

[判例研究]

ハーグ子奪取条約に基づく子の常居所の確定と 両親の意思

大 村 芳 昭

1. はじめに
2. 原審決定による前提事実
3. 原審における争点と両当事者の主張— A の常居所地国（実施法27条3号）
4. 原審裁判所による認定事実
5. 常居所地国（実施法27条3項）に関する原審の判断
6. 考察1：原審の事実認定について
7. 考察2：A の常居所地国の認定について
8. さいごに

1. はじめに

本件は、子 A の父である X（オーストラリア国籍）が、A の母であり子を監護している Y（日本国籍）に対して、Y による日本での A の留置により X の A に対する監護の権利を侵害されたとして、国際的な子の奪取の民事上の側面に関する条約（本稿では以下「ハーグ条約」という）の実施に関する法律（本稿では以下「実施法」という）に基づき、A を、その常居所地国（実施法2条5号）であるオーストラリアに返還するよう求めた事案である。Y は、A の常居所地国は日本であると主張したほか、実施法28条1項3号の返還拒否事由（留置への同意）があるとして、A の返還を争

った。

一審の大阪地方裁判所決定⁽¹⁾は、Aの常居所地国はXの主張どおりオーストラリアであると認めた上で、YがXによる留置の前にこれに同意していたとして、実施法28条1項3号の返還拒否事由の存在を認め、Xの申立てを却下した。これに対して、Xは大阪高等裁判所に即時抗告したが、大阪高等裁判所は、Aの常居所地国がオーストラリアであるとは認められないとして抗告を棄却した⁽²⁾。

抗告審決定についてはすでに小野木准教授による評釈⁽³⁾があり、原審と対比しながら詳細な検討を加えているが、抗告審の判断を吟味するため、今少し原審決定そのものを検討することにも意味があるのではないかと考える。そこで本稿では、原審決定のみを対象とし、特にAの常居所地国の認定に関する部分に絞って、若干の考察を加えることとしたい。

2. 原審決定による前提事実

(1) XとYは、2011年にオーストラリアで知り合って交際を開始し、同年末頃からオーストラリアで同棲していた。

Yは2012年11月、日本に帰国したが、Xとの遠距離交際は継続し、2013年5月に妊娠が判明したことから両名は婚約し、Yが短期間渡航する方法で同年9月にオーストラリアで婚姻した。Yは婚姻後まもなく日本に帰国した。

(2) Xは2013年11月に来日し、Yの肩書住所地所在のYの実家（以下「相手方実家」という）で住民登録し、Y及びその両親と同居を開始した。

2014年、XとYとの間にAが生まれ、同年4月にオーストラリア国籍を取得して、日本とオーストラリアの二重国籍となった。

(3) XとYは2014年6月までの約7か月間、Y実家で同居していたが、Xは同日単身オーストラリアに戻り、同年7月26日にオーストラリアのX肩書住所地に自宅（以下「X自宅」という。）を購入した。YとAは、同

年9月5日に日本を出国して翌6日オーストラリアに入国し、X自宅でXとの同居を再開した。

(4) Yは2015年5月、1か月程度Aを連れてY実家に帰省したい旨述べ、Xもこれに同意した。このため、Yは、同年10月の日本への往路航空券と同年11月のオーストラリアへの復路航空券を予約した。

(5) Yはその後、往路の日程を1週間ほど早め、Aを連れて日本に帰国した。Yは、翌月にオーストラリアに戻らないと主張するようになったが、Xとの協議の結果、Xが来日することとなり、Yは復路航空券の日程を2016年1月に変更した。

(6) Xは2015年12月に来日し、Y実家に滞在して、Y及びAと同居しながら婚姻関係について協議した。その後、Xは2016年1月、単身オーストラリアに戻った。同日以降、XはオーストラリアのX自宅で、Y及びAは日本のY実家でそれぞれ居住し、別居を続けている。

(7) 日本では、2014年4月、ハーグ条約が発効し、実施法が施行された。オーストラリアは、2016年1月以前からハーグ条約の締結国である。

3. 原審における争点と両当事者の主張—— Aの常居所地国（実施法27条3号）

(1) Xの主張

Aの常居所地国はオーストラリアである。

XとYは、婚姻前、オーストラリアで同棲しており、婚姻後の住所はオーストラリアとすることを予定していた。Xが日本に定住することを約した事実はない。

Xは婚姻前からオーストラリア国内の大学に職を有しており、婚姻後に日本で7か月滞在したのは休暇等を利用したものである。オーストラリア滞在を2年に限定する合意は存在しないし、仮に存在したとすれば、Aが学校に行く年齢になったら日本に移住することを考えるという程度であ

る。

なお、Yは、Xが2014年7月付合意書（オーストラリアでの生活は2年間に限定し、その後は日本に移住すること、Aは日本で教育を受けさせること、もしXが約束を破った場合は離婚し、Xは子に会うことができなくなることなどを内容とする）を作成した旨主張するが、本件合意書は、仮にXが作成したものであったとしても、Yの要求するとおりに書いたものにすぎず、YもこれがXの真意によるものではないことを知っていた。

（2）Yの主張

Aの常居所地国は日本である。

XとYは、婚姻時に、日本で定住する旨を約している。Aは、日本で生まれ、住民票も日本国内にあり、健康保険にも加入しており、児童手当も取得している。XとYは、Aが日本で成長することを予定して、日本式の「A」という名をつけた。Xは、日本でハローワークに登録して就職活動をしていたが、定職を見つけることができなかった。このため、Xが日本語を習得し、日本での就職先を探すために2年間の猶予期間を与えることとして、YとAは、2014年9月にいったんオーストラリアに渡航した。しかし、この渡航は、あくまでもXが日本での就職先を探すための暫定的なものにすぎず、オーストラリアでの滞在期間は合意により最大2年間に限定されていた。したがって、XとYは、オーストラリアへの渡航時、日本を常居所地国として放棄する意図はなかった。

Xは、上記渡航前の2014年7月に、オーストラリアでの生活は2年間に限定し、その後は日本に移住することなどを内容とする本件合意書を作成している。

4. 原審裁判所による認定事実

前記前提事実及び本件記録によれば、以下の事実が認められる。

(1) Yは2010年3月、英語とマーケティングの勉強のためにオーストラリアに留学した。

Yは翌年Xと知り合い、同年12月からオーストラリアのアパートで同居を開始し、2012年4月、XとともにDのX実家に転居し、同所でXの母親と同居するようになった。

Yは同年11月、日本に帰国して就職したが、Xとの交際を続けた。

(2) 2013年5月、YがXの子を妊娠していることが判明し、XはYにプロポーズした。Yは、Xに日本で住めるかと尋ね、Xがそうすると答えたため、結婚を承諾した。Xは同年7月に来日してYの両親に挨拶し、結婚したら日本で暮らす旨を告げた。

Yは、同年9月に日本の会社を退職してオーストラリアに渡航し、オーストラリアでXと婚姻して、同年10月に日本に帰国した。

(3) Xは2013年11月に来日し、Y実家の住所地で住民登録をし、年金手帳の交付を受けた。なお、Xは、婚姻前からオーストラリアの大学に職を有しており、日本に滞在したのは休暇等を利用したものであった。

Xの来日中(2014年)に子が出生し、日本式の「A」という名で出生届がされ、日本国内で住民登録と児童手当の手続がされた。Aは同年4月にオーストラリア国籍を取得して二重国籍となったが、オーストラリアの市民権証明書の記載は「A」、オーストラリアのパスポートの記載は「A」とされている。

Xは、日本で配偶者ビザを取得して、日本語学校に通いつつ、ハローワークにフルタイムの求職登録をして日本で求職活動を行ったが、就職を決めることができなかった。このため、Xは同年6月、「日本での就職先が決まらなければオーストラリアに戻る。」と言い出した。これに対しYは、「Xを信用できない。私たちは離婚すべきだ。」と述べた。

(4) Xは、2014年6月、単身オーストラリアに戻った。その際、Xは、2年あれば日本語を習得できるから、2年間はオーストラリアで生活してほしいとYに依頼した。Yは、Aに授乳して育児している間は自らが再

就職することは困難であると考えたことから、2年間に限ってオーストラリアで生活することに同意したが、Xに、約束を书面化してほしいと依頼し、Xはこの依頼に応じて、同年7月、本件合意書を作成した。本件合意書は「合意 (Agreement)」というタイトルであり、「YとAが(オーストラリア)に着いたら、私たちは家族として2年間生活する。2年が経過したら、私たちは日本に移って、Aが日本で育ち、日本の教育を受けられるようにする。Xがこの計画を守らない場合は、Yは彼と離婚し、彼は2度とAに会うことはできなくなる。また、Xは、毎月Aの養育費を支払い、さらに5万ドルを一括で支払う。」との内容である。Xは、本件合意書と同時に、日本での生活についての収支計画書も作成した。

(5) Yは2014年7月、Xにメールで「ファイナンシャルプランナーに、私たちの2年計画とか、その他にも何を話したか教えてほしい。」と質問した。Xは「ファイナンシャルプランナーに、僕たちの計画は、Dに2年住みその後は日本に移住することだ、と説明したら、プランナーは、2年もあれば日本で仕事を見つけるのに十分な時間だと答えた。」と述べた。またXは、オーストラリアの自宅については、「日本に移住した後は賃貸すれば家賃が諸経費をカバーするから、保持しておく意味がある。」とも述べた。これに対し、Yは、「オーストラリアは自分の住む国だとは思えない。2年又はそれ以下の期間住むだけの国とすることが私たちが決めたゴールである。」と答えた。

Xは同月、オーストラリアに自宅を購入した。

(6) Yは2014年9月、Aを連れて日本を出国しオーストラリアに入国して、X自宅で同居生活を開始した。YとAはその頃オーストラリアで健康保険に加入し、Yは移民のための英語プログラムに加入した。Xは同年12月頃、プレスクールのウェイティングリストにAの名前を登録した。

Yは、オーストラリア渡航後、X自宅の近くに住むXの母が頻繁に接触を求めて指図をすることに対してストレスを感じ、うつ状態となった。Yは、2015年3月から4月までAを連れて日本に里帰りしたが、オース

トラリアに戻って間もない同年5月、再度日本に里帰りするための飛行機のチケットを予約した。同チケットは、同年10月にオーストラリアを出国し、11月に日本を出国する日程のものであった。

Yは、同年7月に精神科を受診し、Xの母親が原因でうつ状態になっているとの診断を受けた。Yの精神状態は悪化し、同年9月には弁当をめぐる些細な問題からXと激しく争った。Yは里帰りの予定を早め、同年10月にAを連れて日本に帰国した。

(7) XとYは同年11月、日本に移住するか否かについてメール等で協議した。Xは「日本への移住の意思はない。」と述べ、Yは、「Xが日本に移住しないのであれば離婚する。これまで日本に帰るまでにあと何日（オーストラリア）にいればいいのかと数えて生活してきた。Xは一度日本で住むと約束したのになぜそういう振る舞いをするのか。」などと非難した。これに対しXは、「私はYを完全に理解した。Yが日本に住む必要があることも理解した。私たち全員がいつ日本に移住するという計画をするのか。日本で不動産を購入する必要があるか。」などと質問した。Yは、「できるだけ早く日本に移住したい。」と述べ、あらかじめ日本で不動産を購入することを求めた。しかし両者は、同月5日には日本への移住の段取りをめぐる言い争うようになり、Yは同月7日、愛情を感じられないとして再度離婚を申し出た。

Xは、同年12月のある朝、Yへのメールで「日本に移住することは約束できない。」と述べた。Yは、「離婚する。日本に移住することはあなたが選べるのではなく、私たちが合意した計画だった。最長2年間（オーストラリア）に住むことは私たちの計画だった。あなたがこの計画を守れないなら家族を維持できるとは思わないで。」と答えた。Xは同日夕方、Yから日本に移住するかどうか確認されると、「僕は受け入れる以外に選択肢がない。」と述べ、再度「日本に移住する？」と質問されると「はい、私はそうしなければならない。」と答えた。Xは、翌日に再度移住について確認された際にも、「私は昨日合意した。それだけが私に与え

られた選択だから。私は何度も同じことを繰り返して言わない。」「しっかりとした計画で、私たちは日本に移ります。」と述べた。Xは、同日、Xが日本に行ってYと直接話し合うのはどうかと提案し、Yはこれを受け入れて、直接話し合うこと、Yのオーストラリアへの帰路航空券を2016年1月に変更することを承諾した。Yは、オーストラリアへの帰路の航空券の日程を同月発に変更した。

XとYは、2015年12月、Xが来日した後の計画についてメールで協議し、「クリスマスはY⁽⁴⁾の父が勤務するKのリゾートホテルで宿泊しよう。Kを観光しよう。」などと話し合った。Xは、エージェントに登録して日本で求職活動をする事や日本で入国管理局に行くことを約束し、Yは、Xに日本での就職先の会社を紹介するメールを送付した。

(8) Xは2015年12月に来日した。

XとYは翌日入国管理局でXの配偶者ビザの更新手続きをしたが、Xの段取りが悪くして争いになった。翌日、Xは不機嫌で、Y両親からいつ日本に移住するのかと尋ねられると、「移住の意思はない。」と発言した。このため、Y⁽⁵⁾とその母は「約束が違う。」として怒り、XとY及びその両親の関係は険悪となった。Yは、同月、Xに「仕事の面接はないのか。」と尋ね、Xは「2社のエージェントに登録した。今は仕事がないが、いい求人があれば知らせてもらうことになっている。」と答えた。

XとYは、同月に離婚について話し合いをし、Xは、翌日、「Aを連れて正月明けにオーストラリアに帰るからAのパスポートを出せ。Aが保育園(デイケア)に行くなら、監護するのが父でも母でも同じことだ。」と主張した。このため、Yはクリスマスの宿泊予約をキャンセルした。

XとYは、翌日、離婚問題について再度協議した。Yが「Aは両方の国には住めない。あなたは何を考えているのか。」と質問すると、Xは、「もし彼が両方の国に住めないなら、彼はその母親が住んでいるところに行く。(If he cannot live in the both country he goes where his mother is.)」と答えた。Yが「それはあなたが言っていたことと違う。なぜ突然180度

考えを変えたのか。」と指摘すると、Xは「なぜなら、私はそれについて考えたからだ。そして私が何を言うかは関係ない。(Because I have thought about it and it doesn't matter what I say.)」と答えた。Yは、さらに、Xが弁護士を雇ったら状況が変わるのではないかと念を押したが、Xは、「変わらない。」「子供は通常母親のところへ行くからだ。(Because the child usually goes to the mother.)」と述べた。さらに、Xは、「もしYがAと一緒に住むなら、Aをバイリンガルにしないといけない。重要なのはAがバイリンガルになるかどうかだ。」と述べ、Yが「Aはインターナショナルスクールに行くことになると思う。」と答えると、Xは「僕が知りたいのはそれだけだ。」と述べた。(なお、この日の会話はYによって録音されている。)

(9) Yは、2015年12月の話し合いによって、XがAを日本で養育することに同意したと考え、同日以降、市営住宅の申込みやAを通わせる保育園の入園手続をした。Xは、同月末頃、Yにクレジットカードとダイヤの婚約指輪を返還するよう要求したが、Yは離婚が成立したら返還するとして断った。また、Xは、Yが死亡した後、Yの父母ではなくXがAの未成年後見人になれるようにするための書類を作成するように要求した。

(10) Xは、2016年1月、スカイプによる動画通話を円滑に行う目的でWiFiルーターを購入し、Y実家のうちXとY及びAが使用していた寝室に設置した。Yは翌日、インターナショナルスクールについての資料を申立人にメール送付した。XとYは、同月、Aを連れて行楽に行き、Aに絵馬を作らせるなどして楽しんだ。

XとYは、同月頃から再び喧嘩をするようになり、ほぼ一日中喧嘩をしていた。Yの母は、XがY実家を出て行くと言いながら出て行こうとしないことに苛立ち、「出て行くというなら本当に出て行け。」と述べて、夜9時過ぎにXをY実家から追い出した。Yは、Xのために近くのホテルを予約し、Xはそこで1泊した。Xは、喧嘩の最中、Y実家内の自分の使用している寝室にこもっている際、夜7時頃にYに対して「あなた

は私の意思に反して A を日本に留めている。あなたは私たち家族を捨てている。私はあなたと A に予定通り（オーストラリア）に戻ってほしい。」とメールしたが、Y は返信しなかった。

(11) X と Y は2016年1月、互いに相手を非難することを止めることを合意し、A の誕生日祝いとして昼食と夕食をレストランでとり、A の誕生日の日付を写し込んだ記念写真を撮影した。Y は、X 及び A とともに電気店に行き、日本で使用するための携帯電話の Sim カードを購入したが、X は特に異議を述べなかった。X と Y は A を連れて水族館に行き、Y は年間パスポートを購入した。X は、誕生日プレゼントとして、大型の箱に入ったブロックセットを A に贈った。

(12) X は2016年1月、単身オーストラリアに戻ることとして荷造りを行い、Y の大型スーツケースをもらって、X の衣類等のほか、日本食や A が作成した工作の絵馬などを入れた。Y と A は、空港への道の途中まで X を見送り、X は一人で特急電車に乗って空港に向かった。

X は、空港で飛行機の搭乗手続きをしながら Y にメールし、「あなたはいつだって（オーストラリア）で歓迎される。（オーストラリア）に戻って来て。私は2人を愛している。」と述べたが、Y は「私はあなたと一緒に住みたいけど、そこに戻る勇気がない。私はここで私たちが家族を作れると信じている。」と答え、X は「ごめん。」と述べた。Y は「私は2年以内に日本に戻って来られると思ったから2014年9月に（オーストラリア）に行った。そこに永久または2年より長く住むなんて考えたこともない。でも、今あなたは計画を変えた。だから私は戻る十分な勇気を持ってない。ありがとう。昨日はすばらしい日々を過ごすことができた。今私は泣いている。」と述べ、X は「昨日は日本で経験した中で一番素敵なお日だった。」と答えた。Y が「安全にね。あなたが私たちから遠くに行ってしまうなんて想像もできない。」と言うと、X は「僕は行ってしまおう。安全にね。そして A を安全に守って。」と答えて、X と Y はお互いに愛していると述べながら会話を終えた。その後、X はオーストラリアに帰国した。

(13) XとYは、2016年1月にメールで話合いをしたが、Xの「あなたは日本に残るのか。」との質問に、Yは「行きたいけど、オーストラリアに住む勇気がない。私は（オーストラリア）で一生を終えることは想像できない。2014年9月に（オーストラリア）に行ったのは、2年で帰れると思ったから。私は、一生を終えるためにそちらに行くことはできない。」などと回答した。

(14) XはYに対し、2016年1月、家族の写真のほか、Yから依頼されていた石けんと郵便物をYに郵送した。

(15) Xは2016年2月、YにAを連れてオーストラリアに戻るようメールしたが、Yは拒否し、物別れに終わった。

(16) Xは、同年3月にハーグ条約に基づく返還手続に着手し、同年10月、本件申立てをした。

5. 常居所地国（実施法27条3項）に関する原審の判断

(1) 常居所とは、人が常時居住する場所で、単なる居所とは異なり、相当長期間にわたって居住する場所をいうものと解され、その認定は、居住年数、居住目的、居住状況等を総合的に勘案してすべきである。

(2) Yは、本件合意書を作成したことをもって、オーストラリアでの生活は2年間に限定されており、Aの常居所地国は日本であると主張する。

確かに、Xが単身でオーストラリアに戻ってまもなくの2014年7月、Xにおいて、「YとAが（オーストラリア）に着いたら、私たちは家族として2年間生活する。2年が経過したら、私たちは日本に移って、Aが日本で育ち、日本の教育を受けられるようにする。」などと記載した本件合意書を作成していることは、前記認定のとおりである。

しかし本件合意書は、その作成時点における合意内容を記載したものであると考えられるところ、YはAと共にオーストラリアに2014年9月に入国し、それから2年を経たない2015年10月にAを連れて日本に帰国し

ていること、本件合意書作成当時、A はまだ生後5か月であり、その後2014年9月から2015年10月までオーストラリアで生活しており、留置の開始はXY双方がオーストラリアへの帰路航空券の日程としていた2016年1月の日程の翌日と考えられることなどからすると、子の常居所地国はオーストラリアであると認めることができる。

6. 考察1：原審の事実認定について

以下では、原審の事実認定について、Aの常居所地国を確定するに際してどのような意味を持つか、という点を意識しながら分析してみたい。なお、常居所地国の認定に影響を与えないものと思われる一部の事実は割愛する。

(1) 2013年5月、YがXの子を妊娠していることが判明し、XはYにプロポーズした。Yは、Xに日本で住めるかと尋ね、Xがそうすると答えたため、結婚を承諾した。XがYの両親に挨拶した際にも、結婚したら日本で暮らす旨を告げた。

(分析)「日本で住めるか」の部分のみに着目すると、Xの方が能動的でYの方が受動的であるかのようにも見えるが、もともとプロポーズをしたのはXの方であり、それに対してYが日本に住むことを求めたのであって、Yの求めに応じられないのであればXにはプロポーズを撤回するという選択肢や、Xからのプロポーズを待ってオーストラリア居住を条件に承諾するという選択肢もあったのであるから、Yが日本に住むことを認めた上でXから結婚の承諾を得たことを、Yに有利な事情として斟酌する必要はないものとする。そしてこの事情は、Aの常居所地国を日本と判断するための間接的な考慮要素となり得るものとする。

(2) Xは2013年11月に来日し、Y実家の住所地で住民登録をし、年金手帳の交付を受けた。

(分析) いずれもXが日本に居を構えるための準備作業であり、Xの常居

所地国の認定に際してわずかながら間接的な意味を持っているものと思われる。

(3) Xは、婚姻前からオーストラリアの大学に職を有しており、日本に滞在したのは休暇等を利用したものであった。

(分析) Xの日本での常居所地を否定する方向に機能し得るものではあるが、極めて間接的な考慮要素の一つに過ぎず、Aの常居所地認定についてはなおさらであろう。

(4) Xの来日中(2014年)に子が出生し、日本式の「A」という名で出生届がされ、日本国内で住民登録と児童手当の手続がされた。

(分析) 結婚後の居住につきXYが合意している状況下での日本でのA出生等は、その後のAの常居所地国の認定にとって、重要な判断要素と言えよう。

(5) Xは、日本で配偶者ビザを取得して、日本語学校に通いつつ、ハローワークにフルタイムの求職登録をして日本で求職活動を行った

(分析) 配偶者ビザの取得やフルタイムの求職登録は、日本に居を構えようという姿勢の表れとして受け止めることができ、Xの常居所地認定、ひいては間接的にAの常居所地認定に何らかの影響を与え得るものと思われる。

(6) Xは同年6月、「日本での就職先が決まらなければオーストラリアに戻る。」と言い出した。これに対しYは、「Xを信用できない。私たちは離婚すべきだ。」と述べた。

(分析) YはXに対して日本で住む旨を明言しており、そのための求職活動をしていたのであるから、就職先がなかなか決まらないからといってオーストラリアに戻るというのは、就職活動がうまくいかないことによるフラストレーションの結果、あるいは、母国で仕切り直して再度日本での求職活動に望もうという積極的姿勢の表れ、の何れか(あるいはそれらが複合したもの)であろう。もし前者だとすればことさら考慮するには値しないが、後者だとすれば、XYの日本における常居所地認定に対して積極的

な意味を持つことになろう。

(7) Xは、2014年6月、単身オーストラリアに戻った。その際、Xは、2年あれば日本語を習得できるから、2年間はオーストラリアで生活してほしいとYに依頼した。Yは、Aに授乳して育児している間は自らが再就職することは困難であると考えたことから、2年間に限ってオーストラリアで生活することに同意したが、Xに、約束を書面化してほしいと依頼し、Xはこの依頼に応じて、同年7月、本件合意書を作成した。本件合意書は「合意 (Agreement)」というタイトルであり、「YとAが(オーストラリア)に着いたら、私たちは家族として2年間生活する。2年が経過したら、私たちは日本に移って、Aが日本で育ち、日本の教育を受けられるようにする。Xがこの計画を守らない場合は、Yは彼と離婚し、彼は2度とAに会うことはできなくなる。また、Xは、毎月Aの養育費を支払い、さらに5万ドルを一括で支払う。」との内容である。Xは、本件合意書と同時に、日本での生活についての収支計画書も作成した。

(分析) これらの事情は、XYAが当面オーストラリアに居住するとしても、それは2年後までの限られた期間内であって、それ以降は日本に居住するというXの意思を明確に示すものである。Xはこれを、Yのいうとおりに書いたのであり自分の真意ではない、また、Xもこの書面がYの真意でないことをわかっている、と主張している。しかし、日常会話の中の気軽な口約束ならともかく、書面を作成してまで締結した合意について、作成者であるXがその効力を一方的に否定することには疑問がある。なお、この問題についての準拠法を考えるとすれば、法の適用に関する通則法(本稿では以下「通則法」という)25条によりXY夫婦の同一常居所地法によるが、それが日本法である場合、民法754条の解釈として、夫婦関係が実質的に破綻している場合には夫婦間の契約を取り消せないとされている⁶⁾ことから、本件合意書についても同様の結論となることが予想される。

(8) Yは2014年7月、Xにメールで「ファイナンシャルプランナーに、

私たちの2年計画とか、その他にも何を話したか教えてほしい。」と質問した。Xは「ファイナンシャルプランナーに、僕たちの計画は、Dに2年住みその後は日本に移住することだ、と説明したら、プランナーは、2年もあれば日本で仕事を見つけるのに十分な時間だと答えた。」と述べた。またXは、オーストラリアの自宅については、「日本に移住した後は賃貸すれば家賃が諸経費をカバーするから、保持しておく意味がある。」とも述べた。これに対し、Yは、「オーストラリアは自分の住む国だとは思えない。2年又はそれ以下の期間住むだけの国とすることが私たちの決めたゴールである。」と答えた。

(分析) Xとファイナンシャルプランナーのやりとりにしても、Xのオーストラリアの自宅の件についても、いずれもXYが日本に居住することを前提として述べられているものであり、かつ、そうしても不都合ではないとの内容になっており、XYの、さらにはAの常居所地を日本と認定することにつきプラスの影響を及ぼす事実であるものと解される。

(9) Yは2014年9月、Aを連れて日本を出国しオーストラリアに入国して、X自宅で同居生活を開始した。YとAはその頃オーストラリアで健康保険に加入し、Yは移民のための英語プログラムに加入した。Xは同年12月頃、プレスクールのウェイトングリストにAの名前を登録した。

(分析) これらの事情のみを取り上げれば、オーストラリアに生活の本拠を築くための行為とも受け取れるが、あくまで2年間限定の居住という前提で考えれば、日本の常居所地を否定するほどの材料とはならないように思われる。

(10) Yは、オーストラリア渡航後、X自宅の近くに住むXの母が頻繁に接触を求めて指図をすることに対してストレスを感じ、うつ状態となった。Yは、2015年3月から4月までAを連れて日本に里帰りしたが、オーストラリアに戻って間もない同年5月、再度日本に里帰りするための飛行機のチケットを予約した。同チケットは、同年10月にオーストラリアを出国し、11月に日本を出国する日程のものであった。Yは、同年7月に精

神科を受診し、Xの母親が原因でうつ状態になっているとの診断を受けた。Yの精神状態は悪化し、同年9月には弁当をめぐる些細な問題からXと激しく争った。Yは里帰りの予定を早め、同年10月にAを連れて日本に帰国した。

(分析) Yが日本での生活を望む背景として、この事情には相当な重みがある。ただ、常居所地の認定にどう関係してくるかの評価はやや難しい感もあるが、合意書によって示された日本居住の意思が、オーストラリア滞在中の、合意書では想定外の事情により強化されているという意味で、間接的な意味を持つものと解する余地はあるように思われる。

(11) XとYは同年11月、日本に移住するか否かについてメール等で協議した。Xは「日本への移住の意思はない。」と述べ、Yは、「Xが日本に移住しないのであれば離婚する。これまで日本に帰るまでにあと何日(オーストラリア)にいればいいのかと数えて生活してきた。Xは一度日本で住むと約束したのになぜそういう振る舞いをするのか。」などと非難した。これに対しXは、「私はYを完全に理解した。Yが日本に住む必要があることも理解した。私たち全員がいつ日本に移住するという計画をするのか。日本で不動産を購入する必要はあるか。」などと質問した。Yは、「できるだけ早く日本に移住したい。」と述べ、あらかじめ日本で不動産を購入することを求めた。

(分析) 他の箇所でも感じることであるが、Xは、時として自己の主張を一方的に前面に押し出すことがあるものの、Yから離婚を突きつけられると、さらに議論を続けることなくYの意向に沿うような言動に終始してしまうようなところがあるように思われる。そして、後になってそのような自己の言動が真意ではないと主張したりする。しかし、そのような言動そのものが、Y自身の発言の信用性を低下させているように思うのは筆者だけであろうか。

(12) Xは、同年12月のある朝、Yへのメールで「日本に移住することは約束できない。」と述べた。Yは、「離婚する。日本に移住することはあ

あなたが選べるのではなく、私たちが合意した計画だった。最長2年間（オーストラリア）に住むことは私たちの計画だった。あなたがこの計画を守れないなら家族を維持できるとは思わないで。」と答えた。Xは同日夕方、Yから日本に移住するかどうか確認されると、「僕は受け入れる以外に選択肢がない。」と述べ、再度「日本に移住する？」と質問されると「はい、私はそうしなければならない。」と答えた。Xは、翌日に再度移住について確認された際にも、「私は昨日合意した。それだけが私に与えられた選択だから。私は何度も同じことを繰り返して言わない。」「しっかりとした計画で、私たちは日本に移ります。」と述べた。Xは、同日、Xが日本に行ってYと直接話し合うのはどうかと提案し、Yはこれを受け入れて、直接話し合うこと、Yのオーストラリアへの帰路航空券を2016年1月に変更することを承諾した。Yは、オーストラリアへの帰路の航空券の日程を同月発に変更した。

(分析) 上記(11)と同様である。

(13) XとYは翌日入国管理局でXの配偶者ビザの更新手続きをしたが、Xの段取りが悪いとして争いになった。翌日、Xは不機嫌で、Y両親からいつ日本に移住するのかと尋ねられると、「移住の意思はない。」と発言した。このため、Y⁽⁷⁾とその母は「約束が違う。」として怒り、XとY及びその両親の関係は険悪となった。Yは、同月、Xに「仕事の面接はないのか。」と尋ね、Xは「2社のエージェントに登録した。今は仕事がないが、いい求人があれば知らせてもらうことになっている。」と答えた。

(分析) 上記(11)(12)とあわせて読むと、Xの発言に一貫性がないことが非常に気にかかる。普段押さえているものが、何かのストレスを感じた際に、吹き出すように言動に表れるように思えてならない。本件合意書に関するXの発言も、このような日頃からのXの言動を踏まえて考えると、残念ながら、その信憑性には疑問を感じざるを得ない。

(14) XとYは、同月に離婚について話し合いをし、Xは、翌日、「Aを連れて正月明けにオーストラリアに帰るからAのパスポートを出せ。Aが

保育園（デイケア）に行くなら、監護するのが父でも母でも同じことだ。」と主張した。

(分析) この文脈で A をオーストラリアに単独で連れ帰ると主張することは、A を取り戻すための実力行使ととられても仕方ないであろう。Y が自分の監護権を侵害していると非難しながら、それと同等のことを自らもやろうとしているのでは、もはや自己の正当性を主張することは困難であると言わざるを得ないように思うのだが、どうだろうか。

(15) X と Y は、翌日、離婚問題について再度協議した。Y が「A は両方の国には住めない。あなたは何を考えているのか。」と質問すると、X は、「もし彼が両方の国に住めないなら、彼はその母親が住んでいるところに行く。(If he cannot live in the both country he goes where his mother is.)」と答えた。Y が「それはあなたが言っていたことと違う。なぜ突然 180度考えを変えたのか。」と指摘すると、X は「なぜなら、私はそれについて考えたからだ。そして私が何を言うかは関係ない。(Because I have thought about it and it doesn't matter what I say.)」と答えた。Y は、さらに、X が弁護士を雇ったら状況が変わるのではないかと念を押したが、X は、「変わらない。」「子供は通常母親のところへ行くからだ。(Because the child usually goes to the mother.)」と述べた。さらに、X は、「もし Y が A と一緒に住むなら、A をバイリンガルにしないといけない。重要なのは A がバイリンガルになるかどうかだ。」と述べ、Y が「A はインターナショナルスクールに行くことになると思う。」と答えると、X は「僕が知りたいのはそれだけだ。」と述べた。

(分析) この会話は、実施法28条1項3号の「同意」を推認させる重要なものである。仮に X の発言自体は一般論だったとしても、この文脈で使うことは、少なくとも実質的には A の日本への留置を認めていると認定されても仕方ないと思われる。また、A の常居所地の認定にとっても、X の主観面から A の常居所地国を日本と認定するための材料のひとつになり得るものと考えられる。

(16) Yは翌日、インターナショナルスクールについての資料を申立人にメール送付した。

(分析) ここの記載からだけでは不明確だが、もしインターナショナルスクールへの入学についてXからの異議等がなければ、XがAの日本への留置に同意したと判断するための材料の一つとなると同時に、Aの常居所地を日本に認める上でも有利な材料となり得るように思われる。

(17) Xは、Yとの喧嘩の最中、Y実家内の自分の使用している寝室にこもっている際、夜7時頃にYに対して「あなたは私の意思に反してAを日本に留めている。あなたは私たち家族を捨てている。私はあなたとAに予定通り（オーストラリア）に戻ってほしい。」とメールしたが、Yは返信しなかった。

(分析) 上記(11)～(13)と同様の発言であり、Aの常居所を日本と認定することの障害にはならないように思われる。

(18) Xは、空港で飛行機の搭乗手続をしながらYにメールし、「あなたはいつだって（オーストラリア）で歓迎される。（オーストラリア）に戻って来て。私は2人を愛している。」と述べた。

(分析) 上記(17)と発言の文脈は異なるが、ふとした瞬間にX自身の本音が出ているのかと思われる。ただ、この発言があるからといって、これまでの事実関係の積み重ねを覆すことはできず、大勢には影響ないと言わざるを得ないように思われる。

(19) Yは「私はあなたと一緒に住みたいけど、そこに戻る勇気がない。私はここで私たちが家族を作れると信じている。」と答え、Xは「ごめん。」と述べた。Yは「私は2年以内に日本に戻って来られると思ったから2014年9月に（オーストラリア）に行った。そこに永久または2年より長く住むなんて考えたこともない。でも、今あなたは計画を変えた。だから私は戻る十分な勇気を持ってない。ありがとう。昨日は素晴らしい日々を過ごすことができた。今私は泣いている。」と述べた。

(分析) Yの「勇気がない」は、言葉尻を捉えれば、Aを日本に留置する

ことを不当だと認めているようにも受け取れなくはないが、これまでのXY双方の言動との関係や、「今あなたは計画を変えた。」とのバランスからすれば、Y自身の責任を認める趣旨ではなく、Xに配慮しつつ自己の主張（Aを日本にこのまま留置すること）を通そうとする言動であるように思われるのであって、少なくとも日本の常居所地を放棄する意思はくみ取れない。対するXの「ごめん」も、Yへの配慮が窺われる発言であり、自分のこれまでの言動全体について謝罪の意思を表しているようにも受け取れるが、ここまで事態が進んだ以上、この発言だけを取り上げて云々することに意味があるとは思えない。

(20) Xは「昨日は日本で経験した中で一番素敵な日だった。」と答えた。Yが「安全にね。あなたが私たちから遠くに行ってしまうなんて想像もできない。」と言うと、Xは「僕は行ってしまう。安全にね。そしてAを安全に守って。」と答えて、XとYはお互いに愛していると述べながら会話を終えた。

(分析) XYの互いを思う気持ちが表れている会話だが、Xの「Aを安全に守って」にAの留置に同意する趣旨が含まれていると読み取ることは、おそらくXの真意にそぐわないであろう。

以上を総合的に考えると、YはXへの配慮を除けば結婚した時から一貫して日本への居住にこだわっており、Aも日本で育てたいという点も一貫している。他方、Yは、時としてオーストラリアでの居住にこだわる言動を見せるものの、Yから離婚を切り出されるとすぐに自己の主張を引っ込めるなど、一貫した姿勢を見せていない。少なくとも裁判官に、XがAの日本への留置に同意していたと受け止められても仕方のない部分があったことは間違いないように思われる。

7. 考察2：Aの常居所地国の認定について

では、Aの常居所地国の認定に関する原審の判断につき考察してみよう。

(1) 常居所とは、人が常時居住する場所で、単なる居所とは異なり、相当長期間にわたって居住する場所をいうものと解され、その認定は、居住年数、居住目的、居住状況等を総合的に勘案してすべきである。

このような一般論の限りでは、特段の異論はない⁽⁸⁾。

(2) Xが単身でオーストラリアに戻ってまもなくの2014年7月、Xにおいて、「YとAが（オーストラリア）に着いたら、私たちは家族として2年間生活する。2年が経過したら、私たちは日本に移って、Aが日本で育ち、日本の教育を受けられるようにする。」などと記載した本件合意書を作成していることは、前記認定のとおりである。

しかし本件合意書は、その作成時点における合意内容を記載したものであると考えられるところ、YはAと共にオーストラリアに2014年9月に入国し、それから2年を経たない2015年10月にAを連れて日本に帰国していること、本件合意書作成当時、Aはまだ生後5か月であり、その後2014年9月から2015年10月までオーストラリアで生活しており、留置の開始はXY双方がオーストラリアへの帰路航空券の日程としていた2016年1月の日程の翌日と考えられることなどからすると、子の常居所地国はオーストラリアであると認めることができる。

(分析) この部分には疑問がある。この部分は、前半が主観的要素、後半(「しかし」以降)が客観的要素の検討かと思われるが、前半において、本件合意の内容自体は、日本にAの常居所を認めることに有利に働くように思われる。他方、後半において、当初の予定期間より短い期間しかオーストラリアに居住していないことは、オーストラリアへの常居所地認定にとって少なくともプラスには働かないのではないか。また、Aがオース

トラリアに居住したのは1年強であるのに対し、Aの出生からオーストラリアへの移住までの期間（Aの誕生日が不明のため判然としないが、出生が2014年であり、オーストラリア国籍の取得が2014年4月だったことから考えて、その間に出生したことがうかがわれるから、5～8ヶ月程度と思われる）と日本に入国してから留置の開始までの期間（3ヶ月程度）を合計すると8～11ヶ月程度であり、留置開始前の居住期間としてはオーストラリアの方が日本より若干長い点には注目すべきだが、この程度の差であれば、最初から期限を切ったオーストラリアでの居住（しかもその期限より前に事実上終了している）と、そうでない日本での居住とでは、後者の方に比重を置いて考えるのが適切ではないだろうか。

8. さいごに

以上の検討からする限り、Aの常居所地国は日本と認定すべきであり、留置に対するXの同意の有無に関わらず、Xの申立ては却下されるべきものであると考える。

注

- (1) 大阪家裁平成28年11月29日決定（平成28年（家ヌ）7号）、判時2415号48頁、判タ1461号135頁、第一法規法情報総合データベース D1-Law.com 判例体系 判例ID28270014（抗告）
- (2) 大阪高決平成29年2月24日（平成28年（ラ）第1262号）、判時2415号45頁、判タ1461号132頁、家判19号83頁（確定）
- (3) 小野木尚「ハーグ子奪取条約上の子の常居所決定における両親の意思の考慮（子が乳幼児である場合）」戸籍時報798号38頁（2020）
- (4) 原審決定ではXと記載されていたが、控訴審決定で誤記であることが指摘されていた。
- (5) 原審決定ではXと記載されており、控訴審決定でも誤記であることの指摘はないが、文脈からしてYであるように思われる。
- (6) 二宮周平著『家族法 第4版』（新世社・2013）58頁。

- (7) 原審決定では X と記載されており、控訴審決定でも誤記であることの指摘はないが、文脈からして Y であるように思われる。
- (8) 常居所の概念については、櫻田嘉章著『国際私法〔第7版〕』（有斐閣・2020）90頁以下、神前禎他著『国際私法 第4版』（有斐閣・2019）52頁以下、澤木敬郎・道垣内正人著『国際私法入門〔第8版〕』（有斐閣・2018）83頁以下、松岡博編『国際関係私法入門 第4版』（有斐閣・2019）44頁、山内惟介・佐藤文彦編『標準 国際私法』（信山社・2020）25頁、中西康他著『国際私法 第2版』（有斐閣・2020）73頁以下など参照。