

## 「日弁連意見書を考える」

ピッツァハウス 23時

日弁連が2011年2月18日付『「国際的な子の奪取の民事面に関する条約」(ハーグ条約)の締結に際し、とるべき措置に関する意見書』を公表しました。これを同年2月21日及び21日、内閣官房、外務省及び法務省に意見書を提出し、最高裁判所に参考送付したとのことでした。

この意見書でとるべき措置の内容として、国内担保法の制定、個人通報制度の受入等、親子法関係情報の提供、関係者の研修、刑事不訴追の要請等が書かれています。

私も全文を一読してみましたが、主語が抜けているためにわからない点、引用文献が少ないためにエビデンスを確認できず釈然としない点があり、この意見書で与えられている情報にいくつかの問題を感じましたので、私なりに感じた意見書に対する問題点を以下に10章に分けて指摘していきたいと思います。

### 【第1章】

まず問題点の一つ目ですが、国内担保法(案)のうち、児童虐待、ドメスティック・バイオレンスが認められる事案や刑事訴追を受ける事案には返還を命じない、とする部分についてです。

意見書の1ページ目に「児童虐待やドメスティック・バイオレンスが認められる事案」とありますが、この主語がありません。誰が主体となってその事実を認めるのか、このページからはわかりません。

この意見書の言葉を借りれば、誰によって指摘されているのか根拠不明なのですが、4ページ「このような構造、及び子の監護権の問題については、原則として常居所地国の司法機関等の判断権を確保しようとする考え方について、それが子の利益に反することとなる場合も相当あるのではないかという点が指摘されている。同条約が規定する不法な連れ去り・留置の範囲が広いため、主たる監護親が他の親の同意を得ずに常居所地国を離れて子とともに日本に帰ってきた場合にも返還が命じられることが多い点も、同条約の構造上の問題として指摘される。」との記述から、子の奪取条約のメカニズムに疑問を呈し、常居所地国の司法機関等の判断権を制限したい意図が推察できます。

そもそも、注意深く読んでみればわかることですが、「主たる監護親が他の親の同意を得ずに常居所地国を離れて子とともに日本に帰ってきた」というその行為自体が、常居所地国の法律に反する可能性があり、また子の利益にも反するかもしれないという子どもが他の親を思う気持ちへの共感の視点が欠けているのです。

「不法な連れ去り・留置の範囲が広い」という点についても、広いと言っているのは主観にすぎません。実際に不法とされるには子の奪取条約第3条第1項でも(a)と(b)の2つの

要件を満たすことが前提です。「(a)子が連れ去られ、又は留置される直前に常居所を有していた国の法律に基づき、個人、施設その他の機関が、共同で又は単独で有する監護権を侵害し、かつ、(b)その連れ去り若しくは留置がなかったならば、その監護権が共同で若しくは単独で現実に実施されていたであろう場合である。この a 号の監護権は、法律上の監護権及び裁判上又は行政権の決定によって付与された監護権の双方を指す」※1

また 4 ページでは「これまでの各締約国による条約の実施状況を見ると、この常居所地国への迅速な返還を重視して例外事由を制限的に解釈適用する結果、親がドメスティック・バイオレンスから逃れて子を連れて自国に戻った場合や親が子と共に常居所地国に戻れば子の連れ去りについて刑事訴追を受ける恐れがあるなどの理由で、子と共に常居所地国への返還に対し異議を述べているにもかかわらず子の返還を命ずるなど、子の利益の観点から問題のある運用が見受けられる。」として、これまでの締約国の運用について事例や報告数も引用せずに決め付けた形で否定的に書かれています。

子の奪取条約の第 12 条第 2 項、第 13 条第 1 項、第 13 条第 2 項、第 20 条には、子の返還を拒否できる規定がありますが、「もとより、これらの規定の適用場面を拡大すると、子の迅速な返還を目的とする条約のメカニズムが機能しなくなるため、厳格な解釈が要請されている」※2 のです。

児童虐待やドメスティック・バイオレンスはもちろん黙認できる行為ではありません。しかし、その問題の解決方法が不法な連れ去り・留置によって根本的に問題が解決できるとは私は考えていません。各地の児童相談所が試行しているように、家族の再統合というものを目指すべきだと思います。ドメスティック・バイオレンスは複雑な課題ですから、危険度評価をしてケースごとに異なる対応が求められますし、加害親にレッテル貼りをして引き離れたままの状態を無責任に継続させるのではなく、「被害親と子どもの安全を守りつつ、また加害親にも暴力的関係性を克服する努力をしてもらいつつ、加害親と子どもの関係性を築いていくことが、長い目で見て子どもの福祉に適い、加害親の更生をも助け、ひいては被害親の安全にもつながるとの認識」※3 に改めることが必要だと強く思います。

この意見書の 8 ページに「ハーグ条約の画一的・機械的な運用」とありますが、むしろドメスティック・バイオレンスに関して画一的・機械的な運用がされているのは、「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」の方で、「申立側は暴力があったことを厳密に証明する必要がない」事や、「裁判所は相手方の反論を聞かずに保護命令を発することができる」ことなどから、虚偽の申立に対する防御の困難さという手続上の問題点が指摘されています。※4

刑事訴追については国際条約ではなく他国の刑法の関係であり、内政干渉とも受け取られかねないので非常にデリケートに扱わなければならない問題です。しかし返還を命じないのでなく、アンダーテキングや罰則に代わる何らかの問題解決プログラムへの参加などを取り決める協定によって、両方の親が子どもにかかわっていく方向で紛争状態を解消するのも一つの方法ではないかと考えます。

※1 西谷祐子『国境を越えた子の奪取をめぐる諸問題』（『家族—ジェンダーと自由と法』水野紀子編）（2006年）東北大学出版会 427 ページ

※2 同上 428 ページ

※3 棚瀬一代『離婚で壊れる子どもたち 心理臨床家からの警告』（2010年）光文社新書 193 - 194 ページ

※4 ウィキペディア「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」（「手続上の問題点」の項）



## 【第2章】

次に問題点の二点目ですが、日弁連意見書の提起する担保法案の2つ目である「返還の審理に際して子の意見が適切に聴取されかつ尊重されるような法制度とすること」について私の見方を述べます。

この部分は国際的な子の奪取の民事面に関する条約第13条第2項及び児童の権利に関する条約第12条にかかわる問題です。

この点につき、日弁連では5ページから6ページにかけて「同様に、子どもの権利条約が子の意見表明権の保障を規定していることを踏まえ、返還の審理に際して、家庭裁判所調査官を関与させる等して、子の意見が適切に聴取されかつ尊重されるよう、子の異議を返還義務の例外と規定する同条約第13条第2項に対応する担保法の規定を実効性あるものとすべきである」として、特に家庭裁判所調査官の関与を提起しています。

また、この記述については「子どもの最善の利益」確保の見地から意見を述べていますが、「子どもの最善の利益」と「子の意思表示の尊重」とは必ずしも一致するものではありません。例えば、子どもが複数の場合「もしそれぞれの子について、別々に条約上の判断を加えたならば、ある子は返還され、別の子は返還を否定されるというような状況に陥ってしまうのである。これにより、一緒に生活していた兄弟姉妹が別々の国へ引き離されることになる」※1ことが懸念されているわけです。

現在の締約国の実務はこの点でどうなっているかというと、調べられた資料が少ないので、主にイングランドが例となりますが、この例外適用の条件として、一応有利な事件であること（*prima facie case*：この場合は奪取者側の反証がなければ返還が確実なこと）や子どもの返還に反対する意思が有効かどうか、特に子の成熟度や年齢が一定に達しているか、などを調査した上で裁判官が最終的に子の意見を採用するのかどうかを判断することになります。※2

イングランドの事案では「リーディング・ケースとされる

*In re S. (A Minor)(Abduction;Custody Rights)*

は裁量により返還が否定されるのは例外的な場面だけであるとしている」※3というのが

原則のようです。

また、意思ということについては意思表示の有効性として、意思主義と表示主義の対立、および民法第 96 条（強迫による意思表示の場合）の問題もあります。特に家庭裁判所調査官を含むすべての大人の誘導によらない子どもの意思確認というのは、子どもに単なる事実を聴取するよりもさらに困難を極めるといってよいでしょう。なぜなら、適切な質問方法や子どもの言語発達についての体系的な学習や訓練が、日本の場合は家庭裁判所調査官にはされていないからです。日本で、誘導によらない面接法の研修を受けているのは家庭裁判所調査官ではなく、ほんの一部の児童相談所の人だけです。

これは刑事司法手続きの話ですが、英国では 1991 年刑事司法法で「面接のビデオ録画を子どもの主たる証拠として用いることが認められました」※4 が、面接の質を高めるために 1992 年「よき実践のためのメモ：MOGP」（Memorandum of Good Practice）が作成され、また改訂版である「刑事手続きにおいて最良の証拠を得るために：子どもを含む弱者、脅えた人々のためのガイドライン」が 2001 年に作成され、弱者や民族的マイノリティへの配慮が強化されました。

「よき実践のためのメモ：MOGP」の段階アプローチのまとめの中で「やってはいけないこと」として次のとおり段階別に示されています。※5

第 1 段階：ラポールの構築・・・面接官のほうから問題となっている出来事に言及してはならない。子どもをじっと見つめたり、触ったりしてはいけない。

第 2 段階：自由語りによる報告・・・子どもが言及していない出来事について直接尋ねてはいけない。子どもの話がとぎれても、すぐに口をはさんではいけない。

第 3 段階：質問・・・この段階では、子どもが話した内容を明確にするための質問すら行ってはいけない。質問をすぐに繰り返さない。文法的、構文的に難しい表現を避ける。一度に 1 つのことしか聞かない。

A 段階：オープン質問（アプローチとして・・・焦点を当てつつも誘導にならないように尋ねる。）

B 段階：特定の内容に関する、しかし誘導にならない質問・・・「うん（はい）」、「ううん（いいえ）」で答えさせるような質問は避ける。

C 段階：クローズ質問（アプローチとして・・・話したがらない子どもにも話してもらうように、回答の選択肢が限られるような質問を行う。）

D 段階：誘導質問・・・同じ答えが期待される質問だけを行わないようにする。

第 4 段階：面接の終結・・・大人の言葉でまとめてしまうことのないようにする。

話は民事面に戻ります。

イングランドでは奪取者の抗弁しだいで子の反対意思表明が発見されるとして、「子の主観的意思を探求することについては否定的である」※6 とされていますが、日本では面接

交渉事案で意向調査と称して主観的意思の探求がされることがあります。

ですから、より正確な意思探求には、子どもの意思の意向調査が奪取者側の親や代理人の強迫・誘導、場合によっては調査官による誘導によらないものであることを確認することが求められ、困難さを極めます。

日弁連意見書の言うように「子どもの最善の利益」を考えるならば、第13条第2項が無理やり適用された場合、奪取した親と奪取された親、双方の親への忠誠葛藤の板ばさみとなることから、本来選べるはずのない選択肢を子どもに選ばせることになり、子どもの心を傷つけることにつながりかねません。

返還した場合、もしくは返還が拒否された場合、どちらであっても、子どもが双方の親へアクセスできる権利が確保されることが「子どもの最善の利益」だと私は考えます。

国際的な子の奪取の民事面に関する条約の起草段階で議論が重ねられ適用範囲が児童の権利に関する条約よりも低い16歳未満(第4条)とされたことから、第13条第2項の適用はイングランドの裁判所の示した原則に沿って限定的であるべきです。

家庭裁判所調査官による関与というものが、誘導によらない意向調査である確実な保障がされていないので、私は現時点で日弁連意見書の提起には賛成しかねます。

※1 樋爪誠「渉外的な子の奪取における返還の否定」立命館法学 2000年3・4号下巻(271・272号)(五. 子の反対意思表示〔一三条二項〕)

※2 同上

※3 同上

※4 M・アルドリッジ J・ウッド 「司法手続きにおける子どものケア・ガイド 子どもの面接法」5ページ

※5 同上 256-257ページ

※6 樋爪誠「渉外的な子の奪取における返還の否定」立命館法学 2000年3・4号下巻(271・272号)(五. 子の反対意思表示〔一三条二項〕)



### 【第3章】

問題点の三点目ですが、担保法案の3つ目に当たる「その他同条約上の中央当局及び返還についての司法機関による審理及び審理手続・証拠方法に関する規定、返還命令の執行に関する規定、上訴に関する規定等を整備すること」についてです。

意見書の6ページで少し具体的に書かれていますが、

- 1 中央当局の指定は司法機関である裁判所が行うべき
- 2 返還手続は司法機関である裁判所が行うべき
- 3 返還手続を管轄する裁判所の指定に関する規定を置く

- 4 返還手続きの審理に関する規定を置く
- 5 決定に対する上訴権の規定を置く
- 6 審理における証拠方法について、書証に限定せず他の証拠方法もされるべき
- 7 例外事由の審理のために必要とされる場合には、審理方法及び期間面でその適正な審理が確保されるような手続とすること

大まかにまとめると、以上のような主張がなされていることとなります。

ここで各論に目を向ける前に、総論として、そもそも「国際的な子の奪取の民事面に関する条約」は何を目的としているのか前文と第2条から考えてみたいと思います。

『子どもの奪取条約は、その前文において、子どもの利益が最も重要であり、①子どもの不法な連れ去り又は拘束から生じる有害な結果から子どもを国際的に保護すること、②子どもの常居所地の国への迅速な返還を保証する手続を確立すること、③面接交渉権の保護を確保するために署名国はこの条約を締結することについて触れており、各締約国における「中央当局」の指定等の必要な国際協力のシステム、子どもの返還を命じる裁判の準則等を定めている』※1

『①締約国に不法に連れ去られた子ども又は締約国に不法に拘束されている子どもの迅速な返還を確保すること、②締約国の法律の下における監護権又は面接交渉権が他の締約国において実効的に尊重されることを確保することを目的（2条）としている。』※2

以上のような子の奪取条約の目的から考えると、子どもを不法に連れ去ることは、原則として子どもに対して有害であることが共通理解として認識されなければなりません。と同時に子どもが両方の親とアクセスできる権利が守られることが非常に重要であることがわかります。これらのことが締約国同士の協力によって国際的に保護することが、条約の効果を実効性あるものとさせるのです。

しかし、日弁連意見書では協力関係によってこの条約が成り立っているという視点が欠落しています。条文の中には締約国間や司法機関と行政機関が協力すべきことが書かれている箇所が複数ありますが、ほとんど関係条文を紹介していない。「第何条ではこういうように書かれているが、こういう問題があるので、日弁連としてはこのようにしたらよいと考える」というような構文がこの部分にはほとんど無い。つまり説明義務を果たしていないのです。

その最たる例が1の中央当局の指定は司法機関である裁判所が行うべき、という意見です。

『中央当局とは、子どもの奪取条約の各締約国において条約を機能させる責任を負う組織であり、多くの国においては、我が国の外務省あるいは法務省に相当する組織が中央当局として機能している。また、中央当局は、対外的には、他の締約国の中央当局と協力する役割を、対内的には、子どもの奪取条約を適用する上で国内の裁判所や行政機関相互の協力を促進する役割を担っている』※3

日本では、批准している国際条約のうち「民事訴訟手続きに関する条約」の関係で「民事訴訟手続きに関する条約の実施に伴う民事訴訟手続きの特例に関する法律」が既に施行されています。この法律では当局は外務大臣に指定されています。批准している条約で実績のある外務省をあえて外すのであるならば、その理由を説明しなければなりません。裁判所が中央当局を指定した場合、本当に第2条に定められた迅速な返還手続きが可能になると考えているのでしょうか？裁判所が抱えている現状、すなわち多忙化や法廷のロースクール化、翻訳スタッフのことなどを考えると、むしろ逆の結果を招くかもしれません。裁判所にはそれなりの役割があります。しかし、行政機関との協力体制が整わないと子の奪取条約が実効的に機能しません。そのことは第7条(f)で規定されていますし、(g)では弁護士やアドバイザーの法律扶助の協力が求められています。

2の「返還手続きは司法機関である裁判所が行うべき」についても、これは中央当局との連携がないと機能しません。第11条第1項でいうところの迅速な手続きとは、公判を開かずして書面審査される略式手続きのようなものであり、これについては裁判所の役割もありますが、あくまでも返還手続きについては締約国同士の協力関係を基礎として中央当局を通じて行動し、奪取された子どもに関する情報を交換し、外国に居住する申立人に対して必要な援助を行い、その他諸々の子どもの福祉を実現するための措置、各関係機関の協力があるのはじめて条約のメカニズムが機能するのです。

3から6にわたる提起についても、どのような規定なのか？あるいはどのような代替の証拠方法があるのか具体性に欠けています。「迅速な審理の要請を害しない限度」で採用されうる証拠方法も具体的に何も提示されていないので比較検討のしようがありません。

7の「例外事由の審理のために必要とされる場合には、審理方法及び期間面でその適正な審理が確保されるような手続とすること」ですが、どのような方法や期間が適正なのか示されていません。そもそも条約を批准していないので日本国には例外事由に係る判例がありません。外国のリーディング・ケースで審理方法や判例を学べばよいのですが、意見書の他の部分を読むとそうではなさそうです。

なぜ子の奪取条約が略式の形をとっているのかと言えば、『子どもの奪取条約の締約国は、不法に子どもを連れ去られた監護権者（共同監護、単独監護を問わない）からの申立てを受けて、条約上の例外事由（返還が子どもを肉体的あるいは精神的危機にさらすこと等）がない限り、居住していた国に子どもが迅速に返還されるように努めること等の義務を負うが、監護権を巡る父母間の争い等については、子どもの返還後に元々子どもが居住していた国の裁判所において決着をつけることになる』※4からです。いわゆる本案については争わないことになっているのです。

このことは、監護権の争いのみならず配偶者間暴力についてもいえるわけで、各締約国の常居所地国においても配偶者からの暴力から守る法制度は当然あるわけで、日本だけが自国において審理されなければならない特別の事情というものは無いはずで

もし仮に、日弁連意見書の企図していることが、本人陳述のような証拠方法や上訴権を取り入れた公判のようなものを多く取り入れることとなれば、代理人たる弁護士の需要は増えるかもしれませんが、手続の迅速性は失われ、当事者は多くのコストを負担することとなるでしょう。そうして審理に時間がかかっているうちに第 12 条第 2 項の子の奪取から 1 年を経過する事も考えられ、新しい環境になじんだとされる場合には返還拒否事由になってしまいます。その前に第 11 条第 2 項で中央当局に要請を開始した日から 6 週間以内に決定が達していない場合には、申立人に遅延理由書の請求権があることも一切考慮されていません。

国民のほとんどは「国際的な子の奪取の民事面に関する条約」の条文をきちんと読んだことがありません。全文が和訳されたものも入手困難なので、ほとんどの人が情報弱者と言えるでしょう。しかし、大変ではあるけれども英文の条文を少しずつ翻訳していくうちに、日弁連意見書の提起していることが当事者の利益、特に子どもの利益に適ったものではないことに気がついてくるでしょう。

第 7 条(c)では、子の返還の自主的な確保のために友好的な解決方法をもたらす措置を講ずることとされています。

関係者それぞれが友好的な解決方法を模索し、親同士の葛藤を低下する努力をするならば、争う事に用いなくても済んだ労力と時間とお金を子どものために用いる事ができるでしょう。そのような意味で、子の奪取条約の条文が適用される場面を増やすのではなく、批准された子の奪取条約が広く知られることによって、子どもにとって有害な親同士の葛藤や子の連れ去り行為を減らす大切な意義を持っているのだと私は信じたいです。

※1 参議院第三特別調査室 大山尚

参議院調査室作成資料 2010 年 8 月 1 日付「立法と調査」307 号

「国際離婚と国境を越えた子どもの連れ去り～子どもの奪取条約について考える～」

※2 同上

※3 同上

※4 同上



【第 4 章】

問題点の四点目は、意見書の担保法案のうち「ハーグ条約に遡及的適用がない旨の確認規定を担保法上定めることや、国内における子の連れ去り等や面会交流事件には適用されないことを担保法上明確化し、かつ周知すること」についてです。

この部分については大きく分けて 2 つの提起がされています。

- 1 ハーグ条約に遡及的適用がない旨の確認規定を担保法上定めること

2 国内における子の連れ去り等や面会交流事件には適用されないことを担保法上明確化し、かつ周知すること

以上の2つです。

この部分の詳細については意見書の6ページ下段(4)ハーグ条約の適用範囲においては次のように書かれています。

「ハーグ条約の適用対象は、国境を越えた子の連れ去り・留置、及び、国境を越えた親子間の面会交流であり、国内における子の連れ去り・留置や面会交流には適用がない。また、ハーグ条約の適用対象は、条約締結発効後の事案に限られ、発効前の国境を越えた子の連れ去りの事案について遡及的に返還義務は生じない。しかしながら、これらの点については、解釈・適用上の混乱を防ぐため、上記適用範囲に関する担保法の規定を明確なものとするとともに、政府においては、誤解や懸念を解消するために正確な情報を提供することと等の適切な措置を講ずるべきである。」

まず、1の法の不遡及についてですが、法の不遡及というのは罪刑法定主義のもとに派生した原則であって、国家権力が恣意的な刑罰を科すことを防止して、国民の権利と自由を保障することを目的とするものです。日本国においては憲法・刑法・刑事訴訟法に規定されています。

この点につき、「ハーグ条約はあくまでも民事に関する条約なので、締結しても連れ去りが日本でいきなり犯罪になったりするようなことはない」※1のです。

民事面では、一般的には物権に関して時効というものが存在します。売掛金に対する請求権などがそれに当たりますが、子どもは物ではありませんので人間として尊重されなければなりません。この点「国際的な子の奪取の民事面に関する条約」では第4条において16歳以上の子どもについては適用対象外とすることと、第12条第2項で、奪取から1年以上が経過して子が新しい環境に馴染んだことが証明された場合に返還拒否できることが規定されていますので、十分に子どもの利益に配慮したものとなっています。

刑事面でない子の奪取条約については不遡及効果を適用させる必要性はありません。むしろ、不遡及効果が適用されることで、適用されるはずだった連れ去られた親と連れて行かれた子どもの基本的人権が侵害されるおそれがあるとも言えます。

また、2の国内の子の連れ去りや面会交流事件には適用されないことを担保法上明確化し、かつ周知すること、についてですが、手続き上、「国際的な子の奪取の民事面に関する条約」が国内における子の連れ去り・留置や面会交流には適用されないことについては、その条約の条文を読めばわかることです。なぜ、自明のことを国内担保法でわざわざ明記する必要があるのでしょうか？

批准をしていない現時点でも、「外国から日本へと子の奪取があった場合に、国内法上、子の引き渡しを迅速かつ強制的に実現するための法的手段は十分に整っていない。とりわけ子に対する監護権に基づいて、子の引き渡しを命ずる家庭裁判所の審判を得たとしても、直接強制が認められなければ、奪取者側が居直った場合に有効な手だてがなくなってしまう

う」※2 という問題点が指摘されています。補充すべきことに言及せず、適用範囲を狭めることしかない提起に「誤解や懸念の解消」とありますが、どこからの目線で言っているのでしょうか？

子の奪取条約が国内事案には適用されず、一方で国内での子の連れ去り・留置や面会交流について色々と問題があるならば、それらの問題を解消し補うため、直接強制力を伴った権限を付与するなどの国内法の整備を提起すべきであって、それは児童の権利に関する条約第9条からも締約国に要請されていることです。

## 児童の権利に関する条約

### 第9条

1 締約国は、児童がその父母の意思に反してその父母から分離されないことを確保する。ただし、権限のある当局が司法の審査に従うことを条件として適用のある法律及び手続に従いその分離が児童の最善の利益のために必要であると決定する場合は、この限りでない。このような決定は、父母が児童を虐待し若しくは放置する場合又は父母が別居しており児童の居住地を決定しなければならない場合のような特定の場合において必要となることがある。

2 すべての関係当事者は、1の規定に基づきいかなる手続においても、その手続に参加しかつ自己の意見を述べる機会を有する。

3 締約国は、児童の最善の利益に反する場合を除くほか、父母の一方又は双方から分離されている児童が定期的に父母のいずれとも人的な関係及び直接の接触を維持する権利を尊重する。

4 3の分離が、締約国がとった父母の一方若しくは双方又は児童の抑留、拘禁、追放、退去強制、死亡（その者が当該締約国により身体を拘束されている間に何らかの理由により生じた死亡を含む。）等のいずれかの措置に基づく場合には、当該締約国は、要請に応じ、父母、児童又は適当な場合には家族の他の構成員に対し、家族のうち不在となっている者の所在に関する重要な情報を提供する。ただし、その情報の提供が児童の福祉を害する場合は、この限りでない。締約国は、更に、その要請の提出自体が関係者に悪影響を及ぼさないことを確保する。

すなわち、児童の権利に関する条約の締約国は、子どもが不法に親から引き離されない権利、定期的に人的な関係及び直接の接触を維持する権利について、国内外を問わず守っていかなければならないのであって、国際間と国内とで対応を分けるなどというご都合主義的なことは書かれていないのです。

これは国際条約ですから一般の法律である担保法に優越するものであり、また日本国憲法第98条においても条約の尊重義務がありますので、立法過程において、条約に反し、国

際間と国内で対応を分けるダブル・スタンダードを認めるような法律は退けられるべきです。また、国会議員には第 98 条を含む憲法を遵守し尊重する義務が第 99 条で課されています。

子の奪取の前文及び第 2 条の目的からしても、不法な連れ去りや面会交流の妨害が日本だけに許されるということは、締約国間の協力で成り立つ子の奪取条約ではあってはならないことです。

逆に考えてみればわかることですが、日本から国外に連れ去られた場合で、その国が国内では不法な連れ去りを法で認めている場合に、連れ去られた親の立場に立って相手国の非協力的な態度がどんなに不公平で許しがたいことか、共感の視点から考えてみることで、そういった事案に対して日本国は抗弁できなくなってしまう可能性があります。

片方の親に無断で不法に子どもを連れ去ることも、子どもが両方の親にアクセスすることを妨害することも、どちらも子どもの最善の利益に反するのだという基本的原則は、どこにおいても貫かれるべきです。

※1 コリン・P・A・ジョーンズ『子どもの連れ去り問題』2011年3月15日 240 ページ

※2 西谷裕子『国境を越えた子の奪取をめぐる諸問題』2006年11月30日 426 ページ



## 【第 5 章】

問題点の 5 つ目は、意見書の担保法案のうち「条約実施の準備及び国民への周知のために、条約実施・担保法施行まで 3 年間程度の周知・準備期間を置くこと」についてです。

意見書の中では、7 ページにおいて「(5)必要な周知・準備期間の検証」の項として、「ハーグ条約について国民に適切な周知をはかり、また本条約及び担保法の的確な運用がなされるよう十分な準備を行うため、条約締結のための国会承認及びハーグ条約担保法の成立後、担保法の施行までには 3 年間程度の期間を置き、条約の締結は担保法の施行時に合わせるべきである。なお、ハーグ条約を締結した場合、同条約及び担保法の施行状況について適切な検証を行い、担保法の見直しや締約国との協議に活かしていくようにすべきである」と論じています。

特に後段の部分については、「同条約に基づく返還がなされた後及び不返還の決定がなされた後の子の監護に関する本案の裁判結果や子の監護の実態についても、締約国の協力を得て、可能な範囲で調査することを検討すべきである」と注釈しています。

ここでは国際条約と法律、2つの施行期日について言及しているわけですが、法律に限って言えば、

「法律の施行については、一般的に国民への周知という観点から一定の期間を置くことが望ましいと考えられています。加えて、その法律の中で政省令への委任がされている場合等には、その準備のためにある程度の期間が必要となります。そのため、公布後一定期間を置いて施行するのがむしろ普通なわけですが、その方法としては、(1)当該法律の附則で確定日として施行期日を定めるものと、(2)他の法令にその定めを委ねるものがあります。いつからその法律が動き出すかということは、特に国民の権利義務に直接影響のある法律の場合には非常に重要な事項ですから、本来は(1)をとることが望ましいのですが、法律の執行の便宜にも配慮する必要があることから、(2)の方法がとられることも多いようです。」  
※1として一定の期間を置くことの必要性が求められています。

そこで、問題はどの程度の期間が適切なのかについてですが参議院法務局では『いずれの方法にしても、どの程度の周知・準備期間が必要なのかということについては、明確な基準があるわけではなく、個々の法律の内容に照らして妥当な線を判断することになります。(2)の方法をとっている法律についてざっと見渡してみると、最短1月から始まって、2月、3月、6月、9月、1年、2年、そして最長3年というのがありますが、準備期間という観点からは、審議会の答申を受けて政省令を定めるというような場合にはある程度余裕を見なくてはなりません、それでも1年以上ということは考えにくいと思われます。1年以上の場合は、制度の大きな改変、社会経済活動への大きな影響といった点で十分な周知期間を設ける必要があるという場合であるといえるでしょう。それでも、1年、2年までは結構例がありますが、3年となると極めて少なく、最近では142回国会において成立した「特定家庭用機器再商品化法」がある程度です。』※2  
と国内事例が紹介されています。

このことから、3年程度の期間を置くと提起している以上、その工程表や具体的な理由を示さなければならないと思いますが、意見書を見る限り根拠のないものとなっています。

現時点でも、日本国がこのハーグ条約に締結していないために、子の不法な連れ去りにより不利益を被っている人が多くいることを考えれば、こうした人権侵害を長く放置するのではなく、その心境を思いやるなら迅速な対応をとることが必要だと考えるのは当然のことです。

周知については3年間だけ周知すれば良いというのではなく、国際結婚をする当事者に外務省などが随時に説明をしていくことで周知が図られるものだと思います。周知は3年で終わるのではなく、継続的に行われるべきものです。ですから、周知のために3年間の期間を置くというのは、意見書の文面だけでは理由になっていません。

また、周知する内容も意見書の他の部分からすると問題があります。ハーグ条約は不法な連れ去りが子どもの情緒面・心理面に多くの悪影響を及ぼすが故に、子の福祉の観点からその行為を未然に防止するためのメカニズムです。不法な連れ去りは絶対ダメ、という一番重要なメッセージが伝わらないと意味がありません。子どもの福祉は国籍を問わず守られるべきものですから、これは国内事例についても同様です。

意見書の後段の部分で本案の裁判結果や子の監護の実態調査について言及されていますが、ここでも主語がありません。中央当局なのか、あるいは裁判所がその役割を果たそうとしているのか判別できません。いずれにしても、子の奪取条約については本案については判断しないことになっていますので、調査した結果を何のために用いるのか情報収集の目的が示されていないとプライバシーを侵害するおそれがあります。仮にその目的が担保法の見直しや締約国との協議への活用なのであれば、当事者不在の国家機関による権力濫用を招きかねません。

この部分については英国の「REUNITE」という機関が先進的な調査研究を行っています。※3

一方で子の奪取条約は、両方の親とのアクセス権の保障を規定していますので、面会交流の適切に確保のために、当事者同意の上で用いられるのであれば全面否定するつもりはありません。子どもには両方の親の愛情が注がれるべきです。

※1 及び 2 参議院法制局ウェブサイト 法制執務コラム集「法律の施行期日」

※3 「国際的な子の引渡し（2・完） 樋爪誠 立命館法学 2008年4号〔320号〕69ページ（973）



## 【第6章】

問題点の6つ目は、「ハーグ締結と同時に、市民的及び政治的権利に関する国際規約第一選択議定書及び女性に対するあらゆる形態の差別の撤廃に関する条約選択議定書を批准し、各条約の個人通報制度を受け入れること」についてです。

「市民的及び政治的権利に関する国際規約」

「女性に対するあらゆる形態の差別の撤廃に関する条約の各選択議定書」

「個人通報制度」

これらを日弁連では政府に強く求めてきたとしています。

意見書の7ページでは「ハーグ条約の実施が国際人権条約に適合的に行われるべきことを国際的に確保するため」というのが同時に批准すべき理由としてあげられています。

個人通報制度というのは意見書で書かれているように「国際人権条約上の人権が侵害され、国内でも救済されない場合に、被害者個人が人権条約委員会に通報し、その委員会の見解を求めて救済を図ろうとする制度」ということです。日本国はこの制度を現時点で導入していません。

ところで、人権規範への適合については子の奪取条約第20条に関連があります。

『イングランドにおいて、二〇条の独自性が強調されることは、あまりないようである。理論的には、例えば「権利の章典」のような個別的具体的人権規範があれば、それらは二〇条で検討されるべきだという主張があり、「欧州人権条約」を英国内法化した「一九九八年人権に関する法律」などがその例としてあげられている。しかし、これら人権を直接扱う規範も二〇条でしか検討されないわけではない。なぜなら、二〇条は返還手続きの過程においてのみ検討されるのであって、包括的、一般的公序法ではない、と批判されている」※1という指摘もあります。

この文献の引用先の注釈では「二〇条は法的判断の中で適用されるのに対し、一三条一項b号は事実の判断又は評価の際に考慮されるところに違いがあるとみる考え方もある。また、子が難民であったり、返還先が内戦状態である場合、二〇条により返還が否定されるという見解もある」※2という認識が紹介されています。

さて、そうしたハーグ条約内での公序及び人権規範との適合性が検討されて返還の判断がされたにも関わらず、さらに個人通報制度を利用して子の奪取条約の適合性を判断する場面というものは果たしてあるのでしょうか？

私は、「市民的及び政治的権利に関する国際規約」「女性に対するあらゆる形態の差別の撤廃に関する条約の各選択議定書」「個人通報制度」は批准・導入されるべきだと考えますが、子の奪取条約の国際人権条約適合性のためだけのために、あるいはそれらの批准の条件として同時批准すべきものではないと思います。批准すべきものは、条件など付けず批准すべきであって、日弁連の提起の動機は不純に感じます。

不法な子の連れ去りこそが、まず人権侵害なのだという認識を持ってほしいと思います。

※1 及び 2 樋爪誠 「渉外的な子の奪取における返還の否定」 立命館法学 2000年3・4号下巻(271・272号) 783ページ



## 【第7章】

問題点の7つ目は、「在外邦人、とりわけハーグ条約締約国に居住する日本人に対し、当該国における親子関係法及び離婚関係法、子を連れ去った場合に犯罪となるか否か、法律扶助制度、親子関係や離婚等に関して精通している弁護士等に関する情報を提供すること、ハーグ条約発効後も引き続き同様の情報提供をすることに加え、在外領事館において可能な支援を行うことを検討すること」についてです。

日弁連が提起している情報提供及び支援策は在外邦人、とりわけハーグ条約締約国に居住する日本人に対するものです。

この提起で悪質と感じるのは、子の奪取条約の意義について情報提供することが全く触れられていない点です。

その一方で「子を連れ去った場合に犯罪となるか否か」との二者択一を提示しています。これでは、犯罪とならなければ子を連れ去っても構わないというメッセージを暗に示しているようなものです。

日本国内でのこれまでの運用が異常なのであって、子どもの無断連れ去りは子の福祉に反するという点で人権侵害に当たります。

ちなみに欧米各国の刑罰規定を見てみると、

「米国の連邦法では、父母のいずれも監護権を有する場合又は離婚後も子どもの親権を共同で保有する場合、一方の親が他方の親の同意を得ずに子どもを連れ去る行為は実子誘拐罪とされている。また、フランスでは、結婚中又は同居中、一方の親が他方の親に無断で子どもを連れ去る行為は監護権行使の侵害に当たり犯罪とされ、父又は母が他の親の承諾を得ずに子どもを連れ去って別のところで生活を始めた場合、連れ去りが平穏に行われたとしても他の親の監護権行使を侵害する犯罪であるとみなされる。なお、英国やカナダ等においても同趣旨の刑罰規定が設けられている」※1ということになっています。

子の奪取条約は「近時においては、父母双方に実効的な面接権を確保することで、実力行使による子の奪取を未然に防ぎうることが指摘されており、子をめぐる父母の紛争を解決するための有効な手段として注目されている」※2という指摘もあります。

国内における家事審判法の目的もそうですが、要は紛争の解決というものを目指さなければならぬはずですが、しかし、日弁連の提起は可能な支援の中身についても具体性に欠け、紛争状態を長引かせるのではないかと思わせるものとなっています。子の奪取条約に規定されている面会交流も含めて、条約の意義や中身について正しく理解させることが、本当の意味での情報提供ではないでしょうか。

※1 西谷祐子 「国境を越えた子の奪取をめぐる諸問題」 427 ページ



【第8章】

問題点の8つ目は、「ハーグ条約の実施に関わるすべての関係者、すなわち中央当局職員、裁判官、弁護士等に対し、子どもの権利条約を含む国際人権法に関する研修を行うことを検討すること」についてです。

意見書では8ページにおいて子の虐待や配偶者間暴力等の問題を取りあげて、ハーグ条約が画一的・機械的な運用により、子の常居所地国への返還が命じられると連れ去った親の人権を侵害することとなる恐れがある、として関係者すべてに国際人権法に関する研修を検討すべきであると提起しています。

日弁連意見書には、子の奪取条約が画一的・機械的な運用をされてきたとする主張の具体的な根拠がありません。たった一つの具体例、リーディング・ケースも意見書では示されていないのです。

子の虐待や配偶者間暴力は決して放置できる問題ではありません。しかし、その解決方法が無断連れ去りであってもよい、というのはそれこそ「子どもの最善の利益」に対する日弁連意見書執筆者の認識を疑ってしまいます。それらの問題解決は複雑であり、引き離しという単純な方法によって紛争状態は解決しません。

臨床心理の専門家も「今後は、日本でもDV申立があったときには、その暴力の中身、つまりDVの種類や、被害親および子どもへの現実的な危険度を、より緻密に評価していく必要がある。こうした過程を経て初めて、被害親の安全と、子どもの安全を守りつつ、離婚後もできるだけ別居親と子どもの接触を保証していく、という大きな目標を達成することができると思う」と述べています。※1

つまり、暴力行為という現象面だけでなく、その行為に至った背景を分析し、その危険度に応じた評価をし、暴力的な関係性を克服していくプログラムによって、親子の再統合ということが期待されているのです。被害親の方にも不倫などの原因がある場合などもあり、より個別の対応が必要なのです。誰が悪かったのかということに焦点をおいて誰かを悪者にしても本当の問題解決はしません。何が問題であったのか、双方のそれまでの過程を冷静に見ていく必要があると私は思います。

更にDV申立で最も注意を要するのは、その申立が真実かどうかということです。その確認のためには「結婚生活の中での両親の関係性を、個別面接で綿密に聴き取り調査する必要がある」※2 のです。DV冤罪を主張する当事者たちが多く存在する中で、臨床心理士によるDV申立ての真偽や危険度評価という丁寧な判断があつてこそ、本当の安全の確保と紛争状態の解決に進んでいけるのではないのでしょうか？

DV冤罪は明らかな人権侵害です。このことをこそ取り調べの可視化を主張する日弁連意見書の執筆者は知るべきです。

そして、無断連れ去りを行うこと、虚偽のDV申立てを行うこと、子どもとの引き離しをすること、これらが国際人権法に反する行為であることを、児童の権利に関する条約第9条から学んでほしいと思います。

※1 棚瀬一代 「離婚で壊れる子どもたち 心理臨床家からの警告」 光文社新書 200ページ

※2 同上 197 ページ



### 【第9章】

問題点の9つ目は、「他方の親の同意又は裁判所の許可を得ずに親が子を連れて国外に出た場合、その親を刑事処罰する法制度を有するハーグ条約締約国に対し、親が任意に子を返還し子と共に常居所地国に戻った場合には、親の刑事訴追を行わない扱いをするよう、要請や対話・交渉を行うこと」についてです。

日弁連意見書の求めている行為は、奪取親の刑事訴追を行わない扱いをするよう要請、対話、交渉を行うことです。しかし、その行為の正当性について何一つ理由が見当たりません。

子の奪取条約の意義について何度も繰り返しますが、2010年10月22日にオーストラリア、ベルギー、カナダ、コロンビア、フランス、ドイツ、ハンガリー、イタリア、ニュージーランド、スペイン、英国、米国の12カ国の駐日大使、および欧州連合代表部代表が発表した「国際的な親による子の奪取に関する共同声明」によれば、その意義は「関係する者すべてにとって悲劇となり得る国境を越えた不法な連れ去り、または留め置きの影響から子供たちを守ることを目的としている」※1としています。

このことが基本的視点にあって、問題が何なのかに焦点を当てるべきです。

ところが日弁連意見書は、なぜ他国が刑事訴追を視野に入れているのか理解しようとしていません。問題の順序を考えずに、いきなり刑事訴追を行わない扱いを要請することは突拍子に感じてしまいます。

米国国務省では、子の奪取、子の親権をめぐる問題の解決のために、様々な努力をしてきていることが米国大使館の資料から読み取ることができます。米国国務次官補代理への問答形式の解説の中で、刑事訴追の可能性については次のように説明されています。※2 「子どもを連れ去った親が米国に戻る、あるいはハーグ条約加盟国に移動した場合、その親は逮捕される可能性がありますか。」との問いに対し、「ハーグ条約は、民事上の救済措置に関する協定です。子どもを連れ去った親の逮捕に関する規定はありません。条約の目

的は、子どもが違法に連れ去られる前に居住していた国の法廷で親権問題を解決するための管轄権を守ることにあります。私たちの経験では、ハーグ条約に基づく活発な協力関係を築くことで、刑事訴訟は増えるのではなく、逆に減少します。それは、この条約が自分たちのために機能してくれると親たちが認識しているからです」とハーグ条約に基づく協力関係の活性化が刑事処罰の可能性を減らすことを期待しています。

また「刑事告発、国際刑事警察機構への通報、奪取者を米国査証不適合者とする、といった手段は、子を連れ去った親の移動を制限し、問題解決のための交渉に応じるよう圧力をかけるものです」とも述べています。

つまり、刑事告発というのは、両国が協力して解決策を見出すことができない状況にある場合に、奪取された親を救済する残された手段なのです。

ですから、その残された手段さえも取り上げようと働きかけることは、「たとえ子どもを連れ去った者が親であったとしても、もう一方の親から、親子の関係と、法律で定められた親としての権利を奪おうとすることは、残された親の法的権利という点だけでなく、子どもが自分の親と関係を持つ権利を拒否されるという点からいっても、間違っている」のであり、また、「われらは、いずれの国家も、自国のことのみ専念して他国を無視してはならないのであって、政治道徳の法則は、普遍的なものであり、この法則に従ふことは、自国の主権を維持し、他国と対等関係に立たうとする各国の責務であると信ずる」とする日本国憲法前文にも反することになります。

※1 2010年10月22日 「オーストラリア、ベルギー、カナダ、コロンビア、フランス、ドイツ、ハンガリー、イタリア、ニュージーランド、スペイン、英国、および米国の各国駐日大使、および欧州連合代表部代表による国際的な親による子の奪取に関する共同声明」

※2 アメリカ大使館ウェブサイト内「アメリカン・ビュー FALL 2007 国際的な親による子の奪取—子どもの親権をめぐる問題に対する米国国務省の取り組み」 ミシェル・T・ボンド米国国務次官補代理による解説



## 【第10章】

さて、これまで各論について分割して問題点を述べてきました。

2011年2月18日付で発表された『「国際的な子の奪取の民事面に関する条約」(ハーグ条約)の締結に際し、とるべき措置に関する意見書』の問題点について、私は内容にも更に多くの問題点はあると感じていまして、まだまだ書きたいことはあるのですが、この章ではそれ以前の問題としてこの意見書は意見足り得ているかという点に絞って、私の考えを述べてみたいと思います。

まずこの「意見書」の題名からですが、内容からするとこれは「意見」ではなく「要望」

あるいは「提案」なのではないかと私は思います。

「デジタル大辞泉」によれば、「意見」とは・・・

- 1 ある問題に対する主張・考え。心に思うところ。
  - 2 自分の思うところを述べて、人の過ちをいさめること。異見。
- となっています。

ですから、意見をするという事は、「問題や過ちが何か把握できていること」と「それに対する主張」がなければならないこととなります。

対するものが「とるべき措置」というのも合わないですし、「対する」と「関する」では対象とするものが異なります。

仮に「対するもの」がこれまでのハーグ条約の運用だとして考えます。

意見書の3ページに意見の理由として次のように書かれています。

「ハーグ条約の構造及び運用については、問題点も指摘されている。」

私はこの文章に非常に意見書としての無責任さを感じます。

「以下の通り指摘します」ではなく「指摘されている」と書かれているのです。

このような記述は意見書4ページ「見受けられる」にも表れています。これらの記述は意見を主張する者としての主体性が欠如していると思うのです。

では、これらの指摘や見受けの根拠がどこにあるのかというと、全く明示されていないのです。

例えば意見書4ページの「子の利益の観点から問題のある運用が見受けられる」という文についても、実際の客観的な事例が全く引用されていないので、この意見書の執筆者が何を見て問題と感じたのか、知ることができないのです。

これは、正確な情報へアクセスできる権利＝知る権利を阻害するものです。

主にインターネットを通して、他国の大使館などのウェブサイトから得られる情報では、日弁連意見書8ページで指摘するような「ハーグ条約の画一的・機械的な運用」というものがこの意見書の執筆者の主観に過ぎず、実際には締約国間関係機関が奪取親を含むすべての関係者のために様々な取り組みを行っているということを知ることができます。

主張というものは主観のみで成り立つものではなくその前提によって客観化されるべきものです。

残念ながら、この意見書には驚くほど主張を相対化する作業が省かれています。

それは、締約国のこれまでの取り組みの実際を殆ど紹介していないことから明らかです。

このように、問題が何であるかを把握する作業や主張を客観化する作業を蔑ろにする結果、子の奪取事案に限らず民事裁判が遅延するという問題が引き起こされています。民事裁判の遅延は制度的な欠陥かもしれませんが、法曹関係者からも次のような指摘がされています。

「民事訴訟が遅延する一番大きな要因は、当事者が事実関係を十分に調査せず、したがって、主張すべきことを主張していないことによるのです。確かに、裁判所にも遅延要因

がないわけではありません。一人の裁判官の手持ち事件数が多いことや、判決起案に時間が掛かり過ぎることも一因です。しかしながら、十分に事実を調査せずに、訴状を提出する当事者に多くの原因があるのです。

このようなわけで、民事裁判が遅延しています。そして、我が国の裁判制度は、ある意味で、退化しているような気もしています。目下、小泉政権下における司法制度改革により、刑事裁判手続きにおいて裁判員制度が始まろうとしています。そして、この制度には賛否両論があり、いろいろと問題があるようですが、それよりも問題なのは、法曹資格者を毎年 3000 人程度に増員しようとしていることなのです。弁護士が増えるのは良いことでは、良いことだけではないのです。まずは、質の低下が危惧されますし、現に、私の法廷では、その傾向がはっきりと窺われます。法廷で、弁護士にいろいろと教示する必要がでてきているのです。その意味では、法廷がロースクールと化することもあります。さらに、法曹資格者の養成制度が変わり、今までは大学に在学しようが、卒業しようが、司法試験という試験にさえ合格すれば、司法修習生になることができ、それと同時に国家から給与が支給されるので、お金持ちの師弟でなくても、法曹となることが比較的容易であったのに、今では、大学の法学部を卒業した上、法科大学院に入学し、多大な授業料を支払った上、司法修習生となっても国家からの給与は支給されないこととなり、すべて順調に行ったとしても、25 歳にならなければ、自分で稼ぐことができず、その結果、裕福な家庭の子女でなければ、法曹となれないような制度ができあがってしまっているのです。また、弁護士が大増員された結果、弁護士としての収入が減り、弁護士という仕事の魅力が減殺されてきているのです。加えて、通常ならば、事件にならないものが、弁護士の報酬獲得のために、事件として裁判となることも容易に想像できます。」※1

私は決して日弁連という組織に「悪」のレッテルを貼ることを主張する者ではありません。しかし、問題点は問題点として指摘しなければならないとも思っています。

日弁連は弁護士法に定められた懲戒権を有する弁護士強制加入の組織で、それゆえに会則でも物質に左右されてはならないことが弁護士道徳として定められています。

これ以上、弁護士という士業全体が社会的信用を失わないために、周りから指摘されるまでもなく自ら襟を正すところは正してほしいと思います。

※1 函館ラ・サール学園同窓会ウェブサイト 同窓生・恩師からの手紙 「民事裁判はなぜ時間がかかるのか」札幌高等裁判所民事第2部総括裁判官 末永進 2009年05月25日