



原口综合法律事务所

邮编 105-0001 东京都港区虎门一丁目 4 番 2 号
KDX 虎门大楼 9 层
电话: 03-6205-4404 传真: 03-6205-4405
邮箱地址: kharaguchi@haraguchi-law.com

所长 律师 原口 薰

2016 年 5 月 1 日

有关要求归还孩子的审判前的暂时处理

I. 序言

最近有严重矛盾的夫妇之间的纠纷极其激烈，趁丈夫不在时妻子带走孩子并失踪，随后又由妻子的律师对丈夫提起离婚以及要求支付婚姻费用的调停案件很多。

一般像这种情况，通常丈夫会提起申请探望的调停，而对此，妻子常常会以家暴为理由强烈反对父亲对孩子进行探望。于是，家庭裁判所通常就会建议让父亲和孩子在家庭裁判所内的游戏室中尝试性的进行探望。

但是，妻子有时候会提交表示应该控制父子之间的探望的精神医生的意见书来拒绝这种尝试性的探望。实际上的确会有认为“在精神医学的领域中，应该把患者的心理上的体验作为事实来看待”等的狭隘偏执意见的精神医生，不加任何考虑的接受已经被妻子洗脑了的幼儿的意见，对父子之间的探望进行否定。而接受了这种狭隘偏执的精神医生意见的后，提交不允许父子间进行探望的条查报告的家庭调查官也实际存在。

家庭裁判所的裁判官一般是下根据调查官的调查报告来进行审判的。所以，如果妻子在丈夫的不在时将带孩子带走，再对孩子进行父亲有家暴的洗脑后，早我们国家，想要否定父子之间的探望是非常简单的。所以这也是之所以日本被批评“绑架天国”的理由。

那么，有没有办法防止孩子因为这个单亲疏远的温床而被带走的方法呢？本稿就是，参照日本作为加盟国的“国际诱拐儿童民事方面的公约”（以下简称为“海牙公约”。）的精神，重新评估以前被评价为例外的下级法院法院判例，来讨论有关孩子被带走时，要求归还孩子的审判前的暂时处理（归还孩子）的可能性的增大。

II. 是否可以在要求归还孩子的审判之间进行暂时处理

1. 序言

如果双方的婚姻是跨国婚姻，第一个问题就是结婚、离婚、亲子关系等的准据法，但是上述的带走孩子的情况多数为，丈夫是外国人，妻子是日本人，孩子同时拥有妻子的和丈夫的双重国籍，所以准据法为日本法（关于适用法律的通则法第 25 条、第 27 条、第 32 条）。

如准据法为日本法时，未成年人的亲权归父母（民法第 818 条 1 款），亲权由父母共同进



原口综合法律事务所

邮编 105-0001 东京都港区虎门一丁目4番2号
KDX 虎门大楼 9层
电话: 03-6205-4404 传真: 03-6205-4405
邮箱地址: kharaguchi@haraguchi-law.com

行(第818条3款)。亲权者具有孩子的监护权(第820条)。

而妻子擅自带走孩子的行为,是妨碍丈夫行使亲权的行为,丈夫可以对妻子以排除妨碍亲权的要求来要求妻子交还孩子(最高法院昭和35年3月15日)。

另外,如果妻子擅自带走孩子时,就可以被认为婚姻关系已经有了破绽,所以在离婚的时候使用监护人指定的相关规定,父母中一方被指定为亲权者,而这个指定的标准是以孩子的利益为准的(民法第766条1款,2款类推适用)。

在孩子被交还时,夫妻中哪一个作为孩子的监护人这一点就会成为争论的焦点,但不是只要指定监护人就可以请求交还孩子的,通常是在交还孩子的同时指定监护人。所以,在这个意义上,交还孩子和指定监护人可以说是从目的手段的关系来考虑的。

但是在指定监护人时,与通常的要认定过去事实后进行法律评价的司法判断不同,而是裁判所在预测今后可以让孩子的健全的成长的唯一的监护人是父亲还是母亲后进行判断,所以一般先由对孩子的心里有所了解的家庭裁判所的调查官先行进行调查,在这个调查中会更加详细的了解到父母和孩子之间的事情从而进行综合的比较与衡量,来决定父母的哪一方作为监护人更适合。因为这样的决定是需要非常慎重进行的,所以必然会持续很长一段时间。

在此期间,擅自带走孩子的母亲开始对孩子进行洗脑,孩子对父亲的疏远也就变的更加严重。那么有没有办法来防止这样的单亲疏远的对策?

2. 关于归还孩子审判前的暂时处理

我们认为想像这种要求归还孩子的案件,可以活用审判前的暂时处理(暂时归还孩子)(家事审判手续法第106条)。

不过,在审判之前的暂时处理中,需要证明“征求保全处理的理由”(该法第1款,第2款),“征求保全处理的理由”被认为包括了承认本案诉讼的可能性和保全的必要性。

这其中保全的必要性,即使对单亲疏远的可能性的证明已经足够,但承认本案诉讼可能性的大致证明,如果以本案监护权的指定为中心进行的话,按照上述所说的监护权指定的条件来看,就很难达成早期的归还。但在这段时间之中因为母亲造成的单亲疏远会变的更为严重。

所以,我们就想提议将到目前为止我们作为目的以及手段来考虑的有关孩子监护人制定的处理和有关归还孩子的处理进行明确的分离。

也就是说孩子的暂时归还应该理解为为了防止单亲疏远,首先让被带走的孩子回归到被带走之前的监护环境的处理(仅仅归还孩子的处理)。之后,我们再考虑如何慎重的进行本来的目的与手段,也就是监护人的指定和永远的归还孩子的可能性。

这个想法转换的根据的正是海牙条约的精神。海牙条约将孩子监护人的决定作为被带走国家国内法的问题来看,只要孩子被带走就被认为是违法的,作为海牙条约缔约国的我国,应



原口综合法律事务所

邮编 105-0001 东京都港区虎门一丁目4番2号
KDX 虎门大楼 9层
电话: 03-6205-4404 传真: 03-6205-4405
邮箱地址: kharaguchi@haraguchi-law.com

该参照海牙条约的精神，在国内的案件中，也有必要将带走孩子本身理解为是违法的行为。

假设带走孩子本身就是违法的，那么，被带走孩子的丈夫，对带走孩子的妻子，至少可以请求暂时的将孩子带回原来的监护环境。所以，本案请求暂时将孩子归还，可以认为是仅仅作为排除父亲亲权妨害的要求归还孩子的请求权。而需要证明的仅仅是，将孩子带离原来的监护环境时并没有得到丈夫的同意。

以下将从这样的视角出发，来探讨通过活用我国作为缔约国的海牙条约来进行归还孩子的审判前的暂时处理（暂时归还孩子）的可能性。

3. 海牙条约

父母之间的关系一旦破坏了，就会发生有关孩子监护权的争夺的纷争。比如说，已经分居的父母的任何一方想要监护孩子，那么，这场争夺孩子的斗争就是以实力来争夺的。而针对这个实力来争夺孩子的焦点被制定的条约，就是海牙条约（早川真一郎『『ハーグ子奪取条約』断想—日本の親子法制への一視点』ジュリスト No. 1430・12頁）。

这个条约于1980年在海牙举行的国际私法会议的外交会期中被采用，日本于2013年5月22日批准该条约，2014年4月1日至今在日本拥有效力。

因为孩子被带离国境之外是对孩子本身的利益伤害最大的，所以这个条约就是基于极力防止孩子的利益被损害的想法被制定的。条约中规定，有关监护权的判断（父母双方应该如何分配监护权）应该是以将孩子归还到孩子的常驻地的甲国后在在甲国的裁判所进行判断为前提的。有关孩子的监护权与本案判断完全是不同的形式，所以更应该尽快的将孩子的生活恢复到原状。（早川前掲『『ハーグ子奪取条約』断想—日本の親子法制への一視点』・13頁）。

条约中规定，在两个次条约的家门国中，以甲国为常驻地的未满16岁的儿童，如果因为违法行为被带到乙国或者是不法被留置在乙国时候，乙国有马上将孩子归还给甲国的义务。（早川前掲『『ハーグ子奪取条約』断想—日本の親子法制への一視点』・13頁、子奪取条約第12条、第3条）。

4. 日本下级审判例的倾向

相反的，有关带走孩子本身是否违法这个问题，参照至今为止往日本的判例可知，下级判例中原则上认为母亲带孩子回娘家不属于违法。也就是说，在下级审判例中，相对父亲擅自将孩子带走，原则上否定母亲带孩子回娘家的违法性（大阪高决平成7年6月22日家月58卷4号93页，札幌家占小牧支审平成17年3月17日家月58卷4号86页，东京高决平成17年6月28日家月58卷4号90页，仙台高秋田支审平成18年6月2日家月58卷4号71页）。

比如，大阪高决平成17年6月22日家月58卷4号93页中的案例中，父亲Y夺取了被母



原口综合法律事务所

邮编 105-0001 东京都港区虎门一丁目4番2号
KDX 虎门大楼 9层
电话: 03-6205-4404 传真: 03-6205-4405
邮箱地址: kharaguchi@haraguchi-law.com

亲小带回娘家的孩子A(4岁), 审判结果为命令Y将A归还给X并指定X为A的监护人, 并认为将孩子带回娘家, 并不是应该被非难的夺走孩子, 具体内容如下。

“X在A出生到与Y分居为止, 一直作为A的监护人, 所以当X与Y分居后, X对A继续进行监护, 与A一起离开家可以说是一种当然的行为, 这个行为本身不应该遭受任何的非难, 于用实力将在X的监护下的A带走的行为在性质上是完全不同的。”

5. 海牙条约缔结后日本国内擅自带走孩子的案件

确实作为海牙条约的缔约国, 只要可以禁止在跨越国境抢夺孩子这种被限定的局面中的自力救济, 也就算完成了合同的基本义务(早川前掲『ハーグ子奪取条約』断想—日本の親子法制への一視点—・17-18頁)。

但是, 作为海牙条约缔约国的日本, 在国际社会中, 应该重新审视与国际社会潮流相反的重视监护的持续性的倾向, 不仅仅是禁止作为海牙条约理念的自力救济, 以及条约适用的场面, 而是应该在国内的案件中也加以重视。

首先, “如果在争夺孩子的纷争中将进行实力行使(自力救济)就会变的有利情况置之不理的话, 不仅仅会诱发实力行使, 现在的父母的过度防备会造成探望交涉的障碍, 引得另一方父母的不满与不信任, 更加陷入一种恶性循环, 而这种状况会大大的阻碍孩子的成长。”(早川前掲『子連れ里帰り』の行方—ハーグ子奪取条約と日本—」171頁注(30))。

所以, **要将海牙条约禁止自力救济的理念防在国内案件中并进行重视, 母亲擅自带走孩子这种行为应该作为违法行为, 绝对不能允许这种行为发生才是最大的原则。**(早川前掲『子連れ里帰り』の行方—ハーグ子奪取条約と日本—」168-169頁)。

6. 平成20年东京高裁审判判断的框架

从这个观点出发, 一个可以说是例外的东京高裁的判例(东京高裁决平成20年12月18日家裁月报61卷7号59页。)(以下称为“东京高裁平成20年判决”)的框架才应该是今后应该被考虑的原则。

“像本案中共同亲权人的夫妇在分居中, 其中的一方在事实上将被监护的未成年人擅自带走时, 一直作为未成年人监护人的一方应该迅速地申请要求暂时归还未成年人审判前保全处分时, 只要不会因为将未成年人带回之前作为其监护人的父母一方处后, 导致未成年人在健康上有明显的损害, 或者是养育监护没有被准备好, 违反了未成年人的福祉, 或者是不能够承认的亲权形式的状态等特殊情况下, 这个申请应该被承认, 然后在按照本案的流程来指定监护人, 判断父母一方中哪一方来监护未成年人对于未成年人来说更有利。”(粗线部分为本事务所标注, 以下同样)



原口综合法律事务所

邮编 105-0001 东京都港区虎门一丁目4番2号
KDX 虎门大楼 9层
电话: 03-6205-4404 传真: 03-6205-4405
邮箱地址: kharaguchi@haraguchi-law.com

这个平成 20 年东京高裁审决是海牙条约缔结之前的判例，在条约缔结之前，这个判例被认为是一个例外，但是，这个决定反复强调抑制在争夺孩子时的自力救济（实力行使）的必要性，如果父母一方在没有得到另一方的同意将孩子带走了应该以迅速的恢复原状（归还）为大原则，在恢复原状后慢慢的考虑孩子的福利再决定监护人应该是父母中的哪一方，这一点和海牙条约的想法是极为接近的。（早川眞一郎『子連れ里帰り』の行方—ハーグ子奪取条約と日本—『変動する日本社会と法』（2011年・148-152頁））。如果是这样的话，这个一直被认为是例外的东京高裁平成 20 年的审决判断的框架，正是日本成为海牙条约缔约国的一抹曙光，应该被认为是从例外获得了原则性的地位。

7. 平成 20 年东京高裁审判的判决概要以及孩子的利益

即使将擅自带走孩子本身判做是违法的，原则上要求被带走的孩子要暂时归还给之前的监护人，但也不能损害到孩子的利益。也就是说，要考虑到母亲为什么要带走孩子，以及现在的监护状况等，因为本案要求交还孩子以及非常重视监护人的指定，所以在孩子被带走时要注意恢复原状，在之后的监护人指定中，只要是完全考虑到孩子的利益所进行的审理，就不会损害到孩子的利益。（山口亮子「子の引渡に関する二つの裁判例」判例タイムズ 1312号63頁）。

所以，在孩子的暂时交还处分中，只要释明妻子实在没有任何理由的情况下将孩子带走了这一点就够了。

对此，也有批判认为，数次下达归还未成年人的命令，每次都要强制执行归还未成年人对未成年人带来了莫大的精神上的紧张与痛苦，这本身是对未成年人不利的。（东京高裁平成 24 年（ラ）第 1926 号判例タイムズ 1383号327号327頁以下）。

确实，对未成年人数次下达归还命令从未成年人的利益来看并不是很好，但是，将孩子擅自带走的母亲，让孩子疏远父亲这一对孩子实质上的虐待，对孩子进行洗脑，让孩子说不愿意意见父亲，导致裁判所不能够强制执行归还命令，让不防碍归还命令强制执行的母亲的间接强制也变的困难了（东京高裁平成 24 年（ラ）第 1040 号判例タイムズ 1383号327頁以下）。

综合以上考虑，应该尽快让孩子回到原来的监护环境，防止一方父母被疏远，才是对孩子利益的最大化。



原口综合法律事务所

邮编 105-0001 东京都港区虎门一丁目4番2号
KDX 虎门大楼 9层
电话: 03-6205-4404 传真: 03-6205-4405
邮箱地址: kharaguchi@haraguchi-law.com

III. 结论

自从海牙公约缔结后，参照平成 20 年东京高裁审判判断的结构，在没有特别情况下，一般之前监护未成年人的亲权人被认定为孩子的暂时交还对象。

所以，到目前为只被称作目的和手段的监护人的指定与孩子的归还的关系也并不一定不可分割。本案中孩子的暂时交还，以因为母亲擅自将孩子带走对父亲亲权造成了妨害的请求，暂时处分的疏明对象也只要擅自将孩子带走这一点就足够了。

针对这种想法，虽然也有批评认为这样就有可能对孩子进行数次的强制执行了，但在孩子的暂时归还手续中，要考虑到作为监护人是否合适，审理过程将变的更为繁复并且时间长，而这样就加重了因为妻子所造成的孩子对另一方家长的疏远。那样的话，不只是暂时交还命令了，作为本案目的的交还命令也会变的不能够执行。

所以，孩子的暂时交还，应该在疏明了妻子在丈夫不知道的情况下将孩子带走这一点之后就予以许可。

以上的想法是以我国所缔结的海牙条约的基本历年为基础的，在海牙条约缔结后，可以说，孩子暂时交还的可能性应该有了飞跃性的进步。

(完)