴えの取下げがあった日から、相手方がその期日に出頭しなかったときは前項の謄本の送達があった日から二週間以内に相手方が異議を述べないときも、同様とする。

(和解の試み)

第八十九条 裁判所は、訴訟がいかなる程度にあるかを問わず、和解を試み、又は受命裁判官若しくは受託裁判官に和解を試みさせることができる。

(和解条項案の書面による受諾)

第二百六十四条 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裁判所又は受命裁判官若しくは受託裁判官から提示された和解条項案を受諾する旨の書面を提出し、他の当事者が口頭弁論等の期日に出頭してその和解条項案を受諾したときは、当事者間に和解が調ったものとみなす。

(裁判所等が定める和解条項)

第二百六十五条 裁判所又は受命裁判官若しくは受託裁判官は、当事者の共同の申立てがあるときは、事件の解決のために適当な和解条項を定めることができる。

- 2 前項の申立ては、書面でしなければならない。この場合においては、その書面に同項の和解条項に服する旨を記載しなければならない。
- 3 第一項の規定による和解条項の定めは、口頭弁論等の期日における告知その他相当と認める方法による告知によってする。
- 4 当事者は、前項の告知前に限り、第一項の申立てを取り下げることができる。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。
- 5 第三項の告知が当事者双方にされたときは、当事者間に和解が調ったものとみなす。

3 3 不服申立て

(1) 家事事件手続法の不服申立ての規律と同様に、即時抗告を認め、即時抗告期間は、これを2週間とするものとするかどうか。また、特別抗告、許可抗告についても、家事事件手続法と同様の規律を設けることについて、どのように考えるか。

(補足説明)

- 1 子の返還命令が、国境を越えた子の返還という重大な効果を伴い、子の利益に大きく影響するものであることに鑑みれば、子の返還命令の申立てについての裁判に対しては、不服申立ての制度を設ける必要があるといえる。そして、その規律としては、家事審判手続と同様に、高

等裁判所に対する即時抗告を認めることが相当と考えられる。さらに、最高裁判所に対する不服申立てを認め、三審制とすること、その方法としては、家事事件手続法の特別抗告、許可抗告に倣ったものとするのが考えられるが、どうか。

(参考)

ドイツでは、上訴は、即時抗告の形で、第二審が最終審として判断することとされている（参考資料5 P38）。

フランスでは、三審制が採られており、控訴院への控訴、破毀院への上訴が可能である。ただし、破毀院は法律審であるため、控訴審が行った事実認定に拘束され、法律及び条約の解釈適用について判断し得るにすぎない（参考資料5 P55）。

英国では、第一審裁判官又は控訴院に対して上訴許可の申立てを行い、第一審裁判官が上訴許可を拒否した場合には、改めて控訴院に申し立てることができるとされている。また、最終的な上訴手段として貴族院への上訴があるが、ほとんど行われていない（参考資料5 P88）。

2 即時抗告の具体的な手続等

(1) 即時抗告権者

本手続は、基本的に子を連れ去られた者と子を現に監護している者とが対立する二当事者間の手続として位置付けるものとし、即時抗告権者も基本的に当事者に限ることが相当と考えられるが、その他に即時抗告権を認めるべき者が考えられるか。例えば、子の祖父母を相手方とした場合のように子の父又は母が当事者となっていない場合に当該父又は母に即時抗告権を認めることも考えられる。

なお、子に独自の即時抗告権を認めるか否かについては、子の返還命令の申立てについての裁判の結果が子に直接大きな影響を与えるものであることに鑑みれば、子自身に即時抗告権を認めることも考えられるが、本手続は、基本的に連れ去り以前の状態に戻す（常居所地国に返す）ことを目的とするものであって、監護の権利の所在について判断するものでないこと、子は通常その居所を自ら選択する権利までは有しないと解されること（民法第821条参照）、子の意思が返還拒否事由のひとつとなっており、その意思は手続上十分に配慮されることなどに照らすと、子に独自の即時抗告権まで認める必要はないと考えられる。

(参考)

ドイツでは、即時抗告の申立権者は、相手方（奪取親）、14歳に達した子、子の返還手続きに参加した少年局に限定されている（参考資料5 P39）。

(2) 即時抗告期間

本手続は特に迅速処理が要請されるものであるところ、確定によって子の返還命令の効力が生ずるとの規律を採るのであれば、即時抗告期間を長期にすることは、返還すべき子の迅速な返還の実現を阻害することになるから、即時抗告期間は2週間とするのが相当であると考えられる。

また、即時抗告期間の起算点については、当事者及び利害関係参加人に審判の告知がされることを前提に、審判の告知を受けた日からとするのが相当と考えられる。

なお、審判の告知の方法として裁判書の送達によるものとした場合、日本に住所を有しない（日本に住所を有する弁護士を代理人としていない）当事者等への送達、国によってはかなりの長期間を要することもあるため、迅速処理の阻害要因となることが考えられ、それについての対応を検討する必要がある（注）。

さらに、相手方の所在が不明であった場合に、公示送達による裁判の告知を認めるかという点も問題となる（部会資料2の**第1の14**参照）。

（注）本手続における送達の規律については、民事訴訟法第5章第4編の規定に倣うことが考えられる（部会資料2の**第1の14**参照）が、このうち同法第104条の送達場所の届出の規定については、「国外に居住する当事者については、これをそのまま適用することは相当でないから、一般的な義務付け規定ではなく任意的なものとして運用するのが相当である。」との見解がある。この見解に従った解釈を採るとしても、国外に居住する当事者等として一般的に想定されるのは、子の返還を求める申立人であるところ、裁判の早期確定がより要請されるのは専ら子の返還を命ずる裁判であるから、このような裁判がされる事案においては国外に居住する当事者に任意に日本国内の送達場所の届出をしてもらうことも一般的に期待できると考えられ、運用により対応することができるとも考えられるが、そのような送達場所を確保できない場合も想定されることから、このような場合の手当ての要否、その内容（例えば、中央当局を送達受取人として届け出ることができるようにするなど）等を検討する必要もある。

（参考）

ドイツでは、即時抗告は、第一審の裁判が下された後2週間以内に、行うことができる（参考資料5 P38）。また、ドイツでは、相手方の所在が不明であり、子とともに失踪している場合には、そもそも子の返還手続を行うことも返還命令を下すこともできないため、公示送達の制度はあるが、ほとんど意味をなさない（同P21）。

英国では、上訴通知（Notice of Appeal）は、第一審の決定後、21日以内に行わなければならない（参考資料5 P88）。

(3) 抗告審の手続

ア 即時抗告について

即時抗告がされた場合の抗告審の手続については、基本的に、家事事件手続法における相手方のある事件（別表第2に掲げる事項についての審判事件）についての抗告審の手続と同様の規律とすることで、よいか。

具体的には、即時抗告は原裁判所に抗告状を提出してしなければならないが、即時抗告が不適法でその不備を補正することができないことが明らかであるときは、原裁判所がこれを却下し、抗告状が法律の規定に違反する場合又は即時抗告提起の手数料を納付しない場合には、抗告裁判所の裁判長が補正を命じた上で抗告人がこれに従わないときは抗告状を却下しなければならないものとし（家事事件手続法第87条）、それ以外の場合には、即時抗告が不適法であるとき又は即時抗告に理由がないことが明らかなきを除き、抗告状の写しを原審の当事者及び利害関係参加人（抗告人を除く。）に送付し、かつ、原審の当事者（抗告人を除く。）の陳述を聴かなければならないものとする（同法第88条、第89条第2項）規律となる。

イ 特別抗告及び許可抗告について

特別抗告及び許可抗告の手続については、基本的には、家事事件手続法における特別抗告及び許可抗告の規律（同法第94条から第98条まで）に倣うことで、よいか。

条約第20条は、「第12条の規定に基づく子の返還については、要請を受けた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場合には、拒むことができる。」と定めており、この要件に該当するか否かは、憲法判断ともなり得ることから、特別抗告を認める意義があるものと考えられる（注）。

なお、子の返還命令が国境を越えた子の返還という重大な効果を生ずるものであることからすると、原審の裁判が既に執行されていたときは、再度、国境を超えて子を移動させる

ことになり、子の利益を害する度合いが高いと解されることなどを考慮すると、本手続では、民事訴訟法や家事事件手続法第95条とは異なり、特別抗告及び許可抗告に執行停止の効力を認めることも考えられるが、執行停止制度によって対応することで足りるとも考えられる。

(注) 諸外国の裁判例にも返還手続を行う国の憲法に違反することを理由に条約第20条に規定する返還拒否事由の主張がされることがあるようである(参考資料9P197)。

3 手続的な裁判に対する不服申立て

子の返還命令の申立てについての終局的な裁判をする前提として必要になる手続的又は中間的な裁判に対する不服申立てについても、基本的に、家事事件手続法の規律(同法第99条から第102条まで)と同様の規律とすることが相当と考えられる。

具体的には、これらの裁判に対しては、特別の定めがある場合に限り即時抗告をすることができ(家事事件手続法第99条参照)、即時抗告期間は1週間とし、原則として執行停止の効力はなく(同法第101条参照)、原審の当事者等に対する抗告状の写しの送付や陳述聴取は、必要ではないものとする(同法第102条参照)規律となる。

(参照条文)

○ 家事事件手続法

(即時抗告をすることができる審判)

第八十五条 審判に対しては、特別の定めがある場合に限り、即時抗告をすることができる。

2 手続費用の負担の裁判に対しては、独立して即時抗告をすることができない。

(即時抗告期間)

第八十六条 審判に対する即時抗告は、特別の定めがある場合を除き、二週間の不変期間内にしなければならない。ただし、その期間前に提起した即時抗告の効力を妨げない。

2 即時抗告の期間は、特別の定めがある場合を除き、即時抗告をする者が、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、審判の告知を受けない場合にあっては申立人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。

(即時抗告の提起の方式等)

第八十七条 即時抗告は、抗告状を原裁判所に提出してしなければならない。

2 抗告状には、次に掲げる事項を記載しなければならない。

一 当事者及び法定代理人

二 原審判の表示及びその審判に対して即時抗告をする旨

- 3 即時抗告が不適法でその不備を補正することができないことが明らかであるときは、原裁判所は、これを却下しなければならない。
- 4 前項の規定による審判に対しては、即時抗告をすることができる。
- 5 前項の即時抗告は、一週間の不変期間内にしなければならない。ただし、その期間前に提起した即時抗告の効力を妨げない。
- 6 第四十九条第四項及び第五項の規定は、抗告状が第二項の規定に違反する場合及び民事訴訟費用等に関する法律の規定に従い即時抗告の提起の手数料を納付しない場合について準用する。

(抗告状の写しの送付等)

第八十八条 審判に対する即時抗告があった場合には、抗告裁判所は、即時抗告が不適法であるとき又は即時抗告に理由がないことが明らかなきを除き、原審における当事者及び利害関係参加人（抗告人を除く。）に対し、抗告状の写しを送付しなければならない。ただし、抗告審における手続の円滑な進行を妨げるおそれがあると認められる場合には、即時抗告があったことを通知することをもって、抗告状の写しの送付に代えることができる。

- 2 裁判長は、前項の規定による抗告状の写しの送付又はこれに代わる通知の費用の予納を相当の期間を定めて抗告人に命じた場合において、その予納がないときは、命令で、抗告状を却下しなければならない。

(陳述の聴取)

第八十九条 抗告裁判所は、原審における当事者及びその他の審判を受ける者（抗告人を除く。）の陳述を聴かなければ、原審判を取り消すことができない。

- 2 別表第二に掲げる事項についての審判事件においては、抗告裁判所は、即時抗告が不適法であるとき又は即時抗告に理由がないことが明らかなきを除き、原審における当事者（抗告人を除く。）の陳述を聴かなければならない。

(原裁判所による更正)

第九十条 原裁判所は、審判に対する即時抗告を理由があると認めるときは、その審判を更正しなければならない。ただし、別表第二に掲げる事項についての審判については、更正することができない。

(抗告裁判所による裁判)

第九十一条 抗告裁判所は、即時抗告について決定で裁判をする。

- 2 抗告裁判所は、即時抗告を理由があると認める場合には、家事審判事件について自ら審判に代わる裁判をしなければならない。ただし、第九十三条第三項において準用する民事訴訟法第三百七条又は第三百八条第一項の規定により事件を第一審裁判所に差し戻すときは、この限りでない。

(原審の管轄違いの場合の取扱い)

第九十二条 抗告裁判所は、家事審判事件（別表第二に掲げる事項についての審判事件を除く。）の全部又は一部が原裁判所の管轄に属しないと認める場合には、原審判を取り消さなければならない。ただし、原審における審理の経過、事件の性質、抗告の理由等に照らして原審判を取り消さないことを相当とする特別の事情があると認めるときは、この限りでない。

- 2 抗告裁判所は、家事審判事件が管轄違いであることを理由として原審判を取り消すときは、その事件を管轄権を有する家庭裁判所に移送しなければならない。

(家事審判の手續の規定及び民事訴訟法の準用等)

第九十三条 審判に対する即時抗告及びその抗告審に関する手續については、特別の定めがある場合を除き、前節第一款から第八款までの規定（第四十条、第四十一条第四項、第四十二条第六項、第四十三条第二項、第四十四条第二項、第四十七条第八項から第十項まで、第四十八条、第四十九条第六項、第六十六条、第六十七条第四項、第七十四条第二項ただし書、第四項及び第五項、第七十六条第一項ただし書、第七十七条第三項から第五項まで、第七十八条第四項、第八十一条第三項並びに第八十三条の規定を除く。）、第四節の規定（第一百五条第二項、第一百条、第一百一条及び第一百三十三条の規定を除く。）及び次章の規定（家庭裁判所の管轄及び即時抗告に関する規定を除く。）を準用する。この場合において、第七十八条第一項第二号中「即時抗告をすることができる審判」とあるのは、「家庭裁判所の審判であるとした場合に即時抗告をすることができる審判に代わる裁判」と読み替えるものとする。

2 抗告裁判所は、第八十八条第一項の規定による抗告状の写しの送付及びこれに代わる即時抗告があったことの通知をすることを要しないときは、前項において準用する第七十一条の規定による審理の終結の手續を経ることなく、即時抗告を却下し、又は棄却することができる。

3 民事訴訟法第二百八十三条、第二百八十四条、第二百九十二条、第二百九十八条第一項、第二百九十九条第一項、第三百二条、第三百三条及び第三百五条から第三百八条までの規定は、審判に対する即時抗告及びその抗告審に関する手續について準用する。この場合において、同法第二百九十二条第二項中「第二百六十一条第三項、第二百六十二条第一項及び第二百六十三条」とあるのは「家事事件手続法第八十二条第五項及び第八十三条」と、同法第三百三条第五項中「第八十九条」とあるのは「家事事件手続法第二百九十一条」と読み替えるものとする。

(特別抗告をすることができる裁判等)

第九十四条 家庭裁判所の審判で不服を申し立てることができないもの及び高等裁判所の家事審判事件についての決定に対しては、その裁判に憲法の解釈の誤りがあることその他憲法の違反があることを理由とするときに、最高裁判所に特に抗告をすることができる。

2 前項の抗告（以下「特別抗告」という。）が係属する抗告裁判所は、抗告状又は抗告理由書に記載された特別抗告の理由についてのみ調査をする。

(原裁判の執行停止)

第九十五条 特別抗告は、執行停止の効力を有しない。ただし、前条第二項の抗告裁判所又は原裁判所は、申立てにより、担保を立てさせて、又は立てさせないで、特別抗告について裁判があるまで、原裁判の執行の停止その他必要な処分を命ずることができる。

2 前項ただし書の規定により担保を立てる場合において、供託をするには、担保を立てるべきことを命じた裁判所の所在地を管轄する家庭裁判所の管轄区域内の供託所にしなければならない。

3 民事訴訟法第七十六条、第七十七条、第七十九条及び第八十条の規定は、前項の担保について準用する。

(即時抗告の規定及び民事訴訟法の準用)

第九十六条 第八十六条第二項、第八十七条から第八十九条まで、第九十一条第一項及び第九十三条の規定は、特別抗告及びその抗告審に関する手續について準用する。この場合におい

て、第八十七条第六項中「及び第五項」とあるのは、「から第六項まで」と読み替えるものとする。

- 2 民事訴訟法第三百十四条第二項、第三百十五条、第三百十六条（第一項第一号を除く。）、第三百二十一条第一項、第三百二十二条、第三百二十五条第一項前段、第二項、第三項後段及び第四項、第三百二十六条並びに第三百三十六条第二項の規定は、特別抗告及びその抗告審に関する手続について準用する。この場合において、同法第三百十四条第二項中「前条において準用する第二百八十八条及び第二百八十九条第二項」とあるのは「家事事件手続法第九十六条第一項において読み替えて準用する同法第八十七条第六項」と、同法第三百十六条第二項中「対しては」とあるのは「対しては、一週間の不変期間内に」と、同法第三百二十二条中「前二条」とあるのは「家事事件手続法第九十四条第二項の規定及び同法第九十六条第二項において準用する第三百二十一条第一項」と、同法第三百二十五条第一項前段及び第二項中「第三百十二条第一項又は第二項」とあるのは「家事事件手続法第九十四条第一項」と、同条第三項後段中「この場合」とあるのは「差戻し又は移送を受けた裁判所が裁判をする場合」と、同条第四項中「前項」とあるのは「差戻し又は移送を受けた裁判所」と読み替えるものとする。

（許可抗告をすることができる裁判等）

第九十七条 高等裁判所の家事審判事件についての決定（次項の申立てについての決定を除く。）

に対しては、第九十四条第一項の規定による場合のほか、その高等裁判所が次項の規定により許可したときに限り、最高裁判所に特に抗告をすることができる。ただし、その決定が家庭裁判所の審判であった場合に即時抗告をすることができるものであるときに限る。

- 2 前項の高等裁判所は、同項の決定について、最高裁判所の判例（これがない場合にあっては、大審院又は上告裁判所若しくは抗告裁判所である高等裁判所の判例）と相反する判断がある場合その他の法令の解釈に関する重要な事項を含むと認められる場合には、申立てにより、抗告を許可しなければならない。
- 3 前項の申立てにおいては、第九十四条第一項に規定する事由を理由とすることはできない。
- 4 第二項の規定による許可があった場合には、第一項の抗告（以下この条及び次条第一項において「許可抗告」という。）があったものとみなす。
- 5 許可抗告が係属する抗告裁判所は、第二項の規定による許可の申立書又は同項の申立てに係る理由書に記載された許可抗告の理由についてのみ調査をする。
- 6 許可抗告が係属する抗告裁判所は、裁判に影響を及ぼすことが明らかな法令の違反があるときは、原決定を破棄することができる。

（即時抗告等の規定及び民事訴訟法の準用）

第九十八条 第八十六条第二項、第八十七条（第四項及び第五項を除く。）、第八十八条、第八十九条、第九十一条第一項、第九十三条及び第九十五条の規定は、許可抗告及びその抗告審に関する手続について準用する。この場合において、第八十六条第二項、第八十七条第一項、第二項第二号及び第三項、第八十八条第一項並びに第八十九条第二項中「即時抗告」とあり、第八十七条第六項中「即時抗告の提起」とあり、並びに第九十五条第一項本文中「特別抗告」とあるのは「第九十七条第二項の申立て」と、第八十七条第一項、第二項及び第六項、第八十八条並びに第九十三条第二項中「抗告状」とあるのは「第九十七条第二項の規定による許可の申立書」と、第九十一条第一項並びに第九十三条第一項前段、第二項及び第三項中「即

時抗告」とあり、並びに第九十五条第一項ただし書中「特別抗告」とあるのは「許可抗告」と読み替えるものとする。

- 2 民事訴訟法第三百十五條及び第三百三十六條第二項の規定は前條第二項の申立てについて、同法第三百十八條第三項の規定は前條第二項の規定による許可をする場合について、同法第三百十八條第四項後段、第三百二十一條第一項、第三百二十二條、第三百二十五條第一項前段、第二項、第三項後段及び第四項並びに第三百二十六條の規定は前條第二項の規定による許可があった場合について準用する。この場合において、同法第三百十八條第四項後段中「第三百二十條」とあるのは「家事事件手続法第九十七條第五項」と、同法第三百二十二條中「前二條」とあるのは「家事事件手続法第九十七條第五項の規定及び同法第九十八條第二項において準用する第三百二十一條第一項」と、同法第三百二十五條第一項前段及び第二項中「第三百十二條第一項又は第二項」とあるのは「家事事件手続法第九十七條第二項」と、同條第三項後段中「この場合」とあるのは「差戻し又は移送を受けた裁判所が裁判をする場合」と、同條第四項中「前項」とあるのは「差戻し又は移送を受けた裁判所」と読み替えるものとする。

(不服申立ての対象)

第九十九條 審判以外の裁判に対しては、特別の定めがある場合に限り、即時抗告をすることができる。

(受命裁判官又は受託裁判官の裁判に対する異議)

第一百條 受命裁判官又は受託裁判官の裁判に対して不服がある当事者は、家事審判事件が係属している裁判所に異議の申立てをすることができる。ただし、その裁判が家庭裁判所の裁判であるとした場合に即時抗告をすることができるものであるときに限る。

- 2 前項の異議の申立てについての裁判に対しては、即時抗告をすることができる。

(即時抗告期間等)

第一百一條 審判以外の裁判に対する即時抗告は、一週間の不変期間内にしなければならない。ただし、その期間前に提起した即時抗告の効力を妨げない。

- 2 前項の即時抗告は、特別の定めがある場合を除き、執行停止の効力を有しない。ただし、抗告裁判所又は原裁判所は、申立てにより、担保を立てさせて、又は立てさせないで、即時抗告について裁判があるまで、原裁判の執行の停止その他必要な処分を命ずることができる。

- 3 第九十五條第二項及び第三項の規定は、前項ただし書の規定により担保を立てる場合における供託及び担保について準用する。

(審判に対する不服申立ての規定の準用)

第一百二條 前款の規定（第八十五條第一項、第八十六條第一項並びに第八十八條及び第八十九條（これらの規定を第九十六條第一項及び第九十八條第一項において準用する場合を含む。）の規定を除く。）は、裁判所、裁判官又は裁判長がした審判以外の裁判に対する不服申立てについて準用する。

○ 民法

(居所の指定)

第八百二十一條 子は、親権を行う者が指定した場所に、その居所を定めなければならない。

○ 民事訴訟法

(送達場所等の届出)

第一百四条 当事者、法定代理人又は訴訟代理人は、送達を受けるべき場所（日本国内に限る。）を受訴裁判所に届け出なければならない。この場合においては、送達受取人をも届け出ることができる。

2 前項前段の規定による届出があった場合には、送達は、前条の規定にかかわらず、その届出に係る場所においてする。

3 (略)

(2) 本手続において再審を認めるべきか。

(補足説明)

1 重大な瑕疵のある裁判の効力をそのまま存続させることが相当でないことは、一般に、訴訟事件だけでなく非訟事件についても同様であると解され、非訟事件手続法及び家事事件手続法においても、事件を完結する裁判で確定したものに対する再審を認め、その申立て及びこれに関する手続について民事訴訟法第4編の規定を準用するなどしている（非訟事件手続法第83条、家事事件手続法第103条）。

本手続においても、重大な瑕疵が存在していたのにこれを認識せずに子の返還命令の申立てについての裁判がされた場合には、その裁判の効力をそのまま存続させることが相当でないことは他の裁判と同様であるから、家事事件手続法等と同様に再審を認めるのが相当であるとも考えられる。

もっとも、子の返還命令が執行された後に再審の申立てを認めることは、子の監護環境を不安定なものとし、子の利益に反すると考えられるから、子が返還された後は再審を認めないとする考え方もあると考えられる。

他方、子の返還の申立てを却下する裁判については、その手続に重大な瑕疵があったとしても、再度、子の返還の申立てをすることで足りるとも考えられる。もっとも、再度の返還の申立ては、子の連れ去り後1年が経過していた場合には、本条約第12条第2項との関係で申立人が不利益を受けるから、前手続の再開続行である再審により裁判を是正するのが相当であるとも考えられる。

なお、仮に再審を認める場合には、基本的には、民事訴訟法第4編の規定によることとする家事事件手続法の規律と同様の規律を設けるのが相当であると考えられる。

(参照条文)

○ 家事事件手続法

(再審)

第百三条 確定した審判その他の裁判（事件を完結するものに限る。第五項において同じ。）に対しては、再審の申立てをすることができる。

2 再審の手続には、その性質に反しない限り、各審級における手続に関する規定を準用する。

3 民事訴訟法第四編の規定（同法第三百四十一条及び第三百四十九条の規定を除く。）は、第一項の再審の申立て及びこれに関する手続について準用する。この場合において、同法第三百四十八条第一項中「不服申立ての限度で、本案の審理及び裁判をする」とあるのは、「本案の審理及び裁判をする」と読み替えるものとする。

4 前項において準用する民事訴訟法第三百四十六条第一項の再審開始の決定に対する即時抗告は、執行停止の効力を有する。

5 第三項において準用する民事訴訟法第三百四十八条第二項の規定により審判その他の裁判に対する再審の申立てを棄却する決定に対しては、当該審判その他の裁判に対し即時抗告をすることができる者に限り、即時抗告をすることができる。

(執行停止の裁判)

第百四条 裁判所は、前条第一項の再審の申立てがあった場合において、不服の理由として主張した事情が法律上理由があるとみえ、事実上の点につき疎明があり、かつ、執行により償うことができない損害が生ずるおそれがあることにつき疎明があったときは、申立てにより、担保を立てさせて、若しくは立てさせないで強制執行の一時の停止を命じ、又は担保を立てさせて既にした執行処分を取消しを命ずることができる。

2 前項の規定による申立てについての裁判に対しては、不服を申し立てることができない。

3 第九十五条第二項及び第三項の規定は、第一項の規定により担保を立てる場合における供託及び担保について準用する。

3 4 子の返還の実現方法

裁判所による子の返還の強制執行については、間接強制によるものとするかどうか。

それ以外の子の返還の実現方法としては、家庭裁判所による履行勧告が考えられるが、他にどのようなものが考えられるか。

(補足説明)

1 現在、我が国においては、国内における子の引渡しの強制執行としては、間接強制（民事執

行法第172条)が行われているほか、具体的な明文規定はないものの、実務上、一定の要件の下で直接強制が行われている(注1)。

2 しかしながら、条約に基づく子の返還手続においては、我が国において実体権として承認された権利(監護権など)の実現を目的とするものではないという特殊性を有し、必ずしも国内における子の引渡しの執行方法と同様に考える必要はないと考えられる(注2)。そして、以下に述べるとおり、条約に基づく子の返還手続においては、間接強制による強制執行を認めることが相当であると考えられ、(国家機関が)子を直接的に相手方の下から取り上げ、これを返還するような執行方法については、概要、次のような問題点があると考えられる。

(1) 条約に基づく子の返還において、国家機関が子を直接的に相手方の下から取り上げ、常居所地国への返還等をさせることを認めることは、子の福祉の観点から適切ではないものと考えられる。すなわち、子の返還の実現においても、子の福祉を第一に考える必要があるが、条約に基づく子の返還を直接、強制的に実現させる場合には、国内事案以上に不測の事態が生じやすく、子に対して心理的悪影響を及ぼし得る。

(2) この条約の目的からすれば、子を適切に監護できる者に対し適切な方法で引き渡す必要があるが、具体的に誰に、どこで、どのように子を引き渡すのかは、事案によって異なる一方、それを主文に具体的に記載すると小さな事情の変更によって裁判をやり直す必要が生ずるおそれが高まる(「30 裁判」参照)。

(3) 返還命令の主文が「子を常居所地国に返還せよ。」とされた場合、どのような状態を実現すれば債務の本旨に従った履行がされたといえるのか明確でなく、執行終了の基準を立てるのが困難であるという問題がある。

(4) 返還すべき者が自ら履行することを前提とする間接強制の方が、子の友好的な返還や安全な返還を実現しやすく、子の福祉への侵害の程度は相対的に低いと考えられる(注3)。

3 その他、我が国において、ハーグ条約に基づく子の返還の実現方法としては、家庭裁判所による履行勧告を認めることが考えられる。

(注1) 国内における子の引渡しについては、その引渡請求権の法的性質をどう考えるかについても争いがあり、以下のとおり、執行方法をめぐっても議論がある。

① 間接強制説

この立場には、①子の引渡請求権は親権ないし監護権に基づく妨害排除請求権であり、作為請求であり、非代替的な性質を有すると理解することを理由とするものと、②幼児には人格が

あり、物と同一視するのは相当ではないとして、子の人格尊重の観点等から、間接強制のみが許されることを理由とするものがある。

② 直接強制説

子の引渡請求権は単なる妨害排除請求権にとどまらず、引渡請求権としての性質をもつとし、民事執行法第169条を類推適用し、動産の引渡執行に準じた方法により、子を執行官が引渡義務者から取り上げて引渡権利者に渡すことが可能とする見解である。子の福祉に適うとされた判断を直接強制によって実現することこそ子の福祉に適うこと、直接強制を否定することは自力救済を誘発する危険性があることなどを理由とする。

③ 折衷説（間接強制を基本とし、一定の場合に直接強制を認める説）

意思能力のない子に対しては直接強制を認める説、子が奪い去られた場合には直接強制を認める説、間接強制の実効性がないときに直接強制を認める説等がある。

（注2）子の返還の実現方法は、具体的な主文の在り方とも関係する。

（注3）間接強制を利用できるとしても、主文において申立人への引渡しではなく、常居所地国への返還を命じた場合、強制金の支払を申立人が受けられるとすることは相当でないとも思われる。しかし、申立人は、条約上子を常居所地国へ返還するよう求める権利を有していると観念することができることを踏まえると、支払を受けられるとすることも可能ではないか。

（注4）子の返還の実現方法として、裁判制度（「**35 調停**」の項も参照）を利用する以外にも、条約上、子の任意の返還を確保し、又は問題の友好的な解決をもたらすこと（条約第7条第2項c）や、子の安全な返還を確保するための必要かつ適当な行政上の措置をとること（同項h）は、中央当局の任務権限とされていることから、既に述べた裁判所における実現方法を含む子の返還の実現に際して、その安全の確保につき中央当局がいかなる役割を担うべきか今後検討される必要がある。

（参考）

○ フランスでは、通常の民事事件であれば、執行官による直接強制が可能であるが、子の返還命令については、直接強制が認められていない（参考資料5P58）。

○ ドイツでは、第二段階の命令（「**30 裁判**」参照）のみ債務名義とされているところ、裁判所は、これによって秩序金の支払を命じ、または秩序拘禁を命ずることができるほか、直接強制を命ずることもでき、その中で最も適当なものを選択できる。執行官が直接強制を行うためには、裁判所が執行官に対して、①子を相手方から引き取り、申立人又は申立人が指定する第

三者に引き渡すよう指示すること、②引渡義務を負う者の妨害を排除し、その住居を捜索する権限を与えることが必要になる（参考資料5 P40）。

- 英国では、相手方が子の返還を妨害するような場合には、執達吏に援助を求め、子の捜索や返還命令の執行を委ねることができる。執達吏は、子の家まで行き、子を引き取り、空港に連れて行き、出国手続をとり、乗務員に子を引き渡すまでの一連の事務を行う権限をもつ。ただし、当事者が旅費を支払うことができない場合には子の返還命令は執行され得ない。（参考資料5 P89）

（参照条文）

- 家事審判法

第十五条の五 家庭裁判所は、権利者の申出があるときは、審判で定められた義務の履行状況を調査し、義務者に対して、その義務の履行を勧告することができる。

- 家事事件手続法

（義務の履行状況の調査及び履行の勧告）

第二百八十九条 義務を定める第三十九条の規定による審判をした家庭裁判所（第九十一条第一項（第九十六条第一項及び第九十八条第一項において準用する場合を含む。）の規定により抗告裁判所が義務を定める裁判をした場合にあつては第一審裁判所である家庭裁判所、第二百五条第二項の規定により高等裁判所が義務を定める裁判をした場合にあつては本案の家事審判事件の第一審裁判所である家庭裁判所。以下同じ。）は、権利者の申出があるときは、その審判（抗告裁判所又は高等裁判所が義務を定める裁判をした場合にあつては、その裁判。次条第一項において同じ。）で定められた義務の履行状況を調査し、義務者に対し、その義務の履行を勧告することができる。

2 義務を定める第三十九条の規定による審判をした家庭裁判所は、前項の規定による調査及び勧告を他の家庭裁判所に囑託することができる。

3 義務を定める第三十九条の規定による審判をした家庭裁判所並びに前項の規定により調査及び勧告の囑託を受けた家庭裁判所（次項から第六項までにおいてこれらの家庭裁判所を「調査及び勧告をする家庭裁判所」という。）は、家庭裁判所調査官に第一項の規定による調査及び勧告をさせることができる。

- 4 調査及び勧告をする家庭裁判所は、第一項の規定による調査及び勧告に関し、事件の関係人の家庭環境その他の環境の調整を行うために必要があると認めるときは、家庭裁判所調査官に社会福祉機関との連絡その他の措置をとらせることができる。
- 5 調査及び勧告をする家庭裁判所は、第一項の規定による調査及び勧告に必要な調査を官庁、公署その他相当と認める者に囑託し、又は銀行、信託会社、関係人の使用者その他の者に対し関係人の預金、信託財産、収入その他の事項に関して必要な報告を求めることができる。
- 6 調査及び勧告をする家庭裁判所は、第一項の規定による調査及び勧告の事件の関係人から当該事件の記録の閲覧等又はその複製の請求があった場合において、相当と認めるときは、これを許可することができる。
- 7 前各項の規定は、調停又は調停に代わる審判において定められた義務（高等裁判所において定められたものを含む。次条第三項において同じ。）の履行及び調停前の処分として命じられた事項の履行について準用する。

○ 民事執行法

（動産の引渡しの強制執行）

第六十九条 第六十八条第一項に規定する動産以外の動産（有価証券を含む。）の引渡しの強制執行は、執行官が債務者からこれを取り上げて債権者に引き渡す方法により行う。

- 2 第二百二十二条第二項、第二百二十三条第二項及び第六十八条第五項から第八項までの規定は、前項の強制執行について準用する。

（間接強制）

第七十二条 作為又は不作為を目的とする債務で前条第一項の強制執行ができないものについての強制執行は、執行裁判所が、債務者に対し、遅延の期間に応じ、又は相当と認める一定の期間内に履行しないときは直ちに、債務の履行を確保するために相当と認める一定の額の金銭を債権者に支払うべき旨を命ずる方法により行う。

- 2 事情の変更があつたときは、執行裁判所は、申立てにより、前項の規定による決定を変更することができる。
- 3 執行裁判所は、前二項の規定による決定をする場合には、申立ての相手方を審尋しなければならない。
- 4 第一項の規定により命じられた金銭の支払があつた場合において、債務不履行により生じた損害の額が支払額を超えるときは、債権者は、その超える額について損害賠償の請求をす

ることを妨げられない。

5 第一項の強制執行の申立て又は第二項の申立てについての裁判に対しては、執行抗告をすることができる。

6 前条第二項の規定は、第一項の執行裁判所について準用する。

第一百七十三条 第百六十八条第一項、第百六十九条第一項、第一百七十条第一項及び第一百七十一条第一項に規定する強制執行は、それぞれ第百六十八条から第一百七十一条までの規定により行うほか、債権者の申立てがあるときは、執行裁判所が前条第一項に規定する方法により行う。この場合においては、同条第二項から第五項までの規定を準用する。

2 前項の執行裁判所は、第三十三条第二項各号（第一号の二及び第四号を除く。）に掲げる債務名義の区分に応じ、それぞれ当該債務名義についての執行文付与の訴えの管轄裁判所とする。

3 5 調停

子の返還の調停の在り方について、どのように考えるか。

(補足説明)

1 合意による解決について

条約が志向する合意による友好的解決（第7条第2項c、第10条参照）の方法として調停又は裁判上の和解（「**3 2 取下げ、裁判上の和解等**」参照）類似の手続が考えられる。

現在、家族の問題を扱う司法手続としての協議手続としては、家庭裁判所における調停手続があり、涉外事件においても活用されているが、条約に基づく子の返還事件については、条約の枠組み、外国法制や他国の文化的背景等に関する専門的知見が必要であるほか、迅速処理の要請が強いことなどを考慮すると、現在の家事調停によることが相当か、引き続き検討する必要がある（注）。

他方で、裁判上の和解類似の合意による解決のための手続をおくことは、任意の履行を確保する上で有益と考えられるところであり、迅速な裁判手続を要請する条約の趣旨とも合致するものと思われる。これを具体的に実現する手続として、当該合意に執行力を付与し、手続終了効を付与することが考えられる。

(注)

現在の家事調停手続によることが相当かについては、次の点を考慮する必要がある。

- ① 返還のための手続に先行する家事調停を認めるか（その場合に、調停不成立の場合に審判に移行するものとするか）、返還のための手続において調停に付した場合のみ行う（いわば、民事訴訟における和解に相当するもの）とし、それ以外の調停の役割は民間型ADR等に委ねることとするか。

この点については、少なくとも、条約における迅速処理の要請の中で、調停手続を決定（審判）手続に先行させる余地を認めることは相当でないと思われる。

- ② 調停委員会による調停を基本として考えるか（家事事件手続法第247条第1項ただし書参照）、裁判官のみによる調停を基本として考えるか。
- ③ 当事者の意思に反してでも調停に付することができることとするか。
- ④ 調停に用いられた資料を返還命令の手続に用いることができるということによいか。
- ⑤ 民間型ADRとの役割分担をどのように考えるか。

例えば、合意による友好的な解決のための当事者間の話合いの対象として考えられるものとしては、

ア 子の返還の合意（具体的な返還の段取りを含む。）

イ 面会交流の合意及びその実施のための段取り（子の返還に代わるもの、又は子の返還までの間のもの）

ウ 返還命令がされた後の返還実施のための段取り

等多岐にわたり得るが、家庭裁判所の調停では、ウは既に返還命令が出されているので、扱いにくいという問題があるように思われる。

(参考)

英国では、控訴院（Court of Appeal）に家事事件のための独自のADRスキームがある。当事者が調停に応ずることに同意した場合には、控訴院が調停手続を主導し、控訴院が調停人を指名し、あらゆる実際上の対立点を解決させるものである。調停が行われる場合にも、子奪取条約に基づく返還手続に遅滞を生じさせないように、裁判手続と並行して行われる。ただし、実際に調停手続が利用される例はまだ少ない（参考資料5 p66）。

2 その他のADRの利用について

家事調停に代わるもの又は補完するものとして、民間型ADRを活用することが考えられる。民間型ADRにおいては自主的な返還の合意の仲介のほか、返還命令後の調整を行うことが可能である。現在我が国で民間型ADRと呼ばれているものには、「裁判外紛争解決手続の利用の促進に関する法律」に基づき法務大臣の認証を受けた事業者が行う紛争解決手続、弁護士会等が行っている仲裁手続や和解あっせん手続等がある。諸外国においては、本条約に基づく子の返還手続又は渉外家族関係事件に特化した紛争解決機関が活用され、一定の成果を上げており、我が国においても活用が期待される。なお、裁判外で民間型ADRを利用することとした場合、その結果に執行力は認められず、将来の強制執行に備えたい場合については、なお検討する。

(参考)

ドイツでは、国際的な子の奪取事件のための調停を行う民間団体 (Mediation bei internationalen Kindschaftskonflikten: MiKK) が組織されており、裁判の期日の直前に調停の期日を入れて外国に所在する申立人が参加しやすいようにするなど、中央当局、家庭裁判所及び民間団体が協力し、円滑な運用に努めている。また、調停によって合意が成立した場合は、家庭裁判所における審理期日で裁判官に合意内容が示され、それに沿った判断がなされる。MiKKによる調停は、父母の文化的及び社会的背景に理解がある調停人によって行われ、通常は法律家と社会心理士、そして男女1名ずつを組み合わせるよう工夫されているようである (参考資料5P10)。

調停を通じて当事者が合意に達すると、弁護士を介して裁判官に通知がなされ、それに基づく裁判上の和解がなされる。内容としては、①奪取親は子を任意に返還すること、②子の返還後、その常居所地国において監護権者の決定のための調停を行うこととし、その調停が終了するまでは、裁判所に監護権者の決定を申立てないこと、③奪取親 (母) には子との面接権が認められること、④申立人 (父) は、奪取親と子に扶養料を支払うこと、⑤申立人 (父) は、奪取親と子に住居を提供すること、⑥申立人 (父) は、子の返還及び子との面会交流のための旅費その他の費用を支払うこと、⑦子の返還後、奪取親は本国領事館に通知をし、パスポートを預けることなどであり、英米法系諸国においてundertakingの内容とされる事項が、和解で取り決められることが多い (参考資料5P26)。

英国では、国際的な子奪取事件への対応を目的に設立された民間団体 (Reunite) による調停のパイロット・スキームが提案され、このスキームにより子を奪われた親がイングランドまで来なくてすむように電話で調停が行われたケースも少数ある。また、調停により合意内容が確定された後、高等法院にその結果を反映した和解命令 (consent order) を下すよう申立てがなされる。

このパイロット・スキームにおいては、調停手続が子奪取事件を解決する一つの有効な手段であるとの肯定的な結果が示されている (http://www.reunite.org/pages/mediation_pilot_scheme.asp参照) (参考資料 5 P65)。

(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。

(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。

○ 仲裁法

（仲裁判断の執行決定）

第四十六条 仲裁判断に基づいて民事執行をしようとする当事者は、債務者を被申立人として、裁判所に対し、執行決定（仲裁判断に基づく民事執行を許す旨の決定をいう。以下同じ。）を求める申立てをすることができる。

2 前項の申立てをするときは、仲裁判断書の写し、当該写しの内容が仲裁判断書と同一であることを証明する文書及び仲裁判断書（日本語で作成されたものを除く。）の日本語による翻訳文を提出しなければならない。

3 第一項の申立てを受けた裁判所は、前条第二項第七号に規定する裁判機関に対して仲裁判断の取消し又はその効力の停止を求める申立てがあった場合において、必要があると認めるときは、第一項の申立てに係る手続を中止することができる。この場合において、裁判所は、同項の申立てをした者の申立てにより、他の当事者に対し、担保を立てるべきことを命ずることができる。

4 第一項の申立てに係る事件は、第五条第一項の規定にかかわらず、同項各号に掲げる裁判所及び請求の目的又は差し押さえることができる債務者の財産の所在地を管轄する地方裁判所の管轄に専属する。

5 裁判所は、第一項の申立てに係る事件がその管轄に属する場合においても、相当と認めるときは、申立てにより又は職権で、当該事件の全部又は一部を他の管轄裁判所に移送することができる。

6 第一項の申立てに係る事件についての第五条第三項又は前項の規定による決定に対しては、即時抗告をすることができる。

- 7 裁判所は、次項又は第九項の規定により第一項の申立てを却下する場合を除き、執行決定をしなければならない。
- 8 裁判所は、第一項の申立てがあった場合において、前条第二項各号に掲げる事由のいずれかがあると認める場合（同項第一号から第七号までに掲げる事由にあつては、被申立人が当該事由の存在を証明した場合に限る。）に限り、当該申立てを却下することができる。
- 9 前条第三項の規定は、同条第二項第五号に掲げる事由がある場合における前項の規定の適用について準用する。
- 10 第四十四条第五項及び第八項の規定は、第一項の申立てについての決定について準用する。

36 保全的な処分

子の返還手続に関連して、何らかの保全処分を設ける必要があるか。その場合、どのような保全的な処分が考えられるか。

（補足説明）

ハーグ条約に基づく子の返還手続自体が、迅速な手続を予定していることからすれば、子の返還それ自体を命じるような保全的な処分を設ける必要はないものと考えられる。

もっとも、子の返還命令を出す前に、子が国外に出てしまったり、（裁判手続の相手方を誰とするかにもよるが）監護者が変更されてしまったりすることによって返還命令の目的を達することができなくなる場合が考えられるので、現状を維持するための保全的な処分が考えられるか。また、子の返還のために、例えば条約第7条第2項bに規定される「暫定措置をとり、又はとらせることによって、子に対する更なる危害又は利害関係者に対する不利益を防止すること。」の一環として子の再連れ去りを防止するために、裁判所による何らかの保全的な処分を設ける必要があるか。

規定を設ける場合、家事事件手続法に倣って審判前の保全的な処分の規定と同種の規定を設けることが考えられる（同法第105条から第115条まで参照）。もっとも、子の再連れ去りを防止するような保全的な処分は仮の地位を定める仮処分に該当することになるところ、家事事件手続法と同様、相手方の陳述の聴取を必要とすれば、迅速な返還の妨げとなるおそれがあり、また、再連れ去りを防止できないおそれもあることから、検討を要する。

また、具体的な保全的な処分として、単に滞在地の変更を禁止するのみならず、他国で認められているような出国禁止命令を出すことができるかどうかが問題となる。これについては、国外への再連れ去りを防止する手段としては実効的であると考えられる一方、出国禁止命令をどのように実現するのか等の問題もあり、また海外渡航の自由に対する制約にもなることから、実際の判断場面では必要性につき慎重な判断が求められることになると思われる。なお、返還命令後の保全的な処分も履行確保のために有効であると指摘されているところ、どの段階まで保全的な処分を認めるかも問題となる。

(注) 保全的な処分として、子の返還手続の途中で、相手方（例えば、現に監護している者）が変更した場合に備えて、当事者恒定効を認めるような手続を設けることが考えられる。もっとも、①そもそも当事者恒定効を認めて当初の相手方に手続を進行させ、その裁判の効力を新たな監護者に及ぼすことが相当か（手続保障や子の福祉の観点からは、変更後の監護者が手続に加わることができる法制とすべきではないか。）、②具体的な手続が観念し難い（例えば、子の監護を第三者にさせてはならないとすることが考えられるが、そのような命令を出すことが相当か。）などの問題があり、また、家事事件においても同種手続は設けられていないことから慎重な検討が必要である。当事者恒定効を認める発想は、相手方が子の監護の所在を移転させることで手続を遅滞させ、返還を免れることを阻止する点にあると思われるが、子の監護を変更させる背景には様々な原因があり得、一概に非難できないのではないか。もっとも、手続の途中で監護者が変更となった場合でも、手続の途中で判明した場合には既存の手続を活用できるよう、参加や引込みの手続を整備することは考えられる。

(参考)

アメリカ、ドイツ、英国等では、必要な暫定的措置を講じることができる旨の規定が設けられている。オーストラリアでは、より具体的に、裁判所に子どものパスポート及び他の関係者のパスポートを、担当中央当局、オーストラリア連邦警察、命令で特定された人等に引き渡すことを命ずる命令を申立てることができる旨の規定がある（参考資料7）。

ドイツでは、保全的な処分として具体的に、①相手方による子の滞在地の変更を禁止すること、②少年局に対して子の保護措置をとるよう命ずること、③子の居所指定権の一時取上げ、④国境のコントロールを命ずることが可能である（参考資料5 P27）。

(参照条文)

○ 家事事件手続法

(審判前の保全処分)

第一百五條 本案の家事審判事件（家事審判事件に係る事項について家事調停の申立てがあった場合にあっては、その家事調停事件）が係属する家庭裁判所は、この法律の定めるところにより、仮差押え、仮処分、財産の管理者の選任その他の必要な保全処分を命ずる審判をすることができる。

2 本案の家事審判事件が高等裁判所に係属する場合には、その高等裁判所が、前項の審判に代わる裁判をする。

(審判前の保全処分の申立て等)

第一百六條 審判前の保全処分（前条第一項の審判及び同条第二項の審判に代わる裁判をいう。以下同じ。）の申立ては、その趣旨及び保全処分を求める事由を明らかにしてしなければならない。

2 審判前の保全処分の申立人は、保全処分を求める事由を疎明しなければならない。

3 家庭裁判所（前条第二項の場合にあっては、高等裁判所）は、審判前の保全処分の申立てがあった場合において、必要があると認めるときは、職権で、事実の調査及び証拠調べをすることができる。

4 審判前の保全処分の申立ては、審判前の保全処分があった後であっても、その全部又は一部を取り下げることができる。

(陳述の聴取)

第一百七條 審判前の保全処分のうち仮の地位を定める仮処分を命ずるものは、審判を受ける者となるべき者の陳述を聴かなければ、することができない。ただし、その陳述を聴く手続を経ることにより保全処分の目的を達することができない事情があるときは、この限りでない。

(記録の閲覧等)

第一百八條 家庭裁判所（第一百五條第二項の場合にあっては、高等裁判所）は、第四十七條第三項の規定にかかわらず、審判前の保全処分の事件について、当事者から同条第一項又は第二項の規定による許可の申立てがあった場合には、審判前の保全処分の事件における審判を受ける者となるべき者に対し、当該事件が係属したことを通知し、又は審判前の保全処分を告知するまでは、相当と認めるときに限り、これを許可することができる。

(審判)

第九十九条 審判前の保全処分は、疎明に基づいてする。

- 2 審判前の保全処分については、第七十四条第二項ただし書の規定は、適用しない。
- 3 審判前の保全処分の執行及び効力は、民事保全法（平成元年法律第九十一号）その他の仮差押え及び仮処分の執行及び効力に関する法令の規定に従う。この場合において、同法第四十五条中「仮に差し押さえるべき物又は係争物の所在地を管轄する地方裁判所」とあるのは、「本案の家事審判事件（家事審判事件に係る事項について家事調停の申立てがあった場合にあっては、その家事調停事件）が係属している家庭裁判所（当該家事審判事件が高等裁判所に係属しているときは、原裁判所）」とする。

(即時抗告)

第一百条 審判前の保全処分（第五十五条第二項の審判に代わる裁判を除く。次項において同じ。）の申立人は、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。ただし、次に掲げる保全処分の申立てを却下する審判については、この限りでない。

- 一 第二十六条第一項（第三十四条第一項及び第四十三条第一項において準用する場合を含む。）、第五十八条第一項（第二百四十二条第三項において準用する場合を含む。）及び第二百条第一項の規定による財産の管理者の選任又は財産の管理等に関する指示の保全処分
 - 二 第二十七条第一項（第三十五条、第四十四条、第八十一条及び第二百五条第一項において準用する場合を含む。）、第六十六条第一項（同条第五項において準用する場合を含む。）、第七十四条第一項（第二百四十二条第三項において準用する場合を含む。）、第七十五条第三項及び第二百五条第一項の規定による職務代行者の選任の保全処分
- 2 本案の家事審判の申立てについての審判（申立てを却下する審判を除く。）に対し即時抗告をすることができる者は、審判前の保全処分（前項各号に掲げる保全処分を命ずる審判を除く。）に対し、即時抗告をすることができる。

(即時抗告に伴う執行停止)

第一百一十一条 前条第二項の規定により即時抗告が提起された場合において、原審判の取消しの原因となることが明らかな事情及び原審判の執行により償うことができない損害を生ずるおそれがあることについて疎明があったときは、抗告裁判所は、申立てにより、即時抗告についての裁判が効力を生ずるまでの間、担保を立てさせて、若しくは担保を立てることを条件

として、若しくは担保を立てさせないで原審判の執行の停止を命じ、又は担保を立てさせて、若しくは担保を立てることを条件として既にした執行処分の取消しを命ずることができる。審判前の保全処分の事件の記録が家庭裁判所に存する間は、家庭裁判所も、これらの処分を命ずることができる。

- 2 第六十六条第二項及び第三項の規定は、前項の申立てについて準用する。

(審判前の保全処分の取消し)

第一百二十二条 審判前の保全処分が確定した後に、保全処分を求める事由の消滅その他の事情の変更があるときは、本案の家事審判事件（家事審判事件に係る事項について家事調停の申立てがあった場合にあっては、その家事調停事件）が係属する家庭裁判所又は審判前の保全処分をした家庭裁判所は、本案の家事審判の申立てについての審判（申立てを却下する審判を除く。）に対し即時抗告をすることができる者の申立てにより又は職権で、審判前の保全処分の取消しの審判をすることができる。

- 2 本案の家事審判事件が高等裁判所に係属する場合には、その高等裁判所が、前項の審判前の保全処分の取消しの審判に代わる裁判をする。

- 3 第六十六条並びに第九十九条第一項及び第二項の規定は、第一項の審判前の保全処分の取消しの審判及び前項の裁判について準用する。

(即時抗告等)

第一百十三条 前条第一項の審判前の保全処分の取消しの審判の申立人は、申立てを却下する審判（第一百十条第一項各号に掲げる保全処分の取消しの申立てを却下する審判を除く。）に対し、即時抗告をすることができる。

- 2 審判前の保全処分の申立人は、前条第一項の審判前の保全処分の取消しの審判（第一百十条第一項各号に掲げる保全処分の取消しの審判を除く。）及び第一百五十五条において準用する民事保全法第三十三条の規定による原状回復の審判に対し、即時抗告をすることができる。

- 3 第一百十一条の規定は、前二項の規定による即時抗告に伴う執行停止について準用する。

(調書の作成)

第一百十四条 裁判所書記官は、審判前の保全処分の手続の期日について、調書を作成しなければならない。ただし、裁判長においてその必要がないと認めるときは、この限りでない。

- 2 審判前の保全処分の手続については、第四十六条の規定は、適用しない。

(民事保全法の準用)

第一百十五条 民事保全法第四条の規定は審判前の保全処分に関する手続における担保について、

同法第十四条、第十五条及び第二十条から第二十四条まで（同法第二十三条第四項を除く。）の規定は審判前の保全処分について、同法第三十三条の規定は審判前の保全処分の取消しの裁判について、同法第三十四条の規定は第百十二条第一項の審判前の保全処分の取消しの審判について準用する。

第2 子の返還事由・返還拒否事由

1 子の返還事由

子の返還事由については、次のように整理するものとするかどうか。

- ① 子が16歳に達していないこと
- ② 子が我が国に現在すること
- ③ 子が我が国以外の条約締約国に常居所を有していたこと
- ④ 子の常居所地国の法令の下で、申立人が監護権を有しており、かつ、子の連れ去り又は留置が当該監護権を侵害すること
- ⑤ 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場合には、当該連れ去り又は留置がなければ申立人が現実に監護権を行使していたであろうこと

（補足説明）

1 ① 子が16歳に達していないこと

条約第4条第2文によれば、「この条約は、子が十六歳に達した場合には適用しない。」とされていることから、国内担保法においても、同旨の規定を設けるのが相当である。

なお、子が16歳に達した場合には、本条約の適用の前提を欠くこととなるため、直ちに第1審においては子の返還の申立ては却下されることとなり、抗告審においても同様の結論となり、確定後においては、新たな手続に入ることはできなくなるものと考えられる。

2 ② 子が我が国に現在すること

条約第12条第3項によれば、「要請を受けた国の司法当局又は行政当局は、子が他の国に連れ出されたと信ずるに足りる理由がある場合には、当該子の返還のための手続を中止し、又は当該子の返還の申請を却下することができる。」とされていることから、子が我が国に現在する

ことが、子の返還のために必要な要件となるものと考えられる。

したがって、子が我が国に現在しているとの要件を欠くに至った場合には、子の返還の申立ては却下されるものと考えられる。

なお、出入国記録その他の状況から総合的に判断して、日本国内に子が所在することは明らかであるが、国内のどこに所在するのか不明な場合をどのように取扱うか、検討する必要がある。

3 ③ 子が我が国以外の条約締約国に常居所を有していたこと

条約第4条第1文によれば、「この条約は、監護の権利又は接触の権利が侵害される直前にいづれかの締約国に常居所を有していた子について適用する。」とされていることから、国内担保法においても、同旨の規定を設けるのが相当である（注1）。

4 ④ 子の常居所地国の法令の下で、申立人が監護権を有しており、かつ、子の連れ去り又は留置が当該監護権を侵害すること

条約第3条第1項aによれば、子の連れ去り又は留置は、「a 当該連れ去り又は当該留置の直前に当該子が常居所を有していた国の法令に基づいて個人、施設その他の機関が共同又は単独で有する監護の権利を侵害していること」に該当する場合には、不法とするとされていることから、国内担保法においても、同旨の規定を設けるのが相当である。

なお、ここでいう「子の常居所地国の法令」には、子の常居所地国の国際私法によって指定された準拠法を含むものと解するのが相当である。

5 ⑤ 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場合には、当該連れ去り又は留置がなければ申立人が現実に監護権を行使していたであろうこと（注2）

条約第3条第1項bによれば、子の連れ去り又は留置は、「b 連れ去り若しくは留置の時にaに規定する監護の権利が共同若しくは単独で現実に行使されていたこと又は当該連れ去り若しくは当該留置がなかったならば当該権利が共同若しくは単独で現実に行使されていたであろうこと」に該当する場合には、不法とするとされていることから、国内担保法においても、同旨の規定を設けるのが相当である。

なお、ここでいう「当該連れ去り又は留置がなければ申立人が現実に監護権を行使していたであろうこと」としては、例えば、子の連れ去り直前に子の常居所地国の裁判所が監護権に関する既存の決定の変更を行い、しかも、その新しい決定によって付与された監護権について、その行使を開始することが子の連れ去りによって不可能となったような場合が考えられる。

(参考) 中央当局に対する援助申請の要件との関係

中央当局に対する援助申請の際にも、条約上の要件を満たす必要があるが、中央当局の段階で審査される要件と裁判所における子の返還の判断の際に審理される要件との関係について、どのように考えるか問題となる。この点、条約第27条によれば、「申請がこの条約に定める要件を満たしていないこと又は申請に十分な根拠がないことが明白である場合には、中央当局は、当該申請を受理する義務を負わない。」と規定されており、中央当局における審査は形式的な審査が予定されているものと考えられるが、具体的な審査の在り方については、引き続き検討される必要がある。

(注1) 条約第4条1文は、「この条約は、監護の権利又は接触の権利が侵害される直前にいずれかの締約国に常居所を有していた子について適用する。」と規定しているため、例えば、子の返還の援助申請がA国の中央当局から我が国の中央当局にされたが、子の常居所地国はB国であるような場合にも、本条約は適用されることとなるものと考えられる。

(注2) 子の返還事由⑤と子の返還拒否事由②の関係

両要件は、条文上は、一見重複しているように見えるが、両者の関係は次のように考えることができる。

すなわち、申立人が子の監護権を行使していたことは、まず、申立人が主張する必要がある。しかし、申立人が監護権者であるが、現実に監護権を行使していなかったことは、抗弁であり、これを立証するのは返還の拒否を主張する相手方である。

これに対し、現実に監護権を行使していなかったことが立証されたとしても、申立人は、それが連れ去り行為によるものであることを立証することができ、これが子の返還事由⑤であり、いわば申立人の再抗弁と位置付けられる。

2 子の返還拒否事由

子の返還拒否事由については、次のように整理するものとするかどうか。

- ① 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
- 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、又はその後にこれを承諾したこと

④ 次に掲げる事由のいずれかがあること

ア 子に対する暴力等（児童虐待の防止等に関する法律第2条参照）

子が申立人から、i) 身体に外傷が生じ、又は生じるおそれのある暴行を受けたこと、ii) わいせつな行為をされ、又はさせられたこと、iii) 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をされたこと、若しくはiv) 著しい暴言又は著しく拒絶的な対応を受けたこと、v) その他これらに準ずる子の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

イ 相手方に対する言動（児童虐待の防止等に関する法律第2条第4号参照）

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ような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言動を受けるおそれがあること

ウ 相手方が子を常居所地国において監護することができない事情等

次に掲げる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

(ア) 相手方が常居所地国に適法に入国あるいは滞在することができないおそれがあること

(イ) 相手方が常居所地国において逮捕され、又は刑事訴追を受けるおそれがあること

(ウ) 相手方が常居所地国において生計を維持することが著しく困難となるおそれがあること

(エ) その他相手方が子を常居所地国において監護することができない事情があること

エ 包括条項

その他子を常居所地国に返還することが、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

- 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)

- 1 ① 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

条約第12条第2項によれば、「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は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。」とされていることから、国内担保法においても、同旨の規定を設けるのが相当である。

なお、「子が新しい環境になじんだ」場合の認定に当たっては、具体的な認定の方法のほか、子が隠匿されていたために発見までに時間がかかった場合をどのように考えるかなどの問題がある。

- 2 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

条約第13条第1項a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、「子を監護していた個人、施設その他の機関が連れ去り若しくは留置の時に現実に監護の権利を行使していなかったこと」を証明した場合には、当該子の返還を命ずる義務を負わないとされていることから、国内担保法においても、同旨の規定を設けるのが相当である。

- 3 ③ 申立人が子の連れ去り又は留置の前にこれに同意し、又はその後にこれを承諾したこと

条約第13条第1項a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、「当該連れ去り若しくは当該留置の前にこれに同意していたこと又は当該連れ去り若しくは当該留置の後にこれを黙認したこと」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ことから、国内担保法においても、同旨の規定を設けるのが相当である。

4 ④について

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。しかし、条約第13条第1項bの規定は抽象的であるため、条約の文言をそのまま国内担保法における返還拒否事由として採用するだけでは、裁判規範としての明確性の要請という観点からも、当事者の予測可能性の確保という観点からも、適当ではないと考えられる。したがって、国内担保法の作成に当たっては、以下のとおり、具体的に、子に対する重大な危険があるとして条約第13条第1項bに該当する場合を例示した上で、包括的な条項を置くこととするのが相当である。

(1) ア 子に対する暴力等

子が申立人から虐待を受けたことがあり、子を常居所地国に返還した場合、子が更なる虐待を受けるおそれがある場合は、まさに、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場合に該当するものと考えられる。そして、具体的にどのような場合が虐待に該当するかについては、児童虐待の防止等に関する法律第2条を参考にして、例えば、i) 身体に外傷が生じ、又は生じるおそれのある暴行を受けたこと（同条第1号参照）、ii) わいせつな行為をされ、又はさせられたこと（同条第2号参照）、iii) 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をされたこと（同条第3号参照）、iv) 著しい暴言又は著しく拒絶的な対応を受けたこと（同条第4号参照）、v) その他これらに準ずる子の心身に有害な影響を及ぼす言動を受けたことがあること（以下、i) からv) までの言動を「暴力等」という。）を具体的に例示するのが相当である。

したがって、子が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と認められる場合には、返還拒否事由に該当する旨を明らかにするのが相当である。

(2) イ 相手方に対する言動

(1)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ような言動を与え、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言動を受けるおそれがある

ような場合には、間接的に子の心身に有害な影響を及ぼすものといえる。このことは、児童虐待の防止等に関する法律第2条第4号において、児童虐待の定義に「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つ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。）」を含めていることからもうかがえるところである。

したがって、子を常居所地国に返還した場合、子と共に帰国した子と同居する相手方が更にこのような言動を受けるおそれがあると認められる場合にも、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場合に該当するものと考えられ、返還拒否事由に該当する旨を明示するのが相当である。

(3) ウ 相手方が子を常居所地国において監護することができない事情等

本条約に基づき子の返還命令が出された場合であっても、例えば常居所地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、「子を常居所地国に返還したとしても、常居所地国において子を適切に監護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、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場合に該当するものと考えられる。

この点について、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できないか又は合理的に期待できず、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、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、返還により耐え難い状態に置かれるものとなる。

- 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

そこで、我が国の国内担保法の検討においても、上記スイス法を参考にして、「子を常居所地国に返還したとしても、常居所地国において子を適切に監護できる者が誰も存在しない状況」といえる場合を更に分析的に考え、①相手方、すなわち子を連れ帰った者が子を連れて常居所地国に帰国することが不可能又は著しく困難な事情があるため、常居所地国において申立人による子の監護が期待できないことに加え、②一方で相手方以外の者（例えば子を連れ帰られた者である申立人）が常居所地国において子を監護することも子の利益に反するような場合は、条約第13条第1項bに該当するものと考えるのが適当かつ相当である。

さらに、上記①相手方が子を連れて帰国することが不可能又は著しく困難な事情についても、既に述べた裁判規範としての明確性や当事者の予測可能性の確保の観点から、国内担保法においては例示することが望ましいことから、各国の裁判例で認められた事案等も参考に分析、検討し、例えば、i) 相手方が常居所地国に適法に入国することあるいは滞在できないおそれがあること、ii) 相手方が常居所地国において逮捕され、又は刑事訴追を受けるおそれがあること、iii) 相手方が常居所地国において生計を維持することが著しく困難となるおそれがあることのほか、包括条項として、同旨の規定を国内担保法において設けるのが相当であると考えられる。

以上のことから、子の返還拒否事由として、これらの事由を具体的に明記した規定を設けるのが相当である。

(4) エ 包括条項

アからウまでは、前述のとおり、裁判規範の明確性の要請及び当事者の予測可能性の確保という観点から、条約第13条第1項bに規定される返還拒否事由（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）について、その典型例を示したものであるが、返還の可否についての判断は、これらの典型例以外にも、条約の規定を踏まえ、個々の事案における様々な事情を総合的に勘案して行われるべきであることから、条約第13条第1項bと同様の規定を包括条項として設けるのが相当である。

なお、具体的には、例えば、返還命令によって他の兄弟姉妹と分離されてしまうことに伴う子への心理的影響の程度などが考慮対象となるものと考えられる（（参考2）参照）。

5 ⑤ 子が返還されることを拒み、かつ、子は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

条約第13条2によれば、「司法当局又は行政当局は、また、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。」とされていることから、国内担保法においても、同旨の規定を設けるのが相当である（注1）。

なお、当該要件の認定に当たっては、どのようにして子の年齢と成熟度を判断するのかという問題のほか、子の意見への親（主として相手方）の影響の有無についても問題となる。

6 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

条約第20条によれば、「第十二条の規定に基づく子の返還については、要請を受けた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場合には、拒むことができる。」とされていることから、国内担保法においても、同旨の規定を設けるのが相当である（注2）。

（注1）条約第13条第2項は、他の返還拒否事由を定める条項と異なり、相手方による証明については明示的に規定されていない。しかしながら、条約第13条第2項の要件が認められると、その効果は、子を常居所地国に返還しない一事情となるため、この要件が認められない場合の不利益は相手方が負うものと解される（いわゆる客観的証明責任）。その上で、当該要件についての裁判資料の収集方法についてどのように考えるか（いわゆる主観的証明責任）については、部会

資料2の「**20 裁判資料の収集方法**」の問題となる。

(注2) 条約第20条も、「第十二条の規定に基づく子の返還については、要請を受けた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場合には、拒むことができる。」と規定している。

(参考1) 諸外国では、返還拒否事由については、専ら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(参考資料7参照)。

(参考2) 兄弟姉妹が引き離されることについて、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では、兄弟姉妹の中に条約第12条第2項に規定される返還拒否事由が認められる子がいる場合、他の兄弟姉妹(ほとんどの場合が、年少の子である。)についても、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認めて、兄弟姉妹全員について返還を拒否するものが頻繁に見られる(参考資料9P100参照)。そのため、このような場合についても、具体的に返還拒否事由として国内担保法上例示するのが相当か、検討する必要がある。

(参考3) 条約第13条が規定する返還拒否事由については、その条約の規定からして、裁判所は、返還拒否事由があることが証明された場合であっても、さらに子の返還を命ずるかどうかにについては裁量権があると解されている。しかしながら、各国の裁判例からは、返還拒否事由があると認めた後で、裁量により返還を命ずる例は、例えば条約第13条第1項bではほとんど見当たらない。なお、諸外国の裁判例の中には、条約第13条第1項bに規定される重大な危険があると認めた上で、undertaking(「30 裁判」参照)とともに子の返還を命ずるものもある(参考資料9P101, 157~158参照)。

また、条約第12条第2項も返還拒否事由が立証された場合には返還拒否しなければならないとは規定していないことから、条約第13条の場合と同様に裁判所には裁量権があるものと考えられる。この場合においては、条約第13条の場合と異なり、いくつかの締約国の裁判例においては、返還拒否事由を認めた上で、子の返還を命じているものが実際にある。なお、条約第20条が規定する返還拒否事由も、その規定からして裁判所に裁量を認めているが、条約第20条の返還拒否事由が認められること自体、ほぼ皆無といってよい。(参考資料9P56参照)

(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。

第3 面会交流関係

条約第21条に規定されている接触の権利 (rights of access) について、特段、条約に特有の裁判手続に関係する規律を設けないものとするかどうか。

(補足説明)

- 1 条約が規定する接触の権利 (rights of access) の内容については、条約第5条bによれば、「一定の期間子をその常居所以外の場所に連れて行く権利を含む」としているのみで、その外延は明らかではないが、条約が規定する「接触」とは、直接の面会のほか、手紙、電話等の媒

体を通じて相互に連絡することを包摂する概念である。

したがって、条約が規定する「接触」は、平成23年法律第61号による改正後の民法第766条に規定する「面会及びその他の交流」(注)と同義であると解される。

我が国においては、現行家事審判法の下においても、新しい家事事件手続法においても、面会交流の取決めの審判及び調停がされる。

- 2 本条約において、面会交流に関する主要な規定は条約第21条であるが、同条は中央当局の役割又は関与について定めているものの、裁判手続の規定については何ら言及がない。
- 3 そうすると、面会交流に関する中央当局の任務・権限の在り方は別にして、少なくとも裁判手続に関する限りにおいては、面会交流のための新たな手続を設けることは、条約上要求されていない。そして、諸外国においても、条約を担保するために、面会交流に関する司法手続を、別途設けている例はない(参考資料5P43, P58, P89, P120, 参考資料7) ことにも鑑みれば、我が国においても、既存の面会交流に関する裁判手続以上に、何らかの手続を設けるまでの必要性はないものと考えられる。
- 4 したがって、条約第21条に規定されている接触の権利について、特段、裁判手続に係る規律を設けないものとするのが相当である。

(注) 平成23年改正後の民法第766条にいう「面会及びその他の交流」とは、「面会」は、実際に父又は母と子が会うことであり、「交流」は、電話による会話や手紙の交換など、「面会」以外の親子の交際方法も含むもので、「面会」を包摂する広い概念である。

(参照条文)

○ 民法(平成23年法律第61号による改正後のもの)

(離婚後の子の監護に関する事項の定め等)

第七百六十六条 父母が協議上の離婚をするときは、子の監護をすべき者、父又は母と子との面会及びその他の交流、子の監護に要する費用の分担その他の子の監護について必要な事項は、その協議で定める。この場合においては、子の利益を最も優先して考慮しなければならない。

2 前項の協議が整わないとき、又は協議をすることができないときは、家庭裁判所が、同項の事項を定める。

3 家庭裁判所は、必要があると認めるときは、前二項の規定による定めを変更し、その他子の監護について相当な処分を命ずることができる。

4 前三項の規定によつては、監護の範囲外では、父母の権利義務に変更を生じない。

○ 家事審判法

(審判事項の分類)

第九条 家庭裁判所は、次に掲げる事項について審判を行う。

甲類 (略)

乙類

四 民法第七百六十六条第一項又は第二項（これらの規定を同法第七百四十九条、第七百七十一条及び第七百八十八条において準用する場合を含む。）の規定による子の監護者の指定その他子の監護に関する処分

2 (略)

(職権調停)

第十一条 家庭裁判所は、何時でも、職権で第九条第一項乙類に規定する審判事件を調停に付することができる。

(義務履行の勧告)

第十五条の五 家庭裁判所は、権利者の申出があるときは、審判で定められた義務の履行状況を調査し、義務者に対して、その義務の履行を勧告することができる。

○ 家事事件手続法

(審判事項)

第三十九条 家庭裁判所は、この編に定めるところにより、別表第一及び別表第二に掲げる事項並びに同編に定める事項について、審判をする。

第五款 家事審判の手続における子の意思の把握等

第六十五条 家庭裁判所は、親子、親権又は未成年後見に関する家事審判その他未成年である子（未成年被後見人を含む。以下この条において同じ。）がその結果により影響を受ける家事審判の手続においては、子の陳述の聴取、家庭裁判所調査官による調査その他の適切な方法により、子の意思を把握するように努め、審判をするに当たり、子の年齢及び発達の程度に応じて、その意思を考慮しなければならない。

(陳述の聴取)

第一百五十二条 (略)

- 2 家庭裁判所は、子の監護に関する処分の審判（子の監護に要する費用の分担に関する処分の審判（子の監護に要する費用の分担に関する処分の審判を除く。）をする場合には、第六十八条の規定により当事者の陳述を聴くほか、子（十五歳以上の者に限る。）の陳述を聴かなければならない。

(給付命令等)

第一百五十四条 (略)

- 2 (略)

- 3 家庭裁判所は、子の監護に関する処分の審判において、子の監護をすべき者の指定又は変更、父又は母と子との面会及びその他の交流、子の監護に要する費用の分担その他の子の看護について必要な事項の定めをする場合には、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。

- 4 (略)

(調停事項等)

第二百四十四条 家庭裁判所は、人事に関する訴訟事件その他家庭に関する事件（別表第一に掲げる事項についての事件を除く。）について調停を行うほか、この編の定めるところにより審判をする。

(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 以下 (略)

(義務の履行状況の調査及び履行の勧告)

第二百八十九条 義務を定める第三十九条の規定による審判をした家庭裁判所（第九十一条第一項）第九十六条第一項及び第九十八条第一項において準用する場合を含む。）の規定により抗告裁判所が義務を定める裁判をした場合にあつては第一審裁判所である家庭裁判所、第二百五条第二項の規定により高等裁判所が義務を定める裁判をした場合にあつては本案の家事審判事件の第一審裁判所である家庭裁判所。以下同じ。）は、権利者の申出があるときは、その審判（抗告裁判所又は高等裁判所が義務を定める裁判をした場合にあつては、その裁判。次

条第一項において同じ。) で定められた義務の履行状況を調査し、義務者に対し、その義務の履行を勧告することができる。

- 2 義務を定める第三十九条の規定による審判をした家庭裁判所は、前項の規定による調査及び勧告を他の家庭裁判所に嘱託することができる。
- 3 義務を定める第三十九条の規定による審判をした家庭裁判所並びに前項の規定により調査及び勧告の嘱託を受けた家庭裁判所(次項から第六項までにおいてこれらの家庭裁判所を「調査及び勧告をする家庭裁判所」という。)は、家庭裁判所調査官に第一項の規定による調査及び勧告をさせることができる。
- 4 調査及び勧告をする家庭裁判所は、第一項の規定による調査及び勧告に関し、事件の関係人の家庭環境その他の環境の調整を行うために必要があると認めるときは、家庭裁判所調査官に社会福祉機関との連絡その他の措置をとらせることができる。
- 5 調査及び勧告をする家庭裁判所は、第一項の規定による調査及び勧告に必要な調査を官庁、公署その他相当と認める者に嘱託し、又は銀行、信託会社、関係人の使用者その他の者に対し関係人の預金、信託財産、収入その他の事項に関して必要な報告を求めることができる。
- 6 調査及び勧告をする家庭裁判所は、第一項の規定による調査及び勧告の事件の関係人から当該事件の記録の閲覧又はその複製の請求があった場合において、相当と認めるときは、これを許可することができる。
- 7 前各項の規定は、調停又は調停に代わる審判において定められた義務(高等裁判所において定められたものを含む。次条第三項において同じ。)の履行及び調停前の処分として命じられた事項の履行について準用する。

別表第二

項	事項	根拠となる法律の規定
婚姻等		
一、二	(略)	
三	子の監護に関する処分	民法第七百六十六条第二項及び第三項(以下略)

四 以下	(略)	
------	-----	--