
<http://www.incadat.com/> ref.: HC/E/IE 284
[19/02/1999; Supreme Court of Ireland; Superior Appellate Court]
H.I. v. M.G. [1999] 2 IRLM 1; [2000] 1 IR 110

最高裁判所

判事 : Hamilton、Denham、Barrington、Keane、Barron

1991 年子の奪取と監護権命令の執行に関する法の件

及び

H.I (未成年者) に関する件

当事者 :

H.I. (原告 / 上訴人)

対

M.G. (被告 / 被申立人)

判決は、1999 年 2 月 19 日に、Keane 判事によって言い渡された。

導入

この難しく不運な事件の事実背景は、事実というのは、国際的な子の奪取の民事上の側面に関する (1980 年ハーグ) 条約 (以下、「ハーグ条約」と称する)

だが、以下のようなものである。

原告と被告とは、それぞれエジプト国籍と英国籍を有している。彼らは、1989年6月に出会い、1990年2月から被告が原告を残して発った1996年12月まで、ニューヨークと一緒に住んでいた。

彼らが出会ったとき、原告は飲食業を経営していた。被告は、観光ビザで米国に居住しており、被告の家はアイルランドにあった。原告と被告は、1991年3月5日にイスラム式の結婚式を挙げたが、しかし、これは、ニューヨーク州の法律によれば、有効な結婚とはみなされないものと受け取られていた。彼らには、**HI** という名前の子が一人おり（以下、「**H**」と称する）、子は、1991年7月13日に出生した。原告は、**H** の出生届出書には父親と記載されており、原告も彼をそのようなものとして認識していた。被告は、1991年1月19日から彼女が米国を発った1997年2月3日まで、不法在留外国人の状態にあった。

1996年12月に原告と被告との婚姻関係が終了し、被告が原告のもとを去った後の、12月31日、被告は、ニューヨーク州ナッソウの家庭裁判所に、当職らの管轄では排除命令に相当する原告に関する一時的な保護命令を求めて、申立てを行い受理された。このとき、**H** の一時的な監護権も認められた。

1997年1月3日、原告は家庭裁判所に嘆願書を提出した。その14段落には以下のように記されている。

「申立人に面会権を授与することは、子にとって、最大の利益である。申立人である父親は、子を愛しており、常に親密な関係を保ってきた。」

裁判所に提出した嘆願書の 10 段落には、以下のように記されている。

「(認知命令) (親であることへの同意) が、__州__の裁判所で提起された。本訴訟の対象である、__と子(ら)に関する訴訟番号__。真正な複写は本文書に添付されている。」

本段落の一番下には、N/A との署名がある。

嘆願書は、次のようにして終わる。

「従って、申立人は、ここで名指しされている子の面会権を授与する命令と、裁判書が決定するその他更なる安心を求める。」

1月7日、家庭裁判所に、被告のために嘆願が申し立てられた。10段落は次のように言う。

「(父親による認知) が、__に、ナッソウの家庭裁判所に対して申し立てられた。申立人、被告と本訴訟の対象となっている子に関する訴訟一覧表の__番。真正な複写はここに添付されている。」

12段落は次のように述べる。

「申立人に監護権、面会権が授与されることは、以下の理由により、子にとって最大の利益になる。

私、子 MG の母親は、子は日々医学的な注意が必要ですが、それについては私

が全て面倒を見てきたため、別れる以前、養育、身体的監護のうちの大部分を私が提供してきました。私の息子は、私と居続けることによって、良い生活を続け、墮落しないでいられることでしょう。」

嘆願書は、このようにして、終わる。

「従って、申立人は、申立人によりここで名指しされている子の監護権／面会権を授与する命令と、裁判所が決定するその他更なる安心を求める。」

被告は、原告に何も告げずに、1997年2月3日、Hと米国を出発し、アイルランドへ来た。この管轄区域に被告が来てから、彼女とHはダブリンで彼女の母親と二人の兄弟と住んでいた。その間、ニューヨーク州での訴訟は延期された。1997年2月26日、両当事者が代理人を通じた審理において、全ての当事者の同意によって、Hが1997年3月26日に裁判所に出頭すること、および、あらゆる外国の警察やしかるべき当局がその命令を実現するために協力するよう命令された。

被告が本管轄区に出発した状況について、本訴訟の中で被告が宣誓した宣誓供述書において次のように説明されている。

「私は、裁判所に対する最初の申立てを1996年12月30日に行った。私には代理人がいなかったことから、首席判事は代理人を雇うように私に助言した。本件は、1997年1月9日に延期された。原告は参加した。私は、法律扶助制度を利用してMosser氏を代理人にした。それより以前、私は、監護権を求めて申立てし、原告は面会権を求めて申立てた。判事は、父子関係については何ら

の証拠も存在せず、事件は2月7日に延期されるべきと、述べた。父子関係を証明する書面は、原告によって提出されなければならないとされた。

私は、最初、家庭訴訟を扱う私選代理人に依頼したが、彼は、私の状況を考慮して、二人の移民専門の代理人を紹介してくれた。私は、前述した移民専門の代理人と私の私選代理人の助言の結果、2月7日の次回の裁判期日に先がけて、1997年2月3日に、米国管轄区域から離れた。私は、大変な精神的ストレスのかかった状態にあったためである。そのストレスというのは、原告との関係が破綻した今にあっては、彼が子をエジプトに連れ去ってしまうのではないかと
いう恐怖、また、それゆえ、子が母親である私と離れ離れになったことや快適さに欠ける生活水準にさらされ、特に子に必要な、相当程度の医療処置を原告が十分提供しないことで、重大な精神的害悪が我が子に生じるのではないかと
いう恐怖、などである。私は、米国の裁判所に対するあらゆる非礼を後悔しているが、それも、全て私が先に言及したような危険から子を守るという利益のために行動したものである。私が管轄区域を出た当時、私の知る限りでは、面会権申立ての手續とは別に、原告のための現在進行中の手續はなかった。さらに言えば、私は、そのような手續を受けたこともなかった。私は、1997年2月26日における裁判所に対する如何なる申立て手續も知らない。特に、私は、その日私の代理人として法廷に出席したと裁判所に告げたとされている代理人によって接触を受けたことはないし、その日に私のために如何なる命令にも同意してよいと指導したこともない。Uは、私はその日裁判所に現れていないと言っている。」

宣誓供述書で言及されていた、移民専門代理人からの助言は、以下通りである。

「被告が自己の地位を法的なものにできる唯一の策は、米国の市民たる子が彼女のために嘆願を申し立てることである。しかしながら、子が、母親のためにそのような嘆願ができるためには、少なくとも 21 歳に達していなければならない。

1996 年 9 月に発効した移民法と異なり、1996 年移民法は地位を持たずに米国に在留する行為に対して厳しい罰を課している。

地位を持たない不法在留外国人である被告は、21 歳以下の米国市民の未成年の母として、米国に在留する権利をもたない。

また、私は、被告と H の父親との間には、適法な結婚があったことはなかったとも理解している。また、彼女は、法的永住権や非移住者としての地位を認められることを可能にする職歴や学歴をもたない。

従って、彼女は、被告の息子が 21 歳に達し、母親のために嘆願ができるようになるまでは、米国において、法的な永住権を獲得する方法はない。」

被告は、自身の宣誓供述書の中で、原告に対し、不正行為に関する様々な主張も行い、申立てにおける宣誓供述書の中で、被告の父親や被告の姉（妹）の夫からも同様の主張がなされた。これらの主張は、本訴訟における彼の宣誓供述書の中で、原告に激しく否定された。しかしながら、明らかなことであるが、高等裁判所において、証拠に関して発生した対立は、宣誓供述書のみによって

解決することはできないし、これまで解決したこともない。如何なる場合であっても、それらは、条約第 13 条に基づいて発生する問題か、H の今後の監護権に関する、ニューヨーク州の裁判所あるいは本管轄区域にある裁判所のどちらかによる判断の、いずれかのみに関係する。もっとも、H が、おそらくは大部分、後天的脳障害の結果として、若干てんかんに罹患していたことについては争われてはいなかった。

原告は、H を米国に返還させることについて、ハーグ条約の目的における本管轄区域の中央当局である平等・法改正省（当時）の支援を求めて、1997 年 3 月 13 日、本省に対し要請書を提出した。

本訴訟は、その後、本管轄区域において条約に法的効力を持たせるものである、1991 年子の奪取と監護権命令の執行に関する法（以下、「1991 年法」）、に則って提起された。告の代理人によって、訴訟業務に効力を持たせるに当たり、いくつかの困難が経験されたが、最終的にそれは達成され、問題は高等裁判所での審理におけるものへと移った。被告と法的に結婚したことがなく、原告により何らの父子関係に関する宣言がなされたことがなかったことから、原告はその連れ去りの当時監護権を与えられておらず、従って、H の被告による連れ去りは原告の監護権を少しも侵害するものではないと被告により主張された。さらに、H が条約第 13 条の意味における心身的害悪を被り、耐え難い状況に置かれうるため、H の返還命令を出すべきではないとが被告のために主張された。

H の連れ去りが条約第 3 条により違法であるか否かが前提的な問題であることが、当事者の中で合意され、高等裁判所によって承認された。問題は判事によ

り原告に好意的に解決されたことから、被告は、上訴した。

従って、本訴訟は、関係者全員から黙認されるものであったが、当職はそれを不適切と考えた。条約第1条aは、二つの目的のうち一つは、次のものであると主張する。

「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不法に留置されている子の迅速な返還を確保すること。」

本件では、主張された不法な連れ去りは、1997年2月3日になされた。もっとも、高等裁判所にて本訴訟が開始されたのは、1998年10月28日になってからのことであった。しかし、当裁判所はこの遅延について、誰に帰責することもできない。以後は、結論と一致するように、本訴訟が執り行われることが不可欠であったというべきである。それは、高等裁判所、当裁判所いずれにおいてもその権力的機関的な判断の対象とはならない高貴で重要な問題に関する高等裁判所の判断に対するどちらかの当事者からの当裁判所に対する上訴の見込みから、今度は、全ての事件が同時に高等裁判所で取り扱われるべきであるということを強く指し示した。採用された手順は更なる遅滞を引き起こすものであった。幸いなことに、高等裁判所での判決は非常に迅速にもたらされ、当裁判所における審理も比較的短いうちにもたらされた。しかし、本件の性質から、当職は本訴訟が将来的に採用されるとは思わない。

争点

法廷裁判の前の前提的争点は、Hの連れ去りまたは留置が条約第3条によって

不法とされるか否かである。条約第3条は以下のようなものである。

「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。」

宣誓供述書に関する証拠は、**Timothy J. Horgan** 氏と **Paul O'Dwyer** 氏によって、高等裁判所に提出されたが、彼らはどちらもニューヨーク州の関連法令に関する証拠を提出する資格があると認定された者である。判事は、当惑し、関連法令が何であるかについての何らの指針も示すどころか、彼らが対立のうねりと表現したところのものを開示した。**Horgan** 氏は、原告の代理人として、ニューヨーク州法は当事者の同意を、夫妻として生活するという同意として認識している旨、本件のように、当事者が子に影響をもたらす監護権に関する決定に関して持続的な暫定協定を有しているときは、そのような取り決めに対して法的な効果が与えられるべき旨、述べた。彼は次のように結論付けた。

「父親が出発の時点で監護権を有していたことは明らかである。子が非嫡出子であるという事実及び子の両親が民事婚において結婚していないという事実は、生物学的な父親としての父の監護権とは無関係である。また、ニューヨーク州法の下では、それらの権利が継続していることも、また同じくらい明らかである。」

彼は、監護権に関する問題を解決するために考慮すべきことは、子にとって最大の利益は何であるかという点のみである、とも言った。

Horgan 氏の法に関する主張は、O'Dwyre 氏によって、激しく争われた。彼は、「親は、非親権者によって監護権を奪われるべきではない」という原則を侵すことになることから、ニューヨーク州の裁判所は、父子関係に関する判決なしには、未婚の父親に対して、監護権や面会権を与えることはできないと、主張した。そして、O'Dwyre 氏は次のように結論付けた。

「実務上の問題に関して言えば、父子関係に関する判決なしには裁判所は求められた救済を認めることはできないことから、ニューヨーク州の裁判所は、父子関係に関する嘆願が同時になされない限り、未婚の父親によってなされた監護権に関する嘆願を受け入れることはない。

監護権に関する嘆願について言えば、未婚の父親は、裁判所に自己の面会権を認めてもらうために、子の父親であることを主張するだけでは足りず、さらに立証もしなければならない。繰り返せば、実務においては、ニューヨーク州裁判所は、父子関係に関する嘆願が同時に提起されない限り、未婚の父親による面会権の申立てを、父子関係の判決なしには、受け入れることはない。

ニューヨーク州では、監護権は、子の住所地を決定する権利を伴う。父子関係及び立証済みの面会権や監護権のどちらかがない限り、未婚の父親は、子の居所を決める如何なる権利も有しない。」

O'Dwyre 氏は、子に関する監護権に関わる二つの法が存在するという。それは、家族関係法と家庭裁判所法である。最初のものは、一般的には、必ずしも排他的ではないが、結婚の解約に関わる。二つ目のものは、一般的には、これまた

排他的ではないが、子の福祉に関わる行為を扱う。家庭関係法の第 240. 1 条は、次のように規定する。

「(1) 婚姻を無効にし、あるいは、無効な婚姻に対して無効性を宣言するため、(2) 分離のため、(3) 結婚のため、(4) 身柄保護令状や嘆願によって、監護権や結婚により生まれた子に対する面会権を獲得するため、の監護権に関する手続において、裁判所は、前提的な命令を含む、結婚した夫婦間の子の、監護権と保護に関する地位の変更を要求しなければならないとともに、事件・それぞれの当事者・子の最大の利益を考慮し、裁判所の裁量により正義に適った監護権と保護に関する命令を出さなければならない。」

家族法第 549 条 (A) は、次のように規定する。

「認知の命令が出され、あるいは、裁判所により父子関係に関する同意や妥協が承認されたならば、最高裁判所により発された監護権や面会権に関する命令がない場合にあつては、家庭裁判所は、家族関係に関する法第 240. 1 条に基づき、一方の親がもう片方の親に対して定められた期間において子に面会することを許可すべきとの命令を出すことができる。」

O'Dwyer 氏は、法的な立場を次のように要約した。

「本訴訟における原告は、母親との結婚によっても、あるいは、家庭裁判所により発された認知に関する命令の結果としても、子の父親としての地位を有さないため、その者は、監護権や面会に関する如何なる権利を行使する権利も持たないし、子の居所を決める権利を持つこともない。Horgan 氏の、これとは

反対の如何なる全ての主張は、単純に誤りである。」

法に対するこのような分裂した見方についての、判事の結論は、以下の通りである。

「ニューヨーク州において適用のある法律についての専門的な証拠を総合的に考慮した結果、非嫡出子の生物学的な父親である原告は、子の常居所があるニューヨーク州の裁判所から好意的な如何なる命令も受けておらず、従って、私は、原告が 1997 年 2 月 3 日、その法律にいうところの S に関する既存の監護権を有していたことを立証したとは、認めない。私の目の前にある証拠から私の考えを最大限まとめれば、私は、ニューヨーク州法の下では、正しい地位というのは、認知の命令が出されるか、父子関係に関する合意や妥協が裁判所に承認されるまでは、非嫡出子の母親が子の全ての監護権を有することであると、考える。原告の面会に関する嘆願に関する 10 段落と、ニューヨーク州の家庭裁判所に提起された被告による監護権に関する嘆願に関する同じ段落とが、O'Dwyer 氏の宣誓供述書に引用されていたように、家庭裁判所法第 549 条 (A) 項の文言とほぼ瓜二つであるということは、これが証拠に対する正しい解釈であることを強く示す。この立場は、認知命令によってひとたび父子関係が立証され、あるいは、裁判所が父子関係の認定や合意を承認したならば、両方の親は、自明の監護権（ここにおいて、性別は、有利にも不利にも働かない）を有するというもの、だと思われる。また、両親の間に問題が発生した場合は、監護権の付与は、子の最大の利益原則を適用して、裁判所によって決定される。」

判事によるこれらの認定は如何なる場合においても誤りであることは、当裁判所によって、書面によっても口頭によっても、主張されなかった。しかし、ニューヨーク州の法律がこの段落で主張されているようなものであったとしても、連れ去りが、監護権に関する不完全な権利と表現されたところのものや、原告がその連れ去りのときに有していた面会権（その当時は、ニューヨークの資格のある裁判所の命令によって、宣言されてはいなかったが。）の侵害として不法なものではないということは、彼のために、高等裁判所と、さらには当裁判所によっても、主張された。その主張は、判事よって認められたが、彼女は、その連れ去りは連れ去りの時点においてニューヨーク州の裁判所によって与えられた監護権の侵害でもあるということをもさらに主張することを拒んだ。

被告は、高等裁判所の判断について、上訴した。また、原告に対して、裁判所は、その連れ去りが、ニューヨーク州の裁判所によって与えられた監護権の侵害に当たらないとした部分を変更するように伺いを立てられるという内容の通知も、行われた。

当事者の主張

被告の代理人である **Clissmann** 氏は、判事が、次のような文言によって、連れ去りは原告の不完全な権利の侵害であると主張して、法律上の間違いを犯したと主張した。

「父子関係の認定に対する裁判所の承認により、それは、既成の権利へとほとんど不可避的に具体化される。」

彼女は、条約の3条で言及されている監護権はそのような不完全な権利に拡張されるべきであるという主張は、第3条の明確な表現とは一致しないこと、また、仮にそれが承認された場合には、条約の適用に深刻な曖昧性をもたらすと、主張した。彼女は、英国で初めて条約の解釈の中に不完全な権利の概念を導入した **Waite** 判事の判決 (**B. (A Minor)(Abduction) [1994] 2 FLR 249** 事件) は本裁判所においては参考にされるべきではないこと、**J. (A Minor)(Abduction) (Custody Rights) [1992] AC 562** 事件における貴族院の判断に従うことは如何なる状況下においても困難であることを、主張した。彼女は、また、それに対する補強として、裁判所が **J** 事件の中の多数意見による判断に **B** 事件における判断を加えたものに従うことが困難であることを認めた事件における **Hale** 判事の判断を引用した。

Clissmann 氏は、さらに、本管轄区域の裁判所は、**J** 事件及び **B** 事件における **Hale** 判事の判断、すなわち、条約に基づく標準的な奪取とは当初の養育者からの子の連れ去りであるという主張を採用すべきであると主張した。彼女は、本件の事実に基づけば、被告が当初の養育者であること、従って、子をアイルランドに連れて行くという彼女の行為は、条約が防ごうとしている典型的な奪取の例ではないことを、主張した。**Clissmann** 氏は、さらに、被告に一時的な監護権を認めた以外に監護権に関する命令は出されていないという理由から、高等裁判所は、ニューヨーク州の裁判所においては何らの監護権も与えられていないと主張する点において法的に正しいと、主張した。また、ニューヨーク州の外における住居を立証することによって、高等裁判所は、被告に何らの制限も課していないとも、主張した。また、彼女は、高等裁判所が、原告の申立

ては米国の中央当局に対してなされなかったという事実に適切に重きを置いた、と主張した。**Clissmann**氏は、これに続ける形で、常居所のある国の当局から連れ去りが不法であったという決定を申立て上訴人が獲得することを可能にする第 15 条の規定に言及した。彼女は、原告が規定を適用できなかったのは、連れ去りが不法であるという判断は、本管轄区域の中では、彼の主張を支持しないという彼の側の認識にのみ帰責される、と主張した。

原告の代理人であるは、条約 3 条は、監護権に関する不完全な権利に適用されるように解釈されなければならないとする B 事件におけるイギリスの控訴院の多数意見の判断に、当裁判所は従われなければならないと、主張した。本条約の目的が、片親による定着していた環境から別の管轄区域への子の意図的な連れ去りにより生じる負の影響を軽減することにあると仮定すると、条約は、目的にかなった解釈をされなければならない、特に、「監護権」はできるだけ広く解釈されなければならない。彼は、当該表現が狭く文字通りの意味しか与えられない限り、原告は、監護権を有し、それを被告の行為によって侵害されたことは、明らかである。

Durcan氏は、さらに次のように主張した。すなわち、B 事件における **Waite** 判事の判決は、K 対 K 事件においてオーストラリア家庭裁判所においても承認されたことを。J 事件における貴族院の判断は、B 事件における多数意見とは異なる立場を採っていたが、K 対 K 事件（未報告；1998 年 5 月 6 日に、判決が言い渡された。）における最高裁判所の **Barron** 判事も反対の立場を採っていた。

Durcan 氏は、個々の事案は、その特有の状況を考慮して、判断されなければならないと、さらに主張した。本件では、被告が子の監護権に関する命令を求める訴訟がニューヨーク州の裁判所に係属しており、原告は被告を夫として 6 年間一緒に住んでおり、彼は H を認知していた。被告を、父子関係の宣言という純粋に公的な要件を満たしていないことだけを理由として、何らの監護権も有していないと取り扱うことは、条約の目的と明らかに反する。彼は、ハーグ会議常設部署が公表した、ハーグ条約に関する説明論文における Elise Perez-Vera 氏の考察を材料にしながら、第 3 条が柔軟に解釈されるべきであり、それにより多くの事案が子の範疇に含め解釈されることになるだろう、と述べる。彼は、それ以外のアプローチが、皆、子とその父親の間の関係を考慮に入れていないことから、本件におけるような監護権に関する不完全な権利に関するアプローチは、当事者である子の利益を考慮するために要求されざるを得ないと主張した。

Durcan 氏は、原告が、面会権以上のものを求めているという事実は、重要ではないと主張した。そのような権利が裁判所によって認められている状況では、子は、裁判所によって承認された者の同意なしには、管轄区域から連れ去りさせられることはできないのである。

Durcan 氏は、判事が、3 条の意味の範囲内でニューヨーク州裁判所によって与えられた権利は何もないと結論付けた点において過ちを犯している、と主張した。本件においてそうだったように、裁判所が一時的な監護権を付与する命令を出した場合には、それにより子の居所を決める権利が与えられ、それ自体が

監護権であることが、論理的に導かれるべきであるのである。さらに、裁判所がそのような一時的な監護権付与命令を出した場合には、それは自己に最終的な監護権の所在を決定することを留保したというべきである。彼は、**B 対 B 事件**、**B 事件**におけるイギリスの裁判所の判断と、**Thomson 対 Thomson 事件**におけるカナダの最高裁判所の決定を引用した。

適用法

条約前文には、条約締約国に対しは、次のことを望むと記載されている。

「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迅速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」

法の第1条は、その目的は次のものであると説明する。

「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不法に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。」

条約は次に、子が不法に他の締約国に連れ去られ他の締約国に不法に留置された場合のその子の常居所のある国への迅速な返還を保証する仕組みを確保する。

条約第3条は、連れ去りや留置が不法であるとされる状況を次のように規定する。

「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時に a に規定する監護の権利が共同若しくは単独で現実に行使されていたこと又は当該連れ去り若しくは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条は次のように規定する。

「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。」

ハーグ条約というのは、異なった法体制を有する国に適用される国際的な取り

決めであることから、条約締結国の裁判所によって同じ条件で解釈されることが望まれると、指摘された (H&Ors (Minor) (Abduction: Acquiescence [1997]2 All ER 225 事件及び K 対 K 事件に関する Lynch 判事の見解を参照のこと)。

しかし、条約は、米国において、国際的な取り決めであるという観点からではなく唯一 1991 年法の観点によって、法的な効力を有することから、裁判所の最初の課題は、条約の制定された際の意味を、制定法の解釈に関する一般原則に則して、確認することと、それに関連して、全体を考慮してあるいはその文脈から法規に表現されたところの制定法の意図を確認することである。この一般原則に関連して、二つの課題がある。一つ目は、条約は米国が当事者であるところの国際的な取り決めであることから、もし可能であれば、表現された目的に適った解釈を与えられるべきであるという点であり、二つ目は、その採用に伴う労苦は、法的に解釈のための指針として用いられなければならないという点である。

条約前文と第 1 条に規定された条約の目的は、明らかで、そこには、本件のように解釈上の困難な問題が生じる裁判所によってしかるべき量の重きが置かれなければならない。その採用は国境の制御の減少と機動性の増大の時代における親による子の国際的奪取の急激な頻発により早められた。そのような奪取は、奪取者により好意的な、別の管轄区域における監護権に関する新しい判断を獲得できるという望みを持った親により、頻発化した。

条約の仕組みを起動させるためには、子の、常居所を有していた場所からの不法な連れ去りがなければならない。そして、連れ去りが条約によって不法にな

るためには、第3条に定義されているような監護権の侵害がなければならない。条文は、監護権の発生根拠について、3つの法的な根拠を挙げる。(A) 常居所のある国の法の効果として、(B) 法的あるいは行政上の判断の結果として、(C) 常居所のある国の法に基づいて法的効果を有する合意に基づいて、の3つである。3つに共通なのは、権利は、常居所のある国の法律に基づいて、特定の個人や団体に与えられなければならないという点である。

人は、資格のある裁判所の命令や法的な合意に基づかなくても、そのような監護権を与えられうる。例えば、ニューヨーク州に存在する結婚した夫婦の場合には、両親は、州法によって、平等に子に対する監護権を与えられている。同様のことは、アイルランドでも、そしておそらく他の条約批准国についても、起きる。したがって、婚姻している夫婦は、裁判所の命令や公式な法的合意に基づかなくても、監護権を有しているし、従って、他の親の同意なしに一方の親が他の管轄区域に子を連れ去りさせることは、連れ去りの際にその権利が実際に行使されていなかったということでない限り、第3条にいう不法な連れ去りに明らかに該当する。

第3条の結論部の段落の文言、特に、「特に」及び「ものとする」という文言の使用は、3つの特定の要素に力点が置かれる中、常居所が国の法律に基づく監護権の法的な根拠を余すところなく規定するという意図を有していないことを提示する。Elisa Perez-Vera氏が指摘するように、

「これによれば、2段落の第3条は、リストは網羅的ではないと強調する一方、そのような根拠のいくつか（最も重要であることは間違いない）を考慮に入

れる。この段落は、a 項において指摘された監護権は、文言自体に含まれない根拠により発生する、と規定する。この発生根拠は広範な管轄区域を網羅し、彼らが網羅的に規定されていないという事実は、規定文言の柔軟な解釈が望まれているが故と理解されるべきであるが、それは多大な数の事例を考慮のうちに入れることを可能にする。」

【説明文書 67 段落】

これは、本件のように、監護権が合意、法律上・行政上の判断、法の適用により発生しない状況では、特に重要なものであるかもしれない。しかし、監護権を間違いなく有する個人による子の連れ去りは、子の常居所において現在している訴訟を妨害するという意図を有していたという意味において、不法であると主張されている。特定の事例の状況に依拠すれば、そのような状況における連れ去りは、裁判所それ自身によって授与された監護権の侵害になりうる。もし、例えば、訴訟が実際、子の常居所がある裁判所に係属中であって、監護権を有する親による、管轄区域からの、他の親や裁判所の許可に基づかない、子の連れ去りを制限する中間命令が出されていた場合には、そのような同意のない子の連れ去りは不法な連れ去りを構成すると結論付けるのはたやすい。明らかに、そのような事例においては、裁判所は、訴訟が最終的に処理されるまで子がどこに居住するかを決定する権利を自己に付与したものと合理的にみなされるが、第5条 a の規定を考慮すれば、それは監護権のことに他ならない。したがって、C 対 C 事件では、オーストラリアの家庭裁判所により、父親と母親は子の共同親権者にとどまるべきであり、母親は毎日の監護権を有するべき

こと、いずれの親ももう片方の親の同意がない限り子をオーストラリアの外に連れ出してはならないとの同意による命令が出されたところ、母親が父親の同意なしに子を英国へ連れ去りさせたことは、不法な連れ去りであると判断された。Neill 判事は次のように述べる。

「私は、この子のオーストラリアからの如何なる連れ去りに対しても同意を与えたり留保したりする権利は、条件を貸す権利と合わさって、子の居所を決める暗黙の権利であり、条約第3条、第5条にいう監護権であるという結論に、満足している。さらに、この結論が条約の目的に適合しているという事実にも、満足している。」

この論法は、Thompson 対 Thompson 事件において、カナダの最高裁によっても採用された。

本件においては、原告は、ニューヨーク州の裁判所が彼のために父子関係に関する宣言をするまであるいはそうしない限りは、監護権を有していなかったことから、ニューヨーク州の法律の効力によって何らの監護権を有していないこと、は明らかである。また、ニューヨーク州法に基づいて彼にそのような権利を付与する原告・被告間の法的な効果を有する合意もない。さらにニューヨーク州の裁判所は、一時的な監護権を与えること以外に何もやることがない。ニューヨーク州から H を連れ去りする以前は、どの時点においても、被告に原告の同意を取り付けるように要求する命令、その他の裁判所による命令はなかった。したがって、一見すると、連れ去りの時点でニューヨーク州に基づいて原告に監護権が与えられたという主張には、克服できない壁が存在すると思える

かもしれない。しかしながら、すでに記したように、条約における「権利」の概念は、法によって設立された権利の範囲に制限されるものでも、裁判所によって授与されるものでもないが、しかし、不完全な権利と称されるものに拡張されうるものが、B 事件において英国の控訴院の多数意見によって判断された。この不完全な権利とは、義務を履行すること、法によって公には認められていないが、裁判所が具体的な事案に応じて当事者である子の利益に基づいて認める監護権や親権性格から生ずる特権を楽しむこと、などをその内容とする。この事案が原告のためになるほど強く依拠されたことから、これはより詳細に検討されなければならない。

事実は次のようである。本申立ての際 6 歳半だった子は、オーストラリア人であった。彼の両親は結婚していなかった。子の父親が、オーストラリア人である一方で、子の母親は英国であったが、1982 年にオーストラリアに移住してきた。両親は 1990 年に離婚した。父親は息子と連絡を取り続け、母親が、1990 年、イギリスに、短い休みの間、自分の母親とともに彼を連れていきたいと望んだとき、彼は彼らの出費のうち相当量を負担した。彼らがオーストラリアに戻ってきてすぐ、母親がヘロイン中毒であることが判明した。父親は、またしても、息子と母親自身のための自宅の資金として大金を援助したが、しかし、母親は、自身の中毒症状のため、それをその目的のために使用せず、のち、しばらくの間「無秩序の存在」と称されたところのもの居住していた。

しばらく後の、1992 年の 4 月、母親はオーストラリアを出て英国に戻った。彼女の出発は、万引きに関する刑事告訴の結果として課された保釈状態に対する

不法な侵害であった。息子は、母方の祖母に育てられることになり、父親は週末にのみ会うこととなった。1993年2月から、この役割は逆になった。

1993年の夏、祖母は、長期休暇に英国に戻るという計画を立て、その際息子連れれていくことを望んだ。父親は、6か月の休暇期間（その後、彼は祖母と戻るというものであるが）よりも長く息子がオーストラリアを出ることを許可することに乗り気ではなかった。さらに、彼は、子の返還の際の処理は、適切な法の形式に則って行われなければならないと主張した。結果として、父親と祖母は、父親の代理人と会議に出席し、そこにおいて合理的かつ入念な議事録が父親の代理人によって作成され、西オーストラリアの家庭裁判所（FCWA）によって作成されるべき合意された命令の書面の作成も、意図された。それは、とりわけ、父親に子の監護権が完全に帰属すること規定するとともに、子がオーストラリアに返還することを保障すべきアンダーテイキングが決められていた。それは母親によって署名された。父親は、母親とのアンダーテイキングにより、母親らが約束に日に子をオーストラリアに返還するというアンダーテイキングに従うものと説得されたが、約束は守られず、母親は英国にとどまった。判事の以下の判断は、やはり、

「母親は、自分の母親に援助の下、父親を残酷にも騙し、彼女は今度はその欺罔によって利益を得ようと画策している」

条約に基づくその後の訴訟の中では、争われなかった。判事が、オーストラリアへ子を返還することを命令すると、母親は上訴した。

上訴は、母親によって署名された議事録は、西オーストラリアの法に基づいて、第3条における法的効果を有する同意を構成するか、という問題に対してのものである、と期待していた者もいるであろう。しかし、それが法的効果を有するか否かということに関する証拠は、どこことなく不確定で不十分に見えた。

Staughton 判事が同意した **Waite 審判官**は、結論を以下のようにまとめる。

「ハーグ条約の目的は、少なくとも一部においては、人道主義である。その目的は、すでに両親の離婚による影響から苦しんでいる子をさらなる墮落から守ることであるが、その墮落とは、一方の親によって、彼らの落ち着いていた場所から意図的に連れ去られ、そこでより同情的な判決やより快適な基礎を見つけるため別の国に連れ去りすることによって経験されるものである。したがって、条約で用いられているところの監護権という表現は、その目的と最もよく適合する意味によって解釈される必要がある。ほとんどの事例では、それは、同文言に可能な限り広い意味を持たせることを含む。

監護権という言葉に、広い含蓄を持たせることに、困難はない。**Donaldson 判事**による C 事件の判決の中で、その辞書的な意味に、**SACH 判事**により、**HEWER 対 BRYANT 事件**の判断の中で、法的な集合として結合する権利の束の多様性に、それぞれ注意が向けられた。同様のことは、「後見」という言葉についてもいえるが、これは「監護権」という言葉に対する、本条約のフランス版における訳語を提供するものである。

権利の概念を修正する点に困難が存する。それは、代理人が設立された権利と直ちに認識するところのもの、すなわち、法律によって認められあるいは裁判

所の命令によって認められたもの、に限定されるべきである。あるいは、それは、監護権や親権の性格を帯びた義務を履行し特権を享受する者の不完全な権利（それは公的に認識され、法律によって認められてもいないが、裁判所はそれにもかかわらず、対象となっている子の利益のために、認める傾向にあるところのものである。）を表現するために、条約の文脈において適用されることが、可能なのであろうか。

その問いに対する答えは、私の判断によれば、各事件における状況に依存する。もし子の奪取の前に、奪取された親が、裁判所の命令や公的な監護権者としての立場からの恩恵を受けずに、申立てがあった国で親権や監護権の性格を帯びた役目を果たしていたとしたら、全ての事例において、申し立てがあったされた国の裁判所がそれらの役目が条約の文脈における「監護権」と認めると決定するかどうか、疑問となるだろう。例えば、本範囲の一つの限界事例は、その地位や役割が条約上の権利を有しているという認識される資格を持っているとは考慮されにくいところの完全な法的な監護権者による一時的な生活である。その反対は、法的な監護権者に代わって親族や友人が親に代わる役割を担っているという、もう一方の限界事例においてみることができる。」

彼は、さらに続けて、父親は、祖母を二次的な保護者として養育を分担しながらも、子の当初の保護者であったと指摘する。彼はそれを、欠けている母親、すなわち「公的な」監護権を有している唯一の片親が明示的に承認したものであり、FCWA を含むすべての全て裁判所が認めるよう拘束を受けるところの、落ち着いていた地位、と表現する。したがって、彼は、子の連れ去りが、第 3

条にいう監護権の侵害だと考えていたのである。

母親の行為を嫌悪感を起こさせるものと表現した **Peter Gibson** 判事は、異議を唱えた。彼は、J 事件における判断を引用しながら、第 3 条にいう監護権は、事実上の権利以上のものである。合意の法的な地位に関する不確実な証拠に基づいて、彼は、父親が条約における監護権を有していたとは立証されなかったと結論付け、連れ去りは不法ではなかったとためらいながらも結論付けたのである。

J 事件においても、第 3 条の文脈における未婚の父親の法的な地位の問題が、生じた。その事例では、婚姻関係にある両親が、オーストラリアに居住していた。母親は、父親と同じく、英国で生まれ、離婚に至った段階で、永住しようとの意図のもとに息子を英国に連れて行った。実際の連れ去りの時点では、現在進行中の訴訟はなかったが、のちに、父親は、オーストラリアの裁判所において監護権を認められ、それゆえ、英国において条約に基づく申立てを行った。判事は、申立てを拒否し、控訴院さらに貴族院においても、この判断は受け継がれた。連れ去りは監護権の侵害として不法であるという議論は、控訴院において、**Donaldson** 判事によって、次のような簡潔な言葉で、宣言された。

「条約第 3、4、5 条が、ひとえに監護権、すなわち、面会の権利を伴う養育、監護権、管理、保護をする権利（正確な集合は、これらの範疇のいずれにおいても、重要な事柄ではない）、について規定しているため、そして、父親はそのような権利を有していないため、私は、J のオーストラリアからの連れ去りは、たとえ母親のやり方がそのように見えたとしても、条約のいう不法な連れ

去りを構成したとは考えない。」

貴族院に対するさらなる上訴における審理において、代理人は、母親の連れ去りが不法であったという主張を撤回したが、これまた上訴審裁判所で否定されたところの、(オーストラリア裁判所の判断によれば)彼女の息子の留置が父親の監護権を侵害するというもう一つの主張は貫いた。そして、父親の事件における最初の提起が棄却されたにも関わらず、**Brandon** 判事は、再び丁寧に向き合い、次のように述べた。

「しかし、監護権が問題とされる限り、これらは母親にのみ属し、それらの権利に含まれるのは、**J** がどこに住むかを定める権利である。すると、私の意見によれば、母親による**J**の連れ去りは、条約第3条の文脈における不法を構成しないということを導く。」

この判断は、監護権を有する親の存在する国に全く存在しない状態での父親と祖母の間における親権の分担であったという点で明示的に、**B** 事件と、区別された。

K 対 **K** 事件において、**Barron** 判事は **J** 事件における判断について、次のように述べた。

「**J** 事件における生物学的な父親の潜在的権利は、子の常居所の変更を防ぐに十分であるべきである。」

本件のような状況下で未婚の両親の子の連れ去りが不法であったか否かは、し

かしながら、本件においては考慮の外におかれていた。

議論は、J 事件において、仮に連れ去りが不法でなかったとしても、オーストラリアの裁判所が父親に監護権を授与する命令を出した後は、英国での子の留置は不法ではないか、という主張は、後者の命令は子がオーストラリアにもはや常居所を有していない時分になされたものであったことを理由に、貴族院によって棄却された、という趣旨の下、進展した。しかしながら、後者の事件では、「追いかける命令」（すなわち、条約がそのような事例に適用されるとは予想されていなかったという意味であるが、）と後に呼ばれるようになる、一風異なるアプローチがとられた。Thompson 対 Thompson 事件では、La Frest 判事は、条約の中には、外国の裁判所による監護権の命令の存在を要求する規定がないと言った。彼は、この文脈の中で、「留置」は、一時的な海外旅行（それは、子の正当な監護権者による同意によって始まったものであるが、）の後に子を返還することを拒否することにより始まったとする、説明論文における Perez-Vera 判事による説明を、引用した。したがって、いかなる観点からしても、本件においてニューヨーク州裁判所によって出された保釈令状は、それ自体としては、当初の連れ去りやそれに続いた留置を、条約にいう不法なものとするには足りなかった。

本件における事実を考慮すれば、条約にいう面会権に関する地位は、重要である。監護権と面会権との間に一線が引かれていることは、前文の文言から明らかであり、その区別は、条約の本文の中で二つの状況に対して規定された異なる訴訟に反映されている。監護権は、第 3 条の下で本質的に保護されているが、

そこでは、面会権の行使による効果を保証する取り決めがなされることを可能にする訴訟が第 21 条に登場する。それは、説明論文の中で次のようにいう、**Perez-Vera** 判事の考えでもあった。

「面会権の侵害によって、特に監護権者によって外国に連れ出されたような状況下で、生じうる問題は、14 会期中に提起されたものの、大方の意見は、そのような状況は、防ごうと求められているところの不法な連れ去りと同じ範疇に入れられてはならないというようなものであった。この結論は、監護権と面会権に対して同程度の保護を認容することを前提に、条約に基づく申立てが、最終的にそのような権利を持つ者を別の権利を持つものに置き換えるという事態を導くことによって達成された。」

【説明論文 444/55】

それとは対照的に、偶然にも、不法と主張されている連れ去りがなされた時点における子の常居所がニューヨークであった C 対 C 事件では、ブレイスウェル判事は、子のニューヨークから英国への連れ去りは、ニューヨーク裁判所が母親に監護権を認め、父親には面会権しか認めなかったにも関わらず、監護権の侵害であると、述べた。

この事件については、しかし、いくつかの特徴に留意しなければならない。それらは、すなわち、一つ目に、父親に面会権を認めた命令は、同時に母親に対して裁判所の管轄区域から父親の同意なしに子を連れ出すことを禁じていたということを示すニューヨークの代理人から出された証拠があったこと、二つ

目に、判決には、後に Hale 判事によって判断された、監護権と面会権に関する事例によって採用されたアプローチが条約において規定された異なる訴訟と果たして適合的かという点について何ら言及がないこと、である。

結論

原告やその代理人に何も伝えずに S をアイルランドに連れていくという本件における被告の行為は、許されない。と同時に、原告との関係が破たんした際に彼女が直面した困難は、過剰に評価されるべきではない。彼女がいかなる手順を踏もうと、彼女を法律との対立に導くことになる、すなわち、仮に彼女がニューヨークに残れば、彼女は起訴され不法在留外国人として強制送還されることになるし、彼女がアイルランドに発てば、彼女がまさに現在なされているような訴訟による危険に自らを晒すことになる。彼女が、彼が一種の不自由を抱えていることによる困難に直面していることも手伝って、自分の子を、両親や他の家族の者から援助を受けることのできるこの国で育てることを望むことも、また理解できた。

しかし、本件は、最終的には、当事者の利益ではなく法の観点から、判断された。問題の本質は、連れ去りが、それがなされた時点において、ニューヨーク州の法に基づいて被告やその他機関、団体に与えられた監護権の侵害であったかということである。

仮に、子の養育に関係する親、他の個人、団体が、法、法律上・行政上の判断、あるいは法的効力を持つ合意によって、監護権を有していないが、彼やそれが

一方当事者であり、子の監護権を求める現在進行中の訴訟があるならば、そのような訴訟が係属している間における子の別の管轄区域への連れ去りは、救済措置のない限りにおいては、条約にいう不法なものとなる。たとえ奪われた当事者によって監護権に関する命令が要求されていない場合でも、裁判所が、一方当事者の同意あるいは更なる裁判所の命令がない限りは、子を連れ去りさせてはならないという命令を発した場合には、同じである。そのような場合には、子の監護権を決定するあるいは子の連れ去りを禁ずる権利は、少なくとも子の状況が変わるまでは、子の居所は要求された国にあり続けなければならないという裁判所の判断を含むことから、連れ去りは、奪取された当事者ではなく裁判所自身の監護権の侵害に当たる。

奪取された親に面会する権利を認める裁判所の命令は、奪取された親の同意や裁判所の命令なしに子を連れ去りさせることを禁止していると、扱われる可能性がありさえする。それは、連れ去りの際に常居所を有していた国の法律に則して決定されるようになる。いかなる場合にあっても、本件において発動された面会権を発効する適切な枠組みは、第3条によるものというより第21条によるものなのではないかという点に、さらなる問題が生ずる。しかし、本件における不法と主張された連れ去り以来、ニューヨーク州の裁判所によって面会権たるものが認められたことはなかった。本疑問に対して結論を述べる必要性はない。本訴訟の文脈においては、条約に、それが価する目的に適う柔軟な解釈を与えれば、親に対してではなく裁判所自身に対して与えられた監護権の侵害により、連れ去りが第3条より不法になるという状況が現れる、といえは十分である。

しかしながら、さらに、それに加えて、それを主張する団体や要求された国によりいかなる意味においても与えられていないが、要請を行った国の裁判所によって、それによる条約の下保護することが可能になったとみなされた、不完全な監護権という定義されていない未開地域が存在するということができる。当職は、その観点に関する B 事件における英国の控訴院の大多数の判断が参照されないことを求める。

この文脈においては、RE ; O 事件における英国の高等家庭裁判所の判断は、非常に示唆的である。その事件では、母親は、娘とパートナー（子の父親ではないが。）を連れて、ドイツから英国へ移った。彼女の出発の後、母親がいない 16 か月の間一緒に過ごしていた子の母方の祖母が一時的な監護権を求めてドイツの裁判所に申立てを行った。連れ去りの時点では、彼らに好意的な監護権に関する命令はなく、彼らが第 3 条にいう監護権を有していると主張する唯一の根拠は、母親の同意の下、彼らが子の面倒を見たという 16 か月間（不法と主張された連れ去りの前に、10 か月ほどで終了した期間）のみであった。B 事件において明らかにされた原則は、そのような状況においても、祖父母は条約にいう監護権を持つということができるという認定を補強するために、援用された。条約の枠組みによってそのような結論が承認されうると認めるのは、難しい。

本件による事実および、本判決の過程の中で議論された様々な権力的機関により、条約の下における未婚の父親の権利は、生物学的な父親の子に対する特別な関係性や、我々のものも含め多数の法的管轄において、結婚している親のそ

れと同等な監護権に関する自然発生的権利がないという事実から、特定の危険を伴うことは明らかである。しかし、国際私法に対する条約の実施の中で生じるその性質の困難性を表明する適切な方法は、制定された通りに条約を主張することが厳格かつ不公平な結果を生じさせうるといふ困難な事件に対する革新的な法的応答によるものではなく、むしろ、締約国において条約の実施を定期的に監視するハーグ条約における特別な委任の仕組みによるものである。

当職は、再び、本件に関する事実に向き合う。判事による特に争われなかった部分に関する認定によれば、Hの連れ去りは、その時点では、原告がニューヨーク州の法律に基づき、法の効果、法律上・行政上の判断、法的効果を有する合意のいずれかによって、授与されたいかなる監護権の侵害にもあたっていなかった。あるいは、それは、ニューヨーク州ナッソウの家庭裁判所によって当時進行中であった訴訟によって、あるいは被告に原告による同意なしには子を連れ去りさせてはならないという命令によって、与えられた、いかなる監護権の侵害にもあたっていなかった。はたまた、これは、原告に事実上面会権を認める命令の中に暗示的に認められた命令の侵害にもあたっていなかった。

そこで、当職は、連れ去りは条約第3条にいう不法であったとする高等裁判所の判事の判断が間違いであったと、確信した。原告は、当然、児童の保護に関する法律（1964）の規定に適合するように、本管轄における監護権や面会に関する命令を求め、あるいは、彼が有している子に対する面会権の実効的な実施を保証するために21条における仕組みを発動する、権利を有する。

当職は、上訴を認める。

判決は、Barron 判事によって、1999 年 2 月 19 日に言い渡された。

これらの訴訟の当事者は 1991 年 7 月 13 日に出生した未成年者 HI (以下、「H」と称する。) の両親である。彼らは、1989 年ニューヨークで出会った。彼らは、1990 年 2 月から、これらの訴訟の契機となった出来事までの間、一緒に住んでいた。彼らは、市民法の下で結婚しなかったが、1991 年 3 月 5 日に、ニューヨーク州でイスラム式の結婚式を挙げた。H の誕生の後、彼らは、1996 年 12 月 30 日まで、彼と同じ住所にとどまった。その日、被告は、H と家を出た。彼女は、この国から以後とどまることになる場所へと発った 1997 年 2 月 3 日まで、ニューヨーク州にとどまった。

彼女がニューヨーク州の管轄を出る前、被告は、ナッソウの家庭裁判所に対して、本管轄において禁止命令と同等のものと考えられている保護命令を求めて申立てした。彼女は、本命令を獲得するとともに、彼女に 1997 年 6 月 30 日まで S の一時的な監護権命令を与える命令をも獲得した。1997 年 1 月 17 日、原告は同じ裁判所に、H への面会権を求めて、訴訟の開始を提起した。主張や抗弁を出し合う審理よりも前、1997 年 2 月 3 日、被告は H とニューヨークの管轄を出た。しばらく後、彼女にとって有利な命令は、1997 年 2 月 25 日に取り消され、その次の日、彼女に対して、H を 1997 年 3 月 26 日より前に裁判所の前へ連れてくるよう要求する命令が、発された。その命令は、従われなかった。

ハーグ条約に基づく訴訟は、本管轄において、1997 年 3 月 20 日に、原告によ

ってはじめられた。被告は、ニューヨーク州の宣誓供述書において、彼の望む父子関係に関する宣言なしに、未婚の父親は子に対して監護権に関する法的な権利はないという趣旨の宣誓を行った。いったんそのような宣言がなされると、未婚の父親は、結婚している父親と同じ権利を有することになる。

この立場は、ニューヨーク州の法律は、家庭内の状況を根拠として生じる H の養育に関する当事者間の事実上の合意に法的な効果を与えるべきであるとする原告によるニューヨーク州の宣誓供述書によって異議を唱えられた。

被告による二つ目の宣誓供述書は、この意見に異議を唱え、父子関係の宣言がなされるまでは、未婚の父親は子にとっての他人として取り扱われなければならいと何度も繰り返した。

判事は、後者の意見を、ニューヨーク州における適切な法の理解であると認めた。連れ去りの日に何らそのような宣言がなされなかったことから、原告は、その日、条約にいう監護権を有していなかった。判事は、監護権は原告に与えられていないと知ったが、それにも関わらず、彼女は、原告の監護権に関する不完全な権利は、ハーグ条約第 3 条にいう監護権であると判示した。この結論に行き着くにあたり、彼女は、被告は原告の父子関係に異議を唱えなかったという事実と、1997 年 2 月 26 日の家庭裁判所による命令は父子関係に関するいかなる宣言なしになされたという事実、影響を受けた。したがって、彼女は、原告が条約に基づいて提起する権利を有すること、そのような問題を考慮するためには完全な審理がなされなければならない、と判示した。

この判示により、被告は当裁判所に上訴した。

被告は、条約が不完全な権利を持つ個人に適用されるためには、条約の実施の中に、不必要で、迅速な返還を阻害し、かつ要請を行った国における長期の訴訟を招くような、一定の不確実性を導入することになると、主張する。彼女は、条約における申立ての際の審査は、連れ去りの時点における子の法的な監護権の性質に依拠して、主張された。

原告の主張は、不完全な権利は条約に効力を持たせるのに十分であるという主張に基づいている。そう主張するにあたっては、原告は、B 事件及び、その事件において条約が解釈された際の態度に強く依拠した。

当職の考え方では、本件の事実は、条約前文と第 1 条に規定された条約の目的との両方の、条約の中の関連性のある条文の観点から、考慮されなければならない。条約前文は、次のようである。

「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迅速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」

条約第 1 条は、これらの問題を次のように、繰り返す。

「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不法に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。」

他の関連性のある条文は、第3、4、5条に規定されているが、それは次のようである。

第3条

子の連れ去りまたは留置は、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時に a に規定する監護の権利が共同若しくは単独で現実に行使されていたこと又は当該連れ去り若しくは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4条

「この条約は、監護の権利又は接触の権利が侵害される直前にいずれかの締約国に常居所を有していた子について適用する。この条約は、子が十六歳に達した場合には、適用しない。」

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。

(条約を解釈するにあたっては、1980年の40会期に採用された提案(これは、後に、国際的な子の奪取に関する市民法的観点についての条約、という形に結実した)を扱う Elisa Perez-Vera 氏の説明論文に、非常に参考となるものが発見された。

B 事件においては、父親はオーストラリア人で、母親は英国からオーストラリアに移住してきた。彼らは、結婚していなかった。訴訟の時分、彼らには6歳半になる息子がいた。母親は、父親を置いて、英国に戻った。子は、主要な監護権者は父親で、母方の祖母に週末だけ援助を受けるという状態のオーストラリアに残った。父親は、子が、祖母に連れられ英国に行くことを、息子が6か月の後に返還されるという祖母と母親による書面上の約束の下で、許した。父親は、裁判所に申立てすることなしには——彼は、それをしていなかったのだ

が——西オーストラリアの法律の下では何らの法的権利を有さなかった。この状況下で、母親は子を返還することを拒否し、英国において、子を裁判所の保護下に置くという申立てを行った。すると、父親は、子のオーストラリアへの返還を求めて、条約に基づいて申立てを行った。高等裁判所は、この申立てを受け入れた。これは、その裁判所における上訴において、控訴院によって受理された。

控訴院においては、それはとりわけ代理人によって、次のようにして、同意された。

条約は、その一般的な趣旨と目的にしたがって、国際的な合意として広く解釈されなければならない。その際、そのいかなる言葉に対しても、それが英国の国内法において与えられているような、専門的な意味を与えてはならない。

この原則を扱いながら、**Waite** 判事は 260 頁において言う。

ハーグ条約の目的は、少なくとも一部においては、人道主義である。その目的は、すでに両親の離婚による影響から苦しんでいる子をさらなる墮落から守ることであるが、その墮落とは、一方の親によって、彼らの落ち着いていた場所から意図的に連れ去られ、そこでより同情的な判決やより快適な基礎を見つけるため別の国に連れ去りすることによって経験されるものである。したがって、条約で用いられているところの監護権という表現は、その目的と最もよく適合する意味によって解釈される必要がある。ほとんどの事例では、それは、同文言に可能な限り広い意味を持たせることを意味する。

そして、それらの言葉がどのように解釈されるべきかについて、彼は 261 頁において、次のように述べる。

困難は、権利の概念を修正する点に存する。それは、代理人が設立された権利と直ちに認識するところのもの、すなわち、法律によって認められあるいは裁判所の命令によって認められたもの、に限定されるべきである。あるいは、それは、監護権や親権の性格を帯びた義務を履行し特権を享受する者の不完全な権利——それは公的に認識され、法律によって認められてもいないが、裁判所はそれにもかかわらず、対象となっている子の利益のために、認める傾向にあるところのものである——を表現するために、条約の文脈において適用されることが、可能なのであろうか。

その問いに対する答えは、当職の判断によれば、各事件における状況に依存する。もし子の奪取の前に、奪取された親が、裁判所の命令や公的な監護権者としての立場からの恩恵を受けずに、要請を行った国で親権や監護権の性格を帯びた役目を果たしていたとしたら、全ての事例において、要請を行った国の裁判所がそれらの役目が条約の文脈における「監護権」であると認めるかどうか、問題となるだろう。例えば、本範囲の一つの限界事例は、その地位や役割が条約上の権利を有していると認識される資格を有しているとは見えないところの完全な法的な監護権者による一時的な生活である。その反対は、法的な監護権者に代わって親族や友人が親に代わる役割を担っているという、もう一方の限界事例においてみることができる。

この判断を考慮するにあたっては、貴族院が以前 J 事件において、事実上の権

利は条約の目的のためには十分でないと判断したことを意識することが重要である。そして、J 事件における多数意見が、不完全な権利について好意的な見方を示したのに対し、裁判所の一人である Peter Gibson 判事は、条約における監護権は事実上の権利以上のものであるとして異議を唱えつつ、J 事件を参照した。

当職が引用した Waite 判事による判決中のある段落においては、彼が、条約は、要請を行った国に基づく法的な権利を有する者だけでなく、それらの権利を通常の方法によって有さない者に対しても適用されるものである、と考えていることが、明らかである。段落の最後に、彼は、条約の規定に該当するようにより大きいあるいは小さい権利を有するそのような人々の集団の例を挙げる。

当職は、条約を運用する権利は、法的に承認されている権利に限定されないという点で、Waite 判事に賛成である。しかし、当職は、権利が、法的に効力を有する権利である必要があるとは思わない。Waite 判事は、裁判所が認めると考えられる、義務を履行し監護権や親権の性格を帯びた特権を享受する者を保護しようとして探究した。彼は、そのような権利はしばらくすれば強制力を有することになるであろうこと、適切に解釈された監護権はそのような権利を含むことから、そのような権利を認めることにしたのである。

彼は、J.事件の判決により、事実上の権利に有利な判決を下すことができなくなった。彼は、裁判所の命令によらずして法的な権利を獲得することができな
いと思われる者でも、条約を発動させる権利はあると判示した。しかし、それ

は「生じる」の意味を解釈することを含む。条約は、連れ去りの時点における当時の地位を考慮すること、すなわち、監護権がいかなる資格において実際に行使されたのかという点を、要求する。この資格は、要請を行った国の法に依拠しているが、それは、第3条に規定する方法の一つにより生じるものでなければならない。権利は、法的な権利である必要はない。それらは、その基礎が子の常居所が存在する国の法律によって認識されるところの、現在する権利でなければならない。

これは、論文70頁において筆者が次のようにいう、「国内法によって法的効果を持つ」という文言に対する解釈、である。

「最後に、監護権は、国内法に基づいて法的効果を有する合意によって、第3条にしたがって生じうる。原則はそうである。問題になっているその合意は、子の監護権に関わる当事者間の単純な私的な契約でもありうる。子の常居所のある国の法に基づいて法的な効力を有するという条件は、当初の草案に記載されていたように、法的な効力を有するための要件の箇所に、14会期の間に、挿入された。変更は、合意の承認のために要求された条件は可能な限り明確で柔軟でなければならないという要求に対する応答としてなされた。特定の法の観点から法的な効力を有する合意の定義に関して言えば、そのような法によって禁止されておらずしかるべき権力的機関に対して法的な主張を表明する基礎を提供することができるようなあらゆる種類の合意がそこに含まれているように見える。」

これが、あるべき解釈のあり方である。条約は、国際的なものであり、そして

そうである以上、どの締約国が関与しているのか否かに関わらず、同じ状況、同じ方法で適用することが期待される。しかし、仮にそうだとした場合、国が認識しない状況から生じてくる主張に基づいて、子を国に戻すことに、意味はない。

実際、条約は、常居所のある法律の下での法的権利ではなく、実際に行使され、かつ、国の裁判所が、国の中で法的な効力を有しないとして完全には無視しない権利、をその適用対象としている。

イングランドとウェールズの法律は、問題というのは、条約の解釈に関する問題であると認める。S 対 H 事件において、Hale 判事は、次のようにいう。

「条約にとっての、これらのことの重要性とは、何であるか。控訴院は、F 事件において、連れ去りや留置が監護権の侵害に当たるか否かということは、これらの裁判所で適用される条約を参照の下、決定されなければならないと明らかにした。したがって、連れ去りは、イタリアの法によれば不法でなくとも、条約の下では不法になりうるのである。」

B 事件は、O 事件によっても参照された。その事案では、母方の祖父母によって、子の返還を求めて申立てがなされた。ドイツ国籍の子は連れ去りの時点では4歳半であり、一定の期間、これまたドイツ国籍である母方の祖父母と一緒に暮らしていた。ドイツ国籍である母親は、子を自分と一緒に住ませようと、自分と英国籍のパートナーと共に、英国に連れていった。

Cazalet 判事は、祖父母は母親との共同の監護権を行使していると判断した。

彼は、B 事件における判断を踏襲し、関与している個人は、公的な監護権者としての地位による何らの恩恵も受けずに、親や監護権上の性質に基づく権利を行使しているか、という、Waite 判事によって提起された審査基準を採用した。彼は、条約第 3 条の規定の中に事案を当てはめるためには、法的な合意が不可欠であるとは考えなかったのである。この問題について、判事は、708 頁で次のように述べる。

「私が言ったことにつけ加えて、『生じうる』（第 3 条）という言葉が使われていることに留意することが大切である。段落は、このように始まる、すなわち、『上記（A）項で指摘されている監護権は、生じうる』と。したがって、監護権は、私が思うに、条文に規定された具多的な場合に限られるものではない。裁判所は、B 事件においてしたように、その条文の規定を超えて判断することができる。」

本段落は、後続の裏付けや法的に効力を持つ権利の存在に依拠しない。思うに、それは、適切な権利の行使という、条約の核心にあるものを認識する。それは、そのような権利が行使される合意や取り決めが法律の効力を有する必要がなく、ただ、法によって禁止されてはならない、すなわち、法に反してはならないだけであるとも、判示する。そのような権利について不完全なことは何もない。そのような解釈は適切であるのは、関与している子の親権者になる必要がなく、厳格な法的権利を考慮する必要がない場合である。特異な法的手続きが取られない限り、親ではない個人は、非公式な合意によって監護権を持ちうるし、それが法的な権利によって保護されることはほぼ確実でない。

これらの原則を適用すると、原告は条約の範疇に置かれるべきであると思う。**H**は、連れ去りの時点、ニューヨーク州に常居所を有していた。父親、母親、彼は、法的な家族と類似した状況で共に生活し、事実**H**の養育は、それらの当事者によって共同で行使された。原告の側でそうするのは、当事者間での黙認や暗黙の合意によるものであることは確実である。その合意はニューヨーク州の法律に反していた。母親の本件におけるようなこの種の単独の行為が条約の範疇に置かれるということは、71段落によって支持されている。著者は次のように述べる。

「さらに、共同の監護権は、裁判所がますますこれに有利な判断をするようになる中、両親の間における監護権に備わっている責任の分配である。条約の見地からは、片親がもう片方の親の同意なしに子を連れ去りさせることは、同等に不法であり、その不法性は本件でも、特定の法律を侵害した点にではなく、そのような行為が法律によって保護された他の親の権利を侵害しその通常の行使に干渉した点に見いだされた。条約の本来的な性質は、このような状況下で、もっとも明確に見出される。すなわち、それは、将来のある時点で子の監護権が所属するようになるであろう者の確立のためでも、後に変わりうる事実に基づいて共同親権を与える決断を形成していくためでもない。それは、片親の片務的な行為からもたらされた状況の変化による後の決断を防ぐためのものなのである。」

しかし、当職は、原告は、**H**の父親としてそのような権利を行使したものではなかったと考えている。生物学的な父親の権利は、父子関係の宣言なしには行

使することが出来ない。しかし、それにも拘わらず、実務上は、裁判所の前では、未婚の父親は婚姻関係を有している父親と同じ権利を有していることは、宣誓供述書より明らかである。事実上の違いは、彼がどのような安心を必要としているのかという点だけではなく、彼は父子関係の宣言を要求しなければならないという点である。それは、彼に父子関係の立証の責任を課すが、法による宣誓供述書には、子の義務が何らかの方法によって彼の救済の時点に影響するという主張は見られない。

父子関係立証の必要性は、彼の権利の実効化を阻害するように見えるが、しかし、実際は違う。しかし、そのような権利がどのように見られようとも、その権利は常にそこに存在している。父子関係の宣言は、判事が判断したように、父親にそのような権利を与えるものではないが、それは、父子関係という事実によって存在し、また、常にそこに存在していた。父子関係の宣言の不存在は、実効化に影響するが、それはその存在自体というよりも、非常に技術的な意味においてである。

西オーストラリアでそうであるように、法律は、未婚の父親は裁判所に与えられるまでは何らの権利を有していない、というものではない。議論は、被告による原告の父子関係への承認によってさらに弱められた。さらに、宣誓供述書は、母親の優先性は、母親と見知らぬ人との対立という法令上の根拠に由来すると、証言する。しかし、ひとたび、事件が法廷に来ると、そのような根拠は直ちに母親の承認によって破られてしまう。

どのような場合にあっても、常居所のある国の法の下では、法に則った連れ去

りであっても、条約の前には、不法な連れ去りとならざるを得ないのである。

法的な権利が条約に基づく主張の基礎なければならず、その主張というのが、子の返還を求める者の権利が実際の、派生的であるか否かに関わらず、法的な監護権に端を発していたとしても、当職の考えによれば、それは適切な出発地点ではない。仮に、条約の下での返還を求める申立てが可能になる法的な権利の性質が見いだされ、あるいは、それらが生じる仕組みが最初に決定された場合は、それらは厳格性を生み出す。条約は、その性質より漠然として多様性のある状況を扱うことから、個々の事例において、連れ去りの日にいかなる権利が実際行使されたかをまず初めに決定し、その後そのような権利が4条で定義されたような表現の意味を持つ監護権に相当するかを決定するとすることが、より適切である。そのようなアプローチが、必要な柔軟性を提供する。その時に初めて、法的な立場を考慮することが可能になる。

連れ去りの時点で如何なる権利が実際行使されていたかというのは、事実の問題である。それらが監護権かという点は、法律の問題であり、裁判所が最も困難を覚える問題でもある。Hale 判事が、事実から未婚の父親によって行使された権利は面会権と監護権であったことを見出した S 対 H 事件からも、それは分かる。

どの権利が監護権であるかを考慮するためには、条約は監護権（迅速な返還という方法で執行される）と面会権（そのように執行されないが、その規定がそのような権利が子が連れ去られた国（要請を行った国）において行使されるこ

とを保証するために作られた)を区別していることに留意することが大事である。

しかし、連れ去りによって影響を受ける全ての権利が、監護権であるというわけではない。その定義は、子の居所を決める権利を含む。子の居所を守らなければならない場合は、行使される権利は監護権であることを含意する。したがって、権利行使のために保護されなければならない子の居所を決める権利が実際に行使されたか否かは、事実の問題である。条約が多く的事案を世に送り出すことから、各事案は、その格別の事実によって個別に判断されなければならない。

本件では、主張されている監護権は、子が生まれた時から母親と共同で面倒を見てきた父親のものである。その権利は、条約にいう監護権に他ならない。それらは、不法な連れ去りの際に、原告によって所有され、帰属していた。本件における本当の問題は、第3条に最終段落と適合するような態度により、その権利が生じるか否かである。当職の考えによれば、それは生じた。

被告によって、原告はニューヨーク州裁判所の訴訟の中で面会権だけを主張したため、条約は適用されないと、主張された。対し、原告は、ニューヨーク州法の下では、面会権は子の居所を決める権利を含むと、立証しようとした。思うに、これに基づいては、何も判断されない。ひとたび離婚が生じた時に何が起こるかは、それ以後に生じた事実によって左右される。本件では、被告は、ニューヨーク州裁判所による保護を申立てし、面会権の申立ては、その申立てに対する応答であった。彼が何を争い、何を争わなかったかということは、彼

が当時いかなる権利を行使しあるいは行使していなかったかということによって、重要ではない。

重要なのは、父親がどの権利を主張しているのかということではなく、それらがどの裁判所によって判断されるべきか、という点である。そして、それは、今度は、どの権利が不法な連れ去りの際に実際に行使されていたかという点、あるいは、どの権利が不法な連れ去りがなかったとしたら行使されていたか、という点によって、決定される。この文脈では、不法というのは、その当時行使されていた権利の侵害を意味する。当該連れ去りが正当化されるか否かという点は、後見裁判所の役目である。本件では、ニューヨークからの連れ去りは、当事者が住んでいた自宅からの連れ去りの6か月後になされた。監護権はその連れ去りがなされた後も行使し続けられていたことから、それは、自宅からの連れ去りと同じく条約に反した連れ去りであった。確かに、連れ去りが二段階に渡って行われているという点は特殊である。また、それは、本件が、ニューヨークからの連れ去りの日に、父親は、その連れ去りによってではなく、それより早い段階での自宅からの連れ去りによって、監護権を行使することを阻害されたことの結果でもある。しかし、実際のところは、彼は、国からの連れ去りに結実した母親の行為によって、その権利を行使することを阻害されたのである。自宅からの連れ去りに引き続いた、連れ去りの正当化と、監護権・面会権に関する問題は、ニューヨーク州裁判所の判断する事柄であって、当裁判所の判断すべきものではなかった。本件において母親によって発動された裁判権は、国からのさらなる連れ去りによって奪われるべきではない。

原告により、被告がニューヨーク州の裁判所の管轄を出た日から、裁判所によって子の常居所が決定されることが可能な手続きは進行しており、したがって、その日、裁判所は条約にいう監護権を行使しており、それゆえ、このような監護権の侵害に値する子の連れ去りは、条約にいう不法な連れ去りである、と主張された。監護権の実際の行使の必要性あるいはそのような権利が生じる方法に関する当職の考えによれば、これは、返還を求める者が前提的な問題に関する訴訟で敗訴した場合に初めて生じる予備的な問題であるが、本件はそれにあたらぬ。当職は、この問題にくまなく対処することは必要がないと考える。しかし、そうはいつでも、家庭裁判所の裁判権が発動されれば、それは、当裁判所はその全てにつき判断することが求められる。これは、子の福祉における全ての観点を含む。条約の観点からは、この開陳は、裁判所は監護権を有し、子の居所を決定する権利を有するということの承認であると、当職には映る。

W 事件及び B 事件は、Hale 判事が、未婚の父親の地位に関して、英国法と条約の双方の観点から、向き合った判決である。完全かつ説得的な判決の中で、彼女は、母親による英国に常居所を有している子の連れ去りは、次の場合に当てはまれば、ハーグ条約にいう不法を構成すると指摘する。

- (A) 父親が、父子関係を有している場合：合意あるいは裁判所の命令によって課された責任
- (B) それを禁止する有効な裁判所の命令がある場合、
- (C) イングランドかウェールズの裁判所に、関連した訴訟が係属している場

合

(D) 少なくとも母親の委任の下、父親が現在子の主要な養育者である場合

彼女は、未婚の父親と既婚の父親の地位を同等にする用意がなかった。彼女は、子は両親が結婚しているか否かに関わらず同じ権利を有していること認識したが、議会は親については同じようにはしなかった、すなわち、未婚の父親は子との関係において既婚の父親と全く同じ地位にあるとは判断しなかったのである。

本件は、別々の全く異なった関係性について扱った。どの事案においても、父親は子と同じ住居には住んでいなかった。Hale 判事は、論文の 70 頁に言及したものの、段落によって是認されたような合意の存在を認定することはできなかった。とある事案では、彼女は、連れ去りは不法ではないと判示した。もう一つの事件では、彼女は、父親は認められるべき親権者の責任を求めて申立てを行ったという理由で、不法であると判示した。訴訟の経過は父親にとって特に有利に進められており、母親は、裁判所が最終的な判断を出す前に子を連れ去りすることが出来るように、訴訟を意図的に遅滞させた。訴訟は、中間命令と当事者間の合意が出された後の 1976 年 3 月に開始された。最終的に、1997 年 9 月 15 日が、最終的な命令の発出日として予定されが、命令は、実際に、父親に親の責任（当裁判所では、監護権である。）を認めるものであった。一方、母親とそのパートナーは、1997 年 9 月 5 日、管轄を出た。

後者の事案においては子が不法に連れ去りされたと認定しながらも、Hale 判事は、監護権（法によって公式に認識あるいは承認されていないが、子の利益の

ために裁判所が認めると考えられる)の行使は条約の問題であると、明確に判示した。本引用は、既に引用した **Waite** 判事による **B** 事件における判決の段落から、なされた。この判決は、実際に行使されている権利の性質が最も考慮されなければならないという主張にさらなる根拠を与えるものである。

この立場が英国で採用されていることは明らかなことであるが、アイルランド議会も、未婚の父親に地位について、同様の立場を採った。しかし、条約は、親の権利よりも、子の権利により興味があるように見える。裁判所は、裁判所は、両親間の状況の不法性適法性如何でなく、子の福祉を基準にするという主張に、より親しみを覚える。これと同じように、条約の適切な解釈に当たっては、その権利が子の権利と対立するときは、未婚の父親の権利のみを基準にしてはならない。その場合には、子の権利が支配的になるべきである。

当職は、条約の目的は、不適切な連れ去りや留置による有害な影響から、子の利益を守ることにあるという点に満足している。5歳の子を両親と住んでいた唯一知っている家から連れ出すこと、そして、子から家の安全と父親の存在を奪うことが、条約が保護しようとした子の大きな利益の保護の失敗であることは明らかである。そのような状況下での連れ去りは、条約の目的を超越する。思うに、条約が、これに反して強制的でない限り（実際はそうではないが）、それはその子に適用されるように解釈されるべきである。

法的な権利は、無視されるべきではないし、無視することもできない。しかし、法的な権利を与えられた当事者が言葉あるいは行動によって合意を締結したときは、そのような権利の事実上の行使が、単独であるいは権利の所有者と共

同で他のものに移譲されるか否かという問題が、条約第3条に関連して生じる。

そのような状況にあっては、生じてくる本当の問題は、どの権利が行使されているかということと、それが移譲されたかということ、である。それが、本件である。当職の考えによれば、さらなる改良のためには、そのような権利が譲渡された者やその権利を行使していたものが、法的にそのような権利を与えられていることや、法的な基礎の上にその権利を獲得する権利を与えられている必要はない。

最初に決定されなければならない問題は、子の連れ去りの日に、どの権利が、もし、あれば、子の返還を求める当事者によって、実際に行使されていたかということである。二つ目は、そのような権利は、条約における表現の意味する監護権に相当するかということである。もし、後者の質問に対する答えが「いいえ」ならば、条約は適用されない。もし、答えが「はい」ならば、さらに問題が続く。次の問題は、そのような権利は、法的な監護権を有している者の同意の下、単独あるいは共同で行使されていたか、というものである。ここにいう同意というのは、その目的と結果がそのような権利の他方による実際の行使であるところの黙認や取り決めのことを指す。もしそうであるならば、残る問題は、そのようにして形成された事実上の状況が、常居所のある場所の法律に反しているか否かという点である。本件における二つの質問に対する答えは、それぞれ、「はい」と「いいえ」である。

このアプローチを説明するにあたっては、当職は、条約が、常居所のある国での法的手続きの存在ゆえに、独立に適用されるべきか否かという点については

コメントしない。

被告による主張は、不完全な権利は不確実であるというものであった。当職が挙げた理由から、この主張を考慮する必要はないといえる。監護権が第3条の意味する方法によって生じると仮定すれば、常居所のある国の法に基づいた法的な権利は、必要ない。当職の考えでは本件はこれに該当しないが、法的な地位は与えられたならば、それは、行使されている特定の権利がそのように扱われるか否かに関して、不確実性を呼ぶであろう。

このような特質を併せ持つ事案にあっては、非常にしばしば、当裁判所は、裁判所にくるまでの遅れについてコメントをする必要に迫られてきた。本件の、通常の事案よりも非常に長いという点において、例外ではない。この問題が、高等裁判所によって、事件全体の判断というよりは、むしろ法に関する前提的な判断として、扱われた点が、不運であった。この期間は手続きの期間に通算されたが、それ多大なものであった。

本件における遅れは、当裁判所を不評にする。これは、条約の3つの別々の規定の不履行である。第2条は、以下のように規定する。

「締約国は、自国の領域内においてこの条約の目的の実現を確保するため、全ての適当な措置をとる。このため、締約国は、利用可能な手続のうち最も迅速なものを用いる。」

第11条は、特に、次のように規定する。

「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。」

また、第 16 条は、次のように規定する。

「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、当該子が第三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三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。」

これらの規定によれば、当裁判所が、条約の規定するところの義務の不履行を行っていることは明らかである。そのような不履行は、S にとっては、重大な結果を招く。彼が、家から連れ出されてから、もうすぐ 2 年以上になる。しかし、その期間の間中、いかなる裁判所も、彼の監護権に監護権に対して厳格な命令を出す権限を有していなかった。この期間におけるそのような不確実性は、嘆かれるべきであろう。

第 11 条に規定された権利は、本件でされたように、完全に無視されるべきで

はない。問う規定によって権利が授与され行使されたのだから、本件における遅れは、実際にそうであったように長くなるべきではなかった。このような観点から、Cazalet 判事が、O 事件において、事件が 2 か月半もの間裁判所に到達しなかったという事実に関して謝罪したことは非常に重要である。

以上の状況によれば、当職は上訴を棄却し、含まれる条約に関する争点の迅速な解決のために、高等裁判所に事件を差し戻す。