
<http://www.incadat.com/> ref.: HC/E/CA 11

[20/10/1994; Supreme Court of Canada; Superior Appellate Court]

Thomson v. Thomson [1994] 3 SCR 551, 119 DLR 4th 253, 6 RFL (4th) 290

カナダ最高裁判所

担当裁判官：首席裁判官及び La Forest、L'Heureux-Dube、Sopinka、Gonthier、Cory、McLachlin、Iacobucci 及び Major 各裁判官

1994 年 10 月 20 日

当事者

A.T.

対

P.T.

- 並びに -

カナダ司法長官

オンタリオ州司法長官及び

マニトバ州司法長官

判決理由

LA FOREST 裁判官：

本上訴により、カナダも当事国である、国際的な子の奪取の民事上の側面に関する条約（ハーグ条約）（Can. T.S. 1983 No. 35）の解釈及び適用が当裁判所で初めて提起されている。同条約の根元的目的は、その前文に述べられるとおり、

子らを不法な連れ去り又は留置によって生ずる有害な影響から保護し、常居所を有していた国への速やかな返還を確保する手続を確立することである。

本件は、スコットランドにおいてスコットランド人の両親の間に生まれた男児が、マニトバ州にいる母親の両親を訪ねるために母親によって 1992 年 12 月にカナダへ連れ去られた状況で起こっている。マニトバ州に着くと、母親はそのまま永住する決心をした。子の連れ去りの時点で、離婚後、母親に子に対する仮の監護権が与えられていた。但し、父親には接触の権利が与えられており、裁判所命令には、子をスコットランドから連れ去ることを禁じる内容が含まれていた。重要な問題は、同条約の文言に基づいて、あるいは、マニトバ州で同条約を施行する法律、すなわち、子の監護実施法（Child Custody Enforcement Act, R.S.M. 1987, c. C360）のその他の規定に基づいて、子をスコットランドへ返還すべきかどうかである。

事実認定

上訴人 A.T.と被上訴人 P.T.は 1991 年 2 月にスコットランドで結婚した。彼女は 17 歳、彼は 22 歳だった。その子 M.は 1992 年 3 月 22 日に生まれた。その後 1992 年 7 月まで、親子は夫の両親と同居していた。1992 年 7 月に親子は賃貸住宅に引っ越した。しかし、M.は、週のうち何日かは祖父母の家に住み続け、残りの日数は両親と住んでいた。

1992 年 9 月 27 日の日曜日に、子は祖父母の家から帰ってくることになっていたが、帰ってこなかった。三日後になっても、依然として帰ってこなかった。このために両親は争い、別居に合意した。子は父方の祖父母のもとにとどまった。

両親はそれぞれ M.の監護権を求めた。母親の申請は 1992 年 10 月 9 日にスコットランドのストランラー州裁判所で審理され、両当事者とも、代理人が出廷した。裁判所によって事務弁護士が指名され、子の状況の報告にあたることになった。報告書は、特に、母親のほうが親としてふさわしく、父親よりも意欲と向上心があったこと、当事者が全員、生活保護を受けていたこと、父親に監護権があったときに M.の世話をしていたのは父方の祖母であったこと、父親は M.の祖母がこの子を育てることを受け入れていたことを示している。

州長官は、1992 年 11 月 27 日、上訴人である妻に M.に対する仮の監護権を与えた。また、被上訴人には接触の権利を与えると共に、次の裁判所命令までは

子をスコットランドにとどめることを命じた（裁判所には、母親がカナダへ渡航し、最近移住した両親と同居することを考えていた証拠があった）。いずれの当事者も、本人は審問に出廷しなかった。上訴人は後に、審問後弁護士に話しかけたところ、弁護士は急いでおり、「勝訴です！M.の監護権はあなたのものです」としか言わなかったこと、及び Mr. T.には訪問権が認められたことを宣誓証言した。弁護士は上訴人に対し、裁判所の判決を詳しく述べた報告書を「数日」後に用意すると伝えたとされている。1992 年 12 月 2 日、この報告書を受け取ることなく、上訴人は M.を連れてスコットランドを去り、マニトバ州の両親を訪ねた。

その後 2 ヶ月の間のある時点で上訴人は子と共にマニトバ州にとどまる意図を抱くようになった。彼女はカナダの高等学校に入学し、宣誓証言によると、卒業後は進学して高等教育を受ける予定だった。その間、彼女と M.は、マニトバ州 Wawanesa に近い農家に住んでいた。

1993 年 2 月 3 日、上訴人はマニトバ州で M.の監護権を申請した。同日、スコットランドで監護権の審理が再開された。後者の審理において、被上訴人である夫は監護権命令を認められた。上訴人は後に宣誓証言で、このスコットランドの監護権の審理について知らなかったと述べた。それに出廷することも、以前代理人を務めた弁護士に指示を与えることもしなかった。従って、弁護士は審理において退出することが認められた。記録には、被上訴人とその母親が証拠を提示したことのみが示されていた。

1993 年 2 月 95 日、被上訴人は国際的な子の奪取の民事上の側面に関する条約（ハーグ条約）に基づく子の返還要請を開始した。申請書は、見てのとおり、条約の文言及び要件の誤解を示す方法で記入されていた。要請に添付された書状において、スコットランド中央当局（すなわち、スコットランドにおいて条約に基づく申請の取り扱いに指定された機関）は、「スコットランドのコモンローに基づき、子の結婚している両親には、裁判所が別の命令を出さない限り、共同監護権がある」と述べた。文書中、後に、「要請を行っている個人又は機関（連れ去り又は留置の前に実際に監護権を行使していた者）」の欄には上訴人である A.T.の名前が記入されていた。さらに後には、「要請の正当性を示す事実に基づく、又は法的な根拠」の欄に「1993 年 2 月 3 日にスランレー州裁判所の命令によって確認されたとおり、P.T.に子の法的監護権がある」と書かれていた。後に明らかになるように、従った手続は、むしろ、欧州経済共同体の問題を扱う欧州条約の文言及び要件に一致していると思われる。そのアプローチは、少なくとも英国におけるハーグ条約に基づく要請については、珍しく

ない。しかし、これは、子をカナダから返還することに関して問題を生じることがあり、本件においても問題が生じている。

1993 年 3 月に被上訴人は、マニトバ州で監護権を求める妻の申請に対し、子の監護実施法（Child Custody Enforcement Act）及び条約に基づく申請で答え、子のスコットランドへの返還を求めた。その後まもなく、1993 年 4 月に Mrs. T. はスコットランドで監護命令に対して上訴したが、不成功に終わった（彼女は弁護士に電話で指示したとみられ、本人は出廷しなかった）。上訴の却下理由は記録されていない。

関連性のある条約及び制定法の規定

参照を容易にするため、以下に関連性のある条約及び法律の規定を示す。

国際的な子の奪取の民事上の側面に関する条約、Can. T.S. 1983, No. 35

〔前文〕

この条約の署名国は、

子の監護に関する事項において子の利益が最も重要であることを深く確信し、

不法な連れ去り又は留置によって生ずる有害な影響から子を国際的に保護すること並びに子が常居所を有していた国への当該子の速やかな返還を確保する手続及び接触の権利の保護を確保する手続を定めることを希望し、

このための条約を締結することを決定して、次のとおり協定した。

第 1 条

この条約は、次のことを目的とする。

(a) いずれかの締約国に不法に連れ去られ、又はいずれかの締約国において留置されている子の迅速な返還を確保すること。

(b) 一の締約国の法令に基づく監護の権利及び接触の権利が他の締約国において効果的に尊重されることを確保すること。

第 3 条

子の連れ去り又は留置は、次の(a)及び(b)に該当する場合には、不法とする。

(a) 当該連れ去り又は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、施設又は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。

(b) 当該連れ去り若しくは留置のときに(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。

(a)に規定する監護の権利は、特に、法令の適用により、司法上若しくは行政上の決定により、又は(a)に規定する国の法令に基づいて法的効果を有する合意により生ずるものとする。

第 5 条

この条約の適用上、

(a) 「監護の権利」には、子の監護に関する権利、特に子の居所を決定する権利を含む。

(b) 「接触の権利」には、一定の期間子をその常居所以外の場所へ連れて行く権利を含む。

第 11 条

締約国の司法当局又は行政当局は、子の返還のための手続を迅速に行う。

関係する司法当局又は行政当局が当該手続の開始の日から六週間以内に決定を行うことができない場合には、申請者は、遅延の理由を明らかにするよう要求する権利を有するものとし、要請を受けた国の中央当局は、自己の職権により又は要請を行った国の中央当局が求めるときは、遅延の理由を明らかにするよう要求する権利を有する。要請を受けた国の中央当局は、その要求への回答を受領したときは、当該回答を要請を行った国の中央当局又は申請者に転送する。

第 12 条

子が第 3 条の規定の意味において不法に連れ去られ、又は留置されている場合において、当該子が現に所在する締約国の司法当局又は行政当局が手続を開始

した日において当該子の不法な連れ去り又は留置の日から一年が経過していないときは、当該司法当局又は行政当局は、直ちに、当該子の返還を命ずる。

...

第 13 条

前条の規定にかかわらず、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、施設又は他の機関が次のいずれかの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。

(a) 子を監護していた個人、施設又は他の機関が、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、連れ去り若しくは留置の時に前にこれに同意していたこと又は連れ去り若しくは留置の後にこれを黙認したこと。

(b) 返還することによって子が心身に害悪を受け、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。

司法当局又は行政当局は、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。

司法当局又は行政当局は、この条に規定する状況について検討するに当たり、子の社会的背景に関する情報であって当該子の常居所の中央当局その他の権限のある当局により提供されるものを考慮に入れる。

第 15 条

締約国の司法当局又は行政当局は、子の連れ去り又は留置が第 3 条の規定の意味において不法なものであるとの決定又は判断を申請者が当該子が常居所を有していた国において得ることができる場合には、当該子の返還を命ずる前に、当該申請者に対し、当該決定又は判断を得るよう要請することができる。締約国の中央当局は、申請者が当該決定又は判断を得ることをできる限り援助する。

第 16 条

子が自国に連れ去られ、又は自国において留置されている締約国の司法当局又は行政当局は、当該子が第 3 条の規定の意味において不法に連れ去られ、又は

留置されている旨の通知を受領した後は、この条約に基づいて子が返還されないことが決定されるまで又はこの条約に基づく申請が当該通知を受領した後合理的な期間内に行われない場合を除くほか、監護の権利についての本案の決定を行わない。

第 20 条

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。

第 21 条

接触の権利について内容を定め、又は効果的な行使を確保するように取り計らうことを求める申請は、締約国の中央当局に対して、子の返還を求める申請と同様の方法によって行うことができる。

中央当局は、接触の権利が平穩に享受されること及び接触の権利の行使に当たり従うべき条件が満たされることを促進するため、第 7 条に定める協力の義務を負う。中央当局は、接触の権利の行使に対するあらゆる障害を可能な限り除去するための措置をとる。

中央当局は、接触の権利について内容を定め、又は保護するため及び接触の権利の行使に当たり従うべき条件が尊重されることを確保するため、直接に又は仲介者を通じて、手続を開始し、又はその開始について援助することができる。

子の監護実施法 (Child Custody Enforcement Act, R.S.M. 1987, c. C360)

第 3 節 申請を受けた裁判所は、監護命令の影響を受ける子が、当該監護命令が出された時点で、監護命令が出された県、州又は国との間に現実の実質的なつながりを有していなかったことが提示された証拠によって確信されない限り、監護命令が裁判所によって出されたものとして州外の裁判所が出した監護命令を執行することとし、また、有効にするために必要とみなす命令を出すことができる。

第 4 節(1) 子に影響を与える州外の裁判所が出した監護命令の存在にかかわらず、申請を受けた裁判所は、以下が確信される場合、当該子に関し、州外の裁判所が出した監護命令と異なる監護命令を出すことができる。

(a) 影響を受ける子が、申請が行われた時点で、州外の裁判所が出した監護命令が出された又は最終的に執行された県、州又は国との間に現実の実質的なつながりを有していないこと。

(b) 当該子が、マニトバ州との間に現実の実質的なつながりを有している、又は監護命令の影響を受ける当事者の全員がマニトバ州に常居所を有すること。

第5節 本法律の他のいかなる規定にもかかわらず、州外の裁判所が出した監護命令に指名された者の監護下に子がとどめ置かれた又は戻されたとしたら当該子が深刻な害悪を被るであろうことを裁判所が確信する場合に、裁判所は、当該子に関し、州外の裁判所が出した監護命令と異なる監護命令を出すことができる。

第6節 申請に際し、

(a) 子が不法にマニトバ州に連れて来られ、若しくはマニトバ州において不法に留置されていることを確信している裁判所、又は

(b) 第四節に基づく管轄権を行使できない裁判所は、以下のうち一項目以上を行うことができる。

(c) 裁判所が当該子にとって最善の利益となるとみなす暫定的監護命令を出す。

(d) 以下を条件として申請を停止する。

(i) 申請の当事者が州外裁判機関において同様の手続を速やかに開始する、若しくは迅速に進めるという条件、又は

(ii) 裁判所が適当とみなす、その他の条件。

(e) 当事者に対し、裁判所が適切とみなす場所へ子を返還することを命じ、裁判所の裁量により、子及び申請の審理における当事者又は証人の合理的な交通費及びその他の費用の支払いを命じる。

第17節(1) この節において「条約」とは、これに対する別表に記載する国際的な子の奪取の民事上の側面に関する条約を意味する。

第17節(2) 1983年12月1日以降、条約はマニトバ州において発効し、その規定はマニトバ州の法律となる。

第 17 節(3) 条約の適用上、法務省を州の中央当局とする。

原裁判所

マニトバ州女王座裁判所、家事部（1993 年）、87 Man. R. (2d) 68

子の返還を求める夫の申請の審理は、マニトバ州女王座裁判所の **Davidson** 裁判官により、条約の文言及びその実施法であるマニトバ州の子の監護実施法の規定に基づいて行われた。

最初に **Davidson** 裁判官は、スコットランドの裁判所の命令を受け入れる準備ができていると述べ、それらに対して唱えられた異議に次のような形で対応した。上诉人が 1992 年 11 月 27 日の仮命令における連れ出し禁止条項について知っていたか否かにかかわらず、**Mrs. T.**は同命令に記載された接触の権利については確かに知っており、それを敢えて無視した。さらに、**Davidson** 裁判官は、**Mrs. T.**がスコットランドで起こした訴訟手続に対して故意に理解せず、1992 年 11 月 27 日及び 1993 年 2 月 3 日のスコットランドの裁判所による命令の内容を知ってから、子を返還しなかったとした。

Davidson 裁判官は、条約（第 12 条）と実施法（第 6 節）のいずれも、限られた状況を除いて、他の管轄区で出された命令を実施すべきであるとの立場から始めることを義務付けていると述べた。前者（主として関心のある条項）は次のように書かれている。

第 12 条

子が第 3 条の規定の意味において不法に連れ去られ、又は留置されている場合において、当該子が現に所在する締約国の司法当局又は行政当局が手続を開始した日において当該子の不法な連れ去り又は留置の日から一年が経過していないときは、当該司法当局又は行政当局は、直ちに、当該子の返還を命ずる。

実施法の第三節及び第四節(1)で想定されるように、子がスコットランドとの間に実質的なつながりを有し、マニトバ州との間にはないと判断することに、**Davidson** 裁判官には何の困難もなかった。こうした状況において、条約の第 3 条(a)に要求されるように、子が「連れ去り又は留置の直前に[スコットランドに] 常居所を有していた」かどうかを検討する必要があったとは、裁判官は明らかに思わなかった。単に、条約（第 13 条）又は実施法（第五節）における

返還の要求事項に対する例外のいずれかが適用可能かどうかの検討を始めたのみである。

後者の問題には、子の返還拒否を正当化するために十分な、条約の第 13 条又は実施法第 5 節に述べる性質の害悪が子が受けたかどうかがかかわっていた。裁判官は、要件である害悪が二つの規定において異なる表現となっている点に注目した。第 13 条は、返還がすることによって子が心身に害悪を受け、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」について述べている一方で、第 5 節は単に子が「深刻な害悪を被る」であろうという事実に言及しているにすぎない。しかし、裁判官は、いかなる基準を用いようとも、証拠に基づいてそれが満たされることはない結論付けた。上訴人の宣誓供述書は、子の「最善の利益」に関して表現されているとの意見を述べ、**Davidson** 裁判官は、子がカナダにとどまるべきかどうかの問題を上訴人が本当に最善の利益の問題とみなしており、実施法又は条約に想定される害悪ではないと結論付けた。

さらに、**Davidson** 裁判官は、害悪の問題に関する審理を指示し、宣誓供述書の内容に基づいて自ら本件に判決をくださないことが求められるとの主張を退けた。**Lavitch v. Lavitch (1985), 37 Man. R. (2d) 261**において、マニトバ州控訴裁判所により問題の審理が命じられたものの、その案件は 12 歳と 13 歳の子らを扱っており、子らの返還が心理的な害悪を引き起こすかどうか判断する際に、父親との関係を回復することについての子らのためらいを考慮しなければならなかったと、裁判官は述べた。しかし、当該案件における裁判所は、子らが幼いために、子らの不服は要因とみなされず、害悪の危険の深刻な問題が生じない場合には問題の審理を必要とせずにその裁判官が命令を下すことが適当であると指示したと、**Davidson** 裁判官は続けて述べた。それが担当案件の状況だった。

Davidson 裁判官は次に、条約の第 3 条の意味において子が不法に連れ去られたとの上訴人の主張について論じた。同条を以下に繰り返す。

第 3 条

子の連れ去り又は留置は、次の(a)及び(b)に該当する場合には、不法とする。

(a) 当該連れ去り又は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、施設又は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。

(b) 当該連れ去り若しくは留置のときに(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。

(a)に規定する監護の権利は、特に、法令の適用により、司法上若しくは行政上の決定により、又は(a)に規定する国の法令に基づいて法的効果を有する合意により生ずるものとする。

監護及び接触は第5条において次のように定義されている。

第5条

この条約の適用上、

(a) 「監護の権利」には、子の監護に関する権利、特に子の居所を決定する権利を含む。

(b) 「接触の権利」には、一定の期間子をその常居所以外の場所へ連れて行く権利を含む。

Davidson 裁判官は、上訴人の監護の権利が限定的なものであり、子の居所を決定する権利は取り上げられていたと判決した。従って、**M.**を連れ去ることによって **Mrs. T.**は監護の権利の一条件に違反しており、それゆえに連れ去りは条約の文言の範囲内で不法だった。連れ去りが不法であることから、その後の留置も同じく不法だった。付随的に、**Davidson** 裁判官は、スコットランドにおける 1993 年 2 月 3 日の命令の時点までに子がマニトバ州に常居所を有していたとの上訴人の主張を退けた。

以上を根拠として、**Davidson** 裁判官は子をスコットランドへ返還することを命じた。次いで、マニトバ州の裁判所が子の監護実施法の第六節(c)に基づいて指示できる返還の条件を検討した。同裁判官の見解では、この規定により子の最善の利益となるような暫定的監護命令を出すことができる。提示された証拠に基づき、長期的には母親の監護の下にとどまることが **M.**の最善の利益になるとは考えるものの、その問題はスコットランドの裁判所が判断することである。しかし、同裁判官が考えるところ、暫定措置としては、母親の保護の下から突然引き離されないことが子の最善の利益となることは明らかであった。それに基づき、同裁判官は **Mrs. T.**に子の暫定的監護権を与えるが、子は命令が出されたスコットランドの管轄区へ返還することを命じた。スコットランドで問題

を解決すべく Mrs. T.が迅速に手続を進めることを確実とするため、Davidson 裁判官はさらに、暫定的監護命令の期限を4ヶ月とすることを命じた。

マニトバ州控訴裁判所（1993年）、88 Man.R. (2d) 204

控訴裁判所に対する上訴において、Twaddle 上訴審裁判官が多数意見を代表し、マニトバ州の裁判所に管轄権を与えるスコットランドの命令の正式な証明をマニトバ州の裁判所が要求したという主張に決着をつけた。実施法は裁判所がそのような命令に留意できると明確に規定していることに同裁判官は言及し、子の居所の問題については、条約であろうと、実施法の具体的な規定であろうと、いずれの観点から検討しても、何の困難もなかった。Davidson J. 裁判官と同様に、上訴審裁判官は、子がマニトバ州ではなく、スコットランドに居所を有していたと判断した。

不法な連れ去りの問題について、Twaddle 上訴審裁判官は、妻だけが監護権をもつ親であることから、子は不法に連れ去られていないとする主張において妻が法律上正しいことは十分にあり得るものの、父親にとって有利な監護命令が出された後は子が明らかに不法にマニトバ州で留置されていたことから、論点はいくらか空疎なものとなる。

次に、実施法及び条約における子の返還に対する要件の例外に目を向け、Twaddle 上訴審裁判官は、p.208 で、Lavitch（前出）において p.265 で自らが述べたことを引用した。

条約によって確定された管轄区の命令を実施する申請の場合、裁判所は、条約の文面と明瞭な意図を実施するために実施法を広く解釈することにより、実施法と条約との相違点を斟酌することがある。条約の各規定は、すでに述べたとおり、マニトバ州における法律である。

そして、次のように続けた。

その結果、実施法における例外と条約における例外は併せて解釈しなければならない。本件において幼い少年に対する「深刻な害悪」よりも「害悪の重大な危険」が必然的に優先されるため、考慮する必要があるのは条約に規定される例外のみである。

母親は、主として世話をする人から引き離されることによって子が被ると思われる害悪に関して発達小児科を専門とする医師から新たな証拠を控訴裁判所に

提出しようとしていたが、裁判所は、以下の理由によりその証拠を「不適切」と類別し、拒否した（pp.208-9）。

条約において想定される危険は、もう一人の親へ子を返還することに関連する理由から生じるものでなければならないというのが私の意見である。この解釈は、条約の文言と別な解釈をすることによる結果のいずれでも必要となる。

...

少なくとも、幼い子の場合、特定地区外の監護命令は、現在世話をしている者から子を引き離すことによって生じる害悪の危険を斟酌するのであれば、決して実施できない。ほぼ必ずと言ってよいほど、幼い子を現在置かれた環境から、又は子が慣れ親しんだ者から引き離すことは、何らかの一時的な精神的ショックを引き起こす。条約の署名者たちは、これを根拠として命令を実施しないことを意図していたはずはない。そのような結果は条約の目的を否定することになる。

Twaddle 上訴審裁判官は続けて、子の監護にかかわるあらゆる問題における指針は判決を下す裁判所が子の最善の利益となる命令を選ぶことであるが、条約加盟国は、監護の管轄権の同時行使が子の最善の利益とならないことについて合意している（pp.209-10）と述べた。裁判所の礼譲に関しては、条約が全面的に適用されるのであれば、要請を受けた国の裁判所が、他の裁判所の命令を指針に沿って出されたものとして受け入れなければならないと主張した。さらに、当該裁判所は、子の将来の福祉が地元管轄区の裁判所によって守られることも受け入れなければならないと付言した。

最後に、**Twaddle** 上訴審裁判官は、実施法の第六節に基づいて利用可能な救済方法は、「直ちに」子を返還することを求める条約の第 12 条における要件よりも柔軟性があることを認め、スコットランドの裁判所は「最終的」命令を出し、上訴人の上訴を却下したつもりであったが、この件では本案に関する審問が行われておらず、スコットランドの裁判所が審問を行うことを望む見込みがあることを指摘した。但し、同裁判官は、上訴人が子をスコットランド返還するまで、この結果が生じるとは考えなかった。従って、直ちに子を返還することを命じ、「外国の管轄区へ子を返還した後に効力を持ち続けることを意図していると示唆するような言い回しの」命令を出したことについて **Davidson** 裁判官を非難した（p.212）。

反対意見の裁判官である **Helper** 上訴審裁判官は、スコットランドから子の不法な連れ去りがあったかどうかの問題に対して異なるアプローチを取った。スコットランドの裁判所は監護権を決定する管轄権を保持しており、その理由により、スコットランドからの連れ去りは不法であるというのがその見解であった。

Helper 上訴審裁判官の理由は、その他の点では主として子をスコットランドへ返還する命令の文言に限られている。条約の前文を踏まえて第 1 条における返還の義務を読むと、子を不法な連れ去りから国際的に保護することを望むと共に、最優先される子の利益の重要性が認識されていることから、指針には二つの面があると主張した。州外の監護命令を認め、実施することと、子の最善の利益を守ることである。

実施法はこうした原則を実行すると同裁判官は考えた。実施法の第六節に記載される仮手続は、子が常居所を有する国へ子を返還する条約の要件を遵守しつつ、マニトバ州の裁判所が子の福祉を考慮に入れることを可能にすると主張し、p.215 で次のように述べた。

（略）親の違反行為の結果として子らが苦しみを二度繰り返すことがあってはならない。州外の監護命令を実行するにあたり、裁判所は、実施法及び条約の基本的適用で起こりうる副産物は法廷で発言権のない幼い子らが苦しむ過度のストレスであり、場合によっては現実のトラウマであることを認識しなければならない。子らを不法な連れ去り又は留置によって生ずる有害な結果から保護したいと加盟国が願う条約における方向性に付随するのは、子らに理解できない有害な変化から子らを保護しなければならない現実である。

本件におけるスコットランドの命令とマニトバ州の命令の複合的な影響は、**M.**をスコットランドへ返還後直ちに母親の保護から引き離し、父親の下に置き、**M.**にとって今では見知らぬ人となっている祖父母の世話を受けさせることである。**M.**はこのように養護者の間で行ったり来たりさせられることで良い待遇を受けることにはならない。ゆえに、**Helper** 上訴審裁判官は、上訴人に暫定的監護権を与えること、スコットランドにおいて上訴人の暫定的監護権を認めることに合意するまで被上訴人の申請は停止し、その間に上訴人はスコットランドにおける監護権の申請手続を進めること、上訴人には二ヶ月以内にスコットランドで監護権申請手続を開始するよう指示することを命じたと思われる。

当裁判所に対する上訴

上訴人は当裁判所に対する上訴を求め、その許可を得た。許可の申請と上訴の審問はいずれも迅速に審理が行われ、審問の直後に判決が言い渡され、被上訴人のアンダーテイキングを条件として（これについては後述する）、上訴は却下された。判決の後に判決理由が示された。以下がその理由である。

本件は条約の目的、適用及び解釈、並びにこれをマニトバ州において実施する法律との相互関係に関し、数々の幅広い論点を提起している。また、以下に関連する、より具体的な論点もいくつか提起している。

(1) 条約の要件である監護の性質と、本件において条約を運用する原因となるに十分な監護があったかどうか

(2) 子が不法にスコットランドから連れて去られ、又はマニトバ州において不法に留置されており、本件が条約の運用の範囲内にあったかどうか

(3) 子の返還により、条約又は実施法の文言の範囲内で子の返還の拒否を正当とするに十分なほど当該子に害悪を引き起こすかどうか

(4) 返還の申請が行われた裁判所が、返還によって子が被る可能性のある困難を改善する救済方法を与える権限

条約に関する一般的な論点から始め、次いで、特定の論点を扱い、その後、条約と実施法との相互関係に戻ることとする。

ハーグ条約の背景

1970年代半ば頃には国際的な親による子の奪取の問題がかなりの割合に達し、イギリス連邦各国の法務大臣が「社会的に計り知れないほど重要であり、早期の具体的行動を要する」（ハーグ国際私法会議、*Actes et Documents de la Quatorzieme session, t. III*、子の奪取（1982年）（以下、“*Actes et Documents*”と称す）、p. 15, n. 6）と述べるまでになった。1976年1月に開催されたハーグ国際私法会議の特別委員会による会合において、カナダの専門家が、ハーグ国際私法会議で一方の親による子の奪取の問題に対処する国際条約の作成に取り組むことを提案した。この提案は関心をもって受け入れられ、ハーグ国際私法会議事務局は問題の法的側面及び社会的側面の研究を開始した。ハーグ国際私法会議の常設事務局が実施した1978年の国際研究で情報源としたのは、以下の報告された奪取案件である。オーストラリア（10件）、ベルギー（15件）、デンマーク（8件）、フランス（75件）。英国における問題の規模は、12か月

の期間中に内務省が空港及び港での警戒を要請された案件が 691 件あり、69 カ国がかかわっていたという事実を示されていた。A. E. Anton, "The Hague Convention on International Child Abduction" (1981), 30 Int'l & Comp. L.Q. 537 を参照のこと。Anton が指摘しているように、こうした件数は比較的少なくとはいえ、子に対して害悪の危険があり、両親の嘆きが確実であることから、各国の政府が連携して取り組み、この害悪を防ぐことが肝要となった。いずれにせよ、件数は増加の兆候を示していた。例えば、1982 年から 1984 年までの間に（米国は 1988 年まで条約を施行しなかった）、奪取された子の外国からの返還を求める米国市民の数が倍増し、1986 年には、米国における一方の親による子の奪取の報告件数が 276 件だった。C. S. Helzick, "Returning United States Children Abducted to Foreign Countries: The Need to Implement the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction" (1987), 5 Boston U. Int'l L.J. 119 を参照のこと。

1979 年 3 月にハーグ国際私法会議は特別委員会を招集し、問題についての調査及び可能な対策の検討を行った。特別委員会は 1979 年 11 月に次の会合を開いて仮の条約案を作成し、これが 1980 年 10 月の第 14 回ハーグ国際私法会議における議論の基となった。

上記会期中に 28 カ国の代表によって国際的な子の奪取の民事上の側面に関する条約の草案が作成され、1980 年 10 月 24 日、同会議はこれを満場一致の票決により採択した。条約は直ちに各国の署名に供され、カナダは 1980 年 10 月 25 日に署名した 4 カ国のうちの 1 カ国だった。スコットランドは 1986 年に条約を施行した。

カナダにおいては各州の法令によって条約が実施された。マニトバ州では、先に確認したとおり、同州の子の監護実施法第十七節により法律の一部として組み込まれた。この法律には州外の命令の実行に関するその他の規定が含まれている。条約と実施法との相互関係についてここで論じることは控えるが、両当事者が提起した具体的な論点について議論を始める前に、国内法に採用された国際協約及び条約の解釈について一般的な見解をいくつか示すことは有用である。

構造及び解釈

概して、国際条約は制定法と同様の方法で解釈される。これは条約法に関するウィーン条約の第 31 条を精読すれば明白である。Can. T.S. 1980 No. 37 には次のように書かれている。

第 31 条

解釈に関する一般的な規則

1. 条約は、文脈によりかつその趣旨及び目的に照らして与えられる用語の通常の意味に従い、誠実に解釈するものとする。
2. 条約の解釈上、文脈というときは、条約文（前文及び附属書を含む。）のほかに、次のものを含める。

(a) 条約の締結に関連してすべての当事国の間でされた条約の関係合意（略）

しかし、立法経緯及びその他の準備資料の使用においては著しい相違がある。第 32 条は、そのような資料を第 31 条の下で見出される意味を確認する、あるいはあいまい又は不明確な点を解明する、あるいは明らかに常識に反した又は不合理な結果を避けるために使用できると定めている。それは次のように書かれている。

第 32 条

解釈の補足的な手段

前条の規定の適用により得られた意味を確認するため又は次の場合における意味を決定するため、解釈の補足的な手段、特に条約の準備作業及び条約の締結の際の事情に依拠することができる。

(a) 前条の規定による解釈によっては意味があいまい又は不明確である場合

(b) 前条の規定による解釈により明らかに常識に反した又は不合理な結果がもたらされる場合

法令によって実施を試みてきた国際条約を解釈する際に、条約締約国が意図したに違いない方法でその条約が解釈されないとしたら奇妙なことだろう。それならば驚くにはあたらないが、当事者たちが条約を解釈するこの補足的な手段について頻繁に言及しており、私も同じようにすることとする。カナダにおけ

る国際条約の解釈に当裁判所が最近このアプローチを取ったことに注目する（司法長官）（I. Ward, [1993] 2 S.C.R. 689）。

ハーグ条約に対する *travaux preparatoires* がハーグ国際私法会議の *Actes et Documents*（前出）に見出される。同じく興味深いのは、Anton 特別委員会議長による論文「国際的な子の奪取に関するハーグ条約」（"The Hague Convention on International Child Abduction"）（前出）である。

次に条約の目的について詳しく考察する。条約の前文は、この文書が以下に役立つことを意図するとの根元的目的を次のように述べている。「子の監護に関する事項において子の利益が最も重要である（略）」しかし、この問題に関する *Helper* 上訴審裁判官の見解に鑑み、これは子を返還すべきかどうかの問題に捉われている裁判所に、監護に関する審理において裁判所が行う方法で子の最善の利益を考慮する管轄権を与えるものと解釈すべきでないことを直ちに指摘しなければならないと考える。前文におけるこの部分は、「子の利益」について一般的に語っているのであって、裁判で争われている特定の子の利益についてではない。この見解は第 16 条によって裏付けられ、同条は、要請を受けた国の裁判所は、条約に基づいて子が返還されないことが決定されるまで、監護の権利についての本案の決定を行わない、としている。また、前文がさらに続けて次のように述べ、条約に基づいて目的が推進される方法を示していることにも注目する。

不法な連れ去り又は留置によって生ずる有害な影響から子を国際的に保護すること並びに子が常居所を有していた国への当該子の速やかな返還を確保する手続及び接触の権利の保護を確保する手続を定めることを希望し（略）

上述は第 1 条に述べる条約の目的と完全に一致する。第 1 条は、二つの目的を述べている。(a) いずれかの締約国に不法に連れ去られ、又はいずれかの締約国において留置されている子の速やかな返還を確保すること、(b) 一の締約国の法令に基づく監護の権利及び接触の権利が他の締約国において効果的に尊重されることを確保すること。Anton（前出）は、pp.542-43 において、速やかな返還を優先することが意図されていると述べている。

同時に特別委員会は、最近までこれはコモンローの国々の裁判官にとって同じくらい新しい提案となっていたはずであるが、対応を求められた国の裁判所は、子の福祉はその国にとどまるほうが確実となることがその後の審問で明らかになる可能性にもかかわらず、一定の限られた例外を条件として、子の返還を命

じるべきであるとも考えた（略）条約の主たる目的は、すなわち、第 1 条(a)に述べるとおり、締約国に不法に連れ去られ、又は留置されている子の速やかな返還を確保することである。委員会は、子の連れ去りは一般にその子の福祉を損なうとの想定を出発点としていた。そこから、子がある国から別の国へ連れ去られたときに、自発的に又は裁判所の手続を通して子の返還を確保するために国際的な仕組みが利用できるべきだということになった。

上記に引用した条約の前文及び第 3 条の文言から、また、*travaux préparatoires* から、条約の主たる目的が監護権の実施であることは明らかである。第 3 条は、子の連れ去り又は留置が不法とみなされるのは、「当該連れ去り又は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、施設又は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」場合であると規定している。そのような監護の権利は、第 12 条に基づく子の返還に向けた手続を通して実施される。

一方で、条約は、接触の権利の実施を条約締約国に指定された中央当局の行政手段に委ねている。こうした中央当局の義務は第 21 条に述べられており、監護の権利がかかわる状況とは異なり、子を直ちに返還することではなく、むしろ協力して「接触の権利が平穩に享受されること及び接触の権利の行使に当たり従うべき条件が満たされることを促進する」ことであり、これには「接触の権利について内容を定め、又は保護するため及び接触の権利の行使に当たり従うべき条件が尊重されることを確保するため、手続を」開始し、又はその開始について援助することが含まれる。

監護

監護は、条約による理解では、個人が合法的に子を保護し、監督する多くの状況を対象とする広範な用語である。第 3 条に述べられる監護の権利の侵害における権利は、想起されるとおり、連れ去り又は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、施設又は他の機関が有するものである。第 3 条はさらに続けて、監護の権利は法令の適用により生ずるとしている。最も分かりやすい事例は、両親が通常の保護と監督を子に行っている状況である。これはいかなる正式な命令も、その他の法律文書も必要としないが、監護の権利は、司法上若しくは行政上の決定により、又は合意により生ずることがある。

準備作業から、少なくとも一部の事例では、それを禁止する裁判所命令にもかかわらず子のある国から連れ去ることが条約の適用対象となることが意図され

ていたのは明らかと思われる。そこで、予備的文書 No.1「一方の親による国際的な子の奪取に関するアンケート及び報告書」 ("Questionnaire and Report on international child abduction by one parent") (「ダイアー報告書」 "Dyer Report") において、会議参加者の調査が行われ、このアンケートの趣旨で「子の奪取」とみなされる 5 種類の状況が説明された。それらを以下に記し、5 番目が直接関連することを特記する。

A 子は、当該子が常居所を有していた国から一方の親により、他方の親の合意なく連れ去られ、その時点で監護権の決定はまだ言い渡されていないが、両親の間にすでに深刻な問題が存在していた。

B 子は、一方の親により、一国で司法上決定された監護者から奪取され、相反する監護権の決定が言い渡されていない別の国へ連れ去られた。

C 子は、監護権をもたない親又はその他の親戚により、法的訪問期間を超えて当該子が常居所を有していた国以外の国に留置されていた。

D 子は、一方の親により一国における法的監護者から奪取されて別の国へ連れ去られ、そこで奪取した親が当該別の国又は第三国において相反する命令に基づき監護権を与えられている。

E 子を一方の親が一国から別の国へ連れ去り、そのような連れ去りを明確に禁じた裁判所命令に違反した。〔強調は引用者による。〕

(Actes et Documents、前出、p.9。)

予備的文書 No.5「法律上の誘拐に関する 1979 年 3 月特別委員会の議論による結論」 ("Conclusions drawn from the discussions of the Special Commission of March 1979 on legal kidnapping") は、ダイアー報告書の調査で挙げられた 5 種類の奪取に言及し、「条約はすべての種類を対象とするべきである」との見解を示している (Actes et Documents、前出、p.163 [強調は原文])。

しかし、それは、ある国から裁判所命令で連れ去りが禁じられる別の国へ子が連れ去られるあらゆる事例に条約が適用されることにはならない。単なる接触ではなく、監護の実施に関する条約及び準備作業における強調点から、適切な見解は、条約が規定する義務的な返還は連れ去りが個人、施設又は他の機関の監護の権利を侵害している事例に限られるとするものになると思われる。それ

が Anton（前出、pp.546 及び 554-55）の採用した見解であり、Anton は次のように述べた。

接触の権利のみに違反する子の連れ去り又は留置が第 3 条の意味における不法な連れ去り又は留置とならないことは、第 5 条における監護及び接触の定義からも明らかである。

監護の権利の侵害を防ぐ規定と同等の接触の権利を裏付ける義務的規定は、条約に含まれていない。これは、監護の権利を有する親によって子が別の国へ連れ去られ、しかも接触の権利をその後行使できなくする目的で意図的に連れ去られるような極端な事例にさえ、当てはまる。

Anton の見解は、「子の奪取」とみなされる状況としてダイアー報告書の調査で特定された他の 4 種類の状況がすべて一様に監護権をもつ親が監護の権利を奪われるものであるという事実を裏づけとしている。

私の見解ではそれが正しいアプローチであり、従って、これに基づいて、M. の不法な連れ去りがあったかどうかの問題を扱うことを提案する。

不法な連れ去り

条約に基づく M. の返還を正当とする監護の権利の違反があったかどうかの問題を取り上げる前に、原裁判所で提起された 2 点について簡潔に対処しておきたい。

上記のうち一つは、上诉人がスコットランドの裁判所命令に違反していたことを知らなかったことにかかわっている。私の見解では、これは重要でない。故意の性質のものは何一つ求められていない。条約の目的は当事者に罪を着せることではない。子の利益のため、子がある国から別の国へ誘拐されるのを防ぐことを意図しているだけである。その意味で子の連れ去りが不法であった場合、上诉人が状況をどう見ていたかは問題でない。

第二の予備的問題は、関連する時期に M. の居所がスコットランドにあったか、マニトバ州にあったかについての争いに関連する。本件の事実に基づき、この問題も実質がないとする原裁判所と同意見である。

次に、スコットランドから M. を連れ去ったことがスコットランドでの監護の権利の違反とみなされるかという問題を取り上げる。上诉人は、上诉人が仮の

監護権を有していたのであるから、M.の連れ去りが条約に基づいて不法とみなされるはずがないと主張した。被上訴人については、裁判所が別の命令を出すまでは一方の親が仮の監護権を有するとしたスコットランドにおける中央当局の書状に言及した。しかし、問題点は、M.がスコットランドから連れ去られる前に、母親に仮の監護権を与え、被上訴人である父親には接触の権利のみを残すとする裁判所命令があったことである。こうした状況下において、裁判所は、関連する判決を参照することにより、できる限り法律が何であるか、決定しなければならない。

判例法においては三つのアプローチが取られてきた。その三つのすべてに共通しているのは、裁判所が条約の意図を実行することに対して強い意向を示したことである。第一は、連れ去ってはならないとする条項に違反する連れ去りは、そのような連れ去りが監護権をもつ親の自らの監護の権利に違反することから、条約の文言に反しているという主旨である。これはおそらく、本件において Davidson 裁判官が採用したアプローチである。同裁判官は p.76 で次のように述べた。

（略）連れ去りは 1992 年 11 月 27 日の命令における監護の権利に違反していた。なぜなら、Ms. T.に与えられた監護権は無条件ではなかったからである。私は連れ去りを禁じる制限を一般に監護権の条件とみなす。

さらに、第 5 条に明確に定義される監護の権利には「子の監護に関する権利、特に子の居所を決定する権利」を含む、とある。Ms. T.は明らかに、子の居所を決定する権利を制限する監護の権利を与えられたのであって、明らかにその制限された監護の権利に違反している。

イングランド高等裁判所（家事部）Ewbank 裁判官は、K. H. (A Minor) (Abduction), [1990] F. C. R. 990 において同様のアプローチを採用した。この事例では、オンタリオ州に住む幼い娘の両親が離婚し、母親が子の仮の監護権を得たが、裁判所の許可なくその子をオンタリオ州から連れ去ってはならないという条件が付されていた。母親はこの条項に違反して子をイングランドへ連れ去った。第 15 条に基づくイングランドの裁判所の要請を受け、オンタリオ州の司法長官事務所は証明書及び宣誓供述書を送り、カナダの法律に基づく連れ去り禁止条項の意図に関する意見を示した。この提出物を受理した Ewbank 裁判官は、オンタリオ州の司法長官の見解を p.992 において次のように要約した。

（略）政府法務官の意見では、オンタリオ州から子連れ去る際の母親の行動は、裁判所の判決により州法に基づいて母親のものとされた監護の権利の違反であったという点において、条約第 3 条の意味の範囲内で不法な連れ去りとみなされる。1989 年 9 月 19 日の命令に基づく母親の監護の権利はオンタリオ州内での監護の権利であって、子をオンタリオ州から連れ出してはならないことが裁判所命令により明確に定められており、子連れ去ることで母親は与えられた監護の権利に違反していた〔強調は引用者による〕。

このアプローチにはいくらか戸惑を感じたことを認める。「連れ去り若しくは留置のときに（略）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」と規定することにより、第 3 条は、侵害された権利が侵害している当事者以外のだれかに帰していたに違いないことを示唆しているように思われる。その解釈は、条約の構造のほか、条約の草案作成に従事した者のコメントによって確認され、そこからは接触ではなく、監護の主たる保護が意図されていたと思われる。

しかし、本件における返還要請は上記引用事例で述べたアプローチに基づいていたと思われることを想起しなければならない。Mrs. T. は、要請書によると、監護の権利を侵害された側だった。このアプローチの有効性は、私が注目したところでは、本質的な根拠に基づいて争われたが、それが子の返還そのものを求める要請を無効にすると主張されることは一切なかった。私としては、他国の裁判所が要求する可能性のあることを正確に知る上で様々な国々の各機関が抱える困難を考慮すると、形式上の問題における細かな点の正確さを強調すべきではないと考える。ここでは、形式がどうであれ、あるいは、要請を行っている国が行動において基づく理論が何であれ、要請書が状況についての適切な情報を裁判所に伝えており、要請には適切に決定が下されたと考える。この点は、K H.（前出）の件においてカナダ当局が示した法律の所説に基づき、カナダの法律に従って行動していたとスコットランドの当局が考える理由があるだけに、より一層説得力がある。

言及された第二及び第三のアプローチでは、「子の居所を決定する権利」は子の身体を保護する権利から分かつことのできる監護の権利であり、連れ去り禁止条項により、この権利は接触の権利をもつ親（第二のアプローチ）又は裁判所（第三のアプローチ）に帰属すると主張している。これらのアプローチは、「『監護の権利』には、子の監護に関する権利、特に子の居所を決定する権利

を含む」とする第 5 条の制約のない言い回しに裏づけられている（強調は引用者による）。

C. v. C.（未成年者、奪取：海外における監護の権利）(Minor. Abduction: Rights of Custody Abroad), [1989] 2 All E.R. 465 (C.A.)において、裁判所は第二のアプローチを受け入れ、接触の権利をもつ親（父親）が条約の意味の範囲内における監護の権利を得たとした。その事例では、両当事者は 1978 年にイングランドで結婚し、1979 年にオーストラリアへ移住していた。1982 年に息子の親となり、1986 年に離婚した。オーストラリアの家庭裁判所による同意命令は、父親と母親が引き続き子の共同後見人となり、母親が日々の監護を行うこと、いずれの親も相手の同意を得ずに子をオーストラリアから連れ去らないことを指示した。1988 年に母親は父親の同意を得ずに子をイングランドへ連れ去った。イングランドの控訴裁判所は、オーストラリアの法律の証拠を提示されなかったものの、条約の第 3 条に基づき、監護の権利は共同又は単独で有するものとして明確に認識されていることに言及した。Neill 控訴院裁判官は、p.472 において、次のように問題を提示した。

子をオーストラリアから連れ去ることに対して同意を与える又は与えない権利は、条件を課す暗黙の権利と併せ、子の居所を決定する権利であり、従って、条約の第 3 条及び第 5 条の意味の範囲内の監護の権利であると確信している。さらに、この結論は同条約及び 1985 年の法律の目的に適っていると確信している。昨年 8 月まで、当該子はオーストラリアに常居所を有していた。1986 年にオーストラリアの家庭裁判所は、子の監護に関する命令を出し、それには父親の同意を得ずに子をオーストラリアから連れ去らないこととした合意された条項が含まれていた。私の判断するところ、その条項の実施は明らかに条約及び 1985 年の法律が果そうとしている目的の範囲内に該当する。

Donaldson 記録長官は同意見で、p.473 において次のように述べた。

「監護」は、専門的でない英単語としては「保管・保護、預かりもの、世話、後見」などを意味する（これは Shorter Oxford English Dictionary から得た）。しかし、条約に定義される「監護の権利」には、これよりはるかに正確な意味が含まれ、それは通常、条約に基づくほとんどの申請について決定的なものとなると理解される。これは「子の居所を決定する権利」である。この権利は、裁判所、母親、父親、管理を行う何らかの機関、例えば地方自治体などに帰することがあり、あるいは本件のように分割された権利の場合があり、子がオーストラリアに居所を有することになる限り、権利は母親のものであるが、子がオ

ーストラリアの外に居所を有していることに関して疑問が生じる限り、共同の権利であり、当然のことながら、常に最優先される裁判所の権利を条件としている。個人又は裁判所であれ、又はその他の施設若しくは機関であれ、だれかが異議を唱える権利を有し、いずれも相談を受けない、又は同意を拒む場合、連れ去りは条約の意味の範囲内で不法となる。さらに、完全を期して、「子の居所を決定する権利」（条約中の文言を用いる）は具体的に子が特定の住所に住むことを決定する権利、又は一般的に「オーストラリア連邦内」に住むことを決定する権利の可能性のあることを付け加える。

その事例は本件よりも説得力のある事実を提示していた。そこでは、見てのとおりに、子を国外へ連れ去らないとの合意条項に基づいて両親が共同後見人となっていた。本件では、父親が裁判所命令に基づいて接触の権利のみを与えられていたように思われ、それは条約において監護と同等でない。

暫定的監護命令に連れ去り禁止条項を盛り込む効果は監護の権利を裁判所で保留することであるとする第三のアプローチは、**B. v. B. (奪取：監護、権利) (Abduction: Custody, Rights), [1993] 2 All E.R. 144** においてイングランドの控訴裁判所が採用した。その事例では、母親と父親が 1977 年にイングランドで結婚し、1981 年にオンタリオ州へ移住して、そこでカナダ市民となっていた。息子は 1985 年に生まれた。両当事者は 1990 年に離婚した。1991 年 1 月に同意命令によって母親に仮の監護権が与えられ、父親には自由な接触が認められ、子をオンタリオ州から連れ出させない命令が含まれた。1991 年 5 月に母親は最終的な監護と子をイングランドへ連れ去る許可を求めた。命令申請は 1991 年 6 月 27 日に回付されることになっていた。宣誓供述書において母親は、「この裁判所から適切な命令が出されないうちにこの管轄区を離れるつもりはありません」と述べた。6 月 27 日に命令申請の裁判官は本質的な問題の審問を延期したが、子を「その間に管轄区から連れ去ってはならない」と命令した。審問は 1992 年 7 月 2 日に再開されることになっていた。その日、裁判官は本質的な審問を新たな裁判地で後日継続することを指示した。命令では、妻の仮の監護権が継続され、夫の接触回数が指定された。しかし、連れ去り禁止条項は含まれていなかった。翌日、妻は子を連れてイングランドへ向かった。

イングランドの控訴裁判所の **Sir Stephen Brown** 家事部首席裁判官は p. 149 において付のように判決した。

私の見方では、これは不法な連れ去りの最も明白な例であった。母親自身がそう考えていたらしく、後に、そのときにその手段を取ったことを悔やんでいる

と述べた。母親は当時法律上の助言を受けてはいたが、法的な立場を正しく認識していなかったことが示唆される。この時点では裁判所に子の居所を決定する権利があったという意味で裁判所自体が監護の権利を有していたと思われ、母親が子を常居所から連れ去ったことはその権利の侵害だった。

私はこの所説に全面的に同意する。だれに子の監護権を与えるかという問題が裁判所で争われ、その問題を扱う過程で両親の一方に仮の監護権が与えられる場合、裁判所は子の保護及び監督に関する権利を有し、特に子の居所を決定する権利がある。裁判所が子を監護することができる機関又は施設となり得ることは以前より確立されている。E. (Mrs.) v. Eve, [1986] 2 S.C.R. 388 において説明したように、衡平法裁判所（大法官裁判所）は長い間、保護者としての国の管轄権の行使において、保護を必要とする子らに後見権を行使してきた。しかし、この説から生じる管轄権に頼る必要は認められず、これに他の締約国が「困惑し、懸念を抱いて」きたのはもっともなことである。一般に知られる後見権は、スコットランドには存在しないと思われる。Nigel Lowe and Michael Nicholls, "Child Abduction: The Wardship Jurisdiction and the Hague Convention", [1994] Fam. Lau 191, at p. 191 参照。

当裁判所では、1992 年 11 月 27 日に Mrs. T. に与えた暫定的監護命令に連れ去り禁止条項を記載することのスコットランドの法律に基づく法的効力に関する証言を聞いてない。従って、一般原則の助けを借りず、カナダの法律との類推によってこの条項を解釈しなければならない。カナダの法律の下では、監護権について最終決定を下す裁判所の管轄権を保つために、連れ去り禁止条項を暫定的監護命令に含むことができる。だれが子の監護権を有するか決定する管轄権が裁判所に与えられている場合、それは当該管轄権を行使する過程において、条約で想定されたこの用語の幅広い意味の範囲内で監護の権利を行使するものと思われる。第 3 条(b)の文言には、「当該連れ去り若しくは留置のときに（略）〔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」とある。先に述べたように、travaux préparatoires ではこの状況を予測している。

これらはすべて、係争中の事件に特に当てはまると思われる。本件における連れ去り禁止条項は単にこう書かれている。「被告人が当該 M.T. をスコットランドの外へ連れ去ることを臨時に禁じる仮禁止令に関する新たな許可にについて」（強調は原文）。'interim' の語を二度強調していることから、後日、本格的審理において本案について監護権の問題を決定するスコットランドの裁判所

の管轄権を保つために、1992年11月27日の監護命令に連れ去り禁止条項が含まれていたことは明白と思われる。このように、スコットランドの裁判所は、「連れ去り又は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」第3条の意味の範囲内で監護の権利を「共同又は単独で有する個人、施設又は他の機関」となった。被上訴人が接触の権利を維持することは単に同条項に付随する効力にすぎない。従って、上訴人によるM.の連れ去りは、条約第3条の意味の範囲内でスコットランドの裁判所の監護の権利の侵害とみなされる。従って、条約第12条は、当裁判所に対し、「直ちに」当該子の返還を命ずる義務を課す。

本件における母親の監護権の純粹に暫定的な性質を強調したことが分かるはずである。裁判所が監護に関する永続的命令に連れ去り禁止条項を記載する状況と、このアプローチは同じと言っていると理解されることは望まない。そのような条項は、全く異なる問題を生じる。通常は、監護権のない親に永続的な接触権を確保することが意図されている。接触の権利は、もちろん重要であるが、これまでみてきたとおり、監護権と同じレベルの保護が条約によって与えられることは意図されていなかった。永続的な監護権のある者の保護下へ子を返還することは、監護命令が出された後にかかなりの時間が経って常居所から連れ去られる場合があるため、通常は子にとってはるかに破壊的となる。この状況は、監護者の移動の権利にも深刻な影響を及ぼす。

不法な留置

M.の連れ去りは不法であったとの判断に照らし、厳密に言って不法な留置を扱うことは必要ではない。しかし、スコットランドの裁判所による、父親に有利な1993年2月3日の命令の効力に関する主張に鑑み、この問題について論じることは重要と考える。

被上訴人は、1993年2月3日のスコットランドの裁判所による命令の後、留置がなければ行使していたはずの被上訴人の権利の侵害であるため、上訴人によるM.の留置は第3条の意味の範囲内で不法だったと主張した。上訴人のほうが親としてふさわしいことを示す事務弁護士の報告書を無視している2月3日の命令をスコットランドの裁判所が出した理由について、いずれの側も当裁判所へ証拠を提出しなかった。この監護権の判決がハーグ条約に基づく被上訴人の申請を支持することだけを目的として下されたと下級裁判所はみなし、また、上訴人はそのように主張した。この種の命令は国際的に「追いかけ命令(chasing order)」として知られている。

ハーグ条約の「不法な留置」への言及はいくらかあいまいであるため、これは条約の背景に照らして解釈しなければならない。条約の起草者は、欧州評議会による子の監護に関する裁判の承認執行及び子の監護の回復に関する条約（**Convention on Recognition and Enforcement of Decisions Concerning Custody of Children and on Restoration of Custody of Children, Eur. T. S. No. 105**）のアプローチに従うことを望まなかった。この条約は、監護に関する判決の承認又は要請を行う国の命令に基づいて子を返還し、そのために要請を行う国で「追いかけて命令」を出す必要が生じる。Anton（前出）は次のように説明する（pp.541-49）。

（略）多くの奪取の事例で先行する監護の判決がなかったということになるだろう。侵害された権利は法律によって与えられていたのかもしれない。欧州評議会の条約は、承認及び執行すべき監護に関する判決がある場合にのみ実施され、子の監護に関連し、子の連れ去りが不法だったことを明らかにする遡及的な判決（いわゆる「追いかけて命令」）の条約に基づく承認及び執行について規定することより、先行する判決がなかった可能性によって生じる問題に対処する。しかし、ハーグ特別委員会は、奪取された子の返還を求める者に対し、先ず子が常居所を有する国の裁判所へ行き、「追いかけて命令」を得ることを義務付けるのは間違っていると考えた。従って、ハーグ条約の第 15 条に基づき、子の返還を求める申請が行われた国の裁判所は「追いかけて命令」を要求することができるものの、これは単に選択肢の一つにすぎない。これが利用される見込みがあるのは、ほかの方法では解決できないのではないかとの実質的な疑いがある場合に限られる。

要請を受けた国が要請する国の「追いかけて命令」を求めることを可能にする第 15 条は、次のとおりである。

第 15 条

締約国の司法当局又は行政当局は、子の連れ去り又は留置が第 3 条の規定の意味において不法なものであるとの決定又は判断を申請者が当該子が常居所を有していた国において得ることができる場合には、当該子の返還を命ずる前に、当該申請者に対し、当該決定又は判断を得よう要請することができる。締約国の中央当局は、申請者が当該決定又は判断を得ることをできる限り援助する。

この規定で想定しているのは、見てのとおり、「追いかけて命令」を得る主導権は要請を受けた国にあること、及び命令は連れ去り又は留置が不法であったか

どうかの判断を意図していることである。要するに、条約の趣旨で、「追いか
け命令」は、要請を受けた国のために、継続的な留置は確かに不法であるとの
要請を行う国の見解を明らかにすることに役立つ。

条約には、外国の管轄区の遡及的な監護命令の承認を義務付けるものは一切な
い。さらに補足的な資料には、ハーグ条約に基づく「不法な留置」では、「追
いかけ命令」が出された後に初めて留置が不法となることを想定していないと
の見解を支持する所説がいくつかある。予備的条約草案に関する **Professor**
Perez-Vera の報告書 (**Preliminary Document No. 6 "Report of the Special**
Commission") によると、ハーグ条約に基づく「不法な留置」が意味する状況
と意図されていたのは、実に明白で、常識に従ったものである。教授は次のよ
うに述べている。

結果として、法令用語が過度に複雑又は過度に簡素になり得る領域において問
題の要点について論じるには分析的アプローチが最も適切と思われる。このア
プローチの基礎として、対処しなければならないあらゆる状況に共存し、その
ような方法で問題における不変の核心を成すとみなされる可能性のある要素を
二つだけ、検討する。

〔「連れ去り」を説明して〕第一に、また、あらゆる事例において、法的な監
護の権利を行使する監護者（又は機関）に保護されて子が生活する通常の世界
環境からの子の連れ去りがある。〔「留置」を説明して〕当然のことながら、
この状況は、外国での一時滞在の後に子の返還を拒否した事例で、その一時滞
在が子本人の正当な監護者の同意を得て行われた場合と比べなければならない。
いずれの場合も、結果は同じである。子はその生活を形成していた社会及び家
族の背景から連れ去られている。

第二に、子を連れ去った者は（略）自らが生み出した事実上の状況を適法とす
る〔ために〕（略）子が連れ去られた国の当局から監護の権利を得ることを望
む（略）

（**Actes et Documents**、前出、p.172）

換言すれば、元々の連れ去りは子の正当な監護者の同意を得て行われた場合に、
不法な留置は接触可能な期間が終了した瞬間から始まる。この解釈は、特別委
員会の報告書における「草案に関する注釈」でも繰り返され、次のように記述
されている。

第一に、不法に「留置された」子についての言及は、正当な監護者の同意を得て常居所とは異なる場所にいる子であって、監護者でない親により返還されていない子の場合を対象に含む傾向がある。

(Actes et Documents、前出、p.187)

同様に、条約に関する説明報告書では、次のように記述されている。

不法な留置の事例における決定的な日付の確定は、子がその監護者へ返還されていなければならない日付、又は常居所以外の場所における子の滞在の延長に同意することを監護の権利の所有者が拒否した日付と理解するべきである。

(Actes et Documents、前出、pp.458-59)

429 ページにおいて、さらに「条約は（略）その目的の冒頭に（略）現状の回復を置いている」と続く。

従って、スコットランドの裁判所が 1993 年 2 月 3 日に与えた父親に有利な命令は、それ自体で留置を不法とすることができなかったため、単独ではハーグ条約に基づく申請の十分な根拠とはならなかっただろうと結論付ける。

先に述べたとおり、子が管轄区から連れ去られた後に出された「追いかけて命令」は、他の点では条約に反しないものをそれだけで不法とすることができると英国当局がみなしたと思われる、本件のような事例を数件承知している。以下を参照のこと。C. v. S. (Minor: Abduction: Illegitimate Child), [1990] 2 All E.R. 449 (C.A.), *aff'd* [1990] 2 All E.R. 961 (H.L.); Re B.-M. (Wardship: Jurisdiction), [1993] 1 F.L.R. 979 (H.C. (Fam. Div.)); and Re N. (Child Abduction: Habitual Residence), [1993] 2 F.L.R. 124 (C.A.). 特に、本件について論じられてから、イングランドにおける後見に関する訴訟が、子の連れ去りの後に不法な留置を立証するために、連れ去りの時点で監護の権利を有していた者により、又はその者に対して、「追いかけて命令」として利用されていた英国及びオーストラリアの事例数件に注意を引かれた。例えば、B.-M.の件（前出）及び *In the Marriage of W.M. and G.R. Barraclough*, [1987] 11 Fam. L.R. 773（オーストラリア家庭裁判所）を参照のこと。こうした事例についてこれ以上のコメントは控えるが、監護権を有する親（本件のように、暫定的根拠で行動している者以外）に対して取られたそのようなアプローチが、一見したところ、条約に基づいて子の返還の救済方法が制限されている、監護の権利以外の利益を保護することに向けられていると思われることだけは言うておく。仮に本件でそのような状

況が生じた場合は、極めて慎重に精査し、これが条約の条文と精神に適っているか、確認しなければならないだろう。最近の米国の事例では、裁判所がそのような状況の下で返還要請の受理を拒否したことに注目する。**Meredith v. Meredith**, 759 F.Supp. 1432 (D. Ariz. 1991)参照。

不法に連れ去られた子の返還の例外

条約の文言に基づいて M.は不法に連れ去られたと確定された後は、第 12 条、第 13 条及び第 20 条に述べる例外に該当しない限り、条約の第 12 条が「直ちに」返還を命ずることを当裁判所に義務付けている。例外は次のとおりである（**John M. Eekelaar, "International Child Abduction by Parents" (1982), 32 U.T.L.J. 281, at p.311**)参照）。

1. 連れ去りから司法手続を開始した日までの間に一年が経過していないこと、及び子が新たな環境に適応していると証明できること：第 12 条
2. 子を監護していた個人、施設又は他の機関が、連れ去り若しくは留置の時点で現実に監護の権利を行使していなかったこと：第 13 条(a)
3. 子を監護していた個人（略）が連れ去り若しくは留置の際に黙認していたこと：第 13 条(a)
4. 返還することによって子が心身に害悪を受け、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：第 13 条(b)
5. 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こと：第 13 条
6. 子の返還が「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」こと：第 20 条。

なお、マニトバ法の第五節に、州外命令に指定された個人から離れる又はその個人の下に置かれることにより子が深刻な害悪を受けるであろうことを裁判所が確信している場合には別の監護命令を出さなければならないとする例外があることが想起される。

M.が該当すると主張されている唯一の例外は、マニトバ法に基づく「深刻な害悪」又は条約に基づく「心身に害悪を受け（略）る重大な危険」による例外で

ある。主張されているのは、M.を過去 13 ヶ月の間主たる保護者となっていた母親から引き離すことはそのような害悪を引き起こすこと、そのような離別は返還命令の必然的な結果であり、1993 年 2 月 3 日の父親に有利なスコットランドの監護命令の適用によること、である。両方の害悪の基準が本件に適用可能であることに基づいてこの問題を扱うこととする。これについては後述する。

Davidson 裁判官が指摘したように、マニトバ法及び条約に基づく害悪の基準は同じ語句で表現されていない。前者は「子が（略）監護にとどまる又は戻される場合に、当該子は深刻な害悪を受けるであろうこと」を条件とする。後者は、「返還することによって子が心身に害悪を受け、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」を条件とする。Twaddle 上訴審裁判官は、この相違によって提起される問題を処理するため、p.908 で次のように述べた。「本件において幼い少年に対する『深刻な害悪』よりも『害悪の重大な危険』が必然的に優先されるため、考慮する必要があるのは条約に規定される例外のみである。」本件の事実は条約に表現される害悪の基準も、実施法の基準も満たさないとする事実認定を考慮すると、この問題を掘り下げる必要はない。条約と実施法の不一致は、著しく異なる害悪の基準の適用を義務付けるほど大きくはないことに同意すると言うにとどめる。この理由から、また後に説明するように、私の見解ではこれが唯一の関連する例外であるという理由から、条約の「害悪」に関する例外に基づく判例法のみを考慮する。いずれにしても、上訴人は本質的にこれを根拠としている。

上訴人が提出した基準よりも条約のほうが厳しい基準を義務付けていると一般に受け入れられてきた。簡潔に言うと、「重大」の語が修飾するのは「危険」であって「害悪」ではないものの、これは「又は他の耐え難い状態に置かれることとなる」という節と共に読まなければならない。「他の」という語を用いることにより、第 13 条(b)の第一節で想定される「心身に〔受ける〕害悪」は耐え難い状態にも等しい程度の害悪であるとの結論が必然的に示される。この結論に達した判例には、例えば次のようなものがある。Gspomer v. Johnstone (1988), 12 Fam. L.R. 755 (Fam. Ct. Aust. (Full Ct.)), Re A. (A Minor) (Abduction), [1988] 1 F.L.R. 365 (Eng. C.A.)、Re A. and another (Minors) (Abduction: Acquiescence), [1992] 1 All E.R. 929 (C.A.)、Re L. (Child Abduction) (Psychological Harm), [1993] 2 F.L.R. 401 (End. H.C. (Fam. Div.)), Re N. (Minors) (Abduction), [1991] 1 F. L. R. 413 (Eng. H. C. (Fam. Div.)), Director-General of Family and Community Services v. Davis (1990). 14 Fam. L.R. 381 (Fam. Ct. Aust. (Full Ct.)); C. V. C. (前出)、Re A. (A Minor) (Abduction) (前

出)においては、**Nourse** 控訴院裁判官が p.372 で取るべきアプローチを表現しており、私はそれを正しいと考える。

(略) 危険は通常の危険以上のもの、又は子を一方の親から連れ去り、他方の親へ渡すことから通常予想されるよりも大きなものでなければならない。私は (略) 危険が重いものでなければならないばかりでなく、実質的であって些細なものではない心理的害悪の危険でなければならないことに同意する。それが「他の耐え難い状態に置かれることとなる」の語句の本来の意味であると私には思われる。

しかし、急いで付け加えるが、条約で想定される危険は子を別の親へ返還することに関連する原因から生じなければならず、単に現在世話をしている者から子を連れ去ることから生じるものではないとする **Twaddle** 上訴審裁判官の評価は受け入れない。当裁判所が **Young v. Young**, [1993] 4 S.C.R. 3 において述べたように、子を中心とした視点から見れば、害悪は害悪である。害悪が条約の厳しい基準を満たすほどに激しい場合、その原因がどこにあるかは無関係となるだろう。但し、誘拐者の環境に「適応」した結果が条約で想定されるレベルの害悪とみなされるのは極めて稀な事例に限られるであろうとの所見を述べておく。一年が経過しないうちは子を直ちに返還しなければならないことが規則であると述べることにより、第 12 条は、それゆえに適応の通常の結果が引き渡しを拒否する根拠とならないことを明確にしている。一年が経過した後であっても、条約の文言によれば「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」、返還を命じなければならない。

係争中の事件において、母親の監護から引き離され、父親の監護へ押しやられることで **M.**が何らかの心理的害悪を被るであろうことには、特に、再審理において、スコットランドの裁判所が最終的な監護権を母親に戻すかもしれないという可能性を考慮すると、疑いはない。**Helper** 上訴審裁判官の見解を分かりやすく言い換えると、世話をする者の一方から他方へ行ったり来たりさせられるのは子にとってよくない。この問題は他の裁判所で認識されてきた。**Re L.** (前出) において、父親は米国人、母親は英国人だった。両者はテキサス州に住んでおり、子は 1991 年にそこで生まれた。母親が子をイングランドへ不法に連れ去った。父親はハーグ条約に基づいてこの返還を求める申請を行い、母親は第 13 条(b)における例外に基づき、この申請に抵抗した。母親は二人の発達心理学者から、生後 19 ヶ月の子を母親から引き離すことは子に重大な害悪を引き起こす証拠を提示した。裁判所は、この証拠が監護に関する審理の本案に影響したと主張した。裁判所は、子に対して害悪の危険が生じるのは母親が

子の同伴を拒否した場合又は同伴するための査証を得られない場合に限られると判断した。生じたとしても、その害悪は第 13 条(b)を引き合いに出すほど深刻ではないと裁判所は主張した。405 ページには次のように述べられている。

それでも〔子に同伴してテキサス州へ行く、又は〕査証を得ることができないとしても、Thomas が必要な程度の心理的害悪にさらされる、又は必要な程度の耐え難い状態に置かれることになる重大な危険があるとは認められない。結局のところ、父親がここへ迎えに来てテキサス州へ連れて行き、その後は父親と父方の祖母に世話をされるのである。

Re L.において、母親の航空運賃を支払うこと、一時的な養育費を支払うこと、及びテキサス州にある夫婦の家を引き払い、監護に関する審理まで母親が子と共にそこに滞在できるようにすることを父親とのアンダーテイキングを踏まえ、裁判所は、条約が履行される間、子の利益が守られることを確信した。

救済方法

先に述べたとおり、スコットランドの裁判所が出した「追いかけ命令」は、不法な連れ去り以前に存在していた現状への復帰という条約の目的が、これによって追加措置を取らずには達成できなくなることから、係争中の事件における問題を複雑化する。条約は救済の柔軟性について具体的に規定していないが、それは、子の不法な連れ去りには必然的に有害な影響があるとの基本的前提に基づいているからである（前文参照、また、前出 Anton, p.543 も合わせて参照のこと）。条約の解釈において、裁判所は、不適当な返還命令が、事実上主に世話をしてくれる者から子を引き離すという点で子の短期的な利益にとって有害となり得ることが多いと認識している。Helper 上訴審裁判官が p.215 で表現したように、「親の違反行為の結果として子らが苦しみを二度繰り返すことがあってはならない」。子が幼いほど、裁判所の配慮の必要が増す。これが特にあてはまるのが本件のような事実のパターンで、これを travaux preparatoires は「事実上、通常の子の誘拐の逆」（Dyer Report, Actes et Documents, 前出、p.40）と称している。

前文の「子の利益が最も重要である」との言明を考慮し、他の管轄区の裁判所は、要請を行っている当事者にアンダーテイキングを要求する資格があるとみなしている。但し、そうしたアンダーテイキングは条約の精神の範囲内で行うことを条件とする。Re L.（前出）、C. v. C.（前出）、P. vs P. (Minors) (Child Abduction), [1992] 1 F.L.R. 155 (Eng. H.C. (Fam. Div.))及び Re A. (A Minor)

(Abduction) (前出) を参照のこと。アンダーテイキングを用いることにより、条約の第 12 条の「当該 (略) 当局は、直ちに当該子の返還を命ずる」要件を満たすことができ、連れ去り当事者の不法な行為を許さず、子の長期的な最善の利益については子の常居所の裁判所による判決に委ねられ、子に対する短期的な害悪があればそれは改善される。

Mr. T. は、事務弁護士を通して以下のアンダーテイキングを提示し、当裁判所はこれを受け入れた。

(a) M. がスコットランドへ返還されても、裁判所が監護を許可するまでは M. の身上監護を行わないこと。

(b) スコットランドにおいて管轄権を有する裁判所が M. の返還から約 5 週間以内に M. の保護及び監督の問題について暫定的又は最終的な判決を下すことができるように手続を開始すること。

条約とマニトバ州法との相互関係

Davidson 裁判官は上訴人に有利な 4 ヶ月間の暫定的監護命令を出した。当裁判所の訴訟参加人たちは、マニトバ州女王座裁判所がそのような命令を与える管轄権を有するかについて意見が一致しなかった。この意見の相違は、マニトバ州法第六節（子の最善の利益となるような暫定的命令を認める）の解釈と、条約第 19 条（不法に連れ去られた子は「直ちに」返還しなければならないと要求する）及び第 16 条（条約の適用によって問題に決着をつける責任を負う裁判所は、先ずこの条約に基づいて子が返還されないことが決定されない限り、「監護の権利についての本案の決定を行わない」としている）の解釈から生じている。カナダ司法長官は、これらの条項の間に矛盾が存在する場合には条約が優先されなければならないとの意見を述べている。マニトバ州司法長官は、そのような場合には、マニトバ州法が優先されなければならないとの意見を述べている。

Professor Vaughan Black は、論文「国際的な子の監護権の争いにおける法律上の混乱」 "Statutory Confusion in International Child Custody Disputes" (1993), 9 C.F.L.Q. 279 の pp.279-80 において、条約の州法化がもたらす問題について説明した。

問題が生じるのは、二つの異なる法体系が適用可能として現存する場合があるからである。1980 年代半ばにカナダのすべての州及び準州は、国際的な子の奪

取の民事上の側面に関する条約（ハーグ条約）を実施する法律を採択した。この法律は子の監護の問題を扱う現行の制定法より優位に立つものとして制定された。これらの現行法には典型的に地域的な複雑さの問題に対処する何らかの条項があった。具体的に言うと、現行法は、州の裁判所が地理的に複雑な監護事件に対して管轄権を行使できる場合及び行使すべき場合の問題と、外国の監護命令を承認すべき状況についての関連問題を扱う条項を含んでいた。一部の州では、（略）ハーグ条約が一般的な監護の規定と同じ法律に含まれている。また、条約がその取り決めの公表のみを目的とする別途の法律において制定されたところもあった。いずれにしても、少なくとも当該外国が条約の締約国である場合には、国際的な監護事件では適用可能な法律が二つあるという問題を提示すると思われる。

予備的条約草案は、ハーグ会議の特別委員会が 1979 年 11 月に完成し、1980 年 8 月に国際私法に関する国際条約委員会（Committee on International Conventions on Private International Law）によりカナダ統一法会議へ提出された（K. B. Farquhar, "The Hague Convention on International Child Abduction Comes to Canada" (1983), 4 Can J. Fam L. S 参照）。統一法会議は、ハーグ条約を実施する「統一法」の文言に同意した。四州（ニューブランズウィック州、ノバスコシア州、サスカチュワン州及びアルバータ州）は統一法に類似する法律を制定し、それには条約と他の制定法との間に矛盾がある場合には条約が優先するとの条項が含まれた（International Child Abduction Act, S.N.B. 1982, c. I-12.1、Child Abduction Act, S.N.S. 1982, c. 4、International Child Abduction Act, S.S. 1986, c. I-10.1 及び International Child Abduction Act, S.A. 1986, c. I-6.5）。

ケベック州では条約を一切制定せず、同等の法的規定を設けることを選択した（国際的及び州間の子の奪取の民事上の側面に関する法律、S.Q. 1984, c. 12）。残り五州（マニトバ州、オンタリオ州、ブリティッシュコロンビア州、プリンスエドワード島及びニューファンドランド州）は、子の奪取の民事上の側面を扱う、より一般的な法律において条約を採用した（Child Custody Enforcement Act, S.M. 1982, c. 27 (now R.S.M. 1987, c. C360)、Children's Law Reform Amendment Act, 1982, S.O. 1982, c. 20、Family Relations Amendment Act, 1982, S.B.C. 1982, c. 8, as am. by S.B.C. 198:, c. 72, s. 20、Custody Jurisdiction and Enforcement Act, S.P.E.I. 1984, c. 17 及び Children's Law Act, S.N. 1988, c. 61）。上記五州のうち、オンタリオ州、プリンスエドワード島及びニューファンドランド州の制定法はすべて、条約と他の法体系との間に矛盾がある場合には条約

が優先するとの条項を含んでいる。ブリティッシュコロンビア州及びマニトバ州の法律のみ、そのような優越条項が含まれていない。

Black（前出、p.286）は、条約を無条件に立法化した州と、より拡張的な法体系にいわば接木した州との間の見解の相違は、以下の事実から生じると主張している。

条約に課される義務よりも「厳しい」、すなわち、より狭い範囲の例外を条件として、奪取された子の返還を命じる義務を課す法律の制定を望む州があるかもしれない。そのような法律に従って返還命令を求める当事者は、条約における例外の一つはその救済方法を妨げる働きをするとの主張に対抗せずに済む。言い換えれば、条約は奪取された子の返還を命じる最低限の義務を定めており、より厳しい義務の立法化を妨げる働きはしない。〔強調は原文〕

しかし、ある州が条約の条項よりも狭い条項の制定を望むかもしれないと仮定する **Black** が述べた状況は、係争中の事件とは逆の状況である。本件においては、二つの法律が選択肢として申し立てられなかったため、また、マニトバ州は条約よりも緩い実施規定を定めているため、マニトバ州女王座裁判所には条約の第 12 条及び第 16 条に反する暫定的監護命令を出す管轄権があると主張された。

厳密に言えば、係争中の事件において子の監護実施法の規定が条約の条項と矛盾するかどうかを決定する必要はない。**Davidson** 裁判官が上訴人に認めた 4 ヶ月の仮の監護権は期限が切れており、**Helper** 上訴審裁判官が認めたであろう 2 ヶ月も同様である。本件は迅速に行われたが、上訴人はカナダにおいて 13 ヶ月、事実上 **M.**の監護を行っていた。被上訴人は、上訴人がスコットランドへ子を連れ戻せば、この問題に関する本格的な審理まで、スコットランドの法律に基づいて与えられる可能性のある監護の権利を実施しないことをアンダーテイキングしている。上訴人が **M.**に同伴するか否かにかかわらず、上訴人は「直ちに」子をスコットランドへ返還しなければならない。

しかし、ここで生じたような状況における条約と実施法の他の規定の相互関係について私見を述べることは望ましいと考える。私の見るところ、実施法の規定と条約は互いと無関係に機能する。この結果が明白と思われるのは、申請が条約のみ又は実施法のみに基づいて行われる場合である。一方の手続には、他方にはない利点があるかもしれない。しかし、実施法の規定が選ばれる場合には裁判所がとるべき態度を決定する際に条約に目を向けることは不適當ではな

いとしても、特定の手続が選ばれるとき、それは他方とは無関係に機能すべきであり、その理由は、立法機関による条約の採用が、国際的な子の監護に関する争いでは子を常居所へ返還することが最善の解決策であるとの立法機関の判断を示しているからである。G v. G (Minors) (Abduction), [1991] Fam. Law 519 (C. A.) (p.519) 及び Black (前出、pp.290-91) を参照のこと。

本件において、申請は実施法の規定と条約の両方に基づいて行われており、原裁判所は両方を同時に扱おうとした。それぞれ単独で考案された総合的な手続をこのように混同して役に立つことはめったになく、しかもさらに重要な点として、実施法がそれを求めているとは思われない。確かに、統一法と異なり、マニトバ州法は矛盾がある場合には条約が優先すると明白に規定していないが、申請が条約に基づいて行われている場合にそれが必要とは思われない。実施法には、申請が条約に基づいて行われている場合に実施法で規定される独立した手続（条約と異なり、監護命令の実施の対象範囲がより狭い）を参照するべきであると示す部分はない。そこで、条約を採用することにより、立法機関は必要とすることを行うとみなされなければならない。すなわち、常居所を有していた国から不法に連れ去られた子を直ちに当該国へ返還することである。申請人が放棄を選択しない限り、条約に基づく申請は適用される。Black (前出) は pp.281-82 でこのように問題を表現している。

条約では単に、狭い範囲の例外を条件として、常居所を有していた国から不法に連れ去られた子らを直ちに当該国へ返還することを義務付けている。「奪取された」子らがいる締約国の裁判所は、そのような返還を命じる義務を負う。条約の第 16 条は、子の返還を求める申請がある場合にはそのような申請がいかなる監護申請にも優先することを明らかにしている。

子が自国に連れ去られ、又は自国において留置されている締約国の司法当局又は行政当局は、当該子が（略）不法に連れ去られ、又は留置されている旨の通知を受領した後は、この条約に基づいて子が返還されないことが決定されるまで（略）監護の権利についての本案の決定を行わない。（略）

このように、条約による返還を求める申請は、地元での監護申請に優先する。返還を求める申請が拒否された場合（条約が適用できないと判断される、又はその狭い例外の一つが当てはまるとみなされるとの理由）に限り、監護申請が進められるべきである。条約によって子らの返還を求める命令を出す決定した裁判所が、そのような返還を命じ、次いで監護に関する決定へ進むとは思われないため、条約に基づく申請を成功させるには、裁判所がほかに有する可能

性のある監護に関する管轄権を無視することが必要となる〔強調は引用者による〕。

従って、私の見るところ、**Davidson** 裁判官又は **Helper** 上訴審裁判官は実施法の第六節に基づいて暫定的監護命令を出すことはできない。しかし、**Helper** 上訴審裁判官の目指した目的が条約に基づいて達成されない可能性を完全に無視することはできかねる。通常は、最大限の迅速さをもって進める以外の形で進めることは必要でも、望ましくもない。その理由は、多くの場合（前出の「ダイアー報告書」で説明される状況が示すとおり）、子が監護者、すなわち通常の世話をする者に返還されるからである。さらに、仮の監護権の場合、仮の監護者が通常は子に同伴して連れ帰る。**Helper** 上訴審裁判官が指摘したように、本件を困難にしているのは、「追いかけて命令」によって意図された条約の機能が不可能になっていることである。

申請人が得た「追いかけて命令」のために説明報告書（前出、p.429）の表現によると「条約〔が〕（略）その目的の冒頭に（略）置いている」現状の回復は達成できない。この状況に直面し、裁判所は、条約の趣旨と精神に沿って必要な措置を取るため、プロセスを十分にコントロールしていると仮定されなければならない。本件において、この裁判所は申請人のアンダーテイキングを受け入れ、それは本件の状況において、その目的を果すために最善の形で考案されていると思われるものだった。しかし、そのようなアンダーテイキングは必ずしも得られるものではなく、あるいは、何らかの理由によってこのコースが受け入れられない場合もある。それが、このような状況においては **Helper** 上訴審裁判官が提案する返還の時間枠は条約に基づいて正当化されるかもしれないという可能性を排除しない理由である。第 11 条では、要請をおこなっている国の当局が延期について尋ねる場合に 6 週間を想定していることに注目する。

処分

口頭論弁が終わると、次のような判決が下された。

上訴は被上訴人が弁護士を通して裁判所に提示したアンダーテイキングにより却下される。弁護士は、明日正午までに法廷での条件の署名済みの確約証を記録係に提出する。**L'Heureux-Dube** 高等法院裁判官は、**Helper** 高等法院裁判官によるこのアンダーテイキングに関する本件の決着に賛同しただろう。

費用に関する理由及び決定は次のとおりである。

あらゆる状況に照らし、費用に関する命令はない。

L'Heureux-Dube 裁判官及び McLachlin 裁判官の理由は L'Heureux-Dube 裁判官が述べた。

同僚である La Forest 裁判官が指摘したように、この上訴は国際的なこの奪取の問題に関連し、国際的な子の奪取の民事上の側面に関する条約、Can. T.S. 1983 No.35（「条約」）に違反するものであり、同条約は、マニトバ州においては子の監護実施法（Child Custody Enforcement Act）、R.S.M. 1987, c. C360（「実施法」）によって実施されている。

本件において、上訴人である母親は、1992 年 11 月 27 日にスコットランドの裁判所より生後 8 ヶ月の息子 M. の仮の監護権を与えられ、1992 年 12 月 2 日に息子連れてカナダへ渡り、スコットランドを離れることを禁止した裁判所命令に違反した。被上訴人である父親は、現在、息子のスコットランドへの返還を求めている。父親は条約を根拠とし、また、妻と息子がスコットランドを離れた後にスコットランドの裁判所より与えられた一方的最終監護命令を根拠としている。この法廷で問われる問題は、条約が本件の事実に適用されるかどうか、適用される場合は、実施法により、子を常居所へ返還するための一時的措置がマニトバ州の裁判所の管轄権の範囲内にあるかどうかという点である。

1994 年 1 月 26 日に裁判官より口頭で言い渡された判決から明らかなおり、私たちは全員がこの上訴を却下すべきこと、及び条約は本件の状況に適用されることで意見が一致している。この点に関し、私は同僚である La Forest 裁判官による条約の解釈と本件の一連の状況に対する条約の適用に全面的に同意していることを強調したい。具体的に言うと、条約における「不法な連れ去り」及び「不法な留置」という語句の同裁判官による解釈と条約に基づく第 13 条 (b) の例外の解釈について同意見である。さらに、女性の移動の権利に関する pp.589-590 におけるコメントに賛成であることを強調する。監護に関する永続的命令に連れ去り禁止条項を記載することは、監護の権利を裁判所が保持する結果とはならず、従って、監護している親が子を連れて新しい管轄区へ移動する状況において、条約に定義される不法な連れ去りという結果とならないことに同意する。

同僚による条約の解釈及び本件の一連の状況に対する適用に同意するものの、それでもなお、マニトバ州の裁判所が実施法により子を常居所へ返還するための一時的措置を課す管轄権についての見解に関しては、ある程度の懸念を表明

する。マニトバ州の裁判所には、子の最善の利益を保護するために必要な場合にそのような一時的命令を出す管轄権があると考えるが、もちろん、こうした命令の目的及び条件が条約の目標を阻害しないこと、及び子の適切な管轄区への返還が条約の目的を妨げるほどに遅れないことが条件となる。本件の状況においては、マニトバ州控訴裁判所の **Helper** 上訴審裁判官が反対意見において以下の一時的命令を採用しているのは正しかったと私は考える。

1. 子 M. の仮の監護権が Mrs. T. に与えられる。2. M. をスコットランドへ返還する Mr. T. の申請は、Mrs. T. に仮の監護権を認めるスコットランドでの命令を Mr. T. が承諾しているとの証拠に基づいてその申請が提出されるという条件で停止される。3. Mrs. T. はこの命令から 2 ヶ月以内にスコットランドにおける監護申請を開始して可能な限り速やかに手続を進めるよう指示を受ける。

((1993). 88 Man. R. (2d) 204, at p.218.)

Helper 上訴審裁判官は、子 (M.) の最善の利益を守るため、この命令を採用した。この懸念は、後に説明するとおり、条約にとっても、実施法にとっても、核心である。同裁判官がそのような命令を必要と考えた理由は、上訴人と M. がスコットランドを離れた後に 1993 年 2 月 3 日にスコットランドの裁判所が出した「追いかけて命令」である。この「追いかけて命令」は、被上訴人に M. の最終的監護権を与えた。しかし、それは一方的に与えられたものであり、これを与える際に裁判所は監護の問題の本案と、特に子の最善の利益を考慮しなかったと思われる。**Helper** 上訴審裁判官は、この「追いかけて命令」及びそれが条約に基づく M. の返還に及ぼす可能性のある影響についてコメントし、次のように述べた (p.217)。

1993 年 6 月 28 日付け命令の結果、M. がスコットランドに返還されると直ちに母親の保護の下から連れ去られることになる。子は 1992 年 11 月以来会っていなかった父親の下に置かれ、今では見知らぬ人となっている父方の祖父母に世話をされる。二つの異なる裁判所が、Mrs. T. は M. の世話に最適であると判断した。監護に関する本格的審理の後、スコットランドの裁判所が再び M. を母親の保護の下へ返し、そのときは長期となるという非常に現実的な可能性が存在する。子は再び変化を経験することを強いられる。そのような結果の可能性は避けるべきであると強く考える。

この状況に直面し、**Helper** 上訴審裁判官は上述の一時的命令を採用して **M.**の最善の利益を守ろうとしたが、それこそが結局のところ、条約の前文とマニトバ州実施法のいずれに従っても、極めて重要である。

同僚の **La Forest** 裁判官も、「追いかけて命令」によって生じる困難な状況を確認している。これは、同裁判官が指摘するとおり、被上訴人の条約に基づく申請を支持するために出された。この問題を克服し、**M.**の最善の利益を守るためには、被上訴人である父親からの、**M.**がスコットランドへ返還されても母親の監護の下にとどまる旨のアンダーテイキングに頼るだけで十分であると、この同僚は考えた。そのようなアンダーテイキングの利用についてコメントし、**La Forest** 裁判官は次のように述べた (p.599)。

アンダーテイキングの利用を通して、「当該 (略) 当局は、直ちに当該子の返還を命ずる」との条約の第 12 条の要件は満たすことができ (略) 子に対する短期的な害悪は改善される。

しかし、**La Forest** 裁判官は、本件において **M.**の最善の利益を守るためには父親からのアンダーテイキングで十分とした一方で、アンダーテイキングではそれができない場合があるかもしれないこと、そのような状況では「**Helper** 上訴審裁判官が提案する返還の時間枠は条約に基づいて正当化されるかもしれない」(p.605) という可能性を排除しないことに言及した。

しかし、私は同僚よりもさらに踏み込みたい。一時的な措置が場合によっては条約に基づいて正当化される可能性を単に残しておくのではなく、マニトバ州の裁判所は、子の最善の利益を守るためにそのような措置が必要な状況で実施法の第六節に基づく一時的な措置を課す管轄権を確かに有し、条約の精神と趣旨から離れることなく、また、子を適切な管轄区へ返還することを過度に遅らせないと考える。

本件の事実は、「追いかけて命令」及び以前の審理の時点で父親のアンダーテイキングがなかったことを考慮すると、一時的な措置が適切であった状況を示している。具体的には、本件の状況において、マニトバ州控訴裁判所の **Helper** 上訴審裁判官が提案する一時的命令は適切だった。しかし、そう言う中で、そのような一時的命令に基づく **M.**の返還の遅れはできる限り短くするべきである点を明確にしておきたい。本件の状況において、**M.**の返還はすでに十分遅れていたと考える。従って、現時点で **M.**は直ちに返還すべきであるとの多数意見に賛成する。

最後に、本件において Mr. T.が事務弁護士を通して提出したようなアンダーテイキングがあれば一時的な措置が不要になるとの同僚の意見には与しない。同僚が理由に転記したこれらのアンダーテイキングは、条約を適用する際に必要な場合にマニトバ州の裁判所が一時的な措置を課すことを妨げないとする。

以上の前提を考慮し、実施法と条約との相互作用についての議論は不可欠と思われる。私の分析の最前線となる。

条約の実施

同僚が指摘したように、子の奪取に関する国際協定の必要性は、特に近年、十二分に実証されてきた。高速国際輸送の増加、国際的な越境の自由化、外国の管轄区へ入る際の書類要求における簡素化の続行、両親の出自国が異なる「国際的家族」の増加、世界中で起こっている家族の崩壊の拡大など、すべてが国際的な奪取の件数を増やす一因となっている（ハーグ国際私法会議、*Actes et documents de la Quatorzieme session, t. III, Child Abduction (1982), Preliminary Document No. I "Questionnaire and Report on international child abduction by one parent"*, at pp. 18-19）。そこから、奪取の結果も、原因と同様に数え切れず、また多様である。最後には、奪取が本案に関する監護の決定についての審理を妨げることにともなりかねず、子らはいつもの状況からはるかに離れた不慣れた場所へ連れ去られるという衝撃的な出来事による深刻な情緒的結果に苦しむ可能性があり、さらには、国際社会が迅速に連携して行動しなければ、子らは出自国と監護権をもつ親の元へ返還されないかもしれない。

この懸念を念頭に置いて、1976年にカナダがハーグ国際私法会議においてこうした問題の解決策を探ることを提案した。4年後の1980年10月25日に、国際的な子の奪取の民事上の側面に関する条約（ハーグ条約）が署名調印された。

連邦の条約を結ぶ権限は1867年カナダ憲法の第132節にあり、次のように規定されている。

132. カナダの議会及び政府は、大英帝国の一部として、諸外国に対し、帝国とそのような諸外国との条約に基づいて生じる、カナダ又はその各州の義務を履行する上で必要又は適当なあらゆる権限を有するものとする。

この規定は条約を結ぶ権限が連邦の管轄権の範囲内にあることを明らかにしているが、それにもかかわらず、州が管理する範囲内の問題については、条約を結ぶことについて競合する州の管轄権が存在する可能性が示唆されている。し

かし、**Professor Hogg** は、**Constitutional Law of Canada (3rd ed. 1992)**において、**p.283** で次のように述べている。

（略）連邦政府は州の権利の主張を決して認めてこなかったと言えは十分であり、実際には連邦政府が条約を結ぶ独占的な権限を行使している。

この独占的な管轄権にもかかわらず、連邦の条約を結ぶ権限は、それでも憲法による権限分割によって制限されている。以前より **Labour Conventions Case (Attorney-General for Canada v. Attorney-General for Ontario. [1937] A.C. 326 (P.C.), at p.348)** に次のように記述されるとおりである。

しかし、立法府が絶対的な権力を持たない国、立法の権限が憲法の文書によって制限される又は立法のために提出される主題の種類に従って異なる立法機関の間で分割される連邦制の国において、問題は複雑である。条約によって課される義務は、履行される場合、複数の立法機関によって履行されなければならないかもしれない。そして行政府には、責任を負う一つの議会ではなく、直接的な関係のない、おそらく複数の議会から、法律制定の同意を得る仕事が課される。

この複雑化の要因は特に本件の状況にあてはまり、**Professor Hogg**（前出）が **p.294** で次の一説において敷衍している

（略）連邦政府は、各州の立法権限の範囲内にある法律を必要とする条約の履行を確保できない。

これはカナダが各州の立法権限の範囲内にある主題に関する条約の署名調印、批准又は履行を常に妨げられるという意味ではない。連邦政府は、州による実施を必要とする条約の義務を負う前に各州と協議することができ、すべての州（又は影響を受けるすべての州）が特定の条約の実施に合意するならば、カナダは無条件で当該条約に加盟することができる。

従って、上記に照らし、連邦政府に条約に署名調印するために必要な管轄権があったとはいえ、条約の実施はそれぞれの州の管轄権に委ねられる。同僚が指摘したように、ニューブランズウィック州、ノバスコシア州、サスカチュワン州及びアルバータ州は統一法と合致した法律を制定することで条約を実施し、統一された方法で条約を実施するために合意された文言が用いられ、条約と他の制定法との間に矛盾がある場合には条約が優先するとの条項が含まれた（**International Child Abduction Act, S.N.B. 1982, c. I-12.1; Child Abduction Act,**

S.N.S. 1982, c. 4; **International Child Abduction Act**, S.S. 1986. c. I-10.1 及び **International Child Abduction Act**, S.A. 1986, c. I-6.5)。問題にいくらか異なるアプローチを用いたケベック州は、条約を立法化しなかったが、代わりに実施した国際的及び州間の子の奪取の民事上の側面に関する法律 (**An Act respecting the civil aspects of international and interprovincial child abduction**, S.Q. 1984, c. 12) には、同等の規定が含まれていた。最後に、マニトバ州、オンタリオ州、ブリティッシュコロンビア州、プリンスエドワード島及びニューファンドランド州は、子の奪取の民事上の側面に関する、より広範な州の法体系を通して条約を立法化した (**Child Custody Enforcement Act**, S.M. 1982, c. 27 (now R.S.M. 1987, c. C360)、**Children's Law Reform Amendment Act**, 1982, S.O. 1982, c. 20、**Family Relations Amendment Act**, S.B.C. 1982, c. 8, as am. by S.B.C. 1985, c. 72, s. 20、**Custody Jurisdiction and Enforcement Act**, S.P.E.I. 1984, c. 17 及び **Children's Law Act**, S.N. 1988 c. 61)。オンタリオ州、プリンスエドワード島及びニューファンドランド州の法律には、条約と他の制定法との間に矛盾がある場合には条約が優先すると規定する条項が含まれている。ブリティッシュコロンビア州及びマニトバ州の法律には、そのような条項が含まれていない。

連邦が交渉を行った条約を州が実施することから矛盾が生じる潜在的可能性は現実の可能性であり、**Professor Vaughan Blact** がこれについて論じ、その論文「国際的な子の監護の争いにおける法律上の混乱」 "**Confusion in International Child Custody Disputes**" (1993), 9 C.F.L.Q. 279 の pp.279-80 において、特に条約に関し、次のように述べている。

問題が生じるのは、二つの異なる法体系が適用可能として現存する場合があるからである。1980 年代半ばにカナダのすべての州及び準州は、国際的な子の奪取の民事上の側面に関する条約（ハーグ条約）を実施する法律を採択した。この法律は子の監護の問題を扱う現行の制定法より優位に立つものとして制定された。これらの現行法には典型的に地域的な複雑さの問題に対処する何らかの条項があった。具体的に言うと、現行法は、州の裁判所が地理的に複雑な監護事件に対して管轄権を行使できる場合及び行使すべき場合の問題と、外国の監護命令を承認すべき状況についての関連問題を扱う条項を含んでいた。一部の州では、（略）ハーグ条約が一般的な監護の規定と同じ法律に含まれている。また、条約がその取り決めの公表のみを目的とする別途の法律において制定されたところもあった。いずれにしても、少なくとも当該外国が条約の締約国である場合には、国際的な監護事件では適用可能な法律が二つあるという問題を提示すると思われる。

従って、次に条約と実施法との間の相互作用の検討に取りかかる。この問題については、同僚の **La Forest** 裁判官といくらか異なる結論に達している。

条約と実施法との間の相互作用

本件は実施法の第六節が、条約を適用する際に子の最善の利益を考慮して一時的命令を出す管轄権をマニトバ州の裁判所に与えているかどうかとの問題を提起している。実施法の第六節は次のように書かれている。

6. 申請に際し、

(a) 子が不法にマニトバ州に連れてこられ、若しくはマニトバ州において不法に留置されていることを確信している裁判所、又は

(b) 第四節に基づく管轄権を行使できない裁判所は、以下のうち一項目以上を行うことができる。

(c) 裁判所が当該子にとって最善の利益となるとみなす暫定的監護命令を出すこと。

(d) 以下を条件として申請を停止すること。

(i) 申請の当事者が州外裁判機関において同様の手続を速やかに開始する、若しくは迅速に進めるという条件、又は

(ii) 裁判所が適当とみなす、その他の条件。

(e) 当事者に対し、裁判所が適当とみなす場所へ子を返還することを命じ、裁判所の裁量により、子及び申請の審理における当事者又は証人の合理的な交通費及びその他の費用の支払いを命じること [強調は引用者による]。

条約の第 11 条及び第 12 条は次のように書かれている。

第 11 条

締約国の司法当局又は行政当局は、子の返還のための手続を迅速に行う。

関係する司法当局又は行政当局が当該手続の開始の日から六週間以内に決定を行うことができない場合には、申請者は、遅延の理由を明らかにするよう要求

する権利を有するものとし、要請を受けた国の中央当局は、自己の職権により又は要請を行った国の中央当局が求めるときは、遅延の理由を明らかにするよう要求する権利を有する。要請を受けた国の中央当局は、その要求への回答を受領したときは、当該回答を要請を行った国の中央当局又は申請者に転送する。

第 12 条

子が第 3 条の規定の意味において不法に連れ去られ、又は留置されている場合において、当該子が現に所在する締約国の司法当局又は行政当局が手続を開始した日において当該子の連れ去り又は留置の日から一年が経過していないときは、当該司法当局又は行政当局は、直ちに当該子の返還を命ずる。

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。

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〔強調は引用者による〕。

実施法の第六節(c)に従って、マニトバ州女王座裁判所の **Davidson** 裁判官は上訴人である母親に有利な 4 ヶ月間の暫定的監護命令を出したのであるが、その一方で、同時に、条約に従って子を直ちにスコットランドへ返還することを命じた。

上訴において、マニトバ州控訴裁判所は、条約に基づく返還を求める申請を検討する際に実施法の第六節に基づく一時的な命令を出す裁判所の管轄権について論じなかった。しかし、それが本件において適当かについては疑問視した。**Twaddle** 上訴審裁判官は、控訴裁判所の多数意見として書き記す中で、実施法の第六節は裁判所に多くの選択肢を提示せず、むしろ、「子の返還が当該子にとって不必要であり、且つ甚だしく有害である可能性がある」状況において監護に関する最終判決が出された後まで子の返還を遅らせることを裁判所に可能にただけだと主張した (p.211)。しかし、**Twaddle** 上訴審裁判官は、「その延期を正当化するような子の返還がなくともスコットランドの裁判所が最終決定を下す見込みが十分」 (p.212) あったことを確信してはいなかった。結果として、同裁判官は直ちに子をスコットランドへ返還することを命じた。仮の監護権の命令に関しては、そのような命令は「直ちに」返還させる目的と矛盾

し、それゆえに延期と同じ効果があり、従って正当と認められないとの見解だった。「〔仮の監護権に対する〕命令が直ちに子を返還することを求める別の〔命令〕を伴う場合、返還の手配に合理的に必要とされる時間を超えて延長すべきでない（p.212）と述べた。さらに、「子が外国の管轄区へ返還された後も効力を持ち続けることを意図していると示唆するような文言で表現」すべきでないとも付言した（p.212）。

Helper 上訴審裁判官が多数意見と異なるのは、実施法と条約との間の相互関係を判断する際の原則に関する点というより、むしろ、その適用に関する点である。同裁判官は、スコットランドにおける子の監護権を求めて上訴人が申請するまで、スコットランドへの子の返還を求める被上訴人の申請を裁判所が一時的に停止することができ、また、そうすべきであると結論付けた。その見解によると、裁判所には子の最善の利益を考慮する資格があり、暫定的命令を出す権限を与えられているとして、次のように述べた（p.215）。

州外の監護命令を実行するにあたり、裁判所は、実施法及び条約の基本的適用で起こりうる副産物は法廷で発言権のない幼い子らが苦しむ過度のストレスであり、場合によっては現実のトラウマであることを認識しなければならない。子らを不法な連れ去り又は留置によって生ずる有害な結果から保護したいと加盟国が願う条約における方向性付随するのは、子らに理解できない有害な変化から子らを保護しなければならない現実である。

条約と実施法との間の相互関係に関しては、次のように述べた（p.217）。

条約と実施法は併せて読まなければならない。各事件はそれぞれの事実に基づいて判決を下さなければならない。裁判所は、実施法及び条約に基づいて申請者に適当な救済方法を決定する際に幼い子らを保護する重大な責任を負っている。

上訴審裁判官は、**Davidson** 裁判官がスコットランドへ直ちに返還するよう命じる際に **M.**の短期的利益を看過したと結論付けた。スコットランドの監護命令は **Davidson** 裁判官の暫定的命令に優先し、その結果、**M.**は母親の保護及び監護の下から連れ去られ、父親の監護の下に置かれることになる上訴審裁判官は考えた。その見解によると、**M.**の最善の利益を守る最も良い方法は、被上訴人の返還を求める申請を、監護に関する訴訟手続がスコットランドにおいて本案に関して決着がつくまで停止することである。別の方法として、上訴人がス

コットランドにおける仮の監護権を与えられることに被上訴人が同意するのであれば、返還を求める申請が提出されることを認める意欲を表明した。

原判決のこの概要から明らかなように、実施法と条約との間の相互作用及び潜在的矛盾を考察することは、この上訴における問題の解決に不可欠である。

この問題に対し、カナダの司法長官とマニトバ州の司法長官が二つの異なるアプローチを取っている。一方ではマニトバ州司法長官が、条約は実施法を通して実施されるものであり、実施法の法律の文言に照らして解釈しなければならないと述べている。そのような解釈では、可能な場合、条約と実施法との間の矛盾を避けるべきである。しかし、矛盾が避けられない場合、実施法が優先するべきである。その結果、マニトバ州司法長官は、マニトバ州においては、条約に基づく申請に対して実施法の第六節が適用されると述べている。

他方でカナダ司法長官は、実施法と条約が外国の監護命令の実施について二つの独立した体系を確立していると述べている。従って、主張が条約に該当する限り、暫定的命令を実施法の第六節に基づいて出すことはできない。

同僚の **La Forest** 裁判官はカナダ司法長官の意見を採用していると見られ、603 ページで次のように述べている。

しかし、ここで生じたような状況における条約と実施法の他の規定の相互関係について私見を述べることは望ましいと考える。私の見るところ、実施法の規定と条約は互いと無関係に機能する。この結果が明白と思われるのは、申請が条約のみ又は実施法のみに基づいて行われる場合である。一方の手続には、他方にはない利点があるかもしれない。しかし、特定の手続が選ばれるとき、それは他方とは無関係に機能すべきであり（略）

敬意を表するが、私はこれに同意できない。私の意見としては、実施法と条約は二つの独立した体系を確立していない。むしろ、条約はマニトバ州において実施法を手段として実施されるのであるから、両者は同時に読まなければならない。もちろん、そうする上で裁判所は、可能な限り条約の趣旨を最大限実行する解釈に達するよう試みるべきである。この解釈の指針は、**P.-A. Cote** が「カナダにおける法律の解釈」 (**Interpretation of Legislation in Canada**) (2nd ed. 1991)において p.308 で次のように説明している。

カナダの立憲制度によると、連邦議会と各州の立法機関のいずれも、国の国際的義務と矛盾する法律を制定することができる。法律は、それが国際的な慣習

又は条約に反するという理由だけでは無効又は実施不可とならない。但し、法律はそのような結果を意図しないとの仮定がある。二つの考えられる解釈を考慮すると、国の国際的義務を尊重する方が優先することになる〔強調は引用者による〕。

実施法と条約の規定

条約の前文を吟味すると子の最善の利益が最も重要な考慮点であることが明確になる。

この条約の署名国は、

子の監護に関する事項において子の利益が最も重要であることを深く確信し、

不法な連れ去り又は留置によって生ずる有害な影響から子を国際的に保護すること並びに子が常居所を有していた国への当該子の速やかな返還を確保する手続及び接触の権利の保護を確保する手続を定めることを希望し、

このための条約を締結することを決定して、次のとおり協定した〔強調は引用者による〕。

同僚が指摘したとおり、前文が言及しているのは一般的な子の最善の利益についてであり、特定の子の最善の利益ではないが、その意図が一人ひとりの子の最善の利益を無視することだったとは考えられない。

いずれにしても、明らかなのは、監護の権利を侵害して居所のある国から子が連れ去られた場合に、その速やかな返還について定めることにより、条約が子の最善の利益の保護を意図していることである。この目的を達成するため、条約は、監護の権利に関する主張の本案について、避難先の国による調査を除外している。条約の草案を作成した委員会の議長である A. E. Anton は、「国際的な子の奪取に関するハーグ条約」 ("The Hague Convention on International Child Abduction") (1981), 30 Int'l & Comp. L.Q. 537 において、p.543 で起草者の意図について次のようにコメントしている。

委員会は、子の連れ去りは一般にその子の福祉を損なうとの想定を出発点としていた。そこから、子がある国から別の国へ連れ去られたときに、自発的に又は裁判所の手続を通して子の返還を確保するために国際的な仕組みが利用できるべきだということになった。

すでに述べたとおり、私の意見としては、条約とマニトバ州においてそれを実施する手段である実施法は同時に読み、それぞれが他の解釈に情報を与えなければならない。マニトバ州において、この二つは独立した体系を確立していない。この解釈上のアプローチは、両者とも子の最善の利益を前提条件としているという事実によって単純化される。実施法は、子の最善の利益に従って行動する追加の仕組みを設けることによって単に条約から発展させているにすぎない。この仕組みは、条約に基づく速やかな返還の条項と矛盾しない。それは連れ去り側の親から引き離されることによる有害な影響から子を保護するために一時的な措置を設ける条約の目的に反するはずがない。子を返還することも、一時的な措置について定めることも、子の最善の利益を促進する役割を果たす。これは本件のように、子を管轄区から連れ去るのが、ここではまだ幼児である子の監護権を有する一方の親である状況において、特に適切である。

さらに、マニトバ州の司法長官が示唆しているように、条約を実施する際の実施法による裁判所のこの一時的な役割の拡大は、明らかに起草者の意図と一致していた。それというのも、一部の州が単に条約を実施することを選択した一方で、マニトバ州はその条項を発展させること、あるいは同僚の表現を用いるなら、「条約よりも緩い実施規定」（強調は原文）を定めることを選択したからである。この意図は、当時の司法長官 **Roland Penner** が実施法と条約との間の相互作用に関する質問に答えたときのコメントから明らかである。

実施法と条約との間の矛盾についての指摘に関して、私の印象としては、これを質問の形で示すが、**Mr. Riley** が用いた例のいずれにおいても、実際には私たちが提案している法案のほうが幅広く保護していること、条約は最低限であることが事実ではないか。私たちが行っていることは、どちらの例においても、条約を超えている。

私は矛盾の可能性があるとは思わない。もちろん、法律のある節と別の節の間に認識される何らかの矛盾がある可能性は常に存在するが、それは法律の解釈の通常の規則によって判断されることになる。しかし、状況の監視は行う。条約による保護の仕組みを制限するのではなく、拡大することがこの法案の意図だった。それは十分に実現すると考える〔強調は引用者による〕。

（マニトバ州議会、法律改正に関する常設委員会、vo. XXX No.6、1982年6月28日、p.101）

条約の文言も、実施法の文言も、両者の相補的な解釈を裏付けている。第一に、実施法の第六節の正確な文言は、子の不法な連れ去り及び留置に言及することによって条約の文言と同じ表現を採用し、それにより、第六節に従って一時的命令を出す裁判所の管轄権は条約が適用可能か否かにかかわらず行使できることを強調している。

さらに、条約の文言自体が、実施法と条約の相補的な解釈と、両者に矛盾はないという結論を裏付けている。条約の第 12 条は、子が避難先の管轄区に 1 年以上おり、新しい環境に適応している場合に、奪取から経過した時間を考えると出自国へ返還されることは当該子の最善の利益とならないかもしれないと規定している限りにおいて、この相克的で柔軟なアプローチを支持している。この例外は、条約の目的が子の利益の保護であり、この融通のきく措置が「直ちに」返還することを強調する同じ節内に記載されていることを考えると特に重要であるという事実を明確にしている。

第 12 条は、子の利益が事件ごとに異なる可能性があり、従って条約と状況によっては一時的な措置なしで直ちに返還することが子の最善の利益とならないことを認める実施法との間の相互作用の解釈と一致することを認識している。条約における速やかな返還の重視は、子の最善の利益という最優先の目的に照らし、また、マニトバ州においてそれを実施する手段である実施法の明確な文言に照らして解釈しなければならず、子の現在の要求又は状況を考慮せずに返還することを意味するはずはない。不法に連れ去られた子の速やかな返還が重要であることに疑いはないが、子の最善の利益のために出された一時的命令によって引き起こされるわずかな遅れは、その事件の状況がそう示している場合は、条約に基づいて正当と認めることができる。

同様に、子の返還における 6 週間を超える遅れについては説明が求められることがあるとする条約の第 11 条は、子の返還を直ちには期待できないが、ただ、それは時宜を得ていなければならず、できる限り迅速に進めなければならないという見解を裏付けるという点で、実施法と条約との間の相互作用に関する私の解釈と一致する。

実施法と条約との間の相互関係を考察した上で、実施法と条約は二つの独立した体系を確立しており、条約に基づく申請を審理する裁判所の管轄権は条約に記載される要件に限定され、従って、条約が適用される場合、裁判所は条約に規定される命令のほかに命令を出す際に実施法に頼らないとする同僚の La Forest 裁判官に同意できないと判断した。子が不法に連れ去られたという事実

に関して判決が下されれば、条約第 12 条が、他の救済方法、例えば実施法の第六節の救済方法などを考慮することなく、子を「直ちに」返還することを求めていると提唱するのは、率直に言って、条約の目的に沿っていない。また、裁判所は監護の権利についての本案の決定を行わないとする第 16 条に対しても、停止又は子の最善の利益のために与えられた仮の監護権についての一時的命令によって、いかなる形でも違反は行われていない。但し、もちろん、本件の場合のように、一時的命令の目的が条約の趣旨の妨害でないこと、及び子の適当な管轄区への返還が条約の目的を無にするほどに遅れないことが条件となる。

実施法は、条約自体が予見していたと思われる問題点を解決するために、子の最善の利益となる一時的プロセスを実施する達成手段を設けている。ほとんどの事件において、子の最善の利益を守るのは、不法な連れ去りの衝撃的な性質を緩和する目的で短期間かつ速やかに子を出出国へ返還することである。それにもかかわらず、速やかな返還がもはや子の絶対的な最善の利益とならない状況があり得る。実施法の第六節は、この問題に対処する仕組みを設けている。私の意見では、条約と実施法との間に矛盾はなく、二つの文書は調和の取れた相互作用において共に機能できる。実施法に規定される追加の救済方法は、救済方法が条約の目的に一致している範囲で、子の返還を決定したが、子の最善の利益となるように、連れ去り側の親から引き離されることによる直接的な悪影響からできる限り子を保護することを願う裁判所が同じように利用できる。裁判所は、実施法と条約との間の相互に作用する関係を認識することで、返還の重要性に関する条約の目的を達成すると同時に子の最善の利益を考慮に入れることが可能となる。実施法の第六節により、マニトバ州は子の最善の利益となり、条約に基づく返還命令の人道的結果を認識し、ひいては当該子の訴訟手続を促す形で、条約を実施することが可能になる。この点に関しては、**Helper** 上訴審裁判官が p.215 で次のように述べたことに強く同意する。

州外の監護命令を実行するにあたり、裁判所は、実施法及び条約の基本的適用で起こりうる副産物は法廷で発言権のない幼い子らが苦しむ過度のストレスであり、場合によっては現実のトラウマであることを認識しなければならない。

明らかに、この焦点を条約の適用において失ってはならない。

次に本件に目を向け、私たちが扱っているのは、父親から引き離され、1992 年 12 月 2 日以降マニトバ州にいた幼い子であることに注目する。明らかに、本件は、子の返還の衝撃を和らげ、子の最善の利益を守るためには **Helper** 上訴審

裁判官が提案したような一時的措置が適当であった状況を示している。しかし、そのような一時的措置は条約の目的と一致した方法で実施しなければならない。結果として、その期間は可能な限り短いものとすべきである。従って、**Helper** 上訴審裁判官が行ったように一時的命令を用いることはあの時点で適当だったとは考えるものの、子の返還をさらに遅らせることを望まないため、そのような命令が現時点で適当とは考えられない。ゆえに、私は多数意見と同様に上訴を却下するが、あの時点で、あの状況においては、**Helper** 上訴審裁判官が提案した命令が適当だったことに留意する。

少しの間、一時的命令の適当な期間の問題に戻り、**Davidson** 裁判官が最初に提案した一時的命令について、簡単に述べておきたい。**Twaddle** 及び **Helper** 両上訴審裁判官による控訴裁判所の判決は、この一時的命令に一定の留保を表明していた。こうした意見の多くに同意する。さらに、**Davidson** 裁判官による一時的命令の 4 ヶ月という期間は、私が考えるところでは条約に照らして過度であると強調することが重要と感じる。

アンダーテイキング

最後に考察しなければならない点は、被上訴人である父親のアンダーテイキングが上記判決に及ぼしたかもしれない影響である。**M.**のスコットランドへの返還を促進するため、被上訴人は、子がスコットランドへ返還されても、裁判所が監護を許可するまでは身上監護を行わないことをアンダーテイクした。また、**M.**の返還から約 5 週間以内に **M.**の保護及び監督の問題について裁判所が判決を下すことができるようにスコットランドにおける手続を開始することもアンダーテイクした。同僚の見解では、そのようなアンダーテイキングが条約に基づいて返還を実施する結果として生じる可能性のある問題点を改善するために十分であり、それによって **Helper** 上訴審裁判官が提案したような一時的命令は不要になるとしている。私の意見は異なる。

本件の被上訴人が行ったようなアンダーテイキングは推奨されるべきである。こうしたアンダーテイキングは、申請者が条約に基づいて返還を求める場合に用いられることが多く、これが承認された、例えば **P. v. P. (Minors) (Child Abduction)**, [1992] 1 F.L.R. 155 (Eng. H.C. (Fam. Div.))においては、返還命令が特定のアンダーテイキングを条件としていた。同様に、アンダーテイキングが承認された **C. v. C. (Minor: Abduction. Rights of Custody Abroad)**. [1989] 2 All E.R. 465 (C.A.) (pp.469-70) の件においては、**Butler-Sloss** 控訴院裁判官は次のように述べた。

これら〔のアンダーテイキング〕は、その範囲内で非常に価値があり、言わせてもらえるならば、私としては、子の福祉とオーストラリアの裁判所の管轄へ返還することに対して誠意を持っていることを示している。私の考えでは、こうしたアンダーテイキングはいくらか拡大するべきであり、私としてはこの父親に子の返還の前提条件として要求するべきだと考え、それがなくては子の返還を期待すべきでないと考えるアンダーテイキングは、次のとおりである（略）〔強調は引用者による〕。

手元の件においては、被上訴人が提示したアンダーテイキングは子の利益が保護されることをある程度保証する可能性はあるとはいえ、それが実際に守られるとしても、実施されるのは子がスコットランドへ返還されたときに限られる点に留意する。被上訴人が自分のアンダーテイキングを守らないことを示唆するわけでは決してなく、誠意を持ってなされたことになんら疑いを抱いてはいないが、マニトバ州の裁判所には実施法による一時的命令を出す権限があることから、避難先の国から要請を行っている国への返還を命じる際に子の最善の利益に配慮されていることを確保する最善の方策を検討しなければならないことに変わりはない。従って、当裁判所に提出されたアンダーテイキングが仮に **Helper** 上訴審裁判官の目の前にあったとしても（実際はなかったのであるが）、特に被上訴人のアンダーテイキングが実施されるのは子がスコットランドへ返還されたときに限られ、従って、実施は困難となり、返還までの暫定的・一時的措置は用意されていないことを考慮すると、同裁判官が提案した命令を出したことは正当と認められると私は考える。

結論

結論として、上述のとおり、条約は子の最善の利益を保護するために国際社会に承認されている。マニトバ州において条約は実施法によって実施されており、それは、子の最善の利益を踏まえ、条約の各条項の拡大に努めている。条約と実施法との間に矛盾はなく、むしろ、互いに補完しあっている。実施法によると、マニトバ州の裁判所には、この特定の事例において、命令が条約に基づく速やかな返還の目的と矛盾しない又はこれを阻まないこと、及び子の最善の利益を促進することを条件として、一時的命令を出す管轄権があった。そのような一時的命令は、実施法に従って裁判所が利用することができ、適当な状況においては、条約の文言及び趣旨に適っている。条約は、実施法と同様、子の最善の利益が常に優先されなければならないと、また、条約に従って子の返還を行う際の最優先事項でなければならないことを、絶対的に明確にしている。 **Helper** 上訴審裁判官が、当裁判所における被上訴人のアンダーテイキングとは関係な

く、**M.** の最善の利益のためにそのような一時的命令を採用したのは、十分にその管轄権の範囲内だった。本件の事実を考慮すると、同裁判官はその管轄権を適当に行使した。

しかしながら、本審理の時点で、**Helper** 上訴審裁判官が最初にその命令を提案してからすでに 3 か月が経過しており、**Helper** 上訴審裁判官の命令のような命令は一時的な性質となることから、同様の一時的命令を出すことによって子の返還をこれ以上遅らせるつもりはない。従って、同僚らに賛同し、本上訴を却下すると共に、**M.** をスコットランドへ直ちに返還することを命じる。

裁判官が述べた理由は次のとおりである。

MAJOR 裁判官：

上訴人が息子 **M.** をスコットランドからカナダのマニトバ州へ連れ去ったことは国際的な子の奪取の民事上の側面に関する条約（ハーグ条約）（**Can. T.S. 1983, No.35**）の第 3 条の意味の範囲内でスコットランドの裁判所の監護の権利の侵害とみなされるとの点において、**La Forest** 高等法院裁判官と同意見である。従って、条約の第 12 条により、当裁判所は直ちに当該子の返還を命ずる義務を負う。

上訴は却下された。

上訴人の事務弁護士：**Levine Levene Tadman**、ウィニペグ。

被上訴人の事務弁護士：**Thompson Dorfman Sweatman**、ウィニペグ。

訴訟参加人カナダ司法長官の事務弁護士：**John C. Tait**、オタワ。

訴訟参加人オンタリオ州司法長官の事務弁護士：オンタリオ州司法長官、トロント。

訴訟参加人マニトバ州司法長官の事務弁護士：司法局、ウィニペグ。